



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](#)

석사학위논문

부동산경매에 있어서 유치권제도의  
개선방안에 관한 연구

A Study on the Improvement Proposal of the Lien  
System in the Real Estate Auction

제주대학교 행정대학원

법 학 과

박 정 용

2014년 2월

부동산경매에 있어서 유치권제도의  
개선방안에 관한 연구

지도교수 오 창 수

박 정 용

이 논문을 법학 석사학위 논문으로 제출함

2014년 2월

박정용의 법학 석사학위 논문을 인준함

심사위원장\_\_\_\_\_印

위 원\_\_\_\_\_印

위 원\_\_\_\_\_印

제주대학교 행정대학원

2014년 2월

# 목 차

제1장 서론 .....	4
제1절 연구의 배경 및 목적 .....	4
제2절 연구의 범위 및 방법 .....	6
제2장 민사집행법에 따른 부동산경매와 유치권제도 .....	8
제1절 민사집행법과 부동산경매 .....	8
1. 민사집행의 중요성과 의의 .....	8
(1) 민사집행의 중요성과 개념 .....	8
(2) 민사집행의 의의 .....	9
2. 민사집행의 종류 .....	10
(1) 강제집행 .....	10
(2) 담보권의 실행(임의 경매) .....	14
(3) 형식적 경매 .....	15
(4) 보전처분 .....	16
3. 부동산경매 .....	17
(1) 부동산경매의 의의 .....	17
(2) 부동산경매의 종류 .....	17
(3) 부동산경매절차 개요 .....	19
제2절 부동산경매에 따른 유치권제도 .....	23
1. 유치권의 의의와 성질 .....	23
(1) 유치권의 의의와 법적 성질 .....	23
(2) 유치권의 성립요건 .....	25
(3) 유치권의 성립에 관한 판례 .....	31
2. 민사집행법상 유치권의 효력 .....	35

(1) 유치권자의 신고유무 .....	35
(2) 유치권자의 유치할 권리 .....	35
(3) 유치권자의 경매청구권 .....	36
(4) 우선변제권과 간이변제충당 .....	37
(5) 유치물사용권과 과실수취권 .....	38
(6) 비용상환청구권 .....	39
(7) 통합도산법상의 별제권 .....	40
3. 유치권자의 의무 .....	40
(1) 선량한 관리자로서의 주의의무 .....	40
(2) 의무위반에 대한 판례의 입장 .....	41
4. 유치권의 소멸 .....	42
(1) 유치권의 일반적 소멸사유 .....	42
(2) 채무자의 소멸청구 .....	42
(3) 피담보채권의 소멸 .....	43
(4) 타 담보 제공에 따른 유치권의 소멸 .....	43
(5) 점유의 상실 .....	44
<b>제3절 각국의 유치권제도 비교법적 연구 .....</b>	<b>45</b>
1. 유치권의 기원과 연혁 .....	45
2. 스위스의 입법례 .....	46
3. 프랑스의 개정담보법 .....	48
4. 독일의 입법례 .....	50
5. 일본의 입법례 .....	51
6. 미국의 유치권 제도 -건축공사 우선특권제도를 중심으로- .....	53
7. 각국의 유치권제도 비교분석 .....	55
<b>제3장 부동산경매에 따른 유치권제도의 문제점과 대책 .....</b>	<b>57</b>
<b>제1절 부동산경매에 있어서 유치권의 문제점 .....</b>	<b>57</b>

1. 부동산경매절차에 따른 유치권 공시문제 .....	57
(1) 이해관계인의 권리신고 .....	57
(2) 법원의 현황조사의 문제점 .....	58
(3) 법원의 매각물건명세서의 문제점 .....	60
2. 유치권신고의 허위·과장신고 남용 .....	61
3. 특권적 지위를 이용한 문제점 .....	62
4. 부동산경매절차상 나타나는 유치권제도의 악영향 .....	63
(1) 매각가격의 저감 현상 .....	63
(2) 타인의 입찰 참가 불가능성초래 .....	64
(3) 명도지연으로 인한 손해와 유치권 금액의 인수부담 .....	64
(4) 집행에 관한 이의 신청에 의한 집행불능 .....	65
(5) 이해관계인의 손해와 국가적 손실 .....	66
<b>제2절 부동산경매절차상 유치권제도의 문제점 개선방안 .....</b>	<b>67</b>
1. 유치권신고 의무화와 성립의 명확한 공시 .....	67
(1) 신고의 의무화 .....	67
(2) 신고의 서류 양식 개선 .....	67
(3) 집행법원의 심문강화 .....	68
(4) 현황조사시 조사내용 개선강화 .....	69
(5) 입찰 전 유치권 관련서류 공개 .....	69
2. 소송제도 개선 및 허위·과장 유치권 처벌 강화 .....	70
(1) 소송제도 개선 .....	70
(2) 허위·과장 유치권 신고자에 대한 처벌강화 .....	70
3. 입법정책으로 결정하여야 할 몇 가지 개선방안 .....	72
(1) 소멸주의의 채택 .....	72
(2) 유치권등기제도의 도입 .....	74
(3) 유치권등기명령제도의 도입 .....	76
(4) 유치권자의 배당요구 인정 .....	78
(5) 유치권신고시 보증금공탁제도 도입 .....	79

제3절 소결 .....	80
<b>제4장 유치권관련 법무부 민법일부 법률개정안의 검토 .....</b>	<b>85</b>
제1절 부동산유치권의 개정방안에 대한 개요 .....	85
1. 법무부 민법개정위원회의 법률개정안 .....	85
2. 유치권제도의 개정방향 .....	87
제2절 법무부 유치권제도 개정안에 대한 구체적인 검토 .....	88
1. 유치권에 관한 민법 제320조 개정안 검토 .....	88
(1) 부동산유치권 폐지 문제에 대한 검토 .....	88
(2) 미등기부동산에 대한 유치권 인정 개정안 .....	90
(3) 유치권등기제도의 신설안 .....	92
(4) 목적물과 피담보채권의 견련관계 .....	94
(5) 유치권에 우선변제권을 인정하는 방안 .....	94
2. 민법 제372조의2의 부동산유치권자의 저당권설정청구권에 관한 신설안 .....	95
(1) 저당권설정청구권 도입 의의 .....	95
(2) 법정저당권과 저당권설정청구권의 법적 성질 .....	99
(3) 저당권설정청구권자와 등기청구의 상대방 .....	100
(4) 등기사항과 피담보채권액 .....	102
(5) 저당권등기의 효력 발생시기 .....	103
3. 부동산등기법의 제75조의 개정안 .....	104
4. 수급인의 저당권설정청구권에 관한 민법 제666조의 개정안 .....	105
5. 민사집행법의 유치권에 관한 법률개정안 .....	106
(1) 민사집행법 제88조(배당요구)의 개정안 .....	106
(2) 민사집행법 제91조 제2항의 개정과 제5항의 삭제 .....	107
(3) 저당권이 설정되지 않은 유치권자에 대한 배당 .....	109
(4) 부칙 제3조 .....	111

제5장 결 론 .....	112
참고문헌 .....	117
Abstract .....	124



## 국문초록

현대사회의 재테크 수단으로 부동산경매는 필수과목이 되었다. 법원경매는 민사소송에서 승소한 자가 집행권원에 의한 강제경매를 실시하거나 또는 저당권의 실행을 통한 임의경매를 통해 최종적으로 이해관계인이 배당을 받음으로써 종료되는 구조를 가지고 있다. 이러한 부동산경매는 기본적으로 민사집행법에 따른 강제경매 또는 임의경매의 형식으로 진행되는데 이때에 경매입찰자 및 매수인들을 괴롭히는 부분이 바로 유치권제도이다.

경매절차에 있어서 유치권제도는 허점이 많아서 이를 악용하려는 채무자 또는 이해관계인이 허위로 공모하여 허위유치권 또는 과장된 유치권을 주장하는 사례가 빈번하게 이루어지고 있다. 이는 법의 허점을 악용하여 사법기관을 우롱하는 것이며 또한 이러한 사례가 빈번할수록 우리사회에 법을 경시하는 풍조를 조장하는 요소로 작용하고 있다.

유치권제도는 이미 몇 년 전부터 개정을 추진해 왔으며 2013년 현재 법무부에서 새로운 민법 일부법률 개정시안이 나와서 활발한 입법이 추진되고 있다. 새로운 민법의 유치권제도는 획기적인 개정안이 되어서 많은 변화가 예상되고 있다. 하지만 새로운 개정안이 시행되기까지는 아직 풀어야 할 과제들이 많이 있다.

민사집행법이 2002년 7월 1일 새로 시행됨에 따라 부동산경매시장은 새로운 활력을 띠게 되었다. 과거의 여러 가지 많은 문제점들이 확실히 제거되어 경매입찰자들이 좀 더 투명하고 공정한 입찰이 가능하게 되어 왔다. 하지만 유치권제도는 기존 민법내용을 그대로 유지하게 되면서 부동산유치권에 법정담보물권과 아울러 우월적 효력을 인정하고 있기 때문에 누구에게나 유치권을 주장할 수 있다는 판례의 입장으로 인하여 여러 가지 문제가 야기되고 있는 실정이다.

그러면서 부동산경매절차에 있어서 유치권은 경매실시 전에 집행관이 현장실사를 하면서 드러나지 않았던 유치권이 새롭게 나타나 입찰예정자 또는 매수인들을 괴롭히고 있는 것이 현실이다. 현행 민사집행법에 따르면 유치권은 매수인이 인수해야 하는 인수주의를 악용하여 건설업자 등 제3자와 공모하여 허위·과장유

치권을 신고하거나 또는 이해관계인이 제3자를 내세워 저가에 매수하는 방법 등을 사용하면서 부동산경매시장을 교란시키는 행위를 하고 있다.

또한 유치권은 등기라는 공시를 통하지 않아도 성립이 되는 권리가 됨으로써 (단지 점유만을 통하여 공시행위를 하면 되므로) 부동산 물권변동이 등기의 선등기우선원칙이 적용되지 않음으로써 유치권자가 주장하는 유치권이 성립하기만 하면 등기의 우선원칙과는 전혀 상관이 없이 매수인은 유치권자가 주장하는 대금을 변제하지 않으면 매각물건을 인수하지 못하도록 되어 있는 민사집행법상의 규정으로 인해 실제 등기되어 있는 물권보다 더 강력한 보호를 받고 있는 이상한 제도이다.

이는 부동산등기라는 공시제도가 엄연히 존재하고 있는 현실에서 민사집행법의 인수주의로 인해 유치권이라는 장애가 존재하게 되어 사실상 매수인의 지위를 위태롭게 하여 입찰자체를 꺼리게 됨으로써 양호한 물건임에도 불구하고 매각가의 저감현상이 심각할 정도로 나타나게 되는 것이다. 또한 유치권으로 인하여 선순위채권자들이 권리를 침해당하거나 매수인이 간편한 인도명령으로 매각물건을 명도받지 못하는 일이 비일비재하다.

부동산경매절차에 있어서의 문제점을 살펴보면 유치권의 성립에 대한 문제 앞에서 유치권에 대한 신고를 해야 하는 의무가 없다. 또한 신고가 되었어도 부동산경매 입찰을 원하는 입찰예정자가 당해물건의 유치권을 확인할 길이 없다. 법원공무원의 경직된 사고로 인하여 이해관계인이 아니면 열람할 수 없게끔 되어 있기 때문인데, 이 또한 법의 미비점이라 볼 수 있다.

위와 마찬가지로 현장실사를 해야 하는 집행관 또는 감정평가기관 등의 조사서에 유치권관련사항에 대한 의무적인 조사가 있어야 된다고 생각한다. 그러나 유치권은 신고하기만 하면 될 뿐 어느 지방법원 경매기록에서도 이러한 유치권을 조사했다는 기록은 전혀 없다. 법의 미비로 인한 문제이기도 하거니와 이러한 태도는 대국민법률서비스의 질을 떨어뜨리는 요소가 된다.

본 연구는 현행 부동산경매절차에서 유치권제도를 고찰함에 있어 경매실무에서 대두되고 있는 실질적인 문제점들이 어떻게 하면 해결될 것인가에 대해 민사집행법의 개념과 의의, 강제집행의 의의와 절차 등 민사집행법상의 경매절차에 대하여 살펴본다. 그리고 유치권에 대한 이해와 성질, 효력 및 유치권에 대한 성립

요건 등 이론적 고찰을 한 후에 타국의 유치권제도와 우리나라의 유치권제도를 비교분석하였다. 다음으로 부동산경매에 있어서 유치권제도에 따른 문제점과 개선 방안을 모색하여 날이 갈수록 일반화 되어 가는 부동산경매에 있어서 유치권의 남발로 인해 더 이상의 피해가 없도록 하고 진정한 유치권자들에 대한 보호 방안을 강구하고 그들에 대한 우선순위에 의한 배당 등을 통하여 합리적인 개선 방안을 모색하여 보았다.

마지막으로 2013년 현재 진행 중인 법무부공고 제2013-6호에 따른 법무부 민법 일부 법률개정안에 대해 고찰하고 그에 따른 문제점과 해결방안을 제시하였다.

### **Key Words**

부동산경매, 유치권, 민사집행, 민법개정안, 부동산등기, 매각절차.

## 제1장 서론

### 제1절 연구의 배경 및 목적

부동산재테크의 수단으로서 부동산경매와 공매를 빼놓고 단지 일반 부동산투자만 가지고서는 재테크를 한다고 하기 어려울 정도로 부동산경매는 일반화가 되었다. 최근에는 부동산 공인중개업자들이 입찰대리를 통하여 많은 사람들이 더욱 부동산경매시장으로 진입하고 있는 실정이다.

그러나 부동산경매에 있어서 우선적으로 살펴보아야 할 문제점 중의 하나가 유치권제도이다. 경매부동산의 물건을 고르는 과정에서 권리분석과 입장활동의 중요성에 대하여 강조되어야 할 부분은 유치권, 대항력 있는 임차권, 법정지상권, 특수지역권, 분묘기지권 등이 될 것이다. 이러한 여러 가지 권리는 공시되지 않는 특징이 있고 그중에서 입찰예정자가 놓치기 쉬운 부분이 바로 유치권이다. 왜냐하면 다른 권리는 대부분 입장활동을 통하여 드러나는 부분이나 유치권에 대하여서는 주의 깊게 입장활동을 하여도 잘 드러나지 않거니와 그 유·무조차 확인하기가 힘들기 때문이다.

이러한 이유는 바로 민사집행법 제91조 제5항에 의거 인수주의를 채택하는 제도에 기인하고 있다. 즉 '매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다'고 규정하면서 그 유치권에 대한 성립시기나 대항력유무에 대한 제한이 없어 무소불위의 유치권이라는 권리를 행사할 수 있는 계기를 제공하고 있다. 다시 말하면 매수인이 매각대금을 완납하면 이미 매수인 앞으로 소유권이 이전 되나 유치권자가 경매물건의 인도를 거부하고 유치권을 주장하면서 행사할 때에는 그 유치물건의 피담보채권에 대한 변제가 이루어질 때까지는 실제로 소유권을 행사할 수가 없고 이로 인하여 사실상 우선변제를 받을 수 있기 때문에 이러한 법의 맹점을 이용한 사악한 채무자 등이 이해관계인 또는 제3자와 공모하여 허위로 또는 과장된 유치권을 행사하는 데서 제반 문제점이 발생하고 있는 것이다. 그리고 선행연구들에서 주장되고 있는 바와 같이 현재 행사되고 있는 유치권의 대부분이 정당하지 않은 유치권에 해당하며(관련 법조계의 전문

가들에 의하면 현재 행사되고 있는 유치권 가운데 90% 이상은 진실하지 않은 유치권이라고 한다.<sup>1)</sup> 이와 같은 상황이 발생하고 있는 것은 유치권 관련 제도가 갖고 있는 한계 때문이라는 지적이 많다. 그리고 유치권이 행사되고 있는 물건은 그렇지 않은 유사물건에 비해 매각가율이 상대적으로 낮은 현상이 발생한다. 이는 유치권이 행사되고 있으면 경매참여자들이 해당 매각물건에 대한 불안감을 느껴 매각물건에 대한 입찰을 꺼리게 되고 이는 유찰발생비율을 높이는 효과를 발생시켜 매각가를 낮추는 결과를 초래하는 것이다.<sup>2)</sup>

부동산 강제집행에 있어서는 유치권과 전혀 관련 없는 채무자들이 부동산에 대한 권리를 잘 모르면서도 유치권 운운하면서 인도명령의 집행을 방해하고 명도를 지연시키는 사건들이 비일비재하다. 유치권의 남용이 만연하게 된 현 부동산 경매시장에서는 결국 선량한 시민들이 피해를 보게 된다. 즉 일반인들이 경매입찰 예정물건을 조사하면서 매각물건명세서를 살펴보고 유치권이 신고가 되어 있다 하더라도 실제로 법원경매계 관계자들에게 문의를 하면 이해관계인이 아니라는 이유로 보여줄 수 없다는 태도로 나온다.

입찰예정자는 이해관계인이 아니지만 경매에 대한 입장활동시 주민등록법에 의하면<sup>3)</sup> 입찰예정자가 부동산경매사건에 참여할 경매사건번호의 매각물건에 관한 자료를 들고 동사무소에 가서 전입세대열람을 할 수 있는 것과는 대조적이라고 할 수 있다. 또한 경매가 이미 진행이 되어 매각허가를 받고서 현장에 가보면 이제까지 신고도 없었던 유치권이 주장되는 경우도 적지 않다.

물론 이러한 유치권은 허위유치권이 거의 확실하지만 그러한 행위는 위법행위로서 사법기관의 준엄함 심판을 받아야 마땅하나 현행법의 맹점을 이용하여 아니면 말고식처럼 죄의식조차 없이 횡행하고 있으므로 매각대금을 납부한 매수인에게 엄청난 손해와 심적 고통을 겪게 하고 있다.

결국 유치권제도가 법의 미비로 말미암아 경제적인 손실은 물론 사회에 적지

1) 현재 행사되고 있는 유치권 가운데 정확히 어느 정도가 진실한 유치권인지 여부를 가려내는 것은 쉽지 않다. 다만 이 연구에서 진실하지 않은 유치권이 90% 이상이라고 제시하는 것은 박혜웅·남기범의 “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가 차이에 미친 영향 분석”, 「한국정책연구」 제11권 제3호, 2011. 12. 127면의 연구결과를 인용한 것이다. 연구 당시 500건 이상의 유치권 관련 재판을 수입한 다수의 변호사들과 인터뷰를 하였으며, 이들의 의견은 유치권 신고 물건 가운데 허위 유치권과 확실한 유치권을 구분해 보면 허위 유치권이 90%이상이고 성립이 확실한 유치권은 10% 미만이라고 한다.

2) 박혜웅·남기범, 전계논문, 127면.

3) 주민등록법 제29조 제2항 제2호; 관계법령에 따른 소송, 비송사건, 경매목적 수행상 필요한 경우.

않은 영향을 끼치며, 관련법의 미비점으로 인하여 각종 허위·과장유치권을 주장하는 사람들이 횡행하면서 법치국가의 근간을 위태롭게 하는 풍조가 만연할 정도로 그 우려가 심각한 편이다.

이에 본 연구는 부동산경매에 따른 유치권제도의 개선방안을 위하여 현행법상 유치권제도의 문제점을 살펴본 후 합리적인 개선방안을 논의하고, 현재 진행 중인 법무부 민법일부 법률개정안의 문제점과 의견들을 종합해 제시해보고자 한다.

## 제2절 연구의 범위 및 방법

본 연구는 부동산경매에 있어서 민사집행법을 통하여 이루어지는 부동산경매 절차에 있어서 유치권제도의 문제점과 개선방안에 중점을 두고 있다. 따라서 민사집행법의 부동산경매에 대한 부분을 집중적으로 검토하고 유치권제도의 기원 및 각국의 유치권 제도를 비교·고찰한다. 그리고 현재 우리나라의 현행 유치권제도를 살펴보고 이에 따른 문제점을 제시하고 이를 개선하는 방안을 모색해 본다.

다음으로는 유치권관련 법무부 민법일부 법률개정안에 대하여 종합적으로 고찰하여 설령 개정안이 채택된다 할지라도 우리나라의 유치권제도가 앞으로 나아갈 방향을 제시해 보기로 한다.

이러한 목적에 부합되도록 본 연구는 유치권과 관련한 국내의 석·박사학위논문과 학술지 기고논문, 여러 대학의 법학연구소에서 발행한 학술논문, 그리고 민법과 물권법 등의 단행본, 유치권 관련자료 등과 함께 사법연감 및 대법원 유치권 관련 판례를 분석하고, 유치권제도에 대한 제반 문제점과 그 개선방안을 논의하고자 한다.

이하 본 연구에서는 제2장에서 민사집행법에 따른 부동산 경매제도와 유치권제도에 있어서 민사집행의 개념과 강제집행의 의의·절차 등 부동산경매의 실시에 관한 부분을 살펴보고, 부동산경매 전반의 과정에 대하여 서술하기로 한다. 다음으로 유치권의 이해와 유치권자의 지위, 효력과 유치권자의 대항력 등에 대하여 알아보고 스위스 및 독일의 민법상의 유치권과 프랑스의 개정담보법, 일본의 유치권제도, 미국의 건축공사 우선특권제도 등 각국의 유치권에 대한 특성의 이해

와 비교를 통하여 우리나라 유치권제도의 특징을 알아보기로 한다.

이 연구의 핵심인 제3장에서는 부동산경매에 있어서 유치권이 미치는 영향과 그 운용과정에서 나오는 제반 문제점을 도출해 보고자 한다. 이해관계인의 권리 신고에 있어서 유치권신고의무에 대한 유치권 의무신고제, 법원의 현황조사 및 매각물건명세서, 유치권 관련 자료의 열람 등과 같은 문제에서부터 유치물의 점유와 사용에 관한 문제, 현행 유치권이 가지고 있는 특권적 지위를 이용하여 여러 가지 부동산경매에 끼치는 악영향을 알아보고 이러한 문제점에 대한 개선방안을 고찰해 보고자 한다. 이러한 방안으로서 절차법적인 민사집행법의 개정 등을 통하여 유치권신고의 의무화와 함께 집행법원의 심문강화 및 현황조사를 강화하여야 한다는 사건을 제시해 본다. 유치권을 사전에 정확하게 신고할 수 있도록 유치권신고의무제를 도입하고, 신고를 접수한 사항에 대하여는 집행법원이 현황조사를 할 경우 집행관이 현장에서 심문을 강화하여 조사하고 이러한 현황조사서와 법원사무관이 작성하는 매각물건명세서에 자세히 기록하고 이러한 경매 관련 자료들을 입찰 전에 반드시 일반인에게 열람할 수 있도록 공개하며 허위·과장신고자에게는 처벌을 강화할 필요가 있다. 또한 입법정책 활동을 통한 유치권제도의 몇 가지 개선방안으로는 유치권신고의 의무화와 유치권성립의 명확한 공시를 할 수 있도록 유치권등기제도 및 유치권등기명령제도를 검토해 보고 집행관의 현황조사와 보고방법의 개선, 유치권신고시 보증금 공탁제도, 저당권과 마찬가지로 소멸주의를 채택하는 방안을 마련해 보고자 한다.

제4장에서는 법무부공고 제2013-6호 민법일부 법률개정안을 고찰하여 등기부동산에 대한 유치권의 폐지문제와 함께 미등기부동산의 유치권을 인정하며 미등기부동산의 유치권자에 대해 저당권설정청구권을 인정하는 문제와 유치권자 아닌 채권자에 대한 저당권설정청구권 부여 및 민사집행법의 유치권에 관한 규정에 대한 개정을 논의해보고 이에 따른 제반의견을 제시하고자 한다.

제5장 결론부분에서는 부동산 유치권에 관한 현행제도의 문제점과 개선방안을 제시하고 새롭게 개정될 법률안에 대한 의견을 도출하고 기존의 쟁점을 망라하여 새로운 유치권제도가 나아갈 방향에 대하여 의견을 서술하고 결론을 맺고자 한다.

## 제2장 민사집행법에 따른 부동산경매와 유치권제도

### 제1절 민사집행법과 부동산경매

#### 1. 민사집행의 중요성과 의의

##### (1) 민사집행의 중요성과 개념

민사집행법은 민사실체법, 민사소송법과 밀접한 관련을 맺고 있으므로 민사법이라는 커다란 울타리의 체계적 이해를 위해서는 민사집행법에 대한 이해가 필수적이다. 특히 민법 중 물권법은 담보권실행을 위한 경매 등 민사집행법의 이해가 전제되어야 하고, 전세권, 저당권 및 주택임대차보호법 관련 판례들을 보면 민사집행의 경매와 배당에 관한 쟁점들이 주로 다루어진다는 것을 알 수 있다. 아무리 재판에서 확정된 권리라고 하더라도 강제집행이 수반되지 않는 권리는 무의미하며 강제집행에 의하여 실효성이 담보되지 않는 확정판결은 한낱 휴지에 불과하다.<sup>4)</sup>

민사집행법 제1조는 “이 법은 강제집행, 담보권 실행을 위한 경매, 민법·상법 그 밖의 법률의 규정에 의한 경매 및 보전처분의 절차를 규정함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다. 따라서 민사집행은 좁은 의미에서는 강제집행, 담보권실행을 위한 경매, 민법·상법 그 밖의 법률의 규정에 의한 경매, 즉 형식적 경매 등 세 가지의 절차를 말하고, 넓은 의미에서는 위 세 가지와 보전처분의 절차까지 합한 네 가지 절차를 말한다. 네 가지의 절차가 모두 사법상의 권리의 강제적 실현이라는 점에서는 공통적이거나 좁은 의미에서의 민사집행인 위 세 가지는 권리의 종국적 집행절차임에 대해 넓은 의미의 민사집행에 포함되는 보전처분절차는 앞으로의 권리의 종국적 집행에 앞서 행하는 잠정적 집행절차인 점에서 그 차이가 있다. 또 보전처분 즉 가압류·가처분 절차는 그 집행절차에 있어서는 강제집행절차를 준용하지만, 그 명령절차는 소송절차를 준용하여 좁은 의미의 민사집행

4) 오창수, 「로스쿨 민사집행법-이론과 실무」, 한국학술정보(주), 2011, 13면.



과는 차이가 있다.

요컨대 민사집행은 강제집행, 담보권실행을 위한 경매, 형식적 경매 그리고 보전처분 등 산만하고 혼합된 복합구조이다. 영역이 광범위한 만큼 사건수도 엄청나고 해결하여야 할 과제도 산적되어 있다.<sup>5)</sup>

## (2) 민사집행의 의의

민사집행이라고 함은 채권자의 신청에 의하여 국가의 집행기관이 채무자에 대하여 집행권원에 표시된 사법상의 이행청구권을 강제적으로 실현시키는 법적 절차를 말한다. 통상 채무자가 채무를 이행하지 않는 경우 채권자는 채무자를 상대로 채무의 이행을 명하는 확정판결을 받은 다음 국가기관의 힘을 빌려 강제집행 절차에 들어갈 수 있다. 대개 본안소송 제기 전에 가압류나 가처분 등 보전조치를 취한다. 강제집행절차도 판결절차와 함께 재판상의 권리보호절차로서 법질서의 유지를 궁극의 목적으로 한다. 그러나 판결절차는 권리 또는 법률관계의 존부의 확정, 즉 사법상의 이행청구권의 존부를 관념적으로 형성하는 것을 목적으로 하는 절차이고, 강제집행절차는 권리의 강제적 실현, 즉 국가의 집행기관이 채권자를 위하여 집행권원에 표시된 사법상의 이행청구권을 국가권력에 의하여 강제적으로 실현하는 법적 절차라는 점에서 차이가 있다.<sup>6)</sup> 판결절차는 강제집행의 토대가 되는 집행권원을 만드는 절차이고, 강제집행은 그 집행권원의 내용을 실현시키는 절차이다. 강제집행은 임의경매와 달리 집행권원이 있어야만 개시될 수 있고, 강제집행에는 국가의 강제력이 따른다.<sup>7)</sup>

통상 채권자는 채무자가 채무이행을 하지 않을 경우 채무자를 피고로 하는 본안소송을 제기하여 소송절차가 진행하게 되지만, 채무자는 본안소송에서 패소할

5) 이시윤, 「신민사집행법 제6판」, 박영사, 2013, 3면.

6) 그러나 판결절차와 강제집행절차는 별개의 독립된 기관이 하는 독립된 절차로서 강제집행절차가 판결절차의 속행도 그 일부도 아니고, 가집행선고부판결에 기하여 강제집행을 하는 경우와 같이 판결절차와 강제집행절차가 병행하여 진행될 수도 있다. 조정조서, 지급명령, 제소전화해조서, 집행증서에 기초한 강제집행과 같이 모든 강제집행절차에서 반드시 재판절차가 선행하는 것도 아니고, 확인판결이나 형성판결과 모든 소송이 강제집행을 수반하는 것도 아니다. 청구이의의 소나 제3자의이의 소와 같이 강제집행을 기초로 다시 독립의 판결절차가 개시될 수도 있다.

7) 등기절차를 명하는 확정판결에 기하여 등기관이 등기부에 등재하거나 친생자관계부존재확인판결에 기하여 가족관계등록부를 정정하는 것은 재판에 터잡아 일정 상태를 실현하는 것이므로 본래의 강제집행과 구별된다.

경우를 대비하여 다양한 형태로 강제집행을 회피할 방법을 찾는 경우가 많으므로 채권자로서는 본안소송에 앞서 강제집행의 대상이 될 수 있는 채무자의 재산을 찾아 가압류·가처분 등 보전처분절차에 의하여 강제집행을 확보하여 두는 것이 필요하다. 실제로 어렵게 받아 놓은 확정판결이 채무자의 교묘한 재산은닉 행위로 인하여 한 장의 휴지로 변해 버리는 경우가 많다. 가압류·가처분의 집행에는 특별한 집행권원으로 가압류명령 또는 가처분명령이 필요하다. 가압류·가처분은 임시의 집행보전에 불과하지만 가집행은 종국적인 집행이다. 다만 가집행은 채권자에게 잠정적 만족을 주는 데 불과한 집행이다.

2002년 7월 1일부터 시행되고 있는 민사집행법은 종전에 민사소송법에 포함되어 있던 강제집행절차에 관한 규정을 따로 분리하여 별도의 단행 법률로 제정하고 채무자 등의 제도남용에 의한 민사집행절차의 지연을 방지하여 불량채무자에 대한 철저한 책임추궁을 함으로써 효율적이고 신속한 권리구제 방안을 마련하는 제도를 신설·보완하는 것을 그 주된 내용으로 하고 있다.<sup>8)</sup> 그리고 2005년 1월 27일 개정 민사집행법은 도주채무자에 대한 재산조회제도의 확대, 최저생계비에 대한 압류금지, 가압류·가처분에 있어서의 전면적 결정주의를 채택하고 있다.<sup>9)10)</sup>

## 2. 민사집행의 종류

### (1) 강제집행

#### 1) 강제집행의 개념

강제집행이라 함은 국가의 공권력을 행사하여 집행권원이 된 사법상의 청구권을 강제적으로 실현시키는 절차이다.

---

8) 신민사집행법은 2002년 개정 민사소송법과 같이 한글전용 기본법전이다. 채무명의를 집행권원으로, 환가를 현금화로, 계쟁물에 관한 가처분을 다툼의 대상에 대한 가처분으로, 경매기일을 매각기일로, 경락기일을 매각기일로, 경락인을 매수인으로 바꾸는 등 구법상의 일본식 또는 한자어 법률용어도 알기 쉬운 용어로 대폭 정비하였다.

9) 2005년 7월 1일부터 법원조직법의 개정으로 사법보좌관제도가 도입되어 부동산집행, 채권과 그 밖의 재산권에 대한 집행, 담보권실행의 경매 등 업무를 처리하고 있다.

10) 오창수, 전게서, 15-19면.

판결절차나 강제집행절차 모두 법치주의 확립의 차원에서 국가가 나서서 해결해주는 절차이나, 권리의 확정에 의하여 분쟁의 관념적 해결을 해주는 절차가 판결절차라면, 분쟁의 사실적·종국적 해결을 해주는 절차가 강제집행절차라는 점에서 서로 차이가 있다. 판결절차가 강제집행의 토대가 될 집행권원을 만드는 절차라면, 강제집행은 집행권원의 내용을 실현시키는 절차라고 할 수 있다.<sup>11)</sup> 강제집행의 개념을 정리하면 아래와 같이 요약할 수 있다.

첫째, 강제집행은 사법상의 이행청구권을 실현하는 절차이다. 따라서 강제집행은 이행(급부)청구권에 한하여 인정되고, 공법상의 청구권을 실현하는 행정상의 강제집행과 구별되며, 과태료나 재산형인 벌금·과료 등의 집행과도 다르다.

둘째, 강제집행은 집행권원이 있어야만 개시될 수 있다. 이것이 임의경매와 다른 점이다.

셋째, 강제집행에는 국가의 강제력이 따른다. 따라서 국가의 강제력을 사용함이 없이 재판에 터잡아 그 내용에 적합한 일정 상태를 실현하는 것, 예컨대 등기절차를 명하는 확정판결에 터잡아 등기관이 등기부에 기재하는 것, 친자관계부존재확인 판결에 터잡아 가족관계등록부를 정정하는 것 등은 강제집행에 해당하지 아니한다. 이를 넓은 의미의 강제집행이라고 하여 본래의 강제집행과 구별한다.

넷째, 사법상 권리의 실현에 국가기관이 협력하는 제도로서 가사소송법의 이행확보제도가 있으나, 이는 권리관계 자체를 강제적으로 실현하는 것은 아니라는 점에서 강제집행과 구별된다.

다섯째, 강제집행은 소송절차의 형태로서 행하여지는 법적 절차이다. 즉 집행기관의 주재 하에 집행당사자가 대립하면서 그 사이에 청구권의 실현이라는 목적을 위하여 각종의 행위가 누적되는 절차이다.<sup>12)</sup>

## 2) 강제집행의 요건

강제집행에 착수하려면 채권자가 관할 집행기관에 ‘서면으로’ 강제집행을 신청하여야 한다. 강제집행의 관할은 전속관할이고, 관할권이 없는 집행기관에의 신

---

11) 이시윤, 전제서, 4-5면.

12) 사법연수원, 「민사집행법」, 2010, 4면.

청은 무효이다. 강제집행의 실제적 요건으로서는 집행권원을 갖추고 집행문을 부여받아야 한다. 집행권원<sup>13)</sup>이란 사법상의 일정한 급부청구권에 집행력을 인정한 공정의 증서를 말한다. 집행권원은 급부의무를 내용으로 하여야 하고, 그 급부의 내용은 가능·특정·적법하며 강제이행에 적합해야 한다. 집행권원에 의해 집행당사자와 집행의 내용·범위가 결정된다. 채권자가 집행권원을 갖고 있으면 집행기관은 그 집행권원의 내용인 청구권이 실제로 존재하는지 여부를 조사하지 않는다(형식주의).<sup>14)</sup> 집행권원에 기하여 강제집행청구권이 발생한다고 하더라도 강제집행에 착수하기 위해서는 집행권원에 집행문을 부여받아야 한다. 집행권원에 한 정승인과 같이 유한책임이 명시되지 않는 한 금전집행에 있어서는 채무자의 전 재산이 집행대상이 된다.

집행권원에 의하여 집행력의 주관적 범위와 객관적 범위가 정해진다. 즉 집행당사자인 채권자와 채무자는 집행권원에 의하여 정해지고, 강제집행의 내용과 범위는 집행권원에 의해 정해진다. 집행권원에 표시된 것과 다른 목적물에 대하여 집행할 수 없고, 집행권원에 표시된 채무액을 넘어서 집행할 수도 없다. 즉 집행권원의 표시가 급부청구권 범위의 최대한도를 정한다.<sup>15)</sup>

다음으로 집행문을 부여받아야 한다. 여기서 집행문이란 집행권원에 현재 집행력이 있음과 누가 집행당사자인지를 집행권원의 끝에 덧붙여 적는 공증문언을 말하고 집행문이 붙은 집행권원을 ‘집행력이 있는 정본’ 또는 ‘집행정본’이라고 한다. 집행문은 집행기관으로 하여금 집행권원에 집행력이 있는지 여부와 그 범위를 쉽게 판단하여 신속한 집행을 할 수 있도록 하기 위함이다.

집행문의 부여는 강제경매의 절대적인 요건으로서 집행문이 전혀 없는 집행권원임에도 불구하고 이를 간과하여 그러한 집행권원에 기하여 강제경매가 실시되

13) 구 민사소송법은 독일어 ‘Schuldtitle’을 직역한 ‘채무명의’란 용어를 사용하고 있었으나, 민사집행법은 강제집행의 토대가 되는 근거문서라는 뜻에 부합하는 ‘집행권원’이라는 용어로 대체하였다.

14) 대법원 1998. 8. 31. 자 98마1535,1536 결정: 집행법원이 채권압류 및 추심명령의 결정을 함에 있어서는 채무명의의 유무 및 그 송달 여부, 선행하는 압류명령의 존부, 집행장해의 유무 및 신청의 적식 여부 등 채권압류 및 추심명령의 요건을 심리하여 결정하면 되고, 비록 그 채무명의인 집행증서가 무권대리인의 촉탁에 의하여 작성되어 당연무효라고 할지라도 그러한 사유는 형식적 하자이기는 하지만 집행증서의 기재 자체에 의하여 용이하게 조사·판단할 수 없는 것이므로 청구이의의 소에 의하여 그 집행을 배제할 수 있을 뿐 적법한 항고사유는 될 수 없다.

15) 대법원 1994. 5. 13. 자 94마542,543 결정: 강제집행에 있어서 채권자가 채무자에 대하여 가지는 집행채권의 범위는 채무명의에 표시된 바에 의하여 정하여지므로, 채무명의, 즉 집행력있는 공정증서정본상 차용원금채권 및 이에 대한 그 변제기까지의 이자 이외에 변제기 이후 다 갚을 때까지의 지연손해금채권에 대해서는 아무런 표시가 되어 있지 않는 한 그 지연손해금채권에 대해서는 강제집행을 청구할 수 없다.

어 종료되었다고 하더라도 그러한 강제경매는 절대적으로 무효이므로 집행문이 없는 집행권원에 기한 매각허가결정을 원인으로 한 소유권이전등기도 원인무효의 등기가 된다.<sup>16)</sup>

### 3) 강제집행의 종류

가. 집행의 대상을 기준으로 한 분류 : 동산집행과 부동산 집행

집행의 대상이 되는 채무자의 재산의 종류에 따른 구별이며, 대상인 재산의 성질에 따라서 집행기관, 집행절차에 여러 가지 차이가 있다. 이 법에서 말하는 동산은 민법과 달리 유체동산뿐만 아니라 채권 그 밖의 재산권도 포함하며, 선박, 자동차·건설기계·소형선박 및 항공기 가운데 등거나 등록의 대상이 되는 것은 민법에서는 동산이지만 민사집행에서는 대부분 부동산에 준하여 취급된다.<sup>17)</sup>

나. 강제집행의 방법에 의한 분류

① 직접강제라 함은 집행권원의 내용을 국가기관인 집행 기관이 나서서 채무자의 도움없이 직접 실현하는 강제집행을 말한다.

② 간접강제라 함은 채무자에 대하여 배상금 또는 벌금을 과하거나 감치 등 불이익을 예고·부과하여 채무자에 대하여 심리적 압박을 가해 채무자 스스로 채무를 이행하도록 하는 강제 집행이다.<sup>18)</sup>

③ 대체집행이라 함은 채무자로부터 비용을 지급받아 채권자나 제3자가 채무자를 대신하여 강제집행을 하게 하는 집행방법이다.<sup>19)</sup>

다. 실현될 권리를 기준으로 한 분류 : 금전집행과 비금전집행

실현될 권리가 금전채권인 경우의 집행을 금전채권에 기초한 강제집행<sup>20)</sup>이라

---

16) 오창수, 전게서, 70-71면.

17) 사법연수원, 전게서, 5면.

18) 이시윤, 전게서, 14면: 현행법상의 강제집행은 직접강제가 원칙이며 간접강제는 채무의 성격이 직접강제에 의하여 그 목적을 수행할 수 없거나, 대체집행에 의하여 실현할 수 없는 채무에 대하여만 예외적으로 허용한다. 현행법 제261조는 간접강제의 방법으로 정기배상 또는 즉시배상명령만을 인정하고 있다.

19) 가건물 철거 등의 대체적 작위의무의 집행에 적합한 집행방법이다.

20) 금전집행 또는 금전채권의 집행.

하고, 실현될 권리가 비금전채권인 경우의 집행을 금전채권 외의 채권에 기초한 강제집행<sup>21)</sup>이라 한다. 금전집행은 집행대상 재산의 종류에 따라 부동산에 대한 집행과 선박, 자동차, 건설기계, 소형선박, 항공기에 대한 집행 및 동산에 대한 집행으로 구분되며, 동산에 대한 집행은 다시 유체동산에 대한 금전집행(유체동산집행)과 채권 그 밖의 다른 재산권에 대한 금전집행(채권집행)으로 세분된다. 비금전집행은 물건의 인도를 구하는 청구권의 집행과 작위(대체적, 부대체적 작위), 부작위, 의사표시를 구하는 청구권의 집행으로 나뉜다.

## (2) 담보권의 실행(임의경매)

국가의 공권력을 행사하여 저당권·가등기담보권·질권·전세권 등 담보권에 내재된 환가권(경매권)을 실행하여 피담보채권의 만족을 얻는 절차이다. 약칭하여 담보권의 실행 또는 담보집행이라고 한다. 또한 임의경매라고도 부른다. 청구권의 강제적 만족을 목적으로 하는 절차이기 때문에 본질적으로는 강제집행과 공통적이다. 과거에는 담보권의 실행 등을 위한 경매절차는 ‘경매법’이란 법에 두었으나, 경매법을 폐지하고 민사집행법으로 흡수통합한 지금은 강제집행에 관한 규정을 많이 준용하여 강제경매와 동질화시켰다.

담보권자는 스스로 그 담보권의 실행을 위한 경매를 신청하지 아니하고 다른 선택을 할 수도 있다. 그 하나는 담보채권에 대하여 집행권원을 얻어 강제집행신청을 하여 그 강제적 만족을 얻어내는 방법이며, 다른 하나는 담보목적재산에 대하여 다른 채권자의 신청으로 압류가 되었을 때 그 집행절차에 참가하여 매각대금에서 우선권자로 먼저 변제를 받아 내는 방법이다.

다음으로 강제집행절차와 담보권 실행절차의 차이점에 대해 살펴보면 강제집행이 채무자의 어느 재산이든 가리지 아니하는 일반재산에 의한 인적책임의 실행을 내용으로 함에 대하여, 담보권의 실행은 채무자나 제3자(물상보증인) 소유의 특정담보재산에 의한 물적책임의 실행을 내용으로 하는 것이다.

담보권의 실행은 강제집행의 경우처럼 집행권원을 필요로 하지 아니하며 당사자의 임의적 의사에 의해 생긴 담보권에 내재한 환가권으로 말미암아 경매신청

21) 비금전집행 또는 비금전채권의 집행.

권이 인정된다는 것이다. 임의경매절차라고 하는 것도 이러한 이유 때문이다. 강제경매가 집행권원화된 권리의 실현절차라면, 담보권의 실행은 집행권원화 되지 아니한 권리의 실현절차이다. 담보권이 무효이거나 존재하지 아니하는 경우에는 매수인이 목적물의 소유권을 유효하게 취득할 수 없게 된다는 점에서 집행권원이 무효인 경우라도 매수인의 소유권취득에 영향이 없는 강제집행과는 차이가 있다.<sup>22)</sup>

### (3) 형식적 경매

유치권에 의한 경매와 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매는 앞의 담보권 실행을 위한 경매의 예에 의한다.

법은 이를 유치권 등에 의한 경매<sup>23)</sup>라고 한다. 공유물의 가격 분할을 위한 경매,<sup>24)</sup> 상사매매에 있어서의 자조매각으로서의 경매,<sup>25)</sup> 청산을 위한 경매<sup>26)</sup>와 같이 민·상법 등의 규정에 의하여 재산가치의 보존 내지 전환을 목적으로 하여 경매가 행하여지는 경우는 그 절차는 현금화로 끝이 나고 여러 채권자들의 만족을 위한 배당에까지 이르지 아니한다. 압류, 현금화, 배당의 단계 중에서 현금화까지만 하고 끝나는 것이 강제집행이나 담보권의 실행과는 다르다. 그러나 이와 같은 경매도 형식은 담보권실행을 위한 경매의 예에 의하므로 형식적 경매라고 부른다. 법정담보권 중에 유치권에 의한 경매는 저당권과 같은 전형담보권과 같이 우선변제권이 없어 담보권의 실행과는 다르지만, 절차상 담보권의 실행을 위한 경매에 의하도록 하였다.<sup>27)</sup>

---

22) 이시윤, 전계서, 15-16면.

23) 민사집행법 제274조(유치권 등에 의한 경매) 제2항: 유치권 등에 의한 경매절차는 목적물에 대하여 강제 경매 또는 담보권실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 이를 정지하고, 채권자 또는 담보권자를 위하여 그 절차를 계속하여 진행한다.

24) 민법 제269조(분할의 방법) 제2항 : 현물로 분할할 수 없거나 분할로 인하여 현저하게 그 가액이 감소될 염려가 있는 때에는 법원은 물건의 경매를 명할 수 있다.

25) 상법 제67조 (매도인의 목적물의 공탁, 경매권): 상인간의 매매에 있어 매수인이 목적물의 수령을 거부하거나 이를 수령할 수 없는 때에는 매도인은 그 물건을 공탁하거나 상당한 기간을 정하여 최고한 후 경매할 수 있다. 이 경우에는 지체없이 매수인에 대하여 그 통지를 발송하여야 한다.

26) 민법 제1037조, 제1051조 제1항, 제1056조 제2항 상속재산의 경매 등.

27) 이시윤, 전계서, 16-17면.

#### (4) 보전처분

1) 강제집행 등은 판결 등으로 확정된 청구권의 만족을 위한 집행임에 반해 가압류, 가처분집행은 장래에 판결에서 승소하면 행할 강제집행에 대비한 현상보전의 처분 또는 판결에 앞서 행하는 잠정조치이다. 따라서 강제집행이 권리의 실현절차라면 가압류·가처분은 권리의 보전절차이다. 좁은 의미의 민사집행에는 포함되지 아니하며, 일본의 경우에는 민사보전법으로 독립시켰다.

2) 가압류·가처분의 집행에는 특별한 집행권원으로 가압류명령 또는 가처분명령이 필요하다. 엄밀하게는 가압류신청이나 가처분신청을 할 때 그 당부를 심사하여 그 명령을 발령하는 절차인 가압류소송·가처분소송 등 보전소송과 그 뒤에 발령하여진 가압류명령·가처분명령의 집행절차인 보전집행으로 나누어 볼 수 있는데, 이를 일괄하여 집행보전절차라고도 한다. 두 가지를 일괄 신청하여 단기간에 끝내기 때문에 두 가지 절차가 섞여 있음을 쉽게 인식하지 못한다.

3) 가압류는 금전채권에 대하여 장래에 있어서 집행보전을 하기 위한 것임에 대하여, 가처분은 특정물청구권과 다툼있는 권리관계에 대한 장래에 있어서의 집행보전을 위한 것이다. 가처분<sup>28)</sup>은 다툼의 대상에 관한 가처분과 임시지위를 정하기 위한 가처분이 있다. 전자는 금전채권 이외의 특정물청구권의 보전을 목적으로 하는 것임에 반해 후자는 분쟁이 해결될 때까지의 법률관계의 불안정을 배제하고 위험을 방지하기 위하여 잠정적으로 법적 지위를 정하는 절차이다. 특히 임시지위를 정하기 위한 가처분은 합목적적인 재량의 여지가 많아서 그 형태가 다양할 수 있다.<sup>29)</sup> 이러한 가압류와 가처분을 합하여 보전처분이라 한다.

4) 가압류·가처분은 가집행과 다르다. 가압류·가처분은 집행보전에 그치지만 가

28) 민사집행법 제300조(가처분의 목적): 다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자 간의 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란한 염려가 있을 경우에 한다.

29) 민사집행법 제305조(가처분의 방법): ① 법원은 신청목적에 이루는 데 필요한 처분을 직권으로 정한다. ② 가처분으로 보관인을 정하거나, 상대방에게 어떠한 행위를 하거나 하지 말도록, 또는 급여를 지급하도록 명할 수 있다. ③ 가처분으로 부동산의 양도나 저당을 금지한 때에는 법원은 제293조의 규정을 준용하여 등기부에 그 금지한 사실을 기입하게 하여야 한다.



집행은 압류, 현금화, 만족까지 가는 종국적인 집행이다. 다만 가집행은 본집행과 달라서 확정적이지 않고 상급심에서 가집행선고 있는 판결이 취소·변경되는 것을 해제조건으로 집행의 효력이 발행할 뿐이다.<sup>30)</sup>

### 3. 부동산경매

#### (1) 부동산경매의 의의

민사집행법에 따른 부동산경매라 함은 금전채권의 지급을 목적으로 채무자의 부동산을 강제로 매각절차를 거쳐서 그 중 가장 높은 입찰가격을 제시한 매수인에게 법원이 부동산을 현금화시켜 매각대금으로서 채권자의 금전채권을 만족시키는 제도이다. 앞서 살펴본 바와 같이 금전집행에 있어서 부동산 및 동산 등에 대한 금전집행의 대부분을 차지하고, 담보권실행을 위한 임의경매부분이 이에 해당한다고 하겠다. 즉 강제집행의 하나인 부동산에 대한 경매는 채권자의 신청에 의하여 국가집행기관인 법원이 채무자에 대하여 강제력을 행사하여 집행권원이나 실체권인 담보권에 표시된 이행청구권의 실현을 도모하는 절차를 말한다.<sup>31)</sup>

#### (2) 부동산경매의 종류

##### 1) 강제경매

강제경매는 집행권원을 가지고 있는 채권자가 그 집행권원에 표시된 이행청구권의 실현을 위하여 채무자 소유의 부동산을 압류·매각(현금화)하여 그 매각대금으로 금전채권의 만족을 얻는 것을 목적으로 하는 강제집행절차이다.

경매의 성질에 관하여는 사법상 매매설<sup>32)</sup>과 공법상 처분설<sup>33)</sup>이 있는데, 사법상

30) 이시윤, 전거서, 17-18면.

31) 강창보, “부동산 경매에 있어서 유치권을 둘러싼 제도 개선”, 제주대학교 행정대학원, 석사학위논문, 2011, 5면.

32) 경매를 집행관 또는 소유자인 채무자와 매수인 간의 매매라고 보는 견해로, 그 근거로 민법 제578조의 담보책임에 들고 있다.

33) 집행관은 국가기관으로서 경매처분을 하여 사법상 권리관계를 설정하는 것이라고 보는 견해로, 공용징수

매매설이 통설이다. 판례도 매수인의 선의취득을 인정함으로써<sup>34)</sup> 간접적으로 사법상의 매매설을 지지하고 있고, 매매의 일종이라고 판시한 것<sup>35)</sup>도 있다. 이러한 경매에 의한 소유권취득은 승계취득에 해당한다.<sup>36)</sup>

강제경매의 집행권원으로는 확정된 종국판결이나 가집행선고 있는 종국판결, 외국법원의 판결에 기초한 강제집행에 대한 집행판결, 항고로만 불복할 수 있는 재판, 채무자가 강제집행을 승낙한 취지가 적혀 있는 공정증서, 확정된 지급명령, 가압류명령, 가처분 명령 등을 들 수 있다.<sup>37)</sup>

## 2) 담보권실행 등을 위한 경매(임의경매)

임의경매는 그 실행에 집행권원을 요하지 아니하는 경매를 말하며, 민사집행법상의 규정에는 담보권실행 등을 위한 경매로 정의되고 있다, 즉, 근저당 또는 전세권 등의 담보권자가 채무자가 약속한 변제일까지 변제하지 않을 경우, 저당권이나 전세권에 기하여 저당목적물 또는 전세목적물을 경매하여 매각대금에서 자기채권의 우선변제를 받을 목적으로 진행하는 경매를 말한다.<sup>38)</sup>

## 3) 형식적 경매

형식적 경매는 특정재산의 가격보존 또는 정리를 위하여 실시하는 경우이다. 형식적 경매에 있어서는 국가기관인 집행기관의 임무는 원칙적으로 환가의 완료로서 끝나는 것이고 별도로 청구권의 만족 내지는 실현이라는 단계의 절차로 진전되지 아니한다. 형식적 경매의 예로서는 현금분할이 어려울 때 공유물 분할을 위한 경매, 변제자의 변제 공탁을 위한 경매(민법 제490조), 한정승인·재산분리의 경우에 상속채권자나 수증자에게 변제하기 위한 상속재산의 경매(민법 제1037조,

---

와 비슷하게 취급하여 매수인은 목적물을 원시취득한다고 본다.

34) 대법원 1998. 3. 27. 선고 97다32680 판결.

35) 대법원 1991. 10. 11. 선고 91다21640 판결, 대법원 1993. 5. 25. 선고 92다15574 판결.

36) 대법원 1991. 8. 27. 선고 91다3703 판결.

37) 김병섭, “부동산경매절차에서 유치권연구 -유치권소송사례를 중심으로-”, 대구대학교 행정대학원, 석사학위논문, 2012, 3-4면.

38) 황희상, “부동산경매에서 유치권제도의 개선에 관한 연구 - 부당한 유치권을 중심으로 -”, 전주대학교 대학원, 박사학위논문, 15면.

민법 제1051조 제3항), 상인간의 매매목적물, 운송물, 임치물 등의 자조매각을 위한 경매(상법 제67조, 제70조, 제109조, 제142조, 제143조, 제149조, 제165조), 선박의 국적상실을 방지하기 위한 선박지분의 경매(상법 제777조), 외국인의 토지에 대한 경매(외국인 토지법 제5조) 등이 있다.<sup>39)</sup>

### (3) 부동산경매절차 개요

#### 1) 경매의 신청

먼저 채권자의 신청이 있으면 집행법원은 경매개시결정을 하여 목적부동산을 압류하고 관할 등기소에 경매개시결정의 기입등기를 촉탁하여 등기관으로 하여금 등기부에 기입등기를 하도록 한다. 경매개시결정 정본은 채무자에게 송달한다. 부동산에 대한 담보권실행을 위한 경매신청은 채권자가 서면으로 집행법원에 신청하여야 한다(민사집행법 제4조). 경매개시결정에 의한 압류의 효력은 개시결정이 상대방에 송달된 때에 발생하지만 경매개시결정의 기입등기가 개시결정의 송달보다 먼저 된 때에는 그 기입등기 시에 압류의 효력이 발생한다.<sup>40)</sup>

#### 2) 매각의 준비

현금화의 준비절차로서 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차임 또는 보증금의 액수, 그 밖의 현황에 관하여 조사를 명하고, 감정인에게 부동산을 평가하게 하여 그 평가액을 참작하여 최저매각가격을 정한다.

#### 가. 현황조사 명령

집행법원은 집행관에게 현황조사를 명령하고 명을 받은 집행관은 2주일 이내에 민사집행법 제85조 제1항에 규정된 사항<sup>41)</sup>과 그 밖의 법원이 명한 사항 등에 대

39) 김진호, 「부동산경매의 법리와 그 권리분석」, 법률서원, 2002, 71면.

40) 민사집행법 제274조, 제268조, 제83조 제4항.

41) 법원은 경매개시 결정을 한 뒤에 바로 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차임 또는 보증금의 액수, 그 밖의 현황에 관하여 조사하도록 명하여야 한다.

하여 조사한 현황조사보고서를 집행법원에 제출하고 그 사본은 매각물건명세서 및 감정평가서 사본과 함께 해당법원에 비치하여 누구든지 볼 수 있도록 하여야 한다(민사집행법 제105조 제2항).

현재 대법원인터넷홈페이지로 공시되는 현황조사서를 보면 점유관계조사서, 임대차관계조사서, 매각물건명세서, 부동산의 표시목록 등으로 구성되어 있다. 여기서 유치권의 성립요소인 점유현황을 알 수 있는 부분은 점유관계조사서 또는 임대차관계조사서이다. 그러나 집행관이 점유관계조사서나 임대차관계조사서상에 유치권자를 누락시키거나 잘못 조사되었을 경우에도 여전히 유치권은 매수인에게 대항할 수 있다고 하고 있다.<sup>42)</sup>

#### 나. 감정평가 명령

집행법원은 감정인에게 매각부동산을 평가하게 하고 그 평가액을 참작하여 최저매각가격을 정하여야 한다.

#### 다. 매각물건명세서의 작성·비치

집행법원은 부동산의 표시, 점유관계, 매각으로 효력을 잃지 아니하는 부동산 위의 권리, 또는 가처분, 지상권, 유치권신고가 있을 경우 기타 란에 그 신고내용을 기재한다. 매각물건명세서의 사본은 매각기일 전에 누구든지 볼 수 있도록 법원에 비치한다. 유치권의 신고가 있는 경우에 집행법원은 유치권의 존부를 실제적으로 확정할 권한이 없으므로 유치권을 주장하는 자에 대하여 심문절차를 거친다고 하더라도 그 판단정도에 따라서 명세서상에 ‘유치권의 성립 있음’, ‘유치권 있음’, ‘공사대금 …원에 대한 유치권 신고가 있으나, 그 성립여부는 불분명함’, ‘…로부터 유치권 신고 있으나 그 성립여부는 불분명함’ 등으로 기재하고 경매절차를 진행한다.<sup>43)</sup> 유치권신고서와 그 입증자료는 매각허가결정 전까지는 이해관계인 외에는 공개되지 않으며 매각 후 매수인에게만 열람이 허용될 뿐이다.

42) 김병섭, 전제논문, 6면.

43) 매각물건명세서에 유치권자로서 경매목적부동산을 점유하고 있다는 내용이 기재 누락된 경우 이를 고려하지 않은 낙찰허가결정은 위법한 것이 아니라는 결정이 있다(대법원 2000. 2. 16. 자 98마2837결정).

### 3) 매각 및 대금납부

가. 위 절차가 끝나면 법원은 매각기일과 매각결정기일을 정하여 이를 공고한다. 호가경매와 기일입찰의 매각기일에는 집행관이 집행보조기관으로서 미리 정해진 장소에서 매각을 실시하여 최고가매수인과 차순위매수신고인을 정한다. 매각기일에 매수신청인이 없는 경우에는 법원은 최저매각가격을 저감하고 새 매각기일을 정하여 다시 매각을 실시한다.<sup>44)</sup>

나. 임의경매에 있어 부동산을 매수한 채권자가 자기의 채권액 중에서 매각대금과 대등한 금액으로 매각대금채무와 서로 상계하여 달라는 상계신청은 지정된 매각대금납부기일에 그 효력이 발생하고 그 후에 경매절차정지가처분결정이 있다고 하여 그 상계의 효력에는 아무런 지장을 초래하지 않는다.<sup>45)</sup>

다. 매수인이 매각대금을 납부하면 등기없이도 매각부동산의 소유권을 확정적으로 취득한다. 대금지급일로부터 3일 이내에 배당기일을 지정하여 2주 이내에 배당기일을 열도록 한다. 배당요구란 다른 채권자에 의하여 개시된 집행절차에 참가하여 동일한 재산의 매각대금에서 변제를 받으려는 집행법상의 행위를 말한다.<sup>46)</sup>

### 4) 배당

가. 배당요구하지 않아도 당연히 배당에 참가할 수 있는 자로는 이중경매신청인,<sup>47)</sup> 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자, 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 우선변제권자이며, 배당요구가 필요한 채권자들(민사집행법 제88조 제1항)로는 집행력 있는 정본을 가진 채권자,<sup>48)</sup> 경매개시결정등기 후에 가압류를

44) 사법연수원, 전게서, 138면.

45) 대법원 1976. 11. 23. 선고 76다1983 판결.

46) 김병섭, 전계논문, 8면.

47) 민사집행법 제148조 제1항: 선행사건의 배당요구의 종기까지 이중경매신청을 한 채권자는 별도의 배당요구를 하지 않아도 배당을 받는다.

48) 집행력 있는 정본은 '집행문이 부여된 판결정본'을 의미한다. 이 정본은 판결정본뿐 아니라 민사집행법

한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자 중  
 등기되지 않은 우선변제권자로서 주택임대차보호법이나 상가건물임대차보호법이  
 적용되는 임차권자의 임대차보증금반환채권<sup>49)</sup>, 임금채권(근로기준법 제38조), 사  
 용인의 우선변제권(상법 제468조) 등과 같이 우선변제권은 인정되나 배당요구가  
 없을 경우 그 존재를 알 수 없는 채권을 가진 자이다. 그리고 경매개시결정등기  
 후에 등기된 저당권, 전세권, 등기된 임차권자 등이다. 유치권자가 배당요구서를  
 제출한 경우에는 집행법원이 그 실제적인 판단을 할 권한이 없고 또한 우선변제  
 권이 없으므로 배당재단으로부터 배당할 수가 없다. 단지 실질적 유치작용에 의  
 하여 우선적으로 변제받을 수 있음은 별론으로 한다.<sup>50)</sup>

나. 유치권에 기한 경매는 유치권자에게 우선변제권이 없기 때문에 일반채권자의  
 배당요구를 인정하면 유치권자는 전혀 변제받지 못하는 불합리가 있으므로, 일반  
 채권자의 배당요구가 허용될 수 없다고 해석된다.<sup>51)</sup> 유치권에 기초한 경매절차에  
 서 매수인이 매각대금을 완납하면 소유권을 취득함과 동시에 유치권은 소멸한다.

부동산 매각절차에 있어서 집행법원은 매수인으로부터 대금이 지급되면 반드시  
 배당절차를 밟아야 한다(민사집행법 제45조 제1항). 따라서 집행법원은 납부된  
 매각대금으로 배당받을 채권자가 한사람 뿐이거나, 채권자가 여러 사람인 경우라  
 도 그 매각대금으로 집행비용과 다른 채권자의 채권액을 만족하게 할 수 있는  
 경우에는 각 채권자에게 그 채권액을 배당하고 이에 반해 변제받을 채권자들이  
 경합되어 있고 매각대금으로 채권자들의 채권을 만족시키기에 충분하지 아니한  
 경우에는 집행법원이 각 채권자들에게 민법, 상법, 그 밖의 법률에 의해 우선순  
 위 또는 안분비례에 따라 매각대금을 배당하여야 한다.<sup>52)</sup>

다. 배당요구는 첫 매각기일 이전으로 집행법원이 정한 배당요구의 종기까지 할

---

56조 각호의 집행권원이 모두 포함되고, 또한 집행권원에 표시된 급부의 주된 내용이 주된 청구이든 대상  
 청구이든 급전의 지급을 내용으로 하는 것이어야 하며, 강제집행에 집행문이 필요한 것은 집행문을 부여  
 받아야 하지만 지급명령이나 이행권고결정은 집행문이 필요 없다(소액사건심판법 제5조의8 제1항).

49) 주택임대차보호법 제3조 제2항, 제8조, 상가건물임대차보호법 제5조, 제14조.

50) 김병섭, 전계논문, 9면.

51) 법원공무원교육원, 「민사집행실무Ⅱ」, 2003, 714면.

52) 강창보, 전계논문, 14면.

수 있다(민사집행법 제84조 제1항, 제88조 제2항). 따라서 임금채권, 주택임대차 보증금반환청구권 등 우선변제권이 있는 채권자라도 위의 시기까지 배당요구를 하지 않으면 매각대금으로부터 배당을 받을 수 없고, 그 뒤 배당을 받은 후순위자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수도 없다.<sup>53)</sup> 배당요구는 채권의 원인과 액수를 적은 서면으로 하여야 하고,<sup>54)</sup> 배당요구의 자격을 소명하는 서면을 붙여야 한다(민사집행법 시행규칙 제48조). 배당요구가 있으면 그 사실을 배당절차와 관계있는 이해관계인에게 통지한다.<sup>55)</sup> 그러나 국세 등의 교부청구가 있는 경우까지 통지를 할 필요는 없다.<sup>56)</sup>

라. 매수인이 지정한 기일까지 대금을 완납하지 아니한 경우에 차순위매수신고인이 있는 때에는 그에 대하여 매각의 허부를 결정하고(민사집행법 제137조 제1항), 차순위매수신고인이 없는 때에는 재매각<sup>57)</sup>을 명하여야 한다.<sup>58)</sup>

## 제2절 부동산경매에 따른 유치권제도

### 1. 유치권의 의의와 성질

#### (1) 유치권의 의의와 법적 성질

민법은 제320조 제1항에서 담보물권의 하나로 유치권을 규정하고 있는데, 유치

53) 대법원 1996. 12. 20. 선고 95다28304 판결, 대법원 1997. 2. 25. 선고 96다10263 판결, 대법원 1998. 10. 13. 선고 98다12379 판결, 대법원 2002. 1. 22. 선고 2001다70702 판결 등.

54) 서면으로 제출하여 집행법원에 접수되었다면, 서면의 제목을 ‘권리신고’라고 한 경우(대법원 1999. 2. 9. 선고 98다53547 판결) 또는 받는 사람을 다른 담당부서로 적은 경우(대법원 2001. 6. 12. 선고 99다45604 판결)라도 상관없다.

55) 이러한 통지가 결여되었다고 하더라도 배당요구의 효력에는 아무런 영향이 없으므로, 비록 경매담당공무원이 배당요구 사실을 채무자나 소유자 혹은 다른 배당요구채권자 등에게 통지하지 아니하였다 하여도, 당해 배당요구채권자에 대한 관계에 있어서는 불법행위를 구성할 만한 직무상 주의위반이 있다고 볼 수 없다(대법원 2001. 9. 25. 선고 2001다 1942 판결).

56) 사법연수원, 전제서, 199면.

57) 재매각은 매수인이 대금지급기한까지 대금지급 의무를 이행하지 아니하였고, 차순위매수신고인이 없는 때 법원이 직권으로 다시 실시하는 매각을 말한다(민사집행법 제138조 제1항).

58) 김이수, “유치권 신고된 경매물건의 낙찰사례연구 -서울시 소재 낙찰부동산을 중심으로-”, 건국대학교 부동산대학원, 석사학위논문, 2008, 15면.

권이란 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자가 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 구별된다.

즉, 상사유치권은 민법상의 유치권과는 달리 피담보채권과 목적물 사이의 견련관계는 필요 없고 단지 상행위로 인하여 점유를 취득하였으면 족하고 다만 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, 채당금, 선대금에 관하여서만 그 운송물을 유치할 수 있으므로, 견련성이 요구된다고 한다.<sup>59)</sup> 따라서 유치권은 당사자의 의사와는 관계없이 요건이 성립되면 당연히 인정되는 법정담보물권으로써 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 현금화가 능성이 아니라 물건의 점유자의 채권담보이익의 보장을 목적으로 하기 때문이다.<sup>60)</sup> 따라서 경매절차에서 유치권자는 매수인에 대해 피담보채권의 변제를 청구할 수 없으며, 다만 피담보채권의 완전변제가 있을 때까지 유치물의 인도를 거절할 수 있을 뿐이다.<sup>61)</sup>

법률이 이러한 권리를 인정하는 것은 공평의 원칙을 실현하기 위함<sup>62)</sup> 목적물의 점유를 존중하려는 사상에서 비롯된다. 즉 유치권을 일종의 물권으로 구성함으로써 그 목적물의 점유자의 채권을 특히 보호하여 채권자 평등의 원칙을 부정하는 것이다.<sup>63)</sup>

59) 황태호, “유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계 및 유치권의 불가분성”, 「관례연구」 20집, 부산관례연구회, 2009. 2, 394면.

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

61) 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

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

63) 박운직, 「물권법 제7판」, 박영사, 2006, 282면.



민법상 유치권은 타인의 물건을 담보의 목적으로 점유할 수 있는 대세적 효력이 있는 담보물권으로(민법 제320조), 불가분성(민법 제321조), 경매청구권(민법 제322조), 과실수취권(민법 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 있지만<sup>64)</sup> 자기의 재료와 노력으로 건축된 기성부분에 대하여는 유치권을 가질 수 없다.<sup>65)</sup> 유치권은 이처럼 물권이므로 유치권자는 채권의 변제를 받을 때까지 누구에 대하여도 목적물을 유치하여 인도를 거절할 수 있다. 채무자뿐만 아니라 그 물건 소유자의 양수인인 매수인에 대하여도 같다.<sup>66)</sup>

## (2) 유치권의 성립요건

유치권은 타인 소유의 물건에 대하여 생긴 채권이 변제기에 있고, 유치권자가 불법행위 없이 목적물을 점유하고 있으면 성립된다. 채권과 물건 사이에 견련관계가 있어야 하며 이미 채권이 성립되었더라도 점유 당시 변제기가 아직 도래하지 않은 경우라면 유치권은 성립하지 않는다. 예를 들면 임차인이 유익비<sup>67)</sup>를 청구한 경우에 임대인은 법원에 상당기간의 유예를 신청할 수 있고 법원이 이를 인정하면 유익비청구권은 변제기에 있는 것이 아니므로 임차인이 목적물을 점유하고 있더라도 유치권은 성립하지 않는다(민법 제626조 제2항). 목적물의 점유 또한 유치권의 성립요건이자 존속요건이다(민법 제328조). 즉, 목적물을 점유하고 있어야 유치권은 성립하며 점유를 잃어버리거나 불법점유<sup>68)</sup>를 하게 되면 유치권을 상실한다.<sup>69)</sup>

64) 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다16202 판결.

65) 대법원 1993. 3. 26. 선고 91다14116 판결.

66) 정두진, “부동산 경매절차에 있어 유치권을 둘러싼 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 제주대학교 대학원, 박사학위논문, 2012. 2, 8면.

67) 목적물의 객관적 가치를 증가시킨 비용으로 통상적으로 목적물의 용도에 적합한 상태로 보존하기 위한 비용인 필요비와 구분된다.

68) 점유라고 함은 물건이 사회통념상 그 사람의 사실적 지배에 속한다고 보여지는 객관적 관계에 있는 것을 말하고 사실상의 지배가 있다고 하기 위해서는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것은 아니고 물건과 사람과의 시간적, 공간적 관계와 본권관계, 타인지배의 배제가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39530 판결).

69) 김득수, “부동산경매에서 유치권제도 개선방안에 관한 연구”, 전주대학교 대학원, 박사학위논문, 2011. 8, 43면.

민법 제320조의 내용을 토대로 유치권의 성립요건을 살펴보면, 유치권의 객체는 물건 또는 유가증권을 대상으로 하고 유치권의 목적물은 타인의 물건 또는 유가증권이어야 하며, 채권이 물건 또는 유가증권과 관련하여 발생된 것이어야 하고, 피담보채권이 변제기에 있으며, 물건의 점유가 적법하고, 당사자 사이에 유치권 성립을 배제하는 법률상·계약상 특약이 없어야 한다.<sup>70)</sup>

## 1) 유치권의 목적물

유치권의 목적물은 타인의 물건 또는 유가증권이어야 한다. 유치권자의 객체인 물건 및 유가증권은 반드시 채무자의 소유일 필요가 없으나 목적물이 유치권자의 소유가 아니어야 한다. 채무자가 아닌 제3자의 소유라 하더라도 유치권이 성립되며, 유치권자가 채무자의 소유가 아님을 알고 있어도 유치권은 성립한다.

유치물의 목적물이 유치권자의 소유가 아니면 누구의 소유인지는 묻지 않는다. 유치물이 채무자가 아닌 제3자의 소유일 경우 채권에 대한 변제청구는 채무자에 게만 할 수 있으나 유치권 성립으로 인한 유치권 행사는 제3자인 소유자에 대하여도 행사할 수 있다.<sup>71)</sup>

## 2) 변제기의 도래

채권이 변제기에 있지 않은 동안에는 유치권은 성립하지 않는다(민법 제320조 제1항). 채권의 변제기<sup>72)</sup>가 도래하기 전에 유치권의 성립을 인정하면 변제기 전의 채무의 이행을 간접적으로 강제하는 것이 되기 때문이다. 유치권자의 상환청구권에 있어 유익비상환청구권에 관하여 변제의 유예를 허락하고 있는데 이러한 허락이 있으면 유치권은 소멸하고, 그 유예기간이 도래한 때부터 다시 유치권이 성립한다. 그리고 기간을 정하지 아니한 채권에 관하여는 채권발생과 동시에 유

70) 광용진, 「유치권과 경매(이론사례중심)」, 법률서원, 2009, 65면.

71) 김정원, “부동산경매의 유치권 해결방식 선호도에 관한 연구”, 단국대학교 부동산·건설대학원, 석사학위논문, 2011, 24면(광용진, 전게서, 67면에서 재인용).

72) 기성균, 중도금 등과 공사진척도가 연계된 경우 각 공정별로 채권의 변제기를 주장할 수 있고 그에 따라 유치권을 행사할 수 있다.

치권이 성립한다.<sup>73)</sup>

### 3) 적법한 점유

점유는 적법한 것이어야 하고 불법점유 즉 횡령, 절도, 사기, 강박 등에 기한 점유이거나 권원 없는 점유는 제외된다. 불법행위에 의하여 점유를 취득한 자에게까지 유치권을 인정하여 그의 채권을 보호할 이유나 필요가 없기 때문이다. 점유가 불법행위에 의하여 시작된 경우라는 것은 점유의 취득이 점유의 침탈이나 사기, 강박에 의한 경우뿐만 아니라 채무자에게 대항할 수 있는 점유의 권원이 없는 것을 알거나 과실로 알지 못하고 점유를 시작한 경우도 포함된다.

따라서 건물임차인이 임대차계약의 해제, 해지 후에도 계속 건물을 점유하여 필요비나 유익비를 지출하여도 그 반환청구권에 관하여는 유치권이 성립되지 않는다. 또한 채무자가 압류의 효력발생 후 공사대금 채권자에게 점유를 이전하여 유치권을 취득하게 한 경우,<sup>74)</sup> 또는 건물 점유자가 건물의 원시취득자에게 그 건물에 관한 유치권이 있다고 하더라도 그 건물의 존재와 점유가 토지소유자에게 불법행위가 되는 경우 그 유치권으로 토지소유자에게 대항할 수 없다.<sup>75)</sup>

### 4) 유치권 특약의 배제

유치권은 법정담보물권이지만 채권자의 이익을 보호하기 위한 채권담보의 수단에 불과하므로 이를 배제하기로 한 특약은 유효하다.<sup>76)</sup> 따라서 채권을 성립시키

73) 김득수, 전계논문, 45면.

74) 목적물의 교환가치를 감소시킬 수 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 4항에 따른 압류와 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산의 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 유치권 취득시기가 근저당설정 후라거나 유치권취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 해도 달리 볼 것은 아니다(대법원 2009.1. 15. 선고 2008다70763 판결).

75) 김득수, 전계논문, 46면; 대법원 1989. 2. 14. 선고 87다카3073 판결; 대법원 1976. 5. 25. 선고 76다482 판결.

76) 민법 제320조 제1항에서 규정하는 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’은 유치권제도 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 규정하고 있으므로, 유치물은 그 각 부분으로써 피담보채권의 전부를 담보하며, 이와 같은 유치권의 불가분성은 그 목적물이 분할 가능하거나 수 개의 물건인 경우에도 적용됨이 원칙이다. 그러나 한편, 유치권은 당사자 사이의 합의에 의하여 얼마든지 포기할 수 있으므로, 채권 발생이 여러 개의 물건과 사이에 건련관계가 인정된다 하더라도 당사

면서 유치권을 배제하는 특약, 미리 유치권을 포기하는 특약, 유치권이 성립한 후에 유치권을 포기하는 특약 등은 모두 유효하다.<sup>77)</sup> 또한 새로 저당권 등을 설정하는 등 다른 담보가 충분한 경우에도 대체로 묵시적 유치권배제의 특약이 있다고 볼 수 있다.<sup>78)</sup>

## 5) 유치권의 견련성

민법 제320조 제1항은 유치권이 성립하는 요건으로 물건 및 유가증권에 관하여 생긴 채권을 요구하고 있다. 여기서 말하는 ‘관하여 생긴 채권’이 구체적으로 무엇을 뜻하는지에 대하여는 구체적인 명문의 규정이 없으므로 그 해석을 둘러싸고 견해가 대립된다. 점유하고 있는 물건과 견련성이 있는지에 대하여 학설은 일원설<sup>79)</sup>과 이원설이 있다.<sup>80)</sup>

일원설은 사회적 관념설<sup>81)</sup>과 상당인과관계설 및 공평설<sup>82)</sup> 등이 있다. 한편 이원설<sup>83)</sup>은 물건과 관련하여 생긴 채권이 무엇인지에 대하여 채권이 목적물 자체로부터 발생하는 경우와 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 동일한 사실관계로부터 발생하는 경우로 구분하여 설명한다. 현재 지배적인 학설은

---

자 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(서울동부지방법원 2009. 6. 26. 선고 2008가합13140 판결).

77) 이영준, 「물권법」, 박영사, 2001, 708면; 대법원 1975. 4. 22. 선고 73다2010 판결.

78) 김득수, 전계논문, 47면.

79) 이 견해는 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 견해와 채권의 성립과 물건의 존재 간에 상당인과관계가 있는 경우에 견련성을 인정하자는 견해가 있다. 한삼인·정두진, “유치권 성립요건으로서의 견련관계에 관한 연구”, 「법학연구」 제42집, 제주대학교법과정책연구소, 2011. 5, 159면.

80) 황희상, 전계논문, 50면.

81) 목적론적 고찰로서 채권과 물건이 어떠한 경제적 관계로 발생하였으며 채무자 스스로 자신의 채무를 이행하지 않고 물건의 반환을 구하는 것이 사회 관념상 부당하다고 생각되는 경우에 채권과 물건 간에 견련성이 있다고 한다. 이 설은 유치권의 기준인 공평의 원칙에 부합할 뿐만 아니라 유치권의 견련성을 일원적으로 설명하였으므로 그 점에서는 타당하다고 하겠으나, 막연히 사회관념이라는 기준은 구체적 명확성이 없기 때문에 부당하다. 남윤봉·이현식, “유치권의 견련관계에 관한 고찰”, 한양법학 제21집, 2007. 248면.

82) 공평설은 채무자가 자기의 채무를 이행하지 않으면서 상대방에게 물건반환을 요구하는 것이 공평의 원칙에 반할 경우에 견련성을 인정한다는 것이다.

83) 견련성의 기준을 유형화하여 이원적으로 설명하는 견해로서 다수의 학설과 판례는 피담보채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우와 피담보채권이 목적물 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생하는 경우에는 견련관계가 있는 것으로 이해한다. 한삼인·정두진, 전계논문, 158면.

채권이 목적물 자체로부터 발생하는 경우(목적물에 지출한 비용의 상환청구권<sup>84)</sup>)와 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생하는 경우에 견련관계가 있는 것으로 이해한다.<sup>85)</sup> 판례도 수급인이 도급인에 대하여 갖는 공사잔금채권이나 지연손해금청구권은 건물신축도급계약이라는 동일한 법률관계로부터 생긴 것으로 인정함으로써 견련성의 판단에서 이원설을 취하고 있다.<sup>86)</sup> 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 수는 없다.<sup>87)</sup> 유치권성립의 견련 관계가 되는 사례들을 살펴보면 아래와 같이 네가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.<sup>88)</sup>

#### 가. 채권이 목적물 자체에서 발생하는 경우

임차인이 임차목적물에 대하여 지출한 필요비, 유익비의 상환청구권은 물건에 관하여 생긴 채권으로서 임차목적물에 대하여 유치권이 성립하며, 임차인이 임차목적물의 성질 또는 하자로 인하여 받은 손해배상청구권은 물건에 관하여 생긴 채권으로서 임차목적물에 대하여 유치권이 성립한다.<sup>89)</sup>

#### 나. 채권이 물건의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계에서 발생하는 경우

채무불이행에 의한 손해배상청구권은 원래 채권의 연장이라고 보아야 할 것이므로 목적물과 원래 채권자 사이의 견련관계가 있으므로 손해배상 채권에 관하여 유치권 항변을 할 수 있다.<sup>90)</sup> 그러나 임대차에 있어서 임차보증금반환청구

84) 판례가 비용상환청구권에 유치권을 인정한 예로는 건물의 점유자가 유익비를 지출한 경우 그 비용상환청구권에 기해 유치권이 인정된다고 한다.(대법원 1994. 11. 25. 선고 93다62119 판결, 대법원 1977. 11. 22. 선고 76다2731 판결.)

85) 신국미, “유치권제도에 관한 연구 -동시이행항변권과의 적용영역의 관계를 중심으로-”, 고려대학교 대학원, 박사학위논문, 2004, 82면.

86) 황희상, 전계논문, 51-52면.

87) 한삼인·정두진, 전계논문, 160면.

88) 김이수, 전계논문, 26면.

89) 대법원 1959. 8. 29. 선고 4291민상672 판결.

90) 대법원 1976. 9. 28. 선고 76다582 판결.

권91)과 임차인의 약정에 기한 권리금반환청구권92)은 유치권을 행사할 수 없다. 또한 임차인의 부속물매수청구권은 자신이 건물 또는 공작물을 임차한 경우에 생기는 것이기 때문에 토지 임차인은 임차지상에 설치해 둔 시설물에 대한 매수청구권으로 임대인에게 임차물인 토지에 대한 유치권을 행사할 수 없다.93)

#### 다. 매매대금 채권

매도인이 매매대금을 전부 지급받지 않은 상태에서 매수인 앞으로 매매목적물인 부동산의 소유권이전등기를 넘겨주었고, 매수인이 이를 다시 제3자에게 양도한 결과 제3자가 매도인에 대하여 목적물인도청구를 한 경우에, 아직 당해 부동산을 점유 중인 매도인이 그 제3자에 대하여 매수인에 대한 잔금채권에 기하여 유치권을 주장할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다.94) 이에 대해서는 특별한 학술대립은 보이지 않고 다만, 이러한 경우에 매도인은 원래 자신이 가지는 동시 이행항변권을 행사하지 않고 선이행을 함으로써 상대방이 다시 목적물을 처분할 수 있는 기회를 스스로 부여해 주었으므로 이에 따른 위험을 자신이 부담하여야 할 것이라는 이유에서 유치권성립을 부정하는 견해95)만이 존재한다. 이 경우에는 매도인은 당해 부동산에 대한 저당권설정 등을 통해 자신이 잔대금채권을 담보할 수 있는 기회가 있었음에도 불구하고 이를 이용하지 않은 과실이 있으므로 더 이상 매도인을 위해 유치권의 성립을 인정해서는 안 된다는 견해96)도 있다.97)

#### 라. 양도담보

가등기담보 등에 관한 법률(이하 ‘가등기담보법’이라 한다) 시행 이후에 성립한

91) 대법원 1977. 12. 13 선고 77다115 판결: 임대차에 있어서 임차인이 임대인에게 교부한 보증금의 반환 청구권은 민법 제320조에서 말하는 그 물건에서 생긴 채권이 아니므로 이와 같은 채권을 가지고 임차목적물에 대하여 유치권을 주장할 수 없다.

92) 대법원 1994. 10. 14. 선고 93다62119 판결: 임대인과 임차인 사이에 건물을 명도할 때 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있었다 하더라도 그와 같은 권리금반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 그와 같은 채권을 가지고 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다.

93) 대법원 1977. 12. 13 선고 77다115 판결.

94) 이에 대하여 우리 대법원판례는 존재하지 않지만 일본 최고재판소 1972. 11. 16. 판결은 유치권 성립을 인정한다.

95) 홍성재, 「물권법」 대영문화사, 2006, 497-498면; 양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건과의 견련관계”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 1998, 252-253면.

96) 엄동섭, “유치권의 성립요건 - 견련성”, 「고시계」, 고시계사, 2005. 11, 29면

97) 박용석, “유치권 성립요건으로서의 견련성에 관하여”, 「법학연구」 제48권 제2호, 부산대학교, 2008. 2, 233면.

양도담보의 경우에 양도담보권자가 채무자에게 동법 제4조의 청산금을 지급함이 없이 선의의 제3자에게 당해 부동산의 소유권을 양도한 경우(동법 11조 단서)에 그 부동산을 점유 중인 채무자가 제3자의 부동산 인도청구에 대해 유치권을 가지고 대항할 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 이에 대해서는 동 법이 원래 채무자를 보호하려는 취지에서 제정된 것이므로 청산금을 확보하기 위한 한도에서는 물건 자체에 대한 한정된 범위에의 지배권능이 여전히 채무자에게 남아 있다고 보아 유치권의 성립을 인정하려는 견해<sup>98)</sup>와 이중매매의 균형을 맞추기 위해 유치권의 성립을 인정할 수 없다는 견해<sup>99)</sup> 채무자의 청산금 청구권과 제3자의 부동산인도청구권은 동일한 법률관계로부터 발생할 것일 뿐만 아니라, 사전에 채무자로서는 자신의 청산금청구권을 담보하기 위한 수단을 가질 수 없었을 것이기 때문에 채무자를 위하여 유치권의 성립을 인정함이 타당하다는 견해<sup>100)</sup>가 있는바, 이러한 경우에는 가등기담보법 제4조 제2항의 입법취지 및 채무자 보호를 위하여 유치권을 인정함이 타당할 것이다.

즉, 담보권자가 소유권이전등기를 경료 받았다고 하더라도 청산절차를 거치지 않는 한 그 소유권은 여전히 채무자에게 있다고 해석하여야 할 것이며, 선의의 양수인으로 인해 채무자가 소유권을 상실할 경우에 유치권에 의해서 청산금을 받을 수 있도록 보호하여야 하는 것이 공평하다고 할 것이므로, 이 경우에 유치권의 성립을 인정함이 타당하다고 생각한다.<sup>101)</sup>

### (3) 유치권의 성립에 관한 판례

최근에 유치권과 관련하여 중요한 판례들이 많이 선고되고 있다.<sup>102)</sup> 우선 유치권과 관련한 많은 판례 중에서 유치권의 성립요건을 모두 구비하고 있음에도 불

98) 홍성재, 전거서, 498면; 양창수, 전계논문, 253면.

99) 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004, 710면.

100) 엄동섭, 전계논문, 29면.

101) 박용석, 전계논문, 233-234면.

102) 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다94265 판결; 대법원 2013. 3. 28. 선고 2010다57350 판결; 대법원 2012. 2. 29. 선고 2011다84298 판결; 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결; 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고 2009다80521 판결; 대법원 2011. 5. 26. 자 2011마61 결정; 대법원 2011. 5. 13. 자 2010마1544 결정; 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다101394 판결; 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다94700 판결 등이다.

구하고, 신의칙에 반한다는 이유로 유치권의 성립을 부정한 판례와 유치권에 의한 경매시 소멸주의 원칙을 취한 판례, 그리고 부동산 압류 후에 취득한 유치권의 매수인에 대한 대항력의 인정여부, 가압류등기 후에 취득한 유치권 등은 기존의 태도를 유지하면서 새로운 요건을 추가한 경우와 별개의 사안에 대한 새로운 판례 등은 상당히 중요한 의미를 지니고 있다고 여겨진다. 이상과 같이 중요한 의미를 지니고 있다고 여겨지는 두 개의 판례를 선정하여 살펴본다.<sup>103)</sup>

1) 유치권의 성립이 신의칙을 근거로 배제되는 경우-대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결을 기준으로-<sup>104)</sup>

가. 유치권은 목적물의 소유자와 채권자 사이에서 계약에 의하여 설정되는 것이 아니라 법이 정하는 일정한 객관적 요건(민법 제320조 제1항, 상법 제58조, 제91조, 제111조, 제120조, 제147조 참조)을 갖추으로써 발생하는 이른바 법정담보물권이다. 법이 유치권제도를 마련하여 위와 같은 거래상의 부담을 감수하는 것은 유치권에 의하여 우선적으로 만족을 확보하여 주려는 그 피담보채권에 특별한 보호가치가 있다는 것에 바탕을 둔 것으로서, 그러한 보호가치는 예를 들어 민법 제320조 이하의 민사유치권의 경우에는 객관적으로 점유자의 채권과 그 목적물 사이에 특수한 관계<sup>105)</sup>가 있는 것에서 인정된다.

나아가 상법 제58조에서 정하는 상사유치권은 단지 상인간의 상행위에 기하여 채권을 가지는 사람이 채무자와의 상행위<sup>106)</sup>에 기하여 채무자 소유의 물건을 점유하는 것만으로 바로 성립하는 것으로서, 피담보채권의 보호가치라는 측면에서 보면 위와 같이 목적물과 피담보채권 사이의 이른바 견련관계를 요구하는 민사유치권보다 그 인정범위가 현저하게 광범위하다.

이상과 같은 사정을 고려하여 보면, 유치권제도와 관련하여서는 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의적으로 성립시킴으로써 앞서 본 유치권의

103) 윤철홍, “2011년도 물권법 분야 주요 판례와 그 의미”, 「법학연구」 제23권 제1호, 충남대학교, 2012. 6, 80면.

104) 윤철홍, 전제논문, 81-83면.

105) 민법 제320조 제1항의 문언에 의하면 “그 물건에 관한 생긴 채권”일 것, 즉 이른바 ‘물건과 채권과의 견련관계’가 있는 것.

106) 그 상행위가 채권발생의 원인이 된 상행위일 것이 요구되지 아니한다.



최우선순위담보권으로서의 지위를 부당하게 이용하고 담보권질서에 관한 법의 구상을 왜곡할 위험이 내재한다. 이러한 위험에 대처하여, 개별 사안의 구체적인 사정을 종합적으로 고려할 때 신의성실의 원칙에 반한다고 평가되는 유치권제도 남용의 유치권 행사는 이를 허용해서는 안 될 것이다.<sup>107)</sup>

나. 채무자가 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정적 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 발생시키고 그에 기하여 목적물을 점유하게 됨으로써 유치권이 성립하였다면, 유치권자가 그 유치권을 저당권자 등에 대하여 주장하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반하는 권리행사 또는 권리남용으로 허용되지 아니한다. 그리고 저당권자 등은 경매절차 기타 채권실행절차에서 위와 같은 유치권을 배제하기 위하여 그 부존재의 확인 등을 소로써 청구할 수 있다고 할 것이다.<sup>108)</sup>

다. 위의 판결은 유치권의 인정취지와 그 한계를 실시해 주고 있는 등 유치권에 대한 문제점들을 분명히 보여 주고 있다. 특히 부동산에 대한 공시방법은 등기로써 부동산에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우, 선순위 저당권 등이 존재하는 경우에도 사실상 최우선 변제를 받게 되는 효과가 발생하게 된다. 이것은 부동산에 대한 공시제도와 물권법의 기본적인 체계를 파괴하는 불합리한 것으로 입법적 대책이 요구되고 있다.<sup>109)</sup> 후술하겠지만 최근에 법무부 민법개정위원회에서는 이에 대한 개정안으로 부동산에 대해서는 원칙적으로 유치권의 성립을 부정하고 미등기건물의 경우에 한해서 예외적으로 저당권설정청구권을 인정하는 방안을 제시하고 있다.<sup>110)</sup>

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

108) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2004다32848 판결.

109) 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 「토지법의 이론과 실무」, 법원사, 2006, 203-218면; 오 시영(2006), 전계논문, 181-202면.

2) 부동산 압류 후에 수급인이 유치권을 취득한 경우 대항력의 인정여부-대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다5214 판결을 기준으로-111)

유치권은 목적물에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에 비로소 성립하고 (민법 제320조), 한편 채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는 그로써 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없는데, 채무자 소유의 건물에 관하여 증·개축 등 공사를 도급받은 수급인이 경매개시결정의 기입등기가 마쳐지기 전에 채무자에게서 건물의 점유를 이전받았다 하더라도 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득함으로써 그때 비로소 유치권이 성립한 경우에는, 수급인은 유치권을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.112)

민사집행법 제91조 제5항에 따르면 부동산경매에서 매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임을 지게 된다. 이것은 부동산매수인이 피담보채권을 변제하지 않으면 목적물을 인도받지 못한다는 것을 의미한다. 즉, 유치권자는 유치물의 인도를 거절할 수 있다는 것이다.113) 그런데 위의 판결에서는 대항력의 발생시기를 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후 공사대금채권을 취득하였다면 유치권의 성립은 인정하지만 압류채권자에게 대항할 수 없다는 것이다. 현재 우리 민법상 인정되고 있는 부동산유치권은 사실상 최우선 담보권으로 기능을 하고 있다.

예컨대 저당권 등의 설정 후에 유치권이 성립한 경우에도 유치권자는 그 저당권의 실행절차에서 목적물을 매수한 사람을 포함하여 목적물의 소유자 기타 권리자에 대하여 인도거절권능을 행사할 수 있다. 이에 따라 유치권자는 자신의 채권을 목적물의 교환가치로부터 일반채권자는 물론 저당권자 등에 대하여도 그

110) 법무부공고 제2013-6호(2013. 1. 16.) 민법 일부개정법률(안) 입법예고.

111) 윤철홍, 전계논문, 88-90면.

112) 이것은 기존의 태도에 새로운 요건이 추가된 경우로서 “채무자 소유의 건물에 관하여 증·개축 등 공사를 도급받은 수급인이 경매개시결정의 기입등기가 마쳐지기 전에 채무자에게서 건물의 점유를 이전받았다 하더라도 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득함으로써 그때 비로소 유치권이 성립한 경우에는 경매부동산의 매수인에게 대항할 수 없다는 것은 의미있는 실지로 여겨진다. 윤철홍, 전계논문, 89면.

113) 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

성립의 선후를 불문하여 우선적으로 자기 채권의 만족을 얻을 수 있게 되는 것이다. 이러한 부동산유치권과 관련하여 다양한 문제들이 발생하고 있어 그 성립요건을 엄격하게 해석할 필요가 있는데, 위의 판결은 그러한 의미에게 타당한 것으로 여겨진다. 왜냐하면 단순히 부동산유치권의 성립요건이 점유뿐만 아니라 채권이 변제기에 있어야 하는데 도급계약에 의한 공사대금채권은 공사가 완료되어야 발생하는 것으로서 그 변제기가 경매개시의 기입등기 이후에 해당하기 때문이다.<sup>114)</sup>

## 2. 민사집행법상 유치권의 효력

### (1) 유치권자의 신고유무

유치권은 등기를 요하지 아니하고 일정한 요건만 갖추면 당연히 성립하는 법정 담보물권이므로 부동산 경매절차에서 유치권자가 권리신고 및 배당요구를 집행법원에 반드시 하여야 하는 것은 아니다. 즉, 경매절차가 진행 중인 집행법원에 유치권에 관한 권리신고를 하지 아니한 경우에도 유치권의 존재자체가 부정되거나 권리가 소멸하는 것이 아니고 매수인을 상대로 주장할 수 있다. 또한 유치권에 기하여 점유부동산에 대한 경매를 신청할 수도 있다.<sup>115)</sup>

### (2) 유치권자의 유치할 권리

유치권자는 피담보채권을 변제받을 때까지 목적물을 유치할 수 있다. 유치한다는 것은 점유를 계속하고 인도를 거절하는 것을 의미한다. 즉, 목적물의 유치가 바로 유치권의 본질적 효력이다. 그러나 목적물을 유치권자의 이익을 위하여 이용하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 관례와 학설은 유치권자가 종전의 사용 상태를 계속하는 것은 원칙적으로 인정하고, 그 동안의 이득은 부당이득으로

114) 윤철홍, 전제논문, 89-90면.

115) 김명엽, “민사집행법상 유치권의 공시에 관한 연구”, 「법과 정책」 제17집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011. 2. 28, 99-100면.

반환하여야 한다는 입장이다. 대법원은 “유치권자의 점유 하에 있는 유치물소유자가 변동되더라도 유치권자의 점유는 유치물에 대한 보존행위로서 하는 것이므로 적법하고, 그 소유자 변동 후 유치권자가 유치물에 관하여 새로이 유익비를 지출하여 그 가격의 증가가 현존하는 경우에는 그 유익비에 대하여도 유치권을 행사할 수 있으나 그 점유를 하는 동안 그 유치물을 사용한 이익은 부당이득으로서 반환하여야 한다.”라고 판시하였다.<sup>116)</sup>

한편, 민사집행법 제91조 제5항은 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하고 있는 채권을 변제할 책임이 있다”라고 규정하고 있다. 매수인의 변제에 대한 책임은 인적책임설과 물적책임설로 나뉜다. 인적책임설은 매수인의 유치권자에 대한 변제책임을 긍정하는 견해이고, 물적책임설은 매수인이 인적책임까지 인수하는 것은 아니고 단지 담보권을 승계하는 것에 불과하다는 입장이다. 이와 관련하여 판례<sup>117)</sup>는 유치권의 본질이 공평의 관념에 기하여 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 목적물의 인도를 거절할 수 있는 권리인 점에 비추어 매수인의 변제의무까지 인정하게 되면 유치권자의 이익에만 치중하게 되는 점을 고려하여 물적책임설에 비중을 두고 있다.<sup>118)</sup>

### (3) 유치권자의 경매청구권

민법은 유치권의 효력으로서 유치권자에게 경매청구권을 인정하지만, 법문언상으로 그 요건에 관하여 시사점을 얻을 수 있는 것은 단지 “채권의 변제를 받기 위하여”라는 것밖에 없다.<sup>119)</sup> 이러한 법의 영향을 받아서 유치권자의 경매청구권 성립요건으로서 유치권자의 간이변제충당을 법원에 청구하는 경우에 요구되는 절차적 요건, 즉 “유치권자는 미리 채무자에게 통지하여야 한다”라는 제322조 제2항의 단서를 유추 적용하여야 한다는 점 외에는 다른 성립요건에 관한 논의가 현재로서는 전무한 상황이다.<sup>120)</sup>

116) 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2414 판결.

117) 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

118) 황희상, 전계논문, 54면; 최광석, 「부동산유치권」, LTS, 2009, 124면.

119) 김동호, “유치권자의 경매청구권”, 「법학논총」 제30집 제2호, 2010. 8, 177면.

120) 강태성, 「신판 물권법」, 대명출판사, 2004, 900면; 박윤직, 전거서, 289-290면.

유치권자는 채권의 변제를 받기 위해서 유치물을 경매할 수 있다.<sup>121)</sup> 방법은 민사집행법이 정하는 절차에 의한다(민사집행법 제274조). 이 규정은 유치권자가 목적물에 대한 점유를 채무변제를 받을 때까지 계속하고 있어야 한다는 부담에서 해방시키기 위한 것이다. 유치권자의 경매는 물건을 현금화시킬 수 있는 권리라는 점에서 이를 “형식적 경매”라고 한다.<sup>122)</sup> 즉, 유치권자는 유치하고 있는 물건을 장기간 점유·관리하는데 상당한 비용과 노력이 필요하다는 점에서 유치권자에게 경매를 진행하게 하여 유치권 분쟁의 해결에 효율성을 도모할 목적이 있는 것이다. 경매나 간이변제충당을 하고 난 후 채권액을 초과하는 차액은 당연히 채무자에게 반환하여야 한다. 한편 근저당권자는 경매절차에서 유치권을 주장하는 자를 상대로 유치권부존재확인 소를 제기할 수 있다.<sup>123)</sup><sup>124)</sup>

#### (4) 우선변제권과 간이변제충당

경매의 경우 유치권자에게 우선변제권이 없다. 그러나 유치물의 가액에 비하여 경매를 하는데 과도한 비용이 소요되는 등의 정당한 이유<sup>125)</sup>가 있을 경우에는 감정인의 평가에 의하여 직접변제에 충당할 것을 법원에 청구할 수 있다. 이를 간이변제충당권이라고 한다. 이는 목적물의 교환가치로부터 우선변제를 받는 것이 아니므로 엄밀한 의미에서 우선변제권이라고는 할 수 없으므로 유치권자에게는 우선변제권이 없다.<sup>126)</sup> 유치권자가 채권의 변제를 받기 위하여 언제나 많은 비용이 들고 절차가 번거로운 경매에 의하여만 한다면 채권자에게 불리한 경우가 많을 것이다. 이러한 경우를 위하여 유치물으로써 직접 변제에 충당할 수 있는 간편한 방법을 인정한 것이다.<sup>127)</sup>

121) 민법 제322조 제1항, 민사소송법 제600조.

122) 형식적 경매란 특정재산의 가격보존 또는 정리를 위하여 진행되는 경매를 말한다. 형식적 경매에는 유치권에 의한 경매, 공유물 분할을 위한 경매, 청산을 위한 경매 등이 있다.

123) 대법원 2004. 9. 23. 선고 2004다32848 판결.

124) 장윤환, “부동산유치권의 효력과 문제점에 관한 연구”, 호남대학교 대학원, 박사학위논문, 2012. 2, 60면.

125) 대법원 2000. 10. 30. 자 2000마4002 결정; 유치물의 처분에 관하여 이해관계를 달리하는 다수의 권리자가 존재하거나 유치물의 공정한 가격을 쉽게 알 수 없는 경우 등의 경우에는 민법 제322조 제2항에 의하여 유치권자에게 간이변제충당을 허가할 정당한 이유가 있다고 할 수 있다.

126) 이기우, “부동산유치권의 성립과 효력”, 「토지법학」 제22호, 한국토지법학회, 2006. 12, 382면.

127) 박종두, 「물권법」, 삼영사, 2010, 586면; 김현미, “부동산경매절차에 있어서 유치권에 관한 연구 -법무부 민법개정시안 중 유치권 중심으로-”, 전북대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2013, 22면.

그러나 유치권자가 유치물을 간이변제에 충당하는 경우(민법 제322조 제2항)나 유치권자가 유치물로부터 생기는 과실을 수취하여 다른 채권자보다 먼저 채권의 변제에 충당하는 경우(민법 제323조)에는 예외적으로 우선변제권이 인정된다.<sup>128)</sup>

#### (5) 유치물사용권과 과실수취권

유치권자는 채무자나 소유자의 승낙없이 유치물을 사용·대여 또는 담보제공을 할 수 없지만, 유치권자는 채무자나 소유자의 승낙을 얻지 않더라도 목적물을 보존하는 범위 내에서 이를 사용할 수 있다(민법 제324조 제2항). 여기서 보존행위란 그 물건의 가치를 유지하는 행위를 말한다. 유치권자가 유치물의 보존행위로서 목적물을 사용하는 것은 적법행위이므로 불법점유로 인한 손해배상책임이 없다.<sup>129)</sup> 그러나 유치권은 피담보채권의 변제를 받을 목적으로 목적물을 점유하고 인도를 거절하는 권능에 지나지 않는다. 이런 점에서 유치권이 있다고 하여 목적물을 유치권자의 이익을 위하여 사용하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다. 따라서 유치권자가 함부로 목적물을 사용한 때에는 손해발생 여부를 묻지 않고 채무자 또는 소유자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있고, 손해가 발생한 때에는 유치권자는 채무불이행에 의한 손해배상의무를 부담한다.<sup>130)</sup>

한편 민법은 유치권자의 과실수취권에 관하여 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권자보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있도록 하고 있다. 그러나 과실이 금전이 아닌 때에는 경매하여야 한다. 또한 “과실은 먼저 채권의 이자에 충당하고 그 잉여가 있으면 원본에 충당한다”라고 규정되어 있다(민법 제323조 제1항, 제2항) 즉, 유치권은 유치물을 점유하여 그에 부수하는 권리를 주장하는데 불과하므로 유치목적물로부터 과실을 수취하더라도 채무자의 이익을 해하지는 않는다는 입법적 고려에서 비롯된 내용이라 할 것이다.<sup>131)</sup>

또한 유치권자가 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유·보존해야 하며(민법 제324조 제1항), 그에 대한 보수로서 이러한 과실수취권을 인정하는 것이 공평의

128) 장윤환, 전계논문, 60-61면.

129) 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2414 판결.

130) 장윤환, 전계논문, 61면.

131) 황희상, 전계논문, 56면.

원칙에 반하지 않는다고 여겨진다. 여기에서 과실은 천연과실뿐만 아니라 법정과실<sup>132)</sup>도 포함된다. 유치권자가 목적물을 임치하거나 또는 소유자의 동의를 얻어 임대하여 받은 차임 등이 법정과실이다.<sup>133)</sup>

#### (6) 비용상환청구권

유치권자가 유치물에 관하여 필요비<sup>134)</sup>를 지출한 때에는 소유자에게 그 상환을 청구할 수 있다(민법 제325조 제1항)고 하여 필요비에 의한 비용상환청구권을 인정하고 있다. 필요비는 수선비, 보존비 등과 같이 물건의 보존에 필요한 비용과 조세, 공과금과 같이 관리에 필요한 비용 등 선량한 관리자의 주의로서 물건을 보관하는데 불가결한 비용을 말한다. 필요비는 통상비와 임시비로 구분되며 통상비는 소규모의 건물 수리라든가 일상에 필요한 조세의 부담비용 등을 말하고, 임시비는 풍수해에 따른 가옥의 수리비와 같은 일상의 보관 이외에 지출된 비용을 말한다. 비용상환청구권은 유치권자에게 선량한 관리자로서의 주의의무가 부과되어 있고, 한편 유치권자의 손실로 부당하게 소유자를 이롭게 할 필요는 없기 때문에 특히 유치권자의 기능으로 인정된 것이다. 유치권자는 이 비용상환청구권에 의하여 다시 유치물 위에 유치권을 취득한다.<sup>135)</sup>

유치권자가 유치물에 유익비를 지출한 경우에 소유자에게 그 상환을 청구할 수 있다.<sup>136)</sup> 유익비는 선관주의의무로서 물건의 가치보존을 위하여 반드시 하여야 될 것은 아니지만 물건을 이용·개량하기 위하여 지출한 비용을 말하고, 유익비에 대한 판단은 유익비를 주장하는 자의 입장이 아니라 소유자의 입장에서 판단하여야 한다.<sup>137)</sup> 따라서 임차인의 주관적 취미나 특수한 목적을 위하여 지출한 비

132) 법정과실은 물건의 사용대가로 발생한다는 점에서 천연적으로 발생하는 천연과실과 다르다(민법 제101조). 물건의 사용대가는 타인에게 물건을 사용·수익하게 하고 나중에 원물 또는 동종·동질·동량의 물건을 반환하여야 할 법률관계로서 임대차와 소비대차에서 발생한다. 토지의 지료, 건물의 차임, 금전의 이자 등이 그 예이다.

133) 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2008, 694면.

134) 필요비란 물건을 보존하고 관리하기 위하여 필요한 비용으로 목적물의 원상을 유지하기 위하여 또는 회복시키거나 통상의 용도에 적합한 상태로 보존하기 위해 지출된 비용을 말한다.

135) 김준호, 「물권법」, 법문사, 2012, 648면.

136) 유치권자가 유치물에 관하여 유익비를 지출한 때에는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 소유자의 선택에 쫓아 그 지출한 금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다(민법 제325조 제2항).

137) 황희상, 전계논문, 55-56면.

용이나 점포임대차의 경우에 그 특정한 업종을 위해 필요한 시설은 유익비에 해당하지 않는다고 하며, 임차인이 음식점 경영을 위하여 신발장 및 다용도장 공사비, 기존 칸막이 철거비용, 주방 인테리어 공사비용과 카페를 운영하기 위하여 행한 내부시설공사비, 간판 등은 유익비로 보기 어렵다는 판례 등이 있다.<sup>138)139)</sup>

### (7) 통합도산법상의 별제권

파산절차에서 담보권자가 어떠한 방법에 의하여 어디까지 우선변제를 받을 수 있는가에 관하여 저당권 등 담보권자는 별제되어 파산절차에 따르지 않고 파산자의 특정한 재산에 대한 권리를 행사하여 우선적으로 변제를 받을 수 있는 권리를 별제권이라 한다. 이처럼 파산절차에서 담보권자는 개별적 권리행사금지의 원칙의 예외로서 파산절차에 영향을 받지 않고 그 권리를 행사할 수 있는 것으로 규정하여 실제법상 담보권자에게 인정되는 우선변제를 받을 수 있는 지위를 확보하고 있다. 파산재단에 속하는 재산상에 저당권, 질권, 유치권 또는 전세권을 가지는 자는 그 목적인 재산에 관하여 별제권을 가진다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제411조). 별제권은 파산절차에 의하지 아니하고 행사한다(동법 제412조). 따라서 파산절차에 따른 별제권의 조사·확정을 필요로 하지 않고, 각 담보권 본래 통상의 실행방법 즉 담보목적물이 부동산이나 동산인 경우에는 담보권실행을 위한 경매의 방법으로 별제권을 행사한다. 다만 별제권의 실행에 의하여 별제권자가 우선변제를 받은 후에 잔액이 있으면 파산재단에 귀속한다.<sup>140)</sup>

## 3. 유치권자의 의무

### (1) 선량한 관리자로서의 주의의무

유치권자는 선량한 관리자로서의 주의<sup>141)</sup>의무로 유치물을 점유하여야 한다(민법

138) 대법원 1991. 8. 27. 선고 91다15591,15607 판결; 대법원 1991. 10. 8. 선고 91다8029 판결; 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20389 판결.

139) 정두진, 전계논문, 110면.

140) 김현미, 전계논문, 30면.



제324조 제1항). 즉, 유치물의 보존에 필요한 사용은 채무자나 소유자의 승낙 없이도 가능하지만 이를 초과한 사용이나, 대여 또는 담보제공의 경우에는 승낙을 얻어야 한다.<sup>142)</sup> 유치권자는 채무자(소유자)의 승낙 없이 유치물의 처분(사용, 대여 또는 담보제공)이 금지되며(민법 제324조 제2항), 이 의무를 위반하면 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다. 승낙 없는 사용으로 얻은 이익은 유치권의 적법한 행사가 아니므로 부당이득으로서 채무자 또는 소유자에게 반환하여야 하며, 승낙 없는 대여 또는 담보설정은 무효이다.<sup>143)</sup>

만약 유치권자가 선관의무를 위반하면 그 즉시 유치권이 소멸되는 것이 아니고, 채무자(소유자)나 또는 유치물의 소유권을 취득한 제3자 등이 유치권자를 상대로 유치권의 소멸을 청구해야 한다. 소멸청구권은 형성권으로 청구 즉시 유치권을 소멸시킬 수 있으나 통상 내용증명이나 소송상 소장, 준비서면 등을 통하여 의사 표시를 하는 경우가 많다.<sup>144)</sup>

## (2) 의무위반에 대한 판례의 입장

유치권자가 유치권자의 의무를 위반한 때에는 채무자는 일방적 의사표시에 의하여 유치권의 소멸을 청구할 수 있다. 이 경우 유치권의 소멸을 주장하는 청구는 일종의 형성권에 해당한다. 즉, 유치권자의 의사와 상관없이 유치권의 소멸의 효과를 발생케 하는 단독행위로서 유치권의 소멸을 청구하는 채무자의 의사표시가 있으면 즉시 유치권은 소멸한다.<sup>145)</sup>

유치권자의 의무위반에 대하여 대법원은 유치권자는 채무자의 승낙이 없는 이상 그 목적물을 다른 사람에게 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

---

141) 선량한 관리자의 주의란 거래상 평균인에게 일반적으로 요구되는 주의를 말한다. 이는 객관적·추상적인 표준에 의하여 정하여지는 것으로 행위자의 구체적·주관적 주의능력에 따른 주의만을 요구하는 자기 재산과 동일한 주의(민법 제695조), 자기 재산에 관한 행위와 동일한 주의(민법 제922조), 고유재산에 대하는 것과 동일한 주의(민법 제1022조) 등 보다 높은 정도의 주의를 말한다.

142) 황희상, 전계논문, 57면.

143) 장윤환, 전계논문, 64면.

144) 노인수, 「변호사 노인수의 유치권 진짜 가짜 판별법」, 지식공간, 2011, 610면.

145) 황희상, 전계논문, 58면.

목적물을 임차한 자의 점유는 민사집행법 제136조 제1항 단서의 매수인에게 대항할 수 있는 권원에 기한 것이라고 볼 수 없다고 한다.<sup>146)</sup>

#### 4. 유치권의 소멸

##### (1) 유치권의 일반적 소멸사유

유치권은 담보물권의 일반적 소멸사유인 목적물의 멸실,<sup>147)</sup> 몰수,<sup>148)</sup> 혼동,<sup>149)</sup> 포기<sup>150)</sup> 등에 의하여 소멸된다. 유치권은 피담보채권의 소멸에 의하여도 당연히 소멸하지만 유치권은 그 성질상 시효로 소멸하지 않는다. 민법에서는 유치권의 행사는 채권의 소멸시효의 진행에 영향을 미치지 아니한다고 규정하고 있다(민법 제326조). 그러나 피담보채권은 소멸시효의 완성에 의하여 소멸한다. 즉, 유치권자가 시효중단사유에 해당하는 조치를 하지 않으면 점유에 의한 유치권을 행사하여도 소멸시효에 의하여 유치권은 소멸한다.<sup>151)</sup>

##### (2) 채무자의 소멸청구

채무자는 유치권자가 민법 제324조 제2항에서 정한 “채무자의 승낙없이 유치물의 사용, 대여, 담보제공을 하지 못한다”라는 규정을 위반한 경우에는 유치권자

---

146) 대법원 2002. 11. 27. 선고 2002마3516 판결.

147) 멸실이란 물건이 경제적 효용을 전부 상실할 정도로 파괴된 상태이다. 예컨대 민법에 있어서 점유물의 멸실의 경우 선의의 점유자는 이익이 현존하는 한도에서 배상책임이 있으며 악의의 점유자는 그 손해의 전부를 배상할 책임이 있다(민법 제202조 본문).

148) 몰수란 범죄의 반복, 범죄로 인한 이득을 방지하기 위해 범행과 관련된 재산을 박탈하여 국고에 귀속시키는 재산형으로 형법 제41조에서 형벌의 일종으로 규정하고 있으며 형법 제48조, 제49조에서 구체적으로 정하고 있다.

149) 혼동이란 채권·채무와 같이 서로 대립하는 2개의 법률상 지위가 동일인에게 귀속하는 것을 말한다. 예컨대 채무자가 채권을 양수받거나 전세권자가 가옥의 소유권을 취득한 경우에 혼동이 일어난다. 혼동이 있게 되면 권리는 원칙적으로 소멸한다. 자기에 대해 채권을 가지거나 자기의 소유물에 전세권을 가진다는 것은 무의미하기 때문이다.

150) 포기란 자기가 가지는 권리를 소멸시키기 위하여 행하는 행위를 말하며, 포기한다는 취지의 적극적 의사표시에 의하는 점에서 권리의 불행사와 구별된다. 권리를 포기하는 것은 원칙적으로 권리자의 자유이나 공권이나 가족권(신분권)과 같은 것은 그 성질상 포기할 수 없는 것을 원칙적으로 하며 재산권이라도 타인의 이익을 해치는 경우에는 포기할 수 없다.

151) 황희상, 전계논문, 59면.

에게 유치권의 소멸을 청구할 수 있다. 동 청구권은 형성권(통설)에 해당하므로 채무자의 일방적 의사표시로서 유치권은 소멸한다.<sup>152)</sup>

### (3) 피담보채권의 소멸

담보물권은 채권과 분리되어 소멸시효에 걸리지 않는 않지만 채권이 소멸하면 담보물권도 당연히 소멸한다(소멸시효에 의한 채권의 소멸은 유치권소멸). 유치물을 유치하는 것은 채권의 행사는 아니므로 유치권을 행사하여도 채권에 대한 시효는 진행하고 채권자가 시효중단을 위해서는 민법 제168조 이하의 수단을 취해야 한다. 즉, 채권자가 유치물의 사용 또는 대여에 대하여 채무자의 승낙을 얻었다 하더라도(민법 제324조 제2항), 이는 보통 유치물의 사용 또는 대여하는 것을 승낙하거나 유치권의 행사방법을 승인한 것에 불과하고, 이를 채무승인으로 보지는 않는다. 다만 유치권자가 유치권실행으로서 유치물에 대하여 경매신청을 하여 경매개시결정이 되면 압류를 할 것이고, 이 압류는 민법 제168조 제2항에 의하여 시효중단사유가 된다.<sup>153)</sup>

### (4) 타 담보 제공에 따른 유치권의 소멸

채무자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제327조). 담보에 관하여는 제한이 없으므로 물적담보로서 저당권·질권 뿐만 아니라 인적담보도 포함된다. 이 규정은 담보물권으로서 유치권의 효력을 약화시키는 결과를 야기함을 부인할 수 없다. 그러므로 담보는 물적담보에 제한되어야 하며, 인적담보인 보증의 제공은 제외하는 것이 타당할 것이다. 왜냐하면 유치권은 점유이익이 아니라 보전(담보)이익을 보호하기 때문이다.<sup>154)</sup>

담보제공에 의한 유치권의 소멸은 채무자나 소유자의 유치권소멸의 의사표시에 의한다. 따라서 의사표시 없는 담보제공으로 유치권은 소멸하지 않는다. 대법원

---

152) 황희상, 전계논문, 59면.

153) 장윤환, 전계논문, 65면.

154) 이진기, 전계논문, 253면.

은 담보의 상당성 여부는 그 담보의 가치가 채권의 담보로서 상당한가, 태양에 있어서 유치물의 담보력을 저하시키지는 아니한가 하는 점을 종합적으로 판단하여야 할 것으로, 유치물의 가격이 채권액에 비하여 과다한 경우에 채권액 상당의 가치가 있는 담보를 제공하면 족하고, 채무자나 유치물의 소유자는 상당한 담보가 제공되어 있는 이상 유치권 소멸청구의 의사표시를 함으로써 유치권은 소멸한다고 판결하였다.<sup>155)</sup>

#### (5) 점유의 상실

점유는 유치권의 성립요건인 동시에 존속요건이기 때문에 점유의 상실에 의하여 유치권이 소멸되는 것은 당연하다. 유치권자가 유치물을 임대하거나 담보로 제공한 경우에도 임차인 또는 담보권자를 매개로 간접점유를 하고 있으므로 점유의 상실은 아니다. 이는 채무자의 승낙의 유무와는 관계가 없으며 승낙이 없어도 점유자체를 잃는 것은 아니어서 채무자가 유치권의 소멸청구를 할 수 있을 뿐이다.<sup>156)</sup>

유치물의 점유가 침탈된 경우 점유의 상실이 될 것이지만 침탈을 당한 날로 1년 이내에 점유물 반환청구권을 행사하여 점유를 회수할 수 있으며(민법 제204조) 점유를 회복한 때에는 점유를 상실하지 않았던 것으로 되고 따라서 유치권은 소멸하지 않았던 것으로 본다(민법 제192조 제1항). 점유의 상실로 인하여 유치권은 당연히 소멸한다. 따라서 유치권자는 유치권에 기한 반환청구권을 행사할 수 없다.<sup>157)</sup> 그러나 유치권자가 유치권의 존재를 알면서 유치물을 반환하는 경우에는 유치권을 포기하는 것으로 보는 것이 타당하다.<sup>158)</sup>

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

156) 박윤직, 전제서, 293면.

157) 김병섭, 전제논문, 30면.

158) 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006, 504면.

### 제3절 각국의 유치권제도 비교법적 연구

#### 1. 유치권의 기원과 연혁

유치권의 기원은 로마법상 악의의 항변(*exceptio doli*)에서 찾아 볼 수 있다.<sup>159)</sup> 로마법은 채무자에게 악의의 항변을 인정함으로써 반대급부를 거절할 수 있는 권리를 인정하였는데, 이러한 로마법상의 악의의 항변은 일반적 악의의 항변(*exceptio doli praesentis*)과 특수한 악의의 항변(*exceptio doli praeteriti*)으로 구분된다.<sup>160)</sup> 우선 특수한 악의의 항변은 원고가 소의 원인이 되는 법률관계의 발생에 있어서 악의로 행동한 경우에 그 상대방인 피고는 악의의 항변을 주장할 수 있는 것으로 사기에 대한 항변이었다.<sup>161)</sup> 이러한 특수한 악의의 항변은 행위에 청구자의 악의가 있었던 경우에 대항할 수 있는 것으로서 과거의 악의를 제재하는 수단이었다.<sup>162)</sup> 이에 반하여 일반적 악의의 항변은 법률행위가 적법하게 성립하였지만 그 이행청구가 부당하다고 판단될 경우에 법무관이 신의칙과 형평의 원리에 기하여 피고에게 부여된 방어방법을 말한다.<sup>163)</sup>

로마법상의 악의의 항변의 핵심은 당해 목적물의 인도를 거절하는 것이었고, 로마법에서는 이러한 인도거절권을 *retentio*라고 하였다. 이것은 상대방이 동일한 법률관계에서 발생한 반대급부를 이행할 때까지 자신의 급부를 거절하는 권리를 가리켰다. 이러한 *retentio*는 그 자체가 소를 제기할 수 있는 근거는 될 수 없었지만, 상대방이 제소한 경우에는 이 *retentio*를 근거로 악의의 항변을 함으로써 당해 급부의 이행을 거절할 수 있었다. 이것은 서로 대립하는 채무자 사이에서 공평을 유지할 목적으로 인정된 인적항변권이었던 것이다. 따라서 특정인에 대해

---

159) 유치권의 기원과 입법례 참고논문 ; 김계순, “유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계”, 「법학논집」, 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009; 최동홍, “부동산경매에서 유치권신고의 의무화”, 「법조」, 통권 제643호, 법조협회, 2010; 한삼인·정두진, “유치권 성립요건으로서의 견련관계에 관한 연구”, 「법학연구」, 한국법학회, 2011.

160) 한삼인·정두진, 전제논문, 152면; 김계순, 전제논문, 31면.

161) Kaser, Romisches Recht. 1987, S. 158(김성욱, “유치권 제도의 운용과정에서의 법적문제”, 「법학연구」 제16집 제1호, 상지대학교, 2013. 3. 4면에서 재인용); 한삼인·정두진, 전제논문, 152면.

162) 특수한 악의의 항변을 제출할 때에는 형식적으로 「본건에 관하여 악의로 인하여 행해진 것이 아닌 경우(ut si in ea re nihil dolo malo a se factum sit)」이라는 문구를 사용하였다.

163) 김성욱, 전제논문, 4면.

서만 대항할 수 있는 대외적인 급부거절권이라는 점에서 독립한 물권은 아니었다. 이러한 로마법상의 악의의 항변 또는 인도거절권은 근대법에서 채권적인 급부거절권과 물권적인 유치권의 두가지 방향으로 발전하였다.

프랑스민법과 독일민법(BGB)이 전자의 예를, 프로이센일반란트법(ALR),<sup>164)</sup> 일본민법, 스위스민법, 우리 민법은 후자의 예를 채택하였다.<sup>165)</sup> 독일민법은 유치권을 통일적인 제도로 파악하여 조문화하는 데에는 성공하였고, 프랑스민법은 로마법의 수준을 넘지 못하고 있으며, 스위스 민법은 유치권을 일종의 법정질권으로 규정하고 있다.<sup>166)</sup>

우리 민법은 스위스민법과 같이 유치권을 독립된 담보물권으로 구성하고 있으나, 여러 가지 점에서 예외적인 내용을 가진 존재라 할 수 있다.<sup>167)</sup> 이렇게 각 국가의 유치권제도는 어떠한 논리적 필연성과는 관계없이 각 국가의 역사적 경험에 기하여 생성 및 발전되어 가는 제도라고 볼 수 있다. 이러한 이유로 유치권의 성립요건과 그 법적 효과를 어떻게 구성할 것인지는 각 국가의 특수한 법문화에 따라 상이하게 형성될 수 밖에 없다. 따라서 현행 유치권 규정의 개정방향을 설정함에 있어서 비교법적인 시사점을 찾기 위해서는 우선 각 국가에서 운용되고 있는 유치권 제도를 이해하는 것이 전제되어야 한다.<sup>168)</sup>

## 2. 스위스의 입법례

스위스민법 제895조 제1항은 ‘동산이나 유가증권을 점유하고 있는 경우에 그 동산이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 이행될 때까지 이를 유치할 수 있다’라고 규정하고 있다. 이 규정상의 ‘그 동산이나 유가증권에 관하여 생긴 채권’에는 물

164) 프로이센일반란트법은 유치권에 관한 통일적인 규정을 최초로 둔 법으로 제1편 20장 536조 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, “유치권의 발생요건으로서 채권과 물권간의 견련관계”, 「법률학의 제문제: 유기천박사 고회기념논문집」, 1988, 401면; 정두진, 전계논문, 26면 재인용).

165) 황태효, 전계논문, 277면; 한삼인·정두진, 전계논문, 153면.

166) 박용석, 전계논문, 221면; 한삼인·정두진, 전계논문, 153면.

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

168) 김성욱, 전계논문, 6면.

건에 대하여 지출한 비용의 상환, 물건에 의하여 야기된 손해배상 및 위자료 외에 점유와 동일한 법률관계 또는 사실관계에서 생긴 채권도 포함된다.<sup>169)</sup> 반면 채무자의 무권원에 대하여 악의인 제3자는 유치권을 취득하지 못한다. 위 규정은 규정체계상 질권에 관한 규정의 일부로 되어 있을 뿐만 아니라 이론적으로도 질권의 일종으로 이해되고 있다. 따라서 처분 및 거래할 수 있는 물건에 대해서 성립하고, 유치권 효력 이외에 경매청구권과 우선변제권도 갖는다.<sup>170)</sup>

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.

또한 위의 같은 조에는 추가로 “상인 간에는 점유와 채권이 그 영업상의 거래로부터 발생한 경우에는 전항의 관련이 성립한다. 채권자가 선의로 수령한 물건이 채무자에게 속하지 않은 경우에도 제3자가 전점유자로부터 권리를 가지지 않는 한 채권자는 유치권을 가진다.”고 규정하고 있다. 한편, 스위스민법상 견련관계에 관해서는 구체적으로 어떠한 경우에 견련관계가 인정되어야 할 것인가에 대해서는 신의성실의 원칙을 고려하여 판단할 수 있다.

스위스민법에서 견련관계를 신의성실의 원칙에 의하여 파악하고자 했던 이유에 관하여는 유치권이 로마법상의 악의의 항변으로부터 비롯된 제도라는 것과 유치권제도는 신의성실의 원칙에 의하여 지배되는데 채무자는 그 자신이 채권자의 반대채권을 이행함이 없이 유치 채권자에게 그 물건의 반환을 청구하는 것은 신의성실 원칙에 위반하는 것이며, 이러한 이해는 우리민법상 유치권제도가 공평의 원칙에서 비롯된다는 설명과 유사하며 독일민법도 유치권제도는 신의성실의 구체적인 형태로서 이해되고 있다고 설명하고 있다.<sup>171)</sup>

---

169) 그러나 쌍무계약상 동시이행의 항변권의 적용례에 대해서는 해석상 채권적 유치권만을 인정한다. 김성욱, 전계논문, 7면.

170) 스위스 민법 제896조, 제897조.

171) 정두진, 전계논문, 33면; 신국미(2004), 전계논문, 141면.

### 3. 프랑스의 개정담보법

1804년 성립한 프랑스민법은 유치권에 관한 통일적인 규정을 두지 않고 있는데<sup>172)</sup> 이에 대한 해석에서 프랑스의 학설 및 판례는 유치권을 단순한 급부거절권으로 보지 않고 담보물권으로 파악하고 있으며, 이러한 유치권이 성립될 수 있는 채권은 물건으로부터 직접적으로 발생한 채권과 물건의 점유에 관련하여 생긴 채권으로 구분하고 있다.<sup>173)</sup>

프랑스에서는 유치권(droit de retention)을 일반적으로 “채무자의 물건을 소지하고 있는 채권자가 자신의 채권이 완전히 실현될 때까지 그 물건의 반환을 거절할 수 있는 권능”이라고 정의하고 있다.<sup>174)</sup> ‘물건의 반환거절권능’을 유치권의 본질로 파악하고 있는 프랑스법리의 입장에서는 동시이행항변권과 유치권을 구별하기가 매우 어려우나, 다음의 이유에서 유치권을 동시이행항변권과 구별하고 있다. 첫째, 유치권은 쌍무계약 뿐 아니라<sup>175)</sup> 질권<sup>176)</sup>은 물론 계약외 관계에서도 발생되기 때문에 동시이행항변권보다 그 적용범위가 넓다.

둘째, 동시이행항변권은 채무불이행의 정도가 미약한 경우에는 인정되지 않고, 항변권의 행사도 불이행의 정도에 비례하여 그 범위가 정해진다. 그러나 유치권은 이러한 제약없이 유치물과 채권과의 견련성만 있으면 인정된다는 점에서 차이가 있다. 프랑스는 2006년 담보법의 개정을 통해 유치권에 관한 명문규정을 신설하였다. 프랑스민법전 제2286조는 종래의 판례 및 학설을 통하여 정립된 유치권 법리를 명문화한 것이라 볼 수 있다.

이 규정은 종래 인정되었던 3가지의 견련성을 명문화하였다. 이를 간단히 설명하자면 첫째, 약정에 의한 견련성이다. 제2286조 제1항 제1호의 ‘자신의 채권이 실현될 때까지 소지할 수 있는 물건을 제공받은 자가 유치권을 행사할 수 있다’

172) 신국미, “유치권성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8, 131면.

173) 한삼인·정두진, 전계논문, 154면.

174) 남궁술, “프랑스 민법전의 유치권에 관한 연구 -개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로-”, 「민사법학」 제49집 제2호, 2010. 4, 50면.

175) 유치권에 관한 프랑스 법리는 유치권과 유치물이 동일한 계약에서 나온 경우에도 그 견련성을 인정하고 있다.

176) ‘물건의 반환거절권능’을 유치권의 본질로 파악하고 있는 프랑스는 질권과 달리 유치권자의 경매청구권을 부정하고 있기 때문에 프랑스는 유치권과 질권을 구별한다. 또한 유치권은 쌍무계약상의 채권에 기초하여 발생할 수도 있기 때문에 유치권을 질권의 한 권능으로만 볼 수도 없다.



라는 것은 질권의 설정 여부에 상관없이 채무변제를 담보할 목적으로 특정의 물건 내지 증서가 채권자에게 제공된 모든 경우를 포함하는 것이며 이는 결국 일반 질권채권자의 유치권은 물론 '약정에 의한 견련성'에 기초한 약정유치권도 명문으로 인정한 것이라고 한다. 둘째, 법적 견련성이다. 제2286조 제1항 제2호의 '미지불된 자신의 채권이 계약에서 비롯되었고 또한 그 계약에 의해 물건의 인도를 부담하는 자가 유치권을 행사할 수 있다'라는 것은 법적 견련성을 기초로 행사되는 유치권을 의미한다. 셋째, 사실적 견련성이다. 제2286조 제1항 제3호의 '물건의 소지에서 발생한 채권이 미지불된 경우의 채권자가 유치권을 행사할 수 있다'라는 것은 사실적 견련성을 기초로 행사되는 유치권을 의미한다. 그리고 2008년 동조 제1항이 개정되어 제4호의 '질권자'는 유치권이 인정되는 채권자에 추가되었다.<sup>177)</sup>

이렇게 신설규정의 실익이 적지 않음에도 불구하고 유치권에 관한 규정을 독립된 장으로 편재하지 않고 단일규정으로 신설함으로써 유치권의 성립요건 및 법률효과 등에 관하여 종래처럼 학설 및 판례에 위임하고 있다는 비판을 받고 있다.<sup>178)</sup> 프랑스민법에서 유치권의 특징을 살펴보면 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.<sup>179)</sup>

프랑스에서는 유치권에 반환거절권능과 대세적 대항력만을 인정할 뿐이며 경매청구권을 부여하고 있지 않는 점에서 우리와 차이가 있다. 이와 같이 유치권의 효력을 원칙적으로 반환거절권능에 제한하고 있기 때문에, 프랑스는 유치권의 요건인 '채권과 유치물 사이의 견련성'을 우리보다는 폭넓게 인정하고 있다.<sup>180)</sup>

그러나 유치권을 물권으로 규정하고 있는 점 등을 고려해 볼 때 우리 민법과 일본민법의 규정은 독일·스위스민법과 직접 관련이 있다기보다는 오히려 프랑스의 판례·학설을 본받은 것이라는 견해도 있다.<sup>181)</sup>

177) 남궁술, 전계논문, 51면.

178) 김성욱, 전계논문, 8면.

179) 신국미(2004), 전계논문, 141면.

180) 남궁술, 전계 논문, 49면.

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

#### 4. 독일의 입법례

독일민법(BGB)은 프로이센일반란트(ALR)법의 영향을 받아 유치권을 채권편에서 채권적 급부거절권(항변권)의 일종으로 규정하여 제273조의 일반적 유치권, 제320조의 동시이행항변권, 제1000조의 특수유치권으로서 점유자의 유치권을 각 규정하고 각각의 경우에 그 적용영역을 달리하고 있다.<sup>182)</sup>

유치권 규정은 민법전 내의 여러 곳에 위치하며 통일적인 유치권의 존재 대신에 하나의 특정된 목적을 위해 그때마다 규정된 여러 종류의 유치권으로 존재한다.<sup>183)</sup> 독일민법상의 유치권의 성격은 급부거절의 항변권에 불과하기 때문에 채권자의 소송상 청구에 대해 유치권을 행사하면 상환급부판결을 받게 되는 효과만 있을 뿐이어서 제3자적 효력이 부인되고, 독일상법 제371조의 상사유치권의 경우와는 달리 유치목적물로부터 우선변제를 받을 수도 없다.

독일민법은 제320조에서 쌍무계약상 동시이행항변권을 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.<sup>184)185)</sup>

독일민법상의 유치권은 그 법적 성질이 채권이기 때문에 반대채권의 채무자에 대해서 주장할 수 있는 권리에 불과하다.<sup>186)</sup> 즉, 독일민법 제273조 제1항은 ‘동일한 법률관계에 기하여’ 발생한 청구권은 견련관계가 있다고 하여 채권적 유치권을 인정하고 있다. 따라서 유치목적물의 매수인은 소유권에 기하여 유치권자에 대하여 목적물의 인도를 청구할 수 있다.

또한 부동산에 대하여 제3자에 의한 강제집행절차가 개시된 경우에도 유치권자의 점유는 채권법상의 지위에 있게 된다. 그런데 위와 같은 원칙에는 예외가 존

182) 한삼인·정두진, 전계논문, 153면.

183) 신국미(2004), 전계논문, 131면.

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

185) 한삼인·정두진, 전계논문, 154면; 정두진, 전계논문, 30면-31면.

186) 김성욱, 전계논문, 8면.

재하는데, 점유자가 물건에 비용을 지출한 경우이다. 이때 점유자의 유치권이 제3자에 대한 대항력을 가지는지 여부에 대하여 법문상 명백하지는 않지만, 적어도 필요비의 지출에 의해 물건의 소유자는 직접적인 채무자가 되기 때문에 소유자는 타인 채무의 담보로서가 아니라 자기 채무의 담보로서 유치권의 대항을 받게 된다. 다음으로는 채권양도의 경우이다. 독일민법 제404조는 ‘채무자는 채권양도 당시 양도인에 대하여 성립하고 있던 대항사유를 가지고 양수인에게 대항할 수 있다’고 규정하고 있기 때문에 유치권자는 새로운 채권자에게 대항할 수 있다.<sup>187)</sup>

## 5. 일본의 입법례

일본의 구민법은 유치권을 동산질, 부동산질, 선취특권, 저당권과 함께 담보물권의 한 유형으로서 채권담보편 제2부 물상담보 제1장 유치권(제92조 내지 제96조)에 두었다. 일본 구민법은 일반원칙과 개별규정을 같이 두었다. 일본 구민법전의 여러 개별규정은 프랑스민법의 영향을 받은 특징이 있고, 유치권의 대세적 효력을 승인하였다. 현행 일본민법은 명치 31년(1898년)에 제정되었다.

일본민법은 유치권을 일본 구민법과 같이 유치권을 담보물권으로 하여 제2편 물권 제7장에 두었다(제295조 내지 제302조). 우리 민법도 일본민법과 같이 유치권을 담보물권으로 보며, 제2편 물권 제7장에 규정해 두고 있다(제320조 내지 제328조).<sup>188)</sup> 일본민법 제295조 제1항은 “타인 물건의 점유자가 그 물건에 관하여 생긴 채권을 가진 경우에는 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있다. 그러나 그 채권이 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.”고 규정하면서, 동조 제2항에서 “전항의 규정은 점유가 불법행위에 의하여 시작된 경우에는 적용하지 아니한다.” 등의 조문을 고려해 보면 우리 민법과 마찬가지로 유치권을 물권으로 파악하고 경매신청권 등을 인정하고 있으며, 또한 유치권 문제에 있어서도 우리와 비슷한 문제를 가지고 있다.<sup>189)</sup>

187) 이상태, “유치권에 관한 연구: 대항력제한을 중심으로”, 『토지법학』 제26-1호, 한국토지법학회, 2010, 91면.

188) 정기웅, “일본 메이지민법(물권법: 지역권·유치권)의 입법이유 분석”, 민법개정의 성과와 과제, 『민사법학』 제60호, 한국민사법학회, 2012. 9, 517면.

한편, 일본의 유치권제도는 프랑스 민법전을 기초로 프랑스 학설 및 판례에 독일의 판택텐제도를 혼합하여 유치권을 통일적으로 규정하고, 유치권자가 채권의 변제를 받을 때까지 물건을 유치할 수 있는 권능 외에 우선변제권이나 환가권은 인정하고 있지 않다.<sup>190)</sup>

일본민법은 유치권이 물권이라는 점, 그 성립요건, 유치권이 동산뿐 아니라 부동산에도 미친다는 점, 유치권자에게 과실수취권, 경매청구권, 비용상환청구권을 인정하고 있으며, 또한 일본 민사집행법(제59조 4항)은 부동산 위에 존재하는 유치권은 부동산 강제집행에 의해 그 효력을 상실한다는 규정이 적용되지 않는다고 하여 매수인으로 하여금 유치권에 의해 담보된 채권을 변제할 책임을 지도록 한 것은 우리 민사집행법(제91조 제5항)과 같다는 점 등 여러 가지 면에서 우리나라 민법과 거의 흡사하다고 볼 수 있다.<sup>191)</sup>

우리 민법은 현행 일본민법의 상당 부분을 계수하였는바 유치권에 관하여서도 마찬가지이다. 그러나 일본민법은 우리 민법과 달리 타인의 물건만을 그 대상으로 한정하여 유가증권을 그 대상으로 하고 있지 않다는 점에서 다르다.<sup>192)</sup>

그러나 일본민법전이 시행된 이후 민법학자들은 이를 체계화하는 과정에서 주로 독일민법전의 법규정이나 독일민법학의 개념 또는 해석론을 전제로 하여 체계화하였으므로 그 해석론이나 민법이론은 전적으로 독일논리에 의지하였다.<sup>193)</sup> 다만 일본의 유치권이 독일법에 있어서 유치권의 구성에 따른 것이 아니라, 프랑스 민법학에 있어서 오랫동안 논쟁의 대상이었던 ‘물권성’을 명확한 모습으로 계승한 것이고, 더욱이 독립한 물권으로서 일보를 전진시킨 것이었다.<sup>194)</sup>

한편 일본민법에서는 물건에 대한 필요비, 유익비는 유치권에 기하지 아니하고도 우선변제를 받을 가능성이 확보되어 있다. 즉, 일본민법 제325조 제1호 및 제2호는 부동산보존 및 공사에 관한 선취특권을 인정하여, 이를 등기함으로써 먼저 등기된 담보권보다 우선하여 변제를 받을 수 있는 것이다.<sup>195)</sup>

189) 장건, “일본민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구”, 「법과정책」 제18집 제1호, 제주대학교 법과 정책연구소, 2012. 2, 346-347면.

190) 김기찬, “부동산 경매에서 유치권의 개선에 관한 연구”, 건국대학교 대학원, 박사학위 논문, 2008, 89면.

191) 오시영, “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 「토지법의 이론과 실무」, 지암이선영박사의회갑기념 논문, 법원사, 2006, 187면.

192) 박용석, 전계논문, 224면.

193) 문홍안, “재산권이전형담보의 범구조적 연구”, 건국대학교 대학원, 박사학위논문, 1990, 189-200면.

194) 신국미(2004), 전계논문, 26면.

그러나 토지와 건물이 별개의 부동산이고 특히 부동산공사의 선취특권은 사전에 비용 예상액을 등기하여야 하는데 그 절차가 번잡함은 물론이고 건물신축공사의 경우 건물 자체가 존재하지 아니한다는 문제가 있기 때문에 그 실효성이 의문시되고 있다.<sup>196)</sup>

현행 일본민법은 유치권을 구일본민법과 마찬가지로 ‘담보물권’으로서 규정하고, 그 효력으로서 불가분성(제296조), 과실수취권(제297조), 유치권자의 책임(제298조), 유치물에 가하여진 비용상환청구권(제299조), 유치권과 피담보채권의 소멸시효(제300조) 등의 내용을 계승하고 있으며, 구민법하에서 문제가 되었던 유치권자에 의한 목적물의 사용·임대·담보의 금지를 분명히 하고(제298조 제2항), 대담보공여에 의한 유치권의 소멸청구(제301조)<sup>197)</sup>, 점유의 상실에 의한 소멸청구(제302조)를 인정하고 있다.<sup>198)</sup>

## 6. 미국의 유치권제도 -건축공사 우선특권제도를 중심으로-

미국에서는 부동산 부담에 대하여 금전적 부담과 비금전적 부담을 구분하며 금전적 부담인 담보물권은 소유자의 의사에 따라 임의 담보물권과 법정담보물권으로 나뉜다. 임의 담보물권은 부동산 소유자의 동의 하에 설정되는 것으로서 부동산 매수자가 주택용지를 얻기 위해 설정해 주는 모기지나 신탁증서에 의한 담보를 그 예로 들 수 있다. 법정담보물권은 미지불된 채무가 부동산에 담보물권의 부담을 가져올 수 있다고 법률에 근거 규정이 있는 경우에 성립한다. 법정담보물권에는 세금담보물권, 법원판결에 의한 담보물권, 부동산 건축이나 개조공사를 담당할 사람들에게 주어지는 공사참여자 담보물권(Mechanic Lien), 설계전문직업인 담보물권, 가압류 등이 있다.<sup>199)</sup> 그중에서 우리 민법의 유치권제도와 비교할 부분은 건축공사 우선특권제도이다.

195) 황희상, 전계논문, 69-70면.

196) 이동진, “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”, 「민사법학」, 제49-1호, 한국민사법학회, 2010, 70면.

197) 제301조(담보제공에 의한 유치권의 소멸): 채무자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.

198) 김기찬, 전계논문, 96면.

199) 양해진, “민사집행법상 부동산유치권의 문제점과 개선방안”, 고려대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2011. 2, 91면.

건축공사 우선특권을 최초로 입법한 주는 메릴랜드(Maryland)주이다. 1791년 12월에 메릴랜드 주의회는 새로운 주택을 건설하는 노동자와 자재공급업자들에게 우선특권을 보장하는 법률을 통과시켰다.<sup>200)</sup>

이는 부동산의 개량을 위해 노무, 서비스 및 재료를 제공하고 대금을 변제받지 못한 사람의 채권을 다른 일반채권자보다 목적물에서 우선변제를 받을 수 있는 권리를 말한다. 이 건축공사 우선특권제도는 미국 독립 후 워싱턴 D.C. 건설과정에서 건설의 촉진을 위해 공사 수급인과 재료공급자의 채권을 확보해 준 것에서 유래한다. 최근에는 건설업계가 전문화되고 계층적으로 도급단계가 이루어져 주로 하수급인이나 재료 공급자를 보호하는 방향으로 바뀌고 있다고 한다.<sup>201)</sup>

건축공사 우선특권제도는 타인의 부동산을 개량한 건축공사업자나 자재공급자 등과 같은 공사참여자들이 그 부동산 소유자로부터 공사대금을 지급받지 못한 경우에 그 지급의 확보를 위하여 그 부동산에 관하여 우선특권을 설정할 수 있는 권리를 말하며, 미국 주법에 의하여 공사참여자들에게 주어지는 법정담보권의 일종이다.

미국의 모든 주는 mechanic lien 또는 construction lien이라 불리는 담보권에 관한 성문법을 가지고 있다.<sup>202)</sup> 동법의 목적은 부동산의 가치의 증가에 기여한 노동자나 자재 또는 장비 등을 제공한 수급인, 하수급인, 자재공급자 또는 그 노동자들(이하 ‘공사참여자들’이라고 함)을 보호하기 위한 것이다. 따라서 위 공사참여자들의 우선특권은 법정담보물권의 일종으로 볼 수 있다. 이점에서는 민법의 부동산 유치권제도와 유사하다. 미국 건축공사 우선특권제도는 점유가 아니라 등록 또는 등기를 요건으로 하고 있고, 우선특권자는 위 부동산의 매각대금에 관하여 주성문법이 정하는 일정한 요건 하에서 다른 권리자에 비하여 우선변제를 받을 수 있는 권리(선취권)가 있다는 점에서 큰 차이가 있다.<sup>203)</sup>

한편, 미국 주법상의 건축공사 우선특권자는 우선특권을 설정함에 있어서 부동산 소유자의 승낙없이 곧바로 관할 등기소에 등록을 신청할 수 있는 권리임에

200) Cameron, Jr., supra note 9, ¶16-2. 이종구, “미국의 주법상의 건축공사 우선특권과 부동산 유치권의 비교법적 연구”, 「비교사법 연구」 제19권 제2호(통권 제57호), 2011, 589면에서 재인용.

201) 함성호, “부동산 유치권에 관한 연구”, 전북대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2011, 36면; 김현미, 전계논문, 40면.

202) Cameron, Jr., supra note 9, ¶16-1. 이종구, 전계논문, 586면에서 재인용.

203) 이종구, 전계논문, 586-587면.

반하여 우리 민법상의 수급인의 저당권설정등기청구권은 채권적 청구권이므로 도급인이 수급인의 청구에 응하여 승낙을 하고(도급인이 저당권설정등기에 협력하지 않는다면 의사의 진술을 명하는 판결을 받아야 할 것임) 등기를 하여야만 비로소 저당권이 성립하는 점에서 차이가 있다. 미국 주법상의 공사업자 등의 우선특권은 주법에 의하여 인정된 제도이기 때문에 주에 따라서 그 성립요건이나 절차 및 효과 등이 다르다는 점을 유의하여야 한다.<sup>204)</sup>

## 7. 각국의 유치권제도 비교분석

로마법상의 악의의 항변(*exceptio doli*)에서 유래된 유치권제도는 채권 또는 물권으로 각 나라마다 다른 제도로 변화하여 발전되어 왔다. 로마법상 악의의 항변권은 우리 민법에서 인정되고 있는 담보물권이 아닌 특정인에 대한 급부거절권능인 인적항변이다.<sup>205)</sup>

스위스민법상 유치권의 규정은 제한물권으로서 동산질권의 장에 통일적으로 규정되어 있으며 경매권은 인정되지 않는다. 유치권의 체계는 물권적 유치권, 채권적 유치권, 동시이행의 항변권으로 구분할 수 있다는 점에서 우리 민법상의 유치권제도와 유사하다고 할 수 있으나, 유치권을 부동산에는 적용하지 않은 점이 다르다. 따라서 스위스민법상에서의 유치권은 부당한 유치권자의 난립 문제는 발생하지 않는다.<sup>206)</sup>

프랑스는 유치권에 관한 통일적인 규정을 두지 않고 개별적인 급부거절권능 형식으로 규정하고 있다. 이에 따라 유치권에 대해서 학설·판례는 동시이행의 항변권과 독립된 유치권으로 나누고 있는 것이 일반적인 견해이다. 유치권이 성립될 수 있는 채권은 물건으로부터 직접적으로 발생한 채권과 물건의 점유에 관련하여 생긴 채권으로 구분하고 있다. 즉, 전자를 물적 견련관계가 있는 유치권, 후자를 법적 견련 관계가 있는 유치권이라고 한다.<sup>207)</sup> 프랑스민법에서의 유치권은 통

204) 이종구, 전제논문, 587면.

205) 박종렬, “부동산경매에 있어서 유치권신고의무”, 「한국콘텐츠학회논문지」, 제11권 제2호, 한국콘텐츠학회, 2011. 2, 411면.

206) 황희상, 전제논문, 71면.

207) 염규석, “유치권의 견련관계”, 「재산법연구」 제17권 제1호, 한국재산법학회, 2000, 85면.

일적인 개념이 아니라 개별·구체적인 항변권으로서 그 속에 동시이행의 항변권이 내포되어 있다는 점에서 독립적이고 통일적인 유치권을 가지면서 동시이행항변권 제도를 갖춘 우리 민법 구조와 분명한 차이점을 보여주고 있다.<sup>208)</sup>

독일민법에서의 유치권은 채권자에 대한 청구권을 가지는 경우에 그 채무자가 받을 반대급부가 이행될 때까지 자기의 급부를 거절할 수 있는 일반적 유치권의 규정을 가지고 있다. 우리 민법과 다른 점은 독일민법상의 유치권은 급부거절의 항변권에 불과하므로 채권자의 재판상 청구에 대해 유치권을 행사하면 이는 상환급부판결을 이끌어 내는 효과만을 가지고 있기 때문에 제3자에 대한 효력은 부인되고,<sup>209)</sup> 결국 물권성이 부인되는 것이다.<sup>210)</sup>

일본민법상의 유치권은 물권이라는 점, 유치권의 객체로 동산과 부동산이 적용된다는 점, 유치권자에게 과실수취권, 경매청구권, 상환청구권, 우선변제권 등을 인정하고 있어 우리 민법상의 유치권제도와 비슷하다고 할 수 있다. 그러나 유가증권은 대상으로 하지 않는다는 점에서 차이점을 보인다. 일본민법상의 유치권제도는 프랑스의 학설 및 판례, 독일의 판택텐식 편제의 영향을 받아 물권편에 통일적으로 규정하면서도 독일의 채권적 유치권에 준하여 급부거절권으로 하여 외형은 물권인데 실질은 채권의 기형적인 권리로 되었다.<sup>211)</sup>

미국의 건축공사 우선특권제도는 법정담보물권의 일종으로 볼 수 있는데 이점에서는 우리 민법의 부동산 유치권제도와 유사하다. 다만 미국의 경우에는 점유가 아닌 등록 또는 등기를 요건으로 하고 있고, 우선특권자는 위 부동산의 매각 대금에 관하여 주성문법이 정하는 일정한 요건 하에서 다른 권리자에 비하여 우선변제를 받을 수 있는 권리가 있다는 점에서 우리와 큰 차이가 있다.

현행 우리 민법상 유치권제도는 각국 제도의 장단점을 동시에 받아들인 결과의 산물이다. 즉, 유치권제도의 발상지인 프랑스, 독일에서조차 유치권을 채권적 급부거절권으로 구성하여 취급하는데 반하여, 우리 민법은 유치권을 담보물권으로 체계화하면서 이에 대한 구체적인 해석이나 공시의 방법을 구체화하지 않은 범함결의 모습을 보이고 있다.<sup>212)</sup>

208) 신국미(2004), 전계논문, 199면.

209) 한삼인·정두진, 전계논문, 154면.

210) 황희상, 전계논문, 70-71면.

211) 김기찬, 전계논문, 98면.



## 제3장 부동산경매에 따른 유치권 제도의 문제점과 대책

### 제1절 부동산경매에 있어서 유치권의 문제점

#### 1. 부동산경매절차에 따른 유치권 공시문제

부동산등기법 제2조는 등기할 사항을 규정하면서 그 대상을 점유권과 유치권을 제외한 물권과 임차권으로 한정·나열하여 유치권은 등기할 권리가 아님을 명백히 하였다. 따라서 등기할 수 없는 권리인 유치권은 그 공시 방법으로서 점유를 요건으로 한다. 또한 민법 제328조는 점유의 상실로 인하여 유치권은 소멸한다고 규정함으로써 점유는 유치권의 성립요건임과 동시에 존속요건임을 밝히고 있다.<sup>213)</sup> 따라서 현행 민사집행법에 따른 부동산 경매에 있어서는 아래 3가지 방법에 의해서만 유치권의 존재를 알 수 있을 뿐이다.

##### (1) 이해관계인의 권리신고

민사집행법 제90조의 이해관계인이 되기 위해서는 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명하여 매각허가결정이 있을 때까지 집행법원에 신고하여야 한다.<sup>214)</sup>

즉, 유치권자도 매각허가결정 이전에 유치권의 권리가 있음을 신고하고 그 권리의 원인이 되는 채권관계에 관한 증거를 제시하여야 한다. 그러나 부동산 경매시 유치권의 성립조건에 이해관계인인지 여부는 관계가 없기 때문에 권리신고를 필

212) 황희상, 전계논문, 71면.

213) 임운곤, “부동산경매에 있어 유치권의 문제점에 관한 연구-유치권 제도개선 방안을 중심으로-”, 건국대학교 부동산대학원, 석사학위논문, 2012. 2, 38-39면.

214) 법원은 매각기일과 매각결정기일을 이해관계인에게 통지하여야 하는 바, 여기서 이해관계인이라 함은 압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자, 채무자 및 소유자, 등기부에 기입된 부동산 위의 권리자, 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명할 자를 말하는 것이고, 경매절차에 관하여 사실상의 이해관계를 가진 자라 하더라도, 동 조항에서 열거한 자에 해당하지 아니한 경우에는 경매절차에 있어서의 이해관계인이라 할 수 없으므로, 가압류를 한 자는 위 조항에서 이해관계인이라 할 수 없고, 배당을 요구하지 않은 집행력 있는 정본을 가진 채권자도 역시 위 조항에서 말하는 이해관계인이 아님을 명백하다(대법원 1999. 4. 9. 선고 98다53240 판결); 또한 동 조항에서 열거한 자에 해당하지 아니하는 경우에는 경매절차에 있어서의 이해관계인이라고 할 수 없으므로, 배당요구를 한 임금채권자는 위 조항에서 말하는 이해관계인이라 할 수 없다(대법원 2003. 2. 19. 자 2001마785 결정).

요로 하지 않을 뿐더러 유치권자가 그 권리에 대한 신고를 하여 이해관계인이 되지 않아도 유치권은 성립한다. 다시 말해 매각허가결정 이전까지 이해관계인으로서 권리신고를 하지 않은 경우일지라도 단지 이해관계인이 되지 않을 뿐으로 이러한 경우에도 유치권은 성립한다. 따라서 매각물건명세서상에 기재가 되지 않아서 이해관계인이 되지 못하는 유치권자가 매수인에게 특히 문제된다.<sup>215)</sup> 현행 경매제도는 유치권자에 대하여 유치권에 대한 채권신고를 강제하지 않고 있기 때문에 경매절차의 이해당사자들에게 불확실성을 주고 있다.<sup>216)</sup>

즉, 유치권자는 경매절차에서 유치권을 신고할 경우에만 이해관계인이 되어 경매절차에 참가할 수 있는 권리를 보장받을 수 있다.<sup>217)</sup> 특히 유치권신고의 경우 특별한 형식을 요하지 않기 때문에 유치권주장자의 신고가 있는 경우 경매법원은 이를 받아 줄 수밖에 없기 때문에 정당한 권원의 유무에 관계없이 채권이 성립된 것과 같이 매각물건명세서상에 “유치권 성립 여지 있음” 등의 문구를 표기하여 경매참가자들의 주의를 환기하고 있다.

## (2) 법원 현황조사의 문제점

현황조사는 경매법원이 집행관에 명하여 경매부동산의 현상, 점유관계에 관하여 조사를 하도록 되어 있으나 실제 현황조사는 다소 형식적인 면에 치우쳐 임차인을 면담하지 못하는 경우 “폐문부재로 점유관계 불명확함” 등의 사유를 기재하고 종료하는 경우가 많다. 따라서 유치권의 존부 및 유치권자의 진정성 등의 확인이 어려운 실정이다. 유치권자의 권리신고시 집행관은 그 신고서를 바탕으로 여러 차례의 현장조사를 통하여 유치권자에 대한 조사 즉 유치권자의 유형, 유치권의 가액, 점유상태에 대한 조사를 하여야 하며, 특히 유치권자의 점유는 성립요건인 동시에 존속요건이므로 점유상태에 대해서는 철저한 조사가 이루어져야 하지만 그러하지 못하는 실정이다.<sup>218)</sup> 이에 대하여 집행법원은 집행관에 의한 경매부동

215) 황종술·민규식, “부동산 경매절차상 허위·과장유치권 근절을 위한 대책”, 「한국주거환경학회지」 제6권 제2호(통권 제10호), 주거환경, 2008. 12, 105면.

216) 정영수·기우일, “부동산경매실무 절차에 있어서 유치권의 문제점과 대책에 관한 소고”, 「대한부동산학회지」 제24권, 2006, 109면.

217) 황희상·김동현, “부동산경매 활성화에 관한 연구”, 「2011추계종합학술대회지」 제5권 제2호, 한국전자통신학회, 2011, 79면.

산의 현황조사시 조사내용을 좀 더 구체적이고 명확하게 할 수 있도록 명령하여야 할 것이다. 민사집행법 제85조 제1항은 예시에 불과하다고 해석된다. 예를 들어 매각조건의 결정, 최저매각가격의 결정 및 인도명령의 허부 판단 등을 함에 필요한 부동산에 관한 사실관계 및 권리전반에 걸친 것이 여기서 말하는 현황으로서 모두 본조의 조사할 사항에 속한다 할 것이다.<sup>219)</sup> 그러나 실무에서는 현황조사사항을 부동산의 현상 및 점유관계, 임대차관계, 그 밖의 현황 등 크게 셋으로 나누고 전자에 속한 사항으로는 그 부동산의 위치 및 현상, 부동산의 내부구조 및 사용용도 등과 부동산의 점유자와 점유권원을, 그리고 임대차에 속하는 사항으로는 임차목적물, 임차인, 임차내용,<sup>220)</sup> 주민등록전입 여부 및 그 일자, 확정일자 여부 및 그 일자 등을 조사하도록 하고 그 조사사항을 세분하여 조사명령을 발하고 있다.

집행법원이 집행관에게 명하여 점유자 및 점유권원을 조사할 때 이해관계를 좀 더 철저히 조사해야 할 필요가 있다. 즉, 점유자의 지위가 임대차관계에서의 임차인으로서 점유하는지, 아니면 유치권에 의한 점유를 하는지에 대해 명확한 조사를 명하여야 한다. 특히 유치권을 주장하는 경우에는 그 사유를 기재하고 관계서류를 신고할 수 있도록 해야 한다. 집행관이 3회 이상 방문하여 점유자를 만나지 못한다면 만날 수 없는 이유를 명확히 제시할 것을 요구하고, 이에 대한 정황자료를 제공받을 수 있도록 해야 한다. 또한 일정기간이 지나면 점유자를 만날 가능성이 있는 경우에는 경매기일을 연기하더라도 점유자를 접촉한 후 현황조사를 재작성할 수 있도록 해야 한다.

경매가 진행 중인 부동산을 점유하고 있는 점유자 중에는 고의적으로 현황조사를 하는 집행관을 회피하고 추후 매각기일 후에 모습을 드러내 매수인과의 갈등을 일으키는 사례가 빈번하기 때문이다.<sup>221)</sup> 이러한 유치권주장자들은 진정한 유치권자가 아닐지라도 이에 대응하는 매수인은 상당한 시간과 금전적인 손해를 입을 가능성이 높다.

---

218) 박성민, “부동산경매에 있어서 유치권에 관한 연구”, 창원대학교 대학원, 박사학위논문, 2007, 197면.

219) 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행(II)」, 2003, 128면.

220) 보증금, 전세금, 임대차기간 등.

221) 황중술·민규식, 전계논문, 113-114면.

### (3) 법원의 매각물건명세서의 문제점

매각물건명세서는 사법보좌관에 의해 작성되며, 현황조사보고서를 근거로 매각물건인 부동산에 대하여 부동산의 표시, 점유관계와 관계인 진술, 매각으로도 그 효력을 잃지 않는 권리, 가처분, 지상권, 유치권 등을 기재한 서면으로 공신력은 없고 법원의 인식을 기재한 사실서면의 성격을 가진다.<sup>222)</sup> 이러한 매각물건명세서는 현황조사보고서와 감정평가서사본과 함께 매각기일의 1주일 전부터 비치하여 누구든지 열람할 수 있도록 하고 있다.<sup>223)</sup> 또한 비치기간 중 법원의 집무시간 내에서는 법원 경매계에 방문하는 누구라도 자유로이 열람할 수 있으나 복사권은 인정되지 않고 있다. 그리고 매각물건명세서를 비치하지 않았거나 비치기간을 지키지 않은 경우 중대한 하자로 보아 매각허가에 대한 이의사유가 되며, 직권에 의한 매각불허가 사유가 된다.

매각물건명세서는 경매절차에 있어서 매각부동산의 현황을 되도록 정확히 파악하여 일반인에게 그 현황과 권리관계를 공시함으로써 매수희망자가 매각부동산에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 있도록 하여 예측하지 못한 손해를 입는 것을 방지하고자 함에 있기 때문이다.<sup>224)</sup>

그러나 유치권자는 그 성립의 전후에 관계없이 입찰목적물에 유치권의 효력을 행사하여 매수인에게 대항할 수 있으므로 이를 악용하여 친척이나 지인 또는 제3자와 공모하여 가장유치권을 행사하거나 유치권비용을 지나치게 과장되게 신고를 하여 다른 입찰자에게 입찰을 못하게 하거나 또는 유치권자가 응찰하여 매수가격의 저감이익을 보려는 매수신고인이 많다. 매각물건명세서에 유치권이 표기되었다 하더라도 매각물건명세서에는 실체적 권리까지 확정하는 효력이 없기 때문에 매수인은 후일 명도 소송 등을 통해 유치권의 부존재가 입증되면 유치권자

222) 황희상·김동현, 전계논문, 79-80면.

223) 김득수, “부동산 경매에서 유치권제도 개선방안에 관한 연구”, 전주대학교 대학원, 박사학위논문, 2011, 17면; 매각물건명세서는 매각기일마다 그 1주 전까지 부동산의 표시, 부동산의 점유자와 점유권원, 점유할 수 있는 기간, 차입 또는 보증금에 관한 관계인의 진술, 등기된 부동산에 관한 권리 또는 가처분으로 매수에 의하여 그 효력이 소멸되지 아니하는 것, 매각에 따라 설정된 것으로 보게 되는 지상권의 개요 등을 기재하여 작성한 다음 그 사본을 법원에 비치하여 누구든지 볼 수 있도록 해야 한다. 매각물건명세서에 중대한 흠이 있는 경우에는 매각허가에 대한 이의사유 및 더 나아가 직권에 의한 매각불허가 사유가 된다.

224) 김득수, 전계논문, 17면.

의 채권액을 부담할 필요가 없다.<sup>225)</sup> 하지만 그렇게 되기까지 매수인에게는 많은 시간과 막대한 비용 손실이 발생한다. 그리고 매각물건명세서에 충분히 유치권의 성립 여부를 표기하지 않아 일반 입찰참가자의 입찰참가를 저해하는데 문제점이 있는 것이다.

## 2. 유치권신고의 허위·과장신고 남용

경매법원에 유치권이 신고된 경매 물건은 보통 2-4차례 유찰을 거듭하고, 최저매각가는 적게는 20%에서 80%까지도 하락하는 경우가 많다. 따라서 소유권자는 유치권으로 인해 자신의 소유물이 헐값으로 매각되는 불이익을 보게 되는 것이다. 피해를 보는 것은 소유자 뿐만 아니라 근저당권자, 대항력 있는 임차인, 일반 채권자 등 매각대금에서 배당을 받을 수 있는 모든 이해관계자들도 피해를 입을 수 있다. 헐값에 매각되어서 배당금이 충분하지 못하면 이들은 충분한 배당을 받지 못하기 때문이다.<sup>226)</sup>

또한 채권자가 유치권을 악용하는 사례가 있는바, 유치물이 헐값에 매각되어 소유권자가 입는 불이익을 이용하여 허위의 유치권을 신고하거나, 실제보다 많은 채무액을 주장하면서 채무자를 압박하는 경우, 소유권자가 유치권을 악용하는 경우로 소유권자가 자신의 배우자나 친인척의 명의로 허위의 유치권을 신고하는 경우나 제3자와 공모하여 허위 신고하여 최저매각가를 하락시킨 뒤 배우자나 친인척 또는 제3자 명의로 저가로 매수하기 위해 행해지는 경우 등이다.

더 나아가 유치권을 전제로 한 각종 범법행위 등이 형사상의 문제가 된다. 유치권은 물건에 대한 상대방의 점유반환청구권을 거부할 수 있는 강력한 권리이다. 따라서 받지 못한 공사대금 등 채권을 빌미로 적법하지 못한 방법으로 점유를 강탈하는 범죄를 저지르거나, 또는 유치권자로서 점유권을 가지고 있다는 것을 계기로 부동산에 대한 수선행위 등 상대방의 정당한 권리행사마저 방해하는 범 죄행위가 발생하기도 한다.

허위유치권을 신고한 후 소유권자(매수인)에게 부당한 금원을 요구한 경우에는

225) 황중술·민규식, 전계논문, 105면.

226) 이동명·장윤환, “허위유치권행사의 형사법적 문제”, 「법학연구」 제47집, 한국법학회, 2012. 8, 202면.

공갈죄(형법 제350조)가 성립될 수 있으며, 비록 유치권이 성립하였다 하더라도 유치권을 기화로 소유권자에게 채무액보다 훨씬 상회하는 금원을 요구하는 경우에는 부당이득죄(형법 제349조)가 성립될 수도 있다.<sup>227)</sup>

한편 유치권에 대하여 행해지는 각종 범법행위 등이 형사상 문제되기도 한다. 즉, 유치권자에 의해서가 아니라 반대로 유치권자에 대해 행해지는 범죄행위도 적지 않다. 유치권은 소유권자의 점유반환을 거부할 수 있는 권리이므로 유치권의 부담을 느낀 소유자나 채무자의 불법적인 방법으로 점유를 탈환하기 위한 과정에서 폭력행위 또는 권리행사방해죄(형법 제322조)와 같은 범죄행위가 적지 않게 발생하고 있다. 비록 자신의 소유라고 하더라도 엄연히 유치권자가 점유권을 행사하는 상태에서 물건을 훼손하는 행위는 소유권자라고 하더라도 처벌될 수 있는 것이다.<sup>228)</sup>

그러나 현실은 대부분 허위·과장신고남용으로 인해 발생하는 부작용에 대해 그 심각성을 인정하면서도 특별한 해결방안이 없이 이해관계인들끼리 민·형사상 해결하도록 방치하고 있는 것이 전국적인 현상이다. 이러한 유치권 허위·과장신고의 남용은 결국 법원의 공시방법의 미비와 형식적인 현황조사 및 신고에 대한 특별한 조사없이 기재되고 유치권이 실질적 우선변제권을 가지고 있는 제도인 점을 적절히 이용하고 있는 것이다.<sup>229)</sup>

### 3. 특권적 지위를 이용한 문제점

새로운 민사집행법이 시행되면서 채권자 등의 배당요구 종기를 매각기일 이후에서 이전으로 변경함에 따라 경매참가자들이 매각기일 이전에 매각조건이 확정된 상태에서 경매에 참여함으로써 위험부담을 줄여 경매부동산도 안전하다는 인식이 확산된 것은 사실이지만 부동산 경매절차에서 유치권을 주장하는 자의 권리신고의 남발로 인해 많은 문제점이 제기되고 있다.

유치권자의 특권적 지위를 살펴보면 첫째, 유치권의 경우 점유를 그 성립 및 존

---

227) 부당이득죄가 성립하려면 유치권자가 청구하는 금액이 부당하게 큰 금액이어야 하므로 통상 약간 과장된 청구금액만으로 부당이득죄로 구울하기는 어렵다고 볼 수 있다.

228) 이동명·장윤환, 전계논문, 203면.

229) 임윤곤, 전계논문, 40-41면.

속요건으로 하고 당해 부동산에 대한 매각으로 배당이 이루어지기까지 당해 부동산에 관하여 발생한 모든 채권에 대하여 순위 여부에 상관없이 다른 어떠한 담보물권자보다 우선적으로 변제를 받을 수 있다. 이것은 물권적 효력으로서 순위의 원칙을 잠탈하게 되므로 우리 민법의 규정체계와도 모순된다.

둘째, 유치권자는 인도명령의 상대방이 될 수 없기 때문에 유치권의 성립여부에 대한 법원의 결정이 있기 전까지는 매각부동산을 점유할 수 있다는 점이다. 비록 매수인이 부동산관리명령을 활용할 수 있지만 부동산관리명령은 매각허가결정 후 인도 요구에 응하지 않으면 강제할 수 없는 점 등에 비추어 보면, 매각부동산의 유치권자가 목적물을 점유하는 과정에서 가격감소행위를 한다면 매각목적물의 보전을 위한 뚜렷한 사전 예방책이 없다.

경매실무에서 유치권자가 유치권에 대한 권리신고를 하였을 경우 그 진위여부에 대한 소송의 결과를 보면 유치권의 성립에 대해 법원이 인정하지 않은 사례는 전체 유치권 신고 건수의 80-90%를 육박할 정도이다. 이러한 결과는 유치권자가 유치권자의 특권적 지위를 이용하기 위하여 권리신고를 남발·악용하기 때문이다.<sup>230)</sup>

#### 4. 부동산경매절차상 나타나는 유치권제도의 악영향

##### (1) 매각가격의 저감 현상

경매목적물인 부동산에 유치권이 존재할 경우 그 유치권의 부담을 포함한 가격으로 감정평가해야 한다. 따라서 유치권이 있는 매각부동산의 평가는 원칙적으로 대상물건 위에 부담있는 물건과 같이 권리분석작업을 실시하여 부담을 참작하여야 한다. 감정평가시 실질적인 권리분석이 이루어지지 않고 있는 실정이므로 실무에서는 이러한 부담을 감안하지 않은 상태로 부동산을 평가하고 있으며 매각물건명세서에 이에 관한 기재를 하지 않고 있다.<sup>231)</sup>

230) 강봉현, “유치권자의 지위와 관련한 몇 가지 문제점”, 「법과 정책」 제14집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2008. 8, 17면.

231) 정영수·기우일, 전계논문, 109면.

일반입찰예정자들에게 통상적으로 그 유치권을 인수해야 한다는 부담을 가지고 있으므로 입찰참가는 쉽게 이루어질 수 없다. 즉, 유치권의 성립에 대하여 실제적 판단을 하기에 앞서 유치권신고가 있다는 이유로 입찰 참가자는 제한적일 수밖에 없고 결과적으로 매수가격은 정상적인 경매진행 부동산보다 훨씬 낮아진다고 할 수 있다.<sup>232)</sup>

## (2) 타인의 입찰 참가 불가능성 초래

경매부동산에 대한 유치권신고가 있게 되면 일반인들에겐 유치권의 성립여부와 관계없이 신고된 것만으로 앞으로 있을 여러 가지 문제발생의 여지를 생각하기 때문에 쉽게 입찰에 응하지 않으려 한다.

그러나 경매부동산의 실정을 정확히 알고 있거나 유치권을 통모하여 허위 또는 과장 신고한 경우 이해관계인이 단독 입찰하여 타인에 대한 입찰이 배제될 확률이 높다. 따라서 공정한 입찰참여를 방해하는 결과를 가져다주는 부작용을 안고 있다. 만일 유치권을 간과하고 경매가 진행되어 매각허가 결정이 선고되고 그 결정이 확정되었다면, 대금납입 전까지 매수인은 매각허가결정의 취소신청을 할 수 있다.<sup>233)</sup> 대금납부 후일 경우에는 아직 배당 전이면 집행법원에, 배당 후라면 채무자 또는 배당을 받은 채권자에게 대금의 반환을 구할 수 있다는 것이 실무이다.<sup>234)</sup>

## (3) 명도지연으로 인한 손해와 유치권 금액의 인수부담

경매부동산에 대한 매각이 확정된 후 새로운 소유자가 권리를 행사하기 위하여는 목적부동산을 점유하고 있는 유치권자로부터 점유를 이전받아야 하는데 유치권자가 채권에 대한 변제를 지속적으로 요구한다면 소송을 제기하여 그 성립여부와 금액을 확정지을 수밖에 없다. 그러나 이와 관련된 명도소송은 최소 6개월

232) 황중술·민규식, 전계논문, 107면.

233) 대법원 2001. 8. 22. 자 2001마2652 결정.

234) 법원행정처, 「민사집행법 실무연구(민사집행법 커뮤니티 연구자료집)」, 재판자료 제109집, 2006, 41면.



이상 최대 12개월 이상 소요되므로 매수인에게는 그 부담이 가중된다고 볼 수 있다. 또한 유치권이 성립된다면 매수인은 부동산을 인수 받기 위해 유치권자가 주장하는 금액을 부담하여야 한다. 정상적인 유치권 주장자에 대한 인수금뿐만 아니라 허위·과장 유치권자의 금액도 부담하는 것이 경매시장에서의 현실임을 감안할 때, 유치권의 무분별한 신고를 남발하지 않도록 대책을 강구하고 또 신고되지 않는 유치권자가 추후 매수인에게 주장할 수 있는 요건을 한정하여 허위·과장유치권으로 인한 이해관계인들의 거래안전을 보장해야 할 것이다.<sup>235)</sup>

#### (4) 집행에 관한 이의신청에 의한 집행불능

유치권자가 유치물을 인도 거절할 때 그 피담보채권의 인수 여부와 관련하여 양도의 경우 다른 약정이 없는 한 인수되지 아니한다는 점에 이론이 없으나 경매의 경우 민사집행법 제91조 제5항은 매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다고 인수주의를 취하고 있다. 매각으로 소유권이 이전되더라도 유치권은 소멸하지 아니하고 매수인은 유치권으로 담보된 채무를 변제하지 아니하면 부동산을 인도받을 수 없게 된다.

압류의 효력발생 전부터 부동산을 점유하고 있는 유치권자, 저당권설정 전에 취득한 유치권, 압류채권자 또는 선순위저당권자에 대항력이 없는 점유자의 유치권은 포함되고 압류의 효력발생 후에 취득된 유치권에도 채무자의 처분행위에 의하여 생긴 것이 아니므로 압류채권자 및 매수인에게 대항할 수 있다. 이 중에서 제일 문제가 되는 물건은 유치권신고를 하지 않고 있는 점유자를 상대로 인도명령 또는 명도소송으로 판결이 난 후 명도집행시 유치권을 권원으로 한 집행불능이 발생하는 경우이다. 유치목적물의 점유시기에 있어서는 제한이 없다.

유치권자가 유치물을 점유하기 전에 발생한 채권(건축비 채권)이라도 그 후 물건의 점유를 취득했다면 유치권은 성립한다.<sup>236)</sup> 유치권은 담보물권이지만 등기하여 여러 사람에게 공시할 수 있는 권리가 아니기 때문이다. 이 경우 다시 유치물의 점유자를 상대로 소송을 하여 집행해야 하는 부담이 있다. 유치권에 근거하여

235) 황중술·민규식, 전계논문, 107-108면

236) 대법원 1965. 6. 3. 선고 64다193 판결.

부동산의 명도를 지연시키거나 유치권을 악용하여 보상을 받기 위하여 비록 정당한 권원에 의한 것이 아닐지라도 집행에 관한 이의신청으로 인하여 집행불능이 되어 집행이 지연되는 등 많은 문제점들이 노출되고 있다.<sup>237)</sup>

#### (5) 이해관계인의 손해와 국가적 손실

유치권의 성립 여부가 불분명한 유치권이 신고되었다는 이유만으로 인도명령이 아닌 명도소송에 의하여 물건을 명도하게 되면 소송기간이 최소한 6개월 이상 소요되기 때문에 이해관계인에게 손실이 크다. 유치권의 부존재가 입증되면 유치권자의 채권액을 부담할 필요가 없으나 이러한 법률적·원론적 설명에도 불구하고 경매현장의 현실은 채무자 또는 임차인 등이 가장 매수희망자와 담합하여 유치권을 신고한 후 이를 정당한 권원에 기한 유치권 신고라 믿는 선의의 매수희망자에게 응찰을 포기하게 하여 유찰시킴으로써 경매기간이 장기화된 물론 인위적으로 법원의 최저매각가격을 저감시키는 결과를 초래하게 된다. 악의의 유치권자가 응찰하여 낮은 매수가격으로 이익을 보려는 경우가 많으나 매수희망가액이 유치권대상이 되는 목적물을 반드시 매수하여야 하는 경우 이외에는 일반인들이 명도소송까지 감수하면서 매수하는 예는 드물 것이다.

유치권의 성립 여부가 소유자의 의사와는 관계없이 결정되므로 소유자 스스로 유치권의 권리신고 여부를 알 수 없는 경우도 있어서 매수인의 입장에서는 위험한 부담을 안게 되어 불의의 손실을 보게 된다. 부동산을 명도하는 기간의 지연으로 인한 것과 매수가격의 하락으로 인하여 경매절차의 채권자와 이해관계인은 손실을 보게 되고 이를 진행하는 법원의 경비는 그대로 국가적인 손실을 가져오게 된다.<sup>238)</sup>

결국 이러한 손실과 악영향들은 그대로 국민적인 부담이 되고 이러한 악순환을 거듭하게 되면 법치국가의 근간을 흔들어 사회가 불안정해지기 때문에 유치권의 폐해는 그대로 둘 수가 없는 것이다.

---

237) 장윤환, 전계논문, 90-91면.

238) 장윤환, 전계논문, 89-90면.

## 제2절 부동산경매절차상 유치권제도의 문제점 개선방안

### 1. 유치권신고 의무화와 성립의 명확한 공시

#### (1) 신고의 의무화

유치권은 신고 의무가 없어 유치권자는 유치물을 점유하고 있으면 유치권을 주장할 수 있다. 유치권은 소유권자에게 뿐만 아니라 제3자에게도 대항할 수 있는 강력한 물권이다. 이런 강력한 물권적 특성에도 불구하고 현재의 제도 하에서는 경매참여자들이 유치권의 존재 유무를 모르는 상태에서 입찰에 참여하여 불측의 손해를 입을 가능성이 있다. 유치권신고가 되지 않은 물건에 대하여 유치권의 유무를 사전에 알고 입찰에 참여하기란 매우 어려운 일이다. 또한 집행관이 현황조사를 함에 있어 유치권의 존부를 파악하지 못하여 매각물건명세서상에 표시하지 못하였더라도 매각절차에 중대한 하자 사유도 되지 않는다. 안정성을 최우선으로 하는 경매절차에서 이런 문제점은 제도적 개선의 필요성을 제기하게 한다.

유치권을 주장하는 자의 유치권 성립여부를 막론하고 경매참여자의 입장에서는 유치권의 존부를 알아야 할 필요가 있다. 이 점이 유치권신고를 의무화하여야 하는 이유이다. 또한 유치권의 존부를 안다 하더라도 유치권의 주장 내역에 대해서 모른다면 성립여부를 판단할 수 없으므로 유치권 내역도 상세히 공개하여 열람이 가능하여야 한다.<sup>239)</sup>

#### (2) 신고의 서류 양식 개선

유치권자가 법원에 제출하는 신고서의 양식은 현재로서 별도로 규정하고 있지 않다. 그러나 유치권의 특성상 신고서류에라도 그 성립여부를 판단하기 위해서 신고서 양식을 개선할 필요가 있다.

특히 필수적으로 기재할 항목을 살펴보면 첫째, 공사기간과 공사금액, 둘째, 공

---

<sup>239)</sup> 김득수, 전계논문, 135면.

사대금 미회수금액(유치권 신고금액), 셋째, 기수령금액의 영수증 또는 입금증명서(지급방식 증빙서류), 넷째, 점유부동산의 현황 및 도면, 다섯째, 점유기간과 점유사실확인서, 여섯째, 공사계약자와 공사진행개요 등이다.

위의 사항을 필수적으로 기재하여 제출하도록 한다면 허위·과장 유치권신고는 훨씬 줄어들 것이라고 판단된다. 그러나 유치권의 특성상 유치권은 법원에 신고를 하지 않더라도 명도집행시에 유치권을 주장하여 점유이전을 거절할 수 있으므로 이에 대한 보완책이 강구되어야 할 것이다.<sup>240)</sup>

### (3) 집행법원의 심문강화

부동산경매절차는 채권자와 채무자의 이해 조정을 도모하고 집행절차를 신속하고 적절하게 하는 것이 주된 목적이므로 이해관계인의 권리와 의무를 파악하는 것이 무엇보다 중요하다고 할 수 있다.

민사집행규칙 제2조는 “집행법원은 집행처분을 하는데 필요한 때에는 이해관계인, 그 밖의 참고인을 심문할 수 있다.”고 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 집행법원은 매각물건명세서를 작성함에 있어 필요한 경우 유치권을 주장하는 자에 대하여 심문을 할 수 있을 것이다. 이를 통하여 허위유치권이나 과장된 유치권은 어느 정도 사전에 예방할 수 있다.<sup>241)</sup>

그리고 이러한 심문에 응하지 않으면 그가 비록 진정한 유치권자일지라도 유치권의 금액을 차감할 수 있게 한다면, 혹은 벌금 또는 과태료 및 민·형사적으로 제재하는 방안을 강구하여 심문에 반드시 응하게 할 필요성이 있다. 나아가 유치권 권리신고 또는 채권신고를 최고할 수 있는 제도를 의무화할 필요성이 있다. 이러한 규정이 신설되면 유치권의 존재를 명확하게 알 수 있어 유치권의 이해관계자들은 좀 더 법적 안정성을 확보한 상태에서 합리적인 의사결정을 할 수 있을 것이다.<sup>242)</sup>

240) 황중술·민규식, 전계논문, 112면.

241) 정영수·기우일, 전계논문, 110-111면.

242) 황희상·김동현, 전계논문, 81면.

#### (4) 현황조사시 조사내용 개선강화

민사집행법 제85조 제1항은 “법원은 경매개시결정을 한 뒤에 바로 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차임 또는 보증금의 액수, 그 밖의 현황에 관하여 조사하도록 명하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 동 조항에 의하여 집행관은 조사할 권한이 있음에도 불구하고 유치권의 성립요건에 관하여 조사하지 않고 외관만으로 판단한 후 법원에 보고한다. 유치권은 점유만으로 공시의 기능을 다하기 때문에 객관적이고 합리적으로 점유를 표시하는 데 한계가 있다.

따라서 부동산에 관한 점유현황을 보다 적극적으로 파악할 필요가 있고, 현황조사 당시 드러나지 않은 점유권은 경매절차에서 그 권리를 주장할 수 없도록 하는 방안을 모색하여야 한다. 특히 점유는 유치권에 있어서 성립요건이자 존속요건이므로 점유상태에 대해서는 직접 및 간접점유인지의 여부, 잠금장치만 되어 있고 장기간 방치되어 있는지 등 그 유형별로 보다 철저한 조사가 이루어져야 한다. 또한 점유자의 지위가 임대차관계에서의 임차인으로서 점유하는지, 아니면 유치권에 의한 점유를 하고 있는지에 대하여 명확한 조사를 명하여야 한다. 특히 유치권을 주장하는 경우에는 그 사유를 기재하고 관계서류를 신고할 수 있도록 해야 한다. 집행관이 3회 이상 방문하여 점유자를 만나지 못한다면 만날 수 없는 이유를 명확히 제시할 것을 요구하고, 이에 대한 정황자료를 제공받을 수 있도록 해야 한다. 그리고 일정기간이 지나면 점유자를 만날 수 있는 경우에는 경매기일을 연기하더라도 점유자를 접촉한 후 현황조사서를 재작성할 수 있도록 해야 한다.<sup>243)</sup>

#### (5) 입찰 전 유치권 관련서류 공개

유치권이 존재하는 경매물건은 입찰예정자로 하여금 유치권의 내용이 정확히 파악되지 않아서 매각가격이 하락한다고 볼 수 있다. 입찰예정자들은 매각물건명세서상의 유치권 신고 여부와 유치권신고금액만을 확인할 수 있을 뿐, 유치권의 성립여부를 판단하기 위한 자료를 제공받지는 못하고 있는 실정이다.

<sup>243)</sup> 황중술·민규식, 전계논문, 113-114면.

그러나 유치권자가 법원에 제출한 서류 중 개인정보 이외의 사항, 즉 제출된 영수증, 권리신고서, 공사계약서, 점유확인서 등에 대하여 열람이 가능하다면, 추후 소송을 통하여 유치권의 성립여부를 판단하는 문제는 별도로 하더라도 입찰 전에 유치권의 성립여부를 입찰예정자가 판단할 수 있고, 또한 입찰가격의 저감현상을 방지하여 채권자를 비롯한 기타 이해관계인에게 배당의 기회를 더욱 확대할 수 있을 것으로 생각된다.

여기서 집행법원은 유치권자가 유치권에 관한 서류를 제출할 때 관련 증빙서류를 철저히 확인하여 형식적인 서류제출과 심사로 유치권신고서를 남발하는 경우를 제한하여야 한다. 특히, 유치권권리신고서 내용을 철저히 기재하고 관련된 증빙서류를 제출하게 하고 만약 허위 또는 과장된 내용을 신고할 경우에는 이에 대한 처벌조항을 고지하여 허위·과장 유치권신고서를 제한하여야 한다.<sup>244)</sup>

## 2. 소송제도 개선 및 허위·과장 유치권 처벌 강화

### (1) 소송제도 개선

허위 유치권 소송의 목적이 소송시간을 벌기 위한 경우도 많기 때문에 신속한 판결이 이루어진다면 유치권소송 남발도 줄어들 것이다. 현행 재판제도에서 송달방법을 전자우편을 통해서 받을 수 있도록 전자우편 송달제도를 적극 검토하여 활용하면 송달문제로 인한 지연을 대폭 줄일 수 있을 것이다. 그리고 법원은 재판과정에서 조정제도를 더욱 적극적으로 활용한다면 소송기간 단축 뿐만 아니라 명도문제도 원만히 해결할 수 있다고 생각된다.<sup>245)</sup>

### (2) 허위·과장 유치권 신고자에 대한 처벌강화

정상적으로 이루어지는 유치권신고라면 문제가 없지만 채무자 및 소유자가 담합하여 이루어지는 가장유치권신고가 많이 발생하고, 어렵지 않은 유치권 신고절

244) 황중술·민규식, 전계논문, 112면.

245) 김병섭, 전계논문, 87면.

차로 말미암아 유치권신고가 남발되고 있어서 경매절차상 이해관계인들에게 인도의 지연 및 소송비용의 부담을 주고 있으며 유치권이 가진 본래의 순기능보다 역기능이 많다고 할 수 있다. 그리고 처벌을 위해서는 이해관계인의 고소가 있어야 가능하고, 가장유치권 신고자에 대한 처벌은 미약한 수준에 그치고 있다.<sup>246)</sup>

유치권에 관한 소송이 종료되었다 하더라도 허위·과장 유치권자는 점유하고 있는 부동산을 인도해 주면 그만이라는 생각이 만연되어 더욱 악용하고 있는 것이 현실이다.<sup>247)</sup> 따라서 허위·과장 유치권 신고자에게는 형사상 사문서 위조죄(형법 제231조), 경매방해죄(형법 제315조), 업무방해죄(형법 제314조), 사기죄(형법 제347조) 등을 적용할 필요성이 있다.<sup>248)</sup>

또한 비록 유치권이 성립하였다고 해도 유치권자가 유치권을 기화로 소유권자에게 채무액보다 훨씬 상회하는 금원을 요구하거나 받아낸 경우에는 부당이득죄(형법 제349조)가 성립될 수 있다.<sup>249)</sup> 가장유치권 신고자에 대하여 피해를 본 이해관계인들은 형법상 경매방해죄(형법 제315조) 등으로 고소 또는 고발함으로써 강력히 대응할 것이 요청된다.<sup>250)</sup>

더불어서 민사상 이해관계인들에게는 경매절차의 지연과 유치권신고로 인하여 현저히 낮은 가격으로 매각되어 그로 인한 직접적인 손해를 끼쳤으므로 그에 대한 손해배상책임을 지게 해야 한다. 그러나 현행법상 민사책임은 제재수단으로서의 효과를 기대하기 어렵기 때문에 형사상 처벌규정의 강화를 통하여 가장유치권신고를 방지하고 유치권의 남발로 인한 경매절차 지연 및 채권자 등 이해관계인의 손해를 방지하여야 할 것이다.<sup>251)</sup> 그리고 경매법원이 스스로 직권조사 또는 이해관계인의 직권발동을 촉구하는 의미의 단서를 접수한 후에는 이를 조사하여 과태료를 부과한다면 지금과 같이 가장유치권신고를 하는 사례도 실질적으로 크게 감소할 것이다.<sup>252)</sup>

---

246) 장윤환, 전계논문, 115면.

247) 황중술·민규식, 전계논문, 113면.

248) 황희상·김동현, 전계논문, 81-82면.

249) 이성환, “경매에서의 유치권 실무”, 「법률신문」, 2009. 9. 3, 15면; 박종렬, “부동산경매에 있어서 유치권의 신고의무”, 「한국콘텐츠학회논문지」, 한국콘텐츠학회, 2011, 413면.

250) 장윤환, 전계논문, 115면.

251) 황중술·민규식, 전계논문, 113면.

252) 장윤환, 전계논문, 115-116면.

### 3. 입법정책으로 결정하여야 할 몇 가지 개선방안

#### (1) 소멸주의의 채택

민사집행법 제91조 제5항은 경매의 대상인 부동산 담보권으로서 유치권은 그 권리의 특성상 매각으로 인하여 소멸하지 않고 매수인이 인수하는 것으로 규정하고 있다. 매수인이 지는 책임은 물적 책임이지만, 매수인은 사실상 유치권자에게 피담보채권의 변제책임을 지게 되어 결과적으로는 사실상 인수주의라고 할 수 있다. 그러나 등기부에 공시되지 않는 유치권을 매수인이 인수하도록 하는 것은 경매에 있어 유찰가능성을 높일 뿐이며, 매수가격을 현저히 떨어뜨릴 우려가 있다. 특히 유치권은 집행관의 부동산 현황조사시 나타나지 않다가 매각절차가 종료된 후에 등장해 매수인에게 예상치 못했던 불측의 손해를 입힐 수 있다. 이러한 근본적 문제를 안고 있는 유치권에 대하여 제한적 소멸주의를 채택하는 방안도 고려할 만하다.<sup>253)</sup>

대표적 담보물권인 저당권은 경매의 경우 배당을 받지 못하더라도 소멸주의를 취하고 있고 압류채권자에게 대항할 수 없는 용익권도 매각으로 소멸하도록 하면서, 동일한 담보물권에 해당하는 유치권의 경우에는 사실상 인수주의를 취하는 정당한 근거를 제시하기 곤란하다.<sup>254)</sup> 또한, 부동산에 관한 저당권이 설정된 이후에 그 사실을 알면서 유치권을 취득한 자는 선순위 저당권자나 그 부동산에 대한 경매절차에서의 매수인에게 유치권의 효력을 주장하면서 대항할 수 없다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.<sup>255)</sup>

따라서 저당권이 설정되어 있는 부동산인 사실을 알면서도 기존의 공사대금채권을 회수할 목적으로 그 부동산에 관한 점유를 취득한 자 또는 저당권이 설정되어 있는 부동산에 관한 점유를 취득한 후에 저당권 설정 사실을 알면서도 그 부동산에 필요비나 유익비를 지출한 자는 그 부동산에 대한 경매절차에서의 매

253) 장윤환, 전계논문, 111-112면.

254) 황종술, “부동산경매 이해관계인의 권리보호를 위한 유치권의 개선방안”, 전주대학교 대학원, 박사학위 논문, 2009, 139-140면.

255) 김건호, “부동산 경매절차에서의 유치권”, 「법학논고」 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011. 6. 404-405면; 대법원 1987. 3. 10. 선고 86다카1708 판결; 대법원 1992. 6. 12 선고 92다7221 판결; 대법원 1999. 4. 23. 선고 98다32939 판결.



수인에 대하여 유치권의 효력을 주장하면서 대항할 수 없다고 보아야 할 것이다.<sup>256)</sup> 유치권이 성립되어 있는 목적물에 담보물권이 설정된 경우 유치권자에 의한 경매신청이나 담보권자에 의한 담보권실행경매가 신청되었을 때, 집행법원의 감정결과 유치권의 피담보채권액과 담보물권의 피담보채권액을 충분히 만족할 수 있으면 그 절차에서 유치권은 당연히 소멸시키는 입법적 조치가 필요하다. 그리고 유치권이 성립되어 있는 목적물에 강제경매가 신청된 경우에 있어서도 유치권자의 피담보채권액과 일반채권자의 채권액을 만족시킬 수 있으면 당연히 유치권도 소멸되어야 한다.

그 전제에서 유치권자에게 배당가입을 인정하는 입법적 조치가 필요하고, 배당요구 종기까지 배당에 가입한 유치권자에 한하여 배당하면 될 것이다. 여기서 만약 담보권실행경매나 유치권에 의한 경매절차<sup>257)</sup>를 통해 담보권자의 피담보채권은 만족시킬 수 있으나, 유치권자의 채권을 만족시키기에 부족한 경우에는 그 부족한 금액을 매수인이 인수하도록 하고, 그 액수를 공시하도록 하는 입법적 방안을 고려해 볼 만하다.<sup>258)</sup> 그래야만 매수인이 안심하고 매수참가를 할 것이기 때문이다. 결과적으로 말하면 유치권자도 경매절차에 능동적으로 참가하도록 하고, 자신의 채권확보를 게을리하지 아니하도록 하여 경매절차의 투명성을 확보하는 것이 바람직하다. 한편 유치권자에 의한 경매신청에 있어서도 최근 대법원 판례에 의하면 소멸주의를 채택하고 있다는 것을 알 수 있다.<sup>259)</sup>

담보권설정 후에 성립한 유치권자에 대하여서는 대항력 부정설에 따라 유치권 자체는 부정되지 않으나, 담보권자와 매수인에게는 대항할 수 없다고 보아야 한

---

256) 김건호, 전제논문, 405면.

257) 형식적 경매를 의미한다.

258) 추신영, “가압류 후에 설정된 저당권의 우선변제권 효력”, 「재산법연구」 제23권 제2호, 한국재산법학회, 2006, 175면.

259) 추신영, “유치권자의 경매신청에 있어서 소멸주의 적용의 법리-대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정-”, 「동아법학」 제58호, 2012, 동아대학교 법학연구소, 509-536면; 종전의 판례와 학설은 유치권자의 경매신청을 형식적 경매신청으로 인정하여 왔고, 이러한 이유로 유치권은 경매절차에서 소멸하지 않고 매수인에게 인수되는 것으로 처리하여 왔다. 본 대상판결의 원심판결도 유치권자에 의한 경매를 채권의 만족을 목적으로 하는 강제경매나 담보권실행을 위한 경매와는 구별되는 이른바 형식적 경매의 하나로 보고, 강제경매 및 담보권실행을 위한 경매에 있어서의 소멸주의 논리를 유치권에 의한 경매에 그대로 가져오는 것은 유치권에 의한 경매의 특성에 어긋난다고 하면서 인수주의를 채택하였다. 그렇지만 대상판결은 유치권자가 신청한 경매에서도 소멸주의를 채택하였다. 대법원은 그 이유로서 민사집행법 제91조 제2항, 제3항, 제268조가 소멸주의를 원칙으로 정하고 있는 점, 민법 제322조 제1항에 따라 유치권에 의한 경매에서도 채권의 만족을 상정하고 있는 점, 유치권에 의한 경매에서 인수주의를 원칙으로 진행하면 매수인의 법적 지위가 매우 불안정한 상태에 놓이게 되는 점 등을 들고 있다.

다. 따라서 민법 제320조 제1항과 제321조는 위와 같은 범위 내에서 유치권의 유치적 효력이 제한되고 축소 해석하는 것이 타당하며, 만일 해석만으로 해결되지 않는다면 독일민법(제273조, 제274조)처럼 강제집행절차에서 민사집행법을 개정하여 유치권의 신고를 의무화하여 경매가 종료되어 배당이 이루어지면 유치권도 소멸하도록 민사집행법 제91조 제5항을 삭제하거나, 동조 제3항과 같은 제한적 인수주의 규정을 신설하는 것이 바람직하다고 본다.

개정안으로서 만일 유치권의 신고를 의무화한다면 그 신고 기한은 권리신고 중 기일로 하면 될 것이다.<sup>260)</sup>

현재의 다수설은 유치권의 성립과 대항력을 동일시하고 있다. 즉, 관련성이 있는 경우에 유치권의 성립을 인정하게 되면 그 성립시기를 묻지 않고 모든 사람에게 대항할 수 있다는 극단논리에 따라 권리의 충돌시 물권성립의 순위에 따른 우열을 무시하는 우려를 범할 수 있다.

따라서 유치권에 우선하는 다른 권리가 없는 경우에는 유치권자에게 최우선권을 인정하여 소멸주의를 채택하고, 우선권이 있는 다른 채권자가 있는 경우에는 성립 순위에 따른 우선변제권을 인정하되 유치권을 소멸하도록 하여 매수인에게 인수되지 않도록 하는 것이 유치권만을 인수주의에 의한다는 불공평한 결과를 제거하는 합리적인 견해라고 할 수 있다.<sup>261)</sup>

## (2) 유치권등기제도의 도입

### 1) 유치권등기의 필요성

유치권은 등기를 하지 않아도 되므로 경매절차에서 권리관계가 불명확하게 된다. 따라서 채권자의 채권회수가 완전하지 못하다는 점, 매수인의 유치권 인수문 제 등 경매절차에 있어서 거래의 안전을 해한다는 문제가 있다.

유치권자의 권리를 보호하면서 유치권으로 인한 폐단을 방지하고 목적물의 이

260) 장윤환, 전계논문, 113면.

261) 오시영, “부동산유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 「토지법학」 제23집 2호, 2007. 12, 239면; 황중술, 전계논문, 140면.

용권도 보장하여 상반되는 양 권리의 이익을 조화롭게 보호하기 위한 수단으로 유치권을 등기로 공시하는 방법을 생각해 볼 수 있다. 부동산 유치권에 관한 권리관계를 공적장부인 등기부에 기재함으로써 부동산 물권변동에 있어서 공시의 원칙을 인정하는 우리의 법제와 맞을 뿐만 아니라 부동산 경매절차에서의 안전성을 구체화 할 수 있을 것으로 본다.<sup>262)</sup>

부동산등기법 제3조는 “등기는 부동산의 표시와 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 권리의 보존, 이전, 설정, 변경, 처분의 제한 또는 소멸에 대하여 한다.”라고 규정하고 등기할 권리로는 소유권, 지상권, 전세권, 저당권, 권리질권, 채권담보권, 임차권 등으로 세분화하고 있다.<sup>263)</sup>

따라서 부동산등기법 제3조(등기할 수 있는 권리)를 개정하여 유치권도 등기할 수 있는 권리로 개정하여야 한다.<sup>264)</sup> 그 이유 및 필요성은 첫째, 등기를 통해 점유라는 불완전한 공시에서 벗어날 수 있어 법적 안정성을 도모할 수 있고, 둘째, 유치권자는 자신이 원하지 않는 유치물의 계속 점유의 부담에서 벗어날 수 있으며 유치물의 선관주의의무에 대한 의무해태로 인한 채무자의 유치권소멸청구를 예방할 수 있고, 셋째, 유치권등기 후에 유치물의 소유자(채무자)에게 반환하여 유치물의 원래 용도대로 사용·수익할 수 있도록 하여 유치 목적물의 훼손을 방지할 수 있어 국가경제적 이익을 도모할 수 있기 때문이다.

이와 같은 이유로 부동산등기법을 개정하여 유치권을 등기할 수 있는 권리로 하게 되면, 등기 후에는 유치권자가 계속하여 유치물을 점유하지 않아도 되기 때문에 유치권의 존속요건에서 점유를 배제하여도 무방할 것이다.<sup>265)</sup>

유치권등기관련 선행연구의 설문조사<sup>266)</sup>를 살펴보면 유치권에 대한 점유 이외의 다른 공시방법의 필요성에 대하여 공감하고 있고, 유치권을 등기하여 공시하게 되면 진정한 유치권자의 보호 및 경매절차의 안정성 측면에서 점유에 의한 공시보다 효과가 클 것으로 예상된다

---

262) 김득수, 전계논문, 144면.

263) 황희상, 전계논문, 150면.

264) 오시영(2007), 전계논문, 220면.

265) 오시영(2007), 전계논문, 221면.

266) 김득수, 전계논문, 124면.

## 2) 유치권등기의 예상효과

부동산유치권에 대한 등기제도가 도입되면 민법 제328조에 의한 점유상실에 따른 유치권의 소멸이 이루어지지 않으므로 유치물의 점유는 더 이상 유치권의 존속요건이 될 수 없게 된다. 유치권자는 채무자가 유치물의 회수를 원하지 않는 경우 계속하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 유치물을 점유하여야 할 의무가 있으며, 선관주의 의무를 다하지 않을 경우 채무자의 유치권 소멸청구에 의해 유치권을 상실하게 되는 불안한 지위에 있다(민법 제324조).

또한 유치권자는 유치물에 대하여 자기 비용으로 계속 점유하면서도 이를 사용·수익할 수 없기 때문에 어떠한 이익도 추구하지 못할 뿐만 아니라 유치권자의 계속적인 비용지출에 따라 채무자와 다른 채권자는 변제하여야 할 피담보채권만 늘어나게 되는 부당한 결과에 이르게 된다(민법 제325조).

그러나 등기를 통한 유치권의 공시가 이루어진 유치권자의 경우에는 계속하여 유치물을 점유하고 있을 필요가 없으며, 또한 등기 후에도 유치물을 채무자 또는 매수인에게 반환하여 관리·사용·수익하도록 하는 것이 경제적으로도 합목적적이고, 유치권자로서도 채권에 대한 물적 담보를 확보하였으므로 언제든지 경매를 통한 교환가치의 이익을 얻을 수 있게 되어 더 이상 채권회수를 염려할 바 없고, 일반채권자 및 선순위담보권자 그리고 유치물에 대한 승계인 역시 부당한 피해를 예방할 수 있어 모두에게 이익이 된다고 할 것이다.<sup>267)</sup>

## (3) 유치권등기명령제도의 도입

부동산유치권에 대한 여러 문제점이 현실적으로 존재함에도 불구하고 실무에 있어서 유치권의 존재를 공시하기 위하여 등기관 관련 특별규정이나 처리방침이 없는 실정이다. 따라서 집행법원의 입장에서 유치권의 내용을 명확하게 공시할 제도적 장치의 도입이 필요하다.<sup>268)</sup>

유치권등기명령제도란 부동산경매절차에서 채무자나 소유자의 부도 등 경제적

267) 오시영(2007), 전계논문, 225면.

268) 장윤환, 전계논문, 119-120면.

인 사정으로 도피 중이거나 그 행방을 알 수 없는 경우에 주택이나 상가에 대해 임차권등기명령을 원인으로 하는 임차권등기를 할 수 있는 것과 같이 유치권등기명령을 원인으로 한 유치권등기를 하는 것을 말한다. 그 방법은 유치권자가 일방적으로 등기할 수 있도록 하는 것이 현실적합성이 있을 것이다.<sup>269)</sup>

유치권을 등기하여 공시하게 되면 유치권자의 권리보호도 쉬울 뿐만 아니라 목적물의 이용권도 보호되어 상반되는 양 권리의 이익을 조화롭게 보호하게 될 것이기 때문이다. 현행 주택임대차보호법 제3조의3과 상가건물 임대차보호법 제6조는 임대차기간의 종료시 보증금을 반환받지 못하는 경우 등을 대비하여 임차권등기명령제도를 두었다. 개정 전 이 법률에는 대항요건으로 임차목적물의 점유를 요구함으로써 임차인은 이사를 가고 싶어도 가지 못하는 등 불리한 지위를 개선하고 임차인의 거주이전의 자유를 보장하기 위해 도입된 제도이다.<sup>270)</sup>

임차권등기명령제도는 임차인의 특별한 사정에 의하여 이사를 가야 할 필요성이 있는 경우 기존의 대항력과 우선변제권을 그대로 유지되도록 하여 임차인의 지위를 보호하고자 법원에 임차권을 등기하여 줄 것을 신청하면 법원에서는 간단한 절차를 거쳐 임차권등기명령을 발하여 이를 촉탁하도록 함으로써 임대인의 협력없이도 임차인 단독으로 임차권을 등기할 수 있는 것을 말한다.<sup>271)</sup>

임차권등기명령은 그 본질이 임차권의 등기이므로 임차목적물에 등기가 가능해야 하지만, 현행 주택임대차보호법 제3조의 3 임차권등기명령의 적용대상이 되는 주택은 등기된 주택이라는 규정을 명문으로 두고 있지 않다.<sup>272)</sup>

이와 같은 임차권등기명령의 경우처럼 유치권자도 유치물을 점유하지 않고서도 유치권을 인정받아야 할 특별한 사정이 있는 경우 유치권등기명령제도를 통하여 유치권의 공시가 이루어진다면 유치물을 계속 점유하고 있을 필요가 없도록 하는 것이 바람직 할 것이며, 그 결과 유치권등기를 통하여 유치물을 채무자에게 반환하여 사용·수익하도록 하는 것이 사회적·경제적으로 비용을 줄일 수 있는 토대가 되고, 유치권자에게는 채권에 대한 물적 담보를 확보하게 되어 양자 모두에

269) 황종술, 전제논문, 135면.

270) 강희숙, “부동산경매절차에 있어서 유치권행사에 관한 법정책적 연구”, 동아대학교, 박사학위 논문, 2011, 177면.

271) 박명주, 「부동산임대차실무(주택·상가건물)」, 부연사, 2004, 57면.

272) 오미진, “주택임차인 보호제도와 그 개선방향에 관한 연구, 제주대학교 행정대학원, 석사학위 논문, 2012. 8, 80면.

게 이익이 될 수 있을 것이다.<sup>273)</sup> 등기신청에 있어서도 임차권등기명령처럼 일방적으로 신청하여 법원의 결정으로 등기할 수 있도록 하는 것이 타당하다.<sup>274)</sup>

#### (4) 유치권자의 배당요구 인정

민사집행법 제88조에서는 “집행력 있는 정본을 가지 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법 그 밖에 법률에 의하여 우선변제권이 있는 채권자<sup>275)</sup>는 배당요구를 할 수 있다”고 규정하면서 담보권실행경매에도 준용하고 있다(민사집행법 제68조 준용규정). 이들은 모두 법률에 의해 우선변제권은 보장되고 있지만 등기가 되어 있지 않아 배당요구를 하지 않으면 그 채권의 존부를 알 수 없고, 그 이후 집행력 있는 채권자 및 경매신청등기 이후에 가압류를 한 채권자들 역시 그 채권의 존부를 알 필요가 있기 때문에 배당요구를 할 수 있도록 규정하고 있다.<sup>276)</sup>

뿐만 아니라 압류의 처분금지의 효력이 절대적인 것이 아니라 상대적인 것이므로 처분금지에 위반하는 채무자의 처분행위는 경매신청채권자에게만 대항할 수 없을 뿐이기 때문에 압류기입등기 이후에 등기된 저당권자도 배당요구를 할 수 있는 채권자에 포함된다.<sup>277)</sup> 따라서 압류기입등기 이후에 설정된 저당권자도 민법에서 정하고 있는 우선변제청구권자로서 압류의 효력이 저촉이 되지 않는 범위 내에서 배당요구를 할 수 있는 것이다.<sup>278)</sup>

민사집행법은 유치권자의 배당신청 여부에 대해서 명문으로 규정하고 있지 않

273) 황중술·민규식, 전계논문, 110면.

274) 장운환, 전계논문, 120-121면.

275) 민법·상법 기타 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자라 함은 주택임대차보호법 제3조 제2항과 제8조 제1항의 보증금 채권, 근로기준법 제37조의 임금채권, 상법 제468조의 사용인의 우선변제권 등을 말한다.

276) 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 「민사집행법 실무연구(재판자료)」 제190집, 2006, 416면.

277) 추신영(2006), 전계논문, 499면, 508면.

278) 대법원 1987. 6. 9 선고 86다카2570 판결: “부동산에 대하여 가압류등기가 경료된 후 담보가등기가 마쳐진 경우에 그 담보가등기는 가압류의 처분금지효력 때문에 그 집행보전의 목적을 달성하는 필요한 범위 안에서 가압류 채권자에 대한 관계에서만 상대적으로 무효라 할 것이고, 따라서 담보가등기권자는 선순위의 가압류채권자에 대항하여 우선변제를 받을 권리는 없으나, 한편 가압류채권자도 우선변제권을 가지는 것은 아니므로 가압류채권자보다 후순위의 담보권자라 하더라도 가등기담보등에 관한 법률 제16조 제1항과 제2항에 따라 법원의 최고에 의한 채권신고를 하면 가압류채권자와 채권액에 비례하여 평등하게 배당받을 수 있다.”고 하고 있다.

다. 유치권자에게 배당요구가 인정되지 않는다면 배당절차도 실시되지 아니한다.<sup>279)</sup> 그러나 유치권자도 다른 담보물권과 같이 피담보채권을 가지고 있고, 궁극적으로 그 목적물에 투입된 채권을 확보하여 만족을 얻는 것이므로 반드시 배당가입이 불가능하다고 말할 수 없다. 등기가 없는 주택임대차보호법 및 상가건물 임대차보호법상의 보증금채권, 근로기준법상의 임금채권 및 가압류채권자의 채권에 대해 배당가입을 인정하면서 유치권자의 피담보채권의 배당가입을 배제할 이유도 없는 것이다.

경매절차에 있어서 유치권자의 배당가입을 인정하게 되면, 매수대금의 적정가격을 가늠할 수 있기 때문에 매수희망자들의 관심을 불러올 수 있고, 유찰을 막아 선순위 담보채권자의 채권확보에도 도움을 줄 수 있을 뿐만 아니라 매수인의 채권변제 부담을 덜어 매각부동산의 입찰가액 저감현상이나 매수인의 명도지연 문제는 자연적으로 해결되어 결국 경매부동산의 안전거래에 기여할 수 있는 방법이라 할 것이다.<sup>280)</sup>

마지막으로 유치권자에게 배당요구권을 인정할 경우에는 민사집행법 제91조 제5항 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다”는 규정의 해석을 어떻게 할 것인가 역시 문제이다.<sup>281)</sup> 이 문제는 앞서 소멸주의의 채택으로 배당요구가 이루어진다면 필요 없는 조항이 되어 삭제하면 간단히 처리될 것이다.

#### (5) 유치권신고시 보증금공탁제도 도입

보증금공탁제도의 도입은 유치권신고가 너무 쉽게 이루어지는 점과 유치권이 남용되는 문제점을 해결하기 위한 대안이 될 수 있다.<sup>282)</sup> 민사집행법에 항고보증

279) 이재성·이시윤·박우동·김상원, 「주석 민사집행법(V)」, 한국사법행정학회, 2004, 322면.

280) 장윤환, 전계논문, 121-122면.

281) 윤경, 「주석 민사집행법(III)」, 한국사법행정학회, 2007, 341-344면; 매수인의 변제책임의 성질과 관련하여 물적 책임설과 인적 책임설의 대립이 있으며, 대법원 1996. 8. 23. 95다8713 판결은 “여기에서 변제할 책임이 있다”는 의미는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로써 인적 채무까지 인수한다는 취지는 아니므로, “유치권자는 경락인에 대하여 그 피담보채권으로 변제가 있을 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다”고 하여, 물적책임설의 입장에 있다; 임윤수·민선찬, “부동산 집행절차와 유치권자의 지위-대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다35593 판결 -”, 「법학연구」 제46집, 2012. 5, 180면.

282) 황희상, 전계논문, 167면.

금제도가 도입되어<sup>283)</sup> 경매절차상의 고질적인 항고 남발이 사라진 예가 있다.

따라서 부당한 유치권이 빈번하게 나타나는 것이 현실임을 감안할 때 유치권신고자에게 일정비율에 의한 금액을 보증금 또는 보증금에 갈음하는 보증보험증권<sup>284)</sup>을 제출할 필요성이 있다.<sup>285)</sup>

또한 허위·과장유치권의 폐해를 차단하기 위해 유치권신고시 유치권자에게도 공탁보증금 또는 공탁보증보험증권을 제출하게 하여 추후 유치권부존재확인소송 또는 유치권존재확인소송시 유치권자의 권리부존재로 판명이 날 경우 보증금을 반환하지 않도록 개선한다면 허위 또는 과장유치권의 신고는 현격히 줄어들 것이라고 판단한다.<sup>286)</sup> 다만 “진정한 유치권자가 공탁금제도의 도입으로 인해 부담을 느낄 수 있다”는 점에서 방법에 대한 연구가 좀 더 필요하다 하겠다.<sup>287)</sup>

### 제3절 소결

오랫동안 유치권은 무조건 매수인이 인수해야 한다는 인식으로 인해 부동산경매에 있어서 회피해야 할 권리라는 인식이 팽배하여 수차례 유찰을 거듭함으로써 이해관계인에게 손실을 끼침과 동시에 허위·과장유치권자들이 범람할 수 있는 기회를 제공해 왔다. 이는 유치권제도라는 제도의 미비점을 이용하여 신의칙에 반하여 소유자와 공모하여 허위·과장유치권을 주장할 수 있는 여지에 파고들어 교묘히 이를 이용하려는 사람들이 당연히 생길 수밖에 없는 구조적인 모순점에 있다. 따라서 이러한 부당한 유치권 제도를 개선하기 위해서 선행 연구된 여러가지 개선방안들을 종합하여 보면 아래와 같다.

283) 매각허가 결정에 대하여 항고를 하고자 하는 사람은 보증으로 매각대금의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁하여야 하고, 채무자 및 소유자가 한 항고가 기각된 때에는 항고인은 보증으로 제공한 금전이나 유가증권을 돌려줄 것을 요구하지 못한다(민사집행법 제130조 제3항, 제6항).

284) 공탁보증보험이란 사고에 따른 손해발생률을 기초로 하여 보험료를 다수의 보험가입자에게 분담시켜 단채기금을 확보하고 가입자 중에서 손해를 초래하는 사고를 당한 자가 입게 될 손해를 다수의 가입자에게 분담시킴으로써 위험 분산을 피하는 보험이다. 보험증권상에서 기재된 특정한 사건으로 인하여 권리자인 피보험자가 손해를 입게 되는 경우, 이에 따라 권리자인 피보험자가 손해배상 청구권에 대한 채무명의를 받게 된다. 피보험자가 채무명의를 받게 됨으로써 담보제공의무자인 보험계약자가 피보험자에게 피보험자가 당한 만큼을 배상해 주어야 한다. 즉, 보험계약자가 피보험자에게 배상하여야 할 손해를 보험증권에 기재되어 있는 사항과 약관에 의거하여 보상해주는 보험을 말한다.

285) 황희상, 전계논문, 167면.

286) 황중술·민규식, 전계논문, 115면.

287) 김득수, 전계논문, 142면.



민사집행법을 통한 부동산경매절차에 있어서 문제점과 개선방안들에 대하여 언급하자면 첫째로 유치권신고의 의무화와 성립의 명확한 공시이다.

먼저 유치권신고의 의무화 방안이다. 부동산경매절차에 있어서 가장 큰 걸림돌은 애초부터 유치권이 있는지 없는지도 모르는 상태로 경매가 진행된다는 것이다. 이는 유치권자가 허위 또는 사실 여부를 떠나서 존재여부도 알 수 없다는 데에 큰 문제점이 있다는 것이다. 그리고 대다수의 경매과정 중에 있는 매각물건명세서의 유치권관련 설명에는 성립의 불명확함만이 존재할 뿐, 유치권이 성립한다는 명확한 공시는 전혀 없다. 이는 집행법원이 유치권의 성립에 관한 공시를 회피하는 듯한 인상을 주고 있으며 그로 인하여 매수희망자들은 그 매각물건에 대하여 기피 현상을 보이고 있는 것이다.

또한 유치권신고의 서류 양식도 개선되어야 한다. 이러한 간단한 서류양식의 변화만으로도 허위·과장유치권의 남발은 막을 수가 있다고 본다. 다음으로 권리 신고를 체계화시키는 것이다. 민사집행규칙 제2조는 “집행법원은 집행처분을 하는데 필요한 때에는 이해관계인, 그 밖의 참고인을 심문할 수 있다.”고 규정되어 있다. 이에 대하여 집행법원이 좀 더 적극적으로 현황조사 또는 매각물건명세서 작성시 이해관계인 또는 유치권자 및 기타 점유자 그리고 그 밖의 참고인의 심문조사를 형식적으로 하는 데 그치지 말고 법이 허용하는 한도 내에서 적극적인 사실조사를 할 필요성이 대두되고 있는 실정이다.

다음으로는 유치권 관련서류를 공개하여야 마땅하다고 생각한다. 유치권자 또는 유치권을 주장하는 자의 개인사생활은 보호되어야 하겠지만 유치권 관련한 내용에 대하여는 당연히 이해관계인이 있기 때문에 일반경매참가자들이 아무 조건없이 열람할 수 있게끔 해야 한다. 유치권의 성립여부는 별도로 하더라도 그래야만 그 물건의 입찰참가여부에 대하여 나름 제고해 볼 수가 있고, 그럼으로써 낙찰의 기회를 높여 이해관계인들에 배당의 기회를 확대할 수 있을 것이다.

두 번째로 소송제도 개선 및 허위·과장유치권 처벌강화 방안이다. 먼저 소송제도에 대한 개선책으로 허위유치권 소송의 목적이 대부분 시간을 벌기 위한 목적이 많기 때문에 신속한 판결이 이루어진다면 이러한 소송의 남발도 줄어들 것으로 사료된다. 법의 맹점을 이용하여 허위·과장유치권 신고자들은 유치권소송이 종료되어 소송에 패소했다 하여도 점유하고 있는 부동산을 단순히 인도만 해주

면 그만이라는 생각이 만연되어 더욱 악용하고 있는 것이 현실이다.<sup>288)</sup> 이러한 자들을 그냥 방치해 둔다면 법정의가 제대로 서지 않는다 하겠다.

따라서 현행법상 민사책임은 제재수단으로서의 효과를 기대하기 어렵기 때문에 형사상 처벌규정을 강화하고 그에 걸맞는 처벌을 통하여 가장유치권의 신고를 방지하고 유치권의 남발로 인한 경매절차 지연 및 채권자 등 이해관계인에 대한 손해를 방지하고 더불어 사법부의 권위와 국민의 법감정을 보호해야 할 것이다.

세 번째 방안으로는 입법정책을 통하여 결정되어야 할 몇 가지 대책들에 대한 것이다. 먼저 유치권에 대하여 인수주의와 소멸주의에 대한 여러가지 논란들이 있는데 그 중에서 가장 문제되는 민사집행법 제91조 제5항을 삭제하고 유치권에 대하여 소멸주의를 채택하여 유치권에 우선하는 다른 권리가 없는 경우에는 유치권자에게 최우선권을 인정하여 소멸주의를 채택하고, 우선권이 있는 다른 채권자가 있는 경우에는 성립순위에 따른 우선변제권을 인정하되 유치권을 소멸토록 하여 매수인에게 인수되지 않도록 하는 것이 유치권만을 인수주의에 의한다는 불공평한 결과를 제거하는 합리적인 견해라고 할 수 있다.<sup>289)</sup>

다음으로 부동산등기법을 개정하여 유치권을 등기하는 방안이다. 이 방안은 선행연구에 있어서 가장 많이 대두되고 있는 방안으로서 등기를 통한 유치권의 공시가 이루어진다면 유치권자가 계속 유치물을 점유할 필요가 없으며, 등기 후에도 유치물을 채무자 또는 매수인에게 반환하여 관리·사용·수익하도록 하는 것이 경제적으로도 합목적적이고, 유치권자도 채권에 대한 물적 담보를 확보하였으므로 언제든지 경매를 통한 교환가치의 이익을 얻을 수 있게 되어 더 이상 채권회수를 염려할 바 없고, 일반채권자 및 선순위담보권자 그리고 유치물에 대한 승계인 역시 부당한 피해를 예방할 수 있어 모두에게 이익이 된다고 할 것이다.<sup>290)</sup>

다음으로 유치권등기명령제도를 도입하자는 방안이다. 이는 임차권등기명령처럼 유치권자도 유치물을 점유하지 않고서도 유치권을 인정받아 특별한 사정이 있는 경우 유치권등기명령제도를 통하여 유치권의 공시가 이루어진다면 유치물을 계속하여 점유할 필요가 없도록 하는 것이다.

288) 황중술·민규식, 전계논문, 113면.

289) 오시영(2007. 12.), 전계논문, 239면; 황중술, 전계논문, 140면.

290) 오시영(2007. 12.), 전계논문, 225면; 장윤환, 전계논문, 119면.

그 결과 유치권등기를 통하여 유치물을 채무자에게 반환하여 사용·수익하도록 하는 것이 경제적·사회적으로 비용을 줄일 수 있는 토대가 되고, 유치권자에게는 채권에 대한 물적 담보를 확보하게 되어 양자 모두에게 이익이 될 수 있는 방안이다.<sup>291)</sup>

다음으로 유치권자의 배당요구를 인정하는 방안이다. 경매절차에 있어서 유치권자의 배당가입을 인정하게 되면, 매수대금의 적정가격을 가늠할 수 있기 때문에 매수희망자들의 관심을 불러올 수 있고, 유찰을 막아 선순위 담보채권자의 채권 확보에도 도움을 줄 수 있을 뿐만 아니라 매수인의 채권변제부담을 덜어 매각부동산의 입찰가액 저감현상이나 매수인의 명도지연 문제는 자연스럽게 해결되어 결국 경매부동산의 안전거래에 기여할 수 있는 방법이라 할 것이다.<sup>292)</sup> 만일 이 방안이 채택되고 앞서 소멸주의 채택으로 배당요구가 이루어진다면 민사집행법 제91조 제5항은 삭제처리하면 될 것이다.

마지막으로 유치권신고시 보증금공탁제도를 도입하자는 방안이다. 여러 선행연구를 살펴보면 대부분이 이 방안을 내놓고 있는 실정이다. 보증금의 공탁제도가 이루어지면 유치권의 문제를 근본적으로 해결하지는 못한다 할지라도 제도개선의 시급성을 다룬다는 의미에서 적용해 볼만한 제도이다.<sup>293)</sup>

이상으로 부동산경매절차에 있어서 유치권제도의 개선방안에 대하여 살펴보았다. 앞서 서술한 바와 같이 입법론적인 면에서는 국민적인 관심과 법의 신설 등이 요구되어 지므로 그 특성상 쉽게 개선되리라고는 여기지 않지만, 이미 많은 학자들의 선행연구를 통하여 입법예고단계에까지 이르게 되었다.

그동안 부당하게 부동산경매절차에서 허위·과장유치권들이 횡행하고 국민적 피해를 준 사례가 빈번하였기 때문에 이 부분에 대한 개선책이 시급하였기 때문이라고 본다. 이에 대한 법무부 민법일부 법률개정안(법무부공고 제2013-6호)을 다음 장에서 검토해보기로 하겠다. 그러나 앞으로도 입법적인 문제는 시행되기까지의 소요되는 시일이 오래 걸리기 때문에 매일같이 전국적으로 이루어지는 집행법원의 부동산경매절차 중에서 현행 민사집행법의 절차상의 문제에 대하여 경매

291) 황중술·민규식, 전계논문, 111면.

292) 장윤환, 전계논문, 115면.

293) 황희상, 전계논문, 167면.

법원이 현황조사 강화 및 심문강화, 그리고 유치권신고에 대한 양식개선, 유치권 신고 내용의 조건 없는 열람 등의 사소한 개선만으로도 허위·과장유치권의 남용 문제는 줄어들 것으로 생각한다. 다음 장에서는 법무부 민법일부 법률개정안을 살펴보고 이에 대한 개선방안도 함께 논의해 보고자 한다.

## 제4장 유치권관련 법무부 민법일부 법률개정안의 검토

### 제1절 부동산유치권의 개정방안에 대한 개요

#### 1. 법무부 민법개정위원회의 법률개정안

유치권이 부동산경매절차 등에서 사회적인 문제로 제기됨에 따라 종래의 부동산 유치권에 관한 규정을 개정하여야 한다는 주장이 있었다. 2004년 민법개정안을 작성할 당시 민법개정특별위원회에서 민법상의 부동산유치권을 폐지하고 이를 법정저당권으로 전환할 것인지 논의하기도 하였으나, 유치권에 관한 개정은 장기과제로 남겨두고 개정안을 마련하지 않았다.<sup>294)</sup>

그러다가 법무부는 2009년 5개년 계획으로 시대변화에 부응하기 위하여 민법내용에 대한 대대적인 개정작업에 착수하였다. 그리하여 민법개정위원회를 구성하고, 동위원회 소속 제5분과위원회로 하여금 담보법에 관한 개정작업을 하도록 하였다. 2009년의 제1기 및 2010년의 제2기 5분과위원회에서는 담보권 중 유치권에 대한 개정안을 마련하였는데, 2012년 4월 23일 민법개정위원회의 전체회의에서 일부 수정하여, 2012년 8월 27일 제2차 전체회의 등 두차례 개정위원회 전체회의에서 개정안이 확정되었다.<sup>295)</sup>

유치권에 대하여 확정된 개정안의 주요내용은 “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”고 되어 있는 민법 제320조 제1항을 “타인의 동산을 점유한 자는 그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상채권이 변제기에 있는 경우에는

294) 김재형, “부동산 유치권의 개선방안-2011년 민법개정시안을 중심으로-”, 「민사법학」 제55집, 한국민사법학회, 2011. 9, 341면.

295) 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(II)-저당권설정청구권에 대하여-”, 「법학논총」 제32집 제3호, 2012. 12, 237면; 2010년 이래로 민법개정위원회에서는 각분과위원회에서 개정안을 제출하면, 이를 실무위원회에서 다시 검토하여 검토 결과를 위원장, 부위원장 및 각 분과위원장들로 구성된 위원장단회의에 보내고, 위원장단회의에서 전체회의에 회부할 개정안을 정한 다음, 개정위원회의 전 위원들이 참석하는 전체회의에서 최종적으로 개정안을 확정하는 방식을 취하고 있다. 2011년과 2012년의 실무위원회는 위원장인 오시영 숭실대학교 교수와 법무법인 율촌 윤용섭 변호사, 서울고등법원 이태종 부장판사, 서울대학교 법학전문대학원 권용준교수로 구성되어 있다.

변제를 받을 때까지 그 동산을 유치할 권리가 있다. 유가증권의 경우에도 이와 같다.”로, 동조 제2항을 “타인의 미등기 부동산을 점유한 자에 대해서도 제1항을 준용한다. 이 경우 그 부동산에 제1항의 채권을 담보하기 위하여 제372조의2에 따른 저당권설정등기를 한 때 또는 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 유치권이 소멸한다.”로, 동조 제3항을 “제1항과 제2항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에는 적용하지 아니한다”로 확정하였다.<sup>296)297)</sup>

제5분과위원회는 당초 개정안으로 제320조 제1항을 “타인의 동산을 점유한 자는 그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 동산을 유치할 권리가 있다. 유가증권의 경우에도 또한 같다.”로, 동조 제2항을 “미등기 부동산의 경우에 제1항을 준용한다. 이 경우 그 부동산에 제1항의 채권을 담보하기 위하여 제372조의2(비용지출자 등의 저당권설정청구권)에 따른 저당권설정등기를 한 때 또는 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 유치권이 소멸한다.”로, 종전의 동조 제2항을 “제1항, 제2항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에는 적용하지 아니한다.”로 하였다.

그리고 민법 제372조의2(비용 지출자 등의 저당권설정청구권)를 신설하여 제1항을 “타인의 부동산을 점유한 자는 그 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권이 있는 경우에 그 채권을 담보하기 위하여 부동산 소유자를 상대로 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 약의의 제3취득자에 대해서도 또한 같다.”로, 동조 제2항을 “제1항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.”로, 제3항을 “제1항의 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 날부터 그 기간을 기산한다.”로, 제4항을 “제1항에 따른 저당권설정등기 이전에 채권의 변제기가 도래한 때에는 변제기에 저당권이 설정된 것으로 본다”로 하였다.<sup>298)</sup>

296) 2012년 4월 23일 개최된 제4기 민법개정위원회 전체회의(제1차)에서는 전체회의 참석위원 22명 중 12명의 찬성으로 위원장단 개정안이 채택되었다.

297) 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시 (I)-부동산유치권과 최우선변제권-”, 「법학논총」 제32집 제2호, 2012. 8, 265면.

유치권에 관한 개정안은 6개(민법 3개, 상법 1개, 민사집행법 1개, 부동산등기법 1개)의 조문과 부칙으로 구성되어 있는데, 주요 내용으로는 첫째, 부동산유치권을 폐지하되 동산 및 유가증권에 한하여 유치권을 인정하고, 다만 미등기부동산에 대해서는 예외적으로 유치권을 인정하였다. 둘째, 유치권의 피담보채권의 범위를 비용지출채권 등으로 한정하였다. 셋째, 비용지출자 등의 저당권설정청구권에 관한 제372조의2를 신설하고 수급인의 저당권설정청구권에 관한 제666조를 개정하였다. 이러한 저당권설정청구권은 채권의 변제기로부터 6개월 내에 등기하거나 등기청구의 소를 제기하도록 하고, 위 6개월의 기산은 부동산이 미등기인 경우에는 채권의 변제기와 소유권보존등기를 한 날 중 늦게 도래한 날로부터 계산하고 저당권설정등기 이전에 채권의 변제기가 도래하면 변제기에 저당권이 설정된 것으로 소급효를 인정하겠다는 것이다.

이에 따라 부동산등기법 제75조 제3항에 “등기관은 민법 제372조의2(비용지출자 등의 저당권설정청구권), 제666조(수급인의 목적 부동산에 대한 저당권설정청구권)의 규정에 따라 저당권의 등기를 할 때에는 그 규정에 따른 저당권임을 표시하고 변제기를 기록하여야 한다.”라는 내용을 신설하여 부동산유치권의 피담보채권에 대한 저당권설정등기절차를 규정하였다.<sup>299)</sup> 넷째, 상법상 유치권의 경우 부동산유치권을 폐지하였다. 다섯째, 민사집행법 제91조 제5항을 삭제하여 경매절차에서 부동산유치권에 관한 소멸주의를 채택하였다.<sup>300)</sup>

## 2. 유치권제도의 개정방향

유치권에 관한 규정을 개정하여야 한다는 주장은 다양하게 제시되고 있다. 이와 같은 입법적 주장은 세부적인 면에서 차이가 있지만, 유치권을 채권적 항변권으로 구성하거나 유치권의 객체를 동산으로 한정할 것을 검토할 필요가 있다는 견해,<sup>301)</sup> 부동산유치권을 폐지하고 법정저당권으로 대체하자는 견해,<sup>302)</sup> 유치권에

298) 오시영(2012. 8.), 전계논문, 266면.

299) 오시영(2012. 8.), 전계논문, 267면.

300) 김재형(2011), 전계논문, 342면.

301) 엄동섭, 전계논문, 30면.

302) 권용우, “물적담보제도의 과제와 전망”, 「현대법학의 과제와 전망」, 신양사, 1998, 331면; 정준영·이동진, “부동산 유치권 개선에 관한 연구”, 「2009년도 법무부 연구용역과제보고서」, 2009, 110면.

우선변제권을 인정하고 유치권을登記하도록 하자는 견해,<sup>303)</sup> 목적물에 피담보채권의 관련관계를 좁게 인정하자는 견해,<sup>304)</sup> 민사집행법 제91조 제5항을 삭제하여 소멸주의를 채택하는 등으로 해결하는 견해<sup>305)</sup> 등을 들 수 있다.

2010년 제5분과위원회에서 개정안을 작성하는 과정에서 다루었던 유치권에 관한 주요쟁점을 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 유치권을 물권이 아니라 채권적 권리로 규정할 것인지 여부

둘째, 유치권의 객체를 동산에 한정함으로써 부동산유치권을 폐지할 것인가 여부, 특히 미등기부동산과 등기부동산을 구별하여 다룰 것인지 여부

셋째, 비용지출자 등에게 법정저당권과 저당권설정청구권 중에서 어느 권리를 어떠한 방식으로 인정할 것인지 여부

넷째, 비용지출자 등의 법정저당권이나 저당권설정청구권에 기하여 등기명령제도를 도입할 것인지 여부

다섯째, 유치권에 우선변제권을 인정할 것인지 여부

여섯째, 민사집행절차에서 유치권에 관한 소멸주의를 채택할 것인지 여부

다음 절에서는 개정안을 중심으로 이 문제를 어떻게 다루고 있는지 살펴보기로 한다.<sup>306)</sup>

## 제2절 법무부 유치권제도 개정안에 대한 구체적인 검토

### 1. 유치권에 관한 민법 제320조 개정안 검토

#### (1) 부동산유치권 폐지 문제에 대한 검토

민법 개정안 제320조 제1항은 유치권의 목적물에서 물건을 동산으로 수정함으

303) 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 「토지법의 이론과 실무」, 법원사, 2006, 196면; 오시영(2006), 전계논문, 196면; 오시영(2007), 전계논문, 215면.

304) 신국미(2004), 전계논문, 300면.

305) 김영두, 전계논문, 217면; 오시영(2006), 전계논문, 199면; 오시영(2007), 전계논문, 236면; 추신영, “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 「민사법학」 제44호, 2009. 3, 375면.

306) 김재형(2011), 전계논문, 345면.



로써 부동산을 유치권의 목적물에서 제외하고 있다. 다만, 제2항에서 미등기부동산에 관해서는 종전처럼 유치권을 존속시키되, 제372조의2에 의한 저당권설정등기를 한 때 또는 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 유치권이 소멸한다고 규정하였다.<sup>307)</sup> 위 개정안은 등기된 부동산에 관한 것으로 한정하고 있지만, 원칙적으로 부동산 유치권을 폐지하여야 한다는 주장을 받아들인 것이다. 민법개정위원회가 부동산유치권을 폐지하기로 한 이유<sup>308)</sup>는 다음과 같다. “동산의 공시수단은 점유이기 때문에 점유자에게 유치권을 인정하는 것은 체계상 문제는 없다고 볼 수 있다. 그러나 부동산물권의 공시수단으로 등기제도가 마련되어 있으므로, 부동산 점유자에게 유치권이란 강력한 물권을 인정하는 것은 부동산에 대한 점유를 부동산물권에 대한 공시수단으로 인정하는 것과 같아서 공시제도의 혼란을 초래할 수 있다. 또한 공사현장이 넓은 경우에는 부동산에 대한 점유가 있는지 여부를 판별하는 것이 어렵고, 부동산에 대한 물권을 행사하는데 점유가 필요한 이유를 설명하기도 쉽지 않다.

경매실무에서는 부동산 유치권 문제가 매우 어려운 문제로 되어 있다. 부동산유치권을 행사하는 경우에 유치권자가 새로운 매수인에 대해서도 계속 목적물의 인도를 거절할 수 있으므로, 유치권이 성립하기 전에 저당권을 취득한 사람 등에게 불측의 손해가 발생한다. 또한 유치권이 주장되는 경우에는 매수인도 유치권을 감안하여 부동산을 매수할 것이기 때문에 염가로 매각이 이루어지고 아예 경매가 이루어지지 않는 경우도 많다.”<sup>309)</sup>

부동산유치권은 비효율적인 제도이다. 유치권을 행사하는 동안 부동산을 사용할 수 없기 때문이다. 부동산 유치권을 주장하는 사건에서 허위로 유치권을 주장하는 경우가 많아 실제로 유치권이 인정되는 비율은 매우 낮다. 부동산유치권을 폐지하는 대신 저당권을 설정할 수 있도록 한다면, 재화를 사용가치와 교환가치로 나누어 활용할 수 있기 때문에 재화를 좀 더 효율적으로 사용할 수 있을 것이다.<sup>310)</sup> 그러나 이러한 개정안에 대하여 반론으로 “이는 실무상 부동산유치권을

307) 김재형(2011), 전계논문, 349면.

308) 김재형, “담보법의 현재와 미래”, 민법의 자화상과 미래상, 「민사법학」 제52호, 2010. 12, 343면. 이 글에서 민법개정안의 취지를 소개하였다.

309) 김재형(2011), 전계논문, 349면; 오시영(2012. 8.), 전계논문, 274면; 김현미, 전계논문, 41면.

310) 김재형(2011), 전계논문, 350면.

해결하는 방안이 정치하지 못하여 그 처리방법이 애매모호한 경우가 많아 경매 절차 등에서 업무처리가 어렵다는 이유만으로 부동산 유치권자를 보호하지 않겠다는 발상으로 볼 수 밖에 없는 것이어서 심히 위험한 편의주의적 발상이라고 하지 않을 수 없으며, 그렇기 때문에 보다 정치한 유치권이론이 개발되어야 하고, 이를 뒷받침할 수 있는 입법적 보완책이 마련되어야 한다고 하겠다.<sup>311)</sup>

## (2) 미등기부동산에 대한 유치권 인정 개정안

민법개정안 제320조 제2항은 미등기부동산의 경우에 한하여 유치권을 인정하되, 이 경우 제372조의2에 의한 저당권설정등기를 한 때는 저당권으로 존속하고 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 미등기 부동산의 유치권은 소멸하는 것으로 규정하였다.

이로써 미등기부동산에 대한 유치권을 예외적으로 인정하려는 입장을 취하고 있다.<sup>312)</sup> 미등기부동산은 통상 아직 등기되지 아니한 부동산을 가르킨다. 그러나 독립한 소유권의 객체가 될 수 있어야 하므로 부합물은 미등기부동산에 포함되지 않는다.<sup>313)</sup>

민법개정위원회는 미등기부동산에 대한 유치권을 인정하는 이유로, 미등기부동산은 등기할 수 있는 방법이 없기 때문에 신설하려는 민법 제372조의2에 의한 저당권설정등기를 할 수 없으므로 점유에 의한 유치권을 인정할 수 밖에 없고, 따라서 미등기부동산에 대한 유치권이 빈번하게 발생하고 있는데 미등기부동산에 대한 유치권을 인정하게 되면 유치권 개정의 의미가 반감되거나 공시되지 않는 부동산물권을 인정하는데서 오는 법률관계의 복잡성이 있지만 미등기부동산의 점유에 대한 유치권을 인정하지 않으면 유치권자는 유치권도 인정받지 못한

311) 오시영(2012. 8.), 전계논문, 275면.

312) 김재형(2011), 전계논문, 350면; 오시영(2012. 8.), 전계논문, 275면.

313) 부동산등기법(제134조, 2011. 4. 12. 개정부동산등기법 제66조)도 미등기부동산이라는 용어를 사용하고 있다. 대법원 2008. 5. 30. 자 2007마98 결정: 건물의 신축공사를 도급받은 수급인이 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 정착물을 토지에 설치한 상태에서 공사가 중단된 경우에 위 정착물은 토지의 부합물에 불과하므로 이러한 정착물에 대하여 유치권을 행사할 수 없는 것이고, 또한 공사가 중단된 경우에 위 정착물은 토지의 부합물에 불과하여 이러한 정착물에 대하여 유치권을 행사할 수 없는 것이고, 또한 공사중단 시까지 발생한 공사금채권은 토지에 관하여 생긴 것이 아니므로 위 공사금채권에 기하여 토지에 대하여 유치권을 행사할 수도 없는 것이다. 김재형(2011), 전계논문, 351면.

상태에서 저당권설정도 불가능하여 채권보전방법이 없게 되는바 이는 너무 가혹하므로 부득이 인정할 수밖에 없다는 입장이다.

다음으로 소유권보존등기시 저당권설정등기를 하도록 하는 방안은 채무자가 소유권보존등기와 동시에 소유권을 타인에게 처분하여 버리면 유치권자의 권리확보가 사실상 불가능하게 되는 문제점이 있으므로 부득이 미등기부동산에 대한 점유에 의한 유치권을 존속시킬 수밖에 없고, 미등기부동산에 대한 유치권은 한 시적으로 인정하여 신설되는 제372조의2에 의한 저당권설정등기를 한 때 또는 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸될 때까지만 미등기부동산에 대한 유치권을 잠정적으로 인정하여 유치권이 성립한 미등기부동산에 대한 소유권보존이 이루어지면 채권의 변제기와 소유권보존등기를 한 날 중 늦게 도래한 날로부터 6개월 이내에 저당권설정등기를 하여 유치권을 대체할 수 있도록 하였다.<sup>314)</sup> 이러한 민법개정위원회의 의견에 대하여 다른 의견을 살펴보면 이러한 개정방향은 미등기부동산을 둘러싼 법적 분쟁에 대한 미봉책에 불과하여 법률적·경제적 문제를 전혀 해결하지 못하게 된다.

따라서 이런 미봉책으로는 현재의 미등기부동산에 대한 점유에 의한 유치권의 인정과 현상이 동일하여 부동산유치권에 대한 본질적 해결방법이 되지 못하기 때문에 근본적인 발상의 전환이 이루어져야 한다고 본다.

우리의 경우 상법상 건조 중인 선박에 대하여 표시등기제도를 허용하고 있고, 비교법적인 측면에서 일본의 부동산등기법은 미완성건물에 대한 표시등기제도를 시행하고 있음은 참고할 만하다고 생각한다.

즉, 일본에서는 표시등기제도를 통해 미완성부동산에 대한 등기를 허용하고 있는 바 우리로서도 이를 도입하지 못할 바 없는 것이다. 오히려 표시등기제도를 도입하게 되면 미완성건물에 대한 강제집행이 용이하게 이루어짐으로써 미완성건물에 대한 권리관계의 정리 및 매수인에 의한 미완성건물의 완공을 통해 국가경제적 측면에서의 효용 극대화가 도모될 수 있는 바, 이러한 일본의 표시등기제도는 우리로서도 도입할 필요성이 크다고 하겠다.<sup>315)</sup>

314) 오시영(2012. 8.), 전계논문, 276면; 김재형(2011) 전계논문, 352면.

315) 오시영(2012. 8.), 전계논문, 277면.

### (3) 유치권등기제도의 신설안

현행 부동산등기법 제2조는 유치권을 등기할 수 있는 권리로 규정하고 있지 않다. 그렇지만 부동산등기법 제2조를 개정하여 부동산 유치권을 등기할 수 있는 권리로 추가할 필요성이 있다. 여기서 문제가 되는 것은 부동산유치권 등기제도를 신설할 경우 소유권보존등기가 경료된 건물의 경우에는 유치권등기에 문제가 없으나, 미완성 건물의 경우에는 일본의 경우처럼 미완성 부동산에 대한 표시등기제도를 신설할 필요성이 있다.<sup>316)</sup>

즉, 채권자가 미등기 건물에 대한 소유자가 채무자임을 소명하여<sup>317)</sup> 유치권설정등기나 강제집행을 신청하고, 법원이 현장조사 등을 통해 채무자의 소유임을 확인하면 강제집행을 위한 임시등기부를 작성하도록 하자는 것이다.<sup>318)</sup> 만일 소유자나 채무자가 아닌 경우는, 채무자가 소유자에 대하여 갖는 공사대금채권 등을 채권자를 대위하여 행사하면 동일한 결과를 가져올 수 있을 것이다.<sup>319)</sup>

일본 부동산등기법은 등기관에게 토지, 건물에 대해 직권조사권을 부여하고 있고, 건축 중인 건물이 사회통념상 건물로 인정될 수 있는 정도의 상태가 되면 완공 전의 건축물이라도 직권으로 표시에 관한 등기를 할 수 있도록 하고 있다. 이 경우 직권으로 표시등기를 한 건물에 대하여는 소유권에 관한 등기가 이루어지지 않았더라도 부동산 강제집행이 가능하다(동법 제104조 제1항).

특히 표시등기부의 표제부에는 토지의 경우 소재·지번·지목·지적을, 건물의 경우 소재·가옥번호·종류·구조·바닥면적·부속건물을 기재하고, 소유자의 성명과 주소를 각각 기재하도록 하고 있는데, 이 경우 표시등기의 소유자는 소유권보존등기의 신청자격자, 고정자산에의 납세의무자임을 밝히는 소극적 의미만 있을 뿐

316) 오시영, “미등기건물에 대한 강제집행상의 문제점 및 입법론적 고찰”, 「민사소송」 제11권 제2호, 한국민사소송법학회, 2007. 11, 228면.

317) 채무자 명의의 건축허가서, 임시사용승인서 또는 재산세납세증명서 등을 첨부하여 제출하거나, 무허가 건물에 대한 재산세납세증명서 등을 첨부하여 제출하면 될 것으로 보인다. 이 경우에 미등기건물이나 무허가건물이 채무자의 소유가 아니라고 다투고자 하는 정당한 소유자는 제3자이외의 소를 제기하거나 채무자가 집행이의신청 등의 방법으로 다룰 수 있을 것이다.

318) 서기석, “민사집행의 문제-실효성 있는 민사집행제도마련을 위한 토론회 결과보고서”, 법원행정처, 1996, 51-52면; 민사소송법(강제집행편)개정착안점, 법원행정처, 1996, 50-51면(부동산 등기법을 개정하더라도 건축허가사항위반 등의 사유로 사용승인을 받지 못한 경우 이를 악용할 소지가 있으므로 소유권보존등기를 허용하더라도 무허가건물에 대하여는 무허가건물임을 기재하는 것이 타당하다).

319) 오시영(2012. 8.), 전계논문, 278면.

보존등기에서의 소유권은 인정하지 않고 있다. 따라서 표시등기의 소유자는 나중에 건물이 완공되어 소유권보존등기를 할 수 있는 정당한 권리자가 되면, 소유권보존등기를 할 때 비로소 갑구란에 소유자로 정식등기를 하게 된다. 그 결과 일본에서는 우리처럼 미등기건물이나 미완성건물에 대한 집행불능의 문제가 발생하지 않는다.<sup>320)</sup>

유치권을 등기하여 공시함으로써 유치권자의 권리보호도 쉬울 뿐만 아니라 목적물의 이용권도 보호되어 상반되는 양 권리의 이익을 조화롭게 보호하게 될 것이다.<sup>321)</sup> 부동산유치권에 대한 권리관계나 사실관계를 등기부라는 공적장부에 공시함으로써 부동산물권변동에 있어서 공시의 원칙을 인정하는 우리의 법제와 맞을 뿐만 아니라 부동산거래의 안정을 위한 제도로써도 순기능을 할 것으로 기대한다.

그렇지 않으면 당사자 간의 설정계약에 의한 적법한 절차에 따라서 성립된 저당권에 대하여 단순히 점유하는 사실만으로 유치권을 우선시킨다면 담보물권의 순위충돌로 선순위의 권리보호를 소홀히 하는 결과가 된다.

현행 부동산등기법 제2조를 개정하여 부동산유치권을 등기할 수 있는 권리로 추가할 필요성이 있다. 부동산유치권 등기제도를 신설할 경우 보존등기가 경료된 건물의 경우는 물론이고, 건축 중인 건물도 건조 중인 선박<sup>322)</sup>과 동일하게 취급하여 표시등기제도를 도입하게 되면 부동산유치권 및 미등기부동산을 둘러싼 법정 분쟁을 해결하는 데 합리적인 방법이라고 본다.<sup>323)</sup>

320) 안철상, “건축 중인 건물에 대한 금전채권의 집행”, 「부동산판례연구」 제7집, 부산판례연구회, 1995, 582면.

321) 이진기, 전계논문, 524면.

322) 오시영(2012. 8.), 전계논문, 279면; 우리상법 제790조 및 제787조는 건조 중인 선박에 대한 저당권 설정을 인정하고 있고, 선박등기규칙 제23조는 건조 중인 선박에 관하여 조선지를 관할하는 등기소에, 선박의 종류와 선질, 용골의 길이(다만, 선박에 용골을 설치하지 않은 경우에는 선박의 길이), 계획의 폭과 깊이, 계획의 총톤수, 건조지, 조선자의 성명, 주소(조선자가 법인인 때에는 그 상호 또는 명칭 및 본점 또는 주된 사무소), 부동산등기규칙 제43조 제1항 제2호부터 제6호, 제8호, 제9호에서 정하고 있는 사항, 등록면허세액 등을 등기사항으로 하여 선박등기 및 저당권설정등기를 할 수 있도록 하고 있다. 그 후 선박건조를 마치게 되면 저당권설등기가 마쳐진 등기소에 선박에 대한 보존등기를 할 수 있도록 하고, 이 경우 등기기록 중 건조 중인 선박등기시 표제부에 이미 기록한 선박의 표시와 제23조 제4항에 따라 갑구 사항란에 기록한 등기사항을 말소하는 표시를 하고 소유권보존등기로 인하여 말소한다는 뜻을 기록하도록 하여 건조 중인 선박등기부와 건조 완성 후 선박에 대한 소유권보존등기부를 연결시키고 있다. 그리하여 건조 중인 선박에 설정된 저당권으로 건조 중인 선박에 대한 담보권실행경매가 가능하도록 하고 있다.

323) 김현미, 전계논문, 51면.

#### (4) 목적물과 피담보채권의 견련관계

유치권의 성립요건으로 ‘물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권’이라는 표현은 매우 모호한 표현이다. 그 의미를 목적물과 채권의 견련관계로 이해하고 있으나, 이와 같이 한정하는 것이 타당한지 논란이 될 수 있다. 법규정을 해석론과 일치시키기 위하여 이 요건을 ‘물건과 채권사이의 견련관계’로 표현하는 방안이 있다.

그러나 이 방안을 채택할 경우에도 견련관계가 무엇인지에 관한 견해의 대립이 생길 것이고, 견련관계라는 문언도 지나치게 포괄적인 의미를 내포하고 있다는 문제점이 있다. 그리하여 이 요건을 좀 더 한정적으로 표현하기 위해서 “비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권”에 대해서만 유치권을 인정하기로 하였다. 이는 종래 유치권이 인정되는 전형적인 형태를 “물건에 대하여 비용을 지출한 경우”로 상정한 것이다. 다만, 이와 같이 한정할 경우 유치권이 성립하는 범위가 지나치게 좁게 될 수 있어서 물건에 대한 비용지출과 유사한 경우까지 유치권의 성립범위를 넓힌 것이다. 따라서 “채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우”에도 위 요건으로 포섭되지 않는 한 유치권이 성립하지 않게 될 것이다.<sup>324)</sup>

#### (5) 유치권에 우선변제권을 인정하는 방안

유치권자는 목적물을 유치하는 데서 나아가 경매를 하고 정당한 이유가 있는 때에는 목적물을 직접 변제에 충당할 수 있다는 점에서 유치권은 담보물권의 성질을 갖고 있다. 그러나 유치권은 담보물권에 일반적으로 인정되는 우선변제권이 인정되지 않는다.<sup>325)</sup>

유치권을 저당권처럼 소멸주의로 운용하기 위해서는 유치권자에게 담보물권의 속성인 우선변제권을 인정할 필요성이 있다. 그런데 대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정에 의하면 소멸주의를 원칙으로 한다면 우선변제권을 인정하지 않은 채 일반채권자의 순위에 의해서 배당받을 수 있을 뿐이라고 하고 있어 문

324) 김재형(2011), 전계논문, 354면.

325) 김재형(2011), 전계논문, 355면.

제가 되고 있다.<sup>326)</sup> 유치권자는 민법상 우선변제권이 인정되지 않는데도 경매절차에서 사실상 우선변제를 받을 수 있기 때문에 유치권은 담보물권에서 모호한 지위를 차지하고 있다. 그리하여 유치권에 우선변제권을 인정할 것인지를 검토하였다. 담보물권이라 해서 당연히 우선변제권을 인정하는 것은 아니다. 다만 법률의 규정으로 우선변제권을 인정할 것인지 여부를 결정할 수 있다. 그러나 유치권자의 지위를 완화하자는 의견이 많은 상태에서 유치권에 우선변제권을 부여하는 것은 문제가 있다고 본다.<sup>327)</sup>

현재 유치권자에게 우선변제권을 인정하지 않더라도 유치권자를 보호하는데 문제가 생기지는 않는다. 오히려 부동산 유치권자가 사실상 우선변제를 받을 수 있도록 하고 있는 민사집행법 제91조 제5항을 삭제함으로써 유치권을 약화시키기로 하였다. 이에 따르면 부동산 유치권자는 경매절차에서 일반채권자로서 채권을 회수할 수 있을 뿐이고 종전과 같은 사실상 우선변제권도 인정되지 않는다.<sup>328)</sup>

## 2. 민법 제372조의2의 부동산유치권자의 저당권설정청구권에 관한 신설안

### (1) 저당권설정청구권 도입 의의

현행법에서는 타인의 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권(이하 ‘비용지출채권 등’이라고 한다)이 있는 경우에 유치권이 성립되지만, 위 개정안에 따르면 미등기부동산의 경우를 제외하고는 부동산유치권이 인정되지 않는다. 타인의 부동산에 대한 비용지출채권 등은 통상 부동산의 가치를 증대시키는 것이기 때문에 그 부동산으로부터 비용지출채권 등에 대하여 우선변제 받을 권리를 인정할 필요가 있다.<sup>329)</sup>

326) 오시영(2012. 8.), 전계논문, 281면.

327) 이에 대하여 다른 의견으로는 오시영(2012. 8.), 전계논문, 281면; 유치권의 우선변제권 순위를 이원화하여 우선변제권을 보장하는 방안을 마련하는 것이 타당하다고 본다. 즉 유치권의 피담보채권의 발생으로 인하여 “유치목적물에 증가된 객관적 가치 상당액”에 대하여는 유치권자에게 언제나 법률상 1순위 우선변제권을 항상 보장하고, 유치목적물의 객관적 가치에서 위 증가된 객관적 가치 상당액을 공제한 나머지 부분에 대하여는 유치권 성립시기에 담보권을 설정한 것으로 보아 그 순위에 맞게 법률상 우선변제권을 보장해 주는 방향으로 민법개정이 이루어져야 한다는 것이다. 이는 마치 주택임대차보호법 제8조 제1항이 “임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다.”고 하여 소액임차보증금을 언제나 1순위로 보장해 주는 것과 같은 구조라 하겠다.

328) 김재형(2011), 전계논문, 356면.

민법개정위원회 제1차 전체회의(2012. 4. 23)의 개정안은, 민법 제320조 제2항을 “타인의 미등기부동산을 점유한 자에 대해서도 제1항을 준용한다. 이 경우 그 부동산에 제1항의 채권을 담보하기 위하여 제372조의2에 따른 저당권설정등기를 한 때 또는 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 유치권이 소멸한다.”로 규정하고, 민법 제372조의2(비용지출자 등의 저당권설정청구권)를 신설하여 부동산유치권자에게 피담보채권의 보전을 위한 저당권설정청구권을 인정하고 있다.

당초 민법개정위원회 제5분과위원회는 민법 제320조 제1항의 유치권의 피담보채권에 대하여 “동산에 대한 비용 지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권”으로 하여 실무위원회에 회부하였다. 그러나 이러한 여러 개의 개정안에 대하여 민법개정위원회 전체회의 결정으로써 “동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상채권”을 유치권의 피담보채권의 범위로 하는 개정안을 최종적으로 확정하였다.<sup>330)</sup> 즉 동산유치권과 유가증권유치권만을 인정할 뿐 부동산유치권을 원칙적으로 인정하지 않으며,<sup>331)</sup> 피담보채권의 범위도 동산에 대한 비용 지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상채권으로 제한하겠다는 입장을 취한 것이다.<sup>332)</sup>

이처럼 전체회의의 최종개정안은 유치권의 피담보채권과 관련하여 “물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권”이라고 되어 있는 현행 민법 제320조 제1항과 달리 “동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상채권”으로 그 범위를 축소하고 있다. 한편 위 전체회의에서는 제320조 제2항을 “타인의 미등기부동산을 점유한 자에 대하여서도 제1항을 준용한다. 이 경우 그 부동산에 제1항의 채권을 담보하기 위하여 제372조의2에 따른 저당권설정등기를 한 때 또는 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 유치권이 소멸한다.”고 하여 미등기부동산에 대하여는 동산유치권과 동일한 내용의 유치권을 인정하되 제372조의2를 신설하여 미등기부동산유치권자에게 저당권설정청구권을 인정

329) 김재형(2011), 전계논문, 357면.

330) 2012년 4월 23일 제5분과위원회와 위원장단안을 놓고 ‘유치권의 피담보채권’에 대하여 표결한 결과 참석위원 22명 중 12명이 위원장단 개정안에 찬성하고, 10명이 분과위원회 개정안에 찬성하였다.

331) 부동산유치권의 존치필요성에 대하여는 오시영(2012. 8.), 전계논문, 275-277면 참조.

332) 오시영(2012. 12.), 전계논문, 241면.



하고, 그 저당권설정청구권자를 부동산보존등기 후 6개월 이내에 행사하지 않으면 유치권이 소멸하는 것으로 결정하였다.

부동산이 소유권보존등기가 된 후 6개월 이내에 소로써 행사하지 아니하면 소멸하도록 한 이유로는 저당권설정청구권은 그 내용이 강력하므로 이해관계인의 피해를 최대한 줄이기 위하여 부동산등기일로부터 6개월 내에 저당권설정청구권을 소로써 행사하지 아니하면 소멸하는 것으로 하였다는 것이다.<sup>333)</sup>

그런데 372조의2에서 신설된 저당권설정청구권과 관련하여 저당권설정청구권자를 부동산점유자로 국한할 것인지, 아니면 비점유자에게도 인정할 것인지를 둘러싸고, “제5분과위원회의 개정안은 부동산등기 여부와 관계없이 특별조문에 의하여 인정되는 저당권설정청구권이므로 유치권 성립 여부<sup>334)</sup>와 상관없이 미등기부동산에 대해서는 유치권을 인정하고, 등기부동산에 대하여는 저당권설정청구권만을 인정”하는 것이 타당하다거나,<sup>335)</sup> “제5분과위원회의 개정안은 유치권에서 우선변제권을 인정하지 않기로 결정함에 따라 저당권설정청구권과 부동산유치권을 통일적으로 구성하지 않기로 했다.”거나,<sup>336)</sup> “현재 유치권이 있으면 사실상 우선변제권이 있다고 인정하고 있기 때문에 이를 전제로 제372조의2와 제372조의3을 각 신설하여, 제372조의2는 유치권이 있는 자에게, 제372조의3은 유치권이 없는 자에게 각 ‘저당권설정청구권’을 인정하는 것”이라는 견해<sup>337)</sup>등이 개진되었다.

그리하여 전체회의에서는 위원장단 개정안대로 유치권의 유무에 따라 제372조2(유치권이 인정되는 경우)와 제372조의3(유치권이 인정되지 않은 경우)을 구분하여 각각 저당권설정청구권을 인정하기로 결정하였다.<sup>338)</sup>

따라서 제372조의2(부동산 유치권자의 저당권설정청구권)을 신설하여 “①제320조 제2항에 의한 부동산유치권자는 그 부동산이 등기된 때에는 부동산소유자에 대해서 그 피담보채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 유치권이 성립한 후 부동산의 소유권을 취득한 자에 대해

333) 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 「2012년 민법개정의 성과와 과제」 서울대학교법학교육 100주년 기념관에서 개최된 2012 한국민사법학회 동계학술대회 발표자료, 2012. 12. 10-11면.

334) 목적물의 점유 여부와 상관없다는 의미로 해석된다.

335) 남효순, 2012년 4월 23일 전체회의일지 14면 참조.

336) 김재형, 위 회의일지 14면 참조.

337) 윤진수, 위 회의일지 14-15면 참조.

338) 전체회의의 참석위원 22명 중 위원장단 개정안에 찬성한 위원은 14명이었다.

서도 또한 같다. ②제1항의 권리는 채권자가 그 부동산이 등기된 날로부터 6개월 내에 소로써 행사하지 아니하면 소멸한다. ③제1항에 따른 저당권은 그 채권의 변제기에 설정된 것으로 본다.”라는 내용을 확정하였다. 결국 제372조의2는 미등기부동산유치권자(제320조 제2항)에게 그 부동산이 보존등기된 날로부터 6개월 이내에 저당권설정청구권을 행사하도록 하고, 유치목적물에 대해 위와 같이 저당권설정등기를 하거나 소유권보존등기 후 6개월 이내에 저당권설정등기청구권을 행사하지 아니할 경우에는 유치권이 소멸되도록 하고 있다.<sup>339)</sup>

한편 제372조의3(유치권자 아닌 채권자의 저당권설정청구권)에 대해서는 제1차 전체회의에서는 그 결정이 유보되었다가 제2차 전체회의에서 결정되었다.<sup>340)</sup>

이는 부동산에 대하여 비용지출채권 등이 있는 경우에 곧바로 법정저당권을 인정하는 것은 아니고 민법 제666조와 유사하게 부동산에 저당권을 설정할 수 있도록 한 것이다.

민법 제666조를 살펴보면 이 규정은 수급인의 목적 부동산에 대한 저당권설정청구권에 관하여 “부동산공사의 수급인은 전조의 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.”고 정하고 있다. 이 규정에서 정하고 있는 수급인의 저당권설정청구권은 순수한 채권적 청구권이다. 수급인의 청구권 행사로 바로 저당권이 설정되는 것은 아니고, 도급인이 그 청구에 응하여 승낙을 하거나 승소판결을 통하여 등기를 갖추어야 비로소 저당권설정의 효력이 생긴다고 보고 있다.

그런데 수급인의 저당권설정청구권에 관한 규정은 도급계약에서만 적용되는 것이지만, 제5분과위원회에서는 도급계약 이외에도 부동산에 대한 비용을 지출함으로써 그 가액을 증가시킨 경우에 부동산에 대한 저당권을 설정할 수 있도록 할

---

339) 최종안 제372조의2 제2항의 “소멸한다”는 의미가 “유치권”이 소멸한다는 의미인지, “저당권설정청구권”이 소멸한다는 의미인지는 법문으로는 불분명하다. 왜냐하면 동조 제1항의 권리는 “미등기 부동산유치권자의 저당권설정청구권”을 의미하는 데, 법문대로 해석하면 저당권설정청구권이 소멸한다는 의미가 될 뿐 유치권이 소멸한다는 의미가 아닌 것으로 해석될 수 있기 때문이다. 그런데 제372조의3(유치권자 아닌 채권자의 저당권설정청구권) 제2항은 유치권이 소멸한 자에 대해서도 다시 저당권설정청구권을 인정하겠다고 규정하고 있으므로, 위 제372조의2 제2항의 소멸한다는 의미는 미등기부동산유치권자로서의 저당권설정청구권이 소멸한다는 의미로 해석되어 진다. 그렇다면 위 제372조의2 제2항을 “6개월 내에 소로써 행사하지 아니하면 미등기부동산유치권자로서의 저당권설정청구권은 소멸한다.”로 정확하게 표현하는 것이 좋겠다고 하겠다. 이렇게 저당권설정청구권을 상실하게 되는 자는 개정시안 제320조 제2항 후문에 의해 “미등기 부동산의 유치권이 소멸”하게 된다고 하겠다. 오시영(2012. 12.), 전계논문, 243면.

340) 오시영(2012. 12.), 전계논문, 243면.

필요가 있다고 보아 개정안을 마련하였다. 제372조의2 신설안은 부동산유치권을 없애는 대신 비용지출채권 등을 확보하기 위하여 저당권설정청구권을 인정하기 위하여 고안된 것인데, 민법 제666조를 확대하여 비용지출채권 등을 좀 더 포괄적으로 보호하기 위하여 마련한 것이다. 그리하여 법규정의 위치도 유치권에 관한 절이나 도급에 관한 절에 두지 않고 저당권에 관한 절에 두기로 하였다.<sup>341)</sup>

## (2) 법정저당권과 저당권설정청구권의 법적 성질

비용지출자 등에게 저당권설정청구권을 인정할 것인지 아니면 법정저당권을 인정할 것인지에 관하여 논란이 있었다. 부동산에 대한 비용지출자 등이 법정저당권을 취득한다고 정할 경우에 저당권등기 없이도 저당권을 취득할 것이다.

이와 달리 저당권설정청구권만을 부여한 것은 저당권을 반드시 등기부에 공시하도록 한 것이다. 제372조의2 신설안은 앞에서 살펴본 바와 같이 민법 제666조에서 정하고 있는 수급인의 경우와 마찬가지로 저당권설정청구권을 인정하기로 하였다. 이는 법정저당권을 인정하지 않고 저당권설정등기를 하여야만 저당권자로서의 권리를 취득 행사할 수 있다는 것이다.

입법례에 따라서는 비용지출자 등에게 우선특권을 인정하고 있는 경우도 있으나, 우리민법에서는 이를 인정하지 않고 있다. 또한 우리 민법에서는 법정저당권은 매우 예외적인 경우에만 인정하고 있다. 즉, 제649조는 “임차지상의 건물에 대한 법정저당권”이라는 표제하에 “토지임대인이 변제기를 경과한 최후 2년의 차임채권에 의하여 그 지상에 있는 임차인 소유의 건물을 압류한 때에는 저당권과 동일한 효력이 있다.”고 정하고 있다. 이 규정에 따르면 변제기를 경과한 최후 2년의 차임채권에 의하여 그 지상에 있는 임차인 소유의 건물을 압류한 때에는 저당권과 동일한 효력이 있다고 정하고 있다.

따라서 변제기를 경과한 최후 2년의 차임채권에 한하여 임차인 소유의 건물에 대하여 법정저당권이 인정된다. 그리고 부동산에 대한 비용지출자 등에게 바로 법정저당권을 인정하는 것은 비용지출자 등을 과도하게 보호하는 결과가 될 수 있다. 한편 부동산에 관하여 등기 없이 물권을 인정하는 것은 공시의 원칙에

341) 김재형(2011), 전계논문, 358면.

위배된다고 할 수 있다.

이 점에서도 비용지출자 등에게 법정저당권을 인정하는 것보다 저당권설정청구권만을 부여하는 것이 타당하다고 보았다.

그리고 민법 제649조의 법정저당권의 경우에는 등기를 요건으로 하는 대신 ‘압류’를 요건으로 하고 있는데, 비용지출자 등에게 법정저당권을 인정하기 위해서 압류를 요건으로 한다면 오히려 비용지출자 등에게 불리하게 될 것이다. 등기를 요구하는 것이 압류를 하는 것보다 편리할 수 있다. 왜냐하면 압류를 하려면 확정판결을 받아야 하지만, 등기의 경우에는 확정판결을 받지 않아도 등기를 할 수 있기 때문이다. 민법 제649조에 따른 저당권은 압류에 의한 법정저당권이고 제372조의2 신설안에 따른 저당권은 등기에 의한 저당권이지만, 법률에서 저당권설정청구권이 인정되고 있다고 볼 수 있다. 만일 압류 등을 요건으로 하지 않고 비용을 지출하였을 경우 법정저당권이 성립한다고 규정할 경우에는 법정저당권이 성립되었는지를 둘러싸고 분쟁이 발생할 우려가 클 것이다.

결국 제372조의2 신설안은 비용지출자 등에게 법정저당권을 인정하지 않고 저당권설정청구권만을 인정하였는데, 이에 따르면 비용지출자 등의 저당권을 등기함으로써 권리관계를 명확하게 하고 이를 대외적으로 공시를 할 수 있다는 장점이 있다.<sup>342)</sup>

### (3) 저당권설정청구권자와 등기청구의 상대방

#### 1) 등기청구권자

제372조의2 신설안에 따른 저당권설정등기의 청구권자는 비용지출 등으로 채권을 가지고 있는 자이다. 건물신축계약에서 수급인도 이에 포함될 수 있고 하수급인도 부동산소유자인 도급인에게 직접 하도급대금을 청구할 권리가 있다면 이에 포함될 수 있을 것이다.<sup>343)</sup>

342) 김재형(2011), 전계논문, 359-360면.

343) 김재형(2011), 전계논문, 362면.

## 2) 등기청구의 상대방

제372조의2 제1항은 부동산소유자 또는 제3취득자에 대하여 저당권설정청구권을 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 대하여 제5분과위원회의 당초 개정안은 채무자인 부동산소유자 뿐만 아니라 채무자 아닌 부동산소유자도 상대방으로 인정하는 것이 기존의 유치권과 궤를 같이 하는 것으로 타당하다면서도, 저당권설정청구권은 채권적 청구권에 불과하기 때문에 부동산을 취득한 제3자(제3취득자)에 대하여는 행사할 수 없다는 입장을 취하였다.

그러면서 예외적으로 제3취득자가 악의인 경우에는 이를 허용해야 한다고 하였다.<sup>344)</sup> 그러나 현행 유치권은 현재의 소유자, 즉 원래의 소유자이든 제3취득자이든, 그가 선의이든 악의이든 상관없이 모든 사람에게 대해서 행사할 수 있다. 따라서 악의의 제3취득자에 대하여만 저당권설정청구권을 인정하겠다는 제5분과위원회의 개정안은 유치권의 본질을 도외시 한 잘못이 있다고 하지 않을 수 없다.

그런데 실무위원회안<sup>345)</sup>은 부동산유치권자는 부동산소유권보존등기가 되어 있으면 소유자를 상대로 저당권설정등기청구권을 행사할 수 있고 그 후 소유자가 바뀌더라도 새로운 소유자에게 행사할 수 있도록 하면서도, 유치권자가 아닌 채권자의 경우에는 변제기의 도래 여부를 불문하고 소유자에 대하여만 저당권설정청구권을 행사할 수 있도록 하여 제3자에 대하여는 그가 악의이더라도 행사할 수 없도록 하고 있다. 또한 유치권자가 점유를 상실하거나 행사기간 6개월을 초과하여 유치권을 상실한 경우에도 제372조의3에 의해 저당권설정청구권을 행사할 수 있도록 하고 있다. 이처럼 차별을 둔 것은 유치권자에게 대세적 효력을 인정하여 제3취득자가 선의이든 악의이든 모두 대항할 수 있도록 하겠다는 것이다.

반면에 피담보채권의 변제기가 도래하지 않았거나 유치권이 상실된 경우에는 유치권이 없으므로 채권적 청구권만을 인정하여 채무자에 해당하는 원래의 소유자에 대해서만 저당권설정청구권을 행사할 수 있고, 채무자가 아닌 제3취득자에 대하여는 행사할 수 없도록 하고 있다(개정안 제372조의3 제2항).

유치권은 원래 유치목적물에 대해 인도청구를 거절할 수 있는 권리, 즉 소유자

344) 오시영(2012. 12.), 전제논문, 259면; 앞의 회의일지, 46-47면.

345) 앞의 회의일지 51면 참조.

의 인도청구를 거절할 수 있는 권리이기 때문에 목적물의 소유자를 상대로 저당권설정청구권을 인정하는 것이 타당하고, 종래의 유치권이 사실상 우선변제권을 인정해 온 것을 바탕으로 한다면 소유자가 바뀐 경우에도 선의, 악의를 불문하고 유치권의 존재를 인정해야 할 것이므로, 그 연장선상에 있는 저당권설정청구권의 인정을 허용하는 것이 타당하다고 하겠다.<sup>346)</sup>

#### (4) 등기사항과 피담보채권액

상술한 바와 같이 저당권설정등기청구권이 받아들여지면 필요적 등기사항으로는 채권자(저당권자), 채무자(저당권설정자), 피담보채권액, 변제기 등을 들 수 있다. 그리고 저당권등기가 기재되면 채권자(유치권자)는 유치목적물을 더 이상 유치할 필요가 없으므로 유치목적물을 저당권설정자에게 반환함으로써 보관의무를 면하게 된다고 하겠다.

반면에 유치권자가 적극적으로 저당권설정등기청구권을 행사하지 않을 경우, 이때는 공동신청의 원칙에 의해 목적물을 반환받고자 하는 채무자 또는 저당권설정자가 저당권설정등기청구권을 행사하여 의무자가 판결을 받아 그 판결에 기해 저당권등기를 하고 유치목적물의 반환을 청구할 수 있도록 할 필요가 있다. 피담보채권액에 대해서 개정안에 따르면 지출액 또는 약정채권액이 될 것이다. 그런데 지출액이 많지만 가치증가액이 현저하게 적은 경우에도 지출액으로 피담보채권액을 정할 것인지 문제된다.<sup>347)</sup>

그리하여 지출액 또는 약정채권액을 피담보채권으로 하는 것을 원칙으로 하고, 예외적으로 등기시에 가치증가액을 한도로 할 것인지 논의하였으나 유치권의 경우에 가치증가액을 한도로 하고 있지 않다는 이유로 이 방안을 채택하지 않았다.

부동산소유자가 채무자인 경우에는 별다른 문제가 없을 것이지만, 부동산소유자가 채무자가 아닌 경우에는 문제가 있을 수 있다. 그러나 제1항에서 악의의 제3취득자에 대해서만 저당권설정청구권을 인정하고 있기 때문에, 피담보채권액을 가치증가액으로 한정할 필요가 크지 않을 것이다.<sup>348)</sup>

346) 오시영(2012. 12.), 전계논문, 260면.

347) 김재형(2011), 전계논문, 366면.

한편 피담보채권액을 확정하기 곤란한 경우가 많을 것으로 예상된다. 약정채권액이 있으면 이에 따르면 될 것이지만, 그렇지 않은 경우에는 지출비용을 계산하여 피담보채권액을 산정하여야 할 것이다. 이에 관해서는 비용지출자가 약정채권액 또는 지출액을 입증할 책임이 있다.<sup>349)</sup>

#### (5) 저당권등기의 효력 발생시기

민법개정안 제372조의2 제3항은 “제1항에 따른 저당권은 그 채권의 변제기에 설정된 것으로 본다.”라고 하여, ‘변제기’, 즉 유치권성립시로 소급하여 저당권의 효력을 인정하고 있다. 등기일자보다 소급하게 됨으로써 보존등기일과 저당권설정등기일 사이에 새로운 이해관계를 맺은 자의 권리를 침해하는 문제가 생긴다. 이는 현행 유치권제도 하에서도 동일하게 발생하는 것이지만 다른 점이 있다.

즉, 유치물의 경매시 새로운 이해관계를 맺은 제3자(통상 저당권자나 압류채권자일 것이다)는 경매목적물의 매각대금으로 배당을 받기 때문에 유치권 때문에 피해를 보는 일이 없지만, 매수인은 민사집행법 제91조 제5항의 사실상 인수주의에 의해 유치권자에게 추가변제를 해야 한다는 점에서 다르게 된다.<sup>350)</sup>

즉, 현행 유치권제도에 의하게 되면 선의이든 악의이든 새로운 이해관계를 맺는 채권자(매수인 제외)는 매각대금으로부터 순서에 따라 배당을 받는데 전혀 지장이 없기 때문에 유치권이 설정되어 있다고 하더라도 배당순서에는 피해가 가지 않았다.

그런데 최근 대법원판례<sup>351)</sup>가 민사집행법 제91조 제5항과 관련하여 유치권의 경우에도 원칙적으로 소멸주의에 의하고, 배당에 참가하여 일반채권자의 지위에서 배당받아야 한다고 판시한 이후에는 실무상 유치권에 대한 취급이 달라질 수밖에 없게 되었다. 개정안에 따르면 종래 유치권이 있더라도 배당을 받는데 피해를 보지 않았던 채권자들이 제372조의3에 의해 유치권자가 저당권자로 되고 그

348) 다만 유익비상환청구권의 경우에 개별 조항에서 채무자의 선택에 쫓아 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다고 정하는 규정들이 있는데(민법 제203조 제2항, 제310조 제1항, 제626조 제2항 등), 이러한 경우에는 그 규정에 따라 채권액이 정해질 것이다.

349) 김재형(2011), 전게논문, 367면.

350) 박윤직, 전게서, 282면.

351) 대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정.

저당권의 순위가 유치권의 피담보채권변제기로 소급함에 따라 우선변제권의 지위를 소급해서 취득하게 되고, 그로 인해 소유권보존등기와 유치권자의 저당권등기 사이에 이해관계를 맺게 된 제3자는 유치권자보다 후순위 채권자가 됨으로써 그 목적물이 경매될 경우 종래 채권자보다 선순위로 배당받던 지위(유치권자는 매수인으로부터 변제를 받게 됨)에서 유치권자보다 후순위가 됨으로써 불리하게 될 수도 있다. 그렇지만 위 대법원판례처럼 유치권의 경우도 소멸주의를 취하는 것이 타당하므로 성립순위에 따라 우선변제권을 인정하는 개정방향은 타당하다고 하겠다. 그렇다면 당사자가 특약으로 변제기를 연장할 경우 어떻게 할 것인지 문제되는데, 일단 유치권이 변제기에 성립한 후에 당사자 간의 약정으로 변제기를 늦추는 것은 당사자 사이에서 강제집행을 연기하겠다는 의사의 합의로 보거나 피담보채권의 소멸시효의 종기를 연장하겠다는 취지로 해석하면 되므로, 일단 성립한 유치권의 우선변제권의 성립시기에는 영향이 없다고 할 것이다.<sup>352)</sup>

### 3. 부동산등기법의 제75조의 개정안

부동산등기법 제75조의 제3항을 신설하여 “민법 제372조의2, 제666조의 규정에 따라 저당권등기를 신청하는 경우에는 신청서에 그 규정에 따른 저당권임을 표시하고, 변제기를 적어야 한다.”고 규정하기로 하였다.

일반적인 저당권의 경우에는 채권의 변제기가 임의적 기재사항이지만, 이 경우에는 채권의 변제기를 반드시 기재하도록 하였다. 저당권설정등기시보다 변제기가 일찍 도래한 경우에는 변제기를 기준으로 저당권의 효력이 발생하기 때문이다. 이와 같이 변제기를 필요적 기재사항으로 함으로써 권리관계를 명확하게 한다는 장점이 있을 것이다.<sup>353)</sup>

부동산등기법 제75조 제1항 제3호<sup>354)</sup>는 저당권등기의 경우 변제기를 등기하도록 하고 있는데, 보통의 저당권은 변제기에 우선순위가 결정되는 것이 아니라 등기일을 기준으로 우선순위가 결정된다. 반면에 민법 제372조의2에 의한 저당권은

352) 오시영(2012. 12.), 전계논문, 263면.

353) 김재형(2011), 전계논문, 369-370면.

354) 등기관은 민법 제372조의2에 따라 저당권의 등기를 할 때에는 그 규정에 따른 저당권임을 표시하고, 변제기를 기록하여야 한다.



동조 제3항에서 변제기에 설정된 것으로 본다고 하여 보통의 저당권과 달리 우선순위가 소급하는데 그 차이가 있다. 따라서 이 연결 조항을 알지 못한 일반 채권자들의 혼란을 방지하기 위하여 단순히 변제기를 등기할 것이 아니라 저당권 효력발생일을 변제기로 등기하도록 직접적 표현을 사용하는 것이 더 타당하다고 하겠다.<sup>355)</sup>

#### 4. 수급인의 저당권설정청구권에 관한 민법 제666조의 개정안

민법개정안 제666조(수급인의 목적부동산에 대한 저당권설정청구권)은 “부동산 공사의 수급인은 제665조의 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 이 경우에 제372조의2 제1항 제2문, 제3항, 제4항을 적용한다”라고 규정되어 있다.

위 개정안의 취지를 살펴보면, 비용지출자 등의 저당권설정청구권에 관한 규정을 신설할 경우 제666조의 내용은 대부분 이에 포섭될 수 있다. 그러나 이를 굳이 삭제할 필요는 없을 것이다. 도급계약에 관하여 명시적인 규정을 두는 것은 의미가 있기 때문이다. 그리하여 이 규정을 그대로 존치하되, 제372조의2 제1항 제2문, 제3항, 제4항을 적용하기로 하였다.

다만, 제666조의 개정안은 종전대로 점유를 요건으로 규정하지 않고<sup>356)</sup> 저당권 설정청구권의 상대방을 부동산소유자라고 명시하지 않았다. 이에 관해서는 종전의 해석론에 맡긴 것으로 도급인인 부동산소유자가 저당권설정청구권의 상대방이 될 것이다. 다만 제372조의2 제2문을 적용하여 악의의 제3취득자에게도 저당권설정청구권을 행사할 수 있도록 하였다.<sup>357)</sup>

수급인의 저당권설정청구권에 관하여 개정안 제372조의2 제1항 제2문, 제3항, 제4항을 적용함으로써 수급인의 저당권설정청구권에 어떤 변화가 생기게 될지 살펴볼 필요가 있다. 첫째, 도급인이 부동산 소유자인 경우에 한하여 수급인이

355) 오시영, “유치권관련 민법개정안에 대한 검토”, 「강원법학」 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013. 2, 128-129면.

356) 이는 제372조의2에 관한 개정안에서 제1안을 택할 것인지 제2안을 택할 것인지 여부와는 직접적인 관련이 없다. 다만, 동 개정안에서 제2안을 채택한다면, 비용지출자 등의 저당권설정청구권에서도 수급인의 저당권설정청구권과 마찬가지로 점유를 요건으로 하지 않게 될 것이다.

357) 제666조의 경우에는 제372조의2 제1항 제1문, 제2항을 적용하지 않기로 하였다.

저당권설정청구권을 행사할 수 있다. 둘째, 수급인의 저당권설정청구권의 경우에는 점유가 요건이 아니다. 따라서 수급인의 점유가 불법행위로 인한 것인지 여부는 저당권설정청구권을 인정하는데 문제가 되지 않는다. 셋째, 수급인은 채권의 변제기로부터 6개월 내에 저당권등기를 하거나 그 등기를 청구하는 소를 제기하여야 한다. 미등기부동산의 경우에는 채권의 변제기와 소유권보전등기를 한 날 중 늦게 도래한 날로부터 6개월의 기간을 기산한다. 넷째, 수급인의 저당권설정등기 이전에 채권의 변제기가 도래한 때에는 변제기에 저당권이 설정된 것으로 본다. 요컨대 약의의 제3취득자에게도 저당권설정청구권을 행사할 수 있도록 한 점, 변제기로부터 소급하여 우선권을 주장할 수 있다는 점은 수급인에게 유리하게 변경되는 사항이지만, 권리행사기간을 제한한 것은 수급인에게 불리하게 변경된 사항이다.<sup>358)</sup>

## 5. 민사집행법의 유치권에 관한 법률개정안

### (1) 민사집행법 제88조(배당요구)의 개정안

개정안 민사집행법 제88조 제1항<sup>359)</sup>은 배당요구권자에 “민법 제372조의2 제1항에 의하여 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자”를 추가하였다. 유치권을 배당 후 소멸되는 것으로 함에 따라 유치권자가 배당기금으로부터 배당받을 수 있도록 하기 위하여 배당요구권자로 규정한 것이다. 저당권이 설정된 경우는 저당권자로 보아 그 순위(변제기)에 따라 배당하면 될 것이기 때문에 별 문제가 없으나, 저당권설정청구권을 소로써 행사하여 재판 진행 중인 경우에는 저당권등기가 되어 있지 않기 때문에 집행법원으로서 유치권자의 존재를 알 수 없으므로 유치권자가 배당요구를 하여야만 배당받을 수 있도록 한 것이다.

그렇다면 아직 보존등기 후 6개월 이내여서 저당권설정청구권을 행사할 수 있는 기간 이내인데 이 경우에도 경매가 진행된다면 유치권자의 지위는 어떻게 될

358) 김재형(2011) 전계논문, 372면-373면.

359) 현행 민사집행법 제88조 제1항: 집행력 있는 정보를 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선 변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다.

것인지와 관련하여, 이 경우에도 일반채권자로서 배당요구 종기일까지 배당요구를 함과 동시에 6개월 이내에 저당권설정청구의 소를 제기하여 우선변제권자로서의 지위를 획득한 후 배당에 참가하면 될 것이다.

문제는 경매개시결정 등기 후 배당요구를 하지 않은 채 유치권에 의한 등기만을 경료한 자의 경우인데, 이 경우에도 배당요구 종기일까지 배당요구를 하여야 할 것이며 만일 배당요구를 하지 않는다면 소멸주의로 변경되고 배당요구권자로 등기부상 명시되지 않고 있는 이상 배당을 받을 수는 없을 것으로 생각된다.

한편 유치권자가 배당요구를 하였으나 배당기일까지 아직 저당권설정등기가 경료되지 못한 경우에는 민사집행법 제160조<sup>360)</sup>와 제161조<sup>361)</sup>에 의해 배당액 상당을 공탁하여 저당권설정청구권에 대한 소에서 승소한 후 배당청구하면 될 것이다. 문제는 이 경우 저당권설정청구권의 소가 확정되기 전에 경매가 종료되어 버리게 되면 소유권자의 변경이 있게 되어 소멸주의로 변경된 이상 유치권이 소멸하게 되는데, 이 경우에도 유치권자로서 피담보채권의 진정한 채권자임을 확인받은 후 우선배당권자의 지위를 확보하는 방법을 취할 수밖에 없다고 하겠다.

또 다른 문제는 가장·허위유치권자가 저당권설정청구의 소를 제기한 후 배당신청하는 경우인데, 이 경우에도 결국 배당이의의 소나 유치권부존재확인 소 등에 의하여 허위유치권자를 규명하여 배당에서 배제할 수밖에 없고 경우에 따라서는 소송사기죄 등의 형사책임을 물을 수 있을 것이다. 허위유치권자인지의 여부는 재판관을 통해 밝혀질 수밖에 없기 때문에 일단 저당권설정청구의 소를 제기한 이상 배당요구권자에 포함될 수밖에 없고, 배당이의의 소 등에 의해 배당금을 공탁한 후 사실관계가 확정되면 재배당절차를 밟아야 한다. 이로 인한 절차지연의 문제는 부득이한 것이다.<sup>362)</sup>

## (2) 민사집행법 제91조 제2항의 개정과 제5항의 삭제

유치권과 관련하여 가장 큰 변화라고 한다면 저당권처럼 매각으로 인하여 유치

360) 동법 제160조(배당금액의 공탁) 제1항: 배당을 받아야 할 채권자의 채권에 대하여 다음 각 호 가운데 어느 하나의 사유가 있으면 그에 대한 배당액을 공탁하여야 한다.

361) 동법 제161조(공탁금에 대한 배당의 실시).

362) 오시영(2013), 전개논문, 132-133면.

권이 소멸되도록 하였다는 것이다(민사집행법 제91조 제2항). 다시 말해 매수인이 사실상 유치권을 인수하던 종래의 입법정책에서 벗어나 개정안은 유치권이 매각으로 인하여 소멸하도록 하였다는 것이다.

이에 따라 유치권자는 저당권설정등기가 된 경우에는 배당에 참가하지 않더라도 직권배당을 받을 수 있기 때문에 다른 배당채권자에 대한 부당이득반환청구가 가능하지만, 저당권설정등기가 되어 있지 않은 유치권자는 저당권설정청구의 소를 제기한 후 배당요구하거나, 일반채권자로서 배당에 참가하여 배당을 받을 수밖에 없게 되고, 만일 이 경우 배당요구를 하지 않게 되면 배당을 받지 못한 상태에서 유치권은 소멸되기 때문에 배당을 받아간 다른 배당채권자들에 대하여 부당이득반환청구를 하지 못하게 된다. 이로 인하여 배당기금에서 유치권자도 그 우선순위에 따라 배당을 받게 되고 매수인은 추가인수자금을 부담할 필요가 없게 되므로, 유치권으로 인한 매각지연이나 매각대금 하락은 어느 정도 막을 수 있게 되었다고 하겠다.<sup>363)</sup>

민사집행법 제91조 제5항은 “경매절차에서 매수인은 유치권자에게 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다”고 정함으로써 부동산 유치권에 관하여 이른바 인수주의를 채택하고 있다. 이른바 이 인수주의의 채택으로 인하여 민사집행법 제91조 제5항은 유치권의 폐해가 드러나는 가장 대표적인 조항으로 비판을 받아 왔다.<sup>364)</sup> 이 규정에서 인수주의를 채택한 것에 편승하여 채무자와 통모하여 목적건물에 건축비를 지불하였다고 주장하는 허위유치권자도 있고, 유치권이 있는 경우에는 피담보채무액을 부풀리는 경향이 있다. 이에 따라 경매절차에서 매수인은 안심하고 부동산을 매수할 수 없게 되고, 매각대금은 낮아져 압류채권자도 만족을 못할 수 있다.

민사집행법 제91조 제5항은 “유치권제도의 남용이 경매질서를 어지럽히는 대표적인 요인”이 되고 있고, “경매의 가장 큰 함정이라 하며, 경매공적의 제1호라고도 한다.”<sup>365)</sup> 그리하여 입법적으로 이 규정을 그대로 유지하는 것은 어렵다고 보았다. 결국 공시되지 않은 유치권자가 나타나 경매질서를 혼란스럽게 하고, 부동

363) 오시영(2013), 전계논문, 133면.

364) 김재형(2011), 전계논문, 376면; 김영두, 전계논문, 217면; 오시영(2006), 전계논문, 199면; 추신영(2009), 전계논문, 375면.

365) 이시윤, 전계서, 250면.

산에 대한 저당권자 등의 권리를 침해할 뿐만 아니라 매수인의 지위도 지나치게 불안정하게 하고 있다. 또한 유치권자에게는 우선변제권이 없는데도 경매절차에서 매수인이 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다는 규정을 두는 것은 일관성이 없다. 이것이 이 규정을 삭제하기로 한 이유이다.<sup>366)</sup>

### (3) 저당권이 설정되지 않은 유치권자에 대한 배당

개정안에 따르면 유치권자는 첫째, 저당권이 설정된 유치권자, 둘째, 부동산보존등기 후 6개월 이내에 저당권설정청구의 소를 제기한 상태에 있는 유치권자, 셋째, 부동산보존등기 후 6개월 이내여서 아직 저당권설정청구의 소를 제기하지 아니한 상태에 있는 유치권자, 넷째, 6개월이 경과하여 유치권을 상실한 일반채권자에 불과한 유치권자 등으로 나누어질 수 있다.

위 첫째의 경우는 저당권자로서 그 우선순위에 따라 배당이 이루어질 것이기 때문에 문제될 것이 없고, 둘째의 경우에는 개정안 제88조 제1항이 유치권자가 배당청구하면 그 우선순위에 따라 우선변제를 받을 수 있는 배당요구권자로 인정하고 있기 때문에 문제될 것이 없다.

이러한 유치권자에 대하여는 해당 배당금을 일단 공탁한 후 유치권자의 저당권설정청구의 소가 받아들여지면 그에게 배당하며,<sup>367)</sup> 받아들여지지 않으면 종전의 배당권자에게 배당하면 될 것이다. 즉, 경매절차에서 매각이 되면 이미 설정되어 있던 저당권도 소멸하게 되므로, 저당권설정등기청구의 소가 제기된 상태에서 매각이 될 경우에 소의 이익이 없어지게 되는 것이 아닌가 하는 의문이 제기되는 바, 이 경우에는 저당권설정의 가등기가 있는 때의 처리방법에 의하여 처리하면 될 것으로 생각된다. 다시 말해 배당절차에서 저당권설정의 가등기권리자가 본등기를 하거나, 본등기를 하지 않더라도 본등기에 필요한 조건을 구비한 때에는 그 가등기권리자에게 그 배당금액을 지급하면 되기 때문에 이러한 서류가 제출되면 법원사무관은 공탁 전이면 공탁을 하지 않고 곧 바로 배당금을 지급하고, 공탁

366) 김재형(2011), 전제논문, 377면.

367) 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 「2012년 민법개정의 성과와 과제」, 18면.

후라면 공탁된 배당액지급절차에 의하여 배당액을 지급하고 있는 바,<sup>368)</sup> 유치권자에 의한 저당권설정청구의 소가 제기된 경우에도 마찬가지로 처리하면 될 것이다. 민사집행법 제160조는 그와 같은 내용을 규정하였다.

민사집행법 제161조는 제160조의 개정에 따라 조문 번호를 수정한 것이다.<sup>369)</sup> 그렇다면 문제는 세 번째의 경우인데 이 경우의 유치권자는 개정안 제88조 제1항의 배당요구권자에 열거되어 있지 않기 때문에 일반채권자로서 민사집행법 제148조 제2호(배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자)에 의해 배당받을 수밖에 없는데, 이 경우 유치권자로서의 우선권이 박탈되는 문제가 발생하게 될 우려가 있어 문제이다.

따라서 이 경우에도 위 6개월 기간 내라고 한다면 배당요구 후에도 저당권설정청구의 소를 제기할 수 있도록 보장하고, 이렇게 소를 제기한 자라면 민사집행법 제88조 제1항의 배당요구권자에 포함하여 배당의 우선순위를 보장해 주어야 할 것이다. 이에 대한 입법적 보완책이 필요한 이유이다.

더 큰 문제는 유치권자가 저당권설정청구의 소를 제기하지 않은 상태에서 매각절차가 종료되어 버리는 경우인데, 실제로는 유치권자가 배당요구 종기일까지 배당요구를 하면서 저당권설정청구의 소를 제기하는 것이 대부분이겠지만, 6개월의 유예기간이 남아있어 아직 저당권설정청구의 소를 제기하지 않았는데 매각절차가 종료되어 버리는 경우에 소멸주의에 의해 유치권이 소멸하게 된다면 유치권자의 우선권을 어떻게 보장해 줄 것인지 문제된다. 이에 대해서는 판례를 통해 해결하는 방법도 기대해 볼 수 있지만, 이에 대한 입법적 보완책이 마련되지 않은 것은 의문의 여지가 있다.

해석상으로는 배당 당시 아직 저당권등기가 경료되지 않았으므로 해당 유치권자의 우선변제권을 인정하는 것이 어렵기 때문에 배당액을 공탁한 후, 별도의 소를 통해 유치권과 피담보채권의 존재를 확인받은 후 공탁금을 지급하는 방법으로 해결할 수밖에 없을 것으로 생각된다.<sup>370)</sup>

368) 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행II」, 606-607면.

369) 오시영(2013), 전계논문, 134면.

370) 오시영(2013), 전계논문, 134-135면.

#### (4) 부칙 제3조

부칙에서는 유치권에 관한 개정안이 통과하여 시행되더라도 기존에 생긴 유치권에는 영향을 미치지 않는 것을 원칙으로 하였다. 다만 이미 부동산에 대한 유치권이 성립된 경우에도 이 법 시행 후 6개월까지는 저당권설정등기를 청구할 수 있도록 하였다. 이 경우에도 제372조의2의 규정에 따라 저당권을 설정하여야 하기 때문에, 이 규정에서 정한 요건을 충족하여야 한다.

이 법 시행 당시 부동산에 대한 유치권자는 제372조의2의 요건을 충족하는지 여부와 상관없이 유치권을 주장할 수도 있고, 아니면 제372조의2에 따라 저당권 설정청구권을 행사할 수도 있도록 한 것이다.<sup>371)</sup> 본 개정안이 시행되게 되면 기존에 이미 존재하고 있던 부동산 유치권을 어떻게 할 것인지 문제인데, 이에 대하여 민사집행법 개정안은 부칙 제1조에서 “이 법은 공포 후 1년이 경과한 날로부터 시행한다”하고, 제2조(효력의 불소급)에서 “이 법은 종전의 규정에 따라 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.”하고, 제3조(경과조치) 제1항에서 “이 법은 이 법 시행 전에 성립한 부동산유치권에 대하여도 적용한다.”하고, 제2항에서 “제1항에 불구하고 이 법 시행 전에 경매가 신청된 부동산에 대하여는 종전의 규정을 적용한다. 이 경우 경매절차가 매각 없이 끝난 때에는 그 때부터 민법 부칙 제3조 제1항 및 상법 부칙 제3조 제1항의 기간이 진행한다.”는 경과규정을 두어 해결하고 있다. 다만 시행일 이후의 경매절차에 관련된 유치권에 대해 일률적으로 소멸주의의 입장에 서게 되면 매각절차가 단계별로 다른 개별 사건에 대한 소멸주의의 일률적 적용은 오히려 더 큰 혼란을 가져올 수도 있기 때문에 개정 민사집행법 시행일을 기준으로 유치권 목적 부동산에 관하여 경매가 신청된 사건부터 개정된 법률을 적용하고, 그 이전에 접수된 매각사건에 대하여는 현행법을 적용하도록 하였다. 한편 개정법 시행 당시 매각 개시되었으나 매각신청이 취하되거나 매각개시결정이 취소되는 등 매각절차가 매각없이 종료된 경우에는 그 후 다시 개시되는 매각절차부터는 개정된 법률이 적용되도록 하였다.<sup>372)</sup>

371) 김재형(2011), 전개논문, 379면.

372) 오시영(2013), 전개논문, 135-136면.

## 제5장 결 론

본 연구는 민사집행법에 따른 부동산경매절차상 유치권문제를 어떻게 할 것인가에 많은 장을 할애하였다. 부동산경매절차상 유치권에 관련된 여러 가지 많은 문제점들을 살펴보면 그 정도가 매우 심각함을 알 수 있다.

유치권제도의 미비와 부동산경매 절차상의 집행법원의 잘못된 관행으로 인해 채무자와 제3자가 허위로 통모하여 허위·과장유치권을 남발하여 일반국민으로 하여금 법의 불신감을 조성하게끔 하고 많은 이해관계인들에게 경제적 피해와 함께 국가적 손실을 초래하게 되었다. 그동안 유치권은 매수인이 인수해야 한다는 민사집행법 제91조 제5항의 인수주의로 인하여 매수인은 무조건 유치권을 인수해야만 한다는 일반적인 의식이 자리를 잡게 되어 유치권이 있거나 있을 가능성이 있는 부동산물건은 기피하는 현상이 생기게 되었다.

따라서 입찰참여자의 저조로 인하여 수 차례 유찰이 반복되어 저가로 매각되는 현상이 나타나게 되고 이해관계인들에게 손해를 끼치고 심지어는 경매진행 중에는 아예 나타나지도 않다가 매수인이 명도를 위해서 방문하면 그제서야 나타나 유치권을 주장하는 경우도 비일비재하게 되었다. 이러한 배경에는 인수주의와 함께 유치권을 신고하거나 주장하는 데 있어 성립시기나 대항력 유무에 대한 아무런 제한이 없기 때문에 이러한 제도적 미비점을 악용하는 것이 주된 원인이다.

이에 부동산유치권 자체를 아예 폐지하자는 단계에 이르러 등기된 부동산에서는 유치권을 폐지하자는 민법개정안이 나오게 되었다.

제2장에서는 각국의 유치권제도를 집중적으로 분석하고 비교·고찰하여 우리나라의 유치권과 앞으로 우리나라가 취할 방향에 대해서 알아보았다. 현행 우리나라의 유치권제도는 각국제도의 장단점을 동시에 받아들인 결과의 산물이라고 생각한다. 하지만 유치권제도의 발상지인 프랑스, 독일에서는 유치권을 채권적 급부거절권으로 구성하여 취급하는 데 비해, 우리는 유치권을 담보물권으로 체계화하면서 이에 따른 구체적인 해석이나 공시의 방법을 구체화하지 않은 법 흠결의 모습을 보이고 있다. 따라서 유치권제도를 어떻게 지속적으로 발전시키는가 하는 문제는 결국 정책적인 입법적 문제로 남겨놓게 된다.



이 연구의 핵심인 제3장에서는 민사집행법상 부동산경매절차에 따른 유치권에 대한 효력과 문제점을 집중적으로 조명하여 유치권에 따른 각종 문제점을 제거하고 이에 따른 해결방안을 모색하였다.

첫째로 허위·과장유치권 방지를 위한 민사집행법의 개정을 통하여 법원현황조사 강화와 매각물건명세서 기재시 공신력을 제고할 필요가 있다. 매각물건명세서는 유치권의 신고와 유치권의 존재 가능성을 확인할 수 있는 유일한 공적 장부이다. 경매절차 진행상에서 유치권이 발견되거나, 유치권이 있을 개연성이 있으면 적극적으로 심리를 하여 매각물건명세서의 공신력을 강화해야 할 필요성이 있는 것이다. 따라서 소유자 이외의 점유자 및 유치권 성립 가능성이 있는 자에 대하여 심문을 강화하고 유치권자일 경우 배당요구 종기시까지 집행법원에 성립요건과 피담보채권액을 증명하고, 또한 집행법원은 유치권신고서 양식을 개선하여 보다 더 강화된 유치권신고 접수를 해야 할 것이며 이에 따른 유치권관련 신고된 모든 서류는 매각물건명세서와 함께 매각기일 1주일 전에 모든 사람들이 아무 조건없이 열람할 수 있도록 한다면 지금처럼 허위·과장유치권이 남발하여 횡행하는 일들이 많이 줄어들 것으로 생각된다.

둘째로 경매법원에 유치권신고를 하려는 자는 보증으로 유치권신고금액의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 법원이 인정하는 유가증권을 공탁하여야 하고 유치권신고서에 위 금액을 공탁하였음을 증명하는 서류를 첨부하게 한다. 만일 유치권부존재소송에서 소송결과 신고인의 유치권이 부존재함이 밝혀진 때는 그 보증금을 배당금액에 산입함으로써 ‘경매신청채권자의 경매지연에 따른 손해배상대금으로 갈음한다’라는 조항을 추가할 것을 제안하였다. 보증금공탁 등의 개선방안이 유치권의 문제를 근본적으로 해결할 수 있는 대안은 아니지만 제도개선이 절실한 만큼 시도해 볼 필요가 있는 것이다.

셋째로는 이와 같이 유치권부존재소송 또는 유치권존재소송에서 허위 및 과장유치권이 밝혀지면 확실하게 형사 처벌하는 방안이다. 이는 지극히 당연한 처사로서 현재의 방식대로 유치권이 허위 또는 과장임에도 불구하고 그에 대한 형사처벌이 제대로 집행되지 않게 되면 결국 허위·과장유치권을 남발하도록 법이 방치했다는 비난을 면하기 어렵게 된다. 따라서 엄정한 법집행을 통해 위법행위에 대한 인식의 전환점을 만들어 줄 필요가 있다.

이 같은 방안들은 현행 민사집행법에 대한 부분적인 개정과 함께 집행법원이 스스로 법조항에 나와 있는 부분들을 충실히 이행하면 충분히 부동산경매절차에 있어 신속하고 빠른 경매가 이루어질 것이며 허위·과장유치권 문제들은 빠른 속도로 사라질 것으로 보인다.

다음으로 입법적인 문제점에 대하여 현행 민사집행법상 제91조 제5항의 인수주의를 삭제하고 소멸주의를 채택하는 방안이다. 이 규정은 ‘경매공적의 제1호’라고 불릴만큼 유치권제도에 있어서 인수주의를 채택한 것에 편승해 채무자와 제3자가 통모하여 허위·과장유치권을 만들어 낼 수 있는 규정이나 마찬가지이다.

이러한 인수주의로 인하여 경매절차에서 매수인이 안심하고 부동산을 매수할 수 없고, 매각대금은 낮아져 압류채권자도 만족을 얻지 못하며 유치권제도의 남용을 불러온 대표적인 요인인 것이다. 따라서 민사집행법 제91조 제5항을 삭제하여 소멸주의를 채택하여 유치권자의 배당요구를 인정한다면 저당권과 마찬가지로 배당을 통해서 매수인의 인수부담은 사라질 것이기 때문에 입찰참가자들 역시 안심하고 입찰에 참가할 수 있고 매수인 역시 채무변제에 대한 부담이 없으므로 명도의 지연이나 추가부담을 가질 필요가 없게 된다.

다음으로는 부동산등기법을 개정하여 유치권을 등기하는 방안이다. 현재 유치권은 단지 점유를 제외하고는 공시방법이 없다. 따라서 유치권을 물권화하여 등기하는 방법이다. 유치권도 등기를 함으로써 다른 물권자와의 형평성을 유지하고, 순위에 따라 유치권의 배당요구를 인정하여 유치권자의 피담보채권을 배당함으로써 소멸주의를 채택할 것을 제시하였다. 또한 임차권등기명령제도처럼 유치권 역시 유치권등기명령제도를 도입할 것을 명시하였다. 이는 불가피한 사정으로 인하여 점유만이 공시의 방법임에도 그러하지 못하는 경우, 주택임대차보호법의 임차권등기명령제도처럼 유치권등기명령제도를 도입하자는 방안이다. 이러한 몇 가지 입법적인 방안들은 선행연구로써 많이 진행이 되어 왔다. 이러한 방안들이 전부 받아들여진다면 부동산경매에 있어서 발생했던 많은 문제점들이 사라지고 보다 안정적이고 신속한 경매집행절차가 이루어질 것으로 생각된다.

제4장에서는 현재 진행 중인 법무부 민법일부 법률개정안을 살펴보았다. 법무부의 민법개정작업은 2009년부터 5개년 계획으로 민법개정작업에 착수한 것이다.

민법개정위원회는 제5분과위원회로 하여금 담보물권 중 유치권에 대한 개정작

업을 담당하도록 하였는데, 제5분과위원회는 개정안을 만들어 실무위원회에 회부하였고, 그 후 2012년 4월 23일 개최된 민법개정위원회 제1차 전체회의와 2012년 8월 27일 개최된 제2차 전체회의를 통해 1차 개정안을 확정하였다. 그리고 2012년 11월 26일에 법무부가 주최한 “유치권제도 개선을 위한 민법·부동산등기법·민사집행법 개정안 공청회”를 거쳐 제안된 의견들을 고려하여 2012년 12월 3일 민법개정위원회 분과위원단장회의를 통해 개정안을 확정하였다.<sup>373)</sup>

개정안의 주요 내용을 살펴보면 첫째, 유치권에 대한 민법 제320조의 개정안이다. 이는 현행 유치권제도 중 등기된 부동산에 대해서는 유치권을 폐지하고(이 연구에서 다루지는 않았지만 상법상의 유치권에 대해서도 원칙적으로 부동산유치권을 인정하지 않았다. 다만 미등기부동산에서만 유치권을 인정하자는 내용을 담고 있다), 유치권을 동산과 유가증권 등에서만 인정을 하는데, 다만 등기된부동산에 대해 유치권을 아예 제외시키자는 부분은 좀 더 고려해야 할 부분이 있다고 생각한다. 왜냐하면 수십 년 동안 유치권이 유지되어 온 국민의 법감정 뿐만 아니라 유치권을 인정하는 각 국가의 입법례를 살펴보면 현행유치권과 비슷하게 각 국가마다 유치권이 존재하고 있고, 또한 건축공사의 수급인들 또는 자기자본을 들여 공사한 후 건축물의 분양이나 전세금 등으로 사후에 정산하고자 하는 건축업자 등이 유치권이 부정될 경우 채권확보에 어려움이 있어 공사수주를 포기할 가능성 등 사회적인 부작용이 뒤따를 수밖에 없기 때문이다.

그러나 미등기부동산에 대해서는 유치권등기가 불가능하기 때문에 예외적으로 유치권의 성립을 인정하는 방안과 관련하여 개정안에서는 미등기부동산에 관하여 소유권보존등기를 하면 그때부터 일정한 기간 내에 저당권을 설정하도록 하고, 이에 따라 저당권을 설정하거나 저당권설정청구권이 소멸하면 유치권도 소멸하도록 하였다. 다음으로는 민법 제372조의2의 저당권설정청구권에 대한 내용이다. 미등기부동산유치권은 부동산소유권보존등기 후 6개월 이내에 소로써 저당권 설정청구권을 행사하지 아니하면 유치권이 소멸되도록 하고, 유치권이 소멸된 뒤에는 일반채권자의 지위에서 저당권설정청구권을 행사할 수 있도록 하며, 다음으로 부동산등기법 제75조를 개정하여 유치권에 근거한 저당권의 등기를 허용하는 개정안을 제시하고 있다. 이는 바람직한 개정방향으로 보인다. 그리고 민사집행

---

373) 오시영(2013), 전계논문, 98면.

법 제91조를 개정하여 유치권도 경매절차에서 소멸되도록 하여 종래의 사실상 인수주의에서 소멸주의로 전환하도록 개정하고 있다. 민사집행법 제88조를 개정하여 배당요구를 할 수 있도록 하였다. 이에 대하여는 본 연구의 제3장에서 충분히 설명하였다. 부칙에서는 유치권 관련 규정 개정에 따른 사회적 혼란을 최소화하기 위하여 일정기간 동안 종래의 유치권의 성립을 인정하고 행사기간을 유예하도록 하였다.

이상과 같이 부동산경매절차상 유치권제도와 관련된 여러 가지 문제점과 개선 방안을 알아보고 법무부 민법일부 법률개정안에 대해서도 연구 고찰하였다. 이 연구에서 언급된 것들이 입법정책에 확실히 반영이 되고 시행된다면 부동산경매에 있어서 부당하게 유치권을 주장하던 허위·과장유치권들이 사라지고 경매절차의 안정성을 도모하고 법질서가 확립될 것으로 생각된다. 그리고 이를 바탕으로 하여 불안한 입찰예상 참여자들이 안정적으로 경매에 참여할 수 있게 되기를 기대한다.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 김상룡, 「물권법」, 법문사, 1999.
- 김상찬, 「물권법」, 제주대학교 출판부, 2010.
- 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 「토지법의 이론과 실무」, 법원사, 2006.
- 김준호, 「물권법」, 법문사, 2012.
- 김진호, 「부동산 경매의 법리와 그 권리분석」, 법률서원, 2002.
- 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2006.
- 곽용진, 「유치권과 경매(이론 사례중심)」, 법률서원, 2009.
- 곽윤직, 「물권법 제7판」, 박영사, 2006.
- 권용우, “물적담보제도의 과제와 전망”, 「현대법학의 과제와 전망」, 신양사, 1998.
- 노인수, 「변호사노인수의 유치권 진짜가짜 판별법」, 지식공간, 2011.
- 박명주, 「부동산임대차 실무(주택, 상가건물)」, 부연사, 2004.
- 박종두, 「물권법」, 삼영사, 2010.
- 법원공무원교육원, 「민사집행실무(I)」, 2009.
- , 「민사집행실무(II)」, 2003.
- 법원행정처, 「민사집행법해설(I)」, 법원도서관, 2002.
- , 「법원실무제요 민사집행(II)」, 법원도서관, 2003.
- , 「민사집행법 실무연구」, 재판자료 제109집, 법원도서관, 2006.
- 사법연수원, 「민사집행법」, 2010
- 오창수, 「로스쿨 민사집행법-이론과 실무」, 한국학술정보(주), 2011.
- 윤 경, 「주석 민사집행법(III)」, 한국사법행정학회, 2007.
- 이시윤, 「신민사집행법(제6판)」, 박영사, 2013.
- 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004.

——, 「물권법」, 박영사, 2001

이은영, 「물권법(제4판)」, 박영사, 2006.

이재성·이시윤·박우동·김상원, 「주석 민사집행법(V)」, 한국사법행정학회, 2004.

장요성, 「유치권사건처리 실무(실제사례중심)」, 법률정보센터, 2006.

최광석, 「부동산 유치권」, LTS, 2009.

홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006.

## 2. 논문

강봉현, “유치권자의 지위와 관련한 몇가지 문제점”, 「법과정책」 제14집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2008. 8.

강창보, “부동산경매에 있어서 유치권을 둘러싼 제도 개선”, 제주대학교 행정대학원, 석사학위논문, 2011. 2.

강희숙, “부동산경매절차에서 유치권행사에 관한 법정책적 연구”, 동아대학교 대학원, 박사학위논문, 2011.

김건호, “부동산경매절차에서의 유치권”, 「법학논고」 제36호, 경북대학교 법학연구원, 2011. 6.

김기찬, “부동산경매에서 유치권의 개선에 관한 연구”, 건국대학교 대학원, 박사학위논문, 2008.

김계순, “유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계”, 「법학논집」 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009.

김동현, “유치권자의 경매청구권”, 「법학논총」 제30집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010. 8.

김동호, “유치권자의 경매청구권”, 「법학논총」 제30집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2010. 8.

김득수, “부동산경매에서 유치권제도 개선방안에 관한 연구”, 전주대학교 대학원, 박사학위논문, 2011. 8.

김명엽, “민사집행법상 유치권의 공시에 관한 연구”, 「법과정책」 제17집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2011. 2.

- 김병두, “부동산 프로젝트금융(PF)과 담보”, 「비교사법」 제19집 제2호, 한국비교사법학회, 2012. 5.
- 김병섭, “부동산경매절차에서 유치권연구 -유치권 소송사례 중심으로-”, 대구대학교 행정대학원, 석사학위논문, 2007. 6.
- 김상명, “부동산유치권의 특수성과 입법적 과제”. 「법학연구」 제45호, 한국법학회, 2012. 2
- 김성욱, “유치권제도의 운용과정에서의 법적문제”, 「법학연구」 제16집 제1호, 상지대학교, 2013. 3.
- 김이수, “유치권 신고된 경매물건의 낙찰사례연구-서울시 소재 낙찰부동산을 중심으로-”. 건국대학교 부동산대학원, 석사학위논문, 2008. 8.
- 김정원, “부동산경매의 유치권 해결방식 선호도에 관한 연구”, 단국대학교 부동산·건설대학원, 석사학위논문, 2011. 12.
- 김재형, “부동산 유치권의 개선방안-2011년 민법개정시안을 중심으로-”, 「민사법학」 제55집, 한국민사법학회, 2011. 9.
- , “담보법의 현재와 미래, 민법의 자화상과 미래상”, 「민사법학」 제52호, 2010. 12.
- 김 현, “경매에서 근저당권자와 유치권자의 우열”, 「대한토목학회지」 제60집 제10호, 대한토목학회, 2012. 10.
- 김현미, “부동산경매 절차에 있어서 유치권에 관한 연구-법무부 민법개정시안 중 유치권 중심으로-”, 전북대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2013. 2.
- 김희동, “유치권에 의한 부동산경매에서 매각으로 인하여 목적부동산 위의 부담이 소멸하는지 여부와 법정매각조건”, 「서울법학」 제19집 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012. 2.
- 남궁술, “프랑스 민법전의 유치권에 관한 연구-개정담보법(2006)의 내용을 중심으로”, 「민사법학」 제49집 제2호, 한국민사법학회, 2010. 6.
- 남윤봉·이현석, “유치권의 견련관계에 대한 고찰”, 「한양법학」 제21집, 2007
- 노종천, “건물공사 하수급인의 유치권”, 「법학논총」 제24집, 숭실대학교 법학연구소, 2010. 7.
- 문홍안, “재산권이전형담보의 법구조적 연구”, 건국대학교대학원, 박사학위논문,

- 1990.
- 박성민, “부동산경매에 있어서 유치권에 관한 연구”, 창원대학교 대학원, 박사학위논문, 2007.
- 박용석, “유치권 성립요건으로서의 견련성에 관하여”, 「법학연구」 제48집 2호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 2.
- 박종렬, “부동산경매에 있어서 유치권 신고의무”, 「한국콘텐츠학회논문지」 제11집 제2호, 한국콘텐츠학회, 2011. 2.
- 박진근, “건축계약상 수급인의 유치권제한”, 「민사법학」 제39집 제1호, 한국민사법학회, 2007. 12
- 박혜웅·남기범 “부동산경매법원에서 유치권이 감정가와 매각가 차이에 미친 영향 분석”, 「한국정책연구」 제11집 제3호, 경인행정학회, 2011. 2.
- 백태승, “2012년도 민법학계 및 판례의 동향”, 「고시계」 제58집 제1호, 고시계사, 2012. 12.
- 서기석, “민사집행의 문제-실효성 있는 민사집행제도마련을 위한 토론회 결과보고서”, 「민사소송법(강제집행편)개정착안점」, 법원행정처, 1996.
- 손중학, “건축부지에 대한 건축수급인의 상사유치권 성립여부”, 「법학연구」 제50집 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2009. 10.
- 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 「민사집행법 실무연구(재판자료)」 제190집, 2006.
- 신국미, “유치권제도에 관한 연구-동시이행항변권과의 적용영역의 관계를 중심으로-”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2004.
- , “유치권성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8.
- 안철상, “건축 중인 건물에 대한 금전채권의 집행”, 「부산판례연구」 제7집, 부산판례연구회, 1995년.
- 양창수, “유치권의 발생요건으로서 채권과 물권간의 견련관계”, 「법률학의 제문제: 유기천박사 고회기념논문집」, 1988.
- 양해진, “민사집행법상 부동산유치권의 문제점과 개선방안”, 고려대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2012.



- 엄동섭, “유치권의 성립요건-관련성”, 「고시계」, 고시계사, 2005. 11.
- 염규석, “유치권의 관련관계”, 「재산법연구」 제17권 제1호, 한국재산법학회, 2000.
- 오미진, “주택임차인 보호제도와 그 개선방향에 관한 연구”, 제주대학교 행정대학원, 석사학위 논문, 2012. 8.
- 오시영, “부동산유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 「토지법학」 제23집 제2호, 2007. 12.
- , “부동산유치권의 한계와 입법적 검토”, 「토지법의 이론과 실무」 지암이선영박사의 회갑기념논문, 법원사, 2006.
- , “미등기건물에 대한 강제집행상의 문제점 및 입법론적 고찰”, 「민사소송」 제11권 제2호, 한국민사소송법학회, 2007. 11.
- , “법무부 민법개정시안 중 유치권에 관한 대안제시(I)”, 「법학논총」 제32집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2012. 8.
- , “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(II)”, 「법학논총」 제32집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012. 12.
- , “유치권관련 민법개정안에 대한 검토”, 「강원법학」 제38집 제1호, 강원대학교 비교법학연구소, 2013. 2.
- 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 「2012년 민법개정의 성과와 과제」, 서울대학교법학교육 100주년 기념관에서 개최된 2012 한국민사법학회 동계학술대회 발표자료, 2012. 12.
- 윤철홍, “2011년도 물권법 분야 주요판례와 그 의미”, 「충남대학교 법학연구소」 제23집 1호, 충남대학교 법학연구소, 2012. 6.
- 이기우, “부동산유치권의 성립과 효력”, 「토지법학」 제22호, 한국토지법학회, 2006. 12.
- 이동명·장운환, “허위유치권행사의 형사법적 문제”, 「법학연구」 제47집, 한국법학회, 2012. 8.
- 이동진, “물권적유치권의 정당성과 그한계”, 「민사법학」 제49-1호, 한국민사법학회, 2010.
- 이상태, “유치권에 관한연구: 대항력 제한을 중심으로”, 「토지법학」 제26-1호,

- 한국토지법학회, 2010.
- 이성환, “경매에서의 유치권실무”, 「법률신문」, 2009. 9. 3.
- 이종구, “미국의 주법상의 건축공사우선특권(Construction Lien)과 부동산유치권의 비교법적 연구”, 「비교사법」 제19집 제2호, 한국비교사법학회, 2012. 5.
- 이진기, “담보물권으로서 유치권, 유치권의 비판적 해석”, 「안암법학」 제8호, 안암법학회, 1999. 2.
- 임윤곤, “부동산 경매에 있어서 유치권의 문제점에 관한 연구: 유치권제도 개선 방안을 중심으로”, 건국대학교 부동산대학원, 석사학위논문, 2012.
- 임윤수·민선찬, “부동산집행절차와 유치권자의 지위”, 「법학연구」 제46집, 한국법학회, 2012. 5.
- 장 건, “일본민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구”, 「법과정책」 제18권 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2012.
- 장윤환, “부동산유치권의 효력과 문제점에 관한 연구”, 호남대학교 대학원, 박사학위논문, 2012. 2.
- 정기웅, “일본메이지민법(물권법: 지역권·유치권)의 입법이유 분석”, 「민사법학」 제60집, 한국민사법학회, 2012. 9.
- 정두진, “부동산경매절차에 있어서 유치권을 둘러싼 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 제주대학교 대학원, 박사학위논문, 2012. 2.
- 정영수·기우일, “부동산경매실무 절차에 있어서 유치권의 문제점과 대책에 관한 소고”, 「대한부동산학회지」 제24권, 2006.
- 정준영·이동진, “부동산 유치권 개선에 관한 연구”, 「2009년도 법무부 연구용역 과제보고서」, 2009.
- 추신영, “유치권자의 경매신청에 있어서 소멸주의 적용의 법리-대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정-”, 「동아법학」 제58호, 동아대학교 법학연구소, 2013. 2.
- , “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 「민사법학」 제44호, 2009. 3.
- , “가압류 후에 설정된 저당권의 우선변제적 효력”, 「재산법연구」 제23권

- 제2호, 한국재산법학회, 2006.
- 최동홍, “부동산경매에서 유치권신고의 의무화”, 「법조」 통권 제643호, 법조협회, 2010.
- 최창열, “유치권의 견련관계에 관한 연구”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004.
- 한삼인·정두진, “유치권성립요건으로서의 견련관계에 관한 연구”, 「법학연구」 제42집, 한국법학회, 2011. 5.
- 함성호, “부동산유치권에 관한 연구”, 전북대학교 법무대학원, 석사학위논문, 2011.
- 황종술, “부동산경매 이해관계인의 권리보호를 위한 유치권의 개선방안”, 전주대학교대학원, 박사학위 논문, 2009.
- 황종술·민규식, “부동산경매절차상 허위·과장유치권 근절을 위한 대책”, 「주거환경(한국주거환경논문집)」 제6집 제2호, 한국주거환경학회, 2008. 12.
- 황태효, “유치권에 있어서 채권과 목적물사이의 견련관계 및 유치권의 불가분성”, 「판례연구」 제20집, 부산판례연구회, 2009.
- 황희상·박창수, “부동산경매에서 유치권 제도 개선에 관한 연구”, 「한국전자통신학회논문지」 제6집 제5호, 한국전자통신학회, 2011. 10.
- 황희상, “부동산경매에서 유치권제도의 개선에 관한 연구-부당한 유치권을 중심으로-”, 전주대학교 대학원, 박사학위논문, 2012. 2.
- 황희상·김동현, “부동산경매 활성화에 관한 연구”, 「한국전자통신학회학술대회지」 제5집 제2호, 한국전자통신학회, 2011. 11.

## Abstract

# A Study on the Improvement Proposal of the Lien System in Real Estate Auction

by Park, Jeong Yong

Department of Law,

Graduate School of Public Administraion

Jeju National Univ.

Directed by Professor Oh, Chang Soo.

Real estate auction has become a required subject for contemporary investment techniques. The lawcourt auction has two kinds of structure : one is Compulsory Auction in which a winner of a civil suit requires a forced sale by schuldtitle and another is Voluntary Auction which is to be completed when the parties interested finally receives allotment through the execution of mortgages. In the real estate auction which is proceeded basically through the compulsory auction or voluntary auction by Civil Execution Act, what annoys the bidder or purchaser is the Lien system.

Lien system in the lawcourt auction has many loopholes which are frequently exploited by debtors and interested parties through conspired fake or inflated lien argument. Such false arguments is nothing but mocking the Judiciary organ and frequent cases of them will make a harmful tendency to take light of the law in our society.

Efforts to revise the Lien system have been continued for many years, and, as of 2013, are reflected in the partial amendment draft of Civil Law of Ministry

of Justice. The Lien amendment proposal included in the draft is known to be very innovative and expected to make a substantial change. Still, there remains many problems to be solved until the new proposal is put into practice.

After the new Civil Execution Act was enforced, the real estate auction market got new vigor, because it got rid of many problems in the past so that bidders can use more transparent and fair bidding system. However the Lien system in the Civil Law was not changed and is upholding real estate lien as a preceeding right like the statutory real estate security right, making many problems by precedents that admits anyone insist lien used as a all-powerful sword.

Yet in practice, a lien that was not found out in the process of on-site inspection before the auction by bailiff annoy supposed bidders and successful bidders, popping out unexpectedly after the auction. Under the present Civil Execution Act, lien regulations which charge the buyer the eviction task, make room for debtors in collusion with a 3<sup>rd</sup> party, i.e. construction businessman, to apply false or inflated lien, or try to bid successfully at a lower price in the name of a 3<sup>rd</sup> person, disturbing the auction market.

Moreover, the Lien is a right valid without any registration, a public announce system, valid if only it is announced publicly with seizing. Accordingly it is not applied with the general principle of compulsory registration in the transfer of a real right, and, strange to say, is protected more strongly than any registrated real right, due to the regulations of Civil Execution Act which makes it impossible for a buyer to take over the bidded object without paying the amount of money the lienholder claims.

Despite the present legal system which definitely defines the principle of real estate registration, it is awkward to see the monster, lien, due to the principle of buyer's task of eviction, substantially endanger buyer's position and make the expected bidders reluctant to bid, seriously lowering the bidding price even of an excellent article. Frequently, lien also infringe prior order creditors' rights, or make it impossible for the buyer to take over the article by a simple procedure of Order-to-deliver.

Examining the Lien system in the real estate auction procedure, one can find several problems.

One is that there is no obligation for the lienholder to declare the lien for its establishment.

The second is, if it is declared there is no way for the expected bidder to verify it, because only interested party is allowed to read the lien declaration due to the inflexible thinking of the court officials. These can be legal deficiencies.

The third one is, there must be a compulsory inspection record about the lien related facts in the on-the-spot inspection bailiff's and/or appraisal institution's inspection report. Lien is only to be declared, and there is no inspection report of the declaration in any of the local courts. This is not only the legal deficiencies but is a problem of attitude which lowers the quality of Korean legal service

This treatise examines the Lien system of current real estate court auction, and attempting to find out how to solve the problems arising in the practical auction, reviews the concepts and definitions of the Civil Execution Act, definitions and procedures of the compulsory execution and other auction procedures in the Civil Execution Act. It also tries to understand the theory of Lien system, its nature, effect and requirements for establishment of lien, and thereafter, examine foreign lien systems, compare them with ours.

On the basis of the above study, this treatise tries to find out problems in the Lien system and improvement method thereof so that we can find methods to prevent overuse of lien and harms thereof, find out how to protect genuine lienholders by reasonable allotment according to their priority.

Lastly it examines the partial amendment draft of Civil Law of Ministry of Justice which is being announced as the 2013-6 notice of the Ministry of Justice and point out some problems and suggest solutions thereof.