

不動産 押留의 處分禁止效와 留置權의 效力*

강 구 욱(姜求旭)**

〈국문초록〉

필자는 이 연구에서 부동산에 대한 ‘부동산에 대한 경매개시 결정(압류)의 등기 후 유치권을 취득한 자는 그 유치권으로 압류채권자나 경매절차상 매수인에게 대항할 수 없다.’는 判例法理가 잘못된 것임을 규명했다. 이를 위해 필자는 판례법리를 형성하고 있는 대법원 판례들을 개관한 다음 판례법리가 법적 근거로 제시한 부동산 압류의 처분금지효 이론을 심층적으로 검토·비판하고, 관계있는 몇 가지 쟁점에 관해서도 검토·비판했다. 필자는 판례법리가 문제되는 상황을 (1) 압류 전에 피담보채권이 발생했지만 압류 후에 채무자가 채권자에게 부동산 점유를 이전한 경우, (2) 압류 전에 채무자가 채권자에게 부동산 점유를 이전했지만 압류 후에 피담보채권이 발생한 경우, (3) 압류 후에 채무자가 채권자에게 부동산 점유를 이전하고 피담보채권이 발생한 경우로 나누어 (1)의 경우에는, 판례법리와 다른 근거에서, 유치권이 성립하지 않거나 대항력이 없지만, (2), (3)의 경우에는 판례법리가 제시한 압류의 처분금지효 이론에 의해 그 유치권의 대항력을 부정하는 것은 옳지 않다는 점을 밝혔다. 그리고 판례법리와 그것을 지지하는 학설은 관련 논제를 최초로 다룬 논문의 내용에 관한 오해에서 유래된 것이라는 점도 아울러 밝혔다.

주제어 : 유치권, 대항력, 부동산 압류, 처분금지효, 점유의 이전

• 투고일 : 2018.06.30. / 심사일 : 2018.07.12. / 게재확정일 : 2018.07.19.

I. 緒論

1. 민법 제320조(留置權의 內容)는 “① 他人의 物件 또는 有價證券을 占有한 者는 그 物件이나 有價證券에 關하여 생긴 債權이 辨濟期에 있는 境遇에는 辨濟를 받을 때까지 그 物件 또는 有價證券을 留置할 權利가 있다. ② 前項의 規定은 그 占有가 不法行爲로 인한 境遇에 適用하지 아니한다.”고 규정하고,

* 本稿는 韓國外國語大學校 2017년도 교내 학술연구비 지원에 의해 수행한 연구결과임.

** 韓國外國語大學校 法學專門大學院 教授

제321조(留置權의 不可分性)는 “留置權者는 債權 全部의 辨濟를 받을 때까지 留置物 全部에 對하여 그 權利를 行使할 수 있다.”고 규정하며, 민사집행법 제91조(인수주의와 잉여주의의 선택 등) 제5항은 “매수인은 유치권자(留置權者)에게 그 유치권(留置權)으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.”고 규정하고, 제268조(준용규정)는 “부동산을 목적으로 하는 담보권 실행을 위한 경매절차에는 제79조 내지 제162조의 규정을 준용한다.”고 규정한다. 따라서 유치권 대상 부동산에 대한 강제경매 절차와 담보권 실행을 위한 경매(이하 ‘담보경매’라고 한다) 절차에서 그 부동산을 매수한 자는 그 유치권을 인수한다는 것이므로 매수인이 그 부동산을 유치권자로부터 인도받기 위해서는 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제해야 한다.¹⁾

2. 한편, 민사집행법 제83조(경매개시 결정 등)는 “① 경매절차를 개시하는 결정에는 동시에 그 부동산의 압류를 명하여야 한다. … ④ 압류는 채무자에게 그 결정이 송달된 때 또는 제94조²⁾의 규정에 따른 등기가 된 때에 효력이 생긴다. …”고 규정하고, 제92조(제3자와 압류의 효력) 제1항은 “제3자는 권리를 취득할 때에 경매신청 또는 압류가 있다는 것을 알았을 경우에는 압류에 대항하지 못한다.”고 규정한다. 그런데 대법원 판례는 위와 같은 규정들을 근거로 해서 ‘부동산에 대한 경매개시 결정(압류)의 등기 후 유치권을 취득한 자는 그 유치권으로 압류채권자나 경매절차상 매수인에게 대항할 수 없다.’는 유치권의 對抗力制限 法理(이하 ‘判例法理’라고 한다)를 定立하고 있고, 상당수의 학설이 그 법리를 지지하고 있다. 위와 같은 판례법리에 의하면 유치권 대상 부동산에 대한 경매절차상 매수인은 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제하지 않고도 그 부동산을 인도받을 수 있다는 것이다. 筆者는 그런 법리를 형성하고 있는 관련 판례들을 概觀한 다음, 그 법리가 법적 근거 없는 誤論임을 糾明하기 위해 이 研究를 수행한다.

1) 관련 판례와 민사집행법 제91조 제5항의 ‘변제할 책임’의 해석에 관해서는 姜求旭, “不動産에 대한 ‘留置權’에 의한 競賣에 관한 一考”, 『民事執行法研究』 제14권(韓國民事執行法學會誌), 韓國司法行政學會, 2018, 65면; 徐基錫, “留置權者의 競落人에 대한 被擔保債權의 辨濟請求權의 有無”, 『大法院判例解說』 제26호, 法院圖書館, 1996, 84면; 吳始暎, “유치권에 대한 매각조건으로서의 인수주의와 소멸주의”, 『財産法研究』 제33권 제3호, 韓國財産法學會, 2016, 227면 등 참조.

2) 제94조(경매개시 결정의 등기) ① 법원이 경매개시 결정을 하면 법원사무관등은 즉시 그 사유를 등기부에 기입하도록 등기관(登記官)에게 촉탁하여야 한다. ② 등기관은 제1항의 촉탁에 따라 경매개시 결정사유를 기입하여야 한다.

II. 判例 概觀

1. 主要判例의 要旨

(1) 大法院 2005. 8. 19. 宣告 2005다22688 判決(제1판결)³⁾은, 강제경매를 위한 압류등기가 경료된 사안에서, “채무자 소유의 건물 등 부동산에 강제경매 개시결정의 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.”고 판시하고, (2) 대법원 2006. 8. 25. 宣告 2006다22050 判決(제2판결)은 “채무자 소유의 부동산에 경매개시 결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채권자가 채무자로부터 위 부동산의 점유를 이전받고 이에 관한 공사 등을 시행함으로써 채무자에 대한 공사대금 채권 및 이를 피담보채권으로 한 유치권을 취득한 경우, 이러한 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로, 위와 같은 경위로 부동산을 점유한 채권자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없고(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결 참조), 이 경우 위 부동산에 경매개시 결정의 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 못한다.”고 판시하고, (3) 大法院 2009. 1. 15. 宣告 2008다70763 判決(제3판결)⁵⁾은, 담보경매를 위한 압

3) 評釋 : 金遠守, “압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부”, 『判例研究』 제18집, 釜山判例研究會, 2007, 659면; 朴貞基, “압류의 처분금지효에 저촉하여 취득한 유치권으로 매수인에게 대항할 수 있는지 여부”, 『裁判實務研究』 2005., 光州地方法院, 2006, 15면 등.

4) 이것이 一連의 판례법리의 嚆矢가 된 판시사항인데, 대법원 2017. 2. 8.자 2015마2025 결정도 같은 요지로 판시했다.

5) 評釋 : 南遵熙, “저당권설정 후 경매개시 결정기입등기 전에 취득한 유치권의 효력”, 『東北亞法研究』 제3권 제2호, 全北大學校 東北亞法研究所, 2009, 541면; 文炳贊, “유치권의 대항력에 관한 소고”, 『淸研論叢』 제10집, 司法研修院, 2013, 43면; 朴庠彦, “抵當權設定 後 成立한 留置權의 效力”, 『民事判例研究』 제32권, 博英社, 2010, 333면; 李相泰, “유치권에 관

류등기가 경료된 사안에서 “채무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시 결정의 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(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결 참조). 그러나 이러한 법리는 경매로 인한 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권을 취득한 경우에는 적용되지 아니하고, 유치권 취득시기가 근저당권 설정 이후라거나 유치권 취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 하여 달리 볼 것은 아니다.”고 판시하고,⁶⁾ (4) 大法院 2011. 10. 13. 宣告 2011다55214 判決(제4판결)은 “채무자 소유의 부동산에 경매개시 결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는 그로써 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없는데(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결 등 참조), 채무자 소유의 건물에 관하여 증·개축 등 공사를 도급받은 수급인이 경매개시 결정의 기입등기가 마쳐지기 전에 채무자에게서 건물의 점유를 이전받았다 하더라도 경매개시 결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득함으로써 그때 비로소 유치권이 성립한 경우에는, 수급인은 유치권을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.”고 판시한⁷⁾ 반면에, (5) 大法院

한 연구”, 『土地法學』 제26-1호, 韓國土地法學會, 2010, 77면 등.

- 6) 대법원 2011. 5. 13.자 2010마1544 결정도 “부동산 경매절차에서의 매수인은 민사집행법 제91조 제5항에 따라 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있는 것이 원칙이고, 채무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시 결정의 기입등기가 되어 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 없으나, 이러한 법리는 경매로 인한 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권을 취득한 경우에는 적용되지 아니하고, 유치권 취득시기가 근저당권 설정 이후라거나 유치권 취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 하여 달리 볼 이유가 없다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결 등 참조).”고 판시했다.
- 7) 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다50165 판결도 “유치권은 그 목적물에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에 비로소 성립하고(민법 제320조), 한편 채무자 소유의 부동산에 경매개시 결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는 그로써 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다(대법원 2009. 1. 15. 선고

2011. 11. 24. 宣告 2009다19246 判決(제5판결)⁸⁾은 “부동산에 가압류등기가 경료되면 채무자가 당해 부동산에 관한 처분행위를 하더라도 이로써 가압류채권자에게 대항할 수 없게 되는데, 여기서 처분행위란 당해 부동산을 양도하거나 이에 대해 용익물권, 담보물권 등을 설정하는 행위를 말하고 특별한 사정이 없는 한 점유의 이전과 같은 사실행위는 이에 해당하지 않는다.”고 실시한 다음 “부동산에 경매개시 결정의 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 당원의 판례이나, 이는 어디까지나 경매개시 결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 …[이루어진] 채무자의 제3자에 대한 점유이전을 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위로 봄이 타당하다는 취지이다. 따라서 이와 달리 부동산에 가압류등기가 경료되어 있을 뿐 현실적인 매각절차가 이루어지지 않고 있는 상황 하에서는 채무자의 점유이전으로 인하여 제3자가 유치권을 취득하게 된다고 하더라도 이를 처분행위로 볼 수는 없다.”고 판시하고, (6) 大法院 2014. 3. 20. 宣告 2009다60336 全員合議體 判決⁹⁾의 다수의견은 “채납처

2008다70763 판결 등 참조). 따라서 채무자 소유의 건물에 관하여 증·개축 등 공사를 도급받은 수급인이 경매개시 결정의 기입등기가 마쳐지기 전에 채무자로부터 그 건물의 점유를 이전받았다 하더라도 경매개시 결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득함으로써 그때 비로소 유치권이 성립한 경우에는, 수급인은 그 유치권을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다(대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결 참조).”고 판시했다.

8) 評釋: 徐鐘喜, “유치권자의 강제경매신청의 의미와 가압류 등기 경료 후 성립한 유치권의 대항력 인정 여부”, 『外法論集』 제36권 제4호, 韓國外國語大學校 法學研究所, 2012, 325면; 河相赫, “가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류 채권자에게 대항할 수 있는지 가부”, 『特別法研究』 제10권(田秀安 대법관 퇴임기념), 司法發展財團, 2012, 986면 등.

9) 評釋: 金玟洙, “채납처분 압류 후 경매개시 전에 취득한 유치권의 대항력”, 『裁判과 判例』 제23집, 大邱判例研究會, 2015, 135면; 金世鎭, “부동산 경매절차에서의 유치권의 대항력에 관한 판례평석”, 『土地法學』 제31권 제2호, 韓國土地法學會, 2015, 61면; 裴成鎬, “채납처분 압류 후 경매개시 결정 전에 성립한 부동산 유치권의 효력”, 『財産法研究』 제34권 제1호, 韓國財産法學會, 2017, 171면; 吳昌洙, “압류의 처분금지효와 유치권의 대항력”, 『서울法學』 제22권 제3호, 서울市立大學校 法學研究所, 2015, 405면; 李啓正, “滯納處分 押留와 留置權의 效力”, 『서울大學校 法學』 제56권 제1호, 서울大學校 法學研究所, 2015, 211면; 이정민·李点仁, “채납처분 압류 이후 경매절차 개시 전에 취득한 유치권의 효력에 대한 검토”, 『東亞法學』 제64호, 東亞大學校 法學研究所, 2014, 255면; 洪奉周, “민사유치권의 효력과 채납처분 압류”, 『一鑑法學』 제32호, 建國大學校 法學研究所, 2015, 661면; 洪春義·김세권, “채납처분 압류 이후 경매개시 등기 전에 성립한 유치권의 대항력”, 『東北亞法研究』 제9권 제2호, 全北大學校 東北亞法研究所, 2015, 475면; 黃進九, “채납처분 압류가 있는 부동산에 대하여 취득한 유치권의 효력”, 『梁承泰 대법원장 재임 3년 주요판례평석』, 司法發展財團, 2015, 276면 등.

분 압류가 되어 있는 부동산이라고 하더라도 그러한 사정만으로 경매절차가 개시되어 경매개시 등기가 되기 전에 부동산에 관해 민사유치권을 취득한 유치권자가 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다.”고 판시하고,¹⁰⁾ (7) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014다53462 판결¹¹⁾은 “목적물에 관해 채권이 발생했으나 채권자가 목적물에 관한 점유를 취득하기 전에 그에 관해 저장권 등 담보물권이 설정되고, 이후에 채권자가 목적물에 관한 점유를 취득한 경우 채권자는 다른 사정이 없는 한 그와 같이 취득한 민사유치권을 저장권자 등에게 주장할 수 있다(대법원 1965. 3. 30. 선고 64다1977 판결, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결 참조).”고 판시했지만, 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결¹²⁾과 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다94285 판결은 채무자 소유의 부동산에 관해 이미 선행 저장권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권¹³⁾이 성립한 경우 상사유치권자는 선행 저장권자 또는 선행 저장권에 기한 담보경매 절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 상사유치권으로 대항할 수 없다는 취지로 판시했다.

2. 綜合

유치권자가 압류(경매개시) 전에 피담보채권을 취득하고 압류 후에 대상 부

10) 대법원 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결은 “어느 부동산에 관하여 경매개시 결정등기가 된 뒤에 비로소 민사유치권을 취득한 사람은 경매절차의 매수인에 대하여 그의 유치권을 주장할 수 없다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결 등 참조). 이러한 법리는 어디까지나 경매절차의 법적 안정성을 보장하기 위한 것이므로, 경매개시 결정등기가 되기 전에 이미 그 부동산에 관하여 민사유치권을 취득한 사람은 그 취득에 앞서 저장권설정등기나 가압류등기 또는 채납처분압류등기가 먼저 되어 있다 하더라도 경매절차의 매수인에게 자기의 유치권으로 대항할 수 있다(대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결 등 참조).”고 판시했다.

11) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결의 재상고심 판결이다.

12) 評釋：金淵佑, “상사유치권에 부동산이 포함되는지 여부 및 선행 저장권자와의 관계”, 「裁判과 判例」 제22집, 大邱判例研究會, 2013, 344면; 陶斗亨, “부동산에 대한 상사유치권의 성부 및 대항력의 범위”, 「辯護士」 제44집, 2013, 399면; 朴亮俊, “부동산 상사유치권의 대항범위 제한에 관한 법리”, 「清研論叢」 제12집, 司法研修院, 2015, 55면.

13) 상법 제58조, 제91조, 제111조, 제120조, 제147조, 제807조, 제826조, 제844조, 제920조의 규정에 의해 인정되는 유치권을 商事留置權이라고 統稱한다. 상법 제58조는 일반적 상사유치권에 관해 “商人間의 商行為로 인한 債權이 辨濟期에 있는 때에는 債權者는 辨濟를 받을 때까지 그 債務者에 대한 商行為로 인하여 自己가 占有하고 있는 債務者 所有의 物件 또는 有價證券을 留置할 수 있다. 그러나 當事者間에 다른 約定이 있으면 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있는데, 민법 제320조 제1항의 규정에 의한 (民事)留置權과 달리 유치권자의 채권과 유치물(채무자 소유의 물건 또는 유가증권) 사이의 牽聯關係를 성립요건으로 하지 않는 점에 특색이 있다.

동산의 점유를 취득한 유형의 사안(제1형)에 관해서는 제1·3판결로, 유치권자가 압류 전에 대상 부동산의 점유를 취득하고 압류 후에 피담보채권을 취득한 유형의 사안(제2형)에 관해서는 제4판결로, 유치권자가 압류 후에 대상 부동산의 점유와 피담보채권을 취득한 사안(제3형)¹⁴⁾에 관해서는 제2판결로 유치권의 대항력을 부정함으로써 대상 부동산에 대한 압류 후에 유치권이 성립한 모든 경우에 그러한 유치권으로는 그 경매절차상 부동산 매수인에게 대항할 수 없다고 하는 판례법리가 완성되었다. 이에 위와 같은 대법원 판례들의 판시사항을 종합하면, 부동산에 대한 강제경매나 담보경매를 위한 압류의 효력이 발생한 뒤에 제3자가 유치권을 취득한 경우에는 제3자는 그 유치권으로 그 경매절차상 부동산 매수인에게 대항할 수 없지만, 그 밖의 경우에는 그 유치권이 대상 부동산에 대한 가압류·채납처분 압류나 지당권설정 후 성립된 것이라고 해도 제3자는 그 유치권으로 매수인에게 대항할 수 있다는 것으로 된다.

그런데 제1·3형의 유치권에 관한 제1·2·3판결은 그 법리적 근거로 민사집행법 제83조 제4항, 제92조 제1항의 規定에 의한 ‘압류의 처분금지효’를 직접 제시했지만, 제2형의 유치권에 관한 제4판결은 그러한 법리적 근거를 직접 제시하지는 않은 채 제3판결을 참조판결로 들어 제1·2·3판결에 의해 정립된 법리적 결론에 해당하는 ‘채무자 소유의 부동산에 경매개시 결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는 그로써 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다’는 법리를 실시한 다음 제2형에 대해서도 같은 법리가 적용된다는 취지의 판시를 했다. 따라서 제1·2·3형의 유치권에 관한 판례법리는 모두 압류의 처분금지효에 근거를 두고 있음을 알 수 있다.

이에 제1·3형의 유치권에 대해 압류의 처분금지효에 의해 대항력 유무를 가리는 것이 타당한 것인지의 문제와 제2형의 유치권에 대해서도 제1·3형의 유치권과 동일한 기준에 의해 대항력 유무를 판정하는 근거가 무엇인지의 문제에 관해 의문을 갖지 않을 수 없다. 이하에서는 판례법리의 근거인 ‘압류의 처분금지효’를 둘러싼 판례와 학설을 검토·비판하기로 한다.

14) 문제의 유치권을 ‘압류 후에 성립·취득한 유치권’으로 단순화해서 고찰하는 것보다 이와 같이 세 가지 유형으로 나누어 고찰하는 것이 바람직하다.[金遠守, 앞의 글, 666면; 文炳贊, 앞의 글, 43면; 朴亮俊, 앞의 글, 69면; 李啓正, 앞의 글, 226면; 曹孝姪, “부동산에 가압류등기가 종료된 후에 채무자의 점유이전으로 제3자가 유치권을 취득하는 경우 가압류의 처분금지효에 저촉되는지 여부”, 『裁判實務研究』 제5권(2013), 水原地方法院, 미발간, 207면; 河相赫, 앞의 글, 990면 등]

Ⅲ. 研究 - 檢討 · 批判

1. 導入

관련 대법원 판례들은 문제의 유치권이 경매절차상 매수인 등에게 “對抗할 수 있다”고 하거나 “對抗할 수 없다”고 실시함으로써 판례법리가 유치권의 대항력에 관한 것임을 示唆하고 있다. 그런데 민법 제320조 제1항은 유치권의 적극적 성립요건에 관해 규정하고, 同條 제2항은 그 소극적 성립요건에 관해 규정하고 있을 뿐 질권과 저당권에 관한 민법 제335조, 제337조, 제359조의 규정¹⁵⁾과 달리 유치권의 대항력 내지 대항요건에 관해 규정하는 것은 없으므로 판례법리의 근거를 민법규정에서 찾을 수는 없다. 이에 판례가 든 법규정이 바로 민사집행법 제83조 제4항과 제92조 제1항인데, 그중 제92조 제1항에 “대항하지 못한다.”는 文言이 사용되고 있으므로 그 규정들은 유치권의 대항력의 근거로서 손색이 없어 보이고, 그 밖에는 유치권의 대항력의 근거가 될 만한 법규정은 어디에서도 찾을 수 없다.

그러나 그 규정들은 부동산 압류의 효력에 관한 일부 사항을 규정하고 있을 뿐 압류의 효력(특히 처분금지효)의 의미·내용을 구체적·명시적으로 밝히지 않고 있으므로 부동산 압류의 효력(처분금지효)과 유치권의 효력(대항력)의 문제에 관한 해석론이 水面으로 浮上하지 않을 수 없게 된다.

2. 押留의 處分禁止效

(1) 不動產 押留

민사집행법의 관계 규정에 의하면 채무자 소유 부동산에 대해 법원의 경매개시 결정이 있으면 압류의 효력이 당연히 발생하는 것이 아니라 그 결정에서 (경매개시와) 동시에 그 부동산의 압류를 명해야 하고(제83조 제1항), 법원이 그러한 경매개시 결정을 하면 법원사무관등은 즉시 그 사유를 등기부에 기입하도록 등기관에게 촉탁하는 한편(제94조 제1항), 그 결정을 채무자에게 송달해야 한다(제83조 제4항). 등기관은 그 촉탁에 따라 경매개시 결정 사유를 등기부에 기입해야 하고(제94조 제2항), 압류는 그 결정이 송달된 때 또는 위와

15) 그 밖에 민법의 總則編, 債權編, 親族編, 相續編에도 대항력 내지 대항요건에 관한 규정이 상당수 존재한다.

같은 등기가 된 때에 효력이 생긴다(제83조 제4항).

이때 관념적으로는 경매개시 결정이 채무자에게 송달됨으로써 압류의 효력이 생겼지만 경매개시 등기가 되지 않은 사이에 채무자가 제3자에게 부동산을 처분하는 경우가 있을 수 있는데, 제3자가 그 처분행위로 인해 권리를 취득할 때에 경매신청 또는 압류가 있다는 것을 알았을 경우에는 압류에 대항하지 못한다(제92조 제1항).¹⁶⁾ 그러나 실무상 법원사무관등은 경매개시 등기가 기입된 사실을 확인한 후 경매개시 결정을 채무자에게 송달하고 있으므로 위와 같은 상황이 실제로 발생할 여지는 거의 없다.¹⁷⁾

위와 같이 압류의 절차와 효력발생 요건·시기에 관한 규정은 존재하지만, 압류의 효력의 의미·내용에 관한 규정은 존재하지 않는다. 이는 결국 민사집행법의 관련 규정들을 종합·참작해서 해석론으로 정할 수밖에 없는 것인데, 이에 관해서는 나름 확립된 해석론이 존재한다. 押留의 處分禁止效論이 그것이다.

(2) 處分禁止效

압류의 본질적 효력은 대상 부동산에 대한 처분권을 국가가 거두고, 그 소유자인 債務者의 處分을 禁止시키는 것이다. 따라서 부동산이 압류된 후에는 채무자가 부동산의 讓渡나 用益權·擔保權의 設定을 할 수 없고(讓渡와 負擔禁止), 이에 저촉되는 債務者의 處分은 효력이 없다.¹⁸⁾ 그런데 “압류의 효력은 부동산 소유자에 대하여 압류채권자에 대한 관계에 있어서 부동산의 처분을 제한하는 데 그치는 것일 뿐 그 밖의 다른 제3자에 대한 관계에서까지 부동산의 처분을 금지하는 것이 아니다. 경매 목적물 자체를 타인에게 매각 또는 양도하는 법률적 처분은 신청 채권자와의 관계에서는 효력이 부정되는데, 그 부정은 신청 채권자와의 관계에서만 부정되는 상대적인 것이고, 절대적·대세적으로 무효라는 취지는 아니다. 따라서 그와 같은 법률행위도 당사자 간에는 유효한 것이고, 후일 경매가 취하되는 일이 있으면 신청채권자에 대한 관계에서도 완전히 유효한 것이 된다. 따라서 제3취득자는 경매절차 진행 중에도 매수인이 매각대금을 완납하여 대상 부동산의 소유권을 취득하기 전까지는 대상 부동산을 유효하게 처분할 수 있는 것이다.”¹⁹⁾²⁰⁾

16) 黃進九, 金能煥·閔日榮 편집대표 『註釋 民事執行法(III)』 제3판, 韓國司法行政學會, 2012, 328면.

17) 黃進九, 앞의 책, 331면.

18) 李時潤, 『新民事執行法』 제7개정판, 博英社, 2016, 266면.

19) 成昌昊, 金能煥·閔日榮 편집대표 앞의 책, 185면.

20) ‘處分禁止效’라는 용어보다 ‘處分制限效’라는 용어를 사용하는 것이 적절하다는 견해도 있

(3) 處分行爲

민사집행법에는 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위의 의의·범위에 관한 명시적인 규정이 없으므로 “압류는 부동산에 대한 채무자의 관리·이용에 영향을 미치지 아니한다.”는 규정(제83조 제2항), “제3자는 권리를 취득할 때에 경매신청 또는 압류가 있다는 것을 알았을 경우에는 압류에 대항하지 못한다.”는 규정(제92조 제1항)과 “금전채권을 압류할 때에는 법원은 제3채무자에게 채무자에 대한 지급을 금지하고 채무자에게 채권의 처분과 영수를 금지해야 한다.”는 규정(제227조 제1항)을 유기적으로 종합·해석해서 그것을 정해야 할 것이다.

(가) 處分行爲는 債務者の 行爲여야 한다.

처분금지효에서 말하는 처분이란 ‘채무자의’ 행위를 가리키는 것으로 보는 것이 자연스럽고, 금전채권의 압류에 관한 민사집행법 제227조 제1항의 규정내용도 그렇다. 그렇다면 압류의 효력(처분금지효)에 저촉되는 채무자의 처분행위로 인한 제3자의 권리취득이 상대적으로 무효로 되어 대항력이 없게 되는 것은 반사적 효과의 일종으로 봐야 할 것이다.²¹⁾

그런데 제4판결은 제2형에 해당하는 ‘채무자 소유의 건물에 관하여 증·개축 등 공사를 도급받은 수급인이 경매개시 결정의 기입등기가 마쳐지기 전에 채무자로부터 그 건물의 점유를 이전받아 경매개시 결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금 채권을 취득함으로써 그때 비로소 유치권이 성립한 경우’에 관해 “채무자 소유의 부동산에 경매개시 결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는 그로써 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없”다는 점을 근거로 해서 그 유치권의 대항력을 부정하는 판시를 했다.

지만, [李茂相, “부동산 가압류의 처분제한적 효력”, 『法學論叢』 제31권 제2호, 檀國大學校 法學研究所, 2007, 199면] 압류의 효력을 ‘처분금지효’라고 하건 ‘처분제한효’라고 하건 그 내용은 결국 압류 후에 경매절차의 권리자에게 대항할 수 없는 권리는 채무자의 처분행위에 의해 취득한 권리에 한정된다는 결론에서는 다를 바 없다. [金世鎭, 앞의 글, 75면]

- 21) 민사집행법 제92조 제1항이 제3자의 ‘권리의 취득’을 제한하는 내용으로 규정하고 있는 점에 着眼해 채무자의 처분행위만 금지 또는 제한되는 것이 아니라 ‘압류 후 제3자가 취득한 모든 권리의 대항력’이 그 규정에 의해 제한되는 것으로 봐야 하고, 종래의 ‘처분금지효’를 ‘대항력 제한효’라고 불러야 하며, 가압류와 채납처분 압류에는 그러한 효력이 없고 오직 압류에만 그러한 효력이 인정된다는 뜻에서 ‘압류의 대항력 제한효’라고 불러야 한다고 주장하면서 관련 판례법리를 單番에 合理化하고자 하는 학설이 있지만, [金世鎭, 앞의 글, 74면] 이는 부동산 압류의 처분금지효 내지 처분행위의 의미와 민사집행법 제92조 제1항의 法意를 오해한 견해로 보인다.

그러나 그 판결이 판시사항의 근거로 실시한 것은 판례법리의 종합결론에 해당하는 것으로서 판시사항과 다를 바 없으므로 그것이 판시사항의 근거가 될 수는 없고, 제2형에 해당하는 경우에는 압류 이전에 공사를 위해 부동산 점유를 취득한 자가 압류 후에도 계속 공사를 시행해 완공함으로써 피담보채권을 취득하고 유치권이 성립한 것일 뿐 채무자가 압류의 효력에 저촉될 가능성이 있는 행위를 한 바가 없으므로 압류의 처분금지효를 적용할 餘地는 없고, 달리 그 유치권의 대항력을 부정할 법적 근거가 전혀 없으므로 제4판결의 判旨는 타당하지 않으므로 마땅히 再考돼야 할 것으로 보인다.²²⁾

(나) 管理行爲와 利用行爲는 處分行爲가 아니다.

① 압류는 부동산에 대한 관리·이용에 영향을 미치지 않는다(제83조 제2항). 압류는 대상 부동산의 처분금지로서 그것을 현금화할 때까지 그 교환가치를 유지함을 목적으로 하기 때문에 이에 저촉되지 않는 범위에서 채무자가 대상 부동산을 관리·이용해도 무방하다.²³⁾ 따라서 부동산에 대한 압류가 있을 후 채무자가 그 부동산의 보관·관리를 위해 任置契約이나 委任契約을 체결하거나 수리·수선을 위한 都給契約을 체결하고 부동산을 受置人·受任人이나 受給人에게 인도하고, 그들이 그 계약의 이행을 위해 상당한 비용을 투입하거나 보관·관리료가 발생하는 경우에는 압류의 처분금지효에 저촉되는 것이 아니므로 그 수치인 등은 부동산에 대한 유치권을 취득해 그 경매절차상 매수인에게 대항할 수 있을 뿐만 아니라 제3자가 상당한 비용을 들여 부동산에 대해 적법한 사무관리 행위를 함으로써 그로 인한 비용상환 청구권(민법 제739조)을 취득하고 점유를 취득한 경우(부동산을 점유하는 중에 사무관리 행위를 하고 비용상환 청구권을 취득한 경우도 마찬가지다)에도 그 사무관리자는 부동산에 대한 유치권을 취득해서 그 경매절차상 매수인에게 대항할 수 있는 것으로 봐야 하는 것이다.

② 건물에 대한 증·개축, 리모델링 공사에 소요된 비용이나 附屬物의 부속에 소요된 비용(부속물 가액 포함)에 관한 채권을 담보하기 위한 유치권의 성

22) 同旨 : 金玆洙, 앞의 글, 156면; 金世鎭, 앞의 글, 79면; 金遠守, 앞의 글, 681면; 朴庠彦, 앞의 글, 362면; 裴成鎬, 앞의 글, 189면; 徐鐘喜, “부동산 유치권의 대항력 제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립 제한으로의 재진환”, 『成均館法學』 제24권 제4호, 成均館大學校 法學研究所, 2012, 179면; 李啓正, 앞의 글, 232면; 李承揆, “유치권자와 경매절차에서의 매수인 사이의 대항관계”, 『民事判例研究』 제36권, 博英社, 2014, 260면; 曹孝姪, 앞의 글, 211면; 河相赫, 앞의 글, 990면 등.

23) 成昌昊, 앞의 책, 195면; 李時潤, 앞의 책, 265면 등.

립과 대항력을 인정할 것인지 여부가 문제되는데, 이는 그 증·개축 등 부분이나 부속물에 대해서 압류·매각의 효력이 미치는지 여부²⁴⁾를 기준으로 판정하는 것이 타당할 것이다. 그 증·개축 등 부분이나 물건에 대해 압류·매각의 효력이 미쳐서 매수인이 그 증·개축 등 부분이나 부속물에 대한 소유권을 취득한다면 그 비용을 투입한 자에게 유치권의 성립과 대항력을 인정하는 것이 타당하기 때문이다.

③ 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위에는 채무자가 부동산에 대한 경매개시 결정이 있는 후 그 부동산을 양도(소유권 이전)하거나 제한물권(용익물권과 담보물권)을 설정하는 행위가 속한다고 보는 것이 일반적이고,²⁵⁾ 그 부동산을 타인에게 임대해서 차임을 수익하는 것은 관리·이용행위일 뿐 처분행위에 속하지 않는다고 하는 학설이 있으며,²⁶⁾ 나아가 압류의 효력이 발생한 후에 타인에게 대상 부동산을 임대했다면 그것을 민법 제621조의 규정에 의해 등기하거나 주택임대차보호법 제3조, 상가건물임대차보호법 제3조의 규정에 의해 대항요건을 갖추더라도 경매신청인에게 대항할 수 없다고 하는 학설이 있다.²⁷⁾

그러나 채무자의 부동산 임대행위를 처분행위가 아니라고 보면서도 압류의 처분금지효를 원용해서 대항요건을 갖춘 임차권의 대항력을 부정하는 것은 논리의 모순이고, 채무자의 임대행위가 처분행위인지 여부를 결정하면서 그 임대행위로 인한 임차권이 대항요건을 갖춘 경우와 그렇지 않은 경우를 달리 보는 것(대항요건을 갖추지 않은 것은 처분행위가 아니라고 보고 대항요건을 갖춘 것은 처분행위라고 보는 것)도 타당하지 않다. 따라서 경매개시 결정이 있는 부동산에 관해 채무자가 사용대차·임대차 계약을 체결하고 그 부동산을 使用借主·賃借人에게 인도함으로써 使用權·賃借權, 즉 債權的 用益權을 설정하는 행위도 처분행위에 해당하는 것으로 보고 압류의 처분금지효의 범리에 따라 관련 문제를 해결하는 것이 타당할 것이다.

24) 압류의 효력이 미치는 범위는 원칙적으로 저당권의 효력이 미치는 범위(민법 제358조)와 같다. 따라서 압류의 효력은 대상 부동산의 附合物과 從物에 미친다.[金日龍, 『민사집행법 강의』, 도서출판 오래, 2014, 208면; 金弘燁, 『민사집행법』 제3판, 博英社, 2015, 144면; 成昌昊, 앞의 책, 182면; 李時潤, 앞의 책, 267면; 田炳西, 『민사집행법』, Justitia(유스티치아), 2016, 207면 등]

25) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결[제5판결]; 姜大成, 『민사집행법』 제5판, 도서출판 탐복스, 2011, 273면; 金日龍, 앞의 책, 208면; 金弘燁, 앞의 책, 140면; 朴斗煥, 『民事執行法』 제2판, 法律書院, 2003, 286면; 吳始暎, 『민사집행법』, 학현사, 2007, 386면; 李時潤, 앞의 책, 266면; 田炳西, 앞의 책, 207면 등.

26) 成昌昊, 앞의 책, 195면; 李時潤, 앞의 책, 265면; 田炳西, 앞의 책, 210면 등.

27) 成昌昊, 앞의 책, 195면; 李時潤, 앞의 책, 265면 등.

④ 그렇다면 압류의 효력에 저촉되는 처분행위(용익물권 설정계약, 사용대차·임대차 계약)를 원인으로 해서 점유를 이전받아 그 물건에 관한 채권을 취득한 자는 그 점유권원으로 압류채권자나 매수인에게 대항할 수 없으므로 그가 취득한 유치권으로는 압류채권자나 매수인에게 대항할 수 없다고 볼 수 있는 餘地가 있지만,²⁸⁾ ㉠ 처분행위에 해당하지 않는 관리행위(보관·관리를 위한 임치·위임계약이나 수리·수선을 위한 도급계약 등)를 원인으로 해서 부동산 점유를 이전받은 자가 그 부동산에 관해 상당한 비용을 지출함으로써 유치권을 취득하는 경우, ㉡ 제3자가 압류 이후에 대상 부동산에 사무관리 행위를 하고 그 부동산을 점유하게 됨으로써(부동산을 점유하는 중에 사무관리 행위를 하는 경우 포함) 유치권을 취득한 경우, ㉢ 압류 이전에 체결한 도급계약에 따라 점유를 취득한 자가 압류 이후에 공사를 완공함으로써 비로소 유치권을 취득한 경우(제2형), ㉣ 압류 이전에 ‘압류에 대항할 수 있는 용익권’을 취득한 자가 압류 이후에 필요비나 유익비를 지출한 경우²⁹⁾ 등은 압류 이후에 채무자의 처분행위를 원인으로 하는 점유이전으로 인해 유치권을 취득한 경우가 아니므로 그 유치권으로 압류채권자나 압류 부동산의 매수인에게 대항할 수 있다고 할 것이다.

(㉣) 處分行爲는 法律的 行爲여야 한다. ‘占有의 移轉’은 處分行爲가 아니다.

① 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위에는 부동산에 대한 경매개시 결정이 있는 후 채무자가 그 부동산을 양도(소유권 이전)하거나 제한물권(용익물권과 담보물권)을 설정하는 행위가 속한다고 보는 판례·학설³⁰⁾이나 경매개시 결정이 있는 부동산에 관해 채무자가 사용대차·임대차 계약을 체결하고 그 부동산을 인도함으로써 사용권·임차권(채권적 용익권)을 설정하는 행위도 처분행위에 해당하는 것으로 봐야 한다는 拙見은 모두 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위는 원칙적으로 법률적 행위여야 한다는 점을 전제로 하고 있으므로 ‘占有의 移轉’과 같은 사실행위는 처분행위에 포함되지 않는 것으로 보는 것이 尙當하다.³¹⁾

28) 압류의 처분금지효에 저촉되는 용익물권 설정계약이나 사용대차·임대차 계약을 원인으로 해서 부동산 용익물권이나 사용권·임차권을 취득한 자가 그 부동산에 필요비나 유익비를 지출한 경우에 그 비용상환 청구권을 피담보채권으로 해서 유치권이 성립하고 압류에 대해 대항력을 가지는지 여부가 문제되는데, 이에 관해서는 후술한다.

29) 압류 이전에 압류에 ‘대항할 수 없는 용익권’을 취득한 자가 압류 이후에 필요비나 유익비를 지출한 경우의 문제에 관해서는 후술한다.

30) 註 25) 참조.

그런데 제1·2판결과 대법원 2011. 5. 13.자 2010마1544 결정은 “채무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시 결정의 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 저촉”된다고 판시했고, 제3판결은 “채무자 소유의 부동산에 경매개시 결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채권자가 채무자로부터 위 부동산의 점유를 이전받고 이에 관한 공사 등을 시행함으로써 채무자에 대한 공사대금채권 및 이를 피담보채권으로 한 유치권을 취득한 경우, 이러한 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉”된다고 판시했으며, 제5판결은 “부동산에 경매개시 결정의 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 당원의 판례”라고 판시했다.

위와 같은 판시사항에 의하면, 그 판시에 해당하는 점유의 이전으로 인해 유치권이 성립하는 경우에는 그 점유이전은 ‘목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위’에 해당한다는 것이지만, 판례가 무엇을 ‘처분행위’로 본 것인지 분명하지 않다. 즉 ‘점유의 이전’ 자체로 본 것인지, ‘목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 행위’로 본 것인지, ‘압류 후 유치권 성립의 계기가 된’ 점유의 이전으로 본 것인지 분명하지 않은 것이다.

그러나 점유의 이전 자체는 처분행위가 될 수 없고,³²⁾ ‘목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 (처분)행위’라는 것은 극단적으로 不明瞭하고 抽象的인 개념이므로 어떤 행위가 그러한 처분행위에 해당하는지 여부를 판정하는 구체적 기준이 될 수는 없으며,³³⁾ 압류 후 유치권 성립의 계기가 된 점유이전을

31) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결(제5판결)은 이 점을 明言하고 있다.

32) 註 25) 참조.

33) 더욱이 유치권을 채권관계상 ‘延期的 抗辯權(aufschiebende Einrede)’의 일종으로 규정하고 있는 독일 민법(梁彰洙, 『2018년판 독일민법전 총칙·물권·채권』, 博英社, 2018, 122면; Rolf Stürner hrsg., Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015, Astrid Stadler, §§273 Rn.19)과 달리 우리 민법은 유치권을 ‘對世的 效力’이 있는 ‘物權’의 일종으로 규정하고 있는 이상 유치권의 피담보채권은 목적물의 교환가치를 創出·保存·增大하는 데 기여한 비용의 투입으로 인한 채권에 한정해야 할 것이므로 유치권 성립을 위한 점유의 이전이 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가

처분행위로 본다면 다른 경우의 점유이전도 처분행위로 봐야 할 것이고,³⁴⁾ 그렇게 되면 점유이전 자체를 처분행위로 봐야 하는 것으로 回歸해야 할 것인데, 그렇게 할 수는 없는 것이다.

② 筆者가 보기에 위와 같은 混沌은 제1판결이 선고되기 전에 ‘부동산 압류의 처분금지효와 점유의 이전’이라는 論題를 최초로 다룬 논문³⁵⁾의 내용에 대한 오해에서 유래된 것으로 보인다.

그 논문의 論者は “부동산에 관하여 공사대금 채권을 가지고 있는 자가 임대차 등에 의하여 소유자로부터 이미 가압류등기 또는 압류등기가 경료된 그 부동산의 점유를 취득하거나, 또는 장차 경매절차상의 매수인에게 대항할 수 없는 권원(가령, 압류 이후에 부동산을 임차하였거나, 압류 이전에 부동산을 임차하였다 하더라도 그 임차권에 대항력이 없는 경우)에 기하여 압류된 부동산을 점유하는 자가 압류 이후에 그 부동산에 관하여 필요비나 유익비를 지출하였다고 주장하며, 이후 경매절차에서 그 부동산을 매수한 사람에게 유치권을 내세워 대항하는 것이 허용될 수 있는가?”³⁶⁾라고 하는 긴 질문(문제제기)을 하는 것으로 시작해서 주로 일본의 학설과 판례³⁷⁾를 소개·검토하는 과정을 거친 다음 결론부에 이르러 “채무자가 압류된 부동산의 점유를 임대차나 사용대차 등의 형식에 의하여 타에 이전하는 것이 압류의 처분금지효에 저촉되는 행위인가? 그렇다고 보아야 할 것이다. 처분금지효에서 말하는 처분이란 목적물의 교환가치에 감소를 초래할 수도 있는 재산권의 변동행위를 말하는 것인데, 점유권도 분명 재산권의 일종이고, 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 염려가 있는 행위이기 때문이다. 점유의 이전이 압류에 의하여 금지되는 처분행위에 해당한다는 점은 일본에서는 자명한 것으로 받아들여지고 있다.”(결론 ①)³⁸⁾고 서술하고, “채무자가 이미 압류된 부동산의 점유를 임대차나

있는 행위에 해당한다고만 볼 수는 없다. 위와 같은 처분행위 개념에 입각한 판례이론은 압류채권자나 압류 부동산의 매수인이 그렇게 創出·保存·增大된 교환가치로 인한 이익을 취하는 측면을 度外視하고 유치권으로 인한 손실 가능성만 浮刻시켜 유치권을 剝奪하는 것이므로 타당하지 않은 것이다.

34) ‘점유의 이전’이라는 법현상을 두고 그것이 유치권 성립의 계기가 된 경우에는 ‘목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위’에 해당하는 것으로 보고 그렇지 않은 경우에는 그렇게 보지 않는 것은 명백히 불합리하다. 유치권 성립의 경우에만 그렇게 봐야 하는 법리적 근거가 분명하게 제시되지 않았기 때문이다.

35) 姜旻成, “민사집행과 유치권”, 『司法論集』 제36집, 法院圖書館, 2003, 51면.

36) 姜旻成, 앞의 글, 55면.

37) 大審院 1938. 4. 16. 판결; 最高裁判所 1974. 9. 20. 판결; 福岡高等裁判所 1955. 11. 5. 결정; 同 1973. 4. 25. 결정; 仙台高等裁判所 1991. 12. 2. 결정; 名古屋地方裁判所 1993. 3. 17. 결정.

사용대차 등의 형식으로 제3자에게 이전하는 것은 압류의 처분금지효에 저촉되므로, 이미 압류된 부동산에 관한 점유를 채무자로부터 임대차나 사용대차 등의 형식에 의하여 취득한 자는 당해 부동산에 관하여 기존 공사대금 채권을 가지고 있거나, 또는 압류된 부동산에 필요비나 유익비를 지출하였다고 하더라도 경매절차에서 당해 부동산을 매수한 사람을 상대로 유치권을 내세워 대항하는 것은 허용되지 않는다 할 것이고, 이러한 결론은 유치권을 주장하는 자가 당해 부동산에 관하여 압류가 이루어졌다는 사실에 대하여 선의·무과실이라 하더라도 마찬가지라 할 것이다. … 문제는 부동산의 압류 이전부터 사용대차나 대항력 없는 임대차 등 제3자에 대한 관계에서 대항력이 인정되지 않는 점유권원에 기하여 당해 부동산을 점유해 오던 자가 압류 이후에 당해 부동산이 압류되었다는 점을 알았거나 과실로 이를 알지 못하고서 당해 부동산에 관하여 필요비나 유익비를 지출한 경우이다. 이 경우 그 점유는 압류 이후에 채무자가 한 처분행위에 기한 것이 아니므로 압류의 처분금지효에 저촉된다고는 할 수 없고, 단지 대항력이 존재하지 아니하여 당해 부동산이 경매절차에서 제3자에게 매각된 경우 그 제3자에 대하여 대항할 수 없음에 그칠 뿐이다(다시 말해서 목적물에 대한 점유가 목적물의 경매절차상의 매각에 의하여 占有開始時에 소급하여 불법으로 되는 것도 아니다). 하지만 … 부동산 압류 이전부터 당해 부동산을 점유하고 있던 자라도 당해 부동산에 관하여 압류가 이루어졌음을 알면서 당해 부동산에 관하여 필요비나 유익비를 지출한 경우에는 민법 제320조 제2항을 유추적용하여 경매절차상의 매수인에 대한 유치권 주장을 불허하는 것이 옳다고 본다.”(결론 ②)³⁹⁾라고 서술했다.

위와 같은 결론 ①의 서술 중 “처분금지효에서 말하는 처분이란 목적물의 교환가치에 감소를 초래할 수도 있는 재산권의 변동행위를 말하는 것”이라는 표현을 “목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위”라는 표현으로 借用·變更한 제1판결과 제2판결이 선고되자 결론 ①의 서술을 그대로 옮겨 적은⁴⁰⁾ 제1판결에 대한 평식이 발표되었고, 그 후로도 “목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위”라는 표현을 사용한 제3판결 등이 계속 나오게 되자 결론 ①의 서술 중 “처분금지효에서 말하는 처분이란 목적물의 교환가치에 감소를 초래할 수도 있는 재산권의 변동행위를 말하는 것인데, 점유권도 분명 재산권의 일종이고, 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 염

38) 姜旻成, 앞의 글, 75면.

39) 姜旻成, 앞의 글, 76면.

40) 金遠守, 앞의 글, 681면.

려가 있는 행위이기 때문이다.”라고 하는 표현의 전부나 일부가 판례이론을 지지·합리화하는 논거로 자주 언급되거나 소개되고 있다.⁴¹⁾

그러나 그 논문의 문제제기 부분의 서술과 결론 ①의 서술이 “채무자가 압류된 부동산의 점유를 임대차나 사용대차 등의 형식에 의하여 타에 이전하는 것이 압류의 처분금지효에 저촉되는 행위인가?”라고 시작되는 점에서 보면 그 서술은 ‘임대차나 사용대차 등’ 계약에 기한 本權과 무관한 점유권과 점유의 이전에 관한 서술이 아닌 것이 분명하고, 논자가 “점유의 이전이 압류에 의하여 금지되는 처분행위에 해당한다는 점은 일본에서는 자명한 것으로 받아들여지고 있다.”고 서술한 다음 인용한 일본의 문헌들도 “제3자를 위하여 새로운 임차권을 설정하는 것은 그것이 부동산 자체의 교환가치 저감에 관련이 있는 것이기 때문에 압류에 의해 금지되는 처분에 해당한다고 생각한다.”고 서술하거나⁴²⁾ “압류 후라 하더라도 타인으로 하여금 이용시키기 위하여 점유를 이전하거나 임대하는 것 등도 할 수 없는 것은 아니다. 다만 압류 후의 점유이전이나 용익권의 설정은 압류채권자에게 대항할 수 없…다.”고 서술하거나⁴³⁾ “압류 후에 타인으로 하여금 이용하게 하기 위하여 점유를 이전하거나 임대하는 것은 그 점유이전이나 용익권의 설정을 압류채권자에게 대항할 수 없음은 물론 통상의 용법에 따른 사용·수익이라고도 할 수 없다.”고 서술하고⁴⁴⁾ 있는 점에 비춰 보면, 그 문헌들에서 다뤄진 주제는 부동산에 대한 압류가 있는 후 채무자가 그 부동산을 타인으로 하여금 이용하게 하기 위해 그에게 점유를 이전하는 행위(주로 임차권을 설정하는 행위)가 처분행위에 해당하는지 여부에 관한 것이었지 그 부동산에 대한 관리행위의 일환으로 임치·위임계약이나 수리·수선 등을 위한 도급계약을 체결하고 그 계약에 따라 수치인 등에게 점유를 이전하는 행위도 처분행위에 해당하는지 여부에 관한 것이 아니었던 것이다.

그리고 결론 ②의 서술내용에 의하면 그 논자는 ㉠ 부동산에 대한 압류가 있는 후, 채무자가 그 부동산을 임대하고 임차인에게 인도(점유의 이전)한 경우에는, 그 점유의 이전은 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위이므로, 임

41) 金建昊, “부동산경매절차에서의 유치권”, 『法學論攷』 제36집, 慶北大學校 法學研究院, 2011, 394면; 金玆洙, 앞의 글, 156면; 金世鎭, 앞의 글, 79면; 朴貞基, 앞의 글, 26면; 裴成鎬, 앞의 글, 183면; 李承揆, 앞의 글, 256면; 曹孝姪, 앞의 글, 209면; 河相赫, 앞의 글, 993면; 洪奉周, “유치권의 대항력 제한”, 『土地法學』 제31권 제1호, 韓國土地法學會, 2015, 81면 등.

42) 鈴木忠一 外 編集, 『注解 民事執行法(2)』, 第一法規, 1984, 67頁(上原敏夫).

43) 三宅弘人 外 執筆, 『注釋民事執行法 第3卷』, 金融財政事情研究會, 1983, 104頁(三宅弘人).

44) 石川明 外 編集, 『注解 民事執行法 上卷』, 青林書院, 1991, 491頁(三上威彦).

차인이 그 점유를 이전받기 전에 임대인에 대해 그 부동산에 관하여 생긴 채권을 가지고 있었거나, 그 점유를 이전받은 후 그 부동산에 필요비나 유익비를 지출하더라도, 그 채권이나 비용상환 청구권을 피담보채권으로 하는 유치권으로는 그 경매절차상 매수인에게 대항할 수 없다는 점과 ⑥ 부동산 압류 이전부터 그 부동산을 점유하고 있던 자라도, 그 부동산에 대한 압류가 있었음을 알면서 그 부동산에 필요비나 유익비를 지출한 경우에는 민법 제320조 제2항을 유추적용해서 경매절차상의 매수인에 대한 유치권 주장을 불허하는 것이 옳다는 점을 論證하려고 했던 것임을 알 수 있다.⁴⁵⁾

③ 그런데도 제1판결은 그 논자가 논증하려고 한 점을 제대로 看取하지 못한 채 결론 ①의 서술 중 일부 표현을 借用해서 그 판시와 같은 사정 하에서는 ‘점유의 이전’이 ‘목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위’로서 압류의 처분금지효에 저촉된다고 판시하고, 제2판결과 제3판결 등이 계속 같은 취지의 판시를 하게 되었던 것이다.

그렇지만 점유권이 재산권인지, 점유의 이전이 처분행위인지 여부는 그 기초인 本權關係의 내용과 성질을 규명해서 그것에 따라 판정해야 하는 것이지, 그 본권관계의 내용과 성질을 규명하지도 않은 채 점유권 자체를 재산권이라고 하거나 점유의 이전 자체를 처분행위라고 볼 수는 없다. 따라서 제1·3형의 유치권이 성립한 경우에 ‘점유의 이전’을 처분행위로 본 제1·2·3판결의 판시사항은 이 점에서 부당하므로 再考되어야 한다.⁴⁶⁾

3. 不法行爲로 因한 占有 - 民法 제320조 제2항 類推適用論

(1) 타인의 부동산을 점유한 자는 그 부동산에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 부동산을 유치할 권리(유치권)가 있지만(민법 제320조 제1항), 그 점유가 不法行爲로 인한 경우에는 그러한 유치권이 성립되지 않는다(동조 제2항). 이 규정의 ‘占有가 不法行爲로 因한 境遇’⁴⁷⁾

45) 그 점들이 일본에서 전개되고 있는 관련 학설의 주요쟁점이다.[山本和彦 外 編集, 『新基本法コメンタル 民事執行法』, 日本評論社, 2014, 181頁; 三宅弘人 外 執筆, 앞의 책, 104頁(三宅弘人), 293頁(大橋寬明); 石川明 外 編集, 앞의 책, 491頁(三上威彦), 615頁(廣田民生), 857頁(佐藤歲二); 鈴木忠一 外 編集, 앞의 책, 68頁(上原敏夫), 253頁(竹下守夫); 同, 『注解民事執行法(3)』, 第一法規, 1984, 167頁(石丸俊彦), 296頁(中山一郎); 浦野雄幸, 『條解 民事執行法』, 商事法務研究會, 1985, 265·379頁 등.

46) 同旨: 金兌洙, 앞의 글, 156면; 金世鎭, 앞의 글, 79면; 金遠守, 앞의 글, 687면; 裴成鎬, 앞의 글, 183면; 李啓正, 앞의 글, 232면; 李承揆, 앞의 글, 235면; 曹孝姪, 앞의 글, 212면; 河相赫, 앞의 글, 995면 등.

란 원칙적으로 竊取·強取·喝取·騙取·橫領, 無斷占有(權原 없는 占有) 등 故意 또는 過失로 인한 違法行爲(민법 제750조)로 인해 점유를 개시한 경우를 의미하지만, 적법·유효한 권원에 기해 점유를 개시했지만 그 점유 중에 그 권원이 소멸한 이후에도 계속 점유하는 경우도 이에 포함된다고 보는 것이 일반적이다.⁴⁸⁾ 이는 일본에서도 마찬가지지만,⁴⁹⁾ 우리 민법 제203조 제3항이 점유자의 유익비상환 청구권에 관해 “法院은 回復者의 請求에 의하여 相當한 償還期間을 許與할 수 있다.”고 규정하고 있음에 비해, 일본 민법 제196조 제2항 단서가 “惡意의 占有者에 대해서는 法院은 回復者의 請求에 依해 그 償還에 관해 相當한 期限을 許與할 수 있다.”고 규정하고 있는 것과 관련해서, 법원이 그 규정에 의해 악의의 점유자의 유익비상환 청구권의 상환기한을 회복자에게 하여해야 유치권의 성립이 배제되는 것이므로 일본 민법 제295조 제2항을 유추적용해서 유치권의 성립을 일반적으로 부정하는 것은 타당하지 않다는 견해도 있다.⁵⁰⁾

(2) 그런데 당초부터 제3자에 대한 대항력이 없는 본권에 기한 점유자(대항요건을 갖추지 못한 주택 임차인 등)가 압류 후에 필요비나 유익비를 지출한 경우와 압류 후에 압류의 처분금지효에 저촉되는(압류에 대항할 수 없는) 처

47) 일본 민법 제295조 제2항은 ‘占有가 不法行爲로 因해 始作된 경우’라고 규정한다.

48) 郭潤直·金載亨, 『물권법[민법강의Ⅱ]』 제8판(전면개정), 博英社, 2014, 382면; 金甲猷, 金龍潭 편집대표, 『註釋 民法 [物權(3)]』 제4판, 韓國司法行政學會, 2011, 435면; 金俊鎬, 『물권법 -이론·사례·판례-』 제10판, 法文社, 2017, 367면; 金曾漢·金學東, 『물권법』 제9판 중판, 博英社, 2004, 458면; 宋德洙, 『물권법』 제3판, 博英社, 2017, 442면; 吳始暎, 『物權法』, 학현사, 2009, 583면; 李相泰, “불법행위로 인한 점유와 유치권의 배제”, 『土地法學』 제26-2호, 韓國土地法學會, 2010, 29면; 李英俊, 『物權法』 전정신판, 博英社, 2009, 774면; 李銀榮, 『物權法』 제4판, 博英社, 2006, 686면; 池元林, 『民法原論』, 弘文社, 2017, 1419면; 胡文赫, 郭潤直 편집대표 『民法注解[VI] 物權(3)』, 博英社, 1992, 295면 등. 점유권원의 소멸에 대해 惡意인 경우가 포함된다는 점에 관해서는 異見이 없지만, 過失 있는 善意인 경우도 포함되는지에 관해서는 견해가 대립하고 있다.

49) 高橋眞, 『擔保物權法 法學叢書6』, 成文堂, 2007, 20頁; 高木多喜男, 『擔保物權法』 第4版, 有斐閣, 2005, 28頁; 內田貴, 『民法Ⅲ 債權總論·擔保物權』 第3版, 東京大學出版會, 2005, 504頁; 道垣內弘人, 『擔保物權法 現代民法Ⅲ』 第4版, 有斐閣, 2017, 26頁; 松尾弘 外, 『物權·擔保物權法』 第2版, 弘文堂, 2011, 262頁; 松井宏典, 『擔保物權法 [民法講義3]』 補訂版, 成文堂, 2008, 147頁; 我妻榮 外, 『我妻·有泉コメンタル民法-總則·物權·債權-』 第5版, 日本評論社, 2018, 506頁; 安永正昭, 『講義 物權·擔保物權法』 第2版, 有斐閣, 2014, 465頁; 河上正二, 『擔保物權法講義』, 日本評論社, 2015, 36頁 등.

50) 近江幸治, 『民法講義Ⅲ 擔保物權』 第2版補訂, 成文堂, 2017, 30頁; 生熊長幸, 『擔保物權法』, 三省堂, 2013, 239頁; 川井健, 『民法概論2 (物權)』 第2版, 有斐閣, 2005, 241頁 등. 이 견해에 의하면 필요비에 관해서는 항상 유치권이 인정되지만, 유익비에 관해서는 善意占有者에게만 유치권이 인정될 수 있다고 한다.[田山輝明, 『擔保物權法 民法講義3』 第3版, 成文堂, 2013, 26頁 등]

분행위로 점유를 취득한 자(임차인)가 필요비나 유익비를 지출한 경우에 관해, 민법 제320조 제2항을 유추적용해서 그 점유를 불법행위로 인한 점유에 해당하는 것으로 보고 유치권의 성립을 인정하지 않거나 (유치권의 성립을 인정하더라도) 경매절차상 매수인에 대해 그 유치권의 대항력을 인정하지 않아야 한다는 학설이 상당수 있다.⁵¹⁾

그러나 압류에 대한 대항력의 문제는 압류채권자나 압류 부동산의 매수인에 대한 관계에서 성립한 유치권의 대항관계로서 문제되는 것임에 비해 불법행위로 인한 점유의 문제는 채무자(소유자)에 대한 관계에서 유치권의 (소극적) 성립요건으로서 문제되는 것이므로 양자의 포섭범위가 완전히 다르고, 압류에 대한 대항력이 없는 점유도 채무자(소유자)에 대한 관계에서는 권원 있는 적법한 점유임이 분명하므로 이를 불법행위로 인한 점유 내지 권원 없는 점유와 같이 보는 것은 지나친 비약이며, 불법행위로 인한 점유가 아닌 이상 유치권의 성립에는 아무런 制約이 없고, 점유권원이 압류에 대한 대항력이 없다고 해서 그 점유 중에 취득한 유치권도 대항력이 없다고 해석할 법적 근거가 없으며, 유치권은 변제기에 있는 피담보채권의 존재와 목적물의 점유가 있으면 당연히 성립하는 법정담보물권이지 채무자의 처분행위, 즉 유치권의 성립을 목적으로 하는 법률행위에 의해 성립하는 것이 아니므로 압류에 대해 본권(점유권원)에 기한 대항력이 없어도 유치권이 성립하고 압류에 대한 대항력도 있는 것으로 보는 것이 옳다.⁵²⁾

4. 占有의 移轉이 제1형에 해당하는 경우 留置權의 成否와 對抗力

점유의 이전이 제1형에 해당하는 경우, 즉 압류 전에 피담보채권이 발생하고 변제기가 도래했는데도 압류 후에 채권자에게 점유를 이전한 경우에 유치

51) 姜旻成, 앞의 글, 77면; 南遵熙, 앞의 글, 561면; 徐鐘喜, 앞의 글(註 22), 177면; 車文鎬, “유치권의 성립과 경매”, 『司法論集』 제42집, 法院圖書館, 2006, 413면 등. 그리고 註 42) 내지 45)에서 인용한 문헌들과 關武志, 『留置權の研究』, 信山社, 2001, 553頁; 清水元, 『留置權概念の再構成』, 一粒社, 1998, 260頁 등 참조.

52) 諸哲雄, 『擔保法』 개정판, 栗谷出版社, 2011, 324면은 이 점과 관련해서 “대법원의 판결은 일반론으로서는 찬성하기 어렵다. 민사유치권은 유치물의 가치보존 및 증가와 관련된 채권을 담보하는 기능이 주된 것이고, 경매개시 결정 이후에 유치권의 성립을 인정하더라도 객관적으로는 경매목적물의 가치를 증가시킨 것과 관련되어 있다. 제3취득자가 목적물에 지출한 비용은 경매대가에서 우선 변제받을 수 있는데(민법 제367조), 이는 경매개시 결정 이후인지 여부는 문제되지 않는다. 유치권 역시 주로 목적물의 가치보존 및 증가와 관련되어 있기 때문에 경매개시 결정의 전후와 무관하게 그 성립을 인정해야 할 것”이라고 서술한다.

권이 성립하고 압류에 대한 대항력을 가지는지 여부의 문제는 사실관계에 따라 다음과 같이 판정해야 할 것이다.

첫째, 압류 전에 대상 부동산에 관한 피담보채권이 발생하고 변제기가 도래함으로써 점유 중이던 대상 부동산에 대한 유치권이 성립한 후 채권자가 自意로 그 부동산을 채무자(소유자)에게 인도했다가 압류 후에 채무자가 채권자에게 그 부동산을 다시 인도한 경우에는 유치권이 성립하지 않는 것으로 봐야 한다.⁵³⁾ 민법 제328조는 “留置權은 占有의 喪失로 因하여 소멸한다.”고 규정하고 있지만, 점유의 재취득에 의한 유치권의 부활을 인정하는 규정이 없고, 위와 같은 경우는 채권자가 自意로 대상 부동산을 채무자에게 인도함으로써 점유를 상실한 것이고,⁵⁴⁾ 그로 인해 유치권이 소멸한 것으로 봐야 하기 때문이다. 위와 같은 경우에 점유를 일시적으로 상실한 후 점유를 재취득한 경우 그 시점에서 다시 유치권을 취득할 수 있다고 하는 학설이 있고,⁵⁵⁾ 유치권자가 유치권의 존재를 알면서 반환한 경우에는 유치권의 포기가 있다고 할 것이고 이 때에는 유치권은 종국적으로 소멸한다고 봐야 하지만, 유치권자가 유치권의 존재를 모르고 반환한 경우에는 다시 점유를 취득함으로써 새로운 유치권을 취득하는 것으로 봐야 한다고 하는 학설도 있다.⁵⁶⁾

그러나 이러한 경우에 유치권의 부활(재성립)을 인정하는 것은 물권법 규정의 강행규정성에 반하는 것으로서 이해관계인에게 미치는 영향(불이익)이 크고, 민법은 ‘점유의 상실’이라는 객관적 사실이 발생하면 유치권이 소멸하는 것으로 규정할 뿐 그 점유의 상실 당시 유치권의 존재에 대한 유치권자의 주관적 관념이나 유치권 포기의 의사 등을 유치권 소멸의 요건으로 규정하고 있지 않으므로 유치권자가 목적물을 채무자(소유자)에게 인도(반환)한 경우에는 원칙적으로 유치권이 소멸하고, 그후 채권자가 그 부동산을 다시 점유하게 되더라도 유치권이 다시 성립(부활)하지는 않는 것으로 보는 것이 타당하다.

이와 관련해서 채권자인 유치권자와 채무자인 소유자 사이에 점유매개 관계가 성립되어 유치권자가 건물의 분양 등을 위해 그 건물에 대한 직접점유를

53) 이는 압류의 효력과 무관한 문제다.

54) 민법 제192조(占有權의 取得과 消滅) 제2항과 제204조(占有의 回收)의 규정에 의해 유치권자가 점유의 侵奪을 당한 날로부터 1년 내에 반환을 청구해서 점유를 回收한 때에는 유치권이 소멸하지 않는다는 점에 관해서는 異見이 없다.

55) 諸哲雄, 앞의 책, 332면.

56) 高翔龍, 『물권법』, 法文社, 562면; 金甲猷, 앞의 책, 470면; 宋五植, 『신물권법[이론·판례]』, 東方文化社, 407면; 胡文赫, 앞의 책, 341면; 洪性載, 『물권법[신정2판]』 제2판, 東方文化社, 2017, 442면.

채무자(소유자)에게 이전했다가 압류등기 후 직접점유를 다시 회복하는 경우도 ‘점유의 상실’에 해당하는 것인지 여부가 문제될 수 있다. 그러나 일반적으로는 직접점유뿐만 아니라 간접점유도 유치권의 성립·존속요건인 점유에 해당되지만, 채무자를 직접점유자로 해서 채권자가 간접점유하는 경우에는 유치권의 성립·존속요건으로서의 점유에 해당하지 않는 것이므로⁵⁷⁾ 위와 같은 경우에는 유치권자는 自意로 점유를 상실했다고 봐야 하고, 따라서 그가 압류 등기 후 다시 직접점유를 회복하더라도 유치권은 부활(재성립)하지 않는 것으로 봐야 할 것이다.

둘째, 채무자가 채권자에게 유치권 대상 부동산의 점유를 이전한 것이 전술한 경우에 해당하지 않는 경우, 즉 채권자가 그 점유의 이전을 받음으로써 비로소 유치권이 성립한 경우에는 그 유치권은 압류에 대한 대항력이 없는 것으로 봐야 한다.

압류가 있는 후 채무자가 채권자에게 부동산의 점유를 이전함으로써 유치권을 취득하도록 하는 것은 점유의 이전이라는 채무자의 행위에 의해 법정물권인 유치권을 성립시키는 것으로서 그 점유이전 행위를 처분행위로 봐야 하기 때문이다.⁵⁸⁾ 다만, 압류 이전에 피담보채권이 발생했지만 그 변제기가 압류 이후에 도래하는 바램에 그 변제기에 맞추어 채무자가 채권자에게 대상 부동산의 점유를 이전함으로써 유치권이 성립한 경우에는 압류에 대한 대항력이 있는 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 대상 부동산에 관한 공사대금의 변제기가 도래하지 않아 채권자가 유치권을 취득하지 못하고 있는 중에 그 부동산에 관해 경매가 개시되고(압류), 그 후에 비로소 피담보채권의 변제기가 도래하고 채권자가 채무자로부터 부동산의 점유를 이전받는 경우가 이에 해당할 것인데, 이러한 경우에 유치권의 성립을 인정하지 않는 것은 채권자의 유치권 취득을 원천봉쇄하는 것으로서 불합리한 처사기 때문이다.

셋째, 채권자가 ‘채무자’의 점유이전 행위에 의하지 않고 점유를 취득한 경우에는 압류의 처분금지효에 저촉되는 ‘채무자의 처분행위’로 볼 수 있는 것이

57) 金甲猷, 앞의 책, 434면; 金玟中, 『물권법』, 법영사, 2014, 562면; 金俊鎬, 앞의 책, 367면; 宋德洙, 앞의 책, 441면; 李相泰, 『物權法』 9정판, 法元社, 2015, 417면; 李英俊, 앞의 책, 773면; 李銀榮, 앞의 책, 685면; 諸哲雄, 앞의 책, 323면; 胡文赫, 앞의 책, 295면; 洪性載, 앞의 책, 434면 등. 그리고 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다27236 판결은 “유치권의 성립요건이자 존속요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계가 없으나, 다만 유치권은 목적물을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 것을 본체적 효력으로 하는 권리인 점 등에 비추어, 그 직접점유자가 채무자인 경우에는 유치권의 요건으로서의 점유에 해당하지 않는다”고 판시했다.

58) 同旨: 金遠守, 앞의 글, 684면; 朴貞基, 앞의 글, 31면; 曹孝姬, 앞의 글, 214면 등.

없으므로 유치권의 성립이나 대항력을 부정할 여지가 없는 것으로 봐야 한다.

5. 理念과 政策

유치권에 관한 법규정을 해석하면서 ‘경매절차의 공정성과 신뢰’나 ‘민사집행 제도의 신속·적정·원활한 운영’라는 이념이나 ‘공평의 이념’을 云謂하는 판례⁵⁹⁾나 학설⁶⁰⁾이 많다. 그러나 그와 같은 이념들은 법규정을 適當하게 해석하기 위한 理念的 指標가 될 수는 있어도 특정한 법해석에 대한 구체적인 법적 근거가 될 수는 없다. 그리고 정책적 고려나 판단이라는 것은 법해석론의 範疇를 逸脫하는 것이고, 법원은 존재하는 법을 해석·적용하는 기관이지 국회와 같은 의미의 정책·입법기관이 아니며, 법해석학은 정책학이나 입법학이 아니므로 법해석의 영역에서는 그러한 고려나 판단은 自制돼야 한다.⁶¹⁾

59) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결(제5판결) 참조.

60) 예를 들어 李承揆, 앞의 글, 258면은 “압류 또는 가압류 후 점유가 이전되어 유치권이 성립된 경우 이를 두고 압류 또는 가압류의 처분금지 효력에 반한다고 볼 수 없다고 할 것이다. … 이와 다르게 압류 후 점유가 이전된 경우 압류의 처분금지 효력에 반한다는 취지의 대법원 2005다22688 판결(제1판결)은 찬성하기 어렵다. 대상판결(제5판결)에서는 제1판결[처림] 압류의 처분금지효에 직접 근거를 둔 것은 아니고, 경매절차의 공정성과 신뢰의 훼손 우려 및 민사집행 제도의 적정한 운영이라는 정책적 이유에서 특별한 경우에 압류채권자 및 경매절차의 매수인에게 대항하지 못한다고 본다는 판단을 했는데, 이는 제1판결보다는 진일보한 논리”라고 서술하고, 曺孝姪, 앞의 글, 217면은 “유치권의 성립요건으로서의 점유의 이전 또는 채권의 취득을 원칙적으로 처분행위로 볼 수 없음에도 경매절차의 공정성과 신뢰 확보라는 정책적 고려에서 압류의 효력이 발생한 후에는 이를 예외적으로 처분행위로 보겠다고 선언한 것”이라고 서술한다.

61) 필자는 이 연구를 수행하는 중에 “실무가 종전의 경매절차에서 無所不爲의 威力을 발휘하던 유치권 주장을 빈약한 ‘압류의 처분금지효’를 내세워서나마 제한하려고 하는 실질적 이유를 숙고하고 이를 뒷받침하는 이론적 구상을 해”야 한다는 견해를 접한 적 있다. 그러나 그 견해에서 말하는 유치권의 ‘무소불위의 위력’이란 유치권의 ‘유치적 효력(권능)’으로 인한 것으로서 민법 제320조 제1항의 규정에 의해 인정되는 유치권의 본질적 내용에 해당하는 것이므로 그 규정이 개정되지 않는 한 ‘빈약한’ 압류의 처분금지효를 내세워 그 것을 제한하는 것은 법해석의 한계를 명백히 벗어나는 것이고, 필요가 있으면 실정법(국회제정 법률)의 근거가 없어도 실정법에 의해 인정되는 권리를 부정하거나 제한하는 해석을 해야 한다고 하고, 또 그렇게 할 수 있다고 하는 것은 국가권력의 분립원칙을 정하고 있는 憲法에 反하는 發想이라고 할 것이다.

IV. 結論

이상 검토·비판한 바에 의하면 부동산 압류의 처분금지효와 제2·3형의 유치권⁶²⁾의 효력(대항력)의 문제에 관한 판례법리는 법적 근거가 없는 誤論에 불과함을 알 수 있다. 사실 판례법리는 虛僞·誇張 유치권에 대한 대책의 하나로 정립된 이론이고, 허위·과장 유치권으로 인한 副作用이나 弊害를 언급하지 않는 유치권 관련 문헌은 거의 없다. 그러나 모든 유치권이 판례와 학설이 염려하는 바와 같은 문제를 量産하는 허위·과장 유치권(이것은 진정한 유치권이 아니다)인 것은 아니다. 허위·과장 유치권으로 인한 부작용이나 폐해가 있으면 그것에 적합한 民·刑事上 制裁를 함으로써 그것을 拔本塞源·剔抉해야 하는 것이지 아무런 법적 근거도 없이 진정한 유치권의 성립이나 대항력을 제한(부정)하는 법해석을 해서는 안 되고, 그러한 해석은 어떠한 이념이나 정책적 고려·판단에 의해서도 합리화되거나 정당화되서는 안 된다.⁶³⁾ 이제 유치권과 유치권자를 바라보는 觀點·視覺을 한 번쯤 변경해 볼 시점에 이르렀나 하는 생각이 든다. 이 研究가 그와 같은 관점·시각의 변경에 一助하고, 유치권에 관한 현행법의 규정들을 정확하게 이해하고, 그러한 바탕 위에서 관련 법률의 개정작업을 하는 데도 약간이나마 도움이 되기를 기대한다.

62) 제1형의 유치권에 관한 판례법리의 결론에 대해서는 일부 동의하지만, 판례가 그 결론의 근거로 삼은 압류의 ‘처분금지효론’에 대해서는 동의하지 않는다.

63) 유치권도 민법의 규정에 의해 인정되는 ‘權利’인 이상 그 行使는 信義에 좇아 誠實히 하여야 하고, 그것은 濫用하지 못하는 것이므로(민법 제2조) 유치권의 행사가 信義則違反이나 權利濫用に 해당하는 경우에는 부정되거나 제한될 수 있음은 이치상 당연하고, 필자도 이에 동의한다. 그렇지만 이는 압류의 처분금지효론에 의거해 유치권의 대항력을 제한(부정)하는 것과 전혀 다른 차원의 문제에 해당하므로 本稿에서는 논외로 한다.

[參考文獻]

- 姜大成, 『민사집행법』 제5판, 도서출판 탐북스, 2011.
- 高翔龍, 『물권법』, 法文社, 2001.
- 郭潤直·金載亨, 『물권법[민법강의Ⅱ]』 제8판(전면개정), 博英社, 2014.
- 郭潤直 편집대표, 『民法注解[VI] 物權(3)』, 博英社, 1992.
- 金能煥·閔日榮 편집대표, 『註釋 民事執行法(Ⅲ)』 제3판, 韓國司法行政學會, 2012.
- 金龍潭 편집대표, 『註釋 民法 [物權(3)]』 제4판, 韓國司法行政學會, 2011.
- 金玟中, 『물권법』, 법영사, 2014.
- 金日龍, 『민사집행법강의』, 도서출판 오래, 2014.
- 金俊鎬, 『물권법 -이론·사례·판례-』 제10판, 法文社, 2017.
- 金曾漢·金學東, 『물권법』 제9판중판, 博英社, 2004.
- 金弘燁, 『민사집행법』 제3판, 博英社, 2015.
- 朴斗煥, 『民事執行法』 제2판, 法律書院, 2003.
- 宋德洙, 『물권법』 제3판, 博英社, 2017.
- 宋五植, 『신물권법[이론·판례]』, 東方文化社, 2017.
- 梁彰洙, 『2018년판 독일민법전 총칙·물권·채권』, 博英社, 2018.
- 吳始暎, 『物權法』, 학현사, 2009.
- , 『민사집행법』, 학현사, 2007.
- 李相泰, 『物權法』 9정판, 法元社, 2015.
- 李時潤, 『新民事執行法』 제7개정판, 博英社, 2016.
- 李英俊, 『物權法』 전정신판, 博英社, 2009.
- 李銀榮, 『物權法』 제4판, 博英社, 2006.
- 田炳西, 『민사집행법』, Justitia(유스티치아), 2016.
- 諸哲雄, 『擔保法』 개정판, 栗谷出版社, 2011.
- 池元林, 『民法原論』, 弘文社, 2017.
- 洪性載, 『물권법[신정2판]』 제2판, 東方文化社, 2017.
- 高橋眞, 『擔保物權法 法學叢書6』, 成文堂, 2007.
- 高木多喜男, 『擔保物權法』 第4版, 有斐閣, 2005.
- 關武志, 『留置權の研究』, 信山社, 2001.
- 近江幸治, 『民法講義Ⅲ 擔保物權』 第2版補訂, 成文堂, 2017.
- 內田貴, 『民法Ⅲ 債權總論·擔保物權』 第3版, 東京大學出版會, 2005.

- 道垣内弘人, 『擔保物權法 現代民法 III』 第4版, 有斐閣, 2017.
- 三宅弘人 外 執筆, 『注釋民事執行法 第3卷』, 金融財政事情研究會, 1983.
- 山本和彦 外 編集, 『新基本法コメンタル 民事執行法』, 日本評論社, 2014.
- 生熊長幸, 『擔保物權法』, 三省堂, 2013.
- 石川明 外 編集, 『注解 民事執行法 上卷』, 青林書院, 1991.
- 松尾弘 外, 『物權・擔保物權法』 第2版, 弘文堂, 2011.
- 松井宏興, 『擔保物權法 [民法講義3]』 補訂版, 成文堂, 2008.
- 我妻榮 外, 『我妻・有泉コメンタル民法-總則・物權・債權-』 第5版, 日本評論社, 2018.
- 安永正昭, 『講義 物權・擔保物權法』 第2版, 有斐閣, 2014.
- 鈴木忠一 外 編集, 『注解 民事執行法(2)』, 第一法規, 1984.
- , 『注解 民事執行法(3)』, 第一法規, 1984.
- 田山輝明, 『擔保物權法 民法講義3』 第3版, 成文堂, 2013.
- 川井健, 『民法概論2 (物權)』 第2版, 有斐閣, 2005.
- 清水元, 『留置權概念の再構成』, 一粒社, 1998.
- 浦野雄幸, 『條解 民事執行法』, 商事法務研究會, 1985.
- 河上正二, 『擔保物權法講義』, 日本評論社, 2015.

Rolf Stürner hrsg., Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 16. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2015.

- 姜求旭, “不動産에 대한 ‘留置權에 의한 競賣’에 관한 一考”, 『民事執行法研究』 제14권(韓國民事執行法學會誌), 韓國司法行政學會, 2018.
- 姜旻成, “민사집행과 유치권”, 『司法論集』 제36집, 法院圖書館, 2003.
- 金建昊, “부동산경매절차에서의 유치권”, 『法學論攷』 제36집, 慶北大學校 法學研究院, 2011.
- 金玗洙, “채납처분 압류 후 경매개시 전에 취득한 유치권의 대항력”, 『裁判과 判例』 제23집, 大邱判例研究會, 2015.
- 金世鎭, “부동산 경매절차에서의 유치권의 대항력에 관한 판례평석”, 『土地法學』 제31권 제2호, 韓國土地法學會, 2015.
- 金淵佑, “상사유치권에 부동산이 포함되는지 여부 및 선행 지당권자와의 관계”, 『裁判과 判例』 제22집, 大邱判例研究會, 2013.
- 金遠守, “압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경

- 락인)에게 대항할 수 있는지 여부”, 『判例研究』 제18집, 釜山判例研究會, 2007.
- 南遵熙, “저당권설정 후 경매개시 결정기입등기 전에 취득한 유치권의 효력”, 『東北亞法研究』 제3권 제2호, 全北大學校 東北亞法研究所, 2009.
- 陶斗亨, “부동산에 대한 상사유치권의 성부 및 대항력의 범위”, 『辯護士』 제44집, 2013.
- 朴庠彦, “抵當權設定 後 成立한 留置權의 效力”, 『民事判例研究』 제32권, 博英社, 2010.
- 文炳贊, “유치권의 대항력에 관한 소고”, 『淸研論叢』 제10집, 司法研修院, 2013.
- 朴亮俊, “부동산 상사유치권의 대항범위 제한에 관한 법리”, 『淸研論叢』 제12집, 司法研修院, 2015.
- 朴貞基, “압류의 처분금지효에 저촉하여 취득한 유치권으로 매수인에게 대항할 수 있는지 여부”, 『裁判實務研究 2005』, 光州地方法院, 2006.
- 裴成鎬, “채납처분 압류 후 경매개시 결정 전에 성립한 부동산 유치권의 효력”, 『財産法研究』 제34권 제1호, 韓國財産法學會, 2017.
- 徐基錫, “留置權者의 競落人에 대한 被擔保債權의 辨濟請求權의 有無”, 『大法院判例解説』 제26호, 法院圖書館, 1996.
- 徐鐘喜, “유치권자의 강제경매신청의 의미와 가압류 등기 경로 후 성립한 유치권의 대항력 인정 여부”, 『外法論集』 제36권 제4호, 韓國外國語大學校 法學研究所, 2012.
- , “부동산 유치권의 대항력 제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립 제한으로의 재전환”, 『成均館法學』 제24권 제4호, 成均館大學校 法學研究所, 2012.
- 吳始暎, “유치권에 대한 매각조건으로서의 인수주의와 소멸주의”, 『財産法研究』 제33권 제3호, 韓國財産法學會, 2016.
- , “유치권의 성립과 대항력의 구별”, 『民事法學』 제38호, 韓國民事法學會, 2007.
- 吳昌洙, “압류의 처분금지효와 유치권의 대항력”, 『서울法學』 제22권 제3호, 서울市立大學校 法學研究所, 2015.
- 李啓正, “滯納處分 押留와 留置權의 效力”, 『서울大學校 法學』 제56권 제1호, 서울大學校 法學研究所, 2015.
- 李茂相, “부동산 가압류의 처분제한적 효력”, 『法學論叢』 제31권 제2호, 檀國大學校 法學研究所, 2007.

- 李相泰, “불법행위로 인한 점유와 유치권의 배제”, 『土地法學』 제26-2호, 韓國土地法學會, 2010.
- , “유치권에 관한 연구”, 『土地法學』 제26-1호, 韓國土地法學會, 2010.
- 李承揆, “유치권자와 경매절차에서의 매수인 사이의 대항관계”, 『民事判例研究』 제36권, 博英社, 2014.
- 이정민 · 李点仁, “채납처분 압류 이후 경매절차 개시 전에 취득한 유치권의 효력에 대한 검토”, 『東亞法學』 제64호, 東亞大學校 法學研究所, 2014.
- 曹孝姪, “부동산에 가압류등기가 경료된 후에 채무자의 점유이전으로 제3자가 유치권을 취득하는 경우 가압류의 처분금지효에 저촉되는지 여부”, 『裁判實務研究』 제5권(2013), 水原地方法院, 미발간.
- 車文鎬, “유치권의 성립과 경매”, 『司法論集』 제42집, 法院圖書館, 2006.
- 河相赫, “가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류 채권자에게 대항할 수 있는지 여부”, 『特別法研究』, 제10권(田秀安 대법관 퇴임기념), 司法發展財團, 2012.
- 洪奉周, “민사유치권의 효력과 채납처분 압류”, 『一鑑法學』 제32호, 建國大學校 法學研究所, 2015.
- , “유치권의 대항력 제한”, 『土地法學』 제31권 제1호, 韓國土地法學會, 2015.
- 洪春義 · 김세권, “채납처분 압류 이후 경매개시 결정등기 전에 성립한 유치권의 대항력”, 『東北亞法研究』 제9권 제2호, 全北大學校 東北亞法研究所, 2015.
- 黃進九, “채납처분 압류가 있는 부동산에 대하여 취득한 유치권의 효력”, 『梁承泰 대법원장 재임 3년 주요판례 평석』, 司法發展財團, 2015.

[Abstract]

A Study on the Injunctive Effect of the Real Distress and the
Effect of the Real Property Lien

Kang, Goo-Wook*

In this study, I investigated that the supreme court's precedents that the person who acquire a lien after the real distress can not oppose to the execution creditor or the successful bidder by the lien is unjust. To do it, I made a general survey of the supreme court's precedents and then reviewed and criticized 'the injunctive effect of the real distress' and several concerning issues. I categorized the precedents into three parts, (1) In case the secured debt occurred before a real distress, but the debtor transfers the occupation of the property to the creditor after the seizure, (2) In case the debtor transferred the occupation of the property to the creditor before a real distress, but the secured debt occurs after the seizure, (3) In case both the debtor transfers the occupation of the property to the creditor and the secured debt occurs after a real distress. And I clarified that in case (1), on different grounds from the precedents, the creditor can not acquire a lien or oppose to the seizure by the lien acquired, but that in case (2), (3), it is not right to deny the opposing power of the lien acquired with the precedent's theory. Furthermore, I clarified that the precedents and the opinions which support them, are derived from the misapprehension in the very first research paper concerning the issue.

Keywords : lien (right of retention), opposing power, real distress. injunctive effect, transfer of occupation

* Professor of Hankuk University of Foreign Studies Law School

