

集合動産 讓渡擔保의 法理構成에 관한 比較法的 考察

申鍾澈* · 金仁猷**

Eine Forschung über Sicherungsübereignung für Gesamtmobiliar

Jong-Cheol Shin · In-Yu Kim

zusammenfassung

Die Sicherungsübereignung für Gesamtmobiliar ist nicht Vorshrift darum, und in dieser Hinsicht ist Gesamtmobiliar in ein Ganzes vereinigen Sicherheit, Scherungsübereignung für Gesamtmobiliar hat viel zu lösen gesetliche Problems, welches nur auf allgemeine Sicherungsübereignung Theorie können nicht lösen.

Diese Dissertation war die Forshcung über folgendermaßen Problems versucht. Wie ich die Sicherungsübereignung für Gesamtmobiliar Rechtsaufbauen konstituieren kann, Unter Welchen Voraussetzung ist Gensamtmobiliar sich selbständig Objekt für Sicherungsübereignung, d.h. Problem über Bereich Bestimmtheit des Objekts, und Problem über Pulizitätsmittel, Problem zur Wirkung über Sicherungsübereignung für Gesamtmobiliar, usw.

Heutiegentags, Mit wirtschaftlich Entwicklung, Sicherungsübereignung für Gesamtmobiliar ist in wirklich Handlung benützt.

Wenn Sache sich versammelt, objektiv einzig wirtschaftlich Wert hat, der ganze Kram in Geschäftsverbindung handelt, so handelt als gesetzlich ein Sache. Folglich, die Gesamtsachen Theorie ist richtig im Rechtsaufbauen über Sicherungsübereignung für Gesamtmobiliar.

* 인문사회과학대학 법학과 교수, 법학박사

** 인문사회과학대학 법학과 강사

1. 序 論

一般的으로 讓渡擔保라 함은 債權擔保를 目的으로 債務者 또는 第3者의 財產權을 債權者에게 移轉하고 債務者가 債務의 履行을 하지 않는 경우에는 그 目的物로부터 優先辨濟를 받고 債務者가 履行을 하는 경우에는 目的物을 所有者에게 返還하는 擔保類型을 말한다. 讓渡擔保는 이와 같이 擔保를 目的으로 財產權을 移轉하는 것이기 때문에 財產의 價値가 있는 것으로서 讓渡性이 認定되는 限 그 目的物에는 制限이 없는데 이 가운데 특히 倉庫內의 在庫商品·半製品·製品·原材料 등과 같은 集合動産을 一括하여 擔保로 하는 것을 集合動産(集合物) 讓渡擔保라 한다. 集合動産 讓渡擔保가 個個의 動産이나 不動産에 대한 讓渡擔保와 달리 特別히 論議의 對象이 되는 理由는 그 擔保의 目的物이 集合動産이어서 一般의 讓渡擔保 理論만으로서는 解決할 수 없는 特殊한 問題點을 갖고 있기 때문이다.

獨逸, 日本이나 우리 나라와 같이 動産抵當制度가 具備되지 않은 法制下에서 動産抵當과 같은 目的을 達成하고 보다 確실한 債權擔保를 위하여 慣習上 일찍부터 利用되어 왔다. 이는 私法的 去來의 發達과 더불어 더욱 利用度가 높아져 近來에 와서는 動産에 관한 立法의 未備를 補充하는 制度로서 債權擔保의 分野에 있어서 중요한 위치를 점하게 되었는데, 學說 및 判例도 이러한 讓渡擔保의 重要性 때문에 明文에 없는 制度임에도 불구하고 그 理論的 根據를 위하여 노력을 기울여 왔다. 그럼에도 불구하고 集合動産 讓渡擔保는 「擔保」라는 經濟的 目的과 그 目的을 초과하는 「所有權 移轉」이라는 法的 形式과의 關係에 대해 確실한 理論이 定立되지 않은 실정이다.

따라서 본 연구는 集合動産 讓渡擔保에 관한 各國의 理論構成을 살펴보고 이를 토대로 우리의 실정에 맞도록 理論的으로 體系化하고 法理構成하는데 그 목적이 있다.

2. 集合動産 讓渡擔保의 特徵과 問題點

2.1 集合動産 讓渡擔保의 特徵

讓渡擔保는 擔保를 目的으로 財產權을 移轉하는 것이기 때문에 財產의 價値가 있고 讓渡性이 認定되는 것이면 目的物에는 制限이 없다. 특히 工場內의 機械·機具 및 倉庫內의 在庫商品·製品·半製品·原材料 등 多數의 動産集合體를 一括해서 擔保目的物로 提供하는 것을 集合動産 讓渡擔保라 한다.

原來 讓渡擔保制度는 獨逸에서 慣習法(判例)上으로 形成, 發達한 制度이다¹⁾. 처음 獨逸에서 讓渡擔保制가 形成할 때는 擔保信用需要者側에서 動産을 擔保目的物로 한 讓渡擔保의 必要性을 절감하였고, 이것이 擔保制度로서 처음으로 判例에 의하여 承認된 것은 獨逸 民法典(BGB) 制定 前의 普通法時代인 1880년대이었다.

1) 嚴英鎮, 「集合動産 讓渡擔保의 成立」, 考試界, 1993. 5, 103면.

이 制度가 日本을 통하여 流入되어 判例에 의해 우리 나라에도 定着을 하게 된 것이다. 그런데 이 制度가 처음 시작되었던 獨逸에서는 지금도 動産 讓渡擔保만 認定할 뿐 不動産 讓渡擔保는 認定하지 않는데 比하여, 이 制度의 강한 影響을 받아온 日本과 우리 나라에서는 動産 讓渡擔保보다 不動産 讓渡擔保를 中心으로 한 論議가 활발해 온 것이 그 동안의 실정이었다. 더우기 우리 나라에서는 登記나 登錄으로 公示되는 財産權에 대한 讓渡擔保가 假登記擔保 등에 관한 法律을 立法하면서 그 適用을 받게 된 것이 제도적 배경이다²⁾.

이처럼 그 동안 不動産 讓渡擔保와는 달리 動産 讓渡擔保가 理論적으로나 現實적으로 活性化 되지 않았던 것은, 特定動産은 大部分 그 價額이 적고 또 動産의 價額은 時間이 지날수록 減少될 뿐만 아니라 占有를 債務者의 手中에 두고 所有權이 債權者에게 移轉하는 公示方法³⁾이 매우 觀念化되어 債權者側에서 많은 危險負擔을 느끼기 때문에 信用供給者側에서 回避하여 왔기 때문이다.

그러나 個個의 動産이 아닌 多數의 動産集合體를 一括하여 1個의 擔保權의 客體로 할 경우에는 不動産을 능가하는 擔保價値⁴⁾를 갖게 된다. 특히 流動集合動産 위에 讓渡擔保의 設定을 認定하게 되면 設定者는 通常의 營業의 範圍內에서 擔保目的物을 處分할 權利를 갖고 補充義務를 지는 것이 一般의이며, 이로써 擔保目的物이 부단히 새로운 物件으로 交換되기 때문에 擔保目的物이 時間이 흐를수록 朽敗된다는 念慮를 하지 않아도 된다. 이러한 理由로 最近 日本과 우리 나라에서 集合動産 讓渡擔保가 상당히 實去來界에서 利用되고 있으며, 그 有效性을 認定한 우리 大法院 判例가 1988년 처음 나온 이래 오늘에 이르고 있다. 오늘날 集合動産 讓渡擔保는 現實적으로 不動産外에 適當한 擔保物을 가지고 있지 못한 中小企業의 企業金融의 手段으로서 注目을 받고 있음은 물론, 今後 점점 그 需要가 높아지리라는 것이 一般的인 見解이다.

그럼에도 불구하고 이에 관한 명쾌한 法理構成은 아직 確立되어 있지 않은 狀態이다.

2.2 集合動産 讓渡擔保의 法律上的 問題點

- 2) 假登記擔保등에 관한 法律 第1條 : 이 法은 借用物의 返還에 관하여 車主가 借用物에 갈음하여 財産權을 移轉할 것을 豫約함에 있어서 그 재산의 豫約당시의 가액이 借用額 및 이에 붙인 利子의 合算額을 초과하는 경우에 이에따른 擔保契約과 그 擔保의 目的으로 經了된 假登記 또는 所有權移轉登記의 效力을 定함을 目的으로 한다.
第2條 第1號 : “擔保契約이라 함은 民法 제608조의 규정에 의하여 그 效力이 喪失되는 代物返還의 豫約(還買, 讓渡擔保 기타 名目如何를 불문한다)에 포함되거나 併存하는 債權擔保의 契約을 말한다” 라고 규정하여 登記나 登錄으로 公示되는 物件에 대한 讓渡擔保는 이 法의 適用을 받게 되었다.
- 3) 이는 占有改定을 말한다. 占有改定이라 함은 目的物을 讓渡한 後에도 讓受人이 目的物의 占有를 계속하려는 때에는 占有移轉의 合意만으로 占有가 移轉되고 讓受人은 讓渡人을 直接占有者로 하여서 스스로 間接占有를 取得하는 것을 말하며, 일단 現實의 引渡를 하고 다시 借用하기 위하여 引渡를 받는 번거로움을 피할 수 있게 된다. 그러나 이는 너무 觀念的이기 때문에(즉, 외부에서는 讓受人에게 權利가 移轉하였다는 것을 알 수 없기 때문에) 이를 公示方法으로 인정할 것이냐가 문제될 수 있으나 이를 금지하여도 公示의 效果를 期待할 수 없으므로(왜냐하면 現實의 引渡를 요구하더라도 後에 貸借을 위하여 다시 讓渡人에게 交付하는 것을 금할 수 없기 때문에) 明文의 規定으로 認定한 것이다(民法 第189條).
- 4) 近來의 判例를 보면, 被擔保債權額 50억원(大判 1988. 10. 25, 85 누 941) : 擔保 目的物의 한국감정원 감정평가액 약 78억원(서울 高法 1987. 9. 4, 83 구 561) : 被擔保債權額 14억원(大判 1990. 12. 26, 88 다카 20224)이었다.

集合動産 讓渡擔保도 一種의 讓渡擔保라는 점에서 個個의 動産이나 不動産에 대한 讓渡擔保와 크게 다르지 않다. 다만 集合動産 讓渡擔保에 관한 明文의 規定이 없고, 또한 集合動産을 一括하여 擔保로 한다는 점에서 보통의 讓渡擔保와 다른 法的 問題點을 내포하고 있다.

첫째, 과연 讓渡擔保의 目的物로서의 集合動産의 概念을 民法의 解釋上 認定할 수 있는가의 問題, 즉 現行法의 物權體系上 集合物을 1個의 物件으로 取扱하여 이를 一括하여 讓渡擔保로 하는 것이 有效하겠는가 하는 점이다.

본래 로마인들은 그들의 分析的 法律觀으로 인하여 多數의 物件 위의 法律關係를 1個의 法律關係로 把握하는 方法을 알지 못하였으며, 따라서 그들은 이를 하나하나의 物件 위의 法律關係로 환원하여 把握하는 理論構成을 취하였다⁵⁾. 이러한 로마法의 原子論的 觀念은 後에 로마法의 繼受 過程에서도 그대로 大陸法系에 傳하여져 이를 基礎로 일찌기 傳統的 物件의 概念(民法 第98條의 有體物은 單一物을 意味한다), 特定の 原則(物權은 單一한 特定物 위에만 存在한다), 一物一權主義(한개의 物件 위에는 하나의 所有權만이 存在한다)가 確立되었으며, 이러한 立場은 지금까지 固守되어 왔다. 그러나 近來에 와서 資本主義가 發展하면서 集合物을 1個의 物件으로 取扱하여 去來하는 慣行이 행하여짐에 따라 이러한 民法의 傳統的 立場은 그 根底부터 흔들리게 되었으며 특히 集合動産 讓渡擔保를 어떻게 理論적으로 說明할 것이냐 하는 점이 現行 民法體系上 重大한 問題로 發生하였다.

一般的으로 集合物이라 함은 個個의 物件이 그 獨自性을 維持하면서 繼續的인 經濟的 關聯을 가지고 結合하여 去來觀念上 單一物로 取扱되는 多數의 物件의 集合을 말한다. 그런데 民法의 傳統的 見解에 따르면 이러한 集合物은 비록 經濟적으로 單一物로 去來되더라도 法的으로는 多數의 物件으로 取扱하여야 하며 따라서 集合物에 관한 法律行爲(物權行爲)도 이를 構成하는 個個의 物件을 對象으로 행하여야 한다고 한다. 여기서 去來觀念上 集合動産을 一括하여 擔保에 提供하려는 集合動産 讓渡擔保와 民法의 傳統的 理論이 衝突을 일으켜 集合動産 讓渡擔保는 民法의 「特定の 原則」 및 「一物一權主義」에 反하여 無效가 아닌가 하는 問題가 提起되었다.

다시 말하면 民法 第98條의 有體物은 單一物을 意味하기 때문에 이것만이 1個의 物權의 客體가 될 수 있는데 集合動産을 一括하여 擔保에 提供하는 것은 이러한 民法의 物件의 概念에 反하는 것이 아닌가 하는 問題이고, 그리고 原則적으로 動産에 관한 物權變動이 發生하려면 物權契約과 占有의 移轉(引渡)이 必要하다. 그런데 內容이 變動하는 集合動産을 擔保로 提供하는 경우에는 集合動産에서 除外되거나 그 目的이 된다는 條件附 物權契約과 豫定된 占有改定을 미리 締結하여 두는 것이 보통인데 이때 이에 의하여 後에 目的物에 變動이 생길 때 당연히 그 物權變動의 效力을 認定할 수 있느냐 하는 점이 問題이다. 이외에도 集合動産 讓渡擔保에 관해서는 範圍特定の 問題, 公示方法 등이 문제될 수 있겠으나, 이들의 문제는 集合動産 讓渡擔保를 어떻게 法理構成하느냐에 따라 달라지므로 이하에서는 우선 各國의 法理構成을 살펴보고자 한다.

5) 金曾漢, 物權法講義, 博英社, 1983, 4면.

3. 獨逸의 경우

3.1 集合物 概念의 問題

獨逸에 있어서는 在庫 商品을 1個의 物件으로 보지 않아서, 이 위에 物權이 成立하는 것을 肯定하는 學說은 現在에는 찾아낼 수가 없다⁶⁾. 그렇지만 獨逸에 있어서도 現行民法制定 直後에는 이른바 集合物을 物權의 客體로서 肯定하는 여러가지의 見解가 있었다. 그래서 우선, 이들의 見解의 內容을 明確하게 함과 同時에, 그 다음으로 通說이 集合物을 物權의 客體로 되는 것을 否定하는 理由 및 이것에 關聯되는 獨逸 民法 第90條의 意義에 관해서의 論議를 살펴보고자 한다.

3.1.1 集合物論의 內容

이른바 集合物을 物權의 客體로서 肯定하는 諸 見解에도 미묘한 差異가 存在하지만 여기에서는 대표적인 Gierke와 Sokorowski의 見解를 檢討한다.

3.1.1.1 Gierke의 견해

Gierke에 의하면 物權의 支配의 對象에는 單一物만이 아니라 物件의 總體(Sachinbegriff)도 될 수 있다. 後者の 경우에 全體의 單一性이 物件의 集합에 基礎한 때에는 集合物(Gesamtsachen)로 된다. 物件의 結合이 1個의 支配的인 個體에 따라서 이루어지게 되는 때에는, 主物과 從物이 된다. 그리고 集合物에는 2개의 類型이 있다. 하나는 有體的 單一物만으로 構成되는 有體的 集合物(Körperliche Gesamtsachen)이고, 다른 하나는 無體的 單一物로 構成部分이 된 無體的 集合物(Unkörperliche Gesamtsachen)이 있다⁷⁾.

그 중에서 중요한 것은, 有體的 集合物이다. 有體的 集合物이 存立하기 위해서는 一方에서, 個個의 物體가 外觀上 分離된 別個의 權利의 客體이고, 他方에서, 그들의 總體가 그 構成部分의 단순한 總計와 區別할 수 있는 物件의 單一性을 形成하는 것이 必要하다. 그리고 이와 같은 關係는 임의로 形成하는 것이 可能하다.

單一物의 總體가 繼續的인 共同目的에 의해서 客觀적으로 結合되어 있다고 하기 위해서는, 一般的인 去來觀念上 單一物의 客體로서 取扱되는 경우에 비로서 存在한다⁸⁾. 또한, 이와 같은 集合物 中에는 構成部分이 變動하는 集合動産도 包含되지만(예를 들면 在庫商品), 다만, 構成部分이 變動하는 集合物의 경우에는 集合物은 그때 그때의 構成部分의 總體와 同一한 것은 아

6) Vgl. Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., 1957, S. 739 ; Soergel/Bauer, BGB, Bd. 1, 11. Aufl., 1978, S. 387 ; Staudinger/Dilcher, Kommentar zum BGB, §§90-240, 12. Aufl., 982, S. 7 ; Palandt/Heinrichs, BGB Kurzkommentar, 49. Aufl., 1990, S. 56.

7) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 2 [Sachenrecht], 1905, S. 52.

8) Gierke, a. a. O., S. 53.

니고, 당초부터 同一性を 維持해서, 單一物은 集合物의 構成部分으로 되는 限 全體의 一部로 된다. 그러므로 集合物에의 從屬에 따라서 特別한 法的 性格을 內包하고 있다.

다음으로, Gierke는 集合物을 形成하는 個個의 物件이 有體物이라고 함과 同時에, 그 全體인 集合物도 그것이 單一의 客體로서 把握되는 限 有體物이다. 이것은 法的인 支配에 適當한 客體이기 때문이고, 이와 같은 所有權, 用益權, 擔保物權, 占有가 成立한다고 한다. 또한 個個의 物件의 獨立性이 維持되기 때문에, 이들의 위에도 所有權, 擔保物權, 占有가 成立한다고 한다⁹⁾. 그리고 個個의 物件 위의 物權과 集合物 위의 物權이 衝突하는 경우에는 個個의 物件 위의 物權이 優先한다고 主張한다.

3.1.1.2 Sokorowski의 견해

Sokorowski는 集合物을 物權의 客體로 認定하는 根據로서, 스토아 철학에 있어서 物件은 單一物(Einheitssachen), 合成物(Zusammengesetzte Sachen), 集合物(Gesamtsachen)의 3개로 分類되었던 것이지만, 로마 法曹에도 받아들여졌다고 沿革을 들었다¹⁰⁾. 그러나 여기서 말하는 集合物이라는 것은 「所有物返還訴權(rei vindicatio)」의 目的으로서의 意味를 가지는 것이기 위해서 그의 集合物에 關係하는 見解의 가운데에는 訴訟法과 實體法의 分離가 充分하지 않는 側面이 있다. 그의 見解의 要旨는 다음과 같다.

우선, 그는 集合物과 主物·從物의 共通性을 強調한다. 즉 이들은 物件의 集合이라고 말하는 점에서는 共通해서 있고, 다만 集合物에는 「主된」 「從된」이라는 점이 없는 것이 다르지만, 이것은 法的인 效力을 招來하는 差異는 아니라고 進술했다¹¹⁾. 그리고 集合物의 例로서 「在庫商品」을 들었다. 또한 그는 集合物은 어디까지나 概念이고 有體性을 가지지 않는다고 解釋하고 있다. 그러므로 集合物 概念은 獨逸 民法 第90條에 反하는 것에 있지만, 그는 第90條 自體를 근대의 去來觀念에 反하는 것이라고 批判한다. 더우기 集合物 위에 成立하는 權利 및 個個의 物件 위에 成立하는 權利에 관해서 다음과 같이 說明한다.

- ㉗ 集合物 위에 占有는 成立할 수 없다. 그 理由는, 占有는 事實的 支配이고, 이것은 概念에는 미칠 수 없기 때문이라고 한다.
- ㉘ 集合物 위에는 所有權은 成立할 수 있다. 그러나 그 理由로서 集合物에 대한 「所有權返還訴權」이 認定되어 있는 것은, 集合物 위에 所有權이 成立하는 것을 前提로 하는 것이라고 말한다.
- ㉙ 集合物 위에는 擔保權도 成立할 수 있다. 그 理由는 獨逸 民法이 擔保權의 效力은 從物에도 미친다고 規定하고 있는 점이다. 즉 集合物과 主物·從物은 物件의 集合이라고 말하는 점에서 共通하기 때문에 主物·從物에 妥當하는 法理는 그대로 集合物에도 該當한다고 한다. 그리고 在庫商品 등에 擔保權이 成立하는 경우에 集合物의 基體(Substraten)의 變動은 集合物上的 權利에 어떠한 影響을 주지 않는다고 主張한다.

9) Gierke, a. a. O., S. 54 ff.

10) Sokorowski, Die Philosophie in Privatrecht, 1902, S. 49 : vgl. Göppert, über einheitliche zusammengesetzte und gesamt-sachen nach römischem Recht, 1871, S. 1 ff.

11) Sokorowski, a. a. O., S. 396.

- ㉔ 第3者의 所有物이 集合物에 속하게 된 경우에 이 物件 위의 所有權은 休眠한다(ruhen)¹²⁾. 이것이 第3者의 所有權의 消滅을 意味하는 것인지, 아닌지는 不明하다. 또한 個個의 物件은 用益權 및 擔保權의 客體는 될 수는 없다고 한다.

3.1.1.3 兩 見解의 분석

以上과 같이, 集合物論은 在庫商品을 集合物이라고 생각해서 이것을 1個의 物權의 客體로서 肯定한다. 그러나 이 경우에 在庫商品 中の 個個의 商品의 法的 運命이 어떻게 되는지가 問題이지만, 어느 見解에 있어서도 이 점에 관해서 充分한 說明이 행해져 있지는 않다. Gierke는 個個의 物件의 獨立性을 強調하지만, 그 경우에 個個의 物件 위의 物權과 그 總體上의 物權과의 關係가 問題로 된다. 그는 兩者가 矛盾하는 경우에는 個個의 物件 위의 權利가 優先한다고 말하지만, 그렇게 하니 集合物 위의 權利는 物權이라고 말하는 데는 너무나 弱한 權利로 보잘 것 없게 된다.

이것에 對해서 Sokorowski는 個個의 物件의 所有權은 休眠해서 他 物權은 個個의 物件 위에는 成立하지 않는다고 하지만, 이와 같은 主張은 個個의 物件 위의 物權의 否定과 다름이 없다. 그러나 商品의 集合을 1個의 物件으로 보아서 이것에 속하는 個個의 商品 위의 物權의 成立을 否定하는 것은 대단히 곤란하다. 왜냐하면 個個의 商品의 獨立性을 維持하는 社會·經濟的 要請을 否定할 수는 없기 때문이다.

더우기 在庫商品에 單一의 物權이 成立한다고 보는 경우에, 그 構成要素의 個個의 商品이 流動한다고 말하는 점의 說明도 充分하지 않다. 構成要素의 變動에도 불구하고 集合物은 同一性을 維持한다고 말하는 것이 主張되고 있지만, 이와 같은 說明은 構成要素인 商品의 變動의 積極的인 基礎附與로서는 認定하지 않는 것이다¹³⁾.

3.1.2 통설의 立場과 독일 민법 제90조의 의의

獨逸의 通說은 集合物이 物權의 客體로 되는 것을 否定하고 있지만, 그 理由는 集合物이 觀念 中에 存在하는 것이고, 有體的 對象(目的)이 아니라는 점이다. 예를 들면, 「制定法上에 規定된 物件의 概念 때문에, 個個의 獨立한 有體物만이 物件으로서 보게 되고, 個個의 物件의 觀念的인 集合物은 物件으로서 보지 않고 있다」¹⁴⁾ 라든가, 「集合物에는 有體性이 欠缺되어 있기 때문에, 集合物 自體는 特別의 諸 權利의 對象이 될 수 없다」¹⁵⁾라고 主張한다. 또한 獨逸 民法의 前身인 獨逸 民法 第1草案의 理由書도 物的 權利는 有體的 物件만에 成立할 수 있고, 集合物은 物權의 客體로는 되지 않는다고 하고 있고, 判例도, 倉庫內의 木材를 債權者에 入質한 債務者가 破産해서 質權의 有效性이 다투어진 事案에 있어서, 「在庫商品도 確實히 集

12) Sokorowski, a. a. O., S. 398.

13) 古積健三郎, 「流動動産讓渡擔保に關する理論的 考察(一)」, 京都大學法學論叢, 133卷 2號, 1993, 23면.

14) Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Aufl., 1898, S. 228.

15) Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2 Halbband, 15. Aufl., Tübingen, J. C. B. Mohr, 1960, S. 769.

合物로서는 質權設定을 받아들일 수는 없지만, 이 명칭의 下에 통합해서 把握된 特定の 個個의 動産의 會合으로서는 質權設定을 받아들이는 것이 可能하다는 것에는 異議를 主唱할 수는 없다」 「民法은 質權의 對象으로서, 第3編 第9章 第1節에서 直接 動産을 指定하고 있다. 그와 같은 動産에는 民法의 用語法에 의하면 有體的 對象만이고(獨逸 民法 第90條)¹⁶⁾, 集合物 自體는 아니다」 라고 判示해서, 그후 이 立場은 維持되고 있다.

그래서 以下에서는, 獨逸 民法 第90條 및 有體的 對象의 意味에 관해서 檢討해 보기로 한다.

우선, 第90條는 實質的 意義를 가지는 것을 부정하고, 단순한 述語的 意義(terminologische Bedeutung)밖에 있지 않다고 하는 見解가 있다¹⁷⁾. 이 見解는, 第90條는 단지 獨逸 民法이 「物件」이라고 말하는 경우에는 有體的 對象만을 상정하고 있다고 말하는 것을 意味하는 言語의 準則에 지나지 않는다고 한다. 그러나 이 見解는 극히 소수의 見解이다. 支配的인 見解는, 第90條는 實質的 意義를 가진다고 解釋한다. 그리고 第90條의 前身인 獨逸 民法 第1草案 第778條는 物權編 中에 存在하는 것이기 때문에, 이 規定은 總則的 意義를 가진다고 하는 것이 아니라, 오히려 物權의 客體를 有體的 對象에 限定하는 規定이라고 解釋하는 立場이 支配的이다¹⁸⁾.

다음으로, 基本的 對象의 意味에 있어서는, 感性的으로 知覺 可能한 存在를 有體的 對象이라고 解釋하는 立場도 있지만, 支配的인 見解는, 有體的 對象을 空間的으로 限界 지워진 存在라고 解釋한다¹⁹⁾. 또한 空間的인 限界 附與를 要求하지 않는다고 할지라도, 「空間을 充足하는 對象」이라든가, 「空間의 內에 現狀하는 物質」을 有體的 對象이라고 하는 立場이 많다²⁰⁾. 그리고 空間的으로 限界 지워진 存在를 有體的 對象이라고 하는 立場은, 知覺의 種類는 有體性에 있어서 決定的이지는 않다고 하기도 하고, 혹은 知覺 可能性을 完全히 要求하지 않기도 한다²¹⁾.

다만, 有體的 對象이 空間的으로 限界 지워진 存在라고 解釋하는 立場에서도, 空間的으로 限界 지워진 存在 自體가 당연히 1個의 物件이라고 評價되는 意味는 아니고, 오히려 이것들의 集合이 1個의 物件으로서 法的으로 評價되는 것이다. 예를 들면, 트럼프(trump)는 복수의 카드에 의해서 成立되지만, 이 경우에 個個의 카드가 각각 1個의 物件으로서 法的으로 評價되는

16) BGB, § 90 [Begriff] Sachen im Sinne des Gesetzes sind nur Körperliche Gegenstände (法律의 意味에 있어서 物件은 단지 有體的인 對象만이다).

17) Vgl. Fuchs, Problem des Sachenrechts, Gruchot 46(1902), S. 549 ff : Fuchs는 集合物 肯定論者이다.

18) Endemann, a. a. O., S. 225 ; Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1927, S. 250 ; E. Wolf, Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl., Köln Berlin Bonn München, Carl Heymanns Verlag, 1979, S. 14 ; Palandt/Heinrichs, a. a. O., S. 55.

19) Gierke, Deutsches Privatrecht, Bd. 1, 1895, S. 270 ; Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1906, S. 449 ; E. Wolf, a. a. O., S. 57 ; Palandt/Heinrichs, a. a. O., S. 57.

20) Staudinger/Riezler, Kommentar zum BGB Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1925, S. 340 ; Soergel/Baur, BGB, Bd. 1, 11. Aufl., 1978, S. 398 ; Larenz, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München, C. H. Beck, Sache Verlag, 1988, S. 283. 다만, Larenz 에 의하면, 限界 附與의 可能性이 없기 때문에 개인에 의한 지배에 적합하지 않는 有體的 存在는, 權利의 客體로는 되지 않는다고 한다.

21) Gierke, a. a. O., S. 270 ; Palandt/Heinrichs, a. a. O., S. 57.

것이 아니고, 이것들의 集合이 1個의 物件으로서 法的으로 評價된다. 그러므로 有體的 對象의 意義에 관해서 와는 달리 物件의 個數를 決定하는 基準을 吟味할 必要가 있지만, 支配的인 見解에 의하면, 物件의 個數는 物理的 標準에 의하지 않고, 結局 去來觀念에 의해서 決定되는 것이라고 한다²²⁾. 따라서 通說이 「在庫商品」을 1個의 物件으로 볼 수 없다고 하는 理由를 分析하면, 다음과 같다.

즉 個個의 商品은 去來觀念에 비추어서 각각 1個의 物件으로 되고, 그것들 위에는 個別的으로 物權 혹은 所有權이 成立한다. 그것과 同時에 商品의 集合 自體가 1個의 物件으로 되고, 그 위에 物權이 現實的으로 成立하는 것은 있을 수 없다(그 意味에서 集合物이라는 것은 觀念上에 存在하는 것이다)²³⁾.

3.2 流動動産 讓渡擔保의 法的 構成의 問題

支配的 見解가 集合物을 物權의 客體로서 肯定하지 않는 獨逸에 있어서도 今日에는 流動動産 讓渡擔保의 物權的 效力을 肯定하는 것이 一般的이다. 그리고 이 讓渡擔保를 特定動産의 讓渡擔保와 同一視해서 個個의 動産 위의 所有權이 各各 讓渡된다고 말하는 法的 構成이 取해지고 있다²⁴⁾. 그러나 이 경우에는 다음과 같은 점이 問題로 된다.

즉 첫째, 擔保設定者는 倉庫 內의 商品의 所有權을 讓渡했음에도 불구하고 個個의 商品을 自己의 營業을 위해서 處分 搬出 할 수 있는 것이 要求되지만 이 處分權을 어떤 形態로 理論的인 說明을 할 것인가에 관한 점, 둘째, 將來 倉庫內로 搬入되는 商品의 搬入時點에 당연히 擔保의 效力이 미치는 것을 어떤 形態로 說明할 것인가에 관한 점 등이다. 바로 이 問題를 根據로서 일찌기 流動動産 讓渡擔保의 物權的 效力을 否定하는 立場(특히 Höniger의 見解²⁵⁾)도 있었다. 따라서 以下에 있어서는, 우선 流動動産 讓渡擔保의 無效를 主張하는 立場의 理由를 열거하고, 다음으로 有效性을 肯定하는 見解가 이것에 대해서 어떤 形態로 對處한 것인가를 살펴보고자 한다.

3.2.1 流動動産 양도담보를 무효라고 하는 立場의 理由

- ① Höniger는, 流動動産 讓渡擔保에 있어서 設定者에게 個個의 物件의 處分權을 附與하는 것은, 讓渡되는 物件에 대한 讓渡擔保權者의 間接占有의 否定을 意味하고, 따라서 所有權 移轉의 要件인 引渡(獨逸 民法 第929條 및 第930條)²⁶⁾가 되지 않은 것이기 때문에 讓渡

22) Endemann, a. a. O., S. 228 ; Staudinger/Dilcher, a. a. O., S. 6 ; Larenz, a. a. O., S. 287 ; Palandt/Heinrichs, a. a. O., S. 57.

23) Vgl. Kohler, a. a. O., S. 453. 예를 들면, Kohler는 “個個의 存在가 法的으로 1개의 物件으로 평가되는 경우에는, 그것들의 集合物이 法的으로 1개의 物件으로 있는 것이 아니다”라고 주장하고 있다.

24) 獨逸 通說은 讓渡擔保에 있어서는, 目的物의 所有權이 讓渡擔保權者에게 移轉한다고 하는 것을 基本的인 前提로 하고 있다. Wolff/Raiser, a. a. O., S. 740 ; Westermann, Sachenrecht, 5. Aufl., 1966, S. 211 ; Schwab, Sachenrecht, 22. Aufl., 1989, S. 159 ; Baur, Lehrbuch des Sachenrecht, 15. Aufl., 1990, S. 565.

25) Höniger, Die Sicherungsübereignung von Warenlagern, 2. Aufl., 1912.

는 無效로 된다고 主張했다. 왜냐하면, 獨逸 民法 第868條²⁷⁾가 間接占有의 要件으로 要求하는 占有代理關係는, 間接占有者가 目的物에 基한 返還請求權을 가지고 있는 것을 前提로 하는 것이라고 解釋되지만, 關聯된 讓渡擔保에 있어서는 讓渡人이 自己의 이름으로, 自己의 計算으로, 그리고 完全히 自己의 利益으로 目的物을 處分하는 權限을 가지기 때문에 間接占有의 前提로서의 返還請求權이 存在하지 않기 때문이라고 한다²⁸⁾.

- ② 將來 倉庫로 搬入되는 商品에 擔保의 效力이 미치는 것을 說明하기 위해서, 미리 所有權 讓渡의 合意, 미리 占有改定의 構成이 取해지는 것에 대해서, Höniger는 다음과 같이 批判한다. 즉 미리 所有權 讓渡의 合意·占有改定을 肯定하고, 擔保設定者가 第3者로부터 所有權을 取得함과 同時에 當該所有權은 讓渡擔保權者에 移轉하는 것이 된다. 이것은 結局 擔保設定者가 商品의 所有權을 取得하는 것은 아니라고 말하는 것을 意味한다. 그러므로 讓渡擔保權者는 第3者로 부터 直接 所有權을 取得하는 것이라고 볼 수 있는 것이고, 이것은 間接代理에 直接的 效果를 認定한 것이다²⁹⁾.

結局, 이 경우에, 擔保設定者는 自己의 이름으로 行爲를 하고 있음에도 불구하고, 그 效果는 直接他人(讓渡擔保權者)에 歸屬하는 것이 된다.

3.2.2 물권적 효력을 긍정하는 입장의 대처

- ① 設定者의 處分權, 處分權과 間接占有의 關係

設定者의 處分權에 관해서는 多樣한 構成이 試圖 되었지만³⁰⁾, 今日에 있어서는, 設定者

26) 獨逸 民法 第929條 [Berechtigte Übertragung des Eigentums durch Einigung und Übergabe sowie durch Einigung allein]

Zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Ist der Erwerber im Besitze der Sache, so genügt die Einigung über den Übergang des Eigentums. (動産 所有權의 讓渡는 所有者가 物件을 取得者에게 引渡하고, 또한 雙方이 所有權의 移轉에 관한 合意를 必要로 한다. 取得者가 이미 動産을 占有하고 있는 때에는 所有權 移轉에 관한 合意만으로 效力이 생긴다).

第930條 [Eigentumserwerb durch Einigung und Begründung eines Besitzmittlungsverhältnisses]

Ist der Eigentümer im Besitze der Sache, so kann die Übergabe dadurch ersetzt werden, daß zwischen ihm und dem Erwerber ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. (所有者가 이미 動産을 占有하고 있는 경우에는 所有者와 占有者와의 사이에 取得者가 間接占有를 취득하는 法律關係를 合意하는 것으로서 動産의 引渡에 代身할 수 있다).

27) 獨逸 民法 第868條 [Mittelbarer Besitz]

Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer[mittelbarer Besitz]. (用益權者, 質權者, 用益賃借人, 使用賃借人, 保管者, 또는 이와 유사한 關係에 있는 者로서 타인에 대해서 일시 占有하는 權利와 義務을 가지는 者가 物件을 占有하는 때에는 그 他人도 이 占有者라고 한다[間接占有]).

28) Höniger, a. a. O., S. 102.

29) Höniger, a. a. O., S. 112.

30) Vgl. Zeiler, die Sicherungsüberreignung von Warenlagern, DnotV, 1912, S. 65.

가 個個의 動産을 處分할 수 있는 것은 讓渡擔保權者가 設定者에 대해서 獨逸 民法 第 185條 第1項³¹⁾을 根據로 하는 處分授權 때문이라고 說明하는 것이 支配的 見解이다³²⁾. 授權에 관해서는 獨逸에 있어서도 다툼이 있는 것 같지만, 處分授權을 認定하는 것은 一般의이다.

그리고 處分權과 讓渡擔保權者의 間接占有와의 關係에 관해서는, 다음과 같이 說明한다. 즉 在庫商品의 讓渡擔保에 대한 設定者와 讓渡擔保權者間의 關係는 獨逸 民法 第868條에 規定된 “類似의 關係”(ähnliches Verhältniss)에 該當하는 것이므로, 讓渡擔保權者는 間接占有를 取得할 수 있다고 한다³³⁾. 獨逸 帝國 裁判所의 判例³⁴⁾도 이와 같은 思考 方式을 支持하고 있다. 그리고, 이 見解는 오늘날에도 支持되고 있다³⁵⁾.

② 事前의 所有權 讓渡의 合意·占有改定의 問題

예를 들면, Lübtow는 事前의 所有權 讓渡의 경우에 있어서, 讓渡人에게 物을 讓渡한 者(原所有者)로부터 讓受人에 直接 그 物件의 所有權이 移轉하는 것은 아니고, 所有權은 原所有者, 讓渡人, 讓受人의 順序로 移轉하는 것으로 된다고 主張했다³⁶⁾. 즉 讓渡人이 物件의 所有權을 取得하고, 곧 바로 所有權은 讓受人에 移轉하는 것이라고 해도, 論理的으로 一時點에 있어서 讓渡人이 物件의 所有者로 되는 것이다³⁷⁾.

또한 事前의 占有改定의 效力을 認定하는 立場의 根據는, 制定法이 占有改定을 認定하는 것에 따라서 이미 公示의 徹底를 放棄하고 있다고 하는 점에 있다고 主張한다³⁸⁾. 이리하여 現在에는, 事前의 所有權 讓渡의 合意·占有改定을 肯定하는 立場이 支配的으로 되어 있다. 다만 實際로 그것들의 效力이 생기기 위해서는 各各에 관하여 讓渡人이 物件의 (直接) 占有를 取得한 時點에서 所有權을 讓渡하는 意思, 讓受人을 위해서 目的物을 占有하는 意思를 가지고 있지

Zeiler는 獨逸 民法 第1067條 第1項을 在庫商品의 讓渡擔保에 適用하는 것에 따라서 設定者의 處分權을 基礎로 삼았다. 이 규정에 의하면, 設定者가 所有權을 가지고 있는 것이지만, Zeiler는 이것을 當事者의 約定에 의해서 排除할 수 있는 것이라 주장했다.

- 31) 獨逸 民法 第185條[Verfügung eines Nichtberechtigten] (1) Eines Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt. (非權利者의 目的物에 대한 처분은 權利者의 同意를 얻어서 행한 경우에는 有效하다).
- 32) Wolff/Raiser, a. a. O., S. 739 ; Weimar, Die Sicherung von Krediten, 2. Aufl., 1972, S. 18 ; Weber, Sicherungsgeschäfte, 3. Aufl., 1986, S. 96 ; Schwab, a. a. O., S. 157 ; Baur, a. a. O., S. 567.
- 33) Salinger, 'Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung?', Verhandlungen des 31. DJT. Bd. 1, 1912, S. 409, 442 ; Weinhausen, Die Sicherungsübereignung, 1928, S. 71.
- 34) RG, 1. 5. 1917, Recht 1917, Nr. 1422.
- 35) Serick, Abschied von fragwürdigen Kommisionsklauseln, BB 1974, S. 285, 288.
- 36) Lübtow, 'Das Geschäft "für den es angeht" und sogenannte "antezipierte Besitzkonstitut"', ZHR 112 (1949), 227, 256f.
- 37) Westermann, a. a. O., S. 195 ; Baur, a. a. O., S. 456.
이와 같이 讓渡人이 論理的으로는 一時點에 있어서 所有權을 取得하는 것이라고 말하는 것을 獨逸에 있어서는 "Durchgangserwerb"라고 부르고 있다. 그리고 事前의 所有權 讓渡의 경우에는, 物件의 所有權은 讓渡人에 歸屬한 後에 讓受人에 移轉하는 것으로 된다고 하는 見解가 支配的으로 있다고 말한다.
- 38) Lübtow, a. a. O., S. 260 ; Westermann, a. a. O., S. 195 ; Baur, a. a. O., S. 456.

않으면 안된다고 解釋하는 것이 通說이다. 그러나 通說이 그와 같이 解釋하는 것은, 獨逸 民法이 所有權의 讓渡에 관해서 引渡主義를 採擇한 것과 關聯되어 있다. 따라서, 이 점은 獨逸 民法 特有的 問題로서 位置하고 있다고 하겠다.

4. 日本의 경우

4.1. 集合物 概念의 問題

日本에 있어서도, 從來에는 流動動產 讓渡擔保의 物權的 效力을 否定하는 立場이 있었다. 예를 들면 松本博士나 末弘博士는 現行民法下에 있어서 集合物을 單一의 物權의 客體로 認定하는 것은 可能하지 않다고 主張했다. 더우기 流動動產 讓渡擔保의 物權的 效力을 否定하고 있다. 近來에도 石田博士는 다른 債權者의 利益의 保護 등을 理由로 流動動產 讓渡擔保의 物權的 效力을 否定해야 한다고 한다. 그러나 現在 日本에 있어서는, 流動動產 讓渡擔保의 物權的 效力을 認定하고, 그 경우에 集合物이라고 하는 客體에 1個의 所有權 또는 讓渡擔保權이 成立하는 것을 認定하는 立場이 通說이다. 따라서 여기서는 우선, 集合物 概念에 관한 日本의 學說을 檢討하기로 한다.

4.1.1 集合物론의 내용

集合物論을 최초로 主張한 者는 我妻榮博士이고, 오늘날에 있어서도 集合物論의 內容은 我妻榮博士의 理論에 의거하고 있다. 그러므로 以下에서는 我妻榮博士의 理論을 檢討한다.

我妻榮博士는, 集合物의 意義를 Gierke의 見解에 따라, 「繼續的인 共同 目的에 따라서 客觀的으로 結合되어 있기 때문에 一般的인 去來觀念上 單一의 物件으로서 取扱되는 多數의 物件의 集合」이라고 한다. 關聯되는 集合物 위에 1個의 物權이 成立할 수 있는 要件으로서, 첫째, 集合物을 構成하는 個個의 物件에 個別的으로 提供하는 利益과는 獨立한 獨自의 利益을 集合物이 提供할 것, 둘째, 集合物을 一體로서 取扱하는 것에 따른 公示의 原則을 깨지 않을 것을 要件으로 한다. 그리고 企業·財團은 첫째 要件을 明確히 充足하고 있다. 다만 이것들은 그 內容이 變更함에도 불구하고, 한개의 統一體로서 同一性이 認定되기 때문에, 이 統一體 위에 占有改定을 認定하는 것이고, 公示도 可能하다고 하여 둘째의 要件도 充足된다고 한다³⁹⁾.

또한 我妻榮博士는 集合物에 속하는 個個의 物件의 獨立性을 認定한다. 즉 「集合物을 構成하는 個個의 物件은 經濟的으로도 그 個性을 喪失하는 것은 아니기 때문에, 法律的으로도 그 個性을 認定하는 傾向은 當然하다. 따라서, 結局, 個個의 物件은 集合物의 構成部分인 關係에 있어서는 集合物의 法律의 變更에 따르고, 個個의 物件으로서 獨立性을 가지는 關係에 있어서는 獨立의 法律的 變動에 따르는 二面性을 가지는 것이라고 보는 傾向이다」⁴⁰⁾라고 한다. 그리

39) 我妻 榮, 「民法研究IV」, 「エルトマンの提案」, 有斐閣, 1967, 188면.

고 集合體로부터 離脫한 物件은 集合體의 所有權의 內容인 것으로 부터 除外되고, 集合體에 追加된 物件은 集合體의 所有權의 內容에 包含되는 것은, 그 所有權이 集合體라는 統一體上的 支配權이라는 것의 당연한 歸結이라고 主張한다. 더우기 我妻榮博士는 위에서 言及한 理論은 構成要素가 變動하는 在庫商品에도 妥當하다고 主張한다⁴¹⁾.

4.1.2 집합물의 개념과 일본 민법 제85조의 의미

위에서 살펴본 것과 같이, 集合物論은 商品의 集合 위에 單一의 物權 혹은 所有權이 成立하는 것을 認定하지만, 日本 民法 第85條는 “物=有體物”主義를 취한다. 그리고 集合物에는 有體性이 없다고 하는 것(즉 個個의 物件에는 有體性이 있지만, 集合物 自體에는 有體性이 없다는 것을 意味)이 從來의 通說이다⁴²⁾. 그러므로 第85條의 意義에 관하여 檢討할 必要가 있다. 優先, 第85條가 實質的인 意義를 가지는 것을 否定하고, 단지 述語的인 意義밖에 認定하지 않는 見解⁴³⁾도 있지만, 이것은 극히 소수의 見解이다. 그 다음으로, 第85條가 實質的 意義를 가지는 것을 前提로 한 경우에, 從前의 學說은, 이 規定은 物權의 客體를 有體物에 限定한다는 德 意義를 두었고, 어떠한 意味에 있어서는 總則的인 意義를 가지는 規定이라고 보는 傾向이 강했다⁴⁴⁾. 그러나 川島博士는, 第85條가 獨逸 民法 第1草案 第778條를 模範으로 한 것임을 根據로 第85條는 物權, 특히 所有權의 客體를 有體物이라고 한 規定이라고 主張했다. 最近에는 이 立場이 오히려 支配的으로 되어 있다. 다만 有體物의 意義에 관하여는, 空間의 一部를 占하는 類型的 存在가 有體物이라고 解釋하는 것이 通說이다⁴⁵⁾. 感性的인 知覺의 可能性을 要求하는 立場은 거의 存在하지 않는다. 또한 獨逸의 通說과 같이 空間的인 限界附與를 要求하는 見解는 소수이다. 다만, 物件의 要件으로서 獨立性을 要求하여, 그 때문에 空間的인 限界附與의 必要性을 主張하는 立場이 있다⁴⁶⁾. 더우기 物件의 個數 評價의 基準도 問題이지만, 一般的으로 物件의 個數를 決定하는 것은 結局 去來上의 通念이라고 하고 있다.

4.1.3 견해의 분석

위에서 본 것과 같이, 第85條가 가지는 意義는 獨逸 民法 第90條가 가지는 意義와 거의 같다. 따라서 獨逸의 경우와 같이, 在庫商品 등의 動産의 集合을 1個의 物件이라고 보는 것은 대단히 곤란하다. 즉 個個의 動産이 獨立한 物權의 客體인 것은 不動의 前提이고, 이것은 그

40) 我妻 榮, 新訂民法總則, 東京, 岩波書店, 1965, 206면.

41) 我妻 榮, 前掲民法總則, 206면.

42) 川島武宜, 民法總則, 東京, 有斐閣, 1965, 150면; 四宮和夫 民法總則(第4版), 東京, 弘文堂, 1986, 122면; 이 점은, 起草者도 集合物을 1개의 物件으로 보는 것은 아니라고 記述한다(法典調査會·民法主査會議 事速記錄 第6卷 9丁).

43) 甲斐道太郎, 民法講義 I 改訂版, 有斐閣大學雙書, 1981, 134면.

44) 我妻 榮, 前掲民法研究IV, 201면; 末川 博, 新版民法(上), 東京, 岩波書店, 1948, 50면.

45) 末川 博, 前掲書, 50면; 四宮和夫, 前掲民法總則, 121면; 米倉 明, 「民法講義-總則, 物(二)」, 法學教室, 1983, 5, 39면; 甲斐道太郎, 前掲書, 134면.

46) 甲斐道太郎, 前掲書, 136면; 幾代 通, 民法總則(第二版), 東京, 青林書院新社, 1984, 158면.

것들의 集合이 獨立한 物權의 客體로 되는 것을 妨害한다. 왜냐하면, 2個의 物權은 竝立할 수 없기 때문이다. 我妻榮博士의 理論은 個個의 動産의 「二面性」에 따라서 두개의 物權의 竝存을 認定한다고 하지만, 「二面性」이라고 말하는 說明만에서는 두개의 物權의 矛盾이라는 問題點을 解消할 수는 없다. 또한 我妻榮 說은 個個의 動産의 流動性은 集合物上에 所有權이 成立하는 것이기 때문에 당연히 導出되는 것이라고 생각하고 있다. 그러나 이와 같은 思考方式은 특히, 個個의 動産이 集合物上의 支配로 부터 離脫하는 점에 관해서 의문이다. 왜냐하면 物件의 集合을 單一의 客體로서 取扱하는 것은 集合의 一體的 處理에 應하는 것이고, 오히려 個個의 動産이 集合으로부터 離脫하는 것에 대해서 障害로 되는 것이라고 생각되기 때문이다. 따라서 從來의 集合物論은 個個의 動産의 流動性을 適切하게 基礎附與 하고 있지 않다고 보여진다⁴⁷⁾.

4.2 學說의 紹介

集合動産 讓渡擔保에 있어서 集合動産의 流動性을 維持한 채로 擔保化 하기 위한 法的 構成에 있어서는, 從來 學說이 대립한다. 그러나 日本에서 이점에 관해서는 지금까지 集合物論이 壓倒的으로 優勢하고, 分析論은 理論的으로 提起되는 反對說로 밖에 지나지 않았다. 그러나 그후 比較法이나 立法論의 研究가 進展하여 점차 事態에 變化가 發生하고 있다. 즉 集合物論에 大幅的인 修正을 加한 理論이 出現했다. 더우기 第三의 學說이라고도 말하는 見解로서 「價値範疇說」 혹은 「限定浮動擔保說」이라든가 「債權說」 등이 主唱되고 있는 것은 學說史的으로 중요한 意味를 가지는 것이라고 볼 수 있다. 따라서 以下에서는 이들에 관해 살펴 보 고자 한다.

4.2.1 집합물론

4.2.1.1 집합물론의 의의

오래된 流動動産 讓渡擔保의 無效論에 대항하여, 그 物權으로서의 有效性을 認定함에 그치지 않고, 이와 같은 擔保制度의 「二面的 機能」을 確保한다고 理論構成하는 경향이고, 日本에서는 昭和 初期 我妻榮博士에 의해 제창된 것이다⁴⁸⁾. 그후 곧바로 學界에 定着하여 今日에 미치고 있으며, 最高裁判所에 의해서도 確認되고 있는 것이다. 그 理論的 中心은 舊獨逸 게르만法의 碩學 Otto Gierke의 제창에 關聯하는 「集合物」의 觀念을 이와 같은 擔保의 機能에 관한 前記의 「二面性」을 說明하기 위해서 援用한 構成이고, 集合動産의 法的 歸屬關係에 관하여 독특한 「二面的 歸屬」을 說明하는 것이다. 즉 이 讓渡擔保의 客體는 多數의 有體動産을 構成部分으로서 形成되는 一個의 「集合物」이고, 「集合物」은, 그 構成部分인 個別動産과는 別個의 「一物」로서 그 所有權이 債權者에 讓渡된다. 그리고 個別動産은 「集合物」의

47) 古積健三郎, 「流動動産讓渡擔保に關する理論的考察(二)」, 京都大學法學論叢, 第133卷 第6號, 1933, 54면.

48) 我妻 榮, 「集合動産の讓渡擔保に關するエルトマンの提案」, 法協, 第48卷 4號, 1930 : 我妻 榮, 前掲民法研究IV, 190면.

構成部分으로서 그것에 속하는 限에 있어서는 讓渡擔保의 支配를 받는다(個別所有權이 擔保債權者에 移轉한다). 그러나 반면에, 個別動産은 원래 有體物으로서의 獨自의 存在를 喪失하는 것은 아니고, 集合物로 부터 離脫하는 限, 獨自의 經濟的·法的 運命에 따르고, 設定者의 營業行爲에 따라서 有效하게 第3者에 移轉된다고 한다. 그리고 後者의 關係는 前者의 集合物의 管理·利用關係로 構成하는 것에 따라서 모순없이 說明하는 것이 可能하다고 主張하는 理論이다. 이 理論은 또한, 이 擔保의 對抗要件에 관해서도 特色을 나타내 보인다. 즉 이 擔保設定의 對抗要件은 占有改定으로 足하지만, 그것이 최초의 集合物에 관하여 具備되면 그 效力은 集合物으로서의 同一性을 잃지 않는 限, 構成部分이 變動한 後의 集合物에도 미친다. 따라서 後에 集合物에 追加된 個別動産도, 당연히 債權者에 引渡되는 것이 된다고 한다. 後에 이루어진 個別動産 搬入의 對抗要件이 遡及的으로 認定된 것이라고 해도 좋다고 한다⁴⁹⁾.

集合物論은, 이와 같은 擔保의 前記와 같이 二面的 機能을 보장하기 위한 日本에 있어서 最初의 本格的 構成이고, 그 昭和 初期 以來 오랫동안 繼續해서 學界·實務界의 雙方에 미친 指導的 役割은 지극히 높게 評價된다. 그러나 「集合物」카테고리의 解釋學的 記述概念으로서의 有效性은, 現時點에서는 이미 不充分하다고 하지 않을 수 없다. 이 게르마니스트(Germanist)의 카테고리는 예컨대, 게르만 村落共同體에 대한 村民의 아루멘데(アルメンデ)의 利用關係 등에 나타나는 物權秩序의 「物」的 側面的 抽象化에 따라서 形成된 것이다. 그것은 高度의 抽象化를 附與한 概念이기 때문에 近代 資本制社會에 있어서 「價値와 價値와의 交換」을 본래의 內容으로 하는 融資去來를 媒介하는 物的 擔保가 多數物의 集合으로 있는 경우에, 그 總體的 把握을 위해 法技術 概念으로서 이것을 利用하는 것은 물론 可能하다. 그러나 無占有 擔保에 있어서 이 集合物性을 一定期間 安定的으로 維持하는 것은, 原則으로서 個個物件의 流動性(商品化)을 抑制하지는 않는다. 이와 같은 억제는 前近代社會의 物權秩序에 있어서는 강력한 共同體的 サクツヨン(이른바 經濟外的強制)에 따라서 擔保된 것이지만, 近代 社會에서는 물론 法的 規制에 의해서 할 수 밖에 없다(예를 들면, 工場抵當法 第13條 第2項, 第14條, 第49條 參照). 그런데 流動動産 讓渡擔保에 있어서, 多數 動産에 統一性을 保持하는 要因은 前記의 基準만이고, 더우기 個別動産의 流動性은 規制되기는 커녕, 반대로 한층더 自由화가 要求되는 것이다. 따라서 이 資本財로서의 流通面에 있어서 相對方, 기타와의 利害關係도 점점 복잡화되고 있다. 이들의 擔保當事者의 內部關係와 個別動産의 流動에 隨伴하는 外部關係와의 二面に 있어서 利害의 複雜한 對立의 法的 處理를 全部 이 「集合物」카테고리에 부담시키는 것은 이미 곤란하지 않는가라고 생각한다⁵⁰⁾.

4.2.1.2 수정집합물론

49) 米倉 明, 讓渡擔保의 研究, 東京, 有斐閣, 1976, 150면 以下 : 米倉教授에 의하면, 通說의 見解를 展開하는 限, 集合物論과 分析論과의 實際上 適用의 差異를 대부분 認定한다. 다만, 이 점에 관해서, 具體的으로 破産法(第72條 第1號, 第5號)上의 危機否認의 問題에 관하여, 이 擔保가 債務者의 危機發生 前에 設定된 것인 限, 危機發生 後에 個別動産이 搬入되어도, 否認의 對象이 되지 않는다고 해석하는 것이 가능한 점에서, 分析論에 比해서 債權者로서 集合物論의 有用性이 認定된다고 한다. 다만 오늘날에는, 集合物論者 中에도 이 점의 해석에 관하여는 異論도 적지 않다.

50) 福地俊雄, 「流動動産讓渡擔保의 基本的性格および效力」, 民商法雜誌(110-6-1) 1994, 943면.

이것에 속하는 것으로서는, 특히 다음과 같은 二說이 있다.

- ㉗ 第一의 理論⁵¹⁾으로서, 이는 流動動産이 固定化하지 않은 段階에 있어서, 이 擔保權의 客體는 集合物 自體만이고, 擔保權의 效力은 個別動産에 미치지 않는다. 그러나 固定化 以後는 複數의 個別動産의 讓渡擔保로 轉化해서 集合物에 관하여 具備된 對抗要件이 그대로 個別動産의 그것에 轉化한다. 따라서 個別動産에 관해서의 對抗要件 具備의 時期는, 集合物에 관하여 그것이 具備되는 時期로 된다고 한다. 이 見解는 通說·判例의 集合物論의 重核이라고도 말하는 「二面的 歸屬」構成의 一面을 否定하여 後術의 價値範疇說 등과 同一한 二段階說을 主張하는 점에 특색이 있다고 할 수 있다. 다만, 個別動産이 擔保化한 경우, 그 對抗要件의 遡及效를 認定하는 점에는 從來의 集合物論과 同一하다.
- ㉘ 第二의 修正理論⁵²⁾은, 流動動産의 集合物에 관하여 그 「經濟的 一體性」을 強調하지만, 法的으로는 個別動産을 構成部分이라고 하는 一物性を 否定함과 同時에 「擔保權」은 設定者가 所有權을 保有하는 個別動産上에 成立한다고 하는 說이다. 이 見解도 通說의 集合物論의 「二面的 歸屬」構成의 一面(上記 理論과는 다른 面)을 否定함과 同時에 設定의 段階부터 個別動産上에 擔保權이 成立하는 것이라고 보는 점은, 약간 分析論에 接近하는 傾向처럼 보인다.

4.2.2 분석론

日本에 있어서도 종종 學說에 의해서 分析論이 說明되고 있지만, 이 說의 目的物의 流動性에 관한 構成은 다음과 같다. 즉 將來에 加入되는 動産에 대해서 讓渡擔保의 效力이 미치는 것은, 그 動産에 관하여 事前에 所有權 讓渡의 合意 및 占有改定이 되어 있기 때문이고, 또한 設定者가 個個의 動産을 營業活動으로 搬出 및 處分할 수 있는 것은, 處分을 解除條件으로 하는 事前의 合意에 의하여 所有權이 讓渡되기 때문이라고 한다⁵³⁾. 이 사고 方式은 解除條件附의 讓渡라고 하는 構成 以外の 점에서는 獨逸의 支配的 見解와 같다. 그리고 이와 같은 說明도 充分히 可能하다고 하는 것이 多數의 見解이다. 예를 들면, 事前에 所有權讓渡의 合意가 認定되는 根據로서, 民法 第176條의 意思主義를 들고 있다⁵⁴⁾.

分析論은, 獨逸에 있어서는 傳統的으로 通說의 地位를 維持하여 오고 있는데 반해, 日本에서는, 活性化의 端緒에 있는 程度이다. 具體的인 問題의 상세한 構成은 今後의 問題이지만, 이 擔保의 前記의 二面的 機能이 엄격한 논리에 따라서 균형있는 보장이 얻어지게 되는 것을 기대한다.

51) 道垣內弘人, 擔保物權法, 東京, 三省堂, 1990, 279면 以下.

52) 千葉惠美子, 「集合動産讓渡擔保の效力 - 設定者側の第三者との關係を中心として (1)~(4)完」, 東京, 判タ 756號, 761號, 763號, 766號, 1991.

53) 我妻 榮, 前掲民法研究IV, 153, 190면.

54) 於保不二雄, 財産管理序說, 東京, 1954, 302면 : 즉 讓渡擔保權者에 의한 目的物의 間接占有의 取得을 위한 占有代理關係의 存否의 問題는, 間接占有의 성립을 위해서 占有代理關係가 存在하는것을 明文으로 要求하지 않고, 일본의 民法下에서는 그다지 表面化하고 있지 않다. 다만, 비록 이 문제가 表面化하여도 아마 獨逸의 通說과 다툼이 없고, 占有代理關係는 讓渡擔保契約에 의해 成立한다고 한다.

4.2.3 제3의 구성이론

4.2.3.1 가치범주론

近來에 伊藤進教授에 의해 價値範疇論⁵⁵⁾이라고 하는 새로운 法的 構成이 主張되고 있다. 伊藤眞教授는 從來의 集合物論에 의해 在庫商品을 一個의 物件이라고 하는 것은 理論的으로 不可能한 것이라고 主張한다. 그리고 「集合動産 讓渡擔保는 集合物이라고 하는 概念으로 限定된 價値範疇內에 있는 有體的 動産에 包含되는 限度의 浮動的 價値를 擔保的으로 支配하는 것으로서, “限定的 浮動擔保”라고 하고 있다. 集合動産 讓渡擔保는 이와 같이, 限定的으로 그 構成要素를 價値範疇內에 있는 有體動産이라고 한 것에 의해서, 그것이 客觀的인 公示를 갖추는 限, 實行時에 있어서 價値範疇內에 있는 動産으로 부터 清算 혹은 所有權取得이라는 方法에 의해서 優先的으로 被擔保債權의 辨濟를 받을 수 있다고 하는 效力도 附與되고 있다」라고 한다⁵⁶⁾.

다른 面에서, 伊藤進教授는 擔保의 實行前에는 擔保權者는 個別動産에 대한 擔保的 效力을 미치고 있는 意味는 아니라고 主張한다⁵⁷⁾.

그러나 이 立場에 대해서는, 첫째, 集合物論과 價値範疇論은 同一한 것을 다른 側面에서 보는 것 뿐이고 從來의 集合物論에 더하여 價値範疇라는 考察方法을 꺼내는 것은 問題를 혼란이나 복잡하게 할 우려가 있고, 價値를 支配한다고 하는 점은 통상의 擔保物權에 타당한 것이고, 價値의 支配라는 점을 強調하는 實益이나 必要性은 없다고 하는 批判이 가해진다⁵⁸⁾. 둘째, 個個의 動産에 대한 擔保的 效力을 否定하는 것은, 實質的으로 流動動産 讓渡擔保의 物權의 效力을 否定하는 것과 다름이 없다는 批判이 있다. 다만 두번째 批判에 대해서 伊藤進教授는, 다음과 같은 見解를 나타내고 있다. 즉 個個動産은 集合物을 構成하는 하는 限, 讓渡擔保의 부담을 實質的으로 받고, 集合物을 構成하고 있지 않는다면 그 부담으로부터 해방되는 것에 있지만, 不當處分의 경우에는 讓渡擔保權者는 當該動産이 集合物을 構成하고 있는 物件으로서 對抗할 수 있고, 第3取得者에도 讓渡擔保의 效力을 主張할 수 있다고 한다. 그러나 이와 같은 思考方式에 대해서는, 價値範疇論과 集合物論과의 差異가 거의 없다는 것에 의문이 提示되고 있다⁵⁹⁾. 또한 다음과 같은 批判도 있다⁶⁰⁾. 첫째, 價値範疇論에서 擔保權의 實行에 의해 集合動産 讓渡擔保權의 追及力이 肯定되는 積極的 根據가 提示되어 있는 것은 아니다. 價値範疇論이 主張하는 바와 같이 擔保權實行時點에서 浮動擔保와 個別動産上의 權利의 優劣關係, 追及力의 有無가 法政策的인 問題라고 한다면 集合動産讓渡擔保權에 위의 效力을 附與하는 法政策的인 根據가 前提되지 않으면 說得的이라고 할 수 없다.

55) 伊藤 進, 「集合動産讓渡擔保理論의再檢討」, *ジュリスト*, 第699號, 1979. 9, 92면 以下; 同 「集合物讓渡擔保의法律構成 - 個別動産에對する效力의問題」, *明大法學部 100周年論集*, 1980, 117면 以下; 同 「集合動産讓渡擔保와 個別動産上의擔保權との關係」, *法律論叢*, 第61卷 第1號, 1988 및 *現代財産法研究會編 「讓渡擔保의法理」*, *ジュリスト增刊*, 1987, 150면 以下.

56) 伊藤 進, 前掲 「集合動産讓渡擔保理論의再檢討」, 97면.

57) 伊藤 進, 前掲 「集合動産讓渡擔保의法律構成 - 個別動産에對する效力의問題」, 123면.

58) 吉田眞澄, 「集合動産의讓渡擔保(3)」, *NBL* 217號, 1980, 46면.

59) 角紀代恵, 「商品と原材料等の擔保化」, *金融擔保法講座III*, 1986, 61면.

60) 千葉憲美子, 前掲論文, 39면 以下.

둘째, 價値範疇論은 集合動産讓渡擔保는 그 構成要素를 價値範疇에 의해 限定된 浮動擔保라는 것을 強調하지만 會社의 數地內에 存在하는 一體의 在庫商品이라는 소위 全部讓渡方式이 行해진 경우 과연 企業擔保에 比해서 動産去來의 安全을 해하지 않는다고 말할 수 있을 것인가, 이와 같은 價値範疇論을 分析해 보면 擔保權의 實行에 의해 個別動産의 流動化가 正지한다는 것, 固定化하는 것이 理論의 前提가 되어 있기 때문에 擔保權의 實行에 의해 集合動産讓渡擔保權의 效力은 個別動産에 미친다고 說明하고 있는 것에 불과하다고 생각된다.

셋째, 企業擔保의 效力을 類推해서 個別動産이 流動性을 가지고 있는 限 集合動産擔保權의 效力은 個別動産에 미치지 않는 것이라면 論理的으로는 通常의 營業範圍外의 處分의 경우에도 讓受人은 集合動産讓渡擔保權을 主張하는 것은 아니라고 解釋할 수 있다. 대신에 設定者와 擔保權者間에 通常의 範圍內에서만 當該 動産을 處分할 수 있는 約定이 있다고 하더라도 設定者가 위 約定에 違反한 것을 原因으로 하여 集合動産讓渡擔保權者에 대해서 債務不履行責任을 負擔하는 데 그치는 것은 당연하다. 그러나 價値範疇論에서는 設定者가 集合動産讓渡擔保權者에 대하여 價値保持의 義務를 지기 때문에 不適正한 處分은 許容되지 않는다고 해서 當該動産에 대한 集合物로부터 해방은 認定되지 않는다고 解釋하고 있다. 보다 具體的으로는 個別動産의 處分은 有效하더라도 讓渡擔保權者가 그 個別動産이 讓渡擔保의 目的인 集合物을 構成하고 있다는 것을 讓受人에게 對抗할 수 있다고 解釋하고 있다. 그러나 擔保權實行前에서는 設定者의 處分行爲는 限界가 있고 不適正한 處分의 경우에는 當해 動産이 集合物의 構成物이라 해서 讓渡擔保權의 效力이 미칠 수 있다면 傳統的 集合物論이 主張하는 바와 같이 擔保權 實行前에 있어서도 集合動産 讓渡擔保의 效力이 個別動産에 대해서 미친다고 解釋하는 것이 무리가 아닌가 하는 批判이 있다.

그리고, 下森博士의 「特定範圍 責任財産上의 包括擔保」라고 構成하는 見解⁶¹⁾나, 山野目博士의 「限定浮動擔保說⁶²⁾」등도 前述한 價値範疇說과 同一한 傾向에 속하는 것이다.

4.2.3.2 채권설

이것은 石田博士의 所論⁶³⁾이다. 前述한 價値範疇說이 價値支配를 위해서 一定範圍의 個別動産을 「範疇」內에 拘束하는 것이라고 하지만, 이 拘束의 性格에 관하여 이것을 設定者의 債權의 義務라고 하는 것이 이 說의 特色이다. 다만, 設定者의 一般債權者의 押留에 대해서는 擔保權의 優先效를 認定한다는 것이다.

4.2.3.3 결어

分析論은 集合動産 讓渡擔保에 대해서 傳統的인 民法理論의 테두리 안에서 처리하려고 하지

61) 下森 定, 物權法重要論點研究, 「集合物(流動動産)의 讓渡擔保」, 酒井書店, 1991, 110면 以下.

62) 山野目章夫, 「流動動産讓渡擔保의 法的構成」 - 限定浮動擔保理論의 構築의 ために -, 法律時報, 第65卷 9號, 1993, 21면 以下.

63) 石田喜久夫, 「流動動産의 讓渡擔保契約」, 法7298號, 1979, 52면 以下; 同, 現代契約法, 日本評論社, 1982, 189면 以下; 同, 集合動産의 讓渡擔保, 乾編 土地法の理論的展開, 法律文化社, 1990.

만, 그 法理構成이 현저하게 形式的이며, 破産法上的 否認權과 債權者 取消權과의 關係에서 個個의 流入動産에 대한 讓渡擔保의 設定時期가 늦어, 讓渡擔保權者가 不利한 地位에 서게 되는 등의 理由로 現在에는 集合物의 概念을 積極的으로 認定하는 集合物論을 채택하는 見解가 通說이며⁶⁴⁾, 判例의 確固한 基本立場이기 때문에 오히려 지금은 分析論이나 集合物論이나라는 抽象的인 論議 보다는 集合動産 讓渡擔保의 目的物의 特定 등의 具體的인 問題에 關心이 集中되고 있다.

5. 우리의 學說 및 判例

集合動産 讓渡擔保의 有效性을 認定하는 경우에도, 集合動産을 別個의 動産으로 分解해서 그 別個의 動産마다 讓渡擔保가 設定되는 것으로 構成하는 分析論과 集合動産을 一括해서 그것 自體에 대해서 讓渡擔保가 設定되는 것으로 理論 構成하는 集合物論이 있으며, 기타의 理論도 간략히 살펴보고자 한다.

5.1 學說의 紹介

5.1.1 분석론

一物一權主義를 취하는 民法의 立場을 충실히 踏襲하여 集合動産讓渡擔保의 法的構成을 하는 理論으로서 集合物 全體를 一個의 擔保目的物로 생각하지 않고 擔保目的物의 數에 相應하는 讓渡擔保가 設定되지만 便宜上 設定이나 效力 등을 一體로 取扱할 뿐이라는 理論이다. 流入·流出하는 動産과 讓渡擔保의 拘束力과의 關係에 대해서는, 流動動産에 있어서는 設定時에 存在하는 個個의 動産이 尙차 設定者에 의하여 流出되어 讓渡擔保에 提供된 動産集團으로부터 離脫하는 것을 解除條件으로 하여 讓渡擔保에 提供되며, 將來 設定者에 의하여 取得되어 그 集合動産에 加入되는 個個의 動産은 加入을 停止條件으로 하여 讓渡擔保契約이 締結된 것이라고 한다. 또 後에 流入해 들어 온 動産이 引渡, 즉 占有改定에 의하여 讓渡擔保의 成立要件을 갖춘 時點에 관하여 動産이 流入해 오는 것을 停止條件附로, 流入時에 그 條件에 대하여 당연히 讓渡擔保權者가 占有權을 取得한다고 하는 停止條件附 占有改定契約(事前占有改定契約 또는 先行占有改定契約 antizipieres Konstitut)을 締結할 必要가 있다고 한다.

分析論은 民法의 有體物主義, 一物一權主義에 충실한 立場이지만, 工場抵當이나 財團抵當 등을 承認하고 있는 特別法(工場抵當法, 鑛業財團抵當法)을 包含한 全民法體系 가운데에서, 權利의 客體가 될 수 있는 것은 個個의 物件이고 物件의 集合體는 아니라고 하는 의미의 一物

64) 我妻 榮, 新訂擔保物權法, 岩波書店, 1968, 663면; 柚木 馨·高木多喜男, 擔保物權法[第3版](法律學全集 18), 有斐閣, 1983, 555면 以下; 米倉 明, 讓渡擔保の研究, 有斐閣, 1976, 174면; 川井 健, 擔保物權法(現代法律學全集7), 青林書院, 1975, 215면.

一權主義가 不可侵의 原理·原則이라고 하여야 하는가라는 의문이 있으며, 또한 多數의 動産에 관하여 個別的으로 權利가 變動한다고 法理構成하는 것은 集合動産을 一體로 處理하려는 社會的·經濟的 要請이나 當事者의 意思에 反하는 擬制的인 法的 構成이라고 批判되고 있다. 또한 擔保設定後의 目的物로서 補充되는 動産에 관하여서는 第3者에 의한 詐害行爲取消權, 設定者에 대한 破産·會社整理節次上에 있어서의 否認權 및 租稅債權과의 優劣關係 등에서 讓渡擔保權者에게 不利하게 作用할 可能性이 있다. 또 한편 一物一權主義와의 關係에서는 모순없이 說明되지만, 設定者에 의한 目的物의 處分이나 補充의 問題를 說明하는 데는 集合動産讓渡擔保의 現상에 適合한 說明이 되지 못하는 등 分析論에 대한 많은 批判이 있어서 學說上 이 理論을 支持하는 者는 거의 없는 實情이다.

5.1.2 집합물론

集合動産 讓渡擔保의 理論的인 究明은 分析論에서 시작되었지만, 分析論은 學說上 거의 定着되지 못하였고 現在에 이르기까지 集合物論이 多數說의 位置를 점하고 있다.

集合物論에 의하면, 集合物論은 集合物을 그 構成要素인 個別動産의 變動에도 불구하고 個別動産과는 別個·獨立된 하나의 權利客體로 보아 集合動産이라는 經濟的 統一體를 獨立해서 한개의 讓渡擔保의 客體로 把握하는 立場이다.

이 見解에 따르면, 個個의 動産이 集合動産으로부터 離脫한 경우에 讓渡擔保의 拘束을 免하고, 個個의 動産이 集合動産에 流入하는 경우에 讓渡擔保의 拘束을 받게 되며(集合動産의 離脫·流入과 讓渡擔保의 拘束力), 集合動産에 대한 讓渡擔保가 設定되고 占有改定이 이루어지면 後에 流入되는 個個의 動産은 集合動産의 構成部分이 되어, 당연히 集合動産의 讓渡擔保의 拘束을 받아 占有引渡로서의 讓渡擔保의 成立要件을 갖춘 것으로 하는 見解를 말한다.

또 讓渡擔保設定者에 의한 個別動産의 處分은 目的物 利用權限의 當연한 內容이고, 目的物의 補充은 利用契約의 本旨에 따라 目的物을 利用하면서 그 價値를 쓸데없이 減少시키지 않으려는 데서 생기는 當연한 義務라고 說明된다.

따라서 集合物論에 의하면 集合物이라는 一定範圍의 物件의 集合體가 定해지면 그 集合體로서의 同一性を 損傷시키지 않는 限 個個動産의 集合物로부터의 離脫이나 集合物에로의 加入을 問題삼을 必要가 없어, 設定者에 의한 目的物 處分이나 補充의 問題, 나아가 補充時 成立要件의 問題 등을 說明하는 데 아무런 支障이 없다. 그러나 그 反面에 民法上 物件의 概念을 定한 民法 第98條와 一物一權主義의 原則 등과의 關係에서 볼때 有體物이 集合體를 一個의 權利客體로 할 수 있다고 하기 위해서는 좀더 깊은 說明이 必要하다. 먼저 民法 第98條와의 關係에서 보면 民法의 物件 概念을 擴張하는 것이기 때문에 그 理論的 根據를 마련할 必要가 있으나, 위 條文의 解釋上 集合物이 절대로 承認될 可能性이 없다고 까지 단정할 수 없고, 또 集合物 概念이 實際的 有用성을 갖고 있어 그 根據로 充分하다고 한다. 또한 一物一權主義 原則上 物件의 집단이나 集合物 위에 하나의 物權이 成立할 수 없음이 原則이나, 그러한 集合物 위에 하나의 物權을 認定하여야 할 社會的 要請이 強하고, 또한 特定성과 獨立성을 認定할 수 있어 適當한 公示方法을 갖출 수 있다면 그 限度에서 하나의 物權의 成立을 認定할 수도 있으

로65) 一物一權主義에도 어긋나지 아니한다고 본다.

이처럼 集合物論도 法律理論이라는 側面에서는 그렇게 完璧하다고 할 수는 없으나, 學說上多數說의 立場을 차지하고 있으며, 日本의 最高裁判所(1979. 2. 15) 判例 뿐만 아니라 우리 判例66)도 「構成部分이 變動하는 集合動産에 있어서도 그 種類, 所在場所 내지 量的 範圍를 指定하는 등 어떠한 方法으로 目的物의 範圍가 特定되는 경우에는 一個의 集合物로서 讓渡擔保의 目的이 될 수 있다고 解釋하는 것이 相當하다」고 判示함으로써, 集合物論을 基本的으로 認定하였다.

5.1.3 가치범위론

以上에서 본 것처럼, 集合物論은 여러 長點이 있는 反面, 民法 第98條와의 關係에서 有體物의 集合體를 한개의 權利客體로 할 수 있기 위해서는 약간의 說明이 必要한데 集合物論의 이와 같은 側面을 考慮하여 基本的으로는 集合物論에 立脚하면서도 擔保實行時까지 讓渡擔保의 物權的 效力을 實質적으로 否定함으로써 目的物의 離脫이나 加入의 說明을 簡明하게 하려는 理論으로서 價值範圍論이 最近에 主張되고 있다. 이 說에 의하면 集合物 讓渡擔保는 集合物이라는 概念으로 限定되는 價值範圍內에 있는 有體動産의 浮動的 價値에 대하여 「擔保의 支配」를 가지는 것으로서 讓渡擔保가 實行될 때까지 設定者는 目的物을 自由로 處分할 수 있으며 加入動産에 대하여도 直接的으로 擔保의 支配가 미치는 것은 아니지만, 加入動産이 客觀的인 公示方法을 具備하고 있으면 擔保權 實行의 段階에 있어서 價值範圍內에 있는 動産들로부터 優先的인 辨濟를 받을 수 있다고 한다. 集合物論에 流入된 個別動産이 擔保權의 目的物이 되면서 그 流動性은 認定된다고 하는 集合動産讓渡擔保의 特色을 重視하여 個別動産은 한개의 物件으로서 獨立性을 가질 뿐 아니라 集合動産讓渡擔保의 實行 등에서 個別動産의 流動性이 잃을 때까지는 集合物을 構成하는 個別動産에 대하여 集合動産讓渡擔保權의 效力이 당연히 미치는 것은 아니라는 見解이다. 이 見解는 企業擔保에서 보여지는 浮動擔保理論에 依據하면서 讓渡擔保權의 實行 내지 實行準備에 의하여 流動性을 잃을 때까지는 個別動産은 集合動産讓渡擔保의 拘束을 받는 것이 아니고, 個別動産은 集合物內에 存在하는 限 擔保價値를 形成한다는 可能性을 가지는 것에 지나지 않는다고 한다.

이 見解는 浮動擔保라는 概念構成에 의하여 이미 指摘한 것처럼 目的物에 대한 擔保權者의 物權的인 拘束力을 擔保權 實行時까지 否定함으로써 目的物의 離脫이나 加入의 說明을 지극히 簡明하게 하는 점에 長點이 있다. 反面에 이 說은 擔保의 支配라는 말을 使用하고 있지만 實質적으로는 擔保權實行에 이르기까지는 設定者에 債權的인 拘束만을 認定하므로 物權的인 效力이 아직 생기지 않는 集合物 讓渡擔保의 豫約 내지는 이에 類似的한 것에 불과한 것이 아닌가 하는 疑問이 있다.

또한 設定者側의 債權者 즉 第3者에 의한 目的物의 押留, 設定者에 대한 會社整理節次의 開

65) 張庚鶴, 物權法, 法文社, 1987, 102면 ; 郭潤直, 物權法[民法講義II], 博英社, 1992, 28면 ; 嚴英鎮, 前揭論文, 106면.

66) 大判, 1988. 12. 27, 87 누 1043.

始, 設定者の 破産 등의 경우에는 讓渡擔保權者側에 理論上 곤란한 問題가 생기지 않을까 생각한다⁶⁷⁾.

5.1.4 결어

以上에서 살펴본 것처럼 集合動産 讓渡擔保의 法的 構成의 問題는 여러가지의 檢討의 對象을 包含하고 있어서 明確한 結論을 導出해 내기가 상당히 곤란한 問題이다.

먼저, 集合物論과 價値範圍論과의 關係에 관하여, 集合物論에서는 集合動産 讓渡擔保權의 效力은 集合物內에 流入된 時點에서부터 個別動産에 미치는 것을 暗默的으로 前提하고 있는데 대하여 價値範圍論은 擔保權의 實行時나 實行準備時까지 個別動産에 대하여 集合動産 讓渡擔保權의 效力은 미치지 않는다고 이해하는 점에서 兩說은 명백한 差異가 있다. 따라서 兩說의 是非는 集合物을 構成하는 個別動産에 대하여 集合動産 讓渡擔保權者에게 어느 程度의 擔保的 支配力을 認定하는 것이 타당한가 또 그 根據를 어디에서 구하는가 하는 점이다. 價値範圍論에 徹底하면 다른 債權者의 擔保權實行이나 強制執行에 앞서서 集合動産 讓渡擔保權者가 擔保權을 實行하는 경우를 除外하면 集合動産 讓渡擔保를 設定하는 意義는 극히 減少되고 만다. 특히 集合動産 讓渡擔保權의 實行前에 集合物을 構成하는 個個動産에 대해서 다른 擔保權을 가진 者가 스스로 擔保權을 實行하는 경우, 一般債權者가 個別動産을 押留한 경우, 集合動産 讓渡擔保權의 實行前에 設定者가 破産宣告를 받은 경우에는 讓渡擔保權의 效力을 主張할 수 없게 된다. 價値範圍論은 個別動産에 대하여 集合動産 讓渡擔保權으로 優先辨濟를 主張할 수 있는 時期로서 辨濟期가 到來하고 債務不履行이 생긴 경우 및 財産狀態가 惡화된 時點을 들고 있다. 그러나 設定者와 集合動産 讓渡擔保權者間的 約定을 가지고 당연히 第3者에게 集合動産 讓渡擔保權을 對抗할 수 있는가는 疑問이다. 그리고 分析論과 集合物論의 法理構成의 差異는 단순한 說明의 方法에 그치지 않고, 現實的으로 破産法上的 否認權과 民法의 債權者取消權과의 關係에서 발생하게 된다. 즉 讓渡擔保設定者의 經營이 惡化하여 倒産한 경우, 分析論에 의하면 讓渡擔保設定者가 經營上的 危機狀態에 빠지기 前에 讓渡擔保가 設定되었다 하더라도 危機狀態後에 個個의 動産이 集合物에 流入되었을 때에는 그 物件에 대하여 破産法 第64條 第2號⁶⁸⁾의 「擔保의 提供」의 問題를 낳지만, 集合物論에 의하면 이와 같은 問題를 낳지 않는다. 마찬가지로 分析論은 債權者取消權에 관해서도 問題가 되는 行爲의 時期를 讓渡擔保設定時 뿐만 아니라 다시 그 후의 個個의 動産이 流入되었을 때도 考慮하지만, 集合物論은 讓渡擔保設定 以後에 流入하는 個個動産의 讓渡擔保設定 時期가 流入時가 아니라 當初의 讓渡擔保設定時로 보게 되므로 個別動産의 流入時를 問題삼지 않는다.

이와 같이 集合動産 讓渡擔保에 관하여 分析論은 傳統的인 民法理論 안에서 處理하려고 하지만 破産法上 否認權과 債權者 取消權과의 關係에서 個個의 流入動産에 대한 讓渡擔保의 設定時期가 늦어 讓渡擔保權者가 不利한 地位에 서는 등의 問題가 發生한다. 따라서 多少의 問

67) 辛鐘信, 「集合動産擔保」, 경제브리프스, 韓國産業銀行, 第354號, 1986, 69면.

68) 破産法 第64條 第2號 [否認할 수 있는 權利]: 破産者가 支給停止 또는 破産申請이 있는 後에 行한 擔保의 提供, 債務消滅에 관한 行爲 기타 破産債權者를 害하는 行爲, 단 이로 인하여 利益을 받은 者가 그 行爲 당시에 支給停止 또는 破産申請이 있는 것을 알지 못한 때에는 例外로 한다.

題點은 없지 않지만 이러한 점에서 集合物論이 妥當하다고 본다.

우리 나라에서도 集合物論을 支持하는 見解⁶⁹⁾가 있으며, 또한 判例⁷⁰⁾도 集合物論을 認定하고 있는데, 以下에서는 이 判例의 態度를 檢討해 보기로 한다.

5.2. 判例의 紹介 및 分析

우리 나라에 있어서 集合動産 讓渡擔保에 관한 최초의 大法院 判例⁷¹⁾는 1988년에 처음으로 나온 이래 오늘에 이르고 있다. 여기서는 大法院 1988. 12. 27일 判決을 基礎로 자세한 內容을 살펴보고자 한다.

5.2.1 사건의 개요

訴外 日新製鋼株式會社는 鐵鋼材의 壓延製造 및 販賣를 主로 하는 鐵鋼材製造業體로서 오류製造所, 인천製鋼所, 부산製造所 등 3개의 공장을 設置 運營하고 있는 會社이다. 그런데 위 訴外 會社는 1980. 6. 9 原告 충청은행과 어음 去來約定을 締結하고 原告로부터 금 450,000,000원을 借用하면서 위 訴外 會社가 原告銀行에 대하여 부담하고 있는 現在의 債務와 將來 負擔할 債務를 합하여 最高액 5,000,000,000원을 擔保하기 위하여 訴外 會社가 소유하고 있는 物件의 所有權을 原告에게 讓渡하고 讓渡物件의 全部 또는 一部를 換置 또는 將來 新規로 搬入할 경우에는 原告의 승낙을 받겠으며 그 換置物件과 新規搬入物件 또는 그 物件으로 將來 加工, 製造되는 半製品, 完製品에 대하여도 따로 契約하지 아니하고 全部 所有權을 原告에게 讓渡하겠다고 約定하고 별도로 위 債務金의 擔保를 위하여 같은 날 위 인천製鋼所內에 積置되어 있는 재압연열연코일 등의 原材料나 製造過程에 있는 物件에 대하여, 1980. 12. 4에는 부산製造所內에 積置되어 있는 物件에 대하여 1981. 3. 19에는 오류製造所內에 積置되어 있는 같은 類의 物件에 대하여 각 그 所有權을 原告에게 讓渡하기로 하는 讓渡擔保 契約을 締結하면서 위 讓渡物件의 一部 또는 全部의 換置 내지 將來 新規搬入物件에 대하여도 다른 契約을 요하지 아니하고 그 所有權을 讓渡하기로 各 約定하였다. 그러나 위 訴外 會社는 1978. 7. 10 이미 訴外 한국상업은행과의 사이에 어음貸付, 어음割引, 證書貸付, 有價證券貸與, 社債支給保證과 信用狀開設依頼, 輸出어음貸出, 外貨貸出, 各種 換賣買去來, 기타 支給去

69) 嚴英鎮, 前掲論文, 103면 以下; 張庚鶴, 前掲書, 902면; 流動集合動産 讓渡擔保의 有效性을 認定 하던 서, 讓渡擔保設定 後 集合物에 個個動産이 流入하더라도 별도의 讓渡擔保 設定契約이나 占有改定을 요하지 않고, 이것에 당초의 讓渡擔保의 效力이 미친다고 하면서, 이는 先行占有改定(antizipiertes Konstitut)의 效果라고 하는 見解가 있다(李英俊, 物權法, 博英社, 1990, 886면). 이견해는 分析論을 前提로 하고 있는 듯 하다. 왜냐하면, 集合物論에 의하면 讓渡擔保設定 後에 流入·流出하는 個別動産은 流入함으로써 集合物의 一部分이 되고, 流出함으로써 集合物로부터 獨立한다고 보기 때문에, 擔保設定者가 새로 取得하게 되는 物건을 擔保權者를 위하여 보관한다는 占有媒介關係를 미리 約定하는 이른바 先行占有改定을 約定할 필요도 없이, 당연히 당초 讓渡擔保의 구축을 받게 되는 것이다. antizipiertes Konstitut(事前占有改定契約 또는 先行占有改定契約)는 分析論者들이 流動集合動産의 法律構成하는 데 援用하는 理論이다.

70) 大判, 1988. 10. 25, 85 ㄴ 941; 大判, 1988. 12. 27, 87 ㄴ 1043; 大判, 1990. 12. 26, 88 ㄴ 20224.

71) 大判, 1988. 10. 25, 85 ㄴ 941 判決; 大判, 1988. 12. 27, 87 ㄴ 946 判決.

來 등으로 발생한 위 日新製鋼의 現在 및 將來의 債務擔保를 위하여 위 3개소의 製造所內에 積置되어 있는 열연코일이나 재압연코일 등의 原材料 또는 이를 利用하여 製造하고 物件에 대하여 原告와 締結한 讓渡擔保約定과 同一한 內容의 讓渡擔保契約을 確定一部로 締結하여 擔保權을 設定하면서도 原告에게 이를 알리지 아니한 채 위에서 본 바와 같이 原告와 二重으로 讓渡擔保契約을 締結하였던 것이다.

그리고 위 訴外 會社가 위 3개소의 製造所內에 設置되어 있는 物件을 原資材로하여 압연품을 製造하여 販賣하여 오던 중 1982. 5. 10 부도가 발생하자 被告 광화문세무서장은 1982. 5. 11 原告를 讓渡擔保權者로서 物的 納稅義務者로 指定함과 同時에 위 3개의 製造所內에 있는 原材料, 半製品, 完製品을 押留하고 1982. 11. 4 原告에 대하여 위 訴外 會社의 채납세금인 1982년 수시분 法人稅 및 同防衛稅, 附加價值稅, 甲種勤勞所得稅, 및 同防衛稅, 利子所得稅 및 同防衛稅를 賦課 處分하였다.

5.2.2 판결이유

5.2.2.1 원심판결의 이유

集合物은 이를 構成하는 個個의 物件과는 別個의 獨立한 集合物의 所有權이라고 하는 同一體로서의 支配權을 形成하고, 그 公示는 集合物 自體의 占有改定에 의하여 認定하고 集合物에 加入하였거나 搬入하게 되는 個個의 物件은 集合物의 構成部分으로서의 公示를 考慮할 必要가 없으며, 集合物에서 離脫하는 物件은 當然히 集合物 위에 存在하는 1個의 所有權으로부터 離脫하는 것이고 새로이 追加, 搬入되는 物件도 當然히 集合物 위에 存在하는 1個의 所有權에 包含되는 것이라고 보게 되는 것이다. 이와 같은 관점에서 보면 原告가 1980. 6. 9에 이르러 위 3개 製造所 등에 있는 原材料 및 加工 中인 商品등과 그 後에 搬入되는 物件에 대하여 讓渡擔保契約을 締結한 것은 集合物에 기한 讓渡擔保契約이라고 할 것이다. 그러나 集合物에 대한 讓渡擔保는 이를 構成하는 個個의 物件과는 獨立된 集合物 위에 存在하는 一個의 所有權에 대하여 擔保權을 設定하는 것이므로 그 集合物에 대하여 이미 適法한 讓渡擔保가 設定되어 있을 경우에는 同一한 集合物에 대하여 讓渡擔保權者를 달리하는 重複된 讓渡擔保는 許容되지 아니한다. 原告와 위 會社 사이에 締結된 위 讓渡擔保契約은 이미 訴外 韓國상업은행과 사이에 締結된 讓渡擔保物件인 集合物에 대하여 二重으로 이루어진 것이어서 原告는 이 事件 集合物에 대하여 讓渡擔保權을 取得하지 못하였다고 할 것이다.

따라서 原告가 國稅滯納者인 訴外 會社에 대한 讓渡擔保權者임을 前提로 被告가 原告를 第2次 納稅義務者로 指定하여 행한 이 事件 課稅處分은 違法하다.

5.2.2.2 대법원 판결의 이유

在庫商品, 製品, 原資材 등과 같은 集合物을 하나의 物件으로 보아 이를 一定期間 繼續하여 債權擔保의 目的으로 삼으려는 이른바 集合物에 대한 讓渡擔保設定契約에 있어서는 그 目的動

産을 그 種類, 場所 또는 數量指定 등의 方法에 의하여 指定할 수만 있으면 그 集合物 全體를 하나의 財産權으로 하는 擔保權의 設定이 可能하다 할 것이므로 그에 대한 讓渡擔保權 設定契約이 이루어지면 그 集合物을 構成하는 個個의 物件이 變動되거나 變形되더라도 한개의 物件으로서의 同一性を 잃지 아니한 채 讓渡擔保權의 效力은 항상 現在의 集合物 위에 미치는 것이고 따라서 그러한 경우에 讓渡擔保權者가 擔保權設定契約 당시 存在하는 集合物을 占有改定의 方法으로 그 占有를 取得하면 그 後 讓渡擔保設定者가 그 集合物을 이루는 個個의 物件을 搬入하였다 하여도 그때마다 별도의 讓渡擔保權設定契約을 맺거나 占有改定の 表示를 하여야 하는 것은 아니라 할 것이다. 따라서 原審이 原告와 訴外 日新製鋼 사이에 맺어진 讓渡擔保契約의 目的物이 原資材 등의 集合物이고 그것이 이미 訴外 韓國상업은행과 위 訴外 會社 사이에 맺어진 讓渡擔保의 目的이 되었던 사실을 適法히 確定하고 나서 이와 같이 같은 集合物에 대하여 위 韓國상업은행보다 後에 原告가 訴外 會社 사이에 二重으로 이 事件 讓渡擔保契約을 締結한 바에야 特別한 事情이 없는 原告로서는 그 擔保權을 適法히 取得할 수 없는 것이라고 判示하여 原告가 訴外會社에 대한 讓渡擔保權者임을 前提로 한 被告의 課稅處分이 違法하다고 判示한 것은 正當하다.

5.2.3 결어

오늘날 經濟의 발전과 더불어 實去來에서 利用되고 있는 集合物의 讓渡擔保에 관하여 物權의 形式理論에 치우쳐 그 概念을 否定하거나 當事者의 意思를 無視하고 集合物을 構成하는 個個의 動産으로 分解하여 個個의 物件에 對應하는 複數의 讓渡擔保가 設定되고 이것들이 一括하여 效力을 발생하는 것이라고 보는 것은 妥當하다고 할 수 없고, 物件이 集合하여 客觀적으로 單一한 經濟的 價値를 가지고 去來上으로 一體로서 다루어지는 경우에는 法的으로도 이를 하나의 物件으로 다룰 수 있는 것이다.

따라서 이와 같은 觀點에서 본다면 集合物을 하나의 物件으로 보아 이에 대한 讓渡擔保의 設定을 有效하다고 본 本件 大法院 判決은 妥當하다고 할 것이다⁷²⁾. 本件 大法院 判決은 앞에서 본 集合物論의 立場에서 있는 것이고, 그 對象物의 場所, 種類, 數量 등의 指定에 의한 特定이 必要하고 集合物에 대한 占有改定の 公示方法으로 일단 讓渡擔保가 設定된 이상 그 後 集合物에 加入하는 個個의 物件에 대한 別途의 公示方法을 要하지 아니한다고 본 것은 集合物論에 따른 자연스러운 結論을 導出した 것으로 볼 것이다. 集合物에 대한 二重의 讓渡擔保設定을 許容하지 아니한 것도 一物一權主義 原則上 지극히 당연한 것이다. 本件 大法院 判決은 大法院 1988. 10. 25 선고 85 누 941 判決을 再次 確認한 것이고, 同旨의 判例로는 大法院 1988. 12. 27 선고 87 누 946 判決이 있다.

72) 李正九, 「集合物에 對한 讓渡擔保」, 月刊 法曹, 1989. 11. 30 (第38卷 第11號 通卷 398號).

6. 結 論

集合動産讓渡擔保도 一種의 讓渡擔保라는 점에서 個個의 動産이나 不動産에 대한 讓渡擔保와 크게 다르지 않지만 集合動産讓渡擔保에 관한 明文의 規定이 없고 또한 集合動産을 一括하여 擔保로 한다는 점에서 보통의 讓渡擔保 理論만으로서 解決할 수 없는 많은 法的인 問題點들을 內包하고 있다.

특히 集合動産讓渡擔保의 法理構成과 關聯하여, 우리 民法 第98條의 有體物은 單一物을 意味하기 때문에 單一物만이 1個의 物權의 客體가 될 수 있는데 集合動産을 一括하여 擔保에 提供하는 것은 이러한 民法의 物件의 概念과 一物一權主義에 反하는 것이 아닌가 하는 문제가 傳統的 民法理論과 關聯하여 重大한 問題點으로 提起되었다.

오늘날 經濟의 發展과 더불어 實去來에서 利用되고 있는 集合動産의 讓渡擔保에 관하여 物權의 形式論理에 치우쳐 그 概念을 否定하거나 當事者의 意思를 無視하고 集合物을 構成하는 個個의 動産으로 分解하여 個個의 物件에 대응하는 複數의 讓渡擔保가 設定되고 이것들이 一括하여 效力을 發生하는 것이라고 보는 것은 妥當하다고 할 수 없고, 物件이 集合하여 客觀的으로 單一한 經濟的 價値를 가지고 去來上으로 一體로서 다루어지는 경우에는 法的으로도 이를 하나의 物件으로 다룰 수 있다고 본다.

그런데 分析論은 集合動産讓渡擔保에 관하여 傳統的인 民法理論 테두리 안에서 處理하려고 하지만, 그 法理構成이 顯著하게 形式的이며, 破産法上의 否認權과 債權者 取消權과의 關係에서 個個의 流入動産에 대한 設定時期가 늦어 讓渡擔保權者가 不利한 地位에 서는 등의 理由로 集合物 概念을 積極的으로 認定하는 集合物論을 採擇하는 것이 妥當하다고 생각된다.

參 考 文 獻

1. 郭潤直, 物權法〔民法講義Ⅱ〕, 博英社, 1992.
2. 金相容, 物權法, 法文社, 1993.
3. 金容漢, 物權法論, 博英社, 1988.
4. 金曾漢, 物權法講義, 博英社, 1983.
5. 李英俊, 物權法〔民法講義Ⅱ〕, 博英社, 1992.
6. 張庚鶴, 物權法, 法文社, 1987.
7. 黃迪仁 代表執筆, 物權法, 法元社, 1992.
8. 高俊錫, 「動産 讓渡擔保에 관한 研究」, 전주대학교 博士學位論文, 1993.8.
9. 金基洙, 「集合動産 讓渡擔保와 第三者關係」, 考試界, 1993. 6.
10. 辛鍾信, 「集合動産擔保」, 경제브리프스, 韓國產業銀行, 第354號, 1986. 12.
11. 李在洪, 「集合動産의 讓渡擔保」, 判例月報, 1985. 6.
12. 李正九, 「集合物에 대한 讓渡擔保」, 月刊 法曹, 1989. 11.
13. 嚴英鎭, 「集合動産 讓渡擔保의 成立」, 考試界, 1993. 5.
14. ———, 「讓渡擔保의 特質과 機能」, 考試研究, 1993. 5.

15. 甲斐道太郎, 民法講義I改訂版, 有斐閣大學雙書, 1981.
16. 高木多喜男, 擔保物權法, 東京, 有斐閣, 1984.
17. 道垣内弘人, 擔保物權法, 東京, 三省堂, 1990.
18. 末川 博, 新版民法(上), 東京, 岩波書店, 1948.
19. 米倉 明, 讓渡擔保の研究 東京, 有斐閣, 1976.
20. 四宮和夫, 民法總則(第4版), 東京, 弘文堂, 1986.
21. 我妻 榮, 新訂 民法總則, 東京, 岩波書店, 1965.
22. ———, 新訂 擔保物權法, 東京, 岩波書店, 1968.
23. ———, 「民法研究IV」, 「エルトマンの提案」, 東京, 有斐閣, 1967.
24. 品川孝次, 「民法學3」, 「集合物の讓渡擔保」, 東京, 有斐閣, 1976.
25. 川井 健, 擔保物權法(現代法律學全集7), 青林書院, 1975.
26. 下森 定, 物權法重要論点研究, 「集合物の讓渡擔保」, 東京, 酒井書店, 1991.
27. 古積健三郎, 「流動動産讓渡擔保に関する理論的考察(一)」, 京都大學法學論叢, 第133卷 2號, 1993.
28. ———, 「流動動産讓渡擔保に関する理論的考察(二)」, 京都大學法學論叢, 第133卷 第6號, 1993.
29. 吉田眞澄, 「集合動産の讓渡擔保(1)」, NBL 215號, 1980. 8.
30. ———, 「集合動産の讓渡擔保(3)」, NBL 217號, 1980. 10.
31. ———, 「集合動産の讓渡擔保(5)」, NBL 225號, 1981. 1.
32. ———, 「集合動産讓渡擔保(11)完」, NBL 247號, 1982. 12.
33. 米倉 明, 「民法講義- 總則, 物(二)」, 法學教室, 1983. 5.
34. ———, 「流動動産讓渡擔保の検討際し所有權的構成お前提にしている点から研究」, 1981.
35. 福地俊雄, 「流動動産讓渡擔保の基本的性格および效力」, 民商法雜誌(110-6-1), 1994.
36. 山野木章夫, 「流動動産讓渡擔保の法的構成-限定浮動讓渡理論の構築のために-」, 法律時報, 第65卷 9號, 1993.
37. 深山卓也, 「集合動産の讓渡擔保」, 裁判實務大系 第14卷 擔保關係訴訟法, 青林書院, 1991.
38. 我妻 榮, 「集合動産の讓渡擔保に関するエルトマンの提案」, 法協, 第48卷 4號, 1930.
39. 伊藤 進, 「集合動産讓渡擔保理論の再構成」, ジュリスト 699號, 1979. 9.
40. ———, 「集合物讓渡擔保の法律構成-個別動産に對する效力の問題」, 明大法學部 100周年論集, 1980.
41. ———, 「集合動産・集合債權讓渡擔保と會社更生(1)」, NBL 242號, 1981. 10.
42. ———, 「集合動産・集合債權讓渡擔保と會社更生(3)」, NBL 249號, 1982. 2.
43. 千葉惠美子, 「集合動産讓渡擔保の效力-設定者側の第三者との關係お中心として(1)~(4)完」, 東京, 判タ 756. 761. 763. 766號, 1991.
44. Baur, Fritz, Sachenrecht, 15. Aufl., München, C.H. Beck, 1990.
45. Baur/Stürner, Zwangsvollstreckungsrecht, Konkursrecht und Vergleichsrecht, München, C.H. Beck, 1983.
46. Enneccerus/Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2Halb band, 15. Aufl., Tübingen, J. C. B. Mohr, 1960.
47. Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München, C.H. Beck, Sacke Verlag, 1988.
48. Oertmann, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Leipzig, A. Deichert, 1927.
49. Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung III, Tübingen, J. C. B. Mohr Verlag., 1970.

50. Westermann, Harm Peter : Grusky, Karl-heinz : Finger, Winfrif[fortgeführt], Westermann, Harry(begründet), Sachenrecht, Heidelberg, C.F.Müller Jurischer verlag, 1989.
51. E. Wolf, Lechbuch des Sachenrecht, 2. Aufl., Köln Berlin Bonn München : Carl Heymanns Verlag, 1979.
52. Wolff/Raiser, Sachenrecht, 10. Aufl., München, Carl Heymanns Verlag, 1957.
53. Grunsky, Wolfgang, 「Sicherungsübereignung,sicherungsabtretung und Eigentumsvorbehalt in der Zwangsvollstreckung und im Konkurs der Schuldners」, JuS 1984.
54. Lübtow, 「Das Geschäft "für den es angeht" und sogenannte "antezipierte Besitzkonstitut"」, ZHR 112, 1949.
55. Salinger, 「Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung?」, Verhandlungen des 31. DJT. Bd. 1, 1912.
56. Serick, Abschied von fragwürdigen Kommissionklauseln, BB 1974.

