



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

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

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



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

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

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박사학위논문

부동산경매절차에 있어 유치권을 둘러싼
문제점과 개선방안에 관한 연구

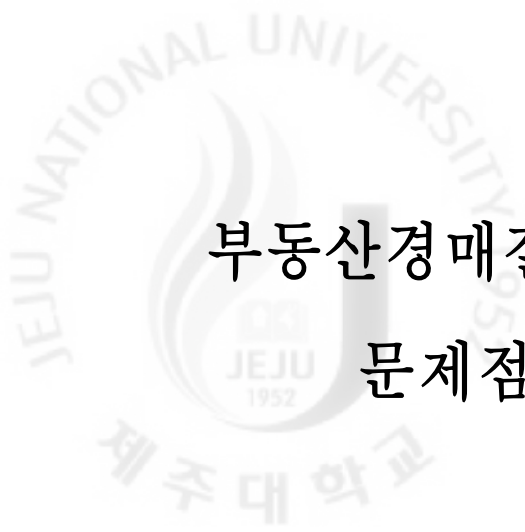
A Study on Legal Problems and the Improvement Plan in
connection with the Lien in the Real Estate Auction Procedure

제주대학교 대학원

법 학 과

정 두 진

2012年 2月



부동산경매절차에 있어 유치권을 둘러싼 문제점과 개선방안에 관한 연구

지도교수 한 삼 인

정 두 진

이 논문을 법학 박사학위 논문으로 제출함

2012년 2월

정영진의 법학 박사학위 논문을 인준함

심사위원장 _____

위 원 _____

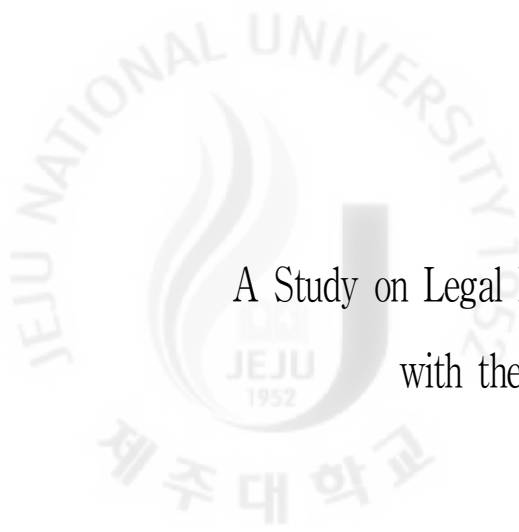
위 원 _____

위 원 _____

위 원 _____

제주대학교 대학원

2012년 2월



A Study on Legal Problems and the Improvement Plan in connection
with the Lien in the Real Estate Auction Procedure

Jung, Doo Jin

(Supervised by Professor Han, Sam In)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of Doctor of Law

2012. 2

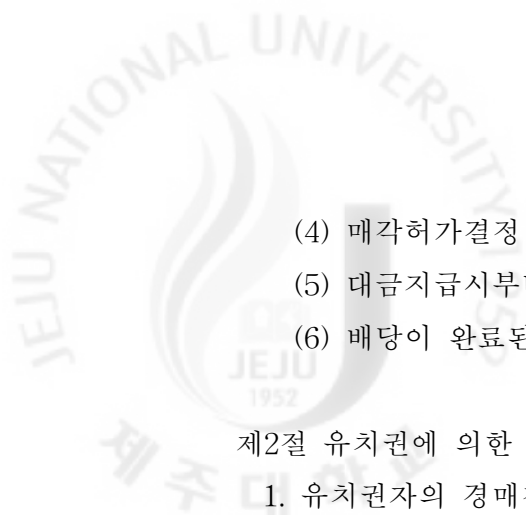
Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

〈 목 차 〉

제1장 서론	1
제1절 연구의 배경 및 목적	1
제2절 연구의 범위 및 방법	3
1. 연구의 범위	3
2. 연구의 방법	4
제2장 유치권의 법리와 부동산경매에서의 유치권의 실태	5
제1절 유치권의 법리	5
1. 민법상 유치권의 법리	5
(1) 민법전 제정과정에서의 유치권 규정과 법리	5
(2) 유치권의 성립요건	12
(3) 유치권의 효력과 소멸	16
2. 주요국가의 유치권 제도	25
(1) 프랑스 민법	26
(2) 독일민법	30
(3) 스위스 민법	32
(4) 일본민법	34
(5) 정리	36
제2절 유치권으로 인한 문제발생 사례	37
1. 문제발생 사례	38
(1) 사례 1.	38
(2) 사례 2.	39
(3) 사례 3.	40
(4) 사례 4.	42

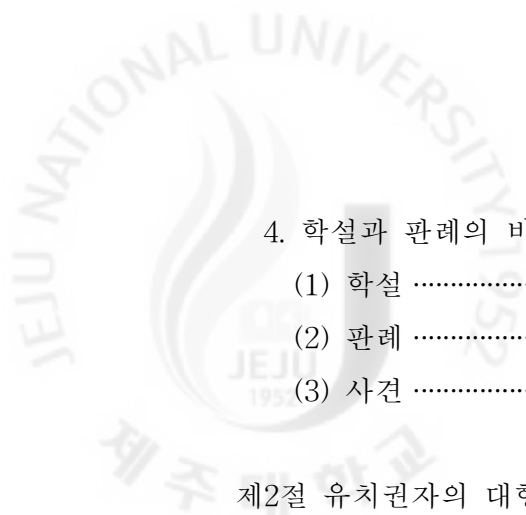


(5) 사례 5.	43
2. 사례분석결과와 문제점	45
제2절 유치권의 실패와 관련사건 유형	47
1. 실패	47
(1) 유치권 신고서 제출을 통한 권리주장	47
(2) 매수인에 대한 목적물 인도거부를 통한 권리주장	49
2. 관련사건 유형	50
(1) 민사사건	50
(2) 형사사건	55
(3) 정리	61
제3장 부동산경매에서의 유치권의 작용	62
제1절 부동산경매의 단계별 유치권의 작용	62
1. 매각단계에서의 유치권자	62
(1) 유치권자의 권리신고	62
(2) 현황조사서와 매각물건명세서상의 유치권자	64
(3) 유치권과 인수주의	69
(4) 유치권자의 이의와 즉시 항고	76
2. 매수인 등에 대한 유치권자의 대항력	76
(1) 유치권과 공평의 원칙	76
(2) 압류 이후 유치권이 성립요건을 갖춘 경우	78
(3) 담보물권 설정 이후 압류 이전에 성립요건을 갖춘 경우	79
3. 배당절차에서의 유치권자	80
(1) 배당순위와 방식	80
(2) 경매절차에서의 배당요구	81
(3) 유치권자의 배당 참여	83
4. 유치권 신고가 있는 경우에 실무 처리	84
(1) 매각기일 이전에 유치권신고가 접수되는 경우	84
(2) 매각기일부터 매각허가기일까지 접수되는 경우	85
(3) 매각허가기일부터 매각허가여부 확정시까지 접수되는 경우	86



(4) 매각허가결정 확정 후부터 대금지급 시까지 접수되는 경우	86
(5) 대금지급시부터 배당전까지 접수되는 경우	86
(6) 배당이 완료된 경우	87
제2절 유치권에 의한 경매신청	87
1. 유치권자의 경매청구권과 법적 성격	87
(1) 형식적 경매의 분류	87
(2) 유치권자의 경매권 인정 여부	89
(3) 유치권자의 경매권의 법적 성격	91
2. 유치권에 기한 경매절차	92
(1) 경매신청과 개시결정	92
(2) 압류절차	93
(3) 매각조건	95
(4) 실질적 경매절차와의 경합	101
(5) 절차의 정지와 종료	102
3. 정리	102
제4장 부동산경매에서 유치권과 관련된 문제점	104

제1절 유치권의 성립요건인 견련성의 문제	104
1. 문제 제기	104
2. 학설	106
(1) 이원설	106
(2) 일원설	108
3. 판례	109
(1) 피담보채권이 목적물 자체 또는 자체를 원인으로 하여 발생한 경우	109
(2) 공사대금채권의 경우	110
(3) 유익비, 필요비상환청구권의 경우	110
(4) 임대차보증금 또는 권리금반환청구권	111
(5) 점유와의 견련성	111



4. 학설과 판례의 비판적 검토	112
(1) 학설	112
(2) 판례	113
(3) 사건	114
제2절 유치권자의 대항력 문제	114
1. 문제 제기	114
2. 압류권자에 대한 문제	115
(1) 압류의 성질과 효력	115
(2) 압류 전 유치권자의 효력	119
(3) 압류 이후 성립요건을 갖춘 유치권자	119
3. 담보물권자에 대한 문제	126
(1) 담보물권 설정 후 압류 전 유치권이 성립한 경우	126
(2) 저당권에 대항력 없는 유치권자의 법률관계	133
4. 사건	136
제3절 부동산경매절차상 문제	138
1. 허위·과장유치권 행사상의 문제점	138
(1) 매각가격의 저감과 경매절차의 지연에 의한 손해발생	138
(2) 매수 희망자의 범위 축소와 공정한 입찰참여 방해	139
(3) 유치권의 악용	140
(4) 매각 후 소송으로 인한 명도지연	142
2. 현황조사와 유치 목적물 평가의 문제점	142
(1) 현황조사서의 형식화와 매각물건명세서의 공신력 불인정	142
(2) 유치 목적물 평가의 미비	145
3. 유치권 공시와 점유의 불완전성	148
(1) 등기되지 않는 권리인 점	148
(2) 점유의 추상성과 지속성의 문제	149
4. 유치권의 인수주의 채택의 문제점	150
5. 유치권에 의한 경매의 실효성	151
(1) 실패	151
(2) 문제점	152

(3) 소결 155

제5장 부동산 경매에 있어 유치권제도의 개선방안 157

제1절 선행연구의 주장 157

1. 유치권등기제도 도입 주장 158

(1) 주장 이유 158

(2) 주장 내용 159

(3) 관련 문제 161

2. 유치권의 법정저당권화 주장 164

3. 비용지출자 등의 저당권설정청구권 주장 166

제2절 개선을 위한 선행연구의 검토 168

1. 선행연구에 대한 비판 168

(1) 유치권등기제도에 관하여 168

(2) 유치권의 법정저당권화에 관하여 169

(3) 비용지출자 등의 저당권설정청구권에 관하여 170

2. 사건 172

(1) 유치권제도 폐지 주장의 의문 172

(2) 소결 175

제3절 유치권의 대항력과 견련성 범위의 제한 176

1. 대항력 범위의 제한 176

(1) 필요성 176

(2) 근거 178

(3) 개선방안 179

2. 견련성의 피담보채권 범위의 제한 181

(1) 필요성 181

(2) 근거 183

(3) 개선방안 184

제4절 경매절차에서의 개선방안	185
1. 보증금 공탁과 권리신고의 의무화	185
(1) 제도 도입의 필요성	185
(2) 도입시 문제점 검토	187
2. 집행전문법원의 설치	190
(1) 도입의 필요성	190
(2) 재판과 처리 방식	191
(3) 업무분장	192
(4) 선결과제	195
(5) 효과	195
3. 현황조사의 충실화	196
(1) 필요성	196
(2) 개선방안	197
4. 유치목적물 평가의 실질화	199
(1) 필요성	199
(2) 개선방안	201
5. 유치권에 의한 경매청구제도의 개선	202
(1) 필요성	202
(2) 개선방안	205
6. 입법론	206
(1) 보증금 공탁과 권리신고의 의무화에 관하여	206
(2) 집행전문법원의 설치에 관하여	214
(3) 유치권에 의한 경매청구제도의 개선에 관하여	215

제6장 결 론	217
---------------	-----

※참고문헌	224
-------------	-----

※Abstract	234
-----------------	-----

국문초록

부동산 경매과정 중 뜻밖에 등장하는 유치권으로 인하여 경매절차의 지연과 그로 인한 법적 분쟁이 발생하는 주된 원인은 무엇일까? 민법상 법정담보물권인 유치권은 등기부등본 등에 공시가 되어있지 않고 우선변제권도 인정되지 않음에도 그 힘은 타 담보물권에 비해서도 월등한 여러 권능을 부여함으로써 등기로써 공시되고 우선변제권이 부여된 담보물권인 저당권보다도 사실상 우선변제를 받는 강한 효력을 지니고 있다는 점을 들 수 있다. 또한 부동산 경매절차에서도 유치권은 경매 전 절차를 통해서 권리신고의 제출시기가 제한된 것도 아니며 심지어는 경매절차에서 유치권신고를 하지 않아 전혀 드러나지 않았던 유치권도 압류이전에 성립되었다면 유치권자는 채권자 및 매수인에게 대항할 수 있도록 한 현행 법규의 미비도 그 한 원인이 되고 있다.

현재 실무에서 유치권의 문제로서 가장 심각하게 대두된 문제는 민사집행법 제91조 제5항에 의한 인수주의로 인한 문제이다. 경매절차에서 유치권은 매수인이 인수하여야 하는 권리라는 점을 이용하여 제3자가 채무자와 통모하여 허위·과장된 유치권신고서를 제출하거나, 채무자 등이 친척이나 지인 등을 내세워 저가에 응찰하기도 하여 유치권을 악용하는 사례가 빈번한 것이 현실이다. 그럼에도 현행 경매제도는 유치권자에 대한 채권신고절차를 두고 있지 않을 뿐 아니라 유치권 인수여부가 경매절차의 공고내용도 아니고 이해관계인이 아니고서는 경매기록을 열람할 수도 없기 때문에 현실적으로 신고된 유치권의 피담보 채권액과 유치권 성립 등에 관한 내용을 일반 매수 희망자들이 확인할 수 있는 방법이 없다.

본 연구는 부동산 경매절차에 있어서 유치권의 문제점에 대한 문제의식에서 출발하였으며 그 개선방안은 무엇인가에 관한 고찰이다.

따라서 이 논문에서는 이러한 부동산경매절차에서 유치권 주장 사례에 대하여 유형별로 분석하고 그 실태를 파악하여 매각대금의 변동사례와 문제점에 대하여 검토하였다.

그리고 경매 각 진행 단계별로 유치권자의 지위와 그 취급은 어떻게 하고 있

는지, 유치권신고가 있을 때 집행법원 실무에서는 어떻게 처리하고 있는지에 관하여 살펴보고자 하였다. 나아가 비교법적 고찰을 위하여 우리 민법상의 유치권 제도의 법리와 주요국가의 유치권 규정과 성질에 관하여 총설적 내용만을 고찰하였다.

이 글의 중반부에는 본 연구의 핵심부분으로서 부동산경매에서의 유치권의 문제점을 본격적으로 전개를 하였는바, 그 내용은 다음과 같다.

첫째, 부동산경매의 절차상 문제로서 허위·과장유치권의 문제이다. 둘째, 현황조사와 유치목적물 평가의 문제점이다. 셋째, 유치권 공시와 점유의 불완전성의 문제이다. 넷째, 유치권의 인수주의 채택의 불합리성이다. 다섯째, 유치권에 기한 경매청구의 실효성 문제이다. 여섯째, 유치권자의 대항력의 문제로서 유치권자와 압류권자 그리고 담보물권자에 대한 관계에서 대항력의 문제를 검토하였다. 일곱째, 유치권의 성립요건인 견련성의 문제이다.

이제까지 언급한 경매절차에 있어서의 유치권의 여러 문제점들에 대한 개선방안을 강구하였다. 이를 위하여 선행연구로서 제안된 여러 방안을 검토하였다. 선행 연구된 제안들 중에는 유치권의 공시와 우선변제권 결여의 문제 해결방안으로, 아예 본래적 의미의 부동산 유치권을 폐지하자거나 유치권을 채권적 항변권으로 구성하거나 유치권에 우선변제권을 인정하고 유치권을 등기하도록 하자는 주장 등 다양하다. 그러나 위 선행 제안들은 법을 개정해야 하거나 물권법정주의 근간을 흔들 수 있는 위험이 있는 등 그 구체적인 실현방도에 대해서는 다소 비현실적이거나 논리적으로 앞뒤가 맞지 않는 주장으로 그 실현가능성은 의문이다.

이 논문에서는 이들의 주장과 달리 공시방법으로의 점유가 불안정한 방법이기 는 하나 지금까지 인정해 온 제도를 부정하고 급격히 새로운 방향을 모색하여 과감하게 보완하는 방안보다는, 현재의 유치권 제도의 유지를 전제로 하되 이를 보완하는 방향에서의 해결방안을 강구하였다. 그 내용은 다음과 같다.

첫째, 보증금 공탁과 권리신고의 의무화 방안이다. 둘째, 집행전문법원을 도입하여 유치권에 대한 존부결정을 신속히 함으로써 경매절차의 지연과 허위·과장 유치권의 남용을 상당부분 해결할 수 있을 것이라는 제안을 하였다. 셋째, 집행관의 현황조사와 유치 목적물에 대한 감정 평가의 실질화 방안이다. 넷째, 유치권자의 경매청구권의 실효성 제고방안으로 경매청구권의 성립요건과 행사시기에

대하여 현행 민법 제322조 제1항 규정의 개정의 필요성을 제기하였다. 다섯째, 유치권의 대항력 제한의 필요성이다. 여섯째, 유치권의 성립요건인 견련관계의 피담보채권 범위에 대한 제한 방안이다.

현행법 테두리 내에서 부동산유치권이 가져오는 문제를 근본적으로 해결하는 데에는 한계가 있을 것이다. 그러나 어떤 제도를 채택할 것인가 하는 것은 입법 정책의 문제일 것이나, 개선방안이 또 다른 옥상옥이 되지 않기 위해서는 유치권의 현실적인 문제를 정확히 인식하며 그 개선방안도 실현가능성 있고 구체적인 것이어야 할 것이다.

위에 제시한 몇 가지 그 개선방안이 우리나라의 부동산경매절차에 있어 유치권제도의 향상에 작은 보탬이 될 수 있기를 기대한다.



제1장 서론

제1절 연구의 배경 및 목적

근래 경제침체로 사회 전반에 부동산경매 등에 관한 관심이 증폭되고 있고, 법무사에 이어 공인중개업자에게도 입찰신청의 대리권을 부여하였으며(2007.10.29 대법원규칙 제2104호), 급속한 인터넷의 발달과 정보의 공유로 인하여 일반 대중들이 보다 용이하게 부동산 거래정보를 접할 수 있게 되면서 법원경매는 국민들의 중요한 부동산 재테크의 한 수단으로 자리 잡고 있다.

그러나 국민들의 부동산 재테크에 대한 관심이 고조되고 부동산경매시장이 활성화 되면서 경매절차의 맹점을 악용하여 고의로 경매절차를 지연시키거나 부당 이득을 취득하는 경우도 늘어났다. 이러한 행태는 부동산경매절차에서의 무분별한 허위·과장 유치권 신고의 남발로 나타나고 있는 바, 유치권을 둘러싼 법적 분쟁이 부동산경매절차에서 최고의 난제로 대두되고 있다.

그런데 부동산경매절차에서 유치권 관련 분쟁이 끊이지 않는 근본적인 이유는 무엇일까? 유치권이 법정담보물권이지만 일반물권의 공시수단으로써 등기를 요하지 않고 동산과 같은 점유를 그 공시수단으로 하고 있다는 점에서 일반 매수 희망자들이 쉽게 이를 알 수가 없고, 물권이지만 우선변제권이 없어서 매각으로도 소멸되지 않고 민사집행법 제91조 제5항에 의해 매수인이 인수하게 되며, 매각으로 인한 대금납부로 이미 매수인에게로 소유권이 넘어갔지만 유치권자는 유치 목적물의 피담보채권에 대한 변제가 있기 전까지는 그 유치 목적물의 인도를 거부할 수 있어서 사실상 우선변제를 받을 수 있기 때문에 채무자 등이 제3자와 통모하거나 이를 악용하는 데서 기인한다고 본다. 또한 우리 민법상의 유치권제도에 관한 법리가 구축되어진 경로를 살펴건대, 물권적 유치권인 프랑스의 영향을 받아 일본의 구민법이 탄생했지만 그 후대의 학자들이 유치권 해석을 채

권적 항변권으로 규정한 독일 민법에 철저히 의존했고 이를 원용한 일본민법을 우리 민법이 무비판적으로 수용한 결과, 유치권의 성립요건으로서 목적물과의 관련관계에 대해서 우리 학설(다수설)과 판례의 입장이 지나치게 넓게 보고 있다는 비판이 끊임없이 제기되고 있다.

이런 결과의 원인은 부동산경매에서 유치권신고가 별다른 양식도 없고, 그 소명자료 없이도 얼마든지 쉽게 접수할 수 있으며 집행법원에서는 그 진정성의 심사도 제대로 할 수 없고, 그 제출종기도 정해지지 않은 까닭에 심지어는 매각대금을 다 낸 뒤에 제출되는 경우도 있고, 아예 경매절차에 제출하지 않아도 유치권이 성립하는 데는 전혀 지장을 받지 않는다는 점에도 원인이 있다.

반면 매수 희망자는 경매절차에서 이해관계인도 아니어서 유치권이 신고된 경매기록을 열람할 수도 없고 집행관 작성의 현황조사서를 기초로 한 매각물건 명세서에 나타난 자료만으로 이를 판단할 수밖에 없는 실정이다. 그런 결과, 유치권이 신고된 경매 목적물에 대해서 매수인은 자신이 어느 부분, 얼마의 피담보채권을 인수해야 하는지 매각 후에도 인도명령이나 명도소송에 휘말려들지 모른다는 막연한 생각에 매수를 꺼리게 되고, 이는 유찰을 거듭한 끝에 가격하락과 경매지연으로 이어지게 된다. 그럼에도 민사집행법상 유치권에 관하여는 제91조 제5항(매수인의 유치권자에 대한 피유치채권의 변제책임)과 제274조(유치권 등에 의한 경매)가 전부이며, 부동산경매절차 전반에 걸쳐 진정한 유치권자를 보호하며 허위·과장 유치권에 대처하기 위한 제도적·절차적 장치는 미흡한 실정이다. 그 결과 매수 희망자들은 유치권과 관련한 정보의 부족으로 권리분석을 제대로 할 수 없고, 채권자와 소유자 등은 경매지연과 가격하락으로 이어지면서 유치권 신고는 경매절차의 이해관계인들 모두에게 불안감 조성의 원인이 되고 있다.

본 연구는 위와 같은 인식의 바탕위에서 공정하고 신속해야 할 경매절차가 유치권으로 인해서 왜곡되고 있는 현 실태에 주목하여 부동산경매절차에서의 유치권의 현실적인 문제점들을 도출하고 이에 대한 합리적인 개선방안을 마련하여 진정한 유치권자를 보호하고, 나아가 채권자 및 부동산 소유자의 피해를 줄이는 한편, 매수인 측에게도 유치권으로 인한 막연한 불안감을 해소하는 등 유치권을 둘러싼 부동산경매제도의 합리성을 도모하려는 의도를 갖고 있다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

본 연구는 민사집행법의 대상인 부동산경매절차에서의 유치권의 문제를 그 대상으로 한다. 법적 제도의 범위도 민사집행법을 기본으로 하여 민법과 그 외에 부동산 경매절차와 관련된 법률들도 필요한 경우 논의의 대상으로 한다. 부동산 경매절차의 경우, 유치권과 관련된 분야로 한정하여 부동산경매절차에서 드러난 유치권의 행사에 관련된 문제를 중심으로 다루면서, 유치권의 대항력의 문제도 함께 연구하고자 한다. 이러한 관점에 한정했을 때 민법상의 유치권의 법리와 건립관계에 관한 연구는 해석론적인 것이겠으나, 절차법상의 유치권의 문제도 근본적으로는 민법상의 유치권의 문제에서 비롯된 것이므로, 함께 고찰의 범위에 포함시키기로 한다.

본 연구는 우선 부동산경매에서의 유치권의 운용 실태를 살펴보고, 현행 부동산경매 진행단계별 유치권의 작용과 취급현황을 살펴보고, 학설·판례와 비교법적 고찰을 통하여 부동산경매상의 몇 가지 문제점(민사집행법 제91조 제5항과 민법 제320조 제1항을 둘러싼 문제)을 구체적으로 살펴보고, 이들 문제점에 대한 개선방안으로 해석론적·입법적 대안을 제시하고자 한다.

이 논문의 구성 범위를 보면 다음과 같다.

제1장 서론에서는 연구의 목적과 방법, 그 범위를 살펴본다.

제2장에서는 유치권 제도의 일반적 법리와 함께 비교법적 고찰로서 주요국가에서의 유치권 규정과 그 성질에 관하여 살펴본다. 또한 부동산경매에서 유치권의 운용실태에 관하여 몇 가지의 사례를 분석하여 허위·과장 유치권신고로 인한 문제점의 근본적인 원인을 밝히고, 나아가 유치권 문제를 둘러싼 당사자 간 민사재판과 형사처벌의 사건유형을 분석한다.

제3장에서는 부동산경매절차 각 단계에서 유치권은 어떤 작용을 하고 있는지에 관하여 크게 매각·배당단계로 나누어 살펴보고, 유치권의 효력 중 대항력의 문제와 유치권신고가 있을 때 실무 처리형태, 그리고 유치권에 의한 경매의 매각절차와 환가금 교부방법 등에 대하여 살펴본다.

제4장에서는 이 논문의 본격적인 논의과정으로서 먼저 유치권의 성립요건인 견련성의 문제에 관하여 종래의 학설과 판례를 중심으로 검토하고, 유치권자의 대항력의 문제에 대해서는 압류권자에 대한 문제와 담보물권자에 대한 문제로 나누어 고찰한다. 또한 경매절차에 있어서의 유치권 행사에 대한 절차법적 검토와 해석론적인 검토를 거친 후 부동산경매절차에서 유치권과 관련된 실질적인 문제점인 허위·과장 유치권의 문제점과 현황조사와 감정평가의 문제점, 유치권의 공시와 인수주의 채택의 문제점에 대해 살펴보고 유치권에 의한 경매청구의 실효성에 대하여 고찰해 본다.

제5장에서는 경매절차에서 유치권에 관한 실천적 해석으로 선행연구에서 제안된 여러 가지 주장들을 비판적으로 검토한다. 또한 그 해결방안으로 우선, 유치권의 대항력 문제에 대하여는 해석론적 개선방안을, 견련성문제에 대하여는 그 인정범위를 제한하는 입법론을 그 근거와 함께 각각 제시하고자 한다. 나아가 보증금 공탁과 배당요구종기내 권리신고의 의무화, 유치권 존부에 관한 결정방안의 강구로써 집행전문법원을 설치할 것과 현황조사와 유치목적물 평가의 실질을 꾀하고 유치권에 의한 경매청구제도의 개선방안을 제시한다.

끝으로 제6장에서는 이 연구에서 논의하였던 부분을 종합적으로 요약·정리한다.

2. 연구 방법

이 연구에서는 부동산경매절차에서의 유치권의 문제와 해결방안에 관한 국내외 관련 학술논문과 교과서 등을 고찰하는 문헌연구 방법을 주로 취했으며, 관련 판례를 검토하는 판례연구방법을 보충적으로 취하였다. 나아가 경매절차에서의 유치권 문제의 실태 파악을 위하여 실제 경매기록 등을 열람하고 사례를 분석하며 대법원 판결을 검색하여 허위·과장 유치권 신고인에 대한 형사처벌 사례를 고찰하는 실증적 연구방법도 병행하였다.

그리고 실증적 연구나 통계 등이 필요한 부분에 대해서는 이에 관련된 자료를 제시함으로써 유치권을 둘러싼 부동산경매제도의 문제점과 개선방안을 제시하는데 도움이 될 수 있도록 하였다.

제2장 유치권의 법리와 부동산경매에서의 유치권의 실태

제1절 유치권의 법리

1. 민법상 유치권의 법리

(1) 민법전 제정과정에서의 유치권 규정과 법리

현행민법전은 유치권을 물권편에 규정하고 있다. 물권으로서도 담보물권으로서의 특이한 성격을 가지고 있고 비교법적으로 보아도 특수한 제도적 구성이 이루어지고 있다.¹⁾ 이러한 민법상의 유치권규정에 관한 입법자의 의도를 파악하기란 쉽지 않다. 민법전 제정과정²⁾에 대한 연구도 민법전이 제정된 지 거의 30년이다 되어서야 나타나기 시작하였고, 그 연구도 대개는 제정과정의 외면적인 경과를 서술하는데 그치고 있을 뿐 민법의 개별조문에까지 들어가서 그 구체적인 심의의 내용을 탐색하는 데까지는 미치지 못하고 있다. 이러한 실태는 입법자료의 부실에도 그 원인이 있다 할 것이다.³⁾

1) 구민법전에 있어서의 「유치권」 규정

우리 구민법전에 있어서의 「유치권」 규정은 현행일본민법전의 규정을 기초로

- 1) 유치권을 비교법적으로 보면 프랑스민법은 유치권에 관한 통일적 규정을 두지 않고 개별적인 경우에 채무자의 거절권을 인정할 뿐이며, 이러한 개개의 규정에서 일반개념이 구성되어 그의 물권성·담보물권성이 논의되고 있다. 독일민법은 유치권을 대립하는 채권적 급부거절권으로 구성하며(§§273, 274BGB) 그 외에 급부거절권을 쌍무계약상의 효력(§320 BGB), 점유의 효력(§1000 BGB)으로서 인정하고 있지만 둘다 물권으로 인정하고 있지는 않다. 한편 스위스민법은 유치권에 관하여 동산질권의 장에다 일반규정을 두어 물권성과 환가성을 인정하여 일종의 법정질권으로 구성하고 있다.
- 2) 한국민법전 제정과정에 대하여는 양창수, “민법안에 대한 국회의 심의(I)(II)”, 「민법연구」 제3권, 1995, 1면 이하; 정종휴, “한국민법전의 제정과정”, 「곽윤직교수 화갑기념논문집」, 1985, 1면 이하; 조규창, “한국법문화발전의 미친 독일법의 영향”, 「한독법학」 제14호, 한독법률학회, 2003, 297면이하 참조; 최창열, “유치권의 견련관계에 관한 연구”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8, 102면.
- 3) 이에 관한 입법자료 가운데 중요한 것은 우선 법전편찬위원회의 민법전편찬요강과 민의원 법제사법위원회 민법안 심의소위원회에서 편찬한 ‘민법안심의회록, 상·하권(1957)과 위 소위원회에서 편찬한 ‘국회심의회자료집’(1957)과 민의원 본회의에서의 민법심의회정을 보여주는 국회속기록이 있다. 그 외에 민사법연구회의 ‘민법안의견서’ (1957)도 대학교수들의 민법초안에 대한 의견을 담고 있으며 민법전의 내용형성에 적지 않은 영향을 미친 바 있다(신국미, “유치권제도에 관한 연구- 동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2003, 11면).

하였다.⁴⁾

일본의 현행민법전의 편찬은 독일법에 따르려는 방침이 채택되어, 판택텐제도의 체계하에 유치권제도도 규율되게 되었다. 일본의 현행민법은 제2편 「물권」 가운데에 유치권제도를 위치시켰다. 그러나 그것은 독일법에 있어서 유치권개념의 구성에 따른 것이 아니라, 프랑스 민법학에 있어서 오랫동안의 논쟁의 대상이었으며, Boissonade에 의한 구민법에 있어 승인되었던 「물권성」을 명확한 모습으로 계승한 것이다. 더욱이 독립한 물권으로서 다시 일보를 전진시킨 것이었다. 즉, 현행일본민법은 유치권을 「담보물권」으로서 위치시켜 두고 그 효력으로서 불가분성(제296조), 과실수취권(제297조), 유치권자의 책임(제298조), 유치물에 가하여진 비용의 상환청구권(제299조), 유치권과 피담보채권의 소멸시효(제300조)의 여러 내용을 계승하고 있다. 또한 일본 구민법하에서 문제가 되었던 유치권자에 의한 목적물의 사용·임대·전담보의 금지를 분명히 하고(제298조 2항), 또한 대담보공여에 의한 유치권의 소멸청구를 인정하고 있다(제301조). 그러나 담보물권으로서 중요한 점은 무엇보다도 대항력과 경매권능이다. 유치권의 대항력에 관해서는 원안 제297조는 구민법 제95조를 이어받아 「유치권이 유치물의 양도, 압류, 가압류 또는 가처분을 의해 그 효력을 상실한다」 라고 규정하였다.⁵⁾

2) 현행 우리 민법상 유치권의 심의과정과 초안

현행민법은 1960. 1. 1.부터 시행되었고, 1948. 9. 15. 대통령령 제4호로 ‘법전편찬위원회직제’를 공포하여 법률체계의 정비작업에 들어갔다. 법전편찬위원회⁶⁾에 따르면 기초위원회는 법전의 기초에 앞서서 요강을 작성하고 그 요강에 따라 법안을 기초하여야 한다고 되어 있다. 먼저 민법전편찬요강을 살펴보면 유치권에 관하여 입법이유 내지 입법배경에 대한 기록은 없고, 단지 1) 유가증권에 대하여도 유체물에 있어서와 같이 유치권의 성립을 인정할 것, 2) 유치권자에게 유치권의 과실에 대한 경매청구권을 인정할 것을 서술하고 있다.

4) 김기찬, “부동산경매에서 유치권의 개선에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위논문. 2008, 46면.

5) 신국미, 전제논문, 25-27면 참조.

6) 민사·상사 및 형사의 기초법전과 기타 소송, 형행 등 사법법규의 자료를 수집 조사하여 그 초안을 기초 심의하는 것을 목적으로 설치된 대통령 직속기관이다. 따라서 법전편찬위원회는 민법·상법 등의 사법법규만을 한정하는 것이고 위 위원회의 작업으로 법전편찬요강이 마련되었다.

현행 일본민법에 위와 같은 내용을 추가하여 규정한 초안은 1954년 10월 정부의 법률안으로 국회에 제안되었다. 여기서 심의된 초안은 아래의 몇 개의 규정을 제외하고는 초안의 규정 그대로 인정되어 현행민법에서 유치권 규정과 같은 모습이 되었다.

이때 심의된 초안은 「제310조: 타인의 유가증권 또는 기타물건을 점유한 자는 그 유가증권이나 기타물건에 관한 채권이 변제기에 있는 때에는 변제를 받을 때까지 그 유가증권 또는 기타물건을 유치할 권리가 있다. 전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다」 라고 규정한 것을 법제사법위원회는 제310조 제1항을 다음과 같이 수정하였다.

「타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다」 라고 하여 「타인의 유가증권 또는 기타 물건을 점유한 자는」 을 「타인의 물건 또는 유가증권을 점유하는 자」 라고 수정하였고, 다시 「증권에 관한 채권」 을 「증권에 관하여 생긴 채권」 으로 수정하였다. 전자는 유가증권이 전부 동산의 범주에 들어가는 것 같은 인상을 주기 때문에 고치는 것이고 후자는 개념의 명확화를 위해 자구수정한 것이라고 한다. 이것은 이의 없이 통과되어 현행민법전에서의 제320조 제1항과 동일하다.⁷⁾

초안 「제311조: 유치권자는 채권전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전체에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다」 라고 규정한 것을 현석호 의원이 제311조 다음에 「유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다. 제2항에서 정당한 이유 있는 때에는 유치권자는 감정인의 평가에 의하여 유치물로 직접 변제에 충당할 것을 법원에 청구할 수 있다. 이 경우에는 유치권자는 미리 채무자에게 통지하여야 한다」 라는 규정을 신설할 것을 주장하였고, 법제사법위원회는 이를 받아들여 이의 없이 통과되었다.⁸⁾

7) 김기찬, 전계논문, 48면.

8) 이 밖에 초안 「제314조: 유치권자가 유치물에 관하여 필요비를 지출한 때에는 소유자에게 그 상환을 청구할 수 있다. 유치권자가 유치물에 관하여 유익한 비용을 지출할 때에는 그 가격의 증가가 현존한 경우에 한하여 소유자의 선택에 좇아 그 지출한 금액을 상환하게 할 수 있다. 그러나 법원은 소유자의 청구에 의하여 상당한 상환기한을 허여할 수 있다」 라고 규정한 것을 법제사법위원회는 제314조 제2항 중 「가격」 을 「가액」 으로 「증가액을 상환하게 할 수 있다」 를 「증가액의 상환을 청구할 수 있다」 로 자구 수정을 하였다(김기찬, 상계논문, 49면).

민법편찬요강 총칙에 의하면 “민법전을 제정함에 있어서는 대륙법계의 체계를 취하며, 주로 독일민법에 의거한 현행민법 총칙편의 제정을 기초로 한다”고 하여 독일민법을 기초로 한 것으로 하였으나, 우리민법 초안의 기초가 된 것은 일본민법이라 할 것이다.⁹⁾

3) 유치권의 법적 의미

가. 유치권의 의의와 법적 성질

우리민법은 제320조 제1항에서 담보물권의 하나로 유치권을 규정하고 있는 바, 유치권이란 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한자가 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있는 법정권리이다. 이는 상법 제58조에 의하여 인정되는 상사유치권과는 다음과 같은 점에서 구별된다고 한다. 즉, 상사유치권은 민법상의 유치권과는 달리 피담보채권과 목적물 사이의 견련관계는 필요 없고 단지 상행위로 인하여 점유를 취득하였으면 되나, 반면에 그 목적물은 채무자 소유에 한정되고 제3자 소유의 물건에 대하여는 성립하지 않으며, 피담보채권은 상행위로 인하여 생긴 것이어야 한다. 다만, 운송인과 운송주선인에 대하여 인정되는 특별상사유치권(상법 제120조, 제147조)의 경우에는 운송물에 관하여 받을 보수, 운임, 체당금, 선대금에 관하여서만 그 운송물을 유치할 수 있으므로, 견련성이 요구된다고 한다.¹⁰⁾ 따라서 유치권은 당사자의 의사와는 관계없이 요건이 성립되면 당연히 인정되는 법정담보물권으로서 그 핵심적인 권능은 목적물의 인도거절권이다. 이 인도거절권은 신의성실의 원칙에 근거를 두고 거래관행을 반영하며 목적물의 유치를 통하여 소유자에게 변제를 강요하는 간접적인 압박수단에 지나지 않는다. 왜냐하면 유치권은 본래 유치목적물의 현금화가능성이 아니라 물건의 점유자의 채권담보이익의 보장을 목적으로 하기 때문이다.¹¹⁾ 따라서 경매절차에서 유치권자는 경락인에 대해 피담보채권의 변제를 청구할 수 없으며, 다만 피담보채권의 완전

9) 신국미, 전제논문, 13-14면.

10) 황태효, “유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계 및 유치권의 불가분성”, 「판례연구」 제20집, 부산판례연구회, 2009. 2. 394면. 참조.

11) 이진기 “담보물권으로서 유치권 : 유치권의 비판적 해석”, 「안암법학」 제8호, 안암법학회, 1999. 2. 234-235면.

변제가 있을 때까지 유치물의 인도를 거절할 수 있을 뿐이다.¹²⁾

법률이 이러한 권리를 인정하는 것은 공평의 원칙을 실현하기 위함¹³⁾과 목적물의 점유를 존중하려는 사상에서 비롯된다. 즉 유치권을 일종의 물권으로 구성함으로써 그 목적물의 점유자의 채권을 특히 보호하여 채권자 평등의 원칙을 깨뜨리려고 하는 것이다.¹⁴⁾

우리 민법상 유치권은 타인의 물건을 담보의 목적으로 점유할 수 있는 대세적 효력이 있는 담보물권으로서(민법 제320조), 불가분성(동법 제321조), 경매청구권(동법 제322조), 과실수취권(동법 제323조) 등이 있다. 즉 유치권은 타물권이므로 수급인은 통상의 경우 그 건물을 점유하고 있고, 또 그 건물에 관하여 생긴 공사금채권이 있다면 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지 건물을 유치할 권리가 있지만¹⁵⁾ 자기의 재료와 노력으로 건축된 기성부분에 대하여는 유치권을 가질 수 없다.¹⁶⁾ 유치권은 이처럼 물권이므로 유치권자는 채권의 변제를 받을 때까지 누구에 대하여도 목적물을 유치하여 인도를 거절할 수 있다. 채무자뿐만 아니라 그 물건의 소유자의 양수인인 경락인에 대하여도 같다¹⁷⁾.

나. 타 물권과 다른 유치권의 특이점

첫째, 유치권은 점유를 그 성립 및 존속요건으로 하고 점유의 상실에 의하여 소멸하며(민법 제328조), 추급효를 가지지 않으므로 유치물의 점유를 침탈당하는 경우에는 점유물반환청구(동법 제204조 제1항)에 의하여 그 점유를 회복할 수밖에 없으며, 유치권은 부동산 위에도 성립하지만 등기를 효력요건으로 하지 않는다. 그리고 유가증권에 대하여 성립하는 경우에도 배서를 필요로 하지 않는다. 유치권이 물건의 점유와 함께 하는 권리로서 점유로써 공시하면 되기 때문이다.¹⁸⁾ 즉 유치권은 점유를 하는 동안에만 존속하고 점유를 상실하면 유치권이 소멸한다(동법 제328조)는 점에서 점유권과 유사하다. 이것은 점유상실의 경우 유

12) 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

13) 유치권은 공평의 원칙에 의한 제도인 점에서 동시이행의 항변권과 동일한 취지이지만, 유치권은 피담보채권의 채무자에 대해서 뿐만 아니라 제3자에 대해서도 인도를 거절할 수 있는데 반하여, 동시이행의 항변권은 쌍무계약에서 서로 대가관계에 있는 채권에 대해서만 행사할수 있다는 점에서 근본적인 차이가 있다고 한다(김상룡, 「물권법」, 법문사, 1999, 591면).

14) 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2004. 282면.

15) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다16202 판결.

16) 대법원 1993. 3. 26. 선고 91다14116 판결.

17) 대법원 1967.11.28. 선고 66다2111 판결.

18) 이영준, 「물권법」, 박영사, 2001, 695면.

지권자에게 물권적 청구권이 부여되지 않는다는 점에서, 그리고 다른 점유할 수 있는 권리, 예를 들어 지상권·전세권과는 달리, 점유 이외의 요건을 요하지 않는다는 점에서 점유권에 유사하다. 민법은 유치권자에게 과실취득권(동법 제323조)유치물사용권(동법 제324조) 등을 인정하고 있지만 그 실질적 내용은 변제에 충당하고, 유치물보존행위에 불과하다는 점에서, 지상권자·전세권자가 가지는 사용수익금과는 본질적으로 다르다.¹⁹⁾ 그러나 유치권자에게는 목적물에 대한 어떠한 이용 및 간섭가능성이 주어지지 않을 뿐만 아니라 목적물의 점유상실시에도 물권적 청구권이 인정되고 있지 않고 단지 점유보호청구권이 주어진다든 점에서, 그리고 소송상 청구기각판결을 받는 것이 아니라 상환이행판결을 받는다는 점에서, 점유할 수 있는 권리의 구체적 내용을 표상하고 있지는 않다. 그것은 오히려 점유권에 가깝다. 예컨대 유치권은 물권법의 체계상으로는 점유권에 대한 본권(점유할 수 있는 권리)이지만, 그 실질적 내용에 있어서는 물건의 사실적 지배(점유)가 요건이자 효력으로서 일체를 이루고 있다는 점에서 점유권의 모습을 띠고 있는 특이한 성질의 물권이다.

둘째, 유치권은 법정담보물권으로서 일정한 요건이 존재하는 경우에 법률상 당연히 생기는 권리이며, 당사자간의 합의에 의하여 성립하는 것이 아니다. 이 점에서 약정담보물권인 질권 및 저당권과 다르다. 이처럼 유치권은 법정담보물권이지만 특약에 의하여 배제될 수 있다. 즉 유치권은 특수한 담보물권으로서 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치하는 유치적 기능을 가지지만 다른 담보물권과 달리 우선변제권능을 가지지 않는다. 예외적으로 유치물부터 생기는 과실에 관하여는 우선변제권을 행사할 수 있다(동법 제323조). 또한 유치권은 법률의 규정에 의하여 취득되는 물권이기 때문에 민법 제187조에 따라 등기를 필요로 하지 않는다. 따라서 부동산유치권자는 점유에 의해서 유치권을 취득할 당시의 소유자는 물론이고 그로부터 부동산을 전득한 제3자에 대하여서도 유치권을 주장할 수 있다.²⁰⁾

19) 공순진, “유치권의 성립요건으로서의 견련성”, 「동의법정」 제21집, 동의대학교 지방자치연구소, 2004. 8. 3면.

20) 그러나 유치권은 법정담보물권으로 등기부에 공시가 되지 않은 권리이기 때문에 선의의 제3자를 해할 가능성이 있고, 또한 유치적 효력에 의하여 사실상 우선변제효과 있으므로 순위의 원칙에 기한 물권질서를 혼란케 할 염려가 있다(공순진, 상계논문, 4면).

다. 상사유치권과의 비교

상인간의 유치권은 중세 이탈리아의 상인단체의 관습법에 기인하는 것으로서 민법의 유치권과는 전혀 다른 연혁을 가진 제도이다. 상인은 동일인과 계속하여 거래를 하고 서로 채권·채무를 부담하는 것이 보통이므로, 이와 같이 요건을 완화하는 것이 상인 간의 신용을 유지하고, 안전·확실한 거래관계를 지속시키는 데 적합한 것이다. 그러므로 현행 민법이 양자를 통일하지 않고 준별하여 규정하는 것은 수긍할 수 있는 태도이다. 이러한 일반상사유치권(상법 제58조) 외에 대리상(동법 제91조)·위탁매매업(동법 제111조)·운송주선인(동법 제120조)에 인정되는 특별상사유치권이 있다.²¹⁾

민법상의 유치권은 상법 제58조²²⁾에 의하여 인정되는 상사유치권과는 다음과 같은 점에서 구별된다.

상법 제58조는 상인간의 유치권에 관한 규정으로 그 성립요건을 완화하고 있다. 즉 민법에 있어서와 같은 엄격한 견련성을 요건으로 하지 않고 다만 채권의 성립과 물건의 점유의 취득이 당사자간의 상행위로부터 생기면 족한 것이다. 따라서 상인은 직접 점유물에 관하여 생긴 채권이 아니더라도 이 채권으로 그 점유물을 유치할 수 있는 것이다.²³⁾ 즉, 상사유치권은 피담보채권과 목적물 사이의 견련관계는 필요 없고 단지 상행위로 인하여 점유를 취득하였으면 되나, 반면에 그 목적물은 채무자 소유에 한정되고 제3자 소유의 물건에 대하여는 성립하지 않으며, 피담보채권은 상행위로 인하여 생긴 것이어야 한다. 다만, 운송인과 운송주선인에 대하여 인정되는 특별상사유치권(상법 제120조, 제147조)의 경우에는 운송물에 관하여 받을 보수, 운임, 체당금, 선대금에 관하여서만 그 운송물을 유치할 수 있으므로, 견련성이 요구된다.²⁴⁾

21) 이영준, 전계서, 694면.

22) 상법 제58조는 상인간의 유치권에 대한 규정을 두고 있다. 그 내용은 채권자인 상인이 채무자인 상인의 채무가 이행될 때까지 그 채무자의 물건을 유치할 수 있는 것으로, 민법상의 유치권의 내용과 동일하다. 그 효력에 있어서도 상법이 그것에 대해서 특별히 규정한 바가 없기 때문에 민법상의 유치권의 효력이 준용된다. 환취권이 인정되는 것도 같다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제407조).

23) 대법원 2000.10.10. 자 2000그41 결정.

24) 황태효, 전계논문, 130면.

라. 유치권과 동시이행항변권과의 관계

(가) 양제도의 차이점

첫째, 동시이행의 항변권은 쌍무계약상의 채무에 대하여서만 성립하지만, 유치권은 그 발생원인 여하를 묻지 않고 사무관리·부당이득 또는 불법행위에 의하여도 성립한다.²⁵⁾

둘째, 동시이행항변권은 계약의 상대방에 대해서만 행사할 수 있고, 동일한 쌍무계약에 의하여 발생하는 것이지만 유치권은 어느 누구에게도 행사할 수 있고, 그 발생 원인을 묻지 않으며, 계약관계가 없는 경우에도 발생할 수 있다.²⁶⁾

셋째, 동시이행의 항변권은 쌍무계약에서 생긴 두 개의 채무의 이행이 동시에 또는 교환적으로 행해지는 것을 목적으로 하는 것에 대하여 유치권은 한 개의 채무의 이행을 목적으로 하고 이시이행이다.

(나) 양제도의 경합

양자의 병존을 인정하더라도, 유치권을 행사하면 상대방은 선이행의무를 지므로 동시이행의 항변권의 존재는 무의미하게 된다.²⁷⁾ 그러나 쌍무계약에 있어서 동시이행의 항변권과 유치권의 요건을 동시에 충족되어 이들이 경합된 경우, 이에 대해서 양 권리의 경합을 부정하는 견해²⁸⁾가 있다. 그러나 양 권리는 각 그 법적 성격이나 목적·기능 등에서 차이가 있으나 공평의 관념에서 출발하였고 적용에 있어서도 일치하는 경우가 많으므로 양 권리가 경합되더라도 권리자가 모두 주장할 수 있다고 보아야 할 것이다.²⁹⁾

(2) 유치권의 성립요건

25) 柚木馨·高木多喜男, 「擔保物權法」, 有斐閣, 1982, 18面.

26) 김주수, 「민법개론(제7판)-사례를 통한 민법이해」, 삼영사, 1999, 427면.

27) 곽윤직, 「물권법(제7판)」, 박영사, 2006, 283면.

28) 이에 관한 국내학자의 견해는 찾아볼 수 없고, 일본 학자인 경우에는 近江幸治, 「擔保物權法」, 弘文堂, 1993, 39面; 川島武宜, 「民法解釋學の諸問題」, 弘文堂, 1971, 126面; 鈴木祿彌, 「物權法講義」, 創文社, 1985, 270面 등이 있다.

29) 곽윤직, 「채권각론(신수정판)」, 박영사, 2003, 61면; 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2001, 168면; 高木多喜男, 「擔保物權法」, 有斐閣, 1994, 16面; 川井建, 「擔保物權法」, 青林書院新社, 1980, 284面.

1) 일반적 성립요건

첫째, 유치권의 목적이 될 수 있는 것은 타인의 동산·부동산·유가증권이다. 유치권은 목적물의 점유자체가 공시방법의 역할을 하는 법정담보물권이므로, 부동산이나 유가증권을 목적으로 하는 유치권의 경우에도 등기나 배서가 필요하지 않다.

둘째, 채권은 유치권의 목적물에 관하여 생긴 것이어야 한다. "그 물건에 관하여 생긴 채권"이란 채권이 물건 자체로부터 생긴 경우와, 채권이 물건의 반환청구와 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생한 경우를 말한다. 이러한 견련성은 채권과 목적물 사이에 있으면 충분하고, 그 채권이 목적물의 점유 중에 생긴 것이어야 하는 것은 아니다. 이때 채권이 물건 자체로부터 발생한 경우는 물건에 대하여 지출된 필요비 또는 유익비 등의 상환청구권(민법 제626조·제203조)이 인정된다. 즉, 유치권을 취득하게 되는 자가 물건의 가치를 보존·증대시키거나 그 물건으로부터 직접 손해를 입은 경우이다. 그리고 건물임차인이 건물에 관한 유익비상환청구권에 터잡아 취득하게 되는 유치권은 임차건물의 유사사용에 필요한 범위 내에서 임차대지부분에도 그 효력이 미친다.³⁰⁾

한편, 채권이 물건의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생한 경우는 채권이 물건의 반환청구권과 동일한 법률관계로부터 발생한 경우로는 매매계약이 취소된 결과 생기는 대금반환청구권과 목적물의 반환의무의 관계나 수리위탁계약에 따른 수리대금청구권과 목적물의 반환의무의 관계 등이 있다. 채권이 물건의 반환청구권과 동일한 사실관계로부터 발생한 경우로는 2인이 서로 물건을 바꿔간 경우에 그 상호간의 반환청구권의 관계를 예로 들 수 있다.

셋째, 채권이 변제기에 있어야 한다. 채권이 변제기에 있지 않을 때는 유치권은 발생하지 않는다. 변제기 전에 유치권을 인정하면 변제기 전에 채무이행을 강제하는 것이 되기 때문이다. 변제기 도래라는 요건은 질권·저당권에 있어서는 권리실행의 요건이나 유치권에서는 성립요건이다. 유익비의 상환청구권에 대해 법원은 채무자에게 기한을 허여할 수가 있는데, 이 경우에는 유치권이 성립하지 않는다(민법 제386조 제2항 단서).

넷째, 유치권자가 목적물을 점유하고 있어야 한다. 유치권은 점유하고 있는 물건에 대하여 생기는 권리이므로, 물건의 점유를 이탈하면 성립할 수 없다. 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 상관없으며, 유치권자가 목적물의 점

30) 대법원 1980.10.14. 선고 79다1170 판결.

유를 상실하면 유치권은 당연히 소멸한다. 즉 '타인'에는 채무자 외의 제3자도 포함된다는 것이 통설·판례이다.³¹⁾

점유의 인정여부에 대하여 판례는 제반사정을 종합적으로 판단하여 결정하고 있다. 즉 공장건물의 소유회사가 부도가 난 후, 공장신축공사 잔대금채권에 기한 공장건물의 유치권자가 공장을 유치·점유한다는 안내문을 게시하고 공장건물 등에 자물쇠를 채우고 사람들의 공장출입을 통제하고, 그 공장이 경락된 다음에도 공장주변을 경비·수호하였다면 유치권자가 그 공장을 점유하고 있었다³²⁾ 고 한다.

다섯째, 점유는 불법행위로 인하여 취득된 것이 아니어야 한다. 유치권자의 점유는 불법행위로 인하여 취득한 것이 아니어야 한다(민법제320조 제2항). 불법행위로 물건을 점유한 자에게 유치권을 인정하여 그 채권을 특별히 보호할 필요는 없으므로 공평의 원칙에 의해 둔 규정이다.

여섯째, 유치권배제 특약이 없어야 한다. 당사자간에 유치권의 발생을 배제하는 특약이 있으면 그 특약은 유효하다. 따라서 그러한 특약이 없어야 유치권이 성립할 수 있다. 예컨대 건물의 임차인이 임대차관계 종료시에는 건물을 원상으로 복구하여 임대인에게 명도하기로 약정한 것은 건물에 지출한 각종 유익비 또는 필요비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 볼 수 있으므로, 임차인은 유치권을 주장할 수 없다.³³⁾

2) 견련관계

유치권의 성립요건으로 견련관계이론의 발전에 결정적인 역할을 한 사람은 1777년 게오르크 루드비히 뵘머(Georg Ludwig Boehmer)라고 한다.³⁴⁾ 이 후 1968년 골드슈미트(Goldschmidt)는 “청구권들이 사물의 성질상 또는 당사자의 의사에 의하여 하나의 통일체

31) 박윤직, 전거서, 389면; 김상용, 「물권법」, 미디어, 2009, 601면; 김주수, 「민법개론(제7판)-사례를 통한 민법이해」, 삼영사, 1999, 430면; 이영준, 「물권법(민법강의Ⅱ)」, 박영사, 1995, 762면; 이은영, 「물권법(제4판)」, 박영사, 2006, 666면; 문광섭, “유치권의 피담보채권의 범위 - 채권과 물건 간의 견련관계 및 유치권의 불가분성과 관련하여 -”, 「대법원판례해설」 제71호, 법원도서관, 2008. 7, 129면 참조; 대법원 1972.1.31. 선고 71다2414 판결; 대법원 1976.10.26. 선고 76다2079 판결 참조.

32) 대법원 1996.8.23. 선고 95다8713 판결.

33) 대법원 1975.4.22. 선고 73다2010 판결.

34) 최창열, 전거논문, 92면; 양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건 간의 견련관계”, 「법률학의 제문제 : 유기천박사 고회기념」, 박영사, 1988, 399면.

를 이루는 바의 여러 법률관계들의 복합에 속하는 경우”에 견련관계가 인정된다고 주장하였는데, 이후 판례가 이 견해를 받아 들였다고 한다.³⁵⁾ 그 후 1968년 골트슈미트(Goldschmidt)는 「청구권들이 사물의 성질상 또는 당사자의 의사에 의하여 하나의 통일체를 이루는 바의 여러 법률관계들의 복합에 속하는 경우」에 견련관계가 인정된다고 주장하였는데,³⁶⁾ 그 후 판례가 골트슈미트의 견해를 받아들임에 따라 보통법상의 유치권은 견련관계에 있는 두 개의 청구권을 전제로 한다는 것이 이론으로 정착하게 되었다.³⁷⁾

민법 제320조 제1항에 의하여 유치권이 성립하기 위하여 점유자의 채권이 그 목적물에 “관하여 생긴 것”이어야 한다. 이것은 유치권이 채권과 목적물과의 관계에 의하여 존재하게 됨을 말하는 것으로 양자가 서로 관련 지워지는 성질을 견련성이라고 하는데, 이 견련성은 유치권의 성립요건이 될 뿐 아니라, 피담보채권의 범위를 결정하기 위한 것이므로 유치권의 핵심적인 사항중의 하나이다.³⁸⁾ 즉 유치권이 성립하기 위해서는 일정한 요건이 필요하지만 그 중 가장 중요한 것은 채권과 목적물 사이의 견련관계이다. 그러나 민법은 유치권의 성립 여부를 결정하는 핵심적 통제요건인 ‘채권과 목적물 사이의 견련관계’에 대해서는 단순히 ‘그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권’이라고만 규정함으로써 구체적으로 어떠한 채권이 유치권의 피담보채권에 해당하는지 여부에 관하여는 스스로 이것을 해결하지 않고 전적으로 학설과 판례에 일임하고 있는 실정이다.³⁹⁾

종래의 통설과 판례는 ‘목적물에 관하여 생긴 채권’에 대하여 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우와 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 동일한 사실관계의 두 유형으로 나누어 모두에 견련관계를 인정하고 있다.⁴⁰⁾

35) 강희숙, “부동산경매절차에 있어서 유치권 행사에 관한 법정정책 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위논문. 2010, 101면.

36) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, Bd. 1, 1868, S.974f.

37) 양창수, 전계논문, 399면-400면.

38) 고상용, 전게서, 529면; 공순진 전계논문, 16면; 김상찬, 「물권법」, 제주대학교출판부, 2010, 338면; 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007, 698면; 최창열, 전계논문, 1면; 한편 유치권에 관한 논문은 거의 견련관계에 관한 논문이라고 해도 과언이 아닐 정도로 많다. 여기서 그 몇 개만 소개하면 다음과 같다. 김계순, “유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계”, 「이화여자대학교 법학논집」 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009. 3, 29면 이하; 문광섭, “유치권의 피담보채권의 범위 - 채권과 물건 간의 견련관계 및 유치권의 불가분성과 관련하여 -”, 「대법원판례해설」 제71호, 법원도서관, 2008. 7, 120면 이하; 박영목, “유치권의 성립요건과 효력범위 - 수급인의 유치권을 중심으로 -”, 「안암법학」 제27호, 안암법학회, 2008, 9, 231면 이하; 박용석, “유치권 성립요건으로서의 견련성에 관하여”, 「법학연구」 제48권 제2호, 부산대학교법학연구소, 2008. 2, 219면 이하; 신국미, “유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8, 127면 이하; 엄동섭, “유치권의 성립요건-견련성”, 「고시계」 제50권 제11호, 국가고시학회, 2005. 11, 18면 이하; 조성민, “유치권의 성립요건과 효과”, 「고시연구」 제30권 제7호, 고시연구사, 2003, 53면 이하등이 있다.

39) 공순진, 전계논문, 16면.

(3) 유치권의 효력과 소멸

1) 유치권의 효력

가. 목적물의 유치권능과 점유할 권리

유치권은 점유하고 있는 물건 또는 유가증권에 관하여 생기는 권리이므로 유치권의 성립에는 점유가 필수요건⁴¹⁾이고 유치권자가 점유를 잃으면 유치권은 당연히 소멸한다.⁴²⁾ 그러나 점유가 불법으로 행하여 졌다면 이 경우에는 유치권이 성립될 여지가 없다.⁴³⁾ 점유는 유치권의 한 요건으로 작용하고 또한 유치권이 갖는 본체적 효력인 유치력을 구성하여 채권의 변제를 사실상 우선변제 받도록 강요하는 효력을 가지고 있으며 목적물의 유치력과 유치권의 공시기능을 달성할 수 있도록 하는 것이다.

여기서 물건을 유치한다고 하는 것은 목적물의 점유를 계속하면서 인도를 거절하는 것이다. 채권 전부가 변제될 때까지 목적물 전부에 대하여 유치할 수 있으며, 채권의 일부가 양도된 경우에 한 개의 유치권을 공동으로 가지게 된다. 그러나 공평의 원칙에 의하여 임야의 개간한 부분만 인정한 예외의 판결도 있다.⁴⁴⁾ 이 권리는 이미 점유하고 있는 물건을 반환하지 않고 계속 점유하고 인도를 거절하는 것으로 본권으로서의 점유 즉, 점유를 정당화 할 권리를 말하는 것이다. 이러한 유치권능에 의해 물건을 반환하지 않더라도 불법행위를 구성하지 않고 이행지체에도 빠지지 않는 정당한 권리인 것이다.

유치권자가 집행관에게 목적물을 인도하였더라도 점유를 상실하는 것은 아니다. 이 경우 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다. 그리고 유치권자는 채무자의 승낙 없이 유치물의 사용, 대여 또는 담보제공을 할 수 없

40) 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001, 448면; 곽윤직, 전계서, 387면; 김상룡, 전계서, 596면; 김용한, 「물권법」, 박영사, 1985, 479면; 윤철홍, 「물권법강의」, 박영사, 1998, 322면; 이상태, 「물권법」, 법원사, 2002, 535면; 최급숙, “유치권의 성질 및 성립요건에 관한 몇가지 고찰”, 「법학논집」 제2권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 1998, 100면; 최창열, 전계논문, 121면.

41) 대법원 1955.10.6. 선고 4288 판결.

42) 대법원 1972.5.30. 선고 72다548 판결: 비록건물에 대한 점유를 승계한 사실이 있다 하더라도 전 점유자가 이미 점유를 상실한 이상 전점유자를 대위하여 유치권을 주장할 수 없다.

43) 대법원 2005.8.19. 선고 2005다22288 판결; 대법원 1966.6.7. 선고 66다600 판결.

44) 대법원 1968. 03. 05. 선고 67다2786 판결.

으나, 보존에 필요한 사용은 할 수 있다.⁴⁵⁾

민법 제213조 단서에는 정당하게 점유할 권리로서 소유자에게 그 반환의 청구를 거부할 수 있도록 하고 있고, 민사집행법 제91조 제5항에서는 유치권자는 매수인으로부터 채권전부의 변제를 받을 때까지 목적물의 인도를 거절할 수 있다. 이 경우 유치권자는 유치적 효력으로서 대항할 뿐이고 매수인에게 직접 피담보채권의 변제를 청구할 수 없다.⁴⁶⁾ 그러나 매수인이 유치권자에게 건물명도소송을 제기하였을 경우 유치권자가 유치권항변을 주장할 때는 채권의 변제와 상환으로 그 물건의 인도를 명하여야 할 것이 유치권의 성질상 당연하다 할 것이므로 원고일부패소판결(상환이행판결)을 선고하여야 한다.

나. 경매청구권

유치권자는 유치물을 경매할 수 있다(민법 제322조 제1항). 경매의 방법은 민사집행법이 정하는 절차에 의하여(민사집행법 제274조) 서면에 의한 신청으로 개시된다. 이때에는 채무자에게 통지하여야 하는데, 제327조의 취지에 비추어 경매의 경우에도 변제 내지 대담보 제공에 의하여 채무자에게도 목적물을 되찾을 기회를 주기 위하여 통지할 의무가 있다고 할 것이다.⁴⁷⁾ 이처럼 유치권자에게 경매신청권이 인정됨으로써 유치권은 그 담보권으로서의 기능이 더욱 강화되었다고 할 것이다.⁴⁸⁾ 즉 유치권자가 경매신청을 하지 아니하고 목적물의 유치적 효력만 행사하고 있는 상태에서 우선변제권이 있는 다른 채권자등이 유치목적물인 부동산을 경매하게 되면 유치권자는 경락인에 대하여도 계속하여 유치권을 주장할 수 있게 되어 사실상 채권을 우선변제 받을 수 있게 되어 실질적으로는 우선변제효력이 있다고 설명 된다.⁴⁹⁾

한편 근저당권자는 경매절차에서 유치권을 주장하는 자를 상대로 유치권부존재확인의 소를 제기할 수 있다.⁵⁰⁾

45) 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006, 500면.

46) 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

47) 김상찬, 전제서, 346면.

48) 광윤직, 전제서. 290면 이하; 이영준, 「새로운 체계에 의한 한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004. 721면 이하; 김준호, 전제서, 695면.

49) 이은영, 전제서. 672면.

50) 대법원 2004. 09. 23. 선고 2004다32848 판결.

다. 간이변제충당권

경매의 경우 유치권자에게는 우선변제권이 없다. 그러나 유치물의 가액에 비하여 경매를 하는데 과도한 비용이 소요되는 등의 정당한 이유⁵¹⁾가 있을 경우에는 감정인의 평가에 의하여 직접 변제에 충당할 것을 법원에 청구할 수 있다(민법 제322조 제2항). 이를 간이변제충당권이라고 한다. 그런데, 법정과실의 경우, 유치권자의 사용·수익의 경우로서 채무자의 승낙에 의하거나 보존행위로서 목적물을 사용하는 경우에 그 차임 상당액을 우선적으로 채권의 변제에 충당할 수 있다고 하는 것인데 이는 엄격한 의미에서의 과실은 아니나 과실에 준하여 유치권자가 자신의 채권 변제에 충당할 수 있다고 해석하는 것이 다수설이다.⁵²⁾ 이 경우 평가액이 채권을 초과하는 때에는 채무자에게 상환하여야 한다. 반대로 부족액이 있는 경우에는 채무자를 향하여 일반 채권이 성립하게 된다.⁵³⁾

라. 과실수취 변제 충당권

유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다(민법 제323조). 여기에서 과실이란 천연과실 뿐만 아니라 법정과실도 포함된다. 수취한 과실은 먼저 이자에 충당하고 나머지는 원본에 충당하여야 한다(동법 제323조 제2항 및 제479조). 그러나 과실이 금전이 아닌 때에는 경매하여야 한다. 원래 유치권은 유치물을 점유하는데 불과한 권리이지만 이 점유에 관하여 유치권자는 선량한 관리자의 주의의무를 부담하는 점, 과실을 수취하여도 변제에 충당하므로 채무자의 이익을 해하지 않는 점을 고려하여 유치권자에게 위와 같은 과실수취권이 인정된 것이다.

이러한 과실수취권에 대한 법적 성질에 관하여 소유권 취득설과 유치권 취득설이라는 견해의 대립이 있다. 소유권 취득설은 유치권자가 과실을 수취함에 의하여 과실에 대하여 소유권을 취득한다고 하는 견해이고,⁵⁴⁾ 이에 대하여 유치권

51) 판례에 의하면 유치물의 처분에 관하여 이해관계를 달리하는 다수의 권리자가 존재하거나 유치물의 공정한 가격을 쉽게 알 수 없는 등의 경우에는 민법 제322조 제2항에 의하여 유치권자에게 유치물의 간이변제충당을 허가할 정당한 이유가 있다고 한다(대법원 2000.10.30.자 2000마4002 결정).

52) 박윤직, 전계서, 393면; 김주수, 전계서, 431면; 김준호, 전계서, 706면.

53) 홍성재, 전계서, 501면.

54) 방순원, 「신물권법」, 일한도서, 1960, 233-234면.

취득설은 유치권자가 수취한 과실에 대하여 우선변제권이 있는 유치권을 취득하는데 불과하다는 견해이다.⁵⁵⁾

임차인인 유치권자가 채무자의 승낙에 의하거나 보존행위로서 목적물을 스스로 사용할 때에는 그 차임 상당액의 이득을 보는 것인데, 이는 엄격한 의미에서 과실은 아니지만 과실에 준하여 유치권자가 그의 채권의 변제에 충당할 수 있다고 할 것이다. 즉 사용이익은 부당이득으로서 채무자에게 반환하여야 하지만,⁵⁶⁾ 과실에 준하여 그의 채권의 변제에 충당할 수 있다. 또한 유치권자가 임대료를 수취하게 되는 경우에 임대료는 법정과실로서 채무자의 승낙 없이 임대한 경우가 아닌 한 임대료에 관하여 변제 충당할 수 있다. 그러나 임차인인 유치권자가 채무자에게 지급할 임차료 자체나 차임 상당액은 그 자체가 법정과실이 아닌 점에서 변제 충당할 수 없다고 할 것이다.⁵⁷⁾ 그러나 유치물 자체에 대한 간이변제충당이 인정되는 점에서 당사자의 합의에 의하여 평가할 수도 있고, 유치권자의 판단에 따라 상당한 대가로의 매각도 할 수 있다는 데에는 이설이 없다.⁵⁸⁾

마. 비용상환청구권

유치권자가 유치물에 관하여 필요비를 지출한 때에는 소유자에게 그 상환을 청구할 수 있다(민법 제325조 제1항). 그리고 유치권자가 유치물에 관하여 유익비를 지출한 때에는 그 가액의 증가가 현존하는 경우에 한하여 소유자의 선택에 좇아 그 지출한 금액이나 또는 증가액의 상환을 청구할 수 있다(동법 제325조 제2항 본문). 그러나 법원은 소유자의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 인정할 수 있다(동법 제325조 제2항 단서).

필요비는 물건의 보존에 필요한 통상비와 특별한 필요비도 그 상환을 청구할 수 있다. 통상의 필요비란 물건의 수선비·사육비·조세의 부담 등과 일상의 보관에 필요한 비용을 말하고, 특별한 필요비란 풍수해에 의한 가옥의 대수선과 같이 이상의 보관 외에 지출할 필요가 있는 비용을 말한다.⁵⁹⁾

55) 이은영, 전계서, 669면.

56) 대법원 1963. 7. 11. 선고 63다235 판결.

57) 홍성재, 전계서, 501-502면.

58) 김상찬, 전계서, 347면.

59) 강희숙, 전계논문, 126면.

유익비는 유치권자가 선량한 관리자의 주의의무와 같이 물건의 가치보존을 위하여 불가결한 것이 아니지만 물건의 본질을 변하지 않고 물건의 이용개량을 위하여 지출한 비용을 말하며 유익비로 인정받기 위해서는 목적물의 객관적 가치를 증가시키는 것이어야 한다. 유익비로서 인정여부는 유치권자가 아니라 소유자를 기준으로 판단하여야 한다.⁶⁰⁾ 이와 관련하여 대법원은 을이 갑 소유건물을 임차하여 내부시설공사와 창고지붕의 보수공사 등을 위하여 공사비를 지출하여 그에 상당하는 유익비를 청구한 사건에서 위 공사비용중 창고지붕의 보수공사비용은 통상의 관리비에 속하고 카페를 운영하기 위한 내부시설공사는 건물의 객관적 편익을 가져오는 것이 아니기 때문에 임대인이 상환의무를 지는 유익비가 아니라고 판시하고 있다.⁶¹⁾ 또 우리 민법은 이러한 유익비에 대하여 민법 제203조 제2항 및 제626조 제2항과 마찬가지로 “그 가액의 증가가 현존하는 경우에 한하여 소유자의 선택에 따라 지출한 금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다.”고 하여 유치권자가 지출한 금액을 기준으로 정하는 것이 아니라 소유자가 얻은 가액의 증가와 비교하여 소유자가 선택하도록 하고 있다.

민법 제325조 제1항에는 비용상환 청구의 상대방은 「소유자」라고 규정되어 있으나, 채무자와 소유자가 다른 경우, 채무자도 포함시킬 것인가에 대하여는 견해가 대립된다.⁶²⁾

바. 유치물 사용권

부동산유치권자는 채권담보를 위하여 목적물을 점유하는 권리에 불과하고 유치물의 사용권이 당연히 내포되어 있는 것은 아니므로 유치권자는 원칙적으로 유치물의 이용행위를 할 수 없다. 이에 위반한 경우 손해발생여부를 불문하고 채무자 또는 소유자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있고(민법 제324조 제3항), 손해가 발생한 경우 손해배상의무를 진다(동법 제390조). 그러나 예외적으로 다음 두 경우에는 유치권자가 목적물을 사용하거나 처분 할 수 있다. 즉 채무자의 「승낙

60) 이영준, 전제서, 719면.

61) 대법원 1975.4.22. 선고 73다2010 판결.

62) 소유자만이 상대방이 된다는 견해는 김준호, 전제서, 323면; 송덕수, 「신민법강의(2판)」, 박영사, 2009, 681면; 지원립, 「민법강의(2판)」, 홍문사, 2010, 736면; 채무자도 상대방이 된다는 견해는 고상룡, 전제서, 554면; 이상태, 전제서, 399면; 이영준, 「한국민법론(물권편, 신정2판)」, 박영사, 2004, 719면 등이 있다.

이 있는 때」 및 유치물의 「보존에 필요한 사용」의 경우에는 그 이용권이 인정된다.

(가) 승낙에 의한 사용권

유치권자는 채무자의 승낙이 있는 때에는 유치물의 사용, 대여, 또는 담보제공을 할 수 있다(민법 제324조 제2항).⁶³⁾ 소유자와 채무자가 다른 사람인 때에는 소유자라고 할 것이다.⁶⁴⁾ 채무자의 승낙이 있는 때의 사용권의 범위, 내용에 관해서는 당사자의 계약에 의하여 정해진다. 유치권자가 채무자의 승낙을 얻어 물건을 제3자에게 자기채무의 담보로 제공한 경우에 채무자는 자기채무액을 초과하는 부분에 관하여는 물상보증인과 유사한 지위에 놓이게 된다. 이때 승낙할 자는 채무자인 것이 원칙이나 채무자와 소유자가 다른 경우에는 승낙할 권한이 있는 자는 소유자라고 할 것이고, 승낙은 사후승낙도 가능하며 일단 승낙이 있는 이상 승낙전질과 유사하므로 임대차 내지 담보설정계약은 유치권과는 아무런 관계없이 존속한다고 할 것이다. 또한 그로 인하여 임대료 등의 수익은 유치물로부터 발생한 법정과실로서 우선적으로 채권의 변제에 충당될 수 있다고 할 것이다.⁶⁵⁾

(나) 보존에 의한 사용권

유치권자는 채무자의 승낙을 얻지 않더라도 유치물의 보존에 필요한 범위 내에서는 사용권이 있다(민법 제324조 제2항 단서).

여기서 보존행위란 그 물건의 가치를 유지하는 행위를 말한다. 유치권자가 유치물에 대한 보존행위로서 목적물을 사용하는 것은 적법행위이므로 불법점유로 인한 손해배상책임이 없다.⁶⁶⁾

보존에 필요한 사용인지의 여부는 목적물의 성질 및 상태에 따라 사회통념에 맞추어 구체적으로 판단하여야 할 것이나, 문제는 건물이나 토지의 임차인이 비

63) 대법원 2002.11.27. 자 2002마3516 결정.

64) 그러나 이러한 경우에도 채무자가 지상권과 같은 물권적 사용수익권이 있는 경우에는 유치권의 사용대여에 대하여 동의를 하는 것도 가능하기 때문에, '채무자'란 채무자 또는 소유자라고 풀이하여, 사용, 대여, 담보설정의 각 경우에 따라서 채무자가 가지는 권리를 고찰하여 어느쪽의 승낙을 요하는가를 판단하여야 한다. 이러한 경우의 승낙은 반드시 사전승낙만을 요하지 않는다(고상용 「물권법」, 법문사, 2001, 550면).

65) 이영준, 전계서, 726면.

66) 대법원 1972.1.31. 선고 71다2414 판결.

용상환청구권에 바탕을 둔 유치권을 행사함에 있어서 종전대로 거주나 토지의 사용을 계속한 경우에, 이것이 보존에 필요한 사용인가에 있다. 이 경우 종전에는 보존에 필요한 사용이 아니라는 것이 다수설이었으나,⁶⁷⁾ 긍정하는 것이 타당하다는 견해⁶⁸⁾가 늘어나고 있는 추세이다. 판례도 이를 보존행위로 본다.⁶⁹⁾ 그런데, 이 경우 유치권자가 보존에 필요한 사용에 의하여 얻은 이익을 어떻게 취급할 것인가에 대해 견해의 대립이 있다. 판례는 부당이득설을 취하면서 이것이 부당이득이므로 채무자에게 반환하지 않으면 안 된다고 하며, 이때 반환하여야 할 이익은 특별한 사정이 없는 한 차임상당의 이익을 의미한다고 하였다.⁷⁰⁾ 이에 대하여 학설은 변제충당설을 취하여 사용이익은 법정과실로서 유치권자의 과실취득권에 따라 변제에 우선 충당할 수 있다고 한다.⁷¹⁾ 그러나 결국, 유치방법이든 보존행위이든 채무자나 소유권자의 승낙을 얻을 필요가 없다고 보는 점에서는 차이가 없다. 다만 특별한 사정이 없는 한 차임상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다.⁷²⁾ 가령, 대지의 점유가 정당한 유치권에 기한 것으로 불법점유가 아니라 할지라도 그 유치권의 행사가 단순히 유치물의 유지를 위한 보존 정도를 초과하여 유치 물건을 사용한 경우에는 특별한 사정이 없는 한, 차임 상당의 부당이득으로서 유치물소유자에게 이를 반환할 의무가 있다.⁷³⁾

건물임차인이 건물에 관한 유익비 상환청구권을 바탕으로 취득하게 되는 유치권은 임차건물의 유지·사용에 필요한 범위내에서 임차 대지 부분에도 그 효력이 미친다고 할 것이다.⁷⁴⁾ 이에 관하여 판례는 부동산임차인이 그 비용 상환청구권에 관한 유치권을 행사하기 위하여 종전대로 그 부동산을 사용하는 경우 즉 건물에 대하여 그 곳에서 영화를 상영한 경우를 보존에 필요한 사용행위 라고 판시하고 있다.⁷⁵⁾

67) 김갑유, 「유치권-주석민법 제3판 물권(3)」, 한국사법행정학회, 2001, 403면.

68) 이영준, 전게서, 727면; 강희숙, 전계논문, 122면; “부동산 유치권의 성립과 효력”, 「토지법학」 제22호, 한국토지법학회, 2006. 12. 383면.

69) 대법원 1972. 01. 31. 선고 71다2414 판결.

70) 대법원, 1977.1.25. 선고 76다2096판결; 법원 1962. 8. 31. 선고 62다294 판결; 대법원 1963. 7. 11. 선고 63다235 판결. 학자 중에는 최석, 「(신)물권법·담보물권법」, 박영사, 1960, 314면이 이 입장을 취하고 있다.

71) 고상룡, 전게서, 552면; 이영준, 전게서, 778면; 이은영, 전게서, 690면; 지원립, 전게서, 736면; 장경학, 「물권법」, 법문사, 1988, 686면.

72) 대법원 1962. 10. 18. 선고 62다299 판결.

73) 홍성제, 전게서, 502-503면.

74) 이기우, 전계논문, 384면.

75) 대법원 1965.3.9. 선고 64다1797 판결.

한편 유치권자는 선량한 관리자의 주의로서 유치물을 점유하여야 하고(민법 제 324조 제1항), 채무자의 승낙 없이 유치물을 사용, 대여 또는 담보제공하지 못하는데(동조 제2항), 유치권자가 이러한 의무를 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(동조 제3항). 이 청구론은 형성권이므로 소유자의 유치권자에 대한 일방적 의사표시에 의하여 유치권 소멸의 효과가 생긴다고 할 것이다.

2) 부동산 유치권의 소멸

가. 일반적 소멸사유

첫째, 유치권은 물권인 점에서 목적물의 멸실, 공용수용, 몰수, 철폐, 포기, 혼동에 의해서 소멸한다. 또한 유치권은 담보물권으로서 피담보채권의 소멸시효에 의해서 소멸한다. 채권자가 유치권을 행사하고 있다고 하더라도 피담보채권은 소멸시효의 진행을 방해받지 않는다(민법 제326조). 즉 유치권자가 유물을 점유하고 있으나 유치권을 실행(예컨대, 경매청구)하지 않았다는 것을 이유로 유치권이 소멸시효로 소멸하지는 않는다.

채무자가 유치물의 사용이나 임대를 승낙하였다 하더라도 이는 채무의 승인에 해당하지 않는다. 물론 유치권 자체는 시효로 인하여 소멸하지 않는다. 유치권자가 목적물을 유치하고 있는 동안은 그 권리를 행사하고 있는 것인 바, 소멸시효가 진행하지 않기 때문이다. 따라서 유치물이 상실되면 유치권은 곧바로 소멸된다(민법 제328조). 따라서 유치권은 점유의 상실로 인한 소멸시효도 문제되지 않는다.

둘째, 유치권은 담보물권이므로, 담보물권에 공통적으로 존재하는 소멸사유에 의하여 소멸한다(예컨대, 피담보채권의 소멸). 다만, 유치권자의 점유는 피담보채권의 소멸시효의 진행에 영향을 주지 않는다. 그러므로, 유치권자가 계속 점유하고 있더라도 그 점유는 피담보채권의 행사가 아니므로 그 피담보채권은 소멸시효로 소멸할 수 있고, 이에 따라 유치권은 소멸한다(유치권의 소멸에서의 부종성).

나. 유치권에 특유한 소멸사유

첫째, 유치권자는 유치물을 '선량한 관리자의 주의의무'로서 점유하여야 하므

로, 이 의무를 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제 324조 제3항).

둘째, 유치권에 있어서 점유는 성립요건이면서 존속요건이므로 점유를 상실하면 유치권은 소멸한다(동법 제328조).⁷⁶⁾ 점유를 침탈당한 경우에도 유치권이 상실되지만, 유치물의 점유가 제3자에 의하여 침탈당한 후 점유회수청구권(동법 제 204조 제1항)에 의하여 점유를 회복한 때에는 유치권은 소멸하지 않았던 것으로 된다(제192조 단서 참조). 이 경우 유치권자는 점유상실 중에 발생한 과실에 대하여 유치권을 행사할 수 있고(동법 제323조), 점유를 확정적으로 상실한 후 전 유치권자가 다시 목적물의 점유를 취득한 경우에는 동일 채권에 관하여 그 물건 위에 다시 유치권을 취득한다고 할 것이다.⁷⁷⁾ 그러나 유치권자가 유치권의 존재를 알면서 반환한 경우에는 유치권을 포기한 것으로 새기는 것이 타당하다.⁷⁸⁾

셋째, 채무자는 채권액에 상당하는 가능액이나 유치물 가액에 상응하는 정도의 담보를 제공하여 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(동법 제327조). 유치권자의 승낙이 없으면 그 부당성에 대하여 판결로 의사표시를 갈음하면 되며, 승낙이나 판결이 확정되면 유치권은 소멸한다.

제공되는 담보가 상당한가의 여부는 그 담보의 가치가 채권의 담보로서 상당한가, 점유자의 채권 확보를 위하여 유치물에 의하였던 담보력을 저하시키지는 아니한가 하는 점을 종합하여 판단하여야 할 것이며, 한편 당해 유치물에 관하여 이해관계를 가지고 있는 자인 채무자나 유치물의 소유자는 상당한 담보가 제공되어 있는 이상 유치권 소멸 청구의 의사표시를 할 수 있다.⁷⁹⁾ 그러나 이러한 일정 담보제공에 의한 유치권 소멸청구 규정은 담보물권으로서 유치권의 효력을 약화시키는 결과를 야기함을 부인할 수 없다. 그러므로 담보는 물적 담보에 제한되어야 하며, 인적 담보인 보증의 제공은 제외하는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 유치권은 점유이익이 아니라 보전(담보)이익을 보호하기 때문이다.⁸⁰⁾ 그런데, 민법은 채무자가 유치권소멸을 청구할 수 있다고 규정하나, 유치물소유자도 이러

76) 대법원 1972. 05. 30. 선고 72다548 판결.

77) 대법원 1955. 12. 15. 선고 4288 판결.

78) 홍성재, 전제서, 504면.

79) 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다59866 판결.

80) 이진기, 전제논문, 253면.

한 청구를 할 수 있고,⁸¹⁾ 제공되는 담보의 종류에는 제한이 없다. 즉, 물적 담보(질권이나 저당권 등)는 물론이고 인적 담보(보증 등)도 가능하다.

이러한 담보는 현실적으로 제공되어야 하므로, 담보제공의 합의만으로는 부족하다. 또한, 담보가 제공되려면 유치권자의 승낙을 요한다. 유치권자가 이러한 승낙을 거절하는 경우에는 이에 갈음하는 판결을 소구할 수 있다.

채무자가 유치권의 소멸을 청구하면 유치권은 소멸한다. 이 소멸청구는 일방적 의사표시이므로, 결국 이러한 소멸청구권은 실질적으로는 형성권이다.⁸²⁾

2. 주요국가의 유치권 제도

유치권의 기원은 로마법의 악의의 항변(*exceptio doli*)에서 유래하는데, 악의의 항변은 일반적 악의의 항변(*exceptio doli praesentis*)과 특수한 악의의 항변(*exceptio doli praeteriti*)으로 나누어진다.⁸³⁾ 우선 특수한 악의의 항변은 원고가 법률관계의 발생에 있어 악의로 행동하였다면 피고는 악의의 항변을 주장할 수 있는 것이었다. 이에 반하여 일반적 악의의 항변은 법률행위가 적법하게 성립하였으나 그 이행청구가 부당하다고 판단될 경우, 법무관이 신의칙과 형평을 고려하여 피고에게 부여한 방어방법을 말한다.⁸⁴⁾ 일반적 악의의 항변에서의 악의(*dolus*)는 달리 표현하자면, 원고가 신의 성실과 형평(*aequitas*)의 원칙에 반하여 제소하는 경우에는 항상 존재하는 것이다.⁸⁵⁾ 이렇듯 ‘악의의 항변권’은 인도거절권(*reventio*)이지 담보물권적 성격을 지닌 것은 아니었다.⁸⁶⁾ 로마법에서는 인도거절권이 인정되는 경우에 대한 통일적 규정은 없었고, 선의의 점유자가 필요비 또는 유익비를 지출한 경우 점유자는 비용을 상환을 받을 때까지 물건을 유치할 수 있다는 식으로 개별적 규정을 두고 있었을 뿐이다.⁸⁷⁾ 이러한 로마법상의 악의의 항변

81) 대법원 2001.12.11. 선고 2001다59866 판결.

82) 강태성, “유치권의 성립요건으로서의 견련성 및 유치권소멸사유” 「저스티스」 제410호, 한국법학원, 2006. 6. 445면.

83) 김계순, 전제논문, 31면.

84) Webel, *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 Abs. I Satz I BGB. und das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. I BGB*(Univ. Breslau. 1933), 3.

85) Kupisch, “Exceptio doli generalis und iudicium bonae fidei : Zur Frage der Inhärenz bei Vertagen nach Treu und Glauben”, in *Festschrift für Ulrich Huber*(2006), 401. (서울오, “일반적 악의의 항변과 정의소송-정의계약에 있어서의 내재성 문제에 대하여-”, 「법학논집」 제12권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2008, 224면에서 재인용)

86) 고상룡, 전제서, 518면.

87) 로마법에서는 선의의 점유자가 직접 비용상환을 청구할 수 없었기 때문에 유치는 상환을 위한 유일한 수

또는 인도거절권은 근대법에서 각국은 채권적인 급부거절권과 물권적인 유치권의 두 가지 방향으로 발전하였다. 프랑스민법과 독일민법이 전자의 예를, 프로이센일반라트법⁸⁸⁾ 일본민법, 스위스민법, 우리 민법은 후자의 예를 채택하였다.⁸⁹⁾ 독일 민법은 유치권을 통일적인 제도로 파악하여 조문화하는 데에는 성공하였고(독민 제273조, 제274조), 프랑스 민법은 로마법의 수준을 넘지 못하고 있고, 스위스 민법은 유치권을 일종의 법정질권으로 규정하고 있다(스위스민법 제895조, 제898조).⁹⁰⁾ 우리 민법은 스위스 민법과 같이 유치권을 독립된 담보물권으로 구성하고 있으나, 여러 가지 점에서 예외적인 내용을 가진 존재라 할 수 있다.⁹¹⁾

여기서는 유치권제도에 관한 주요 국가의 유치권 제도에 관하여 고찰하기로 한다. 이를 통하여 유치권제도의 개념 정립과 그 범위의 해석은 어떻게 해야 하는지를 검토한다.

(1) 프랑스 민법

1804년 성립한 프랑스민법전은 유치권(droit de rétention)에 관하여 통일적인 규정을 두고 있지 않았는데,⁹²⁾ 그 이유로 Bobes는 Code Civil의 기초자가 실제적이고 추상적 이론을 구축하기 보다는 구체적인 해결을 발견하고자 한 것에 있다고 하였으며⁹³⁾ Marty et Raynaud는 고법학자들이 이 제도에 대한 일반적 이론을 연구하

단이었다고 하면서, 그 외에도 상속재산에 대하여 상속재산에 대한 필요비 또는 유익비를 지출한 선의의 점유자는 그 비용의 상환을 받을 때까지 그것을 유치할 수 있었고(Paul.u.Gai.D.5.3. 38; 39), 처의 재산에 기한 소권에 기한 가자반환청구에 대하여 남편이 가자에 대하여 비용을 지출한 경우에도 유치권이 인정되었다고 한다(양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건간의 건련관계”, 「법률학의 제문제: 유기천박사교회기념논문집」, 1988, 398면).

88) 프로이센일반라트법은 유치권에 관한 통일적인 규정을 최초로 둔 법으로 제1편 제20장 제536조 이하에서 ‘유치권에 관하여’라는 표제로 유치권을 규정하면서 유치권을 “타인 물건의 보유자가 자신의 반대채권이 만족될 때까지 그 물권을 소지할 수 있는 권능”이라고 정의하고(법 제536조), 유치권이 인정되는 채권은 물건 그 자체와 관련하여 성립한 것이거나, 점유자의 점유의 근거가 된 행위로부터 성립한 것이어야 한다고 규정하고 있다(법 제539조). 그러나 이 유치권은 물권적 권능을 갖는 것이 아니어서 점유의 인도를 청구할 수 있는 제3자에 대하여는 원칙적으로 유치권을 주장할 수 없었다(법 제546조)고 한다(양창수, 상계 논문, 401면).

89) 황태효, 전계논문, 277면.

90) 박용석, “유치권 성립요건으로서의 건련성에 관하여”, 「법학연구」 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 2. 221면.

91) 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004, 702면.

92) 신국미, “유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 건련관계”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8, 137면.

93) Bobes Le cas d'application droit de rétention. 1913. p.67

지 않았다는 사정을 들고 있다⁹⁴⁾고 한다. 이런 측면에서 프랑스 민법상의 유치권 제도를 가장 로마법적인 전통에 가깝다고 한다.⁹⁵⁾ 다만 개별적인 경우에 채무의 변제를 받을 때까지 물건의 인도를 거절하는 점유자의 권리 및 그와 같은 권리의 존재를 추인시키는 단편적인 규정을 가지고 있었으나 상사유치권의 개념은 규정하지 않았다. 즉 프랑스 유치권은 매매에 있어서 매수인이 대금을 지급하지 않는 경우에는 매도인은 매수인에게 기한을 유예해 주지 않은 이상 목적물을 인도할 필요가 없다(제1612조)는 등으로 개별 법률조항에서 급부거절권만을 인정하고 있다. 그 규정의 내용을 보면 다음과 같다. 프랑스 민법 제1612조 : 매도인은 매수인이 대금을 지불하지 아니하고, 매수인에 대하여 지불기한을 허여하지 아니한 때에는 매매의 목적물을 인도할 의무가 없다.

제1613조 : 매도인은 매수인에 대하여 지불기한을 허여한 경우에도 매매 후 매수인이 파산하거나 지불불능상태에 있어서 대금을 상실할 급박한 위험이 있는 때에는 매매의 목적물을 인도할 의무가 없다. 단 매수인이 매도인에 대하여 기한 내의 대금지불의 보증을 한 때에는 그러하지 아니하다.

제1673조 ① 환매특약을 행사하고자 하는 매도인은 주된 대금 이외에 매매비용과 정당하게 지출된 경비, 필요한 수선비 및 토지가액을 증가시킨 경우에는 그 증가액의 범위 안에서 그 증가비용을 반환하여야 한다. 매도인은 이러한 모든 의무를 이행한 후에야만 목적물을 취득할 수 있다. ② 매도인은 환매특약의 효력에 의하여 그 부동산을 환매한 때에는 매수인이 목적물에 부착시킨 모든 부담 및 저당권을 면탈하고 이를 취득한다. 단 환매특약이 정당한 절차에 따라 이러한 부담 및 저당권이 공고되기 전에 저당권등기소에 공고되어야 한다. 매도인은 매수인의 승낙없이 체결한 임대차계약을 이행하여야 한다.

제1749조 : 임차인은 임대인으로부터 이상에서 규정된 손해배상을 지급받거나 임대인으로부터 지급받지 못한 경우에는 새로운 매수인으로부터 이를 지급받은 때에만 명도청구를 받을 수 있다.

제1948조 : 수취인은 임치로 인하여 지급받을 수 있는 모든 변제가 있을 때까지

94) Marty et Raynaud, Droit Civil, t. III. 3, 1971. p. 13, n° 17

95) 프랑스 민법상의 유치권 제도에 관하여는 신국미, 전제논문, “유치권제도에 관한 연구- 동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로”, 145-183 참조.

임치물을 유치할 수 있다.⁹⁶⁾

최근(2006년 3월) 프랑스민법의 개정에 의하여 담보편이 신설되었는데, 유치권에 관한 규정을 독립된 장으로 하지 않고 그 모두의 총론 규정 중 제2286조에 유치권(droit de retention)에 관한 명문규정 하나를 신설하고 있을 뿐이다. 그동안 판례·학설이 인정해 온 법적 또는 실질적인 견련성(connexite)에 관한 기준을 제시하고 있지는 않으며, 단지 3가지의 유치권이 인정되는 채권자만을 규정하고 있다. 즉 ①채권의 변제기까지 라는 약속 하에서 담보물을 넘겨받고 있는 채권자, ②물건의 인도의무를 생기게 하는 계약으로부터 채권이 발생되고 있는 경우의 채권자, ③물건을 보관할 때에 발생한 채권의 채권자를 유치권이 인정되는 자로 명기하였다(동조 제1항). 이어서 유치권은 임의로 점유를 상실함으로써 소멸한다고 규정하고 있다(동조 제2항). 유치권이 담보권인가 또는 물권인가 라고 하는 학리적 논의에 종지부를 찍으려는 의도가 전혀 없었으며, 유치권의 개념이나 법적 성질에 관한 이론적인 논의나 그 요건 및 효과에 관하여는 여전히 학설과 판례에 맡겨 두는 취지라 할 수 있다.⁹⁷⁾

학자들은 프랑스민법전상의 곳곳에 산재해 있는 이러한 물건점유자의 유치권능에 관한 규정을 다음과 같이 분류하였다. 첫째, 약정유치권으로서 동산질(제2082조)과 부동산질(제2087조)에 있어서의 부동산의 유치가 그것이다. 둘째, 법정유치권으로서 계약의 효과로서 인정된 것이 대부분 여기에 속하는데 가령 매수인의 대금지급까지의 매도인의 유치권(제1612조, 제1613조)과 환매권행사시의 매수인의 유치권(제1673조), 수취인의 유치권(제1948조), 공용징수된 토지소유자의 유치권(제545조) 등이 그것이다. 셋째, 유치권자와 소유자사이에 계약관계는 없으나 채권과 물건사이에 견련관계가 있는 경우이다(이 경우에도 법정유치권이라고 불린다). 타인의 재료를 가공한 자의 유치권(제597조), 도품·유실물의 매수인의 유치권(제2280조) 등이 그것이다.⁹⁸⁾

이처럼 프랑스민법이 유치권을 통일적으로 규정하지 않고 개별적으로 규정한 결과 구체적인 경우에 유치권을 크게 두 분류로 대별하면 동시이행의 항변권의

96) 이하 공순진, 전제논문, 10면, 주21) 재인용.

97) Philippe Simler, Commentaire de l'ordonnance n°2006-346 relative aux surete. Dispositions generale livre IV nouveau du Code civil, Rev. de Droit Bancaire et Financier, Mai-juin, 2006, p. 55.

98) Colin/Capitant, Cours elementaire de droit civil francais, t. II, 1953, no. 1478.

일종으로 보아야 하는 경우(동법 제545조·제1612조·제1613조·제1673조·제1948조)와 채권과 물건이 건련관계가 인정될 경우 유치권을 독립된 권리로 보아야 하는 경우(동법 제570조·제867조·제2280조)로 나누어진다는 것이 프랑스 학설 및 판례의 일반적 견해이다.

프랑스의 학설 및 판례는 유치권을 단순한 급부거절권으로 보지 않고 담보물권으로 파악하고 있으며, 이러한 유치권이 성립될 수 있는 채권은 물건으로부터 직접적으로 발생한 채권과 물건의 점유에 건련하여 생긴 채권⁹⁹⁾으로 구분하고 있다.

이러한 건련성 개념은 준별이론을 정립시킨 르네카신(Rene Cassin)이라는 학자에 의해 법적 건련과 물적 건련으로 이원화 되어져 전자는 동시이행항변권으로 후자는 유치권으로 포섭되어 진다.¹⁰⁰⁾ 전자를 물적 건련관계가 있는 유치권, 후자를 법적 건련 관계가 있는 유치권이라고 한다. 물적 건련관계가 있는 채권은 필요비 또는 유익비의 상환청구권과 물건에서 생긴 손해의 배상청구권 등을 말하며, 법적 건련관계가 있는 채권은 계약 혹은 준계약이 있는 물건의 인도청구권과 공통하는 원인에서 생긴 채권으로서 예컨대 도급계약에서 생긴 보수청구권, 사무관리자의 배상청구권 등을 말한다. 그런데 물적 건련과 법적 건련의 범위에 대해서는 프랑스 민법학에서도 학설이 나누어져 있다. 한편에서는 유치권을 물적 건련관계에 한정하기 위해 동시이행항변권의 영역이 확대되어 계약의 무효·취소의 경우뿐만 아니라, 불완전 쌍무계약에 있어서도 더욱이 복수의 계약에 걸쳐서도 존재하는 것으로 되는 반면, 다른 한편에서는 동시이행의 항변권의 영역을 엄격하게 각급부의 대가적 건련에 한정하여 유치권의 영역을 확대 시킨다.¹⁰¹⁾

이러한 프랑스민법에서의 유치권의 특징 즉 물권으로서 통일적 개념이 아닌, 개별적이고 구체적인 제도에서 나타나는 항변권으로서 그 속에 동시이행항변권이 내포되어 있다는 점에서 독립적이고 통일적인 유치권을 가지면서 동시이행항변권의 제도를 갖춘 우리 민법 구조와는 분명한 차이를 보여주고 있다.¹⁰²⁾ 그러나 유치권을 물권으로 규정하고 있는 점 등에 착안, 우리 민법과 일본민법의 규정은 독일·스위스민법과 직접 관련이 있다기보다는 오히려 프랑스의 판례·학설을 본받은 것이라는 견해¹⁰³⁾도 있

99) 關武志, “留置權を對峙しうる第3者の範圍”, 「私法」, 日本私法學會, 1990, 129面..

100) 강희숙, 전계논문, 133면.

101) 공순진, 전계논문, 11면.

102) 신국미, 전계논문, 141면.

다. 한편 부동산집행절차에서 선취특권은 신청채권자보다 선순위 또는 후순위인가에 관계없이 매각으로 인하여 모두 소멸하는 삭제주의를 채택하고 있고, 잉여주의가 채택되어 있지 않으며, 용익물권 중 신청채권자에게 대항할 수 있는 것은 매수인에게 인수되나 그 밖의 것은 소멸하도록 하고 있다.¹⁰⁴⁾

(2) 독일민법

독일민법(BGB)은 프로이센일반관트법(ALR)의 영향을 받아 유치권을 채권편에서 채권적 급부거절권(항변권)의 일종으로 규정하여 유치권 규정은 민법전내의 여러 곳에 위치하며 통일적인 유치권의 존재 대신에 하나의 특정된 목적을 위해 그 때마다 규정된 여러 종류의 유치권으로 존재한다.¹⁰⁵⁾

독일민법은 급부거절의 유형에 따라 제273조의 일반적 유치권(Zurückbehaltung-srecht, §273 BGB), 제320조의 동시이행항변권(Einrede des nicht erfüllten Vertrages, § 320 BGB), 제1000조의 특수유치권으로서 점유자의 유치권을 각 규정하고 각각의 경우에 그 적용영역을 달리하고 있다.¹⁰⁶⁾ 동법 제273조에서 “채무자는 자신의 채무가 기초를 두고 있는 것과 동일한 법률관계로부터 채권자에 대해 변제기에 도달한 청구권을 자지고 있는 경우에는, 그 채권 관계로부터 달리 해석되지 않는 한, 자신에게 행해져야 할 급부가 실현될 때까지 자신이 부담하는 급부를 거절할 수 있다”(제1항)고 규정한 다음, “목적물의 인도 의무를 부담한 사람이 그 목적물에 대한 비용지출 또는 그 목적물에 의해 그가 입은 손해로 인해 변제기에 도달한 청구권을 자지고 있는 경우에도 (전항과) 동일한 권리를 가진다. 다만 그가 고의의 불법행위를 통해 그 목적물의 점유를 취득한 경우에는 그러하지 아니하다”(제2항)라고 규정하고 있다. 여기서 우리민법상의 유치권과 비교해 보면, 독일민법상의 유치권의 성격은 급부거절의 항변권에 불과하기 때문에 채권자의 소에 대해 유치권을 행사하면 이는 상환급부판결을 이끌어 내는 효과만을 가진 탓에 제3자적 효력이 부인되고, 독일 상법 제 371조의 상사유치권의 경우와는 달리 유치목적물로부터 우선변제를 받을 수도 없다. 독일민법은 제320조에서 쌍무계약상 동시이행항변권

103) 장경학, “유치권의 성립 및 그 효력”, 「민법학의 현대적 과제」, 박영사, 1987, 277면.

104) 법원행정처, 「민사집행법 해설(I)」, 법원도서관, 2002, 113면.

105) 독일의 유치권제도에 대하여 신국미, 전계논문, 194-219면 참조.

106) 신국미, 전계논문, 131면.

(Einrede des nicht erfüllten Vertrags)을 따로 규정하고 있다. 이에 의하면 첫째, 동시이행항변권은 대립적 채무에만 인정되는 것이나, 유치권은 그렇지 않다고 규정하고 있고, 둘째, 동시이행항변권은 담보제공으로 소멸하지 않으나, 유치권은 담보제공으로 소멸할 수 있다는 차이가 있다고 규정하고 있다. 또한 독일민법에서의 유치권은 채권적 급부거절권이므로 제320조의 동시이행의 항변권도 유치권의 일종으로 이해되고 있다.¹⁰⁷⁾

독일민법상 유치권에 관하여 분명한 정의는 법률상 결여되었지만, 유치권의 본질에 대한 분명한 고려는 민법 제273조 제1항에서 나타난다. 이에 따르면 급부는 동일한 법률관계로부터 야기된 반대급부가 상대방측에서 제공될 때까지 거절할 수 있으며 이러한 급부와 반대급부간의 목적의 구속(Zweckbindung)에 봉사하는 것이 유치권이란 것이다. 즉 어떠한 특정의 급부는 고유한 목적내에서 존재하며 그것은 독립적으로 제공되지 않으며 이러한 고유의 목적에 유치권이 봉사한다. 이러한 목적의 구속(Zweckbindung)은 상이한 강도(unterschiedliche Intensität)로 제시되는데, 제273조 1항은 신의성실의 원칙에 관련하고 제320조의 유치권은 상용하는 반대급부 없이 급부를 요구할 수 없는 것으로 이끄는 계약상의 동시이행 원칙이 관련된다. 여기에서는 어떠한 독립적인 유치권이 문제되는 것이 아니라 오히려 독립적인 유치권을 제공하지 않는, 그러한 것으로서 급부 체계에 고유한 제한이 문제된다.¹⁰⁸⁾ 또한 유치권은 그 한에서 내적으로 그와 관련하여 존재하는 반대청구권의 이행을 보장한다. 그리고 간접적으로, 결국 반대청구권의 이행이 강제된다. 따라서 청구권과 이러한 반대청구권의 목적의 구속이 없는 항변권이 문제가 되는 곳에서는 유치권이 문제되지 않는다.¹⁰⁹⁾ 여기서 항변권이란 독일민법의 입법이유서에는 청구권의 만족을 거절할 수 있는 거절권능이 보장되는데, 이를 실체법상의 항변권이라고 한다. 오늘날 항변권은 청구권에 대한 반대의 권리로서 이해되고 있으며 청구권을 소멸시키지 않고 청구권의 관철을 지속적으로 또는 일시적으로 저지하거나 약화시키는 것을 목적으로 한다.¹¹⁰⁾

107) 최창열, “유치권의 건련관계에 관한 연구”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8. 94-95면.

108) Claus Ahrens, Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrechte, Berlin 2002, S. 20.

109) Claus Ahrens, a.a.O., S. 21.

110) H. Roth, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, München, 1988, S. 1.

일반적 유치권의 의의와 적용범위에 관하여 제273조 1항에 따르면 유치권이란 넓은 의미의 담보권¹¹¹⁾으로서 채무자에게 상대방이 그에 대하여 급부를 이행할 때까지 그가 이행하여야 할 급부를 거절할 수 있는 권리를 보장한다. 이는 한편으로 반대급부를 확보할 수 없는 위험이 있음에도 자신의 급부를 이행하여야만 하는 채무자를 보호한다.¹¹²⁾ 즉 채무자에 대하여 제기되어진 청구권의 관철가능성을 제한함으로써 채무자는 그 자신의 청구권에 대한 어떤 확실한 담보를 얻게 된다.¹¹³⁾

한편 제273조에 따른 유치권의 성립요건은 동일한 법적관계에 기인하여 발생¹¹⁴⁾하는 청구권의 상환성, 채무의 견련성, 변제기의 도래라는 3개의 긍정적인 요건과 유치권의 성립을 배제시키는 1개의 부정적인 요건으로 이루어진다. 즉 청구권의 채무자는 동시에 반대청구권의 채권자이고, 청구권의 채권자는 동시에 반대청구권의 채무자이다.¹¹⁵⁾

이러한 청구권의 상환성은 이에 반해 동시이행항변권의 상환성은 유상의 쌍무계약으로부터 기인한다.

(3) 스위스민법

스위스민법(ZGB)의 유치권(Retentionsrecht)은 유치권자에게 우선변제권(Art. 898 ZGB)을 분명하게 규정하고 있는 점에서 명백한 특징이 있으며, 우리민법과 같이 유치권을 당사자의 의사가 아닌 법률의 규정¹¹⁶⁾에 의해서 발생하게 하고 있는 점, 제한물권으로 규정하고 있는 점과 스위스민법에서의 유치권체계는 물권적 유치권(dingliches Retentionsrecht), 채권적 유치권(obligatorisches Retentionsrecht)¹¹⁷⁾, 동시이행

111) Keller, Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, JuS, 1982, S. 665.

112) 이것은 기술적인 의미에서의 질권의 담보는 아니다. 독일민법은 독일상법이 당사유치권의 특별한 경우를 위해 보여준 것과 같이(§§369, 371 HGB), 유치한 목적물로부터 그의 청구권을 위해 우선변제를 받을 권리를 보장하는 것은 아니다(J. Esser, Schuldrecht, Band I, 4. Aufl., 1970, S. 138).

113) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München 1987, S. 212.

114) Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I /1, 8. Aufl, Heidelberg 1995, S. 261.

115) Larenz, aa.O., S. 213. 상환성이란 채권양도의 경우에도 존재한다. 채무자는 역시 청구권의 양도의 경우에 새로운 채권자(양수인)에 대하여 그의 유치권을 주장할 수 있다(§404 BGB).

116) BGE 105 II192, 86 II358, 38II; Oftinger/Bar, Art. 895, N. 15.

117) 이에 관하여 신국미, 전제논문, 1432면에서는 유치권이 단지 채무자로부터의 청구권을 거절하는 권리에 불 과한 때에는 그것은 상대적 효력을 가지는 급부거절권으로서 채권적 유치권이라고 하며, 이에 반해

항변권(Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten vertrages. Art. 82 OR)의 3종류로 분류된다는 점에서 우리 민법에서의 유치권체제와 상당히 유사하다¹¹⁸⁾. 그러나 우리 민법과 달리 스위스의 유치권은 동산질권의 장에 통일적으로 규정하고, 경매권과 우선변제권은 인정하지만, 부동산에는 유치권을 인정하지 않기 때문에, 부동산 물건변동에 있어서 공시의 원칙을 해할 염려가 없을 뿐 만 아니라¹¹⁹⁾, 부동산 가장유치권의 문제는 발생하지 않는다¹²⁰⁾.

스위스민법상 유치권자는 채무자의 의사에 의하여 채권자가 점유하게 된 동산과 유가증권을 자신의 채권이 이행기가 도래하였고 그 성질상 유치의 목적물과 관련이 있으면 그 채권이 만족될 때까지 유치할 수 있다(동법 제895조 제1항). 따라서 채권자의 채권이 변제기에 달하고 그 성질상 유치 목적물과 관련을 맺고 있는 경우에는 채무자의 의사에 의해 채권자가 점유하고 있는 동산이나 유가증권에 대해 채권자는 자신의 채권의 변제를 받을 때까지는 이를 유치할 수 있다(스위스 민법 제895조 제1항). 또한 위 같은 조는 추가로 “상인 간에는 점유와 채권이 그 영업상의 거래로부터 발생한 경우에는 전항의 관련이 성립한다. 채권자가 선의로 수령한 물건이 채무자에게 속하지 않는 경우에도 제3자가 전점유자로부터 권리를 가지지 않는 한 채권자는 유치권을 가진다.”고 규정하고 있다.

한편, 스위스 민법상 견련관계에 관해서는 구체적으로 어떠한 경우에 견련 관계가 인정되어야 할 것인가에 대해서는 신의성실의 원칙을 고려하여 판단할 수 있다. 스위스 민법에서 견련관계를 신의성실의 원칙에 의하여 파악하고자 했던 이유에 관하여는 유치권이 로마법상의 악의의 항변으로부터 비롯된 제도라는 것과 관련된 것이고, 유치권제도는 신의성실의 원칙에 의하여 지배되는데, 채무자는 그 자신이 채권자의 반대채권을 이행함이 없이 유치 채권자에게 그의 물건의 반환청구권의 이행을 요구하는 것은 신의성실의 원칙에 위반하는 것이며, 이러한 이해는 우리민법상 유치권제도가 공평의 원칙에서 비롯된다는 설명과 유사하며 독일민법도 유치권제도는 신의성실의 구체적인 형태로서 이해되고 있다고 설명하고 있다.¹²¹⁾

유치권이 목적물을 유치하는 것을 내용으로 하고 이것을 가지고 누구에 대해서도 대항할 수 있는 때에는 절대적 효력을 가진 물건으로서 물건적 유치권이라 할 수 있다고 한다.

118) 공순진, 전계논문, 12면.

119) 신국미, 전계논문, 144면.

120) 추신영, 전계논문, 356면.

121) 신국미, 전계논문, 141면.

견련성의 존재는 피담보채권의 고유한 성질에 따라 물건에 대한 ① 비용상환청구권, ② 유치목적물에 의하여 야기된 손해배상청구권, ③ 물건이 채권자의 점유에 이르게 된 동일한 법률행위 또는 법률관계로부터 발생한 채권, ④ 그 물건이 채권자의 점유에 이르게 된 동일한 사실관계로부터 발생한 채권 등의 그룹으로 분류된다.

여기서 ①은 유치권이 단지 채무자로부터 청구권을 거절하는 권리에 불과한 때에는 그것은 상대적 효력을 자지는 급부거절권으로서 채권적 유치권이라고 하며, 이에 반해 목적물을 유치하는 것을 내용으로 하고 이것을 가지고 누구에 대해서도 대항할 수 있는 때에는 절대적 효력을 가진 물권으로서 물권적 유치권이라 할 수 있다. 또한 ②는 손해배상채권은 계약에 의해서, 불법행위에 의해서도 발생할 수 있으며 예를 들어 하자있는 자동차에 의하여 임차인에게 야기된 손해에 대하여 임대인의 손해배상의무(von Tuhr/Escher, OR II 63), 동물보유자의 책임과 관련있는 손해 등이다. ③은 이것을 법적인 의미에서의 견련성(Konnexität im Rechtssinne)이라고 하며, 목적물에 대한 점유와 채권발생이 동일한 법률행위에 기인한 때에만 인정된다고 한다.¹²²⁾ 그리고 ④는 동일한 법률적 또는 사실관계로부터 피담보채권이 발생한 경우에도 유치권이 성립한다고 하며, 그 대표적인 예로 스위스민법 제716조의 규정을 들고 있다. 즉 위 조항은 동산의 소유권유보부매매의 경우 소유자는 매수인이 지급한 할부금으로부터 상당한 임차료와 감가상각금을 공제한 나머지 금액을 매수인에게 반환한 경우에만 소유권 유보하에 매수인에게 인도한 목적물 반환을 청구할 수 있다고 규정하고 있다고 한다.¹²³⁾

(4) 일본민법

일본 민법은 우리 민법처럼 유치권을 물권으로 규정하고 “타인 물건의 점유자는 그 물건에 관하여 생긴 채권을 갖고 있을 때에는 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있다. 단, 그 채권이 변제기에 없을 때에는 그렇지 아니하다(법 제295조 제1항).”고 규정하면서 이 유치권은 점유가 불법행위에 의하여 시작된 경우에는 적용하지 않는다

122) ①부터 ③까지의 설명은 신국미, 전제논문, 142면에서 채인용.

123) 차문호, 전제논문, 354면.

고 한다(법 같은 조 제2항).

일본의 유치권은 프랑스 민법전을 기초로 프랑스 학설, 판례에 독일의 판택텐제도를 혼합하여 유치권을 물권에 통일적으로 규정하고, 유치권자가 채권의 변제를 받을 때까지 물권을 유치할 수 있는 권능 외에 우선변제권이나 환가권은 인정하고 있지 않다.¹²⁴⁾

일본민법은 유치권이 물권이라는 점, 그 성립요건, 유치권이 동산뿐 아니라 부동산에도 미친다는 점, 유치권자에게 과실수취권, 경매청구권, 비용상환청구권을 인정하고 있으며, 우선변제권능을 인정하는 점, 또한 일본 민사집행법(제59조 제4항)은 부동산위에 존재하는 유치권은 부동산 강제집행에 의해 그 효력을 상실한다는 규정이 적용되지 않는다고 하여 매수인(경락인)으로 하여금 유치권에 의해 담보된 채권을 변제할 책임을 지도록 한 것은 우리 민사 집행법(제91조 제5항)과 같다는 점 등 여러 가지 면에서 우리나라 민법과 거의 같다고 볼 수 있다¹²⁵⁾. 우리 민법은 현행 일본민법의 상당 부분을 계수하였는 바, 유치권에 관하여서도 마찬가지이다. 그러나 일본 민법은 우리 민법과 달리 타인의 물건만을 그 대상으로 한정하여 유가증권은 그 대상으로 하고 있지 않다(일본민법 제295조 제1항)는 점에서는 다르다 할 수 있다¹²⁶⁾.

현행 일본민법은 명치 31년(1898년)에 제정되었는데 그것은 법시행전에 폐지된 일본구민법(명치 26년, 1893년)의 영향에서 완전히 벗어난 것은 아니었다.¹²⁷⁾ 일본 구민법전(1893년에 공포되었으나 1898년에 시행되지 않은 채 폐지됨)은 보와나드(Boissonade)의 지도에 의한 프랑스 민법전의 영향하에 성립하였다. 즉 보와나드는 1804년에 만들어진 프랑스민법전을 기초로 하여 그 이후 프랑스의 학설과 판례에 의하여 발전된 법리를 가미하여 민법초안을 작성하였고, 여기에 독일민법 제1초안 등을 참고하여 일본민법전을 제정하였다. 이와 같이 일본의 유치권은 프랑스 민법의 영향을 받은 것은 당연하다. 그러나 일본민법전이 시행된 이후 민법학자들은 이를 학문화하는 과정에서 주로 독일민법전의 법규정이나 독일민법학의 개념 또는 해석론을 전제로 하여 체계화하고자 하였으므로,¹²⁸⁾ 그 해석

124) 김기찬, 전계논문, 89면.

125) 오시영, “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 「토지법의 이론과 실무: 지암 이선영 박사 회갑논문」, 법원사, 2006, 187면.

126) 박용석, 전계논문, 224면.

127) 일본민법의 유치권 관련부분은 清水元 「留置權概念の再構成」, 信由社, 2001, 115-135면 参照

128) 北川善太郎, 「民法の理論と體系」, 一粒社, 1987, 3면; 星野英一, “日本の民法解釋學”, 「早稻田法學」, 第58卷 第3號 1982, 312면 以下.

론이나 민법이론은 전적으로 독일논리에 의지하였다.¹²⁹⁾ 다만, 일본의 유치권이 독일법에 있어서 유치권의 구성에 따른 것이 아니라, 프랑스 민법학에 있어서 오랫동안의 논쟁의 대상이었던 「물권성」을 명확한 모습으로 계승한 것이고, 더욱이 독립한 물권으로서 다시 일보를 전진시킨 것이었다.¹³⁰⁾

일본구민법전은 민법전 논쟁의 결과 명치 25년(1893년)에 폐지되었고, 그 후 富井政章, 梅謙次郎, 穂積陳重 3인의 기초위원으로 이루어진 법전조사회가 설치되어 현행민법전의 기초가 이루어졌다. 현행민법전의 편집은 독일법에 따르려는 방침이 채택되어 판택텐 제도의 체계하에 민법에 규정되고 유치권제도도 규정되게 되었다.¹³¹⁾

현행 우리민법은 구민법과 달리, 유치권자에게 경매권을 부여함으로써 일본민법상의 이러한 논쟁을 불식시켰으나, 우선변제권이 없는 경매권의 실익에 대해서는 문제가 있다는 지적¹³²⁾이다.

(5) 정리

현행 민법의 유치권의 기원을 로마법의 악의의 항변에서 유래하고, 이러한 로마법상의 항변권이 근대민법에서 채권적인 급부거절권과 물권적인 유치권의 두 가지 방향으로 발전하였다. 프랑스민법과 독일민법이 전자의 예를, 프로이센일반란트법 일본민법, 스위스민법, 우리 민법은 후자의 예를 채택하였다. 독일 민법은 유치권을 통일적인 제도로 파악하여 조문화하는 데에는 성공하였고(독민 제273조, 제274조), 프랑스 민법은 로마법의 수준을 넘지 못하고 있고, 스위스 민법은 유치권을 일종의 법정질권으로 규정하고 있다(스위스민법 제895조, 제898조), 우리 민법은 스위스 민법과 같이 유치권을 독립된 담보물권으로 구성하고 있으나, 여러 가지 점에서 물권 및 담보물권으로서는 예외적인 내용을 가진 존재라 할 수 있다.¹³³⁾ 또한 유치권을 동산에 대하여만 인정한 국가도 있고, 유가증권에 대하여는 인정하지 않는 국가도 있으며, 우리 민법처럼 동산과 부동산

129) 문홍안, “재산권이전형담보의 법구조적 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 1990, 189-190면.

130) 신국미, 전제논문, 26면.

131) 신국미, 전제논문, 25면; 김계순, 전제논문, 35면; 강희숙, 전제논문, 156-157면.

132) 김기찬, 전제논문, 97면; 신국미, 전제논문, 27면.

133) 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004, 6, 702면.

산 및 유가증권 모두에 대하여 물권으로 인정하고 있는 나라도 있다.

프랑스의 경우, 민법이 통일적인 규정을 두지 않고 구체적·개별적으로 채무자의 거절권능을 인정하는 항변권으로서 규정하고 있으며, 독일의 경우, 유치권에 관한 통일적 규정은 없고, 채권편의 급부 의무의 질에 규정하여 급부거절권으로 이해하며, 물권성은 부정한다. 스위스민법은 유치권을 제한물권으로서 동산질권의 장에 규정하고 있고 동산 또는 유가증권이 그 대상이며 우선변제권 및 경매권을 인정하고 있으나 부동산 유치권은 인정하고 있지 않는 점에서 우리민법과 뚜렷한 차이점을 보이고 있다. 한편 일본민법은 프랑스의 학설·판례·독일의 판례식 편제에 영향을 받아 물권편에 통일적으로 규정하면서 독일의 채권적 유치권에 준하여 급부거절권으로 규정하여 외형은 물권인데 실질은 채권인 기형적인 권리로 되었다.¹³⁴⁾ 일본민법상 유치권은 여러 가지 면에서 우리민법과 거의 같다고 할 수 있다.¹³⁵⁾ 현행 우리민법은 일본의 제도를 모방하여 도입하였다. 그런데 우리민법이 가장 심각한 문제는 유치권 제도의 발상지인 프랑스와 독일에 서도 유치권을 채권적 급부거절권으로 취급하는데, 우리는 유치권을 담보물권으로 체계화하면서도 우선변제권을 부여하지 않음으로써 제도적 기형아를 만들었다는 것이다.¹³⁶⁾

제2절 유치권으로 인한 문제발생 현황

경매절차에 있어 허위 또는 과장 유치권 신고로 인한 피해를 밝히고 그 개선방안을 제시위해서는 우선, 그 실태파악이 우선시 되어야 할 것으로 여겨진다. 따라서 그 방편으로 아래의 몇 가지의 사례를 분석하고자 한다.

통상적인 경매절차에 있어서 최초의 매각가격이 유치권 신고로 인하여 현실적으로 얼마나 하락하고 또 경매절차가 지연되는 지에 대한 실태 파악을 위해서는 판례검색만으로는 어렵기 때문에 실제 경매기록의 열람이 필요하다. 이하에서는 실제 경매절차에서 유치권 신고가 된 사건을 사례로 들어 논의를 전개하기로 한다. 경매경매기록의 열람은 민사집행

134) 김기찬, 전계논문, 98면.

135) 강희숙, 전계논문, 161면.

136) 김기찬, 전계논문, 98면.

법 제90조 및 제268조에 정해진 매각절차상의 이해관계인만이 가능하므로 본 논문에서는 부득이 필자가 근무하고 있는 제주지방법원의 경매기록만을 그 대상으로 함을 밝혀 둔다.

1. 문제발생 사례

(1) 사례 1137)

A는 10필지의 자신의 부동산을 담보로 대부업체인 B와 825,000,000원을 대출 받기로 약정하고 위 부동산에 전부에 대하여 근저당권을 설정한 후, 이 건 부동산에 대한 도로포장공사와 흙관설치 등의 공사를 하기 위하여 C 건설회사에게 총 공사비 1,114,250,500원에 계약하여 계약금과 일부잔금을 지급하고 429,250,500원의 잔금이 남아있는 상태에서 위 근저당권자 B대부업체에 대한 이차지급이 연체되자 B대부업체는 지방법원에 근저당권 실행을 위한 임의경매¹³⁸⁾를 신청하였다.

본건에 관하여 집행관이 작성, 보고한 현황조사서의 부동산의 현황 및 점유관계 조사서에는 “본건 부동산 모두 D종합건설(주)에서 본건 단독주택 건축 공사대금 중 미수금(금 429,250,500원)을 받지 못하여, 2009.4.24부터 기호1 지상 제시 건물 “나, 마”에 현황조사보고서 사진과 같이 현수막을 걸고, 직원을 상주시켜 유치권 행사 중이라고 위 회사 관리이사 E는 진술 함.” 이라고 기재되어 있었고, 매각물건명세서에도 이와 같은 취지의 문구가 기재되어 있었다.

본건의 배당요구종기 전에 위 공사업체로부터 유치권신고가 접수되어 공사대금 중 미수금 429,250,500원에 대하여 권리신고를 하였다. 본건은 그 후 3차례 유찰 후 제4회 매각기일에 매각이 되었는데, 매각가는 705,190,000원 이었다. 위 근저당권자의 청구금액은 원금과 이자를 합하여 750,712,000원이었고 근저당설정액은 825,000,000원, 감정가(제1회 최저매각가)는 1,684,580,000원이었다. 즉 본건 부

137) 제주지방법원 2010타경103호 부동산임의경매사건.

138) 담보권 실행을 위한 경매를 임의경매라 부르기도 하고, 민법·상법 그 밖의 법률에 의한 경매를 소위 형식적 경매라고도 하는데, 이들 두 가지 절차에 대하여는 특별한 규정이 없으면 강제집행절차가 준용되므로, 강제집행절차가 민사집행절차에서 가장 기본이 되는 절차이다.(강대성, 「민사집행법(제4판)」, 삼영사, 2008, 4면.) 여기서 민사집행이란 채권자의 신청에 의해 집행기관이 이미 확정되어 있는 집행권원에 의한 강제집행을 실현하는 법규의 사실적 형성절차를 말한다(오시영, 「민사집행법」, 학현사, 2007, 4면).

동산에 대한 최초 감정가(제1회 최저매각가)를 감안하면 두 배 이상 폭락한 매각가다. 또한 최선순위 근저당권자인 B대부업체의 근저당 설정액인 825,000,000원은 집행비용과 선순위 조세채권을 제하고 남은 435,881,210원만 배당 받을 수 있었다.

위 사례에서 최초 감정가 보다 두 배 이상 매각가격이 하락하고 선순위 근저당권자가 자기 채권의 일부만 배당받은 것이 꼭 유치권 신고가 있었기 때문이라고만 단정 지을 수는 없다. 하지만 유치권신고가 있게 되면 당연히 매수 희망자들은 매수를 꺼리게 됨은 분명하다. 또한 용기를 내어 매수에 응한다 해도 그 유치물로서 담보되는 금액만큼은 저감하고 매수에 나서기 때문에 당연히 가격이 하락할 수밖에 없게 되고 이는 결국 선순위담보권자를 해하게 되는 결과가 된다.

(2) 사례 2 139)

A는 1필지의 자신의 부동산을 담보로 B은행과 45,500,000원을 대출받기로 계약하고 위 부동산에 대하여 근저당권을 설정하였으나, 그 후 채무자가 이자지급이 연체되자 B은행은 지방법원에 근저당권 실행을 위한 임의경매를 신청하였다.

위 근저당권자의 청구금액은 원금과 이자를 합하여 35,000,000원이었고 근저당 설정액은 45,500,000원, 감정가(제1회 최저매각가)는 100,000,000원이었다.

본건에 대하여 집행관이 작성, 보고한 현황조사서의 부동산의 현황 및 점유관계 조사서에는 “본건 연립주택에 대한 점유 관계를 확인하기 위하여 2회에 걸쳐 출장하였으나 계속 폐문 상태로 점유자를 만날 수 없었고, 인근에 탐문하였으나, 점유 관계를 확인할 수 없어서 관할 읍사무소에서 주민등록 전입자를 확인한 바, 조사일 현재 C가 전입신고가 되어 있음. 달리 더 이상 구체적인 내용에 대하여 조사할 방법이 없으므로 본건 연립주택 현관 출입문 외벽에 임차인등의 조사를 위한 안내문을 부착하여 경매신청이 있는 사실과 임차인이 있는지의 여부, 임차인이 있을 경우 집행관사무소로 연락하여 임대차 내용을 알려주실 것과 법원에는 권리 신고와 배당요구 등을 하도록 하였음.” 이라고 기재되어 있었고, 매각물건명세서에도 이와 같은 취지의 문구가 기재되어 있었다.

139) 제주지방법원 2009타경3960호 부동산임의경매사건.

본건은 2차례 유찰 후, 제3회 매각기일에 매각이 되었으나 매각기일 후에야 배당요구종기내에도 아무런 권리신고나 배당요구도 하지 않고 있던 레미콘업자와 환경산업 업자로부터 갑자기 유치권신고가 접수된바, 둘다 본건 경매사건의 채무자겸 소유자인 A가 아닌 A의 남편이 채무자로 되어 있는 판결문이나 공사계약서를 첨부해서 유치권신고를 하였다. 이에 최고가매수인은 민사집행법 제121조 제6호의 사유 즉 매수가격의 신고 후 천재지변, 그 밖의 자기가 책임질 수 없는 사유로 부동산이 현저하게 훼손되거나 중대한 권리변동이 있음을 들어 집행법원에 매각허가에 대한 이의신청을 제출하여 매각불허가 결정을 받았다. 이런 경우 집행법원은 재감정을 명하여 최저매각가격부터 새로 결정한 후 새매각으로 진행하도록 하고 있다(민집 제134조, 제97조). 그러나 재감정은 반드시 하여야 하는 것은 아니고 필요한 경우에 한하여 하게 되어 있으므로 집행법원은 재감정 없이 그냥 가격을 30%¹⁴⁰⁾ 저감하여 새매각¹⁴¹⁾으로 진행하였다.

최종 매각가격은 47,500,000원이었다. 최선순위 근저당권자인 B은행은 다행히 청구금액이 매각가격보다 낮았고 또 선순위 조세채권도 없어서 청구액 모두를 배당받을 수 있었으나, 최초 감정가인 1억 원보다는 두 배나 낮은 가격으로 매각된 셈이다.

(3) 사례 3¹⁴²⁾

A는 6동의 대형 음식점 및 마트와 6필지의 토지를 담보로 B농협에 4,812,000,000원을 대출받기로 약정하고 위 부동산에 전부에 대하여 근저당권을 설정한 후, 이 건 부동산 중 2동에 대해서는 임차인C에게, 4동에 대해서는 각각 D, E, F, G에게 임차를 해주었다. 그러다가 채무자 A가 B농협에 대한 이자지급이 연체되자 B농협은 지방법원에 근저당권 실행을 위한 임의경매를 신청하게

140) 새매각으로 가격저감비율은 각 법원의 사정에 따라 달리 정하고 있으므로 20%를 저감하는 경우도 있고, 30%를 저감하는 법원도 있다. 제주지방법원인 경우에는 30%를 저감하고 있다.

141) 새매각은 매각을 실시하였으나 매수인이 결정되지 않았기 때문에 다시 기일을 지정하여 실시하는 경매로서 이는 매각결정이 확정되어 매수인이 정해졌지만 그 자가 대금을 내지 않아 실시하는 경매인 재매각과 다르다. 또한 새매각은 가격을 저감하여 진행하나 재매각은 저감하지 않고 진행하게 된다는 점에서도 다르다(법원행정처, 「법원실무제요Ⅱ」. 법원도서관, 2003, 282면).

142) 제주지방법원 2009타경9968호 부동산임의경매사건.

이르렀다.

위 근저당권자의 청구금액은 원금과 이자를 합하여 2,668,192,358원이었고 근저당설정액은 4,812,000,000원, 감정가(제1회 최저매각가)는 3,175,223,420원이었다.

본건에 관하여 집행관이 작성, 보고한 현황조사서의 부동산의 현황 및 점유관계 조사서에는 “ 1. 부동산 점유란에는 토지6필지는 장기휴경 중인 전이거나 임야로서 점유자나 관리자를 알 수 없음. 나머지 위 음식점 및 마트는 소유자가 직접 점유하지 않고 목적물 전부에 대하여 임차인 있음. 2. 부동산의 현황란에는 본건 제시 건물마다 각 임차인들이 부합시킨 제시의 건물들이 있음” 이라고 기재되어 있고, 임대차관계조사서에는 “1. 임차목적물의 용도 및 임대차 계약등의 내용란에는 5동은 주차장과 식당용도로 쓰면서 각각 임차인들이 전세권설정등기(후순위)를 경료하고 있고, 1동은 확정일자부가 아닌 사업자등록만 마친 상태의 임차인이 있음. 2. 비고란에는 임차인 E, F는 최초 E의 보증금 60,000,000원, F의 보증금 20,000,000원으로 하여 사용하다 F가 보증금 20,000,000원 추가 지급하면서 E의 전세금은 건물 디동에 50,000,000원 설정하고 그 중10,000,000원은 임차인 F의 보증금 40,000,000원과 포함하여 건물 이동에 전세금 50,000,000원으로 설정하고, 임차료 외에 제시외건물(ㄱ,ㄴ,ㄷ)건축 및 수리(약 100,000,000원소요)하여 사용하고 있다고 E는 진술함. 임차인 G는 임대차관계조사서 내용과 같이 임대차계약하여 (주)H마트가 내부시설, 간판시설 등을 하고 판매물품 공급 등 계약하여 판매이익금을 분배하고 있다고 위 임차인의 언니 J와 (주)H마트 직원 K는 진술함. 임차인 D는 임대차관계조사서 내용과 같이 임차하여 처남 L이 점유 사용 하고 있으며, 내부시설 및 제시외건물(ㄹ)을 건축하면서 비용 약 10,000,000원 정도 소요되었다고 임차인 처남 L은 진술하며, 계약서를 제출토록 하였으나 제출치 않고 있음.” 이라고 기재되어 있으며, 매각물건명세서에도 이와 같은 취지의 문구가 기재되어 있었다.

본건에 대하여 배당요구종기 전에 위 임차인 D의 처남인 L로부터 임차권을 양수받았다고 주장하는 M의 권리신고 및 배당요구가 있었고, 임차인 E는 유치권을 주장하며 몇몇 부동산의 경우 소유자가 아닌 임차인들이 부합시킨 부합물이므로 이를 매각에서 제외하여야 한다는 취지의 제시외건물에 대한 매각제외신청이 있었다. 이에 집행법원은 기일을 변경하여 재감정평가명령을 하고 그 감액된 금

액으로 다시 새매각기일을 지정하였으나, 임차인D가 다시 E와 똑같은 취지로 유치권을 주장하며 똑같은 문건을 제출한 바, 집행법원은 E가 이미 그런 신청을 하여 재감정을 했고 그 금액도 차감하여 최저매각가를 결정한 것이라고 고지하고 정상적인 절차를 다시 진행하였다. 그런데 이번에는 채무자A의 대리인인 법무법인에서 목적 부동산이 부당히 낮은 감정평가액이 나왔으므로 재감정명령을 해달라는 취지의 신청을 해와 집행법원은 위D에게 했던 대로 사실을 고지하고 매각절차를 진행하였다. 그리하여 최종 매각가는 2,264,651,000원으로 최초 감정가에서 무려 910,572,420원이 하락된 가격이었다, 물론 재감정으로 차감은 금액의 영향도 있을 수 있지만 그 차감액은 아주 미미했다. 이에 선순위근저당권자인 B농협의 청구금은 2,668,192,358원이었고, 근저당설정액은 4,812,000,000원이었지만 실제 배당액은 2,249,976,800원이었다. 선순위조세채권도 없었는데도 자신의 채권을 다 변제받지 못한 것이다.

이 사례는 채무자가 임차인 등 자신의 지인 등을 유치권자등으로 내세워 글씨나 글자하나 틀리지 않는 문건으로 이의신청 등의 방법으로 경매를 지연시키고자 했으며 제3자가 채무자 등과 통모하여 경매가격의 하락을 이끌어 이득을 취하고자 했던 것으로 보여 경매절차에서의 유치권의 남용과 악용의 문제가 드러난 전형적인 사건이 아닌가 생각한다.

(4) 사례4¹⁴³⁾.

A는 공장용지와 수산물창고 등 공장저당법제7조에 의한 기계기구 등을 담보로 B은행과 대출약정을 하고 4,378,000,000원의 근저당권을 설정하였다.

그러다가 근저당권자 B은행은 A가 이자지급이 연체되는 등 계속적인 원금상환 독촉에도 응하지 않자 지방법원에 근저당권 실행을 위한 임의경매를 신청하였다.

본건에 대하여 집행관이 작성, 보고한 현황조사서의 부동산의 현황 및 점유관계 조사서의 기타란에는 “ 임대차 조사 된 부분 외에는 소유자와 가족이 점유 사용하고 있으며 기호5의 지상 제시건물 ‘라’ 내부 냉풍건조실은 D냉열주식회사

143) 제주지방법원 2009타경6181호 부동산임의경매사건.

시설하였으며, 시설비 중 미수금 65,000,000원이 있다고 소유자 E와 위 회사 대표이사는 진술 함.” 이라고 기재되어 있었고, 임대차관계조사서의 기타란에는 “임차인 G는 A와 임대차계약을 하고 기호1.지상 제시건물 “가” 1층 중 냉풍건조실(약 28.0제곱미터)과, 기호5.지상 제시건물 “라”중 냉풍건조실(약 0.48제곱미터)을 임차인이 시설하여 점유 사용하고 있으며, 기호2.지상 지하수공(기계기구 6.)도 임차인 G가 2002년도 경 시설하여 농업용수 및 청소용으로, 변전시설(기계기구 5.)을 임차인이 투자하여 600KW로 승압하고 공동 사용하고 있다고 소유자는 진술.” 이라고 기재되어 있고 매각물건명세서에도 이와 같은 취지의 문구가 기재되어 있었다.

본건에 대하여 배당요구종기 전에 위 임차인G로부터 유치권신고가 접수되었는데, 공사비용과 냉동고 임대료 등 금 608,000,000원을 신고하였다. 이에 본건 경매신청채권자겸 근저당권자인 B은행이 유치권배제신청을 낸 바, “위 유치권신고를 한 임차인G는 G의 남편이 본건 피담보채권의 연대보증인으로 되어 있는 점, 공사계약서가 없고 이건 목적물의 본체를 이루는 설비시설 등 유치권으로 인정받을 수 없는 것들을 대상으로 하고 있는 점, 필적과 인영을 조작한 임대차계약서 등이 첨부된 것으로 볼 때 경매절차를 지연시키며 최고가매수인을 및 채권자를 해하려는 사해행위일 뿐이므로 당연히 유치권신고의 내용은 배척되어야 한다.” 는 취지였다.

본건 경매는 2차례 유찰 후 제3회 매각기일에 매각이 되었는데 위 근저당권자의 청구금액은 1,536,661,965원이었고, 근저당설정액은 4,378,000,000원, 감정가(제1회 최저매각가)는 1,507,261,380원이었는데, 최종매각가격은 1,122,150,000원이었다. 여기서 선순위 근저당권자인 B은행의 배당액은 1,109,002,331원이다. 결국 유치권신고로 2차례나 유찰되고 매수인이 유치권의 피담보채무 등을 감안하여 가격저감을 미리하고 매수한 결과 선순위 담보 채권자인 B은행도 자신의 채권을 일부다 변제받지 못한 것으로 보인다.

(5) 사례5144).

144) 제주지방법원 2009타경5676호 부동산임의경매사건.

A는 채무자 C를 위하여 A 소유의 공장용지와 공장건물 등 공장저당법제7조에 의한 기계기구 등을 담보로 B은행과 대출약정을 하고 1,300,000,000원의 근저당권을 설정하였다.

그러다가 근저당권자 B은행은 채무자인 C가 일부 채무상환을 계속 늦추자 지방법원에 근저당권 실행을 위한 임의경매를 신청하였다.

본건에 대하여 집행관이 작성, 보고한 현황조사서의 부동산의 현황 및 점유관계 조사서의 기타란에는 “본건 부동산 중 제시건물 ‘다’ 2층을 제외한 전부는 이 사건 채무자인 C가 임차하여 점유 관리하고 있다고 위 회사 상무이사는 진술하고 있으나, 점유 여부는 알 수 없음.” 이라고 기재되어 있었고, 임대차관계조사서의 기타란에는 “임차인 D(C회사 전직원)를 만날 수 없어 C회사 상무이사호의 진술에 의하였으며, 임차 부분 “2층”은 일부 집기 등은 있으나, 문이 열려 있었으며, 오랫동안 사람이 거주치 않는 걸로 보였으며 달리 더 이상 구체적인 내용에 대하여 조사할 방법이 없으므로, “2층” 현관 출입문 외벽에 안내문을 부착하여, 경매 신청이 있는 사실과 임차인이 있는지 여부, 임차인이 있을 경우, 집행관 사무소로 연락하여 임대차 내용을 알려주실 것과 법원에는 권리신고와 배당요구 등을 하도록 하였음.” 이라고 기재되어 있고 매각물건명세서에도 이와 같은 취지의 문구가 기재되어 있었다. 본건에 대하여 배당요구종기 전에 G로부터 유치권신고가 접수되었는데, 그 내용은 경매 목적물내에 있는 기계기구 등 유체동산을 자신이 소유자로부터 양도 받아 현재 점유 중이라는 것이다. 이에 본건 경매 신청채권자겸 근저당권자인 B은행이 유치권배제신청을 낸 바, “유치권자가 주장하는 유치 목적물 즉 기계기구 등 유체동산은 이미 신청채권자인 B은행에 이미 양도담보된 것이므로 유치권을 배제해야 한다.” 라는 것이었다. 이에 집행법원은 신청채권자인 B은행에 양도담보 증빙자료를 제출할 것을 명하여 이에 B은행이 이를 보정하였다.

본건 경매는 2차례 유찰 후 제3회 매각기일에 매각되었다. 위 근저당권자의 청구금액은 536,853,953원이었고, 근저당설정액은 1,300,000,000원, 감정가(제1회 최저매각가)는 762,740,430원이었는데, 최종매각가격은 380,000,000원이었다.

필자가 경매실무를 하면서 본 양도담보관련 사례의 특징은 마치 근저당권처럼 수 개의 양도담보권자들이 하나의 부동산위에 권리로 존재한다는 점이다. 그래서

마치 날짜별로 순위가 있는 것으로 오인하고 있는 경우가 허다했다. 물론 양도담보의 법리를 잘 모르거나 반대로 잘 알고 있으면서도 경매절차를 왜곡, 지연시킬 의도인 지는 모르겠다. 위 사례에서도 이미 당해 목적물이 양보담보되어 소유권이 B은행으로 넘어갔음에도 후순위란 것이 없음에도 유치권신고를 하여 결국 선순위 근저당권자마저 자신의 채권을 일부 변제하지 못하게 되는 사례가 종종 있다.

2. 사례분석결과와 문제점

위에서 살펴보았듯이 구체적인 사례들은 대부분이 최종 매각대금이 최초 감정가(제1회기일의 최저매각가격)보다 상당히 저감되었음을 알 수 있다. 또한 경매절차에서 유치권신고가 있는 사건의 경우 대부분의 매수희망자들은 통상 유치권성립에 대한 실체적 판단을 하기에 앞서 유치권신고가 있다는 이유만으로도 그 유치권을 인수해야 한다는 막연한 부담감으로 입찰 참가를 꺼리게 되어 결국 매수가격은 정상적인 경매 부동산보다 훨씬 낮아진다고 할 수 있다. 또한 매수 희망자가 없어 유찰이 되고 이는 절차지연으로 이어지게 된다.¹⁴⁵⁾

한편 위와 같은 점을 오히려 악용하여 채무자 등은 저가로 입찰가격이 떨어질 때까지 기다렸다가 친척이나 지인 등 제3자를 내세워 저가에 응찰하거나 이렇게 유찰을 거듭한 끝에 최저매각가격이 경매신청(압류)채권자의 채권에 우선하는 부동산상의 우선부담과 집행비용을 제하고 나면 남은 돈이 없게 되면 집행법원은 민사집행법 제102조(무잉여)에 의한 매각절차 자체를 취소하여야 하므로 이를 채무자 등이 악용하는 경우도 있을 것이다. 물론 신고된 유치권이 허위·과장 유치권임이 분명하다면 경락인은 민사집행법 제136조 제1항의 규정에도 불구하고 부동산 인도명령을 신청할 수 있을 것이다. 그러나 매각물건명세서와 부동산 현황보고서 등에만 이런 내용이 고지되고 매수희망자들은 경매절차에서 이해관계인도 아니어서 기록을 열람할 수도 없으므로 실제 유치권자라고 주장하는 이의

145) 같은 취지 : 황종술·민규식, "부동산 경매절차상 허위·과장유치권 근절을 위한 대책." 「주거환경」 제 6권 제10호, 한국주거환경학회, 2008. 12, 107면; 이상현, "부동산 경매과정에서의 유치권의 진정성립(허위유치권)에 관한 제문제", 「민사법연구」 제18권, 한국민사법학회, 2010. 12, 174-175면.

협조가 없이는 일반 매수자들은 유치권의 진정성 등에 관한 정보가 거의 없으므로 매수를 꺼릴 수밖에 없다고 본다.¹⁴⁶⁾

생각건대 이러한 허위·과장 유치권의 남용이나 유치권 악용의 문제가 생기게 되는 근본적인 원인을 다음 몇 가지로 살펴볼 때 이는 결국 민사집행법 제91조 제5항의 규정과 민법상의 유치권을 규정한 민법 제320조 제1항에서 그 원인이 있다고 볼 수 있다.

첫째, 민사집행법 제91조 제5항의 인수주의와도 관련이 크다. 즉 동 조항에 따르면 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.” 라고 규정하고 있어서 유치권은 매수인이 인수하여야 하므로, 일반 매수인들은 목적물을 인도받기 위해 매각 후에도 인도명령이나 명도소송 등에 휘말리게 될 지도 모른다는 생각으로 매수를 회피하게 된다.

둘째, 유치권은 물권이지만 등기로써 공시가 되어 있지 않다는 점이다. 따라서 피담보채권이 얼마인지 성립 시기는 언제이며 유치권자는 과연 누구인지에 관하여 알기 어렵기 때문에 매수 희망자들이 자신의 인수범위도 알기 어려워 권리분석이 매우 어렵다는 점이다.

셋째, 유치권자에게는 일반담보물권자와 같은 우선변제권이 없지만 민법 제320조 제1항과 위에서 거론한 민사집행법 제91조 제5항의 규정에 의해 자신의 채권을 전부 변제 받기 전까지는 목적물의 유치적 권능과 인도거절 권능이 있어 사실상 우선변제를 받을 수 있다는 점이다.

넷째, 매수인과의 대항력의 문제에서 유치 목적물에 대한 경매신청으로 압류효력이 발생하기 이전에만 유치권자가 점유를 취득했다면 매수인에게도 대항할 수 있다는 점이다.

다섯째, 우리 민법 제320조 제1항에 정한 유치권의 성립요건으로서 목적물과 피담보채권간의 견련성에 관하여 우리 다수설과 판례는 그 인정범위를 지나치게 넓게 인정하고 있는 점이다.

여섯째, 집행법원이 매각물건명세서와 최저매각가를 결정함에 기초자료로 쓰이

146) 같은 취지 : 이정엽, “부동산경매와 유치권.” 「부동산소송실무자료집(부동산소송)」 제4집, 유로, 2010, 382-384면; 이상현, 전계논문, 174-175면; 추신영, “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰.” 「민사법학」 제44호, 한국민사법학회, 2009. 3, 378-379면; 황중술·민규식, “부동산 경매절차상 허위·과장유치권 근절을 위한 대책.” 「주거환경」 제 6권 제10호, 한국주거환경학회, 2008. 12, 107면.

는 집행관작성의 부동산현황조사보고서와 감정인이 작성하는 감정평가서가 충실하지 못하고 형식적인 기재와 평가에 그치고 있다는 점에도 그 원인이 있다고 본다.

이와 같은 문제에 관해서는 본 논문 제5장에서 상세히 논하기로 한다.

제2절 유치권의 실태와 관련사건 유형

1. 실태

(1) 유치권 신고서 제출을 통한 권리주장

부동산경매절차에서 유치권자는 유치권신고 여부와 관계없이 매수인에게 대항할 수 있고 그 제출기한의 중기도 없으므로 유치권자의 편의에 따라 유치권신고 여부가 결정되고 있으며, 이에 따라 매각가격이 크게 영향을 받으므로 부동산등기부상의 담보채권자 등의 입장에서는 매우 불안하다.

실제 경매법원에 유치권이 신고된 경매물건은 2~4차례 유찰을 거듭하기 일쑤이고, 최저 매각가는 적게는 20%에서 많게는 60% 정도가 하락하는 경우가 많다.(유찰자가 없어 유찰될 경우, 최저 경매가는 1회 유찰시마다 20~30%¹⁴⁷⁾씩 가감되기 때문이다) 그러한 결과, 소유권자와 채무자는 유치권으로 인해 자신의 소유물이 헐값에 경락되는 불이익을 입는 것은 물론이고 근저당권자 등 경매신청채권자, 임차권자 등 매수(경락)대금에서 배당받을 수 있는 모든 이해관계인들이 피해를 입을 수 있다. 헐값에 경락되어서 배당금이 충분하지 못하면, 이들이 충분한 배당을 받지 못하기 때문이다.¹⁴⁸⁾ 그런데, 이 논문 제2장 제2절에서 제시한 사례1.부터 5.까지의 경우에서 알 수 있듯이 이러한 유치권신고의 상당수는 경매절차를 방해 또는 지연시키거나 목적부동산의 매각가격을 떨어뜨릴 목적으로 채무자와 통모하여 허위·과장된 유치권신고서를 작성 제출하는 경우¹⁴⁹⁾이거나, 이

147) 1회 유찰되어 다시 정하는 매각기일의 최저경매가격의 지정(가감율)은 각급 법원의 사정에 따라 법원장이 정하게 되어 있는데 20%인 경우도 있고, 제주지방법원인 경우는 현재 30%씩 낮추고 있다.

148) 이상현, 전계논문, 172면.

149) 이정엽, 전계논문, 381면.

러한 허위·과장된 유치권을 친척이나 지인 등을 통해 신고하게 하여 다른 입찰자에게 입찰을 못하게 하거나 또는 유치권자가 입찰에 응찰하여 매수가격의 저감이득을 보려는 매수신고인이 많다. 이에 집행법원으로서 이러한 유치권 신고를 명백히 허위라고 단정할 수도 없고, 설사 유치권이 있다고 하더라도 그 피담보채권액을 확정하기는 상당히 어려운 실정이다.¹⁵⁰⁾

경매부동산에 대한 집행관의 현황조사시 또는 감정평가인의 감정평가지 유치권 주장여부를 확인하여 현황조사서나 감정평가서에 표시가 이루어진다면 별 문제가 없겠지만 실무적으로는 집행관의 현황조사나 감정평가인에 의한 부동산 가격 등의 평가가 모두 이뤄지고 난 뒤에 매각절차를 진행하게 되는데, 통상은 그 이후에 유치권 신고가 접수되고 있기 때문에 집행관이나 감정평가인에 의한 유치권 조사는 거의 이뤄지지 않고 있는 실정이다. 어떤 경우는 배당기일 이후나 잔금납부 이후에 신고하는 경우도 있다. 신고서를 제출하는 형태는 유치권신고서와 공사도급계약서, 영수증 등 간단한 서류준비만으로 경매법원에 제출되며 어렵지 않게 접수된다. 따라서 유치권을 주장하고자 하는 제3자는 제출기간에 구애받지 않고 법원에 접수할 수 있으며, 제출하는 유치권 신고도 그 권원을 증명하는 방법에는 특별한 방식을 요하지 않기 때문에 통상은 “○○사건에 금 ○○의 유치권이 있음” 이라고만 기재하고 자세한 내용이나 소명자료의 제출은 거의 없는 실정이다. 이에 집행법원도 제출된 서류의 형식적 심사만으로 접수하고,¹⁵¹⁾ 당해 유치권 신고의 정당한 권원의 유무와 관계없이 매각물건명세서의 임대차 기재란 또는 물적부담 기재란에 주장되는 유치권 등 물적 부담의 내용을 기재하고 비교란에 “○○○로부터 본 부동산에 대한 공사대금으로 금 ○○원의 유치권 신고가 있으나 그 성립여부는 불분명함” 이라고 기재하는 것이 전부이다. 이때 집행법원에 의해 작성되는 매각물건 명세서는 집행법원이 인식을 기재한 서면에 불과하고 재판이 아니므로 그 작성행위는 일종의 사실행위¹⁵²⁾일 뿐 공증력이 없는 것도 문제이다. 따라서 입찰에 참여하여 매수를 희망하는 자들은 이러한 형태의 유

150) 최동홍, “부동산경매에서 유치권신고의 의무화.” 「법조」 통권 제643호, 법조협회, 2010, 4, 221면.

151) 집행절차는 실제관계의 진위를 밝히는 것이 아닌, 절차적 하자만이 각종 이의신청이나 항고사유로 된다는 점에서 집행법원으로서 그 유치권신고의 진위여부나 피담보채권액의 확정 또는 대항력 여부 등에 대해서 조사하는 것은 매우 어려운 것이 현실이다.

152) 법원행정처 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 159면.

치권신고의 내용만으로는 그 유치권이 압류효력 발생 이전부터 성립(점유의 이전)된 것이어서 매수인에게도 대항할 수 있는 것인지 또는 정당한 유치권인지를 도무지 알 수가 없게 된다. 따라서 이를 이유로 낙찰 후 인수해야 하는 부담 때문에 입찰참가여부 또는 입찰가격을 정하는데 어려움을 겪고 있는 것이 현실이다.¹⁵³⁾

(2) 매수인에 대한 목적물 인도거부를 통한 권리주장

민사집행법 제91조 제5항은 ‘매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제 책임이 있다’ 라고 규정하고 있다. 유치권은 담보물권이지만 등기가 필요 없고 효력은 매우 강력하여 권리가 성립되는 한 그 누구에게도 인도를 거부할 수 있다. 따라서 유치권의 성립여부가 진실이든 진실이 아니든, 또한 유치권자가 경매법원에 유치권 있음을 증명하기 위하여 신고를 하거나 또는 신고를 하지 않아도 유치권자는 매수인에 대하여 목적부동산의 인도를 거부함으로써 권리를 주장하고 있는 것이 현실이다. 이에 대해 매수인은 유치권의 성립과 채권금액을 확인하기 위하여 법원에 명도소송등으로 청구할 수밖에 없는 현실이고 유치권의 성립여부에 대하여 당사자 간 다툼이 있는 경우에는 최종 법원에서 판단하게 되는데 소송에 의해서 유치권의 실체적 권리를 판단하기에는 전문가라 하더라도 어려움이 따라 법원에서는 조정에 의하여 해결하는 것이 일반화되어 있다. 소송에 의하여 유치권을 해결하려고 한다면 소송비용과 소송기간 등 일반인들은 경매부동산매수에서 많은 어려움이 따른다고 할 수 있다.¹⁵⁴⁾

이와 같이 유치권에 대한 매수인의 인수주의를 채택한 것에 편승하여 채무자와 제3자가 통모하여 목적 부동산에 건축비지출을 운운하며 유치권을 조작하는가 하면 큰돈들일 것도 없는 경매부동산에 필요비나 유익비를 주장하며 피담보채권을 부풀리는 경향이 많다.

153) 이상현, 전계논문, 173면.

154) 이상현, 전계논문, 175면; 황중술·민규식, 전계논문, 107면 참조.

2. 관련사건 유형

(1) 민사사건

유치권과 관련된 분쟁이 민사소송인 경우 아래 <표 1> 과 <표 2> 에서 보듯이 2005년부터 급증하여 계속 증가 추세에 있다.

<표 1> 전국법원의 연도별 경매사건의 종류별 접수건수 현황¹⁵⁵⁾

2006년		2007년		2008년		2009년		2010년	
강제	임의	강제	임의	강제	임의	강제	임의	강제	임의
45,695	87,334	47,381	69,642	45,613	70,226	44,343	79,910	41,992	67,825

<표 2> 유치권 관련 민사사건 중 판결로 종결된 사건 현황¹⁵⁶⁾

연도 심급	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
1심	285	355	419	430	527	853	1,086	,255	1,392	1,388
2심	135	177	217	241	226	252	442	304	465	397
3심	13	17	17	16	15	32	19	30	51	32

민사 사건의 유형에는 가처분(출입금지, 침해금지), 매수방해금지, 공사대금, 매각불허가, 배당이의, 부당이득금반환, 손해행위취소, 소유권이전등기 또는 말소등기, 소유권확인, 손해배상, 유익비, 유치권(부)존재확인, 유치물변제충당허가, 인도(명도), 점유물반환, 철거 등의 사건이 있으나, 이 가운데 중요하고 비교적 건수가 많은 아래 몇 가지 사례만 예를 들고자 한다.

155) 법원행정처, 「사법연감」, 법원도서관, 2011, 619면.

156) 출처는 법원내부 전산망인 코트넷(<http://gw.scourt.go.kr>)의 판결문검색시스템에서 검색조건을 각 해의 1.1.부터 12.31까지의 검색어를 「유치권」으로 하여 검색한 민사사건중 판결로 종결된 사건만이며, 도중에 각하, 기각, 취하된 건수는 제외하였음. 단, 제1심은 소액, 단독, 합의, 신청사건을 포함한 건수임.

1) 성립요건인 점유 및 견련성 관련

① 명의신탁자와 명의수탁자가 이른바 계약명의신탁약정을 맺고 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산에 관한 매매계약을 체결한 뒤 수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 경우에는, 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이지만 그 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고, 반면 명의신탁자는 애초부터 당해 부동산의 소유권을 취득할 수 없고 다만 그가 명의수탁자에게 제공한 부동산 매수자금이 무효의 명의신탁약정에 의한 법률상 원인 없는 것이 되는 관계로 명의수탁자에 대하여 동액 상당의 부당이득반환청구권을 가질 수 있을 뿐이다. 명의신탁자의 이와 같은 부당이득반환청구권은 부동산 자체로부터 발생한 채권이 아닐 뿐만 아니라 소유권 등에 기한 부동산의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 채권이라고 보기도 어려우므로, 결국 **민법 제320조 제1항**에서 정한 유치권 성립요건으로서의 목적물과 채권 사이의 견련관계를 인정할 수 없다¹⁵⁷⁾고 하여 이른바 계약명의신탁에 있어 명의신탁자가 명의수탁자에 대하여 가지는 매매대금 상당의 부당이득반환청구권에 기하여는 유치권을 행사할 수 없다는 사례.

② 경매목적물에 관한 공사대금채권자로서 임의경매개시결정의 기입등기가 경료되기 이전부터 채무자인 A의 직접점유를 통하여 이 사건 건물을 간접점유한 경우, 유치권의 성립요건이자 존속요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계가 본체적 효력으로 하는 권리인 점 등에 비추어, 그 직접점유자가 채무자인 경우에는 유치권의 요건으로서의 점유에 해당하지 않는다고 할 것이다¹⁵⁸⁾.

③ 민법 제320조 제1항에서 규정하는 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’은 유치권 제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특히 반하지 않는 한 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우는 물론이고 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우도 포함하고, 민법 제321조는 “유치권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다”고 규

157) 대법원 2009.3.26. 선고 2008다34828 판결.

158) 대법원 2008.4.11. 선고 2007다27236 판결.

정하고 있으므로, 유치물은 그 각 부분으로써 피담보채권의 전부를 담보하며, 이와 같은 유치권의 불가분성은 그 목적물이 분할 가능하거나 수개의 물건인 경우에도 적용됨이 원칙이다.¹⁵⁹⁾ 그러나 한편, 유치권은 당사자 사이의 합의에 의하여 얼마든지 포기할 수 있으므로, 채권 발생이 여러 개의 물건과 사이에 건련관계가 인정된다 하더라도 당사자 사이에 그 물건의 하나에 관하여 직접 관련되어 발생한 채권에 한하여 유치권을 인정하기로 하는 특별한 합의가 있는 경우에는 유치권의 행사는 그 범위로 제한되고, 위와 같은 합의는 명시적인 것은 물론 묵시적인 것으로도 가능하다.¹⁶⁰⁾

④ 건물의 신축공사를 한 수급인이 그 건물을 점유하고 있고 또 그 건물에 관하여 생긴 공사금 채권이 있다면, 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지 건물을 유치할 권리가 있는 것이지만, 건물의 신축공사를 도급받은 수급인이 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 정착물을 토지에 설치한 상태에서 공사가 중단된 경우에 위 정착물은 토지의 부합물에 불과하여 이러한 정착물에 대하여 유치권을 행사할 수 없는 것이고, 또한 공사중단시까지 발생한 공사금 채권은 토지에 관하여 생긴 것이 아니므로 위 공사금 채권에 기하여 토지에 대하여 유치권을 행사할 수도 없는 것이다.¹⁶¹⁾

⑤ 민법 제320조 제1항에서 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’은 유치권 제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우는 물론이고 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우도 포함하고, 한편 민법 제321조는 “유치권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다”고 규정하고 있으므로, 유치물은 그 각 부분으로써 피담보채권의 전부를 담보하며, 이와 같은 유치권의 불가분성은 그 목적물이 분할 가능하거나 수개의 물건인 경우에도 적용된다. 따라서 다세대주택의 창호 등의 공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권 잔액을 변제받기 위하여 위 다세대주택 중 한 세대를 점유하여 유치권을 행사하는 경우, 그 유치권은 위 한 세대에 대하여 시행한 공사대금만이 아니

159) 대법원 2007.9.7. 선고 2005다16942 판결.

160) 서울동부지법 2009.6.26. 선고 2008가합13140 판결.

161) 대법원 2008.5.30. 자 2007마98 결정.

라 다세대주택 전체에 대하여 시행한 공사대금채권의 잔액 전부를 피담보채권으로 하여 성립한다.¹⁶²⁾

⑥ 유치권의 성립요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계 없지만, 유치권자는 채무자의 승낙이 없는 이상 그 목적물을 타에 임대할 수 있는 처분권한이 없으므로, 유치권자의 그러한 임대행위는 소유자의 처분권한을 침해하는 것으로서 소유자에게 그 임대의 효력을 주장할 수 없고, 따라서 소유자의 동의 없이 유치권자로부터 유치권의 목적물을 임차한 자의 점유는 **구 민사소송법(2002. 1. 26. 법률 제6626호로 전문 개정되기 전의 것) 제647조 제1항** 단서에 서 규정하는 '경락인에게 대항할 수 있는 권원'에 기한 것이라고 볼 수 없다.¹⁶³⁾

2) 매수인에 대한 대항력 관련

① 부동산 경매절차에서의 매수인은 **민사집행법 제91조 제5항**에 따라 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있는 것이 원칙이나, 채무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료 되어 압류의 효력이 발생한 후에 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 제4항**에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 그러나 이러한 법리는 경매로 인한 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권을 취득한 경우에는 적용되지 아니하고, 유치권 취득시기가 근저당권설정 후라거나 유치권 취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 하여 달리 볼 것은 아니므로 근저당권설정 후 경매로 인한 압류의 효력 발생 전에 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있다.¹⁶⁴⁾

② 채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료 되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채권자가 채무자로부터 위 부동산의 점유를 이전받고 이에

162) 대법원 2007.9.7. 선고 2005다16942 판결.

163) 대법원 2002. 11. 27. 자 2002마3516 결정.

164) 대법원 2009.1.15. 선고 2008다70763 판결.

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 저촉되므로, 위와 같은 경위로 부동산을 점유한 채권자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.¹⁶⁵⁾

③ 건물 및 대지에 거액의 근저당권, 전세권, 가압류등기 등이 설정되어 있는 등으로 부동산 소유자의 재산상태가 좋지 아니하여 위 부동산에 관한 경매절차가 개시될 가능성이 있음을 충분히 인식하고서도 수급인이 거액의 공사도급계약 및 그 후의 사용·수익 약정을 체결하여 건물의 일부를 점유하였다면, 수급인의 공사도급계약 전에 가압류등기와 근저당권설정등기를 마친 자의 신청에 의한 경매절차의 매수인에 대한 관계에서는, 민법 제320조 제2항을 유추 적용하여 수급인이 공사대금채권에 기초한 유치권을 주장하여 그 소유자인 낙찰자에게 대항할 수 없다고 하거나, 그 유치권을 행사하는 것이 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 보아야 한다. 따라서 부동산에 관한 경매절차가 개시될 가능성이 있음을 충분히 인식하고서도 그 부동산의 개조에 관한 공사도급계약을 체결한 후 이에 따른 공사를 시행한 자가 공사대금채권에 기초하여 낙찰자에 대하여 유치권을 주장하는 것은 신의칙에 반하여 허용되지 않는다.¹⁶⁶⁾

3) 기타

① 공매절차에서 점유자의 유치권 신고 사실을 알고 부동산을 매수한 자가 그 점유를 침탈하여 유치권을 소멸시키고 나아가 고의적인 점유이전으로 유치권자의 확정판결에 기한 점유회복조치 곤란하게 하였음에도 유치권자가 현재까지 점유회복을 하지 못한 사실을 내세워 유치권자를 상대로 적극적으로 유치권부존재 확인을 구하는 것은, 자신의 불법행위로 초래된 상황을 자기의 이익으로 원용하면서 피해자에 대하여는 불법행위로 인한 권리침해의 결과를 수용할 것을 요구하고, 나아가 법원으로부터는 위와 같은 불법적 권리침해의 결과를 승인받으려는

165) 대법원 2006.8.25. 선고 2006다22050 판결.

166) 대전고법 2004.1.15. 선고 2002나5475 판결.

것으로서, 이는 명백히 정의 관념에 반하여 사회생활상 도저히 용인될 수 없는 것으로 권리남용에 해당하여 허용되지 않는다.¹⁶⁷⁾

② 민법 제324조에 의하면, 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 있다고 할 것인바, 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.¹⁶⁸⁾

③ 매수인이 경매 목적물의 점유현황에 대한 정확한 정보가 기재되지 않은 현황조사서 및 매각물건명세서 등으로 인하여 매수신고 시까지 경매 목적물에 대하여 유치권이 존재하는 사실을 전혀 모르다가 매각허가결정 직전에 비로소 유치권이 주장되는 것을 알게 되어 유치권이 성립할 여지가 없지 않은바, 이러한 경우 집행법원으로서 매각허가결정에 앞서 매수인을 심문하는 등의 방법으로 유치권의 성립 여부에 대하여 조사한 다음 유치권이 성립될 여지가 없음이 명백하지 아니하다면 매수인의 매각허가에 대한 이의를 정당한 것으로 인정하여 매각을 허가하지 아니하는 결정을 하는 것이 상당하다.¹⁶⁹⁾라고 하여, 부동산 임의 경매절차에서 이미 최고가매수신고인이 정해진 후 매각결정기일까지 사이에 유치권의 신고가 있고 그 유치권이 성립될 여지가 없음이 명백하지 아니한 경우, 집행법원이 취할 조치는 매각불허가결정임을 판시하고 있다.

(2) 형사사건

2011. 1. 1. 이후 2011, 10, 4 까지 유치권 관련 전국법원 형사판결 선고건수¹⁷⁰⁾

167) 대법원 2010.4.15. 선고 2009다96953 판결.

168) 대법원 2009.9.24. 선고 2009다40684 판결.

169) 대법원 2008.6.17. 자 2008마459 결정; 대법원 2005. 8. 8.자 2005마643 결정.

170) 이 조사는 2011년 10월 4일 법원내부전산망인 <http://gw.scourt.go.kr>의 판결문검색란에서 조사했으며,

는 363건인데 사기사건이 98건으로 압도적으로 많고, 그 다음으로 채물손괴 36건, 업무방해 35건, 경매방해 35건, 주거(건조물)침입 32건, 상해 20건, (특수)절도 19건, 횡령 15건, 사문서위조 11건, 배임 9건 위증 8건, 권리행사방해 8건, 건조물방화 8건, 무고 6건, 공갈 4건, 변호사법위반 3건, 명예훼손 3건, 공무표시 등 무효 2건, 모욕, 퇴거불응, 폭행, 강제집행면탈, 주택법위반, 교통방해, 자격모용에 의한 사문서작성 등은 각 1건이고, 기타 사건은 4건이다.

민사와 마찬가지로 건수가 많고 전형적인 몇 개의 사례만을 예로 들기로 한다.

1) 사기 및 경매방해

① 피고인 A, B, C는 B소유의 대지와 건물에 대하여 대구지방법원 2008타경 25855호로 경매신청되어 경매가 진행되자 이 사건 대지와 건물이 경매되는 것을 막기 위해 허위의 권리신고를 하기로 마음먹고, 실제로는 B가 乙에게 반환하여야 할 임대차보증금채무가 없음에도 불구하고 임차인 乙, 임대인 B로 하는 상가임대차에 기한 권리신고 및 배당요구신청서를 제출하여 위계의 방법으로 공정한 경매를 방해하였고, 동 A, B, C는 사실은 甲 회사는 이 사건 대지와 건물에 대하여 1억 6,000만 원 상당의 리모델링 공사를 진행한 사실이 없어 유치권을 행사할 수 없음에도 불구하고 유치권자를 甲회사로 하는 유치권에 기한 권리신고서를 제출하여 위계의 방법으로 공정한 경매를 방해하였다. 또한 A와 B는 피해자 丙에게 “현재 사무실로 사용하고 있는 이 사건 건물이 경매진행 중에 있는데 내가 잘 아는 甲회사에서 이 사건 건물의 리모델링 공사대금 1억 6,000만 원 상당을 받지 못하여 건물에 대하여 유치권을 가지고 있는데, 건물에 대하여 유치권이 성립되어 있기 때문에 아무도 경매에 참여하지 않을 것이므로 갑회사가 가지고 있는 유치권을 싼값에 양도받고 건물도 싼값에 경매를 받을 수 있도록 해 주겠다”라고 피해자를 기망하여 이에 속은 피해자로부터 액면금 8,500만 원 상당의 약속어음 및 현금 500만 원을 교부받아 이를 편취하였다.¹⁷¹⁾

② 피고인 A는 펜션 업자로서 위 펜션 건물을 건축하는 과정에서 발생한 공사

주된 선고형을 기준으로 했다.

171) 대구지방법원 서부지원 2011.1.28. 선고 2010고단 1194 판결의 사기. 경매방해사건으로 피고인들 각 벌금 천만 또는 500만원에 처해짐.

대금채무로 인하여 경매절차가 진행되자 평소 알고 지내던 B로부터 1억 8,500만 원을 차용하여 경매채무를 변제하고 경매를 취하케 하였다. 그 후 A는 B 등 채권자들에 의해 위 펜션에 대하여 다시 경매절차가 진행될 경우를 대비해 피고인의 동거녀인 C, 며느리인 D, 위 펜션 앞에서 고구마장사를 하고 있던 E와 함께 C등이 위 펜션의 일부를 실제로 임차하여 사용하고 있는 것처럼 미리 허위임대차계약을 작성하고 확정일자를 받아둔 후 나중에 경매절차가 진행되면 이를 이용하여 배당요구 등을 신청함으로써 가장임차인들인 피고인 A 등이 경락인으로부터 허위 임차보증금에 상당하는 금액을 지급받게 하거나 당해 경매를 유찰시켜 낙찰가격을 떨어뜨리기로 공모하였다. 그리하여 피고인 A로부터 위 채권을 변제받지 못한 B에 의하여 실제로 2008. 11. 27.경 위 법원에 다시 임의경매절차(2008타경13871)가 진행되자, 피고인들 및 F는 위와 같은 모의에 따라 계획된 범행을 실행에 옮기기로 하여 A와C는 공모하여 C로부터 임대차보증금 3,000만 원을 받은 사실이 없는데도 마치 A가 위 보증금을 수령한 것처럼 가장하여 허위의 부동산임대차계약을 작성하여, 법원 직원에게 위 계약을 제출, 위 경매물건에 대해 권리신고 및 배당요구를 하게 하는 방법으로 배당액 상당액을 편취하려고 하였고, 이와 같은 수법으로 D, E와도 허위채권에 기한 허위의 부동산임대차계약을 작성하여 제출하여 경매절차에서 위계로 허위의 권리신고 및 배당요구를 함으로써 적정한 가격을 형성하는 공정한 자유경쟁이 방해될 우려가 있게 하여 경매의 공정을 해하였고, 피고인 A와 그 동거녀 B는 공모하여 B가 A로부터 위 펜션의 공사를 도급받아 공사를 진행한 사실이 없음에도 불구하고 마치 공사대금 채권이 있는 것처럼 가장하여 소송을 제기, 의제자백으로 확정판결을 받았음을 기화로 실제로 채권이 있는 것과 같은 허위의 유치권신청서를 작성하고, 법원 직원에게 위 계약을 제출, 위 경매물건에 대해 유치권을 신고함으로써 적정한 가격을 형성하는 공정한 자유경쟁이 방해될 우려가 있게 하여 경매의 공정을 해하였다.¹⁷²⁾

③ 피고인 A는 이 사건 건물에 있는 甲회사의 명의상 대표이사(실질적 대표이사는 B)로 있고, A는 실질적 대표이사인 B를 을 보좌하던 자로서 위 건물은

172) 대전지방법원 서산지원 2011.7.12. 선고 2011고단285 판결의 경매방해, 사기미수사건으로 피고인 A는 정역 10월에, 피고인 B는 정역 8월에 집행유예 2년 및 각 120시간의 사회봉사에 처해짐.

2008. 4. 8.경 갑회사가 위 건물의 소유권을 취득하면서 위 건물에 대하여 채권최고액 78억 원으로 하는 근저당권을 乙은행에 설정하여 주었으나, 이에 대한 채무변제가 이루어지지 아니하여 위 乙은행이 위 건물에 대한 임의경매 신청을 하여 2008타경19881호로 부동산임의경매사건이 진행되고 있었고, 위 건물에 대하여 피고인 A가 B와 공사계약을 체결한 바도 없으며, 공사를 진행한 사실이 없음에도 위 임의경매사건의 건물에 대하여 1,830,000,000원 상당의 공사대금 채권이 있어 이 금액 상당의 유치권이 있다는 허위의 유치권 신고서를 제출하여 위 임의경매사건을 지연시켜 경매 낙찰가격을 떨어뜨리고 그 금액 상당의 재산상 이익을 취득할 것을 마음먹고, 신고금액을 1,830,000,000원으로 하는 허위의 유치권 신고서에 공정증서의 사본(인테리어 도급계약서) 등을 첨부하여 그 정을 알지 못하는 성명을 알 수 없는 그곳 직원에게 제출하였다. 이로써 피고인은 위와 같은 위계의 방법으로 위 건물에 대한 임의경매사건의 공정한 경매를 방해하였다.

피고인 A가 위 임의경매사건에 위와 같은 허위의 유치권 권리신고서를 제출하자, 채권자인 피해자 甲은행은 피고인을 상대로 유치권부존재확인 소를 제기하여 위 법원 2009가합6879호 유치권부존재확인사건이 진행 중이었다. 이에 피고인 A는 위 건물에 대한 유치권이 존재한다는 취지의 준비서면에, 유치권 점유확인서 1장, 허위의 인증서(인테리어도급계약서) 1장을 첨부하여 법원 직원에게 제출하고, 위 건물에 대한 공사를 하였다는 취지로 위 건물의 내부사진, 영수증 사본, 내용증명을 준비서면에 첨부하여 제출하였으나 사실 피고인은 위 건물 공사에 대하여 도급받은 사실이 없고, 위 건물에 대한 공사를 진행한 사실이 없었다. 피고인은 위와 같이 법원 판사를 기망하여 이에 속은 판사로부터 승소판결을 받아 위 유치권 신고금액 상당인 1,830,000,000원 상당의 유치권의 존재를 확인받아 동액 상당의 재산상 이익을 취득하려 하였으나, 국민은행이 이에 적극적으로 대하여 2010. 1. 29.경 위 판결에 패소하여 미수에 그쳤다.¹⁷³⁾

④ 피고인 A는 B은행과 32억 원을 채권최고액으로 한 위 건물 등에 대한 근저당권을 설정하였으나, 변제하지 않아 위 근저당권에 기한 임의경매개시결정(춘천지방법원 강릉지원 2008타경1605호)이 진행되자, 경매절차, 유치권신고 등에 대하여

173) 서울중앙지방법원, 2011.8.9. 선고 2010고단6542 판결의 사건의 사기미수, 경매방해사건으로 피고인은 정역 8월에 처해짐.

여 잘 알고 있는 피고인 A, B, 및 건물의 내부 인테리어공사업자인 C와 공모하여 허위의 유치권신고를 하여 수차례 경매절차를 유찰시킨 다음 적은 가액으로 경매에서 낙찰받기로 공모하여, 피고인들은 사실은 C가 6억 4,800만 원 상당의 내부인테리어 공사대금 채권이 없음에도, 허위 작성한 인테리어공사 표준계약서, 공사대금청구서와 함께 법원 직원에게 제출한 것을 비롯하여 같은 일시, 장소에서 별지 범죄일람표와 같이 3건의 공사계약에 따른 청구금액 합계 17억 3,200만 원 상당의 허위 유치권행사에 따른 권리신고서를 제출하여 경매를 방해하였다.¹⁷⁴⁾

⑤ 피고인 A는 서울중앙지방법원 2010타경12754호 임의경매사건 경매를 유찰시켜 낙찰가격을 떨어뜨리고 이를 통해 위 토지를 저가에 낙찰 받으려고 사실은 경매 목적 건물에 건물철거공사계약을 체결한 사실이 없음에도 마치 건물철거공사계약을 체결하고 실제 철거공사를 한 것처럼 허위 계약서를 작성하여 경매법원에 유치권 신고를 함으로써 경매의 공정을 해하였다.¹⁷⁵⁾

2) 기타(강제집행면탈 및 권리행사방해 등)

① 피고인 A는 식물원의 대표이사이고, 피고인 B는 위 식물원에서 조경 공사 등을 해 온 건설업자인데, 위 식물원의 경영난으로 대전지방법원 서산지원에서 2010타경4962호로 위 식물원 부지에 대하여 임의경매개시 결정이 나 강제집행절차가 계속 중이다. 피고인은 위 집행관으로부터 압류물을 다른 장소로 이전하거나 처분할 수 없음을 고지 받고도, 위 물건들을 고철상인 C에게 압류 표시를 액자로 가리고 매도하였고, 장래 이 부동산을 낙찰 받는 사람으로부터 허위의 유치권을 근거로 돈을 받기 위하여 피고인 A는 D에게 식물 인도 청구권이나 이에 근거한 유치권 역시 없었음에도 불구하고, 허위 내용의 '식물매매계약서'를 작성하고, 유치권권리신고서를 작성한 후 D로부터 도장을 날인 받아 법원에 접수하였다. 또한, 강제집행 면탈목적으로 인테리어 업자 E에게 공사대금 중 미수금 채무보다 세배정도를 부풀린 금액을 허위 기재하여 E명의 유치권권리신고서를

174) 춘천지방법원 강릉지원 2011.9.22. 선고 2011고단352판결의 경매방해사건으로 피고인 A는 징역 6월, 피고인 B는 징역 4월, 피고인 C는 벌금 3,000,000원에 각각 처해짐.

175) 서울중앙지방법원 2011.9.22. 선고 2011고단3465 판결의 사문서위조, 위조사문서행사, 경매방해사건으로 피고인은 징역 10월에 처해짐.

법원에 접수하였고, 또 사실은 B에 대하여 채무가 없었고, 채무를 부담할 의사도 없었음에도 불구하고, 채권자를 B로 하는 허위 약속어음을 공증 받아 위 식물원에 대한 유체동산강제집행신청의 근거자료로 제출하고 나아가 허위의 약속어음을 이용하여 강제집행을 신청하고 경매 절차에서 배당을 요구하는 방법으로 위 법원을 기망하여 이에 속은 위 법원으로부터 배당금을 수령하려고 하였으나, 경매방해 등의 혐의로 고소되어 수사가 진행되면서 범행이 발각됨으로써 그 뜻을 이루지 못하고 미수에 그쳤다.¹⁷⁶⁾

② 피고인 A는 경매 목적물의 소유자로서, 담보대출용으로 근저당권자 B에게 근저당권을 설정하여 주었으나 이자가 연체되는 등의 사유로 B가 경매를 신청하자, 강제집행을 우려하여 이를 면탈할 목적으로, 실제 공사대금채권 3,000만원을 가지고 있는 제3자인 C에게 실제보다 많은 1억4,000만원의 과장 유치권을 신고하게 하여 위 부동산을 매수 희망자가 없게 할 것을 결의하고 위 C와 공모하여 위 부동산에 대한 허위로 유치권을 신고하게 함으로써 채권자의 권리를 침해한 사례¹⁷⁷⁾

③ 피고인 A는 동생 B와 甲 토지에 대한 명의신탁계약을 맺고 B명의로 경락을 받아 소유권이전등기를 경료하고, 위 갑 토지에 이미 타인의 4억 상당의 근저당권이 설정된 사실을 등기부등본을 열람하여 알고 있었음에도 불구하고, 지상 건물을 임의로 철거하여 멸실시켰고, 자신의 부동산에 대하여 대구지방법원 경주지원 2009타경3230호로 부동산임의경매가 진행되자, 실제 공사대금보다 많은 금액의 유치권을 신고하여 다른 사람들이 입찰하지 못하게 함으로써 피고인의 내연녀인 C가 경락받을 수 있게 하기로 공모한 뒤 석축공사대금 등 허위 유치권신고서를 작성 C가 제출하였고, D로 하여금 전기공사대금을 3천 만 원 을 더 부풀려 유치권신고를 하게 하였다.¹⁷⁸⁾

176) 대전지방법원 서산지원 2011.1.27. 선고 2010고단97 판결의 피고인 A는 공무상표시무효, 경매방해, 강제 집행면탈, 허위유가증권작성, 허위작성유가증권행사, 사기미수, 피 고인 B는: 경매방해 강제집행면탈사건으로, 피고인 A는 징역 1년에 집행유예 3년 및 120시간의 사회봉사. 피고인 B는 벌금 3,000,000원에 처해짐.

177) 광주지방법원 순천지원 2007.1.5. 선고 2005고단368 판결의 강제집행면탈사건으로 피고인은 징역 10월에 처해짐.

178) 대구지방법원 경주지원 2011.7.12. 선고 2010고단476, 2011고단139(병합), 2011고단344(병합)판결의 권리행사방해, 부동산실권리자명의등기에관한법률위반, 경매방해, 상법위반, 공전자기록등불실기재, 불실기재공전자기록등행사, 무고교사, 무고, 배임사건으로 피고인 A는 징역 1년에, 벌금 500만원, 피고인 B는 징역 8월에, 피고인C는 징역 6월에, 피고인 D는 징역 4월에 각각 처해짐.

④ 피고인 A는 제주지방법원 501호 법정에서 위 법원 2009가단15397호 유치권 확인 등 사건의 증인으로 출석하여 선서하고 위 사건을 심리 중인 판사에게 사실은 2008. 4. 15. 제주지방법원 2008타경5396호 임의경매사건의 목적 부동산의 공사현장감독으로 일한 사실이 없고, 유치권자 B, C, D가 소유자 E로부터 열쇠를 건네받아 점유하며 관리하고 있는 사실을 본적도 없었으면서도 ‘증인은 2004. 6.경부터 공사현장 감독으로 일하였으며, 유치권자 B, C, D가 자재대금 때문에 2004. 9. 말경부터 현재까지 소유자에 대한 경매 목적 부동산을 소유자 E로부터 열쇠를 건네받아 점유하며 관리하고 있다’는 취지로 증언하였다.¹⁷⁹⁾

(3) 정리

이들 사건내용을 검토해보면, 허위·과장 유치권자들의 유형은 대강 다음과 같음을 알 수 있다. 즉, 소유자와 공모하여 위계로 허위의 권리신고 및 배당요구를 함으로써 적정하고 공정한 경매의 공정을 해하거나 사건을 지연시켜 경매를 유찰시키고 낙찰가격을 떨어뜨려 그 금액 상당의 재산상 이익을 취한다. 또한 강제집행 면탈목적으로 공사대금 중 미수금 채무보다 몇 배를 더 부풀린 금액을 허위 기재하여 유치권권리신고서를 법원에 접수하는 수법 등을 쓰거나, 공사대금을 부풀리거나, 공사계약서 등을 위조하고 이를 첨부하여 공사업자 명의로 허위의 유치권신고를 하기도 한다는 점이다.

이와 같이 유치권 신고의 많은 부분이 채무자 및 소유자와 담합하여 허위로 신고하는 사례가 늘어가는 추세에 비하여 허위신고자에 대한 처벌은 미약한 수준에 그치고 있는 실정이다. 그러나 관련 이해관계인들도 송사에 휘말리는 것을 기피하고 또 유치권에 관한 소송이 종료되더라도 허위·과장유치권자는 점유하고 있는 부동산을 인도해 주면 그만이라는 생각이 만연되어 있어서 이러한 행태가 더욱 기승을 부리는 것으로 보인다.

179) 제주지방법원 2011.5.13. 선고 2010고단916 판결의 위증사건으로 피고인은 징역 6월에 집행유예 2년에 처해짐.

제3장 부동산경매에서의 유치권의 작용

제1절 부동산경매의 단계별 유치권의 현황

1. 매각단계에서의 유치권자

(1) 유치권자의 권리신고

1) 이해관계인의 범위

부동산경매에 있어서 이해관계인은 경매절차에 관여할 권리가 있는 자로 그 범위는 민사집행법 제90조에 열거하고 있다. 즉 압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자, 채무자 및 소유자, 등기부에 기입된 부동산 위의 권리자, 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람으로 규정하고 있다. 그런데 부동산경매절차에서의 이해관계인의 범위를 정하고 있는 민사집행법 제90조는 제한적 열거규정이므로, 위 조문에 열거된 이해관계인의 범위에 속하지 않는 자는 집행절차에서 이해관계인이 될 수 없다. 그 이외의 사유로 집행법원이 권리가 있음을 알게 된 경우, 즉 현황조사보고서나 감정평가서 혹은 다른 이해관계인 등이 제출한 등기부등본 등 서류를 통하여 임차인, 압류, 가압류권자 등으로 표시된 사실은 스스로 집행법원에 신고를 한 것으로 볼 수 없기 때문에 이런 경우에는 이해관계인이라고 할 수 없다. 따라서 경매신청등기 후 그 목적부동산에 대한 권리취득자로서 등기를 하고 그 사실을 스스로 집행법원에 제출 증명하여야 경매절차에 있어서의 이해관계인이 되며 단지 그 기록에 첨부된 다른 경매신청기록에 권리취득자로 등재되어 있는 것만으로는 경매절차의 이해관계인에 해당하지 아니한다.¹⁸⁰⁾ 또한 가압류권자, 가처분권자, 예고등기권리자, 재매각을 실시하는 경우 이전의 매수인은 이해관계인이 아니다.¹⁸¹⁾ 이 중 경매개시전의 가압류권자는 배당요구를 하지 않았더라도 당연히 배당요구 한 것과 동일하게 취

180) 대법원 1973. 9. 9.자 73마129 결정.

181) 대법원 1967. 11. 29.자 67마1089 결정; 대법원 1994. 9. 30.자 94마1534 결정; 대법원 1968. 1. 15.자 67마 1024 결정.

급되어 배당을 받을 수 있는 권리자이지만¹⁸²⁾ 이해관계인은 아니다. 다만 부동산 등에 대한 경매절차 처리지침(재민 2004-3)에서는 경매기록열람에 관한 이해관계인의 범위를 다소 확대하여 규정하고 있다. 즉 가압류권자는 일반적인 이해관계인과 같은 여러 권리를 인정하는 것은 아니지만, 재판예규 제1326호로 2010년 10월 21일 개정된 부동산등에 대한 경매절차 처리지침(재민 2004-3) 제53조(경매기록의 열람·복사)에 의하여 가압류권자의 경매기록의 열람·복사는 허용하고 있다.

2) 이해관계인의 권리

이해관계인은 자기의 권리에 관하여 보호를 받는 방법으로서 집행법원의 절차에 관하여 권리행사를 할 수 있으며, 집행절차에 관하여 다음과 같은 권리가 인정된다. 즉 집행에 관한 이의신청권(민사집행법 제16조), 부동산에 대한 침해방지신청권(동법 제83조 제3항), 경매개시결정에 대한 이의신청권(동법 제86조), 배당요구 신청 또는 이중경매신청이 있으면 법원으로부터 그 통지를 받을 수 있는 권리(동법 제89조), 매각기일과 매각결정기일을 통지 받을 수 있는 권리(동법 제104조제2항), 매각기일에 출석하여 매각기일조서에 서명 날인할 수 있는 권리(동법 제116조 제2항), 최저매각가격 외의 매각조건의 변경에 관하여 합의할 수 있는 권리(동법 제110조), 매각결정기일에 매각허가에 관한 의견을 진술할 수 있는 권리(동법 제120조), 매각허가여부의 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있는 권리(동법 제129조), 배당기일의 통지를 받을 권리(동법 제146조), 배당기일에 출석하여 배당표에 관한 의견을 진술할 수 있는 권리(동법 제149조), 배당기일에 출석하여 배당에 대한 합의를 할 수 있는 권리(동법 제150조 제2항) 등이 인정된다.

3) 이해관계인으로서의 유치권자

민사집행법 제90조에 열거된 이해관계인의 범위에 속하지 않는 자는 집행절차에서 이해관계인이 될 수 없다. 따라서 유치권자의 권리증명 이외의 사유 즉 예컨대 집행관의 현황조사과정에서나 감정평가사의 감정평가절차에서 이해관계인으로 판명되었다면 그러한 사실만으로 스스로 집행법원에 권리를 증명하여 신고

¹⁸²⁾ 대법원 1995. 7. 28. 선고 94다57718 판결.

한 것이라고 볼 수 없으므로 이 경우 유치권자는 이해관계인으로 취급되지 않는다. 또한 유치권자로서 민사집행법 제90조의 이해관계인이 되기 위해서는 부동산 위에 권리자임을 증명하여 집행법원에 신고하여야 한다(민사집행법 제90조 제4호). 그런데 권리신고를 언제까지 하여야 정당한 이해관계인으로서의 권리를 취득할 수 있는가에 대하여는, 현재의 민사집행법이 제정되어 시행되고 있는 2002년 7월 1일부터는 이해관계인의 범위가 정하여지는 위 배당요구종기까지 집행법원에 신고를 한 경우에 한하여 이해관계인으로서의 권리행사를 할 수 있게 되었다.¹⁸³⁾ 또한 이해관계인인 유치권자는 공익적 절차규정 위배 및 자기의 권리에 관한 절차 위배에 관하여서만 권리행사를 할 수 있고, 다른 이해관계인이 권리에 관한 이유를 들어 권리행사를 할 수 없다(민사집행법 제122조).

(2) 현황조사서와 매각물건명세서상의 유치권자

1) 현황조사와 유치권

법원은 경매개시결정을 한 뒤에 바로 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차입 또는 보증금의 액수 그 밖의 현황에 관하여 조사하도록 명하여야 한다(민사집행법 제85조 제1항). 이것을 일반적으로 현황조사명령이라고 부른다.

현황조사에 있어서 조사할 사항은 ① 부동산의 현상 및 점유관계, ② 차입 또는 보증금의 액수, ③ 그 밖의 현황이다(민사집행법 제85조 제1항). 그러나 여기 기술한 것은 예시에 불과하고 매각조건의 결정, 최저매각가격의 결정 및 인도명령의 허부의 판단 등을 함에 필요한 부동산에 관한 사실관계 및 권리관계 전반에 걸친 것이 곧 여기서 말하는 현황으로서 모두 본조의 조사할 사항에 속한다고 할 것이다.

조사사항을 이와 같이 개괄적으로 기재하여 조사명령을 발하게 되면 구체적으로 어떠한 항목에 대하여 조사할 것인지 명확하지 못하므로 실무에서는 현황조사사항을 부동산의 현상 및 점유관계, 임대차관계, 그 밖의 현황 등 크게 셋으로

183) 배당요구종기는 민사집행법이 시행되는 2002년 7월 1일 이후부터는 배당요구종기일로부터 1월안에 첫 매각기일을 정하도록 부동산경매사건의 진행기간 등에 관한 예규로 규정하여 배당요구종기일까지 이해관계인 여부가 정해지므로 매수인이 권리관계 여부를 확인하고 매수에 참가할 수 있게 되었다(대법원 2005. 5. 19.자 2005마59 결정).

분류하여 조사명령을 발하고 있다.¹⁸⁴⁾

집행관은 현황을 조사한 후 사건의 표시, 부동산의 표시, 조사의 일시·장소 및 방법, 민사집행법 제85조 제1항에 규정된 사항과 그 밖에 법원이 명한 사항 등에 대하여 조사한 내용을 기재한 현황조사보고서를 2주 안에 집행법원에 제출하여야 한다(민사집행 규칙 제46조 제1항, 송민 91-5).

현황조사시 현황과 등기부상 표시가 현저히 다른 경우에는 관계인의 진술을 청취하여 그 내용을 현황조사보고서에 기재하고, 대상 부동산에 부합물, 중물, 구성부분이 경매·입찰 목적물의 감정평가에 중대한 영향을 미칠 경우에는 이를 현황조사보고서에 적어야 한다(송민 97-8).¹⁸⁵⁾

현황조사의 대상이 주택인 경우에 임대차관계의 확인을 위하여 경매·입찰 목적물 소재지에 주민등록 전입신고 된 세대주 전원에 대한 주민등록 등·초본을 발급 받고, 임대차계약서 사본도 가능한 취득하여 현황조사보고서에 붙여야 한다(송민 97-8). 법원은 현황조사보고서의 사본을 매각물건명세서 및 평가서의 사본과 함께 통상 매각기일 1주일 전에 비치하여 누구든지 볼 수 있도록 하고 있고(민사집행 규칙 제55조 본문), 매각기일 2주전까지 인터넷(대법원 경매 사이트)에도 일반인에게 이를 공개하고 있다(민사집행법 제105조 제2항).

이러한 집행관 작성의 현황조사보고서는 현실로 존재하는 임대차의 실체를 있는 그대로 보고하면 족하고 그 임대차가 제3자에게 대항할 수 있는가의 법률적 판단까지는 필요 없으며¹⁸⁶⁾ 그에 대한 불복방법도 집행관이 집행기관으로서 행하는 직무행위가 아니라 집행기관의 보조기관으로서 행한 직무집행이므로 집행에 관한 이의대상이 될 수 없고, 다만 이에 터 잡아 이루어진 그 이후의 결정 즉 최저매각가의 결정이나 일괄매각결정 등에 관한 이의나 매각허가에 대한 이의 등으로 다룰 수밖에 없을 것이다.

현황조사사항을 ① 부동산의 현상 및 점유관계, ② 임대차관계, ③ 그 밖의 현황 등 크게 셋으로 분류하여 조사명령을 발하면 이 가운데 유치권과 관련된 기재는 ① 부동산의 현상 및 점유관계에서 1. 부동산 현황란에 가령, “제시의 건물

184) 법원행정처 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 128면.

185) 고가의 정원석, 상당한 규모의 제시의 건물, 지하굴착공사에 의한 콘크리트 구조물, 건축 중인 건물 등

186) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 130면.

인 단층 창고는 소유자가 축조한 것이 아니라 실제로는 임차인이 건축하였다고 임차인의 부친 K는 진술) 2. 부동산의 점유관계란에 “기호1. 부동산은 채권자 A가 본건 주택을 신축공사하면서 소유자로부터 공사대금을 받지 못한 대신에 채권자 B, C등과 함께 점유 및 관리를 하면서 유치권을 행사 중이라고 채권자 A는 진술.” 이라고 기재되어 있고, ② 임대차관계에는 “임차인 N이 임차하여 사용하던 중 임차인 N은 또 M에게 집 관리를 해주면 일부 사용토록 해주겠다고 하여 위 M은 이 건 건물에 금○○○ 원 상당의 내부 인테리어 시설을 하였다고 위 임차인의 모친 G는 진술하고 있음” 이라고 기재하고 있거나, “건물(A)부분은 임차인 Y가 임차하여 사용하고 있고, 제시외 건물(B)부분은 임차인 W가 건축하였다고 위 임차인의 처 H는 진술하고 있음” 이라고 기재되어 있는 것이 보통이다.

위의 예에서 보듯이 유치권자나 유치권자로 보이는 임차인의 본인 진술도 아니고, 유치권의 성립시기나 계약금 관계 등에 대한 자세한 기술은 없기 때문에 이러한 현황조사보고서만으로는 매수 신청인들이 유치권의 진위를 알기에는 턱없이 부족한 것이 현실이다.

유치권자는 매각기일이전에도 권리신고를 하지만 매각기일 이후 즉, 최고가매수신고인이 생긴 이후에도 유치권자의 권리신고가 접수되기 때문에 최고가매수신고인으로서 매각기일이전의 부동산 정보만으로 매수신청을 한 것이어서 매각기일 이후에 신고 된 유치권은 그 자체를 알 수 없게 되어 곤란에 빠지게 된다. 이런 경우에 최고가매수신고인이 그런 유치권 신고를 어떤 경로로든 알게 되어 집행법원에 매각허가에 대한 이의신청을 하게 되면 집행법원은 통상 민사집행법 제121조의 제6호 사유를 근거로 매각불허가 결정을 하고 있다.

2) 매각물건명세서상의 유치권

법원은 매각물건명세서·현황조사보고서 및 평가서의 사본을 법원에 비치하여 누구든지 볼 수 있도록 하여야 한다(민사집행법 제105조 제2항). 이는 매수희망자들에게 사려는 부동산에 관한 정확한 정보를 제공함으로써 예측하지 못한 손해를 입는 것을 방지하고¹⁸⁷⁾ 매각에의 참여를 유도하여 강제집행제도의 기능을

187) 관련 판례: 대법원 1995. 11. 22자. 95마 1197 결정.

제고시키려는 것이다.¹⁸⁸⁾

매각물건명세서의 기재사항은 ① 부동산 표시, ② 부동산의 점유자와 점유의 권원, 점유할 수 있는 기간, 차임 또는 보증금에 관한 관계인의 진술, ③ 등기된 부동산에 대한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 효력을 잃지 아니하는 것, ④ 매각에 따라 설정된 것으로 보게 되는 지상권 즉 토지 및 건물의 임의경매시 법정지상권(민법 제366조), 입목에 대한 강제경매 또는 임의경매시 법정지상권(입목에 관한 법률 제6조 제1항), 토지·건물의 강제경매에 기한 관습상의 법정지상권¹⁸⁹⁾이므로(민사집행법 제105조), 유치권은 매수인에게 인수되나 등기된 부동산에 관한 권리가 아니므로 매각물건명세서상의 필요적 기재사항은 아니나 점유를 수반하는 권리이므로 민사집행법 제105조 제1항 제2호에 해당하여 “부동산의 점유자와 점유의 권원, 점유할 수 있는 기간, 차임 또는 보증금에 관한 관계인의 진술”란에 기재하여야 할 것이다.

매각물건명세서 사본의 비치는 매각기일(기간입찰의 방법으로 진행되는 경우에는 입찰기간의 개시일)마다 그 1주일 전까지 하여야 하므로(민사집행규칙 제55조 본문), 1주일 전까지 작성하여 그 원본을 경매기록에 가철하여야 하고, 다른 문서의 내용을 인용하는 방법으로 작성하여서는 안 된다(송민 2002-1, 제7조).

실무상으로는 매각물건명세서의 기재내용을 전자통신매체(대법원 홈페이지)¹⁹⁰⁾에 공시하고 있다(동 규칙 제55조 단서).

법원은 매각물건명세서를 작성함에 있어서 필요한 경우에는 이해관계인 그 밖의 참고인을 할 수 있다(동 규칙 제2조).

매각물건명세서의 기재는 이중경매의 경우, 먼저 된 매각절차가 정지된 때 뒤의 매각절차에 따라 속행할 것인가의 표준이 된다. 즉, 먼저 개시결정한 매각절차가 정지된 때에 그 매각절차가 취소되면 민사집행법 제105조 제1항 제3호의 기재사항(등기된 부동산에 대한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 효력을 잃지 아니하는 것)이 바뀔 때에는 동법 제87조 제2항(선행 경매신청사건이 취하 또는 취소가 된 경우에 후행사건은 선행절차의 속행으로 진행한다는 규정)에 불구하고

188) 법원행정처, 상계 「법원실무제요Ⅱ」, 159면.

189) 대법원 1970. 9. 29. 선고 70다1454 판결; 대법원 1995. 7. 28. 선고 95다9075, 9082 판결.

190) 구체적으로는 www.courtauction.go.kr에서 검색할 수 있다.

뒤의 경매개시결정에 의하여 절차를 속행하여서는 안된다(민사집행법 제87조 제4항).

매각물건명세서의 작성에 중대한 하자가 있는 때에는 매각허가에 대한 이의(동법 제121조 제5호) 및 직권에 의한 매각불허가 사유로 되며(동법 제121조 제5호, 제123조 제2항), 매각허가결정에 대한 즉시항고(동법 제130조 제1항)의 사유가 된다. 그런데 매각물건명세서는 법원의 인식을 기재한 서면에 불과하고 집행처분에 그치고, 기판력이나 형성력이 미치는 재판이 아니므로 그 작성행위는 일종의 사실행위에 속하고¹⁹¹⁾ 그에 의하여 매각조건이 결정되거나 실체법상의 권리관계에 영향을 미치는 것이 아니며 공신력이 인정되는 것도 아니어서 국가배상책임은 문제되지 아니한다.

매각물건명세서에 기재되지 않은 부담이 생겼다 하더라도 매도인에게 하자담보책임을 물을 수 있는데 그치고(민법 제578조) 인수할 부담으로 기재되었지만 실제로는 존재하지 않는다 해도 매수인의 부담이득은 성립하지 않는다는 것이 통설이다.¹⁹²⁾

부동산집행절차를 진행하던 중 유치권자가 권리신고를 한 경우에 실무에서는 유치권의 성부가 명확한 경우와 불명확한 경우를 나누어 그 기재를 달리하고 있다.

먼저 유치권 성립여부가 명확한 경우 즉 현황조사 및 감정평가 당시 유치권자가 매각목적물을 점유하면서 유치권을 행사하고 있다거나 또는 유치권자로부터 그 존재를 증명하는 판결 등이 제출된 경우에는 점유관계란에 유치권자를 기재하여야 함은 물론이고, 비고란에는 예컨대 “유치권자 ○○○로부터 공사대금으로 금 ○○○원에 대하여 본건 건물 전부를 점유하면서 유치권 행사 중임” 또는 “본건 건물 전부에 관하여 ○○○로부터 공사대금으로 금 ○○○원의 유치권신고가 있으나 채권자 ○○○로부터 위 유치권이 부존재하다는 이 법원 2011가단 △△△ 확정판결이 제출됨”. 이라고 기재하고 있다.

그러나 실제 경매절차에서 유치권의 성립이 명확한 상태에서 진행하는 경우는

191) 법원행정처, 전계 법원실무제요II, 159면 참조.

192) 이시윤, 「신민사집행법(보정판)」, 박영사, 2005, 251면; 강대성, 전계서, 334면; 박두환, 「신강제집행법(재판)」, 고시계, 1992, 322면.

드물 뿐 아니라, 집행법원이 이와 같은 진정한 유치권자인지 여부를 정확히 가려 내는 데는 한계가 있으므로, 통상 유치권신고가 있는 경우 보통은 매각물건명세서의 비고란에 유치권이 성립하는지를 확정적으로 표현하지는 아니하고 “본건 건물 전부에 관하여 ○○○로부터 공사대금으로 금 ○○○원의 유치권이 있다는 신고가 있으나 그 성립여부는 불분명함”으로 그 취지의 내용을 기재하는 것이 실무상의 관행이다. 따라서 유치권자는 그 성립의 전후에 관계없이 입찰목적물에 유치권 효력을 행사하여 매수자에게 대항할 수 있으므로 이를 악용하여 친척이나 지인 등을 통해 가장유치권을 행사하거나 유치권비용을 지나치게 부풀리어 유치권신고를 하고 다른 입찰자에게 입찰을 꺼려하게 하거나 또는 유치권자가 입찰에 응찰하여 매수가 하락의 이득을 보려는 매수신고인(대부분 임차인 또는 점유자 등)이 많아서 경매절차는 지연되고 매수가격은 하락하므로 타 담보권자 등 채권자 뿐 아니라, 유치권 존부 자체를 채무자 본인도 모르는 경우가 있어서 그 폐해는 심각하다 할 수 있다.

(3) 유치권과 인수주의

1) 소멸주의와 인수주의

부동산은 그 가치가 커서 매각대상의 부동산 위에 용익권이나 담보권이 다수 설정되어 있어 법률관계가 복잡한 경우가 많다. 이와 같은 부동산이 경매에 의하여 매각 되었을 때, 부동산 위에 존재하는 용익권이나 담보권의 부담을 소멸시켜 매수인은 아무 부담 없는 부동산을 취득하게 되는지, 아니면 그와 같은 부담이 그대로 매수인에게 인수되는지가 문제가 된다.

이에 관하여는 소멸주의와 인수주의의 두 가지 입법주의가 있다.¹⁹³⁾ 민사집행

193) ※소제주의·인수주의 대비표

권리	소제주의(소멸되는 권리)	인수주의(소멸되지 않는 권리)
담보물권	저당권, 근저당권, 권리질권	유치권
용익물권	후순위의 지상권·지역권·전세권	선순위의 지상권·지역권·전세권 다만, 전세권은 배당요구의 종기까지 배당요구하면 소멸된다.

법은 소멸주의를 원칙으로 하고(민사집행법 제268조, 제91조 제2항, 제3항, 제4항), 여기에 인수주의를 병용한다. 일본도 소멸주의를 원칙으로 한다(일본 민사집행법 제59조 제12항). 그러나 더욱 엄밀히 말하면, 우리 민사집행법은 잉여주의의 제한하에 소제주의(소멸주의)를 원칙으로 하고, 여기에 인수주의를 병용한다고 보아야 한다.¹⁹⁴⁾

여기서 잉여주의란 매각대금으로 집행비용과 압류채권자의 채권에 우선하는 채권(저당권, 가등기담보권, 물권인 전세권, 국세·지방세 등 공과금, 임금채권, 주택·상가건물 임차보증금 등)을 변제하기에도 부족하면 그 부동산의 매각을 허용하지 아니하는 원칙을 말한다. 이러한 잉여주의는 종전에는 강제경매만 적용되고 임의경매는 적용되지 않았으나, 지금은 강제경매든 임의경매든 모두 적용된다. 따라서 법원은 최저매각가격으로 압류채권자의 채권에 우선하는 부동산의 모든 부담과 절차비용을 변제하면 남을 것이 없겠다고 인정한 때에는 압류채권자에게 남을 가망이 없다는 무잉여 통지를 하고, 압류채권자가 위 통지를 받은 날부터 1주 내에 위의 부담과 비용을 변제하고 남을 만한 가격을 정하여 그 가격에 맞는 매수신고가 없을 때에는 자기가 그 가격으로 매수하겠다고 신청하면서 충분한 보증을 제공하지 아니하면, 법원은 경매절차를 취소한다(민사집행법 제102조).

부동산경매에 있어서의 인수주의와 소멸주의는, 부동산상의 부담을 매수인에게 인수시킬 것인가 아니면 이를 없애 버리고 깨끗이 하여 매수인에게 넘겨 줄 것인가의 문제로, 이는 입법정책의 문제이다.

인수주의는 압류채권자에 우선하는 부동산상의 부담을 소멸시키지 않고 그대로 매수인에게 그 부담을 인수시키는 것이고, 소멸주의는 부동산 위의 부담을 매각에 의해 소멸시키고 매수인이 부담이 없는 부동산을 취득하게 하는 제도로 독

임차권	후순위의 등기된 임차권·대항력있는 주택 임차권·대항력있는 상가건물임차권	선순위의 등기된 임차권·대항력있는 주택 임차권·대항력있는 상가건물임차권
가등기	담보가등기, 후순위의 청구권가등기	선순위의 청구권가등기
처분제한 등기	경매개시결정등기, 압류, 가압류, 후순위의 가처분	선순위의 가처분, 전소유자에 대한 가압류
기타 등기		예고등기

194) 오시영, 「민사집행법」, 학현사, 2007, 435면; 강대성, 전계서, 319면.

일본통법 및 독일 각주의 경매법에서 채용되었던 제도다. 그런데 민사집행법 제 91조 제5항은 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다”고 규정하여 유치권의 성립시기나 채권액수 등에 관하여 아무런 제한을 두지 않고 매수인이 인수 하도록 하였다.

소멸주의는 한 번의 경매로 모든 부담을 소멸시켜 각 부담에 관하여 경매가 되풀이 되는 것을 막을 수 있다는 점에서 매수인이 안심하고 취득할 수 있다는 장점이 있으나, 가격의 여하를 불구하고 매각을 허용하여 부담을 소멸시키는 것으로 하면 압류채권자에게 배당액이 돌아가지 않더라도 무익한 경매를 할 수 있는 것으로 되고, 또 담보권자는 원하지 않는 시기에 불충분할 만족을 강요당하는 불이익이 있으며, 매수인으로서는 일시에 다액의 대금을 지급하여야 하는 단점이 있다. 이에 대하여 인수주의는 매수인은 인수할 부담상당액을 최저매각가격에 산입시켜 그 차액만을 지급하면 되므로 일시에 다액의 현금을 내지 않아도 된다는 장점이 있다.¹⁹⁵⁾

인수주의는 경락매수인이 인수할 부담상당액이 최저가격에 반영되어, 경락매수인은 매수를 희망하는 가격에서 부담상당액을 공제한 차액만을 지급하면 되므로 일시에 고액의 대금을 내지 않아도 된다는 장점이 있다.

그리고 부동산 위의 권리자는 경락매수인에 대해서도 계속하여 권리를 행사할 수 있으므로 그 법적지위가 안정적이다. 그 반면 인수하는 부담을 정확히 산정하기가 쉽지 않고 경락매수인이 인수받는 담보권이 행사되면 다시 경매를 실시하여야 하는 위험이 있으므로, 경락매수인의 법적지위가 불안하다는 단점이 있다.

2) 유치권과 부동산상의 부담(負擔)의 처리

매수인이 대금을 납부하고 소유권 이전등기 촉탁신청이 있으면 집행법원은 등기과(등기소)에 매각을 원인으로 하는 소유권 이전 및 매각으로 소멸하는 등기에 대한 말소등기를 촉탁하게 된다. 이때 매각으로 소멸되지 않는 최선순위 임차권, 전세권, 가처분, 가등기 등은 매수인에게 인수되는 권리이므로 말소촉탁을 하지 않는다. 또한, 예고등기, 법정지상권 등도 언제나 말소하지 않는다.

195) 박두환, 전제서, 309면.

가. 저당권

매각 부동산 위의 모든 저당권은 그 설정시기가 압류등기 전이든 후이든 막론하고 모두 매각에 의하여 무조건 소멸하는 소제주의가 적용된다(민사집행법 제91조 제2항). 따라서 근저당권이 먼저 설정되어 있는 부동산에 대하여 강제경매 신청을 한 경우에 그 근저당권의 피담보채권의 변제기가 아직 도래하지 않아도 적법하게 경매할 수 있고, 이에 의하여 피담보채권의 변제기 도래에 관계없이 근저당권은 항상 소멸되는 것이며 위와 같은 경우에 근저당권자가 배당받을 금액은 공탁하게 되므로 근저당권자로서는 아무런 손해를 입지 아니한다.¹⁹⁶⁾ 저당권에 준하는 가등기담보권도 원칙적으로 같다(가등기담보 등에 관한 법률 제15조). 다만, 그 권리자가 채권을 증명하여 집행법원에 신고하지 않으면 순위보전을 위한 가등기인지, 담보를 위한 가등기인지 알 수 없으므로 일단 순위보존을 위한 가등기로 보아 그 가등기를 말소하지 않는다. 즉 경매개시결정을 한 법원은 가등기권리자에게 담보가등기인지 여부와 담보가등기인 때에는 채권의 원인 및 수액을 신고할 것을 상당한 기간을 정하여 최고하고, 법원은 가등기권자가 담보가등기로 채권신고를 한 경우에만 배당하고, 소유권이전 청구권을 위한 가등기라고 신고하거나 신고하지 아니한 경우에는 배당하지 않는다(동법 제16조).

이것은 저당권이 부동산을 직접 지배하지 않고 부동산의 가치권을 설정된 순위에 의해 담보로 하기 때문에 매각으로 인한 담보권 소멸에 대한 대상으로서 순위에 따라 우선배당을 받고 소멸되더라도 불이익이 없기 때문이다. 경우에 따라서는 선순위 담보권에 밀려서 변제를 전혀 받지 못할 수도 있으나 이것은 저당권설정 당시 이미 예정되었던 것이다.

매각부동산이 정상적으로 매각될 경우가 경매로 인한 경우보다 담보가치가 클 것이어서 경매로 매각되면 후순위저당권자가 우선변제 받을 몫이 줄어들어 결과적으로 불이익이 발생한다고 할 수 있으나 담보권 설정시 이미 최악의 경우 경매로 시가보다 저렴하게 매각될 것이 예정되어 저당권자가 이를 예상하였고 부동산 위의 내재가치가 크다면 경매를 진행하는 중에도 시가로 매각될 수 있으므로 결국 부동산은 자기 가치만큼 평가받게 되어 불이익이 없다는 것이다.

196) 대법원 1992.04. 14 선고 91다41996 판결.

나. 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권 등 용익권

저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 후순위의 경우에는 매각에 의하여 소멸된다(민사집행법 제91조 제3항). 즉 저당권설정등기 후나 압류·가압류등기 후에 설정된 후순위의 용익권 등은 소멸주의에 의한다. 이와 같은 용익권은 매수인이 인수하는 것이 법정매각조건이 된다. 선순위저당권이 확보한 담보가치가 후순위의 용익권에 의하여 떨어지지 않도록 보장해 주어야 하기 때문이다. 다만 대항력이 있는 전세권의 경우, 배당요구종기 내에 배당요구를 하면 매각으로 소멸한다(동법 제91조 제4항 단서). 전세권은 용익물권임과 동시에 담보물권인 이중성 때문에 전세권자가 인수와 소멸을 선택할 수 있게 되는데, 전세권이 매각기일이전에 만료한 경우에 전세권자가 배당요구 한 바 없이 경매절차가 진행되었으면, 그 전세권은 기간만료에 불구하고 매수인에게 인수된다.¹⁹⁷⁾

다. 임차권

주택의 인도를 받고 주민등록전입신고를 마친 주택임차인의 임차권, 사업자등록신청을 하고 인도를 받은 상가건물임차인의 임차권 등 대항력을 갖춘 임차권은 등기된 임차권과 마찬가지로 임을 주의할 필요가 있다. 따라서 저당권설정등기 후나 압류·가압류등기 후에 대항력을 갖춘 선순위 주택·상가건물임차권은 인수주위에 의하여 매수인이 인수한다. 다만 대항요건은 그 대항력 취득 시에만 구비하면 되는 것이 아니고 계속 존속하고 있어야 하며, 간접점유는 포함하지 않는다. 또한 계약서상 확정일자까지 갖춘 주택·상가건물임차권의 경우는 전세권에 준해서 목적물의 계속 사용보다는, 배당요구를 하여(민사집행법 제88조) 보증금의 우선변제를 받는 것을 선택할 수 있다. 우선변제권을 행사하여 배당요구를 하였을 때 보증금전액을 변제 받았으면 임차권은 소멸되지만, 배당받지 못한 보증금 잔액이 있을 때에는 임차인은 매수인에 대항하여 이의 반환을 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다. 대항력과 우선변제권을 겸유하고 있는 임차인이 배당요구를 하였으나 순위에 따른 배당이 실시되더라도 배당받을 수 없는 보증금잔액이 있는 경우 그 잔액에 대하여 매수인에게 대항하여 이를 반환 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다.¹⁹⁸⁾

197) 대법원 2004.6.25. 선고 2002다71979, 71986 판결.

라. 가처분·가등기

가처분·가등기는 저당권·압류채권·가압류채권보다 선순위로서 이에 대항할 수 있는 경우에는 매각으로 소멸되지 않고 매수인이 인수한다. 소멸되지 않은 가처분이나 가등기가 있는 경우에는 경매실무에서는 경매절차가 사실상 정지하고 있다. 반면 후순위 가처분·가등기 즉 저당권·압류채권·가압류채권보다 후순위로서 이에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸한다.

마. 처분제한등기

경매개시결정등기·체납처분에 의한 압류·가압류는 매각으로 무조건 소멸한다(민사집행법 제144조 제1항, 부동산등기법 제34조). 그것은 경매개시결정등기와 체납처분에 의한 압류는 모두 현금화하기 위한 앞 단계이고, 가압류는 금전채권의 집행보전이기 때문이다.

바. 제시외 건물

공부상 표시되지 않는 건물을 제시외 건물이라 하는데 이는 매각물건의 부합물이나 종물로서 매각건물과 독립성이 없으면 매각물건에 포함되어 매수인이 매수하나(민법 제100조), 매각건물과 독립성이 있으면 매각 물건에서 제외되어 매수인이 매수하지 못한다.

제시외 건물의 독립성의 판단기준은 집행법원이 집행관의 현황조사보고서와 감정인의 평가서 등을 조사·결정하여 매각기일의 공고와 매각물건명세서에 기재하나, 이는 실체상의 문제이므로 매수인의 명도소송 등 본안재판에서, 매각물건에 포함된 제시외 건물을 매각물건과의 독립성을 인정할 수 있고¹⁹⁸⁾ 반대로 매각물건에 제외된 제시외 건물을 매각물건과의 독립성을 부인할 수 있다.²⁰⁰⁾

사. 예고등기

198) 대법원 1997.8.22. 선고 96다53628 판결.

199) 대법원 1988.2.23. 선고 87다카600 판결.

200) 대법원 1992.12.8. 선고 92다21782, 26789 판결.

예고등기는 매각으로 인하여 소멸하지 않는다. 예고등기는 중국등기가 아니고 경고를 위한 예비등기로서 권리의 등기가 아닐 뿐만 아니라 처분금지의 효력도 없기 때문이다.

아. 유치권

유치권은 유치적 효력만을 본질로 하기 때문에 그 성립이 저당권설정등기나 압류·가압류등기 전후를 막론하고 매각에 의하여 소멸되지 아니한다(민사집행법 제91조 제5항). 무조건 불소멸의 인수주의이다.

3) 유치권의 인수주의

유치권은 담보물권으로 타인의 물건을 담보목적으로 점유하고, 채권을 변제 받을 때까지 모든 사람에게 점유한 물건의 인도를 거절할 수 있다. 따라서 유치물이 양도되거나 경매되어도 양수인이나 매수인 등에게 점유한 물건의 인도를 거절할 수 있다.

유치권자가 유치물의 인도를 거절할 때 그 피담보채무의 인수여부에 대하여 양도(사적 매매)의 경우, 다른 약정이 없는 한 인수되지 아니한다는 점에 이론이 없으나, 경매의 경우 민사집행법 제91조 제5항은 매수인이 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다고 하여 인수주의를 취하고 있는 바, 매각으로 소유권이 매수인에게 이전되더라도 유치권은 소멸되지 않고(인수주의) 매수인은 유치권으로 담보된 채무를 변제하지 아니하면 경매 목적물의 명도를 청구할 수 없다.²⁰¹⁾ 따라서 매수인은 유치권으로 담보된 채무를 변제해야 한다. 그런데 민사집행법 제91조제5항의 변제할 책임이 있다는 의미에 대하여 판례는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로서 인적 채무까지 인수한다는 취지는 아니므로, 유치권자는 매수인에게 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다고 한다.²⁰²⁾

매수인에게 대항할 수 있는 유치권은 경매채권자에게 대항할 수 있는 것이라야

201) 대법원 1973.1.30. 선고 72다1339 판결.

202) 대법원 1996.8.23. 선고 95다8713 판결.

하고, 경매채권자에게 대항할 수 없는 것은 포함하지 않는다. 그런데 유치권의 효력은 등기의 선후에 의하여 우열이 결정되는 것은 아니므로 경매개시결정등기 이후에 발생하였더라도 경매채권자에게 대항할 수 있는 것이 있을 수 있다는 견해가 있으나,²⁰³⁾ 이는 압류의 처분금지효에 저촉되므로 매수인은 경매개시결정의 등기가입 후에 취득한 유치권자에게는 변제할 책임이 없다고 하겠다.²⁰⁴⁾

매수인이 유치권자에 대하여 목적물 인도청구의 소를 제기하면 처음에는 유치권은 항변권이 아니라 물권이므로 청구기각판결을 하였으나,²⁰⁵⁾ 그 후 태도를 바꾸어 소송경제상 원고에게 유리하고 유치권의 목적도 그것으로 충분히 달성되므로 원고 일부승소판결인 상환금부판결을 한다.²⁰⁶⁾

(4) 유치권자의 이의와 즉시 항고

매각허가결정에 대한 이의란 이해관계인이 민사집행법 제121조 소정의 이의사유에 기하여 매각을 허가하여서는 안된다는 소송법상의 진술을 말한다. 이해관계인인 유치권자는 매각허가여부의 결정에 따라 손해를 본 경우에만 그 결정에 대하여 결정을 고지 받은 날로부터 1주 이내에 즉시 항고를 할 수 있다(민사집행법 제129조 제1항). 이의진술을 한 유치권자는 이의가 받아들여지지 아니한 경우에 매각허가결정에 대한 즉시항고를 할 수 있을 뿐, 별도로 매각허가결정에 대한 이의를 기각한 것에 대하여 불복하여 항고를 할 수 없다.

2. 매수인 등에 대한 유치권자의 대항력

(1) 유치권과 공평의 원칙

유치권의 유치적 효력은 목적물 전부에 대하여 점유를 계속하면서 인도를 거절할 수 있는 독립된 물권으로서, 양수인과 경매절차의 매수인 등에 대하여도 변

203) 양삼승, 「주식 강제집행법[III]」, 한국사법행정학회, 1993, 84면.

204) 대법원2005.8.19. 선고 2005다22688 판결.

205) 대법원 1948.4.19. 선고4290민상 332 판결.

206) 대법원 1969.11.25. 선고 69다1592판결.

제를 받을 수 있을 때까지 목적물의 인도를 거절할 수 있기 때문에 사실상 우선 변제를 받는 결과가 된다. 법률이 유치권자에게 이러한 권리를 인정하고 있는 것은 오로지 공평의 원칙에 기하여 그 목적물의 점유자의 채권을 특히 보호하여 채권자 평등의 원칙을 깨뜨리려는 것이다.²⁰⁷⁾ 그러나 부동산유치권은 등기에 의하여 공시되지 않기 때문에, 유치권이 발생하고 있는 목적물의 양수인이나 다른 부동산담보권자 등 제3자에게 불측의 손해를 입힐 우려가 매우 크다. 그럼에도 공평의 원칙을 그 제도적 기초로 하고 있는 유치권에 있어서 과연 이러한 결과가 타당한 것인지 의문이 아닐 수가 없다.²⁰⁸⁾ 그리고 경매절차에서 유치권이 존재하는 것을 간과하고 경매가 진행되어 매각허가결정이 고지된 경우에는 매수인은 그에 대한 즉시항고를 통하여 구제받을 수 있고 매각허가결정이 이미 확정되었다면 대금을 납입하기 전까지 매각허가결정의 취소신청을 할 수 있다.²⁰⁹⁾

매수인은 또 이미 대금을 납부한 경우라면 민법상의 담보책임규정에 의하여 아직 배당전이라면 집행법원에 대하여 배당이후라면 채무자 또는 배당을 받은 채권자에게 대금의 반환 등을 구할 수 있다. 그러나 이미 배당절차가 종료된 이후라면 이론상으로는 채무자 혹은 배당을 받은 채권자에게 대금의 반환을 구할 수 있으나, 실제 그들에게 대금의 반환을 구하기 위해서는 새로운 소송을 제기하여야 하고 그 소송에서 승소한 결과로 집행력 있는 집행권원을 얻었다고 하더라도 대금의 반환을 받을 수 있을지에 대하여도 불투명하다. 이러한 부분에서 유치권이 가지는 맹점이 존재한다고 할 수 있다.²¹⁰⁾

부동산 경매절차에서 유치권자가 매수인과의 관계에서 문제되는 것은 바로 대항력의 문제이다. 이러한 문제는 주로 유치권자가 유치권의 성립요건을 갖춘 시기에 따라, 즉 압류 이후 유치권이 성립요건을 갖춘 경우와 저당권 등 담보물권 설정 이후 압류 이전에 성립요건을 갖춘 경우로 나누어 지는데, 그 법적 효력 등에 대하여는 학설 간 대립이 있다.

207) 권윤직, 전거서, 382면.

208) 이상태, “유치권에 관한 연구- 대항력제한을 중심으로” 「토지법학」 제26-1호, 한국토지법학회, 2010. 6, 84면.

209) 대법원 2001. 8. 21.자 2001마2652 결정.

210) 강희숙, “부동산경매절차에 있어서 유치권 행사에 관한 법정책적 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위논문, 2010, 47면.

(2) 압류 이후 유치권이 성립요건을 갖춘 경우

민사집행에 있어서 경매개시결정으로 경매 부동산에 대하여 압류의 효력이 발생하기 이전부터 유치권자가 채권을 취득하고 점유도 취득한 경우, 유치권자는 누구에게나 대항할 수 있다. 그러나 유치권의 효력이 문제되는 것은 유치권이 압류나 저당권보다 후순위로 성립된 경우이다.

먼저 압류 효력발생 이후 유치권을 취득한 자의 채권자 및 매수인에 대한 대항력 여부에 대해서 살펴보면, 압류 이후에 채무자로부터 그 부동산의 점유를 넘겨받음으로써 그 부동산에 관한 채권의 담보를 위한 유치권을 취득한 자에 대하여 매수인이 그 유치권의 대항력을 부정하고 점유의 인도를 청구할 수 있는지 여부가 쟁점이라고 할 수 있다. 이에 관하여 학설은 압류 후 성립한 유치권에 대하여 대항력을 인정하는 긍정설이 있고, 대항력을 부정하는 부정설이 있으며, 판례는 대항력을 부정하고 있다.

긍정설²¹¹⁾은 그 근거로 첫째, 유치권의 피담보채권은 대부분 공익적 성질을 가진 것으로서 보호의 필요성이 크다는 점과 둘째, 유치권은 등기에 의하여 대항력을 구비할 방법이 없어 다른 등기와의 선후관계 판단이 곤란하다는 점이며 셋째, 유치권은 채무자의 처분행위에 의하여 생기는 것이 아니므로 처분금지의 효력을 지닌 압류 이후에 취득한 유치권이라도 압류채권자에게 대항할 수 있고 따라서 정략인이 이를 인수하여야 한다고 봄이 상당한 점 등을 들고 있다.

부정설²¹²⁾은 그 근거로, 압류의 효력 발생 전의 부동산의 권원에 의한 점유자(대항력의 유무는 묻지 않는다)가 압류의 효력 발생 후에 취득한 유치권에 관하

211) 김상원(편집대표) 외 3인, 「주석강제집행법(III)」, 한국사법행정학회, 1993, 84면; 이학수, “유치권이 요구하는 점유의 정도”, 「판례연구」 제8집, 부산판례연구회, 1998, 104면; 염규석, “유치권에 있어서의 몇 가지 문제점”, 「법학」 제2집, 경북대학교 법학연구소, 1998, 74면; 福永有利(竹下守夫·鈴木正裕 編輯), “不動産上の權利關係の解明と賣却條件”, 「民事執行法の基本構造」, 西神田編集室, 1981, 356면; 大橋寛明執筆(吉野衛·三宅弘人 編輯代表), 「注釋民事執行法(3)」, 文唱堂, 1983, 293-294면; 鈴木忠一·三ヶ月章 編輯, 「注解民事執行法(3)」, 第一法規, 1984, 253면.

212) 차문호 집필(편집대표 민일영), 「민사집행소송 재판실무연구(2)」, 한국사법행정학회, 2008, 433-436면; 강민성, “민사집행과 유치권 - 이미 가압류 또는 압류가 이루어졌거나, 저당권이 설정된 부동산에 관하여 취득한 점유 또는 견련성 있는 채권으로써 경매절차에서 그 부동산을 매수한 사람을 상대로 유치권을 내세워 대항하는 것이 허용되는지 여부에 관하여 -”, 「사법논집」 제36집, 법원도서관, 2003, 78면; 廣田民生執筆(石川明 外 2人 編), 「注解民事執行法(上卷)」, 青林書院, 1991, 615면. ; 佐藤歳二, “不動産引渡命令”, 「ジュリスト」 876號, 1987. 1, 62면; 東京地裁民事執行實務研究會, 「不動産執行の理論と實務(下)」, 財團法人 法曹會, 1999, 544면; 關武志, 「留置權の研究」, 信山社, 2001, 439-440면.

여 매수인은 이를 인수하지 않으면 아니 되나, 압류의 효력 발생 후에 경매 부동산의 점유를 한 자의 경우 명백히 채무자의 처분행위에 의하여 그 점유를 취득한 자이거나 불법점유자에 해당할 것이므로 그 점유 자체가 경매절차상 보호할 가치가 없어 경락인이 유치권을 인수할 필요는 없다고 한다.

판례의 태도²¹³⁾는 부정설을 취하고 있다. 근거는 부동산의 유치권의 피담보채권이 경매부동산에 관련된 다른 채권에 비해 공익성이 강하다고 볼 아무런 근거가 없다는 점이다,

(3) 담보물권 설정 이후 압류 이전에 성립요건을 갖춘 경우

유치권이 저당권 등 담보물권 설정 후에 성립요건을 갖추었으나, 압류시기보다 빠른 경우, 그 부동산의 경매절차에서 유치권자의 유치권이 저당권자나 매수인에게 대항할 수 있는지 여부에 관하여 학설은 대립하고 있고, 판례는 대항력을 인정하고 있다.

먼저 대항력 긍정설을 보면 이 경우에도 유치권 취득을 인정하는 견해로서 이는 다시 대항력 인정설과 부정설로 나뉘는데, 전자는 유치권은 저당권의 성립시기와 관계없이 저당권에 우선한다는 것을 당연한 전제로 하고 있는 견해로 종래 통설²¹⁴⁾과 판례²¹⁵⁾의 입장이며 일본도 같다.²¹⁶⁾

반면, 대항력 부정설은 부동산에 저당권이 설정된 후 압류 전에 유치권이 성립하는 경우에는 그 유치권을 가지고 선순위 저당권자와 경매절차상의 매수인에게 대항할 수 없다는 주장으로 최근 대두되고 있는 학설이다. 즉 유치권자는 유치권 성립 이전에 이미 설정되어 대항요건을 갖추고 있는 저당권자에게는 대항할 수 없고, 단지 채무자·유치권 성립 후에 물권을 취득한 자 및 일반채권자에 대항할 수 있다고 해석해야 한다는 견해이다.²¹⁷⁾

213) 대법원 2006.8.25. 선고 2006다22050 판결; 대법원 2005.8.19. 선고 2005다22688 판결; 대법원 2005.8.19. 선고 2005다22688 판결.

214) 박윤직, 전게서, 338-339면; 김상용, 전게서 664면; 김중환·김학동, 「물권법(제9판)」, 박영사, 2004, 539면; 이은영, 전게서, 박영사, 2006, 806면; 이재성, “유치권의 담보물권으로서의 성격”, 「민사법학의 제문제: 소봉 김용환교수 화갑기념」, 박영사, 1990, 322면; 김상원(편집대표) 외 3, 전게서, 340면.

215) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결.

216) 강민성, 전게논문, 79면에서 재인용.

한편 유치권 부인설의 입장은 저당권 설정 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우는 압류 이후 유치권을 취득하는 경우와 마찬가지로 저당권 설정 이후 점유를 개시하고 견련관계가 있는 채권자라고 하더라도 그 점유는 근저당권자나 매수인에게 대항할 수 없는 불법점유로 유치권의 성립자체를 부정하는 견해이다. 이 입장을 취하는 일본의 판례는 있으나²¹⁸⁾ 우리 학설에서는 그 주장을 찾을 수 없다.²¹⁹⁾

3. 배당절차에서의 유치권자

(1) 배당순위와 방식

부동산 경매절차에서 각 채권자는 민법·상법, 그 밖의 법률에 의한 우선순위에 따라 배당순위가 정하여진다(민사집행법 제145조 제2항). 배당참가채권이 모두 일반채권자라면 채권발행의 선후에 불구하고 평등한 비율로 배당을 받게 되지만 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 일반채권자에 우선하여 변제받을 수 있도록 규정되어 있는 채권이 있으면 이러한 채권에 관하여는 우선적으로 변제하여야 하므로 배당표에 각 채권의 배당순위를 표시하여야 한다.²²⁰⁾

배당방식에 관한 입법례는 나라마다 다르다. 독일, 영국, 미국, 오스트리아 등은 우선주의를 취하여 압류 또는 집행참가의 선후에 따라 배당순위를 달리하고, 프랑스, 이탈리아 등 라틴법계 나라들은 평등주의를 채택하고 있고, 스위스는 균단 우선주의를 채택하고 있다.²²¹⁾ 일본과 우리나라는 평등주의를 기초로 하면서 단점을 보완하기 위해 배당요구권자, 배당받을 채권자, 배당요구종기에 관한 제한

217) 차문호, “유치권의 성립과 경매.” 「사법논집」 제42집, 2006, 412면; 秦光昭, “不動産留置權と抵當權の優劣を決定する基準”, 「金融法務事情」 1437號, 1995. 12, 5면; 秦光昭, “競合する抵當權と民事留置權の成立要件”, 「金融法務事情」 1657號, 2002. 10, 4면; 田積司, “建築請負工事代金についての不動産留置權と根抵當權”, 「米田實古稀記念現代金融取引法の諸問題」, 1996, 145-147면; 岸日出夫, “商事留置權”, (山崎恒·山田俊雄 編) 「民事執行法」, 青林書員, 2001, 100-105면; 生熊長幸, “建築請負代金債權による敷地への留置權と抵當權(下)”, 「金融法務事情」 1447號, 1996. 4.29-30, 34면.

218) 東京高決 1993.12.19.(判例タイムズ 第890號, 254면); 東京高決 1999.7.23.(判例タイムズ 第1006號, 117면).

219) 손진홍 「부동산권리분석과 배당(개정정보판)」, 법률정보센터, 2011. 530면.

220) 류재철, “우선변제청구권의 법적지위에 관한 연구”, 동의대학교 박사학위논문, 2000, 38면.

221) 김용욱, “금융집행법상 채권자의 경합 우선주의와 평등주의, 균단우선주의”, 「고시연구」, 고시연구사, 1989. 4, 125-126면.

을 두고 있다. 우리나라가 독일법 체계를 계수하면서 프랑스법계의 평등주의를 채택한 것은 집행절차법에 관한 이념적 일관성을 결여하고 있는 것이다.

(2) 경매절차에서의 배당요구

실질적 경매절차에서의 배당요구란 다른 채권자에 의하여 개시된 집행절차에 참가하여 동일한 재산의 매각대금에서 변제를 받으려는 집행법상의 행위로서, 다른 채권자의 강제집행절차에 편승한다는 점에서 종속적인 것이다.

우리나라는 일본의 영향으로 1990년 9월 1일 시행된 민사소송법 제605조(배당요구)에서는 “①민·상법 기타 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자, 집행력있는 정본을 가진 채권자 및 경매신청의 등기 후에 가압류 한 채권자는 경락기일까지 배당요구를 할 수 있다. ②배당요구는 그 원인을 명시하고 법률소재지에 주거나 사무소가 없는 자는 거주소를 선정하여 법원에 신고하여야 한다”고 개정하였으며, 민사소송법에서 분리된 민사집행법 제88조(배당요구)에서는 “①집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다. ②배당요구에 따라 매수인이 인수하여야 할 부담이 바뀌는 경우 배당요구를 한 채권자는 배당요구의 종기가 지난 뒤에 이를 철회하지 못한다”고 하여 일본의 민사집행법과 유사하게 제정하였다.

한편 배당요구 종기는 경매개시결정에 따른 압류의 효력이 생긴 때(그 경매개시결정전에 다른 경매개시결정이 있는 경우를 제외한다)에는 집행법원은 절차에 필요한 기간을 감안하여 배당요구를 할 수 있는 종기를 첫 매각기일 이전으로 정한다(민사집행법 제84조 제1항).

배당요구와 대비되는 행위로서 권리신고가 있는데, 권리신고는 배당요구와 달리 부동산위의 권리자가 집행법원에 신고를 하고 그 권리를 증명하는 것이며, 권리신고를 함으로써 이해관계인이 되지만(동법 제90조 제4호), 권리신고를 한 것만으로 당연히 배당을 받게 되는 것은 아니며, 별도로 배당요구를 하여야 한다(동법 제148조).

민사집행법은 배당요구를 하지 않더라도 배당에 참가할 수 있는 채권자와 배

당요구를 하여야 배당에 참가할 수 있는 채권자를 구분하여 취급하고 있다.

1) 배당요구하지 않아도 배당에 참가할 수 있는 자

여기에는 위 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자(민사집행법 제148조 제1호), 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자(동법 제148조 제3호)²²²⁾, 경매개시결정등기 전에 등기된 담보권자(동법 제148조 제4호)가 있다.

가등기담보권은 저당권과 마찬가지로 우선변제청구권이 있으나, 등기부에 담보목적의 가등기인 취지가 기재되어 있지 않고 단지 소유권이전등기청구권보전을 위한 가등기라고만 기재되어 있는 대부분의 경우에는 등기부에 적힌 내용만으로도 가등기가 담보목적의 가등기인지의 여부를 알 수 없고, 또 담보목적의 가등기라 하더라도 피담보채권의 공시가 없기 때문에 실무에서는 통상 최선순위의 가등기(압류채권자나 선순위 담보권보다도 선순위인 가등기)의 경우에는 그것이 담보목적의 가등기인지 소유권이전등기청구권보전을 위한 가등기인지를 채권신고의 최고기간까지 밝히고 만일 담보목적의 가등기라면 채권신고를 한 경우에 한하여 배당을 하고(가등기담보등에 관한 법률 제16조 제2항), 아무런 신고도 없는 경우에는 이를 소유권이전을 위한 가등기로 보아 경매절차를 사실상 중지해두거나, 신청채권자에게 위 최선순위가등기의 상태에 대하여 설명해 줄 것 등에 관하여 보정명령을 하고, 이때 위 신청채권자가 최선순위가등기가 있음에도 경매를 속행해 줄 것을 요구하거나 또는 법원이 직권으로 위 최선순위가등기를 매수인 인수조건부로 하는 매각을 실시하게 된다. 여기서 주의해야 할 것은 최선순위가 아닌 가등기 즉 압류채권자나 선순위 담보권 뒤에 경료된 가등기는 배당요구가 없으면 매수인이 인수하는 것이 아니라, 매각으로 배당도 없이 바로 말소되어 버린다는 점이다.

또한 최선순위 전세권이나 최선순위의 주택이나 상가건물의 임차권의 경우는 당해 경매절차에서 배당요구종기내 배당요구를 하면 매각으로 소멸하고 대신에 배당에 참가할 수 있게 되나, 배당요구가 없으면 매수인이 인수하게 되므로 배당에 참가할 수 없게 된다.

그런데 계약서상 확정일자까지 갖춘 주택·상가건물임차권의 경우는 전세권에

²²²⁾ 대법원 1995.7.28. 선고 94다57718 판결.

준해서 배당요구를 하여 보증금의 우선변제를 받거나 배당요구 없이 계속 거주하는 것을 선택할 수 있다(민사집행법 제88조). 우선변제권을 행사하여 배당요구를 하였을 때 보증금전액을 변제 받았으면 임차권은 소멸되지만, 배당받지 못한 보증금 잔액이 있을 때에는 임차인은 매수인에 대항하여 이의 반환을 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다. 이렇게 되어 보증금 잔액이 있을 때에는 매수인이 인수하는 결과가 된다. 따라서 대항력 있는 임차권은 용익물권처럼 되고 여기에 확정일자까지 받아 두었다면 담보물권처럼 우선변제권을 갖고 나아가 배당받지 못한 잔액보증금이 있으면 임대목적물을 유치할 수 있게 되어 유치권처럼 된다.

2) 배당요구가 필요한 채권자

위 에 열거한 채권자들 외의 채권자들은 배당요구의 종기까지 배당요구를 하여야 배당받을 수 있다. 한편 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법 그 밖의 법률에 의하여 우선변제권이 있는 채권자는 배당요구를 하여야 배당에 참가할 수 있는 채권자이다. 그리고 경매개시결정 전에 체납처분절차에 의한 압류등기를 하지 못한 조세 기타 공과금채권은 배당요구의 종기까지 체납처분의 예에 의한 교부 청구를 하여야만 배당요구를 받을 수 있다. 배당요구를 할 수 있는 기한은 첫 매각기일 이전으로, 집행법원이 정한 배당요구의 종기까지 할 수 있다.

(3) 유치권자의 배당 참여

민사집행법은 유치권자의 배당신청여부에 대해서는 명문으로 밝히고 있지 않다. 그러나 유치권도 다른 담보 물권과 같이 피담보채권을 가지고 있고, 궁극적인 목적은 그 목적물에 투입된 채권을 확보하여 만족을 얻는 것이기 때문에, 반드시 배당가입이 불가능하다고 말할 수 없다. 경매절차에 있어서 유치권자의 배당가입을 인정하게 되면, 매수대금의 적정가격을 가늠할 수 있기 때문에 매수희망자들의 관심을 불러올 수 있고, 유찰을 막아 담보채권자의 채권확보에도 도움을 줄 수 있다. 뿐만 아니라 등기가 없는 주택임대차보호법상의 보증금채권, 상

가건물임대차 보호법상의 보증금채권, 근로기준법상의 임금채권 및 가압류채권자의 채권의 배당가입을 인정하는 마당에 굳이 유치권자의 피담보채권의 배당가입을 배제할 이유도 없다.²²³⁾

유치권자는 담보물권자이지만 채권의 변제를 받을 때까지 그 목적물을 유치할 권리가 있을 뿐 매각대금에서 우선변제를 받을 권리가 없다고 한다.²²⁴⁾ 따라서 경매절차의 배당에서도 유치권자는 우선적 지위를 행사할 수 없기 때문에 일반채권자로서 피보전채권에 기하여 판결을 받아 집행력 있는 판결소지자로서 배당요구종기 이전에 배당요구를 하여야 배당에 참가하거나, 피보전채권에 기하여 압류 등기 전에 가압류를 해야 배당에 참여할 수 있다. 압류 등기 후의 유치권은 배당요구종기까지 가압류를 하고 그 권리신고 및 배당요구를 하여야 일반채권자로서 배당에 참여할 수 있다. 어느 방법이든 유치권자에게 우선변제권이 없으므로 유치권으로 담보하는 채권의 만족을 얻기 어려워서 유치권자는 잔존 채권에 대하여 점유에 기한 유치권을 행사할 수밖에 없다.

4. 유치권 신고가 있는 경우에 실무 처리

유치권자는 일반채권자로서 집행권원을 얻어 배당요구를 하거나 피보전채권에 기하여 압류 등기 전에 가압류를 하는 방식 등으로 배당에 참여할 수 있다. 그러나 실체는 그렇게 되는 경우는 거의 없고, 아주 단순하고 무성의한 내용만을 기재한 채 유치권신고서를 제출하고 있는 실정이다. 이에 집행법원으로서 유치권의 존부를 실체적으로 확정할 권한도 없으므로 이해관계인에게 유치권의 존부를 확인하는 소송을 제기하게 하여 그 결과를 기다려 경매를 진행할 수도 있으나²²⁵⁾, 경매지연을 방지 위하여 실무적으로 다음과 같이 처리하고 있다.

(1) 매각기일 이전에 유치권신고가 접수되는 경우

223) 추신영, “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰.” 「민사법학」 제44호, 한국민사법학회, 2009. 4, 375면.

224) 대법원 1996.08.23. 선고 95다8713 판결.

225) 담보권 실행을 위한 경매절차에서 근저당권자가 유치권자로 권리신고를 한 자에 대하여 유치권부존재확인 소를 구할 법률상의 이익이 있다고 판시하고 있다(대법원 2004.9.23. 선고 2004다32848 판결).

유치권자에게 점유개시기, 피담보채권액 등을 소명하도록 한 후 매각물건명세서에 “유치권 신고가 있으나 그 성립 여부는 명확하지 않음”이라고 기재하여 매각한다. 즉 인수 여부가 불분명한 임차권 등 물적부담에 관한 주장이 제기된 경우에는 매각물건명세서의 물적부담 기재란에 위와 같이 기재한 뒤 매각을 하게 된다(대법원 송민 2002-1, 제7조).²²⁶⁾

(2) 매각기일부터 매각허가기일까지 접수되는 경우

유치권이 성립할 여지가 전혀 없다는 점이 명백하지 않는 한 매각물건명세서 작성에 중대한 하자가 있는 것으로 보아 매각을 불허하고 새매각을 실시한다(민사집행법 제121조 제5호). 즉 “부동산 임의경매절차에서 매수신고인이 당해 부동산에 관하여 유치권이 존재하지 않는 것으로 알고 매수신청을 하여 이미 최고가매수신고인으로 정하여졌음에도 그 이후 매각결정기일까지 사이에 유치권의 신고가 있을 뿐만 아니라 그 유치권이 성립될 여지가 없음이 명백하지 아니한 경우, 집행법원으로서 장차 매수신고인이 인수할 매각부동산에 관한 권리의 부담이 현저히 증가하여 민사집행법 제121조 제6호가 규정하는 이의 사유가 발생된 것으로 보아 이해관계인의 이의 또는 직권으로 매각을 허가하지 아니하는 결정을 하는 것이 상당하다” 라고 판시²²⁷⁾하고 있다. 그러나 매수신고인이 유치권 신고에도 불구하고 종전의 매수신고서에 기재한 조건으로 이의 없이 매수하겠다는 의사를 보이는 경우에는 이에 대한 확인서를 제출받고 매각을 허가한다. 매수신고인이 사실관계 확인과 법률검토를 위하여 필요한 경우 14일 정도 후로 매각결정기일을 변경할 수 있다.²²⁸⁾ 다만 최고가매수 신고인이 유치권신고사실을 알지 못하였다 하더라도 매각허부의 신고 시 법정에서 매수하겠다는 의사를 표시하는 경우에는 이를 조서에 기재한 후 매각허가를 할 수도 있을 것이다.²²⁹⁾

226) 법원행정처 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 162면.

227) 대법원 2008.6.7.자 2008마459 결정.

228) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 287면.

229) 강희숙, 전계논문, 52-53면.

(3) 매각허가기일부터 매각허가여부 확정시까지 접수되는 경우

대법원은 “부동산 임의경매절차에서 매수신고인이 당해 부동산에 관하여 유치권이 존재하지 않는 것으로 알고 매수신청을 하여 이미 최고가매수신고인으로 정하여 졌음에도 그 이후 매각결정기일까지 사이에 유치권의 신고가 있을 뿐만 아니라 그 유치권이 성립될 여지가 없음이 명백하지 아니한 경우, 집행법원으로서 장차 매수신고인이 인수할 매각 부동산에 관한 권리의 부담이 현저히 증가하여 민사집행법 제121조 제6호가 규정하는 이의 사유가 발생된 것으로 보아 이해관계인의 이의 또는 직권으로 매각을 허가하지 아니하는 결정을 하는 것이 상당하다” 라고 판시²³⁰⁾하고 있다. 따라서 최고가매수신고인으로부터 매각허가에 대한 이의신청(민사집행법 제121조 5호) 또는 매각허가결정에 대한 항고(민사집행법 제129조)를 받아 매각허가결정을 취소하고 새 매각을 실시한다.

(4) 매각허가결정 확정 후부터 대금지급시까지 접수되는 경우

대법원은 매각허가에 대한 이의신청사유를 규정한 민사집행법 제121조 제6호에서 말하는 부동산에 관한 중대한 권리관계의 변동이란 부동산에 물리적 훼손이 없는 경우라도 매수인이 소유권을 취득하지 못하거나 또는 매각부동산의 부담이 현저히 증가하여 매수인이 인수할 권리가 중대하게 변동되는 경우를 말한다고 판시²³¹⁾하고 있다. 따라서 매각허가결정의 취소신청(민사집행법 제127조 제1항) 또는 대금감액의 신청(동법 제127조 제1항)을 받아 매각허가결정을 취소하고 새매각을 실시하거나 대금감액결정을 한다.

(5) 대금지급 시부터 배당 전까지 접수되는 경우

대법원은 소유권에 관한 가등기의 목적이 된 부동산에 대하여 매각대금까지 납부하여 소유권을 취득한 매수인이 그 뒤 가등기에 기한 본등기가 경료됨으로써

230) 대법원 2007.5.15.자 2007마128 결정; 대법원2005.8.8. 자 2005마643 결정.

231) 대법원 2001.8.22. 자 2001마2652 결정; 대법원 2005.8.8. 자 2005마643 결정.

일단 취득한 소유권을 상실하게 된 때에는 매각으로 인하여 소유권의 이전이 불가능하였던 것이 아니므로, 이는 민법 제578조, 제 576조를 유추적용하여 담보책임을 추급할 수는 있다고 할 것인바, 이러한 담보책임은 매수인이 경매절차 밖에서 별소에 의하여 채무자 또는 채권자를 상대로 추급하는 것이 원칙이라고 할 것이나, 아직 배당이 실시되기 전이라면, 이러한 때에도 매수인으로 하여금 배당이 실시되는 것을 기다렸다가 경매절차 밖에서 별소에 의하여 유추적용하여 담보책임을 추급하게 하는 것은 가혹하므로, 이 경우 매수인은 집행법원에 대하여 경매에 의한 매매계약을 해제하고 납부한 낙찰대금의 반환을 청구하는 방법으로 담보책임을 추급할 수 있다고 판시²³²⁾하고 있다. 따라서 최고가매수신고인이 민법 제575조 제1항에 따른 담보책임을 묻는 경우에 한하여 매각허가결정을 취소하거나 대금감액 결정을 한다.

(6) 배당이 완료된 경우

경락인이 민법 제578조에 의하여 채무자에게 매각대금의 전부 또는 일부의 반환을 청구할 수 있고 채무자가 무자력인 경우에는 대금의 배당을 받은 채권자에 대하여 그 대금 전부나 일부의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 매도인의 담보책임을 이유로 매매계약을 해제한다고 하더라도 이미 채무자인 매도인은 지급불능이 되고, 배당받은 채권자들을 상대로 별도의 소송을 제기하여야 할 것이다.²³³⁾

제2절 유치권에 의한 경매신청

1. 유치권자의 경매청구권과 법적 성격

(1) 형식적 경매의 분류

232) 대법원 1997.11.11. 자 96그64 결정.

233) 이정엽. "부동산경매와 유치권," 「부동산소송 실무자료(부동산 소송)」 제4집, 유로, 405면.

유치권에 의한 경매신청의 법적 의미에 관하여 민사집행법 제274조는 유치권에 의한 경매와 민법·상법 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매는 담보권 실행에 의한 경매(임의경매)의 예에 따라 실시한다고 규정하고 있는데, 여기에 규정된 민법·상법 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매를 협의의 형식적 경매라고 부르고 여기에 유치권에 의한 경매를 포함시켜 광의의 형식적 경매라고 부르는 것이 일반적이다.²³⁴⁾

협의의 형식적 경매는 공유물을 그 가치에 의하여 분할하기 위하여 현금화하는 것을 목적으로 하는 경매인 공유물분할을 위한 경매(민법 제269조 제2항, 제278조, 제1013조 제2항), 특정물의 인도의무를 부담하는 자가 그 인도의무를 면하기 위하여 물건을 금전으로 현금화하는 것을 목적으로 하는 자조매각(민법 제490조, 민사집행법 제258조 제6항, 민사집행법규칙 제142조 제3항, 제200조 제2항, 상법 제67조, 제70조, 제71조, 제109조, 제113조, 제123조, 제142조, 제143조 제1항, 제149조 제2항, 제165조, 제777조, 제804조 제1항)이 있는데, 자조매각인 경우에는 대부분 해당조문에서 그 매각대금을 공탁하도록 규정하고 있으나, 다만 상법상의 자조매각에서는 경우에 따라 위와 같은 목적을 초과하여 경매신청인이 그 매각대금 중에서 자신의 채권의 변제를 받는 수도 있다(상법 제67조 제3항 등). 또한 주식회사는 여러 가지의 경우에 단주를 경매하여 그 대금을 주주에게 교부할 의무를 부담하는데(상법 제443조 제1항, 제461조 제2항, 제530조 제3항, 채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제265조 제3항, 제266조 제6항, 제274조 제6항 등이 그 예이다), 그에 따른 단주의 경매가 있으나, 실제 경매가 신청되는 경우는 거의 없다. 그리고 타인의 권리를 상실시키는 경매가 있는데, 즉 어떤 물건에 대한 타인의 권리를 상실시키는 것 자체를 직접적인 목적으로 하여 그 권리에 대한 경매를 인정하는 것으로 이는 경매로 목적재산에 대한 권리가 이전되는 효과를 이용하는 것이다. 마지막으로, 어떤 범위의 재산을 한도로 하여 각 채권자에 대하여 채권액의 비율에 따라 일괄하여 변제하기 위하여 청산을 목적으로 당해 재산을 현금화하는 청산을 위한 경매가 있다. 한정승인·상속재산분리의 경우의 경매(민법 제1037조, 제1051조 제3항), 상속인 부존재의 경우의 상속채무를 위한 경매(민법 제1056조 제2항) 등이 그 예이다.²³⁵⁾

234) 법원행정처, 전계 법원실무제요II, 705면.

(2) 유치권자의 경매권 인정 여부

일반적으로 경매를 신청할 때에는 그 매각대금에서 채권의 변제를 받고자 하는 것이 목적인데, 유치권자는 목적물의 교환가치에 대한 지배권이 없고, 다만 유치물을 계속 유치할 권리가 있을 뿐 매각대금에서 우선변제를 받을 권리가 없기 때문에 경매가 실시되어 현금화되면 유치권은 소멸할 수밖에 없다는 점에서, 구민법하에서는 유치권자에 의한 경매신청에 대하여 다툼이 있어 왔다.

이러한 배경아래 구민법 하에서 유치권자의 경매권 인정여부와 관련하여 당시 이를 부정하는 입장의 논거는 다음과 같다.

첫째, 경매권은 우선변제권을 행사하기 위한 수단이라는 데서 우선변제권을 가지지 않는 유치권자에게 이를 인정하는 것은 불가능하다.²³⁵⁾ 둘째, 민법상 유치권에 의한 경매권을 인정하는 규정이 없다.²³⁷⁾ 셋째, 유치권에 의한 경매를 인정하는 경우, 채무자는 소액의 채무를 위해 다액의 가액을 가지는 물건의 소유권을 잃을 염려가 있으며 더욱이 대담보 공여에 의한 유치권의 소멸청구의 구제를 박탈하게 된다.²³⁸⁾ 넷째, 유치권은 우선변제권 뿐만 아니라 물상대위성도 없기 때문에, 유치물의 경락대금에서 채권의 변제를 받지 못할 뿐만 아니라 물상대위에 의해 경매대금 위에 유치권을 행사하는 것도 가능하지 않으므로 유치권자에게는 어떠한 실익도 없다.²³⁹⁾ 다섯째, 유치권자가 수선비 및 운송비를 위해 장기간 물건을 유치하는 것이 부담이 되는 경우에도 선취특권에 의해 경매하는 것이 좋다.²⁴⁰⁾ 여섯째, 유치권자는 피담보채권의 변제를 위한 소송을 제기하여 그 판결을 얻어 집행권원에 의해 유치물에 대해 강제집행을 할 수 있다.²⁴¹⁾ 일곱째, 유치권이 채무자 이외의 제3자의 소유물 위에 성립하는 때에는 경매를 하여도 매각대금에 대하여 일반채권자로서 참여할 수밖에 없으며 결국 무담보채권자로 되어 경매를 한 의미가 없다.²⁴²⁾

235) 법원공무원 교육원, 「민사집행실무 I」, 법원도서관, 2011, 388-390면 참조.

236) 中島玉吉·「民法釋義2卷·物權法(下)」, 金刺芳流堂, 1923, 611面; 藥師寺志光, 「留置權論」, 三省堂, 1929, 412面.

237) 藥師寺志光, 前掲書, 25面.

238) 藥師寺志光, 前掲書, 26面.

239) 藥師寺志光, 前掲書, 27面.

240) 藥師寺志光, 「留置權論(綜合判例研究)」, 「業書民法19」, 1929, 51面.

241) 三藤邦彦, 「判例 コソメタ-III 擔保物權法(上)」, 1934, 41面.

한편 당시의 다수설·판례는 경매권을 긍정하였는데 그 논거로서 첫째, 유치권도 담보물권인 이상 경매권이 당연히 인정되어야 한다.²⁴³⁾ 둘째, 유치권자가 채권의 변제를 받지 않은 채 유치물을 장기간동안 유치할 수밖에 없다는 것은 지극히 불편·불합리한 것이다.²⁴⁴⁾ 셋째, 채무자에게 지불능력이 없는 경우 및 채권액이 유치물의 가액을 현저하게 초과하는 경우, 그 본질적 효력인 유치적 권능은 전적으로 의미가 없다는 점을 들고 있다.²⁴⁵⁾ 이와 같은 구민법상의 논의는 현행 민법을 제정하면서 유치권자의 경매신청권을 신설함으로써 종결되었다.²⁴⁶⁾ 이 경우에 민사집행법 제91조 제5항이 적용됨에 따라 유치권자가 유치목적물을 점유하고 있는 한 유치권은 소멸되지 않는다고 하는 견해가 다수설²⁴⁷⁾이다. 유치권자에 의한 경매신청시 유치권이 소멸 또는 인수 여부는 부동산유치권의 경우에만 문제된다. 왜냐하면 동산유치권의 경우에는 동산경매의 예에 따라 신청인이 집행관에게 유치물을 제출하여야 개시되므로, 유치물이 매각되면 유치권이 소멸하기 때문에 이러한 문제는 발생하지 않는다.²⁴⁸⁾

이와 같이 구민법에는 없던 유치권자의 경매청구권은 민법 제정과정에서 우여곡절 끝에 추가되었고, 그 입법취지에 관하여 민법안의견서에는 “유치권자가 오래 수선대금이나 운송운임의 변제를 받지 못하는 경우에도 단지 유치할 수 있음에 불과하다고 하는 것은 불편할 뿐만 아니라 목적물이 장기의 보관에 부적합한 경우에도 경매권을 인정하지 않는 것은 부당하기 때문이다”라고 밝혀져 있다.²⁴⁹⁾ 구민법상 유치권자의 경매권이 규정되지 않았음에도 불구하고 채권자가 채권변제를 받을 때까지 오랫동안 목적물을 보관하게 되는 불리한 지위를 고려하여 유치권자의 경매권을 인정해야 한다는 것이 통설이었고 이를 성문화한 것이다. 현

242) 三藤邦彦, 上掲書, 41面.

243) 石田文次郎, 「擔保物權法論(下)」, 有斐閣, 1927, 570面.

244) 富井政章, 「民法原論物權(下)」, 有斐閣, 1914, 324面; 我妻榮, 「擔保物權法(民法講義Ⅲ)」, 岩波書店, 1928, 44面.

245) 林良平編·田中整爾執筆, 「注釋民法(8)」, 有斐閣, 1965, 45面.

246) 신국미, “유치권에 의한 경매(민법 제322조)에 관한 의문,” 「재산법연구」 제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008. 6, 81면.; 지식재, “유치권에 의한 경매,” 「사법논집」 제51집, 법원도서관, 2011, 328면.

247) 오시영, 전제 “부동산유치권의 한계와 입법적 검토”, 194면; 박두환, 「민사집행법」, 법률서원, 2003, 681면.; 신국미, 상계논문, 91면; 추신영, “유치권자에 의한 경매신청,” 「재산법연구」 제24권 제1호, 한국재산법학회, 2007, 175면 등이 있다.

248) 박두환, 전제서, 681면.

249) 김동호, “유치권자의 경매청구권.” 「법학논총」 제30집 제2호, 전남대학교 법률행정연구소, 2010. 8, 178면.

재 학설도 유치권자의 경매청구권에 관한 입법취지를 그렇게 새기고 있다.²⁵⁰⁾

(3) 유치권자의 경매권의 법적 성격

1) 환가형의 형식적 경매로 보는 견해

이 견해는 형식적 경매 중 유치권자의 신청에 의한 경매는 저당권자의 담보권 실행에 의한 경매신청과는 달리 우선변제권이 없으므로 공유물분할을 위한 경매와 같이 물건을 현금으로 바꾸기 위한 방편으로 경매하는 것에 지나지 않아 저당권자의 경매신청과 본질적으로 차이가 있다²⁵¹⁾고 한다. 즉 유치권자는 목적물의 교환가치를 지배할 권능이 없고 무작정 목적물을 유치하고 있을 필요가 없기 때문에 유치를 종료하고 그 환가금에서 채권을 변제에 충당하겠다는 의미로 해석하는 견해다.²⁵²⁾ 이에 따르면 유치권에 의한 경매의 성질을 담보권실행을 위한 경매보다는 환가형의 형식적 경매에 가깝다고 보아 이를 환가형의 형식적 경매의 일종으로 규율하고 있다고 이해한다. 또한 본래 형식적 경매는 공정성 보장을 위해 국가기관이 경매의 형식으로 현금화하는 것이므로 우선변제권이 없는 유치권에 의한 경매의 신청목적은 피담보채권의 강제적 실현이 아니라 유치물의 보관상 부담을 해소시키기 위한 현금화절차라고 파악하므로 유치권에 의한 경매를 광의의 형식적 경매에 포함시키고 있다.

2) 청산형의 형식적 경매로 보는 견해

이 견해는 유치권은 다른 환가를 위한 형식적 경매와 달리 엄연히 피담보채권이 존재하는 물권이며 유치권자에게 사실상 우선변제권이 인정된다는 점에서 유치권에 의한 경매를 단순하게 환가를 위한 형식적 경매로 파악하기 곤란한 점이 있다. 따라서 유치권에 의한 경매를 청산형의 형식적 경매로 보아야 한다는 견해다.²⁵³⁾ 그 근거로 유치권자를 계속적인 유치의 부담에서 해방시키기 위해서 경매

250) 김기선, 「한국물권법」, 법문사, 1985, 354면; 오시영, 전제 「물권법」, 589면; 송오식, 「물권법강의」, 형설출판사, 2008, 386면.

251) 이재성, “유치권자가 신청한 경매의 성격,” 「인권과정의」, 대한변호사협회, 1992. 12, 26면.

252) 이재성·이시윤·박우동·김상원·박삼봉, 「주식 민사집행법(V)」, 한국사법행정학회, 2004, 310면.

253) 신국미, 전제논문, 87면; 추신영, 전제논문, 166~167면; 齋藤和夫, “「留置權競賣」考-民執法一九五條の根

를 신청하는 소극적 담보채권자가 아니라 능동적으로 자신의 채권을 확보하기 위해서 환가권을 행사하는 자로 보는 것이 타당하다는 점을 들고 있다. 또한 유치권에 의한 경매를 청산형으로 볼 때만이 환가를 위한 형식적 경매로 취급했을 때 발생하는 여러 모순, 즉 당해 경매절차에서 유치권자는 사실상 우선변제를 받지만 다른 채권자와 담보권자에게는 배당요구를 인정하지 아니하는 점, 제한물권 등의 부담은 매수인에게 인수하는 것으로 되어 매각의 실효성을 확보하기 매우 어렵다는 점 등을 자연스럽게 해결할 수 있다고 한다.

한편 민법 제322조 제1항에서 “유치권자는 채권의 변제를 받기를 위하여 유치물을 경매할 수 있다”라고 규정하고 유치권자에게 경매신청권을 인정함으로써 유치권은 그 담보권으로서의 기능이 더욱 강화되었다고 할 것이다.²⁵⁴⁾ 그런데 우리민법이 유치권자에게 경매청구권을 인정하면서 우선변제권을 인정하지 않는 것은 매우 특이하다. 이것은 목적물의 교환가치에 대한 지배권이 없이 목적물을 단지 유치함으로써 간접적으로 채권의 변제를 강제 내지 촉구하는 효력만이 인정되는 유치권자에게 목적물의 유치가 변제를 재촉하는데 실효성이 없는 경우 유치를 계속하는 것은 부담이 되므로 불합리를 해결하려는 교육책에서 환가권을 인정한 것이다.²⁵⁵⁾

2. 유치권에 기한 경매절차

형식적 경매에 있어서는 담보권실행을 위한 경매의 예에 의하여 경매의 실시까지의 제 절차를 행한다. 즉 특히 부동산의 경우에는 현황조사(민사집행법 제268조, 제85조), 평가 및 최저경매가격의 결정(동법 제268조, 제97조), 일괄매각의 결정(동법 제268조, 제98조1항), 물건명세서의 작성·비치(동법 제268조, 제105조) 등이 그것이다.

(1) 경매신청과 개시결정

本問題の檢討-”, 慶應義塾大學法學研究會, 「法學研究」 80卷 12號, 2007. 12, 104-109面.

254) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2005, 695면; 곽윤직, 전체서, 289면 이하; 이영준, 「새로운 체계에 의한 한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004, 721면 이하.

255) 김기찬, “부동산경매에서 유치권의 개선에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 2008, 12면.

형식적 경매에서의 설명은 대체로 유치권에 기한 경매절차에도 적용된다. 즉 형식적 경매의 절차는 담보권실행을 위한 경매의 예에 따르면(민사집행법 제274조 제1항) 신청서를 작성하여 법원에 제출하여야 한다. 신청서에는 필요적 기재사항으로 채권자·채무자·소유자는 신청인·상대방으로, 담보권과 피담보채권의 표시는 경매신청권의 표시 등으로 바꾸어 기재하여야 할 것이다. 강제경매 또는 담보권실행을 위한 경매절차에서 매수한 부동산에 대하여 전소유자에 대한 공사대금채권으로 매수인에 대하여 유치권을 주장하는 경우와 같이 채무자와 소유자가 다른 경우에는 신청인·상대방·유치권의 채무자로 기재하면 될 것이다.²⁵⁶⁾ 또한 유치권의 존재 또는 성립에 관하여 담보권의 존재를 입증할 수 있는 서면을 첨부하여야 한다. 유치권의 존재를 입증하는 서면으로는 판결이나 공정증서, 유치권에 대한 판단이 있는 인도명령이 입증자료가 될 수 있다. 채권자가 작성한 계산서나 보고서도 집행기관에 대하여 유치권의 존재를 입증하는 서류가 될 수 있다.²⁵⁷⁾

실무에서는 유치권에 의한 경매신청의 경우에 유치권의 피담보채권의 채무자와 경매목적물의 소유자가 다른 경우가 있다. 가령 채무자가 담보권을 설정한 후에 소유권을 제3자에게 이전한 경우, 이 때의 제3자를 실무에서는 「제3취득자」라고 경매기록 표지에 표기하고 있다. 이런 경우에는 임의경매에서 채무자와 소유자가 다른 경우에 준하여 신청인, 상대방, 유치권의 채무자로 신청서에 기재하면 될 것이다.²⁵⁸⁾

(2) 압류절차

부동산에 대한 유치권에 의한 경매는 유치권자가 유치권의 존재를 증명하는 문서(유치권의 존재에 관한 확인판결이나 공정증서 등)를 법원 또는 집행관에게 제출하는 것으로부터 개시되는데(민사집행법 제264조 제1항), 이때 문서의 제출

256) 강희숙, 전제논문, 60면.

257) 이재성·이시윤·박우동·김상원·박삼봉, 전제서, 317면 참조.

258) 법원행정처, 전제 「법원실무제요Ⅱ」, 708면.

이 있으면 집행법원은 유치권에 기한 경매에서도 담보권실행을 위한 경매의 예에 따라 개시결정을 하면서 압류의 등기를 촉탁한다(민사집행법 제274조, 제268조, 제94조 제1항). 그런데 유치권에 의한 경매에서도 압류 등기에 실제적인 처분제한적 효력이 있는가에 대하여 인수설²⁵⁹⁾에 따르면 유치권에 의한 경매는 유치물의 환가를 위한 경매이기 때문에 신청인이 상대방의 처분을 제한할 수 있는 실체권이 없고, 따라서 처분제한적 효력을 인정할 필요는 없다고 한다.

반면에 소멸설²⁶⁰⁾에 따르면 유치권은 우선변제권은 없지만 경매신청권이 있는 담보물권임에는 틀림없으므로 압류의 효력에 관하여 담보권실행의 경우와 동일하게 해석하는 것이 옳다는 견해이다. 즉 유치권에 기한 경매기입등기의 효력도 담보권실행에 있어서의 등기와 마찬가지로 처분제한의 등기로서의 성질을 같이 가지고 있는 것으로 풀이하는 것이다.²⁶¹⁾ 그러나 인수설을 취하는 입장에서도 등기에 의해 처분제한적 효력을 인정하지 않는 경우에 매각절차 중에 부동산상의 부담이 증가하여 매각조건이 확정되지 않을 뿐만 아니라, 형식적 경매의 경우 압류의 처분제한의 효력을 인정할 절차상의 요청도 있고(공유물분할을 위한 경매의 경우), 이를 부인할 실체법상의 근거도 없으므로 담보권실행의 예에 따라 이를 인정하는 것이 상당하다고 한다.²⁶²⁾

압류의 처분제한효와 관련하여 부정설은 유치권의 경우 이를 인정하는 것은 유치권의 효력을 실체법이 예정하고 있는 이상으로 너무 강력하게 하는 것이라는 이유를 내세우고 있으나, 유치권에 기한 경매신청도 압류의 처분 제한효를 인정해야 할 실체상의 필요성이 있고 이를 부정할 실체법상의 근거가 없기 때문에 담보권실행의 예에 의해서 라고 규정하고 있는 민사집행법 제274조 1항을 근거하여 압류의 처분제한효력을 인정하는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 형식적 경매의 환가형 중 타인의 권리를 상실시키기 위한 경매의 경우에는 그 규정들의

259) 이재성·이시윤·박우동·김상원·박삼봉, 전계서, 320면; 이재성, 전계논문, 26면; 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 「재판자료」 제109집, 법원도서관, 2008, 425면.

260) 박두환, 전계서, 681면; 신국미, 전계논문, 91면; 추신영, “유치권자에 의한 경매신청”, 「재산법연구」 제24권 제1호, 한국민사법학회, 2007, 175면이 있고, 한편 일본에서 소멸주의를 주장하는 견해로는 生田治郎, “留置權の實行をめぐる諸問題”, (加藤一郎=林良平編集代表) 「擔保法大系第2卷」, 金融財政, 1985, 842면; 坂本倫城(大石忠生ほか編), “留置權による競賣申立て”, 「裁判實務大系7」, 青林書院, 1986, 513면 등이 있다.

261) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 710면.

262) 박두환, 전계서, 674면; 손진홍, 전계논문, 412면.

취지에 비추어 신청인에게 상대방의 처분을 제한할 수 있는 실체권이 존재한다고 보는 것이 타당하며, 공유물분할을 위한 경매의 경우에도 압류의 처분제한효를 인정하지 않으면 다른 공유자가 자신의 지분을 타인에게 양도해 버림에 따라 당해절차의 수행이 곤란해질 수 있고 실체법상으로도 이를 부정할 이유가 없기 때문이다.

한편, 임의경매의 경우처럼 실체상의 이유 예컨대, 담보권의 소멸 등의 사유로 개시결정에 대한 이의(민사집행법 제265조)를 유치권에 기한 경매인 경우에도 할 수 있는가에 대하여는 이를 긍정함이 대법원의 태도이다.²⁶³⁾

(3) 매각조건

부동산 경매는 사인 간의 임의의 매매와 달리 소유권 취득의 조건을 개별의 절충에 맡기는 것은 적절하지 않으므로 경매에 있어서는 미리 모든 매수신청에 대하여 공통적으로 적용되는 조건, 즉 법원이 부동산을 매각하여 그 소유권을 매수인에게 이전시키는데 있어서 지켜야 할 조건을 매각조건이라고 하고,²⁶⁴⁾ 각개의 매각절차에서 이해관계인 전원의 합의 또는 법원이 직권으로 변경한 매각조건을 특별매각조건이라고 한다.²⁶⁵⁾ 그러나 이 경우에도 현금화의 본질적, 근본적, 필연적인 조건들은 변경할 수 없다. 예를 들어 최저매각가격은 이해관계인 전원의 합의 또는 법원 직권으로도 변경할 수 없다(민사집행법 제110조).

1) 부동산 위의 부담의 처리

부동산 경매에서는 매각대상의 부동산 위에 용익물권이나 담보물권이 다수 설정되어 있어 법률관계가 복잡한 경우가 많다. 이와 같은 부동산이 경매에 의하여 매각 되었을 때, 부동산 위에 존재하는 용익물권이나 담보물권의 부담을 소멸시켜 매수인은 아무 부담 없는 부동산을 취득하게 되는지, 아니면 그와 같은 부담이 그대로 매수인에게 인수되는지가 문제가 된다. 즉 형식적 경매의 경우 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따른다고 되어 있으므로, 소멸주의의 원칙도 그에 적용

263) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 710면 참조.

264) 법원행정처, 상계 「법원실무제요Ⅱ」, 209면.

265) 이시윤, 전계서, 257면.

시켜야 할 것인가 아니면 인수주의를 적용시킬 것인가 하는 문제이다.

가. 종래의 논의

이에 관한 종래의 학설은 소수설의 소멸주의와 다수설의 인수주의의 견해가 대립되어 있었다. 즉 소멸주의는 유치권을 포함한 형식적 경매도 담보권실행을 위한 경매의 예에 따른다고 되어 있으므로 민사집행법상 매각의 원칙에 의하여 소멸주의를 취하여야 한다는 것이다.²⁶⁶⁾ 반면 인수주의는 유치권은 유치적 효력만을 본질로 하기 때문에 그 성립이 저장권설정등기나 압류·가압류등기 전후를 막론하고 매각에 의하여 소멸되지 않고 또한 매수인은 유치권에 의하여 담보되는 채권을 변제할 책임이 있기 때문에²⁶⁷⁾ 유치권에 의한 경매에서도 담보권실행을 위한 경매와 같이 소멸주의를 택할 수가 없게 되는 것이다.²⁶⁸⁾

한편, 민사집행법은 부동산 위에 존재하는 용익권물이나 담보물권 가운데 압류등기 후에 설정된 것은 압류채권자에 대항할 수 없게 하는 대항요건의 원칙에 따라 처리한다.²⁶⁹⁾ 판례도 “경락인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 ‘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”고 하여 물적 책임설의 입장을 취하고 있다.²⁷⁰⁾

나. 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정의 규범적 의미

최근 대법원은 유치권에 의한 경매에서 부동산 위에 존재하는 부담의 처리를 둘러싼 위와 같은 학설의 대립 등의 법리논쟁을 매듭짓는 중요한 판결을 내놓았다. 즉 대법원은 판결²⁷¹⁾과 결정²⁷²⁾을 통하여 “유치권에 의한 경매도 강제경매나

266) 정상태 “부동산경매에 있어서의 인수주의와 소제주의”, 「법무사」 제465호, 대한법무사협회, 2006. 3-4면.

267) 이시윤, 「신민사집행법(제4판)」, 박영사, 2007, 239면.

268) 이러한 인수주의가 현재 다수설(이재성·이시윤·박우동·김상원·박삼동, 「주석민사집행법(V)」, 한국사법행정학회, 2004, 320면; 이재성, 전계논문, 26면; 손진홍, 전계논문, 425면; 박두환, 전계서, 681면)의 입장이다.

269) 이시윤, 전계서, 236면.

270) 대법원 1996.8.23. 선고 95다8713 판결.

271) 대법원 2011.8.18. 선고 2011다35593 판결.

담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고 우선채권자 뿐만 아니라 일반채권자의 배당 요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다. 다만 집행법원은 부동산 위의 이해관계를 살펴 위와 같은 법정매각조건과는 달리 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정할 수 있다”고 판시하였다.

위 판결과 결정이 소멸주의를 택하게 된 이유에 대해서는 유치권에 의한 경매에도 채권자와 채무자의 존재를 전제로 하고 채권의 실현·만족을 위한 경매를 상정하고 있는 점, 반면에 인수주의를 취할 경우 필요하다고 보이는 목적부동산 위의 부담의 존부 및 내용을 조사·확정하는 절차에 대하여 아무런 규정이 없고 인수되는 부담의 범위를 제한하는 규정도 두지 않아, 유치권에 의한 경매를 인수주의를 원칙으로 진행하면 매수인의 법적 지위가 매우 불안정한 상태에 놓이게 되는 점, 인수되는 부담의 범위를 어떻게 설정하느냐에 따라 인수주의를 취하는 것이 오히려 유치권자에게 불리해질 수 있는 점 등을 들고 있다.²⁷³⁾

위 판결과 결정이 갖는 규범적 의미는 그동안 경매절차에서 유치권자가 누구인지 확인하기 어려울 때가 많아 유치권을 둘러싼 법률관계가 불안정했었는데 이번 판결과 결정으로 이 같은 법률관계가 크게 안정될 것으로 보인다는 점이다. 또한 유치권에 의한 경매에서에서도 저당권자가 신청하는 임의경매와 마찬가지로 소멸주의가 적용된다는 점이 명확해졌다는 데에 그 의미가 크다고 볼 수 있다. 즉 민법과 민사집행법에서는 유치권에 의한 경매에서도 소멸주의가 적용되는지에 관하여 명확하게 규정되지 않았고, 위에서 살펴보았듯이 학설 간 대립도 심했었다. 일본에서도 인수주의와 소멸주의가 팽팽히 맞서고 있지만 최고재판소는 이에 관하여 명확한 판단을 내리지 않고 있다. 하지만 이번 결정으로 담보권 실행을 위한 경매와 이 사건 경매의 목적이 다르지 않다는 점과 인수주의를 택하게 되면 경매가가 턱없이 낮아질 수 있고 당해 부동산위에 설정된 담보권에 의한 경매가 반복될 수 있는 단점을 극복하게 되었다는데에도 그 의미가 크다 할 것이다.²⁷⁴⁾

272) 대법원 2011.6.17.자 2009마2063 결정; 대법원 2011.6.15.자 2010마1059 결정 등.

273) 법률신문 3952호(2011.7) 1면 참조.

다. 검토

유치권에 의한 경매에서 부동산 위의 부담의 처리에 관하여 소멸주의와 인수주의 가운데 그 선택은 입법정책적 문제로서 매수인의 입장과 집행절차상 경제성 등을 고려하여 정해야 할 것이다.²⁷⁵⁾

그런데 유치권에 의한 경매에서 부동산 위의 부담의 처리에 관한 인수주의하에서는 담보권 실행을 위한 경매절차에서 유치권신고로 나타나는 폐해 즉 가격저감과 매각절차 지연 등의 문제 등으로 매각의 실효성이 매우 낮다는 점, 동산 집행에 대하여는 인수주의를 도출할 수 없다는 점, 인수주의를 따르게 되면 인수범위의 확정이 어렵다는 난점²⁷⁶⁾, 즉 인수주의는 매수인이 용익권 및 담보권을 인수하는데 집행절차상 용익권에 대해서는 집행관의 현황조사에 의해 인정될 수 있으나 담보권의 존부 및 내용을 직권으로 조사·확정하는 절차가 없기 때문에 매수인의 지위를 매우 불안정하게 할 수 있다는 점, 매각조건으로 인수주의를 선택할 경우에 유치권자는 매각대금으로부터 피담보채권과의 상계의 방법으로 사실상 우선변제를 받게 되지만 다른 일반채권자 및 담보채권자는 어떠한 배당요구도 할 수 없는 모순된 결과를 초래한다는 점, 유치권자 자신이 신청한 경매에 의해 매각이 실현된 후에도 유치권자가 매수인에 대해 피담보채권의 변제를 받을 때까지 목적물 인도를 거절할 수 있게 되는데 유치권자 자신이 경매를 신청하고도 그 경매의 결과에 따르지 않아도 된다는 모순을 발생시키게 된다²⁷⁷⁾. 따라서 이와 같은 인수주의의 단점을 고려하여 유치권에 의한 경매에서 부담의 처리는 소멸주의를 취하는 것이 타당하다고 본다.²⁷⁸⁾

2) 채무자의 매수신청 허용여부

민사집행규칙 제59조 제1호, 제158조, 제194조, 제199조 제2항에 의하면 담보권

274) 상계신문, 5면 참조.

275) 추신영, 전계논문 “유치권자에 의한 경매신청”, 171면.

276) 東京地方裁判所民事執行センター實務研究會, 「民事執行の實務—不動産執行編(上)」, 金融財政事情 研究會, 2008, 356면.

277) 신국미, 전계논문, 91면.

278) 같은 취지: 박두환, 전게서, 681면; 신국미, 전계논문, 91면; 추신영, 전계논문, 175면.

실행을 위한 경매절차에서 채무자²⁷⁹⁾는 매수신고를 할 수 없는데 유치권에 의한 경매에도 채무자는 매수신청을 할 수 없는지가 문제 된다. 긍정설은 형식적 경매에서는 그 절차의 목적이 실체적 청구권의 만족에 있는 것이 아니고 절차상 채권자, 채무자의 개념도 없으므로 일반 실질적 경매절차와 동일하게 해석할 필요가 없어 채무자도 매수신고인이 될 수 있다고 한다.²⁸⁰⁾ 즉 유치물을 장기간 계속 해서 유치해야한다는 부담으로부터 유치권자가 벗어나게 할 목적을 가진 것이 유치권에 의한 경매이므로 그 절차에서의 채무자를 담보권실행을 위한 경매절차에서 채무자와 동일하게 볼 수 없으므로 채무자에게 매수신청을 허용해도 된다는 것이다. 반면 부정설은 유치권도 엄연한 담보물권으로서 피담보채권인 실체법상 청구권이 있으므로 저당권에서의 채무자나 유치권에서의 채무자가 본질적으로 다를 것이 없으므로 임의경매나 강제경매와 마찬가지로 채무자는 매수신청을 할 수 없다고 한다.²⁸¹⁾

3) 환가금의 교부절차

가. 유치권에 기한 경매절차에서의 배당절차

유치권에 의한 경매의 경우에 소멸주의를 취하는 입장은 강제집행 내지 담보권실행과 마찬가지로 배당절차를 인정할 수 있을 것이나, 인수주의를 취하는 입장에서는 이론상 당연히 배당요구가 인정되지 않기 때문에 배당절차는 있을 수 없다. 즉 이론상으로는 매각대금으로 각 채권자를 만족시킬 수 있는 경우에 실시하는 변제절차와 각 채권자를 만족시킬 수 없는 경우에 실시하는 변제절차가 서로 구별될 것이나, 어느 것이나 모두 넓은 의미에서는 배당절차라 할 것이고, 또 민사집행법도 양자를 엄격히 구별하고 있지 아니하므로 실제에 있어서는 전자의 경우에도 후자의 경우와 똑같이 배당기일을 지정하고 배당표를 작성하여 배당을 실시한다.²⁸²⁾ 다만, 부동산의 매각대금은 절차의 처리상 유치권자인 신청인에게 교부되고, 이를 교부받은 유치권자는 이를 그 소유자인 채무자에게 반환할 채무

279) 여기에서 말하는 채무자는 당해 강제경매절차에서 채무자로 취급되는 자를 말하므로 경매절차상의 채무자와 동일한 급부의무를 부담하는 실체법상의 연대채무자, 연대보증인, 물상보증인 등은 해당하지 아니한다(법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 234면 참조).

280) 남기정, 「신강제집행법(하)」, 법률문화원, 1997, 558면; 손진홍, 전계논문, 426-427면.

281) 추신영, 전계논문, 178면.

282) 김기찬, 전계논문, 30면.

를 지게 되지만 그것과 자기의 유치물에 대한 피담보채권을 대등액에서 상계할 수 있으므로 실질적으로는 우선변제권이 없는 유치권자가 우선권을 행사한 것과 동일한 상태에 이르게 된다.

나. 유치권에 기한 경매절차에서의 배당요구

대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정이 있기 전까지의 종래의 논의는 형식적 경매의 신청인은 현금화한 금전교부는 받지만 배당을 받아야 할 채권자에는 해당하지 않으므로 부동산위의 부담의 처리에 관하여 인수주의를 채택하는 한 유치권에 기한 경매절차에서의 배당요구도 허용되지 않게 된다. 반면에 형식적 경매에 있어서 민사집행법 제91조 제2,3,4항의 소멸주의의 적용을 긍정하는 견해의 경우에는 다시 견해가 나뉜다.

판의 형식적 경매를 청산을 위한 형식적 경매와 현금화를 위한 형식적 경매를 구분하는 견해는 현금화를 위한 형식적 경매의 경우에는 소멸주의가 적용되지 않으므로 배당절차가 필요 없다는 데는 견해가 일치하고 있었다. 그러나 청산을 위한 경매의 경우에 소멸주의가 적용되므로 논리적으로 소멸되는 부담에 관계된 채권자들에 대한 배당절차를 실시하여야 한다는 견해가 있는데 반하여, 청산을 위한 형식적 경매의 경우에 비록 소멸주의를 채택하더라도 배당절차를 실시할 필요가 없다는 견해가 있었다. 그 논거는, 청산을 위한 형식적 경매의 경우에는 경매절차 밖에 따로 마련된 별도의 청산을 위한 절차 내에 매각대금에 대한 별도의 배당절차를 밟아서는 안 된다는 것이다.²⁸³⁾

현재까지 법원 실무는 형식적 경매의 절차에서 원칙적으로 일반채권자(집행력 있는 정본을 가진 채권자 및 경매개시결정의 등기 후에 가압류를 한 채권자)의 배당요구가 허용되지 아니하는 것²⁸⁴⁾으로 하고 있었다.

다. 검토

유치권에 의한 경매에서 그 현금화와 매각조건에 관하여 기존 법원 실무 처리 지침서나 민사집행법 나아가 판례도 명확한 기준을 제시하지 못하고 있었다. 그

283) 법원행정처, 진계 「법원실무제요Ⅱ」, 715면.

284) 법원행정처, 상계서, 714면.

그러나 대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정은 유치권에 기한 경매절차에서의 배당요구와 목적물상의 부담의 처리에 관한 중요한 기준을 제시했다고 본다. 이에 의하면, 유치권에 기한 경매절차에서도 타 일반채권자들의 배당요구가 허용되며 유치권자도 일반 채권자와 같은 순위로 배당하며 부동산위의 부담은 원칙적으로 소멸주의가 적용된다고 판시하였기 때문이다.

(4) 실질적 경매(강제·임의경매)절차와의 경합

이미 개시되어 있는 유치권에 의한 경매절차는 동일물에 대한 후행의 강제 또는 임의경매절차가 개시된 경우에는 유치권에 의한 절차는 법률상 당연히 정지되고, 다른 집행채권자 또는 담보권자를 위하여 경매절차를 속행하며(민사집행법 제274조 제2항), 이 경우 선행사건에서 한 현금화 준비 등의 절차는 후행사건에서도 그대로 이용되며, 그러다가 후행의 강제 또는 임의경매가 취소되면 선행하던 유치권에 의한 경매를 다시 속행하여야 한다(민사집행법 제274조 제3항). 따라서 양자가 경합한 경우에는 시간적 선, 후에 관계없이 강제경매 등 실질적 경매절차에 의하여 속행할 것임을 명백히 하고 있다. 이러한 민사집행법 제274조 제2항의 취지는 유치권자로 하여금 뒤로 물러서서 유치권을 보전하게 하고, 다른 집행채권자나 담보권자가 앞에 나서서 경매를 진행하게 하는 것이 합리적이라는 데서 나오게 된 것이다.²⁸⁵⁾ 즉, 민사집행법 제274조 제2항은 저당권 등 다른 담보물권과는 달리 우선변제권이 없어서 매우 불안정하기는 하지만, 그래도 담보물권인 유치권을 가진 권리자를 최소한도나마 보호해주기 위한 규정이라고 보아야 할 것이다. 따라서 목적물의 교환가치가 유치권자의 채권액에 미달하거나 그것과 집행비용만을 충족시킬 뿐 다른 잉여가 없을 경우에는 경락인이 경락대금을 내고도 다시 유치권자의 피담보채권액을 변제하지 않고서는 목적물을 인도받을 수 없기 때문에(민사집행법 제91조 제5항), 입찰에 응하기를 꺼려할 것이고 그에 따라 다른 집행채권자 등은 경매를 더 이상 진행시키기 어려운 상황에 이르게까지 될 수도 있다. 그러다가 후행 경매가 그 목적을 달성하기 어려워 취하 등으로 종료하면 위 제274조 제3항에 따라 일단 정지하였던 유치권자의 신청에 의한 경매

²⁸⁵⁾ 손진홍, 전게서, 564-565면.

를 다시 진행하게 된다. 또한 정지된 선행 경매의 유치권자는 후행 경매의 진행 과정을 보다가 자신의 채권 만족이 불투명하게 보인다고 판단되면 선행의 경매 절차를 취하하고서 원래대로 후행 절차의 경락인에 대해 유치권 주장을 하는 방법을 택하여 그 권리의 보전을 도모할 수도 있을 것이다.²⁸⁶⁾ 그러나 이 경우 경매절차가 반복되는 문제점은 있다.²⁸⁷⁾

한편 최근 대법원은 “유치권에 의한 경매절차는 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 정지되도록 되어 있다(민사집행법 제274조 제2항)”고 하여 “이 상태에서 경매절차가 진행되어 매각이 이루어졌다면, 유치권에 의한 경매절차가 소멸주의를 원칙으로 하여 진행된 경우와는 달리 그 유치권은 소멸하지 않는다”,고 판시²⁸⁸⁾하고 있다. 이와 같이 선행사건으로 형식적 경매인 유치권에 의한 경매절차를 진행하다가 후행사건으로 실질적 경매신청이 접수된 경우에는 선행사건절차는 정지되고 일반절차인 후행사건절차로 진행되므로 현행법하에서는 유치권이 당연히 소멸되지 않고 매수인이 인수하게 되는 것이다.

(5) 절차의 정지와 종료

담보권실행의 절차에 있어서는 담보권이 없거나 소멸되었다는 취지의 확정판결의 정본, 담보권실행의 일시정지를 명한 재판의 정본 등이 제출되면 경매절차를 정지하도록 되어 있고, 매각대금의 교부 외에 신청취하, 또는 절차의 취소에 의하여 종료된다.

3. 정리

유치권에 기한 경매절차에서 타 일반채권자의 배당요구 허용여부와 부동산 위에 존재하는 부담의 처리 방식에 관한 소멸주의와 인수주의를 둘러싼 종래의 법리

286) 손진홍, 상계서, 565면.

287) 광용진, 「유치권과 경매(이론 사례중심)」, 법률서원, 2009, 242면.

288) 대법원 2011.8.18. 선고 2011다35593 판결.

논쟁은 일단 대법원이 최근 선고한 몇 가지의 판결²⁸⁹⁾을 통하여 어느 정도 일단락되었다고 본다. 즉 유치권에 의한 경매도 일반경매절차와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담은 원칙적으로 소멸하며, 우선채권자 뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다는 것이다. 그러나 여기에도 또 적지 않은 문제점은 여전히 남아 있다.

첫째, 유치권에 의한 경매를 신청했다 해도 무잉여로 경매가 취소되는 경우에는 막대한 집행비용마저 보전하기 힘들다는 점.

둘째, 설령 정상적인 절차로 가다가도 후행사건으로 임의경매나 강제경매신청이 있게 되면, 유치권에 의한 경매절차는 정지되게 된 점.

셋째, 최근 위 판례들에 따를 경우 유치권에 의한 경매절차에서도 타 채권자들의 배당요구가 허용되는 반면 유치권자는 일반 채권자와 같은 순위로 배당 받고 그 유치권은 소멸한다는 점에서 임차권자나 임금채권처럼 유치권에 우선하는 채권이 있을 경우에는 유치권자에게까지 배당금이 교부될 가능성은 그리 크지 않다는 점이다.

따라서 유치권자는 경매신청을 하지 않고 가만히 있을 경우에는 무잉여로 인한 집행비용을 날릴 위험이 없을 뿐 아니라, 사실상 우선변제를 받을 수 있기 때문에 굳이 어렵게 경매를 신청할 필요가 없게 된다는 점에서 유치권에 의한 경매청구권의 실효성에 대한 의문은 더더욱 커지게 되었다고 본다.

289) 대법원 2011.8.18. 선고 2011다35593 판결; 대법원 2011.6.17.자 2009마2063 결정; 대법원 2011.6.15.자 2010마1059 결정.

제4장 부동산경매에서 유치권과 관련된 문제점

제1절 유치권의 성립요건인 견련성의 문제

1. 문제 제기

우리민법은 제320조 제1항에서 법정담보물권의 하나로 유치권을 규정하고 있는 바, 법률이 이러한 권리를 인정하는 것은 공평의 원칙을 실현하기 위함과 목적물의 점유를 존중하려는 사상에서 비롯되는데, 채권자 평등의 원칙을 깨뜨리면서까지 목적물을 점유하고 있는 채권자를 특히 보호하려고 하는데 있다고 보겠다.²⁹⁰⁾ 그러나 위에서 언급한 유치권의 여러 특이성은 유치권을 해석하고 적용함에 있어서 많은 어려움을 불러일으키는 원인이 되고 있는데 그 중 하나의 어려움이 바로 유치권의 성립 여부와 관련한 어려움이다. 우리 민법 제320조 제1항에 의하면, 유치권이 성립하기 위해서는 목적물과 채권 사이에 견련관계²⁹¹⁾가 존재할 것을 요구하고 있다. 이 조항에서 규정된 ‘물건에 관하여 채권’이라고 하는 문언에 의하여 도출되는 성립요건의 하나인 이른바 ‘견련성’에 관한 판단은 유치권의 난제로 일컬어져 왔다. 그러나 민법은 유치권의 성립 여부를 결정하는 핵심적 통제요건인 ‘채권과 목적물 사이의 견련관계’에 대해서는 단순히 ‘그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권’이라고만 규정함으로써 구체적으로 어떠한 채권이 유치권의 피담보채권에 해당하는지 여부에 관하여는 스스로 이것을 해결하지 않고 전적으로 학설과 판례에 일임하고 있는 실정이다.²⁹²⁾ 또한 민법은 유치권을 법정담보물권으로 규정함으로써 목적물이 부동산인 경우에도 공시방법으로 등기를 요하지 않도록 하여, 목적물의 양수인 기타 제3자에게 불측의 손해를 가져올 수 있고, 법원의 부동산경매에서 유치권신고의 남발과 악용으로 인한 매각절차 지연과 매수가격의 왜곡이라는 폐해를 낳고 있다. 그럼에도 집행법원으로서의 유치권의 존부를 실체적으로 확정할 권한이 없으므로 이해관계인에게 유치권의 존부를 확인하는

290) 광윤직, 전게서, 282면.

291) 타인의 물건을 점유한 자는 「그 물건에 관하여 생긴 채권」을 가지고 있어야 한다. 이러한 견련성은 독일민법 제273조의 *Konnexität*와 스위스민법 제895조 *Zusammenhang*과 같은 개념이다(이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004, 706면).

292) 공순진, 전게논문, 2면.

소송을 제기하게 하여 그 결과를 기다려 경매를 진행할 수도 있으나, 이렇게 경매를 진행할 경우 본안소송의 종결 시까지 경매를 정지함으로써 경매절차가 지연되어 오히려 채권자를 더 해할 수 있으며, 경매지연을 목적으로 한 유치권신고가 더 만연할 빌미가 될 수 있다. 이 때문에 유치권으로 인하여 경매절차에서의 이해관계인은 매각절차가 지연된다거나 물건 가격이 하락하는 손해를, 매수인은 예상하지 못한 유치권을 인수하여야 하거나, 유치권이 남발되는 결과로서 유치권의 존부를 다투는 법적 분쟁이 발생하고, 경매 부동산의 매수가가 왜곡되어 지기도 하여, 채권변제를 보장하는 취지의 담보물권이 예상하지 못한 유치권자의 출현으로 소기의 목적을 달성하지 못하는 결과가 초래되기도 하며, 유치권자라고 주장하는 자에 대한 인도소송 등 분쟁에 빠지게 되는 폐해를 낳고 있다.²⁹³⁾

유치권 성립요건인 채권과 목적물 사이의 견련성의 인정기준에 관한 학설상 대립은 종래의 다수설적 지위를 누리고 있는 이원설과 소수설인 일원설 등이 있고, 이와 더불어 기존 이원설을 비판하면서 이를 보완하는 견해²⁹⁴⁾도 대두되고 있다. 종래의 다수설은 목적물에 관하여 생긴 채권의 경우를 두 유형으로 나누어 넓게 해석하고 있고, 판례도 통설의 견지에서 판시를 하고 있으며, 일본에서도 이원설이 다수설이다. 그러나 이러한 다수설과 판례의 입장은 유치권의 성립요건으로 ‘물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권’이라는 표현은 매우 모호한 표현일 뿐 아니라, 그 인정 범위를 지나치게 넓게 보고 있다는 비판이 끊임없이 제기되고 있다.²⁹⁵⁾

이러한 비판이 끊이지 않는 근본적인 원인은 첫째, 우리 민법의 유치권이 외국의 입법례에 비해 그 내용이 매우 독창적으로 구성되어 있기 때문이라고 한다. 즉 프랑스의 경우, 유치권을 민법에 통일적인 규정을 두지 않고 구체적·개별적으로 채무자의 거절권능을 인정하는 항변권으로서 규정하고 있으며, 독일의 경우 유치권에 관한 통일적 규정은 없고, 채권편의 급부거절권으로 이해하며, 물건성은 부정한다. 스위스민법은 유치권을 제한물권으로서 동산질권의 장에 규정하여 동산 또는 유가증권을 그 대상으로 하며, 우선변제권 및 경매권은 인정하고 있으나 부동산 유치

293) 차문호, 전제 “유치권의 성립과 경매”, 347면-348면.

294) 엄동섭, “유치권의 성립요건-견련성”, 「고시계」, 제50권 제11호, 국가고시학회, 2005. 11. 28면.

295) 양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계”, 「민법연구(I)」, 박영사, 1991, 227면 이하; 김재형, “부동산 유치권의 개선방안-2011년 민법개정시안을 중심으로-”, 「민사법학」 제55호, 한국민사법학회, 2011. 9. 354면.

권은 인정하고 있지 않는 점에서 우리민법과 뚜렷한 차이점을 보이고 있다. 한편 일본민법은 유치권을 프랑스의 학설·판례·독일의 판택텐식 편제에 영향을 받아 물권편에 통일적으로 규정하면서도 독일의 채권적 유치권에 준하여 급부거절권으로 규정하여 여러 가지 면에서 우리민법과 거의 같다고 할 수 있다.²⁹⁶⁾ 이와 같이 우리 민법상의 유치권 규정은 스위스 민법의 그것과 매우 유사한 모습을 취하고 있고, 또 견련성에 관한 우리 학계의 다수설인 이원설은 독일 민법의 유치권 규정의 내용을 그대로 따르고 있지만, 실제로는 이들 국가에 있어서의 유치권과 우리 민법상의 유치권은 그 내용이 매우 상이하다. 따라서 이러한 점을 고려하지 않고서는 우리 민법상의 유치권의 성립요건으로서의 견련성에 관해 타당한 기준을 도출해 내기는 힘들다고 한다.²⁹⁷⁾

둘째, 우리민법이 유치권에 관하여 프랑스민법과 같이 개개의 경우에 개별적으로 규정하지 않고 일반조항으로서 민법 제320조에서 규정하고 있다. 그런데 그 견련성에 대한 의미를 명확히 규정하지 않고, 구체적으로 어떠한 채권이 유치권의 피담보채권에 해당하는지 여부에 관하여는 스스로 이것을 해결하지 않고 전적으로 학설과 판례의 법해석을 통하여 해결하도록 하고 있는데 그 원인이 있다고 본다. 따라서 본 연구에서는 유치권의 성립을 제한하는 사유인 견련관계에 관하여 먼저, 우리나라의 학설과 판례를 검토하고, 종래 유치권의 성립여부가 문제된 사례를 구체적으로 살펴보기로 한다. 이러한 논의를 통해 우리 민법상의 유치권의 견련관계를 어떻게 이해하여야 하는지를 모색해 보고자 한다.

2. 학설

(1) 이원설

이 견해는 견련성의 기준을 유형화하여 이원적으로 설명하는 견해²⁹⁸⁾로서 이원설 또

296) 강희숙, 전계논문, 161면.

297) 엄동섭, 전계논문, 19면.

298) 광윤직, 전계서, 387면; 광윤직(편집대표), 「민법주해(VI)물권(3)」, 박영사, 1996, 285면; 김상룡, 전계서, 596면; 김용한, 「물권법」, 박영사, 1985, 479면; 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2000, 448면; 윤철홍, 「물권법 강의」, 박영사, 1998, 322면; 이상태, 「물권법」, 법원사, 2002, 535면; 최금숙, “유치권의 성질 및 성립요건에 관한 몇가지 고찰”, 「법학논집」 제2권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 1998, 100면; 최창렬, 전계논문, 121면.

는 광의설이라고도 한다. 다수의 학설과 판례는 피담보채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우와 피담보채권이 목적물 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우에는 견련관계가 있는 것으로 이해한다. 일본에서도 이원설이 통설적 견해이다.²⁹⁹⁾

전자의 경우, 채권이 목적물 자체를 ‘원인으로’ 하는 경우는 견련성을 인정하나, 채권이 목적물 자체를 ‘목적으로’ 하는 경우에는 견련성이 인정되지 않는다고 한다.

후자의 경우는 예를 들어 물건 또는 유가증권의 매매계약이 취소된 경우에, 매매대금의 부당이득에 의한 상환청구권과 목적물의 반환의무는 매매계약의 취소라는 동일한 법률관계에서 생긴 것이므로, 서로 견련관계를 가지게 되며 대금반환청구권자는 그 청구권을 위하여 목적물 위에 유치권을 취득하는 경우이다.³⁰⁰⁾ 그러나 이 견해는 i)부동산 이중매매에서 소유권을 취득한 제2매수인이 목적부동산을 점유 중인 제1매수인을 상대로 당해 부동산의 인도청구를 하는 경우에 제1매수인이 매도인의 채무불이행을 이유로 그에 대해 가지는 손해배상청구권, ii)부동산 임대인이 임대차 목적물을 제3자에게 양도하여 그 양수인이 임차인을 상대로 당해 부동산의 인도청구를 하는 경우에 임차인이 임대인의 채무불이행을 이유로 그에 대해 가지는 손해배상청구권, iii)양도담보권자가 목적 부동산을 제3자에게 양도하여 그 양수인이 당해 부동산을 점유 중인 양도담보설정자에 대해 인도청구를 하는 경우에 양도담보설정자가 양도담보권자의 채무불이행을 이유로 그에 대해 가지는 손해 배상청구권 등은 목적물과 견련성이 인정되지 않는다고 한다.³⁰¹⁾

한편 ‘동일한 법률관계 또는 생활관계’에서 유치권이 성립되는 경우에 그러한 관계는 단일관계에 한해서만 유치권은 성립될 수 있다고 하는 견해³⁰²⁾와 동일한 법률관계 또는 생활관계에서 유치권이 성립되는 경우에 복수관계라 하더라도 그 목적물이 동일한 경우에는 유치권의 성립을 인정하여도 무방할 것이고, 그 목적물이 다른 경우에는 동일한 법률관계 또는 생활관계로 볼 수 없으므로 유치권의 성립을 부정해야 한다고 하는 견해³⁰³⁾로 나누어진다. 또한 다수설인 이원설을 취하더라도 유치권의 인정여부는 구체적인 사안에 따라 여러 사정을 종합하여 판단해야 할 것이라는 견

299) 林良平 外 3人, 「註解判例民法 1b(物權法)」, 青林書院, 1999, 345面.

300) 곽윤직, 전계서, 387면.

301) 엄동섭, 전계논문, 22면.

302) 김중환, 「물권법」, 박영사, 1997, 462면.

303) 김용환, 전계서, 489면; 김상용, 전계서, 597면.

해³⁰⁴)가 있다.

(2) 일원설

이 견해는 견련성의 유무를 하나의 기준으로 설명하려는 견해로서 소수설에 속하며, 그 기준에 대하여 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우에 한하여 견련성을 인정하자는 견해이다. 여기에는 견련성의 기준을 일원론적으로 설명하는 입장으로 채권과 물건의 관계를 목적론적으로 고찰하여 채무자가 스스로 그 채무 이행을 하지 않고 물건의 반환을 구하는 것이 사회관념상 부당하다고 생각되는 경우에 견련성을 인정하자는 견해(사회적 관념설)³⁰⁵)와 채권의 성립과 물건의 존재 간에 상당인과관계가 있는 경우에 견련성을 인정하자는 견해(상당인과관계설),³⁰⁶) 유치물이 채권발생의 법률요건을 구성하는 법률사실의 하나로 되어 있는 경우 견련성이 있다고 하는 법률사실설³⁰⁷) 등이 있다. 최근에는 민법 제320조 제1항의 ‘물건에 관하여’ 라는 표현에 대해 ‘물건자체로부터 발생한 경우보다는 넓게 해석될 수 있으나 다수설이 말하는 두 가지 표준으로 해석할 필요는 없다고 하면서, 유치권을 좁게 해석하여 ‘물건 자체로부터 발생한 경우’를 중심으로 하고, 그 밖에 ‘물건과 직접 관련이 있는 경우’를 약간 포함시키는 정도로 해석해야 한다는 견해³⁰⁸)와 위의 이원설이 제시하는 두 가지 기준 가운데 특히 두 번째 기준이 타당하지 못하다고 비판 하면서 동시이행항변권만으로도 충분한 때에는 견련성을 인정할 수 없다는 견해³⁰⁹)도 있고, 원칙적으로 채권이 목적물 그 자체로부터 발생한 경우(접속설 또는 목적물설)³¹⁰)와 공평상 이에 준하는 경우(공평설)³¹¹) 목적물과 채권이 서로 직접적으로 결합되는 물적견련성이 존재하는 경우에 한정해서 인정하는 것이 타당하다는 견해³¹²) 등이 있다.

한편 일본의 다수설은 이원설이나 그 외에도 ① 물건이 채권과 동일한 원인에 의

304) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007, 715면.

305) 김기선, 전계서, 345면.

306) 방순원, 전계서, 230면.

307) 石田文次郎, 「物權法」, 有斐閣, 1941, 649面.

308) 지원립, 「민법강의」, 홍문사, 2008, 668면.

309) 호문혁, 「민법주해 (VI)」, 박영사, 1992, 288면; 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2009, 678면.

310) 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004, 701면.

311) 이은영, 전계서, 681면.

312) 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2006, 622면; 신국미, “유치권의 성립요건으로서 물권과 채권간의 견련관계”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8, 166-167면.

하여 생긴 다른 채권의 목적이면 견련성이 있다고 하는 견해, ② 채권과 물건의 점유취득이 동일한 관계 내지 목적에 의하여 생기면 견련성이 있다고 하는 견해, ③채권이 간접적으로 물건에 기초하여 발생하면 견련성이 있다고 하는 견해 등이 있다.

3. 판례

우리나라의 판례는 대체로 이원설을 따르고 있다고 한다.³¹³⁾ 그러나 우리 대법원이 유치권의 성립요건인 견련관계에 대하여, 통상은 어떠한 실질적인 기준을 매개하는 일이 없이 ‘물건에 관하여 생긴 채권’이라는 법문의 문구를 그대로 인용하여 사용하고, 구체적인 사실관계에 따라 공평의 원칙에 입각한 판단을 하고 있는 점에 비추어 보아 반드시 이원설을 따르고 있다고 볼 수도 없다.³¹⁴⁾

구체적인 사례를 유형별로 나누어 검토하면 다음과 같다.

(1) 피담보채권이 목적물 자체 또는 자체를 원인으로 하여 발생한 경우

이에 관한 판례로는 건물의 적법한 점유자가 유익비를 지출한 경우,³¹⁵⁾ 임차인의 유익비상환청구권,³¹⁶⁾ 타인의 임야 일부를 개간한 경우 그 개간부분을 특정할 수 있을 경우,³¹⁷⁾ 미완성건물에 전세금을 지급하고 자기 자금으로 미완성 부분을 완성한자,³¹⁸⁾ 수급인의 채권과 신축건물 간에 견련성을 인정한 경우,³¹⁹⁾ 도급인과 수급인의 보수채권과 건물은 견련성이 인정된 경우,³²⁰⁾ 임차인이 건물의 나머지 부분을 완성한 경우³²¹⁾ 가등기가 되어 있는 부동산의 소유권을 취득하여 필요비와 유익비를 지출한 자의 유치권이 인정된 사례가 있다.³²²⁾

313) 박윤직(편집대표), 전게서, 285면; 고상룡, 전게서, 531면; 최창열, 전계논문, 119면; 신국미, 상계논문, 113면; 최문호, 전계논문, 366면.

314) 황태호, 전계논문, 403면.

315) 대법원 1958.8.27. 선고 4291민상672 판결.

316) 대법원 1980.10.14. 선고 79다1170 판결.

317) 대법원 1968.3.5. 선고 67다2786 판결.

318) 대법원 1967.11.28. 선고 66다2111 판결.

319) 대법원 1976.9.28. 선고 76다582. 판결.

320) 대법원 1995.9.15. 선고 95다16202 판결.

321) 대법원 1990.2.23. 선고 88다카32425,32432 판결 ; 대법원 1967.11.28. 선고 66다2111 판결.

(2) 공사대금채권의 경우

공사대금채권에 대하여는 공사수급인이 도급인에 대하여 공사대금채권을 갖고 유치권을 행사할 수 있을 뿐 아니라, 수급인으로부터 당해 공사를 하도급 받은 하수급인도 수급인이 원도급인에게 갖는 수급인의 유치권을 원용할 수 있다는 판결³²³⁾, 압류의 효력이 발생된 이후의 점유를 이전받은 점유자(수급인이 공사 후에 도급인으로부터 점유를 이전받은 경우)는 유치권을 주장할 수 없다는 판결³²⁴⁾, 공사대금을 지급받지 못한 아파트 공사수급인이 신축 아파트에 대한 유치권을 가진다는 판결³²⁵⁾, 유치권자가 채무자나 소유자의 승낙 없이 건물을 제3자에게 임대한 경우 그 제3자의 점유는 소유자에게 대항할 수 없다는 판결³²⁶⁾ 등이 있다.

(3) 유익비, 필요비상환청구권의 경우

점유물 또는 임차물에 대한 필요비 또는 유익비를 지출한 점유자 또는 임차인의 비용상환청구권(제203조 및 제626조)에 기하여 유치권이 성립한다는 점에는 이론이 없다. 물건 자체에 내재하고 있는 가치의 일부가 현점유자의 재산적 기여에 의해 보전 또는 증간되었다면, 그 물건을 그 기여에 관한 채권의 담보로 하도록 하는 것이 공평에 맞기 때문이다³²⁷⁾.

비용상환청구권에 관련된 판례로는 유익비란 목적물의 개량을 위하여 지출되어 물건의 가치를 증가시키는 비용을 말하므로 임차인의 주관적 취미나 특수한 목적을 위하여 지출한 비용이나, 점포임대차의 경우에 그 특정한 업종을 위해 필요한 시설은 유익비에 해당하지 않는다고 하여 임차인이 음식점 경영을 위하여 신발장 및 다용도장 공사비, 기존 칸막이 철거비용, 주방 인테리어 공사비용과 카페를 운영하기 위하여 행한 내부시설공사비, 간판 등은 유익비로 보기 어렵다는 판례³²⁸⁾ 등이 있다.

322) 대법원 1976.10.26. 선고 76다2079 판결.

323) 대법원, 2005.8.19. 선고, 2004다8197, 8203 판결.

324) 대법원, 2005.8.19. 선고, 2005다22688 판결.

325) 대법원, 2001.7.27. 선고, 2001다13709 판결.

326) 대법원, 2004.2.13. 선고, 2003다56694 판결.

327) 양창수, “유치권의 성립요건으로서의 견련관계Ⅱ”, 「고시계」 제31권 제4호, 국가고시학회, 1986. 3, 180면.

328) 대법원 1991.8.27. 선고, 91다15591,15607 판결; 대법원 1991.10.8. 선고, 91다8029 판결; 대법원 1994.9.30.

(4) 임대차보증금 또는 권리금반환청구권

임대차계약이 종료된 경우에 임차인의 임대보증금반환청구권은 종래의 이원설을 따를 경우 유치권을 인정해야 할 것이나 채권이 목적물을 원인으로 해서 발생한 경우가 아니라, 채권이 목적물 자체를 목적으로 하는 경우이기 때문에 유치권이 성립하지 않는다고 하고, 일원설에 의하더라도 이 경우에는 유치권의 성립이 부정된다고³²⁹⁾ 한다. 판례³³⁰⁾도 마찬가지다. 한편 임차인은 사전에 임차권등기를 갖추거나 주택임대차 보호법 소정의 대항력 취득의 요건을 갖추으로써 자신의 임차권의 대항력을 취득할 수 있는 기회를 가지고 있음에도 불구하고 이를 이용하지 않았기 때문에 더 이상 임차인의 보증금반환청구권을 담보하기 위하여 유치권의 성립을 인정해서는 안 될 것이라는 견해³³¹⁾도 있는바, 이 경우는 학설·판례가 모두 유치권의 성립을 부정한다. 이에 대해 임대보증금은 임대차계약과 밀접하게 결합하고, 적어도 동일한 생활관계에서 생긴 것이므로 유치권을 인정해야 한다는 견해³³²⁾도 있다.

(5) 점유와의 관련성

채권과 물건의 점유사이에 관련성이 있어야 하는가의 문제, 즉 채권은 물건의 ‘점유 중 또는 점유와 동시에’ 생겨야 하는가에 대하여 견해의 대립이 있다. 긍정설은 채권이 목적물의 점유 중 또는 적어도 점유와 동시에 생길 것이 필요하므로 채권 발생 후 어떤 이유로 그 목적물을 점유하게 되었다라도 유치권은 발생하지 않는다고 하고 부정설은 점유하고 있는 물건과 채권 간에 관련관계가 있으면 족하고 물건의 점유와 채권 간에 관련관계가 있음을 요하지 않는다고 한다. 부정설이 통설 및 판례의 입장이다³³³⁾. 또한 유치권자가 물건의 점유를 일시 상실하였다가 후에 다시 같은 물건을 점유하게 된 경우에도 점유 상실 당시 유치권을 포기하는 등 특별한 사정이 없는 한 그 채권을 위하여 유치권을 취득한다³³⁴⁾.

선고, 94다20389 판결.

329) 양창수, 전계논문, 249면.

330) 대법원 1976.5.11. 선고, 75다1305 판결; 대법원 1994.10.14. 선고 93다62119 판결.

331) 엄동섭, 전계논문, 28면.

332) 박윤직, 전계서, 392면.

333) 박용석, 전계논문, 236면.

4. 학설과 판례의 비판적 검토

(1) 학설

우선 이원설에 대해서는 채권이 목적물 자체로부터 발생하는 경우에 견련성을 인정함에는 별문제가 없으나, 채권이 목적물반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생하는 경우에도 견련성을 인정하자는 것에 대하여 우리 민법상 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다.

첫째, 우리 민법은 의식적으로 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’이라고만 규정하고 있으며, 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생한 경우에 유치권이 성립한다고 규정하고 있지 않기 때문에, 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계로부터 발생한 경우를 일률적으로 ‘그 물건에 관하여 생긴’의 경우에 포함시키는 것은 문리상 불가능하다.³³⁵⁾

둘째, 이원설이 말하는 ‘채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우’의 해석은 독일 민법 제 273조 제1항, 제2항의 규정과 일치하는 해석론³³⁶⁾이나, 독일 민법은 유치권을 물권으로 구성되어 있지 않고, 단순한 채권적 반환거절권능으로 구성하고 있는데 대하여, 이는 독립한 물권적 구성을 취하는 우리 민법상의 유치권의 해석론으로 독일 민법 제 273조가 제시하는 두 가지 기준을 그대로 받아들인데 기인하는 것으로³³⁷⁾ 우리 민법체계에 반하게 된다.³³⁸⁾

셋째, 이원설에 의할 때 유치권의 인정범위가 너무 광범위하여 지는데, 그럴 경우 유치권을 독립한 물권으로 규정하고 있는 우리 민법 하에서 다른 담보물권자의 우선변제권을 해치며 경락인이 예상치 못한 채무를 안게 되는 손실을 입히게 된다는 비판이 있다.³³⁹⁾ 즉 채권이 물건의 반환청구권과 동일한 법률관계로부터 발생한 경우에 견련성을 인정하는 해석론은 독일 민법 제273조 제1항에 부응하는 것인데, 유치권을 채권

334) 대법원 2005. 1. 13. 선고, 2004다50853, 50860 판결.

335) 이영준, 전제 「한국민법론(물권편)」, 666면.

336) 이영준, 상계서, 708면.

337) 엄동섭, 전계논문, 23면.

338) 이영준, 전계서, 666-667면; 양창수, 전계논문, 218면; 신국미, 전계논문 “유치권의 성립요건으로서 물권과 채권간의 견련관계”, 130면.

339) 이영준, 전제 「한국민법론(물권편)」, 756면 이하.

적 반환거절권능으로 구성하고 있는 독일 민법과 달리 우리 민법은 이를 독립된 물권으로 구성하고 있으므로, 위 해석론을 우리 민법의 해석론에 고려할 수 없다. 넷째, 이원설이 말하는 ‘동일한 사실관계’라고 하는 것은 ‘동일한 법률관계’와 같은 것이기 때문에 견련성을 인정하는 것이 타당하지 않다.³⁴⁰⁾ 예컨대 어떤 모임에 참석하였다가 구두나 우산 등을 바꾸어 신거나 가지고 간 경우, 바꾸어 간 물건을 서로 반환하는 것이 문제로 되는 한, 이 또한 부당이득반환청구권 또는 소유물반환청구권에 기한 법률관계에 귀착되는 것이므로, 사실관계가 아니고 법률관계라는 이유에서다.

다섯째, 이원설에서 제시하는 이원적인 기준이 견련관계의 존부를 결정짓는 실질적인 판단기준으로서 제대로 기능할 수 있는 적격이 있는지 의문스럽다는 비판도 있다.³⁴¹⁾ 특히, ‘목적물의 인도 의무와 동일한 법률관계로부터 생긴 채권’이라는 기준은 유치권에서의 견련관계를 판단할 수 있는 기준이 되지 못한다고 한다. 그 예로, 통설, 판례³⁴²⁾는 임차인의 임차보증금반환청구권은 그 건물에 관하여 생긴 채권이라고 할 수 없다는 이유로 견련관계를 부인하고 유치권의 성립을 인정하지 않지만, 임차보증금반환채권이 임차목적물 반환의무와 동일한 법률관계, 즉 임대차관계의 종료로부터 발생한 것이 아니라고 보는 것은 수긍할 수 없다는 것이다³⁴³⁾.

한편, 일원설은 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우를 위주로 하여 견련성을 인정하려는 점에 그 타당성이 있으나, 견련관계의 범위가 너무 협소하거나 견련관계의 판단에 있어서 일원설은 또한 그 기준을 사회적 타당성, 상당인과관계성 등 모호한 개념을 도입하고 있어 구체적으로 실제 적용함에 있어서 커다란 부담을 주게 된다는 비판을 받고 있다.³⁴⁴⁾

(2) 판례

위에서 살펴본 바와 같이 판례는 채권과 목적물과의 견련성에 관하여 이원론의 입장을 고수하고 있음을 알 수 있다. 그러나 이러한 판례의 태도는 채권이 목적물의 반환청구권

340) 이영준, 상계서, 666면.

341) 양창수, 전계논문, 403-406면.

342) 대법원 1977. 12. 13. 선고 77다115 판결; 대법원 1976. 5. 11. 선고 75다1305 판결; 대법원 1961. 12. 21. 선고 4294민상127, 128 판결 등.

343) 황태효, 전계논문, 405면.

344) 윤철홍, 전계서, 322면; 이영준, 전계 「한국민법론(물권편)」, 760면 참조.

과 동일한 법률관계로부터 발생한 경우에도 견련성을 인정하는 것은 우리 민법의 명문에 반한다고 할 수 있고, 유치권을 지나치게 광범위하게 인정하는 결과가 되어 물권의 순위의 원칙을 해할 뿐아니라, 경매단계에서도 유치권 신고의 남용으로 이어지고 있는 것으로 본다. 따라서 유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계를 판단함에 있어서는, 다수설과 판례의 입장보다는 보다 좁게 해석하여 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우에 한하여 견련성을 인정함이 타당하다고 본다.

(3) 사 건

유치권이 인정되기 위한 성립요건은 물건 또는 유가증권에 관하여 생긴 채권이 있어야 하는데, 민법은 이에 대해 단순히 ‘그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권’이라고만 규정함으로써 이것이 구체적으로 무엇을 의미하는지에 관해서는 전적으로 학설과 판례에 맡겨져 있는 실정이다. 앞에서 살펴본 다수설과 판례의 입장은 매우 모호한 표현을 쓰고 있으며 그 기준이 유치권이 성립하는 경우를 적절하게 설명하지 못하고 있을 뿐만 아니라, 그 인정 범위를 지나치게 넓게 보고 있다는 점이 부동산 경매에서 허위·과장유치권이 남용되는 근본적인 원인이 되고 있다고 본다. 따라서 이러한 제문제점들은 해석론에 의해서만 해결하는 것은 어려운 것이므로 법 개정이 필요하다는 생각이다. 이때 법 개정의 방향은 현행 견련성의 인정 범위보다 더 좁고 구체적으로 한정하는 방향이 되어야 할 것이다. 이에 대한 자세한 입법론은 제5장에서 언급하기로 한다.

제2절 유치권자의 대항력 문제

1. 문제 제기

유치권은 다른 담보물권에서는 찾아볼 수 없는 특이성을 가지고 있을 뿐 아니라, 유치권자는 부동산경매절차에서 매수인에 대하여 채권의 변제를 받을 때까지 목적물 인도를 거절할 수 있고(민사집행법 제91조 제5항), 경매로 유치권이

소멸하는 것도 아니어서 결국 매수인은 매각대금을 전부 지급하고도 유치권자에게 피담보채권을 변제하지 않고서는 부동산의 인도를 구하지 못하게 된다. 이 때문에 유치권자에게 사실상 최우선 변제권을 인정한 것과 동일한 결과를 낳는 것이다.

이러한 해석은 유치권보다도 먼저 성립한 타 담보권자, 가압류권자, 압류권자 등을 해하게 된다. 따라서 유치권자와 다른 담보권자 등 사이의 관계에서 부동산경매절차에서 유치권의 효력으로 특히 문제될 수 있는 부분은, 매수인에 대한 대항력과 실질적 우선변제권에 해당하는 유치적 효력에 대한 제고의 필요성이다. 그러나 학설, 판례상 압류의 처분금지효, 민법 제320조 제2항의 유추해석, 선순위 담보물권의 가치권 보호와의 관계에서 유치권이 보호되는 범위의 한계에 대하여 논란이 많다.

이하에서는 유치권자와 매수인과의 관계에서 매수인에 대한 대항력은 유치권자가 유치권의 성립요건을 갖춘 시기에 따라, 즉 압류 이후 성립요건을 갖춘 경우와 저당권 등 담보물권 설정 이후 압류 이전에 성립요건을 갖춘 경우로 나누어 그 법리적 효력 등에 대하여 학설과 판례를 중심으로 살펴보기로 한다. 이렇게 압류와 저당권을 비교대상으로 한 이유는 이들 권리가 부동산 경매절차에서 주로 말소기준권리로 작용하면서 이들 권리 이후 발생한 권리는 소멸함을 원칙으로 하고 있기 때문에 이들 권리 전후에 성립한 유치권의 보호범위를 살펴봄으로써 현행 부동산경매에서 유치권이 가지는 유치권의 효력을 알 수 있기 때문이다.³⁴⁵⁾

2. 압류권자에 대한 문제

(1) 압류의 성질과 효력

압류(경매개시결정)란 집행법원이 채권자의 경매신청에 대하여 그 형식적, 실질적 요건이 구비되었다고 인정하는 경우에 그 신청을 허용하여 ‘부동산에 대하여 경매절차를 개시하고, 채권자를 위하여 부동산을 압류한다’는 취지의 선언이

345) 김기찬, 전제논문, 100면.

담긴 결정을 하는 것으로 집행법원의 재판이다.³⁴⁶⁾

민사집행법 제83조 제4항에 의하면, 경매개시결정에 의한 압류의 효력은 그 결정이 채무자에게 송달된 때 또는 경매개시결정의 기입등기가 경료된 때에 발생한다고 규정하고 있다.

중전 실무는 강제경매의 경우 채무자의 채무은닉을 방지하기 위해 경매개시결정의 기입등기를 먼저 촉탁하고 등기필통지서가 도착하면 채무자에게 송달을 하고, 임의경매의 경우는 경매개시결정의 채무자송달과 기입등기일 중 먼저 이루어진 날 경매개시결정의 효력, 즉 부동산압류의 효력이 발생하고, 압류의 효력이 발생하면 경매신청시로 소급하여 집행채권에 관하여 시효중단의 효과가 생기는 것³⁴⁷⁾으로 하였으나, 현재의 실무는 강제경매나 임의경매 모두 경매기입등기부터 전산처리로 관할 등기과(소)에 촉탁하고 난 뒤에 채무자에게 송달하고 있으므로 특별사유가 없는 한, 경매개시결정 등기가 된 시기에 압류의 효력이 발생하는 것으로 보면 된다.³⁴⁸⁾

압류에는 처분금지효가 있으나, 이는 채무자는 압류신청채권자와의 관계에서만 대항할 수 없는 것이므로 설령, 채무자가 위 처분금지에도 불구하고 타에 소유권을 이전한다해도 당사자 간에는 유효하고 위 압류채권자가 행하는 경매절차와의 관계에서만 효력이 없게 된다. 반대로 압류신청채권자도 위 채무자의 처분금지에 위반한 처분행위가 있어도 이를 무시하고 매각절차를 진행할 수 있다. 압류의 효력은 제3자에 대한 관계에서까지 부동산의 처분을 제한하는 것은 아니기 때문에 소유자가 제3자에게 처분행위를 하는 것에는 영향을 미치지 않게 된다. 따라서 압류가 되었다 하더라도 그 부동산을 양도하여 소유권이전등기를 할 수 있고 교환가치를 인정하여 저당권설정을 할 수도 있다. 이러한 처분행위는 신청채권자와의 관계에서만 부정되는 상대적인 것으로 이를 압류의 상대적 효력이라고 한다.

1) 절차상대효설과 개별상대효설

이러한 압류의 상대적 효력이 미치는 범위에 관해서는 절차상대효설과 개별상

346) 석호철, “경매개시결정의 효력”, 「재판자료」 제35집, 법원도서관, 1987. 7. 615면.

347) 법원행정처, 진계 「법원실무제요Ⅱ」, 48면 참조.

348) 그러나 법원내부의 사무분담상 등기촉탁자와 송달사무를 달리 하는 경우도 있으므로 반드시 등기촉탁이 먼저 이루어 진다고 확신할 수는 없다.

대효설이 대립되고 있는바, 절차상대효설은 프랑스 법제가 채택하고 있는 입장이고 개별상대효설은 독일 법제가 채택하고 있는 입장인 바, 절차상대효설 및 개별상대효설이라는 명칭은 프랑스 법제와 독일 법제의 혼혈아적 성격을 띤 일본 구 민사소송법 시행 초기의 해석상 프랑스 법제와 같이 해석하는 입장을 절차상대효설이라 하고 독일 법제와 같이 해석하는 입장을 개별상대효설이라 부르기 시작한데서 유래하였다.³⁴⁹⁾

절차상대효설은 압류등기 후에 행해진 채무자의 처분행위는 집행절차와의 관계에서 무효이므로 압류채권자는 물론이고 처분행위가 있고난 뒤의 압류채권자나 배당요구채권자 등 경매절차에 참가하는 모든 채권자에 대하여 효력이 없다는 견해로, 개별상대효설은 배당에 있어서 평등주의를 택하고 있는 현행법의 폐단을 개선하기 위한 방안이라고 주장하며, 압류 이후에 채무자가 제3자와 통모한 허위의 처분행위로 채권자를 해하는 결과를 가져오는 집행실무를 보면 개별상대효설을 고집할 것이 아니고 채권에 있어서 평등주의를 취하고 있는 우리의 법제에서는 절차상대효설을 따르는 것이 옳다고 주장한다.³⁵⁰⁾ 또한, 이번 민사집행법에서도 절차상대효를 뒷받침해주는 규정이 있다며, 민사집행법 제91조 제3항 및 제4항, 제148조 제4호의 규정을 그 근거로 들었다. 즉 압류 후에 설정된 전세권, 등기된 임차권은 매각으로 소멸되므로, 그러한 전세권자나 임차권자도 배당요구종기까지는 배당요구를 할 수 있지만, 배당요구종기 이후에는 배당요구를 할 수 없고, 이는 압류 뒤에 이들 우선변제권이나 대항력을 인정하지 않겠다는 절차상대효설의 입장을 지지하는 조문으로 볼 수 있다는 것이다.

이에 따르면 압류 후 부동산이 제3자에게 양도되더라도 구소유자에 대한 다른 채권자는 여전히 배당요구를 할 수 있고, 배당 잔액도 구소유자에게 교부하여야 한다. 즉 처분행위의 전후를 불문하고 압류채권자나 배당요구권자를 평등하게 취급한다는 이론으로 평등주의를 그 근간으로 하고 있다. 또한, 민사집행법 제215조 제3항의 “각 압류한 물건은 강제집행을 신청한 모든 채권자를 위하여 압류한 것으로 본다.”는 규정은 압류의 절차상대효를 명문화 한 것이라고 하고 있다.³⁵¹⁾

349) 배태연, “부동산의 압류·가압류 후에 설정된 담보물권의 효력과 배당우선순위”, 「사법논집」 제21집, 법원도서관, 1990. 12, 402면.

350) 강대성, 전게서, 285면.

351) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 502면.

반면, 개별상대효설은 처분행위 이후의 압류채권자나 배당요구권자에 대해서만 처분행위의 효력으로써 대항할 수 없을 뿐이고, 처분행위 이후에 새로 등장한 압류채권자나 배당요구권자에 대해서는 대항할 수 있다는 견해로 우리나라 다수설³⁵²⁾과 판례³⁵³⁾의 입장이다. 이는 배당에 있어서 우선주의를 그 근간으로 하고 있는 것이다.³⁵⁴⁾

양설에서 차이점은 압류의 효력발생 이후에 부동산이 양도되어 소유자가 변경되었을 경우 절차상대효설에 의하면 전소유자의 채권자는 이중경매신청이나 배당요구를 할 수 있으나 개별상대효설에 의하면 이중경매신청이나 배당요구를 할 수 없으며, 잉여금이 발생하였을 경우 절차상대효설에 의하면 전소유자에게 지급하고 개별상대효설에 의하면 현소유자에게 지급하게 된다.³⁵⁵⁾

2) 압류의 상대적 효력이 미치는 범위

결국 경매개시결정 기입등기가 된 후에는 제3자의 선의·악의를 불문하고 제3자에게 압류의 효력이 미치는 것이고, 경매로 인하여 압류의 효력이 발생하기 전까지는 반대로 선의·악의를 불문하고 압류의 효력을 부정할 수 있으며, 그 중간지대인 채무자에 개결정의 송달로 압류의 효력이 발생했으나 경매개시결정기입등기가 되기 전까지의 사이에 권리를 취득한 경우는 선의이면 압류의 효력을 부정할 수 있고 악의인 경우는 압류의 효력이 미치는 것이다.³⁵⁶⁾ 그러므로 압류의 효력발생 후에 기입등기가 되기 전에 제3자가 악의로 채무자로부터 부동산의 소유권을 양수받거나 채무자가 악의로 제3자에게 부동산을 양도하고 각 이전등기를 한 경우라면 이는 악의가 되어 압류의 효력이 미친다고 할 수 있다. 그러나 등기관은 소유자가 등기부와 일치하지 아니함을 이유로 경매개시결정의 기입등기를 각하할 수 밖에 없고 또 집행법원은 이에 근거하여 경매절차를 취소할 수 밖에 없는 실정이라 이론과 현실의 차이가 발생하기도 한다.³⁵⁷⁾

352) 이시윤, 「신민사집행법(보정판)」, 박영사, 2005, 222면; 석호철, 전계논문, 630면; 민일영, “가압류의 상대적 효력”, 「저스티스」 제32권 제2호, 한국민사법학회, 1999. 6, 88면, 유남석, “가압류의 처분금지적 효력”, 「대법원판례해설(98년하반기)」 제31호, 법원행정처, 1999. 5, 346면.

353) 대법원 2008.2.28. 선고 2007다77446 판결; 대법원 1998.11.3. 97다57337; 대법원 1994.11.29.자 94마417 결정 등 판례는 개별상대효설로 일관하고 있다.

354) 강대성, 전게서, 284면 참조.

355) 강희숙, 전계논문, 72면.

356) 윤 경, 「주석민사집행법(III)」, 한국사법행정학회, 2004, 348면.

경매개시결정의 효력이 발생하기 위해서는 채무자에게 개시결정을 송달하여야 하나, 채권자, 임의경매의 채무자, 기타 이해관계인에 대한 송달은 그 요건이 아니다. 채무자에게 송달하지 않고서는 경매기입등기가 되어 있다고 해도 압류의 효력은 발생하지 않게 되고, 그 이후의 절차 심지어는 매수인이 대금을 납부한 뒤에도 그 매각은 적법하지 않은 것으로 된다. 따라서 매각허가결정이 나고, 아직 확정전이라면 즉시항고를 할 수 있고³⁵⁸⁾ 매각이 확정된 뒤에는 위 하자는 절차상 하자에 불과하므로 그 경락은 유효하다는 주장도 있으나, 대법원 판례는 적법한 압류 없이 한 경매로서 당연무효라고 하고 있다.³⁵⁹⁾

(2) 압류 전 유치권자의 효력

압류이전에 성립한 유치권은 압류의 처분금지효에 영영향을 받지 않으므로 압류권자에게 대항할 수 있고, 매수인은 유치권을 인수하여야 한다. 그러므로 비록 기입등기가 이루어지기 전이라도 목적물에 관한 권리를 취득한 제3자가 압류의 효력이 발생하였음을 알고 있었을 경우에도 압류의 효력이 미친다고 할 것이다.

(3) 압류 이후 성립요건을 갖춘 유치권자

부동산에 대한 압류 후 유치권이 성립한 경우에 당해 경매 절차에서 유치권자가 매수인에 대한 대항할 수 있는가 하는 문제와 또, 다른 담보물권자에 대하여 대항할 수 있는가 하는 문제이다. 예컨대³⁶⁰⁾ A건물에 관하여 2002. 9. 27. 농업협동조합중앙회에 채권최고액 18억 2,000만원의 근저당권이 설정되어 있었다. 2003. 9. 2. 이 사건 건물의 소유권을 취득한 소외 회사는 그후 2004. 5.경까지 이 사건 건물을 찜질목욕탕으로 개조하는 공사를 시행하였다. 그런데 원고들은 소외 회사로부터 위 공사의 일부를 도급받아 시행하였는데 소외 회사가 2004. 6. 9.경 부도

357) 강희숙, 전제논문, 70면.

358) 대법원 1970.4.30. 자 70마162 결정.

359) 대법원 1966.10.21. 선고 66다1584 판결.

360) 대법원 2009.1.15. 선고 2008다70763 판결의 사실관계임.

가 나는 바람에 공사대금을 받지 못하자, 그 무렵 이 사건 건물 중 이 사건 사무실 부분에 대한 유치권을 행사하기 시작하였다. 그 후 농업협동조합중앙회가 이 사건 건물에 대하여 위 근저당권에 기하여 담보권을 실행하기 위하여 법원에 경매신청을 하여 2004. 7. 15. 임의경매개시결정이 내려지고, 같은 달 19. 임의경매개시결정 기입등기가 이루어졌으며, 이 경매절차에서 피고가 2006. 1. 10. 이 사건 건물을 경락받아 소유권을 취득하였다. 그리고 2006. 10. 30. 이 사건 건물 중 이 사건 사무실 이외의 다른 부분은 모두 피고에게 인도 집행되었고, 이 사건 건물 중 원고들이 점유하면서 사무실로 사용하고 있는 부분을 제외한 나머지 부분은 피고가 점유하면서 찜질방 영업을 하고 있다.

이 사례에서 대법원은 부동산 경매절차에서의 매수인은 민사집행법 제91조 제5항에 따라 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있는 것이 원칙이나, 채무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 채권자로 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 없다고 설시하고 있다. 나아가, 대법원은 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료 되어 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우, 유치권자가 그 기입등기의 경료사실을 과실 없이 알지 못하였다고 하더라도 그 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는 것은 아니라고까지 판결하고 있다.³⁶¹⁾

그런데 이러한 대법원의 입장에 대해서는 찬반의 견해가 나뉘고 있다.

1) 학설

유치권자가 부동산에 대한 경매개시결정 기입등기 이후 해당 부동산에 대하여 유치권 성립요건을 갖춘 경우 유치권자의 매수인에 대한 대항력 유무에 관하여는 학설에서는 다음과 같이 견해가 나뉜다.³⁶²⁾

³⁶¹⁾ 대법원 2006.8.25. 선고 2006다22050 판결.

가. 유치권 인정설

이 견해는 유치권은 그 성립요건을 갖춘 이상 그 시기가 압류의 효력발생 이전인지 이후인지를 묻지 아니하고 유치권으로서 유효하게 성립한다는 견해로서 종래 다수설이다.³⁶³⁾ 이에 따르면, 먼저 유치권의 효력은 등기의 선후에 의하여 우열이 결정되는 것은 아니므로 경매개시결정등기 이후에 유치권이 발생되었다라도 경매채권자에게 대항할 수 있다는 견해,³⁶⁴⁾와 유치권자의 점유취득이 경매 기입등기 후에 이루어졌다고 하더라도 그 기입등기의 압류의 효력은 법률행위만을 대항할 수 없게 할 뿐 사실행위를 금지하는 것은 아니므로, 점유자는 압류채권자 및 매수인에 대하여도 대항력을 가진다고 하는 견해,³⁶⁵⁾ 민사집행법 제91조 제5항에 유치권자는 매수인에게 대항할 수 있다는 명문 규정을 두고 있으며, 유치목적물이 동산 또는 유가증권인 경우에는 동법 제270조에 의해 유치권자가 집행관에게 목적물을 스스로 인도하더라도 유치권자는 간접점유를 가지고 있으므로 유치권의 효력에는 영향이 없다는 견해가 있다.³⁶⁶⁾

이 견해도 그 유치권으로 압류채권자나 매수인에게 무제한적으로 대항할 수 있는지 여부에 따라서 매수인에 대한 대항력을 취득하는 설, 부인하는 설 혹은 제한적으로 취득하는 설로 견해가 나뉜다.

(가) 대항력 취득설

이 견해에 의하면 유치권이 목적부동산위에서 존재하는 한 그 성립시기가 언제인 지 관계없이 유치권자가 자신의 유치권으로 경매신청채권자는 물론 매수인에게도 대항할 수 있다는 견해로서 우리나라와 일본의 통설적인 견해이다.³⁶⁷⁾ 이 견해에 따르면, 압류 후 점유를 개시한 자이거나 압류 효력발생 이전에는 권한이 없이 점유하다가 압류 후 임대차 등 적법한 점유권원을 취득한 경우라도 유치권을 취득할 수 있음은 물론, 그 유치권으로 경매절차에서 매수인에 대하여 피담보채권을 변제받을 때까지 목적물을 유치할 수 있다고 한다.

362) 차문호, 전계논문, 392면-395면 참조.

363) 이상태, 전계논문, 94면.

364) 김상원(편집대표) 외 3인, 전게서, 84면.

365) 이학수, “유치권이 요구하는 점유의 정도”, 「관례연구」 제8집, 부산관례연구회, 1998. 1, 104면.

366) 광윤직, 전게서, 288-289면.

367) 차문호, 전계논문, 392면.

이러한 견해를 주장하는 학자들은 그 근거로서 압류의 효력은 법률행위에 의한 처분만을 대항할 수 없게 할 뿐 사실행위를 금지하는 것은 아니므로 사실행위를 바탕으로 법률의 규정으로 발생하는 유치권의 취득을 저지할 힘은 없다는 점,³⁶⁸⁾ 유치권의 효력은 등기의 선후에 의하여 우열이 결정되는 것은 아니라는 점,³⁶⁹⁾ 유치권의 피담보채권은 대부분의 경우 공익적 성질을 가지고 있다는 점 외에 법문상 부동산 질권과는 달리 경매절차상의 매수인에게 인수되는 부동산 유치권에는 아무런 제한이 없으며 많은 경우 유치권의 피담보채권이 소액이라는 점을 고려하여 보호할 필요가 있다는 점,³⁷⁰⁾ 등을 들고 있다.

한편, 일본민사집행법 제59조제4항은 “부동산 위에 존재하는 유치권 및 사용·수익하지 않는 취지의 정함이 없는 질권으로 전 2항의 규정이 적용되지 않는 것에 관하여는 매수인은 이것들에 의하여 담보되는 채권을 변제할 책임이 있다.”고 하고 있고 우리민사집행법 제91조제5항은 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다”고 하여 매수인의 유치권자에 대한 책임을 명백히 한 것으로 압류의 효력발생 전후를 나누어서 규정한 것은 아니라는 것이다.

(나) 제한적 대항력 취득설

이 견해는 압류 후 유치권 성립요건을 갖춘 자라도 유치권을 취득하는 데는 지장이 없으나 유치권자의 점유개시 시기에 따라 대항력을 제한하자는 견해이다. 즉, 압류 전에 부동산의 점유권원을 가지고 점유하던 자는 압류 후에 피담보채권을 취득하여 유치권을 취득하게 되는 경우에는 압류채권자 및 매수인에게 유치권으로 대항할 수 있으나, 압류 후에 부동산을 점유하여 유치권을 취득한 유치권자는 압류채권자 및 매수인에게 대항할 수 없다고 한다.³⁷¹⁾ 이 견해는 압류 후의 유치권이 성립하는 경우를 세 가지로 나누어 각각 대항력 제한을 논하기도 한다.³⁷²⁾ 이에 의하면, 압류 후의 유치권으로 경매절차에서의 매수인에 대항할 수

368) 이학수, 전계 논문, 103-104면 참조.

369) 윤 경, 전게서, 338면 참조.

370) 竹下守夫, 「不動産執行法の研究」, 有斐閣, 1977, 140-141면.

371) 차문호, 전계 논문, 393면 참조.

372) 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.

있는가의 문제와 관련하여 다음과 같이 크게 세 가지 유형, 즉, 첫째, 압류 전에 부동산에 비용을 지출하고 압류 후에 그 부동산의 점유를 취득하여 바로 유치권을 주장하는 경우(제1형), 둘째, 압류 전에 부동산을 점유하다가 압류 후에 그 부동산에 유익비 등을 지출하여 유치권을 주장하는 경우(제2형), 셋째, 압류 후에 부동산에 대한 점유를 시작하여 그 후 부동산에 비용을 지출하여 유치권을 주장하는 경우(제3형)로 나누어 결론을 달리한다. 이 견해는 압류 후에 부동산을 점유하여 유치권을 취득한 경우 명백히 채무자의 처분행위에 의하여 그 점유를 취득한 자이거나 불법점유자로서 그 점유 자체가 경매절차상 보호할 가치가 없다는 것을 논거로 삼고 있다.³⁷³⁾

(다) 대항력 부인설

이 견해는 압류 후 유치권의 성립요건을 갖춘 유치권자는 채무자와의 사이에 유치권을 취득할 수 있지만 이 경우에도 압류의 효력이 발생한 후에 취득한 유치권이므로 압류의 처분금지효에 반하므로 유치권자는 압류채권자에게 대항할 수 없다고 할 것이고, 한편 민사집행법 제91조 제5항 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.”는 규정에서 말하는 유치권자란 모든 유치권자를 의미하는 것이 아니라 ‘압류채권자 또는 경락인에게 대항할 수 있는 유치권자’만을 의미하는 것이므로, 압류 후의 점유나 채권 취득을 통하여 유치권을 취득한 자는 그 유치권으로는 압류채권자와, 그 압류채권자에 대하여 개시된 경매절차에서 당해 부동산의 매수인에 대하여 유치권의 효력을 주장할 수 없다고 한다. 대법원은 이 견해를 취한 것으로 보인다.³⁷⁴⁾

나. 유치권 부인설

이 견해는 압류 후 유치권의 성립요건을 갖춘 자에 대하여 무제한적으로 유치권의 성립을 인정할 경우 압류채권자나 매수인을 해할 수 있다는 긍정설의 단점을 극복하고자 일정한 경우 유치권의 성립을 부인하고자 하는 견해이다.³⁷⁵⁾

2, 683-684면.

373)鈴木忠一·三ヶ月章 編, 「注解民事執行法(3)」, 第一法規, 1984, 167면.

374) 차문호, 전개논문, 393-394면.

375) 차문호, 상계논문, 394면.

이 견해에 따르면, 압류 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우, 그 자의 압류 후에 이루어진 점유나 채권 취득이 압류의 처분금지효에 반하므로 압류채권자에게 대항할 수 없다고 할 것인데, 위와 같이 압류채권자에게 대항할 수 없는 유치권주장자가 자신의 점유권원이 경매절차상의 매수인에 대한 관계에서 대항할 수 없는 것임을 알았거나, 과실로 인하여 이를 알지 못하였다면 그 점유는 민법 제320조 제2항을 유추적용하여 “점유가 불법행위로 인한 경우”에 해당한다고 보아 유치권이 성립되지 않는다는 것이다. 이 견해에 따르면, 유치권주장자가 자신의 점유권원이 경매절차상의 매수인에 대한 관계에서는 대항할 수 없는 것임을 알았거나, 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 유치권 자체가 성립할 여지가 없게 되는 반면, 유치권주장자가 선의, 무과실인 경우에는 유치권이 성립하게 된다. 일본 법원의 실무는 이러한 견해를 취하고 있다고 한다.³⁷⁶⁾

2) 판례

부동산경매절차에서 유치권자의 대항력이 압류의 처분금지효와 관련한 우리나라의 판례는 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결이 최초의 판결이다. 이 판결이 선고되기 전에는 유치권은 담보물권이라는 하나 등기할 수 있는 권리가 아니므로 유치권의 효력은 등기의 선후에 의하여 우열이 결정되는 것은 아니므로 경매개시결정 기입등기 이후에 유치권이 발생되었다고 하더라도 신청채권자에게 대항할 수 있다는 것³⁷⁷⁾이 종래의 학설이었다.³⁷⁸⁾ 그러나, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결을 통하여 유치권의 성립 순위와 상관없이 사실상의 우선적 효력을 인정해온 종래의 통설적 입장을 압류의 처분금지효에 의해 시기적으로 제한하는 것으로 유치권의 성립순위가 압류 이후라고 한다면 유치권자는 경매절차에서의 매수인에게 민사집행법 제91조 제5항의 사실상 변제책임을 물을 수 없다는 것이어서 유치권의 대항력(우선변제권)을 제한한 중요한 판결을 하기에 이르렀다. 즉 대법원은 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는 그 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고

376) 佐藤歳二, “不動産引渡命令”, 「ジュリスト」 第876號, 1987. 1, 62面; 東京地裁 民事執行實務研究會, 「不動産執行の理論と實務(下)」, 法曹會, 1999, 544面; 關武志, 「留置權の研究」, 信山社, 2001, 439-440面.

377) 윤 경, 전제서, 338면 참조.

378) 강희숙, 전제논문, 76면.

하는 종전의 태도³⁷⁹⁾를 재확인하고, 같은 법리로 근저당권이 설정된 후 유치권이 성립하고 그 후에 그 근저당권에 기하여 경매에 진행된 경우에는, 아직 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권이 성립했으므로 유치권자는 그 유치권을 가지고 경매절차의 매수인에 대하여 대항할 수 있다는 판단을 하고 있는 것이다.

3) 비판

위와 같은 대법원의 태도는 유치권 부정설을 취하고 있는 것으로 보인다. 그러나 이와 같은 다수설 및 판례에 대하여 물권성립순위를 무시한 채 후순위로 성립한 유치권에 절대적 우선권을 부여하는 것은 물권법정주의 및 "시간에 있어서 빠르면 권리에 있어서 강하다(Prior tempore, Potior iure)"라는 물권 상호간의 효력 순위원칙의 예외를 인정하는 것이 되어 부당하다는 비판이 있어왔다. 즉 경매 개시결정 기입등기 후에 제3자가 매각부동산에 대하여 권리를 취득하는 경우에는 제3자의 선의, 악의를 불문하고 압류의 효력이 제3자에게 미치므로 압류채권자에게 대항할 수 없다는 것이다.³⁸⁰⁾ 또한, 이처럼 유치권의 성립시기와 관계없이 특히 부동산유치권에는 아무런 공시방법을 갖추지도 않고서 언제나 누구에게나 유치권의 절대적 효력을 인정하는 것이 과연 타당한가 라는 의문이 제기된다.³⁸¹⁾

한편, 일본에서도 최고재판소에서 이 문제에 대한 직접적인 판결이 존재하지 않는다. 다만 압류후의 점유자가 경매물건으로 된 것을 인식하면서 비용을 투자하는 것은 악의의 점유자 내지는 과실있는 선의의 점유자의 지출로 평가되어야 하므로 민법 제295조제2항에 의하여 이러한 비용청구권을 피담보채권으로 하여 유치권을 주장할 수는 없다고 판시하여³⁸²⁾ 압류 후에 성립한 유치권으로는 매수인에게 대항할 수 없다는 입장을 취하고 있는 경우가 있다.

379) 대법원 2005.8.19. 선고 2005다22688 판결.

380) 법원행정처, 전게 「법원실무제요Ⅱ」, 48면.

381) 이상태, 전계논문, 86면.

382) 日本 最高裁判所 1976年 6月 17日 判決.

4) 사건

경매기입등기마저 이루어진 뒤에 성립한 유치권마저 그 대항력을 취득한다면 부동산 경매절차에서 채무자 등과의 통모에 의한 허위·과장 유치권을 제어할 방법이 전무해지게 되고, 공시방법도 없는 유치권이 나중에 성립하였음에도 사실상의 우선적 지위를 부여한다면 물권순위의 원칙도 유명무실해져서 결국 물권법의 근간을 흔들 수 있다는 점 등을 감안하면 경매절차에서 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경로 되어 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는, 그 유치권으로 경매절차에서 채무자에게만 대항할 수 있을 뿐 매수인에게는 대항할 수 없다는 대항력 부인설의 입장이 타당하다고 본다.

3. 담보물권자에 대한 문제

(1) 담보물권 설정 후 압류 전 유치권이 성립한 경우

1) 문제 제기

저당권은 약정담보물권으로서 우선변제권이 있어서 배당여부와 관계없이 모두 소멸하나(민사집행법 제91조 제2항), 유치권은 법정담보물권이지만 우선변제권이 없어서 부동산경매에서 민사집행법 제91조 제5항의 인수주의에 의하여 매수인이 인수하는 권리에 해당한다. 또한, 유치권은 점유를 수반하여 성립하는 담보물권이므로 이론상 용익권인 지상권·지역권·전세권 및 임차권과는 양립할 수 없으나 저당권과는 양립할 수 있다. 또한 유치권은 성질상 우선변제권이 없으나 민사집행법 제91조 제5항은 경매절차에서 매수인은 유치권자에게 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다고 하여 사실상 우선변제권을 가지고 있다. 바로 이러한 점들 때문에 민사집행법 제91조 제5항은 유치권에 관하여 이른바 인수주의를 채택한 것으로 유치권의 폐해가 드러나는 대표적인 조항으로 비판을 받아왔다.³⁸³⁾ 그런데 저당권보다 선순위로 성립된 유치권은 별 문제가 없으나, 저당

383) 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 「토지법의 이론과 실무: 지암 이선영박사화갑기념」, 법원사, 2006, 217면; 김재형, 전제논문, 376면; 오시영, 전제 “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 236

권보다도 후순위로 성립된 유치권은 후순위지만 매수인에게 인수되므로 유치권으로 담보되는 채권액만큼 매각부동산의 담보가치를 저감시키는 요인이 된다. 따라서 저당권보다 후순위로 성립한 유치권의 저당권에 대한 대항력 여부는 부동산경매의 권리분석에 중요한 관건이 된다.³⁸⁴⁾

가령, 채무자 A가 채권자 B와 A 자신의 토지를 담보로 하여 저당권설정계약을 맺고 저당권설정등기를 한 후, 해당 토지에 건물신축을 위한 도급계약을 수급인 C와 체결하고 공사를 진행하여 건물을 완성하였다. 그러나 A는 공사대금채권의 전부와 저당권의 피담보채권을 변제하지 못하였다. 이 경우에 토지와 건물이 일괄경매신청이 되어 다른 사람에게 경락되었고, 수급인 C는 공사대금채권을 근거로 매수인에게 유치권을 행사하여 건물인도를 거절하였다.

이러한 유치권이 저당권 등 담보물권 설정 후에 성립요건을 갖추었으나, 압류시기보다 빠른 경우, 그 부동산의 경매절차에서 유치권자의 유치권이 저당권자나 매수인에게 대항할 수 있는지 여부가 문제가 된다.

2) 학설

가. 유치권 인정설

유치권 인정설은 유치권 성립요건을 갖춘 자는 부동산에 저당권이 설정된 후 그 부동산에 대하여 그 요건을 갖추었다고 하더라도 유치권을 취득할 수 있다고 한다. 이러한 견해를 취하는 견해는 그 유치권으로 저당권자나 경매절차에서의 매수인에게 대항할 수 있는지에 대하여 다시 다음 두 견해로 나뉜다.

(가) 대항력 인정설

이 견해는 유치권은 저당권의 성립시기와 관계없이 저당권에 우선한다는 것을 당연한 전제로 하고 있는 견해³⁸⁵⁾로 종래 우리나라와 일본의 통설이었고 위에서

면; 추신영, 전계논문 “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 375면.

384) 강민성, “민사집행과 유치권-이미 가압류 또는 압류가 이루어졌거나, 저당권이 설정된 부동산에 관하여 취득한 점유 또는 견련성 있는 채권으로써 경매절차에서 그 부동산을 매수한 사람을 상대로 유치권을 내세워 대항하는 것이 허용되는지 여부에 관하여”, 「사법논집」 제36집, 법원도서관, 2003, 78-93면 참조.

385) 광윤직, 전계서, 338-339면; 김중환·김학동, 「물권법(제9판)」, 박영사, 2004, 539면; 이은영, 전계 「물권법(제4판)」, 806면. 이재성, “유치권의 담보물권으로서의 성격” 「민사법학의 제문제: 소봉 김용한 교수화갑기념논문집」, 박영사, 1990, 322면; 김상원(편집대표)외 3, 전계서, 340면.

살펴본 대법원 판결³⁸⁶⁾과 같은 입장에 서있는 견해이다. 이에 의하면, 유치권은 우선변제권이 없으므로 이론상으로는 저당권과의 경합이나 양자의 우열의 문제³⁸⁷⁾는 생기지 않으나, 유치권은 인수주의의 적용을 받으므로 매수인이 인수할 금액을 감안하여 경매절차에 참가하므로 결국 유치권자는 그 성립시기의 선후와 상관없이 민사집행법 제91조 제5항에 의하여 사실상으로는 우선변제를 받게 된다³⁸⁸⁾고 설명하고 있다. 이는 한편 유치권이 다른 담보물권과 경합을 이루는 경우라도 유치권의 성립시기와 관계없이 그 담보권자에 대하여도 자기의 채권을 변제받을 때까지 목적물의 유치를 주장할 수 있다고 적극적으로 설명하기도 한다.³⁸⁹⁾ 이 견해를 뒷받침하는 논거로서는 “민사집행법 제91조는 제2항에서 저당권은 매각에 의하여 소멸한다고 규정하고, 제5항에서는 유치권은 소멸하지 않는다고 규정하였다. 예컨대 이미 저당권이 설정된 건물을 수리하여 그 수리비채권에 관한 유치권을 취득한 자는 저당권의 실행을 저지할 수는 없으나 저당권의 실행으로도 유치권이 소멸하지 않으므로 유치권자는 피담보채권의 전액을 변제받을 때까지 목적물을 유치하여 매수인으로 하여금 피담보채권의 책임을 지도록 하고 있다. 경매신청채권자에게 우선하는 저당권자와 경매신청채권자에게도 유치권을 주장할 수 있는 자가 있다고 할 때 유치권도 저당권과 같이 매각으로 인하여 소멸하고 매각대금 중에서 변제받을 수밖에 없다고 한다면 우선변제권이 없는 유치권자는 담보물권을 갖고 있지 않는 일반채권자와 동일한 비율로 배당을 받거나 전혀 배당절차에 참가할 수도 없게 되는 경우가 있으므로 담보물권인 유치권은 완전히 무시당하는 결과가 되기 때문이다.”³⁹⁰⁾이라고 한다.

(나) 대항력 부정설

위의 입장과는 달리, 부동산에 저당권이 설정된 후 압류전에 유치권이 성립하는 경우에는 그 유치권을 가지고 선순위 저당권자와 경매절차상의 매수인에 대

386) 대법원 2009.1.15. 선고 2008다70763 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결 등.

387) 유치권과 저당권의 우열에 대한 판단기준에 관하여 유치권과 저당권이 경합하는 경우, 어떤 기준에 의하여 우열을 결정하여야 하는가의 문제는 상호 권리경합에 있어서 매우 중요하다. 이에 관하여는 오시영, 진계 “부동산유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 216면 참조.

388) 광윤직, 전계서, 455면.

389) 이재성, 전계논문, 322면.

390) 윤 경, 전계서, 2004, 340면. 참조.

항할 수 없다는 주장이 최근 대두하고 있다.

일본에서 통설인 대항력 인정설은 건물신축공사 수급인이 그 공사대금채권을 피담보 채권으로 하여 건물 부지에 대하여 상사유치권을 행사할 수 있는가에 관한 논쟁을 거치면서 많은 비판을 받았다. 가령, 나대지에 저당권이 설정된 후 토지 소유자가 당해 토지상에 건물을 건축하였는데 건물의 소유권이 도급인에게 귀속되는 경우 수급인은 공사대금채권을 담보하기 위하여 건물에 관하여 유치권을 주장할 수 있는 것은 당연하다. 따라서 수급인은 공사대금채권과 그 목적물인 건물과의 사이에는 견련성이 있어 유치권을 취득하나 위 채권과 건물 부지인 토지와 사이에는 견련성이 없으므로 토지에 대하여는 유치권을 취득할 수 없게 된다. 따라서 일본에서는 피담보채권과 목적물 사이의 견련성이 요구되지 않는 상법 제522조 소정의 상사유치권을 주장하는 사례가 있다. 이와 같은 판례의 흐름 배후에는 이미 저당권등기가 경료된 부지에 관하여 점유 이외에는 구체적인 공시방법이 없는 상사유치권이 나중에 성립하고 나아가 이것에 사실상의 우선적 지위를 부여한다면 저당권자가 예측하기도 곤란하고 감내하기도 힘든 커다란 불이익을 입는 결과로 되어 공시주의를 기초로 하는 담보법질서를 동요시킬 염려가 있다는 점 등의 실질적인 고려가 작용하고 있다는 비판이다.³⁹¹⁾

이러한 논의 과정에서 통설에 대하여 비판하는 학자들은, 이미 저당권등기가 경료된 부지에 관하여 점유 이외에는 구체적인 공시방법이 없는 유치권이 나중에 성립하고, 나아가 이것에 사실상의 우선적 지위를 부여한다면 저당권자가 예측하기도 곤란하고, 감내하기도 힘든 커다란 불이익을 입는 결과로 되어, 공시주의를 기초로 하는 담보법 질서를 동요시킬 염려가 있다는 점³⁹²⁾ 과 유치권 범위를 넓게 인정하면 경합하는 저당권자의 이익을 해한다는 점,³⁹³⁾ 민사집행법 제91조 제2항은 매각부동산 위의 모든 저당권을 매각으로 소멸된다고 규정하고, 동법 제91조 제3항은 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다고 규정하고 있으면서도 유치권에 대해서는 아무런 언급을 하고 있지 않지만, 과거 용익권에 대하여

391) 栗田哲男, “建築請負における建物所有權の歸屬をめぐる問題點”, 「現代民法研究(I): 請負契約」, 信山社, 1997, 387-389面 參照.

392) 岸日出夫, 前掲書, 2001, 100-105面.

393) 秦光昭, “不動産留置權と抵當權の優劣を決定する基準”, 「金融法務事情」 第1437號, 1995. 12, 5面.

소멸근거 규정이 없던 구 민사소송법 하에서도 용익권자보다 후순위인 경매신청 채권자의 신청에 의하여 경매절차가 진행되더라도 용익권자보다 선순위 저당권자가 있는 경우에는 용익권은 경매로 소멸된다고 해석하고 있었던 점에 비추어 보면, 용익물권도 아닌 담보물권에 불과한 유치권은 현행 법규정의 불비에도 불구하고 소멸된다고 해석할 수 있다는 등을 이유로 저당권과 유치권이 경합하는 경우에는 성립전후에 의하여 결정하자는 대항력 문제로 해석하고 있다. 즉, 저당권과 유치권의 우열관계를 저당권설정등기가 경료된 때와 유치권의 성립요건이 충족된 때의 선후관계에 의하여 결정하여야 하므로 유치권자는 유치권 성립 이전에 이미 설정되어 대항요건을 갖추고 있는 저당권자에게는 대항할 수 없고 채무자·유치권 성립 후에 물권을 취득한 자 및 일반채권자에 대항할 수 있다고 해석해야 한다고 주장한다.³⁹⁴⁾ 또한 유치목적물에 이미 제3자의 담보권이 설정되어 있는 경우에도, 사실상의 우선변제권을 가지고 있는 유치권이 담보권에 우선한다면, 선순위담보권자의 우선변제권이 예기하지 못한 사정에 의하여 박탈되는 사정이 발생하게 된다. 따라서 부동산 유치권의 성립시기와 상관없이 언제나 사실상의 최우선권을 인정하는 것은 선순위채권자에게 지나치게 불공평을 강요하는 것이 되므로, 유치권 성립 이전의 압류채권자는 물론 선순위 저당권자·전세권자·가압류채권자 등에게 대항할 수 없도록 제한하는 것이 타당하다고 하는 견해도 있다.³⁹⁵⁾

한편 부동산에 거액의 근저당권·전세권·가압류등기 등이 설정되어 있는 등으로 부동산 소유자의 재산상태가 좋지 아니하여 부동산에 관한 경매절차가 개시될 가능성이 있음을 충분히 인식하고서도 그 부동산의 개조에 관한 공사도급 계약을 체결한 후 이에 따른 공사를 시행한 경우에는, 경매절차의 매수인(낙찰자)에 대한 관계에서는, 민법 제320조 제2항을 유추적용하여 수급인이 공사대금 채권에 기초한 유치권을 주장하여 그 소유자인 낙찰자에게 대항할 수 없거나, 그 유치권을 행사하는 것이 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 한다.³⁹⁶⁾ 나아가, 유

394) 生熊長幸, “建築請負代金債權による敷地への留置權と抵當權(下)”, 「金融法務事情」 第1447號, 1996. 4. 29-30, 34面; 新美育文, “建築請負業者の敷地についての商事留置權”, 「判例タイムズ」 第901號, 1996. 5. 48面; 西口元, “平成 11年度 主要民事判例解説”, 「判例タイムズ」 第1036號, 2000. 9. 57面.

395) 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 「민사법학」 제38호, 한국민사법학회, 2007. 9, 246면.

396) 대전고등법원 2004.1.15. 선고 2002나5475 판결.

치권의 대항력을 제한하는 압류에는 민사집행에 의한 압류뿐만 아니라 체납처분에 의한 압류와 가압류까지 확대해석하고, 이 부동산에 관하여 다수의 근저당권·지상권·압류 및 가압류등기 등이 경료되어 있어서 이에 관한 경매절차가 개시될 가능성이 있음을 충분히 인식하고서 거액의 공사도급계약을 체결하여 그 점유를 이전받은 자는 근저당권자의 신청에 의한 경매절차의 매수에게는 유치권을 주장하여 대항할 수 없다고도 한다.³⁹⁷⁾

우리 하급심 판례 중 이러한 대항력 부정설을 취하는 판례가 있다. 즉 건물 및 대지에 거액의 근저당권, 전세권, 가압류등기 등이 설정되어 있는 등으로 부동산 소유자의 재산상태가 좋지 아니하여 위 부동산에 관한 경매절차가 개시될 가능성이 있음을 충분히 인식하고서도 수급인이 거액의 공사도급계약 및 그 후의 사용·수익 약정을 체결하여 건물의 일부를 점유하였다면 수급인이 전 소유자와 사이에 위 건물 부분에 관한 공사도급계약을 하고 그 계약에 따른 공사를 일부라도 실제로 진행하여 상당한 공사비용을 투하하였다고 하더라도, 만약 이러한 경우에까지 유치권의 성립을 제한 없이 인정한다면 전 소유자와 유치권자 사이의 묵시적 담합이나 기타 사유에 의한 유치권의 남용을 막을 방법이 없게 되어 공시주의를 기초로 하는 담보법질서를 교란시킬 위험이 있다는 점을 고려할 때, 수급인의 공사도급계약 전에 가압류등기와 근저당권설정등기를 마친 자의 신청에 의한 경매절차의 매수인(낙찰자)에 대한 관계에서는, 민법 제320조 제2항을 유추 적용하여 수급인이 공사대금채권에 기초한 유치권을 주장하여 그 소유자인 낙찰자에게 대항할 수 없다고 하거나, 그 유치권을 행사하는 것이 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 보아야 한다고 한 사례³⁹⁸⁾가 그것이다.

(다) 제한적 대항력 인정설

이 견해는 저당권 설정 후 압류 전에 유치권이 성립하고 다시 저당권자의 경매 신청으로 경락인 된 경우에도 마찬가지로 세 가지 유형으로 나누어 제 1 유형은 부동산에 비용을 먼저 투입하고 저당권이 설정된 후 점유를 취득하여 유치권을

397) 부산고등법원 2007.1.7. 선고 2007나14087 판결.

398) 서울고법 2007.1.17. 선고 2005나 102470 판결; 대법원 2006.6.29. 선고 2004다11971 판결; 광주고법 2006.12.8. 선고 2006나1519판결; 대전고법 2004.1.15. 선고 2002나5475 판결 등.

취득하는 경우인데, 이 경우에는 저당권자가 전혀 예상하지 못한 불측의 손해를 입게 되고 채무자와 유치권자의 통모에 의한 담보질서교란행위의 문제가 있다고 한다. 다만 이 경우에도 다시 두 가지 경우로 나누어 대항력 인정 여부를 판단한다. 즉, 저당권에 기한 압류가 있는 후에 임대차 계약 등으로 점유를 취득하여 유치권을 취득한 경우에는 압류의 처분금지효에 저촉되므로 그 유치권을 가지고 매수인에게 대항할 수 없으나, 이러한 압류가 있기 전에는 단순히 저당권설정 후에 한 점유라고 하여 그 점유를 불법이라 볼 수 없으므로 유치권이 성립하며 그 유치권은 대항력이 제한되지 아니한다고 한다.

제 2 유형은 점유를 먼저 취득한 후 저당권이 설정되고 그 부동산에 비용을 투입하여 유치권을 취득하는 경우이고, 제 3 형은 저당권 설정 후 점유를 취득하여 비용을 투입하여 유치권을 취득하는 경우인데, 여기서 제2형과 제3형의 경우에는 저당권이 설정되고 난 후에 목적물의 가치를 상승시켜 그 가치가 목적물에 현존하고 있기 때문에 그 상승된 가치만큼을 유치권자에게 반환시키는 것이 공평의 원리에 타당하고 또 저당권자를 해치지 않으므로 유치권을 가지고 경매 절차에서의 매수인에게 대항할 수 있다고 한다.³⁹⁹⁾

나. 유치권 부인설

이 견해는 저당권 설정 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우는 압류 이후 유치권을 취득하는 경우와 마찬가지로 저당권 설정 이후 점유를 개시하고 견련관계가 있는 채권자라고 하더라도 그 점유는 근저당권자나 매수인에게 대항할 수 없는 불법점유로 유치권의 성립자체를 부정하는 견해이다.⁴⁰⁰⁾

일본의 일부 하급심 판례에서는 저당권 설정 이후 유치권자의 점유는 불법점유로 해석할 수 있고,⁴⁰¹⁾ 그 밖에 상사유치권을 인정하는 경우에는 저당권의 실효성을 해하는 조작이 가능하고 무잉여를 이유로 토지에 대한 저당권의 실행이 사실상 불가능하다는데서 근거를 찾고 있다.⁴⁰²⁾ 그러나 우리 학설에서는 그 주장

399) 김원수, 전게논문, 695-696면.

400) 손진홍, 전게서, 530면.

401) 東京高決 1993.12.19.(判例タイムズ 第890號, 254面).

402) 東京高決 1999.7.23.(判例タイムズ 第1006號, 117面).

을 찾을 수 없다.

3) 판례

이 부분에 관한 우리나라 판례는, 대항력 인정설의 입장이다. 즉 담보물권설정 후 경매로 인한 압류의 효력 발생 전에 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부에 대하여 대법원은 판결⁴⁰³⁾을 통하여 .“부동산경매절차에서의 매수인은 민사집행법 제91조제 5항에 따라 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있는 것이 원칙이나, 채무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경로되어 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 그러나 이러한 법리는 경매로 인한 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권을 취득한 경우에는 적용되지 아니하고, 유치권 취득시기가 근저당권설정 후라거나 유치권 취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 하여 달리 볼 것은 아니”라고 판시하여 유치권보다 먼저 성립한 근저당권에 기한 경매신청인 경우에도 유치권자는 당해 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있음을 명확히 하였다.⁴⁰⁴⁾

(2) 저당권에 대항력 없는 유치권자의 법률관계

유치권자가 유치권 성립 이전에 설정된 저당권자 등 담보물권자에게 대항하지 못하는 경우에 그 경매절차에서 유치권자의 지위를 어떻게 볼 것인가? 즉 이때 경매절차에서 유치권자는 이해관계인으로 볼 수 있는지의 문제, 유치권자에게 배당을 할 수 있는지의 문제, 배당순위를 어떻게 보아야 하는지의 문제로 나누어볼 수 있다.

403) 대법원 2009.1.15. 선고 2008다70763 판결.

404) 강희숙, 전제논문, 85면.

1) 대항력 없는 유치권자가 경매절차에서의 이해관계인인지

유치권자가 저당권 설정 후에 성립하여 저당권에 대항할 수 없는 경우라 해도 선순위의 저당권이 아닌, 후순위의 저당권자등과의 관계에서는 여전히 유치권을 주장할 수 있으므로 유치권자는 선순위 저당권자, 가압류권자 또는 압류채권자에게 대항할 수 없다고 하더라도 부동산 위에 담보물권인 유치권을 가진 사람으로서 만약 유치권의 존재를 증명하기만 한다면 민사집행법 제90조 제4호⁴⁰⁵⁾에 정한 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람에 해당하고,⁴⁰⁶⁾ 그에 따라 경매절차상 이해관계인으로서의 권리를 갖는다. 다만 유치권자의 경우, 신고만으로 당연히 이해관계인이 될 수 있는 것은 아니고 유치권이 있다는 점을 증명하여야만 한다. 증명하는 방법에는 특별한 형식을 요하는 것은 아니다. 여기에서 그 증명의 정도를 어느 정도 요구할 것인가에 대하여 논란이 있을 수 있다. 이 점에 대하여는 당해 목적물을 점유하고 있다는 사실과 그와 견련관계 있는 채권을 가지고 있다는 사실을 입증하여야 할 것이나, 집행법원의 특성상 본안소송에서와 같이 엄격한 증명을 요구할 수는 없다고 할 것이다. 집행법원으로서 유치권신고자가 그 증명이 부족한 것이 명백할 경우 그를 이해관계인에서 배제할 수 있을 것이다.⁴⁰⁷⁾ 증명의 시한은 매각허가결정이 있을 때까지이다. 판례는 매각허가결정이 있을 후 항고를 제기하면서 비로소 그 권리를 증명한 경우에는 이해관계인이 될 수 없다고 한다.⁴⁰⁸⁾ 경매절차의 이해관계인으로 된 유치권자는 집행에 관한 이의신청권(민사집행법 제16조), 부동산에 대한 침해방지신청권(동법 제83조 제3항), 경매개시결정에 대한 이의신청권(동법 제86조), 법원으로부터 각종 통지를 받을 권리(동법 제89조, 제104조 제2항), 일괄매각신청권(동법 제98조), 법원의 매각조건변경에 대한 즉시항고권(동법 제111조 제2항), 매각허가 여부에 대한

405) 민사집행법 제90조는 경매절차상 이해관계인으로 “1. 압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자, 2. 채무자 및 소유자, 3. 등기부에 기입된 부동산 위의 권리자, 4. 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람”을 규정하고 있다.

406) 김상원(편집대표) 외 3, 전게서, 314면.

407) 차문호, 전게논문, 416-417면.

408) 대법원 1988. 3. 24. 97마1198 결정; 대법원 1980. 10. 15. 80마157 결정. 이에 대하여는 항고를 제기하면서 비로소 권리를 증명하는 것만으로도 족하다는 반대견해도 있다(이재성, “ 제607조 제4호의 이해관계인”, 「사법행정」 제30-2권, 한국사법행정학회, 1989. 2, 60면).

여 의견진술권(동법 제120조)과 그 결정에 대한 즉시항고권(동법 제129조), 배당표에 대한 의견진술권(동법 제149조) 등의 집행절차상의 권리를 가진다.

2) 대항력 없는 유치권자가 배당을 받을 수 있는가

배당기일에서 배당을 받을 수 있는 채권자는 1. 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자, 2. 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자, 3. 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자, 4. 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자에 한정된다(민사집행법 제148조). 그렇다면, 경매사건에서 많지는 않겠지만, 배당절차에서 잉여금이 있다면 유치권자는 그 잉여금에 대해서 배당금을 받을 수 있는 것인가?

이에 대하여 일설은 유치권자는 민법 제367조에 해당하는 특별한 경우⁴⁰⁹⁾ 외에는 우선변제청구권이 없으므로, 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자가 아니어서 유치권자는 배당절차에서 배당을 받을 수 있는 지위에 있지 않으며, 채권으로 변제받기 위해서도 민사집행법 제148조제3호에 의해 첫 경매개시결정 등기 전에 가압류등기를 하였거나, 동법 제148조제2호와 제88조의 규정에 의하여 집행력 있는 집행권원을 취득하거나 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 하여 배당요구종기까지 배당요구를 하여야 할 것이다. 따라서 아무런 조치를 취하지 않은 대항력 없는 유치권자는 설사 잉여금이 생긴다 하더라도 경매절차에서는 배당받을 채권자의 범위에 들어가지 않으므로 채무자(소유자)에게 지급하여야 한다. 유치권자는 채무자에 대한 채권자로서 채무자와 합의하여 금원을 수령하거나, 미리 잉여금에 가압류절차를 취해서 금원을 지급하지 못하도록 한 후에 별도의 소송절차 등으로 집행권원을 취득 후 위 금원을 수령하는 절차를 취하여야 한다는 견해⁴¹⁰⁾가 있고, 또 다른 견해는 위와 같은 해석은 유치권자에게 경매신청권을 부여한 민법 제322조 제1항에 비추어 타당하지 못하다고 한다. 즉, 유치권자는 별도의 집행권원 없이 유치권의 목적 부동산에 대하여 경

409) 민법 제367조는 저당권설정등기 후에 목적 부동산의 제3취득자가 그 부동산의 보존, 개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 민법 제203조에 규정된 점유자의 상환청구권에 의하여 저당물의 매각대금에서 우선상환을 받을 수 있다고 규정하고 있다.

410) 강희숙, 전게논문, 90면.

매를 청구할 수 있고, 그 배당절차에서 배당을 받을 수도 있다. 그런데 유치권자가 아닌 다른 사람이 경매를 신청하였다고 하여 그 배당절차에 참가할 수 없다고 하면 유치권자는 배당에 참여하기 위해 부득이 중복하여 경매를 신청하여야만 한다. 경매개시결정이 있는 부동산에 대하여 중복하여 경매를 신청하는 것은 배당요구의 효력이 있다는 점을 감안하면, 유치권자는 중복경매신청이라는 방법을 통하지 아니하더라도 배당요구를 할 수 있다고 해석하여야 할 것이다. 또한 통설은, 앞서 본 바와 같이 유치권자가 사실상 최우선변제권을 갖는다고 설명하고 그 근거를 유치권의 유치적 효력을 규정한 민법 제320조 제1항과 유치권에 대한 인수주의를 규정한 민사집행법 제91조 제5항에서 찾고 있는바, 이러한 통설적 견해에 의하면 유치권자도 민사집행법 제88조 제1항에서 말하는 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자에 해당한다고 유추 해석할 수 있을 것이다. 물론, 최선순위 유치권은 매수인에게 인수되므로 최선순위 유치권자는 배당요구를 할 수 없다고 해석하여야도 무리가 없다'는 견해도 있다.⁴¹¹⁾

생각건대, 경매절차에서 배당을 받을 수 있는 채권자의 범위에 관하여는 민사집행법 제148조에 정하고 있는 채권자로만으로 한정하고 있는데, 유치권자는 이들 채권자에 포함되어 있지 않기 때문에 동법 제148조제3호에 의해 첫 경매개시결정 등기 전에 가압류등기를 하였거나, 동법 제148조제2호와 제88조의 규정에 의하여 집행력 있는 집행권원을 취득하거나 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 하여 배당요구종기까지 배당요구를 하여야만 배당에 참가할 수 있다는 전자의 견해가 타당하다고 본다.

4. 사건

유치권의 대항력과 관련하여, 종래 학설⁴¹²⁾과 판례⁴¹³⁾의 입장은 근저당권이 설정된 후 유치권이 성립한 경우에도 그 유치권으로 매수인에 대하여도 대항할 수 있다는 입장이다. 그러나 이러한 종래의 학설과 판례는 다음과 같은 이유로 문제

411) 차문호, 전제논문, 418-419면.

412) 고상룡, 전제서, 543면 ; 곽윤직, 전제서, 288면 ; 김상용, 전제서, 562면; 김중환 · 김학동, 전제서, 455-464면 ; 이은영, 전제서, 675면.

413) 대법원 2009 1.15. 선고 2008다70763 판결 등.

가 있다고 본다.

첫째, 판례는 경매 목적물에 채권자가 가압류를 한 후에 유치권이 성립했고 그 후에 채권자가 본압류로 전이하는 경매신청을 한 경우 그 본압류의 효력은 가압류를 한 시점으로 소급하여 발생하는 것이므로 이때 유치권자는 위 가압류에서 본압류로 전이한 채권자나 매수인에게 대항할 수 없다고 하고 있다.⁴¹⁴⁾ 물론 이론상으로는 가압류의 효력에는 처분금지효가 있기 때문에 그런 것이고 저당권에는 그러한 처분금지효가 없으므로 가압류의 그것과는 다르게 취급해야한다고 볼 수도 있겠다. 그러나 효력적인 측면만 놓고 볼 때 가압류는 채권자의 일방적인 청구에 의하여 집행되는 것이고 종국적으로는 재판을 전제로 하는 임시적인 것이므로 등기부에 기재된 채권액 또한 확정되지도 않은 것임에 반해, 저당권은 양 당사자가 공동의 의사합치에 의한 계약을 맺어 공동으로 등기를 신청한 것이므로 임시적인 가압류보다 더 확정적이라 할 수 있고, 가압류는 특정 상대방에게만 주장할 수 있는 채권에 불과하지만 저당권은 대세효가 있는 물권이란 점에서 결코 가압류에 비해 그 지위가 낮게 평가될 일은 아니라고 본다. 이는 채권적 효력뿐인 가압류와의 법 형평의 감정으로 볼 때도 맞지 않기 때문이다.

둘째, 물권의 성립우선주의에도 부합하지 않는다는 점이다. 즉 유치권이 법정 담보물권이라고 하지만 선행하는 저당권을 침해하면서까지 성립할 것을 기대할 수는 없는 것이다. 따라서 유치권보다 먼저 설정된 담보물권자가 파악한 목적물의 교환가치를 보장해 주어야 한다는 이유에서다.

셋째, 경매절차에서 유치권은 사실상 우선변제권을 갖게 되어 효력면에서는 오히려 같은 담보물권인 저당권보다도 우월하다 할 수 있다. 즉 이미 월등하게 부여되어진 유치권의 효력에 더하여, 선행하는 저당권이 있다는 것을 알았을 경우에도 대항력을 인정하는 것은 일종의 도덕적 해이를 유발할 가능성이 있기 때문이다.

이와 같은 점들을 감안하면 유치권자가 저당권이 설정되어 있는 사실을 알았을 경우, 유치권이 저당권 후순위로 성립한 경우에는 저당권에 대항할 수 없다고 하는 것이 타당하다고 본다. 이에 대한 자세한 입법론은 제5장에서 언급하기로 한다.

414) 대법원 2002.3.15. 자 2001마6620 결정.

제3절 부동산경매절차상 문제

1. 허위·과장유치권 행사의 문제점

(1) 매각가격의 저감과 경매절차의 지연에 의한 손해발생

집행법원이 관할 집행관에게 부동산현황조사명령을 내리면 집행관은 그 부동산에 대한 현황을 살핀 후 이를 보고하기 위해 현장조사를 하게 된다. 그리고 이때 집행관에 의해 보고된 부동산현황조사서를 기초로 집행법원은 매각물건명세서를 작성하게 되는데, 문제는 이렇게 작성된 집행관의 부동산현황조사보고서에 목적 부동산에 유치권이 있음이 드러나기도 하지만 그 자세한 내용(유치권으로 담보된 채권액, 유치권의 성립시기인 점유이전 시기 등)까지는 보고되지 않으며, 대부분이 현장 조사 당시에 인근에 탐문한 결과여서 그 진정여부도 담보할 수 없으며 이에 따라 작성된 집행법원의 매각물건명세의 기재내용 역시 재판이 아니므로 유치권의 실체적 권리까지 확정짓는 효력은 없다는 점이다. 따라서 매수 희망자들은 통상 경매 목적 부동산에 대한 유치권 신고가 있게 되면, 유치권 성립에 대하여 실체적 판단을 하기에 앞서 유치권신고가 있다는 이유만으로도 그 유치권을 인수해야 한다는 막연한 부담을 갖게 되어 일반입찰 예정자들은 입찰 참가를 꺼리게 되어 결국 매수가격은 정상적인 경매 부동산보다 훨씬 낮아진다고 할 수 있다. 이는 이 논문 제2장 제2절의 사례1.과 사례2.에서 보듯이 경매절차에서 유치권 신고가 있게 되면 통상 2~3회 유찰을 거듭하고 최초 감정가 보다는 훨씬 낮은 가격에 매각되고 있음에서도 알 수 있다.

이와 같이 그 성립 여부가 불분명한 유치권신고가 있게 되면, 경매절차에 참가자는 유치권신고 금액을 감안하여 매수신청하게 되므로 최고가 매수신고 금액의 하락으로 인하여 이해관계인들은 그 하락된 금액만큼의 손해를 부담하게 된다. 이 경우 경매신청채권자나 소유자나 채무자 또는 다른 이해관계인들이 그 유치권신고의 진정 여부, 성립 요건인 점유 여부 그리고 피담보채권액 등을 확정하기 위하여, 유치권 신고자를 상대로 유치권부존재확인 소송을 제기할 경우, 그 본안소송으로 인하여 경매절차는 정지될 것이고, 비록 이 소송에서 경매신청채권자

가 승소를 한다고 하더라도 승소확정에 이르기까지는 1년에서 2년 정도 소요될 것인 바, 그 경매지연기간 만큼 경매신청채권자는 배당받을 수 있는 시기가 늦어짐으로 인하여 신속한 권리구제에 방해를 받는 등 손실이 발생할 것이다.⁴¹⁵⁾

물론 유치권의 부담이 있는 소유권을 취득한 자는 자신의 권리를 구제받을 방법을 갖고 있다. 경매절차를 통해서 부동산소유권을 취득한 경우에 매각물건명세서에 유치권이 기재되어 있지 않았고 이로 인해서 매수인이 손해를 입게 될 것이라면 매수인은 민사집행법 제121조의 제5호 또는 제6호를 근거로 매각허가에 대한 이의를 신청하거나 매각허가결정의 취소신청을 할 수 있을 것이다.⁴¹⁶⁾ 그러나 이의신청은 매각허가결정이 내려지기 전에, 매각허가결정취소신청은 매각대금을 완납하기 전에 이루어져야한다. 따라서 경락인이 이미 매각대금을 완납한 경우에는 이러한 이의신청이나 취소신청을 할 수가 없다. 다만 매수인이 매각대금을 완납한 경우에는 민법 제578조에 의해서 계약을 해제할 수 있을 것이다.⁴¹⁷⁾ 그러나 매수인에 대한 매각결정이 나거나 확정된 후에도 유치권 신고가 있는 경우, 그 매수인이 매각결정이후에도 계속 법원에 출입하면서 관심 있게 당해 사건에 대한 문건접수상황 등을 파악하지 않는 한 유치권이 신고 된 사실 자체를 매수인은 통상은 알 수 없다는 것이 현실이다. 그렇다고 집행법원에게 이들 매수인에게 유치권 신고가 있었음을 고지해야한다는 규정도 없다.

(2) 매수 희망자의 범위 축소와 공정한 입찰참여 방해

매각대금이 고액인 경우 대부분은 금융기관으로부터 매각대금 중 일부를 대출받아 매각대금을 납부하고 대신에 대금완납일자로 제1순위의 근저당권을 그 금융기관 명의로 설정하는 경우가 흔한데, 이때 금융기관에서는 유치권신고가 있는

415) 실무에서는 유치권부존재확인 소제기를 사유로 경매절차가 정지되는 경우에도 대법원에서는 경매신청일로부터 2년 내에 경매절차를 종료시키도록 유도하고 있으므로 유치권관련 소송이 1년이상 진행되고 있어도 경매절차는 그 확정까지를 기다리지 않고 진행된다.

416) 대법원 2001.8.22. 선고 2001마2652 결정; 대법원 1998.8.24. 98마1031 결정; 대법원 2003.12.30. 2002마1208 결정.

417) 권윤직(편집대표), 「민법주해 (XIV), 채권(7)」, 박영사, 2006, 465면; 박준서(편집대표), 「주식민법 채권각칙(3)」, 한국사법행정학회, 1999, 134-135면. 대항력있는 임대차의 존재에 대해서 경락인이 이를 알지 못한 경우에 경매라는 계약을 해제할 수 있다는 판결(대법원 1996.7.12. 선고 96다7106 판결; 서울고법 1986.12.5. 86나2563 제9민사부 판결; 인천지법 1998.4.1. 선고 97가합19461 판결)을 고려한다면 경락인이 유치권의 존재를 알지 못한 경우에도 경락인은 경매계약을 해제할 수 있을 것이다.

경매목적물을 매수한 자에게 유치권 포기서를 유치권자로부터 받아내어 제출할 것을 요구하고 있으므로 유치권 포기서를 받을 수 없는 매수인은 매수대금 전액을 현금으로 내야하는 문제점이 생긴다. 따라서 유치권이 신고된 경매물건을 매수하려는 자는 매각대금 전부를 현금으로 준비할 수 있는 사람으로 국한시키는 것이고, 반면 소유자 등과의 통모로 유치권을 허위 또는 과장하여 신고한자인 경우는 유치권 포기서를 쉽게 확보할 수 있기 때문에 금융기관의 대출을 받는데 어려움이 없을 것이므로 그 신고자만이 단독 입찰하여 타인에 대한 입찰은 배제될 가능성이 높다. 따라서 공정한 입찰참여를 방해하게 된다.

(3) 유치권의 악용

사실상 경매절차의 매수인은 유치권자에게 유치권에 의해서 담보되는 채권을 변제하지 않으면 소유권을 취득하더라도 그 목적물을 사용·수익할 수 없기 때문에 매각절차에서 유치권의 신고가 있거나 집행관의 현황조사를 통해서 매각물건명세서에 유치권의 존재가 기재된다면 매각목적물의 매수가격은 상당부분 하락할 수밖에 없다. 또한 유치권자가 주장하는 피담보채권액은 매각물건명세서에 기재된 내용에 구속되는 것도 아니어서 입찰자는 유치권의 부담이 있는 물건에 대한 입찰을 꺼리거나 낮은 가격에 입찰한다. 바로 이러한 점을 오히려 악용하여 채무자 등은 저가로 입찰가격이 떨어질 때까지 기다렸다가 친척이나 지인 등 제3자를 내세워 저가에 응찰하기도 할 것이고, 이렇게 유찰을 거듭한 끝에 최저매각가격이 경매신청(압류)채권자의 채권에 우선하는 부동산상의 우선부담과 집행비용을 제하고 나면 남은 돈이 없게 되면 집행법원은 민사집행법 제102조(무잉여)에 의한 매각절차 자체를 취소하여야 하므로 이를 채무자 등이 악용하는 경우도 있을 것으로 본다.

한편, 예를 들어 자신의 소유물에 대해서 강제집행 절차가 개시될 것을 예상한 소유자는 공사도급계약을 허위로 체결하여 수급인이 유치권을 행사하도록 하여(418) 매수가격을 낮출 수 있다. 이 과정에서 경매브로커가 개입하게 된다. 경매

418) 하급심 판결에서는 경매개시를 앞두고 소유자가 공사도급계약을 체결하고 수급인이 보수청구권을 담보하기 위해서 유치권을 주장하는 것이 신의칙에 반한다고 결정하기도 하였다(대전고등법원 2004.1.15. 선

브로커인 법률사무소나 경매업체는 입찰가격을 낮춘 후에 그 건물을 매수하여 이를 더 비싸게 매도하기도 한다.⁴¹⁹⁾

한편, 전술한 이 논문 제2장 제2절의 사례3.은 제3자가 채무자 등과 통모하여 경매가격의 하락을 이끌어 이득을 취하고자 했던 것으로 유치권의 남용과 악용의 문제가 드러난 전형적인 사례라 볼 수 있다. 또한 이 논문 제2장 제3절의 형사사건의 유형에서는 경매에서 유치권 관련 사기사건과 경매방해사건이 압도적으로 많은 부분을 차지하고 있다는 점도 언급하였다. 이와 같이 경매절차를 방해하기 위한 것이 아니라 경락인으로부터 이득을 얻기 위해서 유치권이 악용되기도 하는데, 예를 들어 경매절차에 있는 부동산에 대해서 유치권 신고를 하지 않고 있다⁴²⁰⁾ 매각허가결정이 내려지면 경락인에게 고액의 유치권을 주장하는 것이다. 물론 유치권에 의해서 담보되는 피담보채권의 액수가 실제보다 지나치게 과장되었거나 유치권의 존재가 허위라는 것이 분명하다면 경락인은 민사집행법 제136조 제1항의 규정에도 불구하고 부동산 인도명령을 신청할 수 있을 것이다. 그러나 유치권의 존재를 이유로 인도명령신청이 기각되면 경락인은 소유권에 기한 부동산인도청구소송을 제기하게 되고,⁴²¹⁾ 이 과정에서 유치권의 존부가 가려질 수도 있겠으나, 재판기간이 길어지게 되면 매수인은 부동산이 인도되기 전에는 목적물의 사용·수익을 통해서 투하한 자본을 회수할 수 없기 때문에 매수인에게는 큰 부담이 될 수밖에 없다. 또한 매수인이 완전히 승소하리라는 보장도 없다. 이러한 경우에 매수인은 비록 채권액이나 유치권의 존재가 의심스럽더라도 유치권을 주장하는 자와 타협을 시도하게 되고, 이를 이용하여 유치권을 주장하는 자가 부당한 이득을 취하기도 한다.

이렇게 경매절차에서 유치권이 경락인으로부터 부당한 이익을 취하기 위한 목적으로 활용될 수 있는 것은 경락인과 같은 부동산소유권의 양수인에게 불측의 손해를 줄 수 있다는 점 때문이다. 즉 유치권은 공시되지 않을 뿐만 아니라 공시되지 않더라도 경매에 의해서 소멸하지 않고 경락인이 유치권의 부담을 인수하

고 2002나5475 판결).

419) 유치권 주장 때문에 번번이 유찰되어 감정가의 절반 이하에 낙찰되는 경우도 있다(홍수용, "경매시장 가짜 유치권 횡행", (매일경제 2002. 2. 2자).

420) 유치권자가 유치권을 신고하는 경우에는 입찰자들이 유치권의 존재를 매수가격에 반영시킬 것이다.

421) 인도명령신청에 대한 재판은 소유권에 기한 인도청구권의 존부에 관하여 기판력을 갖지 아니한다(대법원 1981.12.8. 선고 80다2821 판결).

기 때문이다.⁴²²⁾

(4) 매각 후 소송으로 인한 명도지연

유치권이 정당한 것인지 또는 매수인에게도 대항력이 있는 것인지를 불문하고 매수인이 대금을 완납한 후에도 유치권자가 매수인에게 경매부동산에 대한 유치권을 내세워 그 인도를 거부할 경우는 매수인으로서의 유치권의 피담보채권을 변제하거나 속절없이 부동산인도명령이나 명도소송을 제기하는 수밖에 없다. 이런 명도소송은 최소 6개월 이상 소요되기 때문에 낙찰자에게는 큰 부담이 아닐 수 없고, 일반인들이 이런 명도소송까지를 감수하면서 매수하는 예는 드물 것이므로 유치권신고가 된 경매부동산은 매수를 꺼리게 되고 자연히 유찰을 거듭하여 가격하락으로 이어진다.

2. 현황조사와 유치 목적물 평가의 문제점

(1) 현황조사의 형식화와 매각물건명세서의 공신력 불인정

유치권은 점유만으로 공시되고 등기부에 의한 공시는 없기 때문에 매수를 희망하는 일반인들에게는 부동산에 관한 점유현황을 보다 적극적으로 파악하여 상세히 알려 줘야할 필요성이 크다.

법원은 경매개시결정을 한 뒤에 바로⁴²³⁾ 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차입 또는 보증금의 액수 그 밖의 현황에 관하여 조사하도록 명하는데(민사집행법 제85조 제1항), 이것을 일반적으로 현황조사명령이라 부르고, 현황조사명령의 성질은 결정이며, 집행법원이 집행관에게 내리는 직무명령이다.⁴²⁴⁾ 현황조사에 있어서 조사할 사항은 1) 부동산의 현상 및 점유관계⁴²⁵⁾, 2) 차입 또는 보증금의 액수⁴²⁶⁾, 3) 그 밖의 현

422) 김영두, 전제논문, 212면.

423) 법원 실무규정에는 경매개시결정 등기축탁과 동시에 혹은 그 이후 조사명령을 내리는데 임의경매에 있어서는 개시결정일로부터 3일 안에, 강제경매에 있어서는 등기필증 접수일로부터 3일 안에 조사기간은 2주로 하여 조사명령을 내리도록 하고 있다(2004. 8. 24. 재판예규 제968호). 그러나 현재는 경매기입등기축탁을 전산으로 바로 하고 있어서 이때 동시에 현황이나 감정평가명령도 하고 있다.

424) 법원행정처, 전제 「법원실무제요II」, 125면.

황이다(민사집행법 제85조 제1항). 그러나 여기서 제시한 것은 예시에 불과하고 매각 조건의 결정, 최저매각가격의 결정 및 인도명령의 허부의 판단 등을 함께 필요한 부동산에 관한 사실관계 및 권리관계 전반에 걸친 것이 곧 여기서 말하는 현황으로서 모두 본조의 조사할 사항에 속한다 할 것이다.

집행관은 현황을 조사한 후 현황조사보고서를 2주안에 집행법원에 제출하여야 한다(민사집행규칙 제46조 제1항, 송민 91-5). 현황조사시 현황과 등기부상 표시가 현저히 다른 경우에는 관계인의 진술을 청취하여 그 내용을 현황조사보고서에 기재하고, 집행관의 의견을 부기하며, 대상 부동산에 부합물, 중물, 구성부분이 경매·입찰 목적물의 감정평가에 중대한 영향을 미칠 경우에는 이를 현황조사보고서에 적어야 한다(송민 97-8). 현황조사의 대상이 주택인 경우에 임대차관계의 확인을 위하여 경매·입찰 목적물 소재지에 주민등록 전입신고 된 세대주 전원에 대한 주민등록 등·초본을 발급 받고, 임대차계약서 사본도 가능한 취득하여 현황조사보고서에 붙여야 한다(송민 97-8). 법원은 현황조사보고서의 사본을 매각물건명세서 및 평가서의 사본과 함께 비치하여 누구든지 볼 수 있도록 하여야 한다(동 규칙 제55조 본문). 현황조사보고서를 미리 비치하는 것은 매수신고를 희망하는 사람에게 충분한 열람의 기회를 부여하기 위한 것이며, 매각기일의 1주전부터 매각실기일까지 계속하여 비치하여야 한다.⁴²⁷⁾ 그런데 이러한 현황조사보고서는 위 1) 부동산의 현상 및 점유관계를 조사할 것을 규정하고 있으나, 점유자는 주로 임차인을 의식하고 작성한 것으로⁴²⁸⁾ 주택·상가임차인의 임대차 현황조사에 필요한 점유관계 조사에 관하여는 자세히 언급⁴²⁹⁾하면서 유치권 등 기타 점유관계에 관하여는 언급조차 하지 않고 있다. 임차권은 소액이고, 주로 서민에 대한 주거안정 차원에서 특별히 보호하기 위해서, 또는 가장 임차권을 배제하기 위해서도 상세한 조사가 필요하나, 유치권은 그 액면이 크고 유치권유무에 따라 경매절차 이해관계인의 배당액이 달라지는 등 경매절차에 미치는 영향이 크

425) 부동산의 위치 및 현상, 부동산의 내부구조 및 사용용도 등과 부동산의 점유자와 점유권원, 여기에서 점유자의 점유권원의 유무 또는 매수인에게 대항할 수 있는 여부는 가리지 않는다.

426) 임차목적물, 임차인, 임차내용(보증금, 전세금 임대차기간 등), 주민등록전입 여부 및 그 일자, 일자확정 여부 및 그 일자 등.

427) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 131면.

428) 법원행정처, 상게서, 161-162면.

429) 주택인 경우 임대차관계의 확인을 위하여 전입신고 된 세대주 전원에 대한 주민등록등·초본과 임대차계약서 사본도 같이 첨부하도록 하고 (대법원 송민 97-8) 있는 등 임대차관련해서는 그 지시사항을 구체적으로 특정까지 하고 있다.

므로 유치권의 유무는 경매에서 중요한 만큼 유치권을 파악하기 위한 노력은 한층 강화되어야 하는데도 불구하고, 현행 현황조사명령 제도는 유치권 파악을 위한 고려를 하지 않고 있다.⁴³⁰⁾

이와 같이 우리 민사집행법의 규정 자체는 일본의 집행법과 같이 잘 정비되어 있으나, 그 현실적인 운용에 있어서는 여러 가지 부족한 점이 발견된다. 몇 가지 예를 들면, 이 논문 제2장 제2절의 사례1.과 같이 집행관이 작성, 보고한 현황조사서의 부동산의 현황 및 점유관계 조사서에는 “본건 부동산 모두 D종합건설주식회사에서 본건 단독주택 건축 공사 대금 중 미수금(금 429,250,500원)을 받지 못하여, 2009. 4. 24부터 기호1 지상 제시건물 “나, 마”에 현황조사보고서 사진과 같이 현수막을 걸고, 직원을 상주시켜 유치권 행사 중이라고 위 회사 관리이사 E는 진술 함.” 이라고 기재된 경우처럼, 통상, 유치권자 같은 경우에는 당해 매각 부동산에 “유치권 행사 중”이라는 표시를 해두는 경우가 많은데, 이를 집행관이 사진으로 촬영하여 보고하기도 하고 유치권라고 주장하는 이의 진술을 받아 보고서에 기재하기도 하지만, 실제 작성, 제출되는 현황조사보고서를 보면 점유부분을 전혀 특정하지 않고 점유자들의 이름만 나열한 정도의 것도 실제 많이 눈에 띈다. 또한 이 논문 제2장 제2절의 사례2.와 같이, 현황조사시 점유자를 만날 수 없는 경우에는 대부분 현황조사서의 부동산의 현황 및 점유관계 조사서에는, “본건 연립주택에 대한 점유 관계를 확인하기 위하여 2회에 걸쳐 출장하였으나 계속 폐문 상태로 점유자를 만날 수 없었고, 인근에 탐문하였으나, 점유 관계를 확인할 수 없음” 또는 “점유관계 불명확함” 이란 정도의 기재만 하고 있을 뿐, 인근에 누구를 탐문 했는지, 그 탐문방법은 어떤 방식이었는지 등에 관한 상세한 기재는 없는 형편이다. 이 사례를 통해서 알 수 있듯이 야간이나 공휴일에 현황조사를 한 예도 거의 보이지 않으며 목적부동산을 두 번 정도 방문하여 점유자를 만날 수 없으면 건물외부의 사진만 1장정도 찍어 점유관계를 알 수 없다고 하는 등 불성실한 내용의 현황조사보고서도 왕왕 제출되고 있는 실정이다.⁴³¹⁾ 이처럼 부실하고 형식적으로 작성되어 집행법원에 보고된 현황조사보고서의 기

430) 김기찬, 전제논문, 145면.

431) 김상균, “일본 민사집행법상의 부동산매각방법과 우리나라 부동산경매제도의 개선점”, 「재판자료: 외국 사법연수논집(12)」 제66집, 법원도서관, 1994. 12, 680면.

재사항은 집행법원의 매각명령시 작성하는 매각물건명세서에 거의 그대로 기재하여 법원에 비치하고, 동시에 인터넷 대법원 경매사이트에 게재하여 일반 매수 희망자들에게 공시하고 있다. (민사집행법 제105조 제2항)

그러나 부동산현황조사는 입찰대상 부동산의 현황을 되도록 정확히 파악하여 일반인에게 그 현황과 권리관계를 공시함으로써 매수 희망자가 입찰대상 물건에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 있게 하여 예측하지 못한 손해를 입는 것을 방지하고자 함에 있고,⁴³²⁾매각물건명세서는 매수희망자들에게 사려는 부동산에 관한 정확한 정보를 제공함으로써 예측하지 못한 손해를 입는 것을 방지하고 매각에의 참여를 유도하여 강제집행제도의 기능을 제고시키려는 것인데도,⁴³³⁾ 집행관이 잘못 조사하여 현황조사서에 기재가 누락되어 권리행사를 하지 못하여 손해가 발생하였다 하더라도 그 손해가 집행관의 직무잘못과 상당인과관계가 있다고 할 수 없다는 것이 대법원 판례⁴³⁴⁾의 입장이다. 또한 매각물건명세표는 법원의 인식을 기재한 서면에 지나지 아니한 것으로서 그 작성은 사실행위에 속하고 그에 의하여 매각 조건이 결정되거나 실체법상의 권리관계에 영향을 미치는 것이 아니며 공신력이 인정되는 것도 아니라고 한다.⁴³⁵⁾

(2) 유치 목적물 평가의 미비

집행법원은 감정인⁴³⁶⁾으로 하여금 경매 목적물을 평가하게 하고 그 평가액을 참작하여 최저매각가격을 정하고 있다⁴³⁷⁾(민사집행법 제97조 제1항). 그리고 이러한 감정평가는 최저매각가격을 결정하기 위하여 경매목적물과 그 부합물·종물 등의 가격과 매수인이 인수할 각종 부담의 금전의 가액을 평가하는 활동으

432) 대법원 2004. 11. 9.자 2004마94 결정.

433) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 150면.

434) 대법원 2008. 11.13. 선고 2008다43976 판결.

435) 대법원 1994. 1.15. 고지 93마1601 결정; 대법원 2000. 2.16. 고지 98마2837 결정.

436) 감정인은 감정인 선정 전산프로그램에 따라(송일 92-2) 감정평가사를 감정인으로 선정함을 원칙으로 하며 이때 감정인의 지위는 집행법원의 집행보조자이다(법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 137면).

437) 그러나 집행법원은 감정인의 평가액에 구속되지 않고 그 밖의 일체의 사정을 참작하여 합리적인 이유가 있을 때는 평가액을 처음부터 증감한 가격으로 최저매각가격을 결정할 수 있다. 그러나 실무에서는 원칙적으로 감정인의 평가액을 그대로 최저매각가격으로 정하고 있음이 통례이다(법원행정처, 상계서, 158면 참조).

로,⁴³⁸⁾ 집행절차의 적정화를 기하기 위해서는 무엇보다도 적정한 가격에 의한 매각의 실현이 필요하다. 또한 일반매매와 달리 매수대금의 지급, 부동산의 인도 등에서 불리한 요소가 있을 수밖에 없는 집행목적부동산의 적정한 평가는 이러한 여러 가지 요소를 종합적으로 분석한 바탕 위에 이루어져야 한다.

이러한 감정평가업자의 부실감정으로 인하여 손해를 입게 된 감정평가의뢰인이나 선의의 제3자는 토지평가법상의 손해배상책임과 민법상의 불법행위로 인한 손해배상책임을 함께 물을 수 있다.⁴³⁹⁾

유치 목적물에 대한 감정평가와 관련하여 현재 실무 실태를 살펴보면, 매수인이 인수하게 되는 부동산상의 부담은 매각부동산의 가격을 감액하게 하는 요인이 되므로 마땅히 이를 평가하여 감정가에 반영할 수 있어야 함에도 현재 경매법원에 제출되는 감정평가서는 그렇지 못하다. 즉 경매절차에서 성립순위에 따라 우선배당을 받을 권리(민사집행법 제91조 제2,3항)는 배당받은 후 소멸하므로 평가를 하지 않으며, 경매목적 부동산에 지상권이 존재할 경우 매수인이 매수토지의 사용가치를 향유할 수 없음으로 이로 인한 손해액 상당은 감액하게 된다.⁴⁴⁰⁾ 그러면 유치권도 이를 평가하여 감액하여야 할 것이다. 그런데 현재 경매실무에서는 유치권은 피담보 채권액이 얼마인지를 확정하기 곤란하므로 매각물건명세서에 유치권의 유무만 표시하고, 부동산 평가액에 대한 감액은 하지 않고 있고,⁴⁴¹⁾ 감정인은 일반적으로 매각으로 인수되거나 소멸하는 권리관계를 고려하지 아니하고 경매부동산 그 자체의 가격만을 평가하고 있고⁴⁴²⁾, 경매법원도 이를 그대로 최저매각가격으로 정하고 있는 실정이다. 또한 판례도 “부동산경매에 있어 그 목적물의 가격을 감정할 때 그 부동산 위에 부담이 있는 임차보증금을 공제하고 최저경매가격을 결정한다고 함은 원심의 독단에 불과하고 기록상 그런 사정을 수긍할 만한 아무런 자료를 찾을 수 없다. 경매실무에 있어 경매목적 부동산에 관한 임대차 여부를 조사하고 그 유무를 경매공고에 표시하도록 한 취지는 경매인에게 그런 사유를 알리고 또 응찰 가액을 정함에 있어 참고하라는 뜻에 지나지 않는다는 것으로 임

438) 박시환, “입찰희망자에 대한 정보제공의 충실화”, 「부동산 입찰제도」, 법원행정처, 1997, 22면.

439) 대법원 1998.9.22. 선고 97다36293 판결; 대법원 1999. 5.25. 선고 98다56416 판결 등.

440) 대법원 1991.12. 27. 고지 91마 608 결정.

441) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 154-156면.

442) 박시환, 전계논문, 42면.

대보증금을 공제하고 경매목적 부동산의 가가를 평가한다고 볼 수 없다.”라고 판시⁴⁴³⁾하여 경매실무의 입장을 지지하고 있다.

그 근거로, 법원은 감정인에게 부동산을 평가하게 하고 그 평가액을 참작하여 최저매각가격을 정하면 되므로(민사집행법 제97조 제1항), 감정인은 부동산의 시가와 민사집행규칙 제51조 제1항 각호에 기재된 사항을 참작하여 감정하면 될 뿐이고, 유치권 등의 사적 제한 규정은 민사집행규칙 제51조 제1항 각호⁴⁴⁴⁾에 당연히 해당하는 것이 아니고, 단지 제8호의 ‘그 밖에 법원이 명한 사항’에 해당될 때만 감정하면 되는 것이라고 한다.⁴⁴⁵⁾

또한 경매부동산상의 제 부담을 감안하지 않고 시가에서 적당히 감액한 액수로 산출한 감정평가서가 제출되어도, 대부분의 집행법원이 그에 기하여 바로 평가액과 동일한 액수의 최저매각가격을 정하게 되므로 결국, 경매부동산상의 제 부담을 감안하지 않은 목적물 가액, 즉 실제부동산의 가치보다 높은 가격으로 최저매각가격이 정해지기 쉽고, 따라서 유찰 후에는 최저매각가격을 20% 내지 30% 정도 대폭 저감하지 않으면 안 되기 때문에 법원의 경매절차가 국민들로부터 신뢰를 잃게 되는 요인의 하나로 작용하기도 한다.⁴⁴⁶⁾

이와 같이 대체로 감정인들은 경매부동산의 시가에 경매목적물이라는 일반적인 감가요인만을 감안하여 평가하고 있는 듯하고, 평가 작업을 할 때 집행관과 경매목적물에 대한 의견을 교환한다든지 점유상황이나 훼손상태를 확인하거나 채무자에 대하여 질문권, 문서제시권 등을 행사하여 감정에 임하는 예는 거의 찾아 볼 수 없다. 그리고 유치권이 부동산 자체의 가치를 저감시키는 요인은 아니지만, 매각대상 부동산에 관련하여 발생되고, 인수되는 권리로서, 유치권이 해결되지 않고서는 부동산의 매수인이 부동산을 이용할 수 없으므로, 평가액을 직접 저감하지는 않는다고 하더라도 유치권의 유무, 유치권으로 담보하는 채권액 등에 대하여 관련자들로부터 증빙자료를 확보하여 평가서에 이를 반영함으로써 이해 당사자들에게 제공하는 등의 조치가 필요한데 이에 대한 조사조차 미비한 실정이다.⁴⁴⁷⁾

443) 대법원 1985.5.28. 선고 84다카1490 판결.

444) 민사집행규칙 제51조 제1항.

445) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 154면.

446) 김상균, 전계논문, 682-683면.

3. 유치권 공시와 점유의 불완전성

(1) 등기되지 않는 권리인 점

우리 민법은 동산물권은 점유로써 공시하고 부동산 물권은 등기로써 공시하고 있는데, 부동산 물권인 유치권인 경우 등기를 공시방법으로 하지 않고 동산의 공시방법인 점유를 그 공시방법으로 하고 있기 때문에, 부동산 유치권은 우리 물권법체계에 맞지 않는 기이한 물권이라고 할 수 있다.⁴⁴⁷⁾ 또한 민법 제328조는 점유의 상실로 인하여 유치권은 소멸한다고 규정함으로써 점유는 유치권의 성립요건임과 동시에 존속요건이다. 한편, 부동산등기법 제2조는 유치권은 등기할 권리가 아님을 명백히 하고 있다. 결국, 유치권자가 목적물을 계속 점유하다가도 어느 시점에서 그 점유를 상실해버리면 유치권은 소멸하게 되는데, 그 점유의 이전 상황은 수시로 변할 수 있는 것이어서 등기를 했다 해도 점유를 상실하는 순간, 그 유치권 등기는 등기의 공신력을 부정하는 우리 법제 하에서는 이미 무효인 등기가 되는 셈이다. 이런 어려움 때문에 물권이지만 등기를 할 수 없는 권리로 부동산등기법 제2조는 점유권과 유치권을 규정하고 있는 것으로 보인다. 그러나 문제는 타 담보물권은 등기부 등본에 의하여 세상에 공시가 되어 피담보채권액 등 그 존부를 알 수 있으나, 부동산 유치권은 부동산등기부에 기입되지 않고 점유라는 불완전한 공시방법으로 성립하는 권리로 그 부동산에 유치권으로서 적법하게 성립하고 있는지 여부도 명확하지도 않고, 등기를 요하지 않는 또 다른 권리인 점유권과는 달리 매수인이 피담보채권에 대한 책임을 지도록 하고 있다는 점이다.

한편 유치권의 공시방법인 점유에 대하여 점유하고 있다는 사실 그 자체에 법이 너무 과중된 힘을 부여하고 있다는 지적도 있다. 즉 매수인이 유치권자에게 그의 피담보채권을 '변제할 책임이 있다'는 의미에 관하여 판례는 유치권자는 매수인에 대하여 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다."고 하여

447) 김기찬, 전계논문, 147-148면.

448) 같은 취지: 김재형, 전계논문, 277면.

물적 책임설의 입장을 취하고 있고,⁴⁴⁹⁾ "매수인은 유치권자에 대하여 변제하지 아니하면 경매의 목적물의 명도를 청구할 수 없다."고 판시⁴⁵⁰⁾하여 매수인에게 매각대금을 납부하는 이외에 별도로 유치권의 피담보채권 전액을 유치권자에게 변제할 것을 사실상 강제하고 있다면서, 이러한 해석은 유치권의 점유에 무한대의 권능을 부여하는 것으로 유치권의 점유에 절대성을 인정하는 잘못된 도그마에 사로잡힌 부당한 해석이라는 견해⁴⁵¹⁾가 그것이다. 즉 양수인이나 매수인은 채무자의 인적 채무까지를 인수하지 않는다고 하지만 매수인이 아닌 제3자라도 누군가는 그 채무를 변제하지 않으면 유치목적물의 인도를 요구할 수 없다고 한다면, 채권양도를 받은 바도 없고 채무인수를 한 바도 없는 자가 자기책임의 원칙을 벗어난 변제의 강요를 받게 되어 심히 부당하다고 하지 않을 수 없다는 것이다.

(2) 점유의 추상성과 지속성의 문제

유치권에 있어서 점유하고 있는지의 판단은 '사실상의 지배'의 정도 및 범위를 잣대로 하여 비로소 점유 여부가 판단되므로, 점유의 개념은 고도로 관념화되어 추상적이다. 그럼에도 불구하고 점유방법이 특정되어 있지 않아서 법률전문가가 아닌 일반 이해당사자가 부동산경매에서 유치권을 주장하는 자의 점유의 개념 즉, 방법을 이해하고, 점유의 성립여부를 판단하여 법률행위를 하기를 기대한다는 것은 무척 어려운 것이라고 할 것이다. 더욱이 현실적인 문제로 공사현장이 넓은 경우에는 부동산 점유가 있는지 여부를 판별하는 것도 문제이고, 또 당해 목적물이 경매신청이 될 때까지는 이미 많은 시일이 지난 상태에서 매수인에게 유치권으로 담보하는 채권을 변제받을 때까지 점유를 지속하면서 기다린다는 것은 유치권자에게 이중의 고통을 안겨주고, 변제받을 때까지 기다리지 못하는 유치권자는 유치권을 포기할 수밖에 없다. 즉, 유치권자가 경매부동산에 대한 유치권의 행사를 위해서 부동산의 점유를 계속한다는 것은 사실상 어렵다.⁴⁵²⁾ 또한

449) 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

450) 대법원 1973. 1. 30. 선고 72다1339 판결.

451) 오시영, 전제논문 "부동산유치권의 한계와 입법적 검토", 189면.

452) 김상용, "담보물권제도의 과제", 「민사법학」 제9·10호, 한국민사법학회, 1993. 7, 454면

유치권의 성립시기인 점유의 이전과 그 시작된 시기도 구체적으로 증명할 수 있는 방법도 별로 없어 보인다. 경매 실무상으로는 통상 유치목적 건물등에 '현재 유치권 행사 중'이란 현수막을 걸어 놓고 그 사진 등을 첨부하여 경매 실무담당자에게 제출하기도 한다. 그러나 그 진위여부 등에 대해선 알 수가 없다. 심지어는 유치권이 행사된 경매부동산은 매각까지 기간 및 매각 후 인도절차에 수년이 걸리면서 폐허화·슬럼화되는 경우가 많고 이런 까닭에 유치권 신고가 있는 경매 부동산은 일반인들이 응찰하기를 꺼리게 되고 그런 현상은 자연히 가격폭락으로 이어지곤 한다.

이러한 유치권의 신고의무를 포함한 공시에 관한 부분이 부동산경매절차에서 가장 결정적으로 해결하여야 할 문제점이라고 할 수 있다.⁴⁵³⁾ 그러므로 경매절차에서 유치권에 관한 연구를 하는 학자들은 그 해결의 방법으로 유치권도 등기를 할 수 있도록 법률을 개정하자는 주장이 제기되기도 한다.⁴⁵⁴⁾

4. 유치권의 인수주의 채택의 문제점

부동산경매에서 매각으로 타 담보물건은 소멸하는데, 유치권도 담보물권임에도 불구하고 부동산위의 부담이 소멸하지 않고 매수인이 인수하도록 한 것은 우리 법리상 맞지 않다. 유치권에 관하여 독일에서의 유치권은 채권적인 이행거절권능으로 구성되어 있기 때문에(독일 민법 제273조), 우리 민법과는 많은 차이가 있다. 유치권을 담보물권으로 규정하고 있는 입법례를 보면, 프랑스(프랑스 민법 제2286조)와 일본(일본 민법 제295조)에서는 부동산에 대해서도 유치권을 인정하고 있으나, 스위스(스위스 민법 제895조)에서는 부동산에 대하여 유치권을 인정하지 않고 있다.⁴⁵⁵⁾ 프랑스나 일본의 경우에는 부동산 물권변동에 관하여 의사주의를 채택하고 있으므로, 부동산 유치권 문제가 반드시 우리나라와 동일한 평면에 있는 것은 아니다.⁴⁵⁶⁾

453) 강희숙, 전계논문, 165면.

454) 오시영, 전계 "부동산 유치권 강제집행에 관한 문제점과 입법론적 고찰", 3면.

455) 이에 관한 비교법적 고찰에 관해서는 이동진, "물권적 유치권의 정당성과 그 한계", 「민사법학」 제 49-1호, 2010. 6, 54면 이하 참조.

456) 김재형, 전계논문, 348면.

민사집행법 제91조 제5항은 유치권에 관하여 이른바 인수주의를 채택한 것으로 유치권의 폐해가 드러나는 대표적인 조항으로 비판⁴⁵⁷⁾을 받고 있다. 부동산에 대한 저당권자들의 권리를 침해할 뿐만 아니라 매수인의 지위도 지나치게 불안정하게 된다. 즉 민사집행법은 원칙적으로 소멸주의를 택한 결과 부동산 위의 모든 부담은 소멸되고 매수인은 완전한 소유권을 취득하는데 반해, 유치권은 인수주의를 적용한 결과 민사집행법 제91조 제5항에 따라 매수인은 유치권으로 담보되는 채권을 변제해야만 매수물건을 인도 받을 수 있게 되어 결국 유치권은 우선변제적 효력이 있다할 것이고, 이 규정의 법률적 성질에 대하여는 매수인이 인적책임을 지는 것이 아니라 물적책임을 질 뿐이라는 것이 통설이자 판례의 입장이다. 그러나 물적책임설에 의하더라도 매수인은 사실상 유치권자에게 피담보채권의 변제책임을 지게 되어 결과적으로는 사실상 인수주의라고 할 수 있다. 대표적 담보물권인 저당권은 경매의 경우 배당을 받지 못하더라도 모두 소멸주의 취하고 있고, 압류채권자에게 대항할 수 없는 용익권도 매각으로 소멸하도록 하면서, 예외적으로 대항력 있는 용익권에 한하여 매수인이 인수하도록 하고 있다, 약정담보물권인가 아니면 법정담보물권인가의 차이를 제외하고는 담보물권이라는 점에서 동일한데도 저당권을 소멸주의, 유치권은 사실상 인수주의를 취하는 정당한 근거를 이론적으로 설명하기는 어렵다. 그리고 같은 조 제5항에서 부동산 유치권에 대하여는 언제나 인수주의를 취하는 것으로 규정하였다.

5. 유치권에 의한 경매의 실효성

(1) 실효

민법은 유치권의 효력으로서 유치권에 의한 경매신청을 제322조 제1항에서 인정하고 있지만, 법 문언상으로 그 요건에 관하여는 단지, “채권의 변제를 받기 위하여” 라는 것 외에 아무 것도 없다.

이러한 법 규정의 영향인지 유치권자의 경매청구권의 성립요건으로서는 유치

457) 김영두, 전계논문, 213면 이하; 오시영, 전계논문 “부동산유치권의한계와 입법적 검토”, 196면.

권자의 간이변제충당권을 법원에 청구하는 경우에 요구되는 절차적 요건, 즉 “유치권자는 미리 채무자에게 통지하여야 한다.” 라는 제322조 제2항의 단서를 유추 적용해야 한다는 점 외에 다른 성립요건에 관한 논의가 현재로서는 전무한 실정이다.⁴⁵⁸⁾

실제 제주지방법원의 2008년부터 2010년까지의 경매신청 접수건수는 총 5,853건인데 이 중 유치권에 기한 경매신청건수는 1건에 불과했다.⁴⁵⁹⁾ 이러한 현상은 유치권에 기한 경매청구권은 법 현실적 측면에서 이미 사문화되어 있음을 의미하는 것이라고 본다. 또한 우선변제권도 없는 유치권에 기한 경매 신청이 실제 어떠한 기능을 하는지, 법적·제도적 의무가 무엇인지도 의문이다. 이러한 문제점에 대해 대부분 공감하고 있음에도 불구하고 관련 논문은 상당히 부족하며,⁴⁶⁰⁾ 유치권에 의한 경매신청에 관한 판례도 전부하여 결국 유치권에 의한 경매신청의 효용성을 상실했다고 본다.

(2) 문제점

위와 같이 유치권에 의한 경매신청이 법적 효용성과 제도적 기능을 상실하게 된 주된 원인을 다음의 두 가지 측면에서 찾을 수 있다고 본다.

1) 경매신청 성립요건상의 문제

첫째는 실질적 요건(환가의 필요성)의 문제다.

민법은 제322조 제1항에서 유치권자의 경매청구권의 요건을 전혀 규정하지 않고, 단지 “채권의 변제를 받기 위하여 경매청구권을 행사할 수 있다.”라고만 규정

458) 강태성, 「신판 물권법」, 대명출판사, 2004, 900면; 곽윤직, 전게서, 289-290면; 김기선, 전게서, 354-355면; 김중환·김학동, 전게서, 465면; 지원립, 전게서, 734면, 호문혁, 전게서, 306-307면; 김동호, 전게논문, 177면.

459) 유치권자에 의한 경매신청 건수는 법원에서 발간하는 통계자료에는 없어서 필자가 근무하는 제주지방법원의 집행사건번호부여부에 의해 파악한 것이며, 총 경매신청 접수건수는 법원행정처, 「사법연감 《경매사건 종류별 누년비교표-법원별 접수(총괄표)》」, 법원도서관, 2010. 을 참조하였음을 밝힌다.

460) 유치권에 의한 경매신청의 법적 성격에 관한 논문은 이재성, 전게논문 “유치권자가 신청한 경매의 성격”, 17면 이하; 김동호, 전게논문, 163면 이하; 신국미, “유치권자에 의한 경매(민법 제322조)에 관한 의문”, 「재산법연구」 제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008, 73면이하 정도이고, 경매절차와 관련된 논문도 3-4편에 그치고 있는 실정이다.

하고 있는데, 그렇다면 유치권자는 시기와는 상관없이 언제든지 경매를 청구할 수 있는가 하는 점이다. 즉 경매청구권의 실질적 요건으로서 유치권자에게 목적물을 유치하는 것만으로는 미흡하거나 오히려 불이익이 되는 등 경매로 목적물을 유치하는 대신 매각 대금을 보유하는 것이 이익이 된다고 볼만한 사정이 있을 경우에만 허용 되는가 하는 문제이다.

둘째는 시기에 관한 요건의 문제로서 유치권자가 경매신청을 하기 위해서는 유치권이 성립한 후에 채무자로 하여금 변제를 준비하고 실행할 만한 상당한 기간을 주고난 뒤에만 경매할 수 있는 지가 문제 된다.

민법 제322조 제1항의 규정에는 유치권자의 경매청구권 행사에 대한 시기적 제한이 없다. 그러나 유치 목적물은 대체로 피담보채권액에 비해 고액이라는 점 등에 비추어 보면, 유치권이 성립하자마자 경매청구권을 행사한다는 것은 유치권의 본질에 위배된다고 볼 수 있기 때문이다.

셋째, 절차에 관한 요건상의 문제다.

즉 채무자의 다른 담보제공에 의한 유치권소멸청구권(민법 제327조)과 관련하여 절차적으로 채무자에 대한 경매청구권 실행에 관한 통지를 요하는지가 문제 되는 것이다. 유치권자가 경매청구권을 행사함에 있어서 민법이 직접적으로 정한 규정은 없으나, 정당한 이유가 있어서 감정인의 평가에 의하여 유치물로 직접 변제에 충당하는 소위 간이변제충당의 경우에는 미리 채권자에게 통지하도록 하고 있다(민법 제322조 제2항). 따라서 유치권자가 목적물에 대하여 경매청구권을 행사함에 있어서도 간이변제충당권을 행사할 경우와 같이 채무자에 대하여 사전통지를 하여야 하는지 및 그 근거규정이 문제가 되는 바, 학설은 일치하여 간이변제충당에 있어서의 사전통지에 관한 규정을 적용하여야 한다고 주장하면서, 그 이유를 채무자로 하여금 채무를 변제하거나 제327조에 의하여 다른 담보를 제공하여 유치권을 소멸시킬 수 있는 기회를 주어야 하기 때문이라고 설명한다.⁴⁶¹⁾

2) 법 현실적 측면에서의 문제

첫째, 유치권자에게는 유치적 효력과 인도거절 권능은 있어도 우산변제권은 없다. 따라서 유치권에 기한 경매절차를 진행하다가도 다른 담보권자나 집행권원을

461) 강태성, 전게서, 901면; 김중환·김학동, 전게서, 465면; 지원립, 전게서, 734면.

얻은 채권자의 경매신청이 있게 되면, 유치권에 의한 절차는 법률상 당연히 정지되고, 다른 집행채권자 또는 담보권자를 위하여 경매절차를 속행하며(민사집행법 제274조 제2항), 이 경우 선행사건에서 한 현금화 준비 등의 절차는 후행사건에서도 그대로 이용되며, 그러다가 후행사건의 목적물의 교환가치가 채권액에 미달할 경우에는 최저경매가격이 무잉여 상태가 되어, 민사집행법 제102조에 의해 경매가 취소되므로 다시 동법 제274조 제3항에 의하여 유치권에 의한 경매가 속행되더라도 다시 집행권원이나 담보권에 의한 경매가 신청되면 또 다시 유치권자에 의한 경매절차를 정지해야 하는 악순환이 계속되어 사실상 경매에 의한 채권의 만족을 얻기가 어려울 것이다.

또한 유치권에 의한 경매는 실질적 경매인 임의경매나 강제경매처럼 청산형이 아닌 환가형이어서 유치권자는 이 절차에서 현금화한 금전의 교부는 받지만 배당을 받아야 할 채권자에는 해당되지 아니한다. 유치권에 의한 경매의 경우에 소멸주의를 취하는 입장은 배당절차를 인정할 있을 것이나, 인수주의를 취하는 입장에서는 이론상 당연히 배당요구가 인정되지 않기 때문에 배당절차는 있을 수 없다. 다만, 부동산의 매각대금은 절차의 처리상 유치권자인 신청인에게 교부되고, 이를 교부받은 유치권자는 이를 그 소유자인 채무자에게 반환할 채무를 지게 되지만 그것과 자기의 유치물에 대한 피담보채권을 대등액에서 상계할 수 있으므로 실질적으로는 우선변제권이 없는 유치권자가 우선권을 행사한 것과 동일한 상태에 이르게 된다. 반면에 민사집행법 제91조 제2,3,4항의 소멸주의의 적용을 긍정하는 견해의 경우에는 타 담보권자 등 다른 채권자들도 배당요구가 허용되고 순위에 따른 배당을 받게 되므로 부동산위 부담은 소멸하는 것으로 된다.

한편, 광의의 형식적 경매를 청산을 위한 형식적 경매와 현금화를 위한 형식적 경매를 구분하는 견해는 현금화를 위한 형식적 경매의 경우에는 소멸주의가 적용되지 않으므로 배당절차가 필요 없다는 데는 견해가 일치하고 있었다. 이에 따라 현재 법원 실무는 실질적 경매의 경우 일반채권자의 배당요구가 인정되지만 형식적 경매의 절차에서는 원칙적으로 일반 채권자(집행력 있는 정본을 가진 채권자 및 경매개시결정의 등기 후에 가압류를 한 채권자)의 배당요구가 허용되지 아니하는 것으로 하고 있고 부동산위의 부담의 처리도 매수인에게로의 인수주의를 택할 것인지 소멸주의를 택할 것인지에 관한 기존 법원 실무 처리 지침서나

민사집행법 나아가 판례도 명확한 기준을 제시하지 못하고 있었기 때문에 일선에서는 인수주의를 채택하여 진행하여 왔던 것으로 보인다. 따라서 유치권에 의한 경매인 경우 환가형 경매이기 때문에 타 담보권자등에 의한 배당요구가 불허되고 그 부담은 소멸되지 않고 매수인에게로 온전히 인수되는 것으로 처리하기 때문에 비록 매수인에게로 소유권은 이전되었지만 부동산위의 부담은 그대로 남아 있기 때문에 선순위담보권자가 다시 경매에 넣으면 다시 매각절차를 밟아야 하는 구조이다.

반면 유치권자가 경매신청을 하지 않고 다른 담보권자나 집행채권자의 경매신청이 있으면, 유치권자는 가만히 있어도 매수인에 대해서도 목적물의 인도를 거절함으로써 사실상의 우선변제를 받을 수 있는 반면, 오히려 직접 경매신청을 하는 경우에는, 우선변제를 받을 수 없을 뿐만 아니라, 환가된 후에는 목적물에 대한 유치권이 소멸하게 되는 위험까지를 감수하면서 게다가 경매신청을 위하여 비용과 각종 서류까지 첨부하면서 굳이 직접 이를 행사할 실익이 없다는 점에서 신청건수가 극히 저조한 원인이 되고 있다.

그런데 이처럼, 유치권자의 경매청구권을 사문화시킨 현실에 대하여서도 해석론이나 입법론으로 적절한 대책을 강구한 연구 등은 찾아보기 힘든 실정이다.

(3) 소결

이와 같이 유치권에 의한 경매신청에 대한 실효성이 없어진 근본적인 이유는 유치권에 의한 경매에는 우선변제권을 부여하고 있지 않고 있기 때문에 유치권자가 굳이 어려움과 위험성을 감수하려들지 않기 때문이고, 이를 제도적인 측면에서 찾아본다면, 민법 제정 당시에 유치권자의 경매청구권을 명문화하면서도 단지 “채권의 변제를 받기 위하여”라는 애매한 문언을 붙여두었을 뿐 구체적이고 명확하게 요건을 부가하지 못한 데에 1차적인 이유가 있고, 그 후에도 유치권을 단순하게 상대권으로서의 항변권으로만 파악한 나머지 민사집행법을 제정할 때에 매각대금에서 유치권자에게 배당을 실시하지 않고 경매의 매수인에게 변제의 책임을 지우도록 입법함과 아울러(민사집행법 제91조 제5항) 유치권에 의한 경매를 단순한 환가절차로 규정하는 입법을 하게 된 데에(민사집행법 제274조 제2항,

제3항) 후속적인 이유가 있다고 본다.

이와 같은 측면에서 볼 때, 대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정은 유치권에 기한 경매절차에서의 배당요구와 목적물상의 부담의 처리에 관한 획기적인 기준을 제시했다고 본다. 이에 의하면, 유치권에 기한 경매절차에서도 타 일반채권자들의 배당요구가 허용되며 유치권자도 일반 채권자와 같은 순위로 배당하며 부동산위의 부담은 원칙적으로 소멸주의가 적용된다고 판시하였기 때문이다. 따라서 이제 유치권에 의한 경매절차도 구체적이고 명확한 처리지침이 정해져야 할 때라고 생각되므로 이에 대한 개선방안은 후술하기로 한다.

제5장 부동산 경매에 있어 유치권제도의 개선방안

제1절 선행연구의 주장

앞에서 지적된 경매절차상의 유치권의 제 문제들에 대한 해결방안으로 선행 연구된 제안들 가운데에는 아예 본래적 의미의 부동산 유치권을 폐지⁴⁶²⁾하고 법정저당권⁴⁶³⁾ 또는 저당권설정청구권으로 대체하자는 주장,⁴⁶⁴⁾ 유치권을 채권적 항변권으로 구성하거나 유치권의 객체를 동산으로만 한정할 것을 검토할 필요가 있다는 견해⁴⁶⁵⁾와 민사집행법 제91조 제5항을 삭제하여 소멸주의를 채택하자는 주장,⁴⁶⁶⁾ 유치권에 우선변제권을 인정하고 유치권을 등기하도록 하자는 주장,⁴⁶⁷⁾ 그리고 부동산등기법 제2조를 개정하여 유치권도 등기할 수 있는 권리로 입법하여 동법 제37조 가등기 및 제38조 가등기가처분⁴⁶⁸⁾ 또는 임차권등기명령과 같은 방법⁴⁶⁹⁾으로 유치권도 법원에 유치권등기를 신청할 수 있도록 한다는 유치권등기명령제도의 도입의 주장도 있다.

이 논문에서는 이 주장들과 달리 현재의 유치권 제도의 유지를 전제로 하되 이를 보완하기 위하여, 집행관의 현황보고의 충실과 유치 목적물의 감정평가에서 유치권의 부담을 감액하여 보고하며 배당요구종기 전 까지 유치권 신고의 의무

462) 이 견해는 부동산유치권이 발생시키는 문제점을 해결하기 위한 가장 확실한 방법으로 부동산유치권제도 자체를 폐지하는 방법이라며, 그 근거로 스위스민법은 유치권을 물권으로 구성하고 있는데 동산과 유가증권에 대해서만 유치권을 인정하고 있고, 스위스 민법은 유치권을 동산 질권에 함께 규정하여(Art. 895-898, ZGB), 일종의 법정질권으로 구성하고 있다는 것이다. 또한 민법개정위원회에서도 부동산유치권의 폐지에 대한 제안이 있었으나 장기적인 연구과제로 남겨두고 개정안에는 포함시키지 않았다는 것이다 (법무부, 「민법(재산법)개정자료집」 법무자료 제260집, 2004. 11, 376-377면). 한편, 부동산 유치권을 폐지하고 유치권의 객체를 동산과 유가증권으로 보자는 견해는 정준영·이동준, "부동산 유치권의 개선에 관한 연구", 2009년도 법무부 연구용역 과제 보고서, 2009, 73-776면이고, 동산과 유가증권 및 미등기 부동산으로 보자는 견해는 김재형, 전계논문, 347면 이하가 있고 유치권의 객체를 동산으로만 한정하여 보자는 견해는 엄동섭, 전계논문, 30면 등이 있다.

463) 정준영·이동준, 전계논문, 110면 이하; 김상용 전계 "담보물권제도의 과제", 454면; 권용우, "물적 담보제도의 과제와 전망", 「현대법학의 과제와 전망」, 신양사, 1998. 5, 331면.

464) 김재형, 전계논문, 356면 이하.

465) 엄동섭, 전계논문, 30면.

466) 김영두, 전계논문, 217면; 오시영, 전계논문 "부동산 유치권 강제집행에 관한 문제점과 입법론적 고찰", 236면 이하; 추신영, 전계논문, 375면.

467) 김영두, 상계논문, 213면이하; 오시영, 상계논문, 215면 이하; 오시영, 전계논문 "부동산 유치권의 한계와 입법적 검토", 196면.

468) 오시영, 상계논문 "부동산 유치권 강제집행에 관한 문제점과 입법론적 고찰", 215면 이하.

469) 김기찬, 전계논문, 181면.

화를 주장한다. 우선 위 선행 제안들에 대하여 살펴보기로 한다.

1. 유치권 등기제도 도입 주장

(1) 주장 이유

유치물에 대한 점유에 대하여 절대성을 인정할 당시인 18세기경에는 부동산에 대한 등기제도가 확립되지 않아 공시제도가 불안정한 상태였기 때문에 물건의 점유에 절대성을 인정할 사회적 필요성이 인정되었으나, 등기제도가 완벽하게 갖추어진 현대사회에서는 공시방법으로 부적절한 부동산의 점유에 시공을 초월한 인적·물적 절대성을 인정해야 할 합리적 이유를 더 이상 찾기 힘들고, 한편 저당권에 대하여 소멸주의를 취하고 있는 현행 민사집행법에서 유치권을 예외로 인정할 합리적인 근거도 없기 때문에 부동산에 대한 유치권에 대하여 담보물권이라는 본질에 충실하도록 제한을 가할 필요가 있다고 하면서, 결국 유치권도 법률의 규정에 의해 성립한다는 점을 제외하고는 약정담보물권과 전혀 다를 바 없는 담보물권에 불과할 뿐인데도 공평의 원칙이라는 도그마를 금과옥조로 여긴 나머지 후순위로 성립한 유치권을 근거로 유치물과 관련된 기존의 선순위담보물권자들의 권리를 강제집행절차에서 사실상 침해하는 또 다른 불공평을 만들어내고 있음에 비추어 볼 때 이에 대한 제도적 개선방안으로 부동산 유치권에 대한 등기제도의 신설을 검토해야한다는 것이다.⁴⁷⁰⁾

우리 민법상 부동산 유치권은 배당으로 소멸하지 않고 매수인이 인수하게 된다. 그러나 유치권자는 그의 피담보채권이 변제 전까지는 유치 목적물의 인도거절권과 유치적 권능으로 인하여 사실상 우선변제를 받는 특이한 구조를 갖게 됨에 따라 일선 경매절차에서는 허위 또는 과장 유치권이 남용되고 있고 매수인 등 타 이해관계인들은 불측의 피해를 보며, 먼저 성립한 저당권자에게도 대항력을 인정함으로써 무소불위의 힘을 가지고 있음은 앞에서 지적한 바와 같다.

이와 반대로 유치권자 입장에서 보면, 경매절차에서 유치권자는 자신의 피담보채권을 상환받기 위해서는 상대방인 매수인의 선택에 따라 무한정 유치 목적물

470) 오시영, 전제논문 “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 201면.

을 점유하여야 하는 것이 현재의 실정이다. 이는 유치권의 존속요건이 점유이고 유치권은登記할 수 없는 권리이기 때문에 피담보채권의 전액을 변제받을 때까지 유치목적물을 점유하지 않을 수 없기에 발생하게 되는 결과이다. 왜냐하면 민사집행법 제91조 제5항에서 매수인이 유치권자에게 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다고 한 것은 매수인이 대금을 지급하지 않고 부동산의 명도를 구했을 경우 피담보채권을 변제받을 때까지 목적물을 유치할 권한은 있으나 피담보채권의 변제를 청구할 수 없으므로⁴⁷¹⁾ 비록 유치권자가 사실상 우선권을 가진다고 하더라도 매수인이 대금을 변제해 주지 않는 한 무한정 유치 목적물을 점유할 수밖에 없는 상황에 처하게 된다.

이와 같이 유치권제도의 결함 가운데 유치권의 공시와 점유의 지속성이나 불확실성을 개선하며, 한편으로는 유치권자가 피담보채권을 회수하기 전까지는 유치 목적물을 무한정 점유를 계속해야하는 불합리를 개선하자는 취지로 주장된 것이 유치권 등기명령제도이다.

(2) 주장 내용

민법 제186조는 “부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다.”고 정하고 있고, 민법 제187조는 “상속, 공용징수, 판결, 경매 기타 법률의 규정에 의한 부동산에 관한 물권의 취득은 등기를 요하지 아니한다. 그러나 등기를 하지 아니하면 이를 처분하지 못한다.”고 함으로써 법률의 규정에 의한 부동산의 물권취득에 있어서도 제3자에게 대항하기 위해서는 등기를 하여야만 하는 것으로 규정하고 있다. 따라서 민법 제320조 제1항의 규정에 의해 성립한 유치권도 법률의 규정에 의한 물권취득이므로, 법률의 규정에 의해 물권을 취득한 경우에도 이를 타인에게 처분하거나 제3자에게 대항하기 위해서는 등기를 필요로 하는 것과 같이, 경매절차에서 유치권도 매수인 등 제3자에게 대항력을 갖기 위해서는 민법 제187조의 규정대로 등기를 필요로 한다. 그러나 현행 부동산등기법 제2조가 등기할 수 있는 권리에서 유치권을 배제하고 있으므로 부동산등기법 제2조를 개정하여 유치권도 등기할 수 있는 권리로 규정하는

471) 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

것이 타당하다는 주장이다.⁴⁷²⁾

이러한 유치권을 등기하자는 주장에는 당사자 쌍방 계약에 의한 ‘부동산유치권등기’ 주장이 있고, 당사자 일방만으로도 신청할 수 있는 ‘유치권 등기명령 도입 주장’이 있는데, 전자는 현행 부동산 유치권제도를 존속시키면서 유치권의 공시방법으로 ‘부동산유치권’을 등기하자는 주장이다. 이는 점유가 아닌 등기를 공시요건으로 하고 있다는 점에서 유치권이 처음부터 점유를 기초로 발생한 권리이므로 처음부터 점유가 아닌 등기를 공시의 방법으로 한다면 저당권과 다를 것이 없다는 점에서 실효성이 없어 보인다.

후자는 현행 유치권 제도를 유지한 채 부동산 등기법 제2조를 개정하여 유치권도 등기할 수 있는 권리로 입법하고, 여기에 가등기 또는 가처분가등기제도를 도입하자는 것이다. 따라서 채무자와 유치권자 사이에 피담보채권액에 관하여 다툼이 있어 합의가 성립하기 어려운 경우에는 부동산등기법 제37조의 가등기 및 제38조의 가등기가처분에 의하여 강제로 등기할 수 있고, 채무자가 부동산 소유자가 아닌 경우에는 민법 제203조 제1항, 제310조 제1항, 제367조 및 제626조 제1, 2항에 의하여 채무자가 소유자에 대하여 행사할 비용상환청구권을 유치권자가 대위행사하여 가등기가처분을 한 후 전세권자나 임차권자 등이 이를 타인에게 처분하지 못하도록 다시 처분금지가처분을 해두면 된다고 주장하는 견해도 있다.⁴⁷³⁾

한편 유치권등기명령제도는 부동산등기법 제2조를 개정하여 유치권이 등기할 수 있는 권리가 되는 전제하에서, 유치권의 피담보채권액의 다툼이 있거나 소유자와 합의에 의한 등기를 하기 어려운 경우에는 임차권등기명령⁴⁷⁴⁾과 같은 방법으로 유치권도 법원에 유치권등기를 신청할 수 있도록 한다는 주장이다.⁴⁷⁵⁾ 이에

472) 김영두, 전계논문, 213면이하; 김기찬 전계논문, 181면; 오시영, 전계논문 “부동산 유치권 강제집행에 관한 문제점과 입법론적 고찰”, 215면 이하; 오시영, 전계논문 “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 196면.

473) 오시영, 상계 “부동산 유치권 강제집행에 관한 문제점과 입법론적 고찰”, 221-222면.

474) 임차권등기명령제도란 임차인이 이사를 가야할 경우 법원에 임차권을 등기하여 줄 것을 신청하면 법원에서 임차권등기명령을 발하여 이를 촉탁하도록 함으로써, 임대인의 협력이 없는 경우에도 임차인 단독으로 임차권을 등기할 수 있도록 했다. 임차권등기명령은 임차권등기를 마친 경우에는 이사를 가거나 주민등록을 옮기더라도 기존에 보유하고 있던 대항력과 우선변제권이 유지되도록 하여 임차인의 지위를 강력하게 보장 하고자 하는 제도이다(박명주, 「부동산임대차실무(주택·상가건물)」, 부연사, 2004, 57면).

475) 김기찬, 전계논문, 181면.

대해서 자세히 살펴보면 다음과 같다.

이는 부동산경매절차에서 채무자나 소유자가 경제적인 사정으로 도피중이거나 그 행방을 알 수 없는 경우에 임차권등기명령과 같은 제도를 도입하여 그 점유시기와 채권액을 공시하게 되면 불확실성으로 인한 다툼은 줄어들 것이라는 주장이다.

위 주장에서 구체적으로 제시하고 있는 유치권등기명령의 방법은 유치권등기명령시 점유시기, 채권액을 확정하는 것이 곤란할 수 있으나 등기명령신청시 유치권 주장자가 제출하는 증빙(착공신고서상 착공일을 점유개시일로 보고, 공사계약서, 공사대금 청구서 등 증빙으로 채권액을 확정할 수 있을 것임.)으로 일단 등록을 하고, 추후 유치권확인의 소 등 채권확정절차에서 확정되는 점유시기, 채권액을 최종적으로 담보하면 가능하다.⁴⁷⁶⁾ 고 한다. 점유시기 및 채권액에 관하여는 공사수급인이 공사계약을 하고, 공사현장을 인수한 후 관할 건축인가(또는 신고)부서에 공사착공신고를 할 때 착공일, 공사금액 등을 신고하도록 하여, 착공신고일을 점유일로 보고, 이 때 신고된 공사금액을 최고액으로 하되 추후 확정되는 금액을 우선변제대상으로 하는 것이 타당하다며 이는 주택임대차에서 주민등록 전입신고일을 점유일로 보는 것과 같은 취지라고 한다. 또한 이와 같은 맥락의 주장으로 주택임차인의 경우 동·면사무소 주민등록표 외에 임대차등록부를 비치하여 전입신고 및 보증금에 관한 사항까지 공시하거나 임대차계약을 공정증서로 작성하는 안을 제시하고 있는 견해도 있다.⁴⁷⁷⁾

(3) 관련 문제

1) 민사집행법 제91조 제5항의 삭제(소멸주의의 도입) 주장

민사집행법 제91조 제5항의 규정은 유치권에 관하여 이른바 인수주의⁴⁷⁸⁾를 채

476) 주택임차권등기명령도 일단 임차인이 제시하는 임대차계약서, 주민등록을 기초로 명령을 하고, 채무자나 이해관계인이 이의를 하지 않으며 전세계약서등에 기재된 금액으로 배당을 하지만, 배당이의를 하면 판결을 통하여 실제적 권리관계에 관하여 인정을 받아야 한다.

477) 민일영, "주택경매에 있어서 임차인 보호에 관한 연구", 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2004, 166-171면.

478) 유치권에 관하여 프랑스, 독일은 물권으로 보지 않아 우선변제권을 전제로 한 인수주의를 고려하지 않고 채권적 권리인 동시이행항변으로 보고 있고, 일본은 우리나라처럼 물권으로 취급하면서 우선변제권을 부여하지 않고 인수주의를 취하고 있다.

택한 것으로 유치권의 폐해가 드러나는 대표적인 조항으로 비판을 받아왔다.⁴⁷⁹⁾

이를 비판하는 하는 학자들의 논지는 민사집행법 제91조 제5항은 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.”고 규정하고 있으며, 이 규정의 법률적 성질에 대하여는 매수인이 인적책임을 지는 것이 아니라 물적책임을 질뿐이라는 것이 통설이자 관례의 입장이다.⁴⁸⁰⁾ 그러나 물적책임설에 의하더라도 매수인은 사실상 유치권자에게 피담보채권의 변제책임을 지게 되어 결과적으로는 사실상 인수주의라고 할 수 있다. 이는 대표적 담보물권인 저당권의 경우 그 성립 순위와 상관없이 모두 소멸하는 소멸주의를 취하고 있는 현행 법제에 비추어 심히 부당하다고 하지 않을 수 없다는 것이다.

독일민법 제273조, 274조는 유치권자에 대하여 강제집행절차에서 유치권에 의한 채권신고를 의무화하고 있다. 또한 유치권자는 해당참가를 하여야만 유치권의 성립시기를 기준하여 유치권자로서의 법적 지위를 인정받게 되어 배당순위에 따라 배당을 받을 수 있다. 또한 피담보채권 전부를 변제받았는지 여부와 상관없이 유치권은 언제나 소멸하며, 경매로 새로운 매수인이 결정되면 매수인에게 유치목적물을 인도해 주어야 한다. 이는 독일민법이 유치권을 우리 법제와 달리 물권으로 하지 않고 채권적 급부 거절의 항변권으로 규정하고 있는데서 오는 제도상의 차이라고 할 수 있겠지만, 유치권을 담보물권으로 인정하고 있는 우리 법제에서도 동일하게 해석하는 것이 타당하다고 할 것이다.

이러한 문제를 해결하기 위해서 위 독일민법(제273조·제274조)처럼 유치권자에게 강제집행절차에서 유치권에 의한 채권신고를 의무화하여 채권신고를 하고 해당참가를 한 경우에 한하여 유치권의 성립시기를 기준으로 한 법정담보물권자로서의 법적 지위를 인정하여 배당순위에 따라 배당하여 주고, 피담보채권 전부를 변제받았는지 여부와 상관없이 유치권을 소멸시켜 매수인에게 유치목적물을 인도하여 주는 것으로 함이 타당하다면서, 이를 위해 입법론적으로 민사집행법 제92조 제2항을 “매각부동산 위의 모든 저당권 및 유치권은 매각으로 소멸한다.”라

479) 대표적인 것으로 김영두, 전계논문, 217면; 오시영, 전계논문 “부동산 유치권 강제집행에 관한 문제점과 입법론적 고찰”, 236면 이하; 추신영, 전계논문 “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 「민사법학」 제44호, 한국민사법학회, 2009. 3. 375면 등이 있다.

480) 오시영, 상계논문 “부동산 유치권 강제집행에 관한 문제점과 입법론적 고찰”, 236면; 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결; 대법원 1973. 1. 30. 선고 72다 1339 판결.

는 내용으로 개정하며, 민법 제320조 제1항과 제321조는 유치권의 유치적 효력의 한계를 축소해석하는 것이 타당하고, 만일 해석만으로 어려울 경우에는 입법적으로 강제집행절차에서는 유치권의 행사가 제한될 수밖에 없음을 규정하여 해결하여야 한다는 주장이 있고,⁴⁸¹⁾ 유치권에 우선하는 다른 권리가 없는 경우에는 유치권자에게 최우선권을 인정하여 소멸주의를 취하고, 우선권이 있는 다른 채권자가 있을 경우에는 성립순위 따른 우선변제권을 인정하되 그 권리가 소멸하도록 하여 매수인에게 인수되지 않도록 해야 한다는 견해등이 있다.⁴⁸²⁾

2) 유치권에 대한 우선변제권 인정 주장

물권의 일반적 효력으로는 우선적 효력과 물권적 청구권이 있다.⁴⁸³⁾ 그런데 유치권은 물권적 청구권이 없을 뿐 아니라 법정담보물권임에도 법률상 우선변제권이 인정되지 않아서 약정담보물권으로서 법률상 우선변제권이 인정된 질권·저당권 등과는 우선변제에 있어 많은 차이가 있다.⁴⁸⁴⁾ 즉 유치권은 담보물권이면서도 우선변제권이 없는 아주 특이한 권리로서, 우선변제권이 없다보니 점유하면서 채권변제를 간접강제하여 사실상 우선변제를 받는 독특한 권리인바, 유치권에 필요한 우선변제적 권능을 살리면서 경매절차 내에서 일거에 해결하기 위해서는 우선변제권을 부여하여야 한다는 주장이 있다.⁴⁸⁵⁾

이러한 주장에는 독일민법 제273조, 274조는 유치권자에 대하여 강제집행절차에서 유치권에 의한 채권신고를 의무화하고 있고, 또한 유치권자는 배당참가를 하여야만 유치권의 성립시기를 기준하여 유치권자로서의 법적 지위를 인정받게 되어 배당순위에 따라 배당을 받을 수 있다는 것을 근거로 하여 유치권자에게 강제집행절차에서 권리(채권)신고를 의무화 하여, 유치권자에게 배당요구종기까지 권리(채권)신고를 하지 않으면 대항력을 인정하지 않고, 우선변제권을 주지 않으며, 배당참가를 한 경우에 한하여 유치권의 성립시기를 기준으로 법정담보물

481) 오시영, 전계논문 “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 199면.

482) 오시영, 전계논문 “부동산유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 239면.

483) 이회봉, “유치권, 그 물권성과 담보물권성과 관련하여”, 「법학과 민사법의 제문제: 범조 이회봉고회기념 논문집」, 1976, 416-421면.

484) 이회봉, 상계논문, 419면.

485) 김영두, 전계논문, 213면이하; 김기찬 전계논문, 181면; 오시영, 전계논문 “부동산유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 236-242면.

권자로서 법적지위에 배당을 하고, 피담보채권의 전부를 배당받았는지 여부에 상관없이 유치권을 소멸시켜 매수인에게 유치목적물을 인도하여 주는 것이 타당하다고 하는 주장⁴⁸⁶⁾이 있고, 유치권자의 채권신고 및 배당절차 참여는 수긍하나, 채권 전부를 배당받지 못한 경우에도 유치권을 소멸시키는 것은 유치권이 점유를 근거로 성립하는 법정담보물권이란 점에서 보호할 가치를 훼손하여 동의하기 어렵다면, 유치권을 물권으로 취급하는 한 주택임차권자에 준하여 배당받지 못한 채권은 매수인에게 인수시키는 방안을 제안한 경우도 있다.⁴⁸⁷⁾

한편, 경매부동산에 대한 필요비와 유익비를 지출한 임차인 및 점유자는 민법 제367조에 의하여 배당절차에서 순위를 인정받아 배당요구신청을 통해 배당에 참가할 수 있는데, 필요비 및 유익비 이외에 공사대금에 대해서도 경매절차상 배당 참여를 인정하여 목적부동산의 매각결정 후 배당순위에서 소액임차인과 3개월간의 임금채권처럼 우선 배당해줄 필요성이 있다는 견해도 있는데, 이 주장의 근거는 공사대금은 여러 근로자들의 임금과 직결되는 문제이기 때문이란 취지이다. 이를 위하여 민법 제320조의 1항을 “타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있고, 저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있다”라고 개정할 것을 주장한다.⁴⁸⁸⁾

2. 유치권의 법정저당권화 주장

이 견해는 부동산에 관한 유치권은 민법 제187조 본문의 등기를 요하지 아니하는 부동산물권취득 요건 중 “기타 법률의 규정”에 해당하여, 부동산 담보물권인데도 등기를 요하지 않고 점유만으로 성립한다. 따라서 등기부상에 공시가 안되어 있을 뿐 아니라, 부동산 담보물권임에도 우선변제권이 없는 점을 고려하여 법정저당권제도를 도입하자는 견해이다.⁴⁸⁹⁾ 현행 민법(제649조)이 토지임대인이

486) 오시영, 전계논문 “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 199면.

487) 김기찬, 전계논문, 170면.

488) 황중술·민규식, 전계논문, 112면.

489) 정준영·이동준, 전계 2009년도 법무부 연구용역 과제 보고서, 110면 이하; 권용우, 전계논문, 331면; 김상용, 전계논문, 454면.

변제기를 경과한 후 2년의 차임채권에 의하여 그 지상에 있는 임차인 소유의 건물을 압류한 때에는 저당권과 동일한 효력이 있다고 하여 임차지상의 건물에 대한 법정저당권을 인정하고 있는 것처럼 해당 부동산에 대하여 유치권자가 채무자 소유의 해당 목적물을 유치한 후 사실상의 유치권을 취득한 상태에서 목적물을 압류 또는 가압류하게 되면 유치권에 법정저당권성을 인정하자는 것이다. 이 경우 법정저당권으로 되기 위해서는 당해 부동산을 압류해야 하는 부담이 있으나 유치권자의 경우 점유를 계속하여야 하는 점유의무를 없애고 매수인 등은 채권이 확정된 상태에서 매각절차에 참여할 수 있으므로 법정저당권화 하는 방안도 검토해 볼 필요가 있을 것이다. 이 경우 유치물에 대한 점유의 시점(민법 제320조에 의한 유치권 성립시점)과 압류 또는 가압류일(법정저당권 성립일) 사이에 시간적 간격이 있게 되어 유치권의 성립시기를 둘러싸고 다툼이 있을 수 있으나, 당사자간에는 점유시에 유치권이 성립하는 것으로, 제3자에 대한 대항요건으로서는 민법 제187조에 의한 등기시에 유치권이 성립하는 것으로 공시를 기준으로 정하면 된다는 견해이다.⁴⁹⁰⁾

이 견해에 따른 경우에는 부동산 유치권에 법정담보물권으로서의 속성을 인정하여 채무자에 대하여 유치권자의 우선변제권을 보장하면서도 제3자에 대하여는 이를 등기하도록 하여 등기 순위에 따라 물권의 절대권을 보장하게 하며, 점유상태에 불과한 유치권 성립단계에서는 유치권의 존속을 위해 유치물을 계속 점유할 필요가 있지만 유치권에 대한 압류 또는 가등기가처분 등에 의한 공시가 이루어진 후에는 일종의 법정저당권이 설정된 효과를 인정하여 유치물에 대한 점유 계속을 강제할 필요가 없기 때문에 유치물을 채무자에게 반환하여 관리·사용·수익토록 하는 것이 경제적으로도 합목적적이라고 한다.⁴⁹¹⁾

위와 같은 견해 중에는 종래 부동산 유치권이 인정되던 경우를 모두 법정저당권으로 전환하는 방안은 격심한 학설대립이 있었고, 물권적 유치권이 지나치게 넓어진다는 비판이 있었던 점을 들어 공사수급인 등의 법정저당권을 신설하자는

490) 이러한 견해 중에는 재단법인의 재산출연을 둘러싼 민법 제48조의 해석에 관한 문제에 착안하여 유치권 성립시기를 취득시효의 경우 소유권 취득의 효력은 점유를 개시한 때에 소급한다(민법 제247조 제1항)고 규정하고 있는 것처럼 점유개시일로 소급효를 인정하되, 선의의 제3자에게 대항하지 못한다는 단서조항을 신설하자는 견해도 있다(오시영, 전제논문 “부동산유치권의 한계와 입법적 검토”, 197면).

491) 오시영, 상계논문, 198면.

견해⁴⁹²⁾도 있다. 즉 유치권은 공사수급인의 유치권을 비롯한 계약상의 비용상환 청구권과 임차인의 필요비, 유익비상환청구권을 비롯한 계약외의 비용상환청구권에서 주로 문제되고 있으므로 이 경우를 중심으로 검토하면 충분하다는 것이다. 이때 신설되는 공사수급인의 법정저당권 규정은 일반적인 담보권이 아니라 공사수급인 등에만 인정되는 특별한 담보권인 점, 우리 민법에는 우선특권 내지 법정저당권 일반에 관한 규정이 없는 점 등에 비추어 볼 때 체계적으로는 독일민법에서와 같이 수급인의 목적 부동산에 대한 저당권설정청구권을 규정한 민법 제666조의 뒤에 제666조의 2로 신설되는 것이 바람직하다고 하고 있다.

3. 비용지출자 등의 저당권설정청구권 주장

이 견해⁴⁹³⁾는 타인의 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권이 있는 경우에 현행법으로는 부동산 유치권이 성립하는데 이를 폐지하

492) 정준영·이동준, 전제 2009년도 법무부 연구용역 과제 보고서, 110면.

493) 이 견해는 김재형 교수가 전제논문, 356면에서 아래와 같이 2011년 민법 제373조의 2에 관한 개정안으로 발표한 안이다.

「민법」 개정안 <제1안> 제372조의2(비용지출자 등의 저당권설정청구권) <신설>

①타인의 부동산을 점유한 자는 그 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권이 있는 경우에 그 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 악의의 제3취득자에 대해서도 같다. ②제1항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다. ③제1항의 경우에 채권자는 채권의 변제기로부터 6개월 내에 저당권에 관한 등기를 하거나 그 등기를 청구하는 소를 제기하여야 한다. 다만, 미등기 부동산의 경우에는 채권의 변제기와 소유권보존등기를 한 날 중 늦게 도래한 날로부터 기산한다. ④제1항에 따른 저당권설정 등기 이전에 채권의 변제기가 도래한 때에는 변제기에 저당권이 설정된 것으로 본다.

<제2안> 제372조의2(비용지출자 등의 저당권설정청구권)

①부동산에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권이 있는 경우에 채권자는 그 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 악의의 제3취득자에 대하여도 또한 같다. ②제1항의 규정은 채무자의 의사에 반하여 제1항의 채권을 취득한 경우에는 적용하지 아니한다. ③제1항의 경우에 채권자는 채권의 변제기로부터 6개월 내에 저당권에 관한 등기를 하거나 그 등기를 청구하는 소를 제기하여야 한다. 다만, 미등기 부동산의 경우에는 채권의 변제기와 소유권보존등기를 한 날 중 늦게 도래한 날로부터 기산한다. ④제1항에 따른 저당권설정 등기 이전에 채권의 변제기가 도래한 때에는 변제기에 저당권이 설정한 것으로 본다.

「부동산등기법」(개정안) <신설>

제140조 ③민법 제372조의2, 제666조의 규정에 따라 저당권등기를 신청하는 경우에는 신청서에 그 규정에 따른 저당권임을 표시하고, 변제기를 적어야 한다.

고 그 대신 저당권설정청구권을 인정하자는 것이다. 또한 이 경우에 그 부동산으로부터 채권을 우선변제 받을 권리를 인정할 필요가 있다는 것이다. 즉 비용지출자 등의 저당권설정청구권에 관한 제372조의2를 신설하는 방안이다. 이는 부동산에 대하여 비용을 지출한 경우나 이와 유사한 채권이 있는 경우에 민법 제666조와 유사하게 부동산에 저당권을 설정할 수 있도록 한 것이다.⁴⁹⁴⁾ 이에 따르면, 민법 제666조의 규정은 수급인의 목적 부동산에 대한 저당권설정청구권에 관하여 “부동산공사의 수급인은 전조의 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.” 라고 정하고 있는데, 이 규정에서 정하고 있는 수급인의 저당권설정청구권은 순수한 청구권이다. 즉 수급인의 청구권 행사로 바로 저당권이 설정되는 것이 아니고, 도급인이 그 청구에 응하여 승낙을 하고 등기를 갖추어야 비로소 저당권이 성립한다. 이러한 우리 민법 제666조는 내용에 다소 차이가 있으나, 독일 민법 제 648조 제1항을 본받은 것으로 독일 민법 제646조의 경우에도 저당권설정청구권을 형성권이 아니라 청구권으로 보고 있다. 그런데 수급인의 저당권설정청구권에 관한 규정은 도급계약에서만 적용되는 것으로, 도급계약 이외에도 부동산에 대한 비용을 지출함으로써 그 가액을 증가시킨 경우에 부동산에 대한 저당권을 설정할 수 있도록 할 필요가 있다고 주장한다.

이 주장의 중요부분만 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 이 견해는 민법 제666조의 규정을 응용하여 민법 제372조의2를 신설하는 것인데, 민법 제666조의 규정은 수급인의 목적 부동산에 대한 저당권설정청구권에 관하여 “부동산공사의 수급인은 전조의 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.” 라고 정하고 있고, 제372조는 “본장의 규정은 다른 법률에 의하여 설정된 저당권에 준용한다.” 고 정하고 있다. 그런데 수급인의 저당권설정청구권(민법 제666조)에 관한 규정은 도급계약에서만 적용되는 것으로, 도급계약 이외에도 부동산에 대한 비용을 지출함으로써 그 가액을 증가시킨 경우에 부동산에 대한 저당권을 설정할 수 있도록 할 필요가 있다고 보는 것이다.

둘째, 저당권설정등기의 청구권자는 비용지출 등으로 채권을 가지고 있는 자

494) 김재형, 전게논문, 358면.

이고, 등기청구의 상대방은 부동산 소유자이다.

셋째, 저당권설정청구권의 행사시기는 채권자가 채권의 변제기로부터 6개월 내에 저당권에 관한 등기를 하거나 그 등기를 청구하는 소를 제기하도록 한다. 다만, 미등기 부동산의 경우에는 소유권보존등기를 한 다음에 저당권을 설정할 수 있으므로, 채권의 변제기와 소유권보존등기를 한 날 중 늦게 도래한 날로부터 위 6개월의 기간을 기산하도록 한다.

넷째, 저당권설정청구권을 행사하려면 피담보채권이 변제기에 도래하여야 하는지에 관하여 유치권의 경우에는 변제기가 도래할 것이 그 성립요건이지만 변제기 도래 전에 저당권설정등기를 할 필요가 있기 때문에 변제기 도래를 요건으로 정하지 않고, 그 대신 효력발생 시기는 예외적으로 변제기를 기준으로 하였다. 저당권등기시에 변제기가 도래하지 않은 때에는 등기시를 기준으로 우선권이 발생하지만, 저당권등기를 마치기 전에 변제기가 도래한 경우에는 변제기를 기준으로 우선권을 정한다. 유치권의 경우 피담보채권의 변제기가 도래하여야 유치권이 성립하는데, 이와 동일한 것은 아니지만 유사하게 변제기를 기준으로 한 것이다.⁴⁹⁵⁾

제2절 개선을 위한 선행연구의 검토

1. 선행연구에 대한 비판

(1) 유치권 등기제도에 관하여

대부분의 논문에서 유치권 공시와 우선변제권 결여에서 오는 문제점에 대한 해결방안으로 위와 같이 유치권에 대한 등기명령제도의 도입, 소멸주의 채택, 우선변제권의 부여를 제시하였다.

즉 유치권의 피담보채권액에 대해서 다툼이 있거나 임의변제가 이루어지지 않

495) 김재형, 상계논문, 367면.

은 경우로서 소유자와 합의에 의한 등기를 하기 어려운 경우에 부동산등기법 제 37조 가등기 및 제38조 가등기가처분에 의하거나 임차권등기명령과 같은 방식으로 유치권등기명령제도를 도입하고 이를 위해 부동산등기법 제2조를 개정하여 유치권을 등기할 수 있는 권리로 규정하며, 민사집행법 제91조 제5항을 삭제하여 소멸주의의 도입하여 유치권자도 배당에 참여시켜 그 등기순위에 따른 우선배당을 하면, 점유를 계속해야하는 어려움을 개선할 수 있고, 유치권 공시의 문제와 우선변제권 결여의 문제로 인한 문제도 일거에 해결할 수 있으리라는 주장은 일응 우리민법이 부동산 물권변동에 대하여 등기를 효력발생요건으로 하고 있기 때문에 유치권도 등기로써 취득, 소멸하는 것이 물권법의 체계상 맞는 것이고, 또한 민법 제187조의 규정에 의하여 경매절차에서 유치권자가 매수인 등 제3자에게 대항력을 갖기 위해서도 등기를 필요로 하기 때문에 이러한 주장은 어느 정도 설득력이 있다고 할 수 있다. 그러나 이에 대하여 “하나의 제도를 일시에 폐지한다는 것은 큰 혼란을 야기하는 것으로 바람직하지 않을 것”이고, “채권담보를 위한 부동산유치권의 본래의 기능을 완전히 도외시하는 것”이라는 비판⁴⁹⁶⁾이 있는가 하면, 유치권이 가지는 목적물과 피담보채권에 대한 견련관계로 인하여 목적물을 점유하고 있는 채권자에게 인정된 유치적 권리가 민법제정시부터 지금까지 인정되고 발전해 온 노하우들이 일시에 부정되는 결과가 발생하게 된다는 비판⁴⁹⁷⁾도 있다.

(2) 유치권의 법정저당권화에 관하여

입법례에 따라서는 비용지출자 등에게 우선특권을 인정하고 있는 경우도 있으나,⁴⁹⁸⁾ 우리민법에서는 이를 인정하고 있지 않고 있다.⁴⁹⁹⁾ 그리고 우리민법에서 법정저당권은 매우 예외적인 경우에만 인정되고 있다. 즉, 민법 제649조는 임차

496) 김영두, 전계논문, 216면.

497) 강희숙, 전계논문, 177면.

498) 프랑스민법 제2103조 제4호는 가치증가관념에근거하여 우선특권을 부여하고 있고(Simler et Delebecque, droit civil : *Les sûretés La publicité*, 4^e éd. 2004, n° 425) 일본민법 제325조 제1, 2호도 부동산보존 및 공사에 관하여 우선특권을 인정하고 있으며, 스위스와 독일도 공사수급인에 대한 우선특권을 인정하고 있다. 또한 공사수급인에 대한 우선특권을 인정하는 법제가 가장 먼저 발전한 나라는 미국이다(정준영·이동준, 전계논문, 81면-109면 참조).

499) 김재형, 전계논문, 359면.

지상의 건물에 대한 법정저당권이라는 표제 하에 토지임대인이 변제기를 경과한 후 2년의 차임채권에 의하여 그 지상에 있는 임차인 소유의 건물을 압류한 때에는 저당권과 동일한 효력이 있다고 정하고 있다. 이 규정에 따르면, 변제기를 경과한 최후 2년의 차임채권에 한하여 임차인 소유 건물에 대하여 법정저당권이 인정되고 있는 것으로 비추어 볼 때 부동산에 대한 비용지출자를 과도하게 보호하는 것이라는 비판이 있다.⁵⁰⁰⁾

2004년도 민법개정안이 제출 당시에는 유치권의 성립 및 존속요건이 점유임을 감안할 때 유치권의 행사를 위해 점유의 계속이 필요하나 현실적으로 점유를 계속하는 것이 용이하지 않으므로 부동산 유치권은 그 실효성이 없다는 이유로 유치권을 폐지하고 법정저당권으로 전환하고자 하였으나, 법정저당권이 설정되기 위해서는 당해 부동산을 압류하여야 하나 유치권자의 입장에서는 점유를 계속하는 것보다는 당해 부동산을 압류하기 위한 절차를 취하는 것이 더 큰 부담이 되고 목적물 자체로부터 발생한 채권의 담보방법이 목적물이 동산인 경우와 부동산인 경우로 분리되고 그 내용이 동일하지 아니하는 문제점이 있어 장기검토사항으로 보류된 바 있다.⁵⁰¹⁾

(3) 비용지출자 등의 저당권설정청구권화에 관하여

이 견해의 기본적인 전제는 부동산 유치권을 폐지하여 유치권은 동산과 유가증권위에만 성립하는 권리로 한정하는 법 개정이 전제되어야 하고, 그동안 유치권의 매수인 인수주의와 유치권의 피담보채권의 변제 전 까지 유치권자는 인도거절권능과 유치적 효력에 의하여 유치권자가 사실상 우선변제를 받을 수 있었던 조항인 민사집행법 제91조 제5항도 삭제하는 것을 전제로 하고 있다. 따라서 이 견해에 따를 경우 유치권은 이제 부동산위에 성립하는 권리가 아니기 때문에 경매절차에서 유치권 신고는 더 이상 의미가 없는 것으로 되기 때문에 경매절차에서의 허위 또는 과장 유치권의 신고로 인한 폐해나 유치권 신고의 악용과 남용으로 인한 문제점들을 근본적으로 해결할 수 있는 방안으로 생각된다. 그러나

500) 김재형, 상계논문, 357면 이하 참조.

501) 법무부, 전제 「민법(재산편)개정자료집」, 376-377면 참조.

이 방안을 도입하는 데에는 여러 법률적인 문제 등 다음과 같은 문제점이 있음도 역시 간과해선 안 될 일이다.

첫째, 독일 민법 제646조의 경우에도 저당권설정청구권을 형성권이 아니라 청구권으로 보고 있는데, 우리 민법 제666조는 내용에 다소 차이가 있으나, 독일 민법 제 648조 제1항을 본받은 것이다. 즉 이 규정에서 정하고 있는 수급인의 저당권설정청구권은 순수한 청구권으로 수급인의 청구권 행사로 바로 저당권이 설정되는 것이 아니고, 도급인이 그 청구에 응하여 승낙을 하고 등기를 갖추어야 비로소 저당권이 성립한다는 것이다. 즉 하나의 청구권일 뿐 형성권이 아니란 것이다. 그렇다면 결국 저당권 설정등기까지 가는 데에는 상대방의 적극적인 협조가 있어야 함을 의미하는 것인데, 현 실태를 보면 유치권의 문제가 불거져서 꽤 오랜 시간동안 쌍방이 감정적인 대립으로 치달아 오다가 끝내는 소송절차로 가던 경매절차의 유치권 신고로 가던지 하는 것이 보통이어서 현실적으로 상대방의 협조를 기대하기 어렵다는 측면에서 볼 때, 부동산 소유자가 채무자인 경우에는 별다른 문제가 없을 것이지만, 부동산 소유자가 채무자가 아닌 경우에는 문제가 있을 수 있다. 따라서 만약 부동산위에 기존의 유치권과 같은 권리를 정당하게 취득하고 있는 채권자의 권리는 거의 전적으로 상대방의 협조여하에 달려 있는 격이어서 공평의 관념에 적합하지 않다고 본다.

둘째, 이 규정을 부동산 유치권을 없애는 대체조문으로 볼 것인지 아니면 민법 제666조가 정한 수급인의 저당권설정청구권의 범위를 확대하는 것으로 볼 것인지의 문제에 관하여 민법 제666조를 확대하여 비용지출자 등의 채권을 좀 더 포괄적으로 보호하기 위한 것이기 때문에 법 규정의 위치도 유치권에 관한 절이나 도급에 관한 절에 두지 않고 저당권에 관한 절에 두었다라고 설명하고 있다. 그렇다면 이 방안이 본래적 의미의 유치권제도의 대체입법이 아니라면 우리 법체계상 맞지 않다고 본다. 왜냐하면, 이 방안에서 유치권은 이제 부동산위는 성립하지 않고 동산과 유가증권 그리고 미등기 부동산위에만 성립한다는 전제를 달고 있어서 유치권의 객체에서 미등기 부동산을 제외하고는 부동산은 그 객체가 아닌 것으로 된다. 그렇다면 기존의 유치권과 같은 권리를 부동산위에다 취득하고 있는 사람은 결국 상대방의 협조가 없으면 결국 집행권원을 얻어야만 강제집행으로 그의 권리를 만족할 수밖에 없게 되므로 결국 다른 방안으로 제시된 법

정저당권과 구별될 수 있을만한 큰 실익이 있는지 의문이다.

한편, 이 방안이 기존의 유치권제도는 그대로 존치한 채 채권자에게 채권적 청구권의 권리를 하나 더 늘려준다는 의미로 이 제도를 운영한다는 취지라면 결국 법체계면에서 는 옥상옥이 된다고 본다.

셋째, 이 방안에서는 미등기 부동산에 관하여 소유권보존등기를 하면 그 때부터 일정한 기간 내에 저당권을 설정하도록 하고, 이에 따라 저당권을 설정하거나 저당권설정청구권이 소멸하면 유치권도 소멸하는 것으로 하고 있다. 그런데 유치권이 실제로 문제되는 것은 미등기 부동산인 경우가 많기 때문에 현재의 유치권의 악용과 남용의 문제를 해결하는 데에는 한계가 있을 것이다.

넷째, 이 방안에서 상대방에게 저당권설정을 청구하기 위해서는 채권자가 목적 부동산을 계속해서 점유하고 있어야 하는지에 관하여는 명확한 해결책을 내지 못하고 있다. 만약 점유를 요건으로 하면 현행 유치권 규정과 유사하여 그 실효성이 떨어지게 되고, 이에 반하여 점유를 요건으로 하지 않는 방안은 그 보호범위가 지나치게 넓어질 우려가 있기 때문이다.

다섯째, 부동산을 취득한 제3자가 있는 경우에 그도 저당권설정청구권을 행사할 수 있는지 문제된다. 또한 그 제3취득자가 선의·악의에 따라 이를 다르게 행사할 수 있는지 또 제3취득자가 선의이기는 하지만 과실이 있는 경우에는 어떻게 할 것인지에 관하여도 문제되나 그에 대한 명확한 입장을 밝히지 않고 있다.

2. 사건

(1) 유치권제도 폐지 주장의 의문

이미 선행연구 중에는 유치권제도의 폐지를 전제로 하는 민법개정시안을 중심으로 하는 논문들을 발표하였다.⁵⁰²⁾ 즉 부동산유치권을 아예 폐지하고 동산이나 유가증권 위에만 성립하는 권리로 하자거나, 민사집행법 제91조 제5항의 삭제를

502) 김재형의 논문(“부동산 유치권의 개선방안-2011년 민법개정시안을 중심으로-”, 「민사법학」 제55호, 한국민사법학회, 2011. 9.)과 정준영·이동준의 논문(“부동산 유치권의 개선에 관한 연구”, 2009년도 법무부 연구용역 과제 보고서, 2009.) 등

통한 인수주의 대신 소멸주의를 채택하자, 부동산등기법 제2조를 개정하여 유치권을 등기하자 또는 유치권을 법정저당권화 하자거나 유치권등기명령을 도입하자는 제안 등이 그것이다. 그러나 이러한 선행 연구는 다음과 같은 이유로 의문이 간다.

우선, 유치권 등기제도 도입 주장은 민법은 제185조에서 「물권은 법률 또는 관습법에 의하는 외에는 임의로 창설하지 못한다」고 규정하여 물권법정주의를 선언하고 있다. 따라서 물권법은 채권처럼 임의규정이 아닌 강행법규로서의 성질을 갖고 있는 것이므로 사적자치의 허용하고 있지 않다는 점에서 위 주장은 이러한 물권법정주의를 개정하여야만 하는 문제가 있다. 이는 우리민법의 근간을 흔들 우려가 있다고 본다. 나아가 주택임대차보호법상의 임차권등기명령은 비교적 단순한 사건을 대상으로 하여 임차인의 주거권을 확보한다는 점에 그 주안점이 있는 것이다. 그런데 위 견해는 당사자 일방만으로도 그들의 권리의무관계를 실제적으로 확정할 수 있다는 것은 타방의 재판받을 권리를 침해하는 것이며, 우리 부동산등기법이 채택하고 있는 공동신청주의원칙(부동산등기법 제28조)에도 반하게 되는 결과가 되는 것이다.

좀 더 구체적으로 그 문제점을 지적하면 다음과 같다.

첫째, 유치권등기명령제도의 도입 주장은 기본적으로 그 공시방법을 점유가 아닌 등기로 하고 있는데, 그렇다면 이미 등기가 되어 있는 부동산에는 그 적용이 어렵지 않다고 치더라도, 등기가 안 된 미등기부동산은 어떻게 공시를 할 것인가 하는 문제가 있다. 그렇다고 미등기 부동산 위에는 유치권이 성립하지 않는다고 할 것인가? 그렇다면 유치권의 객체를 동산과 유가증권으로만 한정하여야 할 것이므로 이는 또 민법 제320조 제1항 마저 개정해야 하는 문제가 있다. 또한 현실적으로 유치권이 실제 문제되는 것은 미등기 부동산인 경우가 많고 또 그러한 미등기 상태의 부동산을 유치권자가 부동산등기법에서 요구하고 있는 '바로 등기할 수 있는' 부동산임을 입증하는 서류를 제출하여 등기명령을 신청하기란 더욱 어려운 일이다.

둘째, 부동산 위의 부담의 처리에 관하여 민사집행법 제91조 제5항의 인수주의를 삭제하여 소멸주의를 도입하자는 주장에 대해서는 위 조항의 법률적 성질에 대하여 매수인은 인적책임을 지는 것이 아니라 물적책임만을 진다는 것이 통설

이자 판례의 입장이다. 그런데 이러한 물적책임설에 의하더라도 매수인은 유치권자에게 피담보채권의 변제책임을 사실상 지게 되는 것이 되므로 당해 부동산의 채권·채무와는 아무 관련이 없는 제3자인 매수인이 사실상 채무자의 채무까지 인수하게 함은 부당하다는 것이다. 한편 인수주의하에서 매수인은 유치권의 존재를 감안하여 이를 반영한 가격에 부동산을 매수한다는 것이 부동산 경매의 현실이다. 따라서 매수인이 본채무자의 채무까지 사실상 인수받는 것은 아니라고 본다. 또한, 매수인은 매수를 희망하는 가격에서 부담상당액을 공제한 차액만을 지급하면 되므로 일시에 고액의 대금을 내지 않아도 된다는 장점이 있기 때문에 반드시 인수주의가 폐해만 있는 것이 아니다. 반면, 소멸주의를 채택할 경우에는 위 민사집행법 제91조 제5항의 규정을 삭제해서, 민사집행법 제92조 제2항을 "매각부동산 위의 모든 저당권 및 유치권은 매각으로 소멸한다."라는 내용으로 개정하며, 민법 제320조 제1항과 제321조는 유치권의 유치적 효력의 한계를 축소 해석하여야 하는 부담이 생긴다. 또한 소멸주의는 한 번의 경매로 모든 부담을 소멸시켜 각 부담에 관하여 경매가 되풀이 되는 것을 막을 수 있다는 점에서 매수인이 안심하고 취득할 수 있다는 '장점'이 있으나, 담보권자는 원하지 않는 시기에 불충분한 만족을 강요당하는 불이익이 있으며, 매수인으로서도 다액의 대금을 일시에 지급하여야 하는 단점'이 있다는 점도 간과해선 안 된다고 본다.

셋째, 유치권자에게 우선변제권을 인정해서 배당단계에서 배당한 뒤 유치권은 소멸시키자는 주장은 유치권자의 지위가 물권적으로 공시도 되어 있지 않음에도 물권의 절대성에 매몰된 나머지 너무 막강한 지위를 부여하고 있는 것이라고 본다.

넷째, 유치권을 법정저당권화 하기 위해서는 그 부동산을 압류하여야 하고 압류를 위해서는 집행권원이 존재하여야 한다. 따라서 이러한 집행권원의 존재여부를 확인하기 위해서는 유치권의 성립요건에 대한 심리가 불가피하게 된다. 이렇게 되면 유치권존재확인 소와 유사한 증거자료를 근거로 압류결정을 하여야 하는 절차가 더 큰 부담으로 남게 된다. 따라서 유치권은 법정저당권으로 전환하자는 제안은 유치권의 존부결정이 선행되었을 때만 비로소 가능할 것이기 때문에 큰 의미는 없다고 본다. 또한 이 주장은 등기부등본에 압류형식의 등기만 기재되어 있을 뿐 유치권으로 등기되는 것이 아니라는 점에서 기존의 문제 즉 유

유치권이 공시가 안 된 권리이기 때문에 오는 제 문제점들을 해결하는데 있어서는 현재와 별 차이가 없을 것으로 보여 그 실효성에 의문이 간다.

(2) 소결

유치권등기는 공동신청에 의하여 하기 때문에 상대가 응해주지 않을 경우에는 실현할 수 없게 되고, 임차권등기명령을 응용한 유치권 등기명령도입의 주장과 법정저당권화의 주장도 유치권자 일방만의 주장으로 하나의 물권이 성립한다는 것과 이들 모두 본질적으로는 본래의미의 기존 부동산유치권제도의 폐지를 전제로 하는 것이며, 나아가 우리 물권법의 근간인 물권법정주의의 근간을 흔들 위험을 내포하고 있다고 본다. 또한 비용지출자 등에 대한 저당권설정청구권화 주장은 그야말로 유치권의 물권성을 폐지하여 하나의 채권적 청구권으로 그 지위를 격하시킴으로써 진정한 유치권자 보호에 무책임하다.

결국 이들 주장의 핵심은 공동신청에 의하든 일방만의 신청에 의하든, 유치권을 등기하고 유치권자에 우선변제권을 주며, 그 순위에 따른 배당을 함으로써 자연스럽게 인수주의를 폐지하고 소멸주의를 채택하자는 것인데, 이는 아예 부동산유치권을 폐지하고 동산과 유가증권의 유치권만 인정하자는 주장과 본질적으로 다르지 않다. 물론 이렇게 되면 부동산경매절차에 있어 유치권을 둘러싼 현재의 제 문제점들을 풀 수 있는 가장 근본적인 해결책임은 분명하다.

그런데 문제는 실현가능성과 현실적인 문제에 있다. 즉 진정 성립한 유치권인 경우 감정대립이 장기간 쌓여온 터에, 쌍방의 의사표시의 합치가 필요한 계약에 의해 공동신청으로 등기까지 하는 것을 과연 현실적으로 기대할 수 있는 지, 또한 상대방이 이에 응해주지 않을 경우 진정 유치권자는 어떻게 보호되는 지, 설령 그것까지 가능하다손치더라도 등기를 하면 순위를 인정한다는 것인데 그렇다면, 기존 저당권과 다른 점은 무엇인지 오히려 등기부에 유치권의 피담보채권액을 표기하지 못할 경우에는, 기존 근저당권제도보다도 더 낙후된 제도를 쓰게 되는 것이어서 낙후된 제도의 보완을 위해 낙후한 제도로써 이를 보완하는 격이고, 옥상옥이 될 가능성이 크다는 점이다. 더욱이 이들 주장들은 물권법정주의의 근간마저 흔들 수 있는 법 개정을 통해서만 실현 가능한 방안들이 대부분이라는

점에서 그 인정실익과 실현가능성면에서 이를 반대하는 것이다.

결국 이러한 측면에서 본다면 유치권에 대한 여러 문제점들이 노정되어 있기는 하지만 지금까지 인정해 온 제도를 부정하고 새로운 방안으로 과감하게 보완하는 것보다는, 이제 까지 축적된 노하우를 활용하고 입법의 구조적인 개정을 통해서만이 실현가능한 방안들보다는 경매절차에서 유치권에 대해 발생할 수 있는 문제점들을 적절히 파악하고 이를 보완함이 더 바람직한 해결방안이 되리라 본다. 따라서 이 논문에서는 그 해결방안으로 후술하는 집행전문법원의 설치와 그 전문화를 통한 개선방안을 핵심적으로 모색하고 있는 것이다.

제3절 유치권의 대항력과 견련성 범위의 제한

1. 대항력 범위의 제한

(1) 필요성

경매절차에서 유치권은 우선변제권이 없으나 민사집행법 제91조 제5항에 의하여 사실상 우선변제권을 가지고 있다. 바로 이러한 점들 때문에 동법 제91조 제5항은 유치권에 관하여 이른바 인수주의를 채택한 것으로 유치권의 폐해가 드러나는 대표적인 조항으로 비판을 받아왔고, 이러한 유치권의 막강한 힘은 유치권의 대항력으로 인한 인도거절권능의 결과인 것이고, 이는 유치권의 남용의 문제와 함께 경매절차에서 큰 문제점으로 남아있다.

현행 부동산경매절차에서 유치권이 인수여부와 관련하여 주로 압류나 저당권과의 그 성립시기의 선후에 의해 논란이 많음은 앞에서 살펴본바와 같다. 따라서 압류나 저당권에 대한 유치권의 대항력의 한계를 명확히 정의하는 것은 이해당사자들 특히 채권자와 매수 희망자들의 권리분석을 위해 꼭 필요한 것이다.

유치권의 대항력과 관련하여서는 대체로 두 가지의 논점이 있다. 첫째, 타인이 행한 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는 그 유치권을 내세워

그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다는 점과 둘째, 그러나 타인의 근저당권이 설정된 후 유치권이 성립하고 근저당권에 기하여 담보권실행 경매(압류)가 진행된 경우에는 유치권을 가지고 경매절차의 매수인에 대하여 대항할 수 있다는 점이다. 이와 관련, 기존 대법원 판결⁵⁰³⁾의 입장은 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료 되어 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우, 그 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없으나, 근저당권이 설정된 후 유치권이 성립하고 근저당권에 기하여 담보권실행경매(압류)가 진행된 경우에는 압류 전에 유치권이 성립되었기 때문에 유치권의 대항력은 제한을 받지 않으며 유치권을 가지고 경매절차의 매수인에 대하여 대항할 수 있다는 입장이다.

종래 학설도 유치권은 물권이므로 유치권자는 비단 채무자에 대하여 뿐만 아니라 그 물건의 소유자·양수인·매수인 그 밖의 모든 사람에 대해서도 대항할 수 있는 것으로 파악되고 있다.⁵⁰⁴⁾ 그런데 이처럼 유치권의 성립시기와 관계없이 특히 부동산유치권에는 아무런 공시방법을 갖추지도 않고서 언제나 누구에게나 유치권의 절대적 효력을 인정하는 것이 과연 타당한 것인가 하는 의문이 제기된다.⁵⁰⁵⁾ 즉 유치권의 대항력과 관련해서 압류의 선후와 저당권보다 먼저 성립된 유치권은 문제가 없다. 그러나 저당권보다 후순위로 성립한 유치권의 대항력에 관하여는 학설 간 대립이 있으나⁵⁰⁶⁾ 종래 우리 통설⁵⁰⁷⁾·판례의 입장⁵⁰⁸⁾은 그 성

503) 대법원 2009.1.15. 선고 2008다70763 판결 등.

504) 고상룡, 전게서, 543면; 박윤직, 전게서, 288면; 김상용, 전게서, 562면; 김중환·김학동, 전게서, 455-464면; 이영준, 전계 「물권법(신정2판)」, 704면; 이은영, 전계 「물권법(제4판)」, 675면.

505) 이상태, 전계논문, 102면.

506) 먼저 대항력 긍정설은 다시 대항력 인정설과 부정설로 나뉘는데, 전자는 유치권은 저당권의 성립시기와 관계없이 저당권에 우선한다는 것을 당연한 전제로 하고 있는 견해로 종래 통설과 판례의 입장이며 일본도 같다. 반면, 대항력 부정설은 부동산에 저당권이 설정된 후 압류 전에 유치권이 성립하는 경우에는 그 유치권을 가지고 선순위 저당권자와 경매절차상의 매수인에 대항할 수 없다는 주장이 최근 대두되고 있는 학설이다. 부정설을 취하는 견해로는 차문호, 전계논문, 412면 참조.

507) 박윤직, 전게서, 338-339면; 김상용, 전게서, 664면; 김중환·김학동, 전게서, 539면; 이은영, 전계 「물권법(제4판)」, 806면; 이재성, 전계논문 “유치권의 담보물권으로서의 성격”, 322면; 김상원(편집대표) 외 3, 전게서, 340면.

508) 대법원 판결에서는 “부동산경매절차에서의 매수인은 민사집행법 제91조제 5항에 따라 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있는 것이 원칙이나, 채무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 그러나 이러한 법리는 경매로 인한 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권을

립시기의 선후에 상관없이 유치권이 저당권에 우선하며 유치권자는 매수인에게도 대항할 수 있어서 그 유치권은 매수인에게 인수된다는 것이다. 따라서 유치권의 피담보채권액만큼 매각부동산의 담보가치를 저감시키는 요인이 되고 있다.

(2) 근거

첫째, 선순위 담보물권자가 담보물권 설정 당시에 평가한 담보가치는 보호되어야 함에도 그 후에 성립한 유치권에 의하여 사실상 우선변제권이 인정됨으로써 선순위 담보물권자가 파악한 목적물의 담보가치가 하락하게 된다는 점이다.⁵⁰⁹⁾

둘째, 유치권이 법정담보물권이라고 하지만 선행하는 저당권을 침해하면서 성립할 것을 기대할 수는 없는 것이고, 선행하는 저당권이 있다는 것을 알았을 경우에도 대항력을 인정하는 것은 일종의 도덕적 해이를 유발할 가능성이 크기 때문이며, 물권의 성립우선주의에도 부합하지 않는다고 보고 있다.⁵¹⁰⁾

셋째, 저당권 설정 이후에 성립한 용익권에 관하여 종전의 판례와 학설은 구 민사소송법에 아무런 규정이 없음에도, 저당권자의 목적물에 대한 설정 당시의 담보가치 평가는 보호되어야 한다는 이유로 용익권은 목적물에 설정된 최우선의 저당권을 기준으로 목적물이 경매절차에서 경락됨에 따라 소멸한다고 하였는데⁵¹¹⁾, 현행 민사집행법은 위와 같은 학설과 판례를 받아들여 입법론으로 해결한 점이다.⁵¹²⁾

넷째, 민법 제366조 소정의 법정지상권의 성부에 관하여 통설과 판례는 원칙적으로 저당권설정 당시에 존재한 건물에 한하여 법정지상권이 인정 된다고 해석하면서, 그 근거로 저당토지의 교환가치 하락으로 인하여 저당권자가 불측의 손해를 입게 된다는 점이다.⁵¹³⁾

취득한 경우에는 적용되지 아니하고, 유치권 취득시기가 근저당권설정 후라거나 유치권 취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 하여 달리 볼 것은 아니" 라고 판시하여 유치권보다 먼저 성립한 근저당권에 기한 경매신청인 경우에도 유치권자는 당해 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있음을 명확히 하였다(대법원 2009.1.15. 선고 2008다70763 판결).

509) 이상태, 전계논문, 101면; 강민성 전계논문 91면; 김중환·김학동, 전게서, 529-530면.

510) 강민성, 상계논문, 92면.

511) 차문호 집필(편집대표 민일영), 「민사집행소송·채관실무연구(2)」, 한국사법행정학회, 2008, 446-449면.

512) 박윤직, 전게서, 468면; 강민성, 전계논문, 88면.

513) 강민성, 상계논문, 90면.

다섯째, 민법 제320조 2항은, 유치권에 관하여 점유가 불법행위로 인한 경우에는 적용하지 않는바, 기존에 공사대금채권이 있는 자가 저당권이 설정된 부동산임을 알면서 점유를 취득하여 유치권을 주장하는 경우, 저당권이 설정된 부동산임을 알면서 점유를 취득한 후 필요비와 유익비를 지출한 경우에는 위 제320조 2항을 유추 적용하여 장차 경매절차에서 당해 부동산을 매수한 사람을 상대로 하여 유치권을 내세워 대항하는 것은 허용되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 점이다.⁵¹⁴⁾

여섯째, 저당권 설정 후 성립된 유치권의 효력을 인정할 경우, 채무자 또는 소유자가 건축공사와 관련하여 건축공사 수급인과 통모하여, 부동산을 점유하고 허위·과장 유치권을 주장하여, 선순위인 저당권의 행사를 방해하거나 부당이득을 챙기는 등 부도덕한 행위를 할 가능성이 크기 때문이라고 한다.⁵¹⁵⁾

일곱째, 우리 민법과 민사집행법의 규정 가운데 유치권에 관하여는 이에 대한 예외를 인정하고 있다고 볼 만한 규정이 없고, 실질적으로도 유치권에 관하여 그러한 예외를 인정할 만한 사정이 없다고 할 것이므로 이러한 법원칙이 유치권의 경우에만 양보하여야 할 이유가 없다는 점이다. 또한 실체법적으로 우선변제권도 없는 유치권이 우선변제권이 있는 저당권에 대항할 수 있다는 것을 당연히 받아들인다는 것은 그 자체로 모순이 있다는 점⁵¹⁶⁾ 등을 그 근거로 제시할 수 있다.

(3) 개선방안

판례는 경매 목적물에 채권자가 가압류를 한 후에 유치권이 성립했고 그 후에 채권자가 본압류로 전이하는 경매신청을 한 경우 그 본압류의 효력은 가압류를 한 시점으로 소급하여 발생하는 것이므로 이때 유치권자는 위 가압류에서 본압류로 전이한 채권자나 매수인에게 대항할 수 없다고 하고 있다.⁵¹⁷⁾ 물론 이론상으로는 가압류의 효력에는 처분금지효가 있기 때문에 그런 것이고 저당권에는 그러한 처분금지효가 없으므로 가압류의 그것과는 다르게 취급해야한다고 볼 수

514) 강민성, 상계논문, 91면.

515) 이상태, 전계논문, 100면.

516) 같은취지: 강민성, 전계논문, 81면; 生熊長幸, 前掲論文, 29-30, 34면.

517) 대법원 2002.3.15. 자 2001마6620 결정.

도 있겠다. 그러나 효력적인 측면만 놓고 볼 때 가압류는 채권자의 일방적인 청구에 의하여 집행되는 것이고 중국적으로는 재판을 전제로 하는 임시적인 것이므로 등기부에 기재된 채권액 또한 확정되지도 않은 것임에 반해, 저당권은 양당사자가 공동의 의사합치에 의한 계약을 맺어 공동으로 등기를 신청한 것이므로 임시적인 가압류보다 더 확정적이라 할 수 있고, 가압류는 특정 상대방에게만 주장할 수 있는 채권에 불과하지만 저당권은 대세효가 있는 물권이란 점에서도 결코 가압류에 비해 그 지위가 낮게 평가될 일은 아니라고 본다. 덧붙여, 선순위 저당권에 대한 유치권의 대항력 문제는 일본 학계에서도 우리의 통설과 같은 견해가 주류를 이루고 있다고 볼 수 있다. 하지만 최근 일본의 학설과 판례가 점차 저당권을 보호하는 방향으로 변하는 추세라고 한다. 즉 "저당권과 유치권의 우열관계는 저당권설정등기가 경료된 때와 유치권의 성립요건이 충족된 때 혹은 점유가 개시된 때의 선후관계에 의하여 결정하여야 하고, 저당권보다 나중에 성립한 유치권으로는 저당권자나 매수인에게 대한 관계에서는 대항할 수 없다."고 해석해야 한다는 비판이 가하여지고 있다.⁵¹⁸⁾ 일본에서는 이 학설을 이른바 '對抗問題說'로 부르고 있다.⁵¹⁹⁾ 또한 우리 판례 중에서도 이와 비슷한 판례가 있다. 즉 저당권이 설정된 후에 유치권이 성립한 경우, 유치권 성립 당시 부동산의 담보가치 이상으로 이미 저당권이 설정되어 있어서 저당권에 의한 담보권의 행사가 예상되는 경우에는 이때의 유치권 행사는 악의로 추정되므로 유치권의 대항력을 부인한다는 것이다.⁵²⁰⁾ 이 판결은 저당권 설정 후에 성립된 유치권을 행사하는 것은 신의칙에 반하는 것이며, 점유 이외에는 공시방법이 없는 유치권에 사

518) 강민성, 전제논문, 79면.

519) 이에 관하여는 "泉田榮一, 建築請負人の占有していた敷地に對する商事留置權の成否", 「ジュリスト(別冊)」164號, 有斐閣, 2002. 10, 100-101面; 奏光昭, "競合する抵當權と民事留置權の成立要件", 「金融法務事情」1657號, 金融法務事情研究所, 2002. 10, 4面; 岸日出夫(山崎恒·山田俊雄 編), 前掲論文, 100-105面; 西口元, "平成11年度主要民事判例解説", 「判例タイムズ」1036號, 2000. 9, 57面; 栗田哲男, 「現代民法研究(D) 請負契約」, 信山社, 1997, 387-389面; 新美育文, "建築請負業者の敷地についての商事留置權", 「判例タイムズ」901號, 判例タイムズ社, 1996. 5, 48面; 奏光昭, "不動産留置權と抵當權の優劣を決定する基準", 「金融法務事情」1437號, 金融法務事情研究所, 1995. 12, 5面; 田積司, "建築請負工事代金についての不動産留置權と根抵當權", 「米田實古稀-記念 現代金融取引法の諸問題」, 民事法研究會, 1996, 145-147面; 生熊長幸, 前掲論文, 29-30, 34面; 奏光昭, 前掲論文 "不動産留置權と抵當權の優劣を決定する基準", 5面 등이 이러한 태도를 취하고 있다.

519) 대전고법 2004.1.15. 선고 2002나5475 판결.

실상의 우선적 지위를 부여한다면 공시주의를 기초로 하는 담보법 질서를 무너뜨리게 되는 점과 소유자와 유치권자 사이의 묵시적 담합이나 유치권 남용을 막을 방법이 없다는 점을 염두에 둔 것으로 보인다. 따라서 위와 같은 점들을 감안하면 저당권이 설정된 후에 유치권이 성립한 경우, 유치권 성립 당시 부동산의 담보가치 이상으로 이미 저당권이 설정되어 있어서 저당권에 의한 담보권의 행사가 예상되는 경우에는 이때의 유치권 행사는 악의로 추정되므로 유치권의 대항력을 부인하고, 선순위 저당권의 채권액이 담보가치에 미달하는 경우 부동산에 관하여 추가로 유익비 등을 지출하여 부동산의 담보가치를 증진시키는 등 선의의 유치권으로 인정되는 경우에는 그 대항력을 인정하는 것이 타당하다고 본다. 물론 이 경우에도 문제점은 없지 않다. 가령 영세한 공사업자가 공사계약전에 저당권의 설정 사실을 알고 있다고 하더라도 그 공사계약을 포기하기가 쉽지 않을 뿐 아니라, 나중에 상대방 도급인의 채무불이행으로 공사대금을 받지 못하는 경우에도 저당권자에게 대항할 수 없고 그 위험도 전적으로 부담하라고 하는 것은 형평의 원리에도 맞지 않기 때문이다. 그러나 가압류를 먼저 실행한 뒤 본압류를 한 경우에 그 압류의 효력은 가압류를 한 시점으로 소급하여 발생하게 되므로, 가압류는 제3자 처분금지효가 있다고는 하나 결국 채권적 효력만이 없는 가압류나 압류인 경우에도 유치권자가 대항할 수 없게 하면서 대세효가 있는 저당권인 경우에는 유치권자가 대항할 수 있게 한 것은 법 형평의 감정으로 볼 때 맞지 않기 때문에 이와 같은 주장을 하는 것이다. 또한 이렇게 하지 않으면 소유자(채무자)와 유치권자간의 통모나 묵시적 담합에 의한 허위·과장 유치권이나 유치권의 남용을 제어할 방법이 별로 없다는 점도 고려한 것이다.

2. 견련성의 피담보채권 범위의 제한

(1) 필요성

부동산 경매절차에서 유치권은 법정담보물권이기 때문에 등기부를 통해서도 그 존재를 알 수 없으며, 타 담보물권보다도 후에 성립하였음에도 경매로 소멸되지 않으며, 유치권 신고의 남발로 매각가격이 저감되어 채권확보를 어렵게 하는 등의 문제들은 실무에서 흔

히 볼 수 있는 일들이다.

이러한 문제들은 결국 유치권 성립요건으로 건련성에 관하여 민법 제320조 제1항의 규정을 단지 ‘물건에 관하여 생긴 채권’이라고만 규정하고 그 해석을 학설과 판례에 위임하고 있는 입법의 미비 탓에서도 그 연유가 있다고 본다. 또한 이러한 건련성에 관한 국내의 연구 논문도 유치권 연구의 대다수를 차지할 정도로 많은 편이지만⁵²¹⁾ 대부분 문제점만을 언급하고 뚜렷한 해결방안의 제시는 없는 실정이다.

앞에서 건련관계의 인정범위에 관한 우리 다수설과 판례의 입장인 이원설에 관하여 살펴보고 그것은 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우와 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계의 두 유형으로 나눠 모두에 건련관계를 인정하고 있다고 하였다. 이러한 다수설의 입장이 타당한가를 검토하기 위하여 우리의 유치권에서의 건련관계란 개념이 구축되어진 경로 살펴보았다.

따라서 다음과 같은 이유로 유치권 성립요건으로서의 건련성 즉 목적물로부터 생긴 채권에 포함되는 피담보채권의 인정 범위를 현재 다수설과 판례의 입장보다 좀더 좁게 해석해야 하며 또 그에 따른 입법론으로서 민법 제 320조 제1항 본문의 건련관계에 대해서도 이를 구체적으로 정의하는 법 개정이 필요하다고 본다.

첫째, 현재 다수설과 판례는 유치권의 피담보채권의 적격성을 정하는 근거로서 목적물과의 건련성을 제시하고, 실정법적 근거 규정으로는 민법 제320조 제1항을 들고 있다. 여기서 목적물로부터 생긴 채권의 의미에 관하여 채권이 목적물 자체로부터 발생하는 경우에 건련성을 인정함에는 별문제가 없으나, 채권이 목적물반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생하는 경우에도 건련성을 인정하자는 것에 대하여 우리 민법상 근거 규정인 위 조문에도 포함되지 않음에도 불구하고 해석론에 의해서 확장해석 또는 유추해석의 방법에 의하여 확장된 것일 뿐이란 점이다.

둘째, 현재 다수설과 판례의 피담보채권의 건련관계에 대한 개념이해는 너무 서구의 유치권제도에 관한 논의에 과도한 영향을 받고 있는 것으로 보인다. 즉 서구의 유치권제

521) 예컨대 유치권의 건련성 문제를 지적하고 있는 몇 가지의 논문만 언급하면 다음과 같다. 김계순, “유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 건련관계”, 『이화여자대학교 법학논집』 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009. 3, 29면 이하; 문광섭, “유치권의 피담보채권의 범위-채권과 물건 간의 건련관계 및 유치권의 불가분성과 관련하여 -”, 『대법원판례해설』 제71호, 법원도서관, 2008. 7, 120면 이하; 박영목, “유치권의 성립요건과 효력범위 - 수급인의 유치권을 중심으로 -”, 『안암법학』 제27호, 안암법학회, 2008. 9, 231면 이하; 신국미, 전제논문 “유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 건련관계”, 127면 이하; 엄동섭, 전제논문, 18면 이하; 조성민, “유치권의 성립요건과 효과”, 『고시연구』 제30권 제7호, 고시연구사, 2003. 53면 이하 등이 있다.

도는 물권으로 는 경우도 있지만, 독일과 프랑스 등 주요국가의 입법례는 채권적인 급부 거절권(항변권의 일종)으로 보고 있다. 그런데 일본민법의 유치권은 물권적 유치권인 프랑스 민법의 영향을 받았음에도 그 후 일본민법학자들이 유치권에 대한 해석과 이론전개를 철저히 독일의 유치권 구조와 이론에 의지했기 때문에 체계가 다른 독일의 채권적 유치권을 그대로 받아 들였고, 우리의 다수설·판례는 그러한 일본의 유치권제도를 무비판적으로 수용함으로써 결국, 체계가 다른 독일민법 제273조를 우리의 유치권의 해석론에 그대로 원용하고 있음을 알 수 있다.⁵²²⁾ 이와 같은 측면에서 보면, 유치권이 일본민법의 규정과 유사함을 볼 때 독일민법 제273조의 해석을 적용할 것이 아니라, 프랑스민법의 해석의 경우와 같이 유치권과 동시이행의 항변권으로 나누어 적용함이 타당하다 할 것이다. 또한, 일원설에 대하여도 견련관계의 인정범위가 너무 협소하다거나 사회관념 내지는 상당인과관계 등 모호한 개념을 도입하여 구체적인 경우에 그 적용이 어렵다는 비판이 있다.⁵²³⁾ 그러나, 우리민법상의 유치권은 목적물을 유치할 권리뿐만 아니라 경매권(제322조), 우선변제권, 과실수취권(제323조 제1항), 비용상환청구권(제325조) 등이 유치권자에게 인정되고 있고, 유치권은 당사자의 약정에 의하여 인정되는 권리가 아니라 소유자의 의사와는 전혀 상관없이 당연히 성립하는 대세적 효력이 있는 법정담보물권이어서, 그 피담보채권에 대하여는 아무 것도 공시되지 않고 물건의 소유자조차도 유치권이 성립하였는지 여부를 알 수 없는 때가 있어서 그 물건의 양수인으로서는 상대방의 신뢰성에 대한 위험 이상의 과도한 위험을 부담할 수 있음을 감안할 때, 유치권이 적용되는 범위는 제한되어야 한다고 본다. 그리고 이러한 피담보채권의 견련관계의 범위를 둘러싼 제문제점들은 이제 해석론에 의해서만 해결하는 것은 어렵기 때문에 결국 법 개정이 필요하다고 본다.

(2) 근거

민법 제320조 제1항의 「목적물에 관하여 생긴 채권」의 의미를 축소해석하게 할 필요성에 의해 이 요건을 좀 더 한정적으로 표현하여 「물건에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권」에 대해서만 유치권을 인정하기로 하는 경우,

522) 김계순, 전계논문, 42면; 신국미, 상계논문, 130면; 이영준, 전계 「물권법」, 699-702면; 양창수, “유치권의 발생요건으로서의 「채권과 물건간의 견련관계」”, 「법률학의 제문제 : 유기전박사고회기념」, 박영사, 1988. 6, 242면.

523) 이영준, 전계 「새로운 체계에 의한 한국민법론(물권편)」, 760면.

여기서 말하는 비용이란 민법 제203조와 제323조 그리고 제325조제1항에 규정된 비용의 개념이다.

점유자의 비용상환청구권과 마찬가지로, 유치권자도 유치물에 관하여 필요비나 유익비를 지출한 경우에 소유자에 대하여 그 상환을 청구할 수 있다(민법 제325조). 필요비는 물건의 보존에 필요한 통상비와 특별한 필요비도 그 상환을 청구할 수 있다. 통상의 필요비란 물건의 수선비·사육비·조세의 부담 등과 일상의 보관에 필요한 비용을 말하고, 특별한 필요비란 풍수해에 의한 가옥의 대수선과 같이 이상의 보관 외에 지출할 필요가 있는 비용을 말한다.

유익비는 유치권자가 선량한 관리자의 주의의무와 같이 물건의 가치보존을 위하여 불가결한 것이 아니지만 물건의 본질을 변하지 않고 물건의 이용개량을 위하여 지출한 비용을 말하며 유익비로 인정받기 위해서는 목적물의 객관적 가치를 증가시키는 것이어야 한다. 유익비로서 인정여부는 유치권자가 아니라 소유자를 기준으로 판단하여야 한다.⁵²⁴⁾

이렇게 개념구성을 했을 때 비용상환청구권을 청구하는 자는 유치권자에 한한다. 유치권이 소멸한 후에 비용을 지출하였을 경우는 본조의 비용상환청구권을 행사하는 것이 아니라 민법 제203조의 점유자의 상환청구권이 되는 것이다.

한편 본조에 따르면 청구의 상대방은 「소유자」라고 규정되어 있으나, 유치권자의 지출에 의하여 종국적으로 이득을 취득하는 자는 상환청구당시의 소유자인 것이 분명하나 채무자도 그에 의하여 이익을 받는다고 할 것이므로 공평의 원칙상 「채무자 또는 소유자」로 해석함이 타당할 것이다.⁵²⁵⁾

(3) 개선방안

유치권의 성립요건으로서 피담보채권과의 견련성에 관한 종래의 다수설과 판례의 입장은 그 인정 범위를 지나치게 넓게 보고 있으며, 이러한 점은 결국 경매절차에서의 허위·과장유치권의 남용되는 하나의 근본적인 원인이 되고 있다는 것과 이러한 문제점은 해석론에 의해서만 해결하는 것은 어려운 것이므로 법 개정이 필요

524) 이영준, 상계서, 729면 참조.

525) 이영준, 상계서, 729면 참조.

하다. 따라서 민법 제320조 제1항의 「목적물에 관하여 생긴 채권」의 의미를 축소해석하여야 할 필요성에 의해 이 요건을 좀 더 한정적으로 표현하여 「물건에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권」에 대해서만 유치권을 인정하기로 하는 입법방안을 생각할 수 있다. 이렇게 되면 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우에도 위 요건으로 포섭되지 않는 한 유치권이 성립되지 않게 될 것이다.

제4절 경매절차에서의 개선방안

1. 보증금 공탁과 권리신고의 의무화

(1) 제도 도입의 필요성

앞에서 살펴보았듯이 유치권은 공시가 되어 있지 않고, 우선변제권이 없지만 민사집행법 제91조 제5항에 의하여 사실상 우선변제를 받는 매우 강력한 담보물권이다.

또한 경매절차에서 유치권자는 스스로 권리신고를 하면 민사집행법 제90조 제4호의 이해관계인이 되지만 유치권신고 여부와 관계없이 매수인에게 대항할 수 있고 그 제출기한의 중기도 없어서 유치권자는 언제든지 자신의 권리를 주장할 수 있는 반면, 일단 유치권신고가 있는 경매절차에서 매수희망자들은 유치권자의 협조 없이는 그 성립여부와 성립시기, 매수인이 인수해야 할 피담보채권에 관한 정보에 접근할 수 없다. 또한 현행 경매제도는 유치권자에 대한 채권신고절차를 두고 있지 않아, 그 불확실성은 더 커지게 되는 원인이 되고 있다. 그렇다고 유치권 인수여부가 경매절차의 공고내용도 아니고 설령 유치권신고가 있었다 하더라도 매각절차의 이해관계인이 아니고서는 경매기록을 열람할 수 없기 때문에 현실적으로 유치권신고서의 피담보 채권액과 유치권 성립 등에 관한 내용을 확인할 수 있는 방법이 없다. 따라서 유치권이 신고된 목적물은 유찰을 거듭하고 그에 따라 매각가격 하락으로 이어지고 있어서 담보채권자나 매수인 등 경매에

JEJU NATIONAL UNIVERSITY
제주대학교

관여한 이해관계인들을 불안하게 하는 요인이 되고 있다. 그런데, 이러한 유치권 신고의 상당수는 경매절차를 방해 또는 지연시키거나 목적부동산의 매각가격을 떨어뜨릴 목적으로 채무자와 통모하여 허위·과장된 유치권신고서를 작성 제출하는 경우이거나, 채무자 등이 저가로 입찰가격이 떨어질 때까지 기다렸다가 친척이나 지인 등 제3자를 내세워 저가에 응찰하기도 하여 유치권을 악용하는 사례가 빈번한 것이 현실이다.

물론 경매부동산에 대한 집행관의 현황조사나 감정인의 감정평가시 유치권 주장여부를 확인하여 현황조사서나 감정평가서에 표시가 이루어진다면 별 문제가 없겠지만 현실은 유치권자의 협조 없이는 그 존재여부나 그 진정성에 관하여 다 파악을 할 수가 없다. 통상 유치권신고는 현황보고나 감정평가서 제출후인 매각기일후 심지어는 배당기일 이후나 잔금납부 이후에 신고하는 경우도 있고, 제출하는 형태도 법으로 규정된 양식도 없고, 유치권을 증명하는 서류도 첨부하지 않은 채 어렵지 않게 접수되고 있기 때문이다.

반면 매수인은 매각기일전 유치권의 부담이 있는 줄 모르고 소유권을 취득했지만 매각기일후 유치권신고가 있는 경우에는 이를 알기 어렵고, 집행법원이 이들 매수인에게 유치권 신고가 있었음을 고지해야한다는 규정도 없다. 설령 유치권신고 사실을 매수인이 안다고 해도 이에 대한 이의신청은 매각기일 이후는 매각허가결정전에, 매각허가결정취소신청은 매각대금을 완납하기 전에 이루어져야 하기 때문에 이미 매각대금을 완납한 경우에는 이러한 이의신청이나 취소신청을 할 수가 없다. 따라서 매수인으로서는 속절없이 부동산인도명령이나 명도소송을 제기하는 수밖에 없는 것이 현실이다.

이와 같은 점들을 감안할 때 이제 경매절차에서의 이러한 유치권의 남용과 악용 그리고 허위·과장 유치권의 진입을 제한하기 위해서는 집행법상의 제도적 개선이 필요하다고 본다.

위에서 지적한 여러 문제점들은 결국 민법 제320조 제1항과 민사집행법 제91조 제5항에서 정한 유치적 효력과 유치 목적물에 대한 인도거절권에 근본적인 원인이 있다고 생각되므로 법 개정을 통하여 이를 시정해야할 것으로 본다.

따라서 이러한 경매절서의 왜곡과 유치권의 남용 등 제 문제점들을 해결하는 방안의 하나로 유치권자는 집행법원에 일정 보증금을 납입하고 독일처럼 배당요

구중기내에 권리신고를 해야만 매수인에게 대항할 수 있게 하는 규정을 신설하자는 것이다.

(2) 도입 시 문제점 검토

유치권자에게 민사소송법 제502조 제3항, 동법 제117조에 의한 담보나 공탁을 하게하고 배당요구종기까지 그 권리의 성립요건과 피담보채권액에 대하여 권리신고를 의무화하는 방안에도 문제점은 뒤 따른다.

첫째, 앞에서 언급했듯이 아직 권리신고도 하지 않은 유치권자를 어떻게 파악할 것인가 하는 문제가 생기게 된다. 따라서 본 논문에서 제시한 해결방안은 어디까지나 집행관에 의한 현황조사가 충실히 이뤄져서 거기에 유치권자의 성명과 주소 등이 충분히 조사되어 있음을 전제로 할 때만 가능한 것이다.

둘째, 진정한 유치권자가 집행법원으로부터 경매된 사실과 및 배당요구종기까지 권리신고를 해야 한다는 통지를 고지 받지 못하여 선의의 피해자가 발생할 수 있다는 점이다. 즉 유치권자의 유치물에 대한 유치의 방법은 반드시 유치권자가 24시간 상주해야 하는 것도 아니고, 유치권자의 이행보조자나 피용인에 의한 유치도 가능하다는 점에서 가령, 유치권자가 유치물을 피용자에게 유치하도록 하고 장기여행을 간 경우 현재 경매실무에서 행하여지는 송달규정⁵²⁶⁾에 의하면 그 피용인의 신분이 주민등록등본 등에 의하여 동거인으로 등록이 되어 있지 않은 경우 그 송달은 부적법송달이 되어 송달불능으로 처리하게 되어 있음을 감안하면 이 경우 유치권자에 대한 통지는 어떻게 해야하는가하는 문제가 생긴다.

이러한 경우에 생각해볼 수 있는 것이 대법원 재판예규 (송민 98-6)에 의한 주택 및 상가건물임차인에 하는 통지이다. 즉 사회적 약자보호측면에서 시행하고 있는 이 제도인 경우에도 결국 집행관의 현황조사서에 조사된 임차인만을 대상으로 하고 있다는 점에서 유치권자에 대한 통지 대상 역시 적극적으로 유치권자가 자신의 권리를 집행법원에 신고한 경우 외에는 현실적으로 현황조사서에 조

526) 실제 집행실무에서 행해지고 있는 송달방법에는 교부송달(민사소송법 제178조 제1항), 조우송달(동법 제183조 제3항 및 4항), 보충송달(동법 제186조 제1항 및 제2항) 유치송달(동법 제186조 제3항) 등과 등기우편에 의한 발송송달(동법 제187조), 공시송달(동법 제194조) 등이 있다.

사된 유치권자만을 대상으로 할 수밖에 없을 것이다. 다만, 예외로 민사소송법 제 194조의 공시송달에 의한 통지는 상대방에게 도달되지 않은 것으로 간주하면 될 것으로 본다.

셋째, 유치권자는 다른 담보물권자와 달리 우선변제권이 없고 경매절차에 직접 관여할 수 있는 권리자는 아니다. 즉 유치권의 성립에는 점유가 필수요건이고 유치권자가 점유를 잃으면 유치권은 당연히 소멸한다(민법 제328조). 그런데 유치권은 목적물의 점유가 성립요건이고 존속요건이므로 직접점유든 간접점유든 상관없이 점유를 상실하면 소멸하며 제3자가 유치권자로부터 그 점유를 승계하였다고 해도 그가 유치권자를 대위하여 유치권의 주장을 할 수 없다.⁵²⁷⁾ 이는 임차권 승계와도 다르다. 따라서登記할 수 있는 권리도 아니고 경매절차에서 배당을 받을 수 있는 권리도 아닌 유치권자에게 배당요구종기까지 일정 금액의 보증금을 공탁하게 하고, 권리신고를 하지 않으면 매수인에게 대항할 수 없도록 하는 것은 중국적으로는 실체법상 인정된 권리를 상대적으로 박탈하는 것이 아니거나 하는 문제가 생길 수 있다. 이는 중국적으로 유치권의 본질적 내용을 침해하는 입법인지가 문제된다. 이에 관하여 헌법재판소는 “헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별을 부정하는 절대적 평등을 의미하는 바가 아니라 합리적 차별을 해서는 안된다는 상대적 평등을 의미하므로 자의적인 입법을 금지하고 있는 것이다”.⁵²⁸⁾ 따라서 “유치권자가 배당요구종기까지 신고를 하지 않을 경우 매수인에게 대항하지 못하게 되는 제한을 받게 되지만 이에 따른 재산권의 제한은 경매절차의 실효성을 도모하고 매수인에게 불측의 손해를 방지하기 위하여 불가피한 것으로서 현저히 불합리하거나 자의적인 차별이라고 할 수 없어 유치권자의 평등권을 침해하지 않는다”라고 판시하고 있다. 또한 “유치권신고의무에 의한 유치권의 제한은 부동산경매절차에 한정함에 불과하고, 신고의 부과로서 달성되는 경매제도의 효율적 운영은 더욱 중요한 공익에 속하므로 유치권자의 권리는 헌법 제37조 제2항에 의하여 더 큰 공익을 위하여 법률로써 제한할 수 있다고 할 것이며, 이 경우 유치권자의 권리는 경매절차에서의 매수인에 대한 관계에 한하여 대항할 수 없도록 제한될 뿐이므로 유치권의 본질적 내용을 침해하는 것이

527) 대법원 1972.5.30. 선고 72다548 판결.

528) 헌법재판소 1998.4.30.자 96헌마7 결정.

아니다⁵²⁹⁾고 판시하고 있어서 유치권자에 대한 배당요구종기내의 권리신고의무화에 대한 법적 정당성은 확보되었다고 볼 수 있다.

현실적인 측면에서는 유치권은 경매신청이 된 부동산을 점유함으로써 성립하는 법정담보물권이고, 타인의 부동산을 점유하는 자가 당해 부동산에 대하여 경매절차가 진행되고 있다는 사실을 알지 못한다는 것은 실무상의 경험에 비추어 볼 때 거의 상정하기 어려운 일이다. 왜냐하면 경매신청이 접수되어 종결이 될 때까지 보통 6개월 정도 소요되는 그 기간 동안 집행관의 현황조사와 감정인의 평가를 위해 현장을 방문하여 점유자를 탐문하며, 또한 이때도 만나지 못한 점유자에 대해서는 안내문을 부착하고 오기 때문에 진정하게 유치 목적물을 점유하고 있는 유치권자라면 이 사실을 모른다는 것은 납득이 가지 않기 때문이다. 덧붙여 채무자의 경우 과도하게 많은 채무로 인한 시달림이나 도피의 수단으로 행방불명이 되어 공시송달에 의해 경매가 진행되기도 하지만, 유치권자는 공사대금 채권 등 채권회수를 전제로 부동산을 점유하고 있는 상황이고 채권회수를 위하여 채권자로서 방법을 찾고 있을 것이므로 진정한 유치권자가 경매진행 사실을 알 수 없는 경우는 거의 상정하기 어렵다. 설사 점유기간 중 개인적 사정에 의해 부동산에 대해 시정조치를 취한 후 다른 곳에 가 있었다 하더라도 경매신청시부터 배당절차가 종료될 때까지 수개월 이상 경매절차가 진행되는 사실⁵³⁰⁾을 알 수 없었다고 한다면, 이는 권리위에 잠자는 자로서 경매절차상의 이해관계인 등의 이익과 거의 점유 또는 관리 포기 상태에 있는 선의의 유치권자에 대한 보호 필요성에 대한 형량의 문제가 발생할 수 있다.

그러나 이 경우에도 선의의 피해자가 발생할 것에 대비하여 유치권자가 고지를 받지 못했음이 재판결과로 드러나면, 유치권자로서는 자기가 책임질 수 없는 사유로 기한 내 유치권신고를 하지 못한 것이므로 이러한 경우에는 이 논문에서 주장하는 개정안 법 제91조 제5항 단서에 그 규정을 두어, 매수인에게 대응할 수 있도록 하여 유치권자가 불측의 손해를 입는 경우가 없도록 하였다.

529) 헌법재판소 2005.12.22.자. 2004헌마 142 결정.

530) 배당요구종기까지 권리신고를 하도록 의무화 한다고 하더라도 유치권자의 유책사유가 아닌 사유로 경매절차가 진행되는 사실을 알지 못하였다면 매수인이 대금을 완납하기 이전까지 그 사유를 소명하여 매각허가결정의 취소신청을 할 수 있을 것이다(대법원 2002.12.24.자 2001마1047 결정; 대법원 1998.8.24.자 98마1031 결정; 대법원 1999.7.22.자 99마2906 결정 등 참조).

이와 같이 유치권자의 권리신고 의무화되는 것만으로도 허위·과장 유치권신고로 인한 피해사례는 크게 근절될 것이다. 따라서 유치권자에게 배당요구종기내에 보증금을 공탁하게 하고 그 신고를 의무화하는 것은 합법적이고 중요한 공익적 가치를 갖는 적절한 방법으로 생각된다.

2. 집행전문법원의 설치

(1) 도입의 필요성

경매와 관련한 민사소송사건의 20~30% 이상이 유치권의 악용에 따른 소송으로서 이는 법원이라는 국가기관에 의해 체계화된 통일적 절차에 의해 운영되는 제도라는 점에서 아주 높은 비율이라는 비판⁵³¹⁾과 이 논문 제2장 제3절에서 언급한 2011. 1. 1. 이후 2011. 10. 4. 까지 유치권 관련 전국법원 형사판결 선고건수가 363건에 이르며 이 중에는 사기사건 부터 경매방해사건에 까지 범죄수법도 다양하다는 것을 살펴보았다. 뿐만 아니라 실제 경매업무를 담당하는 법원공무원들이 체감하는 경매절차에서 유치권이 신고된 사건 중 80~90%가 허위 혹은 성립요건을 결한 유치권신고로 추정된다고 하는 것으로 보아 경매절차에서 유치권은 이미 사회 문제화가 된 지 오래다.⁵³²⁾

설령 차후에 유치권이 진정성립이 부정된 경우에 유치권신고가 된 사건의 이해관계인은 유치권자에 대항하여 가령, 선순위 담보물권자는 후순위 유치권자에 의해 침해된 권리를 보존하기 위해 여러 가지 방법으로 유치권신고자를 상대로 한 사해행위 취소소송, 형사처벌 등을 강구하게 될 것이다. 그러나 현실적으로 유치권자와 채무자가 통모하여 허위 또는 과장되게 유치권 관련 서류를 조작한 경우에는 현실적으로 효과적인 방안이 없다. 우리 법에는 이런 경우의 구제수단으로 방해배제청구권, 점유이전금지가처분신청, 부동산가처분신청, 부동산간접강제신청, 부동산관리명령신청 등의 조치를 취할 수 있도록 규정되어 있지만 이는

531) 고준석, "부동산경매 활성화를 위한 법제개선에 관한 연구", 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2006, 159면.

532) 강희숙, 전제논문, 191면.

문제를 직접 해결할 수 있는 조치가 아니기 때문이다. 더불어 해당 경매사건이 완결되어 회복 불가능 한 경우에 유치권자의 통모행위가 밝혀졌다 하더라도 유치권 권리자를 상대로 손해배상청구의 소를 진행한다는 것도 결코 쉬운 일이 아니기 때문이다.

또한 집행법원은 실체재판을 하는 재판부가 아니라 입찰명령과 매각결정 그리고 배당에 이르기 까지 이미 확정된 집행권원에 의하여 경매절차에 관련된 사항만을 거의 담당하고 있어서 유치권의 문제와 같이 시간이 오래 걸리고 사안이 매우 복잡하며 감정이 대립된 당사자를 상대로 재판을 진행하기란 현실적으로 거의 어려운 실정이다. 따라서 위에서 제안한 유치권자의 배당요구종기내 보증금의 공탁과 권리신고의 의무화를 통한 허위·과장 유치권의 진입을 제한하고 이를 효율적이고 신속한 처리를 위해서는 집행전문법원의 도입이 시급하다고 본다.

(2) 재판과 처리 방식

집행전문법원은 집행법원이 아닌 본안소송을 담당할 법원으로서 단독판사 관할⁵³³⁾로 하며 소송구조는 비송사건의 재판과 같이 편면적 구조로 하여 우선 경매 목적물의 소유자와 유치권 신고인만을 심리하여 결정한 뒤 이를 당해 경매사건의 모든 이해관계인에게 송달을 하여 즉시항고 할 수 있게 하고, 그 항고사건에서는 양당사자의 대립 구조의 소송절차의 중국판결로 끝내자는 것이다.⁵³⁴⁾

이때 우선 심리절차의 결정문을 모든 이해관계인에게 송달하는 이유는 소유자와 유치권자간 통모를 방지함에 있다. 이를 구체적으로 보면, 경매사건에서 유치권신고가 접수되면 집행법원에서는 그 유치권신고가 배당요구종기내 접수되었는지 여부와 대법원 규칙에서 정한 소정의 공탁금 납입 증명(개정안의)이 붙어 있

533) 이 논문에서 주장하는 집행전문법원의 사무분장 내지 관할사무는 비단 경매절차에서의 유치권 신고와 관련된 사건만을 다룰 법원을 의미하는 것이 아니라, 집행절차 전 단계에 걸쳐 먼저 결정을 해야 하는 사건들 이를테면 부동산침해방지를 위한 조치(민법 제83조 제3항), 경매개시결정에 대한 이의(민사집행법 제86조 제3항, 동법 제265조), 최고가매수신고인 등에 의한 매각허가결정에 대한이의(민법 제123조 제1항), 부동산인도명령(민사집행법 제136조 제1항) 및 부동산관리명령(민사집행법 제136 조 제2항) 등의 사건도 함께 다루는 법원을 의미한다.

534) 물론 이 경우에도 꼭 이해관계인들에게 즉시항고를 하게 하여 항고법원에 까지 사건이 넘어감으로써 절차지연도 있을 수 있으므로 즉시항고가 아닌 이의신청을 하게 하고 가압류결정에 대한 이의신청에 대한 심리와 같이 1심 재판부가 심리하게 하는 방법도 있을 수 있다고 본다.

는지를 조사하여 이를 충족하는 사건만 전문재판부로 기록을 송부하여 처리하는 형태이다. 이때 집행법원은 당해 유치권신고가 접수된 사건은 채무자 등에 대한 송달 등은 계속하되 절차를 일시정지 시켜, 유치권자가 매각허가결정전까지 자신의 권리 및 피담보채권액을 증명할 수 있도록 사건을 추후지정으로 해야 두고, 사건기록을 전문재판부로 인계하며 이때 사건을 이첩 받은 전문재판부는 최대한 3개월 이내(훈시규정) 유치권의 존부에 관한 결정을 한 뒤 사건을 다시 집행법원으로 되돌려 보내는 방식으로 처리하는 방안이다. 이대 위 3개월 이내라는 훈시규정을 둔 이유는 집행전문법원 설치 전 일반 집행법원인 경우, 보통 유치권신고로 인한 유찰을 두세 차례 거듭한 정도의 기간을 감안한 것이므로 집행전문법원에서 이 문제를 처리하여도 집행절차가 더 지연되는 일을 방지하자는 취지이다.

집행법원은 전문 재판부의 유치권 존부 결정을 그대로 인용하여 감정평가서에 이미 별도로 유치 목적물의 가액에 대한 평가를 해온 것을 더 잡아 그 금액을 최저매각가에 증액(유치권이 인정된 경우) 또는 감액(유치권이 부정된 경우)을 하여 이를 공고하고, 진정 성립한 유치권인 경우로 판명이 났을 경우 매각물건명세서에도 전문재판부의 결정 요지(유치권의 점유부분과 피담보채권액 등 매수인이 인수해야할 부담)를 별지에 첨부하여 이를 기재하도록 하며 특별매각조건을 달아 유치권은 매수인 인수조건부 매각임을 공고하도록 한다.

(3) 업무분장

1) 보정명령 및 권고

유치권 신고 된 사건에 대해서 집행전문 법원의 법원사무관 등은 우선 유치권 신고가 배당요구종기내 접수되었는지 여부와 대법원 규칙에서 정한 소정의 공탁금 납입 증명(개정안의)이 붙어 있는지를 다시 조사하고 이 두 가지 필수요건이 갖추어지지 않은 사건인 경우에는 기록을 판사에게 송부하여 본안심리전 각하결정으로 유치권 신고가 되지 않았을 때에 해당하는 것으로 하여 이를 집행법원으로 되돌려 보낸다. 위 필수요건을 갖춘 경우에는 다음 사항을 조사하여 보정을 권고한다.

현재 유치권신고인에 대한 보정권고 사항으로는 ① 유치권의 신고인에 대해서

는 점유자가 이 사건 부동산을 실제로 점유하고 있는지, 만일 점유하고 있다면 누구로부터 점유를 넘겨받은 것인지와 그 점유 개시일자를 명확히 밝혀줄 것을 요구하며, ② 공사대금과 관련된 유치권주장자에 대해서는 공사도급계약서의 당사자, 내용, 대금 및 그 지급방법, 착수 및 완료시기(공사대금채권은 3년의 단기시효가 적용됨)를 소명하고, 소유자를 상대로 공사대금 청구소송이나 공사대금을 피보전채권으로 한 가압류 등의 채권보전 조치를 위한 사실이 있는지 여부 및 있다면 그 소송결과를 확인할 수 있는 자료를 제출할 것, 공사도급계약서가 있다면 그 사본을 제출할 것을 요구하고, ③ 임차인의 필요비 또는 유익비를 이유로 유치권을 주장하는 자에 대하여는 점유개시시기를 판독할 수 있는 전화가입시기, 사업자등록증, 전기요금, 상하수도 요금, 가스요금을 유치권신고인이 납입한 사실이 있는가? 있다면 최초의 납입시기를 밝히고 그 소명자료를 제출할 것, ④ 유익비와 관련 건물의 객관적 가치를 증가시킨 것인지를 판독하기 위하여 특정 업종의 영업을 위한 시설인 경우에 그 영업을 위한 영업허가를 받은 사실이 있음을 소명할 것 등을 요구하는 정도로 운영되고 있다.

한편 경매신청채권자에 대한 보정권고로는 ① 유치권신고인이 실제로 이 사건 부동산을 점유하고 있는지 여부 및 만일 점유하고 있다면 그 점유개시일자와 그 점유가 불법행위로 개시된 것인지 여부를 소멸할 것⁵³⁵⁾, ② 유치권자가 주장하는 건물의 신축과 관련하여 건축허가를 거쳐 건축된 것인지 건축허가를 거쳤다면 그 허가서상의 시공자가 누구였는지 소명할 것을 요구하고 있다.

2) 유치권자 심문과 존부결정

집행전문법원은 집행관이 작성한 현황보고서와 감정서를 기초로 소유권자와 유치권자 등을 심문하여 유치권존부결정을 한다.

유치권자는 유치권의 존재 및 그 범위에 관하여, 신청채권자 등 이해관계인은 유치권의 부존재 및 그 범위에 관하여 전문법원에 의견을 진술할 수 있도록 하고 이를 위해서 미리 서면으로 진술 취지를 적은 진술서와 그 소명자료 등도 한꺼번에 모두 내게 하여 사건의 조속한 종결을 유도한다.

현재 집행법원은 현황조사보고서와 감정평가서, 유치권자의 유치권신고서 등을

⁵³⁵⁾ 대법원 2005.8.19. 선고 2005다22688 판결.

종합하여 유치권의 성립여부, 점유개시일자, 매수인이 인도를 받기 위하여 부담하게 되는 그 피담보채권액 등에 관하여 조사가 필요한 때에는 이해관계인, 그 밖의 참고인을 심문⁵³⁶⁾하는 방법으로 조사할 수 있고(민사집행규칙 제2조) 스스로 검증 그 밖의 증거조사는 할 수 없다.⁵³⁷⁾ 그러나 집행전문법원이 설치되면 본안소송처럼 운영되기 때문에 스스로 검증이나 증인신문 사실조회나 문서감정명령, 서증조사와 현장검증 등 그 밖의 증거조사도 할 수 있도록 운영하게 된다.

집행전문법원의 심사는 유치권신고서의 기재내용 및 유치권신고인이 제출한 증명에 의하여 그 성립요건 및 피담보채권을 심사한다. 우선 성립요건의 심사는 민사유치권과 상사유치권의 성립요건별로 신고서의 내용과 증명에 의하되 보정이 필요한 경우에는 구체적으로 특정하여 보정을 명하도록 한다.

유치권의 증명의 정도를 어느 정도로 요구할 것인가 하는 문제에 관하여 유치권은 유치권이 경매신청으로 인한 압류효력이 발생하기 전에 성립(점유의 취득)했으며 현재 당해 목적물을 점유하고 있다는 사실과 그와 견련관계에 있는 채권을 가지고 있다는 사실을 입증하여야 하고, 엄격한 증명이 아닌 자유로운 증명으로 족하다고 할 것이나⁵³⁸⁾ 법관 또는 사법보좌관이 합리적 의심이 없을 정도의 증명이어야 하며 그보다 낮은 정도의 소명자료만으로는 증명하였다고 볼 수 없다.⁵³⁹⁾ 이때 증빙자료로는 공사비의 경우 공사도급계약서, 지급한 공사비에 대한 영수증 등 자료, 시행한 공사부분 및 점유관계 등을 나타내는 사진 및 도면, 점유방법, 기타 원자재 구입, 인건비 등의 지출자료 등을 들 수 있다.

집행전문법원은 심문을 종결 후 필수적으로 ① 유치권자의 점유부분 특정 ② 인정된 유치권의 피담보액 중 미회수금액 ③ 점유자의 인적사항 등 매수인이 인

536) 심문의 형식에 관하여도 특별히 법에 정하여진 것이 없으므로 구두에 의하지 아니하고 서면으로 진술하도록 하는 것도 가능하다. 이는 집행법원이 집행처분을 하는데 필요한 경우에는 심문할 수 있게 함으로써 집행법원의 직권에 의한 사실조사기능을 확대·강화하고, 집행절차에서의 집행법원의 판단의 정확성과 신속성을 담보하고자 하는 취지이다(법원행정처, “민사집행규칙 제2조”, 「민사집행규칙 해설」, 2002, 6면).

537) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 198면.

538) 엄격한 증명은 법률에서 정한 증거방법에 대하여 법률이 정한 절차에 의하여 하는 증명을 말하고, 자유로운 증명은 증거방법과 절차에 관하여 법률의 규정으로부터 해방되는 증명을 말한다. 소송물인 권리관계의 기초사실은 엄격한 증명을 요함에 대하여, 자유로운 증명은 간이·신속을 요하는 결정절차나 직권 조사사항에 제한적으로 허용된다(법원행정처, 「법원실무제요 민사소송(Ⅲ)」, 2005, 4면).

539) 증빙자료로는 공사비의 경우 공사도급계약서, 지급한 공사비에 대한 영수증 등 자료, 시행한 공사부분 및 점유관계 등을 나타내는 사진 및 도면, 점유방법, 기타 원자재 구입, 인건비 등의 지출자료 등을 들 수 있겠다.

수해야할 부분과 ④ 인정된 점유부분에 대한 감정가를 기재하여야 한다. 집행법원에서 이를 기초로 최저매각가 결정과 매각물건명세서 작성에 기초자료를 활용할 수 있도록 하기 위함이다. 따라서 이를 기초로 이해관계인들은 매각물건명세서의 작성에 중대한 흠이 있거나 최저매각가격의 결정에 영향을 미쳤다면 매각허가에 대한 이의(동법 제121조 제5호) 또는 매각허가결정에 대한 항고로 다룰 수 있게 되어 적정하고 공평한 매각이 이루어질 수 있을 것이다.

(4) 선결과제

위와 같은 절차로 심리한다고 해도 소유자와 유치권 신고인 간 통모를 하는 경우에는 어떻게 할 것인가 하는 문제가 과제로 남는다. 따라서 이를 방지하거나 줄이는 방편으로 앞에서 언급했듯이 전이해관계인들에게 유치권 존부결정문을 송달하여 통모가 의심되는 이해관계인은 즉시항고를 하도록 하여 그 시비를 가릴 수 있도록 하여야 할 것이다.

(5) 효과

이러한 소송행위를 통하여 진정한 유치권자는 자신의 권리관계가 조기에 특정되어 매각 후에도 장기간 송사에 휘말리지 않아도 되고 신청채권자로서도 허위의 가장 유치권자를 조기에 소거해 절차지연을 방지하고 가격하락으로 인한 배당금 감소도 억제할 수 있으며 매수인은 인수하여야 할 피담보채권 등 유치권의 범위 등이 특정된 상태에서 매수할 수 있기 때문에 미리 그 금액을 감액하고 매수할 수 있고 특히 매각 후에 유치권자와의 오랜 마찰을 빚지않고 매수할 수 있게 되는 장점이 있다.

이와 같이 유치권신고의 의무화가 시행되어 정착된다면, 유치권자 스스로 대부분을 적극적으로 증명하게 될 것이며 지금과 같은 가장 유치권자나 유치권의 남용 등 유치권에 대한 폐단은 크게 줄어들 것으로 기대한다.

3. 현황조사의 충실화

(1) 필요성

경매부동산의 현금화단계인 부동산경매절차에서 매수인이 인수해야 하는 물적 부담인 유치권의 성립 여부와 성립되는 경우 매수인이 그 유치권에 의하여 담보되는 채권을 인수해야 하는 것인지와 인수해야 하는 것이면 그 인수해야 하는 피담보채권액이 얼마인지에 관하여 경매법원은 여러 가지 사실조사를 통하여 이를 파악한 후 경매절차에 참가하는 사람들에게 이에 관한 정확한 정보를 제공하는 것이야말로 이해관계인들의 이해관계를 적절히 조절하여 경매를 원활하게 이끄는 핵심이라고 할 수 있다.

일본의 경우는 집행재판소에 작성, 제출되는 현황조사보고서의 기재내용은 아주 충실한데, 부동산의 형상 및 현황을 도면과 사진을 첨부하여 설명하고(도면의 경우에는 필요하면 측량까지 실시하고 사진은 대개 4장 이상 첨부한다), 점유자의 인적 상황 및 그 점유자의 점유상황, 점유부분(간접점유자까지 조사하여 기재한다), 채무자 아닌 자가 점유하고 있는 경우에는 그 점유자의 점유개시시기 및 점유권원(권원의 유무 및 권원의 내용의 상세), 가처분집행 등의 유무, 토지의 경우에 건물이 존재하고 있다면 그 건물의 종류, 구조, 면적 등에 관해 상세한 현황조사보고서를 작성, 제출한다. 이러한 기재사항 중에서도 점유에 관한 사항은 현황조사보고서 작성의 주된 내용이므로 특히 점유자가 소유자 이외의 자인 경우에는, 그 자의 점유권원의 매수인에 대한 대항력 유무, 대항할 수 있다면 그 권원의 구체적인 내용, 대항할 수 없다면 매수인이 점유자로부터 현실적으로 인도를 받는 것의 난이도의 조사가 부동산의 평가, 최저매각가격의 결정, 물건명세서의 작성 나아가 매수희망자가 매수신고를 함에 있어서 중요한 판단요소가 된다는 점을 염두에 두고 이러한 점에 대해서 상세한 현황조사를 요구하고 있다.⁵⁴⁰⁾

또한 우리나라는 집행관의 조사·보고는 현실로 존재하는 부동산의 현황을 있는 그대로 보고하면 족하고 유치권 등 권리관계의 현황에 대한 성립여부나 매수인에 대

540) 김상균, 전계논문, 681면.

한 대항력 여부에 대한 법률적 판단까지는 할 필요가 없다고 하고 있으나,⁵⁴¹⁾ 일본의 현황조사보고서에는 이러한 사실에 대한 단순한 보고를 담은 문서에 그치는 것이 아니라, 집행관이 현황조사를 하면서 구체적으로 인지한 사항, 그러한 사항에 관한 관계인의 진술, 관계인이 제출한 문서의 확인 등을 현황조사를 담당한 집행관의 의견을 보고하도록 요구하고 있고,⁵⁴²⁾ 우리와 달리 매수인에게 대항할 수 있는 점유권원이 있는 경우에는 그러한 법률상 판단까지 하도록 되어 있다.⁵⁴³⁾ 또한 집행관의 질문 또는 문서의 제출 요구에 대해서 정당한 이유 없이 진술을 거부하거나 문서의 제출을 거부 또는 허위의 진술을 하거나, 허위의 기재를 한 문서를 제출한 자는 6개월 이하의 징역 또는 50만엔 이하의 벌금에 처할 수 있도록(민사집행법 205조 제1항 제2호) 규정하여 집행관이 현황조사를 실질적으로 할 수 있도록 제도적 장치를 마련해 두고 있다⁵⁴⁴⁾.

이와 같이 일본민사집행법이 집행관의 현황조사 업무를 실질적으로 할 수 있도록 제도적 장치를 한 것처럼, 우리도 집행관의 현황조사 업무도 단순한 사실관계에 대한 형식적인 조사보고에 그치는 칠 것이 아니라, 권리관계 등의 성립여부나 매수인에 대한 대항력 여부에 대한 판단을 첨부하여 실질적인 보고가 가능하도록 하는 것이 요구된다.

(2) 개선방안

현재의 집행법원의 현황조사명령과 집행관의 형식적인 조사에 그치고 있는 현황조사보고서는 다음과 같이 개선되어야 한다고 본다.

첫째, 집행관에 의한 경매 부동산의 현황조사시 조사내용을 좀 더 구체적이고 명확하게 할 수 있도록 집행법원은 명령하여야 한다. 즉 유치권의 성립요건에는 물건의 점유가 필요하므로 현황조사명령시 부동산의 점유와 관련된 권리관계를 추가하고, 유치권의 성립요건과 임차권 중 대항력 취득에 관한 조사를 하도록 해

541) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 130면.

542) 東京地裁 民事執行實務研究會, 前掲 「不動産執行の理論と實務(下)」, 169면.

543) 深澤利一, 前掲書, 152면.

544) 深澤利一, 上掲書, 139면. 이것은 2003년 법률 제134호의 법개정(2004년 4월 1일 시행)에 의해 과태료 제재를 했던 것을 형벌의 제재로, 당사자만 벌칙의 대상이었던 것을 점유보조자를 포함하여 부동산을 점유하는 제3자도 벌칙의 대상으로 한 것이다.

야 한다.

둘째, 집행관의 현황조사시 점유자 및 점유권원을 조사할 때 이해관계를 좀 더 철저히 조사해야 할 필요가 있다. 즉 점유자의 지위가 임차인인지, 아니면 유치권자인지에 대하여 명확히 조사를 명하여야 한다. 특히 유치권자를 주장하는 경우에는 그 사유를 기재하고, 관계서류를 신고할 수 있도록 해야 한다. 또한 점유자 중에는 고의적으로 현황조사를 회피하고 추후 매각이 완결된 이후에 모습을 드러내 매수인과 갈등을 일으키고 있는 사례가 빈번한 것을 감안하면, 점유자를 접촉한 후 현황조사서를 작성 할 수 있도록 해야 한다.

위에 제시한 사항을 감안하면 현재의 현황조사명령의 항목은 다음과 같이 개선되어야 할 것이다. ①부동산의 현상 및 점유관계(출입구 및 각 방실 등의 시정장치 상태와 그 방실에 보관된 물품 상황에 대한 사진, 그 열쇠의 관리 또는 소지자, 기타 그 부동산의 점유자가 누구인지를 인정함에 필요한 객관적인 자료 등 첨부) ②임대차관계 ③부동산의 점유와 관련된 권리관계[점유자와 소유자가 다른 경우에는 점유자, 점유권원(유치권일 경우에는 그 성립원인 및 피담보채권액), 점유개시일, 점유부분(일부를 점유하는 경우에는 점유부분을 도명에 특정하여 표시)으로 하여 유치권일 경우에 점유자와 유치권의 성립원인 및 점유자가 주장하는 피담보채권액, 점유개시일 기재 및 유치권의 성립여부, 임차인의 대항력 등] ④기타 현황 등을 조사하도록 한다.

셋째, 현재 실무에서는 소유자나 임차인 또는 그 동거인들에게 질문을 하여 그들이 말해 주는 사항을 기재하고, 보여주는 계약서를 확인하는 정도 외에는 강제개문 등의 강제력을 행사하지는 않고 있으나 건물의 내부구조나 사용용도 등 객관적 현상에 관한 조사를 하기 위해서는 강제력을 사용할 필요가 있으므로 강제력의 사용을 보다 더 활용하도록 해야 한다.⁵⁴⁵⁾

넷째, 이러한 집행관의 조사권한을 뒷받침하기 위해 집행관의 질문 또는 문서의 제출요구에 대해 정당한 이유 없이 진술을 거부 또는 허위의 진술, 허위의 문서를 제출한 자는 과태료 처분을 할 수 있도록 하는 근거규정을 마련하여 집행관에 의한 현황조사를 실질적으로 하는 것이 하나의 방안이 될 것이다

다섯째. 현황조사가 제대로 시행되지 않거나 부실하게 되는 원인 중의 대부분

545) 박시환, 전개논문, 19-20면.

이 당해 건물 안에 아무도 없고 문이 잠겨 있기 때문에 집행관은 두세 번 현장을 방문하여 조사를 시도해 보지만 매번 그와 같은 상태인 때에는 부득이 위와 같이 조사를 끝내게 되는데, 이러한 경우에는 집행관에게 현황조사의 보완을 위하여 평일 주간에 부재중일 경우에는 야간 또는 휴일에 조사 하도록 재조사명령을 하면 그와 같은 문제점이 상당 부분 해소될 수 있을 것이다.⁵⁴⁶⁾

여섯째, 집행관은 현장에서 유치권 등 권리관계의 성립여부에 대한 법률적 판단까지 할 필요는 없기 때문에 현실적으로 유치권의 존재여부를 현황조사보고서에 기재하는 데에 부담을 느끼고 있다. 따라서 집행관의 현장조사가 실질적으로 이루어지도록 하기 위해서는, 현행 현황조사명령의 서식에 부동산의 점유관계에 있어서 유치권의 성립여부에 관한 법률적 판단을 포함시켜야 할 것이다. 물론 유치권자에 대한 현황조사보고의 흠결에 의해 현실적으로 손해가 발생하면 집행관 임명시에 관할 지방법원에 예치한 보증금으로 손해를 보상하도록 하면 될 것이다.

한편 매각물건명세서에 재판의 형식을 갖추어 공신력을 부여할 필요가 있다는 견해⁵⁴⁷⁾가 있으나, 현재 등기관이 각종 계약서와 위임장에 당사자의 의사표시의 진정성을 최소한으로 확인하기 위해 일정 등기신청인 경우 인감증명까지 첨부하게 하여 이를 확인하고 있고, 원칙적으로 등기 당사자 공동신청에 의하도록 되어 있는 등기사무에도 공신력을 부여하고 있지 않고 있으며, 일본에도 이를 시행하고 있지는 않고 있다는 점 그리고 현재 집행법원은 주로 경매의 절차에 관하여 진행하고 있고 실체재판을 하기란 현실적으로 어려운 점을 감안하면 현실적으로 매각물건명세서에 대한 공신력 부여는 어렵다고 본다.

4. 유치목적물 평가의 실질화

(1) 필요성

546) 집행관은 폐문부재로 평일 주간에 현황조사를 할 수 없을 때에는 야간·휴일에 현황조사를 실시하고, 현황조사보고서에 야간·휴일에 현황조사를 실시한 사유를 기재하기만 하면 되며 집행법원의 허가를 받을 필요는 없다(2002. 10. 31. 개정 재판예규 제880호 부동산 경매·입찰에서 현황조사시 유의사항 제1조 참조).

547) 김기찬, 전게논문, 166면.

경매 목적물에 대한 감정평가서 실질적인 권리분석이 이루어지지 않고 형식적 평가에 머물고 있고, 또 이렇게 작성된 감정평가액을 통상 집행법원이 그대로 최저매각가격으로 정하고 있는 문제점은 앞에서 살펴본바와 같다.

여기서 일본의 예를 살펴본다. 일본의 감정평가액에 대한 구체적 산출과정을 보면, 부동산의 수익성에서 직접 평가액을 도출해내기 보다는 일반적인 거래사례에서 평가액을 비준하는 방식을 취하는 경우가 많지만 평가서에 일반적인 거래 사례를 일일이 나열하고 있지는 않다. 매수인이 대항할 수 없는 임차인이 있는 경우뿐만 아니라 불법점유자가 있는 경우에도 그 사정을 감안하여 몇% 공제한다는 식의 표시를 요구하고 있는 지방재판소도 있고, 대판지방법원과 같은 곳에서는 점유상황과 관련하여 가정적인 평가를 하고 있기도 하다. 다만 각 점유상황에 따라 구체적인 감액을 하게 되면 불법점유자의 점유를 금전적으로 평가하여 오히려 이를 조장하는 결과가 될 수 있다는 우려도 없지 않으나, 대개의 감정평가서를 보면 평가액산정의 구체적 근거, 특히 감액비율 등을 분명히 표시하고 있다.⁵⁴⁸⁾

또한 일본의 경우에는 경매부동산의 감정은 매각조건에 따라 매수인 그 소유권을 취득하는 현실적인 상태, 즉 매수인이 인수하는 부담 등을 구체적으로 감안하여 이루어지는 것이라는 인식하에서, 감정인은 집행관이 현황조사를 하는 것과 비슷한 방법으로 현장에 임하여 그 부동산을 직접 눈으로 확인하면서 점유관계 등을 조사하고, 채무자에게 질문을 하거나 문서제출을 요구하는 등 감정인에게 주어진 강제권을 적절히 행사하여 평가에 필요한 제반자료를 수집하고, 부족한 점을 보완하기 위해 집행관과 긴밀히 연락하여 법률적인 조언을 받거나 의견을 교환하고 있다.⁵⁴⁹⁾

이런 측면에서 볼 때 집행법원으로서 일본의 실무예에서 본 바와 같이 현황조사서 및 평가서가 충실히 작성, 제출되도록 지도하여야 할 것이고, 나아가 감정인의 평가서와 집달관의 현황조사보고서등 집행기록에 나타난 제반사정을 종합, 검토하여 최저매각가격을 다시 정하는 태도가 필요하다.⁵⁵⁰⁾

548) 深澤利一, 上掲書, 147面 以下 参照.

549) 김상균, 전계논문, 683면.

(2) 개선방안

앞에서 살펴본 우리나라 감정평가의 현 실태와 일본의 경우를 감안하여 개선해야 할 점을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 부동산 경매는 법률관계에 의해서 이루어지는 부동산거래의 한 부분이기 때문에 유치권이 있는 매각부동산의 평가는 원칙적으로 대상물건 위에 부담 있는 물건에 포함시켜 권리분석 작업을 실시하여야 한다. 따라서 경매부동산에 대한 유치권이 존재할 경우 그 유치권이 진정성립 여부는 가릴 것 없이 그 유치권의 부담을 포함한 가격으로 감정평가를 해야 한다. 즉 감정평가가시 유치권을 주장하는 자가 있을 경우에는 그 유치 부분을 포함하여 경매 목적물의 전체 금액을 기재하고 또 한편으로는 유치권자가 주장하는 범위를 특정 시켜 그가 유치하고 있는 부분만을 평가하여 그 평가금액을 별도의 항목에다 기재하게 하고, 집행법원은 이를 참작하여 매각물건명세표에 이를 참조사항으로 기재하는 방안을 강구할 수 있다. 이를 통하여, 나머지 더 세세하고 불확정한 부분에 대해서는 매수희망자들이 직접 조사할 수도 있고 최소한, 유치권 주장에 대한 예측이라도 가능하게 하기 위함이다. 물론 유치권신고는 대부분 매각기일 이후에 접수되고 있어서 애초 감정평가명령을 할 당시에는 접수가 거의 없으므로 이에 대한 감정평가도 할 수 없는 일이지만, 매각기일 이전 혹은 매각결정이후에 유치권신고가 되는 경우에는 매각기일 연기하거나 매수인의 신청에 의하여 매각불허가 결정을 한 뒤, 재감정평가명령을 하는 방법도 고려할 수 있겠으나 절차지연이 또 문제되고 이럴 경우 목적물에 대한 감정가격이 하락될 수 있다는 문제는 여전히 과제로 남는다.

둘째, 우리나라는 통상 집행관과 감정평가인이 경매 목적물에 대한 조사와 평가를 동시에 공동으로 하지 않고 있는데 통상 사건이 아닌 유치권 신고가 접수된 사건인 경우에는 두 기관의 종합적이고 실질적인 조사와 감정을 위하여 현장을 동시에 참여하고 공동으로 조사와 평가를 한 다음, 이에 대한 종합보고서를 작성, 제출하게 하는 방안을 생각해볼 수 있다. 이를 위해 집행법원에서는 결정으로 그 기일을 필요적 기일로 정하여 이를 양 기관에 통지하는 형태로 운영하

550) 김상균, 상계논문, 685면.

며 제출된 종합보고서는 매각물건명세표의 별지로 작성, 공고하면 될 것이다.

셋째, 현재 감정평가인이 감정물건을 조사할 때 현지에 나가지도 않고 공시지가나 토지거래확인원 등 공부에 의한 형식적 감정을 하는 경우가 많은데, 감정평가업자가 평가를 할 때에는 신뢰할 수 있는 자료가 있는 경우를 제외하고는 실지조사에 의하여 대상물건을 확인하여야 하며(감정평가에관한규칙 제6조), 매각절차의 최저매각가격을 결정하기 위하여 건물의 시가를 감정평가하기 위하여서는 반드시 건물의 내부까지를 보아서 수리 등으로 인한 증가와 마모로 인한 감소의 정도를 평가하여야 하므로 감정인이 경매목적물의 감정평가액을 산출함에 있어서는 적어도 그 부동산의 현황을 육안으로 확인한 후에 하여야 할 것이다.⁵⁵¹⁾

넷째, 감정인의 실질적 평가를 위해 이를 뒷받침하기 위한 법적 권한을 집행관에 준하여 부여할 필요가 있다. 현재 감정인은 평가를 위하여 건물에 출입할 수 있고, 채무자 또는 건물을 점유하는 제3자에게 질문하거나 문서를 제시하도록 요구할 수 있다(민사집행법 제97조 제2항, 제82조 제1항). 이는 감정인 적정하게 평가하기 위하여 필요한 자료를 목적물 자체나 관계인으로부터 직접 취득하여 정확한 평가를 할 수 있도록 권한을 준 것으로써, 이 한도 내에서는 현황조사에 있어서의 집행관과 동등한 권한을 갖는다고 할 것이나 집행관과는 달리 감정인은 부동산에 출입하기 위하여 강제력을 행사할 수는 없고, 강제력의 행사가 필요한 경우에는 집행법원의 허가를 얻어 집행관의 원조를 요구할 수 있도록 되어 있어서(동법 제97조 제3항, 제7조 제2항), 감정인의 자료제시 요구나 질문에 불응하거나 허위내용을 제시하더라도 과태료 등 제재를 받지 않게 되어 있다. 따라서 현행 민사집행법 제97조 제3항, 제7조 제2항 및 민사집행법 제85조 제2항, 제82조 제1항을 개정하여 민사집행법 제85조 제2항, 제82조 제1항의 규정은 이를 감정인에게도 그대로 준용하는 것으로 할 필요가 있다.

5. 유치권에 의한 경매청구제도의 개선

(1) 필요성

⁵⁵¹⁾ 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 140면 참조.

앞에서 살펴본 것처럼, 실제 집행법원에 유치권에 의한 경매신청건수는 극히 저조한 것이 현실이다.⁵⁵²⁾ 이는 민법 제322조 제1항과 민사집행법 제274에 의한 유치권에 의한 경매신청제도가 이미 사문화되어 그 법적 효용성과 제도적 기능을 상실하였다는 반증이기도 하다. 이런 문제의 주된 원인을 다음의 두 가지 측면에서 찾을 수 있다. 하나는 민법 제322조 제1항에 규정한 유치권에 의한 경매신청의 성립요건과 행사시기 및 절차상의 문제이고 다른 하나는 법 현실적 측면에서의 문제이다.

전자는 첫째, 유치권에 의한 경매신청의 성립요건의 문제로서 민법이 유치권에 의한 경매신청을 제322조 제1항에 규정하면서 그 요건에 대해서는 구체적인 언급이 없이 단지, ‘채권의 변제를 받기 위하여’ 라고만 규정되어 있어 유치권에 의한 경매신청에 대한 실질적인 성립요건이 무엇인가에 대한 논란이 있다는 점이다. 즉 과연 유치권자는 아무런 제한 없이 언제라도 경매를 청구할 수 있는지 아니면, 그 실질적 요건으로서 유치권자에게 목적물을 유치하는 것만으로는 부족하여 오히려 경매시켜 목적물 대신 매각대금을 취득함이 더 낫다고 볼만한 사정이 있을 때만 허용되는지의 문제다.

둘째, 경매청구권 행사의 시기에 관한 요건으로 이에 대한 관련 규정은 없어서 시기적으로도 유치권이 성립한 후에 채무자로 하여금 변제를 준비하고 실행할 만한 상당한 기간이 지난 후에야 비로소 경매할 수 있는지의 문제로서 이는 유치 목적물의 가액이 통상은 피담보채권액에 비하여 고가인 점에서 주로 문제가 되는 것이다.

셋째, 경매청구권 행사의 절차에 관한 요건으로서, 민법 제322조 제2항의 간이 변제충당의 경우와 같은 사전통지를 요하는지의 문제다. 이에 관하여 학설은 일치하여 유치권자가 목적물에 대하여 경매청구권을 행사함에 있어서도 민법 제322조 제2항에서 정한 간이변제충당권을 행사할 경우와 같이 채무자에 대하여

552) 이러한 현상은 전국 법원이 비슷한데 실제 제주지방법원의 2008년부터 2010년까지의 경매신청 접수건수는 총 5,853건인데 이 중 유치권에 기한 경매신청건수는 1건에 불과했다(유치권자에 의한 경매신청 건수는 법원에서 발간하는 통계자료에는 없어서 필자가 근무하는 제주지방법원의 집행사건번호부여부에 의해 파악한 것이며, 총 경매신청 접수건수는 법원행정처, 「사법연감 《경매사건 종류별 누년비교표-법원별 접수(총괄표)》」, 법원도서관, 2010. 을 참조하였음.

사전통지를 하여야 한다고 주장하면서, 그 이유를 채무자로 하여금 채무를 변제하거나 제327조에 의하여 아른 담보를 제공하여 유치권을 소멸시킬 수 있는 기회를 주어야 하기 때문이라고 설명한다.⁵⁵³⁾

이러한 문제들은 법 이론상으로만 보면, 민법의 규정을 굳이 개정할 필요는 없고 현재 '채권의 변제를 받기 위하여'(제322조 제1항)라는 문언만으로도 해석이 가능하다고 하지만, 현재 이 조문의 해석을 둘러싸고 논란만 거듭되고 있는 실정이다.⁵⁵⁴⁾ 따라서 이러한 현실은 법해석의 문제로만은 해결될 수 없다고 보여 결국 이에 대한 법 개정이 불가피하다고 본다.

후자는 법 현실적 측면에서의 문제인데, 유치권에 기한 경매절차를 진행하다가 강제경매나 임의경매 신청이 있게 되면 이는 정지되고 후행사건으로 진행되고 그 후행사건이 혹여 무잉여로 경매가 취소가 되면 다시 선행사건인 유치권에 의한 경매사건으로 진행하지만 또 후행사건으로 강제경매 등이 다시 신청되면 이를 되풀이해야 한다. 또한 유치권에 의한 경매는 실질적 경매인 임의경매나 강제경매처럼 청산형이 아닌 환가형이어서 유치권자는 우선변제권이 인정되지 않아, 바로 배당금으로 지급되지도 않아 현실감이 없고, 이 절차에서는 타 담보권자 등에 의한 배당요구도 허용되지 않으며 당해 유치 부동산위의 부담의 처리에 관해서도 기존 법원 실무 처리 지침서나 민사집행법 나아가 판례도 명확한 기준을 제시하지 못하고 있었기 때문에 실무에서는 매수인에 의한 인수주의를 채택하여 진행하여 왔던 것으로 본다.

반면 타 담보권자나 집행채권자의 경매신청이 있으면, 유치권자는 가만히 있어도 매수인에 대해서도 목적물의 인도를 거절함으로써 사실상의 우선변제를 받을 수 있는 반면, 오히려 직접 경매신청을 하는 경우에는, 우선변제를 받을 수 없을 뿐만 아니라, 환가된 후에는 목적물에 대한 유치권이 소멸하게 되는 위험까지를 감수하면서 게다가 경매신청을 위하여 비용과 각종 서류까지 첨부하면서 굳이

553) 강태성, 전게서, 901면; 곽윤직, 전게서, 289면; 김증환·김학동, 전게서, 465면; 지원립, 전게서, 734면; 손진홍, 전계논문 “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 431면; 신국미, 전계논문 “유치권에 의한 경매(민법 제322조)에 관한 의문”, 102면; 김동호, “유치권자의 경매청구권”, 『법학논총』 제30집 제2호, 전남대학교 법률행정연구소, 2010. 8, 182면.

554) 유치권자에 의한 경매권을 인정할 것인가 하는 논란은 구민법하에서부터 다툼이 있어왔다. 현재 다수설은 긍정설이다. 즉 이재성, 전계논문, 20면; 손진홍, 전계논문, 423-424면; 박두환, 『민사집행법』, 법률서원, 2002, 680면 등이고, 부정설을 취하는 견해는 신국미, 상계논문, 82면 등이 있다.

직접 이를 행사할 실익이 없다는 점에서 신청건수가 극히 저조한 원인이 되고 있다. 그런데 이처럼, 유치권자의 경매청구권을 사문화시킨 현실에 대하여서도 해석론이나 입법론으로 적절한 대책을 강구한 연구 등은 찾아보기 힘든 실정이다.

(2) 개선방안

1) 유치권자의 경매청구권의 성립요건

유치권자의 경매청구권의 성립요건은 유치권자가 목적물을 선량한 관리자의 주의의무로 보관함에 있어서 많은 경비가 소요됨에도 채무자의 임의적인 변제를 기대할 수 없는 사정이 있는 경우 및 유치권자가 상당한 기간을 정하여 채무자의 이행을 최고하였음에도 불구하고 채무자의 채무이행이 없거나 채무자가 다른 담보를 제공하는 등 채무이행에 대한 신뢰를 유지하지 못할 경우로 실질적 요건을 제한하는 것이 옳다고 본다, 따라서 현행 민법 제322조 제1항규정인 「채권의 변제를 받기 위하여」를 「더 이상 채무자의 변제를 기대할 수 없는 사정이 있는 경우에는 채권의 변제를 받기 위하여」로 하여 좀 더 구체적인 문언으로 개정하는 것이 바람직하다.

2) 행사시기에 관한 요건

유치권이 이행거절을 통하여 채무자의 이행을 강제하는 데에서 그 본래적 담보기능이 발휘된다는 점 및 목적물은 대체로 피담보채권액에 비하여 고액이라는 점 등에 비추어 보면, 유치권이 성립하자마자 경매청구권을 행사한다는 것은 유치권의 본질에 위배되기 때문에 유치권에 기한 경매청구권의 행사시기는 유치권이 성립한 후 상당한 시간이 흐른 후로 제한함이 옳다고 본다. 따라서 「상당한 시일이 지나도 채권의 변제가 없고」로 요건을 부가하는 것이 옳다고 본다.

3) 행사절차에 관한 요건

유치권자가 목적물에 대하여 경매청구권을 행사함에 있어서도 민법 제322조 제2항에서 정한 간이변제충당권을 행사할 경우와 같이 채무자에 대하여 사전통

지를 하여야 하는지에 관하여는 채무자로 하여금 채무를 변제하거나 제327조에 의하여 아른 담보를 제공하여 유치권을 소멸시킬 수 있는 기회를 줌이 타당하다고 본다. 따라서 제322조 제2항 단서를 제3항으로 독립시켜서 「제1항 및 제2항의 경우에는 유치권자는 미리 채무자에게 통지하여야 한다」라고 규정하는 것이 바람직하다고 본다.

6. 입법론

(1) 보증금 공탁과 권리신고의 의무화에 관하여

1) 유치권신고시 보증금 공탁제도 도입

경매절차에서 신고된 유치권이 모두 허위 또는 과장 유치권만 있는 것은 아니다. 공사대금을 못 받아 여러 하부 업체가 곤경에 처하고 일선 노동자들의 생계가 어려움에 처하는 등 진정하게 성립된 유치권도 많을 것이다. 그러나 그럼에도 불구하고 경매절차에서 유치권을 둘러싼 문제들이 끊이지 않는 이유는 유치권신고의 상당수가 채무자와 통모하여 허위·과장된 유치권신고서를 작성 제출하거나, 채무자 또는 소유자 등이 친척이나 지인 등 가장 매수희망자와 담합하여 입찰을 방해하거나 낮은 가격으로 매수하여 이익을 보려는 경우가 빈번하게 일어나고 있기 때문이다. 또한 유치권신고로 인하여 명도소송을 하게 되면 소송기간이 최소한 6~7개월이 소요되므로 매수를 꺼리게 되고 이는 가격하락과 경매 지연으로 이어져 채권자 등 이해관계인들의 손실은 실제 크다고 할 수 있다.

이러한 유치권의 악용과 무분별한 허위·과장유치권 신고를 방지하고 유치권의 공시문제를 위한 방안 중 하나로 고려해볼 수 있는 것이 유치권신고시에 유치권자의 피담보채권액에 상응하는 일정금액을 가압류 등과 같이 민사소송법 제 502조3항, 동법 제117조에 의한 담보나 공탁을 하도록 하는 방안이다. 구체적으로는 이 제도의 효율성을 제고한다는 측면에서 보증금의 공탁은 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁하는 방식으로 하고 민사소송법 제122조에 정한 지급보증의 위탁계약 문서 제출하는 방법은 채택하지 않는 것이 바람직하다고 본다. 또한 보증금은 민사집행법 제130조제3항에 따라 2002년 7월 1일부터 시행하고 있

는 경매절차에 대한 항고 보증금을 매각대금의 10%로 하고 있음을 감안해야 하여 유치권자가 주장하는 피담보채권 액의 10% 정도가 적당할 것으로 본다.

이러한 보증금은 추후에 유치권 신고가 유치권보존재확인소송 등 본안소송에서 허위 또는 과장유치권으로 판명될 경우, 공탁된 금액은 유치권자에게 반환하지 않고 이를 배당재단에 산입하여 배당을 실시한다면, 뒤에서 언급할 배당요구종기내 유치권신고의 의무화 방안과 함께 경매절차에서의 허위 또는 과장 유치권의 진입은 크게 제한될 것으로 기대한다.

2) 배당요구종기내 권리신고의 의무화

유치권이 있는 부동산경매의 문제점을 해소하는 방안으로 부동산경매절차에서 대항요건으로서의 유치권신고를 의무화하되,⁵⁵⁵⁾ 경매부동산의 유치권자는 배당요구종기까지 집행법원에 대법원 규칙에서 정한 금전 또는 유가증권을 공탁하여 그 권리의 성립요건과 피담보채권액을 신고하고 매각기일 2주전까지 이를 증명한 경우에 한하여 당해 경매절차에 매수인에게 대항할 수 있도록 민사집행법 제91조 제5항과 제84조 제2항을 개정하고 이에 대한 통지는 집행관의 현황조사 보고서에 기재된 유치권자 등에게 현재의 임차인 통지를 확대 실시할 수 있도록 법원 재판 예규(송민 98-6)를 개정하는 방안을 고려해볼 수 있다.

가. 배당요구종기 제도와 채권최고의 취지

집행법원은 경매개시결정에 따른 압류의 효력이 생긴 때⁵⁵⁶⁾에는 절차에 필요한 기간을 감안하여 배당요구를 할 수 있는 종기를 첫 매각기일 이전으로 정하고 있는데(민사집행법 제84조 제1항), 이는 매수참가를 희망하는 사람이 매수신고 전에 권리의 인수 여부를 판단할 수 있고 또한 법원으로서도 매각기일 전에 무잉여 여부를 판단할 수 있도록 함으로써 매각절차의 불안정을 해소하기 위함이다.⁵⁵⁷⁾ 또한 배당요구의 종기를 첫 매각기일 이전으로 제한함으로써 채권자들의

555) 오시영, 전제논문 “부동산유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 245-246면은 유치권신고 의무를 주장하면서 그 신고기한을 배당요구종기까지로 할 것과 허위신고를 방지하기 위하여 보증공탁을 하도록 하자고 제안하고 있다.

556) 압류의 효력은 경매 개시결정의 기입등기가 된 때(민사집행법 제83조 제3항) 또는 개시결정 송달 중 빠른 것에 의하게 된다.

557) 법원행정처, 전제 「법원실무제요Ⅱ」, 111-112면.

배당절차 참여가 실질적으로 봉쇄되는 결과가 돼서는 안 되기 때문에 배당요구의 종기를 채권자들이 널리 알 수 있도록 하기 위하여, 법원은 배당요구의 종기가 정하여진 때에는 경매개시결정을 한 취지 및 배당요구의 종기를 공고하고 있고(민사집행법 제84조 2항), 이러한 배당요구종기가 결정되면, 법원사무관등은 잉여가능성 판단, 매각조건 등을 결정하기 위하여 첫 경매개시결정등기전에 등기된 가압류채권자(민사집행법 제148조 제3호), 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자(민사집행법 제 148조 제4호) 및 조세, 그 밖의 공과금을 주관하는 공공기관에 대하여⁵⁵⁸⁾ 채권의 유무, 그 원인 및 액수(원금·이자·비용, 그 밖의 부대채권을 포함한다)를 배당요구의 종기까지 법원에 신고하도록 최고하여야 한다(민사집행법 제84조 제4항). 최고의 방법에는 특별히 제한이 없으나 실무에서는 통상 최고서로 하고 있으며, 최고시기 및 통지기간에 관하여 법의 규정은 없으나, 배당요구의 종기결정일(민사집행법 제84조 제3항)부터 적어도 3일 이내에 최고하여야 하며 실무에서는 통상 배당요구 종기의 결정과 동시에 최고를 하고 있다.⁵⁵⁹⁾ 일본에서도 배당요구의 종기는 매각기준가액의 결정 및 물건명세서작성을 위한 준비수속에 필요한 기간 즉, 현황조사, 평가 및 물건명세서작성을 위한 심문 등에 필요한 기간을 기준으로 정하게 되므로 통상은 1~2개월이면 충분하다는 의견이 있다.⁵⁶⁰⁾

나. 권리신고와 배당

한편, 배당요구종기내에 권리신고를 하여야만 배당받을 수 있는 집행정본이 있는 채권자나 임차권자 등 우선변제청구권자 등 동법 제88조 제1항의 채권자는 배당요구를 하여야만 배당받을 수 있으므로, 이들에게 배당에 참여할 수 있는 공평한 기회를 보장하기 위하여 법원은 매각절차 진행과정에서 알게 된 위 채권자에게도 배당요구의 종기를 고지하도록 하고 있다. 또한 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 있는 최선순위 전세권은 전세권자가 동법 제88조에 따라 배당

558) 첫 경매개시결정등기전에 임차권등기를 경료한 임차인에 대하여도 전세권자에 준하여 채권신고 최고서를 발송하여야 한다(법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 115면).

559) 법원행정처, 전계 「법원실무제요Ⅱ」, 117면.

560) 深澤利一, 「民事執行法の實務(上)」, 新日本法規(株), 2007, 106面.

요구를 하면 매각으로 소멸(동법 제91조 제3항, 제4항)하고 신고가 없으면 매수인이 인수하게 된다. 이처럼 최우선순위의 전세권자에게는 배당요구의 종기를 고지하여 그 기간 안에 선택권을 행사 할 수 있는 기회를 보장할 필요가 있으므로, 법원은 배당요구의 종기를 공고하는 외에 최우선순위의 전세권자에게 이를 고지하고 있다(동법 제84조 2항).⁵⁶¹⁾

현행 경매제도는 배당요구종기까지 권리신고 및 배당요구를 하지 않은 사람에게 대하여는 배당을 하지 않는다. 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸되나(동법 제91조 제3항), 대항할 수 있는 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 매수인이 인수한다⁵⁶²⁾(동법 제91조 제4항). 즉, 선순위 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 매수인이 인수하고, 등기되지 않은 대항력 있는 선순위 임차권, 유치권 등 점유를 기초로 하는 권리도 매수인이 인수한다. 민사집행법 제148조 제3,4호 소정의 채권자가 최고에 대한 신고를 하지 않은 때는 그 채권자의 채권액은 등기부등본 등 집행기록에 있는 서류와 증빙에 따라 계산한다(동법 제84조 5항 전문).⁵⁶³⁾

3) 선결과제

이러한 방안이 실현되기 위해서는 다음 몇 가지 문제가 먼저 해결되어야 한다.

첫째, 집행법원에서는 아직 권리신고도 하지 않은 유치권자를 어떻게 파악할 것인가 하는 문제가 생기게 된다. 이에 대하여 대법원 재판 예규 (송민 98-6)은 법원사무관 등으로 하여금 집행관의 현황조사보고서 등의 기재에 의하여 주택임차인이나 상가임차인 또는 확정일자부임차인 등에게 배당요구의 종기까지 배당요구를 하여야 배당받을 수 있다는 취지의 임차인통지를 하도록 하고 있는데, 이

561) 이 외에 법원사무관 등은 ①첫 경매개시결정 등기 전에 등기된 가압류채권자(민사집행법 제148조 제3호), ②저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정 등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자(같은 법 제148조 제4호) 및 ③조세 그 밖의 공과금을 주관하는 공공기관에 대하여 채권의 유무, 그 원인 및 액수(원금·이자·비용, 그 밖의 부대채권을 포함한다)를 배당요구의 종기까지 법원에 신고하도록 최고하고 있다(민사집행법 제84조 제4항).

562) 민사집행법 제91조 제4항 단서.

563) 실무상 근저당권자가 채권신고를 하지 않은 경우 채권최고액을 청구채권액으로 보고 배당하고 있다.

를 유치권자에게 까지 확대할 필요가 있다.

이를 위해서 앞에서 살펴본 집행관의 현황조사의 문제점을 개선하여 유치권자에 대한 상세하고도 충실한 보고가 이뤄짐을 전제로 하여, 우선 집행관의 현황조사보고서에 나타난 유치권자에게 배당요구종기 및 그때까지 권리신고를 해야만 매수인에게 대항할 수 있음을 통지하도록 하는 방안을 강구할 수 있다. 즉 주택 및 상가건물임차인이 점유자인 경우에는 대법원 재판예규(송민 98-6)에 의하여 주택 및 상가건물임차인에게 통지하고 있는 주택임차인에 대한 통지서와 상가건물임차인에 대한 통지서에 “유치권자일 경우 민사집행법 제91조 제5항에 따라 배당요구종기까지 집행법원에 대법원 규칙에서 정한 금전 또는 유가증권을 공탁하여 권리의 성립요건과 피담보채권액을 신고하고 매각기일 2주전까지 이를 증명한 경우에 한하여 당해 경매절차에 매수인에게 유치권을 주장할 수 있음”을 추가로 기재하여 통지하도록 하고, 그 이외의 점유자 또는 유치권자인지 여부가 명백하지 아니한 자에 대하여는 위 내용에 해당하는 통지서를 마련하여 민사집행법 제91조 제5항(개정안)에 의하여 배당요구종기까지 유치권을 증명하여 유치권신고를 하여야만 당해 경매절차의 매수인에게 유치권을 주장할 수 있음을 고지하도록 위 예규(송민 98-6)를 개정해야 한다. 또한 집행법원은 집행관의 현황조사보고서 등의 기재에 의하여 소유자 이외의 점유자, 유치권자인지 여부가 명백하지 아니한 자에 대하여 유치권자일 경우 민사집행법 제91조 제5항(개정안)에 따라 배당요구종기까지 집행법원에 그 권리의 성립요건과 피담보채권액을 증명한 경우에 한하여 당해 경매절차의 매수인에게 유치권을 주장할 수 있음을 통지하도록 해야 한다.

둘째, 무분별한 유치권 신고로 허위·과장 유치권의 진입을 제한하기 위하여 유치권 신고시 민사소송법 제 502조3항, 동법 제117조에 의한 담보나 공탁을 하도록 하고 이를 위하여 대법원 규칙을 마련해야 한다.

셋째, 이때 신고 된 유치권의 효력에 관한 문제로서 입법론으로서 제시한 대항요건으로서의 유치권신고를 한 경우에는 매각절차의 이해관계인⁵⁶⁴⁾이 됨(동법 제

564) 이해관계인에게는 경매절차에 관하여 집행에 대한 이의신청권(민사집행법 제16조), 부동산에 대한 침해방지신청권(동법 제83조 제3항), 경매개시결정에 대한 이의신청권(동법 제86조), 매각기일과 매각결정기일을 통지받을 수 있는 권리(동법 제104조 제2항), 매각결정기일에 매각허가에 관한 의견을 진술할 수 있는 권리(동법 제120조), 매각허가여부의 결정에 대하여 즉시항고를 할 수 있는 권리(동법 제129조) 등

90조 제4호)과 동시에 통설·판례인 물적책임설에 의하면 목적물이 경매로 매각 되었을 경우에 유치권자는 매수인으로부터 그 피담보채권을 변제받을 때까지 매수인에게 그 인도를 거절할 수 있다(동법 제91조 제5항). 그러나 유치권자인 피고가 유치권을 행사하지 않으면 법원은 유치권의 존재를 이유로 원고의 청구를 배척하지 못한다. 그러므로 유치권자가 변론종결 전에 유치권을 행사하지 아니하여 패소 확정된 경우에는 청구이의의 소로써 다룰 수 없게 된다. 또한 여기서 주의해야 할 것은 배당요구종기내 권리신고한 유치권자면 어떤 경우이던 매수인에게 대항할 수 있다는 취지는 아니란 점이다. 즉 배당요구종기내 권리신고한 유치권자라도 그 권리의 성립요건과 피담보채권액을 증명한 경우에 한하여 당해 경매절차의 매수인에게 유치권을 주장할 수 있다는 것이기 때문에 현재 판례의 입장대로, 경매신청으로 인한 압류효력이 발생하기 전에 유치권이 성립(점유의 취득)한 경우에만 채권자나 매수인에게 대항할 수 있음을 간과해선 안 된다. 물론 압류효가 발생하기 전이건 후에 성립한 유치권이건 채무자에게 대항할 수 있음은 당연한 것으로 유치권이 경매절차를 떠나서는 유치권신고를 하지 아니하였다 하여도 민법 제320조 제1항에 의한 유치권의 효력은 그대로 유지된다.

넷째, 권리신고와 증명의 시기이다. 권리신고는 압류효력이 발생한 이후부터 배당요구종기까지로 하면 문제가 없으나, 그 권리 및 피담보채권액의 증명시기는 배당요구종기까지는 현실적으로 어렵고 이렇게 규정하면 유치권 신고 자체를 막는 것이란 비판을 면할 수 없을 것이다. 그런데 이해관계인이 자신의 권리를 증명하는 시점⁵⁶⁵⁾에 관하여 판례는 매각허가결정이 있을 때까지라고 하고 있는 바, 일단 배당요구종기까지 권리신고를 하고 이에 대한 집행전문법원의 존부결정이 있을 때까지 당해 경매절차는 일시 정지되고 그 존부결정이 있고난 뒤에 다시 경매절차가 진행되며 그 집행전문법원의 결정에 의하여 유치 목적물 평가액을 최저매각가에 산입여부를 결정하여 매각을 공고하게 될 것이다. 또한 매각기일의 공고는 매각기일 2주전까지 하고 있으므로 유치권의 권리 및 피담보채권액의 증

의 권리가 인정된다.

565) 판례는 매각허가결정이 있을 후 항고를 제기하면서 비로소 그 권리를 증명한 경우에는 이해관계인이 될 수 없다고 한다(대법원 1988.3.24.자 97마1198 결정; 대법원 1980.10.15.자 80마157 결정). 이에 대하여는 항고를 제기하면서 비로소 권리를 증명하는 것만으로도 족하다는 반대견해도 있다(이재성, “ 제607조 제4호의 이해관계인”, 「사법행정」 제30-1권, 한국사법행정학회, 98면, 제30-2권, 60면).

명시기도 이때까지 하는 것이 적당할 것이다. 따라서 집행법원에서는 집행전문법원의 결정에 따른 유치 목적물의 감정가를 최저매각가 산입 여부를 결정하며 매각물건명세서에도 이를 기재해야하고 신문 및 전자통신매체를 이용한 공고도 하여야 하므로 이를 감안하여 매각결정기일을 지정하면 될 것이다.

다섯째, 유치권신고 방식의 개선이다.

이는 유치권자의 성립요건의 심사를 강화하여 허위·과장 유치권신고의 진입을 방지하고 경매제도를 활성화시키기 위하여 필요하다.

현재 유치권자의 권리신고는 일정한 양식이 없어 유치권의 성립을 판단할 수 있는 필요적 기재사항조차 기재하지 않고 제출하는 경우가 있으며, 유치권자가 법원에 제출하는 신고서의 양식도 현재로서는 별도로 규정하지 않고 있다. 그러나 유치권의 특성상 신고서류에서라도 그 성립여부를 판단하기 위해서 신고서 양식을 개선할 필요가 있다. 유치권신고는 일정한 방식은 없으나 필자가 입법론으로 제시한 유치권신고를 의무화하는 방안을 전제로 할 경우에는 유치권자의 신원(성명, 주소, 연락처), 점유부분, 공사기간과 공사금액(기수령금액, 미회수 금액 즉 유치권 신고금액), 점유개시일자, 유치권의 성립원인, 변제기 등을 필수적으로 기재하고, 이를 증명할 수 있는 자료로서 채권의 발생원인 및 내용을 기재한 서면, 공사계약서 등 원인서류, 기수령금액의 영수증 또는 입금증명서(지급방식 증빙서류), 점유부동산의 현황 및 도면 점유기간과 점유사실을 확인할 수 있는 서면 및 사진 등을 첨부하여 배당요구종기까지 집행법원에 제출하여야 한다.

집행법원에서는 아래 <예시>와 같은 양식을 비치하여 그 양식에 의해 신고하도록 접수단계에서 이를 유도하고 재판부의 심문단계에서는 이를 충실히 기재하지 않은 경우에는 보정을 명하여야 할 것이다.

<예시>

유치권신고서

사건번호 타경 부동산강제(임의)경매

채권자
채무자
소유자

유치권자는 이 사건 매각절차에서 아래와 같이 권리신고를 합니다.

1. 공사기간: ~ 까지
2. ①공사금액: ② 기수령금액(공사계약금):
 ③변제기: 까지④미회수 금액(유치권 신고액):
3. 점유개시일자 : 20 . . .
4. 점유부분 : ①건물 전부, ②건물 층 전부, ③건물 일부(층 쪽 m²)
(※ ③번을 선택한 경우 뒷면에 점유부분을 특정한 내부구조도를 그려 주시기 바랍니다)
5. 채권의 발생원인 및 내용 : <별첨과 같음>
6. 점유자 : 성명 주소 : (전화:)
7. 점유자와의 관계 :
8. 점유 형태 (직접점유, 간접점유)

첨부서류

1. 채권의 발생원인 및 내용을 기재한 서면
2. 공사계약서 등 원인서류
3. 기수령금액의 영수증 또는 입금증명서(지급방식 증빙서류)
4. 점유부동산의 현황 및 도면
5. 점유기간과 점유사실을 확인할 수 있는 서면 및 사진
6. 공사계약자: 공사진행개요(완공 상태 등)
7. 기타 소명자료(공사도급계약서, 기타 원자재 구입, 인건비 등의 지출자료등)

20 . . .
유치권자 (날인 또는 서명)

00 지방법원 귀중

※ 유치권자는 기명날인에 갈음하여 서명을 하여도 되며, 연락처는 언제든지 연락가능한 전화번호나 휴대전화 번호 등(팩스, 이메일 주소 등 포함)을 기재하시기 바랍니다.

4) 입법 방안

위에서 제안한 보증금의 공탁과 배당요구종기내 권리신고의 의무화 방안에 대한 구체적인 입법방안은 다음과 같다.

민사집행법 제91조(인수주의와 잉여주의의 선택등) ⑤ 「매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보되는 채권을 변제할 책임이 있다」, 를 「매수인은 민사집행법 제84조에 정한 기한까지 대법원 규칙에서 정한 금전 또는 유가증권을 공탁하여 권리의 성립요건과 피담보채권액을 신고하고 매각기일 2주전까지 이를 증명한 유치권자에게 그 유치권으로 담보되는 채권을 변제할 책임이 있다. 다만, 유치권자가 제84조 제2항의 고지를 받지 못한 경우에는 권리의 증명을 요하지 아니한다」로 개정하여야 하며, 이때의 동법 제84조 제2항은 「제84조(배당요구의 종기결정 및 공고) ② 「배당요구의 종기까지 정하여진 때에는 법원은 경매개시결정을 한 취지 및 배당요구의 종기를 공고하고, 제91조제4항 단서의 전세권자 및 법원에 알려진 제88조제1항의 채권자, 소유자 이외의 점유자, 제91조제5항의 유치권자에게 이를 고지하여야 한다.」로 개정·신설하며, 집행관의 현황조사보고서에 기재된 유치권자 등에게 현재의 임차인 통지를 확대 실시할 수 있도록 법원 재판 예규(송민 98-6)를 개정하여야 한다.

(2) 집행전문법원의 설치에 관하여

앞에서 살펴본 집행전문법원의 유치권 존부결정에 대하여는 즉시항고할 수 있도록 하며, 이때도 무익한 항고를 방지하기 위하여 결정에 대해 불복하는 모든 항고인에게 보증금을 공탁하도록 하며, 방식은 권리신고 경우와 마찬가지로 금전 또는 법원이 인정한 유가증권으로 하며 지급보증위탁계약 체결문서의 제출에 의한 보증의 제공은 허용하지 아니하는 것으로 그에 관련한 사무처리요령⁵⁶⁶⁾ 제5조제4호의 보증서 제출에 의한 담보제공이 허용되지 아니한 경우의 범위에 매각허가결정 및 유치권 존부결정에 대한 항고에 있어서의 보증으로 개정이 필요할 것이다. 다만, 공탁금은 유치권의 피담보채권액(미회수금으로서 유치권신고한

⁵⁶⁶⁾ 2008. 6. 12. 재판예규 제1231호.

금액)의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁하는 것으로 한다. 따라서 개정안으로 민사집행법 제91조의4(유치권 존재결정에 대한 항고) “①유치권 존재결정에 대하여 항고를 하고자 하는 때에는 보증으로 유치권의 피담보채권액의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁하여야 한다. ②유치권 존재결정에 대한 항고가 기각된 때에는 항고인이 보증으로 제공한 금전 또는 유가증권의 반환을 요구하지 못한다.”를 신설하는 방안을 고려할 수 있다.

(3) 유치권에 의한 경매청구제도의 개선에 관하여

유치권에 의한 경매에서 그 현금화와 매각조건에 관하여 기존 법원 실무 처리 지침서나 민사집행법 나아가 판례도 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다. 이러한 면에서 대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정⁵⁶⁷⁾은 유치권에 기한 경매절차에서의 배당요구와 목적물상의 부담의 처리에 관한 중요한 기준을 제시했다고 본다. 따라서 유치권에 의한 경매절차에서도 다른 채권자들의 배당요구도 허용되며 그에 따른 부동산위의 부담의 처리에 관하여도 소멸주의를 적용하도록 하며 현행 유치권에 의한 경매진행도중 담보권 실행 등의 경매신청이 있으면 선행 유치권에 의한 경매는 정지된다는 규정도 개정되어야 한다고 본다. 왜냐하면 기존 유치권에 의한 경매에는 타 채권자들의 배당요구가 허용되지 않았고, 그 부담은 매수인이 인수하는 것으로 처리를 하였기에 유치권에 의한 경매에서는 배당을 할 수 없어서 부득이 선행사건으로 진행하지 않고 만족형인 후행 임의경매 등으로 처리를 해온 것으로 보이기 때문이다. 그러나 유치권에 의한 경매에서도 이제 배당요구가 허용되며 소멸주의가 적용된다는 판례가 있었기 때문에 타 채권자들도 이 절차에다 배당요구로 하면 될 것이고 설령 타 채권자들에 의한 경매신청이 있다고 해도 이는 배당요구로 보면 되는 일이기 때문에 더 이상 민사집행법 제274조 제2항이 존속해야 할 이유는 없다고 본다. 더욱이 판례도 유치권에 의한 경매를 임의경매나 강제경매처럼 부동산위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각

567) 결정에 의하면, 유치권에 기한 경매절차에서도 타 일반채권자들의 배당요구가 허용되며 유치권자도 일반 채권자와 같은 순위로 배당하며 부동산위의 부담은 원칙적으로 소멸주의가 적용된다고 판시하고 있다.

조건으로 해서 경매를 실시하라고 하고 있기도 하다. 이럴 경우, 유치권에 의한 경매를 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매와 구별하여 별도 조항으로 규정하여 운영하여야 할 것인 바, 제274조 제4항을 유치권에 의한 경매로 신설하여 다음과 같이 입법할 것을 제안한다.

제274조(유치권 등에 의한 경매) 「① 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다.② 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매절차는 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 이를 정지하고, 채권자 또는 담보권자를 위하여 그 절차를 계속하여 진행한다. ③ 제2항의 경우에 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매가 취소되면 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매절차를 계속하여 진행하여야 한다.④ 유치권에 의한 경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다. 매각으로 인한 부동산위의 부담의 처리와 채권자의 배당요구도 이와 같다」로 개정함이 합리적이라고 생각한다.

한편 기존 제2항 및 제3항은 삭제하여, ② 유치권에 의한 경매절차는 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 이를 정지하고, 채권자 또는 담보권자를 위하여 그 절차를 계속하여 진행한다.(삭제) ③ 제2항의 경우에 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매가 취소되면 유치권 등에 의한 경매절차를 계속하여 진행하여야 한다(삭제).로 하는 법 개정을 제안한다.

제6장 결론

최근 부동산경매를 통한 재테크에 대한 관심이 높아지고 경매부동산에 일반인들이 접근하기가 쉽게 됨으로써 경매제도가 더욱 더 일반화되고, 그와 더불어 유치권에 대한 신청이 갈수록 늘어날 것으로 예상된다. 한편 부동산 경매과정 중 뜻밖에도 등장하는 유치권으로 인하여 경매절차의 지연과 그로 인한 법적 분쟁이 발생하는 경우가 많아졌다.

이러한 유치권 관련 법적 분쟁이 생기된 주된 원인은 유치권이登記로써 공시되고 우선변제권이 부여된 담보물권인 저당권보다도 사실상 우선변제를 받는 강한 효력을 지니고 있다는 점과 부동산 경매절차에서도 유치권은 경매 전 절차를 통해서 권리신고의 제출시기가 제한된 것도 아니며 심지어는 경매절차에서 유치권신고를 하지 않아 전혀 드러나지 않았던 유치권도 압류이전에 성립되었다면 유치권자는 채권자 및 매수인에게 대항할 수 있도록 한 현행 법규의 미비도 그러한 원인이 되고 있다.

이로 인하여 경매절차에서 유치권 관련 문제점들이 끊임없이 제기되고 있다.

현재 실무에서 유치권의 문제로서 가장 심각하게 대두된 문제는 민사집행법 제91조 제5항에 의한 인수주의로 인한 문제이다. 경매절차에서 유치권은 매수인이 인수하여야 하는 권리라는 점을 이용하여 제3자가 채무자와 통모하여 허위·과장된 유치권신고서를 제출하거나, 채무자 등이 친척이나 지인 등을 내세워 저가에 응찰하기도 하여 유치권을 악용하는 사례가 빈번한 것이 현실이다. 그럼에도 현행 경매제도는 유치권자에 대한 채권신고절차를 두고 있지 않을 뿐 아니라, 이해관계인이 아니고서는 경매기록을 열람할 수도 없기 때문에 현실적으로 신고된 유치권의 피담보 채권액과 유치권 성립 등에 관한 내용을 일반 매수 희망자들이 확인할 수 있는 방법이 없다. 따라서 유치권이 신고된 목적물은 유찰을 거듭하고 그에 따라 매각가격 하락으로 이어지고 있어서 담보채권자나 매수인 등 경매에 관여한 이해관계인들을 불안하게 하는 요인이 되고 있다.

본 연구는 부동산 경매절차에 있어서 유치권의 문제점에 대한 문제의식에서 출발하였으며 그 개선방안은 무엇인가에 관한 고찰이었다.

따라서 이 논문에서는 이러한 부동산경매절차에서 유치권 주장 사례에 대하여 유형별로 분석하고, 그 실태를 파악하여 매각대금의 변동사례와 문제점에 대하여 검토하였다.

그리고 경매 각 진행 단계별로 유치권자의 지위와 그 취급은 어떻게 하고 있는지, 또한 유치권신고가 있을 때 집행법원 실무에서는 어떻게 처리하고 있는지에 관하여 고찰하였다. 나아가 비교법적 고찰을 위하여 우리 민법상의 유치권제도의 법리와 주요국가의 유치권 제도에 관하여 일반적 내용을 고찰하였다.

유치권의 성질과 관련해서는 유치권은 점유를 공시의 수단으로 하면서도 점유의 방법, 점유의 공시방법 등에 대하여는 아무런 규정을 두지 않고 있다. 때문에 경매절차에서 유치권의 인수여부를 판단하는 기준이 모호하다는 점과 매각으로도 유치권은 소멸되지 않고 매수인에게로 인수됨으로써 경매에서 허위·과장유치권의 남용 등 유치권을 둘러싼 새로운 법적분쟁을 야기하고 있음도 알 수 있었다.

이 글의 중반부에는 본 연구의 핵심부분으로서 부동산경매절차에서 유치권을 둘러싼 문제점들을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 유치권의 성립요건인 견련성의 문제인데, 이에 관한 종래의 학설과 판례 등을 검토한 결과, 문제의 근원은 민법 제320조 제1항의 규정을 단지 ‘물건에 관하여 생긴 채권’이라고만 규정하고 그 해석을 학설과 판례에 위임하고 있는 입법의 미비에도 그 연유가 있다. 또한 견련관계의 인정범위에 관한 우리 학설(다수설)과 판례의 입장인 이원설의 입장이 타당한가를 검토하기 위하여 우리의 유치권에서의 견련관계란 개념이 구축되어진 과정을 살펴보았다. 이 논문에서는 견련성 즉 ‘목적물로부터 생긴 채권’에 포함되는 피담보채권의 인정 범위를 현재 학설(다수설)과 판례의 입장보다 좀 더 좁게 해석해야 하며, 또한 그에 따른 입법론으로서 민법 제320조 제1항 본문의 ‘견련관계’에 대해서도 이를 구체적으로 정의하는 법 개정이 필요하다고 보았다.

둘째, 유치권의 대항력과 관련하여 압류권자와 저당권보다 먼저 성립된 유치권은 문제가 없으나, 저당권보다 후순위로 성립한 유치권의 저당권에 대한 대항력 여부와 관련하여, 우리나라의 통설과 판례는 그 성립시기의 선후에 상관없이 유치권이 저당권에 우선한다고 보고 있다. 그러나 유치권이 선행 저당권을 침해하면서 성립할 것을 기대할 근거규정이 없고, 선행 담보물권자가 파악한 목적물의

교환가치를 보장해 주어야 한다는 이유에서 볼 때, 종래의 학설과 판례의 태도는 문제가 있다고 보았다.

셋째, 부동산경매의 절차상 문제로서 허위·과장 유치권의 실태에서는 집행관이나 감정평가인에 의한 유치권 조사는 거의 이뤄지지 않고 있는 실정이어서 신고된 유치권이 매수인에게도 대항할 수 있는 것인 지조차 알 수가 없는 것이 현실이다. 따라서 매수인은 명도소송 등으로 청구할 수밖에 없어서 소송비용과 소송기간 등에서 많은 어려움이 따르는 문제점이 있다.

넷째, 현황조사와 유치목적물 평가의 문제점이다. 부실하게 작성된 집행관의 현황조사보고서가 매각물건명세서에도 거의 그대로 기재하여 일반 매수희망자들에게 공시하고 있고, 감정인은 일반적인 감가요인만을 감안하여 평가할 뿐 유치목적물을 그 유치권으로 제한되는 만큼의 감액은 하지 않고 평가하고 있음에도, 경매법원도 이를 그대로 최저매각가격으로 정하고 있는 실정이다.

다섯째, 유치권 공시와 점유의 불완전성의 문제다. 우리 민법은 부동산물권인 유치권의 경우 등기를 공시방법으로 하지 않고 있어서 우리 물권법체계에 맞지 않는 기이한 물권이라고 할 수 있다. 한편 유치권의 공시방법인 점유의 경우, 점유하고 있다는 사실 그 자체에 법이 너무 과중된 힘을 부여하고 있다는 지적도 있다. 따라서 일반 이해당사자가 부동산경매에서 유치권을 주장하는 자의 점유의 개념을 판단하여 법률행위를 하기를 기대한다는 것은 무척 어려운 것이라고 할 것이다.

여섯째, 유치권의 인수주의 채택의 불합리성이다. 민사집행법 제91조 제5항은 유치권에 관하여 이른바, 인수주의를 채택한 것으로 유치권의 폐해가 드러나는 대표적인 조항으로 비판을 받고 있다. 민사집행법이 원칙적으로 소멸주의를 택함에 반해, 유치권은 인수주의를 적용한 결과 유치권은 우선변제적 효력이 있어 사실상 인수주의를 택하는 결과가 되었다. 이는 법정담보물권인가의 차이를 제외하고는, 담보물권이라는 점에서 동일한 저당권은 소멸주의, 유치권은 사실상 인수주의를 취하는 셈이 되는데, 정당한 근거를 이론적으로 설명하기는 어렵다.

일곱째, 유치권에 기한 경매청구의 실효성 문제이다. 앞에서 살펴본 바와 같이 전국적으로 유치권에 기한 경매신청건수는 극히 미미하다. 이는 이 제도가 법 현실적 측면에서 이미 사문화되어 있다는 것을 의미한다. 이러한 현상의 원인은 경

매신청 성립요건상의 문제로서 실질적 요건이나 시기 및 절차 등에 관한 명확한 규정이 없다는 점과 굳이 유치권자가 직접 경매를 신청할 실익이 없다는 점에 기인한다.

이제까지 언급한 경매절차에 있어서의 유치권의 여러 문제점들에 대한 개선방안을 강구하였다. 이를 위하여 선행연구로서 제안된 여러 방안을 비판적으로 검토하였다.

선행 연구된 제안들 가운데에는 유치권의 공시와 우선변제권 결여의 문제 해결방안으로 본래적 의미의 부동산 유치권을 폐지하고 법정저당권 또는 저당권설정청구권으로 대체하자는 주장이 있는가 하면, 유치권을 채권적 항변권으로 구성하거나 유치권의 객체를 동산으로만 한정할 것을 검토할 필요가 있다는 견해, 민사집행법 제91조 제5항을 삭제하여 소멸주의를 채택하자는 주장, 유치권에 우선변제권을 인정하고 유치권을 등기하도록 하자는 주장, 그리고 부동산등기법 제2조를 개정하여 유치권도 등기할 수 있는 권리로 입법화하여 동법 제37조 가등기 및 동법 제38조 가등기가처분 또는 임차권등기명령과 같은 방법으로 유치권도 법원에 유치권등기를 신청할 수 있도록 하는 유치권등기명령제도의 도입의 주장도 있다.

그러나 위 선행 제안들은, 먼저 민법 제320조 제1항을 개정하여 기존 유치권이 부동산위에 성립하는 제도임을 폐지하여 그 객체를 동산과 유가증권 등으로 한정하며 인수주의에 관한 민사집행법 제91조 제5항을 삭제해야 하고 부동산등기법 제2조를 개정하여야 하는 어려움이 있다. 또한 물권법의 근간인 물권법정주의 흔들 수 있는 위험이 있으며, 무엇보다 이들 주장을 뒷받침해줄 구체적인 실현방도에 대해서는 다소 비현실적이거나 논리적으로 맞지 않는 주장으로 그 실현가능성은 의문이다.

이 논문에서는, 이들의 주장과 달리 공시방법으로의 점유가 불안정한 방법이기 는 하나 지금까지 인정해 온 제도를 부정하고 급격히 새로운 방향을 모색하여 과감하게 보완하는 방안보다는, 현재의 유치권 제도의 유지를 전제로 하되 이를 보완하는 방향에서의 해결방안을 강구하였다. 이하에서 정리해 본다.

첫째, 유치권의 대항력 제한의 필요성이다. 이에 관하여는 최근 일본의 학설과 판례가 점차 저당권을 보호하는 방향으로 변하는 추세에 있고, 우리 고등법원 판

례 중에서도 이와 비슷한 판례가 있다는 점과 채권적 효력밖에 없는 가압류는 유치권자가 대항할 수 없게 하면서, 대세효가 있는 저당권인 경우에는 유치권자가 대항할 수 있게 한 것은 형평의 관념에 어긋난 것으로서 그 개선이 필요하다고 보았다. 그 개선은 저당권이 설정된 후에 유치권이 성립한 경우, 유치권 성립 당시 부동산의 담보가치 이상으로 이미 저당권이 설정되어 있어서 저당권에 의한 담보권의 행사가 예상되는 경우에는 이때의 유치권 행사는 악의로 추정되므로 유치권의 대항력을 부인해야 하고 반면, 선순위 저당권의 채권액이 담보가치에 미달하는 경우 부동산에 관하여 추가로 유익비 등을 지출하여 부동산의 담보가치를 증진시키는 등 선의의 유치권으로 인정되는 경우에는 그 대항력을 인정하는 것이 타당하다고 보았다.

둘째, 유치권의 성립요건인 견련관계의 피담보채권 범위에 대한 제한방안이다. 견련관계의 인정범위에 관한 우리 학설(다수설)과 판례의 입장인 이원설의 입장은 담보채권의 인정 범위를 너무 광범위하게 인정하고 있는데, 이를 좀 더 좁게 해석해야 하며 또 그에 따른 입법론으로서 민법 제320조 제1항 본문의 견련관계에 대해서도 이를 구체적으로 정의하는 법 개정이 필요하다고 본다. 따라서 민법 제320조 제1항의 「목적물에 관하여 생긴 채권」의 의미는 축소해석해야 할 필요성이 있다 할 것이므로, 이 요건을 좀 더 한정적으로 표현하여 「물건에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권」으로 개정하는 것이 합리적이라고 생각한다.

셋째, 보증금 공탁과 권리신고의 의무화 방안이다. 경매절차에서 유치권자는 유치권신고 여부와 상관없고 그 제출기한의 종기도 없어서 유치권자는 언제든지 자신의 권리를 주장할 수 있다. 이러한 유치권의 악용과 무분별한 허위·과장 유치권 신고를 방지하고, 유치권의 공시문제를 위한 방안으로서 배당요구종기까지 집행법원에 보증금을 공탁하여 그 권리의 성립요건과 피담보채권액을 신고하고 매각기일 2주전까지 유치권의 존재사실을 증명한 경우에 한하여 당해 경매절차에서 유치권자가 매수인에게 대항할 수 있도록 민사집행법 제91조 제5항과 제84조 제2항을 개정하고, 이에 대한 통지는 집행관의 현황조사보고서에 기재된 유치권자 등에게 현재의 임차인 통지를 확대 실시할 수 있도록 법원 재판 예규 (송민 98-6)를 개정하는 방안을 제시하였다.

넷째, 현실적으로 허위·과장 유치권자를 상대로 손해배상청구의 소를 진행한

다는 것도 결코 쉬운 일이 아니며 집행법원이 실체재판까지 하기에는 현실적으로 거의 어려운 실정이다. 따라서 집행전문법원제도를 도입함으로써 유치권에 대한 존부결정을 신속히 처리하고 경매절차의 지연과 허위·과장 유치권의 남용을 상당부분을 해결할 수 있을 것이라는 제안을 하였다.


다섯째 집행관의 현황조사와 유치 목적물에 대한 감정평가의 실질화 방안이다. 일본민사집행법이 집행관의 현황조사 업무를 실질적으로 할 수 있도록 제도적 장치를 한 것처럼, 우리도 집행관의 현황조사 업무도 단순한 사실관계에 대한 형식적인 조사보고에 그칠 것이 아니라, 권리관계 등의 성립여부나 매수인에 대한 대항력 여부에 대한 판단을 첨부하여 실질적인 보고가 가능하도록 하는 것이 요구된다. 또한 일본의 경우에 경매부동산의 감정은 매각조건에 따라 매수인이 인수하는 부담 등을 구체적으로 감안함으로써 이루어지고 있음을 참고하여, 감정인은 집행관이 현황조사를 하는 것과 비슷한 방법으로 감정평가가 충실히 이루어지고 있음을 참고하며, 감정인의 실질적 평가를 위해 이를 뒷받침하기 위한 법적 권한을 집행관에 준하여 부여할 필요가 있다고 제안하였다.

여섯째, 유치권자의 경매청구권의 실효성 제고방안으로 경매청구권의 성립요건과 행사시기에 대하여 현행 민법 제322조 제1항 규정인 「채권의 변제를 받기 위하여」를 「더 이상 채무자의 변제를 기대할 수 없는 사정이 있는 경우에는 채권의 변제를 받기 위하여」로 하여 좀 더 구체적인 문언으로 개정하며, 행사시기는 「상당한 시일이 지나도 채권의 변제가 없고」로 그 요건을 부가해야 하며, 유치권자가 경매청구권을 행사함에 있어서도 민법 제322조 제2항에서 정한 간이 변제충당권을 행사할 경우와 같이 채무자에 대하여 사전통지를 하도록 함이 바람직하다고 보았다. 한편 법 현실적 문제점에 대한 개선방안으로는 유치권에 기한 경매절차에서의 배당요구와 목적물상의 부담의 처리에 관한 대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정을 참작하여 유치권에 기한 경매절차에서도 타 일반채권자들의 배당요구가 허용해야 하며, 유치권자도 일반채권자와 같은 순위로 배당하며 부동산위의 부담은 원칙적으로 소멸주의가 적용되도록 하는 것이 바람직하다고 제안하였다.

현행법 테두리 내에서 부동산유치권을 둘러싼 여러 가지 문제들을 근본적으로 해결하기에는 한계가 있을 것이다. 그러나 우리가 어떤 제도를 채택할 것인가 하

는 것은 입법정책의 문제일 것이나, 개선방안이 또 다른 옥상옥이 되지 않기 위해서는 부동산경매절차에서 유치권을 둘러싼 현실적인 문제를 정확히 인식함으로써 실현가능한 구체적인 개선방안이 강구될 수 있는 것이 아닌가 생각한다.

위에 제시한 몇 가지 개선방안이 우리나라의 부동산경매절차에 있어 유치권제도의 발전에 작은 보탬이 될 수 있기를 기대한다.



참고문헌

1. 국내문헌

(단행본)

- 강대성, 「민사집행법(제4판)」, 삼영사, 2008.
- 강태성, 「신판 물권법」, 대명출판사, 2004.
- 고상용, 「물권법」, 법문사, 2001.
- 곽용진, 「유치권과 경매(이론 사례중심)」, 법률서원, 2009.
- 곽윤직(편집대표), 「민법주해 (XIV), 채권(7)」, 박영사, 2006.
- 곽윤직, 「채권각론(신수정판)」, 박영사, 2003.
- _____, 「물권법(제7판)」, 박영사, 2006.
- 곽윤직(편집대표), 「민법주해(VI)물권(3)」, 박영사, 1996.
- 김갑유, 「유치권-주석민법 제3판 물권(3)」, 한국사법행정학회, 2001.
- 김기선, 「한국물권법」, 법문사, 1985.
- 김상용, 「물권법」, 미디어, 2009.
- 김상원(편집대표) 외 3인, 「주석 민사집행법 III」, 한국사법행정학회, 2004.
- _____, 「주석강제집행법(III)」, 한국사법행정학회, 1993.
- 김상찬, 「물권법」, 제주대학교출판부, 2010.
- 김용한, 「물권법」, 박영사, 1985.
- 김주수, 「민법개론(제7판)-사례를 통한 민법이해」, 삼영사, 1999.
- 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007.
- 김증한, 「물권법」, 박영사, 1997.
- 김증한 · 김학동, 「물권법(제9판)」, 박영사, 2004.
- 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2006.
- 남기정, 「신강제집행법(하)」, 법률문화원, 1997.

- 박삼봉집필, 「주석 민사집행법(V)」, 한국사법행정학회, 2004.
- 박준서(편집대표), 「주석민법, 채권각칙(3)」, 한국사법행정학회, 1999.
- 박두환, 「민사집행법」, 법률서원, 2003.
- _____, 「신강제집행법 (재판)」, 고시계, 1992.
- 박명주, 「부동산임대차실무(주택·상가건물)」, 부연사, 2004.
- 방순원, 「신물권법」, 일한도서, 1960.
- 법무부, 「민법(재산법)개정자료집」, 법무자료 제260집, 법무부, 2004, 11.
- 법원공무원 교육원, 「민사집행실무 I」, 법원도서관, 2011.
- 법원행정처, 「2011년 사법연감」, 법원도서관, 2011.
- _____, 「법원실무제요 민사소송(Ⅲ)」, 법원도서관, 2005.
- _____, 「법원실무제요(Ⅱ)」, 법원도서관, 2003.
- _____, 「민사집행법 해설(Ⅰ)」, 법원도서관, 2002.
- _____, 「민사집행법 실무연구」, 재판자료 제109집, 법원도서관, 2006.
- 손진홍, 「부동산권리분석과 배당(개정증보판)」, 법률정보센터, 2011.
- 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2009.
- 송오식, 「물권법강의」, 형설출판사, 2008.
- 양삼승, 「주석 강제집행법[Ⅲ]」, 한국사법행정학회, 1993.
- 윤 경, 「주석민사집행법(Ⅲ)」, 한국사법행정학회, 2004.
- 윤철홍, 「물권법강의」, 박영사, 1998.
- 오시영, 「민사집행법」, 학현사, 2007.
- _____, 「물권법」, 학현사, 2009.
- 이상태, 「물권법」, 법원사, 2002.
- 이시윤, 「민사집행법(제4판)」, 박영사, 2007.
- 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004.
- _____, 「물권법」, 박영사, 2001.
- _____, 「새로운 체계에 의한 한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004.
- 이은영, 「물권법(제4판)」, 박영사, 2006.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2001.
- 이재성·이시윤·박우동·김상원·박삼동, 「주석민사집행법(V)」, 한국사법행정학회, 2004.

- 지원림, 「민법강의(제8판)」, 홍문사, 2010.
- 차문호 집필(편집대표 민일영), 「민사집행소송 재판실무연구(2)」, 한국사법행정학회, 2008.
- 최 식, 「(신)물권법·담보물권법」, 박영사, 1960.
- 호문혁, 「민법주해 (VI)」, 박영사, 1992.
- 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006.

(논 문)

- 강민성, “민사집행과 유치권-이미 가압류 또는 압류가 이루어졌거나, 저당권이 설정된 부동산에 관하여 취득한 점유 또는 견련성 있는 채권으로써 경매절차에서 그 부동산을 매수한 사람을 상대로 유치권을 내세워 대항하는 것이 허용되는지 여부에 관하여”, 「사법논집」 제36집, 법원도서관, 2003.
- 강태성, “유치권의 성립요건으로서의 견련성 및 유치권소멸사유”, 「저스티스」 제410호, 한국법학원, 2006. 6.
- 강희숙, “부동산경매절차에 있어서 유치권 행사에 관한 법정책적 연구”, 동아대학교 대학원 박사학위 논문. 2010.
- 고준석, “부동산경매 활성화를 위한 법제개선에 관한 연구”, 동국대학교 대학원 박사학위논문, 2006.
- 공순진, “유치권의 성립요건으로서의 견련성”, 「동의법정」 제21집, 동의대학교 지방자치연구소, 2004. 8.
- 권용우, “물적 담보제도의 과제와 전망”, 「현대법학의 과제와 전망」, 신양사, 1998. 5.
- 김기찬, “부동산경매에서 유치권의 개선에 관한 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위 논문. 2008.
- 김계순, “유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계”, 「법학논집」 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009.
- 김동호, “유치권자의 경매청구권”, 「법학논총」 제30집 제2호, 전남대학교 법률행정연구소, 2010. 8.

- 김상균, “일본 민사집행법상의 부동산매각방법과 우리나라 부동산경매제도의 개선점”, 「재판자료: 외국사법연수논집(12)」 제66집, 법원도서관, 1994. 12.
- 김상용, “담보물권제도의 과제”, 「민사법학」 제9·10호, 한국민사법학회, 1993. 7.
- 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 「토지법의 이론과 실무: 지암 이선영박사화갑기념」, 법원사, 2006.
- 김용욱, “금융집행법상 채권자의 경합 우선주의와 평등주의, 군단우선주의”, 「고시연구」, 고시연구사, 1989. 4.
- 김용한, “유익비 유치권과 유치물의 사용의 적정성”, 「사법행정」 제13권 제7호, 한국사법행정학회, 1972.
- 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. 2.
- 김재형, “부동산 유치권의 개선방안-2011년 민법개정시안을 중심으로-”, 「민사법학」 제55호, 한국민사법학회, 2011. 9.
- 김진경 “부동산경매에 있어서 유치권자의 지위에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2007.
- 류재철, “우선변제청구권의 법적지위에 관한 연구”, 동의대학교 법학박사학위논문, 2000.
- 문광섭, “유치권의 피담보채권의 범위 - 채권과 물건 간의 견련관계 및 유치권의 불가분성과 관련하여 -”, 「대법원판례해설」 제71호, 법원도서관, 2008. 7.
- 문홍안, “재산권이전담보형담보의 법구조적 연구”, 건국대학교 대학원 박사학위논문, 1990.
- 민일영, “가압류의 상대적 효력”, 「저스티스」 제32권 제2호, 한국민사법학회, 1999. 6.
- _____, “주택경매에 있어서 임차인 보호에 관한 연구”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 2004.
- 박시환, “입찰희망자에 대한 정보제공의 충실화”, 「부동산 입찰제도」, 법원행정처, 1997.
- 박영목, “유치권의 성립요건과 효력범위 - 수급인의 유치권을 중심으로 -”, 「안암법학」 제27호, 안암법학회, 2008. 9.
- 박용석, “유치권 성립요건으로서의 견련성에 관하여”, 「법학연구」 제48권 제2호, 부산

대학교법학연구소, 2008. 2.

배태연, “부동산의 압류·가압류 후에 설정된 담보물권의 효력과 배당우선순위”, 「사법논집」 제21집, 법원도서관, 1990. 12.

법원행정처, “민사집행규칙 제2조”, 「민사집행규칙 해설」, 법원도서관, 2002.

서울오, “일반적 악의의 항변과 성의소송-성의계약에 있어서의 내재성 문제에 대하여-”, 「법학논집」 제12권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2008.

석호철, “경매개시결정의 효력”, 「재판자료」 제35집, 법원도서관, 1987

손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 「재판자료」 제109집, 법원도서관, 2006.

신국미, “유치권제도에 관한 연구-동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2003.

_____, “유치권에 의한 경매(민법 제322조)에 관한 의문”, 「재산법연구」 제25권 제1호, 한국재산법학회, 2008.

_____, “유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8.

엄동섭, “유치권의 성립요건-견련성”, 「고시계」 제50권 제11호, 국가고시학회, 2005. 11.

양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계”, 「민법연구(I)」, 박영사, 1991.

_____, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계”, 「법률학의 제문제 : 유기천박사교회기념논문집」, 1988.

_____, “유치권의 성립요건으로서의 견련관계Ⅱ”, 「고시계」 제31권 제4호, 국가고시학회, 1986. 3.

오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 「민사법학」 제38호, 한국민사법학회, 2007. 9.

_____, “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 「토지법의 이론과 실무: 지암 이선영 박사 화갑기념」, 법원사, 2006.

유남석, “가압류의 처분금지적 효력”, 「대법원판례해설」 제31호, 법원행정처, 1999. 5.

이기우, “부동산 유치권의 성립과 효력”, 「토지법학」 제22호, 한국토지법학회, 2006. 12.

- 이동진, “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”, 「민사법학」 제49-1호, 한국민사법학회, 2010. 6.
- 이상태, “유치권에 관한 연구 - 대항력제한을 중심으로 (대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결)”, 「토지법학」 제26-1호, 한국토지법학회, 2010. 6.
- 이상현, “부동산 경매과정에서의 유치권의 진정성립(허위 유치권)에 관한 제문제”, 「민사법연구」 제18권, 한국민사법학회, 2010. 12.
- 이성환, “경매에서의 유치권 실무”, 법률신문, 제3774호: 2009. 9. 3.
- 이재성, “제607조 제4호의 이해관계인”, 「사법행정」 제30-2권, 한국사법행정학회, 1989. 2.
- _____, “유치권자가 신청한 경매의 성격”, 「인권과 정의」 대한변호사협회, 1992. 12.
- _____, “유치권의 담보물권으로서의 성격”, 「민사법학의 제문제: 소봉 김용한교수 화갑기념」, 박영사, 1990.
- 이정엽, “부동산경매와 유치권”, 「부동산소송실무자료집(부동산소송)」 제4집, 유로, 2010.
- 이진기 “담보물권으로서 유치권 : 유치권의 비판적 해석”, 「안암법학」 제8호, 안암법학회, 1999. 2.
- 이학수, “유치권이 요구하는 점유의 정도”, 「판례연구」 제8집, 부산판례연구회, 1998. 1.
- 이희봉, “유치권, 그 물권성과 담보물권성과 관련하여”, 「법학과 민사법의 제문제: 범조 이희봉고회기념논문집」, 1976.
- 장경학, “유치권의 성립 및 그 효력”, 「민법학의 현대적과제」, 박영사, 1987.
- 정상태, “부동산경매에 있어서의 인수주의와 소제주의”, 「법무사」 제465호, 대한법무사협회, 2006.
- 정종휴, “한국민법전의 제정과정”, 「곽윤직교수 화갑기념논문집」, 1985.
- 정준영·이동준, “부동산 유치권의 개선에 관한 연구”, 2009년도 법무부 연구용역 과제 보고서, 2009.
- 조규창, “한국법문화발전에 미친 독일법의 영향”, 「한독법학」 제14호, 한독법률학회, 2003.
- 조성민, “유치권의 성립요건과 효과”, 「고시연구」 제30권 제7호, 고시연구사, 2003.
- 지석재, “유치권에 의한 경매”, 「사법논집」 제51집, 법원도서관, 2011.
- 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 「사법논집」 제42집, 법원도서관, 2006.

추신영, “유치권자에 의한 경매신청”, 「재산법연구」 제24권 제1호, 한국재산법학회, 2007. 6.

—, “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 「민사법학」 제44호, 한국민사법학회, 2009. 3.

최금숙, “유치권의 성질 및 성립요건에 관한 몇가지 고찰”, 「법학논집」 제2권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 1998. 2.

최동홍, “부동산경매에서 유치권신고의 의무화”, 「법조」 통권 제643호, 법조협회, 2010. 4.

최창열, “유치권의 견련관계에 관한 연구”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8.

홍수용, “경매시장 가짜 유치권 횡행”, (매일경제 2002. 2. 2자).

황종술 · 민규식, “부동산 경매철차상 허위 · 과장유치권 근절을 위한 대책”, 「주거환경」 제6권 제10호, 한국주거환경학회, 2008. 12.

황태효, “유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계 및 유치권의 불가분성”, 「판례연구」 제20집, 부산판례연구회, 2009. 2.

참고사이트

<http://gw.scourt.go.kr>.

www.courtauction.go.kr

2. 외국문헌

(1) 일본

- 伊藤昌司, “留置權について”, 「法律時報」第1號, 1980.
- 高木多喜男, 「擔保物權法」, 有斐閣, 1994.
- 關武志, 「留置權の研究」, 信山社, 2001.
- _____, “留置權を對抗しうる第3者の範圍”, 「私法」, 日本私法學會, 有斐閣, 1990.
- 廣田民生(石川明 外 2人 編), 「注解民事執行法(上卷)」, 青林書院, 1991.
- 近江宰治, 「擔保物權法」, 弘文堂, 1993.
- 大橋寬明 執筆(吉野衛·三宅弘人 編輯代表), 「注釋 民事執行法(3)」, 文唱堂, 1983.
- 東京地方裁判所民事執行センター實務研究會, 「民事執行の實務—不動産執行編(上)(第2版)」, 金融財政事情研究會, 2008.
- 東京地裁 民事執行實務研究會, 「不動産執行の理論と實務(下)」, 法曹會, 1999.
- 福永有利(竹下守夫·鈴木正裕 編輯), “不動産上の權利關係の解明と賣却條件”, 「民事執行法の基本構造」, 西神田編集室, 1981.
- 富井政章, 「民法原論物權(下)」, 有斐閣, 1914.
- 北川善太郎, 「民法の理論と體系」, 一粒社, 1987.
- 生田治郎, “留置權の實行をめぐる諸問題”, (加藤一郎·林良平編集代表) 「擔保法大系第2卷」, 金融財政, 1985.
- 生熊長幸, “建築請負代金債權による敷地への留置權と抵當權(下)”, 「金融法務事情」第1447 號, 金融法務事情研究所, 1996. 4.
- 西口元, “平成11年度主要民事判例解説”, 「判例タイムズ」第1036號, 判例タイムズ社, 2000.
- 9.
- 石田文次郎, 「物權法」, 有斐閣, 1941.
- 石田文次郎, 「擔保物權法論(下)」, 有斐閣, 1927.
- 我妻榮, 「擔保物權法」, 岩波書店, 1971.
- _____, 「擔保物權法(民法講義Ⅲ)」, 岩波書店, 1928.

- 藥師寺志光,「留置權論」,三省堂,1929.
- _____,“留置權(綜合判例研究)”,「叢書民法19」,有斐閣,1929.
- 西口元,“平成11年度主要民事判例解説”,「判例タイムズ」1036號,2000. 9.
- 新美育文,“建築請負業者の敷地についての商事留置權”,「判例タイムズ」第901號,判例タイムズ社,1996. 5.
- 深澤利一,「民事執行法の實務(上)」,新日本法規,2007.
- 岸日出夫,“商事留置權”,(山崎恒・山田俊雄 編)「民事執行法」,青林書院,2001.
- 鈴木祿彌,「物權法講義」,創文社,1985.
- 鈴木忠一・三ヶ月章 編,「注解民事執行法(3)」,第一法規,1984.
- 柚木馨・高木多喜男,「擔保物權法」,有斐閣,1982.
- 栗田哲男,“建築請負における建物所有權の歸屬をめぐる問題點”,「現代民法研究(I). 請負契約」,信山社,1997.
- 伊藤昌司,“留置權について”,「法律時報」第52卷 1號,1980.
- 林良平 外 3人,「註解判例民法 1b(物權法)」,青林書院,1999.
- 林良平編・田中整爾執筆,「注釋民法(8)」,有斐閣,1965.
- 齋藤和夫,“「留置權競賣」考-民執法一九五條の根本問題の検討-”,慶應義塾大學法學研究會,「法學研究」第80卷 12號,2007. 12.
- 田積司,“建築請負工事代金についての不動産留置權と根抵當權”,「米田實古稀記念 現代金融取引法の諸問題」,1996.
- 佐藤歲二,“不動産引渡命令”,「ジュリスト」876號,1987.
- 奏光昭,“競合する抵當權と民事留置權の成立要件”,「金融法務事情」1657號,金融法務事情研究所,2002. 10.
- _____,“不動産留置權と抵當權の優劣を決定する基準”,「金融法務事情」第1437號,金融法務事情研究所,1995. 12.
- 竹下守夫,「不動産執行法の研究」,有斐閣,1977.
- 佐藤歲二,“不動産引渡命令”,「ジュリスト」第876號,有斐閣,1987. 1.
- 中島玉吉,「民法釋義2卷・物權法(下)」,金刺芳流堂,1923.
- 川島武宜,「民法解釋學の諸問題」,弘文堂,1971.
- 泉田榮一,“建築請負人の占有していた敷地に對する商事留置權の成否”,

「ジュリスト(別冊)」164號, 有斐閣, 2002. 10.

川井建, 「擔保物權法」, 青林書院新社, 1980.

清水元, 「留置權概念の再構成」, 信由社, 2001.

坂本倫城, “留置權による競賣申立て”, (大石忠生ほか編), 「裁判實務大系7」, 青林書院, 1986.

浦野雄幸, 「逐條解説民事執行法」, 商事法務研究會, 1971.

(2) 구 미

Bobes, *Le casd' application du droit de rétention*, 1913.

Claus Ahrens, *Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrechte*, Berlin 2002.

Colin/Capitant, *Cours elementaire de droit civil francais*, t. II, 1953.

Esser/Schmidt, *Schuldrecht*, Band I /1, 8. Aufl, Heidelberg 1995.

Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, Bd. 1, 1868.

H. Roth, *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts*, München 1988.

Keller, *Das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB*, JuS, 1982.

Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil*,

14. Aufl., München, 1987.

Marty et Raynaud, *Droit Civil*, t. III, 3, 1971.

Philippe Simler, *Commentarie de l'ordonnance n°2006-346 relative aux surete.*

Dispositions genele livre IV nouveau du Code civil, *Rev. de Droit Bancaire et*

Financier, Mai-juin, 2006.

Simler et Delebecque, *droit civil : Les sûretés La publicité*, 4° éd. 2004.

Webel, *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 Abs. I Satz I BGB und das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. I BGB*(Univ. Breslau. 1933), 3.

-Abstract-

A Study on Legal Problems and the Improvement Plan in
connection with the Lien in the Real Estate Auction Procedure

by Jung, Doo Jin
Department of Law,
Graduate school
Jeju National Univ.

Directed by Professor Han, Sam In

During the process of real estate auction, sometimes the auction process is delayed or has legal disputes due to the unexpected lien or encumbrance which has the main cause of having such lien, which is recognized as legal encumbrance under the Civil Act, not notified on the registry and others and not recognized for priority reimbursement right but to have much more rights than other secured property rights to retain much stronger efficacy to have the priority reimbursement in fact than the mortgage right of secured property granted with the seniority with the registry as well as the fact that the lien is not limited for its period of submittal for the report of right through entire procedure prior to auction and there is lack of current laws for lien holders to resist against creditor and purchaser if the lien not shown on reporting for line in the auction procedure if the lien was established prior to the garnishment.

Currently the most serious issue emerged as related to the lien on practical affairs is the issue on the abernahmeprinzip under Article 91 (5) of the Civil Enforcement Act. In the auction procedure, the lien is the right that the purchaser has to underwrite and this point has been manipulated under the

reality to have frequent cases of abusing the lien to allow a third party to conspire with the debtor to submit false or exaggerated lien report or have a relative or anyone to bid on low price and other abuses. Under the circumstance, current auction system does not have the credit report procedure on the lien holder and the underwriting of lien is not a record notified under the auction procedure. Furthermore, the auction record cannot be disclosed unless for interested party that the party wishes to purchase has no way of confirming the contents on establishing the lien and secured credit amount of reported lien in realistic sense.

This study has started in recognition of problems in lien with respect to the real estate auction procedure and is the contemplation on what would be the improvement plan thereof.

Therefore, under this dissertation, the cases involving lien in the real estate auction procedure is analyzed for each type, and the reality is found out to review the cases of change in proceeds amount and issues thereof. And, it has contemplated on how the position of lien holder is handled for each phase of auction and how it is disposed in the practical affairs in court when there is a report of lien. Furthermore, for the comparative contemplation, it has contemplated the general contents on legal principles of the lien system under the Civil Act of Korea and legislations in major countries.

In the middle part of this study, the issues of lien in the real estate auction is undertaken in full scale as the core part of this study that the issues involving the lien in the current real estate auction are shown as follows.

First, as for the issue of real estate auction procedure, it is the issue of falsified or exaggerated lien. Second, it is the issue of current status and assessment of subject matter for the lien. Third, it is the issue of incomplete notice for lien and occupancy. Fourth, it is the issue of unreasonable adaptation of *abernahmeprinzip* for lien. Fifth, it is the issue of efficacy on

JEJU NATIONAL UNIVERSITY
제주대학교

auction request for period on the lien. Sixth, it is the issue of defense by the lien holder that the issue of defense in relationship respect to lien holder, garnishment right holder and secured property holder has been reviewed. And seventh, it is the issue of the correlation as the requirement for lien.

The improvement plan on several issues of lien mentioned to this auction procedure has been sought. For this purpose, several plans proposed as the advance studies have been reviewed. From the proposals with advance studies, as a problem solution plan for the lack of notice of lien and seniority reimbursement right, there are diverse opinions as abolishing the real estate lien in its entirety, construct lien as the credit appeal right, recognize the seniority right on lien to register lien and others. However, the above proposals are somewhat unrealistic in their concrete practice method in revising the law, shaking down the numerous clause principle of the Property Right Act or the like or questionable practicability with irrational assertion and others.

This study has sought for the resolution plan in the direction to complement as it has the premises of maintaining the present lien system rather than the plan to boldly supplement in seeking for drastic new direction and deny the system that has been recognized even if the occupancy as the notice method is unstable way of practice. First, it is the obligatory plan for security deposit consignment and report of rights. Second, it proposes to introduce the court exclusively for enforcement to promptly make the existence of lien to solve substantial part of delay in auction procedure and abuse of falsified and exaggerated lien. Third, it is the plan to practical use of appraisal on the subject matter of lien and status survey of enforcing officer. Fourth, as a plan to enhance the efficacy of the auction claim right by the lien holder, it has raised the need to revise the provision of Article 322 (1) of the Civil Act with respect to the requirements of auction claim right and its time of exercise. Fifth, it is the need to limit the defense of lien. And, sixth, it is the plan to limit the scope of secured credit of correlations

as the requirement for the lien.

Within the boundary of the current laws, there is a limit to fundamentally solve the issues arising from the real estate lien. However, what system that we adapt would be the issue for legislative policy, but in order for the improvement plan to be anything other than shaky ground, we have to accurately acknowledge the realistic issues of lien and the improvement plan has to be realistically possible and in more details. It is expected to have those several improvement plans presented above to be of help in advancement of the lien system for the real estate auction procedure of Korea.