

유치권자와 경매절차에서의 유치목적물 매수인의 법적 관계

Legal Relationship between Lien Holder and Buyer in the Auction Procedure Following the Attachment

서 중 희*

Seo, Jong-Hee

목 차

- | | |
|----------------------------------|--------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 매수인의 상계권 인정여부 |
| II. 경매절차에서 유치목적물을 매수한
자의 법적지위 | IV. 맺음말 |

경매절차에서의 유치목적물의 매수인은 민사집행법 제91조 제5항에 의하여 유치권을 인수하여 유치권자에게 “변제할 책임”을 지게 된다. 이는 매수인 뿐만 아니라 유치목적물에 대하여 저당권 등을 가지고 있는 자에게도 불이익한 결과를 가져온다. 이러한 문제점을 고려하여 판례는 압류의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자는 매수인에게 대항할 수 없도록 하여 양자 사이의 이해관계를 조정하고 있다. 더 나아가 판례는 매수인이 인적책임을 부담하는 것으로 보는 경우에 발생하는 불합리한 결과를 막기 위하여 매수인은 유치권자에게 물적

투고일 : 2019. 1. 27. / 심사완료일 : 2019. 1. 31. / 게재확정일 : 2019. 2. 12.

* 건국대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

Associate Professor, School of Law, Konkuk University

책임을 부담할 뿐이라고 본다. 이에 매수인은 유치권자에게 채무자가 아닌 (이해관계 있는) 제3자의 지위에 놓이게 되었다. 한편 제3자인 매수인이 유치권자에게 가지는 채권을 자동채권으로 하여 유치권자의 피담보채권을 상계할 수 있을 것인지에 대해 판례는 채권간의 상호대립성이라는 상계의 요건을 엄격히 해석하여 매수인에 의한 상계를 부정한다. 본고는 이러한 판례의 입장에 찬동하는 입장이며 그 근거를 간단하게 정리하면 다음과 같다.

먼저 매수인의 법적책임을 인적책임으로 이해하면 매수인이 유치권자에게 채무를 부담하므로 유치권자는 집행권원을 얻어 유치목적물 이외의 매수인의 다른 재산에 대해서도 강제집행을 할 수 있게 되는데, 이는 유치권자에게 우선변제권을 인정한 것보다 유치권자에게 유리하게 된다는 점에서 입법취지에 부합하지 않다.

다음으로 제3자인 매수인의 상계를 인정하게 되면, 아무런 법적근거 없이 유치권자(채권자)의 이익(기대) 및 유치권자의 채권자들의 이익을 침해할 수 있다는 점에서 타당하지 않다.

[주제어] 유치권, 인수주의, 소제주의, 우선변제권, 제3자에 의한 상계, 부당이익

I. 들어가는 말

시간에 있어 앞서면 권리에 있어서 강하다(prior tempore potior iure)¹⁾는 법언(maxim)은 물권상호간의 순위의 원칙에도 적용된다. 그러나 이에 대한 예외가 민사유치권(이하 ‘유치권’)이다. 예컨대 민법 제320조 제1항의 유치권은 타인의 물건을 점유한 자가 그 물건에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우에 법률상 당연히 성립하는 담보물권으로서 어떤 부동산에 이미 저당권과 같은 담보권이 설정되어 있는 상태에서도 그 부동산에 관하여 유치권이 성립될 수 있다. 한편 민사집행법은 경매절차

1) Ant. (Car.) C. 8.17.3; Hendrik Verhagen, “The (lack of) protection of bona fide pledgees in classical Roman law”, *Fundamina (Pretoria)* vol.20, n.2, Pretoria, 2014, p.982, Fn. 1에서 재인용.

에서 저당권 설정 후에 성립한 용익물권은 매각으로 소멸된다고 규정하면서(민사집행법 제91조 제3항), 유치권에 관하여는 그와 달리 저당권 설정과의 선후를 구별하지 아니하고 경매절차의 매수인이 유치권의 부담을 인수하는 것으로 규정하고 있다(민사집행법 제91조 제5항). 따라서 저당권 설정 후에 유치권을 취득한 자는 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있다. 우리 판례는 이러한 이유를 공평의 원칙에서 찾는다.²⁾ 즉 판례는 “점유하는 물건에 관하여 생긴 채권이라는 유치권의 피담보채권이 가지는 특수한 성격을 고려하여 공평의 원칙상 그 피담보채권의 우선적 만족을 확보해 주기 위해서 저당권 이후에 성립한 유치권의 소멸을 인정하지 않는다”고 본다. 그런데 민사집행법 제91조 제5항의 “변제할 책임이 있다.”라는 의미가 구체적으로 무엇인지에 대해서는 학설과 판례의 견해가 나뉘고 있으며, 이에 ‘변제할 책임이 있다’는 의미를 어떻게 보는지에 따라 구체적으로 어떠한 실익이 발생하는지에 대한 검토가 필요하다. 본고에서는 먼저 경매절차에서 유치목적물을 매수한 자의 법적지위(II)를 살펴보고, 그 법적지위의 연장선에서 유치목적물의 매수인이 유치권자에게 가지는 채권에 기하여 상계를 주장하여 유치권을 소멸시킬 수 있는지를 확인한 후(III), 글을 마치고자 한다(IV).

II. 경매절차에서 유치목적물을 매수한 자의 법적지위

유치권자는 유치목적물을 점유하면서, 자신의 채권을 만족받을 때까지 그 목적물의 인도를 거절할 권리를 가진다. 그런데 민사집행법 제91조 제5항은 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다”고 규정하고 있다. 따라서 유치권의 행사에 따른 민법상 인도거절의 권능뿐만 아니라 유치권자가 직접 매수인에게 채권

2) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결.

의 변제를 청구할 수 있는 권리를 취득하는지가 문제된다. 일본 민사집행법 제59조 제4항 또한 “변제할 책임이 있다”고 규정되어 있어 우리와 마찬가지로 이 조항이 가지는 의미에 대해서 해석상 다름이 있다.

1. 학설

1.1 물적책임설

이 견해는 유치목적물의 매수인이 그 담보권의 부담을 승계한다고 본다. 그 근거로서 이 견해는 매수인이 채무자가 아님에도 불구하고 절차법에 기하여 직접 채무를 부담하게 하는 것은 이상하다는 점,³⁾ 채무를 매수인이 인수하는 것으로 보면 원래의 채무자가 정당한 이유 없이 자신의 채무로부터 면제된다는 이상한 결과를 발생시킨다는 점,⁴⁾ 민사집행법 제91조 제5항이 인적책임을 매수인이 지는 것으로 할 의도였다면 “변제할 책임이 있다”가 아닌 “변제할 의무가 있다”라고 규정하였을 것이라는 점 등을 든다.⁵⁾ 또한 이 견해는 유치권자는 인도 거절권능에 의해서 충분히 보호되는데 반하여 매수인에게 인적채무의 부담을 인정하면, 유치권자가 유치물 이외에 매수인의 별개 재산에 대해서 강제집행 등을 할 수 있어, 이는 매수인에게 지나치게 불리하다고 본다.⁶⁾ 같은 맥락에서 이 견해는 유치목적물이 경매절차가 아닌 일반매매에 의해 매도된 경우에는 다른 특별한 약정이 없는 한 매수인이 그 인적채무를 인수하지 아니한다고 보면서도 경매의 경우에만 매수인(경락인 또는

3) 이영준, 물권법(신정판), 박영사, 2001, 710쪽.

4) 이영준, 위의 책, 710쪽.

5) 곽윤직 편집대표(호문혁 집필부분), 민법주해 VI, 박영사, 1992, 299쪽; 遠藤功, 競賣不動産上の權利と負担の取扱い, 信州大學法學論集 第18号, 信州大學, 2012, 19頁 이하.

6) 田中整爾, 注釋民法(8), 有斐閣, 1979, 38頁; 서기석, “유치권자의 경락인에 대한 피담보채권의 변제청구권의 유무”, 대법원판례해설 제26호, 법원행정처, 1992, 93쪽.

낙찰자)이 그 인적 채무까지 인수한다고 보는 것이 타당하지 않다고 본다. 즉 유치권자가 매수인에게 직접 채무의 이행을 청구할 수 있다면 경매절차의 이해관계인 중 유치권자의 이익만을 지나치게 보호하고 매수인의 보호에 소홀하게 됨으로써 공평에 어긋난다는 것이다.⁷⁾

1.2 인적책임설

이는 주로 일본에서 주장되는 견해로서, 매수인이 유치권자에 대하여 인적 채무를 인수한다고 본다. 이 견해는 유치권에 대하여도 소멸주의를 취하였다면 채무자는 경매에 의하여 부동산의 소유권을 상실하는 때에 당연히 채무를 면할 것인데도 불구하고, 정책적으로 실정법이 인수주의를 취한 결과 (목적물의 경매에 의하여 소유권을 상실함에도 불구하고) 채무자가 여전히 채무를 부담한다고 보는 것은 채무자에게 가혹하다는 점을 근거로 든다.⁸⁾ 또한 이 견해는 인적책임설을 취하더라도 경매목적물의 최저경매가격을 산정함에 있어 유치권의 피담보채권액을 공제하면 매수인 또한 불이익하지 않다고 본다.⁹⁾

이 견해를 취하는 경우에도 원래 채무자가 채무에서 벗어나는지에 대해서는 입장이 나뉜다. 일부 견해¹⁰⁾는 매수인이 채무자와 병존적으로 피담보채무를 인수한 것으로 보아 양자가 유치권자에게 연대채무를 지는 것으로 본다. 반면에 일부견해는 매수인과 채무자가 면책적 채무인수를 한 것으로 본다.¹¹⁾ 후자에 의하면, 유치권자가 채무인수를 승낙하면

7) 서기석, 위의 논문, 96쪽 이하.

8) 竹下守夫, 不動産競賣における物上負擔の取扱い, 不動産執行法の研究, 有斐閣, 1977, 142頁. 국내에서 이 견해는 취하는 문헌으로는 김원수, “압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부-대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결-”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 704쪽 참조.

9) 竹下守夫, 위의 논문, 142頁.

10) 中野貞一郎, 現代法律學全集 23: 民事執行法[增補新訂6版], 青林書院, 2011, 415頁.

그 경우에 비로소 매수인만이 유치권자에게 채무를 부담하게 되며 유치권자가 승낙을 거절하면 채무자만이 유치권자에게 채무를 부담하게 된다.¹²⁾

2. 판례

판례는 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결 등에서 “민사소송법 제728조에 의하여 담보권의 실행을 위한 경매절차에 준용되는 같은 법 제608조 제3항(필자 주: 현행민사집행법 제91조 제5항에 해당)은 경락인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘변제할 책임이 있다’는 의미는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로서 인적 채무까지 인수한다는 취지는 아니므로, 유치권자는 경락인에 대하여 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다(밑줄은 필자가 첨가).”고 본다. 즉 판례에 의하면 유치목적물의 매수인은 유치권자에게 물적책임을 지게 된다.¹³⁾

3. 구별의 실익

물적책임설과 인적책임설 중 어느 견해를 취하든 유치권자는 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 목적부동산을 유치할 수 있다. 이에 매수인이 목적물의 인도를 받으려면 스스로 그 피담보채무를 변제하여야 한다. 그러나 양 학설은 다음과 같은 점에서 차이가 있다.

11) 竹下守夫, 앞의 논문, 142頁 이하.

12) 다만 매수인과 채무자 사이에는 이행인수가 이루어진 것으로 볼 수 있다.

13) 일본 판례 또한 물적책임설을 취한다. 最判 昭和 41(1966)年 12月 20日, 民集 20卷 10号 2139頁.

3.1 매수인에 대한 이행청구인정 여부

인적책임설에 의하면 매수인은 채무자에 지위에 놓이므로 유치권자는 매수인에게 자신의 피담보채권의 변제를 청구할 수 있으나, 물적책임설에 의하면 매수인은 채무자가 아니므로 불가능하다.

3.2 유치권자에 대한 구상권 취득여부

매수인이 변제하여 유치권자의 피담보채권을 소멸시킨 경우, 물적책임설에 의하면 타인의 채무를 변제한 것이므로 매수인은 채무자에 대하여 구상권을 취득하나 인적책임설에 의해 매수인이 채무를 면책적으로 인수하였다고 보는 한 매수인은 자신의 채무를 변제한 것이므로 구상권을 취득할 수 없다.¹⁴⁾

3.3 최저경매가격 산정방법

인적책임설에 따르면 매수인이 부담하여야 할 유치권자의 피담보채권액을 평가액으로부터 공제한 잔액을 최저경매가격으로 정해야 할 것
이나 물적책임설은 피담보채권액의 전부 또는 일부를 채무자의 자력, 지급의사 등을 참작하여 평가액으로부터 공제한 잔액을 최저경매가격으로 정하여야 할 것이다.¹⁵⁾

14) 물론 인적책임설 중에 매수인과 채무자가 연대채무를 진다고 보는 견해에 의하면 부담비율에 의해 매수인이 채무자에게 구상권을 취득할 수는 있을 것이다.

15) 다만 최저경매가격을 결정함에 있어서 채무자의 자력 등을 참작하는 것은 사실상 곤란하므로 실무에 있어서는 물적책임설의 입장에 따르더라도 피담보채권액을 전액 공제하여 그 최저경매가격을 정할 수밖에 없을 것이다. 서종희, “부동산 유치권의 대항력제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립제한으로의 재전환”, 성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012, 159쪽.

3.4 소멸시효 중단여부

매수인이 유치권자를 상대로 채무부존재확인의 소를 제기한 경우에 유치권자가 적극적으로 응소한 경우 유치권자의 채권의 소멸시효가 중단되는지가 문제된다. 민법 제168조 제1호, 제170조 제1항에서 시효중단 사유의 하나로 규정하고 있는 재판상의 청구라 함은, 권리자가 시효를 주장하는 자를 상대로 소로써 권리를 주장하는 경우뿐 아니라, 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 포함된다.¹⁶⁾ 그러나 우리 판례는 시효를 주장하는 자의 소제기에 대한 응소행위가 민법상 시효중단사유로서의 재판상 청구에 준하는 행위로 인정되려면 의무 있는 자가 제기한 소송에서 권리자가 의무 있는 자를 상대로 응소하여야 할 것이므로, 담보가등기가 설정된 후에 그 목적 부동산의 소유권을 취득한 제3취득자나 물상보증인 등 시효를 원용할 수 있는 지위에 있으나 직접 의무를 부담하지 아니하는 자가 제기한 소송에서의 응소행위는 권리자의 의무자에 대한 재판상 청구에 준하는 행위에 해당한다고 보지 않는다.¹⁷⁾ 따라서 물적책임설에 의하면 매수인은 직접 의무를 부담하지 않는 자에 해당하므로 이에 대한 응소는 소멸시효의 중단사유가 되지 않는 반면에, 인적책임설에 의하면 소멸시효의 중단사유가 된다.

4. 소결

판례는 저당권이 설정된 후에 유치권을 취득한 자는 그 유치목적물의 경매절차에서의 매수인에게 유치권으로 대항할 수 있다고 본다. 그러나

16) 대법원 1993. 12. 21. 선고 92다47861 전원합의체 판결 참조.

17) 대법원 2004. 1. 16. 선고 2003다30890 판결 참조.

이는 지나치게 매수인 및 다른 물권자에 비하여 유치권자를 강하게 보호한다는 비판을 면하기 힘들다. 이러한 점을 감안하여 판례는 일정한 요건 하에 유치권의 대항력을 제한하고 있으며, 경매절차에서의 유치목적물의 매수인의 법적 지위를 매수인에게 유리하게 해석하는 것으로 판단된다.

4.1 유치권의 대항력 제한의 의미

판례는 부동산에 관하여 경매개시결정등기가 된 뒤에 비로소 부동산의 점유를 이전받거나 피담보채권이 발생하여 유치권을 취득한 경우에는 경매절차의 매수인에 대하여 유치권을 행사할 수 없다고 본다.¹⁸⁾ 이러한 경우에도 아무런 제한 없이 유치권자에게 경매절차의 매수인에 대한 유치권의 행사를 허용하면 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받게 됨으로써 경매 목적 부동산을 신속하고 적정하게 환가하기가 매우 어렵게 되고 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 줄 수도 있기 때문이다. 생각건대 압류의 효력이 발생한 후의 유치권자에게도 유치권의 행사를 인정하게 되면, 압류채권자를 비롯한 다른 이해관계인들의 희생 하에 유치권자만을 우선 보호하는 것이므로 결국 집행절차의 법적 안정성을 침해하는 것이므로 판례의 입장이 타당하다고 본다.¹⁹⁾ 그런데 판례의 이러한 태도는 매우 제한적이다. 즉 판례는 집행절차의 법적 안정성을 보장할 목적으로 매각절차인 경매절차가 개시된 뒤에 유치권을 취득한 경우에는 그 유치권을 경매절차의 매수인

18) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결; 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결 등 참조.

19) 학설 또한 다수의 입장은 이러한 판례의 입장에 긍정적이다. 김원수, 앞의 논문, 684쪽; 강민성, “민사집행과 유치권”, 사법논집 제36집, 대법원 법원도서관, 2003, 76쪽; 김기찬·이춘섭, “부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구”, 부동산학연구 제13집 제2호, 한국부동산분석학회, 2007, 85쪽.

에게 행사할 수 없다고 보는 것이므로, “부동산에 가압류등기가 된 뒤에 유치권을 취득하였다더라도 경매개시결정등기가 되기 전에 유치권을 취득하였다면 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있다”고 본다.²⁰⁾

4.2 매수인의 법적지위를 물적책임을 지는 자로 보는 의미

4.2.1 민사집행법 제91조 제5항의 연혁적 고찰

민사집행법 제91조 제5항에서 유치권을 매수인이 인수하도록 한 이유는 명확하지 않다. 다만 동 규정은 일본 민사집행법 제59조 제4항(일본 舊 민사소송법 제649조 제3항에 해당)을 계수한 것으로 볼 수 있으므로 일본의 입법 이유서 등을 통해 확인해 볼 수 있을 것이다. 일본 舊 민사소송법 제649조 제3항의 창설을 위한 민법시행법 51조의 규정에 관한 민법시행법정리회의에서, 우메 겐지로(梅謙次郎)가 인수주의를 채용한 것은 유치적 효력의 결과라는 취지를 논하였으나, 코마츠 미호마츠(小松三保松) 위원은 인수주의가 채용되는 것은 우선변제청구권이 없음이 그 전제일 것이라는 취지로 우메(梅)의 견해를 반박하였다.²¹⁾ 일반적으로 일본 내에서도 민법에서 유치권에 법률상 우선변제권을 인정하지 않아, 유치권자가 배당에 참가할 수 없기 때문에 민사집행법 제59조 제4항에 의해 유치권의 부담을 경매목적물의 매수인이 지도록 한 것으로 이해한다.²²⁾

일본 舊민법(이른바 Boissonade 민법)에 있어서 민사유치권은 우선변

20) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결; 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결 참조. 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42집, 대법원 법원도서관, 2006, 403쪽에서는 가압류 이후에 점유가 이전되어 유치권을 취득한 자 또한 대항력을 제한해야 한다고 본다.

21) 法務大臣官房司法法制調査部監修, 「法典調査會 民法施行法整理會議事速記録」, 日本近代立法資料叢書14, 社団法人商事法務研究會刊, 1988, 51頁.

22) 鈴木忠一 = 三ヶ月章編 [竹下守夫 執筆], 『注解民事執行法(2)』, 第一法規, 1984, 253頁.

제청구권이 부정되고 단순히 유치를 계속할 수 있는 권리로서 인정되었다(舊민법 제94조 제1항).²³⁾ 이에 대해 1896년의 현행 일본민법의 제정 과정에 있어서 법전조사회에 제출된 원안 제303조에는 “유치권자는 유치권의 행사를 채무자에 통지하여 변제의 최고를 한 후 상당한 기간 내에 변제 또는 담보를 받지 못한 때는 질권에 관한 규정에 따라 유치권의 경매를 청구하여 그 대금으로써 변제에 충당할 수 있다.”고 보았다. 호즈미 노부시게(穂積陳重)는 이 규정이 유치권자가 변제를 받지 못하고 단지 목적물을 유치하는 상태가 계속되는 것은 공익상 바람직하지 않다는 점을 고려하여 매각의 기회를 부여해야 한다는 사고에 의거하여 마련된 것으로 본다.²⁴⁾ 이를 이유로 일부 견해는 이 원안이 유치권자에게 우선변제청구권을 인정한 것으로 이해하기도 하나,²⁵⁾ 이 원안은 후에 삭제되었다.²⁶⁾

4.2.2 검토

일본은 1979년의 민사집행법 제정을 위한 강제집행법안 요망안 제1차 시안(1971년)에서 부동산유치권에 대해서 인수주의가 아닌 소제주의(소멸주의)가 채용하고 유치권자가 배당에 있어 다른 담보권자보다 최우선순위로 배당받을 수 있도록 하는 의견이 주장되었으나, 이는 채택되지 않았다.²⁷⁾ 이러한 일본의 입법경위에서 알 수 있듯이, 유치권자에게

23) 鈴木正裕, 「留置權小史」, 河合伸一判事退官・古稀記念『會社法・金融取引法の理論と實務』, 商事法務, 2002, 193頁.

24) 石田剛=龜岡倫史=浦野由紀子, 「<資料>留置權法(二・完)」, 民商 118卷 3号, 有斐閣, 1998, 441頁 이하.

25) 松岡久和, 「留置權に關する立法論-不動産留置權と抵当權の關係を中心に」, 福永有利編『倒産實体法』, 別冊NBL NO.69, 商事法務, 2002, 106頁.

26) 이소베 시로(磯部四郎)나 하세가와 다카시(長谷川喬)가 삭제의견을 제시하였으나 부결되었다. 그러나 그 이후에 기초위원 3인의 의견이 우선변제청구권까지 인정할 필요는 없다는 것으로 바뀌어 제3회민법정리회(1894년 12월 25일)에서 동 규정은 삭제되었다. 法務大臣官房司法法制調査部監修, 앞의 책, 79頁; 石田剛=龜岡倫史=浦野由紀子, 앞의 논문, 440頁.

우선변제청구권을 인정할 것인지는 민사집행법상 인수주의와 밀접한 연관성을 가진다고 할 수 있다. 요컨대 유치권자가 우선변제권을 가졌다면, 그 자는 유치목적물로부터 우선 변제를 받을 수 있을 것이나 우선변제권이 인정되지 않았기 때문에 매수인에게 이를 인수하도록 한 것이다. 따라서 매수인이 유치권을 인수한 경우, 매수인의 유치권자에 대한 책임은 유치권자에게 우선변제권이 인정되는 것보다 더 가중되어서는 안 된다. 매수인이 채무자의 채무를 인수한 것으로 보게 되면, 유치권자에게 우선변제권이 인정되는 것보다 더 유리한 결과를 가져온다는 점에서 이는 타당하지 않기 때문이다. 예컨대 인적책임설에 의하면 매수인이 유치권자에게 채무를 부담하므로, 유치권자는 집행권원을 얻어 매수인이 매수한 목적물 이외의 다른 재산에 대해서도 강제집행을 할 수 있게 되는데, 이는 유치권자에게 우선변제권을 인정하는 것보다 유치권자에게 유리하다.²⁸⁾ 따라서 매수인이 물적책임을 부담하는 것으로 이해하는 것이 매수인과 유치권자의 이익을 적절하게 중용한 것으로 볼 수 있다.

Ⅲ. 매수인의 상계권 인정여부

매수인이 유치권자에 대한 채권(특히 부당이득반환채권)을 취득한 경우, 매수인이 유치권자에게 가지는 채권을 자동채권으로 유치권자의 피담보채권과 상계하여 유치권을 소멸시킬 수 있는지가 문제된다. 이하에서는 먼저 어떠한 경우에 매수인이 유치권자에 대하여 부당이득채권

27) 鈴木正裕, 앞의 논문, 220-221頁.

28) 물론 일반적으로는 피담보채권액이 유치목적물의 가액보다 적기 때문에 문제되지 않을 것이나, 물가 변동 등에 의하여 피담보채권액이 많아지는 경우도 있으므로(over loan), 이 경우에는 지나치게 매수인에게 불리하다.

을 취득하는 지를 살펴본 후, 매수인의 상계권 행사가 인정되는지를 검토하고자 한다.

1. 유치권자의 매수인에 대한 부당이득반환의무

1.1 국내학설 및 판례

유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 하고, 소유자의 승낙 없이 유치물을 보존에 필요한 범위를 넘어 사용하거나 대여 또는 담보제공을 할 수 없으며, 소유자는 유치권자가 위 의무를 위반한 때에는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제324조 제2항 및 제3항). 다만 보존에 필요한 사용은 소유자의 승낙을 얻을 필요가 없다. 따라서 보전을 위한 사용을 한 경우에 소유권자는 유치권자에게 불법행위를 주장할 수 없으며,²⁹⁾ 유치권의 소멸을 주장할 수도 없다(민법 제324조 제2항 단서). 그러나 보전을 사용하였더라도 그 사용으로 유치권자는 이득을 얻었다고 할 수 있으므로 부당이득의 반환의무를 진다.³⁰⁾ 판례 또한 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다40684 판결에서 “공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 자가 스스로 유치물인 주택에 거주하며 사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유치물인 주택의 보존에 도움이 되는 행위로서 유치물의 보존에 필요한 사용에 해당한다고 할 것이다. 그리고 유치권자가 유치물의 보존에 필요한 사용을 한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 차임에 상당한 이득을 소유자에게 반환할 의무가 있다(밑줄은 필자가 첨가).”고 본다.

29) 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2414 판결.

30) 박동진, 물권법강의, 법문사, 2018, 389쪽; 홍성재, 물권법, 동방문화사, 2014, 431쪽. 반면에 송덕수, 물권법, 박영사, 2013, 424쪽에서는 보존을 위한 사용은 원칙적으로 유치권자에게 이득이 되지 않는다고 보며, 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 부당이득이 성립한다고 본다.

1.2 일본의 학설 및 판례

일본의 통설은 유치권자의 부당이득반환의무를 인정한다.³¹⁾ 요컨대 사용권의 허락이 이득의 법률상 원인이 되지 않으므로 부당이득으로 반환해야 한다는 것이다.³²⁾ 한편 이 견해 중 일부는 유치권자의 보존을 위한 사용관계를 인지사용권, 상린자의 공작물사용권에서 나타나는 사용관계(일본민법 제209조 제2항, 제212조, 제221조 제2항, 제222조 등)와 동일한 법적 성질을 가지는 것으로 보아 유치권자의 부당이득반환의무를 인정하기도 한다.³³⁾

일본의 판례 또한 대심원 판결부터 “유치권자가 유치하는 가옥의 보존을 위한 방법으로 이를 거주·사용하는 것은 불법점유가 아니므로 손해배상의 의무가 발생하지 않는 것은 물론이나, 그 거주·사용으로 인해 필연적으로 향유하는 이익은 이를 소유자에 상환해야 할 의무가 있다(밀줄은 필자가 첨가)”고 보아, 유치권자는 부당이득으로 이를 반환할 의무가 있다고 본다.³⁴⁾ 또한 일본의 판례는 “가옥의 임차인이 임차 중 지출한 유익비가 있는 경우, 그 권리의 행사로서 임차권이 소멸한 후에도 계속하여 위 비용이 상환될 때까지 당해 가옥을 사용할 수 있게 함은, 단순히 그 사용이 위 가옥의 보존에 필요·적절하기 때문에 임차인인 유치권자에게 적극적으로 이익을 부여하자는 취지가 아니다. 따라서 당해 가옥의 사용에 의해 유치권이 향유하는 실질적 이익은

31) 白羽祐三, 「留置權・同時履行の抗弁權と不當利得」, 不當利得・事務管理の研究: 谷口知平教授還暦記念 (1), 有斐閣, 1970, 111頁; 中島一郎, 建物(造作)買取請求後の土地・建物の占有利用, 不當利得・事務管理の研究: 谷口知平教授還暦記念 (1), 有斐閣, 1970, 120頁. 일부 견해는 보존행위를 위한 사용은 법률상 원인이 인정되므로 부당이득이 될 수 없다고 본다. 柚木馨, 谷口知平, 加藤一郎 編(明石三郎 執筆), 「留置權の効力」, 判例演習: 民法 [第2] (物權法), 有斐閣, 1963, 178頁.

32) 白羽祐三, 위의 논문, 111頁; 中島一郎, 위의 논문, 121頁.

33) 白羽祐三, 위의 논문, 111頁.

34) 大判 昭和17(1942)年 10月 27日, 法學 12卷 421頁(白羽祐三, 前掲論文, 111頁에서 재인용).

당해 가옥소유자에게 손실을 가하는 한 부당이득으로서 그 가옥소유자에게 반환해야 한다고 해석하는 것이 상당하다(밑줄은 필자가 첨가)”고 본다.

1.3 검토

유치권자의 점유는 적법하므로 불법행위가 성립하지 않는다. 그러나 점유의 적법성이 인정되었다고 하여 그 점유를 통해 취득한 사용이익을 향유할 수 있는 법률상 원인까지 인정되는 것은 아니다. 명시적으로 민법의 규정에 유치권자에게 과실수취권 등의 권리가 인정되지 않는 한 유치권자에게 적극적으로 이익을 취득한 권한을 부여할 수 없을 것이다.

2. 매수인에 의한 상계를 인정할 것인지 여부

상계는 당사자 쌍방이 서로 채무를 부담하는 경우에 가능하다(민법 제492조 제1항 본문). 즉 당사자의 채권이 상호 대립성을 가지는 경우에 상계가 허용된다. 따라서 채무자(또는 소유자)는 유치권자에게 가지는 부당이득반환채권 등을 자동채권으로 하여 유치권자의 피담보채권(예를 들어 비용상환청구권)과 상계할 수 있다. 문제는 채무자가 아닌 유치목적물을 경매절차에서 매수한 자가 유치권자에게 가지는 채권으로 상계를 주장한 경우, 이를 인정할 것인지 이다.

2.1 국내 학설 및 판례

학설 중 다수의 견해는 제3자의 변제는 인정할 수 있지만 제3자에 의한 상계는 인정할 수 없다고 본다.³⁵⁾ 특히 이 견해는 제3자의 상계를

인정하면 집행권원 없이 전부명령의 효과를 달성한다는 점에서 강제집행법을 잠탈할 수 있다는 점 등을 근거로 든다.³⁶⁾ 반면에 일부 견해는 물상보증인, 저당목적물의 제3취득자와 같이 채권자에 대하여 물적 책임을 지는 자의 상계를 인정한다.³⁷⁾ 즉 이 견해는 민법 제492조 제1항에서 상호대립성을 요구한 것은 대표적인 경우를 예시적으로 든 것에 불과하여 그 요건을 엄격하게 해석할 필요가 없으므로 물상보증인 등의 상계가 인정될 수 있다고 본다.

판례는 유치목적물의 매수인에 의한 상계인정여부가 직접적으로 문제된 사안에서 “상계는 당사자 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 서로 같은 종류의 급부를 현실로 이행하는 대신 어느 일방 당사자의 의사표시로 그 대등액에 관하여 채권과 채무를 동시에 소멸시키는 것이고, 이러한 상계제도의 취지는 서로 대립하는 두 당사자 사이의 채권·채무를 간이한 방법으로 원활하고 공평하게 처리하려는 데 있으므로, 수동채권으로 될 수 있는 채권은 상대방이 상계자에 대하여 가지는 채권이어야 하고, 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권과는 상계할 수 없다고 보아야 한다(밑줄은 필자가 첨가).”고 보아 매수인에 의한 상계를 부정하였다.³⁸⁾ 판례는 “만약 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있다고 한다면,

35) 박윤직, 채권총론(제6판), 박영사, 2003, 286쪽; 김대정, 채권총론(개정판), fides, 2007, 329쪽; 김형석, “제3자의 변제·구상·부당이득”, 법학 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2005, 345쪽 등.

36) 특히 김형석, 위의 논문, 345쪽. 박종미, “제3자의 상계권 행사”, 재산법연구 제33권 제2호, 한국재산법학회, 2016, 1쪽 이하에서는 제3자의 상계권 행사여부를 다루고 있지만 유치목적물의 매수인에 의한 상계에 대해서는 아무런 언급이 없으나, 21쪽 이하에서 법률의 규정이 없는 한 제3자에 의한 상계를 인정할 수 없다는 입장을 취하고 있어, 유치목적물 매수인에 의한 상계 또한 인정하지 않는 입장으로 판단된다.

37) 박윤직 편집대표(윤용섭 집필), 민법주해 IX, 박영사, 1995, 369쪽; 박준서 편집대표(조용구 집필), 주식민법(제3판) 채권총칙(3), 한국사법행정학회, 2000, 430쪽; 김형배, 채권총칙(제2판), 박영사, 1998, 763쪽 등.

38) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다101394 판결.

이는 상계의 당사자가 아닌 상대방과 제3자 사이의 채권채무관계에서 상대방이 제3자에게서 채무의 본지에 따른 현실급부를 받을 이익을 침해하게 될 뿐 아니라, 상대방의 채권자들 사이에서 상계자만 독점적인 만족을 얻게 되는 불합리한 결과를 초래하기 때문이다”고 보아 이러한 결론에 도달하였다.³⁹⁾

2.2 일본

일본의 통설적 견해는 원칙상 제3자의 상계를 인정하지 않으면서도 물상보증인 및 저당목적물의 제3취득자 등 책임을 부담하는 자의 상계를 인정할 수 있다고 본다.⁴⁰⁾

한편 일부견해는 제3자의 상계는 제3자의 변제와 같이 볼 수 있으므로 폭 넓게 인정할 수 있다고 본다.⁴¹⁾ 다만 그러한 경우에도 채권자가 파산절차 중에 있는 경우에는 상계자가 다른 채권자에 비하여 우선변제를 받는 결과를 가져오므로 부당하므로 이러한 경우에 한하여 제3자의 상계를 부정하자는 견해가 있다.⁴²⁾

일본의 판례는 제3자에 의한 상계를 인정하지 않는다.⁴³⁾ 예컨대 저당 부동산을 매수한 자가 저당권자에게 가지는 채권으로 저당권자의 피담보채권과 상계할 수 없다고 보았다. 참고로 일본의 대심원 판결은 유치권자가 가옥을 사용하여 취득한 채무자의 부당이득반환청구권과 위 유

39) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다101394 판결: 이는 상계의 담보적 기능과 관련하여 법적으로 보호받을 수 있는 당사자의 합리적 기대가 이러한 경우에게까지 미친다고 보지 않았다.

40) 白羽祐三, 앞의 논문, 113頁; 加藤雅信, 新民法大系 <3> 『債權總論』, 有斐閣, 2005, 413頁; 潮見佳男, 『債權總論Ⅱ(第3版)』, 信山社出版, 2005, 355頁; 平井宜雄, 『債權總論(第2版)』, 弘文堂, 1994, 222頁.

41) 中田裕康, 『債權總論』, 岩波書店, 2008, 372頁.

42) 奥田昌道, 『債權總論(增補版)』, 悠々社, 1992, 494頁.

43) 大判 昭和8(1933)年 12月 5日, 民集 12卷 2818頁.

치권자의 피담보채권(유익비상환청구권)의 상계를 인정⁴⁴⁾한 것과 마찬가지로 유치권자가 전 소유자에 대한 유익비상환청구권에 의거하여 경락물건에 대해 유치권을 행사하여 가옥을 사용하는 경우에 있어서 채무자가 아닌 경락인이 취득한 부당이득반환청구권으로써 유익비상환청구권과 상계할 수 있다고 본다.⁴⁵⁾ 그러나 이 판결은 일본 舊 민사소송법 제649조 제3항에 기하여 유치권을 인수한 경락인이 피담보채권을 직접 변제할 의무가 있다고 보아 상계를 인정한 것이므로 제3자의 상계를 인정한 판결로 볼 수 없다.

2.3 독일, 오스트리아, 스위스

2.3.1 독일

독일 민법 제268조⁴⁶⁾는 변제권이 있는 제3자의 변제 및 제3자의 상계를 명문으로 인정하고 있다(동조 제2항). 제3자가 상계를 하면 제3자의 채무자에 대한 자동채권은 소멸하며, 채권자의 채무자에 대한 채권(수동채권)은 변제권자인 제3자에게 이전된다(독일민법 제268조 제3항).⁴⁷⁾ 이러한 이유에서 제3자는 수동채권의 소멸보다도 수동채권의 법정대위(법정양도)를 목적으로 상계를 하는 경향이 있다.⁴⁸⁾

44) 大判 昭和15(1940)年 1月 18日, 新聞 4528号 9頁.

45) 大判 昭和13(1938)年 4月 19日, 民集 17卷 758頁.

46) 독일민법 제268조(제3자의 변제권) ① 채권자가 채무자에 속하는 목적물에 대하여 강제집행을 실시하는 경우에 강제집행을 위하여 목적물에 대한 권리를 상실할 위험이 있는 사람은 채권자를 만족시킬 권리가 있다. 강제집행을 위하여 점유를 상실할 위험이 있는 사람도 같은 권리를 가진다. ② 만족은 공탁이나 상계로써도 가능하다. ③ 채권은 제3자가 채권자를 만족시키는 한도에서 제3자에게 이전한다. 이 이전은 채권자에게 불이익하게 주장될 수 없다.

47) 이는 전부명령과 같은 법정양도에 해당한다. Krüger, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB § 268, 6. Aufl., C.H. Beck, 2012.

48) Staudinger/Gursky, BGB § 268, Sellier-de Gruyter, 2011; Walther Laue, *Die Erfüllung durch Dritte nach §§ 267 und 268 BGB*, Leiner, 1909, S. 42 ff.

2.3.2 오스트리아, 스위스

독일과 같은 명문규정이 없는 오스트리아와 스위스는 제3자의 상계 인정여부가 해석에 맡겨져 있다.

먼저 오스트리아의 경우 학설은 견해가 나뉜다.⁴⁹⁾ 다수의 학설은 상계 또한 제3자의 변제가 인정되는 것과 같이 인정될 수 있다고 본다. 반면에 상계의 요건인 채권간의 상호대립성을 갖추지 않았다는 이유로 채권자의 동의가 없는 한 제3자의 상계를 인정할 수 없다고 보는 견해와 채무자가 동의하였다면 제3자에 의한 상계를 인정할 수 있다는 견해도 있다. 또한 제3자와 채권자와의 사이에서 제3자를 보호할 만한 가치가 인정되는 경우에 한하여 제3자의 상계를 인정할 수 있다는 견해도 있다.⁵⁰⁾

한편 스위스의 다수의 학설은 제3자의 상계를 원칙적으로 인정하지 않지만 제3자가 물상보증인 또는 저당목적물의 제3취득자인 경우에는 예외적으로 상계를 인정한다.⁵¹⁾ 이 견해는 스위스 민법 제827조 제1항에서 “부동산의 소유자가 담보채권의 채무자가 아닌 경우, 채무자가 채무를 소멸시킬 수 있는 것과 동일한 요건으로 담보권을 소멸시킬 수 있다.”고 규정하고 있으므로 해석상 물상보증인의 상계를 인정할 수 있다고 본다.⁵²⁾ 반면에 일부 견해는 스위스 민법 제827조에는 명시적으로

49) 학설에 대한 자세한 설명은 Karl Spielbüchler, *Der Dritte im Schuldverhältnis*, Springer, 1973, S. 94 ff.; Silvia Dullinger, *Handbuch der Aufrechnung*, Springer Vienna, 1995, S. 27 ff. 참조.

50) 요컨대 이 견해는 물상보증인과 같은 제3자는 채무자는 아니지만 상계를 통해서 채권자의 피담보채권을 소멸시킬 실익이 있다는 점에서 제3자의 상계를 인정할 수 있다고 본다.

51) Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stämpfli, 2009, para 77.07; Christiana Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis*, Oxford; Portland, Or.: Hart Pub., 2011, p.83; von Tuhr/Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Zweiter Band, 3. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974, S.193 f.

52) 즉 이 견해는 상계의 요건 중 채권의 상호대립성 요건을 물상보증인인 경우에는 완화

‘채무자와 같은 요건’으로 피담보채무를 소멸시킬 수 있다고 규정하고 있으므로 채권의 상호대립성을 갖추지 못하는 한 물상보증인의 상계 또한 인정될 수 없다고 본다.⁵³⁾

3. 소결

민사유치권 및 상계권은 로마법 시대의 악의(사기)의 항변권(exceptio doli)에서 출발한 권리이다.⁵⁴⁾ 이는 반대채무를 변제하지 않고 자신의 채권의 변제만을 구하는 것이 신의·형평에 반하기 때문에 인정된 권리로서 원칙상 채권간의 상호대립성이 없다면 상계를 인정해서는 안 된다. 매수인이 유치권자에게 제3자인 것은 자명하나 물적책임을 이해관계가 있는 제3자라는 점에서 다르게 접근할 가능성도 있다. 비교법적으로 고찰해 본 것처럼 명문규정으로 제3자의 상계를 인정하고 있지 않은 나라에서 (수동)채권자와의 이해관계를 따져서 제3자의 상계여부를 결정하는 것 또한 이러한 맥락에서 이해할 수 있을 것이다. 그러나 이는 입법으로 해결할 문제라고 판단되며,⁵⁵⁾ 다음과 같은 이유에서 매수인의 상계를 허용해서는 안 된다고 본다.

첫째, 유치권자가 가지는 채권은 담보권(유치권)에 기하여 변제의 가능성이 확보된 채권이라고 할 수 있다. 그런데 만약 매수인에 의한 상계를 인정하게 되면 담보권이 확보된 수동채권과 이해관계를 가지는 제3

하자는 입장이다.

53) Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zurich: Schulthess, 1964-1972, S. 479 f.; Aepli in Gauch, Peter(ed.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Vol I, Obligationenrecht*, 3rd ed., CISG, 1991, Art 120 N. 129 ff.

54) Tobias Mandler, *Die Aufrechnung im System der privaten Krankenversicherung*, VVW GmbH, 2016, S. 12 ff.

55) 일본은 채권법개정논의에서 제3자에 의한 상계의 명문화화 시도하였으나 중간시안 단계에서 제외되어 법개정에 이르지 못하였다. 이에 대한 자세한 검토는 박정기, “일본 민법상의 상계”, *재산법연구* 제33권 제2호, 한국재산법학회, 2016, 84쪽 이하 참조.

자(유치권자의 채권자 등)의 권리를 침해할 수 있으며, 특히 유치권자가 무자력인 경우에 더욱 더 그러하다.

둘째, 경매절차에서의 매수인이 유치권자에게 가지는 채권에 기하여 상계를 인정하면, 매수인은 유치권자의 채무자에 대하여 구상권을 취득함과 동시에 유치권자가 채무자에게 가지는 채권을 법정대위하게 된다(민법 제480조). 이 경우 매수인은 집행권원 없이 채무자(유치권자)의 채권을 양수하게 되는데, 이는 집행절차적인 측면에서만 보더라도 채무자의 다른 채권자에 비하여 지나치게 유리하다.

셋째, 유치권자 입장에서는 자신의 채권이 담보될 수 있다는 이유(기대)를 고려하여 계약체결에 있어서의 위험 등을 인수했을 가능성이 있는데, 자신의 일반채권자가 그 유치목적물을 매수하였다는 우연한 사정에 의해 그 기대가 침해될 수 있다.

마지막으로 제3자의 상계를 금지하는 것이 피상계자인 채권자의 이익을 보호하기 위한 규정이라고 할 수 있음에도 불구하고 이를 법률의 규정이 아닌 해석으로 인정하게 되면 민법 제495조에 의해 인정된 피상계자의 상계권 등이 침해될 수 있다. 예컨대 피상계자인 유치권자가 매수인에게 a라는 채권을 가지고 있고 매수인이 피상계자에게 b라는 채권을 가지고 있었는데 a채권의 소멸시효가 완성된 경우, 피상계자는 a채권의 소멸시효가 완성되기 전에 상계적상에 있었다면 민법 제495조에 기하여 매수인에게 상계권을 행사하여 b채권을 소멸시킬 수 있다. 그런데 그 전에 매수인이 b채권을 가지고 피상계자인 유치권자가 채무자에게 가지는 c채권(피담보채권)을 상계로 소멸시키고 c채권을 법정대위하는 것은 부당하다.

IV. 맺음말

경매절차에서의 유치목적물의 매수인은 민사집행법 제91조 제5항에 의하여 유치권을 인수하여 유치권자에게 “변제할 책임”을 지게 된다. 이는 매수인뿐만 아니라 유치목적물에 대하여 저당권 등을 가지고 있는 자에게도 불이익한 결과를 가져온다. 이러한 문제점을 고려하여 판례는 압류의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자는 매수인에게 대항할 수 없도록 하여 양자 사이의 이해관계를 조정하고 있다. 더 나아가 판례는 매수인이 인적책임을 부담하는 것으로 보는 경우에 발생하는 불합리한 결과를 막기 위하여 매수인은 유치권자에게 물적책임을 부담할 뿐이라고 본다. 이에 매수인은 유치권자에게 채무자가 아닌 (이해관계 있는) 제3자의 지위에 놓이게 되었다. 한편 제3자인 매수인이 유치권자에게 가지는 채권을 자동채권으로 하여 유치권자의 피담보채권을 상계할 수 있을 것인지에 대해 판례는 채권간의 상호대립성이라는 상계의 요건을 엄격히 해석하여 매수인에 의한 상계를 부정한다. 본고는 이러한 판례의 입장에 찬동하는 입장이며 그 근거를 간단하게 정리하면 다음과 같다.

먼저 매수인의 법적책임을 인적책임으로 이해하면 매수인이 유치권자에게 채무를 부담하므로 유치권자는 집행권원을 얻어 유치목적물 이외의 매수인의 다른 재산에 대해서도 강제집행을 할 수 있게 되는데, 이는 유치권자에게 우선변제권을 인정한 것보다 유치권자에게 유리하게 된다는 점에서 입법취지에 부합하지 않다.

다음으로 제3자인 매수인의 상계를 인정하게 되면, 아무런 법적근거 없이 유치권자(채권자)의 이익(기대) 및 유치권자의 채권자들의 이익을 침해할 수 있다는 점에서 타당하지 않다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직 편집대표(윤영선 집필), 민법주해 IX, 박영사, 1995.
- 곽윤직 편집대표(호문혁 집필부분), 민법주해 VI, 박영사, 1992.
- 곽윤직, 채권총론(제6판), 박영사, 2003.
- 김대정, 채권총론(개정판), fides, 2007.
- 김형배, 채권총칙(제2판), 박영사, 1998.
- 박동진, 물권법강의, 법문사, 2018.
- 박준서 편집대표(조용구 집필), 주석민법(제3판) 채권총칙(3), 한국사법
행정학회, 2000.
- 송덕수, 물권법, 박영사, 2013.
- 이영준, 물권법(신정판), 박영사, 2001.
- 홍성재, 물권법, 동방문화사, 2014.
- 加藤雅信, 新民法大系 <3> 『債權總論』, 有斐閣, 2005.
- 河本一郎, 仲田哲 編(鈴木正裕 執筆), 河合伸一判事退官・古稀記念『會
社法・金融取引法の理論と實務』, 商事法務, 2002.
- 鈴木忠一 = 三ヶ月章編, [竹下守夫 執筆], 『注解民事執行法(2)』, 第一法
規, 1984.
- 法務大臣官房司法法制調査部監修, 「法典調査會 民法施行法整理會議
事速記録」, 『日本近代立法資料叢書14』, 社団法人商事法務研究
會刊, 1988.
- 奥田昌道, 『債權總論(増補版)』, 悠々社, 1992.
- 柚木馨, 谷口知平, 加藤一郎 編, 「留置權の効力」, 『判例演習: 民法 [第2]
(物權法)』, 有斐閣, 1963.
- 田中整爾, 『注釋民法(8)』, 有斐閣, 1979.

- 中野貞一郎, 現代法律學全集 23: 『民事執行法(增補新訂 6 版)』, 青林書院, 2011.
- 中田裕康, 『債權總論』, 岩波書店, 2008.
- 潮見佳男, 『債權總論Ⅱ(第3版)』, 信山社出版, 2005.
- 竹下守夫, 『不動産執行法の研究』, 有斐閣, 1977.
- 平井宜雄, 『債權總論(第2版)』, 弘文堂, 1994.
- Aeppli in Gauch, Peter(ed.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Vol V, Obligationenrecht*, 3rd ed., CISG, 1991.
- Bruno von Büren, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Zurich: Schulthess, 1964-1972.
- Silvia Dullinger, *Handbuch der Aufrechnung*, Springer Vienna, 1995.
- Christiana Fountoulakis, *Set-off Defences in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis*, Oxford; Portland, Or.: Hart Pub., 2011.
- Walther Laue, *Die Erfüllung durch Dritte nach §§ 267 und 268 BGB*, Leiner, 1909.
- Tobias Mandler, *Die Aufrechnung im System der privaten Krankenversicherung*, VVW GmbH, 2016.
- Krüger, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB § 268, 6. Aufl., C.H. Beck, 2012.
- Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stämpfli, 2009.
- Staudinger/Gursky, *BGB § 268*, Sellier-de Gruyter, 2011.
- Karl Spielbüchler, *Der Dritte im Schuldverhältnis*, Springer, 1973.
- von Tuhr/Escher, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band*, 3. Aufl., Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974.

2. 학술지

강민성, “민사집행과 유치권”, 사법논집 제36집, 대법원 법원도서관, 2003, 51-94쪽.

김기찬/이춘섭, “부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구”, 부동산학 연구 제13집 제2호, 한국부동산분석학회, 2007, 79-103쪽.

김원수, “압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부-대법원 2005.8.19. 선고 2005다22688 판결-”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 657-750쪽.

김형석, “제3자의 변제·구상·부당이득”, 법학 제46권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2005, 340-370쪽.

박종미, “제3자의 상계권 행사”, 재산법연구 제33권 제2호, 한국재산법 학회, 2016, 1-24쪽.

박정기, “일본민법상의 상계”, 재산법연구 제33권 제2호, 한국재산법학회, 2016, 77-101쪽.

서기석, “유치권자의 경락인에 대한 피담보채권의 변제청구권의 유무”, 대법원판례해설 제26호, 법원행정처, 1992, 84-97쪽.

서중희, “부동산 유치권의 대항력제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립제한으로의 재전환”, 성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012, 153-188쪽.

차문호, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42집, 대법원 법원도서관, 2006, 403쪽.

白羽祐三, 「留置權・同時履行の抗弁權と不当利得」, 不当利得・事務管理の研究: 谷口知平教授還暦記念 (1), 有斐閣, 1970, 97-113頁.

石田剛=龜岡倫史=浦野由紀子, 「<資料>留置權法(二・完)」, 民商 118卷 3号, 有斐閣, 1998, 417-453頁.

松岡久和, 「留置權に関する立法論-不動産留置權と抵当權の關係を中心に」, 福永有利編『倒産實體法』, 別冊NBL NO.69, 商事法務, 2002, 88-110頁.

遠藤功, 「競賣不動産上の權利と負担の取扱い」, 信州大學法學論集 第18号, 信州大學, 2012, 1-24頁.

中島一郎, 「建物(造作)買取請求後の土地・建物の占有利用」, 『不當利得・事務管理の研究 : 谷口知平教授還曆記念 (1)』, 有斐閣, 1970, 114-127頁.

Hendrik Verhagen, The (lack of) protection of bona fide pledgees in classical Roman law, *Fundamina (Pretoria)* vol.20, no.2, Pretoria, 2014, pp.982-992.

[Abstract]

Legal Relationship between Lien Holder and Buyer in the Auction Procedure Following the Attachment

Seo, Jong-Hee*

There are currently some criticisms about harmful side effects of retention right, arguing that it delays auction process of real property and hinders righteous debt collection by creditors. In academia and administrative circles, quite a few interpretations and legislative suggestions have been offered in order to minimize these harmful side effects of retention right. The Supreme Court also takes the position that, if a debtor transfers possession of a real property to a third party and lets the third party acquire the right to retain it after attachment of the real property has already come into effect, such transfer of possession should be regarded as an act of disposition which runs counter to the effect of attachment which prohibits disposition and therefore the holder of the retention right cannot claim its preference over the buyer in a real-property auction process.

Also, The Supreme Court judged that the possessory lien in auction of security rights execution does not become extinct because the principle of takeover is legal auction condition in accordance with the provision of Article 91 section 5 of Civil Execution Act which takes the principle of takeover.

* Associate Professor, School of Law, Konkuk University

Meanwhile The Supreme Court judged that buyer in the auction procedure following the attachment only pays material liability to the lien holder. If the buyer takes over the debt, it will have more favorable effect than granting preferential payment right to lien holer. Therefore, the buyer should not be regarded as taking over the debt.

As a general rule, a set-off is the rule which helps the settlement of both parties with conflict of interests. So it is impermissible to allow the 3rd party set-off rights if it infringes the legal relations of related parties. The 3rd party set-off right is allowed only when it solves legal relations of all parties in a easy way and there is no infringement of other parties. For the same reason, the Supreme Court don't allow the rights of set-off to 3rd party who does not have the Claim in same species with conflict of interest. Thus, because the recognition of the set - off can infringe the rights of creditors of the lien, buyer in the auction cannot claim set - off from the lien holer.

[Key Words] The Right Of Retention, The Principle of Takeover, The Principle of a Extinction, Preferential Payment Right, Set-Off by third Party, Unjustified Enrichment