

상사유치권(상법 제58조)의 성립요건*

이준형**

목차

- | | |
|-------------------------|-----------------------|
| I. 머리말 | IV. 배제특약의 부존재(소극적 요건) |
| II. 피담보채권에 관한 요건(인적 요건) | V. 맺음말 |
| III. 목적물에 관한 요건(물적 요건) | |

국문초록

상사유치권(상법 제58조)은 민사유치권(민법 제320조 이하)과 달리 담보목적물에 대하여 피담보채권과 사이의 건련관계는 요구하지 않지만 채무자의 소유일 것을 요건으로 한다. 유치권에 대해서는 실무와 학계 양쪽으로부터 오래 전부터 비판이 있었기 때문에 2013년 유치권에 관한 정부의 개정안이 국회에 제출되었지만, 여러 가지 사정으로 실제 개정에는 이르지 못하였다. 한편 2013년 이후 대법원은 민사유치권과 상사유치권 사이의 요건상의 차이, 특히 담보목적물의 채무자 소유 요건을 근거로 부동산에 대한 상사유치권자는 담보권실행경매에서 선행담보권자에 대항할 수 없다는 판례를 전개하였다.

이 글에서는 상사유치권(상법 제58조)을 둘러싼 몇 가지 문제를 그 성립요건을 중심으로 살펴보았다. 구체적인 문제의 해결에 있어서는 통설에서 말하는 ‘채권자에 의한 담용의 방지’라는 기준보다는 ‘상사유치권의 성립에 있어서 채무자의 의사에 기한 관여’를 보다 중요한 기준으로 삼고자 하였다. 맺음말에서는 현재 주장되는 개정방향 가운데 상사유치권의 대상에서 부동산을 제외하는 것(동시에 판례가 부동산에 대한 상사유치권의 효력을 제한해석 하는 것)에 대하여 찬성하였다.

* 이 글은 원래 2014. 2. 14. 한양대학교에서 열렸던 한국상사법학회 동계학술대회에서 발표했던 것이다. 당시 토론을 해주셨던 최용호 변호사(당시 김·장 법률사무소 소속)를 비롯하여 여러분께 감사드린다. 그리고 발표 및 투고 당시 논문에는 조문에 대한 계보사적인 서술이 상당 부분 있었으나, 심사과정에서 익명의 심사자들로부터 별도의 논문으로 할 것을 권고 받고 이를 제외시켰음을 밝힌다.

** 법학박사, 한양대 법학전문대학원 교수

Ⅱ 주제어 Ⅱ

상사유치권, 민사유치권, 피담보채권에 관한 요건, 담보목적물에 관한 요건,
부동산상사유치권 삭제론

I. 머리말

(1) 민법 제320조 이하에서 규정하는 유치권에 관한 법률문제는 이 권리가 ① 법정담보물권이라는 점과 ②본래는 인도의무가 있는 의무자가 목적물을 유치, 즉 계속 점유(이행거절)하는 것을 가능하도록 하는 정당한 권원이라는 두 가지 성질에서 발생한다고 해도 지나치지 아니하다. 흔히들 입법자가 법률상 당연히 성립하는 법정담보물권으로서 유치권을 인정하는 것은 「공평의 원칙」에 기한 것이라고 한다.¹⁾ 그러나 “「공평의 원칙」은 다른 모든 標語的 價値理念이 그러하듯이 극히 可塑的인 것이다.”²⁾

더구나 우리 민법의 유치권은 비교법적으로 보면 지극히 드문 예외에 속한다.³⁾ 우리가 흔히 법비교의 상대로 삼는 외국법제 가운데에 제한물권인 담보물권으로서 ‘모든 물건’과 유가증권에 대하여 유치권을 인정하는 경우는 우리 외에 일본민법 제295조 내지 제328조밖에 없다. 반면에 스위스민법(ZGB) 제895조 내지 제898조, 그리고 독일상법(HGB) 제369조 내지 제372조는 대상을 ‘동산’과 유가증권으로 제한한다.⁴⁾ 본래 유치권을 소유자의 소유물반환소송(rei vindicatio)에서

1) 가령 곽윤직·김재형, 물권법(제8판), 박영사, 2014년, 375면; 梁彰洙, “留置權의 發生要件으로서 「債權과 物件 間의 牽聯關係」”, 민법연구 제1권, 박영사, 1991년, 227면 및 同所 주 2의 인용문헌 참조.

2) 梁彰洙(주 1), 232면.

3) 민사유치권에 관한 역사적, 비교법적 검토로는 梁彰洙(주 1), 특히 232-238면(233면 주 24에서 밝히듯이 주로 Schlegelberger의 1904년 단행논문[筆者未見], SS. 1-12에 의거하였다고 한다); 신국미, 유치권제도에 관한 연구(박사학위논문), 고려대학교 대학원, 2003년, 특히 145-236면; 이동진, “「물권적 유치권」의 정당성과 그 한계”, 民事法學 제49-1호(2010.6.), 49면 이하, 특히 54-70면 참조.

4) 엄밀하게 말하면 HGB 제369조 이하의 상인간 유치권을 민법에서 말하는 담보물권이라고 할 수는 없다. 이들 규정은 독일민법(BGB)상 대세적 효력을 갖는 이행거절권으로서의

악의의 항변(exceptio doli)으로, 즉 소송상 항변으로 인정하였던⁵⁾ 로마법에서는 개별적으로 필요한 사안별로 이를 인정하였고, 이를 계승한 대륙법계 국가들의 입법도 대체로 이를 따르고 있고,⁶⁾ 효력 또한 대부분의 법제가 여전히 이행거절의 항변(다만 대세권 효력을 가지는 특수한 항변)으로 보는 경우가 많은 듯하다.⁷⁾

유치권을 둘러싼 당사자 사이의 이해충돌을 살펴보면, 일단 타인의 물건을 점유 중인 채권자는 자기 채권의 실현을 위한 최후의 보루로서 입법자가 허용한 유치권의 존재에 매달리고, 반대로 채무자는 목적물의 점유를 찾아오기 위하여 유치권의 부존재를 입증하기 위해 애를 쓴다. 유치권자는 단순히 소극적인 유치에 그치지 않고 당해 목적물로부터 발생하는 과실을 취득할 수 있을 뿐만 아니라(민법 제323조) 비록 예외적이긴 하지만 경우에 따라서는 점유물의 사용, 대여, 심지어 담보제공까지도 가능하기 때문에(민법 제324조 제2항의 반대해석) 타인의 물건을 점유하는 자가 그로부터 과실을 수취하고자 하거나 점유물의 사용, 대여, 담보제공을 계속하고자 하는 때에는 유치권의 존재를 주장함으로써 그 욕구를 실현시키는 상황이 벌이질 수도 있다. 이러한 채권자와 채무자의 대립되는 이해관계는 유치권의 성립은 물론 그 효력(내지 소멸)을 보는 관점까지도 차이를 가져오게 된다. 주지하듯이, 지금까지는 이러한 관점의 차이는 주로 성립요건 차원에서 물건과 채권 사이의 견련관계의 이해를 둘러싸고, 최근에는 효력 차원에서 특히 부동산의 경우 대항력 내지 이를 이용한 집행방해의 문제를 중심으로 전개되었다.

(2) 상행위도 법률행위이기에 일반법인 민법의 법률행위에 관한 규정(대표적으로 민법 제103조 이하)이 적용되겠지만, 우리 상법(1962년 1월 20일 법률 제1000호로

유치권(제273조, 제274조)의 특칙에 다름 아니기 때문이다. 독일의 학설을 보면 HGB 제369조 이하의 상사유치권을 민법상 물권편의 특칙으로 서술하는 견해가 있는가 하면(가령 Canaris, *Handelsrecht*[24. Aufl.], C. H. Beck, 2006, § 28, SS. 417-425) 이를 민법상 채권편의 특칙으로 설명하기도 한다(가령 Bülow, *Handelsrecht*[6. Aufl.], C. F. Müller, 2009, Rn. 393-406, SS. 121-125).

- 5) Kaser, *Das römische Privatrecht*, Band I(2. Aufl.), C. H. Beck, 1971, § 121; Dernburg, *Pandekten*, Band I, H. W. Müller, 1900, § 138 Rn. 15.
- 6) 이탈리아 제1152조, 제2794조 제2항, 그리고 2006년 개정 이전의 프랑스 민법 제1612조, 제1948조, 제1749조, 제2387조.
- 7) 오스트리아 민법 제471조, 독일민법 제273조, 제274조, 2006년 개정 프랑스 민법 제2286조.

제정, 1963년 1월 1일 시행)은 제정 당시부터 제2편 상행위 제1장 통칙에 민법의 규정에 대한 변경 또는 보충하는 일련의 규정들을 두고 있었다. 제58조도 그 중 하나이다. 同條는 「상사유치권」이란 표제 아래에 “당사자간에 다른 약정이” 없는 한 “상인간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 채권자는 변제를 받을 때까지 그 채무자에 대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자 소유의 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다”고 규정한다.

학설은 상행위에 관한 특별규정을 상행위의 정형성, 신속성, 유상성으로써 정당화한다.⁸⁾ 민법 제320조 제1항 및 제2항⁹⁾의 특칙인 상법 제58조를 비롯한 상행위통칙의 규정들을 보면 민법의 총칙편, 물건편, 채권편에 대응하는 조문들이 일정한 순서 없이 배열되어 있고, 요건도 혼란스러워서 당사자 일방에 상행위일 것을 요하는 조문이 있는가 하면(상법 제54조, 제56조, 제57조, 제59조,¹⁰⁾ 제63조, 제64조), 당사자 일방이 상인일 것을 요하는 조문(제55조, 제60조, 제61조, 제62조), 당사자 쌍방이 상인일 것을 요하는 조문(제58조)이 서로 뒤섞여 있다. 상법 제54조 이하의 규정을 상행위의 영리성을 증시한 것과 채무이행·채무담보에 관한 것으로 兩分해보면¹¹⁾ 상법 제54조, 제55조, 제61조는 前者, 제58조는 제56조, 제57조, 제59조, 제63조, 제64조와 함께 後者에 각각 포함시킬 수 있으므로, 상사유치권의 이념은 앞서 (1)에서 보았던 민사유치권의 이념인 「공평」 보다는 거래의 정형성, 계속성에 기초한 신속한 담보수단의 확보에 보다 접근한다고 할 수 있다. 로마법이 아닌 “중세 이탈리아의 상업도시인 플로렌스와 제노아의 상관습으로부터 유래”하였다는¹²⁾ 제도의 起源의 차이도 이와 같은 이념상의 차이를 정당화한다.

8) 그밖에도 여기에 임의법규정, 안전성, 책임의 가중경감의 필요성, 상도덕의 법규범화를 추가하기도 한다. 가령 李哲松, 『商法總論 商行爲(제12판)』, 박영사, 2013년, 312-315면.

9) 입장에 따라서는 민법 제320조 제2항도 상사유치권에 적용되어야 한다고 볼 수 있겠지만, ‘상행위로 인하여 자기가 점유하는’이라는 문구 속에 민법 제320조 제2항의 특칙이 들어 있다고 보아야 할 것이다.

10) 다수설은 어느 일방에 대해 상행위면 족하다고 보지만, 소수설은 채무자에게 상행위일 것을 요한다(가령 李哲松주 8], 341-342면 및 同所의 인용문헌 참조).

11) 近藤光男, 『商法總則·商行爲法(第5版補訂版)』, 有斐閣, 2008, 123頁은 여기에 유가증권에 관한 규정(우리 상법 제65조에 해당)을 추가하여 三分하였다.

12) 崔基元, 『商法學新論(上)(제18판)』, 박영사, 2009년, 233면(Goldschmidt를 인용하면서).

(3) 상거래에서 신용확보의 중요성은 굳이 설명할 필요는 없을 것이다. 그리하여 본인(타인)에 대하여 거래의 대리나 중개, 위탁받은 매매 기타 행위로 인한 채권을 가진 대리상, (준)위탁매매인은 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있고(상법 제91조, 제111조, 제113조), 보수, 운임, 채당금, 선대금(경우에 따라서는 부수비용, 채선료, 공동해손이나 해난구조로 인한 부담액) 채권을 가진 운송주선인, 運送人, 船長은 운송물을 유치할 수 있도록 하였다(상법 제120조, 제147조, 제807조 제2항).

두 유형 모두 개별적인 상행위의 구체적인 필요성에 따라 인정된 것이지만,¹³⁾ 이 중 어디에도 해당되지 않는 나머지 상인은 상법에서 마련한 특별한 이들 유치권을 주장할 수 없기에 거래를 할 때마다 비용과 시간이 많이 들고 요건이 까다로운 민법상의 담보제도를 사용할 수밖에 없다(상법 제1조 참조). 그렇기 때문에 모든 상인이 자신들의 상거래에 마음껏 사용할 수 있는 제도가 필요하게 되었고, 그것이 바로 상법 제58조의 일반상사유치권이다. 특히 피담보채권과 물건 사이의 개별적 견련관계를 요구하는 상법상의 일부 특수유치권(운송주선인, 운송인, 선장¹⁴⁾ 등의)이나 민법상 유치권과 달리, 상거래로 인한 채권의 이행확보를 위한 신속·간편한 담보가 그 목적인만큼, 한편으로 상인간의 상거래로 인하여 생긴 채권으로 피담보채권(나아가 견련성)의 요건을 완화하는 대신에 다른 한편으로 유치목적물을 채무자 소유로 제한하였다. 담보의 확보를 목적으로 하는 대리상, (준)위탁매매인의 유치권 모델을 모든 상인간의 상거래 전체로 확대하는 대신에, 그로 인한 제3자의 권리 침해의 우려를 불식하고 또 그 성립에 채무자의 승낙이 불필요한 법정담보물권임을 감안하여 기존의 다른 유치권에서는 볼 수 없었던 제한(채무자의 소유일 것)을 설정한 것이다.¹⁵⁾

13) 굳이 비교하자면 피담보채권의 범위가 확정 내지 제한되어 있고 목적물은 운송물로 국한되기 때문에 유치물과 피담보채권 사이에 개별적 견련관계를 필요로 한다는 점에서 後者가 前者에 대하여 민법상 유치권에 가깝다. 李哲松(주 8), 349면의 [표 2]를 보면 일반적인 상사유치권의 이념을 「담보」라고 하면서 운송인의 유치권의 이념을 「공평」이라고 한 것도 이러한 결론을 간접적으로 보여주는 것이라고 생각된다.

14) 船長의 유치권에 관하여는 이를 과연 유치권으로 볼 것인가에 관하여 특히 제808조 제2항의 규정과 관련하여 논의가 있다. 이에 관하여는 海商法 교과서의 설명을 참조.

15) 일반상사유치권에서 목적물을 채무자 소유로 제한한 취지에 관하여는 大判 2013. 2. 28, 2010다57350(후술) 참조.

아래 표에서 보듯이¹⁶⁾ 일반상사유치권은 민사유치권과 가장 대척적이고, 그 사이에 특별상사유치권의 두 유형이 자리한다(순서는 조문순서와 상관없이 서로 유사한 것들끼리 배열한 것이다).

	피담보채권(A)	목적물(B)	A-B개별견련	이념
민사유치권 (민320)	그 물건, 유가증권에 관하여 생긴 채권	그 물건, 유가증권	요구	공평
운송주선인(상120), 운송인(상147), 선장(807Ⅱ)	보수, 운임, 채당금, 선대금+기타(선 장의 경우)	그 운송물		
대리상(상91), ¹⁷⁾ (준)위탁매매인(상 111, 113)	대리, 위탁의 이행으로 생긴 채권	본인을 위하여 점유하는 물건, 유가증권	요구하지 않음	담보
일반상사유치권 (상68)	상인간 쌍방적 상행위로 인하여 생긴 채권	채무자 소유의 물건, 유가증권		

(4) 상사유치권에 관하여는 교과서나 주석서 외에 몇몇 선행연구들이 존재한다. 구체적으로 살펴보면 60년대, 70년대, 80년대, 90년대에 각각 1편씩 상사유치권의 개요를 소개하는 글들이 고시잡지에 실렸던¹⁸⁾ 것이 2000년대 들어오면서

16) 표는 李哲松(주 8), 349면의 [표 2] 유치권의 유형별 대비, 宋沃烈, 상법강의(제2판), 홍문사, 2012년, 100면 및 北居功·高田晴仁, 『民法とつながる商法總則·商行為法』, 商事法務, 2013, 221頁(隅谷史人 집필부분)의 [도표 11-1]를 합하여 필자가 재구성한 것이다. 송옥렬, 같은 책, 101면은 “대리상과 위탁매매인의 유치권이 가장 채권자에게 유리하게 구성되어 있으며, 나머지는 채무자 소유 요건과 견련성 요건을 가지고 균형을 유지하고 있다”고 한다.

17) 대리상에서 본인은 상인이지만(상법 제87조), 위탁매매에서 위탁자는 상인이 아닐 수도 있으므로(상법 제101조 참조), 이 점에서는 대리상의 유치권이 상인간 쌍방적 상행위를 전제로 한다는 점에서 요건 차원에서 일반상사유치권에 보다 가깝다고 할 수 있다.

18) 최기원, “상사유치권에 관한 소고”, 고시연구 17권 3호(192호), 1990.2., 14-26면; 이철송, “상사유치권의 특색”, 고시계33권 8호(378호), 1988.7., 124-130면, 서돈각, “상사유치권의 특색과 문제점”, 고시계 18권 3호(193호), 1973.3., 12-18면; 서돈각, “상사유치권의 특색과 몇 가지 의문점”, 法政 19권 4호(166호), 1964.4., 64-67면.

본격적인 연구논문들이 등장하였다.¹⁹⁾ 이는 아마도 2005년을 기준으로 유치권에

- 19) 상사유치권의 문제를 다룬 논문으로 예컨대 이현석, “유치권과 점유”, 법과 정책연구 17집 4호, 한국법정책학회, 2018년, 157-180면, 임윤수·김웅, “부동산경매시장에서 상사유치권에 관한 연구”, 법학연구 67집, 한국법학회, 2017.9., 63-84면, 김선경·황인용, “회생절차에서의 유치권자의 지위“, 율촌판례연구, 박영사, 2017년, 521-550면, 오시영, “유치권에 대한 매각조건으로서의 인수주의와 소멸주의“, 한국민사집행법학회 2016년도 추계학술대회 발표논문집, 한국민사집행법학회, 2017년, 1-20면, 이현정, “도산절차상 어음에 대한 상사유치권의 취급“, 회생법학 통권 제12호, 한국채무자회생법학회, 2016년, 111-138면, 이재석, “유치권의 행사를 제한하는 판례이론에 관한 제언“, 사법논집 제61집, 법원도서관, 2016년, 161-234면, 양진수, “유치권과 선순위권리자 및 경매절차상의 매수인 사이의 대항관계에 관하여 형성된 대법원판례의 법리에 대한 검토“, 민사집행법 실무연구(IV)(재판자료 제131집), 법원도서관, 2016년, 125-188면, 박양준, 부동산 상사유치권의 대항범위 제한에 관한 법리“, 청년논총 제12집, 사법연수원, 2015년, 49-110면=법과 정의 그리고 사람(박병대 대법관 재임기념 문집), 사법발전재단, 947-965면, 권재열, “상사유치권의 성립요건“, 상법판례백선(제4판), 법문사, 2015년, 80-85면, 김기수, “채납처분압류 후 경매개시전에 취득한 유치권의 대항력“, 재판과 판례 제23집, 대구판례연구회, 2015년, 133-164면, 이계정, “채납처분압류와 유치권의 효력“, 법학 56권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2015년, 211-252면, 황진구, “채납처분압류가 되어 있는 부동산에 유치권을 취득한 경우 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있는지 여부“, 사법 29호, 사법발전재단, 2014.9., 367-404면=양승태 대법원장 재임 3년 주요 판례 평석, 사법발전재단, 2015년, 276-289면, 박보영, “상사유치권의 성립에 관한 연구“(석사학위논문), 부산대학교 대학원, 2014년, 이철기, “선행 저당권이 설정된 부동산에 대한 상사유치권의 성립 여부“, 가천법학 제7권 제3호, 2014년, 51-82면, 성민섭, “부동산 유치권 제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여“, 외법논집 제38권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014년, 189-208면, 도제문, “금융거래와 상사유치권“, 상사판례연구 26집 4권, 한국상사판례학회, 2013년, 203-234면; 扈帝熏, “상사유치권 배제의 특약을 인정할 수 있는지 여부“, 대법원판례해설 제93호(2012년 하), 법원도서관, 2013년, 264-278면, 도두형, “부동산에 대한 상사유치권의 성부 및 대항력의 범위“, 변호사 제44집, 서울지방변호사회, 2013년, 399-420면; 김연우, “상사유치권에 부동산이 포함되는지 여부 및 선행 저당권자와의 관계“, 재판과 판례 제22집, 대구판례연구회, 2013년, 343-384면; 지상규, “항만운영자의 장기체화 화물에 대한 상사유치권 및 경매권에 관한 연구“, 법학연구 44집, 한국법학회, 2011.11., 307-324면; 손종학, “건축부지에 대한 건축수급인의 상사유치권 성립 여부“, 법학연구 50권 2호(통권 62호), 부산대학교 법학연구소, 2009.10., 401-430면; 전 옥, “공시수급인의 건축 부지에 대한 상사유치권의 행사“, 법학연구 49권 2호(통권 60호), 부산대학교 법학연구소, 2009.2., 425-452면; 權純姬, “상가건물임대차의 보증금과 상사유치권에 관한 고찰“, 상사법연구 26권 4호(통권 57호), 한국상사법학회, 2008.2., 157-178면; 黃進九, “商事留置權의 成立要件에 관한 檢討“, 民事判例研究 24권, 박영사, 2002년, 535-567면(이하 ‘黃進九[주 19]’로 인용). 물론 이밖에도 유치권 전반에 대한 논문 가운데에도 그 일부로서 상사유치권을 다루는 경우도 상당수에 이를 것이다.

관한 소송이 급증한 데에서도 기인한 바가 없지 않을 것이다.²⁰⁾ 이들 연구는 대체로 현행조문(상법 제58조와 민법 제320조 이하, 민사집행법 제91조 제5항, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제141조 및 제411조)의 해석을 둘러싼 판례의 전개를 法敎理學的(rechtsdogmatisch) 방법에 의거하여 분석하였다는 점에서 공통적이다. 이 글에서는 기존의 논의를 보충하고 이를 기초로 성립요건 등에 관한 몇 가지 문제를 살펴봄으로써 이후 연구에 도움을 주고자 한다.

(5) 상법 제58조 일반상사유치권의 성립요건은 다음과 같이 정리해볼 수 있다.

積極요건	人的요건 (피담보채권)	① 당사자가 모두 상인일 것 ② 피담보채권이 쌍방에게 상행위가 되는 행위로 인하여 발생하였을 것 ③ 피담보채권의 변제기가 도래하였을 것
	物的요건 (목적물)	④ 목적물이 채무자 소유의 물건 또는 유가증권일 것 ⑤ 채권자가 채무자와 사이의 상행위로 인하여 점유를 취득하였을 것
	消極요건	⑥ 당사자 사이에 유치권 배제의 특약이 없을 것

이하에서는 위 순서에 따라서 검토를 진행하기로 한다.

II. 피담보채권에 관한 요건(인적 요건)

1. 당사자가 모두 상인일 것

유효한 상거래를 전제로 하는 상사유치권의 성립요건으로 거래의 쌍방당사자가 모두 상인일 것을 요구하는 이유는 민법과 다른 취급(개별적 건련관계 요건의

20) 김재형, “부동산유치권의 개선방안”, 민사법학 제55호, 한국민사법학회, 2011.9., 339-384면 중 343-344면에 나오는 통계(법원행정처의 협조로 작성하였다고 한다)에 따르면 유치권 관련 민사본안 제1심 사건 접수건수가 2001년 15건, 2002년 18건, 2003년 24건, 2004년 42건에서 2005년 142건, 2006년 238건, 2007년 403건, 2008년 403건, 2009년 587건, 2010년 726건으로 크게 늘어났다(조사방법의 불완전성 등을 감안하여 실제로는 이보다 10배 이상 많았을 것으로 추정된다고 한다).

생략)을 정당화할 만큼의 동질성이 당사자 사이에서 필요하기 때문이다. 비록 우리 민법이 유치권을 물권으로 구성하였지만 다른 입법의 경우도 마찬가지²¹⁾ 다른 물권의 경우와는 달리 유치권의 상대방을 ‘채무자’라고 표현하는데(제322조 2항 2문, 제324조 제2항 1문 및 제3항, 제327조), 이는 유치권에서 인적측면이 중요함을 잘 보여준다. 일반상사유치권의 경우는 상거래의 종류를 제한하고 있지 않으므로 쌍방 상인 요건이 필요하지만, 특별상사유치권의 경우는 상거래의 종류가 제한되어 있으므로 사정이 이와 다르다. 그러므로 대리상이나 (준)위탁매매인의 경우는 채권이 상행위의 대리 또는 매개를 함으로써 발생할 것을 요구할 뿐, 위탁자가 반드시 상인일 필요도, 따라서 쌍방적 상행위일 필요도 없다(상법 제91조, 제111조, 제113조).²²⁾

학설에서는 당사자 쌍방의 商人性을 피담보채권의 성립시에만 요구할 것인가, 목적물의 점유개시시에 요구할 것인가가 다투어지고 있는데,²³⁾ 상인일 것이 유치권의 「성립요건」인 이상 다른 성립요건들과 동시에 존재해야(즉, 어느 성립요건 하나라도 빠짐이 없어야) 하는 것이므로 다른 성립요건들이 모두 갖춘 때를 기준시점으로 보아야 하며,²⁴⁾ 따라서 목적물에 대한 점유를 개시한 때뿐만 아니라 피담보채권의 변제기가 도래한 때에도 상인 자격을 갖추어야 한다.²⁵⁾

21) 이 점을 명시적으로 지적하는 글로는 Brox/Henssler, Handelsrecht(21. Aufl.), C. H. Beck, 2011, Rn. 321 末尾.

22) 가령 李哲松(주 8)의 해당 부분을 각각 참조.

23) 이 문제에 대한 상세한 서술로는 李哲松(주 8), 343-344면 및 同所의 그림 참조.

24) M. Wolff, “Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht”, in: Ehrenberg(hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrecht, Band IV/1, O. R. Reiland, 1917, S. 76 ff., 80; Schlegelberger/Hefermehl, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band IV: §§ 343-372(5. Aufl.), Franz Vahlen, 1976, § 369, Rn. 21; Oetker/Maultzsch, Handelsgesetzbuch, Kommentar(2. Aufl.), C. H. Beck, 2011, § 369, Rn. 8; Staub/Canaris, Handelsgesetzbuch, Großkommentar(4. Aufl.), de Gruyter, 2004, §§ 369-372 Rn. 5; Heymann/Horn(주 35), § 369 Rn. 16.

25) 반면에 피담보채권의 성립시점에서 상인일 것은 쌍방적 상행위 요건에 흡수되기 때문에 독자적인 기능을 하지 못한다고 할 것이다. 참고로 독일의 학설 가운데에는 피담보채권의 변제기 도래시까지 商人 자격을 유지할 필요는 없다고 보는 소수설이 있다(Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch[2. Aufl], Band 5: §§ 343-372, C. H. Beck, 2009[이하 MüKo/Welter], § 369[Welter집필부분] Rn. 32; Staub/Canaris[주 24], §§ 369-372 Rn. 10, 42).

2. 피담보채권이 쌍방에게 상행위가 되는 행위로 인하여 발생하였을 것

(1) 민법 제320조 제1항이 “그 물건에 관하여 생긴 채권”이라고만 하여 피담보 채권의 발생원인에 대하여 특별히 제한하고 있지 않은 데 반하여 상법 제58조는 “상인간의 상행위로 인한 채권”일 것을 요구한다. 학설 가운데에는 채권자에 대한 일방적 상행위만으로도 족하다는 견해도 있지만²⁶⁾ 명문의 규정에 반하는 해석이고 또 여러 나라의 입법들(가령 독일상법 제369조 제1항)도 쌍방적 상행위를 요건으로 하고 있다. 통설의 설명에 따르면, 그 취지는 쌍방적 상행위에 의하지 아니한 채권에 대하여도 유치권을 인정한다면 “무담보채권이 채무자의 물건을 점유하고 있는 제3자에게 양도됨으로써 유치권이 인위적으로 발생하게 되어 채무자가 예상하지 못하였던 손해를 받게 될 염려가 있기 때문이다.”²⁷⁾

(2) 상법 제58조의 법문은 자칫 2가지 오해를 불러일으킬 소지가 있다. 먼저 “당사자가 당해 상행위에서 합의한 내용대로 채권이 발생하였을 것”으로 읽는 것이다.

① 그러나 本條에서 막고자 하는 것은 상인의 영업행위가 아닌, 가령 민법상 법률행위로서 민사유치권이 아닌 상사유치권을 성립시키려는 시도이다. 따라서 상행위가 반드시 법률행위여야 한다거나 법률상 유효할 필요는 없으며, 당사자가 의도하였던 상거래 과정에서 발생하였다고 하는 정도의 연관만 있으면 된다고 이해할 것이다. 독일의 판례 가운데에는 부당이득반환채권(민법 제741조)을 상사유치권의 피담보채권으로 본 예가 있는데,²⁸⁾ 그밖에도 불법행위로 인한 손해배상청구(민법 제750조)나 물권적 청구권(제213조), 사무관리에 기한 비용상환청구권(민법 제739조)도 가능할 것이다.²⁹⁾

26) 정동윤(편집대표), 주식상법. 총칙·상행위(1): §§ 1-77, 제58조(김연미 집필부분)(이하 주식상법/김연미), 사법행정학회, 2013년, 409면의 주 3에 따르면 정동윤, 상법(상), 159면이 그러한 견해를 취한다고 한다.

27) 崔基元(주 12), 234면(다만 同所에서는 양도뿐만 아니라 상속의 경우도 유치권의 성립을 부정하고 있는데, 뒤에서 보듯이 필자는 이에 반대한다).

28) BGH NJW 1985, 2417.

29) 가령 창고업자가 임치인의 불법행위로 인한 손해배상청구권을 갖거나 자신의 물건을 임치물로 착각하고 인도하여 그 반환청구권을 가지는 경우, 그리고 임치인이 맡긴 물건에 대하여

이와 관련하여 학설과 실무에서 다투어지고 있는 것이 상가건물의 임차인의 임대차보증금반환채권에 대하여 상사유치권이 성립하는가 하는 문제이다. 주지하듯이 임대차보증금반환채권은 민사유치권의 성립요건인 물건과의 개별적 견련성을 가지지 못한다는 것이 관례와 다수설의 태도이다.³⁰⁾ 그렇다면 개별적 견련관계를 요구하지 않는 상사유치권은 가능한가에 대하여 이를 긍정하는 견해가 있는데, 이에 따르면 (i)상가임대차는 상법 제46조 제2호의 기본적 상행위에 해당하고 임대인에게 상가임대행위는 기본적 상행위, 당연상인 또는 의제상인인 임차인에게 상가임차행위는 보조적 상행위가 되므로 상가임대차는 임대인과 임차인 쌍방에 상행위라고 한다. (ii)그리고 상가임대차보증금은 이러한 상행위로 인하여 발생한 것이라고 한다.³¹⁾ 이에 대하여 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결(공2012상, 168)은 상인인 채권자가 역시 상인인 채무자의 공장건물을 임차하여 보관장소로 사용한 것을 상법 제47조에 의한 보조적 상행위로 본 원심판결을 그대로 인정하였다는 점에서 (i)과 견해를 같이 하였으나, (ii)는 이 사건 사안의 임대차는 보증금이 없는 것이어서 문제가 되지 않았다. 그러나 하급심판결 가운데에는 이 쟁점을 다룬 것이 찾을 수 있는바, 대체로 부정적인데 그 이유는 바로 “영업을 위한 보조적 상행위로 부동산을 임차하는 경우 통상 임차인의 영업상대방은 제3자이고 임대인과 임차인 사이에 지속적 거래관계가 예정되지는 않는 점 등을 종합하여 볼 때 (...) 상사유치권이 성립하기 위한 요건으로서의 ‘상인간의 상행위로 인한 채권 및 상대방에 대한 상행위로 인한 점유’라고 볼 수는 없”기 때문이라고 한다.³²⁾

② 통설은 피담보채권은 반드시 금전채권 내지 적어도 금전채권으로 변환될 수 있는 채권일 것을 요구한다.³³⁾ 상인간의 상행위로 인하여 발생한 채권이어서야 하고 또 유치권자는 경매를 신청할 수 있으며 정당한 사유가 있으면 감정인의

임차인의 영업범위에 속하는 행위를 사무관리로서 하면서 비용을 지출한 경우를 각각 생각해볼 수 있다.

30) 이에 관하여는 梁彰洙(주 1), 239-240면, 248-249면 및 同所의 인용판결례 참조.

31) 權純姬(주 19), 171-172면.

32) 史奉官, 유치권 관련 주요 관례 정리: 최근 대법원 관례를 중심으로, 청연논총 제9집, 사법연수원, 2012년, 75-108면, 특히 88면의 주 17 및 同所의 인용판결 참조.

33) 가령 李哲松(주 8), 345면; 주석상법/김연미(주 26), 409-410면.

평가에 의한 간이변제충당도 할 수 있어야 한다는 점(상법 제58조, 민법 제322조)에 비추어 보면 통설과 같이 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 금전으로 가액을 산정할 수 없는 것이라도 채권의 목적(급부)로 할 수 있다는 민법의 원칙(제373조 참조)이 여기에서 배제되어야 할 이유는 찾을 수 없다. 더욱이 유치권자는 경매나 간이변제충당만 할 수 있는 것이 아니라 채무자의 승낙이 있으면 스스로 목적물을 사용하거나 대여, 담보제공도 할 수 있는데(민법 제324조 제2항)³⁴⁾, 채권과 물건 사이에 개별적 견련관계가 없어서 민사유치권을 갖지 못하는 채권자에 대하여 아무런 법률의 명시적인 근거도 없이³⁵⁾ 그의 채권이 비금전채권이라는 이유로 상사유치권까지 부정하여서는 안 될 것이다.

이에 대해서는 피담보채권이 비금전채권인 경우에 유치권은 채권의 담보수단이라기보다는 사실상 그 강제수단의 기능이 강조되는바, 이것은 상사유치권의 취지하고는 맞지 않는다는 반론도 가능하겠지만, 그렇다고 상사유치권에 채무자에 대한 이행의 압박이란 기능이 전적으로 부정되는 것은 아닌 만큼 완벽한 반론이라고는 할 수 없다. 다만, 상사관계의 청구권은 대부분이 금전채권으로 변할 수 있는 것들이어서 다툼의 실질적인 의의는 그렇게 크지 않다.

(3) 또 다른 오해는 “상행위의 당사자와 채권관계의 당사자가 일치할 것”을 고집하는 것이다. 학설은 주로 카나리스(Canaris)의 상법교과서 서술을 인용하면서 직접성의 요건이란 명칭 하에 원칙(제3자로부터 양수한 채권에 기한 유치권은 불허)과 예외(당사자의 변경이 허용되는 경우)를 설명한다.³⁶⁾ 채권과 물건 사이에 개별적 견련관계를 엄격하게 요구하는 민사유치권의 경우는 피담보채권의 이전과 함께 유치권도 당연히 이전하는가를 둘러싼 논의가 오래 전부터 있었다. 일본의舊민법이 기초되던 당시부터 통설은 유치권에 의하여 담보되는 채권은 목적물과 개별적 견련관계에 있는 채권에 한하므로 채권의 양도만으로 견련관계가 없어지지 않고 목적의 점유까지 있어야 유치권이 채권에 수반하여 당연히 이전된다고 보면서³⁷⁾ 법률상 轉質이 허용되는 것에서 법적 근거를 찾는다.³⁸⁾

34) 그밖에도 과실수취권이 있으나 과실이 금전이 아닌 경매하도록 하고 있다(민법 제323조 제1항).

35) 스위스 민법 제896조 제1항은 피담보채권이 아니라 유치할 물건과 관련하여 그 환가가능성을 요구한다.

36) 가령 林重鎬, 상법총칙·상행위법, 법문사, 2012년, 324-328면; Canaris(주 4), § 28 Rn. 16.

채권의 발생 원인을 쌍방적 상행위로 국한하는 이유는, 새로운 채권자의 등장을 일체 막고자 함이 아니라 채무자가 예상할 수 없었던 (不意他的) 방식으로 유치권이 성립하는 것을 막기 위함이다. 그러므로 채권자나 채무자의 변경이 있는 경우는 채무자가 그 과정에서 상사유치권의 성립에 스스로의 의사에 따라서 ‘관여’ 내지 ‘협력’하였다고 평가할 수 있는 때에 한하여 그에게 부담되는 상사유치권의 성립을 인정할 수 있을 것이다.³⁹⁾ 이러한 입장에 따르면, 위 (2)에서 상행위와 채권발생의 관계를 내적 연관 정도로 비교적 관대하게 인정하였던 것과는 달리 당사자의 변경 문제에서는 채무자의 입장에서 적극적인 정당화가 필요하게 된다.

‘채권자에 의한 남용의 방지’라는 일반적인 기준이 아니라 ‘채무자의 의사에 기한 관여’를 기준으로 보다 전면에 내세워야 한다고 보는 이유는, 성립요건 가운데 ‘피담보채권이 쌍방에게 상행위가 되는 행위로 인하여 발생하였을 것’과 ‘채권자가 채무자와 사이의 상행위로 인하여 점유를 취득하였을 것’에서 ‘채권자와 채무자 쌍방의 상행위로 인하여’라는 요소를 중복해서 사용하고 있는바, 그렇다면 변경되는 것이 인적요소(당사자)가 아니라 물적 요소(목적물)인 경우, 예를 들어 채권자가 제3자로부터 채권이 아니라 목적물의 점유를 취득한 경우에 이러한 점유자의 변경이 채무자의 의사에 기하여 이루어져야 한다는 사실의 강조가 계통사적 검토의 귀결이고(뒤의 5.(2)② 참조), 같은 기준을 사용하는 것이 입법자가 동일한 내용을 성립요건 가운데 이중으로 포함시킨 취지(아래 ①②에서 보듯이 또한 스위스 민법 제895조 제2항이 규정하듯이 두 성립요건은 서로 밀접하게 연관되어 있다)와도 부합한다고 보기 때문이다.⁴⁰⁾

37) 林良平(編), 注釋民法(8) 物權(3) §§ 295-368, 有斐閣, 1983, 前注(§§ 295-302)(田中整爾 집필부분), 15頁에 따르면 富井政章, 民法原論 第二卷物權編下, 313頁 이래 통설이라 한다.

38) 本尾敬三郎·木下周一, 『商法註解 自第一冊至第四冊』(日本立法資料全集 別卷706), 信山社, 2012(復刻), 743頁. 同所에 따르면 “민법의 경우에도 다른 채권의 담보를 위하여 유치권을 이전하는 것은 불가능함은 물론이다. 다른 채권을 위한 유치권의 이전은 물건과 채권의 견련관계를 단절시켜 유치권의 성질에 어긋난다”고 한다.

39) 일반적으로 드는 기준을 보면 “채무자가 예상할 수 있는 범위인가”(주석상범/김연미[주 26], 409면), “채무자에게 새로운 불이익을 주지 않는가”(李哲松[주 8], 345면), “채권자에 의한 인위적인 조작의 위험이 있는가”(林重錫[주 36], 325면) 등이다.

40) 黃進九(주 19), 546면의 주 16 끝부분을 보면 “채권과 목적물 사이의 개별적 견련성을

① 피담보채권의 채무자가 변경되는 경우는 新채무자의 관여가 있는 것이 보통이므로 정당화에 큰 어려움이 없다.⁴¹⁾ 법률행위에 의한 면책적 채무인수(민법 제453조 제1항)는 물론, 상호나 영업의 양도(상법 25조 제1항, 제42조 제1항)나 합병(상법 제174조)의 경우, 나아가 상속이 개시되었음(민법 제997조)을 알고도 민법 제1019조 제1항의 기간 내에 가정법원에 상속포기의 신고를 하지 않은 경우는 모두 新채무자의 관여가 있다고 볼 수 있기 때문에 채권자의 상사유치권이 新채무자의 소유물(新채무자가 채무자의 변경 이전에 이미 취득한 물건)에까지 확대되는 것을 긍정하여야 할 것이다.

② 다음으로 채권자가 변경되는 경우를 보면, 대체로 입법이나 학설은 적대적이었다고 할 수 있다. 가령 일본 舊상법 제391조는 아예 “유치권은 채권자로부터 이를 타인에게 이전할 수 없다”고 선언하였고, 그 해설서에 따르면 “본조는 민법의 예외이다. (...) 商事의 경우는 가령 물건과 채권의 건련관계를 해하지 않는 경우, 즉 유치권의 원인이 된 채권과 함께 유치권을 양도하는 경우까지 포함하여 일체의 이전계약을 무효로 하였다”고 한다.⁴²⁾ 이는 통설에서 말하는 채권자에 의한 악용 가능성에 대한 우려 때문임은 물론이다. 그러나 위 ①과 마찬가지로 여기에서도 채무자의 의사에 기한 관여 유무를 기준으로 하여야 할 것이다.

(i) 먼저 채권양도의 경우는 채무자가 채권양도에 승낙하였거나(민법 제450조 제1항 2번째 경우) 채권양도가 있는 후에 그 사실을 안 상태에서⁴³⁾ 법률상 목적물의

요하지 않는 상사유치권에 있어서 채권의 이전이 일어나지 않은 통상의 경우에는 채권발생과 목적물 점유취득의 선후 관계가 문제될 여지는 거의 없다”고 하고 있으나, 이것은 어디까지나 채무자의 의도적 관여가 인정되는 경우에 한하여 타당하다. 가령 그와 같은 관여를 인정하기 어려운 상속에 의한 채권자의 변경과 같은 경우는 선후 관계가 문제된다(아래 (iv) 참조).

- 41) 林重鎬(주 58), 327-328면은 “채무자가 변경된 경우에는 유치권의 성립을 인정하여도 인위적인 유치권의 성립을 방지하여 (...) 입법취지와 직접성의 원칙에 반하는 것은 아니다. (...) 포괄승계인 상속이나 합병 등이 일련의 과정이 채권자에 의하여 결정될 수 없으므로, 채권자가 인위적인 유치권의 성립을 조작할 수 없다.
- 42) 本尾敬三郎·木下周一(주 38), 742-743頁. 同所는 여기에 “그리고 그 양수인은 어떠한 경우에도 正權原(인용자 주: 本權)의 점유자(민법 증거편 제144조)가 될 수 없다”고 덧붙인다.
- 43) 林重鎬(주 36), 326면은 “채권양도 후 채권자가 아무런 유보 없이 자신의 물건의 점유를 양수인에게 이전한 경우”라고 하고 있으나 채무자가 채권양도 사실(채권양도의 합의는 양도인과 양수인 사이에서 이루어진다)을 알지 못한다면 채권양도를 승낙한 경우와 等價的이라고 보기 어렵다.

인도의무가 없음에도 불구하고(다시 말해서 自意에 기하여)⁴⁴⁾ 양수인에게 목적물을 인도한 때가 아니라면 채무자의 의사에 기한 관여를 인정하여서는 안 될 것이다. 만약 그와 같은 채무자의 의도적 관여가 인정된다면 채권자는 채권양수 후 채무자로부터 취득한 목적물에 대하여 유치권을 행사할 수 있다.

(ii) 변제한 연대채무자나 보증채무자, 제3변제자가 求償權에 기하여 다른 연대채무자나 주채무자, 채무자를 代位하는 경우(민법 제425조 제1항, 제441조 및 제444조 제1항-제2항, 제480조-제481조) 역시 일종의 法定讓渡(cessio legis)라 할 수 있는바(민법 제482조 제1항 참조), 이때는 위 (i)의 경우와 달리 채무자의 승낙이 문제될 수 없을 것이므로, 채무자가 제3자(대위자)에 의한 자신의 채권자(피대위자)의 채권만족 사실을 안 상태에서 법률상 의무 없이 자의에 기하여 그 제3자에게 목적물을 인도한 경우 유치권이 성립한다.

그렇기 때문에 법정양도의 경우는 그 원인이 되는 행위가 원래의 채권자와 새로이 채권자가 되는 제3자가 사이에 있고난 다음에 새로운 채권자가 채무자로부터 새롭게 취득하는 목적물에 한하여⁴⁵⁾ 아래 5.의 요건을 충족한다고 할 것이다.

(iii) 양도된 채권이 지시식 또는 무기명식 증권채권인 때에는 그 채권은 유통을 목적으로 하고 있으므로 채무자(발행인)는 채권자의 변경을 감수하였다고 볼 수 있으므로 앞서 지명채권의 양도에서 개별 양도를 승낙한 채무자와 동일하게 다루어진다. 다만, 이 경우 채무자가 실제로 증권채권의 양도에 개별적 승낙을 하는 것이 아니고 나아가 양도 사실을 일일이 알 것도 그에게 기대할 수 없으므로 아니므로, 위 (i)(ii)와 달리 증권채권의 취득인은 취득 이전에 채무자로부터 취득한 목적물에 대해서도 유치권을 행사할 수 있고 보아야 할 것이다.⁴⁶⁾

44) 가령 채무자가 양수인과 사이에 사전에 임대차계약을 체결하여 목적물인도의무를 부담하는 경우는 그 의무의 이행에 의한 목적물인도는 여기서 말하는 자의적 관여에 해당하지 않는다.

45) 독일의 통설도 결론을 같이한다. M. Wolff(주 24), S. 82 f.; Heymann/Horn, Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht), Kommentar, Band 4: §§ 343-475h(2. Aufl.), de Gruyter, 2011, § 369 Rn. 13; MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 25; Oetker/Maultzsch(주 24), Rn. 13; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 49; Canaris(주 4), § 28 Rn. 19.

46) 이미 일반독일상법 시대 이래 독일의 판례이자(RGZ 9, 4, 49) 현재에도 통설이다(M. Wolff[주 24], S. 84; Heymann/Horn[주 35], § 369 Rn. 14; Oetker/Maultzsch[주 24], Rn. 14; Schlegelberger/Hefermehl[주 24], Rn. 18; Staub/Canaris[주 24], §§ 369-372 Rn. 47).

그런데 이러한 채무자의 추정적 의사(채권자의 변경에 대한 사전 포괄의 동의)를 인정할 수 있는 것은 반드시 지시식 또는 무기명식 증권채권에 국한하지 않고 양도가 예정되어 있는 채권 일반에도 타당할 것이다. 우리 관례(대법원 2000. 10. 10.자 2000그41 결정⁴⁷⁾)도 이와 같은 입장을 취하였는바, 채무자에 대한 사전 통지나 동의 없이도 주간사에 대한 등록절차만으로 금융기관간의 채권양도를 예정하고 있는 양도성 대출계약⁴⁸⁾에 따른 대출을 채권자(금융기관)이 자신의 외국 현지법인을 통하여 채무자에게 실행하였다가 그 현지법인이 폐지되자 그 대출금채권의 관리를 ‘채권양도’의 형식으로 이관 받은 다음, 채무자로부터 별개의 대출금채무의 상환유예에 대한 담보로 질권설정 받은 유가증권을 그 대출금채무가 변제된 이후에도 채무자의 요청에 따른 별도의 채권발행보증에 대한 담보로 계속하여 점유하고 있는 사안에서, (i)이 아니라 (iii)의 법리에 따라서 채권자는 그 유가증권(이것은 피담보채권을 취득하기 전에 점유를 취득한 것이다⁴⁹⁾)에 관하여 그 양도성 대출계약에 따른 대출금채권을 피담보채권으로 하는 상사유치권을 가진다. “채무자로서는 금융기관에 의한 위 대출금채권의 양수를 충분히 예상하고 그에 대하여 직접 채무를 부담할 의사를 가지고 있었다고 인정”된다는 同판결의 실시와 같이 채무자의 의사는 당사자 변경의 모든 경우에 이른바 직접성 요건을 판단하는 때에 관철되어야 할 것이다.

(iv) 상속(민법1005조)이나 합병(상법 제174조)과 같은 권리의 포괄적 승계로 채권자의 변경이 일어나는 경우, 통설은 채권자에 의한 남용의 위험이 없다거나 채무자에게 새로운 불이익이 없다는 이유로 새로운 채권자에게 유치권을 널리 인정한다는 입장인데,⁵⁰⁾ 이 경우도 역시 채무자가 승계된 채권에까지 유치권이 확대되는 데에 얼마나 의사 관여가 있었는가를 기준으로 삼아야 할 것이다. 그러므로 채권자가 법률의 규정에 의하여 피승계인의 피담보채권과 목적물의 점유를

47) 黃進九(주 19), 535-567면

48) 黃進九(주 19), 535면의 주 1 참조 같은 논문, 560면은 이 사건 피담보채권인 양도성 대출계약상의 대출채권은 증권채권이 아니라 이른바 신디케이트드 론(Syndicated Loan, 민법상 지명채권에 해당한다)의 일종이므로 그 유통성을 높인 것이라 한다.

49) 黃進九(주 19), 563-564면에 따르면 목적물 취득일은 1998. 4. 19., 피담보채권 양수일은 1998. 5. 15.이다.

50) 李哲松(주 8), 345면; 林重鎭(주 52), 326면; 주석민법/김연미, 409면

함께 취득한 경우(민법 제193조 참조)가 아니라면 채무자가 채권의 승계 사실을 알면서 채권자에게 인도한 목적물에 한하여 유치권이 성립한다.⁵¹⁾ 끝으로 ‘보다 어려운 평가상의 문제가 발생’하는 ‘상인인 채권자가 채무자와의 상행위를 통해 채무자 소유의 목적물을 점유하고 있던 중, 다른 상인과 채무자 사이의 쌍방적 상행위로 인하여 발생한 채권이 포괄승계됨으로써 비로소 피담보채권과 목적물의 점유가 결합된 경우’에도⁵²⁾ 역시 채권자의 악의성 못지 않게 채무자의 의도 및 행태를 살펴보아야 할 것이다.

(4) 그런데 유치권은 대세적 효력이 있는 권리이기 때문에 유치권의 인위적 발생으로 손해를 받게 될 위험은 반드시 채무자에 국한하여 않는다. 무엇보다도 목적물에 대한 점유의 취득 없이 권리(용익권은 점유를 전제로 하므로 주로 담보권)만을 취득하는 사람(저당권자 등)에게 이와 같은 위험이 일어날 수가 있다. 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결(공2012상, 168)은, 甲 소유의 건물 등에 乙 명의의 1순위 근저당권이 설정된 상태에서 2순위 근저당권자인 丙이 甲과 건물 일부에 관하여 임대차계약을 체결하고 이를 점유하다가 乙의 신청으로 개시된 경매절차에서 유치권을 주장한 사안에서 “상법 제58조에서 정하는 상사유치권은 (...) 피담보채권의 보호가치라는 측면에서 보면 위와 같이 목적물과 피담보채권 사이의 이른바 견련관계를 요구하는 민사유치권보다 그 인정범위가 현저하게 광범위하다. 이상과 같은 사정을 고려하여 보면, 유치권제도와 관련하여서는 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의적으로 작출함으로써 앞서 본 유치권의 최우선순위담보권으로서의 지위를 부당하게 이용하고 전체 담보권질서에 관한 법의 구상을 왜곡할 위험이 내재한다. 이러한 위험에 대처하여,

51) 黃進九(주 19), 547면은 “채무자가 채권의 포괄승계인과의 상행위를 통하여 포괄승계인에게 목적물의 점유를 취득하게 하였다면” “상사유치권의 성립을 인정하여야 할 것이다”라고 하고 있는데, 같은 취지인 것으로 보인다. 반면에 주석민법/김연미(주 26), 409면은 “승계 이후에 승계인이 점유하게 된 채무자 소유의 목적물”이라고만 하고 있으나 이에 대하여는 앞의 주 37, 38이 있는 본문에서와 같은 입론이 가능할 것이다.

52) 黃進九(주 19), 547면은 상사유치권의 성립을 전적으로 부정할 것이 아니고 오히려 상사유치권의 성립을 인정하면서 포괄승계의 원인과 경위, 포괄승계인과 채무자의 종전의 거래관계 등을 고려하여 개별 구체적인 사안에 따라 상사유치권의 성립을 부정할 것을 제안하고 있다.

개별 사안의 구체적인 사정을 종합적으로 고려할 때 신의성실의 원칙에 반한다고 평가되는 유치권제도 남용의 유치권 행사는 이를 허용하여서는 안 될 것이다”라고 하면서 丙의 상사유치권 주장을 신의칙을 들어 배척하였다.

이 판결의 법리는 그 후 여러 논문에서 이른바 ‘신의칙 위반론’이라는 이름으로 또 다른 판결(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결, 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결 등)에서 전개되었던 이른바 인수주의 제한론과 함께 유치권의 효력 제한에 관한 판례의 양대 법리로 소개되기도 하였다.⁵³⁾ 그러나 여기에서는 효과 차원에서가 아니라 조금 다른 각도에서 요건과 관련하여 그 의의를 찾아보고자 한다. 앞서 (3)에는 당사자의 변경의 경우에 채무자의 보호를 목적으로 하는 이른바 직접성 요건의 충족 여부를 채무자의 의사에 기한 관여 내지 협력으로 해결할 수 있음을 보이하고자 하였다. 그런데 위 2011다84298 판결의 사안을 보면 丙은 甲과 임대차계약을 체결하고 목적물을 인도받음으로써 상사유치권이 성립하였고 그 결과 대세적인 인도거절권을 취득하였다. 그리고 이에 따라 丙은 선순위저당권자인 乙의 집행을 방해할 수 있는 지위에 서게 되었는데, 이는 마치 유치권의 부담자가 丙의 채무자인 甲에서 乙로 바뀐 것과(아니면 적어도 甲과 함께 乙도 부담을 병존적으로 인수한 것과) 같은 상황이 되었다. 만약 위 사안을 이렇게 이해하면 앞서 (3)①에서와 같이 乙의 의사에 기한 관여가 있었다고 볼만한 사정이 없는 한 乙에 대한 유치권 행사는 부정하여야 할 것인데, 위 사안에서 乙은 관여할 기회도 없었을 뿐만 아니라 설령 기회가 있었다고 하더라도 부담을 인수하였으리라는 추정적 의사도 인정되지 않는다. 여기에서 보듯이 (3)에서 제시했던 기준은 당사자 사이는 물론이고 유치권의 대세적 효력에 영향을 받는 제3자와의 사이에서도 적용이 가능하며, 위 대법원판결은 그 실정법적 근거를 민법 제2조에서 찾은 것이라 할 것이다.

53) 예를 들어 李在奭, “유치권 행사의 제한에 관한 판례이론”, 사법논집 제55집, 법원도서관, 2012년, 335-406면; 이 혁, “유치권의 제한”, 판례연구 제24집, 부산판례연구회, 2013년, 427-471면.

3. 피담보채권의 변제기가 도래하였을 것

(1) 민사유치권과 마찬가지로 상사유치권의 성립에도 피담보채권의 변제기 도래가 요건이 된다. 채권자가 목적물에 대한 점유를 개시하는 시점에서 피담보채권이 변제기에 달하였는지 혹은 적어도 성립하였거나 그것도 아니라면 확정이라도 가능한지는 모두 성립요건이 아니다. 상인이라면 자신이 이미 점유하고 있는 채무자 소유의 동산이나 유가증권이 있을 경우 그 채무자와 거래를 추가적으로 하더라도 거기서 발생하는 채권은 이미 수중에 있는 채무자 소유의 유치물으로써 담보할 수 있을 것으로 기대할 것이고 그러한 기대는 법률상 보호되는 정당한 것이기 때문이다. 보다 일반적으로는 일본의 구민법 제295조 수정이유의 그 셋째에서 밝히고 있듯이 “기성법전의 조문에 따르면 채권발생과 함께 유치권도 역시 바로 성립하는 것과 같은 의문이 충분히 발생할 수 있는데, 만일 이와 같이 하면 거래의 안전을 해하는 경우가 적지 아니할 것이므로 유치권의 규정을 실제의 편리에 맞게 만들려면 그것이 당연히 성립하는 시기를 명시할 필요가 있다.”⁵⁴⁾

(2) 그런데 당사자 사이에 유예약정을 하면 피담보채권의 변제기 또한 도래하지 않은 것이 되므로 —잠정적이긴 하지만— 유치권 또한 성립하지 않거나 이미 성립한 유치권은 소멸한다. 이것은 반대의 약정이 있으면 상사유치권을 배제시킬 수 있다는 상법 제58조의 규정과는 무관한(따라서 동조의 해석 여하와 상관없이 인정되는), 변제기 요건에 의한 결과이다.

나아가 점유자, 환매의 매수인 및 전득자, 임차인 기타 유치권자가 유익비상환 청구에 기하여 유치권을 행사하는 경우에 법원이 채무자의 일방적 청구에 기하여 상당한 상환기간을 허용할 수 있는데(민법 제203조 제3항, 제594조 제2항 단서, 제626조 제2항 2문, 제325조 제2항 단서), 이 경우도 변제기 요건을 갖추지 못한 것이 되어 유치권은 발생하지 않거나 소멸한다. 이로써 타담보제공에 의한 유치권소멸(민법 제327조)보다도 더 간편하게 유치권을 막을 수 있는 또 다른 길이 채무자에게 열린 셈이다.

(3) 반면에 현행법의 법문에 따르면 채무자가 채무초과 내지 지급불능 상태에

54) 廣中俊雄(編著), 「民法修正案(前三編)の理由書」, 有斐閣, 1987, 312-313頁(原文 기준으로는 252-253頁).

이르렀거나 연체에 빠지는 등 신용상태가 악화된 경우라 하더라도 피담보채권이 변제기에 이르지 않는 한 유치권이 성립하지 않는다. 반면에 일반독일상법 제314조 그리고 여기에서 유래하는 독일상법 제370조(현재는 상법에서는 삭제되고 도산법으로 이동)와 스위스 민법 제897조, 일본 舊상법 제388조는 이와 같은 경우(여기에 채무자의 재산에 대한 강제집행이 무위로 끝난 경우를 추가하기도 한다) 변제기가 아직 도래하지 않은 피담보채권에 기해서도 유치권을 행사할 수 있으며 나아가 목적물에 대한 점유개시 이후 채무자의 지급불능이 일어났거나 채권자가 이를 알게 된 경우는 그 채권자의 유치권을 특별히 인정하였다. 이에 입법론으로서 “채무자의 파산, 채무자의 재산에 대한 강제집행의 不奏效 등의 경우”에는 예외를 인정하자는 제안이 있기도 하였다.⁵⁵⁾

그런데 민사유치권과 법기술적으로는 명확히 구분되지만 이념적으로는 그 연결을 부정할 수 없는 동시행의 항변권(민법 제536조 제1항)의 경우는 이른바 불안의 항변권이라는 예외가 존재한다(동조 제2항, 나아가 제588조도 참조). 그렇다면 민사유치권에도 동조항을 유추적용할 수 있을 것으로 보인다. 유치권이 대세적 효력을 가졌다는 사실이 이를 부정할 이유가 될 수 있으리라고는 생각되지 않는다. 그리고 채권의 담보 수단으로서의 기능이 강조되는 상사유치권의 경우는 더더욱 그 유추적용이 필요하고 또 가능하다 할 것이다.

도산 단계에서는 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제425조에 따라서 기한부채권은 파산선고시에 변제기에 이른 것으로 간주하므로, 변제기 미도래로 인한 유치권의 불성립 문제의 해결이 이로써 가능할 것이다.

(4) 피담보채권은 변제기의 도래 외에도 訴求가 가능하고 또 항변권이 부차되어 있지 않아야 한다(재판상, 재판외 권리장애사유의 부존재). 상사유치권도 부종성이 있는 종된 권리이기 때문에 피담보채권이 소멸하면 함께 소멸한다. 그러나 유치권이 성립한 다음에 피담보채권의 소멸시효가 완성된 경우는 유치권에 항변권(이행거절권)의 요소가 있고 또 과실수취권(민법 제323조)이 상계와 결합하여 사실상의 우선변제 효과를 가져온다는 사실 등에 비추어 민법 제495조를 유추적용하여 시효가 완성된 다음에도 이미 성립한 유치권은 행사할 수 있다는 입론이

55) 鄭東潤, 상법총칙·상행위법(개정판), 법문사, 1996년, 308면(독일상법 제370조를 인용).

가능하고, 또 실제로 다수의 입법례가 같은 취지의 규정을 두고 있다(독일민법 제223조, 스위스민법 제807조, 프랑스민법 제2082조).

그러나 메이지민법의 입법자는 “유치권은 본래 채권의 특별보호에 그치기 때문에 채권의 행사가 해태되는 결과는 결코 바람직하지 않다.”는 이유로(수정안이 유서 315頁[원문 255頁]) 舊민법 채권담보편 제114조(질물이 질권자에게 있는 동안에는 채무의 소멸시효 완성이 정지한다)와 반대되는 규정을 제300조에 두었고, 우리 민법 제326조도 이를 따랐다.

제495조의 취지가 상계적상에서 별다른 의사표시 없이 당연 정산되리라는 당사자의 신뢰를 보호하고 또 그런 경우 채권자가 이행청구 등 시효중단조치를 취하지 않는 경우가 많다는 사정을 고려한 것이라면 같은 맥락에서 우리 민법 제326조의 규정도 향후 재검토해볼 필요가 있다.

III. 목적물에 관한 요건(물적 요건)

1. 목적물이 채무자 소유의 물건 또는 유가증권일 것

(1) 물건 또는 유가증권

① 먼저 물건이 반드시 환가할 수 있거나 금전적 가치가 있는 것이어야 하는지(유가증권은 환가가능성이 있는 것이 보통이므로)는 스위스 민법 제896조 제1항과 같이 이를 명문으로 요구하는 규정이 없으므로 원칙적으로 요건이 아니라고 할 것이다. 그러나 교환가치뿐 아니라 사용가치마저 없어서 과실수취의 가능성(민법 제323조 제1항 참조)조차 없는 경우, 예를 들어 객역이 맡긴 서류 같은 것을 오로지 보수지급의 압박만을 위하여 유치하는 것은 경우에 따라서 신의칙(민법 제2조)에 따라 제한할 수 있을 것이다.

(i) 상사유치권 내지 민사유치권의 목적물을 무엇으로 할 것인가는 입법례에 따라 차이가 있다. 일반독일상법 제313조 제1항과 독일상법 제369조 제1항, 스위스

민법 제895조 제1항은 모두 “동산 또는 유가증권”이라고 하고 있음에 반하여,⁵⁶⁾ 일본 舊상법 제387조는 “물건 또는 매득금”, 일본 舊민법 채권취득편 제92조 제1항은 “동산 또는 부동산”, 일본현행상법 제521조은 우리 상법 제58조 및 우리 민법 제320조와 마찬가지로 “물건 또는 유가증권”으로 정하였다.⁵⁷⁾

(ii) 독일 등에서 동산에 국한되었던 유치권이 우리의 경우 부동산까지 포함되게 된 계기는 흥미롭게도 일본 메이지 시대에 외국고문들의 주도로 작성되었던 舊민법과 舊상법이다. 당시 비슷한 시기에 제정되었던 일본의 建物保護法에 관한 입법자료를 보면 당시 제국의회에서 나온 입법이유에 석조건물 중심의 서양과 달리 일본에서 건물은 토지와 분리와 용이하다는 이유로 건물의 별도의 부동산으로 보고 이를 보호하기로 하는데, 여기서 보듯이 건물을 토지의 일부로 보는 서구의 전통이 메이지 일본에는 뿌리 내리지 못했던 듯하다.

반면에 독일 등에서는 동산과 유가증권만을 대상으로 하는 이유를 유치권의 대세적 효력에서 찾는다. 대세적 효력은 유치물이 어느 정도 유체화되어 관리가능성(우리 민법 제98조 참조)이 있을 것을 전제로 하고 또 그래야 점유(사실상 지배) 요건도 정당화될 수 있기 때문이라고 한다.⁵⁸⁾

(iii) 부동산이 유치권의 대상이 되었음에도 불구하고 점유의 취득과 계속이 유치권의 성립 및 존속요건이고 점유(계속)가 유치권의 유일한 공시방법인 한 유치권과 법정질권의 유사성은 여전히 인정될 수밖에 없다.

부동산이 유치권의 대상이 됨으로써 추가적으로 발생하는 논점 가운데 하나는 건물과 토지가 별개의 부동산이라는 사실과 관련이 있다. 특히 다루어지고 있는 문제는 건물공사의 수급인이 자신의 보수채권에 기하여 건물의 부지에 대하여 민사유치권이나 상사유치권을 갖는가 하는 것이다.⁵⁹⁾ 대법원 2008. 5. 30.자 2007마98

56) 독일민법 제273조의 채권적 유치권의 경우는 우리 민법 제536조 제1항과 마찬가지로 “금부”, 즉 법률상 거래되는 모든 대상이다.

57) 메이지민법 제295조에는 ‘物’이라고 되어있다. 메이지상법에 유가증권이 추가된 것은 1911년 이른바 일본의 改正상법에서이다

58) MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 35; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 20

59) 입차인이 건물매수청구권(민법 제643조에 의한 제283조 제2항의 준용)에 기한 매매대금채권에 기하여 당해 건물뿐만 아니라 그 부지도 유치할 것인가 하는 문제도 있지만 이는 순수한 민사유치권의 문제이므로 여기에서 다루지는 않겠다.

결정을 보면, 수급인이 토지소유자와의 토지 위에 공장을 신축하기로 하는 도급 계약을 체결하고 기초공사를 진행하여 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 구조물을 설치한 상태에서 그 토지에 대한 경매절차가 진행됨으로 인하여 공사가 중단되자 공사현장을 점거하면서 타인의 출입을 막고, 구조물과 토지에 대한 민사, 상사유치권을 주장한 사안에서 民事유치권 주장에 대해서는 “위 정착물은 토지의 부합물에 불과하여 이러한 정착물에 대하여 유치권을 행사할 수 없고, 또 공사중단시까지 발생한 공사금 채권은 토지에 관하여 생긴 것이 아니므로 토지에 대하여도 유치권을 행사할 수 없다”고 하였고, 商事유치권 주장에 대하여는 “이 사건 토지에 관한 상행위’를 원인으로 이 사건 토지에 대한 점유를 취득하였다고 보기 어렵다”고 하여 두 주장 모두 받아들이지 않았는데, 민사유치권과 상사유치권의 성립요건의 차이를 잘 보여주는 예로서 타당한 판결이라 할 것이다.

(iv) 부동산이 유치권의 목적물이 된 것은 민법과 상법 제정 당시의 입법자가 부동산등기에 관한 인식이 보편화되지 않은 현실에서 영세한 건축업자의 보수채권을 보호하기 위하여 결단한 것이지만, 그 후 “경매의 큰 함정”, “경매공적의 제1호”이란 지탄의 대상이 되었다.⁶⁰⁾ 그리하여 최근 법무부가 국회에 제출한 민법 및 상법 개정안에서는 민사유치권 및 상사유치권의 대상에서 부동산을 모두 삭제하였다. 그 배경에는 민사집행법 제91조 제5항이 경락인에게 유치권의 피담보채권을 변제할 책임(채무는 아님!)을 부담시키고 있고 채권자 회생 및 파산에 관한 법률 제141조가 유치권의 피담보채권을 회생담보권으로 하고 동법 제411조가 유치권자에게 별채권을 부여한다는 사정이 존재한다.

대세적 유치권에 대한 강제집행 및 도산 단계에서의 특별한 취급은 다른 나라에서도 찾아볼 수 있는 바이지만, 그 인정범위에서 차이가 있다. 독일과 스위스는 동산만이 유치권의 대상이 되고, 일본은 부동산도 대상으로 하지만 도산절차에서의 특별취급은 상사유치권의 경우에만 한한다(상사유치권에 대해서는 파산법

60) 이러한 표현은 이른바 교과서인 李時潤, 新民事執行法(제5판), 박영사, 2009년, 250면에 등장한 것이다. 이동진(주 3), 74면은 “동산 및 유가증권에 관한 물권적 유치권은 이러한 채무자 상호간의 인적 인도거절권능만으로도 충분히 근거 지워질 수 있다고 생각된다. (...) 인적 인도거절권능만을 가지고 있는 자가 부동산에 관하여 동산 및 유가증권에서와 같이 점유를 매개로 이를 제3자에 대하여 주장할 수는 없다”고 한다.

제66조 제1항에서 특별한 선취특권으로 보고 별제권을 부여하지만, 민사유치권은 同條 제3항에 따라서 파산재단에 대하여 그 효력을 잃도록 하였다. 일본과 우리나라에서 부동산도 유치권의 대상으로 한 사정에 대해서는 앞서 (i)과 그 앞부분에서 서술하였고, 그렇다면 도산의 경우는 어쩌서 그와 같은 차이가 발생한 것일까? 필자가 확인한 바로는 일본법의 차이를 나름의 논리(“유치권에는 물건의 유치에 의하여 채무변제를 간접으로 강제하는 기능이 있고 파산의 경우에도 이러한 기능을 보호하는 것이 타당하므로 유치권에 대하여 별제권을 인정하는 우리나라의 법이 타당하다”)로 정당화하는 글이 있기는 하지만⁶¹⁾ 제정 당시의 증언으로 신뢰할 만한 것은 다음과 같은 서술이다.⁶²⁾

금후 파산법에 전세권과 함께 신설된 것이다. 구법(의용법)은 유치권은 채권의 변제를 받을 때까지 그 목적물을 유치하는데 불과하므로 그 물(유치물)로부터 우선변제를 받을 권리는 없고 따라서 유치권자는 별제권을 행사할 수 없고 단순히 파산채권자로서 그 권리를 행사하는데 불과하였다. 그러므로 구파산법은 민법상의 유치권에 관하여서는 파산선고로 인하여 파산재단에 대하여는 그 효력을 잃는 것으로 하였던 것이다. 그러나 상법상의 유치권에 관하여서는 그 담보력을 존중할 필요가 있으므로 파산의 경우에 특히 이를 특별한 선취특권(우선특권 있는 채권)으로 하여 별제권으로 하였던 것이다. 이 별제권도 의제적으로 그 순위도 다른 질권이나 저당권보다 후순위로 하였던 것이다. 그러나 유치권은 우선특권이 있는 경우가 많은 것이다. 담보권은 채권자파산의 경우에 더 한층 그 효능을 발휘하는 것인데 유치권을 부정한다는 것은 입법론으로서 부당한 것이므로 금후 우리나라 파산법에는 유치권자에게도 별제권을 부여하였다(파산법 제84조).

지금까지는 주로 부동산유치권의 강제집행 방해현상에 대한 비판이 높았고 그 결과 이번 법무부개정안이 나온 것이라면,⁶³⁾ 앞으로는 도산절차에서 민사유치권과

61) 李炳華, 개인회생과 파산제도의 이해, 삼우사, 2006년, 208면의 주 83.

62) 李玄雨, 破産法和議法要論, 육법사, 1970년, 171면.

63) 우리와 마찬가지로 부동산유치권에 의한 집행방해가 문제되고 있는 일본에서는 입법론으로서 유치권에도 우선변제권을 인정하되 대신에 소멸주의(이른바 消除主義)에 따르도록 하자는 주장이 있었고(樁壽夫, 『民法研究II』, 第一法規出版, 1983, 39頁 이하 등), 실제로

상사유치권의 동일한 취급에 대한 문제는 없었는지에 대한 검토도 시도해볼 만 할 것이다.⁶⁴⁾

② 여기서 유가증권이란 지시식, 무기명식 증권과 같은 좁은 의미의 유가증권만을 말하고 기명증권은 원칙적으로 포함되지 아니한다.⁶⁵⁾ 왜냐하면 좁은 의미의 유가증권만이 독립된 법적 거래의 대상으로서 따로 처분할 수 있어 물건과 동등한 지위를 부여할 수가 있기 때문이다.⁶⁶⁾ 그러므로 무기명채권증서, 株券, 수표, 어음은 물론 기명증권이라도 유통을 목적으로 소지인출급식으로 발행한 것은 여기서 말하는 유가증권에 포함된다.⁶⁷⁾ 유가증권이 아닌 자동차등록증이나 예금통장과 같은 경우는 목적물에 환가성까지 요구하는 규정이 있는 법제에서라면(가령 스위스 민법 제896조 제1항) 유가증권은 물론이고 물건에도 해당하지 않아서 유치권의 대상이 될 수 없겠지만, 그와 같은 명문의 규정이 없고 또 피담보채권에서 금전적 평가가능성을 요구하지 않는 입장(앞의 2.(2)② 참조)이라면 이와 균형상 물건에 포함시킬 수 있을 것이다.

여기서 담보권인 유치권의 대상으로서 채무자 ‘소유’의 유가증권이란 유가증권의 담보가치가 채무자에게 귀속되는 관계를 가리킨다. 흥미로운 사실은 우리 민법 제정 당시에 메이지민법 제295조에 없는 유가증권을 추가하는 것과 관련하여 논란이 있었다는 사실이다. 즉, 1957년 민법안 심의소위원회에서 마련한 원안(제310조)은 ‘유가증권 기타 물건에 관한 채권’이라고 하였으나, 이에 대해서

2003년 일본민법 개정 준비작업(要綱中間試案)에서 그러한 제안(이 때는 상사유치권의 목적물에서 부동산을 제외하는 내용도 포함하여)이 있었다. 그러나 이러한 주장에 대해서는 신중론도 유력하여(山野目章夫, 『物權法(第3版)』, 日本評論社, 2005, 198頁) 아직까지 개정에는 이르지 못하였다.

64) 참고로 일본의 경우는 도산처리절차에서 민사유치권과 상사유치권의 차별적 처리에 대한 비판이 강하게 제기되어 지난 2004년 도산법개정안의 심의과정에서도 민사유치권의 대우에 대하여 개정이 검토되었지만 결국에는 개정이 유보되었다(상세히는 山本和彦 외 『倒産法概説』, 2006, 118頁 참조).

65) 주석민법/김연미(주 26), 410면.

66) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, J. Guttentag, 1896, S. 211; M. Wolff(주 24), S. 87; Heymann/Horn(주 45), § 369 Rn. 18; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 22; Schlegelberger/Hefermehl(주 24), § 369 Rn. 26; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 15.

67) 앞의 2.(3)②(iii)에서 인용한 2000. 10. 10.자 2000그41 결정 참조.

무기명채권은 동산으로 볼 수 있지만 그 외 유가증권은 반드시 물건이라고 할 수 없으므로 ‘물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권’으로 수정되어야 한다는 제안이 있어서 이대로 확정되었다.⁶⁸⁾ 반면에 당시 金曾漢은 유가증권 자체는 물건임에 틀림없으므로 ‘유가증권’을 삭제하고 그냥 ‘물건’이라 하면 된다고 주장하였으나⁶⁹⁾ 받아들여지지 않았다.

(2) 채무자의 소유일 것

① 상법 제58조 소정의 상사유치권은 그 성립당시 채무자 소유의 물건인 것에 대하여 이를 행사할 수 있다. 그러므로 수입물품이 창고업자의 창고에 입고될 당시 수입업자가 선하증권을 취득한 바 없어 수입물품의 소유권을 취득하지 못하였다면⁷⁰⁾ 창고업자로서는 그 수입업자 소유의 다른 물건에 대한 보관료채권이 있음을 이유로 그 수입물품에 대한 선하증권을 취득한 은행에 대하여 상사유치권을 행사할 수는 없다.⁷¹⁾

흥미롭게도 일본의 경우는舊민법에서 ‘채무자’의 물건일 것을 요건으로 하였으나(채권담보편 제295조 제1항) “채무자 아닌 자에게 속하는 물건을 善意로 점유한 경우 처음부터 유치권의 성립을 인정하여야 한다”는 이유로 ‘타인’의 물건으로 바뀌었다.⁷²⁾ 반면에舊상법에서는 ‘상거래로 인하여 타인의 물건을 점유하고’

68) 民議院 法制司法委員會 民法案 審議小委員會 編, 民法案 審議錄 上: 總則篇, 物權篇, 債權篇, 民議院 法制司法委員會 民法案 審議小委員會, 槽紀4290(1957년), 195면.

69) 民事法研究會, 民法案意見書, 一潮閣, 1957년, 116-117면.

70) 은행이 수입업자와 수입거래약정을 체결함에 있어 수입물품을 양도담보로 제공받기로 약정한 경우, 그 수입물품에 대한 동산 양도담보는 은행이 물품의 인도를 받은 것과 동일한 효력이 있는 선하증권을 취득함으로써 성립된다(대법원 1997. 7. 25. 선고 97다19656 판결).

71) 부산고법 2002. 11. 22. 선고 2002나3518 판결.

72) 廣中俊雄(주 55), 1987, 312頁(原文은 252頁). 한편 加賀山茂, 「現代民法 担保法」, 信山社, 2009, 200-201頁은 다음과 같은 두 가지로 이유로 이러한 수정은 정당화된다고 한다. 즉, ① 피담보채권과 물건의 점유 사이에는 견련성이 요구된다. 채권자의 출원으로 제3소유자가 이익을 얻었다면 그의 소유물반환청구를 채권자가 거절해도 정당하다(그러나 전용물소유권을 인정할 것인지는 다른 문제). ② 유치권의 성립 및 존속요건으로 ‘인도’보다도 公示力이 명확한 계속점유가 요구되기에 제3자는 점유관계를 조사하면 불측의 손해를 피할 수 있다.

라고 하고(제387조) 이를 “그 타인이 반드시 거래의 상대방에 속하는 것일 필요는 없다”고 하면서도 “제3자에 속하는 것이라도 그 相對方 또는 그 代理人에게 수취한 물건이라면 충분하다”고 해석하였다.⁷³⁾ 앞서 언급하였듯이 舊상법의 ‘타인의 물건’이 그 후 新상법에서 ‘채무자의 물건’으로 바뀐 이유는 찾을 수 없다. 그러나 “제3자에 속하는 것이라도 그 상대방 또는 그 대리인에게 수취한 물건이라면 충분하다”는 해석에서 보듯이 이미 舊상법 당시부터 목적물의 소유보다는 점유취득의 과정(채무자의 의사에 기한)이 중시된 것이 아닌지 추측해볼 뿐이다.

② 채무자 소유 요건의 취지에 대하여 대법원 2013.2.28. 선고 2010다57350 판결(공2013상, 539)은 “상사유치권의 경우에는 목적물과 피담보채권 사이의 견련 관계가 완화됨으로써 피담보채권이 목적물에 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 우려가 있어 상사유치권의 성립범위 또는 상사유치권으로 대항할 수 있는 범위를 제한한 것으로 볼 수 있다”고 설시하였다. 同판결은 이로부터 “상사유치권은 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 한다”는 중간결론을 통하여 “기존의 제한물권이 확보하고 있는 담보가치를 사후적으로 침탈하지는 못한다”는 최종결론에 이르렀다.

위 판결에 따르면 채무자의 소유일 것을 요구한 취지는 (i)목적물과 피담보채권의 견련관계의 완화로 인한 제3자(이미 목적물에 대한 권리를 갖고 있는 자)의 권리 침해를 방지하기 위함에 있다고 한다. 여기서 제시된 법리를 조금 더 발전시켜보면 (ii)유치권도 제한물권인 이상, 채무자가 목적물에 대하여 가지는 ‘권리’를 母權으로 하여 그 이상의 담보가치를 가질 수 없고, (iii)여기에 다시 유치권은 설정행위(처분행위)를 관념할 수 없는, 즉 일정한 법률의 요건을 갖추기만 하면 당연히 성립하는 법정권리임을 추가적으로 고려하면 당사자의 합의로도 제3자의 권리를 해할 수 없다고 보아야 한다.

요컨대 입법자가 상사유치권의 담보목적물을 채무자 소유로 한정함으로써

73) 本尾敬三郎·木下周一(주 38), 728頁.

“누구도 자신이 가지는 것 이상의 권리를 타인에게 줄 수 없다”⁷⁴⁾는 원칙을 관철하고자 하였다면 상사유치권자는 권리가 성립할 당시 채무자의 소유물에 남아있는 담보가치만을 향유할 수 있다고 볼 수 있다.

③ 이러한 논리에 따라 몇 가지 문제의 해결을 시도해 보면 다음과 같다.

(i) 먼저 목적물이 채무자가 다른 사람과 공유하는 공유물인 경우는 채무자의 공유지분에 대하여 유치권이 성립한다.⁷⁵⁾ 이와 관련하여 大判 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결(공2007하, 1553)⁷⁶⁾은 56채의 다세대주택(공용부분 포함)의 창호공사 등을 마친 하수급인이 공사대상 전체에 대한 잔대금을 변제받기 위하여 그 중 1세대를 점유하고 민사유치권을 행사한 사안을 다루고 있다. 원심은 공평의 원칙을 들어 유치물(점유한 1세대)에 대해서만 발생한 채권만을 피담보채권으로 인정하자 피고(유치권 주장자)는 상고이유에서 공동주택은 전유부분에 의하여 공유부분의 점유권도 취득하게 되고 각 전유부분의 점유자 모두는 공동으로 공유부분을 점유하는바, 그 공동점유에도 유치권은 성립하는 것이므로 공유부분에 관한 공사대금 전액은 피담보채권으로 인정하여야 한다고 주장하였다. 그러나 이러한 흥미로운 주장에 대하여 법원은 세세하게 판단하지는 않고, 유치권의 불가분성(민법 제321조)을 들어 ‘다세대주택 전체’에 대하여 시행한 공사대금의 잔액 전부를 피담보채권으로 인정하였다.

(ii) 채무자가 물건이나 유가증권에 기대권(가령 조건부, 기한부 권리)을 가지고 있을 때에는 그 기대권에 대하여 채권자에게 유치권이 성립하며(민법 제149조, 제154조), 따라서 기대권이 존속하는 동안에는 소유자에 대해서도 유치권을 행사할 수 있다.⁷⁷⁾

(iii) 동산질권의 경우와 달리 유치권의 선의취득은 부정하여야 한다.⁷⁸⁾ 우리

74) Ulpianus, D. 50, 17, 54; Paulus, D. 50, 17, 175, 1: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habe.*

75) M. Wolff(주 24), S. 89; MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 41; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 32; Schlegelberger/Hefermehl(주 24), § 369 Rn. 29.

76) 문광섭, “유치권의 피담보채권의 범위 - 채권과 물건 간의 견련관계 및 유치권의 불가분성과 관련하여”, 대법원판례해설 71호(2007 하반기), 2008.7., 120-157면.

77) MüKo/Welter(주 24), § 369 Rn. 42; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 32; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 34.

78) 상사유치권을 동산과 유가증권에 한하여 인정하는 독일의 판례와 통설도 선의취득을 부정

입법자가 동산질권의 선의취득은 인정하면서도(민법 제343조) 다른 나라의 입법례와는 달리(가령 스위스민법 제895조 제3항 참조) 이와 외형상 비슷한 유치권에는 아무런 규정을 두지 않은 것은, 무엇보다 유치권은 비록 민법 제320조나 상법 제58조가 임의규정이기는 하지만 당사자가 법률행위에 의하여 성립시키기보다는 법률의 규정을 근거로 주장하는 것이 일반적이기 때문에 양도행위를 요건으로 하는(민법 제249조 제1항 참조) 선의취득이 전제로 하는 사안과는 맞지 않다고 보아야 하기 때문이다. 즉 법정담보물권으로서 선의취득의 대상이 되지 않는다(이 점에서 약정담보물권인 동산질권의 경우⁷⁹⁾과 다르다).

(iv) 채무자가 소유자로부터 처분수권(Ermächtigung)을 받은 경우(민법 제139조 단서 참조)에도 상사유치권을 부정하여야 한다.⁸⁰⁾ 유치권은 어디까지나 법률의 규정에 따른 요건을 모두 갖추면 자동으로 성립하는 것이므로 채무자에 의한 채권자에의 점유이전을 처분행위와 동일시할 수 없기 때문이다.⁸¹⁾

(v) 그러나 채무자가 제3소유자의 명의를 쓰지 않고, 그러나 그 소유자의 의사에 따라서 그의 계산으로 계약이 체결하는 간접대리의 경우는 제3자의 소유권 내지 의사를 해할 우려가 없고 오히려 그 경우에 소유자가 나중에 자신의 명의로 하지 않았다고 이의를 제기하는 것은 부당하므로 채무자의 소유물이었던 것처럼 다루어야 한다.⁸²⁾

한다. RGZ 69, 13, 17; M. Wolff(주 24), S. 90; MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 41, 48; Canaris(주 4), § 28 Rn. 10.

79) 우리의 특수상사유치권을 법정질권으로 규정하는 독일상법과 관련하여 당사자의 전형적인 묵시적 의사를 가지고 선의취득을 인정하는 근거를 설명하는 Canaris(주 4), § 27 Rn. 33도 참조.

80) M. Wolff(주 24), S. 90; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 32. 異見 MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 41. 비슷한 문제상황이 발생하는 독일민법 제647조(수급인질권)에 관하여는 Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(7. Aufl.), Band 5/1, C. H. Beck, 2018, § 647(Busche 집필부분) Rn. 13 및 同所의 참고문헌 참조.

81) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결(공2005하, 1503); 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결(공2007상, 263); 대법원 2011.11.24. 선고 2009다19246 판결(공2012상, 4) 등 일련의 판결에 따르면 부동산에 압류의 효력이 발생(경매개시결정의 기입등기 경료)한 후의 점유이전은 민사집행제도의 운영에 심각한 지장을 줄 수 있기 때문에 그 범위에서 이를 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위로 보는 것이라고 한다.

82) RGZ. 152, 119, 121 f.; Heymann/Horn(주 45), § 369 Rn. 24; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 32.

④ 채권자의 소유이지만 유치권이 긍정되는 경우

“자기 물건에 유치권을 인정할 이유는 없다.”⁸³⁾ 이것이 오랫동안 대륙법을 지배하던 관념이었다. 그러나 채권자가 자기 소유물에 상사유치권을 주장할 필요가 있는 경우가 있다. 가령 특히 채권자가 소유자이기는 하지만 피담보채권의 채무자에 대하여 목적물을 인도할 의무를 부담하는 경우에 민법 제322조에 따른 경매청구, 간이변제충당이나 민사집행법 제91조 제5항의 인수주의, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제141조 제1항의 회생담보권, 제411조의 별제권을 원용하고자 하는 때가 그러하다. 외국의 법제 중에도 가령 독일상법 제369조 제1항 2문은 채무자로부터 혹은 그 채무자를 대신하여 제3자로부터 소유권을 이전받은 채권자가 받은 소유권을 다시 그 채무자에게 이전할 의무가 있는 때에는 채권자에게 상사유치권을 부여하였고, 학설은 이를 채권자가 목적물의 법률상 소유자로서 채무자에게 권리이전의무를 부담하는 다른 경우에까지 개별적으로 유추적용한다.⁸⁴⁾ 우리나라에서도 같은 결과를 인정할 수 있다.⁸⁵⁾

⑤ 채무자의 소유이지만 유치권이 부정되는 경우

대법원 2012. 1. 12. 자 2011마2380 결정(공2012상, 277)에 따르면 부동산 매도인이 매매대금을 다 지급받지 아니한 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐주어 목적물의 소유권을 매수인에게 이전한 경우에는, 동시이행의 항변권을 행사하지 아니하고 자신의 소유권이전의무를 선이행함으로써 매수인에게 소유권을 넘겨 준 것이므로 미지급 매매대금채권을 피담보채권으로 매수인이나 그에게서 부동산 소유권을 취득한 제3자를 상대로 유치권을 주장할 수 없다고 하였다. 왜냐하면 법률행위로 인한 부동산물권변동의 요건으로 등기를 요구함으로써 물권관계의 명확화 및 거래의 안전·원활을 꾀하는 우리 민법의 기본정신에 비추어

83) 本尾敬三郎·木下周一(주 35), 제387조 주석(3).

84) Heymann/Horn(주 45), § 369 Rn. 29; Schlegelberger/Hefermehl(주 24), § 369 Rn. 33.

85) 鄭東潤(주 55), 311면은 ‘제도의 취지에 비추어’ 독일상법 제369조 제1항 2문과 같은 결과를 인정할 수 있다고 하면서도 위 사례(간접대리 내지 위탁매매의 경우)에 대해서는 유치권배제의 목시적 특약이 있음을 이유로 그리고 독일상법 제369조 제3항 참조를 지시하면서(同所의 주 14) 상사유치권을 부정한다(312면). 그러나 M. Wolff(주 24), S. 91 f., 95; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 35; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 39; Canaris(주 4), Rn. 11 등 독일의 다수설은 이를 긍정한다.

볼 때, 만일 이를 인정한다면 매도인은 등기에 의하여 매수인에게 소유권을 이전 하였음에도 매수인 또는 그의 처분에 기하여 소유권을 취득한 제3자에 대하여 소유권에 속하는 대세적인 점유의 권능을 여전히 보유하게 되는 결과가 되어 부당하기 때문이다.

이러한 판례의 법리는 그전부터 학설에서 주장되던 내용을 수용한 것으로서,⁸⁶⁾ 굳이 민사유치권에 한정될 이유가 없으므로 상사유치권에도 마찬가지로 적용되어야 한다.

⑥ 목적물의 권리자로서의 지위와 피담보채권의 상대방으로서의 지위가 동시에 채무자에게 귀속되어 유치권이 일단 성립한 이상, 그 후 채무자가 둘 중 어느 한 지위를 잃더라도 유치권자에게는 아무런 불이익도 발생하지 않는다.⁸⁷⁾ 이 점에서 유치권의 존재를 공시하는 점유 계속 요건(아래 2. (1) 참조)과 다르다(민법 제328조 참조).

여기서 문제는 목적물의 권리자로서의 지위와 피담보채권의 상대방으로서의 지위가 동시에 채무자에게 귀속되어야 하는 시점이 언제인가 하는 점이다. 유치권의 성립시점을 피담보채권의 변제기와 성립시 중 어느 것으로 볼 것인가를 둘러싸고 일찍이 일본의 舊민법과 메이지민법 사이에 입장전환이 있었고,⁸⁸⁾ 독일에서는 주로 상법 제369조 제2항의 요건과의 절연이라는 효과에 주목하여 오늘 날까지도 견해대립이 있다.⁸⁹⁾ 우리 상법과 민법은 모두 독일상법 제369조 제2항과

86) 梁彰洙(주 1), 251-253면(유치권을 인정하는 일본의 판례와 학설을 비판하면서 선이행의 위험인수와 공시에 의한 물건변동의 확실적 규율을 이유로 유치권의 성립을 부정하였다).

87) 李哲松(주 8), 346면; 鄭東潤(주 55), 311면; 주석민법/김연미(주 26), 411면(이상 모두 ‘성립요건이지 존속요건이 아니므로’를 그 이유로 든다); Heymann/Horn(주 45), § 369 Rn. 26; MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 43; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 33; Schlegelberger/Hefermehl(주 24), § 369 Rn. 31.

88) 廣中俊雄(주 54), 312-313頁(原文 기준으로는 252-253頁): “기성법전의 조문에 따르면 채권 발생과 함께 유치권도 역시 바로 성립하는 것과 같은 의문이 충분히 발생할 수 있는데, 만일 이와 같이 하면 거래의 안전을 해하는 경우가 적지 아니할 것이므로 본안은 채권이 변제기에 있을 것을 요한다는 취지를 드러내어 기한 전에는 유치권이 성립하지 아니함을 명백히 하였다. 생각건대 유치권의 규정을 실제의 편리에 맞게 만들려면 그것이 당연히 성립하는 시기를 명시할 필요가 있다고 생각한다.”.

89) 변제기설은 M. Wolff(주 24), S. 90; Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch(31. Aufl.), C. H. Beck, 2003, § 369 Rn. 8, Oetker(주 24), § 369 Rn. 33, 성립시설은 Heymann/Horn(주 45),

같은 대항구성을 채택하지 않았고 또 피담보채권의 변제기가 도래하기 전까지 채권자는 대세적 유치권을 원칙적으로 주장할 수 없다고 보아야 할 것이다. 도산이나 강제집행에서도 이러한 문제가 제기되는데, 일관되게 처리하여야 하지 않을까 한다. 채무자 희생 및 파산에 관한 법률 제425조를 이유로 변제기 도래 여부가 중요하지 않다는 반론이 있을 수 있겠지만, 그럼에도 불구하고 별채권이 성립하려면 원칙적으로 도산절차가 개시되기에 앞서 피담보채권의 변제기가 먼저 도래하였을 것을 요한다고 할 것이다.⁹⁰⁾

2. 채권자가 채무자와 사이의 상행위로 인하여 점유를 취득하였을 것

(1) 채권자의 점유 취득 및 계속

① 물건과 유가증권에 대해서는 피담보채권의 채권자가 점유를 개시하고 또 계속해서 점유하여야 한다(상법 제58조, 민법 제328조). 상사유치권은 동산질권과 같은 점유담보권이므로 민법 제330조(나아가 제188조 내지 제190조) 및 제332조를 유추적용할 수 있다. 따라서 간접점유의 경우 그 직접점유자는 채무자가 될 수가 없고⁹¹⁾ 현실인도뿐만 아니라 간이인도, 점유개정, 목적물만환청구권의 양도를 통한 점유취득도 가능하다. 공동점유의 경우는 비록 독일민법 제1206조와 같은 규정이 없긴 하지만, 동일하게(공동점유의 설정) 새기는 것이 타당하다. 그러므로 적어도 채무자가 단독으로 목적물을 지배한다고 볼 수 있는 경우만 아니라면 점유를 인정할 수 있다.⁹²⁾

② 채권자가 점유하는 것이 물건 자체가 아니라 그 물건(동산)에 대하여 발행된

§ 369 Rn. 26; MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 41; Staub/Canari(주 24), §§ 369-372 Rn. 35을 각각 참조.

90) 민사집행에서는 주로 부동산에 대한 점유의 개시와 (선)압류 사이의 선후와 그 효과가 최근 실무와 학설에서 활발하게 다루어지고 있는데, 비교적 최근의 소개로는 이 혁(주 53), 435-443면 및 同所에서 인용하는 판결들을 참조.

91) 주석민법/김연미(주 26), 411면.

92) BGH WM 1963, 560, 561 f.; Staub/Canaris(주 35), §§ 369-372 Rn. 21 참조. 한편 공동주택에서 전유부분의 점유자들이 공용부분을 공동점유 한다는 주장이 제기되었던 大判 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결(공2007하, 1553)에 대해서는 앞의 1.(2)③(i) 참조.

화물상환증, 창고증권, 선하증권(상법 제133조, 제157조, 제820조) 등의 인도증권인 경우, 채권자가 그로 인하여 목적물을 처분할 수 있는 때에는 운송업자나 창고업자 등의 직접점유가 있어야만 유효한 간접점유로서 유치권을 발생시킨다. 우리 학설이 그 외에 인도증권의 ‘정당한 소지인일 것’을 요구하는데,⁹³⁾ 이는 당해 증권에 의한 형식적 자격증명으로 족한지 아니면 채권자가 실질적 권리자일 것까지 요하는지가 문제될 수 있다. 특히 배서연속에 의한 형식적 자격증명은 있지만 실제적 권리자임은 입증하지 못한 경우에 문제되는바, 이에 관하여 명문의 규정이 있는 독일상법(제369조 제1항 1문 단서)에 따르면⁹⁴⁾ 채권자가 그 인도증권에 ‘기하여’ 목적물에 대한 처분이 ‘가능한지’ 여부가 기준이 된다. 독일의 판례는 형식적 자격입증만 있었다면 원칙적으로 점유요건을 갖췄다고 보고,⁹⁵⁾ 학설은 판례의 원칙을 따르되 다만 이미 실제적 권리자임이 입증된 자의 경우는 처분이 가능하므로 그런 경우까지 굳이 형식적 자격입증을 요구할 필요는 없다고 한다.⁹⁶⁾ 우리도 마찬가지라고 할 것이다.

③ 인도증권의 소지를 통한 동산에 대한 유치권과 그 인도증권 자체에 대한 유치권은 서로 구별된다. 後者は 인도증권 자체가 물건 또는 유가증권의 요건을 갖추었어야만 성립한다.⁹⁷⁾

④ 상법 제58조는 ‘점유하고 있는’이라고 하고 있지만 민법 제328조는 ‘점유의 상실’로 유치권이 소멸한다고 규정하고 있으므로, 상사유치권에서도 점유계속은 유치권의 존속요건이다. 자발적인 점유상실은 유치권의 포기로 볼 수 있는 한 유치권을 종국적으로 소멸시킨다.⁹⁸⁾ 다만, 유치권의 포기는 반드시 점유상실과 결합되어야 효력을 발생하는 것은 아니고 유치권자의 의사표시만으로도 가능한데,

93) 주석상법/김연미(주 48), 411.

94) 그 前身규정인 일반독일상법 제313조 제1항 단서도 同旨.

95) RGZ. 32, 26, 3.

96) MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 50; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 25; Schlegelberger/Hefermehl(주 24), § 369 Rn. 36; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 29; Heymann/Horn(주 45), § 369 Rn. 21.

97) M. Wolff(주 24) S. 93; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 26; Schlegelberger/Hefermehl(주 24), § 369 Rn. 36; 異見 Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 31.

98) Altmeppen, “Zur Rechtsnatur der handelsrechtlichen Pfandrechte”, ZHR 157(1993), 556 ff.; Heymann/Horn(주 45), § 369 Rn. 45; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 103.

가령 유치권자가 채무자에게 아무 조건 없이 그 점유하고 있는 부동산을 명도하기로 약정한 사안에서 대법원 1980. 7. 22. 선고 80다1174 판결은 그 약정명도일 경과 후의 점유는 적법한 권원이 없는 점유로 변한다고 하여 명도청구에 대한 유치권 항변을 배척하였다.⁹⁹⁾ 반면에 비자발적 점유상실은 유치권을 일단 소멸시키되 점유의 회복이 있으면 유치권은 부활한다.¹⁰⁰⁾ 유치권자가 강제집행을 위하여 목적물을 집달관에게 넘겨주더라도 점유는 여전히 유치권자에게 있다고 보므로 경락받은 매수인에 대해서도 유치권을 행사할 수 있다.¹⁰¹⁾

(2) 상행위로 인하여(채무자의 의사에 기하여) 점유를 취득할 것

① 상행위로 인한 점유취득일 것

(i) “무릇 유치권에는 2종류가 있다. 특별한 것과 통상의 것이 그것이다. 특별한 것은 채무의 원인이 되는 물건에 대해서만 발생하고, 통상의 것은 채권자의 수중에 있는 모든 물건들에 대하여 발생한다.”¹⁰²⁾ 지금부터 130년 전에는 위와 같은 보통법상 분류가 여전히 통용되고 있었고, 이 기준에 따르면 당시에도, 그리고 지금도 이른바 통상의 유치권을 법제화한 나라는 없다. 상법 제58조가 민법 제320조 및 특별상사유치권에서 요구하는 견련관계를 완화한 것은 사실이지만, 견련관계 자체를 완전히 제거한 것은 아니기 때문이다(스위스 민법 제895조 제2항 참조).

그러므로 채무자(조선업자)가 일체의 선박건조작업을 중단하고 남은 건축자재(선박블록)를 방치하여 채권자가 그 후 그 자재를 직접 점유지배한 상태에서 채무자가 파산하자 채권자가 그 자재에 대한 상사유치권을 주장한 사안에서, 상사유치권의 점유 요건을 갖췄다고 본 원심(부산지법 2010. 1. 27.자 2009라544

99) 유치권자가 유치권을 포기하는 경우 그 의사표시만으로써는 효력이 발생하지 않는다는 주장은 독자적 견해에 불과하다고 하여 이를 받아들이지 않았다.

100) Ahrens, Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrecht, Erich Schmidt, 2003, Rn. 262; MüKo/Welter (주 25), § 369 Rn. 81; Staub/Canaris(주 24) §§ 369-372 Rn. 104; Canaris(주 4), § 28 Rn. 36.

101) 박윤직(편집대표), 민법주해[VI] 물권(3) 제279조-제355조, 박영사, 1992년, 제320조(호문혁 집필부분), 299-300면.

102) 헬만·리요스레르, 『로에스레르氏起稿商法草案 上 司法省, 明17(1884)跋, 656頁.

결정)과 달리 대법원 2010.7.2. 자 2010그24 결정은 “[채무자]에 대한 상행위로 인하여 이 사건 선박블록 5조를 점유하게 되었다고 볼 만한 사정은 없으므로” 원심이 점유 요건을 오해하였다고 파기 환송한 것은 타당하다.

(ii) 위 2.에서와는 달리 여기에서의 ‘상행위’는 원칙적으로 채권자에 대한 일방적 상행위이지만 하면 충분하다.¹⁰³⁾ 상거래 과정에서 점유를 취득하면 되고 반드시 유효한 점유원인이 있어야 하는 것은 아니다.¹⁰⁴⁾ 따라서 주문하지 않은 상품을 발송한 경우도, 무효인 계약에 기하여 급부를 제공한 경우도 모두 점유취득 요건을 충족한다.¹⁰⁵⁾

(iii) 흥미로운 점은 일방상사유치권과 달리 개별적 견련관계를 요구하는 민사유치권이나 특별상사유치권의 경우에도 통설인 이른바 二元說을 따를 경우에는 물건 자체에 대하여 발생한 채권뿐만 아니라 목적물반환의무와 동일한 법률관계에서 발생한 채권에 대해서도 견련관계를 인정하여 결과적으로 일반상사유치권과 비슷해질 수 있다는 사실이다. 상법 제147조 운송인의 유치권에 관한 대법원 1993.3.12. 선고 92다32906 판결을 보면¹⁰⁶⁾ 피고가 소외 회사와 매 1년 단위로 운송계약관계를 유지하다가 운송료채권이 잔존하는 상태에서 이 사건 운송계약을 체결한 뒤 그 목적물 중 일부는 운송을 완료하고 일부는 운송 도중 소외 회사의 부도 소식을 듣고 유치한 사안에서, “상법 제147조, 제120조 소정의 운송인의 유치권에 관한 규정의 취지는, 운송실행에 의하여 생긴 운송인의 채권을 유치권행사를 통해 확보하도록 하는 동시에 송하인과 수하인이 반드시 동일인은 아니므로 수하인이 수령할 운송물과 관계가 없는 운송물에 관하여 생긴 채권 기타

103) 주식상법/김연미(주 26), 411은 그 근거를 유치권의 의의, 즉 채권자가 채권담보를 위하여 영업상 점유하게 된 목적물에 인정되는 것에서 찾으면서 ‘통설’이라고 한다. RG BankArch. 34(1934), 190, 192 이래로 독일의 관례도, 학설도 이와 같다. M. Wolff(주 24), S. 94 f.; MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 54; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 28; Schlegelberger/Hefermehl(주 24), § 369 Rn. 40; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 24.

104) RGZ 26, 58, 59 f.; BGH WM 1956, 1214, 1215; Baumbach/Hopt(주 88), § 369 Rn. 9; MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 54; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 24.

105) ROHGE 7, 213, 214 f.; OLG Frankfurt BB 1976, 333; OLG Hamburg DB 1963, 1214.

106) 金澤秀, “가. 상법 제147조, 제120조 소정 운송인의 유치권에 관한 규정취지와 그 피담보 채권의 범위, 나. 운임청구권의 발생시기”, 대법원관례해설 19-1호(93년 상반기), 1993.12. 309-316면.

송하인에 대한 그 운송물과는 관계가 없는 채권을 담보하기 위하여 그 운송물이 유치됨으로써 수하인이 뜻밖의 손해를 입지 않도록 하기 위하여 그 피담보채권의 범위를 제한”한 것이라고 한 후 “그러나 동일한 기회에 동일한 수하인에게 운송하여 줄 것을 의뢰받은 운송인이 그 운송물의 일부를 유치한 경우 위 운송물 전체에 대한 운임채권은 동일한 법률관계에서 발생한 채권으로서 유치의 목적물과 관련관계를 인정하여 피담보채권의 범위에 속한다고 할 수 있을 것이고, 이와 같이 보는 것이 수하인의 보호와 아울러 운송인의 채권확보를 목적으로 한 위 상법규정의 취지에도 부합”한다고 하면서 이 사건 운송계약에 의하여 이미 운송을 완료한 부분에 대한 채권은 피담보채권으로 하여 아직 인도하지 않은 부분에 대한 유치권을 인정하였다.¹⁰⁷⁾

② 채무자의 의사에 기한 점유취득일 것

나아가 채권자의 점유취득이 채무자의 의사에 기할 것, 즉 채무자에서 채권자로 민법에서 말하는引渡가 있을 것을 요구한다. 채무자의 의사에 반한 경우는 채권자를 보호할 필요가 없기 때문이라는 것이 그 이유이다.¹⁰⁸⁾ 이것은 상법 제58조에 민법 제320조 제2항에 해당하는 요건,¹⁰⁹⁾ 즉 ‘권한 없는 점유가 아닐 것’을 추가한 셈이 된다. 그렇다면 다음에 살펴볼 6. 요건과 함께 상사유치권의 이른바 소극요건으로서 유치권의 상대방이 주장, 입증책임을 부담하게 되는데, 앞서 II. 2. (2)에서 소개한 일본의 舊민법 제295조의 수정이유에서 舊민법의 ‘정당한 원인으로’를 뒤집어서(주장·입증책임을 전환하여) ‘불법행위로 인한 경우가 아니어야’로 바꿨다고 하고 있는 것도 이러한 결론과 일치한다. 반면에 일본 舊상법 해설서를 보면 동법 제387조의 경우 “‘정당한 원인에서 비롯한’ 점유일 것을 요한다. (...) 민법에는 분명하게 명문으로 되어있지만, 本條에서 그러한 명문은

107) 그러나 이 사건 운송계약 체결 이전에 발생한 운임채권에 대하여는 피담보채권임을 부정하였다.

108) 주식상법/김연미(주 26), 411.

109) 민법 제320조 제2항에서 말하는 ‘불법행위’란 민법 제750조의 그것보다 넓게 해석하여 권한 없이 점유를 취득하였다는 의미로 이해하는 것이 일반적이다. 그 해석 및 유형에 관하여는 車文鎬, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42집, 법원도서관, 2006년, 343-422면, 특히 379-390면 참조.

없고 다만 ‘상거래로 인하여’란 문구에서 미약하게 밝혔다. 즉, 그 상거래가 유효하면 그 물건의 점유도 역시 유효한 법이다.”¹¹⁰⁾ 이러한 논리에 따르면 ‘채무자의 의사에 기하여’란 ‘상거래로 인하여’ 속에 포함되므로 그 주장 입증책임은 유치권자인 채권자에게 있다. 앞서 ①에서 반드시 유효한 상거래일 것을 전제하지 않았으므로 그 논리귀결상 前者의 견해, 즉 소극요건으로 해석하는 입장을 취하여야 할 것이다.

채무자의 의사에 기한 점유취득의 태양은 다양하게 나타날 수 있다. 제3자를 통하여 인도한 경우, 채권자가 직접 점유하는 것을 채무자가 사전 동의하거나 사후 승인한 경우 등이 모두 여기에 해당한다. 인도가 연쇄적으로 일어난 경우, 즉 채무자가 제3자에게 인도하고 그 제3자가 다시 이를 채권자에게 인도한 경우(예를 들어 채무자가 제3자에게 기계를 빌려주고 제3자가 그 후 채무자의 채권자에게 다시 그 기계를 인도한 경우)에도 채무자가 이러한 과정 전체에 동의를 표시한 때(위 예라면 채무자가 전대를 허락한 때)에는 여기에 포함된다.¹¹¹⁾ 그러나 채권자가 직접 목적물에 대한 점유를 개시하는 경우는, 설령 그가 자력구제 요건(민법 제209조)을 갖추었다 하더라도, 채무자의 동의나 승인이 없는 한 여기에 해당하지 아니한다.¹¹²⁾

그밖에 점유의 취득(이전)에 관한 문제는 원칙적으로 민법의 인도이론(민법 제196조 참조)에 의하여 처리하여야 할 것이지만, 특히 인도가 사실행위에 의하여 일어난 경우(민법 제188조 제1항)에 의사표시에 관한 규정(민법 제5조 이하, 제103조 이하)이 유추적용될 수 있는가 하는 문제는 유치권이 당사자의 합의가 아닌 법률의 규정에 의하여 성립하는 권리임에 비추어 이를 함부로 긍정하기보다는 점유의 취득(이전)이 채무자의 자연적, 실재적 의사에 기하여 일어났는지 여부만을 기준으로 삼아야 판단하여야 할 것이다.¹¹³⁾

110) 本尾敬三郎·木下周一(주 38), 제387조 주석(3).

111) 이러한 동의는 민법 제114조에 따라 대리인이 할 수도 있음은 물론이다.

112) ROGHE 19, 369, 372; RGZ 46, 193, 202; Baumbach/Hopt(주 88), § 369 Rn. 9.

113) 독일의 다수설은 상사유치권이 약정담보물권과 유사하다는 이유를 들어 유추적용을 원칙적으로 인정한다. Baumbach/Hopt(주 88), § 369 Rn. 9; Heymann/Horn(주 45), § 369 Rn. 22; MüKo/Welter(주 25), § 369 Rn. 52; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 22. 반면에 독일의 소수설은 법률의 규정에 따라 성립하는 상사유치권에 대한 유추적용을

끝으로 피담보채권 요건과 관계를 살펴보면, 먼저 점유가 채무자의 의사에 기하여야 한다는 요건은 유치권의 성립에 필요한 것이므로 피담보채권의 변제기에 있으면 족하다. 개별적 견련관계를 요구하지 않는 상법 제58조의 규정에 비추어 채무자는 자신의 의사에 기하여 누군가에게 인도한 물건이 나중에 그 사람이 자신에 대하여 취득할 채권의 담보로 쓰일 수도 있다는 사실을 감수하였다고 보아야 할 것이다. 반면에 피담보채권의 변제기가 도래한 시점에 채권자에게 목적물을 점유할 권리가 더 이상 없었던 경우는 상사유치권의 성립을 부정하여야 한다. 채권자가 목적물반환의무를 이행하지 않음으로써 어떠한 이익을 얻어서는 안 되기 때문이다.

IV. 배제특약의 부존재(소극적 요건)

1. 유치권 배제의 특약의 효과

(1) 통설에 따르면 상법 제58조의 규정은 그 단서에서 밝히고 있듯이 약정에 의한 변경이 가능하기 때문에 당사자가 약정을 통하여 상사유치권의 발생을 차단하거나 제한할 수 있다고 한다.¹¹⁴⁾ 일찍이 일반독일상법 제316조에서 유래하는 이 규정을 통설은 마치 동법의 표현처럼 그대로 해석한다(“[以上]의 규정에 의하여 채권자에게 부여되는 권리들은 당사자가 이와 다른 합의를 한 때에는 발생하지 아니한다”).

판례도 이러한 유치권 배제의 개별약정이 유효함을 전제로 약관의 내용통제를 하고 있는바, 대법원 2009.12.10. 선고 2009다61803,61810 판결을 보면, 금융기관인

반대한다. M. Wolff(주 24), S. 93 f.; Oetker/Maultzsch(주 24), § 369 Rn. 30. 우리의 경우는 무엇보다도 대법원 1973. 2. 13. 선고 72다2450등 판결(要集 民 I-2, 369): “간접점유는 점유의사를 대리인으로 보충하는 제도로서 점유의사는 권리관계의 변동을 바라는 효과의사가 아니고 일정한 사실관계의 효과에 불과하므로 법률행위에 있어서의 대리와 다르다.”.

114) 가령 李哲松(주 8), 347-348면; 주식상법/김연미(주 26), 412면 등. 민법학계의 통설이기도 하다. 曠윤직·김재형(주 1), 383면 참조.

양도담보권자가 양도담보 목적물을 보관하는 창고업자로부터 “창고주는 양도담보권자가 담보물 임의처분 또는 법적 조치 등 어떠한 방법의 담보물 환가와 채무변제 충당시에도 유치권 등과 관련된 우선변제권을 행사할 수 없다”는 문구가 부동산자로 인쇄된 확약서를 제출받은 사안에서, “약관이 아니라 개별약정이었다면 유치권 배제 합의가 이루어지지 않았을 개연성이 보인다”는 등의 사정을 들어, 이는 창고업자가 보관료 징수 등을 위하여 공평의 관점에서 보유하는 권리인 유치권의 행사를 상당한 이유 없이 배제하고 일방적으로 금융기관인 양도담보권자의 담보권 실행에 유리한 내용의 약관 조항으로서, 약관규제법 제6조 제1항, 제11조 제1항 1호(‘법률의 규정에 의한 고객의 항변권’)에 반하여 무효라고 선언하였다.

또한 독일상법과 같이 이러한 명문의 규정이 없는 나라에서도 마찬가지로 생긴다.¹¹⁵⁾ 그러나 독일상법에서 상사유치권은 강제집행과 도산 절차에서의 특별대우에 의하여 대세적 효력(dingliche Wirkung)이 인정될 뿐이지 그 자체가 스위스나 일본, 우리와 같은 담보물권은 아니다.

(2) 본래 유치권은 법정담보물권로서 계약에 의하여 설정될 수 없고, 법률에서 정한 요건을 모두 갖춘 경우에 “채무자의 의사와 무관하게, 오로지 목적물을 유치하려는 채권자의 의사에 기하여 발생한다.”¹¹⁶⁾ 상사유치권을 민사유치권과 동일하게 법정담보물권이라고 본다면, 당사자는 계약으로써 법률상의 요건과 효과를 대세적으로 배제시킬 수 없다고 보는 것이 민법 제185조의 비추어 자연스럽다. 그러므로 가령 당사자가 민법 제322조 제1항에서 규정하는 경매청구권을 배제하기로 하였다면 그것은 더 이상 유치권이라고 할 수 없다. 심지어 스위스 민법 제897조 제2항은 채무자의 지급불능상태가 발생하면 당사자들이 약정하였던 유치권의 배제는 효력을 잃는다고 규정한다.

그렇다고 유치권에 관한 당사자 사이의 ‘다른 약정’은 무효인 것은 아니다.

115) 가령 독일의 경우 OLG Hamburg NJW-RR 1998, 586, 587; M. Wolff(주 46), S. 96; Heymann/Horn(주 45), § 369 Rn. 42.

116) 스위스 민법의 입법자료(Prot. Exp. Kom. in: Reber/Hurni/Schwizer, Materialien zum Zivilgesetzbuch Band III, Stämpfli, 2013, S. 121)에 나오는 이 표현은 그 후 스위스에서는 판례(BGE 15, 330; 20, 928/929 등)에 의하여 반복적으로 인용되었다.

법률이 이를 허용하고 있기 때문이다. 그렇다면 가령 위 ①에서 인용한 판결의 사실관계에서 보이는 “다른 담보권자가 담보권을 행사할 때 유치권을 행사하지 않겠다”는 약정은 법정유치권의 존부나 내용을 대세적으로 임의로 변경하는 약정이 아니라 그 행사방법에 관한 약정으로서 그 효력은 당사자 사이에 채권적 구속에 그칠 뿐이며, 구체적인 내용(가령 채무자의 지급불능의 사태가 발생하더라도 위 약정이 유효하다고 볼 것인지)은 당해 약정의 해석 문제라고 보아야 할 것이고, 그렇게 보더라도 위 ①에서 인용한 판결과 동일한 결론에 도달한다.

2. 약정유치권의 합의

(1) 반대로 당사자 사이의 합의로 (예를 들어 물건, 유가증권 이외의 다른 재산권에도 확대하기로 하거나 변제기 도래 요건을 포기하거나 다른 담보제공에 의한 차단권한을 배제함으로써) 채권자가 자신의 점유 하에 있는 채무자의 물건 등에 대하여 상법 제58조의 성립요건이나 효과보다 확대된 권리를 약속받는 경우가 많다.¹¹⁷⁾ 은행거래에서 유치권은 채권자인 은행의 입장에서는 실무상 중요성이 그리 크지 않은 이유도 바로 여신거래기본약관에서 은행이 점유하는 채무자의 모든 유가증권은 모든 채권에 제한 없이 담보하도록 약정해놓고 있어서 별도의 법정유치권을 굳이 사용할 필요가 없기 때문이다.

대법원 2012.9.27. 선고 2012다37176 판결(공2012하, 1740)¹¹⁸⁾을 보면, 회생절차가 개시된 甲 회사에 대하여 대출금 채권을 가지고 있던 乙 은행이 甲 회사한테서 추심위임을 받아 보관 중이던 丙 주식회사 발행의 약속어음에 관한 상사유치권 취득을 주장하며 그 어음금 상당의 채권을 회생담보권으로 신고하자 甲 회사의 관리인이 이를 부인한 사안인데 乙 은행이 사용하였던 약관에도 ‘채무자가 채무이행을 지체한 경우, 은행이 점유하고 있는 채무자의 동산어음 기타 유가증권을 담보로 제공된 것이 아닐지라도 계속 점유하거나 추심 또는 처분 등 처리를 할 수 있다’는 취지의 조항이 들어있었다. 乙 은행의 유치권 주장에 상대방은

117) RG 22.10.1927 Z. 118, 250, 252; Heymann/Horn(주 45), § 369 Rn. 46; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 110 ff.

118) 扈帝熏(주 19), 264-278면.

甲 회사로부터 추심위임약정이 목시적 유치권 배제약정에 해당한다고 주장하였고, 이에 대하여 대법원은 부정하였다.

(2) 위 판결의 쟁점에서 벗어나서 그 사실관계에서 등장하는 약관조항에 초점을 맞춰 생각해보면, 이렇게 하여 은행이 취득한 권리를 일부학설은 ‘계약에 의한 상사유치권의 설정’이라고 보기도 하지만,¹¹⁹⁾ 이것은 상법 제58조의 상사유치권이나 민법 제320조의 민사유치권의 설정이 아니라고 볼 수 없다. 이러한 약정에 의한 채권채무의 발생으로는 (법정)유치권의 성립요건 가운데 피담보채권의 변제기 요건이나 견련관계 요건(민법 제320조의 물건과 채권 사이의 개별적 견련관계, 상법 제58조의 채권 및 점유와 상행위 사이의 완화된 견련관계), 민법 제323조 제2항이나 제324조, 제325조와 같은 사항들은 채권적으로 배제하는 것이 가능하겠지만, 채무자의 의사에 기한 채권자의 점유 요건이나 상사유치권의 채무자 소유 요건의 삭제나 민법 제322조, 제323조 제1항에 기한 권리의 배제는 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 물론 이러한 합의에는 강제집행절차, 도산절차에서의 물권적 효력도 인정할 수 없다.¹²⁰⁾ 당사자들은 그와 같은 물권적 효과를 부여하려면 질권이나 저당권을 설정하여야 한다.

V. 맺음말

이 글에서는 일반상사유치권의 요건을 중심으로 기존에 논의되었던 문제보다는 또 논의되지 않거나 덜 논의되었던 문제를 중심으로 몇 가지 살펴보고 私見을 개진하였다. 최근의 판결들을 읽으면서 유치권의 경우에 우리법상 법정담보물권(제한물권)으로 규정되어 있다는 것이 어떤 의미인지에 대한 고민이 법원의 사건 해결 과정에서 꾸준히 이루어지고 있다는 사실과 이를 지원하는 학계의 도움이 긴요하다는 사실을 함께 확인할 수 있었다. 민법학의 통설이 유치권(상사유치권을

119) 鄭東潤(주 55), 313면.

120) 독일의 판례와 다수설도 같은 입장이다. RGZ 91, 155, 157; OLG Köln NJW-RR 1994, 544, 545; Heymann/Horn(주 45), § 369 Rn. 46; Schlegelberger/Hefermehl(주 24), § 369 Rn. 41; 異見 M. Wolff(주 24), S. 97 f.; Staub/Canaris(주 24), §§ 369-372 Rn. 110; Canaris(주 4), Rn. 37.

포함하여)의 존재의의를 공평에서 찾는 데 반하여 이 글에서는 거래현실에서 최후의 담보수단, 즉 법정담보물권(제한물권)이라는 측면에서 접근하고자 했던 것은 상사유치권과 민사유치권이 담보물권이라는 점에서는 공통되지만, 양자가 지향을 달리한다는 점을 고려하였다.

지난 2013년 법무부 민법개정위원회가 마련하여 국회에 제출된 민법개정안은 민법과 민사집행법, 부동산등기법에 있는 유치권 관련 조문을 개정할 것을 제안 하였지만,¹²¹⁾ 개정에는 이르지 못하였다.¹²²⁾ 입법의 개선이 이루어지지 않는 상태에서 분쟁의 합리적 해결은 온전히 법원의 몫이 될 수밖에 없고, 실제로 법원은 대법원 2013.2.28. 선고 2010다57350 판결(공2013상, 539) 이래로 일련의 판례를 형성하고 있다.¹²³⁾ 이러한 판례에서 특히 담보목적물의 채무자 소유 요건을 근거로 부동산에 대한 상사유치권자의 선행담보권자에 대한 대항력을 부정한 것은 전적으로 타당하다. 상사유치권에 대한 선의취득을 부정하는 입장에서 보면 판례의 이러한 결론은 부동산유치권에 대한 선의취득을 부정하는 것이므로 지지할 수 있다.

우리 법을 비롯한 다른 나라의 상사유치권과 민사유치권 관련규정의 형성과정을 되돌아보면 다른 많은 상사 관련 제도와 마찬가지로 ‘動産은 商事, 不動産은 民事’라는 전통적인 지중해 법문화의 사상과 연혁이 닿아있음을 부정할 수 없다. 이렇게 본다면 판례의 태도는 지지할만하다. 물론 상사유치권의 대상에서 부동산을 제외하는 법률의 개정이 보다 근본적인 해결일 것이다.

- 투 고 일: 2019년 10월 30일
- 심 사 일: 2019년 11월 26일
- 게재확정일: 2019년 11월 28일

121) 개요는 박윤직·김재형(주 1), 383면 참조. 관계자에 의한 보고로는 윤진수, “유치권 및 지당권설정청구권에 관한 민법개정안”, *民事法學* 제63-1호, 한국민사법학회, 2013.6., 193-234면, 권영준, “유치권에 관한 민법 개정안 소개와 분석”, *법학* 57권2호, 서울대학교 법학연구소, 2016.6., 139-184면.

122) 일본에서의 개정논의와 시도에 대해서는 앞의 주 62, 63 참조.

123) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다94285 판결, 대법원 2013. 5. 24. 선고 2012다39769 판결(이상 모두 공보불개제).

[참고문헌]

- 곽윤직(편집대표), 민법주해[VI] 물권(3) 제279조-제355조, 박영사, 1992년.
 곽윤직·김재형, 민법총칙(제9판), 박영사, 2013년.
 _____, 물권법(제8판), 박영사, 2014년.
 民議院 法制司法委員會 民法案 審議小委員會 編, 民法案 審議錄 上: 總則篇. 物
 權篇. 債權篇, 民議院 法制司法委員會 民法案 審議小委員會, 檀紀
 4290(1957년).
 송옥렬, 상법강의(제2판), 홍문사, 2012년.
 이병화, 개인회생과 파산제도의 이해, 삼우사, 2006년.
 이시윤, 신민사집행법(제5판), 박영사, 2009년.
 이철송, 상법총론·상행위(제12판), 박영사, 2013년.
 이해우, 파산법·회생법요론, 육법사, 1970년.
 임중호, 상법총칙·상행위법, 법문사, 2012년.
 정동윤, 상법총칙·상행위법(개정판), 법문사, 1996년.
 정동윤(편집대표), 주식상법. 총칙·상행위(1): §§ 1-77, 사법행정학회, 2013년.
 최기원, 상법학신론(상)(제18판), 박영사, 2009년.
- 권순희, “상가건물임대차의 보증금과 상사유치권에 관한 고찰”, 상사법연구 26권
 4호(통권 57호), 한국상사법학회, 2008.2., 157-178면.
 권영준, “유치권에 관한 민법 개정안 소개와 분석”, 법학 57권2호, 서울대학교
 법학연구소, 2016.6., 139-184면.
 권재열, ”상사유치권의 성립요건“, 상법판례백선(제4판), 법문사, 2015년, 80-85면.
 김기수, ”채납처분압류 후 경매개시 전에 취득한 유치권의 대항력“, 재판과 판례
 제23집, 대구판례연구회, 2015년, 133-164면.
 김선경·황인용, ”회생절차에서의 유치권자의 지위“, 율촌판례연구, 박영사, 2017년,
 521-550면.
 김연우, “상사유치권에 부동산이 포함되는지 여부 및 선행 저당권자와의 관계”,
 재판과 판례 제22집, 대구판례연구회, 2013년, 343-384면.
 김재형, “부동산유치권의 개선방안”, 민사법학 제55호, 한국민사법학회, 2011.9.,
 339-384면.

- 김택수, “가. 상법 제147조, 제120조 소정 운송인의 유치권에 관한 규정취지와 그 피담보채권의 범위, 나. 운임청구권의 발생시기”, 대법원판례해설 19-1호(93년 상반기), 1993.12, 309-316면.
- 도두형, “부동산에 대한 상사유치권의 성부 및 대항력의 범위”, 변호사 제44집, 서울지방변호사회, 2013년, 399-420면.
- 도제문, “금융거래와 상사유치권”, 상사판례연구 26집 4권, 한국상사판례학회, 2013년, 203-234면.
- 박보영, ”상사유치권의 성립에 관한 연구“(석사학위논문), 부산대학교 대학원, 2014년.
- 박양준, 부동산 상사유치권의 대항범위 제한에 관한 법리“, 청연논총 제12집, 사법연수원, 2015년, 49-110면=법과 정의 그리고 사람(박병대 대법관 재임기념 문집), 사법발전재단, 947-965면.
- 손종학, “건축부지에 대한 건축수급인의 상사유치권 성립 여부”, 법학연구 50권 2호(통권 62호), 부산대학교 법학연구소, 2009.10., 401-430면.
- 서돈각, “상사유치권의 특색과 몇 가지 의문점”, 法政 19권 4호(166호), 1964.4., 64-67면.
- 서돈각, “상사유치권의 특색과 문제점”, 고시계 18권 3호(193호), 1973.3., 12-18면.
- 성민섭, ”부동산 유치권 제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여“, 외법논집 제38권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014년, 189-208면.
- 신국미, “유치권제도에 관한 연구“(박사학위논문), 고려대학교 대학원, 2003년.
- 양창수, “유치권의 발생요건으로서 「채권과 물건 간의 견련관계」”, 민법연구 제1권, 박영사, 1991년, 227-254면.
- 양진수, ”유치권과 선순위권리자 및 경매절차상의 매수인 사이의 대항관계에 관하여 형성된 대법원판례의 법리에 대한 검토“, 민사집행법 실무연구 (IV)(재판자료 제131집), 법원도서관, 2016년, 125-188면.
- 오시영, ”유치권에 대한 매각조건으로서의 인수주의와 소멸주의“, 한국민사집행법학회 2016년도 추계학술대회 발표논문집, 한국민사집행법학회, 2017년, 1-20면.
- 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 民事法學 제63-1호, 한국민사법학회, 2013.6., 193-234면.

- 이계정, "채납처분압류와 유치권의 효력", 법학 56권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2015년, 211-252면.
- 이동진, "「물권적 유치권」의 정당성과 그 한계", 民事法學 제49-1호(2010.6.), 49-88면.
- 이재석, "유치권 행사의 제한에 관한 판례이론", 사법논집 제55집, 법원도서관, 2012년, 335-406면.
- _____, "유치권의 행사를 제한하는 판례이론에 관한 제언", 사법논집 제61집, 법원도서관, 2016년, 161-234면.
- 이철기, "선행 저당권이 설정된 부동산에 대한 상사유치권의 성립 여부", 가천법학 제7권 제3호, 2014년, 51-82면.
- 이철송, "상사유치권의 특색", 고시계33권 8호(378호), 1988.7., 124-130면.
- 이 혁, "유치권의 제한", 판례연구 제24집, 부산판례연구회, 2013년, 427-471면.
- 이현석, "유치권과 점유", 법과 정책연구 17집 4호, 한국법정책학회, 2018년, 157-180면.
- 이현정, "도산절차상 어음에 대한 상사유치권의 취급", 회생법학 통권 제12호, 한국채무자회생법학회, 2016년, 111-138면.
- 임윤수·김웅, "부동산경매시장에서 상사유치권에 관한 연구", 법학연구 67집, 한국법학회, 2017.9., 63-84면.
- 전 옥, "공사수급인의 건축 부지에 대한 상사유치권의 행사", 법학연구 49권 2호(통권 60호), 부산대학교 법학연구소, 2009.2., 425-452면.
- 정기웅, "일본 메이지민법(물권법: 지역권·유치권)의 입법이유 분석", 民事法學 第60號, 2012.9, 495-535면.
- 지상규, "항만운영자의 장기체화 화물에 대한 상사유치권 및 경매권에 관한 연구", 법학연구 44집, 한국법학회, 2011.11., 307-324면.
- 차문호, "유치권의 성립과 경매", 사법논집 제42집, 법원도서관, 2006년, 343-422면.
- 최기원, "상사유치권에 관한 소고", 고시연구 17권 3호(192호), 1990.2., 14-26면.
- 호제훈, "상사유치권 배제의 특약을 인정할 수 있는지 여부", 대법원판례해설 제93호(2012년 하), 법원도서관, 2013년, 264-278면.
- 황진구, "상사유치권의 성립요건에 관한 검토", 민사판례연구 24권, 박영사, 2002년, 535-567면.

_____, ”채납처분압류가 되어 있는 부동산에 유치권을 취득한 경우 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있는지 여부“, 사법 29호, 사법발전재단, 2014.9., 367-404면=양승태 대법원장 재임 3년 주요 판례 평석, 사법발전재단, 2015년, 276-289면.

加賀山茂, 「現代民法 担保法」, 信山社, 2009.

北居功·高田晴仁, 『民法とつながる商法總則·商行為法』, 商事法務, 2013.

近藤光男, 『商法總則·商行為法(第5版補訂版)』, 有斐閣, 2008.

椿壽夫, 『民法研究II』, 第一法規出版, 1983.

林良平(編), 注釋民法(8) 物權(3) §§ 295-368, 有斐閣, 1983.

廣中俊雄(編著), 『民法修正案(前三編)の理由書』, 有斐閣, 1987.

ヘルマン・リョースレル, 『ロエスレル氏起稿商法草案. 上. 司法省, 明17(1884)跋.

本尾敬三郎·木下周一, 『商法註解 自第一冊至第四冊』(日本立法資料全集 別卷706), 信山社, 年度不明(復刻 2012).

山野目章夫, 『物權法(第3版)』, 日本評論社, 2005.

Ahrens, Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrecht, Erich Schmidt, 2003.

Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch(31. Aufl.), C. H. Beck, 2003.

Botschaft zum aOR, BBl 1880 I, 207.

Brox/Henssler, Handelsrecht(21. Aufl.), C. H. Beck, 2011.

Bülow, Handelsrecht(6. Aufl.), C. F. Müller, 2009.

Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes, Band 1869, Nr. 32, 460.

Canaris, Handelsrecht(24. Aufl.), C. H. Beck, 2006.

Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuchs, J. Guttentag, 1896.

Dernburg, Pandekten, Band I, H. W. Müller, 1900.

Heymann/Horn, Handelsgesetzbuch(ohne Seerecht), Kommentar, Band 4: §§ 343-475h(2. Aufl.), de Gruyter, 2011.

Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II: Art. 721-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB(2. Aufl.), Helbing & Lichtenhan, 2003.

Kaser, Das römische Privatrecht, Band I(2. Auf.), C. H. Beck, 1971.

- Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch[2. Aufl], Band 5: §§ 343-372, C. H. Beck, 2009.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch(7. Aufl.), Band 5/1, C. H. Beck, 2018.
- Oetker/Maultzsch, Handelsgesetzbuch, Kommentar(2. Aufl.), C. H. Beck, 2011.
- Reber/Hurni/Schwizer, Materialien zum Zivilgesetzbuch Band III, Stämpfli, 2013.
- Schlegelberger/Hefermehl, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band IV: §§ 343-372 (5. Aufl.), Franz Vahlen, 1976.
- Staub/Canaris, Handelsgesetzbuch, Großkommentar(4. Aufl.), de Gruyter, 2004.
- Altmeppen, “Zur Rechtsnatur der handelsrechtlichen Pfandrechte”, ZHR 157(1993), 541-558.
- Wolff(M.), “Das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht”, in: Ehrenberg(hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrecht, Band IV/1, O. R. Reisland, 1917, S. 76 ff..

[Abstract]

Comments on Art. 58 of Commercial Act

Lee, Joonhyong*

Compared with article 320(Contents of Right of Retention) paragraph 1 of the Korean Civil Act, article 58(Mercantile Liens) of the Korean Commercial Act is different in two points: first, this requires no connexity between secured debt and a collateral; second, this only applies to things or securities(valuable instruments) belonging to the obligor. For those two articles that apply ipso iure and those rights thereupon are de facto so strong as to break the principle prior tempore potior iure, many critical comments have been raised long before from academia as well as business. In 2013, a reforming bill was prepared by the Ministry of Justice and submitted to the National Assembly, but to fail to be enacted for several reasons. In the meantime, courts have been developing precedents restricting mercantile liens over real property against a mortgagee of prior order in the foreclosure.

This article criticizes the general understanding of mercantile liens as a shield protecting a creditor's abuses and puts emphasis on a debtor's intentional engagement in establishing a mercantile lien situation. From the new perspective, some current legal problems come to be reviewed one by one(Part III). In the conclusion, supported are the recent trend of case law and the legislative proposal eliminating real property from the application of art. 58.

┃ Key Words ┃

mercantile liens, retention right, conditions for secured interests, objective conditions for objects, proposal abolishing mercantile liens on real estate

* Professor, Hanyang University