creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

法學碩士 學位論文

경매절차에서 유치권의 한계에 관한 고찰

2015年 2月

서울大學校 大學院
法 學 科
尹 棟 鉉

경매절차에서 유치권의 한계에 관한 고찰

指導敎授 金 載 亨

이 論文을 法學碩士 學位論文으로 提出함

2014年 10月

서울大學校 大學院

法 學 科

尹 棟 鉉

尹棟鉉의 法學碩士 學位論文을 認准함

2014年 12月

委 員 長 _____ (印)

副委員長 _____ (印)

委　　員 _____ (印)

國文抄錄

유치권은 타인의 물건 등을 점유하는 자가 그 물건 등에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우 그 점유가 불법행위로 인한 것이 아닌 때에 그 물건 등을 유치할 수 있는 권리를 말한다. 이는 로마법상 악의의 항변을 기원으로 하는 제도로 동시이행의 항변권과 같이 신의칙과 형평을 고려하여 인정된 방어방법이다. 그런데 부동산의 물권변동이 일반적으로 등기에 의해 공시되는 것에 비해 부동산 유치권은 점유로만 공시되어 공시가 불안전한 점, 유치권자에게 신고의무가 없어 매수자가 유치권의 존재를 예상하기 어려운 점, 유치권 행사로 인해 부동산의 사용가치가 사장되는 결과가 되어 비효율적인 점, 사실상 우선변제효를 인정하게 되면 선순위 저당권자 등의 기대를 침해하는 점, 전용물소권을 부정하는 판례의 태도와 상충되는 부분이 있는 점 등에 비추어 볼 때 부동산 유치권은 이질적인 부동산 물권이라고 할 것이므로, 유치권의 성립요건과 효력을 포함한 제도 전반에 걸쳐 신중한 해석이 필요하다.

우선 유치권의 성립요건인 견련관계의 해석에 있어 학설의 대립은 있으나 피담보채권이 목적물 자체로부터 또는 자체를 원인으로 하여 발생한 경우 및 공평의 원칙상 유치권을 인정할 특별한 사정이 있는 경우 예외적으로 견련성을 인정하는 것이 타당하다. 여기서 특별한 사정이 인정되는 경우로 수급인의 공사대금청구권 및 가등기담보설정자의 청산금지급청구권이 있다. 그러나 어떤 견해를 취하던 결론에 큰 차이가 없다고 할 것이므로 유치권의 효력 측면에 논의를 집중할 필요가 있다.

민사집행법상 압류 이후 성립한 유치권의 경우, 압류채무자의 점유이전에 의해 유치권이 발생하게 되는 1, 4유형에서 채무자의 점유이전은 유치권 성립의 관점에서 처분행위로 보아야 하고 따라서 처분금지효에 반하여 매수인에게 인수되지 않는다. 채권의 성립 및 변제기 도래에 의해 유치권이 성립하는 2, 3유형에서, 피담보채권이 압류채무자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우에는 포괄하여 압류채무자의 계약체결행위가 처분행위로 평가되어 처분금지효에 반하기 때문에 매수인에게 인수되지

않는다. 그러나 피담보채권이 제3자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우나 계약관계 없이 발생하는 경우에는 채무자의 관여가 없어 처분금지효가 적용될 수 없고 따라서 매수인에게 인수되어야 한다. 다만 처분금지효가 적용되는 경우라고 하더라도 목적물의 가치가 증가된 범위 내에서는 유치권으로 대항할 수 있다. 여기서 가치의 증가는 목적물의 가치가 객관적으로 증가하는 경우뿐만 아니라 사실상 처분행위에 의해 매수인이 감수하여야 하는 목적물의 가치 감소에 대하여 필요비를 지출하여 가치를 유지시키는 경우도 포함한다.

가압류 이후 성립한 유치권의 경우나 체납처분에 의한 압류 이후 성립한 유치권의 경우에도 압류 이후 성립한 유치권의 경우와 동일하게 처리하여야 할 것이다.

저당권 설정 후 성립한 민사유치권의 경우 저당권자에 대한 유치권의 대항력을 부정하여 유치권이 매수인에게 인수되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 다만 압류의 경우와 다르게 가치증가로 인하여 저당권자가 불측의 이익을 얻게 되는바, 이는 민법 제367조의 유추적용으로 해결할 수 있다. 저당권 설정 후 성립한 상사유치권의 경우에도 동일하게 해석하는 것이 타당하다.

신의칙에 의한 유치권의 인수주의 제한이 문제되는 경우는 판례의 표현에 따르자면 “채무자가 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면 자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정상의 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하게” 된 상황이다. 그런데 이러한 경우 저당권 실현의 방해목적 및 실제 저당권 실현의 방해가 인정될 수 있다고 할 것이어서, 유치권자의 점유가 저당권의 침해에 기한 방해배제청구권과의 관계에 비추어 민법 제320조 제2항의 불법점유에 해당하는지 우선적으로

검토되어야 할 것이다.

매수인이 유치권을 인수하게 되는 경우 매수인은 압류채무자의 채무를 인수하는 것이 아니라 목적물에 존재하는 유치권의 부담을 승계하는 것에 그친다 할 것이다. 매수인이 유치권을 인수하지 않는 경우 유치권자는 경매절차의 이해관계인에 해당하나, 유치권에 기한 경매를 신청하지 않는 한 다른 채권자의 경매절차에서 바로 배당요구를 할 수는 없다고 해석하여야 한다. 배당에 참여하게 된 유치권자는 배당절차에서 일반채권자와 동순위로 배당받아야 한다.

주요어 : 유치권, 부동산 유치권, 상사유치권, 대항력, 처분금지효, 저당권

학 번 : 2010 - 21358

目 次

國文抄錄 i

제1장 서설 1
제1절 문제의 제기 1
제2절 논문의 구성 3

제2장 유치권의 연혁과 입법례 4
제1절 유치권의 연혁 4
제2절 유치권 제도의 입법례 5
Ⅰ. 독일 민법 5
Ⅱ. 프랑스 민법 7
Ⅲ. 스위스 민법 9
Ⅳ. 일본 민법 11

제3장 유치권의 법적 성질과 견련관계 12
제1절 유치권의 법적성질 12
제2절 유치권의 성립요건 중 견련관계에 대한 고찰 16
Ⅰ. 서설 17
Ⅱ. 견련관계에 대한 고찰 19
1. 학설의 태도 19
2. 판례의 태도 23
3. 검토 24
Ⅲ. 성립요건, 대항력에 대한 논의의 공통점 27

제4장 강제경매에서 유치권의 대항력에 관한 고찰 .. 29

제1절 압류 후 성립한 유치권의 인수여부 29
Ⅰ. 서설 29
1. 압류의 효력 29
2. 처분금지효의 구체적인 내용 33
3. 강제집행에 의한 매각의 경우 부동산상의 부담의 처리 37
Ⅱ. 압류 후 성립한 유치권의 인수여부에 대한 판례의 태도 42
Ⅲ. 학설의 태도 51
1. 대항력 긍정설 51
2. 대항력 부정설 52
3. 제한적 대항력 긍정설 53
4. 유치권 부정설 54
Ⅳ. 검토 56
1. 대항력 긍정설에 대한 검토 56
2. 대항력 부정설 및 제한적 유치권 긍정설에 대한 검토 74
3. 유치권 부정설에 대한 검토 76
제2절 가압류 후 성립한 유치권의 인수여부 76
Ⅰ. 판례의 태도 76
Ⅱ. 학설의 태도 79
1. 압류, 가압류의 효력을 동일하게 보는 견해 79
2. 압류, 가압류의 효력을 다르게 보는 견해 80
3. 인수주의의 제한적 해석을 주장하는 견해 81
4. 처분금지효와 인수주의는 관계가 없다는 견해 82
Ⅲ. 검토 82
1. 압류와 가압류의 효력 차이 인정 여부 82
2. 인수주의와 처분금지효와의 관계 87
3. 결론 88
제3절 체납처분에 의한 압류 후 성립한 유치권의 인수여부 ... 88
Ⅰ. 서설 88
Ⅱ. 판례의 태도 89

Ⅲ. 검토 94

제5장 담보권 실행을 위한 경매절차에서 유치권의 대항력에 관한 고찰 98
제1절 서설 98
제2절 저당권 설정 후 성립한 민사유치권의 인수여부 99
Ⅰ. 판례의 태도 99
Ⅱ. 학설의 태도 100
1. 대항력 긍정설 100
2. 대항력 부정설 101
3. 제한적 대항력 긍정설 - 1 102
4. 제한적 대항력 긍정설 - 2 103
5. 유치권 부정설 103
Ⅲ. 검토 104
1. 대항력 긍정설에 대한 검토 104
2. 제한적 대항력 긍정설에 대한 검토 109
3. 유치권 부정설에 대한 검토 110
4. 소결론 110
제3절 저당권 설정 후 성립한 상사유치권의 인수여부 113
Ⅰ. 판례의 태도 113
Ⅱ. 일본의 학설의 태도 116
1. 대항력 긍정설 117
2. 부동산배제설 117
3. 점유부정설 118
4. 대항력 부정설 119
Ⅲ. 검토 120
제4절 신의칙에 의한 유치권의 인수주의 제한 124
Ⅰ. 판례의 태도 124

Ⅱ. 검토 126
1. 결론의 정당성 126
2. 저당권의 침해와 유치권의 불법점유 127

제6장 유치권자의 지위에 대한 구체적인 고찰 137
제1절 유치권이 인수되는 경우 유치권자의 지위 137
Ⅰ. 서설 137
Ⅱ. 학설의 대립 137
1. 물적책임설 137
2. 인적책임설 138
Ⅲ. 판례의 태도 139
Ⅳ. 검토 140
제2절 유치권이 인수되지 않는 경우 경매절차에서 유치권자의 지위 .. 141

제7장 결론 144

參考文獻 147
Abstract 159

제1장 서 설

제1절 문제의 제기

민법 제320조는 “타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다.”라고 규정하여 유치권을 인정하고 있다. 유치권은 형평의 원칙상 인정되는 법정물권으로, 인도거절권이라는 항변권의 형태로 실현되는 담보물권이라는 특색을 지닌다. 즉 우선변제권을 가지는 것이 아니라 피담보채권이 변제될 때까지 목적물의 인도를 거부할 수 있고[1] 보존에 필요한 범위 내에서 목적물을 사용할 수 있는[2] 권능을 가지는 유치권은 목적물의 용익가치가 피담보채권보다 우월한 이상, 설사 목적물의 소유자가 채무자가 아니라고 할지라도, 소유자로부터 변제를 받는 결과를 낳는 권리라는 점에서 강력한 법적 효력을 가진다. 특히 민사집행법 제91조 제2항은 “매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸된다.”고 규정하고 동조 제3항은 “지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다.”라고 규정하여 소멸주의의 입장을 명문으로 규정하고 있으나, 유치권에 대해서는 동조 제5항에서 단지 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.”고만 규정하고 있는 점까지 고려하면 그 효력은 막강하다 할 것이다.

이와 같이 유치권이 막강한 법정담보물권임에도 불구하고, 민법 제320조는 유치권을 발생시키는 피담보채권에 대해 “그 물건에 관하여 생긴 채권”이고만 불분명하게 규정하여, 유치권의 피담보채권이 되는 소위 견련관계 있는 채권이 무엇인지 종래부터 치열한 견해대립이 있었다. 또한 유치권의 불명확한 공시 및 사실상 최우선변제효를 악용하여 피담보채권의 채무자가 채권자들과 통모하여 허위의 채권을 작출하는 예가 빈번하게 발생

1) 민법 제320조
2) 민법 제324조 제2항

하고[3], 그로 인해 유치권은 경매절차의 골칫거리가 된지 오래다. 뿐만 아니라 후술하는 바와 같이 종래 통설은 강제경매 및 담보권 실행을 위한 경매에 있어 유치권은 항상 대항력이 인정되어 무조건 인수된다는 태도를 취하였는데, 이는 물권법의 일반원칙인 "시간이 빠르면 권리가 강하다(Prior tempore, potior iure)."에 반하여 물권법의 기본질서를 흐트러트린다.

실제로 이러한 문제점을 인식하여 2012년 12월 3일 확정된 유치권 개정안[4]은 유치권의 피담보채권을 비용지출채권과 손해배상채권으로 한정하고 부동산 유치권에 대해 소멸주의를 취하였다[5]. 부동산에 대한 유치권 제도를 인정하지 아니하고[6] 대신 저당권설정청구권만을 인정[7]하며, 미등기부동산에 한하여 예외적으로 유치권을 인정하되 부동산의 보존등기 후에는 별도의 저당권설정청구권을 인정하지만[8][9] 일정 기간이 경과하면

---

3) 김재형, 부동산 유치권의 개선방안, 민사법학 제55호, 한국민사법학회(2011), 343-344면

4) 종래 민법개정위원회 제5분과위원회는 유치권에 대한 개정작업을 담당하면서 ① 유치권을 물권이 아니라 채권적 권리로 규정할 것인지 여부, ② 유치권의 객체를 동산으로 한정함으로써 부동산 유치권을 폐지할 것인지 여부, 특히 미등기부동산과 등기 부동산을 구별하여 다룰 것인지 여부, ③ 비용지출자 등에게 법정저당권과 저당권설정청구권 중에서 어느 권리를 어떠한 방식으로 인정할 것인지, ④ 비용지출자 등의 법정저당권이나 저당권설정청구권에 기하여 등기명령제도를 도입할 것인지 여부, ⑤ 유치권에 우선변제권을 인정할 것인지 여부, ⑥ 민사집행절차에서 유치권에 관한 소멸주의를 채택할 것인지 여부 등을 주로 논의하였다. 김재형, 부동산 유치권의 개선방안(註3), 345면. 2012년 확정된 개정안에 대한 자세한 내용은 윤진수, 유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안, 민사법학 제63-1호, 한국민사법학회(2013) 및 오시영, 유치권 관련 민법개정안에 대한 검토, 강원법학 제38권, 강원대학교 비교법학연구소(2013) 참조

5) 민사집행법 개정안 제91조
② 매각부동산 위의 모든 저당권과 유치권은 매각으로 소멸한다.
⑤ <삭제>

6) 민법 개정안 제320조
① 타인의 동산을 점유한 자는 그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 동산을 유치할 권리가 있다. 유가증권의 경우에도 이와 같다.

7) 민법 개정안 제372조의3
① 등기된 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 채권자는 그 채권을 담보하기 위하여 변제기가 도래하지 않은 경우에도 부동산 소유자에 대해서 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 그러나 저당권설정청구권이 성립한 후 부동산소유권을 취득한 제3자에 대해서는 그러하지 아니하다.

8) 민법 개정안 제372조의2
① 제320조 제2항에 의한 부동산 유치권자는 그 부동산이 등기된 때에는 부동산 소유자에 대해서 그 피담보채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 유치권이 성립한 후 부동산의 소유권을 취득한 자에 대해서

유치권 및 저당권설정청구권이 모두 소멸[10][11]하도록 규정하였다.

또한 해석상으로는 최근 유치권이 성립할 수 있는 견련관계 있는 채권의 범위를 축소하려는 시도 및 유치권에 사실상 최우선변제효를 인정하는 태도를 비판하면서 압류채권자, 가압류채권자 및 저당권자와 유치권자간의 충돌하는 이해관계를 조화롭게 해석하려는 시도가 대법원을 필두로 하여 이루어지고 있다[12].

제2절 논문의 구성

이 논문에서는 우선 제2장에서 유치권 제도의 연역 및 비교법적 고찰을 통해 역사적으로 어떠한 맥락에서 유치권 제도가 유래하였고, 각국의 유치권제도가 우리나라 유치권제도와 어떠한 공통점과 차이점이 있는지 살펴본다. 제3장에서는 유치권만의 특수한 법적 성격을 구체적으로 검토하고, 성립요건 중 견련관계에 대해 살펴본 후, 최근에 주장되고 있는 견련관계의 대항력으로의 전환 논의에 대해 살펴볼 것이다. 그 후 제4장에서 민사집행절차에서의 압류, 가압류 및 체납처분에 의한 압류에 있어 각 압류, 가압류 이후 성립한 유치권이 경매절차의 매수인에게 인수되는지를 검토하고, 제5장에서 저당권 이후 성립한 유치권이 담보권 실행을 위한 경매절차의 매수인에게 인수되는지, 신의칙으로 인수가 제한될 수 있는지에 관해 상사유치권에서의 논의를 포함하여 각 검토한다. 마지막으로 제6장에서 유치권이 인수되는 경우와 인수되지 않는 경우 각 유치권자의 지위에 대해 분석하려고 한다.

도 또한 같다.

9) 이 경우 민사집행법 개정안 제88조 제1항은 민법 제372조의2 제1항에 의하여 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자가 배당청구하면 그 우선순위에 따라 우선변제를 받을 수 있는 배당요구권자로 규정하고 있다.

10) 민법 개정안 제372조의2
② 제1항의 권리는 채권자가 그 부동산이 등기된 날로부터 6개월 내에 소로써 행사하지 아니하면 소멸한다.

11) 단 민법 개정안 제372조의3 제2항은 부동산이 등기된 후 6개월 내에 소를 제기하지 않아 유치권 및 저당권설정청구권을 상실하더라도 제372조의3 제1항의 저당권설정청구권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다.

12) 윤진수, 유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안(註4), 196-198면

제2장 유치권의 연혁과 입법례[13)]

제1절 유치권의 연혁

유치권은 로마법상 악의의 항변(exceptio doli)이라는 소송상의 항변에서 유래한 권리이다. 악의의 항변은 일반적 악의의 항변(exceptio doli praesentis)과 특수한 악의의 항변(exceptio doli praeteriti)으로 나누어지는바, 특수한 악의의 항변은 원고가 소의 원인이 되는 법률관계의 발생에 있어 악의로 행동하였다면 피고는 악의의 항변을 주장할 수 있다는 것으로 사기에 대한 항변인 반면, 일반적 악의의 항변은 법률행위가 적법하게 성립하였으나 그 이행청구가 부당하다고 판단되는 경우 신의칙과 형평을 고려하여 피고에게 부여된 방어방법을 말한다[14)]. 유치권은 이 중 일반적 악의의 항변을 기원으로 한다. 예를 들어 채권자가 주된 청구권을 가지고 채무자가 부수적인 급부청구권을 가진 불완전쌍무계약에서 채무자는 자신의 청구권을 주장할 수도 있지만 악의의 항변을 하여 급부의

---

13) 이 부분은 특별히 언급하는 부분을 제외하고 양창수, 유치권의 성립요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계, 민법연구 제1권, 박영사(1998), 김계순, 유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계, 법학논집 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소(2009), 배용준, 유치권의 성립요건으로서의 견련관계 및 유치권의 불가분성, 민사판례연구 제31권, 박영사(2009), 추신영, 가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰, 민사법학 제44호, 한국민사법학회(2009), 황진효, 유치권에 있어서의 채권과 목적물 사이의 견련관계 및 유치권의 불가분성, 판례연구 제20집, 부산판례연구회(2009), 이동진, 물권적 유치권의 정당성과 그 한계, 민사법학 제49-1호, 한국민사법학회(2010), 김준호, 유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련성, 민사법학 제54-1호, 한국민사법학회(2011), 한삼인·정두진, 유치권 성립요건으로서의 견련관계에 관한 연구, 법학연구 제42집, 한국법학회(2011), 김성욱, 유치권 제도의 운용과정에서의 법적문제, 법학연구 제16집 제1호, 인하대학교 법학연구소(2013), 신국미, 유치권제도에 관한 연구 : 동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로, 고려대학교 박사학위 논문 중 각 해당 부분을 참고하여 정리하였다.

14) Berthold Kupisch, 서을오 역, 일반적 악의의 항변과 성의소송 - 성의계약에 있어서 내재성의 문제에 대하여 -, 법학논집 제12권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소(2008), 223면, 김계순(註13), 31면. 특수한 악의의 항변은 행위시 청구자의 악의가 있었던 경우에 대항하는 것으로 과거의 악의를 제재하는 것인 반면, 일반적 악의의 항변은 원고가 신의성실의 원칙과 형평의 원칙에 반하여 제소하는 경우 항상 존재하는 것으로 현재의 악의를 제재하는 것이다.

이행을 거절할 수도 있었던 것[15]이다. 로마법에서는 인도거절권이 인정되는 경우에 대한 통일적인 규정은 없었고, '선의의 점유자가 필요비 또는 유익비를 지출한 경우 점유자는 비용을 상환받을 때까지 물건을 유치할 수 있다.'는 것과 같이, 유치권이 문제될 수 있는 구체적인 법률관계[16]에서 채무자가 일정한 사정 아래 채무목적물을 유치(retentio)할 수 있다는 방식으로 접근하였는데, 여기서의 유치권능은 채권적 성질의 권능이었다. 그러나 현행 유치권의 핵심적인 성립요건인 견련관계의 필요를 도외시하였다는 점에서 오늘날의 유치권과 차이가 있다.

제2절 유치권 제도의 입법례

Ⅰ. 독일민법

독일은 유치권을 독립한 일반적인 법제도로 규정하면서도, 그 효력을 채권적 급부거절권으로 구성하였다. 독일민법상 유치권은 제320조의 유치권(동시이행의 항변권)[17][18], 제273조의 유치권[19], 제1000조의 유치권[20]

---

15) 이에 반하여 계약당사자 쌍방이 대등한 채권채무관계의 완전쌍무계약에서는 일방이 자신의 급부를 상대방에게 제공하지 않는 한 자신의 급부를 거절할 수 있었는데 이것 역시 신의칙상 인정되는 것으로 동시이행항변의 기원이 되었다고 한다.

16) 로마법에서는 선의의 점유자가 직접 비용상환을 청구할 수 없었기 때문에 유치는 상환을 위한 유일한 수단이었다고 하면서, 그 외에도 상속재산에 대하여 상속재산에 대한 필요비 또는 유익비를 지출한 선의의 점유자는 그 비용의 상환을 받을 때까지 그것을 유치할 수 있었고 처의 재산에 기한 소권에 기한 가자반환청구에 대하여 남편이 가자에 대하여 비용을 지출한 경우에도 유치권능이 인정되었다고 한다.

17) 제320조 계약불이행의 항변권
① 쌍무계약에 의해서 의무를 부담하는 자는 자기가 부담하여야 할 급부를 반대급부의 실현이 있을 때까지 거절할 수 있다. 다만 선급부의무가 있는 때에는 그러하지 아니하다. 복수의 자에게 급부를 하여야 하는 때에는 반대급부의 전부가 실현될 때까지 자기가 부담하였던 부분을 거절하는 것이 가능하다. 제273조 제3항은 적용되지 않는다.
② 일방으로부터 일부 급부가 행해진 때에는 주위의 상황에 의해 특히 이행되지 않은 급부가 근소하여 거절이 신의성실에 반하는 것인 한에서 반대급부는 거절될 수 없다.

18) 우리나라의 경우 유치권을 물권으로 구성하여 동시이행의 항변권과 확연히 구별되나, 독일의 경우 동시이행의 항변권은 채권적 유치권의 일종으로 이해되고 있다고 한다. 양자의 차이는 쌍무계약상의 대립적 채무에만 인정되는가(동시이행의 항변권은

의 3종류로 분류되는데 각각의 경우 그 적용영역을 달리한다.

우리 민법상의 유치권에 대응하는 규정은 독일민법 제273조이다. 제273조 제1항은 인도의무의 경우에 한하지 않는다는 점에서 우리나라 유치권의 범위를 넘어서는 규정인바, 유치권의 견련관계에 대한 우리나라의 이원설은 이 규정의 영향을 받은 것이라 할 수 있다. 여기서 제1항의 동일한 법률적 관계란 개념은 계약관계보다 넓은 개념으로 양 청구권 사이에 일정한 관계가 존재하여야 한다는 것이며 판례에 의해 넓게 해석되고 있다. 즉 무효인 계약의 체결과 같이 동일한 사건에 기초하거나, 비록 다른 계약이라고 할지라도 그것이 동일한 경제적 영역에 속하는 것인 경우 동일한 법률적 관계가 인정된다. 그리고 판례는 의심스러운 경우에는 반대청구권을 고려하지 않은 채 청구권을 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 위배되는지 여부에 의해 동일한 법률관계 존부를 결정한다. 제2항의 유치권은 목적물에 들인 비용[21] 또는 목적물에 의하여 야기된 손해에 대한 배상청구권을 위한 반환의무자의 유치권을 규정하는바 이는 제1항의 유치권보다 그 적용범위가 좁은 특별한 유치권으로서의 성질을 가진다.

원칙적으로 이에 한정된다), 담보제공으로 소멸되는가(독일 민법 제273조 제3항은 유치권에 대하여 그와 같이 규정하고 있다), 항변권을 행사하여야 지체책임을 지는가(유치건의 경우 항변권을 행사하여야 지체책임을 면하나, 동시이행의 항변권은 그 행사가 없더라도 지체책임을 지지 않는다) 하는 점에 있을 뿐이다.

19) 제273조 일반적 유치권

① 채무자가 자신의 채무가 발생한 것과 같은 동일한 법적 관계에 기하여 채권자에 대하여 변제기가 도래한 청구권을 가지는 경우에는 채권자로부터 달리 해석되지 아니하는 한 그는 청구할 수 있는 급부가 실행될 때까지 의무를 부담하는 급부를 거절할 수 있다.

② 목적물을 인도할 의무를 부담하는 사람이 그 목적물에 대한 비용지출 또는 그에 의하여 발생한 손해로 인하여 이행기가 도래한 청구권을 가지는 경우에도 같은 권리를 가진다. 다만 그가 목적물을 고의의 불법행위에 의하여 취득한 때에는 그러하지 아니하다.

③ 채권자는 담보제공에 의하여 유치권의 행사를 회피할 수 있다. 보증에 의한 담보의 제공은 허락되지 않는다.

20) 제1000조 점유자의 유치권

점유자는 자기에게 상환되어야 할 비용의 만족을 받을 때까지 물건의 인도를 거절할 수 있다. 물건이 고의의 불법행위에 의해서 취득된 경우에는 유치권을 가질 수 없다.

21) 그 외 독일민법 제647조는 수급인이 제작 또는 수선한 목적물을 점유한 경우 법정질권을 가진다고 정하고 있는데 이는 동산만을 목적으로 한다. 또한 독일민법 제648조는 부동산 공사수급인에게 보전저당권설정청구권을 인정하고 있다. 제648조의a는 추가로 도급인에게 담보제공의무를 부과하고 있다.

단 제2항의 유치권은 어떠한 비용상환청구권을 부여하는 규정은 아니고, 실체법상 비용상환청구권이 존재함을 전제로 하여, 독립하여 존재하던 비용상환청구권과 인도청구권이 서로 동시이행으로 청구되도록 결합하는 기능을 담당한다.

독일민법 제1000조는 점유자의 비용상환청구권을 위한 유치권을 규정하고 있는데 비용상환청구권을 요한다는 점에서 제273조 제2항의 유치권과 유사하다. 따라서 양자의 관계를 어떻게 파악하여야 할 것인가가 문제되는바 제1000조는 소유자-점유자 관계에 기인한 비용상환청구권을 전제로 한다는 점[22]에서 제1000조의 유치권이 제273조 제2항의 유치권보다 적용범위가 좁다고 할 수 있다. 그 외 양자의 차이로는 ① 일반적 유치권이 통상 채권관계를 주로 적용영역으로 하는 것에 비해 점유자의 유치권은 물권적 회복관계에 있어서 문제가 되는 점, ② 일반적 유치권은 청구권의 변제기의 도래가 요건으로 되지만 점유자의 유치권에는 이를 요건으로 하지 않는 점 등이 있다. 또한 특이한 점은 독일민법 제999조 제2항이 소유자에게 자신이 소유권을 취득하기 전에 지출된 비용에 대하여도 점유자에게 상환할 의무를 지우고 있으므로, 점유자는 목적물의 양수인에 대하여 비용상환청구를 할 수 있다는 것이다. 그렇다면 점유자는 항상 목적물의 양수인을 포함한 현재 소유자에게 비용상환청구권에 기한 유치권으로 대항할 수 있게 되는 결과 이 부분에서 유치권은 실질적으로 물권적 효력을 가지게 된다.

Ⅱ. 프랑스민법

1804년 성립한 프랑스민법전은 유치권에 관한 통일적인 규정을 두지 않았고 다만 유치할 수 있는 경우를 인도거절권의 형태로서 개별적으로 규정하고 있을 뿐이었다. 그러나 학설·판례는 다수의 인도거절권능에 관한 규정[23]에서 일반적 급부거절권의 법리를 도출하여 이를 유치권(droit de

22) 따라서 부당이득법에 기인하거나 위임 없는 사무관리에 기인한 비용상환청구권에는 제1000조가 적용되지 않는다. 그러나 이는 제273조 제2항에 기인한 유치권에는 포섭될 수 있다고 한다.

retention)이라고 하였다.

프랑스의 학설은 우선 유치권이 민법전의 개별규정에 한정된 것인지 그렇지 않으면 개별규정은 일반적 원리의 예시에 불과하여 해석을 통하여 확장하는 것이 가능한지 논의하였으나 확장가능하다는 것에 의견이 모아졌으며, 이때 확장의 기준으로 제시된 것이 견련성(connexite)의 개념이었다. 그 후 견련성은 주관적·법적 견련성(connexite subjective ou juridique)[24]과 객관적·물적 견련성(connexite objective ou materielle)으로 체계화되었다. 법적 견련관계가 있는 채권은 계약 또는 준계약관계에서의 물건의 인도청구권과 공통의 원인으로부터 발생한 채권으로서 도급계약에서 생긴 보수청구권[25]이나 사무관리자의 비용상환청구권 등이 이에 해당한다. 그에 반에 물적 견련관계가 인정되는 유치권에는 필요비나 유익비상환청구권 및 물건에서 생긴 손해배상청구권 등이 있다.

유치권의 효력에 관하여 당초 입법자가 제3자에 대한 대항력을 인정할 의사를 갖고 있지 아니하였다는 이유로 유치권을 부정하는 견해, 물적 견련이란 물건에 가하여진 비용 혹은 물건이 야기한 손해를 원인으로 점유자에 채권을 부여하는 것이기 때문에 물건의 인도를 청구하는 자는 항상 의무를 부담하고 따라서 회복자는 늘 채무자와 일치한다고 하는 의미에 있어서 대세적인 효력을 가지므로 물적 견련과 법적 견련을 구별하여야 한다는 견해가 있었으나, 최근에는 유치권이 쉽게 무력화될 위험이 있을 뿐만 아니라 인도거절권능에 관한 규정 중 프랑스민법 제1613조와

---

23) 오늘날 프랑스민법 중 유치권에 관한 규정으로 인정되는 것은 제570조(수급인의 가공비용), 제862조(증여물반환시 비용상환), 제1612조(매매대금과 인도의무), 제1653조(권리주장자가 있는 경우 매매대금의 거절), 제1673조 제1항(환매권 행사시 비용상환), 제1749조(임차목적물매매에서 임대인에 대한 손해배상청구권과 매수인에 대한 인도의무), 제1948조(수치인의 보수청구권 등), 제2082조(동산 질물의 반환), 제2087조(부동산 질물의 사용수익), 제2280조 제1항(시장에서 매수한 도품 또는 유실물의 인도청구와 대금상환) 등이다.

24) 판례에 의해 법적 견련성이 인정된 첫 번째 예로, 재택근로자가 고용자로 하여금 임금을 지불하게 하기 위하여 작업용 기계를 유치하는 것을 법원이 허용한 것을 들 수 있다고 한다. 남궁술, 프랑스 민법전의 유치권에 관한 연구 -개정 담보법의 내용을 중심으로-, 민사법학 제49-2호, 한국민사법학회(2010), 65면

25) 건물공사수급인의 보수 내지 공사대금채권에 관하여는 유치권에 의하지 아니하더라도 프랑스민법 제2103조 제4호의 부동산특별우선특권이 인정된다고 한다. 이를 등기하면 선순위의 담보물권에 우선하여 변제를 받을 수 있다.

같이 제3자에 대한 대항력을 전제로 한 규정이 있다는 점을 들어 제3자에 대한 대항력을 인정하는 견해가 유력해졌다[26]. 최근 판례 역시 “자동차정비업자는 채무자가 아닌 유치된 자동차의 매수인에게도 유치권을 대항할 수 있다.”고 판시[27]하였다. 이러한 흐름은 프랑스민법이 물권변동에 관해 의사주의를 취하여 당사자의 합의만으로 물권변동이 이루어지고, 부동산의 점유질도 인정하는 등 등기의 공시방법으로서의 지위가 반드시 확고하다고 할 수 없는 사정을 배경으로 한다.

이러한 학설과 판례의 전개에 발맞추어 유치권은 2006년 프랑스민법전의 개정을 통해 제2286조[28]로 명문화되었다. 다만 이 규정은 학설, 판례가 전개하여 왔던 유치권 법리에 어떠한 변화를 꾀하고자 하는 것은 아니라고 이해되고 있다.

Ⅲ. 스위스민법

스위스민법은 동산질권의 장에서 유치권에 관한 일반적 규정[29]을 두면

---

26) 신국미, 유치권제도에 관한 연구 : 동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로(註13), 174면, 남궁술(註24), 74면

27) 프랑스 파기원 1992년 1월 7일 판결(남궁술(註24), 53면에서 재인용). 더 나아가 이 판결이 유치권의 물권성을 인정한 것으로 평가하는 견해도 있으나, 이에 대해 너무 성급한 판단이라는 비판이 있으며 여전히 유치권의 물권성을 부정하는 것이 학설의 주류를 형성하고 있다고 한다.

28) 제2286조

① 아래의 자는 물건에 대한 유치권을 행사할 수 있다.

1. 자신의 채권이 실현될 때까지 소지할 수 있는 물건을 제공받은 자.
2. 미지불된 자신의 채권이 계약에서 비롯되었고, 또 그 계약에 의해 물건의 인도를 부담하는 자.
3. 물건의 소지에서 발생한 채권이 미지불된 경우의 채권자
4. 비점유질권을 향유하는 자.

② 유치권은 자발적인 소지포기로 상실된다.

29) 제895조

① 채권이 변제기에 달하고 그 성질상 유치목적물과 관련이 있는 경우에는 채권자는 채무자의 의사에 의하여 점유하는 동산과 유가증권을 그 채권을 변제받을 때까지 유치할 수 있다.

② 상인간에는 점유 및 채권이 그들의 영업상의 거래로부터 발생한 경우에 전항의 관련이 있는 것으로 한다.

③ 채권자는 이전의 점유가 제3자의 권리에 기인하지 않는 한 그가 선의로 수령한 물건이 채무자소유가 아니라고 할지라도 유치권을 가진다.

서 이를 물권으로 구성하고 있다. 유치목적물이 채무자가 아닌 제3자의 소유에 속한다면 원칙적으로 유치권이 배제되나 ① 유치채권자가 선의로 채무자를 소유자로 간주하거나 또는 받아들인 경우[30] 또는 ② 물건의 소유자인 제3자의 동의로 채권자에게 양도된 경우 예외적으로 허용된다. 성립요건으로 법률상 요구되는 견련관계는 신의성실의 원칙을 고려하여 판단될 수 있는데 자연적 또는 사실적 관련이 있으면 충분하고 당사자들 사이에 법적 견련이나 단일한 법률관계일 것을 요하지는 않는다고 한다. 구체적으로는 피담보채권의 고유한 성질에 따라 ① 물건에 대한 비용상환청구권[31], ② 물건에 의하여 야기된 손해배상청구권, ③ 물건이 채권자의 점유에 이르게 된 동일한 법률행위 또는 법률관계로부터 발생한 채권, ④ 물건이 채권자의 점유에 이르게 된 동일한 사실관계로부터 발생한 채권 등으로 분류되는데, 이렇게 성립한 유치권에 대해서는 우선변제적 효력이 부여된다[32].

이와 같이 스위스는 우리나라와 유사하게 유치권에 대해 통일적 규정체계를 가지고 유치권을 독립한 물권으로 구성하였으나, 유치권의 대상이 동산 또는 유가증권에 한정되는 점, 유치목적물이 채무자가 아닌 제3자에 속하는 경우 유치권의 성립이 제한되는 점, 유치권에 우선변제적 효력이 인정되는 점에서 차이가 있다.

---

30) 스위스민법 제895조 제3항은 유치목적물이 제3자의 소유에 속하더라도 채권자가 선의로 채무자를 소유자로 받아들였다면 채무자의 흠결 있는 소유권에도 불구하고 예외적으로 유치권을 취득할 수 있다는 선의취득의 의매로 해석되고 있다고 한다.

31) 부동산의 공사수급인에게는 유치권이 인정되지 않으나, 법정저당권 설정청구권이 부여되어 있다(스위스 민법 제837조 제1항 제3호). 일견 독일민법 제648조와 비슷해 보이기도 하나 이는 대지의 양수인에게도 주장할 수 있는 물적 채무(Realobligation)라는 점에 특색이 있다. 또한 제841조에서 집행법상 특수한 사해행위취소권이라고 할 수 있는 공사수급인의 우선권을 두어 선순위담보권자가 악의 또는 과실로 공사수급인을 해하여 담보를 설정한 경우 선순위담보권자가 배당받은 것을 반환받을 수 있도록 하고 있다.

32) 제898조

① 채무자가 그의 채무를 이행하지 아니한 경우에 채권자가 충분히 담보되지 아니한 때에는 채권자는 사전에 채무자에게 통지한 후 질물과 마찬가지로 유치물을 환가할 수 있다.

② 유치하고 있는 지명채권을 환가하기 위해서는 강제집행관청 또는 파산관청이 채무자를 대리하여 필요한 행위를 한다.

Ⅳ. 일본민법

일본민법은 제2편 물권편 제7장 제295조에서 “타인의 물건의 점유자는 그 물건에 관하여 생긴 채권을 가지고 있는 때에는 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있다. 다만 그 채권이 변제기가 아닌 경우에는 그러하지 않다.”라고 규정하고 있어, 우리 민법과 마찬가지로 동산과 부동산 모두에 유치권을 인정하고 물권적 효력도 인정하고 있다. 뿐만 아니라 성립요건으로서 견련관계의 요구[33], 유치권자에게 과실수취권(일본민법 제297조), 비용상환청구권(일본민법 제299조) 등을 인정하고 있는 점도 유사하다. 사실 우리나라의 유치권 제도와 일본의 유치권 제도는 매우 유사하여 우리나라의 학설상 논의 중 상당부분은 일본의 논의를 받아들인 것이다.

33) 다만 일본의 경우 유치권의 해석상 견련관계가 인정되는 일부 피담보채권에 대해 선취특권을 추가로 인정하여 채권자를 보호하고 있다. 대표적으로 일본민법 제325조는 부동산의 보존, 공사, 매매를 원인으로 발생한 채권을 가지는 자는 채무자의 특정의 부동산에 대해 선취특권을 가진다고 규정한다. 부동산 보존의 선취특권의 효력을 보존하기 위해서는 보존행위를 완료한 직후 등기를 하여야 하고 (일본민법 제337조), 부동산의 공사의 선취특권의 효력을 보존하기 위해서는 공사를 시작하기 전에 그 비용의 예산액(豫算額)을 등기하지 않으면 안되며 그 경우 공사의 비용이 예산액을 초과한 때에는 선취특권은 그 초과액에 대해서는 존재하지 않는다(일본민법 제338조 제1항). 이와 같이 등기한 선취특권은 저당권에 우선하여 행사할 수 있다(일본민법 제339조). 선취특권에 이와 같이 강력한 효력을 인정한 것은 그 채권이 목적부동산을 개량하기 위해 발생하였으며 저당권자 역시 그 이익을 받았기 때문이다. 그리고 등기를 하지 않으면 선취특권을 대항할 수 없는 것에 그치는 것이 아니라 권리 자체가 발생하지 않는다. 我妻榮, 我妻.有泉コンメンタ-ル民法 제2판(2010), 日本評論社, 533-534면

제3장 유치권의 법적 성질과 견련관계

제1절 유치권의 법적 성질

우리나라 민법은 유치권을 담보물권으로 구성[34]하여 담보물권의 일반적 성질인 타물권성(민법 제320조 제1항), 불가분성(민법 제321조)[35] 및 피담보채권에 대한 수반성과 부종성이 인정된다. 그러나 담보물권인 질권과 저당권에 인정되는 우선변제권능이 인정되지 않고, 피담보채무를

---

34) 유치권을 물권으로 구성하는 것이 타당한 것인가. 채권적 유치권을 인정하는 독일의 경우 유치권자가 점유하고 있는 동산에 대해 채무자인 소유자가 제3자에게 소유권을 이전하고자 할 때에는 목적물반환청구권의 양도를 통한 소유권 이전의 방식을 선택할 수밖에 없을 것이다. 그런데 이 경우 채권양도에 관한 규정이 적용되고 따라서 점유자는 양도인에 대한 항변으로 양수인에 대하여 대항할 수 있다. 따라서 앞에서 언급한 바와 같이 동산을 인수한 제3자에 대해 채권적 유치권으로 대항할 수 있게 되는 것이다. 결국 동산에 있어서는 채권적 유치권과 물권적 유치권의 결론이 동일하다고 할 것이어서 동산유치권을 물권으로 구성하는 것이 큰 문제가 되지 않는다. 그러나 부동산 유치권의 경우 소유권 이전에 등기가 필요하여 목적물반환청구권의 양도의 법리가 적용되지 않기 때문에 부동산유치권을 물권으로 구성하는 것에는 별도의 정당화 사유가 필요한데, 목적물의 가치를 증가시켜 다른 채권자에게 망외의 이익을 주었으므로 그 범위에서는 우선하여 자기의 이익을 환수해가는 것이 공평하다는 가치증가의 원칙을 언급하는 것이 일반적이다. 이동진(註13), 70-77면. 그러나 후술하는 바와 같이 이러한 정당화 사유가 유치권이 성립하는 모든 경우에 적용될 수 있을지 의문이다.

35) 대법원은 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결에서 “이 사건 공사계약은 위 다세대주택에 대한 재건축공사 중 창호와 기타 잡철 부분을 일괄적으로 하도급한 하나의 공사계약임을 알 수 있고, 또 기록에 의하면 이 사건 공사계약 당시 공사대금은 구분건물의 각 동호수 별로 구분하여 지급하기로 한 것이 아니라 이 사건 공사 전분에 대하여 일률적으로 지급하기로 약정되어 있었고, 그 공사에는 각 구분건물에 대한 창호, 방화문 등뿐만 아니라 공유부분인 각 동의 현관, 계단 부분에 대한 공사 등이 포함되어 있으며, 위 소외 2가 피고에게 이 사건 공사대금 중 일부를 지급한 것도 특정 구분건물에 관한 공사대금만을 따로 지급한 것이 아니라 이 사건 공사의 목적물 전체에 관하여 지급하였다는 사정을 엿볼 수 있는바 … 피고가 2003년 5월경 이 사건 공사의 목적물 전체에 대한 공사를 완성하여 이를 점유하다가, 현재 나머지 목적물에 대하여는 점유를 상실하고 이 사건 주택만을 점유하고 있다고 하더라도 유치물은 그 각 부분으로써 피담보채권의 전부를 담보한다고 하는 유치권의 불가분성에 의하여 이 사건 주택은 이 사건 공사로 인한 공사대금채권 잔액 157,387,000원 전부를 담보하는 것으로 보아야 할 것이고…”라고 판시하였다. 이처럼 유치권의 불가분성을 판단함에 있어 유치권자가 주장하는 피담보채권이 불가분적으로 결합된 하나의 채권인지 여부를 채권발생원인 분석을 통해 파악하여야 할 것이다.

변제받을 때까지 목적물의 인도청구를 거절하고 유치할 수 있는 소극적 권능(민법 제320조 제1항) 및 경매청구권(민법 제322조 제1항)만 인정될 뿐이며, 그 결과 물상대위도 인정되지 않는다. 그러나 유치권자는 피담보채권을 변제받을 때까지 유치할 수 있고, 소유자는 목적물을 사용·수익하기 위해 유치권자의 피담보채권을 변제할 수밖에 없을 뿐만 아니라, 민사집행법 제91조 제5항에 의해 유치권은 사실상 최우선변제효를 가질 수 있게 된다.

또한 민법 제328조는 "유치권은 점유의 상실로 소멸한다."고 규정하여 유치권의 성립 및 존속요건으로 목적물의 점유를 요구할 뿐으로 부동산에 대한 유치권의 경우에도 등기가 불필요하다. 민법 제187조에 의해 법정물권인 유치권의 성립에는 등기를 필요로 하지 않더라도 유치권의 처분의 경우 등기를 필요로 한다고 해석할 수도 있으나, 현행 부동산등기법 제3조가 유치권을 등기할 수 있는 권리에서 배제하고 있어 이러한 해석이 불가능하다[36].

이러한 유치권의 특성에 의해 부동산 유치권의 경우 문제점이 발생한다. 우선 부동산의 물권변동이 일반적으로 등기에 의해 공시되는 것에 비해, 부동산 유치권은 점유만으로 공시되어 공시가 불안전하고 제3자에게 예측하지 못한 불이익을 발생시킬 수 있다. 특히 경매절차의 경우 유치권자에게 신고의무가 있는 것도 아니어서 목적물을 매수하려는 사람으로서는 유치권의 존재를 예상하기 어렵고[37], 설사 유치권자에 의한 점유가 외부로 표출되어 제3자가 이를 인식하였다고 하더라도 저당권과는 다르게 피담보채권 액수는 공시가 불가능하므로 여전히 공시의 불안정성이 존재한다. 부동산 유치권의 물권적 효력을 인정하는 법제인 일본이나 프랑스가 물권변동에 관하여 의사주의를 취하고 부동산 점유질까지 인정하

36) 오시영, 부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰, 토지법학 제23-2호, 한국토지법학회(2007), 220면

37) 예상치 못한 유치권을 인수한 매수인은 민사집행법 제121조 제5호 또는 제6호에 의해 매각허가에 대한 이의신청을 하거나 매각허가결정취소를 신청할 수 있다. 이는 매각대금을 납부하기 전까지 가능하고 매각대금을 납부한 후에는 민법 제575조의 하자담보책임을 물어 계약을 해제할 수 있다. 오시영, 부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰(註36), 218-219면

는 법제인 것은 부동산 유치권이 등기제도와 부합하지 않는다는 점을 여실히 보여주는 것[38]이다. 또한 점유가 유치권의 성립·존속요건인 한편 민법 제324조 제1항은 “유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다.”고 규정하고, 제2항은 “유치권자는 채무자의 승낙없이 유치물의 사용, 대여 또는 담보제공을 하지 못한다.”고 규정하여, 유치권자는 권리의 존속을 위해 선량한 관리자의 주의로 유치물의 점유를 계속하여야 할 뿐 원칙적으로 유치물을 사용・수익할 수 없다. 이는 ① 유치권 행사로 인해 부동산의 사용가치가 사장되는 결과가 되어 비효율적이고 ② 유치권자의 계속적인 관리비용지출로 피담보채권이 증가하여 채무자 및 다른 채권자들의 부담이 커질 뿐만 아니라 ③ 경매절차에서의 매수인 등 제3취득자는 유치권자가 주장하는 실제 채권의 존부 및 액수의 정당성을 떠나 타협하게 되는 부당한 결과로 이어진다[39]. 뿐만 아니라 이와 같이 공시가 불완전한 유치권에 사실상 우선변제효를 인정하게 되면 선순위 저당권자 등 유치권 성립 이전에 확정적 이해관계를 가진 제3자의 기대를 침해하게 된다.

유치권은 전용물소권에 소극적인 우리나라 학설·판례의 태도와도 상충하는 측면도 있다. 전용물소권이란 계약당사자 일방이 상대방과 계약을 체결하고 이에 따라 급부를 하였는데 그 급부로 인하여 계약관계 밖에 있는 제3자가 이익을 얻은 경우 급부자가 계약상대방이 아니라 이익을 얻은 제3자에게 직접 이익의 반환을 구하는 권리를 말한다[40]. 독일의 통설과 판례는 제3자의 이익과 급부자의 손실 사이에 직접적인 관계가 없는 점, 전용물소권을 인정하는 것은 계약의 위험을 제3자에게 전가하는 결과를 초래하는 점을 들어 전용물소권이 인정될 수 없다고 보고[41], 일본의 판례(최고재판소 1995(平成7). 9. 19.(平4(オ)524号)) 역시 전용물소

38) 이동진(註13), 78면
39) 오시영, 부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰(註36), 225면, 박상언, 저당권 설정 후 성립한 유치권의 효력, 민사판례연구 제32권, 박영사(2010), 349면
40) 홍성주, 전용물소권과 민법 제203조 소정의 비용상환청구권, 판례연구 제14집, 부산판례연구회(2003), 57면, 김판기, 전용물소권 -일본의 판례와 학설을 중심으로-, 법조 제601호, 법조협회(2006), 134면
41) 홍성주(註40), 64-65면, 정태윤, 전용물소권에 관한 일고찰, 비교사법 제9권 제1호, 한국비교사법학회(2002), 189-191면

권은 한정적으로만 인정될 수 있을 뿐이라고 한다[42]. 우리나라 대법원 2002. 8. 23. 선고 99다66564 판결은 공유자 중 1인이 다른 공유자의 동의 없이 건물의 도급계약을 체결하고 수급인이 개수공사를 한 후 건물을 점유, 사용하고 있었는데, 다른 공유자인 원고가 수급인인 피고를 상대로 목적물반환 및 차임상당의 부당이득반환청구를 하자 피고가 원고에게 민법 제203조 소정의 유익비상환청구 및 부당이득반환청구를 한 사안에서 "계약상의 급부가 계약의 상대방뿐만 아니라 제3자의 이익으로 된 경우에 급부를 한 계약당사자가 계약 상대방에 대하여 계약상의 반대급부를 청구할 수 있는 이외에 그 제3자에 대하여 직접 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보면, 자기 책임하에 체결된 계약에 따른 **위험부담을 제3자에게 전가시키는 것이 되어 계약법의 기본원리에 반하는 결과를 초래**할 뿐만 아니라, **채권자인 계약당사자가 채무자인 계약 상대방의 일반채권자에 비하여 우대받는 결과가 되어 일반채권자의 이익을 해치게 되고, 수익자인 제3자가 계약 상대방에 대하여 가지는 항변권 등을 침해하게 되어 부당**하므로, 위와 같은 경우 **계약상의 급부를 한 계약당사자는 이익의 귀속 주체인 제3자에 대하여 직접 부당이득반환을 청구할 수는 없다**고 보아야 할 것이다."라고 판시하였다[43]. 그런데 채무자 아닌 제3자 소유 목적물에 유치권이 성립한 경우 제3자는 목적물을 반환받기 위해서는 피담보채무를 변제하여야 하는바 이는 결국 계약 상

42) 위 일본 최고재판소는 "건물의 소유자 丙이 법률상 원인 없이 위 수선공사에 필요한 재산 및 노무의 제공에 상당하는 이익을 얻었다고 할 수 있으려면, 丙과 乙(채무자) 사이의 임대차계약을 전체적으로 보아, 丙이 대가관계 없이 위 이익을 얻은 경우에 한하는 것이라고 해석하는 것이 상당하다."라고 판시하면서 소유자가 얻은 이익은 통상 얻을 수 있었던 권리금의 지급을 면제한 부담에 상응하는 것이라고 보아 소유자가 법률상 원인 없이 이익을 얻었다고 볼 수 없다고 보았다. 일본의 학설은 전면적 부정설과 제한적 긍정설이 주를 이루고 있다고 한다. 김판기(註40), 136-150면, 홍성주(註40), 70-73면, 정태윤(註41), 205-212면, 제철웅, 3자관계에서의 부당이득 : 특히 전용물소권의 사안을 중심으로, 저스티스 제67호, 한국법학원(2002), 67-70면

43) 우리나라의 경우에도 전용물소권을 인정할 수 있는지 학설이 대립하는바 긍정설을 취하는 견해(정상현·이승현, 전용물소권의 인정여부에 대한 법리 재검토, 성균관법학 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구소(2012), 379-389면), 전면적 부정설을 취하는 견해(홍성주(註40), 76-77면, 제철웅, 3자관계에서의 부당이득 : 특히 전용물소권의 사안을 중심으로(註42), 71-72면, 양창수, 일반부당이득법의 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 270-273면), 제한적 긍정설을 취하는 견해(김판기(註40), 152-153면, 정태윤(註41), 214-216면)이 대립하고 있다. 부정설이 타당한 것으로 보인다.

대방이 아닌 이익을 얻은 제3자에게 이익의 반환을 구하는 결과를 초래하는 것이어서, 제3자 소유 목적물에 대한 유치권 성립과 전용물소권은 동일선상의 문제라 할 수 있다. 물론 도급계약에서 수급인은 사실상 선급부의무를 지고 있으므로 보호할 필요가 있기 때문[44]에 우리 민법이 타인 소유물에도 유치권이 성립할 수 있도록 명문으로 규정한 것이긴 하나 이는 계약법상 부당이득, 청산의 법리와 긴장관계[45]에 있다고 할 것이다.

이와 같은 유치권의 법적 성격에 의한 문제점뿐만 아니라 채무자와 유치권자가 처분문서, 피담보채권에 대한 확정판결, 조정조서를 통해 피담보채권을 허위로 주장하거나 과장하는 경우의 사실입증의 어려움도 함께 고려하면 유치권의 성립요건과 효력을 포함한 제도 전반에 걸쳐 신중한 해석이 필요하다고 할 수 있다[46].

제2절 유치권의 성립요건 중 견련관계에 대한 고찰

44) 이동진(註13), 77면

45) 한편 위 대법원 99다66564 판결은 “유효한 도급계약에 기하여 수급인이 도급인으로부터 제3자 소유 물건의 점유를 이전받아 이를 수리한 결과 그 물건의 가치가 증가한 경우, 도급인이 그 물건을 간접점유하면서 궁극적으로 자신의 계산으로 비용지출과정을 관리한 것이므로, 도급인만이 소유자에 대한 관계에 있어서 민법 제203조에 의한 비용상환청구권을 행사할 수 있는 비용지출자라고 할 것이고, 수급인은 그러한 비용지출자에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.”라고 판시하여, 수급인의 민법 제203조의 비용상환청구권도 부정함으로써 가치평가의 일관성을 유지하였다. 제철웅, 도급계약상의 수급인과 민법 제203조의 비용상환청구권, 법조 제561호, 법조협회(2003), 98-99면

46) 유치권의 이질적인 법적 성질을 강조하는 견해로 박상언(註39), 350-353면. 유치권의 사실상의 오·남용 폐해를 강조하는 견해로 성민섭, 부동산 유치권 제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여 -등기 부동산에 대한 유치권 폐지(안) 등의 재고를 기대하며-, 외법논집 제38권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소(2014), 192-193면. 대법원은 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결에서 이러한 취지로 “부동산 경매절차에서 유치권 행사가 허위채권에 기한 것일 경우 매각대금을 부당하게 하락시켜 경매의 공정성을 훼손하고 이해관계인의 권리를 침해할 우려가 있으므로, 유치건 성립여부에 대한 판단은 신중하게 할 필요가 있다.”라고 설시하였다. 유치권제도의 신의칙 적용을 긍정한 최초의 판결인 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결도 같은 취지로 “유치권제도와 관련하여서는 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의적으로 작출함으로써 앞서 본 유치권의 최우선순위담보권으로서의 지위를 부당하게 이용하고 전체 담보권질서에 관한 법의 구상을 왜곡할 위험이 내재한다.”라고 판시하였다.

Ⅰ. 서설

유치권은 ① 타인의 물건 또는 유가증권을 ② 점유하는 자가 ③ 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 ④ 변제기에 있는 경우 ⑤ 그 점유가 불법행위로 인한 것이 아닌 때에 그 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있는 권리이다. 여기서 타인은 채무자에 한하지 아니하고 채무자 이외의 제3자까지 포함하는 것이 통설 및 판례의 입장[47][48]이다. 상사유치권이 채무자 소유의 물건 또는 유가증권이라고 명시적으로 규정한 것에 비해 민사유치권은 타인의 물건 또는 유가증권이라고만 규정하고 있으므로 여기서의 타인은 채무자 외 제3자까지 포함하는 것으로 보아야 한다는 것이 그 이유이다. 점유는 직접점유와 간접점유를 포함하나 민법 제

---

47) 곽윤직 編, 민법주해(Ⅵ) 물권법 3(호문혁 집필부분), 박영사(2009), 294면, 이영준, 물권법 전정신판, 박영사(2009), 772면, 지원림, 민법강의 제8판, 홍문사(2009), 726면, 제철웅, 담보법 개정판, 율곡출판사(2011), 318면, 김용담 編, 주석 민법 물권법 3 제4판(김갑유 집필부분), 한국사법행정학회(2011), 432면, 김준호, 물권법 제6판, 법문사(2013), 385면, 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의 제12판, 신조사(2013), 737면, 곽윤직·김재형, 물권법 제8판, 박영사(2014), 382면, 송덕수, 물권법 제2판, 박영사(2014), 427면

48) 일본의 경우에도 타인이란 채무자 이외 제3자까지 포함하는 것이 통설이라고 한다. 林良平 編, 注釋民法 8 物權 3(1968)(田中整爾 집필부분), 有斐閣, 31-32면, 道垣內弘人, 担保物權法(2008), 有斐閣, 17면. 그러나 이러한 견해에 대해 유력설은 ① 일본 민법 제298조가 「채무자의 승낙」 없이 유치물의 사용 등을 하는 것을 금지하고, 유치권자의 의무위반에 대해 「채무자」가 유치권의 소멸청구를 할 수 있는 점, ② 민법 제301조는 「채무자」가 대체담보를 제공함에 의해 유치권의 소멸을 청구할 수 있는 점에서 볼 때 채무자가 유치물소유자인 것을 전제로 하고 있고, 또한 실질적으로 보아도 통설에 의하면 채무를 부담하지 않는 소유자가 불측의 손해를 입을 수 있다는 점을 고려하면 부정설이 타당하다고 한다. 또한 타인성이 문제되는 경우는 법적견련성이 문제되는 국면임을 주의해야 한다고 하면서(물적 견련, 즉 비용상환청구권이 발생하는 경우에는 일본민법 제196조(점유자에 의한 비용상환청구)에 의해 소유자와 채무자가 항상 일치하기 때문이다.) 법적견련의 경우 일본 민법 제194조가 유치권 성립에 대해 예외를 규정하고 있는바 제194조의 요건을 충족하지 않은 경우 유치권이 성립하지 않고 점유자는 소유자의 회복청구에 응하여야 한다고 주장하는 견해도 있고, 유치권은 물의 인도거절에 의해 채무의 이행을 간접적으로 강제하는 제도로 그 성립처음부터 피담보채권의 채무자와 유치권에 의한 인도거절의 상대방이 다른 경우에 까지 그 성립범위를 확대하는 것은 제3자의 부담에 의해 채권자를 보호하려고 하는 것이어서 유치권제도 본래의 취지에 반하는 것이라는 이유로 피담보채권의 채무자와 목적물의 인도청구권이 애초부터 다른 경우 유치권이 성립할 수 없다는 견해도 있다. 高木多喜男, 担保物權法(2005), 有斐閣, 24, 27-28면, 淸水元, プログレッシブ民法 : 担保物權法(2008), 成文堂, 176-177면

328조에 의해 그 점유는 계속되어야 하고[49], 채무자가 직접점유를 하는 간접점유의 형태로는 유치권이 성립할 수 없다[50]. 그리고 유치권의 소극적 성립요건인 불법점유란 소유자뿐만 아니라 제3자[51]에 대한 불법행위[52]에 기해 목적물을 점유하는 것도 포함한다. 일본과는 달리[53] 우리나라는 민법 제320조 제2항에서 "전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다."라고 규정하고 있어, 불법행위로 인해 점유를 개시한 경우뿐만 아니라, 처음에는 적법한 권한에 의해 점유를 개시하였다고 하더라도 도중에 권한이 소멸하여 사후적으로 불법점유가 되는 경우도 이에 포함된다고 보는 것이 다수설[54]이다.

---

49) 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다72189 판결은 "피고의 점유침탈로 원고가 목적물의 점유를 상실한 이상 원고의 유치권은 소멸하고 원고가 점유회수의 소를 제기하여 승소판결을 받아 점유를 회복하면 점유를 상실하지 않았던 것으로 되어 유치권이 되살아나지만, 위와 같은 방법으로 점유를 회복하기 전에는 유치권이 되살아나는 것이 아님에도…"라고 판시하였다.

50) 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다27236 판결. 유치권은 목적물을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 것을 본체적 효력으로 하는 권리인 점을 근거로 한다.

51) 대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카3073 판결, 436면, 곽윤직 編, 민법주해(Ⅵ) 물권법 3(註47), 297면, 지원림(註47), 727면, 김용담 編, 주석 민법 물권법 3 제4판(註47)

52) 여기에서 불법행위의 의미에 대해 민법 제750조에 해당하는 고의·과실에 의한 위법한 행위를 의미한다고 해석하는 견해가 있는 반면, 더 넓게 해석하야 한다는 견해도 있다. 김용담 編, 주석 민법 물권법 3 제4판(註47), 435-436면. 차문호, 유치권의 성립과 경매, 사법논집 제42집, 법원행정처(2006), 395-400면, 서종희, 부동산 유치권의 대항력제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립제한으로의 재전환, 성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소(2012), 173-174면. 민법 제750조의 불법행위와 동일한 의미로 해석하는 것이 우리나라와 일본의 다수견해이다. 곽윤직 編, 민법주해(Ⅵ) 물권법 3(註47), 295-296면, 이영준(註47), 774면, 김준호, 물권법 제6판(2013)(註47), 384면, 道垣内弘人(註48), 24-25면

53) 일본 민법 제295조 제2항은 "전항의 규정은 점유가 불법행위에 의해 시작한 경우(始まった場合)에는 적용하지 아니한다."라고 규정하고 있어, 처음에는 적법한 점유였으나 도중에 권한이 소멸한 경우 유치권이 성립할 수 있는지 견해의 대립이 있다. 유추적용을 긍정하는 견해와 일본민법 제196조 제2항 단서를 적용하는 견해의 대립이 그것이다. 林良平 編(註48), 34면, 道垣内弘人(註48), 25면, 高木多喜男(註48), 24, 28-29면. 淸水元(註48), 176-177면, 서종희, 부동산 유치권의 대항력제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립제한으로의 재전환(註52), 174면, 近江幸治, 擔保物權(2007), 成文堂, 30-31면. 일본 최고재판소는 유추적용을 긍정하는 견해이다. 최고재판소 1966(昭和41). 3. 3.(昭39(オ)654号) 판결, 최고재판소 1976(昭和51). 6. 17.(昭50(オ)1148号) 판결 참조

54) 곽윤직 編, 민법주해(Ⅵ) 물권법 3(註47), 296면, 지원림(註47), 728면, 이영준,(註47), 775면, 김용담 編, 주석 민법 물권법 3 제4판(註47), 436-437면, 김준호, 물권법 제6판(註47), 395면, 곽윤직·김재형, 물권법 제8판(註47), 382면, 서종희, 부동산 유치권의

전통적으로 유치권의 성립요건 중 유치권의 제한 및 다른 권리자들과의 이해관계 조절 차원에서 논의의 중심이 된 것은 "물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권"의 해석이었다. 이에 대해서는 항목을 바꾸어 고찰해 보겠다.

Ⅱ. 견련관계에 대한 고찰

1. 학설의 태도

가. 이원설

견련성의 기준을 유형화하여 이원적으로 설명하는 견해로서 다수설의 견해[55]이다. 이 학설은 피담보채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우와 피담보채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우에는 견련관계가 있는 것으로 이해한다. 전자의 예로 목적물에 지출한 비용의 상환청구권, 목적물로부터 받은 손해의 배상청구권을 들고 있으며, 후자의 예로 물건의 매매계약이 무효, 취소, 해제된 경우에 매매대금의 부당이득에 의한 반환청구권과 목적물의 반환의무가 있다. 그러나 이 견해는 채권이 목적물 자체를 목적으로 하는 경우는 목적물 자체로부터 발생한 경우와 달리 견련관계가 인정되지 않는다고 한다[56].

대항력제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립제한으로의 재전환(註52), 174-175면

55) 배용준(註13), 175면, 황진효(註13), 405-409면, 곽윤직·김재형, 물권법 제8판(註47), 379-381면, 林良平 編(註48), 23면

56) 일본 판례상 이러한 법리를 명시적으로 선언한 것이 있다. 즉 최고재판소 1968(昭和43). 11. 21.(昭43(オ)586号) 판결은 부동산의 이중매매에 있어 제2매수인에게 소유권이전등기가 행하여진 경우 제1매수인이 취득한 손해배상청구권을 피보전채권으로 하여 유치권을 행사할 수 있는지 여부에 있어, "상고인이 주장하는 채권은 모두 **그 물건 자체를 목적으로 하는 채권이 그 양태를 변형한 것**에 지나지 않아, 이러한 채권을 그 물건에 관해 발생한 채권이 아니라는 취지의 원심 판결은 원판결이 제시한 증거관계에 비추어 볼 때 긍정할 수 있다."고 판시한 바 있다. 다만 최근 동경고등재판소 2002(平成14). 6. 6.(平14(ラ)770号) 결정은 "물건의 매매대금채권등 물건 자체의 교환가치를 체현하는 채권에 대하여 교환가치의 체현을 실질상의 근거로 하여 유치권이 인정될 때가 있다. 그러나 그 교환가치의 체현이라는 것은 매매계약 등 계약에 의

따라서 이원설에 의하더라도 ① 부동산 이중매매에서 소유권을 취득한 제2매수인이 목적부동산을 점유 중인 제1매수인을 상대로 당해 부동산의 인도청구를 하는 경우에 제1매수인이 매도인의 채무불이행을 이유로 그에 대해 가지는 손해배상청구권, ② 양도담보권자가 목적 부동산을 제3자에게 양도하여 그 양수인이 당해 부동산을 점유 중인 양도담보설정자에 대해 인도청구를 하는 경우에 양도담보설정자가 양도담보권자의 채무불이행을 이유로 그에 대해 가지는 손해배상청구권은 목적물과 견련성이 인정되지 않는다.

나. 일원설

과거 주장되었던 사회적 관념설이나 상당인과관계설은 현재 주장되지 않고 있으며, 현재는 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우만을 기준으로 삼는 것이 타당하다는 견해[57], 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우에 한하여 견련성을 인정하고 공평의 원칙상 이에 준할 수 있는 경우를 포함시키자는 견해[58], 이원설이 제시하는 두 가지 기준 중 두 번째 기준이 타당하지 못하다고 비판하면서 동시이행항변권만으로도 충분한 때에는 견련성을 인정할 수 없다는 견해[59], 견련관계를 당사자의 의사와 상관없이 사물의 성질상 인정되는 물적견련성과 계약관계를 매개로 이루

한 행위에 기초를 둔 것으로, 자의적이 되기 쉽고, 물건의 가치의 증가등과 비교하면 물적인 부담의 근거로써 설득력이 있는 확실한 것이라고 할 수 없다. 또한 부동산의 경우 등은 특히 권리관계가 복잡하기 때문에, 이미 부동산의 교환가치에 대해 권리를 가진 자가 있는 경우, 교환가치를 체현하는 채권에 대하여, 물건 위의 부담인 유치권을 인정하는 것은 제3자와의 관계에서 실질적인 공평성이 유지되지 않는다. 따라서 물건의 매매대금채권등 **교환가치를 체현하는 채권**에 있어서 물건과의 견련성이 긍정되는 경우는 **그 물건에 대하여 물권변동(저당권의 설정 등을 포함한다.)이 발생하기 전에 유치권의 발생요건에 해당하는 사실이 생긴 경우에 한하는 것**으로, 나아가 **그러한 유치권으로 담보되는 채권의 존재가 채권자에 의한 물건의 점유나 기타 사정에 의해 거래에 들어가려는 제3자에게도 인식가능한 경우**에 한하는 것으로 해석되고 있다."고 판시하여 견련성의 판단에 있어 다른 접근을 하고 있다.

57) 차문호(註52), 371-379면, 김준호, 유치권의 성립요건으로서의 물건과 채권간의 견련성(註13), 193-194면

58) 지원림(註47), 730면, 김재국, 부동산유치권의 제한, 토지법학 제29-1호(2013), 188면

59) 김계순(註13), 41-44면, 송덕수, 물권법 제2판(註47), 430-431면

어지는 법적견련성으로 나누고 목적물과 채권이 서로 직접적으로 결합되는 물적견련성이 존재하는 경우에 한정하여 견련관계를 인정하는 것이 타당하다는 견해[60], 물적견련성과 법적견련성을 기준으로 하되 물적견련성의 개념을 확장하여 점유자가 물건에 자신의 비용을 투입했다면 그러한 비용투입이 계약에 의해서든 아니든 간에 점유자의 비용에 의해 그 물건의 경제적 가치가 높아지거나 보존되었고 이러한 가치상승이나 가치보존이 그 물건에 그대로 남아 있게 되므로 유치권을 인정하여도 물건의 소유자에게 불이익하지 않아 계약에 의한 비용 투입의 경우에도 물적견련성을 인정할 수 있어 유치권을 인정할 수 있다는 견해[61]가 있다.

다. 개별적 고찰설

우리 민법이 쌍무계약상의 대립하는 채무에 관한 동시이행의 항변권 이외에 대세적 효력을 가지는 물권으로서의 유치권을 인정함으로써, 유치권의 성립여부를 판단함에 있어 문제되는 물건에 관한 제3자의 정당한 이해관계를 고려할 필요가 있는 등 복잡한 이익형량을 거쳐야 하기 때문에, 어설픈 해결책을 제시하기 보다는 개별적인 사안에 부딪쳐 그 사태의 논리를 면밀히 추적하는 것이 필요하다는 견해[62]이다.

라. 견련관계와 제3자에 대한 대항력을 구별하는 견해

일본에서 주장되는 견해로, 견련관계의 판단에 있어서 혼란의 원인 중 하나는 종래의 학설이 유치권자인 채권자와 제3자 사이의 공평도 견련관계를 판단함에 있어 함께 고려하려는 태도 때문이라고 하면서, 견련관계의 유무의 판단에 있어서는 채권의 객관적 성질만을 고려하고, 채권자와

60) 한삼인·정두진(註13), 162-163면, 김형배, 수급인의 보수청구권의 보전과 유치권의 성립, 고시연구 (1995. 6.), 고시연구사, 139-140면, 부동산 유치권의 경우 원칙적으로 물적견련에 한정하여야 한다고 하는 견해로 淸水元(註48), 169-171면

61) 신국미, 유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계, 재산법연구 21권, 한국재산법학회(2004), 131-145면, 155-159면

62) 양창수, 유치권의 성립요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계(註13), 239-243면

제3자 사이의 공평은 유치권의 효력의 인적범위(대항력)를 검토함에 있어 고려하면 족하다고 보는 견해이다. 이 견해는 이원설의 기준으로 유치권 성립이 긍정되어야 할 것이지만 결과적으로 유치권의 성립을 부정하는 것이 타당한 몇몇 사례의 경우, 유치권의 성립문제와 주장가부의 문제를 분리하여 타당한 결과를 도출해낼 수 있다고 한다. 道垣內弘人 교수는 ① 유치권 성립 시점에서 채무자가 채권자에 대해 그 물건의 인도청구권을 가지지 아니하는 경우에는 채권자와 채무자 간의 유치권의 성립이 인정되더라도 그 효력을 그 물건에 대한 인도청구권을 가진 제3자에게 주장할 수 없으나 ② 채무자 소유의 물건에 대해 유치권이 성립된 후 그 물건이 제3자에게 양도된 경우 채권자는 유치권을 가지고 제3자에게 대항할 수 있다고 한다[63]. 유치권은 목적물을 채무자에게 인도하지 않는 유치적 효력에 의해 채무의 이행을 간접적으로 강제하는 기능을 가지는 것이니만큼 채무자가 그 물건의 인도청구권을 가질 것을 전제로 하기 때문에 유치권 성립 당시 채무자에게 인도청구권이 존재하지 않으면 유치권의 대항력을 인정하는 것이 적절하지 않다는 것[64]이다. 예를 들어 이중매매의 경우, 유치권 성립시(피담보채권인 손해배상청구권의 성립시인 제2매수인에 대한 소유권 이전시)에 채무자가 채권자에 대해 인도청구권을 가지지 않는 것인바 이러한 경우 유치권자는 제3자인 제2매수인에게 유치권을 행사할 수 없다고 해석한다. 또 다른 예로 매도인

63) 道垣內弘人(註48), 29-31면

64) 최고재판소 1976(昭和51. 6. 17.(昭50(オ)1148号) 판결은 **타인소유물건 매매**에서 매수인이 매도인의 채무불이행에 의한 손해배상채권을 피담보채권으로 원래 소유자의 반환청구에 대해 유치권을 주장한 사안에서 "타인의 물건의 매매에 있어 매수인은 그 소유권을 이전할 매도인의 채무의 이행불능에 의한 손해배상채권에 기해 소유자의 목적물반환청구권에 대해 유치권을 주장하는 것은 허용될 수 없다고 해석하는 것이 상당하다. 타인물건의 매도인은 그 소유권이전채무가 이행불능이 되었더라도 **목적물의 반환을 매수인에게 청구할 수 있는 관계가 아니고, 따라서 매수인이 목적물의 반환을 거절하는 것에 의해 손해배상채무의 이행을 간접적으로 강제하는 관계에 있지 아니하여** 위 손해배상청구권에 의해 목적물의 유치권을 성립시킴에 필요한 물건과 채권간의 견련관계가 당사자간에 존재한다고 할 수 없기 때문이다."라고 판시하여 이러한 문제의식을 견련관계 성립여부에서 검토하였다. 荒木新五, 競賣による買受人に對する留置權主張の可否, 判例タイムズ 1150号(2004), 98면 참고. 동일한 이유로 타인소유 물건에 대한 유치권 성립 자체를 부정하는 견해로 高木多喜男(註48), 24, 27-28면

갑이 매매대금미수령 상태에서 목적물을 매수인 을에게 양도하고 을이 다시 병에게 양도한 후 병이 갑에게 수리를 의뢰하여 목적물을 갑에게 인도한 경우, 유치권 성립 시점에서 을은 갑에게 목적물 반환청구권을 가지고 있지 아니하므로 갑은 을과의 관계에서 성립한 유치권을 병에 대해 주장할 수 없다고 한다.

두 번째로 대항가능성을 판단함에 있어 획일적 기준을 제시하는 것이 아니라 유치권의 원인 또는 기초가 된 권리관계를 규율하는 제규범의 취지를 고려하여 구체적 사정에 따라 판단하여야 한다고 보면서, 목적물의 유지, 개량, 증가에 기여한 채권을 위해 성립된 유치권이라고 하더라도 전용물소권을 부정하는 판례의 취지에 따라 반환청구를 행사하는 제3자인 소유권자에게 대항할 수 없다고 보아야 한다는 견해[65]도 있다.

2. 판례의 태도

우리 판례는 다수설과 입장을 같이 하여 "민법 제320조 제1항에서 '그 물건에 관하여 생긴 채권'은 유치권 제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한 **채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우**는 물론이고 **채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우도 포함**하고…"고 판시[66]하였다. 그러나 판례는 임대차보증금채권을 피보전채권으로 하는 유치권의 성립을 부정하였으며[67] 부동산매도인이 매매대금을 다 지급받지 아니한 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 경료하여 목적물의 소유권을 매수인에게 이전한 경우 "법률행위로 인한 부동산물권변동의 요건으로 등기를 요구함으로써 물권관계의 명확화 및 거래의 안전·원활을 꾀하는 우리 민법의 기본정신에 비추어 볼 때, 만일 이를 인정한다면 **매도인은 등기에 의하여 매수인에게 소유권을 이전하였음에도 불구하고 매수인 또는 그의 처분에 기하여**

65) 武川幸嗣, 留置權の對抗可能性に關する一考察, 法學硏究 84卷 12号(2011), 799-803면
66) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결, 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다34828 판결
67) 대법원 1977. 12. 13. 선고 77다115 판결, 대법원 1976. 5. 11. 선고 75다1305 판결

소유권을 취득한 제3자에 대하여 소유권에 속하는 대세적인 점유의 권능을 여전히 보유하게 되는 결과가 되어 부당 … 매도인으로서는 자신이 원래 가지는 동시이행의 항변권을 행사하지 아니하고 자신의 소유권이전의무를 선이행함으로써 매수인에게 소유권을 넘겨 준 것이므로 그에 필연적으로 부수하는 위험은 스스로 감수하여야 한다."는 이유로 매매대금채권을 피보전채권으로 하는 유치권의 성립 역시 부정하였다[68][69]. 또한 갑이 건물 신축공사 수급인인 을 주식회사와 체결한 약정에 따라 공사현장에 시멘트와 모래 등의 건축자재를 공급한 사안에서 "그렇다면 이러한 피고의 건축자재대금은 그 건축자재를 공급받은 을과의 매매계약에 따른 매매대금채권에 불과한 것이고, 갑이 공급한 건축자재가 수급인 등에 의해 위 건물의 신축공사에 사용됨으로써 결과적으로 위 건물에 부합되었다고 하여도 건축자재의 공급으로 인한 매매대금채권이 위 건물 자체에 관하여 생긴 채권이라고 할 수 없다."고 판시[70]한 경우도 있다.

3. 검토

이원설의 가장 큰 난점은 이원설이 제시하는 기준이 견련관계의 존부를 결정짓는 실질적인 기준으로 제대로 기능하지 못한다는 점이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 이원설을 취하는 판례는 임차보증금반환채권을 피보전채권으로 하는 유치권의 성립을 부정한다. 그러나 이러한 임차인의 임차

68) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2011마2380 결정. 이에 대한 긍정적 평가로 배용준(註13), 187-188면, 양창수, 유치권의 성립요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계(註13), 251-253면

69) 다만 이러한 사안에서 일본의 판례는 전득자의 물건 인도청구에 대한 매도인의 유치권 항변을 인정한다. 최고재판소 1972(昭和47). 11. 16.(昭45(オ)1055号) 판결은 "그 잔대금채권은 본건 토지건물의 명도청구권과 동일한 매매계약에 의해 생긴 채권이므로, 민법 제295조의 규정에 의해 상고인은 D(매수인)에 대해 잔대금의 변제를 받을 때까지 본건토지건물에 대해 유치권을 행사하여 그 명도를 거절할 수 있다고 하지 않으면 안된다. 그런데 유치권이 성립한 후 채무자로부터 그 목적물을 인도받은 자에 대해서도 채권자가 그 유치권을 주장하는 것은 유치권이 물권인 점에 비추어 볼 때 명백하기 때문에 본건에 있어서도 상고인은 D로부터 본건 토지건물을 양도받은 피상고인에 대해 위 유치권을 행사할 수 있다."고 판시하였다.

70) 대법원 2012. 1. 26. 선고 2011다96208 판결

보증금반환채권은 그의 임차목적물반환의무와 동일한 법률관계 즉 임대차관계의 종료로부터 발생한 것이라고 볼 수 있어 이원설의 입장에서 설명이 곤란[71][72]하다. 또한 이원설을 취하는 견해는 대부분 이중매매사안에 있어 제1매수인이 제2매수인의 인도청구에 대해 손해배상청구권을 피보전채권으로 하는 유치권을 주장할 수 없다고 보나, 제1매수인의 손해배상청구권은 제2매수인의 제1매수인에 대한 인도청구권과 동일한 법률관계 즉 매도인으로부터 제2매수인에의 소유권 양도에 의해 발생한 것으로 볼 수 있어 역시 설명이 곤란[73]하다. 뿐만 아니라 이원설은 독일 민법 제273조 제1항, 제2항의 규정과 일치하는 내용인 바, 독일 민법상 유치권이 단순한 급부거절의 항변권으로 구성된 것과 달리 우리 민법은 대세적인 효력을 가진 물권으로 되어 있으므로 독일의 논의를 그대로 가져오는 것은 타당하지 않다. 스위스의 경우 유치권을 물권으로 두면서도 견련성에 관하여 독일과 동일한 이론을 전개하므로 문제될 것이 없다는 견해도 있을 수 있으나 스위스는 부동산에 대해서는 유치권이 성립하지 않으므로 이러한 반론은 타당하지 않다.

부동산에 대한 권리관계의 안정을 기하기 위하여도 유치권의 인정범위를 제한적으로 해석할 필요가 있음은 앞에서 살펴본 바와 같고, 견련성 인정 여부에 있어 대략적인 기준이라도 존재할 필요성이 있다는 점을 고

---

71) 양창수, 유치권의 성립요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계(註13), 239-241면, 248-249면

72) 신국미, 유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계(註61), 152면은 유치권의 성립여부의 실익은 임대차목적물의 소유권이 제3자에게 양도된 경우에 대항력 없는 임차인이 그의 보증금반환채권에 기해 신소유자에게 목적물의 인도를 거절할 수 있는가에 국한되는바, 이 경우에 신소유자가 목적물의 반환을 청구하는 것은 양도인(임대인)과의 매매계약에 기한 것이고 임차인의 임차보증금반환채권은 임대인과의 임대차관계의 종료에 기한 것이므로 양자는 동일한 법률관계에 기한 채권으로 볼 수 없으므로 이원설에 대한 비판이 적절하지 않다고 한다. 그러나 신소유자가 목적물의 반환을 청구하는 것은 매매계약에 의한 소유권 이전에 의한 것이라고 할 것이고, 임대차관계의 종료원인 역시 매매계약에 의한 소유권 이전 및 이에 의한 임대인의 임대목적물을 사용·수익케 할 의무(민법 제623조)의 이행불능에 의한 것이라고 할 것이므로 양자는 동일한 법률관계에 기한 채권으로 볼 수 있을 것이다.

73) 앞에서 본 바와 같이 이원설을 취하는 입장은 이 경우 채권이 목적물 자체를 목적으로 하기 때문에 견련성이 인정되지 않는다고 한다. 그러나 물건에 관하여 생긴 채권이란 그 말의 통상적인 의미로 볼 때 그 물건 자체를 목적으로 하는 채권을 당연히 포함하고 나아가서 후자는 전자의 가장 전형적인 경우라 할 것이다. 양창수, 유치권의 성립요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계(註13), 241면

려하면 유치권의 견련관계는 이원설이 제시하고 있는 첫 번째 기준 즉 "피담보채권이 목적물 자체로부터 또는 자체를 원인으로 하여 발생한 경우"로 한정하고, 두 번째 기준의 경우에는 원칙적으로 부정하되 공평의 원칙상 유치권을 인정할 특별한 사정[74][75]이 있는 경우 예외적으로 견련성을 인정하는 것이 타당하다고 보인다. 이때 목적물 자체로부터 발생한 경우란 목적물 자체에 투입된 비용이나 증가된 가치, 노력에 대한 대가 즉 필요비, 유익비상환채무 등을 부담하는 경우를 의미하고, 목적물 자체를 원인으로 하여 발생한 경우란 목적물 자체를 원인으로 하여 발생한 손해배상채무 등을 부담하는 경우를 의미한다.

일본에서 제기되고 있는 구별설의 경우 이원설의 논리적 일관성을 유지하면서 타당한 결론을 도출해내려 했다는 점이 흥미로우나, 채무자와의 사이에서는 유치권이 성립하지만 제3자와의 사이에서 대항할 수 없다는 법리구성은 물권의 절대성에 반한다는 점, 유치권의 인정범위를 지나치

---

74) 수급인의 공사대금청구권은 어떠한가. 이에 대해 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다50165 판결은 "수급인의 공사잔금채권이나 지연손해금청구권과 도급인의 건물인도청구권은 모두 건물신축도급계약이라고 하는 동일한 법률관계로부터 생긴 것임이 인정될 수 있으므로…"라고 판시한 이래 특별한 언급 없이 견련관계를 인정하고 있고, 학설 역시 해당 물건 자체에 현재 포함되는 가치의 일부가 현재 그 물건을 점유하고 있는 자의 출연에 유래하고 있기 때문에 그 물건을 그 기여에 관한 채권의 담보로 하는 것이 공평에 맞다는 실질적 근거를 기반으로, 이를 '동일한 법률관계로부터 생긴 채권"으로 보든지 '그 물건 자체에 관하여 생긴 채권'으로 보든지 차이는 있으나 견련관계를 인정하는 견해가 다수이다. 차문호(註52), 378-379면, 강민성, 민사집행과 유치권, 사법논집 제36집, 법원행정처(2003), 55면. 이에 대해 법적 견련성이 인정되는 경우 동시이행의 항변권을 인정할 수는 있으나 절대적 효력을 가지는 유치권의 성립을 위한 기준으로는 불충분하다거나 계약상의 채권은 당사자의 합의에 의해 이익조정과 위험의 분배가 이미 정해졌다는 것을 근거로 견련관계를 부정하는 견해도 있다. 김형배, 수급인의 보수청구권의 보전과 유치권의 성립(註60), 139-140면, 신국미, 유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계(註61), 156면, 박영목, 유치권의 성립요건과 효력범위 -수급인의 유치권을 중심으로-, 안암법학 제27권, 안암법학회(2008), 244면. 해당 물건 자체에 현재 포함되어 있는 가치의 일부가 현재 그 물건을 점유하고 있는 자의 출연에 유래하고 있기 때문에 그 물건을 그 기여에 관한 채권의 담보로 하는 것이 공평에 맞다는 실질적인 근거는 그 출연이 소유자와의 계약에 의한 것이라고 하더라도 달라지지 않는다는 점을 감안하면 견련관계를 인정하는 것이 타당하다. 다만 수급인의 보수청구권은 투입한 비용이나 증가된 가치와 반드시 일치한다고 볼 수 없으므로, 이를 목적물 자체로부터 발생한 경우로 보는 것은 타당하지 않은 것으로 보인다.

75) 가등기담보설정자의 청산금지급청구권의 경우도 그러하다. 배용준(註13), 188면, 양창수, 유치권의 성립요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계(註13), 253면

게 확장한다는 비판은 여전히 유효하다는 점, 道垣內弘人 교수의 견해의 경우 채무자가 인도청구권을 가지지 않아 유치적 효력의 전제를 충족시키지 못한 경우 유치권의 성립을 부정하는 것이 아니라 대항력만 없다고 보는 이유에 대해서는 아무런 설명이 없는 점, 武川幸嗣 교수의 견해의 경우 유치권으로 목적물 인도청구를 거부할 수 있는지 여부를 결정하기 위해서는 구체적 사정을 검토할 필요가 있는데, 그렇다면 결과적으로 견련관계에 대해 아무런 기준을 제시하지 않은 것과 별반 차이가 없다는 점에서 한계가 있다.

Ⅲ. 성립요건, 대항력에 대한 논의의 공통점

유치권이 채무자 아닌 제3자 소유 목적물에 성립할 수 있는가에 관한 논의와 견련성에 관한 논의 및 뒤에서 다룰 대항력에 관한 논의는 모두 목적물에 대해 유치권 성립 이전에 이해관계를 가진 자의 이익과 유치권자의 이익을 어떻게 조화시킬 것인가와 관련된 논의로 동일선상에 있다.

채무자와 소유자가 동일인인 경우에는 동시이행의 항변권과 유치권은 상당 부분 중복되기 때문에, 실질적으로 유치권의 성립여부가 문제되는 것은 유치권자가 점유하고 있는 목적물이 제3자 소유인 경우이다. 이 경우 일반적인 차원에서 유치권 성립의 가부를 검토하는 것이 첫 번째 논의라고 한다면, 일반적인 차원에서는 원칙적으로 유치권의 성립을 인정하지만 개별 사안에서 예외적으로 부정하려는 시도가 견련성에 대한 학설의 대립이라고 할 수 있다. 견련관계에 관한 일원설이 이원설을 비판하는 근거로 이용되는 ① 이중매매에서 제1매수인이 채무불이행에 의한 손해배상청구권을 피담보채권으로 등기를 마친 제2매수인에게 대항할 수 있는지, ② 임대차관계 종료로 인한 임차인의 임대차보증금반환채권으로 신소유자에게 대항할 수 있는지에 관한 사례를 살펴보면 이는 모두 타인 소유 목적물에 유치권을 주장하는 사안인바, 제반사정을 종합적으로 고려하면 유치권 성립 이전에 등기를 경료하여 소유권을 취득한 자의 이익을 우선하여 보호하는 것이 타당함[76]에도 불구하고 이원설이 유치권을

인정하여야 할 여지를 남겨 문제가 되는 것이다.

후술하는 강제경매, 담보권 실행을 위한 경매에서 유치권의 대항력에 관한 논의도 유사한 국면의 문제라고 할 수 있다. 유치권 성립 이전에 목적물에 민사집행법상 압류, 가압류와 체납처분에 의한 압류가 행하여지거나 저당권이 설정된 경우, 유치권 성립 이전에 이해관계를 가지게 된 압류채권자, 가압류채권자, 저당권자를 보호할 것이냐 그렇지 않으면 유치권자를 보호할 것이냐의 문제이기 때문이다[77].

다만 견련관계에 대해 어떤 학설을 취하더라도 결론에는 크게 차이가 없을 뿐만 아니라[78] 우리나라 판례상 유치권의 견련성이 인정되는 경우는 도급계약에 의해 수급인이 도급인에 대해 가지는 공사대금청구권이 대부분이므로, 이제는 유치권의 성립요건에 대한 논의를 염두에 두면서 유치권의 효력·대항력에 대한 논의로 나아가야 할 것이다.

---

76) 양창수, 유치권의 성립요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계(註13), 248-251면 (① 사안의 경우 등기 등 공시방법의 실행을 효력발생요건으로 하는 취지가 실질적으로 몰각, ②사안의 경우 임차권의 핵심을 이루는 사용수익권능을 가지고 대항할 수 없는 신소유자에 대해 임차보증금채권으로 항변을 할 수 있다고 하는 것은 문제)

77) 田高寛貴, 個別執行と留置權, 担保制度の現代的展開(2006)는 매매계약 해제에 의한 대금반환청구권(목적물의 교환가치가 피담보채권인 경우)으로 유치권이 성립할 수 있는가에 관한 일본 판례를 ① 유치권과 저당권의 선후관계의 관점에서 유치권을 부정한 경우와 ② 매도인이 보유한 물건 자체의 급부를 목적으로 하는 채권이 그 양태를 변한 것으로 원래 채권은 물건의 유치에 의해 간접적으로 채무의 이행을 강제하는 관계가 아니기 때문에 그 물건에 관하여 생긴 채권으로 볼 수 없다는 관점에서 유치권을 부정한 경우로 나누고, 요건론에서 효과론으로 전환하여 대항관계의 관점에서 유치권을 부정할 필요가 있다고 주장한다. 이러한 견해 역시 견련성과 대항관계가 사실 유사한 국면을 다루고 있다는 관점을 기반으로 한다.

78) 박상언(註39), 353-355면

제4장 강제경매에서 유치권의 대항력에 관한 고찰

제1절 압류 후 성립한 유치권의 인수여부[79]

Ⅰ. 서설

1. 압류의 효력

가. 압류의 효력 일반

압류채권자 및 압류목적물의 매수인과 유치권자의 관계를 고찰함에 있어 그 출발점이 되는 것은 바로 압류의 효력이다. 부동산에 대한 압류의 효력에 대해 민사집행법이 명문으로 규정하고 있는 것은 없으나 학설[80]은 일반적으로 처분금지효가 인정된다고 보고 대법원 역시 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결 등에서 민사집행법 제92조 제1항 및 제83조 제4항에 의해 압류의 처분금지효가 인정된다고 판시하였다. 이러한 압류의

79) 일반채권자와 유치권자가 공존하는 경우는 ① 일반채권자가 경매를 신청하고 유치권자는 경매를 신청하지 않은 경우, ② 일반채권자가 경매를 신청하였는데 이어서 유치권자도 경매를 신청한 경우, ③ 유치권자가 경매를 신청하였는데 일반채권자도 경매를 신청한 경우, ④ 유치권자가 경매를 신청하였으나 일반채권자는 경매를 신청하지 않은 경우로 나누어 볼 수 있는데, 민사집행법 제274조 제2항에 의해 첫 번째부터 세 번째 경우까지는 모두 일반채권자에 의한 강제경매가 행하여진다. 이러한 양상은 저당권에 의한 담보권 실행을 위한 경매의 경우도 동일하다. 김영희, 유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력 -2013년 1월 16일에 입법예고된 유치권 관련 민사법 개정안에 관한 고찰을 덧붙여-, 민사법학 제53-1호, 한국민사법학회(2013), 413면, 417-418면

80) 김홍엽, 민사집행법, 박영사(2011), 137면, 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(한승 집필부분), 한국사법행정학회(2012), 185면 이하, 김상수, 민사집행법, 법우사(2012), 148면, 이시윤, 신민사집행법 제6판, 박영사(2013), 257면. 다만 이무상, 부동산 가압류의 처분제한적 효력, 법학논총 제31권 제2호, 단국대학교 법학연구소(2007), 199면은 부동산 가압류의 효과로 그에 저촉되는 처분행위가 있는 경우 그 처분행위로 인한 법률 효과는 민사집행절차에서는 무시되고 그 효력을 집행절차에서의 권리자에게 대항할 수 없을 뿐이지 처분이 금지되는 것이 아니라고 한다.

처분금지효는 부동산의 환가를 위해서는 일정 시점을 기준으로 그 이후 채무자의 부동산에 대한 처분권한을 제한할 필요가 있다는 점에서 압류의 본질적인 효력이라고 할 것이다.

압류에는 처분금지효 외에도 민법 제168조 제2항에 의해 소멸시효를 중단시키는 효력이 있으나, 민사집행법 제83조 제2항과 관련하여 부동산에 대한 채무자의 관리·이용에 영향을 미치지는 않는다.

압류의 효력발생시기에 대해 민사집행법 제83조 제4항은 "압류는 채무자에게 그 결정이 송달된 때 또는 민사집행법 제94조의 규정에 의한 등기가 된 때 효력이 생긴다."고 규정한다. 따라서 어느 쪽이나 먼저 된 시기에 부동산 압류의 효력이 발생[81]한다. 그러나 통상 채무자에게 집행면탈의 기회를 주지 않기 위하여 먼저 압류등기의 촉탁을 하고 등기공무원으로부터 등기부등본 또는 이에 갈음한 통지서를 송부받거나 또는 경매개시결정의 기입등기를 촉탁하고 상당한 기간이 도과한 후에 개시결정정본을 채무자에게 송달하게 되기 때문[82]에, 대부분 경매개시결정의 기입등기가 된 때 압류의 효력이 발생한다 할 것이다.

나. 압류의 효력이 미치는 대상

압류의 효력이 미치는 범위는 원칙적으로 저당권의 효력이 미치는 범위와 같게 볼 수 있을 것이다. 따라서 목적 부동산뿐만 아니라 부합물, 종물에도 미치고 또한 종된 권리에도 미치게 된다[83][84]. 대법원 역시 2006.

---

81) 다만 압류에 의한 시효의 중단은 압류집행에 담겨져 있는 계속되는 권리불행사의 상태와 상용할 수 없는 채권자의 권리행사 때문이라고 할 것이어서, 압류가 집행된 이상 그 신청시로 소급하여 시효중단의 효력이 발생한다 할 것이다. 김용담 編, 주석 민법 민법총칙 3 제4판(김홍엽 집필부분), 한국사법행정학회(2010), 637면

82) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행Ⅱ-부동산집행, 대법원 법원행정처(2003), 63면

83) 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(2012)(註80), 182-185면, 김홍엽(註80), 139면, 이시윤(註80), 257면, 中野貞一郎, 民事執行法(2010), 青林書院, 396면

84) 압류의 효력이 과실에 대해서도 미친다고 볼 것인가? 저당권에 대해서는 민법 제359조가 "저당권의 효력은 저당부동산에 대한 압류가 있은 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다."고 명시적으로 규정하고 있으나, 압류에 대해서는 그러한 규정이 없고 오히려 민사집행법 제83조 제2항은 "압류는 부동산에 대한 채무자의 관리·이용에 영향을 미치지 아니한다."라고 규정하고 있다. 따라서 미분리의 천연과실은 토지의 구성부분일 경우에는 압류의 효력이 미

10. 26. 선고 2006다29020 판결[85]에서 “민법 제100조 제2항의 종물과 주물의 관계에 관한 법리는 물건 상호간의 관계뿐 아니라 권리 상호간에도 적용되고, 위 규정에서의 처분은 처분행위에 의한 권리변동뿐 아니라 주물의 권리관계가 압류와 같은 공법상의 처분 등에 의하여 생긴 경우에도 적용되어야 하는 점, 저당권의 효력이 종물에 대하여도 미친다는 민법 제358조 본문 규정은 같은 법 제100조 제2항과 이론적 기초를 같이하는 점, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제20조 제1항, 제2항에 의하면 구분건물의 대지사용권은 전유부분과 종속적 일체불가분성이 인정되는 점 등에 비추어 볼 때, 구분건물의 전유부분에 대한 소유권보존등기만 경료되고 대지지분에 대한 등기가 경료되기 전에 전유부분만에 대해 내려진 가압류결정의 효력은, 대지사용권의 분리처분이 가능하도록 규약으로 정하였다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 종물 내지 종된 권리인 그 대지권에까지 미친다.”고 판시하여 주된 권리에 대한 (가)압류의 효력은 종된 권리에도 미친다는 입장이다.

경매개시결정 후에 부합된 물건이나 종물에도 압류의 효력이 미친다고 보아야 하는가? 저당권에 대한 규정인 민법 제358조의 해석에 있어서 일반적으로 그 부합의 시기가 저당권 설정 전후인지 여부를 불문하고 저당권의 효력이 미친다고 해석되고 있고[86] 판례 역시 동일한 태도[87]인

치나 그것이 매각허가결정시까지 수확기에 달하여 채무자에 의하여 수취될 것이 예상되거나 채굴이 예상되는 경우에는 압류의 효력이 미치지 않는 것으로 보아야 할 것이다. 그리고 천연과실에 압류의 효력이 미치지 않는다고 보는 이상 법정과실에 대해서도 압류의 효력이 미치지 않는다 할 것이다. 김용담 編, 주석 민법 물권법 3 제4판(註47), 184면.

85) 원고가 은서양행에 대한 대출금채권에 기하여 은서양행이 신축한 미등기의 아파트에 대해 가압류결정을 받아 가압류기입등기를 한 후 이 아파트가 제3자에게 양도되고 저당권이 설정된 사안에서 경매법원이 대지권분 3,954,612원을 피고에게 배당하였고 원고가 이에 배당이의를 한 사안이다. 원심은 “가압류는 저당권과는 달리 위와 같은 효력범위에 관한 특별규정(민법 제358조를 지칭함)을 두고 있지 아니하므로 구분건물의 전유부분에 대하여만 가압류가 된 이상 종물 내지 종된 권리인 그 대지사용권에까지 미친다고 볼 근거가 없으므로…”라는 이유로 대지권의 매각대금에 대해 저당권자인 피고가 원고보다 우선권을 가진다고 판시하였으나 대법원에서 위와 같은 법리에 의해 파기되었다. 배호근, 구분건물의 전유부분에 대한 소유권보존등기만 경료되고 대지지분에 대한 등기가 경료되기 전에 전유부분만에 대해 내려진 가압류결정의 효력이 그 대지권에 미치는지 여부, 대법원판례해설 63호, 법원도서관(2006), 50-52면, 정다주, 집합건물에서 전유부분과 대지사용권 사이의 일체불가분성과 분리처분된 경우의 상호관련성, 민사판례연구 제32권, 박영사(2010), 293면도 참조.

것을 고려하여, 시기를 불문하고 압류의 효력이 미친다는 견해가 일반적[88]이다.

채권이 압류된 경우 그 채권의 발생원인인 법률관계에 대해서는 압류의 효력이 미치지 않는다는 것이 판례의 입장[89]이다. 그러나 이를 허용하면 압류의 처분금지효를 계약의 당사자가 손쉽게 회피할 수 있게 한다는 점, 지분적 권리에 대한 기본적 법률관계의 해지와는 다르게 일회적 급부관계에서 기본적 법률관계와 압류의 대상이 된 채권은 일체성이 강하여 기본적 법률관계에 대한 해제의 의사표시에는 채권압류로 저지하려는 채권 자체의 처분의 의사표시가 당연히 포함된다고 볼 수 있다는 점을 감안하면 일회적 급부관계에서 기본적 법률관계에 대한 합의해제는 압류의 처분금지효에 반한다고 보아야 할 것이다[90][91].

---

86) 이영준(註47), 477면, 지원림(註47), 772면, 곽윤직·김재형, 물권법 제8판(註47), 443면, 송덕수, 물권법 제2판(註47), 825-826면, 김용담 編, 주석 민법 물권법 3 제4판(김재형 집필부분), 한국사법행정학회(2011), 139, 141면

87) 대법원 1971. 12. 10. 자 71마757 결정. "본조의 규정에 의하여 저당권의 효력은 법률 또는 설정행위로 인한 특별사정이 없는 한 저당부동산의 종물에 당연히 미친다고 할 것이고 그 종물은 저당권설정전부터 존재하였던 것뿐만 아니라 그 설정등기 후에 새로이 생긴 것도 포함한다고 할 것…"

88) 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(註80), 183면

89) 대법원 2006. 1. 26. 선고 2003다29456 판결

90) 양창수, 채권가압류 후 채무자와 제3채무자 간의 계약관계 소멸에 관한 합의의 효력, 저스티스 제31권 제2호, 한국법학원(1998), 139-140면, 양창수, 채권자대위에 의한 처분금지효가 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하는 것에도 미치는가? -대법원 2003년 1월 10일 판결 2000다27343사건(판례공보 2003상, 562면), 민법연구 제7권, 박영사(2003), 363면

91) 일본 최고재판소는 지분적 권리에 대한 기본적 법률관계의 해지에 대해서는 채권에 대한 압류의 효력이 미치지 않는다는 입장을 취하고 있다. 최고재판소 1980(昭和55). 1. 18.(昭54(オ)789号) 판결은 급료채권에 대해 압류명령을 받은 종업원이 근무처에서 퇴직한 후 그 근무처에 재고용되었으나, 재고용될 때까지 6개월 정도가 지나는 등의 사정에 비추어, 재고용 이후의 급료채권에 대해서는 압류명령의 효력이 미치지 않는다고 판시하였고, 최고재판소 2012(平成24). 9. 4.(平22(受)1280号) 판결은 임료채권에 대한 압류의 효력이 발생한 후 임대차계약이 임차인에 대한 그 목적물의 양도에 의해 종료된 경우에 있어 그 이후 지급기가 도래하는 임료채권을 행사할 수 있는가에 대해 "임료채권을 압류당한 채무자는 당해 임료채권의 처분이 금지되나, 그 발생의 기초가 되는 임대차계약이 종료된 경우 압류의 대상이 되는 임대차채권은 이후 발생하지 않게 된다. 따라서 임대인이 임차인에 임대차계약의 목적인 건물을 양도한 것에 의해 임대차계약이 종료한 이상, 그 종료가 임차채권의 압류의 효력발생 후이더라도, 임대인은 임차인과의 인적관계, 당해 건물을 양도하게 된 경위 기타 제반 사정에 비추어 임차인에 대해 임료채권이 발생하지 않는 것을 주장하는 것이 신의칙상 허용될 수 없는 특단의 사정이 없는 한 압류채권자는 제3채무자인 임차인에 대해 당해 양도 후 지

2. 처분금지효의 구체적인 내용

가. 처분금지효에서 제한되는 처분의 의미

처분금지효는 강제집행절차의 진행을 위하여 압류채무자가 압류목적물에 대한 처분권을 상실하고 그 처분권이 국가에 이전되어, 압류채무자가 더 이상 압류목적물에 대해 처분행위를 할 수 없게 되는 효력을 말한다. 일반적으로 처분행위는 보존·관리행위[92]에 대응하는 개념으로 물건을 깨뜨리거나 재산을 소비하는 것과 같이 재산을 손상 또는 멸실케 하거나 그의 성질을 변하게 하는 사실적 처분행위와 직접(이행의 필요성을 남기지 않고[93]) 권리의 변동이라는 법률효과를 생기게 하는 법률적 처분행위를 포함[94]한다고 하나, 명문의 정의규정은 존재하지 않는다. 대법원은 2003. 7. 22. 선고 2002다64780 판결에서 "총유물의 관리 및 처분행위라

급기가 도래한 임료채권을 행사하는 것이 불가능하다."고 판시하였다. 平成24년 판결에 대한 평석으로는 池田恒男, 賃料債權の差押え後に賃貸借契約が混同により終了した場合にその後に支拂期が到來する賃料債權に對する差押債權者による取り立てが認められなかった事例, 龍法 第46卷 第2号(2013), 石渡哲, 料債權の差押えの効力發生後に賃貸借契約がその目的物の賃借人への讓渡により終了した場合においてその後に支拂期の到來する賃料債權を取り立てることの可否, 横浜法學 第22卷 第2号(2013) 참조

92) 보존행위란 일반적으로 물건의 멸실·훼손을 방지하고 그 현상을 유지하기 위하여 하는 사실적·법률적 행위를 말하며, 관리행위란 물건 내지 재산의 가치를 보존하고 실현하며 증진시키는 것으로, 이용·개량행위가 포함된다. 이은영, 채권자대위권행사에 의한 처분금지효에서 처분의 의미 : 대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결에 대한 평석을 겸하여, 법학논고 제40집, 경북대학교 법학연구원(2012), 458면. 민법 제118조는 권한을 정하지 아니한 대리인이 "보존행위, 대리의 목적인 물건이나 권리의 성질을 변하지 아니하는 범위에서 그 이용 또는 개량하는 행위"만을 할 수 있다고 규정하고, 제264조, 제265조는 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 "처분하거나 변경"하지 못하지만 "공유물의 관리에 관한 사항"은 공유자의 지분의 과반수로써 결정하고 보존행위는 각자가 할 수 있다고 규정하며, 민법 제272조는 합유물을 "처분 또는 변경"함에는 합유자 전원의 동의가 있어야 하나 보존행위는 각자가 할 수 있다고 규정한다. 또한 민법 제276조는 총유물의 관리 및 처분은 사원총회의 결의에 의한다고 규정한다.

93) 이러한 의미에서 물권행위와 준물권행위가 법률적 처분행위에 포함된다고 할 것이다.

94) 지원림(註47), 186-187면, 이은영(註92), 455면, 김재형·곽윤직, 민법총칙 제9판, 박영사(2013), 266면, 송덕수, 민법총칙 제2판, 박영사(2013), 173면

함은 총유물 그 자체에 관한 법률적, 사실적 처분행위와 이용, 개량행위를 말하는 것으로서 피고 조합이 재건축사업의 시행을 위하여 설계용역계약을 체결하는 것은 단순한 채무부담행위에 불과하여 총유물 그 자체에 대한 관리 및 처분행위라고 볼 수 없다."고 판시[95]하였다. 압류의 처분금지효에 사실적 처분행위가 포함되는지 문제되는바, 민사집행법 제96조는 "부동산이 없어지거나 매각 등으로 말미암아 권리를 이전할 수 없는 사정이 명백하게 된 때에는 법원은 강제경매의 절차를 취소하여야 한다."고 규정하고 있고, 이 조항은 경매개시결정 당시에는 부동산이 존재하고 있었으나 매각기일 전 집행법원이 그 멸실사실을 알게 되거나 매각기일 실시 후 그 사실을 알게 된 경우에도 적용된다는 점[96], 부동산의 압류 후에 압류채무자가 당해 부동산에 대해 변형·개조·파괴 등의 물리적 행위를 하는 것을 방지하기 위해서는 민사집행법 제83조 제3항 소정의 조치를 별도로 하여야 하는 점[97]등을 감안하면, 사실적 처분행위는 압류의 처분금지효의 적용을 받지 않는 것으로 보인다.

나. 처분금지효의 주관적 범위

경매개시결정의 기입등기가 경료된 후 채무자가 압류목적물을 양도하거나 저당권을 설정하면 압류의 처분금지효에 의해 채무자의 이와 같은 처분행위는 무효가 된다. 다만 압류의 목적과 채무자의 처분의 자유를 조화시키는 관점에서 처분행위는 압류채권자 및 강제집행에 참여하는 제3자와 부동산 소유자에 대한 관계에서만 무효(상대적 무효[98][99])일 뿐 그

95) 같은 취지로 대법원 2007. 4. 19. 선고 2004다60072 판결(타인 간의 금전채무를 보증하는 행위가 총유물 그 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하다고 판시), 대법원 2014. 2. 13. 선고 2012다112299 판결(대출계약은 총유물 자체의 관리·처분이 따르지 아니하는 단순한 채무부담행위에 불과하다고 판시)

96) 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(이인복 집필부분), 한국사법행정학회(2012), 383면

97) 하상혁, 가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류채권자에게 대항할 수 있는지 가부, 특별법연구 제10권, 특별소송실무연구회(2012), 995-996면, 이승규, 유치권자와 경매절차에서의 매수인 사이의 대항관계 -부동산 압류 및 가압류가 이루어진 경우를 중심으로, 민사판례연구 제36권, 박영사(2014), 254면

98) 무효의 주장을 받는 자의 범위가 제한되는 경우를 절대적 무효에 대비하여 상대적

밖의 다른 제3자에 대한 관계에 있어서까지 처분행위가 무효인 것은 아니다. 상대적 무효에 있어 채무자의 처분행위의 무효를 주장할 수 있는 제3자의 범위에 대해 절차상대효설과 개별상대효설이 대립하고 있다.

(1) 절차상대효설

압류등기 후에 행해진 채무자의 처분행위는 압류채권자뿐만 아니라 집행에 참여하는 모든 채권자에게 효력이 없는 것으로 보는 견해이다. 일본 민사집행법이 명문으로 취하고 있는 태도[100]이다. 이러한 입장을 취하면 ① 압류 후 부동산이 제3자에게 양도되더라도 종전 소유자의 채권자는 여전히 처분의 효과를 부인하고 이중압류나 배당요구를 할 수 있으며, ② 압류 후 저당권이 설정된 경우 저당권자는 압류채권자뿐만 아니라 집행절차에 참가한 이중 압류채권자나 배당요구채권자에 대하여도 우선변제권을 주장할 수 없고 따라서 안분흡수의 변제는 있을 수 없으며

무효라고 한다. 명문규정상으로는 민법 제107조 제2항, 제108조 제2항의 경우가 이에 해당하는데, 이는 제3자 보호를 포함한 거래안전의 보호를 위한 것으로 이해할 수 있다. 현병철, 무효와 취소의 이중효와 상대적 무효, 법학논총 제19집, 한양대학교 법학연구소(2002), 79-88면. 다만 위 제107조 제2항, 제108조 제2항의 경우 원칙적으로 법률행위가 무효이나 선의의 제3자에 대해 그 법률행위의 무효로 대항할 수 있는 제도인 반면, 압류의 처분금지효는 법률행위가 원칙적으로 유효이나 압류채권자 및 강제집행에 참여하는 제3자에 대해 그 유효로 대항할 수 없는 것으로 그 적용방향이 반대라고 할 것이다. 독일민법 제135조 제1항 제1문은 "어떠한 대상에 대한 처분이 특정한 사람의 보호만을 목적으로 하는 법률상 양도금지에 위반하는 경우에는 그 처분은 그에 대해서만 효력이 없다."라고 일반적으로 규정하고 있는바 실제에 있어서 주로 적용되는 것이 법원이 명한 처분금지 즉 압류 또는 가압류나 가처분이라고 한다. 양창수, 채권가압류 후 채무자와 제3채무자 간의 계약관계 소멸에 관한 합의의 효력(註90), 127면

99) 대법원 2007. 1. 11. 선고 2005다47175 판결은 "가압류채무자가 가압류에 반하는 처분행위를 한 경우 그 처분의 유효를 가압류채권자에게 주장할 수 없는 것이지만, 이러한 가압류의 처분제한의 효력은 가압류채권자의 이익보호를 위하여 인정되는 것으로서 가압류채권자는 그 처분행위의 효력을 긍정할 수도 있다고 할 것이므로…"라고 판시한 바 있다. 이는 민법상 상대적 무효에 있어 다수설이 선의의 제3자가 스스로 그 보호를 거부하여 무효를 주장하는 것이 가능하다고 보는 것과 일맥상통한다. 김용담 編, 주석 민법 민법총칙 2 제4판(최성준 집필부분), 한국사법행정학회(2010), 575면

100) 中野貞一郎(註83), 398면, 배태연, 부동산의 압류·가압류 후에 설정된 담보물권의 효력과 배당우선순위, 사법논집 제21집, 법원행정처(1990), 416면, 정성윤, 가압류와 압류의 효력 -처분금지효와 개별상대효를 중심으로-, 법학논총 제30집 제1호, 한양대학교 법학연구소(2013), 256면.

③ 목적물의 매각대금을 채권자들에게 배당하고 남은 잉여금이 있으면 이를 채무자에게 돌려주어야 한다. 뿐만 아니라 ④ 압류·가압류의 처분금지적 효력은 집행채권 또는 피보전채권의 금액 여하에도 불구하고 목적물의 교환가치 전부에 대해 미치고 ⑤ 제3취득자가 완전한 물권을 취득하려면 그 처분 후에 추가 또는 확장된 채권 및 배당요구채권액까지 변제하여야 한다[101].

(2) 개별상대효설

압류 후에도 채무자의 재산처분의 자유를 최대한 존중하여 압류등기 후에 행해진 채무자의 처분행위는 압류채권자뿐만 아니라 처분 전까지 집행절차에 참가한 이중압류채권자나 배당요구채권자에 대해서만 효력이 없는 것으로 보는 견해이다. 이러한 입장에 의하면 ① 압류 후 부동산이 제3자에게 양도된 경우 종전 소유자의 채권자는 당해 집행절차에 참가할 수 없고, ② 압류 후 저당권이 설정된 경우 저당권자는 저당권 설정 후의 이중 압류채권자나 배당요구채권자에 대하여 우선변제권을 주장할 수 있으며 ③ 목적물의 매각대금을 채권자들에게 배당하고 남은 잉여금이 있으면 이를 환가 당시 소유자에게 돌려주어야 한다. 뿐만 아니라 ④ 압류·가압류의 처분금지적 효력은 목적물의 교환가치 중 가압류의 피보전채권액 또는 압류의 집행채권 및 처분이 있기 전까지 법률에 의하여 배당요구한 채권액의 합산액 범위내에만 미치고, ⑤ 제3취득자가 완전한 물권을 취득하려면 처분이 있기 전까지의 압류·가압류 채권액만 변제하면 된다[102]. 우리나라 민사집행법은 어느 입장을 특별히 뒷받침하는 조항들을 두고 있지 않아 결국 해석론에 맡겨져 있으나 다수설[103]과 판

101) 김홍엽(註80), 140면, 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(註80), 186면, 이시윤(註80), 259-260면, 배태연(註100), 402-403면

102) 김홍엽(註80), 141면, 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(註80), 187면, 이시윤(註80), 258-259면, 배태연(註100), 405-406면

103) 김홍엽(註80), 141면, 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(註80), 187-191면, 김상수, 민사집행법(註80), 152면, 정성윤(註100), 259면. 다만 이무상(註80), 211-213면, 이시윤(註80), 261면은 가압류의 경우 개별상대효설이 타당하나 압류의 경우에는 절차상대효설이 타당하다고 주장한다. 일본 민사집행법 하에서 동일한 취지로 주장하는

례[104]는 개별상대효설의 입장에서 서있다.

다. 처분금지효의 객관적 범위

강제경매 신청시 청구금액을 기재하면 경매개시 결정 후에는 청구금액의 확장이 원칙적으로 허용되지 않으며 그 후에 청구금액을 확장하여 잔액의 청구를 하더라도 이는 배당요구의 효력밖에 없다[105]. 또한 앞에서 살펴본 바와 같이 개별상대효설에 의하면 압류·가압류의 처분금지적 효력은 목적물의 교환가치 중 가압류의 피보전채권액 또는 압류의 집행채권액 및 처분이 있기 전까지 법률에 의하여 배당요구한 채권액의 합산액 범위내에만 미치고 제3취득자가 완전한 물권을 취득하려면 처분이 있기 전까지의 압류·가압류 채권액만 변제하면 되며, 압류 후 부동산이 제3자에게 양도된 경우 압류의 처분금지적 효력이 미치는 객관적 범위인 압류결정 당시의 청구금액의 한도 안에서는 집행채무자인 압류채무자의 책임재산에 대한 강제집행절차라 할 것이고 나머지 부분은 제3취득자의 재산에 대한 매각절차이기 때문에 제3취득자에 대한 채권자는 압류결정 당시 청구금액을 제외한 범위에서만 배당을 받을 수 있다[106].

3. 강제집행에 의한 매각의 경우 부동산상의 부담의 처리

가. 서설

中野貞一郎(註83), 402-407면도 참조.

104) 대법원 1998. 11. 13. 선고 97다57337 판결은 “중기관리법에 의하여 등록된 중기에 대하여 가압류등록이 먼저 되고 나서 제3자 앞으로 소유권이전등록이 된 경우에 그 제3자의 소유권 취득은 가압류에 의한 처분금지의 효력 때문에 그 집행 보전의 목적을 달성하는데 필요한 범위 안에서 가압류채권자에 대한 관계에서만 상대적으로 무효일 뿐이고 가압류채무자의 다른 채권자 등에 대한 관계에서는 유효하다 할 것이므로, 위와 같은 경우 채무명의를 얻은 가압류채권자의 신청에 의하여 제3자의 소유권 취득 후 당해 중기에 대하여 개시된 강제경매절차에서 가압류채무자에 대한 다른 채권자는 당해 중기의 경락대금의 배당에 참가할 수 없다.”라고 판시하였다.

105) 대법원 1983. 10. 15. 자 83마393 결정

106) 대법원 2005. 7. 29. 선고 2003다40637 판결

사인간의 매매의 경우 매수인이 어떤 조건으로 목적물을 취득할 것인지는 1차적으로 사적자치의 원칙에 따라 매도인과 매수인의 합의에 의하여 결정되어야 한다. 그러나 강제집행 절차에 있어서는 매도인에 해당하는 채무자의 변제자력이 부족한 경우가 많아 이해관계자들의 이해관계가 첨예하게 대립하므로 경락인이 어떠한 조건으로 경락인이 목적물을 취득하는가에 대해 공정한 기준이 필요한 점[107], 부동산 경매는 불특정다수의 매수신고 중에서 하나를 선택하여 법원이 그 사람에게 매각허가결정을 선고함으로써 목적물의 소유권을 매수인에게 넘겨주게 되는 것이므로 소유권 취득의 조건을 개별적인 절충에 맡기는 것은 적절하지 않은 점[108]을 고려하여 민사집행법은 매수인이 목적물을 취득할 수 있는 조건을 원칙적으로 법정[109]하고 있다. 민사집행법 제91조는 이러한 법정매각조건 중 압류목적물의 물적 부담에 관한 처리를 규정한다.

나. 소멸주의와 인수주의

매각허가에 의하여 부동산 위의 모든 부담이 소멸하고 매수인이 완전한 소유권을 취득하게 하는 것을 소멸주의(소제주의)라고 하고, 매수인이 부동산 위의 부담을 모두 현실적으로 인수하는 것을 인수주의라고 한다.

---

107) 유사한 취지에서 대법원은 2000. 12. 8. 선고 2000다51339 판결에서 "담보권 실행을 위한 경매에서 배당된 배당금이 담보권자가 가지는 수개의 피담보채권 전부를 소멸시키기에 부족한 경우에는 민법 제476조 에 의한 지정변제충당은 허용될 수 없고, 채권자와 채무자 사이에 변제충당에 관한 합의가 있었다고 하여 그 합의에 따른 변제충당도 허용될 수 없으며, 획일적으로 가장 공평타당한 충당방법인 민법 제477조 및 제479조 의 규정에 의한 법정변제충당의 방법에 따라 충당하여야 하는 것이고, 이러한 법정변제충당은 이자 혹은 지연손해금과 원본 간에는 이자 혹은 지연손해금과 원본의 순으로 이루어지고, 원본 상호간에는 그 이행기의 도래 여부와 도래 시기, 그리고 이율의 고저와 같은 변제이익의 다과에 따라 순차적으로 이루어지나, 다만 그 이행기나 변제이익의 다과에 있어 아무런 차등이 없을 경우에는 각 원본 채무액에 비례하여 안분하게 되는 것이다."라고 판시하여 채권자와 채무자 사이의 합의충당을 배제하였다.

108) 이시윤(註80), 262면, 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(윤경 집필부분), 한국사법행정학회(2012), 302면

109) 매각조건은 법정매각조건과 특별매각조건으로 구별할 수 있는바 법정매각조건은 모든 매각절차에서 공통적으로 적용되도록 법이 미리 정해놓은 매각조건을 말하고, 특별매각조건은 법정매각조건 중에서 공공의 이익이나 경매의 본질에 관계없는 조건을 이해관계인의 합의 또는 법원의 직권으로 변경하거나 새로운 매각조건을 정한 것(제110, 111조)등을 말한다. 이시윤(註80), 310-312면

소멸주의는 1회의 경매로 모든 부담을 소멸시켜 각 부담에 관하여 경매의 반복으로 막아 비용을 절약할 수 있고 매수인이 인수하여야 할 부담이 없어 경매가 용이하나, 인수주의와 비교할 때 소멸되는 부담에 대한 대가금액까지 매각대금으로 지급하여야 하는 점에서 매수인의 부담을 가중하는 요인이 되고, 담보물권자의 입장에서 자신의 담보권이 자신의 의사와 관계없이 실현되는 결과를 초래[110]한다. 반면 인수주의의 경우 매수인이 부담을 모두 인수하여야 한다는 점에서 매수인에게 불리하기는 하나 그 대신 매각대금이 소멸주의에 비하여 저렴할 것이므로 매각을 쉽게 할 수 있는 면이 있고 담보물권자는 물론 용익물권자에게 권리의 실행 내지 포기를 강요하는 폐단도 없다[111].

민사집행법 제91조는 제2항은 "매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸된다."라고 규정하여 저당권에 대해서는 압류에 대한 우선여부를 불문하고 소제주의를 취하고 있으며, 제3항은 "지상권·지역권·전세권·등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸한다.", 제4항은 "제3항의 경우 외의 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 매수인이 인수한다."라고 각 규정하여 용익물권에 대해서는 최선순위의 저당권·압류채권·가압류채권을 기준으로 그보다 선순위인 용익물권에 대해서는 인수주의를 취하고 후순위인 용익물권에 대해서는 소제주의를 취하고 있다. 즉 우리나라는 전반적으로 소제주의를 채택하면서, 용익물권에 대해 일부 인수주의를 채택하고 있다[112].

다. 부담의 인수여부에 대한 구체적 검토

저당권은 그 설정시기가 압류등기의 전이든 후이든 막론하고 모두 매각

---

110) 이시윤(註80), 263면, 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(註108), 306면, 곽용진, 이론 사례 중심 유치권과 경매, 법률서원(2009), 247면

111) 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(註108), 307면

112) 이시윤(註80), 263면, 김원수, 압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부, 판례연구 제18집, 부산판례연구회(2007), 671면, 김영희, 유치권 그리고 인수주의와 소멸주의, 민사재판연구 제36권, 박영사(2014), 291-293면

에 의해 소멸된다[113]. 저당권에 준하는 가등기담보권도 원칙적으로 같다[114]. 가등기가 담보가등기인지 순위보전의 가등기인지 알 수 없는 경우 집행법원으로서는 일단 이를 순위보전을 위한 가등기로 보아 매수인에게 그 부담이 인수될 수 있다는 취지를 입찰물건명세서에 기재한 후 그에 기하여 경매절차를 진행하면 족하고 반드시 그 가등기가 담보가등기인지 순위보전의 가등기인지 밝혀질 때까지 경매절차를 중지하여야 하는 것은 아니다[115].

지상권·지역권·전세권[116] 및 등기된 임차권 등 용익물권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 후순위 용익물권일 경우에 한하여 매각에 의해 소멸한다. 이때 소제주의의 적용기준이 되는 저당권·압류채권·가압류채권은 매각에 의해 소멸하는 최선순위의 권리를 말한다[117][118].

---

113) 저당권의 피담보채권의 변제기가 도래하지 않은 경우 저당권자가 배당받을 금액은 공탁하게 된다. 대법원 1992. 4. 14. 선고 91다41997 판결

114) 가등기담보 등에 관한 법률 제15조

115) 대법원 2003. 10. 6. 선고 2003마1438 판결

116) 다만 저당권 등보다 선순위인 전세권이라고 하더라도 우선변제적 효력이 있는 전세금반환청구권을 피보전권리로 하는 담보물권적 성격을 함께 가지고 있음을 고려하여, 민사집행법 제91조 제4항 단서는 전세권자가 배당요구를 통해 스스로 전세권의 존속을 바라지 않고 배당절차에 참여한 경우 전세권이 소멸함을 명시하였다.

117) 구 민사소송법에는 현행 민사집행법 제91조 제3항과 같은 명문 규정이 존재하지 않았으나, 대법원은 1987. 3. 10. 선고 86다카1718 판결에서 “근저당권이 설정된 부동산에 관하여 제3의 집행채권자의 신청에 의한 강제경매가 진행되어 경락되면 그 결과 그 경매신청보다 앞서 설정된 근저당권이 소멸하므로 그 경매는 제1순위 근저당권자에 의하여 실행된 것과 같은 상태에서 이루어져야 하는 것이다. 이 사건의 경우처럼 근저당권설정등기와 강제경매신청 사이에 대항력을 갖춘 전세권자가 있고 그 전세권자가 경락인에게 대항할 수 있다고 하면 경락인은 전세권의 부담을 지게 되므로 부동산의 경매가격은 그만큼 떨어질 수밖에 없고 이는 전세권보다 선행한 담보권을 해치는 결과가 되어 설정당시의 교환가치를 담보하는 담보권의 취지에 맞지 않는다.”라고 판시하여 (대법원 1999. 4. 23. 선고 98다32939 판결도 같은 취지) 설사 명문의 규정이 없더라도 집행채권자보다 앞서지만 최선순위 근저당권보다 후순위인 전세권자는 매수인에게 인수될 수 없으며 용익물권의 인수여부의 판단기준은 경매에 의해 소멸하는 최선순위 권리를 기준으로 해야 한다는 입장이었다. 최선순위인 저당권보다 후순위인 용익물권이 매수인에게 인수되는 것은 판례에서 설시한 바와 같이 담보권자의 기대를 해하는 결과가 되고, 선행한 (가)압류보다 후순위인 용익물권이 매수인에게 인수되는 것은 (가)압류의 처분금지효에 반하는 후순위 용익물권을 (가)압류보다 우선하는 결과가 되어 타당하지 않다. 현행 민사집행법 제91조 제3항은 이러한 구 민사소송법상의 태도를 명문화하였다.

118) 특히 신청채권자에게는 대항할 수 있지만 목적 부동산 위에 매각으로 소멸하는 선순위의 저당권이나 압류, 가압류가 있는 경우 그 선순위 권리에 대항할 수 없는 용익권의 운명에 관하여 학설상 ① 중간 용익권은 강제경매의 경우 경매개시결정 등기 시

대항력이 있는 임차권의 경우도 동일하다. 처분금지가처분, 순위보전의 가등기, 등기된 환매권의 경우에도 금전채권을 직접 보존하기 위한 것이 아니므로 용익물권에 준하여 처리된다[119].

압류채권자 이외의 자에 의한 압류, 가압류는 민사집행법 제148조 제1호, 제3호에 의해 당연히 배당참가권이 인정되어 압류, 가압류의 목적을 달성한 것으로 볼 수 있기 때문에 매각에 의해 소멸된다고 할 것이다. 다만 최근 대법원 2007. 4. 13. 선고 2005다8682 판결은 경매목적물에 대해 전소유자의 채권자가 행한 가압류에 대해 "그러나 경우에 따라서는 집행법원이 종전 소유자를 채무자로 하는 가압류등기의 부담을 매수인이 인수하는 것을 전제로 하여 위 가압류채권자를 배당절차에서 배제하고 매각절차를 진행시킬 수도 있으며, 이와 같이 매수인이 위 가압류등기의 부담을 인수하는 것을 전제로 매각절차를 진행시킨 경우에는 위 가압류의 효력이 소멸되지 아니하므로 집행법원의 말소촉탁이 될 수 없다. 따라서 종전 소유자를 채무자로 하는 가압류등기가 이루어진 부동산에 대하여 매각절차가 진행되었다는 사정만으로 위 가압류의 효력이 소멸되었다고 단정할 수 없고, 구체적인 매각절차를 살펴 집행법원이 위 가압류등기의 부담을 매수인이 인수하는 것을 전제로 하여 매각절차를 진행하였는가 여부에 따라 위 가압류 효력의 소멸 여부를 판단하여야 한다."라고 판시하여 경우에 따라 인수주의가 적용될 수 있음을 인정하였다.

유치권에 대해 우리 민사집행법은 제91조 제5항에서 "매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다."라고 규정하고 있는바 매수인의 유치권 인수여부 및 인수범위에 대해 아무런 제한을 두지 않았다. 이에 따라 아래에서 소개할 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결이 등장하기 전까지 일반적인 통설은 매수인이 모든

점을 기준으로 매수인에 대한 대항력이 결정되고 선순위 저당권 등의 소멸에 영향을 받지 않는다는 견해, ② 중간 용익권은 매각에 의하여 소멸하는 저당권에 대항할 수 없는 이상 소멸하여야 한다는 견해, ③ 중간 용익권은 매각으로 소멸하지 아니하고 이런 경우에는 중간 용익권에 우선하는 저당권도 소멸하지 않는다는 견해 등이 대립하고 있었다. 법원행정처, 민사집행법 해설 -구 민사소송법(집행절차편) 개정부분-, 대법원 법원행정처(2002), 110-111면

119) 김홍엽(註80), 145-146면, 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(註80), 187-191면, 김상수, 민사집행법(註80), 183면, 이시윤(註80), 273면

유치권을 인수하여야 하는 것으로 해석하였다. 그러나 위 대법원 판결이 선고된 이래 강제경매절차에서 유치권의 대항력 제한에 대하여 집중적으로 논의가 전개되었고, 최근에는 체납처분과 유치권의 관계에 대해 대법원 전원합의체 판결까지 선고되었다. 본 장에서는 민사집행법상 압류, 가압류 및 체납처분에 의한 압류와 유치권의 관계에 대한 해석론을 검토해 보려고 한다.

Ⅱ. 압류 후 성립한 유치권의 인수여부에 대한 판례의 태도[120]

대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결은 유치권의 무제한 인수주의에 제동을 건 최초의 판결이라 할 수 있다. 사실관계[121] 중 유치권의 대항력과 관련된 부분은 다음과 같다.

① 피고 건우건설은 2001. 4. 12. 평산기계공업으로부터 이 사건 공장건물들 신축공사 중 일부를 179,960,000원에 도급받은 다음 피고 공창용에게 그 중 전기공사를 54,820,000원에 하도급주어 **2001. 7.말경 피고 공창용과 함께 위 각 공사를 완료**하였다. 또한 피고 대보산업개발은 2001. 5. 22. 토성종합건설(피고 건우건설과 함께 평산기계공업으로부터 위 각 건물의 신축공사 중 일부를 도급받은 것으로 보인다)로부터 철골, 패널, 창호공사를 293,800,000원에 하도급받아 **2001. 7.말경에 공사를 완료**[122]하였다. 그 무렵 이 사건 대지 및 공장건물들은 평산기계공업에게

---

120) 일본의 하급심 실무는 대체로 민법 제295조 제2항(우리나라 민법 제320조 제2항)을 유추적용하여 "자신의 점유권원이 경매절차상의 매수인에 대한 관계에서는 대항할 수 없는 것임을 알았거나 이를 알지 못한 것에 과실이 있는 자가 압류된 부동산에 필요비나 유익비를 지출하였다고 하더라도 경매절차상의 매수인을 상대로 유치권을 내세워 대항할 수 없다."는 입장을 취하고 있는 것으로 보인다. 강민성(註74), 68-72면, 김원수(註112), 678-680면, 김기찬·이춘섭, 부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구, 부동산학연구 제13집 제2호, 한국부동산분석학회(2007), 91-92면

121) 수원지방법원 2004. 6. 10. 선고 2003가합14891 판결 및 서울고등법원 2005. 3. 30. 선고 2004나58453 판결 참조

122) 유치권을 행사하기 위해서는 피보전채권의 성립만으로는 부족하고 피보전채권을 실제로 행사할 수 있는 상태에 이르러야 한다. 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다30653 판결은 "수급인의 공사대금채권이 도급인의 하자보수청구권 내지 하자보수에 갈음한 손해배상채권 등과 동시이행의 관계에 있는 점 및 피담보채권의 변제기 도래를 유치권의 성립요건으로 규정한 취지 등에 비추어 보면, 건물신축 도급계약에서 수급인이 공

인도되었다.

② 평산기계공업은 그 수급업체인 피고 건우건설뿐만 아니라 하수급업체인 피고 공창용, 대보산업개발에 공사잔대금을 직접 지급하기로 하고, 2002. 3. 9. 피고 대보산업개발에게 174,826,205원을, 피고 공창용에게 31,000,000원을, 피고 건우건설의 대리인인 송연배에게 109,273,420원을 각 **2002. 7. 30.까지 지급하기로 하는 내용의 약속어음 공정증서를 작성**해 주었다.

③ 피고 대보산업개발 등은 평산기계공업으로부터 위 공사대금을 지급받지 못하자 2002. 12. 5. 이 사건 대지의 출입구 등에 유치권자가 이 사건 공장건물들을 유치, 점유한다는 안내문을 게시하였고 이 사건 대지의 출입구 부분에 컨테이너 등을 설치하고 **2003. 5. 23.부터 2004. 2. 18.까지 경비원을 고용하고 출입을 통제**하여 왔다.

④ 평산기계공업은 2003. 4. 25. 피고 대보산업개발 이 사건 공장건물들을 사용하도록 승낙하면서 피고 대보산업개발 등이 이 사건 공장건물을 제3자에게 임대하는데 이의가 없다고 하였고, 이에 따라 **피고 대보산업개발 등은 2003. 4. 30. 피고 양병원에게 이 사건 건물을 보증금 10,000,000원, 차임 월 1,000,000원에 임대**하였다.

⑤ 평산기계공업의 채권자인 권순옥이 평산기계공업 소유이던 이 사건 대지 및 공장건물들을 포함한 각 부동산에 관하여 2002. 5. 4. 수원지방법원에 부동산강제경매를 신청하여, 경매법원은 2002. 5. 6. 강제경매개시결정을 하였으며, **2002. 5. 13. 위 강제경매개시결정의 기입등기가 경료되었다**.

⑥ 원고는 위 채권자 권순옥의 신청에 의하여 진행된 부동산강제경매절차에서 2003. 8. 21. 위 경매법원으로부터 각 부동산에 관하여 낙찰대금

사를 완성하였다고 하더라도, 신축된 건물에 하자가 있고 그 하자 및 손해에 상응하는 금액이 공사잔대금액 이상이어서 도급인이 수급인에 대한 하자보수청구권 내지 하자보수에 갈음한 손해배상채권 등에 기하여 수급인의 공사잔대금 채권 전부에 대하여 동시이행의 항변을 한 때에는 공사잔대금 채권의 변제기가 도래하지 아니한 경우와 마찬가지로 수급인은 도급인에 대하여 하자보수의무나 하자보수에 갈음한 손해배상의무 등에 관한 이행의 제공을 하지 아니한 이상 공사잔대금 채권에 기한 유치권을 행사할 수 없다."고 판시하였다.

651,000,000원에 낙찰허가결정을 선고받은 다음 2003. 9. 25. 그 낙찰대금을 완납하고, 같은 날 각 부동산에 관하여 원고 앞으로 소유권이전등기를 경료받았다.

⑦ 원고는 위 경매법원으로부터 부동산인도명령을 받아 피고 양병원이 점유하고 있던 건물·부지를 제외한 나머지 부분을 인도집행받았다.

⑧ 피고 대보산업개발 등은 원고를 상대로 점유회수의 소를 제기하였다.

⑨ 원고는 피고 양병원에 대하여 점유하고 있는 건물부지부분과 건물을 인도하고 대금 납부일부터 인도완료일까지 부당이득금을 지급할 것을 청구하였고 피고 대보산업개발 등에게 컨테이너를 철거할 것을 청구하였다. 피고 대보산업개발 등은 이에 대해 유치권의 항변을 한 사안이다.

위와 같은 사실관계("압류등기 → 채권 변제기 도래[123] → 점유이전")에서 대법원은 "채무자 소유의 건물 등 부동산에 강제경매개시결정의 기입등기가 경료되어 **압류의 효력이 발생한 이후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당**하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에 대항할 수 없다 할 것이다. … 위와 같은 원심의 판단[124]은 앞서 본 법리 및 기

---

123) 후술하는 바와 같이 김원수(註112), 666면은 압류의 효력과 관련하여 유치권을 주장하는 유형을 ① 비용지출 → 압류등기 → 점유취득, ② 점유취득 → 압류등기 → 비용지출, ③ 압류등기 → 점유이전 → 비용지출로 나누어 검토하고 있다. 그러나 유치권자의 비용지출만으로 유치권이 성립한다고 할 수 없으며, 채권의 성립시점, 정확하게는 피담보채권의 변제기 도래시점(피담보채권의 행사가능시점)이 유치권 성립시기를 판별하는 기준이 된다고 할 것이다. 또한 이 사안과 같이 압류등기 → 채권 변제기 도래 → 점유이전의 경우는 4유형으로 분류할 수 있을 것이다. 조효정, 부동산에 가압류등기가 경료된 후에 채무자의 점유이전으로 제3자가 유치권을 취득하는 경우, 가압류의 처분금지효에 저촉되는지 여부, 재판실무연구 제5권, 수원지방법원(2013), 211면은 비용지출시점을 기준으로 하여 이 사안을 1유형으로 파악하나 타당하지 않다.

124) 원심법원인 서울고등법원 2005. 3. 30. 선고 2004나58453 판결은 "무릇 부동산이 압류되는 경우 채무자의 당해 부동산에 관한 처분행위는 압류채권자에 대한 관계에서 무효로 되고 따라서 경매절차의 매수인에 대하여도 무효가 되는 처분금지효가 생긴

록에 비추어 정당하고 … 피고(선정당사자)가 위 유치권에 기한 대항력의 근거 중 하나로 적시하는 민사집행법 제91조 제5항에서는 유치권의 경우 매수인이 그 부담을 인수한다고 하는 인수주의를 채택하고 있으나, **여기서 매수인이 인수하는 유치권이라고 하는 것은 원칙적으로 경매절차의 압류채권자에게 대항할 수 있는 것**이라고 보아야 할 것인데, 이 사건의 경우처럼 경매부동산의 압류 당시에는 이를 점유하지 아니하여 유치권을 취득하지 못한 상태에 있다가 압류 이후에 경매부동산에 관한 기존의 채권을 담보할 목적으로 뒤늦게 채무자로부터 그 점유를 이전받음으로써 유치권을 취득하게 된 경우에는 위 법리에 비추어 이로써 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 보아야 할 것이고…"라고 판시하여, 압류의 효력이 발생한 이후 유치권을 바로 성립시키는 점유의 이전(점유의 이전 전에 이미 피보전채권의 변제기가 도래한 사안)은 압류의 처분금지효에 반하는 처분에 해당한다고 판시[125]하였다.

그렇다면 점유의 이전만으로 바로 유치권이 성립하지 않는 경우(점유의 이전 이후 피보전채권의 변제기가 도래한 사안)는 어떠한가? 대법원은 위 2005다22688 판결의 논의의 확장하여 이 경우에도 여전히 유치권으로 대항할 수 없다 판시하였다. 우선 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다

다. 채무자인 평산기계공업이 압류된 부동산인 이 사건 대지 및 공장건물들을 피고 대보산업개발 등으로 하여금 무상으로 사용하도록 하는 사용대차를 하면서 임차인이던 피고 양병원에 대한 점유물반환청구권을 양도하는 방법으로 그 점유를 피고 대보산업개발 등에게 이전한 행위는 이 사건 경매의 압류의 효력이 발생된 뒤에 한 것이어서 압류의 처분금지효에 저촉된다. **압류의 처분금지효에서 말하는 처분이란 목적물의 교환가치의 감소를 초래할 수 있는 재산권의 변동행위를 말하는 것인데, 점유권도 분명 재산권의 일종이고, 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 염려가 있는 행위이므로 처분에 해당된다**고 할 것이다. **특히 이 사건에서는 이미 유치권의 전제가 되는 피고 대보산업개발 등의 채권, 즉 이 사건 건물에 대한 공사대금 채권이 이미 변제기가 도래한 상태였고 피고 대보산업개발 등이 이 사건 건물을 점유하기만 하면 유치권이 성립할 수 있었던 상태였기 때문에 그 점유의 이전(점유물반환청구권의 양도)은 바로 유치권을 성립시키는 처분행위에 해당된다.**" 라고 판시하였다.

125) 이 판결은 직접적으로는 압류채권자에게 대항할 수 있는 유치권은 매수인이 인수한다(소멸하지 않는다)는 법리를 선언하면서 간접적으로는 압류채권자에게 대항할 수 없는 유치권은 매수인이 인수하지 않는다(소멸한다)는 법리를 선언한 것으로, 이 판결의 궁극적·실천적 의미는 후자에 있다고 평가하는 견해도 있다. 이재석, 유치권 행사의 제한에 관한 판례이론, 사법논집 제55호, 법원도서관(2013), 359면

22050 판결의 사실관계[126]는 다음과 같다.

① 피고는 2002. 10. 14. 대명건설 주식회사로부터 대명건설 소유의 이 사건 토지 지상의 상가 신축공사에 관하여 공사대금 3,473,000,000원, 공사기간 2002. 11. 11.부터 2003. 8. 10.까지로 정하여 도급받는 계약을 체결하였다.

② 대명건설과 종전 소유자인 조한무와의 법적분쟁 및 이주비 및 기부체납 문제 등으로 이 사건 공사를 착공하지 못하다가 **2003년 4월 초순경 이 사건 토지를 점유하고 그 지상에 있던 기존의 2층 건물의 철거작업을 시작**하여 2003. 5. 2.경에 이를 완료한 다음, **이 사건 공사를 착공하여 터파기 공사, 에이치 빔 토목공사 등을 실시하던 중 2003년 7월 초순경 대명건설의 부도를 알고 이 사건 공사를 중단**[127]한 채 현재 이 사건 토지를 점유하고 있다.

③ 대명건설이 부도를 내자 이 사건 토지에 관한 근저당권자인 주식회사 우리은행이 부동산의 담보권 실행을 위한 경매를 신청하여, 이에 창원지방법원이 2002. 11. 25. 위 법원 2002타경33119호로 경매개시결정을 하고, **2002. 11. 27. 이 사건 토지에 관하여 위 경매개시결정의 기입등기를 경료**[128]한 다음 담보권 실행을 위한 경매절차를 진행한 결과 원고가 이 사건 토지를 951,000,000원에 낙찰받아 2004. 3. 25. 낙찰대금을 완납하였다.

---

126) 창원지방법원 2004. 12. 9. 선고 2004가합2007 판결 및 부산고등법원 2006. 3. 10. 선고 2005나473 판결 참조

127) 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다43454 판결은 "건축공사도급계약에 있어서는 공사 도중에 계약이 해제되어 미완성 부분이 있는 경우라도 그 공사가 상당한 정도로 진척되어 원상회복이 중대한 사회적·경제적 손실을 초래하게 되고 완성된 부분이 도급인에게 이익이 되는 때에는 도급계약은 미완성 부분에 대해서만 실효되어 수급인은 해제된 상태 그대로 그 건물을 도급인에게 인도하고, 도급인은 그 건물의 기성고 등을 참작하여 인도받은 건물에 대하여 상당한 보수를 지급하여야 할 의무가 있다."고 판시하였다. 따라서 수급인의 공사대금채권의 변제기는 원칙적으로 민법 제665조에 의해 목적물의 완공·인도일이라고 할 것이나 도급인의 부도로 인해 공사가 중단되고 수급인이 도급계약을 해제한 경우(민법 제674조) 도급계약의 해제시 수급인의 (해제시까지 완성한 부분에 대한) 공사대금지급채권의 변제기가 도래하였다 할 수 있다. 결국 피고의 대명건설에 대한 공사대금채권은 2003년 7월 이후 변제기가 도래하였다고 할 것이다.

128) 이 사안은 비록 담보권 실행을 위한 경매에 대한 사안이기는 하나 경매개시결정의 등기에 의해 압류의 효력(처분금지효)이 발생하는 것은 강제경매와 동일하다.

④ 원고는 이 사건 토지상에 설치된 가설울타리 및 에이치 빔을 비롯한 컨테이너 박스 등 일체의 시설물의 수거 및 이 사건 토지의 인도를 청구하였고 이에 대해 피고는 유치권의 항변을 하였다.

이러한 사실관계("압류등기 → 점유이전 → 채권 변제기 도래", 후술하는 3유형)에서 대법원은 "**채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채권자가 채무자로부터 위 부동산의 점유를 이전받고 이에 관한 공사 등을 시행함으로써 채무자에 대한 공사대금채권 및 이를 피담보채권으로 하는 유치권을 취득한 경우, 이러한 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당**하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 … 이 경우 **위 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 있음을 채권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 과실이 있는지 여부 등은 채권자가 그 유치권을 경락인에게 대항할 수 없다는 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다고 할 것이다**."라고 판시하였다. 종전 2005다22688 판결과는 다르게 점유의 이전만으로 유치권이 성립하지 않음에도 불구하고, 대법원은 별다른 이유의 설시 없이 점유의 이전 자체를 처분금지효에 반하는 처분행위로 판단한 것이다.

이러한 판례의 태도는 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결에서도 유지된다. 위 2006다22050 판결과 달리 2011다55214 판결은 "점유이전 → 압류등기 → 채권 변제기 도래, 후술하는 2유형"의 사안[129]으로

---

129) 이 판결의 사실관계는 다음과 같다.

① 원고가 2008. 2. 22. 소외 1에게 15억 원을 대출하여 주고 그에 대한 담보로 같은 날 주식회사 한마트 소유의 이 사건 부동산에 관하여 채권최고액 19억 5,000만원, 채무자 소외 1로 된 근저당권을 취득하였다.

② 2008. 6. 12. 이 사건 부동산에 관하여 근저당권을 취득한 소외 2, 소외 3이 담보권 실행을 위한 경매를 신청하여 **2008. 10. 28. 서울서부지방법원 2008타경16857호로 경매개시결정이 내려져, 같은 날 이 사건 부동산에 관하여 경매개시결정 기입등기가 경료**되었다.

③ 한마트는 2008. 9. 23. 피고들과 공사대금 15억 5,000만원, 공시기간 2008. 9. 23.부터 2009. 3. 25.까지로 정하여 피고들이 이 사건 부동산에 목욕탕시설공사를 하기로 하는 내용의 공사계약을 체결하였다.

애초에 압류채무자의 점유이전행위가 압류 이전에 행하여진 경우인데 대법원은 "**채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는 그로써 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없는바**, 채무자 소유의 건물에 관하여 증·개축 등 공사를 도급받은 수급인이 경매개시결정의 기입등기가 마쳐지기 전에 채무자로부터 그 건물의 점유를 이전받았다 하더라도 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득함으로써 그때 비로소 유치권이 성립한 경우에는 수급인은 그 유치권을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없는 것이다."라고 판시하였다. 그러나 이 판결에서 참조판례로 내세우고 있는 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결 역시 후술하는 바와 같이 압류 이후 압류채무자가 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전하여 유치권을 취득하게 한 경우의 법리를 설시하고 있을 뿐이어서, 결국 대법원은 유치권의 성립이 압류의 처분금지효에 반하는 이유를 명확히 설명하지 않고 있다[130].

또한 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결은 압류의 처분금지효와 유치권의 관계에 대한 대법원의 태도를 정리하면서 "부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 제3자에게 당해 부동산의 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 하는 경우 그와 같은 점유의 이전은 처분행위에 해당한다는 것이

---

④ **이 사건 공사는 2008. 9. 말이나 10월 초에는 개시되었고 그 무렵부터 피고들은 이 사건 부동산을 점유**하여 오고 있었으며, **2009. 7. 30. 이 사건 공사를 완공**하였다.

130) 피담보채권의 발생에서 압류의 처분금지효에 반하는 압류채무자의 처분행위를 발견할 수 있을 것인가? 유치권자의 피담보채권은 ① 압류채무자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우, ② 제3자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우, ③ 계약관계 없이 발생하는 경우로 나눌 수 있다. 사안은 ①에 해당하나, 총유물 그 자체의 처분이 따르는 채무부담행위는 총유물의 처분행위에 해당한다는 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다64383 판결에 따르더라도 도급에 의한 수급인의 공사행위 및 비용지출은 사실적 처분행위에 해당하여 압류의 처분금지효가 적용되는 영역이라고 보기 어렵기 때문에, 결국 압류채무자와 수급인 간의 도급계약은 압류의 처분금지효가 적용되는 전형적인 처분행위라고 보기 어려울 것으로 보인다. 그러나 후술하는 바와 같이 피담보채권의 발생에 의해 유치권이 성립한다는 관점에서 살펴보면 다른 판단이 가능하다.

당원의 판례이나(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결, 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결 참조) 이는 어디까지나 **경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 당해 부동산의 점유를 이전함으로써 제3자가 취득한 유치권으로 압류채권자에게 대항할 수 있다고 한다면 경매절차에서의 매수인이 매수가격 결정의 기초로 삼은 현황조사보고서나 매각물건명세서 등에서 드러나지 않는 유치권의 부담을 그대로 인수하게 되어 경매절차의 공정성과 신뢰를 현저히 훼손**하게 될 뿐만 아니라, **유치권신고 등을 통해 매수신청인이 위와 같은 유치권의 존재를 알게 되는 경우에는 매수가격의 즉각적인 하락이 초래되어 책임재산을 신속하고 적정하게 환가하여 채권자의 만족을 얻게 하려는 민사집행제도의 운영에 심각한 지장**을 줄 수 있으므로, 위와 같은 상황하에서는 채무자의 제3자에 대한 점유이전을 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위로 봄이 상당하다는 취지이다."라고 판시[131]하였다. 이러한 법리에 의하면 압류채무자의 점유이전이든 유치권자의 피보전채권 취득이든 모두 압류의 처분금지효에서 압류채권자에게 대항할 수 없는 채무자의 처분행위에 원칙적으로 해당하지 않으나, 경매절차의 공정성과 신뢰, 민사집행제도의 원활한 운영을 위해 예외적으로 처분행위로 간주되고, 유치권자는 이러한 정책적인 이유에 의해 매수인에게 대항할 수 없게 된다는 것이다.

그러나 최근에는 압류의 처분금지효에서 벗어나 유치권의 인수여부를 논하는 판례도 보이기 시작하였다. 후술할 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결은 "그러나 부동산에 관하여 이미 경매절차가 개시되어 진행되고 있는 상태에서 비로소 그 부동산에 유치권을 취득한 경우에도 아무런 제한 없이 유치권자에게 경매절차의 매수인에 대한 유

131) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결 전의 판례들은 유치권의 성립(특히 유치권을 성립시키는 점유의 이전)이 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 압류의 처분금지효에 반한다고 판시하여 왔으나, 이 판결은 오히려 유치권의 성립이 원칙적으로 압류의 처분금지효에 반하지 않으나 정책적 목적에 기해 예외적으로 처분금지효에 반한다고 설시하여 실질적으로 기존판례를 변경한 것으로 보인다.

치권의 행사를 허용하면 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받게 됨으로써 경매 목적 부동산을 신속하고 적정하게 환가하기가 매우 어렵게 되고 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 줄 수도 있으므로, 그러한 경우에까지 압류채권자를 비롯한 다른 이해관계인들의 희생 하에 유치권자만을 우선 보호하는 것은 **집행절차의 법적 안정성이라는 측면에서 받아들일 수 없다**. 그리하여 대법원은 부동산에 관하여 경매개시결정등기가 된 뒤에 비로소 부동산의 점유를 이전받거나 피담보채권이 발생하여 유치권을 취득한 경우에는 경매절차의 매수인에 대하여 유치권을 행사할 수 없다고 본 것이다."라고 판시하여 처분금지효에 대해 전혀 언급하지 않으며, 대법원 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결도 "어느 부동산에 관하여 경매개시결정등기가 된 뒤에 비로소 민사유치권을 취득한 사람은 경매절차의 매수인에 대하여 그의 유치권을 주장할 수 없다. **이러한 법리는 어디까지나 경매절차의 법적 안정성을 보장하기 위한 것**이므로, 경매개시결정등기가 되기 전에 이미 그 부동산에 관하여 민사유치권을 취득한 사람은 그 취득에 앞서 저당권설정등기나 가압류등기 또는 체납처분압류등기가 먼저 되어 있다 하더라도 경매절차의 매수인에게 자기의 유치권으로 대항할 수 있다."고 판시하여 마찬가지 태도이다.

결국 압류 후 성립한 유치권의 인수여부에 대한 판례의 태도는 다음과 같이 정리할 수 있다.

① 민사집행법 제91조 제5항은 유치권에 대해 무조건적 인수주의를 취한 것이 아니라, 압류채권자에게 대항할 수 있는 유치권만 매수인이 인수한다는 의미로 해석되어져야 한다. 그렇다면 그 반대해석으로 압류채권자에게 대항할 수 없는 유치권은 매수인에게 인수되지 않는다.

② 유치권의 성립요건인 점유의 취득은 사실행위이기 때문에 처분금지효가 적용되지 않으나 정책적 목적에 비추어 압류채권자에게 대항할 수 없는 처분행위로 본다. 따라서 유치권이 압류채권자에게 대항할 수 있는지 여부는 압류의 처분금지효 발생시점과 유치권자의 점유취득시점(압류

등기 이후 점유의 이전이 있는 경우) 또는 유치권의 성립시점(압류등기 이전에 점유의 이전이 있는 경우)을 비교하여 결정한다.

③ 다만 최근 판례는 압류의 처분금지효를 근거로 하지 않고 경매절차의 법적 안정성을 근거로 압류 이후 성립한 유치권의 인수를 부인하고 있다. 이는 판례가 새로운 법정매각조건을 해석에 의해 성립시킨 것이라 하겠다.

Ⅲ. 학설의 태도

1. 대항력 긍정설

압류 이후 성립한 유치권도 경매신청채권자는 물론 매수인에게도 대항할 수 있다는 견해로, 종래 우리나라와 일본의 통설적인 견해[132]였다. 이는 유치권의 무제한적 인수주의를 전제로 하는바, 유치권의 효력은 등기의 선후에 의해 우열이 결정되는 것이 아니라는 점, 유치권은 실체법상 우선변제청구권이 없으므로 유치권이 경매에 의해 소멸한다면 유치권자는 대금에서 우선적 만족을 받을 수 없는 상태에서 유치권을 상실하는 것이 되어 그 이익이 침해당해 부당하다는 점, 압류의 효력은 법률행위에 의한 처분만을 압류채권자에 대하여 대항할 수 없게 할 뿐 사실행위를 금지하는 것이 아니므로 점유의 이전이라는 사실행위를 바탕으로 법률의 규정에 의해 발생하는 유치권의 취득을 저지할 힘이 없다는 점, 민사집행법 제91조 제5항은 인수되는 유치권의 범위에 대해 아무런 제한을 두고 있지 않은 점, 유치권의 피담보채권은 대부분 공익적 성질을 가지고 있고 소액이라는 점, 유치물에 비용을 지출하여 객관적 가치를 증대시킨 경우 그 증대된 부분에 대해서는 유치권자에게 우선권을 주는 것이 공평에 부합하다는 점, 유치권이 물권인 이상 제3자에게 목적물이 매매되어도 제3자에게 유치권을 주장할 수 있는바 경매 역시 본질이 매매이

132) 鈴木忠一·三ヶ月章 編, (註解)民事執行法 2(1976)(竹下守夫 집필부분), 第一法規, 253면. 이시윤(註80), 270면은 인수주의의 축소해석은 입법으로 해결할 문제이지 제91조 제5항의 해석론으로의 해결은 다소 무리가 있다고 한다.

므로 유치권자는 매수인에게 유치권을 주장할 수 있어야 한다는 점 등을 고려하여 보호할 필요가 있다는 점을 근거로 제시한다.

2. 대항력 부정설

압류의 효력이 발생한 후 유치권의 성립요건을 갖춘 자는 유치권을 취득할 수 있지만 이 경우 압류의 효력이 발생한 후의 점유나 채권 취득이 압류의 처분금지효에 저촉되므로 유치권자는 그 유치권으로 압류채권자에게 대항할 수 없다고 보는 견해[133]이다. 다른 채권자가 이미 압류를 행한 부동산에 대하여 유치권이 나중에 성립한 경우에 그 유치권으로 압류채권자에게 대항할 수 있다고 한다면 압류채권자 등의 재산권이 후에 성립한 유치권에 의하여 명문의 법률 규정 없이 사후적으로 박탈당하는 결과가 초래된다는 점, 압류의 처분금지효에서 처분이란 목적물의 교환가치의 감소를 초래할 수도 있는 재산권의 변동행위를 말하는 것인데 점유권도 재산권이고 점유의 이전으로 목적물의 교환가치가 감소할 수도 있으므로 점유의 이전도 처분으로 보아야 한다는 점, 나아가 부동산의 압류 이전부터 목적물을 점유해오던 자가 압류 후에 당해 부동산에 관하여 비용 지출을 통하여 유치권을 성립시키는 행위도 당해 부동산의 교환가치를 감소시키는 행위이므로 압류의 처분금지효에서 말하는 처분이라고 하지 않을 수 없는 점, 민사집행법 제91조 제5항의 유치권자는 압류채권자 또는 매수인에게 대항할 수 있는 유치권자만을 의미한다는 점을

133) 추신영, 가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰(註13), 364-365면, 박상언(註39), 363-371면, 차문호(註52), 395-400면, 김영희, 유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력 -2013년 1월 16일에 입법예고된 유치권 관련 민사법 개정안에 관한 고찰을 덧붙여-(註79), 414-415면, 김기찬·이춘섭(註120), 93-94면, 이재석(註125), 361-366면, 生態長幸, 建築請負代金債權による敷地への留置權と抵当權(下), 金融法務事情 1447号(1996), 31-32면. 박정기, 압류의 처분금지효에 저촉하여 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부 -대법원 2005. 8. 16. 선고 2005다22688 판결-, 재판실무연구, 광주지방법원(2006), 31-33면, 이상태, 유치권에 관한 연구 -대항력 제한을 중심으로- (대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결), 토지법학 제26-1호, 한국토지법학회(2010), 93면, 심판, 유치권의 효력 우열관계에 관한 대법원 판결례 검토 -압류, 가압류, 저당권자와의 우열관계를 중심으로-, 재판실무연구, 광주지방법원(2012), 142-143면

근거로 제시한다[134].

이와 다르게 유치권의 대항력 유무와 압류의 처분금지효는 관련이 없으며, 오히려 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결은 경매개시 당시(또는 현황조사 또는 매각물건명세서 작성 당시) 평가된 부동산의 가치가 그 이후 유치권의 성립으로 말미암아 하락되는 것으로 인한 경매절차의 공정과 신뢰의 훼손 및 집행제도 운용의 혼란을 막기 위하여 "부동산 압류효력 발생 후 성립된 유치권은 그 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다."는 유치권 대항관계 법리를 구축하였다고 해석하는 견해[135]도 있다.

3. 제한적 대항력 긍정설

유치권을 주장하는 유형을 ① 압류 전에 공사비등 비용을 지출하고 압류 후에 그 부동산의 점유를 취득하여 바로 유치권을 주장하는 경우(비용지출 → 압류등기 → 점유이전의 경우, 1유형), ② 압류 전에 임대차 등으로 부동산을 점유하다가 압류 후에 그 부동산에 유익비등 비용을 지출하여 유치권을 주장하는 경우(점유이전 → 압류등기 → 비용지출, 2유형), ③ 압류 후에 부동산에 대한 점유를 시작하여 그 후 부동산에 비용을 지출하여 유치권을 주장하는 경우(압류등기 → 점유이전 → 비용지출, 3유형)로 나누고[136], 2, 3유형의 경우 유치권을 성립시키기 위한 채무자의 처분행위가 없고, 유치권의 경우 압류 이후에 유치권자가 지출한 비용이 목적물에 현존하고 목적물의 가치를 증가시켜 매수인의 이익이

---

134) 원칙적으로 부동산 압류의 효력 발생 후의 점유나 채권 취득은 압류의 처분금지효에 저촉되므로 유치권자는 그 유치권으로 압류채권자와 당해 부동산의 매수인에게 대항할 수 없으나, 압류의 효력이 발생하기 전에 부동산에 관한 점유를 취득하고 압류의 효력이 발생한 후에 그 압류사실을 과실 없이 모르는 상태에서 당해 부동산에 관한 채권을 취득한 경우에는 점유자가 유치권을 내세워 대항할 수 있다고 보는 것이 타당하다는 견해도 있다. 김건호, 부동산 경매절차에서의 유치권, 법학논고 제36집, 경북대학교 법학연구원(2011), 396면

135) 이승규(註97), 260면

136) 그러나 앞에서 언급한 바와 같이 유치권자의 비용지출만으로 유치권이 성립한다고 할 수 없으며, 채권의 성립시점, 정확하게는 피담보채권의 변제기 도래시점(피담보채권의 행사가능시점)이 유치권 성립시기를 판별하는 기준이 된다고 할 것이다.

되므로 유치권을 인정하여 매수인에게 대항할 수 있도록 하여도 공평의 원칙에 반하지 않고, 오히려 대항할 수 없게 하는 것은 유치권자의 비용으로 매수인에게 이익을 주어 불공평하게 되어 유치권을 인정하여야 하나, 1유형의 경우 채무자의 점유이전은 이미 그 부동산에 비용등을 투입하여 점유만 있으면 유치권을 취득하는 유치권자에게 유치권을 성립시키는 처분행위에 해당하고, 이 경우 유치권으로 매수인에게 대항할 수 있다고 볼 경우 압류 당시 목적물의 가액을 증가시키지 않으면서 교환가치를 감소시키는 결과를 초래하므로 부당하다는 견해[137]이다.

위 견해와는 다르게 2유형의 경우 채무자가 아닌 제3자의 비용지출행위를 처분행위라고 할 수 없고 제3자의 유치권 취득 과정에서 채무자의 행위가 전혀 개입되지 않았으므로 유치권으로 압류채권자에게 대항할 수 있다고 보는 것이 타당하나, 1, 3유형의 경우 예외적으로 채무자의 점유이전행위를 처분행위로 볼 수 있으므로 유치권으로 압류채권자에게 대항할 수 없다고 보는 견해[138][139]도 있다.

4. 유치권 부정설[140]

---

137) 김원수(註112), 683-684면, 이춘원, 부동산 경매에 있어서 유치권의 효력 범위에 관한 연구, 부동산학보 43권, 한국부동산학회(2010), 40면. 1유형의 경우 점유의 이전은 처분행위에 준하는 것으로 이로 인하여 성립한 유치권을 가지고 매수인에게 대항할 수 없다고 보는 것이 현행법 하에서 유치권자와 경매절차에서의 이해관계인의 관계를 제일 조화롭게 해결하는 방법이라는 견해로 조효정(註123), 212-217면

138) 하상혁(註97), 990-991면

139) 이에 대해 제한적 대항력 긍정설의 첫 번째 견해는 채무자의 점유이전으로 인하여 점유자가 유치권을 바로 취득하는 것이 아니므로 유치권을 성립시키는 처분행위가 아니기 때문에 압류의 처분금지효에 반하지 아니하여 3유형의 경우 유치권으로 대항할 수 있다고 한다. 김원수(註112), 700면

140) 대전고등법원 2004. 1. 15. 선고 2002나5475 판결은 “피고는 이 사건 건물 및 그 대지에 위와 같이 거액의 근저당권, 전세권, 가압류등기 등이 되어 있는 등 그 전 소유자의 재산상태가 좋지 아니하여, 위 건물 및 그 대지에 대한 경매절차가 개시될 가능성이 있음을 충분히 인식하고서 위와 같이 공사대금이 금 560,000,000원에 이르는 공사도급계약 및 그 후의 사용, 수익 약정을 하고, 그에 따라 위 건물 2층, 5층, 6층 부분을 점유하였다고 봄이 상당한바, 이러한 경우 위 피고가 전 소유자와 사이에 위 건물 부분에 관한 공사도급계약을 하거, 그 계약에 따른 공사를 일부라도 실제로 진행하여 상당한 공사비용을 투하하였다고 하더라도, 만약 이러한 경우에까지 유치권의 성립을 제한 없이 인정한다면 **전 소유자와 유치권자 사이의 묵시적 담합이나 기타 사유에 의한 유치권의 남용을 막을 방법이 없게 되어 공시주의를 기초로 하는 담보법질서를 교란시킬 위험**이 있다는 점을 고려할 때, 위 피고의 공사도급계약 전에

압류의 처분금지효가 처분행위자체를 제한하는 것이 아니라 하더라도 처분행위를 통해서 유치권이 성립하는 경우에 압류채권자 등에게 손해가 발생할 여지가 큰 점, 압류의 효력 발생에 대해서 제3자 등이 등기를 통해서 압류의 효력 발생을 충분히 예견할 수 있었다는 점, 압류를 통해 채권자가 얻고자 하는 목적 등을 종합적으로 고려해 본다면 위법성이 인정될 수 있고, 압류에 의한 경매개시 등기를 통해 제3자가 압류사실을 알 수 있었다는 점에서 압류 목적물에 대한 점유를 취득하거나 비용을 지출한 유치권자의 악의 또는 과실이 인정될 수 있다는 견해이다. 이 견해는 결국 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득하려는 자에게 위법성 및 귀책사유가 인정된다고 볼 수 있다는 점에서 불법점유가 인정되어 유치권의 성립 자체가 제한될 수 있다고 본다[141].

또한 압류 이후에 압류목적물에 점유를 취득하여 유치권을 취득한 경우(위 1, 3유형) 압류의 처분금지효에 반하여 유치권으로 대항할 수 없으나, 압류 이전부터 압류목적물을 점유해 오던 자가 압류 이후 당해 부동산이 압류되었다는 점을 알았거나 과실로 이를 알지 못하고서 당해 부동산에 대해 필요비나 유익비를 지출한 경우 민법 제320조 제2항을 유추적용하여 경매절차상의 매수인에 대한 유치권 주장을 불허하는 것이 옳다고 보는 견해도 있다[142].

가압류등기와 근저당권설정등기를 마친 자의 신청에 의한 경매절차의 매수인(낙찰인)인 원고에 대한 관계에서는, **민법 제320조 제2항을 유추적용하여 위 피고가 위 공사대금채권에 기초한 유치권을 주장하여 그 소유자인 원고에게 대항할 수 없다고 하거나, 그 유치권을 행사하는 것이 신의칙에 반하여 허용될 수 없다**."고 판시하였으나 울산지방법원 2008. 7. 23. 선고 2007가합3076 판결은 유사한 사안에서 "원고가 드는 증거들만으로는 피고가 원고 주장과 같은 경위로 이 사건 신축건물에 대한 유치권을 행사하고 있다고 단정하기에는 부족하고 달리 이를 인정할 증거가 없으므로…"라고 판시하여 민법 제320조 제2항의 유추적용을 부정하였다.

141) 서종희, 부동산 유치권의 대항력 제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립 제한으로의 재전환(註52), 176-180면, 이혁, 유치권의 제한, 판례연구 제24집, 부산판례연구회(2013), 440면

142) 강민성(註74), 77-78면, 하상혁(註97), 991면, 997-999면. "신의칙 또는 민법 제320조 제2항의 유추적용을 통해 유치권의 행사를 제한할 수 있을 것이다."나 "유치권 주장을 불허하는 것이 옳다고 본다"는 견해가 유치권의 성립 자체를 부정하는 견해인지 대항력만을 부정하는 견해인지 분명하지 않으나 유치권의 성립요건에 대한 규정인 민법 제320조 제2항의 규정을 유추적용하여 대항력을 부정하는 것은 타당하지 않은 점

Ⅳ. 검토

1. 대항력 긍정설에 대한 검토

가. 대항력 긍정설은 우리 민사집행법 제91조 제5항이 유치권은 압류채권자에 대한 대항력 유무에 상관없이 매수인에게 인수되는 무제한적 인수주의를 채택하고 있다고 한다. 그러나 압류 후 유치권이 성립하고 그 유치권으로 압류채권자 등에게 대항할 수 있다고 한다면 압류채권자의 지위는 후에 성립한 유치권에 의하여 사후적으로 박탈되는 결과를 낳고 더 나아가 물권법의 일반원칙인 "시간이 빠르면 권리가 강하다"에 반하여 물권법의 기본질서를 흐트러트린다. 이러한 사후적 재산권 박탈은 이를 정당화시킬 정도의 고도의 공익적 요청[143][144]이 필요하고 법률상 명

에 비추어, 유치권의 성립 자체를 부정하는 견해로 해석하였다.

143) 헌법재판소 1990. 9. 3.자 89헌가95 결정에서 헌법재판소는 "먼저 성립하고 공시를 갖춘 담보물권이 후에 발생하고 공시를 전혀 갖추고 있지 않은 조세채권에 의하여 그 우선순위를 추월당함으로써 합리적인 사유없이 저당권이 전혀 그 본래의 취지에 따른 담보기능을 발휘할 수 없게 된 사정을 엿볼 수 있다. 이는 자금대출 당시 믿고 의지하였던 근저당권이 유명무실하게 되어 결국 담보물권의 존재의의가 상실되고 있음을 보여주는 사례로서, 담보물권이 합리적인 사유없이 담보기능을 수애하지 못하여 담보채권의 실현에 전혀 기여하지 못하고 있다면 그것은 담보물권은 물론 나아가 사유재산제도의 본질적 내용의 침해가 있는 것이라고 보지 않을 수 없다."라는 이유로 "국세·가산금 또는 체납처분비는 다른 공과금 기타의 채권에 우선하여 징수한다. 다만 다음 각 호의 1에 해당하는 공과금 기타의 채권에 대하여는 그러하지 아니하다.", "국세의 납부기한으로부터 1년 전에 전세권·질권 또는 저당권의 설정을 등기 또는 등록한 사실이 대통령이 정하는 바에 의하여 증명되는 재산의 매각에 있어서 그 매각금액 중에서 국세 또는 가산금을 징수하는 경우의 그 전세권·질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권"이라고 규정한 국세기본법 제35조 제1항 제3호에 대해 위헌결정을 내렸다.

144) 대법원 2009. 8. 20. 선고 2009다26879 판결은 "**주택임대차보호법은 주거용 건물의 임대차에 관하여 민법의 특례를 규정함으로써 국민 주거생활의 안정을 보장함을 목적**으로 하고 있으므로, 합리적인 이유나 근거 없이 그 적용대상을 축소하거나 제한하는 것은 허용되지 않는다고 할 것인바, 주택임대차보호법 제2조가 주거용 건물의 전부 또는 일부의 임대차에 관하여 적용된다고 규정하고 있을 뿐 임차주택이 관할관청의 허가를 받은 건물인지, 등기를 마친 건물인지 아닌지를 구별하고 있지 아니하며, 건물 등기부상 '건물내역'을 제한하고 있지도 않으므로, 점포 및 사무실로 사용되던 건물에 근저당권이 설정된 후 그 건물이 주거용 건물로 용도 변경되어 이를 임차한 소액임차인도 특별한 사정이 없는 한 주택임대차보호법 제8조에 의하여 보증금 중 일정액을 근저당권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다."라고 판시하였고, 대법원

확한 규정이 있어야 할 것인데, 유치권의 피담보채권에 임대차보증금채권, 임금채권과 같은 고도의 공익적 요청이 존재하는지 의문[145]이다. 뿐만 아니라 앞에서 살펴본 바와 같이 부동산 유치권의 공시가 불안정한 점, 경매절차에서 매수인 등 제3취득자는 유치권자가 주장하는 실제 채권의 존부 및 액수의 정당성을 떠나 타협하게 되는 부당한 결과가 발생하는 점, 전용물소권에 소극적인 우리나라 학설·판례의 태도와 상충하는 측면이 있는 점 및 유치권 성립에 관한 사실입증의 어려움까지 고려하면 무제한적 인수주의를 채택하여 유치권을 보호하는 것은 현실적으로 다양한 문제점을 발생시킨다. 앞에서 살펴본 일련의 대법원 판례들이 민사집행법 제91조 제5항과 유치권의 무제한적 인수주의에 제한을 가하려고 시도하는 점 및 민사집행법 개정안 제91조가 현행 민사집행법 제91조 제5항을 삭제한 점은 모두 유치권의 무제한적 인수주의가 유치권 제도가 나아가야 할 방향으로 타당하지 않다는 인식을 기반으로 한 태도라고 할 수 있다.

그렇다면 문제는 현행 민사집행법 조문의 해석상 유치권의 인수여부와 관련하여 무제한적 인수주의 외 다른 해석이 불가능한가라는 것으로 귀결되는바, 민사집행법 제91조 제5항이 압류 효력발생 후 유치권을 취득한 자에게까지 매수인에 대한 대항력을 인정하였다고만 해석되는 것은 아니다. 즉 민사집행법 제91조 제5항에서 말하는 유치권은 압류채권자에게 대항할 수 있는 유치권으로 한정하여 해석될 수 있는 것이다[146]. 민

2011. 12. 8. 선고 2011다68777 판결은 "근로기준법 제38조 제2항은 **근로자의 최저생활을 보장하고자 하는 공익적 요청**에서 일반 담보물권의 효력을 일부 제한하고 최종 3개월분의 임금과 재해보상금에 해당하는 채권의 우선변제권을 규정한 것이므로, 합리적 이유나 근거 없이 적용대상을 축소하거나 제한하는 것은 허용되지 않는다. 그런데 근로기준법 제38조 제2항은 최종 3개월분의 임금 채권이 같은 조 제1항에도 불구하고 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 따라 담보된 채권에 우선하여 변제되어야 한다고 규정하고 있을 뿐, 사용자가 사용자 지위를 취득하기 전에 설정한 질권 또는 저당권에 따라 담보된 채권에는 우선하여 변제받을 수 없는 것으로 규정하고 있지 않으므로, 최종 3개월분의 임금 채권은 사용자의 총재산에 대하여 사용자가 사용자 지위를 취득하기 전에 설정한 질권 또는 저당권에 따라 담보된 채권에도 우선하여 변제되어야 한다."라고 판시하였다.

145) 차문호(註52), 395면, 강민성(註74), 72-73면, 이상태(註133), 96면, 이춘원, 부동산 경매에 있어서 유치권의 효력 범위에 관한 연구(註137), 39면

146) 박상언(註39), 365-368면, 차문호(註52), 396면, 강민성(註74), 73-74면, 이상태(註

사집행법 제91조 제1항이 “매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸된다.”라고 규정하고 제2항, 제3항, 제4항이 각 권리의 소멸과 인수여부를 명시적으로 규정한 한 것과 다르게, 동조 제5항은 유치권에 관하여 “모든 유치권”이 아니라 그냥 “유치권”이라고만 규정하고 유치권의 인수여부를 명시적으로 언급하지 않은 채 채무자의 변제책임만을 규정하고 있을 뿐이다. 또한 구 민사소송법(2002. 7. 1. 법률 제6626호로 개정되기 전의 것) 제608조가 저당권 설정 이후에 성립한 전세권 이외의 용익물권 및 대항력 있는 임차권의 인수여부에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않았음에도 불구하고 앞에서 본 바와 같이 판례는 저당권의 효력에 기초하여 위와 같은 용익권은 매수인에게 인수되지 않고 경락에 의하여 소멸하는 것으로 해석하였다[147]. 따라서 매수인에게 인수되는 유치권은 압류채권자에게 대항할 수 있는 유치권에 한정된다고 해석하는 것은 민사집행법 제91조 제5항의 해석상 불가능한 것이 아니며, 이 때 대항할 수 있는 유치권인지 여부는 후술하는 처분금지효와 유치권의 관계에 비추어 압류의 처분금지효 발생시기와 유치권의 성립시기의 선후를 기준으로 하여야 할 것이다.

나. 대항력 긍정설은 등기에 의하여 대항요건을 구비할 방법이 없으므로 다른 등기와의 선후관계의 판단이 곤란하다고 한다. 그러나 유치권의 득실은 점유라는 공시방법에 의하여 표상되므로 압류와의 선후관계는 점유와 피담보채권의 취득 등 유치권의 성립요건이 충족된 때를 기준으로 판단하면 족하다[148]. 등기에 의하여 대항요건을 구비할 방법이 없다는 점은 다른 권리자들에게 불리한 점인바, 이를 감수하고도 제한적 인수주의

133), 96면, 김건호(註134), 394-395면, 이춘원, 부동산 경매에 있어서 유치권의 효력 범위에 관한 연구(註137), 39면

147) 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다32939 판결은 “…이 경우 비록 후순위저당권자에게는 대항할 수 없는 임차권이라 하더라도 소멸된 선순위 저당권보다 뒤에 등기되었거나 대항력을 갖춘 임차권은 함께 소멸하는 것이고, 따라서 그 경락인은 주택임대차보호법 제3조에서 말하는 임차주택의 양수인 중에 포함된다고 할 수 없을 것이므로 경락인에 대하여 그 임차권의 효력을 주장할 수 없다.”고 판시하였다.

148) 박상언(註39), 368-369면, 차문호(註52), 397면, 강민성(註74), 74면, 김건호(註134), 393-394면

를 취하는 것이 다른 권리자들에게 이익이라면 불완전한 공시를 이유로 대항력 긍정설을 취하여야 할 이유가 없다. 오히려 부동산의 일반적 공시방법인 등기와 달리 유치권은 불완전한 공시방법에 의하여 성립하므로 이를 제한하여야 할 필요성이 강하다는 점을 고려하면 대항력 긍정설은 설득력이 부족하다.

다. 대항력 긍정설은 유치권은 실체법상 우선변제청구권이 없으므로 매각에 의하여 소멸한다면 유치권자는 대금에서 우선적 만족을 얻을 수 없는 상태에서 유치권을 상실하는 것으로 되어 그 이익이 침해당해 부당하다는 점을 근거로 든다. 그러나 담보물권으로서의 유치권이 이와 같이 불완전한 권능만을 가지고 있다면 이는 오히려 이익형량의 관점에서 압류채권자 및 매수인을 보호해주어야 할 근거로 보아야 할 것이다[149]. 압류 이후에는 저당권도 압류채권자와 동등한 순위에서 배당받을 수밖에 없다는 점을 고려할 때 대항력 긍정설은 유치권자에게 저당권자와 비교하여 지나치게 우월한 지위를 보장하는 견해여서 따르기 어렵다. 사실상의 우선변제권을 보장해 줄 필요성이 있는 유치권은 압류이전에 성립된 유치권에 한하는 것이라 할 것이다.

라. 대항력 긍정설은 유치권의 발생원인이 되는 점유이전은 처분행위가 아니라 사실행위에 불과하여 압류의 처분금지효에 반하지 않는다고 주장한다. 사실 유치권의 각 성립요건에 압류채무자의 처분행위가 개입하는 것이 아니기 때문에 압류의 처분금지효 발생이 유치권의 대항력 판단에 있어 고려대상이 될 수 없다는 문제의식은 정도의 차이는 있을지언정 대항력 긍정설뿐만 아니라 대항력 부정설 중 두 번째 견해, 제한적 대항력 긍정설[150], 유치권 부정설에서도 공통적으로 나타난다. 유치권의 성립에는 압류채무자의 점유이전, 피담보채권의 성립 및 변제기의 도래가 필요

149) 박상언(註39), 369-370면, 이상태(註133), 96면, 김건호(註134), 395면

150) 제한적 긍정설에 해당하는 두 견해는 제2유형(점유이전 → 압류등기 → 채권취득)에 채무자의 처분행위가 개입되지 않는다는 점에서 의견이 일치하고 있으며, 단지 제3유형(압류등기 → 점유이전 → 채권취득)에 있어서 채무자의 점유이전이 압류의 처분금지효에 반하는지에 대해 의견이 대립할 뿐이다.

한바 아래에서는 구체적으로 각 요건에 압류의 처분금지효가 적용될 수 있는지 살펴보겠다.

(1) 압류채무자의 점유이전에 압류의 처분금지효가 적용될 수 있는지 여부 (1,4유형)

앞에서 살펴본 바와 같이 압류채무자의 점유이전이 처분금지효에 반하지 않는다고 보는 견해는 점유이전이 단순한 사실행위에 불과하다고 보는 반면, 처분금지효에 반한다고 보는 견해는 점유권도 분명 재산권의 일종이고 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 염려가 있는 행위라고 본다. 즉 전자는 점유가 성립하기 위해 사실상의 지배 이외에 점유의 의사를 요하지 않는 점 및 점유를 취득하면 점유자에게 새로운 점유권이 인정된다는 점에서 점유권 자체의 이전을 상정할 필요는 없고[151] 물건에 대한 사실상의 지배의 이전이 있으면 점유가 이전되고 역시 점유권도 이전된다고 새겨야 한다는 견해[152]를 기반으로 하는 반면 후자의 견해는 점유권 역시 물권[153]이고 민법 제196조가 점유권의 양도를 인정하고 있으므로 점유의 이전은 점유권의 처분행위로 볼 수 있다는 측면을 강조하는 견해[154]라고 할 수 있다. 살피건대 점유 이전의 처분행위성 여부를 불문하고 점유 이전 자체를 압류의 처분금지효에 반하는 처분이라고 볼 필요는 없다고 생각한다. 압류에 의하여 법원은 부동산을 압류당시의 상태로 현금화하는 권능을 취득하며 경매목적 달성을 근본적으로

151) 이영준(註47), 319-320면, 송덕수, 물권법 제2판(註47), 218-219면, 김용담 編, 주석 민법 물권법 1 제4판(김형석 집필부분), 한국사법행정학회(2011), 236면

152) 홍성재, 윤진수 교수의 물권행위 개념에 대한 새로운 접근에 대한 토론, 민사법학 제28호, 한국민사법학회(2005), 63면, 김용담 編, 주석 민법 물권법 1 제4판(註151), 307-308면

153) 다수설은 물건에 대한 사실상 지배에 의하여 지배자에게 점유권이라는 물권이 발생하고 이로부터 여러 법률효과가 발생한다고 해석한다. 다만 다수설 역시 점유권은 지배할 수 있는 권리로서의 성격이 결여되어 있으므로 일반적인 물권과는 성직이 다르다는 점을 지적하고 있다. 지원림(註47), 532면, 곽윤직·김재형, 물권법 제8판(註47), 185면

154) 윤진수, 물권행위 개념에 대한 새로운 접근, 민사법학 제28호, 한국민사법학회(2005), 25면. 동일한 취지로 곽윤직 編, 민법주해(Ⅳ) 물권법 1(2009)(이인재 집필부분), 324면

불능케하거나 목적물의 가치감소를 초래하는 처분행위만이 압류에 의해 금지된다고 할 것인바, 점유권은 그 성립시기를 불문하고 본권에 대항할 수 없기 때문에 처분금지효가 적용되지 않는다고 하더라도 압류목적물의 매수인은 점유자에게 자신의 소유권을 주장하고 점유를 회복할 수 있다. 따라서 다른 용익물권 또는 대항력을 발생시키지 않는 점유의 이전은 법률상 처분행위로서 목적물의 가치감소를 초래한다고 보기 힘들고, 압류의 처분금지효는 원칙적으로 점유의 이전에 영향을 미치지 않는다[155][156].

그러나 점유의 이전이 점유권의 이전 또는 소멸에 그치는 것이 아니라

---

155) 이승규(註97), 256면도 점유의 이전이 사실행위인가 여부는 점유의 이전이 압류의 처분금지효에 반하는가라는 문제와는 직접 관련이 없다고 하면서, 점유의 이전이 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위에 해당한다고 하면 사실상 점유이전금지가처분의 효력을 인정하는 결과가 되어 부당한 결과를 초래하고 채무자의 점유이전금지 의무가 공시되지 않는 문제가 생기며, 부동산 압류에 점유 이전을 금지하는 효력을 부여하였다면 당연히 집행법원으로 하여금 점유이전금지가처분의 집행방법과 유사한 조치를 아울러 취하도록 규정하고 있어야 할 것이나 그러하지 않은 점을 근거로 든다. 점유의 이전이 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위에 해당한다고 하면 부동산 압류 후 압류채무자로부터 점유를 이전받은 제3자가 있는 경우 압류채권자 및 경매절차에서의 매수인에 대한 관계에서는 여전히 압류채무자가 점유자로 취급되어 경매절차에서의 매수인은 압류채무자를 상대로 인도청구소송을 제기하여 승소판결을 받은 다음 이를 근거로 당해 부동산을 점유하고 있는 제3자를 상대로 인도집행을 할 수 있다는 결과가 되는바 이와 같은 결론을 쉽게 수긍하기 어렵다는 견해로 하상혁(註97), 997면. 조효정(註123), 212-213면도 참고.

156) 강민성(註74), 75-76면은 점유의 이전이 압류에 의하여 금지되는 처분행위에 해당한다는 점은 일본에서 자명한 것으로 받아들여지고 있다면서 “압류에 의하더라도 채무자가 통상의 용법에 따라 부동산을 사용·수익하는 것은 금지되지 않는다. … 그러나 새로이 제3자를 위하여 임차권을 설정하는 것은 그것이 부동산 자체의 교환가치 저감과 관련이 있는 것이기 때문에 압류에 의하여 금지되는 처분에 해당한다고 생각한다.”,“압류는 채무자가 통상의 용법에 따라 부동산을 사용 또는 수익하는 것을 방해하지 않는다. … 압류 후라 하더라도 타인으로 하여금 이용시키기 위하여 점유를 이전하거나 임대하는 것 등도 할 수 없는 것은 아니다. 다만 압류 후의 점유이전이나 용익권의 설정은 압류채권자에 대항할 수 없 … 다.”라는 일본 문언을 인용하고 있다. 일본의 경우 차지차가법(借地借家法) 제31조 제1항(建物の賃貸借は、その登記がなくても、建物の引渡しがあったときは、その後その建物について物權を取得した者に對し、その効力を生ずる)에 의해 건물의 인도만으로 대항력이 발생하게 되므로 점유의 이전은 점유권의 변동이라는 측면뿐만 아니라 대항력 있는 임차권을 설정시키는 측면을 가지게 된다. 그러나 대항력 성립에 인도 및 전입신고를 필요로 하는 우리나라의 경우 점유의 이전은 그것만으로 점유권의 변동 이외에 다른 측면을 가지지 못한다. 단 후술하는 바와 같이 점유 이전으로 유치권이 발생하는 경우에는 유사한 논의가 전개되어야 한다고 생각한다.

유치권을 성립시키는 결과를 초래하게 되는 경우에는 달리 보아야 할 것이다. 앞에서 언급한 바와 같이 압류의 처분금지효는 강제집행절차의 진행을 위하여 압류채무자가 압류목적물에 대한 처분권을 상실하고 그 처분권이 국가에 이전되어 압류채무자가 더 이상 압류목적물에 대해 처분행위를 할 수 없게 되는 효력으로, 압류채무자의 처분행위로 인하여 압류채권자 및 이해관계인의 지위를 침해하고 경매절차의 공정성과 신뢰를 현저히 훼손되며 민사집행제도의 운영에 심각한 지장이 생기는 것을 방지하는 것을 목적으로 하는 것이다. 그런데 이러한 취지는 압류채무자의 행위에 의해 법정물권이 성립하는 경우도 동일하게 적용되어야 한다. 처분행위와 법정물권을 성립시키는 행위는 그로 인해 변동되는 권리의 구체적인 내용이 처분권자의 의사에 의한 것인가 법률규정에 의한 것인가(법률규정이 효과의사를 대체한다는 점)만 다를 뿐, 압류채무자의 행위(지배)를 성립요건으로 하여 직접 권리가 변동되는 결과가 발생한다는 점에서는 본질적으로 동일하기 때문이다[157].

실제로 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012다45689 판결은 “대항요건 및 확정일자를 갖춘 임차인과 소액임차인은 임차주택과 그 대지가 함께 경매

157) 토지가 (가)압류된 후 건물에 저당권이 설정되고, 그 저당권이 실행되는 경우 건물을 취득한 매수인은 민법 제366조의 법정지상권을 취득하나 그 법정지상권은 토지의 (가)압류에 열후하는 것이므로 그 후 토지에 관하여 강제경매가 된 때 건물 매수인은 토지 매수인에 대하여 이 법정지상권을 주장할 수 없다는 견해도 압류의 처분금지효에 관해 동일한 입장에 있다고 할 것이다. 곽용진(註110), 180면. 최고재판소 1972(昭和47). 4. 7.(昭47(オ)35号) 판결도 참조(토지와 그 지상건물을 소유한 甲이 채권자 乙과의 사이에 저당권설정계약을 체결하고 그 취지의 등기를 경료하였다. 그 후 乙의 신청에 의한 담보권 실행을 위한 경매가 진행되어 丙에게 건물이 경락되고 丙이 건물에 대한 소유권을 취득하였다. 그런데 건물에 대한 저당권설정등기가 경료되기 전에 토지에 대해 丁을 위한 가압류등기가 경료되어 있었고, 그 후 丁의 경매신청에 의해 토지에 대한 강제경매절차가 진행되어 戊가 토지의 소유권을 취득한 사안이다. 최고재판소는 丙이 건물을 경락취득함에 의하여 토지에 대해 丙을 위한 법정지상권이 성립되지만, 건물에 대한 저당권설정등기가 경료되기 전 토지에 대해 가압류등기가 경료되어 있었으므로, 법정지상권을 취득한 丙은 가압류가 본집행으로 이행되어 행하여진 경매절차에 의해 토지를 경락취득한 戊에 대해 법정지상권을 가지고 대항할 수 없다고 본 원심의 판단이 정당하다고 판시하였다.). 또한 토지가 (가)압류된 후 건물의 소유자가 변경된 경우 건물의 양수인은 건물 양수로 인한 관습법상 법정지상권을 가지게 되나 이는 토지에 대한 (가)압류등기 이후에 성립한 지상권으로서 먼저 등기한 (가)압류채권자에게 대항할 수 없다고 보는 견해도 처분금지효에 대해 동일한 입장을 취한다고 할 수 있다. 최문수, 관습법상 법정지상권과 압류의 처분금지효, 민사판례연구 제36권, 박영사(2014), 208면

될 경우뿐만 아니라 임차주택과 별도로 그 대지만이 경매될 경우에도 그 대지의 환가대금에 대하여 우선변제권을 행사할 수 있다. 이와 같은 우선변제권은 이른바 법정담보물권의 성격을 갖는 것으로서…"라고 판시하였고, 대법원 1992. 10. 13. 선고 92다30597 판결은 "주택임대차보호법 제3조의2 제1항은 대항요건과 임대차례약증서상의 확정일자를 갖춘 주택임차인은 후순위권리자 기타 일반채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있음을 규정하고 있다. 이는 임대차계약증서에 확정일자를 갖춘 경우에는 부동산 담보권에 유사한 권리를 인정한다는 취지이므로, 부동산 담보권자보다 선순위의 가압류채권자가 있는 경우에 그 담보권자가 선순위의 가압류채권자와 채권액에 비례한 평등배당을 받을 수 있는 것과 마찬가지로, 위 주택임대차보호법 제3조의2의 규정에 의하여 대항요건을 갖추고 증서상에 확정일자까지 부여받음으로써 우선변제권을 갖게 되는 임차보증금채권자도 선순위의 가압류채권자와는 평등배당의 관계에 있게 된다고 할 것이며, 이때 가압류채권자가 주택임차인보다 선순위인지 여부는, 위 법문상 임차인이 확정일자부여에 의하여 비로소 우선변제권을 가지는 것으로 규정하고 있음에 비추어, 임대차계약증서상의 확정일자 부여일을 기준으로 삼는 것이 타당하다고 할 것이어서…"라고 판시하였다. 또한 부동산 담보권자보다 선순위의 가압류채권자가 있는 경우에 그 담보권자가 선순위의 가압류채권자와 채권액에 비례한 평등배당을 받게 되는 이유에 대해 대법원 1987. 6. 9. 선고 86다카2570 판결은 "부동산에 대하여 가압류등기가 먼저 되고 나서 담보가등기가 마쳐진 경우에 그 담보가등기는 가압류에 의한 처분금지의 효력 때문에 그 집행보전의 목적을 달성하는데 필요한 범위 안에서 가압류채권자에 대한 관계에서만 상대적으로 무효라 할 것이고, 따라서 담보가등기권자는 그보다 선순위의 가압류채권자에 대항하여 우선변제를 받을 권리는 없으나 한편 가압류채권자도 우선변제청구권을 가지는 것은 아니므로 가압류채권자보다 후순위의 담보가등기권자라 하더라도 가등기담보등에관한법률 제16조 제1, 2항에 따라 법원의 최고에 의한 채권신고를 하면 가압류채권자와 채권액에 비례하여 평등하게 배당받을 수 있다 할 것이다."라고 판시

하였다. 이러한 판례의 취지를 종합하면 가압류 이후 설정된 담보물권은 가압류의 처분금지효에 의해 가압류채권자와 평등배당을 받게 되는데, 전형적인 처분행위가 아니라 임대차계약증서상의 확정일자 부여에 의해 성립하는 법정담보물권인 임차보증금의 우선변제권 역시 가압류의 처분금지효에 의해 가압류채권자와 평등배당을 받게 된다는 것을 의미한다. 명문의 규정이 없음에도 불구하고 법정물권인 임차보증금의 우선변제권을 처분금지효에 반한다고 판시한 것은 압류, 가압류의 처분금지효가 강학상 처분행위의 범위를 넘어 확장될 수 있음을 시사한다고 할 것이다. 뿐만 아니라 대법원 1983. 4. 26. 선고 83다카116판결은 "임차인이 주민등록전입신고를 마치고 입주사용함으로써 주택임대차보호법 제3조에 의하여 그 임차권이 대항력을 갖는다고 하더라도 부동산에 대하여 가압류등기가 마쳐진 후에 그 채무자로부터 그 부동산을 임차한 자는 가압류집행으로 인한 처분금지의 효력에 의하여 가압류사건의 본안판결의 집행으로 그 부동산을 취득한 경락인에게 그 임대차의 효력을 주장할 수 없다."고 판시하였다. 민사집행법 제91조 제3항은 "등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다." 라고 규정하고 있을 뿐 주택임대차보호법에 의해 대항력을 취득하여 법정물권화된 임차권에 대해서는 명시적 언급이 없음에도 불구하고, 매수인의 인수여부에 있어 다른 용익물권과 동일한 취급을 하는 것이다. 이는 전형적인 처분행위라고 할 수 없는 전입신고에 의한 대항력 취득이 가압류 집행의 처분금지효에 반한다고 본 것으로, 동일한 취지[158]라고

158) 최고재판소 1962(昭和37). 9. 18.(昭35(オ)253号) 판결 역시 부동산에 있어 가압류등기가 경료된 후 그 채무자로부터 그 부동산을 임차한 자는 당해 임대차로 가압류의 본안판결 집행에 의해 부동산을 취득한 매수인에게 대항할 수 없다고 판시하였고, 이에 대해 "임대차의 설정은 단순히 수익권의 행사로서의 의미를 가지는 것이 아니라, 부동산 자체의 교환가치의 저감이라는 결과를 가져오고, 그 의미로 처분행위에 필적하기 때문에, 역시 압류에 의한 처분금지효에 반하는 것으로 보아 압류채권자에 대항할 수 없는 것으로 이해하여야 한다."라고 보는 견해가 있다. 鈴木忠一·三ケ月章 編(註132), 263면. 또한 압류 후 임차권의 갱신에 대해 히로시마 고등재판소 오카야마지부 1975(昭和50). 2. 24.(昭48(ネ)101号) 판결은 "저당권은 그 설정당시에 있어 목적물의 상태에 대한 그 교환가치를 파악하는 것으로, 그 설정당시 목적물인 건물에 기간의 정함이 있는 임차권이 있을 때에는, 저당권자로서는 차가법의 규정에 의해 위 임차권이 법정갱신될 것을 예상할 수 있었던 것이므로, 갱신후의 임차권을 가지고 저당권자에게 대항할 수 있다고 하더라도 저당권자에게 불측의 불이익을 주는 것이라고

할 것이다.

또한 앞에서 살펴본 바와 같이 민사집행법 제91조 제3항에 의해 등기된 임차권은 압류채권이나 가압류채권에 대항할 수 없는 경우 매각으로 소멸하는바, 임차권이 등기되는 경우는 민법 제621조에 의해 임대인의 협력을 얻어 임대차등기를 한 경우 외에도 주택임대차보호법 제3조의3, 상가건물임대차보호법 제6조에 의해 임차인이 법원에 임차권등기명령신청을 한 경우를 포함한다. 민법 제621조에 규정된 임대인의 협력에 의한 임대차등기의 경우 매매에 의한 소유권이전등기의 경료와 같은 물권행위 즉 처분행위에 해당한다고 할 수 있을 것이나 임차권등기명령신청에 의한 임대차등기의 경우 제3자인 임차인의 신청에 의해 설정되는 것으로 전형적인 처분행위로 볼 만한 임대인의 행위가 존재하지 않는다[159]. 그럼에도 불구하고 법문은 등기된 임차권과 압류채권 및 가압류채권의 대항관계를 비교하는바, 즉 이는 전형적인 처분행위라고 할 수 없는 등기된 임차권의 경우도 압류 및 가압류의 처분금지효에 저촉될 수 있다는 개념, 즉 압류, 가압류의 처분금지효가 강학상 처분행위의 범위를 넘어 확장될 수 있음을 전제로 한 규정이라고 할 수 있을 것이다.

할 수 없고, … 이러한 관점에서 보면, 위 갱신은 저당권의 실행에 의한 압류의 효력 발생 후에 행하여졌다고 하더라도, 실질상 압류의 효력인 처분금지에 저촉되는 것이라고 할 수 없다."라고 판시하여, 처분의 개념 측면에서 처분금지효의 적용을 부정한 것이 아니라 처분금지효의 효력범위의 측면에서 처분금지효의 적용을 부정하였다. 鈴木忠一·三ヶ月章 編(註132), 263면도 "채무자가 임의로 갱신거절할 수 있음에도 갱신한 경우는 새로운 임차권의 설정과 동일시하여야 할 것이니, 갱신 후 임차권은 압류채권자 및 매수인에게 대항할 수 없다고 해석하여야 하나, 차지법, 차가법등에 의해 임차인의 보호를 위해 특별한 사유가 있는 경우만 갱신을 거절할 수 있는 경우에는, 당초의 기간을 넘어 그 존속이 보호되고 있음으로, 일반적으로 원래 대항력 있는 임차권이었다면, 갱신후도 대항력을 가진다고 해석하여야 한다."라고 하여, 법정갱신이 처분금지효의 처분이 아니라는 근거로 압류 후 법정갱신을 부정하지는 않고 있다. 中野貞一郎(註83), 378, 413면도 동일 취지

159) 임대차가 존속 중에 있지만 주민등록 전입신고를 하지 않아 처음부터 대항력을 취득하지 않았거나 대항력을 취득했다가 임대차가 종료된 후 임차주택의 점유를 상실하거나 주민등록을 전출하여 대항요건을 상실한 임차인도 임차권등기명령을 신청할 수 있다는 것이 다수설 및 판례의 태도이다. 윤경, 민사집행(부동산경매)의 실무, 육법사(2008), 1462면 및 대법원 2004. 10. 28. 선고 2003다62255, 62262 판결 참조. 이러한 경우 주택임대차보호법 제3조의3 제5항에 따르면 임차권등기명령에 의해 임차인은 대항력 있는 임차권을 새롭게 취득하게 되므로, 전형적인 처분행위로 볼 수 없는 임차인의 등기신청에 의해 물권 유사의 용익권이 성립하게 되는 것이다.

민법 제100조 제2항은 “종물은 주물의 처분에 따른다.”라고 규정하고 있는데 이 경우 점유 기타 사실관계에 기한 권리변동에는 주물·종물의 이론이 적용되지 않는다고 한다[160]. 그러나 위 규정이 사회경제적 효용 유지에 대한 당사자의 추정적 의사를 기초로 하는 규정[161]이기 때문에 당사자의 의사가 개입되지 않는 사실관계에 기한 권리변동에는 위 규정이 적용되지 않는 것이므로, 종물에서 처분범위에 대한 논의가 압류의 처분금지효에 바로 적용될 수는 없다고 할 것이다.

민법 제405조 제2항은 채무자가 채권자대위권 행사의 통지를 받은 후에는 그 권리를 처분하여도 이로써 채권자에게 대항하지 못한다고 규정하여 채권자대위권 행사에 의한 처분금지효를 인정하고 있다. 채무자의 채무불이행에 의한 제3채무자의 법정해제권 발생 및 그 해제권의 행사가 처분금지효에 반하는가에 대해 최근 대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결은 “채무자의 채무불이행 사실 자체만으로는 권리변동의 효력이 발생하지 않아 이를 채무자가 제3채무자에 대하여 가지는 채권을 소멸시키는 적극적인 행위로 파악할 수 없는 점, 더구나 법정해제는 채무자의 객관적 채무불이행에 대한 제3채무자의 정당한 법적 대응인 점, 채권이 압류·가압류된 경우에도 압류 또는 가압류된 채권의 발생원인이 된 기본계약의 해제가 인정되는 것과 균형을 이룰 필요가 있는 점 등을 고려할 때 채무자가 자신의 채무불이행을 이유로 매매계약이 해제되도록 한 것을 두고 민법 제405조 제2항에서 말하는 ‘처분’에 해당한다고 할 수 없다.”고 판시하였다. 이는 제3채무자로 하여금 채무자의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제할 수 있도록 한 것 역시 채무자가 권리를 처분한 것에 해당하여 채권자에게 대항할 수 없다고 본 대법원 2003. 1. 10. 선고 2000다27343 판결의 법리를 변경한 것이다. 종전 대법원 판결에 대해서는 여러 가지 비판이 존재하였으나 특히 주목할 부분은 법정해제와 해제계약이 그 법률효과는 서로 유사할지 모르나 그 성립원

160) 김용담 編, 주석 민법 민법총칙 2 제4판(이상원 집필부분), 한국사법행정학회(2010), 314면

161) 따라서 민법 제100조 제2항은 임의규정이고 당사자 사이의 특약으로 배제할 수 있다. 김용담 編, 주석 민법 민법총칙 2 제4판(註159), 315면

인이나 법적 성질에 있어서는 현격한 차이가 있다는 견해, 즉 법정해제는 채무자의 객관적 채무불이행에 대한 제3채무자의 정당한 법적 대응이고, 해제계약은 채무자의 의사행위를 하나의 필수적 요소로 하여 채권관계를 소멸시키는 것이기 때문에 서로 다르게 보아야 한다는 견해[162]이다. 만약 채무자가 채무를 이행하지 않는 행위에 의해 제3채무자로 하여금 해제권을 발생시킨 것 및 그 해제권의 행사가 민법 제405조 제2항에서 말하는 처분금지효에 포섭되지 않는다면 압류채무자의 행위에 의해 법정물권인 유치권이 성립하는 경우도 압류의 처분금지효에 포섭시킬 수 없는 것이 아닌가라는 의문이 제기될 수 있다. 그런데 채권자대위권의 경우 판례의 태도는 채무불이행으로 바로 권리변동의 효력이 발생하지는 않는 점, 채무자의 채무불이행에도 불구하고 채권자대위권의 행사에 의해 제3채무자가 계약을 해제할 수 없다고 한다면 제3채무자는 자신의 채권실현을 강제받게 되는 점, 제3채무자가 가지게 되는 법정해제권은 양 당사자가 계약관계에 편입될 당시부터 전제된 지위로 계약이 일방의 채무불이행으로 해제될 수 있다는 것은 계약 자체에 처음부터 내재하는 고유의 위험이기 때문에, 채권자대위권 행사의 통지에 의해 제3채무자로 하여금 해제권을 행사할 수 없는 결과는 채권자대위권의 행사에 의해 제3채무자의 지위가 약화되는 것이라는 점을 근거로 한 것이다. 그에 비해 유치권의 경우에는 점유이전에 의해 바로 유치권이 발생하는 점, 채권자대위권의 행사에 의한 처분 제한은 채권자대위의 성질상 제3채무자가 처분제한 전에 비해 더 불리한 지위에 놓일 수 없으나 압류에 의해 제3채무자의 지위는 종전보다 제한될 수밖에 없다는 점[163], 애초에 압류 전 이미 유

162) 양창수, 채권자대위에 의한 처분금지효가 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하는 것에도 미치는가? -대법원 2003년 1월 10일 판결 2000다27343사건(판례공보 2003상, 562면)(註90), 363-364면, 오시영, 채권자대위권행사시 채무자의 처분권 제한을 중심으로, 판례연구 제17집 上, 서울지방변호사회(2003), 248-249면. 전원합의체 판결이 나온 이후 논문으로는 이은영(註92), 464-465면, 최단비, 제한되는 채권 처분의 범위 및 판단기준에 관한 검토 -대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 판결 관련 채권자대위권행사에 의한 처분금지효를 중심으로-, 원광법학 제29권 제2호, 원광대학교 법학연구소(2013), 282면, 김재형, 2012년 민법 판례 동향, 민사재판의 제문제 제22권, 사법발전재단(2013), 25면

163) 채권자 대위의 경우 제3채무자의 변제는 처분의 제한에 포함되지 않는 것으로 보는 것이 일반적이나, 채권압류의 경우 제3채무자는 채무자에게 자신의 채무를 이행할 수

치권자의 성립이 전제된다고 볼 수 없어 압류에 의해 제3자인 유치권자의 지위가 부당하게 약화되는 것으로 볼 수도 없다. 따라서 법정해제권에 대한 논의가 유치권에 그대로 적용되기 어렵다.

최근 대법원이 2012. 10. 18. 선고 2010다52140 전원합의체 판결에서 "부동산강제경매절차에서 목적물을 매수한 사람의 법적 지위는 다른 특별한 사정이 없는 한 그 절차상 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 정하여지고, 매수신청인·담보권자·채권자·채무자 기타 그 절차에 이해관계를 가지는 여러 당사자는 그와 같이 하여 정하여지는 법적 지위를 전제로 하여 자신의 이해관계를 계산하고, 나아가 경매절차에의 참여, 채무이행, 대위변제 기타의 재산적 결정에 이르게 된다. 이는 토지와 지상건물 중 하나 또는 그 전부가 경매의 목적물이 된 경우에 그 경매로 인하여 종국적으로 소유자가 달라지면 이제 토지가 건물의 소유를 위한 사용권의 부담을 안게 되고 건물은 계속 유지되어 존립할 수 있는지와 같이 이해관계인에게 중요한 의미가 있는 사항에 관련하여서도 다를 바 없다고 할 것이다. 그렇다면 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상건물의 소유권이 강제경매로 인하여 그 절차상의 매수인에게 이전된 경우에 건물의 소유를 위한 관습법상 법정지상권이 성립하는가 하는 문제에 있어서는 그 매수인이 소유권을 취득하는 매각대금의 완납시가 아니라 그 압류의 효력이 발생하는 때를 기준으로 하여 토지와 그 지상건물이 동일인에 속하였는지가 판단되어야 한다."라고 판시[164][165]한 것도 유사한 문

없고 이중변제의 위험을 부담하게 된다. 즉 채권자대위권 행사에 의한 처분의 제한은 그 취지상 채권자의 대위행사와 저촉되는 범위내로 한정되어야 할 것이나 압류, 가압류는 권리자의 독립한 권리보전절차로 그러한 제한을 받을 필요가 없다. 처분행위의 제한과 관련된 규정은 민법뿐만 아니라 민사집행법, 집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 등 다양한 법률에 존재하는바 각 규정의 취지에 따라 제한되는 처분행위의 개념을 달리 파악할 수 있다고 할 것이다. 이은영(註92), 459면

164) 사실관계는 다음과 같다. ① 원고는 2005.6.13. 소외 1,소외 2로부터 그들 소유의 토지를 매수하여 2005.11.30. 원고 명의로 소유권이전등기를 경료하였고, 한편 소외 3은 2003.1.3. 위 토지 위에 건립되어 있던 건물에 관하여 자기 명의로 소유권보존등기를 경료하였다. ② 그 후 건물에 관하여2003.10.20. 소외3의 채권자인 황산농업협동조합을 위한 가압류 등기가, 2004.9.18. 위 가압류를 바탕으로 강제경매개시결정의 등기가 각 경료되었다. ③ 원고는 위 경매절차가 진행 중이던 2005.11.29. 소외 3으로부터 이 사건 건물을 매수하여 2005.12.12. 원고 명의로 소유권이전등기를 경료하였으나, 그 경매절차에서 이 사건 건물이 2006.6.9.피고에게 매각되어 그 대금이 완납되고 이를 원인

제의식에 기반한 것으로 보인다. 앞에서 든 예와 같이 토지가 압류된 후 건물의 소유자가 변경된 경우 토지의 압류 이후 토지의 소유권을 취득한 자는 처분금지효에 의해 그 권리를 경매절차상의 매수인에게 대항하지 못하지만 토지의 압류가 건물에 영향을 미치는 것은 아니기 때문에 건물의 소유자 변동에는 아무런 영향을 미치지 못한다. 이러한 상황에서 법정지상권의 성립에 있어서 소유자 동일성 요건의 판단시점을 압류의 효력 발생 시점이 아니라 처분시점으로 본다면 자신의 토지를 압류당한 채무자는 압류 이후 압류되지 않은 건물을 스스로 매수함으로써 법정지상권을 성립시킬 수 있게 되는데, 이는 결국 압류채무자가 압류의 처분금지효가 원칙적으로 적용되지 않는 자신의 행위로 압류 토지의 가치를 크게 저감시켜[166] 압류의 처분금지효에 반하는 결과를 초래하게 되는 것이다. 대법원은 이러한 결과를 피하기 위하여 법정지상권의 성립에 있어서 소유자 동일성 요건의 판단시점을 압류효력발생시점으로 선언한 것이라고 보인다.

4유형의 경우 유치권을 성립시키는 점유의 이전이 처분금지효에 반하는가에 대해서는 1유형과 동일한 논의가 전개된다고 할 수 있다. 그러나 1

으로 하여 2006.6.15.에 원고 명의의 위 소유권이전등기가 말소되고 피고 명의로 소유권이전등기가 경료되었다. 이러한 사실관계에 의하면 매각시설을 취할 경우 토지와 지상 건물의 소유자가 모두 원고이기 때문에 관습법상 법정지상권이 성립할 수 있으나 압류효력발생시설에 의하면 관습법상 법정지상권이 성립하지 않는다. 이 판례에 대한 평석은 최문수(註157), 신용호, 부동산 강제경매로 인하여 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하기 위해서 토지와 그 지상건물이 동일인에게 속하였는지 여부를 판단할 기준시점, 민사재판의 제문제 제21권, 사법발전재단(2012), 김정민, 강제경매로 인한 관습법상 법정지상권의 성립요건 중 토지와 그 지상 건물의 동일인 소유 판단 기준시점, 재판실무연구 제5권, 수원지방법원(2013) 참고. 위 전원합의체 판결 이후 판결인 대법원 2013. 4. 11. 선고 2009다62059 판결에 대한 평석으로는 신용호, 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물에 관하여 강제경매를 위한 압류나 그 압류에 선행한 가압류가 있기 이전에 저당권이 설정되어 있다가 강제경매로 저당권이 소멸한 경우, 건물 소유를 위한 관습상 법정지상권의 성립 요건인 '토지와 그 지상 건물이 동일인 소유에 속하였는지'를 판단하는 기준 시기, 대법원판례해설 제95호, 법원도서관(2013) 참고.

165) 지금까지 소유자 동일성 요건의 판단에 있어 압류의 처분금지효를 고려하여야 하는지 여부에 대해서는 판례가 엇갈리고 있었고(대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1454 판결, 1971. 9. 28. 선고 71다1631 판결 및 대법원 1990. 6. 26. 선고 89다카24094 판결), 소유자 동일성 요건의 판단시점을 언제로 보아야 하는지에 대해서는 구체적 쟁점으로 부각되지 않았다고 한다. 최문수(註157), 191-206면

166) 최문수(註157), 203-204면

유형과 달리 4유형에는 압류 이후 목적물에 비용을 투입하여 목적물의 가치가 증가하는 경우가 발생할 수 있는데, 이때 처분금지효의 적용범위 및 유치권의 대항범위에 대해서는 아래에서 함께 살펴보겠다.

(2) 피담보채권의 성립 및 변제기 도래에 압류의 처분금지효가 적용될 수 있는지 여부 (2, 3유형)

대법원은 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결에서 3유형에 해당하는 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결의 의미에 대해 경매절차의 공정성과 신뢰, 민사집행제도의 원활한 운영을 위해 예외적으로 압류채무자의 제3자에 대한 점유이전이 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위로 본다는 취지라고 판시하였다. 대항력 부정설 중 이 부분을 언급하는 견해는 제한적 대항력 인정설을 비판하면서 "제1유형의 경우나 제3유형의 경우 모두 압류 후에 목적물의 점유이전이 있는 경우인데 동일한 점유이전을 서로 달리 해석하는 것은 잘 이해가 가지 않는다."라고 하거나[167] "필요비나 유익비의 지출을 통하여 법정담보권인 유치권을 성립시키는 행위 또한 당해 부동산의 교환가치를 감소시키는 행위이므로 처분이라고 보지 않을 수 없고 따라서 압류채권자에게 대항할 수 없다고 보아야 한다고 생각한다."라고 주장[168]하여 대법원과 유사한 견해를 취한다. 이에 대해 제한적 대항력 인정설은 "채무자가 아닌 제3자의 비용지출행위를 처분행위라고 할 수는 없고 제3자의 유치권 취득 과정에서 채무자의 행위가 전혀 개입되지 않았으므로" 유치권이 압류의 처분금지효에 반하지 않는다고 주장[169]한다.

우선 앞에서 살펴본 바와 같이 점유이전 자체는 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위가 되지 않고 유치권 성립과의 관계에서 예외적으로 처분행위가 되는 것인바, 2, 3유형의 경우 점유이전에 의해 바로 유치권이 성립되지 않고 피담보채권의 성립 및 변제기 도래라는 별도의 요건이

167) 이상태(註133), 97면
168) 차문호(註52), 398면
169) 박상언(註39), 362면, 하상혁(註97), 991면, 김원수(註112), 684면

필요한 이상 점유이전 자체를 채무자의 처분행위로 보는 것은 타당하지 않은 것으로 보인다[170].

다만 앞에서 살펴본 바와 같이 유치권자의 피담보채권은 ① 압류채무자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우(채무자가 점유자와 도급계약을 체결한 경우), ② 제3자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우(채무자 소유의 부동산을 임차한 임차인이 점유자와 도급계약을 체결한 경우), ③ 계약관계 없이 발생하는 경우(점유자가 필요비, 유익비를 지출한 경우, 압류목적물로부터 피해를 입은 점유가 손해배상청구권을 가지는 경우)로 나눌 수 있다.

우선 ①의 경우 계약체결행위 자체는 채무부담행위에 불과하여 압류의 처분금지효에 반하는 처분행위로 보기 어렵다 할 것이나, 압류채무자의 계약체결에 의한 피담보채권의 발생으로 유치권이 성립한다면 압류채무자의 행위에 의해 권리의 변동이 발생한 것이므로 계약체결행위 및 그에 의해 발생한 유치권은 압류의 처분금지효에 반한다고 보아야 할 것이다. 공사대금채권과 같이 변제기 도래를 위해 유치권자의 공사완료행위가 필요한 경우에도 그 공사완료행위는 도급계약체결에 의한 의무이행행위로 압류채무자의 도급계약체결행위와 밀접하게 연결된 행위라고 할 것이어서 포괄하여 압류채무자의 도급계약체결행위가 유치권을 성립시키는 압류채무자의 처분행위라고 볼 수 있다[171].

다만 압류 이후 계약체결 및 공사완료행위로 인해 압류 후 가치증가가 있는 경우 그 가치 증가의 한도에서는 처분금지효가 적용될 수 없다고 생각한다. 압류에 의하여 법원은 부동산을 압류당시의 상태로 현금화하는 권능을 취득하며 경매목적 달성을 근본적으로 불능케하거나 목적물의

---

170) 이재석(註125), 343면은 "점유이전 및 이와 함께 유치권 성립의 요건이 되는 다른 행위(점유이전+채권취득)가 포괄하여 처분행위에 해당한다."고 한다. 그러나 채무자가 채권취득을 예상하면서 점유를 이전시켜준 경우가 아닌 이상 이를 일반화시키기는 곤란할 것으로 보인다. 박상언(註39), 362면, 김원수(註112), 684면

171) 2, 3유형의 경우 피담보채권의 발생 및 변제기의 도래로 유치권이 성립하게 되는바, 도급계약 체결시 공사완료행위에 의해 변제기가 도래하여 유치권이 성립할 것을 예상하면서 계약을 체결한 것으로 볼 수 있으므로, 밀접하게 연결된 도급계약의 체결 및 공사완료행위가 포괄하여 처분행위에 해당하게 된다고 할 수 있다. 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결, 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결 모두 압류목적물의 소유자가 도급계약을 체결한 사안으로 ①의 경우에 해당한다.

가치감소를 초래하는 처분행위만이 압류에 의해 금지된다고 할 것인바[172] 처분행위로 인정되는 계약체결 및 공사완료행위의 전과 후를 비교하여 보았을 때, 피담보채권의 범위를 증가가치로 한정하는 이상 유치권이 성립한 후에도 목적물의 가치는 종전가치와 동일(종전가치 + 공사완료로 증가된 가치 - 가치증가액으로 한정된 유치권의 피담보채권)하다고 할 것이므로, 유치권의 성립이 목적물의 가치감소를 초래하는 처분행위라고 할 수 없다. 압류 후에 행하여진 공사 등으로 물건의 가치가 증가되고 이로 인해 유치권이 발생한 경우에는 증가가치에 한하여 유치권자에게 우선권을 인정하여도 압류채권자의 이익을 해하지 않으며 오히려 이익을 압류채권자에게 귀속시키는 것이 형평에 반한다는 점을 고려하면, 목적물의 가치가 증가[173]된 범위 내에서는 압류의 처분금지효에 반하지 않고 유치권으로 대항할 수 있을 것으로 보인다[174].

그렇다면 ②, ③의 사안과 같이 채무자의 행위와 전혀 연관이 없는 경우는 어떻게 보아야 할 것인가.

일부 견해[175]는 앞에서 살펴본 대법원 1992. 10. 13. 선고 92다30597 판결에서 임대인의 행위가 관여하였다고 보기 어려운 확정일자 부여행위 및 그에 의한 대항력 있는 임차권 성립을 처분금지효에 반하는 처분행위로 보았음을 근거로 제3자의 행위에 의한 물권의 성립 역시 처분금지효에 저촉되는 처분행위에 해당한다고 주장한다. 그러나 주택임대차보호법

---

172) 윤경(註159), 263면

173) 단 여기서 증가는 목적물의 가치가 객관적으로 증가하는 경우뿐만 아니라, 압류의 처분금지효가 미치지 않아 압류채권자가 감수하여야 하는 사실적 처분행위에 의해 목적물의 가치가 감소하는 경우 이에 대해 필요비를 지출하여 가치를 유지시키는 경우도 포함하여야 한다.

174) 이 경우 유치권의 피담보채권이 압류채권자에 대항할 수 있는 피담보채권과 대항할 수 없는 피담보채권으로 분리되어 불가분성에 반하는 것이 아닌지 문제될 수 있으나 분리되는 것으로 해석할 수 있다고 생각한다. 저당권설정행위의 일부가 사해행위인 경우 채권자는 사해행위에 해당하는 금액에 대해서만 저당권설정행위를 취소하고 근저당권설정등기의 채권최고액을 감축하는 근저당권변경등기절차의 이행을 명한 대법원 2006. 12. 7. 선고 2006다43620 판결 및 가등기담보권 설정 후 후순위권리자나 제3취득자 등 이해관계 있는 제3자가 생긴 상태에서 새로운 약정으로 기존 가등기담보권에 피담보채권을 추가하거나 피담보채권의 내용을 변경, 확장하는 경우 피담보채권으로 추가, 확장된 부분은 이해관계 있는 제3자에 대한 관계에서는 우선변제권 있는 피담보채권에 포함되지 않는다고 본 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다28090 판결 참조

175) 이재석(註125), 343-344면, 360면

에 따른 보호가 보편화된 임대차계약의 실무에 비추어, 임차인이 대항력 및 우선변제권을 취득하지 않을 특별한 사정이 없는 한 임대인은 임대차계약 체결 당시 임차인의 우선변제권 취득을 쉽게 예상할 수 있는 것이다. 따라서 임차인의 전입신고 및 확정일자의 부여는 임대인의 임대차계약 체결행위와 밀접하게 연결된 행위라고 할 것이어서 포괄하여 임대차계약 체결행위 시에 우선변제권을 발생시키는 압류채무자의 처분행위가 있었다고 볼 수 있다. 따라서 이 판결을 근거로 ②, ③의 경우에까지 압류의 처분금지효가 적용된다고 단정하기는 곤란하다.

다만 앞에서 본 바와 같이 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결은 경매절차의 공정성과 신뢰, 민사집행제도의 원활한 운영이라는 정책적 관점에서 압류의 처분금지효의 적용범위를 확대시키고 있는바 채무자의 행위가 연관되지 않은 유치권의 성립에 위 판결의 법리가 확대 적용될 수 있는지 문제된다. 현황조사보고서나 매각물건명세서 등에서 드러나지 않는 유치권의 부담을 그대로 인수하게 되거나 매수가격의 즉각적인 하락이 초래되는 문제는 매수인이 예상하지 못한 유치권의 성립에 의해 발생하는 것으로, 유치권의 성립에 압류채무자의 행위가 연관되었는가의 여부와는 관련이 없기 때문이다. 이에 대해서는 전용물소권을 인정하지 않는 우리 법제상 유치권을 인정하지 않는 경우 ②의 사안에서 도급인의 무자력을 수급인이 인수할 수밖에 없어 그 보호에 미흡하다는 반론[176]이 제기될 수 있다. 생각건대 경매개시결정 이후 매각결정절차에 이르더라도 부동산에 관한 중대한 권리관계가 변동된 경우[177] 매각허가에 관한 이의(민사집행법 제121조 제6호) 및 매각허가결정의 취소(민사집행법 제127조 제1항)를 할 수 있도록 구성한 것[178]에 비추어볼 때 정책적 목적만으로 채무자의 행위가 개입되지 않은 경우에까지 압류의 처분금지효를 확대적용할 수는 없다고 생각한다. 뿐만 아니라 확대적용을 인정하는 견해는 압류의 효력을 처분금지효로 한정하는 것이 아니라 일체의 권리변동금지효로 이해하는 것인데, 이는 압류의 효력이 압류의 수

176) 제철웅, 도급계약상의 수급인과 민법 제203조의 비용상환청구권(註45), 99-101면
177) 대법원 1998. 8. 24. 자 98마1031 결정.
178) 박상언(註39), 348면

범자가 아닌 제3자의 행위에 일반적으로 미치는 결과가 되어 부당하다. 따라서 이러한 경우 유치권자는 유치권으로 매수인에게 대항할 수 있다 할 것이다.

(3) 소결론

압류채무자의 점유이전에 의해 유치권이 발생하게 되는 1유형에서 채무자의 점유이전은 유치권 성립의 관점에서 처분행위로 보아야 한다. 2, 3 유형의 경우 피담보채권이 압류채무자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 때에는 포괄하여 압류채무자의 계약체결행위가 유치권 성립의 관점에서 처분행위로 평가되어야 한다. 그러나 피담보채권이 제3자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우나 계약관계 없이 발생하는 경우에는 채무자의 관여가 없다고 할 것이어서 처분금지효가 적용될 수 없다. 또한 처분금지효가 적용되는 경우라고 하더라도 처분금지효의 객관적 범위는 압류 당시 목적물의 객관적 가치에 제한된다고 할 것이어서, 목적물의 가치증가액의 범위 내에서 유치권으로 대항할 수 있다. 여기서 가치의 증가는 목적물의 가치가 객관적으로 증가하는 경우뿐만 아니라, 사실적 처분행위에 의해 매수인이 감수하여야 하는 목적물의 가치 감소에 대하여 필요비를 지출한 경우도 포함된다.

2. 대항력 부정설 및 제한적 유치권 긍정설에 대한 검토

대항력 부정설 중 두 번째 견해 및 판례는 대항력 긍정설과 마찬가지로 유치권의 발생원인이 되는 점유이전이 사실행위에 불과하다고 보는 점 및 법률상 근거 없이 현실적 필요성만에 의하여 “부동산 압류효력 발생 후 성립된 유치권은 그 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.”는 새로운 법정매각조건을 인정한다는 측면에서 타당하다고 보기 힘들다. 경매개시결정 이후 매각결정절차에까지 이르더라도 부동산에 관한 중대한 권리관계가 변동된 경우 매각허가에 관한 이의(민사집행법 제121조 제6호)

및 매각허가결정의 취소(민사집행법 제127조 제1항)를 인정되는바, 다른 권리관계의 변동과 달리 유독 압류 이후 성립한 유치권의 경우에만 위 규정에도 불구하고 소멸한다고 보아, 새로운 법정매각조건을 창설하는 것이 타당한지 의문이다. 실제로 후술할 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결의 반대의견도 이러한 점을 지적하면서 "다수의견의 견해처럼 경매절차개시 후에 취득한 유치권의 행사를 허용하면 집행절차의 법적 안정성이 저해된다고 하더라도, 예컨대 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 해당한다거나 압류의 처분금지효에 저촉되는 것과 같이 그 유치권을 부정할 수 있는 실정법상의 근거가 없는 한 단지 '집행절차의 법적 안정성이나 그에 대한 신뢰'라는 이유만을 내세워 유치권의 효력을 부정할 수는 없는 것이다."라고 판시한 바 있다.

위 판례의 다수의견의 보충의견은 "…합목적적 해석은 입법자가 예정한 제도의 취지를 될 수 있는 한 손상하지 않으면서 그 제도의 폐해를 제거하는 데 필요한 범위 내에서 이루어져야 한다는 한계를 가지며, 이 같은 한계를 벗어날 경우 그러한 해석은 정당하다고 할 수 없다."고 판시하면서 반대의견과 "…같은 해석은 유치권제도가 집행절차에서 발생시키는 폐해를 제거한다는 합목적적 해석의 한계를 명백히 벗어나 유치권제도를 형해화함으로써 도저히 그 해석의 정당성을 주장할 수 없을 것이다."라고 반박한다. 그러나 가압류와 유치권의 관계에서 후술하는 바와 같이, 반대의견과 같은 해석이 유치권제도를 형해화한다고 볼 수 있을지는 의문이고, 오히려 그와 같은 해석이 처분금지효의 처분 확대를 인정하며 압류·가압류의 효력을 동일하게 보는 기존 대법원의 태도와 조화되는 해석이라고 생각한다.

제한적 유치권 긍정설 및 대항력 부정설 중 첫 번째 견해는 원칙적으로 압류 이후 유치권의 성립을 부정하는 점에 있어서는 태도를 같이 하나, 2, 3유형의 경우 유치권을 인정하는 것이 타당한가에 대해서만 각각 태도를 달리한다. 앞에서 살펴본 바와 같이 1유형의 경우 채무자의 점유이전은 유치권 성립의 관점에서 처분행위로 보아야 하기 때문에 유치권자는 유치권으로 매수인에게 대항할 수 없다. 또한 2, 3유형의 경우 피담보

채권이 압류채무자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우 포괄하여 압류채무자의 계약체결행위가 유치권 성립의 관점에서 처분행위로 평가되어야 하기 때문에 유치권자는 역시 유치권으로 매수인에게 대항할 수 없다고 보아야 한다. 다만 유치권의 피담보채권이 목적물의 가치를 실질적으로 증가시켜 목적물에 현존하는 경우 물건의 가치가 증가된 범위 내에서는 유치권으로 대항할 수 있다. 반면에 2, 3유형 중 피담보채권이 제3자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우나 계약관계 없이 발생하는 경우, 유치권자는 매수인에게 대항할 수 있다고 보아야 한다.

3. 유치권 부정설에 대한 검토

앞에서 살펴본 바와 같이 압류에 의한 처분금지효에 대하여 우리나라 판례와 통설이 취하고 있는 개별상대효설에 따르면, 처분금지효에 반하는 처분은 압류채권자가 행하는 집행절차와의 관계에서만 상대적으로 효력이 없어 그 행위에 선행하는 압류채권자나 배당요구채권자에 대항할 수 없을 뿐이고, 그 행위 후에 새로이 참가한 압류채권자나 배당요구채권자에 대해서는 그 처분행위의 효력을 대항할 수 있다. 그렇다면 소유자가 경매개시결정 기입등기 이후에 그 사실을 알고 점유를 이전한다고 하더라도 그것만으로 점유자의 점유를 불법점유로 평가할 수 없다고 할 것[179]이어서 민법 제320조 제2항을 유추적용하는 것은 적절하지 않다.

제2절 가압류 후 성립한 유치권의 인수여부

Ⅰ. 판례의 태도

이에 대해 판시한 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결의 사실관계[180]는 다음과 같다.

179) 차문호(註52), 398-399면, 김원수(註112), 681-682면, 박정기(註133), 32면
180) 울산지방법원 2008. 7. 23. 선고 2007가합3076 판결 및 부산고등법원 2009. 2. 4. 선고 2008나12385 판결 참조

① 피고는 2002. 7. 29. 소외 유씨이 주식회사로부터 유씨이가 소유이던 토지(별지 제1목록 제1 내지 4항)상에 건축되어 있던 구건물을 철거하고 **건물을 신축하는 공사를 대금 14,850,000,000원, 공사기간 2002. 8. 15.부터 2003. 12. 15.까지로 정하여 도급받으면서 위 공사대금을 기성율에 따라 6차례에 걸쳐 나누어 지급받기로 약정**하였다.

② 피고는 2002. 8. 15.경부터 위 신축공사에 착수하여 이를 시공하던 중 유씨이의 자금난으로 인하여 신축공사를 완공하지 못하고 **2005. 2.경 공정율 90% 이상의 상태에서 신축공사를 중단**하였다.

③ **2005. 9. 21. 유씨이에 대한 채권자들인 소외 김월수 외 21명의 가압류신청**에 따른 법원의 촉탁으로 이 사건 신축건물에 유씨이 명의로 소유권보존등기가 경료되었다.

④ 유씨이는 2005. 8. 19. 피고와 사이에 **공사 잔대금을 9,591,500,000원으로 정산하고 이를 2005. 9. 30.까지 지급하기로 약정**하면서 그와 같은 내용이 담긴 공정증서를 작성해 주었으며, 그 후 피고는 268,046,480원, 8,041,370원을 각 지급받아 유씨이에 대하여 9,315,412,150원의 공사잔대금 채권을 가지게 되었다.

⑤ 피고는 **2005. 10.경 유씨이로부터 위 신축건물의 점유를 이전받아 위 신축건물을 점유**하면서 위 신축건물의 외부 벽면에 '본 건물은 피고가 유치권을 행사하는 지역임'이라는 내용의 현수막을 내걸고, 위 신축건물의 출입문에 위와 같은 내용의 안내문을 게시하고, 위 신축건물의 외벽에 방호창문을 설치하는 등으로 출입을 통제하였다.

⑥ 유씨이는 2002. 5. 7. 소외 주식회사 우리은행으로부터 금원을 대출받으면서 별지 제1목록 제1, 2항 기재 각 토지 및 구건물을 공동담보로 근저당권을 설정하여 주었으며, 2002. 8. 30. 소외 주식회사 삼일상호저축은행으로부터 금원을 대출받으면서 별지 제1목록 제3, 4항 기재 각 토지를 공동담보로 근저당권을 설정하여 주었고, 2002. 10. 22. 소외 새고양새마을금고로부터 금원을 대출받으면서 별지 제1목록 제1 내지 4항 기재 각 토지에 근저당권을 설정해주었다.

⑦ 유씨이가 우리은행에 대한 대출원리금채무를 변제하지 못하자 우리

은행이 2005. 4.경 별지 제1목록 제1, 2항 기재 각 토지에 담보권 실행을 위한 경매를 신청하였고, 위 경매절차가 진행 중이던 2005. 7.경 삼일상호저축은행이 별지 제1목록 제3, 4항 기재 각 토지에 담보권 실행을 위한 경매를, 2005. 12.경 피고가 별지 제1목록 제1 내지 4항 기재 각 토지 및 위 신축건물에 관하여 강제경매를 신청하여 원고가 각 토지 및 신축건물을 낙찰받고 대금을 납부함으로써 소유권을 취득하였다.

이러한 사실관계(비용지출 → 가압류등기 → 피담보채권의 변제기 도래 → 점유이전의 경우[181])에 대해 대법원은 "부동산에 가압류등기가 경료되면 채무자가 당해 부동산에 관한 처분행위를 하더라도 이로써 가압류채권자에게 대항할 수 없게 되는 바, 여기서 처분행위라 함은 당해 부동산을 양도하거나 이에 대하여 용익물권, 담보물권 등을 설정하는 행위를 말하고 특별한 사정이 없는 한 점유의 이전과 같은 사실행위는 이에 해당하지 않는다. … 따라서 이와 달리 부동산에 가압류등기가 경료되어 있을 뿐 현실적인 매각절차가 이루어지지 않고 있는 상황하에서는 채무자의 점유이전으로 인하여 제3자가 유치권을 취득하게 된다고 하더라도 이를 처분행위로 볼 수 없다."라고 판시[182][183]하였다.

---

181) 앞에서 본 2005다22688 판결의 경우와 같이 제한적 대항력 긍정설의 분류에 따르면 1유형에 속하나 가압류등기 이후 변제기가 도래하였기 때문에 4유형(압류등기 → 피담보채권의 변제기 도래 → 점유이전)으로 보아야 할 것이다.

182) 이 사건은 가압류와 유치권의 관계 외에도 대항력에 관해 흥미로운 논점을 담고 있다. 이 사건에서 원고는 2005. 4.경 별지 제1목록 제1, 2항 기재 각 토지에 대한 담보권 실행을 위한 경매절차와 2005. 7.경 같은 목록 제3,4항 기재 각 토지에 대한 담보권 실행을 위한 경매절차 및 2005. 12.경 같은 목록 제1 내지 4항 기재의 각 토지 및 이 사건 신축건물에 대한 강제경매절차가 병합되어 진행되었으므로, 최초의 경매개시결정의 기입등기 이후에 이루어진 피고의 점유로 인한 유치권은 이 사건 각 토지의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 압류의 처분금지효에 저촉되므로 피고는 유치권을 주장할 수 없다고 주장하였다. 이에 대해 부산고등법원은 이러한 경우 "토지 인도 청구에 대하여는 건물의 유치권을 행사하는 범위 내에서는 토지 인도를 거부할 수 있고…"라고 판시하여 지상권과 유사한 권리를 유치권자에게 부여하면서도 "이 사건 각 토지에 대한 경매개시결정의 기입등기로 인하여 압류의 효력이 생기는 것은 토지이고 독립한 소유권의 대상이 된 건물을 공사대금채권을 피담보채권으로 하여 유치권을 행사하기 위하여 점유하는 것은 토지에 대한 압류의 처분금지효에 저촉되는 것이 아니라 할 것이므로 원고의 주장은 이유 없다."고 판시하였다. 이는 건물에 대한 유치권이 토지에 관하여 미치는 효력에 관한 판시로, 특히 토지가 압류된 후 건물에 대한 유치권이 성립하였을 때 건물의 유치권자가 유치권을 행사하는 범위 내에서 토지 인도를 거부하는 것이 토지에 대한 압류의 처분금지효에 반하는 것이 아닌지에 대한 문제인 것이다. 살피건대 토지만이 경매대상이 되고 유치권자가 법정

즉 대법원은 점유의 이전은 사실행위이기 때문에 원칙적으로 압류의 처분금지효에 반하지 않지만, 압류의 경우 가압류와 다르게 매각절차가 임박하여 이 단계에서 유치권이 새롭게 성립하는 것은 경매절차의 공정성과 신뢰를 현저하게 훼손하고 책임재산을 신속하고 적정하게 환가하여 채권자의 만족을 얻게 하려는 민사집행제도의 운영에 심각한 지장을 줄 수 있으므로 예외적으로 채무자의 제3자에 대한 점유이전을 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위로 봄이 타당하다고 본다. 따라서 매각절차가 임박하지 않은 가압류의 경우에는 이러한 법리가 적용될 수 없다 할 것이어서 가압류 이후 점유이전으로 인하여 제3자가 유치권을 취득하게 된다고 하더라도 이를 처분행위로 볼 수 없고 유치권자는 매수인에게 대항할 수 있다는 논리이다.

Ⅱ. 학설의 태도

1. 압류, 가압류의 효력을 동일하게 보는 견해

지상권이 성립되지 않는 경우(토지와 구건물에 공동저당권이 설정된 후 구건물이 철거된 사안으로 법정지상권이 성립할 수 없음)에 유치권에 의한 독립된 토지사용권을 유치권자에게 인정한다면 이는 토지의 교환가치가 감소되는 것으로 토지에 대한 압류의 처분금지효에 반한다 할 것이다. 그러나 토지와 건물이 함께 경매의 대상이 된 이 사안의 경우 건물이 철거되지 않고 존속할 것이고 건물의 소유를 위해 필수적인 토지의 용익적 가치는 소멸하지 않고 경매절차에서 평가되어 토지의 교환가치로 파악되었다 할 것이기 때문에 유치권의 성립에 의해 토지의 교환가치가 감소되었다고 평가할 수 없다. 따라서 부산고등법원의 태도는 결론에 있어 타당하다.

183) 건물에 대한 유치권으로 토지 인도를 거부할 수 있는가에 대해 위 부산고등법원 판결은 이를 인정하였다. 대법원 역시 1980. 10. 14. 선고 89다1170 판결에서 “피고의 위 유익비 상환을 구하는 주장이 받아들여지는 경우, 이에 터잡아 피고가 취득하게 되는 유치권은 위 임차건물의 유지사용에 필요한 범위 내에서 임차대지 부분에도 그 효력이 미친다고 할 것이어서…”라고 판시하여 같은 입장이다. 살피건대 건물에 대한 유치권을 수인하여야 할 건물의 소유자가 토지의 소유자임을 기화로 토지의 인도를 청구하여 실질적으로 건물의 유치권 행사를 잠탈하는 것은 권리의 부담을 용인할 의무가 있는 자가 그 권리자를 상대로 한 청구라 할 것이어서 신의성실의 원칙상 허용될 수 없다고 할 것(대법원 1996. 3. 26. 선고 95다45545, 45552, 45569 판결)이고 반사적으로 건물유치권자는 건물의 유치권에 기하여 건물의 유지·사용에 필요한 범위 내에서 대지의 인도를 거절할 수 있는 권능이 부여되었다고 할 것이다. 같은 취지로 배용준(註13), 200-201면, 강태성, 건물수리비채권을 담보하는 건물유치권의 성립 여부 및 그 유치권의 효력은 그 건물의 대지에도 미치는가, Jusrit 제410호, 청림인터렉티브(2006), 450면. 따라서 판례의 입장은 타당하다.

위 대법원 판례가 나오기 전 대다수의 견해는 민사집행법이 제291조에서 가압류에 본압류에 관한 규정을 준용함으로써 본압류와 동일한 처분금지효를 규정하고 있으므로, 압류와 가압류의 처분금지효에 있어서 처분의 개념이 동일하다고 보았다[184]. 따라서 가압류와 유치권의 관계에 대해서도 압류 후 유치권이 성립된 경우 압류채권자와 유치권자 사이의 우열관계와 동일한 법리가 적용된다고 보았다.

2. 압류, 가압류의 효력을 다르게 보는 견해

위 대법원 판례가 나온 이후 ① 가압류와 압류의 목적의 차이를 고려할 필요가 있다는 점(압류 후에는 현실적인 매각절차가 진행되게 되어 매수인은 현황조사 보고서나 매각물건명세서에 드러나 있지 않은 예상치 못한 유치권의 부담을 안게 되는 불공정한 결과를 방지하고자 함에 반하여 가압류의 경우에는 가압류만으로 현실적인 매각절차가 이루어지지 않음), ② 가압류는 채권의 존부 범위를 판단하기 전 채권자의 소명만으로 결정하는 것으로써 법원의 판단에 따른 강제집행절차인 압류와 차이가 있다는 점, ③ 가압류 후의 비용지출로 인한 물건가치의 증가는 압류의 효력발생 후에 물건가치의 증가와 다르게 볼 수 있다는 점(가압류 후에 물건의 가치가 증가한 경우에는 압류 효력발생 후에 물건의 가치가 증가된 경우보다 추후에 본집행에 의해 매각절차가 진행될 때 매각물건명세서에 가치증가가 반영될 가능성이 더 높음), ④ 가압류 이후 성립한 유치권의 대항력을 부정한다면 경매절차 진행 중에 가압류의 본안소송이 진행되거나 가압류 이회 취소절차가 진행될 경우 그 결과에 따라 가압류 후에 성립한 유치권의 대항력 여부가 좌우되므로 가압류의 소송완료시까지 경매절차가 불안정한 상태에 놓일 수도 있다는 점을 근거로 하여, 압류 이후 점유이전은 처분행위에 해당하지만 가압류 이후 점유이전은 처분행위로 볼 수 없다는 견해[185][186]가 등장하고 있다.

---

184) 이우재, 민사집행법에 따른 배당의 제문제, 진원사(2008), 30면
185) 하상혁(註97), 999-1005면, 조효정(註123), 219-220면, 심판(註133), 153면, 서종희,

3. 인수주의의 제한적 해석을 주장하는 견해

이 견해는 민사집행법이 저당권의 경우 언제나 소멸하고 용익물권의 경우 압류, 가압류 또는 저당권과의 선후를 인수 또는 소멸 여부의 결정기준으로 규정하고 있는 것과는 달리, 유치권의 경우에는 명문의 규정이 없으므로 압류와의 선후만을 결정기준으로 파악하여야 한다는 견해[187]이다. 이 견해에 의하면 가압류 후 유치권이 성립하고 그 후 가압류채권자가 아닌 다른 채권자가 압류를 한 경우[188] 가압류 후 점유의 이전은 여

유치권자의 강제경매신청의 의미와 가압류등기경료 후 성립한 유치권의 대항력인정 여부, 외법논집 제36권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소(2012), 337-339면. 경매절차에 대한 신뢰나 집행절차의 법적 안정성에 따라 유치권의 인수여부를 정하는 경우에는 개별적인 사안마다 압류 이후 유치권이 성립한 경우와 비교하여 경매절차에 대한 신뢰와 집행절차의 법적 안정성이 침해되는지 여부를 구체적으로 검토하게 된다. 김재형, 2014년 민법 판례 동향, 민사실무연구회 발표문(2015. 1. 12.), 11면

186) 하상혁(註97), 1002-1003면은 이 견해가 압류의 처분금지효와 가압류의 처분금지효를 달리 보고 있는 것이 아니라면서 다음과 같은 예를 든다. 즉 갑이 부동산 가압류를 하고 을이 이에 대해 강제경매신청을 하여 압류가 이루어졌는데 병(가압류채무자 겸 압류채무자임)이 을의 압류 후에 정에게 점유를 이전하여 정이 유치권을 취득한 경우 병의 점유이전은 을이 한 압류의 처분금지효에 저촉될 뿐만 아니라 갑이 한 가압류의 처분금지효에도 저촉된다. 그러나 갑이 부동산 가압류를 하고 을이 이에 대해 강제경매신청을 하여 압류가 이루어졌는데 병이 을의 압류 전에 정에게 점유를 이전하여 정이 유치권을 취득한 경우, 가압류 후 압류 전에 이루어진 병의 점유이전은 처분행위에 해당하지 않으므로 갑이 한 가압류의 처분금지효에 저촉되지 않고, 병이 점유를 이전할 당시에는 을의 압류가 존재하지 않았으므로 을이 한 압류의 처분금지효에 저촉되는지는 애초에 문제되지 않는다는 것이다. 즉 압류나 가압류 모두 압류 시점 이후 성립한 유치권에 대해서는 처분금지효를 인정하기 때문에 그 내용이 동일하다는 것이다. 그러나 이 견해는 유치권에 대한 압류의 처분금지효의 경우 압류의 효력발생시점부터 즉시 처분금지효가 적용되는 것으로 보는 반면 가압류의 처분금지효는 가압류의 효력발생시점부터가 아니라 이후 압류의 효력이 발생한 이후 처분금지효가 적용되는 것으로 보는 견해로, 실질적으로 양자의 효력을 달리보고 있다고 하여야 한다.

187) 이재석(註125), 362-363면

188) 대법원 2002. 3. 15. 자 2001마 6620 결정이 “가압류집행이 있은 후 그 가압류가 강제경매개시결정으로 인하여 본압류로 이행된 경우에 가압류집행이 본집행에 포섭됨으로써 당초부터 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있고…”라고 판시하고 있는 점을 고려하면 가압류 → 유치권 성립 → 가압류채권자가 본압류를 한 경우에는 이 견해에 의하더라도 유치권자는 매수인에게 대항할 수 없다고 보아야 할 것이다. 다만 이승규(註97), 260면은 가압류에 기하여 경매개시결정이 이루어졌다고 하더라도 유치권자는 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있다고 한다.

전히 처분행위에 해당하여 그 유치권은 가압류채권자에게는 대항할 수 없으나 압류채권자에게는 대항할 수 있고, 유치권의 인수여부를 판단함에 있어서는 압류만을 결정기준으로 고려하기 때문에 압류채권자에게 대항할 수 있는 유치권은 매수인에게 인수되어야 한다고 본다. 그 이유에 대해서는 ① 가압류결정은 채권자의 일방적인 소명에 기초하여 이루어지는 점, ② 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결은 저당권설정 후에 유치권이 성립한 경우 유치권이 인수되는 것으로 보고 있는데 위 경우 유치권이 소멸되는 것으로 하면 가압류에 저당권보다 강력한 효과를 부여하는 결과가 되어 부당하다는 점을 들고 있다.

4. 처분금지효와 인수주의는 관계가 없다는 견해

처분금지효와는 관계없이 부동산 압류효력 발생 후 성립된 유치권은 그 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다는 법리가 인정된다는 견해는 가압류의 처분금지효가 그 잠정성을 제외하고는 압류의 처분금지효와 다를 바가 없어 양자를 구별하기 어렵지만, 가압류 이후 성립된 유치권은 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는 반면 압류 이후 성립된 유치권은 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 본다[189].

Ⅲ. 검토

1. 압류와 가압류의 효력 차이 인정 여부

민사집행법에서 가압류의 효력에 관한 조문을 살펴보면 제291조에서 “가압류의 집행에 대하여는 강제집행에 관한 규정을 준용한다. 다만 아래의 여러 조문과 같이 차이가 나는 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하면서 제293조 제1항에서 “부동산에 대한 가압류의 집행은 가압류재판에 관한 사항을 등기부에 기입하여야 한다.”라고 규정할 뿐, 가압류

189) 이승규(註97), 260면

의 효력에 관하여 직접적으로 규정하지 않고 있다. 이러한 이유로 압류와 가압류의 집행절차상의 차이에 주목하여 가압류의 효력을 압류의 효력과 다르게 파악하려는 견해가 있다.

우선 가압류된 부동산의 소유권 이전 후 경매절차에서 가압류채권자와 신소유자의 채권자간의 관계를 어떻게 정립할 것인가에 대해 대법원은 1998. 11. 10. 선고 98다43441 판결에서 "가압류의 처분금지적 효력에 따라 가압류집행 후 가압류채무자의 가압류목적물에 대한 처분행위는 가압류채권자와의 관계에서는 그 효력이 없으므로 가압류집행 후 가압류목적물의 소유권이 제3자에게 이전된 경우 … 그 강제집행은 가압류의 처분금지적 효력이 미치는 객관적 범위인 가압류결정 당시의 청구금액의 한도 안에서는 집행채무자인 가압류채무자의 책임재산에 대한 강제집행절차이므로 제3취득자에 대한 채권자는 당해 가압류목적물의 매각대금 중 가압류의 처분금지적 효력이 미치는 범위의 금액에 대하여는 배당에 참가할 수 없다."고 판시하고, 1998. 11. 13. 선고 97다57337 판결에서는 "중기관리법에 의하여 등록된 중기에 대하여 가압류등록이 먼저 되고나서 제3자 앞으로 소유권이전등록이 된 경우에 그 제3자의 소유권 취득은 가압류의 처분금지의 효력 때문에 그 집행보전의 목적을 달성하는데 필요한 범위 안에서 가압류채권자에 대한 관계에서만 상대적으로 무효일 뿐이고 가압류채무자의 다른 채권자 등에 대한 관계에서는 유효하다 할 것이므로 위와 같은 경우 채무명의를 얻은 가압류채권자의 신청에 의하여 제3자의 소유권 취득 후 당해 중기에 대하여 개시된 강제경매절차에서 가압류채무자에 대한 다른 채권자는 당해 중기의 경락대금의 배당에 참가할 수 없다."고 판시하였는데, 이는 압류의 처분금지효에 대한 개별상대효설을 가압류에 그대로 적용하여 결과적으로 가압류채권자에게 우선변제적 효력을 인정한 취지이다. 그러나 과연 보전처분인 가압류에 처분금지효를 부여하여 우선변제적 효력까지 인정하는 것이 타당한 것인가에 대해 의문을 품으면서, 가압류의 효력은 가압류채권자가 일반채권자의 지위에서 가압류목적물에 대하여 피보전채권액의 한도에서 강제집행을 할 잠정적인 권한을 확보하는 것이고 현 소유자는 이를 수인할 물적

부담을 가지게 되는 것에 불과하며, 가압류채권자에 의하여 강제경매절차가 개시되었을 경우 강제경매는 가압류채무자에 대한 것이 아니라 현 소유자에 대한 것으로 보아야 한다는 견해[190]가 있다. 두 번째로는 압류에 대해 절차상대효설을 취하면서 가압류에 대해서는 개별상대효설을 취하는 견해[191]가 있다. 개별상대효설에 의하면 ① 절차지연의 우려 ② 채무자가 후순위의 저당권설정 등 남용할 소지 ③ 압류의 효력 약화는 공권력의 권위실추로 연결되어 집행절차의 안정에 마이너스 요인이 있다는 점을 이유로, 매각절차가 실질적으로 개시되어 이해관계자들이 등장하는 본압류의 경우에는 절차상대효설에 의하되, 보전처분에 불과한 가압류의 경우에는 개별상대효설에 의하여야 한다는 것이다. 세 번째로 가압류의 소멸시효 중단효에 있어 대법원은 2000. 4. 25. 선고 2000다11102 판결에서 "민법 제168조에서 가압류를 시효중단사유로 정하고 있는 것은 가압류에 의하여 채권자가 권리를 행사하였다고 할 수 있기 때문인데 가압류에 의한 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 가압류채권자에 의한 권리행사가 계속되고 있다고 보아야 할 것이므로 가압류에 의한 시효중단의 효력은 가압류의 집행보전의 효력이 존속하는 동안은 계속된다고 하여야 할 것이다."라고 판시하였는데, 이러한 판례의 태도를 비판하면서 장래의 집행보전을 목적으로 단순한 소명만으로 인용되는 가압류에 대해 가압류 등기가 남아 있는 한 시효중단효가 지속됨으로써 강력한 시효중단효를 주는 것은 불합리하다는 견해[192]가 있다. 결국 압류, 가압류를 구별하는

190) 송인권, 가압류의 처분금지 효력에 관한 몇 가지 문제, 법조 55권 12호, 법조협회(2006), 91-93면

191) 이시윤(註80), 261면, 이무상(註80), 213면, 中野貞一郎(註83), 402-407면

192) 양창수, 부동산가압류의 시효중단효의 종료시기, 민법연구 제6권, 박영사(2003), 521-527면. 이 견해는 계속설이 가압류의 계속적 중단효를 인정하는 것은 압류와 같은 취급을 하는 것이라고 하여 이를 정당화하려 하나, 압류에 있어서는 이미 채권의 존재를 공적으로 확정하는 채무명의를 전제로 하여 채권의 강제적 실현 자체를 추구하는 것이고 또 절차상으로도 채권자가 일단 집행개시를 신청함으로써 집행기관이 그 절차를 직권으로 진행하므로 집행의 개시부터 종료까지 중단효가 계속된다고 할 수 있으나, 가압류에서는 피보전권리 그 자체를 행사하는 것이 아니라 보전청구권을 행사하는 데 불과하며, 채무명의를 전제로 하는 것도 아니고 집행보전의 효력은 종국적으로 채권자가 별도로 신청하여야 할 뿐만 아니라 본집행과 연결되어야만 실제적인 의미를 가지는 점에 비추어, 양자를 동일하게 볼 수 없다는 점을 강조한다. 같은 취지로 제주지방법원 1995. 11. 15. 선고 95카합1159 판결 참조

유치권의 인수여부에 대한 대법원의 태도 및 위 견해들은 모두 가압류와 압류의 집행절차상의 차이점이 가압류의 효력에 반영되어야 한다는 점을 중시하는 입장이라 할 수 있다.

이와 같이 압류는 가압류에 비해 ① 매각절차가 임박하여 다수의 이해관계자가 발생해 있는 점, ② 압류는 확정판결 등 강제집행권원이 필요한 반면 가압류는 채권의 간단한 소명만으로 가능하여 권리행사의 정도가 더 강하다는 점에서 차이가 있는 것은 사실이다. 그러나 지금까지 대법원은 앞에서 본 바와 같이 가압류 후 목적물이 양도된 경우 실질적으로 가압류의 우선변제적 효력을 인정하고, 가압류등기가 남아 있는 한 시효중단효가 계속 된다고 판시하여, 압류의 가압류의 효력 차이를 인정하지 않았다. 뿐만 아니라 앞에서 살펴본 대법원 1992. 10. 13. 선고 92다30597 판결은 가압류 이후 확정일자를 부여받아 주택임대차보호법에 의해 인정되는 우선변제권 있는 임차권이 성립된 경우 가압류의 처분금지효에 의해 가압류가 선순위라고 볼 수밖에 없다고 판시하였는데, 우선변제권이 있는 임차권은 확정일자 부여라는 절차에 의해 저당권과 같은 권리가 부여되는바 이는 주택임대차보호법에 의해 인정된 담보물권으로 법정물권이라고 볼 수 있다[193]. 그런데 위 판례는 전형적인 처분행위가 아닌 확정일자 부여에 의한 우선변제권 있는 임차권의 성립이 가압류의 처분금지효에 반한다고 판시하여 가압류의 처분금지효도 사실행위에 의한 법정물권의 성립에 영향을 미친다고 보았다. 결국 지금까지 판례의 흐름대로라면 가압류 이후 성립한 유치권에 대해서도 처분금지효가 미친다고 보는 것이 일관성 있는 결론이라고 할 것이다.

뿐만 아니라 압류와 가압류의 집행절차상 차이점이 유치권의 인수여부에 대해 압류와 가압류를 달리 볼 근거가 될 수 있는지도 의문이다. 압류의 경우 매각절차가 임박하여 다수의 이해관계자가 발생하였으나 가압류의 경우 가압류채권자 외 이해관계자가 존재하지 않는다는 사정은 처분금지효의 주관적 범위와 관련하여 절차적 상대효를 주장할 근거는 될 수 있을지언정 가압류 이후 유치권 설정행위를 처분금지효 차원에서 달

193) 대법원 2007. 6. 21. 선고 2004다26133 판결, 대법원 2012. 7. 26. 선고 2012다45689 판결

리 볼 근거가 된다고는 보기 어렵다. 앞에서 본 바와 같이 유치권의 성립이 압류의 처분금지효에 반하는 것은 압류의 취지상 당연한 것이지 정책적 고려에 의해 예외적으로 인정되는 것이 아니기 때문이다.

또한 권리행사의 정도가 압류에 비해 약하다고 하더라도 가압류채권자가 먼저 적극적으로 권리를 행사하여 가압류기입등기를 하고 제3자에 대한 공시도 마친 이상 가압류 이후 가압류가 설정된 사실을 알면서 채권을 발생시킨 유치권자보다 보호하여야 할 필요성도 있다고 할 것이다. 더구나 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결의 사실관계의 경우 피고는 유씨이로부터 공사대금을 기성률에 따라 6차례에 걸쳐 나누어 지급받기로 약정하였고 2005. 2.경 공정률 90% 이상의 상태에서 신축공사가 중단되었으므로 공사대금의 상당부분이 이행기에 도래하였을 것으로 추측된다. 뿐만 아니라 공사를 중단하게 된 이유가 유씨이의 자금난때문이었으므로 유치권자인 피고는 목적 부동산에 조만간 가압류 등 보전절차가 행하여 질 것이란 사실을 예상하기 충분하였다고 할 것이다. 그럼에도 불구하고 공사를 위해 점유하고 있던 목적 부동산의 점유를 이전하였다가 가압류가 경료된 이후 점유를 다시 취득한 유치권자가 점유를 취득하기 전 가압류를 경료한 가압류채권자에 비해 보호받아야 할 필요가 있는 것으로는 보기 힘들다.

대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결에서 다수의견의 보충의견은 “반대의견이 체납처분압류 뒤에 취득한 유치권과 마찬가지로 가압류 뒤에 취득한 유치권의 효력도 부정되어야 한다는 해석을 하는 것이라면 논리적 일관성은 유지할 수 있을 것이나, 이 같은 해석은 유치권제도가 집행절차에서 발생시키는 폐해를 제거한다는 합목적적 해석의 한계를 명백하게 벗어나 유치권제도를 형해화함으로써 도저히 그 해석의 정당성을 주장할 수 없을 것이다.”라고 판시하였다. 그러나 가압류의 처분금지효는 상대효를 가지는 것에 불과하여 실제로 매각이 될 때까지 유치권자는 소유자에 대해 유치권을 행사하여 목적물을 점유할 수 있고 더 나아가 목적물을 사용할 수도 있다[194]. 민법 제323조는 “유치권자는 유

194) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다40684 판결은 “공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 자가 스스로 유치물인 주택에 거주하여 사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한

치물의 과실을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다."고 규정하고 있는바 과실에는 법정과실이 포함되므로, 차임 상당 이득액을 자신의 피담보채권에 우선충당할 수 있다. 뿐만 아니라 대부분의 대규모 공사의 경우 위 대법원 사안과 같이 기성률에 따라 공사대금을 나누어 지급하거나 미리 선급금을 지급하는 것이 일반적이어서 공사완공 전에도 유치권이 성립할 수 있다는 점까지 감안하면 가압류 이후 유치권의 성립이 처분금지효에 반한다고 하여 유치권제도가 형해화된다고 볼 수 있을지 의문이다. 특히 앞에서 언급한 바와 같이 (가)압류 이후 목적물의 가치증가분에 대해서는 압류의 처분금지효를 주장할 수 없어서 가치증가분을 피담보채권으로 하는 유치권의 성립을 인정하는 입장에서는 더욱 그러하다.

2. 인수주의와 처분금지효와의 관계

인수주의 제한론은 압류와 가압류의 처분금지효를 동일하게 해석함에도 불구하고 압류 이후 유치권은 인수되지 않으나 가압류 이후 유치권은 인수된다고 해석하여 처분금지효와 법정매각조건으로서의 인수주의를 별개의 개념으로 보고 있다. 그러나 압류·가압류채권의 처분금지효에 대항할 수 없는 용익물권이 매수인에게 인수되면 매각대금이 낮아져 압류·가압류채권자를 해하게 되는바 그러한 결과가 압류·가압류의 처분금지효를 인정하는 실익이 반감시킨다는 점을 고려하면 인수주의와 처분금지효는 밀접한 연관이 있다고 보아야 하고, 민사집행법 제91조 제3항은 이러한 점을 명시적으로 나타내는 조항이라 할 것이다. 가압류의 처분금지효를 인정함에도 불구하고 가압류에 대항할 수 없는 권리에 대한 매수인의 인수를 인정하면 이는 결국 가압류의 처분금지효를 인정하지 않는 것과 실질적으로 차이가 없는 것으로 보인다.

유치물인 주택의 보존에 도움이 되는 행위로서 유치물의 보존에 필요한 사용에 대항한다고 할 것이다. 그리고 유치권자가 유치물의 보존에 필요한 사용을 한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 차임에 상당한 이득을 소유자에게 반환할 의무가 있다."라고 판시하였다.

3. 결론

따라서 가압류의 처분금지효와 압류의 처분금지효는 적어도 금지되는 처분의 범위에 관해서는 차이가 없다고 보아야 한다. 그렇다면 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결의 사실관계의 경우 가압류 이후 가치의 증가 없이 점유를 이전받아 유치권이 성립하였으니, 유치권은 가압류의 처분금지효에 반하여 대항할 수 없고 매수인은 유치권을 인수하지 않아도 될 것이다.

제3절 체납처분에 의한 압류 후 성립한 유치권의 인수 여부

Ⅰ. 서설

국세징수법은 제24조 제1항에서 "세무서장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 납세자의 재산을 압류한다."고 규정하여 납세자가 조세채무를 임의로 이행하지 않는 경우 조세채권의 실현을 위한 자력집행으로 체납처분에 의한 압류제도를 인정하고 있다. 조세채권은 재정의 기초가 되는 것으로 공적 성격이 있음을 감안하여 민사집행법에 의한 강제집행과는 다르게 집행권원이 불필요하고 국세징수법상 절차에 따른 강제집행[195]에 나아갈 수 있다. 국세징수법 제35조에서 "재판상의 가압류 또는 가처분 재산이 체납처분 대상인 경우에도 이 법에 따른 체납처분을 한다."라고 규정한 외 민사집행법과 국세징수법의 조정에 관하여는 규정이 없으며, 대법원은 1989. 1. 31. 선고 88다카42 판결 이후 "현행법상 국

195) 국세징수법상의 강제집행은 압류 → 압류관서의 공매대행의뢰 및 통지 → 매각예정가격의 결정 → 공매공고 및 공매통지 → 입찰 → 공매보증금의 납부 → 매각결정 → 매각결정통지서 교부 → 대금납부기한의 지정 → 매수대금의 납부 → 권리이전절차 → 배분절차와 같은 일련의 절차로 이루어져 있다. 임승순, 조세법, 박영사(2013), 245-246면

세체납절차와 민사집행절차는 별개의 절차로서 그 절차 상호간의 관계를 조정하는 법률의 규정이 없으므로 한 쪽의 절차가 다른 쪽의 절차에 간섭을 할 수 없는 반면 쌍방절차에서의 각 채권자는 서로 다른 절차에서 정한 방법으로 그 다른 절차에 참여할 수밖에 없는 것이어서"라고 판시하면서 양 절차의 경합을 인정하고 있다.

그러나 체납처분과 강제집행 모두 "목적물의 환가절차"라는 본질은 공통되므로, 체납처분에 관하여 국세징수법에서 특별히 달리 정한 내용 이외에는 민사집행법상 압류절차에 적용되는 법리는 체납처분에 의한 압류에도 공통적으로 적용될 수 있을 것이다. 따라서 체납처분의 압류에도 민사집행법상 압류에 인정되는 처분금지효가 인정된다고 할 수 있다[196].

Ⅱ. 판례의 태도

대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결의 사실관계[197]는 다음과 같다.

① 소외 1은 2003. 11. 3. 처인 소외 2 명의로 별지 제1목록 순번 1, 3 기재 각 토지를 매수한 다음 순번 1 기재 토지 지상 호텔을 신축하기로 하고, 피고 10을 제외한 나머지 피고들과 사이에 공사계약을 체결하고, 피고 10과의 사이에는 커튼, 이불, 베개, 침대커버 등 물품을 공급받기로 하는 계약을 체결하였다.

② 피고 10을 제외한 나머지 피고들은 위 각 공사계약에 따라 2004. 4. 경부터 **2005. 2.경까지 공사를 진행하여 호텔을 완공**하였고 피고 10은 위 **물품 52,244,000원 상당을 공급**하였다.

③ 피고 10을 제외한 나머지 피고들은 소외 1로부터 1,129,500,000원을 지급받지 못하였고, 피고 10은 위 물품대금 52,244,000원을 지급받지 못하였다.

④ 피고들의 위임을 받은 소외 3은 **2006. 11. 18. 무렵부터 호텔을 인**

196) 임승순(註195), 234면

197) 청주지방법원 충주지원 2008. 10. 31. 선고 2008가합238 판결 및 대전고등법원 2009. 7. 14. 선고 2008나642 판결 참조. 1, 2심 판결 모두 체납처분에 의한 압류의 처분금지효를 민사집행법상의 압류와 동일하게 보고 호텔 및 순번 1, 3 기재 토지의 인도청구에 대한 유치권의 항변을 인정하지 않았다.

도받아 점유를 개시하였다.

⑤ **원고는 2005. 9. 22. 위 호텔 및 토지에 관하여 근저당권설정등기를 경료**하였고, **충주시는 2005. 9. 23. 위 호텔에 관하여**, 2005. 12. 29. 순번 1 기재 토지에 관하여, 2006. 10. 20. 순번 3 기재 토지에 관하여 각 **압류등기를 경료**하였다.

⑥ **위 호텔에 관하여는 2005. 10. 20. 청구금액 2500만원, 채권자 소외 5로 하는. 2005. 12. 9. 청구금액 19,424,500원, 채권자 계룡호테리아주식회사로 하는, 2006. 6. 9. 청구금액 2850원, 채권자 소외 6으로 하는, 2006. 6. 27. 청구금액 197,174,383원, 채권자 소외 7로 하는 각 가압류기입등기가 경료**되었고, 순번 3 기재 토지에 관하여는 2006. 6. 2. 채권자 국민건강보험공단으로 하는 압류등기가 경료되었다.

⑦ 원고는 소외 1이 대여금채무를 변제하지 아니하자 담보권 실행을 위한 경매를 신청하여 2006. 12. 22. 경매개시 결정이 내려졌으며 그 기입등기가 12. 26. 경료되었다.

1유형(피담보채권의 변제기 도래 → 압류등기 → 점유이전)의 사안에서 이 판결의 다수의견은 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결에서 설시한 바와 같이 "부동산에 관하여 이미 경매절차가 개시되어 진행되고 있는 상태에서 비로소 그 부동산에 유치권을 취득한 경우에도 아무런 제한 없이 유치권자에게 경매절차의 매수인에 대한 유치권의 행사를 허용하면 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받게 됨으로써 경매 목적 부동산을 신속하고 적정하게 환가하기가 매우 어렵게 되고 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 줄 수도 있으므로 그러한 경우에까지 압류채권자를 비롯한 다른 이해관계인들의 희생 하에 유치권자만을 우선 보호하는 것은 집행절차의 법적 안정성이라는 측면에서 받아들일 수 없다."라고 판시하면서 "부동산에 관한 민사집행절차에서는 경매개시결정과 함께 압류를 명하므로 압류가 행하여짐과 동시에 매각절차인 경매절차가 개시되는 반면, **국세징수법에 의한 체납처분절차에서는 그와 달리 체납처분에 의한 압류**(이하 '체납처분압류'라고 한다.)**와 동시에 매각절차인 공매절차가 개시되는 것이 아닐 뿐만 아니라, 체**

납처분압류가 반드시 공매절차로 이어지는 것도 아니다. 또한 **체납처분절차와 민사집행절차는 서로 별개의 절차로서 공매절차와 경매절차가 별도로 진행되는 것**이므로, **부동산에 관하여 체납처분압류가 되어 있다고 하여 경매절차에서 이를 그 부동산에 관하여 경매개시결정에 따른 압류가 행하여진 경우와 마찬가지로 볼 수는 없다**. 따라서 체납처분압류가 되어 있는 부동산이라고 하더라도 그러한 사정만으로 경매절차가 개시되어 경매개시결정등기가 되기 전에 그 부동산에 관하여 민사유치권을 취득한 유치권자가 경매절차의 매수인에게 그 유치권을 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다."라고 판시하였다.

반대의견은 ① "대법원 판례가 명시적으로 반복하여 선언하고 있는 바와 같이 민사집행절차인 경매절차에서 압류의 효력이 발생한 후에 점유를 이전받는 등으로 유치권을 취득한 경우 그 유치권의 취득은 압류의 처분금지효에 저촉되는 것이고, 그렇기 때문에 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없는 것이다. **체납처분압류의 법적 효력인 처분금지효가 경매절차에서의 압류의 처분금지효와 동일**한 이상 체납처분압류 후에 점유를 이전받는 등으로 유치권을 취득한 경우 그 유치권의 취득이 체납처분압류의 처분금지효에 저촉되는 것은 당연한 이치이다. … 그렇지 않고 다수의견이 위에서 본 것처럼 체납처분압류를 마치 가압류에 유사한 것으로 이해하고 매각절차인 공매절차는 공매공고로 개시되는 것으로 보아 공매공고시점이나 … 공매공고등기 후에 취득한 유치권은 공매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 보는 취지라면, 이 또한 합리적인 근거를 찾기 어렵다. 공매공고는 부동산경매절차에서 경매개시결정등기로 인한 압류의 효력 발생 후에 행하여지는 경매공고와 하등 다를 게 없어 제3자에 대한 처분금지적 효력과는 아무런 관계가 없고, 공매공고등기 역시 제3자에 대하여 공매절차가 개시되어 진행되는 사실 자체를 공시하는 기능을 할 뿐이다.", ② "다수의견이 주장하는 것처럼 현행법상 국세징수법에 의한 체납처분절차와 민사집행절차가 별개의 절차인 것은 맞다. … 그러나 이처럼 두 절차가 별개로 진행될 수 있다고 해서 **두 절차가 서로 아무런 영향을 끼치지도 받지도 않는 것은 아니다**. 경매절차에서 부동산

이 매각된 경우 그 배당절차에서 조세채권의 우선권이 인정되고 있고, 경매 목적 부동산에 관하여 첫 경매개시결정등기 전에 이미 체납처분압류등기가 되어 있는 경우에는 별도로 교부청구를 하지 아니하였더라도 그 등기에 배당요구의 성질을 가지는 교부청구의 효력이 인정되어 그 우선순위에 따라 배당을 받게 되며, 경매절차에서 부동산이 매각되면 체납처분압류등기는 민사집행법 제144조 제1항 제2호의 매수인이 인수하지 아니한 부동산의 부담에 해당하는 것으로 보아 말소촉탁한다. **이와 같이 두 절차가 별개의 것임에도 불구하고 경매절차의 압류에 선행하는 체납처분압류가 있는데도 경매절차에서 부동산이 매각되었을 때 체납처분압류등기를 말소하는 것의 정당성은, 선행하는 체납처분압류에 의해 파악된 그 부동산의 교환가치가 경매절차에서도 그대로 실현될 때, 즉 그 부동산이 체납처분에 따른 공매절차에서 매각된 경우와 동일한 결과에 이르는 경우에만 비로소 확보될 수 있다**. 그런데 체납처분 후 경매절차가 개시되기 전에 유치권을 취득한 사람이 있는 경우 다수의견과 같이 경매절차가 개시되기 전에 그 유치권을 취득한 이상 경매절차의 매수인에게 유치권을 주장할 수 있다고 한다면 … 체납처분압류를 한 조세채권자가 체납처분압류에 의하여 파악한 교환가치가 경매절차에서는 그대로 실현되지 않게 된다. … 다수의견과 같이 경매절차에서 체납처분압류의 처분금지효를 부정한다면 체납처분압류를 한 조세채권자로서는 경매절차의 진행을 지켜보며 기다리지 않고 유치권의 부정을 위하여 공매절차를 진행하려 할 것이므로 이는 결국 **경매절차와 체납처분절차가 중복 진행되는 현상을 조장하는 결과**가 된다. 이는 시간과 비용의 불필요한 낭비를 초래하고, 다수의견이 강조하는 집행절차의 안정성을 오히려 심각하게 저해할 뿐이다.”, ③ “다수의견은, 부동산에 관한 경매절차가 개시되기 전에 체납처분압류가 되어 있는 경우에 부동산의 가액에 비하여 체납액이 소액인 경우가 많고 체납처분압류 후 공매절차로 바로 이어지지 않고 장기간 체납처분압류등기만 되어 있는 경우도 적지 않은데, 체납처분압류에 경매절차에서의 압류와 같은 처분금지효가 있다고 하여 일률적으로 체납처분압류 후에 취득한 유치권으로써 경매절

차의 매수인에게 대항할 수 없다고 하는 것은 유치권자에게 지나치게 가혹한 조치라고 보는 듯하다. 그러나 … 이는 경매개시결정으로 인한 압류의 효력 발생 후에 소액의 집행채권을 변제하지 못하여 경매절차에서 부동산이 매각된 경우와 다를 바 없으므로, … 경매절차에서도 경매개시결정의 기입등기로 압류의 효력이 발생하였다 하여 반드시 매각절차로 이어지는 것이 아님은 더 말할 나위도 없다. … 경매절차에서는 압류와 매각이 일관된 하나의 절차인 데 비하여 체납처분절차에서는 압류와 매각이 경매절차와 달리 마치 별개의 따로 떨어진 절차인 것처럼 파악한다면 이는 오해일 따름이다.”라고 판시하면서 체납처분에 의한 압류의 효력이 발생한 후에 채무자로부터 점유를 이전받아 유치권을 취득한 사람은 매수인에게 유치권으로 대항할 수 없다고 판시하였다.

다수의견에 대한 제1보충의견은 ① “부동산의 점유를 이전받아 유치권을 취득하는 동일한 행위가 가압류의 처분금지효에는 저촉되지 않고 압류의 처분금지효에는 저촉된다고 보는 이유는 … 이는 반대의견이 주장하는 것처럼 실정법상 근거가 없는 판단이라고 볼 것은 아니며, 법원에게 부여된 합목적적 해석의 권한을 적절하게 행사한 것이라고 볼 수 있을 뿐이다.”, ② “반대의견은 … 가압류 뒤에 취득한 유치권의 효력도 부정되어야 한다는 해석을 하는 것이라면 논리적 일관성을 유지할 수 있을 것이나, 이 같은 해석은 유치권제도가 집행절차에서 발생시키는 폐해를 제거한다는 합목적적 해석의 한계를 명백하게 벗어나 유치권제도를 형해화함으로써 도저히 그 해석의 정당성을 주장할 수 없을 것이다. … 체납처분절차에서는 체납처분압류가 매각절차인 공매절차의 개시를 의미하는 것이 아니라 체납처분절차의 제1단계로서 조세채권의 만족을 위한 재산을 확보하는 수단일 뿐이다.”라고 판시하였다.

다수의견에 대한 제2보충의견은 ① “압류에 처분금지의 효력이 있다고 하여 반드시 그 이후에 취득한 유치권의 대항력까지 부인하여야만 하는 논리적 필연성이 있는 것은 아니다. … 유치권은 물권이기는 하지만 점유에 의하여 권리를 취득하고 등기의 선후에 의하여 권리의 우열이 결정되는 것이 아니어서 유치권자가 그 권리 취득시에 등기부를 조사·확인하

는 것이 예정되어 있다고 할 수는 없다. 또한 압류는 부동산에 대한 채무자의 관리·이용에 영향을 미치지 않아(민사집행법 제83조 제2항) 채무자의 점유이전행위가 제한되지 아니하므로 유치권자의 부동산 점유 취득행위가 압류의 효력에 반드시 저촉되는 것도 아니다. … 대법원이 … 입장을 취하고 있는 것 … 은 민사집행법 제83조 제4항에 의하여 제3자인 유치권자에게도 압류의 처분금지효가 미치기 때문에 당연히 인정되는 논리적 귀결이라기보다는 민사집행절차에서는 압류가 부동산 경매개시결정과 함께 이루어져 현실적인 매각절차가 진행되기 때문에 유치권자가 당해 부동산이 경매물건인 것을 알았을 개연성이 높아 압류의 효력을 유치권자에게 대항할 수 있게 하여도 피해를 볼 선의의 유치권자가 많지 않은 반면, 책임재산을 신속하고 적정하게 환가하여 채권자의 만족을 얻게 하려는 경매절차의 운영을 위해서는 유치권자의 주관적 사정에 따라 개별적으로 유치권의 효력을 판단하기보다는 일률적으로 유치권의 효력을 정할 필요성이 더 크기 때문이고…", ② "민사집행절차와 체납처분절차는 별개의 절차로서 구체적 절차진행에 있어 여러 가지 차이가 있고, 그로 인하여 경매개시결정등기와 체납처분압류등기에 대한 일반의 현실인식에도 많은 차이가 있다. … 체납처분압류가 비록 본집행을 목적으로 하는 압류이기는 하지만 등기만 경료되어 있을 뿐 현실적인 매각절차가 이루어지지 않고 있다는 면에서 이해관계인들의 현실인식과 유치권 남용 가능성은 민사집행법상의 압류와는 상당히 다르고, 오히려 가압류에 가깝다고 할 수 있다."라고 판시하였다.

Ⅲ. 검토

위 판례의 다수의견은 압류 후 성립한 유치권이 매수인에게 대항할 수 없는 것은 압류의 처분금지효때문이 아니라 경매절차의 신뢰와 절차적 안정성 때문인데, 체납처분에 의한 압류는 그것만으로 공매절차가 진행된다고 할 수 없어 압류의 경우와 같이 절차의 신뢰와 절차적 안정성이 문제가 되지 않아 유치권으로 매수인에게 대항할 수 있다는 입장이다.

그에 반해 반대의견은 압류 후 성립한 유치권이 매수인에게 대항할 수 없는 것은 압류의 처분금지효 때문이며 체납처분 역시 민사집행법상 압류와 동일한 처분금지효가 인정되기 때문에 유치권으로 매수인에게 대항할 수 없다는 입장이다. 이와 같이 다수의견과 반대의견은 "유치권의 성립이 압류의 처분금지효에 원칙적으로 반하는가?"라는 질문에 대해 서로 다른 입장에 서 있기 때문에 다른 결론에 도달한 것으로 보인다. 그런데 압류와 유치권의 관계에서 살펴본 바와 같이 법정물권인 유치권의 성립도 처분금지효에 반한다고 보는 것이 타당하다.

체납처분과 민사집행절차가 서로 별개의 절차로 병존하는 것은 사실이나 양자의 매각조건이 동일하게 해석하지 않으면 조세채권자는 불이익을 방지하기 위해 민사집행법상의 압류를 기다리지 않고 바로 공매절차로 나아갈 것이고 사(私.)채권자들도 체납처분에 의한 압류만으로는 안심하지 못하여 민사집행절차를 진행시키게 될 것이다. 그런데 구 국세징수법(2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정되기 전의 것) 제81조 제1항은 ① 압류에 관계되는 국세·가산금과 체납처분비, ② 교부청구를 받은 국세·가산금·체납처분비·지방세·공과금, ③ 압류재산과 관계되는 전세권·질권 또는 저당권에 의해 담보된 채권에 대해 배분대상금전을 배분하고, 구 국세징수법 제81조 제3항은 "배분한 금전에 잔액이 있는 때에는 이를 체납자에게 지급하여야 한다."고 규정하고 있었다. 따라서 구 국세징수법 하의 체납처분절차에서는 일반 채권자가 배당요구를 할 수 없고[198], 국세에 우선하는 채권자와 담보권자에 대해서만 배분을 한 후 남는 금액을 체납자에게 돌려주게 되었다[199]. 일반채권자가 체납자의 배분금 잔액교부청구권을 제때에 압

198) 김상수, 체납처분과 민사집행의 경합, 조세법연구 제7집, 한국세법학회(2001), 63면, 사법연수원, 조세법총론 I (2013), 253면, 손진홍, 체납처분에 의한 채권압류와 집행공탁, 21세기 민사집행의 현황과 과제, 민사집행법연구회(2011), 641면. 대법원 1999. 4. 27. 선고 97다43253 판결도 동일한 입장이었다. 이에 대한 평석으로 조현욱, 체납처분절차에서의 배당요구에 관한 민사소송법 준용여부 - 체납처분대상 부동산을 가압류한 임금채권자들의 지위와 관련하여 -, 판례연구 제13집, 서울지방변호사회(2000)

199) 대법원 1974. 2. 12. 선고 73다1905 판결. 다만 일본의 경우 체납처분과 강지집행 등과의 절차의 조정에 관한 법률(滯納處分と强制執行等との手續の調整に關する法律, 이하 '체조법'이라고 함)에 의해 일반채권자를 보호하고 있다. 즉 체조법 제17조는 동법 제6조 제1항을 준용하여, 부동산에 대한 체납처분 이후 압류가 행해진 경우 체납처분에 의한 환가에 따라 잉여금이 발생하면 국세징수 직원이 법원에 이를 교부하게 되어

류하기가 거의 불가능하기 때문에, 구 국세징수법 하에서 체납처분에 의한 공매의 활성화는 일반채권자의 권리보호에 반하는 결과를 초래한다는 점에서 큰 문제였다고 할 것이다. 그러나 2011. 4. 4. 개정된 국세징수법 제68조의2 제1항은 구 국세징수법상 배분이 인정되던 채권 외에도 미등기·미등록 채권자의 배분요구를 새롭게 규정하면서 주택임대차보호법 또는 상가건물 임대차보호법에 따라 우선변제권이 있는 임차보증금 반환채권, 근로기준법 또는 근로자퇴직급여 보장법에 따라 우선변제권이 있는 임금, 퇴직금, 재해보상금 및 그 밖에 근로관계로 인한 채권, 압류재산과 관계되는 가압류채권, 집행력 있는 정본에 의한 채권에 대해 배분요구의 종기까지 세무서장에게 배분을 요구하도록 하였고, 국세징수법 제81조는 위 채권들에 대해 배분대상금전의 배분을 인정하였다. 즉 체납절차에서 사(私) 채권자들의 배당요구를 인정하여, 공매절차가 가지는 문제점을 일정부분 해결한 것이다. 그러나 다수의견과 같은 해석은 여전히 시간과 비용의 불필요한 낭비를 초래하고 집행절차의 안정성을 해할 뿐만 아니라[200], 공매의 성질에 반하지 않는 범위 내에서 공매절차와 민사집행절차의 내용적 통일을 추구한 2011년 국세징수법 개정의 취지에도 반한다 할 것이다. 체

있고 이때 비로소 민사집행의 만족에 들어간다. 또한 부동산에 대한 압류 이후 체납처분이 행해진 경우 체조법 제30조는 강제경매의 절차를 취소하는 결정이 효력을 발생한 후가 아니면 공매 등 체납처분에 따른 매각절차를 진행할 수 없다고 규정하고 있다.

200) 대법원은 2014. 2. 13. 선고 2012다45207 판결에서 "국세체납절차와 민사집행절차는 별개의 절차로서 그 절차 상호 간의 관계를 조정하는 법률의 규정이 없으므로 한쪽의 절차가 다른 쪽의 절차에 간섭할 수 없는 반면 쌍방절차에서의 각 채권자는 서로 다른 절차에서 정한 방법으로 그 다른 절차에 참여할 수밖에 없으므로…"라는 전제에서 "공매절차의 매수인이 위와 같은 사유로 소유권을 취득하지 못하던 중 원소유자에 대한 가압류 채권에 근거한 민사집행절차에서 그 농지를 매수한 매수인이 농지취득자격증명을 발급받고 대금을 완납한 때에는 적법하게 그 농지의 소유권을 취득하고, 공매절차의 매수인은 소유권을 취득할 수 없게 된다. 그러나 이러한 결론은 공매절차의 매수인이 가압류의 처분금지적 효력에 의하여 민사집행절차의 매수인에게 대항할 수 없어 발생하는 것이 아니라, 국세체납절차와 민사집행절차가 별개의 절차로 진행된 결과일 뿐이므로, 공매절차의 매각결정 당시 이미 존재하였던 원인에 의하여 후발적으로 소유권을 취득할 수 없게 되는 경우에 해당하지 아니하고, 이러한 경우에까지 민법 제578조, 제576조가 준용된다고 볼 수는 없다."라고 판시하였다. 양 절차를 조정하는 규정이 없는 이상 먼저 낙찰 또는 공매를 받아 대금을 납부하는 사람이 소유권을 취득하게 되므로 종국적으로 매수인이 소유권을 취득할 수 있는지 여부가 불확실하다. 김경종, 강제집행 등과 체납처분의 절차조정법의 입법필요성에 관한 고찰 (1), 예산춘추 제8호, 국회사무처(2007), 103-107면도 참고

납처분압류를 한 조세채권자가 체납처분압류에 의하여 파악한 교환가치가 경매절차에서 제대로 실현되지 않는 문제점도 여전히 존재한다[201].

또한 다수의견에 의할 경우에도 체납처분에 의한 공매절차 진행에 있어 유치권의 성립이 금지되는 한계시점을 별도로 설정할 필요가 있으나 이를 어느 시점으로 정해야 할지 불분명하다. 뿐만 아니라 다수의견의 보충의견들은 체납처분에 의한 압류와 가압류의 유사성을 강조하면서 반대의견의 해석은 유치권제도를 형해화하게 된다고 주장하나, 가압류 이후 성립한 유치권이 처분금지효에 반한다고 해석하더라도 유치권이 나름 의의를 가지고 존속함은 앞에서 살펴본 바와 같다.

결국 반대의견과 같이 체납처분에 의한 압류 이후 성립한 유치권도 압류의 처분금지효에 반하기 때문에 매수인에게 인수되지 않는다고 해석함이 타당하다.

201) 이정민·이점인, 체납처분압류 이후 경매절차 개시 전에 취득한 유치권의 효력에 대한 검토, -대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결을 중심으로, 동아법학 제64호, 동아대학교 법학연구소(2014), 268면

제5장 담보권 실행을 위한 경매절차에서 유치권의 대항력에 관한 고찰

제1절 서설

종래 유치권은 우선변제권이 없고 유치적 효력만 가지는 반면 저당권은 우선변제권이 있고 저당부동산에 대한 압류가 있을 때까지는 목적물의 사용이익에 대한 이해관계가 없기 때문[202]에 양자가 충돌하지 않는다고 보는 것이 일반적인 견해였다. 그러나 경매절차의 실태를 살펴보면 저당권자가 예상하지 못한 유치권이 성립하고 매수인에게 그 유치권이 인수되는 경우, 저당권자 또는 매수인이 유치권의 피담보채무의 사실상 인수라는 위험을 부담하기 때문에 결과적으로 이해관계에 반하게 된다[203]. 유치권이 미리 신고되지 않더라도 실체법적으로 유치권이 소멸된다고 할 수 없으므로 매수인은 전혀 예상하지 않았던 유치권을 인수하게 되어 유치권의 피담보채무를 지불하거나 경매의 하자를 들어 매매를 해제하여야 한다. 또한 유치권이 미리 신고된 경우 매수인은 목적물의 시가에서 유치권의 피담보채권액을 차감한 액수로 매수신청을 하게 될 것인바 저당권자는 저당권 설정 당시 예상한 교환가치를 환가하지 못하는 불이익을 받게 된다.

이와 같이 저당권자와 유치권자 그리고 매수인 사이에 대립하는 이해관계가 존재하므로 유치권에 일정한 한계를 정하여 이해관계의 충돌을 합리적으로 조절할 필요가 있다. 최근 저당권과 민사유치권 및 상사유치권

---

202) 민법 제359조
저당권의 효력은 저당부동산에 대한 압류가 있은 후에 저당권설정자가 그 부동산으로부터 수취한 과실 또는 수취할 수 있는 과실에 미친다. 그러나 저당권자가 그 부동산에 대한 소유권, 지상권 또는 전세권을 취득한 제삼자에 대하여는 압류한 사실을 통지한 후가 아니면 이로써 대항하지 못한다.

203) 김영희, 유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력 -2013년 1월 16일에 입법예고된 유치권 관련 민사법 개정안에 관한 고찰을 덧붙여-(註79), 419-420면

과의 관계에 대해 새로운 논의가 전개되고 있으므로 이에 관해 살펴보기로 한다.

제2절 저당권 설정 후 성립한 민사유치권의 인수여부

Ⅰ. 판례의 태도

저당권과 유치권의 관계에 대해 처음으로 판시한 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결의 사실관계[204]는 다음과 같다.

① 소외 1 회사는 **2003. 9. 2.** 주상복합건물 중 구분건물 402호에 관하여 소유권이전등기를 마친 후 그 무렵부터 2004. 5.경까지 위 건물을 찜질목욕탕으로 개조하는 공사를 시행하였는데 **원고들이 소외 1 회사로부터 위 공사 중 일부를 도급받았다**.

② 그런데 위 건물에는 2001. 11. 22. 최선순위 근저당권설정등기가 이루어진 이래로 **원고들의 각 공사도급계약 체결 당시까지 이미 근저당권 3건, 가압류 3건, 조세체납압류등기 3건이 등기**되어 있었다.

③ 소외 1 회사는 **2004. 6. 9.경 부도가 났고 원고들은 그 무렵부터 위 건물 중 가운데 위치한 사무실 25.2㎡을 점유하면서 유치권을 주장**하였다.

④ 위 건물 전체에 대해 담보권 실행을 위한 경매개시결정의 기입등기(2004. 7. 19.) 및 강제경매개시결정의 기입등기(2005. 3. 25.)가 순차로 이루어졌고, 이 경매절차에서 피고가 2006. 1. 10. 위 건물을 경락받아 소유권을 취득하였다.

⑤ 피고가 위 사무실 부분을 제외한 나머지 구분건물에서 찜질방 영업을 시작하자 원고는 피고에 대해 402호 전체에 대한 유치권확인 및 점유방해의 금지를 구하는 소를 제기하였다.

이러한 사실관계 하에서 대법원은 "채무자 소유의 건물 등 부동산에 경

---

204) 부산고등법원 2008. 8. 21. 선고 2007나17697 판결 및 이재석(註125), 373-376면, 박상언(註39), 336-340면 참조

매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 그러나 **이러한 법리는 경매로 인한 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권을 취득한 경우에는 적용되지 아니하고, 유치권의 취득시기가 근저당권 설정 이후라거나 유치권 취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 하여 달리 볼 것은 아니다.**" 라고 판시하여 압류 후 성립한 유치권의 인수여부에 대한 법리가 저당권에 확대적용될 수 없고 따라서 유치권이 매수인에게 인수된다는 입장을 분명히 하였다. 이러한 대법원의 태도는 대법원 2011. 5. 13. 자 2010마1544 결정에서도 그대로 유지되었다.

Ⅱ. 학설의 태도

1. 대항력 긍정설

압류의 경우와 마찬가지로 저당권 설정 이후 성립된 유치권이 매수인에게 인수된다는 견해[205]이다. 민사집행법 제91조 제5항이 전면적 인수주의를 채택하고 있는 점, 저당권은 목적물의 교환가치를 지배하는 담보물권인 반면 유치권은 유치적 권능에 의해 목적물을 점유할 수 있을 뿐 우선변제권이 없어 이론상 경합의 문제가 생기지 않는 점, 유치권은 본질적으로 점유에 의해 공시되기 때문에 등기에 의해 공시되는 다른 담보물권과의 우선순위를 비교하기 어려운 점, 우선변제권이 없는 유치권이 매수인에게 대항할 수 없어 점유를 상실하게 되면 모든 권리를 상실하여

205) 박정기(註133), 29-33면, 심판(註133), 148-149면, 안창환, 저당권 설정 후의 유치권에 관하여 : 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결, 경남법조 제9권, 경남지방변호사회(2010), 69-70면

일반 채권자와 다를 바가 없게 되는 점, 저당권에는 처분금지효가 존재하지 않는 점, 유치권에 의한 가치 증가분은 선행 근저당권 설정 당시에는 파악되지 않았을 것이며 실제 공사에 의한 가치증가분이 경매절차에서의 감정평가액에 반영되는 이상 유치권의 대항력을 인정하더라도 스스로 증가시킨 가치증가분에 우선적 권리를 인정하는 결과에 불과하여 저당권자의 기대이익을 침해하였다고 보기 어려운 점, 경매절차에서의 매수인은 유치권신고로 인해 결과적으로 통상의 경매절차보다 더 저가로 매수하여 이익인 점, 수급인은 사실상 유치권 외에 투하자본을 회수할 방법이 없다는 점을 근거로 든다.

유치권이 성립하는 유형을 ① 부동산에 비용을 먼저 투입하고 저당권이 설정된 후 점유를 취득하여 유치권을 취득하는 경우, ② 점유를 먼저 취득한 후 저당권이 설정되고 그 부동산에 비용을 투입하여 유치권을 취득하는 경우, ③ 저당권설정 후에 점유를 취득하여 비용을 투입하여 유치권을 취득하는 경우로 나누고, 2, 3유형의 경우 저당권이 설정되고 난 후에 목적물의 가치를 상승시켜 그 가치가 목적물에 현존하고 있기 때문에 그 상승된 가치만큼을 유치권자에게 반환시키는 것이 공평의 원리에서도 타당하고 또 저당권자를 해하지도 않으므로 유치권의 대항을 인정하여야 하고, 1유형의 경우 저당권자가 전혀 예상하지 못한 불측의 손해를 가하고 채무자와 유치권자의 통모에 의한 담보질서 교란행위의 문제가 있으나 단순히 저당권설정 후에 한 점유라고 하여 그 점유를 불법이라고 볼 수 없는 이상 유치권의 성립을 부정하기는 곤란하고 하여 결론적으로 유치권의 대항을 인정하는 견해도 있다[206].

2. 대항력 부정설

저당권 설정 이후 성립한 유치권은 매수인에게 인수될 수 없다는 견해[207]이다. 유치권은 소극적인 유치적 권능에 의해 간접적으로 피담보채

206) 김원수(註112), 694-696면. 이상태(註133), 100면은 이 견해를 제한적 대항력 인정설로 구분하나 결과적으로 세가지 유형에 관하여 모두 유치권의 인수를 인정하므로 대항력 긍정설로 구분하는 것이 타당하다.

무의 변제를 받을 수 있는 가능성을 인정하는 권리에 불과한바 이러한 권리에 사실상 최우선변제권을 인정하는 것은 법의 취지에 반한다는 점, 저당권자는 저당권 설정당시 목적물의 가액에 기초하여 담보가치를 판단한 후 저당권을 설정하였는데 이후 성립된 유치권에 의해 이러한 기대가 박탈되는 것은 불합리하고 나아가 공시주의를 기초로 하는 담보법 질서를 동요시킬 염려가 있다는 점, 채무자와 채권자의 통모로 담보권 질서를 교란시킬 위험이 있다는 점, 유치권의 피담보채권이 모두 공익적 성격을 가지는 것은 아닌 점, 물권의 대항관계에 대한 일반원칙인 "시간이 빠르면 권리가 강하다(Prior tempore, potior iure)."는 유치권에도 적용되어야 한다는 점을 근거로 한다.

3. 제한적 대항력 긍정설 - 1

유치권으로 담보되는 피담보채권을 물건의 매매대금채권등 교환가치를 체현하는 채권과 물건의 가치증가로 인한 채권으로 구분하고, 물건의 가치증가로 인한 채권을 담보하기 위한 유치권의 경우에는 증가가치에 한하여 절대적 우선권을 주어도 선행 저당권의 이익을 침해하지 않으나 물건의 교환가치를 체현하는 채권은 선행 저당권자나 매수인에게 주장할 수 없도록 하는 것이 타당하다는 견해[208]가 있다.

이와 다르게 교환가치를 체현하는 채권의 경우 원칙적으로 선행 저당권에게 주장할 수 없으나 ① "매매계약 → 점유의 이전 → 저당권설정 → 매매계약의 해제"의 경우와 같이 점유의 이전이 저당권설정 이전에 이루어진 경우 유치권의 성립 자체는 저당권설정등기 이후에 이루어졌지만

207) 박상언(註39), 377-388면, 차문호(註52), 412-416면, 김영희, 유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력 -2013년 1월 16일에 입법예고된 유치권 관련 민사법 개정안에 관한 고찰을 덧붙여-(註79), 419-423면, 이상태(註133), 100-102면, 오시영, 부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별, 민사법학 제38호, 한국민사법학회(2007), 238-244면, 남준희, 저당권 설정 후 경매개시결정 기입등기 전에 취득한 유치권의 효력 -대상판결 : 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결-, 동북아법연구 제3권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소(2009), 561-562면, 畠山新, 抵当權と不動産の商事留置權, 金融法務事情 1945号(2012. 5. 10.), 51-52면

208) 이춘원, 부동산 경매에 있어서 유치권의 효력 범위에 관한 연구(註137), 36면

저당권 취득자는 저당목적물의 정확한 평가를 위해 해당부동산에 관한 실사를 하였어야 했고 실사를 하였다면 해당 부동산에 대한 점유의 사실과 원인을 알 수 있었을 것이어서 유치권은 선행 저당권에 대항할 수 있다고 보아야 하고, ② 물건의 가치증가로 인한 채권의 경우 저당권설정 이후 비용투입에 의해 유치권이 성립한 경우[209]에는 선순위 저당권자가 파악한 담보가치의 하락이 없으므로 유치권의 대항력을 인정하여야 한다는 견해[210]도 있다. 이 견해는 앞의 견해와 다르게 피담보채권액의 범위는 가치증가액에 한정할 필요가 없다고 본다[211].

4. 제한적 대항력 긍정설 - 2

저당권이 설정되어 있다는 사실을 알면서 유치권을 취득한 자는 선순위 저당권자나 매수인에게 유치권으로 대항할 수 없으나 저당권이 설정되기 전에 부동산에 관한 점유를 취득하고 저당권이 설정된 이후 그 사실을 과실 없이 모르는 상태에서 당해 부동산에 관한 채권을 취득한 경우에는 대항할 수 있다고 보는 견해[212]이다. 악의인 경우에까지 유치권에 의한 대항을 인정하면 유치권이 제도 외적으로 악용되는 것을 막기 어려우나 선의인 경우에는 점유상실이라는 결과를 회피하기 위해 유치권을 악용하는 경우로 볼 수 없다는 점을 근거로 든다.

5. 유치권 부정설

유치권의 담보물권으로서의 특성과 담보물의 교환가치에 대한 저당권자의 신뢰이익 존중이라는 두 가지 판단요소를 종합하여 ① 저당권이 설정된 부동산임을 알면서도 기존 공사대금채권을 회수할 목적으로 당해 부동산의 점유를 취득하거나, ② 저당권이 설정된 부동산의 점유를 취득한

209) 점유취득 → 저당권 설정 → 비용투입에 의한 유치권 성립 또는 저당권 설정 → 점유 취득 → 비용투입에 의한 유치권 성립의 경우
210) 김재국, 부동산유치권의 제한, 토지법학 제29-1호, 한국토지법학회(2013), 190-202면
211) 김재국(註210), 199면
212) 김기찬·이춘섭(註120), 98-99면, 김건호(註134), 404-406면

뒤 이미 목적물에 관하여 저당권이 설정되어 있는 사실을 알면서도 당해 부동산에 필요비나 유익비를 지출한 경우에는 유치권자의 점유를 불법점유에 해당한다고 보아 민법 제320조 제2항을 유추적용하여 유치권이 성립할 수 없다고 보는 견해[213]이다.

Ⅲ. 검토

1. 대항력 긍정설에 대한 검토

가. 판례는 압류 후 성립한 유치권의 인수여부에 대한 법리를 전제로 하여 저당권 설정 상태만으로는 압류의 효력이 있다고 할 수 없으므로 저당권 설정 후 성립한 유치권은 인수될 수밖에 없다는 논리구조를 따르고 있다. 이는 민사집행법 제91조 제5항에 의해 원칙적으로 유치권은 매수인에게 인수되며 압류 후 성립한 유치권의 인수여부에 대한 법리는 위 원칙에 대한 예외에 해당하기 때문에, 이러한 예외에 해당하지 않는 한 원칙으로 돌아가 유치권은 인수될 수밖에 없다는 것이다. 그러나 압류와 유치권의 관계에서 살펴본 바와 같이 민사집행법 제91조 제5항이 무제한적 인수주의로만 해석되는 것은 아니고 또 그렇게 해석하는 것이 타당하지도 않다. 따라서 판례와 같이 저당권 이후 설정된 유치권의 인수여부를 무제한적 인수주의 원칙에 대한 예외의 확대문제로 검토하는 것은 타당하다고 볼 수 없고, 오히려 유치권과 저당권 상호간의 실체법상 권리분석을 통해 먼저 설정된 저당권보다 유치권을 우선하여 보호하는 것이 바람직한지 실질적으로 논증하여야 하는 것[214]이다. 이러한 점에서 판례의 태도는 타당하다고 볼 수 없다.

나. 민사집행법 제91조 제5항이 무제한적 인수주의를 취한 것만으로 해석되지 않는 점, 유치권과 저당권의 선후관계 비교는 유치권의 성립요건

---

213) 서종희, 부동산 유치권의 대항력 제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립 제한으로의 재전환(註52), 175-176면, 강민성(註74), 91-92면,
214) 박상언(註39), 380면

이 충족된 때와 저당권설정등기가 경료된 때를 비교하면 충분한 점, 담보물권으로서의 유치권이 불완전한 권능만을 가진다면 이익형량의 관점에서 저당권자와 매수인을 더 보호해주어야 할 것인 점은 압류와 유치권의 관계에서 살펴본 바와 같다.

다. 대항력 긍정설은 저당권과 유치권 사이에 이론상 경합의 문제가 생기지 않는다고 한다. 그러나 유치권이 매수인에게 인수되는 경우 매각대금은 목적물의 가액에서 유치권의 피담보채무를 공제한 가액으로 설정되게 되므로 저당권자가 저당권 설정 당시 기대하였던 담보가치를 실현하지 못하게 되는 결과가 초래되어 실질적으로 양 권리의 경합이 발생[215] 한다. 뿐만 아니라 저당권은 우선변제권을 가지므로 피담보채권 및 목적물 가액의 범위 내에서 저당권자는 목적물의 교환가치에 대해 배타적인 지배권을 가지게 되며, 저당권자는 설정당시 기대한 교환가치의 지배권이 장래에 장애없이 실현될 것을 예상하고 저당권을 설정받았기 때문에 그 기대는 보호받을 가치[216]가 있다. 이러한 점에서 저당권은 단순히 소유권 이전에 관계없이 목적물을 채권자의 책임재산으로 편입시키는 기능을 하는 것에 그치는 것이 아니어서 목적물의 압류보다 더 강력한 권능[217]을 가진다고 할 수 있다. 저당권자의 이러한 강력한 지위는 특히 법정지상권의 성립과 관련하여 여실히 들어난다. 통설[218]과 판례[219]는 민법 제366조 저당권 실행에 의한 법정지상권의 성립요건을 해석함에 있

215) 이는 후술하는 바와 같이 저당권자가 저당권설정자 등 목적물의 사용·수익자에 대해 일정한 경우 방해배제청구권을 행사할 수 있다는 결론과 맥을 같이 한다. 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다3243 판결 및 대법원 2006. 1. 27. 선고 2003다58454 판결

216) 헌법재판소 1990. 9. 3. 자 89헌가95 결정

217) 압류에는 처분금지효가 있으나 우선변제효는 없으므로 압류채권자는 목적물의 처분행위에 대항할 수 있으나 처분행위 전 경매절차에 참여한 채권자들과 평등배당을 받게 된다. 그러나 저당권은 추급효가 있기 때문에 목적물의 처분행위에도 불구하고 저당권은 여전히 존재하며 저당권자는 목적물의 처분행위 전과 같은 지위에서 저당권을 실행할 수 있다. 뿐만 아니라 저당권자는 저당권의 실행대금으로부터 우선변제받을 수 있고 그러한 기대는 저당권이 아직 실행되지 않은 상태에서도 보호받아야 하므로, 이러한 점에서 압류채권자보다 더 강력한 권능을 가진다.

218) 김용담 編, 주석 민법 물권법 4 제4판(김재형 집필부분), 한국사법행정학회(2011), 204면

219) 대법원 1993. 6. 25. 선고 92다20330 판결 등 다수의 판결이 이러한 입장을 취한다.

어 명문의 규정[220]이 없음에도 “저당권설정 당시에 건물이 존재할 것”이라는 요건을 추가로 요구하는바, 이는 토지에 관하여 저당권이 설정된 후 신축된 건물에 대해서 법정지상권을 인정하면 목적물의 교환가치를 나대지로 평가한 저당권자에게 불측의 손해를 주게 되기 때문이다. 더 나아가 동일인 소유의 토지와 그 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 건물이 철거되고 다른 건물이 신축된 사안에 대해 대법원 2003. 12. 18. 선고 98다43601 판결은 “동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 후 그 지상 건물이 철거되고 새로 건물이 신축된 경우에는 그 신축건물의 소유자가 토지의 소유자와 동일하고 토지의 저당권자에게 신축건물에 관하여 토지의 저당권과 동일한 순위의 공동저당권을 설정해 주는 등 특별한 사정이 없는 한 저당물의 경매로 인하여 토지와 그 신축건물이 다른 소유자에 속하게 되더라도 그 신축건물을 위한 법정지상권은 성립하지 않는다고 해석하여야 하는바, 그 이유는 동일인의 소유에 속하는 토지 및 그 지상 건물에 관하여 공동저당권이 설정된 경우에는, 처음부터 지상 건물로 인하여 토지의 이용이 제한 받는 것을 용인하고 토지에 대하여만 저당권을 설정하여 법정지상권의 가치만큼 감소된 토지의 교환가치를 담보로 취득한 경우와는 달리, **공동저당권자는 토지 및 건물 각각의 교환가치 전부를 담보로 취득한 것으로서, 저당권의 목적이 된 건물이 그대로 존속하는 이상은 건물을 위한 법정지상권이 성립해도 그로 인하여 토지의 교환가치에서 제외된 법정지상권의 가액 상당 가치는 법정지상권이 성립하는 건물의 교환가치에서 되찾을 수 있어 궁극적으로 토지에 관하여 아무런 제한이 없는 나대지로서의 교환가치 전체를 실현시킬 수 있다고 기대**하지만, 건물이 철거된 후 신축된 건물에 토지와 동순위의 공동저당권이 설정되지 아니 하였는데도 **그 신축건물을 위한 법정지상권이 성립한다고 해석하게 되면, 공동저당권자가 법정지상권이 성립하는 신축건물의 교환가치를 취득할 수 없게 되는 결과 법정지상권의 가액**

220) 민법 제366조
저당물의 경매로 인하여 토지와 그 지상건물이 다른 소유자에 속한 경우에는 토지 소유자는 건물소유자에 대하여 지상권을 설정한 것으로 본다.

상당 가치를 되찾을 길이 막혀 위와 같이 당초 나대지로서의 토지의 교환가치 전체를 기대하여 담보를 취득한 공동저당권자에게 불측의 손해를 입게 하기 때문이다."라고 판시[221]하였다. 이러한 판례의 취지는 저당권과 유치권의 관계에서도 고려되어야 할 필요가 있다.

라. 대항력 긍정설은 경매절차에서 매수인이 유치권자의 신고로 인해 결과적으로 통상의 경매절차보다 목적물을 더 저가로 매수하게 되므로 이익이기 때문에 유치권이 인수되어도 매수인에게 불이익이 없다고 주장하나, 유치권은 등기에 의해 공시되지 않고 신고의무도 없기 때문에 유치권의 존재가 항상 경매절차에 반영되는 것은 아니다. 또한 유치권자의 신고로 매수인이 목적물을 경매절차보다 저가로 매수할 경우 저당권자는 본래 자신이 기대하였던 교환가치를 실현하지 못하는 불이익을 감수할 수밖에 없는데 이러한 결과가 타당하지 않음은 앞에서 본 바와 같다. 또

---

221) 그러나 저당권자에게 불측의 손해를 입게 될 염려가 없는 경우 민법 제366조 법정지상권이 성립한다. 동일인 소유 토지와 그 지상 건물에 공동근저당권이 설정된 후 그 건물이 다른 건물과 합동되어 신건물이 생기고 그 후 경매에 의해 토지와 신건물이 다른 소유자에게 속하게 된 사안에 대해 대법원 2010. 1. 14. 선고 2009다66150 판결은 "경매대상 건물이 인접한 다른 건물과 합동(合棟)됨으로 인하여 건물로서의 독립성을 상실하게 되었다면 경매대상 건물만을 독립하여 양도하거나 경매의 대상으로 삼을 수는 없고, 이러한 경우 **경매대상 건물에 대한 채권자의 저당권은 위 합동으로 인하여 생겨난 새로운 건물 중에서 위 경매대상 건물이 차지하는 비율에 상응하는 공유지분 위에 존속**하게 된다. … 이 사건 종전 등기건물에 대한 당진신용협동조합의 근저당권은 이 사건 신건물의 공유지분 위에 존속하여 그 교환가치를 계속담보의 목적으로 삼고 있어 **당진신용협동조합이 불측의 손해를 입을 염려가 없으므로, 경매로 인하여 이 사건 각 토지와 신건물이 다른 소유자에 속하게 된 이상 신건물을 위한 법정지상권이 성립된다**고 보아야 할 것이다."라고 판시하였고, 토지와 함께 공동근저당권이 설정된 건물이 그대로 존속함에도 등기부에 멸실의 기재가 이루어지고 이를 이유로 등기부가 폐쇄된 후 토지에 대해 경매절차가 진행되어 토지와 건물의 소유자가 달라진 사안에서 대법원 2013. 3. 14. 선고 2012다108634 판결은 "토지와 함께 공동근저당권이 설정된 건물이 그대로 존속함에도 불구하고 사실과 달리 등기부에 멸실의 기재가 이루어지고 이를 이유로 등기부가 폐쇄된 경우, **저당권자로서는 멸실 등으로 인하여 폐쇄된 등기기록을 부활하는 절차 등을 거쳐 건물에 대한 저당권을 행사하는 것이 불가능한 것이 아닌 이상 저당권자가 건물의 교환가치에 대하여 이를 담보로 취득할 수 없게 되는 불측의 손해가 발생한 것은 아니라고 보아야 하므로, 그 후 토지에 대하여만 경매절차가 진행된 결과 토지와 건물의 소유자가 달라지게 되었다면 그 건물을 위한 법정지상권은 성립한다** 할 것이고, 단지 건물에 대한 등기부가 폐쇄되었다는 사정만으로 건물이 멸실된 경우와 동일하게 취급하여 법정지상권이 성립하지 아니한다고 할 수는 없다."라고 판시하였다.

한 대항력 긍정설은 수급인이 사실상 유치권 외에 투하자본을 회수할 방법이 없다는 점[222]을 근거로 하나, 이는 이미 목적물에 저당권이 설정되어 있음을 등기를 통해 알고 있음에도 불구하고 자신의 이익을 위해 스스로 도급계약을 체결하고 공사를 시작한 수급인을 저당권자보다 우선적으로 보호하여야 할 근거가 되지 못한다[223].

마. 대항력 긍정설의 가장 강력한 논거는 저당권 설정 후 목적물의 가치 증가로 인한 채권을 담보하기 위해 유치권이 성립한 경우, 유치권이 저당권에 우선하지 않으면 저당권자 및 저당권설정자에게 불측의 이익이 귀속된다는 점이다. 즉 목적물의 교환가치를 증가시키는 공익비용에 대해서 비용지출자에게 비용회수의 우선적 지위를 부여하지 않으면 형평에 반하게 된다는 것이다. 실제로 이러한 이념은 우리나라의 경우 민법 제367조, 민법 제666조에서 명문화되어 있고, 독일의 경우 독일민법 제648조 및 648조의a, 프랑스의 경우 프랑스민법 제2103조, 스위스의 경우 스위스민법 제837조 제1항 제3호, 제841조, 일본의 경우 일본민법 제327조 등에서 명문화되어 있다[224]. 그렇다면 이러한 이념이 유치권에서도 실현된다고 볼 수 있을 것인가? 생각건대 ① 유치권의 피담보채권으로 인하여 목적물의 가치가 항상 증가한다고 볼 수 없는 점(목적물에 의해 발생한 손해배상청구권의 경우 등) 및 ② 현존하는 교환가치 증가액과 유치권자가 도급계약에 의하여 취득하는 공사대금채권액은 다를 수 있으므로 도급계약에 의한 공사대금채권 전액을 유치권의 피담보채권으로 보는 것

222) 우리나라 민법은 일본민법의 선취특권제도를 받아들이지 않으면서 이를 대체하기 위해 민법 제666조의 저당권설정청구권을 규정하였다. 그러나 ① 임의규정에 불과하여 청구권 포기를 강요당할 우려가 많다는 점, ② 도급인이 부동산 소유자여야 하고 도급인이 목적부동산을 양도하면 수급인의 저당권설정청구권은 소멸하며, 수급인만 청구할 수 있고 하수급인은 청구권이 인정되지 않는 점, ③ 채권적 청구권에 불과하여 도급인이 청구권에 응하여 저당권 등기를 하여야 하는 점 등의 한계가 있고 따라서 실무적으로도 거의 이용되지 않는다. 이춘원, 민법 제666조에 대한 입법론적 소고, 법제연구 제36호, 한국법제원(2009), 254-256면. 저당권설정청구권의 개선방향에 대해서는 이춘원, 민법 제666조에 대한 입법론적 소고(註222), 259-262면, 이동철, 수급인의 저당권설정등기청구권에 관한 문제점과 개선방향, 토지법학 제29-1호, 한국토지법학회(2013), 171-174면 참고

223) 박상언(註39), 382면

224) 이동진(註13), 54-70면, 이동철(註222), 164-170면

은 공익비용 우선회수의 이념에 의해 정당화될 수 없는 점에 비추어 보면 대항력 긍정설을 저당권과 유치권의 대항관계를 규율하는 일반 법리로 받아들일 수 없다[225].

2. 제한적 대항력 긍정설에 대한 검토

제한적 대항력 긍정설의 첫 번째 견해는 유치권의 피담보채권을 교환가치를 체현하는 채권과 가치증가로 인한 채권으로 구분하여 대항관계를 달리 파악하는 견해로 공익비용에 한하여 비용의 우선적인 회수지위를 부여하여야 한다는 이념에 충실한 해석이라고 할 수 있다. 그러나 앞에서 본 것과 같이 공사대금채권액 전액을 유치권의 피담보채권으로 삼는 것은 공익비용 우선회수의 이념에 의해 정당화될 수 없는 문제점이 있다. 또한 현존하는 교환가치의 증가액으로 피담보채권을 한정하는 것은 압류와 저당권의 차이점을 간과한 문제점이 있다. 즉 압류 이후 성립한 유치권의 경우 가치 증가의 한도에서 유치권자가 압류채권자에게 대항할 수 있는 것은 애초에 목적물의 가치감소를 초래하는 처분행위만이 압류의 처분금지효에 반하는 것으로 해석되기 때문으로, 압류 이후 가치증가액부분에 대해서는 압류의 처분금지효가 미치지 않기 때문[226]이다. 그러나 저당권의 경우 저당권 설정 이후 부합물이나 종물에도 그 효력이 미치는바, 그렇다면 저당권 설정 이후 가치증가액부분에 대해서도 저당권의 효력이 미치고 단지 피담보채권액 또는 채권최고액에 의해서만 제한을 받을 뿐이어서, 압류의 효력과는 다르다 할 것이다. 그렇다면 저당권의 효력이 미치는 부분을 가치증가액부분과 그 외 부분으로 나누고 가치증가액부분의 유치권만이 저당권에 우선한다고 보는 것은 압류와는 다르게 저당권의 불가분성에 반하는 것[227]이 되어 받아들이기 힘들다.

---

225) 박상언(註39), 383면

226) 이는 압류 이후 변경된 물리적 부분에도 압류의 효력이 미치는 것과는 다른 차원의 문제이다.

227) 저당권을 유치권에 대항할 수 있는 부분(저당권 설정 당시 가액부분)과 그렇지 않은 부분(가치증가액부분)으로 나누어 다르게 취급하기 때문이다. 이는 각주 174에서 본 대법원 2011. 7. 14. 선고 2011다28090 판결과 다른 문제이다. 2011다28090 판결에

제한적 대항력 긍정설의 두 번째 견해는 유치권의 악용 가능성을 기준으로 대항력 유무를 판단하나, 유치권자의 선·악의라는 내심의 인식에 의해 법정매각조건의 내용을 결정하는 것은 다수 당사자의 이해관계가 첨예하게 대립하는 경매의 특성상 타당하다고 볼 수 없다.

3. 유치권 부정설에 대한 검토

저당권의 경우 목적물의 교환가치만을 지배하는 담보물권이기 때문에 목적물의 사용·수익은 원칙적으로 저당권설정자에게 일임되어 있다. 따라서 부동산에 담보물권이 설정되어 있다는 사실을 알았거나 알 수 있었다는 사실만으로 바로 목적물의 점유취득이 불법행위에 해당하는 것은 아니라고 할 것[228]이다. 저당권에 기한 방해배제청구권이 인정되는 예외적인 경우에 한하여 민법 제320조 제2항이 적용될 가능성[229]은 있으나 이를 저당권자와 유치권자의 대항관계를 규율하는 일반적인 법리로 볼 수는 없다.

4. 소결론

따라서 대항력 부정설이 타당하다고 할 것이다. 유치권의 인수여부를 판단함에 있어 판례와 같이 저당권에 기해 경매를 신청하여 경매개시결정 등기가 된 시점과 유치권의 성립시점을 비교하는 것이 아니라, 저당권의 등기가 된 시점과 유치권의 성립시점을 비교하여 대항관계를 정하여야 한다.

다만 대항력 부정설의 경우 저당권 설정 후 가치증가로 인하여 저당권

서 피담보채권으로 추가, 확장된 부분에 대해 제3자는 가등기담보권자보다 먼저 권리를 설정받아 이해관계를 가지게 되었고, 이에 의해 불가분성이 제한받게 된다. 그러나 이 사안에서는 이론상 유치권보다 저당권이 우선하여 가치증가부분에 대해 효력을 미치기 때문에 저당권의 불가분성을 제한할 수 있는 사안이 아니다.

228) 이상태(註133), 101면, 남준희(註207), 561면. 다만 후술하는 바와 같이 저당권 방해배제청구권을 행사할 수 있는 경우 한정적으로 불법점유를 인정할 수 있다고 생각한다.

229) 신의칙에 의한 유치권의 인수주의 제한 부분에서 후술

자·저당권설정자가 불측의 이익을 얻게 되므로 이 부분에 대해 저당권자보다 유치권자를 우선하여 보호하는 것이 공평하다는 지적은 설득력이 있다. 허나 이러한 문제점은 민법 제367조의 유추적용으로 해결할 수 있다[230]고 생각한다.

민법 제367조는 "저당물의 제3취득자가 그 부동산의 보존, 개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 제203조 제1항, 제2항의 규정에 의하여 자당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있다."고 규정한다. 이 규정의 성격에 관하여 ① 이 규정은 대항력 있는 사용·수익권을 가진 자가 그 사용·수익권에 기해 필요비·유익비를 지출하였으나 선행하는 저당권에 의해 사용·수익권을 상실한 경우 공익비용상환청구권의 성질을 가지며 제203조는 준용되는 것일 뿐이라고 주장하는 견해[231]와 ② 이 규정은 민법 제203조의 비용상환청구권과 그 법적성격이 완전히 동일한 권리이며 다만 비용과 저당목적물과의 관련성을 고려하여 저당목적물의 경매대가에서 우선상환을 보장하고 있을 뿐이라는 견해[232]가 대립한다. 또한 이러한 견해의 대립은 "저당물의 제3취득자"의 해석에 있어서도 영향을 미쳐 ① 공익비를 상환받아야 할 필요가 있다는 점에서는 지상권자, 전세권자 뿐만 아니라 물상보증인, 소유권의 제3취득자, 대항력 있는 임차권자 모두 동일함으로 이들이 모두 저당물의 제3취득자에 해당한다고 보는 견해[233]와 ② 저당목적물에 대하여 타물권을 취득하였다고 볼 수 없는 물상보증인 및 소유권의 제3취득자 제외된다고 보는 견해[234]가 대립한다. 저당권이 설정된 이후 지출된 필요비, 유익비는 저당권자 및 저당권설정자가 기대하지 않은 불측의 이익이므로 그 이익이 저당권자 및 저당권설정자에게 부당하게 귀속되는 것을 조정할 필요가 있다는 점을 고려하면 제3취득자의 인정범위를 확대하는 것이 타당하다. 뿐만 아

---

230) 박상언(註39), 392-398면

231) 박상언(註39), 393-394면, 송덕수, 물권법 제2판(註47), 509-510면, 김용담 編, 주석민법 물권법 4 제4판(註218), 227면, 이준현, 제3취득자의 비용상환청구권, 동아법학 제48호, 동아대학교 법학연구소(2010), 491면

232) 곽윤직 編, 민법주해(Ⅶ) 물권법 4(남효순 집필부분), 박영사(2009), 154-155면

233) 박상언(註39), 393-394면, 제철웅, 개정판 담보법(註47), 383-385면, 이준현(註231), 501-504면

234) 곽윤직 編, 민법주해(Ⅶ) 물권법 4(註232), 156-158면

니라 지상권자, 전세권자는 필요비를 청구할 수 없음에도 불구하고 민법 제367조에 의해 필요비의 우선상환이 가능[235]한 점, 민법 제594조는 "매수인이나 전득자가 목적물에 대하여 비용을 지출한 때에는 매도인은 제203조의 규정에 의하여 이를 상환하여야 한다."고 규정하는바 이때 매수인이나 전득자는 자기 소유물에 비용을 지출한 것임에도 이를 상환받도록 규정하고 있는 점[236]에 비추어 보아도 민법 제367조는 일반 비용상환청구권이 아니라 저당권자·저당권설정자의 불측의 이익을 배제하기 위해 특별히 규정된 조문이라고 보아야 할 것이다. 따라서 민법 제367조는 공익비용상환청구권의 성질을 가지며 물상보증인과 소유권의 제3취득자를 구별할 필요가 없다는 점에서 저당물의 제3취득자에는 지상권자, 전세권자 뿐만 아니라 물상보증인, 소유권의 제3취득자, 대항력 있는 임차권자를 모두 포함하는 것이 타당하다. 판례 역시 대법원 2004. 10. 15. 선고 2004다36604 판결에서 "저당권설정자가 아닌 제3취득자가 저당물에 관한 필요비 또는 유익비를 지출하여 저당물의 가치가 유지·증가된 경우, 매각대금 중 그로 인한 부분은 일종의 공익비용과 같이 보아 제3취득자가 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있도록 한 것이므로 저당물에 관한 지상권, 전세권을 취득한 자만이 아니고 소유권을 취득한 자도 민법 제367조 소정의 제3취득자에 해당한다."고 판시하였다.

그렇다면 유치권자도 민법 제367조의 비용상환청구권을 행사할 수 있는가? 원칙적으로 저당물의 제3취득자는 물권에 한하지 않더라도 적어도 대항력을 갖춘 사용·수익권[237]을 가져야 하는바, 유치권자는 단순히 점유권만을 가진 상태에서 도급인과의 계약관계에 기해 필요비·유익비를 지출한 것이어서 저당물의 제3취득자에 해당하지 않는다. 그러나 필요비·유익비의 지출에 의해 유치권이 발생하고 그로 인해 사후적이기는 하나 그 지출이 물권적으로 보호된다는 측면은 대항력 있는 사용·수익권자가 그 사용·수익권에 기하여 비용을 지출하여 그 지출이 사용·수익권에 의해 정당화되는 측면과 선후관계만 다를 뿐 유사하다. 뿐만 아니라 민

235) 제철웅, 개정판 담보법(註47), 384면, 이준현(註231), 506-509면
236) 제철웅, 개정판 담보법(註47), 383-384면
237) 곽윤직 編, 민법주해(Ⅶ) 물권법 4(註232), 157-158면

법 제367조의 중점은 저당권자·저당권설정자의 불측의 이익을 배제한다는 점에 있으므로 공평의 원칙상 확대적용할 필요가 있는바 저당권 설정 이후 가치증가로 인해 유치권이 성립하는 상황은 위 규정의 이익충돌상황과 유사한 것이다. 따라서 적법하게 성립하였으나 선행하는 저당권자에게 대항하지 못하는 유치권자에게도 민법 제367조가 유추적용된다 할 것[238]이고, 이로 인해 대항력 긍정설 및 제한적 대항력 긍정설의 첫 번째 견해가 지적하는 문제점이 해결될 수 있다.

제3절 저당권 설정 후 성립한 상사유치권의 인수여부

Ⅰ. 판례의 태도

저당권과 상사유치권의 관계에 대해 판시한 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다57350판결은 기존 유치권에 대한 판례와는 다른 새로운 법리를 제시하는데, 그 사실관계[239]는 다음과 같다.

① **명성아이앤디 주식회사(소외 회사)는 상가건물의 건축주로서 원고들과 111호, 112호, 115호 점포에 대해 분양계약을 체결**하였는데 **원고들은 임대업을 운영할 목적으로 각 점포를 분양받은 것**[240]이었다.

② **소외 회사는 상가건물의 준공검사가 마쳐진 2006. 8.경 원고들에게 위 각 점포의 열쇠를 넘겨주어 그때부터 원고들이 위 각 점포를 사용**하여 왔다. 원고 1은 2007. 7. 23. 111호, 112호 점포를 보증금 500만원, 차임 월 100만원, 임대차기간 12개월로 정하여 소외 1에게 임대하였

238) 박상언(註39), 394-395면. 후술하는 바와 같이 저당권과 상사유치권의 관계에 있어서 대항력 부정설을 취하면서 민법 제367조를 유추적용을 주장하는 견해도 있다. 각주 247 참조

239) 대전지방법원 2010. 1. 15. 선고 2009가단23181 판결 및 대전지방법원 2010. 6. 16. 선고 2010나2839 판결 참조

240) 영업을 위한 준비행위를 하는 자는 영업으로 상행위를 할 의사를 실현하는 것이므로 그 준비행위를 한 때 상인자격을 취득하고 아울러 그 준비행위는 영업을 위한 행위로서 보조적 상행위에 해당한다. 따라서 기본적 상행위인 임대업을 준비하기 위해 분양계약을 체결한 경우 그 분양계약은 상인간의 상행위라고 할 것이다. 제1심과 제2심 모두 동일하게 판단하였다.

고, 소외 1은 다시 주식회사 비티엠에 전대하여 비티엠이 위 111, 112호 점포를 사용하였으며, 2009. 2. 25.부터는 소외 2가 원고 1로부터 무상사용을 허락받아 위 각 점포를 사용하였다. 그리고 원고 2는 2006. 8.경 소외 3에게 위 115호 점포의 무상사용을 허락하여 소외 3이 그때부터 현재까지 위 점포를 사용하고 있다.

③ **피고는 소외 회사에 대한 대출금채권의 담보를 위하여 상가건물 전체에 관하여 피고 앞으로 2006. 9. 7. 소유권이전청구권가등기와 채권최고액 84억5,000만 원의 근저당설정등기**를, 2006. 11. 9. 채권최고액 84억 5,000만원의 추가근저당권설정등기와 채권최고액 15억 6,000만원의 근저당권설정등기를 각 **마쳤다**. 피고는 이와 같은 담보권 설정 후 소외 회사에 2006. 11. 9. 70억원, 2006. 11. 10. 2억원, 2006. 12. 5. 3억원 등 합계 75억원을 대출하였다.

④ **피고는** 소외 회사가 2007. 2. 9.경부터 위 대출금의 이자 지급을 연체하자 **2007. 5. 8. 위 각 점포에 관하여 2007. 2. 9. 매매예약완결을 원인으로 하여 소유권이전청구권가등기에 기한 본등기를 마쳤다**.

⑤ **소외 회사가 2007. 7. 30. 피고를 상대로 청산금지급 소송을 제기**하여 본등기를 말소한다는 내용의 화해권고결정이 내려지자, 피고는 2008. 1. 2. 담보권 실행을 위한 경매를 신청하여 다음날 경매개시결정이 내려졌다. 피고는 이 경매절차에서 위 각 점포에 관해 매각허가결정을 받은 후 2008. 9. 25. 매각대금을 완납하여 소유권을 취득하였다.

⑥ 피고가 2009. 2. 18. 111, 112호 점포의 전차인인 비티엠을 상대로 부동산인도명령을 받고 2009. 2. 23. 소외 3을 상대로 건물명도 청구의 소를 제기하자, 원고들은 피고를 상대로 유치권확인의 소를 제기하였다.

이러한 사실관계에서 대법원은 “상사유치권은 민사유치권과 달리 그 피담보채권이 ‘목적물에 관하여’ 생긴 것일 필요는 없지만 유치권의 대상이 되는 물건은 ‘채무자 소유’일 것으로 제한되어 있다(상법 제58조, 민법 제320조 제1항 참조). 이와 같이 상사유치권의 대상이 되는 목적물을 ‘채무자 소유의 물건’에 한정하는 취지는, **상사유치권의 경우에는 목적물과 피담보채권 사이의 견련관계가 완화됨으로써 피담보채권이 목적물**

에 대한 공익비용적 성질을 가지지 않아도 되므로 피담보채권이 유치권자와 채무자 사이에 발생하는 모든 상사채권으로 무한정 확장될 수 있고, **그로 인하여 이미 제3자가 목적물에 관하여 확보한 권리를 침해할 우려**가 있어 상사유치권의 성립범위 또는 상사유치권으로 대항할 수 있는 범위를 제한한 것으로 볼 수 있다. 즉 **상사유치권이 채무자 소유의 물건에 대해서만 성립한다는 것은, 상사유치권은 그 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권**이라는 의미를 담고 있다 할 것이고, 따라서 **유치권 성립 당시에 이미 그 목적물에 대하여 제3자가 권리자인 제한물권이 설정되어 있다면, 상사유치권은 그와 같이 제한된 채무자의 소유권에 기초하여 성립할 뿐이고, 기존의 제한물권이 확보하고 있는 담보가치를 사후적으로 침탈하지는 못한다**고 보아야 한다. 그러므로 채무자 소유의 부동산에 관하여 이미 선행 저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, 상사유치권자는 채무자 및 그 이후 그 채무자로부터 부동산을 양수하거나 제한물권을 설정받은 자에 대해서는 대항할 수 있지만, 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 그 상사유치권으로 대항할 수 없다."라고 판시하면서 "그로써 근저당권자인 피고에게 대항하려면 상사유치권이 성립한 시점이 근저당권의 성립 시점보다 앞서야만 할 것이다. 그런데 **명성아이앤디의 원고 2에 대한 위 115호 점포에 관한 소유권이전등기의무가 이행불능이 됨으로써 원고 2가 주장하는 전보배상청구권이 발생한 것은 명성아이앤디가 피고에 대한 위 본등기에 의하여 부동산에 대한 권리는 이전되었음을 전제로 그에 따른 청산금청구소송을 제기한 2007. 7. 30.경이라고 할 것**이고 … 그와 달리 위 근저당권설정등기가 마쳐진 2006. 9. 7. 이전에 원고 2가 주장하는 상사유치권의 피담보채권이 발생하였다는 점을 인정할 다른 자료가 없다. 그러므로 원고 2는 선행저당권자이자 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 낙찰을 받아 소유권을 취득한 피고에 대한 관계에서는 위 전보배상청구권을 피담보채권으로 한 상사유치권으로 대항할 수 없다 할 것이다."라고 판시

하였다. 선행저당권 및 그 경매절차에서의 매수인에 대해 상사유치권이 대항할 수 없다는 법리를 설시한 것이다.

Ⅱ. 일본의 학설의 태도

일본에서 저당권과 상사유치권의 관계는 종전부터 건물 신축 수급인의 건물 부지에 대한 상사유치권 행사가부와 관련하여 논의[241]되었다. 나대지의 소유자가 대지 위 건물의 신축자금 대출을 위해 대지에 근저당권을 설정한 후 수급인과 공사도급계약을 체결하였지만 공사대금을 지급하지 못한 경우, 수급인이 대지에 상사유치권을 주장[242][243]할 수 있어 저당권

---

241) 이하 일본에서의 학설논의는 특별히 언급하는 부분을 제외하고는 畠山新(註207), 生態長幸, 建築請負代金債權による敷地への留置權と抵当權(上, 下), 金融法務事情 1446, 1447号(1996), 김영진, 유치권과 저당권의 효력관계, 인천법조 제7집, 인천지방변호사회(2006), 손종학, 건축부지에 대한 건축수급인의 상사유치권 성립 여부, 법학연구 제50권 제2호, 부산대학교 법학연구소(2009), 전욱, 공사수급인의 건축 부지에 대한 상사유치권의 행사 -대법원 2008. 12. 24. 선고 2007다52706, 2007다52713 판결의 평석-, 법학연구 제49권 제2호, 부산대학교 법학연구소(2009), 伊室亜希子, 建物建築請負人の敷地に對する商事留置權の成否 ―東京高決平成 22年7月26日 金法1906号 75頁, 東京高決平成 22年9月9日 判タ1338号 266頁, 大阪高決平成 23年6月7日 金法1931号 93頁―, 法學硏究 93号(2012), 도두형, 부동산에 대한 상사유치권의 성부 및 대항력의 범위, 변호사 제44집, 서울지방변호사회(2013), 萩澤達彦, 建物建築工事請負人の敷地に對する商事留置權の成否, 成蹊法學 78号(2013)를 참고하여 정리하였다.

242) 건물을 완공하였거나 최소한의 기둥과 지붕·주벽이 이루어져 독립된 부동산으로서의 건물이 존재하는 경우 완성건물에 민사유치권을 행사할 수 있는 것은 당연하나, 대지에 대한 저당권이 실행되는 경우 건물 소유를 위한 용익물권이 인정되지 않는다면 결국 완성건물을 철거할 수밖에 없어 유효한 권리구제수단이 된다고 할 수 없다. 다만 앞에서 언급한 바와 같이 1980. 10. 14. 선고 89다1170 판결 및 부산고등법원 2009. 2. 4. 선고 2008나12385 판결과 같이 건물에 대한 유치권에 대지에 대한 독자적인 물권적 인도거절권능을 인정하게 되면 저당권과 민사유치권의 관계에 대한 견해에 따라서는 대지의 매수인에게 대항할 수 있다는 결론이 나올 수도 있다. 특히 대법원은 앞에서 본 바와 같이 저당권과 민사유치권과의 관계에 대해 담보권 실행을 위한 경매개시결정 이전에 성립한 유치권은 저당권이 설정된 후라고 하더라도 매수인에게 인수된다는 입장인바, 이러한 판례의 태도에 따르면 유치권을 행사하는 범위 내에서 건물의 유치권자는 대지의 저당권자 및 매수인에 대해 토지 인도를 거부할 수 있어 완성건물을 철거하지 않을 수 있다.

243) 대법원은 수급인이 토지소유자와의 사이에 토지 위에 공장을 신축하기로 하는 내용의 도급계약을 체결하고 기초공사를 진행하면서 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 구조물을 설치한 상태에서 공사가 중단된 경우 공사중단시까지 토지소유자에 대하여 발생한 공사금 채권은 공장 건물의 신축에 관하여 발생한 것일 뿐, 위 토지에 관하여 생긴 것이 아니므로 위 공사금 채권에 기하여 유치권을 행사할 수 없다고 판

과 유치권이 경합하는 문제가 발생하기 때문이다.

1. 대항력 긍정설

상사유치권의 성립요건으로서의 점유는 점유의 외형적 사실로부터 판단하여야 하고 점유권원이 요구되지 아니하며 점유의 취지·목적, 점유를 취득하게 된 경위도 문제되지 않으므로 수급인이 도급인에게 건물을 인도하지 않은 이상 수급인이 공사도중은 물론이고 공사 완료 후에도 여전히 대지를 점유하고 있는 것으로 보아야 한다는 견해이다. 결국 상사유치권의 성립요건상 견련성을 요하지 아니하므로, 공사대금채권이 쌍방간에 상행위가 되는 도급계약으로 발생하였고 변제기에 있으며 건축부지가 위 도급계약에 의해 인도되었다면 대지에 대해 상사유치권을 행사할 수 있다고 한다.

2. 부동산 배제설

상사유치권의 대상에는 부동산이 포함되지 않는다고 보는 견해이다. 민사유치권과 달리 상사유치권은 그 성립요건으로서 견련관계를 요하지 않아 성립범위가 넓은데 부동산에 대해서도 상사유치권을 인정하게 되면 부동산 거래의 안전을 해할 수 있기 때문이라고 한다. 뿐만 아니라 상사유치권은 16세기 말 중세 이탈리아 상업도시에서 상관습법으로 발생한 것인데 계속적 거래관계에 있는 상인간에 채무자 소유의 동산에 관하여 포괄적인 담보가 성립되는 것을 인정한 것으로 연혁상으로도 부동산이 포함되지 않았다고 한다[244].

시하였으나(대법원 2008. 5. 30. 자 2007마98 결정) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결에 비추어 볼 때 의문이다. 김태관, 건축수급인의 건축 중인 건물과 건축부지에 대한 유치권, 동아법학 제60호, 동아대학교 법학연구소(2013), 157-160면

244) 동경고등재판소 1996(平成8). 5. 28.(平7(ネ)3078号) 판결은 이에 대해 "상인간의 유치권은 민법상의 유치권과는 연혁을 달리하여, 중세 이탈리아의 상인단체의 관습법에 기원을 둔 것으로 알려져 있으며, 독일 舊상법 및 新상법은 이것을 명문화한 것이다. 독일 舊상법에서는 상인간의 유치권의 대상이 되는 것을 유체동산에 한정하여 부동산을 포함하지 않는 것이 당시 독일의 판례상 확정된 해석이었고, 이에 기반하여 독일

3. 점유 부정설

① 우선 수급인은 도급인과의 도급계약에 의해 발생된 공사완성의무를 이행하기 위하여 대지를 점유한 것일 뿐 상행위인 도급계약을 직접적인 원인으로 대지를 점유한 것이 아니기 때문에 상행위에 의한 점유가 있었다고 볼 수 없다는 견해[245], ② 수급인의 대지에 대한 점유를 인정하다고 하더라도 그 점유권원은 공사시공을 위하여 필요한 범위에 한정된 특수한 것이고 그 밖에 위 범위를 벗어난 이용이 인정되지 않으므로, 공사시공 이외의 목적으로 점유권원을 주장하는 것은 당사자의 의사 특히 채무자의 의사에 반하는 것으로 공평의 관점에서 문제이기 때문에 상사유치권의 성립을 부인하는 견해[246], ③ 공사업자인 수급인이 도급인으로부터 부지의 제공을 받은 것은 도급계약을 체결한 것으로부터의 당연한 귀

新상법 제367조는 상인간의 유치권의 대상을 동산 또는 유가증권이라고 규정하였다. 우리나라의 舊상법은 독일 舊상법을 규범으로 하여 입안된 것으로, 현행 상법은 舊상법에 대하여 법전조사회에서 수정을 가하여 成案이 작성되어 明治32년에 제정된 것이며, 상인간의 유치권에 관한 제284조의 규정은 昭和13년의 개정에서 현행의 제521조에 인수되었다. 그리고 우리나라의 경매법(明治31년 제정. 昭和54년 민사집행법의 제정에 의해 폐지)은 민법(明治29년 제정) 및 상법(明治32년 제정)과 아울러 기안된 것으로 유치권자에게 경매권을 인정하였으나, 동산에 대해서는 「유치권자 … 기타 민법 또는 상법의 규정에 의하여 그 경매를 하려는 자의 신청」에 의해 경매하는 취지로 규정한 것(제3조)에 비해 부동산에 대해서 「유치권자 … 기타 민법의 규정에 의해 그 경매를 하려는 자의 신청」에 의해 경매한다는 취지를 규정(제22조)하여, 동산에 대해서는 상법의 규정에 의해 경매할 경우가 있으나 부동산에 대해서는 상법의 규정에 의해 경매할 경우는 없다고 해석되었다. 그리고 상인간의 유치권은 그 연혁에 비추어보면, 당사자의 합리적 의사에 기초를 둔 것으로 생각되나, 상인간의 상거래에서 일방 당사자 소유의 부동산의 점유가 이전되었다는 사실만으로, 당해 부동산을 거래의 담보로 한다는 의사가 당사자 쌍방에 있다고 보는 것은 곤란하고, 위 사실만을 요건으로 하여 상인간의 유치권을 부동산에 대해 인정하는 것은 당사자의 합리적 의사에 합치하지 않는다. 또한 등기의 순위에 의해 정해지는 것을 원칙으로 하는 부동산 거래에 관한 법제도 속에서 목적물과의 견련성도 요건으로 하지 아니하는 상인간의 유치권을 인정하는 것은 부동산 거래의 안전을 현저히 해하는 것으로 법질서 전체의 정합성을 훼손하는 것이다. 이상과 같은 제도의 연혁, 입법의 경위, 당사자 의사와의 관계 및 법질서 전체의 정합성을 합하여 생각해보면, 부동산은 상법 제521조 소정의 상인간의 유치권의 대상이 되지 않는 것으로 해석하는 것이 상당하다."라고 판시하였다.

245) 대상판결 이전 대법원 2008. 12. 24. 선고 2007다52706, 52713 판결은 이러한 이유로 상사유치권의 성립 자체를 부정하였다.

246) 전욱(註241), 446면

결이어서 건물 부지에 관하여 도급인과 수급인 사이에 어떤 부지이용계약이 체결되어 있다고 볼 필요도 없고 수급인은 공사를 위하여 불가결하게 부지를 인도받아 공사에 필요한 한도에서 사실상 사용하고 있음에 지나지 않아, 수급인은 부지에 관하여 도급인의 점유보조자에 불과하다는 견해가 있다.

4. 대항력 부정설

대지에 대한 상사유치권의 성립을 긍정하면서도, 저당권자의 기대를 보호하기 위하여 상사유치권의 성립시기와 저당권 설정시기의 전후에 따라 유치권의 대항력을 판단하려는 견해이다. 결국 상사유치권 성립 전에 대지에 설정된 저당권에 대해서 상사유치권자는 대항할 수 없다는 결론에 이르게 된다.

다만 대항력 부정설에 의할 경우 공사수급인이 자신의 노력과 비용으로 건축부지의 가치가 현저하게 증가하였더라도 저당권자가 단순히 선순위자라는 이유만으로 모든 매각대금에서 우선변제를 받게 되어 부당하다는 이유로, 선순위저당권자에게 대항할 수 없는 상사유치권자는 상사유치권이 소멸하는 대신 민법 제367조의 유추적용에 의해 목적부동산의 매각대금 가운데 가치증가분에 대해서만큼은 저당목적물의 매각대금으로부터 우선변제를 받을 수 있다고 보는 견해[247]도 있다.

또한 소유권 변동이 있고 대항요건을 갖춘 경우라고 하더라도 그 후 전 소유자에 대한 채권을 피담보채권으로 하는 유치권이 성립[248]하면 소유권의 취득자는 민사유치권자의 점유의 귀속이 자신의 이전등기 후라는 것을 주장할 수 없는바 이는 타물권의 설정에도 동일하며, 상사유치권의

247) 김영진(註241), 225-226면, 손종학(註241), 414-415면. 손종학 교수는 이에 더하여 저당권자가 금원을 대여하면서 저당권 설정 당시에 토지 소유자가 저당목적 토지위에 건물을 건축한다는 사실과 차용금의 용도가 건축자금인 점을 알고 있었다면 건축부지에 대한 상사유치권을 행사할 수도 있음을 알고 있었으므로 신의성실의 원칙상 자신의 저당권을 이유로 수급인의 상사유치권 주장을 배제할 수 없다고 한다. 손종학(註241), 423-424면

248) 채무자 외 제3자 소유의 목적물에 대해서도 유치권의 성립을 인정하는 것이 일본, 우리나라의 다수설 및 판례의 입장이다.

효력은 민법의 규정에 맡겨져 있기 때문에 민사유치권과 차이가 있다고 볼 수 없으므로, 대항력 부정설이 저당권 이외의 다른 물권과 유치권 간에 일반적으로 적용된다고 볼 수는 없으나, 저당권이라는 권리의 특수성, 억지적(抑止的) 효력[249]에 기초하여 저당권과 유치권의 관계에 한해서만 성립의 선후관계에 의해 판단하여야 한다는 견해[250]도 있다.

Ⅲ. 검토

일본 최고재판소는 아직 이 문제에 대해 명시적으로 판단한 바가 없으나 하급심에서는 서로 다른 태도를 취한 판례들이 혼재하고 있어 혼란스러운 상황이다. 동경고등재판소 2010(平成22). 7. 26.(平22(ラ)1184号)[251] 결정은 ① 제도의 연혁, 입법의 경위 등에 비추어볼 때 부동산은 상법 제521조 소정의 상인간의 유치권의 대상이 되지 않는 점, ② 거래목적외 물건에 점유가 미치고 그것이 우연히 채무자의 소유인 경우 그 목적외의 물건은 상행위에 의해 자기의 점유에 속하였다고 할 수 없다는 점, ③ 채무자가 그 소유의 토지에 대해 저당권을 설정한 후 당해 토지 위에 건물을 건축한 경우 채무자가 수급인에게 대금을 완납한 때에는 법정지상권이 성립하지 않아 저당권 실행에 의해 당해 토지의 매수인은 건물의

---

249) 일본민법상 선취특권이 엄격한 요건 하에서만 인정되어 저당권자를 배려하고 있는 점, 대항력 있는 임차권에 있어 일본민법 제602조가 저당권자의 이익 보호를 위해 개정된 점, 저당부동산의 불법점유자에 대해 저당권에 기한 방해배제청구가 인정된 점, 법정지상권의 성립에 있어 저당권의 담보가치에 대한 기대를 침해하는 법정지상권이 성립할 수 없도록 해석하는 점에 비추어 민사유치권 및 상사유치권은 저당권자가 파악한 객관적 담보가치를 축으로 하여 일정한 규율에 복종시켜야 한다고 한다. 畠山新(註207), 45-53면

250) 畠山新(註207), 59-61면

251) 이하 소개할 최근 하급심 판례는 判決速報 建物建築請負人の請負代金債權のため敷地につき商事留置權を認めることはできないとされた事例(東京高決平22.7.26), 金融法務事情 1906号(2010. 9. 25.), 判決速報 建物建築工事請負代金債權を被担保債權とする商事留置權が成立することを前提に決定された買受可能価額に基づくと無剩余であるとして担保不動産競賣手續を取り消した決定に對する執行抗告において、商事留置權は成立しないとして原決定が取り消された事例(東京高決平22.9.9), 金融法務事情 1912号(2010. 12. 25.), 判決速報 土地の抵当權の設定後に建築された建物のためにその敷地である当該土地に對して商事留置權が成立する場合とその對抗の可否(消極)(大阪高決平23.6.7.), 金融法務事情 1931号(2011. 10. 10.), 伊室亜希子(註241), 萩澤達彦(註241)을 참조하였다.

철거 등을 요구할 수 있는바, 채무자가 수급인에게 대금을 지급하였는가 여부에 의해 저당권자의 지위가 변동되는 것은 매우 불합리하다는 점을 근거로 상사유치권의 성립을 부정하였다. 동경고등재판소 2010(平成22). 9. 9.(平22(ラ)656号) 결정은 ① 토지를 목적으로 한 상사유치권은 성립할 수 있으나, ② 수급인의 본건 토지 사용은 채무자이자 소유자와 사이에 도급계약에 기해 그 도급의 목적인 건축공사시공이라는 채무의 이행을 위한 출입·사용의 권원에 불과하며, 거래통념상 수급인이 토지에 관해 대외적으로 독립하여 점유소권을 행사하거나 본건 각 토지로부터 과실을 수수하는 것 등을 예정하고 있지 아니한 것에 비추어 볼 때 대외적으로 수급인은 점유보조자의 지위를 가지는 것에 불과한 점에 비추어 상사유치권의 성립을 부정하였다. 오사카고등재판소 2011(平成23). 6. 7.(平23(ラ)226号) 결정은 ① 토지도 상사유치권의 대상이 될 수 있는 점 및 수급인이 토지를 점유하고 있는 점을 인정하였으나, ② 저당권설정 후 성립한 부동산에 대한 상사유치권은 민사집행법 제59조 제4항의 "사용 또는 수익을 하지 않는다는 취지를 정하지 아니한 질권"과 동일하게 취급되어 동조 2항의 "대항할 수 없는 부동산에 관한 권리의 취득"에 해당하므로 저당권자에게 대항할 수 없다고 하였다. 저당권자가 장래 건축될지도 모르는 건물의 수급인이 토지에 대해 상사유치권을 주장할 수도 있다는 사태를 예측하여 그 피담보채권을 정확히 평가하여 금융거래를 하는 것은 불가능에 가깝기 때문에 저당권자를 보호할 필요가 있다는 점을 실질적인 근거로 한다. 최근 저당권과 상사유치권의 관계에 대한 세 판결 모두 근거는 다르나 저당권 설정 이후 성립한 상사유치권의 성립 또는 대항을 부정하였는데, 실무상으로도 토지에 대한 저당권 설정 이후 수급인이 그 대지에 대하여 신축한 건물에 관한 공사대금을 피담보채권으로 하는 상사유치권을 행사할 수 없는 것으로 정리되고 있다[252].

유치권 긍정설은 저당권과 상사유치권의 이해관계 대립에 있어서 상사유치권만을 보호하는 견해인바, 저당권과 민사유치권과의 관계에서 살펴

252) 判決速報 土地の抵当權の設定後に建築された建物のためにその敷地である当該土地に對して商事留置權が成立する場合とその對抗の可否(消極)(大阪高決平23.6.7)(註251), 95면

본 바와 같은 이유로 타당하다고 할 수 없다. 부동산 배제설은 상사유치권의 성립배경을 근거로 내세우나, ① “물건 또는 유가증권”을 점유할 수 있다고 규정하고 있는 민법 제320조의 민사유치권의 해석상 물건에 부동산이 포함됨은 의문의 여지가 없는데 “채무자 소유의 물건 또는 유가증권”을 대상으로 하는 상사유치권에 대해서만 명문에 반하여 부동산을 제외된다고 해석할 수 없는 점[253], ② 과거와 달리 현재는 부동산도 동산처럼 상품으로 대량 거래 유통되고 있으므로 상사유치권의 성립에 있어 동산과 부동산을 달리 볼 필요가 없는 점[254]에 비추어 타당하지 않다.

점유 부정설은 상행위에 의한 점유를 제한하려는 견해(점유부정설 중 첫 번째 견해)와 점유 자체를 제한하려는 견해(점유부정설 중 두 번째 및 세 번째 견해)로 나눌 수 있는바, 상행위에 의한 점유를 부정하려는 견해는 별다른 이유 없이 유치권의 성립요건 중 하나인 “상행위로 인한 점유”를 상행위를 직접적인 원인으로 한 점유로 한정하여 목적물이 상품으로 교부된 경우에만 상사유치권을 인정한다는 점에서 타당하지 않다[255]. 건축공사의 성질상 당연히 건축 부지에 대한 점유가 필수적으로 수반될 수밖에 없다는 점에서 수급인의 건축공사를 위한 부지의 점유를 상행위로 인한 점유가 아니라고 볼 근거도 부족하다[256].

점유 자체를 제한하려는 견해는 물건의 사실상 지배만으로 인정되는 점유의 성질과 부합하지 않는 측면이 있다. 수급인의 점유를 공사시공을

---

253) 민사유치권과 상사유치권의 성립연혁에 차이가 있는 것은 사실이다. 민사유치권은 앞에서 살펴본 바와 같이 로마법상의 악의의 항변으로부터 유래하였으나 상사유치권은 16세기 이탈리아의 관습법에서 발달하여 온 것이라고 한다. 상인간의 거래에서 거래시마다 상대방에게 질권을 설정하는 것이 고객과의 거래상 좋지 않고 절차도 복잡하여 상호간의 채권채무관계가 끊임없이 변하기 때문에 개별적인 거래마다 질권을 설정하는 것이 현실적이지도 못하였는데 이러한 불편을 없애고 질권보다 더 담보력이 있는 제도로 고안된 것이 상인간의 유치권 제도인 것이다. 원상철, 민사유치권과 상사유치권의 비교검토, 법학연구 제13집, 원광대학교 법학연구소(1995), 145면. 그러나 이러한 연혁상 차이에도 불구하고 상사유치권의 대상을 민사유치권의 경우와 동일하게 물건으로 규정한 것은 부동산에 대해서도 상사유치권의 성립을 인정하겠다는 입법자의 결단으로 보아야 할 것이다.

254) 도두형(註241), 416면, 김영진(註241), 217면

255) 손종학(註241), 421면, 萩澤達彦(註241), 232면

256) 손종학(註241), 421-422면

위해 필요한 범위에 한정되는 특수한 점유로 보아 상사유치권의 성립요건이 되는 점유로 볼 수 없다는 견해는 민사유치권의 성립요건인 점유에 아무런 제한이 없고 점유의 취지, 목적, 점유를 취득하게 된 경위가 문제되지 않는다는 점과 상충되는 것이다. 그럼에도 상사유치권의 경우에만 점유의 권원을 고려하여 성립을 제한하는 것은 민사유치권보다 피담보채권의 범위가 넓은 상사유치권의 제한을 점유개념의 부정이라는 기교를 통해 달성하는 것으로 합리적인 근거가 없다. 수급인이 부지에 관해 도급인의 점유보조자에 불과하다는 견해는 점유보조관계가 민법 제195조에 의해 타인의 지시를 받아 물건에 대한 사실상의 지배를 하는 경우 성립하는데[257] 수급인의 점유가 도급인의 지시에 의한 점유라고 볼 수 없다는 점에서 부당하다. 고용과 달리 도급은 원칙적으로 수급인이 도급인으로부터 독립하여 채무를 이행하고[258], 우리 민법도 이러한 점을 반영하여 목적물의 하자가 도급인의 지시에 기인한 경우 민법 제669조에서 수급인의 하자담보책임에 대한 예외규정을 두고 있는 것이다.

결국 저당권과 민사유치권의 관계에서 살펴본 바와 같이 대항력 부정설이 타당하다. 다만 대법원은 저당권과 민사유치권의 관계에 있어서는 대항력 긍정설의 태도를 취하면서도 저당권과 상사유치권의 관계에 있어서는 대항력 부정설의 태도를 취하는데 그 근거를 유치의 목적물의 차이에서 찾고 있다. 즉 "상사유치권이 채무자 소유의 물건 또는 유가증권을 목적물로 하는 것은 상사유치권은 **그 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권**이라는 의미를 담고 있다"는 것이다. 성립연혁상 민사유치권이 형평에 의한 인도거절권이라면 상사유치권은 질권 대신 인정되는 담보물권이라고 할 수 있는바 대법원의 태도는 이러한 연혁상의 차이를 충실히 반영한 태도라고 할 것이다. 그러나 양자 모두 유치권 성립 이전에 설정된 저당권을 해한다는 측면에서는 동일하므로, 이러한 관점에서 저당권 이후 성립된 민사유치권 역시 매수인에게 인수되지 않는 것으로 해석함이 타당함은

257) 김용담 編, 주석 민법 물권법 1 제4판(註152), 298면
258) 박준서 編, 주석 민법 채권각칙 4 제3판(정종휴 집필부분), 한국사법행정학회(1999), 157면

앞에서 살펴본 바와 같다.

제4절 신의칙에 의한 유치권의 인수주의 제한

Ⅰ. 판례의 태도

신의칙의 적용[259]으로 유치권의 인수주의를 제한한 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결의 사실관계[260]는 다음과 같다.

① **한국산업은행은 수산물 냉동·냉장업 등을 영위하는 영환물산 주식회사에 대한 대출금채권을 담보하기 위하여 2003. 3. 31. 영환물산 소유의 부동산(가액 5,160,703,800원), 그 부지(가액 2,595,400,000원) 및 기계기구(598,260,000원)에 관하여 공장저당법에 의한 채권최고액 일본국법화 7억5천만엔으로 된 1순위 근저당권을 설정받았고**, 피고는 영환물산에 대한 다른 대출금채권을 담보하기 위하여 2004. 6. 7. 공장저당법에 의한 채권최고액 13억원으로 된 2순위 근저당권을 설정받았다.

② 피고는 2006년 12월경부터 2008년 1월경까지 사이에 영환물산에게 한도거래약정에 따라 약 7억3천만원을 대출하였고 그 담보로 영환물산으로부터 위 부동산에 냉동보관하는 영환물산 소유의 고등어·삼치·오징어 등 수산물을 양도담보로 제공받고 이에 관한 공정증서를 작성하였다.

③ **부산 사하구는 2008. 11. 6. 영환물산의 재산세 체납을 이유로 위 부동산의 부지를 압류**하였다.

④ 영환물산이 2008. 12. 19.부터 대출금채권에 대한 이자의 납부를, 같은 달 31일부터 대출금의 상환을 각 연체하자 한국산업은행이 1순위 근저당권에 기하여 담보권 실행을 위한 경매신청을 하여 2009. 4. 14. 부산

---

259) 신의칙이 적용된 대법원 판례는 대상판결 전에도 2010. 4. 15. 선고 2009다96953 판결이 있었다. 그러나 이는 권리남용금지 원칙을 적용하여 점유침탈에 의한 유치권의 소멸을 인정하지 않은 것으로 유치권의 제도적 특성과는 관련이 없다. 하급심 판결도 신의칙 위반을 가정적으로 적용한 경우가 있을 뿐이었다. 대전고등법원 2004. 1. 15. 선고 2002나5475 및 같은 법원 2004. 4. 8. 선고 2003나6444 판결 참조

260) 부산지방법원 2011. 2. 17. 선고 2010가합14226 판결 및 부산고등법원 2011. 9. 20. 선고 2011나2449 판결 참조

지방법원 2009타경16352호로 부동산에 대해 경매개시결정이 내려졌다. 그 후 한국산업은행은 2009. 11. 26. 원고에게 1순위 근저당권 및 그 피담보채권을 양도하였다.

⑤ 피고는 2008. 7. 15. 영환물산으로부터 송부받은 재고확인서를 토대로 양도담보로 제공받은 위 수산물에 대해 재고조사를 실시한 결과 양도담보 목적물인 수산물이 부족한 것을 발견하였고 2008. 7. 17. 영환물산 및 그 연대보증인인 영환물산 대표이사 소외 1에게 담보부족분에 대하여 해당 담보를 제공하거나 그에 상응하는 금액을 상환할 것을 요구하였다. 그러나 **영환물산은 2008년 11월 중순부터 피고에게 대출금에 대한 이자의 지급을 연체하였고 추가담보 또는 상환의 요구에도 응하지 않았다**.

⑥ 이에 피고는 양도담보로 제공받은 수산물의 보관 및 출고를 직접 관리한다는 명목으로 **2008. 12. 15. 영환물산과 사이**에 위 부동산의 일부에 관하여 "임대차기간 2년 보증금 없이 월 임료를 300만원으로 하되 임대차 개시일로부터 3개월간은 월 임료를 150만원으로 한다"는 내용의 **임대차계약을 체결**하였다. 그리고 **피고는 위 임대차계약 당일 자신의 직원인 소외 2를 파견하여 현재까지 소외 2를 통해 위 부동산을 점유**하고 있다.

이러한 사실관계 하에서 대법원은 유치권의 특성("시간이 빠르면 권리가 강하다."는 일반적 법원칙의 예외로 인정되는 점, 상사유치권의 경우 피담보채권의 보호가치라는 측면에서 보면 견련관계를 요구하는 민사유치권보다 그 인정범위가 현저하게 광범위한 점)을 언급하면서 "유치권제도와 관련하여 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의적으로 작출함으로써 앞서 본 유치권의 최우선순위담보권으로서의 부당하게 이용하고 전체 담보권질서에 관한 법의 구상을 왜곡할 위험이 내재한다. 이러한 위험에 대처하여, 개별 사안의 구체적인 사정을 종합적으로 고려할 때 신의성실의 원칙에 반한다고 평가되는 유치권제도 남용의 유치권 행사는 이를 허용하여서는 안 될 것이다. 특히 **채무자가 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면**

자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 **이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서** 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정적 지위에 있는 **채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하게 됨으로써 유치권이 성립**하였다면, 유치권자가 그 유치권을 저당권자 등에 대하여 주장하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 **신의칙에 반하는 권리행사 또는 권리남용으로서 허용되지 아니한다**."라고 판시하고, 피고의 상사유치권 행사가 신의칙에 반한다는 원심의 판단[261]을 유지하였다[262].

Ⅱ. 검토

1. 결론의 정당성

유치권은 법정담보물권으로 당사자의 의사와 상관없이 성립하나 실질적으로 최우선 담보권으로서 기능하기 때문에 거래당사자가 자신의 이익을 위해 유치권을 고의로 작출하여 담보제도를 왜곡할 위험이 존재한다. 뿐

---

261) 원심은 ① 영환물산이 피고에 대하여 이미 2008. 11. 중순경부터 대출금의 이자 납부를 연체하고 있었고, 부산 사하구가 2008. 11. 6. 영환물산의 재산세 체납을 이유로 부동산의 부지를 압류하기까지 하였으므로 피고가 임대차계약 체결 당시 1순위 저당권자인 한국산업은행이 곧 담보목적물에 관하여 경매신청을 하리라는 사정을 충분히 인식하고 있었을 것이라는 점, ② 금융기관인 피고는 1순위 근저당권의 피담보채권이 부동산의 감정가액을 초과할 뿐만 아니라 담보목적물 전체의 감정가액에 근접한다는 사실을 알거나 알 수 있었던 것으로 보이는 점, ③ 피고가 체결한 임대차계약이 통상적인 임대차계약에 비하여 임대료가 지나치게 낮게 정해진 것으로 보이는 점, ④ 피고는 영환물산으로부터 취득한 양도담보물인 수산물을 보관하다가 모두 처분한 이후 부동산을 비워두고 있는 상태로 피고의 영업에 별다른 필요가 없는 것으로 보이는 점 등을 종합하여 피고의 상사유치권 행사가 신의칙에 반한다고 판시하였다.

262) 다만 앞에서 본 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결이 설시한 법리에 의하면, 사안에서 1순위 저당권이 상사유치권이 성립하기 전인 2003. 3. 31. 설정되었기 때문에 피고는 상사유치권보다 선순위인 저당권에 대항할 수 없어서, 신의칙을 적용하지 않고도 동일한 결론이 도출된다.

만 아니라 앞에서 본 바와 같이 유치권은 점유에 의해 공시되어 공시가 불안정하고 선순위 담보물권의 이익을 사실상 침해하는 특수성이 있어 권리의 성질상 제한할 필요성이 있다. 따라서 적어도 대상판례가 언급하고 있는 "채무자가 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면 자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정적 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하게" 한 특수한 경우에는 법의 일반원칙인 신의칙을 적용하여 상사유치권 행사를 부정하고 저당권자의 이익을 보호하는 것이 타당하다 할 것이다. 다만 앞에서 본 바와 같이 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다57350 판결이 저당권 이후 성립한 상사유치권의 인수를 제한하는 법리를 판시하였기 때문에, 신의칙에 의한 유치권의 제한은 실질적으로 민사유치권에서 의미를 가질 수 있을 것이다.

2. 저당권의 침해와 유치권의 불법점유

가. 목적물의 점유·사용에 대한 저당권의 방해배제청구권

저당권은 목적물의 교환가치로부터 우선변제를 받는 것을 목적으로 하므로, 목적물의 사용·수익권은 저당권설정자에게 귀속된다. 즉 저당권은 저당목적물의 교환가치만을 지배하므로 저당권설정자는 목적물을 통상의 용법에 맞게 사용·수익할 수 있으며, 그로 인해 교환가치라 감소한다고 하더라도 저당권자는 이를 수인하는 것이 원칙[263]이었다. 그러나 목적물

263) 송덕수, 물권법 제2판(註47), 510-511면, 이홍구, 점유에 의한 저당권 침해와 저당권에 기한 방해배제청구 - 대상판결 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다3243판결[건물명도]-, 판례연구 제17집, 부산판례연구회(2006), 104-105면, 김미경, 저당권에 기한 방해배제청구, 재판과 판례 제15집, 대구판례연구회(2007), 345면, 이준현, '저당권에 기한 방해배제청구'(민법 제370조에 의한 제214조의 준용)의 입법적 구체화 검토, 민사법학

의 사용·수익과 목적물의 교환가치는 완전히 분리되는 개념이라고 할 수 없다는 점, 사용·수익권능에 대한 평가는 교환가치를 결정하는 기준이 될 뿐만 아니라 사용·수익에 의한 목적물의 변동이 교환가치에도 영향을 미치게 되는 점을 바탕으로 저당권자 역시 목적물의 사용·수익에 영향을 끼칠 수 있다는 견해[264]가 늘어나고 있다. 이러한 추세는 저당권에 기한 방해배제청구권의 확대적용의 논의와 연결되게 된다.

저당권자는 저당권을 방해하는 자에 대하여 방해의 제거를 청구할 수 있는바, 방해배제청구권의 상대방은 저당권설정자를 포함한 모든 제3자이고 방해자의 고의, 과실은 요하지 않는다. 또한 여기에서의 방해란 위법하고 현재에도 지속되고 있는 침해를 의미[265]하는데, 저당권의 침해 및 방해의 범위에 대해 종래는 점유 또는 사용·수익의 정상성만을 객관적으로 보아 판단하였다[266]. 그런데 최근 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다3243 판결은 "저당부동산에 대한 점유가 **저당부동산의 본래의 용법에 따른 사용·수익의 범위를 초과하여 그 교환가치를 감소**시키거나, **점유자에게 저당권의 실현을 방해하기 위하여 점유를 개시**하였다는 점이 인정되는 등, **그 점유로 인하여 정상적인 점유가 있는 경우의 경락가격과 비교하여 그 가격이 하락하거나 경매절차가 진행되지 않는 등 저당권의 실현이 곤란하게 될 사정이 있는 경우**에는 저당권의 침해가 인정될 수 있을 것이다."라고 판시[267]하였고, 대법원 2006. 1. 27.

제46호, 한국민사법학회(2009), 383면. 저당권의 본질론은 김병두, 저당권에 기한 방해배제청구권, 민사법학 제47호, 한국민사법학회(2009), 318-321면, 325-328면, 340-342면, 351-353면, 横田敏史, 抵当權の本質をめぐる価値權說と換価權說の關係について, 法學政治學論究 第88号(2011), 11-18면 참조

264) 이홍구(註263), 108-112면, 김병두(註263), 352-353면, 양창수, 담보에 관한 새로운 일반이론의 방향, 민사판례연구 제26권, 박영사(2004), 601-602면, 608면, 이인규, 경매절차에 있어서 점유자의 소유권 주장과 저당권에 근거한 방해배제청구권, 대법원판례해설 제54호, 법원도서관(2005), 94-95면, 김재형, 저당권에 기한 방해배제청구권의 인정범위 -독일민법과의 비교를 중심으로-, 민법론 3, 박영사(2007), 164-166면

265) 대법원 2003. 3. 28. 선고 2003다5917 판결, 이승우, 저당권침해와 방해배제청구권, 민사법연구 제16집, 대한민사법학회(2008), 165면

266) 이홍구(註263), 106-107면, 이준현, '저당권에 기한 방해배제청구'(민법 제370조에 의한 제214조의 준용)의 입법적 구체화 검토(註263), 383면, 이인규(註264), 93면

267) 저당권에 기한 경매절차에서 등기부상 소유자가 아닌 점유자가 소유권을 주장하자 경매법원이 낙찰불허가결정을 내렸고 그 후 경매절차가 진행되지 않자 저당권자가 점유자에게 방해배제청구권에 기한 퇴거를 청구한 사안에서 대법원은 "경매법원이 목적

선고 2003다58454 판결은 “저당권자는 저당권 설정 이후 환가에 이르기까지 저당물의 교환가치에 대한 지배권능을 보유하고 있으므로 저당목적물의 소유자 또는 제3자가 저당목적물을 물리적으로 멸실·훼손하는 경우는 물론 그 밖의 행위로 **저당부동산의 교환가치가 하락할 우려가 있는 등 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 방해되는 결과**가 발생한다면 **저당권자는 방해배제청구권을 행사**하여 방해행위의 제거를 청구할 수 있다.”고 판시[268][269]하였다. 또한 대법원 2007. 10. 25. 선고 2007다47896

물의 낙찰불허가결정을 한 것은 목적물의 소유관계와 그에 기초한 원고의 저당권의 효력에 관한 법률관계를 명확하게 한 이후 경매를 진행하겠다는 경매법원의 판단에 의한 것이지 피고의 소유권 주장으로 인한 것이라고 볼 수 없고, 기록상 그 밖에 피고의 점유가 목적물의 점유로서는 적정하지 않았다거나, 경매절차의 진행이나 경락을 곤란하게 하여 그로 인하여 정상적인 경락가격보다 교환가치를 하락시켜 원고의 저당권을 침해하고 있다고 볼 사정”이 없다는 이유로 원고의 청구를 기각하였다.

268) 대법원은 구체적으로 “① 대지의 소유자가 **나대지 상태에서 저당권을 설정한 다음 대지상에 건물을 신축**하기 시작하였으나 ② **피담보채무를 변제하지 못함으로써 저당권이 실행에 이르렀거나 실행이 예상되는 상황**인데도 ③ 소유자 또는 제3자가 **신축공사를 계속**한다면, 신축건물을 위한 법정지상권이 성립하지 않는다고 할지라도 경매절차에 의한 매수인으로서는 신축건물의 소유자로 하여금 이를 철거하게 하고 대지를 인도받기까지 별도의 비용과 시간을 들여야 하므로, 저당목적 대지상에 건물신축공사가 진행되고 있다면 **이는 경매절차에서 매수희망자를 감소시키거나 매각가격을 저감시켜 결국 저당권자가 지배하는 교환가치의 실현을 방해하거나 방해할 염려가 있는 사정에 해당한다**.”라고 판시하면서, 사안의 경우 피고 조합의 공사는 원고의 저당권을 침해하는 행위라고 판단하여 그 공사의 중지를 구하는 청구를 인용하였다.

269) 우리나라의 경우 특히 위 2003다58454 판결의 결론에 대하여 이를 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 대립한다. 긍정하는 견해로는 이홍구(註263), 119면, 김미경(註263), 368-371면, 김재형, 저당권에 기한 방해배제청구권의 인정범위 -독일민법과의 비교를 중심으로-(註264), 167-171면, 민유숙, 저당권에 기한 방해배제청구로서 저당목적토지상의 건물건축행위를 중지시킬 수 있는지 여부, 판례실무연구 8, 비교법실무연구회(2006), 342면, 윤진수, 2006년도 주요 민법 관련 판례회고, 서울대법학 제48권, 서울대학교 법학연구소(2007), 410-414면, 민사판례연구회, 2000년대 민사판례의 경향과 흐름, 박영사(2012), 488면. 부정하는 견해로는 양창수, 토지저당권에 기한 방해배제와 건물신축행위의 중지청구, 법률신문 3479호(2006년 8월 7일자) 15면, 이준현, 저당권에 기한 방해배제청구권, 재산법연구 제24권 제2호, 한국재산법학회(2007), 80-95면. 오현규, 저당권에 기한 방해배제청구권과 건물신축행위의 중지청구, 민사판례연구 제27권, 박영사(2007), 555-556면은 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 방해되는 결과 내지 교환가치의 실현을 방해하거나 방해할 염려가 있는 사정만으로 건물신축행위 중지청구를 인정할 수 있다는 판례의 일반이론에는 반대하나, 구체적인 사안에서 경매방해목적을 인정할 수 있으므로 판례의 결론 자체는 정당하다고 본다. 다만 유치권의 성립과 관련된 불법점유는 점유이전으로 인한 저당권 침해 사안에 해당할 뿐만 아니라 건물신축에 의해 토지에 민사유치권이 성립할 수도 없으므로, 이러한 견해의 대립은 이후 전개될 논의와 직접적인 관련은 없다고 할 수 있다.

판결은 “저당권은 저당권자가 채무 담보로 제공된 부동산에 대하여 점유를 이전받지 않고 다른 채권자보다 자기 채권의 우선변제를 받는 것을 본질적 내용으로 하는 담보물권이므로, 담보로 제공된 부동산 소유자로부터 점유권원을 설정받은 제3자가 통상의 용법에 따라 부동산을 사용·수익하는 한 저당권을 침해한다고 볼 수 없다.”는 원칙론을 설시한 후 예외적으로 “**점유권원을 설정받은 제3자의 점유가 저당권의 실현을 방해하기 위한 것**이고, 그 점유에 의해서 저당권자의 교환가치의 실현 또는 우선변제청구권의 행사와 같은 **저당권의 실현을 방해**하는 특별한 사정이 있는 경우에는 저당권의 침해로 인정될 수 있을 것”이라고 판시[270][271]하였다.

점유로 인한 저당권 침해사안의 경우 위 2005다3243 판결은 불법점유와 권원에 의한 점유를 명시적으로 구분하지 아니하고 본래 용법에 따른 사용·수익의 범위를 초과한 교환가치의 감소 또는 경매절차 진행의 방해목적을 저당권에 기한 방해배제청구권의 행사요건으로 판시하였는데, 이에

---

270) 이 판례의 사실관계는 다음과 같다. B는 2003. 7. 8. 동생인 C의 명의로 이 사건 각 대지를 매수하였다. C의 처인 피고는 B에게 이 사건 각 대지에 건물을 신축하여 식당을 운영할 수 있게 해 달라고 하여 승낙을 얻은 다음 이 사건 각 대지의 수증예정자인 B의 아들 A와 2003. 8. 27. 보증금 1,000만원, 월차임 500만원인 임대차계약을 체결하였다. B는 2003. 9. 16. 이 사건 각 대지의 매도인과 새로운 매매계약을 체결하는 방식으로 매수인의 명의를 C에서 A로 변경하였다. 2003. 9. 18. B는 D명의로 원고인 은행으로부터 변제기를 2005. 9. 18.로 하여 9억 원을 대출받아 이 사건 각 대지에 대한 매매대금을 모두 지급한 후 같은 날 A명의로 소유권이전등기를 마쳤다. 그리고 같은 날 이 사건 각 대지에 채무자를 D, 근저당권자를 원고, 채권최고액을 10억 8,000만원으로 하는 근저당권설정등기가 이루어졌다. 근저당권설정등기를 하면서 A와 D는 이 사건 각 대지에 건물을 신축할 경우에는 원고의 사전 동의를 받고, 건물이 완공되면 공동담보로 제공하겠다고 약정하였다. 한편 피고는 2003. 10. 20.부터 이 사건 각 대지 중 일부에 건물을 신축하기 시작하여 **2003. 12. 15. 완공하였다**. 그 후 대출금 채무의 상환이 계속 연체되자 원고는 각 대지에 대해 근저당권 실행을 위한 경매를 신청하는 한편 근저당권의 침해를 이유로 피고가 신축한 건물의 철거를 구하였다. 이준현, ‘저당권에 기한 방해배제청구’(민법 제370조에 의한 제214조의 준용)의 입법적 구체화 검토(註263), 360면

271) 그러나 결론에 있어 대법원은 피고가 B로부터 이 사건 대지에 대한 점유권원을 설정받은 시기와 경위, 원고의 경매신청시기, 피고가 위 확약서의 존재를 알았다고 볼 만한 뚜렷한 사정이 없다는 점 등을 근거로 “피고가 원고의 근저당권의 실현을 방해하기 위하여 이 사건 각 대지 중 일부에 이 사건 건물을 신축하여 점유한 것이라고 단정하기는 어렵다고 할 것이므로, 위와 같은 피고의 점유를 저당권 침해에 해당하는 것으로 평가할 수는 없다.”라고 판시하여 원고의 청구를 기각하였다.

대하여 불법점유와 권원에 의한 점유를 구분하지 않는 견해[272]과 불법점유에 대해서는 경매절차 진행의 방해목적이 불필요하다고 보는 견해[273]가 대립한다. 또한 대법원은 점유로 인한 방해배제청구권 행사의 시기에 대해서 특별한 언급이 없는바, 점유자에 대한 방해배제청구권을 행사하기 위해서는 경매신청을 하였거나 최소한 피담보채권의 변제기가 지났을 것을 요건으로 한다는 견해와 우리 민법이 저당권에 기한 방해배제청구권을 특별히 피담보채권의 변제기 이후로 제한하지 않고 있다는 점에서 저당권 설정 후 경매신청 전 사이의 기간에도 방해배제청구권을 행사할 수 있다고 보는 견해[274] 등이 있다.

저당권의 방해배제청구권에 대한 명문의 규정이 없는 일본에서도 우리나라와 유사한 논의가 전개되었다. 이에 대한 최고재판소 판례의 흐름을 살펴보면 우선 최고재판소 1991(平成3). 3. 22.(平元(オ)1209号) 판결은 "저당권은 설정자가 점유를 이전하지 않고 채권의 담보에 제공한 부동산에 있어 타 채권자에 우선하여 자기의 채권의 변제를 받는 담보권으로,

---

272) 이인규(註264), 100면

273) 이홍구(註263), 116-117면. 이 견해는 위 2005다3243 판결이 후술할 최고재판소 1999(平成11). 11. 24.(平8(オ)1697号) 판결 및 최고재판소 2005(平成17). 3. 10.(平13(オ)656号·平13(受)645号) 판결이 취한 견해를 대부분 수용하였다고 보고, 위 2005다3243 판결은 불법점유와 관련된 사안임에도 "경매절차를 방해할 목적이 인정될 것"이라는 요건을 추가적으로 판시하고 있으나 위 최고재판소 판결과 의미를 달리하는 것으로 보이지 않는다고 주장한다. 더 나아가 이 견해는 판례의 결론에 대해서도 "대상판결은 위와 같은 피고의 점유가 주택의 점유로서 통상의 용법에 비추어 적정하지 않다고 볼 사정이 없으므로 통상의 점유에 비하여 교환가치의 하락이 없다는 점을 전제로 하고 있는 듯하나, 위와 같이 불법점유를 하면서 소유권을 주장하기도 하는 사정하에서는 매수인으로서는 정상적인 경우에 비하여 매수자체를 주저할 수밖에 없으므로 정상적인 경매가격에 비하여 교환가치가 하락되거나 그러한 우려가 있다고 볼 수 있고, 더구나 소유권을 주장하는 피고의 점유에 의하여 이 사건 경매절차도 중단되고 있다. … 한편 앞에서 살펴본 것처럼 불법점유의 경우 그 점유자체가 저당부동산을 사용·수익할 권한이 있는 소유자로부터 기인한 것이 아니어서 저당권자에 비하여 특별히 보호되어야 할 점유라고 볼 수 없으므로 이와 같은 경우 저당권침해로 인정되기 위하여 반드시 점유자에게 경매방해의 목적이 요구된다든지 그 점유의 동기나 태양이 악의적인 것이어야 한다고 할 것은 아니다."라고 주장하여 판례의 결론에 반대한다. 이홍구(註263), 121-124면. 이준현, '저당권에 기한 방해배제청구'(민법 제370조에 의한 제214조의 준용)의 입법적 구체화 검토(註263), 388면도 저당목적물에 대한 점유의 불법 여부에 따라 달리 보는 것에 긍정적이다.

274) 이홍구(註263), 114면, 上北正人, 抵当不動産の所有者から占有權限の設定を受けた占有者に對する抵当權者の抵当權に基づく妨害排除請求:最一小判平成一七年三月一〇日民集五九卷二号三五六頁, 神奈川法學 第38卷 第2·3号(2006), 239면

저당부동산을 점유하는 권원을 포함하는 것이 아니고, 저당부동산의 점유는 그 소유자에게 맡겨져 있다. 그리고 그 소유자가 스스로 점유 또는 제3자에게 임대하는 등 저당부동산을 점유하고 있는 경우뿐만 아니라, 제3자가 어떠한 권한 없이 저당부동산을 점유하고 있는 경우에 있어서도, 저당권자는, 저당부동산의 점유관계에 대해 간섭할 수 있는 여지가 없고, 제3자가 저당부동산을 권원에 의해 점유 또는 불법적으로 점유하고 있다는 것만으로는, 저당권이 침해되는 것은 아니다."라고 판시하여 저당권의 가치권성에 충실한 견해를 취하였다. 그러나 이러한 최고재판소의 판시는 버블 경제의 붕괴 후 일본 구민법 제395조[275]의 단기임대차 제도의 악용 등이 사회적 문제가 된 상황[276]을 고려하지 않은 판결이었기 때문에 많은 비판[277]을 받았다. 이러한 학설상의 비판을 받아들여 최고재판소 1999(平成11). 11. 24.(平8(オ)1697号) 판결은 위 1991(平成3). 3. 22. 판결을 파기하고 최초로 부동산의 불법점유에 의한 집행방해에 대한 실체법상의 구제를 긍정하였다. 즉 최고재판소는 "그러나 제3자가 저당부동산을 불법점유함으로써 경매절차의 진행이 방해되고, 적정한 가격보다 매각가격이 하락할 우려가 있는 등, 저당부동산의 교환가치의 실현이 방해되어 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 곤란한 상태라면, 이는 저당권자에 대한 침해라고 평가된다. 그래서 저당부동산의 소유자는 저당권에 대한 침해가 발생하지 않도록 저당부동산을 적절히 유지관리해야 한다. 따라서 저당권의 효력으로서, 저당권자는 저당부동산의 소유자에 대해, 그가 갖는 권리를 적절히 행사하는 등, 저당부동산을 적절히 유지 또는 보존할 것을 구하는 청구권을 갖는다. 그렇다면 저당권자는, 이러한

275) 구민법 제395조(단기임대차의 보호)(2003년 개정 전)
제602조에 정한 기간을 넘지 않는 임대차는 저당권의 등기 후 등기한 것이라고 하더라도 이것으로 저당권자에게 대항할 수 있다. 단 그 임대차가 저당권자에게 손해를 끼치는 경우 재판소는 저당권자의 청구에 의해 그 해제를 명할 수 있다.

276) 판결의 배경이 된 사회적 상황에 대해서는 이준현, 저당권에 기한 방해배제청구권(註269), 69-71면 참조. 1998년 제120회 나오키상을 수상한 미야베 미유키의 소설 "이유"도 이러한 사회적 배경을 바탕으로 한 소설이다.

277) 배성호, 저당권에 기한 방해배제청구의 허용범위 -일본에서의 학설과 판례를 참조하여-, 민사법학 제28호, 한국민사법학회(2005), 82-84면, 94-101면, 太矢一彦, 抵当權に基づく妨害排除請求における「抵当權侵害」の概念, 東洋法學 50卷 1·2号(2007), 31-33면

청구권을 보존할 필요가 있는 때에는 민법 제423조의 법의에 따라, 소유자의 불법점유자에 대한 방해배제청구권을 대위행사할 수 있다고 해석하는 것이 상당하다. 또한 제3자가 저당부동산을 **불법점유**하는 것에 의해 저당부동산의 교환가치의 실현이 방해되어 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 곤란한 상태에 있는 때에는, 저당권에 기한 방해배제청구로써, 저당권자가 위 상태의 배제를 청구하는 것도 허용된다고 하여야 할 것이다."라고 판시하였다. 또한 최고재판소 2005(平成17). 3. 10.(平13(オ)656号·平13(受)645号) 판결은 더 나아가 "저당권설정등기 후에 **저당부동산의 소유자로부터 점유권원의 설정을 받아 이것을 점유**하는 자에 대해서도, **그 점유권원의 설정에 저당권의 실행으로써의 경매절차를 방해할 목적**[278]**이 인정**되고, 그 점유에 의해 저당부동산의 교환가치의 실현이 방해되어 저당권자의 우선변제청구권의 행사가 곤란해지는 상태가 있는 경우, 저당권자는 당해점유자에 대해, 저당권에 기한 방해배제청구로, 위 상태의 배제를 구할 수 있다고 하여야 한다. 왜냐하면, 저당부동산의 소유자는 저당부동산을 사용 또는 수익함에 있어, 저당부동산을 적절히 유지관리할 것이 예정되어, 저당권의 실행으로써의 경매절차를 방해하는 점유권원을 설정하는 것은 허용되지 않기 때문이다."라고 판시[279]하여

278) 일본 최고재판소는 소유자로부터 점유권을 설정받아 점유하는 사람에 대해서도 방해배제청구를 할 수 있다고 보아 그 대상을 확대하면서 불법점유의 경우와는 다르게 "경매절차를 방해할 목적"을 요구하고 있다. 이에 대해서는 이러한 주관적 요건이 저당부동산에 대한 소유자의 사용수익권과 가치실현방해목적점유를 배제하려는 저당권자의 권리와의 조정을 의식한 것으로 보거나, 2003년 개정에 의해 단기임대차제도가 폐지되어 정당한 단기임대차의 임차인과 사해적 단기임대차에 의한 임차인이 동일하게 취급되게 된 현 상황에 비추어 사해적 점유권한의 설정을 배제할 새로운 기준으로 주관적 요건을 설정한 것으로 이해할 수 있다고 보아 긍정적인 평가를 내리는 견해가 있는 반면, 저당권침해는 오로지 환가권이나 우선변제권의 실현방해로부터 발생하는 것인 이상 교환가치의 실현의 방해와 우선변제권 실행의 곤란의 요건으로 충분하고 저당권자가 입증하기 어려운 집행방해목적의 요건은 불필요하다고 보는 견해도 있다. 上北正人(註274), 232-235면

279) 이 판례의 사실관계는 다음과 같다. 1989년 7월 5일 X는 A와의 사이에서 A 소유토지에 호텔을 건축하는 도급계약을 체결하였다. 1991년 4월 30일 X가 건물의 건축을 완성하였으나 A는 공사대금의 대부분을 지급하지 않아, X는 건물의 인도를 유보하였다. 1992년 4월경 A는 X와의 사이에서, 공사대금을 17억2906만엔인 것을 확인하고, 공사대금을 분할하여 납부하는 한편 이 공사대금을 담보하기 위하여 위 건물 및 그 부지에 대해 X를 권리자로 하여 저당권 및 저당권 실행을 위한 경매 신청을 정지조건으로 하는 정지조건부 임차권을 설정하고 위 건물을 임대할 때는 X의 승낙을 받

저당권설정자로부터 점유권원을 설정받은 점유자에 대해 저당권에 기한 방해배제청구를 할 수 있다고 보았다.

나. 저당권의 침해에 의한 불법점유의 인정 가능성

그렇다면 대상판례가 언급하고 있는 경우와 같이 "채무자가 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면 자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정적 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래(사안의 경우 체결된 임대차계약은 보증금 없이 월 임료 300만원에 체결되어 통상적인 임대차계약에 비해 지나치게 낮게 설정되었고 위 임대차계약 체결 이후 수산물을 이 사건 유치목적물에 보관하다가 처분한 이후에는 이 사건 유치물이 비어있는 상태로서 유치권을 주장하는 것 외에 피고의 영업에 별다른 필요가 없음)를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하게" 한 경우 저당권의 침해를 이유로 방해배제청구권을 인정할 수 있을 것인가? 대법원 판례를 종합하면 소유자로부터 점유권원을 설정받은 제3자의 점유를 방해배제청구권으로 배제하기 위해

도록 합의하였다. A는 위 합의에 기하여 저당권설정등기 및 정지조건부임차권설정가등기를 행하였고 X는 위 건물을 인도하였다. 그런데 A는 위 합의를 위반하여 공사대금을 변제하지 않았을 뿐만 아니라, 1992년 12월 18일 X의 승낙을 얻지 않고 B와 임료 월500만엔, 기간 5년, 보증금을 5000만엔으로 한 임대차계약을 체결하였고, 1993년 3월 위 보증금을 1억엔으로 증액하였다. 1993년 4월 1일 B는 X의 승낙을 얻지 않고 Y에게 임료 월100만엔, 기간 5년, 보증금 1억엔으로 한 전대차계약을 체결하고 위 건물을 전대하였다. 이때 Y와 B의 대표이사는 동일인이었고, A의 대표이사는 1994년부터 1996년까지 Y의 이사직에 있었던 자이다. X는 1998년 7월 6일 위 건물 및 대지에 대해 저당권의 실행으로서 부동산 경매를 신청하였는데 위 건물의 최저경매가액은 2000년 2월 23일 6억4039만엔이었으나 10월 16일 4억8029만엔으로 하락하였고, 매각될 가능성이 희박하였다. 이러한 상황에서 A의 대표이사는 X에게 위 건물의 부지에 설정된 저당권을 100만엔의 지급과 상환으로 포기하도록 요구하였다. 이에 X는 저당권에 기한 방해배제청구로 위 건물의 인도 및 임료상당액의 손해배상청구를 하였다. 上北正人(註274), 219-220면

서는 위 2007다47896 판결에서 설시한 바와 같이 ① 저당권 실현의 방해목적이 있어야 하고[280] ② 실제 저당권의 실현이 방해되어야 한다. ③ 방해배제청구권의 행사가능시기에 대해서는 견해가 대립한다. 그런데 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박하였음에도 불구하고 저당권이 설정된 후 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하여 매수인에게 인수되는 유치권을 성립시켰다면, 이러한 점유는 정상적인 점유라고 할 수 없을 뿐만 아니라 피담보채무만큼 매각가격을 저감시켜 교환가치의 실현을 방해하였다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 구체적인 거래행위의 내용을 들여다보면 대상판결에 있어 유치권자의 점유는 가장임차인의 점유에 유사하다고 할 것이므로 유치권자에게 경매방해의 목적이 인정될 수 있다고 할 것[281]이고, 행사가능시기에 대해 어떠한 견해를 취하더라도 유치권자가 점유를 이전받은 2008년 12월 15일에는 그 요건을 충족되었다고 볼 수 있다. 따라서 대상판례와 같은 사안은 방해배제청구권의 행사대상이 된다고 할 것이다.

그런데 앞에서 살펴본 바와 같이 불법점유는 민법 제750조의 불법행위와 동일한 의미로 해석하는 것이 일반적인 견해로 위법성 및 고의, 과실을 필요로 하는바 저당권의 방해배제청구권의 대상이 되는 점유는 저당권을 침해하는 점유로 위법하다고 할 수 있고 대상판례가 언급하는 예외적인 상황인 "채무자가 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면 자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정적 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에

280) 앞에서 살펴본 바와 같이 불법점유에 대한 저당권에 기한 방해배제청구권의 요건에 있어 경매방해목적이 필요한지에 대해서는 학설이 대립하나, 권원에 의한 점유에 대한 방해배제청구에 경매방해목적이 필요하다는 점에 대해서는 우리나라에서 큰 이설이 없는 것으로 보인다.

281) 이인규(註264), 97면

기하여 목적물을 점유하게” 된 경우에는 점유자의 고의도 인정될 수 있다고 할 것이어서, 민법 제320조 제2항의 불법점유로 볼 수 있다. 실제로 대법원은 2008. 1. 17. 선고 2006다586 판결에서 위 2005다3243 판결의 법리를 설시하면서 “지목이 ‘전’인 토지에 도로를 개설하여 일반 공중에게 제공하는 피고들의 위와 같은 행위는 사회통념에 비추어 토지의 본래의 용법에 따른 정상적인 사용·수익행위라고 볼 수는 없으므로, 피고들의 위와 같은 행위는 이 사건 제1토지의 훼손으로 그 교환가치를 감소시켜 원고의 저당권을 침해하는 위법한 행위로서 원고에 대한 관계에서 공동불법행위를 구성한다고 할 것이다.”라고 판시하여, 저당목적물의 점유자에게 불법행위책임을 인정하기도 하였다.

결국 판례의 태도와 같이 저당권과 민사유치권의 일반적인 관계에 있어 대항력 긍정설을 따르더라도, 대상판결의 사안과 같이 저당권 실행이 임박한 상황에서 의도적으로 유치권을 성립시키는 등 경매방해목적에 의해 정상적인 사용·수익 행위로 볼 수 없는 점유취득의 경우에는 민법 제320조 제2항을 적용하여 그러한 점유취득에 기한 유치권의 성립 자체를 부정함이 타당[282]하다고 생각한다.

282) 김미경(註263), 350면은 유치권에 기한 저당권 침해의 가능성을 시사하고 있고, 안창환(註205), 78-80면은 더 나아가 저당권설정 이후 성립한 유치권의 효력을 어떻게 볼 것인가라는 논의와 저당권 침해에 의한 방해배제청구권의 논의는 결국 저당목적물의 본질적 교환가치를 어느 정도까지 보호해야 하는가에 대한 동일한 문제라고 보면서 ① 건물의 건축주가 신축건물을 인도받은 후 당해 건물을 저당물로 제공하여 자금을 차용한 뒤에 위 수급인으로 하여금 당해 건물을 점유하게 하거나, ② 저당권이 설정된 건물의 건축주가 제3자와 공모하여 당해 건물에 대한 경매절차의 원활한 진행을 방해할 목적으로 제3자로 하여금 당해 건물을 점유하고, 필요비나 유익비 등을 지출하게 하는 경우 해당 점유를 불법행위로 보아 저당권에 기한 방해배제를 구하거나 유치권의 성립을 부정할 수 있다고 한다.

제6장 유치권자의 지위에 대한 구체적인 고찰

제1절 유치권이 인수되는 경우 유치권자의 지위

Ⅰ. 서설

유치권이 매수인에게 인수되는 경우 매수인의 지위에 대해 우리 민사집행법은 제91조 제5항에서 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.”고 규정한다. 일본 민사집행법 제59조 제4항 역시 “부동산 위에 존재하는 유치권 … 에 대해서 매수인은 이것에 의해 담보되는 채권을 변제할 책임이 있다.”고 규정하여 우리나라 민사집행법과 유사한 내용이다. 이때 “채권을 변제할 책임”이 구체적으로 무엇을 의미하는지 우리나라와 일본에서 견해가 대립한다.

Ⅱ. 학설의 대립

1. 물적책임설

유치권이 매수인에게 인수되는 경우 매수인은 압류채무자의 채무를 인수하는 것이 아니라 목적물에 존재하는 유치권의 부담을 승계하는 것에 불과하다는 견해[283]이다. 이 견해는 ① 유치권자의 보호는 유치권자에게 소극적인 유치적 효력을 부여하는 것으로 충분하다는 점, ② 매수인이 피담보채무를 인수하게 되면 유치권자가 매수인의 일반재산에 대해서도 집행이 가능하게 되어 피담보채권의 채권액이 유치물의 가액보다 많은 때에는 매수인은 유치물을 사용하지 못하는 것 이상의 손해를 입게 되어

283) 林良平 編(註48), 38-39면, 이시윤(註80), 268면, 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(註108), 322-324면, 서기석, 유치권자의 경락인에 대한 피담보채권의 변제청구권의 유무, 대법원판례해설 제26호, 법원도서관(1997), 96-97면, 장건, 유치권자의 경락인에 대한 피담보채권의 변제청구권의 유무, 부동산학보 제58집, 한국부동산학회(2014), 191면

부당하다는 점, ③ 채무자 아닌 자가 절차법의 규정에 의해 직접 채무를 부담하게 되는 것은 부당하다는 점, ④ 채무가 매수인에게 이전된다고 하면 본래의 채무자는 채권자에게 전혀 이행을 할 수 없게 된다는 점, ⑤ 민사집행법 제91조 제5항이 "변제하여야 한다"라거나 "변제할 의무가 있다"라고 하지 않고 "변제할 책임이 있다"라고 규정한 것은 채권을 변제하지 않으면 유치물을 수취하지 못한다는 뜻으로 해석하여야 한다는 점을 근거로 한다.

2. 인적책임설

매수인이 단순히 유치권자의 유치권능에 대항할 수 없다는 소극적 부담에서 더 나아가 매수인에게 피담보채무를 인수하게 된다는 견해이다. 이 견해는 다시 매수인에게 피담보채무가 승계되고 집행채무자는 면책된다는 견해, 매수인이 집행채무자와 병존적으로 피담보채무를 부담하고 양자는 연대채무관계에 서게 된다는 견해[284]와 채권자의 의사를 무시하여 채무자를 면책시킬 수는 없으므로 유치권자, 채무자, 매수인의 3자간의 관계는 마치 채무자와 매수인 사이에 면책적 채무인수계약이 체결된 것과 같이 보아야 한다는 견해[285]로 나눌 수 있다.

그 근거로는 ① 유치권에 대하여 민사집행법이 소제주의를 취한다면 채무자는 경매에 의하여 부동산의 소유권을 상실하는 때에는 당연히 채무를 면할 것인데도 우연히 인수주의가 채택된 결과 소유권 상실에도 불구하고 채무가 여전히 존속한다고 본다면 채무자에게 가혹한 점, ② 최저경매가격을 결정함에 있어 유치권의 피담보채권액을 미리 공제하면 매수인은 그만큼 저가에 목적물을 매수한 것이 되어 인적책임설도 물적책임설에 비해 매수인에게 불이익하지 않은 점, ③ 매수인이 이미 자신의 일반재산도 피담보채무의 집행대상이 됨을 알면서 매수한 이상 그를 보호할 필요가 없다는 점, ④ 유치권의 물권적 성격에 의하여 당연히 매수인에게 대항할 수 있음에도 불구하고 민사집행법 제91조 제5항을 규정한

284) 中野貞一郎(註83), 420면, 鈴木忠一·三ヶ月章 編(註132), 254-255면
285) 김원수(註112), 686-689면

것은 매수인에게 직접 청구할 수 있도록 하기 위한 것인 점을 그 근거로 한다.

Ⅲ. 판례의 태도

대법원은 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결에서 “민사소송법 제728조(현행 민사집행법 제268조)에 의하여 담보권의 실행을 위한 경매절차에 준용되는 같은 법 제608조 제3항(현행 민사집행법 제91조 제5항)은 경락인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘변제할 책임이 있다’는 의미는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로서 인적 채무까지 인수한다는 취지는 아니므로, 유치권자는 경락인에 대하여 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다고 할 것이다.”라고 판시하여 물적책임설의 입장에 서 있다.

일본의 경우 대심원 1938(昭和13). 4. 19.(民集 제17권 제9호 758면) 판결은 저당권이 설정된 목적물에 유익비를 지출한 피고가 저당권 실행으로 목적물을 매수한 원고의 인도청구에 대해 유익비상환청구권에 기한 유치권 항변을 하고, 원고는 이에 대해 피고가 권한 없이 위 목적물을 점유사용한 것에 따른 부당이득반환청구권을 자동채권으로 하여 유익비상환청구권과 대등액에서 상계한다는 재항변을 한 사안에서 상계를 인정하였는데, 이는 인적책임설의 입장이라 할 것이다[286]. 그러나 최근 요코하마지방재판소 2008(平成20). 2. 26.(平17(ワ)640号) 판결은 “…민법상 물건의 유치를 인정하는 것에 의해 그 물건의 반환을 구하는 채무자를 간접적으로 강제하여 채무의 변제를 담보하는 작용을 하는 것이고, 타인의 물건의 점유자가 채무자를 포함한 물건의 반환을 구하는 자에 대해 직접

286) 서기석(註283), 91-92면. 다만 이는 일본 민사집행법의 시행 전의 사안으로, 애초에 담보권 실행을 위한 경매에 관해 구 민사소송법 제649조가 적용될 수 있는지에 관하여 학설로부터 비판을 받았다고 한다. 關武志, 不動産競賣における買受人の債務と留置權の主張(中), 判例評論467(判例時報1618)(1998), 164-165면, 169면

적으로 피담보채권의 변제를 구하는 것까지 인정할 수 있는 것은 아니다"라고 판시[287]하여 물적책임설을 취하였다.

Ⅳ. 검토

물적책임설과 인적책임설의 차이점은 ① 유치권자가 매수인에 대하여 그 피담보채권의 변제를 청구할 수 있는지 여부(물적책임설에 의하면 불가능하나 인적책임설에 의하면 가능하다.), ② 매수인이 변제한 경우 매수인이 채무자에 대하여 구상권을 취득하는지 여부(물적책임설에 의하면 취득하나 인적책임설에 의하면 취득할 수 없다.), ③ 채무자가 변제한 경우 채무자는 매수인에 대하여 구상권을 취득하는지 여부(물적책임설에 의하면 취득할 수 없으나 인적책임설에 의하면 취득한다.), ④ 유치권의 피담보채권액에 다툼이 있는 경우 누구를 피고로 소송을 제기하여야 하는지 여부(물적책임설에 의하면 채무자, 인적책임설에 의하면 매수인), ⑤ 유치권자가 목적물을 사용·수익한 경우 차임상당의 부당이득반환채무와 유치권의 피담보채권의 상계가부(물적책임설에 의하면 불가능하나 인적책임설에 의하면 가능)에 있다[288].

살피건대 유치권은 그 존재여부 및 피담보채권액이 공시되지 않아 매수인이 유치권의 존재 또는 피담보채권액을 구체적으로 인식하지 못한 상태에서 경매절차에 참여하는 경우가 많으므로 매수인을 보호할 필요가 없다고 단정할 수 없고 그러한 경우 최저경매가격에도 유치권의 존재가

---

287) ① 만약 매수인이 피담보채권의 지급의무를 부담하게 되면 피담보채권액이 유치물의 가액을 상회하는 경우 매수인은 매수인의 일반재산에 대한 집행을 감수하여야 하게 되고 이는 일본민법 제568조 제2항에 따른 매수인등에 대한 담보책임에 의해서도 구제되는 것이 아니어서, 결국 매수인이 최종적으로 손해를 감수하여야 하는 결론에 이르게 되므로 불합리 및 부당한 점, ② 물건의 소유자와 피담보채권의 채무자가 항상 동일한 것이 아닌데, 그러한 경우 경매에 의해 물건을 취득한 매수인이 원래 소유자도 부담하지 않은 채무를 직접 부담하게 되는 것은 설명이 곤란한 점, ③ 강제집행 등의 절차를 정하는 것에 불과한 민사집행법에 의해 유치권의 효력이 내용이 근본적인 영향을 받게 되는 것은 타당하지 않은 점을 근거로 한다. 石川眞紀子 競賣不動産の買受人は留置權の被担保債權の支拂義務まで負わないとして留置權者の被担保債權の支拂請求が棄却された事例, 判例タイムズ 1277号(2008), 188-189면도 참고

288) 김원수(註112), 688-689면, 서기석(註286), 94-96면

반영되지 않아 매수인이 유치권의 존재로 이익을 얻었다고 보기 힘든 점, 유치권자에게도 경매권이 인정되어 채무자나 매수인이 채무를 변제하지 않는 경우 변제를 받을 방법이 마련되어 있는 점, 민사집행법 제91조 제5항은 매수인이 부담하는 것이 채무(변제의무)가 아니라 목적물이 집행의 대상이 되고 권리자는 이를 용인하여야 한다는 의미의 책임으로 규정한 점, 유치권이 채무자 아닌 제3자의 소유물에 성립한 경우 소유자도 부담하지 않는 채무를 목적물의 매수인이 부담한다고 하는 것은 어색한 점, 채무자 아닌 제3자에게 직접 피담보채무를 인수시키는 것은 전용물소권을 부정하는 판례의 태도와 어울리지 않는 점에 비추어 보면 물적 책임설이 타당하다고 생각한다.

제2절 유치권이 인수되지 않는 경우 경매절차에서 유치권자의 지위

민사집행법 제90조는 경매절차의 이해관계인을 "1. 압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자, 2. 채무자 및 소유자, 3. 등기부에 기입된 부동산 위의 권리자, 4. 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람"으로 규정한다. 따라서 압류, 가압류, 저당권 이후 성립하여 각 권리자에게 대항할 수 없는 유치권자라고 하더라도 유치권은 성립한 것이기 때문에 유치권의 존재를 증명하면 민사집행법 제90조 제4호의 이해관계인에 해당하게 된다. 이때 유치권의 존재를 증명하는 방법에는 특별한 형식을 요하는 것은 아니고, 당해 목적물을 점유하고 있다는 사시로가 그와 견련관계 있는 채권을 가지고 있다는 사실을 입증하여야 할 것이나 집행법원의 특성상 본안소송에서와 같은 엄격한 증명을 요구할 수는 없다고 한다[289].

민사집행법 제88조 제1항은 "집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법 그 밖의 법률에 의하

289) 차문호(註52), 416-417면

여 우선변제권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다."고 규정하고, 민사집행법 제148조는 배당받을 채권자의 범위를 "1. 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자, 2. 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자, 3. 첫 경매개시결정등기전에 등기된 가압류채권자, 4. 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자"로 규정하고 있다. 우선 유치권자가 민사집행법 제148조 제1호 및 제3호에 해당하지 않는 것은 명백하다. 또한 민사집행법 제148조 제2호의 경우 배당요구를 필요로 하는바 유치권자는 민사집행법 제88조 제1항의 "민법·상법 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자"에 해당하지도 않아 배당요구를 할 수 없어 민사집행법 제148조 제2호에도 해당하지 않는다. 뿐만 아니라 유치권은 등기할 방법이 없으므로 민사집행법 제148조 제4호에도 해당하지 않음이 명백하다. 따라서 현행법의 해석에 의할 때 경매절차에서의 매수인에게도 대항할 수 없는 경우 우선변제권이 없는 유치권자로서는 배당요구의 종기까지 유치권에 기한 경매를 신청하여 민사집행법 제148조 제1호에서 정한 배당받을 채권자의 지위를 얻은 후 배당요구를 통해 배당을 받을 수밖에 없다[290].

배당요구의 종기까지 유치권에 기한 경매를 신청하여 배당에 참여하게 된 유치권자의 경우 그 배당순위를 어떻게 볼 것인가. 유치권에는 법률상 우선변제권 및 물상대위가 인정되지 않기 때문에 배당절차에서 일반채권자와 동순위로 배당받아야 할 것이다. 다만 이러한 통설적인 견해에 대해, 유치권자의 신청에 의한 경매의 경우 매각대금 위에 유치권을 행사할 수 있다는 점에 착안[291]하여 대항력 없는 유치권자라고 하더라도 후순위권리자들

290) 박상언(註39), 390-391면. 다만 차문호(註52), 417-419면은 이와 같은 해석은 유치권자에게 경매신청권을 부여한 민법 제322조 제1항에 비추어 타당하지 못하고, 유치권자에게 사실상 최우선변제권이 있음을 근거로 민사집행법 제88조 제1항을 유추적용하여야 한다고 주장한다. 그러나 유치적 효력에 의해 사실상 변제를 강제하여 매수인으로부터 변제받을 가능성을 인정하는 것에 불과한 유치권을 법률상 우선변제권 및 물상대위가 인정되는 저당권과 동일하게 취급하는 것은 타당하지 않은 것으로 보인다.

291) 유치권자의 신청에 의한 경매의 매각조건에 관하여 종래의 통설은 형식적 경매인 유치권에 의한 경매가 인수주의에 따라 진행되고 경매는 환가만을 목적으로 행하여지는 만큼 유치권자는 그 이후 매각대금 위에 유치권을 행사할 수 있다고 해석하여야

에 대한 관계에서는 매각대금에서 대항할 수 없는 채권자들에 대한 배당액을 공제한 나머지 금액에 대하여 유치권을 행사하여 유치할 수 있고 그 유치의 방법으로 배당을 받을 수 있다고 주장하는 견해[292]가 있었다. 그러나 매각대금에 대해 유치권 행사를 인정하는 것은 유치권에 물상대위를 인정하는 것과 같은 결과를 가져오는바, 우선변제권이 없어 목적물의 교환가치를 배타적으로 지배하지 못하는 유치권에 물상대위를 인정하는 것은 모순이라고 할 것이다. 또한 이 견해는 유치권자의 경매신청에서의 법정매각조건에 대해 인수주의를 취하는 것을 전제로 하고 있는바, 최근 대법원 2011. 6. 15. 선고 2010마1059 판결은 "민법 제322조 제1항에 의하여 실시되는 유치권에 의한 경매도 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고 우선채권자뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다고 봄이 상당하다."라고 판시[293]하여 소멸주의를 취하였으므로 타당하다고 할 수 없다.

할 것이며 또 달리 매각대금을 공탁하여야 한다는 근거 규정도 없으므로 매각대금을 신청인에게 교부하는 것까지 부정할 수 없다고 하였다. 김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ(註108), 324면

292) 차문호(註52), 419-421면

293) 이 판결의 타당성에 대해서는 김영희, 유치권 그리고 인수주의와 소멸주의(註112), 김희동, 유치권에 의한 부동산경매에서 매각으로 인하여 목적부동산 위의 부담이 소멸하는지 여부와 법정매각조건, 서울법학 제19권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소(2012), 손진홍, 유치권자의 신청에 의한 경매, 법조 제672호, 법조협회(2012), 신국미, 부동산 유치권자에 의한 경매신청에서의 법정매각조건 -대법원 2011. 6. 15. 2010마1059 결정-, 안암법학, 안암법학회(2013), 추신영, 유치권에 의한 경매신청에 있어서 소멸주의 적용의 법리 -대법원 2011. 6. 15. 2010마1059 결정-, 동아법학 제59호, 동아대학교 법학연구소(2013) 참조

제7장 결론

부동산의 물권변동이 일반적으로 등기에 의해 공시되는 것에 비해 부동산 유치권은 점유로만 공시되어 공시가 불안전한 점, 유치권자에게 신고의무가 없어 매수자가 유치권의 존재를 예상하기 어려운 점, 유치권 행사로 인해 부동산의 사용가치가 사장되는 결과가 되어 비효율적인 점, 사실상 우선변제효를 인정하게 되면 선순위 저당권자 등의 기대를 침해하는 점, 전용물소권을 부정하는 판례의 태도와 상충되는 부분이 있는 점 등에 비추어 볼 때 부동산 유치권은 이질적인 부동산 물권이라고 할 것이므로, 유치권의 성립요건과 효력을 포함한 제도 전반에 걸쳐 신중한 해석이 필요하다.

우선 유치권의 성립요건인 견련관계의 해석에 있어 학설의 대립은 있으나 피담보채권이 목적물 자체로부터 또는 자체를 원인으로 하여 발생한 경우 및 공평의 원칙상 유치권을 인정할 특별한 사정이 있는 경우 예외적으로 견련성을 인정하는 것이 타당하다. 여기서 특별한 사정이 인정되는 경우로 수급인의 공사대금청구권 및 가등기담보설정자의 청산금지급청구권이 있다. 그러나 어떤 견해를 취하던 결론에 큰 차이가 없다고 할 것이므로 유치권의 효력 측면에 논의를 집중할 필요가 있다.

민사집행법상 압류 이후 성립한 유치권의 경우, 압류채무자의 점유이전에 의해 유치권이 발생하게 되는 1, 4유형에서 채무자의 점유이전은 유치권 성립의 관점에서 처분행위로 보아야 하고 따라서 처분금지효에 반하여 매수인에게 인수되지 않는다. 채권의 성립 및 변제기 도래에 의해 유치권이 성립하는 2, 3유형에서, 피담보채권이 압류채무자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우에는 포괄하여 압류채무자의 계약체결행위가 처분행위로 평가되어 처분금지효에 반하기 때문에 매수인에게 인수되지 않는다. 그러나 피담보채권이 제3자와 유치권자의 계약에 의해 발생하는 경우나 계약관계 없이 발생하는 경우에는 채무자의 관여가 없어 처분금지효가 적용될 수 없고 따라서 매수인에게 인수되어야 한다. 다만 처분금지효가 적용되는 경우라고 하더라도 목적물의 가치가 증가된 범위 내

에서는 유치권으로 대항할 수 있다. 여기서 가치의 증가는 목적물의 가치가 객관적으로 증가하는 경우뿐만 아니라 사실상 처분행위에 의해 매수인이 감수하여야 하는 목적물의 가치 감소에 대하여 필요비를 지출하여 가치를 유지시키는 경우도 포함한다.

가압류 이후 성립한 유치권의 경우나 체납처분에 의한 압류 이후 성립한 유치권의 경우에도 압류 이후 성립한 유치권의 경우와 동일하게 처리하여야 할 것이다.

저당권 설정 후 성립한 민사유치권의 경우 저당권자에 대한 유치권의 대항력을 부정하여 유치권이 매수인에게 인수되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 다만 압류의 경우와 다르게 가치증가로 인하여 저당권자가 불측의 이익을 얻게 되는바, 이는 민법 제367조의 유추적용으로 해결할 수 있다. 저당권 설정 후 성립한 상사유치권의 경우에도 동일하게 해석하는 것이 타당하다.

신의칙에 의한 유치권의 인수주의 제한이 문제되는 경우는 판례의 표현에 따르자면 "채무자가 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면 자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정상의 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하게" 된 상황이다. 그런데 이러한 경우 저당권 실현의 방해목적 및 실제 저당권 실현의 방해가 인정될 수 있다고 할 것이어서, 유치권자의 점유가 저당권의 침해에 기한 방해배제청구권과의 관계에 비추어 민법 제320조 제2항의 불법점유에 해당하는지 우선적으로 검토되어야 할 것이다.

매수인이 유치권을 인수하게 되는 경우 매수인은 압류채무자의 채무를 인수하는 것이 아니라 목적물에 존재하는 유치권의 부담을 승계하는 것에 그친다 할 것이다. 매수인이 유치권을 인수하지 않는 경우 유치권자

는 경매절차의 이해관계인에 해당하나, 유치권에 기한 경매를 신청하지 않는 한 다른 채권자의 경매절차에서 바로 배당요구를 할 수는 없다고 해석하여야 한다. 배당에 참여하게 된 유치권자는 배당절차에서 일반채권자와 동순위로 배당받아야 한다.

우리나라의 부동산 유치권 제도는 우리 민법이 부동산 물권변동에 대해 형식주의를 채택하고 있음에도 불구하고 유치권에 유례없이 강력한 효력을 인정하여 많은 문제점을 낳았다. 2012년 확정된 유치권 개정안이 미등기 부동산을 제외하고 부동산에 대한 유치권 제도를 폐지한 것도 부동산 유치권 제도에 대한 문제점에 대해 일반적 공감대가 형성된 결과라고 할 것이다. 대법원 판례를 단초로 하여 유치권의 대항력에 관해 활발한 논의가 전개되기 시작한 만큼, 무제한적 인수주의와 사실상 최우선변제효를 인정하여 유치권자의 이익만을 절대적으로 보호했던 기존의 태도에서 벗어나 목적물의 소유자, (가)압류채권자, 저당권자, 유치권자의 이해관계를 균형있게 조절하는 해석이 이루어지길 기대한다.

參 考 文 獻

國內文獻

1. 單行本

곽용진, 이론 사례 중심 유치권과 경매, 법률서원, 2009

곽윤직·김재형, 민법총칙 제9판, 박영사, 2013

_____, 물권법 제8판, 박영사, 2014

곽윤직 編, 민법주해(Ⅳ) 물권법 1, 박영사, 2009

_____, 민법주해(Ⅵ) 물권법 3, 박영사, 2009

_____, 민법주해(Ⅶ) 물권법 4, 박영사, 2009

김능환·민일영 編, 주석 민사집행법 Ⅲ, 한국사법행정학회, 2012

김상수, 민사집행법(2012), 법우사, 2012

김용담 編, 주석 민법 민법총칙 2 제4판, 한국사법행정학회, 2010

_____, 주석 민법 민법총칙 3 제4판, 한국사법행정학회, 2010

_____ 주석 민법 물권법 1 제4판, 한국사법행정학회, 2011

_____, 주석 민법 물권법 3 제4판, 한국사법행정학회, 2011

_____, 주석 민법 물권법 4 제4판, 한국사법행정학회, 2011

김준호, 물권법 제6판, 법문사, 2013

김형배·김규완·김명숙, 민법학강의 제12판, 신조사, 2013

김홍엽, 민사집행법, 박영사, 2011

민사판례연구회, 2000년대 민사판례의 경향과 흐름, 박영사, 2012

박준서 編, 주석 민법 채권각칙 4 제3판, 한국사법행정학회, 1999

법원행정처, 민사집행법 해설 -구 민사소송법(집행절차편) 개정부분-, 대법원 법원행정처, 2002

_____, 법원실무제요 민사집행Ⅱ -부동산집행-, 대법원 법원행정처, 2003

사법연수원, 민사집행법, 2010

_____, 보전소송, 2010

_____, 조세법총론Ⅰ, 2013
송덕수, 민법총칙 제2판, 박영사, 2013
_____, 물권법 제2판, 박영사, 2014
윤경, 민사집행(부동산경매)의 실무, 육법사, 2008
이시윤, 신민사집행법 제6판, 박영사, 2013
이영준, 물권법 전정신판, 박영사, 2009
이우재, 민사집행법에 따른 배당의 제문제, 진원사, 2008
임승순, 조세법, 박영사, 2013
제철웅, 담보법 개정판, 율곡출판사, 2011
지원림, 민법강의 제8판, 홍문사, 2009

2. 論文

강민성, 민사집행과 유치권, 사법논집 제36집, 법원행정처, 2003
강태성, 건물수리비채권을 담보하는 건물유치권의 성립 여부 및 그 유치권의 효력은 그 건물의 대지에도 미치는가, Jusrit 제410호, 청림인터렉티브, 2006
김건호, 부동산 경매절차에서의 유치권, 법학논고 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011
김경종, 강제집행 등과 체납처분의 절차조정법의 입법필요성에 관한 고찰(1), 예산춘추 제8호, 국회사무처, 2007
김계순, 유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계, 법학논집 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009
김기찬·이춘섭, 부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구, 부동산학연구 제13집 제2호, 한국부동산분석학회, 2007
김미경, 저당권에 기한 방해배제청구, 재판과 판례 제15집, 대구판례연구회, 2006
김병두, 저당권에 기한 방해배제청구권, 민사법학 제47호, 한국민사법학회, 2009

김상수, 체납처분과 민사집행의 경합, 조세법연구 제7집, 한국세법학회, 2001
김성욱, 유치권 제도의 운용과정에서의 법적문제, 법학연구 제16집 제1호, 인하대학교 법학연구소, 2013
김영진, 유치권과 저당권의 효력관계, 인천법조 제7집, 인천지방변호사회, 2006
김영희, 유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력 -2013년 1월 16일에 입법예고된 유치권 관련 민사법 개정안에 관한 고찰을 덧붙여-, 민사법학 제53-1호, 한국민사법학회, 2013
_____, 유치권 그리고 인수주의와 소멸주의, 민사재판연구 제36권, 박영사, 2014
김원수, 압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007
김재국, 부동산유치권의 제한, 토지법학 제29-1호, 한국토지법학회, 2013
김재형, 저당권에 기한 방해배제청구권의 인정범위 -독일민법과의 비교를 중심으로-, 민법론 제3권, 박영사, 2007
_____, 부동산 유치권의 개선방안 -2011년 민법개정시안을 중심으로-, 민사법학 제55호, 한국민사법학회, 2011
_____, 2012년 민법 판례 동향, 민사재판의 제문제 제22권, 사법발전재단, 2013
_____, 2014년 민법 판례 동향, 민사실무연구회 발표문(2015. 1. 12.)
김정민, 강제경매로 인한 관습법상 법정지상권의 성립요건 중 토지와 그 지상 건물의 동일인 소유 판단 기준시점, 재판실무연구 제5권, 수원지방법원, 2013
김준호, 유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련성, 민사법학 제54-1호, 한국민사법학회, 2011
김태관, 건축수급인의 건축 중인 건물과 건축부지에 대한 유치권, 동아법학 제60호, 동아대학교 법학연구소, 2013

김판기, 전용물소권 -일본의 판례와 학설을 중심으로-, 법조 제601호, 법조협회, 2006
김형배, 수급인의 보수청구권의 보전과 유치권의 성립, 고시연구 제22권 제6호, 고시연구사, 1995. 6.
김희동, 유치권에 의한 부동산경매에서 매각으로 인하여 목적부동산 위의 부담이 소멸하는지 여부와 법정매각조건, 서울법학 제19권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012
남궁술, 프랑스 민법전의 유치권에 관한 연구 -개정 담보법의 내용을 중심으로-, 민사법학 제49-2호, 한국민사법학회, 2010
남준희, 저당권 설정 후 경매개시결정 기입등기 전에 취득한 유치권의 효력 - 대상판결 : 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결-, 동북아법연구 제3권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2009
도두형, 부동산에 대한 상사유치권의 성부 및 대항력의 범위, 변호사 제44집, 서울지방변호사회, 2013
민유숙, 저당권에 기한 방해배제청구로서 저당목적토지상의 건물건축행위를 중지시킬 수 있는지 여부, 판례실무연구 8, 비교법실무연구회, 2006
박상언, 저당권 설정 후 성립한 유치권의 효력, 민사판례연구 제34권, 박영사, 2010
박영목, 유치권의 성립요건과 효력범위 - 수급인의 유치권을 중심으로-, 안암법학 제27권, 안암법학회, 2008
박정기, 압류의 처분금지효에 저촉하여 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부 - 대법원 2005. 8. 16. 선고 2005다22688 판결-, 재판실무연구, 광주지방법원, 2006
배용준, 유치권의 성립요건으로서의 견련관계 및 유치권의 불가분성, 민사판례연구 제31권, 박영사, 2009
배태연, 부동산의 압류·가압류 후에 설정된 담보물권의 효력과 배당우선순위－개정 민사소송법 제605조 제1항에 대한 입법론적 비판과 정당한 해석론의 시도 및 새로운 입법론의 제안－, 사법논집 제21

집, 법원행정처, 1990
배호근, 구분건물의 전유부분에 대한 소유권보존등기만 경료되고 대지지분에 대한 등기가 경료되기 전에 전유부분만에 대해 내려진 가압류결정의 효력이 그 대지권에 미치는지 여부, 대법원판례해설 63호, 법원도서관, 2006
서기석, 유치권자의 경락인에 대한 피담보채권의 변제청구권의 유무, 대법원판례해설 제26호, 법원도서관, 1997
서종희, 부동산 유치권의 대항력제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립제한으로의 재전환, 성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012
_____, 유치권자의 강제경매신청의 의미와 가압류등기경료 후 성립한 유치권의 대항력인정 여부, 외법논집 제36권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012
성민섭, 부동산 유치권 제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여 -등기 부동산에 대한 유치권 폐지(안) 등의 재고를 기대하며-, 외법논집 제38권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014
송인권, 가압류의 처분금지 효력에 관한 몇 가지 문제, 법조 55권 12호, 법조협회, 2006
손종학, 건축부지에 대한 건축수급인의 상사유치권 성립 여부, 법학연구 제50권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009
손진홍, 체납처분에 의한 채권압류와 집행공탁, 21세기 민사집행의 현황과 과제, 민사집행법연구회, 2011
_____, 유치권자의 신청에 의한 경매, 법조 제672호, 법조협회, 2012
신국미, 유치권제도에 관한 연구 : 동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로, 고려대학교 박사학위 논문, 2003
_____, 유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계, 재산법연구 21권, 한국재산법학회, 2004
_____, 부동산 유치권자에 의한 경매신청에서의 법정매각조건 -대법원 2011. 6. 15. 2010마1059 결정-, 안암법학, 안암법학회, 2013

신용호, 부동산 강제경매로 인하여 건물의 소유를 위한 관습상 법정지상권이 성립하기 위해서 토지와 그 지상건물이 동일인에게 속하였는지 여부를 판단할 기준시점, 민사재판의 제문제 제21권, 사법발전재단, 2012

_____, 강제경매의 목적이 된 토지 또는 그 지상 건물에 관하여 강제경매를 위한 압류나 그 압류에 선행한 가압류가 있기 이전에 저당권이 설정되어 있다가 강제경매로 저당권이 소멸한 경우, 건물소유를 위한 관습상 법정지상권의 성립 요건인 '토지와 그 지상건물이 동일인 소유에 속하였는지'를 판단하는 기준 시기, 대법원 판례해설 제95호, 법원도서관, 2013

심판, 유치권의 효력 우열관계에 관한 대법원 판결례 검토 -압류, 가압류, 저당권자와의 우열관계를 중심으로-, 재판실무연구, 광주지방법원, 2012

안창환, 저당권 설정 후의 유치권에 관하여 : 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결, 경남법조 제9권, 경남지방변호사회, 2010

양창수, 일반부당이득법의 연구, 서울대학교 박사학위 논문, 1987

_____, 유치권의 성립요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계, 민법연구 제1권, 박영사 1998

_____, 채권가압류 후 채무자와 제3채무자 간의 계약관계 소멸에 관한 합의의 효력, 저스티스 제31권 제2호, 한국법학원, 1998

_____, 부동산가압류의 시효중단효의 종료시기, 민법연구 제6권, 박영사, 2003

_____, 채권자대위에 의한 처분금지효가 제3채무자가 채무자의 채무불이행을 이유로 매매계약을 해제하는 것에도 미치는가? -대법원 2003년 1월 10일 판결 2000다27343사건(판례공보 2003상, 562면), 민법연구 제7권, 박영사, 2003

_____, 담보에 관한 새로운 일반이론의 방향, 민사판례연구 제26권, 박영사, 2004

_____, 토지저당권에 기한 방해배제와 건물신축행위의 중지청구, 법률신

문 3479호, 2006년 8월 7일
오시영, 채권자대위권행사시 채무자의 처분권 제한을 중심으로, 판례연구 제17집 上, 서울지방변호사회, 2003
_____, 부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰, 토지법학 제23-2호, 한국토지법학회, 2007
_____, 부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별, 민사법학 제38호, 한국민사법학회, 2007
_____, 유치권 관련 민법개정안에 대한 검토, 강원법학 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013
오현규, 저당권에 기한 방해배제청구권과 건물신축행위의 중지청구, 민사판례연구 제27권, 박영사, 2007
원상철, 민사유치권과 상사유치권의 비교검토, 법학연구 제13집, 원광대학교 법학연구소, 1995
윤진수, 물권행위 개념에 대한 새로운 접근, 민사법학 제28호, 한국민사법학회, 2005
_____, 2006년도 주요 민법 관련 판례 회고, 서울대법학 제48권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2007
_____, 유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안, 민사법학 제63-1호, 한국민사법학회, 2013
이동진, 물권적 유치권의 정당성과 그 한계, 민사법학 제49-1호, 한국민사법학회, 2010
이동철, 수급인의 저당권설정등기청구권에 관한 문제점과 개선방향, 토지법학 제29-1호, 한국토지법학회, 2013
이무상, 부동산 가압류의 처분제한적 효력, 법학논총 제31권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2007
이상태, 유치권에 관한 연구 -대항력 제한을 중심으로- (대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결), 토지법학 제26-1호, 한국토지법학회, 2010
이승우, 저당권침해와 방해배제청구권, 민사법연구 제16집, 대한민사법학

회, 2008
이승규, 유치권자와 경매절차에서의 매수인 사이의 대항관계 -부동산 압류 및 가압류가 이루어진 경우를 중심으로, 민사판례연구 제36권, 박영사, 2014
이은영, 채권자대위권행사에 의한 처분금지효에서 처분의 의미 : 대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 전원합의체 판결에 대한 평석을 겸하여, 법학논고 제40집, 경북대학교 법학연구원, 2012
이인규, 경매절차에 있어서 점유자의 소유권 주장과 저당권에 근거한 방해배제청구권, 대법원판례해설 제54호, 법원도서관, 2005
이재석, 유치권 행사의 제한에 관한 판례이론, 사법논집 제55호, 법원도서관, 2013
이정민·이점인, 체납처분압류 이후 경매절차 개시 전에 취득한 유치권의 효력에 대한 검토 -대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결을 중심으로-, 동아법학 제64호, 동아대학교 법학연구소, 2014
이준현, 저당권에 기한 방해배제청구권, 재산법연구 제24권 제2호, 한국재산법학회, 2007
_____, 저당권에 기한 방해배제청구(민법 제370조에 의한 제214조의 준용)의 입법적 구체화 검토, 민사법학 제46호, 한국민사법학회, 2009
_____, 제3취득자의 비용상환청구권, 동아법학 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010
이춘원, 민법 제666조에 대한 입법론적 소고, 법제연구 제36호, 한국법제원, 2009
_____, 부동산 경매에 있어서 유치권의 효력 범위에 관한 연구, 부동산학보 43권, 한국부동산학회, 2010
이혁, 유치권의 제한, 판례연구 제24집, 부산판례연구회, 2013
이홍구, 점유에 의한 저당권 침해와 저당권에 기한 방해배제청구 -대상판결 대법원 2005. 4. 29. 선고 2005다3243판결[건물명도]-, 판례

연구 제17집, 부산판례연구회, 2006
장건, 유치권자의 경락인에 대한 피담보채권의 변제청구권의 유무, 부동산학보 제58집, 한국부동산학회, 2014
전욱, 공사수급인의 건축 부지에 대한 상사유치권의 행사 -대법원 2008. 12. 24. 선고 2007다52706, 2007다52713 판결의 평석-, 법학연구 제49권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009
정다주, 집합건물에서 전유부분과 대지사용권 사이의 일체불가분성과 분리처분된 경우의 상호관련성, 민사판례연구 제32권, 박영사, 2010
정상현·이승현, 전용물소권의 인정여부에 대한 법리 재검토, 성균관법학 제24권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2012
정성윤, 가압류와 압류의 효력 - 처분금지효와 개별상대효를 중심으로-, 법학논총 제30집 제1호, 한양대학교 법학연구소, 2013
정태윤, 전용물소권에 관한 일고찰, 비교사법 제9권 제1호, 한국비교사법학회, 2002
제철웅, 3자관계에서의 부당이득 : 특히 전용물소권의 사안을 중심으로, 저스티스 제67호, 한국법학원, 2002
_____, 도급계약상의 수급인과 민법 제203조의 비용상환청구권, 법조 제561호, 법조협회, 2003
조현욱, 체납처분절차에서의 배당요구에 관한 민사소송법 준용여부 - 체납처분대상 부동산을 가압류한 임금채권자들의 지위와 관련하여 -, 판례연구 제13집, 서울지방변호사회, 2000
조효정, 부동산에 가압류등기가 경료된 후에 채무자의 점유이전으로 제3자가 유치권을 취득하는 경우, 가압류의 처분금지효에 저촉되는지 여부, 재판실무연구 제5권, 수원지방법원, 2013
차문호, 유치권의 성립과 경매, 사법논집 제42집, 법원행정처, 2006
최단비, 제한되는 채권 처분의 범위 및 판단기준에 관한 검토 -대법원 2012. 5. 17. 선고 2011다87235 판결 관련 채권자대위권행사에 의한 처분금지효를 중심으로-, 원광법학 제29권 제2호, 원광대학교 법학연구소, 2013

최문수, 관습법상 법정지상권과 압류의 처분금지효, 민사판례연구 제36권, 박영사, 2014
추신영, 가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰, 민사법학 제44호, 한국민사법학회, 2009
_____, 유치권에 의한 경매신청에 있어서 소멸주의 적용의 법리 -대법원 2011. 6. 15. 2010마1059 결정-, 동아법학 제59호, 동아대학교 법학연구소, 2013
하상혁, 가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류채권자에게 대항할 수 있는지 가부, 특별법연구 제10권, 특별소송실무연구회, 2012
한삼인·정두진, 유치권 성립요건으로서의 견련관계에 관한 연구, 법학연구 제42집, 한국법학회, 2011
현병철, 무효와 취소의 이중효와 상대적 무효, 법학논총 제19집, 한양대학교 법학연구소, 2002
홍성재, 윤진수 교수의 물권행위 개념에 대한 새로운 접근에 대한 토론, 민사법학 제28호, 한국민사법학회, 2005
홍성주, 전용물소권과 민법 제203조 소정의 비용상환청구권, 판례연구 제14집, 부산판례연구회, 2003
황진효, 유치권에 있어서의 채권과 목적물 사이의 견련관계 및 유치권의 불가분성, 판례연구 제20집, 부산판례연구회, 2009
Berthold Kupisch, 일반적 악의의 항변과 성의소송 - 성의계약에 있어서 내재성의 문제에 대하여 -, 법학논집 제12권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2008

日本文獻294)

1. 單行本

林良平 編, 注釋民法 8 物權 3, 有斐閣, 1968

294) 日本文獻은 출판연도순으로 배열하였다.

鈴木忠一·三ケ月章 編, (注解)民事執行法 2, 第一法規, 1976
高木多喜男, 担保物權法, 有斐閣, 2005
近江幸治, 擔保物權, 成文堂, 2007
淸水元, プログレッシブ民法 : 担保物權法, 成文堂, 2008
道垣內弘人, 担保物權法, 有斐閣, 2008
我妻榮·有泉亨, 我妻.有泉コンメンタ-ル民法 第2版, 日本評論社, 2010
中野貞一郎, 民事執行法, 靑林書院, 2010

2. 論文

生態長幸, 建築請負代金債權による敷地への留置權と抵当權(上, 下), 金融法務事情 1446, 1447号, 1996
關武志, 不動産競賣における買受人の債務と留置權の主張(上, 中, 下), 判例評論 466, 467, 468号(判例時報 1615, 1618, 1621号), 1998
荒木新五, 競賣による買受人に對する留置權主張の可否, 判例タイムズ 1150号, 2004
田高寬貴, 個別執行と留置權, 担保制度の現代的展開, 2006
上北正人, 抵当不動産の所有者から占有權限の設定を受けた占有者に對する抵当權者の抵当權に基づく妨害排除請求:最一小判平成一七年三月一〇日民集五九卷二号三五六頁, 神奈川法學 第38卷 第2·3号, 2006
太矢一彦, 抵当權に基づく妨害排除請求における「抵当權侵害」の概念, 東洋法學 50卷 1·2号, 2007
石川眞紀子, 競賣不動産の買受人は留置權の被担保債權の支拂義務まで負わないとして留置權者の被担保債權の支拂請求が棄却された事例, 判例タイムズ 1277号, 2008
判決速報 建物建築請負人の請負代金債權のため敷地につき商事留置權を認めることはできないとされた事例(東京高決平22.7.26), 金融法務事情 1906号, 2010. 9. 25.

判決速報　建物建築工事請負代金債權を被担保債權とする商事留置權が成立することを前提に決定された買受可能価額に基づくと無剰余であるとして担保不動産競賣手續を取り消した決定に對する執行抗告において、商事留置權は成立しないとして原決定が取り消された事例(東京高決平22.9.9), 金融法務事情 1912号, 2010. 12. 25.

判決速報　土地の抵当權の設定後に建築された建物のためにその敷地である当該土地に對して商事留置權が成立する場合とその對抗の可否(消極)(大阪高決平23.6.7.), 金融法務事情 제1931호, 2011. 10. 10.

武川幸嗣, 留置權の對抗可能性に關する一考察, 法學研究 84卷 12号, 2011

横田敏史, 抵当權の本質をめぐる価値權說と換価權說の關係について, 法學政治學論究 第88号, 2011

畠山新,　抵当權と不動産の商事留置權, 金融法務事情 1945号, 2012. 5. 10.

伊室亞希子, 建物建築請負人の敷地に對する商事留置權の成否 -東京高決平成22年7月26日 金法1906号 75頁, 東京高決平成 22年9月9日 判タ1338号 266頁, 大阪高決平成 23年6月7日 金法1931号 93頁-, 法學研究 93号, 2012

池田恒男, 賃料債權の差押え後に賃貸借契約が混同により終了した場合にその後に支拂期が到來する賃料債權に對する差押債權者による取り立てが認められなかった事例, 龍法 第46卷 第2号, 2013

石渡哲,　料債權の差押えの効力發生後に賃貸借契約がその目的物の賃借人への讓渡により終了した場合においてその後に支拂期の到來する賃料債權を取り立てることの可否, 横浜法學 第22卷 第2号, 2013

萩澤達彦, 建物建築工事請負人の敷地に對する商事留置權の成否, 成蹊法學 78号, 2013

ABSTRACT

A Study on the Restriction of Effect of Possessory Lien in the Civil Execution Procedure

Dong Hyun, Youn
College of Law
The Graduate School
Seoul National University

A possessory lien is a legal right by which a person who holds any goods or property of other may retain such property in his possession, when the payment of the debt resulted from the said property is due, until the obligation is discharged; except where the possession of the property was illegally made. It is a well-recognized way of defense considering the principle of good faith and equity such as "defense of simultaneous performance", derived from the concept of *exceptio doli* under the Roman law.

However, in the case of lien on the real property, we need to carefully analyze its whole system, including the requirements and effects, as it has very distinctive features compare to other legal rights on the real property in light of the following aspects: 1) that as the lien on the property is not made public by the public notice

but only by the possession of the said property, unlike other change in rights on the real property, any changes in lien can hardly be known to the public; 2) that since the lien holder has no legal obligation to report, it is uneasy for a buyer to predict whether there is any established lien on the property; 3) that its very nature causes economic inefficiency by not using the property; 4) that it damages the expectation interest of the preferential creditor-mortgagee when a court recognizes the lien holder's de facto preferential rights by affirming the principle of unconditional take-over of the lien in the civil execution procedures (Contra Supreme Court Decision, 2005Da22688, decided August 19, 2005); and 5) that it conflicts with the established view of the courts, which does not recognize the claim under the unjust enrichment of the third party (*Actio De In Rem Verso*).

First of all, as for the interpretation of the "connection" requirement between the claim and the property, there are several conflicting legal theories. I believe that the connection should be found in limited situations like i) the cases where the claim arises from property itself or ii) where the claim should be recognized by equity under the special circumstances. However, as there will be no meaningful difference whichever interpretation one may take, we need to focus on the discussion as to the effects of the lien in regard to provisional seizure, seizure, and mortgage.

In the case of the lien established subsequent to the seizure under the Civil Execution Act, in type 1 and 4, where the lien is established by transfer of possession, the transfer should be construed as "disposition," and thus, the lien will not be transferred to the buyer under the disposition prohibition effect. In type 2 and 3 situations, where a secured claim arises from a contract between a

seized debtor and a lien holder, the debtor's act of entering into the contract will be regarded as "disposition," which is against the prohibition of disposition, and thus, the secured debt(claim) will not be transferred to the buyer.

However, in the event where the secured claim occurs with or without the contract between the lien holder and the third party, the prohibition effect does not apply for the lack of the debtor's involvement; the lien should be assumed. Provided that even in the case where the prohibition effect applies, the lien holder may contend against the buyer to the extent that the value of the target property has been increased.

As for the lien subsequent to provisional seizure and the lien established after foreclosure of disposition for arrears of taxes, the same legal principle should be applied as in the case of the lien subsequent to the seizure.

As for the civil lien established after the settlement of mortgage, it is legitimate to interpret that the lien does not be transferred to the buyer by denying the lien's opposing power against the mortgagee. Provided that the problem of the unexpected profits of the mortgagee gained from the added value arises, unlike the case of attachment; it can be resolved by analogical application of Article 367 of the Korean Civil Code. It is equally legitimate to interpret the commercial lien in the same way.

As for the case where the issue of limitation of unconditional assumption of the lien occurs under the principle of good faith, in which the purpose of interference with mortgagee's exercise of his right to the mortgage as well as actual intereference itself can be found, we should first review whether the lien holder's occupancy is illegal under Article 320, Section 2 of the Korean Civil Code in light

of the relationship with the right to claim for removal of disturbance, based on the infringement on the right to mortgage.

In the event where the buyer assumes the lien, it should be understood that the buyer does not assume the debt of the seized debtor, but merely succeed to the obligation of the lien attached to the object property. When the buyer does not assume the lien, the lien holder will be an interested party to the foreclosure. However, unless the auction was applied upon the lien, it should be construed that the lien holder cannot request for his shares in the process of other creditor's foreclosure or auction. The lien holder who can participate in the sharing process should be treated equal to other non-preferential creditors.

keywords : possessory lien, lien on the real property, commercial lien, opposing power, disposition prohibition effect, mortgage

Student Number : 2010 - 21358