

부동산유치권에 관한 개정안 검토

Study on the Bill of the Civil Law Amendment and the Civil Execution Law Amendment to Real Property Lien

홍 봉 주*

Hong, Bong-Joo

목 차

- | | |
|----------------------|----------------|
| I. 서 론 | IV. 부동산유치권에 관한 |
| II. 현행 부동산유치권제도의 문제점 | 민사집행법 개정안의 검토 |
| III. 부동산유치권에 관한 | V. 결 론 |
| 민법 일부 개정법률안 검토 | |

2009년 법무부에 설치된 민법개정위원회에서 부동산유치권에 관한 개정안을 마련하여 2013년 7월 17일 국회에 제출하였다. 부동산유치권의 개선방안으로는 부동산유치권을 폐지하는 방안과 부동산유치권을 현행대로 유지하지만 우선변제권을 인정하여 소멸주의를 택하는 등 제도적으로 보완하는 방안을 상정할 수 있지만 위 민법개정위원회에서는 전자를 택하였다.

개정안은 미등기부동산에 한하여만 한시적으로 부동산유치권을 인정하되, 그 부동산에 등기가 경료된 후 6개월 내에 저장권설정청구권을 통하여 저장권으로 전환하도록 하고 있다. 그 저장권설정청구권의 상대방에 유치권 성립 후 소유권을 취득한 제3자가 포함되며, 성립한 저장권은 효력발생시기가 변제기로 소급하는 등 전혀 새로운 모습의 저장권설정청구권과 저장권을 담고 있다.

그러나 본 연구를 통하여 부동산유치권의 폐지가 아닌 제도적 보완을 제안하고자 한다. 개정안처럼 현행부동산유치권제도와 부동산유치권에서 전환된 특수한 저장권제도 및 등기된 부동산에서 유치권자가 아닌 비용지출자 등 채권자가 설정하는 일반 저장권제로 세분화하기 보다는, 현행 부동산유치권제도를 유지하고 다만 우선변제적 효력을 인정하여 매각으로 소멸하게 하는 제도적 보완이 오히려 올바른 부동산유치권제도의 개선방향임을

투고일 : 2015. 4. 24. / 심사의뢰일 : 2015. 5. 28. / 게재확정일 : 2015. 6. 11.

* 건국대학교 법학전문대학원 교수

Professor, Law School of Konkuk University

전제로, 민법 일부 개정법률안의 4개조문과 부칙, 민사집행법 개정법률안의 6개조문과 부칙의 내용을 검토하였다.

[주제어] 부동산유치권, 민법개정안, 민사집행법개정안, 저당권설정청구권, 소멸주의

I. 서 론

민법과 상법에 규정된 유치권은 목적물을 유치할 수 있는 권리이므로 필연적으로 목적물의 점유를 수반하게 된다. 따라서 점유의 상실로 인하여 유치권은 소멸하므로(민법 제328조 참조) 추급력 또는 물상대위가 인정되지 아니하고 동일한 물건에 대하여 두 개 이상의 유치권이 성립할 수는 없으므로 우선적 효력도 인정되지 아니한다. 또한 민사집행법 제91조 제5항은 ‘매수인은 유치권자에게 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.’라고 규정하여 사실상 최우선변제권을 인정함으로써, 유치권에는 실제 법상 우선변제권이 없는데도 집행법을 통하여 사실상 우선변제권을 인정한 매우 기이한 입법이다.¹⁾ 목적물의 인도를 거절하는 유치권의 부담이 있는 부동산의 소유권을 양수한 자는 그 유치권의 피담보채권을 변제하기 전까지 부동산을 사용하거나 수익할 수 없게 되는데, 이러한 문제점은 특히 경매절차²⁾에서 많이 발생하며 경매절차에서의 매수인, 채권자, 선행담보권자 등 이해관계인들에게 불측의 손해를 가할 위험성이 높고 경매절차가 원활하게 진행되지 못하게 하는 폐해가 심해진다.

유치권은 그 목적물을 ‘물건 또는 유가증권’으로 규정(민법 제320조 제1항, 상법 제58조, 제91조, 제111조)하고 있고, 물건에는 동산과 부동산이 포함³⁾되므로 유치권은 동산과 부동산에서 성립될 수 있으나 실제로는 부동산과 관련하여 발생하는 경우가 많으며 실제 분쟁사건도 부동산유치권을 대상으로 하는 경우가 대부분이다.⁴⁾ 그런데 부동산유

1) 김재형, “2013년 민법주요판례”, 법률신문 4204호(2014. 3. 6. 자) 13쪽.

2) 이시윤, “민사집행에 있어서의 주요과제와 ISD”, 민사집행법연구 제8권, 한국사법행정학회, 2012, 13-41쪽; 이재도, “부동산경매절차에서 허위 유치권에 관한 문제와 개선방안”, 민사집행법연구 제8권, 한국사법행정학회, 2012, 212-261쪽; 추신영 “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 민사법학 제 44호, 한국민사법학회, 2009, 351-383쪽; 장건, “부동산경매절차상 유치권자의 이해관계인 지위”, 민사집행법연구 제8권, 한국사법행정학회, 2012, 179-211쪽; 박해웅/남기범, “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매가가 차이에 미친 영향분석”, 한국정책연구 제11권 제3호, 경인행정학회, 2011, 134-136쪽.

3) 상사유치권의 대상이 되는 물건에는 부동산도 포함된다는 판례로는 대법원 2013.5.24. 선고, 2012 다 39769판결.

치권은 부동산물권임에도 불구하고 등기가 아닌 점유에 의해 공시되므로, 등기부상으로
는 부동산유치권의 존재를 알 수 없다. 따라서 부동산유치권은 부동산공시방법에 맞지
않는 기이한 물권⁵⁾이라고 할 수 있다.

그동안 부동산유치권제에 관하여 문제점들의 지적이 많이 있어왔고,⁶⁾ 2004년 민법개
정안⁷⁾ 준비과정에서 유치권에 관한 여러 가지 개정방안도 논의되었다. 개정방안들에는
부동산유치권을 폐지하고 이를 법정저당권으로 전환하는 방안, 부동산유치권을 현행대
로 유지하지만 우선변제권을 법적으로 인정하는 방안, 부동산유치권을 폐지하고 동산유
치권만 존치시키는 방안, 동산유치권과 부동산유치권 모두를 담보물권이 아닌 단지 급
부거절권인 항변권으로 전환하는 방안 등이 논의되었으나 토의과정에서 장기검토사항
으로 분류되어 개정안은 마련되지 못하였다.⁸⁾ 그 후 2009년 법무부는 민법개정위원회를
구성하여 새로이 민법개정작업을 시작하였는데, 담보제도 분과인 제5분과위원회에서
두 번째 해인 2010년에 유치권에 관한 개정시안⁹⁾을 마련하고 이를 실무위원회와 위원장
단회의에서 상당히 수정한 후 2012년 4월 23일과 8월 27일 두 차례 전체회의에서 개정안
이 준비되었다. 2012년 11월 공청회를 거쳐 2012년 12월 3일 개정안이 확정되었다.¹⁰⁾
2003년 1월 16일 입법예고 되고 법제처의 법안심사를 거쳐 2013년 7월 9일 국무회의
심의의결 되었다.¹¹⁾ 2013년 7월 17일 국회에 의안번호 1906017~1906019로 제출되어

4) 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 토지법의 이론과 실무(지업 이시영박사 화갑기념), 법원
사, 2006, 203쪽.

5) 김재형, “부동산유치권의 개선 방안”, 민사법학 제55호, 한국민사법학회, 2011, 341쪽.

6) 김영두, 앞의 논문(주4), 203-218쪽; 이동진, “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”, 민사법학 제49-1호,
한국민사법학회, 2010, 49-88쪽; 오시영, “부동산유치권 강제 집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”,
토지법학 23-2호, 한국토지법학회, 2007, 213-254쪽; 김상찬/정영진, “부동산 경매절차상 유치권제도의
문제점과 개선방안”, 재산법연구 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011, 61-86쪽; 전장현, “부동산경매
에서 유치권의 문제점과 개선방안에 대한 입법론적 고찰”, 법제연구 제41호, 한국법제연구원, 2011,
261-302쪽.

7) 1999. 2. 5. 법무부는 민법개정특별분과위원회를 구성하여 2004. 6월까지 약 5년 4개월간 운영하면서
총칙, 물권, 채권편을 망라하는 재산법 전 분야에 대한 개정안을 마련하여 2004. 10. 제17대 국회에
제출되었으나, 그 내용이 방대하여 실질적인 심의가 이루어지지 아니한 채 국회의 임기만으로 폐기되고
말았다.

8) 법무부, 민법개정총서(3) 2004년 법무부 민법개정안 총칙·물권편, 2012, 407-409쪽.

9) 김재형, “부동산유치권의 개선방안”, 민사법학 제55호, 민사법학회, 2011, 341쪽.

10) 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 민사법학 제 63-1호, 민사법학회, 2013,
204쪽.

11) 김상찬/강창보, “부동산유치권제도의 개선방안”, 법과정책 제19집제2호, 제주대학교법과정책연구소,
2013, 73쪽; 민법 일부개정법률안은 정부발의의안번호 제8019호; 민사집행법 일부 개정법률안은 정부발

그 다음날 소관 상임위원회인 법제사법위원회에 회부되고,¹²⁾ 2013년 12월 13일 위 위원회에서 제안 설명 및 검토보고가 진행되었다.

개정안의 주요내용은 우선 민법개정안¹³⁾으로, 등기부동산에 대한 유치권의 폐지(개정안 제320조, 제320조의 2), 미등기부동산의 유치권에 대한 한시적인 유치권 인정과 이로 인하여 약화된 채권자의 지위를 보완하기 위하여 그 채권자에게는 저당권 설정청구권을 인정하는 제도 도입(개정안 제320조의 2, 제369조의 2), 등기된 부동산에 대한 특례로서 저당권설정 청구권의 부여(개정안 제 369조의 3), 그리고 민사집행법 개정안으로 배당요구권자 및 경매절차의 이해관계인의 범위에 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자 포함(개정안 제88조 제1항, 제90조), 경매로 인한 부동산 매각 시 유치권의 소멸주의 채택(개정안 제91조 제2항, 현행 제91조 제5항 삭제), 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자에 대한 배당금액의 공탁(개정안 제160조 제1항, 제161조 제2항), 마지막으로 부동산 등기법개정안은 위 민법개정으로 미등기부동산에 대하여 유치권자가 저당권설립의 등기를 할 때 변제기도 기록하도록 하는 등 근거규정을 신설한 내용 등이다.

이하에서는 현행 부동산유치권제도의 문제점(Ⅱ)을 살펴보고, 민법 개정안(Ⅲ)과 민사집행법 개정안(Ⅳ)의 조문별 내용을 검토하면서 부동산유치권을 폐지하고자 하는 개정방향이 정당한 지 음미해 보고자 한다.

Ⅱ. 현행 부동산유치권제도의 문제점

1. 실체법과 절차법의 부조화

유치권은 목적물을 유치할 수 있는 권리이므로 필수적으로 목적물의 점유를 수반하게 되고, 점유의 상실로 인하여 유치권은 소멸하므로 추급력 또는 물상대위가 인정되지 아니할 뿐만 아니라, 우선변제적 효력 또는 우선적 효력이 인정되지 아니한다는 점에서

의의안번호 제8017호; 부동산등기법 일부 개정법률안은 정부발의의안번호 제8018호이다.

12) 법제사법위원회 전문위원 이상용 작성 “민법일부개정법률안 민사집행법 일부 개정법률안 부동산등기법 일부개정법률안 검토보고서”, 1쪽.

13) 민법개정위원회에서는 상사유치권에 대한 개정안도 준비하였으나 법무부내에 상법 개정에 대하여는 상법 특별위원회가 별도로 운영 중이므로 위 개정안을 상법특별위원회에 전달하였다고 한다. 윤진수, 앞의 논문(주10), 228쪽.

다른 담보물권과는 구별되는 특질이 있다. 유치권은 목적물을 환가하기 위하여 경매하거나, 정당한 이유가 있는 때에는 목적물을 직접 변제에 충당할 수도 있다.

반면에 민사집행법에서 유치권은 다른 담보물권이 모두 소멸함에도 불구하고 소멸하지 아니하고, 오히려 매수인에게 인수되어 매수인은 유치권자에게 피담보채권을 변제할 책임이 있다. 매수인의 변제책임의 성질과 관련하여 매수인이 유치권자에 대하여 인적 채무까지 인수한다는 인적책임설과 그 담보권의 부담을 승계한다는 것에 그친다는 물적 책임설이 대립하나, 판례¹⁴⁾와 학설¹⁵⁾은 일치하여 물적책임설을 취하고 있다. 대법원 2011년 12월 22일 선고, 2011다84298 판결은 사실상 최우선담보권인 유치권의 제도적 취지에 관하여, 우리 법에서 유치권제도는 무엇보다도 권리자에게 그 목적인 물건을 유치하여 계속 점유할 수 있는 대세적 권능을 인정한다(민법 제320조 제1항, 민사집행법 제91조 제5항 등 참조). 그리하여 소유권 등에 기하여 목적물을 인도받고자 하는 사람(물건의 점유는 대부분의 경우에 그 사용수익가치를 실현하는 전제가 된다)은 유치권자가 가지는 그 피담보채권을 만족시키는 등으로 유치권이 소멸하지 아니하는 한 그 인도를 받을 수 없으므로 실제로는 그 변제를 강요당하는 셈이 된다. 그와 같이 하여 유치권은 유치권자의 그 채권의 만족을 간접적으로 확보하려는 것이다. ---[중략]--- 저당권 등의 설정 후에 유치권이 성립한 경우에도 마찬가지로 유치권자는 그 저당권의 실행절차에서 목적물을 매수한 사람을 포함하여 목적물의 소유자 기타 권리자에 대하여 위와 같은 대세적인 인도거절권능을 행사할 수 있다. 따라서 부동산유치권은 대부분의 경우에 사실상 최우선순위의 담보권으로서 작용하여, 유치권자는 자신의 채권을 목적물의 교환가치로부터 일반채권자는 물론 저당권자 등에 대하여도 그 성립의 선후를 불문하여 우선적으로 자기 채권의 만족을 얻을 수 있게 된다.---[중략]--- 이와 같이 유치권제도는 “시간에서 앞선 사람은 권리에서도 앞선다.”는 일반적 법원칙의 예외로 인정되는 것으로서, 특히 부동산담보거래에 일정한 부담을 주는 것을 감수하면서 마련된 것이라고 하였다.

또한 민사집행법 규정상에서 유치권자는 경매절차의 외부에 있을 수 있다. 민사집행법 제90조 각호 이해관계인의 규정에서 유치권자의 자리를 살펴보면, 우선 부동산유치권이 등기로 공시되지 않으므로 3호의 ‘등기부에 기입된 부동산의 권리자’에 해당하지 아니하지만, 만약 유치권자가 집행권원을 획득하면 1호의 ‘집행력 있는 정보에 의하여

14) 대법원 96. 8. 23. 선고, 95다8713판결, 이 판결에 대한 평석은 서기석, “유치권자의 경락인에 대한 피담보채권의 변제청구권의 유무”, 대법원판례해설 제26호(1996년 하반기), 법원도서관, 1993, 84-97쪽.

15) 김원수, “압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수, 있는지 여부”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 685-688쪽.

배당을 요구한 채권자'에 해당하고 또한 유치권자가 자발적으로 스스로 권리신고를 한다면 4호의 '부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명한 자'에 해당할 뿐이지 법은 유치권자에게 신고의무를 부여하지 않고 방관하고 있다. 유치권자는 위와 같이 스스로 권리신고를 하여 이해관계인이 될 수도 있지만, 권리신고를 하지 않더라도 유치권의 권리행사에 어떠한 제한이나 방해받지 않는바, 유치권의 신고유무 또는 신고시기와 상관없이 유치권자는 어떠한 불이익도 받지 않는다. 반면에 경매절차의 이해관계인은 유치권의 존재와 피담보채권의 범위에 관하여 알 수 없으므로 예상하지 못한 손해에 노출되어 있다. 나아가 현행 제도는 판결절차와 강제집행절차를 명확히 구분하고 있고 그 담당기관도 각 분리하고 있으므로, 집행법원에 유치권에 관한 권리신고서가 제출되더라도, 집행법원이 유치권의 존부를 실체적으로 확정할 권한이 없고 별도 본안소송재판부에서 소송절차로 판단해야 한다고¹⁶⁾ 보므로, 집행법원은 매각물건명세서에 “000로부터 금 000만원의 유치권신고는 있으나 그 성립여부는 불분명함”이라는 획일적이고 형식적인 기재를 관행적으로 하고 있다.

한편 민사집행법조문들을 유치권의 인수주의를 채택한 제91조 제5항 규정을 제외하고 살펴보면 유치권자는 우선변제권이 없으므로 민사집행법 제88조 제1항의 배당요구권자에 해당하지 아니하고, 따라서 제148조에 정해진 배당기일에 배당을 받을 채권자에 포함되지 아니한다.¹⁷⁾ 유치권자가 배당받으려면 일반채권자로서 별도로 가압류결정을 받거나 집행권원을 취득하여야 하므로 유치적 효력인 대세적 권능은 사실상 경매절차에서 무시된다. 유치권에 기한 경매는 환가목적이 있을 뿐으로 그 성격이 우선변제권이 있는 저당권 등 담보권 실행을 위한 경매와 다르게 보는 견해¹⁸⁾도 있으나, 다수설¹⁹⁾과

16) 장건, 앞의 논문(주2), 197쪽; 이재도, 앞의 논문(주2), 216-221쪽.

17) 이승규, “유치권자와 경매절차에서의 매수인 사이의 대상관계”, 민사판례연구 제36권, 박영사, 2014, 262쪽, 반면에 유치권자가 사실상 우선변제권이 있으므로 민사집행법 제88조 제1항을 유추적용하여 배당받을 채권자에 포함하자는 견해로는 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42집, 법원도서관, 2011, 418쪽. 또한 유치권에 기한 경매신청으로 민사집행법 제148조 제1호의 ‘배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자’의 지위를 얻어 배당받을 채권자에 포함된다는 견해로는 박상인, “저당권설정 후 성립한 유치권의 효력 - 경매절차에서의 매수인에 대한 대항가능성을 중심으로-”, 민사판례연구 제32권, 민사판례연구회, 2010, 391쪽.

18) 이재성, “유치권자가 신청한 경매의 성격”, 인권과 정의 제196호, 대한변호사협회, 1992, 17쪽; 이춘원, “유치권경매에 관한 소고”, 집합건물법학 제8집, 한국집합건물법학회, 2011, 229-252쪽.

19) 이상태, “부동산유치권에 의한 경매의 성립과 절차”, 일감법학 제20호, 건국대학교법학연구소, 2011, 3-52쪽; 김동호, “유치권자의 경매청구권”, 법학논총 제30집 제2호, 전남대학교법학연구소, 2010, 163-198쪽; 신국미, “유치권자에 의한 경매(민법 제322조)에 관한 의문”, 재산법연구 제25권 1호, 재산법학회, 2008, 73-106쪽; 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 재판자료 제109집 : 민사집행법실무

판례²⁰⁾는 민사집행법 제274조 제1항에 의한 유치권에 기한 경매의 경우 원칙적으로 유치권도 목적부동산위의 부담을 소멸시키는 것을 법정매각조건으로 하여 실시되고 우선채권자 뿐만 아니라 일반채권자의 배당요구도 허용되며, 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당받을 수 있다고 한다.

2. 유치권의 성립범위 제한과 대항력 및 신의칙

유치권자가 권리신고하거나 집행관의 현황조사보고서에서 유치권에 관한 사항이 조사되면 매각물건명세서에 유치권이 기재되는데, 이러한 경우 매수희망자는 유치권을 인수할 가능성이 있으므로 매수부동산의 매각가격을 저감시켜 매수하게 됨으로써 유치권자보다 먼저 저당권을 설정한 담보물권자 등과 다른 채권자들이 사실상 변제받지 못하는 불측의 손해를 입을 수 있다. 경매목적물에 유치권의 부담이 있는 경우에 그 매각목적물의 교환가치가 하락하여 압류채권자를 비롯한 매각목적물의 소유자의 채권자들이 손해를 입게 되고, 만약 담보권이 설정되어 있다면 그 담보가치도 하락함으로써 결국 담보권이 침해된다. 나아가 유치권자가 권리신고를 하지 않거나 현황조사에서 유치권이 조사되지 아니하여 매각물건명세서에 유치권이 드러나지 않더라도 매수인은 유치권의 부담을 인수하게 됨으로써 불측의 손해를 입게 된다.

위와 같은 유치권제도의 문제점을 해결하기 위하여 학계에서 입법론²¹⁾이 꾸준히 제기되었고, 해석론으로는 유치권의 대항력을 보다 넓게 인정하자는 견해들이 누적되어 왔다. 이미 압류 또는 가압류가 행해졌거나 저당권 등 담보물권이 설정되어 있는 부동산

연구, 법원도서관, 2008, 397-432쪽; 지석재, “유치권에 의한 경매”, 사법논집 제42집, 법원도서관, 2006, 343-422쪽; 추신영, “유치권자에 의한 경매신청”, 재산법연구 제24권 제1호, 재산법학회, 2007, 161-188쪽.

20) 대법원 2011. 6. 15. 선고, 2010마1059결정. 이 결정에 대한 평석으로는 추신영, “유치권자에 의한 경매신청에 있어서 소멸주의 적용의 법리”, 동아법학 제48호, 동아대학교법학연구소, 2012, 509-539쪽; 대법원 2011. 8. 17. 선고, 2009마2063결정. 대법원 2011. 8. 18. 선고, 2011다35593판결. 이 판결에 대한 평석으로는 이정민, “강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매와 유치권에 의한 경매가 경합하는 경우 유치권의 소멸여부”, 특별법연구 제10권(전수안 대법관 퇴임기념), 사법발전재단, 2012, 1024-1037쪽; 김영희, “유치권 그리고 인수주의 소멸주의”, 민사판례연구 제36호, 박영사, 2014, 271-324쪽; 임운수/민선찬, “부동산집행절차와 유치권자의 지위”, 법학연구 제46집, 한국법학회, 2012, 169-187쪽, 위 판결에 대한 반대견해로는 이시운, 신민사집행법(제6판), 박영사, 2013, 제526쪽 참조.

21) 추신영, 앞의 논문(주2), 351-383쪽; 김영수, 앞의 논문(주4), 203-218쪽; 오시영, 앞의 논문(주6), 213-254쪽; 전장현, 앞의 논문(주6), 261-302쪽; 김상찬/정영진, 앞의 논문(주6), 61-86쪽; 김상명, “부동산유치권의 특수성과 입법적 과제”, 법학연구 제45집, 한국법학회, 2012, 133-156쪽.

에 관하여 유치권을 취득한 경우에는 그 유치권으로 경매절차의 매수인, 압류채권자, 가압류채권자 및 저당권자 등 담보물권자에 대하여 대항할 수 없다는 취지의 문헌들²²⁾이 활발하게 발표되었다.

또한 대법원도 유치권의 성립범위를 제한하거나, 민사집행법 제91조 제5항의 유치권을 ‘대항²³⁾할 수 있는 유치권’으로 해석하여 위항의 적용대상인 유치권의 범위를 제한하려는 제한적 인수주의를 취하거나,²⁴⁾ 유치권제도 남용의 유치권 행사를 신의성실의 원칙에 반한다고 평가하여 이를 허용하지 않는 등 다양한 입장을 나타내고 있다. 우선 성립요건을 제한한 주요 판례로는, 대법원 2012년 1월 26일 선고, 2011다96208 판결에서 공사현장에 시멘트와 모래 등의 건축자재를 공급하여 취득한 건축자재대금채권은 매매계약에 따른 매매대금채권에 불과하여 그 건축자재가 수급인 등에 의해 위 건물의 신축공사에 사용됨으로써 결과적으로 건물에 부합되었다고 하여도 건축자재의 공급으로 인한 매매대금채권이 위 건물 자체에 관하여 생긴 채권이라고 할 수 없다고²⁵⁾ 하고, 또한 대법원 2013년 10월 24일 선고, 2011다44788 판결은 건물의 옥탑, 외벽 등에 설치된 간판의 경우 일반적으로 건물의 일부가 아니라 독립된 물건으로 남아 있으면서 과다한 비용을 들이지 않고 건물로부터 분리할 수 있는 것이 충분하므로 민법 제320조 제1항의 견연관계를 부정하였다. 특히 민사유치권과는 달리 견연관계를 요구하지 않는 상사유치권에 관하여는, 대법원 2008년 12월 24일 선고, 2007다52706, 52713 판결²⁶⁾에서 공사수급인의 건축부지에 관한 상사유치권의 성립여부에 관하여 공사수급인은 신축공사 도급계약에 의해 발생한 공사완성의무를 이행하기 위하여 이 사건 대지를 점유한 것 일뿐 위 도급계약을 직접적 원인으로 한 것이 아니었으므로 상사유치권의 성립요건 중 점유와 상행위의 견련성이 충족되지 않아 상사유치권에 성립하지 않는다고 하고, 또한 대법원 2013년 2월 28일 선고, 2010다57350 판결에서 상사유치권이 채무자 소유의 물건에 대해서만 성립한다는

22) 강민성, “민사집행과 유치권”, 사법논집 제36집, 법원도서관, 2003, 51-94쪽; 차문호, 앞의 논문(주17), 343-422쪽; 김원수, 앞의 논문(주15), 657-705쪽; 박상언, 앞의 논문(주17), 333-407쪽.

23) 유치권의 성립과 대항력을 구별하는 견해로는 최명구, “유치권과 저당권의 경합”, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008, 732-733쪽; 박상언, 앞의 논문(주17), 342-343쪽; 오시영, “부동산유치권의 성립과 대항력의 구별”, 민사법학 제38호, 한국민사법학회, 2007, 229쪽.

24) 대법원 2005. 8. 19. 선고, 2005다22688 판결. 이 판결에 대한 평석으로는 김원수, 앞의 논문(주15), 657-705쪽.

25) 이 판결을 하수급인의 유치권 행사 문제로 이해하는 견해로는 사봉관, “유치권관련 주요 판례정리”, 청연논총 제9집, 사법연수원, 2012, 92쪽.

26) 이 판결에 대한 평석으로는 전옥, “공사수급인의 건축부지에 대한 상사유치권의 행사”, 부산대학교 법학연구 제49권 제2호, 부산대학교법학연구소, 2009, 425-451쪽.

것은, 상사유치권은 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권이라는 의미를 담고 있다 할 것이고, 따라서 유치권 성립 당시에 이미 목적물에 대하여 제3자가 권리자인 제한물권이 설정되어 있다면, 상사유치권은 그와 같이 제한된 채무자의 소유권에 기초하여 성립할 뿐이고, 기존의 제한물권이 확보하고 있는 담보가치를 사후적으로 침탈하지는 못한다고 보아야 한다고 하였다.

유치권의 대항력에 관하여는, 대법원 2014년 4월 10일 선고, 2010다84932 판결에서 “어느 부동산에 관하여 경매개시결정등기가 된 뒤에 비로소 민사유치권을 취득한 사람은 경매절차의 매수인에 대하여 그의 유치권을 주장할 수 없다(대법원 2005년 8월 19일 선고, 2005다22688 판결 등 참조). 이러한 법리는 어디까지나 경매절차의 법적 안정성을 보장하기 위한 것이므로, 경매개시결정등기가 되기 전에 이미 그 부동산에 관하여 민사유치권을 취득한 사람은 그 취득에 앞서 저당권설정등기나 가압류등기 또는 체납처분압류등기가 먼저 되어 있다 하더라도 경매절차의 매수인에게 자기의 유치권으로 대항할 수 있다(대법원 2014년 3월 20일 선고, 2009다60336 전원합의체 판결 등 참조).”며 확립된 태도를 보여주고 있다. 대법원 2005년 8월 19일 선고, 2005다22688 판결 이후 10년간 유치권의 대항력에 관하여 누적된 판례들의 결론과 같은 판시이다. 즉, 강제경매절차에서 압류 후 점유를 이전하여 유치권을 취득한 사안에 관한 위 2005다22688 판결과 임의경매절차에서 압류 후 점유를 이전받고 공사를 시행하여 유치권을 취득한 사안에 관한 대법원 2006년 8월 25일 선고, 2006다22050 판결 및 압류의 효력이 발생하기 전에 점유를 이전받았으나 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 유치권이 성립한 사안에 관한 대법원 2011년 10월 13일 선고, 2011다55214 판결 모두에서 압류의 효력이 발생한 이후에 취득한 유치권은 매수인에게 대항할 수 없다는 법리를 정립하였다. 그러나 이 법리는 선행저당권이 설정된 이후에 취득한 민사유치권²⁷⁾이나 가압류 등기 이후에 취득한 유치권²⁸⁾ 및 체납처분압류등기가 경로 된 이후에 취득한 유치권²⁹⁾에는 적용되지

27) 대법원 2009. 1. 25. 선고, 2008다70763 판결. 이 판결에 대한 평석은 이상태, “유치권에 관한 연구 - 대항력 제한을 중심으로 -”, 토지법학 제2601호, 토지법학회, 2010, 77-109쪽; 문병찬, “유치권자의 대항력에 관한 소고”, 청연논총 제9집, 사법연수원, 2012, 41-56쪽; 박상연, 앞의논문(주17), 333-407쪽; 반면에 견연관계를 요구하는 민사유치권과는 달리 상사유치권은 선행근저당권자에게 대항할 수 없다는 취지는 대법원 2013. 2. 28. 선고, 2010다57350 판결.

28) 이 판결에 대한 평석은 하상혁, “가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류 채권자에게 대항할 수 있는지 가부”, 특별법 제10권, 사법발전재단, 2012, 986-1006쪽; 서중희, “유치권자의 강제경매신청의 의미와 가압류등기경로 후 성립한 유치권의 대항력 인정여부”, 외법논집 제36권 제4호, 한국외국어대학교법학연구소, 2012, 325-344쪽; 이승규, 앞의 논문(주17), 235-270쪽.

않는다고 하여, 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있다고 하였다.

또한 유치권의 행사가 신의칙에 반하여 유치권제도를 남용한 것으로 판단한 대법원 2011년 12월 22일 선고, 2011다84298 판결은 후순위저당권자가 상사유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으킨 후 그에 기하여 근저당부동산에 대한 유치권을 취득하고 이를 선순위근저당권자에게 주장함으로써 고의적으로 유치권을 작출하여 그 지위를 부당하게 이용하였다고 평가할 수 있는 사정이 있는 사안에서, 채무자가 채무초과의 상태에 이미 빠졌거나 그러한 상태가 임박함으로써 채권자가 원래라면 자기 채권의 충분한 만족을 얻을 가능성이 현저히 낮아진 상태에서 이미 채무자 소유의 목적물에 저당권 기타 담보물권이 설정되어 있어서 유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정적 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하게 됨으로써 유치권이 성립하였다면, 유치권자가 그 유치권을 저당권자 등에 대하여 주장하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반하는 권리행사 또는 권리남용으로써 허용되지 아니한다고 하였으나, 대법원 2014년 12월 11일 선고, 2014다53462판결에서는 매각부동산에 대한 경매절차가 곧 개시되리라는 점을 인식하면서 그 부동산을 인도받아 유치권을 취득하더라도 그 유치권이 매수인에게 대항할 수 있는 유치권이라면 유치권 제도를 남용한 것으로 속단하기 어렵다고 판시하였다.

Ⅲ. 부동산유치권에 관한 민법 일부 개정법률안 검토

1. 주요내용

민법 일부 개정법률안(이하에서 ‘개정안’으로 한다)은 4개조문과 부칙으로 구성되어 있는데 그 주요내용은 다음과 같다.

우선 현재 유치권의 목적물로 동산, 부동산과 유가증권을 인정하던 것을 개정안에서는 동산, 유가증권(개정안 제320조 제1항) 미등기부동산에 한하여 인정하되, 미등기부동산의 유치권자에게는 저당권설정청구권을 인정하고(개정안 제369조의 2 신설), 그 저당

29) 대법원 2014. 3. 20. 선고, 2009다60336 전원합의체 판결.

권설정등기가 완료되거나 저당권설정 청구권이 소멸하면 유치권도 소멸하게 되어(개정안 제320조의 2 신설) 유치권을 한시적으로만 인정한다. 위 저당권설정 청구권은 미등기 부동산에 대한 유치권자가 그 부동산이 등기된 날로부터 6개월 내에 소로 행사하지 아니하면 소멸한다.

또한 이 미등기부동산의 유치권자에게 인정되는 저당권설정청구권은 일반저당권과는 달리 유치권 성립 당시의 소유자뿐만 아니라 유치권이 성립한 후에 소유권을 취득한 자에 대하여도 청구할 수 있고, 이 저당권설정 청구권에 따른 저당권은 일반적인 저당권과는 다르게 피담보채권의 변제기에 설정된 것으로 본다(개정안 제369조의 2 신설).

이에 따라 개정안 제369조의 2 신설조항에 의한 저당권을 등기하는 경우에 그 효력이 등기시보다 앞서는 변제기이므로 이를 등기부에 적을 필요가 있으므로, 부동산등기법 제75조 제3항을 신설하여 민법 제639조의 2에 따른 저당권임을 표시하도록 하고 그 변제기도 기록하도록 하였다.

그리고 유치권의 피담보채권의 범위를 현재의 ‘유치권의 객체에 관하여 생긴 채권’이라는 규정이 불명확하므로 이를 해소하기 위하여 ‘유치권의 객체에 대한 비용지출로 인한 채권이나 그로 인한 손해배상채권’으로 제한하였다.

또한 등기된 부동산에 대한 유치권은 폐지하지만, 유치권자가 아님에도 특별로서 저당권설정청구권을 부여하고(개정안 제369조의 3 신설), 이를 통하여 성립한 저당권을 일반 저당권의 효력을 갖는다. 이 유치권자 아닌 채권자의 저당권설정청구권은 위에서 살펴본 유치권자의 저당권설정청구권과는 달리 점유나 변제기의 도래를 필요로 하지 않고 상대방은 피담보채권이 성립할 당시의 소유자에 한하고 저당권설정청구권이 성립한 후 부동산소유권을 취득한 제3자에 대하여는 저당권설정청구권을 행사하지 못하다.

마지막으로 부칙 제5조 경과규정에서 개정안 시행당시 이미 존재하고 있던 부동산유치권은 개정안 시행 후 2년의 유예기간을 주고 그 기간 내에 개정안 제369조의 2의 규정에 따라 저당권설정을 청구할 수 있도록 하였는데, 다만 미등기부동산의 경우에는 그 기산점이 그 부동산이 등기된 날이고 개정법 시행당시 경매가 개시되었으나 경매신청이 취하되거나 경매개시결정이 취소되는 등 경매절차가 매각 없이 끝나게 되면(미등기 부동산에 대한 경매절차 중 그 부동산이 등기되기 전에 경매절차가 매각 없이 끝난 경우는 제외한다) 그 기산점이 그 경매절차가 완료된 날이다.

2. 부동산유치권의 저당권으로 전환

개정안은 등기부동산에 관한 것으로 한정하고 있지만 원칙적으로 부동산유치권을 폐지하여야 한다는 주장을 받아들인 것이다.³⁰⁾ 부동산유치권을 폐지하기로 한 이유는 공시제도의 혼란을 막기 위해서라고 하며, 부동산유치권을 부동산물권의 공시수단으로 등기가 가능한 저당권으로 전환하고자 하는 것이 개정방향이다.

부동산유치권을 저당권으로 전환하면서 장점은 부동산물권공시제도에 충실해지는 이외에 우선변제권과 담보권실행을 위한 경매신청 및 당해 부동산에 대한 다른 담보물권자와의 우선순위를 정할 수 있게 된다. 반면에 단점은 유치권의 대세적 효력을 인정하기 위하여 현행법상 존재하지 아니하는 저당권설정 청구의 상대방이 피담보채권이 성립할 당시의 소유자뿐만 아니라 저당권설정청구권이 성립한 후 부동산소유권을 취득한 제3자까지 포함하는 특별한 저당권이 만들어졌고 더구나 그 저당권의 효력발생시기는 변제기로 정하여져, 일반적인 저당권이 등기시를 기준으로 저당권의 효력이 발생하지만 유치권에서 전환된 저당권은 소급적 효력이 발생한다. 유치권은 현행법제상 인정되는 담보물권 중에서 가장 그 효력이 뒤떨어지는 불완전한 담보물권이다.³¹⁾ 개정안에서 유치권을 저당권으로 전환하여 얻고자 하는 위 장점들을 유치권을 보완하더라도 얻을 수 있으므로 굳이 부동산유치권을 폐지할 것은 아니다.³²⁾ 부동산유치권의 문제점으로 지적되는 피담보채권범위의 불명확성, 공시방법의 불완전성, 우선적 효력 내지 우선변제권의 결여, 인수주의로 인한 사실상 최우선변제권 지위 획득 및 경매절차상 유치권신고제도미비와 매각물건명세서의 형식적 기재 등으로 인한 운영상 문제점 등이 부동산유치권의 폐해를 발생시키는 원인으로 함께 작동하고 있지만, 부동산유치권의 가장 큰 문제점은 부동산물권임에도 등기에 의하여 공시되지 않는 점보다 우선변제권이 인정되지 않음

30) 김재형, 앞의 논문(주9), 349쪽.

31) 이재성, 앞의 논문(주18), 17쪽.

32) 오시영, “유치권관련 민법개정안에 대한 검토”, 강원법학 제38권, 강원대학교법학연구소, 2013, 97-142쪽; 김홍엽, “민사유치권 관련 민사집행법 개정안에 대한 비판적 고찰”, 성균관법학 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013, 147-168쪽; 성민섭, “부동산유치권제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여”, 외법논집 제38권 제1호, 한국외국어대학교법학연구소, 2014, 189-208쪽; 김상찬/강창보, “부동산유치권 제도의 개선방안”, 법과정책 제19집 제2호, 제주대학교법과정책연구소, 2013, 71-91쪽; 김미혜, “부동산유치권 관련 개정안에 대한 몇가지 제언”, 아주법학 제8권 제1호, 아주대학교법학연구소, 2014, 157-181쪽; 이광수, “등기된 부동산유치권 폐지-반대”, 법률신문 2013. 3. 25. 자; 반면에 제도적 보완도 필요없고 현행법으로 충분하다는 견해로는 이진기, “부동산유치권의 재고”, 법률신문, 2013. 4. 29. 자 참조.

에도 불구하고 사실상에 있어서는 최우선변제권으로 인정되는 모순으로 보인다.³³⁾ 그러므로 부동산유치권을 폐지하기보다는 유치권에 우선변제권을 인정하고 민사집행법 제91조 제5항의 인수주의 조항을 삭제하는 제도적 보완으로 개정방향을 정하는 것이 보다 합리적이다. 개정안은 부동산유치권을 공시제도에 혼란을 초래하는 주범으로 인식하여 폐지하겠다는 결론을 먼저 내린 후, 부동산유치권의 폐지로 약화된 채권자의 지위를 보완하기 위하여 종전에 존재하지 않던 특별한 저당권을 만들어낸 것에 불과하여 그 저당권의 성립과 효력을 둘러싼 새로운 분쟁이 예상되고 있다.

현행법에서 유치권은 우선변제권이 인정되지 않기 때문에 별도의 집행권원이 없는 한 유치권자의 지위만으로는 부동산경매절차의 배당단계에 참가하여 변제받을 수가 없다. 그러나 민사집행법 제91조 제5항에서 유치권에 관하여는 저당권 등 다른 담보물권과는 달리 소멸주의가 아닌 인수주의를 규정하여, 유치권자에게 사실상의 우선변제를 받는 효과를 주고 있다. 위와 같이 유치권에 대하여 인수주의를 채택하게 된 취지는 저당권과 같이 유치권도 매각으로 인하여 소멸하고 매각대금에서 변제받을 수밖에 없다고 한다면 우선변제권이 없는 유치권자는 담보물권을 갖지 않는 일반채권자와 동일한 비율로 배당받을 수밖에 없어 담보물권인 유치권은 완전히 무시당하는 결과가 되기 때문이다. 예컨대 유치권자가 일반채권자로서 가압류를 하거나 집행권원을 취득하여 배당요구를 하더라도 우선변제권이 없다면 경매절차에서 배당받을 가능성이 희박하며, 또한 매각으로 유치권이 소멸한다면 결국에는 유치권자를 보호할 수 없게 된다.³⁴⁾ 개정 시안의 초안을 작성한 위원은 “담보물권이라고 해서 당연히 우선변제권을 인정하여야 하는 것은 아니다. 법률의 규정으로 우선변제권을 인정할 것인지 여부를 결정할 수 있다. 유치권자의 지위를 완화하자는 의견이 많은 상태에서 유치권에 우선변제권을 부여하는 것은 문제가 있다고 보았다. 현재 유치권자에게 우선변제권을 인정하지 않더라도 유치권자를 보호하는 데 문제가 생기지 않는다. 오히려 부동산유치권자가 사실상 우선변제를 받을 수 있도록 하고 있는 민사집행법 제91조 제5항을 삭제함으로써 유치권을 약화시키기로 했다. 이에 따르면 부동산유치권자는 경매절차에서 일반채권자로서 채권을 회수할 수 있을 뿐이고 종전과 같은 사실상 우선변제권도 인정되지 않는다.”³⁵⁾고 하고 있는데, 이는 부동산유치권을 폐지하고 특수저당권으로 전환하려는 목표 때문에 유치권의

33) 성민섭, 앞의 논문(주32), 194-196쪽.

34) 이재도, 앞의 논문(주2), 215-216쪽.

35) 김재형, 앞의 논문(주9), 355-356쪽.

보완만으로도 얻을 수 있는 효과를 간과한 듯이 보인다. 부동산유치권을 폐지할 수 없는 이유는 부동산에 투입된 채권을 가지고 있는 채권자보호에 유치권만큼 적절하고 효율적인 것을 찾기 어렵고,³⁶⁾ 유치권제도는 공평의 원칙에 바탕을 둔 권리로서 자신의 채권을 확보할 수 있는 수단을 강구하기 어려운 채권자들이 최후의 수단으로 택할 수 있는 방법이므로 이러한 채권자의 권리보호보다 공시방법의 일관성 유지를 우선할 수 없으며, 개정안은 부동산의 유치권 대신 저당권설정청구권으로 채권자를 보호하려는 것인데 단순히 점유만 하면 유치권이 성립하는 현재와 달리 일단 저당권을 설정해야하는 것은 채권자의 부담을 지나치게 가중시키기 때문이다.³⁷⁾

부동산유치권을 폐지하지 아니하고 제도적 보완을 하려할 때 부동산유치권의 공시방법을 개선하고자 하는 여러 견해가 있다. 부동산등기법 제3조를 개정하여 유치권을 등기할 수 있는 권리로 하는 방법, 법정저당권화하는 방법, 유치권등기명령제도의 도입, 취득시효의 경우와 마찬가지로 등기를 권리의 성립요건으로 하는 방안³⁸⁾ 등이 제시되었는데, 우선 취득시효의 경우와 마찬가지로 등기를 유치권의 성립요건으로 하는 방안은 등기이전의 점유자체의 유치적 효력을 부인하므로 유치권자의 권리보호가 현재보다 미흡하게 되므로 적절하지 않다. 유치권등기명령제도는 개정시안 마련과정에서도 검토되었는데, 주택임대차보호법 등에 있는 임차권등기명령제도와 대비해보면 후자는 비교적 단순한 사건을 대상으로 하고 임차권의 전입신고에 의한 보호의 연장인 반면 전자는 점유자체의 불확실성을 담보하기 위한 것으로서 유치권의 성립요건에 관한 판단이 필요하고 유치권등기신청제도와 다를 바가 있는 지 의문이므로 부동산유치권의 공시방법으로는 우회하는 것으로 보인다. 법정저당권화 하는 방법도 개정시안 마련과정에서 검토되고 2004년 민법개정안 준비과정에서도 유력하게 검토되었지만, 법정저당권은 등기를 요건으로 하는 대신 압류를 요건으로 하고 있는데 압류를 하려면 확정판결을 받아야 하므로 그 실효성은 거의 없게 된다. 따라서 부동산유치권의 공시방법으로는 부동산등기법 제3조를 개정하여 등기할 수 있는 권리에 유치권을 추가하고 부동산등기법 제4관 담보권에 관한 등기에 유치권의 본 등기에 관한 규정을 신설하는 방법이 있다. 이와 같이 부동산등기법에 유치권에 관한 등기에 관한 규정을 신설하면 현행 부동산등기법 제89조와 제90조에 의한 가등기가처분제도를 이용할 수도 있다.

36) 법무부, 민법개정총서(8) 2013년 법무부민법개정시안(물권편), 2013, 142쪽.

37) 이상용, 앞의 논문(주12), 10쪽.

38) 김영두, 앞의 논문(주4), 213쪽.

마지막으로 개정안은 미등기부동산의 유치권자에게 소유권보존등기가 경료됨을 전제로 저당권설정청구권을 인정함으로써 부동산등기법상 등기적격이 없어 등기할 수 없는 부동산³⁹⁾에 관하여는 개정안에서 피담보채권범위를 제한하는 외에는 현행 유치권 제도를 유지하고 있으므로 개정의 의미가 약화되고 있다. 따라서 개정안처럼 현행부동산유치권제도와 부동산유치권에서 전환된 특수한 저당권제도 및 등기된 부동산에서 유치권자가 아닌 비용지출자 등 채권자가 설정하는 일반 저당권제로 세분화하기 보다는, 현행 부동산유치권제도를 유지하고 다만 우선변제적 효력을 인정하여 매각으로 소멸하게 하는 제도적 보완이 오히려 필요하다고 여겨진다.

3. 유치권자 또는 유치권자가 아닌 채권자의 저당권설정청구권

개정안은 등기부동산에 대한 유치권을 폐지하는 대안으로 채권자 보호를 위하여 타인의 등기된 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권이나 그 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 자는 그 채권을 담보하기 위하여 부동산소유자에 대하여 저당권의 설정을 청구할 수 있도록 개정안 제369조의 3을 신설하였다. 개정안은 등기부동산에 대하여 점유로 공시되는 현재의 유치권의 대안으로 부동산물권은 등기로 공시한다는 공시주의의 일관성을 유지하기 위하여 채권자에게 저당권설정청구권을 부여함으로써 저당권에 대한 등기를 통하여 우선변제권이 있는 채권을 공시하려는 것이지만, 현재의 유치권자와 대비하여 채권자를 보호하는데 충분하지 않다. 즉 이 저당권설정청구권은 피담보채권의 변제기가 도래하였을 필요가 없고 또 점유를 요건으로 하지 않으므로 현재의 유치권보다 채권자에게 유리하지만 저당권설정청구권이 성립한 후 부동산의 소유권을 취득한 제3자에게는 대항하지 못한다는 점에서는 대세적 효력을 갖는 유치권보다 채권자에게 불리하다. 또한 현재는 단순히 점유만 하면 유치권이 성립함에도 개정안에서는 저당권을

39) 부동산등기법 제66조는 미등기부동산의 처분제한의 등기촉탁에 의한 직권보존등기절차를 규정하고 있는데, 건축허가 또는 신고 된 정도의 구조나 면적을 갖추지 못한 건물이나 건축허가를 받지 아니한 건물은 등기할 수 없는 부동산에 해당한다. 법무부, 앞의 책(주36), 56-57쪽; 한편 민사집행법 제89조에 의하여 집행이 가능한 미등기건물의 범위가 넓게 확장되었으나, 건축법에 의한 건축허가 또는 건축신고를 마치지 못한 건물 또는 집행관이 제출한 서면에 의하여 경매신청 된 건물이 건축허가 또는 건축신고 된 사항과 동일하다고 인정되지 아니한 건물에 대하여는 여전히 집행절차에서 제외되고, 현재는 법령의 미비로 인하여 사실상 집행이 불가능하다. 김능환/민일영 편집대표, 제3판 주석민사집행법(II)(성창호집필부분), 한국사법행정법학회, 2012, 159-160쪽. 이러한 공사가 중단된 미완성건물의 경우에도 유치권에 의한 강제집행이 필요한 경우에는 일본부동산등기법에서 시행중인 표시등기부(임시가등기부)제도를 도입하자는 견해로는 오시영, 앞의 논문(주32) 129쪽; 성민섭, 앞의 논문(주32), 202쪽.

설정해야 하는 채권자의 부담으로 인하여 역시 채권자에게 불리하고, 현재의 유치권은 점유 시에 유치권이 성립하나 개정안에서 위 청구권의 행사로 성립한 저당권은 등기된 때로부터 효력이 발생하므로 역시 채권자에게 불리하다.⁴⁰⁾ 그러나 청구권 행사의 상대방에 채무자 아닌 소유자도 포함된다는 점에서 현재의 저당권과는 다른 특수한 저당권이 발생하게 된다. 개정안의 저당권설정청구권은 현행 민법 제666조의 부동산 공사도급계약상 수급인이 가지는 저당권설정청구권과 경합하게 되는데 청구권자가 수급인에 한정되지 아니하고 청구권 행사의 상대방도 채무자가 아닌 소유자가 포함된다는 점에서 개정안의 청구권이 현행 민법 제666조의 청구권보다 유리하므로 향후 민법 제666조의 이용은 거의 기대하기 힘들게 된다.⁴¹⁾

개정안은 미등기부동산에 관하여 유치권의 성립을 존치하였지만 그 유치권은 저당권 설정 등기가 완료되거나 저당권설정 청구권이 소멸하면 소멸하는 것으로 규정하고(개정안 제320조의 2 신설), 그 청구권은 부동산의 보존등기가 경로 된 때로부터 6개월이 지나면 소멸하고 그 청구권의 상대방의 범위에는 유치권 성립 당시의 소유자뿐만 아니라 유치권 성립 후에 소유권을 취득한 자를 포함하도록 하며 그 청구권에 따른 저당권은 그 채권의 변제기에 설정된 것으로 본다고 규정하고 있다.(개정안 제369조의 2 신설) 개정안의 저당권설정청구권이나 그 청구권행사에 의하여 성립되는 저당권이나 독특하고 특별한 내용을 가지고 있다. 이는 앞서 살펴본 바와 같이 유치권을 폐지하지 아니하고, 유치권 등기에 우선변제권을 인정한다면 개정안과 같은 효과를 얻을 수 있음에도 유치권 폐지에 집착한 나머지 별종의 독특한 제도가 만들어진 것으로 비판받을 수 있다.

우선 저당권설정청구권의 법적성질이 형성권인지 아니면 청구권인지가 혼란스럽다. 만일 형성권이라면 채권자의 일방적 의사표시에 의하여 저당권이 설정되겠지만 청구권이라면 채권자가 저당권설정청구권을 행사하더라도 부동산 소유자가 이에 따르지 않으면 채권자를 어떻게 보호할 것인가의 문제가 남는다. 현재의 유치권은 피담보채권이 변제기에 이르고 점유를 하면 바로 대세적 효력을 갖는 권리가 발생하므로 개정안의

40) 이처럼 저당권 등기의 효력이 점유 시로 소급하지 않는다는 점에서 채권자 보호가 미흡하지만, 채권자로서는 부동산등기법 제90조의 저당권설정의 가등기를 명하는 가처분을 받음으로써 등기가 늦어짐으로 인한 손해를 예방할 수 있을 것이라는 견해로는 윤진수, 앞의 논문(주10), 216-217쪽.

41) 이처럼 “제666조는 더 이상 존치할 필요가 없을 것이라고도 생각할 수 있다. 그리하여 위원장단안은 이를 삭제하는 것으로 하였으나, 전체회의에서 삭제여부에 관하여 가부동수가 되어 결국 제666조는 그대로 존속하게 되었다. 삭제에 반대하는 견해는, 주로 이 규정을 삭제하게 됨으로써 실제로 어떤 문제를 야기하는 것은 아니지만, 수급인의 보호를 소홀히 한다는 인상을 주게 될 점을 우려한 것으로 보인다.”는 견해로는 윤진수, 앞의 논문(주10), 217쪽.

저당권설정청구권이 유치권의 대용물 또는 변형물이라면 형성권으로 이해하는 것이 현 재보다 채권자에게 불리하지 않게 된다. 유치권자가 유치권을 포기하는 대가로 얻게 되는 저당권은 유치권자의 일방적 의사표시에 의하여 그 설정이 보장되어야 할 것이다.⁴²⁾

개정안에서 변제기를 저당권의 설정시기로 간주함으로써 거래안전을 해칠 우려가 있고, 부동산유치권의 폐해를 방지하고자 하는 개정안의 입법목적을 달성하지 못할 우려가 생긴다. 미등기부동산에 관하여 수차례 반복적인 비용투입이 이루어져 동일한 계약에서 발생하는 채권이지만 개별 채권의 변제기가 여러 차례 나누어질 경우에 6개월의 소멸시효 기산점이 어느 변제기인지 여부가 불분명하고,⁴³⁾ 어떤 변제기에 저당권이 설정되었다고 보아야 할지⁴⁴⁾ 불분명하여 거래 안전을 해칠 우려가 있다. 부동산에 관하여 이미 저당권설정등기, 가압류의 가압등기 또는 경매개시 결정의 기입등기 즉 압류등기가 되어 있더라도 개정안은 변제기를 저당권설정청구권의 행사로 성립되는 저당권의 효력발생시기로 간주하므로, 다른 담보권자보다 우선변제를 받기 위해서 또는 가압류와 압류의 처분금지효를 벗어나기 위해 채무자와 채권자 간의 통모를 통하여 변제기를 앞당겨 정할 경우에는 현재의 유치권제도보다 더 큰 폐해가 발생할 수 있다. 부동산에 관하여 이미 저당권이 설정되어 있는 경우 그 뒤에 설정되는 저당권의 효력이 변제기로 소급하여 우선적 효력을 갖는다는 것은 등기한 순위에 따라 담보권 순위가 정하여지는 담보권질서에 반하는 것으로 이질적이다. 앞서(Ⅱ. 2.)살펴본 바와 같이 현재 대법원의 확립된 판례⁴⁵⁾는 압류등기 이후에 취득한 민사유치권은 경매절차의 매수인에게 대항할

42) 오시영, 앞의 논문(주32), 115쪽. 반면에 민법 제666조가 인정하는 수급인의 저당권설정청구권은 채권적 청구권으로 이해되고 있으므로 개정안의 저당권설정청구권도 청구권으로 보는데 큰 의문은 없다. 다만 채무자 아닌 부동산 소유자도 저당권설정의무자가 된다는 점에서 채권적 청구권이라기보다는 일종의 물권적 청구권이라고 할 수 있다 는 견해로는 윤진수, 앞의 논문(주10), 210쪽.

43) 개별 채권의 변제기가 되면 그때부터 6개월 내에 저당권설정청구권을 행사하여야 한다, 이와 달리 하나의 계약에서 발생한 개별채권의 변제기 중 맨 나중에 도래하는 채권의 변제기부터 이 권리의 행사기간을 기산하는 방안에 관해서도 검토했으나, 이를 채택하지 않았다. 이 규정의 취지가 가급적 신속하게 부동산에 대한 담보권을 공시하도록 하기 위한 것이기 때문에, 변제기로부터 이미 권리행사기간이 지난 채권을 보호할 필요가 없다고 판단하였다는 견해로는 김재형, 앞의 논문(주5), 368쪽.

44) 미등기 건물의 경우에 있어서 기성고에 따른 대금지급방법으로 도급계약이 체결된 경우 기성고의 완성 정도에 따라 변제기가 도래하게 되는데, 저당권설정등기상 변제기는 그 중 어느 것으로 하게 되는지, 그렇다고 하여 각 기성고별 별도의 변제기를 기록하여야 하는지 의문이다. 한편 유치권의 피담보채권은 원래의 채권 외에도 유치권자가 유치물에 대하여 지출한 필요비나 유익비에 대한 상환채권(민법 제325조)도 포함하는데 이러한 경우에도 변제기를 언제로 볼 것인지에 대하여 불분명한 점이 많다는 견해로는 김홍엽, 앞의 논문(주32), 159쪽.

45) 대법원 2005. 8. 19. 선고, 2005다22688 판결; 대법원 2006. 8. 25. 선고, 2006다22050 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고, 2011다55214 판결.

수 없다는 것인데, 개정안과 같이 미등기부동산에 대한 유치권이 저당권으로 전환하게 되면 압류등기 이전에 변제기가 도래한 경우에는 압류 후 점유이전으로 유치권을 취득하였다 하더라도 압류의 처분금지효에 저촉되지 아니하므로 우선변제를 받을 수 있고, 압류등기 이후에 변제기가 도래한 경우에는 압류효력의 주관적 범위에 관한 학설 중 다수설⁴⁶⁾과 판례인 개별상대효설⁴⁷⁾에 의하면 유치권자인 저당권자는 압류채권자에 대항할 수 없어 안분하여 배당하고 저당권설정 후 집행절차에 참가한 이중압류채권자나 배당요구채권자에 대하여는 그 저당권을 주장하여 배당절차에서 후행채권자의 것을 흡수하여(안분흡수배당) 우선변제를 받을 수 있게 됨으로써⁴⁸⁾ 현재의 유치권자보다 강력한 보호를 받게 된다.⁴⁹⁾ 이는 유치권의 폐해를 없애기 위하여 유치권자의 지위를 완화하기 위하여 유치권에 우선변제권을 부여하는 것을 문제가 있다고⁵⁰⁾ 본 개정안의 입안자들은 전혀 예상하지 못한 현재의 유치권보다 더 큰 폐해일 것이다. 반면에 대법원은 가압류등기 이후에 취득한 유치권은 매수인에게 대항할 수 있다는 것이 확립된 태도(대법원 2011년 11월 24일 선고, 2009다19246 판결)인데, 가압류등기 이후에 유치권의 변제기가 도래하는 경우에는 가압류효력의 주관적 범위에 관한 학설 중 통설⁵¹⁾과 판례인 개별상대효설에 의하면 유치권자인 저당권자는 가압류채권자와 안분하여 배당받게 됨으로써 현재의 유치권자보다 지위가 약화된다. 또한 저당권등기 이후 취득한 유치권자도 현재의 유치권자보다 지위가 약화된다.

유치권의 성립 시기는 피담보채권의 변제기의 성립하는 경우와 변제기 도래 후 점유

46) 이시윤, 앞의 논문(주20), 216쪽.

47) 압류효력의 주관적 범위에 관한 학설에는 절차상대효설과 개별상대효설이 있는데, 절차 상대효설이란, 부동산 압류 채권자의 압류는 압류채권자 뿐만 아니라 당해 부동산 집행절차에 참가한 모든 채권자에게 효력이 미치는 것으로 보아, 압류 후에 채무자가 처분행위를 한 경우 그 처분행위의 효력은 압류채권자는 물론 집행절차에 참가한 모든 채권자와의 관계에서 대항할 수 없다는 것이다. 이에 반하여 개별 상대효설에 따르면, 부동산 가압류 후에 채무자가 한 처분행위는 압류 채권자에 대해서만 대항할 수 없고 처분 후의 다른 압류채권자나 배당요구 채권자와의 관계에서는 완전히 유효하다는 입장이다.

48) 대법원 1994. 11. 29. 선고, 94마417 결정.

49) 유치권의 피담보채권의 변제기는 압류 전에 이미 도래하였으나 압류 후 점유의 이전으로 유치권을 취득하는 경우에는 유치권자는 압류채권자나 매수인에게 대항할 수 없는데, 유치권자가 저당권설정정중구의 소를 제기하여 저당권설정등기가 경매절차 중에 종료되는 경우 이러한 저당권은 결국 압류채권자 등에 대항할 수 없는 유치권에 기한 것이므로 압류채권자 등에 대항할 수 없고, 따라서 압류 전의 저당권자에게 당연히 대항할 수 없으므로 이러한 경우에는 변제기를 기준으로 저당권의 효력을 인정하여서는 아니 된다 는 견해로는 김홍엽, 앞의 논문(주32), 158쪽.

50) 김재형, 앞의 논문(주9), 356쪽.

51) 이무상, “부동산가압류의 처분제한적 효력”, 법학논총 제31권 제2호, 단국대학교법학연구소, 2007, 206쪽.

를 이전받을 때 성립하는 경우의 두 경우이므로, 미등기부동산에 대한 유치권이 전환하여 성립한 저당권의 효력이 소급하는 시점을 개정안과 같이 변제기로 하기 보다는 유치권성립시를 기준으로 하는 것이 타당하고⁵²⁾ 논리적이다. 이에 대하여 “경청할만한 주장이기는 하지만, 변제기는 비교적 서면 등에 의하여 확정하기 쉬운 반면, 유치권이 언제 성립하였는가 하는 점은 실제 언제 점유가 개시되었는가를 따져 보아야하기 때문에 다툼이 생길 소지가 많다. 따라서 변제기가 간명할 것이다. 실제로 어떻게 하는 가는 큰 차이가 생길 것으로는 보이지 않는다.”는 견해⁵³⁾는 편의주의적인 것으로 보인다.

마지막으로 미등기부동산에 대한 유치권자의 저당권설정 청구권은 등기된 날로부터 6개월 내에 소로써 행사하지 아니하면 소멸하도록 규정⁵⁴⁾하고 있는데, 이는 채권자의 권리보호에 미흡하다. 미등기건물에 가압류결정이나 경매개시결정이 내려지면 등기관이 직권으로 소유권보존등기를 하게 되는데(부동산등기법 제66조) 만일 유치권자가 이 사실을 모른 채 6개월이 지날 경우 유치권자의 본인의 의지와는 관계없이 유치권을 상실할 수 있다. 유치권자가 부동산 위의 권리자로서 권리신고를 하지 않는 한 이해관계인이 아니어서(민사집행법 제 90조 제4호) 경매절차에 관하여 아무런 통지를 받을 수 없어 문제지만, 유치권자의 경매신청의 경우에는(민사집행법 제274조) 직권으로 보존등기 시 보존등기 사실과 6개월 내 저당권설정청구권을 행사하여야 한다는 사실을 통지하도록 보완할 필요⁵⁵⁾가 있다.⁵⁶⁾ 반면에 건설유치권과 같이 유치권 행사만 하는 경우에는 권리신고를 한 유치권자에 한하여 위와같은 통지를 하도록 보완할 수 있다.

52) 오시영, 앞의 논문(주32), 120쪽.

53) 윤진수, 앞의 논문(주10), 214쪽에서 공청회에서 이상태 교수님이 주장하였다고 한다.

54) 일정기간 내 저당권설정청구권을 행사하지 않으면 유치권과 저당권설정청구권을 소멸토록 한 것은 담보물권의 부종성의 원칙에 반하여 부당하다고 하겠다. 그리고 물건으로부터 발생한 손해배상채권에 대한 저당권설정청구권을 인정하는 것은 공작물책임(제758조)과 충돌할 우려가 있다는 견해는 오시영, 앞의 논문(주32), 123쪽; 유치권 자체의 행사가 아니라 유치권의 존재를 전제로 하여 저당권설정청구권의 행사를 일정한 기간 행사하지 아니한 경우에도 유치권이 소멸된다고 보는 것은 개정안이 정책적 입법임을 고려하더라도 이론적 논리성이나 입법기술적 측면에서 부자연스럽다. 따라서 이러한 경우에는 “행사하지 아니하면 소멸한다.”라고 규정할 것이 아니라, “소를 제기하여야 한다. 그 기간을 도과한 경우에는 저당권설정청구권 및 유치권을 행사할 수 없다”고 규정함이 적절할 것으로 보인다는 견해로는 김홍엽, 앞의 논문(주32), 152쪽.

55) 이상용, 앞의 논문(주12), 20쪽. 법원행정처의 견해라고 하고 있다.

56) 일반적으로 일정한 사유의 발생에 직접적으로 관여하지 아니하는 경우의 제소기간과 같이 안 날로부터 일정기간으로 정하는 방식 내지 안 날로부터 일정기간 또는 그러한 사유가 발생한 날로부터 일정기간 등의 방식으로 정하는 것이 타당하다고 본다. 즉 예컨대 안 날로부터 6월, 등기가 경료된 날로부터 2년의 방식으로 정하는 것이 보다 적절하다고 본다는 견해로는 김홍엽, 앞의 논문(주32), 154쪽.

4. 피담보채권의 축소

개정안은 현재 유치권의 피담보채권이 물건 또는 유가증권에 관하여 생긴 채권으로 규정하고 있어 그 채권의 범위가 불명확하므로 이를 해소하기 위하여 미등기부동산(개정안 제320조의 2 신설)과 동산 또는 유가증권(개정안 제320조)에 대한 비용지출로 인한 채권이나 그 유치목적물로 인한 손해배당채권으로 피담보채권의 범위를 축소하고 있다. 목적물과 피담보채권의 관련성에 대한 판단이 ‘유치권의 난제’⁵⁷⁾로 일컬어져 왔을 정도로 학설상 다양한 견해가 제시되고 있고, 판례는 유치권이 성립하는 경우를 개별적으로 판단하여 오다가 대법원 2007년 9월 7일 선고, 2005다16942 판결⁵⁸⁾에서 다수설과 같은 이원설에 따른 법리를 판시하였다. 개정안의 피담보채권의 축소는 위 대법원 판례의 법리를 배척하는 것으로 법적안정성에 반한다.

5. 소결

개정안은 유치권의 피담보채권범위를 축소하고, 그 목적물에서 등기부동산을 제외한 다. 미등기부동산의 유치권자에게 한시적으로 유치권을 인정하고 저당권설정청구권을 신설하였다. 개정안은 부동산유치권을 등기로 공시하고자 하는 의도에서, 유치권을 폐지하고 등기된 부동산에 관하여 저당권으로 전환을 택하였지만, 유치권 그 자체를 등기하고 우선변제권을 인정하는 제도적 보완방법에 비하여 채권자의 보호에 미흡하고 저당권의 성립과 효력을 둘러싼 새로운 분쟁이 예상된다.

비록 저당권설정청구권을 유치권이 성립한 후에 소유권을 취득한 자에 대하여도 청구할 수 있고, 그 저당권설정 청구권에 따른 저당권의 효력은 일반적인 저당권과는 다르게 피담보채권의 변제기로 소급하므로, 유치물의 처분이나 선행 저당권에도 불구하고 채권을 변제받을 수 있지만, 점유와 변제기 사이에는 유치권을 보호받지 못한다. 또한 채무자와 채권자가 통모하여 변제기를 기존의 타담보권보다 앞당겨 정할 경우 타담보권자에게 손해를 입히게 된다.

압류등기 이후에 취득한 민사유치권은 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다는 것이

57) 이상태, 앞의 논문(주27), 84쪽.

58) 이 판결의 평석으로는 배용준, “유치권의 성립요건으로서의 견련관계 및 유치권의 불가분성”, 민사판례연구(31), 박영사, 2009, 157-196쪽; 문광섭, “유치권의 피담보채권의 범위”, 대법원판례해설 제71호(2007년 하), 법원도서관, 2008, 120-157쪽.

대법원의 확립된 견해인데, 개정안에서는 압류등기 이전에 변제기가 도래한 경우에는 압류 후 점유이전으로 유치권을 취득하였다 하더라도 압류의 처분금지효에 저촉되지 아니하므로 우선변제를 받을 수 있고, 압류등기 이후에 변제기가 도래한 경우에는 안분 흡수배당을 받을 수 있게 됨으로써 현재의 유치권자보다 강한 보호를 받게 된다.

개정안과 같이 새로운 유형의 저당권을 창안하기보다는 현행 부동산유치권제도를 유지하고 다만 우선변제적 효력을 인정하여 매각으로 소멸하게 하는 제도적 보완이 오히려 필요하다고 여겨진다.

IV. 부동산유치권에 관한 민사집행법 개정안의 검토

1. 주요내용⁵⁹⁾

민사집행법 일부 개정법률안(이하에서 ‘민사집행법 개정안’으로 한다)은 6개조문과 부칙으로 구성되어 있는데 그 주요내용은 다음과 같다.

우선 현재는 유치권자가 배당요구권자에 포함되어 있지 아니하여 유치권자가 민법 제322조 제1항의 유치권에 의한 경매(민사집행법 제274조)를 직접 신청한 경우가 아니면 배당받을 채권자에 포함하지 아니하나, 민사집행법개정안은 개정안 제 369조의 2에 의한 저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자는 배당요구를 할 수 있도록 하고(민사집행법 개정안 제88조 제1항) 배당요구를 한 경우에는 이해관계인의 범위에도 포함되도록 하여 부동산의 매각으로 유치권을 상실하는 유치권자의 지위를 보호하고 있다.(민사집행법 개정안 제90조)

또한 경매로 인한 매각 시 매수인이 유치권을 부담하는 인수주의를 폐기하고(현행 민사집행법 제91조 제5항 삭제), 매각부동산 위의 모든 유치권을 소멸하게 함으로써(민사집행법 개정안 제91조 제2항) 매수인은 유치권에 대한 부담이 없는 상태에서 부동산을 취득할 수 있도록 소멸주의로 전환하였다.

그리고 저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자가 배당요구는 하였으나 배당 당시 아직 저당권설정등기가 경료 되지 아니한 경우에는 그 유치권자에게 바로 우선변제권이 있는 것과 같이 배당을 할 수는 없으므로, 이러한 유치권자가 있으면 일단 공탁을 하고

59) 이상용, 앞의 논문(주12), 5-6쪽.

(민사집행법 개정안 제160조 제1항) 차후에 유치권자의 저당권설정 청구의 소가 받아들여지면 그에게 배당하도록 하되, 받아들여지지 아니하면 배당받을 다른 채권자에게 배당된다. 그리고 저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자에 대하여 공탁이 된 상태에서 그 유치권자의 채권에 대한 배당을 실시할 수 없게 된 때에는 그 채권을 제외한 내용으로 배당표를 바꾸도록 하였다.(민사집행법 개정안 제161조 제2항)

개정법 시행 후 미등기부동산에 존재하던 유치권에 의한 경매(형식적 경매)절차가 진행 중에 개정안 제369조의 2에 의한 저당권이 설정되면 유치권이 소멸되는데(개정안 제329조의 2 신설)이 경우 이미 진행되던 경매절차를 그 저당권 실행을 위한 경매에 활용할 수 있는 신설규정을 두고 있다.(민사집행법 개정안 제274조 제4항 신설)

마지막으로 부칙 제3조의 경과규정에서 민사집행법 시행일을 기준으로 비록 시행일 전에 성립한 부동산유치권이더라도 시행 후 경매가 신청된 사건부터 개정 민사집행법을 적용하도록 하였다.

2. 부칙과 배당요구권자

민법 개정안에서 느껴지듯이 부동산유치권을 공시제도의 혼란을 초래하는 주범으로 인식하여 폐지하겠다는 결론을 먼저 내린 후, 부동산유치권의 폐지로 약화된 채권자의 지위를 보완하기 위하여 — 주로 우선적 효력내지 우선변제적 효력이 있는 저당권으로 전환하기 위하여 — 종전에 존재하지 않던 기괴한 모습의 저당권설정청구권 — 물권적 청구권 또는 형성권 형태라는 점에서 —과 그 청구권에 의해 설정되는 별종의 저당권 — 효력발생시기가 변제기로 소급한다는 점에서 —을 만들어 냈던 유치권에 대한 적대적 정서가 민법개정안 때 보다 더한 조급증이 민사집행법 개정안에서 느껴진다.

먼저 부칙 제3조 경과규정은 민법개정안 부칙 제5조 경과규정과 대비해보면 후자는 시행일로부터 2년간(다만 미등기부동산은 기산일이 그 부동산이 등기된 날이고, 개정법 시행 당시 경매가 진행된 경우에는 그 경매절차가 매각 없이 끝나게 되면 기산일이 경매절차가 완료된 날이다) 기존 유치권의 효력을 인정하고 있지만, 전자는 시행 후 경매신청된 부동산에 관한 부동산유치권에 일률적으로 인수주의를 배제하고 소멸주의를 적용하게 함으로써 기존의 부동산유치권을 민법개정안보다 과도하게 제한하고 있다.⁶⁰⁾

현행법에서 인정되는 유치권자는, 개정안에 의하면 미등기부동산에 관하여 성립된

60) 이상용, 앞의 논문(주12), 22쪽, 법원행정처의 견해라고 하고 있다.

유치권자가 저당권설정청구권을 행사하여 저당권이 설정된 유치권자, 저당권설정청구에 의한 소를 제기하는 상태에 있는 유치권자, 그 부동산의 보존등기 후 6개월 이내이면서 위 소를 제기하지 아니한 상태에 있는 유치권자(이상은 개정안 제369조 2), 보존등기 후 6개월이 경과하여 유치권을 상실하고 일반채권자에(개정안 제320조의 2 신설) 불과하지만 유치권자 아닌 채권자의 저당권설정청구권의 행사에 의한 저당권이 설정된 유치권자(개정안 제359조의 3), 위와 같이 일반채권자에 불과하지만 그 저당권설정청구권을 행사 중인 유치권자(위와 같은 조문), 그 저당권설정청구권을 행사하지 않아 일반채권자인 유치권자, 등기적격이 없어(부동산등기법 제66조) 등기할 수 없는 미등기부동산의 유치권자 등 무려 7종류의 다양한 법적 지위에 있는 유치권자 또는 저당권자 - 그것도 효력이 서로 다른 두 종류의 저당권 - 및 일반채권자로 분열된다.

민사집행법 개정안은 위 7종류의 유치권자 중 세 번째 유형과 다섯 번째 유형 및 일곱 번째 유형의 유치권자에 관하여 침묵하고 있고 전혀 배려가 없다. 우선 세 번째 유형의 유치권자의 경우 민사집행법 개정안 제 88조 제1항의 배당요구권자에 열거되어 있지 않기 때문에 일반채권자로서 민사집행법 제148조 제2호(배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자)에 의해 배당받을 수밖에 없게 되는데, 이 경우 유치권자로서의 우선권이 박탈되는 문제가 발생하게 될 우려가 있어 문제이다. 따라서 이 경우에도 위 6개월 기간 내라고 한다면 배당요구 후에도 저당권설정청구의 소를 제기할 수 있도록 보장하고, 이렇게 소를 제기한 자라면 민사집행법 제88조 제1항의 배당요구권자에 포함하여 배당의 우선순위를 보장해 주어야 할 것이다. 이에 대한 입법적 보완책이 필요하다. 또한 세 번째 유형의 유치권자의 경우 6개월의 저당권설정청구권의 존속기간이 남아있어 아직 소를 제기하지 않았는데 매각절차가 종료되는 경우에 소멸주의에 의하여 유치권이 소멸하면 유치권자의 우선권을 어떻게 보장할 것인가에 대한 입법적 보완책이 필요하다.⁶¹⁾ 또한 다섯 번째 유형의 유치권자도 저당권자로 전환 중에 있으므로 아직 우선변제권을 가지지 않으나 배당요구권자로 배려한다든가 배당금액의 공탁을 할 수 있도록 입법적 보완이 필요하다.

마지막 일곱 번째 유형의 유치권자는 등기적격이 없으므로 저당권자로의 전환이 불가능하다. 그럼에도 개정안 제91조 제2항에 의하여 소멸하여야 한다면(실제로는 등기적격

61) 이 경우 해석상으로는 배당 당시 아직 저당권 등기가 종료되지 않았으므로 해당 유치권자의 우선변제권을 인정하는 것이 어렵기 때문에 배당액을 공탁한 후, 별도의 소를 통해 유치권과 피담보채권의 존재를 확인받은 후 공탁금을 지급하는 방법으로 해결할 수밖에 없다는 견해로는 오시영, 앞의 논문(주32), 135쪽.

없는 건물의 경우 법령의 미비로 인하여 사실상 집행이 불가능하지만) 유치적 효력을 잃어버리는 보상으로 소멸하는 유치권에 우선변제권을 부여하였어야 논리적이다. 그 이유는 현재 유치권에 대하여 인수주의를 취한 배경에는 저당권과 같이 유치권도 매각으로 소멸한다면 우선변제권이 없는 유치권자는 일반채권자와 동일한 비율로 배당받을 수밖에 없어 담보물권인 유치권은 완전히 무시당하는 결과가⁶²⁾ 되기 때문이다. 그러나 개정안을 준비한 분의 문헌⁶³⁾에는 “한편 유치권에 관한 민법 규정이 개정되면 민사집행법 제91조 제5항이 적용되는 것은 미등기부동산에 한정되는 것이기 때문에, 위 규정을 존치하더라도 문제가 없다고 생각할 수 있다. 미등기부동산에 대한 유치권을 인정하더라도 부동산 경매절차에 들어간 경우에는 등기를 할 것이고 이에 따라 유치권도 결국 소멸할 것이다. 제91조 제5항을 삭제하는 대신 유치권자에게 우선변제권을 부여하는 방안은 위에서 본 바와 같이 민법에서 유치권자에게 우선변제권을 인정하지 않기로 하였기 때문에, 이와 같은 개정안을 고려하지 않았다. 미등기부동산에 대한 유치권자를 보호할 필요성이 없지 않지만, 그로 인한 폐해가 지나치게 크다고 보아 미등기부동산에 대한 유치권자의 지위를 대폭 약화하는 것이 바람직할 것이다.”라고 기재되어 부동산유치권에 대한 적대감이 적지 않음을 느낄 수 있다.

민사집행법 개정안에 의하면 경매개시결정 기입등기 후 배당요구를 하지 않은 채 유치권에 의한 등기만 경로 한 경우에는 배당요구권자에 포함될 수 없고(개정안 제88조 제1항) 따라서 배당도 받을 수 없을 것이다.⁶⁴⁾ 또한 유치권자가 제기한 저당권설정청구의 소의 소송계속 중 그 부동산에 관한 경매절차에서 유치권이 매각으로 소멸하면(개정안 제91조 제2항) 저당권설정청구권 역시 소멸하게 되지만 수소법원은 그 청구권의 존부와 범위에 관하여 판결을 하여야 한다. 판결절차는 집행절차와 달리 관념적인 권리확정 절차로서 집행불능 또는 집행의 현저히 곤란한 사정은 소의 이익에는 아무런 영향이 없기 때문이다.⁶⁵⁾ 이러한 유치권자가 저당권설정등기를 명하는 확정판결 등을 취득하더라도 저당권자로 전환하지 못하지만 저당권설정의 가등기가 있는 때의 처리방법에 따라 배당액을 지급하면 될 것으로 보인다.⁶⁶⁾

62) 이재도, 앞의 논문(주2), 215쪽.

63) 김재형, 앞의 논문(주9), 377쪽.

64) 윤진수, 앞의 논문(주10), 225쪽; 오시영, 앞의 논문(주32), 132쪽.

65) 김홍엽, 앞의 논문(주35), 163쪽.

66) 윤진수, 앞의 논문(주10), 226쪽; 오시영, 앞의 논문(주35), 134쪽; 법원행정처, 법원실무제요 민사집행(II), 법원행정처, 2003, 606-607쪽; 김능환/민일영 편집대표, 앞의 책(주39), 312쪽.

3. 소결

민사집행법개정안은 미등기부동산의 유치권자가 저당권설정 청구의 소를 제기한 경우에는 배당요구를 할 수 있도록 하고, 배당요구를 한 경우에는 이해관계인의 범위에도 포함하였다. 또한 경매로 인한 매각 시 매수인이 유치권을 부담하는 인수주의를 폐기하고, 매각부동산 위의 모든 유치권을 소멸하게 함으로써 매수인은 유치권에 대한 부담이 없는 상태에서 부동산을 취득할 수 있도록 소멸주의로 전환하였다.

개정안에서 미등기부동산에 관하여 성립된 유치권자 중 그 부동산의 보존등기 후 6개월 이내이면서 저당권설정청구에 의한 소를 제기하지 아니한 상태에 있는 유치권자와 보존등기 후 6개월이 경과하여 유치권을 상실하고 일반채권자에 불과하지만 유치권자가 아닌 채권자의 저당권설정청구권을 행사 중인 유치권자에 관하여는 규정이 없는데, 전자에 관하여 위 6개월 기간 내라고 한다면 배당요구 후에도 저당권설정청구의 소를 제기할 수 있도록 보장하고, 이렇게 소를 제기한 자라면 민사집행법 제88조 제1항의 배당요구권자에 포함하여 배당의 우선순위를 보장해 주는 입법적 보완책이 필요하다. 후자에 관하여도 저당권자로 전환 중에 있으므로 아직 우선변제권을 가지지 않으나 배당요구권자로 배려한다든가 배당금액의 공탁을 할 수 있도록 입법적 보완이 필요하다.

또한 부칙의 경과규정도 민법개정안의 부칙과 조화가 필요하다고 보인다.

V. 결 론

그동안 부동산유치권에 관하여 문제점들의 지적이 많이 있어왔고, 2004년 민법개정안 준비과정에서 논의되기도 하였지만 토의과정에서 장기검토사항으로 분류되어 개정안이 마련되지 못하였다. 그러나 2009년 법무부에 설치된 민법개정위원회에서 부동산유치권에 관한 개정안을 마련하여 2013년 7월 17일 국회에 의안번호 1906017~1906019로 제출되었다.

유치권에 관한 문제점으로 실체법에서 우선적효력 내지 우선변제권이 없음에도 절차법인 민사집행법에서 인수주의를 채택하면서 사실상 최우선변제권을 인정함으로써 모순된 제도라는 점, 부동산물권변동의 공시방법이 등기이므로 부동산유치권은 등기부에 공시되어야 함에도 불구하고 점유로 공시되어 공시주의 제도를 교란시킨다는 점, 유치

권자가 점유를 통하여 유치권을 행사하는 동안 다른 사람이 부동산을 사용·수익하지 못하여 사회경제적 효용이 감소되는 점, 유치권의 피담보채권의 성립범위가 불명확하고 지나치게 넓게 해석된다는 점, 민사집행법에서 유치권의 신고의무가 부여되지 않고 매각물건명세서의 형식적 기재 등으로 인한 운영상 문제점 등이 논의되었다.

이에 관한 부동산유치권의 개선방안으로는 부동산유치권을 폐지하는 방안과 부동산유치권을 현행대로 유지하지만 우선변제권을 인정하여 소멸주의를 택하는 등 제도적으로 보완하는 방안을 상정할 수 있지만 위 민법개정위원회에서는 전자를 택하였다. 개정안은 부동산유치권의 가장 큰 문제점을 부동산물권임에도 등기에 공시되지 않는 점으로 이해하여, 등기되지 아니한 미등기부동산에 한하여만 한시적으로 부동산유치권을 인정하되 그 부동산에 등기가 경료 된 후에는 6개월 내에 저장권설정청구권을 통하여 저장권으로 전환하도록 하고, 그 저장권설정청구권의 상대방에 유치권 성립 후 소유권을 취득한 제3자를 포함하며, 성립한 저장권은 효력발생시기가 변제기로 소급하는 등 새로운 모습의 저장권설정청구권과 저장권을 담고 있다.

본 연구를 통하여 부동산유치권의 폐지가 아닌 제도적 보완을 제안하고자 한다. 개정안처럼 현행부동산유치권제도와 부동산유치권에서 전환된 특수한 저장권제도 및 등기된 부동산에서 유치권자가 아닌 비용지출자 등 채권자가 설정하는 일반 저장권제로 세분화하기 보다는, 현행 부동산유치권제도를 유지하고 다만 우선변제적 효력을 인정하여 매각으로 소멸하게 하는 제도적 보완이 오히려 올바른 부동산유치권제도의 개선방향임을 전제로, 민법 일부 개정법률안의 4개조문과 부칙, 민사집행법 개정법률안의 6개조문과 부칙의 내용을 검토하였다. 그 검토과정에서 개정안이 부동산유치권에 대한 적대감 또는 폐지하고자 하는 목적에 집착하는 조급증을 느낄 수 있었다. 현재의 유치권에 우선변제권을 인정하는 보완방안과 유치권을 폐지하고 저장권으로 전환하는 개정안은, 효력에서 차이가 없고⁶⁷⁾ 단지 신유형의 유치권(우선변제권이 있으므로)과 신유형의 저장권(저당권설정의무자의 확대와 효력의 소급효가 있으므로)의 선택문제로 볼 수 있다. 따라서 유치권에 우선변제권을 부여하고 민사집행법에서 유치권을 소멸주의로 변경하는 제도적 보완만으로도 현재의 부동산유치권의 폐해를 방지할 수 있다고 여겨진다.

67) 윤진수, 앞의 논문(주10), 210쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 김능환/민일영 편집대표, 제3판 주석민사집행법(Ⅱ)(성창호집필부분), 한국사법행정법학회, 2012.
- 법무부, 민법개정총서(3) 2004년 법무부 민법개정안 총칙·물권편, 2012.
- 법원행정처, 법원실무제요 민사집행(Ⅱ), 법원행정처, 2003.
- 이시윤, 신민사집행법 제6판, 박영사, 2013.

2. 학술지

- 강민성, “민사집행과 유치권”, 사법논집 제36집, 법원도서관, 2003, 51-94쪽.
- 김동호, “유치권자의 경매청구권”, 법학논총 제30집 제2호, 단국대학교법학연구소, 2010, 163-198쪽.
- 김미혜, “부동산유치권 관련 개정안에 대한 몇가지 제언”, 아주법학 제8권 제1호, 아주대학교법학연구소, 2014, 157-181쪽.
- 김상명, “부동산유치권의 특수성과 입법적 과제”, 법학연구 제45집, 한국법학회, 2012, 133-156쪽.
- 김상찬/강창보, “부동산유치권 제도의 개선방안”, 법과정책 제19집 제2호, 제주대학교법과정책연구소, 2013, 71-91쪽.
- 김상찬/정영진, “부동산 경매절차상 유치권제도의 문제점과 개선방안”, 재산법연구 제27권 제3호, 재산법학회, 2011, 61-86쪽.
- 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 토지법의 이론과 실무(지엄 이시영박사 화갑기념), 법원사, 2006, 203-218쪽.
- 김영희, “유치권 그리고 인수주의 소멸주의”, 민사판례연구 제36호, 박영사, 2014, 271-324쪽.
- 김원수, “압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 657-705쪽.
- 김재형, “부동산유치권의 개선 방안”, 민사법학 제55호, 한국민사법학회, 2011, 339-383쪽.

- 김홍엽, “민사유치권 관련 민사집행법 개정안에 대한 비판적 고찰”, 성균관법학 제25권 제4호, 성균관대학교법학연구소, 2013, 147-168쪽.
- 문광섭, “유치권의 피담보채권의 범위”, 대법원판례해설 제71호(2007년 하), 법원도서관, 2008, 120-157쪽.
- 문병찬, “유치권자의 대항력에 관한 소고”, 청연논총 제9집, 사법연수원, 2012, 41-56쪽.
- 박상언, “저당권설정 후 성립한 유치권의 효력 - 경매절차에서의 매수인에 대한 대항가능성을 중심으로-”, 민사판례연구 제32권, 박영사, 2010, 333-407쪽.
- 박혜웅/남기범, “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가 차이에 미친 영향분석”, 한국정책연구 제11권 제3호, 경인행정학회, 2011, 134-136쪽.
- 배용준, “유치권의 성립요건으로서의 견련관계 및 유치권의 불가분성”, 민사판례연구 (31), 박영사, 2009, 157-196쪽.
- 사봉관, “유치권관련 주요 판례정리”, 청연논총 제9집, 사법연수원, 2012, 92-113쪽.
- 서기석, “유치권자의 경락인에 대한 피담보채권의 변제청구권의 유무”, 대법원판례해당 제28호(1996년 하반기), 법원도서관, 1993, 84-97쪽.
- 서종희, “유치권자의 강제경매신청의 의미와 가압류등기경료 후 성립한 유치권의 대항력 인정여부”, 외법논집 제36권 제4호, 한국외국어대학교법학연구소, 2012 325-344쪽.
- 성민섭, “부동산유치권제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여”, 외법논집 제38권 제1호, 한국외국어대학교법학연구소, 2014, 189-208쪽.
- 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 재판자료 제109집 : 민사집행법실무연구, 법원도서관, 2008, 397-432쪽.
- 신국미, “유치권자에 의한 경매(민법 제322조)에 관한 의문”, 재산법연구 제25권 1호, 재산법학회, 2008, 73-106쪽.
- 오시영, “부동산유치권 강제 집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 토지법학 23-2호, 토지법학회, 2007, 213-254쪽.
- _____, “부동산유치권의 성립과 대항력의 구별”, 민사법학 제38호, 한국민사법학회, 2007, 229-248쪽.
- _____, “유치권관련 민법개정안에 대한 검토”, 강원법학 제38권, 강원대학교법학연구소, 2013, 97-142쪽.
- 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 민사법학 제 63-1호, 한국민

- 사법학회, 2013, 193-234쪽.
- 이동진, “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”, 민사법학 제49-1호, 한국민사법학회, 2010, 49-88쪽.
- 이무상, “부동산가압류의 처분제한적 효력”, 법학논총 제31권 제2호, 단국대학교법학연구소, 2007, 198-216쪽.
- 이상태, “부동산유치권에 의한 경매의 성립과 절차”, 일감법학 제20호, 건국대학교법학연구소, 2011, 3-52쪽.
- _____, “유치권에 관한 연구 - 대항력 제한을 중심으로 -”, 토지법학 제2601호, 토지법학회, 2010, 77-109쪽.
- 이승규, “유권치자와 경매절차에서의 매수인 사이의 대상관계”, 민사판례연구 제36권, 박영사, 2014, 235-270쪽.
- 이시윤, “민사집행에 있어서의 주요과제와 ISD”, 민사집행법연구 제8권, 한국사법행정학회, 2012, 13-41쪽.
- 이재도, “부동산경매절차에서 허위 유치권에 관한 문제와 개선방안”, 민사집행법연구 제8권 한국사법행정학회, 2012, 212-261쪽.
- 이재성, “유치권자가 신청한 경매의 성격”, 인권과 정의 제196호, 대한변호사협회, 1992, 16-34쪽.
- 이정민, “강제경매 또는 담보권 실행을 위한 경매와 유치권에 의한 경매가 경합하는 경우 유치권의 소멸여부”, 특별법연구 제10권(전수안 대법관 퇴임기념), 사법발전재단, 2012, 1024-1037쪽.
- 이춘원, “유치권경매에 관한 소고”, 집합건물법학 제8집, 한국집합건물법학회, 2011, 229-252쪽.
- 임윤수/민선찬, “부동산집행절차와 유치권자의 지위”, 법학연구 제46집, 한국법학회, 2012, 169-187쪽.
- 장 건, “부동산경매절차상 유치권자의 이해관계인 지위”, 민사집행법연구 제8권, 한국민사집행법학회, 2012, 179-211쪽.
- 전 옥, “공사수급인의 건축부지에 대한 상사유치권의 행사”, 부산대학교 법학연구 제49권 제2호, 부산대학교법학연구소, 2009, 425-451쪽.
- 전장현, “부동산경매에서 유치권의 문제점과 개선방안에 대한 입법론적 고찰”, 법제연구 제41호, 한국법제연구원, 2011, 261-302쪽.

- 지석재, “유치권에 의한 경매”, 사법논집 제42집, 법원도서관, 2006, 343-422쪽.
- 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42집 법원도서관, 2011, 401-432쪽.
- 최명구, “유치권과 저당권의 경합”, 민사법학 제42호, 한국민사법학회, 2008, 732-733쪽.
- 추신영, “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 민사법학 제44호, 한국민사법학회, 2009, 351-383쪽.
- _____, “유치권자에 의한 경매신청”, 재산법연구 제24권 제1호, 재산법학회, 2007, 161-188쪽.
- _____, “유치권자에 의한 경매신청에 있어서 소멸주의 적용의 법리”, 동아법학 제48호, 동아대학교법학연구소, 2012, 509-539쪽.
- 하상혁, “가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류채권자에게 대항할 수 있는지 가부”, 특별법 제10권, 사법발전재단, 2012, 986-1006쪽.

[Abstract]

Study on the Bill of the Civil Law Amendment and the Civil Execution Law Amendment to Real Property Lien

Hong, Bong-Joo*

The Civil Law Amendment Commission completed the Bill of the Civil Law Amendment and the Civil Execution Law Amendment, submitting them to the National Assembly. Major issues of the Civil Law Amendment is the abolishing real property lien because the method of publication on the current right to real property lien is possession unlike the other furnishing security – pledge and mortgage – having the registration as a method of publication.

A member of the above commission argues, “allowing real property lien having possession as a method of publication does not accord with the general publication method of other real property right, nearly registration.” In the Bill of the Civil Law Amendment, real property lien is replaced with the right to a registration of mortgage.

There have been much discussions and commentaries on the appropriateness of the real property lien, whether or not to abolish the above lien. It is in this context that abolishing the above lien is unreasonable in that it disregard the above lien and improvement of the above lien is sufficient enough. The alternative proposes to recognize the preferential satisfaction to the real property lien and to adopt the principle for the extinction of the encumbered rights on the real property under the process of auction on place of abandoning the principle of takeover.

[Key Words] Real Property Lien, Bill of the Civil Law Amendment, Bill of the Civil Execution Law Amendment, the Right to a registration of Mortgage, the Principle for the Extinction of the Encumbered Rights on the Real Property

* Professor, Law School of Konkuk University