



# 건설관련 법률상담

곽동우 법무법인(유) 화우 변호사

## 고의적으로 유치권을 만들어 낸 경우와 신의칙 위반



**〈사례〉** A사는 B사로부터 건물의 건축 공사 중 일부를 하도급받아 시공하였는데, 공사대금을 제대로 받지 못하자 건물과 부지에 대하여 1순위 근저당권을 설정받았다. 그 후 C은행은 B사에 대하여 자금을 대출해 주고 같은 건물과 부지에 대하여 2순위 근저당권을 설정받았는데, B사는 대출금의 원금과 이자를 변제하지 못하고 기한의 이익을 상실하였다. 그러자 C은행은 채권회수에 나아가야겠는데, 1순위 근저당권 때문에 자신들이 경매신청을 하여도 대출원리금을 거의 변제받지 못할 것으로 예상하고는, 이 건물에 대하여 상사유치권을 성립시켜 행사함으로써 최우선적으로 자기 채권의 변제를 받으려고 계획하고는, B사와의 사이에 이 건물에 대하여 임대차계약을 체결하고 건물을 점유하였고, 그 후 개시된 경매절차에서 건물에 대한 상사유치권을 주장하였다. 이런 경우 A사는 이 유치권에 대하여 이익을 제기할 수 있는지?



**〈해설〉** 본 사례는 유치권이 남용되는 경우에 이를 어떻게 제한할 것인지에 관한 사례이다. 유치권은 잘 알다시피 유치권자가 자신의 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있는 권리이고, 그로 인하여 실질적으로는 채무자나 목적물의 경락인으로부터 자신의 채권을 우선적으로 변제받을 수 있는 이익을 가진다. 한편 근저당권 같은 제한물권은 당사자 사이의 법률행위인 계약에 의하여 성립하고 그 내용을 등기부에 기재하여 다른 사람들도 미리 알 수 있도록 공시하는 제도인데, 목적물을 직접 근저당권자가 점유하여 사용하지 아니하고 그 목적물의 가치만을 담보로 잡는 제도이다. 이에 반하여 유치권은 당사자 사이에 유치권을 발생시키는 계약에 의하여 발생하는 것이 아니라, 법이 정한 요건에 해당하면 발생하는 것인데, 결과적으로는 이미 성립되어 있는 근저당권에도 우선하는 권능을 가지게 되므로 근저당권과의 조화가 필요하다.

우선 일반적인 민사유치권은 채권자의 채권이 변제기에 있고, 타인의 물건을 점유하고 있는데 그 채권이 그 물건에 관하여 생긴 채권인 경우에 발생한다(민법 320조). 즉 유치권자의 채권과 목적물 사이에 특별한 견련관계가 있는 경우에 성립하는데, 전형적인 것은 공사업자가 자신이 시공하여 완성한 건물이나 공작물에 대하여 공사대금채권을 받을 때까지 유치권을 가지는 경우이다.

또한 상사유치권은 상인간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있고, 채권자가 그 채무자에

대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자 소유의 물건에 대하여 유치권을 가지는 제도이다(상법 58조). 이 경우에는 민사유치권에서 요구하는 채권과 목적물 사이의 견련관계도 필요 없고, 목적물이 유치권자와 채무자 사이의 상행위에 기하여 점유한 채무자 소유의 것이면 성립한다.

대법원은 최근 이와 같이 유치권제도는 근저당권 등 다른 권리보다 나중에 성립하였더라도 유치권자를 우선적으로 보호해주는 제도이므로, 거래 당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의적으로 만들어내어 다른 관련자들의 이익을 침해할 위험이 존재한다고 하면서, 개별적인 사안의 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 유치권제도를 남용하여 신의성실의 원칙에 반한다고 평가되는 경우에는 유치권을 부정하는 것이 필요하다고 선언하였다.

본 사안을 보면, C은행은 B사에 대하여 대출금 채권을 가지고 있고, 이는 이미 변제기에 도달하였고, B사와의 건물 임대차계약에 기하여 건물을 점유하게 되었다. 이 건물은 양자 사이의 상행위인 임대차계약으로 인하여 C은행이 점유하고 있는 것이므로 C은행은 이 건물에 대하여 위 대출금 채권을 위하여 상사유치권을 취득하게 된다.

그런데 문제는 C은행이 이와 같이 상사유치권을 발생시킨 것이 정상적인 상행위로 인한 것이 아니라 자신의 대출금채권이 1순위 근저당권자인 A사의 피담보채권보다 후순위인 2순위 근저당권이어서 1순위 근저당권자의 채권을 공제하면 자신이 실제 변제받을 수 있는 금액이 거의 없다는 사정을 알고는, 고의적으로 유치권을

발생시켜 1순위 근저당권자보다 자신의 채권의 우선 만족을 받기 위하여 의도적으로 만들어낸 것이라는 점이다. 즉 C은행은 실제적으로 별 필요도 없는 건물에 대하여 일부러 임대차계약을 체결하여 상사유치권을 고의적으로 만들어낸 것으로 평가되는 것이다.

이러한 경우에도 상사유치권의 발생을 당연한 것으로 그냥 인정해주면 이는 선순위 근저당권자의 정당한 권익을 해치는 행위이고, 유치권제도를 악용하는 행위를 법이 그대로 인정해 주고, 그로 인하여 정당한 관련자들의 이익을 침해하는 결과가 될 것이다. 또한 이러한 유치권제도의 악용으로 인하여 근저당권과 같은 다른 제도와 유치권제도를 서로 건전하게 공존하게 하고자 하는 우리 법의 기본정신을 훼손하게 되는 것이다.

대법원은 이러한 점들에 착안하여 이러한 사안에서 유치권 성립을 인정하는 것은 우리 법의 기본정신인 신의성실의 원칙에 반하는 권리행사로써 권리남용에 해당하여 허용되지 아니한다고 판단하였다(대법원 2011다84298).

따라서 본 사례와 같은 경우 선순위 근저당권자의 권리를 해치기 위하여 고의적으로 성립시킨 유치권은 신의성실의 원칙상 허용될 수 없으므로, A사는 이 점을 주장하여 C은행의 상사유치권을 부정할 수 있고, 재판으로 그 유치권의 부존재의 확인을 구할 수도 있다 하겠다.

최근 대법원의 입장은 이와 같이 유치권제도가 남용되는 것을 막기 위하여 여러 가지 방법으로 유치권의 성립이나 행사를 규제하는 판결을 선고하고 있는 추세이므로 이런 점에 대하여 유념하고 구체적인 경우 유치권이 성립하는지를 잘 검토할 필요가 있겠다. 