

〈논문〉

유치권에 관한 민법 개정안 소개와 분석*

權 英 俊**

요 약

법무부 민법개정위원회는 2009년 2월부터 2014년 2월까지 민법 재산편 전면 개정시안을 만들었고, 법무부는 2013년 7월 17일 그 중 유치권에 관한 개정안을 국회에 제출하였다. 이 개정안에는 유치권의 폐해가 가지는 심각성에 대한 인식과 이를 극복하기 위한 입법적 의지가 담겨 있다. 이 개정안의 큰 방향성은 다음과 같다.

첫째, 등기된 부동산에 대한 유치권을 폐지하고, 그 대안으로 저당권설정청구권(제1유형 저당권설정청구권)을 인정한다. 이 저당권설정청구권은 저당권설정계약이 없더라도 일정한 법정 요건을 갖추면 인정되는 권리이다. 이에 따라 설정되는 저당권은 등기로 공시된다. 일반적인 저당권과 성립 요건은 다르지만 효력은 같다. 점유는 권리발생요건 또는 권리행사요건이 아니다. 결국 유치권의 점유 요건을 저당권설정등기로 대체함으로써 공시 문제와 점유기간 중 부동산 불이용으로 인한 비효율 문제를 동시에 극복한다.

둘째, 미등기 부동산과 동산에 대한 유치권은 존치시킨다. 미등기 부동산과 동산에는 저당권을 설정할 수 없기 때문이다. 다만 미등기 부동산이 등기되면 저당권설정이 가능해진다. 따라서 유치권자는 등기일 후 6개월 내에 저당권설정청구권(제2유형 저당권설정청구권)을 행사해야 한다. 이 저당권설정청구권에 따라 저당권이 설정되거나 위 기간 동안 저당권설정청구권을 행사하지 않으면 유치권은 소멸한다. 제2유형 저당권은 기존 유치권을 대체하는 의미를 가지므로 제1유형 저당권과는 달리 그

* 이 글은 2016. 3. 25. 서울대학교 법학연구소가 주최한 공동연구 학술대회 <민법개정안에 관한 심층 연구>에서 발표된 것으로서 권영준, 2013년 민법 개정시안 해설(민법총칙·물권편), 법무부 연구용역보고서(2013. 9) 및 그 후 이루어진 개정작업 결과를 추가로 반영하여 작성한 권영준, 2014년 민법 개정시안 해설(민법총칙·물권편)(미공간)의 유치권 해당 부분을 수정·보완하여 작성한 것이다. 위 연구용역보고서 작성 과정에서는 박설아 변호사(법제처, 민법 박사과정)와 양진섭 사무관(법원행정처, 민법 박사과정)이 많은 도움을 주었고, 위 해설서 및 이 글을 작성하는 과정에서는 이소은 변호사(서울대학교 법학전문대학원 연구지원실장, 민법 전문박사과정)가 많은 도움을 주었다. 또한 서울대학교 윤진수 교수님께서 이 주제에 대해 발표하도록 권유하여 주셨고, 서울대학교 이계정 교수님께서 공동학술대회에서 귀중한 토론을 하여 주셨다. 이분들에게 감사드린다. 아울러 이 글은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2014년도 학술연구비(공동연구) 지원을 받아 작성되었음을 밝힌다.

** 서울대학교 법과대학/법학대학원 교수.

효력이 피담보채권의 변제기로 소급한다. 이 점에서 제1유형 저당권보다 강력한 효력을 가진다. 한편 위 기간 내에 저당권설정청구권을 행사하지 못하면 한시적으로 존속하던 유치권은 소멸한다. 다만 그 후에도 제1유형 저당권설정청구권을 행사하는 것은 여전히 가능하다.

이 개정안이 제19대 국회에 제출된 후 개정안의 당부를 둘러싸고 상당히 많은 논의가 진행되었다. 이 글은 이러한 후속 논의를 반영하여 개정안을 소개하고 분석한다. 여러 상황 상 개정안이 제19대 국회를 통과할 가능성은 매우 낮아졌다. 그러나 개정안에 담긴 문제의식과 해법, 그리고 이를 계기로 모처럼 꽃핀 활발한 입법론은 이러한 상황과는 무관하게 여전히 주목받을 가치가 있다. 따라서 유치권 제도 개선을 둘러싼 논의는 개정안의 통과 여부와 무관하게 계속되어야 한다. 이 글은 이러한 노력에 조금이나마 기여하기 위한 것이다.

주제어: 유치권, 저당권, 저당권설정청구권, 부동산 등기, 민법 개정안, 점유, 변제기

※ 이 논문의 서술기준일은 게재확정일인 2016년 5월 20일이다. 그 이후인 2016년 5월 29일에 19대 국회의 임기가 만료됨에 따라 유치권 개정안은 폐기되었다.

I. 유치권에 관한 민법 개정안의 배경

우리 민법은 1958년 2월 22일 법률 제471호로 공포되어 1960년 1월 1일부터 시행되었다. 그 중 물권법을 포함한 재산법 분야는 지금까지 50여 년 동안 전면 개정 없이 대체로 그 모습을 보존하여 왔다. 그런데 우리 민법은 제정 당시의 시대상, 즉 1950년대의 상황을 전제로 제정된 것이므로 오늘날의 상황에 그대로 들어맞을 수는 없다. 또한 우리 민법은 그 당시의 외국 법제를 참조하여 만든 것인데, 국제적으로 보면 개별 국가의 민법 개정과 국제 모델법 제정을 통하여 외국 법제에도 많은 변화가 있어 이를 우리 법제에 고려할 필요가 생겼다. 아울러 민법 제정 이래 엄청난 속도로 축적된 판례들은 추상적인 민법 규정과 구체적인 현실 사이를 중재하는 살아 있는 민사 규범의 역할을 수행해 왔는데, 이를 민법 규정에 반영할 필요도 생겼다. 이러한 배경 아래 법무부 민법개정위원회는 2009년 2월부터 2014년 2월까지 민법 재산편 전면 개정시안을 만들었다. 법무부는 2013년 7월 17일 그 중 유치권에 관한 개정안(이하 “개정안”이라고 한다)¹⁾을 국회에 제출하였다.

1) 의안번호 6019. 이 개정안의 내용을 반영한 민사집행법 개정안(의안번호 6017)과 부동산등기법 개정안(의안번호 6018)도 같은 날 국회에 제출되었다.

유치권은 일정한 채권과 관련하여 물건을 점유함으로써 성립하는 법정담보물권이다. 유치권을 인정하는 이유는 타인의 물건을 점유하는 자가 그 물건에 관한 채권을 가지는 경우 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건의 반환을 거절할 수 있도록 함이 공평하다고 여겨지기 때문이다.²⁾ 그런데 부동산 유치권에 관하여는 다음과 같은 문제가 지적되어 왔다.

첫째, 부동산 유치권은 절대적·배타적 효력을 가지는 물권인데도 등기로 공시되지 않는다.³⁾ 부동산 유치권의 공시방법인 점유는 등기에 비해 공시기능이 현저히 약하다. 이처럼 불충분한 공시로 인한 피해는 경매절차에서 두드러진다. 유치권은 등기로 공시되지 않으므로 경매절차 중 집행관의 현장조사 또는 그 이후에 비로소 그 존재가 알려지는 경우도 많다.⁴⁾ 그런데 유치권이 성립하면 부동산의 매각 가치와 매각 가능성이 떨어진다.⁵⁾ 그 부동산의 매수인은 피담보채권을 변제하지 않는 한 유치권자로부터 부동산 인도를 받을 수 없기 때문이다(민사집행법 제91조 제5항 참조).⁶⁾ 결국 저당권자는 부동산 담보가치가 하락하는 불이익을 입는다.⁷⁾ 또한 채무자도 부동산 매각을 통해 채무를 변제할 가능성이 줄어드는 불이익을 입는다. 이처럼 유치권의 파급효과는 크지만 그 외관 창출은 쉽기 때문에 허위 유치권을 내세우는 경우도 많다.⁸⁾ 그래서 유치권은 경매절차의 장애물처럼 여겨져 왔다.⁹⁾

-
- 2) 곽윤직 편집대표, **민법주해[VI] 물권(3)**(박영사, 1992), 275면(호문혁 집필 부분); 김용담 편집대표, **주석 민법 물권(3)**(한국사법행정학회, 2011), 413면(김갑유 집필 부분); 곽윤직·김재형, **물권법**(박영사, 2014), 375면; 李英俊, **物權法**(박영사, 2009), 760면; 송덕수, **신 민법 강의**(박영사, 2015), 758면; 지원원, **민법강의**(홍문사, 2015), 743면; 梁彰洙, “留置權의 成立要件으로서의 「債券과 物件 간의 牽聯關係」”, **民法研究**, 제1권(박영사, 1991), 227면.
- 3) 金載亨, “부동산 유치권의 개선방안 - 2011년 민법개정시안을 중심으로 -”, **민사법학**, 제55호(2011. 9), 341면은 이 점에서 부동산 유치권을 ‘기이한 물권’이라고 표현한다.
- 4) 한상곤, “민사집행절차에서 본 유치권의 개정안에 대한 고찰”, **慶熙法學**, 제50권 제1호(2015), 160면.
- 5) 이 문제에 대한 실증 연구로서는 박혜웅·남기범, “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가 차이에 미친 영향분석”, **한국정책연구**, 제11권 제3호(2011), 134면 이하.
- 6) 원래 유치권자에게는 우선변제권이 인정되지 않는다. 따라서 유치권에 의한 경매의 경우 유치권자는 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받을 수 있을 뿐이다(대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정). 그런데 민사집행법은 일반 경매에서는 유치권에 대하여 인수주의를 채택하고 있어 이 경우 우선변제권이 없는 유치권자가 사실상 우선변제를 받게 되는 결론에 이른다.
- 7) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결 및 대법원 2016. 3. 10. 선고 2013다99409 판결의 판결이유 참조.
- 8) 金載亨(註 3), 344면, 350면; 이정민·이점인, “허위·가장 유치권 문제와 유치권 등기의 필요성에 대한 검토”, **民事法理論과 實務**, 제18권 제1호(2014), 186-195면.

심지어 경매절차의 “합정” 내지 “공적 제1호”라고도 불린다.¹⁰⁾

둘째, 유치권은 유치권자의 점유를 요건으로 하면서도(민법 제320조 및 제328조) 유치권자의 사용·수익은 원칙적으로 금지한다(민법 제324조 제2항 본문). 그렇다고 타인이 이를 사용·수익할 수 있는 것도 아니다. 점유를 요건으로 하는 유치권의 행사가 계속되는 한 피담보채무자나 소유자도 유치물을 사용·수익할 수 없다. 결국 유치물의 사용·수익가치가 사장된다. 이는 이해관계인뿐만 아니라 사회 전체의 관점에서 볼 때 큰 손실이다. 부동산의 사용수익가치와 교환가치를 분리하여 부동산의 용익적 가치와 담보적 가치를 극대화하는 저당권 제도와 비교하면 유치권 제도는 이 점에서 비효율적이다. 재산권 법제는 가급적 그 재산권의 객체가 가지는 가치를 극대화하는 데에 도움을 주는 방향으로 발전해야 하는데, 유치권 제도는 이러한 흐름에 반한다.

이러한 문제점 때문에 해석을 통하여 부동산 유치권의 적용 범위를 합리적으로 제한하려는 시도가 이어져 왔다.¹¹⁾ 그러나 여기에는 일정한 한계가 있을 수밖에 없었다.¹²⁾ 따라서 부동산 유치권에 관하여 새로운 규율이 필요하다는 목소리가 힘을 얻기 시작하였다.¹³⁾ 이러한 배경 아래 법무부 민법개정위원회는 유치권 관련 민법 조항들의 개정 작업을 진행하였다. 필자는 민법개정위원회 실무위원회의 일원으로 이 개정 작업에 관여하였다. 작업 과정에서 개정 방향과 내용에 대해 다양한 의견들이 제시되었다. 유치권 제도의 독특함만큼이나 유치권에 대한 논의는 복잡하고 치열하게 진행되었다. 필자의 기억에 따르면 유치권은 개정 대상 중 가장 논쟁적인 주제 중 하나였다. 하지만 치열한 논쟁 가운데서도 토론과 조정이 이루어졌고 유치권에 관한 민법 개정시안이 마련되었다. 그 개정시안이 법무부의 개정

9) 유치권이 경매절차의 안정성을 해치는 사례들에 대한 설명으로는 李啓正, “滯納處分 押留와 留置權의 效力”, 『서울대학교 法學』 제56권 제1호(2015. 3), 217-218면 참조.

10) 이시윤, 『신민사집행법』(박영사, 2014), 268면.

11) 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 『민사법학』 제63-1호(2013. 6), 196면은 이를 두 가지 흐름으로 나누어 소개한다. 첫 번째는 유치권의 피담보채권을 엄격하게 제한하는 것이고, 두 번째는 일정한 경우 제3자에 대한 유치권 주장을 제한하는 것이다. 전자에 해당하는 판례로는 대법원 2012. 1. 26. 선고 2011다96208 판결, 후자에 해당하는 판례로는 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결; 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결 등 참조.

12) 이동진, “「물권적 유치권」의 정당성과 그 한계”, 『민사법학』 제49-1호(2010. 6), 49면 이하 참조.

13) 참고로 2004년 민법개정안 작성 당시에도 부동산 유치권에 관한 규정들을 개정하여야 한다는 의견이 있었으나, 장기과제로 분류되어 개정안이 마련되지지는 못하였다. 법무부 민법 개정자료발간팀 편, 『2004년 법무부 민법 개정안 총칙·물권편』(법무부, 2012), 407-409면.

안으로 국회에 제출되었다.

유치권에 대한 높은 관심을 반영하듯, 개정안이 공개된 후에는 개정안을 평가하는 여러 논문들이 나왔다. 이러한 논문들은 대체로 개정안에 대해 비판적인 태도를 취하였다. 이러한 비판적 태도에는 개정안의 생경함(부동산 유치권 폐지라는 과감함, 두 가지 유형의 저당권설정청구권을 도입함에 따른 복잡한 해석론 등)도 일조하였을 것이다. 그러나 이러한 논란에도 불구하고 개정안의 의미를 마냥 과소평가할 수만은 없다. 개정안은 유치권 제도가 안고 있던 오래된 문제점을 정면으로 다룬 최초의 입법적 성과물로서 다양한 관점들을 나름대로 조화롭게 반영한 것이기 때문이다.

이 글은 개정안의 내용과 배경을 소개하고, 개정안 전후로 제기된 여러 입법론들을 살펴보는 정도의 내용을 담고 있다. 아래에서는 개정안의 작업경과와 개요를 간단히 소개하고(II.), 개정안의 각 조문 내용을 설명하며(III. 내지 V.), 민법 부칙 및 부동산등기법, 민사집행법에 관한 개정안의 내용을 해설한다(VI.). 마지막으로 개정안에 대한 소회를 밝히고 이 글을 마무리하고자 한다(VII.).

II. 개정안의 작업경과와 개요

1. 작업경과

유치권에 관한 개정안은 다른 개정안과 마찬가지로 민법개정위원회의 일반적인 작업과정을 거쳐 마련되었다. 민법개정위원회의 작업과정을 간단히 소개하면 다음과 같다.

민법개정위원회는 2009년부터 2012년까지 4년에 걸쳐 민법 재산편을 순차적으로 개정할 목적으로 2009. 2. 4. 법무부에 설치되었다. 위원들은 매년 새롭게 임명되었는데, 2009년 제1기 민법개정위원회에서는 37명, 2010년 제2기 민법개정위원회와 2011년 제3기 민법개정위원회에서는 각 43명, 2012년 제4기 민법개정위원회에서는 33명의 교수, 판사, 변호사들이 민법개정위원으로 활동하였다. 다년간 민법개정위원회에서 활동한 위원들도 있으므로 실제 참여한 전체 인원의 숫자는 위 숫자의 합에 미치지 못한다.¹⁴⁾ 민법개정위원회는 4년 내에 정해진 작업을 마치지 못

¹⁴⁾ 이를 감안하더라도 민법개정작업에 투입된 인적 역량의 규모는 2004년 민법 개정안에 비해 매우 크다고 평가할 수 있다. 이는 한편으로는 우리 민법학과와 실무계의 역량과 규모가 그만큼 커졌다는 것을 의미하기도 하고, 다른 한편으로는 이번 민법 개정작업이

하여 실제로는 5년간 활동하였다. 마지막에 구성된 제4기 민법개정위원회는 2012년 2월부터 2014년 2월까지 2년간 활동하였다.

민법개정위원회는 매년 여러 개의 분과위원회를 구성하고 각 분과위원회별로 담당분야를 배정하였다.¹⁵⁾ 각 분과위원회는 각 담당 분야에 대한 검토와 논의를 거쳐 개정시안을 마련하였다. 한편 2기 민법개정위원회부터는 각 분과위원회의 개정시안을 총괄적으로 분석, 검토하기 위해 실무위원회가 설치되었다. 분과위원회와 실무위원회를 거친 개정시안은 각 분과위원장들로 구성된 위원장단 회의의 심의를 거쳐 모든 민법개정위원들이 참여하는 전체회의에 상정된 뒤 표결을 통해 민법개정위원회의 최종 개정시안으로 확정되었다. 요약하면 민법개정위원회는 『분과위원회 ⇒ 실무위원회 ⇒ 위원장단 회의 ⇒ 전체회의』의 순서로 논의를 진행하여 개정시안을 확정하는 것이다.

유치권 제도에 대한 검토는 2010년 3월부터 2013년 6월까지 3년이 조금 넘는 기간에 걸쳐 이루어졌다. 2010년 제2기 민법개정위원회 제5분과위원회¹⁶⁾가 15차례 회의를 통해 개정시안 초안을 마련하였고, 2011년 제3기 민법개정위원회 실무위원회¹⁷⁾가 6차례 회의를 통해 이를 검토한 뒤 몇 가지 수정 제안을 하였다. 이러한 개정시안은 위원장단 회의¹⁸⁾를 거쳐 전체회의에 상정되었다가, 2012년 제4기 민법개정위원회가 꾸러지면서 다시 실무위원회¹⁹⁾와 위원장단 회의²⁰⁾의 검토를 거치게

가지는 중요성을 시사하기도 한다. 또한 이는 2004년 민법 개정안을 둘러싼 학계의 찬반 논의를 고려하여 법무부가 의도적으로 학계 인사들을 폭넓게 참여시킨 결과이기도 하다.

- 15) 2009년부터 2011년까지는 각 6개, 2012년 이후에는 4개의 분과위원회가 설치되었다. 분과위원회의 현황에 대해서는 법무부 민법개정위원회 웹사이트(<http://minbub.or.kr>) 참조.
- 16) 2010년 제2기 민법개정위원회 제5분과위원회는 남효순 서울대 교수를 위원장으로 하고, 김상수 서강대 교수, 김재형 서울대 교수, 최수정 서강대 교수, 김승표 서울동부지법 부장판사, 김충섭 법무법인 총정 변호사(이상 당시 직책 기준, 이하도 같다)를 위원으로 하여 구성되었다. 이 분과위원회는 변칙담보, 연대책무, 책임재산 분야를 담당하였다.
- 17) 심의 당시 실무위원회는 윤진수 서울대 교수를 위원장으로 하고 윤용섭 법무법인 율촌 변호사, 이태중 서울고법 부장판사, 권영준 서울대 교수(필자)를 위원으로 하여 구성되었다.
- 18) 심의 당시 위원장단 회의는 서민 충남대 명예교수(개정위원회 위원장), 윤진수 서울대 교수(부위원장 겸 실무위원장), 분과위원장을 맡은 지원림 고려대 교수, 남효순 서울대 교수, 송덕수 이화여대 교수, 백태승 연세대 교수, 윤철홍 숭실대 교수, 엄동섭 서강대 교수로 구성되었다.
- 19) 2012년 제4기 실무위원회의 구성은 2011년 제3기 실무위원회와 같다.
- 20) 심의 당시 위원장단 회의는 서민 충남대 명예교수(개정위원회 위원장), 윤용석 부산대 교수(부위원장), 윤진수 서울대 교수(실무위원장), 분과위원장을 맡은 지원림 고려대 교수, 백태승 연세대 교수, 엄동섭 서강대 교수, 송덕수 이화여대 교수, 윤철홍 숭실대

되었다.²¹⁾ 이후 2012년 8월 제4기 제3차 전체회의에서 최종 개정시안이 확정되었다. 이 개정시안은 2013년 1월 16일 법무부 개정안으로 입법예고된 뒤 국회에 의안 번호 6019호로 제출되었다.

참고로 법무부는 민법개정위원회를 통해 민법 재산편 전면 개정시안을 마련하면서도 이를 하나의 개정안으로 국회에 제출하지 않고 그 중 국회 통과 가능성이 있는 내용만 분리하여 별도 법안으로 국회에 제출하는 전략을 채택하였다. 종전에 민법 개정안을 통째로 제출하였다가 국회의 무관심 속에서 회기 만료로 폐기되었던 경험이 있기 때문이다.²²⁾ 그동안의 성과물 중 성년후견제도에 관한 부분은 장애인단체 등의 적극적인 관심으로 인하여 국회의원들의 시선을 붙잡는 데에 성공하였고 결국 국회를 통과하여 2013년 7월 1일부터 시행되고 있다. 반면 법인과 시효제도에 관한 부분은 2011년 6월 22일 제18대 국회에 제출되었으나,²³⁾ 제18대 국회의 임기만료로 폐기되었다. 제19대 국회가 열린 후 정부는 유치권에 관한 개정안 외에 2014년 3월 25일 보증계약과 여행계약에 관한 개정안²⁴⁾을 제출하였고, 2014년 10월 24일 법인에 관한 개정안을 다시 제출하였다.²⁵⁾ 그 중 유치권과 법인에 관한 각 개정안은 법제사법위원회에서 본격적인 심의가 진행되지 않은 채 머물러 있다. 다행스럽게 보증계약과 여행계약에 관한 민법 개정안은 소비자 보호라는 측면에서 관심을 모은 가운데 국회를 통과하여 2015년 2월 3일 공포되었고, 2016년 2월 4일부터 시행되고 있다.

2. 개요

개정안의 큰 방향성은 다음과 같다.

첫째, 등기된 부동산에 대한 유치권을 폐지하고, 그 대안으로 저당권설정청구권(이하 “제1유형 저당권설정청구권”이라 한다)을 인정한다. 저당권설정청구권은 저당권설정계약이 없더라도 일정한 법정 요건을 갖추면 인정되는 권리이다. 이에 따라 설정되는 저당권은 등기로 공시된다. 일반적인 저당권과 성립 요건은 다르지만

교수로 구성되었다.

21) 개정안의 입법예고 이후 대한건설협회, 건설공제조합 등 여러 단체에서 의견을 제시하였는데, 위원장단 회의에서 6차례 회의를 거쳐 이를 검토하였다.

22) 법무부 민법개정특별분과위원회는 2004년 6월 민법 재산편 개정안을 마련하여 2004년 10월 21일 이를 국회에 제출하였으나 제대로 심의도 이루어지지 않은 채 국회의 임기 만료로 폐기된 바 있다.

23) 의안번호 1231.

24) 의안번호 9869.

25) 의안번호 12119.

효력은 같다. 점유는 권리발생요건 또는 권리행사요건이 아니다. 결국 유치권의 점유 요건을 저당권설정등기로 대체함으로써 공시 문제와 점유기간 중 부동산 불이용으로 인한 비효율 문제를 동시에 극복한다.

둘째, 미등기 부동산과 동산에 대한 유치권은 존치시킨다. 미등기 부동산과 동산에는 저당권을 설정할 수 없기 때문이다. 다만 미등기 부동산이 등기되면 저당권 설정이 가능해진다. 따라서 유치권자는 등기일 후 6개월 내에 저당권설정청구권(이하 “제2유형 저당권설정청구권”이라 한다)을 행사해야 한다. 제2유형 저당권설정청구권에 따라 저당권이 설정되거나 위 기간 동안 저당권설정청구권을 행사하지 않으면 유치권은 소멸한다. 제2유형 저당권은 기존 유치권을 대체하는 의미를 가지므로 제1유형 저당권과는 달리 그 효력이 피담보채권의 변제기로 소급한다. 이 점에서 제1유형 저당권보다 강력한 효력을 가진다. 한편 위 기간 내에 저당권설정청구권을 행사하지 못하면 한시적으로 존속하던 유치권은 소멸한다. 다만 그 후에도 제1유형 저당권설정청구권을 행사하는 것은 여전히 가능하다.

개정안의 내용을 간단히 도해화하면 아래와 같다.

유치권의 목적물	유치권 성립여부와 요건		
동산	유치권 인정		
	[요건] ○ 점유 ○ 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상채권		
미등기 부동산	유치권 인정	미등기 부동산 → 등기부동산	
	[요건] ○ 점유 ○ 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 부동산으로 인한 손해배상채권	보존등기 6개월 이내	보존등기 6개월 이후
		○ 유치권 존속 ○ 제369조의2 소정의 저당권설정청구권(제2유형 저당권설정청구권) 있음 ○ 이에 따라 저당권이 설정되면 유치권은 소멸하고, 저당권은 그 채권의 변제기에 설정된 것으로 간주	○ 보존등기 6개월 내 저당권설정청구권이 행사되지 않았으면 유치권 소멸 ○ 유치권 소멸 후에도 제369조의3 소정의 저당권설정청구권(제1유형 저당권설정청구권) 있음
등기 부동산	유치권 없음		
	[요건] ○ 부동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 부동산으로 인한 손해배상채권	○ 제369조의3 소정의 저당권설정청구권(제1유형 저당권설정청구권) 있음 ○ 저당권설정청구권이 성립한 후 부동산소유권을 취득한 제3자에 대해 주장하지 못함	

Ⅲ. 유치권의 내용과 미등기 부동산에 대한 특례 (제320조, 제320조의2)

현행	분과위안	실무위안	위원장단안	개정안
<p>제320조(유치권의 내용) ① 타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 권리가 있다.</p> <p>② 전항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.</p>	<p>제320조(유치권의 내용) ① 타인의 동산을 점유한 자는 그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 그밖에 이와 유사한 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 동산을 유치할 권리가 있다. 유가증권의 경우에도 또한 같다.</p> <p>② 미등기 부동산을 점유한 경우에 제1항을 준용한다.</p> <p>③ 제1항과 제2항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.</p>	<p>제320조(유치권의 내용) ① 타인의 동산을 점유한 자는 그 동산의 가치를 증가시키거나 유지함으로써 가치게 된 채권 또는 그 동산으로 인하여 입게 된 손해를 배상받을 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 동산을 유치할 권리가 있다. 유가증권의 경우에도 또한 같다.</p> <p>② 미등기 부동산을 점유한 자에 대하여도 제1항의 규정을 준용한다. 이 경우 그 부동산에 제1항의 채권을 담보하기 위하여 제372조의2에 따른 저당권설정등기를 한 때 또는 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 유치권이 소멸한다.</p> <p>③ 제1항과 제2항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에 적용하지 아니한다.</p>	<p>제320조(유치권의 내용) ① 타인의 동산을 점유한 자는 그 동산에 대한 비용지출로 인한 손해배상채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 동산을 유치할 권리가 있다. 유가증권의 경우에도 이와 같다.</p> <p>② 타인의 미등기 부동산을 점유한 자에 대해서도 제1항을 준용한다. 이 경우 그 부동산에 제1항의 채권을 담보하기 위하여 제372조의2에 따른 저당권설정등기를 한 때 또는 저당권설정등기를 청구할 수 있는 권리가 소멸된 때에는 유치권이 소멸한다.</p> <p>③ 제1항과 제2항의 규정은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에는 적용하지 아니한다.</p>	<p>제320조(유치권의 내용) ① 타인의 동산 또는 유가증권을 점유한 자는 그 동산 또는 유가증권에 대한 비용 지출로 인한 채권이나 그 동산 또는 유가증권으로 인한 손해배상채권이 변제기에 이른 경우에는 변제를 받을 때까지 그 동산 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다.</p> <p>② 제1항은 그 점유가 불법행위로 인한 경우에는 적용하지 아니한다.</p> <p>제320조의2(미등기 부동산에 대한 유치권의 성립 및 소멸에 관한 특례) ① 타인의 미등기 부동산을 점유한 자에 대하여도 유치권의 성립에 관한 제320조를 적용한다.</p> <p>② 제1항에 따른 미등기 부동산에 대한 유치권은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에도 소멸한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제369조의2제1항에 따른 저당권설정 등기의 완료 2. 제369조의2제2항에 따른 저당권설정 청구권의 소멸

1. 개관

개정안 제320조는 동산 또는 유가증권에 관한 유치권의 내용을, 제320조의2는 미등기 부동산에 관한 유치권의 특례를 각각 규정한다. 개정안 제320조에서는 피담보채권을 비용지출채권과 손해배상채권의 두 가지 유형으로 구체화하였다는 점이 특기할 만하다. 개정안 제320조의2에서는 부동산 중 미등기 부동산에만 유치권을 인정하되 그 효과에 대한 특례를 두었다는 점이 특기할 만하다.

2. 유치권의 인정 범위

가. 등기 부동산에 대한 유치권 폐지

개정안의 가장 큰 특징은 등기 부동산에 대한 유치권 폐지이다. 부동산 유치권의 폐해를 직접 겨냥한 조치이다.

부동산 유치권의 폐해 극복 방안은 다음과 같은 두 가지 입장으로 나누어볼 수 있다.

첫 번째 입장은 부동산 유치권 제도 자체를 폐지하고 저당권 제도로 대체하는 것이다. 유치권을 대체하는 권리로써 법정저당권을 도입하거나, 기존의 유치권자에게 저당권설정청구권을 도입하자는 주장이 여기에 해당한다.²⁶⁾

두 번째 입장은 부동산 유치권 제도를 존치시키되 이를 수정·보완하여 폐해를 시정하자는 입장이다. 부동산등기법을 개정하여 부동산 유치권을 등기하도록 하자는 주장,²⁷⁾ 유치권등기명령제도를 도입하자는 주장,²⁸⁾ 유치권자에게 이원적인 우선

26) 金相容, “擔保物權制度的 課題”, **민사법학**, 제9·10호(1993. 7), 453면 이하; 權龍雨, “物的 擔保制度的 課題와 展望”, **現代法學的 課題와 展望**(1998), 331면; 정준영·이동진, 부동산 유치권의 개선에 관한 연구, 2009년도 법무부 연구용역과제보고서, 110면 이하.

27) 노종천, “부동산유치권 등기제도 도입 연구”, **土地法學**, 제31권 제1호(2015. 6), 127면 이하; 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(I) - 부동산유치권과 최우선변제권 -”, **法學論叢**, 제32권 제2호(2012. 8), 278면 이하; 이정민·이점인(註 8), 200면 이하; 성민섭, “부동산 유치권 제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여 - 등기 부동산에 대한 유치권 폐지(안) 등의 재고를 기대하며 -”, **외법논집**, 제38권 제1호(2014. 2), 201-202면.

28) 김미혜, “부동산 유치권 관련 개정안에 대한 몇 가지 제언 - 2013년 민법 일부개정법률안을 중심으로”, **亞洲法學**, 제8권 제1호(2014), 171-172면; 전장현, “부동산경매절차에서 유치권에 관한 개선방안”, **民事執行法研究**, 제9호(2013), 178면 이하; 이정민·이점인(註 8), 206-208면.

변제권을 인정하자는 주장,²⁹⁾ 유치권자에게 유치권설정청구권을 부여하자는 주장,³⁰⁾ 부동산 경매절차에서 유치권 신고를 의무화하자는 주장³¹⁾ 등이 이에 해당한다.

개정안은 등기된 부동산에 대해 첫 번째 입장, 즉 부동산 유치권 제도를 폐지하고 이를 저당권으로 대체하는 방안을 채택하였다. 이는 과감한 결정으로 받아들여졌다.³²⁾ 기존 제도의 폐지보다는 보완이 우선되어야 한다는 비판도 잇따랐다.³³⁾ 부동산 유치권 폐지에 따른 혼란을 우려하는 목소리도 있었다.³⁴⁾

유치권의 공시방법을 점유에서 등기로 바꾸어야 한다는 점에서는 상당한 공감대가 형성되어 있는 상태이다. 문제는 현행 민법이나 부동산등기법에서는 인정되지 않는 유치권 등기를 인정할 것인가, 아니면 현행 민법에서 인정되는 저당권 등기로 유치권을 대체할 것인가 하는 점이다. 개정안은 후자의 방안을 택한 것이다. 양자를 가르는 중요한 기준은 피담보채권자를 얼마나 강하게 보호할 것인가 하는 점이다. 유치권 제도의 틀을 유지하자는 입장은 그 동안 유치권을 통하여 강하게 보호받아 오던 채권자의 보호를 좀 더 중시하는 입장이다. 저당권 제도로 대체하자는 입장은 등기를 통한 공시와 부동산의 효율적 활용도 제고 등 그 외의 이해관계인의 이익과 공익을 좀 더 중시하는 입장이다. 어떤 입장이 다른 입장보다 절대적으로 옳다고 할 수는 없다.

그런데 유치권을 둘러싼 현실은 어떠한가? 유치권 분쟁은 점점 늘어나고 사회적 비용도 증가하고 있다. 그러한 분쟁의 다수는 허위 유치권을 배제하기 위한 유치

29) 오시영(註 27), 281면 이하. 유치권의 피담보채권 발생으로 인하여 “유치목적물에 증가된 객관적 가치 상당액”에 대해서는 1순위 우선변제권을, 나머지 부분에 대하여는 유치권 성립시기에 담보권을 설정한 것으로 보아 그에 상응하는 우선변제권을 부여하자는 취지이다.

30) 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(II) - 저당권설정청구권에 대하여 -”, **法學論叢**, 제32권 제3호(2012. 12), 252면 이하. 유치권설정청구권을 행사하여 유치권을 등기하게 하자는 취지이다.

31) 崔東弘·劉銑鍾, “부동산경매에서 유치권신고의 의무화”, **法曹**, 제59권 제4호(2010), 220면 이하.

32) 김영희, “유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저당권에 대한 대항력 - 2013년 1월 16일에 입법예고된 유치권 관련 민사법 개정안에 관한 고찰을 덧붙여 -”, **민사법학**, 제63-1호(2013. 6), 398-399면.

33) 성민섭(註 27), 190면; 이정민·이점인(註 8), 200면; 홍봉주, “부동산유치권에 관한 개정안 검토”, **일감법학**, 제31호(2015. 6), 14면도 같은 취지이다.

34) 가령 김미혜(註 28), 166면은 민법 제정 이래 50여 년 동안 유지되었던 제도를 갑자기 폐지하는 것은 큰 혼란을 초래할 수 있다고 한다. 오시영, “유치권 관련 민법 개정안에 대한 검토”, **강원법학**, 제38권(2013. 2), 99면도 같은 취지이다.

권부존재확인 의 소로 이어지는데 결국 유치권의 성립이 부정되는 사건들이 훨씬 많다고 한다.³⁵⁾ 유치권 제도가 본래 가지는 규범적 순기능에도 불구하고, 현실 속의 유치권은 일그러져 있는 것이다. 바람직한 제도적 목적을 가지고도 그 남용으로 폐지되어야 했던 예고등기 제도를 떠올리게 하는 대목이다. 제도론의 차원에서는 어떠한가? 물권에 대한 정보를 투명하고 정확하게 공시하여 부동산의 효율성을 제고하는 방향이 타당하다. 유치권을 저당권으로 대체하는 방안은 부동산 유치권의 두 가지 폐해로 지적된 등기에 의한 공시 결여와 점유 요건으로 인한 사용·수익 가치의 저하 문제를 한꺼번에 해결할 수 있는 방안이라고 생각된다.³⁶⁾

현행 유치권 제도를 저당권 제도로 대체한다고 하여 피담보채권자의 보호를 포기하는 것이 아니다. 저당권 제도도 피담보채권자의 물권적 보호를 꾀하는 제도의 일종이기 때문이다. 물론 저당권에 의한 보호는 유치권에 의한 보호보다 약하다. 또한 점유만으로 쉽게 성립하는 유치권과 달리 저당권에 의한 보호는 저당권설정 절차를 거쳐야 하는 번잡함을 수반한다. 이는 위와 같은 현실적인 문제점과 이해관계인들 사이의 이익 조정을 위해 피담보채권자의 보호가 한걸음 물러난 결과라고 이해하면 될 것이다.³⁷⁾ 그러한 점에서 유치권을 “폐지”한다기보다는 유치권의 대응방안을 “마련”한다는 표현이 더 어울리는지도 모른다. 요컨대 개정안은 입법정책적으로 정당성을 가진다고 생각한다.

나. 미등기 부동산에 대한 한시적 유치권 인정

개정안은 부동산 유치권 제도를 원칙적으로 폐지하면서도, 미등기 부동산에 대해서는 유치권을 인정하고 있다. 개정안이 이처럼 절충적인 태도를 취한 것에 대해서 다양한 비판론이 제기되고 있다.³⁸⁾ 유치권 분쟁은 대부분 미등기 부동산에

35) 金載亨(註 3), 343-344면.

36) 남효순, “등기된 부동산 유치권 폐지 - 찬성”, 법률신문(2013. 3. 25); 이홍렬, “부동산 유치권에 관한 민법개정안의 검토”, **비교사법**, 제22권 제3호(2015. 11), 1151면.

37) 윤철홍, “유치권의 개정방향”, **법학논총**, 제31집(2014. 1), 165면. 법제사법위원회의 검토보고서(2013. 12)도 이를 “입법정책적으로 결정할 사항”이라고 보고 있다. 이 검토보고서는 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp>)에서 검색할 수 있다.

38) 김상찬·강창보, “부동산 유치권제도의 개선방안 - 2012년 민법개정안의 검토를 중심으로 -”, **法과 定策**, 제19권 제2호(2013. 8), 80-81면; 성민섭(註 27), 199면; 이홍렬(註 36), 1133면; 장창민, “부동산유치권에 관한 일고 - 2013년 입법예고된 유치권개정안과 관련하여 -”, **東北亞法研究**, 제8권 제1호(2014), 199면 이하; 한상곤(註 4), 168면.

대한 것인데, 미등기 부동산에 대하여 유치권을 인정하면 부동산 유치권 제도를 폐지하는 의미가 거의 없다는 이유 때문이다. 결국 한편으로는 유치권 제도의 폐지를 철저히 관찰하여야 한다는 비판론이, 다른 한편으로는 유치권 제도의 폐지에 반대하면서 기존 제도를 보완하여야 한다는 비판론이 각각 다른 각도에서 개정안을 향해 제기되고 있는 것이다.

개정안을 마련하는 과정에서 이는 치열한 논의의 대상이었다. 부동산 유치권 폐지의 정책적 효과를 거두려면 빈번하게 분쟁의 대상이 되고 있는 미등기 부동산에 대한 유치권을 폐지하여야 한다는 점, 이로 인해 발생할 수 있는 혼란은 경과 규정을 통해 해결하면 충분하다는 점 등을 들어 미등기 부동산을 포함해 부동산 유치권 전체를 부정해야 한다는 의견도 강하였다. 개정안에 대한 국회 법제사법위원회의 검토보고서에서도 법리적으로 등기된 부동산과 미등기 부동산을 구분하여 각각 다른 권리를 인정할 만한 합리적 근거가 없고, 실제 유치권의 폐해는 미등기 부동산에서 두드러지는데 미등기 부동산에 유치권을 인정하면 법 개정의 의미가 퇴색되며, 등기 유무에 따라 행사할 수 있는 권리가 달라진다면 일부러 등기를 하지 않으려는 상황이 벌어질 수 있다는 비판이 가능하다고 지적하고 있다.

그러나 등기 부동산에 대해서는 유치권을 대체하는 저당권설정청구권을 통하여 채권자가 보호될 수 있지만, 미등기 부동산에 대해서는 이러한 저당권설정등기를 하는 것이 곤란하므로 채권자 보호가 미흡해진다.³⁹⁾ 즉 등기 부동산과 미등기 부동산을 일률적으로 취급하면 미등기 부동산의 채권자 보호에 공백이 생길 수 있다. 또한 미등기 부동산의 유치권까지 폐지할 경우 건설업자 등의 반발로 입법의 어려움이 예상되고 그 시행과정에서도 혼란이 발생할 수 있다. 민법개정위원회는 이와 같은 현실적 고려에서 미등기 부동산에 대해서는 유치권을 인정하되 부동산이 등기된 이후에는 한시적으로만 이를 존속시키기로 절충한 것이다.

어쨌든 부동산 유치권 대부분이 미등기 부동산과 관련하여 성립되는 점을 고려하면, 미등기 부동산에 대한 이러한 절충적 접근은 부동산 유치권의 폐해를 전면적으로 극복하는 데 이르지 못한 이번 개정안의 현실적인 한계를 보여주는 것이기도 하다.

다. 동산 및 유가증권에 대한 유치권 존치

동산 및 유가증권에 대해서는 유치권이 그대로 존치되었다. 동산이나 유가증권

³⁹⁾ 金載亨(註 3), 350면, 352면.

의 경우에는 어차피 점유가 일반적인 공시방법이므로 점유를 요건으로 하는 유치권을 인정하여도 거래의 안전을 크게 해치지 않기 때문이다. 또한 유치권은 대부분 부동산에 대해 주장되고 있고, 유치권의 폐해 역시 대부분 부동산 유치권에 관하여 발생한다. 그러므로 동산 및 유가증권에 대해 유치권을 존치시키더라도 현실적으로는 별다른 부작용이 예상되지 않는다. 이러한 유치권 존치에 대해서는 민법개정위원회의 논의 과정에서도 별 이견이 제시되지 않았다.

라. 유치권의 채권화 논의

한편 논의 과정에서 유치권자에게 물권이 아니라 채권적인 이행거절권능만을 부여하는 방안도 검토되었다. 그러나 민법개정위원회 내부에서는 유치권을 채권화하는 것을 부담스러워하는 입장이 지배적이었다. 가령 ‘유치권제도를 개정하는 방법으로 물권으로서의 유치권을 삭제하는 방안도 가능할 것이지만, 이에 관한 논의가 충분하지 않고 상대적으로 오랫동안 유치권을 물권으로 인정해 왔기 때문에 현실적으로 이 제도 자체를 폐지하는 것은 민법개정 절차상 어려울 것으로 보인다’거나 ‘현행 민법상 물권으로 인정되고 있는 유치권은 매우 잘못된 제도가 아니라고 한다면 존치시켜야 할 것이고, 다만 부동산의 경우에는 유치권으로 인하여 거래에 장애가 발생하기 때문에 이 문제를 해결할 방안을 모색해야 한다’는 등의 반대 의견들이 개진되었다.⁴⁰⁾

입법론으로는 이처럼 유치권을 채권화하는 방법도 고려할 수 있다. 실제로 독일이나 오스트리아에서는 유치권을 채권적 권리로 파악한다.⁴¹⁾ 하지만 「유치권=물권」이라는 공식은 의용 민법 이래 지금까지 유지되어 왔고, 이에 대해 별 의문이 제기되지 않았다. 그 동안의 판례와 학설도 모두 이를 토대로 형성되어 왔다. 유치권의 폐해를 감소시킬 다른 방안이 있다면 굳이 혼란을 무릅쓰고 이러한 토대를 흔들 필요는 없을 것이다.

40) 유치권을 채권적 권리로 규정하려면 조문의 위치를 채권편으로 옮겨야 하는데, 이는 합리적이지 못하다는 비판도 제기된 바 있다. 金載亨(註 3), 355면.

41) 참고로 독일 민법상 유치권은 기본적으로 채권적 권리이지만, 점유자가 비용상환청구권에 기하여 목적물을 유치하는 경우(제1000조)에는 비용지출 후 그 목적물의 소유권을 취득한 자에게도 이를 주장할 수 있는바(제999조), 다른 채권적 권리와는 구별되는 면이 있다. 윤진수(註 11), 201-202면.

3. 피담보채권의 구체화

현행 민법 제320조는 유치권의 피담보채권을 ‘물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권’이라고 규정한다. 유치권의 목적물과 피담보채권 사이의 견련관계에 대하여, 다수설⁴²⁾과 판례⁴³⁾는 ① 채권이 물건 자체로부터 발생한 경우와 ② 채권이 물건의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생한 경우에 각각 견련성이 인정된다고 한다(이른바 2원설). 이는 2원설에 기한 독일 민법 제273조와 그 해석론에 영향을 받은 것으로 보인다.⁴⁴⁾

그러나 ② 유형의 경우에도 유치권을 인정하는 것은 문제라는 비판이 제기되어 왔다.⁴⁵⁾ 이러한 비판의 논거로는 ② 유형이 ‘물건이나 유가증권에 관하여 생긴’이라는 명문규정에 포섭되기 어렵다는 점, 유치권을 채권적 권리로 규정하는 독일 민법의 해석론을 우리 민법에 그대로 적용하는 것은 적절하지 않다는 점, 실제로도 대부분 ① 유형, 그것도 지출비용과 관련된 유형(공사대금채권, 필요비나 유익비채권 등)이 문제된다는 점,⁴⁶⁾ ② 유형의 경우는 동시이행의 항변권으로 공평을 꾀할 수 있다는 점 등이 제시되었다.⁴⁷⁾ 따라서 ① 유형의 경우에만 유치권을 인정해야 한다는 해석론도 개진되었다.⁴⁸⁾ 개정안을 마련하는 과정에서도 목적물과 채권 사이의 견련관계를 ① 유형으로 한정하자는 데 대체로 의견이 모아졌다. 다만 구체적으로 이를 법문에 어떻게 표현할 것인가에 대해서는 많은 논의가 있었다.

견련관계에 대한 구체적 표현은 분과위원회-실무위원회-위원장단 회의를 거치면서 계속 변화가 있었는데, 분과위원회 안은 “... 그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 그밖에 이와 유사한 채권...”, 실무위원회 안은 “... 그 동산의 가치를 증가시키거나 유지함으로써 가지게 된 채권⁴⁹⁾ 또는 그 동산으로 인하여 입게 된 손해를

42) 이를 이른바 ‘2원설’이라고 한다. 2원설의 내용에 대하여는 **민법주해 [VI]**(註 2), 285-288면; **곽윤직·김재형**(註 2), 379-381면 참조.

43) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결.

44) **梁彰洙**(註 2), 242면; **양창수·김형석**, **민법 III 권리의 보전과 담보**(박영사, 2015), 326면.

45) **李英俊**(註 2), 766-770면; **윤진수**, **민법기본판례**(홍문사, 2016), 201면.

46) 유치권의 견련관계에 관한 판례는 대부분 목적물에 지출한 비용에 관한 것이다. 대법원 1963. 7. 11. 선고 63다235 판결; 대법원 1979. 3. 27. 선고 77다2217 판결; 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다41740 판결 등 다수. **이동진**(註 12), 52면은 대법원이 ① 유형의 경우에는 견련성을 부정하고 있다는 점을 지적한다.

47) **윤진수**(註 45), 201면; **李英俊**(註 2), 766-770면.

48) **車文鎬**, “유치권의 성립과 경매”, **司法論集**, 제42집(2006), 377-378면; **신국미**, “留置權의 成立要件으로서의 物件과 債權의 牽聯關係”, **財産法研究**, 제21권 제1호(2004), 127면 이하.

배상받을 채권...”, 위원장단 안은 “... 그 동산에 대한 비용지출로 인한 채권 또는 그 동산으로 인한 손해배상채권...”이라는 문언을 각각 사용하였고, 위원장단 안이 민법개정위원회의 개정시안으로 확정되었다.

이처럼 유치권의 피담보채권을 그 목적물에 대한 비용 지출로 인한 채권, 그 목적물로 인한 손해배상 채권 두 가지로 한정하는 개정안의 태도에 대해서는 찬성론⁵⁰⁾도 있으나 다음과 같은 비판에 기초한 반대론도 있다.

첫 번째는 개정안이 유치권의 피담보채권으로 인정되는 채권의 범위를 지나치게 축소시켰다는 비판이다. 위 ② 유형, 즉 채권이 물건의 반환청구권과 동일한 법률관계 또는 사실관계로부터 발생한 경우를 배제한 것은 문제라는 비판이다.⁵¹⁾ 이러한 비판을 제기하는 입장에서는 기존에 유치권을 인정받았던 채권자들이 더 이상 유치권을 통하여 보호 받을 수 없게 된다는 점, 기존의 판례와 다수설이 지지하던 2원설을 배척하는 것은 법적 안정성에 반한다는 점을 근거로 든다.

두 번째는 개정안이 ① 유형 중 목적물로 인한 손해배상채권을 유치권의 피담보채권으로 규정한 것은 문제라는 비판이다.⁵²⁾ 그 비판의 근거로 공작물의 점유자 및 소유자의 책임에 대한 민법 제758조에 의하면 소유자에게는 2차적 책임만 물을 수 있을 뿐인데 개정안에 따르면 소유자에게 1차적 책임을 물을 수 있어 민법 제758조와 충돌한다거나,⁵³⁾ 단순한 채권자에 불과한 손해배상채권자에게 채권자평등원칙에 대한 예외로 독점적 우선권을 부여하는 것은 타당하지 않다거나,⁵⁴⁾ 목적물로 인한 손해배상채권의 범위가 불명확하여 확대해석될 염려가 있다거나,⁵⁵⁾ 동물점유자의 책임(민법 제759조)이나 제조물책임 등 불법행위책임이 성립하는 때에는 대부분 부진정연대책임의 법리가 적용될 것이므로 유치권으로 보호할 필요가

49) 이와 관련하여 가치를 감소시킨 경우에도 유치권을 인정할 필요가 있고, 가치의 증가, 유지 또는 감소를 일일이 따져서 유치권의 성립 여부를 판단하는 것이 복잡하다는 이유로 반대 의견이 개진되었고, 그러한 이유로 위원장단 개정시안에서는 이를 “비용지출로 인한 채권”으로 변경한 것이다.

50) 성민섭(註 27), 200면.

51) 오시영(註 34), 113면; 오시영(註 30), 250면 이하; 홍봉주(註 33), 22면.

52) 김미혜(註 28), 175면; 전장현(註 28), 184면 이하; 오시영(註 34), 123-124면; 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(III) - 저당권설정청구권의 법적 성질 및 강제집행절차에 대하여 -”, *法學論叢*, 제33권 제1호(2013. 4), 84면; 이홍렬(註 36), 1131면.

53) 오시영(註 34), 123-124면; 김미혜(註 28), 175면.

54) 오시영(註 34), 124면; 김미혜(註 28), 175면.

55) 전장현(註 28), 184면.

없고, 그 외에는 동산으로 인한 손해배상채권을 생각하기 어렵다는 점⁵⁶⁾ 등을 들고 있다.

요컨대 첫 번째 비판은 유치권의 피담보채권 범위가 축소되었다는 비판이고, 두 번째 비판은 ① 유형에 국한된 것이기는 하지만 유치권의 피담보채권 범위가 불필요하게 확장되었다는 비판이다.

첫 번째 비판은 유치권의 피담보채권 범위를 넓게 유지하려는 전제에 서 있다. 그러나 유치권과 같이 대외적으로 공시되지 않으면서 절대적·배타적 효력을 가지는 법정담보물권은 법률이 규정한 범위 내에서만 인정하는 것이 더 바람직한 방향이다. 가령 유치권에 관한 독일 민법 제273조는 제1항에서 ② 유형, 제2항에서 ① 유형에 관하여 각각 규정하고 있으므로 2원설을 취하는 것이 자연스럽지만, 우리 민법 제320조는 엄격하게 문언만 놓고 보면 ① 유형에 대해서만 규정하고 있다고 볼 여지가 크기 때문에 이를 ② 유형으로 확장하여 적용하는 것은 신중하게 해야 한다. 더구나 ② 유형에 대한 유치권을 실제로 인정한 사례가 드물고, 현실적으로 유치권의 폐해가 커져가는 점을 감안한다면, 해석론으로서는 2원설의 채택도 가능하겠지만 입법론으로서는 개정안의 태도가 더 타당하다.

두 번째 비판은 여러 가지 논거에 기초하고 있다. 그러나 각각의 논거가 손해배상채권을 피담보채권의 범위에서 배제하기에 충분한 것인지는 의문이다. 우선 물건에 대한 유치적 효력을 주장할 수 있도록 하는 민법 제320조와 손해배상책임을 구할 수 있도록 하는 민법 제758조는 각각 입법목적과 법률효과가 다르기 때문에 서로 충돌하지 않는다. 소유자에게 2차적으로만 손해배상책임을 물을 수 있다고 하여, 그 소유자에게 유치권의 효력까지 주장할 수 없다고 볼 수는 없다. 불법행위 책임과 부진정연대책임의 법리로 보호하면 충분하다는 논거 역시 이러한 점에서 보면 타당하지 않다. 또한 손해배상채권자는 그 물건에 내재한 위험이 일종의 비용으로 나타나 손해를 입은 자이므로 마이너스 방향의 비용지출자라고도 평가할 수 있다.⁵⁷⁾ 따라서 비용지출자와 마찬가지로 그 손해배상채권에 대해 유치권의 혜택을 받는 것이 정당화될 수 있다. 또한 목적물로 인한 손해배상채권의 범위가 불명확하다는 우려도 과도한 것이 아닌가 생각한다. 오히려 이는 비교적 명확한 개념에 해당하고, 만약 불명확성이 있다면 이는 모든 법 개념에 필연적으로 내재하는 종류의 불명확성일 뿐이다. 참고로 오스트리아 민법 제471조와 독일 민법

56) 이홍렬(註 36), 1131면.

57) 양창수·김형석(註 44), 329면.

제273조는 이를 피담보채권으로 명문화하고 있다.⁵⁸⁾

4. 상법 개정시안

유치권에 관한 민법 조항을 개정함에 따라 유치권에 관한 상법 조항도 개정할 필요성이 생겼다. 상법은 상사유치권의 효력에 대하여는 별도로 규정하고 있지 않고 있어, 상사유치권 역시 민사유치권과 동일한 효력을 가지는 것으로 이해되고 있기 때문이다.⁵⁹⁾ 상법 개정은 본래 민법개정위원회의 소관사항이 아니지만, 민법개정위원회는 향후 상법 개정 시 참고할 수 있도록 민법 개정과 연계하여 이루어져야 할 상법 개정시안을 제시하기로 하였다. 이는 개정안의 일부로 국회에 제출되지는 않았다.

이 개정시안에서는 상사유치권에 관한 상법 제58조와 제91조에서 유치권의 대상을 각각 “물건”에서 “동산”으로 바꿈으로써 부동산에 대해서는 상사유치권이 인정되지 않는다는 점을 명확하게 하였다.⁶⁰⁾

현행	개정시안
제58조(상사유치권) 상인간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 채권자는 변제를 받을 때까지 그 채무자에 대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자 소유의 <u>물건</u> 또는 유가증권을 유치할 수 있다. 그러나 당사자간에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.	제58조(상사유치권) 상인간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 채권자는 변제를 받을 때까지 그 채무자에 대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자 소유의 <u>동산</u> 또는 유가증권을 유치할 수 있다. 그러나 당사자간에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.
제91조(대리상의 유치권) 대리상은 거래의 대리 또는 중개로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 그 변제를 받을 때까지 본인을 위하여 점유하는 <u>물건</u> 또는 유가증권을 유치할 수 있다. 그러나 당사자간에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.	제91조(대리상의 유치권) 대리상은 거래의 대리 또는 중개로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 그 변제를 받을 때까지 본인을 위하여 점유하는 <u>동산</u> 또는 유가증권을 유치할 수 있다. 그러나 당사자간에 다른 약정이 있으면 그러하지 아니하다.

58) 오스트리아 민법 제471조와 독일 민법 제273조는 각각 유치권의 목적물에 대한 비용 지출 또는 그 목적물 인하여 야기된 손해로 인한 채권을 피담보채권으로 규정한다.

59) **민법주해**[VI](註 2), 282면; **주석 민법 물권**(3)(註 2), 421면; **곽윤직·김재형**(註 2), 377면; **李英俊**(註 2), 762면. **한상근**(註 4), 154면. 반대로 상사유치권의 효력이 민사유치권과 다를 수 있다는 견해로는 **성민섭**(註 27), 196면.

60) 참고로 상사유치권에 관한 상법 제58조의 해석상 상사유치권의 목적물에 부동산이 포함되는지에 대해 논란이 없지 않으나, 판례는 상법 제58조에서 그 목적물을 동산에 한정하지 않고 ‘물건 또는 유가증권’으로 규정하는 점에 비추어 여기에 부동산이 포함된다고 한다. 대법원 2013. 5. 24. 선고 2012다39769, 39776 판결.

IV. 미등기 부동산에 대한 유치권자의 저당권설정청구권(제369조의2)

현행	분과위안	실무위안	위원장단안	개정안
<p><신 설></p>	<p>제372조의2(비용지출자 등의 저당권설정청구권) ① <u>부동산에 대한 비용지출로 인한 채권 그 밖에 이와 유사한 채권이 있는 경우에 채권자는 그 채권을 담보하기 위하여 부동산 소유자를 상대로 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 다만, 제3자가 선의로 부동산의 소유권을 취득한 경우에는 그러하지 아니하다.</u></p> <p>② 제1항의 경우에 채권자는 채권의 변제기로부터 6개월 내에 저당권에 관한 등기를 하거나 그 등기를 청구하는 소를 제기하여야 한다. 다만, 미등기부동산의 경우에는 채권의 변제기와 소유권보존등기를 한 날 중 늦게 도래한 날로부터 그 기간을 기산한다.</p> <p>③ 제1항에 따른 저당권설정등기 이전에 채권의 변제기가 도래한 때에는 변제기에 저당권이 설정된 것으로 본다.</p>	<p>제372조의2(부동산 유치권자의 저당권설정청구권) ① 제320조 제2항에 의한 부동산 유치권자는 그 부동산이 등기된 때에는 부동산 소유자에 대해서 그 피담보채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 유치권이 성립한 후 부동산의 소유권을 취득한 자에 대해서도 또한 같다.</p> <p>② 제1항의 권리는 채권자가 그 부동산이 등기된 날로부터 6개월 내에 소로써 행사하지 아니하면 소멸한다.</p> <p>③ 제1항에 따른 저당권은 그 채권의 변제기에 설정된 것으로 본다.</p>	<p>제372조의2(부동산 유치권자의 저당권설정청구권) ① 제320조 제2항에 의한 부동산 유치권자는 그 부동산이 등기된 때에는 부동산 소유자에 대해서 그 피담보채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 유치권이 성립한 후 부동산의 소유권을 취득한 자에 대해서도 또한 같다.</p> <p>② 제1항의 권리는 채권자가 그 부동산이 등기된 날로부터 6개월 내에 소로써 행사하지 아니하면 소멸한다.</p> <p>③ 제1항에 따른 저당권은 그 채권의 변제기에 설정된 것으로 본다.</p>	<p>제369조의2(미등기 부동산에 대한 유치권자의 저당권설정청구권) ① 제320조의2제1항에 따른 미등기 부동산에 대한 유치권자는 그 부동산이 등기되면 제320조 제1항에 따른 채권을 담보하기 위하여 부동산 소유자에 대하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 유치권이 성립한 후 부동산의 소유권을 취득한 자에 대하여도 또한 같다.</p> <p>② 제1항에 따른 청구권은 유치권자가 부동산이 등기된 날부터 6개월 내에 소(訴)로써 행사하지 아니하면 소멸한다.</p> <p>③ 제1항에 따른 저당권은 그 채권의 변제기에 설정된 것으로 본다.</p>

1. 개관

개정안은 부동산 유치권을 폐지하되 미등기 부동산에 대해서는 유치권을 인정하기로 하였다. 그런데 미등기 부동산이 등기된 때에 그 유치권의 운명이 어떻게 되는가가 문제된다. 이 경우 유치권을 그대로 인정하면 유치권자는 충실하게 보호되지만 부동산 유치권의 폐해는 대부분 존속하게 되어 개정 취지가 무색해진다. 특히 상당수의 부동산 유치권은 공사대금청구권 등 등기 이전에 부동산에 지출된 비용과 관련하여 발생하기 때문에 이러한 유치권이 계속 존속하면 제도 개선의 실효성은 크게 떨어진다. 반대로 미등기 부동산이 등기된 때 그 부동산에 대한 유치권이 곧바로 소멸한다고 보게 되면, 유치권자의 지위가 지나치게 약화되는 문제가 있다. 따라서 개정안에서는 유치권을 한시적으로만 존속시키고 그 기간 동안 유치권의 연장선상에서 저당권설정청구권을 행사하여 저당권을 설정하도록 허용하고, 이에 따른 저당권의 효력은 채권의 변제기로 소급하는 것으로 보아 그 범위 내에서 기존 유치권자의 보호를 꾀하였다.

2. 저당권설정청구권의 부여

개정안 제369조의2 제1항에서는 미등기 부동산에 대한 유치권자는 그 부동산이 등기된 때에 부동산 소유자(유치권 성립 후 소유권을 취득한 자 포함)에게 저당권 설정을 청구할 수 있다고 규정한다(제2유형 저당권설정청구권).

첫째, 저당권설정등기청구권자는 미등기 부동산에 대한 유치권자이다. 유치권의 성립요건에 대해서는 제320조의2 제1항에서 규정하고 있다. 즉 부동산에 대해 비용지출채권을 가지는 자나 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 부동산 점유자는 그 부동산에 대해 유치권을 행사할 수 있다. 이처럼 저당권설정청구권의 행사 주체는 유치권자이므로 유치권자가 유치권을 상실하였다면 이 권리도 행사할 수 없다. 예를 들어 부동산 점유를 상실하였다면 저당권설정청구권을 행사할 수 없다. 또한 유치권이 채무자의 소멸청구로 소멸한 경우(민법 제324조, 제327조)에도 마찬가지이다.

둘째, 저당권설정등기청구의 상대방은 부동산 소유자이다. 논의 과정에서는 이를 채무자인 부동산 소유자로 한정할 것인가, 아니면 이러한 제한 없이 부동산 소유자로만 할 것인가에 대해 의견 대립이 있었다. 저당권설정청구권의 성격이 채권적 청구권이라는 전제를 채택하여 이를 강조한다면 채무자인 부동산 소유자로 한정하는 입장이 힘을 얻게 된다. 그러나 결론적으로는 이러한 제한 없이 모든 부동산

소유자를 저당권설정등기청구의 상대방으로 정하였다. 개정안 제369조의2의 저당권설정청구권은 유치권을 대신하여 인정되는 일종의 변형물인데,⁶¹⁾ 현행 민법상 유치권 규정에 따르면 유치권의 대상이 된 부동산 소유자가 채무자일 것을 요하지 않기 때문이다. 참고로 민법 제666조에서는 도급계약상 수급인의 보수채권을 담보하기 위해 도급인에게 저당권설정청구를 할 수 있다고 규정함으로써 계약상 채무자만 상대방으로 삼고 있으나, 이는 어디까지나 도급계약이라는 계약관계에 있어서 계약 당사자 일방의 채권을 담보하기 위한 것이므로 이러한 태도를 유치권의 경우에도 그대로 적용할 수는 없다. 오히려 개정안 해당 규정은 비용지출자의 비용상환청구권을 담보하기 위한 규정으로서 점유자와 회복자 일반에 대해 규율하는 민법 제203조와 비슷한 성격을 가진다고 보아야 한다.

셋째, 저당권설정청구권의 법적 성질은 청구권이다. 따라서 저당권설정청구권을 행사하였다고 하여 바로 저당권이 설정되는 것이 아니고, 상대방과 저당권설정등기의 공동신청을 하여야 한다. 만약 상대방이 이에 응하지 않으면 그 의사표시에 갈음하는 판결을 받아야 한다. 그런데 이는 유치권자의 지위를 약화시키는 결과를 가져온다. 이러한 이유 때문에 유치권자의 지위를 강하게 보호하기 위해 저당권설정청구권을 형성권으로 보아야 한다는 견해도 있다.⁶²⁾ 그러나 상대방이 저당권설정청구권의 성립을 다투는 경우에는 장기간 저당권설정등기가 이루어지지 어려운 데, 그 기간 동안에는 실제적으로 저당권이 설정되었으나 등기가 이루어지지 않아 공시가 제대로 되지 않는 사태가 발생하게 된다. 기존 유치권의 폐해가 재현되는 것이다. 따라서 등기에 의한 공시를 중시한다면 저당권설정등기가 이루어질 때 저당권이 성립한다고 보아야 한다.

한편 제2유형 저당권설정청구권이 채권적 청구권인지 물권적 청구권인지에 대하여는 견해 대립이 있다.⁶³⁾ 이 저당권설정청구권이 물권인 유치권을 대체하는 권리라는 점, 저당권의 효력도 유치권이 성립하는 변제기로 소급시키는 점, 이 권리는 채무자 아닌 부동산 소유자에 대하여도 행사할 수 있다는 점 등을 고려하면 이 청구권은 물권적인 성격을 가진다고 해야 한다. 이에 대해 물권적 청구권은 물권이 침해되고 있거나 침해될 가능성이 있는 경우에 행사할 수 있는 권리인데,

61) 金載亨(註 3), 365면.

62) 오시영(註 52), 74면 이하; 오시영(註 34), 115면 이하; 홍봉주(註 33), 19면.

63) 물권적 청구권으로 보아야 한다는 견해로 윤철홍(註 37), 162면; 윤진수(註 11), 211면. 반면 민법 제666조에 규정한 수급인의 저당권설정청구권과 마찬가지로 채권적 청구권으로 보아야 한다는 견해로는 이홍렬(註 36), 1134면.

부동산 소유자가 저당권설정등기를 하지 않고 있는 것이 유치권자의 물권을 침해한다고 볼 수는 없다는 비판도 있다.⁶⁴⁾ 이 비판론이 지적하듯 저당권설정청구권이 고유한 의미의 물권적 청구권과 차이가 있는 것은 사실이다. 그러나 저당권설정청구권의 법적 성격을 물권적 청구권이라고 부르는 것은, 꼭 그 청구권이 이러한 고유한 의미의 물권적 청구권에 해당함을 의미하는 표현이라기보다는 물권인 유치권과의 관련성 및 채무자 외의 소유자에 대한 청구가능성을 나타내기 위한 표현이다. 가령 물권적 기대권설의 입장에서 소유권이전등기청구권을 물권적 청구권이라고 부르는 것이나,⁶⁵⁾ 공유물분할청구권을 공동소유권에 기한 청구권이라고 이해하는 것⁶⁶⁾과 같은 맥락이다. 그러한 의미에서는 저당권설정청구권을 물권적인 성격의 청구권이라고 부를 수 있을 것이다.

3. 저당권설정청구권의 행사기간

제1항의 저당권설정청구권은 채권자, 즉 유치권자가 부동산이 등기된 날로부터 6개월 내에 소로써 행사하지 않으면 소멸한다. 그리고 저당권설정청구권이 소멸하면 유치권도 소멸한다(개정안 제320조의2 제2항 제2호).

미등기 부동산에 대하여 유치권이 성립하였다더라도 일단 부동산이 등기되면 등기 부동산에 대한 유치권 폐지의 취지에 따라 그 유치권을 계속 존속시킬 수 없다. 따라서 개정안은 그 대용물로서 저당권설정등기청구권을 부여하되 6개월 내에 이를 재판상 행사하지 않으면 그 권리가 소멸되는 것으로 규정함으로써 유치권의 존속기간을 6개월로 제한한 것이다.⁶⁷⁾

물론 유치권자가 저당권설정청구권을 재판 외에서 행사하는 것이 금지되지는 않는다. 이를 통하여 6개월 내에 저당권설정등기가 이루어진다면 이 역시 별다른 문제가 없다. 하지만 6개월 내에 저당권설정등기를 할 수 없는 상황이라면 유치권자

64) 오시영(註 52), 73-74면; 장석천·이은규, “민법 유치권 개정 법률안 중 저당권설정청구권에 관한 소고”, 『**財産法研究**』 제32권 제3호(2015. 11), 160면.

65) 金曾漢·金學東, 『**物權法**』(博英社, 1996), 98면.

66) 대법원 1981. 3. 24. 선고 80다1888 판결은 이러한 특성 때문에 공유물분할청구권은 공유관계와 별도로 시효로 소멸하지 않는다고 한다.

67) 개정안을 마련하는 과정에서는 저당권설정청구권의 행사기간을 3개월로 하자는 의견도 있었으나, 3개월은 너무 짧다는 의견이 힘을 얻어 결국 6개월로 결정되었다. 金載亨(註 3), 368면. 6개월이라는 기간이 지나치게 짧다는 비판으로는 김홍엽, “민사유치권 관련 민사집행법 개정안에 대한 비판적 고찰”, 『**成均館法學**』 제25권 제4호(2013. 12), 153-154면; 오시영(註 52), 86면 참조.

로서는 자신의 유치권과 저당권설정청구권을 상실하지 않기 위해서 그 기간 내에 재판상 저당권설정청구권을 행사하여야 한다. 이 기간은 제척기간이며, 6개월의 기산점은 부동산 등기시점이다.

개정안 제369조의2 제2항은 저당권설정청구권을 6개월 내에 행사하지 않으면 그 권리가 소멸하는 것으로 규정한다. 이에 대하여는 담보물권의 부종성 법리에 근거한 비판이 제기되고 있다.⁶⁸⁾ 비판의 요지는 다음과 같다. 유치권은 담보물권의 일종이므로, 부종성 원칙에 비추어 피담보채권과 그 운명을 같이하는 것이 타당하다. 그런데 개정안에 따르면 미등기 부동산의 유치권자가 6개월 내에 저당권설정청구권을 행사하지 않을 경우 그 유치권은 소멸하게 된다. 이처럼 피담보채권이 그대로 존재하는데도 담보물권이 소멸하는 것은 담보물권의 부종성 법리에 어긋난다는 것이다. 그러나 담보물권의 부종성 법리로부터 이러한 비판론을 도출할 수 있는지는 의문스럽다. 담보물권의 부종성이란 담보물권이 피담보채권의 존재를 전제로 해서만 존재할 수 있는 담보물권의 성격을 말한다.⁶⁹⁾ 이는 피담보채권이 담보물권을 전제로 해서만 존재할 수 있다는 것까지 의미하는 것은 아니다. 따라서 피담보채권이 존재하는데 담보물권이 소멸한다고 하여 담보물권의 부종성 법리에 어긋나는 것은 아니다. 오히려 부동산 유치권을 원칙적으로 폐지하기로 한 개정안의 태도에 비추어 보면, 미등기 부동산이기에 불가피하게 존속된 유치권이 등기 시점으로부터 6개월 내에 저당권설정청구권의 불행사로 소멸하는 것은 당연한 귀결이다. 따라서 위 비판론은 타당하지 않다.

다만 개정안의 해석상 다음과 같은 문제가 남아 있다.⁷⁰⁾ 유치권자가 부동산 등기 후 6개월 내에 소로써 저당권설정청구권을 행사하였다면 그에 따른 저당권설정등기가 실제로 이루어질 때까지 유치권은 존속하는가? 또한 이러한 유치권의 존속을 위하여 유치권자는 부동산의 점유를 계속하여야 하는가?

미등기 부동산에 대한 유치권은 종래와 마찬가지로 부동산의 점유를 성립 요건으로 한다(개정안 제320조, 제320조의2 제1항). 또한 미등기 부동산에 대한 유치권은 현행 민법상 유치권 소멸사유⁷¹⁾가 충족되는 외에도 ① 제369조의2 제1항에 따

68) 오시영(註 52), 85-86면; 김상찬·강창보(註 38), 81면. 한편 행사기간이 도과하면 권리가 소멸하는 것이 아니라 권리를 행사할 수 없게 된다고 규정하는 것이 적절하다는 견해로는 김홍엽(註 67), 152면.

69) 광윤직·김재형(註 2), 371면; 송덕수(註 2), 757면.

70) 이 점은 2016. 3. 25. 학술대회 당시 지정토론자였던 서울대학교 이계정 교수님께서 지적하여 주신 것이다.

른 저당권설정등기가 완료되거나, ② 제369조의2 제2항에 따른 저당권설정청구권이 소멸되는 경우에 소멸한다. 그런데 저당권설정청구의 소가 진행 중에는 저당권설정등기가 완료된 것도 아니고 저당권설정청구권이 소멸된 것도 아니다. 그러므로 유치권자는 부동산 점유를 계속 유지하여야 유치권을 유지할 수 있다. 저당권설정청구의 소가 상당히 장기간 진행될 수도 있다는 점을 고려하면, 이처럼 계속적인 부동산 점유를 요구하는 것은 이로 인한 폐해를 극복하려고 만든 개정안의 의도와 배치된다. 이에 관해 저당권설정청구의 소를 제기하였다면 저당권설정청구권이 소멸한다고 해석함으로써 이 문제를 극복할 여지도 있었지만, 저당권설정청구권을 형성권이 아닌 청구권으로 보는 이상 이러한 해석은 받아들이기 어렵다. 참고로 민법개정위원회에서는 저당권설정청구권과 관련하여 저당권 등기명령제도를 신설하자는 논의도 있었지만 결국 받아들여지지 않았다. 만약 저당권 등기명령제도가 신설되었다면 이러한 문제점은 감소되었을 것이다. 현행 부동산등기법 제90조에 따라 저당권설정등기의 가등기가처분 명령을 받아 단독으로 가등기를 하는 방법은 여전히 열려 있기는 하다. 그러나 가등기가처분에 따른 가등기가 이루어지더라도 이것만으로는 저당권 자체가 등기되었다고 볼 수 없고 저당권설정청구권이 소멸되었다고 볼 수도 없다. 그러므로 여전히 유치권을 유지하기 위해 점유가 필요하다는 문제가 남아 있다.

4. 저당권의 효력

저당권설정청구권의 행사에 따라 이루어진 저당권설정등기가 이루어지면 유치권은 소멸하고(개정안 제320조의2 제2항 제1호) 그 저당권의 효력은 피담보채권의 변제기로 소급한다. 이 점에서 개정안 제369조의2의 저당권설정등기는 등기시점부터 효력을 발생하는 일반적인 저당권설정등기(제1유형 저당권설정등기)와 구별된다. 그 결과 제1항에 따라 뒤늦게 설정된 저당권설정등기의 변제기가 선행 저당권설정등기의 등기시점보다 앞서는 경우에는 전자가 우선하게 된다. 이는 부동산등기의 순위는 그 등기시점을 기준으로 정한다는 일반 원칙에 대한 예외이다. 이러한 개정안의 태도는 등기된 부동산에 대한 유치권의 폐지와 함께 가장 특징적이고 논쟁적인 부분이다.

71) 선관주의의무 위반과 유치권 소멸에 관한 제324조 제3항, 담보제공과 유치권 소멸에 관한 제327조, 점유 상실과 유치권 소멸에 관한 제328조 참조.

개정안 제369조의2에 따라 설정된 저당권의 효력발생 시기에 관해서는 저당권 설정시설, 유치권 성립시설, 피담보채권 변제기설 등을 생각할 수 있다.⁷²⁾ 각각의 입장에는 장단점이 있다. 저당권 설정시설은 일반적인 등기 법리에 합당하지만 기존 유치권자의 보호에는 미흡하다. 유치권 성립시설은 이 저당권이 기존 유치권의 대용물이라는 취지에 가장 잘 부합하지만, 구체적인 유치권 성립 시점을 알기 어렵다는 단점이 있다. 피담보채권 변제기설은 기존 유치권자를 보호하면서 그 기준도 비교적 명확한 반면, 일반적인 등기 법리와 맞지 않고 소급효로 인하여 제3자의 이해관계가 침해되는 부작용이 있다. 어느 한 방안이 절대적으로 옳다고 할 수 없는 이상 이는 입법정책적인 결단이 필요한 문제라고 본다. 민법개정위원회는 그중 피담보채권 변제기설을 취하였다. 이는 등기 시에 효력이 발생하는 일반적인 물건변동의 원칙에 대한 예외를 설정하여 미등기 부동산의 유치권자를 강하게 보호하되 기준의 명확화를 동시에 꾀하는 입장을 취한 셈이다.

이러한 제2유형 저당권의 소급효 인정에 대해서는 논란의 여지가 없지 않다. 물권은 등기한 때로부터 그 효력이 발생하고, 물권 사이의 우선순위는 등기의 순위에 따른다는 원칙에 대한 예외를 설정한 것이기 때문이다. 또한 현실적으로 피담보채권자와 채무자 사이의 원만한 합의로 저당권설정이 이루어질 가능성이 그리 높지 않으므로 피담보채권자는 결국 저당권설정청구의 소를 제기하는 경우가 많을 텐데, 이러한 소송은 확정판결이 이루어지기까지 장기간 지속될 가능성이 높다. 그 사이에 등기부상 이해관계를 가지게 되는 제3자들은 그 이후에 등장할 저당권으로 인해 후순위로 밀려날 위험에 처하게 된다. 변제기는 등기 시점에 비해 명확성이 떨어지므로 변제기가 언제인가를 둘러싸고 분쟁이 늘어나고 그에 따르는 분쟁 해결 비용이 증가할 수 있다. 도급인과 수급인이 통모하여 변제기를 앞당길 위험도 있다. 미등기 부동산에 여러 차례 반복적인 비용 투입이 이루어진 경우처럼 변제기가 여럿 있는 경우에 어떤 변제기를 기준으로 저당권의 효력이 발생하는지도 불분명하다. 부동산에 새로운 권리를 설정하려는 제3자의 입장에서는 자신의 정확한 법적 지위를 알기 위해 자기와 무관하게 발생한 비용지출채권의 변제기를 알아내려는 노력을 기울여야 한다. 요컨대 제2유형 저당권에 대하여 소급효를 인정한 것은 거래의 안전성을 해치고 거래비용을 증가시킬 위험이 있고, 부동산 유치권 폐지라는 개정안의 취지를 상당 부분 무색하게 만들 수 있다.

72) 개정안 발표 후에는 유치권 성립시설이 주장되어 왔다. 오시영(註 52), 73면; 김상찬·강창보(註 38), 84면; 장석천·이은규(註 64), 162면; 홍봉주(註 33), 21면.

그러나 민법개정위원회가 이러한 부작용을 감수하고 피담보채권의 변제기로 저당권의 효력을 소급시키기로 한 것은, 여기에서의 저당권설정등기청구권은 유치권의 대용물로서 가급적 유치권에 가까운 정도의 강한 효력을 부여해 주어야 하고, 이를 위해서는 개정시안처럼 저당권설정등기의 순위를 소급시켜 유치권자를 보호할 필요가 있기 때문이다. 현실적으로는 이를 통해 공사대금채권자의 지위가 급격하게 하락하는 것을 방지함으로써 입법과정에서의 반대를 최소화하고 현장에서의 혼란도 줄이는 효과를 기대하였던 것이다. 또한 이론적으로는 다음과 같이 설명할 수도 있다. 대부분의 부동산 유치권자들은 공사대금채권자와 같은 비용지출채권자이다. 비용지출채권자는 대체로 부동산의 가치를 증가시키거나 최소한 감소된 부동산의 가치를 회복시킨 자이다. 그러므로 그 이후에 부동산에 이해관계를 가지게 된 제3자는 그 비용지출의 혜택을 받는 셈이다. 따라서 그 추가적인 혜택 부분에 대해 비용지출채권자의 저당권을 우선시키더라도 그다지 불공평하지 않다. 그 비용상환채권의 액수는 이론적으로 그 가치증가분을 넘지 않을 것이기 때문이다. 비교법적으로 보더라도, 외국의 입법례 가운데 담보물권의 효력과 순위를 소급시키는 경우를 찾아볼 수 있다.⁷³⁾

한편 유치권 성립시절은 저당권설정등기청구권을 유치권의 대용물로 파악한다는 전제에서 보면 오히려 피담보채권 변제기설보다 더 그 이념에 충실하다는 장점을 가지므로 경청할 만한 견해이다. 하지만 유치권은 점유 개시와 변제기 도래가 모두 갖추어진 시점에 성립하는데, 변제기 도래 후 점유 개시가 이루어져 점유 개시 시점을 기준으로 효력을 정해야 하는 경우에는 점유 개시 시점을 정확히 파악하기 어렵다는 문제가 있다. 실제로는 점유 개시 시점은 차치하고 점유 여부조차도 불명확한 경우가 많아 분쟁이 발생하곤 하는 현실에 비추어 보면 이러한 불명확성은 더욱 커진다. 유치권자에게 사실상 우선변제권이 부여된 현행 법제 하에서는 어차피 점유 개시 시점이 그다지 중요한 의미를 가지지 않지만, 기존 유치권자의 우선순위를 정해야 하는 개정안 하에서는 점유 개시 시점이 중요한 의미를 가진다. 그런데 이처럼 정확히 파악하기 어려운 점유 개시 시점으로 효력이 소급한다고 보게 되면, 그렇지 않아도 소급효 인정으로 인하여 불안정해질 수 있는 법률관계를 더욱 불안정하게 만든다. 이 점에서 소급효가 등장하지 않는 현행 유

73) 스위스의 법정저당권 제도와 미국의 공사수급인과 재료공급자의 우선특권(Mechanics' and Materialman's Lien) 제도가 있다. 이에 대한 설명으로 윤진수(註 11), 212-214면 참조.

치권 성립 시점의 문제와 소급효가 핵심적인 특징을 가지는 저당권 효력 발생 시점의 문제는 동등하게 취급할 수만은 없다. 물론 변제기에 대해서도 불명확성이 없지는 않겠지만, 변제기는 일반적으로 채권증서 등을 통하여 확정할 수 있는 반면 점유 개시 시점은 사후적으로 이를 확정하기가 어려운 경우가 많고 변제기와 달리 이를 등기사항으로 삼기도 부자연스럽다. 또한 저당권의 효력 발생 시점은 결국 누구에게 어느 정도의 우선순위를 줄 것인가 하는 입법정책의 문제이므로, 소급효 인정으로 인한 불안정성을 최소화한다는 관점에서 보면 유치권의 성립 시점이 아니라 변제기를 기준으로 하는 것도 하나의 가능한 방안이다. 이는 특히 점유 요건이 가지는 의미를 약화시킨 개정안의 전체 취지에 비추어 보아도 그러하다.

이러한 점들을 종합적으로 고려하면 개정안의 태도는 그 한계에도 불구하고 수긍할 수 있다고 생각된다. 다만 소급효로 인하여 발생할 수 있는 법적 불안정성을 줄일 수 있는 입법적 장치가 마련되었더라면 더 좋았을 것이다.⁷⁴⁾ 참고로 민법개정위원회는 입법예고 이후 국민은행의 의견⁷⁵⁾을 받아들여 제2유형 저당권설정청구권에 따라 저당권설정등기를 하는 경우 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙을 받도록 하는 부동산등기법 제80조의2를 마련하였으나, 이 조문은 법무부가 국회에 제출한 최종 개정안에는 반영되지 않았다. 이 조문이 최종 개정안에 반영되지 않은 경위는 정확하게 알 수 없으나, 이 조문이 등기상 이해관계 있는 제3자가 승낙 절차를 통하여 소급효를 가지는 저당권의 존부와 효력을 다룰 수 있는 기회를 부여하여 저당권의 진정성을 높이는 기능을 수행할 수 있었던 점을 고려하면 개정안에 반영되지 않은 것은 아쉬운 일이다.

74) 예컨대 적어도 저당권설정청구의 소가 제기된 이후에는 예고등기 제도와 같은 등기상 공시방법을 통하여 제3자에게 이를 알릴 필요가 있는지 검토할 수 있을 것이다. 다만 예고등기는 남용의 폐해 때문에 결국 폐지되었는데, 이러한 폐해가 재연될 가능성도 있다.

75) 국민은행 의견의 요지는 민법 개정안 제369조의2에 따른 저당권설정청구의 경우 유치권자와 채무자가 통모하여 선순위 저당권을 설정할 가능성을 배제할 수 없으므로, 등기부상 이해관계인을 보호할 수 있는 조치가 필요하다는 것이었다. 이러한 의견과 이에 대한 민법개정위원회의 논의 사항은 윤진수(註 11), 219-220면 참조.

V. 유치권자 아닌 채권자의 저당권설정청구권(제369조의3)

현행	실무위안	위원장단안	개정안
<신 설>	제372조의3(유치권자 아닌 채권자의 저당권 설정청구권) ① 등기된 부동산에 관하여 제320조 제1항의 채권을 가진 채권자는 그 채권을 담보하기 위하여 변제기가 도래하지 않은 경우에도 부동산 소유자에 대해서 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.	제372조의3(유치권자 아닌 채권자의 저당권 설정청구권) ① 등기된 부동산에 관하여 제320조 제1항의 채권을 가진 채권자는 그 채권을 담보하기 위하여 변제기가 도래하지 않은 경우에도 부동산 소유자에 대해서 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다.	제369조의3(유치권자 아닌 채권자의 저당권 설정 청구권) ① 타인의 등기된 부동산에 대한 비용 지출로 인한 채권이나 그 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 자는 그 채권을 담보하기 위하여 변제기에 이르지 아니한 경우에도 부동산 소유자에 대하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권의 설정을 청구할 수 있다. 다만, 저당권설정 청구권이 성립한 후 그 부동산에 대한 소유권을 취득한 제3자에 대하여는 그러하지 아니하다.
	② 부동산유치권자는 유치권이 소멸한 경우에는 제1항의 권리를 행사할 수 있다.	② 부동산유치권을 상실한 채권자는 제1항의 권리를 행사할 수 있다.	② 제1항에 따른 청구권은 제320조의2 제2항 제2호 또는 제328조에 따라 유치권이 소멸된 채권자도 행사할 수 있다.

1. 개관

개정안에서는 등기된 부동산에 대해 유치권을 폐지하기로 하였다. 그러나 갑자기 유치권자를 일반 채권자의 지위로 전락시키는 것은 너무 급격한 변화인 데다가, 부동산에 대한 비용지출채권이나 그 부동산으로 인한 손해배상채권을 가진 채권자에게는 그 부동산에 관한 한 일반 채권자보다 강화된 보호를 부여할 필요도 있다. 이에 따라 개정안 제369조의3에서는 수급인의 도급인에 대한 저당권설정청구권에 관하여 규정하는 민법 제666조의 예에 따라 저당권설정청구권을 부여함으로써 채권자 보호와 공시기능의 확보를 동시에 꾀하고 있다.

2. 등기된 부동산에 관한 저당권설정청구권

제1항에서는 등기된 부동산에 관하여 제320조 제1항의 채권을 가지는 채권자에게 저당권설정청구권을 부여한다. 따라서 저당권자와 저당권설정자의 합의를 필요로 하는 일반 저당권과 달리 채권자는 법률이 정한 요건을 갖춘 한 저당권설정을 관철시킬 수 있다.⁷⁶⁾ 다만 저당권설정청구를 한다고 하여 곧바로 저당권설정이라는 형성적 효력이 생기는 것이 아니고 상대방이 저당권설정의 실제법적 의무를 부담할 뿐이다.⁷⁷⁾ 이 점에서 여기에서의 저당권설정청구권은 민법 제666조에서 규정하는 수급인의 도급인에 대한 저당권설정청구권과 그 구조나 내용이 비슷하다. 다만 민법 제666조는 도급계약의 당사자 사이에서만 적용된다는 점에서 개정안 제369조의3의 경우보다 범위가 한정적이다. 실제로는 많은 경우에 개정안 제369조의3과 민법 제666조의 적용범위가 겹치게 될 것이다. 이러한 기본적인 사항을 염두에 두고 아래에서는 제1항에 관하여 좀 더 상세하게 살펴본다.

첫째, 제1항은 등기된 부동산에만 적용된다. 미등기 부동산에 대해서는 개정안 제320조의2에 따라 유치권이 성립할 수 있기 때문이다. 한편 미등기 부동산이 등기된 경우에 대해서는 앞서 설명한 개정안 제369조의2가 적용된다.

둘째, 등기된 부동산에 관하여 부동산에 대한 비용지출채권이나 부동산으로 인한 손해배상채권을 가지는 채권자에게만 저당권설정청구권이 부여된다. 즉 객체가 동산이나 유가증권이었다면 유치권을 가졌을 채권자에게 적용되는 것이다. 주로 공사대금채권자나 유익비를 지출한 임차인 등 비용지출채권자에게 적용될 것이다.

셋째, 채권의 변제기가 도래하지 않았어도 저당권설정청구권을 행사할 수 있다. 이 점에서 채권의 변제기 도래를 요건으로 하는 유치권 또는 개정안 제369조의2 소정의 저당권설정청구권의 경우와 구별된다. 본래 유치권은 변제기가 도래한 채권을 담보하기 위한 물권이다. 그러나 유치권은 변제기 도래와 점유 개시로 별도의 등기 없이도 바로 성립하지만, 저당권은 등기설정절차(그리고 공동신청이 여의

76) 이 점에서 개정안 제369조의3에 따른 저당권은 약정저당권과 법정저당권의 중간 형태라고 볼 수 있다. 남효순(註 36) 참조.

77) 개정안의 문언 자체만으로는 이 저당권설정청구권의 법적 성격이 명확하지 않다고 볼 수 있으나, 민법개정위원회의 논의 과정에서는 이를 형성권이 아니라 청구권으로 의도하였다.

치 않으면 소송절차)를 거쳐야 비로소 성립한다. 변제기가 도래할 때까지 기다려 비로소 위와 같은 절차를 거치도록 허용한다면 변제기 도래 후 저당권등기 시까지 채권자의 지위가 불안해진다. 변제기 도래를 저당권설정청구의 요건으로 삼지 않은 것은 이러한 면에서 이해할 수 있다.

넷째, 해당 부동산을 점유하고 있지 않아도 저당권설정청구권을 행사할 수 있다. 유치권에는 부동산 점유가 요구되지만 여기에서의 저당권설정청구권은 유치권과 유사한 권리가 아니기 때문이다. 논의 과정에서는 비용지출채권자 등을 일반 채권자보다 강하게 보호하기 위해서는 최소한 부동산 점유라도 요건으로 삼아야 한다는 의견도 있었다. 그러나 저당권설정청구권은 유치권과 성격을 달리하므로 부동산 점유를 요건으로 해야 할 논리필연적인 이유를 찾을 수 없고, 이를 요건으로 하는 경우에는 부동산 가치의 사장이라는 기존 유치권의 폐해를 극복할 수 없다는 점 등을 고려하여 부동산 점유를 요건으로 삼지 않았다.

다섯째, 저당권설정청구권의 상대방은 부동산 소유자이다. 여기에는 채무자 아닌 부동산 소유자도 포함된다. 이 점에서 도급계약상 채무자인 도급인에 대해서만 저당권설정청구권을 행사할 수 있도록 하는 민법 제666조와 구별된다. 이러한 입법태도의 타당성에 대해서는 논란의 여지가 있기는 하다. 하지만 이 저당권설정청구권은 비용을 지출한 점유자의 비용상환청구권을 담보하기 위한 규정으로서 점유자와 회복자 일반에 대해 규율하는 민법 제203조와 연결시킬 수 있다. 여기에서의 회복자는 계약관계의 채무자에 국한되지 않는다. 그렇다면 민법 제666조처럼 상대방을 채무자로만 국한해야 할 필연적 이유는 없다. 또한 실질적으로 보더라도 당해 부동산에 대한 비용지출로 인한 이익은 부동산 소유자에게 귀속되어 있으므로 그가 원래의 채무자이건 아니건 그를 상대방으로 하는 것이 타당하다.

여섯째, 일단 저당권설정청구권이 성립한 후 부동산을 취득한 제3자에게는 저당권설정청구권을 행사할 수 없도록 하였다. 제3자에게도 행사할 수 있도록 입법하는 것도 가능하겠지만, 저당권설정청구권은 대외적으로 공시되지 않고 그 행사기간에도 제한이 없어 그 상대방의 범위에 아무런 제한을 두지 않으면 법적 안정성을 해치게 된다는 점을 고려한 조치이다. 이 점에서 이러한 제한 없이 누구에게나 대항할 수 있는 유치권과 구별된다. 하지만 피담보채권자는 처분금지가처분을 하거나 가등기가처분에 의하여 가등기를 함으로써 부동산의 소유권 변동에도 불구하고 자신의 권리를 보장받을 수 있다.

일곱째, 저당권설정청구권에 의하여 설정된 저당권은 일반 저당권과 효력이 동일하다.⁷⁸⁾ 따라서 제2유형 저당권과 달리 피담보채권의 변제기로 효력이 소급하지 않는다. 이 경우 등기순위와 우선순위가 일치하게 되어 거래의 안전성을 해치지 않게 된다. 개정안에서는 저당권의 효력에 대해서 별도로 규정하고 있지는 않지만 저당권의 일반적인 법리에 따르면 당연한 결과이다.

여덟째, 제2유형 저당권설정청구권과 달리 여기에서는 저당권설정청구권의 행사 기간에 제한이 없다. 다만 이 저당권설정청구권은 채권적 성격을 가지므로 채권의 일반 소멸시효 기간의 적용을 받게 된다.

3. 미등기부동산에 대해 유치권을 상실한 채권자의 경우

제2항은 부동산이 등기된 후 제320조의2 제2항 제2호 또는 제328조에 의하여 유치권을 상실한 채권자도 제1유형 저당권설정청구권을 행사할 수 있다고 규정한다.

개정안 제320조의2 제2항 제2호는 미등기 부동산 유치권자의 유치권은 저당권설정청구권이 소멸하면 함께 소멸한다는 내용이다. 이미 저당권설정등기가 이루어졌다면 그에 따른 보호를 받으면 충분하지만, 제2유형 저당권설정청구권이 기간 경과를 이유로 소멸하였다면 그는 여전히 제1유형 저당권설정청구권을 행사할 수 있다는 취지이다. 한편 민법 제328조는 유치권은 점유의 상실로 인하여 소멸한다고 규정한다. 이러한 경우에도 제1유형 저당권설정청구권은 행사할 수 있다.

위와 같은 경우 이외에도 유치권이 소멸하는 경우가 있다. 즉 유치권자가 유치물 점유에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 위반하거나, 채무자의 승낙 없이 유치물을 사용, 대여 또는 담보제공하는 등의 사유로 채무자가 유치권의 소멸을 청구한 때(제324조)와 채무자가 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구한 때(제327조)에도 유치권이 소멸하게 된다. 실무위안 및 위원장단 안은 유치권 소멸

78) 분과위안 제372조의2는 저당권설정청구권자가 유치권자인 경우와 그 외의 채권자인 경우를 구분하지 않았다. 또한 유치권자가 아닌 채권자에 대하여도 피담보채권의 변제기가 저당권설정등기 시점보다 앞선 경우에는 그 저당권의 효력이 변제기로 소급하는 것으로 하였다. 논의 과정에서 위 분과위안은 유치권 제도를 개선하는 효과를 거둘 수 없다는 비판을 받았고, 실무위 단계에서 저당권설정청구권자가 유치권자인 경우와 그 외의 채권자인 경우를 달리 규정하게 되었다. 윤진수(註 11), 216면.

의 사유를 명시하지 않았기 때문에, 위와 같은 경우에도 유치권을 가졌던 자가 개정안 제369조의3의 저당권설정청구권을 행사할 수 있는지가 명확하지 않았다. 민법개정위원회의 최종안에서는 유치권 소멸 후에도 제1유형 저당권설정청구권을 행사할 수 있는 사유를 ① 제320조의2 제2항 제2호에 의한 경우, ② 제328조에 의한 경우 두 가지로 한정하였다. 이는 유치권자의 잘못으로 유치권이 소멸되거나, 유치권자의 피담보채권 만족에 기여하는 상당한 담보가 확보되어 유치권이 소멸된 경우에는 굳이 저당권설정청구권을 인정하지 않겠다는 점을 분명히 밝힌 것이다.

4. 민법 제666조와의 관계

개정안 제369조의3이 마련되면서 민법 제666조의 존치 필요성에 대한 논의가 있었다. 민법 제666조는 부동산공사의 수급인이 그 보수에 관한 채권을 담보하기 위하여 그 부동산을 목적으로 한 저당권설정청구권을 행사할 수 있다고 규정한다. 분과위원회에서는 민법 제666조에서 정하는 “보수에 관한 채권”은 개정시안 제369조의3에서 규정하는 “비용지출에 관한 채권”에 반드시 포함된다고는 볼 수 없다거나, 설령 양자가 중복되더라도 부동산 수급인들을 보호하고 이들이 가지게 될 불안감을 해소하기 위하여 일단 민법 제666조를 존치하여야 한다고 본 반면, 실무위원회와 위원장단회의에서는 “보수에 관한 채권”은 “비용지출에 관한 채권”에 해당하므로 민법 제666조가 없더라도 개정안 제369조의3에 따라 저당권설정청구권을 행사할 수 있다는 전제에서 민법 제666조는 삭제하는 것이 옳다고 보았다.⁷⁹⁾ 전체회의에서는 토론과 표결 끝에 존치안과 삭제안이 동수를 기록하여 결국 이를 그대로 존치하기로 결정하였다.⁸⁰⁾

79) 개정안 제369조의3의 경우 채무자 아닌 부동산 소유자에게도 저당권설정청구를 할 수 있기 때문에, 민법 제666조의 저당권설정청구권보다 유리한 측면이 있다. 이 점에서 홍봉주(註 33), 18면은 개정안과 같이 제369조의3과 제666조가 병존하게 되면 후자는 거의 이용되지 않을 것이라고 본다.

80) 민법 제666조의 존치에 찬성하는 입장에서는 개정안이 자칫 수급인의 보호를 소홀히 한다는 인상을 줄 수 있다는 점을 우려한 것이 아닌가 생각된다. 윤진수(註 11), 217면.

VI. 민법 부칙 및 관련 특별법 개정안

1. 민법 부칙

개정안
제1조(시행일) 이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다.
제2조(효력의 불소급) 이 법은 종전의 규정에 따라 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다.
제3조(미등기 부동산에 대한 유치권자의 저당권설정 청구권 등에 관한 적용례) ① 제320조의2 및 제369조의2의 개정규정은 이 법 시행 후 미등기 부동산에 대하여 유치권을 취득한 자부터 적용한다. ② 제369조의3제2항의 개정규정은 이 법 시행 후 미등기 부동산에 대하여 제320조의2의 개정규정에 따라 성립한 유치권이 소멸된 경우부터 적용한다.
제4조(유치권자 아닌 채권자의 저당권설정 청구권에 관한 적용례) ① 제369조의3제1항의 개정규정은 이 법 시행 후 발생한 타인의 등기된 부동산에 대한 비용 지출로 인한 채권이나 그 부동산으로 인한 손해배상채권부터 적용한다. ② 제1항에도 불구하고 이 법 시행 당시 타인의 부동산에 대한 비용 지출로 인한 채권이나 그 부동산으로 인한 손해배상채권을 가지고 있는 자로서 부칙 제3조 또는 제5조의 적용 대상자가 아닌 자에 대해서는 제369조의3제1항의 개정규정을 적용한다.
제5조(종전의 부동산 유치권자에 대한 저당권설정 청구권에 관한 특례) ① 제369조의2의 개정규정에도 불구하고 이 법 시행 당시 부동산에 대한 유치권을 가지고 있는 자는 이 법 시행 후 2년 이내에 제369조의2의 개정규정에 따라 저당권설정을 청구할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 해당 각 호에 규정된 날부터 2년 이내에 제369조의2의 개정규정에 따라 저당권설정을 청구할 수 있다. 1. 미등기 부동산: 그 부동산이 등기된 날 2. 민사집행법 일부개정법률(201 . . . 법률 제 호로 개정된 것을 말한다) 부칙 제4조에 따라 종전의 규정(201 . . . 법률 제 호로 개정되기 전의 것을 말한다)을 적용하여 진행된 경매절차가 매각 없이 끝난 경우(미등기 부동산에 대한 경매절차 중 그 부동산이 등기되기 전에 경매절차가 매각 없이 끝난 경우는 제외한다): 그 경매절차가 완료된 날 ② 제1항에 따라 제369조의2의 개정규정에 따른 저당권설정 청구를 할 수 있는 경우로서 해당 저당권설정 청구권의 소멸로 인하여 유치권이 소멸되거나 제328조에 따라 유치권이 소멸된 자는 제369조의3제1항의 개정규정에 따라 저당권설정 청구를 할 수 있다.

개정안 부칙 제1조는 개정법의 시행일에 관하여, 제2조는 이미 발생한 효력에 관하여 각각 규정하는데, 이는 유치권에 국한된 것이 아니라 개정안 전반에 관한 것이다. 개정안에 특유한 규정들은 개정안 부칙 제3조 내지 제5조이다. 제2조와 제5조에 따르면 이미 성립한 부동산 유치권의 유치권자는 2년의 유예기간 내에 제2유형의 저당권설정청구권을 행사할 수 있고, 이 권리의 소멸 또는 점유 상실로 인하여 유치권이 소멸한 후에는 제1유형의 저당권설정청구권을 행사할 수 있다.⁸¹⁾

81) 유예기간의 길이에 대해서는 6개월부터 3년까지 여러 의견이 제시되었고, 최종적으로는 2년 안과 3년 안을 놓고 표결까지 이루어졌는데 결국 2년으로 결정되었다. 2년의 유예기간이 지나치게 짧다는 견해로는 오시영(註 34), 128면.

2년의 기산점은 법 시행일(등기 부동산의 경우) 또는 소유권보존등기일(미등기 부동산의 경우)이다.

개정법 시행 전에 이미 존재하던 유치권을 이처럼 일정한 요건 아래 소멸시키는 것이 위헌인지 여부가 문제될 수도 있다. 그러나 민법개정위원회의 논의 과정에서는 부동산실명법상 기존 명의신탁자의 실명전환 의무규정이나 제정민법 부칙 제10조에 대한 헌법재판소의 결정례에 비추어 이러한 조치가 위헌이 아니라고 보았다.⁸²⁾

2. 관련 특별법의 개정안

가. 부동산등기법 개정안

현행	개정안
<p>제75조(저당권의 등기사항) ① 등기관이 저당권 설정의 등기를 할 때에는 제48조에서 규정한 사항 외에 다음 각 호의 사항을 기록하여야 한다. 다만, 제3호부터 제8호까지는 등기원인에 그 약정이 있는 경우에만 기록한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 채권액 2. 채무자의 성명 또는 명칭과 주소 또는 사무소 소재지 3. 변제기(辨濟期) 4. 이자 및 그 발생기·지급시기 5. 원본(元本) 또는 이자의 지급장소 6. 채무불이행(債務不履行)으로 인한 손해배상에 관한 약정 7. 「민법」 제358조 단서의 약정 8. 채권의 조건 <p>② 등기관은 제1항의 저당권의 내용이 근저당권(根抵當權)인 경우에는 제48조에서 규정한 사항 외에 다음 각 호의 사항을 기록하여야 한다. 다만, 제3호 및 제4호는 등기원인에 그 약정이 있는 경우에만 기록한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 채권의 최고액 2. 채무자의 성명 또는 명칭과 주소 또는 사무소 소재지 3. 「민법」 제358조 단서의 약정 4. 존속기간 <p><신 설></p>	<p>제75조(저당권의 등기사항) ① (현행과 같음) ② (현행과 같음) ③ 등기관은 제1항의 저당권이 「민법」 제369조의2제1항에 따른 저당권인 경우에는 제48조에서 규정한 사항 외에 다음 각호의 사항을 기록하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 채권액 2. 채무자의 성명 또는 명칭과 주소 또는 사무소 소재지 3. 「민법」 제369조의2제1항에 따른 저당권이라는 사실 4. 변제기

⁸²⁾ 윤진수(註 11), 221면도 같은 취지이다. 부동산실명법에 관한 헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌가18, 99헌바71·111, 2000헌바51·64·65·85, 2001헌바2 결정 및 제정민법 부칙 제10조에 관한 헌법재판소 1996. 12. 26. 선고 93헌바67 결정 참조.

개정안 제369조의2 제1항에 따른 제2유형 저당권 설정의 효력은 등기 시가 아니라 변제기로 소급하는 이상 이를 등기기록을 통해 공시할 필요가 있다. 따라서 부동산등기법 개정안 제75조 제3항에서는 ① 당해 등기가 제369조의2 제1항에 따른 제2유형 저당권임을 표시하고, ② 그 변제기를 기록하도록 하였다.⁸³⁾ 변제기를 등기에 반드시 기록할 사항으로 규정함으로써, 저당권 설정을 둘러싼 법률관계가 불안정해지는 것을 막고자 한 것이다.⁸⁴⁾

한편 제2유형 저당권의 소급효와 관련하여 설명하였듯이 위원장단 회의에서는 입법예고 이후 제2유형 저당권설정청구권에 따라 저당권설정등기를 하는 경우 등기상 이해관계 있는 제3자의 승낙을 받도록 하는 부동산등기법 제80조의2 개정안을 마련하였으나,⁸⁵⁾ 법무부가 국회에 제출한 최종 개정안에는 반영되지 않았다.

나. 민사집행법 개정안

현행	개정안
제88조(배당요구) ① 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다. ② (생략)	제88조(배당요구) ① 집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 「민법」 제369조의2에 따라 저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자(留置權者), 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자는 배당요구를 할 수 있다. ② (현행과 같음)
제90조(경매절차의 이해관계인) 경매절차의 이해관계인은 다음 각호의 사람으로 한다. 1. (생략) <신설> 2. ~ 4. (생략)	제90조(경매절차의 이해관계인) 경매절차의 이해관계인은 다음 각호의 사람으로 한다. 1. (현행과 같음) 1의2. 「민법」 제369조의2에 따라 저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자로서 배당을 요구한 채권자 2. ~ 4. (현행과 같음)

83) 개정안 제369조의3에 따른 저당권, 즉 제1유형 저당권은 일반 저당권과 효력이 같으므로, 부동산등기법 개정안 제75조 제3항 제3호 내지 제4호의 사항을 별도로 기록할 필요는 없다.

84) 金載亨(註 3), 370면. 한편 이와 관련하여 피담보채권이 가분채권이고 여러 개의 변제기가 있는 경우 어떤 변제기가 등기 대상인지는 해석론으로 해결할 문제이다. 유치권자가 그 중 한 변제기를 선택하여 등기할 수 있다고 생각한다.

85) 이 조문의 내용은 다음과 같다. 최종 개정안은 민법개정위원회가 마련한 개정시안과 조문 번호가 달라졌으므로, 아래 조문의 “민법 제372조의2”는 개정안 제369조의2를 가리키는 것이다.

제80조의2(이해관계인의 승낙) 민법 제372조의2에 따라 저당권설정등기를 하는 경우에 등기상 이해관계 있는 제3자가 있을 때에는 제3자의 승낙이 있어야 한다.

현행	개정안
<p>제91조(인수주의와 잉여주의의 선택 등) ① (생략) ② 매각부동산 위의 모든 <u>저당권</u>은 매각으로 소멸된다. ③·④ (생략) ⑤ 매수인은 유치권자(留置權者)에게 그 유치권(留置權)으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다.</p>	<p>제91조(인수주의와 잉여주의의 선택 등) ① (현행과 같음) ② 매각부동산 위의 모든 <u>저당권과 유치권(留置權)</u>은 매각으로 소멸된다. ③·④ (현행과 같음) <삭제></p>
<p>제160조(배당금액의 공탁) ① 배당을 받아야 할 채권자의 채권에 대하여 다음 각호 가운데 어느 하나의 사유가 있으면 그에 대한 배당액을 공탁하여야 한다. 1. 2. (생략) <신설> 3. ~ 6. (생략) ② (생략)</p>	<p>제160조(배당금액의 공탁) ① 배당을 받아야 할 채권자의 채권에 대하여 다음 각호 가운데 어느 하나의 사유가 있으면 그에 대한 배당액을 공탁하여야 한다. 1. 2. (현행과 같음) 2의2. 「민법」 제369조의2에 따라 <u>저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자의 채권인 때</u> 3. ~ 6. (현행과 같음) ② (현행과 같음)</p>
<p>제161조(공탁금에 대한 배당의 실시) ① (생략) ② 제1항에 따라 배당을 실시함에 있어서 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 때에는 법원은 배당에 대하여 이의하지 아니한 채권자를 위하여서도 배당표를 바꾸어야 한다. 1. 제160조제1항제1호 내지 제4호의 사유에 따른 공탁에 관련된 채권자에 대하여 배당을 실시할 수 없게 된 때 2. 3. (생략) ③·④ (생략)</p>	<p>제161조(공탁금에 대한 배당의 실시) ① (현행과 같음) ② 제1항에 따라 배당을 실시함에 있어서 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하는 때에는 법원은 배당에 대하여 이의하지 아니한 채권자를 위하여서도 배당표를 바꾸어야 한다. 1. 제160조제1항제1호·제2호·제2호의2·제3호 또는 제4호의 사유에 따른 공탁에 관련된 채권자에 대하여 배당을 실시할 수 없게 된 때 2. 3. (현행과 같음) ③·④ (현행과 같음)</p>
<p>제274조(유치권 등에 의한 경매) ① ~ ③ (생략) <신설></p>	<p>제274조(유치권 등에 의한 경매) ① ~ ③ (현행과 같음) ④ 유치권에 의하여 개시된 경매의 목적물인 부동산에 「민법」 제369조의2에 따른 저당권설정의 등기가 마쳐진 경우에는 그 저당권 실행을 위한 경매가 개시된 것으로 보고 경매절차를 계속하여 진행한다.</p>
	<p>부칙 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다. 제2조(효력의 불소급) 이 법은 종전의 규정에 따라 생긴 효력에 영향을 미치지 아니한다. 제3조(부동산 유치권에 대한 민사집행 절차에 관한 적용례) 제88조제1항, 제90조, 제91조, 제160조제1항, 제161조제2항 및 제274조제4항의 개정규정은 이 법 시행 전에 성립한 부동산 유치권에 대해서도 이 법 시행 후 그 부동산에 경매신청 등 경매절차가 진행되는 경우에 적용한다. 제4조(민사집행 절차에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 경매신청 등 경매절차가 진행 중인 부동산에 대해서는 종전의 규정에 따른다.</p>

(1) 경매절차의 배당요구권자 및 이해관계인

민사집행법 개정안은 제88조 제1항의 배당요구권자에 “저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자”를 추가하고, 제90조의 이해관계인에 “저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자로서 배당을 요구한 채권자”를 추가하였다. 민사집행법 개정안 제91조에 의하면 유치권은 매각으로 소멸하므로, 유치권자가 경매절차 내에서 피담보채권을 실현할 수 있도록 배당요구권을 부여하는 한편, 경매절차에 관여할 수 있도록 유치권자를 이해관계인으로 규정한 것이다.⁸⁶⁾ 유치권자는 저당권설정 청구의 소를 제기하여야 배당요구를 할 수 있으므로 이러한 조항은 유치권자로 하여금 이러한 소를 제기하도록 강제하는 기능도 있다.

위 두 조항에서는 배당요구권자 및 이해관계인을 “민법 제369조의2에 따라 저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자”로 하고 있으므로, 제369조의3의 채권자는 여기에 포함되지 않는다. 제369조의3에 기하여 저당권을 설정한 채권자, 즉 제1유형의 저당권설정을 한 채권자는 일반 저당권자와 동일하게 보호되므로 이를 별도로 규정하지 않았다.

(2) 인수주의의 폐지

개정안에 따르면 등기된 부동산의 유치권은 인정되지 않고 미등기 부동산에 대한 유치권도 한시적으로만 존속한다. 그런데 부동산 경매절차는 그 부동산이 등기된 상태일 것을 전제로 한다. 따라서 부동산 경매절차에서는 주로 개정안 제369조의2와 제369조의3에 따른 저당권등기가 문제된다. 그런데 저당권은 인수주의가 아니라 소멸주의의 적용을 받으므로 개정안에 따르면 인수주의는 자연스럽게 소멸주의로 전환된다. 다만 이미 성립한 유치권이 한시적으로 존속하는 동안 경매절차가 진행되어 완료될 수도 있으므로 유치권 자체에 대한 인수주의를 폐지하고 소멸주의를 채택한 개정안 제91조 제2항은 여전히 규정의 실익이 있다.⁸⁷⁾

이는 유치권에 관하여 인수주의를 취함으로써 경매절차를 통해 부동산을 매수한

86) 현행 민사집행법 제90조에 따르면 유치권자는 ① 집행권원을 획득한 경우(제1호), ② 유치권신품을 한 경우(제4호) 외에는 경매절차의 이해관계인으로 취급되지 않는다. 그에 따라 유치권자가 경매절차의 바깥에 존재하게 된다는 점이 문제로 지적되기도 하였다. 홍봉주(註 33), 7-8면; 한상곤(註 4), 161면. 한편 경매절차에서 이해관계인의 권리에 대하여는 김상원 편집대표, **주석 민사집행법 III**(한국사법행정학회, 2004), 307-308면(한승 집필 부분).

87) 예컨대 이미 유치권이 성립한 부동산에 대한 소유권보존등기 후 6개월 내에 경매절차가 완료되는 경우가 그러하다.

자에게 큰 부담을 지우고 이로 인해 부동산 경매가 원활하게 이루어지지 못하던 기존의 폐해를 수정하기 위한 것이다.⁸⁸⁾ 법리적으로는 유치권의 효력을 둘러싸고 복잡하게 전개되었던 유치권의 대항력 문제를 입법적으로 해결하기 위한 것이기도 하다.⁸⁹⁾ 이처럼 민사집행법 개정안이 인수주의를 폐지한 것에 대하여는 긍정적인 평가가 많다.⁹⁰⁾ 유치권자가 인수주의 아래에서 사실상 우선변제권을 가지던 과거보다 그 지위가 약화되는 것은 사실이지만, 이는 개정안의 입법적 결단에 따른 불가피한 것이고, 개정안이 의도했던 바이기도 하다.

(3) 배당금액의 공탁

민사집행법 개정안은 제160조 제1항에 제2호의2를 신설하여, “저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자의 채권인 때”에 그 채권에 대해서 배당금액을 공탁하도록 하고, 제161조 제2항 제1호에 위 규정을 포함시켰다.

유치권자로서 저당권설정 청구의 소를 제기하였으나 아직 확정판결이 나지 않아 저당권설정등기를 하지 못한 경우에는 저당권자로서 배당을 받을 수 없다. 또한 유치권자는 배당받을 수 있는 자가 아니므로 유치권자로서 배당받을 수도 없다(민사집행법 제148조 참조). 그렇다고 하여 일단 다른 채권자들에게 배당한 뒤 나중에 저당권설정등기가 이루어지면 부당이득반환청구를 하게 하는 것도 번잡하다. 따라서 저당권설정 청구의 소를 제기한 유치권자에게는 배당금액을 공탁하게 하여 나중에 이에 기해 저당권설정등기가 이루어지면 유치권자에게 배당하도록 한 것이다.

한편 유치권자가 저당권설정 청구의 소를 제기한 것만으로 배당요구를 할 수 있도록 규정한 것에 대하여는 비판이 제기되기도 하였다. 허위·가장 유치권자일 가능성, 유치권자가 피담보채권의 액수를 부풀려 주장할 가능성을 배제할 수 없다는 것이다.⁹¹⁾ 실무상 위와 같은 유치권자가 배당요구를 할 경우 그 배당액을 확정

88) 윤진수(註 11), 226면; 金載亨(註 3), 377면.

89) 김영희(註 32), 439면은 개정안이 유치권에 관한 소멸주의를 명시적으로 채택함으로써 유치권의 대항력 법리는 더 이상 필요하지 않게 될 것이라고 한다. 이정민·이점인, “채납처분압류 이후 경매절차 개시 전에 취득한 유치권의 효력에 대한 검토 - 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결을 중심으로 -”, 東亞法學, 제64호(2014. 8), 271면; 장창민(註 38), 203면도 같은 취지이다.

90) 오시영(註 34), 133면; 윤철홍(註 37), 15면; 김미혜(註 28), 176면; 성민섭(註 27), 201, 203면; 한상곤(註 4), 168-169면.

91) 장석천·이은규(註 64), 170면.

하기 어렵다는 점도 지적되고 있다.⁹²⁾ 이러한 비판과 지적에는 타당한 면이 있다. 다만 이러한 문제점은 현행 배당제도 하에서도 발견되고 있다.⁹³⁾ 즉 위와 같은 문제점이 유치권에서 더 두드러질 수는 있으나 유치권에만 특유한 것이라고는 말하기 어렵다. 이러한 문제점 때문에 유치권자에게 아예 배당요구를 하지 못하도록 하면 유치권자의 보호가 경시되므로 더 큰 문제점을 야기한다. 또한 저당권 설정 청구소송에 대한 확정판결이 이루어지면 이에 따라 배당액이 확정되므로 궁극적으로는 위와 같은 허위 주장이나 배당액 산정에 관한 어려움을 극복할 수 있을 것이다. 그러므로 이러한 배당요구 관련 규정은 수긍할 수 있는 입법이라고 생각한다.

(4) 유치권에 의한 경매절차의 진행

민사집행법 개정안 제274조는 유치권에 의한 경매절차가 개시된 다음 민법 개정안 제369조의2에 따라 저당권설정등기가 마쳐진 경우를 다룬다. 일단 유치권자 앞으로 저당권설정등기가 이루어지면, 유치권은 소멸하고 저당권만 존속한다. 따라서 경매절차 개시 후 저당권설정등기가 이루어진 경우 그 경매절차는 종료되어야 하는 것이 원칙이다. 그렇다면 이제 저당권자가 된 유치권자로서는 다시 경매개시를 신청하여야 하는 문제가 있다. 민사집행법 개정안 제274조는 이처럼 불필요한 절차가 반복되는 것을 막기 위하여, 위와 같은 경우 저당권 실행을 위한 경매가 개시된 것으로 보아 경매절차를 계속하여 진행하도록 하는 규정이다.⁹⁴⁾

(5) 경과규정

민사집행법 개정안 부칙은 개정법 당시 존재하던 부동산 유치권에 대해서는 개정법을 적용하도록 하고(제3조), 시행일 이전에 경매신청이 이루어진 부동산에 대해서는 종전의 규정을 적용하도록 한다(제4조). 갑작스런 변화로 인한 혼란을 막기 위한 경과규정이다.

국회 법제사법위원회 검토 과정에서 법원행정처는, 민법 개정안의 부칙 제5조는 개정안 시행 당시 이미 유치권을 가지고 있던 자는 등기된 날부터 2년 안에 청구

92) 김홍엽(註 65), 163면 이하.

93) 예컨대 가압류채권자나 최우선변제권을 가진 소액임차인 등을 중심으로 허위 또는 과장된 배당요구를 하는 사례들이 있다.

94) 윤진수(註 11), 227면.

권을 행사할 수 있도록 하여 일정 기간 동안 기존 유치권의 효력을 그대로 인정하면서, 민사집행법 개정안 부칙 제3조는 위와 같은 기존 유치권자라고 하더라도 개정안 시행 후 경매절차가 진행되는 경우에는 개정안의 각종 규정(유치권자의 배당요구, 공탁 등)의 적용을 받도록 하고 있는데, 이러한 민사집행법 개정안의 부칙은 기존의 유치권을 과도하게 제한하는 것이라는 의견을 제출하였다.⁹⁵⁾ 그러나 민사집행법 개정안의 각종 규정은 모든 유치권자들에게 적용되는 것이 아니라 저당권 설정청구의 소를 제기한 유치권자들에게 적용된다. 즉 민법 개정안의 취지에 따라 저당권에 의한 보호를 받고자 하는 유치권자들에게 적용되는 규정들이다. 그렇다면 이들에게 이러한 저당권적 보호에 부합하는 민사집행법 규정들을 적용하는 데에는 큰 문제가 없다고 생각된다.

한편 민법 부칙 제5조 제1항 제2호도 경매절차와 관련된다는 점에 유의한다. 위 규정은 위 민사집행법 개정안 부칙 제4조에 따라 종전의 규정을 적용하여 진행된 경매절차가 매각 없이 끝난 경우 그 경매절차가 완료된 날부터 2년 이내에 제369조의2의 개정규정에 따라 저당권설정을 청구할 수 있다고 규정함으로써 기존 유치권자에게 부여되는 2년의 유예기간의 기산점을 경매절차 완료일로 정하고 있다. 경매절차가 진행되는 기간 동안 위 유예기간이 경과함으로써 경매절차가 매각 없이 끝나자마자 유치권이 소멸하는 것은 유치권자에게 너무 가혹하기 때문이다.

VII. 결 론

유치권에 관한 민법 개정안은 2013년 7월에 국회에 제출되었으나, 법제사법위원회에서 본격적인 심의가 진행되지 않은 채 머물러 있는 상태이다. 이 개정안이 이번 제19대 국회를 통과할 가능성은 매우 낮다. 임기 만료를 눈앞에 둔 현재의 국회에게는 이러한 복잡한 문제를 다룰 동거나 여력이 없기 때문이다. 그러나 개정안에 담긴 문제의식과 해법, 그리고 이를 계기로 모처럼 꽃핀 활발한 입법론은 국회의 갑갑한 상황과는 무관하게 여전히 주목받을 가치가 있다.⁹⁶⁾

⁹⁵⁾ 법제사법위원회 검토보고서(2013. 12). 국회 의안정보시스템 참조.

⁹⁶⁾ 이선희, “부동산 유치권의 대항력 제한”, **민사법학**, 제72호(2015. 9), 250, 253면은 개정안의 입법취지가 현행 유치권 제도의 해석론에도 반영될 수 있다고 본다.

유치권은 해석론에 과도하게 기울어진 민법학의 풍토 내에서 최근 가장 활발하게 백가쟁명식의 입법론이 전개된 몇 안 되는 주제이다. 또한 유치권에 관한 개정안은 특정한 외국 법제에 기대지 않고 한국법과 한국적인 현실에 기초하여 만들어낸 몇 안 되는 성과물이기도 하다. 이러한 개정안에 대한 논의가 유치권 제도의 본질과 기능을 이해하고 그 이해에 기초하여 현행 유치권 제도를 제대로 해석하고 운영하는 데에 도움이 됨은 물론이다. 따라서 유치권 제도 개선을 둘러싼 논의는 개정안의 통과 여부와 무관하게 계속되어야 한다. 이 글이 학계와 실무계에서 유치권에 대한 논의를 이어나가는 노력에 조금이나마 기여하기를 소망한다.

투고일 2016. 4. 18	심사완료일 2016. 5. 13	게재확정일 2016. 5. 20
-----------------	-------------------	-------------------

참고문헌

- 곽윤직 편집대표, **민법주해[VI] 물권(3)**(박영사, 1992).
- 곽윤직 · 김재형, **물권법**(박영사, 2014).
- 權龍雨, “物的 擔保制度의 課題와 展望”, **現代法學의 課題와 展望**(1998).
- 김미혜, “부동산 유치권 관련 개정안에 대한 몇 가지 제언 - 2013년 민법 일부개정법률안을 중심으로”, **亞洲法學**, 제8권 제1호(2014).
- 김상원 편집대표, **주식 민사집행법 III**(한국사법행정학회, 2004).
- 김상찬 · 강창보, “부동산 유치권제도의 개선방안 - 2012년 민법개정안의 검토를 중심으로 -”, **法과 定策**, 제19권 제2호(2013. 8).
- 김영희, “유치권이 있는 부동산의 경매와 유치권의 저장권에 대한 대항력 - 2013년 1월 16일에 입법예고된 유치권 관련 민사법 개정안에 관한 고찰을 덧붙여 -”, **민사법학**, 제63-1호(2013. 6).
- 김용담 편집대표, **주식 민법 물권(3)**(한국사법행정학회, 2011).
- 金載亨, “부동산 유치권의 개선방안 - 2011년 민법개정시안을 중심으로 -”, **민사법학**, 제55호(2011. 9).
- 金曾漢 · 金學東, **物權法**(博英社, 1996).
- 김홍엽, “민사유치권 관련 민사집행법 개정안에 대한 비판적 고찰”, **成均館法學**, 제25권 제4호(2013. 12).
- 남효순, “등기된 부동산 유치권 폐지 - 찬성”, **법률신문**(2013. 3. 25).
- 노종천, “부동산유치권 등기제도 도입 연구”, **土地法學**, 제31권 제1호(2015. 6).
- 박혜웅 · 남기범, “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가 차이에 미친 영향 분석”, **한국정책연구**, 제11권 제3호(2011).
- 법무부 민법개정자료발간팀 편, **2004년 법무부 민법 개정안 총칙 · 물권편**(법무부, 2012).
- 성민섭, “부동산 유치권 제도의 개선을 위한 민법 등 개정법률안에 대하여 - 등기 부동산에 대한 유치권 폐지(안) 등의 재고를 기대하며 -”, **외법논집**, 제38권 제1호(2014. 2).
- 송덕수, **신 민법강의**(박영사, 2015).
- 신국미, “留置權의 成立要件으로서의 物件과 債權의 牽聯關係”, **財産法研究**, 제21권 제1호(2004).

- 梁彰洙, “留置權의 成立要件으로서의 「債券과 物件 간의 牽聯關係」”, **民法研究**, 제1권(박영사, 1991).
- 양창수·김형석, **민법 III 권리의 보전과 담보**(박영사, 2015).
- 오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(I) - 부동산유치권과 최우선변제권 -”, **法學論叢**, 제32권 제2호(2012. 8).
- _____, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(II) - 저당권설정청구권에 대하여 -”, **法學論叢**, 제32권 제3호(2012. 12).
- _____, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(III) - 저당권설정청구권의 법적 성질 및 강제집행절차에 대하여 -”, **法學論叢**, 제33권 제1호(2013. 4).
- _____, “유치권 관련 민법 개정안에 대한 검토”, **강원법학**, 제38권(2013. 2).
- 윤진수, **민법기본판례**(홍문사, 2016).
- _____, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, **민사법학**, 제63-1호(2013. 6).
- 윤철홍, “유치권의 개정방향”, **법학논총**, 제31집(2014. 1).
- 李啓正, “滯納處分押留와 留置權의 效力”, **서울대학교 法學**, 제56권 제1호(2015. 3).
- 이동진, “「물권적 유치권」의 정당성과 그 한계”, **민사법학**, 제49-1호(2010. 6).
- 이선희, “부동산 유치권의 대항력 제한”, **민사법학**, 제72호(2015. 9).
- 이시윤, **신민사집행법**(박영사, 2014).
- 李英俊, **物權法**(박영사, 2009).
- 이정민·이점인, “채납처분압류 이후 경매절차 개시 전에 취득한 유치권의 효력에 대한 검토 - 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결을 중심으로 -”, **東亞法學**, 제64호(2014. 8).
- _____, “허위·가장 유치권 문제와 유치권 등기의 필요성에 대한 검토”, **民事法理論과 實務**, 제18권 제1호(2014).
- 이홍렬, “부동산 유치권에 관한 민법개정안의 검토”, **비교사법**, 제22권 제3호(2015. 11).
- 장석천·이은규, “민법 유치권 개정 법률안 중 저당권설정청구권에 관한 소고”, **財産法研究**, 제32권 제3호(2015. 11).
- 장창민, “부동산유치권에 관한 일고 - 2013년 입법예고된 유치권개정안과 관련하여 -”, **東北亞法研究**, 제8권 제1호(2014).

전장현, “부동산경매절차에서 유치권에 관한 개선방안”, **民事執行法研究**, 제9호 (2013).

정준영·이동진, 부동산 유치권의 개선에 관한 연구, 2009년도 법무부 연구용역 과제 보고서.

지원림, **민법강의**(홍문사, 2015).

車文鎬, “유치권의 성립과 경매”, **司法論集**, 제42집(2006).

崔東弘·劉銑鍾, “부동산경매에서 유치권신고의 의무화”, **法曹**, 제59권 제4호(2010).

한상곤, “민사집행절차에서 본 유치권의 개정안에 대한 고찰”, **慶熙法學**, 제50권 제1호 (2015).

홍봉주, “부동산유치권에 관한 개정안 검토”, **일감법학**, 제31호(2015. 6).

<Abstract>

Introduction and Analysis of the Korean Civil Code Amendment Bill on the Right of Retention

Kwon, Youngjoon*

On Jul 17, 2013, the Ministry of Justice in Korea submitted the Korean Civil Code amendment bill on the right of retention to the National Assembly. This is legal response to address the distortion of the current legal regime on this right. The outline of the bill is as follows.

Firstly, the right of retention for registered immovable is to be abolished. Instead, the right-holder is given the right to demand mortgage (for convenience' sake, A type mortgage). This right is acknowledged even without relevant contract as long as statutory requirements are met. Possession is not a requirement to obtain this right. Instead, the mortgage is to be registered so as to be accessible by public. The underlying idea is to enhance efficiency in the usage of the immovable by eliminating the possession requirement and replacing it by registration. Although requirements for such mortgage are different from general mortgage, its legal effect remains the same.

Secondly, the right of retention for unregistered immovable and movable is to be retained, considering that these things are not eligible for registration due to their nature. However, once unregistered immovable is registered, the right-holder should file for mortgage (for convenience' sake, B type mortgage) within six months. Unless mortgage is registered or the above claim is filed within this period, the right of retention extinguishes. Since B type mortgage directly replaces existing right of retention, it has more powerful effect than A type mortgage; its legal effect takes place retroactively as of the time of performance of a secured claim. However, even a failure to file for B type mortgage within due period does not hinder the

* Professor, College of Law / School of Law, Seoul National University.

right-holder from filing for A type mortgage.

Since the submission of this bill, discourse on the appropriateness of the bill has heated up among scholars. This paper introduces and analyzes the bill in light of such discourse. Although the possibility of the passage of the bill in the National Assembly is considerably low due to political circumstances, the inherent value of the bill and its implication for the future of right of retention cannot be underestimated. This paper is part of continuing efforts in improving legal regime and related legal doctrines concerning right of retention.

Keywords: right of retention, mortgage, right to mortgage, registration of immovable, amendment of Korean Civil Code, possession, time of performance