

## 민사집행법상 유치권의 공시에 관한 연구

### A Study on the Public Notice of Lien in Civil Execution Procedure

김 명 업\*  
Kim, Myung-Yeop

#### 목 차

- I. 서 론
- II. 민사집행법상 유치권의 효력
- III. 민사집행법상 유치권의 문제점
- IV. 유치권공시제도의 개선
- V. 결 론

#### 국문초록

유치권은 등기부에 기재되어 공시되지 않고 점유만이 유일한 공시방법으로서 매우 불안정한 공시로 인하여 매수인은 인수해야 할 피담보채권의 범위에 대하여 파악하기가 사실상 어렵다. 이는 집행법원에 대한 유치권신고의무가 부여되어 있지 않기 때문에 부동산 경매에서의 매수인은 유치권의 성립여부를 알기가 어렵다는 문제점이 있다. 실제로는 허위·과장의 채권을 근거로 하는 유치권이 대부분임에도 불구하고, 유치권이 신고 되어 있다는 이유만으로 매수인들이 경매절차참여에 소극적이 되어 최저매각 가격이 하락하고, 진실한 채권자들이 배당에서 불이익을 받을 뿐만 아니라, 채무자가 유치권자와 짜고 거액의 유치권신고를 한 후 부동산가격이 하락하면 제3자를 내세워 이를 다시 매수하는데 악용되는 등의 문제점이 있어 민사집행법상 이를 해결하기 위한 개선방안이 요구되고 있다. 부동산경매절차에 있어서 유치권의 근본적인 문제는 유치권에 대한 실질적인 심사와 유치권의 공시, 그리고 유치권자에 대한 정당한 배당의

논문접수일 : 2010.12.30

심사완료일 : 2011.1.24

게재확정일 : 2011.1.25

\* 한경대학교 법학부 겸임교수

인정여부가 관건이라고 할 수 있다. 따라서 유치권자의 신고의무를 강제하고, 허위의 유치권신고를 차단하기 위하여 피담보채권액의 일정부분을 보증금으로 공탁하게 하여 유치권의 등기제도를 마련하는 것이다. 이를 위해서는 매각물건명세서의 공신력이 담보되어야 하고, 민사집행법과 부동산등기법의 개정 등이 필요하다.

주제어 : 유치권, 허위유치권, 민사집행, 유치권 공시, 부동산경매, 저당권

## I. 서론

민사집행법 제91조 제5항에 의하면 경매부동산의 매수인은 그 유치권으로 담보되는 채권을 변제할 책임이 있다. 즉 유치권은 유치적 효력이 본질이므로 저당권설정등기나 압류·가압류 등기의 전후에 관계없이 매각에 의하여 소멸되지 아니한다. 그러나 유치권은 등기부에 기재되지 않고 유치권자의 점유만이 유일한 공시방법이므로, 부동산경매의 입찰자는 매수인이 인수해야 할 피담보채권의 범위는 물론 유치권신고가 있는 경우에도 이해관계인이 아니므로 경매기록을 열람할 수 없는 불리한 점이 있다. 경매절차에서 유치권신고가 있는 경우 집행법원의 실무에서는, 먼저 유치권자 등에게 점유개시시기, 피담보채권액 등을 소명하도록 한 후, 매각기일 이전에 접수되는 경우에는 물건명세서에 유치권신고가 있으나 그 성립여부는 명확하지 아니하다는 내용을 기재하여 매각을 하고 있다. 그리하여 매각기일부터 매각허가기일까지 접수되는 경우에는 유치권이 성립할 여지가 전혀 없다는 점이 명백하지 않는 한 매각물건명세서 작성에 중대한 하자가 있는 것으로 보아 매각을 불허가 하고,<sup>1)</sup> 새매각을 하며(동법 제121조 제5호), 매각허가기일부터 매각허가여부 확정시까지 접수되는 경우 최고가 매수신고인으로부터 매각허가에 대한 이의신청(동법 제121조 제6호) 또는 매각허가결정에 대한 항고(동법 제129조)를 받아 매각허가결정을 취소하고 새 매각을 한다. 대금지급시부터 배당시까지 접수되는 경우는 최고가매수인이 민법 제575조 제1항에 따른 담보책임을 묻는 경우에 한하여 매각허가결정을 취소하고 있다. 이처럼 민사집행법상 유치권은 특히 신축건물이나 개축건물에 남아있는 건축공사인의 건축비나 수리비로 인한 유치권

1) 매각을 불허가 하는 이유는 집행법원으로서 장차 매수신고인이 인수할 매각부동산에 관한 권리의 부담이 현저히 증가하여 민사집행법 제121조 제6호가 규정하는 이의 사유가 발생된 것으로 보아 이해관계인의 이의 또는 직권으로 매각을 허가하지 아니하는 결정을 하는 것이 상당하다고 보기 때문이다. (대판 2008. 6. 17, 2008마459).

이 문제된다. 그러나 인수주의를 채택함으로써 인하여 위장유치권이나 필요비·유익비의 피담보채권액을 과도하게 주장하는 경우가 많다. 이는 유치권이 등기부에 등재되는 권리가 아니어서 매수인에게 위협요인으로 작용하고 있다. 즉 부동산경매절차에 있어서 매수인이 안심하고 매수하기 어렵게 하고, 압류채권의 만족을 곤란하게 만들어 경매절차를 어지럽히는 대표적인 원인이 되고 있다.<sup>2)</sup> 현행법상 유치권자는 배당요구권자가 아니므로 유치권자의 존재자체에 대하여 매수인이 알 수 없는 경우가 많아 매수인에게 금전적으로 불의의 타격을 입히기도 한다.

이 때문에 유치권으로 인하여 경매절차에서의 이해관계인은 매각절차가 지연된다거나 물건 가격이 하락하는 손해를, 매수인은 예상하지 못한 유치권을 인수하여야 하거나 유치권자라고 주장하는 자에 대한 인도소송 등 분쟁에 빠지게 되는 피해를 낳고 있다.<sup>3)</sup> 경우에 따라서 유치권신고는 제3자를 배제하고 낮은 가격에 물건을 매수하는 방법으로 악용될 수도 있다. 이 모든 문제들은 유치권이 성립하는 경우가 사실상 대립이 있어 명확하지 않고, 부동산에 대한 각종 물권은 등기에 의하여 공시됨에도 불구하고 유치권만이 점유라고 하는 불확실한 공시방법으로 성립하며, 민사집행법이 유치권에 대하여 인수주의를 채택함으로써 인하여 발생한다. 본 논문에서는 부동산경매절차에서 유치권자로 인하여 다른 이해관계인들이 피해를 입는 경우를 최소화하기 위한 방안을 모색하기 위하여, 경매절차에서 유치권의 문제점과 공시제도 확대를 위한 논의를 중심으로 전개하고자 한다.

## II. 민사집행법상 유치권의 효력

### 1. 유치권의 신고유무

유치권은 등기를 요하지 아니하고 일정한 요건만 갖추면 당연히 성립하는 법정담보물권이므로 부동산 경매절차에서 유치권자가 권리신고 및 배당요구를 집행법원에 반드시 하여야 하는 것은 아니다. 즉 경매절차가 진행중인 집행법원에 유치권에 관한 권

2) 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2009, 250면.

3) 허위·과장유치권의 신고로 인하여 입찰자는 낙찰가격 산정에 어려움을 겪고, 경매부동산의 명도가 지연되며, 경매절차가 지연되고, 저가에 낙찰되며, 유치권부존재확인소송 등으로 실제 관계의 확정에 6개월 - 1년 이상 소요되기도 한다. 이러한 유치권의 주장실태와 문제점에 관하여 보다 자세한 사항은 강남진, “부동산경매에 있어서 유치권에 관한 연구”, 「법학논총」, 제29집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009, 351~355면 참조.

리신고를 하지 아니한 경우에도 유치권의 존재자체가 부정되거나 권리가 소멸하는 것이 아니고 매수인을 상대로 유치권을 주장할 수 있다. 또한 유치권에 기하여 점유부동산에 대한 경매를 신청할 수도 있다.

## 2. 매수인에 대한 대항력 여부

### 1) 부동산압류 후 유치권의 성립여부

부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이우에 유치권을 취득한 경우에는 유치권을 주장하여 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다. 즉 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, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로, 위와 같은 경위로 부동산을 점유한 채권자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없고, 이 경우 위 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 있음을 채권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 과실이 있는지 여부 등은 채권자가 그 유치권을 매수인에게 대항할 수 없다<sup>4)</sup>. 즉 다른 채권자가 이미 압류를 행한 부동산에 대하여 유치권이 나중에 성립한 경우에 그 유치권으로 압류채권자에게 대항할 수 있다고 한다면 압류채권자등의 재산권이 후에 성립한 유치권에 의하여 명문의 법률규정이 없이 사후적으로 박탈당하는 결과를 가져오기 때문이다.<sup>5)</sup> 압류의 효력은 채무자에 대하여는 경매개시결정 송달시 또는 경매개시결정 기입등기시이고, 제3자에 대한 관계에서는 항상 경매개시결정 기입등기 시이다. 따라서 그 등기 이전에 소유자로부터 권리를 취득한 제3자는 유효하게 그 권리를 취득한 것이 되어 그것을 압류채권자에게 대항할 수 있고, 그 등기이후에 권리를 취득한 제3자는 그 선의, 악의를 불문하고 압류채권자에게 대항할 수 없어 압류채권자의 이익을 해하는 한도에서는 효력이 없다. 제3자가 경매개시결정 기입등기 후에 담보권, 용익권을 취득하더라도 매수인에게 대항할 수 없고, 담보권

4) 대판 2006. 8. 25, 2006다22050 ; 대판 2005. 8. 19, 2005다22688.

5) 이상태, "유치권에 관한 연구 - 대항력을 중심으로(대판 2009. 1. 15, 선고, 2008다70763판결)-", 「토지법학」, 2010, 93면.

으로써 압류채권자에 대한 우선변제권을 주장할 수 없으며 매수인의 소유권 취득등기와 동시에 법원의 직권촉탁으로 말소된다.

채무자가 이미 압류된 부동산의 점유를 임대차나 사용대차 등의 형식으로 제3자에게 이전하는 것은 압류의 처분금지효에 저촉되므로, 이미 압류된 부동산에 관한 점유를 채무자로부터 임대차나 사용대차 등의 형식에 의하여 취득한 자는 당해 부동산에 관하여 기존 공사대금채권을 갖고 있거나 압류된 부동산에 필요비나 유익비를 지출하였다고 하더라도 경매절차에서 당해 부동산의 매수인을 상대로 유치권을 내세워 대항하는 것은 허용되지 않는다. 이는 유치권을 주장하는 자가 당해 부동산에 대하여 압류가 이루어졌다는 사실에 대하여 선의·무과실이라고 할지라도 마찬가지이다.<sup>6)</sup> 이에 대하여 유치권의 효력은 등기의 선후에 의하여 우열이 결정되는 것은 아니므로 경매개시결정등기 이후에 유치권이 발생하였더라도 매수인에게 대항할 수 있으며, 경매기입등기의 압류의 효력은 법률행위만을 대항할 수 없게 하고 사실행위를 금지하는 것은 아니므로, 점유자는 유치권을 취득하고 압류채권자 및 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있다는 주장도 있다.<sup>7)</sup> 그러나 유치권의 피담보채권만이 압류채권자를 배제하면서까지 보호해야 할 정도로 공익성을 가졌다고는 볼 수 없을 뿐만 아니라, 불완전한 공시방법으로 인하여 유치권의 대항력을 제한할 필요성이 있다. 따라서 부동산의 경매개시결정의 기입등기가 종료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자는 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 본다. 또한 민사집행법 제91조 제5항은 유치권자는 모든 유치권자를 의미하는 것이 아니라 압류채권자 또는 매수인에게 대항할 수 있는 유치권자만을 의미한다.<sup>8)</sup> 그러므로 유치권의 경우에도 압류의 기입등기 전에 물건을 점유하고, 동시에 물권에 관하여 채권이 이행기에 있어야 압류에 대항할 수 있고, 압류의 기입등기 후에 점유를 취득하거나 채권을 발생시킨 경우에는 유치권으로 압류권자에게 대항할 수 없다. 그러나 압류 후 기입등기 전에 성립한 유치권자가 선의일 경우 압류의 효력이 미치지 않으므로 압류권자에게 대항할 수 있고, 압류채권자 등 이해관계인은 유치권부존재확인 소 등으로 대응해야 한다.<sup>9)</sup> 하지만 압류의 효력발생 이전에 취득하였더라도 압류의 효력발생 직전에 취득하였고 부동산에 설정된 채권채무관계 유치권자와 채무자와의 관계 등 제반사정에 비추어 유치권자가 경매개시가

6) 강민성, "민사집행과 유치권", 「사법논집」 제36권, 2004, 76면.

7) 이학수, "유치권이 요구하는 점유의 정도", 「판례연구」 제8집, 부산판례연구회, 1998, 104면.

8) 김상원, 「주석 민사집행법」, 한국사법행정학회, 2004, 338면.

9) 김기찬/이춘섭, "부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구", 「부동산학연구」 제13집 제2호, 2007, 86면.

능성에 대하여 충분히 예견할 수 있었다고 볼 수 있는지 등의 제반사정을 검토하여 유치권자의 매수인에 대한 대항력 인정가능성을 판단하여야 할 것이다.<sup>10)</sup>

## 2) 저당권설정 후 유치권자의 대항력 여부

유치권확인 소송 사건으로 채무자 소유의 부동산에 근저당권설정 후 경매로 인한 압류의 효력 발생 전에 취득한 유치권이 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부, 즉 유치권의 성립에 관한 취득시기가 쟁점이 되는 문제이다. 따라서 유치권을 취득한 자가 경매절차에 있어서 선순위담보권자나 매수인에게 대항할 수 있는지 여부가 문제이다.<sup>11)</sup> 먼저 대항력 긍정설은 유치권은 우선변제적 효력을 갖고 있지 아니하므로 저당권과 유치권사이에는 우열의 문제가 발생하지 않는다는 점을 전제로 하여, 유치권자는 민사집행법 제91조 제5항에 의하여 사실상 우선변제권을 행사하므로 유치권의 성립 시기나 선순위 근저당권의 존재여부와 상관없이 유치권이 저당권에 우선한다고 보는 견해이다.<sup>12)</sup> 이에 대하여 대항력 부정설은 유치권의 대항력을 인정하는 주장에 대하여 유치권의 범위를 지나치게 넓게 인정하게 되어 근저당권자의 이익을 현저하게 해치게 되고, 또한 유치목적물에 이미 제3자의 담보권이 설정되어 있는 경우에도 사실상의 우선변제권을 갖는 유치권이 담보권에 우선한다면, 선순위담보권자의 우선변제권이 예기치 못한 사정에 의하여 박탈되는 사정이 발생하게 된다. 따라서 부동산유치권의 성립 시기와 상관없이 언제나 사실상의 최우선권을 인정하는 것은 선순위채권자에게 지나치게 불공평을 강요하는 것이 된다는 견해도 있다.<sup>13)</sup> 즉 이미 담보물권이 설정된 부동산에도 유치권의 성립요건을 갖추면 유치권은 성립하지만, 선행 담보물권자와 매각 받은 자에게는 대항할 수 없다는 견해이다. 즉, 담보물권 등기시와 유치권 성립요건의 구비를 비교하여, 유치권자는 유치권성립 전에 설정된 담보물권자에는 유치권으로 대

10) 대전고판 2004. 1. 15. 2002나5475에서는 건물 및 대지에 거액의 근저당권, 전세권, 가압류 등기 등이 설정되어 있는 등 부동산소유자의 재산상태가 좋지 아니하여 위 부동산에 관한 경매절차가 개시될 가능성이 있음을 충분히 인식하고서도 수급인이 거액의 공사도급계약 및 그 후의 사용·수익약정을 체결하여 건물의 일부를 점유하였다면 수급인이 전소유자와 사이에 건물부분에 관한 공사도급계약을 하고 공사를 일부 실제로 진행하여 상당한 공사 비용을 투하하였다고 하더라도 신의칙상 경매절차의 매수인에게 유치권으로 대항할 수 없다고 판시하고 있다.

11) 남준희, "저당권설정 후 경매개시결정기입등기 전에 취득한 유치권의 효력", 「동북아법연구」, 제3권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2009. 557면.

12) 박윤직, 「물권법」, 박영사, 2004. 288면.

13) 오시영, "부동산유치권의 성립과 대항력의 구별", 「민사법학」, 제38호, 한국민사법학회, 2007. 246면.

항하지 못하고, 유치권 성립 후에 물권을 취득한 자 및 일반채권자에 대항할 수 있을 뿐이라고 한다. 그 이유로 담보물권이 이미 설정된 부동산에 유치권이 성립된 경우에도 담보물권의 실행에 따른 매수인이 목적물의 인도를 받으려면 유치권의 피담보채권을 변제하여야 한다면 유치권자는 사실상 최우선으로 피담보채권 전액을 변제받을 수 있어 결과적으로 선순위의 담보권자는 예기치 못하게 목적물의 우선변제권을 그보다 뒤에 생긴 유치권에 의하여 박탈된다는 매우 불합리한 사태가 발생한다는 점이다. 유치권은 필수적으로 목적물의 점유를 수반하는 것이므로 본질적으로 목적물의 교환가치를 지배할 기능이 없고 다만 자기 채권의 변제를 받을 때까지 목적물을 유치할 수 있는 권리 밖에 없기 때문에 우선순위는 생각할 여지가 없고 다른 담보물권과 경합을 이루는 경우에도 그 성립시기에 상관없이 자기채권의 변제를 받을 때까지 목적물의 유치를 주장할 수 있다고 한다.<sup>14)</sup> 그러나 이러한 주장에 대하여 저당권과 유치권의 우열관계를 저당권설정등기가 경료된 때와 유치권의 성립요건이 충족된 때의 선후관계에 의하여 결정하여야 하고 저당권 보다 나중에 성립한 유치권으로는 저당권자, 경매절차상의 매수인에 대해서는 대항할 수 없다는 비판이 있다.<sup>15)</sup>

그 결과 선순위의 담보권자는 예기하지 않은 사정에 의하여 목적물의 우선변제권을 그 보다 뒤에 생긴 유치권에 의하여 박탈된다고 하는 것은 지극히 불합리하다.<sup>16)</sup> 즉 매수인으로서 유치권으로 신고된 피담보채권을 사실상 인수하게 되어 유치권자에게 변제하여야 하기 때문에 부동산 가격에 비하여 매수가격을 낮추어 매수신고 할 수 밖에 없고, 이로 인하여 유치권자 보다 먼저 저당권을 설정한 담보물권자가 사실상 변제를 받지 못하는 사태가 발생하고 있는 것이 경매의 현실이다. 또한 이러한 점을 악용하여 허위의 가장유치권자가 부당이득을 취하고 있는 사례가 많다. 즉 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 제320조를 유추적용하여 장차 경매절차에서 당해 부동산을 매수인을 상대로 유치권을 내세워 대항하는 것은 허용되지 않아야 할 것이다.<sup>17)</sup> 이는 유치권자의 의사를 판단하여 유치권의 성부를 결정하자는 견해이다.<sup>18)</sup> 따라서 유치권도 법정저당권이

14) 이재성, "유치권의 담보물권으로서의 성격", 『소봉 김용한 교수 화갑기념논문집』, 박영사, 1990, 322면.

15) 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. 25, 57면.

16) 강민성 전계논문, 80면.

17) 차문호, "유치권의 성립과 경매", 『사법논집』 제42집, 법원도서관, 2006, 410면.

나 법정질권처럼 법정담보물권이라는 점에서는 동일한데도 경매시 소멸하지 않고 새로운 매수인이 변제책임을 지는 사실상의 인수주의를 채택할 합리적 정당성은 결여되었다고 할 것이다.<sup>19)</sup> 이는 이미 저당권등기가 종료된 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 유치권 보다 먼저 설정되어 대항력을 갖추고 있는 저당권자에게는 대항할 수 없고, 이러한 유치권은 단지 채무자, 유치권 성립 후에 물권을 취득한 자 및 일반채권자에 대해서만 대항할 수 있다고 보는 것이 타당하다.<sup>20)</sup> 그러나 근저당권이 설정된 후 유치권이 성립되고, 근저당권에 기하여 담보권실행경매가 진행된 경우에는 압류전에 유치권이 성립되었기 때문에 유치권의 대항력은 제한을 받지 않으며 유치권을 갖고 경매절차의 매수인에 대하여 대항할 수 있다고 한 판례<sup>21)</sup>는 타당하지 않다고 생각한다.<sup>22)</sup> 뿐만 아니라 유치권의 주장이 허용되지 않는 요건사실의 충족에 관한 입증책임은 이를 주장하는 자에게 있다고 한다.<sup>23)</sup> 그러나 이에 대하여 이와 같은 견해는 남용적인 유치권을 골라내어 그 성립을 부정하는 입장으로 나름대로의 타당성이 있으나 유치권을 주장하는 자의 주관적 의사를 판단하여야하기 때문에 경매의 신속한 진행에는 문제가 있다고 본다. 그러므로 남용되는 유치권으로 주장되는 상사유치권은 인정하지 않는다는 조문을 두고 유치권 신청시 민사유치권의 성립을 증명하도록 요구하는 방안을 마련하여야 할 것이다. 나아가 유치권을 남용한 자에게 경매절차의 원활한 진행을 방해한 불법행위책임을 묻는 것<sup>24)</sup>도 하나의 대책이 될 수 있다.<sup>25)</sup>

- 18) 김상수, "민사집행법의 시행과 부동산경매", 「민사소송」, 민사소송법학회, 2008, 343면.  
 19) 오시영, "부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰", 「토지법학」, 제23권 제2호, 2007, 227면.  
 20) 상계논문, 231면.  
 21) 대판 2009. 1. 15, 2008다70763.  
 22) 이상태, 전계논문, 102면.  
 23) 장민성, 전계논문, 92면.  
 24) 경매절차에서 허위로 유치권 신고를 해 낙찰자에게 피해를 입힌 데 대해 법원이 60%의 손해배상책임을 있다고 판결했다. 김 모씨 등은 지난 2006년 1월 중순경 감정가 15억2000만원으로 경매에 나온 경기도 부천시 소재 상가에 입찰해 법원으로부터 매각허가결정을 받았다. 그러나 십여일 후 이 상가에 대해 3억7500만원 상당의 인테리어 공사비 채권이 있다는 유치권 신고가 들어왔고 김씨 등은 인수액 부담이 늘어나자 낙찰자 지위를 포기했다. <http://www.naeil.com/News/politics/ViewNews.asp?num=559344&sid=E&tid=0>  
 25) 김상수, 전계논문, 345면.

### Ⅲ. 민사집행법상 유치권의 문제점

#### 1. 공시제도의 미비

민법 제320조 제1항에서는 “타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 ...중략... 유가증권을 유치할 권리가 있다.”라고 하여 유치권은 등기를 공시방법으로 요구하지 않고 있으며, 부동산등기법 제2조에서 유치권을 등기할 수 있는 권리에서 배제하고 있기 때문에 등기할 권리도 없으며, 유치권은 유치목적물을 점유하는 것만으로 유치권의 성립을 인정하고 있다. 이것은 민법 제186조의 물권의 득실변경에 대하여 등기하여야 그 효력이 생긴다고 한 성립요건주의에 정면으로 배치되는 내용으로 민사집행법상 부동산경매절차에 있어서 이해관계자들에게 많은 논란이 되고 있다. 이는 공평의 원칙을 그 제도적 기초로 하고 있는 유치권에 있어서 이런 결과는 타당하지 않는 것이 다.<sup>26)</sup> 나아가 유치권소멸에 대한 대법원의 입장을 보면, 민법 제328조(점유상실과 유치권소멸)를 인용하여 “유치물에 대한 점유를 상실할 때 유치권이 소멸한다”라고 하여 부동산에 대한 유치권의 성립 및 존속에 관하여 부동산 점유를 요구할 뿐, 다른 권리처럼 등기에 의한 공시를 요구하지 않고 있다. 따라서 많은 부동산경매 관련 이해관계인의 법률적인 관계를 어렵게 만드는 문제점을 지적할 수 있다

#### 2. 유치권신고의 남용

유치권 신고는 유치권을 주장하는 자가 유치목적물을 점유하고 있으면 채권을 인정할 수 있는 증빙자료를 갖추어서 신고하여야 할 것이나, 그 권원을 증명하는 방법에는 특별한 형식을 요구하고 있지 않기 때문에 허위과장신고의 경우에도 일단 유치권을 인정할 수밖에 없다. 경매부동산에 대한 집행관의 현황조사시 또는 감정평가인의 감정평가시 유치권 주장여부를 확인하여 현황조사서나 감정평가서에 표시가 이루어진다면 아무런 문제가 없겠지만 실무적으로 현황조사인이나 감정평가인이 유치권의 존재와 금액을 확인하는 경우가 드물어 매각물건명세서 및 현황조사서에 기록되지 못하고 대부분 경매개시결정 이후 이해관계인이거나 이해관계인이 아닌 사람이 유치권신고를 하고 있는 실정이다. 심지어는 배당기일 이후나 잔금납부 이후에 신고하는 경우도 있다.

26) 이상태, 전제논문, 84면.

신고서를 제출하는 형태는 유치권신고서와 공사도급계약서, 영수증 등 간단한 서류준비만으로 경매법원에 제출되며 어렵지 않게 접수된다. 따라서 유치권을 주장하고자 하는 제3자는 제출기간에 구애받지 않고 법원에 접수할 수 있으며, 법원은 제출된 서류의 형식적 심사만으로 접수처리가 되는 실정이다. 유치권의 신고가 있게 되면 경매법원은 정당한 권원의 유무와 관계없이 채권이 성립된 것과 같이 매각물건명세서에 “유치권 신고 있음” 또는 “유치권성립여지 있음”, “유치권신고 있으나 성립여부는 불분명함”, “○○○로부터 유치권신고 있음”, “○○○으로부터 유치권금액○○신고 있음” 등으로 표기한다. 이에 이를 악용하는 허위 또는 과장 신고자들이 유치권의 남용이 형식적인 구비서류만으로도 특별한 제한적인 규제 없이 유치권 신고가 접수되고 있기에 입찰예정자들은 이러한 형태의 유치권신고내용을 이유로 낙찰 후 인수해야 하는 부담 때문에 입찰참가여부 또는 입찰가격을 정하는데 어려움을 겪고 있는 것이 현실이다. 이러한 점 때문에 경매신청채권자를 포함한 배당요구채권자들은 경매절차 진행 중에 신고된 유치권이 허위로 생각되는 경우 유치권부존재확인의 소를 제기하기도 한다.<sup>27)</sup> 그러나 실무에서는 위와 같은 소송이 제기되더라도 그 확정판결이 있을 때까지 경매절차를 추정하는 경우, 추정사유가 해소되는데 상당한 시일이 걸리고 경매신청채권자의 주장대로 유치권자의 유치권 내지 피담보채권이 실제 존재하지 않는 것으로 밝혀진 경우에는 경매신청채권자를 포함한 이해관계인은 매각허가에 대한 이의 및 매각허가결정에 대한 즉시항고를 통하여 그 시정을 구할 수 있다는 이유로 경매절차를 그대로 진행하는 것이 일반적이다.<sup>28)</sup> 또한 유치권신고서와 그 입증자료는 매각허가결정전까지는 이해관계인 외에는 공개되지 않으며 낙찰 후 매수인에게만 열람이 허용된다.

### 3. 유치권 인수주의

현행 경매실무에서 유치권리 신고를 하지 않은 점유자인 유치권자에 대하여는 집행관의 부동산에 대한 현황조사시<sup>29)</sup> 평가단계에 이를 명확히 조사하도록 명하여 이를 매각물건명세서에 언급하여 매수참가자들에게 어느 정도 예측 가능케 하여 위험부담

27) 홍완기, 「민사집행법」, 형설출판사, 2007, 314면.

28) 대법원, 「민사집행실무」, 법원행정처, 2004, 49면.

29) 현황조사명령은 집행관에게 부동산의 현상, 점유관계, 차입 또는 보증금의 액수 기타 현황에 관하여 조사할 것을 명하는 법원의 집행관에 대한 직무명령이다. 따라서 집행관은 매각조건의 결정, 최저매각가격의 결정 및 인도명령의 허부판단 등을 함에 필요한 부동산에 관한 사실관계 및 권리관계도 조사할 사항에 속하므로 신고하지 않은 유치권자도 조사하여야 할 것이다. 법원공무원교육원, 「민사집행실무」, 법원공무원교육원, 2010, 202면.

을 줄여 주어야 할 것이다. 평가절차에서나 현황조사명령에 불복이 있는 자는 집행에 관한 이의 등의 절차에 의하여 구제를 받을 수는 있으나(민사집행법 제16조 제1항), 이러한 사실들이 매수인이 매각대금을 납부한 후 부동산의 명도과정에서 나타난 경우가 문제이다. 경매절차 단계에 따라 그 처리는 달라질 수 있다. 즉 매각허부결정이전에 유치권에 관한 권리관계가 파악되면 경락인을 보호하기 위하여 매각불허결정을 하여 구제 받을 수 있을 것이나, 매각대금을 완납하여 소유권을 취득한 경우는 어떻게 하느냐가 문제이다. 강제경매의 경우 집행권원이 무효이거나 부존재로 집행권원의 하자인 경우와 강제경매절차를 무효로 하는 하자가 아닌 한 매각결정이 확정되고 경매절차 밖에서 별도로 소유권취득의 효과를 다룰 수 없고, 임의경매의 경우는 담보설정계약이 당초부터 무효이거나 담보권이 부존재인 경우와, 경매개시결정전에 피담보채무가 변제되어 담보권이 소멸된 경우는 당연 무효이므로 경락인이 소유권을 취득하지 못하나 경매개시결정 이후의 사유로는 소유권취득을 방해하지 못한다.<sup>30)</sup> 따라서 불복할 수 있는 길이 없는 소유권을 취득한 매수인은 유치권의 부담을 안을 수 밖에 없다.

즉, 민사집행법상 경매절차를 보면 담보물권인 저당권, 용익권증 지상권, 지역권, 전세권 및 등기로서 공시된 임차권은 저당권, 압류채권, 가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 경매절차상 매각으로 모두 소멸되고 대항할 수 있는 경우에는 매수인이 인수하게 되므로, 동법 제91조 제2항, 제3항을 적용하여 소멸주의와 인수주의를 절충적으로 채택하고 있는 반면, 법정담보물권인 유치권만은 매수인이 매수대금 이외의 추가 비용으로 사실상 우선변제 하여야 하므로 인수주의를 채택하고 있어, 등기로서 공시한 다른 선순위 채권자의 의미를 퇴색하게 하고 있다.

## IV. 유치권공시제도의 개선

### 1. 현황조사의 현실화

유치권자의 보호에 치중하여 다른 이해관계인들의 이익을 소홀히 하게 되면 경매절차가 불안해져 결과적으로 유치권자의 보호마저 불확실해질 뿐이다. 즉 경매부동산의 현금화단계인 부동산경매절차에서 매수인이 인수해야 하는 물적 부담인 유치권의 성립 여부와 성립되는 경우 매수인이 그 유치권에 의하여 담보되는 채권을 인수해야 하

30) 민사집행법 제267조, 대결 1992. 11. 11, 92마719 ; 대판 2001. 2. 27, 2000다44348.

는 것인지와 인수해야 하는 것이면 그 인수해야 하는 피담보채권액이 얼마인지에 관하여 경매법원은 여러 가지 사실조사를 통하여 이를 파악한 후 경매절차에 참가하는 사람들에게 이에 관한 정확한 정보를 제공하는 것이야말로 이해관계인들의 이해관계를 적절히 조절하여 경매를 원활하게 이끄는 핵심이라고 할 수 있다.<sup>31)</sup>

## 2. 유치권공시제도의 확대

### 1) 유치권등기제도의 도입

유치권은 부동산에 성립하지만 등기를 그 효력요건으로 하지 않는다. 유치권은 점유와 함께 시종하는 권리로서 점유로서 공시하면 되기 때문이다.<sup>32)</sup> 이런 이유 때문에 부동산유치권이 경매절차에서 권리관계가 명확하지 못하여 많은 문제점을 지니고 있다. 선의의 제3자를 해칠 염려가 있고, 물권의 효력에 있어서도 물건의 유치적 효력에 의하여 언제나 1순위의 우선권을 가지는 점에서 순위의 원칙에 의한 물권질서를 혼란케 할 염려가 있다.<sup>33)</sup>

부동산에 관한 법률행위로 인한 물권의 득실변경은 등기하여야 효력이 생긴다는 민법 제186조의 물권변동의 형식주의에 따라 당사자의 의사표시 외에 법정의 형식을 갖출 것을 요구하여 등기를 부동산물건의 공시방법으로 하는 것을 원칙으로 하고 있다. 단순한 점유를 매개로 하여 피담보채권과 담보물이 긴밀한 장소적 관계를 가진다는 것만으로 피담보채권이 공시되지 않고 소유자의 의사에 기하여 담보물권제도를 인정하는 근거에 대해 유치권제도의 근거로서 제시되어온 공평의 원칙만으로는 납득할 충분한 이유가 되지 못한다. 즉 유치권은 경우에 따라 강력한 법적 효력이 인정되는 권리임에도 불구하고 단순히 점유를 매개로 하여 피담보채권과 물건과의 견련성만으로는 피담보채권이 공시되지 않는 문제점이 있는 것이다.<sup>34)</sup> 이는 부동산물권변동에 등기를 요하는 성립요건주의의 예외로서 등기라는 공시주의에 반하여 당해 부동산에 대한 다수 이해관계인의 법률관계를 불안정하게 하고 있다. 그러나 부동산유치권을 채권적 유치권으로 입법 제도화하게 된다면 앞서 주장하는 바와 같이 유치권의 공시문제를

31) 강남진, 전계논문, 356면.

32) 이영준, 「물권법」, 박영사, 2009, 762면.

33) 신국미, “유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계”, 「재산법연구」 제21권 제1호, 2004, 148면.

34) 양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건과의 견련관계”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 2004, 231면.

등기만으로 주장할 필요는 없으나 담보물권으로 법제화된 현실에서 부동산유치권은 등기할 수 있는 권리로 등기부에 공시하여 물권의 질서가 흐려지는 것을 막아야 할 것이다. 또한 점유를 본체로 하는 유치권에서 비교적 장기간인 부동산경매기간이 진행되는 기간과 그 이후 부동산의 명도과정이 종결 될 때까지 유치권의 존속을 위한 점유를 계속하여야 하는 것도 사회적 손실로 비효율적이다. 따라서 유치권을 등기하여 공시함으로써 유치권자의 권리보호도 쉬울 뿐만 아니라 목적물의 이용권도 보호되어 상반되는 양 권리의 이익을 조화롭게 보호하게 될 것이기 때문이다. 이에 대하여 기본적으로 유치권은 점유를 하느냐 마느냐의 문제가 중심이 아니라 그것이 공시되지 않음으로서 나타나는 여러 가지 폐단이 문제되는 것이므로 점유자체의 유치권 효력을 부인할 필요는 없고 보완적으로 유치권등기제도를 선택적으로 운영하면 된다고 한다.<sup>35)</sup> 유치권을 등기화 한다면 업무로 인한 경매절차의 지연과 업무량의 폭주를 해결할 수 없으므로 유치권 점유자체의 효력으로서 보호받고자 하는 자를 굳이 공시제도를 강요할 필요는 없고, 신고의무의 강화 등으로 민사집행절차상의 기술적인 문제로 해결하는 동시에 강력한 우선변제효를 원하는 유치권자의 경우에는 일반담보물권과 동등한 효력을 갖는 공시방법을 인정해주면 된다고 한다.<sup>36)</sup> 그러나 유치권 등기제도는 부동산물권변동에 공시의 원칙을 인정하는 우리의 법제와 맞을 뿐만 아니라 부동산거래의 안전을 위한 제도에도 순기능을 할 것으로 생각한다. 유치권의 목적물인 부동산을 등기로서 공시하기 위해서는 먼저 부동산등기법 제2조의 개정이 필요하며, 본 조항을 개정하면 유치권자와 소유자 또는 채무자간 협의에 의해서 어려움 없이 등기할 수 있을 것이고, 등기방법은 유치권자체를 등기 하는 방식과 유치권의 권원인 피담보채권에 기한 저당권설정 방식으로도 가능할 것이다. 만일 유치권자와 채무자간의 협의가 원만하지 못할 경우에는 부동산등기법 제37조(가등기) 및 제38조(가등기, 가처분)에 의해 유치권의 유치담보채권을 피보전권리로 하여 법원으로부터 가등기, 가처분결정을 받아 강제적으로 등기할 수 있다.<sup>37)</sup> 당사자간의 설정계약에 의한 적법한 절차에 따라 성립된 저당권을 단순히 점유하는 사실만으로 유치권을 우선한다면 담보물권의 순위층들로 선순위의 권리보호를 소홀히 하는 결과가 된다. 그 이유는 선순위근저당권자의 부동산경매신청에서 유치권으로 인하여 매각목적물의 가격이 하락하여 배당액이 줄어든다면 이는

35) 김만용, "유치권의 공시기능 강화방안에 관한 연구", 『토지법학』 제26-1호, 2010, 134면.

36) 또한 공시방법의 입법례로서 미국의 공사담보물권 등기제도를 예로 들면서 이해관계인이 언제나 열람할 수 있고, 무권리자의 접근이 봉쇄되므로 입찰방해나 신고의 조작이 발생하지 않으므로 우리나라가 도입할 만한 제도라고 한다. 김만용, 상계논문, 134면.

37) 오시영, 전계논문, 221면.

채권자를 해하는 것이기 때문이다. 부동산과 관련하여 새로운 제도가 도입되어 부동산 시장이 활발히 변화하는 현재의 상황에서 부동산집행절차에서 유치권에 관한 권리관계의 공시를 언제까지나 점유만으로 남겨두어서는 안될 것이다. 그리하여 유치권에 대한 등기제도를 도입하여 공시를 의무화함으로써 유치권자는 계속해서 점유해야 하는 어려움에서 벗어날 수 있으며, 유치물의 점유에 따른 각종 시간적·경제적인 비용을 절감하여 피담보채권의 증가를 예방할 수 있고, 또한 점유침탈의 두려움이나 점유에 따른 선관주의의 부담을 경감할 수 있어서 선관주의의무의 해태로 인한 유치권소멸청구를 미연에 방지할 수 있으므로, 유치권의 등기에 의한 공시의제도가 정착되면 유치권의 존속요건에서 점유를 배제하여도 무방할 것이며, 이 제도의 도입은 유치권자의 권익도 법적으로 보호받을 수 있을 뿐만 아니라 유치목적물과 관련된 이해관계자도 같이 보호되어 경매절차상 안정성이 보장됨으로 부동산경매의 활성화를 기대할 수도 있다.

## 2) 유치권 등기명령제도의 도입

부동산경매절차에서 채무자나 소유자의 부도 등 경제적인 사정으로 도피증이거나 그 행방을 알 수 없는 경우에 현행 임차권등기명령을 원인으로 인한 주택이나 상가건물임차권등기의 절차와 유사한 방법으로 유치권 등기명령제도를 도입하는 것이다. 한편, 주택임대차보호법상 임차인은 주택의 인도와 주민등록전입신고를 통하여 상가건물임대차보호법상 상가임차인은 건물의 인도와 사업자등록으로 점유를 공시하고 대항력을 취득한다. 주택의 경우 주택임대차보호법상의 대항력의 요건으로 규정하고 있는 주민등록은 거래의 안정을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있는 공시방법으로 마련된 것이다.<sup>38)</sup> 그러나 유치권의 경우 사전에 공시할 방법이 마땅치 않다. 주택임차인이 대항력 취득 후 임대차기간 종료후에도 보증금을 반환받지 못한 경우 임차권등기명령에 기한 등기를 하면 이미 취득한 대항력은 이사를 하여 점유를 상실하더라도 유지된다. 이는 부동산공사수급인인 유치권자의 점유공시방법으로 임차권등기명령제도를 준용한 유치권등기명령제도를 도입하면 점유시 유치권으로 담보하는 채권액을 등록하여 공시함으로써 불확실성으로 인한 다름은 줄어들 것으로 예상된다.<sup>39)</sup>

38) 민일영, 「주택·상가건물의 경매와 임대차」, 박영사, 2009, 46면.

39) 점유시기 및 채권액에 관하여는 공사수급인이 공사계약을 하고 공사현장을 인수한 후 관할건축인가 또는 신고부서에 공사착공신고를 할 때 착공일과 공사금액 등을 신고하도록 하여 착공신고일을 점유일로 보고 이 때 신고된 공사금액을 최고액으로 하고 추후 확정되는 금액을 우선변제대상으로 하는 것이 타당할 것으로 본다. 또한 부동산유치권의 성립에 관한 증명방법으로는 피담보채권에 관한 공정증서, 유치하고 있는 부동산에 대한 점유개시시를 확인할 수 있는 공정증서 등이다. 山木戸 勇一郎, “民事執行手續における留置權の

## 2. 유치권신고의 의무화와 보증금공탁제도 도입

### 1) 유치권신고 의무화

유치권이 있는 부동산경매의 문제점을 해소하기 위하여 부동산 경매절차에서 대항 요건으로서 유치권신고를 의무화하여야 한다. 경매부동산의 매수인은 배당요구시까지 신고한 유치권에 한하여 유치권자에게 그 피담보채권을 변제할 책임이 있는 것으로 하여야 한다.<sup>40)</sup>

부동산 경매절차에 있어서 현황조사명령은 집행법원이 경매개시결정을 한 뒤에 바로 집행관에게 부동산의 현황, 점유관계, 차입 또는 보증금의 액수, 기타 현황에 관하여 조사하도록 명하여야 한다(민사집행법 제85조 제1항). 그러나 집행관은 사실상 있는 그대로를 조사하면 충분하고 유치권 등 권리관계의 성립 여부에 대한 법률적 판단까지 할 필요는 없다. 실무적으로 집행관들은 현황조사할 때에 현장에 점유자가 부재하는 경우에 전입신고나 사업자등록증 등 임차인을 중심으로 대외적으로 대항력 있는 자만을 점유자로서 조사하기 때문에 현황조사를 통하여 유치권자가 밝혀지는 경우가 거의 없다. 이에 대하여 집행관은 법원이 명한 사항에 대하여 조사한 내용을 기재한 현황보고서를 제출하도록(민사집행규칙 제46조 제1항) 되어 있으므로, 집행법원은 민사집행법 제85조 제1항에 기재된 현황조사보고사항 중 점유관계현황을 보고함에 있어 후일 법원에서 유치권의 존부에 대한 판단의 자료가 될 수 있는 모든 정황을 빠짐없이 보고하도록 하고, 그 내용을 공시하면 유치권의 정확성에 대한 기초판단이 가능할 것으로 보인다. 또한 증명에 이르지 아니한 유치권신고가 있을 경우에는 보정명령을 발하여 증명이 이루어진 경우에만 유치권신고로서의 효력을 인정해야 한다. 증빙자료로는 공사비의 경우 공사도급계약서, 지급한 공사비에 대한 영수증 등 자료, 시행한 공사 부분 및 점유관계 등을 나타내는 사진 및 도면, 점유방법, 기타 원자재 구입, 인건비 등의 지출자료 등을 들 수 있으며, 경매법원은 증명이 부족할 경우 유치권자에게 보정을 명하거나 유치권자와 관계인의 신문을 통하여 법관 또는 사법보좌관이 합리적 의심이 없을 정도의 증명을 얻었을 때, 그 존부와 피담보채권액을 최저매각가격의 산정자료로 삼고, 매각물건명세서에도 그 증명된 유치권 신고내역을 기재하도록 한다.<sup>41)</sup>

處遇”, 『慶應法學』 第14號, 2009. 9, 149面.

40) 이를 위해서는 민사집행법 제84조와 제91조를 개정하여 유치권자에게도 배당요구의 종기를 고지하고, 매수인은 배당요구종기까지 그 권리를 증명한 유치권자에게 그 유치권으로 담보되는 채권을 변제할 책임이 있는 것으로 하여야 한다. 김기찬, “부동산경매절차에서 유치권의 개선에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문, 2008, 198면.

그러므로 입법을 통하여 점유관계현황과 집행법원에서 유치권의 성립에 대한 판독 결과를 공식하게 된다면 유치권 신고의 현황을 정확하게 파악하는 것이 가능하게 될 것이다. 따라서 배당요구시까지 유치권신고를 하지 않을 경우 그 경매절차의 매수인에게 대항 할 수 없도록 하고 매수희망자가 매수신고 전에 권리의 인수여부를 판단할 수 있게 되고, 법원으로도 매각공고일 전에 적정한 최저입찰가격을 결정하고 매각물건명세서의 기재 즉 법정매각조건인 유치권의 인수여부를 명확히 하여 경매절차의 불안정을 해소하고 채무자소유의 부동산의 교환가치가 부당히 감소하는 것을 방지하고 정당한 유치권자의 경우 유치권의 증명으로서 피담보채권의 범위가 명확해져서 유치권자와 매수인사이의 피담보채권에 관한 분쟁을 방지 할 수 있다.<sup>42)</sup>

## 2) 보증금 공탁제도의 도입<sup>43)</sup>

유치권의 신고가 의무화 되면 경매집행법원은 유치권신고자에 대한 집행관에 의한 현황조사 단계에서부터 유치권자의 점유 여부 등 신고 자료의 철저한 검토 및 평가를 철저히 하고, 집행법원의 심문권한을 부여 하여 유치권신고자의 허위·과장 신고여부를 집행절차 전에 명확히 하여 매각물건명세서에 기재하여, 매수희망자들에게 공식함으로써 허위·과장신고를 사전에 차단할 수 있는 제도적인 개선이 필요하다. 민사집행법 제129조(이해관계인 등의 즉시항고)를 살펴보면 매각허가에 대하여 불복하는 이해관계인에게 즉시항고 할 수 있는 권리를 인정하면서도, 매각허가결정에 항고하는 이해관계인은 매각대금의 10분의 1에 해당하는 현금 또는 유가증권을 조증으로 공탁하여야 한다(동법 제130조 제3항). 이는 절차지연방지를 위하여 항고를 제기하는 모든 자가 보증을 제공하도록 하였다.<sup>44)</sup> 항고한 자가 패소하거나 기각 될 경우 보증금을 몰수토록 하여 매각허가의 불복에 기인한 항고의 오남용을 예방함과 동시에 경매절차상 불필요한 기일을 단축하는 효과를 기대할 수 있을 것이다. 유치권신고에도 위와 유사한 제도를 도입하여 허위·과장유치권주장자를 사전에 예방하는 차원에서 유치권신고자에게 피담보채권신고액의 10분의 1의 금전 또는 유가증권으로 공탁하도록 하여<sup>45)</sup>, 그 신고사항이 허위 또는 과장으로 밝혀

41) 최동홍, "부동산경매에서 유치권신고의 의무화", 「법조」 통권 제643호, 2010, 224면.

42) 최동홍, 상계논문, 231면.

43) 이에 대한 자세한 내용은 오시영, "민사소송법 및 민사집행법상의 담보 및 보증제도에 대한 검토", 「민사소송」, 한국민사소송법학회, 2009, 439~447면 참조.

44) 전세경, 「민사집행법」, 박영사, 2008, 461면.

45) 또한 유치권자가 2인 이상인 경우에는 경매절차에서 이해관계의 기초가 되는 권리관계를 공유하는 등의 특별한 사정이 없는 한 유치권자 별로 각각 피담보채권신고액 10분의 1에 해당하는 금전 또는 유가증권을 공탁하여야 할 것이다. (대판 2006. 11. 23, 2006마513 참조).

지면 보증금을 몰수하는 것이다. 이처럼 유치권존부결정에 대한 항고시 공탁금 납부제도는 유치권신고가 남용되는 것을 막을 수 있는 하나의 대안이 될 수 있을 것이다.

### 3. 법정저당권제도의 도입

유치권도 담보물권이므로 민법 제649조와 같은 법정저당제도의 도입을 검토할 수 있다.<sup>46)</sup> 현행의 부동산 유치권을 법정저당권으로 개정하면 그 성립 및 존속요건에 있어서는 당해 부동산의 점유의 계속을 그 요건으로 하지 아니하고 압류를 그 요건으로 한다. 그러므로 압류이전에 발행한 당해 부동산에 관하여 발생한 채권만이 피담보채권으로 확정된다. 따라서 현재와 같이 배당참가시까지 발생한 모든 채권을 피담보채권으로 하는 현행 부동산유치권의 문제를 해결할 수 있다. 그리고 압류일자를 기준으로 하여 당해 부동산에 대한 다른 담보물권자와 우선순위를 정할 수 있게 되는 장점이 있다. 또한 법정저당권으로 전환하면 채권자는 경매청구권 및 우선변제권이 인정된다. 이에 대하여 법정저당권이 설정되기 위해서는 당해 부동산을 압류해야 하고, 유치권자의 입장에서 점유를 계속하여야 하는 것이 부담되나 당해 부동산을 압류하기 위한 절차를 취하기 위한 것도 부담이 되므로 결국 부동산유치권이 현행대로 타당하다는 견해가 있다.<sup>47)</sup> 이 견해는 즉 법정저당권으로 전환할 경우 그 성립 및 존속요건이 점유에서 압류로 변경되어 압류이전에 발생한 채권만이 피담보채권으로 확정되고 압류일자를 기준으로 다른 담보물권과 우선순위를 정하게 되어 부동산유치권의 폐해가 상당부분 해소될 것이나 법정저당권이 설정되기 위해서는 당해 부동산을 압류해야 하는데 유치권자가 점유를 계속하는 것도 어렵지만 압류를 위한 절차도 부담이 되므로 부동산유치권의 여러 폐해로 인하여 이를 폐지하고 급부거절권으로 변경하려는 것이다. 또한 유치권을 물권화하는데 치중하여 절차적 경매의 특수성을 생각하지 못하고, 유치권이 법정저당권으로 물권화하여 존재한다하더라도 그 성립요건에 해당하는지 여부는 여전히 법원이나 이해관계인의 판단으로 남아서 현재의 유치권제도와 별로 다를 것이 없다고 하여 유치권의 법정저당권화에 반대하는 견해도 있다.<sup>48)</sup> 유치권에 대한 법정저당권 제도를 도입할 경우 당해 부동산의 점유시기와 등기시기가 서로 불일치하여 유치

46) 법무부 법무심의관실, 「민법재산편 개정자료집」, 법무부, 2004. 377면.

47) 법정저당권제도 보다 유치권의 효력으로 우선변제권을 법적으로 인정하는 것이 유치권의 담보물권으로서의 성질에 타당하다는 견해도 있다(김상용 교수의 검토의견 부분). 상계서, 376~378면.

48) 김만용, 전계논문, 138면.

권의 성립시기에 대하여 다툼이 예상되고, 점유에 의한 유치권의 성립을 등기라는 공시방법에 의하여 그 성립시기를 뒤로 늦추는 것은 유치권의 본질에 반하여 부당하다는 비판이 가해질 수 있다. 부동산에 대한 유치권자와 채무자 사이의 대내적 유치권 성립시기와 유치권자와 제3자 사이의 대외적 유치권 성립시기를 점유와 등기라는 요소에 의해 달리 볼 것은 아니며 이는 부동산 경매절차에서 매수인과 같은 제3자와 유치권자 중 누구를 더 보호할 것인가라는 입법정책이 문제일 수도 있다.<sup>49)</sup> 그러나 유치권 제도에 있어서 법정저당권제도를 도입하면 채권자에게 우선변제권이 실정법상 인정되므로 사실상 최우선변제권이 인정되는 모순을 해결할 수 있고 압류일자를 기준으로 하여 다른 담보물권자와의 우선순위를 정할 수 있으므로 부동산경매절차에서 매수인에게 불측의 손해를 입히는 경우는 줄어들 것이라고 본다.<sup>50)</sup> 결국은 유치권을 법정저당권화 하면 점유에 따른 권리신고를 하고, 배당요구를 할 경우 저당권과 동일한 효력을 인정하여 배당을 인정하려는 취지이다.

## V. 결 론

유치권은 점유만으로 공시되는 제도로서 성립요건과 피담보채권액의 범위 등이 유치권 관련 소송에 의하여 확정되지 않는 한 부동산경매에 참가하려는 자들은 유치권의 진정성과 정확성을 파악하기 어렵다. 경매절차의 이해관계인이 아닌 이상 이를 확인할 수 있는 제도적 장치가 없다는 점을 이용하여 허위유치권을 주장하여 부당이득을 취하려는 경우가 많다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 다음과 같은 점들이 고려되어야 할 것이다.

- 49) 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 『토지법학』, 2007, 223면.  
 50) 한편 권리 내용이 명확하지 않아 법적 분쟁을 양산한다는 지적을 받아온 부동산 유치권을 폐지해야 한다는 의견을 법무부 산하 민법개정위원회가 제안하였다. 2010년 10월 31일 민법개정위원회는 최근 회의를 열어 유치권을 행사할 수 있는 대상에서 부동산을 원칙적으로 제외하기로 의견을 모았다. 다만 미등기 부동산에 대해선 저당권을 설정할 때까지 한시적으로 유치권을 인정해 주기로 하였다. 민법개정위원회는 부동산 유치권을 폐지하는 대신 공사업체 등 비용을 지출한 쪽에서 저당권을 설정할 수 있도록 하는 방안을 마련했다. 이에 따라 건물 시공업체가 시행사에 공사 대금을 받지 못한 경우 해당 건물에 대한 저당권을 설정한 뒤 경매를 통해 대금을 받을 수 있게 됐다. 위원회는 그동안 유치권 행사 때문에 완공되지 않은 상태에서 방치되는 건물이 늘어나고 유치권 규정이 모호해 피해가 많이 발생한다는 지적에 따라 유치권 개정을 논의해 왔다.

[http://article.joinsmsn.com/news/article/article.asp?total\\_\\_id=4595928&cloc=olink|article|default](http://article.joinsmsn.com/news/article/article.asp?total__id=4595928&cloc=olink|article|default).

첫째, 부동산집행절차에서 매각부동산에 기초한 유치권자의 매수인에 대한 유치적 효력은 민사집행법 제91조5항에 의하여 매수인은 유치권자에게 그 유치권을 담보하는 채권을 변제 받을 때까지 매수부동산의 인도를 거절할 수 있다. 여기서 변제할 책임이 있다는 의미는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로서 인적채무까지 인수한다는 취지는 아니지만 사실상 변제를 해야 할 책임이 있다. 그리고 유치권이 있는 경매부동산의 문제점을 해결하기 위하여 법원은 현황보고서 등의 기재에 의하여 소유자 이외의 점유자 및 유치권 성립이 가능한 자에 대하여 민사집행법 제84조를 개정하여 배당요구종기를 고지하고, 동법 제91조 제5항을 개정하여 집행법원에 유치권의 성립 및 피담보채권액을 증명한 자에 한하여 유치권을 주장할 수 있도록 하여야 할 것이다. 둘째, 유치권공시제도의 개선을 위해서는 우선 유치권조사를 현실화고 유치권등기제도를 신설할 필요가 있다. 등기의 문제에 있어서 채무자의 협조를 받아서 공동신청주의를 택할 것인가 아니면, 일방적으로 채권자의 신청에 의하여 임차권등기명령과 같은 법원의 결정에 의할 것인가는 해결하여야 할 문제이다. 담보물권으로 법제화된 현실에서 부동산유치권은 등기할 수 있는 권리로 등기부에 공시하여 물권의 질서를 회복하고, 점유를 본체로 하는 유치권에서 비교적 장기간인 부동산경매기간이 진행되는 동안과 그 이후 부동산의 명도 과정이 종결 될 때까지 유치권의 존속을 위한 점유를 계속하여야 하는 것도 사회적 손실로 비효율적이다. 셋째, 유치권자가 주장하는 피담보채권액의 10분의 1을 법원에 공탁하도록 함으로써 유치권신고자의 허위·과장 신고를 억제할 수 있다. 이는 유치권의 공시제도와 더불어 절차상 종합적으로 검토되어야 할 것이다. 넷째 유치권을 법정저당권화 하는 것이다. 절차의 복잡성과 실효성의 문제를 들어 유치권을 법정저당권화 하는 것에 대한 반대견해도 있으나 유치권자에게도 저당권과 같은 우선변제권을 인정함으로써 매수인의 예상치 못한 손해를 방지할 수 있을 것이다. 이상과 같이 민사집행법상 발생하는 유치권의 현실적 문제점을 해결하기 위해 유치권등기제도의 도입, 그에 따른 부동산등기법의 개정 등 채무자, 유치권자, 매수인 등 이해관계인들의 권리의 보호와 형평성 유지라는 관점에서 유치권제도를 수정하고 보완해야 할 것이다.

## 참고문헌

- 강봉석, 「물권법」, 법영사, 2007.  
 김상원, 「주석 민사집행법」, 한국사법행정학회, 2004.  
 광윤직, 「물권법」, 박영사, 2004.

- 대법원, 「민사집행실무」, 법원행정처, 2004.
- 법무부 법무심의관실, 「민법재산편 개정자료집」, 2004.
- 법원공무원교육원, 「민사집행실무」, 법원공무원교육원, 2010.
- 이시윤, 「신민사집행법」, 박영사, 2009.
- 이영준, 「한국민법론(물권법)」, 박영사, 2009.
- 전세정, 「민사집행법」, 박영사, 2008.
- 홍완기, 「민사집행법」, 형설출판사, 2007.
- 강남진, “부동산경매에 있어서 유치권에 관한 연구”, 「법학논총」 제29집 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2009.
- 김기찬, “부동산경매에서 유치권의 개선에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문, 2008.
- 김기찬·이춘섭, “부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구”, 「부동산학연구」, 제13집 2호, 2007.
- 김만용, “유치권의 공시기능 강화방안에 관한 연구”, 「토지법학」, 제26-1호, 2010.
- 김상수, “민사집행법의 시행과 부동산경매”, 「민사소송」, 민사소송법학회, 2008.
- 남준희, “저당권설정 후 경매개시결정기입등기 전에 취득한 유치권의 효력”, 「동북아법연구」 제3권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2009.
- 민일영, 「주택·상가건물의 경매와 임대차」, 박영사, 2009.
- 山木戸 勇一郎, “民事執行手續における留置權の處遇”, 「慶應法學」第14號, 2009.
- 양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건과의 견련관계”, 「민법연구」 제1권, 박영사, 2004.
- 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 「토지법학」 제23권 제2호, 한국토지법학회, 2007.
- , “부동산유치권의 성립과 대항력의 구별”, 「민사법학」, 제38호, 한국민사법학회, 2007. 9.
- 이상태, “유치권에 관한 연구 - 대항력을 중심으로(대법원 2009. 1. 15, 선고, 2008다70763판결)-”, 「토지법학」, 2010.
- 이재성, “유치권의 담보물권으로서의 성격”, 「소봉 김용한 교수 화갑기념논문집」, 박영사, 1990.
- 이학수, “유치권이 요구하는 점유의 정도”, 「판례연구」 8집, 부산판례연구회, 1998.
- 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 「사법논집」 제42집, 법원도서관, 2006.
- 최동홍, “부동산경매에서 유치권신고의 의무화”, 「법조」 통권 제643호, 2010.

[Abstract]

## A Study on the Public Notice of Lien in Civil Execution Procedure.

Kim, Myung-Yeop

*Plural Professor, Faculty of Law, Hankyong National University*

Lien is a legal collateral security to occupy other's object, keep the object till the redemption of credit, and compel the repayment of liabilities, and adopts the principle of undertaking, not that of cancellation. The one having lien can claim lien of the auction regardless of report of the right at competent court when the right occurs at corresponding object. When the one who claims lien during auction makes appearance, bidders are reluctant to bid. As a result, there are many cases that one makes wilful use of this, extends the auction period, and if the auctioning price falls, then makes a huge fortune by purchasing it at a low price. In addition, as reporting a lien in an auction process is not an obligation, such report can cause an auction price to go down and thus a person with a prior-order right to have loss due to the reduction of allotted fund. Meanwhile, if not reported, a buyer can unexpectedly bear additional performance responsibility of the secured credit of a lien as a loss. This Article aims the public notice of Lien in Civil Execution Procedure. And it is for investment strategies of real estate auction investors. As a solution to such problems of lien, we can think about revising the civil execution procedure. In order to prevent abuse of the lien system and establish an efficient real estate auction, it may be necessary to make open the information about occupation at the stage of appraisal or survey.

Above all, Public notice of lien is maintained only by occupation, so we should interpret the requirements for it's establishment strictly : the corelation between the secured credit and the realestate narrowly, occupation by unlawful act widely, for the controlled and clarified establishment of real estate lien. It is necessary to introduce the deposit system. In case the lienor reports his rights and in case he is required to deposit the security money, it is expected that the report of false liens will reduce as the number of liens reported reduces.

**Key Words** : lien, public notice of lien, real estate auction, civil execution procedure,  
mortgage