

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 이용허락조건 을 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 🖃







2020年 2月

博士學位論文

不動産 留置權에 관한 硏究

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 哲 完



不動産 留置權에 관한 硏究

A Study on the Lien in Real Estate

2020年 2月 25日

朝鮮大學校 大學院

法 學 科

朴 哲 完

不動産 留置權에 관한 硏究

指導教授 姜 爀 臣

이 論文을 博士學位申請論文으로 提出함 2019年 10月 日

朴哲完의 博士學位論文을 認准함

2019年 12月 日

朝鮮大學校 大學院



목 차

ABSTRACT

제1장 서 론	· 1
제1절 연구의 목적	
제2절 연구의 범위와 방법	·· 4
제2장 유치권의 일반론	· 6
제1절 유치권의 개념	6
1. 유치권의 의의 및 기능	6
가. 유치권의 의의	6
나. 유치권의 사회적 기능	7
2. 유치권의 법적 성질	8
가. 독립된 물권	8
나. 법정성	9
다. 담보물권성	10
3. 유치권과 구별해야 할 권리	13
가. 동시이행항변권	13
나. 상사유치권과	19
제2절 유치권의 성립요건	22
1. 유치권의 목적물	
2. 채권이 변제기에 있을 것	23
3. 목적물을 점유할 것	
가. 점유의 계속	
나. 적법한 점유	
다. 신의칙에 반하지 않는 점유	
4. 채권과 목적물의 견련관계가 있을 것	
가. 견뎌성에 관한 학설의 대립 ···································	

나. 판례의 경향33
5. 유치권배제의 특약이 없을 것40
제3절 유치권의 효력과 소멸41
1. 유치권의 효력
가. 유치권자의 권리41
나. 유치권자의 선관주의의무49
2. 유치권의 소멸50
가. 일반적 소멸사유50
나. 특수한 소멸사유51
제4절 부동산 유치권자의 경매절차상 지위53
1. 부동산경매의 개념53
가. 부동산 경매의 의의53
나. 부동산경매의 유형54
다. 부동산경매의 절차56
2. 매각에 의한 부동산상 부담의 처리60
가. 소멸주의와 인수주의의 의의60
나. 잉여주의62
다. 소 결
3. 유치권과 인수주의64
제3장 유치권에 관한 입법례67
제1절 유치권의 연혁67
제2절 독일 민법68
1. 유치권의 개념68
2. 급부거절권69
가. 급부거절권의 의의69
나. 급부거절권의 성립요건70
다. 급부거절권의 효력73
3. 점유자의 인도거절권75

4. 동시이행의 항변권7	7
제3절 프랑스 민법7	8
1. 유치권의 개념7	8
2. 유치권의 성립요건8	0
가. 피담보채권의 존재8	0
나. 물건의 점유8	0
다. 견련성8	1
3. 유치권의 효력8	2
제4절 스위스민법8	3
1. 유치권의 개념	3
2. 유치권의 성립요건8	4
가. 유치권의 목적물8	4
나. 채무자의 의사에 의한 점유일 것8	5
다. 피담보채권의 변제기가 도래할 것8	5
라. 목적물과 채권간의 견련관계8	6
3. 유치권의 효력8	7
가. 유치적 효력8	7
나. 유치권의 선의취득8	7
4. 유치권의 소멸8	8
제5절 일본 민법8	8
1. 일본 구민법상 유치권8	8
2. 유치권의 개념9	0
3. 유치권의 성립9	1
가. 타인의 물건을 점유할 것9	1
나. 물건에 관하여 생긴 채권9	2
다. 점유가 불법행위로 인하여 시작하지 않았을 것9	4
라. 채권이 변제기에 있을 것9	5
4. 유치권의 효력9	5
가. 선량한 관리자의 주의의무9	5
나. 과실수취권9	7
다. 비용상환청구권9	7

라. 사실상 우선변제권98
마. 경매권의 인정여부98
5. 유치권의 소멸99
제6절 우리 민법에의 시사점
제4장 부동산 유치권제도의 문제점103
제1절 허위ㆍ과장 부동산 유치권제도의 실태103
1. 허위・과장 유치권제도 개념103
2. 허위・과장 부동산 유치권의 발생원인104
3. 허위・과장 부동산 유치권의 실태10년
가. 채무자 또는 소유자가 허위채권자와 통모한 경우 106
나. 유치권자가 채무자와 통모한 경우107
다. 허위·과장의 피담보채권을 신고한 경우 ···································
제2절 부동산 경매 절차에서 실무상 대응108
1. 제소 전 경매법원에 대한 조치사항109
가. 유치권 권리배제신청서 제출109
나. 유치권신고자에게 '유치권 신고취하' 업무협조요청서 발송11(
다. 부동산점유이전금지 가처분신청114
2. 본안소송제기114
가. 유치권부존재확인의 소 제기114
나. 경매절차의 연기신청116
다. 변론준비절차117
3. 본안 소송 확정 후의 절차117
4. 유치권 대응실무사례118
가. 모텔임차인의 건물내부 공사채권118
나. 공장건물임차인의 공사채권119
다. 공장 건물의 공사채권119
라. 건물의 공사채권120
제3절 부동산 유치권제도의 문제점121

1. 불완전한 공시수단	121
2. 피담보채권 범위의 불명확화	122
3. 유치권 효력과 관련한 문제점	123
가. 매수희망자의 입찰포기	123
나. 매각가격의 저감에 따른 손실	124
다. 목적부동산의 명도지연	124
라. 재화의 사회적 낭비	126
4. 인수주의의 불합리성	127
5. 부동산 유치권신고제도의 악용	128
6. 경매절차상의 문제	130
가. 현황조사와 감정평가의 부실	130
나. 매각물건명세서의 형식적 기재	133
다. 허위ㆍ과장의 유치권 신고자에 대한 법적 제재의 미비	134
7. 소 결	134
제5장 부동산 유치권제도의 개선방안	136
제5장 부동산 유치권제도의 개선방안	
	136
제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결	136 136
제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결	136 136 138
제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결	136 136 138 138
제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결	136 136 138 138
제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결	136 136 138 138 141 142
제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결	136 136 138 138 141 142
제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결	136 138 138 141 142 142
제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결	136 138 138 141 142 142 144 144
제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결	136 138 138 141 142 142 144 144 154
제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결	136 138 138 141 142 144 144 154 158

나. 인수주의에서 소멸주의로의 전환162
다. 배당금액의 공탁163
4. 부동산 등기법 개정안의 주요 내용
5. 소 결166
제3절 부동산 유치권제도의 개선방안167
1. 부동산 유치권 등기제도의 도입167
가. 도입의 필요성167
나. 부동산 유치권 등기제도의 도입방안
다. 부동산 유치권의 등기절차
라. 부동산 유치권 등기명령제도의 도입171
마. 미등기 부동산에 대한 표시등기제도의 도입172
2. 부동산 유치권의 피담보채권의 명확화173
3. 법률상 우선변제권의 인정175
4. 소멸주의로의 전환
5. 경매청구권의 인정177
6. 허위·과장 '유치권자'에 대한 처벌 강화 ···································
7. 소 결 ··································
제6장 결 론181
참고문헌184



ABSTRACT

A Study on the Lien in Real Estate

Park, Cheol - Wan

Advisor: Prof. Kang Hyuck-Shin, Ph.D.

Department of Law

Graduate School of Chosun University

The lien is the right of a person possessing another person's goods or securities to hold the goods or securities until they are reimbursed if the bonds incurred in respect of the goods or securities are in the repayment period. (Article 320. 1). The lien originated in the exceptio doli or right to refuse delivery in Roman law, which is based on the principle of equity. If you have to transfer things or securities to the other party of the possession before you receive the full repayment of the bond, the collection of the bond can become difficult and unfair, Therefore, it is the right to hold (possess) and refuse the return of goods or securities until receiving them. In other words, the lien is based on the principle of equity between the creditor and the debtor, and indirectly puts psychological pressure on the debtor to repay the debts.

The Lien is statutory real rights granted by way of security, but unlike real rights granted by way of security, preferential payment right under the substantive law is not recognized. As it recognizes of the effect of virtually preferential repayment through the induction of goods, the lien's secured bonds are recognized as a right to protect more specifically than other creditors.

However, there is a problem that the lien in real estate is not consistent with the notice principle of real estate because it is based on the notice method of occupancy rather than registration. In addition, since it is easy to make an appearance about the existence of the lien, the auction real is a result of miscarriage of auction due to the false reported of false and exaggeration in the real estate auction procedure. The buyer's legal status becomes unstable, such as a falling bid price on the estate or a violation of the rights of the senior mortgagee. And there is also the problem that it is not easy to make objective judgments about possession in the lien in real estate, with more cases where even a true creditor can say that the exercise of the right to the right constitutes abuse of rights. Furthermore, as lawsuits regarding the existence of the lien are often abused after the auction process has been suspended due to disputes over the legal action, discussions on the issue of the lien in real estate have been continuously raised.

Under the current civil law, the lien is defined as an absolute effect right to refuse delivery, and there are many problems with the inclusion of real estate in the object, which has led to continuous discussions on its operation. Although legislation on the issue has been proposed, but the amendment is not easy. Academic and legal working groups are considering ways to solve the problem of the lien in real estate through the interpretation of the lien, and propose measures to improve the system to prevent the occurrence lien of false, and the court is trying to resolve the conflicts between the lien to host and other mortgage holders in a harmonious manner by interpreting the scope or opposing power.

The civil law revision in 2013 abolished the lien in real estate, recognized the right to set mortgage as a supplement, and granted the right to establish a lien for unregistered real estate (Article 320), it is not an appropriate solution.

This paper examined what caused the harmful effects of the lien in real estate system, limited to the lien in real estate, and proposed desirable improvement measures and harmonious operation to contribute to the safety of real estate transactions by eliminating the uncertainty of the lien in real estate. Until now, under the current law, the right to attract real estate has been resolved by interpretation and precedent. However, there are limitations, so liens ultimately



should be resolved through the revision of relevant laws, including the civil law.

First, a real estate lien registration system is introduced in order to resolve the inadequacy of the public notice means, The transfer of the notice method of the property right from possession to registration would reduce the burden on the host to lien possession of the object and also enable the owner to use the hosting object in accordance with the original economic use objective.

Second, it clearly defines the scope of the secured debt, which is a requirement of the lien in real estate, as the part that increase the objective value of goods. Specifically, the harm of liens misuse due to the uncertainty of secured bonds can be largely eliminated by clearly defining as 'a bonds due to expense expenditure on object' and 'a damages receivable due to the object'.

Third, the right of repayment should be granted to the lien so that problems occurring in the auction process can be solved at once. In other words, the lien must be granted the right of preferential repayment by law and be able to receive dividends according to the establishment order.

Fourth, we must shift from Principle of Takeover to Principle of a Extinction. By abolishing the takeoverism, which causes more confusion in real estate transactions and destabilizes the buyer's legal status, the burden on real estate buyers can be eliminated, resulting in transparency, speed and smoothness of the auction process.

Fifth, it is mandatory to report the right to attract property. Under the current law, the lien is a buyer can be exercised without reporting it, which is feared to cause unwarranted damage to the buyer and others. Therefore, it is necessary to make it mandatory to report the existence of bonds, the object, the relationship with the underlying bonds, and the legitimate occupancy of the bonds until the end of the dividend demand.

제1장 서 론

제1절 연구의 목적

유치권은 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있는 권리를 말한다(제320조 제1항). 유치권은 당사자의 의사와는 관계없이 법률이 정하고 있는 일정한 요건을 갖추면 당연히 발생하는 법정담보물권으로 권리자에게 그 목적물을 계속 점유할 수 있는 거절권능을 인정한 것이며, 담보물권의 공통적인 성질인 부종성, 수반성, 불가분성 등이 인정된다.

유치권은 공평의 원칙에 기인하고 있는 로마법상 악의의 항변 내지 인도거절권에서 기원한 것이다. 만약 채권의 완전한 변제를 받기 전에 물건 또는 유가증권을 점유의 상대방에게 이전하여야 한다면, 채권의 추심이 어렵게 되어 불공평하게 될 수있기 때문에 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 점유목적물의 채권자를 보호하고자물건 또는 유가증권을 유치하여 그 반환을 거절할 수 있는 권능을 가진 권리이다.1이러한 유치권의 반환거절권능은 채권자와 채무자 사이의 공평의 원칙에 그 근거를두고 있는 것으로써 채무자에게 간접적으로 심리적 압박을 주어 채무를 변제하도록하고 있다.

유치권은 법정담보물권이므로 유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매청구할 수 있고(제322조 제1항), 정당한 이유가 있는 때에는 감정인의 평가에 의하여 직접 변제에 충당할 것을 법원에 청구할 수 있다(동조 제2항). 그러나 질권이나 저당권 등의 담보물권과는 달리 실체법상 우선변제권이 인정되지 않지만, 부동산 유치권자는 부동산 경매나 강제집행절차에서 매수인에 대하여 목적물의 인도를 거절함으로써 사실상 우선변제를 받을 수 있다. 즉, 물건의 유치를 통하여 사실상우선변제를 받을 수 있는 효력을 인정하고 있기 때문에 채권법상 채권자평등의 원칙을 위배하면서 유치권자의 피담보채권을 다른 채권자 보다 특별히 보호하는 권리로 인정하고 있는 것이다.2)

¹⁾ 곽윤직·김재형, 「물권법」, 박영사, 2019, 375면.

²⁾ 곽윤직·김재형, 위의 책, 376면; 김준호, 「물권법」, 법문사, 2019, 341면; 송덕수, 「물권법」, 박영사, 2019, 444면.

법률행위로 인한 부동산 물권변동에 관한 현행 민법 제186조의 규정에 의하면 물 권의 득실변경은 등기하여야 그 효력이 생긴다고 규정하고 있으므로 등기를 통하여 외부에 공시하여야 하지만, 부동산 유치권은 등기가 아닌 점유를 그 공시방법으로 하여 성립할 수 있도록 규정하고 있어서 부동산 공시의 원칙과 부합하지 않는다는 문제가 발생하게 된다.3) 예컨대, 건설현장에서 건설회사나 하수급공사업자가 공사를 중단한 채 건물을 점유하면서 유치권을 행사하게 되면 공사가 완료되지 않은 채 건 물이 무단방치되는 현상이 발생하게 되고. 또한 유치권의 존재에 대한 외관을 쉽게 만들 수 있다는 점에서 부동산 경매절차에서 부동산 등기부에 담보권자로 공시되어 있지 않던 자가 갑자기 나타나 부동산 유치권을 주장하는 등 허위ㆍ과장의 채권에 의해 유치권을 신고하는 경우 매수인이 예기치 못한 피해를 입게 될 우려가 있고, 경매가 계속 유찰되면서 경매부동산의 낙찰 가격이 낮아지거나 이로 인한 선순위담 보권자의 권리가 침해되며, 낙찰자의 지위가 불안정하게 되는 등의 선행담보권자가 예상하지 못한 피해를 입게 되는 폐해가 발생하고 있다. 또한 비록 진정한 채권자이 더라도 유치권의 행사가 권리남용에 해당한다고 볼 수 있는 사례가 많아지는 등 부 동산 유치권에서 점유에 대한 객관적 판단이 용이하지 않다는 문제도 있다. 뿐만 아 니라 유치권과 관련한 분쟁으로 인하여 경매절차가 중단된 후 유치권존부에 관한 소송이 남용되는 경우가 많아지면서 부동산 유치권의 문제에 관한 논의는 지속적으 로 제기되고 있는 상황이다.

우리 민법상 유치권은 대세적 효력을 지닌 인도거절권으로 규정하면서 그 대상에 부동산을 포함하고 있어서 이상에서 살펴본 여러 폐해들이 발생하고 있고, 그 운용과 관련하여 종래부터 존폐 논의가 이루어져 왔고, 입법론으로 제시되기도 하였지만그 개정이 쉬운 것은 아니다. 법무부도 유치권의 존폐논의에 대한 현실을 직시하여 1999년 2월 민법개정특별분과위원회를 구성하여 2004년 6월 부동산 유치권을 폐지하고, 법정저당권으로 전환하는 내용의 개정시안을 마련하였지만, 이에 대한 논의는장기 과제로 남겨두기로 하고 개정안을 마련하지 않았다.4) 이후 2009년에 출범한 민법개정위원회 제5분과위원회에서 담보법에 관한 부동산 유치권제도의 개선안을 마련하였고, 2012년 4월 23일 민법개정위원회 전체회의를 거쳐 '등기부동산에 대한 유

³⁾ 김재형, "부동산 유치권의 개선방안 - 2011년 민법개정시안을 중심으로", 「민사법학」, 제55호, 한국민사법학회, 2011. 9, 340-341면; 이강은, "부동산 유치권 제도의 문제점과 해결방안에 관한 연구", 고려대학교 박사학위논문, 2017, 1면.

⁴⁾ 법무부, 「민법 재산편 개정 자료집」, 2004, 376면 이하; 법무부, 「민법개정층서 2003~2004년 법무부 민법개정안 총칙·물권편」, 2013. 2, 407-409면 참조.

치권폐지 등'유치권제도의 개선을 위한 민법, 부동산등기법, 민사집행법 개정안을 확정하였다. 5) 이 개정안은 법제처 심사를 거쳐 2013년 7월 17일 국회에 정부안으로 써 상정되었고, 법제사법위원회에서 2013년 12월 13일 제안설명 및 검토보고서를 거친 후 소위원회에 회부되었지만, 19대 국회의원의 임기가 만료되어 폐기된 상태이다.

1990년 말 이후 부동산 유치권 관련 분쟁과 오남용에 의한 소송이 급증하고 있고, 현실적으로 유치권제도의 폐해로 인한 개선의 필요성은 꾸준히 제기되고 있다. 그러나 유치권이 여러 문제점을 가지고 있다 하더라도 그 순기능과 효용성이 있다는 점을 간과할 수 없다. 학계와 실무계에서는 유치권의 해석에 의하여 부동산 유치권의 문제를 해소하는 방안을 검토하면서 허위 유치권의 발생을 방지하기 위한 제도적 개선방안들을 제시하고 있고, 법원에서는 유치권의 성립 범위나 대항력에 관한 해석을 통해 유치권과 다른 담보권자의 이해의 충돌을 조화롭게 해결하고자 노력하고 있다.

유치권을 폐지하면 유치권에 관한 기존의 폐해가 완전히 해소될 수 있을 것인가. 또한 유치권을 대체 할 새로운 유형의 담보제도를 도입하게 되면 더 복잡한 법률문제를 발생케 할 우려가 없을까 하는 등등의 의문을 제기할 수 있다. 예컨대 2013년 민법개정안은 부동산 공시방법과 부합하지 않는 등기 부동산에 대한 유치권제도를 인정하지 않는 것을 원칙으로 하면서 그 보완책으로 저당권설정계약이 없더라도 '저당권설정청구권'을 인정하여 유치권을 법정저당권화하고, 미등기 부동산에 대해서는한시적·예외적으로 유치권의 성립을 인정하고 있지만(민법개정안 제320조), 적절한해결책이 된다고 할 수 없다. 즉, 민법개정안에 의하더라도 현재 제기되고 있는 유치권의 폐해가 그대로 발생할 우려가 있을 뿐만 아니라 부동산 유치권제도의 급격한 변화로 인한 이해당사자들 간의 법적 갈등과 실무상 건설공사를 둘러 싼 보수채권의 확보에 지장을 줄 우려가 상당히 크므로 신중을 기할 필요가 있다.6)

지금까지 현행법상 부동산 유치권에 대해서는 해석론과 판례에 의해 해결하고 있지만 그 한계가 있을 수 밖에 없다. 본 논문은 부동산 유치권에 한정하여 부동산 유치권제도의 폐해를 발생시키는 원인이 무엇인지를 검토하여 유치권의 불확실성을 제거하여 부동산 거래 안전에 기여할 수 있도록 바람직한 개선방안을 제시하는 것

⁵⁾ 오시영, "법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(1)", 「법학논총」, 제32집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2012. 8, 266면 참조.

⁶⁾ 오시영, 위의 논문, 270면.

을 연구 목적으로 삼고자 한다. 이를 위하여 먼저 부동산 유치권제도의 운영실태와 문제점을 검토한 후에 그 해결방안의 일환으로 제19대 국회에 제출된 부동산 유치 권제도의 폐지를 담고 있는 민법개정안의 주요 내용을 살펴보면서 효과적인 방안이 될 수 있는가에 대해서도 함께 검토하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

본 연구에는 부동산 유치권에 있어서 종래 문제점으로 지적되고 있는 사안에 대하여 검토하고, 매수인이나 채권자 등의 이해관계인의 권리를 보호하기 위한 개선방안을 제시하고자 한다. 이를 위하여 부동산 유치권에 관한 문제를 발생케 하는 원인이 무엇인지를 살펴보고, 그에 대한 대안으로 제시되고 있는 사항들이 적절한지에대하여 검토하고자 한다. 이를 위하여 부동산 유치권의 문제점이 무엇인지, 그 해석을 통하여 해결하는 것이 가능한가의 여부, 그 해결이 곤란하다면 대안이 무엇인지등에 대한 내용 및 장단점을 검토하고 바람직한 개선방안을 제시하기 위한 논의까지 연구의 범위로 삼고자 하였다.

또한 연구의 목적에 부합하도록 먼저, 유치권자인 이해관계인의 보호 및 각국의 입법례를 살펴보는 연혁적·비교법적 검토를 통하여 입법적 추이를 살펴보면서 우리의 유치권에 주는 시사점을 파악하고자 한다. 그리고 유치권에 관한 기존의 국내외 연구논문과 단행본 및 유치권 관련 법제자료 등을 통하여 이론적 논의를 살펴보고, 실무현황을 파악하기 위해 대법원의 판례를 분석·검토하면서 은행의 실무사례도 함께 살펴보면서, 우리 민법상 부동산 유치권에 대한 바람직한 해석방향과 유치권의 조화로운 운용을 위한 방안 등을 제시하고자 한다. 특히 유치권의 성립과 효력요건에 관한 판례의 경향을 살펴보면서 그에 의하여 문제점이 해결될 수 있는지, 또한 2013년 민법 개정안으로 종래 제기되는 문제점이 해결될 수 있는가를 검토하고자 한다.

본 논문은 부동산 유치권의 문제점을 파악하고 그 개선방안을 제시하기 위하여 총 6개의 장으로 나누어 살펴보았다.

제1장은 본 연구의 목적과 그 연구의 범위 및 방법을 제시하였다. 제2장은 유치권의 일반론으로써 유치권의 개념에서 유치권의 의의, 유치권의 기능, 유치권의 법적

성질, 유치권의 성립요건으로서 유치권의 목적물, 점유의 행태, 견련관계 등에 대하여 학설과 판례를 비교하면서 분석하였다. 그리고 유치권의 효력에 관한 유치권자의 권리와 의무 및 유치권의 소멸 등에 대해 살펴보았다. 또한 부동산경매절차에서 유치권의 인수주의와 소멸주의, 유치권자에 대한 배당가능성, 유치권자의 권리 등에 대해 살펴보았다. 그리고 유치권과 유사한 권리인 동시이행항변권의 공통점과 차이점, 상사유치권과의 구별 등에 관하여 학설과 판례의 태도를 분석하였다.

제3장은 유치권의 구성을 이해하기 쉽도록 하기 위하여 부동산 유치권에 대한 연혁과 독일·프랑스·스위스·일본 등 주요 국가의 유치권에 대한 입법례를 비교법적으로 고찰하고 그 특징 및 실제 운용을 검토하면서 우리 실정에 맞는 유치권의법리 해석방향 및 민법에 주는 시사점을 찾고자 하였다.

제4장에서는 부동산 유치권에 대한 법적 문제점으로써 부동산 유치권의 실태와 오·남용에 대한 문제를 살펴보면서, 특히 경매절차에서 유치권의 발생과 유치권자의 권리 및 유치권의 효력 등에서 나타나는 유치권의 문제점 파악과 동시에 그 해석에 따른 민법의 각 조문들을 비교·검토하였다.

제5장에서는 부동산 유치권 문제를 해결하기 위한 개선방안을 제시하고자 많은 논의 끝에 탄생한 2013년 민법 일부 개정법률안 등의 검토와 부동산 유치권의 폐지 에 대한 찬반 논의를 검토함으로써 입법적 제안을 하고자 한다. 아울러 현행 부동산 유치권제도가 실행된다는 전제하에서 개선방안을 제시하고자 하였다.

제6장은 이상에서 살펴본 내용을 종합적으로 요약·정리하면서 결론에 갈음하고 자 한다.

제2장 유치권의 일반론

제1절 유치권의 개념

1. 유치권의 의의 및 기능

가. 유치권의 의의

민법 제320조 제1항은 "타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다."고 규정하여 유치권을 인정하고 있다. 즉, 유치권은 물건 또는 유가증권을 채권자인 유치권자가 점유함으로써 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 법률상 인정되는 담보물권이다. 예컨대 타인의 물건을 수선한 경우 수선비의 지급을 받을 때까지 그 물건을 유치하거나, 임차인이 임차 목적물에 기인한 필요비의 상환을 받을 때까지 임차물을 유치하거나(민법 제626조), 유가증권의 수치인이 그에 대한 보수를 받을 때까지 임치물인 유가증권을 유치하는 것 등이다.

이와 같이 시계나 세탁물 등의 수선을 맡긴 자나 임대인은 임차인이 임차목적물의 사용·수익을 위해 지출한 수선비·필요비 등을 지급하지 않고서는 그 물건들을 회수할 수 없다는 심리적 압박에 의하여 채무를 변제할 수 밖에 없기 때문에 그 물건 등의 점유자의 채권은 담보될 수 있는 것이다. 즉, 법정담보물권인 유치권에 의하여 채권자는 피담보채권의 변제를 받을 때까지 그 물건의 반환을 거절할 수 있게된다.

유치권은 채권자와 채무자 사이의 공평성의 견지에서 그 물건의 점유자의 채권을 특히 보호하여 채권자평등의 원칙을 깨뜨리는 제도라고 할 수 있다.1) 그러나 유치권 은 피담보채권이 금전채권이지만 우선변제권과 환가변제권이 인정되지 않을 뿐만 아니라 절차법상의 배당요구권도 인정되지 않으므로 담보적 효력이 상대적으로 약 하다고 할 수 있다.2)

¹⁾ 곽윤직·김재형, 「물권법」, 박영사, 2019, 375-376면; 송덕수, 「물권법」, 박영사, 2019, 444면.

나. 유치권의 사회적 기능

물건의 점유자는 물건을 단순히 점유하고 있다는 사실만으로 점유물반환청구권 등의 점유보호청구권이 법률상 인정되고 있으며(민법 제204조), 선의의 점유자에게는 과실수취권까지 인정되고 있다(민법 제201조). 유치권은 보호되는 목적물에 점유자가 점유 전에 덧붙여서 그 물건에 대하여 채권도 가지고 있는 경우가 유치권이인정되는 기초를 이루고 있다.3) 유치권은 신의성실의 원칙에 근거하여 소유자나 다른 채권자와의 유치권자 간의 '공평의 원칙'을 도모하기 위하여 채권의 변제를 받을때까지 인도를 거절할 수 있도록 하고 있다.4) 따라서 소유자·매수인에 대한 관계에서는 목적물의 유치를 통해 소유자에게 변제를 강요하는 간접적인 압력 수단으로서의 기능을 한다. 예컨대, 경매에 있어서 유치권자는 경락인에 대하여 피담보채권의변제를 청구할 수 없고, 피담보채권의 완전한 변제가 있을 때까지 유치물의 인도를거절할 수 있을 뿐이다. 즉, 유치권은 권리자가 '목적물을 이미 점유하고 있는 사실'과 그 '목적물에 관한 채권을 가지고 있다는 사실'에 기인하여 피담보채권의 변제를 받을 때까지 「목적물」을 반환하지 않고, 「법률상 당연히」계속 유치할 수 있도록유치적 권능만을 인정한 것이다.5)

그러나 배당적격자에 대한 관계에서는 그 물건이나 유가증권의 반환을 거절할 수 있게 함으로써 최우선변제를 사실상 보장하기 위한 제도라고 할 수 있다.6) 채권자로써 타인의 물건이나 유가증권을 점유하는 자가 그 채권의 변제를 받기 전에 점유목적물을 인도하여야 한다면 채권의 추심은 곤란하기 때문이다.

그리고 유치권자도 목적물을 경매할 수도 있고(민법 제322조 제1항, 민사집행법 제274조), 목적물로서 직접 변제에 충당할 수도 있다(민법 제322조 제2항). 또한 담보권실행을 위한 경매절차에서 근저당권자는 유치권자로 권리신고를 한 자에 대하여 유치권존부확인의 소 및 인도명령 및 청구소송을 통해 유치권의 기능 내지 제도적 취지가 발현되고 있다.7)

²⁾ 이재석, 「유치권의 아킬레스건」, 푸른솔, 2018, 31면; 지원림, 「민법강의」, 홍문사, 2011, 733면.

³⁾ 이기우, "부동산 유치권의 성립과 효력", 「토지법학」, 제22호, 한국토지법학회, 2006. 12, 369면.

⁴⁾ 김준호, 「물권법」, 법문사, 2019, 341면.

⁵⁾ 이기우, 앞의 논문, 370면.

⁶⁾ 이재석, 앞의 책, 31면; 김응용, 「유치권실무연구」, 유로, 2007, 35면.

⁷⁾ 대법원 2004. 9. 23. 선고 2004다32848 판결.

2. 유치권의 법적 성질

유치권은 법정성과 물권성, 담보물권성 및 담보물권의 일반적 특성인 부종성, 수반성, 불가분성 등의 성질을 가진다.⁸⁾ 유치권의 법적 성질을 어떻게 파악하느냐에 따라 유치권의 성립요건이 달라 질 수 있다.

가. 독립된 물권

유치권은 목적물을 점유할 수 있는 독립한 물권으로서 성질을 가지고 있다. 즉, 유 치권은 타인의 물건 또는 유가증권을 점유하고 있는 자가 목적물의 인도를 거절할 수 있는 것을 본질로 하지만, 민법은 유치권을 단순하게 인도거절권만으로 구성하지 않고 독립한 물권으로 구성하고 있다.9)

그러나 유치권자는 유치물에 대한 경매권은 있으나, 경매절차에서 우선적으로 배당을 받을 수 있는 권한(우선변제권)이 인정되지 않을 뿐만 아니라 배당권자에서 배제되어 있다. 다만, 유치권자는 물권적 효력으로서 대항력을 가지고 있기 때문에 목적물의 소유권이 누구에게 속하든 그 권리를 주장할 수 있고, 채권의 완전한 변제를받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있다.

유치권은 타인의 물건을 유치하여 점유할 수 있는 물권이므로 수급인은 자기의 재료와 노력으로 건축된 기성부분에 대하여 공사대금을 지급받을 때까지 유치권을 가질 수 있다.10) 또한 유치권은 물권으로서 그 소유권이 누구에게 속하든 그 권리를 주장할 수 있기 때문에 채무자 뿐만 아니라 그 물건의 새로운 소유자, 양수인, 매수인, 경락인 등 누구에게나 대항할 수 있으며, 목적물을 유치할 수 있다.11) 유치권을 인정하는 전제가 목적물의 '점유'이므로 타당한 것이다. 그러나 유치권은 점유를 그성립 및 존속요건으로 하고 있기 때문에 점유를 상실하면 곧 유치권은 소멸하며(민법 제328조), 추급효가 인정되지 않으므로 점유를 침탈당하는 경우에는 점유물반환청구권에 의해 그 점유를 회복하여야 한다(민법 제204조 제1항). 즉, 유치권자는 유

⁸⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 377면; 김준호, 앞의 책, 342면; 이영준, 「한국민법론 물권법」, 박영사, 2009, 763면; 송덕수, 앞의 책, 2019, 445면; 권용우, 「물권법」, 법문사, 2002, 444면 등 참조.

⁹⁾ 곽윤직·김재형, 위의 책, 377면; 송덕수, 위의 책, 445면; 김준호, 위의 책, 361면,

¹⁰⁾ 대법원 1993. 3. 26. 선고 91다14116 판결.

¹¹⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 377면; 송덕수, 위의 책, 445면; 이영준, 앞의 책, 762면; 황적인, 「물권법」, 박영사, 1996, 551면; 이기우, 앞의 논문, 370면.

치권에 기인한 물권적 청구권을 행사하는 것이 아니라 점유권에 의한 점유물반환청 구권을 행사하여야 한다. 또한 유치권은 부동산에도 성립하지만 등기를 효력요건으로 하지 않는다.

나. 법정성

유치권은 당사자의 합의에 의해 성립하는 것이 아니라 일정한 요건을 갖추면 법률상 당연히 발생하는 법정담보물권이다.12) 유치권에 관하여 일본 민법(제295조 이하)은 우리와 같이 법정담보물권으로 인정하지만, 독일 민법(제273조, 제320조, 제1000조)은 채권관계로 규정하고 있고, 스위스민법(제895조 이하)은 담보물권 중 법정질권으로 규정하고 있으며, 프랑스민법은 담보법(제2286조)에서 일반 규정으로써 채무자의 거절권을 인정하고 있다. 유치권은 법정담보물권이지만, 약정담보물권인 질권 및 저당권에서 인정되는 우선변제권이 인정되지 않는다는 점에서 다르다.13)

법정담보물권인 유치권이 성립하는 시점은 권리를 행사하고 있는 자가 현재 목적물을 점유하고 있는 시점이며, 점유에서 인정되는 권리이다. 유치권은 점유자의 권리보호와 그 기초를 같이 하는 것이라고 할 수 있다. 즉, 유치권의 피담보채권은 목적물건 그 자체에 관한 것이므로 어떠한 이유에서 그 물건의 반환청구를 받더라도점유하고 있는 자는 자기의 채권변제를 받기 전까지 법적으로 그 반환의 거절이 인정되는 것이다. 물건의 점유자는 그 물건을 단순히 점유하고 있다는 사실로부터 점유권이 부여되고 그 효력으로 점유물반환청구권 등 물권적 청구권이 법률상 당연히인정되며(민법 제204조 이하), 나아가 선의의 점유자에게는 과실수취권까지 인정되고 있고(민법 제201조), 또한 해당 물건에 지출한 필요비 또는 유익비가 있다면 그물건의 회복자에게 상환청구를 행사할 수도 있다(민법 제203조).

유치권에서 인정되는 권리는 단순히 '유치', 즉 그 반환을 거절할 수 있을 뿐이다. 더구나 목적물반환청구의 소가 제기되었을 때에 피고가 유치권을 주장하는 경우에 과거에서와 같은 원고패소판결¹⁴⁾이 아니라, 상환급부판결¹⁵⁾이 내려지는 현 상황에서 는 피고의 유치권이 인정될 수 있는 영역은 좀 더 넓어졌다고 하겠다. 유치권의 이

¹²⁾ 김준호, 앞의 책, 341면; 권용우, 앞의 책, 444면.

¹³⁾ 유치권이 법정담보물권이라고 하여 유치권의 성립을 특약에 의하여 배제하는 것이 허용되지 않는다는 취지는 아니다(이영준, 앞의 책, 763면).

¹⁴⁾ 대법원 1948. 4. 19. 선고 4280민상332 판결.

¹⁵⁾ 대법원 1969, 11, 25, 선고 69다1592 판결,

러한 법정성으로부터 유치권의 성립요건으로서 목적물건과 피담보채권과의 견련성이 나오게 되는 것은 당연한 논리의 귀결이다.

다. 담보물권성

유치권은 채권의 완전한 변제를 받을 때까지 유치할 수 있는 권능을 가지지만, 질 권이나 저당권에서 인정되는 우선변제권은 인정되지 않는다. 다만 유치물로부터 발 생하는 과실에 대하여는 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다(민법 제323조 제1항). 부동산에 있어서 등기제도가 있더라도「부동산을 점유」한다는 사 실에서 유치권이 인정되는 것이므로 담보물권의 통유성은 인정할 수 있다.

(1) 부종성

담보물권은 채권의 담보를 목적으로 하므로 채권이 존재하지 않으면 담보물권은 성립하지 않으며, 채권이 소멸하면 담보물권도 당연히 소멸하므로 채권에 종속되는 부종성이 있다. 특히 유치권은 목적물과 채권간의 견련성을 요건으로 하여 당연히 발생하는 법정담보물권이기 때문에 그 부종성은 엄격하게 적용된다.16) 따라서 채권이 존재하지 않으면 유치권은 성립하지 않으며, 채권이 소멸한 때에는 유치권 또한 소멸한다.17) 다만, 질권이나 저당권의 경우에는 채권자가 담보물의 처분에 의해 다른 채권자 보다 우선하여 자기 채권의 변제를 받을 수 있지만, 유치권은 우선변제권이 인정되지 않고, 그 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 반환하지 않고, 법률상당연히 계속 「유치」함으로써 담보의 목적을 달성할 수 있도록 한 것이다.

(2) 수반성

¹⁶⁾ 원고가 피담보채무 전액을 변제하였다고 주장하면서 근저당권설정등기에 대한 말소등기절차의 이행을 청구하였으나 그 원리금의 계산 등에 관한 다툼 등으로 인하여 변제액이 채무 전액을 소멸시키는데 미치지 못하고 잔존채무가 있는 것으로 밝혀진 경우에는 특별한 사정이 없는 한 원고의 청구 중에는 확정된 잔존채무를 변제하고 그 다음에 위 등기의 말소를 구한다는 취지도 포함되어 있는 것으로 해석함이 상당하고, 이는 장래 이행의 소로서 미리 청구할 이익도 인정된다고 할 것이다(대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다83694 판결; 대법원 1981. 9. 22. 선고 80다2270 판결 등 참조).

¹⁷⁾ 강남진, "부동산경매에 있어서 유치권에 관한 연구", 「법학논총」, 제29권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009, 345면; 김준호, 앞의 책, 327면, 342면.

수반성이란 담보물권이 피담보채권의 이전에 따라 함께 이전하고, 그 위에 부담이 설정되면 담보물권 또한 그 부담에 복종하는 성질을 말한다. 담보물권은 채권의 담보를 위한 것이므로 채권과 불가분의 관계에 있다는 점에서 피담보채권의 처분은 담보물권의 처분도 수반하는 것이며, 피담보채권과는 별도로 담보물권만 이전되는 것은 허용되지 않는다. 이를 담보물권의 수반성이라고 한다.18) 즉, 피담보채권이 양도되면 담보물권도 함께 이전되고, 피담보채권이 다른 권리의 목적이 된 경우에는 담보물권도 같이 그 목적이 된다. 따라서 채권이 양도되면 유치권도 함께 수반되어 이전되지만, 유치권은 목적물의 점유를 전제로 인정되므로 채권과 함께 목적물의 점유도 이전되어야 한다.19) 따라서 채권양도인은 유치 목적물의 점유를 이전할 수 없는 경우에 채무불이행 책임이 발생하게 된다.20)

여기에서 채권이 이전되면 유치권도 함께 당연히 이전되는가의 문제가 있다. 유치권은 법정요건을 갖춘 때에 발생한다는 점에서 약정담보물권인 질권과 저당권처럼취급할 수 있는가에 관하여는 의문이 있을 수 있지만, 이를 긍정하는 것이 통상적이다.²¹⁾ 이처럼 유치권은 수반성에 의해 당연히 이전되므로 부동산의 경우 등기나 유가증권에서 배서를 요하지 않는 것이다.

(3) 불가분성

담보물권은 피담보채권의 완전한 변제를 받을 때까지 해당 목적물 전부에 대하여 권리를 행사할 수 있는데, 이를 불가분성이라고 한다.²²⁾ 민법 제321조는 "유치권자 는 채권 전부의 변제를 받을 때까지 유치물 전부에 대하여 그 권리를 행사할 수 있 다"고 하여 유치권의 불가분성을 명문으로 인정하고 있다. 따라서 유치권자는 피담 보채권의 일부가 변제, 상계, 혼동, 면제 등의 사유로 소멸하더라도 그에 비례하여 목적물의 일부가 감소하는 것은 아니다. 또한 유치물의 일부가 불가항력 내지 기타 의 사유로 멸실하더라도 그에 비례하여 채권액의 일부가 감소하는 것은 아니다. 다 만, 타담보제공으로 인한 유치권의 소멸청구(민법 제327조)로 인하여 불가분성은 그 효력이 약화될 수 있다.²³⁾

¹⁸⁾ 지원림, 앞의 책, 732면.

¹⁹⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 378면.

²⁰⁾ 이영준, 앞의 책, 764면.

²¹⁾ 곽윤직·김재형, 위의 책, 378면; 이영준, 앞의 책, 764면.

²²⁾ 김준호, 앞의 책, 342면.

그리고 담보목적물이 공유자들 사이에 분할되어 있는 경우, 담보물권이 분할에 의해 영향을 받는 것은 아니므로 분할된 각 부분에 대해 피담보채권 전부를 가지고 그 권리를 행사할 수 있다.²⁴⁾

불가분성과 관련하여 판례는 "다세대주택의 창호 등의 공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권 잔액을 변제받기 위하여 위 다세대주택 중 한 세대를 점유하여 유치권을 행사하는 경우, 그 유치권은 위 한 세대에 대하여 시행한 공사대금만이 아니라다세대주택 전체에 대하여 시행한 공사대금채권의 잔액 전부를 피담보채권으로 하여 성립한다"고 보아 유치물은 그 각 부분으로써 피담보채권의 전부를 담보하며, 유치권의 불가분성은 그 목적물이 분할 가능하거나 수개의 물건인 경우에도 적용된다고 판시하고 있다.25)

유치물의 전부란 유치권의 피담보채권과 견련관계에 있는 점유물이 하나의 물건이면 그 물건 전체에 해당하는 것이고, 여러 개의 물건이면 그들 중 채권과의 견련관계에 있는 물건들을 말한다. 또한 유치권자가 유치 목적물에 부속되는 종물에 있어서도 점유를 하고 있으면, 종물에도 유치권의 효력이 미친다.26)

(4) 물상대위성

유치권은 목적물을 유치하는 권리이고, 목적물의 교환가치를 목적으로 하는 것이 아니므로 경매권은 있지만 그 매각대금으로부터 우선변제를 받을 권리가 인정되지 않기 때문에 이를 보존하기 위한 물상대위성이 인정되지 않는다.²⁷⁾ 다만 채무자회생 및 파산에 관한 법률 제411조는 유치권에 대하여 별제권을 인정하고 있다.²⁸⁾

²³⁾ 이영준, 앞의 책, 765면; 이강은, "부동산 유치권 제도의 문제점과 해결방안에 관한 연구", 고려대학교 박사학위논문, 2017, 40면; 이용호, "부동산 유치권제도 개선을 위한 입법론적 연구", 대진대학교 박사학위논문, 2019, 53면.

²⁴⁾ 김재권, 「유치권 - 깨뜨리는 법 지키는 법」, 매일경제신문사, 2016, 30면; 김준호, 앞의 책, 343-344면; 이재석, 앞의 책, 408면 이하.

²⁵⁾ 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결.

²⁶⁾ 이정민, "유치권제도 개선안에 관한 연구-민법개정안을 중심으로", 동아대학교 박사학위논문, 2015, 7면.

²⁷⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 378면.

²⁸⁾ 강남진, 앞의 논문, 346면,



3. 유치권과 구별해야 할 권리

가. 동시이행항변권

(1) 동시이행항변권의 의의

쌍무계약²⁹⁾의 당사자 일방은 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있다. 그러나 상대방의 채무가 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다. 당사자 일방이 상대방에게 먼저 이행하여야 할 경우에 상대방의이행이 곤란할 현저한 사유가 있는 때에는 전항 본문과 같다(민법 제536조 제1항,제2항). 동시이행의 항변권은 쌍무계약관계에 있는 당사자 일방이 상대방이 그 채무이행을 제공할 때까지 자기의 채무이행을 거절할 수 있는 권리이다. 예컨대 매매계약에 있어서 매도인은 목적물에 설정되어 있는 담보권설정등기를 말소해야 할 의무를, 매수인은 남아 있는 잔대금 지급의무를 부담하게 되는데, 이 경우 양자의 의무는 동시이행관계에 있다고 할 수 있으며 이때 당사자 일방은 상대방이 이행기를 경과한 시점에 동시이행의 항변권을 가지게 된다.30)

(2) 유치권과 동시이행항변권의 구별

(가) 동시이행항변권과의 공통점

동시이행항변권과 유치권은 모두 공평의 원리에 기초를 두고 있다는 점에서 유사하다. 매매 등의 쌍무계약에 있어서 매도인은 매매대금의 제공이 있을 때까지 목적물의 인도를 거절할 수 있고, 반면에 매수인은 목적물의 인도를 받을 때까지 매매대금의 지급을 거절할 수 있다. 즉, 양자 모두 공평의 원리에 따라 채무자가 동시에 채권을 가지는 경우 그 채권의 변제가 있을 때까지 자기 채무의 이행을 거절하는 것이 타당하다는 것이다.31) 즉, 공평의 원칙에 입각하여 법률이 인정하고 있는 일종의 이행거절권능이다.

²⁹⁾ 계약당사자가 서로 의무를 부담하는 계약·매매·임대차·고용 등의 계약이다.

³⁰⁾ 장윤환, "부동산 유치권의 효력과 문제점에 관한 연구", 호남대학교 박사학위논문, 2012, 29면.

³¹⁾ 이영준, 앞의 책, 762면,

이와 같이 동시이행항변권이나 유치권은 이행거절권능을 가진다는 점에서 유사하다. 그 결과 소송상 유치권의 항변을 하면 원고패소 판결을 하고, 동시이행항변권을 주장하면 상환급부판결을 하는 것이 논리적이지만, 동시이행의 항변을 주장하든 유치권을 주장하든 법원은 모두 상환급부판결 내지 일부 승소판결을 내리고 있다. 학설32)과 판례33)도 공평을 이유로 유치권에도 상환급부판결을 내려야 한다고 하고 있다.

그러나 동시이행항변권은 쌍무계약의 당사자 쌍방에게 인정되지만, 유치권은 물권으로서 물권자인 당사자 일방에게만 인정된다. 예컨대, 시계수리업자 乙이 甲과 시계수리계약을 체결한 경우, 乙이 취득하는 수리대금채권은 시계로 생긴 채권이지만, 유치권을 취득한다. 또한 시계수리계약은 도급계약으로서 乙은 동시이행항변권을 행사할 수도 있다. 이와 같이 유치권과 동시이행항변권은 병존할 수 있다. 즉, 유치권은 채권이 변제되지 않으면 소멸되지 않으므로 동시이행항변권이 존재하면서 유치권도 존재하는 것이다. 그러나 유치권자가 유치권을 행사하게 되면 상대방은 선이행의무를 부담하게 되므로 동시이행항변권의 의미는 반감된다.34)

(나) 동시이행항변권과의 차이점

그러나 유치권은 유치권자의 채권담보를 목적으로 하고, 동시이행항변권은 당사자 일방만이 선이행을 강요당하게 되는 경우를 방지하기 위한 목적을 가지고 있는 차 이가 있다. 대담보의 제공에 의한 소멸을 유치권에서는 인정되나, 동시이행항변권에 서는 인정되지 아니하는 이유도 목적의 차이에 기인한다.

1) 발생원인에 있어서 차이

민법상 유치권과 동시이행항변권의 가장 중요한 차이는 발생원인에 따른 것으로 써, 유치권은 물권에 관한 권리로써 엄격한 성립요건을 충족하면 법률상 당연히 발생하는 법정담보물권이지만, 동시이행항변권은 쌍무계약의 효력으로써 발생하는 채권에 관한 권리이다. 유치권은 목적물을 직접 지배하는 독립의 물권으로써 인도거절권능이 발생하므로 채권의 변제를 받을 때까지는 누구로부터의 반환청구에도 응할

³²⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 377면; 이영준, 앞의 책, 762면; 김준호, 앞의 책, 355면.

³³⁾ 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결; 대법원 1969. 11. 25. 선고 69다1592 판결.

³⁴⁾ 이영준, 앞의 책, 762면,

필요도 없고, 누구에게도 주장할 수 있다. 그러나 동시이행항변권은 쌍무계약에 기한 항변으로써 특정의 채권자가 가지는 이행거절권능이 발생하는 것으로 상대방의 채권의 작용을 저지할 뿐이며, 상대방 이외의 자에 대하여는 주장할 수 없다는 점에서 양자는 서로 다르다.35)

2) 적용범위에 있어서 차이

유치권은 물권으로서 물권법정주의에 따라 자의적으로 확대적용되어서는 안되므로 엄격하게 해석되어야 한다. 즉, 유치권의 피담보채권은 유치물에 관하여 생긴 것으로 거절할 수 있는 급부내용은 목적물의 인도에 한하여 인정되지만, 동시이행항변권은 쌍무계약의 효력으로 상대방의 청구에 대한 항변을 내용으로 하며 사회관념상동시이행의 조건이 적용될 수 있는 사안에 유추적용될 수 있기 때문에 거절할 수 있는 급부에 제한이 없다.36)

그러나 동시이행항변권에 의하여 간접적으로 보호되는 채권은 원칙적으로 쌍무계약에 기한 대가관계에 있는 반대채권에 한하여 인정되지만, 유치권은 동시이행항변 권처럼 쌍무계약에 기하지 않고 계약이나 불법행위 및 기타 원인에 의한 경우이든 지 제한을 받지 않으므로 그 적용범위가 넓다.37)

3) 견련성에서 차이

유치권은 물건과 피담보채권과의 견련관계, 즉 물적 견련으로써 거래당사자의 의사로부터 독립한 객관적 견련으로서의 성질을 가진다. 그러므로 유치권은 계약관계의 존부와 관계없이 발생하고, 당사자의 변경에 의하여 영향을 받지 아니한다. 그러나 동시이행항변권은 당사자 쌍방이 서로 대가적 의미를 갖는 채무를 부담하는 계약관계에 의하여 생긴 것으로 서로 운명을 같이 하는 의존관계를 가지며, 이를 채무의 견련성이라고 한다.

이와 같이 유치권은 물건과 피담보채권 사이에 견련관계가 있어야 성립하는 성립 상 견련성을 가지는 반면에 동시이행항변권은 쌍무계약에서 발생하는 특유의 효력 으로 채무들의 이행상 견련관계를 인정하는 제도이다.38) 그러나 동시이행항변권의

³⁵⁾ 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 676면.

³⁶⁾ 이은영, 위의 책, 677면.

³⁷⁾ 이영준, 앞의 책, 762면; 장건, "유치권과 동시이행항변권의 비교에 관한 연구", 「부동산법학」, 제51권, 한국부동산학회, 2012, 233면.

견런성은 개별적으로 구체적인 계약마다 다르다고 할 수 있다. 판례도 "동시이행의 항변권 제도의 취지에서 볼 때 당사자가 부담하는 각 채무가 쌍무계약에 있어 고유의 대가관계에 있는 채무가 아니라고 하더라도, 구체적인 계약관계에서 각 당사자가부담하는 채무에 관한 약정 내용에 따라 그것이 대가적 의미가 있어 이행상의 견련관계를 인정하여야 할 사정이 있는 경우에는 동시이행의 항변권을 인정할 수 있다."고 판시하고 있다.39)

4) 불가분성의 차이

유치권은 법정담보물권으로서 목적물에서 생긴 피담보채권의 전부에 대한 변제를 받을 때까지 목적물 전부에 대해 유치할 수 있는 불가분성이 인정되지만(민법 제321 조), 동시이행항변권에서는 채권자가 일부 또는 불완전급부를 수령한 경우 원칙적으로 그 이행부분에 상응하는 반대급부의 이행의무가 있다고 보므로 미이행급부의 경우에만 동시이행항변권이 인정되므로 불가분성은 인정되지 않는다.40) 그러나 동시이행항변권은 서로 대가관계가 있다는 점에서 불가분채무이거나 미이행된 부분에 의해 계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에는 그 채무이행전부를 거절할 수 있다고보이야 한다.41)

5) 소멸상 차이

유치권은 물권의 일반적 소멸사유에 의해 소멸하며, 또한 점유가 성립요건이며 존속요건이므로 점유를 상실하게 되면 소멸하는 것이 원칙이며, 특이한 소멸사유로 채무자가 피담보채권에 상응하는 상당한 담보를 제공하고 그 소멸을 청구할 수 있도록 하고 있다(민법 제327조). 그러나 동시이행항변권은 당사자 일방만의 선이행을 거절하는 것이므로 채권액에 상응하는 담보제공으로 인한 권리의 소멸을 인정하지않는다.

유치권은 법정담보물권으로 유치물의 가격과 채권과의 불균형을 피담보채권에 상 응하는 대담보의 제공으로 시정할 수 있으며,42) 또한 권리를 소멸시키더라도 채권자

³⁸⁾ 이은영, 앞의 책, 676면.

³⁹⁾ 대법원 2006. 6. 9. 선고 2004다24557 판결; 대법원 2006. 2. 24. 선고 2005다58656, 58663 판결; 대법원 2001. 3. 27. 선고 2000다43819 판결; 대법원 1999. 10. 12. 선고 98다6176 판결 등.

⁴⁰⁾ 장윤환, 앞의 논문, 32면.

⁴¹⁾ 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2007, 155면; 송덕수, 「채권법각론」, 박영사, 2019, 81면.

에게 불리함이 발생하지 않지만, 동시이행항변권은 공평의 원칙에 따라 당사자가 서로 동시에 이행하도록 하는 것이므로 대담보로 소멸시킬 수 없는 것이다.

(3) 유치권과 동시이행항변권의 경합

쌍무계약에서 동시이행항변권과 유치권의 두 요건을 모두 충족시킨 경우에 양자의 경합을 인정할 수 있는가. 예컨대, 매매에서 매수인이 매매대금을 미납하고 있는 상태에서 매매목적물의 인도를 청구한 경우 매도인은 목적물의 인도를 거절하면서 동시이행항변권과 유치권을 그 근거로 제시할 수 있느냐의 문제인 것이다.

유치권은 피담보채권이 완전히 변제되지 않는 한 소멸하지 않으므로 동시이행항 변권이 존재하는 경우 유치권은 동시에 존재할 수 있을 것이다. 양자의 경합을 인정 하는 것이 다수의 견해이다.⁴³⁾ 근거로 제시되는 이유가 동시이행항변권과 유치권의 적용영역에 대하여 충분한 근거를 가지고 경계를 확정하기 곤란하다는 것이다.⁴⁴⁾

이에 대하여 유치권과 동시이행항변권은 그 기능과 목적이 서로 다른 제도이므로 양자의 경합을 부정하여야 한다는 견해가 있다. 즉, 매매계약의 경우에 있어서 매수인이 계약의 효력에 따라 목적물의 인도를 요구한다면 동시이행항변권으로 충분하며 굳이 대금채권의 확보를 위하여 목적물을 유치할 필요는 없으며, 매수인이 목적물의 소유자로서 물권적 청구권을 행사하는 것은 대금채권을 담보하기 위한 유치권의 문제이므로 양자는 경합하지 않는다는 것이다.45) 또한 계약관계의 여부에 따라동시이행항변권은 계약관계에 의하여 양자가 대가적 채무관계를 부담하고 있는 당사자에게 적용되고, 유치권은 비대가적 채무 내지 계약관계가 없는 당사자에게 적용된고 보는 견해도 있다.46)

그리고 매매계약에서 뿐만 아니라 유치권의 문제가 많이 발생하고 있는 도급계약이나 공사대금채권에서 수급인의 유치권을 동시이행항변권과 경합해서는 안된다는 견해도 있다.47) 즉, 공평의 원칙에 의해서 인정되고 있는 양제도가 수급인의 유치권

⁴²⁾ 장건, 앞의 논문, 235면,

⁴³⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 376-377면; 김준호, 앞의 책, 355면; 장건, 위의 논문, 237-238면 참조.

⁴⁴⁾ 장윤환, 앞의 논문, 33면.

⁴⁵⁾ 近江宰抬, 「擔保物權法」, 弘文堂, 1993, 39면.

⁴⁶⁾ 염규석, "유치권에 있어서의 몇가지 문제점", 「경북대학보」, 제2권, 경북대학교 법학연구소, 1998. 4, 59 면.

⁴⁷⁾ 최수정, "유치권과 동시이행의 항변권의 관계 정립을 위한 시론-대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다30653 판결을 계기로-", 「민사법학」, 제77호, 한국민사법학회, 2016. 12, 62-63면.

인정에 따라 동시이행항변권에 의해 규율되는 당사자의 이익상태가 왜곡되어 제도 적 취지에 반하는 결과를 초래하는 것은 타당하지 않으므로 이를 교정하기 위해서 동시이행항변권이 인정되는 경우에는 유치권의 행사를 제한해야 한다는 것이다.

종래의 판례는 경매절차의 적정한 운용과 당사자의 이해관계를 조정하기 위하여 유치권의 성립요건 중 견련관계의 인정 여부를 통해서 유치권의 인정범위를 축소하여 인정하였으나, 최근에는 민법 제320조의 요건을 충족한 유치권에 대해서도 대항가능성이나 신의성실의 원칙을 근거로 유치권의 행사를 제한하는 태도를 보이고 있다.48) 대법원은 "수급인의 공사대금채권이 도급인의 하자보수청구권 내지 하자보수에 갈음한 손해배상채권 등과 동시이행의 관계에 있는 점 및 피담보채권의 변제기도래를 유치권의 성립요건으로 규정한 취지 등에 비추어 보면, 건물신축 도급계약에서 수급인이 공사를 완성하였더라도, 신축된 건물에 하자가 있고 그 하자 및 손해에상용하는 금액이 공사잔대금액 이상이어서, 도급인이 수급인에 대한 하자보수청구권 내지 하자보수에 갈음한 손해배상채권 등에 기하여 수급인에 대한 하자보수청구권 내지 하자보수에 갈음한 손해배상채권 등에 기하여 수급인의 공사잔대금 채권 전부에 대하여 동시이행의 항변을 한 때에는, 공사잔대금 채권의 변제기가 도래하지 아니한 경우와 마찬가지로 수급인은 도급인에 대하여 하자보수의무나 하자보수에 갈음한 손해배상의무 등에 관한 이행의 제공을 하지 아니한 이상 공사잔대금 채권에 기한 유치권을 행사할 수 없다고 보아야 한다"고 판시하여 유치권을 인정하지 아니하였다.49)

유치권과 동시이행항변권은 그 목적과 기능, 법적 성질, 적용범위 등에서 차이가 있지만, 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 의하여 인정되고 있는 제도이며 그 적용에 있어서도 일치하는 경우가 많다. 앞서 본 사례의 경우에서도 시계의 반환의무와 수선료지급의무는 동시이행관계에 있는 것이며, 수선료채권은 유치목적물인 시계에서 생긴 채권이므로 수선료를 지급하지 않는 경우에는 유치권도 성립하는 것으로 보아야 한다.50) 즉, 유치권은 채권이 완전히 변제되지 않는 한 소멸되는 것은 아니므로 동시이행항변권이 존재하는 경우에는 유치권도 동시에 존재하는 것으로 보는 것이 타당하다고 할 수 있다.

⁴⁸⁾ 최수정, 위의 논문, 62면.

⁴⁹⁾ 대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다30653 판결; 대법원 2007. 10. 11. 선고 2007다31914 판결; 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다41740 판결 등.

⁵⁰⁾ 이완근, "유치권에 관한 연구", 「대불대학교 논문집」, 제10집, 대불대학교, 2004, 100면; 장건, 앞의 논문, 237면.

나. 상사유치권

(1) 상사유치권의 의의

유치권은 민법이 규율하는 일반적인 유치권 이외에 상법상 상사유치권이 있다. 상사유치권이란 상인간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있는 때에 채권자는 채권의 변제를 받을 때까지 그 채무자에 대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자 소유의 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있는 것을 말한다(상법 제58조). 상인들 간에는 일반적으로 신용거래를 하게 되는데, 거래할 때마다 담보설정이나 변경을 요구하게 되면 상거래의 원활 및 신속성을 저해할 우려가 있기 때문에 민사유치권의 성립요건을 완화하여 인정하고 있는 것이다.51)

(2) 민사유치권과의 구별

상사유치권은 ① 피담보채권이 유치권자가 점유하고 있는 물건에 관하여 생긴 채권으로 한정하지 않는 점, ② 목적물의 소유자가 채무자이어야 한다는 점, ③ 피담보채권의 발생원인과 점유의 취득원인이 쌍방의 상행위로 제한된다는 점에서 민사유치권과 구별된다.52)

(3) 상사유치권의 성립요건

상사유치권이 성립하기 위해서는 첫째, 채권자와 채무자 모두 상인으로 발생하는 채권은 당사자 쌍방을 위하여 상행위가 되는 행위이어야 한다. 둘째, 상사유치권이 발생하는 대상은 채무자 소유의 물건 또는 유가증권에 한하여 채권자가 그 목적물의 점유를 취득한 것이어야 한다. 즉, 제3자의 물건은 제외된다. 셋째, 목적물과 피담보채권 사이에 견련관계를 요구하지 않으며, 상행위에 기인한 일반적 관련성만 존재하면 된다. 따라서 상인이 어떠한 거래로 인하여 채권을 취득한 경우에는 다른 거래로 점유 중인 물건에 대해 유치권을 행사할 수 있다. 넷째, 피담보채권은 변제기가 도래한 것이어야 한다. 다섯째, 상사유치권의 성립을 배제하는 당사자의 특약이

⁵¹⁾ 정찬형, 「상법강의(상)」, 박영사, 2014, 210면.

⁵²⁾ 이재석, 앞의 책, 559면,

존재하지 않아야 한다.⁵³⁾ 이와 같이 상사유치권은 민법상 유치권에 있어서와 같은 엄격한 견런성을 요건으로 하지 않고, 채권의 성립과 물건의 점유취득이 당사자 쌍 방간의 상행위로부터 생긴 것이면 충분하다. 그러나 제3자의 소유물에 대하여는 제3 자가 채권자의 점유취득뿐만 아니라 유치권의 성립을 동의하지 않는 한 유치권을 행사할 수 없고 취득도 인정되지 않는다.⁵⁴⁾

여기에서 민사유치권과는 달리 상사유치권의 경우에도 부동산이 포함되느냐의 여 부와 관련한 논의가 많다. 즉, 공사의 도급인, 수급인이 모두 법인인 경우에 공사도 급계약이 상인간의 쌍방적 상행위가 될 수 있어서 문제가 될 수 있다. 이를 긍정하 는 견해가 다수의 견해이다.55) 상사유치권이 성립할 수 있는 물건이란 부동산을 포 함한 민법상 물건을 의미하며, 상인 간의 신용거래의 안전확보라는 취지에서 그 성 립을 인정한다. 일본의 경우에는 물건을 동산이나 유가증권에 한정하고 있지 않으므 로 부동산에 대하여도 상사유치권이 성립한다고 보며,56) 판례도 법문의 문리해석상 물건을 한정적으로 해석할 필요가 없다는 점에서 이를 인정하고 있다. 즉, "상사유치 권은 민사유치권의 성립요건을 변경·완화하여 채권자보호를 강화함으로써 계속적 신용거래를 원활·안전하게 하기 위하여 당사자 사이의 합리적인 담보설정의사를 배경으로 하여 추인된 법정담보물권으로, 민사유치권과 달리 목적물과 피담보채권 사이의 개별적인 견련관계를 요구하지 않는 대신 유치권의 대상이 되는 물건을 '채 무자 소유의 물건'으로 한정하고 있어 이러한 제한이 없는 민사유치권과는 차이가 있으나, 민사유치권과 마찬가지로 그 목적물을 동산에 한정하지 않고 '물건 또는 유 가증권'으로 규정하고 있는 점에 비추어 보면 상사유치권의 대상이 되는 '물건'에는 부동산도 포함된다고 보아야 한다."고 판시하였다.57)

공사도급계약은 일반적으로 법인 사이에 행해지고 있는 것이 현실이라는 상황을 고려하면 유치권의 악용을 방지하기 위해서 상사유치권의 범위에 부동산을 포함하 여 넓게 인정하는 것은 신중한 고려가 필요하다.58) 긍정하는 견해는 상법 제58조의

⁵³⁾ 도두형, "부동산에 대한 상사유치권의 성부 및 대항력의 범위", 「변호사」, 제44집, 서울지방변호사회, 2013. 408면; 정찬형. 앞의 책. 210-213면 참조.

⁵⁴⁾ 최기원, 「상법학신론(상)」, 박영사, 2011, 228면; 정찬형, 위의 책, 211면.

⁵⁵⁾ 정찬형, 위의 책, 210면; 정희철, 「상법학」, 박영사, 1989, 155면; 강위두, 「신상법강의(1)」, 형설출판사, 1986, 265면.

⁵⁶⁾ 김재권, 앞의 책, 25면; 엄성현, "부동산 유치권에 관한 민사법적 연구", 동의대학교 박사학위논문, 2016, 21면 참조.

⁵⁷⁾ 대법원 2013. 5. 24. 선고 2012다39769, 39776 판결; 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결.

⁵⁸⁾ 김재권, 앞의 책, 25면.

상사유치권은 부동산에 관하여 언급하고 있지 않지만, 문리해석의 관점에서 또한 상인간 거래는 신용거래의 안전확보라는 점 등을 근거로 세운다.59) 그러나 상거래에 있어서 당사자 중 일방이 소유하는 부동산의 점유가 이전되었다는 사실만으로 그부동산을 담보로 유치한다는 것은 당사자의 합리적인 의사에 반하고, 상사유치권은 민사유치권과 달리 엄격한 견련관계를 요하지 않으므로 부동산에도 상사유치권을 인정하는 것은 부동산거래의 안전을 해칠 우려가 있기 때문에 제외할 필요가 있다고 한다.60)

상법 제58조의 규정은 상사유치권의 대상을 '물건 또는 유가증권'으로 민법 제320 조 제1항과 동일하게 규정하고 있다. 민법과 상법의 규정이 서로 동일한 용어를 사 용하였다고 하여 동일하게 해석할 필요는 없지만, 상사유치권의 효력은 민사유치권 의 효력과 차이가 없다고 보고 있으므로 민법상 물건에 부동산이 포함된다고 해석 하는 것이 판례와 통설의 입장이므로 상사유치권의 경우에만 부동산을 제외하고 동 산에만 한정된다고 해석하기는 어렵다고 보는 것이 타당할 것이다. 그러나 민법상 부동산 유치권제도의 폐해가 심각하게 발생하고 있다는 현실을 고려하면 상사유치 권의 성립요건을 엄격하게 해석하여 그 성립범위를 제한할 필요가 있을 것이다.61) 최근 판례의 태도 경향도 건물신축공사를 도급받은 수급인이 사회통념상 독립한 건 물이 되지 못한 정착물을 토지에 설치한 상태에서 공사가 중단된 경우, 위 정착물 또는 토지에 대하여 유치권을 행사할 수 있는지 여부에 대하여 "건물의 신축공사를 도급받은 수급인이 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 정착물을 토지에 설 치한 상태에서 공사가 중단된 경우에 위 정착물은 토지의 부합물에 불과하여 이러 한 정착물에 대하여 유치권을 행사할 수 없는 것이고, 또한 공사중단시까지 발생한 공사금 채권은 토지에 관하여 생긴 것이 아니므로 위 공사금 채권에 기하여 토지에 대하여 유치권을 행사할 수도 없는 것이다."고 하여 부동산에 관하여 상사유치권의 성립을 극히 제한적으로 인정하고 있다고 보인다.62)

⁵⁹⁾ 도두형, 앞의 논문, 414면; 김재권, 앞의 책, 25면 참조.

⁶⁰⁾ 최기원, 앞의 책, 231면.

⁶¹⁾ 김재권, 앞의 책, 26-27면.

⁶²⁾ 대법원 2008. 5. 30. 자 2007마98 결정.

제2절 유치권의 성립요건

유치권의 성립요건은 ① 유치권의 목적물은 물건 또는 유가증권일 것, ② 채권이 변제기에 있을 것, ③ 점유는 불법한 점유가 아닐 것, ④ 채권이 물건 또는 유가증 권에 관하여 생긴 것일 것, ⑤ 당사자 사이에 유치권 배제의 특약이 없을 것 등이 다.

1. 유치권의 목적물

유치권의 목적물은 물건 또는 유가증권이며, 현행법상 물건이라고만 규정되어 있기 때문에 동산과 부동산이 모두 가능하다. 부동산 유치권이나 유가증권유치권의 경우 점유를 수반으로 하여 법률의 규정에 의하여 성립하는 물권이기 때문에 등기나배서는 필요치 않다. 금전의 경우에는 일반적으로 점유자가 소유자인 경우가 대부분이므로 금전의 경우에는 유치권을 인정하지 않지만, 분리·포장되어 특정물로 다루어지는 경우에는 예외적으로 인정할 수 있다. 63) 유치권을 양도하는 경우에도 피담보채권의 양도와 목적물의 점유의 이전에 의해 유치권도 같이 이전되므로 부동산 유치권의 경우 민법 제187조 단서에 따른 등기를 요하지 않는다.

물건의 일부가 거래상 다른 부분과 분할이 가능한 때에는 그 일부에 대하여도 유치권이 성립한다.64) 또한 건물임차인이 건물에 관하여 유익비상환청구권에 의해 취득한 유치권은 임차건물의 유지 내지 사용에 필요한 범위 내에서 임차대지에도 그효력이 미친다.65)

유치권은 타인의 물건에 대해서 성립하기 때문에 자기의 물건에 대해서는 행사할수 없다. 여기에서 타인의 범위가 문제되는데, 통설은 민법 제320조 제1항이 타인의물건이라고 규정할 뿐이므로 그 물건이 채무자 이외 제3자의 소유에 속하더라도 무방하다고 보고 있다.66) 피담보채무가 그 물건에 관한 것이므로 제3자의 물건이 유치권의 목적물이 된 경우 제3자는 채무자를 대신하여 피담보채권을 변제하고 물건을인도받을 수 있는 '이해관계 있는 제3자'에 해당한다(민법 제469조).67)

⁶³⁾ 이은영, 앞의 물권법, 678면.

⁶⁴⁾ 대법원 1968. 3. 5. 선고 67다2786 판결.

⁶⁵⁾ 김준호, 앞의 책, 363면.

⁶⁶⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 382면; 김준호, 위의 책, 344면; 이은영, 앞의 물권법, 685면.

판례도 제3자에게 소유권이전등기 경료전 건물에 관한 유익비의 상환청구권이 있고, 건물의 소유자가 변동된 후에도 계속하여 점유하는 것은 유치권자의 유치물에 대한 보존행위로서 점유하는 것이므로 적법행위라 할 것이고, 건물가격의 증가가 현존한다면 그 유익비의 상환청구권도 민법 제320조의 소위 그 물건에 관하여 생긴 채권이라 할 수 있다고 판시하여 제3자 소유의 물건에 대해서도 유치권을 인정하였다. (88) 또한 가등기가 되어있는 부동산 소유권을 이전받은 뛰이 그 부동산에 대하여 필요비나 유익비를 지출한 것은 가등기에 의한 본등기가 경유됨으로써 가등기 이후의 저촉되는 등기라 하여 직권으로 말소를 당한 소유권이전등기의 명의자 甲과 본등기 명의자인 乙 내지 그 특별승계인인 丙과의 법률관계는 결과적으로 타인의 물건에 대하여 뛰이 그 점유기간내에 비용을 투입한 것이 되므로 유치권을 행사할 수 있다고 본다. (69) 그리고 채권자가 유치권의 목적이 된 물건에 대해 소유자가 된 경우에는 유치권은 혼동으로 소멸한다. (70)

2. 채권이 변제기에 있을 것

유치권이 성립하기 위해서는 점유자는 채권을 가지고 있어야 하며, 그 채권의 발생원인은 어떤 원인에 의한 것인지 문제되지 않으므로 계약에 의한 약정채권이나 법정채권이나 무방하지만, 처음부터 존재하지 않았던 가장채권에 의한 경우에는 인 정되지 않는다. 또한 채권이 반드시 금전채권일 것도 요하지 않는다.

유치권은 그 목적물에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에 성립하는 것이므로 아직 변제기에 이르지 아니한 채권에 대해서는 유치권을 행사할 수는 없다.71) 약정담보물권에 있어서는 피담보채권의 변제기의 도래가 담보권의 실행요건에 불과하지만, 유치권에 경우에는 성립요건이 되므로 반드시 채권의 변제기가 도래하여야한다.72) 변제기가 도래하지 않은 채권에 대해서까지 거절권능을 인정하게 되면, 변제기 이전에 상대방이나 제3자의 채무이행을 간접적으로 강제하는 것이 되므로 이를 인정하는 것은 부당하다.

⁶⁷⁾ 이은영, 위의 책, 685-686면.

⁶⁸⁾ 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2414판결.

⁶⁹⁾ 대법원 1976. 10. 26. 선고 76다2079 판결.

⁷⁰⁾ 이은영, 앞의 물권법, 686면.

⁷¹⁾ 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다41740 판결.

⁷²⁾ 이정민, 앞의 논문, 12면.

변제기를 정하지 않은 채권은 채권의 발생과 동시에 유치권의 성립이 가능하다. 그러나 채권자가 변제를 수령하지 않고 있는 채권자지체의 경우에도 유치권을 인정하는 것은 공평의 원칙과 유치권 제도의 목적에 배치된다고 할 수 있다. 따라서 채무자가 변제의 제공을 하였음에도 불구하고 유치권자가 수령을 하지 않아 채권자지체에 빠져있는 경우에는 유치권을 행사할 수 없고, 또한 채권의 변제기가 도래하더라도 상대방에게 동시이행항변권이 인정되는 경우에도 유치권을 행사할 수 없다.73)이에 반하여 채권자지체에 빠졌다 하여 유치권자가 변제를 받지 못한 채 물건을 인도하는 것은 타당하지 않다는 견해가 있다. 즉, 이행지체가 유치권의 성립요건이 아님에도 불구하고 채권자지체를 달리 파악할 필요도 없고, 채권자지체에 빠져 있더라도 견련성있는 채권이라면 변제를 받을 때까지 유치권을 인정하는 것이 타당하다는 것이다.74)

3. 목적물을 점유할 것

가. 점유의 계속

유치권자는 목적물(타인의 물건)을 점유하고 있어야 한다. 유치권은 목적물을 점유하고 있는 경우에 성립하는 권리이기 때문에 점유는 당연히 필요하며, 계속적이어야 한다. 즉, 목적물의 점유는 유치권의 요소로써 성립요건(민법 제320조) 및 존속요건(민법 제328조)이고, 유치권자가 목적물의 점유를 상실하면 유치권은 소멸한다.75) 유치권의 성립요건이자 존속요건인 점유는 물건이 사회 통념상 그 사람의 사실적지배에 속한다고 보여지는 객관적 관계가 있는 것을 말하고, 사실적 지배는 반드시물건을 물리적・현실적으로 지배하는 것뿐만 아니라 물건과 사람과의 시간적・공간적 관계, 본권 관계, 타인 지배의 배제 가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다.76) 예컨대, 법원에서 경매개시결정 당시부터 점유를 하지않으면서 이루어지는 유치권신고의 경우에는 유치권자로 인정되지 않으므로 경매절

⁷³⁾ 이정민, 위의 논문, 12면.

⁷⁴⁾ 이은영, 앞의 물권법, 678-679면,

⁷⁵⁾ 대법원 1972. 5. 30. 선고 72나548 판결.

⁷⁶⁾ 대법원 2013.10.24. 선고 2011다44788 판결; 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39530 판결; 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결 등 참조.

차의 매수인에게 대항할 수 없다.77)

건축공사 중 시공사가 건축주 등으로부터 공사대금을 받지 못하여 유치권을 행사하다가 건축물의 점유를 일시 상실한 후에 다시 점유를 하는 경우가 있는데, 이 경우 유치권을 포기하는 등의 특별한 사정이 없다면 유치권을 재취득하게 된다. 판례도 경락인이 수급인이 도급인에게 건물을 인도함으로써 유치권을 포기하였거나 수급인이 점유를 상실하면서 유치권이 소멸되었다는 주장에 대하여 "공사완공 직전에도급인과 수급인 사이에 공사대금의 지급을 1년 이상 지체할 경우 토지 및 건물에대하여 수급인에게 소유권을 이전하기로 약정을 하였고, 그 후 수급인이 공사를 완공한 후 건물을 도급인에게 인도하였다. 위 약정은 수급인의 공사대금 채권의 확보수단으로 체결된 것으로서 그 후 수급인이 도급인에게 건물을 인도하였다는 사정만으로 수급인이 유치권을 포기하였다거나 그에 기초한 권리를 행사하지 아니하기로 약정하였다고 볼 수 없고, 또한 유치권자가 물건에 대한 점유를 일시 상실하였다가후에 다시 같은 물건을 점유하게 된 경우에는 점유 상실 당시 유치권을 포기하는 등 특별한 사정이 없는 한 그 채권을 위하여 유치권을 취득한다"고 판시하였다.78)

그리고 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계없지만,79) 유치권자는 채무자의 승낙이 없는 이상 그 목적물을 타인에게 임대할 수 있는 처분권한이 없으므로(민법 제324조 제2항 참조) 유치권자의 임대행위는 소유자의 처분권한을 침해하는 것으로서 소유자에게 그 임대의 효력을 주장할 수 없고, 따라서 소유자의 동의없이 유치권자로부터 유치권의 목적물을 임차한 자의 점유는 경락인에게 대항할 수있는 권원에 기한 것이라고 볼 수 없다.80) 신축공사에서 하수급계약을 통해 공사채권을 가진 유치권자가 채권단의 일원으로서 소유자로부터 호텔의 점유·사용·처분등에 관한 일체의 권리를 위임받아 점유한 후 현재까지 채권단의 대표 또는 대표가영업을 맡긴 제3자 등을 통하여 간접점유하고 있는 경우에는 공사대금 채권을 피담보채권으로 하는 유치권자의 유치권은 존재한다고 판단할 수 있다.81) 공사잔금 채권을 근거로 공장건물의 유치권자가 공장건물 소유회사의 부도 이후에 그 공장에 직원을 보내 그 정문 등에 공장을 유치 및 점유한다는 안내문을 게시하고, 용역경비원

⁷⁷⁾ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결; 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결.

⁷⁸⁾ 대법원 2005. 1. 13. 선고 2004다50853, 50860 판결 등

⁷⁹⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 382면; 송덕수, 앞의 물권법, 447면; 김준호, 앞의 책, 351.

⁸⁰⁾ 대법원 2002. 11. 27. 자 2002마3516 결정.

⁸¹⁾ 대법원 2013. 10. 24. 선고 2011다44788 판결.

2명씩을 주야 교대로 공장에 대한 경비와 수호를 하도록 하고, 또한 공장의 건물 등에 자물쇠를 채우고 공장의 출입을 통제하기 시작하고 그 공장이 경락된 이후에도 유치권자의 직원을 통해 그 공장 주변을 경비, 수호하게 하고 있었다면 유치권자는 간접점유를 통해 공장을 점유한 것으로 보았다.82)

그러나 수급인이 공사대금채권자로서 채무자를 직접점유자로 하여 공사한 건물을 간접점유한 경우, 유치권은 목적물의 유치를 통하여 채무자의 변제를 간접적으로 강 제하는 것을 본체적 효력으로 하는 권리라는 점 등에 비추어 그 직접점유자가 채무 자인 경우에는 유치권의 요건으로서의 점유에 해당하지 않는다고 본 것이다.83)

나. 적법한 점유

유치권자의 점유는 불법행위에 의하여 시작된 것이 아니어야 한다(민법 제320조 제2항). 즉, 적법한 권원에 의한 점유인 경우에만 유치권이 성립한다. 목적물을 불법으로 점유하여 유치권을 취득한 자의 채권을 보호하는 것은 유치권의 입법취지인 공평의 원칙에 반하는 결과를 가져올 수 있으므로 그러한 자의 채권을 보호할 이유나 필요가 없기 때문이다.84) 점유가 불법행위로 인하여 취득한 경우란 점유의 취득이 점유자의 불법에 의한 침탈이나 사기·강박에 의하거나 채무자에게 대항할 수 없는 경우와 같이 적법한 권원없이 점유한 경우 등에는 유치권을 인정할 수 없다.

불법행위는 민법 제750조의 불법행위와 다르게 볼 필요는 없기 때문에 부동산 유치권자의 점유가 그 소유자에게 불법행위가 되는 경우에는 유치권은 성립하지 않은 것이 되어 소유자에게 대항할 수 없다. 첫째, 처음부터 불법행위에 의한 점유로써타인의 물건을 훔치거나 횡령한 자가 그 목적물을 수선한 경우 그 수리비채권에 대해서는 유치권은 성립하지 않는다. 즉, 불법점유 중에 그 목적물에 관하여 지출한필요비나 유익비가 있더라도 유치권의 항변을 인정하지 않는다.85) 둘째, 불법행위로점유를 취득한 후에 적법한 권원을 취득한 경우에도 유치권은 인정되지 않는다고보아야 한다. 반대로 처음에는 적법하게 점유를 취득하였지만 이후에 점유권원이 소

⁸²⁾ 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

⁸³⁾ 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다27236 판결.

⁸⁴⁾ 김준호, 앞의 책, 351면; 지원림, 앞의 책, 737면; 박준서, 「물권(2)」, 한국사법행정학회, 2000, 364면; 신국미, "유치권제도에 관한 연구 - 동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로", 고려대학교 박사학위논문, 2004, 109면.

⁸⁵⁾ 대법원 1976. 5. 25. 선고 76다482 판결.

멸된 상태에서 점유자가 이를 알았거나 알 수 있었음에도 불구하고 비용 등을 지출한 경우에도 유치권은 성립하지 않는다고 해야 한다.86 즉, 건물의 임차인이 임대차가 종료한 후에 점유할 권원없이 그 건물에 비용을 지출한 경우, 저당권이 설정된건물을 매수하고 인도받은 매수인이 이후 저당권의 실행으로 경락이 된 후에 그 건물에 비용을 지출한 경우 등의 경우에 그 채권을 위한 유치권은 인정되지 않는다. 그러나 권원이 소멸되었다는 사실을 과실없이 알지 못하거나87 중과실이 없는 경우에는 유치권을 인정할 수는 있을 것이다.88)

중대한 과실로 알 수 없었다는 사실에 대한 입증에 대해서는 물건의 점유자는 소유의 의사로 선의, 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정되고(민법 제197조), 점유자가 점유물에 대해 행사하는 권리는 적법하게 보유한 것으로 추정되고(민법 제197조 제1항, 제200조), 그 점유가 불법행위에 의해서 시작되었다는 것은 그 주장자인 원고(채무자)가 입증하여야 한다. 즉, 점유물에 대한 필요비와 유익비 상환청구권을 기초로 하는 유치권 주장을 배척하려면 적어도 점유가 불법행위로 인하여 개시되었거나점유자가 필요비와 유익비를 지출할 당시 점유권원이 없음을 알았거나 중대한 과실로 알지 못하였다고 인정할만한 사유에 대한 상대방 당사자의 주장・증명이 있어야한다.89)

'점유의 권원', '점유할 권리'란 점유하는 것을 정당화시키는 사유로서의 본권을 가지는 경우로써 소유권·지상권·전세권·유치권·질권 등의 물권적 권원과 임차인·사용차주·수치인 등의 임차권에 기한 권리, 취득시효완성 후의 점유자의 권리, 동시이행항변권 및 사무관리 등의 채권적 권원 등이 해당된다고 할 수 있다.90) 그러나 점유를 요건으로 하지 않는 지역권·저당권의 경우에는 점유할 권리가 인정되지않는다.

목적물에 대한 유치권의 인정여부가 단순하게 점유하고 있다는 사실만으로 부당하게 확대될 경우 허위·과장의 유치권이 남발할 우려, 부동산 거래에 있어서 그 공시방법인 등기를 신뢰하고 거래한 담보권자 또는 압류권자 등이 불측의 손해를 입을 우려 등이 있기 때문에 적법한 권원에 의하지 않은 유치권의 성립을 엄격하게

⁸⁶⁾ 송덕수, 앞의 물권법, 448-449면; 김준호, 앞의 책, 352면.

⁸⁷⁾ 이영준, 앞의 책, 775면.

⁸⁸⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 382면; 송덕수, 앞의 물권법, 448면; 김준호, 앞의 책, 352면; 김증한·김학동, 「물권법」, 박영사, 2014, 459면; 차문호, "유치권의 성립과 경매", 「사법논집」, 제42집, 법원도서관, 2006, 389면.

⁸⁹⁾ 대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결; 대법원 1966. 6. 7. 선고 66다600, 601 판결 등.

⁹⁰⁾ 신국미, 앞의 논문, 110면; 김준호, 앞의 책, 112면.

제한할 필요가 있다.

다. 신의칙에 반하지 않는 점유

부동산거래의 경우에도 법률행위에 의하여 득실변경이 이루어지는 것은 마찬가지이다. 부동산시장에서 부동산 유치권제도와 관련하여 거래당사자가 유치권을 악용하여 자기의 이익을 위해 고의적으로 작출하여 유치권의 최우선순위담보권으로서의지위를 부당하게 이용하고 전체 담보물권의 법체계에 관한 법의 구상을 왜곡할 위험이 내재하고 있기 때문에 개별 사안에서 구체적 사정을 종합적으로 고려하여 신의성실의 원칙에 반한다고 판단되는 유치권제도의 남용에 의한 유치권행사는 허용될 수 없다.91)

대법원은 2005년 판결 이후 경매절차의 매수인이 인도청구 등을 한 사안에서 유치권의 행사를 제한하는 이유로 신의칙 위반을 인정하기 시작하였다.92) 예컨대, 채무자 甲 주식회사 소유의 건물 등에 관하여 乙 은행 명의의 1순위 근저당권이 설정되어 있었는데, 2순위 근저당권자인 丙 주식회사가 甲 회사와 건물 일부에 관하여임대차계약을 체결하고 건물 일부를 점유하고 있던 중 乙 은행의 신청에 의하여 개시된 경매절차에서 유치권신고를 한 사안에서, 丙 회사가 경매절차에서 유치권을 주장하는 것에 대하여 후순위근저당권자가 상사유치권의 성립요건을 충족하는 내용의거래를 일으킨 후에 근저당부동산에 대한 유치권을 취득하고 이를 선순위근저당권자에게 주장하는 것은 고의적으로 유치권을 작출하여 그 지위를 부당하게 이용하였다고 평가할 수 있는 사정이 있는 경우로써 유치권의 주장을 허용하지 않았다.93)

그러나 목적물에 관하여 채권이 발생하였지만 채권자가 목적물에 관한 점유를 시작하기 전에 저당권 등의 담보물권이 설정되고 난 이후에 채권자가 목적물에 관한점유를 취득한 경우 채권자는 다른 사정이 없는 한 그와 같이 취득한 유치권을 저당권자 등에게 주장할 수 있는 것이므로 유치권의 행사가 신의칙에 반하여 유치권제도를 악용한 것이라고 할 수는 없다.94) 그리고 유치권의 피담보채권이 목적물로부터 생길 당시에 채무자의 목적부동산에 제한물권 또는 처분제한의 등기에 따라 경

⁹¹⁾ 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014다53462 판결.

⁹²⁾ 이재석, 앞의 책, 546면 이하 참조.

⁹³⁾ 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결.

⁹⁴⁾ 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결; 대법원 1965. 3. 30. 선고 64다1977 판결.

매개시결정의 기입등기가 되고 압류의 효력이 발생한 이후에 성립한 유치권으로 인하여 침해받는 경우 그 유치권을 성립시키는 행위가 사해행위에 해당된다면 유치권은 선순위의 권리자에게 대항할 수 있는 점유를 권원없이 취득한 경우에 해당되므로 그 점유는 신의칙상 불법행위로 인하여 취득한 점유로서 유치권의 성립이 배제된다(민법 제320조 제2항).95)

4. 채권과 목적물의 견련관계가 있을 것

가. 견런성에 관한 학설의 대립

현행 민법 제320조 제1항에 따른 유치권의 성립요건하기 위해서는 '물건에 관하여생긴 채권'이 존재하여야 한다. 즉, 채권과 물건 사이에 견련관계가 존재하여야 하는데, 그 의미나 기준이 명확하지 않아 그 기준이 구체적으로 무엇을 의미하는가에 관하여 일원설과 이원설로 학설의 대립이 있다. 이외에도 채권과 목적물의 점유 사이에도 견련관계가 존재하여야 하는지 문제가 제기될 수 있다. 이에 대해서 학설과 판례는 부정하고 있다.96)

(1) 일원설

일원설은 견련성의 기준을 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우에 한정하여 좁게 인정하는 것이 바람직하다는 입장으로서 소수설에 속하는 견해이다. 이 견해는다시 채권의 성립과 물건의 존재간에 상당인과관계가 있으면 견련성을 인정하려는견해,97) 채권과 물건이 어떠한 경제적 관계로 발생하였으며 채무자가 스스로 자신의 채무를 이행하지 않고 물건의 반환을 구하는 것이 사회관념상 공평의 원칙에 부합하다고 인정되는 경우에 견련성이 있다는 견해,98) 계약당사자 사이에 동시이행항변

⁹⁵⁾ 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다50165 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결.

⁹⁶⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 381면; 장인태, 「유치권 이론과 실무」, 유로, 2015, 78면; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014다53462 판결; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결; 대법원 1965. 3. 30. 선고 64다1977 판결 참조.

⁹⁷⁾ 방순원, 앞의 논문, 230면.

⁹⁸⁾ 지원림, 앞의 책, 730면; 김재국, "부동산 유치권의 제한", 「토지법학」, 제29권 제1호, 한국토지법학회, 2013. 188면.

권으로 충분한 때에는 견련성을 인정할 수 없다는 견해,⁹⁹⁾ 유치권을 넓게 인정하게 되면 제3자의 이익을 해치게 된다는 견해¹⁰⁰⁾ 등이 있다.

이와 같이 일원설은 유치권의 성립범위를 넓게 인정하면 다른 담보권자의 우선변 제권을 해칠 수 있고, 제3자의 희생을 통해서라도 채권자를 보호할 필요가 있는 경우에 한정하여 인정하자는 견해이다. 그러나 일원설은 상당인과관계나 사회관념에 따른 공평의 원칙 등과 같은 추상적인 개념을 도입하므로 실제의 적용에 있어서 문제를 일으킬 수 있게 된다.

(2) 이원설

견련성의 기준을 유형화하여 '채권이 물건 자체로부터 발생한 경우'와 '채권이 물건의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우'로 이원화하여 설명하는 견해로써 다수의 견해이다.¹⁰¹⁾

첫 번째 유형인 채권이 물건 자체로부터 발생한 경우에 유치권의 인정여부에 대해서는 이견이 없다.102) 즉, 목적물에 대해 지출된 필요비 또는 유익비 등의 상환청구권(민법 제203조, 제310조, 제626조, 제688조, 제701조, 제739조), 도급·위임·임치계약 따른 유상수치로 인하여 생긴 보수청구권(민법 제665조, 제686조, 제701조 참조) 등이 이에 속한다. 그리고 그 목적물로부터 공격을 받아 피해를 입은 경우의 손해배상청구권(민법 제759조)으로 이웃에 공이 날아들어 유리창이 파손되거나 임치물의 하자로 인하여 손해가 발생하여 그에 대응한 비용의 지출이 강요된 경우이다. 특히 손해배상청구권이 발생하는 경우에는 채권자에게 동시이행항변권이 인정될 여지가 없고, 채권자를 보호하기 위해서는 유치권을 인정하는 수단밖에 남아 있지 않다는 점을 고려하여야 한다는 것이다.103)

그러나 손해발생의 원인을 제공한 것이 물건이 아니라 사람의 배신행위에 의한 채무불이행의 경우에는 그 목적물을 유치할 수는 없다. 또한 채권은 목적물로부터

⁹⁹⁾ 송덕수, 앞의 물권법, 451면; 이은영, 앞의 물권법, 679면; 김준호, 앞의 책, 350면.

¹⁰⁰⁾ 이영준, 앞의 책, 770-771면; 박용석, "유치권의 성립요건으로서의 견련성에 관하여", 「법학연구」, 제48 권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 2, 228-229면.

¹⁰¹⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 379-381면; 김상용, 「물권법」, 화산미디어, 2018, 561-562면; 김증한·김학동, 앞의 책, 460면; 배용준, "유치권의 성립요건으로서의 견련관계 및 유치권의 불가분성", 「민사판례연구」, 민사판례연구, 2009, 175면 등.

¹⁰²⁾ 김준호, 앞의 책, 346면.

¹⁰³⁾ 양창수, "유치권의 성립요건으로서 견련관계(Ⅱ), 「고시계」, 1986. 4, 180-181면.

발생한 것이어야 하므로 채권이 목적물 그 자체를 목적으로 하는 때에는 견련관계가 인정되지 않는다. 즉, 임대차기간의 종료에 따라 임차인의 건물명도시에 발생하는 권리금반환청구권이나 임차보증금반환채권과 같은 경우에는 목적물 그 자체로부터 발생한 것이 아니므로 견련관계가 인정되지 아니한다.104) 판례도 임대인과 임차인 사이에 건물명도시 권리금을 반환하기로 하는 약정이 있었다 하더라도 권리금반환청구권은 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없으므로 그와 같은 채권을 가지고건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다고 보았다.105)

두 번째 유형인 채권이 물건의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우, 예컨대 물건의 매매계약이 취소된 경우 매매대금의 부당이득에 의한 매매대금상환청구권과 목적물반환청구권은 매매계약의 취소라는 동일한 법률관계에서 생긴 것으로 견련성이 인정되며, 또는 당사자의 우호적인 모임에서 우산이나 신발 등이 우연히 바뀐 경우처럼 동일한 사실관계로부터 생긴 상호간의 반환청구권의 경우에도 견련관계가 인정된다.106) 그러나 상호간의 물건반환청구권에 대해 일원설에서는 소유권자인 각자가 자기의 물건에 대해 소유권에 기인한 물권적 청구권의일환으로 반환청구권을 행사하면 무방하므로 이를 유치권에 의해 담보되는 채권에 포함시키는 것은 무리라고 한다.107)

그리고 동일한 법률관계에 의해 발생한 경우라도 부동산의 이중양도, 타인의 물건의 매매로 인한 손해배상청구권에 있어서는 유치권의 성립을 부정하고 있다. 부동산이중양도로 제2매수인에게 소유권 이전등기가 행하여진 경우 제1매수인이 취득한손해배상청구권을 피보전채권으로 하여 유치권을 행사할 수 있느냐에 대해서, 제1매수인에게 유치권을 인정하게 되면 민법 제186조의 물권의 득실변경에 대한 등기를 효력발생요건으로 하는 법체계가 무너질 우려가 있기 때문이다.108) 이에 대한 우리의 판례는 없지만, 일본 판례는 이를 명시하여 선언한 것이 있다. 즉, 거래관계에 비추어 볼 때 "상고인이 주장하는 채권은 모두 그 물건 자체를 목적으로 하는 채권이그 양태를 변형한 것에 지나지 않아, 이러한 채권을 그 물건에 관해 발생한 채권이라고 볼 수 없다"고 하여 견련관계를 부정한 바 있다.109)

¹⁰⁴⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 380면; 김준호, 앞의 책, 346면; 고상용, 「물권법」, 법문사, 2002, 529면; 장윤 환, 앞의 논문, 49면.

¹⁰⁵⁾ 대법원 1994. 10. 14. 선고 93다62119 판결; 대법원 1976. 5. 11. 선고 75다1305 판결.

¹⁰⁶⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 380-381면.

¹⁰⁷⁾ 김준호, 앞의 책, 350면.

¹⁰⁸⁾ 양창수, 앞의 논문, 183면; 김준호, 앞의 책, 347면.

¹⁰⁹⁾ 일본 최고재판소 1968. 11. 21 昭43(オ)586号 판결.

또한 甲이 乙소유의 부동산을 丙에게 양도한 경우, 乙이 소유권에 기해 丙을 상대로 반환청구를 하는 것에 대해 丙이 甲에 대한 손해배상청구권을 근거로 부동산에 관해 유치권을 허용하게 되면, 부동산 물권변동에 있어서 점유를 일정범위 내에서 공신력을 인정하게 되어 민법 체계에 부합되지 않는 문제가 발생하게 되어 허용될 수 없다.110)

(3) 절충설

견련성의 기준을 원칙적으로 채권이 목적물 그 자체로부터 발생한 경우에는 유치권의 성립을 당연히 인정하지만, 이원설에 의한 두 번째 유형의 기준에 대해서는 일반적·구체적 기준으로 인정하는 것은 문제가 있기 때문에 구체적 사안에 따라 제3자의 이해를 고려하여 공평의 원칙에 부합하는가의 이익형량의 과정을 통하여 개별적으로 정하자는 견해,111) 또는 목적물과 직접 관련이 있는 경우에 한정하여 인정하자는 견해,112) 피담보채권이 목적물에 대한 공익적 성질을 가지는 여부에 따라 견련관계를 판단하자는 견해113) 등이 있다.

(4) 검 토

목적물과 피담보채권 사이의 견련관계에 대한 다수설인 이원설의 경우에는 채권과의 관련이 있는 법률관계 또는 사실관계에 있어서 견련성을 인정하는 것이어서현재의 학설 중에서는 무난하다고 할 수 있다. 그러나 '동일한 법률관계 또는 생활관계'의 인정은 공평의 원칙을 견지하는 입장에서 판단된다는 점에서 그러한 개념들 또한 일원설의 논거로 주장되는 사회관념이나 상당인과관계와 같이 일반적·추상적 규정에 해당하므로 구체적인 사안에 따라 개별적으로 적용되더라도 동일한 문제를 야기할 수 있다.114) 또한 채권과 목적물반환의무가 동일한 법률관계 또는 사실관계에서 발생한 경우 견련관계를 인정하여 유치권의 성립을 모두 인정하는 것은

¹¹⁰⁾ 김준호, 앞의 책, 347면.

¹¹¹⁾ 이영준, 앞의 책, 770-771면; 엄동섭, "유치권의 성립요건 - 견런성", 「고시계」, 제585호, 2005. 11, 24 면 이하 참조.

¹¹²⁾ 이은영, 앞의 물권법, 659면.

¹¹³⁾ 지원림, 앞의 책, 750면.

¹¹⁴⁾ 장윤환, 앞의 논문, 49면.

유치물에 대하여 권리를 취득하고 있는 이해관계인인 제3자에게 예측할 수 없는 위험을 부담케 하는 것으로 거래의 안전을 해하게 된다. 또한 민법의 규정은 '그 물건에 관하여 생긴 채권'이라고 명시하고 있으므로 '채권이 목적물 자체로부터 발생한경우'에 한정하여 인정하는 것이 규정의 취지에 부합하고, 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계로 발생한 경우를 일률적으로 '그 물건에 관하여 생긴 채권'에 포함시키는 것은 민법의 문리적 해석상으로도 불가능하다는 비판도 있다.115)

일원설은 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우에 한정하여 합리적이고 간명한 판단기준에 따라 견련성을 인정하고자 한다. 그러나 일원설도 그 기준을 사회적 관념이나 상당인과관계 등의 추상적인 개념에 의하고 있으므로 개별적·구체적 사안에서는 적용기준이 되기 어렵고, 결과적으로 유치권을 인정하는 범위를 좁게 해석한다는 문제가 있다.116) 또한 절충설도 공평의 원칙이라는 추상적이고 모호한 개념을 그 판단기준으로 제시하고 있다는 점에서 문제가 있다.117)

이상에서 살펴본 바와 같이 피담보채권과 목적물과의 견련관계에 대한 학설은 모두 유치권의 성립 여부에 관한 실질적인 판단기준으로서 기능은 하고 있지 못하다. 결과적으로 보면 허위·과장의 유치권으로 인한 폐해가 많이 발생한다는 점을 고려하면 그 성립범위를 제한적으로 해석할 필요가 있다. 담보물권이면서 우선변제권이 인정되지 않는 유치권의 특수성을 고려하여 견련성을 넓게 인정하면서도 일정한 한계를 정하여야 한다. 실무적으로 이원적 기준에 의하더라도 간접원인에 따른 견련관계의 인정범위를 제3자의 정당한 이익을 보호하기 위한 면밀한 분석을 통해 그 성립범위를 적절히 통제해 나가는 것이 공평의 원칙에 따라 인정되는 유치권의 입법취지를 살리는 것이라고 할 수 있다.

나. 판례의 경향

판례는 유치권의 인정여부에 대하여 견련관계의 구체적인 의미나 유형은 명시하지 않으면서, 그동안 일원설에 입각하여 일반적으로 법문의 내용을 그대로 인용하거나 공평의 원칙에 의하여 판단하면서 간접적으로 이원설의 입장을 취하기도 하였다.

¹¹⁵⁾ 이영준, 앞의 책, 767면; 김재권, 앞의 책, 39면,

¹¹⁶⁾ 고상용, 「물권법」, 법문사, 2002, 529면; 공순진, "유치권의 성립요건으로서의 견련성", 「법정리뷰」, 제21집, 동의대학교 지방자치연구소, 2004, 18면; 엄성현, 앞의 논문, 27면.

¹¹⁷⁾ 김재권, 앞의 책, 37-38면.

그러나 최근 대법원의 판례는 대체적으로 이원설의 입장을 분명히 보이고 있다.118) 이하에서 부동산 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생하는 채권을 공사업자의 공사대금채권, 임대차관계에서 임차인의 채권, 기타 채권자의 채권 등으로 구별하여 살펴보았다.

(1) 공사대금채권

(가) 견련관계가 인정되는 경우

수급인의 공사대금청구권과 지연손해금채권과 관련하여 대법원은 "주택건물의 신축공사를 한 수급인이 그 건물을 점유하고 있고 또 그 건물에 관하여 생긴 공사금채권이 있다면, 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지 건물을 유치할 권리가 있다고할 것이고, 이러한 유치권은 수급인이 점유를 상실하거나 피담보채무가 변제되는 등특단의 사정이 없는 한 소멸되지 않는다"고 판시하였다.119) 건물이 완공된 후 도급인이 피고에게 처분권을 위임하여 그 분양대금에서 공사대금 등 건축과 관련한 일체의 비용을 지급받을 수 있는 권한을 부여하였기 때문에 피고가 이를 매각처분하여 그 대금으로 공사대금을 지급받을 수 있더라도 그러한 약정만으로 피담보채권인 공사대금이 변제된 것으로 볼 수 없으므로 공사대금 채권이나 유치권이 소멸되었다고 볼 수 없다는 것이다. 만약, 본래의 공사도급계약에 따른 공사 이외에 추가공사를 한 경우, 그로 인한 채권이 있음을 명백히 입증할 수 있다면 유치권주장에 문제가 없지만, 구두 약정이나 공사업자가 임의로 추가공사를 하였다면 유치권이 인정되지 않을 수 있다.120)

공사도급계약에서 수급인 뿐만 아니라 하수급인도 공사대금채권을 피담보채권으로 하는 독립한 유치권을 행사할 수 있을 뿐만 아니라 수급인의 유치권을 원용할수도 있다. 대법원은 "재항고인이 부동산 임의경매절차에서 매각기일을 지나 매각결정기일 이전에 유치권의 신고를 함과 아울러 그 유치권의 발생원인을 주장하고 있다면, 하수급인인 재항고인이 자신의 공사대금채권을 위한 독립한 유치권을 취득・행사하는 것이거나 최소한 수급인의 유치권을 원용하여 행사하는 것으로 볼 여지가

¹¹⁸⁾ 김재권, 앞의 책, 38면; 이정민, 앞의 논문, 11면.

¹¹⁹⁾ 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다16202, 95다16219 판결.

¹²⁰⁾ 김재권, 앞의 책, 109면.

있고, 따라서 재항고인의 유치권은 그때까지 성립 여부가 불분명한 경우에 해당될 뿐. 유치권이 성립할 여지가 없음이 명백한 경우에 해당된다고 볼 수는 없다"121)

이와 같이 공사도급계약에 따라 수급인의 공사대금채권과 그 지연손해금채권은 도급계약이라는 법률관계로부터 생긴 것이므로 도급인의 채무불이행에 의한 수급인 의 손해배상채권은 원채권에서 발생한 채권이므로 건물에 관하여 생긴 채권으로써 유치권을 인정한 것이다.

부동산에 부합한 물건에 대하여 공사대금채권을 가지고 있는 채권자는 그 부합물을 점유하여서는 유치권을 취득할 수 없고, 그 부동산을 점유함으로써 유치권을 취득할 수 있다. 부동산에의 부합물은 부동산의 일부 또는 구성부분에 불과하여 독립한 물건으로 볼 수 없으므로 물권의 객체가 될 수 없기 때문이다.122) 또한 주물과종물은 서로 독립한 물건이므로 주물인 부동산에 관하여 생긴 채권을 가지고 주물을 점유하는 경우 종물에 대하여도 유치권을 취득하지만, 종물에 관하여 생긴 채권을 가지고 있는 경우에 종물을 점유함으로써 종물에 대하여 유치권을 취득할 수 있다.

(나) 견련관계가 인정되지 않는 경우

공사대금채권이 유치권의 피담보채권이 될 수 없는 경우로는 건물 신축공사가 그일부인 토목공사 단계에서 중단되거나 건물이라고 볼 수 없는 토지 정착물 설치 단계에서 중단된 경우 등이 해당된다. 즉, 그 단계에서의 공사대금채권은 토지에 관하여 생긴 채권이라고 볼 수 없고, 소유권의 객체인 물건이 존재하는 것도 아니기 때문이다. 그러나 예외적으로 통상적으로 예상할 수 없을 정도의 토지형질변경 공사등을 포함하는 공사나 건물 신축에 적합한 용도로 유지하기 위해 행해지는 토목공사・기초공사 단계에서 공사가 중단된 경우에는 공사중단 시점까지 발생한 공사대금채권을 피담보채권으로 하여 유치권의 성립을 인정하였다.123)

또한 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 토지 정착물을 설치한 상태에서 중단된 경우 그 정착물은 토지의 부합물에 불과하므로 유치권을 행사할 수 없다. 판 례도 "건물의 신축공사를 한 수급인이 그 건물을 점유하고 있고 또 그 건물에 관하

¹²¹⁾ 대법원 2007. 5. 15. 자 2007마128 결정.

¹²²⁾ 이재석, 앞의 책, 418면.

¹²³⁾ 대법원 2007. 11. 29. 선고 2007다60530 판결; 대법원 2013. 5. 9. 선고 2013다2474 판결.

여 생긴 공사금 채권이 있다면, 수급인은 그 채권을 변제받을 때까지 건물을 유치할 권리가 있는 것이지만,124) 건물의 신축공사를 도급받은 수급인이 사회통념상 독립한 건물이라고 볼 수 없는 정착물을 토지에 설치한 상태에서 공사가 중단된 경우에 위정착물은 토지의 부합물에 불과하여 이러한 정착물에 대하여 유치권을 행사할 수 없는 것이고, 또한 공사중단시까지 발생한 공사금 채권은 토지에 관하여 생긴 것이 아니므로 위 공사금 채권에 기하여 토지에 대하여 유치권을 행사할 수도 없다"고 판시하였다.125) 그러나 이 판결은 토목공사와 건물 신축공사를 준별하는 전제에서 부합물에 관한 채권과 토지와의 견련관계를 부정하는 것은 타당하지 않으며, 독립성을 갖춘 건물에 대한 창호공사 및 잡철부분공사 대금채권과 건물과의 견련관계를 인정한 판례126)와도 일치하지 않는다고 한다.127)

(2) 임차인의 채권

(가) 견련관계가 인정되는 경우

타인의 부동산을 점유하면서 지출한 비용의 상환을 청구할 수 있는 권리가 발생한다. 점유자와 회복자와의 관계,128) 전세권·유치권 등과 같은 물권관계와 임대차·위임 등과 같은 계약관계를 비롯한 사무관리·부당이득 등과 같은 채권관계를 들수 있다

먼저, 채권이 점유하고 있는 부동산 자체로부터 발생한 경우에 그 점유 부동산을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 점유자는 비용상환청구권에 기하여 유치권을 취득하게 된다.129) 이 경우 유치권에 의하여 담보되는 채권은 목적물인 그 물건의 보존과 가치증대를 위하여 지출한 비용으로 점유자 등이 비용을 지출하거나 노무를

¹²⁴⁾ 대법원 1995. 9. 15. 선고 95다16202, 16219 판결 등 참조.

¹²⁵⁾ 대법원 2008. 5. 30. 자 2007마98 결정.

¹²⁶⁾ 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결.

¹²⁷⁾ 김태관, "건축수급인의 건축 중인 건물과 건축부지에 대한 유치권", 「동아법학」, 제60권, 동아대학교 법학연구소, 2013, 157-160면.

¹²⁸⁾ 민법 제203조(점유자의 상환청구권) ① 점유자가 점유물을 반환할 때에는 회복자에 대하여 점유물을 보호하기 위하여 지출한 금액 기타 필요비의 상환을 청구할 수 있다. 그러나 점유자가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 청구하지 못한다. ② 점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 기타 유익비에 관하여는 그 가액의 증가가 현존하는 경우에 한하여 회복자의 선택에 좇아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다. ③ 전항의 경우에 법원은 회복자의 청구에 의하여 상당한 상환기간을 허여할 수 있다.

¹²⁹⁾ 장윤환, 앞의 논문, 52면.

제공하는 것 자체에 대하여 별도의 계약이 없더라도 물건의 수리 또는 개량의 사실행위를 할 것을 내용으로 하는 계약을 체결한 경우에도 유치권은 성립할 수 있다.130)

임대차계약의 본질은 임대인이 그 목적물을 임차인에게 인도하여 임차인이 사용수익하는데 적정한 상태를 유지해야 할 의무를 부담하므로 임차인이 목적부동산을 점유하면서 보존 또는 개량에 필요한 비용을 지출한 경우에 그 비용은 임대인이 부담하여야 한다. 낡은 출입문을 새로 만들고 마루문, 지붕 및 방 4개를 보수하고 상수도관이 삭아서 새로 바꾸고 정원과 마당을 일부 보수한 것은 주택의 유지보존을 위한 통상의 필요비에 해당하여, 비용을 상환받을 때까지 유치권을 행사할 수 있다. 임차인의 비용으로 행한 임차건물의 증·개축부분은 특약 등 특별한 사정이 없는한, 건물 자체의 구성부분을 이루게 되므로, 이러한 구성부분은 민법 제256조(부동산에의 부합) 본문에 따라서 임대인의 소유로 귀속되므로 그것이 현존하는 한 유익비 상환청구의 대상이 될 것이다.131)

(나) 견련관계가 인정되지 않는 경우

비용지출은 있으나 필요비 또는 유익비가 아닌 경우와 비용지출 자체가 없는 경우 등이다. 전자의 경우는 통상의 필요비인 임차물에 대한 전기료, 수도료, 가스료 등과 같이 일상적으로 지출되는 유지비는 필요비로 인정되지 않으므로 유치권을 취득할 수 없고, 또한 임대차관계에서 이용자의 편의를 위하여 지출된 것 유익비로는 임차인이 임차물의 객관적 가치를 증가시켰다고 할 수 없다.[32] 따라서 임차인이 도

¹³⁰⁾ 판례도 甲 교회 목사 乙이 교인총회에서 소속 교단을 탈퇴하기로 결의하고 독립교회인 丙 교회를 설립한 후 종전 교회건물을 丙 교회가 점유·사용하고 있었는데, 甲 교회가 乙을 비롯한 丙 교회 목사와 장로들을 상대로 교회건물 등에 대한 출입금지 등을 구한 사안에서, 丙 교회건물 등의 점유 주체인 丙 교회가 점유 반환을 청구받음으로써 상환청구권의 변제기가 도래한 것으로 인정되어야 하는데, 甲 교회가 교회건물 등에 대한 출입금지 등을 구하는 상대방인 乙 등은 丙 교회 목사, 장로 등으로서 丙 교회가 고화건물 등에 대한 출입금지 등을 구하는 상대방인 乙 등은 丙 교회 목사, 장로 등으로서 丙 교회가 고유 목적인 예배 등 일상적인 활동을 하는 데 중심적인 역할을 하는 구성원들이고 특히 乙은 丙 교회 대표자 지위에 있다는 점을 감안하면, 乙 등에게 교회 출입금지 및 甲 교회의 사용 방해 금지 등을 청구하는 것은 형식은 피고들 개인에 대한 청구이지만 실질은 丙 교회에 교회건물 등의 반환을 청구하는 것과 다르지 않으므로, 甲 교회가 소를 제기하여 乙 등에게 교회건물 등에 대한 출입금지 등을 청구함으로써 丙 교회가 점유자로서 가지는 필요비와 유익비 상환청구권도 이행기가 도래하였다고 인정하였다(대법원 2011. 12. 13. 선고 2009다5162 판결).

¹³¹⁾ 대법원 1982. 1. 19. 선고 81다1001 판결.

¹³²⁾ 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20389. 20396 판결.

배를 했다든지, 자신의 영업을 하기 위하여 설치한 기계나 설비·가구·인테리어 등에 투자한 시설투자비용, 임차인이 자신의 필요에 의해 특수한 목적에 사용하기 위한 시설개보수 비용 등은 유익비에 해당되지 않는다.133) 점포의 임차인이 자신의 사진관 운영에 필요해서 설치한 특수설비는 비록 사진관 자체의 보존상 필요 또는 가치상 유익할지라도 통상 점포의 필요비 또는 유익비에 해당하지 않는다.134) 다방영업에 필요한 시설을 설치하기 위해 지출한 비용135), 3층 건물 중 2층 사무실을 임차한 후 임차인이 보일러, 온돌방, 주방 가스시설, 전등 등을 설치하고 페인트칠 등을하여 삼계탕집을 경영하면서 들인 비용136) 등은 건물을 보존하기 위한다거나 그 객관적 가치를 증가시키기 위하여 투입한 비용이라고 보기는 어렵다고 하여 유익비로인정하지 않았다. 이처럼 임차인이 자신의 영업을 위해 건물 내부에 시설공사나 설비를 개선하기 위하여 투자한 비용 등은 유익비에 포함되지 않는다는 것을 알 수있다. 후자의 경우로 비용을 자체를 지출하지 않는 경우 유치권의 성립이나 취득이문제될 여지는 없다.

당사자 사이에 비용상환청구권 내지 유치권을 배제하는 특약을 체결한 경우에 임차인의 비용상환청구권은 강행규정이 아니기 때문에 당사자의 특약에 의하여 임대인의 비용상환의무를 면제 내지 경감시킬 수 있다. 판례도 임대차계약에서 임대차관계 종료시에 '임차인은 임대인의 승인하에 개축 또는 변조할 수 있으나 부동산의 반환기일 전에 임차인의 부담으로 원상복구키로 한다'라고 약정한 경우, 이는 임차인이 임차 목적물에 지출한 각종 유익비 또는 필요비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 볼 수 있어 임차인은 유치권을 주장을 할 수 없다고 보았다.137) 또한 임차인이 임차건물을 임차하여 상당한 부분을 증·개축하였을 때는 임대인의 승낙 여부를 불문하고 그 부분이 무조건 임대인의 소유로 귀속된다고 하는약정은 특별한 사정이 없는 한 유효하고, 임대인의 승낙이 없는 한 임차물을 변경할수 없다는 특약도 비용상환청구를 배제하는 것으로 해석되기 때문에 유치권이 성립될 수 없다.138)

¹³³⁾ 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다18086 판결; 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20389 판결.

¹³⁴⁾ 대법원 1948. 4. 12. 선고 4280민상352판결.

¹³⁵⁾ 대법원 1968. 12. 17. 선고 68다1923 판결.

¹³⁶⁾ 대법원 1993. 10. 8. 선고 93다25738 판결.

¹³⁷⁾ 대법원 1995. 6. 30. 선고 95다12927 판결; 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20389 판결; 대법원 1975. 4. 22. 선고 73다2010 판결 등 다수.

¹³⁸⁾ 대법원 1983. 2. 22. 선고 80다589 판결 참조.

(3) 기타의 채권

(가) 견련관계가 인정되는 경우

채권이 점유하고 있는 목적물 자체로부터 발생한 경우로서, 점유부동산 또는 그하자로 인하여 점유자가 손해를 입은 경우 점유자는 손해배상채권을 담보하기 위하여 유치권을 행사할 수 있다. 일종의 무과실책임을 부과하는 것이 공평의 원리에 합당하기 때문이다. 139) 그리고 부동산 가등기 담보권자가 청산금을 지급하기 전에 목적물을 제3자에게 양도한 경우, 담보권설정자는 청산금지급청구권 140)으로 유치권을 행사할 수 있다. 또한 담보권자가 소유권이전등기를 경료받았다고 하더라도 청산절차를 거치지 않는 한 그 소유권은 채무자에게 있고, 또 채무자가 채권자에게 담보의목적으로 이전등기를 넘겨준 경우는 통상의 매매와 같이 동시이행항변권을 포기한 것으로 볼 수는 없기 때문이다(가등기담보등에관한법률 제4조 제2항). 141)

(나) 견련관계가 인정되지 않는 경우

채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생한 경우에 매매계약에 의하여 소유권이전등기가 경료되었지만, 하자있는 법률행위로 인하여 그 계약이 무효 내지 취소된 경우에 매수인의 대금반환청구권에 기한 유치권을 주장하면서 목적물의 반환을 거절할 수 있는가. 매매계약이 무효, 취소된 경우에 원상회복의무에 있어서 대금지급채무와 목적물인도의무는 상환급부관계에 있고, 매수인은 대금의 지급을 받을 때까지 목적물의 인도를 거절하는 유치권 내지 동시이행 항변권이 생긴다고 보았다. 142) 이 경우 유치권의 성립을 인정하면 매도인에게는 동시이행항변권만을 인정하고 매수인에게는 동시이행항변권과 유치권을 동시에 인정하는 결과가 되기 때문에 공펴의 원칙에 반하므로 유치권을 인정할 필요는 없을 것이라는 견해도 있다. 143) 이 경우 직접적으로 유치권을 인정하고 있는 판례를 찾기는

¹³⁹⁾ 홍성재, 「물권법」, 동방문화사, 2017, 494면.

¹⁴⁰⁾ 가등기담보권자가 담보부동산을 선의의 제3자에게 처분하여 선의의 제3자가 담보부동산의 소유권을 취득한 경우에는 선의의 제3자가 담보부동산의 소유권을 취득한때 채무자의 청산금지급청구권이 발생한다 (대법원 2002. 12. 10. 선고 2002다42001 판결).

¹⁴¹⁾ 홍성재, 앞의 책, 498면.

¹⁴²⁾ 신국미, 앞의 논문, 35면 이하 참조.

¹⁴³⁾ 홍성재, 앞의 책, 496-497면.

힘들며 대체적으로 동시이행항변권만을 인정하고 있다.144)

임대인이 건물시설을 사용 및 관리하지 않기 때문에 임차인은 그 목적 건물을 사용하지 못한 것에 대하여 임차인에게 발생한 손해배상청구권은 그 건물에 관하여생긴 채권이라고 할 수 없으므로, 유치권을 행사할 수 없다. 임차인의 손해는 임대인의 채무불이행으로 인한 손해라고 보아야 할 것이다. 판례는 채무자 소유의 말이채권자 소유의 밭 경작물을 먹어 손해를 발생하게 한 경우 그 물건에 대한 손해배상청구권에 대하여도 유치권이 인정된다고 하였으나,145) 부동산의 경우에는 유치권을 주장하거나 인정된 사례를 찾기는 어렵다.146)

5. 유치권배제의 특약이 없을 것

유치권은 채권자의 이익을 보호하기 위하여 법률규정에 의하여 당연히 발생하는 담보물권이지만, 이는 채권자의 채권담보를 위한 수단에 불과한 것이다. 따라서 채 권자가 스스로 유치권의 성립을 포기하거나 당사자간의 약정에 의하여 유치권의 성 립을 배제하는 특약을 체결하는 것은 유효하다. 147) 유치권 배제의 특약은 사전에 포 기하거나 사후에 포기하거나 상관없이 유치권은 바로 소멸하게 된다. 148)

제한물권은 이해관계인의 이익을 부당하게 침해하지 않는 한 자유로이 포기할 수 있는 것이 원칙이므로 당사자는 미리 유치권의 발생을 배제하는 특약을 체결할 수 있고 그 특약은 유효하다. 유치권 배제 특약이 있는 경우에는 유치권 성립에 관한다른 법정요건을 모두 충족하더라도 유치권은 발생하지 않는다. 나아가 유치권 배제의 특약에 조건을 붙일 수 있고, 유치권배제 특약에 따른 효력은 특약의 상대방뿐아니라 그 밖의 사람도 주장할 수 있다.149)

건축주나 공사업자가 도급계약을 체결할 때 또는 금융기관으로부터 대출을 받을 때 수급인이 신축건물에 대해 유치권을 행사할 수 없다고 유치권을 포기하는 특약을 체결하는 경우 그 약정은 유효하고, 건물의 공매절차에서 건물을 매수한 사람도 배제특약의 효력을 주장할 수 있다. 또한 유치권부존재확인소송에서 유치권을 주장

¹⁴⁴⁾ 대법원 1993. 9. 10. 선고 93다16222 판결 : 김재권, 앞의 책, 151면 참조.

¹⁴⁵⁾ 대법원 1969. 11. 25. 선고 69다1592 판결.

¹⁴⁶⁾ 이강인, 앞의 논문, 46면.

¹⁴⁷⁾ 송덕수, 앞의 물권법, 453면; 김준호, 앞의 책, 354면.

¹⁴⁸⁾ 대법원 2016. 5. 12. 선고 2014다52087 판결.

¹⁴⁹⁾ 대법원 2018. 1. 24. 선고 2016다234043 판결; 대법원 2011. 5. 13. 자 2010마1544 결정.

할 수 없을 뿐만 아니라 매수인의 인도명령이나 명도소송에서도 영향을 미치기 때문에 대항할 수 없게 된다.150)

제3절 유치권의 효력과 소멸

1. 유치권의 효력

가. 유치권자의 권리

(1) 목적물의 유치

유치권자는 유치권에 기하여 채권의 변제를 받을 때까지 물건 등을 점유하면서 유치할 수 있으며, 이것이 유치권의 중심적 효력이다.[51] 여기에서 유치란 물건 등의 점유를 계속하면서 인도를 거절하는 것을 의미하며, 물건의 반환의무자가 이를 반환 하지 않더라도 불법행위나 이행지체가 성립하지 않는다.[52] 점유란 물건이 사회통념 상 그 사람의 사실적 지배에 속한다고 보여지는 객관적 관계에 있는 것을 의미한 다.[53]

부동산임대차의 경우 임차인이 필요비 또는 유익비를 지출하고 그에 의하여 유치권을 행사하는 경우에 임차인이 종전의 건물에 거주하거나 토지를 계속 사용할 수 있느냐의 여부와 관련하여 문제가 제기될 수 있다. 다수의 학설은 부동산 임대차에서 임차인이 종전의 점유상태로 계속 사용하는 것이 유치방법이라고 본다.154) 이에반하여 소수의 견해와 판례는 보존행위로써 그 동안의 이득은 부당이득으로 반환하여야 한다고 보고 있다.155) 판례는 "공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 자가

¹⁵⁰⁾ 김재권, 앞의 책, 309면,

¹⁵¹⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 383-384면; 장인태, 앞의 책, 96면; 송덕수, 앞의 물권법, 453면; 김준호, 앞의 책, 355면; 이은영, 앞의 물권법, 687면.

¹⁵²⁾ 장인태, 위의 책, 96면; 이용호, 앞의 논문, 67면.

¹⁵³⁾ 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

¹⁵⁴⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 384면; 송덕수, 앞의 물권법, 454면; 장인태, 앞의 책, 97면; 김상용, 앞의 책, 562면 등.

¹⁵⁵⁾ 이영준, 앞의 책, 785면; 대법원 1972, 1, 31, 선고 71다2414; 대법원 1963, 7, 11, 선고 63다235 판결,

스스로 유치물인 주택에 거주하며 사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유치물인 주택의 보존에 도움이 되는 행위로서 유치물의 보존에 필요한 사용에 해당한다고 할 것이다"고 하여 보존행위로 보면서,156) "유치권자가 유치물의 보존에 필요한 사용을 한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 차임에 상당한 이득을 소유자에게 반환할 의무가 있다"고 하여 부당이득의 성립을 인정하고 있다.157) 그러나 보전행위에 해당하는 경우에는 원칙적으로 부당이득 반환의무가 없지만, 예외적으로 반환의무를 인정한 것이라고 할 수 있다.158)

동시이행의 항변권 또는 유익비 상환청구권에 의한 유치권을 행사하여 가옥을 사용·수익한 경우에는 임료상당의 금원을 부당이득한 것이지만, 임차인이 임대차계약종료 이후에도 임차건물부분을 계속 점유하기는 하였으나 사용·수익하지 아니하여이익을 취득한 것이 없는 경우에는 비록 임대인에게 손해가 발생하였다 하더라도임차인의 부당이득 반환의무는 성립될 여지가 없다.159) 종전의 부동산을 계속 점유하는 것은 유치권의 이익을 위한 것이므로 부당이득으로 반환하여야 한다는 점에서는 이견이 있을 수 없지만, 보존행위의 경우에는 부당이득이 성립할 수 없다는 것이다수의 견해이다.160) 그러나 유치방법으로 보든 보존행위로 보든 채무자나 소유권자의 승낙을 얻을 필요가 없다는 점에서는 차이가 없지만, 결과적으로 특별한 사정이없는 한 차임상당의 부당이득을 반환할 의무가 있다.161)는 점에서는 의문이 없기 때문에 논의의 실익은 없다. 그리고 건물임차인이 건물에 관한 유익비상환청구권에 의하여 취득한 유치권을 임차건물의 유지 또는 사용에 필요한 범위 내에서 임차대지의 일정 부분에도 효력이 미친다고 볼 수 있다.162)

또한 유치권은 물권이므로 채무자 이외에 제3자 등 모든 사람에 대해 유치적 효력을 주장할 수 있기 때문에 채무자 및 목적물의 양수인 또는 경락인 등에 대해서도 채권변제가 있을 때까지 목적물을 유치하면서 그 인도를 거절할 수 있다. 즉 변제의 청구는 채무자에게만 행사하여야 하지만, 유치권은 채무자 이외의 제3자에 대하여도 행사할 수 있다.163) 예컨대 임차인이 임차건물에 대하여 필요비 또는 유익비

¹⁵⁶⁾ 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2414 판결.

¹⁵⁷⁾ 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다40684 판결

¹⁵⁸⁾ 송덕수, 앞의 물권법, 456면; 이정민, 앞의 논문, 21면 참조.

¹⁵⁹⁾ 대법원 2009. 9. 10. 선고 2009다28462 판결; 대법원 2006. 6. 30. 선고 2005다59963 판결; 대법원 1990. 12. 21. 선고 90다카24076 판결.

¹⁶⁰⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 384면; 송덕수, 앞의 물권법, 454면; 김준호, 앞의 책, 356면 참조.

¹⁶¹⁾ 대법원 1962. 10. 18. 선고 62다299 판결.

¹⁶²⁾ 장윤환, 앞의 논문, 62면.

를 지급한 경우에는 그 건물을 임대인으로부터 매수한 현재의 소유자에 대하여 채권의 변제를 요구할 수 없지만,164) 유치권자가 사실상 그 물건을 지배하여 상환을 받을 때까지 건물의 반환을 거부하면서 매수인 등의 사용·수익을 방해할 수 있고, 민사집행법 제91조 제5항은 "매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다"고 인수주의를 취하고 있기 때문에 매수인은 변제할 수 밖에 없으므로 마치 우선변제권을 가지고 있는 것과 같은 법률적 지위에 놓여 있다.165)

채무자나 목적물의 소유자가 목적물 인도청구를 행사하면 유치권자가 그 권리를 행사할 것인지의 여부는 유치권자가 자유로이 결정할 수 있다. 따라서 유치권자가 소송에서 유치권을 행사하지 아니하면 법원은 유치권의 존재를 고려하여서는 안되 며, 유치권자가 변론종결 전까지 유치권을 행사하지 않아 패소 확정된 경우에는 청 구이의의 소로 다툴 수 없다(민사집행법 제44조 제2항).166) 그러나 유치권자가 유치 권을 행사하여 목적물의 인도를 거절하는 때에는 원고패소 판결을 하여야 할 것이 지만,167) 통설과 판례는 공평의 원칙에 따라 채무의 변제와 상환으로 목적물을 인도 하라는 상환급부판결을 하여야 한다고 한다.168)

(2) 경매신청권

유치권자는 채권변제를 받기 위해서 유치물을 경매할 수 있으며(민법 제322조 제1항, 민사집행법 제274조), 그 절차는 민사집행법이 정하는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 의하도록 하고 있다(민사집행법 제274조). 유치권에는 우선변제권이 인정되지 않으므로 유치권자의 경매신청권이 무엇을 의미하는지, 또한 그 경매신청의 절차는 어떻게 이루어지는지 문제가 될 수 있다. 유치권자의 경매신청은 유치권 행사의대상이 되는 목적물을 채무자의 변제시까지 보관하고 있어야 한다는 부담을 덜어주기 위한 것으로써, 채권 담보목적물의 현금화를 위한 한 방편으로서 형식적 경매에

¹⁶³⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 384면; 송덕수, 앞의 물권법, 454면; 김준호, 앞의 책, 356-357면; 장인태, 앞의 책, 97면; 김민중, 「물권법강의」, 로앤피플, 2007, 300면; 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2414 판결; 대법원 1967. 11. 28. 선고 66다2111 판결.

¹⁶⁴⁾ 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

¹⁶⁵⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 385면

¹⁶⁶⁾ 장인태. 앞의 책. 100면.

¹⁶⁷⁾ 장경학, 「물권법」, 박영사, 1987, 679면.

¹⁶⁸⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 387면; 송덕수, 앞의 물권법, 454면; 김준호, 앞의 책, 357면; 장인태, 앞의 책, 100면 등: 대법원 2014, 1, 16, 선고 2013다30653; 대법원 2011, 12, 13, 선고 2009다5162 등.

해당한다.169)

유치권에 의한 경매절차는 유치 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 이를 정지하고, 채권자 또는 담보권자를 위하여 그 절차를 계속하여 진행하며(민사집행법 제274조 제2항), 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매가 취소되면 유치권 등에 의한 경매 절차를 계속하여 진행하여야 한다(동조 제3항). 따라서 경매절차가 경합하는 경우에는 시간적 차이와 관계없이 유치권에 의한 경매절차를 정지하고, 강제경매 또는 담보권실행을 위한 경매를 진행하여야 한다.170) 부동산에 관한 경매에 있어서 부동산 위에 존재하는 제한물권 등의부담은 매수인에게 대항할 수 있는 임차권, 청구권 보전임시등기, 전세권, 지상권, 지역권 등을 제외하고는 매각으로 인하여 소멸하는 것이 원칙이다(민사집행법 제91조). 특히 저당권 등은 매각으로 인하여 당연히 소멸하므로 매수인이 이를 인수하지아니하는 것이 원칙이다. 유치권자의 신청에 의한 경매에 의하여 현금화가 이루어지면 그 목적물에 대한 유치권은 소멸하기 때문에 유치권자가 다시 매수인에게 유치권을 행사할 수 없다.

유치권자가 직접 변제에 충당할 것임을 적시하여 간이변제충당을 하는 경우 채무자에게 통지의무를 규정하고(민법 제322조 제2항) 있다는 점에서, 경매의 경우에도 유치권자는 미리 채무자에게 이행을 최고하고 경매에 붙인다는 사실을 알려야 한다. 채무자의 변제 또는 다른 담보물의 제공에 의하여 유치권을 소멸할 기회를 주어야하기 때문이다.171)

(3) 간이변제충당

유치권에 기인한 경매신청의 경우 유치권자에게 우선변제권은 인정되지 않는다. 그러나 유치물의 가액에 비하여 경매를 하는데 과다한 비용이 소요되는 등의 정당 한 이유가 있을 경우에는 감정인의 평가에 의하여 직접 변제에 충당할 것을 적시하 여 법원에 청구할 수 있으며, 이 경우 유치권자는 사전에 채무자에게 통지하여야 한 다(민법 제322조 제2항). 이를 간이변제충당이라고 한다.

유치권자가 채무변제를 받기 위하여 많은 시간과 비용 및 절차가 번거로운 경매

¹⁶⁹⁾ 장인태, 앞의 책, 195면; 엄성현, 앞의 논문, 35면.

¹⁷⁰⁾ 대법원 2011. 8. 18. 2011다35593 판결.

¹⁷¹⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 387면; 이기우, 앞의 논문, 382면.

에 의해서만 한다면 채권자에게 불리한 경우가 많을 것이므로 민법은 유치물로써 직접 변제에 충당할 수 있는 방법을 인정하고 있다.

간이변제충당이 인정되기 위해서는 먼저, 정당한 이유가 있어야 한다. 간이변제를 인정할 정당한 이유의 존부에 대해서는 법원이 판단할 사항이지만, 구체적인 경우로목적물의 가치가 경매비용보다 낮아 경매하는 것이 불합리한 경우, 경매를 통한 정당한 가격산정이 어려운 경우, 목적물의 성질상 유치권자에게 취득시키는 것이 적당한 경우, 경매가 시기적으로 적절하지 않은 경우 등을 들 수 있다.172) 그러나 유치물의 처분에 관하여 이해관계를 달리하는 다수의 권리자가 존재하거나 유치물의 공정한 가격을 쉽게 알 수 없는 경우 등은 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.173) 둘째, 법원에 신청하여 허가를 받아야 한다. 이 경우 비송사건절차법 제56조의 규정이 유추적용된다.174) 셋째, 법원은 유치권자의 신청에 정당한 이유가 있다고 판단하는 경우에는 반드시 목적물의 값에 대한 감정인의 평가가 있어야 한다. 넷째, 유치권자는 채무자에게 직접 변제에 충당할 것임을 적시하여 미리 통지하여야 한다. 그러나 유치권자가 미리 채무자에게 통지하지 않은 상태에서 법원이 허가를 주었더라도 그러가는 유효하며, 채무자는 불복을 신청할 수 없다(비송사건절차법 제59조).175)

유치권자가 간이변제충당을 위한 요건을 갖추게 되면 유치물의 소유권을 취득하게 된다. 그 취득은 법률의 규정에 의한 물권변동으로 승계취득에 해당하므로 등기할 필요는 없고, 평가액의 한도에서 변제를 받게 되면 채권은 소멸하며, 감정가가채권액을 초과하는 차액에 대해서는 유치권자가 당연히 채무자에게 반환하여야 하며, 그 반대의 경우에는 채무자가 부족액에 대하여 여전히 채무를 부담하게 된다.1760 유치권자에게는 원칙상 우선변제권이 인정되지 않지만, 유치권자가 유치물을 간이변제에 충당하는 경우이거나(민법 제322조 제2항), 채무자가 파산하여 유치권자가별제권을 가지는 경우(채무자회생 및 파산에 관한 법률 제411조), 유치권자가 유치물로부터 발생하는 과실을 수취하여 다른 채권자보다 우선하여 채권의 변제에 충당하는 경우(민법 제323조) 등의 경우에는 예외적으로 인정된다.

¹⁷²⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 388면; 김재권, 앞의 책, 328면; 장인태, 앞의 책, 103면.

¹⁷³⁾ 대법원 2000. 10. 30. 선고 2000마4002 결정.

¹⁷⁴⁾ 김재권, 앞의 책, 329면; 장인태, 앞의 책, 104면,

¹⁷⁵⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 388면; 장인태, 앞의 책, 104면.

¹⁷⁶⁾ 곽윤직·김재형, 위의 책, 388면; 이은영, 앞의 물권법, 693면; 김재권, 앞의 책, 329면; 장인태, 위의 책, 106면.

(4) 과실수취권

유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권보다 우선하여 그 채권의 변제에 충당할 수 있다(민법 제323조 제1항). 여기에서 과실은 천연과실과 법정과실을 모두 포함한다. 이 규정은 유치권자가 유치물에 관해 부담하는 선량한 관리자의 주의의무에 대한 보상으로써, 또 과실을 수취하여도 이를 변제에 충당하기 때문에 채무자의이익을 해하는 것이 아니라는 점이 고려된 것이다.177) 과실수취의 의미는 유치권자가 과실의 소유권을 취득하는 것이 아니라 유치권을 취득하는 것이다.178) 다만 법정과실의 경우에는 채무자의 동의를 얻어 사용・대여한 경우를 전제로 하며(민법 제324조 제2항), 과실이 금전이 아닌 때에는 경매를 하여야 한다(민법 제323조 제1항단서, 민사집행법 제274조).179)

유치권의 적법한 행사로 임차인인 유치권자가 채무자의 승낙에 의하거나 보존행위로서 목적물을 스스로 사용할 때에는 그 차임 상당액의 이득은 과실은 아니지만, 과실에 준하여 유치권자가 그의 채권의 변제에 충당할 수 있다고 할 수 있기 때문에 이를 채무자에게 반환시킬 필요는 없다. 180) 또한 유치권자가 임대료를 수취하는 경우 이는 법정과실로서 채무자의 승낙을 얻지 않고 임대한 경우에는 적법하게 수취한 과실이 아니기 때문에 부당이득이 되고, 채무자에게 반환하여야 한다. 또한 유치권자가 임차인으로서 채무자에게 지급할 임차료나 차임 상당액은 민법 제323조에서 말하는 법정과실이 아니라는 점에서 변제에 충당할 수 없다고 할 것이다. 181)

유치권자는 수취한 과실을 다른 채권보다 먼저 자기 채권의 변제에 충당할 수 있고(민법 제323조 제1항), 그 순서는 먼저 이자에 충당하고 남은 것이 있으면 원본에 충당한다(동조 제2항). 변제충당에 관한 규정은 임의규정이므로 특약이 있으면 그에 의한다.

¹⁷⁷⁾ 김준호, 앞의 책, 359면; 장인태, 앞의 책, 110면.

¹⁷⁸⁾ 김준호, 위의 책, 359면.

¹⁷⁹⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 389면.

¹⁸⁰⁾ 장인태, 앞의 책, 111면; 장윤환, 앞의 논문, 61면.

¹⁸¹⁾ 홍성재, 앞의 책, 501-502면; 장인태, 위의 책, 111-112면,

(5) 유치물사용권

유치권자는 채무자의 승낙없이 유치물의 사용·대여 또는 담보제공을 하지 못하지만, 유치물의 보존에 필요한 사항에 대해서는 채무자의 승낙을 얻지 않더라도 그범위 내에서 사용할 수 있다(민법 제324조 제2항). 채무자와 소유자가 동일인이 아닌 경우에는 소유자의 동의를 얻어야 한다.182)

유치적 효력에서 살펴본 바와 같이 보존행위는 채무자의 이익을 침해하는 경우가 없기 때문에 채무자의 동의보존행위는 그 물건의 가치를 유지하는 관리행위로써 구 체적인 경우에 따라 판단하여야 하며, 유치권자의 보존행위로써 유치 목적물을 사용 하는 것은 적법한 행위이므로 불법점유에 따른 손해배상책임이 발생하지 않는다.183)

유치권자의 보존행위로 얻은 이익의 처리와 관련하여서는 민법 제323조를 유추용하여 채권의 변제에 충당할 수 있다는 견해,184) 부당이득으로 소유자에게 반환하여야 한다는 것과 유치권자의 피담보채권은 상계에 적합한 것으로 보는 견해185) 등이었다. 법원은 임차한 가옥에 유치권을 행사하여 임차가옥을 사용수익한 경우 임차인이 그 사용으로 인하여 얻은 실질적 이익은 이로 인하여 임대인에게 손해를 끼치는 범위 내에 있어서 부당이득으로서 임대인에게 상환할 의무가 있다고 하여 부당이득으로 보아 상계로 처리하는 것을 전제로 해석하는 것으로 볼 수 있다.186) 유치권자는 예외적으로 유치물을 사용할 권리가 인정되고 그 범위 내에서의 행사에 따른 이익을 부당이득으로는 볼 수 없고, 공평의 원칙에 비추어 보더라도 반환을 강제할 수도 없는 것이므로 통설과 같이 변제에 충당하는 것으로 보는 것이 타당하다.187)

(6) 비용상환청구권

유치권자는 자기 채권의 만족을 얻고자 타인의 물건을 점유하면서 원칙적으로 사용·수익할 수 없으면서(민법 제342조 제2항) 선량한 관리자의 주의의무로서 보관의

¹⁸²⁾ 장인태, 앞의 책, 115면; 곽윤직·김재형, 앞의 책, 390면; 송덕수, 앞의 물권법, 457면; 김준호, 앞의 책, 360면.

¹⁸³⁾ 김재권, 앞의 책, 322면; 장윤환, 앞의 논문, 61면; 장인태, 위의 책, 117면 이하.

¹⁸⁴⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 389면; 이태재, 앞의 책, 334면; 김상용, 앞의 책, 566면; 강태성, 앞의 책, 917면; 이정민, 앞의 논문, 22면; 엄성현, 앞의 논문, 39면 등.

¹⁸⁵⁾ 김재권, 앞의 책, 323면.

¹⁸⁶⁾ 대법원 1990. 12. 21. 선고 90다카24076 판결; 대법원 1963. 7. 11. 선고 63다235 판결.

¹⁸⁷⁾ 송덕수, 앞의 물권법, 456면,

무도 부담하고 있다(동조 제1항). 따라서 유치권자가 유치물에 필요비를 지출한 경우에는 소유자에게 그 상환을 청구할 수 있도록 할 필요가 있다(민법 제325조 제1항). 즉, 유치권자는 비용의 지출로 손실을 입는 반면에 소유자는 이익을 얻는다는 점에서 상환청구권을 인정하는 것이 공평하다.

비용상환청구권자는 유치권자에 한하여 인정되며, 청구의 상대방은 소유자이다. 이에 대하여 비용상환청구권은 부당이득의 특칙이며, 소유자의 상환으로 채무자도 그에 의하여 이익을 얻는 것이며, 채무자가 다른 채무를 변제하면 그 유치물을 반환하여야 하므로 상환청구권을 인정하는 취지에 반한다고 하면서 소유자뿐만 아니라 채무자도 포함된다는 견해가 있다.188) 그러나 비용상환청구권에 대하여 유치권자는 다시 유치권을 취득하고, 그 권리는 다시 채무자에 대해서 행사할 수 있다는 점에서타당하지 않으며, 또한 비용의 지출에 따른 종국적으로 이익을 얻는 자는 소유자이며, 법문상으로도 소유자로 규정하고 있으므로 채무자와 소유자가 다른 경우에는 청구의 상대방이 되지 못한다.189)

필요비란 임차인이 임차 목적물의 보존에 필요한 통상적인 지출비용과 관리에 필요한 조세, 공과금 및 선량한 관리자의 주의의무로써 불가결한 비용 등이다. 통상적인 필요비로는 수선비·보존비 등이며, 임시필요비는 천재지변이나 풍수해 및 기타예기치 못한 사정에 의하여 지출하는 응급비용 등이다. 점유자의 과실수취권에서의 통상의 필요비에 대한 상환청구권을 인정하지 않는 것과 달리 유치권자의 유치물에 관하여 필요비를 지출한 때에는 그것이 통상적인 것이든 임시적인 것이든 모두 소유자에 대하여 상환청구를 할 수 있다.190)

유익비는 유치권자의 선량한 관리자의 주의의무를 이행하기 위해 지출한 비용은 아니지만, 물건의 본질은 변하지 않고 목적물의 개량을 통하여 객관적 가치를 현저히 증가시키기 위하여 투입한 비용으로써 유치물이 유익한 가치를 가지느냐의 여부는 소유자를 기준으로 판단해야 한다.[91] 유익비는 그 가액의 증가가 현존하는 경우에 한하여 소유자의 선택에 좇아 그 지출한 금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다(민법 제325조 제2항 본문). 유익비 상환청구에 대하여 법원은 소유자의 청구에의해 상당한 상환기간을 허여할 수 있다(민법 제325조 제2항 단서). 이 기간 동안에

¹⁸⁸⁾ 이상태, 「물권법」, 법원사, 2011, 399면; 이영준, 앞의 책, 787면; 장인태, 앞의 책, 122-123면.

¹⁸⁹⁾ 송덕수, 앞의 물권법, 457면; 김준호, 359-360면; 김재권, 앞의 책, 326면.

¹⁹⁰⁾ 장윤환, 앞의 논문, 62-63면; 이정민, 앞의 논문, 22면.

¹⁹¹⁾ 이영준, 앞의 책, 759면; 김재권, 앞의 책, 327면.

는 변제기에 도래하지 않은 것으로 보아 유치권자는 유치권을 행사할 수 없다.192)

(7) 별제권

채무자가 채무초과 등으로 파산한 경우에 유치권자는 별제권을 가지므로 유치권의 피담보채권은 파산채권보다 우선하게 되어 파산절차에 의하지 않고 별제권의 행사인 담보권행사로써 임의경매신청을 하여 유치물로부터 우선변제받을 수 있다. 파산재단에 속하는 재산에 대하여 저당권, 질권, 유치권 또는 전세권을 가지는 경우에인정된다(채무자회생 및 파산에 관한 법률 제411조). 따라서 담보목적물이 부동산이나 동산인 경우에는 파산절차에 의한 별제권의 조사·확정을 요하지 않고, 본래의담보권실행을 위한 경매의 방법으로 별제권을 행사한다.193) 다만, 별제권의 행사로인하여 우선변제를 받은 후에 잔액이 있다면 파산재단에 귀속시켜야 한다.

별제권이란 파산절차에 따르지 않고 파산자의 특정한 재산에 대한 권리를 행사하여 파산채권자에 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리를 말한다. 194) 파산채권자는 파산절차에 따라 파산자의 총재산에 대하여 총채권자의 지분에 따라 안분배당을 받는 것이 원칙이지만, 유치권 등의 담보권자는 파산절차로부터 별제되어 그 절차에 따르지 않는 것으로써 담보권자가 개별적 권리행사금지의 원칙(채무자회생 및 파산에 관한 법률 제424조)에 대한 예외로써 그 권리를 행사할 수 있는 지위를 인정하고 있기때문이다. 195) 즉, 실체법상 담보권자에게 인정되는 우선변제를 받을 수 있는 지위를 말한다.

나. 유치권자의 선관주의의무

유치권은 담보물권이며, 물건의 유치를 본체로 하는 것이므로 채무자가 유치권자에게 변제를 하면 유치목적물을 반환하여야 한다. 따라서 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 하며(민법 제324조 제1항), 채무자(또는 소유자)의

¹⁹²⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 390면; 장인태, 앞의 책, 125면.

¹⁹³⁾ 장인태, 앞의 책, 133면.

¹⁹⁴⁾ 김재권, 앞의 책, 330면; 장인태, 앞의 책, 133면.

¹⁹⁵⁾ 김재권, 위의 책, 330면.

승낙없이 유치물의 사용, 대여 또는 담보제공이 금지된다(민법 제324조 제2항).

'선량한 관리자의 주의'란 거래관계에서 일반적 주의로서 평균인에게 요구되는 것을 말한다.196) 유치권자가 선량한 관리자의 주의의무를 위반하면 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.197) 즉, 유치권자의 의무위반 행위가 발생한 경우 채무자의 손해가 구체적으로 발생하였는가와 관계없이 청구할 수 있으며, 채무자에게 손해가 발생한 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있다(민법 제390조).198)

그리고 채무자의 승낙 없이 사용으로 인한 이익은 적법한 권리행사에 의한 것이 아니므로 부당이득으로서 채무자 또는 소유자에 반환하여야 하며, 승낙 없이 이루어진 대여행위나 담보설정 또한 무효가 된다.199) 다만, 보존행위에 필요한 사용은 승낙없이 할 수 있지만, 사용에 의하여 얻은 이익은 부당이득으로서 반환하여야 한다. 판례는 "유치권의 성립요건인 유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계없지만 채무자의 승낙이 없는 이상 그 유치 목적물을 타인에 임대할 수 있는 권한이없으므로, 유치권자의 임대행위는 소유자의 처분권한을 침해하는 것으로서 소유자에게 그 임대의 효력을 주장할 수 없고, 소유자의 동의 없이 유치권자로부터 유치권의목적물을 임차한 자의 점유는 매수인에게 대항할 수 있는 권원에 기인한 것이라고할 수 없다(민사집행법 제136조 제1항 단서)"200)라고 판시하였다. 이처럼 유치권자의보존행위로 이루어지는 유치물의 사용은 물건을 보존하기 위한 의무의 이행으로서인정되는 것으로 유치권자의 의무이며, 이 의무의 범위에서 할 수 있는 권리에 불과하다. 따라서 유치권자에게 이득을 보게 할 목적의 것은 아니고 그 이용에서 발생하는이득까지도 보존ㆍ유지하는 것은 아니므로 그 이득은 소유자에게 반환하여야 한다.

2. 유치권의 소멸

가. 일반적 소멸사유

유치권도 물권이므로 물권의 일반적 소멸사유인 목적물의 멸실·포기·토지수

¹⁹⁶⁾ 김준호, 앞의 책, 360면; 장인태, 134면

¹⁹⁷⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 390면; 송덕수, 앞의 물권법, 458면.

¹⁹⁸⁾ 장인태, 앞의 책, 137면.

¹⁹⁹⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 384면; 김준호, 앞의 책, 356면; 장윤환, 앞의 논문, 64면.

²⁰⁰⁾ 대법원 2002. 11. 27. 선고 2002마3516 판결.

용·혼동 등으로 당연히 소멸한다. 그러나 유치권은 점유를 그 요건으로 하고 있기 때문에 점유가 계속되는 한 시효로 인하여 소멸하는 일은 없다. 또한 유치권은 담보물권이므로 그 공통소멸사유인 피담보채권이 소멸하면 유치권도 소멸한다.²⁰¹⁾ 다만, 채권자가 유치권을 행사하더라도 피담보채권은 소멸하지 않으므로 소멸시효의 진행에 영향을 미치지 아니한다(민법 제326조).²⁰²⁾

나. 특수한 소멸사유

(1) 채무자의 청구에 의한 소

유치권자는 유치물의 점유에 있어서 선량한 관리자의 주의의무를 다하여야 한다. 이를 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있고, 채무자가 소멸청구를 한 때에는 유치권은 소멸한다(민법 제324조 제2항, 제3항). 유치권자의 선관주의위반에 따른 소멸청구권은 채무자에게 손해가 발생하였는지의 여부와 관계없이 인정되며, 이 청구권은 형성권으로 채무자의 일방적인 의사표시에 의하여 장래에 향하여 소멸한다.203)

(2) 다른 담보의 제공

통상 유치물의 가액이 유치권자의 피담보채권보다 높은 경우가 일반적이며, 유치권자도 그 채권액에 상응하는 담보가 유치물에 갈음하여 제공된다면 아무런 손해도 발생하지 않는 것이므로, 채무자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할수 있다(민법 제327조). 소멸청구는 당해 유치물에 관하여 이해관계를 가지고 있는 자인 채무자뿐만 아니라 유치물의 소유자도 상당한 담보가 제공되어 있는 이상 유치권소멸 청구의 의사표시를 할 수 있다고 할 것이다. 204)

제공되는 담보가 상당한가의 여부는 일률적으로 비교하여 판단할 것은 아니므로 담보제공물이 채권담보로서 상당한것인가, 유치권자의 담보력을 하락시키는 것은 아

²⁰¹⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 390-391면.

²⁰²⁾ 이에 대해서는 장인태, 앞의 책, 139면 이하 참조.

²⁰³⁾ 송덕수, 앞의 물권법, 458-459면; 장인태, 앞의 책, 142-143면.

²⁰⁴⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 391면; 김준호, 앞의 책, 361면; 장인태, 앞의 책, 143면 : 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다59866 관결.

닌지의 여부 등을 종합적으로 판단하여야 결정하여야 할 것이다. 유치물의 가액이 채권액 보다 과다한 경우에는 채권액에 상응하는 가치가 있는 담보를 제공하면 족하며, 유치물의 가액이 채권액 보다 적은 경우에는 그 가액에 상응하는 담보이면 된다고 할 것이다.²⁰⁵⁾

담보의 제공에는 유치권의 승낙이 있어야 하므로 유치권자가 이를 거절하는 경우에는 채무자가 승낙에 갈음하는 판결을 구할 수밖에 없으며(민법 제389조), 승낙이나 그 판결이 확정되면 의사표시에 갈음한 것으로 보아 유치권은 소멸한다(민사집행법 제263조 참조). 상당한 담보의 제공에는 제한이 없으므로 인적담보이든 물적 담보이든 상관없다.206) 그러나 담보물권으로서 유치권의 효력을 약화시키므로 물적 담보에 제한적으로 인정되어야 하며, 인적 담보의 제공은 제외하여야 한다는 견해가 있다.207)

(3) 점유의 상실

유치권에 있어서 점유는 성립요건이면서 존속요건이므로 점유를 상실하게 되면 유치권도 당연히 소멸하게 된다(민법 제328조). 점유상실의 원인은 상관없으므로 점 유의 상실이 불법에 기인한 경우라도 유치권은 소멸한다.

유치권자가 점유의 침탈을 당한 때에는 침탈을 당한 날로부터 1년 이내에 그 물건의 반환 및 손해의 배상을 청구할 수 있으므로 이에 의하여 점유를 회복한 때에는 점유를 상실하지 않은 것이므로 그 채권을 위한 유치권은 소멸하지 않은 것으로본다(민법 제204조 제1항 참조). 판례도 "점유침탈로 점유를 상실한 이상 유치권은소멸하고, 점유회수의소를 제기하여 승소판결을 받아 점유를 회복하면 점유를 상실하지 않았던 것으로 되어 유치권이 되살아나지만, 점유회수의소를 제기하여 점유를 회복할 수 있다는 사정만으로는 유치권이 되살아나는 것은 아니다"라고 하여 점유의회복을 유치권 존속을 위한 요건으로 파악하고 있다. 208)

유치권자의 점유는 스스로 하여야 하는 것은 아니므로 제3자에 의한 간접점유도 무방하므로 채무자가 유치권의 소멸을 청구하지 않으면, 유치권은 소멸하지 않는

²⁰⁵⁾ 장인태, 앞의 책, 144면; 장윤환, 앞의 논문, 66면; 엄성현, 앞의 논문, 46면.

²⁰⁶⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 391면; 김준호, 앞의 책, 361면; 송덕수, 앞의 물권법, 459면; 엄성현, 앞의 논 문, 46면.

²⁰⁷⁾ 장윤환, 앞의 논문, 60면.

²⁰⁸⁾ 대법원 2012. 2. 9. 선고 2011다72189 판결.

다.209) 유치권자가 유치권의 존재를 알지 못한 상태에서 점유를 상실한 후에 다시 목적물의 점유를 취득한 경우에는 동일 채권에 관하여 다시 유치권을 취득한 것으로 보지만, 유치권자가 유치권의 존재를 알면서 돌려 준 경우에는 유치권을 포기한 것으로 유치권은 소멸하는 것으로 보는 것이 타당하다.210)

제4절 부동산 유치권자의 경매절차상 지위

1. 부동산경매의 개념

가. 부동산 경매의 의의

경매는 자본주의 사회의 꽃이라고도 불리운다. 부동산에 저당권 등을 설정하고, 사업자금을 대출받아 사업의 유지 및 확장의 기초로 작용하면서 저당이나 근저당을 상환해 나가게 되지만, 사업의 어려움으로 원금과 이자를 상환하지 못하게 되면 채무자의 의사와는 상관없이 경매로 처분된다.²¹¹⁾

계약체결에 있어서 대금을 많게 하거나 적게 하기 위해 다수인으로 하여금 경쟁하게 하여 당사자에게 가장 유리한 내용을 표시한 자와 계약을 체결하는 것을 계약의 경쟁체결이라고 한다. 경매는 계약의 경쟁체결 중의 하나로써, 거래를 원하는 불특정 다수인이 공개된 특정시간·특정장소에서 그 대상목적물인 물건에 대한 거래조건을 흥정하여 체결하는 일체의 행위유형을 말한다.212) 부동산경매는 채권자의 신청에 의하여 집행법원이 부동산을 목적물로 하여 진행하는 것으로 금전채권의 만족을 얻기 위해 채무자에 대한 이행청구권을 강제적으로 실현하는 절차를 말한다.213)즉, 채권자의 채권 만족을 위해서 채무자 또는 물상보증인 소유의 부동산을 집행법

²⁰⁹⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 392면; 김준호, 앞의 책, 361-362면.

²¹⁰⁾ 장인태, 앞의 책, 146면; 홍성재, 앞의 책, 504면; 장윤환, 앞의 논문, 66면.

²¹¹⁾ 김천규, "부동산 경매에서의 유치권행사 특성 연구", 강남대학교 박사학위논문, 2017, 6면.

²¹²⁾ 김준호, 앞의 책, 406면; 이은영, 앞의 물권법, 80면,

²¹³⁾ 장인태, 앞의 책, 227면; 이용득, "부동산경매에서 유치권제도의 개선방안 - 사례 및 판례분석을 중심으로-", 동의대학교 박사학위논문, 2015, 10면; 김남정, "부동산 유치권의 문제점 및 개선방안에 관한 연구", 조선대학교 석사학위논문, 2019, 5면.

원을 통하여 강제로 매각하여 채권의 목적을 실현하는 집행방법의 하나로 법원에 의해서 실행된다.

국가는 개인의 권리행사에 대한 자력구제를 금지하고 국가에 의해 강제적으로 실현하는 것으로 채무자의 의사에 반하더라도 이를 억압해 실행하고 저항이 있을 경우는 위력을 사용하는 것이다.214) 즉, 채무자의 재산을 국가 강제력을 동원해서 처분하여 채권자의 채권을 확보하도록 하는 것이 자력구제금지에 대한 보완수단으로 법적 안정성에 기여할 수 있을 뿐만 아니라 공개매각을 통해 이해관계인의 법적 지위를 보장할 수도 있다.215) 그리고 국가의 강제력에 의하여 채무자의 집행방해를 제어하고 매수인에게 경매 부동산에 대한 정보를 투명하며 공정하게 제공하여 경매에참여하는 의사결정을 합리적으로 할 수 있도록 하여 불측의 손해를 방지하는 역할을 하면서, 자원의 효율적 배분이라는 자본주의의 가치실현으로 보기도 한다.216)

나. 부동산경매의 유형

(1) 형식적 경매와 실질적 경매

부동산 경매를 그 효력에 따라 구분하면 실질적 경매와 형식적 경매가 있다. 민사집행법상 강제경매와 임의경매는 채권자의 채권만족을 위해 실행한다는 의미에서실질적 경매라고 하고, 특정재산의 가격보존 또는 정리를 위한 경매를 형식적 경매라고 부른다.²¹⁷⁾

실질적 경매는 국가의 공권력을 동원하여 전세권·질권·저당권·가등기담보권 등의 현금화권리를 실행하여 환가금액에서 채권자가 채권을 회수함으로써 피담보채권의 만족을 얻는 것을 말한다. 218) 형식적 경매는 민법, 상법 그 밖의 법률 규정에의해 이루어지는 것으로 유치권 등에 의한 경매라고 한다. 219) 형식적 경매는 채권의 변제와는 무관하게 이해관계인 들 사이의 이해를 조절할 목적으로 단순히 강제매각

²¹⁴⁾ 이용득, 앞의 논문, 10면; 김천규, 앞의 논문, 6면.

²¹⁵⁾ 이승길, 「부동산경매론」, 법문사, 2008, 24면; 이용득, 앞의 논문, 11면.

²¹⁶⁾ 황희상, "부동산경매에서 유치권제도의 개선에 관한 연구", 전주대학교 박사학위논문, 2012, 9면; 이용득, 앞의 논문, 11면; 김남정, 앞의 논문, 6면.

²¹⁷⁾ 장인태, 앞의 책, 149면.

²¹⁸⁾ 이용득, 앞의 논문, 12면.

²¹⁹⁾ 김홍엽, 「민사집행법」, 박영사, 2019, 8면.

절차에 의하여 재산의 분할 및 정리를 목적으로 이루어지는 경매이다.220) 형식적 경매는 집행기관에서 환가의 완료로 종결되는 것이 원칙이고, 부동산과 관련하여 민법에 규정된 것을 보면 공유물분할을 위한 경매(민법 제269조 제2항), 유치권자의 간이변제충당을 위한 경우(민법 제322조 제2항), 자조매각을 위한 경매(민법 제490조)221) 등이 해당된다.

이와 같이 실질적 경매는 채권자의 채권확보라는 경매제도의 본질에 부합하는 것이지만, 형식적 경매는 이해관계인 상호간의 재산관계의 정리라는 편익을 도모하는 것에 불과하므로 배당절차가 없는 것이 원칙이다.

(2) 강제경매와 임의경매

집행권원에 의한 구분으로 강제경매와 임의경매가 있다. 강제경매는 실무상 매우 중요한 것으로 대표적인 담보물권인 저당권의 실행절차가 이에 준하기 때문이다.222) 강제경매(Zwangsversteigerung)는 강제집행할 수 있는 권리를 인정해주는 공적 문서인 집행권원을 근거로 채권자의 신청에 의하여 채무자 소유의 부동산을 압류한이후 채무자의 의사와 관계없이 강제적으로 매각하여 그 매각대금으로 채권자의 채권을 만족시키는 강제집행절차이다.223) 강제경매는 강제집행할 수 있다는 취지의 확정판결문 등과 이들 서면에 집행문을 부여받아야 가능하다는 특징이 있으며, 집행권원으로는 확정판결, 지급명령결정정본, 가집행선고부 판결문, 화해조서, 조정조서, 인낙조서, 강제집행이 가능한 공정증서 등이 해당된다.224)

임의경매는 구법상 용어 내지 강학상 용어로써 민사집행법상 '담보권실행을 위한경매'라고 한다. 임의경매는 집행권원이 없는 담보권자에 의해 담보권의 존재를 증명하는 서류, 예컨대 근저당권설정등기사항전부증명서 등을 통하여 담보권 자체의우선변제적 효력에 내재하는 환가하여 매각대금을 통해 채권자에게 배당하는 것을목적으로 한다.225) 임의경매는 경매실행여부를 전적으로 담보권자의 의사에 의존되며, 경매실무에서 대다수를 차지하고 있는 사건이다.226)

²²⁰⁾ 이승길, 앞의 책, 13면.

²²¹⁾ 장인태, 앞의 책, 158면 참조.

²²²⁾ 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2016, 291면.

²²³⁾ 전병서, 「민사집행법」, 박영사, 2019, 204면.

²²⁴⁾ 전병서, 앞의 책, 58면 이하; 이용득, 앞의 논문, 12면.

²²⁵⁾ 전병서, 위의 책, 454면; 이시윤, 앞의 책, 521면 이하.

²²⁶⁾ 이승길, 앞의 책, 17면,

이와 같이 강제경매는 특히 부동산에 대하여 강제적인 채무이행절차를 실행할 필요성이 있는 경우에 행해진다. 임의경매는 담보권이 설정된 목적부동산에 한정되지만, 강제경매는 채무자가 소유하고 있는 모든 부동산을 대상으로 한다는 점에서 차이가 있다.227)

다. 부동산경매의 절차

유치권에 의한 부동산 경매절차는 민사집행법 제3편 담보권실행 등을 위한 경매의 예에 의해서 실시한다(민사집행법 제274조 제1항). 담보권실행을 위한 경매는 경매목적물의 종류에 따라 절차가 달라진다. 부동산 유치권의 경우에는 부동산 경매절차에 관한 민사집행법 제264조 내지 제268조의 예에 따라 실시하고 있다.

(1) 부동산 경매의 신청

민사집행법상 부동산에 대한 경매를 신청하려면 채권자가 집행법원에 필요한 사항을 기재한 서면(경매신청서)으로 신청하여야 한다(민사집행법 제4조). 신청서에 표시할 사항은 당사자의 표시, 경매신청권의 표시, 경매의 대상이 될 재산의 표시, 신청연월일, 신청인 또는 대리인의 기명날인 또는 서명, 경매할 법원 등이다(민사집행법 제274조 제1항, 민사집행규칙 제192조). 부동산 유치권은 부동산 경매절차에 관한 규정이 준용되므로 원칙적으로 관할법원은 매각부동산 소재지를 관할하는 지방법원이 집행법원으로 전속관할을 가진다(민사집행법 제274조, 제268조, 제79조, 제21조).228)

첨부서류에는 유치권의 존재를 증명하는 것으로써 유치권의 존재를 증명하는 서류인 집행력 있는 정본(판결문, 공정증서 등)과 강제집행개시 요건이 구비되었음을 증명하는 서류 등으로 집행권원의 송달증명, 집행문 및 증명서의 송달증명서, 담보를 제공한 증명서류 및 그 증명서류 등본의 송달증명원, 유치목적물에 유치권을 행사하기로 하는 유치권계약서, 각서, 약정서, 계산서, 거래처 영수증, 보고서 등을 첨부하면 된다. 또한 유치권은 법정담보물권이므로 유치권에 의한 부동산명도단행가처분신청 또는 유치권에 의한 부동산 점유방해금지가처분신청에 대한 결정의 경우에

²²⁷⁾ 김남정, 앞의 논문, 8면.

²²⁸⁾ 장인태. 앞의 책. 197면.

도 유치권의 존재를 증명하는 서류로 인정할 수 있다.229)

(2) 경매개시결정

유치권에 의한 경매절차를 개시하는 것도 담보권 실행을 위한 경매절차의 예에 따라야 하므로 법원은 당사자의 경매신청서를 심사하여 집행개시요건 및 경매에 필요한 형식적 요건과²³⁰⁾ 실질적 요건²³¹⁾을 갖추었다고 인정하면 경매개시 결정을 하고 동시에 부동산의 압류를 명하여야 한다(민사집행법 제274조, 제268조, 제83조 제1항). 집행법원이 경매개시 결정을 하면 법원사무관 등은 즉시 등기관에게 경매개시결정의 기입등기를 촉탁하여야 한다(민사집행법 제268조, 제94조). 경매개시결정은 이중으로 할 수 있는 것은 강제경매의 경우와 같다(민사집행법 제268조, 제87조).²³²⁾

경매절차를 개시하는 결정을 하면 동시에 압류의 효력이 발생하고, 압류에 의한 처분금지효는 목적물 소유자의 양도 등의 처분행위가 집행절차와의 관계에서만 효력이 없는 상대적 무효이므로 처분 이후에 이중압류나 배당요구로 집행절차에 참여한 채권에게는 그 효력을 주장할 수 있다(개별상대효설).233) 만약 소유자의 처분이었어도 그 처분으로 경매목적물의 채권자나 매수인에게 주장하지 못하는 상대적 처분금지의 효력이 발생한다. 압류의 효력은 채무자에게 그 결정이 송달된 때 또는 압류등기가 된 경우, 먼저 이루어진 경우에 효력이 생긴다(민사집행법 제83조 제4항). 경매실무에 있어서 통상 경매개시결정의 등기촉탁의 경우가 결정문이 채무자에게 송달되기 전에 먼저 이루어진다.234)

경매개시결정은 압류의 효력이 발생하는 중요한 사실로 채무자에게 송달하지 아니하면 경매절차를 진행할 수 없기 때문에 직권으로 채무자에게 송달한다.²³⁵⁾ 물상보증의 경우처럼 채무자와 소유자가 다른 때에는 원칙적으로 소유자에게 송달하여야 한다.²³⁶⁾ 소유자 또는 채무자에게 송달하지 않고 경매절차가 진행되면 위법한 절

²²⁹⁾ 장인태, 201-202면; 이용득, 앞의 논문, 14면.

²³⁰⁾ 형식적 요건으로는 당사자능력, 대리권의 하자, 인지첨부, 신청서의 기재사항 흠결, 첨부서류의 미비 등이 해당된다.

²³¹⁾ 실질적 요건이란 유치권 행사의 요건으로 성립요건에 해당하는 것을 말한다.

²³²⁾ 이시윤, 앞의 책, 533면.

²³³⁾ 전병서, 앞의 책, 462면; 장인태, 앞의 책, 212면; 이용득, 위의 논문, 15면.

²³⁴⁾ 이용득, 앞의 논문, 15면.

²³⁵⁾ 이시윤, 앞의 책, 533면.

²³⁶⁾ 김홍엽, 앞의 책, 389면,

차에 해당되므로 집행법상 이의의 대상이 될 수 있다. 경매개시결정에 대한 불복은 즉시항고가 아니라 이의신청이다.237)

(3) 현금화와 배당

원칙적으로 임의경매의 경우에도 현금화와 배당은 부동산 강제경매에 준한다. 압류의 효력이 발생하면 매각절차가 진행되므로 집행법원은 매각물건명세서 작성까지의 기간을 고려하여 경매개시결정을 한 취지 및 배당요구의 종기를 공고하여야 한다(민사집행법 제84조 제2항). 배당요구의 종기결정 및 공고는 경매개시결정에 의해압류의 효력이 생긴 때부터 1주 이내에 하여야 한다(동조 제3항). 그러나 현행법상유치권에 의한 경매의 매각조건에 대하여 인수주의를 취하고 이상 배당절차의 진행및 다른 채권자의 배당요구도 인정될 여지는 없지만, 소멸주의를 매각조건으로 한다면 배당절차와 배당요구가 인정될 것이다.238)

집행법원은 최저매각가격으로 압류채권자에 우선하는 부동산의 모든 부담과 절차비용을 변제하고도 남을 것이 있다고 인정하거나 또는 부족하여 압류채권자가 최저매수가격을 신청하고 충분한 보증을 제공한 때에는 직권으로 매각기일과 매각결정기일을 정하여 공고하며, 매각기일과 매각결정기일을 이해관계인에게 통지하여야 한다(민사집행법 제104조 제1항, 제2항). 매각기일의 공고내용에는 ① 부동산의 표시,② 강제집행으로 매각한다는 취지와 그 매각방법,③ 부동산의 점유자, 점유의 권원,점유하여 사용할 수 있는 기간, 차임 또는 보증금약정 및 그 액수,④ 매각기일의일시·장소,매각기일을 진행할 집행관의 성명 및 기간입찰의 방법으로 매각할 경우에는 입찰기간·장소,⑤ 최저매각가격,⑥ 매각결정기일의 일시·장소,⑦ 매각물건명세서·현황조사보고서 및 평가서의 사본을 매각기일 전에 법원에 비치하여 누구든지 볼 수 있도록 제공한다는 취지,⑧ 등기부에 기입할 필요가 없는 부동산에 대한 권리를 가진 사람은 채권을 신고하여야 한다는 취지,⑨ 이해관계인은 매각기일에 출석할 수 있다는 취지 등을 기재하여야 한다(민사집행법 제268조,제106조).

경매개시결정일로부터 법원은 바로 집행관에게 현황조사명령을 하고 집행관은 법 원명령을 받은 날부터 2주 이내에 조사보고서를 제출하여야 한다. 법원은 현황조사

²³⁷⁾ 이시윤, 위의 책, 541면; 전병서, 앞의 책, 463면.

²³⁸⁾ 장인태, 앞의 책, 217면. 소멸주의를 취한 판례에 대해서는 대법원 2011 .6. 15. 자 2010마1059 결정 참 조.

보고서에 기초하여 매각물건명세서를 작성하고, 감정인의 평가서 사본을 매각기일 1주일 전까지 법원에 비치하여 누구든지 볼 수 있도록 하여야야 한다(민사집행법 제105조 제2항). 매각결정기일은 매각기일로부터 1주일 이내로 정한다(민사집행법 제109조). 유치권에 의한 경매의 경우에 있어서 소유자 아닌 채무자의 매수신청은 담보권실행을 위한 경매의 예에 의하여 매수신청을 할 수 없지만, 물상보증인은 매수신청을 할 수 있다.²³⁹⁾

경매에 참여한 자 중에서 최고가격을 기재한 사람을 최고가매수신고인으로 결정하며, 매각허가결정은 최고가매수인에 대하여 매각결정기일에 법정에서 선고하여야하며, 공고도 하여야 한다.²⁴⁰⁾ 매각허가결정이 난 후 7일 이내에 허가결정에 대한 상고신청이 없거나 신청된 항고재판이 기각된 때에 매각허가결정은 확정이 된다. 법원은 매각허가결정일로부터 1월 안의 날로 대금지급기한을 정하여 매수인에게 통지한다. 매수인은 대금지급기한까지 매각대금을 납부하여야 하며, 매각대금을 완납함으로써 소유권을 취득하게 된다. 이 경우 법원사무관 등은 등기관에게 매수인 앞으로의 소유권이전등기, 매수인이 인수하지 아니하는 권리의 말소등기를 촉탁한다. 이는민법 제187조 법률규정에 따른 물권변동으로 매수인은 등기 없이도 소유권을 당연히 취득하게 된다.²⁴¹⁾

(4) 절차의 정지와 종료

민사집행법 제274조 제2항은 "유치권 등에 의한 경매절차는 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 이를 정지하고, 채권자또는 담보권자를 위하여 그 절차를 계속하여 진행한다."고 규정하여 동일목적물에 대하여 강제경매나 담보권실행의 경매가 경합적으로 개시되면 이를 정지하고 강제경매나 담보권실행의 경매만을 속행하여야 한다. 이 경우 강제경매에서 목적물이 매각되더라도 매수인이 부동산 위의 부담을 인수하므로 유치권자의 지위에는 영향이없다.

유치권에 의한 경매의 경우에도 매각대금의 교부로 종료하는 외에 경매신청인의

²³⁹⁾ 이시윤 앞의 책, 538면.

²⁴⁰⁾ 김남정, 위의 논문, 12면 참조,

²⁴¹⁾ 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(대법원 1971. 5. 10. 자 71마283 결정).

취하 또는 경매절차의 취소에 의해 종료된다, 경매절차가 종료되면 그 유치권은 피 담보채권의 소멸여부와 관계없이 소멸한다.²⁴²⁾

2. 매각에 의한 부동산상 부담의 처리

경매절차상 부동산이 매각되는 경우 그 위에 용익물권이나 담보물권이 설정되어 있는 경우 이를 어떻게 처리할 것인가와 관련하여 이해관계인들 사이에는 매우 복잡한 법률관계가 형성된다. 이 경우 그 부담을 소멸시켜 매수인에게 아무 부담이 없는 완전한 부동산을 취득하게 할 것인지, 아니면 그 부담을 그대로 매수인에게 인수시킬 것인지 결정하여야 한다. 부동산 경매실무를 담당하는 법무사, 공인중개사, 은행 등에서는 이러한 문제를 분석하는 것을 권리분석이라 한다. 243) 부동산경매실무상부동산이 경매로 낙찰될 경우 목적부동산 위에 존재하는 권리가 인수될 것인가 소멸될 것인가를 구분하는 기준이 되는 권리를 말소기준권리라고 말한다.244)

가. 소멸주의와 인수주의의 의의

부동산 경매를 통해 낙찰은 받은 매수인은 등기여부와 관계없이 매각대금을 완납하게 되면 경매목적 부동산의 소유권을 취득하게 된다(민법 제187조 참조).

부동산경매에서 가장 기초적이며, 중요한 사항이 경매 목적물인 부동산 위의 권리에 대한 분석으로써, 부동산 위의 권리가 소멸하여 매수인이 완전한 권리를 취득하느냐, 아니면 부동산 위의 권리를 매수인이 그대로 부담하고 취득하느냐와 직결되는 문제인 것이다. 예컨대 경매법원에서 완전한 권리를 취득하는 경우에는 매수희망자의 경쟁이 치열하여 가격이 상승할 것이지만, 부담을 안고 취득하는 경우에는 매수희망자가 입찰을 희망하지 않아 유찰되는 경우가 많을 것이다. 이러한 문제를 발생케 하는 전제가 소멸주의를 취하느냐, 인수주의를 취하느냐의 입법정책의 문제인 것이다. 민사집행법은 소멸주의를 원칙으로 하고 인수주의를 가미하는 입법방식에 잉여주의 원칙도 병행하여 채택하고 있다(민사집행법 제91조).245)

²⁴²⁾ 장인태, 앞의 책, 220면.

²⁴³⁾ 이시윤, 앞의 책, 272면.

²⁴⁴⁾ 이재석, 앞의 책, 103면; 장윤환, 앞의 논문, 21면.

²⁴⁵⁾ 각국의 입법주의는 차이는 있지만 소멸주의를 원칙으로 하면서 인수주의를 보충하는 국가로 프랑스, 일

(1) 소멸주의

매각부동산 위의 물적 부담을 매각에 의하여 소멸시켜 매수인에게 부담없는 완전한 권리를 취득시키는 것을 소멸주의(Übernahmeprinzip) 또는 소제주의라고 한다.246) 소멸주의는 매각대금을 높이고, 매수인의 지위를 안정시킬 수 있다는 점에서 민사집행법은 매각부동산 위의 모든 저당권에 대해서는 소멸주의를 원칙으로 하고 있다(제91조 제2항). 즉, 저당권은 그 순위와 무관하며, 근저당권이나 공동저당권 등의 명칭 여하를 불문하고 모두 소멸하며, 저당권과 동일하게 취급되는 담보가등기도 매각에 의하여 소멸한다(가등기담보등에 관한 법률 제15조). 그리고 매수인이 낙찰받은 부동산에 대한 소유권이전등기를 하면서 등기부상 권리 중에 지상권, 지역권, 전세권 및 등기된 임차권(대항요건을 갖춘 임차권 포함)과 같은 용익권은 저당권, 압류채권, 가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다(민사집행법 제91조 제3항). 소멸주의는 강제경매, 담보권 실행을 위한 경매 등에 적용된다.

이와 같이 후순위의 권리자가 가지는 권리는 소멸하게 되지만, 주택임대차보호법 상 대항력을 갖춘 임차인의 경우에는 소멸하지 않는다. 그리고 매수인이 경매부동산 에 대한 매각대금을 지급하면 법원사무관 등은 매각허가결정의 등본을 붙여 소유권 이전등기 또는 매수인이 인수하지 아니하는 부동산의 부담에 관한 기입을 말소하는 등기를 촉탁하여야 한다(민사집행법 제144조 제1항).

부동산 경매절차에서 소멸주의는 각각의 장점과 단점을 가지고 있다. 경매절차를 통해 모든 부동산 위의 부담을 소멸시키는 것이므로 경매가 유찰되는 현상을 막을 수 있고, 매수인이 지위를 안정시켜 완전한 소유권을 취득할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 매수인은 경매부동산에 대한 매각대금을 일시에 지급해야 한다는 점에서 상당한 부담으로 작용할 수 있고,247) 부동산 위의 모든 부담을 소멸시켜야 하므로 경매실행을 신청한 자에 우선하는 물권의 존재, 피담보채권액과 경매절차비용을 공제하고 남은 금액이 없는 경우에는 무의미한 경매가 될 가능성 우려도 있다.248)

본, 우리나라 등을 들 수 있고, 인수주의를 원칙으로 하면서 소멸주의를 보충하는 국가는 독일, 오스트리아, 미국, 영국, 스위스 등을 들 수 있다(이시윤, 앞의 책, 273면).

²⁴⁶⁾ 이시윤, 위의 책, 273면; 전병서, 앞의 책, 238면; 김홍엽, 앞의 책, 150면; 박창렬, "유치권에 의한 부동산 경매에 있어서 부담의 소멸 여부 - 대상판결: 대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정(공2011하, 1437) -", 「재판실무연구」, 광주지방법원, 2013. 1, 9면.

²⁴⁷⁾ 이시윤, 위의 책, 273면.

²⁴⁸⁾ 박창렬, 앞의 논문, 9면; 장윤환, 앞의 논문, 24-25면; 엄성현, 앞의 논문, 60-61면.

(2) 인수주의

인수주의(Löschungsprinzip)란 부동산 위의 물적 부담을 소멸시키지 않고, 매수인이 그대로 부담하는 인수하도록 하는 것을 말한다. 민사집행법은 소멸주의를 원칙으로 하면서 지상권, 지역권, 전세권 및 대항할 수 있는 등기된 임차권은 소멸되지 않고 매수인이 그대로 인수하도록 예외를 인정하고 있다(동조 제4항). 다만 선순위 전세권이더라도 전세권자가 배당요구의 종기까지 배당요구를 하면 매각으로 소멸한다(민사집행법 제91조 제4항 단서, 제268조). 이와 같이 부동산 소유권이전등기를 하더라도 선수위의 권리는 매각 후에도 매수인이 인수하여야 한다.

예컨대 가압류가 10개 이상이더라도 그 중에 가장 빠른 날짜가 2019년 4월 15일이고, 근저당이 몇 개 있고 그 중에 가장 빠른 날짜가 2019년 2월 28일이고, 담보가 등기가 여러 개 이더라도 그중에 가장 빠른 날짜가 2019년 4월 25일이라면 말소기준권리는 가장 빠른 날짜인 2019년 2월 28일자 근저당이 되는 것이다. 말소기준권리가 2019년 2월 28일자 근저당보다 빠른 등기부등본상 모든 권리들과 대항력을 갖춘 경우에 인수주의에 의하게 되면 매수인이 매각대금을 납부하고도 그 부담을 인수해야 하고, 유치권자인 점유자들은 매수인으로부터 채권변제를 받을 때까지 점유할 수 있는 권리가 주어진다. 249)

부동산 경매절차에서 인수주의를 취하게 되면 매수인은 부동산 위의 부담을 공제한 차액만으로 고가의 부동산을 매수할 수 있기 때문에 한꺼번에 고액의 매수대금을 준비할 필요가 없고, 경매부동산 위에 권리를 가지고 있는 담보물권자와 용익물권자가 곧바로 실행하는 것은 아니므로 계속해서 그 권리를 행사할 수 있다는 장점이 있다. 그러나 부동산 경매시에 최저매각가격에 반영되어야 할 부동산 위의 부담에 대한 정확한 산정과 권리분석이 어렵기 때문에 매수희망자들이 매수참가를 꺼려할 우려가 있고, 이로 인한 유찰로 경매절차가 반복되어 집행절차의 경제를 해칠 수 있다는 단점이 있다.250)

나. 잉여주의

민사집행법 제91조 제1항은 "압류채권자의 채권에 우선하는 채권에 관한 부동산의

²⁴⁹⁾ 장윤환, 앞의 논문, 25면 이하 참조.

²⁵⁰⁾ 이시윤, 앞의 책, 273면; 엄성현, 앞의 논문, 61면; 장윤환, 위의 논문, 25면.

부담을 매수인에게 인수하게 하거나, 매각대금으로 그 부담을 변제하는 데 부족하지 아니하다는 것이 인정된 경우가 아니면 그 부동산을 매각하지 못한다"고 규정하고 있고, 제102조에서는 부동산 매각대금으로 집행비용과 압류채권자의 채권에 우선하는 채권을 변제하고 남을 가망이 없을 경우 경매를 취소하도록 규정하여 구법과는 달리 잉여주의를 채택하고 있다. 부동산 매각대금이 최저경매가격이 된다는 전제에서 압류채권자가 자신의 채권을 변제받을 가망이 없다면 무익집행이 되므로 이를 허용하지 않는다는 것이다. 251) 유치권에 의한 경매의 경우 담보권실행을 위한 경매의 예에 따르기 때문에 잉여주의의 원칙이 적용된다(민사집행법 제268조).

다. 소 결

부동산에 있어서 담보권의 실행을 위한 경매에 있어서 부동산 위의 부담은 소멸하는 것이 원칙이지만, 유치권에 의한 경매절차에서도 반드시 인수주의를 취해야 할 것인가는 의문이다. 부동산 경매절차에서 소멸주의와 인수주의는 각각의 장점과 단점을 가지고 있지만, 부동산 유치권에 대하여 인수주의를 적용함으로써 발생하는 폐해가 심각하다. 따라서 형식적 경매의 경우에도 담보권 실행을 위한 예에 따라 실시하도록 되어 있고, 인수주의에 의하게 되면 매수희망을 꺼리게 된다는 점을 고려하면 소멸주의의 적용을 긍정할 필요가 있다.252)

최근 대법원의 판결도 경매절차에서 소멸주의를 원칙으로 할 수 있다는 점을 밝히고 있는 점도 주목하여야 한다. 즉, 경매의 대부분을 차지하는 강제경매와 담보권실행을 위한 경매에서 원칙적으로 소멸주의를 전제로 하여 배당요구의 종기결정이나 채권신고의 최고, 배당요구, 배당절차 등에 관하여 상세히 규정하고 있는 점, 민법 제322조 제1항에서 유치권자의 경매청구권을 인정하여 채권의 실현·만족을 위한 경매를 인정하고 있는 점, 반면에 인수주의를 취할 경우에는 앞서 살펴본 여러문제들이 발생한다는 점을 고려하면 유치권에 의한 경매의 경우에도 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다고 보아야 한다. 따라서 유치권에 의한 경매가 소멸주의를 원칙으로 하여

²⁵¹⁾ 이시윤, 위의 책, 288면; 전병서, 앞의 책, 239면; 김홍엽, 앞의 책, 157-158면.

²⁵²⁾ 김재권, 앞의 책, 316-317면 참조.

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 부담이소멸하지 않고 매수인이 이를 인수하게 된다는 취지를 기재할 필요없다고 하였다.253) 다만 집행법원은 부동산 위의 이해관계를 살펴 본 후에 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정할 수 있다.

3. 유치권과 인수주의

위에서 살펴본 바와 같이 부동산 위에 물적 부담이 있는 경우 경매절차에서 매각으로 인해 그 부담을 소멸토록 할 것인가와 관련하여 잉여주의, 소멸주의, 인수주의가 있다. 민사집행법 제91조에서는 부동산 매각과 관련한 물적 부담에 대해서 모든 저당권은 매각으로 소멸하는 것을 원칙으로 하면서(제2항), 지상권·지역권·전세권및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 소멸주의를 취하면서(제3항), 이 외의 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 매수인이 인수하도록 하고 있다(제4항). 부동산 유치권의 경우 매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다고 하여 인수주의를 취하고 있다(제5항).

유치권은 법정담보물권으로 타인의 물건을 점유하고, 채권의 변제를 받을 때까지절대적 효력에 의하여 누구에게든지 점유한 물건의 인도를 거절할 수 있는 권리이기 때문에 유치물이 양도되거나 경매로 낙찰되더라도 양수인이나 매수인 등의 명도청구에 대하여 점유한 물건의 인도를 거절할 수 있다. 경매를 통해서 부동산을 인수한 매수인은 유치권이 소멸되지 않았기 때문에 유치권으로 담보된 채무를 변제하지아니하면 경매목적물의 명도를 청구할 수 없다. 254)

유치권은 교환가치에 대한 지배권능이 없고, 채권의 변제가 있을 때까지 유치할 수 있다는 유치적 효력만을 본체로 하고 있다. 그러나 우선변제권이 인정되지 않는

²⁵³⁾ 대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정.

²⁵⁴⁾ 대법원 1973. 1. 30. 선고 72다1339 판결.

유치권자에게 채무자의 변제가 있을 때까지 유치물을 무한정 보관하여야 한다는 것은 매우 불합리하므로 이를 해결하기 위하여 구민법과는 달리 민법 제322조에서는 유치권자에게 경매신청권을 인정하고 있다.

유치권자가 매수인에게 변제를 청구할 수 있는 것은 아니지만,255) 채무자가 물건의 인도를 받고자 한다면 유치권자에게 변제를 하여야 하므로, 결국 간접적으로 채무자의 변제를 강제하는 것으로 유치권자의 채권을 담보하는 것이다.256) 이처럼 민사집행법이 유치권에 있어서 저당권 등의 다른 담보물권과 달리 인수주의를 취하고 있는 이유는 유치권자에게 실체법상 우선변제권을 인정하고 있지 않으므로 만약 경매에 의하여 유치권이 소멸한다고 하면 채권 만족을 얻을 수 없을 뿐만 아니라 유치권도 상실됨으로써 그 이익을 침해당할 수 있기 때문에 유치권자를 보호하기 위한 것이다.257)

유치권의 성립은 민사집행법 제91조 제5항에 의하여 저당권설정등기나 압류·가 압류등기의 전후를 불문하고 매각에 의하여 소멸하지 않는 일종의 불소멸의 인수주 의이다.²⁵⁸⁾ 압류의 효력이 발생하기 전부터 부동산을 점유하고 있는 유치권자, 저당 권설정 이전에 취득한 유치권, 압류채권자 또는 선순위 저당권자에 대항력이 없는 점유자의 유치권 등이거나 압류의 효력이 발생 이후에 취득한 유치권의 경우에도 압류채권자 및 매수인에게 대항할 수 있다는 것이다.²⁵⁹⁾

그러나 유치권은 등기사항증명서에 공시되지 않는 권리이므로 허위·과장의 유치 권 행사로 인하여 부동산 경매질서를 혼란케 하거나 매수인에게 불측의 손해를 주 는 요인으로 지목되고 있어서 최근 판례는 유치권의 성립과 관련하여 그 적용범위 를 축소하여 제한적 해석을 하고 있다.260)

경매부동산의 압류 당시에는 이를 점유하지 아니하여 유치권을 취득하지 못한 상태에 있다가 경매기입등기로 인한 압류의 효력이 발생한 이후에 경매부동산에 관한 기존의 채권을 담보할 목적으로 뒤늦게 채무자로부터 그 점유를 이전받음으로써 유치권을 취득하게 된 경우에 있어서 대법원은, "그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항.

²⁵⁵⁾ 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결.

²⁵⁶⁾ 이시윤, 앞의 책, 279면; 전병서, 앞의 책, 243면.

²⁵⁷⁾ 이승길, 앞의 책, 471면.

²⁵⁸⁾ 이시윤, 앞의 책, 279면.

²⁵⁹⁾ 장윤환, 앞의 논문, 27-28면.

²⁶⁰⁾ 전병서, 앞의 책, 243면; 이시윤, 위의 책, 279-282면,



제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다"261)고 판시하였다. 이와 같은 경우에도 유치권의 행사를 허용하면 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 훼손될 우려가 있고, 경매부동산에 대한 신속하고 적정한 현금화가 어렵게 되어 매수인등의 이해관계인에게 불측의 손해를 줄 우려가 크기 때문에 유치권을 행사할 수 없는 것으로 보는 것이다.262)

²⁶¹⁾ 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결.

²⁶²⁾ 전병서, 앞의 책, 243-244면.

제3장 유치권에 관한 입법례

제1절 유치권의 연혁

오늘날 유치권의 기원은 로마법상 '악의의 항변'(exceptio doli)에서 유래한 것으로보고 있다.1) 채권자 자신도 채무자에 대하여 어떠한 채무를 부담하면서 자신의 채무를 변제하지 않는 상태에서 채무자에게 채권의 변제를 청구하는 경우에 채무자가개별적으로 악의의 항변권을 전제로 채무자가 그 이행을 거절할 수 있었다. 로마법상 인도거절권능(retentio)은 상대방이 동일한 법률관계에서 발생한 반대의 급부를이행하기 전까지는 자신의 급부를 거절한다는 것을 의미하지만, 그 자체가 소를 제기할 근거는 되지 않고, 상대방이 소를 제기한 경우에 한하여 항변권을 가지는 것뿐이었다.2) 이러한 악의의 항변권은 재판상 법관이 직권으로 판단하는 것이 아니라이를 원용하는 자의 주장이 있는 경우에 인정되는 인적 항변권(대인적인 급부거절권)으로서 독립된 담보물권은 아닌 것이다.

악의의 항변권은 근대 입법에서 서로 다른 두 방향으로 발전되었다. 하나는 채권 법상의 급부거절권으로 구성하는 것으로, 독일과 프랑스가 이에 속한다. 프랑스 민법은 개별적인 경우에 급부거절권을 인정하는 데 그치고,³⁾ 유치권은 정하지 않는다. 독일 민법(제237조, 제274조)은 유치권은 규정하지만 동일 채권관계에서 생기는 두채무 사이의 급부거절권으로 파악하여 채권편 총칙에서 이를 정하고 있다. 다른 하나는 독립된 담보물권으로 구성하는 것으로, 스위스, 일본, 우리 민법은 이를 따르고 있다.⁴⁾ 로마법은 채무자에게 악의의 항변을 인정함으로써 반대급부를 거절할 수 있는 권리를 인정하였는데, 유치권을 명시적인 제도로서 운용하지는 않았다.⁵⁾ 이러한 악의의 항변은 채권자가 채무자를 해할 수 있다는 걸 알고 어음을 취득한 때에는,

¹⁾ 이용호, "부동산 유치권제도 개선을 위한 입법론적 연구", 대진대학교 박사학위논문, 2019, 17면; 이강은, "부동산 유치권 제도의 문제점과 해결방안에 관한 연구", 고려대학교 박사학위논문, 2017, 9면; 이정민, "유치권제도 개선안에 관한 연구-민법개정안을 중심으로", 동아대학교 박사학위논문, 2015, 9면 등.

²⁾ Kaiser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 1971, S. 521 u 529; 이정배, "유치권의 민사책임에 관한 연구", 성균관대학교 박사학위논문, 2010, 32면 재인용.

³⁾ 이정민, 앞의 논문, 9면; 이용호, 앞의 논문, 8면.

⁴⁾ 김준호, 「물권법」, 법문사, 2019, 340면.

⁵⁾ 엄성현, "부동산 유치권에 관한 민사법적 연구", 동의대학교 박사학위논문, 2016, 64-67면 참조.

그 채권자에 대하여 자기의 의무이행을 거절할 수 있는 인적항변권을 말한다.

유치권에 대하여 통일적인 규정은 독일에서 1794년 프로이센일반란트법 (Allgemeines Landrecht; Prussian Civil Code) 제1편 제20장 제536조 이하에서 찾아볼 수 있다.6) 프로이센일반란트법 제536조는 "유치권은 타인의 물건의 보유자가 자신의 반대채권 만족을 얻을 때까지 그 물건을 소지할 수 있는 권능이다"고 규정하였고, 제539조는 "유치권이 인정되는 채권은 물건 그 자체와 관련하여서 성립한 것이거나, 물건이 그를 근거로 하여 점유자의 점유에 속하게 된 그 행위로부터 성립한 것이어야 한다."고 규정하였었다.

제2절 독일 민법

1. 유치권의 개념

독일민법에서는 유치권을 채권적 급부거절권으로 파악하고 있으며, 모든 가능한 경우를 위한 통일적 규정은 두지 않고, 다만, 특정한 목적을 위한 개별적 규정만을 두고 있다. 독일민법상 유치권, 즉 급부거절권은 먼저, 신의성실의 원칙에 입각하여 인정하고 있는 급부의무에 대한 거절권능으로서 일반규정인 제273조의 일반적인 급부거절권(Zurückbehaltungsrecht)7)과 쌍무계약상 특별규정인 제320조의 동시이행항 변권(Einrede des nicht erfüllten Vertrags)8) 및 제1000조의 점유자의 인도거절권

⁶⁾ 이강은, 앞의 논문, 14면.

⁷⁾ BGB § 273 Zurückbehaltungsrecht

⁽¹⁾ Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnis sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht).

⁽²⁾ Wer zur Herausgabe eines Gegenstands verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, dass er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

⁽³⁾ Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen.

⁸⁾ BGB § 320 Einrede des nicht erfüllten Vertrags

⁽¹⁾ Wer aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. Die Vorschrift des § 273 Abs. 3 findet keine

(Zurückbehaltungsrecht des Besitzers)⁹⁾이라는 3가지 유형으로 그 적용영역을 각각 달리하고 있다.¹⁰⁾

독일민법은 유치권을 동일한 법률관계에서 발생하는 채무자 사이의 거절권능으로 보아 채권편 총칙 중에 규정하고 있다. 그리고 채무자가 항변권에 의하여 의무이행을 거절하는 것을 동일한 법률관계로부터 발생한 쌍방의 채권 사이의 거절권능으로 구성하면서 동시이행의 항변권을 포함하는 것으로 해석하고 있다.11)

항변권은 청구권을 지속적으로 저지시키는 영구적 항변권과 일시적인 기간의 연장이라는 연기적 항변권이 있는데, 독일민법상 유치권에 해당하는 급부거절권, 동시이행항변권, 점유자의 인도거절권 등 모두 연기적 항변권으로 청구권 제한적인 항변권이 문제된다. 이는 재판상 청구권의 행사를 자체적으로 저지시키는 것은 아니고, 항변권자에게 그에 상응하는 급부수령을 서로 상환하도록 하는 판결, 즉 상환급부판결(Zug-um-Zug Verurteilung)을 한다는 점에서 다른 연기적 항변권과 구별되는 것이다.12)

2. 급부거절권

가. 급부거절권의 의의

독일민법상 일반적 유치권인 급부거절권은 동일한 법률관계로부터 야기된 반대급부(Gegenleistung)를 상대방 측에서 이행할 때까지 그가 이행하여야 할 급부를 거절

Anwendung.

⁽²⁾ Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teils, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

^{9) § 1000} BGB Zurückbehaltungsrecht des Besitzers

Der Besitzer kann die Herausgabe der Sache verweigern, bis er wegen der ihm zu ersetzenden Verwendungen befriedigt wird. Das Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu, wenn er die Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

¹⁰⁾ 신국미, "유치권제도에 관한 연구 - 동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로", 고려대학교 박사학위논문, 2004, 202-203면; 장윤환, "부동산 유치권의 효력과 문제점에 관한 연구", 호남대학교 박사학위 논문, 2012, 10면.

¹¹⁾ 장윤환, 위의 논문, 10면.

¹²⁾ Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 36. Aufl., 2012, S. 119; H. Roth, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, C.H.Beck, 1988, S.169, 216.

할 수 있는 권리를 보장한 것으로써, 급부와 반대급부간의 목적적 연결성 (Zweckbindung)에 봉사하는 것이다.13) 독일민법은 제273조 제1항에서 급부거절권을 "채무자가 자신의 채무가 발생한 것과 동일한 법적 관계에 의하여 채권자에 대하여 이행기가 도래한 청구권을 가지는 경우에는 채권관계로부터 다르게 해석되지 않는 한, 그가 청구할 수 있는 급부가 실행될 때까지 의무를 부담하는 급부를 거절할 수 있다."고 명시적으로 인정하고 있다. 즉, 반대급부를 확보할 수 없는 위험이 있음에도 불구하고 급부를 이행하도록 강제하는 것은 급부를 이행해야 하는 채무자를 보호할 수 없다는 점에서 넓은 의미에서 담보권이라고 할 수 있다.14) 즉, 피담보채권이 발생하는 견런성의 범위를 계약관계보다 넓은 개념으로 양 청구권 사이에 일정한 관계가 존재한다는 것을 의미하는 것이다.15)

그리고 독일민법은 제273조 제2항에서는 특별한 경우에 인정되는 급부거절권에 대해 "목적물을 인도할 의무를 부담하는 사람이 그 목적물에 대한 비용지출 또는 그로 인하여 발생한 손해에 대하여 이행기가 도래한 청구권을 가지는 경우에도 같은 권리를 가진다. 그러나 유치권자가 목적물을 고의의 불법행위에 의하여 취득한 경우에는 그러하지 아니하다."고 하여 특별한 급부거절권을 인정하고 있다. 제3항에서는 급부거절권의 제한할 수 있는 내용으로써 "채권자는 급부거절권의 행사를 담보제공에 의하여 회피할 수 있다. 담보제공은 보증인으로써는 할 수 없다."고 규정하고 있다.

이와 같이 독일민법의 급부거절권은 일종의 담보수단으로 채권자의 반대급부 이행을 간접적으로 강제하지만, 간이변제충당권(Befriedigungsrecht)이나 별제권 (Absonderungsrecht)은 인정되지 않는다.¹⁶⁾

나. 급부거절권의 성립요건

(1) 청구권의 상환성

독일 민법상 유치권인 급부거절권을 인정받기 위해서는 제273조 제1항에 따른 성

¹³⁾ 신국미, 앞의 논문, 205면; 강희숙, "부동산경매절차에 있어서 유치권행사에 관한 법정책적 연구", 동아 대학교 박사학위논문, 2011, 145면.

¹⁴⁾ 이정민, 앞의 논문, 86면.

¹⁵⁾ Larenz., Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, A.T, 14.Aufl., 1987, S.214.

¹⁶⁾ Palandt/Grüneberg, 75. Aufl., 2016, BGB §273 Rn. 26.

립요건을 구비하여야 한다. 먼저, 당사자 사이에 청구권(Anspruch)의 상환성 (Gegenseitigkeit)을 가져야 한다. 급부거절권을 행사하기 위해서는 채무자 자신도 채권자에 대하여 청구권을 가지고 있어야 하며, 이는 동일한 법적 관계에 의하여 발생하여야 한다. 즉, 청구권 행사의 상대방인 채무자는 동시에 반대청구권의 채권자이고, 청구권을 행사하는 채권자는 동시에 반대청구권의 채무자로써 그때마다 지위가 바뀌게 된다.17) 여기에서의 청구권은 쌍무적 관계에 있으면 되므로 동일한 법적관계에 기인한 것으로 계약에 의하거나 법정채권에 의하거나, 또는 채권적이거나 물권적이거나 상관이 없다. 다만, 동시이행항변권의 견련성은 유상의 쌍무계약으로부터 기인한다.18)

(2) 반대청구권의 변제기 도래

독일 민법상 급부거절권을 행사하기 위해서는 채무자의 반대급부청구권이 변제기에 도래하는 것을 전제로 한다(Fälligkeit).19) 이는 채무자가 나중에 변제기가 도래하는 청구권을 이유로 그가 미리 이행해야 할 급부를 거절할 수 있도록 인정하는 것은 채무자가 채권자보다 유리한 법적 지위를 가지는 것은 불합리하기 때문이다.20) 변제기의 도래와 관련하여 시효완성된 채권을 반대채권으로 하여 급부거절권을 행사할 수 있느냐와 관련하여 시효가 완성된 경우 항상 급부거절권이 배제되는 것은 아니지만, 채권자의 채권이 발생할 당시에는 시효가 완성되기 이전이어야 한다.21) 또한 자신의 청구권행사를 위한 간접적 이행강제는 자신의 급부를 일시적으로 유보할 수 있기 때문에 채무자의 청구권은 실행 가능하고 항변권 행사로 무효가 되지 않아야 한다.22)

(3) 청구권의 견련성

독일 민법상 유치권인 급부거절권이 인정되기 위해서는 청구권과 반대청구권은

¹⁷⁾ Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1995, S.261; Larenz, a.a.O., S.213.

¹⁸⁾ Brox/Walker, a.a.O., S. 116; Lerenz, a.a.O., S.213; 신국미, 앞의 논문, 208면; 이정민, 앞의 논문, 87면.

¹⁹⁾ Brox/Walker, a.a.O., S. 117.

²⁰⁾ 이정민, 앞의 논문, 87면; 이용호, 앞의 논문, 12-13면; 엄성현, 앞의 논문, 94면.

²¹⁾ 이용호, 앞의 논문, 13면.

²²⁾ 신국미, 앞의 논문, 212면; 이용호, 위의 논문, 13면.

동일한 법적 관계에 기하여 발생하여야 하는 청구권의 견련성이 있어야 한다 (Konnexität). 독일 민법은 제273조에서 급부거절권의 견련성에 대하여 '채권과 목적물의 반환의무가 동일한 법률관계에 기한 경우' 및 '채권이 목적물에 가해진 비용이거나 목적물에 의해서 발생한 손해의 경우'라고 구체적인 기준을 명시하고 있다.

독일 민법상 유치권을 인정하기 위한 전제로서 견련성은 제273조 제1항의 일반적 인 급부거절권과 동조 제2항의 특별한 급부거절권에 의한 견련성으로 구분하여 판 단하고 있다. 독일 민법 제273조 제1항의 일반적인 급부거절권에서 동일한 법적 관 계의 견련성은 동일한 법률관계(dasselbe Rechtverhältnis)인 계약보다 넓은 개념으 로 해석되고 있다. 서로 대응하고 있는 양 청구권 사이에 어떠한 일정한 계약관계로 부터 발생한 경우뿐만 아니라 당사자의 의사가 아닌 사물의 본성에 의해 판단해 볼 수 있는 내적 견련관계에 바탕을 둔 통일적 생활관계 또는 경제적ㆍ자연적 결합관 계로 등의 있는 경우에도 인정되는 것으로 넓게 해석하고 있다.23) 또한 동일한 법적 관계는 채권관계뿐만 아니라 소유물반환청구권이나 물권적 청구권에도 적용되고.24) 친족법 및 상속법의 영역에도 적용된다.25) 순수한 친족관계에는 적용되기 곤란하고, 법률관계의 성질상 부양청구권에 대하여는 유치권의 행사가 배제된다.26) 독일의 실 무계에서는 청구권의 견련관계를 자연적·경제적인 견련관계뿐만 아니라 넓게 사실 관계 또는 생활관계를 포함하는 유연한 법적 관계로 이해하고 있으며, 서로 반환해 야 할 물건 상호간의 반환청구권에도 견련성을 인정한다.27) 또한 쌍무계약에서 발생 하는 부수적 급부청구권은 급부거절권의 기초를 형성하는 것이고, 불완전쌍무계약에 서 발생하는 청구권과 의무도 동일한 법적 관계에 근거한 것이라고 파악한다.28)

그리고 특별한 급부거절권에 관한 독일 민법 제273조 제2항의 견련성은 대상에 관한 것으로써 법률상 당연히 견련성의 존재를 인정한 것으로 볼 수 있으므로 특별한 급부거절권이 적용되면 견련성의 성립여부에 대한 판단은 더 이상 필요하지 않는다.²⁹⁾

²³⁾ Bamberger/Roths/Unberath, BGB, Rn. 18 zu \$273; Brox/Walker, a.a.O., S. 117; Lerenz, a.a.O., S.214.

²⁴⁾ Larenz, a.a.O., S.213ff.

²⁵⁾ Emmerich, Grundlagen des Vertrags und Schuldrechts, 1974, §9 I 1, S.345.

²⁶⁾ RGZ 152, 75.

²⁷⁾ Enneccerus/Lehmamm, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., §25 I 1 a; Palandt/Grüneberg, a.a.O., BGB §273 Rdn. 9.

²⁸⁾ 이용호, 앞의 논문, 14-15면; 엄성현, 앞의 논문, 92-93면.

²⁹⁾ 이정배, 앞의 논문, 55면; 엄성현, 앞의 논문, 93면; 장건, "독일민법상 유치권제도에 관한 연구", 「부동산 경영」, 제7집, 부동산중개학회지, 2013. 6, 77면.

A CHOSUN UNIVERSITY

(4) 급부거절권의 배제

급부거절권을 행사하기 위한 요건인 상환성, 견련성, 변제기 도래라는 모든 요건을 충족하더라도 계약상 합의나 채권관계의 특별한 성질에 의하여 또는 신의성실의 원칙에 의하여 배제될 수 있다.30) 독일 민법상 급부거절권은 상대방의 반대청구권과는 관계없이 자신의 청구권을 행사하는 것이 신의성실의 원칙이 훼손되는 것을 방지하기 위하여 인정되는 것이므로 일정한 개별적인 경우에 당사자의 반대의 의사표시또는 채권관계의 성질 및 사안의 특수성으로 인하여 그 배제를 명시하고 있다.31) 예컨대 명시적으로 급부거절권이 인정되지 않는 일정한 경우로는 대리인은 대리권이소멸하게 되면 대리권 수여증서를 본인에게 반환하여야만 하고(독일민법 제175조),임차인에게 부동산의 사용임대인에 대한 청구권에 의하여 유치권이 주어지지 않으며(독일 민법 제556조 제2항), 상속인이 상속재산으로부터 상환을 받는 비용(독일 파산법 제223조) 등이다.32) 판례와 학설은 급부거절권에 대한 제한을 비교적 넓게 인정하고 있는 편이다.33)

다. 급부거절권의 효력

독일민법상 급부거절권은 법률규정을 근거로써 채무자가 항변으로 주장한 경우에 비로소 효력이 발생한다. 즉, 당사자 사이에 서로 상환함으로써 발생하는 채권의 소멸이 아니라 서로 동시에 이행으로 급부하여야 하며, 유치권에 관한 주장은 채권자가 분명하게 인식하여야 한다.34)

(1) 권리형성적 효력

유치권, 즉 급부거절권의 행사는 별도로 존재하던 청구권들이 채권자가 동시이행으로 급부를 청구할 수 있다. 쌍무계약상 청구권은 동시이행관계로 항변권이 인정되지만,35) 급부거절권에 따른 권리형성적 효력은 독립적으로 인정되는 권리로써 제한

³⁰⁾ BGH, 27.09.1984 - IX ZR 53/83 = BGHZ 92, 194, 197 = NJW 1985, 189.

³¹⁾ 신국미, 앞의 논문, 212-213면; 이용호, 앞의 논문, 14-15면.

³²⁾ Palandt/Grüneberg, a.a.O., BGB §273 Rn. 12.

³³⁾ 신국미, 앞의 논문, 213면 참조.

³⁴⁾ 장건, 앞의 논문, 79면.

없이 이행청구할 수 있었던 청구권을 동시이행관계에 있는 청구권으로 변경시킬 수 있다.36) 즉, 권리형성적 효력은 청구권에 대한 무한 의무에서 동시이행급부로 변경하는 데에 있다.37) 급부거절권의 행사로 인하여 독립하여 인정되었던 청구권들이 채권자에게 그 급부를 동시이행으로 청구할 수 있도록 결합되는 것이다. 그러나 채권자의 권리는 아무런 영향을 미치지 아니한다.38)

(2) 채권자지체 면제의 효력

독일민법 제273조에 의한 유치권의 항변권, 즉 급부거절권은 연기적 항변권으로 물건의 인도 뿐만 아니라 작위의무, 수인의무, 부작위의무 등의 경우에도 목적이 될 수 있다. 그리고 급부거절권을 행사한 경우에 채권자가 자기의 반대급부의 제공을 이행하지 않더라도 급부거절권의 존재에 의해 처음부터 이행지체에 빠지지 않으며, 또한 항변권을 주장하여 장래에 향하여 채권자지체에 빠지지 않으며, 급부거절권의 행사 이전에 발생한 지체이자는 채권자에게 귀속된다.39) 이 항변권의 행사에 의하여 채무자는 채무를 무제한적으로 부담하지 않게 되지만, 채권자에 의해서 행사되면 채 무자가 항변권 행사를 하더라도 채무자지체에 해당하게 된다.40)

(3) 채권적 효력

독일 민법상 유치권은 물권으로써 인정되는 것이 아니라 단지 채권법상 효력으로 인정되고 있기 때문에 물건에 대해 유치권을 행사하는 자는 수치인으로써 관리의무 를 부담하는 것으로 넓은 의미에서 담보권과 유사하다. 그러나 일방적 급부의무를 부담하는 채무자의 불이익을 보호하기 위하여 담보권이나 물권적 효력이 있는 우선 변제권이 인정되지 않고, 단순히 채권자에 대한 간접적인 강제를 통하여 자신의 반

³⁵⁾ Larenz, a.a.O., S. 201.

³⁶⁾ Roth, a.a.O., S.183f.; MüKoBGB/Krüger, BGB Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 2007, \$273 Rn. 91; Staudinger/Bittner, Staudinger-Bittner, Kommentar Zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzn, Bd. II, \$273, 1995, BGB \$273 Rn. 119: 이강은, 앞의 논문, 17면; 이진기, "담보물권으로 서의 유치권-유치권의 비판적 해석-", 「안암법학」, 제8호, 안암법학회, 1999, 238-239면.

³⁷⁾ 장건, 앞의 논문, 80면.

³⁸⁾ MüKoBGB/Krüger, a.a.O., BGB §273 Rn. 91.

³⁹⁾ 장건, 앞의 논문, 80면; 이상배, 앞의 논문, 59면.

⁴⁰⁾ 장건, 앞의 논문, 80면,

대청구권을 보장받는 것이다.41)

(4) 소송절차상 효력

독일 민법상 급부거절권은 다른 연기적 항변권과는 달리 소송에서 그 효과가 나타난다. 급부거절권을 행사하게 되면, 동시이행항변권에서 인정되는 것과 같이 원고의 승소판결이 아닌 다른 소송법적 효력을 가진다. 즉, 피고의 유치권 항변이 인정되는 경우 청구기각판결이 아니라 상환급부판결을 받게 되며, 각하판결을 받는 것은 아니다.42)

그리고 쌍무계약에서 강제집행의 채무자에게 수령지체가 존재하면 채권자는 동시 이행판결을 근거로 하여 자기의 반대급부를 이행하지 않은 상태에서 채무자의 재산 에 대하여 강제집행을 할 수 있다.⁴³⁾

한편 독일민법은 유치권자에게 강제집행절차에서 채권신고의 의무화, 배당참가를 통한 법적 지위의 인정, 성립시기를 기준으로 하는 배당순위에 관한 규정을 두어 절차에 따라서 배당이 되고 있다. 또한 경매절차가 종료하게 되면 피담보채권의 전부변제와 관계없이 언제나 유치권은 소멸하며, 새로운 매수인에게 유치목적물을 인도할 의무를 규정하고 있다는 점에서 차이가 있다.44)

3. 점유자의 인도거절권

독일민법은 "점유자는 그가 보상받아야 할 비용이 그에게 지불되기까지 물건의 반환을 거절할 수 있다. 이 유치권은 점유자가 그 물건을 고의의 불법행위를 통해 취득한 경우에는 그에게 인정되지 아니한다"고 규정하고 있다(독일민법 제1000조). 이를 점유자의 인도거절권이라고 한다.

독일 민법 제1000조의 점유자의 인도거절권이 성립하기 위해서는 다음의 요건을 갖추어야 한다. ① 유치권자는 물건의 점유자이어야 하고, ② 소유자와 점유자 사이에 지출비용에 대하여 채권적 합의는 없지만 점유자가 반환할 물건에 비용을 지출

⁴¹⁾ 이용호, 앞의 논문, 17면; 신국미, 앞의 논문, 219면; 장건, 위의 논문, 80면.

⁴²⁾ 신국미, 위의 논문, 219면; 장건, 위의 논문, 81면,

⁴³⁾ Keller, Das Zurückbehaltungsrecht. nach §273 BGB, JuS 1982, 665ff.

⁴⁴⁾ 오시영, "부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰", 「토지법학」, 제23권 제2호, 한국토 지법학회, 2007, 237면.

하여야 하고, ③ 소유자가 지출비용에 승인을 하여야 하지만, ④ 변제기의 도래는 요건으로 하지 않는다.⁴⁵⁾

당사자 사이에 채권관계가 없더라도 소유자에 대한 점유자의 비용상환청구권을 담보하기 위한 유치권을 일반적 급부거절권에 대응하여 인정된 것이다.46) 점유자의 인도거절권은 유치물을 목적으로 하는 청구권의 실행수단인 비용상환의무의무(제1001조)의 변제기를 '소유자가 물건을 회복하거나 또는 소유자의 비용지출을 승인한 경우'로 정하여 아직 변제기가 도래하지 아니한 경우로써 독일 민법 제273조 제2항의 특별한 급부거절권의 성립을 방지하고자 한 것이다. 점유자의 인도거절권은 일반적 급부거절권과는 달리 변제기의 도래를 요건으로 하지 않고, 소유자가 목적물의 회복에 따르는 비용을 승인하면 점유자의 상환청구권 실행이 가능하기 때문에 변제기의 요건은 충족된다.47) 즉, 점유자는 소유자에게 목적물을 반환하고 소유자가 비용을 승인하게 되면 상환청구권을 행사할 수 있게 된다.48)

그리고 점유자는 점유자의 인도거절권에 관한 독일민법 제1000조의 요건을 충족하면 비용상환청구권으로 채무자 이외의 제3자인 양수인에 대해서도 목적물의 반환을 거절할 수 있고, 또한 채권적 유치권으로 제3자에 대하여도 대항할 수 있다.49)

일반적인 급부거절권은 목적물에 한정하여 통상적이며 포편적인 채권관계를 주된 적용영역으로 함에 반하여, 점유자의 인도거절권은 채권관계가 없더라도 단지 물권관계의 회복을 위한 권리로써 점유자와 소유자의 관계에 대한 비용상환청구권의 담보를 목적으로 하기 때문에 일반적 유치권인 급부거절권에 비하여 적용범위가 좁다.50) 한편 일반적인 급부거절권은 담보제공에 의한 소멸(독일민법 제273조)과 상환급부판결(독일민법 제274조)이 인정되는데 비하여, 점유자의 인도거절권은 이에 관한 법적 규정이 없어서 유추적용하고 있다. 점유자의 인도거절권은 유치 목적물에투하된 비용에 대한 환가변제권(독일 민법 제1003조)을 통하여 인도거절권자에게 점유물로부터 우선변제권을 인정하고 있기 때문에 사실상 물권적 효력을 인정하고 있다.51)

⁴⁵⁾ 이정배, 앞의 논문, 61면; 장건, 앞의 논문, 74면,

⁴⁶⁾ 장건, 위의 논문, 72면.

⁴⁷⁾ 이정배, 앞의 논문, 61면.

⁴⁸⁾ 清水 元, 「留置權概念の再構成」, 一粒社, 1988, 103 円.

⁴⁹⁾ 이동진, "물권적 유치권의 정당성과 한계", 「민사법학」, 제49권 제1호, 한국민사법학회, 2010. 6, 55-56 면.

⁵⁰⁾ Ahrens, Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrechte, 2002, S. 167; 장건, 앞의 논문, 72면.

⁵¹⁾ 이정배, 앞의 논문, 61면; 장건, 앞의 논문, 73면.

4. 동시이행의 항변권

독일 민법상 유치권, 즉 급부거절권(독일민법 제273조)을 행사하면 동시이행의 항변권(독일민법 제320조)과 동일한 효력이 인정되고 있다. 독일민법 제320조 제1항과제2항에 따라 쌍무계약의 일방은 계약에 의하여 선급부의무를 부담케 한 경우 상대방이 반대급부를 완전히 이행할 때까지 자신의 급부이행을 거절할 수 있다. 독일민법 제320조의 동시이행항변권은 그 구성요건 중 청구권에 관한 견련관계는 상환관계의 존재와 대가적 쌍무계약관계를 엄격하게 요한다고 할 수 있다.52)

독일 민법 제320조 제1항은 "쌍무계약에 근거하여 의무를 부담하는 자는 그 반대급부가 이행될 때까지 그가 선이행의무를 부담하는 경우를 제외하고는 의무인 급부이행을 거절할 수 있다. 급부가 다수의 사람에 대해 행해져야 하는 경우 반대급부전부가 행해질 때까지 각각에 대해 그가 요구할 수 있는 부분을 거절할 수 있다"고 규정하고 있다. 이는 쌍무계약을 원인으로 하여 선급부의무를 부담하는 경우 상대방에 의한 반대급부의 전부실행이 있을 때까지 그가 부담하여야 하는 급부를 거절할수 없고, 선급부의 이행의무를 부담하게 된다.53) 그러나 먼저 급부를 이행해야 하는 의무를 부담하는 경우에도 상대방의 하자있는 급부능력에 의한 불안의 항변권(제321조)의 행사를 통해서 급부거절을 주장할 수 있으나, 반대급부가 실현되었거나 담보를 부담한 경우에는 항변권을 행사할 수 없다.54) 그리고 독일민법상 유치권을 행사하면 청구권의 독자성여부는 항변의 효력으로서 동시이행항변권과 동일한 법률관계가 되고 상환판결로서 소송상 유치권의 행사가 결정된다.55)

독일민법 제320조의 동시이행의 항변권과 점유자의 인도거절권은 그 적용영역을 달리하고 있다. 유치권은 독자적이며 서로 견련성이 있는 급부의무가 존재하고, 권리의 행사로 급부의무 상호결합관계가 만들어진다. 그러나 동시이행항변권은 대가관계에서는 쌍무계약에서 급부의무 상호결합관계를 바탕으로 성립하므로 동시이행항변권의 행사가 있어야만 이행지체 등의 채무불이행책임이 발생하지 않는다.56) 또한독일민법 제273조 제1항의 일반적 급부거절권의 법률관계는 양 당사자가 서로의 급부에 대하여 약정한 대로 동시에 이행하지 않으면 제공하지 않을 것으로 서로 협의

⁵²⁾ 장건, 앞의 논문, 77면.

⁵³⁾ MüKoBGB/ Emmerich, 7. Aufl., 2016, BGB §320 Rn. 1.

⁵⁴⁾ 이용호, 앞의 논문, 19면; 이정민, 앞의 논문, 89면.

⁵⁵⁾ 장건, 앞의 논문, 78면.

⁵⁶⁾ Staudinger-Bittner, a.a.O., §273 Rn. 2, Rn. 121.

를 하여야 할 것이지만, 독일민법 제320조의 동시이행 항변권은 채권관계를 급부의무에 한정되지 않고, 견련관계에서도 동일한 법적 관계로서 경제적·자연적인 관계에 있더라도 무방할 것이다. 즉, 독일의 유치권은 채권적인 급부거절의 인적 항변으로써 동시이행항변권을 포함하여 매우 넓게 해석하고 있다.57)

독일 민법상 동시이행항변권은 독일 민법 제273조의 급부거절권과 달리 쌍무계약에 한하여 인정되고, 타담보의 제공이 있더라도 유치권은 소멸되지 않는다는 점에서 차이가 있다. 또한 동시이행항변권이 존재하는 경우에는 이행지체가 발생하지 않으므로 쌍무계약에서 일방의 이행제공에 따른 수령을 상대방이 지체한 경우에는 채무불이행이 성립하게 된다.58)

제3절 프랑스 민법

1. 유치권의 개념

프랑스 민법은 2006년 담보편 개정 이전까지는 유치권(droit de rétention)에 관한 일반규정을 두지 않고, 로마법에서와 같이 개별적으로 채무자의 급부거절권을 인정하는 규정만을 두었다. 즉, 프랑스 민법은 2006년의 민법의 담보법 개정을 통해 민법전 제4권 '담보법' 제2286조에서 일반규정을 두어 유치권을 명문화하였다.59) 그러나 이러한 명문규정을 두었다 하더라도 유치권의 본질에 관한 의문이 해소되고 유치권의 담보물권성을 부인하는 프랑스 판례의 입장이 문제된다고 보지는 않는다.60)

종래 프랑스 민법상 유치권인 급부거절권을 독립된 권리로 볼 것인가와 그 성질

⁵⁷⁾ Oertmann, BGB, zweites Buch der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 1928, \$273 Ib; 장건, 앞의 논문, 79면.

⁵⁸⁾ 이용호, 앞의 논문, 19면.

⁵⁹⁾ Article 2286 Peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose :

^{1°} Celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance ;

^{2°} Celui dont la créance impayée résulte du contrat qui l'oblige à la livrer ;

^{3°} Celui dont la créance impayée est née à l'occasion de la détention de la chose;

^{4°} Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession.

Le droit de rétention se perd par le dessaisissement volontaire.

⁶⁰⁾ 남궁술, "프랑스 민법전의 유치권에 관한 연구 -개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로-", 「민사법학」, 제49권 제2호, 한국민사법학회, 2010, 56면; 이용호, 앞의 논문, 24면,

을 무엇으로 볼 것이냐에 대하여는 판례와 학설을 통해 구체적인 법리가 정립되었다. 판례와 학설은 하나의 독립된 권리로 파악하여 유치권이라고 하면서, 그 개념에 대해서는 명확하지 않지만 일반적으로 채무자의 물건을 소지하고 있는 채권자가 자신의 채권이 완전히 실현될 때까지 그 물건의 반환을 거절할 수 있는 권능으로 정의하였다.61) 프랑스 민법상 유치권은 반환거절권능으로 대세적 대항력만 인정되고 우선변제권이나 경매청구권은 인정되지 않았다. 따라서 프랑스에서 유치권의 중요한 성립요건인 채권과 유치 목적물 사이의 물적 견련관계 또는 법적 견련의 경우에도 인정되므로 우리나라보다 매우 넓게 인정되고 있다.62)

그리고 프랑스 민법상 유치권에 대해서는 물권성을 부정하여 채권을 담보하는 것으로 보는 것이 학계의 지배적인 태도로써, 유치권을 물건의 단순한 소지에 근거한 반환거절권능으로 보는 법리에서 비롯된 것이라고 할 수 있다.⁶³⁾ 다만, 판례와 일부 학설에서 인도를 거절할 목적물 자체가 반대급부의 채무가 되어 있는 경우에 한하여 적용되는 급부거절권의 경우에는 제한적으로 유치권의 물권적 효력을 인정하고 있다.⁶⁴⁾ 따라서 프랑스 민법상 유치권의 담보물권성 또한 인정되지 않는 것은 당연하다고 할 수 있다.⁶⁵⁾

유치권과 구별되는 개념이 동시이행항변권이지만, 유치권에 관한 프랑스민법의 법리는 그 본질을 물건의 반환거절권능으로 보기 때문에 양자를 구별하기 어렵다는 견해도 있지만, ① 유치권은 쌍무계약 뿐만 아니라 질권이나 계약외적 관계에서도 파생되기도 하므로 동시이행항변권보다 그 적용범위가 넓고, ② 유치권은 제약 없이유치물과 채권과의 견련성만 있으면 폭넓게 인정되는 반면에, 동시이행항변권은 채무불이행의 정도가 미약한 경우에는 인정되지 않으며 그 행사의 범위도 불이행의정도에 비례하여 인정된다. 그리고 ③ 유치권은 그 효력에서 채무자 뿐만 아니라 제3자에 대해서도 대항할 수 있지만, 동시이행항변권은 채권적 관계로써 당사자인 채무자에게만 대항할 수 있는 상대적 효력만 인정되므로 양자는 구별된다고 할 수 있다.66)

⁶¹⁾ 장건·서진형, "프랑스 민법상 유치권제도에 관한 연구", 「민사집행법연구」, 제10권, 한국민사집행법학회, 2014. 2, 435면.

⁶²⁾ 남궁술, 앞의 논문, 49면; 이용호, 앞의 논문, 22-23면; 이강은, 앞의 논문, 20면; 장건·서진형, 앞의 논문, 436면.

⁶³⁾ 남궁술, 위의 논문, 51면 이하.

⁶⁴⁾ 장건·서진형, 앞의 논문, 436-437면.

⁶⁵⁾ 장건·서진형, 위의 논문 437면.

⁶⁶⁾ 남궁술, 앞의 논문, 51-52면; 이강은, 앞의 논문, 22면; 이용호, 앞의 논문, 22면.

2. 유치권의 성립요건

프랑스민법상 유치권의 일반적 적용범위와 행사요건에 관한 원칙은 제2286조에 의하므로 유치권에 관한 기존의 개별조항들은 그에 따라 해석되고 적용되지만, 유치권의 성립요건과 효과에 대한 규정은 없기 때문에 종래의 판례에 의하여 인정되는 요건에 따르고 있다.67)

가. 피담보채권의 존재

유치권이 성립하기 위해서는 채권이 물건으로부터 직접적으로 발생하거나 물건의점유에 견련하여 생긴 채권이 존재해야 한다.68) 유치권의 성립에 따른 피담보채권은 대부분 금전채권이지만, 판례는 작위 또는 부작위채권에 의한 경우에도 인정하고 있다.69) 피담보채권은 확정되어야 하고, 이행기가 도래하여야 하지만, 자연채무에 대해서는 유치권은 성립되지 않는다.70)

나. 물건의 점유

프랑스 민법상 유치권이 성립하기 위해서는 채권자가 물건을 점유하여야 한다. 유치권의 대상인 물건은 물리적 지배가 가능한 유체물로써 동산·부동산을 불문하지만, 프랑스 판례는 부동산의 경우에는 제한적으로 유치권의 행사를 인정하고 있다. 예컨대, 파기원⁷¹⁾은 건축신축도급계약에서 공사대금채권의 확보를 위하여 수급인이 유치권을 행사한 사안에서, 해당 유치권이 다른 저당권부 채권자나 청산인에 대하여는 대항력이 없다고 하여 유치권을 부정한 경우가 있다.⁷²⁾ 점유된 물건은 그 경제적가치와 상관없이 양도 및 압류가 가능한 것이어야 한다.⁷³⁾

⁶⁷⁾ 남궁술, 앞의 논문, 68면; 이용호, 위의 논문, 24면.

⁶⁸⁾ 장건·서진형, 앞의 논문 438면; 이용호, 위의 논문, 25면.

⁶⁹⁾ 남궁술, 앞의 논문 61면.

⁷⁰⁾ 장건·서진형, 앞의 논문, 438면; 이용호, 앞의 논문, 25면.

⁷¹⁾ 파기원(破棄院, Court of Cassation, Cour de cassation) 또는 파훼원은 프랑스의 최고재판소로써, 1790년 프랑스 혁명 기간 동안 Tribunal de cassation라는 이름으로 설립되었다.

⁷²⁾ 남궁술, 앞의 논문, 62면 참조.

⁷³⁾ 장건·서진형, 앞의 논문, 439면,

그러나 유치권의 대상인 물건은 본래 반환되어야 할 것으로 파악하고 있기 때문에 유치권자의 유치물에 대한 권한은 일시적일 수밖에 없으므로 유치물에 대한 지배권은 점유가 아닌 단순한 소지(detention)로 보고 있다.74) 그러나 2008년 경제현대화를 위한 법률을 통해서 종래 의제유치권자인 '비점유질권자'75)(Celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession)에게도 유치권을 인정하고 있다.76) 비점유질권자에게도 유치권을 인정한 이유는 비점유질권의 효력을 강화하기 위한 방안으로 신설한것인데, 이 규정으로 인하여 유치권의 성립에 있어서 피담보채권과 물건의 소지와의견련성을 전제하는 의미가 상실되었다는 비판이 제기되고 있다.77)

그리고 유치권자는 선의의 점유자이어야 하므로 유치물의 점유자가 자신에게 점유할 권원이 없다는 점을 알고 있는 악의의 점유자인 경우에는 공평의 원칙에 따라 그 성립이 부정된다.⁷⁸⁾

다. 견련성

유치권이 성립하기 위해서는 기본적으로 피담보채권과 유치물 사이에 견련성이 존재하여야 한다. 이에 대해서는 종래 프랑스 판례가 인정하고 있던 견련성인 '약정에 의한 견련성(connéxité conventionnelle)', '법적 견련성(connéxité juridique)', '사실적 견련성(connéxité matérielle)'을 프랑스 민법 제2286조가 명문화하였다.79) 그러

⁷⁴⁾ 남궁술, 앞의 논문 62면; 이용호, 앞의 논문, 25면.

⁷⁵⁾ 프랑스 민법상 비점유질권자란 유체동산의 질권에서 일정한 재산은 점유이전 없이도 다목적의 약정동산 담보를 설정할 수 있도록 하는 것을 말한다. 개정 전 프랑스민법에서는 nantissement라는 제명의 장(제 2071조 이하)에서 동산질권을 gage, 부동산질권을 antichrèse라고 하였으나, 특별법에 의해 용어가 혼용됨에 따라서 용어를 정리한 것이다. 이에 의하면 유체동산질권을 gage, 채권 등 무체동산질권을 nantissement, 부동산질권은 antichrèse라고 하였다(이준형, "프랑스민법전 담보법 개정(2006년)의 기본방침과 개요 -그리말디보고서를 중심으로-", 「민사법학」, 제49권 제2호, 한국사법행정학회, 2010. 6, 22-23면 참조). 프랑스 민법전의 개혁내용에 대한 상세는 김성수, "프랑스 민법전의 독립적 채무보증(garantie autonome)에 관한 연구 -개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로-", 「민사법학」, 제49 제2호, 한국민사법학회, 2010, 81-144면; 남궁술, 앞의 논문, 49-80면; 류창호, "프랑스 2006년 담보법개정의 주요내용과 평가(Ⅱ) - 동산담보・보증제도의 개정 및 평가 -", 「외국법제동향」, 제5권, 한국법제연구원, 2008, 77면 이하 참조.

⁷⁶⁾ 유치권을 행사할 수 있는 자는 ① 자신의 채권이 실현될 때까지 소지할 수 있는 물건을 제공받은 자, ② 미지불된 자신의 채권이 계약에서 비롯되었고, 그 계약에 의해서 물건의 인도를 부담하는 자, ③ 물건의 소지에서 발생한 채권이 미지불된 경우의 채권자, ④ 비점유질권을 향유하는 자 등이다(프랑스 민법 제 2286조 제1항).

⁷⁷⁾ 이강은, 앞의 논문, 22면.

⁷⁸⁾ 장건·서진형, 앞의 논문, 439면.

⁷⁹⁾ 이강은, 앞의 논문, 22면,

나 판례와 학설이 인정해 온 견련성(connéxité)이라는 기준, 유치권의 담보물권성, 법적 성질, 개념의 단일성과 복수성 등의 이론적인 논의와 그 요건 및 효과에 대해 서는 그대로 학설과 판례에 일임하고 있다.80)

3. 유치권의 효력

프랑스 민법은 유치권의 효력에 관한 규정을 두고 있지 않기 때문에 종래 판례의 태도에 따라 인정된 효력이 유지되고 있다. 즉, 채무자의 변제가 있을 때까지 물건을 유치할 수 있는 효력을 본체로 하는 매우 제한적인 불완전한 담보물권이다.81) 유치물의 반환거절권능에 의하여 불가분성과 대세적 대항력만을 인정하고, 기타 우선 변제권이나 경매청구권, 배당요구권 등과 같은 담보물권의 고유한 효력은 인정되지 않는다.82)

먼저, 자기채권의 완전한 실현이 있을 때까지, 즉 일부변제가 있거나 잔존채권이 미미한 경우이더라도 유치물의 전체에 대하여 그 반환을 거절할 수 있는 유치권의 불가분성이 있다.83)

둘째, 프랑스 민법상 유치권은 유치권자의 대세적 대항력을 인정한다. 유치권자가 채무자의 인도청구에 대항할 수 있는 것은 당연하고, 일반채권자, 담보권자, 나아가소유자나 제3 취득자에 대해서도 자신의 권리를 행사할 수 있다.⁸⁴⁾ 제3자에 대한 유치권자의 대항력을 인정하지 않으면 채권자는 채권을 담보하기 위하여 점유하고 있는 물건을 반환하여야 하므로 담보권을 잃게 되는 결과가 되기 때문이다. 또한 제3 채권자가 유치물에 대하여 압류를 진행하는 경우에 있어서 유치권자는 자신의 권리를 신고하거나 등기우편을 통해 집달관에게 통지하여야 한다.⁸⁵⁾

셋째, 프랑스 민법상 유치권은 채권적 권리로 파악하고 있기 때문에 일반채권자와 동일한 효력만 인정된다. 따라서 담보물권의 고유한 권리인 경매청구권, 우선변제권,

⁸⁰⁾ 김성수, 앞의 논문, "프랑스 민법전의 담보제도에 관한 최근 동향 - 2006년 신설된 민법전 제4편의 물적 담보와 인적 담보의 개정을 중심으로-", 「법조」, 제624호, 법조협회, 2008. 9, 234-235면; 이강은, 위의 논문, 22면.

⁸¹⁾ 엄성현, 앞의 논문, 81면.

⁸²⁾ 남궁술, 앞의 논문, 73면; 이용호, 앞의 논문, 26면.

⁸³⁾ 이강은, 앞의 논문, 23면; 엄성현, 앞의 논문, 83면,

⁸⁴⁾ 남궁술, 앞의 논문, 74면; 장건·서진형, 앞의 논문, 440면; 이강은, 위의 논문, 23면; 엄성현, 앞의 논문, 82-83면.

⁸⁵⁾ 남궁술, 위의 논문, 74면; 이용호, 앞의 논문, 27면.

유치물의 사용·수익권 등이 인정되지 않으며, 단지 유치물의 유용성(채무자의 입장에서의)에 대한 억제력만 인정될 뿐이다.86)

제4절 스위스민법

1. 유치권의 개념

스위스 민법(ZGB)상 유치권(Retentionsrecht)은 우리 민법이나 일본 민법과 유사하게 일정한 요건을 구비하게 되면 당연히 발생하는 일종의 독립된 법정담보물권으로 구성하고 있다.87) 즉, 스위스 민법은 유치권을 제한물권편에서 동산질권(Fahrnispfand)의 장에서 규율하고 있다.

스위스 민법상 유치권은 채무자의 의사에 기해 채권자가 점유하고 있는 동산 (bewegliche Sache)과 유가증권(Wertpapiere)은 그 채권이 변제기에 도달하고, 또한 그 성질상 유치의 목적물과 견련성이 있는 경우에는 그 채권을 변제받을 때까지 유치할 수 있는 권리를 말한다(스위스 민법 제895조 제1항 참조).88) 우리 민법과는 달리 유치권의 대상에서 부동산을 배제하고 있지만, 동산이나 유증가증권에 관하여 생긴 채권이라는 견련성을 요구하는 점은 유사하다.89) 견련관계가 인정되는 피담보채권에는 물건에 지출한 비용상환, 물건으로 인하여 발생하는 손해배상 및 위자료 및점유와 동일한 법률관계 내지 사실관계에서 생긴 채권을 말한다.90)

⁸⁶⁾ 장건·서진형, 앞의 논문, 440면.

⁸⁷⁾ 이상태, "불법행위로 인한 점유와 유치권의 배제", 「토지법학」, 제26권 제2호, 한국토지법학회, 2010. 12, 36면; 오시영, "부동산 유치권의 한계와 입법적 검토", 「토지법의 이론과 실무」, 지암 이선영박사 화갑기념논문집, 법원사, 2006, 186면.

⁸⁸⁾ Art. 895

¹ Le créancier qui, du consentement du débiteur, se trouve en possession de choses mobilières ou de papiers-valeurs appartenant à ce dernier, a le droit de les retenir jusqu'au paiement, à la condition que sa créance soit exigible et qu'il y ait un rapport naturel de connexité entre elle et l'objet retenu.

² Cette connexité existe pour les commerçants dès que la possession de la chose et la créance résultent de leurs relations d'affaires.

³ Le droit de rétention s'étend même aux choses qui ne sont pas la propriété du débiteur, pourvu que le créancier les ait reçues de bonne foi; demeurent réservés les droits dérivant pour les tiers de leur possession antérieure.

⁸⁹⁾ 신국미, 앞의 논문, 228-229면; 이용호, 앞의 논문, 28면; 엄성현, 앞의 논문, 100면.

⁹⁰⁾ 장건, "스위스민법상 유치권제도에 관한 연구", 「민사집행법연구」, 제11권, 한국민사집행법학회, 2015,

스위스 민법상 유치권은 상거래에서도 인정되어 상인간에는 민사거래의 견련관계를 완화하여 점유 및 채권이 그 영업상의 거래로부터 발생하는 경우에도 성립하는 것으로 하고 있다(동조 제2항).

이와 같이 스위스 민법의 유치권은 법정담보물권이므로 계약에 의하여 성립하거나 그 변경을 요구할 수 없다. 다만, 유치권에 관하여 당사자의 합의 내지 채무자의의사표시에 의하여 그 성립을 배제하는 것은 특약은 가능하다(제896조 제2항). 또한일정한 요건하에서 제3자의 물건에 대한 처분권과 유치물을 질권의 경우처럼 환가할 수 있는 권리가 인정된다(스위스 민법 제898조 제1항). 이외에도 스위스민법은유치권에 관한 규정을 유치권의 예외(제896조), 채무자의 지급불능에 있어서의 특수성(제897조). 유치권의 효력(제898조) 등에 관하여 규정하고 있다.

2. 유치권의 성립요건

스위스 민법상 유치권이 성립하기 위해서는 ① 유치목적물은 동산과 유가증권에 한정되며, ② 유치권자의 점유가 채무자의 의사에 의할 것, ③ 피담보채권의 변제기가 도래할 것, ④ 목적물과 피담보채권 사이의 견련관계의 존재 등을 요구하고 있다.91)

가. 유치권의 목적물

스위스 민법 제895조 제1항에 의하면 유치권은 동산과 유가증권에 한하여 성립한다. 부동산은 제외되며, 유가증권은 무기명증권, 지시증권, 지명증권 등을 말한다. 유치권의 목적이 되는 대상은 타인의 물건이어야 하므로 채권자가 소유자인 경우에는 유치권은 성립할 수 없다. 그리고 유치권의 목적물은 채무자의 소유에 속하는 것이원칙이지만, 제3자가 소유하는 물건이라도 그 물건의 소유자인 제3자 사전에 또는 사후에 명시적 내지 묵시적 동의로써 채권자에게 양도한 경우에는 허용된다. 그러나제3자가 이전의 점유로부터 권리를 갖지 않은 상태에서 그가 선의로 수령한 물건이채무자의 소유가 아니더라도 유치권을 가진다고 규정하여 선의취득 가능성을 고려

⁴²⁸면.

⁹¹⁾ 장건, 앞의 논문, 430면.

하여 규정하고 있다(스위스 민법 제895조 제3항). 이는 제895조 제1항의 예외규정으로 제3자의 소유이더라도 제3자가 채권자에게 점유를 이전하는 것을 사전 또는 사후에 동의하면 유치권이 성립하도록 한 것이다.92)

다만, 스위스 민법 제898조에서 채권자가 충분히 담보되지 아니한 때에는 채권자는 사전에 채무자에게 통지한 후 질물과 마찬가지로 유치물을 현금화 할 수 있는 것이어야 하므로 유치목적물은 재산적 가치가 있는 것이어야 하며,93) 지명채권의 현금화는 강제집행관청 또는 파산관청이 채무자를 필요한 행위를 한다.94)

나. 채무자의 의사에 의한 점유일 것

유치목적물은 채무자의 의사에 의하여 채권자가 점유하여야 성립하는 것이므로 유치권자가 채무자의 동의를 얻지 않고 무단으로 점유한 경우에는 채무자의 의사홈 결로 보아 유치권은 성립하지 않는다.95) 채무자의 동의여부의 시기는 제한이 없으므 로 사전 동의 뿐만 아니라 사후 승인의 경우에도 동의로 인정된다.96) 채무자의 의 사가 존재하느냐에 대한 입증책임은 유치권자가 부담한다.97) 채무자의 동의가 없음 에도 착오로 동의가 있다고 보거나 강제적으로 취득하거나, 목록을 매개로 인정하거 나, 우연하게 보유하는 경우 등이다. 따라서 스위스 민법상 유치권은 채권자에게 점 유를 양도한 타인 소유 목적물에 대한 처분권한이 없으면 성립하지 않는 것이다.98)

다. 피담보채권의 변제기가 도래할 것

채권자에게 유치권이 인정되기 위해서는 채무자에 대한 피담보채권이 존재하고

Le créancier qui n'a reçu ni paiement ni garantie suffisante peut, après un avertissement préalable donné au débiteur, poursuivre comme en matière de nantissement la réalisation de la chose retenue.

⁹²⁾ 엄성현, 앞의 논문, 101면. 103면; 이용호, 앞의 논문, 28면.

⁹³⁾ 이정민, 앞의 논문, 106면.

⁹⁴⁾ Art. 898

² S'il s'agit de titres nominatifs, le préposé ou l'office des faillites procède en lieu et place du débiteur aux actes nécessaires à la réalisation.

⁹⁵⁾ 이정민, 앞의 논문, 106면.

⁹⁶⁾ 장건, 앞의 "스위스민법상 유치권제도에 관한 연구", 431면.

⁹⁷⁾ 장건, 앞의 "스위스민법상 유치권제도에 관한 연구", 431면; 엄성현, 앞의 논문, 103-104면; 이용호, 앞의 논문, 30면.

⁹⁸⁾ 장건, 앞의 "스위스민법상 유치권제도에 관한 연구", 431면

그 변제기가 도래하여야 한다. 피담보채권은 일반적으로 금전채권이지만, 채권적 청구권 내지 물권적 청구권이라도 환가 이전에 금전채권으로 변경할 수 있는 것이라면 피담보채권의 목적이 된다.99)

변제기의 도래는 법률행위 또는 법률규정에 의하여 인정되며, 채권자인 유치권자가 유치권을 주장하면서 점유하는 경우에는 채권의 변제기에 도달하여야 한다.1000 다만, 비상유치권(Notretentionsrecht)을 행사할 있는 채무자의 지급불능 (Zahlungsunfähigkeit)의 상태인 경우에는 변제기에 도달하지 않더라도 무방하다(스위스 민법제897조).101)

라. 목적물과 채권간의 견련관계

스위스 민법상 유치권이 인정되기 위해서는 그 피담보채권과 유치목적물 사이에 밀접한 관련성, 즉 견련관계(Konnexität)가 존재하여야 한다(스위스 민법 제895조 제1항). 스위스 민법상 유치권의 성립과 관련한 견련관계의 인정여부는 개별적 사안에서 신의성실의 원칙을 고려하여 판단하고 있으며, 자연적·사실상 견련관계가 있으면 충분하고, 채권자와 채무자 사이에 법적인 견련관계를 요구하는 것은 아니다.1020 상사유치권보다 민사유치권이 보다 더 엄격하다.

스위스 민법상 유치권과는 달리 스위스 채무법 제82조에서 규정하고 있는 쌍무계약에서의 동시이행항변권은 고유의 급부와 관련성을 가지고, 유상계약의 경우에 적용되고 급부와 관련한 교환관계가 있어야 한다.103)

스위스 민법상 견련성이 인정되는 경우는 우리 민법이나 일본 민법과 유사하게 그 물건의 가치를 유지시키거나 증가시키는 데에 지출한 비용이 있는 경우 그 목적물에 이익이 되는 비용의 상환청구권이 발생하는 경우이다. 예컨대, 임치계약의 경우에 있어서 임치물의 이익으로 보관비용이 발생하게 된 경우 점유이전의 기초가되는 법률행위의 채권과 비용상환청구권으로 표현이 되기도 한다. 또는 유치 목적물

⁹⁹⁾ 이용호, 앞의 논문, 31면.

¹⁰⁰⁾ 장건, 앞의 "스위스민법상 유치권제도에 관한 연구", 431면; 엄성현, 앞의 논문, 104면; 이용호, 앞의 논문, 31면.

¹⁰¹⁾ 신국미, 앞의 논문, 234면,

¹⁰²⁾ 장건, 앞의 "스위스민법상 유치권제도에 관한 연구", 432면; 엄성현, 앞의 논문, 105면; 이용호, 앞의 논문, 31-32면.

¹⁰³⁾ 장건, 위의 논문, 433면.

에 의하여 발생된 손해배상청구권이 인정되는 경우와 피담보채권이 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우에 성립한다.104) 동일한 사실관계에 있어서 견련성의 기준은 채권의 발생이 급부와 반대급부라는 하나의 생활관계에서 발생한다는 것이고, 이경우 견련성은 원칙적으로 신의성실을 요한다고 것이다.105)

3. 유치권의 효력

가. 유치적 효력

채권자인 유치권자는 자기 채권의 완전한 만족을 얻을 때까지 점유목적물을 유치할 수 있고(Zurückbehaltungsrecht)(스위스 민법 제895조 제1항), 유치물을 환가하여현금화한 대금으로 우선변제를 받을 수 있다(Verwertungsrecht)(스위스 민법 제898조 제1항). 유치권자는 유치권을 주장하여 제3자에 대하여 그 물건의 반환을 거절할수도 있으며, 유치목적물에 질권을 설정할 수 있다. 또한 유치권자의 순위는 이후에성립한 질권이나 다른 유치권에 우선하여 인정된다(제893조 제2항).

반면에 유치목적물의 소유권자는 유치권이 성립되더라도 그 물건을 소유자로써 양도할 수 있다.

나. 유치권의 선의취득

스위스 민법상 유치목적물은 채무자의 소유에 한하지만(제895조 제1항), 채무자소유의 물건이 아니어도 전점유자가 선의로 수령한 물건인 경우 유치권을 갖는다고하고 있으므로 유치권의 선의취득을 인정한다.106) 유치권의 선의취득에서 선의는 질권설정자의 하자(흠)있는 처분권한에 있어서 선의와는 달리 유치권의 설정에 대한하자(흠) 있는 처분권한이 아니라 단지 채권자에 대한 점유의 인도를 허용할 것인가의 문제로 본다는 것이다. 물건의 점유에 있어서 흠결이 있는 유치는 채권자의 선의에 의하여 치유될 수 없다. 악의란 채무자가 그에게 그 물건을 양도할 권한이 없다는 것을 알고 있거나 알 수 있었던 것을 말한다. 이러한 점을 제외하면 유치권의 선

¹⁰⁴⁾ Honsell/Vogt/Geiser, ZGBII, 2. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, 2003, \$895 Rn.7.

¹⁰⁵⁾ 장건, 앞의 "스위스민법상 유치권제도에 관한 연구", 434면 참조.

¹⁰⁶⁾ 엄성현, 앞의 논문, 106면; 이용호, 앞의 논문, 33면.

의취득은 동산질권에서와 유사하다.107)

4. 유치권의 소멸

유치권은 제한물권의 공통적인 소멸원인인 목적물의 멸실, 유치권의 포기, 타담보의 제공, 피담보채권의 변제기 연장, 유치물의 환가 등으로 소멸한다. 특수한 소멸원인으로는 유치권자가 목적물에 대하여 점유를 상실한 경우, 예컨대 유치권이 인정되는 유치목적물에 대하여 유치권자 스스로 소유자에게 반환하여 점유를 상실하면 유치권은 소멸지만, 유치물의 압류로 인하여 점유를 상실한 경우에는 소멸하지 않는다. 108) 유치 목적물의 점유를 어떠한 이유로 상실하였으나 점유물반환청구권에 의하여 회복된 경우에는 종래의 유치권이 계속된 것으로 그 우선순위를 유지하게 된다.

제5절 일본 민법

1. 일본 구민법상 유치권

일본 구민법은 1890년(명치 23년) 3월 27일 민법을 재산편, 재산취득편, 채권담보편, 증거편을, 동년 10월 6일 인사편, 재산취득편 중 증여, 유증, 부부 재산계약의 각부분이 공포되었지만, 여러 문제점으로 인하여 시행되지 않고, 새로 제정된 민법전이 메이지 민법(현행 민법)이다.109) 메이지 민법은 1896년(명치 29년) 4월 27일 새롭게 제정된 것이다.110)

일본 구민법상 유치권은 동산질, 부동산질, 선취특권, 저당권과 함께 채권담보편 제2부 제1장에서(제92조 내지 제96조) 담보물권의 하나로서 별도의 절로써 구분하지 않고 규정하고 있었다. 이러한 태도에 비추어 현행 일본 민법의 유치권에서도 제2편 '물권편'의 제7장 '유치권에 관한 규정'에서 유치권제도를 규정하고 있다.111) 유치권

¹⁰⁷⁾ 이용호, 위의 논문, 33면; 신국미, 앞의 논문, 241면.

¹⁰⁸⁾ 이용호, 위의 논문, 34면.

¹⁰⁹⁾ 前田達明·原田剛, "舊民法 解題," 前田達明編, 史料民法典, 成文堂, 2004, 942-945면; 장건, "일본민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구", 「법과 정책」, 제18집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2012. 2, 342면.

¹¹⁰⁾ 정기웅, "일본 메이지민법(물권법: 지역권유치권)의 입법이유 분석", 「민사법학」, 제60권, 한국민사법학회, 2012. 9, 495면 참조.

을 담보물권으로 규정한 것은 다른 입법례에서는 볼 수 없는 것으로 프랑스 학설의 영향을 받은 일본 구민법의 특징으로써 우리 민법의 유치권도 이러한 일본 민법의 영향을 받아 같은 체계를 취하고 있는 것이다(제320조 내지 제328조).

이와 같이 일본 구민법상 유치권은 프랑스 민법에 많은 영향을 받은 것이다.112) 즉, 보이소나드는 1804년 프랑스 민법을 참조하여 일본 민법 초안을 작성하고, 독일 민법 제1초안 등을 참고하여 일본 민법전을 제정하면서 유치권을 아주 예외적인 법정담보물권으로 인정한 것이다.113) 다만, 보이소나드에 의한 일본 구민법 초안은114) 첫째, 프랑스와는 달리 건물의 점유는 부지의 점유를 포함하지 않는다는 점을 고려하여 건물에 한정하여 점유를 통하여 유치할 수 있는 권리를 인정하였고,115) 둘째, 매매 이외의 경우에 발생하는 유치권에 대해서는 동시이행항변권을 인정하지 않았고, 셋째, 물건의 하자로 발생하는 손해배상청구권과 물건 위에 지출한 비용의 상환청구권을 위해 유치권을 명문화하였지만, 원칙적으로 유치권에 대해서는 유익비 상환청구권을 인정하지 않았다.116) 넷째, 임차권을 물권으로 인정하여 임차인의 손해배상청구권을 위한 유치권(프랑스 민법 제1749조)을 일본 민법은 계수하지 않았다. 이외에도 일본 구민법은 수급인에게 수선가옥의 유치를 인정하는 것은 가혹하다고 보아서 수급인의 채권을 위한 유치권을 동산에 한정하여 인정하고 있고, 프랑스 민법전의 동산질권에 있어서 비점유질권(묵시질)을 인정하지 않는 등의 차이가 있다.

이와 같이 일본 구민법상 유치권은 법정담보물권으로 인정하면서 개별적인 규정을 두어 각각의 경우에도 발생하는 것으로 인정하면서, 유치권자가 채권의 완전한 변제를 받을 때까지 물건을 유치할 수 있도록 유치권의 불가분성을 인정하는 등 대세력은 인정하지만, 일본의 현행 민법과 같이 우선변제권이나 배당요구권은 인정되지 않는다.

¹¹¹⁾ 장건, 앞의 "일본민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구", 345면.

¹¹²⁾ 이정배, 앞의 논문, 62면; 이정민, 앞의 논문, 91-93면; 엄성현, 앞의 논문, 107-109면; 장건, 위의 논문, 344-345면 참조.

¹¹³⁾ 淸水 元, 앞의 책, 131면.

¹¹⁴⁾ 이정배, 앞의 논문, 62면; 이정민, 앞의 논문, 91-93면; 엄성현, 앞의 논문, 107-109면; 장건, 앞의 "일본 민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구", 344-345면 참조.

¹¹⁵⁾ Boissonade, Projet de code civil pour l'empire du japon accompagné d'un commentaire, t. IV, E. Thorin, 1891, p.187.

¹¹⁶⁾ Boissonade, op. cit., p.130.

2. 유치권의 개념

일본의 구민법은 유치권의 목적물을 채무자의 동산 또는 부동산에 한정하고 있어서 채무자 이외의 자가 소유하는 물건을 선의로 점유하는 때에는 인정되지 않았기때문에(구민법 채권담보편 제92조 제1항)117) 현행 일본 민법은 타인의 물건을 점유하는 경우로 개정하여 "타인의 물건의 점유자는 그 물건에 관하여 생긴 채권을 가진때에는 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있다"(일본 민법 제295조 제1항 본문)고 규정하여 채무자의 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치하여 간접적으로 강제하는 법정담보물권으로 규정하고 있다.118) 또한 구민법은 채권발생과 동시에 유치권이 바로 성립하는 것과 같은 곡해를 줄 우려로 인하여 거래의 안전을해칠 우려가 있기 때문에 현행 민법에서는 채권이 변제기에 있을 것을 요한다는 점을 명시하여 기한 전에는 유치권이 성립하지 않도록 하였다(일본 민법 제295조 제1항 단서). 그리고 구민법상 유치권이 발생하기 위한 정당한 원인의 기산점과 관련하여 논란이 제기될 우려가 있어서 현행 민법은 물건의 점유가 불법행위로 시작된 경우에는 유치권이 발생하지 않음을 명백히 하였다(일본 민법 제295조 제2항).119)

일본 민법상 유치권은 본질적으로 타인의 물건을 점유한 자는 그 물건의 인도를 거절할 수 있는 권리를 가지지만, 단순한 거절권능으로 파악하지 않고 점유하는 목적물 위에 일정한 요건을 갖추면 법률상 당연히 성립하는 독립한 물권으로 담보물권편에서 인정하고 있다. 담보물권으로서 점유가 있어야 성립하는 것이므로 피담보채권과 함께 점유도 이전된다는 부종성과 수반성이 인정된다. 그리고 채권이 양도되어도 견련관계는 상실되지 않으므로 양도인이 그 점유이전에 따라 부담하는 물건의반환의무도 인정되기 때문에 반환의무를 이행하지 않은 때에는 채무불이행책임이발생하게 된다.120)

¹¹⁷⁾ 일본 구민법 제92조 ① 유치권은 재산편 및 재산취득편에서 특별히 이를 정한 경우 외에 채권자가 이 미 정당한 원인으로 인하여 그 채무자의 동산 또는 부동산을 점유하고, 그 채권이 그 물건의 양도로 인하여 또는 그 물건의 보존비용으로 인하여 또는 그 물건에 의해 발생된 손해배상으로 인하여 그 물건에 관하여 또는 그 점유에 견련되어 생긴 때에 그 점유한 물건에 대하여 채권자에게 속한다. ② 위임없이 타인의 사무를 관리한 자는 필요비용 또는 보존비용을 위한 것이 아니면 그 관리하는 물건에 관하여 유치권이 없다.

¹¹⁸⁾ 일본 민법 제295조의 입법이유에 대해서는 정기웅, 앞의 논문, 518면 참조,

¹¹⁹⁾ 前田達明・古積健三郎・高橋眞, <史料> 留置權法(一), 民商法雜誌 第118卷 2號, 285-290면; 정기웅, 위의 논문, 519면 재인용.

¹²⁰⁾ 我妻榮, 「擔保物權法」, 岩波書店, 1972, 26면.

또한 유치권자는 피담보채권의 완전한 변제를 받을 때까지 유치물의 전부에 관하여 유치권을 행사할 수 있다. 행사의 상대방은 채무자 뿐만 아니라 제3자인 그 물건의 양수인 또는 경매를 통한 매수인(경락인)에 대해서도 주장할 수 있다.[21] 유치권의 불가분성은 일본 구민법 채권담보편 제93조 제2항과 같은 의미이다.

일본 민법은 유치권의 목적물을 물건에 한정하고 있지만, 우리 민법 제320조는 물건 뿐만 아니라 유가증권을 포함하고 있다는 점에서 차이가 있다. 즉, 일본 민법의경우 유치권을 동산으로 보지만, 우리의 경우에는 무기명채권을 제외한 유가증권의경우 반드시 물건의 개념에 포함된다고 할 수 없기 때문에 목적물과 채권과의 견련성을 명백히 하기 위한 것이라고 할 수 있다.122)

현행 일본 민법은 유치권을 일본 구민법과 마찬가지로 법정담보물권으로 규정하고 제295조(유치권의 내용), 제296조(불가분성), 제297조(과실수취권), 제298조(유치권 자의 책임), 제299조(비용의 상환청구권), 제300(유치권과 피담보채권의 소멸시효), 제301조(담보제공에 의한 유치권의 소멸), 제302조(점유상실에 의한 유치권의 소멸) 등에 관하여 규정하고 있다.

3. 유치권의 성립

일본 민법상 유치권은 법률이 규정하고 있는 일정한 요건을 갖추면 당연히 성립하는 법정담보물권의 성격을 갖는다. 유치권이 성립하기 위한 요건으로는 ① 타인의물건을 점유한 자가 ② 그 물건에 관해서 생긴 채권을 가지고 있는 경우에 ③ 그 채권이 변제기에 있고, ④ 그 점유가 불법행위로 인하여 시작된 것이 아니고, ⑤ 당사자간에유치권 배제특약이 없는 경우에 성립한다(일본 민법 제295조).

가. 타인의 물건을 점유할 것

일본 민법상 유치권이 성립하기 위해서는 먼저, 타인의 물건을 점유하여야 한다. 물건은 동산 뿐만 아니라 부동산을 포함하는 개념이므로 부동산 유치권을 인정하고 있다. 그러나 일본은 건물과 토지를 각각 별개의 부동산으로 보고 있기 때문에 구민

¹²¹⁾ 이정배, 앞의 논문, 64면.

¹²²⁾ 명순구, 「실록 대한민국 민법 2」, 법문사, 2010, 375면; 民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會, 「民法案審議錄(上卷)」, 1957, 195면; 정기웅, 앞의 논문, 519-520면.

법의 경우와 같이 건물에 대한 유치권으로 그 대지에 대해서는 유치권을 부정하고, 물권의 득실변경을 의사주의에 의하면서 등기를 대항요건으로 하고 있기 때문에 채 권자는 점유하고 있는 어떠한 목적물과 특수한 관계가 있는 채권의 담보를 목적으로 하는 점유질을 인정하고 있으므로 부동산물권의 공시방법인 등기의 지위가 확고한 것이라고는 할 수 없다.123) 따라서 우리와 같이 불완전한 공시방법에 의한 허위·가장 유치권이 발생할 우려가 크다는 어려움이 있다. 또한 채무자 아닌 제3자에게 인도거절권을 행사할 수 있는 것이 우리 민법과 유사하다.124)

그리고 타인의 물건에 채무자의 소유가 아닌 제3자의 물건이 포함될 수 있는가가 문제된다. 일반적으로 유치권은 채무자가 가지고 있는 물건에 대하여 성립하는 것이 다. 즉, 임치인이 제3자의 물건을 임치한 상태에서 수치인이 그 물건으로부터 손해 를 보았으나 임치인이 손해를 배상하지 않는 경우에 피해를 입은 자가 수치인 소유 의 물건을 점유하여 유치권을 행사할 수 있는가의 문제이다. 채무자의 소유물이 아 닌 제3자의 물건에 유치권의 성립을 인정하면 공평의 원칙에 반한다는 소수의 견해 가 있지만, 다수설과 판례는 유치권의 기본이념인 공평의 원칙에 따라 인정되기 때 문에 유치권은 채무자 이외에 제3자의 물건에 대해서도 성립할 수 있다고 한다. 다 만, 채권자는 손해배상채권이나 수리비채권을 담보하기 위하여 타인 소유의 물권에 대해 유치권을 취득하고, 물건의 소유자에 대항할 수 있다고 한다.125)

나, 물건에 관하여 생긴 채권

일본 민법상 유치권의 성립요건으로 타인의 물건을 점유하는 자는 피담보채권이 그 물건에 관하여 생긴 채권이라는 물건과 채권 사이에 견련성이 있는 경우에 인정된다.126) 종래 일본 구민법은 "그 물건의 양도로 인하여 혹은 그 물건의 보존비용으로 인하여 또는 그 물건으로부터 발생한 손해배상으로 인하여 그 물건에 관하여 또는 그 점유에 견련하여 발생한 때"라고 구체적으로 규정하고 있었지만, 현행 일본민법 제295조는 '그 물건에 관하여'라고 통칭하여 규정하고 있어서 그 의미가 명확하지 않다는 논란이 제기되고 있다.

¹²³⁾ 장건, 앞의 "일본민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구", 350면; 엄성현, 앞의 논문, 113면.

¹²⁴⁾ 장건, 위의 논문, 350면.

¹²⁵⁾ 日本高等裁判所 1972. 11. 16. 判決 民集 26·1619: 內田貴, 「債權總論·擔保物權(民法 Ⅲ)」, 東京大學 出判會, 2005, 504면; 我妻榮, 앞의 책, 35면; 이정배, 앞의 논문, 65면; 엄성현, 앞의 논문, 113면.

¹²⁶⁾ 장건, 앞의 "일본민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구", 349-350면.

'그 물건에 관하여'에 대하여 일본의 통설적 견해는 우리의 통설적 견해인 이원설의 경우와 같이 채권이 '목적물 자체에서 발생한 경우'와 채권과 물건의 '반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생한 경우'라고 파악하고 있다.127) 일원설은 물건이 채권발생의 기초가 되는 경우 물건이 직접적인 채권발생이 원인인 경우 법률사실의 하나인 때에 견련성이 있다고 하면서, 우리와 유사하게 그 근거로써물건의 존재와 채권의 성립 사이에 상당인과관계가 있거나 또는 채무자가 채무를이행하지 않고 반환청구가 사회 통념상 부당하다는 공평성의 관점을 제시하고 있다.128)

이원설의 경우를 살펴보면 먼저, '목적물 자체에서 발생한 채권'은 주로 그 물건에 지출한 비용의 상환청구권이나 그 물건으로부터 받은 손해의 배상청구권이 해당한 다고 할 수 있다.129) 타인의 물건을 점유한 자가 그 물건에 유익비나 필요비를 지출 한 경우 상환청구할 수 있는 범위는 민법이나 다른 법률에서 정하고 있다. 예컨대, 점유와 본권에 의한 물건의 반환을 청구하는 자와 점유자 사이에는 일본 민법 제 196조가, 임대차의 경우 임차인의 필요비나 유익비의 상환청구에 대해서는 일본 민 법 제608조가 규정하고 있으며, 이러한 경우에는 당연히 유치권의 성립이 인정된 다.130) 다만, 임차인이 임차물을 개량하기 위하여 비용을 지출한 경우에 개량된 것이 그 물건의 일부인 때에도 '그 물건에 관하여 생긴 채권'에 해당하는지에 대해서는 논란이 있다. 그리고 '반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로 발생한 채권' 은 채권발생의 직접적인 경우가 아닌 간접적인 경우에도 견련관계를 인정한다는 의 미이다. 예컨대, 동일한 법률관계에서 발생한다는 의미는, 운송인의 운임청구권과 운 송물수취인의 운송물인도청구권이 동일한 운송계약에서 발생하고, 자동차를 수리를 위임한 경우 수리대금청구권과 수리된 자동차의 인도청구권이 동일한 위임계약에서 발생한 경우와 같이 채권과 물건의 인도청구권 사이에 견련성이 있는 경우가 이에 해당한다. 이러한 경우 유치권의 성립에 따른 채권은 물건의 수리 내지 운송으로 인 한 장소의 변경으로 인한 가치가 상승하는 것이므로, 이는 물건 자체로부터 발생한 채권의 의미와 유사한 것이라고 한다. 동일한 사실관계의 경우에도 친목모임에서 서 로 바뀌어 가져간 모자나 우산의 경우 서로에 대해 반환청구를 행사할 수 있는 경

¹²⁷⁾ 我妻榮, 앞의 책, 28면; 이용호, 앞의 논문, 39면.

¹²⁸⁾ 장건, 앞의 "일본민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구", 349면.

¹²⁹⁾ 我妻榮・有泉亨・淸水元, 「コンメンタール擔保物權法(民法 Ⅲ)」, 日本評論社, 1997, 23 円.

¹³⁰⁾ 엄성현, 앞의 논문, 114면.

우 등을 상정할 수 있다.131)

그러나 견련성 성립여부를 일률적으로 판단하는 기준으로는 작용하지 못하고, 실제로는 각각의 경우에 유치권을 인정하는 것이 공평한 것인가의 여부를 판단하여 견련성의 존재를 판단하는 것에 지나지 않는다.132)

최근 일본에서는 부동산 유치권이 채권과 목적물 사이의 견련성과 관련한 학설의 대립 및 부동산 유치권은 공시의 원칙과 반한다는 점을 들어 유치권의 객체에서 제외되어야 한다는 주장 등이 제기되었다. 이후 법무성이 2003년 공포한 개정시안에 부동산 유치권에 우선변제권 부여, 인수주의에서 소멸주의로의 전환, 유치권의 객체에서 부동산을 제외하는 내용 등의 입법 제안이 검토되기도 하였다.133)

다. 점유가 불법행위로 인하여 시작하지 않았을 것

유치권이 공평의 원칙에서 인정된 제도라는 점에서 유치권이 성립하기 위해서는 유치목적물에 대한 점유가 불법행위로 시작되어서는 안된다는 것으로 당연한 요건이다. 일본 구민법은 점유의 원인이 정당한 원인에 의한 것으로 규정하였으나, 현행일본 민법 제295조 제2항은 명문으로 유치권은 점유가 불법행위로 '시작'된 경우에는 적용하지 아니한다고 규정하고 있다.

초기의 판례는 적법하게 점유가 개시되었다가 나중에 불법점유가 된 경우에는 점유자에게 유치권을 인정하는 것으로 해석하였으나, 이후에는 점유가 불법행위로 인하여 시작된 것이 아니더라도 점유할 권리가 없음을 알면서도 타인의 물건을 점유한 자는 그 점유 역시 불법이므로 유추해석상 유치권이 인정되지 않는다고 하였다.134) 나아가 최근에는 유치권은 공평의 원칙에 입각하여 인정되는 것이고, 일본민법 제295조 제2항의 불법점유는 점유가 불법이어서 법률의 보호를 받을 가치가 없는 경우를 의미하는 것이므로 나중에 불법점유가 된 경우에 점유자의 선의·악의, 과실의 유무를 묻지 않고 유치권의 성립을 부정하는 입장이 등장하였다.135) 이후 이

¹³¹⁾ 상세는 엄성현, 위의 논문, 115-116면 참조.

¹³²⁾ 田中整爾, 「日本注釋民法」, 有斐閣, 1979, 21-22면; 장건, 앞의 "일본민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구", 349-350면.

¹³³⁾ 松岡久和, "いま, 擔保法に何が起こっているのか", 「銀行」, 第603号, 2002, 54面 이하; 松岡久和, "留置權に關する立法論", 「別冊 NBL」, 第69号, 2002, 88면 이하; 이강은, 앞의 논문, 24면 참조.

¹³⁴⁾ 이정배, 앞의 논문, 70면.

¹³⁵⁾ 이용호, 앞의 논문, 39면,

규정의 의미를 지나치게 확장해석한다는 비판이 제기되면서 그 적용범위를 제한하는 견해가 등장하였다.[36]

라. 채권이 변제기에 있을 것

유치권은 목적물의 반환을 청구하는 자에게 그 반환을 거절하는 권리이기 때문에 피담보채권이 변제기에 있지 아니한 경우에는 유치권이 성립할 여지가 없다(일본 민법 제295조 제1항 단서 참조). 유치권은 목적물의 인도를 요구하는 상대방에 대해 거절하는 것을 내용으로 하는 권리이며, 피담보채권이 변제기에 도래하지 않는 경우에 유치권은 성립하지 않는 것이므로 거절하는 것 또한 불가능하기 때문이다. 따라서 채무자에게 기한을 허가하는 유치권 또한 인정되지 않는다.137) 반면에 질권이나 저당권 등의 담보물권은 목적물의 교환가치에 중점을 둔 것이므로 성립시에 피담보채권이 변제기가 도래할 필요는 없으며, 오히려 변제기의 도래는 권리행사의 요건이된다.

4. 유치권의 효력

가. 선량한 관리자의 주의의무

일본 민법 제298조 제1항에 의하면 유치권자는 유치 목적물에 대하여 선량한 관리자의 주의의무를 가지고 그 유치물을 점유할 수 있다. 또한 채무자의 승낙이 없이 유치권자가 스스로 유치물을 사용하거나 타인에게 임대하는 것은 허용되지 않지만, 유치물의 보존에 필요한 범위 내에서 사용은 가능하다(일본민법 제298조 제2항). 일본 구민법 담보편 동산질에 규정되어 있던 것을 유치권으로 옮겨 규정한 것이다. 138)

¹³⁶⁾ 이정배, 앞의 논문, 70-71면; 이용호, 앞의 논문, 39면.

¹³⁷⁾ 我妻榮, 앞의 책, 37면.

¹³⁸⁾ 선량한 관리자의 주의의무에 관한 일본 구민법규정은 다음과 같다. 제106조 ① 질권자는 질물을 반환할 때까지 선량한 관리자의 주의로 그 관리 및 보존을 할 책임이 있다. ② 질권자는 채무자의 허락을 받지 아니하고 질물을 임대할 수 없다.위 채무자의 허락을 받을 경우 또는 물건의 사용이 그 보존에 필요한 경우가 아니면 스스로 이를 사용할 수 없다. ③ 만일 질권자가 질물을 남용하는 경우는 법원은 그 실권을 선고할 수 있다(石田剛・龜岡倫史・浦野由紀子, <史料> 留置權法(二), 「民商法雜誌」, 第118卷 第3號, 423면; 이정민, 앞의 논문, 98면).

유치의 대상이 동산인 경우에는 선량한 관리자의 주의의무로써 점유하면 되지만, 부동산인 경우에 있어서 선량한 관리자의 주의의무를 다하여 유치한다는 의미가 무 엇인지에 대해서는 논란이 있다. 예컨대, 임대차계약의 존속하고 있는 동안에 임차 인에 임차목적물에 비용을 지출한 경우, 유치의 의미가 임차목적물에 거주하는 것을 의미하는 것인지, 아니면 비어있는 상태에서 관리인을 통해 관리하는 것을 의미하는 것인지의 문제이다. 이에 대하여 판례의 태도는 변화를 가져왔다.

초기의 판례는 임차인의 임대차계약이 존속 중에 지출한 수리비에 대한 상환청구권에 근거로 하여 임대차계약 종료 후에 주택을 유치할 경우 임차인이 거주하는 것은 허용되지 않는다고 하여 주택소유자의 유치권소멸청구를 인정하였다. 139) 그러나이후의 판결에서는 임차인이 임차목적의 부동산에 거주하는 것 또한 유치물의 보존에 필요한 사용이라고 보아 유치권의 내용으로 인정하였다. 140) 이러한 판례의 태도에 대해 부동산의 유치는 채권자가 종전의 점유상태나 사용상태를 그대로 승계하는 것이 원칙이므로 유치권을 인정할 수 있지만, 사용가치를 수익한 것은 그 범위를 벗어나는 것이므로 부당이득반환의 법리에 따라 해결하는 것이 타당하다는 견해도 있다. 141) 그리고 임차한 토지에 있어서 임대차관계 종료 후에 지상의 건물을 제3자에게 임대하는 것은 보존 등의 필요한 사용범위를 넘은 것으로 유치권이 성립할 수없다고 판시하였고, 142) 유치권자가 목적물을 유치하는 범위에서 사용한 경우에도 이를 무상으로 하는 것은 공평에 반하는 것이므로 점유를 상대방에게 이전하지 않음으로써 얻은 이익은 부당이득으로 반환해야 한다. 143)

그리고 유치권자가 유치목적물을 선량한 관리자의 주의의무를 다하지 아니하거나 채무자의 승낙없이 유치물을 사용·임대·담보에 제공하는 경우 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(일본 민법 제298조 제3항). 이 청구권은 형성권으로 보기 때문에 소유자의 일방적인 의사표시에 의하여 행사가 이루어지면 효력이 발생하는 것으로 유치권자의 유치권은 당연히 소멸한다.144)

¹³⁹⁾ 日大判 1930. 9. 30. 判決 法律新聞 3195, 14.

¹⁴⁰⁾ 日大判 1935. 5. 13. 判決 民集 876.

¹⁴¹⁾ 我妻榮, 앞의 책, 38-39면.

¹⁴²⁾ 日大判, 1935. 12. 14. 判決 法律新聞 3939, 17.

¹⁴³⁾ 日大判, 1938. 4. 19. 判決 民集 758 : 이용호, 앞의 논문, 41면 참조.

¹⁴⁴⁾ 이정민, 앞의 논문, 98면.

나. 과실수취권

유치권자의 과실수취권에 관해서는 일본 구민법 담보편 제94조 제2항의 내용에 대한 자구수정을 하여, 현행 민법 제297조에 규정하고 있다.145) 즉, 유치권자는 유치목적물로부터 생기는 과실을 수취하여 다른 채권자보다 우선하여 그 채권의 변제에 충당함으로써 만족을 얻을 수 있다(일본 민법 제297조 제1항). 여기에서 과실은 천연과실과 법정과실을 모두 포함하는 개념이다. 유치권자가 취득한 과실은 먼저 채권의 이자에 충당하고, 아직 잉여가 있는 때에는 과실을 원본에 충당하여야 한다(동조제2항).

다. 비용상환청구권

일본 구민법 담보편 제109조는 '필요한 비용지출'이라고 하여 상환청구권을 인정하였으나,146) 현행 민법 제299조는 제1항에서 필요비를, 제2항에서 유익비를 구분하여 규정하고 있다.

유치권자가 점유하고 있는 유치목적물에 대하여 필요비를 지출한 경우에는 소유자에게 그 상환을 청구할 수 있다(현행 일본 민법 제299조 제1항). 또한 유치권자는 유치물에 대하여 유익비를 지출한 때에는 그에 따른 가액의 증가가 현존하는 경우에 한해 소유자의 선택에 좇아 그 지출한 금액 또는 증가액을 상환시킬 수 있다. 다만, 법원은 소유자의 청구에 의해 그 상환에 대해 상당한 기한을 유예할 수 있다(현행 민법 제299조 제2항). 필요비는 유치권자가 지출한 비용이지만, 유익비는 유치물의 가액의 증가가 현존하는 경우에 한하여 상환이 인정된다. 이 경우의 유익비에 관하여는 유치권을 행사할 수 없다.147)

¹⁴⁵⁾ 과실수취권에 관한 일본 구민법 제94조의 규정은 다음과 같다. ① 유치권은 유치물의 가액에 관하여 채권자에게 선취특권을 부여하지는 아니한다. ② 그럼에도 유치물로부터 천연 또는 법정의 과실 또는 산출물이 발생된 경우에 유치권자는 다른 채권자에 우선하여 취득할 수 있다. 단, 그 과실 또는 산출물이 그 채권의 이자에 충당하고 남는 것이 있으면 원본에 충당할 수 있다. ③ 유치권자는 그 수취할 것을 게을리 한 과실 또는 산출물에 그 책임이 있다.

¹⁴⁶⁾ 일본 구민법상 비용상환청구권 제109조의 규정은 다음과 같다. ① 질권자가 질물 보존을 위하여 필요한 비용지출을 한 경우는 채권에 우선하여 동산질로 그 비용지출의 변상을 담보한다. ② 질물의 숨은 하자로 인하여 채권자가 받은 손해배상에 관하여도 같다.

¹⁴⁷⁾ 我妻榮, 앞의 책, 44면; 엄성현, 앞의 논문, 119면,

라. 사실상 우선변제권

일본 민법에는 우선변제권에 관하여 우리 민법처럼 명문의 규정을 두고 있지 않지만, 유치권자는 피담보채권을 완전히 변제받을 때까지 유치물의 전부를 계속하여점유할 수 있는 불가분적 성질을 가지고 있기 때문에 사실상 우선변제권을 갖는 것으로 해석되고 있다(일본 민법 제296조).148) 그러나 유치권은 일종의 거절권에 해당하므로 유치권자가 이를 행사하지 아니하면 그 효력은 발생하지 않는다. 또한 유치권에 관한 소송이 제기된 경우에 원고의 인도청구에 대해 피고가 유치권을 주장하는 경우에는 원고패소판결이 아니라 양자가 서로 반환하여야 하는 상환인도판결을 선고하여야 한다.

마. 경매권의 인정여부

현행 일본 민법은 우리 민법과는 달리 유치권자의 경매청구권을 명문으로 규정하고 있지 않기 때문에 유치권자의 경매청구권의 인정여부와 관련하여 학설의 대립이 있다.

다수의 견해는 경매법상 유치권자를 경매권자 중에 포함하여 규정하고 있기 때문에 유치권자에게도 경매청구권을 인정하는 반면에,149) 소수의 견해는 민법이 명문으로 경매권과 관련한 규정을 두고 있지 않으므로 인정할 수 없다고 한다.150) 유치권은 점유를 통한 목적물을 유치함으로써 법적으로 담보력이 인정되는 권리이지, 목적물의 교환가치로부터 우선변제를 목적으로 하는 것은 아니므로 경매신청권을 인정하더라도 경락목적물에 대한 매수대금으로부터 우선변제를 받을 권리가 인정되는 것은 아니며, 민법이 유치권에 대하여 물상대위성을 인정하지 않고, 파산법이 유치권에 대해 별제권을 인정하지 않는 것도 같은 취지라고 할 수 있다.151) 즉, 논란의실익이 없는 것이라고 할 수 있다. 우리 민법은 수리대금이나 운임의 변제를 오랜기간 동안 받지 못하면서 단순히 유치만 할 수 있다고 하는 것은 불합리할 뿐만 아니라 장기간 목적물을 보관하는 경우 그 비용 또한 사회경제적으로 부합하지 않기

¹⁴⁸⁾ 內田貴, 앞의 책, 503면.

¹⁴⁹⁾ 我妻榮, 앞의 책, 44-45면.

¹⁵⁰⁾ 藥師寺志光, 「留置權論」, 信山出版社, 1990, 25-26면; 末弘嚴太郎, 「物權法」, 日本評論社, 1923, 102면; 엄성현, 앞의 논문, 120면 참조.

¹⁵¹⁾ 엄성현, 위의 논문, 120면 참조.

때문에 유치권자에게 경매청구권을 인정하고 있다.152)

그러나 유치권에 우선변제적 효력이 없기 때문에 유치권자 스스로 담보권실행을 위한 경매절차 등을 할 수 없으므로 채무자의 변제가 장기간 이루어지지 않게 되면 그 부담은 유치권자가 그대로 떠 안게 되므로 그 범위에서 목적물을 경매하는 것이 인정된다. [53]

5. 유치권의 소멸

현행 일본민법에 의하면 유치권자의 유치권은 선량한 관리자의 주의의무를 위반한 경우(제298조 제3항), 채무자의 담보공여(제301조), 유치권자의 점유의 상실(제302조) 등에 의하여 소멸할 수 있다.154) 유치권이 일종의 법정담보물권에 해당하므로 피담보채권이 소멸하는 경우 당연히 소멸하는 것이다. 따라서 채권자가 유치권을 행사하더라도 채권의 소멸시효의 진행을 방해하는 것은 아니다(일본 민법 제300조).

채무자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 제공할 수 있다(현행 민법 제 301조). 채무자의 대담보의 제공으로 인한 유치권의 소멸은 일본 구민법에는 없던 조항이지만, 일본의 구상법 제387조에는 있던 조항이다.[55] 상당한 담보의 제공으로 인한 유치권의 소멸을 청구할 수 있도록 한 것은 채무자를 보호하는 한편, 채무자의 편리도 함께 고려한 것이라고 할 수 있다.[56]

유치권은 단순히 유치목적물을 유치하는 권리에 불과한 것이므로 유치권과 독립 하여 피담보채권에 대한 권리를 행사하지 않는 경우 유치와는 상관없이 소멸시효는 그대로 진행하는 것이다. [57] 또한 유치권은 유치물의 점유를 본질로 하는 것이므로

¹⁵²⁾ 곽윤직·김재형, 앞의 책, 290면; 김증한·김학동, 「물권법」, 박영사, 1998, 466면.

¹⁵³⁾ 道恒內弘人, 「擔保物權法」, 有斐閣, 2009, 37면.

¹⁵⁴⁾ 일본 구민법상 유치권의 소멸에 관하여는 대담보의 제공(제95조), 점유의 상실(제96조), 소멸시효의 정지(제114조) 등이다.

제95조 ① 유치권은 채무자가 유치물을 양도하거나 다른 채권자가 이를 압류해 급히 매각하는 것을 방해하지 아니한다. ② 그럼에도 어떤 경우에도 취득자는 유치권자에게 전부 변제하지 아니하면 그 물건을 점유할 수 없다.

제96조 ① 이러한 것 이외에 동산 또는 부동산의 유치권자는 다음 제2장에 규정된 것처럼 동산 또는 부동산의 질권을 취득한 채권자와 동일한 책임에 따른다. ② 이외에 동산질권 및 부동산질권에 관한 규정은 이 장의 규정에 저촉되지 아니한 한도에서 유치권에 적용한다. 특히 채권자가 고의로 유치권의 행사를 해태하거나 실제로 이의 행사를 종료한 때에는 그 유치권은 상실한다.

제114조 질물이 질권자에게 있는 동안은 그 채무의 소멸시효의 성취를 정지한다.

¹⁵⁵⁾ 이정민, 앞의 논문, 101면.

¹⁵⁶⁾ 石田剛・龜岡倫史・浦野由紀子, 앞의 책, 435면,

점유는 성립요건이면서 존속요건이기 때문에 점유를 상실하게 되면 소멸하게 된다 (일본 민법 제302조 본문).158) 다만, 유치권자가 채무자의 승낙을 얻어 행해진 유치물의 임대 또는 질권을 설정하는 경우에는 유치권자가 유치물을 점유하지 않더라도 소멸하지 않는다(동조 단서).

유치권자가 목적물을 유치하고 있는 상태에서는 유치권을 행사하고 있는 것이 아니므로 채권불행사의 상태는 진행하게 된다. 일본 구민법하에서는 질권의 질물이 채권자에게 있는 동안에는 채무의 소멸시효를 정지하는 것으로 규정하였으나(담보편제114조), 현행 민법에서는 이와 달리 채권소멸시효의 진행을 방해하지 않는 것으로하였다.

제6절 우리 민법에의 시사점

로마법상 악의의 항변으로부터 유래한 유치권제도는 근대민법의 제정과정에서 채 권적인 급부거절권과 물권적인 유치권제도로 각 나라에 따라 그 형태를 달리하여 계수·발전되어 온 것이다. 로마법상 채권자가 채무자에 대해 채무를 부담하면서 채 권을 청구하는 경우 채무자가 악의의 항변권에 기하여 그 이행을 거절할 수 있는 권능이었다. 주요 국가들의 입법형태를 보면 채권적인 급부거절권능으로 발전한 국 가의 경우는 프랑스 민법과 독일민법이고, 물권적인 유치권으로 발전한 국가는 스위 스민법과 일본민법 및 우리 민법이다.

독일 민법상 통일적인 유치권은 존재하지 않기 때문에 유치권에 대한 명확한 정의는 결여되어 있지만, 독일민법 제273조 등에서 일반규정을 두고 있다는 점에서 우리 민법과 유사하다. 그러나 독일 민법은 유치권을 물권이 아닌 채권으로 파악하여급부거절권으로 규정하면서, 원칙적으로 부동산을 유치권의 대상으로 하지 않는다는점에서 우리 민법과는 큰 차이점을 가지고 있다. 이 점에서 채무자 이외의 소유권자의 목적물에 대한 반환청구권의 행사가 있으면 반환해 주어야 하므로 우리 민법상부동산 유치권에서 발생하는 허위·과장의 유치권의 폐해가 발생하지 않는다는 점은 특기할 사항이다. 또한 비대가적 쌍무관계의 경우에도 유치권을 인정하고 있으며, 소유물의 반환청구권과 비용상환청구권을 관철하기 위하여 점유자의 유치권을

¹⁵⁷⁾ 엄성현, 앞의 논문, 120면.

¹⁵⁸⁾ 道恒內弘人, 앞의 책, 41면; 松井宏興, 「擔保物權法(民法講座 3)」, 成文堂, 2008, 152면.

규정하고 있다. 일반적 급부거절권에 우선변제권을 인정하고 있지만, 변제기의 도래가 요건이 아닌 점유자의 유치권의 경우에는 우선변제권능을 인정하여 사실상 물권에 가깝게 보호하고 있다. 159)

프랑스 민법은 2006년 법률개정 이전에는 통일적인 규정을 두지 않고, 개별조항을 근거로 하여 구체적인 사안에 따라 채무자의 급부거절권능을 인정할 뿐이었지만, 2006년 개정 프랑스 민법은 담보물권편 제2286조에서 유치권에 대한 통일적인 규정은 두었으나 그 효력에 대해서는 규정을 두고 있지 않아서 유치권에 관한 종래의 판례와 학설상 법리가 그대로 적용되고 있다. 즉, 유치권을 유치물의 반환거절권능으로 보면서 불가분성과 물권적 효력을 허용할 뿐 담보물권의 고유한 효력인 우선 변제권이나 경매청구권 등은 인정하지 않으나 선취득권과 유사한 권능이 있는 것으로 파악되기도 한다.160) 프랑스 민법상 유치권에 관한 법리는 일본 민법을 통해 우리 민법에 많은 영향을 미쳤다. 우리 민법은 프랑스 민법의 영향을 받아 유치권을 법정담보물권으로 인정면서 체계화하고 있지만, 우선변제권을 인정하지 않을 뿐만 아니라 목적물의 점유를 그 성립 및 존속요건으로 규정하고 있다.

스위스 민법은 유치권을 독립한 담보물권으로 규정하고 있는 점은 우리 민법과 유사하지만, 상사유치권과 함께 동산질권의 장에서 규정하고 있다는 점과 그 대상을 동산 또는 유가증권으로 하면서 부동산은 제외하고 있다는 점에서 다르다(스위스 민법 제895조 제1항). 그리고 물건과 피담보채권 사이에 견련성을 요구하면서 채권자가 채권의 변제를 받을 때까지 유치할 수 있도록 하고 있다. 특히 유치권의 효력으로서 우리 민법과 뚜렷하게 다른 것이 경매권과 우선변제권을 인정하고 있다는 점이다.

일본 민법은 프랑스 민법의 영향을 받아 유치권의 법리를 구성하지만, 독일의 영향에 따라 채권편이 아닌 물권편에서 담보물권으로 규정하고 있다. 그러나 독일 민법과는 달리 유치권의 대상에 동산 뿐만 아니라 부동산도 포함하고 있다는 점에서차이가 있다. 유치권의 효력에 대해서는 우리 민법과 매우 유사하게 유치권자에게과실수취권, 경매청구권, 비용상환청구권을 인정하고 있지만, 실체법상 우선변제권을 인정하지 않으면서 사실상 우선변제권능을 인정하고 있다는 점이다.

우리 민법의 유치권제도는 로마법상 악의의 항변에 기원을 둔 것으로 프랑스 민법상 유치권에 관하여 학설과 판례에 의하여 정립된 이론과 독일 민법의 영향을 받

¹⁵⁹⁾ 엄성현, 앞의 논문, 123면; 이정민, 앞의 논문, 110면.

¹⁶⁰⁾ 김남정, 앞의 논문, 24면; 엄성현, 앞의 논문, 120-12면; 이정민, 앞의 논문, 110면.

아 법제화한 일본 민법을 계수한 것이라고 할 수 있다. 유치권을 물권이나 채권의어느 편제에서 규정할 것이냐, 그 적용대상에 부동산을 포함시킬 것이냐의 여부는입법정책적 문제이다. 우리 민법은 유치권을 독립한 법정담보물권으로 규정하면서, 그 적용대상을 물건 및 유가증권으로 규정하고 있어서 부동산도 포함된다. 그러나유치권의 성립요건에 있어서 목적물과 피담보채권 사이의 견련성에 대하여 피담보채권을 명확하게 규정하고 있지 않아서 학설과 판례에 일임하고 있어서 실무상 그적용에 어려움이 따르고 있다.

우리 민법의 유치권제도는 부동산등기제도가 완전하게 정립되지 않은 상태에서 계수하였기 때문에 점유를 통한 공시방법의 불완전성과 우선변제권을 인정하지 않은 결과 부동산 경매절차에서 유치권자를 보호해야 할 필요성에 의하여 인수주의를 채택한 결과 여러 문제 등이 발생하고 있다는 사실은 부인할 수 없다. 그러나 민법이 제정된 1960년부터 현재까지 수십 년에 걸쳐 인정되어 온 부동산 유치권제도의 현실을 고려해 보면 현행법 체계의 기본 틀 속에서 법정담보물권으로서 그 본래의기능을 다할 수 있도록 하는 공시방법과 우선변제권의 인정, 소멸주의로의 전환 등 공시수단과 유치권효력에 관한 제도개선이 바람직하다고 할 수 있다.

제4장 부동산 유치권제도의 문제점

우리의 부동산 유치권제도는 법정담보물권의 일종으로 규정되어 있으면서 공시방법을 원칙적으로 점유를 채택하고 있고, 경매청구권은 인정하면서 우선변제권을 인정하지 않고 있다. 또한 민법상 동산은 점유로써 공시하고, 부동산은 등기로써 공시하여야 한다는 원칙과 부합하지 않을 뿐만 아니라 경매절차에서 인수주의를 채택하면서 경매절차에서 권리신고를 강제하고 있지 않아서 그 성립여부가 불명확하다는 특수성을 가지고 있다. 이러한 특수성에 의하여 허위·과장의 유치권이 남발하는 등의 많은 문제를 일으키고 있다. 이하에서는 부동산 유치권의 오·남용을 발생시키는 원인과 그 폐해를 살펴보면서 문제점을 적시하고자 한다.

제1절 허위 · 과장 부동산 유치권제도의 실태

1. 허위 · 과장 유치권제도 개념

부동산 경매절차에서 매수인은 현행 부동산 유치권제도가 안고 있는 많은 문제점으로 인하여, 불측의 손해를 방지하기 위하여 경매부동산 위에 유치권이 존재하는지여부에 대해서 매우 중요하게 생각한다. 예컨대, 부동산 경매과정에서 유치권신고가있다는 사실만으로 잦은 경매유찰로 인하여 경매절차가 지연되어 부동산의 매각가격이 저감되는 현상이 발생하고, 부동산위의 담보를 인수하여야 한다는 부담으로 입찰에 참여하기를 꺼려하며, 낙찰 후 소송으로 인한 명도지연 등의 이유로 이해계인들이 블측의 손해를 입을 우려가 있다.

그런데 경매목적인 부동산 위에 유치권신고가 존재하더라도 그 유치권신고가 모두 유효하게 성립한 것은 아니며, 근거없이 허위에 의한 신고된 유치권이거나 피담보채권액을 부풀린 과장된 유치권신고가 행해진다는 문제가 있다.1) 부동산 경매에참여하고자 하는 자는 전정하게 성립한 유치권인지, 불분명한 유치권 주장자의 부당한 유치권인지의 진위는 당사자 이외에는 파악하기 어렵고, 또한 부당한 유치권의

¹⁾ 김용수, "허위·과장 유치권행사에 대한 매수인 보호방안에 관한 연구", 가천대학교 박사학위논문, 2014, 12면.

행사로 인하여 경매절차 내지 경매순서를 지연시키고 매각가격이 저감되는 등 유치 권으로 인하여 부당한 불법이득을 얻고자 하는 것이 허위 유치권의 현실이라고 할 수 있다.²⁾

이상에서 살펴본 바와 같이 처음부터 존재하지 않는 유치권을 허위로 조작한 유치권을 '허위유치권'이라 하며, 유치권은 실제로 존재하지만 그 피담보채권액을 실제보다 부풀려서 신고한 유치권을 '과장유치권'이라고 한다. 즉, 불법적 부동산 유치권신고는 당사자인 채권자와 채무자가 통정하여 채권이 존재하지 않음에도 마치 실제로 채권이 존재하는 것처럼 허위신고하거나 또는 채권자가 단독으로 실제 채권액보다 과장되게 부풀려서 신고하는 경우 등을 말한다. 그러나 실무상 양자의 구별은 용이하지 않을 뿐만 아니라 그 구별의 실익도 없으며, 편의상 양자를 통칭해서 허위·과장 유치권이라고 부르고 있다.3)

2. 허위 · 과장 부동산 유치권의 발생원인

부동산거래 질서가 혼란을 조장하는 가장 큰 원인이 허위·과장의 부동산 유치권으로 인한 폐해이다.

부동산경매절차에서 법원은 그 부동산의 현황과 관련하여 부동산의 점유관계, 임대차가 존재하는 경우에 차임 또는 보증금의 액수, 기타 그 밖의 현황에 관하여 조사하도록 '현황조사명령'을 한다(민사집행법 제85조 제1항).4) 집행관은 집행법원의명령에 따라서 부동산 현황조사를 위하여 건물에 출입하거나 필요한 경우에는 건물의 잠긴 문을 열거나 적절한 처분을 할 수 있으며, 또한 채무자 또는 건물을 점유하는 자에게 질문하거나 문서를 제시하도록 요구하는 등의 강력한 권한을 가지고 있다(동조 제2항, 민사집행법 제82조).

이러한 권한을 가지고 집행관은 목적 부동산에 대한 유치권의 성립여부 및 피담 보채권의 존재 등을 조사한 다음 현황조사보고서를 작성하여 집행법원에 제출하고, 집행법원은 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 보

²⁾ 김천규, "부동산 경매에서의 유치권행사 특성 연구", 강남대학교 박사학위논문, 2017, 21면.

³⁾ 김용수, 앞의 논문, 12면.

⁴⁾ 법원행정처, 「법원실무제요: 민사집행(Ⅱ)-부동산집행」, 법원행정처, 2014, 123면.

게 되는 지상권의 개요 등을 적은 매각물건명세서를 작성하게 된다(민사집행법 제 105조). 이와 같이 매각물건명세서는 집행관의 부동산현황조사서를 토대로 작성되고 있다.

그러나 집행관의 현황조사는 부동산의 현황에 대한 형식적 보고수준에 그치고 있을 뿐만 아니라 집행법원의 매각물건명세서 또한 현황조사서에 의한 형식적 심사에의해 작성되고 있으며, 부동산 유치권신고에 대한 집행법원의 심사 또한 형식적 심사에 의하고 있어서 불성실하고 부정확한 실정이다.

더욱이 유치권 신고 있는 경우 집행법원은 유치권의 진위여부와 상관없이 매각물건명세서에 '유치권 신고 있음', '○○○로부터 유치권 신고 있음', '유치권 신고 있으나 성립여부는 불분명함', '유치권 성립여지 있음' 정확하게 표기하지 않고 있어서 경매참여자들은 신고된 유치권을 낙찰 후 인수해야 한다는 부담감으로 그 참여를 꺼리게 되며, 유치권자는 유치권 신고를 하지 않더라도 매수인의 경매부동산에 대한인도요청에 불응할 수 있기 때문에 매수인은 유치권부존재확인소송 내지 명도소송을 제기하는 절차상 어려움을 겪게 된다.5) 유치권에 사실상 우선변제권을 인정하고있는 경매실무와 맞물려 채무자와 제3자가 통모하여 이루어진 허위·과장의 유치권을 작출하여 부정한 이득을 도모하려는 경우 그 진위여부의 판단이 어렵다는 점, 유치권에 대한 일반적인 문제점 등으로 인하여 부동산 유치권의 오·남용이 빈번하게발생한다.6)

그리고 채권자 등 이해관계인은 경매절차의 지연 및 소송제기에 따른 추가적인 손실을 방지하기 위하여 우선적으로 허위유치권자와 합의를 하면서 허위유치권에 대한 형사사건화 되는 경우가 많지 않은 실정이다. 한편 허위 유치권 신고가 부동산경매 브로커 등에 의해 이루어지면서 허위유치권 신고자가 특별한 범죄의식 없이 패소하면 부동산을 인도해 주면 그만이라는 생각에서 나오는 '아니면 말고'라는 그릇된 인식과 사회 풍조가 경매절차 과정에서 도덕적 해이를 가져 오고 결국 허위·과장 유치권이 빈발하는 주요 원인이 되고 있다.7)

실제 2005년 이후부터 부동산 유치권에 관한 민사본안사건과 민사집행사건이 급

⁵⁾ 김용수, 앞의 논문, 13면; 황종술·민규식, "부동산 경매절차상 허위과장유치권 근절을 위한 대책", 「주거 환경」, 제6권 제2호, 한국주거환경학회, 2008. 12, 106면.

⁶⁾ 이정민, "유치권제도 개선안에 관한 연구-민법개정안을 중심으로", 동아대학교 박사학위논문, 2015, 42-43 면; 이강은, "부동산 유치권 제도의 문제점과 해결방안에 관한 연구", 고려대학교 박사학위논문, 2017, 59-60면.

⁷⁾ 이재도, "부동산경매절차에서 허위유치권에 관한 문제와 개선방안", 「민사집행법연구」, 제8권, 민사집행법학회, 2012. 2, 223면.

증하였고, 그에 따른 상급심 사건도 증가하였다.⁸⁾ 그러나 실제 소송에서는 유치권존 재확인의 소보다 유치권부존재확인의 소가 더 많았고, 특히 유치권부존재확인의 소에서 원고승소판결이 많았다는 점을 보면 실무에서 유치권의 오·남용이 심각하다는 것을 알 수 있다.⁹⁾

3. 허위 · 과장 부동산 유치권의 실태

가. 채무자 또는 소유자가 허위채권자와 통모한 경우

허위 유치권의 전형적인 형태로써 채무자 또는 소유자가 가장임차인 등의 제3자와 통모하여 신고하는 경우이다. 일반적으로 경매절차를 의도적으로 지연시켜 경매목적 부동산의 점유를 계속하거나 채무자가 채권자와의 합의를 유도할 목적으로 행사하거나 경매절차의 잦은 유찰로 매각가격을 현저히 저감하여 채무자측이 제3자를 통하여 부동산을 매수할 목적으로 행사하는 경우이다. 그리고 경매절차 진행 중 최고가 매수인이 나타나는 경우에 낙찰받지 못한 채무자가 최고가매수신고인에 대한매각의 불허 내지 허가를 취소시켜 다시 매수하고자 허위유치권을 행사하는 경우이다.10)

부부가 사건부동산을 실질적으로 소유할 의사로 제3자 사이에 명의신탁약정을 하고 제3자가 ○○○신용협동조합으로부터 부동산을 매수하여 소유권이전등기를 마쳤고, 나아가 제3자와 통모하여 임대차계약서를 작성하여 부동산 임차인인 것처럼 가장한 경우이다. 계약명의신탁약정에 의하여 명의수탁자가 당사자가 되어 명의신탁약정이 있다는 사실을 알지 못하는 소유자와 부동산 매매계약을 체결한 뒤 수탁자 명의로 소유권이전등기를 마친 경우 명의신탁자와 명의수탁자 사이의 명의신탁약정은 무효이지만 그 명의수탁자는 당해 부동산의 완전한 소유권을 취득하게 되고(부동산실권리자명의 등기에 관한 법률 제4조 제1항, 제2항 참조), 반면 명의신탁자는 부동산 소유권을 취득할 수 없고 명의수탁자에 대하여 부당이득반환청구권을 가질 수

⁸⁾ 유치권 신고와 관련하여서는 김천규, 앞의 논문, 44면 이하 참조.

⁹⁾ 김재형, "부동산 유치권의 개선방안 - 2011년 민법개정시안을 중심으로", 「민사법학」, 제55호, 한국민사법학회, 2011. 9, 343-344면; 이용호, "부동산 유치권제도 개선을 위한 입법론적 연구", 대진대학교 박사학위논문, 2019, 84면.

¹⁰⁾ 이재도, 앞의 논문, 224면.

있을 뿐이다. 명의신탁자의 부당이득반환청구권은 부동산 자체로부터 발생한 채권이 아닐 뿐만 아니라 소유권 등에 기한 부동산의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 채권이라고 할 수 없으므로 목적물과 채권 사이의 견련관계를 인정할 수 없기 때문에 유치권은 성립하지 않는다.¹¹⁾

나. 유치권자가 채무자와 통모한 경우

경매실무에서 허위유치권 행사의 전형적인 유형의 하나로써 유치권자가 채무자와 통정허위표시로써 무효인 부동산 임대차계약과 공사대금채권을 피담보채권으로 하여 오로지 유치권의 발생을 목적으로 채무자와 통모하여 유치권행사를 한 것으로 선순위의 담보권자를 해할 목적으로 유치권을 주장하는 경우이다. 예컨대, 채무자소유의 건물 등에 대하여 ○○○○은행은 제1순위의 근저당권을 설정하였고, 이에 기하여 임의경매를 신청하고 경매개시결정의 기입등기를 마친 후에 유동화전문회사인 원고에게 제1순위 근저당권 및 그 피담보채권을 양도하여 경매절차상의 지위를 승계하였다. 피고는 제2순위의 근저당권자로써 채무자 소유의 건물 등에 임대차계약을 체결하면서 자신의 직원을 파견하여 채무자 소유의 목적물을 유치하여 점유하면서 유치권신고를 하고 유치권을 주장한 경우이다.

이 사안에 대해 대법원은 피고가 자신의 직원을 통하여 유치목적물을 점유하고 있고, 채무자 사이의 상행위로 인한 채권으로서 임대차계약 당시 이미 변제기에 도달하였기 때문에 유치권자로서 유치목적물을 점유할 권리를 인정하였다. 그러나 유치권자가 그 목적물의 점유를 취득하게 된 상행위가 정상적인 영업을 위한 것이 아니라 오직 유치권의 발생을 목적으로 이루어졌다고 볼 수 있는 특별한 사정이 있다면 유치권자의 권리행사는 유치권의 남용에 해당되어 그 유치권의 성립 이전에 정당하게 성립한 담보물권자에게 대항할 수 없다고 하였다. 즉, 경매절차가 곧 개시되리라는 사정을 충분히 인식하면서 임대차계약을 체결하고, 유치목적물에 관한 점유를 이전받은 것이므로 유치권을 주장하는 것은 신의칙상 허용될 수 없다고 판단하였다.12)

이 판결은 채무자가 채무초과의 상태에서 선순위 담보권자에 의하여 경매실행이 임박한 상황에서 후순위 권리자의 유치권 성립으로 인하여 저당권자 등이 불이익을

¹¹⁾ 대법원 2009. 3. 26. 선고 2008다34828 판결.

¹²⁾ 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결.

당할 것이라는 사실을 충분히 인식하였다는 점에서 악의로 추정할 수 있고, 후순위 근저당권자의 우선적 채권의 만족을 위해 형식적 임대차계약을 체결한 후에 유치권을 주장하는 것은 신의칙에 반하는 권리행사 또는 권리남용으로서 허위유치권이라고 판단하여 그 대항력을 부정한 것이라는 점에서 의의가 있다.

다. 허위 · 과장의 피담보채권을 신고한 경우

부동산 경매절차에서 채권자가 단독으로 유치권을 신고하는 경우, 즉 공사수급인의 공사대금채권 또는 임차인이 필요비·유익비상환청구권을 가지고 있는 경우에 피담보채권을 부풀려서 신고하는 경우이다. 또는 공사를 전혀 하지 않았음에도 불구하고 공사한 것처럼 꾸미거나 실제 공사대금보다 부풀려서 신고하는 경우이다.13) 예컨대, 채무자가 부도 등으로 도피한 경우 채무자의 재산상태를 파악하기 어렵다는 점을 악용하여 공사대금을 실제와 달리 허위로 부풀려 정당한 채권액에 의하여 경매를 신청한 경우보다 더 많은 배당금을 받기 위해 과장되게 유치권신고를 하는 경우이다.14) 또한 건물의 신축 및 증축공사에 따른 공사대금에 기초하여 유치권을 신고하였으나, 신고자가 건축경험이 없고, 공사대금지급과 관련한 금융자료를 제출하지 못하는 점 등을 종합하여 보면 유치권자가 건물의 신축 및 증축을 할 수 없으므로 잔대금에 의한 유치권행사를 인정할 수 없다.15)

또한 매수인의 부동산명도요구에 대항하거나 매각가격의 저감을 통한 매수를 시도하거나 명도를 지연하는 것을 목적으로 행해지기도 하는데, 이 경우 피담보채권이 존재하고 유치권이 인정되는 경우 부당한 목적으로 가지고 행해지는 부분에 대해서는 허위유치권이라고 할 수 있을 것이다.16)

제2절 부동산 경매 절차에서 실무상 대응

부동산 경매절차에 참여하는 은행의 입장에서는 유치권을 지키고자 하는 것이 아니라 유치권을 깨뜨리기 위한 것이라고 할 수 있다. 이를 위해서는 기본적으로 유치

¹³⁾ 서울고등법원 2008. 7. 2. 선고 2007나64794, 2007나64800.

¹⁴⁾ 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012도9603 판결.

¹⁵⁾ 광주고등법원 2007. 8. 17, 선고 2007나663 판결.

¹⁶⁾ 이재도, 앞의 논문, 225면.

권자가 주장하는 유치권이 성립하지 않았다는 사실, 성립하였더라도 이미 소멸되었다는 사실 등을 주장하면서 이루어질 것이다. 이하에서는 은행 실무에서 유치권에 대하여 어떻게 대응하고 있는지를 단계별로 나누어 살펴본 후에 구체적인 사례를 검토하고자 한다.17)

1. 제소 전 경매법원에 대한 조치사항

가. 유치권 권리배제신청서 제출

건축허가(신고)가 있거나 건축 중인 토지에 대하여 대출을 실행하는 경우 물건에 대한 유치권 존재여부를 확인하기 위하여 건축물의 소유예정자로부터 일정한 서류를 받고 있다. 담보제공을 위한 약정서(후취담보용), 신축·증축·개보수 등의 대수선한 경우 공사대금 존부확인서, 추가근저당권 설정계약서(건축주가 제3자일 경우제3자 포함), 공사관련자에 대한 확인서, 건축허가(신고)서, 건축도면, 건축도급계약서 사본, 인감증명서 또는 본인서명사실확인서(건축주가 제3자인 경우 제3자 포함), 그리고 공사미수금이 있는 경우 당해 여신 전결권자가 채권보전에 지장이 있다고판단할 경우 시공자로부터 「유치권 포기 및 현장명도각서」의 특약을 받도록 하고 있다.

실무상 금융권에서는 부동산 경매 절차에서 유치권대응을 위하여 먼저 확인해야하는 것이 사전 정보입수의 방안으로 관련서류를 검토하고 현장확인을 하여야 한다. 18) 부동산경매절차에서 목적부동산에 대하여 유치권신고가 있는 경우 은행은 경매법원에 유치권 관련공부나 신고기록을 열람하여 유치권 신고의 원인이 되는 관련내용과 유치권자의 점유상황에 대하여 유치권신고서와 첨부한 각종 계약서 내지 공사도급계약서 등의 유치권신고서를 세밀하게 검토하고 현장확인을 한 이후에 유치권 권리배제신청서를 제출하여야 한다. 신청서에는 권리신고한 유치권자, 유치권이인정될 수 있는지의 여부, "경매부동산에 단 한 번의 점유를 한 적이 없습니다", "유치권 권리신고가 경매개시결정 후에 발생하였습니다"라는 등의 유치권을 깨뜨릴 수있는 유치권 권리배제사유 등을 구체적으로 적시하여 기술하여야 한다.

¹⁷⁾ 농협은행에서 대응자료로 활용되고 있는 안종팔, 「유치권 실무사례집 : 유치권이론과 사례·판례 및 유형별 대응방법」, 2012, 74-79면을 참조하여 재작성함.

¹⁸⁾ 김재권, 「유치권 - 깨뜨리는 법 지키는 법」, 매일경제신문사, 2016, 81-84면; 안종팔, 위의 책, 74면.

특히 경매신청 채권자가 금융기관인 경우에는 대출 당시에 유치권 포기특약(각서)이 있는 대출협약서를 작성하고 있다. 유치권포기각서는 유치권을 포기한다는 채권자의 각서에 불과한 것이지만, 실제 법적 효력을 갖도록 하기 위하여 공증을 하거나입회인을 두어 작성하고 있다. 작성 내용은 아래의 표와 같이 채권자인 유치권 포기자가 그와 관련된 권리사항 전부를 포기하고 양도한다는 내용을 누구에게, 왜, 어떤사유 및 공사명과 기간, 예정일 등을 구체적으로 기입하여 작성하여야 한다. 대출희망자의 유치권포기특약은 채권자가 사전에 유치권을 포기하는 것으로 법률이 정하고 있는 일정 요건을 구비하였더라도 유치권은 발생하지 않고, 법률상 권한없이 점유하고 있는 것으로 무단점유에 해당할 수 있다.

유치권 행사는 공사대금업자가 가지는 최후의 권리로서 상대방의 채권변제에 가장 큰 압박과 효력을 가져오는 것임에도 채권자가 섣부른 판단하게 작성을 해주게되면 공사대금을 못받게 되거나 큰 손해를 입을 수 있다는 사실을 기억하여야 한다.

나. 유치권신고자에게 '유치권 신고취하' 업무협조요청서 발송

채권자인 은행은 경매절차의 진행 중 경매법원에 유치권 권리배제신청서를 제출한 후에 유치권신고자가 점유하고 있는 유치목적물의 소재지로 내용증명을 발송할필요가 있다. 유치권자가 목적부동산에 대한 점유를 주장하는 곳에 우편물을 발송하였음에도 불구하고 반송된 경우는 유치권자가 점유를 하지 않는 것으로 보아 유치권을 깨뜨릴 수 있는 입증자료로써 반송우편물을 본안소송 증거자료로 활용할 수 있다.19) 또한 허위의 유치권신고에 대하여 스스로 취하하지 않을 경우 채권자인 은행의 유치권부존재확인소송의 제기에 따라 유치권신고자가 패소할 경우 소송에 필요한 비용과 경매절차 지연에 따른 손해배상을 부담할 수 있음을 반드시 명기하여 발송함으로써 심리적 압박을 주어야 한다.

¹⁹⁾ 안종팔, 앞의 책, 74면,

유치권 포기 및 현장명도각서

농협은행 주식회사 앞

본인은 아래 공사장소의 공사와 관련하여 본인이 제공한 재화 및 용역대금을 사업시행자와 사업시공자(사업시행자 또는 시공자가 수급인일 경우 도급인 포함)로부터 받지못한다 하여도 이 공사와 관련하여 발생되는 일체의 유치권 행사를 포기하고 이와 배치되는 일체의 물권적·채권적 권리도 행사하지 않을 것이며, 귀 회의 요구가 있는 대로일체의 이의제기 없이 현장을 명도할 것을 확인합니다.

아 래

□ 공사현황

공사명		
ار دال خال	서미	법인번호
시행자 (건축주)	성명	(주민번호)
(() ()	주소	
시공자	성명	법인번호
		(주민번호)
	주소	
도급인 (주)	성명	법인번호
		(주민번호)
	주소	전화번호
공사장소		
공사기간		

(주) 시행자 또는 시공자가 수급인인 경우

공시	나	용
----	---	---

첨부서류 : 인감증명서 1부

년 월 일

작성자 주 소:

상 호: 대 표 자:

법인 등록번호:



(경매 3계)

매각절차 속행신청서

사 건 2006타경00000 부동산 임의경매

채 권 자 00은행

채 무 자 주식회사 00농산

소 유 자 채무자와 같음

광주지방법원 해남지원 귀중



(경매 3계)

유치권 권리신고서

사 건 2006타경00000 부동산 임의경매

채 권 자 00은행

채 무 자 주식회사 00농산 소 유 자 채무자와 같음

귀원 2006타경00000호로 진행되고 있는 경매절차에서 그 대상목적물을 위 유치권자가 민법 제320조에 의해 유치권의 목적물로써 점유하고 있는 바는 경매대상목적물을 매수한 최고가매수인에게도 대항할 수 있는 권리이므로 유치권자는 다음과 같이 그 권리를 신고합니다.

다 음

유치권자 :

주 소:

연 락 처 :

유치목적물 :

유치권에 의해 담보되는 채권(피담보채권):

유치권자가 대상목적물의 채무자 및 소유자인 000에게 갖고 있는 대상목적물에 대한 공사대금채권 중 미이행된 금 0000원

피담보채권의 변제기 :

상기 대상목적물의 공사가 완료된 시기인 2008. 9. 00.자 본 채권의 변제기이므로 채무자는 유치권자인 채권자에 대한 채무이행을 지체한 상태임

피담보채권과 목적물과의 견련성

유치권의 피담보채권인 본 공사대금채권은 경매대상 목적물 자체에 대한 공사대금 채권이므로 견련성이 인정됨

소명첨부자료

- 1. 공사대금채권 계약서 사본'
- 1. 민간건설 표준 도급계약서 사본
- 1. 채무자에게 채무이행을 독촉한 내용증명우편 사본
- 1. 유치권자가 대상목적물을 점유하고 있는 현장사진

2009. 11.

위 유치권 신고인 000(인)

광주지방법원 해남지원 귀중

다. 부동산점유이전금지 가처분신청

채권자인 은행은 경매부동산 위에 새로운 권리가 발생하는 것을 방지하기 위하여 법원에 부동산 점유이전금지 가처분신청결정을 받아야 한다. 부동산점유이전금지가 처분이란 부동산에 대한 인도·명도청구권을 보전하기 위한 가처분으로 목적물의 인적(주관적)·물적(객관적) 현상을 본집행 시까지 그대로 유지하게 하는 가처분을 말한다.²⁰⁾ 은행에 의해 가처분신청이 이루어지면 집행관은 목적물에 유치권에 의한 부동산점유이전금지 가처분 있음을 고지하여야 한다.

유치권자에게 인도명령이나 명도판결을 받아 강제집행을 하려고 하면 그 사이 유 치권을 양도받은 자 또는 제3자에게 점유를 이전시켜 집행불능이 되는 것을 방지하 고자 그 점유를 타인에게 이전하지 못하도록 점유이전금지가처분 결정을 받아 두는 것이다.²¹⁾

향후 유치권부존재확인소송 등의 본안 소송에서 가처분 조서등본을 발급받아 수 소법원에 제출하여 유치권의 성립요건이 점유의 존재여부에 대한 관계 등을 소명하 고, 만약 신고인 또는 대리인이 점유하고 있다는 사실이 밝혀질 경우에는 가처분 후 에 경매부동산 위에 새로운 권리가 발생하는 것을 방지할 수 있다. 그러나 점유하지 않음이 명백한 경우에는 유치권 자체가 성립하지 않으므로, 또는 이미 목적물에 대 한 부동산 경매개시결정 등기가 경료된 경우에는 압류의 처분금지효에 저촉되어 그 후에 유치권을 인수한 자는 매수인에게 대항할 수 없기 때문에 가처분을 할 필요가 없다.

2. 본안소송제기

가. 유치권부존재확인의 소 제기

채권자인 은행이 본안소송을 제기하기 전 경매법원에 대한 조치사항을 취하였음에도 불구하고 유치권자가 유치권 신고를 취하하지 않은 경우에는 유치권부존재확인의 소를 제기하여야 한다. 유치권부존재확인의 소는 유치권을 주장하는 자에 대하

^{20) &}lt;a href="http://easylaw.go.kr/CSP/CnpClsMain.laf?csmSeq=295&ccfNo=3&cciNo=1&cnpClsNo=2(검색일자: 2019. 5. 20">http://easylaw.go.kr/CSP/CnpClsMain.laf?csmSeq=295&ccfNo=3&cciNo=1&cnpClsNo=2(검색일자: 2019. 5. 20).

²¹⁾ 김재권, 앞의 책, 261면,

여 유치권의 성립요건을 갖추지 못하였음을 주장하여 유치권이 존재하지 않는다는 확정을 목적으로 제기하는 소를 말한다.²²⁾ 소를 제기하는 자는 유치목적물에 대하여 경매신청을 한 근저당권자 또는 권리신고 및 배당요구를 신청한 자 등이다. 채권자인 은행은 회수예상가액과 유치권 신고금액을 비교하여 은행의 손실방생이 예상된 경우에는 유치권을 주장하는 자에 대하여 부존재확인의 소를 제기한다. 소의 상대방인 피고는 유치목적물에 대하여 유치권을 주장하는 자로써 공사업자, 임차인 등이다.

채권자 ○○은행은 채무자의 남편 소유의 부동산(경매부동산)을 담보로 근저당권 설정등기를 경료받고 대출을 실행하였고 유치권자는 위 부동산에 대하여 임대차계 약을 체결하였다. ○○은행은 채무자가 기한의 이익을 상실하자 임의경매를 신청하 여 경매개시결정이 이루어졌다. 유치권자는 임차인으로서 경매 부동산에 대하여 필 요비와 유익비를 지출한 것을 근거로 유치권을 주장하였다. 이에 대하여 대법원은 "유치권자가 경락인에 대하여 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다 할 것이지 만 유치권자는 여전히 자신의 피담보채권이 변제될 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있어 부동산 경매절차의 입찰인들은 낙찰 후 유치권자로부터 경 매목적물을 쉽게 인도받을 수 없다는 점을 고려하여 입찰을 하게 되고 그에 따라 경매목적 부동산이 그만큼 낮은 가격에 낙찰될 우려가 있다고 할 것인바, 이와 같은 저가낙찰로 인해 원고의 배당액이 줄어들 위험은 경매절차에서 근저당권자인 원고 의 법률상 지위를 불안정하게 하는 것이므로 위 불안을 제거하는 원고의 이익을 단 순한 사실상ㆍ경제상의 이익으로 볼 수 없고, 피고가 이 사건 경매절차에서 민법 제 367조에 기한 우선상환청구를 하고 있음을 인정할 아무런 증거가 없을 뿐 아니라, 만일 피고가 그러한 우선상환청구를 한다면 유치권자라는 피고가 매각대금에서 우 선상환을 받을 수 있어 근저당권자인 원고는 그만큼 배당받을 금액이 줄어들어 원 고에게는 이 사건 확인을 구할 법률상의 이익이 있다"고 판시하여 담보권 실행을 위 한 경매절차에서 근저당권자가 유치권자로 권리신고를 한 자에 대하여 유치권부존 재확인의 소를 구할 법률상의 이익이 있다고 보았다.23)

또한 담보권의 실행을 위한 경매절차에 준용되는 유치권에 의한 경매에서 자신의 피담보채권이 변제될 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있어 경매절 차의 입찰인들은 낙찰 후 유치권자로부터 경매목적물을 쉽게 인도받을 수 없다는

²²⁾ 장인태, 「유치권 이론과 실무」, 유로, 2015, 402면.

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

점을 고려하여 입찰하게 되고, 경매목적 부동산이 저가에 낙찰될 우려가 있다. 저가 낙찰로 인해 경매를 신청한 근저당권자의 배당액이 줄어들거나 경매목적물 가액과 비교하여 거액의 유치권 신고로 매각 자체가 불가능하게 될 위험은 경매절차에서 근저당권자의 법률상 지위를 불안정하게 하는 것이므로 위 불안을 제거하는 근저당권자의 이익을 단순한 사실상·경제상의 이익이라고 볼 수는 없다. 따라서 근저당권자는 유치권 신고를 한 사람을 상대로 유치권 전부의 부존재뿐만 아니라 경매절차에서 유치권을 내세워 대항할 수 있는 범위를 초과하는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있고, 유치권 신고자의 주장하는 유치권의 피담보채권액의 일부만이 경매절차에서 유치권으로 대항할 수 있는 것으로 인정되는 경우에는 법원은 그 유치권 부분에 대하여 일부패소의 판결을 하여야 한다.24)

나. 경매절차의 연기신청

유치권 신고금액에도 불구하고 2회 매각절차에서 은행의 회수예상가액 이상으로 매각될 것으로 예상되는 등 특별한 사유가 있는 경우에는 경매절차는 정지되지 않고 속행시켜야 한다. 그러나 은행의 회수예상가액 이하로 매각될 우려가 있는 경우에는 무익한 경매가 될 우려가 있는 경우에는(민사집행법 제102조 참조) 수소법원에 유치권 부존재확인의 소를 제기한 후에 '소 제기증명원'을 발급받아 소장부본과 함께 경매법원에 경매절차의 연기를 신청하여야 한다. 한편 은행은 유치권신고가 있더라도 매수인이 경매에 참여하여 용이하게 인수할 수 있도록 유도하기 위하여 유치권부존재 소송이 진행 중임을 나타낼 필요가 있고, 경매부동산이 매각될 경우에는 매수인에게 소송승계연구를 타진할 수 있다(민사소송법 제83조 참조).

은행의 경매부동산에 대한 매각절차 연기신청이 있더라도 경매법원은 유치권신고가 있더라도 적정한 매각가액이 형성되거나 허위유치권 신고자에 대한 형사고소를이유로 연기신청을 받아 주지 않는 경우 소송정지를 고려할 수도 있지만, 인정될 여지가 없다.²⁵⁾ 이 경우 경매신청자인 채권자 스스로가 자기 사건에 대한 집행정지를 구하는 것은 법리상 모순되며, 수소법원은 유치권의 존부 여부에 대하여만 다툴 뿐이며 정지에 관한 결정권은 없다는 점 등을 들면서 경매법원만이 소송연기를 할 수 있음을 피력하여야 한다. 이러한 노력에도 불구하고 경매절차가 진행될 경우 필수적

²⁴⁾ 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013다99409 판결.

²⁵⁾ 안종팔, 앞의 책, 76면.

정지사유인 민사집행법 제49조 제4항에 의한 '의무이행을 미루도록 승낙한 취지'를 적은 증서를 제출하는 절차를 밟거나 소송이 장기화될 우려가 있는 경우에는 경매 신청취하를 검토할 필요가 있다.²⁶⁾

다. 변론준비절차

변론준비절차의 진행은 재판장이 담당하며, 채권자인 은행은 상대방인 유치권신고 자의 답변서의 제출에 대한 준비서면을 통하여 직접 대응하여야 한다. 변론준비절차는 법원이 기간을 정하며, 당사자로 하여금 준비서면 등의 증거를 신청하는 방법으로 진행한다(민사소송법 제280조). 유치권 신고자가 답변서를 제출하지 않는 등 응소에 적극적으로 다투지 아니한 경우에는 은행은 수소법원에 '변론기일지정신청서'를 제출하여 빠른 시간 내에 소를 확정할 필요가 있다.

3. 본안 소송 확정 후의 절차

본안소송 결과 은행이 전부 승소하거나 일부 승소한 경우에는 소송이 확정된 즉시 '송달·확인증명원'을 발급받아 판결문과 함께 첨부하여 경매법원에 연기된 매각절차를 즉시 속행해 줄 것을 신청하여야 한다. 또한 은행은 경매법원에 유치권 신고자의 기록을 말소(정정)해 줄 것을 신청하여 유치권신고로 인하여 파행된 경매절차를 바로 잡아 적정 매각가가 형성되도록 유도할 필요가 있다.

그리고 은행은 유치권신고자에 대하여 경매절차의 진행과 관련하여 확정된 소송비용을 청구하고, 한편 소송절차에서 유치권 신고자가 경매절차를 의도적으로 지연시킬 목적으로 허위유치권을 신고한 것으로 확인된 경우에는 손해배상의 청구와 더불어 형사상 '입찰방해혐의'로 형사고소를 검토하여야 한다.27)

판례도 허위 유치권 신고자에 대한 형사고소와 관련하여 허위 사실의 신고에 대하여 "무고죄에 있어서 허위사실의 신고라 함은 신고사실이 객관적 사실에 반한다는 것을 확정적이거나 미필적으로 인식하고 신고하는 것을 말하는 것이므로 객관적 사실과 일치하지 않는 것이라도 신고자가 진실이라고 확신하고 신고하였을 때에는 무

²⁶⁾ 안종팔, 위의 책, 76-77면.

²⁷⁾ 안종팔, 앞의 책, 78-79면,

고죄가 성립하지 않는다고 할 것이나, 여기에서 진실이라고 확신한다 함은 신고자가 알고 있는 객관적인 사실관계에 의하더라도 신고사실이 허위라거나 또는 허위일 가능성이 있다는 인식을 하지 못하는 경우를 말하는 것이지, 신고자가 알고 있는 객관적 사실관계에 의하여 신고사실이 허위라거나 허위일 가능성이 있다는 인식을 하면서도 이를 무시한 채 무조건 자신의 주장이 옳다고 생각하는 경우까지 포함되는 것은 아니다고 판시하였다.28)

4. 유치권 대응실무사례

가. 모텔임차인의 건물내부 공사채권

은행의 담보물인 모텔을 점유·사용하고 있는 임차인이 경매절차가 진행되어 1차 유찰된 후에 모텔 내부 인테리어 공사를 진행하고 그 공사대금채권을 원인으로 유 치권 신고를 하였고, 한편 2차 매각절차에서는 매수인으로 참가하였으나 이후 의도 적으로 대금납부를 하지 않아 경매절차가 파행된 경우이다.

이 사안에서 유치권 신고인의 권리신고서에 의하면 신고인은 모텔 임차인으로서 모텔을 점유·사용하면서 사업상 이득을 얻고자 모텔 내부시설의 일부 개수를 한 것이므로 유치물에 관하여 생긴 채권으로 비용상환청구권이라고 볼 수 없기 때문에 견련성이 인정되지 않는다.²⁹⁾ 또한 임대차계약서 '임대차계약이 종료한 경우 임차인 은 위 부동산을 원상으로 회복하여 임대인에게 반환한다'고 약정하여 이미 유치권발 생배제특약이 존재하고 있었다.³⁰⁾ 따라서 채권자인 은행은 경매법원에 '유치권권리 배제 신청서'를 제출하고 유치권신고자에게는 내용증명으로 '유치권 신고 취하'업무 협조서를 발송하여야 한다. 그럼에도 불구하고 유치권 신고자가 응하지 않은 경우에 는 '유치권부존재 확인의 소'를 제기하고, 경매절차는 연기없이 속행하여야 한다.³¹⁾

이와 같이 모텔임차인은 비용상환청구권 및 공사대금채권에 기하여 유치권 신고를 하였으나 목적물과 피담보채권 사이에 견련성이 인정되지 않기 때문에 피담보채권은 존재하지 않으며, 또한 유치권 배제특약이 존재하고 있는 것으로서 처음부터

²⁸⁾ 대법원 2006. 9. 22. 선고 2006도4255 판결; 대법원 2000. 7. 4. 선고 2000도1908. 2000감도62 판결.

²⁹⁾ 대법원 1991. 10. 8. 선고 91다8029 판결.

³⁰⁾ 대법원 1975. 4. 22. 선고. 73다1174 판결.

³¹⁾ 안종팔, 앞의 책, 85면.

유치권은 성립되지 않았으며, 오로지 유치권의 성립을 통한 배당금을 받고자 허위의 유치권을 신고한 것이라고 할 수 있다. 또한 허위의 유치권신고로 인하여 담보권자는 유치권부존재확인의 소가 제기된 기간만큼 경매절차는 중지되어 그 기간동안 배당절차가 늦어져 담보권자가 손해를 입게 된다. 이 경우 허위의 유치권 신고자에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 즉, 유치권 신고자에 대한 본안 소송 결과 승소하게 되면 경매절차 지연에 따른 손해배상을 청구할 수 있는 것이다.32)

나. 공장건물임차인의 공사채권

은행 담보물인 공장에 대해 임대차계약 체결시에 은행에 '유치권포기서'를 제출한 임차인의 형제가 경매절차 진행 중인 1차 매각기일 전에 공장에 대한 미지급 공사 채권을 원인으로 유치권을 신고하여 경매절차가 파행되었다. 이 사안은 유치권 신고 자와 그 동생이 은행에 유치권포기서를 제출하여 이미 유치권배제특약이 존재하는 것으로 유치권은 인정되지 않는다. 또한 신고인의 유치권은 피담보채권과 그 목적물 자체로부터 발생한 채권이 아니어서 견련성이 존재하지 않아 유치권은 성립할 수 없는 것이며, 단순히 임차인인 유치권 신고자가 임차한 공장을 사용・수익하고자 하는 의도밖에 없는 것이다.

채권자인 은행의 대응책은 경매법원에 유치권 배제신청서를 제출하고 유치권 신고자에게는 내용증명으로 '유치권 신고취하'업무협조서를 발송하고, 이에 응하지 않을 경우 본안소송을 제기하고, 허위유치권신고로 인하여 경매절차의 잦은 유찰로 최저매각가격이 소송비용과 선순위 담보권자의 변제에 부족하다고 판단된다면 유치권부존재 확인의 소 제기 증명원을 첨부하여 경매법원에 매각절차 연기신청을 할 필요가 있다.

다. 공장 건물의 공사채권

은행 채무자 법인의 감사인 유치권 신고자가 은행 담보물인 저온저장창고에 대한 시설공사를 하였지만, 미지급 공사채권을 원인으로 하여 10년 후 경매법원에 유치권 을 신고하였다.

³²⁾ 안종팔. 위의 책. 158면.

유치권신고자는 채무자(소유자) 법인의 감사로서 채무자와 특별한 관계에 있으며, 단순히 유치권신고로서 시설물을 사용·수익하고자 할 의도만으로 신고한 것이다. 그러나 이미 공사채권은 3년의 단기소멸시효에 걸리는 채권으로 이 사건 건물의 완 공일로부터 기산하여 3년이 경과하여 시효완성이 되었고, 유치권의 성립요건이자 존 속요건인 점유를 하고 있지 않아 그 유치권은 소멸된 것이다. 이에 대한 대응책으로 는 앞선 사례들과 마찬가지로 은행은 경매법원에 유치권 배제신청서를 제출하고, 유 치권 신고자에게는 유치권 신고취하 업무협조서를 발송하고, 이에 응하지 않으면 본 안소송을 제기한 이후, 매각절차 연기를 신청하여야 할 것이다.

라. 건물의 공사채권

은행이 담보하고 있는 토지 위에 4동의 신축건물에 대한 미지급 공사채권을 원인으로 15명의 공사업자가 경매절차 진행 중에 거액의 유치권을 신고하면서, 매수인들이 거액의 유치권 신고로 인하여 경매절차에 참여를 희망하는 자가 없어 파행을 겪고 있다.

은행 담보토지 위의 신축건물은 유치권 신고인들이 건축을 하기는 하였으나, 신고인들의 유치권 금액은 공사채권 전부로서 이를 증명하는 세금계산서 등의 증빙자료가 없을 뿐만 아니라 공사미지급금액이 얼마인지도 증명되지 않았다. 따라서 공사대금의 채권이 불명확하며, 부존재 한다고 할 수 있으므로 허위·과장의 유치권신고에 해당한다고 할 수 있다. 또한 유치권 신고인 중의 일부는 건물공사에 대한 부분적·보조적 공사로서 매수인에게 대항력을 상실하였고, 건물의 설계와 감리용역비는 건물자체에서 발생한 채권이 아니므로 견련성도 존재하지 않으며, 특히 유치권의 존속요건인 점유를 상실하였으므로 유치권은 소멸한 것으로 볼 수 있다.33)

대응책으로는 거액의 유치권 신고자가 있다고 하더라도 위에서 살펴본 바와 같이 유치권의 성립요건을 모두 갖추었는지의 여부를 살펴보고, 요건을 갖추지 못한 부분 을 찾아 대항력을 깰 수 있도록 하여야 한다. 그리고 난 후에 경매법원에 유치권배 제신청서를, 유치권 신고자에 대해서는 내용증명으로 유치권신고취하 업무협조전을 발송하여야 한다. 신고자가 이에 응하지 않은 경우에는 유치권부존재확인의 소를 제 기하고, 경매절차 진행여부에 대한 판단을 한 후에 연기나 속행을 결정하면 된다.

³³⁾ 안종팔, 앞의 책, 133면.

제3절 부동산 유치권제도의 문제점

1. 불완전한 공시수단

물권은 절대권으로써 배타성 및 대세성을 가지고 있지만, 개념상 관념적인 경우도 존재하므로 물권의 존재와 내용 및 물권변동을 외부에 표상하지 못하는 경우가 있다. 우리 민법은 외부에서 물권의 득실변경에 대해 쉽게 인식할 수 있도록 부동산물권변동에 관하여는 등기를, 동산의 물권변동에 관하여는 점유의 이전을 요건으로하고 있다.

그러나 부동산 유치권은 타인의 물건 또는 유가증권을 점유하면 성립되는 것이므로 민법상 부동산 물권변동은 등기에 의하여야 한다는 민법 제186조의 성립요건주의의 원칙과 일치하지 않는 일종의 예외를 인정하고 있다는 비난이 있다. 아울러 점유의 상실로 유치권은 소멸한다고 규정하여(민법 제328조) 그 성립요건과 존속요건을 모두 등기에 의하지 않고 점유에 의하고 있는 것도 문제이다.

이처럼 부동산 유치권은 등기가 아닌 불완전한 공시방법인 점유에 의하여 성립하도록 하고 있는 특성으로 인하여 유치권자가 단독으로 또는 채무자나 소유자 및 허위채권자 등의 상대방과 통정하여 허위의 유치권을 신고하거나 존재하지 않는 채권을 신고하거나 실제 공사대금채권을 과다하게 부풀리는 과장유치권의 신고가 용이할 뿐만 아니라 신고된 유치권의 내용을 매수인이 쉽게 확인할 수도 없다.34) 또한점유의 개념이 관념적·추상적임에도 그 점유방법이 객관화·구체화하고 있지 않아서 제3자가 외부에서 그 부동산 위에 유치권을 주장하는 자의 점유성립이 적법하게성립한 것인지 판단하는 것이 불명확할 뿐만 아니라 경매절차 등에서 부동산 매수인에게 피담보채권에 대한 책임을 부담하도록 하고 있어서 피담보채권의 범위와 타담보권과의 우선순위를 확정하지 못한다는 문제 등으로 인하여 다수의 이해관계인의 법률관계를 불안하게 만들고 있으므로 충분한 공시방법이 되지 못한다고 해야한다.35) 예컨대, 부동산 유치권과 관련한 경매사건에서 경매절차가 진행 중이라도

³⁴⁾ 이은규, "민사유치권제도의 문제점과 개선방안", 충북대학교 박사학위논문, 2016, 132면.

³⁵⁾ 엄성현·박상호, "현행 부동산 유치권의 문제점과 민법 일부 개정법률 안에 관한 검토", 「공공정책연구」, 제32권 제1호, 동의대학교 지방자치연구소, 2015, 156면; 오시영, "부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰", 「토지법학」, 제23권 제2호, 한국토지법학회, 2007. 12, 216면; 이용호, 앞의 논문, 91면.

부동산 등기부상 유치권의 존부를 확인할 수 없을 뿐만 아니라 집행관의 현장조사 또는 유치권신고서를 제출하는 요식행위에 의해서 비로소 유치권의 존재가 제3자에게 공시된다는 문제가 있다.36) 경매절차가 진행 중에 경매목적물을 유치하고 있다는 유치권의 권리신고는 유치권 행사 중인 건물의 외벽에 제3자가 인식할 수 있도록 유치권 행사 중이라는 플래카드를 펼쳐두는 것과 같이 유치권을 행사하고 있다는 표시를 함으로써 가능하다. 유치권자가 사실적 지배를 하고 있다는 공시방법으로써 유치권 행사의 표시는 안내문, 공고문, 경고문의 부착 또는 플래카드나 현수막의 설치 등을 통해서 할 수 있다.37)

부동산 유치권 불완전한 공시방법인 점유에 의해 성립함으로써 제3자에게 불측의 손해를 줄 수 있는 등의 부동산 거래에 악영향을 끼치고 있다. 허위·과장의 유치권 신고를 비롯하여 경매절차가 진행되는 중에 갑작스럽게 유치권자가 등장하는 것은 인수주의를 취하고 있는 현행법상 경매대상 물건인 부동산의 매각가치와 매각 가능성을 저하시키는 결과를 가져오게 된다.38) 즉, 점유로 담보되는 유치권을 경락인이인수하여야 하므로 유치권의 존재가 의심되는 경우에는 응찰을 포기하게 되고, 그결과 경매절차의 투명성을 저해하여 적정가격의 형성과 경매절차의 공정성을 해칠수 있다. 그 결과 저당권자에게는 부동산 담보가치의 하락에 따른 피담보채무의 전부를 변제받을 수 없게 되는 문제와 채무자에게는 매각가격이 저감됨으로써 부동산 매각을 통한 채무변제가능성을 떨어뜨리는 결과가 발생하게 된다.39)

2. 피담보채권 범위의 불명확화

부동산 유치권은 특정의 부동산을 점유하면서 그 부동산에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우 변제기가 도래하면 성립한다. 여기에서 채권과 목적물인 부동산 사이의 견련관계를 요구하며, 이는 곧 유치권의 성립요건인 피담보채권이 될 수 있느냐의 문제이다. 우리 민법 제320조 규정에서 '그 물건이나 유가증권에 관하여'의 의미가 일반적·추상적으로 규정되어 있어서 그 요건이나 범위에 관해서는 판례와 학설에

³⁶⁾ 한상곤, "민사집행절차에서 본 유치권의 개정안에 대한 고찰", 「경희법학」, 제50권 제1호, 경희대학교 법학연구소, 2015, 160면.

³⁷⁾ 이재석, 「유치권의 아킬레스건」, 푸른솔, 2018, 366-367면.

³⁸⁾ 강희숙, "부동산경매절차에 있어서 유치권행사에 관한 법정책적 연구", 동아대학교 박사학위논문, 2011, 178면; 이용호, 앞의 논문, 94면.

³⁹⁾ 이용호, 앞의 논문, 91-92면; 이은규, 앞의 논문, 132면.

일임하고 있다고 할 수 있다. 다수설은 채권이 목적물 자체로부터 발생하는 경우와 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생하는 등의 두 가지의 경우로 유형화하여 판단하는 이원설이다. 이원설은 유치권의 범위를 넓게 인정하여 제3자에게 불측의 손해를 줄 우려가 크다. 소수설인 일원설은 채권이목적물 자체로부터 발생한 경우에 한하여 인정한다는 견해로써 유치권의 성립범위를 좁게 보고 있지만, 사회관념 또는 공평이라는 추상적인 개념에 의하고 있기 때문에 유치권의 성립을 통제하는 기능을 다하지 못하고 있다.40)

유치권의 존재 여부는 목적물과 피담보채권과의 견련관계를 어느 범위까지 인정할 것인가 하는 것으로써 유치권 제도의 실제 운영을 담보하는 것이라고 할 수 있다. 따라서 피담보채권의 성립에 있어서 객관적이고 예측 가능한 판단기준을 제시할수 있어야 하는데, 그 불확실성으로 인하여 경매절차에서 유치권의 허위·과장 유치권의 문제를 야기하는 한 원인이 되고 있다.41)

3. 유치권 효력과 관련한 문제점

가. 매수희망자의 입찰포기

부동산경매는 공개적인 입찰법정에서 매수희망자들의 경쟁에 의하여 가장 높은 가격으로 입찰한 사람에게 매각이 이루어지는 집행절차이다. 그러나 매각기일 전에 매각부동산에 정당한 유치권인지 허위의 유치권인지 여부에 상관없이 유치권 신고가 있게 되면 경매에 참가하는 일반인들은 피담보채권을 인수해야 하는 부담으로 인하여 입찰 참여를 꺼리게 된다.42) 경매부동산에 유치권의 신고가 있게 되면 경매에 참가하는 일반인인 매수희망자가 이를 조사할 수 있는 데에 있어서 한계가 있고, 또한 유치권신고 금액으로 인한 심리적인 위축과 불안감으로 경매부동산에 대한 유치권의 진정 성립여부를 파악하기에 앞서서 입찰을 포기하게 된다.43)

⁴⁰⁾ 엄성현, 앞의 논문, 129면.

⁴¹⁾ 이용호, 위의 논문, 92면; 김용수, 앞의 논문, 87면; 김인유, "부동산 유치권의 개선방안에 관한 연구", 「토지법학」, 제28집 제1호, 한국토지법학회, 2012. 6. 30, 98면; 이정민, 앞의 논문, 71면.

⁴²⁾ 이재도, 앞의 논문, 227면; 황종술, "부동산경매 이해관계인의 권리보호를 위한 유치권의 개선방안", 전주 대학교 박사학위논문, 2009, 131면.

⁴³⁾ 이재도, 위의 논문, 227-228면; 이용호, 앞의 논문, 87-88면.

나. 매각가격의 저감에 따른 손실

부동산경매도 부동산거래의 한 부분이지만, 앞에서 살펴본 바와 같이 유치권 제도의 문제로 인하여 객관적 판단자료라고 할 수 있는 경매부동산에 대한 현황조사보고서, 감정평가서, 매각물건명세서 등을 확인하여 유치권의 진위여부에 대한 조사가제대로 이루어지지 않고 있다. 즉, 부동산 유치권이 신고된 경매부동산에 대한 정보의 불확실성, 조사의 한계 등으로 신뢰할 수 있는 객관적인 정보를 매수희망자에게제공하지 못하는 결과 매수 희망자가 입찰을 포기하게 되는 문제가 있다.

현황조사서 또는 감정평가서에 유치권에 관한 내용이 기재되어 있다면 매각가격으로 인한 피해가 발생하지 않지만, 실무에서 유치권의 존재는 경매개시결정 이후에이해관계인 또는 제3자의 유치권신고에 의해 알게 되는 경우가 많다.나아가 유치권신고를 배당기일 이후에 하거나 매각 후 잔금납부일 이후에 하는 경우도 있다.44)

유치권자의 신고가 있게 되면 법원은 유치권의 진위여부와 상관없이 매각물건명세서에 "유치권 신고 있음", "유치권성립 여지 있음", "유치권신고 있으나 성립 여부불분명함" 등으로 정확하게 표기하고 있지는 않다. 따라서 일반 경매참가자들은 막연한 두려움 때문에 경매부동산의 피담보채권을 인수하게 될 위험을 대비하고자 최저매각가격이 허위유치권으로 신고된 채권액보다 현저히 낮아질 때까지 기다리게되는 결과 유찰회수를 증가시키게 되고 매가가격은 하락할 수밖에 없게 되는 원인이 된다. 매수인은 유치권 신고금액을 감안하여 하락된 가격으로 매수하게 되므로유치권신고가 없는 부동산에 비하여 낮은 금액으로 취득하지만, 매각가격의 하락에따라 매각부동산에 배당권이 있는 진정한 채권자인 선순위 저당권자는 재산상 손해를 받을 수밖에 없다.45)

다. 목적부동산의 명도지연

경매절차에서 최고가매수인은 경매부동산을 인도받기 위하여 매각대금을 완납하고, 유치권자의 채권을 변제하여야 한다. 즉, 법원은 매수인이 대금을 낸 뒤 6월 이내에 신청하면 채무자·소유자 또는 부동산 점유자에 대하여 부동산을 매수인에게

⁴⁴⁾ 장윤환, "부동산 유치권의 효력과 문제점에 관한 연구", 호남대학교 박사학위논문, 2012, 88면.

⁴⁵⁾ 이용호, 앞의 논문, 88면; 이은규, 앞의 논문, 136면; 장윤환, 앞의 논문, 88-89면.

인도하도록 명할 수 있다(민사집행법 제136조 제1항 본문). 최고가매수인은 매각대금을 완납한 때로부터 6월 이내에 인도명령을 통해 통상의 명도소송보다 용이하게 부동산을 인도받을 수 있는 것이다. 그러나 점유자가 매수인에게 대항할 수 있는 권원, 즉 유치권 등에 의하여 점유하고 있는 것으로 인정되는 경우에는 그러하지 아니하다(민사집행법 제136조 제1항 단서). 민사집행법은 경매목적물에 대한 인도명령의상대방을 확장하여 점유자가 매수인에게 대항할 수 있는 권원을 가진 경우 이외에는 인도명령을 발할 수 있도록 하고 있다.

그러나 유치권은 등기를 통하여 외부에 공시할 수는 없지만, 그 효력은 절대적이다. 그러나 집행법원은 매수희망자를 위하여 유치권의 존재여부에 관한 정보를 정확하게 제공하지 않는 현실에서 유치권자는 경매법원에 유치권신고를 함으로써 경매절차의 이해관계인이 된다.

실무에서 집행법원은 허위유치권에 대해 인도명령을 하지 않는 소극적 대처를 하 고 있기 때문에 매수인의 권리실현에 장애가 되고 있다. 유치권은 법정담보물권이지 만, 경매부동산에 대한 새로운 매수인이 권리행사를 하기 위해서는 목적부동산을 점 유하고 있는 유치권자에게 점유의 이전을 받아야 하는데 유치권자의 강한 저항이 이루어지면 실무적으로 인도명령절차를 통하여 명도여부를 판단하기가 어렵기 때문 이다. 이 경우 매수인이 유치권 신고자에 대하여 유치권부존재확인소송 또는 일반 명도소송을 통해 해결하게 되면 상당한 기간이 경과하게 되므로 매수인의 경제적 부담은 가중된다고 할 수 있다.46) 판례도 확인의 소는 원고의 법적 지위에 대한 불 안과 위험을 제거하는 데 가장 유효·적절한 수단이며,47) 원고 소유의 점포를 피고 가 점유하고 있는 경우에는 그 점포의 인도를 구하는 것이 원고의 소유권에 대한 불안과 위험을 유효하고 적절하게 제거하는 직접적인 수단이 되지만, 피고를 상대로 점포에 대한 유치권부존재확인을 구하는 것은 확인의 이익이 없다라고 판시하여 부 동산인도소송을 통해 해결하도록 하고 있다.48) 그러나 이와 같이 유치권 신고가 진 정한 것인지를 확인할 수 없는 경우에 민사집행법상 간이한 인도명령을 배제하여 명도절차를 지연시키고, 일반적인 소송에 의하도록 하는 것은 결국 경매부동산에 대 한 매수인의 매수를 포기하게 하는 원인이 된다.49)

⁴⁶⁾ 이재도, 앞의 논문, 229면; 이용호, 앞의 논문,

⁴⁷⁾ 대법원 2006. 3. 9. 선고 2005다60239 판결; 대법원 2008. 7. 10. 선고 2005다41153 판결 등 참조.

⁴⁸⁾ 대법원 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결.

⁴⁹⁾ 이용호, 앞의 논문, 89면.

라. 재화의 사회적 낭비

유치권은 점유하고 있는 부동산에 생기는 권리이므로 부동산의 점유를 상실하면 유치권은 성립하지 못한다. 여기서 점유는 직접점유가 대부분이겠지만 간접점유이더 라도 상관없다.50)

민법 제320조에서 규정한 유치권의 성립요건이자 존속요건인 점유는 물건이 사회통념상 그 사람의 사실적 지배에 속한다고 보이는 객관적 관계에 있는 것을 말하고, 이때 사실적 지배는 반드시 물건을 물리적 · 현실적으로 지배하는 것에 국한하는 것이 아니라 물건과 사람과의 시간적 · 공간적 관계와 본권 관계, 타인 지배의 배제 가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다.51) 나아가 위규정의 점유에는 직접점유뿐만 아니라 간접점유도 포함된다. 간접점유에 의한 유치권이 인정되는 경우는 드물지만, 판례도 공사대금 채권은 목적부동산인 호텔에 관하여 생긴 것이고, 피고는 ○○종합건설에 대한 하수급 채권자들로 구성된 채권단의일원으로서 소유자로부터 목적부동산인 호텔의 점유를 이전받은 후 현재까지 채권단의 대표 또는 ○○종합건설의 하수급업체들의 대표가 영업을 맡긴 ○○산업개발등을 통하여 이를 간접점유하고 있으므로, 호텔에 관하여 공사대금 채권을 피담보채권으로 하는 유치권이 존재한다고 판단하였다.52) 그러나 직접점유자가 채무자인 경우에는 유치권이 목적물을 유치함으로써 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 것을 본체적 효력으로 하는 권리라는 점 등에 비추어보면 유치권의 요건으로서의 점유에 해당하지 않는다고 할 것이다.53)

유치권의 성립요건이면서 존속요건인 점유가 인정되기 위해서는 타인의 지배가능성을 배제할 정도에 이르러야 한다.⁵⁴⁾ 즉, 점유를 인정받기 위해서는 어느 정도의인력과 자원을 상주시켜야 하지만, 유치권자는 목적물을 보존하기 위한 용도 이상으로 사용할 수 없고, 유치권의 소멸사유가 되기도 한다. 또한 유치권자의 경매신청권은 형식적 경매로 우선변제권이 인정되지 않을 뿐만 아니라 경매절차가 진행되더라도 유치권자는 유치권을 유지하기 위하여 스스로의 비용으로 점유만 계속하여야 한다.

⁵⁰⁾ 곽윤직·김재형, 「물권법」, 박영사, 2019, 382면.

⁵¹⁾ 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39530 판결; 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결 등 참조.

⁵²⁾ 대법원 2013. 10. 24. 선고 2011다44788 판결.

⁵³⁾ 대법원 2008. 4. 11. 선고 2007다27236 판결.

⁵⁴⁾ 이용호, 앞의 논문, 89면.

이와 같이 유치권자는 목적물을 점유하면서도 그 용법에 따른 사용·수익을 할수 없고, 채무자 및 소유자 등의 제3자 또한 사용·수익할 수 없게 된다. 이는 결국 유치권자에게도 채무자나 소유자 등에게도 만족스러운 결과를 가져오지 못하는 결과를 초래하여 사회적 낭비를 초래하게 된다.55)

4. 인수주의의 불합리성

경매절차에서 최고가매수인이 경매부동산에 대한 대금을 완납하게 되면 그 위에 존재하는 담보물권이 소멸할 것인지 매수인이 인수할 것인지를 결정하는 것은 양자가 서로 장・단점이 있기 때문에 최고가매수인과 압류채권자의 입장 및 집행절차상의 경제 등을 고려하여 입법정책상 결정해야 할 문제이다. 부동산 담보물권은 저당권과 유치권이 있고, 용익물권인 전세권도 그 기간이 종료하면 담보물권으로서의 기능을 한다. 민사집행법은 "매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸된다"고 하여 소멸주의를 취하고 있다(제91조 제2항). 또한 지상권・지역권・전세권 및 등기된임차권은 저당권・압류채권・가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다고 하여 소멸주의를 취하고 있으나(동조 제3항), 그 외의 지상권・지역권・전세권 및 등기된임차권은 대수인이 인수하도록 하고 있다(동조 제4항 본문). 다만, 그중 전세권의 경우에는 전세권자가 배당요구를 하면 매각으로 소멸하도록 하여 예외를 인정하여 소멸주의와 인수주의를 병존시키고 있다(동조 제4항 단서).

그러나 유치권에 관하여는 "매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다"(민사집행법 제91조 제5항)고 규정하여 인수주의를 채택하고 있다. 유치권은 목적물과 피담보채권 사이의 견련관계를 요구하고 잇는 권리의 특성상 유치권자를 보호하는 것이 공평의 원칙에 부합한다는 것을 이유로 담보물권임에도 저당권과는 달리 매수인이 인수하는 것으로 규정하여 소멸주의의 예외를 인정하고 있다.56)

민법상 유치권은 법정담보물권이지만 우선변제권이 인정되지 않기 때문에 별도의 집행권원이 없는 이상 경매절차 진행과정에서 배당에 참가하여 변제를 받을 수 없 지만, 인수주의에 의하여 매수인은 유치권자에게 피담보채권을 변제해야 할 책임을

⁵⁵⁾ 이용호, 앞의 논문, 90면; 정준영·이동진, 「부동산 유치권 개선에 관한 연구」, 법무부 연구용역과제보고서, 2009, 25-26면.

⁵⁶⁾ 엄성현, 앞의 논문, 143면; 장윤환, 앞의 논문, 111면.

부담하게 하여 사실상 우선변제를 받을 수 있도록 하고 있다.57) 유치권에 대하여 소멸주의를 취하게 되면 경매부동산의 매각으로 유치권도 소멸하게 되고 우선변제권이 없는 유치권자는 일반채권자와 동일한 비율로 배당을 받을 수밖에 없기 때문에 담보물권으로서의 효력이 도외시되는 결과를 가져오게 된다.58) 유치권의 인수주의에 대한 내용은 특별한 사정이 없는 한 그 성립시기에 관계없이 경매절차에서 매각으로 인하여 소멸하지 않고, 그 성립시기가 저당권 설정 후라고 하여 달리 볼 것이 아니다.59)

그러나 유치권자를 보호하기 위한 입법정책적 결단에 의해 인수주의를 채택하였지만, 오히려 경매절차에서 허위·과장의 유치권으로 인한 폐해를 가져오게 되어 매수희망자가 입찰을 포기한다는 문제, 잦은 유찰에 따른 경매절차의 지연과 경매부동산의 매각가격을 현저히 떨어뜨릴 우려가 있다는 문제, 경매부동산의 인도단계에서 인도지연에 따른 매수인의 비용이 증가하는 문제, 사실상 우선변제로 인하여 선순위 담보권자에게 발생하는 피해 등의 여러 폐해를 초래하고 있다. 또한 경매에 있어서 저당권은 소멸주의를 취하면서 유치권에서는 사실상 인수주의를 취하는 것에 대한 정당한 근거를 제시하기 곤란하다는 문제가 있다.60)

5. 부동산 유치권신고제도의 악용

부동산에 대하여 유치권을 주장하는 자는 목적부동산을 점유하면서 그로부터 발생한 채권이라는 증빙자료를 갖추어 신고하는 것이 채권자와 채무자의 이해조정과집행절차의 투명성을 확보하는 길이다. 따라서 유치권자는 유치권을 증명하기 위하여 유치권의 존재를 확인하는 판결문 내지 공정증서를 제출하는 방법에 의해야 하지만, 민사집행법은 유치권자의 신고의무를 부여하고 있지 않을 뿐만 아니라 증명방법에 대해서도 특별한 형식을 요하고 있지 않기 때문에 허위·과장의 유치권이라도유치권으로 인정될 수밖에 없다.61) 경매실무상 경매법원에 제출하는 증빙자료로는유치권신고서, 공사계약서, 거래처 영수증 등의 서류들이다. 그리고 경매법원은 형식

⁵⁷⁾ 이용호, 앞의 논문, 93-94면.

⁵⁸⁾ 김상원·박우동·이시윤·이재성 편저, 「주석민사집행법(Ⅲ)」, 한국사법행정학회, 2010, 178면.

⁵⁹⁾ 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결; 대법원 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결.

⁶⁰⁾ 황종술, 앞의 논문, 139-140면.

⁶¹⁾ 이상현, "부동산경매절차에서의 유치권의 진정성립(허위유치권)에 관한 제문제", 「민사법연구」, 제18집, 대한민사법학회, 2010, 173면; 엄성현, 앞의 논문, 137면.

적 심사권한밖에 없기 때문에 서류가 제출되면 절차상 하자가 없다면 신고를 접수 하여야 하므로 허위·과장의 부동산 유치권이 남발할 수밖에 없는 실정이다.

유치권자는 유치권의 신고여부 및 시기에 관하여 아무런 제한을 받지 않기 때문에 유치권자는 스스로의 판단하에 유치권신고를 통하여 이해관계인이 될 수 있고, 반면에 유치권신고를 하지 않더라도 유치권의 행사에 제한이나 방해를 받지 않는다.62) 따라서 집행관의 부동산현황조사에서 나타나지 않은 유치권자가 매각절차의종료 후에 나타나면 매수인은 불측의 손해를 발생케 할 우려가 있다.

유치권신고 있었더라도 경매부동산의 매수희망자와 이해관계인은 경매기록을 열 람하는데 어려움이 있기 때문에 유치권의 존재여부와 피담보채권의 범위를 명확히 알 수 없다는 문제가 있다. 아울러 경매법원도 점유자에 대해서는 집행관의 현황조 사에 의존하고 있는 상황이다. 이러한 유치권신고제도를 악용하는 사례로는 유치권 자 또는 유치권자의 채무자 등의 담합, 유치권자의 필요에 따라 유치권 신고를 하여 매각불허가를 시키는 경우, 유치권 신고를 하고 있지 않다가 매수인에게 거액의 피 담보채권액을 제시하여 협상용으로 행사하는 경우, 유치권자의 일정한 목적에 의해 유치권 신고를 한 후에 철회하는 경우 등에 의하여 경매 제도를 왜곡하고 있다는 문제가 있다.63) 부동산경매시장에서 유치권을 주장할 수 있는 개연성이 조금이라도 있다면 유치권을 신고하여 그 반사이익을 받고자 수단으로 유치권이 악용되는 현실 은 부정할 수 없으며, 이는 경매절차를 저해하는 하나의 요인이 되고 있다.

결국 부동산 경매에서 유치권의 존재는 이해관계인의 배당액에 큰 영향을 미칠 뿐만 아니라 부동산명도와 관련한 분쟁을 빈번하게 발생케 하고 있음에도 불구하고 유치권신고를 의무사항으로 규정하지 않고 있는 것은 문제라고 아니할 수 없다. 나아가 집행법원에서도 유치권의 존재를 실체적으로 확정할 권한이 없기 때문에 유치권신고가 있더라도 권리증명을 위한 보정명령이나 심문절차 등의 실질적인 조사를하지 않고 절차상 하자여부만 판단하는 형식적 심사에 그친다는 문제가 있다.64)

⁶²⁾ 이용호, 앞의 논문, 94-95면,

⁶³⁾ 박종렬, "부동산경매에 있어 유치권 신고의무", 「한국콘텐츠학회논문지」, 제11권 제2호, 한국콘텐츠학회, 2011. 2, 412면.

⁶⁴⁾ 이제도, 앞의 논문, 222면; 이용호, 앞의 논문, 97면.

6. 경매절차상의 문제

가. 현황조사와 감정평가의 부실

부동산경매절차에서 이해관계인들은 경매부동산에 대한 권리분석을 위하여 매수인이 부담하는 물적 부담 이외에 매각부동산에 대한 다양한 정보를 제공할 필요가있다. 부동산의 권리분석은 매각 대상부동산에 존재하는 권리를 인식하고 이해하는 절차로써 법적인 권리분석 이외에도 경제적·기술적인 측면까지 분석하는 것을 포함한다.65) 부동산의 권리분석을 위하여 사전에 미리 알 수 있는 정보가 집행관의 현황조사보고서 또는 감정인의 감정평가서이다.

집행법원은 경매절차에 참가하는 모든 사람들에게 경매목적물에 대한 정확한 정보를 제공하기 위하여 집행관 또는 법원사무관 내지 감정인으로 하여 현황조사와 감정평가에 대한 명령을 발할 수 있다. 집행법원은 경매개시결정을 한 뒤에 바로 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차임 또는 보증금의 액수, 그 밖의 현황에 관하여 조사하도록 명하는 것을 말한다(민사집행법 제85조 제1항). 여기에서의 명령은 직무명령으로 일반적으로 현황조사명령이라고 한다.66)

집행관이 부동산의 현황을 조사한 때에는 ① 사건의 표시, ② 부동산의 표시, ③ 조사의 일시·장소 및 방법, ④ 법 제85조 제1항에 규정된 사항과 그 밖에 법원이 명한 사항 등에 대하여 조사한 사항을 적은 현황조사보고서를 정하여진 날까지 법원에 제출하여야 한다. 그리고 현황조사보고서에는 조사의 목적이 된 부동산의 현황을 알 수 있도록 도면·사진 등을 붙여야 한다. 또한 집행관은 현황조사의 필요에 의하여 소속 지방법원의 관할구역 밖에서도 그 직무를 행할 수 있다(민사집행규칙 제46조 참조).

이와 같은 현황조사보고서는 매각 대상 부동산에 대한 정확한 정보를 파악하여 공시함으로써 경매참가자들에게 불측의 손해가 발생하는 것을 방지하는 것을 목적 으로 한다. 그러나 현실은 집행관들에 의한 경매부동산에 대한 실질적인 조사가 이 루어지지 않고, 단순한 형식에 그치고 있어서 그 실효성을 기대하기가 어렵다.67)

⁶⁵⁾ 김용수, 앞의 논문, 83면; 김진경, "부동산경매에 있어서 유치권자의 지위에 관한 연구", 동의대학교 박사학논문, 2007, 112면.

⁶⁶⁾ 장인태, 앞의 책, 241면; 김용수, 앞의 논문, 84면.

⁶⁷⁾ 이강은, 앞의 논문, 62면; 김용수, 위의 논문, 85면; 법원행정처, 「법원실무제요, 민사집행Ⅱ(부동산집행)」,

판례도 집행관에 의해 이루어지는 부실한 현황조사에 대한 책임도 인정하고 있지 않는다. 예컨대, 부동산 현황조사 과정에서 임대차관계를 제대로 확인하지 않은 집행관의 직무상 잘못에 의한 결과로 경매절차의 진행에 관한 통지를 받지 못하여 우선변제권의 행사에 필요한 조치를 취하지 못함으로써 손해를 입은 임차인에 대하여 불법행위를 구성하는지 여부에 대하여 그러한 사정만으로는 민사집행법 제90조에따른 권리신고절차를 취하지 아니하여 경매절차상 이해관계인이 아닌 임차인에 대한 관계에서 인정되지 않는다고 하였다. 또한 스스로 우선변제권의 행사에 필요한법령상 조치를 취하지 아니함으로써 발생한 임차인의 손해와 집행관의 잘못 사이에상당인과관계가 존재하지 않는다고 하였다.(88) 현황조사에 대한 불복방법에 관하여,집행관에 의하여 이루어지는 현황조사는 집행법원의 보조기관으로 행해지는 직무집행이므로 집행에 관한 이의의 대상이 될 수 없을 뿐만 아니라 그에 터잡아 행해진 이후의 결정은 항고 등으로 다투어야 한다.69)

실무상 집행관의 현황조사가 지극히 부실하게 이루어지거나 형식적인 수준에 그치는 것이 빈번한 경매현장에서 유치권의 권리분석을 이해관계인들에게 어려움을 주게 된다. 부동산 감정평가의 경우에도 마찬가지이다. 경매부동산에 유치권이 존재하는 경우 매수인은 이를 인수해야 하므로 유치권의 부담을 포함한 가격으로 감정평가하여야 한다. 민사집행법에서도 법원은 감정인에게 부동산을 평가하게 하고 그평가액을 참작하여 최저매각가격을 정하도록 하고 있다(민사집행법 제97조 제1항).

최저매각가격이란 경매에서 정해진 매각기일에 당해 부동산을 그 가격보다 저가로 매각할 수 없고, 동일한 가격 내지 그 이상으로 매각해야 하는 기준이 되는 법정 매각가격을 말한다.70) 따라서 경매명령이나 경매기일 공고에 최저가격으로 표시된 부동산을 최저가격보다 낮은 경매가격에 경락을 허가하는 것은 위법하다.71)

경매목적물에 대한 감정인의 감정가액 산출은 적어도 그 부동산의 현황을 실지조 사하여 육안으로 확인하여야 하고, 그렇지 아니한 경우에는 허무의 사실에 기초하여 감정가액을 산출한 것으로 위법하다.72) 그러나 감정평가시 실질적인 권리분석이 이 루어지지 않고 있는 실정이므로 실무에서는 이러한 부담을 감안하지 않은 상태로

법원행정처, 2003. 130면.

⁶⁸⁾ 대법원 2008. 11. 13. 선고 2008다43976 판결.

⁶⁹⁾ 장인태, 앞의 책, 243-244면; 김용수, 앞의 논문, 85면; 강희숙, 전게논문, 187면.

⁷⁰⁾ 장인태, 위의 책, 246면.

⁷¹⁾ 대법원 1967. 9. 26. 자 67마796 결정.

⁷²⁾ 대법원 1968. 8. 26. 선고 68마798 판결.

부동산을 평가하고 있으며 매각물건명세서에 이에 관한 기재를 하지 않고 있다.73) 이와 같이 감정평가서도 형식적으로 이루어진 현황조사를 기초로 해서 산출되는 것이 일반적이고, 집행법원에서의 최저매각가격도 감정평가를 기초로 해서 이루어지는 문제가 있다.

부동산현황조사보고서

2017타경1234호 부동산경매사건에 관하여 다음과 같이 부동산의 현황을 조사보고합니다.

1. 부동산의 표시 : 별지목록 기재와 같음

2. 조사의 일시 : 2017. 1. 30. - 2017. 2. 15.

3. 조사의 장소 : 본건 현장

4. 조사의 방법 : 현지 출장

5. 야간, 휴일에 실시한 경우 그 사유

첨부 : 1. 부동산의 현황 및 점유관계조사서

2. 임대차관계조사서

3. 주민등록표등본

2017년 2월 20일

집행관 홍 ○ ○

⁷³⁾ 장윤환, 앞의 논문, 88면,

나. 매각물건명세서의 형식적 기재

매각물건명세서는 법원에서 부동산의 표시, 부동산의 점유자와 점유의 권원, 점유할 수 있는 기간, 차임 또는 보증금에 관한 관계인의 진술, 등기된 부동산에 관한 권리 또는 가처분으로서 매각으로 효력을 잃지 아니하는 것, 매각에 따라 설정된 것으로 보게 되는 지상권의 개요 등을 기재된 공적 서류이다.⁷⁴⁾ 집행법원에서 작성하는 매각물건명세서는 매수신청인에게 경매부동산 위의 권리분석을 위해 최저매각가격 산출의 기초가 되는 현황조사 또는 감정평가서 등을 공시하여 신중한 판단하에 경매절차에 참여하도록 하여 경매부동산이 적정가격에 매각되도록 하기 위한 제도이다.⁷⁵⁾ 특히 매각 후에 매수인이 인수하는 부동산 위의 부담 등의 정보를 쉽게 얻을 수 있도록 하여 합리적인 매수신청을 할 수 있도록 하여 불측의 손해를 방지하고자 하는 제도이다.⁷⁶⁾

그러나 매각물건명세서는 형식적 조사에 그친 현황조사나 감정평가서에 기초하여 작성하는 일종의 사실행위에 속하고, 단순히 집행법원의 인식을 기재한 서면에 불과하므로 비록 유치권이 신고된 사실이 기재되어 있더라도 실체적 권리까지 확정하는 효력은 없다.77) 따라서 매각물건명세서에 유치권이 있더라도 매수인이 명도소송 등을 제기하여 유치권의 부존재를 입증하면 유치권자의 채권을 변제할 필요는 없다.78) 민사집행법은 매각기일에 매각물건명세서, 현황조사보고서, 감정평가서의 각 사본만을 열람할 수 있을 뿐이고, 집행기록은 열람하지 못하게 되어 있어 매각물건명세서의 기능과 역할은 더욱 중요하게 되었다(동법 제112조 참조). 그럼에도 불구하고실무관행은 매각물건명세서는 "000으로부터 금 000만원의 유치권신고가 있었으나 그성립여부는 불분명함"이라고 형식적으로 기재되고 있는 실정이며,79) 매각물건명세서를 통해 권리의 존부와 부동산 위의 부담을 충분히 예측할 수 있도록 하는 기능을 제공하지 못한다는 문제가 있다.

⁷⁴⁾ https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=4285731&cid=59594&categoryId=59594(검색일자: 2019. 5. 20)

⁷⁵⁾ 대법원 1995. 11. 22. 선고 95마1197 결정.

⁷⁶⁾ 이재도, 앞의 논문, 217-218면; 이강은, 앞의 논문, 62면.

⁷⁷⁾ 장인태, 앞의 책, 257면; 이용호, 앞의 논문, 96면; 김응용, 「유치권 실무 연구」, 도서출판 유로, 2007, 180면.

⁷⁸⁾ 장인태, 앞의 책, 257면; 임세훈, "부동산 경매절차상 유치권의 법적 지위 및 비판적 고찰 -소멸주의와 인수주의를 중심으로-", 「민사집행법연구」, 제14권, 한국민사집행법학회, 2018, 24면.

⁷⁹⁾ 이재도, 앞의 논문, 221면; 이용호, 앞의 논문, 96-97면.

다. 허위 · 과장의 유치권 신고자에 대한 법적 제재의 미비

유치권자가 적법한 점유에 따른 정상적인 유치권신고를 하게 되면 큰 문제는 없지만, 채무자와 소유자 및 제3자가 통모하여 허위·과장의 유치권신고를 하거나 간이한 유치권신고를 부당하게 악용하여 이루어지는 유치권신고의 남발이 문제이다. 그 결과 경매절차상 이해관계인들에게 경매부동산의 인도 지연이나 소송비용의 증가 등 유치권이 가지고 있는 순기능보다 역기능이 더 많이 조장되고 있다고 할 수있다. 예컨대, 부동산 유치권은 공사대금채권의 확보수단으로서 직접적이고 용이하게 이용할 수 있는 순기능보다 실무상 부동산 경매절차에서 발생하는 부작용이 심각하여 사회경제적으로 엄청난 손실을 주고 있는 것이 사실이다.80)

이러한 허위·과장 유치권을 악용하고 있는 유치권자에 대하여 형사사건화하여 처벌되는 경우는 많지 않다. 허위·과장의 유치권신고자를 처벌하기 위해서는 이해 관계인의 고소가 있어야 가능하고, 상황에 따라서는 무고의 책임을 져야 하는 경우 도 발생하기 때문에 형사대응을 피하고 있으며, 설혹 형사고소를 하더라도 그 처벌 은 매우 미약한 수준에 그치고 있다.81) 특히 허위유치권자는 유치권에 관한 소송이 종료되면 점유하고 있는 부동산을 단순히 인도해 주면 그만이라는 도덕적 해이에 따른 문제도 심각하다고 할 수 있다.82)

7. 소 결

유치권은 법률이 정하고 있는 요건을 갖추면 당연히 성립하는 법정담보물권임에도 불구하고 실체법상 우선변제권과 물상대위성이 인정되지 않고 있다. 그리고 유치권의 성립요건과 관련하여 먼저, 법률행위로 인한 부동산의 득실변경에 대해서는 등기를 공시방법으로 하고 있음에도 유치권은 불확실한 공시방법인 점유에 의하고 있어서 법체계에 부합하지 않는다. 둘째, 민법 제320조 제1항은 '물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권'이라고 하여 피담보채권의 존재와 물건의 견련관련에 관하여 명확

⁸⁰⁾ 임세훈, 앞의 논문, 14면 이하 참조.

⁸¹⁾ 김상찬·정영진, 앞의 논문, 73면,

⁸²⁾ 이강은, 앞의 논문, 64면; 장윤환, 앞의 논문, 115면; 황종술, 앞의 논문, 145면; 김상찬·정영진, "부동산 경매절차상 유치권제도의 문제점과 개선방안", 「재산법연구」, 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011, 78 면; 장윤환, 앞의 논문, 115면.

하게 규정하고 있지 않아서 성립범위를 넓게 하고 있어서 허위·과장의 유치권이 발생하는 원인이 되기도 한다.

부동산 경매절차에서는 채권자와 채무자의 이해조정과 집행절차의 신뢰와 투명성확보 및 신속하게 이루어질 수 있도록 하여야 한다. 경매절차와 관련하여유치권은 경매신청권은 인정되지만 우선변제권이 인정되지 않기 때문에 경매 목적물의 현금화(환가)를 통한 배당요구에 참여할 수 없다. 이러한 유치권자를 보호하기 위하여채택한 인수주의는 오히려 유치권 신고의무를 강제하지 못하고, 유치권의 존재여부를 채권자나 매수인 등의 이해관계인이 명확하게 파악할 수 없게 하는 등의 문제와더불어 잦은 유찰을 가져와 경매절차를 지연시킬 뿐만 아니라 매각가액을 저감시키는 결과를 가져와, 결국 경매절차의 불확실성과 불투명성으로 매수희망자들의 경매참여를 꺼리게 만든다.

이와 같은 부동산 유치권의 성립에 있어서 점유라는 불완전한 공시방법을 취하고 있고, 피담보채권의 불명확화, 유치권신고제도의 악용 등으로 인하여 허위·광장의 유치권신고가 남용되고 있어 그로 인한 폐해가 크기 때문에 사회적 문제로 야기되었고 그에 대한 방안으로 부동산 유치권의 존폐와 관련된 논의가 지속적으로 이어져 왔고, 정부안으로도 입법안이 나오기도 하였다. 이러한 점을 고려하면 허위·과장의 유치권 신고자에 대한 민사책임으로써 손해배상책임의 인정여부 및 부당이득 반환청구를 확대할 필요와 부동산의 가격감소행위를 금지하거나 일정한 행위를 명하는 침해방지를 위한 다양한 조치가 필요하다.83) 또한 허위·과장의 유치권신고를 사전에 예방하기 위한 차원으로 형사책임인 경매입찰방해죄, 소송사기죄, 업무방해죄 등의 적용을 확대하는 것도 실효성 있는 견제수단으로 활용할 수 있도록 제도적보완이 필요하다.84)

⁸³⁾ 김재권, 앞의 책, 267면.

⁸⁴⁾ 이정민, 앞의 논문, 73-74면,

제5장 부동산 유치권제도의 개선방안

우리 민법상 부동산 유치권은 다른 담보물권과는 다르게 우선변제권이 인정하지 않는 기이한 권리로 인정하고 있기 때문에 부동산경매절차에서 매수희망자가 입찰을 포기하거나, 경매절차가 지연되거나 매각가격이 저감되는 현상 등이 발생하면서 매수인, 채권자, 선순위담보권자 등 이해관계인들에게 불측의 손해를 입을 위험성이 높아지는 주요 원인이 되고 있다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 다양한 연구와 입법론적 대안이 주장되고 있다. 즉, 엄격한 해석기준을 통해 유치권의 성립과 효력을 제한하거나 실체법과 절차법의 부조화를 해결하면서 유치권제도의 오·남용에 따른 폐해를 시정하고자 하였지만, 한계가 있을 수밖에 없기 때문에 입법을 통해 유치권제도의 문제를 해결하자는 주장도 제기되면서 정부안으로 2004년과 2013년 유치권 개정안이 제시되기도 하였다.

이하에서는 이러한 선행연구, 즉 해석에 의한 연구와 먼저 제출된 법무부의 개정 안을 통해 부동산 유치권의 오·남용으로 인한 폐해를 시정하기 위한 여러 주장들 을 살펴보기로 한다.

제1절 현행 부동산 유치권 규정의 해석을 통한 해결

현행법의 체계 내에서 유치권의 성립요건 중 특히 피담보채권의 범위와 유치권의 효력(대항력)을 엄격하게 해석하여 제한함으로써 부동산 유치권의 오·남용으로 인 한 폐해를 해결하고자 하는 것이다.1)

1. 유치권의 성립요건에 대한 제한적 해석론

부동산 유치권의 성립요건 중 채권과 물건과의 견련관계, 그리고 목적물의 점유와 관련하여 발생하는 문제에 대한 엄격한 해석을 통해 유치권의 성립을 제한하여 허

¹⁾ 서종희, "부동산 유치권의 대항력 제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립제한으로의 재전환", 「성균관법학」, 제24권 제4호, 2012. 12, 169-170면; 이용호, "부동산 유치권제도 개선을 위한 입법론적 연구", 대진대학교 박사학위논문, 2019, 102면; 정준영·이동진, 「부동산 유치권 개선에 관한 연구」, 법무부연구용역과제보고서, 2009, 28면 이하 참조,

위·과장 유치권의 오·남용으로 인한 폐해를 해결하고자 하는 입장이다. 예컨대, 채권과 물건과의 견련관계를 이원설에 의하여 그 성립범위를 넓게 볼 것이 아니라 유치권제도의 인정취지와 법체계의 범위 내에서 엄격하게 해석함으로써 그 성립을 제한하면서 조화로운 유치권제도의 운용을 도모할 필요는 있는 것이다. 권리남용이나신의칙에 반하는 유치권 행사를 제한하는 것은 일반조항으로 회피를 가져와 법적 안정성을 해칠 수 있기 때문에 유치권의 효력에 의한 대항력을 제한하는 것은 타당하지 않으므로 유치권의 성립요건 단계에서 구체적 기준 및 근거를 마련해 해결하는 것이 바람직하다는 것이다.2) 즉, 채권과 점유의 견련관계를 일원설이나 이원설로 파악할 것이 아니라 어떠한 방법으로 유치권의 성립을 제한할 것인가에 초점을 맞추어야 하며, 이를 위하여 다양한 사례를 중심으로 그 성립을 유형화하여 공평의 원칙에 따라 유치권자를 포함한 제3자들과의 이익형량의 측면을 고려해야 한다는 것이다.3)

민법 제320조 제1항의 '목적물에 관하여 생긴 채권'에 대해 다수설에 의하면 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우와 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생한 경우에 인정된다는 것인데, 이는 각각 독일민법 제273조 제2항과 제1항에 해당하는 것이다. 독일 민법상 동일한 법률관계는 내적으로서로 긴밀한 관계가 있는 단일한 생활관계로 충분하다고 넓게 해석하고 있는데 이러한 태도는 독일민법 제273조를 수용한 일본의 이론을 그대로 받아들인 것으로써 담보물권편에 규정되어 있는 우리 민법과 채권적 유치권으로 규정되어 있는 독일민법의 체계를 고려하지 않은 결과라고 할 것이므로 타당하지 않기 때문에 민법 제320조 제1항에서 밝히고 있는 '물건 또는 유가증권에 한하여 생긴 채권' 그 자체라고 엄격하게 해석하여야 한다는 것이다.4)

한편 우리 민법상 유치권은 대세적 효력을 갖는 권리이므로 선순위 담보권자 등의 제3자에게 불측의 손해를 줄 우려가 있다는 점을 고려하여 정당성이 있는 범위 내에서 물권적 보호가 필요한 범위 내에서 유치권의 성립범위를 제한적으로 해석하는 것이 법률체계적으로 타당한 것이다.5) 그리고 불법행위에 의한 점유를 요건으로

²⁾ 이용호, 앞의 논문, 102면; 서종희, 앞의 논문, 169-171면 참조.

³⁾ 서종희, 위의 논문, 170-171면.

⁴⁾ 김계순, "유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계", 「법학논총」, 제13권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009, 41면; 이강은, "부동산 유치권 제도의 문제점과 해결방안에 관한 연구", 고려대학교 박사학위논문, 2017, 76면.

⁵⁾ 이강은, 위의 논문, 77-78면,

성립하는 경우 유치권 대항력의 제한 및 신의칙에 의한 제한으로 해결한 사안들에 대하여 불법점유라는 요건을 더 적극적으로 적용하여 유치권의 성립을 제한하는 방법으로 해결하자는 견해도 있다.6) 이 경우 민법 제320조 제2항의 불법점유와 민법 제750조 불법행위의 개념은 서로 다르지만, 유치권의 성립범위를 제한적으로 인정하자는 측면에서 보면, 양자를 서로 달리 보아야 할 필요가 있지만, 해석의 명확한 기준을 먼저 제시하여야 한다는 점에서 보면 민법 제750조의 성립요건인 고의 또는 과실, 위법성 및 인과관계가 모두 인정되는 경우에 유치권이 부정되는 것으로 보아야 할 것이다.7)

허위·과장의 유치권으로 인한 폐해가 많이 발생한다는 점을 고려하면 그 성립범위를 엄격하게 해석하여 제한적으로 해석할 필요가 있지만, 각각의 주장들에 대해서도 한계가 있기 때문에 실질적인 판단기준으로서 기능은 하고 있지 못하다. 실무적으로 법문상 직접원인에 의한 경우에는 당연히 피담보채권의 적격성이 인정되지만, 간접원인에 의한 경우에도 제3자의 정당한 이익을 보호하기 위한 면밀한 분석을 통해 그 성립범위를 적절히 통제해 나가는 것이 유치권의 입법취지를 살리는 것이라고 할 수 있다.

2. 유치권의 효력에 대한 제한적 해석론

대법원이 판시내용에 따르는 것으로써 압류의 효력이나 경매절차의 법적 안정성을 저해하는 등의 부동산 유치권의 오·남용으로 인한 폐해를 시정하기 위하여 그성립을 제한하는 것이다.

가. 강제경매절차에서 유치권의 효력에 관한 제한

최근의 판례와 학설은 유치권의 폐해를 시정하기 위하여 강제경매절차에서 유치권의 효력에 관한 제한적 인정을 통하여 그 성립을 축소시키고자 하고 있다. 강제경매나 임의경매에 의한 경매개시결정에 따른 압류의 효력은 채무자에게 경매개시결정이 송달되거나 경매개시결정 등기가 된 때에 그 효력이 발생하므로 채무자는 부

⁶⁾ 서종희, 앞의 논문, 171면 이하.

⁷⁾ 이강은, 앞의 논문, 96면.

동산을 양도하거나 제한물권을 설정할 수가 없으며 이를 위반하는 경우에는 효력이 없는 처분금지적 효력이 인정된다. 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 이루어져 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 제3자에게 당해 부동산의 점유를 이전함으로 써 제3자로 하여금 유치권을 취득하게 하는 경우 그와 같은 점유의 이전은 처분행위에 해당하여 무효가 되는 것이다. 여기에서 처분행위란 당해 부동산을 양도하거나 제한물권 등을 설정하는 행위를 말하며, 특별한 사정이 없는 한 점유의 이전과 같은 사실행위 처분행위에 해당하지 않는다.8) 그러나 유치권은 점유를 성립과 존속을 위해서는 반드시 필요한 것이므로 처분행위로 볼 수 있다.

부동산에 대한 압류 후에 유치권의 성립요건을 갖춘 경우, 유치권을 인정하는 것은 압류채권자와 매수인에게 불측의 손해를 줄 우려가 있기 때문에 유치권의 성립자체를 부인해야 한다는 견해⁹⁾와 압류시기와 상관없이 유치권은 유효하게 성립하지만 그 효력을 제한하여 압류채권자나 매수인에게 대항할 수 없다는 견해로 실무에서 지지를 받고 있다.¹⁰⁾

대법원은 점유는 목적부동산에 강제경매개시결정의 기입등기 전에 취득하였으나 피담보채권은 압류 후 취득하였더라도 채무자 소유의 건물에 관하여 중·개축 도급 공사를 도급받은 수급인이 경매개시결정의 기입등기가 마쳐지기 전에 채무자에게 건물의 점유를 이전받았더라도 경매개시결정의 기입등기기 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득함으로써 유치권이 성립한 경우에는 수급인은 유치권을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 판시하였다.11)

한편 "채무자 소유의 건물 등 부동산에 강제경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이 전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법

⁸⁾ 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결.

⁹⁾ 차문호, "유치권의 성립과 경매", 「사법논집」, 제42권, 법원도서관, 2006, 394면; 서종희, 앞의 논문, 178 면

¹⁰⁾ 김기찬·이춘섭, "부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구", 「부동산학연구」, 제13권 제2호, 한국부 동산분석학회, 2007, 93-94면; 김영희, "유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력 -2013년 1월 16일에 입법예고된 유치권 관련 민사법 개정안에 관한 고찰을 덧붙여", 「민사법학」, 제63 권 제1호, 한국민사법학회, 2013, 414-415면; 박상언, "저당권설정 후 성립한 유치권의 효력 -경매절차에서의 매수인에 대한 대항가능성을 중심으로-", 「민사판례연구」, 제32권, 박영사, 2010, 363-371면; 이강은, 앞의 논문, 113면 참조.

¹¹⁾ 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결.

제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다"12)고 동일한 취지로 판시하여 대항력을 인정하지 않는다. 이후에도 경매절차의 공정성과신뢰를 현저히 훼손하게 될 뿐만 아니라, 유치권신고 등을 통해 매수신청인이 위와같은 유치권의 존재를 알게 되는 경우에는 매수가격의 즉각적인 하락이 초래되어책임재산을 신속하고 적정하게 환가하여 채권자의 만족을 얻게 하려는 민사집행제도의 운영에 심각한 지장을 줄 수 있기 때문에 채무자의 제3자에 대한 점유이전을압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위로 보았다.13) 따라서 부동산에 가압류등기가마쳐져 있을 뿐 현실적인 매각절차가 이루어지지 않고 있는 상황에서는 채무자의점유이전으로 인하여 제3자가 유치권을 취득하게 된다고 하더라도 이를 처분행위로볼 수는 없다. 즉, 대법원 판례는 가압류 후 압류 전에 성립한 유치권의 대항력을인정하고 있다.

그리고 부동산에 관한 민사집행절차에서는 경매개시결정과 함께 압류를 명하므로 압류가 행하여짐과 동시에 매각절차인 경매절차가 개시되는 반면, 국세징수법에 의한 체납처분절차에서는 그와 달리 체납처분에 의한 압류와 동시에 매각절차인 공매절차가 개시되는 것이 아닐 뿐만 아니라, 체납처분압류가 반드시 공매절차로 이어지는 것도 아니다. 또한 체납처분절차와 민사집행절차는 서로 별개의 절차로서 공매절차와 경매절차가 별도로 진행되는 것이므로, 부동산에 관하여 체납처분압류가 되어 있다고 하여 경매절차에서 이를 그 부동산에 관하여 경매개시결정에 따른 압류가행하여진 경우와 마찬가지로 볼 수는 없다라고 하여, 유치권의 대항력을 인정하였다.14) 즉, 대법원은 체납처분의 경우에도 경매개시결정 등기가 된 후 점유를 이전받거나 피담보채권을 취득함으로써 유치권을 취득한 경우에는 경매절차의 매수인에게유치권으로 대항할 수 없다고 함으로써 유치권의 효력(대항력)을 제한하고 있다.

그러나 최근에는 대항력을 제한하는 것이 아니라 부동산에 관하여 이미 경매절차가 개시되어 진행되고 있는 상태에서 비로소 그 부동산에 유치권을 취득한 경우 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성을 이유로 유치권을 행사할 수 없다고 판시하였다.

¹²⁾ 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결.

¹³⁾ 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결.

¹⁴⁾ 대법원 2014. 3. 20 선고 2009다60336 전원합의체 판결.

나. 담보권실행을 위한 경매절차에서 유치권의 대항력

담보권실행을 위한 경매절차나 강제경매절차 그 효력에 있어서는 차이가 크지 않다. 부동산에 저당권이 설정된 후 그 부동산에 대하여 유치권이 성립한 경우이거나압류가 있기 전에 그 부동산에 대하여 유치권이 성립한 경우, 경매에서 선순위 저당권자나 매수인에게 대항할 수 있는가. 유치권제도의 취지에 비추어 유치권자는 자신의 채권을 일반채권자나 저당권자 등에 대해서도 그 성립의 전후를 불문하고 유치권을 행사할 수 있다. 판례도 원칙적으로 유치권으로 선순위 저당권에 대항할 수 있다고 하면서 일정한 경우 유치권의 남용으로 그 행사를 제한하고 있다.

대법원은 "부동산 경매절차에서의 매수인은 민사집행법 제91조 제5항에 따라'유 치권자'에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있는 것이 원칙이나, 채 무자 소유의 건물 등 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으 로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 그러나 이러한 법 리는 경매로 인한 압류의 효력이 발생하기 전에 유치권을 취득한 경우에는 적용되 지 아니하고, 유치권 취득시기가 근저당권설정 후라거나 유치권 취득 전에 설정된 근저당권에 기하여 경매절차가 개시되었다고 하여 달리 볼 것은 아니다."라고 판 시15)하면서도 "유치권제도와 관련하여서는 거래당사자가 유치권을 자신의 이익을 위하여 고의적으로 작출함으로써 유치권의 최우선순위담보권으로서의 지위를 부당 하게 이용하고 전체 담보권질서에 관한 법의 구상을 왜곡할 위험이 내재한다. 따라 서 개별 사안의 구체적인 사정을 종합적으로 고려할 때 신의성실의 원칙에 반한다 고 평가되는 유치권제도 남용의 유치권 행사는 허용될 수 없다."라고 판시하였다.16) 즉, 원칙적으로 유치권의 대항력을 인정하면서 유치권의 남용에 해당하는 경우 그 대항력을 제한하고 있다.

한편, 대법원 판례는 "민사집행법 제268조에 의하여 담보권의 실행을 위한 경매절 차에 준용되는 같은 법 제91조 제5항에 의하면 유치권자는 경락인에 대하여 피담보

¹⁵⁾ 대법원 2009. 1. 15 선고 2008다70763 판결.

¹⁶⁾ 대법원 2014. 12. 11 선고 2014다53462 판결; 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298판결.

채권의 변제를 청구할 수는 없지만 자신의 피담보채권이 변제될 때까지 유치목적물 인 부동산의 인도를 거절할 수 있어 경매절차의 입찰인들은 낙찰 후 유치권자로부 터 경매목적물을 쉽게 인도받을 수 없다는 점을 고려하여 입찰하게 되고 그에 따라 경매목적 부동산이 그만큼 낮은 가격에 낙찰될 우려가 있다. 이와 같이 저가낙찰로 인해 경매를 신청한 근저당권자의 배당액이 줄어들거나 경매목적물 가액과 비교하 여 거액의 유치권 신고로 매각 자체가 불가능하게 될 위험은 경매절차에서 근저당 권자의 법률상 지위를 불안정하게 하는 것이므로 위 불안을 제거하는 근저당권자의 이익을 단순한 사실상 ㆍ경제상의 이익이라고 볼 수는 없다. 따라서 근저당권자는 유 치권 신고를 한 사람을 상대로 유치권 전부의 부존재뿐만 아니라 경매절차에서 유 치권을 내세워 대항할 수 있는 범위를 초과하는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률 상 이익이 있고, 심리결과 유치권 신고를 한 사람이 유치권의 피담보채권으로 주장 하는 금액의 일부만이 경매절차에서 유치권으로 대항할 수 있는 것으로 인정되는 경우에는 법원은 특별한 사정이 없는 한 그 유치권 부분에 대하여 일부패소의 판결 을 하여야 한다."17)라고 하여 근저당권자가 유치권 신고를 한 사람을 상대로 경매절 차에서 유치권을 내세워 대항할 수 있는 범위를 초과하는 유치권의 부존재 확인을 구할 법률상 이익이 있다고 한다.

제2절 입법을 통한 부동산 유치권제도의 개선

1. 개 관

유치권은 우리 민법상 절대적 인도거절권으로 인정되는 관계로 실무에서나 학계에서 여러 문제점들이 나타나고 있다. 그에 대한 해결로 앞서 살펴본 바와 같이 단기적으로 유치권의 인정 범위를 축소 내지 엄격하게 해석하기도 하지만, 궁극적으로는 입법적 결단이 필요한 상황이라고 할 수 있다.

입법론적 연구들이 진행되던 가운데 법무부는 1999년 시대변화에 맞추어 민법 개정작업에 착수하고자 민법개정위원회를 두어 방대한 개정안을 만들어 국회에 제안하였지만, 17대 국회의 임기만료로 폐기되었다. 이후 2009년 법무부는 민법개정위원

¹⁷⁾ 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013다99409 판결.

회를 5개 분과위원회로 구성하고 동 위원회 소속 제5분과위원회로 하여금 담보법에 관한 개정작업을 담당하도록 하였다. 제5분과위원회는 개정작업을 거쳐 개정시안을 실무위원회에서 검토하도록 회부하였고, 위원회에서 유치권제도의 개선논의가 이루어졌으며, 2012년 4월 23일 민법개정위원회 제1차 전체회의와 2012년 8월 27일 제2차 전체회의를 거쳐 개정시안을 일부 수정하여 확정하였다. 개정시안을 기초로 하여민법개정안이 마련되었고, 정부안으로써 '민법개정 법률안'이 국회에 제출되기에 이르렀다. 민법 개정작업에는 외국입법례에 대한 비교법적인 연구와 많은 학술적 연구성과들을 종합적으로 검토하여 기존에 제안된 모든 시안들을 포함하여 다른 입법례에서는 볼 수 없는 우리나라의 고유한 방식으로 유치권 관련 문제들을 해결하고자노력하였다.18)

법무부에서 마련한 민법 개정시안은 유치권에서 발생하는 심각한 문제들을 야기 하는 부동산 유치권을 원칙적으로 폐지하고, 그 폐지에 따른 대안으로 저당권설정청 구권을 신설하면서 관련 조문이나 관련법률들을 개정하는 방법을 취하였다. 개정시 안을 5가지 영역으로 구분하여 보면, 첫째, 부동산 유치권을 폐지하는 것이다(개정안 제320조, 개정안 제320조의2 신설). 유치권의 목적물에서 부동산을 제외하여 동산 등 에 대한 비용지출로 인한 채권이나 그 동산 등으로 인한 손해배상 채권으로 범위를 명확하게 규정한 것이다. 둘째, 등기된 부동산의 경우 유치권의 성립을 제외한 반면, 예외적으로 미등기 부동산에 대하여 유치권을 한시적으로 인정하면서 유치권자에게 저당권설정청구권을 인정하는 것이다(개정안 제320조의2 및 제369조의2 신설). 셋째, 저당권설정청구권을 한시적으로 인정하고 있다(개정안 제369조의3 신설). 즉, 등기된 부동산에 대한 비용 지출로 인한 채권이나 그 부동산에 인한 손해배상청구권을 가 진 자는 변제기에 도달하지 아니하더라도 부동산 소유자에게 저당권설정을 청구할 수 있도록 한 것이다. 넷째, 관련 법률의 개정으로 부동산등기법과 민사집행법의 개 정이다. 즉, 강제매각 시 현행 인수주의에서 소멸주의로 전환 채택한 것이다. 다섯 째, 민법상 유치권 관련 규정의 개정에 따른 혼란을 방지하기 위한 경과규정의 신설 과 상사유치권에 관한 부동산 유치권을 폐지하는 것이다. 그러나 법무부의 민법개정 안은 19대 국회의원의 임기가 만료되어 폐기된 상태이지만. 그 의미가 크므로 이하 에서 법무부 개정안을 조문별로 검토하고자 한다.

¹⁸⁾ 윤철홍, "유치권의 문제점과 개정 법률안에 대한 소고", 「민사법학」, 제82권, 한국민사법학회, 2018. 2, 173면 참조.



2. 민법 개정안의 주요 내용

가. 유치권의 내용

현행 민법	민법개정안
제320조(유치권의 내용) ① 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채 권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다. ② 전항의 규정은 그 점유가 불법행 위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.	제320조(유치권의 내용) ① 타인의 동산을 점유한 자는 그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 동산을 유치할 권리가 있다. 유가증권의 경우에도 이와 같다. ② 제1항은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에는 적용하지 아니한다.
	제320조의2(미등기 부동산에 대한 유치권의 성립 및 소멸에 관한 특례) ① 타인의 미등기 부동산을 점유한 자에 대하여도 유치권의 성 립에 관한 제320조를 적용한다. ② 제1항에 따른 미등기 부동산에 대한 유 치권은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에도 소멸한다. 1. 제369조의2제1항에 따른 저당권설정 등 기의 완료 2. 제369조의2제2항에 따른 저당권설정 청 구권의 소멸

(1) 개정 내용

(가) 유치권의 객체

민법 제320조는 유치권의 내용에 관한 것으로 이번 개정안의 핵심인 부동산 유치권의 폐지에 관한 규정이다.19) 유치권은 타인의 물건을 점유하는 경우에 인정되는데, 개정안 제320조 제1항은 부동산을 유치권의 목적물에서 제외시키고 그 객체를타인의 동산과 유가증권으로 개정하여 원칙적으로 부동산을 유치권의 대상이 아님

¹⁹⁾ 권영준, "유치권에 관한 민법 개정안 소개와 분석", 「법학」, 제57권 제2호, 서울대학교, 2016. 6, 148면 이하; 윤철홍, 앞의 논문, 175면 이하 참조.

을 명백히 하였다. 동산과 유가증권은 점유가 공시수단이므로 유치권 인정에는 큰 문제가 없다. 그러나 부동산의 공시방법은 점유가 아닌 등기가 원칙임에도 공시되지 않는 유치권에 절대적 효력인 물권을 인정하는 것은 법체계에 어긋날 뿐만 아니라 부동산 거래의 안전을 해할 우려가 있다.²⁰⁾ 비록 목적물의 가치가 채권에 의하여 유 지 또는 증가되었다 하더라도 공시의 원칙을 저버리고 채권자를 보호해야 할 필요 성이 크다고 할 수 없으며, 이 경우 채권자를 보호해야 한다면 등기된 부동산에 약 정담보권을 설정할 수 있으므로 법정담보권을 인정할 필요가 없다는 것이다.²¹⁾

부동산 유치권제도는 그 운용에 있어서 나타나는 많은 문제점으로 경매절차에서 유치권의 오·남용의 폐해가 지적되어 왔고 그 폐해를 해석을 통해 극복하고자 하는 시도로써 부동산 유치권의 범위를 제한하고자 하는 시도가 있었다.²²⁾ 그러나 그한계로 인하여 여전히 문제점이 나타나므로 새로운 입법을 통하여 유치권제도의 전반적으로 수정해야 한다는 주장이 꾸준히 제기되었다.²³⁾ 그에 대한 대안으로 나온 것이 민법 개정안 제320조 제1항과 같이 유치권의 피담보채권의 범위를 명확히 설정하면서 등기된 부동산에 대한 유치권을 폐지하여 문제의 근원적 해결을 도모하고 자 하였다.²⁴⁾

(나) 피담보채권의 범위의 명확화

부동산 유치권으로 인하여 발생하는 다양한 문제점을 해소하기 위하여 현행 민법 상 유치권의 목적물인 '타인의 물건 또는 유가증권'에서 물건을 삭제하여 '타인의 동 산 또는 유가증권'으로 개정한 것이다. 또한 유치권의 피담보채권 범위에 대한 견련 관계를 현행 '물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권'에서 '동산 또는 유가증권에 대 한 비용 지출로 인한 채권이나 그 동산 또는 유가증권으로 인한 손해배상채권이 변 제기에 이른 경우'로 개정하여 그 범위를 획정·구체화하여 허위·과장의 유치권 등

²⁰⁾ 권영준, 「2013년 민법개정시안해설(민법총칙·물권편)」, 2013년도 법무부 연구용역 과제, 2013, 390면.

²¹⁾ 윤진수, "유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안", 「민사법학」, 제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013. 6, 205-206면.

²²⁾ 대법원에서도 유치권의 피담보채권을 엄격하게 제한하고자 하였고(대법원 2012. 1. 26. 선고 2001다96208 판결), 또한 일정한 경우 제3자에 대한 유치권 주장을 제한하고자 하였다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005 다22688 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결). 상세는 윤진수, 앞의 논문, 196면 참조.

²³⁾ 이동진, "물권적 유치권의 정당성과 한계", 「민사법학」, 제49권 제1호, 한국민사법학회, 2010. 6, 49면 이하 참조.

²⁴⁾ 권영준, 앞의 책, 384면; 윤성호, "부동산 유치권 등기제도의 도입에 관한 연구", 「인문사회 21」, 제8권 제6호, (사)아시아문화학술원, 2017. 12, 1182면.

무분별한 유치권 성립을 제한하고자 하였다.25)

유치권의 성립과 관련한 견련관계의 통설적 견해는 채권이 물건 자체에서 생긴경우와 채권이 물건의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 동일한 사실관계에서 발생한 경우에 견련성이 인정된다는 이원설에 의해 설명하였다. 그러나 부동산 유치권의 성립요건인 피담보채권의 견련관계를 넓게 인정하고 있어서 누구나 채권만 있으면 유치권신고를 하려는 경향을 조장한다는 문제가 있다. 판례의 경우에도 채권자가그 물건에 관하여 필요비 등을 지출한 경우나 건물 등을 신축하기 위하여 도급계약을 체결한 경우의 보수채권 등이 대부분이고, 그 이외 경우에는 물건 그 자체로 인하여 손해가 발생한 경우 정도를 찾아볼 수 있을 정도라는 점을 보면 이원설에도문제가 있다고 할 수 있다.26)

이에 민법 개정안을 만드는 과정에서도 유치권의 요건으로서 견련성은 원칙적으로 채권이 물건 그 자체에서 생긴 경우에 한정하고 그 외의 경우에는 특별히 동일시 할 수 있는 경우에만 인정하여야 한다는 견해도 제기되어 왔다.27) 그러나 개정안은 피담보채권의 범위를 비용지출채권과 손해배상채권으로 명시하여 채권이 물건그 자체로부터 발생한 경우로 한정하고 있다. 오스트리아 민법 제471조를 참고한 조문이라고 할 것이다.28)

(다) 미등기부동산에 대한 유치권

민법 개정안 제320조의2 제2항에서 미등기부동산에 대하여 예외적으로 유치권을 인정하고 있다. 다른 공시방법이 없는 미등기 부동산의 경우에는 점유가 공시의 기 능을 할 수 있고, 다른 물적 담보권을 취득할 수 없는 채권자 등의 이해관계인을 보 호해야 할 필요성 등에 의해서 그 특례를 인정할 필요가 있다. 또한 미등기부동산에 대한 유치권까지 폐지하는 것은 너무 급격한 변화이며, 부동산 유치권의 폐지에 따 른 부작용을 최소화하기 위하여 등기 부동산에 대한 저당권설정청구권이라는 특례 를 인정하고 있다.

그러나 미등기부동산에 대해서는 한시적으로 부동산 유치권을 인정하고 있다. 미 등기부동산에 대한 유치권자는 그 부동산이 등기된 후 저당권설정청구권의 행사하

²⁵⁾ 윤철홍, 앞의 논문, 175면.

²⁶⁾ 윤진수, 앞의 논문, 206면; 윤성호, 앞의 논문, 1183면; 이강은, 앞의 논문, 194면.

²⁷⁾ 이영준, 「한국민법론 물권법」, 박영사, 2009, 777면 이하; 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 679면 이하.

²⁸⁾ 윤진수, 앞의 논문, 207면.

여 저당권설정 등기가 완료하거나 부동산이 등기된 날로부터 6개월 내에 소로써 행사하지 아니하면 유치권도 소멸하는 것이다(개정안 369조 제1항, 제2항).

(2) 개정위원회 논의의 경과

민법 개정위원회에서는 개정안 제320조와 관련하여 크게 다음과 같은 세 가지 문제가 논의되었다. 첫째, 독일민법 제273조와 같이 유치권을 채권적 항변권인 이행거절권능으로 규정하여 유치권의 폐해를 방지하고자 하는 것으로 유치권을 물권이 아니라 채권으로 규정하자는 논의가 있었다. 그러나 '이에 대한 논의가 충분하지 않고오랫동안 유치권을 물권으로 인정하여 규율하고 있는 현실에 비추어 민법개정절차상 어려울 것으로 보인다.'거나, '현행 민법상 물권인 유치권가 매우 잘못된 제도가아니라고 한다면 존치시켜야 할 것이고, 다만 부동산 유치권의 경우에는 거래에 장애가 발생하기 때문에 이 문제를 해결하는 방안을 모색해야 한다.'는 반대의견이 개진되어 유치권을 현행처럼 물권으로 존치시키기로 하였다.²⁹⁾

둘째, 유치권의 객체를 부동산 유치권을 폐지하여 동산과 유가증권에 한정하여 인정하자는 공감대가 형성되었지만, 미등기부동산에 대한 유치권의 인정여부에 대해서는 견해의 대립이 있었다. 유치권의 폐해가 발생하는 대부분은 미등기부동산에서 발생하는데, 이를 인정하는 것은 부동산 유치권제도 폐지가 가져오는 실익이 감소하고, 그 폐지로 인한 혼란은 경과규정을 통해 해결할 수 있다라고 하여 미등기부동산에 대해서도 폐지하자는 강한 의견이 있었다. 그러나 등기부동산은 저당권설정청구권을 인정하여 보호되는 반면에 미등기부동산에 대한 이해관계인인 채권자 등을 보호할 수 없을 뿐만 아니라 그 폐지로 인하여 건설업자 등의 반발로 입법의 어려움과 시행과정에서 나타날 수 있는 혼란 등을 고려하여 미등기부동산에 대해서는 한시적으로 유치권을 인정할 필요가 있다고 하여 이를 존속시키는 것으로 결정되었다.30)

셋째, 유치권의 목적물과 피담보채권의 견련관계에 대하여 구체적으로 한정하는데 의견이 일치하였다. 다만 그 표현과 관련하여 분과위원회는 "… 그 동산에 대한비용지출로 인한 채권 그밖에 이와 유사한 채권"이라는 표현을, 실무위원회에서는 "… 그 동산의 가치를 증가시키거나 유지함으로써 가지게 된 채권 또는 그 동산으로

²⁹⁾ 권영준, 앞의 책, 388면.

³⁰⁾ 권영준, 위의 책, 389면,

인하여 입게 된 손해를 배상받을 채권"이라는 표현을, 위원장단에서는 "··· 그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상채권"이라는 표현을 각각 사용하였지만, 민법개정위원회는 위원장단의 표현을 개정안으로 확정하였다.31)

(3) 부동산 유치권 폐지의 타당성 여부

부동산 유치권의 폐지와 관련하여 개정 법률안은 제320조 제1항에서 부동산 유치 권의 성립을 원칙적으로 부정하면서 미등기 부동산에 대해서는 예외적으로 한시적 으로 유치권을 인정하면서 저당권설정청구권을 인정하고 있다.

개정안의 내용에서 살펴 본 바와 같이 부동산은 등기가 원칙적인 공시방법임에도 단순히 점유에 의해 성립하는 유치권을 강력한 물권으로 인정하는 것이 공시의 원 칙에 반할 뿐만 아니라 부동산 거래시장의 안전을 해하게 된다. 특히 피담보채권이 공시되지 않는 관계로 허위·과장의 유치권에 의한 폐해 등이 발생하기 때문에 입 법적으로 이를 폐지하자는 것이다. 이러한 부동산 유치권의 폐지에 대하여 이를 찬 성하는 견해³²⁾와 반대하는 견해³³⁾가 대립되고 있다.

(가) 부동산 유치권 폐지론

1) 채권적 항변권으로 규정

유치권과 동시이행항변권은 모두 로마법상 악의의 항변권에 기원을 두면서 공평의 원칙에서 인정되는 인적 항변권이다. 유치권을 채권적 급부거절권능이라는 항변권으로 규정하고 있는 독일 민법은 소유자나 양수인에게 반환을 거절할 수 없도록하고 있어 부동산 유치권의 오·남용으로 인한 폐해가 발생하지 않도록 하고 있고, 우리 민법도 유치권을 채권적 항변권으로 인정하자는 주장이 제기되었었다.34) 이에

³¹⁾ 권영준, 앞의 책, 389면.

³²⁾ 권영준, 앞의 논문, 148면 이하; 남효순, "등기된 부동산 유치권 폐지- 찬성", 법률신문 2013.3.25.일자 ; 윤진수, 앞의 논문, 298면 이하; 윤철홍, 앞의 논문, 176면 등.

³³⁾ 성민섭, "부동산 유치권 제도의 개선을 위한 민법 등 개정 법률안에 대하여-등기부동산에 대한 유치권 폐지(안) 등의 제고를 기대하며-", 「외법논집」, 제38권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014. 2, 198-199면; 오시영, "유치권관련 민법 개정안에 대한 검토", 「강원법학」, 제38권 제1호, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 97면 이하; 이광수, "등기된 부동산 유치권 폐지- 반대", 법률신문 2013.3.25.일자; 홍봉주, "부동산 유치권에 관한 개정안 검토", 「일감법학」, 제31호, 건국대학교 법학연구소, 2015, 14면 등.

³⁴⁾ 엄동섭, "유치권의 성립요건 - 견련성", 「고시계」, 제585호, 2005. 11, 30면.

대하여 2013년 법무부 민법개정위원회에서도 유치권을 채권적 항변권으로 규정하자는 논의가 이루어졌지만, 우리 민법은 오랜 기간 동안 물권법상 유치권으로 규율해온 점에서 채권적 항변권으로 규정하는 것은 부동산 유치권을 폐지하는 입법보다더 큰 혼란을 가져올 수 있고, 현실적으로 민법개정이 어려울 것이라는 토의가 있었다.35)

2) 유치권을 법정저당권으로 대체

유치권을 민법상의 법정저당권제도를 준용하여 법정저당권으로 대체하자는 주장이다.36) 즉, 임차지상의 건물에 대한 법정저당권에 관한 민법 제649조의 경우처럼 유치권자가 유치권에 의하여 부동산에 대한 압류를 한 때에는 법정저당권과 동일한 효력을 부여하자는 것으로 민법 제649조와 비슷한 '유치권의 법정저당권'을 신설하자는 주장이다.37) 부동산 유치권의 폐지를 주장하는 논거로 제시되는 것이 부동산 유치권은 법정담보물권임에도 불구하고 등기에 의해 공시되지 않고 불완전한 점유에 의하여 공시되기 때문에 소유자 및 제3자가 유치권의 존재나 그 피담보채권액에 대하여 정확한 판단을 할 수 없기 때문에 예측하지 못한 손해가 발생할 우려가 있다는 점 등을 들고 있다.38)

이러한 경우에 유치권의 성립시기와 관련하여 목적물에 대한 점유의 시점과 압류 또는 가압류일 사이에 시간적 간격으로 인하여 다툼이 있을 수 있지만, 당사자 사이 에는 점유할 때에 유치권이 성립하는 것으로 하고, 제3자에 대하여 대항하기 위해서 는 민법 제187조에 의하여 등기할 때에 유치권이 성립하는 것으로 정하면 된다고 한다.39)

이와 같이 부동산 유치권을 법정담보물권의 속성을 인정하는 것으로 대체할 경우에는 유치권자의 우선변제권을 보장하면서도 제3자에게는 이를 등기하도록 할 수 있어서 등기의 순서에 따라서 물권으로서의 절대권을 보장하게 하며, 점유만으로 유

³⁵⁾ 법무부, 「민법개정총서(8권) - 2013년 법무부 민법 개정시안 물권편」, 법무부 민법개정자료 발간팀, 2012, 55면.

³⁶⁾ 김상용, "담보물권법의 과제", 「민사법학」, 제9호·10호, 한국민사법학회, 1993. 454면; 권용우, "물적담 보제도의 과제와 전망", 「현대법학의 과제와 전망」, 신양사, 1998, 331면; 정준영·이동진, 앞의 논문, 110면 이하.

³⁷⁾ 이용호, 앞의 논문, 109면 참조.

³⁸⁾ 이상용, "법제사법위원회 민법개정법률안 검토보고서", 의안번호 제6019호, 2013. 12, 9면.

³⁹⁾ 이용호, 앞의 논문, 109면 참조.

치권이 성립하는 경우에 유치권의 존속을 위하여는 목적물을 계속 점유할 필요가 있지만 유치권에 대한 압류 또는 가압류에 의해 공시가 된 이후에는 일종의 법정저 당권으로서 설정된 효과가 인정되어 목적물에 대한 점유의 계속을 요하지 않게 된다. 따라서 유치권자는 목적물을 채무자에게 반환하여 관리·사용 및 수익하도록 하는 것이 사회·경제적으로 타당한 것이라고 한다.40)

다른 한편, 종래에 부동산 유치권이 인정되는 모든 경우를 법정저당권으로 전환하는 방안에 대해서는 견해의 대립을 가져올 뿐만 아니라 유치권을 지나치게 확대할수 있다고 하여 공사수급권 등의 법정저당권을 신설하자는 주장도 있었다.(41) 이 주장은 공사수급권의 유치권이 주로 문제되는 것은 계약이나 계약외적으로 발생하는비용 상환청구권에서 발생되는 경우 이를 중심으로 검토하자는 것이다.

3) 비용지출 등의 저당권설정청구권의 신설

현행법상 부동산 유치권은 타인의 부동산에 대한 비용지출로 인하여 채권 그 밖에 유사한 채권이 있는 경우에 성립하는데 이를 폐지하는 대신에 저당권설정청구권을 인정하자는 주장이다.42) 2013년 법무부의 민법개정안과 유사한 내용이다. 유치권을 저당권설정청구권으로 변경하여 인정하는 경우 우선변제권이 인정되므로 목적부동산으로부터 채권을 우선변제받을 수 있다고 한다. 타인의 부동산에 대하여 필요비와 유익비의 지출에 의하여 통상 부동산의 가치를 현저히 증가시킨 것이므로 그부동산으로부터 비용지출채권 등에 대해서는 우선변제권을 인정할 필요가 있기 때문에 저당권설정청구권을 인정하자는 주장이다.

그러나 부동산에 대하여 지출한 채권 등이 있더라도 즉시 법정저당권이 인정되는 것은 아니라 민법 제666조와 유사하게 저당권설청청구권의 행사로써 목적 부동산에 저당권을 설정할 수 있도록 하자는 것이다. 즉, 도급계약에 한하여 적용되므로 민법 제666조를 적용범위를 확대하여 비용지출채권 등을 포괄적으로 보호하자는 것이다.43)

⁴⁰⁾ 오시영, "부동산 유치권의 한계와 입법적 검토", 「토지법의 이론과 실무」, 지암 이선영박사 화갑기념논 문집, 2006, 198면; 이용호, 위의 논문, 109-110면.

⁴¹⁾ 정준영·이동준, 앞의 논문, 110면.

⁴²⁾ 김재형, "부동산 유치권의 개선방안 - 2011년 민법개정시안을 중심으로", 「민사법학」, 제55호, 한국민사법학회, 2011. 9, 356면 참조.

⁴³⁾ 이용호, 앞의 논문, 110면.

A CHOSUN UNIVERSITY

(나) 부동산 유치권의 존치론

부동산 유치권은 다른 담보물권과는 달리 등기를 통해 외부에 공시되지 않고 점유에 의해서만 공시되고 있다. 즉, 민법 제186조에 의한 부동산물권변동은 등기를함으로써 권리의 득실변경이 이루어진다는 성립요건주의를 취하는 것과는 달리 점유만을 요구할 뿐이므로 부동산 거래시장에서 그 목적 부동산과 관련된 다른 이해관계인들의 법적 지위를 불안하게 하고 있다. 그래서 현행 부동산 유치권제도를 그대로 유지하면서 부동산 유치권을 등기할 수 있도록 하여 거래의 안전과 법적 안정성을 확보할 수 있을 뿐만 아니라 유치권자도 점유의 부담에서 벗어나 채무자 또는소유자가 본래의 용도에 부합하도록 목적물을 사용할 수 있도록 하자는 대안이 주장되고 있다.44)

2013년 법무부의 부동산 유치권을 폐지하는 개정 법률안은 부동산 경매 및 부동산 거래시장에 '일대 혼란'을 가져올 우려⁴⁵⁾와 심히 위험한 편의주의적 발상⁴⁶⁾이라는 비판이 있다. 나아가 현행 유치권의 제도의 성립에 대한 엄격한 해석 적용으로 유치권의 폐해를 방지할 수 있으므로 '있어야 할 법 상태를 외면하는 법현실에 안주'하는 것임과 동시에 '입법의 낭비'라는⁴⁷⁾ 등 다양한 비판들이 제기되고 있다.⁴⁸⁾

부동산 유치권폐지에 대한 반대 근거들을 살펴보면, 첫째, 채권자 등의 권리보호는 공시방법의 일관성 유지에 의해 이루어질 수 없다는 것이다. 둘째, 부동산 유치권의 문제는 대부분 미등기된 부동산에서 발생하는데, 개정안처럼 미등기 부동산에 대해 유치권을 인정하게 되면 민법개정안의 개정 취지를 몰각시킬 수 있다는 것이다. 유치권의 인정 여부를 등기여부에 의해 구별하는 것은 비합리적일 뿐만 아니라 유치권의 문제를 야기할 수 있는 부분을 그대로 두면서 미시적 해결을 위해 저당권설정 청구권을 신설하는 것은 오히려 유치권의 부작용을 더 야기할 우려가 있다고 비판한다. 셋째, 부동산 유치권을 폐지하는 개정안에 의한다고 하더라도 현행 부동산 유치권으로 인하여 발생되는 문제들이 해소되지 못한다면, 현행법에 의해 유치권으로 보호받을 수 있는 정당한 채권자 등을 보호하는 것이 공평의 원칙에 부합된다는 것이다.49) 넷째, 실무상 부동산 유치권과 관련한 경매절차 등에서 업무처리가 어렵다

⁴⁴⁾ 오시영, 앞의 논문, 223면.

⁴⁵⁾ 김영두, 앞의 논문, 213면.

⁴⁶⁾ 오시영, 앞의 "법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(1)", 275면.

⁴⁷⁾ 이진기, "부동산 유치권의 재고", 법률신문, 2013.4.2.일자.

⁴⁸⁾ 윤철홍, 앞의 논문, 177면 참조.

는 이유만으로 부동산 유치권자를 보호하지 않겠다는 발상은 심히 위험한 편의주의 적 발상에 불과한 것이라고 한다.50)

부동산 유치권을 존치시키게 되면, 지금까지 유치권의 오·남용에 의하여 발생하는 폐해는 그대로 나타날 수밖에 없으므로 그 대안으로 부동산 유치권등기제도를 도입하자는 주장은 부동산등기법 제2조를 개정하여 유치권을 등기할 수 있는 권리로 인정하는 것을 전제로, 더 나아가 가등기 또는 가처분가등기제도를 도입하자는 주장51)과 유치권등기명령신청제도를 도입하여 점유시기와 채권액을 등록하여 공시함으로써 유치권에 대한 정보를 보다 더 명확하게 하자는 주장52) 등이 있다.

부동산등기법 제2조의 개정과 가등기 또는 가처분등기제도를 도입하자는 주장은 채무자와 유치권자 사이에 피담보채권의 액수에 관하여 분쟁이 있는 경우 가등기내지 가등기가처분에 의하여 등기할 수 있고(부동산등기법 제37조, 제38조), 채무자가 부동산 소유자가 아닌 경우에는 민법규정에 따라 채무자가 소유자에 대해 행사할 수 있는 비용상환청구권을 유치권자가 대위행사를 하여 가등기가처분을 한 이후에 전세권자나 임차권자 등이 다시 이를 타인에게 처분하지 못하도록 처분금지가처분을 하면 된다는 견해이다(민법 제203조 제1항, 제310조 제1항, 제367조 및 제626조제1항, 제2항 참조).

그리고 부동산등기법 제2조의 개정으로 유치권을 등기할 수 있는 권리라는 전제에서 유치권의 피담보채권액에 대한 분쟁이 있거나 소유자와의 합의에 의하여 유치권등기를 하기 곤란한 경우에는 임대차보호법상 임차권등기명령과 같은 방법을 준용하여 법원에 유치권등기명령을 신청할 수 있도록 하자는 견해이다.53) 즉, 유치권등기명령의 방법으로는 유치권등기명령을 신청할 때에는 점유시기에 하고, 채권액을 확정하는 것이 곤란한 경우에 행해지는 등기명령신청은 유치권 주장자가 제출하는 증빙서류에 따라 일단 등록하고 나중에 유치권존부확인의 소 등 채권확정절차에서 확정되는 점유시기에, 채권액을 최종적으로 담보할 수 있다고 한다.54)

⁴⁹⁾ 성민섭, 앞의 논문, 204면.

⁵⁰⁾ 오시영, 앞의 "법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(1)", 275면.

⁵¹⁾ 오시영, 위의 논문, 223면.

⁵²⁾ 김기찬, "부동산경매에서 유치권의 개선에 관한 연구", 건국대학교 박사학위논문, 2011, 181-182면.

⁵³⁾ 김기찬, 앞의 논문, 181면.

⁵⁴⁾ 이용호, 앞의 논문, 112-113면,



(다) 검 토

부동산과 동산의 공시방법을 존중하여 그에 따른 공시방법을 취하는 것이 이해관계인의 권리보호에 우선하는가. 부동산에 대한 등기는 권리의 외관을 나타내는 것에 불과한 것으로 권리보호를 위한 수단에 불과한 것이다. 따라서 공시방법의 일관성을 맹목적으로 유지하기 위해 유치권자의 권리를 인정하지 않는 것은 타당하지 않다. 그러나 민법 개정안은 유치권자의 권리보호보다 전체 사법질서 내에서 정당히 보호해야 할 권리를 규범 정합적으로 보호하기 위한 수단으로써 공시방법의 일관성을 유지하고자 하는 것이다.55) 즉, 부동산 유치권의 폐단이나 허위·과장의 유치권으로부터 진정한 권리자인 채권자 등의 이해관계인 보호와 부동산 시장의 거래안전을 보호하기 위한 정책적 결단에 의한 것이라고 할 수 있다.

부동산 유치권의 폐지를 찬성하는 입장에서는 등기부동산과 미등기부동산을 구분하는 것에는 많은 이유가 있을 수 있지만, 예컨대, 등기부동산은 언제든지 마음만먹으면 채무자의 협조하에 저당권설정등기를 할 수 있지만, 미등기 부동산의 경우에는 원시적으로 등기가 불가능하다는 것이다. 그러나 소유자인 채무자가 저당권설정등기에 협조해 줄 것이라는 것은 현실적으로 기대하기 곤란한 것이며, 유치권의 폐해가 발생하는 대부분이 미등기 부동산이라는 점을 간과해서는 안되는 것이다. 찬성하는 측이 물권인 유치권을 폐지하여 채권적 인적 항변권으로 개정한다면 부동산거래 시장에서 일대 혼란이 야기될 우려가 있을 수 있지만, 그 대안으로 물권적 청구권으로서 저당권설정청구권을 인정하고 있기 때문에 피담보채권과 점유에 의해성립하는 현행 유치권제도보다는 복잡할 수 있지만, 혼란을 야기할 정도는 아니라고한다. 그러나 절차적 번잡성을 가져온다는 것은 부인할 수 없는 사실이고, 현행 유치권에서 발생하는 문제점과 동일한 문제들이 개정안에 의해서도 나타날 수 있다는 것은 부동산 유치권제도의 폐지가 정답은 아니라고 할 것이다. 그러나 궁극적으로는 부동산 유치권의 문제 해결을 위해 입법론적으로 접근할 필요는 있다.

⁵⁵⁾ 윤철홍, 앞의 논문, 178면.



나. 미등기부동산에 대한 유치권자의 저당권설정청구권

현행 민법	민법개정안
	제369조의2(미등기 부동산에 대한 유치권자
	의 저당권설정 청구권) ① 제320조의2제1항에
	따른 미등기 부동산에 대한 유치권자는 그 부
	동산이 등기되면 제320조제1항에 따른 채권을
	담보하기 위하여 부동산 소유자에 대하여 그
	부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구
신설	할 수 있다. 유치권이 성립한 후 부동산의 소
	유권을 취득한 자에 대하여도 또한 같다.
	② 제1항에 따른 청구권은 유치권자가 부동
	산이 등기된 날부터 6개월 내에 소(訴)로써 행
	사하지 아니하면 소멸한다.
	③ 제1항에 따른 저당권은 그 채권의 변제기
	에 설정된 것으로 본다.

(1) 개정내용

민법 개정안은 부동산 유치권 폐지에 따른 부작용을 최소화하기 위하여 미등기부동산에 대한 유치권을 예외적으로 인정하고 있다. 그런데 미등기 부동산이 등기된이후에는 유치권의 적용을 어떻게 할 것인지가 문제된다. 즉, 등기이후에도 유치권을 그대로 인정하게 되면 유치권자 보호는 더욱 강화되지만 부동산 유치권의 폐해는 그대로 남게 되어 개정취지가 반감된다. 앞서 설명한 대로 부동산 유치권의 문제는 공사대금청구권 등 미등기 부동산에 지출된 비용과 관련된 것이기 때문에 유치권이 존속을 계속 인정한다면 부동산 유치권 폐지라는 조치의 실효성이 떨어질 수밖에 없다.56) 그래서 단서에서 미등기부동산에 대한 유치권자는 그 부동산이 등기되면 채권을 담보하기 위하여 부동산 소유자에게 그 부동산을 목적으로 한 저당권의설정을 청구할 수 있도록 하고 있다(개정안 제369조의2 제1항).57)

⁵⁶⁾ 권영준, 앞의 책, 393-394면.

미등기 부동산에 대한 저당권설정 청구권은 유치권자가 부동산이 등기된 날로부터 6개월 내에 소로써 행사하지 아니하면 소멸한다(동조 제2항). 등기된 저당권의 효력은 그 채권의 변제기에 설정된 것으로 본다(동조 제3항). 즉 소급효를 인정하고 있다. 미등기부동산에 대한 권리관계는 점유 이외의 달리 공시할 방법이 없고, 부동산유치권 폐지로 인하여 약화된 유치권자의 지위를 보호해 줄 필요성에 의해 예외적으로 인정하고 있는 것이다.58) 그러나 미등기부동산에 대한 등기가 경료된 이후에도계속적으로 유치권을 인정하는 것은 부동산 유치권을 폐지하는 입법취지에도 반하기 때문에 등기된 날로부터 6개월 기간 동안에만 한시적으로 유치권의 존속을 인정하고 있다. 이는 유치권폐지에 따른 예외적 규정과 유치권자 보호라는 양 측면을 모두 고려한 절충적인 것이다. 그러나 새롭게 인정된 저당권설정등기청구권의 법적 성질과 구체적인 내용 및 효력 등에 대해서는 다양한 문제들이 내재되어 있다는 문제가 또 있다.

(2) 저당권설정청구권의 당사자 및 법적 성질

개정 법률안에 의하면 미등기부동산에 대한 유치권자는 그 부동산이 등기된 때에 유치권 성립 후 소유권자를 포함한 부동산소유자에게 저당권설정을 청구할 수 있도록 규정하고 있다(개정안 제369조의2 제1항). 따라서 저당권설정청구권자는 미등기부동산의 유치권자이며, 부동산 소유자는 그 상대방이 될 것이다. 개정안에 의하면 미등기 부동산의 유치권자는 부동산에 대해 비용지출채권을 가지는 자나 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 부동산 점유자를 의미한다.

미등기부동산에 대한 유치권자가 가지는 저당권설정청구권의 법적 성질은 무엇인가. 청구권으로 보게 되면, 저당권설정청구권자와 그 상대방이 공동으로 등기를 신청해야 할 것이므로 등기청구의 상대방이 이에 협력하지 않는다면 그 의사표시에 갈음하는 판결을 받아서 신청해야 하므로 유치권자의 지위는 약화되는 결과를 가져오게 된다. 그러나 형성권으로 보게 되면 유치권자의 일방적인 의사표시에 의하여 저당권설정청구가 가능하기 때문에 더 강한 보호를 받을 수 있다.59) 형성권으로 보

⁵⁷⁾ 이찬양, "부동산 유치권 개정안 중 저당권설정청구권 제도 도입에 관한 고찰 -부동산 경매절차에서 선행저당권에 관한 유치권의 우열 논제를 중심으로-", 「법학논총」, 제26집 제2호, 조선대학교 법학연구원, 2019. 8. 310면.

⁵⁸⁾ 윤진수, 앞의 논문, 303면; 이찬양, 앞의 논문, 311면.

⁵⁹⁾ 오시영, 앞의 "유치권관련 민법 개정안에 대한 검토", 115면; 홍봉주, 앞의 논문, 19면.

는 견해에 의하면 미등기부동산 유치권자에게 저당권을 설정하도록 하여 점유를 등기로 대체하여 공시기능을 강화하는 차원에서 도입되는 제도라고 한다면 유치권자가 유치권을 포기하는 대가로 얻게 되는 저당권은 유치권자의 일방적인 의사표시에 의해 그 설정이 보장되어야 한다는 것이다.60) 그러나 형성권으로 파악하게 되면 실질적 심사권이 없는 등기관이 전혀 제어할 수 없으므로 등기심사에 있어서 형식주의를 취한다는 문제점은 그대로 노정될 우려가 있기 때문에 허위·과장의 유치권의 문제는 그대로 발생하게 될 우려가 있다. 또한 저당권설정청구권을 인정하는 것은 부동산에 대한 공시기능의 강화와 담보법 질서에 따른 합리적인 법집행을 목적으로하는 것이므로 청구권으로 이해하는 것이 타당할 것이다. 다만 청구권 중에서도 유치권이 절대적 인도거절권적인 기능을 하였다는 점에서 채무자가 아닌 부동산소유자에게도 주장할 수 있고, 특히 유치권 성립 후에 목적 부동산을 취득한 소유자에게도 주장할 수 있다는 점 등을 고려하면 물권적 청구권으로 보아야 할 것이다.61)

(3) 저당권설정청구권의 행사기간

민법 개정안 제369조의2 제2항에서는 "제1항에 따른 청구권은 유치권자가 부동산이 등기된 날로부터 6개월 내에 소로써 행사하지 아니하면 소멸한다"고 규정하여 행사기간을 정하고 있다. 또한 개정안 제320조의2 제2항 제2호에 따라 저당권설정청구권이 소멸하면 유치권도 소멸한다. 이와 같이 미등기부동산에 대해 유치권을 한시적인 6개월 동안 인정하는 것은 부동산 유치권을 폐지하는 것을 원칙으로 정한 것에 부합시키기 위함이다. 이 기간은 제척기간으로, 부동산등기 시점이 기산점이 될 것이다.62)

그리고 6개월의 제척기간에 의하여 유치권을 소멸시키는 것은 담보물권의 부종성에 반할 수도 있다.⁶³⁾ 즉, 6개월 이내에 저당권설정청구권을 행사하지 않으면 유치권이 소멸한다는 것은 피담보채권이 소멸하기 전에 담보물권이 먼저 소멸하는 논리모순의 함정에 빠질 수 있다는 것이다.

⁶⁰⁾ 오시영, 위의 "유치권관련 민법 개정안에 대한 검토", 115면.

⁶¹⁾ 권영준, 앞의 논문, 159-160면; 윤철홍, 앞의 논문, 160면.

⁶²⁾ 권영준, 위의 논문, 161면.

⁶³⁾ 오시영, "법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(II), 「법학논총」, 제32집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012. 12, 256면.

A CHOSUN UNIVERSITY

(4) 저당권의 효력

민법 개정안 제320조의2 제1항 제1호에 의하면 저당권설정청구권의 행사에 의하여 저당권설정등기가 이루어지면 유치권은 소멸하며, 저당권의 효력은 피담보채권의 변제기로 소급한다(제369조의2 제3조). 즉, 저당권설정청구권의 행사에 의하여 성립된 저당권은 그 이전에 행해진 저당권 등의 등기가 있더라도 그에 우선한다. 물권상호간의 효력, 특히 제한물권 사이의 우선순위는 등기접수순에 의하여 결정되는 것인데, 이에 의하면 통상적인 물권상호간의 효력에 대한 예외를 인정한 것이다. 이는결국 저당권설정청구권이 유치권의 연장 내지 변형이라는 것을 인정한 것이다.64) 이와 같이 나중에 등기된 저당권이 먼저 행해진 등기된 권리자보다 우선하는 권리에대한 입법례로는 스위스의 법정저당권제도와 미국의 공사수급인과 재료공급자의 우선특권제도에서 확인할 수 있다.65)

여기에 논란이 되는 것은 저당권의 효력발생 시기를 변제기로 규정하고 있다는 것이다. 이에 대한 논의를 종합해 보면 유치권 성립시와 변제기에 대하여 "변제기는 서면 등에 의하여 비교적 확정하기 쉬운 반면, 유치권이 언제 성립하였는가 하는 점은 실제 언제 점유가 개시되었는가를 따져 보아야 하기 때문에 다툼이 생길 소지가 많다. 따라서 변제기가 간명할 것이다"라고 하였다.66) 이에 대하여 저당권이 유치권을 대체하기 위한 권리이므로 유치권의 '성립시'로 해야 한다는 반대의 견해도 있었다.67) 그러나 효력발생시기를 성립시에 의하거나 변제시에 의하거나 모두 장단점을 지니고 있기 때문에 어느 시기를 선택하느냐는 입법정책의 문제이다. 물권변동의 일반원칙에도 반하는 예외를 두어 미등기 유치권자를 보호하고자 하는 정책적 배려에서 인정하는 규정이라는 점을 고려하면 '변제기'로 정하는 것이 시기를 명확하게 특정할 수 있다는 점에서 타당하다고 할 수 있다.68)

⁶⁴⁾ 윤진수, 앞의 논문, 304면.

⁶⁵⁾ 상세한 내용은 정준영·이동진, 앞의 논문, 85면 이하 참조; 이춘원, "저당권설정청구권에 관한 비교법적고찰", 「비교사법」, 제14권 제4호, 비교사법학회, 2007, 351면 이하 참조; 윤진수, 앞의 논문, 305면 이하.

⁶⁶⁾ 윤진수, 위의 논문, 306면; 윤철홍, 앞의 논문, 187면.

⁶⁷⁾ 오시영, 앞의 "법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(Ⅱ)", 73면.

⁶⁸⁾ 윤철홍, 앞의 논문, 187면.



다. 유치권자 아닌 채권자의 저당권설정청구권

현행 민법	민법개정안
신설	제369조의3(유치권자 아닌 채권자의 저
	당권설정 청구권) ① 타인의 등기된 부동
	산에 대한 비용 지출로 인한 채권이나 그
	부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 자
	는 그 채권을 담보하기 위하여 변제기에
	이르지 아니한 경우에도 부동산 소유자에
	대하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의
	설정을 청구할 수 있다. 다만, 저당권설정
	청구권이 성립한 후 그 부동산에 대한 소
	유권을 취득한 제3자에 대하여는 그러하지
	아니하다.
	② 제1항에 따른 청구권은 제320조의2
	제2항 제2호 또는 제328조에 따라 유치권
	이 소멸된 채권자도 행사할 수 있다.

(1) 개정내용

민법개정안 제369조의3 제1항은 등기된 부동산에 관하여 제320조 제1항의 채권, 즉 비용지출로 인한 채권이나 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 자에게도 저당 권설정청구권을 인정하고 있다. 이 규정은 아직 유치권의 성립요건을 갖추지는 못하였지만, '타인의 등기된 부동산에 대한 비용 지출로 인한 채권이나 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 자'를 일반 채권자와 동일하게 취급하는 것은 타당하지 않다는 것이다.⁶⁹⁾ 이러한 자들을 보호하기 위하여 저당권설정청구권에 의해 채권자로서의 권리보호와 동시에 공시방법도 갖추도록 한 것이다. 또한 저당권설정청구권은 유치권의 존재를 전제로 하지 않으므로 유치권의 성립요건이 충족될 필요가 없을 뿐만 아니라 유치권자가 아니어도 청구가 가능하다는 장점이 있다.⁷⁰⁾

⁶⁹⁾ 윤철홍, 앞의 논문, 188면 참조.

(2) 등기된 부동산에 관한 저당권설정청구권

민법 개정안은 부동산 유치권을 폐지하기로 한 결과, 갑자기 물권적 효력을 가지는 채권자가 일반채권자의 지위로 전환된 점, 타인의 부동산에 대한 비용지출채권 등은 일반적으로 부동산의 가치를 증대시키는 것이므로 일반채권자보다 우선변제를 받을 권리를 인정할 필요가 있다는 점을 감안하여 인정한 것이다.⁷¹⁾ 민법 개정안 제 369조의3 제1항이 규정한 저당권설정청구권의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 개정안 제372조의3 제1항에서 규정하고 있는 저당권설정청구권은 등기된 부동산에 한하여서만 적용된다. 미등기부동산에 대해서는 개정안 제320조의2 규정에따라 유치권이 별도로 성립할 수 있기 때문이다.

둘째, 청구권자는 등기된 부동산에 관하여 비용지출채권 또는 부동산으로 인한 손해배상채권을 가지고 있는 채권자이다. 그 상대방은 채무자나 채무자 아닌 부동산소유자도 포함된다. 목적 부동산에 대한 비용지출로 인하여 발생한 이익은 부동산소유자에게 귀속되는 것이므로 그가 원래의 채무자이거나 아니거나 소유자를 상대방으로 하는 것이 타당하다는 점을 고려한 것이다. 그러나 저당권설정청구권이 성립한 이후에는 부동산을 취득한 제3자는 상대방에 포함되지 않는다. 왜냐하면 저당권설정청구권은 대외적으로 공시되지 않을 뿐만 아니라 행사기간에도 제한이 없기 때문에 상대방의 범위를 제한해 두지 않으면 법적 안정성을 해할 수 있다는 고려에따른 것이다.

셋째, 변제기의 도래를 요건으로 할 경우 발생할 수 있는 복잡한 문제를 고려하여 변제기의 도래를 요건으로 하지 않는다.

넷째, 저당권설정청구권은 부동산의 점유를 요건으로 하지 않는다. 이는 유치권과 그 성격을 달리하는 것이므로 점유를 요건으로 할 경우 부동산 가치가 하락하게 될 것이므로 기존 유치권의 폐해를 극복할 수 없다는 점을 고려한 것이다.

다섯째, 개정안 제369조의2에 따른 저당권설정청구권과 달리 그 행사기간에 제한이 없다.

여섯째, 저당권설정청구권에 의하여 설정된 저당권은 일반 저당권과 동일한 효력을 가진다. 즉, 개정안 제369조의2에 따른 저당권설정청구권에 의한 저당권과 달리 피담보채권의 변제기로 효력이 소급하지 않기 때문에 등기순위와 우선순위가 일치

⁷⁰⁾ 윤철홍, 위의 논문, 188-189면; 윤진수, 앞의 논문, 215면; 이찬양, 앞의 논문, 323면

⁷¹⁾ 권영준, 논문, 166면.

하게 되어 거래의 안전을 저해하지 않는다.72)

이상의 민법개정안은 민법 제666조에서 규정하는 수급인의 도급인에 대한 저당권 설정청구권과 구조와 내용이 유사하지만, 도급계약은 계약당사자 사이에만 적용된다는 점에서 민법 개정안 제372조의3의 저당권설정청구권의 경우보다 범위가 제한적이다.73) 그러나 개정안은 청구권자가 수급인에 한정되지 않고 채무자가 아닌 소유자까지 포함하는 것이므로 민법 제666조의 권리를 확장한 것이라 볼 수 있기 때문에 민법 제666조는 존치이유가 없다고 할 수 있어서 삭제하기로 하였으나, 민법개정위원회의 전체회의에서 수급인의 보호에 소홀할 수 있다는 인상을 줄 수 있다는 이유로 그대로 존치하게 되었다.74)

개정안은 위와 같이 도급계약 이외에도 부동산에 대한 비용지출로 부동산의 가액을 증가시킨 경우 저당권을 설정할 수 있도록 할 필요에 따라 신설된 것이다. (75)

(3) 미등기부동산에 대한 유치권을 상실한 채권자의 경우

민법 개정안 제369조의2 제2항은 부동산이 등기된 후 제320조의2 제2항에 저당권설정청구권을 가짐에도 불구하고 6개월이라는 제척기간 내에 저당권설정청구권을행사하지 아니하거나 유치물의 점유를 상실하여 제328조에 의해 유치권을 상실한경우에도 저당권설정청구권을 행사할 수 있도록 규정하고 있다.

민법 개정안 제320조의2 제2항 제2호는 미등기 부동산에 있어서 유치권자의 유치권은 저당권설정청구권이 소멸하는 경우 동시에 소멸한다는 내용으로 제2유형 저당권설정청구권이 기간의 경과로 인하여 소멸하더라도 여전히 1유형의 저당권설정청구권을 행사할 수 있게 된다. 이러한 규정이 없더라도 해석상 채권자에게도 당연히 등기된 부동산에 대한 저당권설정 등기청구권이 인정되기 때문에 주의적인 의미만을 가지는 것이라고 할 수 있다.76)

유치권자가 유치물의 점유와 관련하여 선량한 관리자의 주의의무를 위반하거나 채무자가 채무자의 승낙 없이 유치물을 사용, 대여 또는 담보로 제공하는 등의 사유 로 유치권의 소멸을 청구한 때(제324조)와 채무자가 상당한 담보를 제공하고 유치권

⁷²⁾ 권영준, 앞의 책, 169면.

⁷³⁾ 권영준, 위의 책, 400면.

⁷⁴⁾ 윤진수, 앞의 논문, 309면; 윤철홍, 앞의 논문, 189면.

⁷⁵⁾ 김재형, 앞의 논문, 358면.

⁷⁶⁾ 윤진수, 앞의 논문, 309면.

의 소멸을 청구한 때(제327조)에도 유치권이 소멸한다. 이러한 유치권 소멸은 유치 권자의 과실로 인하여 유치권이 소멸된 경우 물권적 청구권도 인정되지 않는 점이 나 유치권자의 피담보채권의 만족에 상응하는 채무자가 제공한 상당한 담보를 통해 피담보채권의 변제를 확보하고 있기 때문에 굳이 개정안 속에 저당권설정청구권을 존속시킬 필요가 없다고 판단하여 두 가지 사유만 규정한 것이라고 한다.77) 즉, 개 정안 제372조의3 제2항은 ① 제320조의2 제2항 제2호에 의한 경우, ② 제328조에 의 한 경우에 한하여 저당권설정청구권을 행사할 수 있도록 하였다.

(4) 상사유치권과의 관계

상법상 상사유치권의 대상은 "채무자에 대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자 소유의 물건 또는 유가증권"이라 규정하고 있어서 현행 민법상 유치권과 마찬가지로 부동산에 대해서도 인정하고 있다. 따라서 민법개정시에 상법도 개정하여 그 시안에서 '물건'을 '동산'으로 표현하여 부동산을 상사유치권의 대상에서 제외하고 있다. 이는 상법 제91조 대리상의 유치권에서와도 같다.

상법상 유치권의 경우에서도 부동산에 대한 유치권을 폐지한 것은 민법상 부동산유치권에서 발생하는 문제가 동일하게 발생하고 있으며, 오히려 부동산에 관한 상사유치권이 남용되는 문제가 더 심각하기 때문이다. 78) 따라서 상법상 인정되는 상사유치권과 대리상의 유치권에서도 부동산을 제외하는 것은 타당한 것이다. 그러나 개정안에 의하면 미등기부동산의 경우 발생하게 될 상사유치권의 성립도 완전히 배제되는 것인가는 명확하지 않다. 상행위에 있어서도 미등기부동산에 대한 유치권의성립을 배제할 수 없기 때문에 이 점을 분명히 해야 한다는 견해 79)와 민법에 의한미등기부동산 유치권의 성립을 인정하여야 할 것이라는 견해 80) 등이 있지만, 궁극적으로는 입법적으로 보완이 필요하다고 할 수 있다. 81)

⁷⁷⁾ 권영준, 앞의 논문, 169-170면; 윤진수, 앞의 논문, 309면.

⁷⁸⁾ 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결.

⁷⁹⁾ 오시영, 앞의 개정안에 대한 검토, 126면.

⁸⁰⁾ 윤진수, 앞의 논문, 215면.

⁸¹⁾ 윤철홍, 앞의 논문,



3. 민사집행법 개정안 주요 내용

가. 경매절차의 배당요구권자 및 이해관계인

민사집행법 개정안 제88조 제1항에서 규정하는 배당요구권자에 "저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자"를 추가하고, 제90조에서 규정하는 이해관계인에 "저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자로서 배당을 요구한 채권자"를 추가하였다. 민사집행법 개정안 제91조에 의하면 유치권은 경매절차에서 매각으로 소멸하게 되므로 유치권자가 경매절차 내에서 피담보채권을 실행할 수 있도록 배당요구와 이해관계인으로서 절차에 관여할 수 있도록 한 것이다.82)

배당요구권자 및 이해관계인을 "민법 제369조의2에 따라 저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자"로 하고 있으므로 제369조의3의 채권자는 포함되지 않는다. 민법개정안 제369조의3에 의하여 저당권을 설정한 채권자는 다른 일반저당권자와 동일하게 보호될 것이므로 별도의 규정이 필요하지 않은 것이다.⁸³⁾

나. 인수주의에서 소멸주의로의 전환

민사집행법 개정안은 유치권도 저당권과 마찬가지로 매각으로 소멸하도록 규정하여 인수주의를 포기하였다. 민법 개정안은 부동산 유치권을 폐지하고 미등기 부동산에 대하여 한시적으로 유치권을 인정하고 있기 때문에 부동산경매절차에서는 민법 개정안 제369조의2와 제369조의3에 따른 저당권등기가 문제될 수 있다.84) 그러나 이미 유치권이 성립한 부동산에 대한 소유권보존등기 후 6개월 내에 경매절차가 완료되는 경우, 즉 이미 성립한 유치권이 한시적으로 존속하는 경우에 경매절차완료된 경우에는 유치권의 소멸주의를 규정한 민사집행법 개정안 제91조 제2항에 의하여해결할 수 있다.

부동산 유치권과 관련한 경매절차에서 인수주의를 폐지한 것은 유치권에 관하여 인수주의를 취함으로써 발생하는 부동산 매수인에게 발생하는 부담을 없애주어 경 매가 원활하게 이루어질 수 있도록 하기 위함이다.85) 즉, 유치권신고가 되어 있지

⁸²⁾ 권영준, 앞의 "유치권에 관한 민법 개정안 소개와 분석", 175면; 이용호, 앞의 논문, 131-132면.

⁸³⁾ 권영준, 위의 논문, 175면; 이용호, 앞의 논문, 135면.

⁸⁴⁾ 이용호, 앞의 논문, 136-137면.

않은 유치권자가 갑자기 경매과정 중에 나타나 경매질서를 혼란스럽게 하고, 부동산에 대한 저당권자 등의 선수위 권리자의 권리를 침해할 수 있을 뿐만 아니라 매수인의 법적 지위를 불안정하게 할 수 있으며, 유치권자는 우선변제권이 없음에도 불구하고 경매절차에서 매수인이 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다는 규정을 두는 것은 일관성이 없다는 점 등을 이유로 민사집행법제91조 제2항과 제5항을 개정하여 인수주의를 폐지한 것이다.86)

경매절차에서 유치권에 대한 인수주의를 채택함으로써 유치권자는 사실상 우선변 제를 받을 수 있다는 권리가 인정되었지만, 유치권자의 안정적인 법적 지위의 보장과 부동산 거래시장의 안정을 찾아야 한다는 점에서 유치권자의 지위가 개정안 이전보다 약화된 것은 존재하지만 유치권의 폐해를 바로 잡기 위한 입법적 결단의 필요에 의해서이다.87)

다. 배당금액의 공탁

민사집행법 개정안은 제160조 제1항에 제2호의2를 신설하여 "저당권설정청구권의소를 제기한 유치권자의 채권인 때"에 그 채권에 대하여 배당금액을 공탁하도록 하였다. 유치권자가 저당권설정청구에 관한 소를 제기하였으나 아직 확정판결이 나오지 않아서 저당권설정등기를 하지 못한 경우에는 저당권자로서 배당을 받을 수 없을 뿐만 아니라 유치권자로서도 배당을 받을 수 없다. 그렇다고 하여 다른 채권자에게 먼저 배당한 뒤 나중에 저당권설정등기를 하면 부당이득반환청구를 하게 하는 것도 절차의 번잡성만 가져온다. 그래서 개정안 제160조 제1항은 먼저 배당금액을 공탁하게 한 이후 나중에 저당권설정등기가 이루어지면 그때 배당하도록 한 것이다.88)

라. 이해관계인 등의 유치권에 의한 경매

민사집행법 개정안은 유치권에 의한 경매가 개시된 후 민법 개정안 제369조의2에

⁸⁵⁾ 윤진수, 앞의 논문, 226면; 김재형, 앞의 논문, 377면.

⁸⁶⁾ 이정민, 앞의 논문, 133면; 김재형, 앞의 논문, 376면.

⁸⁷⁾ 권영준, 앞의 "유치권에 관한 민법 개정안 소개와 분석", 176면.

⁸⁸⁾ 권영준, 앞의 "유치권에 관한 민법 개정안 소개와 분석", 176면,

따라 저당권설정등기가 마쳐진 경우 저당권실행을 위한 경매가 개시된 것으로 보아 경매절차가 계속 진행하는 것으로 규정하고 있다(안 제274조).

유치권자가 민법 개정안 제369조의2에 의하여 근저당권설정등기를 마치게 되면, 유치권은 소멸하고 저당권만 존속하게 되므로 경매절차가 개시된 후 민법 개정안 제369조의2에 따라 근저당권설정등기가 이루어진 경우 유치권의 소멸로 경매절차도 종료되는 것이 원칙이다. 이때에 저당권자가 된 유치권자는 저당권실행을 위한 경매 를 다시 신청해야 하는 불필요한 절차를 밟아야 하는데, 이를 방지하기 위하여 저당 권 실행을 위한 경매가 개시된 것으로 보아 경매절차를 계속하여 진행하도록 하였 다(민사집행법 개정안은 제274조).89)

마. 경과규정

민사집행법 개정안은 부칙에서 개정안의 시행일은 공포 후 1년이 경과한 때 효력을 가진다고 규정하고(제1조), 개정안 시행 당시 부동산 유치권에 대해서는 개정법을 적용하도록 하고(제3조 제1항), 시행일 이전에 경매신청 등 경매절차가 진행 중인 부동산의 경우에는 종전 규정을 그대로 적용하도록 하였다(제4조). 민사집행법의 개정에 따른 갑작스런 변화로 인하여 발생하는 혼란과 기존에 발생한 유치권자의 권리에 영향을 미치지 않도록 하기 위함이다.

4. 부동산 등기법 개정안의 주요 내용

부동산등기법 개정안은 제75조 제3항을 신설하여 민법개정안 제369조의2에 의한 저당권설정청구권에 의한 저당권의 등기를 마련하고, 유치권에 의한 저당권설정등기임을 명시하기 위해 민법 제369조의2에 의한 등기라는 점을 명시하도록 하였다. 그리고 민법 개정안 제369조의2 제1항에 따른 제2유형 저당권 설정의 효력은 변제기로 소급하기 때문에 일반적인 저당권의 경우 채권의 변제기가 임의적 기재사항이나이 경우에는 채권의 변제기를 반드시 기재하도록 하였다.90)

⁸⁹⁾ 윤진수, 앞의 논문, 227면.

⁹⁰⁾ 김재형, 앞의 논문, 370면; 윤철홍, 앞의 논문, 191면,

현행 부동산등기법	부동산등기법개정안
제75조(저당권의 등기사항) ① 등	
기관이 저당권설정의 등기를 할 때에	
는 제48조에서 규정한 사항 외에 다	
음 각 호의 사항을 기록하여야 한다.	
다만, 제3호부터 제8호까지는 등기원	
인에 그 약정이 있는 경우에만 기록	
한다.	
1. 채권액	
2. 채무자의 성명 또는 명칭과 주	제75조 ① ~ ② (현행과 같음)
소 또는 사무소 소재지	③ 등기관은 제1항의 저당권이 민
3. 변제기	법 제369조의2 제1항에 따른 저당
4. 이자 및 그 발생기·지급시기	권인 경우에는 제48조에서 규정한
5. 원본 또는 이자의 지급장소	사항 외에 다음 각 호의 사항을
6. 채무불이행으로 인한 손해배상	기록하여야 한다.
에 관한 약정	1. 채권액
7. 「민법」 제358조 단서의 약정	2. 채무자의 성명 또는 명칭과 주
8. 채권의 조건	소 또는 사무실 소재지
② 등기관은 제1항의 저당권의 내	3. 민법 제369조의2 제1항에 따른
용이 근저당권인 경우에는 제48조에	저당권이라는 사실
서 규정한 사항 외에 다음 각 호의	4. 변제기
사항을 기록하여야 한다. 다만, 제3호	
및 제4호는 등기원인에 그 약정이 있	
는 경우에만 기록한다.	
1. 채권의 최고액	
2. 채무자의 성명 또는 명칭과 주	
소 또는 사무소 소재지	

3. 「민법」 제358조 단서의 약정

4. 존속기간

5. 소 결

부동산 유치권 제도에 대한 폐해를 개선하기 위한 시도가 있었지만, 현행법체계에서 해석을 통해 유치권의 성립범위나 효과를 제한하는 방법으로 허위·과장의 부동산 유치권으로 인한 폐해를 시정하는 것은 한계가 있을 수밖에 없기 때문에 그로인한 폐해는 궁극적으로 새로운 입법을 통해서 제도적 문제점을 개선하는 것이라고할 수 있다. 그러한 의미에서 2013년 법무부의 민법개정안은 제19대 국회의 임기만료로 자동폐기 되었지만, 부동산 유치권을 폐지하면서 저당권설정청구권을 도입한점, 피담보채권의 범위를 명확하게 한점, 민법 개정에 따른 관련법률들의 개정 등에서 큰 의미를 갖는 것이라고 할수 있다.

민법 개정안은 전체 사법질서 체계에서 공시방법의 일관성을 유지하고자 이해관계인의 보호와 부동산 시장의 거래안전을 보호하기 위한 정책적 결단에 의하여 부동산 유치권을 폐지하고 있다. 그러나 부동산 등기는 권리의 외관이며, 권리보호를 위한 수단에 불과한 것이므로 공시방법의 일관성을 유지하기 위해 유치권자의 권리를 배척하는 것은 타당한 것은 아니다.

부동산 유치권을 폐지하고 그 대안으로 저당권설정등기청구권을 인정한다고 하더라도 모든 문제가 해결되는 정답은 아니다. 절차적 번잡성을 가져올 뿐만 아니라 유치권의 폐해가 발생하는 대부분이 미등기 부동산이며 이는 원시적으로 등기가 불가능하고, 소유자인 채무자가 설정등기에 협조하리라는 것은 곤란하다. 그러나 궁극적으로는 부동산 유치권의 문제 해결을 위해 입법론적으로 접근할 필요는 있다. 예컨대, 후술하는 현행법체계 내에서 부동산 유치권 등기제도를 도입하거나 부동산 유치권등기명령제도를 신설하는 것도 방법이라고 할 수 있다. 또한 유치권의 피담보채권범위에 대한 견련관계를 '동산 또는 유가증권에 대한 비용 지출로 인한 채권이나 그동산 또는 유가증권으로 인한 손해배상채권이 변제기에 이른 경우'로 개정하여 그범위를 한정하여 무분별한 유치권 성립을 제한하고 있다. 또한 유치권자에게 우선변제권 및 경매청구권을 인정함으로써 경매절차의 지연, 부동산 가격의 저감, 명도지연 등에 따른 폐해를 극복하고 매수인 등의 손해를 예방할 수 있도록 한 것으로 타당한 것이다.

민법개정안이 도입하고 있는 유치권자와 유치권자 아닌 채권자의 저당권설정청구 권은 부동산 유치권을 폐지하면서 그 법적 지위가 약화된 유치권의 지위를 보완하

기 위하여 기존 저당권과 다른 특별한 효력을 인정해 주는 방향으로 입법하겠다는 것이다. 그러나 새로운 제도인 저당권설정청구권을 도입하는 것보다는 기존의 부동산 유치권을 그대로 존치시키고 이를 등기할 수 있도록 하여 그 효력 내지 대항력 등을 일반적인 저당권과 다른 입장에서 해석하여 적용하도록 하는 것이 합리적인 방안이라고 할 수 있다.91)

그리고 부동산 유치권의 폐지 등에 따른 관련법률인 부동산등기법과 민사집행법의 관련 규정 들을 개정하여 인수주의에서 소멸주의로 전환하고 있다는 점은 의미가 있지만, 우선변제적 효력을 인정하고 있지 않은 점은 아쉽다고 할 수 있다.

제3절 부동산 유치권제도의 개선방안

1. 부동산 유치권 등기제도의 도입

가. 도입의 필요성

앞서 부동산 유치권의 폐지를 핵심으로 하는 민법 개정안과 관련법률들의 개정안도 함께 살펴보았다. 부동산 유치권의 존폐론과 관련된 근거는 모두 충분하고 타당한 논리를 가지고 있기 때문에 무엇이 옳다고는 할 수 없기 때문에 이를 종합적으로 검토하여 판단하여야 할 문제이다.

현행 민법상 유치권은 법정담보물권이지만, 민법 제320조 제1항의 규정에 의하면 피담보채권과 점유만으로써 유치권의 성립을 인정하고 있다. 그러나 부동산 유치권의 성립요건에 대하여 점유를 공시수단으로 인정하고 있는 것은 민법 제186조에서 규정한 부동산물권변동의 일반원칙인 성립요건주의와 부합하지 않는다는 문제가 있다. 특히 부동산 유치권의 공시방법인 점유는 매우 불완전한 공시수단이므로 그 내용을 명확하게 알지 못하는 이해관계인들은 유치권을 주장하는 자의 점유의 진정성을 판단하기 곤란하고, 피담보채권의 범위, 다른 담보물권과의 우선순위도 확정하지 못한다는 문제가 있다.

⁹¹⁾ 이찬양. 앞의 논문. 330면.

부동산 유치권의 폐해에 대해서는 누구나 공감하고 있으며, 그 주요원인으로 공시 방법의 부재라고 할 수 있다. 부동산 유치권이 부동산 물권임에도 불구하고 점유라는 불완전한 공시수단을 요구함으로써 다수의 이해관계인의 법률관계를 불안하게하는 요인이 된다.92) 이러한 불충분한 공시로 인한 피해는 특히 부동산 경매절차에서 허위·과장의 유치권 신고를 통해 다른 채권자들의 권리를 해하거나 경락가액의하락으로 인하여 선순위 권리자에게 손해가 발생하는 경우의 원인으로 지적되고 있다.93) 그리고 유치권의 공시방법 중에서 문앞이나 건물의 벽면 등에 '유치권 행사중'이라는 것을 표시하는 명인방법을 취하는 경우처럼 점유를 수반하지 않는 유치권행사를 인정할 수 있느냐 문제가 될 수 있다. 허위·과장 유치권이 최근 많이 발생하는 문제로 보아 점유를 수반하지 않는 유치권은 법률이 정하는 점유의 요건을 구비하지 않은 것으로 보아 유치권이 성립하지 않는다고 하여야 할 것이다94)

현행 민법상 부동산 유치권이 담보물권이지만 등기에 의하여 공시되는 것이 아니라 점유라는 불완전한 공시수단에 의하는 결과 허위·과장에 의한 부동산 유치권의 오·남용으로 인한 폐해가 많이 발생하고 있다. 이를 시정하기 위해서는 부동산 유치권의 공시방법, 특히 실무상 많은 분쟁이 발생하고 있는 미등기부동산에 대한 유치권의 공시방법이라고 할 것이므로 유치권을 등기하는 방안을 마련하는 것이 허위·과장의 부동산 유치권에 의한 폐해를 방지할 수 있는 효율적인 대안이라고 할수 있다.

부동산 유치권의 개선방안에 대한 의견이 일원화되는 것은 바랄 수 없는 상황이므로 부동산 유치권 제도를 폐지함으로 발생하는 혼란과 그 대안으로 제시되고 있는 여러 내용을 제시하는 것보다는, 중간적 입장에서 현행 부동산 유치권제도를 인정하면서 현행 유치권제도의 문제점을 효율적으로 해결할 수 있는 방안으로써 부동산 유치권의 등기제도의 도입을 제시하고자 한다.95) 부동산 유치권의 공시방법을 점유에서 등기로 전환하는 경우 부동산 물권변동의 일체성을 꾀할 수 있고, 유치권자가 점유할 수 없는 상황임에도 유치권의 존속을 위하여 목적물을 계속 점유해야 하는 부담을 경감시킬 뿐만 아니라 소유자도 그 목적물을 점유하면서 본래의 경제적목적에 부합되게 사용할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다.96)

⁹²⁾ 오시영, 앞의 "부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰", 216면.

⁹³⁾ 권영준, 앞의 책, 141면,

⁹⁴⁾ 장건 · 서진형, 앞의 논문, 221면.

⁹⁵⁾ 이용호, 앞의 논문, 142-143면; 엄성현, 앞의 논문, 170-171면; 윤성호, 앞의 논문, 1186면; 김재권, 「유치 권 - 깨뜨리는 법 지키는 법」, 매일경제신문사, 2016, 346면.

나. 부동산 유치권 등기제도의 도입방안

부동산 유치권에 있어서 등기를 도입하는 경우 이를 제3자에 대한 대항요건으로 도입할 것인지 성립요건으로 도입할 것인지 검토하여야 한다. 우리 민법은 법률행위로 인한 부동산 물권변동에 대하여 등기를 요한다는 성립요건주의를 취하고 있다(민법 제186조 참조). 따라서 부동산 유치권에 대한 등기의 성질을 제3자에 대한 대항요건으로 하는 방안은 물권이 절대권으로써 제3자에게도 당연히 주장할 수 있다는원칙과도 부합되지 않고 부동산물권변동에 관한 형식주의를 취하는 물권법 체계와도 맞지 않기 때문에 부동산 유치권의 성립요건으로 도입하는 방안이 타당하다고할 것이다. 대항요건으로 구성할 경우에는 물권에 절대적 효력을 인정하는 기본적성질과 충돌하게 되고, 당사자 사이에서만 효력이 생기는 채권적 권리가 되기 때문에 도입의 취지가 반감될 수 있다.97)

그런데 현행 민법 제320조에 의한 부동산 유치권은 점유만으로 성립하는 법정담보물권이라는 특수성으로 인하여 민법 제186조와 민법 제187조의 법리가 충돌할 수 있다는 문제가 있다. 즉, 부동산 유치권을 물권변동의 득실변경에 관한 일체성을 취한다는 점에서는 민법 제186조와는 부합되지만, 법정담보물권인 부동산 유치권은 민법 제187조의 규정에 따라 등기없이 성립하는 것이기 때문에 등기의 효력을 성립요건으로 도입하는 경우에는 민법 제187조와 충돌하게 되는 것이다. 그러나 부동산 점유취득시효완성으로 인한 소유권 취득의 경우에 '등기'를 그 성립요건으로 규정하여민법 제187조의 예외를 유일하게 인정하고 있으므로 법정담보물권인 '유치권'의 취득에 있어서도 민법 제187조의 예외를 인정한다고 하더라도 민법의 법리와 충돌한다고 볼 수는 없다.98) 또한 등기와 함께 점유도 성립요건이 되는 결과 현행법상 문제가 그대로 발생할 수 있다는 문제가 있다. 그러나 부동산 유치권의 점유로 인한폐해는 피담보채권을 담보하기 위한 과정에서 발생하는 것인데 이는 등기를 하게되면 당연히 해결될 수 있는 것이다. 예컨대, 민법 제320조 제2항을 신설하여 "목적물이 부동산인 경우에는 등기하여야 효력이 생긴다"고 규정하여 부동산 유치권에 등기능력을 인정하고 나아가 등기를 성립요건으로 하는 규정을 신설하는 방안으로 유

⁹⁶⁾ 이용호, 위의 논문, 143면; 엄성현, 앞의 논문, 171면,

⁹⁷⁾ 이정민, 앞의 논문, 139면; 엄성현, 위의 논문, 172면 참조.

⁹⁸⁾ 노종천, "부동산 유치권 등기제도 도입 연구", 「토지법학」, 제31권 제1호, 한국토지법학회, 2015. 6, 129-130면; 이용호, 앞의 논문, 144면 이하.

치권 등기제도를 도입하는 방안을 제시하고자 한다.99)

다. 부동산 유치권의 등기절차

(1) 공동신청주의의 원칙

부동산 유치권의 등기제도를 도입할 경우 그 등기는 당사자의 공동신청 또는 단독신청에 의하여 진행될 것이다. 현행 부동산등기법에 의하면 부동산등기는 공동신청을 원칙으로 하고 있으므로 유치권자와 부동산 소유자가 합의에 의하여 물권에관한 일반적 등기절차, 즉 저당권설정 등기라는 방식으로 이루어질 수 있다. 유치권자가 법률이 정하는 일정 요건을 갖추고 대항력을 취득한 후에 부동산 소유자의 협력을 얻어 유치권등기를 신청하는 경우, 유치권 발생의 원인을 증명하는 서류와 함께 목적물의 표시, 유치권의 내용인 지급받지 못한 피담보채권액, 유치목적물에 대한 점유개시일, 신청 취지와 이유 등을 기재하면 될 것이다.100)

그러나 채무자인 소유자가 등기에 협력하지 않는 경우에는 유치권자가 단독으로 신청하는 방법을 고려할 수 있다. 즉, 후술하는 주택임대차보호법이나 상가건물임대 차보호법에서 규정하고 있는 임차권등기명령제도와 유사한 유치권등기명령제도를 도입하는 방안이다.

(2) 유치권등기제도 도입에 따른 부동산등기법 개정

현행법상 부동산 유치권은 민법 제186조의 성립요건주의에 대한 예외로써 점유라는 불완전한 공시방법을 취함으로써 유치권자, 매수인 등 이해관계인의 법적 지위를 불안정하게 하고, 허위·과장의 부동산 유치권의 남용으로 인한 많은 문제점을 양산하는 주된 원인이 되고 있다. 유치권자의 피담보채권에 대한 보호가치가 있어서 우선적 만족을 확보해 줄 필요에 따라 유치권을 담보물권으로 구성하는 한, 그 기능을다 할 수 있도록 공시방법을 마련하는 것이 필요하고 그 방안으로 부동산 유치권 등기제도를 도입하고자 하는 경우에는 부동산등기법 제3조가 부동산 유치권을 등기

⁹⁹⁾ 엄성현, 앞의 논문, 173면; 이용호, 위의 논문, 144-145면.

¹⁰⁰⁾ 이정민·이점인, "허위·가장 유치권 문제와 유치권 등기의 필요성에 대한 검토", 「민사법의 이론과 실무」, 제18권 제1호, 2014, 205-206면; 윤성호, 앞의 논문, 1188면; 이용호, 앞의 논문, 145면.

할 수 있는 권리로 규정하고 있지 않기 때문에 부동산 유치권을 등기로 공시할 수 있는 권리로 전환하기 위해서는 그 개정이 필요하다. 즉, 민법 제320조의 개정에 따라 부동산 유치권등기를 도입하는 것에 대응하여 등기할 수 있는 권리로 부동산등 기법 제3조의 9호에 유치권을 포함하는 규정을 둘 필요가 있다.

라. 부동산 유치권 등기명령제도의 도입

실무상 부동산 유치권에 대한 문제는 유치권의 존재를 공시하기 위한 특별규정이나 처리방침이 없기 때문이므로 이를 보완하는 제도적 장치의 도입은 시급하다. 경매절차에서 유치권자가 유치권신고를 하지 않더라도 유치권 자체가 소멸되는 것은 아니므로 매수인에 대하여 피담보채권의 변제를 받을 때까지 목적물의 인도를 거절할 수 있다. 따라서 신고되지 않은 유치권의 주장으로 인한 폐해를 방지하기 위한 방안으로써, 또한 부동산 유치권 등기제도를 도입하더라도 유치권을 주장하는 자나채무자가 그 성립요건인 피담보채권에 대하여 다툼이 있거나 악화된 채무자의 경제적 사정으로 인하여 합의에 의한 공동신청이 어려운 경우 등을 해결하기 위한 방안으로 유치권 주장자가 단독으로 신청할 수 있는 방안의 도입을 고려할 필요가 있다.101) 예컨대, 주택임대차보호법 내지 상가건물임대차보호법에서 시행되고 있는 임차권등기명령제도와 유사한 절차를 준용하여 관할법원의 부동산 유치권 등기명령에 의한 '부동산 유치권 등기명령제도'를 도입하는 것을 생각해 볼 수 있다.

부동산 유치권 등기명령제도란 부동산 경매절차에서의 채무자 또는 소유자의 경제적 사정의 악화로 인하여 도피중이거나 그 행방을 알 수 없는 경우에 유치권 등기명령을 원인으로 하여 유치권 등기를 하는 것을 말한다.¹⁰²⁾

현행 민법 제320조를 수정하여 부동산 유치권 등기를 하고자 하는 자는 채무자인 소유자가 공동신청에 응하지 않을 경우 목적부동산을 관할하는 법원의 부동산 유치 권 등기명령을 신청할 수 있는 조항을 신설하자는 것이다. 유치권등기명령제도를 도 입하였음에도 불구하고 허위·과장의 부동산 유치권등기를 하는 경우 형사상 소송 사기죄가 성립할 개연성이 커지므로 실체관계에 부합하는 등기라는 등기제도의 이

¹⁰¹⁾ 오시영, 앞의 "부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰", 221면; 장윤환, 앞의 논문, 119-120면; 엄성현, 앞의 논문, 181면.

¹⁰²⁾ 황종술, "부동산경매 이해관계인의 권리보호를 위한 유치권의 개선방안", 전주대학교 박사학위논문, 2009, 135면; 장윤환, 앞의 논문, 118면.

상을 실현하는 수단이 될 수 있을 것이다.103)

부동산 유치권 등기명령신청은 유치권 주장자가 부동산의 소재지를 관할하는 법원에 신청할 수 있도록 하고, 신청서는 주택임대차보호법 제3조의3 제2항을 참조하여 구성하면, ① 신청의 취지 및 이유, ② 유치권의 목적인 부동산(유치권의 목적이부동산의 일부인 때에는 도면 첨부), ③ 유치권 등기의 원인이 된 사실, ④ 기타사항을 기재하여야 하며 신청이유 및 유치권 등기의 원인이 된 사실 등을 소명하여야한다.104)

이와 같은 부동산 유치권 등기제도를 도입하면서 함께 유치권등기명령제도를 도입하게 되면 유치권을 등기로 공시할 수 있는 방법을 갖추게 되어 일반채권자, 선순위담보권자, 유치부동산의 제3 취득자 등을 포함한 이해관계 있는 제3자의 이익을침해하는 경우는 없을 것이다.105) 또한 유치권등기명령제도를 도입하면 유치권자는 유치권을 인정받아야 하는 특별한 사정이 있는 경우 유치물을 점유하지 않고 등기명령제도를 통해서 부동산 유치권의 공시를 하게 된다. 이러한 공시는 부동산 유치권 등기와 동일한 효력을 가지기 때문에 유치권자는 유치물을 계속 점유할 필요가없고, 채무자인 소유자도 목적 부동산을 계속 사용・수익할 수 있다는 점에서 양자모두에게 이익이 되는 것이다.106)

마. 미등기 부동산에 대한 표시등기제도의 도입

앞에서 살펴본 바와 같이 부동산 유치권에 관한 분쟁은 미등기부동산과 소유권보 존등기를 할 수 없는 신축 중인 건물의 공사대금채권과 관련한 것이 대부분이며, 이 는 단순히 유치권등기제도를 도입하는 것만으로 문제를 해결할 수는 없다. 이 문제 는 기본적으로 유치권 등기를 하기 위한 전제조건으로 목적 부동산에 대한 보존등 기를 할 수 있는 방법이 필요하다.107)

부동산으로 취급할 수 있는 미완성건물이라도 강제집행을 할 수 있고(민사집행법 제81조 제2호),108) 분쟁의 장기화를 막기 위해서는 간접적인 해결방법에 의할 것이

¹⁰³⁾ 노종천, 앞의 논문, 130-132면; 이용호, 앞의 논문, 146면; 엄성현, 위의 논문, 174면.

¹⁰⁴⁾ 이정민, 앞의 논문, 143면; 이용호, 앞의 논문, 146면; 엄성현, 앞의 논문, 181-182면.

¹⁰⁵⁾ 이용호, 앞의 논문, 147면.

¹⁰⁶⁾ 황종술·민규식, 앞의 논문, 110면; 장윤환, 앞의 논문, 120-121면.

¹⁰⁷⁾ 이용호, 앞의 논문, 148면.

¹⁰⁸⁾ 채무자의 소유로 등기되지 아니한 부동산에 대하여는 즉시 채무자명의로 등기할 수 있다는 것을 증명

아니라 직접적으로 신축 중인 건물에 대하여 유치권을 등기하도록 하여 강제집행이 가능하도록 하는 방안을 마련하여야 한다.109) 유치권등기제도를 도입하는 경우 등기 적격을 가진 미등기부동산에 대해 유치권자가 소유권보존등기를 신청하는 동시에 유치권을 등기하는 방법으로 미등기건물이나 신축 중인 건물에 대한 유치권등기를 하는 방법도 고려할 수 있다.110)

하나의 방안으로 고려할 수 있는 것이 일본의 표시등기제도이다. 일본의 부동산등 기는 크게 ① 부동산의 표시와 ② 부동산에 관한 종류의 권리 득실변경으로 구분되고, 여기에서 ①의 사항을 '부동산의 표시에 관한 등기' 또는 '표시등기'라고 약칭하고 있다. 부동산의 표시에 관한 등기는 권리에 관한 등기의 전제 내지 그 기초로서 권리의 객체인 부동산의 물리적 상황에 관한 정보가 공부상 정확히 공개한다는 점에서 의미가 있는 것이다.111)

미등기 부동산에 대해 유치권 등기를 하기 위해서는 모든 부동산이 등기부에 공시될 필요가 있으며, 가장 이상적인 방법은 등기의무자가 해당 등기를 신청하도록하는 방안이다. 그러나 등기의무자의 등기를 유도하는 것은 쉬운 일이 아니다. 소유권보존 등기를 들면 해당 부동산을 처분할 필요가 없는 소유자는 많은 비용을 들여보존등기를 신청하지 않기 때문이다. 따라서 등기의무자의 등기를 유도하기 위해서저렴한 비용으로 등기할 수 있도록 하는 유인책이 필요하다. 또한 등기의무자가 표시에 관한 등기를 하지 않는 경우 유치권 설정등기 청구권자가 등기의무자를 대위하여 등기신청할 수 있도록 하여야 할 것이다.112) 다만, 표시등기제도를 도입하는 경우 부동산 현황에 대한 공시장부인 현행 대장제도와 중복을 피하기 위한 개선이 선행되어야 할 필요가 있다.

2. 부동산 유치권의 피담보채권의 명확화

현행 민법 제320조 피담보채권의 존재와 관련한 '그 물건이나 유가증권에 관하여

할 서류. 다만, 그 부동산이 등기되지 아니한 건물인 경우에는 그 건물이 채무자의 소유임을 증명할 서류, 그 건물의 지번·구조·면적을 증명할 서류 및 그 건물에 관한 건축허가 또는 건축신고를 증명할 서류 등을 첨부하여야 한다(민사집행법 제81조 제2호).

¹⁰⁹⁾ 오시영, 앞의 "법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(I)", 제279면; 김판기, "등기강제주의 에 관한 입법론적 고찰", 「한양법학」, 제19권 제3집, 한양법학회, 2008. 10, 90-95면.

¹¹⁰⁾ 이용호, 앞의 논문, 166면.

¹¹¹⁾ 일본의 표시등기제도에 대한 상세는 이용호, 위의 논문, 166면 이하 참조.

¹¹²⁾ 이용호, 위의 논문, 173-174면.

생긴 채권'의 의미가 무엇인지 모호하고 추상적이어서 그 해결을 학설과 판례에 일임하고 있다는 문제가 있다. 뿐만 아니라 유치권을 부정하게 사용하는 주요 요인으로 작용하고 있다. 유치권은 우선변제권이 인정되지 않고, 유치권신고도 의무화되어 있지 않다는 점을 악용하여 피담보채권 범위의 불명확성을 이용하여 허위·과장의유치권신고를 함으로써 경매절차를 지연시키거나 매각가격을 하락시키는 주요 요인으로 작용하고 있는 것이 현실이다.113)

유치권의 효력이 미치는 대상의 범위에 대해서는 그 가치상승 부분에 대하여 인정할 것인가. 아니면 유치권 성립시점의 유치 목적물 전부에 대하여 피담보채권 전부를 주장할 수 있는가 문제가 있다. 이러한 문제는 피담보채권의 범위를 명확하게 규정하면 해결될 것이다. 예컨대 물건의 객관적 가치를 상승시킨 부분으로 한정한다든지, 이와 견련관계를 가지는 범위까지 인정한다든지 하게 되면 그 문제를 해결할수 있을 것이다. 즉, 새로운 입법을 통해 피담보채권의 범위를 명확하게 규정하는 것이다.

현행법상 유치권은 법률이 정하는 일정한 요건을 갖추면 성립하는 법정담보물권으로써 우선변제적 효력이 인정되지 않는 유치권자의 피담보채권에 특별한 보호가치가 있다는 점에 바탕을 둔 것이다. 이러한 특별한 보호가치가 있는 것으로 본다면민법 제320조 제1항의 '채권이 물건 그 자체에 생긴 경우'를 2013년 민법개정안처럼유치권의 피담보채권의 범위에 대해 구체적으로 '목적물에 대한 비용지출로 인한 채권'과 '목적물로 인하여 입게 된 손해배상채권'이라고 규정하는 것이 합리적이고, 이렇게 함으로써 피담보채권의 불명확성으로 인한 유치권 오·남용에 의한 폐해는 상당 부분 해결될 수 있을 것이다.

예컨대, 종래의 판례와 다수설에서 피담보채권으로 인정되었던 것들 중 일부는 피 담보채권에서 배제될 수 있다. 종래의 판례는 물건과 원래의 채권과 사이에 견련관 계가 있다면 손해배상채권과 물건과의 사이에도 견련관계가 있다고 판시한 경우¹¹⁴⁾ 와 선순위 담보권자에 대한 배당 이후에 유치권자를 포함한 나머지 일반채권자들을 동일한 순위로 보아야 한다는 취지로 판시한 것이나,¹¹⁵⁾ 견해의 대립이 있는 가등기 담보설정자의 청산금지급청구권, 임차인의 부속물매수청구권이나 지상물매수청구권 등에 대해서는 2013년 민법개정안에 의하게 되면 유치권이 인정되지 않을 수 있

¹¹³⁾ 성민섭, 앞의 논문, 195면; 이용득, 앞의 논문, 112-123면.

¹¹⁴⁾ 대법원 1976. 9. 28. 선고 76다582 판결.

¹¹⁵⁾ 대법원 2011. 6. 15. 선고 2010마1059결정.

다.116)

3. 법률상 우선변제권의 인정

유치권은 범정담보물권임에도 불구하고 우선변제권이 인정되지 않는 특이한 권리로써 목적물을 점유하면서 채무자 또는 소유자 등의 제3자를 간접적으로 강제하여 사실상 우선변제를 받을 수 있을 뿐이이며, 이에 대해서는 입법적 개선을 통하여 유치권에 우선변제권을 인정하여 경매절차 내에서 한꺼번에 해결할 수 있도록 할 필요가 있다.117)

우선변제권이란 담보물권의 성립순위에 따라 후순위 권리자들보다 환가한 매각대금에서 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리를 말한다. 물권에 관해서는 일물일권주의가 적용되고, 먼저 성립한 권리에 대해 우선적 효력을 인정하고 있는데(부동산등기법 제5조, 제6조), 현행법상 유치권은 그 예외로써 성립의 시기나 다른 담보물권과의 우열에 관계없이 목적물을 유치하면서 누구에게나 배타적인 효력으로써 유치물의 반환을 거절함으로써 사실상 우선변제를 받을 수 있도록 하고 있다. 그러나 이러한 사실상 우선변제권을 이용하여 부동산 경매절차에서 허위·과장의 부동산 유치권을 신고함으로써 앞서 살펴본 여러 폐해를 양산하시키는 오랜 문제로써 인식되고있고, 판례는 신의칙이나 권리남용 등의 법리를 통해 대항력을 제한하면서 그 성립을 축소하고자 하고 있다. 그러나 유치권의 효력과 관련한 사실상 우선변제권은 입법을 통하여 법률상 우선변제권으로 전환시키는 것이 폐해를 시정하는 근본 방안이라고 할 수 있다.

위에서 살펴본 바와 같이 유치권은 공평의 원칙에 따라 물건에 비용을 투입하여 가치를 상승시킨 자에게 그 가치상승 부분에 대해 기여를 한 자에 대하여 특별한 보호가치를 인정하여 우선변제를 인정하는 것이므로 법정담보물권으로 파악하는 것이 타당하며, 유치권이 법정담보물권으로서 제대로 기능하기 위해서는 법률상 우선 변제권이 부여되어야 한다.118) 이를 위해서는 민사집행법상 유치권의 소멸주의의 도입하여 담보물권의 성립순위에 따라 변제 및 배당을 받을 수 있도록 민사집행법도

¹¹⁶⁾ 이용호, 앞의 논문, 151면.

¹¹⁷⁾ 김영두, "부동산 유치권의 문제점에 관한 연구", 「토지법의 이론과 실무」, 법원사, 2006, 213면 이하; 김기찬, 앞의 논문, 180면.

¹¹⁸⁾ 황종술·민규식, 앞의 논문 112면

함께 개정되어야 한다. 여기에서 유치권의 성립순위와 관련하여 선순위의 우선변제 권을 가진 권리를 법률상·사실상 침해할 수 있다는 문제가 제기될 수 있지만, 부동 산 유치권 등기제도를 도입하게 되면 쉽게 해결할 수 있다.

결국 사실상 우선변제권에 따른 부동산 유치권의 폐해를 해결하고 법정담보물권으로서 기능을 제대로 수행할 수 있도록 민법 제320조에 우선변제권을 인정하는 규정을 신설할 필요가 있다. 에컨대, 민법 제320조 제1항에 "타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물권 또는 유가증권을 점유할 수 있고, 저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있다."라고 개정되어야 할 것이다.119) 또는 "유치권자는 그 목적물에 대하여 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다"라는 규정을 신설할 필요가 있다.120)

4. 소멸주의로의 전환

현행 유치권은 담보물권의 일종이지만 우선변제권이 인정되지 않기 때문에 유치 권자를 보호하기 위하여 저당권 등 다른 담보물권과는 다르게 인수주의를 채택하여 유치권자를 보호하고 있다. 그러나 실무상 부동산경매절차에서 유치권이 소멸되지 않고 매수인에게 인수하도록 하고 있어서 유치권으로 인한 여러 폐해가 발생하는 원인이 되고 있다.121)

부동산 경매절차에서 매각부동산 위에 부담된 권리의 처리여부에 관한 소멸주의와 인수주의는 모두 장·단점이 있지만, 유치권만 인수주의를 취하는 근거로는 부족할 뿐만 아니라 경매절차상 부동산 유치권의 오·남용으로 인한 폐해도 심각하다. 담보물권의 약정담보물권이냐 법정담보물권이냐는 그 성립에 있어서 차이가 있을뿐이지 그 외에는 서로 동일함에도 불구하고 민사집행법 제91조 제2항과 제4항에서 저당권은 소멸주의를 채택하면서 유치권은 인수주의를 취하는 것은 법정담보물권인 유치권을 경시한 것으로 하는 것으로 타당한 규정이 아니라고 한다. 즉, 채권자의임의경매로 인하여 강제집행이 개시되면 유치권자는 물권적 권리를 가지고 있지만단순히 물적 담보권이 보장된 채권자에 불과하므로 다른 담보권자나 일반채권자와

¹¹⁹⁾ 황종술·민규식, 앞의 논문, 112면; 이용호, 앞의 논문, 154면.

¹²⁰⁾ 이용호, 앞의 논문, 155면.

¹²¹⁾ 강희숙, 앞의 논문, 178면.

다르게 대우받는 것에 대한 근거가 전혀 없다고 한다.122)

매각부동산에 부담된 권리를 처리하는 입법은 그 나라의 부동산제도 및 금융제도를 고려하여 이해관계인들의 보호 등을 종합적으로 고려하여 결정할 필요가 있으며, 이 점에서 인수주의를 폐지하고 다른 담보물권과 같이 우선변제권을 부여하면서 소멸주의로 전환하여야 한다. 경매절차에서 유치권에 대한 인수주의를 채택함으로써 유치권자는 사실상 우선변제를 받을 수 있다는 권리가 인정되었지만, 유치권자의 안정적인 법적 지위의 보장과 부동산 거래시장의 안정을 찾아야 한다는 점에서 유치권자의 지위가 개정안 이전보다 약화된 것은 존재하지만 유치권의 폐해를 바로 잡기 위해서는 인수주의에서 소멸주의로의 전환이라는 입법적 결단이 필요하다.123)

최근 대법원 판례¹²⁴⁾는 유치권에 의한 경매의 경우 유치권이 소멸하는 것으로 판시하기도 하였으며, 2013년 법무부의 민사집행법 개정안에서 유치권도 저당권과 마찬가지로 매각으로 소멸하도록 규정하여 인수주의를 포기하고 있다. 또한 민법 개정 안은 이미 성립한 유치권이 한시적으로 존속하는 경우에 경매절차 완료된 경우에는 유치권의 소멸주의를 규정한 민사집행법 개정안 제91조 제2항에 의하여 해결할 수 있도록 하고 있다.

앞서 살펴본 바와 같이 부동산 유치권에서 인수주의를 폐지한 것은 인수주의를 취함으로써 발생하는 경매질서의 혼란, 선순위 권리자의 권리침해, 유치권자에게 우 선변제권이 인정되지 않는 문제 등의 부동산 매수인에게 발생하는 부담을 없애주어 경매가 원활하게 이루어질 수 있도록 하기 위하여 소멸주의를 채택한 것이다.

5. 경매청구권의 인정

유치권에 의한 경매절차에 의하면 부동산 유치권자에게는 우선변제권이 인정되지 않기 때문에 형식적 경매로 해석된다.125)

유치권자의 경매신청권에는 우선변제권이 없으므로, 피담보채권의 존재 등은 청구의 원인을 증명하는 정도에 한정되고 있다. 그러나 유치권자의 경매청구권을 형식적

¹²²⁾ 오시영, "부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰", 「토지법학」, 제23권 제2호, 한국토 지법학회, 2007. 12., 237-238면.

¹²³⁾ 권영준, 앞의 논문, 176면.

¹²⁴⁾ 대법원 2011. 6. 15. 선고 2010마1059 결정.

¹²⁵⁾ 김희동, "유치권에 의한 부동산경매에서 매각으로 인하여 목적부동산 위의 부담이 소멸하는지 여부와 법정매각조건", 「서울법학」, 제19권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012. 2, 41-42면.

경매로 유지할 경우 피담보채권의 불명확성으로 인한 폐해는 그대로 남을 수 밖에 없다. 따라서 피담보채권의 범위를 명확하게 하기 위하여 유치권자의 우선변제권을 인정하면서 경매청구권을 일반적인 담보물권인 저당권자와 같이 임의경매청구권으로 개정하는 것이 바람직하다.126)

민사집행법상 피담보채권의 존재를 증명하는 서류를 첨부해야 하고 경매신청서에 기재된 대로 피담보채권이 확정되고 특별한 사정이 없는 한 확장될 수 없으므로,127) 개정을 통해 유치권자의 임의경매청구권을 인정하면서 피담보채권의 내용과 금액이 특정될 수밖에 없다. 2013년 민사집행법 개정안은 유치권에 의한 경매가 개시된 후민법 개정안 제369조의2에 따라 저당권설정등기가 마쳐진 경우 저당권실행을 위한 경매가 개시된 것으로 보아 경매절차가 계속 진행하는 것으로 규정하고 있다(안 제274조). 저당권실행을 위한 경매를 다시 신청해야 하는 불필요한 절차의 방지로 저당권 실행을 위한 경매가 개시된 것으로 보아 경매절차를 속행하도록 하였다(민사집행법 개정안은 제274조).128)

6. 허위·과장 '유치권자'에 대한 처벌 강화

허위·과장의 부동산 유치권은 채무자 및 소유자와 통모하여 허위로 발생하는 경우가 다수임에도 허위신고자에 대한 처벌은 미약하게 이루어지고 있고, 결국 부동산유치권의 오·남용으로 인한 폐해의 원인 중 하나로 평가되고 있다. 129) 따라서 그보완책으로 허위·과장의 부동산 유치권으로 판단되었을 때 법원이 직권으로 그 유치권 신고자 등을 강하게 처벌할 필요가 있다. 허위·과장 부동산 유치권은 형법상사문서위조, 경매입찰방해죄, 업무방해죄, 강제집행면탈죄, 소송사기죄, 재물손괴죄, 사문서위조죄·변조 및 동행사죄 등으로 처벌할 수 있고, 민법상 그로 인한 손해에 대한 손해배상책임을 물을 수 있는데, 법원이 처벌규정을 강화하여 허위·과장 부동산 유치권을 근절하게 되면 부동산 유치권의 남용으로 인한 폐해를 근절할 수 있을 것이다.

유치권에 의한 경매를 신청한 유치권자는 일반채권자와 마찬가지로 피담보채권액

¹²⁶⁾ 이용호, 앞의 논문, 155-156면.

¹²⁷⁾ 대법원 1994. 1. 25. 선고 92다50270 판결.

¹²⁸⁾ 윤진수, 앞의 논문, 227면.

¹²⁹⁾ 황종술·민규식, 앞의 논문, 113면.

에 기초하여 배당을 받게 되므로 피담보채권인 공사대금 채권을 실제와 달리 허위로 크게 부풀리면 유치권에 의한 경매를 신청할 경우 정당한 채권액에 의하여 경매를 신청한 경우보다 더 많은 배당금을 받을 수도 있으므로, 이는 법원을 기망하여 배당이라는 법원의 처분행위에 의하여 재산상 이익을 취득하려는 행위로서, 소송사기죄의 실행의 착수에 해당한다고 보아야 한다.130)

그리고 유치권에 있어서 유치권자의 권리행사방해죄(형법 제323조)가 성립하는 경우는 거의 없지만, 드물게 소유자인 매수인이 자기물건에 대하여 유치권자의 점유목적물을 취거, 은닉, 손괴하는 경우 본죄가 성립할 수 있다.[131] 최근 대법원판결에서는 부동산경매절차에서 부동산을 매수하려는 사람이 다른 사람과의 명의신탁약정하에 그 자의 명의로 매각허가결정을 받아 자신의 부담으로 매수대금을 완납한 때에는 경매목적 부동산의 소유권은 매수대금의 부담 여부와는 관계없이 명의인이 취득하는 것이므로,[132] 명의인이 아닌 피고인이 유치권자의 점유를 침탈하였더라도 피고인의 물건에 대한 타인의 권리행사를 방해한 것으로 볼 수는 없다고 하여 파기환송하였다.[133] 권리행사방해죄는 타인의 점유 또는 권리의 목적이 된 자기의 물건을취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해함으로써 성립하므로 그 취거, 은닉 또는 손괴하여 타인의 권리행사를 방해함으로써 성립하므로 그 취거, 은닉 또는 손괴한 물건이 자기의 물건이 아니라면 권리행사방해죄가 성립할 수 없다는 법리를 오해한 것으로 보았다.[134]

7. 소 결

이상에서 부동산 유치권의 문제점에 대한 개선방안으로써 해석론에 의한 유치권 성립의 축소, 부동산 유치권의 폐지를 핵심으로 하는 2013년 민법개정안의 주요내용 을 살펴보았다.

현행 부동산 유치권제도가 많은 문제점을 가지고 있다는 점에서 대부분 모두 공 감하는 내용으로 그 성립요건이나 효력의 범위에 대한 제한적 해석을 통하여 축소 시키더라도 한계가 있을 수 밖에 없기 때문에 궁극적인 해결을 위해서는 입법론적 대안이 필요하다. 그리고 입법적 대안을 제시하더라도 부동산 유치권을 존치시키느

¹³⁰⁾ 대법원 2012. 11. 15. 선고 2012도9603 판결.

¹³¹⁾ 김재권, 앞의 책, 282면.

¹³²⁾ 대법원 2009. 9. 10. 선고 2006다73102 판결 등 참조.

¹³³⁾ 대법원 2019. 12. 27. 선고 2019도14623 판결.

¹³⁴⁾ 대법원 2017. 5. 30. 선고 2017도4578 판결 등 참조.

냐, 폐지시키느냐의 입장에 따라 달라질 수 밖에 없을 것이다.

먼저, 부동산 유치권 등기제도를 도입하여 현행 유치권제도의 문제점을 효율적으로 해결할 필요가 있다. 부동산 유치권을 폐지하게 되면 공사대금채권과 관련한 건설업 분야에 일대 혼란을 가져올 우려가 있고, 미등기부동산이나 신축 중인 건물의경우에서 발생하는 문제를 획기적으로 해결하는 방안이 나오지 않는 한 현행 유치권체계를 유지하면서 이를 보완하는 것이 타당할 것이다. 또한 채무자가 유치권 등기에 협조할 수 없는 상황의 경우를 상정하여 주택임대차보호법이나 상가건물임대차보호상의 임차권등기명령제도와 유사한 제도를 준용하여 부동산 유치권 등기명제도를 도입하여 단독신청할 수 있는 방안도 고려할 필요는 있다.

둘째, 피담보채권의 견런성과 관련하여 그 범위를 명확히 할 필요가 있다. 이에 대해서는 2013년 민법개정안의 '동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로인한 손해배상채권'(개정안 제320조 제1항)이라고 구체적으로 특정하여 개정함으로써 학설의 논란을 종식시킬 필요가 있다.

셋째, 허위·과장의 부동산 유치권이 발생할 수 있는 요인이 되고 있는 사실상 우선변제권을 법률상 우선변제권으로 전환시켜 유치권이 법정담보물권으로서의 기능을 제대로 할 수 있도록 "저당물의 경매대가에서 우선상환을 받을 수 있다" 또는 "유치권자는 그 목적물에 대하여 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다"라는 규정을 신설할 필요가 있다.

넷째, 부동산 경매절차에서 인수주의를 소멸주의로 전환하여야 한다. 법정담보물권 인 유치권에 인수주의를 취하는 것은 우선변제권이 없는 유치권자 보호라는 점을 제외하면 충분한 이유는 없다. 따라서 유치권자의 안정적인 법적 지위의 보장과 부 동산 거래시장의 안정을 위해서 소멸주의로의 입법적 결단이 필요하다.

다섯째, 부동산 유치권자에게 배당요구권이 인정되는 경매청구권을 인정할 필요가 있다. 유치권자의 경매청구권을 형식적 경매로 그대로 유지할 경우 피담보채권의 불명확성으로 인한 폐해는 그대로 남을 수 밖에 없기 때문에 유치권자의 우선변제권을 인정하면서 경매청구권을 일반적인 담보물권인 저당권자와 같이 임의경매청구권으로 개정하는 것이 바람직하다

마지막으로, 허위·과장의 부동산 유치권 신고를 한 자에 대한 처벌을 강화하여 이를 근절시켜야 한다.



제6장 결 론

이상에서 부동산 유치권의 성립, 유치권의 효력, 부동산 유치권의 문제점 등을 종합적 살펴보았다. 현행 부동산 유치권제도는 유치권을 법정담보물권의 일종으로 규정하면서도 담보물권의 본질과 다른 특성을 부여하고 있어 근본적으로 제도상 문제점을 가지고 있다. 부동산 유치권은 물권으로써 민법 제186조에 의하여 등기로써 외부에 공시되어야 하지만, 불완전한 공시수단인 점유에 의하고 있기 때문에 괴리가발생할 뿐만 아니라 허위·과장의 채권에 의한 유치권 신고가 악용되고 있고, 신의칙및 권리남용에 해당하는 경우도 많아지는 등 객관적 판단이 용이하지 않다는 문제도 있다. 이로 인하여 잦은 경매의 유찰로 부동산의 낙찰 가격이 저감되거나, 선순위담보권자의 권리가 침해되며, 매수인의 지위가 불안정하게 된다.

이와 같이 현행 부동산 유치권제도는 유치권을 법정담보물권의 일종으로 규정하면서도 담보물권의 본질과 다른 특성을 부여하고 있어 근본적으로 제도상 문제점을 가지고 있고, 이를 해결하기 위해서 민사법학계에서는 부동산 유치권의 오·남용으로 인한 폐해의 극복방안으로는 해석으로 현행법 체계 내에서 유치권의 성립이나효력(대항력)을 제한함으로써 해결하는 방법, 새로운 입법을 통해 해결하고자 하는 다양한 방법들이 제시되고 있다. 그러나 현행법상 부동산 유치권의 허위·과장으로인한 폐해를 법해석학적으로 해결하거나 유치권의 효과인 대항력을 제한하고 있지만, 신의칙 및 권리남용이라는 일반조항에 의해 해결하는 것은 또 다른 문제를 가져오며, 나아가 경매절차에서 최고가 매수인은 유치권과 관련한 분쟁에서도 유치권자를 상대로 유치권존부확인의 소나 부동산 명도소송을 통해 해결할 수 밖에 없다는한계가 있을 수밖에 없다.

따라서 허위·과장의 부동산 유치권으로 인한 폐해를 시정하는 것은 궁극적으로 새로운 입법을 통해서 제도적 문제점을 개선하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 새로운 입법을 통해서 해결한다고 하더라도 부동산 유치권을 존치시키는 방안에 의할 것이냐, 아니면 폐지하고 새로운 대안을 도입함으로써 해결해야 하느냐와 관련하여도 견해의 대립이 있다. 이러한 학계의 다양한 노력에 의하여 법무부에서 2013년 7월 17일 유치권에 관한 개정안을 국회에 제출하였으나 현재 부동산 경매절차 실무에서 부동산 유치권에 관한 분쟁은 미등기부동산이나 신축 중인 건물에 대한 것이 대부분인데, 이에 대해 한시적이지만 유치권을 그대로 인정하는 것은 적절한 해결책

을 제시한 것이라고 할 수 없다는 등의 강력한 반대론이 제기되었고, 19대 국회 임 기만료로 폐기되었다.

현행법상 부동산 유치권에 대해서는 해석론과 판례에 의해 해결하고 있지만 그한계가 있을 수 밖에 없기 때문에 궁극적으로는 민법을 포함하여 관련법의 개정을 통해 해결하여야 할 것이다. 본 논문의 목적에 따른 부동산 유치권의 개선방안의 가장 기본적인 전제는 1960년 민법 시행당시부터 존재하였던 부동산 유치권을 폐지하는 것보다는 현행법 체계를 유지하면서 유치권의 순기능을 끌어 올릴 수 있는 다양한 방안을 마련하여 보완하는 것이 타당하다는 점에서 개선방안을 제시하고자 한다.

첫째, 공시수단의 부적합성을 해결하기 위해서는 부동산 유치권 등기제도를 도입하는 방안이다. 부동산 유치권을 폐지하게 되면 공사대금채권과 관련한 건설업 분야에 일대 혼란을 가져올 우려가 있으며, 현재 부동산 유치권에서 발생하는 대부분의문제는 미등기부동산이나 신축 중인 건물의 경우에서 공사대금채권과 관련하여 발생하는 것인데, 이 부분을 예외적으로 그대로 인정한다는 것은 종래에 발생한 문제가 다시 발생할 우려가 있다는 문제가 있다. 그러나 부동산 유치권의 공시방법을 점유에서 등기로 전환하는 경우 유치권자가 유치권의 존속을 위하여 목적물을 계속점유해야 하는 부담을 덜 수 있을 뿐만 아니라 소유자도 유치목적물을 점유하면서목적물의 본래 경제적 사용목적에 부합되게 사용하여 사회경제적 이익을 도모할 수도 있을 것이다. 또한 채무자가 유치권 등기에 협조할 수 없는 상황의 경우를 상정하여 유치권자 단독으로 신청할 수 있도록 부동산 유치권 등기명제도를 도입하는 방안과 미등기 부동산의 유치권 등기를 위한 표시등기제도의 도입이나 임시등기부제도를 도입하는 것도 하나의 방안이 될 것이다.

둘째, 부동산 유치권 성립요건인 피담보채권의 범위를 물건의 객관적 가치를 상승시킨 부분으로 한정하여 규정하는 것이다. 구체적으로 2013년 민법개정안에서 제시된 '목적물에 대한 비용지출로 인한 채권'과 '목적물로 인하여 입게 된 손해배상채권'으로 명확하게 규정하게 되면, 피담보채권의 불명확성으로 인한 유치권 오·남용의 폐해는 상당 부분 해소될 수 있을 것이다.

셋째, 유치권에 우선변제권을 인정하여 경매절차 내에서 발생하는 문제를 한번에 해결할 수 있도록 하여야 한다. 즉, 유치권에 법률상 우선변제권을 인정하고 성립순 위에 따라 배당을 받을 수 있도록 하여야 한다.

넷째, 인수주의에서 소멸주의로 전환하여야 한다. 부동산거래의 혼란을 가중하는 원인이 되고, 매수인의 법적 지위를 불안정하는 인수주의를 폐지함으로써 부동산 매



수인에게 발생하는 부담을 없애주어 경매절차의 투명성과 신속 및 원활화 등을 꾀할 수 있다.

다섯째, 부동산 유치권신고제도를 의무화이다. 현행법상 유치권은 신고하지 않아도행사할 수 있게 되어 매수인 등에게 불측의 손해를 줄 우려가 있기 때문에 채권의존재, 목적물과 피담보채권과의 견련관계, 적법한 점유 등을 배당요구종기까지 구체적으로 신고하도록 의무화할 필요가 있다.

결론적으로 현행 부동산 유치권의 순기능을 고려하여 유치권제도를 존속시키는 것이 합리적이다. 이를 위해서 그 성립요건인 점유 이외에 등기를 요건으로 하는 부동산 유치권 등기제도를 도입함으로써 물권의 득실변경과 관련한 법리상 일체성과경매절차과정에서 발생하는 여러 폐해를 방지할 수 전제조건으로서의 역할을 할 수있고, 부동산 유치권에 우선변제권을 부여하면서 인수주의를 폐지하고 소멸주의로전환하고 배당권자로서의 지위를 인정하는 방식으로 부동산 유치권제도가 개선할경우 부동산 유치권에 의한 문제는 해결될 수 있을 것이며, 아울러 부동산 거래질서의 투명성과 원활화를 가져오는 등의 법적 안정성을 기대할 수 있을 것이다.



참고문헌

1. 국내문헌

■ 단행본

강위두. 「신상법강의(1)」. 형설출판사, 1986.

고상용. 「물권법」. 법문사, 2002.

곽윤직·김재형. 「물권법」. 박영사, 2019.

권영준. 「2013년 민법개정시안해설(민법총칙·물권편)」. 2013년도 법무부 연구용역 과제, 2013.

권용우. 「물권법」. 법문사, 2002.

김민중. 「물권법강의」. 로앤피플, 2007.

김상용. 「물권법」. 화산미디어, 2018.

김상원·박우동·이시윤·이재성 편저. 「주석민사집행법(Ⅲ)」. 한국사법행정학회, 2010.

김응용. 「유치권실무연구」. 유로, 2007.

김준호. 「물권법」. 법문사, 2019.

---. 「채권법」. 법문사, 2019.

김증한·김학동. 「물권법」. 박영사, 2014.

김재권. 「유치권 - 깨뜨리는 법 지키는 법」. 매일경제신문사, 2016.

김홍엽. 「민사집행법」. 박영사, 2019.

명순구. 「실록 대한민국 민법 2」. 법문사, 2010.

박준서. 「물권(2)」. 한국사법행정학회, 2000.

법무부. 「민법 재산편 개정 자료집」. 법무부, 2004.

----. 「민법개정총서(8권) - 2013년 법무부 민법 개정시안 물권편」. 법무부 민법 개정자료 발간팀, 2012.

----. 「민법개정층서 2003~2004년 법무부 민법개정안 총칙·물권편」. 2013. 2, 법무부.

법원행정처. 「법원실무제요: 민사집행(Ⅱ)-부동산집행」. 법원행정처. 2014.

송덕수. 「물권법」. 박영사, 2019.

---. 「채권법각론」. 박영사, 2019.

안종팔. 「유치권 실무사례집 : 유치권이론과 사례·판례 및 유형별 대응방법」, 2012...

이상태. 「물권법」. 법원사, 2011.

이승길. 「부동산경매론」. 법문사. 2008.

이시윤. 「신민사집행법」. 박영사, 2016.

이영준. 「한국민법론 물권법」. 박영사, 2009.

이은영. 「물권법」. 박영사, 2006.

---. 「채권각론」. 박영사, 2007.

이재석. 「유치권의 아킬레스건」. 푸른솔, 2018.

장경학. 「물권법」. 박영사, 1987.

장인태. 「유치권 이론과 실무」. 유로, 2015.

전병서. 「민사집행법」. 박영사. 2019, 204면.

정준영·이동진. 「부동산 유치권 개선에 관한 연구」. 법무부 연구용역과제보고서, 2009.

정찬형. 「상법강의(상)」. 박영사, 2014.

정희철. 「상법학」. 박영사, 1989.

지원림. 「민법강의」. 홍문사, 2011.

최기원. 「상법학신론(상)」. 박영사, 2011.

최 식. 「신물권: 담보물권법」. 박영사, 1963.

홍성재. 「물권법」. 동방문화사, 2017.

황적인. 「물권법」. 박영사, 1996.

■ 연구논문

강남진. "부동산경매에 있어서 유치권에 관한 연구". 「법학논총」. 제29권 제2호. 전 남대학교 법학연구소, 2009.

공순진. "유치권의 성립요건으로서의 견련성". 「법정리뷰」. 제21집. 동의대학교 지

- 방자치연구소, 2004.
- 권영준. "유치권에 관한 민법 개정안 소개와 분석". 「법학」. 제57권 제2호. 서울대학교, 2016. 6.
- 권용우. "물적담보제도의 과제와 전망". 「현대법학의 과제와 전망」. 신양사, 1998.
- 김계순. "유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계". 「법학논총」. 제13권 제2호. 이화여자대학교 법학연구소. 2009.
- 김기찬·이춘섭. "부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구". 「부동산학연구」. 제13권 제2호. 한국부동산분석학회, 2007.
- 김상용. "담보물권법의 과제". 「민사법학」. 제9호·10호. 한국민사법학회, 1993.
- 김상찬·정영진. "부동산 경매절차상 유치권제도의 문제점과 개선방안". 「재산법연구」. 제27권 제3호. 한국재산법학회, 2011.
- 김성수. "프랑스 민법전의 담보제도에 관한 최근 동향 2006년 신설된 민법전 제4 편의 물적 담보와 인적 담보의 개정을 중심으로-". 「법조」. 제624호. 법조 협회, 2008. 9.
- ----. "프랑스 민법전의 독립적 채무보증(garantie autonome)에 관한 연구 -개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로-". 「민사법학」. 제49 제2호. 한국민사법학회, 2010.
- 김영두. "부동산 유치권의 문제점에 관한 연구". 「토지법의 이론과 실무」. 법원사, 2006.
- 김영희. "유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력-2013년 1월 16일에 입법예고된 유치권 관련 민사법 개정안에 관한 고찰을 덧붙여". 「민사법학」. 제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013.
- 김인유. "부동산 유치권의 개선방안에 관한 연구". 「토지법학」. 제28집 제1호. 한국 토지법학회, 2012. 6.
- 김재국. "부동산 유치권의 제한". 「토지법학」. 제29권 제1호. 한국토지법학회, 2013.
- 김재형. "부동산 유치권의 개선방안 2011년 민법개정시안을 중심으로". 「민사법학」. 제55호. 한국민사법학회, 2011. 9.
- 김태관. "건축수급인의 건축 중인 건물과 건축부지에 대한 유치권". 「동아법학」. 제60권. 동아대학교 법학연구소, 2013.
- 김판기. "등기강제주의에 관한 입법론적 고찰". 「한양법학」. 제19권 제3집. 한양법 학회, 2008. 10.

- 김희동. "유치권에 의한 부동산경매에서 매각으로 인하여 목적부동산 위의 부담이 소멸하는지 여부와 법정매각조건". 「서울법학」. 제19권 제3호. 서울시립대학교 법학연구소, 2012. 2.
- 남궁술. "프랑스민법전의 유치권에 관한 연구 -개정 담보법(2006)의 내용을 중심으로-". 「민사법학」. 제49 제2호. 한국민사법학회, 2010.
- 노종천. "부동산 유치권 등기제도 도입 연구". 「토지법학」. 제31권 제1호. 한국토지 법학회, 2015. 6.
- 도두형. "부동산에 대한 상사유치권의 성부 및 대항력의 범위". 「변호사」. 제44집. 서울지방변호사회, 2013.
- 류창호. "프랑스 2006년 담보법개정의 주요 내용과 평가(Ⅱ) 동산담보·보증제도 의 개정 및 평가 -". 「외국법제동향」. 제5권. 한국법제연구원, 2008.
- 박상언. "저당권설정 후 성립한 유치권의 효력 -경매절차에서의 매수인에 대한 대항 가능성을 중심으로-". 「민사판례연구」. 제32권. 박영사, 2010.
- 박용석. "유치권의 성립요건으로서의 견련성에 관하여". 「법학연구」. 제48권 제2호. 부산대학교 법학연구소, 2008. 2.
- 박종렬. "부동산경매에 있어 유치권 신고의무". 「한국콘텐츠학회논문지」. 제11권 제2호. 한국콘텐츠학회, 2011. 2.
- 박창렬. "유치권에 의한 부동산경매에 있어서 부담의 소멸 여부 대상판결: 대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정(공2011하. 1437) -". 「재판실무연구」. 광주 지방법원, 2013. 1.
- 배용준. "유치권의 성립요건으로서의 견련관계 및 유치권의 불가분성". 「민사판례연구」. 민사판례연구, 2009.
- 서종희. "부동산 유치권의 대항력 제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립 제한으로의 재전환". 「성균관법학」. 제24권 제4호, 2012. 12.
- 성민섭. "부동산 유치권 제도의 개선을 위한 민법 등 개정 법률안에 대하여-등기부 동산에 대한 유치권 폐지(안) 등의 제고를 기대하며-". 「외법논집」. 제38 권 제1호. 한국외국어대학교 법학연구소, 2014. 2.
- 양창수. "유치권의 성립요건으로서 견련관계(Ⅱ). 「고시계」, 제350호. 국가고시학회, 1986. 4.
- 엄동섭. "유치권의 성립요건 견련성". 「고시계」. 제585호, 국가고시학회, 2005. 11.

- 엄성현·박상호. "현행 부동산 유치권의 문제점과 민법 일부 개정법률 안에 관한 검토". 「공공정책연구」. 제32권 제1호. 동의대학교 지방자치연구소, 2015.
- 염규석. "유치권에 있어서의 몇가지 문제점". 「경북대학보」. 제2권. 경북대학교 법학연구소, 1998. 4.
- 오시영. "법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(I)". 「법학논총」. 제32 집 제2호. 전남대학교 법학연구소, 2012. 8.
- ----. "법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안제시(II)". 「법학논총」. 제32 집 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012. 12.
- ----. "부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰". 「토지법학」. 제23권 제2호. 한국토지법학회, 2007. 12.
- ---. "부동산 유치권의 한계와 입법적 검토". 「토지법의 이론과 실무」. 지암 이 선영박사 화갑기념논문집. 법원사, 2006.
- ----. "유치권관련 민법 개정안에 대한 검토". 「강원법학」. 제38권 제1호. 강원대학교 비교법학연구소, 2013.
- 윤성호. "부동산 유치권 등기제도의 도입에 관한 연구". 「인문사회 21」. 제8권 제6호. (사)아시아문화학술원. 2017. 12.
- 윤진수. "유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안". 「민사법학」. 제63권 제 1호. 한국민사법학회, 2013. 6.
- 윤철홍. "유치권의 문제점과 개정 법률안에 대한 소고". 「민사법학」. 제82권. 한국 민사법학회, 2018. 2.
- 이기우. "부동산 유치권의 성립과 효력". 「토지법학」. 제22호. 한국토지법학회, 2006. 12.
- 이동진. "물권적 유치권의 정당성과 한계". 「민사법학」. 제49권 제1호. 한국민사법 학회, 2010. 6.
- 이상용. "법제사법위원회 민법개정법률안 검토보고서". 의안번호 제6019호. 2013. 12.
- 이상태. "불법행위로 인한 점유와 유치권의 배제". 「토지법학」. 제26권 제2호. 한국 토지법학회, 2010. 12.
- 이상현. "부동산경매절차에서의 유치권의 진정성립(허위유치권)에 관한 제문제". 「민사법연구」. 제18집. 대한민사법학회, 2010.
- 이완근. "유치권에 관한 연구". 「대불대학교 논문집」. 제10집. 대불대학교, 2004.
- 이재도. "부동산경매절차에서 허위유치권에 관한 문제와 개선방안". 「민사집행법연

- 구 . . 제8권. 민사집행법학회, 2012. 2.
- 이정민·이점인. "허위·가장 유치권 문제와 유치권 등기의 필요성에 대한 검토". 「민사법의 이론과 실무」. 제18권 제1호. 민사법의 이론과 실무학회, 2014.
- 이준형. "프랑스민법전 담보법 개정(2006년)의 기본방침과 개요 그리말디보고서를 중심으로-". 「민사법학」. 제49권 제2호. 한국사법행정학회, 2010. 6.
- 이진기. "담보물권으로서의 유치권-유치권의 비판적 해석-". 「안암법학」. 제8호. 안암법학회, 1999.
- 이찬양. "부동산 유치권 개정안 중 저당권설정청구권 제도 도입에 관한 고찰 부동 산 경매절차에서 선행저당권에 관한 유치권의 우열 논제를 중심으로-". 「법학논총」. 제26집 제2호. 조선대학교 법학연구원, 2019. 8.
- 이춘원. "저당권설정청구권에 관한 비교법적 고찰". 「비교사법」. 제14권 제4호. 비교 사법학회, 2007.
- 임세훈. "부동산 경매절차상 유치권의 법적 지위 및 비판적 고찰 소멸주의와 인수 주의를 중심으로-". 「민사집행법연구」. 제14권. 한국민사집행법학회, 2018.
- 장 건. "독일민법상 유치권제도에 관한 연구". 「부동산경영」. 제7집. 부동산중개학 회지, 2013. 6.
- ----. "스위스민법상 유치권제도에 관한 연구". 「민사집행법연구」. 제11권. 한국 민사집행법학회, 2015.
- ----. "유치권과 동시이행항변권의 비교에 관한 연구". 「부동산법학」. 제51권. 한국부동산학회, 2012.
- ---. "일본민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구". 「법과 정책」. 제18집 제1호. 제주대학교 법과정책연구소, 2012. 2.
- 장 건·서진형. "프랑스 민법상 유치권제도에 관한 연구". 「민사집행법연구」. 제 10권. 한국민사집행법학회, 2014. 2.
- 정기웅. "일본 메이지민법(물권법: 지역권유치권)의 입법이유 분석". 「민사법학」. 제60권. 한국민사법학회, 2012. 9.
- 차문호. "유치권의 성립과 경매". 「사법논집」. 제42집. 법원도서관, 2006.
- 최수정. "유치권과 동시이행의 항변권의 관계 정립을 위한 시론-대법원 2014. 1. 16. 선고 2013다30653 판결을 계기로-". 「민사법학」. 제77호. 한국민사법학회, 2016. 12.
- 한상곤. "민사집행절차에서 본 유치권의 개정안에 대한 고찰". 「경희법학」. 제50권

제1호. 경희대학교 법학연구소. 2015.

- 홍봉주. "부동산 유치권에 관한 개정안 검토". 「일감법학」. 제31호. 건국대학교 법학 연구소, 2015.
- 황종술·민규식. "부동산 경매절차상 허위과장유치권 근절을 위한 대책". 「주거환 경」. 제6권 제2호. 한국주거환경학회, 2008, 12.

■ 학위논문

- 강희숙. "부동산경매절차에 있어서 유치권행사에 관한 법정책적 연구". 동아대학교 박사학위논문. 2011.
- 김기찬. "부동산경매에서 유치권의 개선에 관한 연구". 건국대학교 박사학위논문. 2011.
- 김남정. "부동산 유치권의 문제점 및 개선방안에 관한 연구". 조선대학교 석사학위는 문. 2019.
- 김용수. "허위·과장 유치권행사에 대한 매수인 보호방안에 관한 연구". 가천대학교 박사학위논문. 2014.
- 김진경. "부동산경매에 있어서 유치권자의 지위에 관한 연구". 동의대학교 박사학논 문. 2007.
- 김천규. "부동산 경매에서의 유치권행사 특성 연구". 강남대학교 박사학위논문. 2017.
- 신국미. "유치권제도에 관한 연구 동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로". 고려대학교 박사학위논문. 2004.
- 엄성현. "부동산 유치권에 관한 민사법적 연구". 동의대학교 박사학위논문. 2016.
- 이강은. "부동산 유치권 제도의 문제점과 해결방안에 관한 연구". 고려대학교 박사학 위논문. 2017.
- 이용득. "부동산경매에서 유치권제도의 개선방안 사례 및 판례분석을 중심으로-". 동의대학교 박사학위논문. 2015.
- 이용호. "부동산 유치권제도 개선을 위한 입법론적 연구". 대진대학교 박사학위논문. 2019.
- 이은규. "민사유치권제도의 문제점과 개선방안". 충북대학교 박사학위논문. 2016.
- 이정민. "유치권제도 개선안에 관한 연구-민법개정안을 중심으로". 동아대학교 박사

학위논문. 2015.

- 이정배. "유치권의 민사책임에 관한 연구". 성균관대학교 박사학위논문. 2010.
- 장윤환. "부동산 유치권의 효력과 문제점에 관한 연구". 호남대학교 박사학위논문. 2012.
- 황종술. "부동산경매 이해관계인의 권리보호를 위한 유치권의 개선방안". 전주대학교 박사학위논문, 2009.
- 황희상. "부동산경매에서 유치권제도의 개선에 관한 연구". 전주대학교 박사학위논 문. 2012.

2. 외국문헌

■ 서양문헌

Ahrens, Zivilrechtliche Zurückbehaltungsrechte, 2002.

Boissonade, Projet de code civil pour l'empire du japon accompagné d'un commentaire, t. IV, E. Thorin, 1891.

Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 36. Aufl., 2012.

Emmerich, Grundlagen des Vertrags und Schuldrechts, 1974.

Enneccerus/Lehmamm, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl.

Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1995.

H. Roth, Die Einrede des Bürgerlichen Rechts, C.H.Beck, 1988.

Honsell/Vogt/Geiser, ZGBII, 2. Aufl., Helbing & Lichtenhahn, 2003.

Kaiser, Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht, 1971.

Keller, Das Zurückbehaltungsrecht. nach §273 BGB, JuS 1982.

Larenz., Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, A.T, 14.Aufl., 1987.

MüKoBGB/Emmerich, 7. Aufl., 2016.

MüKoBGB/Krüger, BGB Bd. 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 2007.

Oertmann, BGB, zweites Buch der Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Carl Heymanns

Verlag, 1928.

Palandt/Grüneberg, 75. Aufl., 2016.

Staudinger/Bittner, Staudinger-Bittner, Kommentar Zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzn, Bd. II, §273, 1995.

■ 동양문헌

近江宰抬,「擔保物權法」, 弘文堂, 1993.

内田貴、「債權總論・擔保物權(民法 Ⅲ)」、東京大學出判會、2005.

道恒內弘人,「擔保物權法」,有斐閣,2009.

末弘嚴太郎,「物權法」,日本評論社,1923.

民議院 法制司法委員會 民法案審議小委員會,「民法案審議錄(上卷)」, 1957.

石田剛・龜岡倫史・浦野由紀子、〈史料〉 留置權法(二)、「民商法雜誌」、第118卷 第3號。

松岡久和, "いま, 擔保法に何が起こっているのか", 「銀行」, 第603号, 2002.

松岡久和, "留置權に關する立法論", 「別冊 NBL」, 第69号, 2002.

松井宏興,「擔保物權法(民法講座 3)」,成文堂,2008.

我妻榮,「擔保物權法」,岩波書店,1972.

我妻榮・有泉亨・淸水元, 「民法 Ⅲ -コンメンタール擔保物權法」, 日本評論社, 1997.

藥師寺志光,「留置權論」, 信山出版社, 1990.

前田達明・古積健三郎・高橋眞、<史料> 留置權法(一), 民商法雜誌 第118卷 2號.

前田達明・原田剛, "舊民法 解題," 前田達明編, 史料民法典, 成文堂, 2004.

田中整爾,「日本注釋民法」,有斐閣,1979.

清水 元, 「留置權槪念の再構成」, 一粒社, 1988.