

부동산경매에서 유치권의 한계에 관한 연구*

A Study on the Limit of the Lien in Real Estate Auction

김 기 찬(Kim, Ki Chan)**

이 춘 섭(Lee, Chun Seob)***

< Abstract >

Because real estate auction has the advantage of buying real estate at the lower price than the present market price, a number of people have been involved in the auction for the purpose of buying their own private house or investment. But the general public involved in the real estate auction have difficulty analyzing the object of real estate for sale and further more have a harder time conduct its title analysis.

Especially, the interested parties in real estate auction know that 'the buy shall take over the lien without putting restriction on the period of its establishment or the presence or absence of the opposing power'. And the lienor lowers the selling price by declaring the falsified and exaggerated lien or the lien without the opposing power by abusing it and delays the delivery of real estate, which inflicts much damage.

Therefore, this study attempted to investigate the limit of effect of the seizure and mortgage of the lien in real estate auction and define its definition, thereby helping the interested parties make the title analysis and contributing to stabilizing real estate transactions through real estate auction.

주 제 어 : 부동산경매, 유치권, 대항력, 한계, 민사집행법

Keyword : Real Estate Auction, Lien, Opposing Power, Limit, Civil Execution Law

* 본 논문(유사 논문 포함)은 다른 간행물에 게재되거나 게재 신청된 사실이 없음.

** 서울디지털대학교 부동산학부 겸임교수, kkichan@unitel.co.kr

*** 건국대학교 부동산학과 교수, cslee10@hanafos.com

I. 서론

1. 연구의 배경 및 목적

부동산경매는 채권자가 채무자 소유의 부동산 1)을 압류, 현금화하여 그 매각대금을 가지고 금전채권의 만족을 얻기 위한 목적으로 하는 강제 집행절차이다.

부동산경매는 시세보다 싸게 살 수 있다는 장점 때문에 많은 사람들이 내집 마련 또는 투자 목적으로 경매에 참여하므로 경매 시장이 과거보다 상당히 활성화 되어있다. 그런데 부동산경매에 참가하는 일반인들은 매각부동산에 관한 물건 분석도 어려우나 권리분석은 더 어려운 것이 현실이다. 물건분석을 잘못하였을 때 받는 피해는 부동산 가치의 일부에 불과하나 권리분석에 실패하면 부동산 자체를 잃을 수 있고, 물건분석은 유형의 부동산을 대상으로 하므로 확인가능한 부분이 많으나, 권리분석은 무형의 권리를 대상으로 각종 공부나 경매기록, 현장에서 보고 들은 불확실한 단편적인 지식을 기초로 경매참여자 판단해야 하므로 위험부담이 무척 큰 것이 현실이다. 2002. 7. 1.부터 시행하는 현행 민사집행법(이하 ‘각주, 참고주’에서는 ‘민집’이라 함)은 기간입찰제도를 새로 도입하고, 규정의 표현을 쉬운 용어로 개선하는 등 일반인들이 경매에 참여

하기 쉽게 하기 위해 많은 노력을 하였고, 이 법의 시행으로 일반인들의 부동산경매 참여가 쉬워진 것은 사실이다.

그러나 민사집행법 91조 5항은 ‘매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다’고 규정하면서 성립시기나 대항력 유무에 대한 아무런 제한을 두지 않았기 때문에 그 동안 ‘유치권은 매수인이 인수해야 한다’는 인식으로 인하여 압류이후에 성립한 유치권, 허위·과장 유치권을 신고하여 매각가액을 떨어뜨리고, 인도를 지연시키는 등 많은 피해가 나타나고 있다. 이러한 피해는 유치권이 무형의 물건으로서 일반인이 쉽게 알 수 없는 권리임에도 불구하고 부동산경매절차에서 유치권을 드러내 보이기 위한 규정도 없고,²⁾ 또한 유치권을 내 보이기 위한 노력도 하지 않으므로 이러한 맹점을 이용하여 부당한 이득을 챙기려는 사람들이 많기 때문이다. 유치권의 위와 같은 특징으로 인하여 유치권을 오용·남용하여 최근에 사건이 많이 증가하였고,³⁾ 유치권의 인수여부에 대한 불확신과 부정적 인식으로 인하여 경매절차에 불신포중 마저 팽배해져 있고, 유치권으로 인한 폐해가 확산됨에도 적절한 대응책이 없는 형편이어서, 경매절차가 지연되고, 부동산거래질서에 혼란을 가중시키고 있다.

따라서 ‘허위·과장 유치권’ 또는 ‘선행하는

- 1) 채무자 소유가 아닌 제3자 소유인 부동산도 경매대상이 될 수 있다.(예, 물상보증한 경우 부동산, 가압류된 부동산이 제3자에게 소유권이전 된 후 경매 등)
- 2) 민집에 유치권에 관하여는 “유치권은 인수해야 한다”는 규정과(91조 5항), “유치권 등에 의한 경매”에 관한 규정(274조)이 전부임.
- 3) 아래 자료는 2007. 7. 6. 대법원 홈페이지(<http://glaw.scourt.go.kr>) 판결정보검색시스템을 열람하여 ‘유치권, 부동산(토지, 건물)’에 대한 용어의 임의어 검색을 실시해 1997. 1. 1.부터 2006. 12. 31.까지 10년간의 판례를 검색한 결과를 도표로 정리한 것이다.

다른 권리에 대항할 수 없는 유치권⁴⁾에 대하여 는 ‘유치권의 한계’⁵⁾를 명확히 하여 경매절차에

<표 1> 유치권, 토지, 건물 관련 대법원 판례 현황

(기간 : 년, 사건수 : 건)

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	합계
유치권	3	4	7	7	7	7	8	7	8	21	79
토지 or 건물	852	842	800	888	999	947	828	623	752	887	8418
토지 and 건물	163	149	125	144	167	152	160	139	122	100	1421

자료: 대법원 판결정보검색시스템 검색결과(필자 정리)

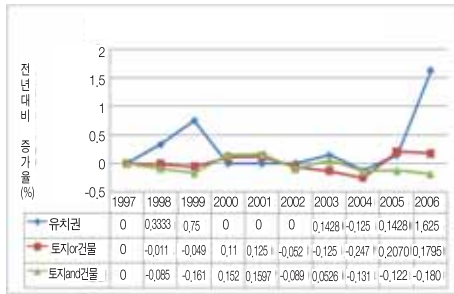
<표 2> 유치권, 토지, 건물 관련 하급심 판례 현황

(기간 : 년, 사건수 : 건)

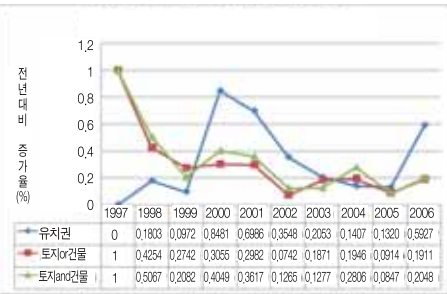
	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	합계
유치권	61	72	79	146	248	336	405	462	523	833	3165
토지 or 건물	7657	10915	13908	18157	23573	25322	30062	35914	39198	46690	251396
토지 and 건물	1861	2804	3388	4760	6482	7302	8235	10546	11440	13783	70601

자료: 대법원 판결정보검색시스템 검색결과(필자 정리)

<그림 1> 유치권, 토지, 건물관련
대법원판례증감율(%)



<그림 2> 유치권, 토지,
건물관련하급심판례증감율(%)



위 자료를 토대로 유치권, 부동산(토지, 건물) 관련 사건의 변화추세를 비교하여 분석해 본바, 부동산 관련 대법원판례는 대체로 감소하는 추세인데, 유치권은 2006년에 162%나 급증하였고, 하급심판례는 대체로 꾸준한 증가를 보이나 증가율은 하락하고, 2006년에는 유치권은 59%, 토지, 건물은 19% 내지 20% 정도 증가하였다. 이것은 사회·경제적인 규모의 증가로 자연발생적으로 사건이 증가할 것임에도 불구하고 부동산 관련 사건 수는 상대적으로 줄어들고 있는데 반하여, 유치권 관련 사건은 최근에 증가하여 유치권이 전체 부동산 관련 사건에 비례하여 증가율이 높다는 것을 알 수 있다.

- 4) 이 글에서 ‘허위·과장 유치권’이란 성립상의 허위(가장)유치권과 유치권의 피보전채권액이 실제보다 부풀려진 유치권을 말하고, ‘선행하는 다른 권리에 대항할 수 없는 유치권’이란 그 성립에서 유치권보다 앞서서 압류·저당권 등의 권리에 대항할 수 없는 유치권으로서 비록 적법하게 성립한 유치권이라도 권리의 효력에 있어 제한을 받게 되는 유치권을 말한다.
- 5) 이 글에서 ‘유치권의 한계’란 그 성립에서 유치권보다 앞서서 압류,저당권 등의 권리와 관계에서 ‘대항할 수 있는 권리의 한계’를 말한다.

참여하는 이해관계인⁶⁾들의 혼란을 막고, 부동산 경매절차를 안정적으로 발전시킬 필요가 있음에도, 이 분야에 대한 연구는 미미한 실정이다. 그러므로 이 연구에서는 유치권의 압류 및 저당권에 대한 효력의 한계를 연구하고, 정의를 명확히 함으로써 유치권의 불확실성을 제거하여 이해관계인의 권리분석에 도움을 주어, 부동산경매를 통한 부동산거래안전에 기여하고자 한다.

2. 연구의 방법 및 범위

본 연구는 참고문헌과 판례, 전문가 면담을 근거로 연구하였다. 유치권에 관한 연구를 보면, 부동산학계에서는 유치권이 신고 된 경매사건의 권리분석, 수익률분석, 유치권의 폐해 방지를 위한 법적, 제도적 개선방안에 대하여 연구하였고, 부동산경매에서 유치권의 한계를 연구한 것은 찾아볼 수 없었으며, 법조계에서는 유치권 자체의 물권적 특성에 관한 연구가 대부분이고, 부동산경매에서 선행하는 압류나 저당권에 유치권으로 대항할 수 있는지에 관하여 약간의 연구와 판례, 평석이 있다.

선행연구 중 부동산유치권의 효력의 한계에 관한 연구 논문, 평석을 살펴보면, 배태연(1990) 판사는, 부동산의 압류·가압류 후에 설정된 담보물권(저당권)은 압류의 처분금지효(‘처분금지적 효력’의 줄임 말, 이하 같음)에 의해 압류에 대항할 수 없으나 개별상대효설을 취하고 있는 법제하에서 담보물권자보다 후순위 권리자에게는 대항할 수 있다고 하였고, 강민성(2004) 판사는, 압류 후 유치권을 취득한 자는 압류의 처분금지효

에 저촉되어 대항력이 없고, 압류이전에 점유한 자가 압류이후 유익비 등 채권을 취득한 경우에도 대항력이 없으며, 유치권은 저당권에 항상 우선한다는 것이 통설이나 최근에는 등기와 유치권의 선후에 의해 대항력 문제로 해석하는 것이 타당하다는 설이 있고, 저당권과 용익권의 관계, 민법 제366조 소정의 법정지상권의 해석에 관한 학설과 판례의 태도로 보아 저당권 설정 후 취득한 점유나 채권으로 발생한 유치권은 저당권에 대항할 수 없다는 견해를 제시하였고, 박정기(2005) 판사는, 압류의 처분금지효에 저촉하여 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다는 대법원 2005.8.19. 선고 2005다22688 판결의 평석에서, 대상판례가 유치권을 제한적으로 해석한 최초의 대법원 판결로서 평가하고, 경매개시 전에 성립한 정상적인 공사업자의 보호도 중요하지만, 유치권에 선행하는 선순위 저당권자는 방해배제청구권을 인정하여 보호할 필요가 있음을 제안하였고, 손진홍(2006) 판사는, 배당요구 종기의 조기 결정에 따른 우선채권자의 불이익 해소 방안으로 배당요구의 종기를 우선채권자에게 알리는 방안을 제시하였다.

선행연구를 정리해 보면, ① 압류에 대한 유치권의 효력, ② 압류에 대한 저당권의 효력, ③ 저당권에 대한 유치권의 효력으로 대별해 볼 수 있다. 따라서 본 연구의 방법 및 범위는 이들 문제에 관한 문헌 및 판례에 대한 연구, 전문가 면담을 통해 기본개념 및 문제점을 인식하고, 압류·유치권·저당권의 개념 및 선행하는 압류·저당권에 대한 유치권의 효력의 한계 등에 대하여 살펴보고, 부동산경매절차에서 대항력이 없는 유치

6) 압류채권자와 배당요구채권자, 채무자 및 소유자, 등기된 부동산상의 권리자, 부동산상의 권리자로서 권리를 신고한 자(민집 90조).

권의 한계에 관한 정의를 명확히 함으로써 유치권의 불확실성을 제거하여 이해관계인의 권리보익에 도움을 주어, 부동산경매를 통한 부동산거래안전에 기여하고자 한다.

II. 부동산경매에서 압류·유치권·저당권 개념

1. 부동산경매에서의 압류

1) 압류의 의의

부동산경매에서 압류란 집행법원이 채권자의 경매신청에 대하여 그 형식적, 실질적 요건이 구비되었다고 인정하는 경우에 그 신청을 허용하여 “부동산에 대하여 경매절차를 개시하고, 채권자를 위하여 부동산을 압류한다”는 취지의 선언이 담긴 결정을 하는 것으로 집행법원의 재판이다(석호철, 1987). 경매의 개시와 압류는 동시에 한다(민집 83조 1항). 부동산 경매개시결정이 없거나 경매개시결정서의 작성없이 진행된 경매는 적법한 경매라 할 수 없으므로 법률상 효력이 없다(대법원 1961.10.2. 고지 4294민재향400결정).

경매개시결정은 경매를 시작한다는 선언이고, 압류는 채권자의 금전적 청구권의 내용을 실현하고 그 만족을 얻기 위하여 채무자의 재산에 대한 처분권을 박탈하여 국가에 그 처분권을 옮기는 국가 집행기관의 강제적 행위를 말한다(석호철, 1987).

2) 압류의 효력

압류의 효력은 그 결정이 채무자에게 송달된 때 또는 경매개시결정의 기입등기가 된 때에 발생한다(민집 83조 4항). 결정이 채무자에게 송달된 시기와 경매개시결정등기가 된 시기 중 먼저 된 시기에 부동산압류의 효력이 발생한다. 압류의 효력이 생기면 경매 신청시로 소급하여 집행채권에 관하여 시효중단의 효과가 생긴다. 압류에는 처분금지효가 있으나, 처분금지에 위반되는 채무자의 처분행위는 경매신청 채권자에 대하여서만 대항할 수 없을 뿐이다. 즉, 처분제한의 효력은 상대적 효력만⁸⁾을 갖는다. 따라서 압류 후의 채무자의 처분행위는 당사자 간에서는 유효하고, 압류채권자가 행하는 집행절차와의 관계에 있어서만 효력이 없게 된다. 그러므로 집행신청의 취하나 매각절차의 취소가 있으면 다른 압류채권자가 없는 한 그 처분제한의 효력은 소멸하고 채무자가 한 처분행위는 유효하게 된다. 금지에 위반되는 채무자의 처분행위가 있어도 경매신청 채권자는 이를 무시하고 매각절차를 진행할 수 있다.

채무자는 압류 후에도 매수인이 소유권을 취득할 때까지 부동산의 교환가치를 감소시키지 않는 한도 내에서 목적물을 관리·사용·수익할 수 있다(민집 83조 2항). 압류의 효력은 매각대금의 교부 또는 배당, 경매신청의 취하 등으로 집행이 종료되면 당연히 소멸한다. 목적물이 멸실되면 그에 대한 압류의 효력이 소멸한다.

7) 강제경매의 경우에는 채무자와 소유자가 동일인이나, 임의경매에서는 물상보증을 한 부동산일 경우 채무자의 소유가 아닌 제3자의 소유인 경우도 있으나 본장에서는 채무자의 소유 부동산을 경매하는 의미로 사용함.

8) 이를 “개별상대효설”이라 하고 우리나라 법령(민법, 민집) 및 판례, 통설의 입장이다.

3) 압류 효력의 내용 및 범위

압류의 효력이 생기면 채무자는 목적부동산의 처분권에 제한을 받아 매매, 증여, 담보권 및 용익권의 설정, 기타 일체의 처분행위를 할 수 없고, 집행법원은 목적 부동산을 환가, 매각할 권능을 취득한다. 압류의 효력은 채무자는 물론 제3자에게도 미친다.

(1) 처분금지효의 내용

압류가 되면 채무자는 목적부동산에 대한 처분권을 상실하고, 그 처분권은 국가에게 이전한다. 따라서 채무자에 대하여는 처분금지(Verfügungsverbot)의 효과가 발생한다. 처분금지효의 취지가 채권, 기타의 재산권에 대한 압류의 경우에는 압류명령에 명시되지만(민집 227조, 242조, 251조), 부동산 압류의 경우에는 처분금지효를 당연한 전제로 하여 간접적으로 처분금지효력을 규정)하고 있다(배태연, 1990).

그런데 이 처분금지효에는 채무자의 일체의 처분행위가 금지되고 채무자가 한 처분행위는 일체 무효가 되어 그 등기도 허용되지 않는다는 ‘절대적효력설’과 채무자가 부동산을 처분할 권리를 절대적으로 상실하는 것이 아니라 그 처분으로써 압류채권자에 대항할 수 없음에 불과하다는 ‘상대적효력설’이 있으며, 상대적효력설은 다시 ‘절차상대효력설’과 ‘개별상대효력설’로 나누어지고 있다.

절대적효력설은, 이를 동의하는 국내 학설, 판

례는 없다.

상대적효력설은, 현재 판례 및 다수설이다(석호철, 1987; 김정현, 1975; 이재성, 1978). 절차상대효력설은 프랑스 법제가 채택하고 있는 입장이고, 개별상대효력설은 독일 법제가 채택하고 있다.¹⁰⁾

‘절차상대효력설’은 압류의 효력 발생 후의 처분행위는 그 경매절차와의 관계에서 무시되어, 그 행위 전의 압류채권자뿐만 아니라 그 후의 압류채권자나 배당요구채권자에 대해서도 그 처분행위의 효력을 대항할 수 없다는 학설로서, 배당요구 제도를 인정하고, 압류채권자와 배당요구채권자 사이의 평등주의를 채택한 프랑스법제 하에서는 저촉처분은 당해 압류채권자뿐만 아니라 그 집행절차가 존속하는 한 이에 참가한 모든 채권자에 대한 관계에서도 그 효력을 대항할 수 없고, 압류가 취소 또는 취하 등에 의하여 실효된 경우에만 유효하게 된다는 입장을 취하며, 상대적 효력을 당해 경매절차 전체와의 관계에서 파악한다.

‘개별상대효력설’은 압류의 효력 발생 후의 처분행위는 그 행위에 선행하는 압류채권자나 배당요구채권자에 대항할 수 없을 뿐 그 행위 후에 새로이 참가한 압류채권자나 배당요구채권자에 대해서는 그 처분행위의 효력을 대항할 수 있다는 학설로서, 배당요구제도를 인정하지 않고, 압류채권자에 대하여 우선권을 인정하는 독일 법제 하에서는, 저촉처분은 압류채권자에게만 무효일 뿐

9) “압류한 뒤 소유권을 취득한 제3자가 소유권을 취득할 때에 경매신청 또는 압류가 있다는 것을 알지 못하였더라도 경매절차를 계속하여 진행하여야 한다”(민집 92조 2항).

10) 절차상대효력설, 개별상대효력설의 명칭은 프랑스 법제와 독일 법제의 혼혈아적 성격을 띤 일본 구 민사소송법 시행 초기의 해석학상 프랑스 법제와 같이 해석하는 입장을 절차상대효력설, 독일 법제와 같이 해석하는 입장을 개별상대효력설이라 부르기 시작한데서 유래하였다(배태연, 1990).

그 밖의 다른 모든 자에 대해서는 그 처분의 효력을 대항할 수 있고, 상대적 효력을 압류채권자와의 관계에서만 파악한다. 개별상대효설은 압류채권자에 대한 관계에서만 무효를 주장하다가 ‘압류채권자 및 그 처분 전에 당해 경매절차에 참가한 채권자에 대한 관계에서만 무효일 뿐이고 처분 후에 집행에 참가한 다른 채권자에 대해서는 그 처분의 효력을 대항할 수 있다는 설이 나왔는데 개별상대효설의 일종이나, 압류의 처분금지효를 주장할 수 있는 채권자의 범위를 확장하고, 이 견해는 점차 지지를 얻어 통설로 되었다. 이 확장된 개별상대효설의 근거는 ① 압류 후에 목적물에 대한 소유권 또는 저당권 등의 권리를 취득한 제3취득자는 압류가 된 사실을 알고 있는 한 당해 압류절차에 타의 채권자들이 배당요구 등의 형식으로 절차에 참여하고 있을 것을 예측하고 있다고 해석되므로 권리 취득 전에 절차에 관여한 모든 채권자에게 자신이 권리취득으로 대항할 수 없다는 것을 감수하지 않으면 안 되고, ② 그 반면 제3취득자가 권리를 취득하고 이를 등기에 의하여 공시하고 난 후에는 타의 채권자들은 위 제3취득자의 권리를 부인할 수 없다고 해석하는 것이 상당하다고 하는 실제적인 법 감정에 뿌리를 두고 있다고 한다.¹¹⁾ 일본에서는 종래, 주류적 학설과 판례가 위 개별상대효설을 따르고 있었는데, 현행 민사집행법(1980년 제정)하에서는 절차상대효설을 따를 때의 결론과 동일한

조향을 두고 있어(일본 민집 87조), 절차상대효설을 따른 것으로 보이며, 현재 우리나라에서는 학설과 실무관행이 모두 개별상대효설에 입각해 있다(석호철, 1987). 현행 민사집행법 제정시 대법원의 민사소송법 개정위원회는 압류의 효력에 관하여 절차상대효설을 채택하고자 하였으나 입법과정에서 채택하지 않았다.¹²⁾

(2) 처분금지효의 범위

① 처분금지효의 일반원칙 : 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 등기 이후에 권리를 취득한 제3자는 그 선의, 악의를 구분하고 압류채권자에게 대항할 수 없어 압류채권자의 이익을 해하는 한도에서는 효력이 없다 할 것이다. 제3자가 경매개시결정 기입등기 후에 담보권, 용익권을 취득하더라도 경락인에 대항할 수 없고, 담보권으로써 압류채권자에 대한 우선변제권을 주장할 수 없으며 경락인의 소유권 취득등기와 동시에 법원의 직권촉탁으로 말소된다(민집 144조)(이재성, 1978).

② 처분금지효의 확장(민집 92조) : 압류의 제

11) 배태언(1990), pp.404-406, 그러나 이로 인하여 채무자가 제1의 경매신청에 의한 압류가 되는 즉시 제3자와 통모하여 이를 양도 또는 담보설정함으로써 그 후에 집행에 참여하여 배당받을 수 있는 채무자의 다른 채권자들을 집행에서 배제하거나 부당히 이익을 보거나 재산을 은닉할 가능성이 발생하는 단점이 있다.

12) 상세한 내용은 법원행정처, “민사집행법해설-구 민사소송법(집행절차편) 개정부분”, 2002, pp. 195-197. 참조.

3자에 대한 처분금지효는 경매개시결정 기입등기 시에 발생함이 원칙이나 그 등기가 되기 전이라도 “제3자는 권리를 취득할 때에 경매신청 또는 압류가 있다는 것을 알았을 경우¹³⁾에는 압류에 대항하지 못한다”(민집 92조 1항)고 하여 기입등기가 있어야만 제3자에 대항할 수 있다는 처분제한의 효력을 확장하고 있다. 따라서 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 유치권의부존재확인인 소 등으로 대응할 수밖에 없다.

민사집행법은 “부동산이 압류채권을 위하여 의무를 진 경우에는 압류한 뒤 소유권을 취득한 제3자가 소유권을 취득할 때에 경매신청 또는 압류가 있다는 것을 알지 못하였더라도 경매절차를 계속하여 진행하여야 한다”고 규정(민집 92조 2항)하고 있는데 등기 있는 담보권자가 피담보채권에 관한 집행권원에 기해서 경매를 신청한 경우에, 제3자가 압류 후 기입등기 전에 선의로 경매 부동산을 양수한 경우에도 압류의 효력은 신소유자에게 미친다고 하여 압류의 효력이 미치는 제3자의 범위를 92조 1항 보다 더 확장하였다.

2. 유치권

1) 유치권의 의의

타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있고(민법 320조 1항), 이 때 점유가 불법행위로 인한 경우에는 유치권이 발생하지 않는다(민법 320조 2항). 부동산경매에 관여하는 유치권은 주로 건설유치권¹⁴⁾으로 부동산에 관하여 생긴 공사비등 채권이 변제기에 있을 때 부동산을 유치한 후 채권을 변제받기까지 반환을 거절함으로써 채권변제를 강제하는 수단으로 사용한다. 유치권은 물권으로서 대세효가 있고, 법정담보물권이나 우선변제권은 없고, 인도거절권을 주된 권능으로 한다. 유치권자는 유치물을 경매하고, 간이변제에 충당할 것을 법원에 청구할 수 있으나(민법 322조), 제3자가 경매신청을 하면 그 절차를 정지하고(민집 274조), 배당잔액이 있으면 채권변제에 충당하거나 유치권의 주장을 통하여 채권변제를 강제할 수밖에 없다(이재성, 1990).

2) 유치권의 담보물권성

유치권은 우리 민법이 규정한 유일한 법정담보물권¹⁵⁾으로서 채권의 이행을 목적으로 타인의 소유물에 인정된 제한물권이며, 담보물권의 통유성인 부종성, 수반성, 불가분성을 가지나 물상대

13) 경매신청에 관한 악의란 경매신청이 경매법원에 제출되었다는 사실을 알았다는 뜻이고, 압류에 관한 악의는 경매개시결정이 채무자에게 송달되었다는 사실을 알았다는 뜻이나 그 알게 된 경우나, 누가 어떠한 채권에 기하여 경매신청을 하였는지 등은 몰라도 무관하다. 악의의 입증책임은 압류의 처분금지효를 주장하는 자에게 있다.

14) 여기에는 신축공사, 증·개축공사, 인테리어공사 등의 공사비에 관한 유치권을 포함한다.

위성은 없고(조정숙·정옥태, 1991), 다른 담보물권과 달리 교환가치를 지배하는 권능도 없으며, 등기 없이 점유만으로 공시하기 때문에 순위확정의 효력이 적용되지 않아서, 다른 담보물권과 경합을 이루더라도 그 성립시기와 관계없이 자기의 채권을 변제받을 때까지 목적물의 유치를 주장할 수가 있다.¹⁶⁾ 이러한 문제 때문에 압류, 저당권 등 다른 권리에 대한 효력의 한계에 관하여 다툼이 발생한다.¹⁷⁾ 유치권은 채권의 존재여부에 대한 부종성이 특히 강하며, 점유를 상실할 경우 소멸되므로 추급력¹⁸⁾이나 물상대위성이 없다. 이러한 문제점을 해결하기 위해 부동산유치권을 법정저당권으로 전환하여 성립시를 기준으로 우선순위를 정하자는 의견도 있다(김상용, 1993).

3) 부동산경매에서의 지위

매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있으므로(민집 91조 5항), 부동산경매에서 유치권은 매수인이 인수할 권리에 해당하는데, 유치권의 성립시기나 대항력 유무에 대한 아무런 제한을 두지 않았기 때문에 압류이후에 성립한 유치권, 허위·과장 유치권을 신고하여 매가가액을 떨어뜨리고, 인도를 지연시키는 등 많은 피해가 나타나고 있다. 이로 인하

여 부동산경매에 유치권이 신고 될 경우 이해관계인들은 유치권이 인수여부에 민감하게 되고, 특히 부당한 유치권이 난무하는 현실에서 유치권에 대한 정확한 권리분석은 경매의 성공, 실패를 좌우하는 관건이 되기도 한다.

3. 저당권

1) 저당권의 의의

저당권이란 채무자 또는 제3자(물상보증인)가 점유를 이전하지 아니하고 채무의 담보로 제공한 부동산에 대하여 다른 채권자보다 자기채권의 우선변제를 받을 권리를 말한다(민법 356조). 저당권은 질권과 더불어 당사자의 계약에 의하여 성립하는 약정담보물권이며, 예외적으로 법률의 규정에 의해 당연히 성립하는 법정저당권도 있다(민법 649조).

저당권은 우선변제를 받는 담보물권이라는 점에서 질권과 공통되지만, 저당권 설정자가 목적물을 계속 점유하기 때문에 유치적 효력을 가지지 않는다. 저당권은 물권이나, 물건을 직접 지배하지는 않고 물건이 보유하는 교환가치를 목적으로 하고, 그 물건으로부터 직접 가치를 취득하는 가치권(Wertrecht)이다(김용한, 1982; 이영준, 2004;

- 15) 법이 규정한 유치권의 발생요건사실만 충족하면 자동적으로 발생하여, 당사자 간의 약정에 의하여 발생하는 질권, 저당권, 전세권 등 약정담보물권과 다름.
- 16) 저당권이 설정되어 있는 건물을 수리하여 그 수리비채권에 관한 유치권을 취득한 경우 유치권자는 그 저당권의 실행을 저지할 수는 없으나 그 저당권실행 때문에 유치권을 상실하는 일이 없고 경매 후에도 자기의 채권을 변제받을 때까지 목적물을 유치할 수 있으므로 경락인은 수리비를 지급하지 아니하고서는 건물의 명도를 청구할 수 없게 되는 것이다(민집 91조 5항 참조).
- 17) 유치권이 압류, 저당권 보다 후순위로 성립되었을 경우 효력의 한계에 대하여는 III.에서 논함.
- 18) 담보물권의 교환가치 지배권에 기하여 목적물이 공용징수나 타인의 불법행위로 인하여 멸실 또는 훼손되어 보상금채권 또는 손해배상청구채권으로 변신하여 있을 경우 권리자가 그 보상금채권이나 손해배상금채권에 대하여는 담보권을 행사하는 것(민법 342조, 370조).

김상용, 1999; 관곽윤직, 2000). 다만, 우리 민법상의 가치권은 독일민법상의 토지채무(BGB §1191)와 같이, 피담보채권과는 완전히 절연되어 독립적으로 존재하지 않고 피담보채권의 존재를 전제로 해서만 존속할 수 있기 때문에 가치권으로서의 성질이 다소 약하다(김상용, 1999). 일반적으로 근대적 저당제도의 특질은 공시의 원칙, 특정의 원칙, 순위확정의 원칙, 독립의 원칙, 유통의 원칙으로 요약된다(윤부찬, 2006).

2) 저당권의 담보물권성

저당권은 약정담보물권으로서 담보물권의 통유성인 부종성, 수반성, 불가분성, 물상대위성을 가진다. 저당권은 목적물의 사용가치를 지배하지 않지만, 교환가치를 지배하는 권능이 있어서 우선변제권을 가지며, 등기로서 공시하므로 순위확정의 효력에 의해 성립순서대로 담보권을 행사한다. 저당권이 가치권을 지배하므로 유치적 효력을 가지는 유치권과 경합을 할 수 있는데, 유치권의 특성상 유치권은 성립시기와 관계없이 자기의 채권을 변제받을 때까지 목적물의 유치를 주장할 수가 있어 선순위 저당권과의 효력의 한계에 관하여 다툼이 발생할 수 있는바, 다음 III.장에서 살펴본다.

3) 부동산경매에서의 지위

매각부동산 위의 모든 저당권은 매각으로 소멸한다(민집 91조 2항). 이것은 저당권이 담보물권으로서 순위확정의 원칙에 좇아 우선변제권에 의해 채권만족을 얻게 되기 때문이다. 경매로 인한 매득금보다 총 저당채무액이 많은 경우 후순위 저당권자는 채권의 만족을 얻을 수 없으나 이것은 저당권 설정 당시 이미 순위에 의해 취득한

담보가치가 적기 때문에 후순위 저당권자가 감수해야 하는 것이고, 부동산에 의한 물적담보로 충당 받지 못하는 부분은 채무자에 대한 인적 채권으로 남게 된다.

III. 부동산경매에서 압류·유치권·저당권 상호간의 효력의 한계

1. 압류에 대한 유치권의 효력

부동산경매에서 압류에는 처분금지효가 있다(II.1. 참조). 압류의 처분금지효에 의해 압류의 효력발생 이후에 성립된 유치권은 압류권자에게 대항할 수 없는 것이 원칙이다. 압류이후 성립한 유치권은 압류에 대항할 수 없으므로 소멸되어야 함에도 불구하고, 그동안 학설은 대항력이 있다는 긍정설과 대항할 수 없다는 부정설로 나뉘고, 판례도 긍정하는 것과 부정하는 판례로 엇갈리는 등 혼동스럽다. 따라서 학설 및 판례에 대하여 살펴보고자 한다.

1) 압류이전에 성립한 유치권

압류이전에 성립한 유치권은 압류에 의한 처분금지효에 영향을 받지 않으므로 압류에 대항할 수 있고, 매수인은 유치권을 인수하여야 한다. 이 경우에 해당하는 학설이나 판례는 따로 없다.

2) 압류이후에 성립한 유치권

(1) 학설

압류이후에 성립한 유치권으로 압류에 대항할 수 있다는 긍정설과 대항할 수 없다는 부정설이 있고, 점유가 불법한 경우의 유치권 배제(민법

320조 2항)를 유추적용하여 대항력을 부정하는 견해가 있다. 이하에서는 우리나라보다 법제연구에서 선행하는 일본의 학설, 판례를 먼저 본 후 우리나라의 학설, 판례를 살펴보고자 한다.

① 긍정설 : 일본의 학설은, 유치권에 관하여 인수주의가 채택된 이유는, 유치권의 성질상 유치권자는 그 채권의 변제를 받지 않는 한 목적물을 계속해서 점유할 수 있고 그 점은 경매에 있어서도 바뀌어져서는 안 된다고 하는 점, 유치권에는 실체법상 우선변제청구권이 없으므로 매각에 의하여 소멸한다면 유치권자는 대금에서 우선적 만족을 얻을 수 없는 상태에서 유치권을 상실하는 것으로 되어 그 이익이 침해된다고 하는 점, 압류의 효력이 발생한 후에 생긴 유치권 또는 담보권의 실행을 위한 경매에 있어서 신청채권자의 권리가 대항력을 갖춘 후에 생긴 유치권에 관하여도 유치권의 피담보채권은 대부분의 경우 공익적 성질을 가지고 있다는 점 등¹⁹⁾을 고려하여 모두 경매절차상의 매수인에게 대항할 수 있고, 매수인에게 인수되는 것으로 해석해야 한다는 점(鈴木忠一·三ヶ月章 편집, 1984, 竹下守夫 집필), 압류의 효력 발생 후나 가압류등기, 저당권설정등기 후에 발생한 유치권의 인수에는 문제가 남아 있기는 하지만, 통설은, 부동산 질권에는 최우선의 것만이 인수된다는 취지로 명정되어 있으면서도(일본 민집 59조 2항),²⁰⁾ 유치권에 관하여는 그러한 취지의 규정이 없다는 점(일본 민집 59조 4항), 유치권의 피담보채권은 공익적 성

질을 가지고 있는 경우가 많다는 점, 등기에 의하여 대항요건을 구비할 방법이 없으므로 다른 등기와의 선후관계의 판단이 곤란하다는 점(鈴木忠一·三ヶ月章 편집, 1984, 中山一郎 집필), 현행 민사집행법에서는 압류 효력발생 이후에 설정되거나 대항요건을 구비한 권리는 경매절차상 무시되나 유치권은 채무자의 처분행위에 의하여 생기는 것은 아니므로 압류의 효력 발생 후에 취득된 유치권이라도 압류채권자에 대항할 수 있고, 매수인도 이것을 인수하지 않으면 안 된다는 점(福永有利, 1981), 유치권이 목적 부동산 위에 존재하는 때는 그 권리취득의 시기, 원인 등을 불문하고 모두 경매절차상의 매각에 의하여 소멸하는 것이 아니라 그 매수인에게 인수된다. …유치권은 언제나 인수되나 그 존재는 등기부에 의하여서는 판명되지 않고 현황조사서 점유권원의 조사가 이루어지는 때에 분명해질 수는 있으나 그 성립시기를 묻지 않으므로 현황조사 후에 취득한 유치권도 인수되게 된다는 점(吉野衛·三宅弘人 편집대표, 1983) 등을 이유로 긍정하고 있다.

우리나라의 학설은, 유치권은 경매채권자에게 대항할 수 있는 것이라야 하고, 경매채권자에게 대항할 수 없는 것은 포함하지 않으나, 유치권의 효력은 등기의 선후에 의하여 우열이 결정되는 것은 아니므로 경매개시결정등기 이후에 유치권이 발생되었더라도 경매채권자에게 대항할 수 있는 것이 있을 수 있다고 한다(김상원 외 편집대표, 1993).²¹⁾

19) 그 외에 부동산 질권과는 달리 경매절차상의 매수인에게 인수되는 부동산 유치권에는 아무런 제한이 없다는 점, 많은 경우 유치권의 피담보채권이 소액이라는 점.

20) 최우선의 것만 매수인에게 인수된다는 말은 매수인에 대한 대항력의 유무가 신청채권자의 권리가 아니라 경매부동산에 대한 최우선의 권리를 기준으로 하여 결정된다는 것을 말함.

② 부정설 : 일본에서 부정설은, 일본 민사집행법 59조 4항²²⁾은 ‘부동산 위에 존재하는 유치권’으로 규정하고 있을 뿐이나 그 대항력의 유무에 관계없이 일체의 유치권²³⁾을 포함한다고 해석하고, 압류의 효력 발생 후에 취득한 유치권에 관하여는 채무자의 처분행위에 의하여 생기는 것이 아니므로 압류의 효력으로써 압류채권자에게 대항할 수 없다고 할 수는 없고, 압류채권자 및 경매절차상의 매수인에게도 대항할 수 있다고 해석하는 견해가 있다.²⁴⁾ 그러나, 일본 현행 민사집행법에서는, 압류의 효력 발생 후의 저당권에 관하여는 배당요구조차 인정되지 않는 것과 비교할 때²⁵⁾ 유치권을 지나치게 우대하는 경향이 있다. 압류의 효력 발생 후의 유치권에 관하여는 이것을 제한적으로 해석하여 압류의 효력 발생 전의 부동산의 권원에 의한 점유자가 압류의 효력 발생 후에 취득한 유치권에 관하여는 이를 인수하지 않으면 아니 되나, 압류의 효력 발생 후에 경매부동산의 점유를 한 자가 취득한 유치권에 관하여는 그 점유 자체가 경매절차상 보호할

가치가 없는 것이므로 경매절차상의 매수인은 그 유치권을 인수할 필요는 없다고 한다(鈴木忠一·三ヶ月章 편집, 1984, 石丸俊彦 집필).²⁶⁾

우리나라의 부정설에 관하여, 강민성(2004)은, 점유 취득이 경매신청에 대한 기입등기 후에 이루어졌다 하더라도 위 등기의 압류 효력은 법률 행위만을 대항할 수 없게 할 뿐 사실행위를 금지하는 것은 아니므로, 사실행위를 바탕으로 법률의 규정으로 발생하는 유치권의 취득을 저지할 힘은 없어서 유치권을 가지고 있었다고 결론지을 수 있다고 하는 이학수(1998)의 주장을 원용하고 있으나, 이학수의 글에서 인용하고 있는 대법원 1996.8.23. 선고 95다8713 판결은 압류 전에 점유한 후 유치권을 주장하던 자가 인도집행으로 점유를 침해당한 상태에서 유치권의 존부를 다투던 사안으로, 유치권을 주장하는 자가 이미 점유를 취득했던 사실을 중요시 하여 유치권이 있음을 인정한 것이어서 압류이후 성립한 유치권에 대한 대항력의 부정설의 근거로 제시하는 것은 타당하지 않은 것으로 보인다.

- 21) 이 주장은 “유치권은 경매채권자에게 대항할 수 있는 것”이라야 하고, “경매채권자에게 대항할 수 없는 것은 포함하지 않는다”고 하면서도 경매개시결정등기 이후에 유치권이 발생되었더라도 경매채권자에게 대항할 수 있는 것이 있을 수 있다고 하여 전후 모순되는 주장을 하고 있다.
- 22) “부동산 위에 존재하는 유치권 및 사용·수익을 하지 않는 취지의 정함이 없는 질권으로 제2항의 규정(대항력 없는 우선특권등)이 적용되지 않는 것에 관하여는, 매수인은 이것들에 의하여 담보되는 채권을 변제할 책임이 있다.”
- 23) 압류의 효력 발생 전부터 경매부동산을 점유하고 있는 자의 유치권 또는 담보권이 대항력을 구비하기 이전에 취득한 유치권도 물론 포함되고 압류채권자 또는 우선순위의 담보권에 대항력을 갖고 있지 않은 점유자의 유치권도 포함된다.
- 24) 앞에서 본 竹下守夫 교수와 福永有利 교수의 견해를 가리킨다.
- 25) 일본 민집 87조 3항 참조. 이 조항은 이른바 절차상대효설에 입각한 규정이다.
- 26) 압류전에 점유를 취득한 경우에는 대항력을 인정하여야 한다는 것이나, 유치권이 물건과 견력성 있는 채권이 발생하였을 때 성립하므로 압류전에 점유만 확보한 상태에서 압류 후에 채권을 취득한 경우에는 대항력이 있다는 이 주장에 동의할 수 없다.

③ 민법 320조 2항 유추적용설 : 일본의 학설에, 압류 후의 점유자 또는 소유자가 경매물건으로 된 것을 인식하면서 비용을 투하하는 것은, 약의 점유자 내지는 과실 있는 선의 점유자의 지출로 평가되어야 하므로, 일본 민법 295조 2항에 의하여 이것을 피담보채권으로 하여 유치권을 주장할 수는 없다고 하고(最判 昭 51. 6. 17. 판결²⁷⁾, 압류 후의 매매계약이 해제되어 매수인이 매매부동산을 반환하기 전에 지출한 비용을 원인으로 한 유치권, 압류 후의 임대차 계약에 기한 임차인이 지출한 비용을 원인으로 한 유치권을 인정해서는 안 된다고 한다.²⁸⁾

(2) 판례

① 일본 : 이 문제 자체에 관한 일본 최고재판소의 판례는 없다. 다만, 일본 최고재판소는 일본 민법 제295조 제2항 소정의 ‘점유가 불법행위에 의하여 개시된 경우를 확장해석하여, 점유 개시 당시에는 점유할 권리가 있었으나, 목적물에 관하여 비용을 지출할 당시에는 점유권원이 존재하지 않고, 또한 그 점유할 권한이 없음을 알았거나, 과실로 이를 모른 경우에도 위 조항을 적용

하여 오다가,²⁹⁾ 점유할 권한이 있는 상태에서 점유 목적물에 유익비를 지출하였다고 하더라도 나중에 그 점유권한이 소급적으로 소멸하였고, 그 비용지출 당시 그 소멸 가능성을 알았거나, 몰랐다 하더라도 그 소멸 가능성을 의심하지 않은 데에 과실이 있는 때에도 목적물 점유자의 유치권 행사를 불허한다는 입장을 표명하였다.³⁰⁾

일본의 하급심판례는, 압류 전에 점유를 하고 있는 자가 압류 전후에 걸쳐서 비용을 지출한 경우 유치권의 성립을 인정한 사례³¹⁾가 있는 반면, 이미 압류의 효력이 발생한 후에 그 점유를 가진 항고인은 이 사건 건물의 점유권한을 가지고서 경락인에게 대항할 수 없다는 것을 알고 있는 약의 점유자거나, 약의 점유자라고는 할 수 없다고 하더라도, 적어도 ‘알지 못한 것에 과실이 있는 점유자(과실 있는 선의의 점유자)’라고 하지 않을 수 없으므로, 일본 민법 제295조 제2항의 취지를 유추하여 항고인에게 유치권을 인정할 수 없다고 한 사례³²⁾, 이 사건 임대차가 이미 가압류가 이루어지고 난 이후의 것으로서 경매절차에 의한 이 사건 건물의 매각에 의하여 신청인의 이 사건 임대차가 실효하고 이 사건 건물을 명도하

27) 佐藤蔵二, “不動産引渡命令”, *ジュリスト* 876호, 1987.1.20., p.62. 및 石川明 외 2인 편, 주해 민사집행법(상권), 청림서원, 1991, p.857(佐藤蔵二). ; 한편, 동경지재민사집행실무연구회, 부동산집행의이론과실무(하), 재단법인 법조회, 1999, p.544에도 이와 거의 똑같은 내용이 기술되어 있다.

28) 關武志, 留置權の研究, 信山社(2001), pp.439-440. 다만, 關武志 교수는 압류된 부동산에 관하여 경매절차상의 매수인에 대하여 대항력 있는 유치권이 성립하지 않는다는 근거로 일본 민법 제295조 제2항외에 부동산 압류의 효력이라고 하는 법제도 사이의와 정합성을 함께 들고 있다. 위 책, pp.443-444. 참조.

29) 일본 대심원 1938. 4. 16. 판결(판결전집 5집 9호, p.9), 일본 최고재판소 1974. 9. 20. 판결(금융법무사정 734호, p.27) 참조. 국내 통설도 이와 같은 경우 일본 최고재판소와 같은 입장을 취하고 있다.(곽윤직(1999), p.389. 참조.)

30) 일본 最判 1976. 6. 17. 판결(민집 30권 6호 p.616)

31) 福岡高等裁判所 1955. 11. 5. 결정(下民集 8권 8호 p.579)

32) 福岡高等裁判所 1973. 4. 25. 결정(判例時報 726호, p.60)

지 않으면 안 된다는 것을 알거나 이를 예측할 수 있는 상황이었음에도 불구하고 감히 필요비나 유익비를 지출하였다는 것을 인정할 수 있으므로 신청인의 이 사건 임대차 및 점유에 의한 위 비용의 지출은 집행방해에 다름 아니어서 이에 관하여 민법 제295조 제2항을 유추적용하여 매수인에 대하여 대항함에 이유가 없다고 인정·판단한 것에 잘못이 없다고 한 사례³³⁾, 이미 가압류가 된 부동산의 전차인은 소유자의 재산상태가 좋지 아니하여 부동산이 경매에 붙여질 가능성이 있음을 충분히 인식하고 있었던 것으로 인정되어 전차인은 이 사건 건물의 점유가 경락인에 대하여 대항할 수 없다는 것을 알았거나 또는 이것을 알 수 있었다 할 것이고 이 사건 건물의 점유권한이 없다는 것에 관하여 적어도 과실이 있다고 인정되어 전차인이 다액의 내장공사 비용을 지출하였다고 하더라도 이러한 지출은 점유권한이 없다는 것에 관하여 과실이 있는 자가 경락인의 출현을 예상하면서 감히 행한 것이라고 할 것이므로 민법 제295조 제2항을 유추적용하여 유치권을 주장할 수 없다고 한 사례³⁴⁾가 있다.

② 우리나라 : 우리나라 판례도 점유권원이 소멸하였음에도 불구하고 귀책사유로 목적물을 계속해서 점유하는 경우까지도 ‘점유가 불법행위로 인한 경우에 해당하는 것으로 해석하여야 한다는 점에서 통설과 입장을 같이하고 있다.’³⁵⁾ 그러나 점유할 권한이 없음을 알았거나 이를 중대한

과실로 모른 경우에 한하여 유치권의 행사가 불허된다는 입장을 취한 판례(대법원 1966.6.7. 선고 66다600, 601 판결), 점유할 권한이 없음을 안 경우³⁶⁾에 한하여 유치권의 행사가 불허된다는 입장을 취한 판례(대법원 1984.7.16. 고지 84모38 결정)가 있어서, 점유자의 고의 또는 중과실의 정도에 대하여는 인식의 차이가 있다.

최근에는, 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자가 압류된 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 92조 1항, 83조 4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매 절차의 매수인에게 대항할 수 없다는 판례(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결), 채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료 되어 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 92조 1항, 83조 4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로, 위와 같은 경우로 부동산을 점유한 채권자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게

33) 仙台高等裁判所 1991. 12. 2. 결정(判例時報 1408호, p.85)

34) 名古屋地方裁判所 1993. 3. 17. 결정(判例タイムズ 842호, p.207), 우리나라의 대전고법 2004. 1. 15. 선고 2002나5475 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다11971 판결은 이 견해를 따른 것으로 보인다.

35) 점유권원이 소멸하였음에도 귀책사유로 계속해서 점유하는 것은 불법한 점유에 해당한다.

36) 점유할 권한이 없음을 알면서도 점유를 하는 것은 불법행위를 구성함.

대항할 수 없고, 이 경우 위 부동산에 경매개시 결정의 기입등기가 경료 되어 있음을 채권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 과실이 있는지 여부 등은 채권자가 그 유치권을 매수인에게 대항할 수 없다는 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다는 판례(대법원 2006. 8.25. 선고 2006다22050 판결), 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 일부라도 실제로 진행하여 상당한 공사비용을 투하하였다고 하더라도, 만약 이러한 경우에까지 유치권의 성립을 제한 없이 인정한다면 전 소유자와 유치권자 사이의 묵시적 담합이나 기타 사유에 의한 유치권의 남용을 막을 방법이 없게 되어 공시주의를 기초로 하는 담보법질서를 교란시킬 위험이 있다는 점을 고려할 때, 수급인의 공사도급계약 전에 가압류등기와 근저당권설정등기를 마친 자의 신청에 의한 경매절차의 매수인(낙찰자)에 대한 관계에서는, 민법 제320조 제2항을 유추 적용하여 수급인이 공사대금채권에 기초한 유치권을 주장하여 그 소유자인 낙찰자에게 대항할 수 없다고 하거나, 그 유치권을 행사하는 것이 신의칙에 반하여 허용될 수 없다고 보아야 한다고 한 판례(대전고법 2004. 1. 15. 선고 2002나 5475 판결, 대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다

11971 판결, 상고기각)가 있다.

(3) 소결

압류이후 성립한 유치권에 대하여는 종전에 유치권으로 대항할 수 있다는 학설이 다수였으나 최근의 학설, 판례는 압류의 처분금지효, 민법 320조 2항의 규정을 유추적용하여 유치권의 대항력을 인정하지 않는 추세이며, 부당한 유치권으로 인한 경매시장의 질서를 바로잡기 위해서는 이러한 견해가 확고한 일반론으로 정립될 필요가 있다. 특히, 개별상대효의 법리에 의하더라도 압류이후 성립한 유치권이 압류에 대항할 수 없음을 원론적으로 지지되어야 마땅하다.

3) 압류이전에 점유 또는 채권의 한 가지를 취득자 한 자가 압류 후에 나머지 권리를 취득한 경우 유치권의 대항력 유무

일본의 학설에, 압류의 효력 발생 전의 부동산의 권원에 의한 점유자가 압류의 효력 발생 후에 취득한 유치권에 관하여는, 매수인은 현황조사보고서, 감정평가서, 매각물건명세서에 기재되어 있는지 여부에 관계없이 이를 인수하고, 압류의 효력 발생 후에 경매부동산의 점유를 한 자³⁷⁾가 취득한 유치권에 관하여는 그 점유 자체가 경매절차상 보호할 가치가 없는 것이므로 경매절차상의 매수인은 그 유치권을 인수할 필요는 없다는 주장이 있으나(鈴木忠一·三ヶ月章 편집, 1984, 石丸俊彦 집필), 유치권은 민법 320조 1항의 각 요건³⁸⁾을 모두 갖추어야 비로소 유치권이 성립되어 유치권을 주장할 수 있으므로(이학수, 1998),

37) 명백히 채무자의 처분행위에 의하여 그 점유를 취득한 자이거나 불법점유자로 봄.

38) ① 타인의 ② 물건을 ③ 점유한 자는 ④ 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 ⑤ 변제기에 있는

압류 이후에 점유를 취득한 경우는 물론, 압류 이전에 점유를 한 자가 압류이후에 채권을 취득한 경우에도 유치권은 압류이후에 성립한 것이므로 압류에 대한 대항력을 인정할 수 없다고 할 것이다.

압류 이전에 점유를 한 자가 압류이후에 채권이 발생하였을 경우 대항력을 인정한다면 채무자와 유치권자가 통모하여 허위 또는 과장된 유치를 양산하여 경매시장을 혼란에 빠뜨릴 위험이 있다.

2. 압류에 대한 저당권의 효력

1) 압류 이전에 성립한 저당권

압류 이전에 성립한 저당권은 배당요구 없이도 배당을 받을 수 있는 이해관계인으로서 선순위 우선변제청구권자 등이 배당받은 잔액으로 변제 충당을 받고, 소멸하게 된다.

2) 압류이후에 성립한 저당권

(1) 이해관계인 인지 여부

압류이후에 성립한 저당권자가 부동산위의 권리자로서 이해관계인이 되기 위해서는 배당요구의 종기까지 권리신고를 하여야 한다.³⁹⁾

(2) 효력

압류이후에 성립한 저당권은 압류의 처분금지 효에 저촉되어 무효이나 개별상대효설을 취하고 있는 우리나라 법제상 압류권자에 대하여만 대항할 수 없고,⁴⁰⁾ 후순위 권리자에 대하여는 여전히 담보물권으로서 우선변제권을 가진다(법원행정처, 법원실무제요 민사집행[II], 2003). 그런데 압류이후 성립한 저당권의 효력에 대하여는 우리나라와 일본의 법제가 다름을 유의할 필요가 있다.

① 일본 : 일본 민사집행법은, 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정 등기 후 가압류 채권자, 저당권등기자 등 선취특권자(일본 민집 51조 1항)는 배당요구를 할 수 있으며, 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에는 배당받을 자격이 있다(일본 민집 87조 1항 2호). 그런데 일본 민사집행법 87조 1항 4호⁴¹⁾에 언급한 채권자의 권리가 가압류의 등기 후에 등기가 된 것인 경우에는 그 채권자는 가압류 채권자가 본안의 소송에 있어 패소하거나, 가압류가 그 효력을 잃어버린 때에 한하여 배당 등을 받을 수 있고(일본 민집 87조 2항), 압류에 관계된 강제경매의 절차가 정지되어, 47조 6항의 규정에 의한 절차⁴²⁾를 속행한 취지의 재판이 있는 경우, 집행

경우에는 ⑥ 변제를 받을 때까지 ⑦ 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리

39) 대법원 2005. 5. 19. 고지 2005마59 결정, 구 민사소송법 시행 시에는 경락허가결정이나 낙찰허가결정이 있을 때까지 권리신고를 하였어야 함(대법원 2004. 6. 14. 고지 2004마118 결정)

40) 가압류의 경우에는 처분금지효를 인정하지 않으므로 가압류권자와 저당권자는 동순위로 배당받음.

41) 압류의 등기 전에 등기된 저당권으로 매각에 의해 소멸하는 것을 가진 채권자.

42) 이중개시결정에 관계된 강제경매 또는 경매의 절차가 정지될 때는, 집행법원은 신고에 의하여 후의 강제경매의 개시결정(배당요구의 종기까지 신고된 것에 한한다)에 근거하여 절차를 속행한 취지의 재판을 할 수 있다. 단, 앞의 개시결정에 관계된 강제경매 또는 경매의 절차가 취소될 경우, 62조 1항 2호(부동산에 관계된 권리의 취득 및 가처분집행으로 매각에 의하여 그 효력을 잃어버리지 않는 것)에 언급한 사항에 관하여 변경이 생길 때는 이 범위에 해당되지 않는다.

이 정지된 압류채권자가 그 정지에 관계된 소송 등에 있어 패소할 때는 압류의 등기 후 속행의 재판에 관계된 압류의 등기 전에 등기가 된 87조 1항 4호에 규정한 권리를 갖는 채권자는 배당을 받을 수 있다(일본 민집 87조 3항). 정리해 보면, ㉠ 압류이전에 저당권을 취득하였다라도 저당권보다 선순위로 가압류가 있는 경우 가압류권자가 본안에서 승소하면 저당권자는 배당을 받을 수 없고, ㉡ 이중경매사건에서 선행 압류와 후행 압류 사이의 저당권자는, 집행이 정지된 선행 압류채권자가 승소하면 배당을 받을 수 없다. 결국 압류나 가압류이후 등기한 저당권자는 압류나 가압류가 효력이 있는 한 배당받을 수 없으므로 일본 민사집행법은 절차상대효설을 따르고 있다고 하는 것이다.

② 우리나라 : 우리나라에서 압류이후에 성립한 저당권⁴³⁾은 민법에 의한 우선변제청구권이 있는 채권자로서 배당요구를 할 수 있으며(민집 88조 1항), 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에는 배당받을 자격이 있다(민집 148조 2호)(법원행정처, 민사집행법 해설, 2002). 배당의 실무상, 압류이후에 성립한 저당권은 압류권자, 기타 우선변제권자와의 성립순서에 따라 안분후흡수설, 순환흡수배당, 안분흡수배당, 배당순위의 모순저촉에 따른 특수흡수배당설에 따라 배당을 한다(법원행정처, 법원실무재요 민사집행II, 2003).

일본 민사집행법 87조 2,3항은 절차상대효설의 근간이 되는 규정으로, 우리나라 민사집행법 제정시 대법원의 민사소송법 개정위원회에서 도입하려고 하였으나, 대법관 3인으로 구성된 소위원

회에서 재심한 결과 우리나라에서 절차상대효설을 채택하는 것은 곤란하다고 하여 채택하지 않았다고 한다.⁴⁴⁾

3. 저당권에 대한 유치권의 효력

저당권은 약정담보물권으로서 우선변제권이 있어서 부동산경매에서 배당을 받든, 받지 못하든 모두 소멸하나(민집 91조 2항), 유치권은 법정담보물권이지만 우선변제권이 없어서 부동산경매에서 매수인이 인수하는 권리에 해당한다(민집 91조 5항). 그런데 저당권보다 먼저 성립된 유치권은 문제가 없으나, 저당권보다 후순위로 성립된 유치권은 후순위이면서 매수인에게 인수되므로 유치권으로 담보되는 채권만큼 매각부동산의 담보가치를 저감시키는 요인이 된다. 따라서 저당권보다 후순위로 성립된 유치권의 저당권에 대한 대항력 여부는 부동산경매의 권리분석에서 중요한 관건이 된다.(강민성(2004), pp.78-93.참조)

1) 학설

(1) 일본의 학설

일본의 통설 및 주류적 견해는, ‘유치권은 그 성립시기의 선후에 상관없이 저당권에 우선한다는 것이다. 그러나 최근 위와 같은 주류적 입장에 대하여 “저당권과 유치권의 우열관계를 저당권설정등기가 경료된 때와 유치권의 성립요건이 충족된 때(혹은 점유가 개시된 때)의 선후관계에 의하여 결정하여야 하고, 저당권보다 나중에 성립한 유치권으로는 저당권자, 따라서 경매절차상의 매수인에 대한 관계에서는 대항할 수 없다”고

43) 첫 압류이전에 등기된 저당권은 당연 배당권자임(민집 148조 4호)

44) 자세한 것은 법원행정처, 민사집행법해설, 2002, pp.195-197.참조

해석해야 한다는 비판이 가하여지고 있다(新美育文, 1996; 西口元, 2000).

일본의 학설은, “...유치권의 범위를 넓게 인정하는 것에 저항이 있는 것은, 경합하는 저당권자의 이익이 해하여진다는 것인데, 저당권자에 대한 관계에서는 대항문제로서 해결하는 것이 타당하다고 생각된다”(秦光昭, 1995), “유치권은, 우선변제권이 없는 담보물권으로 유치권의 목적물에 관하여, 선순위 담보권이 설정되어 있는 경우라도, 담보권의 실행에 의하여 목적물을 취득한 자가 목적물의 인도를 받으려고 하는 때는, 유치권의 피담보채권을 변제해야 하므로 유치권자는 사실상 최우선으로 피담보채권 전액을 변제받을 수 있고, 그 결과, 선순위의 담보권자는 예기하지 않은 사정에 의하여, 목적물의 우선변제권을 그보다 뒤에 생긴 유치권에 의하여 박탈되는 지극히 불합리한 사태가 발생할 수 있는 것으로 된다”(秦光昭, 2002), “나대지에 근저당권이 설정된 뒤 건물이 건축된 경우에는 법정지상권이 성립하지 않는다. 건축회사가 법정지상권이 발생하지 아니하여, 수거해 가지 않으면 안 될 건물을 건축한 것에 대하여 상사유치권자가 그 공사대금채권을 경매절차상의 매수인으로부터 회수하는 것은 지극히 불합리하다. 근저당권의 등기와 상사유치권의 점유를 대항문제로서 하여 취급함으로써, 근저당권자의 불측의 손해를 회피할 수 있도록 하는 것이, 현행법의 해석으로도 충분히 가능하다고 생각 한다”(田積司, 1996), “이미 저당권이 설정되어 있는 부동산에 관하여, 민사 또는 상사유치권의 성립을 인정한다고 하더라도 유치권자는 유치권 성립보다 전에 이미 설정되어, 대항요건을 갖추고 있는 물건자(전형적으로는 저당권자)에는 대항할 수 없고(따라서 담보경매에 있

어서 매수인에게도 유치권을 대항할 수 없다), 이러한 유치권은, 채무자, 유치권 성립 후에 물권을 취득한 자(목적부동산의 양수인이나 후순위저당권자 등) 및 일반채권자에 대항할 수 있을 뿐이라고 해석하고자 한다”(生熊長幸, 1996), “유치권의 성부에 관하여 상사유치권(일본 상법 522조)의 경우 피담보채권과 목적물 사이의 견련성이 요구되지 않는다. 그러나 나대지에 저당권이 설정된 후 토지 소유자가 건물을 건축하여 공사대금에 관한 유치권을 행사하는 경우, 최근의 판례는 건물 건축공사의 수급인의 부지에 대한 상사유치권의 성립을 부정하는 것이 추세라고 하더라도 크게 틀리지 않을 것 같다. 이와 같은 판례흐름의 배후에는 이미 저당권등기가 경료된 부지에 관하여, 점유 이외에는 구체적인 공시방법이 없는 상사유치권이 나중에 성립하고, 나아가 이것에 사실상의 우선적 지위를 부여한다면 저당권자가 예측하기도 곤란하고, 감내하기도 힘든 커다란 불이익을 입는 결과로 되어, 공시주의를 기초로 하는 담보법질서를 동요시킬 염려가 있다는 점 등의 실질적인 고려가 작용하고 있다고 생각한다”(岸日出夫, 2001)는 등의 주장이 있다.

한편, 프랑스 민법 이론을 도입하여 유치권 개념의 재구성을 시도하여 물건과 채권과의 견련성을 ‘물적 견련성’과 ‘법적 견련성’으로 나누어 고찰하는 清水元 교수는, “목적물을 점유하고 있는 자의 비용상환청구권과 같이 목적물과 채권 간에 물적 견련성이 인정되는 경우에는, 가사 그 점유자가 저당권이 설정된 이후에 목적물을 점유하였다고 하더라도, 그 저당권 실행절차에서 유치권을 대항할 수 있는 반면, 매매계약이 해체된 경우 발생하는 대금반환채권 같이 목적물과 채권 간에 법적 견련성이 인정되는 경우에는 그 목적물에

관하여 독립된 이해관계를 갖고 있는 제3자에 대하여 원칙적으로 유치권을 대항할 수 없다”고 주장한다. 清水元 교수의 위와 같은 자신의 해석론은, 물건에 비용을 지출하였다 하더라도 이미 당해 물건에 저당권이 설정되어 있는 경우에는, 그 저당권 실행절차에서 유치권을 주장할 수 없다고 하는 프랑스 판례와는 다르다(清水元, 1998).

(2) 우리나라

우리나라의 통설은, 그 성립시기의 선후에 상관없이 유치권이 저당권에 우선한다는 것을 자명한 이치로 받아들이고 있다. “유치권은 우선변제적 효력을 가지고 있지 않으므로, 이론상으로는 저당권과의 경합, 따라서 우열의 문제는 생기지 않고, 다만 유치권자는 민사집행법 91조 5항에 의하여 사실상으로는 우선변제를 받게 된다”고 한다(곽윤직, 1999).

그러나 강민성 판사는(2004), “유치권의 담보물권으로서의 특성과 담보물의 교환가치에 대한 저당권자의 신뢰이익 존중이라는 두 가지 판단요소를 종합하여 볼 때, ① 저당권이 설정된 부동산임을 알면서도, 기존 공사대금채권을 회수할 목적으로 당해 부동산의 점유를 취득하거나, ② 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 대항하

는 것은 허용되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 본다”고 한다.

2) 판례

(1) 일본

이 문제에 관한 일본 최고재판소 판례는 아직 없는 것으로 보인다. 일본 하급심 판례는 저당권을 우선시한 판례가 나오고 있으나 그 입장이 확립되어 있지는 않은 것으로 보인다.

일본 하급심 판례는, 건축공사도급계약이 저당권설정등기 후에 체결되고, 이 계약에 기하여 점유가 개시된 사안에서 건축공사수급인의 점유권을 저당권자에 대하여 주장할 수는 없고, 저당권자에 대한 관계에서는 위 점유가 불법점유라고 해석⁴⁶⁾해야 하므로, 이 점에서도 이 사건 경매절차에 있어서, 건축공사수급인은 상사유치권을 주장할 수 없다고 해석해야 한다는 사례⁴⁷⁾, 건축공사계약이 있는 상태(착공일자는 미상)에서 저당권이 경료된 경우 건물공사수급인에 대하여 시공 한 토지에 대한 상사유치권을 인정한다고 하면, 저당권 등 담보권의 대상으로 되어 있는 토지 위에 건물을 건축하면서, 의도적으로 그 공사대금을 변제하지 아니하고(사안의 경우, 변제의 지체로 인하여 원래 공사대금액의 2배 이상의 지연손해금을 생기게 함) 공사수급인에게 토지에 대한 상사유치권을 실행하게 하여 저당권자에 대한 배당을 감액 내지 무화시키는 것과 같은 저당권의 실효성을 해하는 조작도 가능한 것으로 되고, 또한 무잉여의 이유로 토지에 대한 저당권의 실행

45) 고의로 점유를 하는 것을 말하며, 불법으로 점유하는 것은 아님.

46) 저당권이 있음을 알면서도 건축공사계약 후 점유한 경우 불법점유라고 해석한다는 것인바, 불법은 아니고 고의에 의한 점유로 해석하는 것이 타당하다고 본다.

47) 동경고등재판소 1994. 12. 19. 결정(判例タイムズ 890호, p.254)

을 사실상 불가능하게 하는 사태를 초래할 가능성이 있어, 담보권제도의 질서를 교란할 위험이 있다고 한 사례⁴⁸⁾, 물건의 매매대금채권 등의 교환가치를 체현하는 채권에 관하여 물건과의 건련성을 긍정할 수 있으려면⁴⁹⁾ 그 물건에 관하여 물건변동(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 거래에 들어오려고 하는 제3자에게도 인식 가능한 경우에 한한다고 해석⁵⁰⁾해야 할 것이라고 한 사례가 있다.

(2) 우리나라

우리나라는 이 문제에 관한 판례는 아직 없는 것으로 보인다. 다만, 담보권 실행을 위한 경매절차에서 근저당권자가 유치권자로 권리신고를 한 자에 대하여 유치권부존재확인 of 소를 구할 법률상의 이익이 있다고 하여(대법원 2004. 9. 23. 선고 2004다32848 판결), 저당권자가 유치권자를 상대로 이해관계가 있음을 인정하고 있다.

3) 소결

민사집행법 91조 5항(구민사소송법 608조 3항)의 입법취지에 관하여는 알 수 없으나, 유치권에 대하여 성립시기의 선후에 관계없이 매수인이 인수하도록 한 것은 우선변제권이 없는 담보물권이므로 인수를 시키지 않을 경우 유치권을 보호할 수 없기 때문인 것으로 보인다. 그러나 유치권이 물권으로서 절대권을 가지지 않는 이상 저당권과의 조화는 필요한 것이고, 저당권에 대한 권리의 한계는 정해야 할 것이다.

일본의 학설과 판례가 점차 저당권을 보호하는 방향으로 변하는 추세를 고려할 때 ‘저당권이 설정되어 있는 사실을 알았을 경우, 유치권이 저당권보다 후순위로 성립한 경우에는 저당권에 대항할 수 없다’고 하는 것이 타당하다고 본다. 이것은 유치권이 법정담보물권이라고 하지만 선행하는 저당권을 침해하면서 성립할 것을 기대할 수는 없는 것이고, 선행하는 저당권이 있다는 것을 알았을 경우에도 대항력을 인정하는 것은, 건물의 건축주가 당해 건물의 건축공사 수급인과 통모하여, 위 수급인이 당해 건물을 점유하고 있지 않은 상태에서 당해 건물을 저당물로 제공하

48) 東京高等裁判所 1999. 7. 23. 결정(判例タイムズ 1006호, p.117)

49) 일본의 다수설과 최고재판소 판례는 건련성에 관하여 이원설을 취하고, 매매계약의 해체에 따른 대금반환채권을 피담보채권으로 하여 매매목적물에 대하여 유치권을 행사하는 것이 가능한 것으로 봄.

50) 東京高等裁判所 2002. 6. 6. 결정(金融法務事情 1649호, p.38), 민법상 유치권이 인정되기 위해서는 물건과 채권과의 건련성이 인정되어야 하는바, 이러한 건련성은, 물건이 채권의 부담을 지는 것에 대한 실질적 근거이고, 나아가 제3자와의 관계에서 공평성을 유지하는 의미가 있다. 물건의 매각대금채권 등 물건 자체의 교환가치를 체현하는 채권에 관하여, 교환가치의 체현을 실질상의 근거로 하여 유치권이 인정되는 것이다. 그러나 그 교환가치의 체현이라고 하는 것은, 매매계약 등 계약이라고 하는 인간의 행위에 기초를 두고 있는 것이어서, 자의적으로 되기 쉽고, 물적 부담의 근거로서, 물건의 가치의 증가 등과 비교하여 본다면, 설득력 있는 확실한 것이라고는 말할 수 없다. 또한, 부동산의 경우 특히 권리관계가 복잡하기 때문에, 이미 부동산의 교환가치에 관하여 권리를 가지고 있는 자가 있는 경우에 물적 부담인 유치권을 인정하는 것은, 제3자와의 관계에서 실질적인 공평성은 유지되지 않는 것으로 된다.

여 자금을 차용한 뒤에 위 수급인으로 하여금 당해 건물을 점유하게 하거나, 저당권이 설정된 건물의 건축주가 폭력배 등의 제3자와 공모하여 당해 건물에 대한 저당권의 원활한 진행을 방해할 목적으로 제3자로 하여금 당해 건물을 점유하고, 필요비나 유익비 등을 지출하게 하는 것과 같은 일종의 도덕적 해이를 유발할 가능성이 크기 때문이며(강민성, p.92참조), 물권의 성립우선주의에도 부합한다고 할 것이다.

이와 같이 해석하는 근거로서, ① 저당권 설정 이후에 성립한 용익권에 관하여 종전의 판례와 학설은, 구 민사소송법에 아무런 규정이 없음에도, 저당권자의 목적물에 대한 설정 당시의 담보가치⁵¹⁾ 평가는 보호되어야 한다는 이유로 용익권은 목적물에 설정된 최우선의 저당권을 기준으로 목적물이 경매절차에서 경락됨에 따라 소멸한다고 하였는데,⁵²⁾ 현행 민사집행법은 위와 같은 학설과 판례를 받아들여 입법론으로 해결한 점⁵³⁾, ② 민법 366조 소정의 법정지상권의 성부에 관하여 통설과 판례는, 원칙적으로 “저당권 설정 당시에 존재한 건물에 한하여 법정지상권이 인정 된다”고 해석하면서, 그 근거로 “저당토지의 교환가치 하락으로 인하여 저당권자가 불측의 손해를 입게 된다”는 점,⁵⁴⁾ ③ 민법 320조 2항은, 유치권에 관하여 점유가 불법행위로 인한 경우에는 적용하지 않는바, 기존에 공사대금채권이 있

는 자가 저당권이 설정된 부동산임을 알면서 점유를 취득하여 유치권을 주장하는 경우, 저당권이 설정된 부동산임을 알면서 점유를 취득한 후 필요비나 유익비를 지출한 경우에는 위 320조 2항을 유추적용하여 장차 경매절차에서 당해 부동산을 매수한 사람을 상대로 하여 유치권을 내세워 대항하는 것은 허용되지 않는 것으로 해석하는 것이 타당하다는 점, ④ 저당권 설정 후 성립된 유치권의 효력을 인정할 경우, 채무자 또는 소유자가 건축공사와 관련하여 건축공사 수급인과 통모하여, 부동산을 점유하고 허위·과장 유치권을 주장하여, 선순위인 저당권의 행사를 방해하거나 부당이득을 챙기는 등 부도덕한 행위를 할 가능성이 크기 때문이다.

4. 압류이전에 성립한 유치권이 저당권보다 후순위일 경우

저당권이 설정된 부동산에 유치권이 성립되고 압류가 된 경우, 개별상대효설을 채택하고 있는 현행 법제하에서, 유치권은 압류에는 대항할 수 있으나 저당권에는 대항할 수 없는바, 유치권 성립당시 부동산의 담보가치 이상 이미 저당권이 설정되어 저당권에 의한 담보권의 행사가 예상되는 경우 유치권 행사는 악의로 추정되므로 유치권의 대항력을 부인하고(대전고법 2004. 1. 15.

51) 설정당시의 담보가치는 아니라는 주장도 있으나(곽윤직, pp.433-434.) 근저당권의 경우 저당권확정시 발생한 채권을 피담보채권으로 하므로 설정 당시의 담보가치로 파악하는 것이 타당하다고 생각한다. 동지: 강민성(2004), p.91.; 김증한·김학동(1997), pp.529-530.

52) 곽윤직(1999), p.468 ; 대법원 1987.3.10. 선고 86다카1718 판결 ; 대법원 1999.4.23. 선고 98다32939 판결.

53) 지상권·지역권·전세권 및 등기된 입차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다.

54) 곽윤직(1999), p.470 참조.; 대법원 1992.6.12. 선고 92다7221 판결.

선고 2002나5475 판결 참조), 선순위 저당권의 채권액이 담보가치에 미달하는 경우 부동산에 관하여 추가로 유익비 등을 지출하여 부동산의 담보가치를 증진시키는 등 선의의 유치권으로 인정되는 경우에는 그 대항력을 인정하는 것이 타당하다고 본다.

IV. 부동산경매에서 유치권의 대항력에 관한 대안제시

1. 대항력의 한계 정

앞에서 압류나 저당권이 성립한 후에 성립한 유치권의 효력의 한계에 대하여 살펴보았다. 압류의 처분금지효, 담보물권인 저당권의 순위 보전 효력 및 저당권의 교환가치 보호 때문에 압류나 저당권보다 후순위로 성립한 유치권은 부동산경매에서 매수인에게 대항력이 없다는 것이 판례나 학설의 추세이다.⁵⁵⁾ 그러나 경매 실무상 이해관계인들이 권리신고 된 유치권의 대항력 유무를 판단하는 것은 매우 어렵다. 물론, 부동산경매절차상의 부동산에 대한 침해방지조치, 채권신고, 현황조사, 감정평가절차 등을 통하여 어느 정도 유치권에 관한 사실관계 파악이 가능하겠으나 쉽지 않은 일이다.

유치권은 법정담보물권으로서 점유가 불법한 경우에는 적용하지 않고(민법 320조 2항), “압류

가 있음을 유치권자가 알았는지 여부 또는 이를 알지 못한 것에 관하여 과실이 있는지 여부 등은 유치권자가 그 유치권을 매수인에게 대항할 수 없다는 결론에 아무런 영향을 미치지 못한다”는 판례(대법원 2006.8.25. 선고 2006다22050 판결)는 ‘압류 후 성립한 유치권은 민사집행법 92조 1항, 83조 4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되어 매수인에게 대항할 수 없다’는 것으로, 압류의 처분금지효에 대한 판단기준으로 대단히 유의한 판례이다.

따라서 부동산경매에서 유치권의 경우 입법·정책적 대안으로 개별상대효의 법리, 압류의 처분금지효나 민법 320조 2항을 유추적용하여, ‘유치권자가 압류나 저당권이 있음을 알았을 경우에는 후순위로 성립한 유치권으로 먼저 성립한 압류나 저당권에 대항할 수 없다’고 정의함으로써 대항력의 한계를 단순하고, 명확히 할 필요가 있다. 이로써 부동산경매의 이해관계인은 유치권의 성립이 압류나 저당권에 우선하는지 여부에 의해 대항력 유무를 판단할 수 있고, 극히 예외적으로 압류 또는 저당권이 있음을 모르고 선의로 유치권을 취득한 것인지 여부를 판단하면 될 것이다.⁵⁶⁾ 다만, 선순위 저당권의 채권액이 담보가치에 미달하고, 부동산에 관하여 공사비, 유익비 등을 지출하여 부동산의 담보가치를 증진시키는 등 선의의 유치권으로 인정되는 경우에는 그 대항력을 인정하는 것이 타당하다고 본다.

55) 물론, 추구하는 이론적 배경에 따라 이설이 있고, 저당권이 압류보다 유치권에 대한 대항력이 약한 것처럼 보이며, 판례도 사안에 따라 미묘한 차이는 있으나 유치권에 의한 폐해로 인하여 점차 대항력을 강화하는 방향으로 나가고 있고, 최근의 대법원 판례의 경향은 더욱 그러하다.

56) 통상 등기부등 공부에 의해 악의 여부를 판단하므로 압류나 저당권보다 후에 유치권이 성립한 경우 악의가 추정될 것이다.

2. 경매절차 개선을 통한 유치권 확인

부동산경매에서 유치권이 신고 될 경우, 유치권의 성립시기 등 요건에 해당하는 확실한 정보가 없는 이해관계인들로서는 유치권의 대항력 유무를 쉽게 파악할 수 없다. 이에 따라 경매절차는 지연되고, 부당한 유치권자는 이를 이용하여 부당이득을 챙기는 악순환을 거듭하고 있다.

따라서 경매절차가 개시되고 현황조사를 할 때 현장실사를 강화하여, 부동산에 관하여 유치권자와 같은 점유권자의 존재 여부 등에 대한 조사를 철저히 하여 유치권을 조기에 발견하여 권리신고를 하도록 유도하고, 배당요구의 종기까지 권리신고를 한 경우에는 심문기일을 지정하여 유치권의 진정성 여부에 대한 사실관계를 파악함으로써 부당한 유치권의 발생을 줄이고,⁵⁷⁾ 유치권의 대항력 여부를 쉽게 파악할 수 있는 근거를 제시하며, 이 과정에서 파악된 정당한 유치권에 대하여는 배당요구의 기회를 제공하는 등 적극적인 보호를 함으로써 유치권이 담보물권자로서 정당한 대접을 받도록 하면, 부당한 유치권에 의한 경매의 혼란을 줄일 수 있을 것이다.

선후에 의하여 대항력의 유무를 판단하는 경향이 다. 그러나 아직도 일반적인 이론으로 정립된 것은 아니어서 유치권의 한계에 대하여는 여전히 논란거리가 되고 있다.

따라서 본고에서는 압류, 유치권, 저당권의 특성을 살펴보고, 악의의 유치권 및 저당권은 선행하는 압류에 대하여 압류의 처분금지효에 의해 대항할 수 없고, 악의의 유치권은 선행하는 저당권에 대하여 저당권의 교환가치 보호 등의 이유로 대항할 수 없음을 살펴보았다. 이러한 문제를 인식하여 유치권자가 ‘압류나 저당권이 있음을 알았을 경우에는 후순위로 성립한 유치권으로 먼저 성립한 압류나 저당권에 대항할 수 없다’고 정의함으로써 대항력의 한계를 명확히 할 필요가 있음을 살펴보았다.

그러나 위와 같은 일반적인 이론적 정의가 성립되기 위해서는 유치권의 성립을 객관적으로 파악할 수 있는 기법이 마련되어야 하고, 유치권의 존재 여부를 정확히 파악할 수 있는 경매절차의 제도적인 보완이 있어야 하므로 이 부분에 대한 논의와 연구가 있어야 할 것이다.

접 수 일 : 2007년 7월 30일

심사완료일 : 2007년 8월 13일

V. 결론

부동산경매에서 유치권의 대항력의 한계에 대하여 그동안 많은 논란이 있었다. 그러나 최근에는 유치권으로 인한 폐해가 늘어나면서 법원에서 도 경매절차 내에서는 적극적으로 유치권의 성립

57) 법원이 심문기일을 지정하여 소환을 하는 것만으로도 부당한 유치권자를 압박하여 그 발생을 줄일 수 있을 것이다.

참고문헌

1. 강민성, “민사집행과 유치권”, 「사법논집」제36집, 법원행정처, 2004
2. 박윤직, 「신정 물권법」, 박영사, 2000
3. 박윤직, 「물권법(신정수정판)」, 박영사, 1999
4. 김상용, “담보물권제도의 과제”, 「민사법학」, 한국사법행정학회, 1993
5. 김상용, 「물권법」, 법문사, 1999
6. 김상원 외 3인 편집대표, 「주식 강제집행법(III)」, 한국사법행정학회, 1993
7. 김용환, “저당권의 본질과 가치권에 관한 연구”, 「건국대 학술지」제26집 제1권, 1982
8. 김정현, 「신고 경매실무요론(상)」, 한국사법행정학회, 1975
9. 김중환·김학동, 「물권법(제9판)」, 박영사, 1997
10. 박정기, “압류의 처분금지효에 저촉하여 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부”, 광주지방법원 「재판실무연구」, 광주지방법원, 2006
11. 법원행정처, 「민사집행법해설-구 민사소송법(집행절차편) 개정부분」, 2002
12. 법원행정처, 「법원실무제요 민사집행II-부동산집행」, 법원행정처, 2003
13. 배태연, “부동산의 압류·가압류 후에 설정된 담보물권의 효력과 배당우선순위”, 법원행정처 「사법논집」제21집, 법원행정처, 1990
14. 석호철, “경매개시결정의 효력”, 법원도서관, 「재판자료」제35집, 법원도서관, 1987
15. 손진홍, “배당요구의 종기 결정과 관련된 우선채권자의 보호에 관한 문제점 고찰”, 법원도서관 「재판자료」제109집, 법원도서관, 2006
16. 윤부찬, “한국 저당권의 구조와 최근의 동향”, 「토지법학」제22호, 한국토지법학회, 2006
17. 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004
18. 이재성, 「주식 경매법」, 법조문화사, 1978
19. 이재성, “유치권의 담보물권으로서의 성격”, 박영사, 「민사법학의 제문제」, 1990
20. 이학수, “유치권이 요구하는 점유의 정도”, 「판례연구」제8집, 1998
21. 조정숙, 정옥태, “담보물권의 성질”, 「연구논집」제20권, 이화여자대학교 대학원, 1991
22. 주기동, “가압류의 처분금지적 효력”, 「재판자료」제45집, 법원도서관, 1989
23. 關武志, 「留置權の研究」, 信山社, 2001
24. 吉野衛·三宅弘人 편집대표, 「釋 民事執行法(3)」, 文唱堂, 1983
25. 福永有利, “不動産上の權利關係の解明と賣却條件”, 「民事執行法の基本構造」, 西神田編集室 竹下守夫·鈴木正裕 편집, 1981
26. 生熊長幸, “建築請負代金債權による敷地への留置權と抵當權(下)”, 「金融法務事情」제1447호, 1996
27. 西口元, “平成 11年度 主要民事判例解説”, 「判例タイムズ」제1036호, 2000
28. 石川明 외 2인 編, 「注解 民事執行法(상권)」, 青林書院, 1991
29. 新美育文, “建築請負業者の敷地についての商

- 事留置權」, 『判例タイムズ』제901호, 1996
30. 岸日出夫, “商事留置權”, 『民事執行法』, 青林書院, 山崎恒・山田俊雄 編, 2001
 31. 鈴木忠一・三ヶ月章 편집, 『注解 民事執行法(2)』, 第一法規, 竹下守夫 집필, 1984
 32. 鈴木忠一・三ヶ月章 편집, 『注解 民事執行法(3)』, 第一法規, 石丸俊彦 집필, 1984
 33. 鈴木忠一・三ヶ月章 편집, 『注解 民事執行法(3)』, 第一法規, 中山一郎 집필, 1984
 34. 佐藤歳二, “不動産引渡命令”, 『ジュリスト』제876호, 1987
 35. 田積司, “建築請負工事代金についての不動産留置權と根抵當權”, 『米田實古稀記念 現代金融取引法の諸問題』, 1996
 36. 秦光昭a, “不動産留置權と抵當權の優劣を決定する基準”, 『金融法務事情』, 제1437호, 1995
 37. 秦光昭b, “競合する抵當權と民事留置權の成立要件”, 『金融法務事情』, 제1657호, 2002
 38. 清水元, 『留置權概念の再構成』, 一粒社, 1998
 39. 대법원홈페이지 <http://glaw.scourt.go.kr>
 40. 그 외 판례 다수