

부동산유치권에 의한 경매의 성질과 절차

이 상 태*

목 차

- | | |
|--|---|
| I. 서 론 | 1. 유치권에 의한 경매의 성질 |
| II. 유치권에 의한 경매에 관한 민사집행법상의 해석론(1)－환가형 형식적 경매론 | 2. 구체적 법률관계 |
| 1. ‘담보권 실행을 위한 경매의 예에 의한다’는 민사집행법상의 의의 | IV. 유치권에 의한 경매를 인정하는 민법상 이유와 그에 따른 구체적 절차와 방법 |
| 2. 유치권에 의한 경매의 성질 | 1. 유치권의 우선변제권과 담보물권성 |
| 3. 구체적 법률관계 | 2. 유치권에 의한 경매를 인정하는 이유 |
| III. 유치권에 의한 경매에 관한 민사집행법상의 해석론(2)－청산형 형식적 경매론 | 3. 유치권에 의한 경매의 구체적 절차와 방법 |
| | V. 결 론 |

I. 서 론

우리 민법상 유치권이라 함은, 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자가 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우에, 그 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있는 권리를 말하는 것으로서, 민법은 질권 및 저당권과 함께 담보물권의 하나로 규정하고 있다(민법 제320조 제1항).

이와 같은 유치권은 법률의 규정에서 정하고 있는 요건만 갖추어지면 당연히 성립하고 또한 목적물의 교환가치에 대한 지배권능이나 목적물의 경매대가로부터 우선변제권이 없는 법정담보물권이라는 점에서, 목적물의 교환가치에 대한 지배권능을 가지면서 목적물의 경매대가로부터 우선변제권이 인정되는 약정담보물권인 질권이나 저당권과는 다른

* 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

특이한 점을 많이 가지고 있다.

바로 이러한 특이성 때문에 유치권을 해석하고 적용함에 있어서 많은 어려움을 불러일으키는 원인이 되고 있다. 그 주요한 것으로는, 첫째, 유치권의 성립 여부와 관련하여 민법 제320조 제1항에서 규정된 ‘물건에 관하여 생긴 채권’이라는 문언에 의하여 도출되는 이른바 ‘견련성’에 관한 판단의 기준, 둘째, 모든 제3자에 대하여 유치권을 주장하고 대항할 수 있다는 것에 대한 타당성 여부, 셋째, 유치권에 의한 경매의 성질과 그 절차 여하, 넷째, 유치권의 악용을 방지하기 위한 대책 등을 들 수 있다.

본고에서는 그 중 특히 유치권에 의한 경매의 성질과 그 절차를 다루고자 한다. 유치권에 의한 경매와 관련하여, 먼저 실체법인 현행 민법 제322조 제1항은 “유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다”고 규정하여 구 민법에서와는 달리 유치권자에게 채권의 변제를 위하여 목적물에 대한 경매(청구)권¹⁾을 인정하고 있다.²⁾ 그런데

1) 민법 제322조는 “경매”라는 제목 아래에서, 그 제1항에서 “유치권자는 채권의 변제를 위하여 유치물을 경매할 수 있다”고 규정하고 있어서, 다수 학설은 유치권자에게 인정되는 이러한 권리를 유치권자의 ‘경매권’이라고 표현하고 있다(고상룡, 물권법(법문사, 2001), 545쪽; 박윤직, 물권법[민법강의 II](제7판)(박영사, 2006), 289쪽; 김기선, 한국물권법[전정중보판](법문사, 1990), 354쪽; 윤철홍, 물권법(법원사, 2009), 390쪽; 이상태, 물권법(7정판)(법원사, 2011), 396쪽; 이영준, 물권법(전정신평판)(박영사, 2009), 780쪽; 이은영, 물권법(제4판)(박영사, 2006), 692쪽; 장경학, 물권법(법문사, 1990), 679쪽). 그러나 담보물권자는 스스로 담보물권의 객체를 경매하는 것이 아니고, 다만 그 객체의 경매를 집행법원에 청구할 수 있을 뿐이며, 그 청구를 받은 법원이 경매하는 것이므로, 용어를 ‘경매청구권’이라고 하는 것이 타당하다는 견해(강태성, 물권법(제3판)(대명출판사, 2009), 909쪽 주9 참조)도 있으며, 또한 ‘경매청구권’이라고 표현하는 견해도 있다(김상용, 물권법(화산미디어, 2009), 563쪽; 홍성재, 물권법(개정판)(대영문화사, 2010), 484쪽). 그러나 본고에서는 괄호를 넣어 유치권자의 ‘경매(청구)권’이라고 표현하기로 한다.

2) 우선변제권이 인정되는 질권과 저당권의 경우와는 달리, 우선변제권이 인정되지 아니하는 유치권에 대하여 경매(청구)권을 인정할 것인가에 관하여는 일본 구 민법(우리의 의용 민법)시대부터 다툼이 있어 왔다. 그 논의를 요약하면 아래와 같다.

이 조항에서 규정하고 있는 ‘채권의 변제를 받기 위하여’ 유치물의 경매를 청구할 수 있다는 의미가 무엇인가가 분명하지 않다. 즉, 여기서의 경매가 목적물의 보관과 관리 등의 불편함을 덜기 위하여 단순히 유치물을 환가하는 것을 의미하는가, 아니면 더 나아가 적극적으로 유치물의 경매대금으로부터 변제받기 위한 경매를 의미하는가가 확실하지 않다.

다른 한편, 절차법인 민사집행법 제274조 제1항은, 유치권에 의한 경

먼저 유치권자의 경매(청구)권을 부정하는 입장은 다음과 같은 점들을 근거로 한다.

- ① 경매(청구)권은 우선변제권을 행사하기 위한 수단이기 때문에, 우선변제권능을 가지지 않는 유치권에는 이를 인정할 수 없다. ② 구 경매법의 규정(제2조 제3항)은 예외적으로 경매가 인정되고 있는 유치권에 대한 규정이고, 민법에 유치권에 대하여 경매권을 인정하고 있는 규정이 없는 이상, 절차법에 기하여 유치권에 의한 경매를 긍정하는 것은 본말이 전도된 것이다. ③ 유치물의 매각이라고 하는 것은 타인의 물건을 처분하는 것이기 때문에, 법에 명문이 없는 이상 이를 인정하여서는 아니된다. ④ 유치권에 의한 매각을 허용한다면, 채무자는 소액의 채무 때문에 가액이 다액인 물건의 소유권을 상실하는 경우가 있을 수 있어서 이는 채무자에게 가혹하며, 특히 대담보의 제공에 의하여 유치권의 소멸을 청구할 수 있는 구제방법을 채무자로부터 빼앗는 것이 된다. ⑤ 유치권에는 우선변제권뿐 아니라 물상대위성이 인정되지 않기 때문에 유치권자는 유치물의 경락대금으로부터 채권의 변제를 받을 수가 없으며, 또한 물상대위에 의하여 경매대금 위에 유치권을 행할 수도 없기 때문에 경매에 의하여 유치권자는 어떠한 이익도 얻을 수가 없다. ⑥ 유치권자는 채무자에 대하여 피담보채권의 지급을 소구하여 그에 대한 승소판결을 얻은 후 이것을 집행권원으로 하여 유치물에 강제집행을 하면 된다. ⑦ 유치권이 채무자 이외의 제3자의 소유물 위에 성립하는 경우에는, 경매를 하더라도 유치권자는 경락대금에 대하여 일반채무자로 밖에 참가할 수 없기 때문에, 결국 무담보채권자로 될 뿐이어서, 경매하는 것에 의미가 없다.

이것에 대하여, 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하는 입장의 논거는 다음과 같다. ① 구 경매법은 유치권자를 경매신청권자로 들고 있다. ② 유치권도 담보물권인 이상, 경매(청구)권은 당연 인정되어야 한다. 유치권자가 채권의 변제를 받지 못한 채로 장기간에 걸쳐서 유치하여 둘 수밖에 없다고 하는 것은 매우 불편·부당하다. ③ 채무자에게 지급능력이 없는 경우나 채권액이 유치물의 가격을 현저히 초과하는 경우에는, 유치권의 본체인 유치적 기능은 전혀 의미를 가지지 않는다. ④ 채권의 소멸시효는 유치권의 행사와는 무관하게 진행하기 때문에, 경매신청을 하지 않는 한, 채권이 시효로 소멸하여 버릴 우려가 있다(清水 元, 留置權概念の再構成(信山社, 2001), 289-290쪽).

매를 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시하는 것으로 규정하고 있다. 여기서 일반적으로 사용되고 있는 ‘준용한다’는 용어 대신에 막연히 ‘예에 따른다’는 용어를 사용하고 있기 때문에, 구체적으로 담보권 실행 경매의 절차 가운데 어떠한 규정을 적용할 것인가가 당연히 문제가 되며, 현재 이 규정을 둘러싸고 유치권에 의한 경매의 성질과 그 절차와 관련하여 학설이 매우 분분한 국면에 처해 있다.

이와 같이 절차법인 민사집행법의 해석론에서 유치권에 의한 경매의 성질과 그 절차에 관하여 학설이 분분한 이유 중의 하나는 실체법인 민법의 해석론에서 유치권자의 경매(청구)권을 인정하는 취지 또는 이유를 명료하게 밝히지 못하고 있기 때문이라고 생각된다.

무릇 실체법과 절차법과의 관계는, 절차법이 단순히 실체법의 실현에 봉사하는 법 또는 실체법을 위한 수단적이고 종속적인 법이 아니라, 상호보완적이며 상호의존적 관계에 있는 것으로 생각된다. 따라서 본고에서는 이러한 실체법과 절차법과의 관계를 염두에 두면서, 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하고 있는 민법상의 취지 또는 이유를 재검토해 보고, 이러한 민법상의 취지 또는 이유에 기초하여 민사집행법상의 유치권에 의한 경매의 성질과 그 절차가 과연 어떠해야 하는지를 고찰해 보는 것이 그 목적이다.

그렇다면 본고의 논술을 진행함에 있어서 먼저 실체법인 민법에서 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하는 이유를 고찰한 후 절차법인 민사집행법에서의 유치권에 의한 경매의 성질과 절차를 논하는 것이 순리일 것이다. 그러나 본고에서는 양자의 순서를 바꾸어서 논술을 진행하기로 한다. 그 이유는 앞에서 언급하였듯이 워낙 민사집행법상의 학설 대립이 심하기 때문에 이를 먼저 논급한 후, 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하고 있는 민법상의 취지 또는 이유를 검토하는 것이 이해하기가 편할 것으로 생각하기 때문이다. 마지막으로 이러한 민법상의 취지 또는 이유에 기초하여 민사집행법상의 유치권에 의한 경매의 성질과 그 절차

가 어떠해야 하는가에 관한 해석론을 제안해 보기로 한다.

그리고 본고는 유치물이 부동산인 경우를 중심으로 고찰하기로 한다. 유치물이 동산인 경우에는 필요한 경우에만 각주에서 언급하기로 한다.

Ⅱ. 유치권에 의한 경매에 관한 민사집행법상의 해석론(1) - 환가형 형식적 경매론

1. ‘담보권 실행을 위한 경매의 예에 의한다’는 민사집행법상의 의의

민사집행법 제274조 제1항은, 유치권에 의한 경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시하는 것으로 규정하고 있다. 여기서 일반적으로 사용되고 있는 ‘준용한다’는 용어 대신에 ‘예에 따른다’는 용어를 사용하고 있기 때문에, 그 의미가 무엇인지 우선 문제가 된다.

‘준용한다’와 ‘예에 따른다’는 용어는 어떤 사항에 관한 규정을 그것과 본질을 달리하는 사항에 대해 적용하는 것을 목적으로 할 때 사용되는 표현이라는 점에서는 양자가 같다. 그러나 ‘준용한다’는 용어는 보통 개개의 규정을 대상으로 하는 것인 반면, ‘예에 따른다’는 용어는 이보다 넓게 어떤 제도나 법령의 규정을 포괄적으로 동종의 다른 사항에 적용하려고 할 때에 사용되는 용어라 할 수 있다. 따라서 ‘예에 따른다’고 하는 경우가 ‘준용한다’라고 하는 경우보다 상호 간의 대응관계가 좀 더 느슨한 것이 아닌가 생각된다.³⁾

그렇다면 유치권에 의한 경매의 절차가 담보권 실행을 위한 경매의

3) 김상원/박우동/이시윤/이재성, 주석 민사집행법(V)(한국사법행정학회, 2007), 310-311쪽; 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 재판실무연구(2) 민사집행소송(한국사법행정학회, 2008), 692쪽.

절차와 반드시 일치해야 하는 것은 아니고, 유치권에 의한 경매의 취지·목적·성질 등에 비추어 담보권실행경매의 절차에 관한 규정 가운데서 이용할 것은 이용하고 그렇지 않는 것은 이용하지 아니하는 합리적이고 합목적적인 고려가 요구되는 것이다. 그렇다고 한다면 담보권실행경매의 절차 가운데 어떤 규정을 적용할 것인가를 해석하기 위해서는 그 전제로서 역시 유치권에 의한 경매의 취지·목적·성질 등이 밝혀져 있어야 하는 것은 두말 할 필요가 없다.

그런데 구 경매법(1962년 1월 15일 공포 및 시행) 제1조 제1항은 “본법은 유치권자, 질권자, 저당권자 및 전세권자의 경매와 기타 민법 또는 상법의 규정에 의한 경매의 절차를 규정함을 목적으로 한다”라고 규정하여, 마치 유치권자의 경매신청도 질권자나 저당권자의 경매신청과 동일한 것처럼 표현하였을 뿐 아니라, 그 이하의 각 조문에서도 ‘담보권 실행을 위한 경매절차’와 ‘기타 민법 또는 상법에 의한 경매절차’가 그 성질이 다르다는 취지의 규정이 들어 있지 아니하였다.

그 후 1990년 1월 13일 개정된 민사소송법은 위의 경매법을 폐지하고 ‘담보권의 실행을 위한 경매절차’와 ‘환가를 위한 경매절차’의 구별을 좀 더 확실하게 하였다. 즉, 제5장의 제목을 ‘담보권의 실행 등을 위한 경매’라고 하고, 제724조부터 제733조 사이에서 담보권실행을 위한 경매절차를 규정하고 이어 제734조에서는 표제를 ‘환가를 위한 경매’로 하고 그 제1항에서 “유치권에 의한 경매와 민법·상법 기타 법률의 규정에 의한 환가를 위한 경매는 담보권의 실행을 위한 경매의 예에 의하여 실시한다.”고 규정함으로써 ‘환가를 위한 경매’가 ‘담보권실행을 위한 경매’와는 그 성질에서 일단 다른 점이 있다는 것을 분명히 하고, 제2항에서는 “유치권에 의한 경매절차는 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권의 실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 이를 정지하고 채권자 또는 담보권자를 위하여 그 절차를 속행한다.”, 제3항에서는 “제2항의 경우에 강제경매 또는 담보권의 실행을 위한 경매가 취소되면 유치권에

의한 경매절차를 속행하여야 한다.”라고 규정하였다.

그런데 2002년 1월 26일 공포되고 같은 해 7월 1일부터 시행되고 있는 현행 민사집행법은 제3편에서 ‘담보권 실행 등을 위한 경매’이라는 제목 아래에 제264조부터 제275조 사이에서 그 내용들을 약간 보완·수정하고는 있지만 위의 민사소송법에서와 기본적으로는 동일한 체계의 규정들을 두고 있다. 다만 구 민사소송법 제734조가 표제를 ‘환가에 의한 경매’로 하였던 것을 민사집행법 제274조는 표제를 ‘유치권 등에 의한 경매’로 바꾸었고, 제1항은 “유치권에 의한 경매와 민법·상법 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매(이하 “유치권 등에 의한 경매”라 한다)는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다.”, 제2항은 “유치권 등에 의한 경매절차는 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 이를 정지하고 채권자 또는 담보권자를 위하여 그 절차를 계속하여 진행한다.”, 제3항은 “제2항의 경우에 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매가 취소되면 유치권 등에 의한 경매절차를 계속하여 진행하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

그런데 위와 같은 일련의 법률들의 규정을 통하여 종래 유치권에 의한 경매를 이른바 환가형의 형식적 경매로 파악해야 한다는 주장이 학계의 주류를 이루어 왔다. 그러나 최근 이른바 청산형의 형식적 경매로 파악해야 한다는 견해도 대두되고 있다.

무릇 민사집행법상의 경매에는 집행권원에 기하여 행하는 강제경매와 담보권실행을 위한 경매, 그리고 오로지 특정재산의 가격보존 또는 정리를 위하여 하는 경매가 있는데, 그 중 앞의 두 경우의 경매는 채권자가 자기 채권의 만족을 얻기 위하여 실행한다는 의미에서 ‘실질적 경매’라고 하고, 이에 대응하여 마지막의 경매를 ‘형식적 경매’라고 부르고 있다.

그리고 후자의 ‘형식적 경매’는 다시 다음과 같이 분류되고 있다. 즉, 민사집행법 제274조는 유치권에 의한 경매와 민법·상법 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라

실시한다고 규정하고 있는데, 후단의 ‘민법·상법 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매’는 ‘협의의 형식적 경매’⁴⁾라고 부르고, 이러한 ‘협의의 형식적 경매’에 다시 ‘유치권에 의한 경매’를 포함시켜 ‘광의의 형식적 경매’라고 부르고 있다.

그런데 실체법인 민법상의 해석론에 의하면, 유치권자는 유치물의 경매를 법원에 청구할 수 있으나 그 매각대금으로부터의 우선변제권은 없다고 한다. 그리고 종래 절차법인 민사집행법상의 해석론에서는 이와 같은 실체법상의 원칙을 기초로 하여 유치권에 의한 경매에 관한 이론을 전개하여 왔다.

-
- 4) 이러한 협의의 형식적 경매에는 다음과 같은 것들이 해당한다. ① 공유물 분할을 위한 경매-공유물분할(민법 제269조 제2항, 이 조항은 제278조에 의해 소유권 이외의 재산권에도 준용), 부부공유재산 분할(민법 제829조 3항), 상속재산 분할(민법 제1013조 제2항), ② 자조매각-변제공탁(민법 제490조), 상사매매의 경우 목적물의 경매(상법 제67조, 제70조, 제71조), 위탁매매인의 매수물건의 처리(상법 제109조), 물건운송인의 운송물의 처리(상법 제142조, 제145조), 여객운송인의 수하물의 처리(상법 제149조 제2항), 선박소유자의 운임추심을 위한 운송물의 경매(상법 제804조), 주식회사 자본감소의 경우 단주의 처리(상법 제443조), ③ 타인의 권리를 상실시키는 경매-공유선박의 공유자의 지분의 이전 또는 국적상실로 선박이 국적을 상실할 때의 다른 공유자에 의한 지분의 취득방법(상법 제757조 제1항), 토지소유자가 외국인인 됨으로써 토지를 소유할 수 없게 된 경우 그 토지의 처리(외국인토지법 제8조), 집합건물의 구분소유자의 의무위반 시 그 전유부분 및 대지사용권의 박탈방법(집합건물의 소유 및 관리에 관한 법률 제45조), ④ 채무청산을 위한 경매-한정승인·상속재산분리의 경우 상속채권자 등에 대한 변제방법(민법 제1037조, 제1051조 제3항), 상속인 부존재의 경우 상속채무변제를 위하여 상속재산관리인이 상속재산을 현금화하는 방법(민법 제1056조 제2항).

이 가운데 ①②③의 경우는 단순히 물건을 현금으로 바꾸는 것을 목적으로 하는 경매이고 ④의 경우는 재산으로부터 변제를 받게 되는 각 채권자에 대하여 일괄하여 변제하는 것을 목적으로 하는 경매로서, 전자의 경매를 ‘환가형 경매’, 후자의 경매를 ‘청산형 경매’라고 하여 대별하고 있다(김상원/박우동/이시윤/이재성, 위의 책, 311-316쪽(박삼봉집필); 박두환, 민사집행법(법률서원, 2003), 671-673쪽; 손진홍, 앞의 논문, 690-691쪽). 그러나 유치권이 비록 우선변제권을 가지고 있지 않지만 그래도 엄연히 담보권이라는 점을 중시한다면 ‘유치권에 의한 경매’와 ‘형식적 경매’를 구분하자는 주장도 있다(강대성, 민사집행법[제4판](삼영사, 2008), 566쪽 주1)).

이러한 종래의 민사집행법상의 해석론에서는 우선변제권이 없는 유치권에 의한 경매는 강제경매와 담보권실행경매를 포함하는 이른바 ‘실질적 경매’와는 그 성질이 다르기 때문에 이를 ‘형식적 경매’로 파악하는 점에서는 의견이 일치하고 있다. 그러나 ‘형식적 경매’ 가운데 이른바 ‘환가형의 형식적 경매’로 볼 것인가 아니면 ‘청산형의 형식적 경매’로 볼 것인가에 관하여는 의견이 나뉘어 있다. 이 가운데 어느 견해를 취하느냐에 따라 유치권에 의한 경매의 매각절차와 법률관계가 크게 달라지는 것은 물론이다.

아래에서는 유치권에 의한 경매를 먼저 ‘환가형의 형식적 경매’로 파악할 때의 그 매각절차와 구체적 법률관계를 알아보고, 그 다음으로 ‘청산형의 형식적 경매’로 파악할 때의 그것들을 살펴보기로 한다.

2. 유치권에 의한 경매의 성질

전술과 같이 종래 민사집행법 제274조에서 규정하고 있는 유치권에 의한 경매의 성질을 단순히 이른바 환가를 위한 형식적 경매로 파악하는 견해가 우리나라에서 주류를 이루어 왔다. 이에 의하면, 질권자나 저당권자의 담보물에 대한 경매신청은 채권의 변제를 받기 위하여 그들이 가지고 있는 담보물권의 본질적 내용인 목적물의 교환가치에 대한 지배권능을 현실적으로 실현시키는 절차로서 경매를 신청하는 것인데 반하여, 유치권자의 경매신청은 목적물의 교환가치에 대한 지배권능이 없고 단지 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 계속 유치하는 부담을 들어 주기 위하여 목적물을 현금으로 바꿀 수 있도록 하는 방편에 불과하다는 의미가 있을 뿐이라고 설명한다.⁵⁾

5) 이재성, “유치권자가 신청한 경매의 성격”, 인권과 정의 196호(대한변호사협회, 1992), 26-27쪽. 또한 법원실무제요 민사집행 [II]-부동산집행-(법원행정처, 2003), 705쪽에서도, 유치권자의 경매신청의 목적을 “피담보채권의 강제적 실현이 아니라 그

나아가, 민사집행법 제274조의 문언 내용을 제시하면서 위와 같은 취지의 설명을 하기도 한다. 이에 의하면, 유치권자는 그의 우선변제적 효력을 주장하기 위하여 목적물에 대한 경매를 신청할 수는 없지만, 그렇다고 자기 채권의 담보를 위하여 언제까지나 목적물을 유치하고 있어야 한다면 불합리한 일이므로, 이러한 불편을 없애기 위하여 인정되는 절차규정이 바로 민사집행법 제274조이라고 한다. 즉, 유치권에 의한 경매는 담보권자의 우선변제적 효력을 위하여서가 아니라 단순히 매각하는데 그 목적이 있다는 것이다. 나아가, 담보권의 경우에는 ‘실행’이라는 용어를 사용하고 있는데 대하여, 위 제274조의 표제를 보면 유치권의 경우에는 ‘경매’라는 용어를 사용하고 있는 것도, 그리고 유치권에 의한 경매와 다른 형식적 경매를 같이 묶어서 이 하나의 조문에서 규정하고 있는 것도 또한 이러한 관점에 기한 것으로 이해할 수 있다고 한다. 또한 유치권의 경우에는 담보권실행경매절차를 ‘준용’하는 것이 아니라 그의 ‘예’에 따라 실시한다고 하는 점으로부터도, 유치권경매절차와 담보권실행절차가 반드시 같지 않다는 것을 나타내는 것으로 볼 수 있다고 한다.⁶⁾

3. 구체적 법률관계

이와 같이 우리나라에서는 대체로 유치권에 의한 경매를 ‘환가형의 형식적 경매’로 파악하고 있다. 그러나 각 경매절차와 구체적 법률관계

물건을 채무변제 시까지 무작정 보관하고 있어야 한다는 부담에서 해방되기 위하여 유치권자에게 부여된 현금화권을 행사하는 것”으로 설명하고 있다. 그 외에 김상원/박우동/이시윤/이재성, 앞의 책, 310쪽(박삼봉집필)에서도, “유치권자는 우선변제권이 없으므로 그 피담보채권의 강제적 실현이란 있을 수 없고 경매신청의 목적은 그 물건을 채무변제 시까지 무작정 보관하고 있어야 한다는 부담에서 해방되기 위하여 유치권자에게 부여된 환가권(경매신청권)을 행사하려는 것에 불과”하다고 설명하고 있다. 박두환, 앞의 책, 680쪽 및 손진홍, 앞의 논문, 704쪽에서도 유치권에 의한 경매를 자조매각의 계열에 속하는 환가형의 형식적 경매의 일종으로 보고 있다.

6) 강대성, 앞의 책, 565-566쪽.

에 들어가서는 다시 견해의 차이를 보이고 있다. 아래에서는 먼저 각 사항마다 순수하게 유치권에 의한 경매를 ‘환가형의 형식적 경매’로 파악한다면 도출되는 귀결들에 관하여 언급을 한 후, 이에 대하여 다른 주장을 펴는 견해들을 이어서 살펴보기로 한다.

3.1 순수한 환가형의 형식적 경매로 파악하는 견해

3.1.1 매각조건－인수주의

현행법은 부동산에 관한 경매에서는 부동산 위에 존재하는 제한물권 등은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 인해 소멸하는 이른바 소멸주의를 취하고 있다(민사집행법 제91조 제2항 및 3항, 제268조).⁷⁾

그러나 유치권에 의한 경매를 순수한 환가형의 형식적 경매로 파악하는 입장을 취하게 되면 이른바 매각조건에 관하여는 이른바 인수주의를

7) 부동산에 대한 유치권에 의한 경매는 유치권자가 유치권의 존재를 증명하는 문서를 법원 또는 집행관에게 제출하는 것으로부터 개시되지만(민사집행법 제264조 제1항 참조), 동산에 대한 유치권에 의한 경매는 유치권자가 목적물을 집행관에게 제출하여 집행관이 이를 압류함으로써 개시된다(동법 제191조 및 제189조 참조). 물론 유치권자는 집행관에게 목적물의 인도를 거절할 수 있다.

그런데 유치물이 동산인 경우 유치권자 유치권에 의한 경매를 위하여 그 유치물을 집행관에게 제출하더라도 유치권자는 간접점유를 계속 가지고 있다는 것을 이유로(곽윤직, 앞의 책, 289쪽), 또는 민사집행법 제91조 제5항을 유추적용 하여야 한다는 것을 이유로(이영준, 앞의 책, 779쪽) 사법상의 점유를 상실하는 것이 아니며, 따라서 유치권은 소멸하지 않는다고 해석한다.

그러나 그 동산인 유치물이 경락되어 매수인이 대금을 지불한 때에는 유치권이 소멸되는가는 문제된다. 생각건대 그 매각된 물건은 매수인에게 인도되므로 결국 유치권자의 점유도 상실되어 유치권은 소멸한다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 결과적으로 유치물이 동산인 경우에는 유치권에 의한 경매에 있어서는 모두 소멸주의를 취한 것과 같은 결과가 된다. 그렇다면 강제집행 및 담보권실행경매와 마찬가지로 배당절차와 배당요구를 인정하여야 할 것이다(신국미, “유치권자에 의한 경매(민법 제322조)에 관한 의문”, 재산법연구 25권 1호(한국재산법학회, 2008), 99쪽).

취하게 된다고 한다. 즉, 이 입장에서는 환가를 위한 형식적 경매에 있어서는 환가의 목적이 목적물을 금전으로 환가해 놓는 것에 그칠 뿐, 그것을 신청인이나 다른 채권자들에게 변제하는 것까지 요구하지는 않는다고 한다. 결국 이러한 유형의 환가를 위한 경매의 경우에는 목적물을 있는 그대로의 가치만큼으로 환가해 놓으면 경매의 목적은 달성되고, 그 이상의 부동산 상의 부담을 전부 없애버리는 것은 ‘환가’라는 제도의 목적에서 벗어난다는 것이다. 그리고 이른바 소멸주의를 취하게 되면 부동산 상의 담보권이 소멸하게 될 뿐만 아니라 이 담보권에 대항할 수 없는 용익물권과 가처분집행들도 매각에 의하여 모두 실효되어 전혀 보상을 받을 방법이 없어, 이해관계인들이 지나치게 불리하게 된다고 한다. 따라서 환가를 위한 형식적 경매인 유치권에 의한 경매에 있어서는 전부 인수주의를 취하는 것이 타당하다고 한다.⁸⁾

나아가, 유치권에 의한 경매에 있어서 이와 같은 이른바 인수주의의 근거로서, 매수인에게 유치권을 담보하는 채권을 변제할 책임이 있는 것으로 규정하고 있는 민사집행법 제91조 제5항을 들기도 한다. 즉, 유치권자가 경매절차에서 그의 채권에 기하여 배당을 받기 위해서는 배당요구를 하여야 할 터인데, 만약 배당요구를 하면 우선변제권이 없는 유치권자는 일반채권자와 같은 순위로 배당을 받을 수밖에 없게 된다. 그러나 이는 사실상 우선변제권을 가지고 있는 유치권의 본래의 기능에 비추어 불합리하다. 따라서 민사집행법 제91조 제5항은 유치권자는 경매절차에서 평등한 배당을 받을 것이 아니라 매수인에게 유치권의 부담을 인수시키고, 그 매수인에게 채권의 변제를 청구할 수 있도록 하여, 유치권이 가지고 있는 사실상의 우선변제권에 대한 실효성을 보장하려는 규정이라고 설명한다.⁹⁾

8) 김상원/박우동/이시윤/이재성, 앞의 책, 319-320쪽.

9) 강대성, 앞의 책, 320-321쪽.

3.1.2 잉여주의-부적용

부동산경매에 있어서는 매각대금으로 그의 부담을 변제하는데 부족하지 아니한 것이 인정된 경우가 아니면 그 부동산을 매각하지 못한다는 이른바 잉여주의가 적용되고 있다(민사집행법 제91조 제1항, 제268조).¹⁰⁾

그러나 환가형의 형식적 경매인 유치권에 의한 경매는 유치물의 보관에 대한 곤란과 부담을 덜어주기 위한 경매로서 채권의 만족을 얻기 위한 강제적 매각이 아니며 다른 채권자가 채권의 만족을 얻기 위하여 담보권을 실행하든가 강제집행을 하면 그 절차가 우선하게 되므로 잉여주의를 요구할 필요가 없다는 결론이 도출된다고 한다.¹¹⁾

3.1.3 배당요구-부인

집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있고(민사집행법 제88조 제1항), 이 규정은 담보권실행경매의 경우에도 준용된다(동법 제268조). 그런데 유치권에 의한 경매에 있어서도 이러한 채권자들이 배당요구를 할 수 있는지 문제가 된다. 이에 관하여는 유치권에 의한 경매를 순수한 환가형의 형식적 경매를 파악하게 되면 다음과 같이 이야기할 수 있을 것이다. 즉, 유치권에 의한 경매에 있어서의 매각조건에 관하여 이른바 인수주의를 취하게 되면 이론상 배당절차는 있을 수가 없고, 다른 채권자의 배당요구가 허용되지 않는다.

특히 유치권에 의한 경매의 목적은 채무자가 채무를 변제하지 않으면 유치권자는 무작정 언제까지라도 목적물의 유치를 계속 할 수 없기 때문에 유치물을 금전으로 바꾸어 놓겠다는 것일 뿐이므로 그 환가절차에서 배당요구를 하는 것은 성질상 불가능하고 그로 인하여 환가의 목적이

10) 이러한 잉여주의는 동산의 매각절차에도 인정된다(민사집행법 제188조 제3항).

11) 법원실무제요 민사집행 [II]-부동산집행-, 앞의 책, 713쪽.

일그러질 염려가 있다.

또한 유치권에 의한 경매절차에서 다른 채권자의 배당요구를 인정한다면 유치권자에게는 우선변제권이 없기 때문에 가령 담보권자의 배당요구가 있을 때 환가금은 담보권자가 차지하고 유치권자는 경매의 결과 유치권만 잃고 채권은 한 푼도 변제받지 못하는 불합리한 사태가 생긴다.

따라서 유치권에 의한 경매에 있어서는 다른 채권자들의 배당요구가 허용될 수 없다고 한다. 그 결과 다른 채권자가 자신의 채권의 만족을 얻으려면 스스로 목적물에 대하여 강제집행 또는 담보권실행을 하거나 환가금의 교부청구권 또는 환가금이 공탁된 경우에는 공탁금환부청구권에 대하여 채권집행의 방법으로 집행할 수 있을 것이라고 한다.¹²⁾

3.1.4 채무자의 매수신청-부인

담보권실행경매에 있어서 채무자는 매수신고를 할 수 없다(민사집행규칙 제194조, 제59조 1호).¹³⁾ 그 이유는 채무를 부담하고 있는 채무자가 채무를 변제할 수 있음에도 불구하고 그 목적물을 다시 매수하는 것은 부당하기 때문이다.

그런데 유치권과 같은 형식적 경매에 있어서는 그 절차의 목적이 실체적 청구권의 만족에 있는 것이 아니며, 엄격한 의미에서의 ‘채무자’라는 개념도 존재하지 아니하므로 담보권실행경매와 달리 이른바 ‘채무자’도 매수신고를 할 수 있다고 해석한다.¹⁴⁾

특히 유치권에 의한 경매는 신청인의 채권만족을 그 직접적인 목적으

12) 김상원/박우동/이시윤/이재성, 앞의 책, 321-322쪽. 이재성, 앞의 논문, 27쪽에서도 “유치권자의 신청에 의하여 개시된 경매절차는 환가목적이 있을 뿐이므로, 그 절차에서 다른 채권자들이 배당요구를 하는 것은 허용할 수 없다”고 주장하고, 이시윤, 신민사집행법(제5판)(박영사, 2009), 490쪽에서도 일반채권자의 배당요구 및 배당절차를 부정한다.

13) 유체동산의 경매에 있어서는 민사집행규칙 제158조, 제199조 제2항 등에 의하여 제59조가 준용되고 있다.

14) 김상원/박우동/이시윤/이재성, 앞의 책, 321쪽.

로 하는 것이 아니고 유치물의 유치를 장시간 계속해야 하는 부담으로부터 해방시키는 것을 주된 목적으로 하여 행해지는 것이기 때문에 신청인인 유치권자에 대하여 ‘배당’이라는 절차가 행해지지 않고, 또한 부동산 담보권실행경매와 같은 의미에서의 ‘채무자’가 존재하는 것이 아니며, 목적부동산이 당해 채무의 책임재산으로 되어 있는 것이라고 말하기 어려움 점 등을 감안해 보면 유치권에 의한 경매의 경우에도 채무자가 매수신고를 할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 한다.¹⁵⁾

3.1.5 매각대금의 처리

위에서 언급한 바와 같이 유치권에 의한 경매는 환가목적만을 가질 뿐이므로 배당절차가 존재하지 않으며, 그리고 유치권자는 목적물의 매각대금으로부터 우선변제를 받을 권리도 없다. 또한 현행 민사집행법이 유치권에 의한 경매를 형식적 경매에 넣음으로써 일종의 자조매각의 계열에 속하는 것으로 규정하고 있고, 또 유치권에 의한 매각대금을 공탁하여야 한다는 근거 규정도 달리 없으므로, 절차상 매각대금을 신청인인 유치권자에게 교부하는 것까지 부정할 수는 없다. 그렇지만 그 매각대금은 소유자인 채무자에게 반환되어야 하는 것이므로 이것을 교부받은 유치권자는 그 매각대금을 자신의 채권에 충당할 수는 없다. 다만 유치권자의 채권이 금전채권이고 또 그의 채무자가 유치물의 소유자인 경우에 그 교부받은 매각대금과 자신의 채권을 대등액에서 상계할 수 있다고 해석되므로 결국 이러한 경우에는 실질상으로 유치권자가 우선변제를 받게 되는 같은 결과가 된다고 한다.¹⁶⁾

15) 손진홍, 앞의 논문, 705쪽.

16) 김상원/박우동/이시윤/이재성, 앞의 책, 322쪽; 박두환, 앞의 책, 680쪽; 법원실무 제요 민사집행 [II]-부동산집행-, 앞의 책, 716-717쪽; 손진홍, 앞의 논문, 705쪽.

3.1.6 강제경매 및 담보권실행경매와의 결합

현행 민사집행법은 목적물에 대하여 유치권에 의한 경매가 진행 중에, 강제경매 또는 담보권실행경매절차가 개시된 경우에는, 유치권에 의한 경매절차를 정지하고 후행의 경매절차를 계속하여 진행하도록 규정하고 있으며(제274조 제2항). 그러다가 후행의 경매가 취소되면 유치권에 의한 경매절차를 계속 진행하도록 규정하고 있다(동조 제3항).

유치권에 의한 경매를 ‘환가형의 형식적 경매’로 파악하는 입장에서는, 이 규정들도 유치권에 의한 경매에 있어서 인수주의를 취하고 또한 배당요구를 인정하지 않는다는 것을 전제로 하여 유치권자를 최소한도나마 보호해 주기 위한 규정으로 파악한다. 즉, 유치권자에 의한 경매는 배당요구가 허용되지 않고 배당절차도 실시되지 않기 때문에 후행의 압류채권자는 그 절차에서 자기 채권의 변제를 받을 방법이 없을 뿐 아니라 유치권에 의한 경매에는 부동산 위의 부담에 관하여 인수주의를 따르게 되어 선행의 유치권에 의한 경매가 이루어지더라도 후행의 강제경매나 또는 담보권실행경매에 기하여 다시 경매절차를 실시하여야 하는데 이는 매수인의 지위를 불안하게 하고 절차경제에도 반하는 등의 불합리한 결과를 초래하기 때문에 위의 민사집행법 제274조 제2항의 규정을 두고 있다고 한다.¹⁷⁾ 나아가, 유치권에 의한 경매는 목적물의 보관의 부담으로부터 해방될 수 있도록 하기 위한 것이므로 다른 집행채권자가 목적물을 경매하려고 한다면 유치권자는 뒤로 물러서서 유치권만을 행사하고 싶을 것이고, 이 경우 다른 집행채권자에 의한 후행의 경매절차에 따라 경매가 진행되더라도 매수인에게 변제할 책임을 지을 수 있으므로(민사집행법 제91조 제5항) 유치권자로서도 특별히 불합리한 점이 없다고 한다.¹⁸⁾

그리고 다른 집행채권자가 경매절차를 진행하는 도중에 목적물의 매

17) 김상원/박우동/이시윤/이재성, 앞의 책, 323쪽.

18) 김상원/박우동/이시윤/이재성, 위의 책, 324쪽; 손진흥, 앞의 논문, 706쪽.

각가격이 유치권자의 채권액에 미달하거나 또는 그것과 집행비용만을 충족시킬 뿐 다른 잉여가 없는 경우에는 매수인이 경락대금을 내고도 또 다시 유치권자의 피담보채권액을 변제하지 않고서는 목적물을 인도 받을 수 없기 때문에 매수인들이 입찰에 응하기를 꺼려할 것이고, 그에 따라 다른 집행채권자는 경매를 더 이상 진행시키기 어려운 상황에 이르게 될 수 있다. 그러다가 후행 경매절차가 취하 등으로 종료하면 위 제274조 제3항에 따라 일단 정지하였던 유치권에 의한 경매절차를 다시 진행하게 된다.¹⁹⁾

한편 정지된 선행의 경매의 유치권자는 후행의 경매절차의 진행과정을 지켜보다가 자신의 채권 만족이 불투명하게 보인다고 판단되면, 선행의 경매절차를 취하하고서 원래대로 후행 절차의 매수인에 대하여 유치권을 주장하는 방법을 택하여 자신의 권리를 보전할 수도 있다고 한다.²⁰⁾

3.2 사항별로 달리 파악하는 견해

이상은 유치권에 의한 경매를 순수한 환가형의 형식적 경매로 파악할 때 논리적으로 도출되는 구체적 귀결들을 살펴보았다. 그런데 유치권에 의한 경매를 ‘환가형의 형식적 경매’로 파악하면서도 개별적인 사항에 따라서는 위에서 언급한 결론과 다른 견해를 피력하기도 한다. 아래에서는 그 내용을 살펴보기로 한다.

3.2.1 매각조건-소멸주의

담보권실행경매의 경우에는 부동산 위에 존재하는 제한물권 등은 목적물의 매각에 의하여 소멸하는 것으로 규정하고 있고(민사집행법 제91조 제2항, 제3항, 제4항), 유치권에 의한 경매도 담보권실행경매의 예에

19) 손진홍, 위의 논문, 706쪽.

20) 손진홍, 위의 논문, 706-707쪽.

따라 실시한다고 규정하고 있으므로(민사집행법 제274조 제1항), 유치권에 의한 경매의 경우 그 성질에 반하지 아니하는 한 위 규정이 적용되는 것은 당연하고, 또한 인수주의를 채택하여 제한물권 등의 부담이 있는 채로 부동산을 매각하면 매수의 신청을 거의 기대할 수 없고 따라서 매각의 실효를 거두기 어렵기 때문에 위의 규정을 적용하여 소멸주의를 채택하는 것이 타당하다는 주장이 있다.²¹⁾

3.2.2 잉여주의-적용

매각조건에 관하여 이른바 소멸주의를 채택할 경우에는 우선권을 가지는 채권자를 해치지 않기 위해서는 당연히 잉여주의를 취하여야 할 것이다. 그러나 인수주의를 채택하는 경우라도 집행비용이 나오지 않는 부동산을 매각하는 것은 적당하지 않으므로 잉여주의는 적용되어야 한다는 주장이 있다.²²⁾

한편 유치권에 의한 경매에 있어서 집행비용을 변제하고 잉여의 가망이 없으면 경매신청은 기각되어야 한다고 주장하기도 한다.²³⁾

3.2.3 배당요구-인정

유치권에 의한 경매에 있어서의 매각조건에 관하여 이른바 소멸주의를 긍정한다면 매각으로 인하여 소멸하는 담보권을 가진 채권자에 대하여는 당연히 배당요구를 인정하여야 할 것이고, 따라서 배당절차가 이루어져야 할 것이다. 다만 유치권에 의한 경매와 같은 형식적 경매에 있어서는 배당을 받을 압류채권자가 존재하지 아니하므로 이와 같은 것을 배당이라고 부르는 것이 적합한 것인가에 관하여는 문제가 있으나, 매각으로 인하여 소멸되는 담보권자라든가 배당요구를 한 우선변제청구권

21) 법원실무제요 민사집행 [II]-부동산집행-, 앞의 책, 711쪽에서 재인용.

22) 손진홍, 앞의 논문, 696쪽.

23) 박두환, 앞의 책, 676쪽.

자 등이 교부를 받는 것은 변제금과 다름이 없고 그 절차도 형식적 경매의 성질에 반하지 않는 한 담보권실행경매에 있어서의 배당절차에 의하도록 되어 있으므로 배당이라는 용어를 그대로 사용하더라도 무방하다고 한다.²⁴⁾

3.2.4 채무자의 매수신청 인정

유치권에 의한 경매는 신청인인 유치권자의 채권만족을 그 직접적인 목적으로 하는 것이 아니고 유치물의 유치를 장기간 계속해야 하는 부담으로부터 그를 해방시키는 것을 주된 목적으로 하여 이루어지기 때문에 신청인인 유치권자에 대하여 ‘배당’이라는 절차가 행해지지 않고 또한 일반부동산경매에서와 같은 의미에서의 ‘채무자’가 존재하는 것이 아니라고 볼 수 있는 점, 그리고 다른 부동산경매와 달리 목적부동산이 당해 채무의 책임재산으로 되어 있다고 말하기 어려운 점 등을 감안하여 보면, 유치권에 의한 경매에 있어서도 채무자가 매수신청을 할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다고 해석하는 견해도 있다.²⁵⁾

이와 유사한 견해로서, 유치권에 의한 경매와 같은 형식적 경매에 있어서도 그 절차의 목적이 신청인의 실체적 청구권의 만족에 있는 것이 아니며 엄격한 의미에서의 ‘채무자’라는 개념도 존재하지 아니하므로 담보권실행경매와 달리 이른바 ‘채무자’도 매수신청을 할 수 있다고 주장하기도 한다.²⁶⁾

3.2.5 매각대금의 처리

유치권에 의한 경매에 있어서의 매각조건에 관하여 이른바 소멸주의를 취하게 되면, 유치권에 의한 경매도 강제집행 및 담보권실행경매와

24) 손진홍, 앞의 논문, 715-716쪽.

25) 손진홍, 위의 논문, 705쪽.

26) 김상원/박우동/이시윤/이재성, 앞의 책, 321쪽.

마찬가지로 배당요구 내지 배당절차를 거친다. 이 경우 유치권자는 매각 대금으로부터 상계에 의해 사실상의 우선변제를 받고 남은 금액이 있는 경우에 한하여 우선변제권 있는 채권자가 순위에 따라 배당을 받을 것이며, 소정의 기간 내에 배당요구를 한 일반채권자들은 채권자평등의 원칙에 의해 안분배당을 받게 될 것이다. 만약 매각대금으로부터 유치권자의 채권이 만족을 얻지 못하는 경우에는 그 나머지 채권액은 일반채권으로 남게 되어, 채무자의 다른 일반재산에 대해 일반채권자로서 배당에 참가할 수 있을 것이라고 한다.²⁷⁾

3.2.6 강제경매 및 담보권실행경매와의 경합

유치권에 의한 경매에 있어서의 매각조건에 관하여 이른바 소멸주의의 입장을 취한다면, 후행의 압류채권자에게도 배당요구 내지 배당절차가 실시되기 때문에 유치권에 의한 경매가 선행되어 있는 경우에도 원칙대로 유치권에 의한 경매절차를 진행하고 다만 그 절차가 취소 또는 정지된 경우에는 후행의 압류채권자에 의한 경매절차를 진행하게 된다고 볼 여지도 있다.

그러나 유치권에 의한 경매는 ‘환가형의 형식적 경매’로서 배당절차가 인정되지 않고 다만 담보권실행에 있어서의 배당절차를 준용하도록 하고 있다. 이는 유치권자에게 경매를 신청할 수 있는 권리를 주되 그 공정성을 위하여 정지한 담보권실행으로서의 경매절차(담보권실행경매의 절차는 강제집행절차를 준용하고 있으므로 결국은 강제집행절차)를 유용하는 것에 불과하다. 그렇다면 유치권에 의한 경매가 진행 중이라도 이왕 강제경매 또는 담보권실행경매로서의 경매가 개입한 이상, 그 전체의 절차를 후행의 강제경매 또는 담보권실행으로서의 경매절차에 의하고, 현금화한 결과 얻어진 매각대금의 배분도 자세한 규정이 마련되어 있는 배당절차에 의하여 실시하는 것이 간명할 것이라고 설명

27) 신국미, 앞의 논문, 96쪽에서 인용.

한다.²⁸⁾

결국 이러한 견해에 의하면, 유치권에 의한 경매절차는 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 이를 정지하고 채권자 또는 담보권자를 위하여 그 절차를 계속하여 진행하도록 규정하고, 나아가 그러한 강제경매 또는 담보권실행을 위한 경매가 취소되면 유치권에 의한 경매절차를 계속 하여 진행하도록 규정하고 있는 현행 민사집행법 제274조 제2항과 제3항의 규정은 반드시 이른바 인수주의에 의해서만 설명될 수 있는 것이 아니라 이른바 소멸주의에 의해서도 설명이 될 수 있다는 것을 의미한다.

Ⅲ. 유치권에 의한 경매에 관한 민사집행법상의 해석론(2) - 청산형 형식적 경매론

1. 유치권에 의한 경매의 성질

그런데 최근 유치권에 의한 경매의 성질을 이른바 ‘환가형의 형식적 경매’로 보는 견해를 비판하고 이른바 ‘청산형의 형식적 경매’로 보아야 한다는 견해가 대두되고 있다.

이에 의하면, 유치권에 의한 경매는 유치권자가 단순히 유치권의 부담에서 해방되기 위한 목적을 가지고 있는 것에 그치는 것이 아니라, 유치권자가 자신의 채권을 확보하기 위한 실질적 의미의 환가권을 확보하려는 목적을 가지고 있다고 한다. 즉, 유치권자를 목적물에 대한 계속적 유치의 부담으로부터 해방되기 위하여 경매를 신청하는 소극적 담보채권자가 아니라, 능동적으로 자신의 채권을 확보하기 위하여 환가권을

28) 박두환, 앞의 책, 678쪽.

행사하는 자로 보는 것이 마땅하다는 것이다. 따라서 유치권에 의한 경매를, 공유물 분할을 위한 경매나 자조매각 등과 같은 환가형의 경매가 아니라, 상속재산의 환가를 위한 경매와 같은 청산형의 경매의 일종으로 파악하는 것이 타당하다고 한다.²⁹⁾

2. 구체적 법률관계

이와 같이 유치권에 의한 경매를 일종의 청산형의 형식적 경매로 파악하는 경우 그 경매절차의 구체적 법률관계의 내용을 살펴보면 아래와 같다.

2.1 매각조건-소멸주의

유치권에 의한 경매를 청산을 위한 형식적 경매로 파악하면서 매각조건에 관하여도 이른바 소멸주의를 취하는 것이 타당하다고 한다. 그 이유를 다음과 같이 설명하고 있다. 즉, 첫째, 유치권에 의한 경매에 있어서 매각조건에 관하여 이른바 인수주의에 의하면 유치권자는 매각대금으로부터 변제받을 수 없으며 다른 담보권자 및 일반채권자도 배당요구를 할 수 없다고 하지만, 결과적으로는 유치권자는 매각대금과 피담보채권과의 상계를 통하여 사실상의 우선변제를 받게 되는 반면, 다른 담보권자 및 일반채권자는 어떠한 배당요구를 할 수 없는 모순된 결과를 초래한다. 그러나 소멸주의에 따르면 경매에 의해 부동산 위의 부담은 모두 소멸하므로 다른 담보권자 및 일반채권자의 배당요구도 인정되어, 위와 같은 모순을 해결할 수 있을 뿐 아니라, 집행절차의 반복을 피함으로써 매각의 실효성도 확보할 수 있다. 둘째, 민사집행법 제91조 제5항은

29) 추신영, “유치권자에 의한 경매신청”, 재산법연구 24권 1호(한국재산법학회, 2006. 6.), 167쪽; 신국미, 앞의 논문, 90쪽에서도 이와 같은 견해를 취하고 있다.

유치권에 의한 경매와 관련하여 이른바 인수주의를 규정하고 있으나, 이는 다른 담보권자나 일반채권자가 경매를 신청한 경우 우선변제권이 없는 유치권자를 보호하기 위한 것으로서, 유치권자 자신이 경매를 신청한 경우에는 적용되지 않는다. 왜냐 하면 유치권자 자신이 신청한 경매에 의하여 매각이 된 후에도, 그가 경락인에 대하여 자신의 채권의 변제를 받을 때까지 목적물의 인도를 거절함으로써 책임을 물을 수 있다면, 자신이 경매를 신청하고도 그 경매의 결과에 따르지 않는다고 하는 모순에 빠지게 된다. 따라서 유치권에 의한 경매의 경우에는 유치권자의 채권의 소멸 여부와 관계없이 유치권은 소멸하여야 한다고 해석한다.³⁰⁾

2.2 잉여주의-적용

유치권자도 경매를 신청한 이유가 자신의 피담보채권을 확보하려는 것이므로 그 점에 있어서는 담보권실행경매의 담보권자나 강제경매의 일반채권자와 크게 다르지 않다. 따라서 유치권에 의한 경매에 있어서도 잉여주의가 적용된다고 주장하기도 한다.³¹⁾

2.3 배당요구-인정

매각으로 인하여 소멸하는 담보권을 가진 채권자에 대하여는 배당요구를 인정할 수 있다. 그렇지만 유치권자에게는 우선변제권이 없기 때문에 담보권자 등이 배당요구에 의하여 목적물의 환가금을 차지하고 유치권자는 유치권을 잃으면서 환가금으로부터 전혀 변제받지 못하는 경우라면 다른 담보권자 등의 배당요구는 인정되지 않아야 한다. 그러나 유치권자가 경매를 신청하고 담보권자의 채권과 배당요구종기까지 배

30) 신국미, 위의 논문, 90-91쪽.

31) 추신영, 앞의 논문, 177쪽.

당가입을 한 일반채권자 및 우선변제권이 있는 배당요구채권자들의 채권을 만족시킬 수 있는 경우에는, 목적물 위의 유치권과 다른 채권을 일괄하여 소멸시켜 매수인이 안전하게 매수신청을 하도록 하는 것이 타당하다고 주장하는 견해가 있다. 이렇게 해결한다면, 담보권자나 다른 채권자가 다시 경매를 신청해야 하는 이중적 절차도 피할 수 있고, 담보권자나 다른 채권자의 배당가입으로 유치권자가 완전한 채권만족을 달성하지 못한다고 하더라도 유치권자는 자신의 채권이 만족될 때까지는 목적물을 계속 유치할 수 있으므로 유치권자를 위협에 빠뜨리지 않는다고 한다.³²⁾

2.4 채무자의 매수신청-부인

유치권도 담보물권으로서 유치권자에게 실체법상의 청구권이 있고, 담보물권에 있어서의 채무자와 유치권에 있어서의 채무자가 본질적으로 다른 것이 아니다. 따라서 담보권실행경매나 강제경매에서의 채무자와 마찬가지로 유치권의 경매에 있어서도 유치권의 피담보채무를 변제하지 아니한 채무자도 매수신청을 할 수 없다고 주장한다.³³⁾

2.5 매각대금의 처리

유치권에 의한 경매에 있어서 매각대금을 어떻게 처리할 것인가에 관하여는 견해가 나뉜다.

먼저 유치권에 의한 경매의 성질을 청산형의 형식적 경매로 보아 매각조건에 관하여 이른바 소멸주의를 취하게 되면, 유치권에 의한 경매도 강제집행 및 담보권실행경매에 있어서와 마찬가지로 배당요구 내지 배

32) 추신영, 위의 논문, 181-182쪽.

33) 추신영, 위의 논문, 178쪽.

당절차를 거친다. 이 경우 유치권자는 매각대금으로부터 상계에 의해 사실상의 우선변제를 받고 남은 금액이 있는 경우에 한하여 우선변제권 있는 채권자가 순위에 따라 배당을 받을 것이며, 소정의 기간 내에 배당 요구를 한 일반채권자들은 채권자평등의 원칙에 의해 안분배당을 받게 될 것이다. 만약 매각대금으로부터 유치권자의 채권이 만족을 얻지 못하는 경우에는, 그 나머지 채권액은 일반채권으로 남게 되어, 채무자의 다른 일반재산에 대해 일반채권자로서 배당에 참가할 수 있을 것이라고 해석하는 견해가 있다.³⁴⁾

그러나 이와 다른 주장도 있다. 즉, 유치권자는 담보권실행경매나 강제경매를 통한 환가금에서 담보채권자나 일반채권자의 채권액을 공제하고 남은 금액을 기다리는 소극적 채권자가 아니라, 적극적으로 참여하는 채권자로 취급할 필요가 있다는 것이다.³⁵⁾ 이러한 입장에 의하면, 유치권이 설정되어 있는 목적물에 담보물권이 설정되어 있는 때에 담보권자에 의한 경매신청의 경우는 물론 유치권자에 의한 경매신청의 경우라도, 담보권자의 우선변제권이 있는 채권액을 공제하고 그 남은 금액으로 유치권자의 채권이 충분히 만족할 수 있다면, 담보권은 물론 유치권도 소멸된다. 그리고 유치권이 성립되어 있는 목적물에 강제경매가 신청된 경우에 있어서도 일반채권자와 유치권자의 채권을 안분 배당하여 모두 충분한 만족을 얻을 수 있다면, 당연히 유치권도 소멸되어야 한다. 만약 담보권실행경매나 유치권에 의한 경매절차를 통해 담보권자의 채권은 만족시켰으나, 유치권자의 채권을 만족시키기에 부족한 경우에는 그 부족한 금액에 대해서만 매수인이 인수하면 된다고 한다.³⁶⁾

34) 신국미, 앞의 논문, 96쪽에서 인용.

35) 추신영, 앞의 논문, 176쪽.

36) 추신영, 위의 논문, 175쪽.

2.6 강제경매 및 담보권실행경매와의 경합

민사집행법 제274조 제2항에 의하면, 유치권자가 먼저 경매를 신청하고 그 뒤에 강제경매나 담보권실행경매가 신청된 경우, 유치권자가 신청한 경매를 정지하고, 집행채권자 또는 담보권자를 위하여 그 경매절차를 계속 하도록 하고 있다. 이는 목적물에 대하여 강제경매를 신청한 일반채권자의 채권이나 담보권실행경매를 신청한 담보권자의 담보채권은 목적물로부터 발생하는 환가금으로부터 자신의 채권을 만족하게 되면 소멸될 것이 예정되어 있는 것이고, 유치권자가 신청한 경매는 목적물로부터 발생하는 환가금으로부터 피담보채권이 소멸되지 않는 경우에는 매수인에게 인수될 수도 있음을 예정하고 있는 규정으로 해석될 수 있다. 이러한 두 절차를 비교해 본다면, 강제경매나 담보권실행경매를 적극적인 경매라고 한다면, 유치권에 의한 경매는 소극적인 경매라고 할 수 있다. 따라서 소극적이고 심리적 압박에 비중을 둔 유치권에 의한 경매절차가 진행 중에 적극적인 절차가 개입하게 되면, 유치권은 이에 편승하여 채권의 만족을 얻도록 하는 것이 합리적이며, 또한 유치권에 의한 경매절차보다는 한층 정비된 강제경매나 담보권실행경매절차로 진행되는 것이 낫다는 기술적 요청 때문에 둔 규정으로 이해할 수 있다. 그렇다면 민사집행법 제274조 제2항과 제3항의 규정은 인수주의 및 배당요구의 인정 문제와는 직접적인 관련성이 없는 것으로 해석하기도 한다.³⁷⁾

37) 추신영, 위의 논문, 184쪽.

Ⅳ. 유치권에 의한 경매를 인정하는 민법상 이유와 그에 따른 구체적 절차와 방법

위에서 언급하였듯이 실체법인 현행 민법 제322조 제1항은 “유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다”고 규정하여 구 민법에서와는 달리 유치권자에게 채권의 변제를 위하여 목적물에 대한 경매(청구)권을 인정하고 있다. 그렇다면 과연 실체법인 민법에서 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하고 있는 취지 또는 이유를 검토해 보기로 한다. 그리고 그 검토를 하기 위한 전제적 문제로서 유치권의 우선변제권 유무와 담보물권성 인정 여부부터 살펴보기로 한다.

1. 유치권의 우선변제권과 담보물권성

1.1 유치권의 우선변제권

유치권자는 목적물의 경매 시 자신의 채권에 대한 우선변제권³⁸⁾을

38) 담보물권자가 목적물로부터 다른 채권자보다 자기 채권의 우선변제를 받을 권리를 ‘우선변제권’이라고 표기하는 것이 우리나라의 일반적 견해이다. 그러나 일부학설은 담보물권자는 우선변제를 받을 수 있는 자이고 우선변제를 할 수 있는 자가 아니라는 것을 이유로 ‘우선변제수령권’으로 표현하기도 한다(강태성, 앞의 책, 909쪽). 이것은 민법상 담보권에 관한 근거규정(민법 제329조, 제356조)의 문언(“다른 채권자보다 자기 채권의 우선변제를 받을 권리가 있다”)으로부터, 그와 같이 표현하는 것으로 생각된다. 본고에서는 일반적 견해에 따라 ‘우선변제권’이라는 용어를 사용하기로 한다. 이에 반하여 일본에서는 이러한 담보권자의 권능이 그 실질적 내용상, ‘능동적으로’ 우선변제를 구할 수 있다고 하는 점에 주목하여, ‘우선변제청구권’이라고 하는 개념 표기가 타당하다는 주장도 있다. 특히 유치권의 경우에도 우선변제권이 ‘사실상’ 인정되고, 그리고 그것은 상대방에 대한 적극적 권능(인도거절의 권능)인 점에 주목하여, ‘우선변제청구권’이라고 표기할 수 있다고 한다(齊藤和夫, “留置權競賣”考—民執法 195條の根本問題の検討—, 法學研究 80卷 12號(慶應義塾大學 法學部 法學研究會, 東京, 2007. 12.), 82쪽).

가지지 않는다고 하는 점에 관하여는 우리 민법의 학설은 일치하고 있다.³⁹⁾ 그 근거로서 민법에는 유치권자에게 우선변제권이 없다고 하는 명문규정은 존재하지 않지만, 민법 제320조의 반대해석을 든다. 즉, 민법상의 다른 담보권인 질권과 저당권의 근거규정(민법 제329조, 제356조)에서는 질권자와 저당권자에게 명문으로 우선변제권을 인정하고 있지만, 이와 대비되는 유치권의 근거규정인 제320조에서는 그에게 우선변제권을 인정하지 않고 있어서, 제320조를 반대해석하면 유치권자에게는 우선변제권이 없음이 명백하다고 한다.

1.2 유치권의 담보물권성

질권이나 저당권은 점유나 등기라는 공시방법을 갖추어야 성립하는 물권이지만, 유치권은 동산·부동산을 불문하고 법정요건만 갖추면 당연히 성립되는 것으로서 비록 부동산유치권이라 하더라도 등기가 그 성립요건이 아니며 유가증권유치권이라 하더라도 배서가 요건이 아니다. 한편 유치권은 그 성립에 있어서 목적물의 점유가 요구될 뿐 아니라 그 존속에 있어서도 점유의 계속이 요구되는 권리이기 때문에, 유치권은 목적물의 인도거절을 본체로 하는 권리이며, 아울러 목적물의 점유를 상실하게 되면 유치권도 소멸하게 되는 특징을 가지고 있다. 그 결과 유치권자에게는 목적물의 점유를 침탈당하더라도 그 목적물의 반환을 요구할 수 있는 물권적 청구권이 인정되지 아니한다. 따라서 이러한 점에서는 유치권의 물권성이 상당히 약화되어 있다고 할 수 있다.

한편 유치권에는 피담보채권과의 부종성도 매우 엄격하게 관철되고

39) 강태성, 앞의 책, 910쪽; 고상룡, 앞의 책, 546쪽; 박윤직, 앞의 책, 289쪽; 김기선, 앞의 책, 355쪽; 김중환/김학동, 물권법(제9판)(박영사, 2004), 466쪽; 김상용, 앞의 책, 565쪽; 윤철홍, 앞의 책, 390쪽; 이상태, 앞의 책, 396쪽; 이영준, 앞의 책, 781쪽; 이은영, 앞의 책, 693쪽; 장경학, 앞의 책, 682쪽; 홍성재, 앞의 책, 484쪽.

있으며 아울러 유치권자는 채권 전액의 변제를 받기까지 당해 목적물의 전부를 유치할 수 있기 때문에, 유치권은 상당히 강력한 담보적 작용을 발휘하고 있는 것은 사실이다. 그 반면에 유치권에 목적물에 대한 경매(청구)권이 인정되어 있지만 피담보채권에 대한 우선변제권은 인정되지 아니하며, 그 밖에 목적물이 멸실·훼손된 경우 그에 갈음하는 변형물에도 효력을 미치는 이른바 물상대위성이 인정되지 않으며, 점유자를 상대로 제기된 목적물인도청구소송에 있어서 점유자에게 유치권이 인정되는 경우에는 그 효과로서 원고 패소판결이 아니라 상환급부판결을 하여야 한다고 일반적으로 해석되고 있는 등, 유치권은 담보물권으로서는 매우 불완전한 성격을 가지고 있는 것도 부정할 수 없다.

이와 같이 유치권에는 특히 담보물권의 핵심효력인 우선변제권이 인정되지 않는데도 불구하고 과연 담보물권⁴⁰⁾이라고 할 수 있을 것인지에 관하여 의문이 제기된다.

그러나 다음과 같은 이유에서 유치권에 담보물권성을 인정할 수 있다고 하겠다. ① 조문규정상의 배열로부터도 명백하지만, 민법은 유치권을

40) 일반적으로 물권을 다음과 같이 분류하여 설명한다. 즉, 객체인 물건을 전면적으로 지배할 수 있는 권리인 소유권에 대응하여, 소유권보다 그 내용이 제한되는 물권을 제한물권이라고 한다. 이 제한물권은 다시 용익물권과 담보물권으로 나누고 있다. 여기서 담보물권이라 함은 목적물의 교환가치를 취득하는 것을 목적으로 하는 물권을 말하며, 이에 대응하여 용익물권은 목적물의 이용가치를 취득하는 것을 목적으로 하는 물권이라 한다. 그리고 일반적으로 우리 민법은 담보물권으로 유치권, 질권, 저당권을 규정하고 있고, 나아가 다수설(강태성, 위의 책, 796쪽; 고상룡, 위의 책, 471쪽; 박윤직, 위의 책, 257쪽; 김중환/김학동, 위의 책, 413쪽; 김상용, 위의 책, 501쪽; 윤철홍, 위의 책, 344쪽; 이상태, 위의 책, 351쪽; 이영준, 위의 책, 734쪽; 이은영, 위의 책, 649쪽; 홍성재, 위의 책, 433쪽)과 판례(대법원 1995. 2. 10. 선고, 94다18508 판결; 대법원 1997. 11. 25. 선고, 97다29790 판결; 대법원 1998. 9. 4. 선고, 98다20981 판결; 대법원 1999. 2. 5. 선고, 97다33997 판결; 대법원 1999. 9. 17. 선고, 98다31302 판결; 대법원 2000. 6. 9. 선고, 99다15122 판결; 대법원 2005. 3. 25. 선고, 2003다35659 판결)는 전세권을 용익물권의 성격은 물론 담보물권의 성격도 아울러 가지고 있다고 해석하고 있다.

담보권(물권)의 하나로 규정하고 있는 것은 분명하다. ② 유치권자는 간이변제충당에 의하여 우선변제의 효과를 얻을 수가 있다. ③ 유치물로부터 생기는 과실을 수취하여 다른 채권자보다 먼저 채권의 변제에 충당하여 우선변제의 효과를 누릴 수 있다. ④ 목적물에 대하여 유치권에 의한 경매가 인정되고 있을 뿐만 아니라, 이러한 유치권에 의한 경매에서는 배당 등을 실시하는 절차는 존재하지 않지만 유치권자는 매각대금으로부터 피담보채권의 전부 또는 일부에 충당할 수 있어서, 사실상 우선변제를 받는 결과가 된다.⁴¹⁾ ⑤ 채무자가 파산하면 유치권자는 별 제권을 가짐으로써 우선변제를 받을 수 있다(채무자 회생 및 파산에 관한 법률 제411조).

결국 이상과 같이 유치권에는 법률상으로는 우선변제청구권은 없지만 사실상 우선변제권이 인정되고 있으므로 유치권에 담보물권성을 인정하지 않을 수 없다고 하겠다.

2. 유치권에 의한 경매를 인정하는 이유

2.1 민법의 규정

전술한 바와 같이 실체법인 현행 민법 제322조 제1항은 “유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다.”고 규정하여 유치권자에게 목적물에 대한 경매(청구)권을 인정하고 있다.

그런데 민법 제322조 제1항에서 규정하고 있는 ‘채권의 변제받기 위

41) 일반채권자에 의한 동산경매의 경우에는, 동산유치권자는 집행관에 대하여 목적동산의 제출을 거부할 수 있고, 이것에 의하여 사실상 그 강제집행을 저지할 수 있다. 나아가, 다른 담보권자에 의한 동산경매의 경우에도, 마찬가지로 동산유치권자가 목적동산을 담보권자에게 임의제출 또는 압류승인하지 않는 한 경매절차는 개시하지 않는 것이므로(민사집행법 제271조), 임의제출·압류승인을 거부하는 한 사실상 그 담보집행을 저지할 수 있다.

하여' 유치물의 경매를 청구할 수 있다는 의미가 무엇인가가 분명하지 않다. 즉, 유치권에 의한 경매가 유치물의 보관과 관리 등의 불편함을 덜기 위하여 단순히 유치물을 환가하는 것을 의미하는가, 아니면 더 나아가 적극적으로 유치물의 경매대금으로부터 자신의 채권을 변제받기 위한 경매를 의미하는가가 확실하지 않다.

2.2 민법안의견서

현행 민법초안 및 수정안에는 유치권자의 경매(청구)권은 인정되지 않았었다.⁴²⁾ 이에 대해 민법안의견서에서 김증한교수가 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하여야 한다는 수정의견을 제시하였는데, 이에 의하면 그 인정이유로서 유치물의 장기보관의 불편함 또는 부당함의 제거를 들고 있다.⁴³⁾

42) 민법안심의소위원회, 민법안심의록 상권(1957), 195쪽 참조.

43) 민사법연구회, 민법안의견서(일조각, 1957). 117쪽에서는 다음과 같이 기술되어 있다. “초안은 유치권자에게 경매권을 인정하지 않았으나, 이를 인정함이 가하다[김증한]. 이유 : 초안은 질권과 저당권에 관하여는 경매권을 명문으로 규정하였으나(안 327조 1항, 안 353조 1항), 유치권에 관하여는 이것을 규정하지 않은 것으로 보아, 유치권자에게는 경매권을 인정하지 않으려는 취지로 해석된다. 현행법에 있어서도 유치권자가 경매권을 가지느냐의 여부에 관하여는 논의가 있는 바이지만, 대다수의 설은 이것을 긍정한다. 그 이유는 유치권자가 오래 수선대금이나 운송임의 변제를 받지 못하는 경우에도 단지 유치할 수 있음에 불과하다고 하는 것은 불편할 뿐만 아니라 목적물이 장기의 보관에 부적합한 경우에도 경매권을 인정하지 않는 것은 부당하기 때문이다. 같은 이유로, 민법초안이 질권과 저당권에 관하여 경매권을 명정한다면 유치권에 관하여도 이것을 명정함이 가하다고 생각한다.” 그리고 이영준, 앞의 책, 780쪽 주2)에서는 현행 민법은 이러한 제안을 받아들여 유치권자에게 경매(청구)권을 인정한 것으로 설명하고 있다.

2.3 학설

현재 우리 민법에 대한 해설서의 대부분은 민법 제322조 제1항이 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하는 이유에 관하여, 조문의 표현에 따라, 간단히 유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 목적물을 경매할 수 있다고만 설명하고 있다⁴⁴⁾. 그런데 이러한 설명대로라면, 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하는 이유는 ‘채권을 변제받기 위한 것’이 된다.

그러나 이와는 달리, 만약 경매(청구)권을 인정하지 않으면 채권자는 채권의 변제를 받을 때까지 오랫동안 목적물을 보관하게 되는 불리한 지위에 있으므로 유치권자의 경매(청구)권을 인정하지 않을 수 없다고 설명하는 견해⁴⁵⁾도 있다. 이에 의하면 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하는 이유는 유치물에 대한 ‘보관의 부담으로부터의 해방’이 된다.

2.4 검토

그렇다면 여기서 과연 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하고 있는 이유가 어디에 있는지를 생각해 보기로 한다.

실체법상, 유치권은 ‘피담보채권이 변제기에 도래한 법적 상태’에서 성립하고 있다. 따라서 유치권은 그 성립과 동시에 목적물의 점유에 의하여 이미 채무변제의 간접적 강제 기능을 발휘하고 있다고 할 수 있다. 환언한다면 유치권자는 유치권의 성립과 동시에 사실상 채권을 행사하고 있다고 말할 수도 있다. 그렇다고 한다면 유치권에 있어서는 유치권자가 채권의 행사를 위하여 절차법상의 단계로 옮겨가는 것은

44) 강태성, 앞의 책, 909쪽; 고상용, 앞의 책, 545쪽; 박윤직, 앞의 책, 289쪽; 김상용, 앞의 책, 563쪽; 김중환/김학동, 앞의 책, 465쪽; 이상태, 앞의 책, 396쪽; 장경학, 앞의 책, 679쪽.

45) 김기선, 앞의 책, 354-355쪽.

반드시 필연적인 것은 아니라고 할 수 있다. 나아가, 유치권은 우선변제권을 가지지 않는 특이성으로부터도, 질권이나 저당권과 같은 다른 담보권이 가지는 목적물에 대한 경매권능도 논리필연적으로 인정될 필요가 없는 것이다.

그러므로 이러한 유치권에 경매권능을 인정하여 유치목적물을 환가할 수 있도록 하고 있는 제1차적 이유는, 위에서 언급한 민법안의견서와 같이, 다른 담보물권처럼 우선변제를 받도록 하는 것이 아니라 소극적으로 목적물에 대한 보관의 부담을 들어 주기 위한 것이라 할 수 있다.

여기서 유치권에 있어서의 이해관계의 상황을 좀 더 상세하게 살펴보기로 한다. 유치권은 목적물에 대한 점유를 본체로 하는 담보권이며, 그것이 유치권을 유치권으로서 존립시키고 있는 본질적 요소이다. 이러한 유치권자의 목적물유치는 채무자에 대한 채무이행을 간접적으로 촉구하는, 말하자면 담보권의 권리행사에 다름 아니지만, 다른 한편 그 목적물의 유치가 경우에 따라서는 유치권자에게 과중한 부담을 강요하는 경우가 생길 수가 있다. 예컨대 유치목적물이 생선식료품이나 냉동보존품이고 그 점유에는 전문직업적인 기술이나 경험을 필요로 하는 경우, 나아가서는 주차장이나 빈 공터에 방치된 자동차와 같이 다른 차나 다른 사람의 이용을 방해하고 있으면서 유치권자의 주차장요금채권이나 불법행위의 손해배상채권이 점차 과다하게 증대하고 있는 경우 등을 들 수 있다.

그런데 민법은 유치권자에게 유치목적물의 점유에 대하여 선관주의 의무를 지우고 있다(제324조). 반대로 그에 대한 일종의 보전적 차원에서 민법은 비용상환청구권을 부여하고 있다(제325조), 그러나 위에서 예로 든 경우와 같이 유치권자의 사실상의 부담이 상당히 큰 경우도 있다. 이러한 유치권자의 부담을 고려하여 민법은 유치권자에게 과실(果實)수취권을 인정하고는 있다(제323조). 그러나 목적물로부터 과실이 생기지 않는 경우에는 이러한 권리는 거의 무의미할 것이다. 또한 유치권자에 의한 점유, 즉 유치권의 행사에도 불구하고, 피담보채권의

소멸시효의 진행에는 전혀 영향을 미치지 아니하기 때문에(제326조), 논리상 소멸시효기간이 만료한다면 유치권도 부종성에 의하여 소멸하며, 유치권자는 목적물을 채무자에게 반환하지 않을 수 없는 결과도 발생한다.

이상에서 본 바와 같이, 유치권자가 유치목적물의 점유로부터 받는 사실상의 이익과 부담의 관계로부터 보아도, 또 민법 제323조 이하에서 규정하고 있는 유치물의 점유와 관련한 권리의무에 대한 여러 규정으로부터 보아도, 유치물에 대한 점유는 유치권자에게 한편으로는 이익을 주지만 다른 한편으로는 부담도 주고 있다. 그런데 유치물을 점유하는 상황에 따라서는, 유치물에 대한 점유의 부담이 유치권자에게 과중한 경우가 생길 수 있는 것이다. 여기서 이러한 경우에는 유치권자를 유치점유의 부담으로부터의 벗어나게 해 줄 필요가 있는 것이다. 바로 이러한 목적을 위하여 민법은 유치권자에게 유치목적물에 대한 경매(청구)의 권능을 인정하고 있다고 할 수 있다.

그런데 여기서 우리 민법 제322조 제1항의 법문을 다시 한 번 살펴볼지 않을 수 없다. 왜냐하면 동 조항에서는 유치권자의 경매의 목적을 ‘채권의 변제를 받기 위한 것’으로 분명히 규정하고 있기 때문이다. 여기서 ‘채권의 변제를 받기 위한 것’이 무엇을 의미하는가를 짚고 넘어가지 않을 수 없는 것이다. 그런데 문리상으로 보아, ‘채권의 변제를 받기 위한 목적’이라고 함은 단순히 위에서 언급한 ‘목적물의 점유에 대한 부담으로부터의 해방’ 이상을 의미하고 있는 것으로 생각되는 것이다. 우리 민법이 분명히 유치권에 의한 경매는 ‘채권의 변제를 받기 위한 것’이라고 밝히고 있는데도 이를 무시하는 것은 해석론의 범위를 지나치게 벗어나는 것임은 두말할 필요가 없다고 하겠다. 여기서 우리 민법은 유치권자와 채무자 사이의 간이·신속한 채무결제를 위한 실효성 확보의 관점에서, 실체법상의 정책적 결단으로서, 유치권에 의한 경매의 목적을 유치권자가 자신의 채권을 변제받기 위한 것, 즉 자신의 채권을

회수하기 위한 것으로 명백히 규정하고 있다고 보아야 할 것이다.

비록 실체법상 유치권자의 유치물에 대한 점유 자체가 일종의 ‘권리 행사’라고 하더라도, 이것은 채무변제를 간접적으로 강제하는 기능을 할 뿐이고, 유치권자의 입장에서는 이러한 유치물의 점유만으로는 채권 회수를 위한 실효성이 완전히 확보된다고는 할 수 없다. 유치권도 위에서 살펴보았듯이 담보물권의 하나인 이상, 유치목적물이 경매되어 환가 대금으로 바뀐다면 그것을 가지고 유치권자에게 피담보채권을 변제함으로써 채권을 소멸시키는 것이 합리적이라 할 것이며, 또한 유치권자의 입장에서든 궁극적으로 채권의 회수가 실현될 것을 바랄 것이다. 특히 예컨대 유료주차장에 방치된 자동차에 대하여 주차장요금이 계속 증대하는 경우와 같이 주차장경영자에게는 그 유치목적물인 자동차로부터 채권회수를 해야 할 필요성이 매우 크다고 하지 않을 수 없다. 이를 위해서는 목적물의 환가대금으로부터 유치권자의 채권회수가 필요적·필연적이라 할 것이며, 그렇다고 한다면 이와 같은 관점에서 ‘채권의 변제’도 또한 유치권에 의한 경매의 목적이라고 하지 않을 수 없다.

그리고 비록 유치권자가 유치물의 보관으로부터의 해방되기 위하여 경매를 신청하였다고 하더라도 그 매각대금으로부터 자신의 채권을 변제받는 것을 원할 터이므로, 유치권에 의한 경매의 소극적 목적인 ‘보관으로부터의 해방’도 궁극적으로는 적극적 목적인 ‘채권변제’ 또는 ‘채권회수’에 포섭될 수 있다고 생각된다.

이와 같이 실체법인 민법상 유치권에 의한 경매의 목적을 ‘채권변제’ 또는 ‘채권회수’라고 한다면 절차법인 민사집행법에서도 이러한 목적을 기초로 하여 해석론을 전개하여야 할 것이다. 여기서 구체적으로 어떠한 방법과 절차에 의하여 경매 또는 환가하여 유치권자의 채권을 변제할 것인가에 관하여는 절차법인 민사집행법의 몫이 된다.

무릇 법체계는 주지하듯이 법규범의 성격에 따라 다양하게 분류되는데, 그 중 하나가 실체법과 절차법의 분류이다. 종래의 일반적 인식에

의하면, 실체법은 권리의무의 실체, 예컨대 권리의무의 발생·변경·소멸·성질·내용 및 범위 등을 규율하는 법을 말하고, 절차법은 권리의무를 실현하는 절차, 예컨대 권리 또는 의무의 행사·보전·이행·강제 등을 규율하는 법을 말한다. 그런데 양자의 관계에 관해서 생각해 보면, 실체법에서 아무리 권리를 엄격히 규정하고 있더라도 이를 운용하여 그 권리관계를 실현하는 절차법이 없으면 유명무실한 권리에 불과한 것으로 되기 때문에, 실체법과 절차법은 서로 떼려고 해도 뗄 수 없는 밀접한 관계를 가진다. 그리고 오늘날 현실의 법체계는 실체법만으로 또는 절차법만으로 구성되는 것이 아니라 실체법과 절차법 양자로 구성되어 있기 때문에 실체법과 절차법 양자에 대한 정확한 이해 없이는 법의 내용을 충분히 이해할 수가 없다. 따라서 실체법과 절차법과의 관계는, 절차법이 단순히 실체법의 실현에 봉사하는 법 또는 실체법을 위한 수단적인, 나아가서는 종속적인 법이 아니라, 상호보완적이며 상호 의존적 관계에 있다고 보아야 한다고 생각된다. 즉, 실체적 권리와 의무를 규정하는 실체법이 없는 절차법은 무의미한 것처럼, 권리의무를 실현하기 위한 절차법이 없는 실체법도 무의미하다. 특히 실체법이 제 아무리 권리의무의 발생과 효과에 관하여 정비된 규정을 둔다고 하더라도, 이를 실현하는 절차가 마련되지 않는다면 그 실체법은 공허한 것으로 되어 버린다.

그런데 유치권과 관련하여 실체법인 민법은 유치권자에게 목적물에 대한 경매(청구)권을 인정하고 있지만, 그것을 인정한 이유를 어떻게 파악하는가에 따라, 유치권에 의한 경매는 ‘담보권 실행을 위한 경매의 예’에 따라 실시한다는 민사집행법 제274조의 의미와 내용이 달라지게 될 것임은 분명하다. 또한 반대로 절차법인 민사집행법에서 유치권에 의한 경매는 ‘담보권 실행을 위한 경매의 예’에 따라 실시한다는 의미와 내용을 어떻게 파악하는가에 따라 실체법인 민법에서 규정하고 있는 유치권자의 목적물에 대한 경매(청구)권의 의미와 내용이 더욱 알차고

실속 있는 내실을 갖추게 될 것으로 생각한다.

3. 유치권에 의한 경매의 구체적 절차와 방법

앞에서 언급한 바와 같이 우리 민사집행법 제274조 제1항은, 유치권에 의한 경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시하는 것으로 규정하고 있을 뿐이어서, 구체적으로 담보권실행경매절차에 관한 규정 중 어떤 조항을 적용할 것인가에 관하여 다시 해석론을 전개하지 않을 수 없다.

전술하였듯이 우리 민법상 유치권에 의한 경매의 목적은 유치권자의 채권의 변제에 있다. 그런데 실체법상으로 유치권은 담보물권의 일종으로 파악되지만 목적물을 유치함으로써 간접적으로 채무의 변제를 강제하는데 본질이 있으므로 유치권자는 목적물의 매각대금으로부터 우선변제권은 없다. 그러나 유치권자는 채권의 변제가 있을 때까지는 원칙적으로 목적물의 인도를 거절할 수 있으므로 실제로는 우선변제권이 있는 것과 다르지 않다.

따라서 유치권에 의한 경매의 구체적인 절차와 방법은 이와 같은 실체법인 민법상의 원칙을 기초로 하여 절차법인 민사집행법에서 규율되어야 할 것이다.

그렇다면 먼저 유치권에 의한 경매의 성질을 생각해 보기로 한다. 유치권에 우선변제권이 없다는 점만 강조한다면, 유치권에 의한 경매는 분명히 강제경매나 우선변제권이 있는 담보권실행경매인 이른바 ‘실질적 경매’와는 다르다고 하여야 할 것이다. 그리고 위에서 본 바와 같이 유치권에 의한 경매의 목적이 유치권자의 채권의 변제에 있고, 또한 유치권에는 사실상 우선변제권이 있는 점을 강조한다면, 단순히 목적물의 환가를 목적으로 하는 이른바 ‘환가형의 형식적 경매’로 보기도 어렵다. 그렇다면 채권관계의 청산을 목적으로 하는 이른바 ‘청산형의 형식

적 경매'에 더 가깝지 않은가 생각되기도 한다. 그러나 유치권 자체에는 실체법상 우선변제권이 없지만 그러나 사실상 우선변제권을 가지는 특이한 담보물권의 성질을 가진다. 유치권에 의한 경매는 이와 같이 사실상 우선변제권이 있는 자의 채권관계의 청산을 목적으로 하는 점에서, 우선변제권을 가지고 있지 아니한 일반채권자들에 대하여 채권액의 비율에 따라 일괄하여 변제하기 위하여 행해지는 '청산형 형식적 경매'로 보기도 어려운 점이 있다. 결국 유치권에 의한 경매의 성질을 실질적 경매의 일종으로, 혹은 환가형 또는 청산형의 형식적 경매 어느 한 쪽에 해당하는 것으로 파악하기는 곤란하다. 그렇다면 유치권에 의한 경매를 독자적인 제3의 특별한 경매유형으로 보는 것이 어떨까 한다. 그런데 문제의 초점은 유치권에 의한 경매가 어떠한 경매유형에 속하는가에 있다고 하기보다는 과연 어떠한 절차와 방법에 의하여 유치권에 의한 경매를 실시할 것인가에 있다고 하겠다.

그러면 유치권에 의한 경매에 관한 구체적 절차와 방법은 어떠해야 하는가를 보기로 한다. 유치권자도 경매를 신청한 이유가 자신의 피담보채권을 변제받기 위한 것이므로 그 점에 있어서는 담보권실행경매의 담보권자나 강제경매의 일반채권자와 크게 다르지 않다. 따라서 유치권에 의한 경매에 있어서도 그 성질에 반하지 아니하는 한 담보권실행경매에 관한 규정들이 적용되어야 할 것이다. 우선 매각에 의해 목적물 위에 존재하는 담보물권 등의 부담이 원칙적으로 소멸한다고 보아야 한다. 그렇다면 우선변제권이 있는 채권자 등 다른 채권자의 배당요구를 인정하여야 할 것이고, 배당절차도 이루어져야 할 것이다. 또한 유치권자의 경매신청 이유가 채권의 변제에 있는 것이므로, 매각대금으로부터 그들의 부담을 변제하는데 부족하지 아니한 것이 인정된 경우가 아니면 목적물을 매각하지 못한다는 이른바 잉여주의도 적용되어야 한다. 그리고 유치권도 담보물권으로서 실체법상의 청구권이 있고, 담보물권에 있어서의 채무자와 유치권에 있어서의 채무자가 본질적으로 다르지 않으므

로 유치권에 있어서의 채무자도 매수신청을 할 수 있다고 할 것이다.

그런데 문제는 유치권에 의한 경매에 있어서 매각대금을 어떻게 처리해야 하는가이다. 그러기 위해서는, 먼저 실체법상 유치권자에게 우선변제권이 없다는 것을 고려하지 않을 수 없다. 따라서 유치권자보다 목적물 위에 우선변제권을 가지는 담보물권자 등이 존재한다면, 매각대금으로부터 우선변제권 있는 채권자에게 순위에 따라 배당이 먼저 이루어져야 할 것이다.⁴⁶⁾ 그리고 난 나머지 대금은 배당요구종기 시까지 배당가

46) 종래 대체로 우리나라에서는 유치권은 물권이므로 유치권자는 비단 채무자에 대하여서뿐만 아니라 그 물건의 소유자·양수인·경락인 그 밖의 모든 사람에 대해서도 대항할 수 있는 것으로 파악하여 왔다. 이렇게 파악한다면 동일한 부동산 위에 다른 담보물권이 먼저 성립된 후 유치권자의 유치권이 나중에 성립된 경우라 하더라도 유치권자는 선행의 담보물권자에게 대항할 수 있으므로, 유치권자에 의하여 경매가 진행된 경우 유치권자가 매각대금으로부터 상계에 의하여 사실상의 우선변제를 받고 난 후 그 남은 매각대금이 있는 경우에만 선행의 담보물권자가 배당을 받을 수 있다고 해석하게 된다.

그런데 유치권이 언제 성립되었는지와는 무관하게 특히 부동산유치권은 공시방법을 갖추지도 않고서 언제나 누구에게 절대적 효력을 갖는다고 하는 것이 과연 타당한 것인가에 관한 의문이 제기되고 있으며, 우리의 판례도 유치권의 대항력을 제한하는 판결을 하기 시작하였다. 즉, 집행권원을 가지는 채권자(대법원 2005. 8. 19. 선고, 2005다22688 판결) 또는 근저당권을 설정하고 있는 채권자(대법원 2009. 1. 15. 선고, 2008다70763 판결)에 의하여 채무자의 부동산이 압류된 후 유치권이 성립된 경우에는 압류의 처분금지적 효력 때문에 유치권자는 그 경매절차의 매수인에 대하여 유치권을 내세워 대항할 수 없다고 한다.

그런데 필자는 이러한 판례의 입장을 지지할 뿐 아니라, 판례의 이러한 입장에서 한 걸음 더 나아가, 저당권 등 담보물권이 성립된 후 유치권이 성립된 경우라고 한다면, 담보물권자가 목적부동산에 대하여 압류하였는가의 여부와 관계없이, 언제나 유치권자는 그 매수인에 대하여 유치권을 내세워 대항할 수 없다고 보는 것이 타당하다고 생각한다. 왜냐하면, 이러한 경우에 선순위 담보물권자보다 그 후에 성립한 유치권자가 사실상 우선변제를 받는다는 것은 매우 불합리할 뿐 아니라, 점유 이외에는 공시방법이 없는 유치권에 사실상의 우선적 지위를 부여한다면 공시주의를 기초로 하는 담보법질서를 무너뜨리게 되는 것이 되고, 그리고 선순위 담보물권자가 담보물권 설정 당시에 평가한 담보가치는 보호되어야 하므로 그 후에 성립한 유치권에 의하여 사실상 우선변제권이 인정됨으로써 선순위 담보물권자가 파악한

입을 한 일반채권자의 채권과 유치권자의 채권에 안분배당을 한다. 이와 같이 매각대금이 이들 모두의 채권을 만족시킬 수 있는 경우에는, 목적물 위의 모든 채권은 소멸시켜서 매수인이 안전하게 매수신청을 하도록 한다. 물론 유치권자 이외에 다른 채권자 없는 경우에는 유치권자가 매각대금으로부터 자신의 채권의 변제를 받고 나머지는 채무자에게 지급될 것이다.

그러나 한편으로 유치권자에게는 사실상의 우선변제권이 있다는 점도 고려되어야 한다. 만약 우선변제권이 있는 담보권자 등의 배당요구를 통하여 매각대금으로부터 그들의 채권을 만족시킬 수는 있지만, 만약 유치권자의 채권이 전혀 만족을 받을 수 없는 경우라면 유치권에 의한 경매를 진행시킬 이유가 없다. 그리고 만약 유치권에 의한 경매를 통하여 다른 담보권자 등의 채권은 만족시켰으나 유치권자의 채권을 만족시키기에 부족한 경우에는 그 부족한 금액에 대해서만 예외적으로 매수인에게 인수시키면 될 것이다.⁴⁷⁾

이상의 내용을 요약하면 다음과 같다. 즉, 유치권에 의한 경매의 목적이 유치권자가 가지는 채권의 변제 또는 회수에 있기 때문에, 이를 위해서는 목적물 위에 존재하는 담보물권 등의 부담은 원칙적으로 소멸하고, 모든 채권자의 배당요구를 인정하고, 유치권자보다 목적물 위에 우선변

목적물의 담보가치가 하락해서는 안 되기 때문이다. 이와 같은 해석론에 의하게 되면, 유치권에 의한 경매에 있어서도 유치권보다 먼저 성립된 담보물권자가 있는 경우에는 그 담보물권자가 매각대금으로부터 유치권자보다 먼저 우선변제를 받게 되는 것이다. 이에 관하여 자세한 것은, 이상태, “유치권에 관한 연구—대항력제한을 중심으로—(대법원 2009. 1. 15. 선고, 2008다70763 판결)”, 토지법학 제26-1호(한국토지법학회, 2010), 77쪽 이하 및 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 민사법학 제38호(한국민사법학회, 2007. 9.), 246쪽 참조.

47) 민사집행법 제91조 제5항은 이른바 인수주의를 채택하여 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임을 매수인에게 지우고 있으나, 본고에서는 유치권에 의한 경매는 유치권자의 채권의 변제를 목적으로 하는 것으로 파악하고 있으므로, 예외적으로 유치권자가 채권의 일부만 만족 받은 경우에만 이 조항이 적용되는 것으로 해석하는 것이다.

채권을 가지는 담보물권자 등이 존재한다면, 매각대금으로부터 우선변 채권 있는 채권자에게 순위에 따라 배당이 먼저 이루어져야 하며, 그리고 난 나머지 대금은 일반채권자의 채권과 유치권자의 채권에 안분배당을 한다. 다만, 유치권에 의한 경매를 통하여 다른 담보권자 등의 채권은 만족시켰으나 유치권자의 채권을 만족시키기에 부족한 경우에는 그 부족한 금액에 대해서만 예외적으로 매수인에게 인수시키면 된다고 고찰하였다.

그런데 유치권에 의한 경매와 관련하여 최근 이와 거의 같은 내용의 입장을 천명한 것으로 생각되는 대법원의 결정(대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정)⁴⁸⁾이 있었다. 이에 의하면, 유치권에 의한 경매를 채권

48) 대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정의 내용은 다음과 같다. “민사집행법 제274조 제1항은 “유치권에 의한 경매와 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다.”고만 규정하고 있으므로, 민법 제322조 제1항에 의하여 실시되는 유치권에 의한 경매에 있어서 목적부동산 위의 부담을 소멸시켜 매수인이 완전한 소유권을 취득하게 되는 이른바 소멸주의를 취할 것인지, 아니면 매수인이 목적부동산 위의 부담을 인수하는 이른바 인수주의를 취할 것인지 여부는 경매의 목적이 채권의 회수에 있는가 또는 단순한 환가에 있는가에 따라 논리·필연적으로 도출되는 것이 아니라, 경매의 취지와 목적 및 성질, 경매가 근거하는 실체법의 취지, 경매를 둘러싼 채권자와 채무자, 소유자 및 매수인 등의 이해관계 등을 종합하여 결정하여야 한다(대법원 2009. 10. 29. 선고, 2006다 37908 판결 참조).

민사집행법 제91조 제2항, 제3항, 제268조에서 경매의 대부분을 차지하는 강제경매와 담보권 실행을 위한 경매에서 소멸주의를 원칙으로 하고 있을 뿐만 아니라 이를 전제로 하여 배당요구의 종기결정이나 채권신고의 최고, 배당요구, 배당절차 등에 관하여 상세히 규정하고 있는 점, 민법 제322조 제1항에 “유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다.”라고 규정하고 있는바, 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

자와 채무자의 존재를 전제로 하고 채권의 실현·만족을 위한 경매로 파악하고 있으며, 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 원칙적으로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고, 우선채권자뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다고 한다. 다만 이 결정에서는 이른바 소멸주의를 취할 것인지 인수주의를 취할 것인지 여부는 경매의 목적이 채권의 회수에 있는가 또는 단순한 환가에 있는가에 따라 논리·필연적으로 도출되는 것이 아니라, 경매의 취지와 목적 및 성질, 경매가 근거하는 실체법의 취지, 경매를 둘러싼 채권자와 채무자, 소유자 및 매수인 등의 이해관계 등을 종합하여 법원이 결정하여야 한다고 하고 있는 바, 이 점은 대법원의 독특한 이론이다.

그리고 이른바 소멸주의와 관련하여, 대법원의 판결(대법원 2011. 8. 18. 선고 2011다35593 판결)은 유치권에 의한 경매절차가 진행 도중 그 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 진행되어, 선행의 유치권에 의한 경매절차가 정지된 상태에서, 후행의 경매절차에 의하여 매각이 이루어진 경우에는, 유치권은 소멸되지 않는다고 한다.⁴⁹⁾

오히려 유치권자에게 불리해질 수 있는 점 등을 함께 고려하면, 유치권에 의한 경매도 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매와 마찬가지로 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고 우선채권자뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있다고 봄이 상당하다. 다만 집행법원은 부동산 위의 이해관계를 살펴 위와 같은 법정매각조건과는 달리 매각조건 변경 결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정할 수 있다.

그리고 유치권에 의한 경매가 소멸주의를 원칙으로 하여 진행되는 이상 강제경매나 담보권 실행을 위한 경매의 경우와 같이 그 목적부동산 위의 부담을 소멸시키는 것이므로 집행법원이 달리 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정하지 않은 이상 집행법원으로서 는 매각기일의 공고나 매각물건명세서에 목적부동산 위의 부담이 소멸하지 않고 매수인이 이를 인수하게 된다는 취지를 기재할 필요가 없다.”

V. 결 론

실체법인 우리 민법은 유치권자에게 경매(청구)권을 인정하고 있지만(제322조), 그 인정이유가 확실하다고는 할 수 없다. 또한 절차법인 민사집행법은 유치권에 의한 경매를 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시하는 것으로 규정하고만 있어(제274조 제1항), 담보권실행경매의 절차 가운데 어떠한 규정을 적용할 것인가에 관해서도 논란이 분분하다.

본고에서는 실체법과 절차법과의 관계를 특별히 염두에 두면서, 우리 민법상 유치권자에 의한 경매가 인정되는 이유를 ‘채권의 변제’로 파악하고, 이에 기초한다면 민사집행법상의 유치권에 의한 경매에 관한 구체적인 절차와 방법이 어떠해야 하는지에 관하여 하나의 해석론을 제시해보았다.

먼저 유치권은 실체법상 우선변제권이 인정되지 않지만 사실상 우선변제권을 가지는 특이한 담보물권임을 고려한다면, 유치권에 의한 경매를 실질적 경매로 보기도 어렵고 또한 단순히 목적물의 환가를 목적으로 하는 이른바 ‘환가형의 형식적 경매’로 보기도 어렵다. 그렇다고 일반채권자들에 대하여 채권액의 비율에 따라 일괄하여 변제하기 위하여 행해지는 ‘청산형 형식적 경매’로 보기도 어려운 점이 있다. 결국 독자적인 특별한 제3의 경매유형으로 보는 것이 오히려 무난할 것으로 생각된다.

49) 대법원 2011. 8. 18. 선고, 2011다35593 판결의 내용 중 관련되는 부분을 인용하면 다음과 같다. “부동산에 대한 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차에서의 매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있고(민사집행법 제91조 제5항, 제268조), 유치권에 의한 경매절차는 목적물에 대하여 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 개시된 경우에는 정지되도록 되어 있으므로(민사집행법 제274조 제2항), 유치권에 의한 경매절차가 정지된 상태에서 그 목적물에 대한 강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매절차가 진행되어 매각이 이루어졌다면, 유치권에 의한 경매절차가 소멸주의를 원칙으로 하여 진행된 경우와는 달리 그 유치권은 소멸하지 않는다고 봄이 상당하다.”

그런데 경매의 성질을 논하는 것에 대한 초점은 유치권에 의한 경매가 어떠한 경매유형에 속하는가 보다는 과연 어떠한 절차와 방법에 의하여 유치권에 의한 경매를 실시할 것인가에 있다고 하겠다.

유치권에 의한 경매의 인정이유를 유치권자의 채권의 변제에 있다고 한다면, 유치권에 의한 경매절차도 그 성질에 반하지 아니하는 한 담보권 실행경매절차에 따른다고 할 것이다. 우선 매각에 의해 목적물 위에 존재하는 담보물권 등의 부담이 원칙적으로 소멸한다고 보아야 한다. 그렇다면 우선변제권이 있는 채권자 등 다른 채권자의 배당요구를 인정하여야 할 것이고, 그렇다면 배당절차도 이루어져야 할 것이다. 또한 유치권자의 경매신청 이유가 채권의 변제에 있는 것이므로, 매각대금으로부터 그들의 부담을 변제하는데 부족하지 아니한 것이 인정된 경우가 아니면 목적물을 매각하지 못한다는 이른바 잉여주의도 적용되어야 한다.

그런데 가장 문제되는 것은 유치권에 의한 경매에 있어서 매각대금을 어떻게 처리할 것인가에 있다. 실체법상 유치권자에게 우선변제권이 없으므로, 유치권자보다 목적물 위에 우선변제권을 가지는 담보물권자 등이 존재한다면, 매각대금으로부터 우선변제권 있는 채권자들에게 순위에 따라 배당이 먼저 이루어져야 할 것이다. 그리고 난 나머지 대금은 배당요구종기 시까지 배당가입을 한 일반채권자의 채권과 유치권자의 채권에 안분배당을 한다. 물론 유치권자 이외에 다른 채권자 없는 경우에는 유치권자가 매각대금으로부터 자신의 채권의 변제를 받고 나머지는 채무자에게 지급될 것이다.

그러나 한편으로 유치권자에게는 사실상의 우선변제권이 있다는 점도 고려되어야 한다. 만약 우선변제권이 있는 담보권자 등의 배당요구를 통하여 매각대금으로부터 그들의 채권을 만족시킬 수는 있지만, 유치권자의 채권이 전혀 만족을 받을 수 없다면 유치권에 의한 경매를 진행시킬 이유가 없다. 만약 유치권에 의한 경매를 통하여 다른 담보권자 등의 채권은 만족시켰으나 유치권자의 채권을 만족시키기에 부족한 경우에

는 그 부족한 금액에 대해서만 예외적으로 매수인에게 인수시키면 될 것이다.

끝으로 최근 대법원도 이와 거의 같은 내용의 입장을 밝히고 있음을 덧붙인다.

(투고일 2011년 7월 4일, 심사일 2011년 8월 11일, 게재확정일 2011년 8월 23일)

주제어 : 실질적 경매, 형식적 경매, 인수주의, 소멸주의, 잉여주의, 배당요구, 배당절차

참고문헌

1. 단행본

- 강대성, 민사집행법[제4판], 삼영사, 2008.
- 강태성, 물권법(제3판), 대명출판사, 2009.
- 고상룡, 물권법, 법문사, 2001.
- 곽윤직, 물권법[민법강의 Ⅱ](제7판), 박영사, 2006.
- 편집대표 곽윤직, 민법주해[VI] 물권(3), 박영사, 1992.
- 김기선, 한국물권법[전정증보판], 법문사, 1990.
- 김상용, 물권법, 화산미디어, 2009.
- 김상원/박우동/이시윤/이재성, 주석민사집행법(V)(제2판), 한국사법행정학회, 2004.
- 김증한/김학동, 물권법(제9판), 박영사, 2004.
- 박두환, 민사집행법, 법률서원, 2003.
- 편집대표 박준서, 주석민법[물권(3)](제3판), 한국사법행정학회, 2001.
- 윤철홍, 물권법, 법원사, 2009.
- 이상태, 물권법(7정판), 법원사, 2011.
- 이시윤, 신민사집행법(제5판), 박영사, 2009.
- 이영준, 물권법(전정신판), 박영사, 2009.
- 이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006.
- 장경학, 물권법, 법문사, 1990.
- 홍성재, 물권법(개정판), 대영문화사, 2010.
- 황적인, 주석민법(Ⅱ) 물권법, 법원사, 1990.
- 關武志, 留置權の研究, 信山社 2001.
- 清水 元, 留置權概念の再構成, 信山社, 2001.

2. 논문

- 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 재판실무연구(2) 민사집행소송, 한국사법행정학회, 2008.
- 신국미, “유치권제도에 관한 연구”, 고려대학교 박사학위논문, 2003.
- _____, “유치권의 성립요건으로서 물권과 채권간의 견련관계”, 재산법연구 21권 1호, 한국재산법학회, 2004. 8.
- _____, “유치권자에 의한 경매(민법 제322조)에 관한 의문”, 재산법연구 25권 1호, 한국재산법학회, 2008. 6.
- 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 민사법학 제38호, 한국민사법학회, 2007. 9.
- 이상태, “유치권에 관한 연구-대항력제한을 중심으로-(대법원 2009. 1. 15. 선고, 2008다70763 판결)”, 토지법학 제26-1호, 한국토지법학회, 2010. 6.
- 추신영, “유치권자에 의한 경매신청”, 재산법연구 24권 1호, 한국재산법학회, 2006.
- 최명구, “유치권과 저당권의 경합”, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008. 9.
- 齊藤和夫, “‘留置權競賣’考-民執法 195條の根本問題の検討-”, 法學研究 80卷 12號, 慶應義塾大學 法學部 法學研究會, 2007.

[Abstract]

The Nature and Procedure of the Auction under a Right of Retention on Immovables

Sang-Tae Lee*

The Korean Civil Code as the substantive law entitles the person having a right of retention to sell the property retained at an official auction in satisfaction of his claim(Art. of 322), but it can not be said that the legislative reason of this Article becomes to be certain. Moreover, since the Korean Civil Execution Act as the procedural law provides merely that the auction under a right of retention shall be executed in conformity with an example of the auction to exercise the security right(Sub-Art. of 1, Art. of 274), opinions are controversially divided on the matter what regulations among regulations concerning with the auction to exercise the security right would be applied to the auction under a right of retention.

In this paper, concrete procedures and methods concerning with the auction under a right of retention would be scrutinized, being founded on the grasp that the reason why the Civil Code entitles the person having a right of retention to sell the property retained at an official auction is ‘to get satisfaction of his claim’.

First of all, the right of retention is a peculiar security right that, legally speaking, has not the right to obtain satisfaction of his claim out of the object thing in preference to other creditors, but, actually speaking, has that

* Professor of Law School, Konkuk University.

right. Therefore it is more comfortable for us to grasp the auction under a right of retention as the third type of auction, rather than to seize as a substantial auction or a formal auction. By the way, the focus about discussing the nature of the auction under a right of retention exists in the point that by what procedures and methods the auction under a right of retention shall be executed indeed. not what type the auction under a right of retention shall belong to.

If the reason why the Civil Code entitles the person having a right of retention to sell the property retained at an official auction may be found in getting satisfaction of his claim, then the auction procedure under a right of retention should be progressed pursuant to the auction procedure for exercise of security right, unless it is adverse to the nature of the auction under a right of retention. Firstly all encumbrances like security rights are to be extinguished by the auction under a right of retention. If that is granted, demand for distribution of proceeds of sale should be permitted to other creditors, accordingly procedure of distribution also should be proceeded. For the legislative reason exists in making satisfaction of claim of the person having a right of retention, the principle of surplus that the relevant immovables shall not be sold unless it is the case where the proceeds of sale are deemed to be sufficient to clear all encumbrances on immovables should be applied.

But the most important problem in the auction under a right of retention is how to distribute the proceeds of sale. The person having a right of retention has not the right to obtain satisfaction of his claims out of the object thing in preference to other creditors in substantial law. Consequently distribution should be made to the creditors before everything else, in the case that creditors who have the preferential right to the person having a

right of retention exist. And then the remnants is to be proportionally distributed between the common creditor and the person having a right of retention. Needless to say, when there is no other creditor except the person having a right of retention, he may obtain satisfaction of his claim from proceeds of sale and the remnants is to be paid to the debtor.

On the other hand, however, it should be considered that a de facto preferential right is assured to the person having a right of retention. There is no reason to proceed the auction under a right of retention, if the claim of the person having a right of retention cannot be satisfied at all, after all the claims preceding the person having the right of retention have been paid from proceeds of sale. Where the remnants is not sufficient for satisfying the claim of the person having a right of retention, although all the claims preceding the person having a right of retention are satisfied, then the amount of shortage is to be made the successful bidder take over exceptionally.

Finally, it should be pointed out that recently Supreme Court has taken the position of similar contents as above.

Key Words : Substantial Auction, Formal Auction, Principle of Takeover, Principle of Extinguishment, Principle of Surplus, Demand for Distribution of Proceeds of Sale, Procedure of Distribution