creative commons

COMMONS DEED

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

dCollection

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

[UCI]I804:24011-200000267462

2019년 8월

석사학위논문

부동산 유치권의 문제점 및 개선방안에 관한 연구

조선대학교 대학원

법 학 과

김 남 정

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부동산 유치권의 문제점 및 개선방안에 관한 연구

A Study on the Problems and Improvements of Lien in Real Estate

2019년 8 월 23 일

조선대학교 대학원

법 학 과

김 남 정

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부동산 유치권의 문제점 및 개선방안에 관한 연구

지도교수 강 혁 신

이 논문을 법학석사학위신청 논문으로 제출함

2019년 4월

조선대학교 대학원

법 학 과

김 남 정

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

김남정의 석사학위논문을 인준함

위원장 김 범 철 (인)

위 원 정 구 태 (인)

위 원 강 혁 신 (인)

2019년 5월

조선대학교 대학원

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

목 차

제1장 서 론 ····· 1

제1절 연구의 목적 ····· 1
제2절 연구의 범위 및 방법 ····· 3

제2장 부동산경매 및 유치권에 관한 일반론 ····· 5

제1절 부동산경매의 이론적 고찰 ····· 5
1. 부동산경매의 의의 ····· 5
가. 의의 ····· 5
나. 기능 ····· 6
2. 부동산경매의 분류 ····· 7
가. 형식적 경매와 실질적 경매 ····· 7
나. 강제경매와 임의경매 ····· 8
3. 부동산경매의 절차 ····· 9
가. 부동산 경매신청 ····· 9
나. 경매개시결정 ····· 10
다. 매각준비절차 ····· 11
라. 부동산의 매각절차 ····· 12
마. 부동산인도 및 배당절차 ····· 13
제2절 유치권의 이론적 고찰 ····· 14
1. 유치권의 의의 ····· 14
2. 유치권의 법적 성질 ····· 15
가. 물권으로서의 성질 ····· 15
나. 담보물권으로서의 성질 ····· 15
3. 주요 국가의 입법례 ····· 16
가. 프랑스 민법 ····· 17
나. 독일민법 ····· 19
다. 스위스민법 ····· 21

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

라. 일본민법 ····· 22
마. 시사점 ····· 24

제3장 부동산유치권의 성립요건 ····· 26

제1절 부동산유치권의 성립요건 ····· 26
1. 유치권의 존재와 변제기 도래 ····· 26
가. 채권의 존재 ····· 26
나. 변제기의 도래 ····· 26
2. 채권과 물건의 견련성 ····· 27
가. 일원설 ····· 27
나. 이원설 ····· 28
다. 판례의 태도 ····· 28
라. 검 토 ····· 29
3. 타인의 물건 또는 유가증권의 점유 ····· 30
가. 타 인 ····· 30
나. 물건 또는 유가증권 ····· 30
다. 점 유 ····· 31
제2절 부동산유치권의 효력과 소멸 ····· 33
1. 유치권의 효력 ····· 33
가. 유치권자의 권리 ····· 33
나. 유치권자의 의무 ····· 38
2. 유치권의 소멸 ····· 38
가. 일반적 소멸사유 ····· 38
나. 유치권 특유의 소멸사유 ····· 39

제4장 민법 개정안의 유치권 규정 검토 ····· 40

제1절 민법 개정안 ····· 41
1. 주요 내용 ····· 41
2. 개정안 검토 ····· 42
가. 등기부동산에 대한 유치권의 폐지 등 ····· 42

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 미등기부동산 유치권자의 저당권설정 청구권 ····· 44
다. 정당한 채권자의 권리저하 ····· 46
제2절 민사집행법 개정안 ····· 47
1. 주요 내용 ····· 47
2. 개정안 검토 ····· 49
제3절 부동산등기법 개정안 ····· 50

제5장 부동산경매에서 유치권의 문제점 및 개선방안 ····· 51

제1절 부동산경매절차에서 유치권의 문제점 ····· 51
1. 불확실한 공시방법 ····· 51
2. 부동산경매절차에서의 유치권 오·남용 ····· 52
3. 피담보채권 범위 확정의 어려움 ····· 54
제2절 부동산경매절차에서 유치권의 개선방안 ····· 56
1. 유치권 성립요건(피담보채권의 범위)의 명확화 ····· 56
2. 유치권 등기제도의 도입 ····· 56
3. 인수주의 폐기 및 소멸주의 원칙의 확립 ····· 58
4. 우선변제권 및 배당요구권의 부여 ····· 60
5. 유치권신고절차에 관련된 개선방안 ····· 61
6. 집행관의 현황조사에 대한 개선방안 ····· 65
7. 경매사건 전담재판부의 설치 ····· 67
8. 유치권에 의한 경매신청제도의 개선 ····· 68

제6장 결론 ····· 72

참고문헌

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

ABSTRACT

A Study on the Lien in Real Estate Auction

Kim, Nam - Jeong
Advisor: Prof. Kang Hyuck-Shin, Ph.D.
Department of Law
Graduate School of Chosun University

The Lien(Right of Retention) system of Korean civil law defines statutory real right granted by way of security, but uses the disclosure method by incomplete occupancy rather than registration, and rejects the right to preferential payment, and adopts the principle of takeovers at auction. Although there is no right to preferential payment under the substantive law, the lien system actually recognizes right to preferential payment through the Civil Execution Act has a peculiar characteristic of having a strong right to counter third parties. As a result, the legal relationship between interested parties such as the host, owner, holder of a real right granted by way of security, general creditor, and purchaser has been strained by the limitations of understanding and analyzing the right of retention.

In addition, because it does not recognize the obligation to declare the lien, it makes use of the fact that it is difficult for the parties other than the parties to know the objective facts about whether this is real or legitimately established. That is, it causes many social problems, such as inflating the secured claim or delaying the auction process due to attracting the lien of false and pretense.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

As such, it is necessary to find a solution to the problem as it is adversely affecting the real estate transaction market due to various problems arising from the real estate lien. The Ministry of Justice proposed revisions to the civil law in 2004 and 2013 to minimize disputes arising from uncertain hosting rights, but were automatically scrapped due to the expiration of the term of the National Assembly.

Its main contents include the abolition of the lien real estate(Article 320, Article 320, Clause 2), the recognition of temporary right to induce unregistered property and the recognition of the right to set up a mortgage to supplement the weakened creditor's status(Article 320, Article 3692) and the granting of the right to set up a mortgage as a special case for registered real estate(Article 3693). Also, in the Civil Execution Act, it is included a lien authorizing to draw a claim for a mortgage in the scope of the dividend claimant of the auction procedure(Amendment 88 - 1, 90), and adopted the dissipationism of the right to bid in the sale of auction property (Amendment 91 - 2, the current 91 - 5).

However, as with the current real estate inducement system, there is a concern that conflicts of sharp legal relations between interested parties such as the lien holders who have legitimately obtained a security bond for the registered property and the confusion in the real estate market due to the abolition.

In this paper, I tried to suggest reasonable improvement measures and development directions by looking over various discussion and revision laws related to the real estate lien system.

As a measure to improve, First, it is necessary to clarify the scope of the collateralized bond, which is a requirement for the establishment of lien. Second, the government should introduce a lien registration system and clarify the existence of lien to attract a third party and the lien should also be able to protect his right. Third, in the auction process, the

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

government must recognize the right of payment and guarantee the right to demand dividends. Fourth, there is a need to make it mandatory to report the bid and strengthen its screening. Fifth, it is necessary to ensure that the survey of the executive's status is carried out clearly. Sixth, it is the establishment of an executive court, which is a court dedicated to auctioning. In order to solve the lien, the administration should be converted into the right of the bid to extinction in principle and granted the right to demand dividends and give the first reimbursement of the reported lien.

As such, there is a limit to the solutions occurring from institutional problems ; the remedy to restrict the establishment or effect of the new legislative direction or interpretation theory presented to resolve the problems of the current real estate lien system and the abuse of the right to inducement. As a result, it is necessary to include inducement rights in the registration items under the real estate registration law, which is causing a gap between the hosting rights system and the current civil law, or to introduce the right to declare bids under the Civil Execution Act, and to harmonize the actual and procedural laws by strengthening punishment of false-pretense of lien.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

현행법상 유치권은 로마법의 '악의의 항변'에서 유래한 인도거절권이다. 인도거절권은 동일한 법률관계에서 상대방이 반대급부를 이행할 때까지 자기의 급부를 거절하는 권리의 형태인 인적 항변권으로, 이는 독립된 담보물권이 아니다. 유치권이 로마법상에서 인도거절권이지만, 근대법에서는 단순한 채권법상의 급부거절권(독일) 또는 독립된 담보물권(스위스, 일본, 우리나라 등)이라는 서로 다른 두 방향으로 발전되어 규정되어 있다.

우리나라 민법의 유치권제도는 프랑스와 독일의 영향을 받은 일본 민법의 유치권제도를 받아들인 것이라고 할 수 있다. 즉, 우리 민법도 일본 민법의 유치권제도의 영향을 받아 부동산유치권을 법정담보물권으로 규정하면서도 공시방법을 점유에 의하고 있고, 우선변제권을 부정하면서 경매절차에서는 인수주의를 채택하고 있다. 실체법상 우선변제권이 없음에도 불구하고 민사집행법을 통하여 사실상 우선변제권을 인정하는 것과 같은 결과가 발생한다. 이처럼 유치권에 대해 법정담보물권으로 규정하면서 담보물권의 본질과는 다른 특성을 부여하여 담보물권에서 찾아 볼 수 없는 기이한 특성을 발생시키고 있기 때문에, 이로 인해 부동산경매절차과정에서 허위·가장유치권 등으로 인한 문제점이 출현하고 있다.[1)]

부동산경매는 금전채권의 만족을 얻기 위한 목적으로 채권자가 채무자 소유의 부동산에 대하여 강제적인 집행절차로 매각하는 절차를 말하며,[2)] 국가기관인 법원에서 일반 경쟁 입찰과 기일입찰 방법을 통하여 매각이 이루어진다. 부동산경매는 시세보다 오히려 저렴한 가격으로 거래될 수도 있다는 특징이 있기 때문에 개인의 발전과 미래를 대비한 투자의 수단 중 하나로 법원경매를 이용한 부동산재테크가 될 수도 있다.

---

1) 홍봉주, "부동산유치권에 관한 개정안 검토", 「일감법학」 제31호, 건국대학교 법학연구소, 2015. 6, 4면.
2) 장인태, 「유치권 이론과 실무」, 유로, 2015, 227면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그러나 경매에 있어서 입찰 전 준비 단계부터 매각후 처리단계와 완료단계인 소유권이전 및 명도단계까지 미처 예상하지 못한 각종 분쟁이 발생하고 있다. 이러한 부동산 경매과정에서 발생하는 분쟁 중 부동산유치권으로 인해 발생하는 경우가 많아 사회적 문제가 되고 있다. 즉, 현행 부동산 유치권제도가 가지고 있는 실체법적 측면, 절차법적 측면에서 문제가 되고 있어 그로 인한 분쟁 또한 계속되고 있는 것이 현실이다. 부동산 경매물건은 공공기관을 통해 매각되고 있는 만큼, 국가는 소유자와 채권자뿐만 아니라 경락자의 이익을 보호하여야 하고, 공정·투명한 방식의 거래질서를 확립하려는 노력이 있어야 할 것이다.

이러한 문제점을 민법상 유치권 관련 규정의 해석을 통해 해결하고자 부동산유치권에 관한 연구가 꾸준히 이어져 왔고, 또한 새로운 입법을 통하여 그 문제점을 시정하고자 하는 주장도 제기되어 왔다.[3] 위와 같은 불확실한 유치권으로 인해 발생하는 분쟁을 최소화하는 방안으로 법무부는 2004년[4]과 2013년 민법 개정안을 제시하였다. 개정안을 준비하는 과정 중에 부동산유치권을 폐지하는 대신 법정저당권으로 전환하는 방안, 부동산 유치권을 아예 폐지하고 동산유치권만 남겨두는 방안, 부동산 유치권을 현행대로 유지하면서 우선변제권을 법적으로 유지시키는 방안, 동산유치권과 부동산유치권을 담보물권이 아닌 급부거절권의 형태인 항변권으로 전환하는 방안 등이 다양하게 논의되었다.

2013년 민법개정안의 주요 내용으로는 등기부동산에 대한 유치권의 폐지(개정안 제320조, 제320조의2), 미등기부동산에 대한 한시적 유치권 인정과 약화된 채권자의 지위를 보완하기 위하여 저당권설정청구권 도입(개정안 제320조의2, 제369조의2), 등기부동산에 대한 특례로써 저당권설정청구권의 부

3) 엄동섭, “유치권의 성립요건: 견련성”, 「고시계」, 제585호, 고시계사, 2005. 11, 30면; 김상용, “담보물권법의 과제”, 「민사법학」, 제9호·10호, 한국민사법학회, 1993, 454면; 권용우, “물권담보제도의 과제와 전망”, 「현대법학의 과제와 전망」, 신양사, 1998, 331면; 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 「토지법의 이론과 실무」, 법원사, 2006, 213면, 추신영, “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 「민사법학」, 제44호, 한국민사법학회, 2009. 3, 375면.

4) 법무부는 1999. 2. 5. 민법개정 특별 분과위원회를 구성하고 2004. 6월까지 약 5년 4개월 동안 운영하면서 총칙, 물권, 채권을 총망라하는 재산법 전 분야에 대한 개정안을 마련하였고, 2004. 10. 제17대 국회에 제출되었으나 그 내용이 워낙 방대하고 많아 심의가 잘 이루어지지 아니한 채 국회 임기만료로 폐기되었다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

여(개정안 제369조의3) 등이 있다. 그리고 민사집행법 개정안의 주요 내용으로는 경매절차에서 이해관계인 및 배당요구권자의 범위에 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자 포함(개정안 제88조 제1항), 경매부동산의 매각 시 유치권의 소멸주의의 채택(개정안 제91조 제2항, 현행 제91조 제5항 삭제), 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자에 대한 배당금액 공탁(개정안 제160조 제1항, 제161조 제2항) 등이 있다. 부동산등기법 개정안의 주요 내용으로는 유치권자가 미등기부동산에 대하여 저당권설립의 등기를 할 때 변제기를 기록하는 방안 등의 관련 근거 규정들을 신설하는 내용이 있다.

본 논문에서는 부동산 유치권제도와 관련한 여러 논의와 개정법률안들을 살펴보면서, 그 문제점을 파악하여 해결방안을 제시하기 위하여 우선 유치권과 관련된 선행연구의 내용을 살펴보고 올바른 부동산 거래질서가 확립되도록 최적의 방안을 도모하고자 함이 본 연구의 배경이라 할 것이다. 아울러 2013년 부동산 유치권제도와 개정법률안들을 검토하면서 그 문제점들을 파악하고 합리적인 개선방안과 발전방향을 제시하고자 하는 것이 본 논문의 연구목적이다.

제2절 연구의 범위 및 방법

본 논문은 현행 부동산경매절차에서 부동산유치권의 성립 및 효력 등에 관하여 문제점을 찾아보고 경매절차에서 선량한 경락자·채권자 등 이해관계인들의 권리를 보호하기 위한 개선방안들을 제시하는 것을 목적으로 하고자 한다. 본 논문의 연구방법으로는 부동산경매절차에서 유치권에 관한 기존의 국내외 단행본, 연구논문, 보고서, 간행물 등의 선행연구 및 대법원의 판례, 사법연감 등을 살펴보면서 유치권제도의 문제점을 파악하고 그 결함을 시정하기 위한 최적의 개선방안을 모색하고자 하는 문헌고찰적 연구방법에 의하는 것을 기본으로 하고자 한다. 또한 유치권에 관한 주요 국가의 입법례를 고찰하면서 유치권제도의 연혁 및 제도의 특성을 살펴보면서 우리 민법과의 관계에서 공통점과 차이점을 비교·검토하여 시사점을 도출하는 비교법적 연구방

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법을 취하였다.

본 논문은 부동산 경매절차 과정에서의 문제점을 파악하고 개선방안을 제시하기 위하여 총 6개의 장으로 구성하여 살펴보았다. 제1장은 서론으로서 연구의 목적과 연구방법 및 연구의 범위와 그 구성에 대해 논의하였다. 제2장은 부동산경매 및 유치권에 관한 일반론으로써 먼저, 부동산경매에 대한 이론적 고찰로써 부동산경매의 의의, 경매의 분류, 경매절차 등에 대하여 살펴보고, 실체법인 민법상 유치권에 대해서 그 의의, 법적 성질 및 부동산 유치권을 인정하고 있는 주요 국가의 입법례에 대해 비교법적 고찰을 하면서 그 특성을 살펴보고 우리 민법에 주는 시사점을 파악하고자 하였다. 제3장에서는 부동산유치권에 대한 실체법과 절차법의 문제점을 파악하고 개선방안을 제시하기 위한 전제로써 유치권의 성립요건과 효력 및 소멸 등에 대하여 전반적으로 검토하였다. 제4장에서는 부동산 유치권의 문제를 해결하기 위하여 2013년 탄생한 민법개정안과 민사집행법개정안, 등기법개정안 등의 입법론에 대하여 구체적으로 검토하고 그 대안을 제시하고자 하였다. 제5장은 부동산 경매절차에서 발생하는 유치권제도의 문제점을 검토하고 그 개선방안을 제시하도록 하였다. 제6장은 이상의 내용을 종합하여 결론으로 갈음하고자 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2장 부동산경매 및 유치권에 관한 일반론

제1절 부동산경매의 이론적 고찰

1. 부동산경매의 의의

가. 의의

경매란 불특정 다수인이 공개된 장소에서 공정한 경쟁으로 그 대상목적물인 물건을 매매하는 일체의 행위유형을 말하며, 부동산경매란 집행법원이 부동산을 목적물로 하여 진행하는 것으로 금전채권의 만족을 얻기 위한 채권자의 신청에 의하여 사법상 권리를 확보하기 위하여 이행청구권을 강제적으로 실현하는 법적 절차를 말한다.[5] 즉, 법원이 채권자의 채권 만족을 위해서 채무자 또는 물상보증인의 부동산을 강제로 매각하여 채권의 목적을 실현하는 집행방법의 하나이다. 구 민사소송법에서는 '강제집행'편에서 규정되었지만 2002년 민사집행법이 시행되면서 이를 민사소송법에서 분리하여 별도로 규정하고 있다.

민사집행법 제1조(목적)는 '이 법은 강제집행, 담보권 실행을 위한 경매, 민법·상법, 그 밖의 법률의 규정에 의한 경매 및 보전처분의 절차를 규정함을 목적으로 한다'고 규정하고 있다. 민사집행절차는 집행기관이 채권자의 신청에 의해 집행권원에 표시된 사법상 이행청구권의 실현을 위하여 부동산을 압류·매각하여 그 매각대금으로 금전채권의 만족을 얻는 것을 목적으로 하는 강제적 절차이다. 국가는 개인의 권리행사에 대한 자력구제를 금지하고 국가에 의해 강제적으로 실현하도록 하고 있다.[6] 여기에서 강제적으로 실현하도록 한다는 것은 채무자의 의사에 반하더라도 이를 억압해 실행하고 저항이

5) 장인태, 앞의 책, 227면; 이용득, "부동산경매에서 유치권제도의 개선방안 -사례 및 판례분석을 중심으로-", 동의대학교 박사학위논문, 2015, 10면.
6) 김천규, "부동산 경매에서의 유치권행사 특성 연구", 강남대학교 박사학위논문, 2017, 6면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

있을 경우는 위력을 사용한다는 의미이다.[7]

부동산경매는 개인이 주체가 되어 진행하는 사경매와 공익적 지위에 있는 국가기관이 주체로 실시하는 공매[8]가 있고, 공매는 다시 법원이 민사집행법의 규정에 강제집행으로 그 목적을 환가처분하는 방식에 의하여 진행하는 것과 공매에 전문지식이 필요하거나 기타 특수한 사정에 의하여 직접 공매에 적당하지 않다고 인정하는 경우에 국가의 위임을 받은 한국자산관리공사가 국세징수법의 규정에 의해 진행하는 것이 있다. 그리고 민사집행법에 의한 법원경매는 판결 등 집행권원에 의한 강제경매와 저당권 등의 담보물권의 실행을 위한 임의경매가 있다.

나. 기능

부동산경매는 사법적 가치로써 채권자의 채권만족이라는 기능 이외에도 공유자간에 공유물의 분할을 법원의 도움으로 해결할 수 있는 기능을 가지고 있다.[9] 채권의 해결은 당사자 간의 협의에 따라 해결하는 것이 가장 바람직하지만 그렇지 못한 경우가 많고, 이 경우 국가의 강제력을 동원해 채무자의 재산을 처분하여 채권자의 채권만족을 확보하도록 하는 것이 자력구제금지에 대한 보완수단으로 법적 안정성에 기여할 수 있다.[10] 또한 공개매각을 통하여 이해관계인 등의 지위를 보장할 수 있다. 국가의 강제력에 의하여 채무자의 집행방해를 제거하고 경매목적 부동산에 대한 정보를 투명하고 공정하게 매수인에게 제공하여 경매입찰의 의사결정이 합리적으로 이루어질 수 있도록 하여 불측의 손해를 방지하는 역할도 아울러 하고 있다. 이는 자본주의에서 자원의 효율적 배분이라는 가치의 실현으로 보기도 한다.[11]

그리고 토지거래허가구역에 소재하는 토지를 매매계약을 통하여 취득하고

---

7) 이용득, 앞의 논문, 10면.
8) 공매도 경매에 속하며, 국가·지방자치단체 등 공적 주체가 특정목적을 달성하기 위하여 실시하는 매각절차를 통칭하여 공매라고 한다(이승길, 「부동산경매론」, 법문사, 2008, 3면).
9) 김형배, 「민법학강의」, 신조사, 2010, 25면.
10) 이승길, 앞의 책, 24면; 이용득, 앞의 논문, 11면.
11) 황희상, “부동산경매에서 유치권제도의 개선에 관한 연구”, 전주대학교 박사학위논문, 2012, 9면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

자 하는 경우에는 시장·군수·구청장으로부터 허가를 받아야 하지만(부동산 거래신고 등에 관한 법률 제11조), 경매로 부동산을 취득할 경우에는 그에 대한 제한이 없기 때문에 공법적 가치도 있다고 할 수 있다(동법 제14조 제2항).[12] 이 외에도 목적부동산을 금전으로 환가하여 피담보채권을 회수할 수 있으며, 취득관련 부과되는 취득세·등록세·지방교육 등의 각종의 조세에 대해 절세할 수 있다는 측면에서 경제적 가치도 있다.

2. 부동산경매의 분류

가. 형식적 경매와 실질적 경매

효력에 따라 실질적 경매와 형식적 경매로 구분할 수 있다. 민사집행법상 경매는 집행권원에 의한 강제경매, 담보권실행을 위한 임의경매, 특정재산의 가격보존 또는 정리를 위한 경매 등 세 가지가 있다.

실질적 경매는 국가의 공권력을 통하여 저당권·질권·전세권·가등기담보권 등의 실행하여 환가금액에서 피담보채권의 만족을 얻는 임의경매와 채권자가 채권을 회수할 목적으로 채무자 또는 제3자의 재산에 대하여 실시하는 강제경매가 해당된다.[13] 형식적 경매란 민법, 상법 그 밖의 법률의 규정에 의하여 채권변제와 무관하게 특수 관계자 간의 이해를 조절할 목적으로 단순히 강제매각절차에 의하여 재산의 분할 및 정리를 목적으로 하는 경매를 말한다.[14]

실질적 경매는 채권자의 채권확보라는 경매제도의 본질에 충실한 것이지만, 형식적 경매는 이해관계인 상호간의 편익을 도모하는 것에 불과하여 원칙상 배당절차가 없다. 다만, 부동산 경매절차 진행을 양자가 같이 진행되기 때문에 경매라고 한다.

형식적 경매에서 집행기관의 임무는 환가의 완료로 종결되는 것이 원칙이고, 부동산과 관련하여 민법에 규정된 것을 보면 공유물분할을 위한 경매(민

12) 이승길, 앞의 책, 30면.
13) 장인태, 앞의 책, 149면; 이용득, 앞의 논문, 12면.
14) 이승길, 앞의 책, 13면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

법 제269조 제2항), 유치권자의 간이변제충당을 위한 경우(민법 제322조 제2항), 자조매각을 위한 경매(민법 제490조)[15] 등이다.

나. 강제경매와 임의경매

실행권리(집행권원)에 따른 구분으로 강제경매와 임의경매가 있다. 강제경매는 판결 등을 통하여 확정되어 입증된 집행권원을 근거로 채권자의 신청에 의하여 채무자의 부동산을 강제적으로 매각하여 그 매각대금으로 금전채권을 만족시키는 강제집행절차이다. 강제경매는 강제집행할 수 있다는 취지의 확정판결문 등과 이들 서면에 집행문을 부여받아야 가능하다는 특징이 있다. 집행권원으로는 확정된 판결문 및 지급명령결정정본, 가집행선고부 판결문, 화해조서, 조정조서, 인낙조서, 강제집행이 가능한 공정증서 등이 해당된다.[16] 예컨대, 채권자가 채무자를 상대로 민사소송을 제기해 승소판결을 받았음에도 불구하고 채무자가 그 이행을 하지 않는다면 채권자는 채무자가 소유한 재산, 특히 부동산에 대하여 강제적인 채무이행절차를 실행할 필요성이 있는 것이다. 임의경매는 담보권이 설정된 당해 목적부동산에 한정하여 실행되지만, 강제경매는 채무자가 소유하고 있는 모든 부동산을 대상으로 한다는 점에서 차이가 있다.

임의경매는 담보권원을 통하여 채권자가 피담보목적물에 대한 경매로 부동산을 강제매각하는 것을 말하며, 민사집행법에서는 '담보권실행을 위한 경매'로 규정하고 있다. 임의경매는 경매실행여부가 전적으로 담보권자의 의사에 의존한다는 의미로 관용되고 있으며, 경매실무에서 대다수를 차지하고 있는 사건이다.[17]

15) 자조매각이란 특정물의 인도의무를 부담하는 자가 그 인도의무를 면하기 위하여 물건을 금전으로 현금화하는 것을 목적으로 신청하는 경매를 말한다(장인태, 앞의 책, 158면).
16) 이용득, 앞의 논문, 12면 각주 5번 참조.
17) 이승길, 앞의 책, 17면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 부동산경매의 절차

가. 부동산 경매신청

부동산에 대한 경매를 신청하려면 민사집행법 제3편 담보권실행 등을 위한 경매의 예에 따라야 한다. 즉, 유치권에 의한 경매와 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다(민사집행법 제274조 제1항).[18] 따라서 채권자가 서면으로 집행법원에 경매신청을 하여야 한다(민사집행법 제4조). 이때 채권자는 신청서와 더불어 필요한 서류를 첨부하고 집행비용을 미리 예납하여야 한다. 집행비용은 경매절차가 진행되는 경우 발생되는 비용으로써, 경매신청자가 미리 예납하여 경매절차를 진행하고, 경매절차가 종료하여 배당절차가 진행되면 배당금에서 최우선으로 반환받는다. 이러한 집행비용에는 송달료, 부동산 감정료, 현황조사여비 및 수수료, 매각수수료, 신문공고료, 유찰수수료 등의 비용이 포함된다. 만약 채권자가 집행비용을 미리 납부하지 아니한 때에는 법원은 납부를 명령할 수 있고, 결정으로 신청을 각하하거나 집행절차를 취소할 수 있다(민사집행법 제18조).

부동산에 대한 담보권의 실행을 위한 경매절차에는 부동산의 강제경매에 관한 규정이 준용되므로 원칙적으로 부동산경매의 관할법원은 당해 매각부동산의 소재지를 관할하는 지방법원이 집행법원으로 전속관할이 된다(민사집행법 제274조 제1항, 제79조, 제21조).

부동산을 목적으로 하는 담보권을 실행하기 위한 경매신청을 함에는 담보권의 존재를 증명하는 서류를 내야 하며(민사집행법 제264조 제1항), 담보권을 승계한 경우에는 승계를 증명하는 서류를 내야 한다(동조 제2항). 민사집행법은 유치권에 의한 경매신청시 필요한 첨부서류로 담보권의 존재를 증명하는 서면만을 규정하고 있으므로 집행법원은 일단 개시결정을 하고 이해관계인의 이의나 매각허가결정에 대한 항고로 다툴 때 피담보채권의 존재에 관

18) "예에 따라 실시한다"는 의미는 "준용한다"라는 의미보다 넓은 의미로 어떤 제도 또는 법령의 규정 등을 포괄적으로 다른 동종의 사항에 적용하고자 하는 경우에 사용하는 용어이다(장인태, 앞의 책, 160면).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 판단을 하면 된다.[19]

나. 경매개시결정

경매절차를 개시하는 결정 역시 담보권실행을 위한 경매의 예에 따라야 한다. 법원은 경매신청서를 심사하여 형식적·실질적 요건을 갖추었다고 인정하면 경매개시 결정을 하고, 동시에 그 부동산의 압류를 명하여야 한다(민사집행법 제274조, 제83조 제1항). 경매개시결정이 있으면 압류의 효력은 개시결정이 상대방에게 송달된 때에 발생하고, 압류의 효력은 소유자의 처분이 있어도 그 처분으로 경매목적물의 채권자나 매수인에게 주장하지 못하는 상대적 처분금지의 효력이 발생한다.

부동산경매신청서가 집행법원에 접수되면 경매신청서 및 첨부서류를 검토하고 보완할 사항이 없는 경우 신청서가 접수된 후 3일 내에 경매개시결정을 하여야 한다. 즉, 강제집행의 개시요건 및 경매에 필요한 요건 등에 관하여 형식적으로 심사를 해 신청이 적법하다고 인정되면 경매개시결정을 한다.

경매개시결정은 압류의 효력이 발생되는 중요한 사실로 반드시 채무자에게 송달되어야 하며 소유자 또는 채무자에게 송달하지 않고 경매절차가 진행되면 이는 위법한 절차로 집행법상 이의의 대상이 될 수 있다.[20]

일반적으로 민사집행절차에서 채무자가 외국에 나가있거나, 있는 곳이 분명하지 않으면 송달이나 통지를 생략할 수 있지만[21] 경매개시결정의 송달은 생략할 수 없다. 만약 채무자가 외국에 있거나 있는 곳이 분명하지 않을 때에는 법원의 결정으로 공시송달[22]을 하여야 한다. 또한 송달제도의 합리화를 위해 민사집행법 제14조 제3항은 “송달할 장소를 알 수 없어서 등기우편으로 발송한 경우에는 발송한 때에 송달된 것으로 본다”고 규정하고 있는데 이는

---

19) 장인태, 앞의 책, 167면.

20) 대법원은 “소유자 겸 채무자에 대하여 경매개시결정정본 및 경매기일통지가 적법하게 송달되지 않았다면 경매법원은 그 이후의 경매절차를 진행할 수 없다할 것이므로 경매법원이 경매절차를 진행하여 경락허가결정을 하였음을 이의사유에 해당하고 그 결정은 위법하다.”고 판시하였다(대법원 1970. 4. 30 선고 70마162 판결).

21) 민사집행법 제12조(송달·통지의 생략) 채무자가 외국에 있거나 있는 곳이 분명하지 아니한 때에는 집행행위에 속한 송달이나 통지를 하지 아니하여도 된다.

22) 민사집행법 제194조(공시송달의 요건)

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

발송송달을 말한다.

민사집행법 제94조 제1항은 “법원이 개시결정을 하면 법원사무관 등은 즉시 그 사유를 등기부에 기입하도록 등기관에게 촉탁하여야 한다”고 규정하고, 동법 제83조 제4항은 “압류는 채권자에게 그 결정이 송달된 때 또는 제94조의 규정에 따른 등기가 된 때에 효력이 생긴다”고 규정하고 있다. 따라서 그의 효력은 등기부에 기입되었을 때 또는 결정이 채무자에게 송달되었을 때 발생한다. 실무상 경매개시결정의 등기촉탁은 당사자에게 송달 전에 먼저 이루어진다.

다. 매각준비절차

경매개시결정등기가 기입되고 채무자에게 경매개시결정문이 송달되어 압류효력이 발생하면 매각절차가 진행된다. 이는 경매부동산에 대해 매수를 희망하는 사람들이 권리인수 여부에 대한 판단을 할 수 있는 최종시간을 주는 것으로 배당요구종기일은 배당절차에 있어서 중요한 역할을 하고 있다. 법원은 배당요구의 종기를 정한 때에는 경매개시결정을 한 취지 및 배당요구의 종기를 공고하여야 한다(민사집행법 제84조 제2항). 배당요구의 종기공고는 경매기시결정에 의해 압류의 효력이 생긴 때부터 1주일 이내에 하여야 한다(동조 제3항). 또한 저당권, 가압류채권자에게 대항할 수 있는 전세권자, 법원에 배당요구가 필요한 채권자에게 배당요구의 종기를 고지하여야 한다. 법원사무관 등은 첫 경매개시결정등기 전에 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자, 조세, 기타 공과금을 주관하는 공공기관에 대해 채권의 존재여부 및 그 원인과 액수를 배당요구의 종기까지 법원에 신고하도록 하여야 한다.

집행법원은 경매개시결정일로부터 집행관에게 현황조사명령을 하고 집행관은 법원명령을 받은 날부터 2주 이내에 조사보고서를 제출하여야 한다. 집행관은 부동산의 현황을 조사할 때에 사건 및 부동산의 표시, 조사의 일시 및 장소 또는 방법, 부동산의 현상, 점유관계, 차임 또는 보증금의 액수, 기타 현황, 법원이 명한 사항 등에 대하여 조사한 내용의 현황조사보고서를 작성하여 정하여진 날까지 법원에 제출하여야 한다. 집행관에 의하여 현황조사보고서가 제출된 후에 새로운 사항에 관하여 현황조사를 할 필요가 있거나 이미

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제출된 보고서의 사항을 추가 조사할 필요가 있는 경우에는 추가명령 또는 재조사를 할 수 있다.

경매법원은 경매개시결정 후 3일 이내에 평가명령을 발하고 평가명령을 받은 감정인은 평가명령을 받은 날로부터 2주 이내에 평가를 완료하여야 한다. 감정인은 감정평가금액을 기준으로 최저매각가격을 정하는 것이 일반적이다. 최저매각가격제도는 경매부동산이 저가로 매각되는 경우 채권자 등의 이익에 반하는 결과를 초래할 수 있다. 따라서 공정한 가격을 정하여 부당하게 낮은 가격으로 매각되는 것을 방지하는 기능과 매수신고를 할 사람에게 적정금액을 제시하여 공정하게 이루어지도록 하여야 한다. 이는 경매부동산을 매수할 의사가 있는 사람은 그 부동산에 대한 정보를 열람하여 불측의 손해를 방지하고 매각절차의 참여도를 높여 경매제도의 효용을 높이려는데 그 목적이 있다.

매각기일이란 법원이 부동산에 대하여 매각을 실시하는 기일을 말한다. 매각결정기일은 매각이 진행되어 최고가 매수인이 있을 경우 매각허가 여부에 대해 결정을 정하는 기일을 말한다. 매각결정기일은 매각기일로부터 1주일 이내로 정한다(민사집행법 제109조). 매각기일이 정해지면 집행법원은 공고를 하고, 매각기일과 매각결정기일을 이해관계인에게 통지하여야 한다(민사집행법 제104조).

라. 부동산의 매각절차

경매법원은 서류를 매각기일 7일 전부터 법원에 비치하여 매수의사가 있는 자는 누구든지 열람할 수 있도록 하고 매각기일에도 집행관의 기일개시선언과 동시에 입찰 서류의 제출 마감 시간까지 열람할 수 있도록 한다. 매각기일에는 집행관이 지정한 장소에서 매각을 실시하고 최고가 매수신고인 및 차순위 매수신고인을 정한다. 매각기일에 매수인이 없는 때에는 집행법원은 최저매각가격을 일정비율로 차감하고 새로운 매각기일을 정하여 다시 매각을 실시하여야 한다.

매각결정기일이란 매각기일의 종료 후 미리 지정된 기일에 매각허가여부에 관하여 출석한 이해관계인의 진술을 듣고, 직권으로 법률상 이의사유가 있는

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

지를 조사한 후 매각의 허가 또는 불허가를 결정하는 기일을 말한다. 매각허가결정은 매각한 부동산, 매수인과 매수가격을 기재하고 특별매각조건으로 매각한 때에는 그 조건을 적어야 한다. 매각허가결정은 매각결정기일에 법정에서 선고하여야 하며, 공고도 하여야 한다. 매각허가결정이 난 후 7일 이내에 허가결정에 대한 상고신청이 없거나 신청된 항고재판이 기각된 때에 매각허가결정은 확정이 된다. 매수인은 대금지급기한까지 매각대금을 납부하여야 하며, 매각대금을 납부하면 소유권을 취득한다. 이는 민법 제187조 규정에 따른 물권변동으로 등기 없이도 소유권을 당연히 취득하는 것이다. 대법원은 "경매에서 최고가 매수인은 매각대금을 완납하면 등기를 하지 않았다고 하더라도 매각 부동산의 소유권을 확정적으로 취득하며 채무자 또는 소유자의 이의신청에도 불구하고 그 누구에게도 소유권을 주장할 수 있다"고 판시하고 있다.[23]

마. 부동산인도 및 배당절차

매수인은 매각대금을 완납한 후 6개월 이내에 채무자, 소유자 또는 점유자를 상대로 부동산인도명령을 신청할 수 있다. 그러나 점유자가 매수인에게 대항할 수 있는 권원에 의하여 점유하고 있는 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니한다. 부동산에 대한 인도명령이 있으면 법원은 심문기일 없이 인도명령을 결정할 수도 있으며 상대방을 심문하거나 변론을 열 수도 있다.

배당요구 신청은 채권자의 신청에 의해 개시된 경매절차에 참가하여 경매부동산의 매각대금에서 채권을 변제받으려고 신청하는 것을 말한다. 경매법원은 매각대금이 납부되면 배당에 관한 진술 및 배당을 실시할 기일을 지정하고 배당을 요구한 채권자와 이해관계인에게 이를 통지하여야 한다. 경매법원은 매각대금이 지급되면 배당절차를 진행하고 매각대금으로 배당에 참가한 모든 채권자를 만족하게 할 수 없는 때에는 민법·상법 기타 법률에 의한 우선순위에 따라 배당을 해야 한다. 물권 상호간의 우선순위는 등기설정의 선후에 의하여 정하고, 등기부상 같은 구에서는 순위번호에 따라 순위가 정해지며 다른 구에서는 접수번호에 따라 배당순위가 정해진다. 법원은 배당기일

23) 대법원 1971. 5. 10. 71마283 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에 배당표를 작성하여 참석한 배당을 요구한 채권자와 이해관계인에게 보여주어 그 의견을 듣고 이를 기초로 조사할 서증이 있으면 조사해 이를 반영하여 최종적으로 배당표를 확정한다.

제2절 유치권의 이론적 고찰

1. 유치권의 의의

유치권이란 채권자가 타인의 물건 또는 유가증권에 관하여 채권을 가지고 있으면서 그 물건을 점유하고 있는 경우에, 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치하여 인도를 거절하는 것을 통하여 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 담보물권이다(민법 제320조 제1항).[24] 예컨대, 시계 수리업자가 시계 수리비를 받을 때까지, 또는 임차인이 그 임차물에 기인한 필요비의 상환을 받을 때까지(민법 제626조) 자기 채권의 만족을 얻을 때까지 그 시계 또는 임차물을 소유권자에게 인도하지 않고 유치할 수 있는 권리인 유치권이 발생하는 것이다.

유치권은 담보물권의 한 종류로 목적물을 유치함으로써 채무자를 심리적으로 압박하여 채무의 변제를 간접적으로 강제하는 특징을 가지고 있다. 유치권은 당사자의 의사와는 상관없이 법률상 당연히 성립하는 담보물권으로써, 이를 인정하는 기본취지는 공평의 이념에 있다. 그러나 유치권은 목적물의 유치를 통하여 그 인도를 거절할 수 있는 권리가 있기 때문에 매매계약에서의 매수인이나 부동산 경매에서 경락인 등을 포함하여 누구에게나 대항할 수 있는 강력한 권리이다.[25]

유치권과 유사한 개념으로 동시이행항변권이 있다. 양자는 공평의 원칙에서 인정된다는 점에서 동일하지만, 동시이행항변권은 쌍무계약에 기인한 채권에

24) 김준호, 「물권법」, 법문사, 2019, 341면; 송덕수, 「물권법」, 박영사, 2019, 445면; 이은영, 「물권법」, 법문사, 2006, 674면; 장인태, 앞의 책, 23면; 권용우, 「물권법」, 법문사, 2001, 443면.
25) 송덕수, 「물권법」, 박영사, 2019, 445면; 지원림. 「민법강의」, 홍문사, 2012, 726면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

서 발생하는 것으로 그 효력의 상대방은 계약의 당사자에게만 허용되는 것으로 '목적물의 소유권을 이전해 주는 것'에 대한 거절권이라는 점에서 차이가 있다.

2. 유치권의 법적 성질

가. 물권으로서의 성질

우리 민법상 유치권은 타인의 물건 또는 유가증권을 점유하는 자가 그 목적물에 관하여 생긴 채권에 대하여 그 소유권이 누구에게 있든지 채권자가 자기 채권의 변제를 받을 때까지 그 목적물을 계속하여 유치할 수 있는 권리이다. 즉, 유치권은 채무자뿐만 아니라 그 물건의 소유자·양수인·매수인·경락인 등의 제3자에 대해서도 권리를 주장할 수 있다.[26] 유치권도 물권이므로 물건을 직접 지배하여 배타적 이익을 얻는 권리를 가진다.

그러나 유치권은 독립한 물권으로서의 성질을 가지고 있지만, 다른 물권과 달리 목적물의 점유가 성립요건 및 존속요건이기에 점유를 상실하면 유치권은 소멸하므로 물상대위나 추급력이 인정되지 않는다. 따라서 유치권의 목적물이 침탈당하면 물권적 청구권에 의한 반환청구권을 행사하는 것이 아니라 점유물반환청구권에 따라 점유를 회복할 수밖에 없다.[27]

나. 담보물권으로서의 성질

유치권은 법정담보물권이기 때문에 당사자 간의 합의에 의해 임의로 설정하지 못하기에 당사자 간의 합의로 성립하지 못한다. 그러나 다른 약정담보물권인 질권과 저당권과는 달리 우선 변제적 효력을 인정하고 있지 않다. 담보물권은 교환가치를 목적으로 하여 경매에서 그 권리순위에 따라 우선변제를 받는 것을 전제로 하는데 유치권은 우선변제권이 인정되지 않기 때문에

26) 김준호, 앞의 책, 342면; 이용득, 앞의 논문, 25면.
27) 엄성현, "부동산유치권에 관한 민사법적 연구", 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2016, 16면; 이용득, 앞의 논문, 25-26면 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

물상대위가 인정되지 않는다는 점에서 구별되는 특징이 있다.

그러나 유치권은 담보물권으로서의 기본적 성질인 부종성과 수반성 및 불가분성을 가지고 있음은 다른 담보물권과 차이가 없다. 이것은 담보물권의 기본적인 성질이기에 유치권에도 인정되는 것이지, 약정담보물권과 다르기에 인정되는 것은 아니다. 유치권의 부종성은 다른 물권에 비하여 가장 강하므로 채권이 발생하지 않거나 소멸하면 유치권도 소멸한다. 또한 유치권에 의하여 담보되는 채권이 양도 내지 점유의 이전이 있으면 유치권도 그 양수인에게 이전되는 수반성을 가진다. 그리고 유치권자는 채권의 전부를 변제받을 때까지 점유하고 있는 목적물의 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있는 불가분성을 가진다.[28]

3. 주요 국가의 입법례

현행 유치권의 기원은 '동시이행의 항변권'과 로마법의 '악의의 항변권(exceptio doli)'[29]에서 찾을 수 있다. 즉, 유치권이 문제되는 개별적 법률관계에서 일정한 경우 채무자는 유치권능 또는 인도거절권을 가진다. 로마법에서는 채권자가 채무자에게도 채무를 부담하는 경우 채권자가 자신의 채무를 변제하지 않으면서 채무자에 대하여 채무의 이행을 요구하는 것은 신의칙에 반하므로 그 이행을 거절할 수 있도록 한 것이다.[30] 이러한 이행거절에 대해 통일적인 규정은 없지만, 선의의 점유자가 필요비 또는 유익비를 지출한 경우 점유자는 그 비용을 상환 받을 때까지 그 목적물을 유치할 수 있는 것과 같이 계약의 유형에 따라서 그 내용을 달리한다.[31]

---

28) 김준호, 앞의 책, 342면; 송덕수, 앞의 책, 446면; 권용우, 앞의 책, 444면; 장인태, 앞의 책, 40면 이하 참조.

29) '악의의 항변권'이란 두 사람이 각각 상대방에 대하여 채무를 부담하는 때에 그 일방이 자기의 채무는 이행하지 않으면서 자기의 채권을 행사하는 것이 신의칙에 반한다고 인정되는 여러 경우에 상대방도 자신의 채무이행을 거절할 수 있는 항변권이다. 즉, 급부거절권이다.

30) 엄성현, 앞의 논문, 65면.

31) 이용득, 앞의 논문, 38면; 양창수, 「민법연구 I」, 박영사, 2004, 398면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가. 프랑스 민법

프랑스 민법은 로마법상의 유치권의 영향을 받아 1804년 민법을 제정할 때 통일적인 규정을 두지 않고, 급부거절권으로서 유치권을 인정하면서 채권자가 물건을 유치할 수 있는 것을 개별적으로 나열하여 인정하였다. 즉, 채권자가 일정한 경우 반환해야 하는 물건을 점유하고 있는 경우 채무자의 채무이행시까지 물건의 반환을 거부할 수 있는 권리를 의미하는 것으로 보았다.[32] 그러나 판례와 학설은 이러한 급부거절권을 하나의 독립된 권리로 파악하여 유치권이라 칭하였으며, 민법에 명문 규정이 없을 때에도 급부거절권으로서 유치권을 인정하였다.[33]

1804년 나폴레옹 민법전의 유치권에 대하여 그 권리의 성질이 물권이냐 채권이냐와 관련하여 학설의 대립이 있어 왔다. 제한설에 의하면 유치권은 대인적 권리로 물권성이 부정되며 제3자에 대한 대항력도 인정되지 않고, 예외적으로 법률규정 내지 선취특권에 의하여 채권이 담보되는 경우 유치권을 인정한다. 무제한설에 의하면 부당이득원리에 의하여 유치권은 쌍무계약에서 물건과의 견련에서 독립해 법률규정 내지 불법원인에 기한 경우를 제외하고 채권자가 물건을 점유하는 경우에만 성립한다. 확장설에 의하면 동시이행 항변권의 존재는 채권과 물건의 반환이라는 공통의 원인인 쌍무계약의 견련관계에서 기초가 되고, 유치권 또한 동일한 원인을 가지고 있는 것이므로 유치권은 동시이행 항변권의 하나에 지나지 않는다는 견련성에 의한 유치권의 확장을 주장하고 있다. 견련관계에 대해서는 물건과의 견련을 채권과 물건과의 직접적 연관이 아닌 채권이 물건에 관하여 생긴 것이면 충분하다고 하여 민법상 모든 유치권의 경우를 포섭하고자 한다.[34]

프랑스 판례는 민법상의 여러 규정은 표현적 효력을 가리키는 것이라고 하면서 민법이 그 원칙의 승인을 생략한 일반제도의 적용에 지나지 않는다는

---

32) Marty et Raynaud, Droit civil, t. Ⅲ, 1^{en} vol., Les Sùretés, La Publicité Foncière, Sirey, 1971, n°16, p.12; Mazeaud(H. L. et J.), Leçon de droit civil, t. Ⅲ, 1^{en} vol., Les Sùretés, La Publicité Foncière, Par Chabas, Editions Montchrestien, 1977, n°110, p.118.

33) 이용득, 앞의 논문, 39면.

34) 이용득, 위의 논문, 39면 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

전제에서 유치권을 인정해 오다가 점차 확장해 나아가는 경향을 취하고 있었다. 즉, 1860년 이전의 판례에는 물건 위에 비용을 지출하거나 물건을 수리·개량한 자를 위하여 또는 법문에 직접 근거가 있는 경우에만 인정해 오다가, 1860년 이후에는 물건과 채권의 견련성, 동시이행항변과의 준별론 등으로 확장하는 것을 목표로 하고 있다.[35] 또한 학설 및 판례는 유치권을 단순한 급부거절권으로 보는 것이 아니라 담보물권으로 파악하고 있고(물적 견련관계), 이러한 유치권이 성립될 수 있는 채권은 물건으로부터 직접적으로 발생한 채권과 물건의 점유 사이에 견련유치권은 임의로 점유를 상실하면 소멸한다. 법적 견련관계가 발생한 채권으로 구분하고 있다.[36] 그리고 채권과 유치물의 견련성이 있는 경우, 즉, 채권이 그 유치물에 관하여 생긴 때에는 계약관계의 유무를 묻지 않고 언제든지 유치권이 생긴다.[37]

프랑스 민법은 2006년에 담보편의 개정을 통하여 종래의 판례와 학설을 통해서 정립된 유치권의 법리를 민법 제2286조에 명문으로 규정하였다.[38] 즉, 그 채권의 변제까지라는 약정에 의해 담보물을 교부받은 자, 물건의 인도의무를 발생시킨 계약상의 채권자, 물건의 보관시 발생한 채권의 채권자 등은 그 물건에 대하여 유치할 권리를 갖도록 하였다. 이러한 유치권은 동산 및 부동산에 대하여도 인정될 뿐만 아니라 유치권이 성립하면 채무자의 특별승계인인 양수인·우선특권자·저당권자 등과 채무자가 유치목적물의 소유자가 아닌 경우에도 진정한 소유자에게 인도를 거절할 수 있다.[39]

---

35) Cass. civ. 29 janv. 1877, D. p. 1877. Ⅰ. 280.
36) Cass. com. 23 juin. 1964, G. p.1964. 2. 310.
37) 장윤환, “부동산유치권의 효력과 문제점에 관한 연구”, 호남대학교 박사학위논문, 2011, 10면.
38) 프랑스 민법 제2286조 다음 각호의 자는 그 물건에 대하여 유치할 권리를 갖는다.
1. 그 채권의 변제까지라는 약정에 의해 담보물을 교부받은 자
2. 물건의 인도의무를 발생시킨 계약상의 채권자
3. 물건의 보관시 발생한 채권의 채권자
유치권은 임의로 점유를 상실하면 소멸한다
39) 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 「민사법학」, 제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013. 3. 201면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 독일 민법

독일 민법은 프로이센일반란트법의 영향을 받아 제273조에 유치권을 규정하고 있지만, 이를 채권으로 보고 있으므로 제3자에 대하여는 원칙적으로 주장할 수 없다. 즉, 채무자가 자신의 채무가 발생한 것과 동일한 법적 관계에 기하여 채권자에 대하여 이행기가 도래한 청구권을 가지는 경우에는 채권관계로부터 달리 해석되지 아니하는 한, 그는 청구할 수 있는 급부가 실행될 때까지 의무를 부담하는 급부를 거절할 수 있다고 하여 채권법상의 급부거절권으로 보고 있는 듯하다(제273조 제1항).[40] 또한 목적물을 인도할 의무를 부담하는 사람이 그 목적물에 대한 비용지출 또는 그에 의하여 발생한 손해로 인하여 이행기가 도래한 청구권을 가지는 경우에도 같은 권리를 가진다. 다만 그가 목적물을 고의로 행해진 불법행위'(eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung)에 의하여 취득한 때에는 그러하지 아니하다(동조 제2항).[41]

그러나 점유자의 유치권에 대하여 "점유자는 상환받아야 할 비용이 결제될 때까지 물건의 반환을 거절할 수 있다. 점유자가 고의의 불법행위에 의하여 물건을 취득한 경우에는 그는 유치권을 가지지 못한다."(독일 민법 제1000조)고 하여 점유자에게 비용상환청구권에 기인하여 목적물을 유치할 수 있는 권리를 인정하고 있다. 또한 전주의 지출비용의 상환에 대하여 제999조에서 비용지출 후 소유권을 취득한 제3취득자에 대해서도 주장할 수 있도록 한 점에서[42] 순수한 채권적 권리와 다른 면이 있다.[43] 이러한 비용상환청구권은 동산 및 부동산에 대하여 인정되지만, 부동산의 경우에는 달리 강제집행절차나

---

40) Krüger, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl, § 273 Rn. 39-41; 장윤환, 앞의 논문, 10면; 강희숙, "부동산경매절차에 있어서 유치권 행사에 관한 법정책적 연구", 동아대학교 박사학위논문, 2011, 143면.

41) 이상태, "불법행위로 인한 점유와 유치권의 배제", 「토지법학」, 제26집 2호, 한국토지법학회, 2010. 12, 36면.

42) 독일민법 제999조(전주의 지출비용의 상환) ① 점유자는 그가 권리를 승계한 전점유자가 지출한 비용에 관하여 전점유자가 물건을 반환하였다면 청구할 수 있었을 범위에서 상환을 청구할 수 있다.
② 소유자의 비용상환 의무는 그가 소유권을 취득하기 전에 지출된 비용에도 미친다.

43) 이동진, "물권적 유치권의 정당성과 그 한계", 「민법학의 새로운 경향 - 신진연구자 발표 및 프랑스의 담보법 -」, 2010, 55-56면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

도산절차에서는 유치권을 주장할 수 없다.[44]

독일 민법은 유치권을 동일한 법률관계에서 생기는 채무자 사이의 거절권능으로 보고 채권편 총칙에 규정하고 있다. 채무자가 항변권에 의해 그 의무의 이행을 거절하는 것을 동일한 법률관계로부터 생긴 양 채권 사이의 거절권능으로 구성하고 있으며 동시이행의 항변권을 포함하는 개념으로 해석되고 있다.[45]

유치권은 제73조7의 일반적 유치권(allgemeines Zurükbehaltungsrecht)으로 나타난다.[46] 일반적 유치권은 채무자에게 상대방이 급부를 이행할 때까지 이행해야 할 급부를 거절할 수 있는 권리를 보장하고 있다. 반대급부를 담보할 수 없는 위험이 있음에도 불구하고 급부를 이행해야 하는 채무자를 보호하는 광의의 담보권이다. 일반적 유치권은 먼저 채무자는 채권자에 대한 청구권의 상환성이 있어야 하고, 채무자의 반대 청구권이 변제기에 도달하여야 하며, 동일한 법률관계(dasselberechtliches Verhältnis)에서 채권과 목적물의 반환의무가 발생하여야 하며,[47] 그리고 채권이 목적물에 기하여 발생한 비용 또는 목적물로 인한 손해에 기하는 경우와 같이 견련성(Konnexität)이 있어야 한다. 이는 신의성실의 원칙에 입각하여 채권자가 채무자에 대하여 반대채권과 관련하여 자기 채권의 실현을 기하도록 한 것이다. 아울러 자신이 부담하는 급부를 이행하지 않는 채권자가 상대방의 급부를 청구하도록 하는 것은 악의의 항변의 특별한 경우에 해당한다는 판단에 그 기초를 두고 있다.[48]

이처럼 일반적 유치권은 두 채권 사이에 상호성(Gegenseitigkeit)과 견련성(Konnexität)이 있어야 한다. 상호성이란 유치권에 의해 담보되는 채권이 채무자에 대하여 향해지는 것이어야 한다. 또한 독일민법에서는 부동산 유치권을 인정하지 않는 이유는 등기에 공시되지 않는 부동산은 등기의 공신력을 인정하는 독일민법에 반하기 때문이라 할 것이다.

---

44) 윤진수, 앞의 논문, 201-202면.
45) 장윤환, 앞의 논문, 12면.
46) 독일민법 제73조 제1항의 법적관계라는 개념으로부터 견련성의 범위는 계약관계 보다 넓은 개념으로 양 청구권 사이에 어떤 일정한 관계가 존재하여야만 한다는 것을 의미하는 것이다(Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil. 14.Aufl. München, 1987, S.214).
47) 장윤환, 앞의 논문, 24면.
48) 이용득, 앞의 논문, 41면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다. 스위스 민법

스위스 민법(ZGB)은 동산 또는 유가증권에 한정하여 물권으로서의 유치권을 인정하나, 부동산에 대하여는 유치권을 인정하지 아니하고 있다(스위스 민법 제895조 제1항).[49] 또한 유치권을 독립된 하나의 담보물권으로 보고 동산질권에서 민사유치권과 상사유치권을 합하여 규정하고 있다. 보통의 담보물권과 동일한 효력을 인정함으로써 유치권의 효력을 강조하고 있다. 특히 유치권 자에게 경매권과 아울러 명문으로 우선변제권을 인정하고 있는 것이 특징이다(스위스민법 제898조).[50]

스위스 민법은 유치권의 전제요건으로 채권이 변제기에 도래하고 그 성질상 유치목적물과 견련성이 있는 경우에 채권자는 채무자의 동의하에 점유하고 있는 동산 또는 유가증권을 그 채권을 변제받을 때까지 유치할 수 있다(동법 제895조 제1항)고 규정하고 있다. 이러한 유치권은 법정담보물권으로써 일정한 법적 요건이 갖추어지면 당연히 발생하는 것으로 해석되고 신의성실의 원칙에 의해 지배되는 것으로 보고 있다.[51] 따라서 유치권은 동산 또는 유가증권에서만 인정되고, 부동산과 채무자의 소유에 해당하지 아니하는 물건에는 인정되지 않고 있다. 즉, 유치목적물의 재산적 가치에 따라서 양도가 가능한 동산과 유가증권에 한정하고 있기 때문에 물권성은 그만큼 약화된다고 볼 수 있다.[52]

또한 유치권은 채권자가 그 목적물을 점유하고 있어야 하며 그 점유는 채무자가 채권자에게 인정하여야 한다.[53] 그리고 점유는 점유자에게 물건에 대

---

49) 스위스민법 제895조 ① 채무자의 의사에 좇아 채권자가 점유하고 있는 동산 및 유가증권은 그 채권의 변제기가 도달하고 또 그 성질상 유치의 목적물과 관련이 있는 경우에는 그 채권의 만족을 얻을 때까지 채권자가 이를 유치할 수 있다.
② 상인 간에는 점유와 채권이 그 영업상의 거래로부터 발생한 경우에는 전항의 관련이 성립한다.
③ 채권자가 선의로 수령한 물건이 채무자에게 속하지 않는 경우에도 제3자가 전점유로 부터 권리를 가지지 않는 한 채권자는 유치권을 가진다.

50) 장윤환, 위의 논문, 13면.

51) Berner, Kommentarzum schweizerischen Privatrecht, Ⅳ. Art.895. VerlagStämpflì ßCieAG, S.131; 이용득, 앞의 논문, 42면.

52) 장윤환, 앞의 논문, 13면; 이용득, 앞의 논문, 42면.

53) 엄성현, 앞의 논문, 104면; 이정민, “유치권제도 개선방안에 관한 연구 - 민법개정안을 중심으로-”, 동아대학교 박사학위논문, 2014, 106면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 제한물권 또는 채권적 권리에 기초하여 발생되는 것을 요구하기 때문에 (제920조) 점유보조자의 물건 소지는 인정되지 않는다고 본다. 법정질권으로 유치권은 유효한 청구권의 존재를 전제하기에 제897조 제1항의 예외를 제외하고는 변제기가 도래하여야 한다. 유치권의 피담보채권의 대상은 통상적으로 금전채권이지만 금전채권 이외의 경우에는 금전채권으로 환산할 수 있는 한 피담보채권의 목적이 된다고 한다.

스위스 민법은 채권자에게 유치권을 인정하지 않는 예외를 제896조9에서 규정하여 성질상 양도가 되지 않는 물건과 채권자가 인수한 의무 또는 인도시에 채무자가 정한 규정 또는 목적물의 인도전 또는 공공의 질서(öfentliche Ordnung)에 반하는 경우에는 유치권이 배제된다고 하고 있다.[54] 또한 선량한 풍속(die guten Sitten)을 위반하는 경우에도 허용되지 않는다(동법 제19조, 제20조 참조). 이렇게 유치권이 배제되는 경우에 당사자의 의사표시가 명확하지 않을 때에는 의사해석이 필요하다.[55] 특히 유치권 행사가 신의성실의 원칙에 반하는가의 여부를 고려해 판단해야 할 것이므로 이는 신의성실의 원칙에 의하여 지배된다고 할 것이며 프랑스 민법은 부동산의 유치권은 인정하고 있지 않아 우리나라와 같이 부동산 가장유치권의 문제점은 발생되지 않고 있다 하겠다.

라. 일본 민법

일본 민법의 유치권 제도는 우리 민법과 대체적으로 유사하다고 할 수 있으며, 또한 최근에는 입법론적으로 부동산유치권을 부정 혹은 제한하여야 한다는 주장이 제기되고 있다는 점도 유사하다.[56] 일본의 유치권은 프랑스 민법전의 영향과 독일의 판덱텐제도를 혼합하여 물권에 규정하고,[57] 유치권자

54) 장윤환, 앞의 논문, 14면.
55) 장윤환, 위의 논문, 14면; 이용득, 앞의 논문, 43면.
56) 윤진수, 앞의 논문, 202면; 이용득, 앞의 논문, 43면.
57) 일본의 구민법은 1804년 프랑스 민법전을 기초로 민법 초안을 작성하였고, 여기에 독일 민법 제1초안 등을 참고하여 제정하였다. 그러나 일본 민법전이 시행된 이후 학자들은 주로 독일 민법전의 규정과 해석론을 전제로 하여 체계화하고자 하였기 때문에 그 해석론이나 이론은 독일논리에 의지한 부분이 크다고 하였다(北川善太郎, 「民法の理論と體系」, 一粒社, 1988, 3面; 星野英一, "日本の民法解釋學", 「早稻田法學」, 第58券 第3号, 1982, 312面).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

가 채권의 변제를 받을 때까지 물건을 유치할 수 있는 권능만 주고 이외에 우선변제권이나 환가권은 인정하고 있지 않다.[58]

일본 민법상 유치권은 "타인의 물건을 점유자는 그 물건에 관하여 생긴 채권을 갖고 있을 때에는 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있다. 다만, 그 채권이 변제기에 없을 때에는 그러하지 아니하다(제295조 제1항)"라 규정하고 있다. 이러한 유치권은 불법행위에 의하여 시작된 점유의 경우에는 적용하지 않는다고 한다(동조 제2항). 1898년 유치권을 물권으로 규정하는 일본 민법은 법 시행 전에 폐지된 일본 구민법(1893년)의 영향에서 완전히 벗어난 것은 아니었다.

일본 민법은 유치권을 물권으로 보며, 동산뿐만 아니라 부동산에도 성립하며, 유치권자에게 과실수취권을 인정하여 다른 채권자보다 우선적으로 자신의 채권의 만족을 얻을 수 있을 뿐만 아니라 경매청구권, 비용상환청구권, 우선변제적 권능을 인정하고 있다. 또한 민사집행법은 부동산 유치권은 부동산 강제집행에 의해서 그 효력을 상실한다는 규정이 적용되지 않는다(제59조 제4항)하여 매수인(경락인)으로 하여금 유치권에 의해 담보된 채권을 변제할 책임을 지도록 하고 있다. 우리 민사집행법 제91조 제5항과 유사하지만, 그 대상물을 타인의 물건으로 한정하고 유가증권은 그 대상에서 제외하기에(일본 민법 제295조 제1항) 차이가 있다.[59] 그러나 현행 우리 민법은 구민법과 달리 유치권자에게 경매권을 부여하고 있지만, 우선변제권이 없기 때문에 경매권의 실익에 대해서는 문제가 있다는 지적이다.[60] 또한 일본도 우리나라와 마찬가지로 유치권을 물권으로 인정하고 있으며 과실수취권이나 경매청구권을 인정하고 있으며 부동산유치권이 아직까지 존재하고 있어 허위 가장 유치권에 대한 고민은 우리나라와 비슷하다 할 것이다.

---

58) 淸水元, 「留置權槪念の再構成」, 一粒社, 1998, 115-144面 參照; 伊藤昌司, "斷片的覺え書き", 「法律時報」, 第 52卷 第1號, 44面 參照.

59) 이용득, 앞의 논문, 43면; 김용수, "허위・과장유치권행사에 대한 매수인 보호방안에 관한연구", 건국대학교 박사학위논문, 2014, 27면.

60) 김기찬, "부동산 경매에서 유치권의 개선에 관한 연구", 건국대학교 박사학위논문, 2008, 97면; 신국미, "유치권제도에 관한 연구-동시이행항변권과의 적용 영역의 한계를 중심으로-", 고려대학교 박사학위논문, 2004, 27면; 이용득, 앞의 논문, 44면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

마. 시사점

유치권제도는 로마법상 악의의 항변에서 유래한 것으로 채권적인 급부거절권능과 물권인 유치권제도로 그 형태를 달리하여 계수·발전되어 왔다. 급부거절권능으로 발전한 입법례가 프랑스와 독일이며, 물권법상 유치권으로 발전한 입법례가 스위스, 일본, 우리나라가 대표적인 예이다. 즉, 유치권제도에 관하여 각국의 입법례가 그 구성요건을 달리하고 있고, 법적 체계도 물권으로 구성하지 않고 실질적으로 독특하게 구성하고 있다.

프랑스 민법은 유치권에 관하여 종래 통일적 규정을 두지 않고, 급부거절권으로써 개별조항을 근거로 각각의 사안에 따라 채권자가 물건을 유치할 수 있도록 하였으나, 2006년 법률개정으로 유치권을 담보물권의 편에서 명문화하였지만, 이는 종래의 판례와 학설상 정립된 유치권의 법리를 그대로 받아들인 것이기 때문에 유치권을 유치물의 반환거절권능으로 보면서 불가분성과 물권적 효력을 허용할 뿐 담보물권의 고유한 효력인 우선변제권이나 경매청구권 등은 인정하지 않았다. 프랑스의 유치권제도는 일본 민법을 거쳐서 우리 민법에도 많은 영향을 미쳤다. 즉, 유치권의 성립과 존속을 점유에 의하고 있는 것과 우선변제권을 인정하지 않는다는 점이다.

독일 민법은 우리 민법과 유사하게 유치권에 관한 일반규정을 두고 있지만, 그 효력은 우리와는 달리 채권총칙편에서 급부거절권능으로 구성하고 있고, 또한 부동산 등기제도가 완비되어 있다는 점과 부동산 유치권을 그 대상으로 인정하지 않는다는 점에서 우리 민법과 큰 차이가 있다. 그러면서 물건의 반환의무자가 갖는 유치권에 관하여는 제3취득자에 대해서도 주장할 수 있도록 특별한 배려를 하고 있다(독일민법 제273조 제2항, 제1000조).

스위스 민법은 유치권을 독립한 하나의 담보물권으로 인정하는 점은 우리 민법과 같지만, 민사유치권과 상사유치권을 합하여 동산질권에서 인정하고 있는 점과 부동산 유치권을 인정하지 않는 점에서 다르다(스위스 민법 제895조 제1항). 또한 우리 민법과는 달리 유치권자에게 경매청구권과 아울러 우선변제권을 명문으로 인정하고 있는 특징을 가지고 있다.

일본 민법은 우리 민법과 대체적으로 유사하게 유치권을 담보물권으로 규정하고 유치권의 대상에 부동산을 포함하고 있고, 최근 입법론에서도 부동산

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

유치권을 부정하거나 제한해야 한다는 주장이 제기되고 있는 점도 유사하다. 일본 민법은 유치권자에게 유치권능만 주고, 우선변제권이나 환가권은 인정하고 있지 않다.

위와 같이 유치권을 담보물권으로 구성하느냐 채권법상의 급부거절권으로 구성할 것이냐, 또한 그 적용대상에 부동산을 포함하느냐의 여부는 각국의 입법정책에 따라 결정될 사안이다. 우리 민법은 외국의 입법례와는 다르게 유치권을 독립한 법정담보물권으로 규정하면서, 그 적용대상을 동산, 부동산, 유가증권에서 인정하고 있다. 그러면서 유치권성립의 기준이 되는 피담보채권과 목적물 사이의 견련관계에 대해 개별적·구체적으로 규정하지 않고 판례와 학설에 의존하고 있어서 각각의 경우에 따라 달리 해석되고 있어서 실무상 그 적용에 어려움을 겪고 있다. 이는 공시의 원칙을 취하지 않고 있는 프랑스 민법의 영향을 받은 일본 민법을 계수한 결과로 공시의 원칙에 반하는 문제와 경매절차에서 인수주의를 채택하여 사실상 우선변제권을 인정하는 문제점 등이 발생하게 되었다. 따라서 법정담보물권으로서 부동산 유치권제도가 그 본래의 기능을 다할 수 있도록 공시방법과 경매절차에서 우선변제권을 인정하는 등의 제도개선이 필요하다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제3장 부동산유치권의 성립

제1절 부동산유치권의 성립요건

1. 유치권의 존재와 변제기 도래

가. 채권의 존재

물건의 점유자에게 담보물권인 유치권이 성립하기 위해서는 이에 의해 담보되는 채권을 가지고 있어야 한다. 즉, 유치권자는 물건의 점유자이며, 피담보채권의 채권자인 것이다. 채권이 어떤 원인에 의하여 발생된 것인지는 문제가 되지 않으며, 채권이 발생하게 된 원인은 계약이 일반적이지만, 사무관리·부당이득·불법행위 등의 경우에도 유치권의 발생에 영향이 없다.[61] 채권의 목적은 반드시 금전채권임을 요하지 않으나 견련관계는 있어야 한다.[62] 유치권행사 중에 취득한 채권이라도 상관없으며, 이 경우 원래의 채권이 변제되더라도 이 채권에 대하여 다시 물건을 유치할 수 있다.[63]

나. 변제기의 도래

점유자가 가지고 있는 유치권이 성립하기 위해서는 채권 변제기에 있어야 한다. 변제기가 도래하기 전에 유치권의 성립을 인정해 버리면 변제기 이전에 상대방의 채무이행을 간접적으로 강제하는 것이 되기 때문이다. 피담보채권의 변제기의 도래는 다른 담보물권에서 담보권을 실행하는 요건에 불과하지만, 유치권에 있어서는 성립요건이다.[64] 유치권자의 유익비상환청구권에 관하여 법원이 상당한 기한을 허가할 수 있는데(민법 제203조 제3항, 제310조

61) 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2017, 381면; 송덕수, 앞의 책, 449면.
62) 이은영, 앞의 책, 678면.
63) 장인태, 앞의 책, 69면; 이정민, 앞의 논문, 10-12면.
64) 김준호, 앞의 책, 351면; 곽윤직, 앞의 책, 381면; 송덕수, 앞의 책, 449면; 권용우, 앞의 책, 449면; 이용득, 앞의 논문, 31면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2항, 제626조 제2항 후단), 이 경우에는 아직 변제기가 도래하지 않은 것으로 간주되므로 채권자의 유치권은 성립하지 않는다. 그러나 채권자가 유치목적물을 계속 점유하고 있는 한, 그 후 유예된 기간이 만료할 때까지 변제받지 못하면 그 때부터 유치권이 성립한다. 변제기가 정하여 지지 아니한 채권에 있어서는 채권의 발생과 동시에 유치권이 성립한다. 유치권자가 수령지체의 경우에는 유치권을 행사할 수 없다.[65] 별제의 수령을 하지 않은 상태에서 유치권을 행사할 수 있도록 하는 것은 공평의 원칙과 유치권제도의 목적에 위배되기 때문이다. 또한 채권의 변제기에 상대방이 동시이행의 항변을 행사한 때에는 유치권을 행사할 수 없기 때문이다.[66]

2. 채권과 물건의 견련성

피담보채권이 유치권의 목적물에 생긴 것이어야 유치권이 성립하고, 이를 채권과 목적물 사이의 견련성 또는 견련관계라고 한다. 이것이 유치권 성립에 가장 중요한 요건으로, '목적물에 관해 생긴 채권'이 구체적으로 어떤 것을 의미하는지가 분명하지 않기 때문에 의견이 나누어지고 있다.

가. 일원설

견련관계의 유무를 하나의 기준으로 결정하는 것으로써 유치권의 목적물이 되는 물건 또는 유가증권이 채권 발생의 직접 원인이 되는 경우에 한정하여 꼭 필요한 경우에만 견련성을 인정하며, 공평의 원칙상 이에 준할 수 있는 경우에도 동일하게 취급하는 것이 타당하다고 한다.[67] 이에 의하면 양도담보권자, 이중매매에 의한 처분뿐만 아니라 임대차 계약에 있어서 임차인의 보증금반환청구권과 임차목적물 사이 또는 임차인이 부속물매수청구권을 행사

65) 이에 대해 유치권자의 수령지체의 경우에도 인정하자는 견해가 있다. 그 이유로 채권자지체 중이라도 견련성이 인정된다면 변제를 받을 때까지 유치권을 행사하는 것이 바람직하며, 또한 이행지체는 유치권의 성립요건이 아니므로 변제기가 도래하면 채권자지체에도 불구하고 유치권을 인정해야 한다는 것이다(이은영, 앞의 책, 679면; 이영준, 「물권법」, 박영사, 2009, 770면).
66) 이정민, 위의 논문, 12면.
67) 이은영, 앞의 책, 680-681면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한 경우에는 부속물대금채권과 대지의 반환의무 사이에 견련성이 인정되지 않아 유치권은 성립할 수 없다.[68]

나. 이원설

이원설은 견련관계의 기준을 유형화하여 '물건이 채권발생의 직접적인 원인으로 되는 경우'와 '물건이 채권발생의 간접적인 원인으로 되는 경우'에 견련관계를 인정한다는 입장으로 통설적 견해이다.[69] 즉, 채권이 목적물 자체에서 발생하는 경우와 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 동일한 사실관계로부터 발생하는 경우에는 견련관계가 인정된다고 한다.

다. 판례의 태도

일반적으로 법원은 논리적 일관성 보다는 '물건에 관하여 생긴 채권'이라는 조문을 인용하여 사용하면서 공평의 원칙에 비추어 유치권의 성립여부를 판단하는 구체적 타당성에 치중하고 있다.[70] 종래의 판례에서는 유치권에 관한 경우에 채권과 물건 사이의 견련관계의 인정에 관한 입장을 개별적으로 판단하여 분명하게 나타내는 것을 찾아보기 어려웠지만, 최근에는 이른바 이원설에 의하고 있다고 할 수 있다.[71]

대법원은 "민법 제320조 제1항의 '그 물건에 관하여 생긴 채권'은 유치권 제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우는 물론이고, 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우도 포함한다. 한편 민법 제321조는 '유치권자는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있다'고 규정하므로 유치물은 그 각 부분으로써 피담보채권의 전부를 담보하며, 이와 같은 유치권의 불가분성은 그 목적물이 분할 가능하거나 수개의 물건인 경우에도 적용된다"고 판시하여 이원설을 취하고 있다.[72]

---

68) 이정민, 앞의 논문, 10-11면.
69) 김준호, 앞의 책, 346면; 곽윤직, 앞의 책, 379-381면; 권용우, 앞의 책, 447-449면.
70) 이정민, 앞의 논문, 11면.
71) 곽윤직, 앞의 책, 380면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

위 사안은 다세대주택의 창호 등의 공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권의 잔액을 변제받기 위하여 다세대주택 중 한 세대를 점유함으로써 유치권을 행사하고 있는 경우에 그 유치권은 위 한 세대에 대하여 시행한 공사대금만이 아니라 다세대주택 전체에 대하여 시행한 공사대금채권의 잔액 전부를 피담보채권으로 하여 성립한다고 하면서 채권이 목적물 자체에서 발생하는 경우와 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 동일한 사실관계로부터 발생하는 경우에도 인정된다는 통설과 같은 이원설에 의하고 있는 것이다.

라. 검 토

일원설에서는 물건과 채권의 견련성을 좁게 인정하고자 하는 것이다. 그러나 상법에서의 유치권은 견련성을 요구하지 않는다는 것을 보더라도 오늘날의 생활관계이 있어서는 가능한 한 견련성의 인정범위를 넓힐 것이 요구된다는 것을 알 수 있다. 따라서 직접적인 원인에 한정할 것이 아니라 간접적인 원인에 있어서도 견련성을 인정하는 것이 타당할 것이다.[73] 이원설은 직접적 원인과 간접적 원인을 구별하는데 채권과 관련이 있는 법률관계뿐만 아니라 사실관계에 있어서도 견련이 있다고 해석하는 것이다. 그러므로 현재의 학설 중에서는 상당히 구체성이 있다고 여겨져 통설적인 입장이다. 그러나 '동일한 법률관계나 생활관계'의 존재가 공평의 입장에서 판단된다는 점에 보면 사실적으로는 사회관념이나 상당인과관계와 같이 추상적인 규정이므로 구체적인 적용에 있어 문제점이 발생할 우려가 많다고 할 수 있다.[74]

유치권의 담보물권성은 우선변제권이 없어 다른 담보물권과는 특성이 다르기에 일반 담보물권과 동일하게 취급할 필요가 없다는 것을 고려해야 한다. 그러나 견련성을 광범위하게 인정하려는 것에 대하여 유치권은 담보물권 이므로 광범위하게 인정될 수가 없다는 반대의견이 있을 수 있다고 보여 진다. 결국 우리 민법상의 이원설은 견련성을 광범위하게 인정하려는 점에서나 그

72) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결.
73) 공순진, "유치권의 성립요건으로서의 견련성", 「동의법정」, 동의대학교, 2004, 35면.
74) 염규석, "유치권의 견련관계", 「재산법연구」, 제17권 제1호, 한국재산법학회, 2000, 69면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

한계를 물건의 점유와의 상관관계와 반환청구권과의 관계에서 찾고 있는 점 등에서 볼 때 기본적으로는 타당성을 갖는다고 보여 진다.

3. 타인의 물건 또는 유가증권의 점유

가. 타 인

유치권의 목적이 되는 것은 타인의 물건 또는 유가증권이고, 유치권자는 그 대상이 되는 목적물을 점유하고 있는 자이어야 한다.[75] 여기에서의 타인은 채무자에 한하지 않고 제3자도 포함되지만, 자기의 물건에 대해서는 유치권을 행사할 수 없다.[76] 판례도 유치권자의 점유 하에 있는 목적물의 소유자가 변동되더라도 유치권자의 점유는 적법한 것이므로 새로운 소유자에 대하여도 유치권을 행사할 수 있는 것이므로 제3자의 소유물에 대하여도 유치권을 행사할 수 있음을 인정하였다.[77]

나. 물건 또는 유가증권

유치권의 목적물로 부동산도 될 수 있으나 유치권은 점유를 그 성립 및 존속요건으로 하는 것으로써 법정담보물권이기 때문에 점유하고 있는 물건이

75) 수급인의 재료와 노력으로 건축물을 건축한 경우에는 특별한 의사표시가 없는 한 도급인이 공사대금을 지급하고 건물의 인도를 받을 때까지 그 소유권은 수급인에게 있으므로(대법원 1980. 7. 8. 선고 80다1014 판결), 수급인은 공사대금을 원인으로 그 부동산에 대하여 도급인에게 유치권을 행사할 수 없다(대법원 1993. 3. 26. 선고 91다14116 판결). 그런데 수급인의 재료와 노력으로 건축물을 건축한 경우에는 유치권이 인정되지 않고 그 소유권이 수급인에게 있다고 하면, 토지와 건물의 소유자가 다르게 되는 경우가 발생한다. 이 때 토지의 담보권자가 담보권을 실행하여 토지만 경락된 경우에 토지를 경락받은 경매절차의 매수인은 수급인 소유의 지상 건축물에 대하여 철거청구를 할 수 있어 수급인은 법정지상권을 인정받지 못하는 결과가 되므로, 수급인이 법정지상권을 인정받기 위해서는 토지에 대하여 약정지상권, 임차권등기를 하고 건축공사를 진행하든가 도급인과 공사도급계약을 체결할 때 도급계약에 특별한 의사표시로써 완성된 건물의 소유권을 도급인에게 귀속시키기로 하는 약정을 함으로써 건축물에 관하여 생긴 공사대금채권을 원인으로 유치권을 행사할 수 있게 된다(김진호, 「부동산경매의 법리와 권리분석」, 2002, 법률서원, 960면 참조).

76) 김준호, 앞의 책, 334면; 송덕수, 앞의 책, 447면; 이용호, “부동산유치권제도 개선을 위한 입법론적 연구”, 대진대학교 박사학위논문, 2019, 56면.

77) 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2414 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부동산이라고 하더라도 유치권의 득실변경은 등기를 필요로 하지 않으며, 유가증권의 경우에도 배서를 요하지 않는다.[78] 유치권의 목적물은 양도성을 가지는 재산권이어야 하고, 유치권자는 목적물에 관해 경매 및 간이변제충당의 기능을 가지고 있기 때문이다.[79]

다. 점 유

(1) 의 의

점유란 물건이 일반적으로 점유자의 사실적 지배에 속한다는 것이 보이는 객관적 관계에 있는 상황을 말한다. 사실적인 지배는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배하는 상황을 의미하는 것이 아니고 물건과 사람의 공간적·시간적 관계와 본권관계, 타인의 지배를 배제할 가능성 등을 전반적으로 고려하여 사회통념에 따라 합목적으로 판단하여야 한다.[80]

유치권은 유치권자가 목적물의 점유를 잃으면 당연히 소멸한다. 따라서 유치권자로부터 목적물의 점유를 상계한 자가 있는 경우에 유치권자는 이미 그 점유를 상실하면서 유치권도 소멸하였기 때문에 승계인은 전 점유자를 대위하여 유치권을 주장할 수 없다.[81] 그러나 유치권자가 일시점유를 상실하였다가 이후에 다시 같은 조건으로 점유하게 된 경우에는 유치권을 취득한다.[82] 여기의 점유는 직접점유 뿐만 아니라 간접점유도 포함한다.[83]

---

78) 김준호, 앞의 책, 343면.
79) 이용호, 앞의 논문, 57면.
80) 공장 신축공사 공사잔대금 채권에 기한 공장건물의 유치권자가 공장건물의 소유회사가 부도가 난 다음에 그 공장에 직원을 보내 그 정문 등에 유치권자가 공장을 유치, 점유한다는 안내문을 게시하고 경비용역회사와 경비용역계약을 체결하여 용역경비원으로 하여금 주야 교대로 2인씩 그 공장에 대한 경비 및 수호를 하도록 하는 한편 공장의 건물 등에 자물쇠를 채우고 출입구 정면에 대형 컨테이너로 가로막아 차량은 물론 사람들의 공장 출입을 통제하기 시작하고, 그 공장이 경락된 다음에도 유치권자의 직원 10여명을 보내 그 공장 주변을 경비 수호하게 하고 있었다면, 유치권자가 그 공장을 점유하고 있었다고 볼 여지가 충분하다(대법원 1996. 8. 23 선고 95다8713 판결).
81) 대법원 1972. 5. 30 선고 72다548 판결에서 다만 채권과 유치권을 양도하면서 점유를 승계한 경우에는 승계받은 자가 직접 유치권을 행사할 수 있다고 하였다.
82) 대법원 1955. 12. 15 선고 4288민상283 판결.
83) 이학수, “유치권이 요구하는 점유의 정도”, 「판례연구」, 부산판례연구회, 1998, 35면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 채권과 점유의 견련관계

채권과 목적물의 견련관계 외에 채권은 목적물의 점유 중 또는 점유와 동시에 생긴 것이어야 하는가, 즉 채권과 목적물의 점유와도 견련관계가 있어야 하는가에 관하여는 견해가 대립되고 있다. 판례는 유치권의 성립에는 채권자의 채권과 유치권의 목적인 물건과 사이에 관련이 있으면 충분하며, 물건의 점유 이전에 채권이 발생한 후 그 물건에 대하여 점유를 취득한 경우에도 그 채권자는 유치권으로써 보호되어야 한다고 한다.[84]

(3) 불법점유

채무자의 점유가 불법행위에 의하여 시작된 것이어서는 안 된다. 왜냐하면 불법행위에 의한 점유를 취득한 자까지 유치권을 인정하여 채권을 보호한다면 공평의 원칙에 반하기 때문이다. 점유자의 점유의 취득자체가 불법행위가 되는 경우가 전형적인 불법점유의 한 형태인데, 점유개시 때부터 불법인 경우뿐만 아니라 처음에는 점유권원이 있었지만 후에 그 권원이 소멸한 경우에도 불법행위에 포함된다. 따라서 임대차계약의 종료 및 해지한 이후에 그 부동산을 인도하지 않고 계속 점유한 자는 그 기간 동안 비록 필요비와 유익비를 지출하였더라도 유치권은 성립하지 않는다.

점유가 불법행위에 의한 것인가에 대하여 목적물반환청구를 인정하는 자에게 주장책임과 입증책임이 있다. 점유자는 선의·평온·공연하게 점유한 것으로 추정되고 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정될 뿐이다.

84) 대법원 1965. 3. 30 선고 64다1977 판결.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2절 부동산유치권의 효력과 소멸

1. 유치권의 효력

가. 유치권자의 권리

(1) 유치물을 유치할 권리

1) 목적물에 대한 점유의 계속

유치권자는 채무변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있다. 여기서 "유치"는 목적물의 점유상태를 계속함으로써 인도를 거절하는 것을 말한다. 이러한 인도의 거절은 일시적 권능에 의하여 물건의 반환의무를 지는 자가 반환하지 않더라도 불법행위나 이행지체가 되지 않는다.

부동산임대차의 경우에 임차인이 필요비나 유익비의 상환청구권에 의한 유치권 행사는 본래 유치권은 목적물의 인도를 거절하여 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 것을 본래적 효력으로 한다. 유치권자의 이익을 위하여 목적물을 이용하는 것은 원칙적으로 허용되지 않지만, 종래 거주해 온 건물을 비워 주거나 특별한 보관조치를 하여야 한다는 것도 타당하지 않다는 이유로 다수의 학설은 유치권자가 종전대로 계속 사용하는 것을 유치하는 것으로 보는 반면에 판례에서는 이를 보존행위로 보고 있다.[85]

2) 유치적 효력의 제3채무자에 대한 주장

유치권은 물권이므로 채무자뿐만 아니라 그 외의 모든 사람에게 유치적 효력을 주장할 수 있다. 그러므로 유치물이 제3자의 소유가 된 때에는 채권의 청구를 채무자에게 할 수 밖에 없지만, 유치권의 행사는 새로운 소유자에 대하여 행사할 수 있다. 예컨대 임차인이 임차건물에 관하여 필요비 또는 유익

85) 다수설은 건물 또는 토지의 임차인이 그의 비용상환청구권에 관한 유치권을 행사함에 있어서 종전대로 거주 또는 토지의 사용을 계속하는 것이 보존에 필요한 사용이 아니라고 한다. 그러나 판례는 이러한 거주 또는 계속 사용을 보존행위라고 해석하고 있다(대법원 1972. 1. 31 선고 71다2414 판결).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

비를 지급한 때에는 그 건물을 임대인으로부터 매수한 현재의 소유자에 대하여도 그 상환을 받을 때까지 반환을 거부할 수 있다. 다만 제3자가 스스로 변제하는 경우를 제외하고는 변제는 채무자가 할 수 밖에 없다. 부동산 목적물에 대한 경매가 있을 경우에 채권자는 유치권으로써 매수인에게 대항할 수 있다. 유치권자는 부동산의 경우 민사집행법 제91조 제5항, 동산이나 유가증권의 경우에는 민사집행법 제191조에 의하여 유치권자는 목적물의 인도를 거절 할 수 있다.[86]

3) 유치권 행사의 효과

목적물의 소유자나 채무자가 목적물의 인도를 청구하는 경우에 피고인 유치권자가 그 권리를 행사할 것인지 여부는 유치권자가 자유로이 결정할 수 있다. 따라서 이러한 소송에서 법원은 유치권자가 유치권을 행사하지 않으면 유치권의 존재를 고려해서는 안 된다. 유치권자가 변론 종결 전에 유치권을 가지고 있음에도 불구하고 이를 행사하지 않아 패소확정 된 경우 청구이의의 소로써 다툴 수 없게 된다. 그러나 구두변론종결이 끝난 후 인도할 때까지 목적물에 관해 견련성이 있는 채권을 취득한 때에는 유치권을 행사하여 청구이의의 소를 제기할 수 있다.

채무자인 원고가 목적물의 인도청구를 하였는데 점유자인 피고가 유치권을 주장하여 목적물의 인도를 거절하는 경우에 법원은 원고 패소의 판결을 할 것이 아니라 피고가 원고로부터 받을 채권과의 관계를 고려하여 상환이행판결을 하여야 할 것이다.[87] 이것만으로도 유치권의 목적을 달성할 수 있을 뿐만 아니라 소송경제에도 부합하기 때문이다. 다만, 매수인의 인도청구와 관련하여 유치권자가 유치권을 행사한 때에는 법원은 민사집행법 제91조에 의하여 인도청구를 기각하여야 할 것이다.

86) 이기우, “부동산유치권의 성립과 효력”, 「토지법학」, 제22권, 한국토지법학회, 2006, 62면.

87) 김준호, 앞의 책, 357면; 곽윤직 대표, 「민법주해(Ⅵ)」, 박영사, 2003, 301면; 이정민, 앞의 논문, 17면; 엄성현, 앞의 논문, 35면 등.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

(2) 경매권

유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다. 현금화의 방법은 경매에 의하는 것이 원칙이지만, 특별한 경우에는 감정인의 평가에 의한 현금화도 가능하다(제322조, 민사집행법 제214조).[88] 유치권자는 우선변제권이 없기 때문에 여기에서의 경매는 질권이나 저당권과는 달리 "환가를 위한 경매"로서의 성질을 갖는다.[89]

경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다(민사집행법 제274조). 제322조 제2항은 평가에 의한 현금화를 함에 있어서 미리 채무자에게 통지하여야 한다고 규정하고 있는데, 제327조의 취지로 보아 경매의 경우에도 채무자에게 목적물을 되찾을 기회를 주기 위하여 채무자에게 통지가 필요하다 하겠다. 유치권에 의한 경매에서 매각대금이 지급된 때에, 유치권자는 우선변제권이 없으므로 배당을 받을 수 없지만,[90] 매각대금을 교부받으면 충당 또는 상계에 의하여 사실상 우선변제를 받게 된다.

(3) 간이변제충당

간이변제충당이란 유치권자가 채권변제를 위해 언제나 경매를 하여야 한다면 그 절차와 과다한 비용으로 인하여 채권자에게 불리한 경우가 많기 때문에 이를 방지하기 위하여 유치물로써 직접 변제에 충당할 수 있는 간편한 방법을 인정한 것이다.[91] 따라서 유치물로써 직접 채권의 변제에 충당할 수 있도록 하고 있다. 즉, 유치권자는 정당한 이유가 있는 때에는 감정인의 평가에 의하여 유치물로 직접 변제에 충당할 것을 법원에 청구할 수 있는 것으로써 담보권 실행을 위한 경매와는 다른 절차이다.

간이변제충당의 요건으로는 정당한 이유가 존재하여야 하고, 채무자에게 사전에 통지되어야 하며, 법원의 허가가 있어야 한다. 이에 해당하는지 여부는 법원이 판단할 사항이며, 구체적인 예를 살펴보면 목적물의 가치가 소액이라 많은 비용을 들여 경매를 하는 것이 채권자에게 불합리한 경우, 경매를 거치

88) 이용득, 앞의 논문, 32면.
89) 김준호, 앞의 책, 358면.
90) 대법원 1996. 8. 23 선고 95다8713 판결.
91) 박종두, 「물권법」, 삼영사, 2010, 586면; 김상원 외, 「주석 강제집행법(Ⅲ)」, 한국사법행정학회, 1993, 98면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

면 정당한 가격으로 매각되기 어려운 경우, 목적물의 성질로 보아 유치권자에게 취득시키는 것이 적당한 경우, 시기적으로 경매하는 것이 적절하지 않은 경우, 경매를 하지 않더라도 유치물에 대한 공정시세가 있어 그 가액을 알 수 있는 경우 등이 해당된다.[92]

유치권자는 채무자가 스스로 변제를 하거나 또는 다른 담보를 제공하여 유치권을 소멸시킬 수 있도록 법원에 간이변제충당을 청구하기 전에 미리 채무자에게 그 사실을 통지하여한다(민법 제322조 제2항). 법원은 유치권자가 미리 그 사실을 통지를 하지 않고 신청한 경우에는 그 신청을 각하할 것이지만, 만약 법원이 통지가 없었음을 간과하고 허가한 때에는 채무자는 그 불복을 신청하지 못한다(비송사건절차법 제59조). 유치권자는 반드시 법원에 신청하여 허가를 얻지 못하면 목적물을 임의로 변제에 충당하지 못한다. 이 절차에는 비송사건절차법이 적용되며, 비송사건절차법 제56조는 질권자의 간이변제충당에 관하여 규정하고 있지만 유치권의 경우에도 유추 적용된다. 변제충당의 허가와 관련한 재판은 결정으로써 하는데 허가를 하는 재판에 대하여는 불복의 신청을 할 수 없다. 다만, 이러한 결정에 대하여는 재판에 영향을 미친 법률의 위반이 있음을 이유로 하여 대법원에 특별항고를 할 수 있다.

유치물과 관련하여 간이변제충당 결정이 있게 되면, 유치물의 소유권을 유치권자가 취득하게 되는데 이때의 취득은 승계취득이지만, 법률의 규정에 의한 물권변동이므로 그 취득에 있어서 등기할 필요는 없다.[93] 유치권자는 목적물의 소유권을 취득하는 것과 동시에 감정가의 한도에서 변제받은 것이 되고 채권은 소멸한다. 환가 후 대부분의 경우에 감정가가 채권액을 초과하는 때에는 부족액에 대하여 채무자가 여전히 채무를 부담하므로 이를 변제해야 한다.[94]

(4) 과실수취권

유치권자는 유치물에 대한 천연과실과 법정과실 등의 과실을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다(민법 제323조 제1항). 유

92) 김응용, 「유치권실무연구」, 유로, 2007, 421면.
93) 김준호, 앞의 책, 358면.
94) 이용득, 앞의 논문, 33면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

치권자에게 과실수취권을 인정하는 것은 유치권자가 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 유치물을 점유·보존(민법 제324조)하여야 하므로 수취한 과실을 채권의 변제에 충당하여도 채무자의 이익을 해하지 않기 때문에 이러한 수취권을 인정하는 것이 공평하다.[95]

(5) 유치물 사용권

유치권은 채권담보를 위하여 목적물을 점유하는 권리이기에 원칙적으로 유치권자는 유치물을 사용할 수 없지만, 예외적으로 사용할 수 있는 경우가 있다. 첫째, 채무자의 승낙이 있는 때에 유치권자는 유치물에 대한 사용·대여 또는 담보로 제공할 수 있다(민법 제324조 제2항). 둘째, 승낙을 얻지 않더라도 유치권자는 보존에 필요한 범위에서 유치물을 사용할 수 있다(동4조 제2항). 다만, 유치권자가 보존에 필요한 사용에 의하여 얻은 이익에 대하여 다수설과 판례는 이를 부당이득으로 보아 채무자에게 반환하여야 한다고 한다.[96]

(6) 비용상환 청구권

유치권자가 유치물에 관하여 필요비를 지출한 때에는 소유자에게 그 상환을 청구할 수 있다(민법 제325조 제1항). 비용상환 청구권은 유치권자가 지출한 비용에 대하여 소유자에게 부당한 이득을 줄 필요가 없기 때문에 유치권자의 권리로 인정한다. 또한 유익비를 지출한 경우에 그 유치물의 가액의 증가가 있는 경우에 한하여, 소유자의 선택에 따라 그 지출한 금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다(동조 제2항). 지출한 비용이 유익비에 해당하느냐의 여부는 유치권자가 아니라 소유자를 기준으로 판단하여야 한다.[97]

---

95) 김준호, 앞의 책, 359면.
96) 곽윤직, 앞의 책, 390면; 대법원 1962. 8. 30 선고 62다294 판결.
97) 판례는 타인의 임야 내에서 토석을 채취하기 위하여 시설을 하는데 소요된 금액은 토석채취자의 사업에는 필요한 비용이나 소유자가 그 임야를 보존하는데 필요한 비용 또는 임야의 가치를 증가한 비용이라 할 수 없다고 판시하고 있다. 그러나 비용상환에 관한 규정은 임의규정이기 때문에 당사자 간의 특약으로 얼마든지 배제가 가능하다(대법원 1957. 10. 20. 선고 4290민상153 판결).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 유치권자의 의무

유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다(민법 제324조 제1항). 유치권자는 이에 위반하여 소유자 또는 채무자에게 손해를 야기한 경우에는 채무불이행에 의한 손해배상책임을 부담한다(민법 제390조). 또한 유치권자는 채무자의 승낙 없이 유치물을 사용·대여 또는 담보로 제공을 하지 못한다. 그러나 유치물의 보존에 필요한 사용은 그러하지 아니하다(민법 제324조 제2항). 민법은 채무자의 승낙을 규정하고 있으나 이는 목적물의 소유자가 채무자인 일반적인 경우만을 고려한 것으로 소유자와 채무자가 동일인이 아닌 경우에는 소유자만이 승낙을 할 수 있을 뿐이다.[98]

유치권자가 이와 같은 의무를 위반한 경우 채무자는 그 소멸을 청구할 수 있다(민법 제324조 제3항). 소멸청구권은 일종의 형성권으로서 유치권자의 승낙이 필요하지 않고 유치권자에 대한 일방적 의사표시에 의하여 그 소멸의 효과를 발생하게 하는 단독물권행위라고 보는 것이 통설이며 채무자의 소멸청구가 있으면 유치권은 장래에 대하여 소멸한다.[99]

2. 유치권의 소멸

가. 일반적 소멸사유

유치권 또한 물권이므로 공통소멸사유인 목적물의 멸실, 혼동, 공용수용 등으로 소멸하지만, 유치권자가 유치물의 점유를 상실하면 소멸된다(민법 제328조). 그러나 유치물을 점유하고 있을 때에는 그 권리를 행사하는 것이므로 소멸시효가 진행되지 않는다. 유치권은 담보물권이므로 피담보채권이 소멸하면 유치권은 소멸하므로 채권자가 자신의 채권에 대해 소멸시효를 중단시키려면 민법 제168조에 해당하는 청구, 압류 또는 가압류, 가처분승인 등을 행사하여야 한다.[100]

---

98) 곽윤직, 앞의 책, 291면.
99) 김형배, 앞의 책, 556면.
100) 임윤수, 「민법강의」, 형설출판사, 2011, 416면; 이석근, “부동산경매상 유치권에 관한 연구 연구”, 가천대학교 박사학위논문, 2013, 35면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나. 유치권 특유의 소멸사유

유치권은 일반적 소멸사유 이외에 특유의 성질에 의한 소멸사유가 있다. 첫째, 유치권자가 선량한 관리자의 주의의무를 위반하여 채무자의 승낙 없이 유치물을 사용 내지 대여 또는 담보로 제공한 경우에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 권리가 있고, 이 청구가 있으면 유치권은 소멸한다(민법 제324조 제2항). 둘째, 채무자는 상당한 담보를 제공하여 그 소멸을 청구할 수 있다(민법 제327조). 유치권의 소멸청구 자체는 채무자의 일방적 의사표시로서 충분하지만, 담보의 제공은 유치권자의 승낙이 필요한 것이므로 결과적으로 유치권자의 승낙 또는 이에 갈음하는 판결에 의하여 유치권이 소멸하게 된다.[101] 점유는 유치권에서 유치권의 본질적인 요소이므로 점유의 상실로 인하여 그 권리는 소멸한다(민법 제328조). 점유를 침탈당한 경우에도 소멸하지만, 점유물반환청구권에 의하여 점유를 회복한 때에는 상실하지 않았던 것으로 보아 처음부터 소멸하지 않은 것이 된다(민법 제192조 제2항 단서).

유치권자가 의무를 위반하여 유치권이 소멸되면 유치물을 소유자 또는 채무자에게 반환하여야 한다. 그 목적물이 부동산이라 하더라도 유치권은 등기가 불가능하며 등기 없이 효력이 발생하는 권리이기에 목적물을 반환하여야 한다.

101) 이석근, 위의 논문, 36면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제4장 민법 개정안의 유치권 규정 검토

유치권의 목적물은 물건 또는 유가증권으로 그 범위를 넓게 인정하고 있지만, 실무상 그 적용에 있어서 부동산 유치권에 관하여 많은 문제가 발생하고 있는 실정이다.[102] 이는 부동산 유치권이 물권이면서 공시방법을 등기가 아닌 점유에 의하고 있고, 경매절차에서 사실상 우선변제권이 인정되고 있다는 점에서 기인하는 것이다.

그동안 부동산 유치권제도와 관련하여 많은 문제점들에 대한 다양한 의견들이 제시되어 왔고, 정부에서도 2004년 민법개정안을 준비하는 과정에서 유치권에 관한 개정방안이 논의되었지만 토의 과정에서 장기검토 사항으로 분류되어 개정안은 마련되지 못하였다. 2009년도에 민법개정위원회를 구성하여 담보제도분과인 제5분과위원회에서 2010년 유치권에 관한 개정시안[103]을 마련하였고 이를 실무위원회와 위원장회의를 거친 후에 두 차례의 전체회의에서 민법개정안이 준비되었다. 이후 2012년 11월 공청회를 거쳐 2012년 12월 3일 개정안이 확정되었으며.[104] 2013년 1월 16일 입법예고되고, 2013년 7월 9일 국무회의 심의 의결 후 2013년 7월 17일 국회에 제출되었다.

개정안의 주요내용은 먼저 민법 개정안으로서 첫째, 등기부동산에 대한 유치권의 폐지(개정안 제320조), 유치권의 대상을 동산 또는 유가증권 및 미등기 부동산에 한정하여 인정하고, 피담보채권의 범위의 명확화를 위하여 동산 등에 대한 비용 지출로 인한 채권이나 그 동산 등으로 인한 손해배상채권으로 규정하는 내용을 포함하고 있다. 미등기 부동산은 저당권설정 등기 내지 저당권설정 청구권이 소멸될 때까지만 한시적으로 인정되도록 한다. 둘째, 미등기 부동산의 유치권자에 대한 저당권설정청구권의 인정(개정안 제320조2 및 제369조의2 신설)한다. 셋째, 등기된 부동산에 대한 특례로서 저당권설정 청구권의 부여(개정안 제369조의3 신설), 등기된 부동산에 대한 비용 지출로

102) 홍봉주, 앞의 논문, 4면.
103) 김재형, “부동산유치권의 개선방안 -2011년 민법 개정시안을 중심으로-”, 「민사법학」, 제55호, 한국민사법학회, 2011, 340-341면.
104) 윤진수, 앞의 논문, 204면; 김상찬・강창보, “부동산유치권제도의 개선방안 -2012년 민법개정안의 검토를 중심으로-”, 「법과정책」, 제19집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013, 73면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

인한 채권이나 그 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 자는 변제기에 이르지 아니한 경우에도 부동산 소유자에 대하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있는 제도를 도입한다.[105] 동개정안과 함께 제출되는 민사집행법 일부 개정 법률안 및 부동산등기법 일부 개정 법률안과 의결을 전제로 하므로 같은 법률안이 의결되지 아니하거나 수정 의결되는 경우에는 이에 맞추어 조정되어야 할 것이다.

제1절 민법 개정안

1. 주요 내용

민법 개정안의 주요내용은 종래 유치권의 피담보채권이 "그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권"으로 되어 있던 것을 "그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상채권"으로 규정하여 피담보채권의 범위를 밝히고 있다. 또한 피담보채권의 범위를 축소하여 그 유치목적물의 등기 부동산을 제외하여 동산, 미등기부동산, 유가증권에 한정하여 인정하고, 미등기부동산의 경우에 성립한 유치권은 저당권설정등기를 하거나 저당권설정청구권이 소멸될 때까지만 한시적으로 청구할 수 있다는 규정을 신설하였다(민법개정안 제372조의 2 참조). 즉, 피보전채권의 범위의 축소와 등기부동산에 대한 유치권제도의 폐지에 따라서 당해 부동산의 저당권자, 매수인, 경락인 등의 제3자에 대한 권리를 신뢰로 보호하고, 경매 진행시 경락가액의 하락, 부동산의 효용가치 감소 등이라는 문제들을 해결할 수 있을 것이다.

미등기 부동산에 대한 유치권자에 대해서는 그 유치권을 한시적으로만 인정하므로(개정안 제320조 제2항), 약화된 채권자의 지위를 보완할 필요에 의하여 저당권설정 등기를 할 수 있도록 하고 있다. 저당권설정청구권은 유치권이 성립할 당시의 소유자뿐만 아니라 성립 후의 소유권을 취득한 자도 포

105) 이은규, "민사유치권제도의 문제점과 개선방안", 충북대학교 박사학위논문, 2016, 143면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

함한다(개정안 제372조의 2 제1항 후문). 미등기부동산에 대한 유치권을 가진 채권자는 그 부동산이 등기된 날로부터 6월 내에 소로써 저당권설정청구권을 행사하여야 한다.[106] 개정안 제372조의 3의 저당권설정청구권은 개정안 제372조의 2의 저당권설정청구권과는 다르게 저당권설정청구권이 성립한 후 부동산소유권을 취득한 제3자에 대해서는 설정청구를 할 수 없으며, 청구를 통해 성립한 저당권은 보통의 저당권과 마찬가지로 등기된 때부터 효력이 발생한다. 유치권자가 아닌 채권자의 경우에는 유치권자인 채권자보다 보호의 정도가 약하므로 부동산과 관련한 채권자를 보호함과 동시에 거래안전을 지나치게 침해할 소지를 미연에 방지할 수 있다.

2. 개정안 검토

가. 등기부동산에 대한 유치권의 폐지 등

현행 민법 제320조는 '타인의 물건 또는 유가증권'이라 하여 그 목적물에 동산 및 부동산을 포함하고 있고, 담보되는 채권을 이들 객체에 의하여 생긴 채권으로 규정하고 있기 때문에 그 피담보채권의 범위가 명확하지 않다는 문제가 있다. 이를 해결하기 위해서 민법개정안은 동산과 유가증권만을 유치권의 대상으로 하여 부동산을 배제하면서, 그 피담보채권을 동산에 대한 비용지출로 인한 채권이거나 그 동산 등에 인한 손해배상채권으로 명확하게 규정하고 있다(개정안 제320조 제1항). 개정안은 부동산 유치권을 폐지해야 한다는 주장을 원칙적으로 담고 있는 것이다.[107]

부동산은 등기를 공시방법으로 채택하고 있음에도 등기되지 않은 유치권을

106) 이종구, "미국의 주법상의 건축공사 우선 특권과 부동산 유치권의 비교법적 연구", 「비교사법」, 제19권 제2호, 비교사법학회, 2012, 618면 참조.

107) 윤철홍, "유치권의 문제점과 개정 법률안에 대한 소고" 「민사법학」, 제82호, 한국민사법학회, 2018, 175면; 소성규・이용호, "유치권에 관한 민법 및 관련법의 개정방안 - 민법 및 관련법의 개정시안을 중심으로-", 「한양법학」, 제29권 제2집, 한양법학회, 2018, 200면; 장창민, "부동산유치권에 관한 일고-2013년 입법예고 된 유치권개정안과 관련하여-", 「동북아법연구」, 제8권 제1호, 전북대학교, 동북아법연구소, 2014. 78면; 노종천, "부동산 유치권 제도 폐지론", 「부동산중개학회지」, 제6집, 한국부동산중개학회, 2012, 185면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

강력한 물권으로 인정하는 것은 공시의 원칙에 어긋나게 되고 거래안전을 해칠 뿐만 아니라, 유치권자가 목적물의 가치를 증가 또는 유지시켰다고 하더라도 그러한 행위는 채권자에 대한 등기라는 공시의 원칙보다 우위에 있지 아니하며, 약정담보물권을 취득할 기회가 있으므로 별도로 법정담보물권인 유치권을 인정할 필요성이 없다고 밝히고 있다.[108] 다만 미등기부동산은 다른 공시방법이 없을 뿐만 아니라 점유로서 공시의 기능을 대체한다고 할 수 있으며, 미등기부동산에 대해서는 다른 물적 담보권을 채권자가 취득할 수 없으므로 정책적 관점에서 미등기부동산에 대한 유치권은 한시적인 것으로 예외적으로 인정한다는 것이다.[109] 그러나 부동산 유치권이 문제가 되는 경우는 대부분 미등기부동산이고, 이를 인정하는 것은 등기되지 않은 부동산물권을 인정하는 것이기 때문에 지금까지의 문제점인 복잡한 법률관계가 그대로 남을 우려가 있다. 따라서 미등기 부동산에 대한 문제점들을 근본적으로 해결하기 위하여는 미등기부동산인 상태에서 유치권에 의한 강제집행이 가능하도록 일본의 부동산등기법의 표시등기부제도(임시가등기부제도)와 같은 제도를 도입하는 등의 보완이 필요하다는 견해도 있다.[110]

부동산 유치권을 폐지하는 개정 법률안에 대한 반대의견도 적지 않다. 예컨대, 부동산 거래시장 등에 일대 혼란을 가져올 우려가 있다거나,[111] 심히 위험한 편의 주의적 발상이라거나[112] 있어야 할 법 상태를 외면하고 있는 법현실에 안주인 동시에 입법의 낭비라는 등의 다양한 비판들이 제기되고 있다.[113] 한편 부동산 유치권 폐지를 반대하며 나오는 대안으로, 부동산등기법 제3조에 등기할 수 있는 권리를 개정하여 유치권을 등기할 수 있는 권리로

108) 소성규・이용호, 앞의 논문, 200면; 권영준, 「2013년 민법개정시안 해설」(민법총칙 물권편), 2013년도 법무부 연구용역 과제 보고서, 2013, 389-390면; 이정혁, “부동산경매절차상 유치권의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 동국대학교 석사학위논문, 2015, 62면.

109) 오시영, “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, 「강원법학」, 제38권 제1호, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 110면; 윤진수, 앞의 논문, 206면.

110) 김상찬・강창보, 위의 논문, 80-81면.

111) 김영두, 앞의 논문, 213면 이하.

112) 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(Ⅰ)”, 「법학논총」, 제32권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 275면.

113) 부동산 유치권의 폐지에 대한 타당성 여부는 윤철홍, 앞의 논문, 177면 이하; 이무선, “공시기능강화를 위한 부동산유치권의 문제점과 그 입법대안”, 「홍익법학」, 제19권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 182면 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

개정해야 한다는 의견들이 오래 전부터 있어 왔다. 민법상 부동산 물권변동은 등기로써 효력이 발생하는 것이므로 유치권도 등기하도록 하여 공시기능을 강화하는 것이 물권법 체계에 부합되는 것이며, 이를 저당권으로 등기하는 것은 형식상 오류를 가져오는 것으로 부당하다는 것이다.[114]

그러나 민법 개정시안과 같이 부동산 유치권제도를 폐지하게 되면 그 성립요건을 명확히 하고, 유치 목적 부동산의 이해관계인들에 대한 신뢰를 보호하고, 부당하게 낙찰가가 하락하는 등의 문제를 해결할 수 있을 것이다. 그리고 효용가치의 감소, 경매절차의 지연 등의 문제는 인수주의를 폐지하고, 매각부동산 위의 모든 유치권을 소멸하게 하는 민사집행법 개정안 제91조 제2항, 현행 제91조 제5항 삭제 등으로도 충분한 효과가 있을 것으로 기대한다.[115]

나. 미등기부동산 유치권자의 저당권설정청구권

민법 개정안은 등기부동산은 폐지하고, 미등기부동산에 대하여 한시적으로만 유치권을 인정하므로, 그로 인하여 약화된 채권자의 지위를 보완하기 위해 유치권 성립 후 소유권자를 포함한 부동산 소유자에 대해 저당권설정청구권을 인정하는 제도를 도입하고 있다(개정안 제369조의2 참조).[116]

미등기부동산에 대한 저당권설정청구권의 성질을 청구권으로 보아야 하는가 형성권으로 보아야 하는가? 여기에서의 저당권설정청구권은 민법 제666조 수급인의 저당권설정청구권과 다를 바 없기 때문에 청구권으로 파악하여야 할 것이다.[117] 따라서 상대방인 부동산 소유자와 함께 공동으로 저당권설정

114) 정문성, “부동산유치권의 문제점과 개선방안”, 「법이론 실무연구」, 제6권 제1호, 한국법이론 실무학회, 2018, 333면; 이무선, 앞의 논문, 184면; 윤성호, “부동산 유치권 등기제도의 도입에 관한 연구”, 「인문사회 21」, 제8권 제6호, 아시아문화학술원, 2017, 1186면 이하 참조. 반면에 유치권의 등기에 대하여 유치권은 점유로서 공시되는 법정담보물권이며 물권적 인도거절권의 작용을 하는 것인데, 유치권을 등기로 공시하게 되면 법정담보물권 본래의 성질에 부합하지 않는다는 견해도 있다(김상찬・강창보, 앞의 논문, 79-80면 참조).

115) 박정완, “부동산 경매에서 유치권 개선방안에 관한 연구 : 경매유치권을 중심으로”, 경상대학교 석사학위논문, 2018, 62면; 엄성현・박상호, 앞의 논문, 170면.

116) 윤철홍, 앞의 논문, 184면; 윤진수, 「민법논고 Ⅵ」, 박영사, 2015, 303면.

117) 윤진수, 앞의 논문, 210면; 소성규・이용호, 앞의 논문, 203면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

등기를 하여야 하며, 소유권자가 이에 응하지 않으면 판결로써 그 의사표시에 갈음할 수 있다.[118] 다만, 유치권자의 지위를 보완하고 부동산 소유자도 저당권설정의무자가 될 수 있다는 점과 특히 유치권이 성립한 이후에 소유권을 취득한 자에게도 저당권설정청구권을 행사할 수 있다는 것을 고려하면 일종의 물권적 청구권으로 보는 입법취지에도 부합되는 것이라고 할 것이다.[119]

그러나 미등기부동산에 대해 유치권은 6월 동안 한시적으로 인정되고 있기 때문에 저당권설정청구권도 그 기간 내에 행사하지 아니하면 소멸한다(개정안 제369조의2 제2항). 이 기간은 제척기간으로 기산점은 부동산이 등기된 시점으로 보아야 할 것이다.[120] 또한 민법 개정안 제320조의2 제1항 제1호에 의하면 저당권설정등기가 이루어지면 유치권이 소멸하게 되며, 이 경우 저당권의 효력은 소급적 효력에 의하여 변제기가 발생시점이 된다. 통상 저당권의 효력은 등기를 취득하는 시점을 기준으로 결정되는데, 여기에서는 그 예외를 인정하고 있다.[121]

그러나 이와 같은 저당권설정청구권에 대한 비판적 견해도 있다. 첫째, 미등기 부동산이 소유권보존등기가 된 후 6월의 제척기간 내에 이를 행사하지 않으면 저당권설정청구권과 함께 유치권이 소멸한다는 것은 담보물권의 속성인 부종성의 원칙에 반하는 것이 되어 부당하다는 반대의 견해도 있다.[122] 부종성이란 피담보채권이 소멸할 경우 담보물권도 함께 소멸하는 것을 말하는데, 현재 유치권의 피담보채권이 존재하고 있는데도 단지 저당권설정청구권 등기 후 6월 이내에 행사하지 않았다고 하여 유치권이 소멸한다고 하는 것은 부종성의 기본원칙인 피담보채권이 존재하면 담보물권이 소멸하지 않는다는 원칙에 어긋나는 것으로서 부당하다는 것이다.[123]

둘째, 채권자는 저당권설정청구권이 성립한 후 부동산 소유권을 취득한 제3자에 대해 선의·악의를 불문하고 저당권설정청구권을 행사할 수 있다. 그러

118) 권영준, 앞의 논문, 159면; 소성규·이용호, 앞의 논문, 203면; 윤철홍, 앞의 논문, 184-185면.
119) 윤철홍, 위의 논문, 184-185면; 윤진수, 앞의 논문, 201면.
120) 윤철홍, 위의 논문, 185-186면.
121) 윤철홍, 앞의 논문, 186-187면; 윤진수, 앞의 논문, 211면 이하 참조.
122) 오시영, "법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(Ⅱ)", 「법학논총」, 제23권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 25-2565면.
123) 엄성현, 앞의 논문, 156-157면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

나 미등기부동산에 대하여 저당권설정 내지 소유권을 취득하려는 제3자의 입장에서 예상하지 못하는 손해가 발생할 우려가 있다. 미등기부동산이 등기된 후 등기부의 공시 내용을 보고 아무런 제한 사항이 없다고 판단하여 부동산 소유권을 취득하거나 저당권을 설정한 자는 이후 미등기부동산에 대한 유치권자가 소유권을 취득한 제3자에게 저당권설정청구권을 행사하게 되면, 이후에 취득한 제3자의 소유권에 관한 권리가 후순위가 되어 결과적으로 나중에 취득한 제3소유자와 저당권자의 권리를 침해할 가능성이 생길 수 있다. 즉, 부동산등기부를 신뢰하고 소유권이나 저당권을 취득한 자는 예측하지 못한 손해를 입을 수 있게 되어 엄청난 재산상 피해가 발생할 수 있게 된다. 미등기부동산과 관련한 분쟁이 지속되는 근본적 이유는 그에 대한 경매절차가 미흡하여 그 구체적인 해결방법이 없기 때문이다.[124]

셋째, 유치권의 대외적 효력인정을 하기 위해서 현행법상 존재하지 않는 새로운 저당권설정청구권이 신설되어, 피담보채권이 성립할당시의 소유자만이 아니라 유치권이 성립한 후 부동산 소유권을 취득한 제3자까지도 포함하게 하는 아주 특별한 저당권이 만들어진 것은 또 다른 문제의 소지가 될 수 있다는 것이다.[125] 오히려 미등기부동산에 대하여 등기를 지금보다 간편하게 할 수 있는 방안을 모색했더라면 미등기부동산에 대한 유치권문제를 해결하는데 좀 더 나은 개선안이 되었을 것이다.[126]

다. 정당한 채권자의 권리저하

등기된 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권이나 그 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 자는 부동산 소유자에 대하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있는 제도를 도입하였다. 그러나 정당한 채권자가 저당권설정청구권만으로 그 채권을 제대로 보호받지 못하는 경우가 있을 수 있다. 그러한 경우에는 기존 건물의 증·개축 공사 등에서 공사업자가 도급

124) 이용득·강정규, “부동산경매에서 유치권제도의 개선방안에 관한 연구”, 「부동산학보」, 제62집, 한국부동산학회, 2015, 71면.
125) 홍봉주, 앞의 논문, 12면; 박정희, “부동산경매에서 유치권자의 지위에 관한 연구”, 건국대학교 석사학위논문, 2016, 91면.
126) 이용득, 앞의 논문, 162면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

공사 비용을 자기비용으로 공사하는 경우에 발생할 수 있다. 현행법에 의하면 공사업자가 도급공사대금을 모두 변제받을 때까지 공사부분이나 증축부분을 점유하여 유치권을 행사할 수 있지만, 개정안에 따르면 매우 불합리한 상황이 발생될 수 있다.

도급 공사가 증축부분인 경우 구분건물이 독립된 건물이라면 공사업자가 유치권을 행사할 수 있지만, 증축 후에 건물전체가 하나의 건물로 되면, 하나의 등기된 부동산이므로 개정안의 등기부동산의 유치권폐지 조항에 의해서 유치권을 행사할 수 없게 된다. 만약 기존 건물에 이미 다른 저당권이 설정되어 있는 경우에 그 저당권의 효력은 특별한 사정이 없는 한 건물의 증축부분에까지 당연히 미치는 것이므로 공사업자가 저당권설정청구권의 행사에 의하여 저당권을 취득하더라도 그 저당권은 기존의 선순위 저당권보다 후순위가 되고, 공사업자는 자기의 비용과 노력으로 도급 공사한 증축부분의 가치에 대해서도 기존 저당권자보다 후순위의 지위를 인정받을 수밖에 없게 된다. 증축부분이 독립성이 없는 경우라면 공사업자의 지위는 매우 불완전한 상태가 될 것이고, 독립성이 인정되는 경우에는 소유자의 구분소유의 의사에 따라 그 법적 지위가 크게 달라지는 문제가 있고, 이는 공사대금채권자의 지위를 확보하는데 불공평하고 불합리한 것이다. 민법 개정안대로 개정되면 공사대금 채권자는 공평의 원칙에 의하여 보호받아야 할 대상임에도 불구하고 제외될 수 있는 불합리한 결과가 발생할 우려가 있다.[127]

제2절 민사집행법 개정안

1. 주요 내용

민사집행법의 개정 법률안은 민법개정안과 관련된 규정을 정비한 것이다. 민사집행법 제88조의 배당요구와 제91조의 인수주의와 잉여주의의 선택 등,

127) 이용득, 위의 논문, 160면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제160조의 공탁금에 대한 배당의 실시 및 부칙 제3조 등을 일부 수정한 개정안을 제안하였다.

현행법상 유치권자가 직접 제322조 제1항에 의하여 경매를 신청한 경우가 아니면 유치권자는 배당요구권자에 포함되어 있지 않지만, 민사집행법 개정안 제88조 제1항에 의하면 배당요구권자 및 경매절차의 이해관계인들의 범위에 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자를 포함되도록 개정하여, 유치권에 의한 저당권설정이 이루어지면 경매배당절차 내에서 배당이 이루어질 수 있도록 하여 부동산 경락으로 유치권을 상실하는 유치권자를 보호하고 있다.[128]

또한 경매로 인하여 부동산 매각시 부동산의 배당절차가 종결되면 유치권은 소멸한다(개정안 제91조 제2항). 이는 유치권을 인수주의에서 소멸주의로 대전환한 것을 의미하는 것으로 매수인은 유치권에 대한 인수부담 없이 경락받을 수 있도록 인수주의를 소멸주의로 전환하였다. 부동산 경매로 인한 매각의 실효성 확보와 절차의 경제적 측면에서 소멸주의가 타당하다.[129]

그리고 민사집행법 개정안 제160조 제1항 및 제161조 제2항에 의하면 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자에 대한 배당금을 공탁하도록 하고 있다. 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자가 배당요구를 하였으나 아직 저당권설정등기가 이루어지지 못한 경우 그 유치권자에게 우선변제권이 있는 것처럼 순위배당을 할 수는 없으므로 이러한 유치권자에게 먼저 공탁을 하도록 하고 차후에 유치권자의 저당권설정청구의 소가 받아들여지면 그때 배당이 이루어지게 하고 있다(개정안 제160조 제1항 제3호).

저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자가 법원에 공탁을 한 상태에서 채권금액에 대한 배당을 실시할 수 없게 되었을 때에는 그 채권을 제외하고 배당표를 작성하여야 한다.[130] 또한 유치권자는 저당권설정등기가 이루어지고 난 다음에 배당요구를 하지 않더라도 직권으로 배당받을 수 있도록 하여 다

128) 김철웅・김종진・정복환, “부동산경매절차에서 유치권의 불확실성 재해석 -최근 대법원 판례의 태도변화를 중심으로”, 「대한부동산학회지」, 제35권 제3호, 대한부동산학회, 2017, 233면; 이은규, 앞의 논문, 148면.

129) 김철웅 외, 위의 논문, 234면; 추신영, “유치권자에 의한 경매신청”, 「재산법연구」, 제24권 제1호, 한국재산법학회, 2007, 175면.

130) 이용득, 위의 논문, 148-149면; 엄성현, 앞의 논문, 160-161면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

른 배당채권자에 대한 부당이득반환청구가 가능하게 되었다.[131]

2. 개정안 검토

개정된 민사집행법에 의하면 유치권자는 부동산 보존등기 후 6개월 이내에 저당권설정청구권을 행사하여야 하고, 그 기간 내에 소로써 행사하지 아니하면 저당권설정청구권 뿐만 아니라 유치권도 함께 소멸된다. 만약 저당권설정청구권을 행사할 수 있는 기간이 부동산 보존등기 후 6개월의 기간이 경과하지는 않았지만 그때까지 저당권설정청구권을 소로써 제기하지 않은 상태에 있는 유치권자와, 그 기간이 경과한 유치권자가 발생된다면 일반채권자로 지위가 바뀌게 되어 배당요구를 할 수 없는 상황으로 바뀐다. 이 경우 유치권자로서의 우선변제권이 박탈되는 문제가 발생될 수 있다. 즉 유치권자가 저당권설정청구의 소를 제기하지 않은 상태에서 경매매각 절차가 종료되는 경우 6개월의 유예기간이 남아있는 상태에서는 유치권자가 저당권자로 전환 중에 있으므로 우선변제권을 갖지는 못하나, 배당요구를 할 수 있게 하거나 배당금을 공탁하게 할 수 있도록 입법보완 할 필요가 있다.[132] 또한 경매개시결정의 기입 등기 후 배당요구를 하지 않은 채 유치권자가 저당권설정청구권에 의한 등기를 경료 한 자는 배당요구 종기 일까지 배당요구를 해야 하지만, 만약 배당요구를 하지 않았다면 소멸주의로 변경된 개정안에 의하면 배당요구를 할 수 있는 권리자로 변경되어 배당요구를 해야만 배당을 받을 수밖에 없는 문제가 발생될 수 있다.

또한 유치권자가 배당요구를 하였지만, 배당기일까지 저당권설정등기가 경료 되지 못한 경우에는 민사집행법 개정안 제160조와 동법161조에 의하여 배당금 상당액을 공탁해 저당권설정청구권에 대한 소에서 승소한 후 배당청구를 하게 되는 문제가 발생된다. 이 경우 저당권설정청구의 소가 확정되기 전에 경매절차가 종료되어 소유권자가 경락인으로 바뀌면 소멸주의로 변경된 개정안에 의해 유치권은 소멸한다. 피담보채권의 진정한 채권자인 유치권자

131) 이정혁, 앞의 논문, 69면.
132) 박정용, “부동산경매에 있어서 유치권제도의 개선방안에 관한 연구”, 제주대학교 석사학위논문, 2014, 110면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

를 보호하기 위하여 우선배당권자의 지위를 확보하는 방법을 보완해야 한다. 그리고 가장 유치권자가 저당권 설정청구의 소를 제기한 후 배당요구 신청을 하는 경우 배당이의의 소나 유치권부존재 확인의 소 등에 의해 이를 규명해야 하는데, 이로 인한 경매절차의 지연문제는 기존 경매부동산유치권의 문제와 같은 맥락으로서 전혀 개선될 여지가 없다는 것이다.

제4절 부동산등기법 개정안

"민법 제372조의 2, 민법 제666조 규정에 따라 저당권설정등기를 신청하는 경우에는 신청서에 그 규정에 따른 저당권임을 표시하고 변제기를 적어야 한다."라고 규정하고 있다. 민법 제372조 제2항에 따른 저당권설정등기를 청구하는 경우에 저당권설정등기시보다 변제기가 먼저 도래한 경우에는 변제기를 기준으로 저당권의 효력이 발생하는 것이므로 그 효력은 등기시보다 앞선 변제기가 되므로 등기부에 공시할 필요가 있고, 등기의 공시사항에는 민법 제372조 제2항에 의한 저당권의 등기라는 점과 변제기를 포함하도록 하였다.[133]

개정안 제75조 제1항 제3호는 "등기관은 민법 제372조 제2항에 따라 저당권의 등기를 할 때에는 그 규정에 따른 저당권임을 표시하고 변제기를 기록하여야 한다."라고 규정하고 있다. 일반적인 저당권 우선순위는 등기일을 기준으로 우선순위가 결정되지만, 민법 제372조 제2항에 의한 저당권은 동조 제3항에서 변제기가 설정된 것으로 본다. 라고 하여 일반적인 저당권과 달리 우선순위가 소급하는데 그 차이가 있다. 따라서 그 규정을 알지 못하는 일반 채권자들은 혼란을 방지하기 위하여 단순히 변제기만 등기할 것이 아니라 변제기에 저당권의 효력이 발생한다는 것을 부기등기형식으로 같이 등기할 수 있도록 하는 것이 타당하다고 본다. 저당권의 변제기를 필요적 기재사항으로 하고 효력 발생일은 부기등기 하여 권리관계를 명확하게 공시될 수 있다.

133) 이석근, 앞의 논문, 173-174면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제5장 부동산경매에서 유치권의 문제점 및 개선방안

제1절 부동산경매절차에서 유치권의 문제점

유치권은 우선변제권과 물상대위성이 인정되지 않는 법정담보물권이며, 점유라는 불확실한 공시방법에 의해 성립하므로 부동산에 관한 물권의 공시방법과 차이가 있다. 그리고 경매절차에서는 유치권에 대해 인수주의를 채택하고 있고, 권리신고를 강제하지 않고 있어 이해관계인들이 유치권의 존재여부 및 성립시기에 관해서도 알지 못한 채 진행되기도 한다. 또한 경매권이 있으나 담보권실행을 위한 경매절차를 취하는 것이 아니라 환가를 위한 경매를 진행하지만, 환가대금에서도 실질적 경매와 마찬가지로 우선변제권이 없다.[134] 그러나 환가대금에 대하여 달리 공탁을 하는 절차가 없고, 이는 결국 유치권자에게 교부할 수밖에 없어서 유치권자는 금전채권에 대한 상계의 방법으로 사실상 우선변제권을 향유하고 있다.[135]

1. 불확실한 공시방법

물권은 독점적 배타적인 지배권으로 이러한 물권의 성질상 거래안전을 위하여 제3자가 물건의 존재를 인식할 수 있도록 위한 공시방법이 요구된다. 부동산은 등기를 요하고 동산은 인도·점유를 공시방법으로 인정하고 있다. 하지만 부동산은 경제적 가치가 크고, 거래의 안전이 중요함에도 부동산 유치권은 점유를 공시방법으로 하고 있어서 민법상 부동산물권 변동에 등기를 필요로 하는 성립요건주의의 예외를 인정하고 있어 이해관계인들과의 관계에서 법률관계를 불안하게 하는 요인이 되고 있다.[136] 현재 모든 부동산에 대하

134) 이정민, 앞의 논문, 73면.
135) 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 「민사집행실무연구」, 재판자료, 제109집, 2006, 427면; 이민정, 앞의 논문, 74면
136) 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 「토지법학」, 제23권 제2호, 토지법학회, 2007, 216면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

여 등기부와 등기부의 전산화가 되어 있어 사법상 법률관계가 매우 안정적인 시스템을 갖추고 있다. 그러나 유치권의 공시방법인 점유와 인도는 그 개념이 너무 추상적·관념적이고, 점유방법이 특정화·유형화 되어 있지 않아서 일반인들이 유치권에 대하여 이해하거나 권리분석을 하기 에는 한계가 있다. 또한 일반인들이 유치권의 공시방법인 점유를 객관적으로 판단하기는 어렵다. 일반인들이 등기부를 열람한 후에 타 담보물권의 설정 여부를 알 수 있으며, 우선순위를 확인해 볼 수 있는 다른 권리와 비교해 볼 때 허위의 유치권이 자주 발생하게 되는 주요 원인으로 작용하기도 한다. 허위·가장의 유치권이 증가하는 요인으로는 등기보다 유치권의 점유가 법적으로 불완전하고, 등기보다 각종의 세금 및 수수료 등에서 많은 비용이 들지 않는다는 점도 있다.

이와 같이 등기부에 기입되지 않는 부동산 유치권은 불완전한 공시방법인 점유에 의해서 성립되고 존속되는 권리라는 점에서, 유치권이 적법하게 성립하였는지의 여부가 명확하지 않은 상태에서 경매절차에서 매수인이 유치권에 의한 피담보채권에 대하여 책임을 지도록 하고 있다. 이와 같이 유치권이 등기로 공시되지 않는다는 점에서 경매절차에서 이해관계인이나 경매 목적물의 경락을 기대하는 사람들은 유치권의 존재여부와 피담보채권의 가액이 명확하지 않은 상황에서 경매가 진행되는 문제가 있다. 또한 경매절차에서 유치권자의 유치권 신고는 의무사항이 아니므로 신고를 하지 않더라도 이해관계인으로써 유치권을 행사하는데 아무런 지장이 없다. 결국 민사집행법상 인수주의에 의하여 매수인은 신고하지 않은 유치권자에 대해서도 변제할 책임이 부담하게 되어 예측하지 못한 손해를 떠 안게 되는 상황이 발생하기도 한다.[137]

2. 부동산경매절차에서 유치권의 오·남용

경매절차에서 유치권의 존부나 피담보채권의 범위에 대하여 당사자 이외의 이해관계인들이 이를 객관적으로 확인할 방법이 없다. 따라서 부동산경매절차과정에서 유치권의 존재가 의심되면 매수를 희망하는 사람들은 입찰가격이

137) 이정민, 앞의 논문, 67면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

떨어질 때까지 기다리거나 유치권의 인수주의로 인해 미리 입찰을 포기하는 경우도 있다. 이러한 과정이 거듭되어 낙찰이 되더라도 당초 기대한 것 보다 부동산이 낮은 가격에 매각되어 저당권자나 다른 채권자들이 기대한 것 이하의 큰 손해를 입게 된다.[138] 또한 유치권자는 새로운 매수인에 대하여도 유치권을 행사하여 목적물의 인도를 거절할 수 있는데, 이는 유치권이 성립하기 이전에 저당권을 취득한 사람과 같이 제3자에게 손해가 발생하는 문제가 일어나기도 한다. 부동산 경매의 실무상 매각 부동산에 대한 유치권에 관한 문제가 매우 어려운 실정이다.[139]

이러한 사정을 악용하여 허위·가장의 유치권을 주장하거나 피담보채권을 크게 부풀려 주장하는 등의 부동산 유치권 오·남용 사례도 많이 발생하고 있다. 부동산경매에서 허위유치권이 증가하고 있는 원인으로는 현행 유치권과 관련한 법적·제도상 문제, 부동산 경매에서 실체적·절차상의 문제, 집행법원의 소극적 대응과 경매절차 전반에 만연된 도덕적 해이 현상 등이 있다.[140]

또한 일반인들은 경매과정에서 발생하는 부정행위를 객관적으로 확인하기 어려울 뿐만 아니라 경매절차에서 유치권을 주장하는 자가 나타나면 낙찰 이후에도 그 인도를 거절하면서 시간을 끌면 유치권의 존부여부를 떠나 매수인에게 손해가 발생할 것이라는 우려로 인하여 선뜻 매수에 나서려고 하는 자가 없다는 사실 등을 악용하여 이익을 도모하고자 하는 자들이 많기 때문에 유치권을 둘러싼 불법점유의 시도나 침탈행위의 경우도 빈번하다.[141]

---

138) 이용득, 앞의 논문, 89면; 이정민, 위의 논문, 42면.

139) 경매 현황을 보면 유치권의 부담이 있는 경매목적물의 평균 유찰 횟수는 2.22회이고, 유치권의 부담이 없는 경우는 1.27회로 유찰횟수는 유치권의 부담이 있는 경우가 0.95회 더 많았다. 매각 대금에서도 유치권의 부담이 있는 경우가 그렇지 않은 경우보다 평균 약 21.8% 더 낮게 나타났다(박혜웅·남기범, "부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가격 차이에 미친 영향 분석", 「한국정책연구」, 제11권 제3호, 경인행정학회, 2011, 134면 이하).

140) 이정민, 앞의 논문, 42면.

141) 윤진수, 앞의 논문, 194-195면; 대법원 2010. 4. 15 선고 2009다96953 판결; 대법원 2012. 2. 9 선고 2011다72189 판결 등.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

3. 피담보채권 범위 확정의 어려움

민법은 유치권의 피담보채권의 범위에 관해 제320조 제1항에서 “그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권”이라고 규정하고 있다. 그런데 이는 매우 추상적인 표현으로 해석상 많은 논란을 가져오고 있고, 학설과 판례도 나누어져 있다. 전문가들조차 특정한 채권이 유치권으로 담보되는가의 여부와 관련하여 명확한 판단을 하기 어렵다. 판단이 쉽지 않은 민사유치권의 경우에도 피담보채권의 범위에 대한 인정여부도 부동산 유치권의 폐해를 발생케 하는 근본원인 중 하나로 부동산 유치권의 오남용의 문제이기도 하다.[142]

부동산에 저당권이 먼저 설정된 이후에 성립한 유치권에 대하여 우선변제권을 인정할 경우에 점유목적물의 가치 증가와 관련된 채권에 한할 것인가, 증가분에 한정하지 않고 미지급된 채권 전부에 대하여 인정할 것인가에 대한 피담보채권의 범위와 관련된 문제가 있다. 후에 성립한 유치권의 피담보채권 전부에 대하여 우선변제를 받도록 하는 것은 공평의 원칙에 의하여 인정되는 유치권의 근거를 해할 우려가 있고, 증가된 부분만을 인정하기 위해서는 현실적으로 증가분을 변별할 수 없는 문제가 있다. 이러한 문제는 현행법의 규정과는 달리 실무상 사실상 우선변제권이 인정됨으로써 발생하는 괴리와 관련되는 논의로써, 증가분의 상당액에 한정하여 우선권을 인정하자는 주장, 증가와는 무관하게 지급되지 않는 채권 전부를 인정해야 한다는 주장, 상대방에 따라 구체적으로 달리 적용하자는 견해 등이 대립되어 있다.[143]

먼저 증가가치의 상당액에 한정하여 인정하자는 견해는 일본 부동산선취특권[144]의 경우 우선변제를 받을 수 있는 것은 가치의 증가분에 한하는데, 이와

142) 이정민, 앞의 논문, 71면; 김재욱, “유치권에 관한 민법개정시안 검토 및 개선방안”, 경북대학교 석사학위 논문, 2016, 50면.

143) 김재욱, 앞의 논문, 51면 이하 참조.

144) 선취특권이란 특정의 채권자가 법률규정에 의하여 채무자의 일반재산이나 특정재산으로부터 우선변제를 받을 수 있는 권리로써, 경제적 약자인 채권자를 보호하려는 제도이다. 그러나 ① 예측하지 못한 시점에서 권리자가 나타나 다른 이해관계인에게 불측의 손해를 줄 수 있고, ② 경매절차에서 다수의 채권자가 난립하여 먼저 우선권을 주장하여 배당이 복잡해 질 수 있으며, ③ 선취특권제도가 극히 제한된 경우에 법정질권·법정저당권을 이에 갈음하여 인정하고, 또한 퇴직급여보장법, 주택임대차보호법 등과 같은 특별법에서 우선특권을 인정하고 있을 뿐이다(김재욱, 앞의 논문, 51면 각주 78면 참조).

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

유사한 구조를 가지는 유치권의 경우 피담보채권이 나중에 성립하더라도 그 전액에 대하여 우선변제를 받도록 하는 것은 형평성을 잃는 것이므로 목적물의 가치가 증가된 부분에 한하여 유치권을 인정하자는 견해이다.[145] 선순위저당권이 설정된 이후에 유치권이 성립되어 그 가치가 증가하면 유치권자에게 현존하는 범위 내에서는 우선권을 주는 것이 타당하고, 실제 투자한 비용과 객관적으로 증대된 가치 중 채무자가 적은 쪽을 선택하여 행사할 것이다. 이러한 결과는 결국 피담보채권이 감액되는 것이고, 민법 제320조 제1항이 유치권의 성립에 관한 규정이라면 민법 제203조 제2항은 유치권의 피담보채권액의 범위를 정한 특별규정이라고 할 수 있다.[146]

채권의 전부에 대해서 인정하자는 견해는 현실적으로 유치권의 피담보채권 중에서 목적물의 증가분을 객관적·구체적으로 변별하기 어렵다는 문제가 있다. 일본의 부동산 선취특권의 경우 평가에 따라 부동산공사에 대하여 피담보채권의 범위가 달라지는데 유치권의 경우는 그 요구를 할 수 없으므로 유치권의 피담보채권은 증가분에 한정할 필요 없이 미지급된 채권 전부로 하여야 한다는 견해이다.[147]

상대방에 따라 구체적으로 결정하자는 견해는 저당권자와의 관계에서는 목적물의 증가분에 대하여만 유치권의 피담보채권이 되지만, 채무자와의 관계에서는 피담보채권 전액에 대해 유치권을 주장할 수 있다는 견해이다.[148] 그러나 주장하는 상대방이 누구이냐에 따라 유치권의 내용인 피담보채권의 범위가 바뀌는 것은 담보물권의 본질로부터 인정되기 어렵다는 비판이 있다.[149]

---

145) 生熊長幸, “建築請負代金債權による敷地への留置權と抵當權(下)”, 「金融法務事情」, 第1447号, 1996, 32面; 田高寛貴, “個別執行と留置權-抵當權との衝突事例をめぐって”, 「擔保制度の現代的展開」, (株)日本評論社, 2007, 75面.

146) 오시영, 앞의 논문, 230-231면; 이민정, 앞의 논문, 72면; 김재욱, 앞의 논문, 51-52면.

147) 田高寛貴, 前揭論文, 75面.

148) 座談會, “近未來の抵当權とその實行手續-改正のあり方を探る”, 「銀法」, 600号, 2002, 37面 以下(松岡久和發言).

149) 田高寛貴, 前揭論文, 75面.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제2절 부동산경매절차에서 유치권의 개선방안

1. 유치권 성립요건(피담보채권의 범위)의 명확화

유치권의 규정은 민법 제320조 제1항에 "그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권"이라고 하고 있다. 이 규정은 유치권의 성립요건인 피담보채권에 대한 규정이지만, 매우 추상적인 규정으로 인하여 해석상 논란과 함께 학설과 판례의 대립을 남겼다.[150] 이러한 규정은 다양한 방향으로 해석할 수 있는 빌미를 제공할 소지를 남기게 되어 일반 채권자들이 유치권을 주장하면서 권리를 행사할 수 있도록 하였다. 나아가 이를 악용하는 사람들에게는 "밑져야 본전"이라는 생각을 가지게 하여 별 다른 죄의식 없이 유치권을 주장하는 도덕적 해이라는 문제까지 발생시키고 있다. 또한 형사상 절차에서도 추상적 규정에 따른 모호함으로 인해서 형사책임에서 벗어날 가능성도 상당한 것이 현실이다.[151]

따라서 불명확한 유치권의 성립요건의 규정을 명확하게 할 필요성과 개선이 필요하다. 판례가 이에 대하여 어느 정도 일관되게 해석함으로써 보충하고 있으며, 또한 최근 유치권에 대한 개정안이 마련되었으며, 개정안에는 그 성립요건이 명확하게 규정되어 있다.

2. 유치권 등기제도의 도입

유치권은 물권이지만, 동산의 공시방법인 점유로 그 권리를 주장한다. 즉 물권이지만 등기를 요하지 않고 점유라는 공시방법을 취함으로써 그 권리에 대하여 제3자가 명확하게 이를 확인하기 어렵다. 특히 부동산경매 절차에서

150) 차문호, "유치권의 성립과 경매", 「사법논집」, 제42집, 법원도서관, 2006, 358면.
151) 이용득, 앞의 논문, 122면; 이동명・장윤환, "허위유치권 행사의 형사법적 제문제", 「법학연구」, 제47집, 한국법학회, 2012, 198면 이하; 황종술・민규식, "부동산경매절차상 허위・과장유치권 근절을 위한 대책", 「주거환경」, 제6권 제2호, 한국주거환경학회지, 2008, 113면 이하; 김상찬・정영진, "부동산경매절차상 유치권제도의 문제점과 개선방안", 「재산법연구」, 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011, 78면 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이해관계인들이 공시방법인 점유의 적정성 여부를 확인하고 판단하는 것이 매우 어려우며, 이러한 점을 악용하는 허위·가장의 유치권신고가 많이 있다.[152]

유치권은 민법 제186조의 "물권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다"는 규정과 배치되는 것이다. 또한 유치권의 소멸은 유치권자가 유치물에 대한 점유를 상실하면 소멸하는데, 점유의 상실이 어떤 상태를 의미하는 것인지 명확하게 공시되는 것도 아니므로 결국 유치권의 성립과 존속 및 소멸에 대하여 거래 상대방 내지 제3자가 확인할 수 있는 방법이 미흡하여 권리보호가 되지 못하고 있다.

특히 부동산등기법 제3조는 등기할 수 있는 권리 유형으로 소유권, 지상권, 지역권, 전세권, 저당권, 권리질권, 채권담보권, 임차권 등을 규정하고 있지만, 유치권을 제외하고 있어 현재 유치권을 등기할 수도 없어서 유치권에 관련된 여러 근본적인 문제점이 노출되고 있다. 따라서 불완전한 공시방법인 점유를 버리고 법적 안정성을 위해서 유치권의 등기제도를 도입할 필요성이 있다. 또한 유치권에 대한 공시방법을 점유에서 등기로 바꾸게 되면 유치권자가 점유할 수 없는 상황에서 유치물을 계속 점유하여야 하는 부담에서 벗어날 수 있고, 현재 유치권자가 부담하는 선량한 관리자의 주의의무를 부담하지 않을 수 있으며, 유치권이 등기되면 소유자의 입장에서는 그 유치물을 본래의 용도에 맞게 사용할 수 있고, 소유자에 의하여 관리되기 때문에 훼손을 예방할 수 있는 등의 사회경제적인 이익을 도모할 수도 있다. 또한 부동산물권변동의 공시방법으로 등기를 취하는 우리 법제와 일체성을 가질 뿐만 아니라 물권변동 및 우선순위 등에서 민법의 일반원리에 따를 수 있게 되어 법적 안정성을 기대할 수 있다.[153]

이렇듯 부동산등기법의 개정에 의하여 유치권을 등기할 수 있는 권리로 하여야 하며, 채무자 내지 소유자가 부동산 유치권의 등기에 협력하지 않는 경우에는 유치권등기명령제도[154]를 도입할 필요성이 있다. 유치권 문제는 대부

152) 이용득, 앞의 논문, 123면.
153) 엄성현, 앞의 논문, 171면; 이용득, 위의 논문, 123-124면.
154) 주택임대차보호법상의 임차권등기명령제도와 유사한 권리라고 볼 수 있다. 임차권등기명령제도란 임대차계약기간이 종료된 경우 임대인이 임차인에 대하여 임차보증금반환의무를 해태할 경우 임차인이 단독으로 등기명령을 신청할 수 있고, 등기명령이 결

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

분 경매절차에서 발생하는 것인데 경매목적물의 소유권자가 부동산이 경매로 진행되는 상황에서 유치권등기에 협조할 가능성은 매우 낮기 때문에 집행법원이 적법한 유치권등기명령신청이 있으면 심사를 통하여 이를 직권으로 유치권등기명령을 할 수 있도록 하여야 할 것이다.

유치권을 등기할 수 있도록 민법을 개정하여 유치권을 등기로 공시할 수 있도록 하면 이해관계인을 포함하여 제3자에게 확실한 공시방법으로 작용할 것이다. 또한 유치권등기명령신청제도를 통하여 유치권자도 자신의 권리를 확실하게 보호받을 수 있는 지위를 가질 뿐만 아니라 유치권의 존부여부에 대한 다툼의 소지를 사전에 방지할 수 있다. 또한 유치권 등기명령 제도는 유치권의 존재 여부에 대하여 미리 법원의 판단을 받을 수 있어서 부당한 유치권신고에 의하여 유치권제도가 남용되는 것을 방지할 수 있다.

3. 인수주의 폐기 및 소멸주의 원칙의 확립

민사집행법 제91조 제2항, 제3항, 제4항은 매각부동산 위의 모든 저당권은 소멸된다고 규정하고, 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 원칙적으로 소멸한다고 하여 소멸주의를 규정하고 있다.[155] 그러나 제5항에서는 "매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다."고 규정하여 매수인에게 유치권을 인수하게 하는 인수주의를 채택하고 있다.

인수주의란 매수인이 경매신청 채권자의 권리에 우선하는 채권에 관하여

정되어 임차권이 등기되면 비록 임차인이 점유를 상실하더라도 그 주택에 대한 대항력 및 우선변제권은 그대로 유지되어 제3자에게 대항할 수 있도록 하는 것이다.

155) 제91조(인수주의와 잉여주의의 선택 등) ① 압류채권자의 채권에 우선하는 채권에 관한 부동산의 부담을 매수인에게 인수하게 하거나, 매각대금으로 그 부담을 변제하는 데 부족하지 아니하다는 것이 인정된 경우가 아니면 그 부동산을 매각하지 못한다.
② 매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸된다.
③ 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다.
④ 제3항의 경우 외의 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 매수인이 인수한다. 다만, 그중 전세권의 경우에는 전세권자가 제88조에 따라 배당요구를 하면 매각으로 소멸된다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그 부동산 위의 부담을 현실적으로 인수하는 경우에 그 매각을 허가한다는 것이다.[156] 이는 부동산 경매절차에서 부동산에 관한 부담이 소멸되고 매수인은 완전한 소유권을 취득한다는 소멸주의와 반대되는 것이다. 유치권에 대하여 우리 민사집행법은 원칙적으로 인수주의를 취하고 있고, 부동산의 부담을 매수인이 인수한다는 점에서 상당한 부담을 발생시키고 있다.

판례에 따르면 "매수인은 유치권 자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다는 규정은, 부동산의 부담을 승계한다는 취지이고 인적채무까지 인수한다는 취지는 아니므로, 유치권자는 경락인에 대하여 그 피담보채무를 변제할 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있다."고 판시하고 있다.[157]

위와 같이 부동산경매절차에서 저당권 및 기타 담보물권에 대하여 배당을 받는지의 여부에 관계없이 기본적으로 소멸주의를 취하면서도, 유치권에 대하여는 인수주의를 규정하여 법리상 타당하지 않다는 점이 지적된다. 다만 법정담보물권인 유치권에는 다른 담보물권과 달리 우선변제권이 없기 때문에 경매절차에서 인수주의에 의하지 않으면 보호받기 어렵다는 점에서 이를 보호한다는 측면은 있다.[158]

그러나 유치권에 다른 담보물권과 달리 특별한 권리를 부여해야 할 이유가 없다. 다른 담보물권과 마찬가지로 우선변제권을 인정하는 등의 권리보호를 위한 다른 절차를 도입하면서 소멸주의가 적용될 수 있도록 관련 법률을 개정할 필요성이 있다. 특히 담보물권이라는 점에서 저당권은 소멸주의를 적용하고, 유치권은 인수주의를 적용하는 것은 정당성이 부족하다. 따라서 유치권자 에게도 실체법상 우선변제권을 인정하여 경매절차과정에서 배당을 통하여 권리를 보호해 주고, 우선변제권이 있는 다른 권리자와의 관계에서는 그 성립순서에 따라 보호해 주면 될 것이다.[159]

최근 대법원의 판례[160]도 유치권과 관련한 경매에서 소멸주의에 따른 입장

156) 엄성현, 앞의 논문, 185면.
157) 대법원 1996. 8. 23 선고 95다8713 판결.
158) 엄성현, 앞의 논문, 187면; 이용득, 앞의 논문, 125면.
159) 엄성현, 위의 논문, 187면.
160) 유치권에 의한 경매도 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고 우선채권자 뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 보이고 있으며, 유치권에 관련된 민법의 개정안도 유치권에 대하여 소멸하는 것으로 규정하고 있다.

4. 우선변제권 및 배당요구권의 부여

우선변제권은 담보물권의 성립순서에 따라 선순위 채권자가 후순위 채권자보다 경매대금에서 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리를 말한다. 그런데 유치권은 담보물권임에도 불구하고 우선변제권이 없다. 즉 유치권은 법률상 우선변제권이 없기에 물건에 관하여 생긴 채권에 대하여 변제를 받기 위해서 유치할 수 있는 권리가 있다. 다만, 민법 제322조 제1항[161]의 간이변제충당, 제323조 제1항[162]의 과실수취권의 규정, 제327조[163] 담보제공과 유치권의 소멸 규정을 보아 사실상 다른 권리자보다 우선하여 변제받을 수 있는 권리가 있다고 해석할 수 있다. 또한 유치권은 목적물의 유치 및 누구에게나 그 유치물의 반환을 거부할 수 있는 권리가 있으므로 법률규정에 의하여 우선변제권이 없음에도 사실상 우선변제권을 행사할 수 있다.

이와 같이 유치권은 우선변제권이 규정되지 않기에 경매절차에서 실효적으로 권리보호를 받는데 미흡하다. 따라서 유치권에 우선변제권을 인정하고, 그에 따른 배당요구권을 보장하는 방법이 필요하며 이런 방안은 소멸주의와 연관되어 함께 개선해야 한다. 경매절차과정에서 유치권에 대해 소멸주의를 도입하고, 우선변제권을 인정하여 배당을 받을 수 있도록 관련 규정을 신설할 필요가 있다.[164] 또한 민사집행법은 유치권자의 배당신청에 대하여도 명문규

배당을 받을 수 있다고 보아야 한다. 다만 집행법원은 부동산 위의 이해관계를 살펴 위와 같은 법정매각조건과는 달리 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정할 수 있다(대법원 2011. 6. 15 선고 2010마1059 결정).

161) 민법 제322조(경매, 간이변제충당) 유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다.

162) 민법 제323조(과실수취권) 유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다. 그러나 과실이 금전이 아닌 때에는 경매하여야 한다.

163) 민법 제327조(타담보제공과 유치권소멸) 채무자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.

164) 엄성현, 앞의 논문, 196-197면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

정이 없지만, 유치권자의 배당요구를 인정하면 여러 문제를 해결할 수 있다. 예컨대, 그 배당요구에 따라 매수대금의 적정성을 판단할 수 있고, 그러한 정보에 따라 입찰자들의 관심을 가질 수 있으며, 매각부동산의 입찰가격이 하락하는 것을 미연에 방지할 수 있고, 경매절차가 신속하게 이루어 질 수 있도록 명도지연에 따른 문제 등도 함께 해결될 수 있다.[165]

5. 유치권신고절차에 대한 개선방안

(1) 유치권 신고의무의 부과

민사집행법상 유치권은 권리신고를 해야 할 의무도 없다. 그러나 유치권은 민사집행법 제91조 제5항이 매수인의 인수주의를 취하고 있기 때문에 사실상 우선변제를 받을 수 있는 강력한 권리이다.[166] 실무상 유치권의 신고절차는 유치권을 주장하는 자가 일정한 형식에 따라서 서류를 작성하고 그 소명서류를 첨부하여 신고하면 된다. 집행법원에서 유치권신고에 대하여 형식적 심사만 진행할 뿐 실질적 심사를 하지 않는다.

경매절차에서 위와 같은 절차는 다음의 문제점을 발생시킨다.[167] 첫째로, 유치권신고를 하지 않더라도 이에 따른 불이익이 없으며, 경매목적물에 숨어있는 유치권으로 인하여 이해관계자가 불측의 손해를 볼 위험성을 안고 입찰할 수밖에 없다. 경매절차에서 유치권자가 권리신고를 하면 이해관계인이 되어서 일정한 법률상 권리가 인정되지만, 유치권신고가 사실상 강제되는 효과는 거의 없다. 오히려 유치권신고가 의무화되어 있지 않기 때문에 유치권의 존재여부에 대한 정보부족으로 이해관계인에게 불측의 손해가 발생할 위험이 크다.

둘째로, 유치권자가 유치권에 관한 신고를 하더라도 집행법원이 실질적 심사를 하지 않고 형식적 심사만 하므로, 결국 부당한 유치권신고를 방조할 뿐만 아니라 허위·가장 유치권을 양산하는 결과를 가져오고 있다. 집행법원은

165) 엄성현, 앞의 논문, 197면; 이용득, 앞의 논문, 127면.
166) 신구용, “허위·과장부동산유치권의 문제점과 개선방안”, 단국대학교 석사학위논문, 2017, 115면 이하.
167) 엄성현, 앞의 논문, 188-189면 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

유치권의 신고가 있으면 매각물건명세서에 그 내용을 기재하며 유치권자는 경매절차에서 이해관계인이 된다. 그러나 경매절차에서 이해관계인으로써 절차적 지위를 가지기 위해 유치권을 신고하는 경우 보다는 부동산 인도절차에서 우월적 지위를 가지기 위하여 신고하거나, 또는 경매절차를 지연시킬 목적 내지 경매 유찰을 위해 유치권을 남용해서 신고하는 경우가 더욱 빈번한 실정이다.

이와 같이 민사집행법은 유치권자에 대하여 경매절차에서 유치권을 신고하도록 하는 의무조항을 두고 있지 않기 때문에 여러 문제를 야기할 수 있기 때문에 유치권자에게 기본적으로 경매절차에서 일정기간 내에 신고의무를 부과하고 그 기간이 경과된 후에 행해진 유치권 신고의 경우에는 그 권리를 인정하지 않는 등의 불이익을 줄 필요성이 있다. 즉, 부동산경매절차에서 배당요구 종료일까지 권리신고를 하지 않을 경우 배당절차에서 제외되는 것과 마찬가지로 유치권의 경우에도 이를 적용할 필요가 있다.

따라서 우리 민사집행법도 독일의 경우와 같이 유치권의 신고를 의무화하고 신고기간을 배당요구 종기일로 개정하는 등의 유치권신고 의무화규정을 두어야 된다. 민사집행법이 유치권에 관하여 인수주의를 취하면서 발생하는 많은 문제점을 해결하기 위한 방안으로서 경매참가자들이 유치권의 존재여부를 파악할 수 있도록 신고의무를 필수화 할 필요가 있다.

(2) 유치권신고에 대한 심사강화 및 담보제공제도

유치권자의 신고의무의 부과와 더불어 집행법원은 부당한 유치권신고가 이루어지는 행위를 방지하기 위해 유치권신고에 대한 심사를 강화할 필요가 있다. 민사집행법상 유치권의 존재여부에 대한 심사는 집행법원의 의무라고 할 수 있으므로 그 존부에 대한 심사를 강화하고 그 권리의 존재여부를 담보할 일정한 부담을 부여할 필요가 있다. 이러한 경매절차에서의 문제점에 대한 해결책으로 유치권자가 유치권을 신고할 때 그 진정성을 담보할 수 있는 일정한 절차를 마련해야 한다. 현재 민사신청절차에서 채권자가 자신의 채권에 대한 보전처분[168]을 할 경우에는 그에 상응하는 담보를 제공하도록 규정하고

168) 통상 가압류, 가처분을 말한다. 민사집행법 제280조(가압류명령) ② 청구채권이나 가압류의 이유를 소명하지 아니한 때에도 가압류로 생길 수 있는 채무자의 손해에 대하

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

있는데 이를 유치권 신고에도 도입할 필요가 있다.[169] 채권자가 스스로의 채권을 보전하기 위해 보전처분을 하는 경우에도 채무자의 손해를 담보하는 보증보험증권을 발행하거나 현금으로 손해예상액의 일정 부분을 공탁하고 보전처분을 진행하고 있다. 그런데 채권보다 더 강력한 물권인 유치권을 신고하는 경우에는 어떠한 담보제공이 없더라도 그 신고를 허용하는 것은 공평의 관점에서도 어긋난다. 또한 점유라는 불완전한 공시방법에 의하고 있어서 그 성립의 진정성에 의심이 가는 경우에도 아무런 제한 없이 유치권신고를 받아주는 것은 부적절하다.

경매절차가 원활하게 이루어지기 위해서는 이해관계인의 항고남용과 경매지연을 방지하기 위하여 민사집행법 제130조 제3항[170]은 항고 시 보증금 공탁제도를 확대하고 있다. 특히 채무자 또는 소유자가 항고를 하는 경우 항고기각 시에는 보증금 전액을 몰수하도록 규정하고 있는데[171] 이를 유치권신고에도 적용할 필요가 있다. 민사집행법이 보증금 공탁제도를 도입한 2002년 이전에는 경매절차에서 항고가 남발하여 절차의 지연이 많았으나 동 규정이 도입되면서 특별한 이유 없이 항고를 남발하는 경우가 상당히 많이 줄었다.

이해관계인의 피해를 최소화하고 부당한 유치권신고의 남용을 방지하기 위해서도 유치권을 신고하는 경우에 그 진정성을 담보할 수 있는 절차가 필요

여 법원이 정한 담보를 제공한 때에는 법원은 가압류를 명할 수 있다.
③ 청구채권과 가압류의 이유를 소명한 때에도 법원은 담보를 제공하게 하고 가압류를 명할 수 있다.
④담보를 제공한 때에는 그 담보의 제공과 담보제공의 방법을 가압류명령에 적어야 한다.

169) 이용득, 앞의 논문, 130면.

170) 제130조(매각허가여부에 대한 항고) ③ 매각허가결정에 대하여 항고를 하고자 하는 사람은 보증으로 매각대금의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 법원이 인정한 유가증권을 공탁하여야 한다.
⑦ 채무자 및 소유자 외의 사람이 한 제3항의 항고가 기각된 때에는 항고인은 보증으로 제공한 금전이나, 유가증권을 현금화한 금액 가운데 항고를 한 날부터 항고기각결정이 확정된 날까지의 매각대금에 대한 대법원규칙이 정하는 이율에 의한 금액(보증으로 제공한 금전이나, 유가증권을 현금화한 금액을 한도로 한다)에 대하여는 돌려 줄 것을 요구할 수 없다. 다만, 보증으로 제공한 유가증권을 현금화하기 전에 위의 금액을 항고인이 지급한 때에는 그 유가증권을 돌려 줄 것을 요구할 수 있다.
⑧ 항고인이 항고를 취하한 경우에는 제6항 또는 제7항의 규정을 준용한다.

171) 제130조(매각허가여부에 대한 항고) ⑥ 채무자 및 소유자가 한 제3항의 항고가 기각된 때에는 항고인은 보증으로 제공한 금전이나 유가증권을 돌려 줄 것을 요구하지 못한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

하다. 인수주의에 따른 폐해을 막고 진정한 유치권자와 매수인 등의 이해관계인을 보호하기 위해 유치권자의 담보제공의무를 도입할 필요성은 충분하다.[172]

이와 같이 부당한 유치권신고로 인하여 발생하는 문제점은 유치권신고의무와 그에 대해 일정한 담보제공의무를 부과하면 많이 사라질 수 있다고 본다. 즉, 유치권신고와 담보제공의무는 한편으로 유치권자에게 부담이 될 수 있기 때문이다. 반면에 허위·가장의 유치권신고가 감소하면 진정한 유치권자의 권리보호는 더 강화될 수 있다. 다만 유치권자에게 유치권신고의무와 담보제공의무가 타당한 것인지, 그 절차를 새롭게 도입하는 경우 실체법상 인정되는 권리가 상대적으로 박탈하는 것이 될 수 있으므로 여러 점에서 살펴볼 필요가 있다.

그러나 헌법재판소는 이와 유사한 경우에 민사집행법의 배당요구종기일에 관한 규정의 위헌법률심사에서 헌법에 위배되지 않는다고 결정하였다.[173] 헌법재판소는 "민사집행법 제84조 제1항은 배당요구를 경매절차가 종료될 때까지 허용하는 경우 발생할 수 있는 경매절차의 불안정 및 지연 등의 폐단을 시정하기 위하여 규정된 것으로 이에 따른 청구인의 재산권 제한은 절차적이고 일시적인 것에 불과하여 재산권의 본질적 제한에 해당하지 아니하며, 이러한 제도에 의하여 달성되는 경매제도의 효율적 운영은 더욱 중요한 공익에 속하므로 집행법원으로 하여금 첫 매각기일 이전으로 배당요구의 종기를 정하도록 한 것은 합리적 조치이고 재산권을 침해하는 것은 아니다"고 판시하고 있으며, 또한 위 법률은 "이해관계인을 위한 배당요구의 종기의 통지, 공고제도를 마련하고 있고 그 외에 이의신청 등 일반적인 구제제도가 있으며, 법 제84조 제6항은 경매절차를 불안정하게 하거나 기존 배당요구 채권자의 이익을 해하지 않는 범위 내에서 배당요구의 종기를 연기할 수 있도록 하여 오히려 채권자를 두텁게 보호하는 규정이라 할 것이므로 이러한 제도 외에 별도의 구제제도를 마련하여야 할 합리적 이유가 없다."고 판시하면서 헌법에 위배되지 않는다고 하고 있다.

유치권 신고의무와 그 신고에 대한 적정성을 담보할 절차를 신설하는 규정

172) 엄성현, 앞의 논문, 192-193면; 이용득, 앞의 논문, 131면.
173) 헌법재판소 2005. 12. 22, 2004헌마142 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

을 두는 것은 중요한 공익적 가치를 위한 적절한 방법으로 볼 수 있기 때문에 헌법에 반하지 않는다고 할 수 있다. 자신의 채권을 보전하고 진정성을 담보하기 위하여 법원에서 요구하는 일정한 담보를 제공하는 현행 제도에 비추어 보아도 유치권자에게 그 신고에 따른 진정성을 담보할 수 있는 일정한 담보를 제공하게 하는 것은 부당하지 않다고 본다.

6. 집행관의 현황조사에 대한 개선방안

유치권신고의 남용과 문제 해결을 위하여 유치권신고 의무제도와 그에 따른 담보제공의무를 부과할 필요가 있다. 이외에도 진정한 유치권자가 신고한 유치권에 대한 정보를 명확하고 확실하게 공개하여 경매절차의 투명성을 확보하기 위하여 집행관의 현황조사가 더 명확하게 이루어질 필요가 있다. 집행법원은 경매절차가 진행되는 경우 매각물건명세서, 현황조사보고서, 평가서 등을 법원에 비치하여 누구든지 열람할 수 있도록 하고 있으며,[174] 이는 경매물건의 권리현황과 권리분석 등 입찰에 참여할 사람에게 결정적인 정보를 제공하는 중요한 서류이다.

민사집행법 제105조가 규정하고 있는 매각물건명세서는 집행법원이 작성하는 것으로 매각물건의 현황과 권리관계, 특히 입찰참여자에게 매수 후에 발생할 수 있는 인수 목적물의 물적 부담에 관한 정보를 기록하고 제공하여 예측하지 못한 피해가 발생하지 않도록 하기 위해 작성된다. 매각물건명세서의 명시 내용은 대항력 있는 임차인의 존재여부나 유치권에 관한 사항을 기록하는 것이 중요하다. 현황조사보고서는 집행법원이 경매개시결정을 한 뒤 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차임 또는 보증금의 액수, 그 밖의 현황에

174) 제105조(매각물건명세서 등) ① 법원은 다음 각호의 사항을 적은 매각물건명세서를 작성하여야 한다.
1. 부동산의 표시
2. 부동산의 점유자와 점유의 권원, 점유할 수 있는 기간, 차임 또는 보증금에 관한 관계인의 진술
3. 등기된 부동산에 대한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 효력을 잃지 아니하는 것
4. 매각에 따라 설정된 것으로 보게 되는 지상권의 개요
② 법원은 매각물건명세서·현황조사보고서 및 평가서의 사본을 법원에 비치하여 누구든지 볼 수 있도록 하여야 한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

관하여 조사하도록 명령하고, 집행관이 이를 조사하여 보고하는 것이 현황조사보고서이다.

현황조사보고서에 의한 최저매각가격의 결정이나 일괄매각결정 등에 대하여 문제가 발생하면 민사집행법 제16조[175]에 따라 집행이의신청을 할 수 있으며, 매각허가 이후에는 매각허가결정에 대한 즉시항고를 할 수 있다. 그런데 대법원은 "경매물건명세서는 법원의 인식을 기재한 서면에 지나지 아니한 것으로서 사실행위에 속하고, 그 작성에 의하여 매각조건이 결정되거나 실체법상의 권리관계에 영향을 미치는 것이 아니고 공신력이 인정되는 것도 아니며, 한편 경매절차의 특성이나 경매법원이 가지는 기능의 한계 등으로 인하여 경매법원의 경매물건명세서 작성내용이 객관적으로 상세하고 정확하기만을 기대할 수도 없을 것이다. 그러므로 경매물건명세서의 작성에 경매의 결과에 영향을 미치지 아니할 정도의 하자가 있는 경우 이를 경락불허가사유로 삼을 수는 없는 것이고, 그 하자가 경락을 허가하지 아니하여야 할 정도로 중대한가의 여부는 그 하자가 일반 매수희망자가 매수의사나 매수신고가격을 결정함에 있어 어떠한 영향을 받을 정도의 것이었는지를 중심으로 하여 부동산경매와 경매물건명세서 제도의 취지에 비추어 구체적 사안에 따라 합리적으로 판단하여야 할 것이다"고 판시[176]하고 있는데 결국 매각물건명세서에 작성된 하자가 경락불허가를 할 만한 중대한 하자가 있어야 한다는 것으로 기본적으로 매각물건명세서에 공신력을 부정하고 있다.

그러나 경매법원에 제출한 유치권신고서 등의 집행기록은 이해관계인만 열람할 수 있고, 입찰참여자는 열람할 수 없기 때문에 유치권에 관한 사전 정보가 없는 상태에서 입찰에 참여하게 된다. 결국 입찰참여자는 매각물건명세서나 현황조사서 및 감정평가서를 보고난 후에 유치권에 관련된 기록을 확인할 수밖에 없다. 따라서 집행기록의 명확한 작성을 위하여 집행관의 현황조사가 실질적으로 이루어질 수 있도록 해야 된다. 일본은 집행관이 현황조사를 하는 경우 상당히 구체적으로 할 수 있도록 하면서 집행관의 법률적인 판

175) 제16조(집행에 관한 이의신청) ① 집행법원의 집행절차에 관한 재판으로서 즉시항고를 할 수 없는 것과, 집행관의 집행처분, 그 밖에 집행관이 지킬 집행절차에 대하여서는 법원에 이의를 신청할 수 있다.

176) 대법원 1994. 1. 15. 선고, 93마1601 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

단도 기록하도록 하고 있다. 또한 정당한 사유 없이 집행관의 질문을 거부하거나 문서제출을 거부하거나 허위의 진술 및 허위 게재한 문서를 제출하게 되면 형사처벌을 할 수 있도록 규정하고 있다. 일본은 이처럼 집행관의 현황조사가 실질적으로 이루어질 수 있도록 제도적 장치를 마련하고 있으며, 이러한 절차적 부분은 긍정적으로 검토되어야 할 내용이다.[177]

우리 민사집행법에 의한 집행관의 현황조사는 형식적 작성에 그치는 것이 대부분이며, 또한 현황조사에 불응하거나 부실한 내용의 답변 및 허위 서류를 제출하더라도 법적 제재조치를 할 수 없어 경매물건의 현황조사보고서 내지 매각물건명세서에 의한 투명성 확보에는 한계가 있다. 결국 매수희망자가 등기부상 공시되어 있지 않은 유치권이나 법정지상권 등의 유무를 직접 확인하여야 하며, 또한 이를 부당하게 이용하는 유치권신고가 남용되는 것이 현실이다. 따라서 현황조사를 단순한 사실관계만을 기록하는 형식적 조사보고에 그치는 것이 아니라 법률의 개정을 통해서라도 실질적 현황조사가 이루어질 수 있도록 제도적 뒷받침이 되어야 할 필요가 있다.[178]

7. 경매사건 전담재판부의 설치

이상에 살펴본 바와 유치권은 법정담보물권이지만 타 담보물권과는 다른 기이한 물권으로 불완전한 공시방법과 민사집행법상 인수주의로 인하여 부동산 유치권과 관련한 소송이 남발되고 있다. 경매와 관련된 민사소송 중 30% 이상이 유치권과 관련된 소송이며, 경매절차는 법원이라는 국가기관에 의해 운영되는 제도임에도 불구하고 위 기록은 아주 높은 비율이라는 비판도 있으며,[179] 실제 경매업무를 담당하는 법원공무원들이 체감하는 경매절차에서 유치권이 신고 된 사건 중 80-90%가 허위 혹은 과장된 유치권신고로 추정된다고 하는 것을 볼 때 경매절차에서 유치권의 문제점은 심각한 수준이라고 할

177) 이석근, 앞의 논문, 137면.
178) 황종술, “부동산경매 이해관계인의 권리보호를 위한 유치권의 개선방안”, 전주대학교 박사학위논문, 2009, 147면; 이용득, 앞의 논문, 134면; 이석근, 앞의 논문, 137면.
179) 고준석, “부동산경매 활성화를 위한 법제개선에 관한 연구”, 동국대학교 박사학위논문, 2006, 159면.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

것이다. 또한 유치권에 관련된 소송이 제기되면 최소한 8-10개월 정도의 소송기간이 소요되고 있고, 더욱이 항소와 상고를 거치면 2-3년의 기간 동안 유치권관련 분쟁이 해결되지 못하여 결국 이에 따른 경제적인 손실은 사건의 당사자 뿐 아니라 사회적, 국가적으로도 큰 손해가 아닐 수 없다.

따라서 경매절차의 신속한 진행과 부동산 유치권을 포함한 담보물권과 관련한 분쟁의 신속한 처리를 위한 전담재판부의 도입 및 경매사건을 전문으로 담당하는 판사를 임명하는 전담재판관을 고려해 볼 수 있다. 경매사건 전담재판부는 부동산유치권과 관련된 사실관계나 권리관계에 대하여 명확한 판단을 할 수 있도록 사실적·실질적인 심사권을 부여하여 집행절차의 안정을 도모할 수 있다. 오늘날 법원이 전문화되는 경향에 비추어보면 유치권관련 분쟁이나 강제집행에 관련된 소송사건을 전담재판부가 관할함으로써 절차적 안정성과 신속성을 기대할 수 있고 사회적 손실을 및 국가적 비용지출을 줄일 수 있을 것이다.[180]

전담재판부를 도입하게 되면 절차적인 측면을 보완하면 진정한 유치권자는 자신의 권리를 조기에 확정하여 권리를 행사할 수 있고 많은 시간을 소송에 신경쓰지 않아도 되며, 채권자나 이해관계인도 허위·가장 유치권자가 줄어들어서 그 판단시기를 앞당겨 그로 인한 가격하락과 배당금액의 감소도 막을 수 있다. 뿐만 아니라 매수인도 낙찰 받은 물건에 대한 권리행사를 확정할 수 있다는 점에서 모두에게 유익한 절차임에 틀림없다. 전담재판부의 설치 및 전담재판관 내지 법원의 전문화를 통하여 부동산 유치권에서 발생하는 문제를 해결할 수 있다.

8. 유치권에 의한 경매신청제도의 개선

유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다(민법 제322조 제1항)[181] 또한 유치권에 의한 경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시되며, 경매절차 중에 강제경매신청이나 임의경매신청이 있으면

180) 황종술·민규식, 앞의 논문, 114면.
181) 제322조(경매, 간이변제충당) ① 유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

그 절차는 중지된다(민사집행법 제274조).[182] 유치권은 우선변제권이 없기 때문에 배당절차에서 배당을 받을 수 없는 위험이 있기 때문에 배당을 목적으로 유치권자가 경매신청을 하지 않는다. 즉 유치권자는 일반채권자로 배당을 받을 수 있지만, 유치권자가 신청한 경매절차에서 우선변제권이 있는 채권자들이 배당을 신청하게 되면 그 우선변제권이 있는 채권자들에게 우선 배당을 하고 남는 금액이 있는 경우에 비로소 유치권자에게 배당이 된다.

유치권자는 경매를 신청하는 것이 경매신청을 하지 않고 목적물의 점유를 통하여 유치권을 행사하는 것보다 못한 결과를 초래할 위험성이 있으므로 유치권자의 경매청구권의 실효성은 없다. 그 결과 유치권자는 경매를 신청하지 않고 유치적 효력만 주장하고, 이는 사회적 비용을 증가시키는 요인이 된다. 유치권의 이러한 문제점을 해결하기 위해서는 유치권에 대한 인수주의를 버리고 원칙적으로 소멸주의로 전환할 필요가 있고, 또한 유치권자의 신고의무 및 신고기간도 지정하여 그 의무를 부과하고, 신고한 유치권자에게 배당요구권과 우선변제권을 부여할 필요가 있다.

최근 대법원은 이와 관련하여 유치권에 의한 경매절차에서 배당요구와 목적물위에 부담되는 권리에 관한 중요한 기준을 제시하였다.[183] 즉, "민사집행법 제91조 제2항, 제3항, 제268조는 경매의 대부분을 차지하는 강제경매와 담보권 실행을 위한 경매에서 소멸주의를 원칙으로 하고 있을 뿐만 아니라 이를 전제로 하여 배당요구의 종기결정이나 채권신고의 최고, 배당요구, 배당절차 등에 관하여 상세히 규정하고 있는 점, 민법 제322조 제1항에 "유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다"고 규정하고 있는데, 유치권에 의한 경매에도 채권자와 채무자의 존재를 전제로 하고 채권의 실현·만족을 위한 경매를 상정하고 있는 점, 반면에 인수주의를 취할 경우 필요하

182) 제274조(유치권 등에 의한 경매) ① 유치권에 의한 경매와 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매(이하 "유치권 등에 의한 경매"라 한다)는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다.
② 유치권 등에 의한 경매절차는 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 이를 정지하고, 채권자 또는 담보권자를 위하여 그 절차를 계속하여 진행한다.
③ 제2항의 경우에 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매가 취소되면 유치권 등에 의한 경매절차를 계속하여 진행하여야 한다.

183) 대법원 2011. 6. 15. 선고 2010마1059 결정.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다고 보이는 목적부동산 위의 부담의 존부 및 내용을 조사·확정하는 절차에 대하여 아무런 규정이 없고 인수되는 부담의 범위를 제한하는 규정도 두지 않아, 유치권에 의한 경매를 인수주의를 원칙으로 진행하면 매수인의 법적 지위가 매우 불안정한 상태에 놓이게 되는 점, 인수되는 부담의 범위를 어떻게 설정하느냐에 따라 인수주의를 취하는 것이 오히려 유치권자에게 불리해질 수 있는 점 등을 함께 고려하면, 유치권에 의한 경매도 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고 우선채권자뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다고 보아야 한다. 다만 집행법원은 부동산 위의 이해관계를 살펴 위와 같은 법정매각조건과는 달리 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정할 수 있다"고 하고, "유치권에 의한 경매가 소멸주의를 원칙으로 하여 진행되는 이상 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매의 경우와 같이 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것이므로 집행법원이 달리 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정하지 않은 이상 집행법원으로서는 매각기일 공고나 매각물건명세서에 목적부동산 위의 부담이 소멸하지 않고 매수인이 이를 인수하게 된다는 취지를 기재할 필요 없다"고 판시하고 있다.

위 판례는 유치권에 의한 경매절차에서 유치권의 소멸주의원칙을 표명하였고, 유치권자도 일반채권자와 같이 배당요구가 인정되며 유치권자도 일반채권자와 동 순위로 배당한다고 적시하고 있다. 즉, 유치권에 의한 경매에서도 다른 채권자들의 배당요구와 부동산의 부담의 처리에 관하여 소멸주의를 적용할 수 있다는 것으로 이는 결국 민사집행법 제274조 제2항[184]의 사문화를 의미하는 것이기도 하다. 왜냐하면 유치권에 의한 경매절차가 진행되는 중에

184) 제274조(유치권 등에 의한 경매) ① 유치권에 의한 경매와 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매(이하 "유치권 등에 의한 경매"라 한다)는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다.
② 유치권 등에 의한 경매절차는 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 이를 정지하고, 채권자 또는 담보권자를 위하여 그 절차를 계속하여 진행한다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

다른 채권자들의 경매신청이 있으면 그 신청은 배당요구로 보아 배당절차에서 정리를 할 수 있을 것이며, 굳이 앞서 이루어진 유치권에 의한 경매절차를 중단하고 이후에 이루어진 임의경매절차나 강제경매절차를 진행하지 않아도 되기 때문이다. 결론적으로 유치권자가 신청한 경매절차에서 발생되었던 여러 문제점들은 위의 대법원 판례에 의하면 어느 정도 해결될 것으로 기대된다.[185]

185) 이용득, 앞의 논문, 136-138면; 엄성현, 앞의 논문, 197-200면 참조.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

제6장 결 론

현행 민법상 부동산 유치권제도는 유치권자의 피담보채권을 확보할 수 있도록 일정한 요건을 갖추게 되면 공평의 원칙에 의하여 인정되는 법정담보물권이다. 그러나 다른 담보물권과는 달리 공시방법을 등기에 의하지 않고 불확실한 점유에 의하고 있어서 민법상 성립요건주의를 취하는 것과 괴리가 있고, 우선변제권과 물상대위성이 인정되지 않는 특이한 특성을 가지고 있는 제도이다. 그러면서 절차법인 민사집행법에는 소멸주의가 아닌 인수주의를 채택하고 있어서 사실상 최우선변제권이 인정되는 강력한 물권이라는 기이한 제도가 되어 있다. 그 결과 유치권에 대한 이해와 권리분석에 한계를 가져와 유치권자, 소유자, 담보물권자, 일반채권자, 경락인(매수인) 등의 이해관계인들 사이의 법률관계를 불안하게 하는 요인으로 작용하고 있다. 또한 유치권의 신고의무를 부여하고 있지 않아서 유치권의 존부와 적법하게 성립하였는지의 여부에 대하여 당사자 외에는 그 객관적 사실을 알기 어려운 점을 악용하여 피담보채권을 부풀려 주장하거나 허위·가장의 유치권을 주장하여 경매절차를 지연시키는 등의 많은 사회적 문제를 야기 시키고 있다.

이와 같이 부동산 유치권제도의 문제점을 해결하기 위하여 제시되는 새로운 입법의 방향이나 해석론을 통하여 그 성립이나 효력에 대해 제한을 하는 방안이나 유치권의 폐해가 제도적 문제점에서 발생한 이상 그 해결에는 한계가 있다고 볼 수 있다. 유치권과 관련하여 발생하는 다양한 문제점을 해결하기 위한 방안으로 새로운 입법을 통해 해결하고자 하는 방법과 법조문의 해석을 통해 유치권의 성립이나 효력을 제한하는 방법 등이 제시되고 있다.

학계와 실무계가 법원의 판결을 반영하여 새로운 입법을 통해 유치권을 해결하고자 하는 노력은 2004년과 2013년 민법개정안으로 나타났지만, 국회를 통과하지 못해 자동폐기 되었다. 2013년 민법 일부개정시안에 의하면, 현행 부동산 유치권제도를 원칙적으로 폐지하고, 동산 또는 유가증권을 그 대상으로 하고 있다(개정안 제320조). 다만, 미등기부동산에 대해서는 채권자가 그 부동산이 등기된 날로부터 6개월 내에 소로써 저당권설정청구권을 행사하지 아니하면 소멸한다고 규정하고 있다(개정안 제372조의2 제2항). 그러나 현행

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

부동산유치권제도에 있어서와 마찬가지로 등기부동산에 대한 인테리어 공사 등으로 공사대금을 지급받지 못하는 진정 성립한 유치권자 등의 이해관계인들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립할 우려와 폐지에 따른 부동산 시장의 혼란 등을 고려하면 그 폐지에 신중을 기해야 한다. 피담보채권이 존재하고 있음에도 유치권자의 유치권만 소멸한다는 것은 담보물권의 부종성에도 반하는 것으로 타당하지 않다. 또한 유치권자가 아닌 채권자에 대하여 저당권 설정청구권을 인정하는 것도, 마찬가지로 유치권자를 보호하는 장애요인이 될 우려가 있기 때문에 현행법의 해석에 의해 해결하는 것이 타당하다.

민사집행법 개정안에 의하면 유치권자가 저당권설정청구의 소를 제기하면 이해관계인에 포함되어 배당요구를 할 수 있게 되어 부동산의 경락으로 인하여 채권확보에 취약한 유치권자의 지위를 보호하고 있다. 이는 부동산 위의 유치권을 소멸시키고, 매수인은 그에 대한 인수부담 없이 경락받을 수 있도록 인수주의를 소멸주의로 전환한 것을 의미한다.

유치권의 성립이나 효력을 제한하는 방법 등에 의해서 유치권의 문제점을 해결하는 방안은 첫째, 유치권의 성립요건인 피담보채권의 범위를 명확하게 해야 한다. 피담보채권에 관한 규정이 매우 추상적이므로 어떤 특정한 채권이 유치권으로 담보되는가에 대하여 판례와 학설에 일임되어 있고, 채권자가 무조건 유치권을 주장하면서 권리를 행사할 오·남용의 여지가 크기 때문에 유치권의 성립요건을 명확히 규정할 필요가 있다.

둘째, 유치권등기제도를 도입하여 제3자에 대하여 유치권의 존재여부를 명확히 하고, 유치권자도 자신의 권리를 보호받을 수 있도록 해야 한다. 부동산 물권변동에 관한 민법 제186조의 규정과의 체계에서도 일체성을 가질 수 있고, 유치권의 존부에 대한 분쟁을 사전에 방지할 수 있다.

셋째, 유치권도 다른 담보 물권과 마찬가지로 우선변제권을 인정하는 등의 권리보호를 위한 다른 절차를 도입하면서 소멸주의가 적용될 수 있도록 관련 법률을 개정할 필요가 있다.

넷째, 경매절차에서 우선변제권을 인정하고 배당요구권을 보장하여야 할 것이다. 유치권은 담보물권이지만 우선변제권이 규정되어 있지 않아 경매절차에서 실질적으로 권리를 보호받는 데 미흡하다. 이는 부동산 유치권의 경매

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

에서 인수주의를 폐기하고 소멸주의 원칙의 도입이라는 문제와 함께 고려해야 할 사항이다.

다섯째, 유치권신고절차에서 인수주의를 취하면서 발생하는 많은 문제점을 해결하기 위해서는 유치권 신고를 의무화할 필요가 있다. 더불어 부당한 유치권신고를 미연에 방지하기 위해서 유치권신고에 대한 심사를 강화하여야 하고, 이해관계인의 피해를 최소화하기 위해서 그 진정성을 담보하기 위한 일정한 절차가 필요하다.

여섯째, 집행관의 현황조사가 명확하게 이루어 질 수 있도록 하여야 한다. 진정 성립한 유치권자가 신고한 유치권에 대해 명확하고 확실하게 공개하는 등 집행절차의 투명성을 확보하기 위해서는 형식적인 현황조사에 그쳐서는 안 되며, 실질적인 조사가 행해질 수 있도록 하여야 한다.

일곱째, 경매전문 전담재판부의 설치이다. 불완전한 공시방법과 인수주의 등으로 인하여 부동산의 유치권과 관련된 소송이 경매절차에서 남발될 우려가 있기에 부동산유치권과 관련된 분쟁을 명확하게 해결하기 위해서는 이를 전문적으로 해결할 수 있는 전담재판관제도 및 경매전담 재판부를 설치하여 전문화할 필요가 있다.

마지막으로 유치권에 의한 경매절차가 진행되는 중에 다른 채권자들의 경매신청이 있으면 그 신청은 배당요구로 보아 배당절차에서 정리 할 수 있도록 유치권에 의한 경매신청제도의 개선이 필요하다. 결국 경매절차에서 발생하는 유치권의 문제점을 해결하기 위해서 유치권에 대하여 원칙적으로 소멸주의로 전환하고, 신고한 유치권자에게 배당요구권과 우선변제권을 부여하여야 할 것이다.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

참 고 문 헌

◆ 국내문헌

1. 단행본

곽윤직 대표. 「민법주해(Ⅵ)」. 박영사, 2003.
곽윤직. 「물권법」. 박영사, 2017.
권영준. 「2013년 민법개정시안 해설」(민법총칙 물권편). 2013년도 법무부 연구용역 과제 보고서, 2013.
김상원 외. 「주석 강제집행법(Ⅲ)」. 한국사법행정학회, 1993.
김응용. 「유치권실무연구」. 유로, 2007.
김준호. 「물권법」. 법문사, 2019.
김진호. 「부동산경매의 법리와 권리분석」. 법률서원, 2002.
김형배. 「민법학강의」. 신조사, 2012.
박종두. 「물권법」. 삼영사, 2010.
송덕수. 「물권법」. 박영사, 2019.
양창수. 「민법연구Ⅰ」. 박영사, 2004.
윤진수. 「민법논고 Ⅵ」. 박영사, 2015.
이승길. 「부동산경매론」. 법문사, 2008.
이은영. 「물권법」. 박영사, 2006.
임윤수. 「민법강의」. 형설출판사, 2011.
장인태. 「유치권 이론과 실무」. 유로, 2015.
지원림. 「민법강의」. 홍문사, 2012.

2. 연구논문

공순진. “유치권의 성립요건으로서의 견련성”. 「동의법정」. 제21권. 동의대

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

학교, 2004.

권용우. “물권담보제도의 과제와 전망”. 「현대법학의 과제와 전망」. 신양사, 1998.

김상용. “담보물권법의 과제”. 「민사법학」. 제9호・10호. 한국민사법학회, 1993.

김상찬・정영진. “부동산경매절차상 유치권제도의 문제점과 개선방안”. 「재산법연구」. 제27권 제3호. 한국재산법학회, 2011.

김상찬・강창보. “부동산유치권제도의 개선방안 -2012년 민법개정안의 검토를 중심으로-”. 「법과정책」. 제19집 제2호. 제주대학교 법과정책연구소, 2013.

김영두. “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”. 「토지법의 이론과 실무」. 법원사, 2006.

김재형. “부동산유치권의 개선방안 -2011년 민법 개정시안을 중심으로-”. 「민사법학」. 제55호. 한국민사법학회, 2011.

김철웅・김종진・정복환. “부동산경매절차에서 유치권의 불확실성 재해석 - 최근 대법원 판례의 태도변화를 중심으로”. 「대한부동산학회지」. 제35권 제3호. 대한부동산학회, 2017.

노종천. “부동산 유치권 제도 폐지론”. 「부동산중개학회지」. 제6집. 한국부동산중개학회, 2012.

박혜웅・남기범. “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가격 차이에 미친 영향 분석”. 「한국정책연구」. 제11권 제3호. 경인행정학회, 2011.

소성규・이용호. “유치권에 관한 민법 및 관련법의 개정방안 -민법 및 관련법의 개정시안을 중심으로-”. 「한양법학」. 제29권 제2집. 한양법학회, 2018.

손진홍. “유치권자의 신청에 의한 경매절차”. 「민사집행실무연구」. 재판자료. 제109집, 2006.

엄동섭. “유치권의 성립요건: 견련성”. 「고시계」. 제585호. 고시계사, 2005. 11.

염규석. “유치권의 견련관계”. 「재산법연구」. 제17권 제1호, 한국재산법학회,

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

2000.

오시영. “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(Ⅰ)”. 「법학논총」. 제23권 제2호. 전남대학교 법학연구소, 2012.

———. “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(Ⅱ)”. 「법학논총」. 제23권 제3호. 전남대학교 법학연구소, 2012.

———. “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”. 「토지법학」. 제23 제2호. 한국토지법학회, 2007.

———. “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”. 「강원법학」. 제38권 제1호. 강원대학교 비교법학연구소, 2013.

윤성호. “부동산 유치권 등기제도의 도입에 관한 연구”. 「인문사회 21」. 제8권 제6호. 아시아문화학술원, 2017.

윤진수. “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”. 「민사법학」. 제63권 제1호. 한국민사법학회, 2013.

윤철홍. “유치권의 문제점과 개정 법률안에 대한 소고”. 「민사법학」. 제82호. 한국민사법학회, 2018.

이기우. “부동산유치권의 성립과 효력”. 「토지법학」. 제22권. 한국토지법학학회, 2006.

이동명・장윤환. “허위유치권 행사의 형사법적 제문제”. 「법학연구」. 제47집. 한국법학회, 2012.

이동진. “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”. 「민법학의 새로운 경향 - 신진연구자 발표 및 프랑스의 담보법 -」. 한국민사법학회, 2010.

이무선. “공시기능강화를 위한 부동산유치권의 문제점과 그 입법대안”. 「홍익법학」. 제19권 제1호. 홍익대학교 법학연구소, 2018.

이상태. “불법행위로 인한 점유와 유치권의 배제”. 「토지법학」. 제26집 2호. 한국토지법학회, 2010.

이용득・강정규. “부동산경매에서 유치권제도의 개선방안에 관한 연구”. 「부동산학보」. 제62집. 한국부동산학회, 2015.

이종구. “미국의 주법상의 건축공사 우선 특권과 부동산 유치권의 비교법적 연구”. 「비교사법」. 제19권 제2호. 비교사법학회, 2012.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

이학수. “유치권이 요구하는 점유의 정도”. 「판례연구」. 부산판례연구회, 1998.

장창민. “부동산유치권에 관한 일고-2013년 입법예고 된 유치권개정안과 관련하여-”. 「동북아법연구」. 제8권 제1호. 전북대학교. 동북아법연구소, 2014.

정문성. “부동산유치권의 문제점과 개선방안”. 「법이론실무연구」. 제6권 제1호. 한국법이론실무학회, 2018.

차문호. “유치권의 성립과 경매”. 「사법논집」. 제42집. 법원도서관, 2006.

추신영. “유치권자에 의한 경매신청”. 「재산법연구」. 제24권 제1호. 한국재산법학회, 2007.

———. “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”. 「민사법학」. 제44호. 한국민사법학회, 2009.

홍봉주. “부동산유치권에 관한 개정안 검토”. 「일감법학」. 제31호. 건국대학교 법학연구소, 2015.

황종술・민규식. “부동산경매절차상 허위. 과장유치권 근절을 위한 대책”. 「주거환경」. 제6권 제2호. 한국주거환경학회지, 2008.

3. 학위논문

강희숙. “부동산경매절차에 있어서 유치권 행사에 관한 법정책적 연구”. 동아대학교 박사학위논문, 2011.

고준석. “부동산경매 활성화를 위한 법제개선에 관한 연구”. 동국대학교 박사학위논문, 2006.

김기찬. “부동산 경매에서 유치권의 개선에 관한 연구”. 건국대학교 박사학위논문, 2008.

김용수. “허위・과장유치권행사에 대한 매수인 보호방안에 관한연구”. 건국대학교 박사학위논문, 2014.

김재욱. “유치권에 관한 민법개정시안 검토 및 개선방안”. 경북대학교 석사학위 논문, 2016.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

김천규. “부동산 경매에서의 유치권행사 특성 연구”. 강남대학교 박사학위논문, 2017.

박정완. “부동산 경매에서 유치권 개선방안에 관한 연구 : 경매유치권을 중심으로”. 경상대학교 석사학위논문, 2018.

박정용. “부동산경매에 있어서 유치권제도의 개선방안에 관한 연구”. 제주대학교 석사학위논문, 2014.

박정희. “부동산경매에서 유치권자의 지위에 관한 연구”. 건국대학교 석사학위논문, 2016.

신구용. “허위・과장부동산유치권의 문제점과 개선방안”. 단국대학교 석사학위논문, 2017.

신국미. “유치권제도에 관한 연구-동시이행항변권과의 적용 영역의 한계를 중심으로-”. 고려대학교 박사학위논문, 2004.

엄성현. “부동산유치권에 관한 민사법적 연구”. 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2016.

이석근. “부동산경매상 유치권에 관한 연구”. 가천대학교 박사학위논문, 2013.

이용득. “부동산경매에서 유치권제도의 개선방안 -사례 및 판례분석을 중심으로-”. 동의대학교 박사학위논문, 2015.

이용호. “부동산유치권제도 개선을 위한 입법론적 연구”. 대진대학교 박사학위논문, 2019.

이은규. “민사유치권제도의 문제점과 개선방안”. 충북대학교 박사학위논문, 2016.

이정민. “유치권제도 개선방안에 관한 연구 -민법개정안을 중심으로-”. 동아대학교 박사학위논문, 2014.

이정혁. “부동산경매절차상 유치권의 문제점과 개선방안에 관한 연구”. 동국대학교 석사학위논문, 2015.

장윤환. “부동산유치권의 효력과 문제점에 관한 연구”. 호남대학교 박사학위논문, 2011.

황종술. “부동산경매 이해관계인의 권리보호를 위한 유치권의 개선방안”. 전주대학교 박사학위논문, 2009.

Collection @ chosun

조선대학교
CHOSUN UNIVERSITY

황희상. “부동산경매에서 유치권제도의 개선에 관한 연구”. 전주대학교 박사 학위논문, 2012.

◆ 외국문헌

Berner, Kommentarzum schweizerischen Privatrecht, Ⅳ. Art.895. VerlagStämpfliißCieAG.

Halsbury, The Law of England, vol XIX, 1911.

Krüger, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl.

Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil. 14.Aufl. München, 1987.

Marty et Raynaud, Droit civil, t. Ⅲ, 1^{en} vol., Les Sùretés, La Publicité Foncière, Sirey, 1971, n°16.

Mazeaud(H. L. et J.), Leçon de droit civil, t. Ⅲ, 1^{en} vol., Les Sùretés, La Publicité Foncière, Par Chabas, Editions Montchrestien, 1977, n°110.

北川善太郎. 「民法の理論と體系」. 一粒社, 1988.

生熊長幸. “建築請負代金債權による敷地への留置權と抵當權(下)”. 「金融法務事情」. 第1447号, 1996.

星野英一. “日本の民法解釋學”. 「早稻田法學」. 第58券 第3号, 1982.

伊藤昌司. “斷片的覺え書き”. 「法律時報」. 第 52卷 第1號.

田高寛貴. “個別執行と留置權-抵當權との衝突事例をめぐって”. 「擔保制度の現代的展開」. (株)日本評論社, 2007.

座談會. “近未來の抵当權とその實行手續-改正のあり方を探る”. 「銀法」. 600号, 2002.

清水元. 「留置權概念の再構成」. 一粒社, 1998.

Collection @ chosun