



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

碩士學位論文

不動產競賣에 있어서 留置權을 둘러싼 制度 改善

Lien Hold around System Improvement in Real Estate Auction



濟州大學校 行政大學院

法學科

姜昌甫

2011年 2月

不動産競賣에 있어서 留置權을 둘러싼 制度 改善

Lien Hold around System Improvement in Real Estate Auction

指導教授 金 祥 濼

姜 昌 甫

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함.

2011년 2月

姜昌甫의 法學 碩士學位 論文을 認准함.

審査委員長 _____ ①

委 員 _____ ①

委 員 _____ ①

濟州大學校 行政大學院

2011年 2月

目 次

第1章 序 論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 方法과 範圍	3
第2章 不動産競賣와 留置權의 法理	5
第1節 不動産競賣	5
1. 부동산경매의 의의	5
2. 부동산경매의 종류	5
3. 부동산경매의 목적물	8
4. 부동산경매의 절차	10
第2節 留置權의 法理	19
1. 유치권의 의의와 법적 성질	19
2. 유치권의 성립요건	22
3. 유치권의 효력	29
4. 유치권의 소멸	36
第3節 不動産競賣에 있어서 留置權者의 對抗力	37
1. 압류 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우	38
2. 가압류 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우	41
3. 저당권 설정 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우	42

第3章 不動産競賣에 있어서 留置權者의 地位·····46

第1節 競賣請求權者로서의 地位·····	46
1. 유치권자의 경매청구권·····	46
2. 유치권자가 신청한 경매의 성격·····	47
3. 경매청구권 행사시 민법 제322조 제2항의 유추적용·····	50
第2節 利害關係人으로서의 地位·····	51
1. 이해관계인의 범위와 권리·····	52
2. 유치권자의 이해관계인 여부·····	54
第3節 賣却不動産을 留置·使用할 地位·····	57
1. 매각부동산을 유치할 지위·····	57
2. 유치물 사용권의 인정여부·····	59
第4節 配當要求權 및 費用償還請求權 등에 기한 地位·····	59
1. 배당요구권·····	59
2. 비용상환청구권에 기한 유치권자의 지위·····	64
3. 손해배상청구권에 기한 유치권자의 지위·····	65
4. 공사대금청구권에 기한 유치권자의 지위·····	66

第4章 不動産競賣에 있어서 留置權의 制度上 問題點과 改善方案·····68

第1節 賣却準備段階에 있어서 留置權·····	68
1. 형식적 현황조사·····	68
2. 허위·과장된 유치권신고·····	72
3. 개선방안·····	75

第2節 賣却段階에 있어서 留置權·····	80
1. 유치권의 존재여부 파악 곤란·····	80
2. 개선방안·····	82
第3節 配當段階에 있어서 留置權 ·····	85
1. 유치권자의 확인 여부 곤란·····	85
2. 개선방안·····	87
第4節 執行段階에 있어서 留置權·····	88
1. 관련 소송으로 인한 경매지연·····	88
2. 개선방안 ·····	90
第5章 結 論·····	91
參 考 文 獻·····	94
ABSTRACT·····	99

第1章 序 論

第1節 研究의 目的

유치권과 관련하여 우리 민법 제322조 제1항은 “타인의 물건 또는 유가증권을 점유하는 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다”고 규정하고 있다. 타인에게 물건을 인도할 의무가 있는 자라 할지라도 그 물건에 관하여 생긴 채권이 있는 경우에는 일반적으로 물건의 인도를 강요하는 것은 공평하지 않기 때문에 유치권을 인정하고 있는 것이다. 유치권은 목적물을 유치함으로써 심리적 압박에 의하여 채무자의 변제를 간접적으로 강제함을 주된 목적으로 한다는 점에서 목적물의 교환가치를 직접목표로 하는 우선변제권을 가지는 전형적인 담보물권과 다를 뿐만 아니라 법률상 당연히 성립하는 법정담보물권이라는 점에서도 다른 담보물권과 다르다.¹⁾ 유치권은 점유하고 있는 물건에 대하여 어느 누구에 대하여도 목적물의 인도를 거절할 수 있는 인도거절권능이 있기 때문에 유치권에 대하여 우선변제적효력을 인정하고 있지 않지만 실질적으로는 제1순위에 해당할 만큼 우선변제적 효력을 부여하고 있다고 할 수 있다.

한편, 유치권은 유치적 효력이 본질이므로 저당권설정등기나 압류 또는 가압류 등기의 전후에 관계없이 매각에 의하여 소멸되지 않는다. 우리 민사집행법 제91조 제5항에서는 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다”고 규정하고 있어, 법원의 경매절차에서 매수인에게 법원에 납부할 매각대금과 별도로 유치권자에 대하여 피담보채권의 추가변제를 강제하고 있다.²⁾ 그러나 유치권의 성립시기나 대항력의 유무에 아무런 제한을 두고 있지 않다. 그렇기 때문에 압류 이후에 유치권이 성립하거나, 유치권 신고시 허위신고 또는 과장신고 등으로 인하여 경매물건의 매각가격을 떨어뜨리고 물건의 인도가 지연되는 등 여러 가지 피해가 발생되게 된다. 이로 인하여 유치권으로 인한 피

1) 김형배 외, 「민법학강의(제9판)」, 신조사, 2010, 713면; 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2010, 714면; 지원립, 「민법강의(제7판)」, 홍문사, 2009, 694면.

2) 오시영, “부동산유치권의 성립과 대항력의 구별”, 「민사법학」 제38호, 한국민사법학회, 2007.9, 239면.

해가 확산되고 있음에도 불구하고 적절한 대응책이 없는 형편이어서 경매절차가 지연되고 부동산 거래질서에 혼란을 가중시키고 있는 것이 작금의 현상이다.

유치권은 등기부에 등재되는 권리가 아니라 점유에 의하여 공시되는 권리이며, 유치권의 성립여부도 소유자의 의사와는 관계없이 결정되므로 그 물건의 소유자 스스로도 유치권이 성립하였는지 여부를 알 수 없는 때가 있어서, 부동산경매에 있어서 부동산의 경락인(매수인)으로서는 상대방의 신뢰성에 대한 과도한 위험을 부담하게 된다. 말하자면 부동산경매에 있어서 매각부동산의 등기부에 유치권에 관한 권리관계가 나타나지 않기 때문에 유치권자가 집행법원에 유치권이 있음을 신고하지 않는 한 알 수가 없으므로, 매수인에게는 위험요소로 작용하게 된다. 즉 부동산경매절차에 있어서 매수인이 안심하고 매수하는 것을 어렵게 만들고, 압류채권의 만족을 곤란하게 만들어 경매질서를 어지럽히는 대표적인 원인이 되고 있는 것이다.³⁾ 그러므로 매각준비단계에서 유치권자의 정확한 신고를 기다리거나, 아니면 집행관의 현황조사에서 유치권의 유무를 철저히 조사하기를 기대할 수밖에 없다.

그러나 집행관의 현황조사시 현장에 점유자가 부재하는 경우에는 전입신고나 사업자등록 등 임차인을 중심으로 대외적으로 대항력 있는 자만을 점유자로서 조사하기 때문에 현황조사를 통하여 유치권자가 밝혀지는 경우는 거의 없다. 현장에 점유자가 있더라도 향후 유치권의 신고가 불확실한 상황에서 법률적 판단까지 할 필요가 없이 현실로 존재하는 임대차 등의 실체를 있는 그대로 보고하면 충분하므로 집행관 현황조사보고서에서 철저한 유치권의 존재유무를 가릴 수 있다고는 거의 기대할 수 없다. 한편, 유치권자의 권리신고에 대하여도, 현행법상 권리신고를 하여도 이해관계인으로만 취급될 뿐 배당받을 권리가 없을 뿐만 아니라, 유치권자에게 권리신고의 법적의무가 없고 집행법원 역시 유치권 신고를 강제하지 않기 때문에 유치권자에게 유치권에 대한 철저한 권리신고를 기대하는 것은 사실상 어렵다. 또한 유치권 신고서와 그 입증자료는 매각허가 결정전까지는 이해관계인 외에는 공개되지 않으며 낙찰 후 매수인에게만 허용된다.

한편, 부동산 경매실무에서 유치권자가 유치권에 대한 권리신고를 하였을 경우, 그 유치권존부소송의 결과를 보면, 유치권성립을 인정하지 않은 사례가 유치

3) 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2009, 239면.

권신고건수의 80-90%에 이르고 있다고 한다.⁴⁾ 이와 같이 부동산 경매절차에서 유치권의 권리신고가 악용·남발되는 사례가 많은 것은 유치권신고서와 공사계약서 영수증 등 서류만으로 간단하게 경매법원에 권리신고를 할 수 있다는 점과 형식적인 심사만으로 접수·처리하고 있어서 권리관계를 명확하게 밝히지 않아도 되기 때문에, 일단 허위·과장신고를 통하여 부동산의 인도를 거절하고 보는데 그 이유가 있다고 할 수 있다. 이로 인하여 부동산 경락인의 입장에서는 유치권자의 지위 여부를 의심할 수밖에 없고, 유치권의 존부를 다투는 법적 분쟁으로 나아가게 되어 경매절차의 진행이 지연되는 것이다.

그러므로, 이 논문에서는 유치권은 법정담보물권이기에 때문에 등기부에 등재되지 않는 권리이므로 부동산경매절차에서 권리신고에 의존할 수밖에 없으며, 설령 유치권자가 권리신고를 한다 할지라도 그 허위나 과장유무를 파악하기가 어려운 실정이고, 결과적으로는 유치권을 남발하게 되어 경매절차의 진행이 지연됨은 물론 유치권의 존부를 다투는 법적분쟁으로 이어지는 것이 현실이므로, 부동산경매절차에 있어서 유치권자의 지위를 분명히 함으로써 유치권과 관련하여 경매절차에서 나타나는 유치권과 관련된 여러 가지 문제점을 검토하고 그 개선방안을 모색하는데 그 목적을 두고 있다.

第2節 研究의 方法과 範圍

위와 같은 연구목적을 달성하기 위하여 여러 가지 측면에서의 연구가 필요할 것이다. 예컨대 부동산경매에 있어서 유치권과 관련하여 일어나는 분쟁들에 관하여 실제 분쟁 당사자들이 인식에 관해서도 조사·연구할 필요가 있을 것이다. 그러나 본 논문에서는 기존의 국내외 문헌 등을 조사하여 학설과 판례를 정리·분석하는 문헌 연구의 방법을 주로 사용하고자 한다.

이 논문은 다음과 같은 논술의 체계로서 구성된다.

제1장에서는 연구목적과 더불어 연구의 방법과 범위에 대하여 서술한다.

제2장에서는 부동산경매와 유치권의 법리에 대하여 살펴본다. 우선, 부동산경매의 의의와 종류, 절차 등에 대하여 살펴보고, 둘째, 유치권의 법적 성질, 성립

4) 김진경, “부동산경매에 있어서 유치권자의 지위에 관한 연구”, 동의대학교대학원 박사학위논문, 2007.2, 2면.

요건, 효력, 소멸 등 유치권의 법리에 대하여 살펴보고 마지막으로 부동산경매에 있어서 유치권자의 대항력에 대하여 압류 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우, 가압류 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우, 저당권 설정 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우에 대하여 고찰한다.

제3장에서는 부동산경매에 있어서 유치권자의 지위에 대하여 살펴본다. 우선, 경매청구권자로서의 지위에 대하여 살펴 본 후, 이해관계인으로서의 지위, 매각부동산을 유치·사용할 지위 등에 대하여 살펴보고, 마지막으로 배당요구권 및 비용상환청구권 등에 기한 유치권자의 지위에 대하여 검토하고자 한다.

제4장은 이 논문의 중심이 되는 장으로서, 앞에서 검토한 부동산경매절차와 유치권의 법리 등을 기초로 하여, 부동산경매에 있어서 유치권자의 지위와 관련된 문제점을 도출하고 그 개선방안을 모색하려 한다. 우선, 매각준비단계에 있어서 유치권자의 허위·과장된 권리신고에 대한 개선방안, 형식적 현황조사에 대한 개선방안 등을 중심으로 서술하며, 매각단계에 있어서 유치권의 존부여부를 파악하기 곤란한 문제에 대한 개선방안으로서 유치권존부 결정제도나 공탁금납부제도의 도입문제 등에 대하여 검토한다. 배당단계에 있어서 유치권자가 배당채권자로서 될 수 있는지 여부에 대하여 검토하며, 소송단계에 있어서는, 유치권존부확인 소송 등으로 인한 부동산경매절차의 지연문제에 대한 개선방안을 검토한다.

제5장은 결론부분으로 본 연구의 내용을 종합하여 요약·정리하려 한다.

第2章 不動産競賣와 留置權의 法理

第1節 不動産競賣

1. 부동산경매의 의의

경매라 함은 국가기관이 법률 규정에 따라 금전의 지급을 목적으로 채무자의 부동산을 강제적으로 매각하여 현금화 한 후 배당이라는 절차를 통하여 채권자의 만족을 얻게 하는 부동산 집행중의 하나이다. 채무자 소유의 부동산을 압류한 후 강제로 매각하여 그 매각대금으로 채권자의 금전채권의 만족을 얻게 하거나, 채무자 또는 제3자가 제공한 부동산을 저당권이나 전세권 등의 담보권에 내재하는 국가의 공권력을 행사하여 집행권원이 된 사법상의 청구권을 강제적으로 실현 시키는 것을 말한다.⁵⁾ 즉 강제집행의 하나인 부동산에 대한 경매는 채권자의 신청에 의하여 국가집행기관인 법원이 채무자에 대하여 법 강제력을 행사하여 집행권원이나 실체권인 담보권에 표시된 이행청구권의 실현을 도모하는 절차를 말한다. 이러한 경매의 종류에는 누가 주체가 되느냐에 따라 국가기관이 주관하는 공경매와 개인이 주관하는 사경매로 나누어지는데, 우리 민법에서의 경매의 의미는 국가기관이 주관하는 공경매를 의미한다. 부동산경매란 채무자가 변제기일까지 채무를 상환하지 않은 때에 채권자가 법원으로 하여금 채무자 대신 경쟁매매방식으로 채무자의 부동산을 강제로 매각하여 그 매각 대금으로 채권자의 채무를 변제받는 절차를 말한다.

2. 부동산경매의 종류

부동산경매는 채권자가 법원에 강제경매신청을 함으로써 개시되는데 채권회수의 목적여부에 따라 실질적 경매와 형식적 경매가 있고, 집행권원의 필요여부와

5) 이시윤, 전제서, 4면.

공신력 효력이 미치는 범위 등에 따라 강제경매와 담보권실행경매로 구분된다. 경매절차에 있어서의 경매횟수 경락인의 확정여부 등에 따라 최초매각, 새매각, 재매각으로 분류되며, 경매목적물의 일부 또는 전부에 대한 경매인지에 따라 개별경매와 일괄경매로 구분된다.⁶⁾

1) 실질적 경매와 형식적 경매

부동산경매에 있어서 채권회수가 목적인지 여부에 따라 실질적 경매와 형식적 경매로 나눌 수 있다. 강제경매와 담보권실행경매는 채권자가 자기 채권의 만족을 얻기 위하여 실행한다는 의미에서 실질적 경매라고 하는데 비하여, 형식적 경매는 특정재산의 가격보존 또는 정리를 위하여 실시하는 경우이다. 형식적 경매에 있어서는 국가기관인 집행기관의 임무는 원칙적으로 환가의 완료로서 끝나는 것이고 별도로 청구권의 만족 내지 실현이라는 단계의 작업으로 진전되지 아니한다. 형식적 경매의 예로서는 현금분할이 어려울 때 공유물 분할을 위한 경매(민법 제269조 2항), 변제자의 변제 공탁을 위한 경매(민법 제490조), 한정승인·재산분리의 경우에 상속채권자나 수증자에게 변제하기 위한 상속재산의 경매(민법 제1037조, 민법 제1051조 제3항), 상인간의 매매목적물, 운송물, 임치물 등의 자조매각을 위한 경매(상법 제67조, 제70조, 제109조, 제142조, 제143조, 제149조, 제165조), 선박의 국적상실을 방지하기 위한 선박지분의 경매(상법 제777조), 자본감소·회사합병을 위한 주식병합의 경우와 회사정리계획에 의한 신주발행의 경우의 주식의 경매(상법 제433조, 제530조, 제3항, 회사정리법 제254조 제3항), 외국인의 토지에 대한 경매(외국인토지법 제5조) 등이 있다.⁷⁾

2) 사경매와 공경매

사인간의 경쟁을 통해 이루어지는 부동산거래를 사경매라 하고, 국가제도로서 공적 매매인 집행법에 의한 경매이고 실무상 경매나 공매의 방법은 입찰에 방법

6) 이성수 외, 「실전부동산경매」, 도서출판청심자, 2007, 9면.

7) 김진호, 「부동산경매의 법리와 그 권리분석」, 법률서원, 2002, 71면.

만에 의하고 있으며 법원 및 자산관리공사에서 실시하는 공매가 있는데 이것이 민사집행법에서 말하는 공경매이다 따라서 경매, 압류재산 공매, 사적매매로서 위 공사 등의 공매는 모두 입찰의 방법에 의하여 부동산을 매각하고 있으므로 위 입찰상의 유의점들은 이들 모두에게 적용되는 개념이다.⁸⁾

3) 강제경매와 임의경매

강제경매는 강제집행 절차 중 그 집행의 대상이 부동산일 경우 시행하게 되는 가장 대표적인 집행방법이다. 집행권원을 가진 채권자의 신청에 의하여 채무자 소유의 부동산을 압류·환가하여 그 매각대금으로 경매신청자와 그 경매목적물 위에 권리를 가지고 있는 채권자의 만족을 목적으로 하는 강제집행절차를 말한다. 강제경매절차는 대체로 목적물은 압류하여 환가한 다음 채권자의 채권은 변제하는 3단계의 절차로 진행된다.⁹⁾

임의경매란 근저당 또는 전세권 등의 담보권자가 채무자가 약속한 변제기일까지 채무를 변제하지 않은 경우, 판결 등 집행권원 없이 저당권이나 전세권에 기하여 저당목적물이나 전세목적물은 경매하여 매각대금에서 자기채권의 우선변제를 받을 목적으로 진행하는 경매를 말한다.¹⁰⁾

4) 최초경매·새매각·재매각

최초경매는 경매목적물에 대하여 최초로 매각을 실시하는 경매를 말하고 새매각은 매각을 실시하였으나 경락인이 결정되지 않았기 때문에 다시 기일을 지정하여 실시하는 경매를 말하며, 재매각은 경락인이 대금지급기한까지 대금지급의무를 완전히 이행하지 아니하였고, 차순위 매수신고인이 없는 때에는 법원이 직권으로 다시 실시하는 매각을 말한다(민사집행법 제138조 제1항).

새매각과 재매각은 매각절차를 다시 실시하는 점에서는 같으나, 재매각은 매각

8) 박용진, 「부동산경매와공매」, 경록, 2007, 12면.

9) 김진호, 전제서, 71면.

10) 이성수 외, 전제서, 9면.

허가결정 확정 후 경락인의 대금지급의무불이행을 원인으로 하는데 대하여, 새매각은 매각허가결정에 이르지 아니하거나 매각허가결정의 확정 후 경락인의 대금지급의무불이행을 원인으로 하는데 대하여, 새매각은 매각허가결정에 이르지 아니하거나 매각허가결정의 확정에 이르지 아니한 경우에만 실시하는 점에서 구별된다.

5) 개별경매와 일괄경매

경매목적 부동산이 수 개인 경우 이들 수 개의 부동산에 대하여 동시에 경매가 신청된 경우 각각의 경매목적물에 대하여 경매를 실시할 것인가 아니면 이들 경매목적물의 위치·형태·이용관계 등을 고려하여 동일인에게 일괄하여 매수시킬 것인가에 따른 분류로서 전자를 개별경매라 하고, 후자를 일괄경매라고 한다. 경매목적물이 수 개인 경우 일괄 경매할 것인가 아니면 개별 경매할 것인가는 전적으로 경매법원의 자유재량이다.¹¹⁾

3. 부동산경매의 목적물

부동산경매의 목적물이라 함은 경매의 대상이 되는 채무자 또는 물상보증인의 부동산을 말하며, 강제경매의 대상이 될 수 있는 것은 개개의 부동산의 소유권과 그 공유지분권이므로(민사집행법 제139조), 어느 부동산의 소유권의 양적 일부(지분권)에 관하여는 강제경매가 가능하나, 당해 부동산의 물리적 일부에 관하여는 현행법상 강제경매의 대상이 될 수 없다. 그리고 경매는 경매개시결정과 동시에 기입등기촉탁을 하고, 매각 후에는 소유권이전등기 촉탁을 하여야 하므로 부동산등기능력이 없으면 부동산경매의 대상이 될 수 없다. 그러므로 미등기부동산인 경우는 즉시 채무자의 명의로 등기 할 수 있음을 증명할 서류를 첨부하거나, 민사집행법 제81조 제1항 2호 단서, 제2항, 제3항, 제4항에서 의해 적법하게 건축허가를 받았거나 건축신고를 마친 건물이 사용승인을 받지 못한 경우 부동산집행을 위한 보존등기 신청 시 부동산경매의 대상이 될 수 있다.¹²⁾

11) 이성수 외, 전제서, 12면.

1) 토 지

토지는 일정범위의 지면·지표와 정당한 이익이 있는 범위내에서의 지면의 위(공중)와 아래(지하)를 포함한다.¹³⁾ 토지와 토지의 공유지분(단, 대지권의 목적인 공유지분은 제외됨), 채무자의 소유인 미등기 토지로서 즉시 채무자의 명의로 등기할 수 있는 것이면 부동산경매의 목적물이 될 수 있다. 토지는 일반적으로 지번에 의해 그 독립성이 인정되지만, 실제로는 지번이 없는 토지도 있을 수 있는데 그러한 토지도 당연히 부동산집행의 대상이 된다.¹⁴⁾

2) 토지의 정착물

토지에 직·간접으로 부착되어 쉽게 이동할 수 없는 물건으로서 거래의 관념상 계속적으로 토지에 부착하여 사용되는 것으로 인정되는 물건을 토지의 정착물이라 한다.¹⁵⁾ 토지의 본질적 구성부분인 정착물, 예를 들어 도랑이나 돌담 등은 토지와 독립하여 거래의 객체가 되지 못하기 때문에 당연히 토지에 대한 강제 집행 시 함께 강제집행 대상이 된다. 농작물이나 미분리과실은 토지에 부합된 정도를 구체적으로 따져서 부동산집행의 대상으로 할 것인지 동산집행의 대상으로 할 것인지를 결정하여야 한다.¹⁶⁾

부동산경매의 목적물이 될 수 있는 토지의 정착물로서는 첫째, 독립정착물이다. 토지와 별개의 부동산으로 취급되는 것, 예를 들어 건물, 건물의 공유지분, 구분소유권, 입목에 관한 법률에 의하여 소유권보존등기가 된 입목, 반독립 정착물 등이 있다. 둘째, 종속정착물이다. 토지의 일부로 취급되는 것, 예를 들어 토지 위의 생립하는 채무자 소유의 미등기 명인방법을 갖추지 못하는 수목, 다리, 도랑, 돌담 등이 있다. 채무자의 소유가 아닌 수목인 경우 지상권 전세권 임차권

12) 김진호, 전제서, 107면.

13) 한삼인, 「민법일반이론」, 보명BOOKS, 2009, 225면.

14) 오시영, 「민사집행법」, 학연사, 2007, 355면.

15) 한삼인, 전제서, 230면.

16) 오시영, 전제서, 355면.

등과 같이 적법한 권원에 의하여 타인소유의 토지상에 수목을 식재한 경우에는 그 소유권은 식재한 자에게 있으므로, 토지의 매수인이 그 수목까지 취득하는 것은 아니라고 할 것이나,¹⁷⁾ 그와 같은 권원이 없는 자가 토지소유자의 승낙을 받음 없이 그 임차인의 승낙만을 받아 그 부동산위에 나무를 심었다면 특별한 사정이 없는 한 토지소유자에 대하여 그 나무의 소유권을 주장할 수 없다.

3) 건 물

건물은 토지의 정착물임에도 불구하고 토지와는 별개의 부동산으로 취급하여 건물등기를 하도록 되어 있다. 그런데 문제는 건물을 토지와 다르게 취급하도록 하고 있으면서도 어느 정도의 상태에 있는 정착물을 건물로 취급할 것인가에 대하여 명문의 규정이 없다는 점이다. 결국 토지와 별개의 독립된 부동산으로서의 건물인지에 대한 판단은 사회통념 및 부동산등기법이나 기타 법률의 해석을 통해 할 수밖에 없다.¹⁸⁾ 건물 여부의 판단기준은 신축 중인 건물을 부동산으로 보는 시점, 헐고 있는 건물은 언제부터 건물이 아닌 것으로 되느냐 하는 것은, 건물의 양도·압류 등의 법적 처리에 있어서 중요한 의미가 있다. 그 판단은 사회통념·거래관념에 따른다.¹⁹⁾ 건물의 요건을 갖추고 있는 이상, 무허가 건물·미등기 건물이나를 묻지 않는다.²⁰⁾

4. 부동산경매의 절차

부동산 경매는 압류(경매기입등기)·환가(경락)·채권자변제(배당)의 3단계순서로 진행되며 그 절차에는 2가지 방법이 있다. 첫째는 저당권 등의 담보물권자가 우선변제를 받기위해 실행하는 경매 즉 담보권실현에 의한 임의경매가 있다. 둘째는 채권자가 채무자로부터 승소하여 그 집행권원의 정본을 득하였다 하더라도

17) 대결 1990.1.23.자 89다카21095.

18) 오시영, 전제서, 356면.

19) 한삼인, 전제서, 231면; 대판 2001.16. 2000다51872; 판례는 “독립된 부동산으로서의 건물이라고 하기 위하여는 최소한 기둥과 지붕, 그리고 주벽이 이루어지면 된다.”고 파악 한다.

20) 한삼인, 「판례민법(제3판)」, 법률행정연구소, 2003, 429면; 대판 1988.4.28. 87다카204.

채무자가 임의변제를 거부할시 강제적으로 채무이행을 구하는 강제집행을 실행하게 되는데, 채무자 소유의 재산 중 부동산에 대하여 집행권원 정본에 기하여 진행되는 것이 바로 강제경매이다.

1) 강제경매의 개시

(1) 강제경매의 신청

부동산 경매는 목적부동산의 소재지 지방법원 또는 지원이 그 전속관할이므로(민사집행법 제79조 제1항, 제268조), 당사자의 합의가 있어도 변경할 수 없고, 또 채권자가 승낙한다고 해서 응소관할이 생기는 것은 아니다. 그러나 부동산 소재지의 관할지방법원이 경매법원이 된다고 하는 것은 법원이 강제경매를 실시한다는 것 뿐이고 경매법원이 경매를 실시하기 위한 모든 집행행위가 그 법원의 관할구역 내에서 행해져야 하는 것은 아니다.²¹⁾

(2) 강제경매 개시결정

민사집행의 신청은 서면으로 해야 한다(민사집행법 제4조). 강제경매신청서에 는 채권자, 채무자, 법원의 표시, 부동산 및 집행권원을 기재하여야 하고(민사집행법 제80조), 소정의 서류를 붙여야 한다(민사집행법 제81조). 또한 소정의 인지를 첨부하여야 한다(인지법 제9조 제2항). 집행법원은 신청서에 기재된 첨부서류에 의하여 강제집행의 일반적인 요건 등을 심사한다.²²⁾

2) 매각조건

부동산매각조건이란 법원이 부동산을 매각하여 그 소유권을 매수인에게 이전시키는데 있어서 지켜야 할 조건 즉 경매의 성립과 효력에 관한 조건을 말한

21) 오시영, 전제서, 375면.

22) 이시윤, 전제서, 209면.

다.²³⁾ 강제경매는 소유자의 의사와는 관계없이 집행법원이 강제적으로 압류된 경매 목적물을 매각하여 현금화 한 다음 채권자 만족을 얻도록 한다는 점에 있어서 어떠한 조건으로 매각을 허가 하는가 또는 매각이 어떤 효과를 발생하게 되는 가 등의 경매의 요건 효과 등을 정형화하여 법정화 할 필요가 있다. 이와 같이 법률로 정하여 놓은 정형화된 매각조건을 법정 매각조건이라 하고 관계인의 합의 또는 법원의 직권으로 법정 매각조건과 달리 정하거나 부가하여 정하는 매각조건을 특별매각조건이라 한다.²⁴⁾

3) 매각의 실시 절차

(1) 지정

매각기일이라 함은 집행법원이 매각부동산에 대한 매각을 실시하는 기일을 말한다. 법원이 부동산을 매각하기 위해서는 우선 매각기일과 매각결정기일을 지정하고 이를 공고하여야 한다. 민사집행법 제103조에 의하면 강제경매의 매각방법으로서 부동산의 매각은 집행법원이 정한 매각방법에 따르되, 매각기일에 하는 호가경매 매각기일에 입찰 및 개찰하는 기일입찰 또는 입찰기간 이내에 입찰하게 하여 매각기일에 개찰하는 기간입찰의 3가지방법을 채택하였다.²⁵⁾

법원은 매각기일 2주일 전까지 공고하여야 한다. 매각결정기일은 매각이 실시되어 최고가매수인이 있을 때에 매각허가 여부의 결정을 선고하는 기일을 말하는데, 이는 매각일로부터 1주일 이내로 정하여야 한다. 매각기일과 한 묶음에 지정 공고됨을 전제로 하고 있다. 이규정은 훈시규정이다.²⁶⁾

(2) 결정

매각결정기일이라 함은 집행법원이 매각기일의 종결 후 법원내에서 매각허부

23) 박두환, 「민사집행법」, 법률서원, 2003, 20면; 법원행정처, 「법원실무제요민사집행법(II)」, 2003, 20면.

24) 長谷部・由起子編, 「ケースブック民事訴訟法」, 弘文堂, 2004, 45面.

25) 이시윤, 전체서, 286면.

26) 대판 1984.8.23. 84다454.

의 결정에 관하여 이해관계인의 진술을 듣고 직권으로 법정의 이익 사유가 있는지 여부를 조사한 후 매각의 허가 또는 불허가결정을 하는 기일이다. 법원은 부동산 매각 명령을 발하면서 매각기일과 매각결정 기일을 정하여야 하고, 매각기일을 지정할 때에는 연월일과 시각을 특정하여 지정하여야 한다. 따라서 집행법원은 매각부동산을 현금화하기 위해서는 우선 매각기일과 매각결정 기일을 지정하고, 이를 공고 하여야 하는데 이는 기간입찰제도에서도 마찬가지이다. 또한 민사집행법 제104조 제1항에 따라 집행법원은 조세 그 밖의 공과금을 주관하는 공공기관에 대한 최고, 현황조사, 최저매각가격결정 등의 절차가 끝나고 경매절차를 취소할 사유가 없는 경우에는 직권으로 매각기일을 정하여 공고한다.²⁷⁾

(3) 공고

집행법원이 매각기일과 매각결정기일을 지정한 때에는 이를 공고하여야 한다. (민사집행법 제104조 제1항). 이와 같이 매각기일을 공고하는 목적은 집행법원이 매각기일을 지정한 후 매각실시에 관한 사항을 널리 사회 일반인들에게 알게 함으로써 이를 안 매수희망자들이 기일에 많이 참여하게 되고, 부동산등기부에 기입되지 않았다 하더라도 그 권리를 주장할 수 있는 이해관계인에게 그 권리를 신고할 수 있는 기회를 부여하는데 의미가 있다. 매각기일의 공고에 집행관의 이름을 기재하는 것은 매각기일을 누가 주재하여 진행 할 것인가를 밝히기 위한 것이고, 공고에 표시된 집행관이 사망, 질병 그 밖의 사유로 매각기일을 진행할 수 없게 되면 같은 소속의 다른 집행관이 대신 그 매각절차를 주재하여도 그 효력이 여전하다.²⁸⁾

4) 대금 납부절차

매수인의 대금지급의무는 매각허가결정이 확정됨에 따라 발생하게 되는 것이므로 그 이전에는 집행법원은 대금지급기한을 정할 수 없고, 설사 집행법원이 매

27) 법원행정처, 전게서, 286면.

28) 대결 1996.8.19.자 96마1174.

각허가결정 확정 전에 대금지급 기한을 정하여 매수인으로 하여금 매각대금을 납부하게 하였다고 하더라도 적법한 매각대금의 지급으로 보기는 어렵다 할 것이다.²⁹⁾ 대법원 판례³⁰⁾는 “매각허가결정이 일단 확정되면 대금지급기일 내의 대금지급이 있었더라도 이해관계인의 추후 보완에 의한 항고가 항고법원에서 허용되었다면 그 후 위 항고 및 재항고가 기각되었다 하더라도 위 대금지급은 적법한 지급이라 할 수는 없다.”고 판시하였다. 이때 매수인은 매각대금을 납부하지 않았을 경우 집행법원은 재항고기각결정에 따라 매각허가 결정이 확정될 것이고, 이후 다시금 대금지급기한을 정하여야 하며 매수인은 그 기한까지 대금을 일시에 전액 납부하여야 하며 분할 납부는 인정되지 아니 한다.³¹⁾

5) 배당

유치권에 의한 경매는 유치권자에게 우선변제권이 없기 때문에 일반채권자의 배당요구를 인정하면 유치권자는 한 푼도 받지 못하는 불합리가 있으므로, 일반채권자의 배당요구가 허용될 수가 없다고 해석된다.³²⁾ 유치권에 기초한 경매절차에서 경락인이 매각대금을 완납하면 소유권을 취득함과 동시에 유치권은 소멸한다. 부동산 매각절차에 있어서 집행법원은 경락인으로부터 대금이 지급되면 반드시 배당절차를 밟아야 한다(민사집행법 제45조 제1항). 따라서 집행법원은 납부된 매각대금으로 배당받을 채권자가 한 사람뿐이거나, 채권자가 여러 사람인 경우라도 그 매각대금으로 집행비용과 다른 채권자의 채권액을 만족하게 할 수 있는 경우에는 각 채권자에게 그 채권액을 배당하고 이에 반해 변제받을 채권자들이 경합되어 있고 매각대금으로 채권자들의 채권을 만족시키기에 충분하지 아니한 경우에는 집행법원이 각 채권자들에게 민법, 상법 그 밖의 법률에 의한 우선순위 또는 안분비례에 따라 매각대금을 배당하여야 한다.³³⁾

29) 대판 1992.2.14. 91다32.

30) 대결 2002.12.24.자 2001마1047; 대결 1998.3.4.자 97마962.

31) 이시윤, 전제서, 271면.

32) 법원공무원교육원, 「민사집행실무Ⅱ」, 2003, 714면.

33) 대판 1998.4.24. 96다0786.

6) 유치권자에 대한 배각부동산의 인도명령

경락인이 매각 대금을 납부하여 소유권을 취득하면 경매부동산을 경락인에게 인도하는 것이 정칙인데, 점유하는 채무자, 소유자 또는 대항력이 없는 점유자 등이 임의로 인도하지 않는 경우가 있다. 부동산경매 경락인은 잔금을 지급 후 6개월 이내에 부동산인도명령을 신청할 수 있다. 현행 민사집행법에서는 인도명령의 상대방을 확장하여 점유자가 경락인에게 대항할 수 있는 권원을 가진 경우 이외에는 인도명령을 발할 수 있게 하고, 인도명령의 발령시에는 상대방을 필요적으로 심문하되, 그에 대한 예외로서 채무자 또는 소유자가 점유한 때 경락인에게 대항할 수 있는 권원에 의하여 점유하고 있지 아니함이 명백한 때 이미 그 사람을 심문한 때에는 심문을 생략할 수 있게 하였다.³⁴⁾ 최근 판례³⁵⁾를 보면 “채무자 소유자의 건물 등 부동산에 강제경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 경락인에게 대항할 수 없다.”고 판시 하였다.

7) 유치권 존부확인 청구의 소

집행법원에서 경매개시결정을 하면 부동산에 소유자가 법원의 경매 개시 결정에 대하여 이의를 제기하면 집행법원에서 유치권의 존부 및 그 범위가 확정될 때까지 경매절차를 정지한다. 그리고 부동산 소유자의 소제기는 유치권존부확인 소를, 또한 유치권자의 소제기는 유치권존재확인 소를 제기하는 것이 통상의 관련소송절차이다.³⁶⁾

34) 김진경, 전제논문, 36면.

35) 대판 2005.8.19. 2005다22688.

36) 박성민, “부동산 경매에 있어서 유치권에 관한 연구”, 창원대학교 대학원, 박사학위논문, 2007, 133면.

대법원 판례는³⁷⁾ “확인의 소로써 위험·불안을 제거하려는 법률상 지위는 반드시 구체적으로 뒷받침 될 것을 요하지 아니하고 그 법률상 지위에 터 잡은 구체적인 권리 발생이 조건 또는 기한에 걸려있거나 법률관계가 형성 과정에 있는 등 원인으로 불확정적이라고 하더라도 보호할 가치 있는 법적 이익에 해당하는 경우에는 확인의 이익이 인정될 수 있다.”라고 판시하고 있다. 이러한 판례의 취지에 따라 관련 법률관계의 불명확을 조기에 제거할 필요가 있고, 원고가 가진 확인의 이익의 실제적이며 실현가능성이 있으면, 부동산 경매와 관련한 유치권소송에서는 그 영역을 확대 하자는 것이다.

(1) 유치권확인 청구의 소

① 의의

부동산경매에 있어서 유치권확인 소는 유치권의 성립에 관한 법률요건을 갖추었음을 주장하여 유치권의 존재에 관한 확정을 목적으로 제기하는 소를 말한다. 이는 유치권의 존재를 확정함으로써 유치권에 관한 분쟁을 해결함과 동시에 그 이후의 권리침해를 예방하기 위한 소로서 부동산경매절차 등에서 유치권자의 지위를 분명하게 하는 기능을 하는 적극적인 소이다. 법률상의 지위에 있는 유치권자로서의 지위에 관한 장래의 법률관계의 확인소송은 조기에 법률관계의 불명확을 제거할 필요성을 인정한다 하여도 판결이 무의미화 할 가능성이 있을 것이므로 확인의 이익을 인정하기 위해서는, 판결이 의미가 있을 만큼 원고의 유치권자로서의 법적지위에 관하여 원·피고 사이에 법적분쟁 또는 위험이 존재하여야 한다.

확인 판결을 통해 유치권자로서의 법적지위가 확정됨으로써 분쟁 또는 위험이 제거될 필요와 이익이 있을 만큼 현실화 되어 있어야 할 것이다. 형식적으로는 장래의 법률관계를 장래의 발전이라고 할 수 있는 경우에는 전술한 바와 같이 이러한 판결의 당사자 간의 분쟁해결의 기준이 되는 예방적 기능으로서의 효용성을 인정하여 확인의 이익을 긍정하여야 할 것이다.³⁸⁾

37) 대판 2000.5.12. 2000다2429.

38) 박성민, 전제논문, 137-138면.

② 관할

유치권확인의 소에 있어서 토지관할은 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다(민사소송법 제2조). 따라서 피고의 주소지를 관할하는 법원에 소를 제기 할 수 있다. 다만 대한민국에 주소가 없거나 주소를 알 수 없을 경우에는 거소지의 관할법원, 거소가 일정하거나 거소도 알 수 없으면 마지막 주소지를 관할하는 법원이 관할법원이 된다.³⁹⁾

③ 당사자 적격

일반적으로는 소송물인 권리관계의 존부 확정, 즉 소송승패에 대하여 법률상 이해관계를 가진 자가 정당한 당사자이다. 확인의 소에서는 그 청구에 대하여 확인의 이익을 가지는 자가 원고 적격자로 되며,⁴⁰⁾ 원고의 이익과 대립·저촉되는 이익을 가진 자가 피고 적격자가 된다.⁴¹⁾

④ 심리와 재판

물건을 점유하는 자는 소유의 의사로 선의 평온 및 공연하게 점유한 것으로 추정될 뿐만 아니라 점유자가 점유물에 대하여 행사하는 권리는 적법하게 보유하고 있는 것으로 추정된다. 그러므로 점유물에 대한 유익비상환청구권을 기초로 하는 유치권의 주장을 배척하려면 적어도 그 점유가 불법행위로 인하여 개시되었거나 유익비 지출 당시 이를 점유할 권원이 없음을 알았거나 이를 알지 못함이 중대한 과실에 기인하였다고 인정할 만한 사유에 대하여 상대방 당사자의 주장·입증이 있어야 한다.

2) 유치권 부존재확인청구의 소

① 의의

부동산경매에 있어서 유치권부존재확인 소는 유치권을 주장하는 자에 대하여 유치권의 성립에 관한 법률요건을 갖추지 못하였음을 주장하여 유치권의 존부에 관한 확정을 목적으로 제기하는 소를 말한다. 이는 법률관계의 명확화와 동

39) 박성민, 전제논문, 138면.

40) 대판 1994.12.22. 94다14803.

41) 대판 1991.12.10. 91다14420.

시에 상대방에 대한 선제공격으로 사전에 분쟁을 예방할 수 있다.⁴²⁾ 유치권을 아무런 근거 없이 주장하여 다른 권리자의 법률상 지위를 불안정하게 하는 자에 대하여 유치권의 부존재를 확정함으로써 그와 같은 불안을 제거하고 부동산경매 절차 등에서 유치목적물에 대한 진정한 권리자의 권리행사를 보호하는 기능을 하는 소극적 확인의 소이다. 유치권의 부존재를 관념적으로 확정하여 법률적 불안을 제거하려는 데 주된 목적이 있다고 할 것이다.

부동산경매에 있어서 허위유치권의 주장 등 불법행위가 이미 행하여져 실제로 손해가 발생한 경우뿐만 아니라 아직 권리 침해는 없거나 손해의 발생이 임박하지는 아니 하지만 실제로 분쟁이 존재하고 있는 경우에 있어서 부동산 경매절차에서의 이해관계인에게 허위의 유치권을 주장하는 자를 상대로 유치권부존재확인 소를 인정할 것인지 여부이다. 법률관계를 확인소송의 대상에서 원칙적으로 허용하지 아니하려는 최대의 논거는, 장래 발생할 유치권에 관련된 법률관계의 발생요건인 일정요건이 구비 될 것인지가 불확실하므로, 그러한 유치권의 부존재 확인의 소는 적법하다고 하더라도 그 소송에서 내려진 판결은 허사가 될 무의미한 것이 된다는 주장이다.⁴³⁾

② 관할

이 소의 토지관할은 피고의 보통재판적이 있는 곳의 법원이 관할한다(민사소송법 제2조). 따라서 피고의 주소지를 관할하는 법원에 소를 제기 할 수 있으며, 한국에 주소가 없거나 주소를 알 수 없을 경우에는 거소지의 관할법원 거소가 일정하거나 거소도 알 수 없으면 마지막 주소지를 관할하는 법원이 관할법원이 된다.⁴⁴⁾

③ 당사자 적격

부동산에 관한 유치권부존재확인 소는 유치목적물에 대하여 유치권의 성립에 법률요건이 결여되어 유치권의 부존재 함을 주장하는 자에게 원고 적격이 있다. 따라서 유치권부존재확인 소를 제기하는 원고는 유치목적물의 소유자뿐만 아니라 타인간의 권리관계라 하여도 자기의 권리 관계에 대한 불안이나 위협을

42) 이시윤, 전제서, 170면.

43) 박성민, 전제논문, 141면.

44) 박성민, 상제논문, 142면.

제거 할 수 있는 유효하고 적절한 수단이 되는 경우에 확인의 이익이 있다.⁴⁵⁾ 그러므로 유치목적물에 대하여 경매신청을 한 저당권자 또는 권리신고 및 배당요구를 신청한 임차인 등 당해 부동산경매절차상의 이해관계인도 원고적격이 있다고 볼 것이다.

④ 심리와 재판

유치권의 주장이 허용되지 않는 요건사실의 충족에 관한 입증책임은, 이를 주장하는 자에게 있다.⁴⁶⁾ 유치권의 주장이 허용되지 않는 요건사실의 충족 여부와 관련하여, 유치권을 주장하는 자의 점유가 압류이후에 개시되었는지 여부가 쟁점이 되는 경우에 다른 특별한 사정이 없는 한 현황조사보고서, 감정평가서에 유치권을 주장하는 자의 유치권에 기한 목적물 점유 사실이 기재되어있지 않는 경우에는 위 요건이 충족된 것으로 보아야 할 것이라고 한다.⁴⁷⁾

第2節 留置權의 法理

1. 유치권의 의의와 법적성질

1) 의의

유치권이라 함은 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한자가 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에 변제받을 때까지 그 목적물을 유치할 수 있는 권리를 말한다(민법 제320조 제1항). 담보물권으로서 유치권은 목적물을 유치함으로써 심리적 압박에 의하여 채무자의 변제를 간접적으로 강제함을 주된 목적으로 한다는 점에서 목적물의 교환가치를 직접목표로 하여 우선 변제권을 가지는 전형적인 담보물권과 상이하다. 뿐만 아니라 유치권은 법률상 당연히 성립하는 법정담보물권이라는 점에서도 다른 담보물권과 다르다.⁴⁸⁾

45) 이시윤, 전제서, 196면.

46) 대판 1966.6.7. 66다601.

47) 강민성, “민사집행과 유치권” 「사법논집」 제36권, 법원행정처, 2004, 92면.

48) 송덕수, 전제서, 714면; 지원림, 전제서, 694면.

위와 같은 유치권은 당사자의 의사와 관계없이 일정한 요건이 있기만 하면 법률상 당연히 생기는 법정담보물권이다. 법률이 이러한 권리를 인정하고 있는 것은 오로지 공평을 위해서이다. 타인의 물건 또는 유가증권의 점유자가 그 물건이나 유가증권에 관한 채권을 가지는 경우에 그 채권의 변제기를 받기 전에 자기만이 먼저 물건이나 유가증권의 점유를 상대방에게 이전하여야 한다면 채권의 추심이 어렵게 되어 불공평하기 때문이다. 말하자면, 유치권은 일종의 물권으로 구성함으로써 그 목적물의 점유자의 채권을 특히 보호하여 채권자 평등의 원칙을 깨뜨리려고 하는 것이다.⁴⁹⁾

2) 유치권의 법적 성질

(1) 물권성

유치권은 단순한 인도거절권이 아니고 목적물을 점유할 수 있는 독립한 물권이다. 따라서 유치권자는 채무의 변제를 받을 때까지 목적물의 소유권이 누구에게 속하든 상관없이 그 권리를 주장할 수 있고, 채권의 변제를 받을 때까지 유치할 수 있다. 즉 채무자뿐만 아니라 그 목적물의 양수인 경매 매수인 등에 대해서도 권리를 주장하고 목적물을 유치할 수 있다.⁵⁰⁾ 그런데 유치권이 물권이긴 하지만 모든 물권에 공통하는 일반적인 효력, 우선적 효력과 물권적 청구권은 없다는 것이 통설이다.

(2) 담보물권성

유치권은 법정담보물권이다. 일정한 요건이 존재하는 경우에 법률상 당연히 생기는 권리이며 당사자 간의 합의에 의하여 성립하는 것이 아니다. 이점에 있어서 약정담보물권인 질권 및 저당권과 다르다.⁵¹⁾ 유치권은 특수한 담보물권으로서 채

49) 곽윤직, 「물권법 (제7판)」, 박영사, 2008, 283면.

50) 김상룡, 「물권법」, 법문사, 2003, 593면.

51) 김상룡, 상계서, 594면; 송덕수, 전계서, 716면.

권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치하는 유치적 효력을 가질 뿐이다. 다른 담보물권과 달리 우선적 변제적 효력은 가지지 않는다. 그러나 유치권은 담보물권으로서 우선변제권이 인정되지 않아 다른 담보물권에서 인정되는 우선적 효력을 가지지 못하면서도 유치적 효력으로 인하여 유치권보다 먼저 성립한 물권에 대항할 수 있게 되어 실질적으로 우선변제권을 보장받고 있다.⁵²⁾

유치권에는 담보물권의 일반적인 특성 부종성, 수반성, 불가분성이 있으나 물상대위성은 없다.⁵³⁾유치권은 목적물과 채권간의 관련성을 요건으로 하여 당연히 발생하는 법정담보물권이므로 부종성이 특히 강하다. 채권이 존재하지 않으면 유치권 역시 존재할 수 없고 채권이 발생하지 않거나 소멸한때에는 유치권도 또한 성립하거나 소멸한다.⁵⁴⁾유치권은 특정의 채권을 담보하는 것이므로 그 채권의 이전이 있으면 유치권도 당연히 이전한다. 유치권은 이처럼 수반성이 있지만 목적물의 점유를 존속요건으로 하므로 채권과 함께 목적물의 점유도 이전하여야 한다. 유치권이 수반성에 따라 이전되는 경우에도 유치권은 법률상 당연히 발생하는 것이어서 유치권의 이전 등기·배서를 요하지는 않는다.⁵⁵⁾유치권자는 채권 전부의 변제가 이루어질 때까지는 유치물의 전부에 관하여 유치권 행사를 할 수 있다. 유치권은 우선변제권이 인정되지 않기 때문에 이를 보존하기 위한 물상대위성을 갖지 않는다. 유치권자는 경매청구권을 가지지만 그 매각대금으로부터 우선변제를 받을 권리가 없기 때문에 물상대위성을 인정할 여지가 없다.

(3) 특유한 성질

우리 민법상의 유치권은 독립된 물권으로 구성되어 있음에도 불구하고 물권에 공통하는 일반적인 효력을 다 갖추고 있지는 않다. 이러한 점에서 유치권은 독특한 특성을 가지고 있다.

유치권은 점유를 그 성립 및 존속요건으로 하고 점유의 상실에 의하여 소멸하며(민법 제328조), 추급효를 가지지 않으므로 유치권의 점유를 침탈당하는 경우

52) 광윤직, 전게서, 282면; 이영준, 「물권법」, 박영사, 2004, 701면.

53) 김봉수, 「민법강의(1)」, 청목출판사, 2008, 505면.

54) 광윤직, 전게서, 284-285면.

55) 김봉수, 전게서, 511-512면; 지원림, 전게서, 696면.

에는 점유물반환청구(민법 제204조 제1항)에 의하여 그 점유를 회복할 수밖에 없다. 그리고 유치권이 부동산 위에 성립하더라도 법률에 대하여 성립하는 경우에도 배서를 필요로 하지 않는다. 유치권은 언제나 목적을 점유하여야 하는 권리이므로 이로써 충분히 공시의 목적을 달성할 수 있으며, 또한 이렇게 하여도 부동산 물권의 공시나 유가증권의 원칙을 문란케 하지는 않는다고 본 때문이다.⁵⁶⁾ 유치권은 담보물권이기는 하지만, 다른 담보물권인 질권이나 저당권에서와 같이 우선변제권에 인정되지는 않는다.⁵⁷⁾ 담보물권의 본질은 채권자가 목적물의 교환가치를 파악하는데 있고, 채무자로부터 피담보채권의 변제를 받지 못하는 경우에 담보 목적물이 가진 가치로부터 다른 채권자보다 우선적으로 변제를 받는 것이 보장됨으로써 채권 실현을 확보하는 것인데, 유치권은 목적물의 유치를 통해 채권의 변제를 간접적으로 담보하고 있다는 점에서 특유한 성질이 있다.

2. 유치권의 성립요건

유치권의 객체인 물건 또는 유가증권은 채무자 소유에 한정되지 않는다. 즉 채무자의 소유이건 제3자의 소유이건 관계없이 유치권이 성립하며, 유치권자가 채무자의 소유에 속하지 않음을 알았더라도 문제되지 않는다. 이 점은 상사유치권이 채무자 소유의 물건만을 객체로 하는 점과 구별 된다.⁵⁸⁾

1) 유치권의 목적물

유치권의 목적이 될 수 있는 것은 물건, 즉 동산·부동산과 유가증권이다. 부동산 유치권인 경우에는 등기를 필요로 하지 않고 (부동산등기법 제2조) 유가증권을 목적으로 하는 경우에는 배서를 필요로 하지 않는다. 이는 법률규정에 의한 물권변동이기 때문이다. 부동산유치권의 목적이 될 수 있는 것은 타인의 부동산을 말한다(민법 제329조 제1항).⁵⁹⁾

56) 민법은 유치권에 관한 규정 중에 담보물권의 불가분성을 규정하고 다시 그 규정을 질권, 저당권에 준용하고 있다(제321조, 제343조, 제370조).

57) 김민중, 「물권법강의」, 로앤피플, 2007, 296면.

58) 송덕수, 전제서, 717면; 지원림, 전제서, 697면.

(1) 타인의 소유

타인의 부동산이라 할 때의 타인이란, 채무자에 국한하지 않고 채무자 이외의 제3자를 포함한다는 것이다. 따라서 부동산유치권자의 부동산유치권이 일단 성립한 후 유치목적물의 소유권이 변경되더라도 부동산유치권에는 아무런 영향을 주지 못한다.⁶⁰⁾

(2) 물건 또는 유가증권

민법 제320조 제1항에서 말하는 ‘물건 또는 유가증권’이라는 의미는 부동산도 유치권의 목적물이 될 수 있다는 것이다.⁶¹⁾ 즉 유치권은 점유를 성립요건으로 하므로 유치목적물의 대상이 부동산이더라도 등기를 요하지 않는다. 또한 유가증권도 유치권의 목적물을 규정하고 있는데, 유가증권이 유치권의 목적인 경우에는 그 배서는 필요치 않으며 유치권의 목적물은 양도성이 있는 재산권이어야 한다. 그 이유로는 유치권자는 유치목적물에 관하여 경매 및 간이변제충당권을 인정하고 있기 때문이라고 한다.⁶²⁾

2) 채권의 변제기 도래

채권이 변제기에 도달하기 전에는 유치권은 성립하지 않는다. 피담보채권의 변제기 도래는 다른 채권에서는 담보권실행의 요건에 불과하나, 부동산유치권은 성립요건에 해당한다. 변제기 이전에도 부동산유치권이 발생한다면 채무이행을 강제하는 결과가 발생할 수 있기 때문이다. 또한 유익비상환청구권에 관하여 법원이 상당한 상환기한을 허용하여 줄 수 있으며, 다만 채권자가 점유를 계속하고 있는 경우에 법원이 허락한 상환기한이 만료되면 그때로부터 부동산유치권이 성

59) 김형배 외, 전제서, 715면.

60) 대판 1993.3.26. 91다14116.

61) 이영준, 전제서, 704면.

62) 이영준, 상제서, 705면.

립한다고 할 것이다.⁶³⁾ 기한을 정하지 아니한 채권은 채권발생과 동시에 점유를 하고 있는 경우에 부동산유치권이 성립한다.⁶⁴⁾ 부동산유치권자가 채권의 수령지체에 빠진 경우에는 그 유치권을 행사할 수 없고, 변제기가 도래되었다 하더라도 상대방이 동시이행의 항변을 한 때에는 부동산유치권의 행사가 배제된다.⁶⁵⁾

대법원 관례⁶⁶⁾는 “제320조 제1항에서 그 물건에 관하여 생긴 채권은 유치권제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우는 물론이고 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우도 포함한다.”고 하였다. 나아가 대법원 관례⁶⁷⁾는 “채무불이행에 의한 손해배상청구권은 원채권의 연장이라 보아야 할 것이므로 「물건과 원채권 사이에 견련관계가 있다면」 그 손해배상채권과 그 물건 사이에도 견련관계가 있다 할 것이어서 손해배상채권에 관하여 유치권항변을 내세울 수 있다.”고 하였다.⁶⁸⁾

3) 적법한 점유

(1) 점 유

점유란 물건이 사회통념상 그 사람의 사실적 지배에 속한다고 보여지는 객관적 관계에 있는 것을 말하고, 사실상의 지배가 있다고 하기 위해서는 반드시 물건을 물리적, 현실적으로 지배하는 것만을 의미하는 것이 아니고 물건과 사람과의 시간적, 공간적 관계와 본권관계, 타인지배의 배제가능성 등을 고려하여 사회관념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다.⁶⁹⁾ 점유의 설정의사는 자기의 지배범위 내에 들어오는 물건을 일반적으로 지배하려는 포괄적 의식이 있으면 충분하며, 성질상 일반적 의사이면 족하고 개별적으로 명시될 필요가 없다. 목적물의

63) 이영준, 전제서, 708면.

64) 대판 2007.1.25. 2006다68940.

65) 박준서, 「주식민법」 제3편 물권(3), 한국사법행정학회, 2001, 376면.

66) 대판 2007.9.7. 2005다16942.

67) 대판 1976.9.28. 76다582.

68) 지원림, 전제서, 701면.

69) 대판 2005.9.30. 2005다24677.

사실적 지배에 의한 점유취득은 사실행위이므로 점유설정 의사는 단지 자연적 의사로 충분하다.⁷⁰⁾

① 점유의 판단기준

유치권자가 타인의 물건의 점유자라야 한다. 점유는 계속되어야 하며, 점유를 상실 하면 유치권도 소멸한다.⁷¹⁾ 우리민법상 점유란, 물건에 대한 사실상의 지배 만으로써 성립한다(민법 제192조 제1항). 사실상 지배유무는 여러 사정을 고려하여 사회 관념에 따라서 정하여지는 것이고, 이를 결정하는데 관한 특별한 표준은 없다. 그러나 첫째, 물건에 대하여 일정한 공간적 관계가 있어야 한다. 둘째, 사람과 물건과의 관계, 사실적 지배관계는 어느 정도 계속 있어야 하고, 또한 타인의 간섭을 물리칠 수 있는 상태에 있어야 한다. 셋째, 점유할 수 있는 권리가 있느냐 없느냐는, 원칙적으로 문제가 되지 않는다.⁷²⁾

유치권자의 점유는 직접점유이든 간접점유이든 관계없지만, 유치권자는 채무자의 승낙이 없는 이상 그 목적물을 타인에 임대할 수 있는 처분권한이 없음으로, 유치권자의 이러한 임대행위는 소유자의 처분권한을 침해하는 것으로서 소유자에게 그 임대의 효력을 주장할 수 없고 소유자의 동의 없이 유치권자로부터 유치권의 목적물을 임차한 자의 점유는 경락인에게 대항할 수 없다.⁷³⁾ 채무자 소유의 건물 등 부동산에 강제경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 경락인에게 대항할 수 없다.⁷⁴⁾ 그러나 유치권이 성립하기 위해서는 채무자의 물건에 대한 점유가 불법행위에서 기인한 것이 아니어야 한다(민법 제320조 제2항). 이러한 규정을 둔 이유는 불법

70) 이병준, “물건에 대한 점유의 의미와 판단기준”, 『Jurist』 410호, 청림인터랙티브, 2006.6, 220면.

71) 대판 1972.5.30. 72나548.

72) 광운직 외, 『민법주해(VII)』, 박영사, 2002, 140면.

73) 대결 2002.11.27.자 2002마3516.

74) 대판 2005.8.19. 2005다22688.

행위에 의하여 점유를 취득한 자에게까지 유치권을 인정하여 그의 채권을 보호한다면 유치권 존재의 목적인 공평의 원칙에 위배되기 때문이다.⁷⁵⁾

② 불법점유

가. 원시적 불법점유

점유자가 점유를 취득할 당시부터 그 점유 취득 자체가 불법행위가 되는 경우는 전형적인 불법행위에 기한 점유취득이 된다. 판례가 인정하는 바와 같이 타인의 물건을 훔치거나, 횡령한 자가 그 물건을 수선하다고 하여도 그 수리비채권을 위한 유치권이 성립하지 아니하고, 임대차계약을 체결하지 않고 타인의 부동산을 점유하는 자는 불법점유자로서 그 부동산에 관하여 필요비나 유익비를 지출하였다고 하더라도 유치권을 가지지 않는다.

나. 사후적 불법점유

점유 개시의 시기에는 적법한 점유권원이 있었지만 나중에 그 권원이 소멸하였음에도 불구하고 계속 점유하던 중 채권을 취득한 경우에 채권자의 점유가 본조에서 말하는 불법점유에 해당한다고 볼 수 있는지가 문제된다. 예를 들어 보증금 없는 월세 건물임대차계약에서 차임연체를 이유로 임대차계약이 해제되면 임차인은 무권원의 점유가 되는데 이후 임차인이 건물수리비를 지출한 경우에 임차인이 그 비용상환청구권을 담보하기 위하여 유치권을 주장할 수 있는가의 문제이다.

일본 민법의 경우에는 제295조 제2항에서 “전항(유치권)의 규정은 점유가 불법행위에 의하여 시작된 경우에는 적용하지 않는다.”고 규정하여 점유개시에 불법행위가 있어야 한다고 명문으로 규정하고 있어 더욱 논란의 여지가 있다. 즉 유치권은 자기의 점유 하에서의 타인의 물건을 그 물건에 관해서 생긴 채권(변제가 도래한다는 전제하에서)의 변제를 받을 때까지 유치할 수 있는 것에 의해 물건의 인도를 원하는 채무자 등에 심리적 압박을 가해, 변제를 간접적으로 강제하는 특수한 담보물권이다(일본민법 제295조 참조).⁷⁶⁾

75) 광운직 외, 전제서, 295면.

76) 河上正二, “留置權”, 「法學セミナー-1」, 日本評論社, 2010.1, 89面.

이에 대하여 일본이나 우리나라의 다수설은 모두 법률의 규정 형식에도 불구하고, 점유개시의 시기에는 적법한 점유권원이 있었으나 피담보채권의 발생 전에 점유권원을 상실하였고 점유자가 이를 점유할 권한이 없음을 알았거나 이를 알지 못함에 과실이 있는 경우에 위 제2항 불법행위에 기한 점유에 해당한다고 보아 유치권의 성립을 부정하고 있다.⁷⁷⁾

(2) 유치권의 공시방법으로서의 점유

유치권을 행사하기 위해서는 물건을 점유해야 하고 유치권은 점유로써 공시한다.⁷⁸⁾ 점유는 직접점유나 간접점유, 공동점유가 인정되고 점유는 계속되어야 한다. 유치권은 점유를 그 성립 및 존속요건으로 하므로 점유의 상실에 의하여 소멸하며(민법 제328조), 점유가 불법 행위로 인한 경우에는 유치권을 적용하지 않는다(민법 제320조 제2항). 점유는 선의·평온·공연·적법이 추정되므로(민법 제197조, 제200조) 점유가 불법행위에 의해서 시작되었다는 것은 목적물의 반환을 청구하는 자가 주장·입증하여야 한다. 위와 같이 유치권은 등기 없이 성립하고, 점유로써 공시하는데 점유방법이 특정되어 있지 않고 추상적이어서 점유성립 여부에 대한 판단이 어렵고, 유치권을 유지하기 위해서는 점유를 지속해야 하는데, 유치권자가 점유를 지속하면서도 이용권이 없어서 부동산의 이용제한에 따른 사회경제적인 문제가 발생한다.

① 점유를 긍정한 판례

임차인이 임차인에게 부동산의 열쇠를 넘겨준 후 임대인의 승낙 하에 비품 등을 남겨 놓은 경우, 임차인은 부동산을 무단으로 점유·사용하고 있다고 볼 수 없다.⁷⁹⁾ 건물 공유자들이 건물부지의 공동점유로 인하여 건물부지에 대한 소유권을 시효 취득하는 경우라면 그 취득시효 완성을 원인으로 한 소유권 이전등기청구권을 당해 건물의 공유지분비율과 같은 비율로 건물 공유자들에게 귀속한다.⁸⁰⁾

77) 광윤직, 전제서, 389면.

78) 이영준, 전제서, 695면.

79) 대판 2005.9.30. 2005다24677.

80) 대판 2003.11.13. 2002다57935.

단순한 경락인에 불과하던 피고가 이 사건 건물의 잠금장치를 임의로 교체하고, 적법하게 집행되지도 아니한 부동산인도명령문을 공고하는 방법으로 원고들의 이 사건 건물 출입을 막았다면, 피고가 그 무렵 원고들의 이 사건 건물에 대한 점유를 침탈하였다고 봄이 상당하다.⁸¹⁾

② 점유를 부정한 판례

타인 소유의 임야에 분묘를 설치하여 관리하고 그 임야에서 땀감을 채취한 것만으로는 그 임야를 소유의 의사로 배타적으로 점유하였다고 볼 수 없다.⁸²⁾ 임야의 일부에 선조의 분묘가 설치되어 있다거나 소유권보존등기를 경료 하였다는 사정만으로는 임야 전체를 배타적으로 점유·관리하여 왔다고 볼 수 없다.⁸³⁾ 국가가 도로법 관계 규정에 의한 도로구역 결정 고시를 하였다 하더라도, 위 고시에 의하여 사실상 지배주체의 점유관리를 배제할 의사가 있었다고 보여지는 등 특별한 사정이 없는 한, 그 도로구역 결정 고시만으로 국가가 도로구역의 부지에 대한 점유를 개시하였다고 볼 수는 없고, 종전의 점유자의 점유는 국가의 도로구역 결정 고시 이후에도 계속된다고 봄이 상당하다.⁸⁴⁾

4) 부동산유치권의 배제특약이 없을 것

부동산유치권은 법률의 규정에 의하여 발생하는 법정담보물권이지만 공평의 원리에 의하여 채권자의 이익을 보호하기 위한 수단에 불과하므로 당사자의 특약으로 이를 배제할 수 있다. 우리 판례⁸⁵⁾는 계약당시 원상회복의무 등을 약정하면 부동산유치권 발생을 배제하는 특약을 한 것으로 간주한다. 또한 당사자 간에 유치권의 발생을 배제하는 특약이 없어야 한다.

81) 대판 2003.7.25. 2002다34543; 하도급 공사업자들이 점유하는 건물에 대하여 경락인이 잠금장치를 임의로 교체하고 적법하게 집행되지 아니한 부동산 인도명령문을 공고하는 방법으로 공사업자들의 건물의 침입을 막았다면 경락인이 건물에 대한 공사업자들의 점유를 침탈하였다고 본 사례.

82) 대판 1996.12.23. 95다31317.

83) 대판 1998.2.24. 96다54263.

84) 대판 2000.12.8. 2000다14934.

85) 대판 1980.7.22. 80다1174.

3. 유치권의 효력

유치권은 물권이므로 채무자뿐만 아니라 모든 사람에 대하여 대항할 수 있는 대세적 효력이 있고, 담보물권으로서 담보물권이 일반적으로 가지는 부종성 수반성 불가분성을 가지나 물상대위성은 인정하지 않는 것이 통설이다.⁸⁶⁾

유치권자는 여러 가지 권리를 가지는데, 그의 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있다. 채권의 변제를 받기 위해서 유치물을 경매할 수 있다(민법 제322조 제1항). 유치권자에게는 원칙적으로 우선변제권이 없지만, 채무자가 파산하여 유치권자가 별제권을 가지는 경우(파산법 제84조), 유치권자가 유치물을 간이변제에 충당하는 경우(민법 제322조 제2항), 유치권자가 유치물로부터 생기는 과실을 수취하여 다른 채권자보다 먼저 채권의 변제에 충당하는 경우(민법 제322조)에 예외적으로 우선변제권이 인정되며, 유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다(민법 제323조 제1항). 채무자의 승낙이 있는 경우 유치물의 사용·대여 또는 담보제공을 할 수 있고, 승낙을 얻지 않더라도 보존에 필요한 범위 내에서 유치물을 사용할 수 있다(민법 제324조 제2항). 왜냐하면 이러한 사용·대여하지 않으면 유치물을 보존할 수 없게 되어 선량한 관리자의 주의의무(민법 제324조 제1항)에 위배되기 때문이다. 다만 여기서 사용이익은 부당이득이므로 채무자에게 반환되어야 한다.⁸⁷⁾ 유치물의 보존에 필요한 사용은 그러하지 아니하다(민법 제324조 제2항). 유치권자가 채무자 또는 소유자에게 손해를 입힌 경우에는 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담해야 한다(민법 제390조).

유치권자는 부동산경매절차에서 매수인에 대하여 채권의 변제를 받을 때까지는 목적물의 인도를 거절할 수 있다(민사집행법 제91조 제5항). 즉 부동산상에 유치권이 존재하더라도 저당권자 또는 일반채권자는 그 부동산을 경매하는데 있어서 아무런 장애가 없지만, 경매에 의하여 유치권이 소멸하지 아니하므로 매수인은 유치권자에게 피담보채권을 변제하지 아니하는 한 부동산의 인도를 구하지 못한다. 이 때문에 유치권자에게 사실상으로는 우선변제 받는 것과 같은 결과가

86) 광윤직 외, 「민법주해 VII」, 박영사, 2002, 279면.

87) 대판 1963.7.11. 63다235.

된다.⁸⁸⁾ 경매 실무상 유치권의 압류 저당권에 대한 관계에서 보호되는 효력의 한계를 살펴보면, 압류 저당권을 비교대상으로 한 이유는 이들 권리가 부동산경매에서 주로 말소 기준권리로 작용하면서 이들 권리 이후 발생한 권리는 소멸하는 것을 원칙으로 하고 있기 때문에 이들 권리 전후에 성립한 유치권의 보호범위를 살펴봄으로써 현행 부동산경매에서 유치권이 가지는 효력의 한계를 알 수 있기 때문이다.

1) 유치권자의 권리

(1) 인도거절권

① 의의

유치권자는 그의 채권을 변제 받을 때까지 목적물을 유치 할 수 있다. 이것은 목적물의 유치권에서의 가장 중심적 효력이다. 유치한다는 것은 목적물의 점유를 계속하고 인도를 거절하는 것이다. 이는 유치권자에게 유치권능을 부여한 것으로 유치물에 대한 집행관의 압류절차에서도 유치권자는 인도거절권을 갖는다.⁸⁹⁾ 만약 유치권자의 인도거절권이 있는 물건의 소유자가 점유자에게 유치물의 인도청구의 소송을 제기한 경우 법원은 유치권의 피담보채무를 변제하는 것과 상환하여 물건을 인도할 것을 명하는 원고 일부패소의 상환급부판결을 함으로써 소송의 경제성을 도모하고 있다.⁹⁰⁾ 유치권은 그 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치하는 것을 내용으로 함으로 원칙적으로 원고 패소 판결을 하여야 할 것이나 소송경제의 관점에서 채무의 변제와 상환으로 물건을 인도하라는 뜻의 판결을 하고 있다..

② 부동산임차비의 비용상환청구권과 유치권

부동산의 임차인은 그 비용상환청구권에 관한 유치권을 행사하기 위하여 종전

88) 강태성, 「물권법」, 대명출판사, 2004, 884면.

89) 박윤직, 전게서, 288면; 김상용, 전게서, 600면; 오시영, 전게서, 586면; 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006, 689면.

90) 대판 1969.11.25. 69다1592.

대로 그 부동산을 사용하기 위하여 유치권자는 채무자의 승낙 없이 유치물을 사용하지 못하는데 반해 유치물의 보존에 필요한 경우 허용한다는 규정하고 있다(민법 제324조 제2항). 그러나 부동산의 거주나 사용은 보존행위라고 할 수 없다는 견해에 대해서 살펴본 바와 같이 통설은 목적물에 대한 종전의 점유상태를 계속 할 수 있음을 원칙으로 하고, 판례도 건물의 유익비상환청구권에 기한 유치권을 행사하여 임차건물을 사용 수익한 임차인의 임료상당의 금원은 임대인에 대한 부당이득으로 본다고 판시하고 있다.⁹¹⁾

③ 유치권의 주장과 대세효

유치권자는 채무자 또는 제3자가 그 물건의 인도를 요구하는 경우에 이를 거절할 정당한 권능을 갖는다. 유치권은 물권이기 때문에 채무자뿐만 아니라 목적물의 양수인 또는 경락인에 대해서도 유치권을 주장 할 수 있다. 부동산 유치권인 경우 경락인은 유치권자에게 그 유치권을 담보로 하는 채권을 변제할 책임이 있다고 규정하여 경락인은 유치물에 관한 채권을 변제 하지 않으면 유치물의 인도를 받을 수 없다고 규정하고 있는바(민사집행법 제91조 제3항), 여기서의 변제할 책임이 있다는 의미는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로서 인적 채무까지 인수한다는 취지는 아니므로 유치권자는 경락인의 대하여 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고, 그 피담보채권의 변제를 청구 할 수는 없다.⁹²⁾

④ 유치권능과 일시적 절대권

유치권자의 인도거절권은 영구적인 것이 아니라 일시적인 권능으로 채무자나 제3자의 변제가 있으면 유치권도 소멸하게 되어 인도거절권을 행사할 수 없다.⁹³⁾

(2) 경매권과 간이변제충당권

91) 오시영, 전제서, 591면; 대판 1963.7.11. 63다235.

92) 오시영, 상제서, 587면.

93) 김순희, “부동산경매절차에 있어서 유치권자의 법적지위에 관한 연구”, 전북대학교법무대학원, 석사학위논문, 2009, 21면.

① 유치권에 의한 경매

유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 담보권 실행을 위한 경매에 절차에 따라 유치물에 대한 경매를 신청 할 수 있다. 유치권자는 목적물에 대한 우선 변제권을 가지지 않으므로 그 경매도 우선변제를 받고자 하는 경매가 아니라 ‘환가’에 그 목적이 있는 것이므로, 배당절차에서는 다른 담보물권자와 달리 우선변제권을 갖지 못한다.⁹⁴⁾ 환가를 위한 경매는 특정재산의 가격보존 또는 정리를 위하여 법이 특정인에게 경매라는 방법을 통하여 특정물을 금전으로 환가 하는 것을 허용하고 그 환가의 공정을 기하기 위하여 국가기관이 집행기관이 되어 경매의 형식을 통하여 환가하는 것으로, 경매신청의 목적은 피담보채권의 강제적 실현이 아니라 채무를 변제 받기 까지 점유에 따른 부담을 덜어 주는 것으로 채권자의 채권 만족을 위해서 실행되는 실질적 경매에 대응하여 유치권에 의한 경매를 형식적 경매라고 한다.

② 간이변제충당권

유치권자가 채권의 변제를 받기 위하여 언제나 경매절차에 의하여야 한다면 경매절차의 복잡과 과다한 비용 등으로 부적당한 경우가 적지 않아 민법은 일정한 요건 아래 유치물을 직접 채권의 변제에 충당할 수 있는 간이변제충당권을 규정하고 있으나 복잡한 권리관계와 비교적 고가인 부동산유치권의 경우는 이 방법이 적당하지 않다. 유치권의 실행을 위한 민사집행법에 따른 경매절차에 의하여만 한다면 소액 유치권자는 그 실행의 비용이 오히려 피담보채권을 상회하여 유치권자는 물론 소유자를 해하는 결과가 될 수 있기 때문에, 민법은 동산 질권에서 인정되는 간이 변제충당의 법리를 유치권에도 인정하여 다소 불완전한 담보물권인 유치권의 담보물권성을 강화하게 되었다고 할 수 있다.⁹⁵⁾ 정당한 이유 있는 때와 감정인의 평가 범위의 청구가 그 요건으로 정당한 이유의 유무는 법원이 판단한다. 예컨대 목적물의 성질상 유치권자가 이를 취득하는 것이 적당한 경우 유치물의 공정시세가 있어 경매에 의하지 않더라도 공정한 경우 등에는 정당한 이유가 있다고 할 수 있을 것이다. 유치권자는 감정인의 평가에 의하여

94) 김형배 외, 전제서, 721면.

95) 오시영, 전제서, 588-589면.

유치물로 직접 변제에 충당할 것을 법원에 청구할 수 있고, 이 경우 유치권자는 미리 채무자에게 통지하여야 한다(민법 제322조 제2항).⁹⁶⁾

법원이 간이변제충당을 허가하는 결정을 하면, 유치권자는 유치물의 소유권을 취득한다. 그 취득은 승계취득이지만 법률의 규정에 의한 물권의 취득이므로 등기를 요하지 아니한다. 그 평가액이 채권액을 초과하는 때에는 유치권자는 그 차액을 채무자에게 상환하여야 하고, 반대로 평가액이 채권액에 미달하는 경우에는 채무자가 그 부족액을 채권자에게 반환하여야 한다. 유치물의 간이변제충당권의 요건인 정당한 이유의 존부에 관한 판단 기준은 유치물의 처분에 관하여 이해관계를 달리 하는 다수의 권리자가 존재하거나 유치물의 공정한 가격을 쉽게 알 수 없는 등의 경우에는 민법 제322조 제2항에 의하여 유치권자에게 유치물의 간이변제충당을 허가할 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.⁹⁷⁾

(3) 과실수취권

① 개념

유치권자는 유치물의 과실을 수취하여 다른 채권자보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있다(민법 제323조 제1항). 유치권은 유치물을 점유하는데 불과하나 과실을 수취하여 변제에 충당하여도 채무자의 이익을 해하는 것은 아니기 때문이다. 여기서의 과실은 천연과실뿐만 아니라 법정과실도 포함된다.⁹⁸⁾

② 법적성질

유치권자의 과실수취권의 법적 성질에 관하여는 소유권취득설과 유치권취득설의 견해의 대립이 있다. 소유권취득설은 유치권자가 과실을 수취함에 의하여 과실에 대하여 소유권을 취득한다고 하고, 유치권취득설은 유치권자가 수취한 과실에 대하여 우선변제권이 있는 저당권을 취득하는데 불과하다. 유치권의 본질상 수익을 목적으로 하는 권리가 아니기 때문에 유치권자가 과실의 소유권을 취득

96) 오시영, 전제서, 589면.

97) 한삼인, 전제서, 453면; 대결 2000.10.30.자 2000마4002.

98) 오시영, 전제서, 589면.

한다고 해석하는 것은 곤란하기 때문에 유치권취득설이 타당하다고 본다.⁹⁹⁾

③ 우선변제순위

유치권자의 과실에 관한 우선변제권은 그 과실에 미치는 저당권이나 양도담보권에 우선한다. 부동산임대차계약에 따른 차임과 부동산계약은 비록 해지되어 임대차인으로서의 사용수익 권능을 잃은 경우에도 차지인이 그 차지에 유치권을 취득하고 종전대로 그 차지상의 자기의 건물을 소유하고 사용하는 경우 이 대지의 차임에 대해서도 정당한 차임과 같이 법정과실에 속한다. 또한 유치권자가 승낙에 의하여 또는 보존행위로서 유치물을 사용하는 경우 그 차임 상당액을 우선적으로 채권의 변제에 충당할 수 있다고 할 것이다(민법 제324조 제2항).

④ 변제충당 순서와 환가방법

과실로 취급한 금전 또는 그 경매대금은 먼저 채권의 이자에 충당하고 나머지에 있는 원본에 충당한다. 다만 과실이 금전이 아닌 경우에 경매에 의함이 원칙이다. 또한 경매로 지체하게 되면 손해가 생길 염려가 있을 때에는 유치권자가 스스로 현금화 하여야 한다.¹⁰⁰⁾

2) 점유할 권리 및 유치물의 사용·처분

(1) 점유할 권리

유치권을 점유하고 있는 물건 또는 유가 증권에 관하여 생기는 권리이므로 유치권의 성립에는 점유가 필요하고 유치권자가 점유를 잃으면 유치권은 당연히 소멸한다(민법 제328조). 유치권에서의 점유는 계속되어야 하고 적법한 점유이어야 하며 직접점유이든 간접점유이든 묻지 않는다.

(2) 유치물의 사용·처분

99) 박준서, 전계서, 323면; 오시영, 전계서, 590면.

100) 곽윤직, 전계서, 291면.

유치권은 채권 담보를 위하여 목적물을 점유하는 권리에 불과하므로 유치권자는 원칙적으로 유치물을 사용·대여 또는 담보제공 등 이용행위를 할 수 없다. 유치권자는 유치물의 점유자이나 유치권은 법정담보물권이므로 유치물의 사용권이 당연히 내포되어 있다고 할 수 없다. 따라서 채무자의 승낙이나 보존에 필요한 경우가 아닌 유치물의 사용에 대해서 채무자 또는 소유자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있고(민법 제324조 제3항), 이로 인하여 손해가 발생한 경우에는 그에 따른 손해배상의무를 진다(민법 제390조). 그러나 유치물의 소유자가 승낙을 한 때와 유치물의 보존에 필요한 사용은 승낙이 없더라도 사용할 수 있다(민법 제324조 제2항).¹⁰¹⁾

3) 유치권자의 의무

(1) 선량한 관리자로서의 주의 의무

민법 제324조 제1항은 “유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다.”고 규정하고 있고 제2항은 “유치권자는 채무자의 승낙 없이 유치물의 사용·대여 또는 담보제공을 하지 못한다. 그러나 유치물의 보존에 필요한 사용은 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있고 제3항에서 “유치권자가 전2항의 규정에 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 유치권은 물건의 유치를 본질로 하기 때문에 유치권자는 유치물을 유치함에 있어 선량한 관리자의 주의로써 유치물을 점유하여야 하며 보존에 필요한 사항은 예외적으로 허용된다.¹⁰²⁾

(2) 의무위반의 효과

채무자는 유치권자가 이러한 선량한 관리자로서의 주의 의무를 위반한 때에는

101) 박윤직, 전계서, 291-292면.

102) 김형배 외, 전계서, 723면; 송덕수, 전계서, 723면.

유치권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제324조 제3항). 이 소멸청구의 법적 성격은 해지와 유사한 형성권이며¹⁰³⁾ 물권적 단독 행위이다. 따라서 채무자가 유치권자에 대한 일방적 의사표시로써 유치권 소멸을 주장함으로써 유치권의 소멸의 효과가 생긴다.¹⁰⁴⁾

(3) 목적물 반환의무

유치권자는 유치물에 대하여 선량한 관리자로서의 주의의무를 다하여야 하며 채무자가 채무를 변제하면 유치물을 반환하여야 할 의무가 있다.

4. 유치권의 소멸

유치권도 물권이므로 일반적 소멸사유인 목적물의 멸실 혼동 토지사용 등으로 유치권은 소멸한다. 유치권은 시효로 인하여 소멸하는 일이 없으나 담보물권이므로 피담보채권이 소멸할 경우 함께 소멸한다. 그런데 채권자가 유치권을 행사하더라도 피담보채권의 소멸시효는 그와 관계없이 계속 진행한다(민법 제326조).

1) 채무자의 소멸청구

유치권자가 그의 의무에 위반하는 경우 채무자의 소멸청구로 유치권은 소멸한다.¹⁰⁵⁾

2) 다른 담보자의 제공

그리고 담보제공자에 의한 유치권 소멸청구에 있어 담보의 상당성의 판단기준 및 그 소멸청구권자가 민법 제327조 의하여 제공되는 담보가 상당한가의 여부는

103) 오시영, 전게서, 592면; 이은영, 전게서, 695면.

104) 오시영, 상게서, 592-593면.

105) 김형배 외, 전게서, 725면.

그 담보의 가치가 채권의 담보로서 상당한가, 태양에 있어 유치물에 의하던 담보력을 저하시키지는 아니한가 하는 점을 종합하여 판단하여야 할 것인바, 유치물의 가격이 채권액에 비하여 과다한 경우에는 채권액 상당의 가치가 있는 담보를 제공하면 족하다고 할 것이고, 한편 당해 유치물에 관하여 이해관계를 가지고 있는 채무자나 유치물의 소유자는 상당한 담보가 제공되어 있는 이상 유치권 소멸 청구의 의사표시를 할 수 있다.¹⁰⁶⁾

3) 점유의 상실

유치권의 객체인 물건 또는 유가증권은 채무자 소유에 한정되지 않는다. 채무자의 소유이건 제3자의 소유이건 관계없이 유치권이 성립하며, 유치권자가 채무자의 소유에 속하지 않음을 알았더라도 문제되지 않는다. 이 점은 상사유치권이 채무자 소유의 물건만을 객체로 하는 점과 구별된다.¹⁰⁷⁾

유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 하고, 유치권자는 채무자의 승낙 없이 유치물의 사용 대여 또는 담보제공을 하지 못하며, 유치물의 보존에 필요한 사용은 할 수 있는데, 이 의무를 위반한 때에 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(민법 제324조 제3항). 또한 채무자가 상당한 담보를 제공하여 유치권의 소멸을 청구한 경우 유치권은 소멸한다(민법 제327조).

第3節 不動産競賣에 있어서 留置權者의 對抗力

채무자가 이미 압류된 부동산의 점유를 임대차나 사용대차 등의 형식으로 제3자에게 인정하는 것은 압류의 처분금지효에 저촉되므로, 이미 압류된 부동산에 관한 점유를 채무자로부터 임대차나 사용대차 등의 형식에 의하여 취득한 자는 당해 부동산에 관하여 기존 공사대금 채권을 갖고 있거나 압류된 부동산에 필요비나 유익비를 지출하였다고 하더라도 경매절차에서 당해 부동산의 경락인을 상대로 유치권을 주장하는 자가 당해 부동산에 대하여 압류가 이루어 졌다는 사실

106) 김형배 외, 전제서, 725면; 대판 2001.12.11. 2001다59866.

107) 지원림, 전제서, 697면.

에 대하여 선의·무과실이라고 할지라도 마찬가지이다.¹⁰⁸⁾ 즉 민사집행법 제91조 제5항은 유치권자는 모든 유치권자를 의미하는 것이 아니라 압류채권자 또는 경락인에게 대항 할 수 있는 유치권자만을 의미한다.¹⁰⁹⁾

위에서 보듯이 경매의 개시와 압류를 동시에 한다. 이 결정이 채무자에게 송달되거나 기입등기가 완료된 때 압류의 효력이 발생한다. 경매개시결정이 없거나 경매개시결정서의 작성 없이 진행된 경매는 적법한 경매라 할 수 없으므로 법률상 효력이 없다.¹¹⁰⁾ 부동산상 유치권이 존재하더라도 저당권자 또는 일반채권자가 그 부동산을 경매하는 데 있어서 아무런 장애가 없지만, 경매에 의하여 유치권이 소멸하지는 아니하므로 경락인은 유치권자에게 피담보채권을 변제하지 아니하는 한 부동산의 인도를 구하지 못한다. 이 때문에 유치권자에게 최우선변제권을 인정할 것과 동일한 결과를 낳는다고 한다.¹¹¹⁾

1. 압류 후 유치권이 성립요건을 갖춘 경우

압류의 처분금지효에 의해 압류이후 성립요건을 구비한 유치권에 대해서는 경락인에 대항할 수 없다는 것이 법원의 흐름이다.¹¹²⁾ 경매절차에서 압류의 효력은 채무자에게 그 결정이 송달된 때 또는 경매개시결정 기입등기가 된 때에 생긴다(민사집행법 제83조 4항). 즉 경매개시결정이 송달된 시기와 경매개시결정 기입등기가 된 시기 중 먼저 된 시기에 압류의 효력이 발생한다.¹¹³⁾

대법원 판례¹¹⁴⁾는 “채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채권자가 채무자로부터 위 부동산의 점유를 이전받고 이에 관한 공사 등을 시행함으로써 채무자에 대한 공사대금채권 및 이를 피담보채권으로 한 유치권을 취득한 경우, 이러한 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제

108) 정영수·기우일, “부동산경매실무절차에 있어서 유치권의 문제점과 대책에 관한 소고”, 「대한부동산학회지」 제24권, 대한부동산학회, 2006, 105면.

109) 김상원 외, 「주식 민사집행법」, 한국사법행정학회, 2004, 338면.

110) 김기찬, “부동산 경매에 있어서 유치권에 관한 연구”, 건국대학교 대학원, 박사학위논문, 2007, 99-100면.

111) 송덕수, 전게서, 721면; 대판 1959.1.15. 490민상760.

112) 대판 2006.8.25. 2006다22050.

113) 법원행정처, 전게서, 667면.

114) 대판 2006.8.25. 2006다22050.

83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉된다. 그러므로 위와 같은 경위로 부동산을 점유한 채권자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 경락인에게 대항할 수 없고, 이 경우 위 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료 되어 있음을 채권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 과실이 있는지 여부 등은 채권자가 그 유치권을 경락인에게 대항할 수 없다는 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.”라고 판시하고 있다.

1) 유치권 긍정설

유치권은 일단 그 성립요건을 갖춘 경우 그 시기가 압류 발생 전후를 불문하고 유치권이 성립한다는 주장이다. 이 주장도 유치권 주장자가 압류권자나 경락인에게 대항할 수 있는지에 대해서는 대항력 긍정설과 대항력 부정설이 견해가 둘로 나뉜다.

(1) 대항력 긍정설

유치권자는 경매신청 채권자는 물론 경락인에게도 대항할 수 있다는 견해로 우리나라와 일본의 통설적인 견해이다. 이러한 견해를 주장하는 학자들이 근거는 다음과 같다.

유치권의 효력은 등기의 선후에 의하여 우열이 결정되는 것이 아니므로 경매개시결정 기입등기 이후에 유치권이 발생되더라도 신청채권자에게 대항할 수 있다는 점, 압류에 효력은 법률행위에 의한 처분만을 대항할 수 없게 할 뿐 사실행위를 금지하는 것은 아니므로, 사실행위를 바탕으로 법률의 규정으로 발생하는 유치권의 획득을 막을 수 있다는 점,¹¹⁵⁾ 민사집행법 제91조 제5항에서 “경락인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.”고 규정함으로써 인수되는 유치권의 범위에 대해 아무런 제한을 두지 않았다는 점과 유치권이 피담보 채권이 대부분이 경우 공익성과 소액성을 가지고 있다는 점을 그 논거로 들고 있다. 또 유치권은 다른 담보물권과는 달리 등기에 의한 공시 기능이

115) 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 제42집 한국사법행정학회, 2006, 430면.

없어 다른 등기와의 선후의 판단이 곤란하다는 점을 들고 있다.¹¹⁶⁾

(2) 대항력 부정설

이 견해는 우리 대법원이 취하는 견해로 유치권이 성립 요건을 갖춘 경우 유치권을 취득 할 수 있지만, 압류 효력발생 이후 점유나 채권 취득은 압류의 처분 금지효에 반하기 때문에 유치권자는 그 유치권으로 압류채권자에게 대항 할 수 없다고 한다. 또한 민사집행법 제91조 제5항에서 ‘매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.’라고 규정에서 말하는 유치권자란 모든 유치권자를 의미하는 것이 아니라 압류채권자 또는 매수인에게 대항할 수 있는 유치권자만을 의미한다고 한다. 따라서 압류 이후에 유치권을 취득한 자는 그 유치권으로 압류채권자와 그 압류절차에 따라 부동산을 취득한 매수인에게 유치권의 효력을 주장할 수 없다고 한다.¹¹⁷⁾

2) 유치권 부정설

이 견해는 압류 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우라도 이는 압류의 처분금지효에 반하므로 압류채권자에게 대항할 수 없고, 위와 같이 압류채권자에게 대항할 수 없는 유치권주장자가 자신의 점유권원이 경매절차상의 매수인에 대한 관계에서 대항할 수 없는 것임을 알았거나, 과실로 인하여 이를 알지 못하였다면 그 점유는 민법 제320조 제2항을 유추적용하여 “점유가 불법행위로 인한 경우”에 해당한다고 보아 유치권이 성립하지 않는 것이다. 이 견해에 의하면 유치권 주장자가 자신의 점유권원이 경매절차상의 경락인에 대한 관계에서는 대항할 수 없는 것임을 알았거나, 과실로 인하여 이를 알지 못한 때에는 유치권 자체가 성립할 여지가 없게 되는 반면, 유치권주장자가 선의·무과실인 경우에는 유치권이 성립하게 된다. 일본 법원의 실무가 이 견해를 취하고 있다. ¹¹⁸⁾

116) 김기찬·이춘섭, “부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구”, 「부동산학연구」 제13집 제2호, 2007.8, 89면; 차문호, 전계논문, 430-431면.

117) 김기찬·이춘섭, 상계논문, 90면; 차문호, 상계논문, 431면.

118) 김상원 외, 전게서, 269면; 박성민, 전계논문, 85면.

2. 가압류 후 유치권이 성립요건을 갖춘 경우

부동산에 대한 경매개시결정의 기입등기 이전에 선행 가압류가 있고, 그 이후 이 기입등기 이전에 유치권을 취득한 자가 있는 경우에 유치권자가 가압류권자나 경락인에게 대항할 수 있는지 여부가 문제된다. 압류에서와 마찬가지로 가압류가 있는 경우에도 목적물에 대한 일체의 처분행위가 금지되며, 이에 위반된 행위는 가압류채권자에 대한 관계에서 상대적으로 무효가 된다. 그런데 앞서 본 바와 같이 유치권을 취득하는 행위는 가압류에 의하여 금지된 처분행위라고 할 것인 바 가압류권자는 유치권의 효력을 부인할 수 있다. 유치권자는 그 유치권으로 가압류권자에 대하여 대항할 수 없게 된다.¹¹⁹⁾

대법원 판례¹²⁰⁾는 “강제경매가 진행 중인 부동산에 대하여 강제경매개시결정 기입등기 이전에는 점유를 하지 아니하여 유치권을 취득하지 못한 상태에 있다가 강제경매개시결정 기입등기가 경료 되어 압류의 효력이 발생한 이후 기존 채권을 확보할 목적으로 채무자로부터 그 점유를 이전받음으로써 유치권을 취득하게 된 경우에는 경매절차에서 경락인에게 대항할 수 없다.”고 판시하여 유치권을 제한적으로 해석하는 입장을 취하고 있다. 또한 “가압류권자가 집행권원을 얻어 본집행인 강제경매를 신청하여 압류가 된 경우에는 가압류의 집행이 본 집행에 포섭됨으로써 가압류를 한때에 본 집행이 있었던 것과 같은 효력이 있다.”라고 판시¹²¹⁾ 하고 있다.

가압류권자가 집행권원을 얻어 본집행인 경매를 신청하여 압류가 된 경우에는 가압류의 집행이 본 집행에 포섭됨으로써 가압류를 한 때에 본집행이 있었던 것과 같은 효력이 있다.¹²²⁾ 따라서 가압류권자가 이를 전이하여 본 압류를 신청한 경우에는 가압류시기에 본 압류가 된 것으로 보아 압류 이후 유치권을 취득한 것으로 보면 될 것이다.

119) 차문호, 전제논문, 403면.

120) 대판 2005.8.19. 2005다22688.

121) 대판 2006.11.24. 2006다35223.

122) 대결 2002.3.15.자 2001마6620.

3. 저당권 설정 후 유치권의 성립요건을 갖춘 경우

유치권은 우선변제권 효력을 가지고 있지 않으므로 이론상으로는 저당권과 결합 따라서 우열의 문제는 생기지 않고, 다만 유치권자는 민사집행법 제91조 제5항에 의하여 사실상으로는 우선 변제를 받게 된다. 우리나라는 그 성립시기의 선 후에 상관없이 유치권이 저당권에 우선한다는 것을 자명한 이치로 받아들이고 있다. 123)

저당권등기가 경료된 부동산에 관하여 점유 이외에는 구체적인 공시방법이 없는 유치권이 나중에 성립하고, 나아가 이것에 사실상의 우선적 지위를 부여한다면 공시주의를 기초로 하는 담보법질서를 동요시킬 우려가 있다. 따라서 유치권자는 유치권보다 먼저 설정되어 대항력을 갖추고 있는 저당권자에게는 대항할 수 없고, 이러한 유치권은 단지 채무자 유치권 성립 후에 물권을 취득한 자 및 일반채권자에 대해서만 대항 할 수 있다고 보는 것이 타당하다.¹²⁴⁾ 또한 유치권의 주장이 허용되지 않는 요건사실의 충족에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다. 유치권을 인정하는 유일한 근거는 유치권의 피담보채권이 유치물과의 관련성에 의해 발생하고 그 중대한 객관적 가치가 유치물에 잔존하고 있으므로 이의 변제를 받는 것이 공평의 원칙에 부합한다는 것인데, 이로 인하여 기존의 다른 선순위 담보권자 및 일반채권자들의 권리가 사실상 침해되는 것이 또 다른 관점에서 볼 때 과연 공평하다고 할 것인지 의문이 든다.

저당권 보다 먼저 성립한 유치권이 저당권에 대한 대항력은 당연히 인정되므로 문제가 없다. 저당권보다 후에 성립한 유치권이 저당권에 대항할 수 있는지 여부에 대하여는 학설 · 판례가 나뉜다.¹²⁵⁾

1) 학설

(1) 우리나라

123) 곽윤직, 「물권법」, 박영사, 288면; 이영준, 전게서, 713면.

124) 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 「토지법학」 제23권 제2호, 2007. 12, 231면.

125) 강민성, 전계논문, 78-93면; 김기찬·이춘섭, 전계논문, 97면.

우리나라의 통설은 그 성립시기의 선후에 상관없이 유치권이 저당권에 우선한다는 것을 자명한 이치로 받아들이고 있다. 학설은 “유치권은 우선변제적 효력을 가지고 있지 않으므로, 이론상으로는 저당권과의 경합 따라서 우열의 문제는 생기지 않고, 다만 유치권자는 민사집행법 제91조 제5항에 의하여 사실상으로는 우선변제를 받게 된다.”고 하고¹²⁶⁾ 유치권의 담보물권으로서의 특성과 담보물의 교환가치에 대한 저당권자의 신뢰이익 존중이라는 두 가지 판단 요소를 종합하여 볼 때, 저당권이 설정된 부동산임을 알면서도 기존 공사대금채권을 회수할 목적으로 당해 부동산의 점유를 취득하거나, 저당권이 설정된 부동산의 점유를 취득한 뒤 이미 목적물에 관하여 저당권이 설정되어 있는 사실을 알면서도 당해 부동산에 필요비나 유익비를 지출한 경우에는 민법 제320조 제2항을 유추 적용하여 장차 경매절차에서 당해 부동산을 매수한 사람을 상대로 하여 유치권을 내세워 대항하는 것은 허용되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 본다.

(2) 일 본

일본의 통설 및 주류적 견해는 “유치권은 그 성립시기의 선후에 상관없이 저당권에 우선한다.”는 것이다. 그러나 위와 같은 주류적 입장에 대하여 “저당권과 유치권의 우열관계를 저당권설정등기가 경료 된 때와 유치권의 성립요건이 충족된 때(혹은 점유가 개시된 때)의 선후관계에 의하여 결정하여야 하고, 저당권보다 나중에 성립한 유치권으로는 저당권자 따라서 경매절차상의 경락인에 대한 관계에서는 대항 할 수 없다.”고 해석해야 한다는 비판이 가해지고 있다.¹²⁷⁾

일본의 학설을 보면 유치권의 범위를 넓게 인정하는 것에 저항이 있는 것은 경합하는 저당권자의 이익이 행하여진다는 것인데, 저당권자에 대한 관계에서는 대항문제로서 해결하는 것이 타당하다고 본다. 유치권은 우선변제권이 없는 담보물권으로 유치권의 목적물에 관하여 선순위 담보권이 설정되어 있는 경우라도 담보권의 실행에 의하여 목적물을 취득한 자가 목적물의 인도를 받으려고 하는

126) 강민성, 전제논문, 91-92면.

127) 西口元, “平成 11年度 主要民事判例解説” 判例タイムズ, 1036号, 2000.9, 57面.

때는 유치권의 피담보채권을 변제해야 하므로 유치권자는 사실상 최우선으로 피담보채권 전액을 변제받을 수 있다. 128)

(3) 검토

위와 같이 우리나라의 통설은 유치권은 우선변제의 효력을 갖고 있지 않으므로 그 성립시기의 선후에 상관없이 유치권이 저당권에 우선한다는 것을 당연하게 받아들이고 있고, 일본의 학설을 보면 저당권설정등기가 경료된 경우라도 목적물의 인도를 받으려고 하는 때에는 유치권의 피담보채권을 변제해야 하므로 유치권자는 사실상 최우선으로 피담보채권 전액을 변제받을 수 있다고 보는 견해이므로, 따라서 유치권은 경매절차에서 경락인에 대하여 피담보채권을 변제받을 때까지 목적물을 유치할 수 있다고 보아야 할 것이다.

2) 판례

(1) 우리나라

하급심 판례¹²⁹⁾에 “건물 및 대지에 거액의 근저당권, 전세권, 가압류등기 등이 설정되어 있는 등으로 부동산 소유자의 재산상태가 좋지 아니하여 위 부동산에 관한 경매절차가 개시될 가능성이 있음을 충분히 인식하고서도 수급인이 거액의 공사도급계약 및 그 후의 사용·수익 약정을 체결하여 건물의 일부를 점유하였다면 수급인이 전 소유자와 사이에 위 건물 부분에 관한 공사도급계약을 하고 그 계약에 따른 공사를 일부라고 실제로 진행하여 상당한 공사비용을 투하하였다고 하더라도, 만약 이러한 경우에까지 유치권의 성립을 제한 없이 인정한다면 전 소유자와 유치권자 사이의 묵시적 담합이나 기타 사유에 의한 유치권 남용을 막을 방법이 없게 되어 공시주의를 기초로 하는 담보법질서를 교란시킬 위험이

128) 奏光昭, “競合する抵當權と民事留置權の成立要件”, 金融法務事情, 1657号, 2002.10.25, 4面.

129) 대전고판 2004.1.15. 2002나5475; 대판 2006.6.29. 2004다11971; 판결로 상고 기각하여 원심을 확정하였으므로 하급심의 결론을 유지하였으나 원심의 판시 이유에 관하여는 자세히 실시하지 않았다.

있다는 점을 고려할 때, 수급인의 공사도급계약 전에 가압류등기와 근저당권설정 등기를 마친 자의 신청에 의한 경매절차의 경락인에 대한 관계에서는 민법 제 320조 제2항을 유추 적용하여 수급인이 공사대금채권에 기초한 유치권을 행사하는 것이 신의칙에 반하여 허용 될 수 없다고 보아야 한다.”고 판시 하고 있다. 저당권자가 유치권자에 대한 이해관계에 관하여, 또한 “담보실행을 위한 경매절차에서 근저당권자가 유치권자로 권리신고를 한 자에 대하여 유치권부존재확인 의 소를 구할 법률상의 이익이 있다”고 하여 이해관계가 있음을 인정한 판례¹³⁰⁾가 있다.

(2) 일 본

일본 최고재판소 판례¹³¹⁾는 “건축공사계약이 있는 상태(착공일자는 미상)에서 저당권이 경료 된 경우 건물공사수급인의 대하여 시공한 토지에 대한 상사유치권을 인정한다고 하면, 저당권 등 담보권의 대상으로 되어있는 토지위에 건물을 건축하면서 의도적으로 그 공사대금을 변제하지 아니하고(사안의 경우 변제의 지체로 인하여 원래 공사대금 액의 2배 이상의 지연손해금을 생기게 함) 공사수급인에게 대한 상사유치권을 실행하게 하여 저당권자에 대한 배당액을 감액 내지 무화시키는 것과 같은 저당권의 실효성을 해하는 조작도 가능한 것으로 되고, 또한 무 잉여의 이유로 토지에 대한 저당권의 실행을 사실상 불가능하게 하는 사태를 초래할 가능성이 있어, 담보권제도의 질서를 교란할 위험이 있다고 한 사례이다. 물건의 매매대금채권 등의 교환가치를 체현하는 채권에 관하여 물건과의 견련성을 긍정할 수 있으려면 그 물건에 관하여 물권변동(저당권의 설정 등을 포함한다)이 발생하기 전에 유치권의 성립요건인 사실이 생겼어야 하며, 나아가 그와 같은 유치권에 의하여 담보되는 채권의 존재가 채권자에 의한 물건의 점유나 그 밖의 다른 사정에 의하여 거래가 들어오려고 하는 제3자에게도 인식 가능한 경우에 한한다고 해석해야 할 것이다”라고 한 사례¹³²⁾가 있다.

130) 대판 2004.9.23. 2004다32848.

131) 東京高決 1999.7.23. 「判例タイムズ」 1006号, 117面.

132) 東京高決 2002.6.6.

第3章 不動産競賣에 있어서 留置權者의 地位

第1節 競賣請求權者로서의 地位

1. 유치권자의 경매청구권

목적물에 대한 경매가 있는 경우에는 채권자는 유치권으로써 매수인에게 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다(민법 제322조 1항). 이처럼 경매권이 인정됨으로서 유치권은 그 담보권으로서의 기능이 더욱 강화 되었다고 할 것이다.¹³³⁾ 그러나 유치권자에게 우선변제권이 인정되지 않으며 유치권자에게 인정된 경매청구권은 매각대금으로부터 피담보채권을 우선변제받기 위하여 질권자나 저당권자에게 인정된 경매청구권과는 달리 유치물의 환가를 위하여 인정된 권리이다.¹³⁴⁾

부동산에 대한 유치권에 의한 경매는 유치권자가 유치권의 존재를 증명하는 문서를 법원 또는 집행관에 제출하는 것으로부터 개시된다(민사집행법 제264조 제1항). 문서의 제출이 있으면 집행법원은 경매개시결정을 한 후 압류의 등기를 촉탁한다. 현행 민법의 부동산의 경매신청서에는 부동산에 대한 경매신청의 예의 의하여 유치권의 존재 또는 경매신청권의 존재를 증명하는 문서를 첨부하여야 한다. 법정담보물권인 유치권에는 채권자가 물건을 점유하고 있는 것 이외에 유치권의 존재를 증명하는 서류를 준비하기는 현실적으로 어려우나 공사계약서, 내용증명, 채무자 또는 소유자의 인도청구소송에서 유치권 항변이 인용된 판결문 등을 제출하면 된다.¹³⁵⁾ 여기에서 이러한 압류의 등기에 실제적인 처분 제한적 효력이 있는가에 대하여 유치권에 의한 경매는 유치물의 환가를 위한 경매이기 때문에 신청인이 상대방의 처분을 제한할 수 있는 실체권이 없고, 따라서 처분

133) 이영준, 「새로운체계에 의한 한국민법론(물건편)」, 박영사, 2005, 721면.

134) 강봉현, “유치권자의 지위와 관련한 몇 가지 문제점”, 「법과정제」 제14집 2호, 제주대학교 법과정제연구소, 2008.8, 3면; 이명우, 「물건법-이론과판례」, 형설출판사, 2005, 360면.

135) 법원공무원교육원, 「민사집행실무II」, 2003, 709면.

제한적 효력을 인정할 필요도 없으며 압류등기는 공시적 역할을 할 뿐이라고 하여야 할 것이다.¹³⁶⁾

2. 유치권자가 신청한 경매의 성격

민사집행법의 강제경매규정과 민사집행규칙의 강제경매규정 등은 그 성질에 어긋나지 아니하는 범위 내에서 임의경매 즉 담보권 실행을 위한 경매에 준용되므로(민사집행규칙 202조), 담보권 실행을 위한 경매에도 강제집행상의 배당절차가 준용되어 이 경우에도 실체법 규정에 의한 배당순위가 정해지게 된다. 유치권자도 피담보채권이 지체될 경우 유치물의 경매를 신청할 수 있는 점은 일반담보물권자와 다를 바가 없으나 유치권자는 목적물의 매각대금에서 우선변제를 받을 권능이 없기 때문에 경매의 진행 도중에 다른 채권자가 개입하게 되면 경매의 목적을 달성할 수 없게 되는 점은 있을 수 있다.¹³⁷⁾ 유치권자의 담보물경매청구는 질권자나 저당권자의 담보물 경매신청과는 본질적으로 차이가 있음을 알 수 있다. 질권자나 저당권자의 경매신청은 그들의 목적물의 교환가치를 지배하고 있으며 그것을 현실적으로 취득할 필요가 생겼기 때문에 그 담보물권의 본질적 내용을 구현시키는 방법으로 경매를 하는 것인데 반해 유치권자는 목적물의 교환가치를 지배할 권능이 없고, 그것을 경매하려고 하는 것은 무작정 유치를 계속할 수많은 없기 때문에 환가를 할 수밖에 없다는 의미가 있을 뿐이므로 그것은 유치권의 내용을 구현시키는 것이 아니라 유치권을 종식시키고 환가금에서 채권을 변제를 받겠다는 것이다.¹³⁸⁾

1) 유치권신고의 여부

집행법원에 유치권을 주장하는 자가 유치권 권리신고서를 제출하면, 집행 법원은 부동산경매절차 내에서 유치권의 성립요건에 관한실체적인 심사를 하여 유치

136) 신국미, “유치권자에 의한 경매(민법제322조)에 관한의문”, 「재산법연구」 제25권 제1호, 한국재산법연구회, 2008.6, 93면.

137) 이재성, “유치권자가 신청한 경매의 성격”, 「인권과정의」 제196호, 대한변호사협회, 1992.12, 26면.

138) 김진경, 전제논문, 52면.

권의 존부에 대한 판단을 내려 그에 따른 조치를 취할 수는 없다. 다만 매각물건 명세서에서 기재하기 전에 심문절차를 열어 유치권자를 심문할 수 있으나 심문의 결과유치권의 성립요건을 갖추지 못한 것으로 판단될지라도 ‘성립여부 불분명함’ 정도로 매각물건명세서에서 기재한 후 경매절차를 계속 진행할 뿐이다. 집행법원은 현황조사를 강화하여 유치권의 존부에 관한 엄격한 사전심사를 할 필요가 있고 아울러 유치권자의 피담보채권에 대하여 엄격한 증거가 아니라 소송상 자유로운 증명에 입각한 구체적인 증명자료를 제출하도록 권고할 필요가 있다. 부동산경매절차에서의 경매목적물인 부동산위의 권리를 가지는 유치권자는 그 권리를 매각허가결정이 있을 때까지 매각절차의 이해관계인이 된다. 하지만 유치권자의 권리증명이외의 사유 집행관의 현황조사과정에서나 감정평가사의 감정평가절차에서 이해관계인으로 판명되었다면, 그러한 사실만으로 스스로 집행법원에 권리를 증명하여 신고한 것이라고 볼 수 없으므로 이 경우 유치권자는 이해관계인으로 취급되지 아니한다. 유치권자의 권리신고에 의해 이해관계인이 되면 자신의 권리를 보호받기 위하여 집행법원의 절차에 관하여 권리행사를 할 수 있다.¹³⁹⁾

집행법원이 형식적 심사를 거쳐 매각물건명세서에 기재된 유치권의 신고 사실은 유찰이 반복되는 원인이 되고, 이에 따른 가격하락으로 채권자와 채무자에게 가혹한 결과를 안겨주게 된다. 그렇다고 하여 집행법원이 유치권을 주장하는 자에게 소송절차와 같은 입증책임을 지울 수는 없으므로 실무상으로 적절한 해결방법이 절실히 요구된다.¹⁴⁰⁾

(1) 유치권신고가 접수된 경우

경매진행 중 유치권신고가 있을 경우에 채권자의 입장에서는 별다른 방어방법이 없고 통상 유치권 배재신청이라는 서면을 제출하는 정도이다. 유치권신고가 되어있는 경우에 매수인은 그 목적물을 인도받기 위하여 매각가액 이외에 추가

139) 박두수, “부동산집행에서의 유치권자의 지위에 관한 연구”, 건국대학교부동산대학원, 석사학위논문, 2003, 74면.

140) 박성민, 전제논문, 97면.

로 유치권의 피담보채권을 부담하여야 하므로 매수신고인은 목적물의 실제 가액에서 피담보채권을 공제한 액수를 매수가격으로 신고하게 될 것이고 이러한 현상은 유치권자를 제외한 경매신청채권자 및 배당요구채권자들에게는 총배당금액이 감소하여 불리하게 작용할 것이다. 즉 매수인이 인수하게 되는 부동산의 부담은 매각부동산의 가격을 감액 시키는 요인이 된다. 따라서 실무에서는 유치권의 신고가 있게 되면 피담보채권 등에 대한 평가를 하지 않은 채 최저매각 가격을 정하고 있고, 그 대신에 매각물건명세서에 이에 관한 사항을 기재함으로써 입찰참가자에게 그 정보를 제공하고 있다.¹⁴¹⁾

만일 경매신청자가채권자가 유치권신고인을 상대로 하여 유치권부존재확인의를 제기했다는 이유로 그 확정판결이 있을 때까지 경매절차를 추후 지정해 달라고 신청하는 경우, 이와 같은 소송이 제기되더라도 그 확정 판결이 있을 때까지는 경매절차를 추후 지정하는 경우, 그 추후 지정사유가 해소되는데 상당한 시일이 소요되고 경매신청채권자의 주장대로 위 유치권자의 유치권 내지 피담보채권이 실제 존재하지 않는 것으로 밝혀진 경우에는 경매신청채권자를 포함한 이해관계인은 매각허가에 대한 이의 및 매각허가 결정에 대한 즉시항고를 통하여 그 시정을 구할 수 있다는 이유로 경매절차를 그대로 진행하는 것이 일반적이다. 만약 유치권신고인이 제출한 소명자료로 유치권의 성립여부가 불분명하다고 생각되면 심문을 하여 성립여부 및 피담보채권을 확정하려고 하나 분명하지 않은 경우가 많아서 물건명세서에 “000으로부터 000부동산에 대하여 유치권이 있으나 그 성립여부는 불분명함”이라고 기재하고 매각하는 것이 일반적이다.¹⁴²⁾

경매절차에서 유치권의 권리신고가 접수된 경우에 유치권을 주장하는 자에게 점유개시시기, 피담보채권액 등을 소명하도록 한 후 다음과 같이 시간적 순서에 따라 처리하고 있다.¹⁴³⁾ 매각기일 이전에 접수되는 경우에는 물건 명세서에 유치권 신고가 있으나 그 성립여부는 명확하지 아니하다는 내용을 기재하여 매각을 실시한다. 매각기일부터 매각허가기일 전까지 접수되는 경우에는 유치권이 성립할 여지가 없다는 점이 명백하지 아니 한 매각물건 명세서 작성에 중대한 하자

141) 대법원, 「민사집행실무」, 법원행정처, 2004, 49면.

142) 김명엽, “부동산경매절차상 유치권제도의 개선에 관한 연구”, 「입법정책」 제2권 제2호, 2008, 157-158면.

143) 차문호, 전제논문, 4면.

가 있는 것으로 보아 매각을 불허가 하고, 새매각을 실시한다. 매각허가일부터 매각허가여부의 확정 전까지 접수되는 경우에는 최고가매수인으로부터 매각허가에 대한 이의신청 또는 매각허가 결정에 대한 항고를 받아 매각허가결정을 취소하고, 새매각을 실시한다. 매각허가결정의 확정 후부터 대금지급 전까지 접수되는 경우에는 매각허가결정의 취소신청을 받아 매각허가결정을 취소하고 새매각을 실시한다. 대금지급 후부터 배당실시 전까지 접수되는 경우에는 최고가매수인이 민법 제575조 제1항에 따른 담보책임을 묻는 경우에 한하여 매각허가결정을 취소한다.¹⁴⁴⁾

(2) 유치권신고 없이 경매절차가 종료된 경우

경매절차에서 유치권에 대한 권리신고가 없이 경매절차가 종료되었다고 하더라도 그 권리의 존재 자체가 부정되거나 기존의 권리가 소멸되는 것은 아니다. 유치권은 원래 매수인에게 인수되는 권리이므로(민사집행법 제91조 제5항), 설사 유치권자가 경매절차에서 권리신고를 아니하고, 경매절차에서 그러한 유치권의 존재가 전혀 고려되지 않았다고 하더라도 유치권 자체가 소멸되는 것은 아니라고 한다.¹⁴⁵⁾ 따라서 유치권을 신고하지 않은 자도 유치권을 주장하여 별도로 유치권에 의한 경매를 신청할 수 있다. 그러나 유치목적물에 대한 부동산경매절차가 진행 중인 것을 알고 방치한 경우에는 유치권을 주장할 수 없도록 하는 것이 유치권자의 담보물권자로서의 권리 보호와 부동산경매절차의 법적안정성과 조화라는 관점이 필요하다.

3. 경매청구권 행사시 민법 제322조 제2항의 유추적용

우리 민법이 유치권자에게 우선변제권을 인정하지 않으면서 경매권을 인정(민법 제322조 제1항) 하고 있다는 것은 매우 특이하다고 할 수 있다. 이것은 목적물의 교환가치에 대한 지배권이 없이 목적물을 단지 유치함으로써 간접적으로

144) 박성민, 전계논문, 98면.

145) 법원도서관, 전계서, 40-41면.

채권의 변제를 강제 내지 촉구하는 효력만이 인정되는 유치권자에게 그러한 목적물의 유치가 변제를 재촉하는데 실효성이 없는 경우 유치를 계속하는 것은 부답이 되므로 환가권을 인정하는 것이다. 민법 제322조 제1항에서 “유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다.”고 규정하여 경매청구권과 제2항에서 간이변제 충당권을 인정하고 있다.¹⁴⁶⁾

유치권자에게 경매 청구권을 인정하는 것은 채무자에게 물건의 소유권을 상실케 하고 가혹하기 때문에 민법 제327조의 취지를 벗어날 수도 있다. 그래서 유치권자의 경매청구권이 인정되기 위해서는 유치권자가 채무자에 대하여 상당한 기간을 정하여 채무의 이행을 최고하여야 하고, 그 기간 내에 이행이 없는 경우에는 유치물을 경매한다는 뜻을 통지하게 함으로써 채무자가 채무를 변제하거나 다른 담보를 제공함으로써 유치물을 소멸시킬 수 있는 기회를 주어야 할 것이다. 그런데 우리 민법은 단지 유치권자는 ‘채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다’라고 규정하고 있을 뿐, 간이변제충당권에 관한 민법 제322조 제2항에서처럼 미리 채무자에게 통지할 것을 규정하고 있지 않는데, 경매의 경우에도 민법 제322조 제2항을 유추적용 하여야 할 것이다.¹⁴⁷⁾

第2節 利害關係人으로서의 地位

유치권은 부동산경매시 이해관계인 여부에 상관없이 유치권은 성립하므로 권리신고를 필요로 하지 않는다. 매각허가결정이전까지 이해관계인으로서 권리신고를 하지 않은 경우에는 집행절차에서 이해관계인이 되지 못하고 매각물건명세서에도 유치권의 주장이 있음을 명시되지 아니하므로 이러한 경우가 매수인에게 문제가 된다. 만약 부동산경매절차에서 유치권신고자가 한 배당요구서는 집행법원이 실제적인 판단을 할 수 없을 뿐만 아니라 유치권에는 우선변제권이 없으므로 배당을 받을 수가 없다.¹⁴⁸⁾

146) 김진경, 전계논문, 53면.

147) 신국미, 전계논문, 150면.

148) 정연수·기우일, 전계논문, 105면.

1. 이해관계인의 범위와 권리

1) 이해관계인의 범위

민사집행법상 경매절차의 이해관계인은 ①압류채권자와 집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자, ②채무자 및 소유자, ③등기부에 기입된 부동산위의 권리자, ④부동산위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람이다(민사집행법 제 90조). 이는 제한적·열거적 규정으로서 본 조항에 규정된 이해관계인의 범위에 속하지 않는 자는 그 매각절차에서 사실상 진정한 이해관계가 있는 자라 하더라도 이해관계인으로 취급받지 못하게 된다.¹⁴⁹⁾ 부동산경매절차에서 많이 문제가 되고 있는 가압류권자,¹⁵⁰⁾ 가치분권자¹⁵¹⁾, 예고등기권자,¹⁵²⁾ 매수인이 매각대금을 납부하지 않아 재매각을 실시하는 경우의 대금을 납부하지 않은 경락인은 이해관계인이라고 볼 수 없다. 다만 경매개시결정이 있기 전에 가압류 등기를 마친 채권자는 배당요구를 하지 않았더라도 본안 판결이 확정 될 때까지 배당 요구한 것과 동일하게 인정하지만 본조의 이해관계인은 아니며 또한 그 외 일반채권자라고 주장하더라도 배당요구종기일 까지 배당요구를 하지 않은 채권자는 이해관계인이 아니다.¹⁵³⁾

집행력 있는 정본에 의하여 배당을 요구한 채권자는 반드시 집행력 있는 정본 자체를 집행법원에 제출하여야 하는 것은 아니고, 집행력 있는 정본 또는 그 사본이 첨부된 배당요구서를 제출함으로써 충분하다. 또한 압류가 경합되어 첫 매각 기일 이전 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자는 집행력 있는 정본 또는 그 사본이 첨부된 배당요구서를 제출하면 본 호에 적용되며 집행문이 부여된 공정증서 원본이 아니라 사본을 제출하여 배당요구를 한 채권자도 이해관계인이 된다. 그리고 선행사건이 정지되어 있는 동안 후 행사건이 적법하게 경매개시결정을 하고 경매진행이 될 경우 후 행사건의 압류권자는 본 호의 이해관계

149) 박두환, 전제서, 270면.

150) 대판 1999.4.9. 98다3240.

151) 대결 1994.9.30.자 94마534.

152) 대결 1967.10.26.자 67마47; 대결 1968.1.15.자 67마024.

153) 이시윤, 전제서, 212면; 대결 2003.2.10.자 2001마85; 대판 1999.4.9. 98다3240; 대판 1995.7.28. 94다7718.

인이 된다.¹⁵⁴⁾ 채납처분에 의한 압류등기를 한 압류권자도 본 호의 이해관계인이라 할 수 있다. 채무자라 함은 당해 사건의 집행 채무자를 말한다. 그런데 강제경매에 있어서는 임의경매와 달리 채무자와 소유자가 동일하여야 한다. 여기에서 소유자라 함은 경매개시결정 압류등기 당시의 등기부상에 나타나 있는 소유자를 말한다.

2) 이해관계인의 권리

부동산경매절차는 채무자 소유의 부동산을 매각·현금화하여 변제의 만족을 얻기 위한 일련의 절차이다. 더욱이 경매부동산에 대해서는 이해관계를 가진 자가 많이 있음을 볼 수 있고, 특히 이러한 이해관계를 가진 자는 경매절차가 공정하고 합리적인 방법으로 실시되는 것을 원할 뿐만 아니라 자기의 이해관계에 많은 영향을 받으므로 이러한 자의 권리를 보호하기 위하여 민사집행법은 이해관계자를 가진 자 중에서 특히 보호할 필요가 있는 자를 이해관계인으로 규정하였다(민사집행법 제90조). 그런데 이 법에서 이해관계인을 규정함에 있어서 각개의 경우마다 개별적으로 법률로 규정하는 것은 입법 기술적으로도 번거로울 뿐만 아니라 그렇다고 각개의 사항별로 해석에 의하여 정하는 것도 해석상 불안정을 초래하여 보장을 받을 수 없다고 하였다. 그래서 특히 보호할 필요가 있는 이해관계인 중에서 제한적으로 열거하는 방법으로 그 범위를 명시하여 경매절차의 전반에 걸쳐 지위를 부여하고,¹⁵⁵⁾ 그 외의 개별적 사항에 대하여는 다만 이해관계인이라고 규정함으로써 이를 원용하는 방법으로 하고 있다.¹⁵⁶⁾ 이해관계인은 자기의 권리에 관하여 보호를 받는 방법으로 다음과 같은 권리가 인정된다. 경매개시결정이 된 뒤 부동산 침해행위에 대하여 방지를 신청할 수 있고, 경매개시결정에 대하여 이의를 신청할 수 있으며, 압류의 경합이나 배당요구가 있는 때에는 이를 통지받을 수 있으며, 매각조건의 변경에 합의할 수 있으며, 매각기일에 출석할 수 있으며, 매각결정기일에 매각허가에 관하여 의견을 진술할 수 있으며,

154) 대결 1975.10.22.자 75마32.

155) 이시윤, 전계서, 213면.

156) 오시영, 전계서, 363면.

매각허가여부결정에 대하여 항고를 할 수 있으며, 배당기일의 통지를 받을 수 있고, 배당표에 대하여 이의를 제기할 수 있다.¹⁵⁷⁾

2. 유치권자의 이해관계인 여부

부동산경매절차에 있어서 이해관계인이 된 유치권자는 유치권신고에 의하여 법원으로부터 각종 통지를 받을 권리(민사집행법 제89조, 제104조 제2항), 매각허가 여부에 대하여 의견진술권(민사집행법 120조)과 그 결정에 대한 즉시 항고권(민사집행법 제129조) 등 집행절차상의 권리를 가진다. 따라서 유치권자는 선순위 저당권자, 가압류권자 또는 압류채권자에게 대항할 수 없다 하더라도 부동산 위에 담보물권인 유치권을 가진 사람으로서 그 권리를 증명한 사람에 해당한다고 하여야 할 것이다. 유치권은 부동산경매시 유치권의 성립조건에 이해관계인인지의 여부와 관계가 없기 때문에 권리 신고를 필요로 하지 않을 뿐더러 유치권자가 그 권리에 대한 신고를 집행법원에 반드시 하여서 이해관계인이 되지 않아도 부동산 유치권은 성립한다.¹⁵⁸⁾

그러나 매각허가결정 이전까지 이해관계인으로서 권리신고를 하지 않은 경우에는 단지 이해관계인이 되지 않을 뿐더러 이러한 경우에 매각물건명세서에 유치권의 주장이 있음을 명시할 수가 없는바 이해관계인이 되지 못하는 유치권자가 경락인에게는 특히 문제가 된다.

부동산경매는 채무자 소유의 부동산을 환가하는 절차이므로 부동산이 경매되는 것과 관련하여 여러 가지의 이해관계를 가진 자가 많이 있고, 이러한 이해관계를 가진 자는 강제경매가 적법하게 실시되는 것에 관하여 자기의 이해에 중대한 영향을 받으므로, 이러한 자의 권리를 보호하기 위하여 이해관계를 가진 자 중에서 특히 보호할 필요가 있는 자를 이해관계인으로 규정하여 그 자격을 주고 있다.¹⁵⁹⁾ 민사집행법 제90조에서 명문으로 이해관계인을 열거하고 이들만이 부동산경매절차에 관여할 수 있도록 이해관계인의 범위를 제한하고 있다.¹⁶⁰⁾ 이해관

157) 오시영, 전계서, 366면.

158) 박성민, 전계논문, 193면; 정영수·기우일, 전계논문, 105면.

159) 김진호, 전계서, 309면.

160) 오시영, 전계서, 363면.

계인은 자신의 권리를 보호받기 위하여 집행법원의 절차에 관하여 권리행사를 할 수 있다. 이것은 송달의 기준이 되므로 신청서 접수시부터 누락분이 없도록 이해관계인표에 충실히 기재하고, 절차진행 중 주소 보정 및 배당요구 등으로 변동사항이 있게 되면 즉시 정정 보완하여야 한다. 경매에서의 각종 통지는 이해관계인에게만 하면 되나 배당기일 통지만은 가압류권자에도 하여야 한다.¹⁶¹⁾

이해관계인은 경매절차에 관여할 권리가 있는 자로 경매에서 중요한 의미가 있다. 민사집행법 제90조에 이해관계인을 열거하고 있는바, 이 규정은 제한적 열거 규정이므로¹⁶²⁾ 위 조문에 열거된 이해관계인의 범위에 속하지 않는 자는 집행절차에서 이해관계인이 될 수 없다. 유치권자는 부동산 위의 권리자로서 그 권리를 증명하면 이해관계인이 된다.¹⁶³⁾

1) 이해관계인에 해당하는 자

(1) 압류채권자와 집행력 있는 정본에 의한 배당요구채권자

압류채권자와 집행정본에 의하여 배당을 요구한 채권자는 이해관계인이 된다. 경매개시결정이 있고 난 뒤에 같은 부동산에 대하여 제2의 경매신청을 한 채권자는 압류채권자는 아니지만, 집행정본에 의하여 배당을 요구한 채권자이기 때문에 이해관계인이 된다. 즉 그러한 채권자에게도 배당요구의 효력은 인정되기 때문이다. 만약 경매신청사건이 정지된 뒤에 제2의 경매신청이 있고, 이에 대하여 경매개시결정이 있으면, 그 제2의 경매신청인도 압류채권자이므로 역시 이해관계인이 된다.¹⁶⁴⁾

(2) 채무자 및 소유자

채무자라 하더라도 앞에서 말한 이해관계인의 권리를 넘어서는 영역에서는 이

161) 손창환, 「사례로 본 민사집행」, 법률정보센터, 2004, 195면.

162) 대판 1999.4.9. 98다53240.

163) 법원행정처, 전게서, 79면.

164) 강대성, 「민사집행법」, 삼영사, 2008, 255면.

혜관계인으로 인정되지 아니함을 주의 하여야 한다. 특히 채무자 외에 소유자를 이해관계인으로 규정하고 있는 것은 담보권실행절차를 엄두에 둔 조치이다. 채무자 및 소유자는 경매절차에서 가장 밀접한 이해관계인이다. 담보권실행절차에서는 채무자와 소유자(물상보증인)가 다를 수 있고, 그러한 경우에는 양자 모두를 이해관계인으로 하고 있다.¹⁶⁵⁾

(3) 등기부에 기입된 부동산위의 권리자

경매개시결정 당시 그 부동산등기부에 권리자로 기입되어 있는 자는 이해관계인이 된다. 따라서 강제경매절차에서 경매개시결정이 있기 전에 소유권을 취득한 제3취득자는 여기의 이해관계인에 해당된다. 예를 들어 가압류등기 후라도 제3자에게 소유권이 이전될 수 있기 때문에 제3자에게 소유권이 이전된 후에 가압류권자의 본 압류에 의해 경매가 개시되었다면 제3취득자는 여기에서 말하는 등기부에 기입된 부동산 위의 권리자에 해당한다고 할 수 있다.¹⁶⁶⁾

(4) 부동산위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람

부동산위의 권리자는 경매신청기입등기 이전에 목적부동산에 대하여 등기 없이도 제3자에게 대항할 수 있는 물권 또는 채권을 가진 자를 말한다. 유치권자, 점유권자, 특수지역권자(입회권), 건물등기 있는 토지임차인, 주택임대차보호법상의 우선변제권자 등과 같이 등기가 없어도 대항할 수 있는 권리를 가진 자가 여기에 해당한다. 그리고 전술한 바와 같이 민법 제622조의 토지임차권자 경매개시결정이 있는 뒤에 부동산을 취득한 제3취득자 등도 이에 해당한다.¹⁶⁷⁾

2) 이해관계인에 해당하지 않는 자

165) 강대성, 전계서, 264면.

166) 오시영, 전계서, 364-365면.

167) 강대성, 전계서, 266면.

가압류권자, 가처분권자, 집행력 있는 정본 없이 배당요구를 한 채권자, 경매개시결정기입등기 후의 제3취득자(단 그 권리를 증명하면 이해관계인으로 취급된다), 예고등기권리자, 재매각을 실시하는 경우 전의 경락인, 등기 없는 진정한 소유자, 강제경매신청인이 배당금수령채권을 피전부채권으로 하여 채권압류 및 전부명령을 받은 자, 담보권실행경매에 있어서 경매신청이 되지 아니한 저당권의 피담보채권의 채무자, 저당권설정등기에 있어서 경매신청이 되지 아니한 저당권의 피담보채권의 채무자, 저당권설정등기에 채무자로 표시되지 아니한 다른 공동채무자 등이다.¹⁶⁸⁾

第3節 賣却不動産을 留置·使用할 地位

1. 매각부동산을 유치할 지위

부동산경매절차에서의 유치권자는 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있는데, 유치한다고 함은 목적물의 점유를 계속하면서 인도를 거절하는 것이다.¹⁶⁹⁾ 유치권은 물권이기 때문에 채무자 뿐 만 아니라 모든 사람에 대하여 행사할 수 있다.¹⁷⁰⁾ 유치권자가 경매권을 행사한 후에는 물론 그 전에도 마찬가지다.¹⁷¹⁾ 따라서 유치권이 목적물이 채무자 이외의 제3자의 소유에 속하거나 또는 속하게 되는 경우에는 유치권은 그 제3자에 대해서도 행사할 수 있는 것이다. 경락인에 대한 유치적 효력에 대해 민사집행법 제91조 제5항에 명문으로 규정하고 있다. 이 규정에 의하면 유치권자는 채권의 변제를 받을 때까지 경락인의 대하여 유치물의 인도를 거절할 수 있게 된다. 그리고 유치권자가 집행관에게 목적물을 인도하더라도 점유를 상실하는 것은 아니다. 이 경우 유치권자는 선량한 권리자로서 주의의무를 다하여야 한다.¹⁷²⁾

168) 손창환, 전계서, 196면.

169) 지원림, 전계서, 610면.

170) 대판 1996.8.23. 95다8713.

171) 박준서, 전계서, 392면.

172) 지원림, 전계서, 611면.

1) 부동산경매에서의 매각조건

경매에 있어서는 매수신청 중 하나를 선택하고 법원이 매각을 허가함으로써 목적물의 소유권을 이전시키는 것이므로 소유권 취득의 조건을 개별의 절충에 맡기는 것은 적절하지 아니하다. 그래서 경매에 있어서는 미리 모든 매수 신청에 대하여 공통적으로 매도인 측이 희망하는 매매조건을 정하여 두고 모두 이 조건 하에 얼마에 매수할 것인지 신청하도록 하는 것이다.¹⁷³⁾ 그리고 매각조건에는 법정매각조건과 특별매각조건으로 구별되는데, 법정매각조건은 모든 경매절차에서 공통적으로 법이 미리 정하여 놓은 매각조건이고, 특별매각조건은 개별적인 경매절차에서 특히 정하여 놓은 매각조건이다. 법정매각조건으로 우리 민사집행법이 정하여 놓은 사항으로는 경락인의 소유권취득시기(민사집행법 제135조) 인도시기 방법(민사집행법 제136조) 등 다수가 있다. 그 중 하나로서 민사집행법 제91조는 부동산경매에 있어서 그 부동산상의 물적 부담으로 소멸시키는 것으로 할 것인지, 인수시키는 것으로 할 것인지 하는 소위 소제주의 인수주의의 규칙을 규정하고 있다.

2) 소제주의와 인수주의

소제주의는 부동산위의 부담을 매각에 의하여 소멸시키면서 각 부담에 의한 경매의 반복을 피할 수 있다는 점에서 비용을 절약할 수 있고, 또한 경락인은 안심하고 취득할 수 있기 때문에 경매를 용이하게 하는 장점이 있지만, 첫째 가액의 여하를 불문하고 매각되어 부담을 소멸하게 한다면 압류채권자에게 배당할 잉여가 없음에도 무익한 경매를 하게 되며, 더욱이 우선권자는 그 의사에 반한 시기에 불충분하게 그 투자의 회수를 강요받게 되어 부당하고, 둘째, 경락인이 일시에 다액의 대금을 지급하여야 하기 때문에 오히려 경매를 곤란하게 할 우려가 있다.¹⁷⁴⁾

민사집행법 제91조는, 첫 번째의 폐해를 제거하기 위하여 매각대금으로써 압류

173) 김진경, 전제논문, 56면.

174) 김진경, 상제논문, 56-57면.

채권자에게 우선하는 부동산상의 부담을 변제하고 잉여가 있는 경우가 아니면 매각을 허용하지 아니하는 것으로 하는 잉여주의를 취하고 있고, 두 번째의 곤란은 어느 정도 인수주의를 병용함으로써 구제하고 있다.

2. 유치물 사용권의 인정여부

유치권을 인정하는 근거를 보면 선량한 관리자의 주의 의무를 부담하는 자에게 당연히 인정되는 사용권이며 채무자의 승낙 없이 적당한 사용을 할 수 있게 하더라도 채무자의 이익을 해치지 않는 범위에서 가능하다.¹⁷⁵⁾ 유치권자는 원칙적으로 유치물을 사용할 수 없다. 뿐만 아니라 대여 또는 담보로 제공할 수 없다. 왜냐하면 유치권자는 채권담보를 위하여 목적물을 점유하는데 불과하며 유치권자는 점유자이긴 하지만 그것이 법정담보물권인 만큼 유치물의 사용권이 당연히 내포된다고 할 수 없기 때문이다. 그러나 예외적으로 다음과 같은 두가지 경우에는 유치권자의 유치물은 인정되고 있다. 즉 채무자의 승낙이 있는 경우와 없는 경우로 나누어 볼 수 있는 바, 승낙이 있는 경우에는 사용권이 인정되고 승낙이 없는 경우에는 유치권의 보존에 필요한 사항이라면 사용권이 인정된다.¹⁷⁶⁾

第4節 配當 要求權 및 費用償還請求權 등에 기한 地位

1. 배당 요구권

배당기일에서 배당을 받을 수 있는 채권자는, 1. 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자, 2. 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자, 3. 첫 경매개시 결정등기 전에 등기된 가압류채권자, 4. 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제 청구권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자(민사집행법 제148조)로 규정되어 있다. 민사집행법 제88조 제1항은 배당요구를 할 수 있는 채권자로 “집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정

175) 대판 1972.1.31. 71다2414.

176) 엄영진, “유치권자의 유치물사용권”, 「고시계」 27권 10호, 1982.10, 59면.

이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자”로 한정하고 있다.

유치권자는 민법 제367조에 해당하는 특별한 경우 외에는 명문상 우선변제청구권이 없으므로, 민법·상법 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자에 해당되지 아니한다고 해석될 수 있다. 그러나 이러한 해석은 유치권자에게 경매신청권을 부여한 민법 제322조 제1항에 비추어 타당하지 못하다고 생각된다. 유치권자는 유치권의 목적 부동산에 대하여 경매를 청구할 수 있고, 그 배당절차에서 배당을 받을 수도 있다. 그런데 유치권자가 아닌 다른 사람이 경매를 신청하였다고 하여 그 배당절차에 참가할 수 없다고 하면 유치권자는 배당에 참여하기 위해 부득이 중복하여 경매를 신청하여야만 한다. 경매개시결정이 있는 부동산에 대하여 중복하여 경매를 신청하는 것은 배당요구의 효력이 있다는 점을 감안하면, 유치권자는 중복경매신청이라는 방법을 통하지 아니하더라도 배당요구를 할 수 있다고 해석하여야 할 것이다.

1) 배당요구종기

경매개시결정에 따른 압류의 효력이 생긴 때에는 집행법원은 절차에 필요한 기간을 감안하여 배당요구를 할 수 있는 종기를 첫 매각기일 이전으로 정한다(민사집행법 제84조 제1항). 배당요구기한을 매각기일 이전으로 정한 이유는 매수참가를 희망하는 사람이 매수신고 전에 권리의 인수 여부를 판단할 수 있고 또한 법원으로서도 매각기일 전에 무잉여 여부를 판단할 수 있도록 함으로써 매각절차의 불안정을 해소하기 위해서이다.

배당요구의 종기결정은 경매개시결정에 따른 압류의 효력이 생긴 때부터 1주일 이내에 하여야 한다(민사집행법 제84조 제3항). 실무상으로는 경매개시결정과 동시에 내부적으로 감정평가와 현황조사가 완료되어 매각물건명세서가 작성될 수 있는 시점을 대략 계산하여 그 이후로 배당요구의 종기를 결정해 놓은 다음 압류의 효력이 생긴 것을 확인 한 뒤에 즉시 배당요구의 종기를 결정하고 이를 공고, 고지한다(민사집행법 제84조 제2항). 배당요구의 종기를 첫 매각기일 이전으로 지정함으로써 채권자들의 배당절차 참여가 실질적으로 제한되는 결과가 발생 할 수 있으므로 배당요구의 종기를 채권자들이 알 수 있도록 하기 위하여 집

행법원은 배당요구의 종기가 정하여진 때에는 경매개시결정에 따른 압류의 효력이 생긴 때부터 1주일 이내에 경매개시결정을 한 취지 및 배당요구의 종기를 공고하여야 한다(민사집행법 제84조 제2, 3항).

집행법원은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 있는 최선순위 전세권자 및 배당요구 할 수 있는 채권자에게 경매개시결정을 한 취지 및 배당요구의 종기를 고지하여야 한다(민사집행법 제84조 제2항). 배당요구의 종기는 채권자들의 이해관계에 커다란 영향을 미치므로 특별한 사정이 없는 한 함부로 연기해서는 안되며, 배당요구 종기의 연기가 있는 경우 법원은 다시 이를 공고하고 최선순위 전세권자와 배당요구 할 수 있는 채권자에게 고지하여야 한다(민사집행법 제84조 제2항).¹⁷⁷⁾

2) 유치권자의 배당순위와 배당방법

대항력이 없는 유치권자도 배당에 참여 할 수 있다고 한다면, 그 유치권자의 배당 순위는 어떻게 볼 것인가에 대하여 통설은 유치권에는 법률상 명문으로 우선변제권이 없기 때문에 배당절차에서 일반채권자와 동순위로 배당받아야 한다고 해석한다.¹⁷⁸⁾ 우리 법원도 유치권자는 채권의 변제를 받을 때까지 그 목적물을 유치할 권리가 있을 뿐 매각대금에서 우선변제를 받을 권리가 없다고 한다.¹⁷⁹⁾ 유치권자가 교부받은 매각대금을 자기의 채권에 충당할 수 있는가는 다시 문제가 되지만, 학설은 부정설이 다수설이다. 그러나 부정설에 의하더라도 자기의 채권이 금전채권이고 또 그 채무자가 유치물의 소유자인 경우에 그 교부 받은 매각대금과 자기의 채권을 대등액에서 상계할 수 있다고 해석되므로 결국 이 경우에는 실질적으로 우선변제를 받게 되는 것과 다름이 없다.¹⁸⁰⁾

대항력이 없는 유치권자라 하더라도 후순위의 권리자들에 대한 관계에서는 매각대금에서 대항 할 수 없는 채권자들에 대한 배당액을 공제한 나머지 금액에 대하여 유치권을 행사하여 유치할 수 있고, 그 유치의 방법으로 배당을 받을 수

177) 김기찬, 전계논문, 25-27면.

178) 강민성, 전계논문, 88면.

179) 박성민, 전계논문, 95면.

180) 김상원 외, 전계서, 340면.

있다. 선순위 저당권 이후에 성립한 유치권이 있고, 그 후 압류채권자나, 후순위 저당권자가 생긴 경우에는 1순위로 선순위 저당권자, 2순위로 유치권자, 3순위로 압류채권자나 후순위 저당권자가 배당을 받게 된다. 또한 1순위로 가압류, 2순위로 저당권, 3순위로 유치권, 4순위로 가압류 이외의 압류채권자가 있는 경우에, 유치권자는 1, 2순위자에게 대항하지 못하지만 4순위 자에게 대항할 수 있고 1, 4순위 자는 동 순위이며 4순위자는 2순위자에 대하여 대항할 수 없으므로, 매각 대금을 모두 안분배당한 후 1순위 가압류권자는 3순위 유치권자로부터 부족액의 한도에서 흡수하고, 2순위 저당권자는 4순위 가압류권자와 3순위 유치권자로부터 자신의 부족액 한도 내에서 순차적으로 흡수하고, 3순위 유치권자는 4순위 가압류권자로부터 자신의 부족액 한도 내에서 흡수하는 방식으로 배당이 이루어진다.

국가나 지방자치단체, 공공단체 등이 국세징수법상의 체납처분의 예에 의하여 징수할 수 있는 채권의 징수를 위하여 국세징수법 제56조에 의하여 한 교부청구는 강제집행에 의해서 배당요구와 같은 성질의 것인데¹⁸¹⁾ 경매부동산에 관하여 첫 경매개시 결정이 등기되기 전에 체납처분의 절차로서 압류 또는 보전압류등기가 되어 있는 경우에는 교부청구를 한 효력이 있으므로 ¹⁸²⁾ 이 경우에는 별도의 배당요구가 없어도 배당받게 된다. 반면에 첫 경매개시결정등기 후에 체납처분에 의한 압류등기가 된 경우에는 집행법원에 배당요구의 종기까지 배당요구로서 교부청구를 하여야만 배당을 받을 수 있다.¹⁸³⁾

(1) 배당요구 긍정설

형식적 경매에 있어서도 일반채권자와는 달리 법률의 규정에 의하여 우선변제권이 있는 채권자의 배당요구는 허용하는 것이 옳다고 한다. 특히 청산형 형식적 경매는 매각대금으로 채무를 청산 하는 것이므로 배당요구를 인정할 수 있다고 한다. 집행력 있는 정본을 가진 채권자나 가압류채권자와 같은 일반채권자의 배당요구를 부정하고, 우선변제를 받을 수 있는 채권자에 대해서만 배당요구를 긍

181) 대판 2001.5.8. 2000다21154.

182) 대판 1997.2.14. 96다51585.

183) 대판 2001.11.27. 99다22311.

정하고 있다. 그 이유는 청산형 형식적 경매라 하더라도, 원래 신청인의 실제적 청구권의 만족을 목적으로 하는 절차가 아니라, 단순히 목적물을 현금화 하면 목적을 달성하는 것으로서 환가에 의해 만족을 얻는 압류채권자라는 것을 생각하기 어렵고, 안분하여 배당하려고 하여도 신청인의 채권액이 없으므로 사후처리방법이 곤란하다. 따라서 일반채권자는 청산형 형식적 경매절차에도 배당요구를 할 수 없고, 이들이 채권의 만족을 얻으려면 따로 강제집행을 신청해야 한다는 것이다.¹⁸⁴⁾

(2) 배당요구 부정설

형식적 경매라고 하는 것은 단순히 환가에 그 목적이 있는 것으로서 담보권실행 경매와 같이 채권자가 우선변제를 받을 목적으로 하는 것이 아니기 때문에 그 절차에 배당요구가 허용될 수 없다고 한다. 특히 유치권경매에 있어서 원래 유치권이라고 하는 것은 그 목적물의 소유자가 채권을 변제할 때까지 목적물을 유치하여 채권의 변제를 간접적으로 강제하는 기능만 가지고 있는 것이고, 목적물의 소유자가 채권을 변제하지 않으면 무작정 계속 유지하기 때문에 환가를 신청하는 것이고, 그 환가금에 대해서도 여전히 유치적 권능이 있기 때문에 유치권자에게 경매신청을 준 것이다. 그리고 유치권자가 신청한 경매절차에 따른 채권자의 배당요구를 인정하게 되면 유치권자는 우선변제권이 없기 때문에 담보권자의 배당요구가 있을 때 그 환가금을 담보권자가 차지하고 유치권자는 유치를 잃으면서 자신이 신청한 경매의 환가금으로 부터 한 푼도 받지 못하는 결과를 맞이할 수 있다는 것이다. 따라서 다른 채권자가 형식적 경매에서 채권의 만족을 얻기 위해서는 강제집행이나 담보권실행 경매, 형식적 경매로 인한 환가금의 교부청구권 또는 공탁금교부 청구권에 대하여 채권집행의 방법으로 집행할 수 있을 뿐이라고 한다.¹⁸⁵⁾

184) 박두환, 전거서, 677면; 추신영, “유치권자에 의한 경매신청”, 「재산법연구」 제24권 제1호, 한국재산법학회, 2007.6. 12면.

185) 추신영, 상계논문, 12면.

2. 비용상환청구권에 기한 유치권자의 지위

민법 제203조는 아무런 계약내지 채권관계도 존재하지 않는 순수한 점유와 소유자의 이해관계를 규율하는 규정이다. 점유와 회복자 사이에 정당한 법률관계가 있으면, 지출한 비용의 상환 청구권의 유무 범위 등은 그 법률관계에 의하여 결정된다. 이러한 경우에 있어서의 특징은 비용상환청구권의 배제나 수정이 당사자의 의사에 의하여 행해질 수 있으며 그 내용도 법률관계의 성질에 따라 조정된다고 하는 점이다.¹⁸⁶⁾

민법 제325조에서의 필요비는 소유자와 유치권자 사이에 어떠한 계약 관계의 존재를 전제로 하는 것은 아니며 물건을 통상의 용법에 적합한 상태로 유지·보존·관리하는데 필요한 지출이다. 따라서 유치권자가 수취한 과실은 유치권자의 소득이 아니라 이것은 그 채권의 변제를 충당하는 것에 불과하다는 것에 유치권자에게 민법 제325조 제1항과 같은 특별 규정을 둔 것이다.¹⁸⁷⁾

1) 필요비상환청구권

필요비란 임차인이 임차물의 보존을 위하여 지출한 비용을 일컫는 것으로 통상의 필요비는 보통의 응급적 수선비를 말하고 임시의 필요비는 천재지변 기타 일반이 예기치 못한 사정에 기인하여 지출하는 비용으로서 점유자의 과실수치권에서의 통상의 필요비에 대한 상환청구권을 인정하지 않는 것과 달리 유치권자의 유치물에 관하여 필요비를 지출한 때에는 그것이 통상의 필요비이거나 임시의 필요비이거나를 묻지 않고 모두 소유자에 대하여 상환청구를 할 수 있다.¹⁸⁸⁾ 민법 제325조에서는 유치권자는 유치물에 관하여 지출한 비용의 상환청구권을 가진다. 이 비용상환청구권을 가지는 자는 유치권자에 한 한다. 이에 대한 청구의 상대방은 채무자인가, 유치물의 소유자인가에 관하여 견해가 나누어지나 민법 제325조에서는 소유자라고 규정하고 있지만 제3자의 소유물에 관하여도 유치권

186) 최상호, “점유자의 비용상환 청구권”, 「법학논고」 제7집, 경북대학교 법학연구소, 1991.12, 151면.

187) 신국미, 전계논문, 136면.

188) 김형배 외, 전계서, 723면.

은 성립할 수 있고, 유치권자가 유치물에 관하여 필요비를 지출한 때에는 소유자에게 그 상환을 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

2) 유익비상환청구권

유익비란 임차인이 임차물의 객관적 가치를 증가시키기 위하여 투입한 비용을 말한다. 유치권자가 유치물에 관하여 소유자의 선택을 좇아 그 지출한 금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다(민법 제324조 2항). 판례는, 을이 갑 소유건물을 임차하여 내부시설 공사와 창고지붕의 보수 공사 등을 위하여 공사비를 지출하여 그에 상당하는 유익비청구 사건에서 위 공사비용중 창고지붕의 보수공사비용은 통상의 관리비에 속하고 카페를 운영하기 위한 내부시설공사는 건물의 객관적 사익을 가져오는 것이기 때문에 임대인이 상환 의무를 지는 유익비가 아니라고 판시¹⁸⁹⁾ 하고 있다. 유익비는 선량한 관리자의 의무로서 물건의 가치보존을 반드시 하여야 하는 것은 아니지만, 물건의 본질은 변하지 않고 물건의 이용개량을 위하여 지출한 비용으로서 목적물의 객관적 가치를 증가시키는 것이어야 하고, 또한 유익비는 그 가액의 증가가 현존하여야 한다. 부동산 임대차계약에서 임대차 종료시 임차건물을 원상회복하여 인도하기로 약정한 경우에는 필요비 또는 유익비의 상환 청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약을 한 것으로 임차건물을 다방으로 사용할 것을 승낙 받고 내부시설을 하여 상당한 가액이 현존하더라도 임차인은 유익비상환청구권을 할 수 없다고 한다.¹⁹⁰⁾ 다만 이러한 비용상환청구권을 배제하는 특약은 부속물매수청구권에는 미치지 않는다.¹⁹¹⁾

3. 손해배상청구권에 기한 유치권자의 지위

1) 목적물 자체에서 받은 손해의 배상청구권

189) 대판 1991.10.8. 91다8029.

190) 대판 1995.6.30. 95다12927.

191) 대판 1995.6.30. 95다12927.

채권이 점유하고 있는 목적물 자체로부터 발생한 경우로서 점유부동산 또는 그 하자로 인하여 점유자가 손해를 입은 경우 점유자는 손해배상청구권을 담보하기 위하여 유치권을 행사할 수 있다. 이 경우에는 동시이행의 항변권이 인정될 수 없다는 점에서 유치권이 인정되어야 함은 물론이고 일종의 무과실 책임을 부과하는 것이 공평의 원리에 합당하기 때문이다.¹⁹²⁾

2) 채무불이행으로 인한 손해배상청구권

채무불이행으로 인한 손해배상청구권은 원채권의 연장이라 할 것이므로 물건과 원채권 사이에 견련관계가 있을 때에 한하여 손해배상청구권과 물건과의 사이에는 견련관계가 있다는 판례¹⁹³⁾가 있다. 이 대법원 판례는 도급인의 공사대금채권과 수급인의 건물인도청구권은 모두 건물신축 도급계약이라는 동일한 법률관계로부터 생긴 것으로 공사잔금 채권에 대한 유치권을 인정하였을 뿐만 아니라, 채무불이행에 의한 손해배상청구권은 원채권의 연장으로 보아야 한다는 취지에서 수급인의 손해배상채권에 기해서도 유치권을 인정함으로써 물건과 원채권 사이에 견련 관계가 있는 경우에는 그 손해배상 채권과 물건과의 사이에도 견련 관계가 있다는 점을 확인하였다는 점에 의의가 있다.¹⁹⁴⁾

4. 공사대금청구권에 기한 유치권자의 지위

유치물은 그 각 부분으로써 피담보채권의 전부를 담보한다고 할 것이며, 이와 같은 유치권의 불가분성은 그 목적물이 분할 가능하거나 수개의 물건인 경우에도 적용된다고 할 것이다. 다세대주택의 창호 등의 공사를 완성한 하수급인이 공사대금채권 잔액을 변제받기 위하여 그 중 한세대를 점유하여 유치권을 행사하는 경우에, 그 유치권은 위 한 세대에 대하여 시행한 공사대금만이 아니라 다세대주택 전체에 대하여 시행한 공사대금채권의 잔액 전부를 피담보채권으로 하여

192) 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006, 494면.

193) 대판 1976.9.28. 76다582.

194) 김진경, 전계논문, 76면.

성립한다.¹⁹⁵⁾

건물의 공사수급인이 공사대금 채권을 변제받기 위하여 자기의 노력과 비용으로 신축한 건물의 공사대금을 전부 변제 받을 때까지 점유할 수 있고 이 경우 공사대금 채권에 관하여 유치권이 성립한다. 민법 제665조 제1항에 의하면 공사대금은 그 완성된 목적물의 인도와 동시에 인도하도록 규정하고 있다. 따라서 건물의 공사수급인은 공사대금을 받을 때까지는 완성된 건축물을 점유할 수 있다. 공사수급인이 위와 같은 권리는 도급에 의한 동시 이행 항변권으로 이해하지 않고 목적물을 점유할 수 있는 독립한 물건으로 구성하고 있으므로 목적물의 소유권이 누구에게 있느냐를 묻지 않고 공사대금을 변제받을 때까지 점유 유치할 수 있다.¹⁹⁶⁾

195) 대판 2007.9.7. 2005다16942.

196) 김진경, 전제논문, 77면.

第4章 不動産競賣에 있어서 留置權의 制度上 問題點과 改善方案

第1節 賣却準備段階에 있어서 留置權

1. 형식적 현황조사

부동산경매절차에서 유치권의 성립요건을 갖춘 유치권이 실제로 존재하는지 여부가 경매에 있어서 중요한 영향을 미친다. 집행법원이 현황조사명령에 의해 집행관이 작성하는 현황조사에 있어서 조사할 사항은 부동산의 현상 점유관계 차임 또는 보증금액수 그 밖에 현황이다(민사집행법 제85조 제1항). 그러나 집행관은 사실상 있는 그대로를 조사하면 충분하고 유치권 등 권리관계의 성립여부에 대한 법률적 판단까지 할 필요는 없다.¹⁹⁷⁾ 실무적으로 집행관들은 현황조사시 현장에 점유자가 부재하는 경우에 전입신고나 사업자등록 등 임차인을 중심으로 대외적으로 대항력 있는 자만을 점유자로서 조사하기 때문에 현황조사를 통하여 유치권자가 밝혀지는 경우는 거의 없다. 현장에 점유자가 있더라도 향후 유치권의 신고가 불확실한 상황에서 법률적 판단까지 할 필요가 없이 현실로 존재하는 임대차 등의 실체를 있는 그대로 보고하면 족한 집행관의 입장에서 유치권의 존재 여부를 현황조사보고서에 기재하는 것이 제대로 이루어지고 있다고는 볼 수 없는 것이 현실적인 문제점이 되고 있다. 부동산의 현상 및 점유관계를 조사할 것을 규정하고 있으나 점유자는 주로 임차인에 대하여 조사하여 작성하고 있다.¹⁹⁸⁾

유치권도 채권자들에게 배당금 감액 되는 등 영향이 크다. 그러나 현재 유치권자에 대하여 상세한 조사가 이루어지지 않고 있는 것이 현실이다. 현황조사가 형식적으로 이루어지더라도 특별한 제재가 없는 상황에서 현행 현황조사제도로 유

197) 법원행정처, 전게서, 130면.

198) 법원실무제요, 상계서, 161-162면의 기재를 보면, “집행관의 현황보고서 또는 감정인의 평가보고서 등에 의하여 매각부동산의 점유와 그 점유권원(임차권 또는 전세권설정 등), 점유할 수 있는 기간(임대차 기간 등), 차임 또는 보증금에 관한 관계인의 진술(액수, 선급 여부 등)과 임차인이 있는 경우 배당요구 여부와 그 일자, 전입신고 일자 및 확정일자의 유무와 그 일자를 기재 한다”고 하였다.

치권자를 발견하여 드러내 보일 것을 기대하는 것은 어렵다. 집행관은 조사할 권한이 있음에도 불구하고 현황조사시 ‘유치권행사중임 공사대금 000원’등과 같은 표식을 보고서 유치권의 성립요건에 관하여 조사를 하지 않고 겉으로 보여지는 모습만 본 후 법원에 보고한다. 유치권자가 역시 유치권신고를 하면서 유치권의 성립요건에 관하여 제대로 신고하지 않으며, 법원도 유치권의 유무에 대하여 정확히 파악하려는 노력을 기울리 하다 보니 법원은 ‘매각물건명세서에 000원의 유치권 신고가 있으나 그 성립여부는 불분명함’ 이라는 애매한 문구를 기재하여 오히려 불확실성만 조장하고 있다.

유치권자가 경매대상 부동산의 기재누락 사례에서의 판시사항에 있어 경매절차에서 작성된 부동산 현황조사보고서나 입찰물건명세서에 임차인이 유치권자로서 경매목적부동산을 점유하고 있다는 기재가 누락된 경우, 이를 고려하지 않은 낙찰허가 결정이 위법한 것인지 여부를 진단한 판결¹⁹⁹⁾을 보면 부동산 현황조사보고서와 입찰물건명세서에 임차인이 유치권자로서 경매목적부동산을 점유하고 있다는 기재가 누락된 잘못이 있다 하더라도 그 유치권은 경락인에게 대항할 수 있는 것이어서 그 기재가 누락되었다고 하여 유치권자가 낙찰허가 결정으로 어떠한 손해를 입는다고도 할 수 없고, 유치권자는 경매절차에서 당연히 이해관계인이 되는 것이 아니고 집행법원에 스스로 그 권리를 증명한 경우에 비로소 이해관계인이 되는 것이므로, 집행법원이 권리신고가 있기 전에 유치권자를 이해관계인으로 취급하지 않은 채 한 낙찰허가결정이 위법한 것은 아니라는 것이다.

집행관의 현황조사시 또는 감정평가인의 감정평가지 유치권의 주장관계를 알게 되었다면 가격에는 큰 문제가 없지만 집행관이나 감정평가인이 유치권의 존재와 금액이 미확인되어 매각물건명세서 및 현황조사서에 기재하고나 조사서에 기록되지 못하고 대부분 경매개시결정 이후 이해관계인이거나 이해관계인이 아닌 사람이 유치권신고를 하고 있는 실정이다. 또한 배당기일 이후에 신고하는 경우도 있으며 매각 후 잔금납부일 이후에 신고하는 경우도 있다.²⁰⁰⁾

1) 유치권평가의 미비

199) 대판 2000.2.16. 98다2837.

200) 정영수·기우일, 전제논문, 109면.

경락인이 인수하게 되는 부동산상의 부담은 매각 부동산의 가격을 감액하게 하는 요인이 되므로 평가를 하여 반영할 수 있어야 한다. 경매절차에서 성립순위에 따라 우선배당을 받을 권리는 배당받은 후 소멸하므로 평가를 하지 않는다(민사집행법 제91조 제2항, 제3항). 그러나 지상권이 존재할 경우 경락인이 매수 토지의 사용가치를 향유할 수 없으므로 이로 인한 손해액 상당은 감액한다.²⁰¹⁾ 그런데 유치권은 피담보채권액이 얼마인지를 확정하기 곤란하므로 매각물건명세서에 유치권의 유무만 표시하고, 부동산평가액에 대한 감액은 하지 않는 것이 타당하다고 한다. 그 근거로 법원은 감정인에게 부동산을 평가하게 하고 그 평가액을 참작하여 최저매각가격을 정하면 되므로(민사집행법 제97조 제1항), 감정인은 부동산의 시가와 민사집행규칙 제51조 제1항 각호에 기재된 사항을 참작하여 감정하면 될 뿐이고, 유치권 등의 사적 제한 규정은 민사집행규칙 제51조 제1항 각호에 당연히 해당하는 것이 아니고, 단지 제8호의 그 밖에 법원이 명한 사항에 해당 될 때만 감정하면 되는 것이라고 한다.

그런데 법정지상권은 부동산을 평가할 당시에는 아직 발생하지 않았고 매각에 의하여 비로소 발생하는 경우에도 경락인이 매각허가로 인하여 토지소유권을 취득할 때에는 그 토지의 부담으로 성립되기 때문에 매수신청가격의 기준을 제시하는 의미를 가지는 최저매각가격의 취지로 미루어 그러한 것도 부동산을 평가할 때 고려하여야 하고, 매각부동산의 사용 수익에 관하여 도시계획선에 저촉이 된다든지 혹은 공법상 법령에 따라 토지의 사용 수익에 제한이 있는 때와 같이 공법상의 제한이 가해져 있는 경우에는 평가에 있어서 이를 고려하여야 하며 이에 관한 사항은 평가서의 필요적 기재사항이다(민사집행법규칙 제51조 제1항 제5호). 매각부동산에 환지예정지가 지정되어 있는 경우에 환지예정지의 지정에 의한 토지의 사용관계는 그 예정지 위에 이전하는 것이므로 그 예정지의 위치 면적 형상 그 밖의 사정도 종전 토지의 평가시에 참작하도록 하고 있다.²⁰²⁾ 그럼에도 불구하고 지상권에 대한 평가는 미비하다고 할 수 있다.

위와 같은 부동산상의 부담은 부동산의 가치에 영향을 주기 때문에 평가에 반

201) 대판 1991.12.27. 91다608.

202) 대결 1983.9.26.자 83마33.

영하는 것이고 유치권이 부동산 자체의 가치를 저감시키는 요인은 아니지만, 매각대상 부동산에 관련하여 발생되고 인수되는 권리로서 유치권이 해결되지 않고서는 부동산의 경락인이 부동산을 이용할 수 없으므로, 정당한 유치권이라면 당해 경매사건에서 반드시 참작해야 할 권리가 어떤 식으로든 경매절차 내에서 평가를 할 수 있어야 경매가 진행이 되고, 평가액을 직접 저감하지는 않는다고 하더라도 유치권의 유무 유치권으로 담보하는 채권액 등에 대하여 관련자들부터 증빙을 확보하여 평가서에 반영하여 이해당사자들에게 제공하는 등의 조치가 필요한데 조사조차 미비한 실정이다. 부동산의 평가에서 유치권이 담보하는 채권에 관하여 조사 및 표시가 이루어지지 않고는 유치권의 불확실성은 계속 남는다고 할 것이다.

2) 현행법상 유치권에 대한 권리분석의 한계

새로운 민사집행법이 시행되면서 기존의 법제를 보완한 것은 사실이지만 경매절차에 있어서 유치권 부분은 권리관계가 명확하지 못하여 여러 문제점을 갖고 있다. 유치권은 물권이기 때문에 유치물이 제3자의 소유물이 된 때에 채권에 대한 청구는 채무자에게 할 수밖에 없지만 유치권의 행사는 대세효가 있어 제3자에게도 대항 할 수 있기 때문에 부동산 유치권으로서 매각부동산의 경락인에게 대항할 수 있다.

현행 법제도 하에서 유치권자에게 신고의무를 부여하고 있지 않아, 그 매각부동산상의 유치권자가 유치권을 신고하지 않을 경우 부동산 경매 집행절차에서 이해관계인에 포함 되지 않을 뿐이지 유치권 행사를 하는 데는 아무런 문제는 없다.²⁰³⁾ 그래서 유치권을 주장하는 자가 경매절차에 따라 권리신고를 하고 그 채권액을 알 수 있다면 응찰가격을 결정하는 데 고려할 수 있어 그나마 다행이나, 매각부동산에 대한 유치권자가 권리신고를 하지 않은 경우에는 그 존부를 확인하기가 어렵고, 이로 인하여 유치권의 권리분석에는 많은 어려움이 있다.

부동산경매절차에서의 권리분석이란 입찰 목적물의 그 자체에 대한 물리적 하자

203) 장요성, 「유치권 사건처리 실무(실체사례중심)」, 법률정보센터, 2006, 28면.

점을 찾는 것이다. 경매시에 인수되는 권리와 소멸되는 권리를 파악하기 위해서는 기본적인 사항을 알아야 하는데 그 권리 중에는 등기부상에 나타나지 않아 다른 서류로 확인해야 하는 권리가 있다. 등기부상에 공시되어 있는 권리인 경우에는 권리분석에 큰 어려움이 없으나 등기부상에 나타나지 않은 권리인 경우에는 권리분석에 많은 어려움이 따른다. 매각부동산상의 유치권의 경우도 등기부상에 나타나지 않은 권리의 하나로서 권리분석에 있어 많은 어려움이 따른다. 유치권의 존부나 그 채권가액을 파악하기 위하여 감정평가서, 현황조사보고서, 물건명세서 등을 통해 파악해 보고, 추가적으로 직접적인 입장활동으로 확인 할 수 있는데 이것 역시 현행법의 문제점과 맞물려 쉽지만은 아니하다. 유치권자가 집행법원에 유치권에 대한 권리 신고를 하였을 경우도 매각물건명세서 비고란에 “000으로부터 위 부동산에 금 000만원의 유치권신고가 있으나 그 성립여부는 불분명함”이라 기재되어 있어 그 성립여부 및 채권가액에 대한 권리분석은 결국 매각부동산의 경매에 참가하여 경락인으로 낙찰은 받아야 서류의 열람을 할 수 있어서 권리분석의 한계점이라 할 수 있다.²⁰⁴⁾

또한 집행관의 매각부동산의 현황조사과정에서 부동산유치권에 대한 조사가 누락될 수 있다는 것이다. 집행관의 현황조사는 집행법원의 보조기관으로 하는 직무집행이므로 집행에 관한 이의의 대상이 될 수 없을 것이나 이에 따른 최저매각결정 등에 대하여 집행에 관한 이의를 신청하거나 매각허가 이후에는 매각허가에 대한 이의 또는 매각허가결정에 대한 항고로 다룰 수 있지만²⁰⁵⁾ 그 문제점은 여전히 남아 있다.

2. 허위·과장된 유치권신고

현행 부동산경매절차에 있어서 유치권자의 권리신고에 대하여 의무화 하고 있지 않고 있기 때문에 이것을 의무화 하는 것은 유치권에 관한 개선방안의 출발점이 된다고 본다. 그리고 유치권의 존부를 알기 위해서는 유치권자의 권리신고 의무제도를 명문규정으로 반드시 도입되어야 한다고 본다. 왜냐하면 매각부동산

204) 김진경, 전계논문, 113면.

205) 손창환, 전계서, 207면.

에 예상치 못한 허위·과장된 유치권의 출현으로 경락인에게 불측의 손해를 줄일 수 있기 때문이다. 물론 매수인은 예상치 못한 유치권의 출현으로 인한 구제 절차에 따라 사후 조치를 취할 수 있지만, 이 또한 경락인에게 많은 부담을 주는 것은 사실이기 때문이다.²⁰⁶⁾ 즉 유치권자의 신고가 되어야만 그의 대한 권리나 존부의 가액의 적정성을 판단 할 수 있다. 이처럼 유치권자의 집행법원에 의무적으로 권리신고를 하게 되는 제도의 도입은 무엇보다 주요한 사안이다. 여기에서 유치권자의 권리신고의무에 대한 규정을 도입한다는 전제에서 전반적인 내용을 분석하고자 한다.

1) 유치권 권리신고의 불투명

매각물건명세서에 유치권이 잘못 기재된 경우에도 매각물건명세서의 작성은 집행처분이 아닌 단순한 사실행위에 불과하기 때문에, 이의 잘못 기재에 대하여 집행에 관한 이의를 할 수 없고²⁰⁷⁾(민사집행법 제16조), 그 책임은 경락인이 지게 되어 문제가 된다.²⁰⁸⁾ 게다가 유치권이 신고가 없는 경우에도 경락인은 유치권의 존재를 전혀 인식하지 못한 채 고가의 매수 금액으로 경매에 참여한 후 나중에 예상하지 못한 유치권자의 출현으로 또 다시 유치권의 피담보채권을 변제하도록 강제당하게 되어 심히 부당한 결과에 빠지게 된다.²⁰⁹⁾ 이러한 업무처리 과정에서 집행법원은 유치권의 존부에 대하여 명확한 결론을 내리지 못하고 있다. 집행법원으로는 유치권의 존부를 실체적으로 확정할 권한이 없으므로 이해관계인에게 유치권의 존부를 확인하는 소송을 제기하여 그 결과를 기다려 비로소 경매를 진행 할 수도 있으나,²¹⁰⁾ 이렇게 경매를 진행할 경우 소송 종결시까지 경매를 정지함으로써 경매절차가 지연되어 오히려 채권자를 더 해할 수 있으며, 경매지연을 목적으로 한 유치권신고가 더 만연할 가능성도 있다.²¹¹⁾ 이로 인하여 경

206) 박성민, 전계논문, 196면.

207) 대판 2000.2.16. 98다2837; 매각물건명세서에 유치권자로서 경매목적 부동산을 점유하고 있다는 내용이 기재 누락된 경우에 이를 고려하지 않은 낙찰허가 결정은 위법한 것이 아니라 하였다.

208) 대판 2008.1.31. 2006다913.

209) 오시영, 전계논문, 216면-218면.

210) 대판 2004.9.23. 2004다32848.

211) 강민성, 전계논문, 348면.

매절차에서의 이해관계인은 매각절차가 지연되거나 물건 가격이 하락하는 손해를 경락인은 예상하지 못한 유치권을 인수하여야 하거나 유치권 주장자에 대한 인도소송 등 분쟁에 빠지게 되는 폐해를 낳고 있다. 또한 유치권 신고는 제3자를 배제하고 저가에 물건을 매수하는 방법으로 악용될 수도 있다.²¹²⁾

유치권자는 스스로 권리신고를 하면 소정의 이해관계인이 되지만 권리신고를 하지 않을 경우 이해관계인이 아니어서 경매절차에 관여할 수 없고, 다른 이해관계인이 유치권자를 확인하기도 어려울 뿐만 아니라, 유치권자를 상대로 민사상 조치를 취하기도 어렵다. 특히 부동산 유치권은 채권액이 부동산의 총 가치를 초과할 정도로 큰 경우도 있어 잉여주의를 따르는 현행 경매절차에서 처음부터 경매를 진행하지 못할 수도 있다. 현행 경매제도는 유치권에 대하여는 채권신고 절차를 두지 않고 있어 경매절차의 이해당사자들에게 불확실성을 키우는 원인이 된다. 유치권을 인수주의로 규정하면서 인수해야 할 유치권이 어떠한 것인지 알 수 있는 최소한의 장치조차 없는 것은 입법불비라 하지 않을 수 없다.

2) 유치권자에 대한 조사보고서의 제출

유치권자의 권리신고시 매각부동산과 채권간의 건련관계와 점유부분에 대하여 구체적으로 신고하도록 하였다. 특히 점유관계에 대하여는 그 유형에 대하여 자세히 신고하도록 하였다. 유치권자가 배당요구종기일까지 권리신고를 하게 되면 집행관은 그 신고서를 바탕으로 여러 차례의 현장조사를 통하여 유치권자에 대한 조사 즉 유치권자의 유형 유치권의 가액 점유상태에 대한 조사를 하여야 하며, 특히 유치권자에 있어서 점유는 성립요건인 동시에 존속요건이므로, 점유상태에 대해서는 철저한 조사가 이루어져야 하지만 그러하지 못하는 실정이다.²¹³⁾

점유가 직접점유인지 간접점유인지 시건장치만 되어 있고 장기간 방치되어 있는지에 대해 그 유형별로 파악하고 주변 이웃 및 관리소 등을 상대로 탐문조사를 하여야 한다. 이러한 종합적인 결과를 바탕으로 세밀하게 기록하여 현황보고서 작성 시 추가로 유치권에 대한 조사보고서를 제출하여야 한다. 이는 향후 유

212) 차문호, 전계논문, 348면.

213) 박성민, 전계논문, 197면.

치권존부제도에 있어 중요한 1차 자료로 활용하여야 하기 때문이다.

3. 개선방안

1) 집행법원이 철저한 현황조사 보고

집행관에 의한 경매부동산의 현황조사시 조사내용을 좀 더 구체적이고 명확하게 할 수 있도록 집행법원은 명령하여야 한다. 민사집행법 제85조 제1항에서 적시한 것은 예시에 불과하다고 볼 수 있다. 예를 들어 매각조건의 결정 최저매각가격의 결정 및 인도명령의 허부의 판단 등을 함에 필요한 부동산에 관한 사실관계 및 권리관계 전반에 걸친 것이 곧 여기서 말하는 현황으로서 모두 본조의 조사할 사항에 속한다 할 것이다.²¹⁴⁾ 실무적으로 집행관이 현황조사를 위해 현장을 방문하였을 때 점유자 등 이해관계인을 만나지 못하면 ‘경매가 진행된다는 사실 점유권자 등 이해관계인을 언제까지 법원에 신고하라’는 등의 게시문을 붙여 이해관계인은 경매절차가 진행되므로 신고하라는 최고의 효과를 부여하고, 이리함에도 불구하고 신고기간이 지난 후에 점유권자가 나타나서 권리주장을 하는 경우 인도명령 등으로 적극적으로 배제하는 조치를 함으로써 부당한 유치권을 배제하는 효과를 얻을 수 있다.²¹⁵⁾

2002. 7. 1.이전의 민사소송법상의 경매에서는 입찰 당일 날 물건명세서 및 현황조사서를 공개하였기 때문에 이러한 문제가 해결되었지만 2002. 7. 1. 민사집행법에서는 입찰서류를 이해관계인에게만 공개하므로 입찰에 참여하지 못하여 매수가 가격하락의 원인이 될 수밖에 없는 제도가 되어 2002. 7. 1. 시행된 민사집행법 제정의 효과를 살리지 못하고 유치권에 한해서는 더욱 더 민사 집행법에서 퇴보되었다 할 것이므로 반드시 유치권에 관련된 서류는 공개하여야 한다.²¹⁶⁾

그러나 현황 조사사항을 부동산의 현상 및 점유관계 임대차관계 그 밖의 현황 등 크게 셋으로 나누고 전자에 속한 사항으로서는 부동산의 위치 및 현상, 부동

214) 법원행정처, 전게서, 128면.

215) 김기찬, 전계논문, 165면.

216) 정영수·기우일, 전계논문, 113면.

산의 내부 구조 및 사용용도 등과 부동산의 점유자와 점유권원을 그리고 임대차에 속하는 사항으로서는 임차목적물 임차인 주민등록전입여부 및 그 일자 확정일자 여부 및 그 일자 등을 조사하도록 그 조사사항을 세분하여 조사명령을 발하고 있다. 이 경우 점유자 및 점유권원을 조사할 때 이해관계를 좀 더 철저히 조사해야 할 필요가 있다. 즉 점유자의 지위가 임대차관계에서의 임차인으로서 점유하는지, 아니면 유치권에 의한 점유를 하고 있는가에 대하여 명확히 조사를 명하여야 한다. 유치권자를 주장하는 경우에는 그 사유를 기재하고, 관계서류를 신고할 수 있도록 해야 한다. 3회 이상 방문하여 점유자를 만나지 못한다면 만날 수 없는 이유를 명확히 제시할 것을 요구하고, 이에 대한 정황자료를 제공받을 수 있도록 해야 한다. 또한 일정기간이 지나면 점유자를 만날 가능성이 있는 경우에는 경매기일을 연기하더라도 점유자를 접촉한 후 현황조사서를 재작성 할 수 있도록 해야 한다. 경매가 진행 중인 부동산을 점유하고 있는 점유자 중에는 고의적으로 현황조사인을 회피하고 추후 경매낙찰 후에 모습을 드러내 경락자와의 갈등을 일으키고 있는 사례가 빈번하기 때문이다.²¹⁷⁾ 이를 개선하기 위해서는 적극적인 조사활동이 필요하다.

법원²¹⁸⁾은 부동산현황보고서와 매각물건명세서에 관하여 “경매절차에 있어서 부동산현황조사 및 입찰물건명세서의 작성은 입찰대상 부동산의 현황을 대도록 정확히 파악하여 일반인에게 그 현황과 권리관계를 공시함으로써 매수 희망자가 입찰대상 물건에 필요한 정보를 쉽게 얻을 수 있게 하여 예측하지 못한 손해를 입는 것을 방지하고자 함에 있다.” 하였다. 이를 위해서는 현황조사 명령에 유치권의 유무 내용에 대한 조사를 하도록 특정하여 명령할 필요가 있다.

특히 민사집행법에서 배당요구의 종기를 앞으로 당긴 것은 매각조건을 조기에 확정하기 위해서인데 이를 위해서는 매각조건의 조기 확정에 필요한 현황조사를 철저히 하고, 이해관계인들이 권리신고가 배당요구종기까지 이루어지도록 해야 한다. 유치권을 포함해서 객관적으로 공시가 어려운 부동산에 관한 점유현황을 좀 더 적극적으로 파악하여 현황조사 보고서에 포함시키고, 현황조사 당시 드러

217) 황중술·민규식, “부동산 경매절차상 허위 과장유치권 근절을 위한 대책”, 「한국주거환경학회논문집」 제6권 제2호, 한국주거환경학회, 2008, 113면.

218) 대판 2004.11.9. 2004다94.

나지 않은 점유권은 그 이후 경매절차에서 주장할 수 없도록 하는 조치가 필요하다. 이를 위해서는 점유자에게 적극적인 권리주장을 해야 보호한다는 규정을 입법화하여 현황조사시 채무자 임차인 기타 부동산상의 권리를 주장하는 사람을 상대로 점유현황에 대한 객관적인 증거를 확보하고, 필요한 경우 증거보전 절차에 준하여 심문을 함으로써 점유현황에 관하여 확정을 할 필요가 있다.²¹⁹⁾

2) 이해관계인 조기 확정

유치권자는 민사집행법 제90조의 이해관계인이 되기 위해서는 부동산위의 권리자로서 그 권리를 증명한 사람으로 규정된 자로서 그 권리를 증명하여 매각허가결정이 있을 때까지 집행법원에 신고하여야 이해관계인이 되었다.²²⁰⁾ 즉 유치권자도 매각 허가결정 이전에 유치권의 권리가 있음을 신고하고 그 권리의 원인이 되는 채권관계에 관한 증거를 제시하고 조기에 이해관계인 확정을 받는다. 유치권은 부동산 경매시 유치권의 성립조건에 이해관계인의 여부에 관계가 없기 때문에 권리신고를 필요로 하지 않을 뿐더러 유치권자가 그 권리에 대한 신고를 법원에 반드시 하여 이해관계인이 되지 않아도 유치권은 성립한다.²²¹⁾ 임의경매에 있어서 경매개시 결정 기입등기 후에 그 부동산에 관하여 저당권자가 취득한 자가 있다고 하더라도 경매법원으로서 이러한 사실을 알 수 없다. 그러므로 그가 경매법원에 그러한 사실을 증명한 때에는 민사집행법 제90조 제1, 4호 소정의 이해관계인에게 해당한다는 판결²²²⁾ 취지에 따라서 유치권자도 경매 법정에서 최고매수신고인이 지정된 후 실무상 7일 후인 매각허가결정 이전까지는 유치권의 신고를 하여야만 당해 부동산경매절차에서의 이해관계인으로 인정받을 수 있다고 할 것이다.

허위 유치권은 현행 경매절차에서 지속적으로 발생하고 있으나 유치권부존재 확인의 소나 매수자의 명도소송 외에는 뚜렷한 대안이 없으며 그나마 전술한 바와 같이 강제집행정지를 하지 못해 유치권부존재확인소송으로 해결하지 못하는

219) 김기찬, 전계논문, 163면.

220) 대판 1999.4.9. 98다53240.

221) 황중술·민규식, 전계논문, 105면

222) 대판 1994.9.13. 94다1342.

상황마저 발생하고 있다. 이에 공시할 수 있는 방안이 되고 배당이 되는 권리로 정리된다면 경락인은 적어도 부담없이 매수를 할 것이고 저당권자 등의 이해관계인은 경매절차의 종료로 배당시에 유치권자가 받는 배당금에 대하여 배당이의의 소²²³⁾로 다시 한번 성립시기와 진정성 그리고 공시결정 이후 변제 여부 등을 다투어 볼 수 있어 허위유치권의 남용은 적어도 현재 경매절차에서 발생하고 있는 허위유치권의 문제보다는 현저히 개선될 것으로 생각된다.

3) 유치권 신고의무제도 도입

유치권자는 현행법상 우선변제권이 없기 때문에 권리신고를 하여도 이해관계인으로 취급될 뿐 경매 배당절차에서 배당을 받을 권리가 없다. 이와 같이 유치권자가 권리신고를 하여야 할 법적인 의무가 없고 집행법원 역시 유치권 신고를 강제 하고 있지 않기 때문에 유치권자도 권리신고 여부에 대하여 중요성을 인식 못하는 실정에 있는 것이다. 그래서 유치권제도에 대한 개선 방안의 출발점으로서는 유치권의 권리를 신고의무제도로 도입 하여야 한다.²²⁴⁾

유치권의 신고기한은 배당요구 종기일 까지 하여야 할 것이다. 그 이유는 민사집행법 제84조 제1항은 경매개시결정에 따른 압류의 효력이 생긴 때에는 집행법원은 절차에 필요한 기간을 감안하여 배당요구를 할 수 있는 종기를 첫 매각기일 이전으로 정하고 있기 때문이다. 따라서 입찰자는 유치권신고가 이루어진 경우에 권리의 인수여부를 판단 할 수 있기 때문이다. 만약 유치권자가 채권신고를 하지 아니할 경우에는 배당에서 제외함은 물론 부실신고를 하여 손해가 발생할 경우 배상 책임을 지우는 규정을 신설할 필요가 있다.²²⁵⁾ 현행 민사집행법에서는 경매개시 결정에 따른 압류의 효력이 생긴 때에는 집행법원은 절차에 필요한 기간을 감안하여 배당요구를 할 수 있는 종기를 첫 매각기일 이전으로 정한다(민사집행법 제84조 제1항)고 되어 있다. 그 이유는 매수참가를 희망하는 사람이 매수신고인 전에 권리의 인수여부를 판단할 수 있고, 또한 법원에서도 매각기일 전

223) 대판 2001.5.8. 2000다9611.

224) 박성민, 전계논문, 196면.

225) 김명엽, 전계논문, 168면.

에 무잉여여부를 판단할 수 있도록 함으로써 매각절차의 불안정을 해소하기 위하여 개정된 내용이다. 유치권자는 비록 배당요구채권자는 아니지만 위의 취지에 비추어 볼 때에 유치권에 대한 권리신고 기한을 일정한 기한 안에 정해야 할 것으로 본다.²²⁶⁾

부동산경매절차는 채권자와 채무자간의 이해의 조정을 도모하고 집행 절차의 신속화 적정화를 주된 목적으로 하는데 부동산경매절차 중 이해관계인의 권리의무를 파악하는 것은 권리 분석에 해당하는 것으로 가장 어려운 부분이고 권리분석의 어려움 때문에 경매기일에 유찰되고 가격이 저감되고 경매기일이 지연되는 등 폐해가 심각함으로 권리분석의 전제가 되는 채권자들이 채권의 내용을 조기 파악 할 수 있다면, 채권자 상호간에 불확실성으로 인한 경매지연을 막을 수 있는 것이다. 따라서 경매개시결정 이전에 유치권의 의무를 확인하여 경매를 시작할지 여부를 결정할 필요가 있다. 이를 위해서는 경매신청시 채권자에게 부동산상에 유치권자가 있는지 여부를 확인하여 신청서에 유치권의 유무를 표시하도록 의무화 할 필요가 있다.²²⁷⁾

경매신청시 유치권자가 존재하는 것으로 신고 될 경우 유치권자의 권리신고 이전이라도 이해관계인으로 취급하여 채권 신고의 최고를 통하여 유치권의 유무에 대하여 적극적으로 확인하는 절차를 거쳐 이해관계인을 조기에 확정하여 경매절차의 안정을 도모할 필요가 있다. 채무자나 소유자가 아닌 채권자에게 신고의 의무를 부과 하여야 할 이유는 경매신청 채권자는 대상 부동산에 관하여 오랫동안 이해관계를 가지고 지켜보았을 것이므로 유치권 등 점유현황을 가장 잘 알고 있을 것이어서 채권자에게 신고의 의무를 지우는 것이 가장 효율적이다.

유치권자의 권리신고 의무제도를 도입하는 전제에서 앞에서 분석하고 검토한 내용을 바탕으로 다음과 같은 입법적 개선방안을 제시하고자 한다.

민사집행법 제88조 제1항을 다음과 같이 개정하는 방안이다. 즉 “ ... 가압류를 한 채권자. ...” 를 “ ...가압류 또는 유치권신고를 한 채권자, ... ” 로 개정하면, 유치권신고 의무제도를 입법적으로 해결 할 수 있을 것으로 본다.²²⁸⁾

226) 박성민, 전계논문, 196-197면.

227) 김기찬, 전계논문, 161면.

228) 박성민, 전계논문, 197면.

허위·과장 유치권으로 확인되었을 때에는 유치권 신고인뿐만 아니라 관련자들도 엄격히 처벌되도록 하여 허위·과장 유치권 신고인에 대하여는 형법상 업무방해죄(제314조), 또는 경매·입찰방해죄(제315조), 사문서 위조 및 동행사죄(형법 제231조), 사기죄, 부당이득죄 등을 적용하여 처벌되도록 해야 하며, 허위·과장 유치권 신고인에 대한 처벌을 강화하여 유치권 남용 또는 악용으로 인하여 경매절차가 지연되거나 채권자등 이해관계인에게 피해가 발생되지 않도록 해야 할 것이다.²²⁹⁾

第2節 賣却段階에 있어서 留置權

1. 유치권의 존재여부 파악 곤란

법원 경매실무상 유치권 신고가 있는 경우 목적부동산의 매각가격에 상당한 악영향을 미침에도 불구하고 채권자의 입장에서는 별다른 방어 방법이 없는 실정이고 통상 유치권 배재신청이라는 서면을 제출하는 정도이다. 유치권 신고가 되어 있는 경우에 경락인은 그 목적물의 인도를 받기 위하여 매각가액 이외에 추가로 유치권의 피담보채권을 부담하여야 하므로, 매수신고인은 목적물의 실제 가치액에서 피담보채권을 공제한 액수를 매수가격으로 신고하게 될 것이고, 이러한 현상은 유치권자를 제외한 경매신청 채권자 및 배당요구 채권자들에게는 총 배당금액이 감소하여 불리하게 작용할 것이다. 즉 경락인이 신고하게 되는 부동산의 부담은 매각 부동산의 가격을 감액시키는 요인이 된다. 따라서 실무에서는 유치권이 신고가 있게 되면 피담보채권액 등에 대한 평가를 하지 않은 채 최저 매각가격을 정하고 있고, 그 대신에 매각물건설명서에 이에 관한 사항을 기재함으로써 입찰참가자에게 그 정보를 제공하고 있다.²³⁰⁾ 현행법상 유치권자는 배당요구권자가 아니므로 유치권자의 존재자체에 대하여 경락인이 알 수 없는 경우가 많아 경락인에게 불의의 타격을 입히기도 한다.²³¹⁾

229) 대판 2008.2.1. 2007도6062.

230) 대법원, 전게서, 49면.

231) 김명엽, 전계논문, 157면.

유치권자가 민사집행법 제90조 4호에 의하여 권리신고하면 경매절차에서 당연히 이해관계인으로 인정되는 것이 아니고 유치권이 있음을 증명하여야 한다.²³²⁾ 증명하는 방법에는 특별한 형식을 요하지 않는다.²³³⁾ 따라서 유치권자는 유치권 신고서와 공사계약서, 영수증 등 서류만으로 간단하게 경매법원에 권리신고 할 수 있다는 점을 악용하여 그리고 집행법원은 권리신고서류에 대하여 형식적 심사만으로 접수처리 하고 있는 실정이다.²³⁴⁾ 유치권자의 존재여부를 알기 위해서는 현황조사를 함에 있어서 부동산의 현상 및 점유관계를 조사할 것을 규정하고 있으나, 점유자는 주로 임차인을 의식하고 작성한 것으로 보인다. 더구나 임대차 관계에 대해서는 상세하게 조사할 사항을 특정하여 명령을 하고 있다(민사집행법 제85조). 임차권은 소액이고 주로 서민에 대한 주거안정 차원에서 특별히 보호하기 위해서 또는 가장임차권을 배재하기 위해서도 상세한 조사가 필요하나, 유치권은 그 액면이 크고 유치권 유무에 따라 경매절차 이해관계인의 배당액이 달라지는 등 경매절차에 미치는 영향이 크므로 유치권의 유무는 경매에서 중요한 만큼 유치권을 파악하기 위한 노력은 한층 강화되어야 하는데 불구하고, 현행 현황조사명령 제도는 유치권 파악을 위한 고려를 하지 않고 있는 것이 문제이다.

유치권 권리신고를 한 자에 대하여 부존재확인 판시사항에 있어 담보권 실행을 위한 경매절차 중 근저당권자가 유치권자로 권리신고를 한 자에 대하여 유치권부존재확인의 소를 구할 법률상의 이익이 있다고 본 판례이다.

대법원 판례²³⁵⁾ 내용을 보면 원심판결 이유에 있어 원심은 이 사건 부동산에 관하여 유치권의 부존재 확인을 구할 이익이 없으므로 원고의 이 사건 유치권부존재확인의 소는 부적합하다는 피고의 항변에 대하여, 유치권자가 경락인에 대하여 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다. 유치권자는 여전히 자신의 피담보채권이 변제될 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있어 부동산경매절차의 입찰인들은 낙찰 후 유치권자로부터 경매목적물을 쉽게 인도 받을 수 없다는 점을 고려하여 입찰을 하게 되고 그에 따라 경매 목적 부동산이 그만큼 낮은 가격에 낙찰될 우려가 있다고 할 것이다.

232) 대판 1994.9.14. 94나1455.

233) 김상원 외, 전게서, 319면.

234) 황중술·민규식, 전계논문, 106면.

235) 대판 2004.6.2. 2003나12335.

부동산경매와 관련하여 민사집행법에서 현황조사에 관하여 ‘부동산의 점유관계에 관한 조사를 명하도록 명시적인 규정’을 하였고 또한 주택 상가임대차의 임대차 현황조사에 필요한 점유관계조사에 관하여는 자세한 언급하면서 유치권등 기타 점유관계에 관하여는 언급조차 하지 않고 있다. 부동산경매와 유치권의 현황에서도 알 수 있듯이 유치권에 의한 폐해가 민사집행법 시행이후에 특히 많이 발생하고 있기 때문이기도 할 것이다. 실제 현황조사를 담당하는 집행관은 현장에 임하여 형식적으로 둘러보고 현장에서 사람을 만나지 못할 경우 현황조사 보고서에 ‘점유관계 불명확함’이란 정도의 기재만 하고 끝을 내는 것이 문제점이 되고 있다. 그리고 매각물건명세서에는 매수희망자들에게 사려는 부동산에 관한 정보를 제공함으로써 예측하지 못한 손해를 입는 것을 방지하고 매각에의 참여를 유도하여 강제집행제도의 기능을 제고시키려는 것인데, 법원의 인식을 기재한 서면에 지나지 아니한 것으로서 그 작성은 사실행위에 속하고 그에 의하여 매각조건이 결정되거나 실체법상의 권리관계에 영향을 미치는 것이 아니며 공신력이 인정되는 것도 아니라는 문제점도 있다.²³⁶⁾

2. 개선방안

1) 유치권의 존부결정제도 도입

유치권존부에 대한 문제를 해결하기 위하여 유치권자의 권리신고가 집행법원에 접수되면 일정기일을 정하여 그 기일 내에 이해관계인의 신문기이신청 여부와 상관없이 경매진행절차의 하나로서 유치권자들에게 신문기일을 정하여 유치권자의 진위 여부 및 채권가액에 대해 실질적 조사를 하여야 한다. 한편 유치권의 신고가 있는 매각부동산에 대해서는 집행관에게 유치권자에 대한 조사 의무를 부여하여 현장조사 및 주변탐방을 통해 유치권자의 점유 여부 점유형태 채권가액 등에 대한 조사를 명하고, 현황조사보고서의 제출시에 유치권자 조사보고서를 별도로 제출하도록 하여야 한다.

유치물의 간이변제충당권의 요건인 정당한 이유의 존부에 관한 판단 기준은

236) 법원행정처, 전게서, 161-162면.

유치물의 처분에 관하여 이해관계를 달리 하는 다수의 권리자가 존재하거나 유치물의 공정한 가격을 쉽게 알 수 없는 등의 경우에는 민법 제322조 제2항에 의하여 유치권자에게 유치물의 간이 변제 충당을 허가할 정당한 이유가 있다고 할 수 없다.²³⁷⁾ 유치권자 등의 심문에 따른 결과와 집행관의 조사보고서를 토대로 집행법원은 일정기일을 정하여 매각기일 전에 매각부동산의 유치권에 대한 권리 신고자에 대한 유치권 여부에 대하여 유치권존부 결정을 내려야 한다. 이러한 결정제도를 활용하면 전체유치권 신고의 많은 부분에 달하는 유치권의 성립 자체가 되지 않는 권리 신고에 대하여 정리를 할 수 있을 것이다. 물론 사안에 따라서는 유치권의 존부 결정으로 할 수 없는 것도 있을 것이다.

부동산경매에서 유치권의 존재가 새로 밝혀진 경우의 법률관계를 보면, 매각허가에 대한 이의신청사유를 규정한 민사집행법 제121조 제6호에서 말하는 ‘부동산에 관한 중대한 권리관계의 변동’이라 함은 부동산에 물리적 훼손이 없는 경우라도 선순위 근저당권의 존재로 후순위 처분금지차분이나 대항력 있는 임차권 등이 소멸하거나 또는 부동산에 관하여 유치권이 존재하지 않는 것으로 알고 매수신청을 하여 매각허가결정까지 받았으나 그 이후 선순위 근저당권의 소멸로 인하여 처분금지차분이나 임차권의 대항력이 존속하는 것으로 변경되거나 또는 부동산에 관하여 유치권이 존재하는 사실이 새로 밝혀지는 경우와 같이 경락인이 소유권을 취득하지 못하거나 또는 매각부동산의 부담이 현저히 증가하여 경락인이 인수할 권리가 중대하여 변동되는 경우를 말한다.²³⁸⁾ 이러한 사안에 대해서는 유치권에 대한 집행법원의 조사내용을 공개하고 경매절차를 진행하면 될 것이다. 이 후에 유치권존부확인인 소를 통해 유치권의 진위 여부를 다투면 될 것이다. 그리고 집행법원의 유치권존부결정은 법적인 구속력이 있기 때문에 결정에 대한 이의가 있을 경우에는 이의당사자(매각부동산상의 채권자, 소유자, 유치권자 등)는 유치권존부결정에 대한 이의신청 및 즉시항고를 하는 방법으로 하면 될 것이다. 집행법원의 유치권존부결정에 대한 이의가 있는 당사자는 집행법원에 이의신청서를 유치권존부 결정일로부터 7일 이내에 제출하도록 한다. 집행법원은 이의신청이 접수되면 사안에 따라서 신청인과 관련 이해관계인 등을 일정기간을

237) 대판 2000.10.30. 2000다4002.

238) 대판 2005.8.8. 2005다643.

정하여 심문하고 결정하여야 한다. 이 결정에도 불복이 있는 당사자는 즉시항고를 할 수 있도록 한다. 다만 이 즉시항고는 집행정지의 효력이 없으므로(민사집행법 제15조 제6항), 항고가 매각절차의 진행을 부당하게 지연시키기 위한 것으로 보이면 필요한 서류의 부분만 복사하여 항고심으로 보내고 매각절차를 그대로 진행시키도록 하면 될 것이다.

2) 공탁금 납부제도 도입

유치권존부제도를 효율적으로 운영하기 위해서는 공탁금 납부제도를 이용하는 것이다. 민사집행법 제130조 제3항에 의하면 “매각허가결정에 대하여 항고를 하고자 하는 사람은²³⁹⁾ 보증으로 매각대금의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 법원이 인정한 유가증권을 공탁하여야 한다고 규정하고 있다” 이는 항고의 납발에 의하여 매각허가결정 확정지연의 방지를 위한 입법의를 보여준 것이다.²⁴⁰⁾ 항고인이 2인 이상인 경우에는 대법원 판례는 민사집행법 제130조 제3항은 “매각허가 결정에 대하여 항고를 하고자 하는 사람은 보증으로 매각대금의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 법원이 인정한 유가증권을 공탁 하여야 한다.”고 규정하고 있는 바, 위 규정의 입법 취지는 매각허가 결정에 불복하는 모든 항고인에 대하여 보증금을 공탁할 의무를 지음으로써 무익한 항고를 제기하여 절차를 지연시키는 것을 방지하고자 하는데 있다.

매각허가결정에 대한 항고는 이해관계인이 매각허가에 대한 이의신청사유가 있는 경우 등에만 할 수 있는데, 그 이의에 대하여 민사집행법 제122조는 다른 이해관계인의 권리에 관한 이유로 이의를 신청하지 못한다고 규정하고 있다. 민사집행법 제90조에서 경매절차의 이해관계인이 매각허가에 대한 이의신청사유가 있는 경우 등에만 할 수 있는데, 그 이의에 대하여 민사집행법 제122조는 다른 이해관계인의 권리에 관한 이유로 이의를 신청하지 못한다고 규정하고 있다. 민사집행법 제90조에서 경매절차의 이해관계인이 될 수 있는 사람을 제한적으로 열거하고 있다. 복수의 항고인이 매각허가결정에 대하여 항고를 제기하는 경우

239) 전세경, 「민사집행법」, 박영사, 2008, 456면.

240) 이시윤, 전제서, 299면.

항고장을 함께 제출하는지 별도로 제출하는지 우연한 사정에 따라 제공할 보증의 액이 달라지는 것은 불합리한 점 등을 종합하여 보면, 매각허가결정에 대하여 즉시항고를 제기하는 항고인이 2인 이상인 경우에는 그들이 경매절차에서의 이해관계의 기초가 되는 권리관계를 공유하는 등의 특별한 사정이 없는 한, 항고인 별로 각각 매각대금의 10분의 1에 해당하는 금전 또는 유치증권을 공탁하여야 한다고 봄이 상당하다고 판시²⁴¹⁾하고 있다.

항고가 기각된 경우에는 보증으로 제공한 금전이나 유가증권을 돌려줄 것을 요구하지 못한다. 채무자나 소유자 이외의 사람이 만약 매각허가결정에 대하여 즉시항고를 하여 기각된 때에는 항고인은 보증으로 제공한 금전이나 유가증권을 현금화한 금액 가운데 항고를 한 날로부터 항고기각결정이 확정된 날까지의 매각대금에 대한 대법원 규칙이 정하는 비율에 의한 금액에 대하여는 돌려줄 것을 요구할 수 없다(민사집행법 제130조 제7항). 그리고 항고인이 항고를 취하한 때에도 같이 취급하고(민사집행법 제130조 제8항), 항고가 부적법하여 각하된 경우에도 같이 처리한다.

민사집행법 제정 이전에는 보증을 제공하여야 할 항고인의 범위를 채무자, 소유자, 경락인으로 제한하였으나 민사집행법에서는 이러한 제한을 두지 않고 항고를 하는 사람은 모두 일정한 보증을 제공하도록 하여 남항고에 대비하고 있다.²⁴²⁾ 항고인이 보증을 제공하여 항고하였으나 돌려받지 못하는 경우에는 그 보증은 이후 배당절차에서 배당재단을 구성하여 채권자에게 배당된다(민사집행법 제147조 제1항 3, 4호). 이처럼 유치권존부결정에 대한 항고시 공탁금 납부제도는 허위 유치권신고를 막을 수 있는 하나의 대안이 될 수 있을 것이다.

第3節 配當段階에 있어서 留置權

1. 유치권자의 확인 여부 곤란

배당기일에 배당을 받을 수 있는 채권자는 1. 배당요구의 종기일까지 경매신청

241) 대판 2006.11.23. 2006다513.

242) 강대성, 전게서, 380면.

을 한 압류 채권자, 2. 배당요구의 종기일까지 배당요구를 한 채권자, 3. 첫 경매 개시 결정등기 전에 등기된 가압류채권자, 4. 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제 청구권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자에 한정한다(민사집행법 제148조). 유치권자는 제1, 3호에는 해당하지 않음이 명백하다. 제4호의 경우에도 유치권자의 경우에는 등기가 될 수 있는 방법이 없고, 우선변제 청구권도 없다는 점에서 해당하지 아니한다.²⁴³⁾ 그렇다면 제2호의 경우에 해당하는지에 대하여 살펴보면, 민사집행법 제88조 제1항은 배당요구를 할 수 있는 채권자로 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법 상법 그 밖에 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자에 해당하지 아니한다. 따라서 유치권자는 배당절차에서 배당을 받을 수 있는 지위에 있지 않은 것으로 보인다.²⁴⁴⁾

이에 대하여 판례²⁴⁵⁾는 “채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채권자가 채무자로부터 부동산의 점유를 이전받고 이에 관한 공사 등을 시행함으로써 채무자에 대한 공사대금채권 및 이를 피담보채권으로 한 유치권을 취득한 경우, 이러한 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로, 이와 같은 경위로 부동산을 점유한 채권자로서는 이 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 경락인에게 대항 할 수 없고, 이 경우 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 있음을 채권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 가실이 있는지 여부 등은 채권자가 그 유치권을 경락인에게 대항할 수 없다는 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다.” 라고 판시하고 있다. 경매실무상 부동산경매절차에서 경락인은 예상할 수 없었던 유치권을 인수해야 하는 불측의 손해를 받음으로써 저가낙찰의 원인이 될 뿐만 아니라 선순위 담보권자의 배당받을 채권이 감소하여 담보권자의 지위를 불안하게 하는 요인이 되고 있다. 경매실무상 허위의 유치권을 신고하여 부동산경매절차를 지연시키거나 허위의 유치권자가 부당이득을

243) 박성민, 전계논문, 204면.

244) 이시윤, 전계서, 319-321면.

245) 대판 2006.8.25. 2006다22050.

취하는 경우가 많다.²⁴⁶⁾

2. 개선방안

유치권자는 별도의 집행권원 없이 유치권의 목적부동산에 대하여 경매를 청구할 수 있고, 그 배당절차에서 배당을 받을 수도 있다. 민사집행법 제91조 제2항에서 매각부동산 위의 모든 저당권을 매각으로 소멸된다고 규정하고, 민사집행법 제91조 제3항은 지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다고 규정하고 있다. 그렇지만 유치권에 대하여는 아무런 규정을 하고 있지 않고 있다. 그러나 과거 용익권에 대하여 소멸 근거규정이 없던 구 민사소송법 아래서도 용익권자가 선순위 저당권 등에 후순위인 경매신청채권자보다 선순위라고 하더라도 용익권은 경매로 소멸된다고 판시되고 있는 점에 비추어 본다면, 용익권도 아닌 담보물권인 유치권은 현행법 규정의 불비에도 불구하고 소멸된다고 해석할 수 있다.²⁴⁷⁾ 유치권자가 사실상 최우선변제권을 갖는다고 설명하고 그 근거를 유치권의 유치적 효력을 규정한 민법 제320조 제1항과 유치권에 대한 인수주의를 규정한 민사집행법 제91조 제5항에서 찾고 있다. 이러한 통설적 견해에 의하면 유치권자도 민사집행법 제88조 제1항에서 말하는 “그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자”에 해당한다고 유추 해석할 수 있을 것이다. 물론 최선순위 유치권은 경락인에게 인수되므로 최선순위 유치권자는 배당요구를 할 수 없다고 해석하여도 무리가 없다고 보인다.

그리고 당해 부동산경매절차에서 배당을 받기 위해서는 최초 매각기일 이전인 배당요구 종기일까지 유치권의 신고가 있어야 할 것이다. 당해 부동산 경매에 응찰하고자 하는 매수희망자의 예측 가능성을 도모하기 위하여 필요하다고 할 것이다. 그렇다면 배당요구 종기일까지 신고를 한 유치권자는 배당절차에서 배당을 받고 소멸토록 하는 것이 타당하다고 할 것이다. 물론 최선순위 유치권자는 민사집행법 제91조 제5항에 따라 경락인에게 인수된다고 본다. 그리고 민사집행

246) 김명엽, 전계논문, 175면.

247) 박성민, 전계논문, 204면.

법 제90조 4호에서 유치권을 증명할 것을 요구하고 있는 바 이에 대하여 유치권의 존재를 증명할 수 있는 서류이면 사문서이더라도 무방하다는 견해²⁴⁸⁾가 있지만, 이는 허위의 가장유치권을 남발하게 하는 무책임한 견해이다. 따라서 집행권원에 준하는 서류의 제출이 요구된다고 할 것이며 절차의 신속을 위하여 가압류 절차를 준용하여 유치권의 결정을 신속하게 받아 그 결정문을 첨부하는 것이 온당하다고 본다. 이와 같이 유치권자에게 배당을 함에 있어 유치권의 피담보채권이 명확하지 않다는 문제가 있을 수 있다. 이러한 문제는 가압류절차를 준용하여 유치권자의 신청에 따라 신속하게 유치권의 존재 여부와 피담보채권의 범위를 결정하고 그러한 유치권자에 대한 배당금액을 집행공탁하여 당해 경매절차는 종료하고 난 뒤 유치권과 관련한 집행권원에 따라 위 배당금액을 찾아가도록 하면 될 것이다.²⁴⁹⁾

第4節 執行段階에 있어서 留置權

1. 관련 소송으로 인한 경매 지연

유치권부존재확인 소는 유치권을 주장하는 자에 대하여 유치권의 성립에 관한 법률요건을 갖추지 못하였음을 주장하여 유치권의 부존재에 관한 확정을 목적으로 제기하는 소를 말한다. 이는 아무런 근거 없이 유치권을 주장하여 다른 권리자의 법률상 지위를 불안정하게 하는 자에 대하여 유치권의 부존재를 확정함으로써 그와 같은 불안을 제거하고 부동산경매절차 등에서 유치목적물에 대한 진정한 권리자의 권리행사를 보호하는 기능을 한다.²⁵⁰⁾ 매각결정확정 후 경락인이 경매부동산에 대하여 소유자로서의 권리를 행사하기 위해서는 부동산을 점유하고 있는 유치권자로부터 점유를 이전받아야 한다. 그런데 유치권자가 채권에 대한 변제를 요구하며 점유이전을 거부한다면 유치권자에 대하여 소송을 제기하여 유치권의 성립여부와 피담보채권액을 확정지을 수밖에 없다.²⁵¹⁾ 그러나 명도

248) 김상원 외, 전계서, 319면.

249) 박성민, 전계논문, 205면.

250) 김응용, 「유치권실무연구」, 유로, 2007, 297면.

251) 황종술·민규식, 전계논문, 107면.

소송에 소요되는 시간과 비용을 감안하면 경락인에게는 상당한 부담이 된다고 할 수 있다. 게다가 소송이 장기화 되면 경락인은 소송이 확정되어 점유를 이전 받게 될 때까지 장기간 매수부동산의 사용·수익 처분을 할 수 없게 되어 이로 인한 경제적 손실을 감수해야 한다.²⁵²⁾

대법원 판례²⁵³⁾에 의하면 “유치권자는 여전히 자신의 피담보채권이 변제될 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있어 부동산경매절차의 입찰인들은 낙찰 후 유치권자로부터 경매목적물을 쉽게 인도받을 수 없다는 점을 고려하여 입찰을 하게 되고 그에 따라 경매의 당해 부동산이 그만큼 낮은 고려하여 입찰을 하게 되고 그에 따라 경매당해 부동산이 그만큼 낮은 가격에 낙찰될 우려가 있다고 할 것인바, 이와 같은 저가낙찰로 인해 원고의 배당액이 줄어들 위험은 경매절차에서 근저당권자인 원고의 법률상 지위를 불안정하게 하는 것이므로 위 불안을 제거하는 원고의 이익을 단순한 사실상·경제상의 이익으로 볼 수 없고, 피고가 이 사건 경매절차에서 민법 제367조에 기한 우선상환청구를 하고 있음을 인정할 아무런 증거가 없을 뿐 아니라, 만일 피고가 그러한 우선상환청구를 한다면 유치권자라는 피고가 매각대금에서 우선상환을 받을 수 있어 근저당권자인 원고는 그만큼 배당받을 금액이 줄어들어 원고에게는 이 사건 확인을 구할 법률상의 이익이 있다.”고 하였다.

부동산에 관한 유치권부존재확인 소의 있어서는 당해 부동산에 대하여 공사대금을 피담보채권으로 주장하는 수급인, 필요비·유익비 상환채권을 피담보채권으로 하여 유치권을 주장하는 자 등이다.²⁵⁴⁾ 타인의 부동산 경매신청에 있어서 유치권 신고가 있고 경매목적물에 대한 경락인이 있으면 경락인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다(민사집행법 제91조 제5항). 그러나 현실적으로 이러한 유치권신고의 많은 부분이 허위인 점에서 상호 불신하여 유치권의 존재 또는 부존재 확인의 소가 제기되고 있다. 또한 유치권자가 신청한 경매에 있어서도 경매목적물의 소유자가 유치권의 존재 및 그 범위에 대하여 불신하여 당해 경매개시결정에 대한 이의를 제기하고 수소법원에 별도의

252) 부산고판 2008.8.14. 2008나801.

253) 대판 2004.9.23. 2004다32848.

254) 김명엽, 전제논문, 166면.

유치권소송을 제기 하고 있다. 그러나 집행법원과 달리 수소법원은 민사소송의 이상 가운데 공정한 재판의 이념이 전면에서 나타나는 까닭에 공정한 재판을 진행하다 보면 사안의 해결에도 6개월 내지 1년 이상이 소요되기 마련이다. 따라서 부동산경매절차가 진행이 지연되거나 저지되는 문제가 발생하여 결국은 경락인의 피해로 이어지는 것이다.²⁵⁵⁾

2. 개선방안

매각결정확정 후 경락인이 경매부동산에 대하여 소유자로서의 권리를 행사하기 위해서는 부동산을 점유하고 있는 유치권자로부터 점유를 이전받아야 한다. 그런데 유치권자가 채권에 대한 변제를 요구하며 점유이전을 거부한다면 통상의 소송절차로서 유치권존재확인의 소송 내지 유치권부존재확인의 소송이 제기될 경우에 있어서 당해 사안이 부동산경매절차라는 집행단계에서 발생한 사안이라는 것이 명백하다면 적어도 신속한 재판을 위한 제도적 장치를 마련하는 것이 바람직하다고 하겠다. 소액사건심판절차에 있어서 이행권고결정제도가 있어서 특별한 사정이 없으면 원고가 낸 소장 부분을 첨부하여 피고에게 원고의 청구취지와 같은 의무를 이행할 것을 권고하는 취지의 결정을 하고 피고가 이러한 결정을 송달을 받은 후 이의신청을 하지 아니한 때에는 이행권고결정은 확정판결과 동일한 효력이 인정된다(소액사건심판법 제5조의3 제1항). 따라서 부동산경매와 관련된 유치권소송에 있어서도 이러한 이행권고결정제도를 도입하여 유치권이 인정된다면 그 범위의 조절권한도 부여하여 신속하게 유치권소송을 처리할 수 있을 것이다.²⁵⁶⁾

255) 박성민, 전제논문, 205면.

256) 박성민, 상제논문, 206면.

第5章 結 論

부동산경매절차에 있어서 유치권은 법률상 우선변제권이 없지만 유치권자가 그 채권을 변제받을 때까지 부동산경락인을 상대로 유치할 수 있는 권리로서 사실상 우선변제권이 인정되고 있다. 그러나 이러한 유치권은 담보물권임에도 불구하고 등기부에 기재되지도 아닐 뿐 아니라, 순위와 상관없이 경매에 있어 매각으로 소멸되지 아니한다. 이는 유치권자에게는 강한 채권의 확보수단으로 되지만, 다른 담보자에게나 부동산 경락인에게는 예상치 못한 피해가 발생하게 된다. 이로 인하여 매수인들이 매수참가를 꺼릴 뿐만 아니라 경매의 유찰을 부추기는 주요한 요인이 되기도 한다. 부동산경매에 있어서 유치권의 유무의 확인문제, 유치권 신고의 허위·과장의 문제, 이로 인한 유치권존부확인소송 등의 문제를 원만하게 해결하지 않으면 부동산경매가 지연되거나 매각가격이 떨어지는 등의 불합리한 현상이 나타나게 된다.

그러므로 이 논문에서는 부동산경매에 있어서 유치권과 관련하여 나타나는 문제점을 경매의 단계별로 검토하여 그 개선방안에 대하여 몇가지 입법정책적 대안을 제시하고 있다.

첫째, 부동산경매에 있어서 유치권 존부가 명확하지 않아서 여러 가지 문제 등이 발생된다는 것이다.

유치권의 존부를 명확하게 하기 위한 개선방안으로는, 매각준비단계에 있어서 유치권에 대한 집행관의 현황조사가 철저히 이루어지거나, 유치권자의 권리신고가 철저히 이루어지는 수밖에 없다. 그러나 현실적으로 집행관의 현황조사가 형식적인 것에 그치고 있는데, 이러한 문제점에 대해서는 법원은 부동산현황보고서와 매각물건 명세서에 관하여 특정하여 명령함으로써, 유치권을 포함해서 객관적으로 공시가 어려운 부동산에 관한 점유현황을 좀 더 적극적으로 파악하여 현황조사 보고서에 포함시키고, 현황조사 당시 드러나지 않은 점유권은 법원에 신고하라는 게시문을 붙여 법원에 신고하도록 하는 조치가 필요하다. 이를 위해서는 점유자에게 적극적인 권리주장을 해야 보호한다는 규정을 새로이 규정하여, 현황

조사시 채무자, 임차인, 기타 부동산의 권리를 주장하는 사람을 상대로 점유현황에 대한 객관적인 증거를 확보하고, 필요한 경우 증거보전 절차에 준하여 심문을 함으로써 점유현황에 관하여 확정해야 한다. 또한, 유치권자의 권리신고가 제대로 이루어지지 않고 있는데, 이는 현행법에서는 유치권자에게 권리신고 의무가 없기 때문이다. 유치권자가 집행법원에 신고를 하지 않아도 부동산 경매절차에서 이해관계인에 포함되지 않을 뿐, 유치권행사를 하는 데는 아무런 문제가 없으므로, 반드시 신고하려고 하지 않는다는 것이다. 따라서 이러한 문제를 해결하기 위해서는 유치권의 신고기한은 배당요구 종기일 까지 하도록 하는 신고의무제를 도입해야 할 것이다.

그리고 부동산경매의 집행단계에서, 부동산 매각결정이 확정되면 매수인은 경매부동산에 대하여 소유자로서의 권리를 행사하기 위하여 부동산을 점유하고 있는 유치권자로부터 점유를 이전 받도록 해야 한다. 이 때 점유권자가 인도를 거절하게 되면 유치권부존재확인 소가 제기되게 되며, 이러한 경우 부동산경매절차가 지연되거나 저지되는 문제가 발생된다. 또한 소송이 장기화 되면 매수인은 소송이 확정되어 점유를 이전받게 될 때까지 장기간 매수부동산의 사용·수익·처분을 할 수 없게 된다. 이러한 문제를 해소하기 위하여 부동산경매와 관련된 유치권소송에 있어서 특별한 사정이 없으면 원고가 낸 소장 부분을 첨부하여 피고에게 원고의 청구취지와 같은 의무를 이행할 것을 권고하는 취지의 결정을 하고 피고가 이러한 결정을 송달을 받은 후 이의신청을 하지 아니한 때에는 이행권고결정은 확정판결과 동일한 효력을 인정하도록 하는(소액사건심판법 제5조의3 제1항 참조), 이행권고결정제도를 도입하면 신속하게 유치권소송을 처리할 수 있을 것이다. 부동산경매와 관련한 소송사건에서 유치권과 관련된 소송이 상당히 많고, 실무상 집행법원에 신고되는 유치권신고 건수 중 80-90%가 허위 또는 과장신고라는 것을 도외시할 수 없다. 그러므로 유치권존재여부에 대한 결정제도를 별도로 마련하는 것이 필요할 것이다. 나아가, 매각단계에 있어서는 집행법원이 유치권의 존부에 대하여 집행법원이 유치권존부결정을 하고 이에 대한 이의가 있는 당사자는 집행법원에 이의신청을 할 수 있도록 하면, 유치권존부가 명확하지 못하기 때문에 일어나는 문제를 해결할 수 있을 것이다.

둘째, 부동산경매에 있어서, 유치권자는 배당기일에 배당을 받을 수 있는 채권

자, 즉 배당채권자에 포함되지 않는다. 이로 인하여 경매실무상 부동산 매수인은 예상하지 않던 유치권을 인수해야 하며, 이는 저가낙찰의 원인이 될 뿐 아니라 선순위담보권자의 지위를 불안하게 하는 요소로 작용한다. 이러한 문제점을 해결하기 위해서 유치권자에게 배당채권자의 자격을 부여하는 것이 바람직하다. 물론 유치권은 민사집행법 제91조 제5항에 따라 매수인에게 인수되므로 배당요구를 할 필요가 없지만, 그 이외의 경우에는 민사집행법 제88조 제1항에서 말하는 “그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자”에 해당하는 것으로 유추해석함으로써 배당채권자에 포함시키는 것이 필요하다.

이상과 같이 입법정책적 입장에서 몇가지 개선방안을 제시하였는데, 이러한 개선방안이 도입된다면 우리나라 부동산경매절차에 있어서 유치권자의 지위가 명확하게 되어 분쟁을 사전에 예방할 수 있기 때문에 효율적인 부동산경매제도가 정착될 수 있을 것이다.

參 考 文 獻

I. 國 內 文 獻

1. 單行本

- 강대성, 「민사집행법」, 삼영사, 2008.
- 강봉석, 「물권법」, 법영사, 2007.
- 강태성, 「물권법」, 대명출판사, 2004.
- 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001.
- _____, 「채권각론」, 박영사, 2004.
- 김민중, 「물권법강의 : 이론·판례·사례」, 로앤피플, 2007.
- 김봉수, 「민법강의(1)」, 청목출판사, 2008.
- 김상룡, 「물권법」, 법문사, 2003.
- 김상원 외, 「주석 민사집행법」, 한국사법행정학회, 2004.
- 김상수, 「민사집행법」, 법우사, 2005.
- 김응용, 「유치권실무연구」, 유로, 2007.
- 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007.
- 김진호, 「부동산경매의 법리와 그 권리분석」, 법률서원, 2002.
- 김형배 외, 「민법학강의(제9판)」, 신조사, 2010.
- 곽용진, 「부동산경매와공매」, 경록, 2007.
- 곽윤직, 「물권법(제7판)」, 박영사, 2008.
- 곽윤직 외, 「민법주해(VII)」, 박영사, 2002.
- 노종천, 「물권법」, 법문사, 2007.
- 대법원, 「민사집행실무」, 법원행정처, 2004.
- 박두환, 「민사집행법」, 법률서원, 2003.

- 박준서, 「주석민법」 제3판 물권(3), 한국사법행정학회, 2001.
- 법무부, 「민법재산편」, 개정자료집, 2004.
- 법원공무원교육원, 「민사집행실무(Ⅰ)」, 한양당, 2009.
- _____, 「민사집행실무(Ⅱ)」, 2003.
- 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행(Ⅱ)」, 2003.
- 손창환, 「사례로 본 민사집행」, 법률정보센터, 2004.
- 송덕수, 「신민법강의」, 박영사, 2009.
- 오시영, 「민사집행법」, 학연사, 2007.
- 이명우, 「물권법-이론과판례」, 형설출판사, 2005.
- 이성수 외, 「실전부동산경매」, 도서출판청십자, 2007.
- 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2009.
- 이영준, 「물권법」, 박영사, 2004.
- _____, 「새로운체계에 의한 한국민법론(물건편)」, 박영사, 2005.
- 이은영, 「물권법」, 박영사, 2006.
- 이천교, 「민사집행법」, 도서출판폴리, 2006.
- 장요성, 「유치권 사건처리 실무(실제사례중심)」, 법률정보센터, 2006.
- 전세정, 「민사집행법」, 박영사, 2008.
- 조민성, 「물권법」, 두성사, 2004.
- 지원림, 「민법강의(제7판)」, 홍문사, 2009.
- 한삼인, 「판례민법(제3판)」, 법률행정연구원, 2003.
- _____, 「알기쉬운 생활민법(하)」, 엑스퍼스, 2005.
- _____, 「민법일반이론」, 보명BOOKS, 2009.
- 홍성재, 「물권법」, 대영문화사, 2006.

2. 論 文

- 강민성, “민사집행과 유치권”, 「사법논집」 제36권, 법원행정처, 2004.
- 강봉현, “유치권자의 지위와 관련한 몇 가지 문제점”, 「법과정책」 제14집 2호 제

- 주대학교 법과정책연구소, 2008. 8.
- 고준석, “부동산경매 활성화를 위한 법제개선에 관한 연구”, 동국대학교대학원, 박사학위논문, 2006.
- 공순진, “유치권의 성립요건으로서의 견련성”, 「동의법정」 제21호, 동의대학교 지방자치연구소, 2004. 8.
- 김기찬, “부동산 경매에 있어서 유치권에 관한 연구”, 건국대학교대학원, 박사학위논문, 2007.
- 김기찬·이춘섭, “부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구”, 「부동산학연구」 제13집 제2호, 한국부동산분석학회, 2007. 8.
- 김명엽, “부동산 경매절차상 유치권 제도의 개선에 관한 연구”, 「입법정책」 제2권 제2호, 한국입법정책학회, 2008. 6.
- 김상수, “민사집행법의 시행과 부동산 경매”, 「한국 민사소송법학회지」 제12권 제1호, 한국민사소송법학회, 2008. 4.
- 김상찬·송서순, “경매에서의 매도인의 담보책임”, 「법과정책」 제12집 1호, 제주대학교 사회과학연구소, 2006. 2.
- 김순희, “부동산경매절차에 있어서 유치권자의 법적지위에 관한 연구”, 전북대학교법무대학원, 석사학위논문, 2009.
- 김여선, “부동산경매제도의 개선방안에 관한 연구”, 제주대학교행정대학원, 석사학위논문, 2007.
- 김용철, “유치권에 관한연구”, 연세대학교정경대학원, 석사학위논문, 2006.
- 김진경, “부동산경매에 있어서 유치권자의 법적지위에 관한 연구”, 동의대학교대학원, 박사학위논문, 2007.
- 김주범, “부동산 경매제도에 관한 연구 -권리분석과 경락인 보호를 중심으로-”, 경남대학교행정대학원, 석사학위논문, 2009.
- 문홍안, “재산권이전형담보의 법구조적 연구” 건국대학교대학원, 박사학위논문, 1990.
- 박두수, “부동산집행에서의 유치권자의 지위에 관한 연구”, 건국대학교부동산대학원, 석사학위논문, 2003.

- 박성민, “부동산경매에 있어서 유치권에 관한 연구”, 창원대학교대학원, 박사학위논문, 2007.
- 신국미, “유치권제도에 관한 연구”, 고려대학교대학원, 박사학위논문, 2004.
- _____, “유치권의 성립 요건으로서 물건과 채권간의 견련관계”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 2004.
- _____, “유치권자에 의한 경매(민법제322조)에 관한의문”, 「재산법연구」 제25권 제1호, 한국재산법연구회, 2008. 6.
- 손진홍, “유치권자의 신청에 의한 경매절차”, 「민사집행법실무연구」 재판자료 109집, 2006.
- 신현기, “경매절차에서의 유치권”, 「법무사」 통권450호, 대한법무사협회, 2004. 12.
- 엄영진, “유치권자의 유치물사용권”, 「고시계」 27권10호, 1982. 10.
- 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 「토지법학」 제23권 제2호, 한국토지법학회, 2007. 12.
- _____, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 「민사법학」 제38권, 한국민사법학회, 2007.
- 염규석, “유치권의 견련관계”, 「재산법연구」 제17권 제1호, 한국재산법학회, 2000.
- 이기우, “부동산 유치권의 성립과 효력”, 「토지법학」 22호, 한국토지법학회, 2006. 6.
- 이병준, “물건에 대한 점유의 의미와 판단기준”, 「Jurist」 410호, 청림인터랙티브, 2006.
- 이재성, “유치권의 담보물권으로서의 성격”, 「판례평석집」 11권, 한국사법행정학회, 1998.
- _____, “유치권자가 신청한 경매의 성격”, 「인권과정의」 제196호, 대한변호사협회, 1992. 12.
- 정상태, “경매절차에서의 유치권 주장에 관한 질의회답”, 대한법무사협회, 2006.
- 정영수·기우일, “부동산경매실무절차에 있어서 유치권의 문제점과 대책에 관한 소고”, 「대한부동산학회지」 제24권, 대한부동산학회, 2006.
- 정진갑, “권리분석을 통한 경매부동산 매수인 보호에 관한 연구”, 한양대학교행정자치대학원, 석사학위논문, 2008.

- 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 「사법논집」 제42집, 한국사법행정학회, 2006.
- 추신영, “유치권자에 의한 경매신청”, 「재산법연구」 제24권 제1호, 한국재산법학회, 2007. 6.
- 최상호, “점유자의 비용상환청구권”, 「법학논고」 제7집, 경북대학교 법학연구소, 1991.
- 최명구, “유치권과 저당권의 경합”, 「민사법학」 제42호, 한국민사법학회, 2008. 9
- 한삼인·김상명, “부동산경매에 있어서 임차인의 법적지위”, 「법학연구」 제21집, 한국법학회, 2006. 2.
- 황동룡, “유치권”, 「경영통권」 제121호, 한국경영법무연구소, 2004. 5.
- 황종술·민규식, “부동산 경매절차상 허위 과장유치권 근절을 위한 대책”, 「한국주거환경학회논문집」 제6권 제2호, 한국주거환경학회, 2008. 12.

II. 日 本 文 獻

- 長谷部·由起子編, 「ケースブック民事訴訟法」, 弘文堂, 2004.
- 西口元, “平成11年度主要民事判例解説” 「判例タイムズ」, 1036号, 2000. 9.
- 奏光昭, “競合する抵當權と民事留置權の成立要件”, 「金融法務事情」, 1657号, 2002. 10.
- 高橋弘, “不動産擔保法制”, 「廣島法學」, 第26卷 第4号, 廣島大學法學會, 2003. 3.
- 荒木新五, “競賣による買受人に對する留置權主張の可否”, 判例評釋, 「判例タイムズ」, 1150号, 2004. 8.
- 安永正昭, “先取得權”, 「法學教室」, 330号, 有斐閣, 2008. 3.
- 田中嗣久·田中義雄, 「民法が わかった」, 法學書院, 2008.
- 河上正二, “留置權”, 「法學セミナー-1」, 日本評論社, 2010. 1.

ABSTRACT

Lien Hold around System Improvement in Real Estate Auction

Chang-Bo Kang

Department of Law

Graduate School of Public Administration

JeJu National University

Supervised by professor : Sang-Chan Kim

Lien refers to a mortgage bind for which one who possesses other's objects or marketable securities can keep the possessions in custody in custody in order to assure delivery of resulting bond as a product from then. So, lien holder Has a legitimate stand-ing equivalent to having real preference repayment rights. this lien is accrued depending on associations between object and bond, and is made public by possessing the object. here, lien is realized in effect unless the possession is illegal.

Thus, in the sale of real estate auction process to analyze the value of liens on real estate sports a current law is very difficult. Because attracting the right of the owner because there is no obligation to report. Even bid on the lien holder of the rights won by the Enforcement was reported even

reported that a large portion of the lien can not determine the legality of many cases that is the reality in practice.

Even if he declared his rights for the lien to competent court over lien holders, it is a matter of fact in practice that there are many cases of unidentified legality across the considerable number of lien declared. If a lien holder who does neither declare his rights nor appear on field report prepared by official lien executor claims for certain lien during or after selling of real estate against auction entrants, creditor who applies for auction, preference creditor and more, there may be resulting questions such as legal disputes for the existence of lien, delayed progress of procedural auction, and even falsified buyers of real estate for auction.

The unexpected advent of lien holder may cause the mortgage bond to fail to meet its original purport of assuring bond liquidation.

The cause of these problems when it comes to the lien sale preparation phase is not clear that the existence of what can be. Due to these problems, any unexpected advent of lien holder may cause unwanted damages to legal auction applicants, buyers and more in the procedures of real estate auction. Real estate lien actually accounts for a considerable portion in Supreme Court's precedents associated with lien, and many cases of lines over-issued or abused for real estate sold.

Also Lien could not participate in the dividend. So rejected can be delivery of the lien. In this context, it is very pressing and significant to analyze the status of lien holder in the procedural enforcement of real estate auction to deduce resulting questions related to the status and seek possible ways to improve them.

This study intended to seek major three possible ways to improve the questions concerned with the standing of lien holder in terms of procedural enforcement of real estate auction. First, introduce A Lien Obligatory Reporting System of the Auction preparation step and through a thorough

review of Supervisors, we need to develop execution court Existing or not Decision system of lien. Second, trying to including dividends to attract makers is to propose a how to plan, in step dividends to creditors.

This improvement through real estate auctions in the process attracting maker's position clear, and lien rights to the analysis, clearly if the real estate auction process in the conflict be prevented that, as well as efficient real estate auction system of settlement shall think.

