

유치권제도의 개선을 위한 입법방향

Legislative Directions for the Improvement of the Principle of Retention

조 윤 아*
Cho, Yun-A

목 차

- | | |
|----------------------------|----------------|
| I. 서론 | IV. 앞으로의 입법 방향 |
| II. 유치권의 대항력 제한에 관한 판례의 검토 | V. 결론 |
| III. 유치권 관련 개정안에 대한 재검토 | |

유치권의 고유한 특징 중 유치권 제도의 폐해와 관련된 주범은 민사집행법 상의 인수주의 규정으로 인해 유치권에 사실상의 최우선변제권이 인정되는 것이라 할 수 있다. 우리 대법원도 최근 이를 의식하여 현행법의 해석론을 통해 유치권의 인수를 제한하려는 움직임을 보여 왔고, 그 필요에 상응하여 개발된 판례 이론이 유치권의 대항력 법리이다. 하지만 본고에서 살펴볼 바와 같이 판례가 전개하는 대항력 법리는 해석론을 통한 문제의 해결에 한계가 있음을 보여주기에, 결국 유치권제도의 문제점은 입법을 통하여 해결되어야 할 것이다.

유치권제도의 원칙적 폐지 및 저당권제도로의 전환, 인수주의의 폐지를 골자로 하였던 유치권 관련 개정안은 19대 국회의원의 임기가 만료되면서 폐기되었으나 유치권제도에 있어 인수주의 폐지라는 근본적인 변혁을 시도하였다는 점에서 앞으로의 입법방향에 시사하는 바가 크다. 하지만 유치권을 폐지하고 이를 저당권으로 대체함으로써 유치권제도가 추구해온 공평의 원칙을 현저히 훼손하였기에 위 개정안은 현행 유치권 제도의 부작용을 막기 위한 최선책이었다고 볼 수 없다.

본고에서는 대법원 판례가 전개한 대항력 법리와 최근 폐기된 유치권 관련 개정안을 실마리로 향후 유치권제도가 어떠한 방향으로 개정되어야 하는지 고찰해보려고 한다. 본고

투고일 : 2016. 8. 31. / 심사의뢰일 : 2016. 9. 20. / 게재확정일 : 2016. 10. 13.

* 법무법인 서하, 변호사
Lawyer, Law Firm Seo-Ha.

에서 제안하는 입법방향은 유치권 제도를 폐지하는 것이 아니라 기존 유치권 제도를 보완하는 방식이다.

유치권제도가 추구하는 이념을 훼손하지 않으면서 문제점을 극복하기 위해서는, 첫째, 유치권에 우선변제권 부여하되 매각과정에서 모두 소멸하도록 하고, 둘째, 유치권 자체를 등기할 수 있도록 하며, 셋째, 미완성·미등기 부동산의 경우에도 유치권 등기 및 강제집행이 가능하도록 표시등기부제도를 도입하고, 넷째, 유치권의 공시에 단절이 생기지 않도록 점유 또한 유치권의 공시방법으로 인정하여야 한다.

[주제어] 유치권, 민법개정안, 인수주의, 소멸주의, 대항력 법리, 우선변제권

I. 서론

유치권은 다른 담보물권에 비해 물권성이 상당히 약화되어 있다고 평가됨에도 불구하고, 1) 사실상 최우선변제권을 위시한 몇 가지 특수성으로 인해 부동산 경매과정에서 수많은 피해를 야기하여 왔다. 유치권의 고유한 특징으로는 첫째, 그 목적물이 부동산인 경우에도 등기가 아닌 점유에 의해 공시되는 점, 둘째, 담보물권의 기본적인 효력인 우선변제권이 없다는 점,²⁾ 셋째, 부동산경매절차에서 다른 담보물권³⁾과는 달리 소멸하지 않는다는 점 등을 들 수 있는데, 이와 같은 유치권의 고유한 특성은 그간 경매를 포함한 제반 부동산 거래에 있어 여러 폐해⁴⁾를 야기하여 왔고 이로 인해 학계와 법조 실무계에

1) 이상태, “유치권에 관한 연구: 대항력제한을 중심으로(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결)”, 토지법학 제26권 제1호, 한국토지법학회, 2010, 82-83쪽. 저자는 유치권의 물권성이 상당히 약화되어 있는(혹은 유치권이 담보물권으로서 매우 불완전한 성격을 가지고 있는) 근거로, 유치권자에게는 목적물의 점유를 침탈당하더라도 그 목적물의 반환을 요구할 있는 물권적 청구권이 인정되지 않는다는 점, 유치권에 목적물에 대한 경매권이 인정되어도 피담보채권에 대한 우선변제권은 인정되지 않는다는 점, 목적물이 멸실·훼손된 경우 그에 갈음하는 변형물에도 효력을 미치는 이른바 물상대위성이 인정되지 않는다는 점, 점유자를 상대로 제기된 목적물 인도청구소송에 있어 점유자에게 유치권이 인정되는 경우 그 효과로서 원고 패소판결이 아니라 상환급부판결을 하여야 한다고 일반적으로 해석되고 있는 점 등을 들고 있다.

2) 유치권에 담보물권의 핵심효력인 우선변제권이 인정되지 않음에도 담보물권성을 인정하지 않을 수 없는 이유에 관하여, 이상태, “부동산유치권에 의한 경매의 성질과 절차”, 일감법학 제20호, 건국대학교 법학연구소, 2011, 31-32쪽.

3) 민사집행법 제91조 제2항, 가등기담보 등에 관한 법률 제15조.

4) 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 토지법의 이론과 실무: 지엄 이선영박사화갑기념, 법원사, 2006, 203-212쪽; 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42집, 법원도서관, 2006, 348-349쪽; 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 민사법학 제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013, 194-195쪽; 김재형, “부동산유치권의 개선방안”, 민사법학 제55권, 한국민사법학회, 2011, 349면 이하 등.

(정리하자면, 유치권의 첫 번째 특징인 공시방식에 있어서의 차이는 부동산 매수인에게 불측의 손해를 안길

서는 그간 유치권 제도, 특히 부동산 유치권 제도의 개선 필요성에 대한 논의가 꾸준히 이루어져왔다.⁵⁾

유치권과 관련된 민법 등 관련 법률의 개정작업도 이러한 논의의 연장선상에서 이루어졌는데, 2004년 민법개정인⁶⁾ 준비과정에서 유치권에 관한 여러 가지 개정방안도 논의되었지만 토의과정에서 장기검토사항으로 분류되어 개정안은 마련되지 못하였다.⁷⁾ 그 후 2009년 법무부는 민법개정위원회를 구성하여 새로이 민법개정작업을 시작하였고, 그 결과를 바탕으로 마련한 유치권에 관한 개정안⁸⁾이 2013년 7월 17일 국회에 의안번호

수 있을 뿐 아니라 필연적으로 사회경제적 손실을 야기할 것이기에 문제된다. 유치권은 부동산물권임에도 점유라는 불완전한 공시방법을 취하고 있기에 유치권의 존재가 등기부를 통해 확인되지 않는다. 목적부동산의 매수인이 매수 전 유치권의 존재를 알았다면 매수가격 결정 과정에서 유치권의 피담보채권을 반영하였을 것이나 만약 몰랐다면 매수인으로서의 정당한 대가를 모두 지불하였음에도 추가적인 부담이 떠안게 된다. 또한 점유는 유치권의 성립요건이자 존속요건이기에 유치권자로서는 자신의 채권을 모두 변제받을 때까지 목적부동산에 대한 점유 상태를 유지하려 할 것인데 이 과정에서 사회경제적 손실이 발생할 뿐 아니라 양 당사자 사이에 점유를 취득 혹은 유지하기 위한 불법행위가 자행되고 있어 사회적 문제가 되고 있다. 한편 유치권자에게 우선변제권이 인정되지 않고 유치권이 경매과정을 통해 소멸하지 않는다는 특징은 매각가의 저감을 야기함으로써 소유자 및 매각대금에서 배당을 받을 지위에 있는 모든 채권자들에게 불측의 손해를 야기하는 주된 원인으로 작용하여 왔다. 순위에 따른 변제라는 담보물권의 기본원칙에서 자유롭고 경매에 의해 소멸되지 않는 특수성으로 인해 매수예정자는 자신이 정한 매각가에서 유치권의 피담보채권액을 제한 금액만큼 가격이 떨어질 때까지 응찰을 꺼리게 되고 이로 인해 목적부동산의 매각가는 부당하게 낮은 가격에서 정해지게 된다. 그 결과 유치권자는 유치권 성립시기에 상관없이 사실상 최우선 변제받는 반면, 목적부동산의 담보가치를 신뢰했던 채권자들은 예상치도 못한 매각가 저감으로 자신의 채권액을 모두 변제받지 못하는 상황이 되는 것이다.)

- 5) 이동진, “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”, 민사법학 제49권 제1호, 한국민사법학회, 2010, 49-88쪽; 오시영, “부동산유치권 강제 집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 토지법학 제23권 제2호, 한국토지법학회, 2007, 213-254쪽; 김상찬/정영진, “부동산 경매절차상 유치권제도의 문제점과 개선방안”, 재산법연구 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011, 61-86쪽; 전장현, “부동산경매에서 유치권의 문제점과 개선방안에 대한 입법론적 고찰”, 법제연구 제41호, 한국법제연구원, 2011, 261-302쪽 등.
- 6) 1999.2.5. 법무부는 민법개정특별분과위원회를 구성하여 2004.6.까지 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.
- 7) 개정방안들에는 부동산유치권을 폐지하고 이를 법정저당권으로 전환하는 방안, 부동산유치권을 현행대로 유지하지만 우선변제권을 법적으로 인정하는 방안, 부동산유치권을 폐지하고 동산유치권만 존치시키는 방안, 동산유치권과 부동산유치권 모두를 담보물권이 아닌 단지 급부거절권인 항변권으로 전환하는 방안 등이 논의되었다. 법무부, 민법개정총서(3) 2004년 법무부 민법개정안 총칙·물권편, 2012, 407-409쪽.
- 8) 민법개정안의 주요 내용은, 등기부동산에 대한 유치권의 폐지(개정안 제320조, 제320조의2), 미등기부동산에 대한 한시적인 유치권 인정과 이로 인해 약화된 채권자의 지위를 보완하기 위한 저당권설정청구권 인정(개정안 제320조의2, 제369조의2), 등기된 부동산에 대한 특례로서 저당권설정청구권의 부여(개정안 제 369조의3) 등이라 할 것이고, 민사집행법 개정안의 주요 내용은, 배당요구권자 및 경매절차의 이해관계인의 범위에 저당권설정청구자의 소를 제기한 유치권자 포함(개정안 제88조 제1항, 제90조), 경매로 인한 부동산 매각 시

1906017~1906019로 제출되었으나, 검토가 진행되고 있는 도중에 19대 국회의원의 임기가 2016년 5월 29일로 만료됨으로써 그 개정안은 현재 폐기된 상태가 되어 버렸다.

하지만 이렇듯 문제점이 많은 유치권제도에 관한 개정연구는 게을리 할 수가 없을 것이고, 차제에 처음부터 문제점을 하나하나 다시 점검하여 이에 관한 개정안을 다시 만들어 나가야 할 것이다.

앞서 언급한 유치권의 특수성 중 가장 큰 문제점은 유치권에 실제법상 우선변제권이 인정되지 않음에도 민사집행법상 인수주의의 규정에 의해 사실상 최우선변제권이 인정되는 것이라 할 것인데,⁹⁾ 유치권에 이와 같은 사실상의 최우선우선변제권을 인정하는 것이 다른 이해관계인과의 사이에서 과도하다는 인식을 우리 대법원에서도 하기 시작하였다. 또한 폐기된 개정안 역시 현행 유치권 제도의 인수주의를 소멸주의로 전환할 것을 제안하였고, 위 개정안의 주요 내용들은 결국 유치권에 소멸주의를 도입하기 위한 장치들이었다고 판단된다.

따라서 본고에서는, 민사집행법 제91조 제5항과 관련된 유치권의 대항력 제한에 관한 판례의 입장을 다시 한 번 검토하여 보고(II), 최근에 폐기된 유치권 관련 민법·민사집행법 개정안을 통하여 유치권 제도의 개정과 관련된 논의가 어디까지 이루어졌는지 살펴본 후(III), 이를 실마리로 하여 앞으로의 유치권제도에 관한 개선방향을 고찰하고(IV), 결론을 맺으려 한다(V).

II. 유치권의 대항력 제한에 관한 판례의 검토

앞서 살펴본 바와 같이 일반경매절차에 있어 유치권의 인수주의(민사집행법 제91조 제5항)는 매각가의 저감을 야기함으로써 소유자 및 매각대금에서 배당을 받을 지위에 있는 모든 채권자들에게 불측의 손해를 야기하는 주된 원인이 되어 왔다.¹⁰⁾ 이에 따라

유치권의 소멸주의 채택(개정안 제91조 제2항, 현행 제91조 제5항 삭제), 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자에 대한 배당금액의 공탁(개정안 제160조 제1항, 제161조 제2항) 등이라 할 것이다. 마지막으로 부동산등기법 개정안은 위 민법개정으로 미등기부동산에 대하여 유치권자가 저당권설립의 등기를 할 때 변제기도 기록하도록 하는 등 근거규정을 신설한 내용 등이다.

9) 홍봉주, “부동산유치권에 관한 개정안 검토”, 일감법학 제31권, 건국대학교 법학연구소, 2015, 15쪽; 성민섭, “부동산유치권제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여”, 외법논집 제38권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014, 194-196쪽; 김송, “유치권관련 개정안에 대한 재고”, 법학연구, 제24권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 182쪽.

유치권 제도의 개정 목소리와 더불어 유치권의 인수를 제한할 필요성이 주장되었고, 그 필요에 상응하여 개발된 것이 유치권의 대항력 법리이다.¹¹⁾

대법원은 제한된 범위이긴 하나, 인수주의를 규정하고 있는 민사집행법 제91조 제5항의 적용범위를 제한하려는 움직임을 보이고 있다. 아래에서는 대법원 판결 가운데 유치권의 대항력 제한과 관련이 있는 판결들을 검토하고 이러한 대법원 판례이론에 한계는 없는지 고찰해 보고자 한다.

1. 판례 내용 검토

1.1 유치권자의 신청에 의한 경매

민사집행법 제91조 제5항과 관련하여 최근 대법원 2011. 6. 15. 자 2010마1059 결정에서는 “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 보아야 한다. 다만 집행법원은 부동산 위의 이해관계를 살펴 위와 같은 법정매각조건과는 달리 매각조건 변경결정을 통하여 목적부동산 위의 부담을 소멸시키지 않고 매수인으로 하여금 인수하도록 정할 수 있다.”고 판시함으로써, 유치권에 의한 경매의 경우 이른바 소멸주의가 원칙이고 인수주의가 예외라는 획기적인 판결을 내렸다.

또한 대법원 2014. 1. 23. 선고 2011다83691 판결은 위 판시 내용에 덧붙여 “소멸주의에 따른 경매절차에서는 우선채권자나 일반채권자의 배당요구와 배당을 인정하므로 그 절차에서 작성된 배당표에 대하여 배당이의의 소를 제기하는 것이 허용되지만, 인수주의에 따른 경매절차에서는 배당요구와 배당이 인정되지 아니하고 배당이의의 소도 허용되지 아니한다.”고 하여 유치권자의 신청에 의한 경매인 경우와 그렇지 않은 경우의 효력을 구별하고 있다.

10) 각주4) 참고.

11) 김영희, “유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력”, 민사법학 제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013, 434쪽.

1.2 압류처분 후 성립한 유치권

강제경매개시결정 등기가 경료되기 전부터 부동산에 관한 공사비 채권을 가지고 있다가 위 등기 경료 후 그 부동산의 점유를 채무자로부터 이전받아 유치권이 성립한 사안에서 대법원은 본격적으로 유치권의 대항력을 제한하는 판결을 내고 있다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결). 위 판결은 압류처분 후에 목적부동산의 점유가 이전된 것에 주안점을 두고서, 유치권으로 매수인에게 대항할 수 없는 이유에 대해 ‘그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여, 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉’된다고 실시하고 있다.

이어서 나온 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결은 담보권실행으로서 압류처분이 행해진 후에 목적부동산의 점유이전과 그 부동산에 관한 채권 취득이 이루어져 유치권이 성립된 사안에 관한 것이었다. 대법원은 이 사안에 관해서도 위 대판 2005다22688에서 실시한 이유를 원용하며 유치권의 대항력을 부정하는 한편, 위 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 있음을 채권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 과실이 있는지 여부 등은 채권자가 그 유치권을 매수인에게 대항할 수 없다는 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다고 덧붙였다.

한편 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결에서는 압류처분 전에 목적부동산의 점유가 먼저 이전되었고, 이어 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득함으로써 그때 유치권이 성립한 경우가 문제되었다. 앞서 언급한 대판 2005다22688 및 대판 2006다22050에서는 모두 압류처분 후에 목적부동산의 점유가 이전된 것과는 달리, 위 대판 2011다55214는 압류처분 전에 점유가 이전된 경우에 관한 것이었다. 대법원은 이 사안 역시 압류의 효력이 발생한 후에 비로소 유치권이 성립한 경우로 보아 압류의 처분금지적 효력에 위배되는 처분행위에 해당하여 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다는 취지로 판시하였다. 즉, 이 경우 점유이전 자체는 압류의 처분금지적 효력에 위배된다고 할 수 없으나 유치권의 성립 자체가 압류의 처분금지적 효력에 위배된다는 것이다.

1.3 가압류 등기 후 성립한 유치권

대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결은 유치권의 대항력제한의 근거를 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이라고 본격적으로 밝힌 판결이다.

이 판결에서는 부동산에 가압류등기가 행해진 후 채무자의 점유이전으로 제3자가 유치권을 취득하는 경우 그 점유의 이전은 사실행위에 해당하여 가압류의 처분금지효에 저촉되는 것은 아니라고 판시하였다. 그러면서 대판 2005다22688 및 대판 2006다22050 이 압류등기 후 점유이전을 처분행위로 본 이유에 대해서는, 만약 이러한 경우에 제3자가 취득한 유치권으로 압류채권자에게 대항할 수 있다고 한다면 경매절차에서의 매수인이 매수가격 결정의 기초로 삼은 현황조사보고서나 매각물건명세서 등에서 드러나지 않는 유치권의 부담을 그대로 인수하게 되어 경매절차의 공정성과 신뢰를 현저히 훼손하게 될 뿐만 아니라, 유치권신고 등을 통해 매수신청인이 위와 같은 유치권의 존재를 알게 되는 경우 매수가격의 즉각적인 하락이 초래되어 책임재산을 신속하고 적정하게 환가하여 채권자의 만족을 얻게 하려는 민사집행제도의 운영에 심각한 지장을 줄 수 있기 때문이라고 설시하였다. 즉, 부동산에 가압류등기가 경로되어 있을 뿐 현실적인 매각절차가 이루어지지 않고 있는 상황 하에서는 채무자의 점유이전으로 인하여 제3자가 유치권을 취득하게 된다고 하더라도 압류의 경우에서 기술한 바와 같은 문제가 발생하지 않으므로 이를 처분행위로 볼 수는 없어 이 경우 유치권자는 유치권으로 압류채권자에게 대항할 수 있다는 취지의 판결이다.

압류등기와 가압류등기는 모두 처분금지효를 발생시킨다는 점에서 법적 문제의 해결에 있어 양자가 같이 다루어질 때가 많으나, 우리 대법원은 유치권의 대항력 인정 여부의 문제에 있어서는 위와 같이 양자를 구별하여 판단하고 있다.

1.4 체납처분 후 성립한 유치권

대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결은 국제징수법에 의한 체납처분 압류가 되어 있는 부동산에 대하여 경매절차가 개시되기 전에 민사유치권을 취득한 유치권자가 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있는지 여부에 관한 판단을 포함하고 있다.

이 판결에서는 경매절차 개시 후 비로소 그 부동산에 대한 유치권을 취득한 유치권자

가 경매절차의 매수인에 대하여 대항할 수 없는 근거에 관하여, 이를 허용하면 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받게 됨으로써 경매 목적 부동산을 신속하고 적정하게 환가하기가 매우 어렵게 되고 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 줄 수도 있다는 데 있다는 것을 다시 한 번 확인하고 있다. 이는 압류 등에서 인정되는 처분금지효의 논리적 귀결로서 유치권의 효력이 제한되는 것은 아니라는 점을 사후적으로나마 확인시켜주고 있는 것이다.¹²⁾

한편 대법원은 국세징수법에 의한 체납처분압류는 경매절차에서의 압류와 달리 그 압류에 의하여 경매절차가 개시된 것이 아니므로 체납처분압류가 있었다는 이유만으로 그 후에 취득한 유치권의 효력을 제한할 수 없다고 하면서, 체납처분압류 후 민사집행절차가 개시되기 전에 성립한 유치권을 가지고서는 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받을 정도는 아니므로 선행저당권자 또는 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있다고 판단하였다.

1.5 상사유치권

대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결에서는 상사유치권이 채무자 소유의 물건에 대해서만 성립한다는 것의 의미에 대해 밝히고 있다. 상사유치권은 그 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권이라 할 것이고, 따라서 유치권 성립 당시에 이미 목적물에 대하여 제3자가 권리자인 제한물권이 설정되어 있다면 상사유치권은 그와 같이 제한된 채무자의 소유권에 기초하여 성립할 뿐이라는 것이다.

따라서 일반상사유치권이 있는 담보목적물에 대하여 타 담보권자나 일반 채권자가 경매를 신청하였을 경우 일반상사유치권자는 선행 담보권자 및 그 경매절차의 매수인 등에게 대항할 수 없게 된다. 결국 선행담보권이 있는 담보목적물에 대한 경매에 있어 일반상사유치권자에 대하여는 민사집행법 제91조 제5항의 적용이 배제되게 되는 것이다.

1.6 압류처분 전 성립한 유치권

대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결, 대법원 2011. 5. 13. 자 2010마1544 결정

12) 이선희, “부동산 유치권의 대항력 제한”, 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015, 230쪽.

및 대법원 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결에서는, 목적부동산에 대하여 (근)지당권은 설정되어 있지만 그것에 의한 경매절차가 개시되기 전에 유치권을 취득한 경우 유치권자는 경매절차에서 위 부동산을 매수한 매수인에 대하여 유치권으로 대항할 수 있다고 판단하였다. 특히 위 대결 2010마1544는 위 판시 내용에 덧붙여, 유치권자가 목적부동산에 대하여 행한 공사를 통해 실제로 목적부동산의 객관적 가치가 상당한 정도로 상승하였다면 유치권자에게 유치권의 행사를 인정하는 것이 담보권자의 이익을 부당하게 해하거나 적정한 경매절차의 진행을 위법하게 방해한다고 볼 수는 없다고 밝히고 있다.

2. 대법원 판례이론의 한계

이처럼 우리 대법원은 유치권제도의 가장 큰 문제인 인수주의를 해결하기 위한 하나의 방편으로서 판례상으로 위와 같은 유치권의 대항력 제한 이론을 전개해 온 것으로 보인다. 유치권의 대항력에 관한 법리는 조금씩 정리해져 가고는 있지만 여전히 세부적으로는 해결 상태가 분명하지 않는 난점들이 존재하기에, 아래에서는 대법원 판례이론의 한계로 거론되는 부분을 간략히 고찰해 보고 이를 극복할 수 있는 방안이 무엇일지 생각해보고자 한다.

우선 대결 2010마1059와 대판 2011다83691은 같은 유치권임에도 유치권자가 그 피담보채권을 변제받기 위한 수단으로 어떠한 절차에 택하는가에 따라 그 효력이 판이하게 달라짐을 보여준다.¹³⁾ 경매신청의 주체가 유치권자가 아닌 경우에는 민사집행법 제91조 제5항이 적용되어 유치권자는 사실상 최우선변제권을 보장받게 되고 유치권자에게는 경매절차와 관련된 어떠한 의무도 부과되지 않는다. 반면 유치권자가 신청한 경매에서는 오히려 매각과정에서 유치권이 소멸되어 유치권자는 일반채권자와 동순위로 배당받을 뿐 아니라 만약 그 피담보채권을 부풀려 신청하는 경우 소송사기죄¹⁴⁾로 형사처벌까지 받게 될 수 있다. 유치권에 의한 경매의 경우 유치권이 인수되지 않는다고 보는 이유에 대해 위 대결 2010마1059는 “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

13) 한상곤, “민사집행절차에서 본 유치권의 개정안에 대한 고찰”, 경희법학 제50권 제1호, 경희법학연구소, 2015, 162-165쪽.

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

진행하면 매수인의 법적 지위가 매우 불안정한 상태에 놓이게 되는 점”등을 들어 설명하고 있으나, 유치권자 아닌 다른 채권자의 신청에 의한 경매 진행으로 유치권이 인수되는 경우에도 유치권의 존부 및 내용, 인수 범위 등을 확정하는 절차가 없어 매수인이 불안정한 위치에 있는 것은 마찬가지라는 점에서 위 판례의 인수주의 제한 논리는 모순되는 측면이 있다고 생각된다.

한편 매수인과의 관계에서 유치권의 대항력을 제한한 최초의 판결인 대판 2005다22688¹⁵⁾ 및 뒤이어 나온 대판 2006다22050의 경우, 기본적으로 사실행위로 분류되는 점유의 이전을 처분행위의 개념에 포섭함으로써 기존의 확립된 개념을 뒤흔드는 무리한 이론구성을 하였다는 비판을 피할 수 없다.¹⁶⁾ 또한 대판 2011다55214에 대해서도 찬반론이 존재하는데,¹⁷⁾ 경매개시결정 기입등기 이후에 발생한 채권의 취득은 채무자가 아닌 제3자의 비용지출행위이기에 채무자의 처분행위로 볼 수 없음에도 이를 압류의 처분금지효에 반하는 처분행위라 보는 것은 이 역시 유치권의 대항력을 제한하기 위한 지나친 이론구성이라는 비판이 가능할 것이다.¹⁸⁾

더불어 대판 2010다57350이 상법 제58조가 상사유치권의 대상이 되는 목적물을 ‘채무자 소유의 물건’으로 한정하는 것으로부터 ‘상사유치권은 그 성립 당시 채무자가 목적물에 대하여 보유하고 있는 담보가치만을 대상으로 하는 제한물권’이라는 결론을 도출하고 있는 것과 관련하여, 이는 상사유치권의 대항력을 제한하기 위해 대법원이 해석의 한계를 뛰어넘는 선취된 입법을 한 것이 아닌지 의문이 제기된다.¹⁹⁾

한편 우리 대법원은 유치권 대항력 제한의 기준시점을 압류등기 시점으로 정하는 과정에서 저당권 성립등기 시점 및 가압류·체납처분압류 등의 시점을 배제시킨 바, 그 이유의 타당성에 대해서도 검토할 필요가 있다.

15) 김영희, 앞의 논문, 423쪽. 유치권의 대항력 문제에 관하여, 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결이 나오기 전까지는 유치권의 성립시기가 저당권보다 전인가 후인가와 무관하게 유치권은 인수된다든 유치권 대항력 긍정설이 판례이고 통설이었으나, 위 판결에서 대법원은 압류등기시점과 유치권의 성립 시점을 비교하여 유치권의 대항력을 부정하였다는 취지.

16) 김송, 앞의 논문, 185쪽.

17) 대판 2011다55214의 입장에 찬성하는 견해로는, 차문호, 앞의 논문, 395-400쪽.

18) 하상혁, “가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류채권자에게 대항할 수 있는지 가부 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결-”, 특별법연구 제10권: 전수안대법관 퇴임기념, 사법발전재단, 2012, 991쪽. 위 저자는, 다만 이 경우에도 구체적·개별적 사안에 따라 유치권자가 경매절차에서의 매수인에게 유치권을 행사하는 것이 부당한 경우에는 신의칙 또는 민법 제320조 제2항의 유추적용을 통해 유치권의 행사를 제한할 수 있다고 제안한다.; 박상언, “저당권 설정 후 성립한 유치권의 효력”, 민사판례연구 제32권, 박영사, 2010, 362쪽.

19) 김송, 앞의 논문, 185쪽.

저당권자의 권리는 저당권 설정의 등기시점을 기준으로 물권적 대항력을 가짐에도 불구하고 대판 2008다70763, 대결 2010마1544, 대판 2010다84932 등에서 실시된 바와 같이 경매개시결정등기가 경료된 시기에 따라, 즉 그 저당권에 의한 경매신청이 언제 이루어졌는지에 따라 저당권의 유치권에 대한 대항력이 달라질 수 있다면 이는 저당권자의 우선변제권을 부당하게 제한하는 것이 될 수 있을 것이므로,²⁰⁾ 대법원은 담보권실행을 위한 경매에 있어 유치권의 대항력 제한 기준시점을 저당권 성립등기 시점이 아닌 저당권에 의한 압류등기 시점으로 하는 이유에 대해 보다 치밀한 이론 구성을 하여야 할 것이다. 가사 대결 2010마1544의 사안과 같이 유치권자로 인하여 목적부동산의 가치 상승이 일어났다 하더라도, 그 가치상승분을 제외한 나머지 부분에 대해서는 유치권자에게 선행 저당권자에 대한 대항력²¹⁾을 인정할 근거가 미약하다고 생각된다. 그럼에도 대법원 판례는 유치권의 피담보채권을 목적물의 가치상승분과 그 외의 부분으로 구분하지 않고 하나의 단일한 채권으로 취급하면서 선행 저당권자가 있는 경우에도 유치권자에게 그 피담보채권액 전액에 대한 대항력을 인정하고 있는 바, 추후 유치권과 저당권의 관계를 고려한 입법적 개선이 이루어져야 할 것이라 생각된다.

또한 대판 2009다19246 및 대판 2009다60336과 관련하여, 압류와 동일한 처분금지효를 가지는 것으로 이해되는 가압류 및 체납처분압류는 유치권의 인수 여부를 판단함에 있어 압류의 경우와 왜 다른 결론이 도출된 것인지도 설명하기 어렵다.²²⁾ 위 판례들은 그에 대한 단서로서 경매절차의 공정성과 신뢰, 집행절차의 법적 안정성 등을 언급하고 있으나, 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성은 그 위협의 존재 유무가 다소 추상적임에도 유치권의 대항력 제한 기준시점을 정하는 데에 있어 명확한 판단근거가 될 수 있는지에 대한 의문이 계속하여 제기될 수 있을 것이다.

위와 같이 대항력 법리를 전개하여 유치권의 인수주의를 제한하고자 하는 대법원 판결들은 그 논리적 완결성에 있어 부족함이 있다는 비판을 받아왔다. 이는 곧 현행법의 해석론으로 유치권 제도의 문제를 해결하는 것에는 한계가 있음을 의미한다 할 것이다. 따라서 유치권 제도의 이념을 훼손하지 않으면서도 유치권에 따른 피해를 막기 위해서는 유치권 관련 법률의 개정이 반드시 필요하다 할 것이며, 그 개정안은 기존 인수주의의 폐지를 골자로 하여야 할 것이다.

20) 김영희, 위의 논문, 427쪽; 이상태, 앞의 논문, 100-101쪽.

21) 김영희, 위의 논문, 419-420쪽, 저당권자에 의해 담보권 실행을 위한 경매가 진행되는 경우 매수인에 대한 유치권자의 대항은 그 실질에서 유치권의 저당권에 대한 대항이 된다는 주장.

22) 김송, 앞의 논문, 185쪽.

Ⅲ. 유치권 관련 개정안에 대한 재검토

2013년 7월 17일 국회에 제출되었던 유치권 관련 개정안은 그간 유치권제도의 가장 큰 문제점으로 인식되어 온 인수주의를 폐지하는 대신 그 대안으로서 부동산 유치권을 기존의 저당권 제도로 전환해 등기로 공시되도록 하고 이들에게 우선변제권을 부여할 것을 제안하였으나 검토가 진행되던 도중 19대 국회의 임기 만료로 폐기되게 되었다.

그럼에도 불구하고 위 개정안은 법무부에서 유치권제도와 관련해 그간의 학계와 실무계의 의견을 수렴하여 마련한 최초의 개정안이었고 그 논의과정에서 수년간 지속적인 검토가 이루어졌다는 점에서 단순히 폐기된 안으로 치부하기에는 아쉬운 점이 있다. 그간의 대법원 판례 동향과 위 개정안의 골자에 비추어 볼 때 향후 입법과정에서도 유치권 인수주의를 폐지하여야 한다는 입장은 유지될 것으로 보이는 바, 유치권 제도의 올바른 입법 방향을 고찰하기에 앞서 최근에 폐기된 유치권 관련 개정안²³⁾의 주요내용을 위 인수주의의 폐지와 관련된 내용(혹은 유치권에 소멸주의를 도입하기 위해 마련된 장치들)을 중심으로 재검토해 보려고 한다.

1. 부동산에 관한 유치권의 원칙적 폐지(민법 개정안 제320조, 제320조의2)

1.1 유치권의 성립 대상

현행 민법은 유치권으로 담보되는 채권을 ‘타인의 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권’으로 규정하는 반면, 민법 개정안은 유치권의 대상을 동산, 유가증권 및 미등기부동산에 한정하여 등기부동산을 유치권의 대상에서 제외하였다. 또한 미등기부동산에 대해 성립한 유치권도 유치권에 기한 저당권설정등기가 완료되거나 유치권자의 저당권설정 청구권이 소멸되기 전까지 한시적으로만 인정하도록 하였다.

등기된 부동산의 경우는 등기가 원칙적인 공시방법이므로 점유로 공시되는 유치권을 인정하는 것은 공시의 원칙에 어긋나고, 비록 채권이 목적물의 가치를 증가시킨 경우에도 이러한 채권자를 보호할 필요성이 공시의 원칙보다 우위에 있는 것은 아니기에 채권자는 약정담보물권을 취득하는 방식으로 권리행사를 하면 될 것이며, 다만 미등기부동산은 등기에 의해 공시되는 다른 담보물권을 취득할 수 없으므로 한시적으로 유치권을

23) 이하에서는, 폐기된 유치권 관련 개정안을 줄여 간략히 ‘개정안’이라고 지칭한다.

인정하기로 하였다 한다.²⁴⁾²⁵⁾ 한편, 유치권 주장자 중 실제로는 허위 유치권자가 많아 종국적으로 유치권이 인정되는 비율은 매우 낮음에도 불구하고 유치권이 주장되는 동안에는 소유자는 물론 유치권자조차도 해당부동산을 사용 수익할 수 없게 되어 부동산의 사용가치가 사장된다는 점²⁶⁾ 또한 유치권 제도의 폐지 논거가 되어 왔다.

하지만 부동산유치권의 원칙적 폐지를 내용으로 하는 위 개정안은 공사대금채권에 대한 담보권을 확보하는 데 있어 유치권을 활발히 활용하고 있는 건설업계의 현실을 반영하지 못한 것으로서 개정안 시행 시 이해 당사자 사이의 분쟁을 오히려 심화시켜 큰 혼란을 가져올 것이라는 우려가 제기되어 왔다.²⁷⁾ 또한 유치권에 관한 분쟁의 상당부분이 미등기부동산에 대한 것임에도, 개정안에 따르면 사실상 미등기부동산이 등기되기 전까지는 유치권 관련 권리분쟁을 해결할 대안을 찾기 어렵다는 점에서 개정안은 유치권의 가장 큰 폐해를 외면한 것이나 다름없었다고 생각된다.²⁸⁾

1.2 피담보채권의 견련성

기존 유치권제도에서 보장해온 피담보채권의 범위²⁹⁾와 비교해 볼 때, 개정안은 피담보채권의 범위를 ① 담보목적물에 대한 비용지출로 인한 채권 및 ② 담보목적물로 인한 손해배상채권으로 한정하여 종래 판례 및 통설이 인정해온 ‘채권이 물건의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계에서 발생한 경우’를 배제하였는바 이에 대한 타당성

24) 윤진수, 앞의 논문, 205-206쪽.

25) 등기부동산의 경우 유치권자가 목적물의 가치를 상승시킨 경우에도 약정담보물권으로 갈음해야 한다는 입장은 비단 공시의 원칙을 고려해서 뿐만 아니라 선순위 담보물권자가 예상치 못한 손해를 입는 것을 방지하기 위한 것으로 보인다. 부동산에 이미 저당권 등 담보물권이 설정되어 있는 경우 선순위 담보물권자가 담보물권 설정 당시에 평가한 담보가치는 보호되어야 하기에 이후 성립한 유치권으로는 선순위 담보물권자에게 유치권을 가지고 대항할 수 없도록 해야 하며 나아가 그러한 담보물권에 기한 경매절차의 매수인에 대해서도 유치권을 가지고 대항할 수 없도록 해야 한다는 주장에 대해, 이상태, 앞의 논문, 100-102쪽.

26) 김재형, 앞의 논문, 349-350쪽. 저자는 개정안처럼 부동산 유치권을 저당권으로 전환한다면 재화를 사용가치와 교환가치로 나누어 활용할 수 있기에 위와 같은 사회경제적 손실이 예방될 것이라 주장한다.

27) 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(III)”, 법학논총 제33권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2013, 70쪽; 김영두, 앞의 논문, 216-217쪽.

28) 한상근, 앞의 논문, 168쪽; 김상찬/강창보, “부동산 유치권제도의 개선방안-2012년 민법개정안의 검토를 중심으로-”, 법과정책 제19권 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013, 80-81쪽.

29) 유치권의 피담보채권의 범위에 대해 다수설과 판례는 그간 이원설을 취하여, 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우 뿐 아니라 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우에도 유치권을 인정하여 왔다.

여부가 문제시되었다.

개정안이 담보목적물의 반환청구권과 견련관계에 있는 채권을 우선변제의 대상에서 제외한 것에 대해, 반대하는 입장에서는 현행법상 실질적으로 위 채권이 최우선순위로 보장되는 피담보채권에 포함되어 있었음을 그 이유로 들었으나,³⁰⁾ 개정안이 위와 같이 피담보채권의 범위를 변경한 것은 종래 다수설과 판례의 입장이었던 이원적 기준설이 견련성의 존부에 대한 판단기준으로서의 기능을 제대로 수행하지 못한다는 비판이 수용되었기 때문으로 보인다.³¹⁾

2. 미등기부동산 유치권자의 저당권설정청구권(민법 개정안 제320조의2, 제369조의2)

2.1 유치권자에 대한 저당권설정청구권의 인정

개정안은 미등기 부동산에 대해서만 한시적으로 유치권을 인정하되 목적 부동산이

30) 한상곤, 앞의 논문, 175쪽. 저자는 위 채권을 전면적으로 우선변제 대상에서 제외하는 것은 타당하지 못하고, 최우선변제순위는 인정되지 않더라도 피담보채권이 가지는 각각의 특성을 고려하여 우선변제권은 인정되어야 한다고 주장한다.

31) 신국미, “유치권제도에 관한 연구: 동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로”, 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2003, 88-90쪽. 예를 들어 임차인의 임차보증금반환채권은 그의 임차목적물반환의무와 동일한 법률관계에서 발생한 채권이므로 이원적 기준설에 따르면 견련관계가 인정되어야 것임에도 다수설과 판례(대법원 1976. 5. 11. 선고 75다1305 판결)는 임차보증금반환채권이 그 건물에 관하여 생긴 채권이라 볼 수 없다 하여 그에 관한 유치권 주장을 인정하지 않는다. 또한 부동산 이중매매에서 소유권을 취득한 제2매수인이 목적부동산을 점유 중인 제1매수인을 상대로 부동산 인도청구를 하는 경우, 제1매수인의 손해배상채권과 제2매수인의 인도청구권은 모두 매도인이 제2매수인에게 소유권을 양도하였다는 동일한 법률관계로부터 발생한 채권으로 보아 제1매수인의 유치권 주장을 인정하여야 함에도 제1매수인의 채권이 그 물건에 관하여 생긴 채권이 아니라고 보아 부정하는 것이 지배적인 학설의 입장이다. 이와 같이 판례와 다수설은 견련성의 존부에 대한 판단기준으로 이원설을 취해왔음에도 막상 개별적 사안의 판단에 있어서는 일원설과 다를 바 없는 기준으로 유치권 성립을 제한하여 왔기에 개정안이 피담보채권의 범위를 축소하는 것은 크게 문제가 없다고 판단된다. 한편 대법원 1976. 9. 28. 선고 76다582 판결은 수급인의 공사잔금채권이나 그 지연손해금청구권과 도급인의 건물인도청구권은 모두 그들 사이의 건물신축도급계약이라고 하는 동일한 법률관계로부터 발생한 것이라고 하면서 수급인의 손해배상채권도 원채권의 연장이므로 물건과 원채권 사이에 견련관계가 있으면 그 손해배상채권과 그 물건의 사이에도 견련관계가 인정된다고 하여 도급인의 건물인도청구에 대하여 수급인이 손해배상청구권에 기한 유치권의 항변을 인정하였다. 하지만 수급인의 공사잔금채권은 한편으로는 그 물건에 대한 비용지출로 발생한 채권이라는 점에서 이원적 기준설의 입장에서 충분히 유치권의 견련성을 설명할 수 있고, 지연손해금청구권은 원채권의 연장이라는 점에서 원채권에 인정된 견련성이 그대로 유지된다고 볼 수 있을 것이므로 굳이 이원설의 판단기준을 따르는 실익이 없어 보인다.

등기되면 등기 부동산에 대한 비용 지출자 등의 경우처럼 저당권 등기를 하도록 함으로써 부동산에 대한 유치권을 저당권으로 전환하는 방식을 취하였다. 이는 현행 유치권의 특수성³²⁾에 따른 문제점을 해결하기 위해 그러한 특수성이 모두 배제된 기존 저당권제도로써 유치권을 대신하려 했던 것으로 보인다.

하지만 앞서 살펴본 바와 같이 유치권제도를 저당권제도로 단순히 대체하는 방식은 유치권제도에 의지할 수밖에 없는 건설업계의 현실을 전혀 반영하지 못한 것일 뿐 아니라, 유치권에 관한 분쟁 중 상당부분을 차지하는 미등기·미완성부동산의 경우 여전히 방치되어 사회적 낭비를 초래할 것이라는 점에서 개정안의 방식은 최선책이라 할 수 없었다고 판단된다.

2.2 개정안 제369조의2 저당권설정청구권의 주요 내용

개정안 제369조의2 저당권설정청구권의 주요 내용 중 첫 번째는, 미등기부동산에 대한 유치권자가 가지는 저당권설정청구권 행사의 상대방을 본 청구권 행사시의 부동산 소유자로 한다는 점이었다. 이는 목적 부동산이 등기된 후 6개월 이내이기만 하면 본 청구권 행사 당시의 부동산 소유자가 채무자가 아니어도 혹은 유치권 성립 후 소유자가 바뀐 상황이라도 목적 부동산의 소유자에게 저당권설정을 청구할 수 있음을 의미한다.

두 번째는, 위 청구권을 담보목적물이 등기된 후 6개월 내에 행사하지 않으면 유치권 및 저당권설정청구권을 모두 소멸케 한 점이다. 개정안은 유치권에 기한 저당권설정청구권의 행사기한을 보존등기 후 6개월로 정하고 이 기한을 넘길 경우 제369조의2 규정에 따른 저당권설정청구권³³⁾과 유치권이 모두 소멸하도록 규정하였는데(개정안 제320조의2, 제369조의2), 이처럼 유치권의 피담보채권이 소멸하지 않았음에도 유치권이 소멸토록 한 것이 담보물권의 부종성에 반하는 것은 아닌지가 문제되었다.³⁴⁾ 한편 위 6개월 산정

32) 서론에서 언급한 바와 같이 유치권의 대표적인 특징으로는 첫째, 부동산물권임에도 등기가 아닌 점유에 의해 공시되는 점, 둘째, 담보물권의 기본적 효력인 우선변제권이 없다는 점, 셋째, 부동산 경매절차에서 다른 담보물권과는 달리 소멸하지 않는다는 점 등을 들 수 있을 것이다.

33) 개정안 제369조의3에 의한 저당권설정등기는 효력이 등기 시에 발생하는 반면 제369조의2에 의한 저당권설정등기는 효력이 채권의 변제기로 소급한다. 개정안에 따르면 유치권자가 보존등기된 후 6개월이 지났음에도 저당권설정청구권을 행사하지 않은 경우는 제369조의3에 따른 저당권설정청구만이 가능하며 이렇게 등기된 저당권의 효력은 채권의 변제기로 소급하지 않고 저당권 등기 시에 발생한다.

34) 유치권 자체의 행사가 아니라 유치권의 존재를 전제로 한 저당권설정청구권의 행사를 일정기간 행사하지 않은 경우에도 유치권이 소멸된다고 보는 것은 이론적 논리성이나 입법기술적 측면에서 부자연스럽다는

의 기산일과 관련하여, 유치권자는 해당 미등기부동산의 등기여부나 등기시점을 고지 받을 수 있는 지위에 있는 것이 아님에도 위 제소기간의 기산일을 해당 부동산의 소유권 보존등기일이라는 확일적 시점으로 정한 것은 유치권자의 권리보호에 미흡한 측면이 있었다고 판단된다.³⁵⁾

세 번째는, 미등기부동산 유치권자가 보존등기 후 6개월 내에 저당권설정청구권을 행사하여 저당권이 등기된 경우 그 순위가 등기시가 아닌 변제기로 소급하도록 했다는 점이다. 이는 유치권자의 저당권설정등기가 경료되기 이전에 등기된 선행 담보물권자 등이 존재하더라도 그 등기시점이 유치권의 피담보채권의 변제기보다 앞서지 않는 한 유치권자의 피담보채권이 우선변제 받게 됨을 의미한다.³⁶⁾ 위 개정안 규정이 “시간이 앞설수록 권리가 우선한다”는 물권법의 원칙과 어긋남에도 불구하고 개정안에 포함된 것은 미등기부동산의 유치권자가 보유한 저당권설정청구권은 결국 유치권의 연장 내지 변형으로 보아야 한다는 판단이 있었기 때문으로 보인다.³⁷⁾

한편 제369조의2 규정에 따른 저당권설정청구권을 유치권의 연장 내지 변형이라고 본다 하더라도 저당권의 효력이 소급하는 시점을 ‘변제기’가 아닌 ‘유치권 성립시’로 하였어야 하는 것이 아닌지 문제되었다. 유치권은 유치권의 성립 요건이 모두 충족된 시점에서 비로소 효력이 발생하므로 피담보채권의 변제기가 도래하였더라도 유치권자가 점유를 개시하지 않은 경우에는 유치권이 아직 성립하였다고 볼 수 없다. 따라서 유치권의 연장으로 평가되는 위 저당권설정청구권의 효력을 단순히 그 채권의 변제기로 소급시키도록 규정한 것은 모순적인 부분이 있었다고 생각되며 위 규정으로 인해 제3에게 불측의 손해가 발생할 수 있다는 우려³⁸⁾는 충분히 설득력이 있었다고 보인다.

주장, 김홍엽, “민사유치권 관련 민사집행법 개정안에 대한 비판적 고찰”, 성균관법학 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013, 151-152쪽, 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(II)”, 법학논총 제32권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 254-259쪽.

35) 김홍엽, 앞의 논문, 152-154쪽.

36) 유치권자의 저당권설정등기가 경료되기 이전 권리를 취득한 제한물권자의 등기시점이 유치권으로 담보되는 채권의 변제기보다 앞서는 경우는 사실상 생각하기 힘들 것이다. 채권의 변제기가 도래하지 않았다면 애초에 유치권이 성립할 수 없었을 것이기에 미등기부동산에 대한 유치권자의 채권은 목적 부동산이 등기되기 전에 그 변제기가 도래하였을 것인 반면, 다른 제한물권자의 권리는 목적 부동산이 등기된 이후 발생하였을 것이기 때문이다. 따라서 개정안이 시행되었을 경우 미등기 부동산에 대한 유치권자가 그 부동산이 등기된 후 정해진 기간 내에 저당권 등기를 하게 되면 추후 최선순위로 피담보채권을 변제받게 된다.

37) 윤진수, 앞의 논문, 211쪽.

38) 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(III)”, 72-73쪽. “변제기에 의해 유치권이 성립하는 것을 전제로 하여 저당권설정등기의 우선순위를 인정하게 되면 변제기 경과 후 나중에 점유로 인해 유치권이 사후 성립하는 경우에도 그 성립시기를 변제기로 소급하여 인정하게 되어 그 사이에 이해관계를 맺은 새로운

위 개정안 규정과 관련하여 또 문제되었던 것은 유치권자가 저당권설정청구권을 소로써 행사한 사실이 제3자에게 공시되지 않음에도 그 효력을 과거로 소급하게 함으로써 목적부동산에 새로이 권리를 취득한 제3자의 권리를 침해할 수 있다는 점이었다.

개정안이 시행되었을 경우, 담보목적물이 보존 등기된 지 얼마 지나지 않아 그 부동산에 강제집행절차가 개시되는 상황에서 부동산소유자와 가장유치권자의 통정은 다음의 두 가지 모습으로 나타났을 것이다. 첫째는 보존등기 후 6개월 이내에 그 변제기가 선행저당권자 등의 등기일보다 앞서는 저당권을 설정하는 것이고, 둘째는 보존등기 후 6개월 이내에 유치권자가 사해적 의도로 저당권설정청구의 소를 제기(민법 개정안 제369조의2)하고 허위내용의 확정판결 등을 받은 후 배당절차에서 배당요구를 하는 것이다(민사집행법 개정안 제88조 제1항).³⁹⁾

전자의 경우는 오히려 유치권자로 인해 제3자가 불측의 손해를 입는 일이 적을 것이다. 유치권자가(설령 소유자와 통모한 가장 유치권자라고 하더라도) 제369조의2 규정에 따른 저당권설정청구권을 행사하려면 청구권을 행사하기 전까지 유치권자로서의 외관을 유지해야 할 것이다. 유치권의 성립요건이자 존속요건인 ‘점유’에 관하여, 판례는 유치권 행사의 목적으로 점유를 개시한 것이 아니면 유치권이 성립하지 않는다는 취지의 판시를 하여 점유개시의 목적을 유치권 성립 여부 판단의 기준으로 고려하고 있는 한편⁴⁰⁾ 유치권자가 유치권 행사의 목적으로 점유를 개시한 시점을 판단하는 실무상 기준은 유치권자가 언제부터 외부적으로 인식 가능한 표상(현수막, 안내문, 시정장치 등)을 나타내었는지라 볼 수 있다. 따라서 목적 부동산이 보존등기 된 후 유치권자가 저당권설정등기를 경료하기 전까지는 그 부동산에 유치권자가 있다는 사실이 ‘인식 가능한 표상’으로 충분히 드러난다 할 것이고 유치권자가 제369조의2 규정에 따른 저당권등기를 경료한 후에는 등기으로써 유치권자의 채권이 공시될 것이다. 따라서 등기부동산에 제한물권 등을 설정하려는 제3자는 이러한 유치권자의 채권을 고려하여 권리를 취득할 것이기에 제3자가 예상치 못한 손해를 입는 경우는 많지 않았을 것으로 예상된다.⁴¹⁾

제3자에게 불의의 피해를 입힐 우려가 있게 된다.”

39) 장석천/이은규, “민법 유치권 개정 법률안 중 저당권설정청구권에 관한 소고”, 재산법연구 제32권 제3호, 한국재산법학회, 2015, 163쪽.

40) 대구고법 2006. 7. 12. 선고 2005나8133판결, 광주고법 2007. 8. 23. 선고 2006나6156판결.

41) 미등기부동산의 유치권자로서 개정안 제369조의2에 따른 저당권설정등기를 경료하려면 목적 부동산에 소유권보존등기가 경료되기 전까지 유치권자의 피담보채권은 변제기가 도래하여야 할 뿐 아니라 유치권자가 그 부동산을 점유하고 있어야 한다. 따라서 소유권보존등기가 경료된 이후 비로소 점유를 취득한 유치권자는 개정안 제369조의2에서 보호하는 유치권자라 할 수 없을 것이며 이 경우에는 비록 피담보채권이 발생할

유치권자가 행사하는 저당권설정청구권의 효력이 변제기로 소급됨으로써 나타나는 부작용은 후자의 경우에 더욱 문제되었을 것이다. 개정안에 따를 경우, 미등기부동산의 유치권자는 그 부동산이 보존등기 된 후 6개월 이내에 저당권설정청구권을 소로써 행사하고 이후 배당절차에서 배당요구를 하면 그 저당권의 효력이 변제기에 발생한 것으로 보아 우선순위에 따른 배당금액이 공탁된다(민사집행법 개정안 제88조, 제160조). 이는 유치권자가 일단 제369조의2에 따라 저당권설정청구의 소를 제기하면 더 이상 유치권의 존속요건인 점유상태를 유지할 필요가 없게 됨을 의미하는데, 결국 그 부동산에 새로이 권리를 취득하려는 제3자는 자신보다 우선변제 받을 유치권자가 있다는 사실을 모르고 그 부동산을 목적으로 한 계약을 체결할 위험에 노출되는 것이다. 따라서 유치권자가 개정안에 따라 저당권설정청구권을 소로써 행사하는 경우에도 그 부동산에 유치권 주장자가 있다는 것을 제3자가 알 수 있도록 하는 대안을 마련했어야 했다고 생각한다. 생각건대, 유치권자가 위 저당권설정청구의 소를 제기할 시에 저당권설정의 가등기나 저당권설정청구권보전을 위한 가처분도 함께 청구하도록 의무화하는 등의 방안이 있었을 것이다.

3. 유치권자 아닌 채권자의 저당권설정청구권(민법 개정안 제369조의3)

개정안은 등기부동산에 대한 비용 지출로 인한 채권이나 그 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 자의 경우 그 채권이 변제기에 이르지 아니한 때에도 부동산 소유자에 대해 그 부동산을 목적으로 한 저당권 설정을 청구할 수 있도록 하였다. 이 때 상대방인 소유자는 채무자가 아니어도 상관없으나 다만 저당권설정청구권이 성립한 후 소유권을 새로이 취득한 제3자에 대해서는 청구할 수 없다. 본 규정을 통하여 등기된 저당권은 일반 저당권의 효력을 가지므로 그 효력이 등기 시에 발생할 뿐 변제기로 소급하지 않는 대신 유치권을 상실한 채권자도 본 규정을 통해 일반 저당권자로서의 지위를 보장 받을 수 있도록 규정하였다.

위 개정안 규정 관련하여서는 첫째, 위 개정안 규정이 전용물소권 이론을 받아들인 것으로 볼 수 있는지와, 둘째, 기존에 유치권으로 담보되어 사실상 우선 변제받는 지위에 있었던 채권들이 개정안에 따르면 일반 저당권의 피담보채권으로 격하되었는바⁴²⁾ 공평

당시 목적 부동산이 미등기 상태였다고 하더라도 개정안 369조의3을 적용해야 할 것이다.

42) 담보목적물이 압류되기 전 유치권이 성립한 이상 유치권의 피담보채권은 매수인에게 인수되어 사실상 최선순

의 원칙에 입각한 유치권제도의 이념이 심각하게 훼손된 것은 아닌지에 대한 고민이 필요했던 것으로 보인다.

3.1 전용물소권

개정안 제369조의3은 현행 민법 제666조의 기능을 확장한 것으로 보인다. 민법 제666조는 부동산공사의 수급인이 채무자에게 그 부동산을 목적으로 한 저당권 설정을 청구할 수 있도록 규정하고 있는데, 개정안은 이러한 저당권설정청구권 행사의 주체를 수급인에 한정시키지 않을 뿐 아니라 소유자가 채무자가 아닌 경우에도 청구권 행사의 상대방으로 인정한다는 점에서 그 적용범위가 확장되어 있다.⁴³⁾

위 개정안 규정은 민법 제666조보다 채권자를 두텁게 보호할 수 있다는 장점이 있겠으나, 한편으로는 위 개정안이 채무자 아닌 소유자에게까지 저당권설정 의무를 부과함으로써 대법원 판례⁴⁴⁾가 인정하고 있지 아니한 전용물소권이론을 받아들이는 결과를 야기하는 것이 아닌지 문제되었다.⁴⁵⁾ 이에 관해 민법개정위원회는 채권자의 행동에 의한 이익이 소유자에게 귀속되었기에 그 이익을 채권자가 환수해 가도 문제가 없다는 판단을 한 것으로 보이니⁴⁶⁾ 이는 결국 전용물소권을 인정할 것인가의 문제와 무관하다 볼 수 없으므로 검토가 요구되는 부분이었다고 할 것이다.⁴⁷⁾

위로 변제 받아 온 반면, 일반 저당권의 피담보채권은 저당권등기시점을 기준으로 우선순위에 따라 채권을 변제받게 되므로 그 지위 변화에 있어 ‘격하’라는 표현을 사용하였다.

43) 윤진수, 앞의 논문, 216쪽.

44) 대법원 2002. 8. 23. 선고 99다66564 판결.

45) 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(III)”, 80-84쪽.

46) 윤진수, 앞의 논문, 216쪽.

47) 개정안 제369조의2와 제369조의3은 부동산 소유자가 채무자가 아닌 경우에도 저당권설정 의무가 발생한다는 점에서 동일하다. 한편 제369조의2 규정은 물권자인 유치권자의 권리를 규정하고 있다는 점에서 종래 유치권 규정이 전용물소권을 사실상 인정한 것인지에 대한 논의가 필요했다고 보이고(일단 유치권의 성립이 인정되면 현행법상 물권으로서 대세적 효력을 가지게 된다. 따라서 전용물소권을 인정하지 않는 우리 법제 하에서는 유치권제도 자체가 부정되어야 하는 것인지에 대한 검토가 필요할 것이다. 이동진, 앞의 논문, 76쪽 이하), 제369조의3의 경우 물권자가 아닌 채권자의 지위에 있는 자임에도 채무자 아닌 소유자에게 저당권설정청구를 할 수 있도록 하였다는 점에서 개정안 자체가 전용물소권을 인정한 것이 아닌지에 대한 검토가 필요했다고 보인다.

3.2 유치권자의 지위 약화

위 개정안 제369조의3은 목적부동산에 대한 비용지출채권자 등의 지위를 현저히 약화시키는 반면 그 부동산에 대한 선행 담보물권자에게 부당한 이득을 허용하는 것이었다고 생각된다.

그간 유치권은 유치권이 담보목적물의 압류 전 성립하였다는 사실만 인정된다면 그 피담보채권이 매수인에게 인수되어 사실상 최선순위변제권을 보장받아 왔음에도, 개정안 제369조의3에 따른 저당권설정청구권은 권리행사의 상대방이 저당권설정청구권 성립 당시의 소유자로 국한될 뿐 아니라 이렇게 설정된 저당권은 그 등기시를 기준으로 우선변제권이 생기게 되어 선순위담보물권자가 존재할 경우 비용지출채권자의 채권이 모두 변제되지 못할 위험에 노출되게 된다. 결국 개정안에 따른 경우 등기부동산에 대한 비용지출채권자의 지위는 기존의 유치권자와 비교하여 권리행사의 상대방 및 우선변제권 확보 면에서 크게 약화된 것이다.

필자는 앞으로의 입법 과정에서도 우리 법제가 거래안전을 위해 유치권제도의 이념인 공평의 원칙을 포기하여도 되는지에 대한 진지한 고민이 필요하다고 생각한다. 유치권제도의 부작용에도 불구하고 우리 법제가 그간 유치권제도를 고수하여 온 것은 유치권에 의하여 우선적으로 만족을 확보해주려는 그 피담보채권에 특별한 보호가치가 있다고 보기 때문이었다.⁴⁸⁾ 유치권의 피담보채권이 대부분 유치권자가 발생시킨 점유물의 가치 상승에 대한 반대급부인 만큼 그 채권을 모두 변제받을 때까지 유치권자에게 대세적인 인도거절권능을 보장하여야 공평의 견지에서 합당하다는 것이다. 물론 이러한 이념이 개정안에도 일부 반영되어 부동산소유자가 채무자가 아닌 경우에도 유치권자에 대한 저당권설정청구권을 부과한 근거가 되었으나⁴⁹⁾ 개정안에 따른 경우 기존 유치권제도의 보호이념이 크게 퇴색되었을 것이라는 사실에는 변함이 없어 보인다.

4. 민사집행법 개정안에 대한 검토

민사집행법 개정안의 주요 내용은 ① 배당요구권자 및 경매절차의 이해관계인의 범주

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

49) 저당권설정청구권 행사의 상대방에 채무자 아닌 소유자도 포함되는 것에 대하여 ‘소유자에게 채권자의 행동에 의한 이익이 귀속된다는 점’을 합리성의 근거로 제시하고 있다. 윤진수, 앞의 논문, 216쪽.

에 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자를 포함시킨 점(제88조 제1항 및 제90조), ② 경매로 인한 부동산 매각 시 유치권이 소멸하도록 하여 기존의 인수주의를 소멸주의로 전환시킨 점(제91조), ③ 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자에 대한 배당금액의 공탁과 그 공탁금에 대한 배당의 실시를 명문화한 점(제160조 제1항 및 제161조 제2항) 등이었다.

4.1 배당요구권자의 추가 및 배당금액의 공탁·배당의 실시

민사집행법 개정안은 민법 개정안 제369조의2에 따라 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자가 경매절차에서 배당요구를 할 수 있도록 하면서(민사집행법 개정안 제88조 제1항) 만약 배당 시까지 저당권설정의 등기가 마쳐지지 않은 경우에는 집행법원은 유치권자가 주장하는 변제기에 따라 우선순위를 매겨 공탁금을 계산하고(민법 개정안 제369조의2 제3항, 민사집행법 개정안 제160조 제1항) 이후 유치권자가 확정판결 등을 받으면 그 공탁금을 유치권자에게 지급하도록 하였다(민사집행법 개정안 제161조).

위 개정안 규정과 관련하여, 유치권 주장자가 정당한 유치권자임을 가장해 저당권설정청구의 소를 제기한 후 소유자와 통정하여 저당권설정을 명하는 확정판결(또는 조정, 화해조서 등)을 받을 가능성이 있어 문제되었다.⁵⁰⁾ 생각건대, 유치권자가 위 확정판결 등을 받은 경우에도 그 판결의 기판력이 제3자에게는 미치지 않는 것이므로 유치권자의 존재로 피해를 입게 된 다른 배당요구 채권자는 배당절차가 확정된 이후라도 가장 유치권자 등을 상대로 부당이득반환청구가 가능했을 것이다.⁵¹⁾ 또한 배당받을 지위에 있는

50) 장석천/이은규, 앞의 논문, 163쪽 및 170쪽. 한편 위 논문의 저자는 배당요구 전 유치권의 존부와 내용에 대해 최소한의 심사라도 거칠 수 있도록 민사집행법 개정안 제88조 제1항의 ‘민법 제369조의2에 따라 저당권설정청구의 소를 제기한 유치권자’를 ‘민법 제369조의2에 따른 저당권설정청구권보전을 위한 가치분을 한 유치권자’로 변경할 것을 제안하였다.

51) 법원행정처, 법원실무제요 민사집행(II), 법원행정처, 2014, 560쪽; 대법원 2007. 2. 9. 선고 2006다39546 판결 ([1] 확정된 배당표에 의하여 배당을 실시하는 것은 실제법상의 권리를 확정하는 것이 아니므로, 배당을 받아야 할 채권자가 배당을 받지 못하고 배당을 받지 못할 자가 배당을 받은 경우에는 배당을 받지 못한 채권자로서는 배당에 관하여 이의를 한 여부에 관계없이 배당을 받지 못할 자이면서도 배당을 받았던 자를 상대로 부당이득반환청구권을 갖는다 할 것이고, 배당을 받지 못한 그 채권자가 일반채권자라고 하여 달리 볼 것은 아니다. [2] 배당이의소송은 대립하는 당사자 사이의 배당액을 둘러싼 분쟁을 그들 사이에서 상대적으로 해결하는 것에 지나지 아니하여 그 판결의 효력은 오직 그 소송의 당사자에게만 미칠 뿐이므로, 어느 채권자가 배당이의소송에서의 승소확정판결에 기하여 경정된 배당표에 따라 배당을 받은 경우에 있어서도, 그 배당이 배당이의소송에서 패소확정판결을 받은 자 아닌 다른 배당요구채권자가 배당받을 뭇가지도 배당받은 결과로 된다면 그 다른 배당요구채권자는 위 법리에 의하여 배당이의소송의 승소확정판결에 따라 배당받

다른 채권자는 유치권자가 저당권설정청구의 소를 제기하고 배당요구를 한 경우 그 소송의 진행경과와 상관없이 별도로 유치권자를 상대로 배당이의의 소를 제기할 수 있을 것이고, 유치권자가 소유자와 통정하여 얻은 확정판결 등을 가지고 배당에 참가한 유치권자에 대해서도 다른 배당요구채권자는 배당기일에 이의를 제기한 후 배당이의의 소를 제기하면 되었을 것이다.⁵²⁾

4.2 인수주의와 소멸주의

개정안은 현행 민사집행법 제91조 제5항을 삭제하고 동조 제2항에 유치권을 포함시켜 기존의 유치권제도가 취해온 인수주의를 폐지하고 소멸주의를 채택하였다.

유치권제도는 공평의 원칙에 입각한 것으로 점유물에 대한 비용지출자 등에게 우선적으로 채권을 회수할 권리를 부여함으로써 공사업자 등이 사실상 자신의 채무를 선이행할 수밖에 없는 건설업계의 현실에서 이들을 보호하는 수단으로 활용되어 왔다. 또한 우리 법제는 유치권의 존부가 의심스러운 경우 이해관계인이 유치권자에 대해 유치권존부확인 소를 제기할 수 있도록 함으로써 그 진위를 다룰 수 있도록 하였다. 이렇듯 제도의 취지에 정당성이 인정되고 폐단에 대한 나름의 대응방식을 구비하고 있음에도 유치권제도가 끊임없이 폐지요구에 맞닥뜨려온 것 근본적인 이유는 유치권제도가 인수주의를 취해 왔기 때문이라 생각된다.

현행법상 유치권자는 일반경매절차에 있어 배당받을 채권자에 포함되지 않기에 다른 채권자에 의해 유치권부존재확인의 소가 제기된다 하더라도 경매절차가 중단되거나 해당 금액이 공탁되지 않는다. 유치권이 부존재한다는 판결이 확정되기까지 짧은 기간이 소요될 것임은 당연하고, 그 판결로 유치권의 존부 및 내용이 확실해지기 전까지는 매수희망자는 입찰을 꺼리게 될 것이므로 해당 물건은 유찰을 거듭하면서 결국은 부당하게 낮은 가격으로 매각될 것이다. 만약 매수인이 유치권의 존재를 인식하지 못한 경우 매각가의 저감이 일어나진 않을 것이나 매수인이 목적부동산에 대한 정당한 대가를 치렀음에도 추가적으로 유치권자에게 변제를 하거나 유치권부존재확인의 소를 제기하는 등의 부담을 감수해야 할 것이므로 결국 현행 유치권제도가 취하고 있는 인수주의는 경매절차에서의 이해관계인들에게 큰 부담이 되어 왔다고 할 수 있다.

은 채권자를 상대로 부당이득반환청구를 할 수 있다.)

52) 법원행정처, 앞의 책, 568쪽.

따라서 앞서 살펴본 유치권 관련 개정안은 비록 폐기되긴 하였으나 유치권의 인수주의를 폐지하는 근본적인 변화를 모색하였다는 점에서 매우 고무적이며 향후 입법 과정에서도 이러한 인수주의 폐지 입장은 고수되어야 할 것이다.

IV. 앞으로의 입법 방향

앞서 살펴 본 유치권 관련 개정안은 소멸주의를 취하였다는 점에서는 매우 긍정적이거나, 유치권에 소멸주의를 도입하는 과정에서 유치권을 저당권으로 대체하길 시도하였고 이는 기존 유치권자의 지위를 일방적으로 약화시키는 것을 의미하였기에 최선의 개정안이라 볼 수 없었다.

따라서 유치권제도를 폐지하는 방안을 고려하기에 앞서 기존 제도의 보완으로 유치권 제도의 문제점을 해결해 나갈 방법이 없는지에 대한 신중한 검토가 필요한 바, 가능한 입법방향⁵³⁾ 중 한 가지는 유치권 자체를 등기할 수 있도록 하되 소멸주의를 취하여 경매과정에서 모두 소멸케 하는 방식이다.⁵⁴⁾

1. 인수주의 폐지

우선, 유치권제도에 있어 소멸주의를 취해야 한다는 점에는 학계와 실무계 모두에서 공감대가 형성된 것으로 보인다. 그간 우리 대법원에서 유치권의 대항력 법리를 전개하여 매수인에게 인수되는 유치권의 범위를 축소시켜 온 점에서도 알 수 있듯이, 기존의 인수주의는 경매절차에 관련된 모든 이해관계인에게 큰 부담이 되어 왔고 유치권제도의 폐지요구가 지속적으로 제기되도록 한 주범이었다고 할 수 있다.

앞에서 살펴 본 바와 같이 유치권의 인수 및 소멸과 관련하여 대법원 판례가 보여주는 대항력 법리는 점차 정치해지고 있긴 하지만 현행 유치권제도의 문제점을 해결하기에는

53) 종래 주장되어 온 입법론으로는, 유치권도 등기할 수 있도록 하거나, 법정저당권과 같은 제도를 도입하거나, 유치권에 우선변제권 부여하여 경매를 통해 소멸되도록 하는 방법 등이 있다. 윤진수, 앞의 논문, 203쪽.

54) 이와 같이 유치권 제도를 개선하기 위해서는 민법, 부동산등기법, 민사집행법 등 유치권 관련 법률들의 광범위한 개정이 필요할 것이다. 예를 들면, 부동산등기법 제3조에 유치권을 추가하여 유치권도 등기할 수 있도록 해야 할 것이고, 민사집행법 제91조 제2항에도 유치권을 추가하여 유치권도 매각으로 인해 소멸토록 하여야 할 것이다.

부족한 면이 있다. 폐기되었기는 하나 민법개정위원회에서 인수주의를 폐지하는 내용의 개정안을 마련한 것도 대법원 판례이론만으로는 유치권 제도의 문제를 해결하기 힘들다는 문제의식이 깔려 있었기 때문이라 판단된다.

따라서 향후 입법과정에서도 인수주의를 폐지하여 유치권이 경매과정에서 모두 소멸토록 하여야 할 것이고, 소멸주의 하에서도 유치권자의 지위가 과거보다 현격히 약화되지 않도록 유치권을 폐지하는 방식이 아닌 기존 제도를 보완하는 방식을 취해야 할 것이다.

2. 유치권 등기 인정 및 표시등기부제 도입

한편, 기존의 인수주의로 사실상 최우선변제권을 보장받던 유치권에 소멸주의를 적용하기 위해서는 유치권자가 경매절차 내에서 자신의 피담보채권을 변제받을 수 있도록 유치권에 우선변제권을 부여하는 입법이 필요할 것이다. 또한 유치권에 우선변제권을 부여하기 위해서는 그 권리가 등기로 공시되어야 할 것인데, 폐기된 개정안처럼 유치권을 저당권으로 전환하여 등기하도록 할 것이 아니라 유치권 자체를 등기하도록 하는 방식⁵⁵⁾을 고려해 볼 필요가 있다.⁵⁶⁾

55) 김영두, 앞의 논문, 217쪽; 김득수 “부동산경매에서 유치권제도 개선방안에 관한 연구”, 전주대학교대학원 박사학위논문, 2011, 144쪽; 오시영 “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 220-222쪽(저자는 유치권을 등기할 수 있는 권리로 개정하여야 하는 이유에 대해 “첫째, 유치권을 등기할 수 있는 권리로 하게 되면 점유라는 불완전한 공시에서 벗어날 수 있어 법적안정성을 도모할 수 있고, 둘째, 유치권자가 유치물의 점유를 원하지 않을 경우 유치권의 존속을 위해 어쩔 수 없이 유치물을 계속 점유하여야 하는 부담에서 벗어날 수 있고, 셋째, 유치권자가 유치물을 선량한 관리자의 주의의무로 보관하여야 하는 의무에서 벗어나 그 의무해태에 따른 채무자의 유치권소멸청구를 예방할 수 있고, 넷째, 유치권자가 유치물 점유에 따른 유지비용의 지출로 유치권의 피담보채권 증가를 방지할 수 있고, 다섯째, 유치권 등기 후에 유치물을 소유자 혹은 채무자에게 반환하여 유치물의 원래 용도대로 사용·수익할 수 있도록 하여 유치 목적물의 훼손을 방지할 수 있어 국가경제적 이익을 도모할 수 있기 때문이다.”라고 기술하고 있다.); 한편 유치권자가 부동산 소유자의 협력 없이 유치권을 등기해야 할 특별한 사정이 있는 경우 유치권자 단독으로도 유치권을 등기할 수 있도록 유치권등기명령제도를 도입해야 한다는 주장도 있다. 황종술, “부동산경매 이해관계인의 권리보호를 위한 유치권의 개선방안”, 전주대학교대학원 박사학위 논문, 2009, 135쪽.

56) 이외에도 개정안처럼 굳이 저당권이라는 등기절차 경유할 것이 아니라 유치권자의 피담보채권에 우선변제권 부여하고 유치권자에게 그 우선변제권 확보하기 위한 경매청구권을 곧바로 인정하면 될 것이라는 주장, 한상곤, 앞의 논문, 172-173쪽(위 논문의 저자는 유치권에 대한 경매절차에서 개선되어야 할 점으로 첫째, 유치권자의 신청에 의한 경매이든 다른 담보물권자의 신청에 의한 경매이든 유치권자의 지위가 달라지면 안된다는 점, 둘째, 유치권의 내용 및 피담보채권의 액수 등이 경매절차에서 특정되어야 한다는 점을 꼽고 있다. 이를 위해 저자는 유치권에 우선변제권과 경매신청권 부여하되, 이때의 경매청구권은 저당권자의 경매청구권과 같이 담보권실현의 경매청구권으로 개정하여야 한다고 주장한다.)

위 주장에 대해, 폐기된 개정안 또한 저당권등기로서 권리를 공시하기로 하였고 피담보채권에 대한 우선변제권을 인정하기로 하였으며 경매절차에 있어 소멸주의를 취하였기에 유치권 자체를 등기하는 것과 효과가 다르지 않았을 것이라는 반박이 가능할 수 있다.⁵⁷⁾ 하지만 유치권은 저당권과는 달리 우선변제권을 이원화하여 변제해야 공평하고, 그 과정에서 제3자가 목적부동산에 설정된 권리를 혼동하지 않도록 저당권이 아닌 유치권에 의한 등기라는 것을 특정하여 공시해야 한다는 주장은 주목할 필요가 있다.

유치권의 우선변제권을 이원화하여 보호해야 한다는 주장⁵⁸⁾은 유치권제도의 이념인 공평의 원칙과 통하는 것으로 보인다. 폐기된 개정안과 같이 유치권제도가 원칙적으로 폐지되고 저당권 형식으로 등기되게 되면 유치권자로 인해 발생한 가치증가분을 유치권보다 순위가 앞서는 담보물권자 등이 우선하여 누리게 되는 부당함이 발생할 수 있다. 따라서 목적부동산의 가치를 평가할 때 유치권자에 의해 증가된 객관적 가치 상당액 및 그 외의 금액으로 구분하여, 전자에 대해서는 원칙적으로 유치권자에게 최우선변제하고⁵⁹⁾60) 후자에 대해서는 유치권 성립시기에 담보권이 설정된 것으로 보아 그 순위에 맞게 우선변제하자는 것이다.

필자도 유치권자로 인한 해당목적물의 가치 증가분에 대해서는 유치권자에게 최우선변제권을 보장하는 것이 그간 유치권제도가 추구해온 공평의 원칙을 훼손하지 않는다고

57) 윤진수, 앞의 논문, 210쪽. 요지는, 유치권 자체를 등기하도록 하는 것은 법정담보물권으로서의 유치권의 성격에 부합하지 않을 뿐 아니라, 등기 전에는 유치권의 효력을 제3자에게 주장하지 못하게 되어 유치권자의 보호수단으로 불충분하고, 이와 같이 등기된 유치권에 우선변제권 부여한다면 이는 저당권과 다를 바가 없다는 것이다. 생각건대, 유치권 자체를 등기할 수 있도록 하자는 주장이 등기를 하여야만 유치권이 성립한다는 것을 의미하는 것은 아니고, 후술할 바와 같이 유치권의 공시방법으로 점유도 인정하되 등기로 전환할 유인책을 마련한다면 법정담보물권으로서의 성격에도 반하지 않을 뿐 아니라 유치권자의 보호수단으로도 불충분하다 할 수 없을 것이다.

58) 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(Ⅰ):부동산유치권과 최우선변제권”, 법학논총 제32권 제2호, 전남대학교 법률행정연구소, 2012, 280-286쪽. 저자는 구체적 예를 들어 이와 같은 이원적 변제 방식에 대해 설명하고 있다.

59) 이동진, 앞의 논문, 81쪽. 위 논문의 저자는 이러한 가치증가분에 대하여 유치권자에게 최선순위 우선변제권을 부여하는 것이 가능하다고 의견을 제시하면서 “오히려 배려해야 할 것은 비용지출 후 우선변제권 공시 전 증가된 부동산의 가치를 신뢰하고 새로 이해관계를 맺은 소유자 기타 후순위 제한물권자와의 이해조정”이라고 말한다.

60) 담보목적물 자체와 견련관계에 있는 채권에 대해서는 유치권자에게 최우선변제권을 인정하여야 한다는 견해, 한상곤, 앞의 논문, 174-175쪽(단, 위 논문의 저자는 유치권의 피담보채권에 최우선순위를 인정해야 한다는 주장의 근거로 그간 민사집행법 제1조 제5항에 따라 유치권의 피담보채권에 대한 부담이 사실상 낙찰인에게 인수되었던 점을 들고 있다. 또한 가치증가분과 그 외의 부분을 나누지 않고 피담보채권 전체에 대한 최우선순위를 인정할 것을 주장하고 있는 것으로 보인다.)

생각하기에 동의하는 바이다. 만약 최우선변제권을 인정하지 않는다면 권리관계를 명확히登記할 수 없는 미등기부동산이나 이미 선행저당권이 많이 설정되어 있는 등기부동산의 경우 공사업자들이 선뜻 공사에 착수하기 어려울 것이라는 점도 생각해볼 필요가 있다.

하지만 이 경우 목적부동산의 가치를 유치권자로 인한 객관적 가치증가분과 그 외의 부분으로 명확히 구분할 수 있는 치밀한 대안 구성이 필요할 것으로 생각된다. 이와 관련하여, 경매신청 시 유치권의 존재가 밝혀져 있는 경우라면 법원이 경매목적물의 시가에 대한 감정평가를 명할 시 유치권자로 인해 증가된 객관적 가치 증가분과 그 외의 부분을 구분하여 평가하도록 감정명령을 내리게 하고, 만약 감정 시 유치권의 존재가 밝혀지지 않아 구분감정이 이루어지지 않은 경우라면 경매대금 배당 시 유치권자의 배당이의신청에 의한 배당이의의 소로 해결하면 될 것이라는 주장이 있다.⁶¹⁾

하지만 위 방안을 따를 경우에도 여전히 해결해야 할 과제들이 남는데, 그 중 첫째는, 유치권자가 목적물의 객관적 가치 증가에 기여한 부분을 어디까지 인정할 것인지에 대한 문제이다. 예를 들어, 유치권자의 유익비 지출로 인한 목적물의 가치 상승분은 당연히 위 구분평가에 반영되어 유치권자에게 최우선변제권이 보장될 것이나, 유치권자가 담보목적물의 보존을 위해 지출한 수선비 등도 목적물의 객관적 가치를 증가시켰다고 볼 수 있는지 등에 대한 검토가 필요할 것이다. 생각건대, 유치권자가 지출한 필요비는 담보목적물의 가치 하락을 막기 위해 물건 자체에 투입된 비용이라는 점에서 유치권자로 인한 목적물의 가치 변동을 인정해야 할 것이며, 이 때의 가치증가분은 ‘유치권자가 없었다면 추후 필연적으로 발생했을 보존비용’이라 할 것이다. 두 번째 문제는, 유치권을 주장하는 이가 진정한 유치권자라 할지라도, 유치권자와 채무자 외에는 공사대금 및 공사 내용에 대한 정보를 확보하기 어렵다는 점에서 추후 유치권자가 채무자와 통정하여 유치권자로 인한 가치증가분이 과대평가되도록 조작할 여지가 있는 바, 이와 같은 통정을 막을 구체적 대안이 필요하다는 것이다. 이러한 문제에 대한 대비책이 없이 가치증가분에 대한 최우선변제권을 인정한다면 결국 기존 유치권 제도와 같이 선행저당권자에게 불측의 피해를 주는 결과를 야기할 것이라는 점에서 위의 문제는 특히 치밀한 대안 구성이 요구된다 할 수 있으나, 이는 새로운 유치권제도의 정착과 관련해 시간을 두고 연구할 과제라고 판단되므로 다음 기회에 자세히 검토해 보려고 한다.

한편 미완성·미등기부동산의 경우 권리를 어떻게 공시할 것인지에 대해서도 대안을

61) 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(I):부동산유치권과 최우선변제권”, 283-284쪽.

마련할 필요가 있다. 폐기된 개정안의 문제점 중 하나는, 사실상 유치권 관련 분쟁의 상당수는 미등기부동산에서 일어남에도 불구하고 미등기 상태의 부동산에 관해서는 현행 유치권제도와 차별화되는 대안을 마련하지 못했다는 점이다. 따라서 향후 입법과정에서는 미완성·미등기부동산의 경우에도 유치권 등기 및 강제집행이 가능하도록 대안을 마련해야 할 것인데, 이와 관련하여 일본처럼 미완성·미등기부동산에 표시등기부(임시가등기부)제도를 도입하자는 주장⁶²⁾은 숙고해 볼 가치가 있다고 판단된다.

3. 유치권 공시방법으로서의 점유

전술한 바와 같이 유치권자에게 이원적 변제를 허용할 경우 목적 부동산에 대한 다른 담보물권자가 불측의 손해를 볼 가능성은 다음과 같이 경우를 나누어 생각해 볼 수 있다.

우선, 유치권이 성립되기 이전에 담보물권을 취득한 자는 애초 유치권자로 인한 가치상승이 있기 전의 담보가치를 신뢰하고 물권을 취득한 것이기에 이후 유치권자로 인한 가치증가분이 유치권자에게 먼저 돌아간다고 해도 불측의 손해 입지 않을 것이다. 한편 유치권이 등기된 이후 담보물권을 취득한 자는 유치권자의 피담보채권액을 고려하여 물권을 취득하였을 것이므로 이 경우 역시 문제될 것이 없어 보인다.

반면, 유치권은 성립하였으나 그 등기 이전 시점에 동일목적물에 대한 담보물권을 취득한 권리자는 유치권자에 의한 가치증가분을 본래의 담보가치에 포함된다 생각하고 담보물권 취득할 수 있어 문제가 된다. 이 경우에도 유치권자는 가치증가분에 대해서는 최우선변제를 받을 수 있을 것이기에 다른 담보물권자로서는 유치권자가 최우선 변제받게 되는 금액만큼 불측의 손해를 입게 되는 것이다.

62) 안철상, “건축 중인 건물에 대한 금전채권의 집행”, 부산판례연구 제7집, 부산판례연구회, 1995, 582-583쪽; 미완성·미등기부동산의 경우는 일본에서 시행 중인 표시등기부(임시가등기부)제도를 도입하여 미등기부동산에 대한 유치권 등기 및 강제집행이 가능하도록 하자는 주장, 오시영, “미등기건물에 대한 강제집행상의 문제점 및 입법론적 고찰”, 민사소송 제11권 제2호, 한국민사소송법학회, 2007, 244쪽 이하; 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(Ⅰ):부동산유치권과 최우선변제권”, 276-279쪽. (우리 나라의 경우 상법상 건조 중인 선박에 대하여 완성된 선박을 전제로 한 표시등기제도를 허용하고 있고, 일본에서는 표시등기제도를 통해 미완성부동산에 대한 등기를 허용하고 있는 바, 우리도 표시등기제도를 도입하게 되면 미완성 건물에 대한 강제집행이 용이해져 미완성 건물에 대한 권리관계의 정리 및 매수인에 의한 건물완공이 가능하게 되어 국가경제적 측면에서도 효용이 극대화된다는 주장, 저자는 채권자가 미등기건물에 대한 소유자가 채무자임을 소명하여 유치권설정등기나 강제집행을 신청하고 법원이 현장조사 등을 통해 채무자의 소유임을 확인하면 강제집행을 위한 임시등기부를 작성하도록 하자고 주장한다.)

이는 향후 입법과정에서 위와 같은 이원적 변제 방식을 인정할 경우 유치권의 공시에 있어 단절이 생기지 않도록 점유도 유치권의 공시방법으로 인정해야 함을 시사한다.⁶³⁾ 폐기된 개정안과 같이 유치권을 저당권으로 대체하는 방식을 취한다면 제3자는 등기부에 기재된 선순위권리자만 확인하면 될 것이나, 유치권자의 등기시점과 상관없이 유치권자에게 가치증가분에 대한 최우선변제권을 인정한다면 유치권이 등기되기 전까지는 그 권리가 점유로써 공시되도록 하여야 제3자가 입을 불측의 손해를 예방할 수 있을 것이다.

하지만 위와 같이 유치권의 공시방법으로 점유를 인정한다 하더라도 부동산 물권은 등기로서 공시된다는 원칙에 부합하도록 점유상태를 등기로 전환케 할 유인책을 마련해야 한다. 이러한 문제에 대한 해결책은 앞으로 시간을 두고 연구할 과제라 생각되어 다른 기회에 자세히 검토할 숙제로 남긴다.

V. 결론

현행 유치권제도의 폐해는 결국 민사집행법상의 인수주의 규정에서 비롯된다고 할 수 있다. 다른 담보물권과는 달리 일반경매절차에서 소멸되지 않는 유치권의 특수성은 유치권자에게 우선변제권을 인정하지 않는 대신 유치권자에게 경매절차와 관련된 어떠한 의무도 부과하지 않음으로써 유치권의 존부 및 내용에 대한 정보를 유치권자가 독점하도록 만들었다. 이로 인해 해당부동산의 소유자 혹은 채무자 등과 통정한 가장 유치권자들이 기승을 부리게 되었고, 유치권 주장자에 대한 정보가 충분치 않은 매수희망자들은 매각가가 충분히 떨어질 때까지 응찰을 꺼리게 되어 매각가가 부당하게 낮은 가격에서 정해지는 일이 비일비재하였다. 매각가의 저감은 결국 해당부동산의 담보가치를 신뢰했던 채권자들에게 불측의 손해를 주는 것을 의미하는데, 이와 같은 매각가의 저감 현상은 유치권자가 진정 유치권자인 경우에도 마찬가지로 나타난다는 점에서 현행법하의 유치권은 필연적으로 해당부동산에 대한 다른 이해관계인의 희생을 요구하였다 할 수 있다.

63) 오시영, “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, 강원법학 제38권 제1호, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 117쪽 (유치권의 등기 전에는 점유유치권으로, 등기 후에는 등기유치권으로 각각 제3자에게 유치권을 주장할 수 있도록 보장해야 한다는 주장)

이러한 이유로 우리 대법원에서는 유치권의 인수주의를 제한하기 위한 판례 이론을 전개하여 왔으나 앞서 살펴 본 바와 같이 판례의 대항력 법리는 현행법의 해석론에 의한 해결이 한계가 있음을 드러내었다. 폐기된 개정안은 이렇듯 유치권제도의 문제 해결이 궁극적으로는 입법을 통해서만 가능하다는 인식에 기반하여 마련되었던 것으로 보인다. 하지만 위 개정안은 유치권 제도에 있어 인수주의 폐지라는 근본적인 변화를 추진하는 한편, 유치권을 폐지하고 이를 저당권으로 대체함으로써 그간 유치권제도가 추구해온 공평의 원칙을 훼손하였기에 최선책이었다고 할 수는 없었다.

유치권의 문제점을 근본적으로 시정하기 위해 유치권 관련 폐해의 주범인 인수주의는 당연히 폐지되어야 할 것이나, 이 과정에서 유치권자의 지위가 공평의 원칙에 반할 정도로 약화되어서는 안 된다. 폐기된 개정안과 같이 유치권을 저당권 등으로 전환하는 방식은 유치권의 피담보채권이 대부분 유치권자가 발생시킨 가치증가분에 대한 반대급부라는 점을 간과한 것이기에 공평하다고 볼 수 없다.

따라서 향후 입법과정에서는 유치권을 폐지하는 대신 현행 유치권제도를 보완하는 방식을 택하여야 할 것이다. 우선 유치권 자체를 등기할 수 있도록 하여 유치권자로 인한 점유목적물의 가치증가분에 대해서는 유치권자에게 최우선변제권을 보장하고 가치증가분 외의 부분에 대해서는 유치권 성립시점에 따른 우선변제권을 부여하되, 유치권은 매각절차에서 모두 소멸하도록 해야 할 것이다. 또한 미등기·미완성 부동산의 경우에도 유치권 등기 및 강제집행이 가능하도록 표시등기부제도를 도입해야 할 것이며 유치권의 공시에 단절이 생기지 않도록 점유 또한 유치권의 공시방법으로 인정해야 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

법무부, 민법개정총서(3) 2004년 법무부 민법개정안 총칙·물권편, 2012.

법원행정처, 법원실무제요 민사집행[Ⅱ], 2014.

2. 학술지

김상찬/강창보, “부동산 유치권제도의 개선방안-2012년 민법개정안의 검토를 중심으로-”, 법과정책 제19권 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013, 71-91쪽.

김상찬/정영진, “부동산 경매절차상 유치권제도의 문제점과 개선방안”, 재산법연구 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011, 61-86쪽.

김 송, “유치권관련 개정안에 대한 재고”, 법학연구, 제24권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2016, 181-205쪽.

김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 토지법의 이론과 실무: 지엄 이선영박사 화갑기념, 법원사, 2006, 203-218쪽.

김영희, “유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력”, 민사법 학제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013, 397-444쪽.

김재형, “부동산유치권의 개선방안”, 민사법학 제55권, 한국민사법학회, 2011, 339-384쪽.

김홍엽, “민사유치권 관련 민사집행법 개정안에 대한 비판적 고찰”, 성균관법학 제25권 제4호, 성균관대학교 법학연구소, 2013, 147-168쪽.

박상언, “저당권 설정 후 성립한 유치권의 효력”, 민사판례연구 제32권, 박영사, 2010, 333-404쪽.

성민섭, “부동산유치권제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여”, 외법논집 제38권 제1호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2014, 89-208쪽.

안철상, “건축 중인 건물에 대한 금전채권의 집행”, 부산판례연구 제7집, 부산판례연구회, 1995, 565-587쪽.

오시영, “부동산유치권 강제 집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 토지법학 제23권 제2호, 한국토지법학회, 2007, 213-254쪽.

- _____, “미등기건물에 대한 강제집행상의 문제점 및 입법론적 고찰”, 민사소송 제11권 제2호, 한국민사소송법학회, 2007, 225-264쪽.
- _____, “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, 강원법학 제38권 제1호, 강원대학교 비교법학연구소, 2013, 97-142쪽.
- _____, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(I):부동산유치권과 최우선 변제권”, 법학논총 제32권 제2호, 전남대학교 법률행정연구소, 2012, 265-294쪽.
- _____, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(II)”, 법학논총 제32권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 237-270쪽.
- _____, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(III)”, 법학논총 제33권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2013, 69-97쪽.
- 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 민사법학 제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013, 193-234쪽.
- 이동진, “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”, 민사법학 제49권 제1호, 한국민사법학회, 2010, 49-88쪽.
- 이상태, “부동산유치권에 의한 경매의 성질과 절차”, 일감법학 제20호, 건국대학교 법학연구소, 2011, 3-52쪽.
- _____, “유치권에 관한 연구: 대항력제한을 중심으로(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다 70763 판결)”, 토지법학 제26권 제1호, 한국토지법학회, 2010, 77-109쪽.
- 이선희, “부동산 유치권의 대항력 제한”, 민사법학 72호, 한국민사법학회, 2015, 215-257쪽.
- 장석천/이은규, “민법 유치권 개정 법률안 중 저당권설정청구권에 관한 소고”, 재산법연구 제32권 제3호, 한국재산법학회, 2015, 155-176쪽.
- 전장현, “부동산경매에서 유치권의 문제점과 개선방안에 대한 입법론적 고찰”, 법제연구 제41호, 한국법제연구원, 2011, 261-302쪽.
- 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42집, 법원도서관, 2006, 345-422쪽.
- 하상혁, “가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류채권자에게 대항할 수 있는지 가부 -대법원 2011.11.24. 선고 2009다19246 판결-”, 특별법연구 제10권:전수안대법관 퇴임기념, 사법발전재단, 2012, 986-1006쪽.
- 한상근, “민사집행절차에서 본 유치권의 개정안에 대한 고찰”, 경희법학 제50권 제1호, 경희법학연구소, 2015, 151-180쪽.
- 홍봉주, “부동산유치권에 관한 개정안 검토”, 일감법학 제31권, 건국대학교 법학연구소, 2015, 3-33쪽.

3. 학위논문

김득수, “부동산경매에서 유치권제도 개선방안에 관한 연구”, 전주대학교대학원 박사학위논문, 2011.

신국미, “유치권제도에 관한 연구: 동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로”, 고려대학교대학원 박사학위논문, 2003.

황종술, “부동산경매 이해관계인의 권리보호를 위한 유치권의 개선방안”, 전주대학교대학원 박사학위 논문, 2009.

[Abstract]

Legislative Directions for the Improvement of the Principle of Retention

Cho, Yun-A*

The problematic issue deriving from the current system of the Right of Retention has been the Principle of Take Over in the Civil Execution Act which actually had approved the most preferential repayment right to the Retention Right. Being aware of this issue, the Supreme Court has endeavored to restrict the Principle of Take Over by the active interpretations of the existing laws (e. g., the 320th article of the Civil Act and the 91th article of the Civil Execution Act). The legal principles restricting counterforce of the Right of Retention have been developed as a precedent theory necessitated by this problematic issue. This paper argues that the legal principles restricting counterforce of the Right of Retention cannot entirely settle the issue and that legislation is a more appropriate approach to the problematic issue of the current Right of Retention in force.

The Bill of the Civil Act Amendment which abrogate the Right of Retention in principle and transforms it to the system of a hypothec, has discarded as the term of 19th National Assembly ended. However, this aborted Bill gives a significant suggestion to the direction of forthcoming legislation, on the way of attempting to abrogate the Principle of Take Over in the Right of Retention. Nonetheless, this Amendment Bill was not the best possible legislation to settle the problematic issue inherent in the Right of Retention in force. By replacing the Right of Retention with a hypothec, it impairs the Principle of Fairness that the Right of Retention has pursued.

This paper suggests a fresh direction for a new Amendment of the Right of Retention by evaluating the pros and cons of both the Principle of Opposing power developed by the Supreme Court precedents and the recently aborted Bill of the Civil Law Amendment. It

* Lawyer, Law Firm Seo-Ha.

argues for a legislation that does not abrogate but supplements the current Right of Retention.

The specific supplementations are as follows:

1. Bestow the preferential repayment right to the lien but let it be extinguished by sale.
2. Allowing the lien to be registered on the register book.
3. Introducing the indication registration system so the lien can be registered on unregistered immovables and thereby make them subject to compulsory execution.
4. Acknowledging the possession of the immovables as a way of making public the Right of Retention so there may not be a discontinuation in the public notice of the lien.

[Key Words] The Right of Retention, The Bill of the Civil Act Amendment, The Principle of Take Over, The Principle of Opposing power, The preferential repayment right