

부동산 민사유치권과 우선변제권*

- 유치권의 우선변제권을 인정하자는
개정논의에 대한 검토 -

Right of Retention and Preferential Right of Satisfaction in Real Estate Auctions

- Review of the Amendment Discussion to
Recognize the Preferential Right of
Satisfaction of Right of Retention -

서 종 희**

Seo, Jonghee

목 차

- | | |
|-------------------------|--------------------------|
| I. 들어가는 말 | IV. 유치권자에게 우선변제권을 인정함에 |
| II. 민사집행법상 제91조 제5항의 의미 | 의해 남겨진 과제 |
| III. 유치권자의 경매신청권과 우선변제권 | V. 개정방향 제시 - 맺음말에 갈음하여 - |

본고는 부동산경매에 있어 유치권이 매수인에게 인수됨(인수주의, 민사집행법 제91조 제5항)으로 인하여 발생하는 문제점을 확인하고(II,

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2022.25.139>

투고일: 2022. 11. 6. / 심사완료일: 2022. 11. 22. / 게재확정일: 2022. 11. 25.

* 내용과 형식에 있어 귀중한 의견을 주신 익명의 심사위원분들께 감사의 마음을 전한다.

** 연세대학교 법학전문대학원 부교수

Associate Professor, School of Law, Yonsei University

Ⅲ), 이러한 문제점을 해결하기 위한 현실적인 방법으로 경매에 의해 유치권을 소멸시키는(소멸주의) 대신 유치권에 우선변제권을 인정하는 방안을 모색한다. 특히 새로운 방안을 채택하는 것을 전제로 하여 유치권과 여타 담보권자와의 우열관계 및 유치권에 의거한 담보권 경매로서의 경매신청권을 인정하는 것에 대한 가부 등을 검토하였다(Ⅳ). 이를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 유치권의 목적물에 대해 유치권자 이외의 자에 의해 경매절차가 개시된 경우, 유치권자에게 우선변제권을 인정하고 유치권은 경매로 소멸되는 것으로 보아야 할 것이다(Ⅲ. 2, 3). 유치권과 다른 담보권과의 우열을 구분하기 위해 유치권을 등기를 통해 공시를 하도록 하는 것은 채무자의 협력을 얻기 어렵다는 점을 감안하면 실효성이 없다(Ⅳ. 3. 참조).

둘째, 유치권자에게 우선변제권을 인정하더라도 여타 담보권자와의 관계에 대해서는 원칙적으로 여타 담보권의 성립 시기와 유치권의 성립 시기의 선후에 의해 우열을 결정해야 할 것이다. 그런데 그렇게 되면 유치권자의 지위가 현재보다 열위하게 될 것인데 이 문제는 다양한 방법(개별규정 및 특별법 등)을 통해 조정해야 할 것이다. 예컨대 공사대금채권의 확보를 위해 유치권을 행사하는 경우에 공사대금채권을 피담보채권으로 하는 유치권과 여타 담보권과의 우열관계에서 유치권의 성립 시기를 기준으로 처리하게 되면, 변제기(이것이 유치권의 성립 시점이 되는 경우가 많다)가 업무완성 시점에서야 도래하는 공사대금채권의 특성상 지나치게 부당한 결과를 가져올 수 있다. 따라서 건축자재비용 및 그 외에 목적물에 소요된 비용에 의해 목적물의 가치가 증가한(또는 유지된) 경우라면, 그 부분에 대해서는 수급인이 여타 담보권에 우선하여 배당을 받을 수 있도록 하는 방법 등을 모색해야 할 것이다(Ⅳ. 1. 참조).

마지막으로, 유치권에 의거한 담보권 실행으로서의 경매신청권을 인정하더라도 유치권자에게 보전저당권설정청구권 등을 인정하게 하거나 채무자 등에 의한 담보제공에 의해 유치권을 소멸하게 할 수 있도록 해야 할 것이다. 더 나아가 유치권의 존재에 대한 증명과 관련하여 피담보채권의 존부는 공정증서 등으로 확인하면 될 것이나 점유에 대한 사실은 사문서를 포함하는 문서로도 충분하다고 보아야 할 것이다(Ⅳ. 4.2).

[주제어] 유치권, 우선변제권, 경매신청권, 인수주의, 소멸주의

I. 들어가는 말

민사유치권(이하 ‘유치권’)은 다른 제한물권과 달리 시간적 순서와 무관하게 경매에서의 매수인에게 유치권을 주장할 수 있다는 점에서, 시간에 있어 앞서면 권리에 있어서 강하다(*prior tempore potior iure*)¹⁾는 법언(*maxim*)의 예외에 해당한다. 예컨대 민법 제320조 제1항의 유치권은 타인의 물건을 점유한 자가 그 물건에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우에 법률상 당연히 성립하는 (법정)담보물권으로서 어떤 부동산에 이미 저당권과 같은 담보권이 설정되어 있는 상태에서도 그 부동산에 관하여 유치권이 성립될 수 있다. 한편 민사집행법은 경매절차에서 저당권 설정 후에 성립한 용익물권은 매각으로 소멸된다고 규정하면서도(민사집행법 제91조 제3항), 유치권에 관하여는 그와 달리 저당권 설정과의 선후를 구별하지 아니하고 경매절차의 매수인이 유치권의 부담을 인수하는 것으로 규정하고 있다(민사집행법 제91조 제5항). 따라서 저당권 설정 후에 유치권을 취득한 자는 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있다. 우리 판례는 이러한 이유를 공평의 원칙에서 찾는다.²⁾ 즉 판례는 “점유하는 물건에 관하여 생긴 채권이라는 유치권의 피담보채권이 가지는 특수한 성격을 고려하여 공평의 원칙상 그 피담보채권의 우선적 만족을 확보해 주기 위해서 저당권 이후에 성립한 유치권의 소멸을 인정하지 않는다.”고 본다. 그런데 민사집행법 제91조 제5항의 “변제할 책임이 있다.”라는 의미가 구체적으로 무엇인지에 대해서는 학설과 판례의 견해가 나뉘고 있으며, 이에 ‘변제할 책임이 있다’는 의미를 어떻게 보는지에 따라 구체적으로 어떠한 실익이 발생하는지에 대한 검토가

1) Ant. (Car.) C. 8.17.3; Hendrik Verhagen, “The (lack of) protection of bona fide pledgees in classical Roman law”, *Fundamina (Pretoria)* vol.20 no.2, Pretoria, 2014, p.982, Fn. 1에서 재인용.

2) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결.

필요하다. 본고에서는 먼저 유치권에 대한 민사집행법상 인수주의는 어떻게 규정된 것인지를 간단히 살펴보고자 한다(Ⅱ). 그 다음으로 경매 절차에서 유치목적물을 매수한 자의 법적 지위를 인수주의의 관점에서 살펴보고(Ⅲ), 그로 인하여 발생할 수 있는 문제점이 무엇인지를 확인해 보고 그 문제점 해결을 위한 방법의 일환으로서 유치권에 대한 인수주의를 포기하고 소멸주의를 채택하고 대신에 유치권자에게도 우선변제권을 인정하는 방법을 모색해 보고자 한다(Ⅳ). 마지막으로 맺음말에 갈음하여 개정 방향을 제시하면서 글을 마치고자 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 민사집행법상 제91조 제5항의 의미

우리 민사집행법³⁾ 제91조는 잉여주의⁴⁾를 취하고 있으며(제1항), 소멸주의⁵⁾를 원칙으로 하면서 인수주의⁶⁾를 병용한다(제2항 내지 제5항).⁷⁾ 먼저 압류채권자의 채권에 우선하는 채권에 관한 부동산의 부담을 매수인에게 인수하게 하거나, 매각대금으로 그 부담을 변제하는데 부족하지 아니하다는 것이 인정된 경우가 아니면 그 부동산을 매각하지 못한다는 점에서 우리 민사집행법은 잉여주의를 취한다(제91조 제1항). 한편 우리

3) 이하 법명 없이 조문만을 적시하는 경우에는 우리 민사집행법을 의미한다.

4) 매각대금으로 집행비용과 압류채권자의 채권에 우선하는 채권을 변제하는데 부족하지 않을 것을 매각조건으로 하는 것을 잉여주의라고 한다. 이시윤, 신민사집행법, 박영사, 2020, 292쪽.

5) 경매부동산 위의 모든 부담을 경매로 소멸시키는 것을 소멸주의라고 한다. 이시윤, 위의 책, 277쪽.

6) 경매부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인에게 그대로 인수시키는 것을 인수주의라고 한다. 이시윤, 위의 책, 277쪽.

7) 민사집행법상 잉여주의 등에 대한 설명은 서종희, “부동산경매와 소멸주의, 인수주의 그리고 잉여주의—일본법과 독일법과의 비교고찰—”, 안암법학 제63호, 안암법학회, 2021, 447쪽 이하.

민사집행법은 소멸주의를 원칙으로 하여 경매부동산에 설정된 저당권은 순위에 상관없이 소멸되고(제91조 제2항) 담보물권 등(저당권·압류채권·가압류채권)에 대항할 수 없는 용익물권 등은 매각에 의해 소멸된다(제91조 제3항). 반면에 소멸주의의 기준이 되는 저당권 등 보다 시간이 앞서는 권리로서 저당권 등에 대항할 수 있는 지상권, 지역권, 등기된 임차권 및 전세권(다만 경매신청 또는 배당요구 신청을 한 경우에는 예외)은 매수인이 인수한다(제91조 제4항)는 점에서 우리 민사집행법은 예외적으로 인수주의를 취한다. 같은 맥락에서 저당권등기보다 먼저 마쳐진 보존가등기, 환매등기, 가처분등기 또한 경매에 의해 소멸하지 않고 매수인에게 인수되며(제91조 제4항), 유치권은 성립 시기와 무관하게 매수인에게 인수된다(제91조 제5항).⁸⁾ 즉 민사집행법 제91조 제5항은 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.”고 규정하고 있다. 이 경우에 유치권자는 매수인에게 피담보채권의 변제를 청구할 수 있는 지위를 취득하는지가 문제된다.⁹⁾ 이에 대해 우리 판례는 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결 등에서 “민사소송법 제728조에 의하여 담보권의 실행을 위한 경매절차에 준용

8) 참고로 일본 민사집행법은 기본적으로 잉여주의하에 소멸주의를 채용하였다고. 일본 내 학설에 대한 자세한 소개는 竹下守夫, “不動産競売における物上負担の取扱”, 兼子博士還暦記念『裁判法の諸問題 下』, 有斐閣, 1970, 327頁 以下 참조. 개정 일본 민사집행법의 기본적 태도에 대한 설명은 福永有利, “不動産上の権利関係の解明と売却条件”, 竹下守夫/鈴木正裕編『民事執行法の基本構造』, 御茶の水書房, 1981, 370頁 참조. 반면에 독일법에서는 소멸주의를 채택하지 않고 인수주의와 잉여주의를 결합시켰다. Eickmann, *Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht* 2. Aufl., C.H.BECK, 2004, S. 69ff.; Stöber, *Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen: ZVG-Handbuch (Handbuch der Rechtspraxis: HRP)* 7. Aufl., C.H.BECK, 1999, S. 238ff.

9) 이는 구상권 인정 여부와 연결된다. 예컨대 매수인이 변제하여 유치권자의 피담보채권을 소멸시킨 경우, 물적책임설에 의하면 타인의 채무를 변제한 것이므로 매수인은 채무자에 대하여 구상권을 취득하나 인적책임설에 의해 매수인이 채무를 면책적으로 인수하였다고 보는 한 매수인은 자신의 채무를 변제한 것이므로 구상권을 취득할 수 없다. 물론 인적책임설 중에 매수인과 채무자가 연대채무를 진다고 보는 견해에 의하면 부담비율에 의해 매수인이 채무자에게 구상권을 취득할 수는 있을 것이다.

되는 같은 법 제608조 제3항(필자 주: 현행 민사집행법 제91조 제5항에 해당)은 경락인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘변제할 책임이 있다’는 의미는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로서 인적 채무까지 인수한다는 취지는 아니므로, 유치권자는 경락인에 대하여 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다(밑줄은 필자가 첨가).”고 본다. 즉 판례에 의하면 유치목적물의 매수인은 유치권자에게 물적책임을 지므로(소위 ‘물적책임설’) 매수인은 유치권자에 대한 채무를 직접 부담하지 않는다.¹⁰⁾ 반면에 일본의 판례는 민사집행법 제59조 제4항의 「변제할 책임」의 의미에 대해, “유치권 및 질권이 인수되는 경우의 매수인은 물적인 책임을 질 뿐만 아니라 집행채권자와 병존적으로 피담보채무를 부담한다고 보아 양자가 채권자에게 연대채무관계에 놓인다.”고 본다(소위 ‘인적책임설’).¹¹⁾ 인적책임설과 물적책임설의 가장 큰 차이점은 유치권자가 매수인에 대한 이행청구권의 인정 여부 이외에 시효의 중단에서도 확인된다. 즉 매수인이 유치권자를 상대로 채무부존재확인인의 소를 제기한 경우에 유치권자가 적극적으로 응소한 경우 유치권자의 채권의 소멸시효가 중단되는지가 문제된다. 민법 제168조 제1호, 제170조 제1항에서 시효중단 사유의 하나로 규정하고 있는 재판상의 청구라 함은, 권리자가 시효를 주장하는 자를 상대로 소로써 권리를 주장하는 경우뿐 아니라, 시효를 주장하는 자가 원고가 되어 소를 제기한 데 대하여 피고로서 응소하여 그 소송에서 적극적으로 권리를 주장하고 그것이 받아들여진 경우도 포함된다.¹²⁾ 그러나 우리 판례는 시효를 주장하는

10) 참고로 일본 판례는 인적책임설을 취한다. 最判 昭和 41(1966)年 12月 20日, 民集 20卷 10号 2139頁.

11) 最判 昭和 41(1966)年 12月 20日, 民集 20卷 10号 2139頁. 일본 민사집행법 제59조 제4항 또한 “변제할 책임이 있다”고 규정되어 있어 우리와 마찬가지로 이 조항이 가지는 의미에 대해서 해석상 다툼이 있다.

자의 소제기에 대한 응소행위가 민법상 시효중단 사유로서의 재판상 청구에 준하는 행위로 인정되려면 의무 있는 자가 제기한 소송에서 권리자가 의무 있는 자를 상대로 응소하여야 할 것이므로, 담보가등기가 설정된 후에 그 목적 부동산의 소유권을 취득한 제3취득자나 물상보증인 등 시효를 원용할 수 있는 지위에 있으나 직접 의무를 부담하지 아니하는 자가 제기한 소송에서의 응소행위는 권리자의 의무자에 대한 재판상 청구에 준하는 행위에 해당한다고 보지 않는다.¹³⁾ 따라서 물적책임설에 의하면 매수인은 직접 의무를 부담하지 않는 자에 해당하므로 이에 대한 응소는 소멸시효의 중단 사유가 되지 않는 반면에, 인적책임설에 의하면 소멸시효의 중단 사유가 된다.

Ⅲ. 유치권자의 경매신청권과 우선변제권

1. 유치권자의 경매신청권

우리 민법은 유치권에 관하여 일반적 규정을 두어 민법 제320조에서 “타인의 물건의 점유자가 그 물건에 관하여 생긴 채권을 가지는 때에는 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 권리를 가진다.”고 규정하고 있을 뿐, 목적물로부터의 우선변제권을 인정하지 않는다.¹⁴⁾ 물론 채무자나 경락인을 포함한 제3자가 목적물을 인도받으려면 유치권자에게 채권을 변제하여야 하므로, 유치권자는 사실상 우선변제권을 가진다.¹⁵⁾ 목적물의 교환가치에 대하여 지배권을 가지는 담보권자(예: 저당

12) 대법원 1993. 12. 21. 선고 92다47861 전원합의체 판결 참조.

13) 대법원 2004. 1. 16. 선고 2003다30890 판결 참조.

14) 다른 담보물권에 관한 규정들, 즉 질권에 관한 민법 제329조, 저당권에 관한 민법 제356조가 우선변제를 받을 권리가 있음을 밝히고 있으나, 유치권에 관한 민법 제320조는 이를 언급하고 있지 않다.

권자)가 신청하는 경매는 원래 그들 담보권자가 실체법상 가지고 있던 목적물의 교환가치에서 채권의 변제를 받을 수 있었던 권리를 현실적으로 실현시키는 절차로 볼 수 있다. 반면에 우리 민법은 유치권자에게 목적물의 교환가치에 대한 지배권이 없고, 다만 채권의 변제가 있을 때까지 그 목적물을 계속 유치할 수 있는 권리가 있을 뿐임에도 불구하고 유치권자의 경매신청권을 인정한다(민법 제322조 제1항).¹⁶⁾ 이와 같이 유치권자의 경매신청은 담보권실행을 위한 경매신청이 아니라는 점에서 실질적 경매가 아닌 형식적 경매¹⁷⁾에 불과한데,¹⁸⁾ 유치권자의 경매신청이 유치권의 소멸을 가져오는지가 문제된다.¹⁹⁾ 종래에는 이에 대해 별다른 논의 없이 유치권자가 경매를 신청하더라도 민사집행법 제91조 제5항에 의해 유치권은 소멸하지 않는다고 보았으나, 우리 판례는 대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정에서 「민사집행법 제91조 제2항, 제3항, 제268조는 경매의 대부분을 차지하는 강제경매와 담보권 실행을 위한 경매에서 소멸주의를 원칙으로 하고 있을 뿐만 아니라 이를 전제로 하여 배당요구의 종기결정이나 채권신고의 최고, 배당요구, 배당 절차 등에 관하여 상세히 규정하고 있는 점, 민법 제322조 제1항에 “유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다.”고 규정하

15) 대법원 2001. 5. 8. 선고 2000다66089 판결.

16) 유치권자는 예외적으로 과실을 수취하여 변제에 충당할 수 있으며(민법 제323조), 정당한 이유 있는 때에는 감정인의 평가에 의하여 유치물로 직접 간이변제충당할 수 있다(민법 제322조 제2항).

17) 일반적으로 담보권실행 경매와 같이 채권자가 자기의 채권의 만족을 얻기 위한 경매를 실질적 경매라고 부르고 재산의 가격보전 또는 정리를 위한 경매를 형식적 경매라고 부른다. 사법연수원, 법원실무제요 민사집행[Ⅰ], 사법연수원, 2020, 15쪽.

18) 구 경매법은 유치권에 의한 경매를 담보권 실행을 위한 경매절차에 따라 실시하도록 하였으나, 1990년 개정민사소송법에서는 유치권이 다른 담보물권과 달리 우선변제권이 없다는 점을 고려하여 유치권에 의한 경매절차를 위한 별개의 규정을 마련하였다. 현재 민사집행법 제274조에서도 이러한 태도를 유지한다.

19) 유치권자는 우선변제청구권이 없으므로 유치권 자체만으로 배당요구를 할 수 없다. 사법연수원, 법원실무제요 민사집행[Ⅳ], 사법연수원, 2020, 108쪽.

고 있는데, 유치권에 의한 경매에도 채권자와 채무자의 존재를 전제로 하고 채권의 실현·만족을 위한 경매를 상정하고 있는 점, 반면에 인수주의를 취할 경우 필요하다고 보이는 목적부동산 위의 부담의 존부 및 내용을 조사·확정하는 절차에 대하여 아무런 규정이 없고 인수되는 부담의 범위를 제한하는 규정도 두지 않아, 유치권에 의한 경매를 인수주의를 원칙으로 진행하면 매수인의 법적 지위가 매우 불안정한 상태에 놓이게 되는 점, 인수되는 부담의 범위를 어떻게 설정하느냐에 따라 인수주의를 취하는 것이 오히려 유치권자에게 불리해질 수 있는 점 등을 함께 고려하면, 유치권에 의한 경매도 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각 조건으로 하여 실시되고 우선채권자뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다고 보아야 한다.」고 하여 소멸주의를 취하였다. 동 판결에서 판례는 “다만 집행법원은 부동산 위의 이해관계를 살펴 위와 같은 법정매각 조건과는 달리 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정할 수 있다.”고 보았다. 이러한 판례의 입장은 원칙상 유치권자가 신청한 경매의 경우에 유치권에 대해서도 소멸주의를 적용하고, 다만 예외적으로 법원이 특별매각조건으로 인수주의를 취할 수 있다는 것으로 이해된다. 이러한 판례의 결정으로, 유치권자가 스스로 경매를 신청할 유인은 많이 줄어들 것으로 예상된다.

2. 우선변제권이 없는 유치권자 보호와 유치권의 대항력 제한

유치권은 우선변제권이 없다는 점을 고려하여 우리 민법 제666조에서는 “부동산공사의 수급인은 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.”고 규정하고

있다. 예컨대 부동산공사의 수급인은 도급인에게 가지는 공사대금채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 하는 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 이는 부동산공사에서 목적물이 보통 수급인의 자재와 노력으로 완성되는 점을 감안하여 목적물의 소유권이 원시적으로 도급인에게 귀속되는 경우 수급인에게 목적물에 대한 저당권설정청구권을 부여함으로써 수급인이 사실상 목적물로부터 공사대금을 우선적으로 변제받을 수 있도록 하는데 그 취지가 있다.²⁰⁾ 그러나 위 권리는 청구권에 불과하여²¹⁾ 도급인이 승낙하지 않을 수 있다는 점, 도급인이 부동산을 제3자에게 매각한 경우에는 저당권설정 청구를 할 수 없다는 점, 도급인이 저당권 설정청구권을 행사하여 저당권등기를 마친 경우에도 등기 시점에 기하여 우선변제권을 확보한다는 점에서 수급인이 유치권을 포기하고 저당권설정청구권을 행사하여 저당권자로서 우선변제권을 행사할 유인이 크지 않을 것이다. 같은 맥락에서 판례²²⁾ 또한 건축공사의 도급인이 민법 제666조가 정한 수급인의 저당권설정청구권 행사에 따라 공사대금 채무의 담보로 건물에 저당권을 설정하는 행위는 수급인의 지위가 목적물에 대하여 유치권을 행사하는 지위에 비하여 반드시 강화되는 것은 아니고 도급인의 일반 채권자들에게 부당하게 불리해지는 것도 아니기 때문에 위 저당권설정행위는 도급인의 채권자들에 대한 사해행위에 해당하지 않는다고 본다.

한편 우선변제권이 없는 유치권자를 보호하기 위해 입법자는 시간적

20) 대법원 2021. 5. 27. 선고 2017다225268 판결 등.

21) 박윤직 편집대표(김용담 집필), 민법주해 제15권-채권8, 박영사, 1997, 450쪽 이하 제666조; 송덕수, 신민법강의 제15판, 박영사, 2022, 1306쪽; 대법원 2016. 10. 27. 선고 2014다211978 판결 등 다수. 참고로 도급받은 공사의 공사대금채권은 민법 제163조 제3호에 따라 3년의 단기소멸시효가 적용되고, 공사에 부수되는 채권도 마찬가지로, 민법 제666조에 따른 저당권설정청구권은 공사대금채권을 담보하기 위하여 저당권설정등기절차의 이행에 구하는 채권적 청구권으로서 공사에 부수되는 채권에 해당하므로 소멸시효기간 역시 3년이다(대법원 2009. 11. 12. 선고 2008다41451 판결).

22) 대법원 2008. 3. 27. 선고 2007다78616, 78623 판결 등.

순위와 무관하게 경매에 의한 유치권 소멸을 인정하지 않고 매수인에게 인수되는 것으로 규정(민사집행법 제91조 제5항)한 것은 이미 앞에서 확인하였다. 그러나 이는 결과적으로 유치권자를 보호하면서도 다른 채권자(저당권자 등)들의 이익을 침해하는 등 문제점이 드러나게 되었다. 예컨대 유치권자보다 선순위인 담보권자가 경매시 유치권신고(특히 고액의 공사대금채권이 피담보채권인 경우)로 인해 경매가격이 하락하여 불측의 손해를 입을 수 있다는 점,²³⁾ 유치권이 점유라는 불완전한 공시방법에 의해 성립되는 물권이라는 점을 이용하여 채무자 등이 점유를 이전하는 등의 방법으로 경매절차를 방해할 수 있다는 점,²⁴⁾ 경매절차에서 유치권 신고를 하지 않은 유치권자로 인하여 매수인에게 예측하지 못한 손해를 가할 수 있다는 점²⁵⁾ 등²⁶⁾이 문제점으로 지적되었다. 이에 우리 판례는 유치권자의 보호와 다른 권리자의 이익을 보호하기 위한 중용을 모색하였다.

2.1 신의칙에 기한 유치권항변 제한

먼저 판례는 유치권에 기한 항변을 권리남용(신의칙)으로 보아 이해 관계를 조정하였다. 특히 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결에

23) 한편 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결 등; 대법원 2004. 9. 23. 선고 2004다32848 판결은 담보권 실행을 위한 경매절차에서 근저당권자가 유치권자로 권리신고를 한 자에 대하여 유치권부존재확인인 소를 제기할 수 있다고 보았다.

24) 대법원 2006. 1. 27. 선고 2003다58454 판결.

25) 실무에서는 유치권 신고가 있는 경우 피담보채권액 등에 대한 평가를 하지 않은 최저매각가격을 정하게 된다. 즉, 감정인은 현황을 직접 육안으로 보고 점유관계에 대한 조사를 거치지 않고 형식적으로 감정평가액을 산정하기 때문에 유치권의 존재는 고려되지 않는다. 이정엽, “부동산경매와 유치권”, 부동산소송 실무자료 제4집, 의정부지방법원, 2010, 394쪽.

26) 부동산 유치권의 문제점에 대한 설명으로는 특히 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 한국의 토지법의 이론과 실무: 지엄 이선영 박사 화갑기념논문집, 법원사, 2006, 204-206쪽; 이정엽, 앞의 논문, 381-384쪽 참조.

서는 “신의성실의 원칙에 반한다고 평가되는 유치권의 남용은 허용될 수 없다.”고 보아 유치권을 신의칙으로 제한하였다.²⁷⁾

2.2 유치권자의 대항력 제한

종래부터 우리 판례는 저당권이 설정된 후에 유치권을 취득한 자는 그 유치목적물의 경매절차에서의 매수인에게 유치권으로 대항할 수 있다고 본다.²⁸⁾ 그러나 이는 지나치게 매수인 및 다른 물권자에 비하여 유치권자를 강하게 보호한다는 비판을 받게 되었으며, 이에 판례는 일정한 요건 하에 유치권의 대항력을 제한하여 유치목적물의 매수인의 법적 지위를 보호한다.²⁹⁾ 예컨대 우리 판례는 경매개시결정으로 경매부동산에 대하여 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자로부터 그 부동산의 점유를 넘겨받음으로써 그 부동산에 관한 채권담보를 위한 유치권을 취득한 자에 대하여 매수인이 그 유치권의 대항력을 부인하고 유치권자에게 점유한 부동산의 인도를 청구할 수 있다고 판단하였다.³⁰⁾ 한편 이 경우에 판례는 유치권자가 경매개시결정의 기입등기가 되어 있음을 알았는지 및 모르는 것에 대한 과실 여부는 묻지 않고³¹⁾ 유치권의 성립 시점이

27) 물론 이는 상사유치권에 대한 판결이나 통설은 신의칙에 의한 제한은 상사유치권뿐만 아니라, 민사유치권에서도 가능할 것이라고 본다. 사법연수원, 법원실무제요 민사집행Ⅱ], 사법연수원, 2020, 391쪽. 참고로 독일의 경우에도 채권적 권리에 불과한 유치권을 신의칙으로 제한하는 것에 대해서는 긍정적인 입장을 취한다. 구체적으로는 MülKoBGB/Krüger, 9. Aufl., C.H.Beck, 2022, BGB § 273 Rn. 72ff. 참조.

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

29) 학설 또한 압류 및 가압류 후에 성립된 유치권의 효력제한 문제와 선순위 저당권이 존재하는 경우 유치권의 효력(대항력)을 제한하자는 주장이 있다. 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42호, 법원도서관, 2006, 346쪽 이하; 박정기, “압류의 처분금지효에 저촉하여 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부”, 재판실무연구 2005, 광주지방법원, 2006, 19-20쪽 등.

30) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결 등. 그러나 가압류 후 압류 이전에 유치권의 성립요건을 갖춘 경우에는 압류와 달리 유치권자의 대항력을 인정한다. 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결.

경매개시결정의 기입등기 이전인지 이후인지만을 고려한다.³²⁾ 더 나아가 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결에서는 “부동산에 관한 민사집행절차에서는 경매개시결정과 함께 압류를 명하므로 압류가 행하여짐과 동시에 매각절차인 경매절차가 개시되는 반면, 국세징수법에 의한 체납처분절차에서는 그와 달리 체납처분에 의한 압류(이하 ‘체납처분압류’라고 한다)와 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 압류가 행하여진 경우와 마찬가지로 볼 수는 없다. 따라서 체납처분압류가 되어 있는 부동산이라고 하더라도 그러한 사정만으로 경매절차가 개시되어 경매개시결정등기가 되기 전에 부동산에 관하여 민사유치권을 취득한 유치권자가 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다(밀줄은 필자가 첨가).”고 보아 체납처분압류 이후에 성립한 부동산도 경매개시결정 등기 이전에 유치권이 성립하였다면 매수인에게 대항할 수 있다고 판단하였다.³³⁾

31) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결 등.

32) 즉 점유의 이전 및 피담보채권의 변제기 도래 중 하나가 경매개시결정의 기입등기 이후에 충족된 경우라면, 유치권자는 경매의 매수인에게 유치권을 가지고 대항할 수 없다. 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결(채권의 취득시기가 늦은 경우); 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결(점유의 이전이 늦은 경우); 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결(채권의 취득 및 점유의 인도 모두 늦은 경우).

33) 체납처분압류에 이어 공매절차가 개시되거나 경매절차가 개시된 이후의 유치권자는 공매절차의 매수인 등에게 대항할 수 없을 것이다. 사법연수원, 법원실무제요 민사집행[Ⅱ], 389쪽.

2.3 검토

현행법에 의하면 유치권자에 비하여 다른 권리자의 이익의 침해가 중대할 수 있다는 점에서 입법론을 차치하더라도 해석론으로 유치권자와 다른 권리자의 이익의 보호를 적절하게 조정하기 위한 노력은 바람직하다고 할 수 있다.³⁴⁾ 그러나 신의칙으로 유치권자의 권리를 제한하는 것은 법관의 형평감각에 의해 결정될 것이라는 점에서 당사자에게 예측할 수 없게 하며, 신의칙에 의한 제한은 지극히 제한적이라는 점에서 유치권자와 다른 권리자의 이익을 조정하는 방법으로서 한계가 있다. 한편 유치권의 대항력 제한과 관련하여 자세히 살펴보면, 우리 판례는 부동산에 관하여 경매개시결정등기가 된 뒤에 비로소 부동산의 점유를 이전받거나 피담보채권이 발생하여 유치권을 취득한 경우에는 경매절차의 매수인에 대하여 유치권을 행사할 수 없다고 본다.³⁵⁾ 이러한 경우에도 아무런 제한 없이 유치권자에게 경매절차의 매수인에 대한 유치권의 행사를 허용하면 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받게 됨으로써 경매 목적 부동산을 신속하고 적절하게 환가하기가 매우 어렵게 되고 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 줄 수도 있기 때문이다. 생각건대, 압류의 효력이 발생한 후의 유치권자에게도 유치권의 행사를 인정하게 되면, 압류채권자를 비롯한 다른 이해관계인들의 희생 하에 유치권자만을 우선 보호하여 결국 집행절차의 법적 안정성을 침해하는 것이므로 유치권의 대항력을 제한하는 것은 그 결과에 있어서 타당하다고 본다.³⁶⁾ 다만 판례는 압류의 효력이 발생한 이후에

34) 일본에서 유치권과 관련된 문제점을 지적하는 견해로는 松岡久和, “留置権に関する立法論 - 不動産留置権と抵当権の關係を中心に”, 福永有利編『倒産実体法』別冊NBL 69号, 商事法務, 2002, 91頁 참조.

35) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결; 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결 등 참조.

36) 학설 또한 다수의 입장은 이러한 판례의 입장에 긍정적이다. 강민성, “민사집행과 유치권”, 사법논집 제36집, 법원도서관, 2003, 76쪽; 김기찬/이춘섭, “부동산경매에서

성립한 유치권의 대항력만을 제한하고 있다는 점에서 재고를 요한다. 예컨대 판례는 집행절차의 법적 안정성을 보장할 목적으로 매각절차인 경매절차가 개시된 뒤에 유치권을 취득한 경우에는 그 유치권을 경매절차의 매수인에게 행사할 수 없다고 보는 것이므로, “부동산에 가압류등기가 된 뒤에 유치권을 취득하였더라도 경매개시결정등기가 되기 전에 유치권을 취득하였다면 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있다.”고 본다.³⁷⁾ 그러나 이는 다음과 같은 비판으로부터 자유로울 수 없을 것이다. 첫째, 압류의 효력 발생 이전에 성립한 유치권의 매수인에 대한 대항력을 제한하지 않는 것은 매수인 이외에 다른 권리자, 즉 저당권자 및 가압류 채권자 등의 이익을 보호할 수 없다.³⁸⁾ 둘째, 권리영역에 대한 법원의 후견은 지양되어야 한다. 유치권의 대항력 제한의 법리는 명문에 없는 판례에 의해 형성된 것이다. 형사법과 달리 민사법의 영역에서는 명문의 규정이 없는 경우에도 판례에 의해 법리가 만들어질 수도 있다. 그러나 우리 입법자는 유치권에 우선변제권을 인정하지 않는 대신에 경매 후에도 소멸되지 않고 매수인에게 인수되어 유치권으로 매수인에게 대항하여 사실상 우선변제를 받을 수 있도록 하였다. 그럼에도 불구하고 경매개시결정 등기 이후에 성립하였다는 것을 이유로 유치권의 대항력을 제한하는 것은 해석의 한계를 넘었다는 비판을 받을 수 있다.³⁹⁾ 더욱이 유치권의 성립에 피담보채권의 변제기의 도래가 필요하다

유치권의 한계에 관한 연구”, 부동산학연구 제13집 제2호, 한국부동산분석학회, 2007, 85쪽.

37) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결; 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결 등 참조. 차문호, 앞의 논문, 403쪽에서는 가압류 이후에 점유가 이전되어 유치권을 취득한 자 또한 대항력을 제한해야 한다고 본다.

38) 이에 해석론으로 저당권 성립 이후의 유치권 또한 대항력을 제한하자는 견해가 존재한다. 이선희, “부동산 유치권의 대항력 제한”, 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015, 215쪽 이하, 253쪽.

39) 이러한 고민에서 대항력 제한이 아닌 유치권 성립을 부인하는 것을 통해 다른 권리자의 이익을 보호하려는 문헌으로는 서종희, “부동산 유치권의 대항력제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립제한으로의 재전환.” 성균관법학 제24권 제4호, 성균

는 점을 감안하면, 기초적인 사실관계 및 채권의 성립은 압류의 효력 발생 이전이었음에도 불구하고 변제기 도래가 경매개시등기 이후에 성립하였다고 하여 유치권에 기한 대항을 할 수 없다고 한다면 그 자체로 평가모순을 발생시킨다고 할 수 있다. 같은 맥락에서 체납처분압류 이후에 유치권이 성립했음에도 불구하고 경매개시결정등기 이전에 변제기가 도래한 경우에는 유치권으로 매수인에게 대항할 수 있게 되는데 이는 경매개시결정등기라는 획일적인 기준에 의해 이해관계자의 권리가 정반대가 된다는 점에서 문제가 있을 수 있다.⁴⁰⁾

요컨대 해석론에 의해 유치권의 대항력 등을 제한하는 것보다는 유치권에 관한 규정을 개정하여 현행법이 가지는 한계를 극복하는 것이 합리적이며서 효율적일 것이다.⁴¹⁾ 그러한 이유 때문에 종래부터 유치권과 관련된 민법 및 민사집행법을 개정하자는 주장이 강하게 제기되고 있을 것이다(이하 III. 3. 참조).⁴²⁾

관대학교 법학연구소, 2012, 153쪽 이하 참조. 반면에 이선희, 앞의 논문, 234쪽 이하에서는 성립요건이 아닌 대항력 제한으로 해결하는 것이 더 타당하다고 본다.

40) 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결 반대의견 참조.

41) 실무에서 주로 문제되는 경우는 상법 제58조에서 정하는 상사유치권이 아닌 민사유치권이다. 따라서 이하에서 말하는 유치권은 특별한 언급이 없는 한 민법상 인정되는 유치권을 의미하는 것으로 본다. 참고로 상법 제58조에서 정하는 상사유치권은 단지 상인 간의 상행위에 기하여 채권을 가지는 사람이 채무자와의 상행위(그 상행위가 채권발생의 원인이 된 상행위일 것이 요구되지 아니한다)에 기하여 채무자 소유의 물건을 점유하는 것만으로 바로 성립하는 것으로서, 피담보채권의 보호가치라는 측면에서 보면 목적물과 피담보채권사이의 이른바 견련관계를 요구하는 민사유치권보다 그 인정범위가 현저하게 광범위하다. 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결 참조. 부동산에 대해서도 상사유치권이 인정된다는 점에서 민사유치권과 상사유치권의 구분은 중요하다. 부동산에 대한 상사유치권의 인정에 대한 일본 학설에 대한 평가는 原弘明, “不動産に対する商人間留置権の成否：最判平成29年12月14日をふまえた抵当権者と留置権者との関係の再検討”, 関西大学法学論集 69卷 3号, 関西大学法学会, 2019, 215頁 以下 참조.

42) 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 토지법학 제23권 제2호, 한국토지법학회, 2007, 215쪽 이하; 김영두, 앞의 논문, 213쪽 이하; 이상현, “부동산 경매과정에에서의 유치권의 진정성립(허위유치권)에 관한 제 문제”, 민사법연

3. 유치권자에게 우선변제권을 인정하고 유치권에 대해 소멸주의를 취하자는 개정논의에 대한 평가

3.1 비교법적 검토

3.1.1 독일과 스위스

먼저 독일은 독일민법 제273조에서 유치권(Zurückbehaltungsrecht) 조항을 두고 있으나, 유치권은 단지 채권적 급부거절권(Leistungsverweigerungsrecht)에 불과하므로⁴³⁾ 민사집행 및 파산절차에 있어 우선변제권 인정 여부가 문제되지 않는다.⁴⁴⁾ 물론 독일민법 제999조에 의해 점유자가 점유목적물에 지출한 비용을 소유권자에게 상환을 청구할 수 있으며 불법점유가 아닌 한 비용을 다 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있는데(Zurückbehaltungsrecht des Besitzers, 제1000조⁴⁵⁾),⁴⁶⁾ 이

구 제18집, 대한민사법학회, 2010, 177쪽 이하; 황중술/민규식, “부동산 경매절차상 허위·과장유치권 근절을 위한 대책”, 주거환경 제6권 제2호, 한국주거환경학회, 2008, 110쪽 이하 등. 주로 논해지는 입법론적 제안으로는 “1.유치권등기 제도의 도입, 2.소멸주의의 도입(민사집행법 제95조 제5항 삭제), 3.유치권 신고의무 제도의 도입, 4.유치권의 법정저당권화, 5.물권적 유치권에서 채권적 유치권으로의 전환, 6.공탁금납부제도 도입, 7.부동산 유치권의 부정 등”이다. 한편 유치권에 관한 개정시안 및 개정방향에 대해서는 정준용/이동진, 부동산 유치권의 개선에 관한 연구, 법무부 연구용역과제보고서, 법무부, 2009, 110쪽 이하; 전장현, “부동산경매에서 유치권의 문제점과 개선방안에 대한 입법론적 검토”, 법제연구 제41호, 한국법제연구원, 2011, 263쪽 이하 참조.

43) 즉 유치하기 위한 “권리”라기 보다는 이행을 거절하기 위한 “거절권”으로서의 의미를 가진다.

44) MüKoBGB/Krüger(2022), BGB § 273 Rn. 94; BGH NJW 2002, 2313, 2315. 요컨대 독일법상 유치권은 단지 이행을 거절하여 채권자를 간접적으로 압박함으로써 채무자의 채권자에 대한 반대청구권을 담보하는 기능을 한다. Jauernig, *Kommentar zum BGB* 18. Aufl., C.H.Beck, 2021, BGB §273 Rn.2.

45) 점유자와 소유자의 이익 조화를 도모하고 상환청구권을 보호하기 위해 유치권(독일민법 제1000조), 청구권의 실행(독일민법 제1001조, 제1002조), 환가변제권(독일민법 제1003조)에 대해 규정하고 있다.

46) 양자의 가장 큰 차이점은 전자는 채무자의 채권이 변제기에 도래할 것을 요구하고 있다는 점이다. 다만 채무자의 채권자에 대한 청구권은 그 급부를 제공할 때에 변제기

권리 또한 환가만족의 권능(Verwerungs- und Befriedigungsrecht)을 지닐 뿐 물권성(dingliche Wirkung)을 가지지 못한다. 요컨대 독일법상 집행에 있어서는 유치권자에게 우선변제권이 인정되지 않아 저당권자에 비하여 후순위로 배당을 받을 뿐이다.⁴⁷⁾ 반면에 수급인은 도급인에 대한 보수청구권으로 동산에 대해 우선변제권을 가진다(독일민법 제647조). 그러나 수급인은 부동산에 대해서는 보전저당권(Sicherungshypothek)설정청구권을 행사할 수 있을 뿐(독일민법 제650조의e), 우선변제권을 가지지 않는다.⁴⁸⁾ 즉 보전저당권설정청구는 도급인이 토지 소유자인 경우에만 인정되므로 도급인이 토지소유권을 제3자에게 매각한 경우에 수급인은 새로운 토지소유자에게 보전저당권을 행사할 수 없다.⁴⁹⁾ 즉 보전저당권설정청구권은 단지 채권에 불과할 뿐이다. 더 나아가 보전저당권의 등기가 경료된 경우에도 순위의 원칙이 적용되기 때문에 수급인보다 먼저 저당권을 취득한 자에게 순위가 밀리며, 수급인이 여러 명인 결과 다수가 보전저당권설정청구권을 행사한 경우에 먼저 등기를 마친 수급인이 우선변제권을 가지게 된다.⁵⁰⁾

다음으로 스위스의 경우, 스위스민법 제895조 제1항은 ‘동산이나 유가증권을 점유하고 있는 경우에 그 동산이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 이행될 때까지 이를 유치할 수 있다.’고 규정한다. 위 규정은

가 도래하면 된다. BGH NJW 92, 557. 참고로 비용을 이유로 하는 상속재산점유자의 상속인에 대한 유치권(독일민법 제2022조)이 있다.

47) MüKoBGB/Raff, 8. Aufl., C.H.Beck, 2020, BGB § 1003 Rn. 13ff.

48) MüKoBGB/Busche, 8. Aufl., C.H.Beck, 2020, BGB § 647 Rn. 4; MüKoBGB/Busche, 8. Aufl., C.H.Beck, 2020, BGB § 650e Rn. 1. 참고로 건설계약법 개정에 관한 법률(Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts)에 의해 종전의 독일민법 제648조가 제650조의e로 개정되었고(2018년 1월 1일), 종전 독일민법 제648조의a는 제650조의f로 개정되었다. Art. 229 § 39 EGBGB, MüKoBGB/Busche(2020), BGB § 650e Rn. 1, 4.

49) Groß, *Die Bauhandwerkersicherungshypothek*, Werner, 1978, S. 56ff.

50) Groß, a.a.O., S. 7ff.; Peters, “Die Bauhandwerkersicherungshypothek bei Mängel der Werkleistung”, *NJW Heft 47*, 1981, 2550 ff.; Staudinger/Peters/Jacoby(2014), BGB § 648, Rn. 6.

규정체계상 질권에 관한 규정의 일부로 되어 있을 뿐 아니라 이론적으로도 질권의 일종으로 이해되고 있다. 그리하여 처분 및 거래할 수 있는 물건에 대하여만 성립하고, 유치적 효력 외에 경매청구권과 우선변제권도 갖는다.⁵¹⁾ 그러나 위 규정은 동산에만 적용되었기 때문에⁵²⁾ 수공업자 및 수급인은 도급인에게 가지는 채권을 담보하기 위하여 토지소유자에게 법정저당권설정청구권(스위스민법 제837조 제1항 제3호)을 행사할 수 있다. 위 청구권은 물권적 성질을 가지므로 도급인이 아닌 토지소유자에게도 주장할 수 있었기 때문에⁵³⁾ 도급인이 토지를 제3자에게 매각하더라도 수급인인 새로운 소유자에게 법정저당권의 설정등기를 마쳐줄 것을 요구할 수 있었다.⁵⁴⁾ 더 나아가 수급인이 여러 명인 결과 다수가 보전저당권설정청구권을 행사한 경우에 등기순서에 관계없이 모든 수급인을 동순위로 인정하였다.⁵⁵⁾ 다만 보전저당권보다 먼저 마쳐진 저당권이 있는 경우에는 순위에 따라 우선변제권을 인정하였으나, 수급인에 의해 증가된 토지의 가치증가는 기존의 저당권자에 예상하지 않았던 담보가치의 증가라는 점에서 수급인에 의해 증가된 가치에 대해서는 수급인에게 우선특권(Vorrecht)을 가지는 것으로 인정하였다.⁵⁶⁾ 요

51) Riemer, *Die beschränkten dinglichen Rechte 2 Aufl.*, Stämpfli, 2000, S. 170.

52) Lorandi, “Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers”, *AJP/PJA* 11/2005, 2005, 1299, 1301, 1304ff.

53) BGE 95 II 31, 33, 34.

54) 즉 토지 소유자는 물적채무(Realobligation)를 부담하게 된다.

55) Zobl, *Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda*, Basel, 1982, S. 164f.; Zobl, Bauhandwerkerpfandrecht: Das Gleichbehandlungsprinzip des Baukreditgebers bei der Auszahlung von Baukrediten – Entscheid des Bundesgerichtes (II. Zivilabteilung) vom 21. April 1989 in Sachen Basler Kantonalbank c. Paul Welker AG: BGE 115 II 136ff. = Pra 1989 Nr. 205, in: BR 1990/4, 94ff.; Basler/Thurnherr(2019), N 14 zu Art. 839/840 ZGB.

56) Zobl, ZSR 101/1982 II, S. 168f.; Thurnherr, “Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht – zu wenig Neues, aber noch mehr Problematisches?”, *ZBGR* 2/2012, 2012, 83f.; Schumacher, “Bauhandwerkerpfandrecht: Besondere Herausforderungen an die Anwaltschaft”, *Anwalts revue de l’avocat* 3/2014, 2014, 112.

컨대 이를 통하여 수급인은 자신의 도급인에 대한 채권에 대한 우선변제권을 취득하게 된다.

3.1.2 일본

일본 민사집행법 제59조 제4항(일본 舊 민사소송법 제649조 제3항에 해당)은 경락인이 유치권을 인수한다고 규정하고 있다.⁵⁷⁾ 일본의 입법 이유서 등을 통해 확인해 볼 수 있을 것이다.⁵⁸⁾ 일본 舊 민사소송법 제649조 제3항의 창설을 위한 민법시행법 제51조의 규정에 관한 민법시행법정리회의에서, 우메 겐지로(梅謙次郎)는 인수주의를 채용한 것은 유치적 효력의 결과라는 취지를 논하였으나, 코마츠 미호마츠(小松三保松) 위원은 인수주의가 채용되는 것은 우선변제청구권이 없음이 그 전제일 것이라는 취지로 우메(梅)의 견해를 반박하였다.⁵⁹⁾ 일반적으로 일본 내에서도 민법에서 유치권에 법률상 우선변제권을 인정하지 않아, 유치권자가 배당에 참가할 수 없기 때문에 민사집행법 제59조 제4항에 의해 유치권의 부담을 경매목적물의 매수인이 지도록 한 것으로 이해한다.⁶⁰⁾

한편 일본 舊민법(이른바 Boissonade 민법)에서는 민사유치권의 우선변제청구권을 부정하고 단순히 유치를 계속할 수 있는 권리로 규정하였다(舊민법 제94조 제1항).⁶¹⁾ 반면에 1896년의 현행 일본민법의 제정 과

57) 우리 민사집행법 제91조 제5항은 일본의 영향을 받은 것으로 평가된다. 이에 대해서는 서종희, “유치권자와 경매절차에서의 유치목적물 매수인의 법적 관계”, 일감부동산법학 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 12쪽 이하 참조.

58) 일본 민사집행법 제59조 제4항은 매각에 의해 인수되는 권리에 대해 규정한다. 부동산상의 유치권은 민사집행법 시행 전의 舊민사소송법과 마찬가지로(舊민사소송법 제649조 제3항 참조) 매수인이 인수한다(일본 민사집행법 제59조 제4항. 다만 국제징수법 제21조 및 지방세법 제14조의 15에 의해 유치권은 소멸한다).

59) 法務大臣官房司法法制調査部, 『法典調査會 民法施行法整理會議事速記録』, 日本近代立法資料叢書14, 商事法務研究会, 1988, 51頁.

60) 鈴木忠一/三ヶ月章編 [竹下守夫 執筆], 『注解民事執行法(2)』, 第一法規, 1984, 253頁.

61) 鈴木正裕, “留置権小史”, 河合伸一判事退官・古稀記念『会社法・金融取引法の理論と実務』, 商事法務, 2002, 193頁.

정에 있어서 법전조사회에 제출된 원안 제303조에는 “유치권자는 유치권의 행사를 채무자에 통지하여 변제의 최고를 한 후 상당한 기간 내에 변제 또는 담보를 받지 못한 때는 질권에 관한 규정에 따라 유치권의 경매를 청구하여 그 대금으로써 변제에 충당할 수 있다.”고 보았다. 호즈미 노부시게(穂積陳重)는 이 규정이 유치권자가 변제를 받지 못하고 단지 목적물을 유치하는 상태가 계속되는 것은 공익상 바람직하지 않다는 점을 고려하여 매각을 통해 변제를 받을 수 있는 권리를 부여해야 한다는 사고에 의거하여 마련된 것으로 본다.⁶²⁾ 이러한 이유에서 일부 견해는 이 원안을 유치권자에게 우선변제청구권을 인정한 규정으로 이해한다.⁶³⁾ 그러나 이 원안은 메이지민법에서는 최종적으로 삭제되었다.⁶⁴⁾ 이러한 결과 일본의 일부 학설은 유치권자에게 우선변제권이 없다는 점, 즉 유치권은 목적물의 사용가치, 교환가치 모두를 지배하지 않아 담보물권이라기보다는 오히려 물권적 대항권이라 평가하기도 한다.⁶⁵⁾

3.2 국내 및 일본에서의 개정 논의

3.2.1 국내

학설은 유치권을 인수하게 하여 발생하는 문제점을 해결하기 위해 유치권에 우선변제권을 인정하고 경매에 의해 유치권을 소멸(민사집행법 제91조 제5항 삭제)하게 하는 입법개정이 필요하다는 주장을 강하게 제기하였다.⁶⁶⁾

62) 石田剛/亀岡倫史/浦野由紀子, 「<資料>留置権法(二・完)」, 民商 118卷 3号, 民商法雑誌編集委員會, 1998, 441頁 以下.

63) 松岡久和, 前掲論文, 106頁.

64) 이소베 시로(磯部四郎)나 하세가와 다카시(長谷川喬)가 삭제의견을 제시하였으나 부결되었다. 그러나 그 이후에 기초위원 3인의 의견이 우선변제청구권까지 인정할 필요는 없다는 것으로 바뀌어 제3회 민법정리회(1894년 12월 25일)에서 동 규정은 삭제되었다. 法務大臣官房司法法制調査部, 前掲書, 79頁; 石田剛/亀岡倫史/浦野由紀子, 前掲論文, 440頁.

65) 鈴木祿弥, 『物権法講義 [五訂版]』, 創文社, 2007, 418頁 以下, 430頁 以下.

2009년부터 법무부 민법개정위원회 제5분과위원회에서는 부동산 유치권제도의 개선방안을 연구하였고 2012년 4월 23일 민법개정위원회 전체회의를 거쳐서 등기부동산에 대한 유치권 폐지 등 유치권제도의 개선을 위한 민법, 민사집행법, 부동산등기법개정 법률안(이하 ‘개정안’)을 확정하였다. 그 후 법무부는 2013년 7월 위 민법 개정안을 발의했지만 개정안은 제19대 국회의 임기만으로 개정으로 이어지지 않았다.⁶⁷⁾ 개정안에서는 등기부동산에 대한 유치권을 부정하면서 미등기부동산에 한하여 유치권을 인정하되 미등기부동산의 유치권자에게 해당권설정청구권을 인정하여(개정안 제369조의 2 신설) 그 해당권설정등기가 완료되거나 해당권설정 청구권이 소멸하면 유치권도 소멸하게 하여(개정안 제320조의 2 신설), 유치권을 한시적으로만 인정한다.⁶⁸⁾ 요컨대 2013년 법무부 개정안은 유치권의 우선변제권을 인정하는 제도적 개선이라기 보다는 유치권의 소제를 위한 선택을 하고 그 방안으로 미등기 부동산 유치권자에게 해당권을 취득하게 하여 우회적으로 우선변제권을 취득하게 한 방법론적인 선택이라 할 수 있다.

66) 오시영, “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, 강원법학 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 281쪽; 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 281쪽; 김영두, 앞의 논문, 231쪽; 조윤아, “유치권 제도의 개선을 위한 입법방향”, 일감법학 제35권, 건국대학교 법학연구소, 2016, 329쪽; 노한장/유정석, “부동산 경매에 있어서 유치권의 우선변제권 인정 및 대항력 제한”, 부동산학보 제52권, 한국부동산학회, 2013, 329쪽; 성민섭, “부동산 유치권 제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여: 등기 부동산에 대한 유치권 폐지(안) 등의 재고를 기제하며”, 외법논집 제38권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014, 203쪽; 장건, “유치권에 기한 경매의 효용성 제고에 관한 검토”, 민사집행법연구 제17권, 한국민사집행법학회, 2021, 57쪽 이하; 임세훈, “부동산 경매절차상 유치권의 법적지위 및 비판적 고찰- 소멸주의와 인수주의를 중심으로 -”, 민사집행법연구 제14권, 한국민사집행법학회, 2018, 13쪽 이하, 59쪽.

67) 위 개정안에 대한 설명은 윤진수, “유치권 및 해당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 민사법학 제63-1호, 한국민사법학회, 2013. 등 다수의 문헌 참조.

68) 이 개정안에 대한 긍정적 평가로는 윤철홍, “유치권의 개정방향”, 법학논총 제31집, 숭실대학교 법학연구소, 2014, 11쪽 이하 및 15쪽 참조.

3.2.2 일본

일본에서도 유치권과 관련된 문제는 유치권자에게 우선변제청구권을 인정하지 않아, 유치권자를 배당에 참가시킬 수 없기 때문에 여타 담보권과는 상이하게 취급할 수밖에 없다는 점에 있다고 생각된다. 예를 들어, 민사집행법에 있어서는 유치권을 여타 담보권과 같이 배당함으로써 소멸시킬 수 없어, 유치권의 부담을 경매목적물의 매수인이 지도록 하는 해결을 선택한 것이다.⁶⁹⁾ 따라서 유치권에 우선변제청구권을 인정하고 배당에 참가시켜 유치권을 개별집행으로 소제하는 방법이 현실적으로 유치권과 관련된 문제를 해결할 수 있는 가장 손쉬운 방법이라고 할 수 있다.⁷⁰⁾ 입법정책적으로도 일본 등에서 유치권에 대해 인수주의를 채택한 경위를 고려하면 선택의 문제였을 뿐 소멸주의를 선택하는 것이 불가능한 것은 아니다. 즉 부동산의 경우 유치권자에게 우선변제청구권을 인정하면 여타 담보권과 마찬가지로 소멸주의를 채용하기 쉬워진다는 장점이 있다. 요컨대 우선변제청구권을 인정함으로써 유치권자를 배당에 참가시키면 충분하기 때문에 인수주의를 채용하는 의미가 없어지는 것이다. 이에 일본은 민사집행법 제정을 위한 강제집행법안 요망안 제1차 시안(1971년)에서 부동산유치권에 대해서 인수주의가 아닌 소멸주의(소제주의)를 채용하고 유치권자가 배당에 있어 다른 담보권자보다 최우선순위로 배당받을 수 있도록 하는 의견이 주장되었으나, 이는 채택되지 않았다.⁷¹⁾ 한편 일본은 민법의 개정을 위한 법제심의회의 담보·집행법제부회에서 수급인의 공사대금확보의 문제와 관련하여

69) 鈴木忠一/三ヶ月章編 [竹下守夫 執筆], 前掲書, 253頁; 法務大臣官房司法法制調査部, 前掲書, 51頁 등 다수.

70) 이에 대해서는 우리민법의 개정 방향에서 다수의 의견에서 확인이 가능하며, 2013년 개정안 또한 이를 전제로 하여 민사집행법 제91조 제5항의 삭제를 지향한다. 일본의 경우에는 齋藤秀夫/麻上正信/林屋礼二編 [齋藤秀夫], 『注解破産法 [第3版](上)』, 青林書院, 1998, 662頁에서 이러한 학설상의 논의를 확인할 수 있다.

71) 鈴木正裕, 前掲論文, 220-221頁.

상사유치권을 부동산에 성립시켜야 한다는 문제를 중심으로, 유치권에 우선변제청구권을 인정할 것인가에 대해서도 논의되어, 법제심의회의 담보·집행법제부회의 논의를 토대로 작성된 법무성 민사국에 의한 「담보·집행법제의 재검토에 관한 요망 중간시안」(이하 「중간시안」)에 있어서 유치권에 대해 소멸주의를 채용하고 우선변제권을 부여하는 제안이 이루어졌다. 이에 대한 대응으로서, 먼저 일본변호사연합회는 찬성하였다. 그 이유로는 유치권에는 우선변제청구권이 없으며 유치적 효력만이 있을 뿐임에도 사실상 최우선으로 변제를 받는, 제도 본래의 효과 이상의 취급을 하고 있으므로, 개별집행에서 소제해 나갈 필요성이 강조되었다.⁷²⁾ 이와 같은 논의가 이루어졌음에도 불구하고 법제심의회의 담보·집행법제부회의에서의 논의가 정리되지 않아 결국 유치권에 대한 개정은 보류되었다.⁷³⁾

3.3 검토: 유치권자에게 우선변제권을 인정함에 있어 고려되어야 할 요소들

국내 및 일본의 입법경위 등에서 알 수 있듯이, 유치권자에게 우선변제청구권을 인정할 것인지는 민사집행법상 인수주의와 밀접한 연관성을 가진다고 할 수 있다. 요컨대 유치권자가 우선변제권을 가졌다면 유치목적물로부터 우선변제를 받을 수 있을 것이나 우선변제청구권이 인정되지 않았기 때문에 매수인에게 이를 인수하도록 한 것이다. 따라서 매수인이 유치권을 인수한 경우, 매수인의 유치권자에 대한 책임은 유치

72) 日本弁護士連合会, “担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する意見書”, 判例タイムズ1094号, 判例タイムズ社, 2002, 86頁.

73) 最高裁判所事務総局民事局, “担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する各高等裁判所及び各地方裁判所の意見”, 判例タイムズ1094号, 判例タイムズ社, 2002, 66頁에서도 유치권자에 대한 우선변제권 인정에 대해서 각 지방재판소·고등재판소의 찬부를 소개하고 있다. 위 자료에 의해 확인되는 최고재판소 사무총국 민사국이 집계한 바에 따르면, ‘찬성 49, 반대 4, 의견 없음 기타 5’로 찬성의견이 지배적이다.

권자에게 우선변제권이 인정되는 것보다 더 가중되어서는 안 된다. 매수인이 채무자의 채무를 인수한 것으로 보게 되면, 유치권자에게 우선변제권이 인정되는 것보다 더 유리한 결과를 가져온다는 점에서 이는 타당하지 않기 때문이다. 예컨대 인적책임설에 의하면 매수인이 유치권자에게 채무를 부담하므로, 유치권자는 집행권원을 얻어 매수인이 매수한 목적물 이외의 다른 재산에 대해서도 강제집행을 할 수 있다. 그런데 이는 결과적으로 유치권자에게 우선변제권을 인정한 것보다 유치권자에게 유리하다는 점에서 문제가 있다.⁷⁴⁾ 따라서 매수인에게 물적책임만을 부담시키는 것이 매수인과 유치권자의 이익을 적절하게 중용한 것으로 볼 수 있다.⁷⁵⁾ 이런 이유에서 보면 일본보다는 우리 판례의 태도가 바람직하다고 할 수 있다.⁷⁶⁾ 그러나 유치목적물의 매수인에게 물상보증인과 같은 지위를 부여하는 것이 타당한지는 의문이다. 부동산 등기부에 공시되지 않는 유치권을 인수하게 하는 것은 매수인에게 큰 부담이 된다. 물론 매수인이 민법 제575조 및 제578조에 기하여 채무자 등에게 담보책임을 주장할 수는 있으나 채무자 등의 자력이 보장되지 않는다는 점을 고려하면 담보책임을 통해 매수인을 보호하는 것은 한계가 있다. 이에 유치권자에게 우선변제권을 인정하고 유치권에 대한 소멸주의를 채택하는 개정을 통해 매수인을 보호하면서 경매시장의 안정화를 도모할 필요가 있다고 본다. 한편 유치권에 우선변제청구권을 인정하여 배당에 가입하도록 하면, ①유치권과 여타 담보권의 우열관계를 어떻게 고려할 것인지, ②담보권 실행으로서의 경매신청권을 인정할 것인지 인정하지 않을 것인지, ③경매절차에서의 배당에 있어 유치권의 증명을 어떻게

74) 물론 일반적으로는 피담보채권액이 유치목적물의 가액보다 적기 때문에 문제되지 않을 것이나, 물가 변동 등에 의하여 피담보채권액이 많아지는 경우도 있으므로 (overloan), 이 경우에는 지나치게 매수인에게 불리하다.

75) 서종희, “유치권자와 경매절차에서의 유치목적물 매수인의 법적 관계”, 14쪽.

76) 이에 대한 단면(單面)만 놓고 본다면, 유치권과 관련된 민법개정에 대한 니즈(needs)는 일본이 우리보다 강할 것이다.

할 것인가 등 새롭게 해결해야 하는 문제가 발생한다. 먼저 ③경매절차에서의 배당에 있어 유치권의 증명을 어떻게 할 것인가와 관련하여 부동산 유치권을 공시할 수 있는 등기제도는 현행법상 존재하지 않으므로, 등기제도를 창설하지 않는 한 목적물의 점유를 성립요건, 대항요건(공시)으로 보아야 할 것이다(피담보채권의 변제기는 도래한 것으로 봄).⁷⁷⁾ 더 나아가, 유치권이 성립하지 않은 시점을 기준으로 유치권을 대항하는 것은 고려할 수 없으므로, 유치권이 성립한 시점에 있어서의 점유를 기준으로 대항문제를 처리하게 되는 이상, 유치권의 대항력의 구비시점은 유치권의 성립시점이 될 것이다. 민법상의 유치권의 성립에는 ①목적물과 견련성을 가지는 채권이 존재하고 그 변제기가 도래하였을 것과 ②목적물의 점유가 필요하다(민법 제320조). 따라서 유치권의 성립시기의 증명에는 변제기와 점유개시시점의 증명이 필수불가결할 것이다. 구체적인 논의는 이하(IV)에서 검토하고자 한다.

77) 법정담보물권인 선취특권에 대해서는 그것이 부동산에 성립하는 것인 경우에는 등기해야 하므로, 부동산에 성립하는 법정담보물권에 공통의 규율로서 부동산 선취특권과 동일하게 부동산 유치권에도 등기를 요하는 것으로 개정할 수도 있을 것이다. 그러나 부동산 선취특권은 등기를 필요로 함으로써 거의 이용되지 않는 것이 현상이다. 이는 등기가 공동신청을 요구하므로 등기를 하기 위해서는 선취특권의 물적 부담을 지는 자의 협력이 필요하나, 그 협력을 얻기가 쉽지 않다는 현실이 존재하기 때문이다. 이에 부동산 선취특권 대신 그 부담을 부동산 유치권에 귀착시키는 형태가 되었으며(특히 그 부담은 유치권 중에서도 상사유치권에 부담된다), 그것이 현실적으로 타당하지 않아, 부동산으로의 상사유치권의 성부를 문제 삼는 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 결국 법정담보물권에 등기제도를 창설함으로써, 이용의 곤란함으로 인해 이를 우회하는 별개의 방법이 고찰되어 사실상 무의미한 법정담보물권이 되기에 이르렀으며, 이 전철을 밟지 않기 위해서라도 부동산 유치권에 등기를 필요로 하는 것을 회피함이 타당할 것으로 보인다.

IV. 유치권자에게 우선변제권을 인정함에 의해 남겨진 과제

1. 배당에 있어서 다른 담보권과의 우열문제

현행 민사집행법에서 유치권은 사실상 최우선의 담보물권으로서 다루어지고 있으며, 또 유치권자에게는 배당이 이루어지지 않으므로 유치권과 여타 담보권의 조정이라는 문제는 발생하지 않는다. 그러나 유치권에 우선변제청구권을 인정하여 배당에 참가시킬 경우, 여타 담보권과의 관계를 법률상 규율할 필요가 있다. 유치권과 여타 담보권과의 관계에 대해서는 다양한 사고가 가능하다(소위 ‘최우선모델’). 먼저 하나의 사고로서, 유치권을 모든 담보권에 우선하여 다루는 사고가 가능할 것이다. 이 사고는 ①대항력을 구비한 시점의 선후관계로 우열을 결정하면 대부분의 경우 저당권 등에 유치권이 열후하여 유치권자의 보호가 결여된다는 점, ②유치권은 피담보채권의 변제기가 도래할 때까지 성립하지 않는다는 점에서 변제기도래가 아닌 채권성립과 동시에 등기할 수 있는 저당권과 동일한 출발선에서 우열관계를 결정하는 것은 부당하다는 점, ③민사유치권에는 물건과 피담보채권 간에 견련성이 요구되며, 민사유치권은 물건의 가치의 유지나 증가에 소요된 비용에 대해 인정되는 경우가 많다는 점에서 공익적 성격이 강하다는 점, ④시간이나 자료가 한정되어있는 민사집행절차에서는 유치권자의 대항력 구비시기를 정확하게 조사하기 곤란한 경우가 있을 수 있다는 점 등을 주요 논거로 한다.⁷⁸⁾ 반면에 유치권과 여타 경합하는 담보권의 우열은 대항력을 구비한 시기

78) 이러한 사고는 森田浩美, “担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する各高等裁判所及び各地方裁判所の意見と今後の検討課題”, 判例タイムズ1094号, 判例タイムズ社, 2002, 57頁 以下 및 古賀正治, “担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する日弁連意見の取りまとめ状況”, 判例タイムズ1094号, 判例タイムズ社, 2002, 79頁에서 확인된다.

의 선후에 의한다는 사고도 가능할 것이다(소위 ‘대항력모델’).⁷⁹⁾ 이 사고는 유치권에는 공시가 없다는 점에서 최우선으로 변제권을 인정하는 것은 타당하지 않으며, 대항력의 구비의 선후관계로 결정하는 것이 공평하다고 본다.

먼저, 전자인 최우선모델에는 상대적으로 저당권의 효력이 약화되는 결과, 유치권이 저당권의 실행 방해에 이용될 우려가 있으며, 민사집행법에 있어서 유치권이 사실상 최우선의 담보권으로서 다루어지는 문제가 해결되지 않는다. 또한 견련관계 있는 채권이 항상 공익적인 성격이 강하다고는 할 수 없다는 문제도 있다. 반면에 후자인 대항력모델은 유치권의 피담보채권에는 공익적인 것도 있으므로, 항상 대항력구비의 선후로 우선변제권을 결정하는 것이 타당하지 않을 수 있다는 문제가 있다. 예컨대 점유자의 비용상환청구권과 같은 목적물의 객관적 가치를 유지·증가시키는 채권(공익적 채권)은 당해 목적물의 집행절차에 있어서 저당권자 등 배당을 받는 자가 공동하여 이를 부담해야 하는 것으로 판단할 수 있다. 왜냐하면 같은 목적물에 저당권과 같은 담보권을 가지고 있던 자는 유치권자에 의해 목적물의 가치가 증가하기 전의 상태로 담보가치를 파악하였을 것이기 때문에 유치권자에 의해 증가된 가치는 유치권자에게 귀속시키기는 것이 타당하기 때문이다. 따라서 유치권과 여타 담보권의 관계를 항상 대항력모델로 이해해서도 안 될 것이다. 이상에 비추어, 유치권과 여타 담보권과의 이익조정은 유치권을 일률적으로 최우선으로 다루거나 단순히 여타 담보권의 대항요건의 구비와의 선후관계로 우열을 결정하면 해결되는 그러한 단순한 문제가 아니라고 할 수 있다.

79) 대표적으로 森田浩美, 前掲論文, 79頁.

2. 담보권실행으로서의 경매신청권 인정여부

유치권에 우선변제청구권을 인정한 경우에 유치권자에게 담보권 실행으로서의 경매신청권을 인정할 것인지의 문제는 지금까지 별다른 논의가 없었다. 참고로 일본은 법제심의회의 담보·집행법제부회의 논의를 토대로 작성된 법무성 민사국에 의한 「담보·집행법제의 재검토에 관한 요망 중간시안」(이하 「중간시안」)에서, 유치권에 대해 우선변제청구권을 부여하였더라도 경매신청권을 부여할 것인가에 대해서는 더욱 검토가 요구된다고 하며, 「담보·집행법제의 재검토에 관한 요망 중간시안 보충설명」(이하 「보충설명」)에서는 ‘유치권자에게 경매신청권을 부여하는 경우에 유치권자는 유치권이 성립한 후 그 즉시 경매를 신청할 수 있게 된다. 그러나 유치권이 유치물의 소유자의 의사를 불문하고 성립하는 담보물권인 점이나 그 피담보채권액이 극히 소액일 가능성도 있다는 점에 비추어, 유치권자에 경매신청권을 부여하는 것은 소유권자 및 여타 담보권자에 대한 부담이 될 수 있다는 점을 감안하면 반드시 인정되어야 한다고 판단되지 않는다.’⁸⁰⁾ 유치권에 우선변제청구권을 인정하였다고 할지라도 담보권 실행으로서의 경매신청권까지는 인정하지 않는다는 견해(부정설)는 다음과 같은 이유를 고려할 것이다. 「보충설명」에서도 지적하는 바와 같이, 유치권의 피담보채권액은 비교적 소액이므로 사회적 필요성은 그리 크지 않다는 점에서⁸¹⁾ 유치권자의 담보권 실행으로서의 경매를 조건 없이 인정하는 것은 저당권자 등의 이익을 현저히 해할 수 있다. 이는 유치권자의 보호에 비하여 저당권자의 권리를 침해하여 불균형한 결과를 초래한다. 더욱이 유치권의 기능은 통상의 국면에서는 인도거절권으로서의 기능이 유일하며, 인도

80) 法務省民事參事官室, “担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案補足説明”, JURIST 1223号, 有斐閣, 2002, 113頁.

81) 法務省民事參事官室, 前掲論文, 113頁.

를 거절함으로써 피담보채권 전액의 변제를 간접적으로 강제하는 권리로서 설계되었으므로, 유치권자의 경매신청권을 인정하여 유치권에 적극적인 환가 기능을 부여하는 것은 오로지 이행거절권으로서 기능해온 유치권의 연혁에도 적합하지 않다고 볼 수도 있다. 우리 판례가 유치권자의 경매신청시에 민사집행법 제91조 제5항을 적용하여 유치권을 소멸시킨 것도 유치권자의 경매신청권 행사를 신중하게 하는 것에 기여하는데 만약 우선변제권까지 인정하는 경우라면 더욱더 경매신청권 행사가 많아질 것이라는 점에서 재고를 요한다. 반면에 유치권에 우선변제청구권을 인정한다면 담보권 실행으로서의 경매를 인정하는 것이 더 자연스럽다는 점, 유치권자는 점유를 통해 그 권리를 행사하고 있음에도 불구하고 피담보채권의 소멸시효가 진행하므로 담보권 실행으로서의 경매신청권을 인정하는 것이 유치권자의 편의에 적합하다는 점에서, 여타 담보권과 마찬가지로 담보권 실행으로서의 경매신청권까지 인정해야 한다고도 고려할 수 있다(긍정설).

생각건대, 담보권 실행으로서의 경매신청권을 인정할 것인가는 입법정책의 문제이므로 반드시 부정설이 고려하는 유치권의 연혁적 기능에 구애받을 필요가 없으며, 우선변제권을 인정되는 담보권으로서의 유치권은 종전의 유치권의 기능과의 단절을 시도한 것이라고 볼 여지도 있다는 점에서 유치권자의 경매신청권을 인정하는 결단 또한 가능할 것이다. 또한 부정설이 고려하는 유치권자의 피담보책임이 소액이라는 전제는 도급계약에서의 공사대금과 같이 피담보채권액이 다액인 경우도 있다는 점에서 전제 자체에 대한 오류를 범했다는 비판을 받을 수 있다. 다만 피담보채권액의 많고 적음을 불문하고 부정설이 고려하는 것과 같이 소유자 및 여타 담보권자⁸²⁾의 이익(특히 경매시기선택권)을 고려

82) 여타 담보권자에 관해서는 유치권이 최우선으로 여겨지는 경우가 아니라면, 잉여주에 의해 반사적으로 그 선순위담보권자의 이익은 지켜지는 경우가 많을 것이나, 유치권이 최우선으로 여겨지는 경우는 그 이익을 보호할 필요가 있을 것이다.

할 필요는 있을 것이다. 이에 담보권 실행으로서의 유치권자의 경매신청권을 긍정하기 위해서는 피담보채권의 채무자, 소유자 및 여타 담보권자에 변제의 기회나 담보의 제공에 의한 유치권의 소멸청구의 기회를 부여하는 제도를 마련하는 것이 필요할 것이다. 요컨대 이러한 제도적 보완은 소유자 및 여타 담보권자의 이익을 보호할 수도 있으며 대담보의 제공의 기회를 부여하는 것은 피담보채권에 알맞은 적절한 약정담보권으로 전환하는 것을 촉진하는 효과를 가져오게 한다. 법정담보물권이 약정담보물권의 보충적인 물권으로서 기능하고 있는 현실이나 근대법에 있어서의 법정담보물권 배척의 경향 등을 고려하면, 법정담보물권에 과도하게 의존하지 않고 적절한 약정담보권의 설정을 촉진하는 것은 법제도로써도 타당할 것이다. 또한 실제로도 소유권자 및 여타 담보권자에게 이와 같은 기회를 부여하면 목적물에 성립한 유치권과 관련한 문제는 많은 경우 해결되므로, 진정 필요한 경우를 제외하고는 특별한 사정이 없는 한 유치권자가 경매를 신청하는 경우는 적을 것이다. 요컨대 유치권에 집행절차에 있어서 우선변제청구권을 인정하고자 하는 것은 개별집행의 국면에서 사실상 유치권이 최우선적으로 다루어지는 데 의한 피해를 시정하는 데 있으며, 집행단계에서 인도거절권을 우선변제권을 인정하여 배당수령권으로 전환함으로써 이를 방지하는 것으로 충분할 것이다. 한편 경매신청권을 인정할 것인지 여부는 선택의 문제라고 할 수 있을 것이나, 담보권 실행으로서의 경매신청권을 인정하더라도 유치권을 저당권 등 다른 담보권으로 전환하는 효과를 유인할 수 있게 한다면, 부정설이 걱정하는 국면은 해소할 수 있을 것이다.

3. 유치권을 등기를 통해 공시할 것인지 여부

유치권의 성립시점인 점유 및 피보전채권의 변제기 도래를 다른 물권과의 순위를 정함에 있어 고려한다면, 이는 등기를 전제로 하는 다른

권리와의 비교에 있어 큰 장애요인으로 작용할 것이다. 이에 유치권 또한 등기를 통해 이를 공시하도록 하고 등기시를 기준으로 순위를 정하는 주장도 가능할 것이다. 그러나 이는 일본민법상 선취특권(일본민법 제303조 이하)을 통해 간접적으로 그 실효성을 확인해 볼 수 있을 것이다. 일본민법상 부동산 선취특권은 등기를 요구하고 있어 이는 거의 이용되지 않는다. 등기를 위해서는 당사자의 공동신청이 필요한데 선취특권의 물적 부담을 지는 자의 협력을 얻기가 쉽지 않다는 현실로 인한 결과라고 할 수 있다. 결국 이는 부동산 선취특권 대신 그 역할을 부동산 유치권에 귀착시켰다고 해도 과언이 아닐 것이다. 요컨대 일본 내에서도 부동산 선취특권이라는 법정담보물권에 등기를 하도록 하였으나 그 이용의 곤란함으로 인해 이를 우회하는 별개의 방법이 고찰되어 사실상 무의미한 법정담보물권이 되기에 이르렀다. 따라서 우리의 경우에도 유치권을 등기를 통해 공시하도록 하는 것을 고민함에 있어서는 일본이 부동산 선취특권에서 밟았던 전철을 참고할 필요가 있다.

4. 유치권의 증명방법

집행절차로서의 부동산경매에 있어 담보권의 존재는 공정증서, 담보권의 등기사항증명서 등으로 증명된다. 유치권의 성립시기는 피담보채권의 변제기 도래시점과 점유시점을 증명하는 것과 연결되므로 유치권자는 변제기 도래와 점유개시시점을 증명해야 한다. 그렇다면 유치권의 증명을 어떠한 방법으로 할 것인가? 이에 대한 고민은 국내에서는 확인되지 않아 이하에서는 일본에서의 논의를 참고하여 전개해 보고자 한다.

4.1 유치권의 존재를 사문서로 증명할 수 있는지 여부

일본의 경우에 일반 선취특권에 한하여서는 사문서로 그 존재를 증명

할 수 있다(일본 민사집행법 제181조 제1항 제3호). 그런데 일본에서 일반 선취특권의 경우에 사문서를 포함하는 문서⁸³⁾를 통한 증명으로 충분하다고 본 이유는 공익비용의 선취특권(일본민법 제306조 1호, 제307조)을 보호하기 위함이 아니라, 고용관계의 선취특권(일본민법 제306조 2호, 제308조)의 보호를 입법단계에서 염두에 두었기 때문이다.⁸⁴⁾ 또한 일반 선취특권의 경우는 유치권과 달리 집행하는 목적이 채무자의 소유물이라면 어떠한 물건이라도 무방하므로, 피담보채권의 발생원인 사실이 특정되면 담보권의 유무를 판단할 수 있다는 점도 견련관계를 전제로 하는 유치권과 다르다는 점 또한 고려해야 할 것이다.⁸⁵⁾ 따라서 일반 선취특권의 경우와 동일한 고려에서, 유치권에 대해서도 사문서를 포함하는 문서로 충분하다고 보는 것은 곤란하며,⁸⁶⁾ 유치권에 대해 별도의 독자적인 정책적 고려가 필요하다고 볼 수 있다.

4.2 유치권을 확정판결 등으로 증명하는 것에 대한 판단

사문서를 포함하는 문서에 의한 증명을 부정하고 유치권의 존재를

83) 이 문서를 어떠한 것으로 고려해야 하는가에 대해서는, 집행권원에 준하는 정도의 고도의 개연성을 가져 담보권의 존재를 직접 증명하는 문서라는 견해와 제출된 문서를 종합적으로 판단하여 담보권의 존재가 인정되는 문서면 충분하다는 견해가 있으나, 현재 일본의 실무는 후자의 견해에 의해 운용되는 것으로 확인된다. 大阪高決 平成12(2000)年 2月 15日, 判時 1713号 65頁; 名古屋高決 昭和62年 6月 23日, 判時 1244号 89頁 등. 荒木新五, “動産売買先取特権の現状と課題”, 堀竜児/鎌田薫/池田真朗/新美育文/中倉寛樹編: 伊藤進先生古稀記念論文集『担保制度の現代的展開』, 日本評論社, 2006, 122頁.

84) 鈴木正裕, 前掲論文, 225頁.

85) 中島弘雅, “登録自動車を目的とする民法上の留置権による競売における民事執行法181条1項1号所定の『担保権の存在を証する確定判決』”, 法学研究(慶應義塾大学) 81卷 5号, 2008, 111頁.

86) 中島弘雅, 前掲論文, 113頁 주 16; 斎藤和夫, “『留置権競売』考—民事執行法195条の根本問題の検討—”, 法学研究(慶應義塾大学) 80卷 12号, 慶應義塾大学法学研究会, 2007, 91頁.

증명하는 확정판결(혹은 공정증서⁸⁷⁾)을 요구하는 경우에 ① 피담보채권에 관한 공정증서나 유치목적물의 점유개시시점을 추인할 수 있는 공정증서가 있으면 충분할 것이다. 한편 그러한 내용을 담은 공정증서가 작성되지 않았다면, ② 유치권존재확인소송을 제기하여 확정판결을 얻거나 ③ 피담보채권에 관한 인정이나 유치목적물의 점유개시시점의 인정이 주요사실과 관련한 인정으로서 이유 중의 판단으로 제시된 확정판결을 얻어야 할 것이다.⁸⁸⁾

먼저 ②를 요구하는 경우에는 담보권의 실행에 대해 집행권원을 필요로 하지 않다고 판단한 입법자의 결단이 무시되며,⁸⁹⁾ 피담보채권의 지급청구소송에 담보권의 확인청구를 사실상 병합강제하는 것은 현실문제로서 타당하지 않다.⁹⁰⁾ 특히 우열문제와 관련하여 유치권의 성립시점을 전제로 우열을 판단한다면, 구두변론종결시점에 있어서의 유치권의 존재의 확인으로는 충분치 않으므로 성립시점에 있어서의 유치권의 존재의 확인을 받을 필요가 있으나, 이를 강제하는 것은 구두변론종결시점의 권리관계를 확정한다는 민사소송의 기본적인 사고에 반드시 적합하지는 않을 것이다.⁹¹⁾ 또한 ③에 대해서는, 피담보채권에 관한 인정은 차치하더라도 점유개시시점의 인정이 주요사실과 관련한 인정으로서

87) 유치권 자체를 확인하는 공정증서가 작성된다는 것은 이례적이라고 판단되나(이런 지적은 山本克己, “平成18年度重要判例解説”, JURIST 1332号, 有斐閣, 2007, 143頁에서도 확인이 가능하다), 피담보채권에 관한 공정증서나 점유개시시점을 추인할 수 있는 공정증서면 상정이 가능할 것이다.

88) 最判 平成18(2006)年 10月 27日, 民集 60卷 8号 3234頁에서는 유치권의 성립조건이 되는 사실(의 전부 또는 일부)이 주요사실로서 인정되는 것이라면, 「담보권의 존재를 증명하는 확정판결」에 해당한다고 논한다.

89) 和田吉弘, “留置権に基づく登録自動車の競売申立て”, 法学セミナー629号, 日本評論社, 2007, 126頁; 山本克己, 前掲論文, 143頁.

90) 中島弘雅, 前掲論文, 107頁.

91) 물론 과거의 법률관계의 확인이라도 확인의 이익이 인정된다면 적법하나, 민사소송의 기본적인 사고에 반하면서까지 배당액의 결정을 위해 확인소송을 강제해서는 안 될 것이다.

제시되는 판결은 상정하기 상당히 어려울 것이다.⁹²⁾ 결국 ②③에 의할 수 없다면 ①에 의하게 되나, 이는 배당을 받고자 하는 유치권자에게 소송의 제기나 공정증서의 작성을 강제하여 타당하지 않다는 비판을 받을 수도 있다. 한편 민사집행법은 주로 저당권을 염두에 둔 규정으로, 이를 유치권에 그대로 준용하는 것은 입법론적으로는 재검토가 필요한 부분이기도 하다.⁹³⁾ 따라서 이러한 관점에서는, 최소한 점유의 성립시기에 관하여서는 소거법적으로 사문서를 포함하는 문서로 충분한 것으로 해결해도 무방하다고 볼 수도 있을 것이다.⁹⁴⁾ 물론 이러한 경우에는 집행법원에게 실체적 권리의 판단을 하도록 하므로 신속한 집행절차의 장애가 된다는 비판이 있을 수 있을 것이다. 그러나 유치권의 존부에 대한 실체적 권리의 판단만큼 복잡하지 않을 뿐만 아니라 유치권의 존재가 사실상 집행의 개시를 방해하는 현상과 비교하면 이 정도의 번거로움은 용인해야 하지 않을까 생각해 본다.

V. 개정방향 제시 - 맺음말에 갈음하여 -

앞에서는 부동산경매에 있어 유치권이 매수인에게 인수됨(인수주의, 민사집행법 제91조 제5항)으로 인하여 발생하는 문제점을 확인하고(Ⅱ,

92) 점유개시시점이 주요사실로서 인정될 수 있는 경우로는 취득시효를 주장하는 경우가 고려되나, 승소한다면 유치권은 무의미하며 패소한다면 점유개시시점이 인정된다고 단언할 수 없다. 또한 소송에서 유치권을 주장하는 경우를 고려하더라도 통상의 소송에서 유치권은 항변으로 주장되며, 그 유치권은 구두변론종결시점에 존재하는 것이 인정되면 족하므로 유치권의 성립시기가 유치권의 항변과 관련한 인정으로서 제시되는 경우는 없을 것이다.

93) 山本克己, 前掲論文, 143頁.

94) 鈴木忠一=三ヶ月章編 [近藤崇晴 執筆], 『注解民事執行法(5)』, 第一法規, 1985, 371頁; 中野貞一郎, 『民事執行法 [増補新訂5版]』, 青林書院, 2006, 276頁; 鈴木正裕, 前掲論文, 266頁도 동일한 취지로 보인다. 반대견해로는 齋藤和夫, 前掲論文, 99頁.

III), 이러한 문제점을 해결하기 위한 현실적인 방법으로 경매에 의해 유치권을 소멸시키는(소멸주의) 대신 유치권에 우선변제권을 인정하는 방안을 모색하였다. 특히 본고에서는 새로운 방안을 채택하는 것을 전제로 하여 유치권과 여타 담보권자와의 우열관계 및 유치권에 의거한 담보권 경매로서의 경매신청권을 인정하는 것에 대한 가부 등을 검토하였다(IV). 이를 전제로 향후 유치권에 관한 입법의 개정 방향을 제시하면 다음과 같다.

첫째, 유치권의 목적물에 대해 유치권자 이외의 자에 의해 경매절차가 개시된 경우, 유치권자에게 우선변제권을 인정하고 유치권은 경매로 소멸되는 것으로 보아야 할 것이다(III. 2, 3). 유치권과 다른 담보권과의 우열을 구분하기 위해 유치권을 등기를 통해 공시를 하도록 하는 것은 채무자의 협력을 얻기 어렵다는 점을 감안하면 실효성이 없다(IV. 3. 참조).

둘째, 유치권자에게 우선변제권을 인정하더라도 여타 담보권자와의 관계에 대해서는 원칙적으로 여타 담보권의 성립시기와 유치권의 성립시기의 선후에 의해 우열을 결정해야 할 것이다. 그런데 그렇게 되면 유치권자의 지위가 현재보다 열위하게 될 것인데 이 문제는 다양한 방법(개별규정 및 특별법 등)을 통해 조정해야 할 것이다. 예컨대 공사대금채권의 확보를 위해 유치권을 행사하는 경우에 공사대금채권을 피담보채권으로 하는 유치권과 여타 담보권과의 우열관계에서 유치권의 성립시기를 기준으로 처리하게 되면, 변제기(이것이 유치권의 성립시점이 되는 경우가 많다)가 업무완성시점에서야 도래하는 공사대금채권의 특성상 지나치게 부당한 결과를 가져올 수 있다. 따라서 건축자재비용 및 그 외에 목적물에 소요된 비용에 의해 목적물의 가치가 증가한(또는 유지된) 경우라면, 그 부분에 대해서는 수급인이 여타 담보권에 우선하여 배당을 받을 수 있도록 하는 방법 등을 모색해야 할 것이다(IV. 1. 참조).⁹⁵⁾

마지막으로, 유치권에 의거한 담보권 실행으로서의 경매신청권을 인정하더라도 유치권자에게 보전저당권 설정청구권 등을 인정하게 하거나 채무자 등에 의한 담보제공에 의해 유치권을 소멸하게 할 수 있도록 해야 할 것이다. 더 나아가 유치권의 존재에 대한 증명과 관련하여 피담보채권의 존부는 공정증서 등으로 확인하면 될 것이나 점유에 대한 사실은 사문서를 포함하는 문서로도 충분하다고 보아야 할 것이다(IV. 4.2).

95) 이러한 사고는 清水元, 『留置権概念の再構成』, 一粒社, 1998, 173頁 및 特別座談会, “近未来の抵当権とその実行手続—改正のあり方を探る”, 銀行法務21 600号, 經濟法令研究会, 2002, 37頁 以下 [松岡久和 발언])에서도 확인이 된다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직 편집대표(김용담 집필), 민법주해 제15권-채권8, 박영사, 1997.
- 사법연수원, 법원실무제요 민사집행 [I], [II], [IV], 사법연수원, 2020.
- 송덕수, 신민법강의 제15판, 박영사, 2022.
- 이시윤, 신민사집행법, 박영사, 2020.
- 지암 이선영 박사 화갑기념논문집간행위원회, 토지법의 이론과 실무 :
지엄 이선영 박사 화갑기념논문집, 법원사, 2006.
- 鈴木禄弥, 『物權法講義 [五訂版]』, 創文社, 2007.
- 鈴木忠一/三ヶ月章編 [竹下守夫 執筆], 『注解民事執行法(2)』, 第一法規,
1984.
- 鈴木忠一/三ヶ月章編 [近藤崇晴 執筆], 『注解民事執行法(5)』, 第一法規,
1985.
- 法務大臣官房司法法制調査部, 『法典調査會 民法施行法整理會議事速
記録』, 日本近代立法資料叢書14, 商事法務研究会, 1988.
- 小山昇/中島一郎編[竹下守夫 執筆], 『裁判法の諸問題 下』: 兼子博士還
暦記念, 有斐閣, 1970.
- 斎藤秀夫/麻上正信/林屋礼二編 [斎藤秀夫 執筆], 『注解破産法 [第3版]
(上)』, 青林書院, 1998.
- 竹下守夫/鈴木正裕編 [福永有利 執筆], 『民事執行法の基本構造』, 御茶
の水書房, 1981.
- 中野貞一郎, 『民事執行法 [増補新訂5版]』, 青林書院, 2006.
- 清水元, 『留置権概念の再構成』, 一粒社, 1998.

- Aufl., Basel, 2019, Art. 837(인용 : Basler/Bearbeiter).
- Eickmann, *Zwangsversteigerungs-und Zwangsverwaltungsrecht* 2. Aufl., C.H.Beck, 2004.
- Groß, *Die Bauhandwerkersicherungshypothek*, Werner, 1978.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Aufl., C.H.Beck, 2020, BGB § 647, § 650e, § 1003 (인용 : MüKoBGB/Bearbeiter).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl., C.H.Beck, 2022, BGB § 273(인용 : MüKoBGB/Bearbeiter).
- Riemer, *Die beschränkten dinglichen Rechte* 2 Aufl., Stämpfli, 2000.
- von Staudinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Sellier-de Gruyter, 2014, BGB § 648(인용 : Staudinger/Bearbeiter).
- Stöber, *Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen: ZVG-Handbuch (Handbuch der Rechtspraxis: HRP)* 7. Aufl., C.H.Beck, 1999.
- Jauernig, *Kommentar zum BGB* 18. Aufl., C.H.Beck, 2021.
- Zobl, *Das Bauhandwerkerpfandrecht de lege lata und de lege ferenda*, Basel, 1982.

2. 학술지

- 강민성, “민사집행과 유치권”, 사법논집 제36집, 법원도서관, 2003, 51-94쪽.
- 김기찬/이춘섭, “부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구”, 부동산학연구 제13집 제2호, 한국부동산분석학회, 2007, 79-103쪽.
- 노한장/유정석, “부동산 경매에 있어서 유치권의 우선변제권 인정 및 대항력 제한”, 부동산학보 제52권, 한국부동산학회, 2013, 86-100쪽.
- 박정기, “압류의 처분금지효에 저촉하여 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부”, 재판실무연구 2005, 광주

지방법원, 2006, 15-33쪽.

서종희, “부동산 유치권의 대항력제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립제한으로의 재전환”, 성균관법학 제24권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2012, 153-188쪽.

_____, “부동산 경매와 소멸주의, 인수주의 그리고 잉여주의 —일본법과 독일법과의 비교고찰—”, 안암법학 제63호, 안암법학회, 2021, 447-478쪽.

_____, “유치권자와 경매절차에서의 유치목적물 매수인의 법적 관계”, 일감부동산법학 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 3-30쪽.

성민섭, “부동산 유치권 제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여: 등기 부동산에 대한 유치권 폐지(안) 등의 재고를 기재하며”, 외법논집 제38권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014, 189-208쪽.

오시영, “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, 강원법학 제38권, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 97-142쪽.

_____, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 토지법학 제23권 제2호, 한국토지법학회, 2007, 213-254쪽.

윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 민사법학 제63-1호, 한국민사법학회, 2013, 193-234쪽.

윤철홍, “유치권의 개정방향”, 법학논총 제31집, 숭실대학교 법학연구소, 2014, 151-170쪽.

이상현, “부동산 경매과정에서의 유치권의 진정성립(허위유치권)에 관한 제 문제”, 민사법연구 제18집, 대한민사법학회, 2010, 169-189쪽.

이선희, “부동산 유치권의 대항력 제한”, 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015, 215-257쪽.

이정엽, “부동산경매와 유치권”, 부동산소송 실무자료 제4집, 의정부지방법원, 2010, 379-428쪽.

- 임세훈, “부동산 경매절차상 유치권의 법적지위 및 비판적 고찰- 소멸주의와 인수주의를 중심으로 -”, 민사집행법연구 제14권, 한국민사집행법학회, 2018, 13-64쪽.
- 장건, “유치권에 기한 경매의 효용성 제고에 관한 검토”, 민사집행법연구 제17권, 한국민사집행법학회, 2021, 35-63쪽.
- 전장현, “부동산경매에서 유치권의 문제점과 개선방안에 대한 입법론적 검토”, 법제연구 제41호, 한국법제연구원, 2011, 261-302쪽.
- 조윤아, “유치권 제도의 개선을 위한 입법방향”, 일감법학 제35권, 건국대학교 법학연구소, 2016, 307-340쪽.
- 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42호, 법원도서관, 2006, 343-422쪽.
- 황중술/민규식, “부동산 경매절차상 허위·과장유치권 근절을 위한 대책”, 주거환경 제6권 제2호, 한국주거환경학회, 2008, 97-118쪽.
- 古賀正治, “担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する日弁連意見の取りまとめ状況”, 判例タイムズ 1094号, 判例タイムズ社, 2002, 78-94頁.
- 森田浩美, “担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する各高等裁判所及び各地方裁判所の意見と今後の検討課題”, 判例タイムズ 1094号, 判例タイムズ社, 2002, 57-77頁.
- 法務省民事参事官室, “担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案補足説明”, JURIST 1223号, 有斐閣, 2002, 102-120頁.
- 山本克己, “平成18年度重要判例解説”, JURIST 1332号, 有斐閣, 2007, 142-143頁.
- 石田剛/亀岡倫史/浦野由紀子, “<資料>留置権法(二・完)”, 民商 118卷 3号, 民商法雑誌編集委員会, 1998, 417-453頁.
- 松岡久和, “留置権に関する立法論 - 不動産留置権と抵当権の関係を中心に”, 福永有利編 『倒産実体法』 別冊NBL 69号, 商事法務,

2002, 88-110頁.

鈴木正裕, “留置権小史”, 河合伸一判事退官・古稀記念『会社法・金融取引法の理論と実務』, 商事法務, 2002, 191-233頁.

原弘明, “不動産に対する商人間留置権の成否: 最判平成29年12月14日をふまえた抵当権者と留置権者との関係の再検討”, 関西大学法学論集 69巻 3号, 関西大学法学会, 2019, 205-218頁.

日本弁護士連合会, “担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する意見書”, 判例タイムズ1094号, 判例タイムズ社, 2002, 78-94頁.

斎藤和夫, “『留置権競売』考一民事執行法195条の根本問題の検討一”, 法学研究(慶應義塾大学) 80巻 12号, 慶應義塾大学法学会, 2007, 71-111頁.

特別座談会, “近未来の抵当権とその実行手続—改正のあり方を探る”, 銀行法務21 600号, 経済法令研究会, 2002, 6-43頁.

中島弘雅, “登録自動車を目的とする民法上の留置権による競売における民事執行法181条1項1号所定の『担保権の存在を証する確定判決』”, 法学研究(慶應義塾大学) 81巻 5号, 慶應義塾大学法学会, 2008, 101-115頁.

最高裁判所事務総局民事局, “担保・執行法制の見直しに関する要綱中間試案に対する各高等裁判所及び各地方裁判所の意見”, 判例タイムズ1094号, 判例タイムズ社, 2002, 57-77頁.

荒木新五, “動産売買先取特権の現状と課題”, 堀竜児/鎌田薫/池田真朗/新美育文/中舎寛樹編: 伊藤進先生古稀記念論文集『担保制度の現代的展開』, 日本評論社, 2006, 117-137頁.

Lorandi, “Sicherungsgeschäfte in der Insolvenz des Sicherungsgebers”, *AJP/PJA* 11/2005, 1299ff.

Peters, “Die Bauhandwerkersicherungshypothek bei Mängel der

Werkleistung”, *NJW Heft* 47, 1981, 2537ff.

Schumacher, “Bauhandwerkerpfandrecht: Besondere Herausforderungen an die Anwaltschaft”, *Anwalts revue de l’avocat* 3/2014, 2014, 103ff.

Thurnherr, Das revidierte Bauhandwerkerpfandrecht – zu wenig Neues, aber noch mehr Problematisches?, *ZBGR* 2/2012, 2012, 73ff.

Hendrik Verhagen, “The (lack of) protection of bona fide pledgees in classical Roman law”, *Fundamina (Pretoria)* vol.20 no.2, Pretoria, 2014, p. 982ff.

Zobl, Bauhandwerkerpfandrecht: Das Gleichbehandlungsprinzip des Baukreditgebers bei der Auszahlung von Baukrediten – Entscheid des Bundesgerichtes (II. Zivilabteilung) vom 21. April 1989 in Sachen Basler Kantonalbank c. Paul Welker AG: BGE 115 II 136ff. = Pra 1989 Nr. 205, in: BR 1990, 94ff.

3. 보고서

정준용/이동진, 부동산 유치권의 개선에 관한 연구, 법무부 연구용역과 제보고서, 법무부, 2009.

[Abstract]

Right of Retention and Preferential Right of Satisfaction in Real Estate Auctions

– Review of the Amendment Discussion to
Recognize the Preferential Right of
Satisfaction of Right of Retention –

Seo, Jonghee*

This paper identifies the meaning of the principle of takeover and the principle of a extinction related to the real estate lien, and the problems caused by liens that presuppose principle of takeover. Meanwhile this paper suggests solutions. This can be summarized as follows.

First, if the auction procedure is initiated by a person other than the lien holder for the subject matter of the lien, the preferential right of satisfaction should be recognized and the lien should be considered to be extinguished by the auction.

Second, even if the lien holder recognizes the preferential right of satisfaction, in principle, the superiority and inferiority of the relationship with other secured creditors should be determined by the timing of the establishment of other security rights and the establishment of the lien.

Lastly, even if the right to apply for an auction as the execution of the security right based on the lien is acknowledged, the lien holder should be allowed to recognize the right to request the establishment of a preservation mortgage or the lien should be extinguished by the provision of security by the debtor.

[Key Words] Right of Retention, Preferential Right of Satisfaction, Lien Auction,
The Principle of Takeover, The Principle of a Extinction

* Associate Professor, School of Law, Yonsei University