

부동산경매에서 유치권의 문제점과 개선방안에 대한 입법론적 검토

전 장 현*

차 례

- I. 서 론
- II. 성립상의 문제점과 개선방안
 - 1. 공시제도의 문제점과 개선방안
 - 2. 건련관계의 문제점과 개선방안
- III. 효력상의 문제점과 개선방안
 - 1. 대항력의 문제점과 개선방안
 - 2. 우선변제권 결여의 문제점과 개선방안
- V. 결 론

* 건국대학교 법학과 강사, 법학박사

접수일자 : 2011. 10. 31 / 심사일자 : 2011. 11. 25 / 게재확정일자 : 2011. 12. 7

I. 서론

유치권은 타인의 물건이나 유가증권을 점유한 자가 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우에 그 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 이는 공평의 견지에서 그 목적물 점유자의 채권을 특히 보호하여 ‘채권자 평등의 원칙’을 깨뜨리려는 데에 그 취지가 있다.¹⁾

우리 민법상 이러한 유치권은 일정한 요건을 갖추면 법률상 당연히 성립하나 목적물의 교환가치에 대한 지배권능이나 우선변제권은 없는 불완전한 담보물권으로서 저당권과 달리 등기부에 공시되지 않는다는 특징 때문에 부동산경매절차에서 많은 문제점을 안고 있다. 특히 부동산 유치권은 경매절차에서 소멸하는 것이 아니라, “유치권에 따른 피담보채권액을 변제받을 때까지 매수인(경락인)에게 대항할 수 있다.”고 규정을 함으로써(민사집행법 제91조 제5항)실정법으로는 우선변제권이 없지만, 실질적으로는 초 강력적 우선변제적 효력을 매수인에게 주장함으로써 선 순위 담보권자와 압류권자 등에게 예상하지 못한 손해와 불공정한 법률관계로 이해관계인에게는 공평의 원칙을 깨뜨리는 주요 원인으로 작용하고 있다.

이 모든 문제는 부동산에 대한 물권변동은 현행법에 의하여 등기에 의하여 공시됨에도 불구하고 유치권만은 점유라는 불확실한 공시방법에 의하여 성립하고, 부동산경매에서 유치권자의 대항력이 학설상 대립이 있어 명확하지 않으며, 민사집행법이 유치권에 대하여 인수주의(민사집행법 제91조제5항)를 인정함으로써 인하여 발생하고 있다.

따라서 본고에서는 유치권의 성립에 근본적인 문제가 되고 있는 부동산 유치권의 공시제도와 견련관계를 살펴보고, 이어서 유치권의 대항력에 대한 학설 그리고 판례를 검토한 후 이에 대한 문제점 들을 개선하기 위한 입법론적인 개선방안을 검토해 보기로 한다.

1) 김상원 외 3인 편집대표, 제2판 주석민사집행법(III), 한국사법행정학회, 2007, 339쪽.

II. 성립상의 문제점과 개선방안

1. 공시제도의 문제점과 개선방안

(1) 문제의 제기

우리 민법 제320조 1항은 타인의 물건으로부터 발생한 채권에 대하여 권련성이 인정되고 그 목적물을 점유하고 있는 경우 유치권의 성립을 인정하고 있다.²⁾ 물권은 채권과 달리 물권의 절대성과 우선변제권에 따른 거래의 안전을 위하여 물권의 존재를 인식하기 위한 공시방법이 요구되고 있다. 그래서 부동산은 등기를 동산은 점유를 공시방법으로 인정하고 있다.³⁾ 특히 부동산의 경우는 현대 자본주의 사회에 들어서 부동산의 가액이 높아지고 있고 거래의 안전을 중요하게 생각하기 때문에 부동산에 대한 명확한 공시방법이 요구된다고 할 수 있다. 그러나 유치권은 시대적인 흐름에 따라가지 못하는 점유를 공시방법으로 채택하여 부동산경매절차에서 경매안정성과 공평성에 중요한 걸림돌이 되고 있다. 부동산 물권의 공시방법인 등기제도는 현재 전국 모든 부동산에 대한 등기부가 완비되어 있을 뿐만 아니라 전산화되어 있기 때문에 이를 통하여 사법상의 법률관계가 안정적으로 형성되어 오고 있다.

그러나 유치권의 대외적인 공시 방법인 점유는⁴⁾ 점유의 추상성, 지속성, 불특정성, 불정형화, 불완전한 공시성 등으로 부동산의 이용과 거래의 안전 그리고 유치권자 뿐만 아니라 이해관계인의 권리도 침해하는 문제가 발생하고 있다. 집행법원에서는 위와 같은 유치권에 따른 공시방법의 불완전성으로 법원의 현황조사보고서를 비롯한 매각물건명세서에 유치권자의 신고를 통하여 단지 “유치권 신고 있음” 또는 “유치권 신고 있으나 그 성립여부는 불분명함”으로만 표시함으로써 채권자들에게 채권회수가 완전하지 못하고 매수자 입장에서도 공시방법이 불완전한 상태에서 경매절차에 참여하게 되어 유치권이 미치는 영향이 상당하다.

2) 광윤직, 물권법(민법강의Ⅱ), 박영사, 2011, 285-287쪽.

3) 김용한, 물권법론, 박영사, 1996, 60쪽.

4) 이재성, “유치권의 담보물권으로서의 성격”, 『민사법학의 제문제』, 박영사, 1990, 315쪽.

그리고 연혁적으로 로마법의 악의의 항변에서 유래하여 프로이센일반주법이 부동산에 대한 유치권을 담보물권으로 규정한 1794년은 부동산에 대한 등기제도가 정착되지 못한 시대였기 때문에 점유에 공시의 효력을 인정할 현실적인 필요성이 있었지만⁵⁾, 현재는 전국 모든 부동산에 대한 등기부가 완비되었을 뿐만 아니라 전산화되었기 때문에 동산에서나 인정되는 점유를 공시방법으로 인정하여 부동산 유치권의 절대성을 인정하는 것은 시대정신에도 맞지 않는다.

더구나 유치권의 소멸과 관련하여서도 민법 제328조는 “유치물에 대한 점유를 상실할 때 유치권이 소멸한다.”고 하여 부동산에 대한 유치권의 성립 및 존속에 부동산 점유를 요구할 뿐 다른 부동산 물권처럼 공시를 요구하고 있지 않기 때문에 목적 부동산에 대한 다수 이해관계인의 법률관계를 불안정하게 하고 있어⁶⁾이에 대한 개선방안이 절실한 실정에 있다.

(2) 공시제도의 개선방안에 대한 유형

유치권은 단순한 점유를 매개로 하여 피담보채권과 담보물의 긴밀한 견련관계를 가진다는 이유만으로 부동산 물권의 공시방법인 등기로 하지 않고 점유를 공시방법으로 인정하고 있는데, 이는 유치권 제도의 근거로서 제시되어 온 공평의 원칙만으로는 충분히 납득할 이유가 되지 못한다는 비판이 일고 있다.

그래서 담보물권으로 법제화된 현실에서 부동산유치권을 등기할 수 있는 권리로 등기부에 공시하여 법적안정성과 물권의 질서가 흐려지는 것을 막고 유치권자는 계속해서 점유해야 하는 부담에서 벗어날 수 있도록 다양한 견해가 제시되고 있는데, 이에 대한 내용을 아래에서 살펴보도록 한다.

1) 유치권등기 명령에 의한 유치권등기제도의 도입

유치권등기의 방법으로는 등기권리자와 등기의무자가 공동으로 신청하

5) 광윤직(편집대표), 민법주해(VI) 물권(3), 박영사, 1992, 276쪽.

6) 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 『토지법학』 23-2호, 한국토지법학회, 2007, 216쪽.

는 공동신청주의가 원칙이겠지만 부동산 경매절차에서의 채무자나 소유자의 경제적인 사정으로 도피중이거나 그 행방을 알 수 없는 경우가 있다. 이때에는 현행 주택임대차보호법(제3조의 3)과 상가건물의 임대차보호법(제6조)에 있는 임차권등기의 절차와 유사한 유치권등기명령을 원인으로 유치권등기를 하여 공시방법을 개선하자는 견해가 있다.⁷⁾

유치권등기명령은 소유자 또는 채무자의 협조를 받아서 하는 것은 현실적으로 어려움이 있을 수 있기 때문에 임차권등기의 경우처럼 유치권자의 단독으로 관할법원에 신청하여 유치권등기가 이루어지면, 유치권자가 유치물을 점유하지 않고서도 채무자가 목적물을 사용·수익할 수 있기 때문에 사회적·경제적으로 비용을 줄일 수 있는 토대가 될 수 있다는 점에서 긍정적인 면이 있다.

그러나 유치권등기는 유치권 등기명령이라는 결정절차에서 피담보채권액을 확정하는 일이 곤란할 수도 있으며, 임차권등기명령이 비교적 단순한 사건을 대상으로 하고 있는데 이를 유치권등기명령에 도입하는 경우에는 상대방의 권리를 침해할 수 있는 여지도 있을 수 있다.

따라서 유치권등기명령제도는 임차권등기명령제도를 그대로 수용하여 입법화할 것이 아니라 채무자나 이해관계인들도 보호받을 수 있는 입법론적인 보완 방안이 필요하다고 본다. 예컨대 임차권등기(주택임대차보호법 제3조의 3)는 임차권등기명령시에 담보제공에 관한 규정을 두고 있지 않지만 유치권등기명령신청시에는 민사집행법 280조 제2항에서 제4항까지를 준용하도록 입법화하여 담보제공을 강화하여야 하고, 임차권등기는 민사집행법 제283조 제1항을 준용하여 이의신청을 채무자로 한정하고 있지만, 유치권등기명령제도에서는 동법 제90조에서 규정하고 이해관계인의 범위로 확대하여 이해관계인들도 유치권등기명령의 결정에 대하여 이의할 수 있도록 확대하고, 유치권등기명령에 따른 촉탁등기가 이루어진 이후에도 유치권등기가 원인 무효 등의 사유가 있는 경우에는 이해관계인은(민사집행법 제90조) 유치권부존재 확인의 소나 배당이의 및 배당이의

7) 이재도, ‘부동산경매절차에서 허위유치권의 문제점과 개선방안 -집행법원의 역할을 중심으로-’, 『한국민사집행법학회 2011년도 하계학술대회 발표논문집』, 한국민사집행법학회(2011,6), 29쪽.

소 등의 방법에 의하여 충분히 진위 여부를 다투어 해결할 수 있도록 하는 등 유치권자의 상대방도 보호받을 수 있는 방안이 필요하다고 본다.⁸⁾

2) 비용지출자 등의 저당권설정청구권제도의 도입

사회경제적으로 중요한 문제로 부각되고 있는 부동산 유치권에 관하여 2004년 민법개정안을 작성할 당시 민법개정 특별분과위원회에서는 민법상의 부동산 유치권을 폐지하고 이를 법정저당권으로 전환할 것인지 논의의 하기도 하였으나, 유치권에 관한 개정은 장기과제로 남겨두고 개정안을 마련하지 못하였다.

이후 2010년도 민법개정위원회에서 마련한 개정안 중의 하나가 부동산 유치권에 관한 것이다. 민법개정위원회의 개정안에서는 유치권의 목적물에 동산과 유가증권은 종래와 마찬가지로 포함하지만, 부동산은 그 목적물에서 원칙적으로 제한하기로 하였다. 이에 대한 근거는 동산의 공시수단은 점유이기 때문에 점유자에게 유치권을 인정하는 것은 체계상 문제가 없으나 부동산물권은 공시수단으로 등기제도가 마련되어 있으므로 부동산 점유자에게 유치권이라는 강력한 물권을 인정하는 것은 부동산에 대한 점유를 부동산물권에 대한 공시수단으로 인정하는 것과 같아서 공시제도의 혼란을 초래할 수 있고 유치권이 성립하기 이전에 저당권을 취득한 사람등에게 불측의 손해를 발생하게 할 수 있다는 점을 들고 있다.⁹⁾ 그래서 개정안에서는 미등기 부동산에 대해서는 유치권이 성립하지만 그 부동산에 소유권 보존등기를 마친 경우에는 그 때부터 일정한 기간내에 저당권을 설정하도록 하고 그 기간내에 저당권을 설정하거나 저당권설정청구권이 소멸하면 유치권이 소멸된다고 규정하고 있다.¹⁰⁾ 개정안은 유치권을

8) 이에 대한 세부적인 내용은 본고의 논지 이외에 해당하는 내용으로 추후의 연구과제로 한다.

9) 김재형, “부동산 유치권의 개선방안-2010년 민법개정시안을 중심으로-”, 한국민사법학회 2011년도 하계정기학술대회 발표논문, 한국민사법학회(2011.6), 291쪽.

10) 민법 개정안 제320조 제1항은 “타인의 동산을 점유한자는 그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 동산을 유치할 권리가 있다. 유가증권의 경우에도 또한 같다.”고 규정하고 있다. 그리고 동법 제320조 제2항에서는 “미등기 부동산의 경우에 제1항을 준용한다. 이 경우 그 부동산에 제1항의 채권을 담보하기 위한 저당권 설정등기가 경로되거나

저당권이라는 공시방법으로 개선하여 민사집행법 제91조 제2항에 따른 ‘소제주의’를 적용하고자 하였다는 점에서는 긍정적인 면이 있다.

그러나 본 개정안은 유치권자가 현행법과 동일하게 목적물의 점유를 계속하고 있는 경우에만 보호를 받을 수 있다는 점, 부동산을 점유하고 있는지 여부가 불분명한 경우가 많아 실무상 문제되고 있는 경우가 많은데 이와 같은 문제가 지속될 수 있다는 점 그리고 유치권자의 변제기에 대한 진정성여부와 유치권의 행사에 대한 기간도 제한을 두고 있어 악용의 소지와 혼란의 여지가 있다.

3) 부동산 유치권의 법정저당권제도의 도입

유치권의 법정담보물권법성을 고려하여 법정저당권 제도의 도입을 검토해 보자는 견해도 있다.¹¹⁾ 민법은 토지 임대인이 변제기를 경과한 후 2년의 차임채권에 대하여 그 지상에 있는 임차인 소유의 건물을 압류한 때에는 저당권과 동일한 효력을 인정하고 있으며(민법 제649조), 건물 기타 공작물의 임대인이 임대차에 관한 채권에 대하여 그 건물 기타 공작물에 부속한 임차인의 소유의 동산을 압류한 때에는 질권과 동일한 효력을 인정(민법 제650조)하고 있는데, 위와 같이 유치권자가 유치권에 기한 동산 또는 부동산을 압류 한 때에는 법정질권 또는 법정저당권과 동일한 효력을 인정하자는 것이다.

부동산 유치권을 법정저당권으로 개정하면 성립 및 존속요건에 있어서는 당해 부동산의 점유의 계속을 그 요건으로 하지 아니하고 부동산에 ‘압류’라는 공시방법을 그 요건으로 한다. 그러므로 압류 이전에 발생한 당해 부동산에 관하여 발생한 채권만이 피담보채권으로 확정된다. 그러므로 채권자에게 실정법상 우선변제권이 규정되어 있지 않음에도 사실상 최우선변제권이 인정되는 현행 유치권제도의 모순을 해결하는 기능을 할 수 있다는 견해가 있다.¹²⁾

(된 때 또는) 그 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 유치권이 소멸한다.” 라고 규정을 하고 있다.

11) 오시영, 앞의 글, 222쪽.

12) 김영두, “부동산 유치권의 문제점에 관한 연구”, 토지법의 이론과 실무, 『지엄이선영

그러나 유치권의 법정저당권은 부동산에 관하여 발생한 채권에 대하여 집행권원을 받아 압류를 해야 하는 문제가 있다. 우선 집행권원을 받는 문제와 관련하여 최근에는 부동산에 대한 유치권의 피담보채권액이 고액인 점을 감안하여 채무자와 가장 유치권자가 허위의 피담보채권을 가지고 법원으로 부터 기판력 있는 집행권원을 만들어 부동산에 압류를 하는 상황까지 가고 있는 실정이다. 이러한 현실을 감안하여 볼 때 법정저당권을 입법화하여 유치권에 따른 피담보채권액을 집행권원으로 하는 경우에는 오히려 더 큰 문제를 발생시킬 여지가 있다. 그리고 설사 압류를 한다고 하여도 그 압류에 따른 효력이 법정저당권의 효력인지 여부를 부동산 등기부에 표시된 '압류'만으로는 일반인들이 쉽게 분간할 수 없는 단점 등도 있어 동의하기가 어렵다.

(3) 유치권설정청구권에 의한 공시제도의 입법론적인 개선방안

유치권설정청구권이란 타인의 부동산에 대한 비용지출로 부터 발생한 채권에 관하여 유치권설정청구권을 행사하여 공시방법을 점유에서 등기로 개선하고 유치권자에게 직접 물권적인 효력을 부여하는 제도이다. 그런데 일부 건물은 미등기건물인 경우도 있어 유치권등기를 할 수 없는 경우가 있다.

그래서 아래에서는 우선 유치권설정청구권제도에 따른 공시방법의 입법론적인 개선방안을 살펴보고 이어서 미등기 건물에 대한 개선방안도 고찰하여 보고자 한다.

1) 유치권설정청구권에 의한 입법론적 개선방안

유치권설정청구권이란 타인의 부동산에 대한 비용지출로 부터 발생한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 유치권의 설정을 청구할 수 있는 제도이다. 유치권설정청구권은 민법 제666조와 유사한 점이 있지만 본 규정은 일의 완성을 목적으로 하는 도급계약에서만 적용되기 때문에¹³⁾ 유치권설정청구권의 규정을 마련할 필요가 있다.

박사화갑기념논문집』, 법원사, 2006, 213쪽.

따라서 다음과 같은 입법론적인 방안이 필요하다.

현행규정	개정안
<p>「민법」 제320조(유치권의 내용) ① 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다. ② 전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에는 적용하지 아니한다.</p>	<p>「민법」 제320조(유치권의 내용) ① 타인의 동산 또는 유가증권을 점유한 자는 그 동산이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다. ② 타인의 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권이 있는 경우에 채권자는 그 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 유치권의 설정을 청구할 수 있다. ③ 유치권자는 유치권설정청구권을 행사하여 유치권등기를 마치면 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다 ④ 제1항, 제2항의 규정은 불법행위로 인한 경우에는 적용하지 아니한다.</p>

개정안은 민법 제320조 1항에 대하여 “타인의 동산 또는 유가증권을 점유한 자는 그 동산이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다.” 로 개정을 하여 동산과 유가증권에 대해서는 종전과 같이 공시방법을 점유로 하는 방안으로 한다. 그러나 부동산에 대해서는 유치권에 관한 권리관계나 사실관계를 부동산 등기부라는 공적장부에 객관적으로 공시함으로써 불완전한 공시로 인한 거래의 안전과 공평성의 문제를 해결하도록 한다. 그래서 민법 제320조 제2항을 “타인의 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권이 있는 경우에 채권자는 그 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 유치권의 설정을 청구할 수 있다.” 라고 하여

13) 곽윤직, 앞의 책, 331쪽; 임정평, 채권각론, 법지사, 1995, 447쪽에서 “도급인의 저장권설정청구권은 구민법에는 없었던 것으로 현대 민법이 독일민법 제648조 1항을 본받아 새로 제정한 것으로서 수급인의 청구권의 행사로 곧 저장권이 설정되는 것은 아니며 도급인이 그 청구에 응하여 승낙을 하고 등기를 갖추었을 때에 저장권이 성립한다.”고 한다.

부동산 유치권을 유치권설정청구권을 행사하여 등기를 할 수 있도록 공시방법을 등기로 개선을 한다.

개정안의 유치권자는 타인의 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권이 있는 경우에 유치권설정청구권을 행사할 수 있으며 상대방이 승낙을 한 때에 유치권설정의 합의가 성립하고(물론 상대방은 승낙할 의무가 있다) 그 등기를 한 때에 비로소 유치권이 성립하게 된다.¹⁴⁾ 바꾸어 말하면 유치권자는 타인의 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권에 대하여 유치권설정청구권에 따른 채권적 청구권을 취득하며¹⁵⁾ 이에 대하여 상대방으로부터 동의를 받거나 판결을 받아 등기를 하였을 때 유치권이 성립하게 된다.¹⁶⁾ 만일 상대방이 유치권설정등기에 동의를 하여 주지 않거나 제3자에게 양도할 우려가 있는 경우에는 가등기가처분으로 그의 청구권을 보전하거나¹⁷⁾ 가처분을 신청한 후 유치권설정등기를 청구하는 소를 제기하면 된다.

위와 같이 타인의 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권에 대하여 유치권설정청구권을 행사하여 유치권등기를 하면 그때부터 유치권이 성립한 것으로 공시방법을 점유에서 등기로 개선하여 거래의 안전과 형식주의를 취하는 우리 법체계에도 일치하도록 한다. 그리고 이어서 유치권자에게 등기를 한 때로부터 직접 물권적인 효력을 인정하도록 하며, 이에 대한 구체적인 개선방안은 다음 장에서 살펴보도록 한다.

2) 미등기건물에 대한 공시제도의 개선방안

유치권등기를 하기 위해서는 부동산이 등기가 되어 있어야 한다. 그런데 건물을 완공하지 못한 미등기건물은 원칙적으로 등기가 가능하지 않기 때문에 유치권설정청구권을 행사하여 등기를 할 수 없게 된다. 따라서 이에 대한 해결방안으로 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 의하여

14) 박윤직, 물권법(민법강의Ⅱ), 박영사, 2011. 332쪽; 김준호, 민법강의(제17판), 법문사, 2011. 864쪽.

15) 김준호, 앞의 책. 864쪽; 이동진, “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”, 민사법학 제 40-1호, 2010.6., 58쪽.

16) 김형배·김규완·김명숙, 민법학강의-이론·판례·사례-, 신조사, 2011, 771쪽.

17) 박윤직, 앞의 책. 332쪽; 임정평, 앞의 책 448쪽.

등기가 가능한 미등기 건물과 등기를 할 수 없는 미완성 건물로 나누어 살펴보도록 한다.

가. 유치권설정청구권에 의한 유치권등기의 방안

미등기 건물 중 아직 사용승인을 받지 아니한 건물에 대해서는 소유권 보존등기를 허용하여서는 안 된다는 건축행정법상의 원칙과 채무자 소유의 부동산 인 이상 부동산 집행의 방법으로 강제집행을 할 수 있어야 한다는 사법상의 원칙이 충돌하는 문제가 발생하고 있다. 그래서 민사집행법은 이를 조화롭게 해결하기 위하여 제81조 1항 2호 단서규정을 신설하여 미등기건물 중 일정범위, 즉 적법하게 건축허가나 건축신고를 마친 건물로서 사용승인을 받지 아니한 경우에는 부동산집행의 방법으로 집행할 수 있는 길을 마련하였다.¹⁸⁾

위와 같은 규정의 신설로 미등기건물에 대하여도 강제경매를 할 수 있는데 “강제경매의 규정은 담보권의 실행을 위한 경매에도 적용된다(민사집행법 제81조 제1항 제2호, 제268조).”고 규정을 하고 있다. 그러므로 일정범위의 미등기건물의 소유권에 대하여 담보권실행을 위한 경매를 원인으로 경매를 신청하면 법원은 관할 등기소에 등기촉탁을 하게 되고 등기관은 미등기건물에 대하여 소유권보존등기를 한다.¹⁹⁾

따라서 유치권자는 경매신청권(민법 제322조제1항)에 따라 경매를 신청하고(민사집행법 제264조 제1항)이어서 미등기 건물에 대하여 소유권보존등기가 경료되면 이때 유치권설정청구권에 따른 유치권등기를 하면 된다.

나. 등기할 수 없는 미완성건물에²⁰⁾ 대한 개선방안

등기할 수 없는 미완성건물은 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에도 해당하지 않기 때문에 유치권등기를 할 수 없고 오랜 기간 흉물스런 건물로 방치되어 범죄자들의 서식처로 제공될 뿐만 아니라 개인적으로나 국가적으로도 큰 손실이 이어지고 있다. 따라서 이에 대한 개선방안이 필

18) 김상원 외 3인 편집대표, 앞의 책, 187쪽.

19) 김상원 외 3인 편집대표, 앞의 책, 195쪽.

20) ‘미완성’이라는 명칭은 등기가 가능한 미등기건물과 달리 부동산등기를 할 수 없기 때문에 이를 구별하기 위하여 본고에서는 ‘미완성건물’이라고 칭하기로 한다.

요한 실정이다.

그런데 판례는 “아직 건물로서 인정할 수 있는 단계에 이르지 아니한 미완성건물은 토지의 부합물로 볼 수 없으며 독립하여 거래의 객체가 될 수도 없어 유체동산집행의 대상으로 할 수 없다.”고 한다²¹⁾.

그러나 일반매매에서는 미완성 건물에 관하여 그 건축의 진척 정도 여하에 불구하고 축조된 정도에 따른 가치평가에 의하여 거래를 하고 있는 점²²⁾ 건축법에서도 건축허가를 받은 자 또는 신고를 한 자가 반드시 건물을 완공하도록 요구하고 있지도 않고²³⁾ 건물을 완공하기 전에도 양도가 이루어지고 있는 점, 위와 같이 보존등기적격 기준 미달인 건축 중의 건물이라 하더라도 유체동산집행의 대상인 민사집행법 제189조 제2항 제1호 소정의 “등기할 수 없는 토지의 정착물로서 독립하여 거래의 객체가 될 수 있는 것”에 해당한다는 주장하고 있는 점²⁴⁾ 유체동산의 강제집행을 인정하게 되면 유치권자는 매각대금으로부터 채권회수를 할 수 있기 때문에 목적물에 대한 압류를 거부할 이유가 없다는 점²⁵⁾ 미완성건물로서 경매 처분도 할 수 없고 일반매매로만 처분을 해야 하는데 일반매매로 신축 중이었던 건물을 양도하려면 건물에 대한 매도가액, 부채정리 등의 어려움이 있는 점, 미완성 건물은 장기간 흉물스러운 건물로 방치되어 범죄자들의 서식처로²⁶⁾ 사용되는 문제 등으로 결국 채무자와 유치권자 그리고 국가적으로 막대한 손해를 입게 되는 문제가 발생하게 되는데, 과연 이런 미완성 건물들이 전국에 산재하고 있는 현실에서 유체동산의 집행을 계속 부정만 할 수 있는지 대단히 의문이다.

21) 대판 1995. 11. 27, 95마 820.

22) 이우재, “미완성건물의 경매방법 시론”, 『한국민사집행법학회집 민사집행법 연구』 제2권, 한국 사법행정학회, 2006. 277쪽.

23) 건축법 제10조, 동법 시행령 제12조.

24) 이우재, 앞의 글, 263쪽.

25) 이우재, 앞의 글, 263쪽에서 “일반적으로 미 완성건물은 유치권자가 점유를 하고 있는 경우가 많기 때문에 유체동산의 강제집행을 할 수 없었는데 만약 유체동산의 집행을 인정하면 유치권자가 그 매각대금으로부터 채권회수를 할 수 있기 때문에 점유를 거부할 이유는 없을 것이다.”라고 한다.

26) 가출한 불량청소년들이 건축 중 방치된 미완성건물에서 본드를 흡입하거나 집단혼수를 하는 경우가 많다는 사실은 흔히 경험하는 바이다.

학계에서도 이에 대한 해결방안으로 다양한 견해가 제시되고 있는데 첫째, 건조중의 선박의 경우에 일단 등기를 하고 저당권까지 설정할 수 있는(선박등기처리규칙 제36조) 것과 같이 미완성 건물의 경우에도 건축정도에 상관없이 부동산으로 볼 수 있다는 정도까지만 건축되면 일단 보존 등기를 하고 경매할 수 있다는 견해²⁷⁾ 둘째, 유체동산의 경우처럼 공사현장에 압류 사실 및 경매중인 사실을 공시하는 표지를 부착하는 견해²⁸⁾ 셋째, 사회통념상 아직 건물이라고 볼 수 없는 단계에 있는 상태라면 동산으로 취급하여 유체동산집행의 방법에 의할 수밖에 없기 때문에 이 경우에는 법정질권(민법 제648조, 제650조)의 예에 의하여 동산을 압류하면 법정질권을 인정하는 것이 제3자와의 관계에서 타당하다고 보아 이에 대한 입법을 하는 것이 바람직하다는 견해 등이 제시되고 있다.²⁹⁾

사건으로도 미완성건물을 법 제도적인 범위 이외로 방치하여 양당사자와 국가적인 손실로 이어지는 것을 방관 할 것이 아니라 거래 계에서는 이미 미완성건물을 거래의 목적물로 삼아 자유로이 거래를 하고 있고, 일본의 경우에는 아예 등기되지 아니한 건물을 유체동산으로 취급하여 위와 같은 문제를 해결하고 있듯이³⁰⁾ 우리나라도 이제는 미완성건물을 장기간 방치할 것이 아니라 유체동산집행방법으로 신속히 해결할 시점에 왔다고 본다.

따라서 미완성건물에 대해서는 유체동산에 대한 강제집행(민사집행법 제189조 제2항제1호)의 해석론적인 방안으로 유치권자와 채무자의 피해를 최소화하고 국가적으로도 미완성건물을 방치함으로써 생기는 사회적 비용의 증가를 방지하여야 할 것으로 본다.

27) 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 토지법학 23-2호, 한국토지법학회, 2007, 226쪽.

28) 이우재, 앞의 글, 280쪽.

29) 오시영, 앞의 글, 226쪽.

30) 일본 민사집행법 제43조는 부동산집행의 대상에서 “등기할 수 없는 토지의 정착물을 제외한다.”고 규정하고 있고, 나아가 동산에 대한 강제집행을 규정하고 있는 제122조 제1항에서 “등기할 수 없는 토지의 정착물”을 동산집행의 대상으로 명확히 규정하고 있어, 일본에서는 미완성 건물에 대하여 부동산집행이 개시되지 아니하고 동산에 대한 강제집행에 의한다고 한다(이우재, 앞의 글 257쪽).

2. 견련관계의 문제점과 개선방안

(1) 문제의 제기

유치권이 성립하려면 피담보채권이 목적물에 관하여 생긴 것이어야 하는데(민법 제320조 제1항)이를 채권과 목적물 사이의 ‘견련관계’라고 한다. 그런데 목적물에 관하여 생긴 채권이 구체적으로 어떤 것을 의미하는지가 분명하지 않기 때문에 견해가 대립하고 있으며³¹⁾ 2010년도 민법개정위원회에서 마련한 개정안도 확대해석의 문제를 안고 있다.

(2) 학설, 판례 등의 견해

목적물과 피 담보채권 사이의 견련성에 대하여 학설은 일원설과 이원설이 대립하고 있는데 다수설은 이원설을 취하고 있다.³²⁾ 이원설은 견련관계의 기준을 유형화하여 이원적으로 설명하는 견해로서 첫째, 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우와 두 번째, 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 동일한 사실관계로부터 발생한 경우에 채권과 목적물 사이의 견련성이 인정된다고 한다.³³⁾ 그런데 이원설에서 주장하고 있는 두 번째 기준은 유치권의 성립요건여부에 관한 실질적인 판단기준으로서 제대로 기능하지 못하고 있기 때문에 포기해야 한다고 비판을 하고 있는데³⁴⁾, 이는 이원설의 해석이 독일민법 제273조 제1항·제2항의 명문규정과 일치하는 것으로 독일민법은 유치권을 채권적 반환거절권으로 구성하고 있는데 우리민법은 물권법으로 유치권을 수용하면서 독일민법 제273조가 제시하는 두가지 기준을 그대로 사용하고 있기 때문이라고 한다.³⁵⁾

유치권에 대한 판례 중 어떠한 채권과 물건사이를 견련관계로 인정할

31) 이춘원, “부동산경매에 있어서 유치권의 효력범위에 관한 연구”, 부동산학보, 한국부동산학회, 2010, 제43집, 37-38쪽.

32) 박윤직, 물권법, 박영사, 1999, 386쪽; 김용한, 물권법, 박영사, 1999, 478-479쪽; 권용우, 물권법, 법문사, 2005, 452쪽.

33) 이영준, 물권법(민법강의 II), 박영사, 2009, 765쪽; 김형배·김규환·김명숙, 민법학강의(이론·판례·사례), 신조사, 2011, 722-725면.

34) 김준호, 앞의 책, 810쪽

35) 이영준, 앞의 책, 767쪽; 양창수, 앞의 글, 227쪽 이하.

것인가에 관하여, 통상 법원은 ‘물건에 관하여 생긴 채권’이라는 법조문을 그대로 인용하여 사용하고 논리적 일관성의 유지보다는 공평의 원칙에 비추어 유치권의 성립여부를 판단하고 있다.³⁶⁾ 그러나 이 기준이 유치권이 성립하는 경우를 적절하게 설명하지 못하고 있을 뿐만 아니라 그 인정범위를 지나치게 넓게 보고 있다고 한다.³⁷⁾

그리고 2010년도에 민법개정위원회에서 마련한 개정안은 현행법이 ‘물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권’이라는 표현이 매우 모호하여 유치권의 성립요건으로 논란의 소지를 안고 있기 때문에 한정적으로 표현하기 위하여 ‘비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권’에 대해서만 유치권을 인정하기로 하였으며 이는 종래 유치권이 인정되는 전형적인 형태를 ‘물건에 대하여 비용을 지출한 경우’로 상정한 것이라고 한다.³⁸⁾ 그러나 개정안의 ‘그 밖에 이와 유사한 채권’의 경우에 채권과 목적물사이의 견련관계에 따른 유치권의 성립을 인정 하는데는 그 내용이 추상적인 점이 있으며 확대해석의 여지가 있다. 더구나 독일과 프랑스는 부동산에 대하여 유치권을 물권으로 인정하지 않고 개별적인 급부거절권능 형식으로 채권으로 규정을 하고 있는 점을³⁹⁾ 비추어 보았을 때도 채권과 목적물 사이의 견련관계가 명료한 경우로 한정하여 유치권으로 인정을 하여야 할 것으로 본다. 그리고 개정안이 종전과 동일하게 유치권의 성립요건을 점유로 하고 있는 내용에서는 더욱 견련성에 대한 명료성이 요구된다고 본다.

36) 좌윤직 편집대표, 앞의 쪽, 379쪽; 대판 2007.9.7. 선고 2005다16942에서는 민법 제 320조 제1항에서 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’은 유치권 제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우는 물론이고 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우도 포함한다고 판시를 하여 다수설의 입장을 취하고 있으며 확대해석의 여지를 안고 있다.

37) 김재형, 앞의 글, 283쪽; 이춘원, 앞의 글, 42-43쪽; 이영준, 앞의 책, 767쪽에서 이원설의 두 번째 기준은 독일민법 제273조 제2항에 부응하는 것으로서 유치권을 채권적 반환거절권으로 구성하고 있는데 우리민법이 이를 독립된 물권으로 구성하여 해석하는 것은 우리민법의 체계에 반한다고 한다.

38) 김재형, 앞의 글, 283쪽.

39) 我妻榮, 擔保物權法, 岩波書店, 昭和43 1968, 22頁; 양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계”, 법률학의 제문제: 유기천박사고회기념, 1988, 398쪽.

(3) 입법론적인 개선방안

앞에서 살펴본 바와 같이 유치권이 성립하기 위해서는 채권과 목적물의 사이에 걸연관계가 있어야 한다. 그러나 목적물에 관하여 생긴 채권이 구체적으로 어떤 것을 의미하는지가 분명하지 않기 때문에 걸연관계가 일치하지 않고 있다. 그리고 민법개정위원회의 ‘비용지출로 인한 채권’은 걸연관계가 한정적으로 표현을 하고 있어 유치권의 성립을 인정하는데에 타당하다고 볼수가 있지만 ‘그 밖에 이와 유사한 채권’의 경우는 확대해석의 여지가 있다.

따라서 민법 제320조 제2항을 “타인의 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권이 있는 경우에 채권자는 그 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 유치권의 설정을 청구할 수 있다.”라고 개정을 할 필요가 있다. 여기서 ‘타인의 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권’에 대한 걸연성은 이원설의 첫 번째 기준에 해당하는 채권이 목적물로 자체로부터 발생한 범위 내에 해당하는 내용으로 학설과 판례가 유치권을 인정하는 것에 대하여 대체적으로 이견이 없다.⁴⁰⁾ 한편 채권이 목적물로 자체로부터 발생한 경우는 ① 목적물에 지출한 비용의 상환청구권과 다른 하나는 ② 목적물로부터 받은 손해의 배상청구권으로 구분되는데⁴¹⁾ ①의 경우는 부동산에 지출한 비용이 물건에 반영되어 그 물건의 가치를 유지·증대시킨 경우이며⁴²⁾, ②의 경우는 목적물로부터 입은 손해에 대한 배상청구권으로서 이웃에 공이 날아 들어가서 유리창을 깬 경우나 A의 말이 B의 농작물을 먹어 손해를 입힌 사안 등이다.

여기서 ①의 경우는 부동산에 지출한 비용을 통하여 물건의 가치를 유지하거나 증대시킨 경우로서 결국 소유자의 이익으로 돌아가는 것이므로, 유치권을 인정하더라도 소유자를 특별히 불리하게 하지는 않는다.⁴³⁾ 그러나 ②의 경우인 물건으로 인해 입은 손해의 배상청구권에 대해서는 계약관계가 존재하는 경우에는 채무불이행책임으로 처리하는 것이 타당하

40) 이준우, 앞의 책, 804쪽; 이영준, 앞의 책, 767쪽.

41) 광윤직, 앞의 책, 284쪽

42) 이준우, 앞의 책, 804쪽

43) 이준우, 앞의 책, 805쪽

다고 보는 견해와⁴⁴⁾ 불법행위책임을 지는 경우에만 유치권을 인정하는 것으로 제한할 필요가 있다고 하는 견해가 있다.⁴⁵⁾

사건으로는 ②의 경우에 대해서는 계약관계가 존재하는 경우에는 채무 불이행책임으로 처리를 하고 불법행위에 해당하는 경우에는 불법행위를 적용하여 해결하는 것이 타당하다고 본다. 바꾸어 말하면 ①의 경우는 유치권을 인정하는 것이 타당하지만 ②의 경우에는 유치권을 부정하여야 할 것으로 본다.

왜냐하면 ①의 경우는 학설과 판례가 유치권을 인정하는 것에 대해서 대체적으로 이견이 없으며⁴⁶⁾ 독일과 프랑스는 부동산에 대하여 개별적인 급부거절권능 형식으로 채권으로 규정을 하고 있고⁴⁷⁾ 유치권설정청구권에 따른 등기를 신속하고 안정적으로 하기 위해서는 채권과 목적물 사이의 견련관계가 명료한 경우로 한정하여 인정하는 것이 타당하다고 보기 때문이다.

따라서 위와 같은 내용으로 유치권을 인정하기 위해서는 채권과 부동산사이의 견련관계를 ①의 경우로 한정하여 인정할 필요가 있다. 그리고 부동산과 채권사이의 견련관계가 인정된 채권에 대해서는 유치권설정청구권에 따른 채권적 청구권을 취득하게 되며⁴⁸⁾ 이에 기하여 상대방으로 부터 동의를 받거나 판결을 받아 등기를 하였을 때 유치권이 성립한 것으로 본다.

44) 김형배, 앞의 책, 724쪽.

45) 이준우, 앞의 책, 805쪽

46) 이준우, 앞의 책, 804쪽; 이영준, 앞의 책, 767쪽; 엄동섭, “유치권의 성립요건”, 고시계사, 2005.12, 24-25쪽; 대판 1995.9.15, 95다16202.

47) 我妻榮, 前掲書, 22頁; 양창수, 앞의 글, 398쪽; 김형배, 민법학강의, 신조사, 2002, 540쪽에서 독일민법상 우리민법의 유치권과 유사한 것은 민법 제1000조의 점유자의 비용상환을 받을 때까지 점유자에게 인정되는 유치권이라고 한다.

48) 김준호, 앞의 책, 864쪽.

Ⅲ. 효력상의 문제점과 개선방안

1. 대항력의 문제점과 개선방안

(1) 문제의 제기

유치권자는 피담보채권의 변제를 받을 때까지 목적물에 대한 인도거절을 모든 사람에게 주장할 수 있고, 부동산 경매절차에서 경락으로 소멸하지 않는 효력 때문에 선순위 담보권자의 교환가치가 예측하지 않은 유치권으로 침해되는 문제가 발생하고 있다. 유치권은 법정담보물권으로 규정을 하고 있으면서도 타 담보물권은 부동산 경락으로 소멸하는데(민사집행법 제91조 2항)유치권은 담보물권임에도 불구하고 인수되는 법리상으로도 불합리한 문제가 있다. 더구나 선순위 담보권보다 이후에 성립한 유치권도 매수인에게 인수 되는 관계로 진행됨에 따라 유치권에 따른 피담보채권의 남용, 잉여주의문제, 유치물 사용의 비현실성 등의 요인이 되고 있다.

로마법을 계수하여 현대적 의미의 유치권을 정립한 프랑스와 독일은 유치권을 물권으로 보지 않기 때문에 우선변제권을 전제로 한 인수주의의 문제가 발생하지 않고 있다. 그러나 우리나라는 프랑스와 독일의 유치권을 전수받은 일본의 유치권을 그대로 받아들여 물권으로 취급하면서도 우선변제권을 인정하지 않고 인수주의를 채택하고 있다.⁴⁹⁾ 이로 인하여 유치권이 성립하기 이전의 압류권자나 저당권자와의 대항력이 문제되고 있다.

49) 양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건과의 견련관계”, 법률학의 제문제(유기천박사교회기념), 박영사, 1988, 401쪽에서 사건으로는 로마법을 계수하여 현대적 의미의 유치권을 정립한 프랑스와 독일도 유치권을 물권으로 보지 않고 단지 채권적 권리인 급부거절권 내지 동시이행의 항변권으로만 보고 있는 이유는 공시방법이 불완전 점유를 가지고 물권적인 대항력을 인정하여 모든 자에게 유치권으로 대항할 수 있다면 결과적으로 양 당사자의 공평성과 거래의 안전에 저촉되기 때문에 채권적인 급부이행거절권으로 인정하지 않았는가 싶다고 한다.

(2) 부동산경매에서 유치권의 대항력에 관한 학설 및 판례의 대립

유치권에 따른 효력이 부동산 경매절차에서 선순위 담보권자나 압류권자에게 대항할 수 있는가에 대한 내용은 매수인 뿐만 아니라 채무자 그리고 각 채권자들에게도 중요한 문제로 대두되고 있다. 그동안 유치권에 따른 효력에 대하여 학설이 분분함으로 인하여 판례는 “매수인은 유치권을 인수한다.”⁵⁰⁾라는 원칙에 충실하여 압류 이후 성립한 유치권에 관하여도 매수인에게 대항력이 인정되는 효력을 인정하여 왔다. 그러나, 최근에 “압류 후에 유치권을 취득한 제3자는 유치권을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.”는 판례가 나와 주목을 받고 있다.⁵¹⁾ 그러나 여전히 압류에 따른 유치권의 대항력에 대한 내용은 압류 이후에 유치권이 성립한 경우와 저당권 등 담보물권 설정 후 압류 이전에 유치권이 성립한 경우에 따라 학설의 대립이 있고, 양 당사자간에 이해관계를 달리하는 문제가 발생하고 있다.

1) 압류(경매개시결정등기)이후에 유치권의 성립요건을 갖춘 경우

압류 이후에 유치권의 성립요건을 갖춘 경우 학설과 판례는 유치권은 점유를 공시방법으로 하고 있기 때문에 이에 대한 효력발생 여부를 판단하기 어렵다는 이유로 유치권은 유효하게 성립하나 압류채권자나 매수인에게 대항이 가능하다는 긍정설과⁵²⁾ 부정설로⁵³⁾ 대립하고 있다.

가. 대항력 긍정설

대항력 긍정설은 압류 이후에 유치권의 성립요건을 갖춘 경우에 유치권자는 경매신청채권자는 물론 매수인에게도 대항할 수 있다는 견해로 우리나라와 일본의 통설적인 견해이다.⁵⁴⁾ 긍정설에 의하면, “경매부동산

50) 대판 2002. 11. 27, 2002마3516; 민사집행법 제91조 제5항

51) 대판 2005. 8. 19, 2005다22688.

52) 김상원 외 3인 편집대표, 제2판 주식 강제집행법 (Ⅲ), 한국사법행정학회, 2007, 84쪽.

53) 강민성, “민사집행과 유치권”, 『사법논집』 36집, 법원도서관, 2004, 51~94쪽.

54) 김상원 외 3인 편집대표, 앞의 책, 84쪽.

위에 존재하는 유치권은 그 권리취득의 시기, 원인 등을 불문하고 매수인에게 인수되고 나아가 현황조사 후에 취득한 유치권도 마찬가지로 보아야 한다.”⁵⁵⁾고 한다. 그 근거로 일본 민사집행법 제59조 제4항(한국 민사집행법 91조 5항)에서 유치권에 관하여 인수주의를 규정하고 있으며, 유치권의 피담보채권은 대부분 공익적 성질을 가진 것으로서 소액이라는 점을 고려하여 보호할 필요가 크다는 점, 유치권은 등기에 의하여 대항력을 구비할 방법이 없어 다른 등기와의 선후 관계 판단이 곤란하다는 점⁵⁶⁾ 그리고 유치권은 채무자의 처분행위에 의하여 생기는 것이 아니므로 압류채권자에게 대항할 수 있고 매수인이 이를 인수하여야 한다고 봄이 상당한 점⁵⁷⁾등을 들고 있다.

나. 대항력 부정설

압류 이후에 유치권의 성립요건을 갖춘 경우에 압류채권자와 매수인에게 대항할 수 없다는 부정설은 점유취득이 경매신청에 대한 기입등기 후에 이루어 졌다 하더라도 위 등기의 압류 효력은 법률행위만을 대항할 수 없게 할 뿐 사실행위를 금지하는 것은 아니며⁵⁸⁾, 통상 현황조사보고서, 감정평가서, 매각물건명세서에 유치권이 기재되어 있지 않고 있기 때문에 압류의 효력이 발생한 이후에 유치권이 성립한 경우에는 이를 제한적으로 해석해야 한다는 견해이다.⁵⁹⁾ 그리고 대법원도 “압류 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우 그 자의 압류 후에 이루어 진 점유나 채권 취득은 압류의 처분 금지효에 반하므로 압류채권자에게 대항할 수 없다.”⁶⁰⁾고 판시함으로써 대항력 부정설의 견해를 취하고 있다.

55) 吉野衛・3 宅弘人, 주석 민사집행법(3), 文唱堂, 1983, 293-294頁.

56) 鎌木忠日・三月章, 주해 민사집행법(2), 제일법규, 1984, 253頁.

57) 福永有利, “不動産上の權利關係の解明と賣却條件”, 竹下守夫 民事執行法 基本構造, 西神田編集室, 1981, 356頁.

58) 이학수, “유치권이 요구하는 점유의 정도”, 『부산판례연구회』, 판례연구 8집, 1998, 104-104쪽.

59) 김상원 외 3인 편집대표, 앞의 책, 2007, 347쪽.

60) 대판 2005. 8. 19. 2005다22688.

다. 검토

대항력 긍정설에 대하여 필자는 타당하지 않다고 본다.

왜냐하면 부동산 유치권의 피담보채권이 경매부동산에 관련된 다른 채권에 비해 공익성이 강하다고 볼 아무런 근거가 없으며, 경제발달이 되면서 종전과 달리 유치권에 따른 피담보채권이 소액이 아니고 고액이라는 점⁶¹⁾ 부동산에 대한 압류의 효력에 대하여 통설과 판례는 개별상대효설의 입장에 있으며,⁶²⁾ 그것은 곧 경매개시결정 기입등기 후에 제3자가 유치권을 취득한 경우에는 선의, 악의를 불문하고 압류의 효력이 유치권자에게 미치므로 압류채권자에게 대항할 수 없다는 점⁶³⁾등에 비추어 타당하지 않다고 보기 때문이다.

판례도 “압류의 효력이 발생 한 이후에 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여, 위 유치권을 내 세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.”⁶⁴⁾고 판시함으로써 대항력 부정설의 입장에 있다. 이러한 변화는 압류의 ‘처분금지효’에 따른 효력을 유치권에도 적용함으로써 그동안 유치권자는 모든 권리자에게 유치권을 주장할 수 있다는 내용에 제한을 두었다는 점에서 타당한 조치라고 본다.

2) 저당권 등 담보물권 설정 후 압류 이전에 유치권의 성립요건을 갖춘 경우

학계와 판례의 흐름은 압류 이후에 유치권을 취득한 경우에 압류권자와 매수인에게 대항할 수 없다는 대항력 부정설의 입장에 있음을 알 수가 있다. 그러한 판단은 우리법제가 압류의 효력을 처분금지효설에 따른 개별상대효설에 있는 입장으로 타당성 있는 조치라고 볼 수 있다. 그러나

61) 경매정보 제공업체인 디지털태인과 지지옥션에 따르면 2010년 연매출액은 14조 1572억원이며, 이중 유치권신고자의 평균적인 채권액을 분석한 결과 유치권 신고된 금액의 평균은 5억 3000만원 이었다.

62) 이시윤, 앞의 책, 242쪽.

63) 법원실무제요, 민사집행 II, 부동산 집행, 법원행정처, 2003, 48쪽.

64) 대판 2005. 8. 19, 2005다22688.

압류권자와 유사한 성질을 갖고 있는 담보권자에 대해서는 판례가 뚜렷한 근거를 제시하지 못하고 있으며 학설의 견해도 대립하고 있는 실정에 있다.

가. 유치권 긍정설

유치권 긍정설은 부동산에 저당권이 설정된 후 유치권의 성립요건을 갖추었다고 하더라도 유치권을 취득할 수 있다는 견해로서, 유치권으로 저당권자나 매수인에게 대항할 수 있으나에 따라 대항력 인정설과 대항력 부정설로 나뉜다.

대항력 인정설은 우리나라의 통설로 유치권은 우선변제적 효력을 가지고 있지 않으므로 저당권과의 경합의 문제는 생기지 않고, 민사집행법 제 91조 제5항에 의하여 ‘우선변제’를 받게 된다고 주장하면서 유치권은 그 성립시기에 관계없이 저당권에 우선한다는 것을 당연시 하고 있다.⁶⁵⁾

대항력 부정설은 저당권 이후에 유치권이 성립한 경우 선순위 저당권자의 교환가치를 보호하지 못하면 공시주의를 기초로 하는 물권법 질서에 반할 염려가 있으며⁶⁶⁾ 선순위 담보권자는 그 보다 뒤에 생긴 유치권에 의하여 교환가치를 박탈 당하는 지극히 불합리한 사태가 발생한다는 점⁶⁷⁾등을 이유로 저당권 보다 이후에 유치권이 성립한 경우에는 매수인에게도 대항할 수 없다고 한다.⁶⁸⁾

나. 유치권 부정설

우리나라의 대법원과 일본 최고 재판소의 판결은 없으나 우리나라 하급심에서 저당권 설정 이후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우에는, 저당권자나 매수인에게 대항할 수 없는 불법점유자라고 하면서 유치권의 성립

65) 곽윤직, 물권법 신수정판, 박영사, 1999, 455쪽.

66) 박상언, ‘저당권설정 후 성립한 유치권의 효력-경매절차에서의 매수인에 관한 대항가능성을 중심으로-’, 고시계사, 2005.11. 375-387쪽.

67) 泰光昭, “競合する 抵當權 と民事留置權 の成立要件”, 金融法務事情, 1437號, 2002, 4. 頁; 田積司, “建築請負工事代金不動産留置權根抵當權”, 米田實古稀記念現代金融取引法諸問題, 融法務事情1996, 145-147頁.

68) 田積司, “建築請負工事代金 不動産留置權 根抵當權”, 米田實古稀記念現代金融取引法諸問題, 金融法務事情, 1996, 146頁.

을 부정하고 있다.⁶⁹⁾ 일본 하급심은 “저당권 성립 후 유치권의 성립요건을 갖추는 경우는 압류 이후 유치권을 취득하는 경우와 마찬가지로 저당권 설정 이후 점유를 개시하고 견련관계 있는 채권자라고 하더라도 그 점유는 근저당권자나 매수인에게 대항할 수 없어 불법점유이다.”라고 하면서 유치권의 성립을 부정하고 있다.⁷⁰⁾

다. 검토

대항력 인정설의 견해는 제3자의 담보권이 설정되어 있는 상황에서 유치권자의 피담보채권을 매수인이 인수한다면 유치권자의 피담보채권을 인수하는 금액만큼 저감된 상태에서 그 목적물을 매수해야 하기 때문에 유치권자는 우선변제권이 없는 데도 불구하고 실질적으로 초 강력적 우선변제권을 행사할 수 있게 되는 반면 선순위 담보권자는 교환가치를 침해당하는 불합리한 문제가 발생하게 된다.

그리고 유치권 부정설은 저당권이 성립한 이후에 발생한 채권에 대하여 불법행위를 이유로 유치권을 부정한다면 유치권자와 소유자 사이에 유효하게 체결한 비용도 소유자에게 주장할 수 없게 되는 문제가 발생하게 된다. 그리고 우리나라는 압류의 효력에 대하여 개별적 상대효설의⁷¹⁾ 입장에 있는데 불법행위를 이유로 유치권의 성립을 부정한다는 것은 더욱 타당성이 없다고 본다.

(3) 입법론적인 개선방안

대항력 긍정설은 부동산경매절차에서 유치권자는 우선변제권이 없기 때문에 압류이후의 유치권이더라도 매수인이 인수를 해야 한다고 한다.⁷²⁾

69) 대전고법 2004. 1. 15, 2002나5475.

70) 東京高等裁判所 1999.7.23 決定 判例タイムズ 1006, 117項.

71) 통설과 판례가 개별적 상대효설의 입장에 있기 때문에 압류 이후에도 채무자가 한 처분행위는 압류채권자에 대해서만 대항할 수 없어 무효이고 처분 후에 집행절차에 참가한 이중압류채권자나 배당요구채권자와의 관계에서는 유효하다(이지윤, 앞의 책, 241쪽).

72) 김상원 등 편집대표, 앞의 책, 344쪽; 兼子一, 『強制執行법(増補版)』, 酒井書店, 1951, 239頁,

그러나 유치권이 타 물권의 성립시기와 관계없이 절대적 우선권을 부여하고, 압류의 처분금지효에 반하는 인수주의를 인정한다는 것은 법정안 정성에도 저촉되는 문제가 될 수 있다. 대법원도 압류등기 이후에 성립한 유치권에 대하여 대항력 부정설의 입장에 있으며⁷³⁾, 민법 제366조 소정의 법정지상권의 해석에 관한 학설과 판례의 입장에서도 저당권 이후 취득한 유치권은 대항력을 부정해야 한다고 한다⁷⁴⁾

사건으로도 우리나라는 압류의 효력에 대해 ‘개별상대효설’⁷⁵⁾에 입장이 있기 때문에 압류권자의 권리를 침해하면서까지 유치권자를 보호해야 할 이유가 없으며, 유치권 성립 보다 이전에 담보물권이 존재하는 경우에는 대항력 부정설에 따라 매수인에게 대항할 수 없다고 보아야 한다.

그러나 우리 민법상의 유치권제도가 지니고 있는 여러 문제점들을 위와 같은 해석론을 통하여 모두 해결하는 것은 현행법으로는 한계가 있기 때문에 다음과 같은 입법론적인 개선방안이 필요하다고 본다.

민사집행법 제91조 제3항에 “지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·유치권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다.”라고 개정을 한다.

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

73) 대판 2005. 8. 19. 2005다22688.

74) 강민성, 앞의 글, 55-95쪽.

75) 김정현, 신고 경매실무 요론 상·하, 한국사법행정학회, 1975, 165쪽 김상원·정지형, 앞의 책, 170쪽 석호철 앞의 글, 621쪽; 대판 2004.9.3. 2003다 22561.

<p>대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다.</p> <p>④ 제3항의 경우 외의 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 매수인이 인수한다. 다만, 그중 전세권의 경우에는 전세권자가 제88조에 따라 배당요구를 하면 매각으로 소멸된다.</p> <p>⑤ 매수인은 유치권자(留置權者)에게 그 유치권(유치권)으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.</p>	<p>에는 전세권자가 제88조에 따라 배당요구를 하면 매각으로 소멸된다.</p> <p>⑤ 삭제</p>
--	--

위와 같이 유치권자에게 부동산경매절차에서 각종 권리나 임차인들의 보증금이 매각으로 인수되는지 또는 소멸되는지에 대한 일명 말소기준권리⁷⁶⁾로 입법화 하고자 하는 이유는 다음과 같다.

첫째, 앞에서 살펴보았듯이 대항력부정설은 저당권 보다 이후에 유치권이 성립한 경우는 선순위 저당권자의 교환가치를 보호하기 위하여 저당권자에게 대항할 수 없다고 보고 있다.⁷⁷⁾ 그리고 대항력 부정설과 판례는⁷⁸⁾ “압류의 효력이 발생 한 이후에 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여, 위 유치권을 내 세워 그 압류권자에게 대항할 수 없다.”고 보고 있다. 위와 같이 학설과 판례는 선순위 담보권자의 교환가치와 압류권자

76) 등기부상에 설정되어 있는 각종 권리(지상권, 지역권, 전세권, 가등기, 가처분, 환매권)나 임차인의 보증금을 부동산경매절차에서 원칙적으로 인수해야 하는지 또는 소멸되는지에 대한 기준권리는 민사집행법 제91조 제3항에 규정되어 있는 저당권·압류채권·가압류채권 중에 제일 선순위 일자를 기준으로 하는데 이를 일명 ‘말소기준권리’라고 칭하여 권리분석을 한다. 예컨대 말소기준권리의 종류에 해당하는 저당권·압류채권·가압류 권리에서 제일 선순위일자가 저당권이면 그를 말소기준권리로 보고 그 후의 용익권등기가 말소대상이 되고, 선순위 저당권이 없으며 압류·가압류등기 중 선순위일자를 말소기준권리로 하여 그 후의 용익권등기는 말소되는 관계로 분석을 한다(전장현, 민사소송에서 민사집행까지, 한국사법행정학회, 2006, 414쪽). 위와 같이 선순위 저당권이 있을 때 후순위 용익권이 소멸되게 하는 것은 대항력부정설의 견해와 같이 선순위저당권이 확보한 담보가치를 후순위의 용익권에 의하여 손상되지 않도록 보장해 주어야 하기 때문이다(이시윤, 앞의 책, 247쪽).

77) 박상언, 앞의 글, 375-387쪽; 田積司, 前掲論文, 1996, 146頁.

78) 대판 2005. 8. 19, 2005다22688.

의 처분행위를 침해해서는 안 된다는 이유 등으로 유치권자에게 대항력을 부정하고 선순위담보권자와 압류권자를 보호하고 있다.

따라서 유치권자에게도 민사집행법 제91조 제3항에 있는 저당권·압류채권·가압류와 동일한 권리를(일명 말소기준권리)인정하여 후순위의 용익권자는 ‘대항력 부정설’과 ‘소제주의’⁷⁹⁾ 의하여 유치권자에게 대항할 수 없고 선순위 용익권자만이 유치권자에게 대항할 수 있게 함으로서 부동산경매절차에서 유치권자와 이해관계인의 권리를 공평하게 보호하여야 할 것으로 본다. 그리고 여기서 유치권자에게 인정하여야 할 실정법상의 권리는 우선변제권을 인정하는 방안이 필요하다고 보며, 이에 대한 입법론적인 방안은 다음의 유치권설정청구권자의 우선변제권 인정에 관한 개선방안에서 살펴보도록 한다.

둘째, 판례는 저당권 설정이후에 성립한 ‘중간임차인’에 대하여 “임차인이 경락인에게 대항할 수 있다면 경락인은 임차권의 부담을 지게 되고 부동산의 경매가격은 그 만큼 떨어져서 임차인 보다 선순위의 담보권을 해치는 결과가 되기 때문에 대항력을 인정할 수 없다.”⁸⁰⁾고 판시를 하여 부동산경매절차에서 선순위 담보권자의 교환가치를 보호하고 있다. 그리고 민사집행법은 위와 같은 학설과 판례를 받아들여 민사집행법 제91조 제3항과 제4항의 규정을 제정하여 입법론으로 명확히 해결을 하였듯이

79) 부동산의 매각으로 인하여 그 제한물권이 소멸하도록 할 것인가 아닌가 하는 것은 그 제한물권자와의 이해관계에 있어서 민사집행법 제91조 제3항과 동법 제4항에 의한 원칙이 적용되며, 민사집행법 제91조 제4항은 인수주의로 매수인이 경매신청권자의 채권에 우선하는 채권에 관한 부동산 위의 부담을 모두 현실적으로 인수하는 경우에 한하여 매각을 허가한다는 주의로 민사집행법 제91조 제3항의 소제주의와는 반대이다. 그리고 압류채권자의 채권에 우선하는 채권에 관한 부담이 있는 경우에 그 부담을 매수인이 인수하도록 하는 것을 원칙으로 하는 인수주의는 부담을 모두 매수인이 인수하여야 한다는 점에서 매수인에게 부담을 주기는 하나, 매각대금이 소제주의에 비하여 저렴할 것이므로 경매신청채권자에 우선하는 담보물권자는 물론 용익물권자에게 권리의 실현 내지 포기를 강요하는 폐단은 없다고 한다(김상원 외 3인 편집대표, 앞의 책, 324쪽). 결국 후순위 담보권자는 선순위 용익권이 부동산경매에서 인수되는 관계를 감안하여 담보권을 설정하고, 후순위 용익권자 등은 선순위 담보권자의 교환가치를 침해하지 않는 관계로 설정을 하였기 때문에 실사 부동산경매절차에서 인수주의를 취하더라도 양 당사자의 권리를 침해하는 폐단은 없다고 할 수 있다.

80) 대판 1987, 3.10, 865다카 1718.

유치권자도 민사집행법 제91조 제3항에 일명 ‘말소기준권리’로 규정을 하여 후순위 용익권자는 선순위 유치권자에게 대항할 수 없고 소멸하는 관계로 처리 하는 방안이 타당할 것으로 본다.

셋째, 유치권자는 부동산경매에서 매수인에게 대항력은 행사할 수 없고 우선변제적인 효력만을 인정하여야 한다. 왜냐하면 유치권자에게 매수인에게 대항할 수 있는 권리를 부동산경매에서 인정하게 되면 선순위 유치권자는 대항력과 우선변제권의 권리를 겸유하게 되는 우월적 지위를 가지게 되기 때문이다. 따라서 현행 민사집행법 제91조 제2항의 “매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸한다.” 라는 규정에서 “매각부동산 위의 모든 저당권·유치권은 매각으로 소멸한다.” 라고 입법화한다.⁸¹⁾ 이렇게 “부동산경매절차에서 유치권은 대항력은 행사할 수 없고 소멸한다.” 라고 규정을 하여도 일반매매 등에서 문제될 것이 없다. 왜냐하면 유치권자는 제2장에서 살펴본 유치권설정청구권을 행사하여 유치권등기를 하게 되면 물권적인 효력으로 제3자에게 대항력을 행사할 수가 있으며 매수인들은 그 부동산에 설정된 유치권의 금액을 충분히 감안하고 권리를 설정할 수 있기 때문이다.

2. 우선변제권 결여의 문제점과 개선방안

(1) 문제의 제기

물권은 채권과 달리 절대성과 배타성의 성질과 물권의 일반적인 효력으로 우선변제권을 행사할 수가 있다. 그러나 유치권은 담보물권으로 인정을 하면서도 물권의 중요한 효력인 우선변제권을 인정하지 않고 인도거절권을 물권적인 항변으로 모든 사람에게 주장할 수 있는 관계로 인정을 하고 있다. 그리고 유치권자는 민사집행법 제148조의 배당금액으로부터 배당받을 수 있는 채권자의 범위에 해당하지 않을 뿐만 아니라 실제 법상으로도 우선변제권이 인정되지 않기 때문에 우선변제권을 행사하기

81) 저당권은 압류등기 전이든 후이든 막론하고 모두 매각으로 소멸하여도 매각대금으로부터 우선 변제를 받을 수 있기 때문에 손해날 것이 없다(이시윤, 앞의 책, 246쪽)고 한다.

위해서는 민법 제367조에⁸²⁾ 의하거나 피담보채권을 원인으로 집행권원에 의하여 압류를 하여 우선변제권을 행사하는 방법이 있을 정도이다. 그러나 이러한 우선변제권의 행사도 문제성이 다분히 내포되고 있다. 우선 민법 제367조에 의한 우선변제권은 배당순위가 제2순위 해당하여 제3순위인 소액입차인과 제4순위에 해당하는 저당권 보다 우선하는⁸³⁾ 초월적인 배당순위에 해당한다. 이러한 초월적인 배당순위를 비용상환청구권자에게 인정한다는 것은 비용상환청구권(민법 제367조)의 명확성과 투명성이 보장되지 않는 상황에서 배당순위의 근간을 흔드는 문제가 발생할 수 있다.

그리고 앞에서 살펴본 바와 같이 대항력 부정설은 저당권 이후에 유치권이 발생하더라도 선순위 저당권자의 교환가치를 보호하기 위하여 대항력이 인정되지 않는 관계로 보고 있으며 대법원 판례도 선순위 압류권자를 보호하기 위해서 통설과 판례에서 인정하고 있는 개별적 상대효설에 따라 압류 이후의 유치권자는 매수인에게 대항할 수 없는 관계로 판시를 하고 있는데 그러한 경우에 진정한 유치권자의 피담보채권을 부동산경매 절차에서 인정할 수 있는지, 선순위로 저당권이 성립한 경우 이에 따른 배당순위는 어떻게 인정하여야 할지 그리고 필자가 앞에서 제안하고 있는 민사집행법 제91조 제3항에 따른 우선변제권을 어떻게 입법론적으로 해결할 것인지 문제가 된다.

이하에서는 위와 같은 유치권자의 우선변제권에 대하여 현행 민사집행법을 각각 살펴보고, 이어서 유치권자의 새로운 법적지위에 대한 입법론적인 방안을 제시하고자 한다.

(2) 유치권자의 우선변제권에 관한 현행법상의 한계

구 민사소송법 하에서는 배당절차에서 배당을 받을 수 있는 채권자의 범위와 관련하여 아무런 규정을 두고 있지 않았기 때문에, 학설, 판례 그

82) 민법 제367조는 “저당권설정등기 후에 목적부동산의 제3취득자가 그 부동산의 보존, 개량을 위하여 필요비 또는 유익비를 지출한 때에는 민법 제203조에 규정된 점유의 상환청구권에 의하여 저당물의 매각대금에서 우선상환을 받을 수 있다.”고 규정을 하고 있다.

83) 법원행정처, 법원실무 제요 민사집행(II), 법원행정처, 2003, 532쪽.

리고 실무상으로는 배당을 받을 수 있는 채권자를 배당요구의 종기까지 배당을 요구한 채권자와 그러한 배당을 요구하지 않았더라도 당연히 배당을 받을 채권자로 나누고, 후자에는 강제경매신청권자, 2중 경매신청권자, 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류권자·저당권·전세권자(단, 전세권이 경락으로 소멸하는 경우)등을 포함시키는 관계로 진행을 하였다.⁸⁴⁾ 이후 민사집행법이 2002년 7월1일 제정되면서 입법적인 조치로 위와 같은 내용을 명문화 하였는데, 민사집행법 제148조는 배당할 금액으로 배당 받을 채권자의 범위에 대하여 1호에서는 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자, 2호는 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자, 3호는 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자, 4호는 저당권·전세권·그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정 등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자 로 규정을 두고 있다. 제1호의 경우에는 경매신청을 한 압류채권자에게 우선변제권을 인정한다. 물론 유치권자도 형식적 경매로 경매를 신청할 수 있는 권리가 있다고 규정을 두고 있기 때문에(민법 제322조 1항)본조에 해당하여 우선변제권을 인정받을 수 있다고 해석을 할 수 도 있지만, 실정법에서 우선변제권을 인정하고 있지 않기 때문에 제1호의 배당을 받을 수 있는 범위로 보기에는 어려움이 있다. 그리고 유치권자는 제2호에도 해당하지 않는다.

왜냐하면 제2호의 경우 유치권자는 민법 제367조에 해당하는 특별한 경우 이외에는 우선변제권이 인정되지 않기 때문이다. 제4호는 저당권·전세권·그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정 등기 전에 등기되었고, 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자에⁸⁵⁾ 해당하여야 하는데 현행법상 유치권은 등기를 요소로 하지 않으며 민사집행법 제91조 제5항에 따라 인수주의를 취하고 있기 때문에 여기에도 해당하지 않는다. 그리고 제3호의 경우에도 첫 경매개시결정 등기 전에 등기를 한 경우이어야 하는데 유치권은 점유를 공시방법으로 취하고 있기 때문에 해당하지 않는다.

84) 김상원 등 편집대표, 앞의 책, 906-907쪽.

85) 여기서 ‘매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자’란 첫 경매개시결정등기 전에 등기를 한 저당권자와 같이 부동산경매가 진행되어 매각이 된 경우에는 소멸하는 권리자를 의미한다.

그리고 현행법은 유치권 의한 경매신청권의 성질을 현금화를 위한 경매의 일종으로 규율하면서(민법 제274조)채권자가 자기 채권의 만족을 얻기 위하여 실시하는 실질적 경매로 보고 있으며⁸⁶⁾ 유치권자는 채권의 변제를 받을 때까지 그 목적물을 유치할 권리가 있을 뿐 매각대금으로 우선변제를 받을 권리는 없다고 한다.⁸⁷⁾

위와 같은 견해 등을 종합하여 보면, 결국 유치권은 담보물권임에도 불구하고 우선변제권은 인정되지 아니하며, 매수인에게 유치권에 따른 채권을 변제받을 때까지 인도를 거부할 수는 있지만 그것은 후순위 압류권자에게만 대항할 수 있는 유치권자로 한정하고 있음을 알수가 있다.

결국 선순위 담보권자나 압류권자에게 대항할 수 없는 유치권자는 현행 민사집행법상의 해석으로는 우선변제권을 행사할 수가 없으며 실정법에서도 인정을 하고 있지 않기 때문에, 이에 대한 근본적이며 실천적인 입법론적인 개선방안이 필요하다.

(3) 유치권설정청구권자의 우선변제권 인정에 의한 입법론적인 개선방안

구 민사소송법 하에서는 배당절차에서 배당을 받을 수 있는 채권자의 범위와 관련하여 아무런 규정을 두고 있지 않았다가 민사집행법이 2002년 7월1일 제정되면서 학설, 판례 등을 근거로 배당 받을 채권자의 범위를 명확하게 규정하였다. 그러나 유치권에 대해서는 앞에서 살펴본바와 같이 배당받을 수 있는 채권자의 범위에 포함하지 않고 있으며 현행 실정법에서도 유치권을 담보물권으로 규정은 하고 있으면서도 우선변제권을 인정하고 있지 않기 때문에 민법 개정안 제320조 제2항의 유치권설정청구권을 행사하여 등기를 하였을 때에도 우선변제권의 효력을 주장할 수 없게 된다.

그러므로 이에 대한 입법안으로 민법 제320조 제3항에 “유치권자는 유치권설정청구권을 행사하여 유치권등기를 마치면 다른 채권자보다 자기

86) 김상원 등 편집대표, 앞의 책, 346쪽.

87) 대판 1996. 8. 23 95다 8713.

채권의 우선변제를 받을 권리가 있다.”라고 입법을 하고, 민사집행법에서도 배당받을 수 있는 채권자의 범위에 명확히 포함시키기 위하여 민사집행법 제148조 4호의 “저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 가진 채권자”를 “저당권·전세권·유치권 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 가진 채권자”로 개정을 한다.

현행규정	개정안
「민사집행법」 제148조(배당받을 채권자의 범위) 1~3 생략 4. 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자	「민사집행법」 제148조(배당받을 채권자의 범위) 1~3 좌동 4. 저당권·전세권·유치권 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자

위와 같은 입법론인 개선방안은 다음과 같은 사유에 의하여 양당사자에게 권리보호와 공평성을 기하게 될 것으로 본다.

첫째, 유치권자는 부동산경매에서 우선변제권에 따른 교환가치를 잉여주의에 의하여 보호받을 수 있다. 잉여주의란 경매신청권자 보다 우선권이 있는 부동산 위의 부담과 경매비용을 완전히 변제할 수 있는 경우에 한하여 부동산경매를 진행하고자 하는 주의로서(민사집행법은 제91조 제1항, 동법 제102조 제1항) 목적부동산 관하여 선순위의 권리를 갖는 채권자와 후순위채권자와의 이해를 조정하고 그 이해 조정을 실체법상 우선변제적 지위를 가진 자를 절차법상에서도 우선시키기 위한 목적을 가지고 있다.⁸⁸⁾

위와 같은 잉여주의는 실체법상 우선적 지위에 있는 자의 이익이 후순위자를 위한 경매 때문에 침해되지 않게 하기 위하여 부동산경매절차에서 압류권자 보다 선순위 유치권자와 우선채권자가 우선변제권에 따른

88) 김상원 외 3인 편집대표, 앞의 책, 329~331쪽.

배당을 받을 수 없는 금액으로 매각이 이루어진 경우에는 매각불허가결정으로(민사집행법 제91조 제1항, 제121조 제7호, 제123조제2항 본문) 선순위 유치권자의 교환가치와 우선변제권이 있는 채권자를 보호하고, 최저매각금액이 압류권자보다 우선하는 유치권자 등의 채권자와 절차비용에 미달하는 경우에는 집행법원은 압류권자에게 우선매수신청을 통지하여 압류권자가 그 매수신청을 하지 아니한 때에는 그 경매절차를 취소하도록 함으로서(민사집행법 제102조 제1항, 제2항)유치권자는 우선변제권에 따른 교환가치를 보호받고 압류권자는 잉여주의에 의하여 무익한 경매로부터 권리를 보호받을 수 있게 한다.

둘째, 앞에서 살펴보았듯이 대항력부정설이나 중간유치권자와 유사한 중간임차인에 대한 판례는 “선순위의 담보권을 해치는 결과가 되기 때문에 대항력을 인정할 수 없다.”⁸⁹⁾고 하여 부동산경매절차에서 선순위 담보권자의 교환가치를 보호하고 있다. 따라서 유치권자도 민법 제320조 제3항의 개정안에 의하여 선순위 유치권자는 대항력 부정설에 따라 교환가치를 보호받고 후순위 권리자는 선순위 유치권자가 등기부에 공시한 피담보채권액을 충분히 감안하고 권리를 설정할 수 있도록 하여 양 당사자에게 공평성을 기하도록 한다.

셋째, 유치권자는 민사집행법 제148조 4호의 개정안을 통하여 부동산경매절차에서 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당을 받을 있는 채권자로서⁹⁰⁾ 우선변제권을 행사할 수 있게 된다. 그리고 유치권자는 민법 제320조 제3항의 개정안을 통하여 민사집행법 제90조 3호에⁹¹⁾ 따른 이해관계인에 해당하기 때문에 집행법원은 매각기일, 매각결정기일 그리고 배당기일 등을 유치권자에게 통지하여 주어야 한다.⁹²⁾ 유치권자는 이에 기하여

89) 대판 1987, 3.10, 865다카 1718.

90) 김상원 외 3인 편집대표, 앞의 책, 907쪽에서 “첫 경매개시결정등기 전에 등기한 저당권자, 근저당권자는 압류에 의하여 처분제한의 효력을 받지 아니하나, 매각으로 인하여 소멸하기 때문에 당연히 배당을 받을 수 있다.”라고 한다.

91) 민사집행법 제90조 3호에서는 경매절차의 이해관계인의 범위로 “등기부에 기입된 부동산 위의 권리자”로 규정하고 있다.

92) 민사집행법 제90조에서는 이해관계를 가진 자 중에서 특히 보호할 필요가 있는 자를 이해관계인으로서 제한적으로 열거하는 방법으로 그 범위를 명시함으로써 강제경매절의 전반에 걸쳐서 관여할 자격을 주고 있다. 위 규정에 열거한 이해관계인은 집행

매각허가 여부의 결정에 대한 즉시항고(민사집행법 제129조제1항, 제2항)나 배당이의 소 등을(민사집행법 제154조 제1항)제기하여 우선변제권을 더욱 보호받을 수 있게 된다.

그리고 문제가 되고 있는 민사집행법 제91조 제5항은 유치권을 위의 규정으로 변경하였기 때문에 삭제를 하도록 한다.

위와 같이 실정법과 절차법의 입법론적인 개선방안을 통하여 유치권자는 부동산경매절차에서 우선변제권에 의하여 배당을 받을 수 있고 선순위 용익권자는 후순위 유치권자에게 대항할 수 있게 함으로서 양당사자에게 공평성과 법적 안정성을 기하도록 한다.

V. 결 론

유치권은 당사자의 의사와는 관계없이 일정한 요건만 갖추면 당연히 인정되는 법정담보물권으로서 부동산 물권이면서도 점유라는 불완전한 방법으로 공시되며, 담보물권이면서도 우선변제권이 인정되지 않기 때문에 목적물에 대한 인도거절권으로 소유자와 매수인에게 사용가치의 제한을 가하는 특징을 가지고 있다.⁹³⁾ 이러한 유치권제도가 지나치게 확대되는 것을 제한하기 위한 종래의 논의는 채무자와 유치권의 통모우려, 유치권자의 부당한 지연, 저당권의 원활한 실행 곤란, 매각물건명세서의 공신력 문제 그리고 유치권신고서류 개선 등과 같은 미시적이며 남용가능성의 폐단을 주된 논거로 삼아 접근하였다.

하지만 실제 유치권의 근본적인 문제를 해결하기 위해서는 유치권의 성립에 근본적인 문제가 되고 있는 부동산 유치권의 공시제도와 견련관계 그리고 대항력과 우선변제권에 따른 효력에 대하여 우리 법체계와 일맥하고 시대적인 흐름에 맞는 입법론적인 정립이 절실한 상황이다. 당초의 유치권제도가 민법에 도입된 것은 동산 유치권이 핵심이었고 부동산

에 관한 이의신청권, 경매개시결정에 대한 이의신청권, 배당요구 또는 이중경매신청이 있으면 법원으로 그 통지를 받을 권리, 매각기일과 매각결정기일을 통지 받을 수 있는 권리 등을 인정하고 있다.

93) 전장현, 앞의 책, 489쪽.

유치권은 입법적으로 크게 예상하지 못한 것이었다. 특히 과거에는 소액 채권을 보호하기 위해 유치권자에게 사실상 특권을 부여한 것인데, 오늘날에는 경제규모가 커지고 유치권의 피담보채권액이 고액인 상황에서 과거의 논리만을 고집하는 것은 불합리하다고 본다.

따라서 그동안 유치권에 과도하게 부여한 특권은 권리상호간의 형평의 원칙과 공평의 원칙을 실현하기 위해서도 다음과 같은 입법론적인 개선 방안이 필요하다고 본다.

우선 유치권의 성립상의 문제점 중 다음과 같은 개선방안이 필요하다.

첫째, 유치권설정청구권에 따른 공시방법의 개선방안

물권은 배타적 지배권인 대세권으로 제3자에게 물권의 존재를 인식하게 하는 공시방법을 요구하는데 우리나라는 부동산 물권의 경우 등기를 그 공시방법으로 인정하고 있다. 그런데 부동산 유치권은 시대적인 흐름에 따라가지 못하는 공시방법을 유치권의 성립요건으로 인정하여 부동산 경매절차에서 경매안정성과 공평성에 중요한 걸림돌이 되고 있다.

따라서 부동산유치권의 공시방법에 대한 개선방안으로 민법 제320조 제2항에 “타인의 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권이 있는 경우에 채권자는 그 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 유치권의 설정을 청구할 수 있다.”라고 입법을 하여 유치권자가 유치권설정청구권을 행사하여 등기를 할 수 있도록 공시방법을 등기로 개선한다. 만약에 상대방이 유치권설정등기에 협력을 하여 주지 않는 경우에는 가등기로 그의 청구권을 보전한 후⁹⁴⁾ 유치권설정등기를 청구하는 소를 제기하여 유치권등기를 하도록 한다.

둘째, 미등기건물에 대한 공시방법의 개선방안

건물을 완공하지 못한 미등기건물에 대해서는 민사집행법 제81조 제1항 제2호 단서에 의하여 소유권보전등기를 할 수 있는 해석론적인 방안을 제시한다. 그리고 등기를 할 수 없는 미완성건물에 대해서는 법 제도적인 범위 이외로 방치하여 양당사자와 국가적인 손실로 이어지는 것을 방관 할 것이 아니라 유체동산에 대한 강제집행(민사집행법 제189조 제2

94) 관윤직, 앞의 책. 332쪽

항제1호)의 해석론적인 방안에 의하여 유치권자와 채무자의 피해를 최소화하고 국가적으로도 미완성건물을 방치함으로써 생기는 사회적 비용의 증가를 방지하여야 할 것을 제안한다.

셋째, 민법 개정안의 타인의 부동산에 대한 비용지출로부터 발생한 채권에 대해서는 채권과 부동산사이의 견련관계를 인정하여 유치권설정청구권에 따른 채권적 청구권을 취득하며 이에 기하여 상대방으로 부터 동의를 받거나 판결을 받아 등기를 하였을 때 유치권이 성립한 것으로 본다.

다음으로 유치권의 효력상의 개선방안을 제안한다.

첫째, 유치권에 대한 대항력의 개선방안

유치권에 대한 대항력 부정설과 판례는 선순위 담보권자의 교환가치와 압류권자의 처분행위를 침해해서는 안 된다는 이유 등으로 유치권자에게 대항력을 부정하고 선순위담보권자와 압류권자를 보호하고 있다. 따라서 유치권자에게도 담보권자와 같이 우선변제적 효력을 인정하여 유치권의 성립보다 이후의 지상권이나 전세권은 ‘대항력 부정설’과 ‘소제주의’에 따라 소멸하는 관계로 대항력의 내용을 변경을 할 필요가 있다.

둘째, 유치권설정청구권에 의한 우선변제권의 인정

앞에서 살펴보았듯이 현행법은 유치권자에게 우선변제권을 인정하는 내용이 없으며 유치권을 담보물권으로 규정을 하면서도 우선변제권을 인정하지 않고 인수주의를 취하고 있기 때문에 많은 문제점을 안고 있다. 따라서 유치권으로 인한 물권변동을 우리 법체계에 맞는 성립요건주의에 제도화하기 위해 우선 유치권자에게 유치권설정청구권을 행사하여 등기를 할 수 있도록 민법 제320조 제2항을 제정하고 이어서 민법 제320조 제3항에 “유치권자는 유치권설정청구권을 행사하여 유치권등기를 마치면 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리가 있다.” 라고 규정을 하여 유치권자에게 실질적인 우선변제권을 인정하도록 한다. 위와 같은 입법론인 개선방안을 통하여 유치권자는 교환가치를 보호받고 압류권자는 잉여주의에 의하여 무익한 경매로부터 그 권리를 보호받을 수 있도록

함으로서 양 당사자에게 공평성을 기하도록 한다.

궁극적으로 부동산 유치권으로 인한 부동산 물권변동을 우리 법체계에 맞는 성립요건주의에 제도화함으로서 거래의 안전과 법적 안정성을 기하고 양 당사자간에 공평의 원칙을 보장하는 입법론적인 개선방안을 통하여 유치권자와 양 당사자의 권리를 공평하게 보호하여야 할 것으로 본다.

참 고 문 헌

1. 단행본

- 곽윤직, 물권법(민법강의Ⅱ), 박영사, 2011.
- 곽윤직 대표편집, 『민법주해(VI)』, 물권(3), 박영사, 2002.
- 김상원 외 3인 편집대표, 제2판 주석민사집행법(Ⅲ), 한국사법행정학회, 2007.
- 김상원·정지형, 가압류·가처분, 한국사법행정학회, 1978.
- 김용한, 물권법, 박영사, 1999.
- 김형배, 김규완·김명숙, 민법학강의-이론·판례·사례-, 신조사, 2011.
- 김정현, 신고 경매실무 요론 (상, 하), 한국사법행정학회, 1975.
- 김준호, 민법강의(제17판), 법문사, 2011.
- 김증한, 물권법, 박영사, 1997.
- 박명주, 부동산임대차실무 주택·상가건물, 부연사, 2004.
- 법원실무제요, 민사집행 Ⅱ, 부동산 집행, 법원행정처, 2003.
- 법원공무원 교육원, 민사집행실무(Ⅰ), 법원공무원교육원, 2009.
- 법원행정처, 민사집행법해설 구 민사소송법 집행절차편, 법원행정처, 2002.
- 양창수, 민법연구 제1권, 박영사, 1998.
- 이근식, 물권법, 박영사, 2003.
- 이시윤, 신민사집행법, 박영사, 2009.
- 이영준, 물권법(민법강의Ⅱ), 박영사, 2009.
- 이은영, 채권각론(제5판), 박영사, 2007.
- 임정평, 채권각론, 법지사, 1995.
- 전장현, 민사소송에서 민사집행까지, 한국사법행정학회, 2006.
- _____, 민법학강의, 한국고시회, 2010.
- 吉野衛·3 宅弘人, 註釋 民事執行法(3), 文唱堂, 1983.
- 石川明 외2인 編, 註解 民事執行法(上卷), 靑林書院, 1991.
- 我妻榮, 擔保物權法, 岩波書店, 1968.

林良平 外 三人, 註解 判例(民法 1 物權法. 靑林書院, 1999.

鏞木충日 · 三月章, 註解 民事執行法(2), 第一法規, 1984.

2. 논문

강민성, “민사집행과 유치권”, 『사법논집 36집』, 법원도서관, 2004.

김영두, “부동산 유치권의 문제점에 관한 연구”, 토지법의 이론과 실무, 『지엄이선영박사화갑기념논문집』, 법원사, 2006.

김재형, “부동산 유치권의 개선방안-2010년 민법개정시안을 중심으로-”, 한국민사법학회 2011년도 하계정기학술대회 발표논문, 한국민사법학회, 2011.6.

배태연, “부동산의 압류·가압류 후에 설정된 담보물권의 효력과 배당우선순위”, 법원행정처 『사법논집 21집』, 법원행정처, 1990.

석호철, “경매개시결정의 효력”, 『사법논집 21집』, 법원도서관 1987.

엄동섭, “유치권의 성립요건”, 『고시계사』, 2005.12.

양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건과의 견련관계”, 법률학의 제문제(유기천박사 고회기념), 『박영사』, 1988.

이동진, “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”, 민사법학 제49-1호, 2010.6.

이우재, “미완성건물의 경매방법 시론”, 『한국민사집행법학회집 민사집행법 연구』제2권, 한국사법행정학회, 2006.

이재도, ‘부동산경매절차에서 허위유치권의 문제점과 개선방안 -집행법원의 역할을 중심으로-’, 『한국민사집행법학회 2011년도 하계학술대회 발표논문집』, 한국민사집행법학회, 2011.6.

이재성, “유치권의 담보물권으로서의 성격”, 『민사법학의 제문제, 소봉 김용한 교수 화갑기념논문집』, 『박영사』, 1999.

이춘원, “부동산경매에 있어서 유치권의 효력범위에 관한 연구”, 『부동산학보』, 한국부동산학회, 2010.

임창식, “부동산 경매절차상 유치권제도의 실효성 제고에 관한 연구”, 『동의대학교 경영대학원』, 2008.

오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 『토지법학』 23-2호, 한국토지법학회, 2007,

- 福永有利, “不動産上の權利關係の해명と賣却條件”, 竹下守夫 民事執行法
基本構造, 西神田編集室, 1981.
- 生太長幸, “建築請負代金債權 による敷地への 留置權”, 抵當權(下)1447호,
金融法務事情, 1996.
- 田積司, “建築請負工事代金 不動産留置權 根抵當權”, 米田實古稀記念現代
金融取引法 諸問題, 融法務事情, 1996.

<국문초록>

유치권은 타인의 물건이나 유가증권을 점유한 자가 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우에 그 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 이는 공평의 견지에서 점유자의 채권을 특히 보호하여 ‘채권자 평등의 원칙’을 깨뜨리려는 데에 그 취지가 있다.

우리 민법상 이러한 유치권은 일정한 요건을 갖추면 법률상 당연히 성립하나 목적물의 교환가치에 대한 지배권능이나 우선변제권이 없는 불완전한 담보물권으로서 저당권과 달리 등기부에 공시되지 않는다는 특징 때문에 부동산경매절차에서 많은 문제점을 안고 있다. 또한 부동산 유치권은 경매절차에서 소멸하는 것이 아니라, “유치권에 따른 피담보채권액을 변제받을 때까지 매수인(경락인)에게 대항할 수 있다”고 규정을 함으로써(민사집행법 제91조 제5항)실정법으로는 우선변제권이 없지만, 실질적으로는 초 강력적 우선변제적 효력을 매수인에게 주장함으로서 선 순위 담보권자와 압류권자 등에게 예상하지 못한 손해와 불공정한 법률관계로 이해관계인에게는 채권자 평등의 원칙, 즉 공평의 원칙을 깨뜨리는 주요 원인으로 작용하고 있다.

이 모든 문제는 부동산에 대한 물권변동은 현행법에 의하여 등기에 의하여 공시됨에도 불구하고 유치권만은 점유라는 불확실한 공시방법으로 성립하고, 부동산경매에서 유치권자의 대항력이 학설상 대립이 있어 명확하지 않으며, 민사집행법이 유치권에 대하여 인수주의(민사집행법 제91조제5항)를 인정함으로 인하여 발생하고 있다.

따라서 본고에서는 유치권의 성립에 근본적인 문제가 되고 있는 부동산 유치권의 공시제도와 견련관계를 살펴보고, 이어서 유치권의 대항력에 대한 학설 그리고 판례를 검토한 후 이에 대한 문제점 들을 개선하기 위한 입법론적인 개선방안을 검토해 보기로 한다.

주제어 : 유치권, 대항력, 저당권, 우선변제권, 압류, 부동산경매, 매수인에게 대항력 없는 유치권, 매수인에게 대항력 있는 유치권, 점유

A Legislative Study on the Plans for its Improvements and Problems of the Lien in the Real Estate Auction

Jun, Jang-Hean^{*}

A lien is the right to possession the thing until receiving repayment of its bonds in some cases that the property of other person or the occupant for marketable securities receive the bond that has occurred on that property or marketable securities. This has own purpose to break 'principle of creditor equality' to protect especially the bond of the subject occupant in terms of justice.

These lien on our civil law come according to the law in prepared certain requirements. However, an incomplete real rights granted by way of security that does not have a preferential performance right or seniority on the exchange value of the object suffer from the problems a lot in the real estate auction process because of the feature that is not announced in the register unlike the mortgage.

In addition, the lien of real estate is not lapsed in an auction process. There is no preferential performance right in a positive law as providing that can oppose to the buyer(a successful bidder) until received repayment the secured bond price to be compliant with the lien(Civil Case Execution Law the 91st clause of Article 5). However, as asserted the super preferential performance right to a buyer in real terms, acts as primary cause of breaking unexpected loss and according unfair law relation to a senior mortgagee and seisor, etc. and the principles of the creditors equality to the persons concerned in other words, the principles of justice.

All of these issues are the establishment of the lien and theory conflict on the effects. In spite of the fluctuations of a real right about real estate is announced as a registration by the current law, only the lien come into unclear announcement means for possession. In addition, Civil Case Execution Law argument is caused by the adoption *abnahmeprinzip* about the lien (Civil Case Execution Law the

^{*} Konkuk University Department of Law, Lecturer, Dr. Jur

91st clause of Article 5).

Therefore, this paper was examined briefly the significance and purpose, history and law-making examples of each country and the valid requirements and effect of the lien that is basic principle of law about the lien system above all. And then, it will be reviewed the improvement plan for de lege ferenda to improve the issues about this after reviewing the objection, theory and judicial precedent about opposing power and preferential performance right of the lien in the real estate auction that is a fundamental problem on requirement and effect of the lien.

Key Words : Lien, Oppose Power, Mortgage right, Preferential Performance right, Seizure, Real Estate Auction, Lien who can not Opposing against Successful Bidder, Lien who can Oppose against Successful Bidder, Possession