

부동산 유치권의 대항력 제한에 관한 법리 연구

— 대법원판결과 관련하여 —

A Study of Legal Principle on Limiting the Opposing Power of Real Estate Liens

— In Connection with the Supreme Court's Decision —

김 태 건*

Kim, Taegeon

오 세 준**

Oh, Saejoon

목 차

- | | |
|-------------------------|---------------------------|
| I. 유치권의 성립과 대항력의 제한 | III. 판례에 나타난 유치권의 대항력 제한의 |
| II. 유치권의 대항력 제한에 관한 판례의 | 법리에 대한 학설적 검토 |
| 흐름과 학설 개관 | IV. 결론 |

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2021..23.133>

투고일: 2021. 6. 1. / 심사외뢰일: 2021. 8. 5. / 게재확정일: 2021. 8. 24.

* 주저자 : 평택대학교 대학원 국제도시부동산학과 박사과정

Doctor's Course, Department of Global Urban & Real Estate, Pyeongtaek University

** 교신저자 : 평택대학교 국제도시부동산학과 교수

Professor, Department of Global Urban & Real Estate, Pyeongtaek University

유치권은 점유를 상실하면 유치권도 바로 소멸하므로 목적물의 점유를 침탈당하면 점유권에 의한 물건적 청구권만 인정되고 본권에 의한 물건적 청구권은 인정되지 않으며, 점유 상실시 물상대위성과 추급력도 인정되지 않는다. 그럼에도 불구하고 유치권은 누구에게도 대항할 수 있고 전면적 인수주의가 적용됨으로써 사실적 우선변제권이 인정될 뿐만 아니라 유치권의 오남용 등의 문제점 또한 적지 않고 이에 관한 학설 또한 분분하다. 그러나 유치권의 본질과 오남용은 존재의 평면을 달리하는 서로 다른 문제이기 때문에 유치권을 폐지하는 것보다는 본질을 살리고 오남용을 줄이기 위하여 유치권의 성립과 효력을 제한할 필요가 있다. 특히 유치권의 대항력 제한은 경매절차에서 다른 권리와의 관계 및 최근 대법원 판례의 혼돈과 관련하여 연구의 필요성이 더욱 절실하다.

문제는 유치권의 대항력을 제한하는 근거 또는 법리인데, 결론부터 언급하면 절차법상(압류·가압류·체납처분압류의 경우)으로는 처분금지효(대항력제한효)가, 실체법상으로는 신의칙(민법 제2조)이 법리상 타당하다고 본다. 한편 대법원은 2005다22688 이전(以前)의 판결과 저당권과 유치권의 충돌에 관한 2008다70763 판결에서는 유치권의 본질론에 입각하여 유치권의 대항력을 인정하였다. 그러나 2005다22688 판결(압류 후 유치권 성립)에서는 처분금지효론으로, 2009다19246 판결(가압류 후 유치권 성립)에서는 처분금지효론과 절차적 안정성론으로, 2009다60336 전원합의체 판결(체납처분압류 후 유치권 성립)에서는 다시 집행절차의 법적 안정성론으로, 최근에는 신의칙 위반론(2011다84298 판결)까지 매우 혼란스러운 판결을 거듭하고 있다. 이러한 대법원의 오락가락한 판결은 ‘사실적 처분행위’를 처분금지효의 처분으로 보지 않으려는 논리적 귀결로서 가압류는 잠정처분이라는 이유로, 체납처분압류는 공매절차와의 필연적 연계성이 없다는 이유로 해석하게도 절차적 안정성이라는 일반적·추상적인 우회법리를 내세워 유치권에 대한 대항력을 부정하였다.

종래의 통설·판례가 유치권의 대항력 제한 문제에서 혼란을 일으켰던 것은 ‘처분행위의 도그마’에 갇혀서 ‘대항’의 문제를 ‘처분’의 문제로 봄으로써 처분금지효론의 처분에는 ‘법률적 처분행위만’ 해당한다는 생각과 오해에서 벗어나지 못하였기 때문으로 판단되고, 대법원의 법리 혼란도 학설의 영향을 받아 애초의 처분금지효의 처분행위에 대한 잘못된 해석에서 비롯된 것으로 생각된다. 결국 대항의 문제를 처분으로 봄으로 인하여 생긴 논쟁은 ‘처분’을 ‘대항’으로의 인식 전환

을 함으로써 종식될 수 있고, ‘대항력제한효론’에 의하면 처분행위에 대한 더 이상의 논쟁은 필요 없게 된다. 따라서 향후 2009다19246 판결(가압류 후 유치권 성립), 2009다60336 전원합의체 판결(채납처분압류 후 유치권 성립)도 2005다22688 판결(압류 후 유치권 성립)과 동일한 법리인 ‘처분금지효론’으로 회귀함이 타당하며(사건으로는 ‘처분금지효론’은 용어상·내용상 문제가 있으므로 ‘대항력제한효론’이 용어상 옳다고 본다), 2009다60336 전원합의체 판결의 반대 견해가 취한 ‘처분금지효론’은 용어상·내용상 문제가 있으므로 ‘대항력제한효론’에 입각함이 옳다. 결국 향후 유치권의 대항력 제한에 관하여 적용되어야 할 근거 법리는 처분금지효론(사건에 의하면 대항력제한효론)과 신의칙론이라고 생각한다.

[주제어] 유치권, 압류, 가압류, 채납처분압류, 저당권, 처분금지효, 대항력제한효, 신의칙 위반, 유치권 오남용

I. 유치권의 성립과 대항력의 제한

1. 유치권의 성립과 성질

1.1 유치권의 성립

민법 제320조 제1항은 “타인의 물건 또는 유가증권을 점유한 자는 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 변제를 받을 때까지 그 물건 또는 유가증권을 유치할 권리가 있다.”라고 규정하고 있고, 상법 제58조는 “상인 간의 상행위로 인한 채권이 변제기에 있는 때에는 채권자는 변제를 받을 때까지 그 채무자에 대한 상행위로 인하여 자기가 점유하고 있는 채무자 소유의 물건 또는 유가증권을 유치할 수 있다”라고 하여 상사유치권을 규정하고 있다.

유치권은 채권자와의 계약으로 설정되는 것이 아니라 법이 정하는

요건¹⁾을 갖추므로써 발생하는 법정담보물권이다. 법이 유치권 제도를 통해 위와 같은 거래상의 부담을 감수하는 것은 피담보채권에 대한 우선적 채권확보라는 특별한 보호가치가 있다는 것에 바탕을 둔 것으로서, 객관적으로 점유자의 채권과 그 목적물 간의 특수한 관계²⁾가 있는 경우에 인정된다.³⁾⁴⁾

유치권의 성립요건은 ① ‘변제기’가 도래한 ‘채권’이 존재할 것, ② 채권은 ‘물건 자체에서 발생’할 것(견련성),⁵⁾ ③ ‘타인 소유’의 물건을 ‘적법’하게 점유할 것, ④ 유치권 성립의 배제 사유가 존재하지 아니할 것⁶⁾ 등이다. 따라서 유치권 포기, 피담보채권의 소멸시효 완성, 타 담보 제공, 원상회복 인정과 같은 당사자 간의 특약이 있는 경우에는 유치권이 성립하지 않는다.

민법은 부동산물권변동에서 성립요건주의를 취하고 있고(민법 제185

- 1) 민법 제320조 제1항, 상법 제58조, 제91조, 제111조, 제120조, 제147조 등 참조
- 2) 민법 제320조 제1항의 민사유치권의 경우에는 “그 물건에 관하여 생긴 채권”일 것, 즉 이른바 ‘물건과 채권과의 견련관계(견련성)’가 있는 것을 말한다. 한편 상법 제58조의 상사유치권은 채권자가 채무자와의 상행위에 기하여 채무자 소유의 물건을 점유하는 것만으로 바로 성립하는 것으로서, 피담보채권의 보호가치라는 측면에서 보면 목적물과 피담보채권 사이의 이른바 견련관계를 요구하는 민사유치권보다 그 인정 범위가 현저하게 광범위하다.
- 3) 민사유치권은 피담보채권과 목적물의 견련관계가 요구된다는 점에서 상사유치권과는 그 성립요건과 성립범위가 다르다. 본고에서는 유치권이라고 할 때에는 민사유치권만을 말하고, 상사유치권은 필요한 경우에 별도로 언급한다.
- 4) 유치권이 민사유치권과 상사유치권의 요건을 동시에 갖추고 있는 경우에는 민사유치권에 관한 법리가 적용되어야 한다. 민사유치권은 피담보채권과 목적물의 견련관계로 인하여 상사유치권보다 더 특별한 보호를 받아야 하기 때문이다(황진구, “채납처분압류가 되어 있는 부동산에 유치권을 취득한 경우 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있는지 여부”, 사법 제1권 29호, 사법발전재단, 2014, 376쪽; 이재석, “유치권의 행사를 제한하는 판례이론에 관한 제언(提言)”, 사법논집 제61집, 법원도서관, 2015, 168쪽(주석7)).
- 5) 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결 참조
- 6) 대법원 2011. 5. 13. 자 2010마1544 결정[부동산인도명령], 대법원 2018. 1. 24. 선고 2016다234043 판결[유치권방해금지] 등 참조

조) 부동산등기법 제3조는 등기할 수 있는 권리를 규정하고 있지만, 유치권은 일정한 요건을 갖추면 당연히 성립하는 법정담보물권으로서 별도의 등기를 요건으로 하지 않는다.

1.2. 유치권의 법적 성질

유치권 인정은 채권자가 자본을 투하한 점을 중시하는 이른바 공평의 원칙에 기인하며, 법률상 요건이 충족되면 당연히 성립하는 법정담보물권이라는 점에서 질권·저당권과 같은 약정담보물권과 구별된다.

유치권은 물권이지만 ‘배타성이 없는 점유권을 본질’로 하므로 우선변제권은 인정되지 않고⁷⁾ 유치적 권리 또는 물권적 인도 거절권으로서 사실상의 우선변제권이 인정될 뿐이다(민사집행법 제91조 제5항 참조). 또한 유치권은 ‘점유가 태생적 본질인 권리’로서 성립은 물론 존속에도 점유를 필요로 하고, 점유를 상실하면 유치권도 바로 소멸(민법 제328조)하므로 목적물의 점유를 침탈당하더라도 ‘본권에 의한 물권적 청구권’은 인정되지 않는다. 다만 점유 침탈시 점유보호청구권에 기하여 침탈된 점유를 회복하면 유치권은 소멸하지 않을 뿐이다(민법 제192조 제2항 단서).⁸⁾ 같은 이유로 점유 상실시에 인정되는 ‘물상대위성(物上代位性)’과 ‘추급력(追及力)’도 인정되지 않는다. 바로 이점 때문에 유치권은 물권성이 약한 불완전한 권리라고 할 수 있고, 침탈이 반복되기도 한다.

7) 유치권은 목적물에 대한 경매가 인정되는 경우에도 피담보채권에 대한 우선변제권이 인정되지 않는다. 다만 유치물로 직접 변제에 충당하는 경우(민법 제322조 제2항)와 유치물로부터 생기는 과실을 수취하여 변제에 충당할 경우(민법 제323조 제1항)에는 우선변제권이 인정된다는 설이 있다(지원림, 민법강의 제9판, 홍문사, 2011, 745쪽).

8) 즉, 유치권은 점유를 본질로 하기 때문에 점유를 상실하면 유치권이 소멸하므로(민법 제328조) ‘본권에 의한 물권적 청구권’은 인정되지 않지만, ‘점유권에 의한 물권적 청구권’인 점유보호청구권(민법 제204조)에 의하여 점유의 회수는 청구할 수 있다(지원림, 앞의 책, 562, 737쪽; 김상용, 물권법(전정증보), 법문사, 2006, 607쪽).

한편 유치권은 목적물과 채권 사이의 견련성(牽連性)을 요하므로 부종성이 매우 강하다. 또한, 담보물권의 통유성(通有性)으로서 ‘수반성(隨伴性)’이 인정되려면 채권과 함께 목적물의 점유가 이전되어야 하지만 담보물권 중 등기를 공시방법으로 하는 저당권과 달리 유치권은 오직 점유에 의하여 성립되는 권리로서 수반성에서도 등기나 배서는 필요 없다. 또한, 유치권은 채권을 모두 변제받을 때까지 그 물건의 반환을 거절할 수 있는 ‘불가분성(不可分性)’이 인정되지만(민법 제321조), 공평의 원칙상 인정되는 권리이므로 타 담보제공에 의하여 유치권 소멸을 청구할 수 있다는 점에서 불가분성이 완화된다(민법 제327조). 경매신청권은 인정(민법 제322조 제1항)되지만 우선변제권은 없다.⁹⁾

2. 유치권의 문제점과 대항력 제한의 필요성

2.1 유치권의 특이성과 유치권 폐지 논쟁

물권이란 원칙적으로 배타성·우선변제권·물권적 청구권(추급권)을 기본적인 속성으로 한다. 즉, 유치권이 물권이라면 이와 같은 물권적 효력들이 인정되는 것이 원칙이지만, 유치권은 우선변제권·물권적 청구권이 인정되지 않을 뿐만 아니라 등기가 아닌 점유를 공시방법으로 하는 권리이자 피담보채권에 관하여 우선변제를 청구하지 못하고 ‘사실상’ 우선변제권이 인정될 뿐이다. 따라서 유치권의 해석 적용에 있어서 유치권의 폐지까지 주장할 정도로 유치권에 관하여 많은 학자들이 앞다퉈 유치권의 폐해와 문제점을 지적하고 있는 실정이다.¹⁰⁾

9) 우선변제권이 없고 평등배당이 인정될 뿐이라는 것이 다수설(오시영, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(Ⅰ)-부동산유치권과 최우선변제권”, 법학논총 32집 2호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 271-273쪽; 서인겸, “부동산경매절차상 유치권의 효력에 관한 몇 가지 쟁점”, 원광법학 제32권 2호, 원광대 법학연구소, 2016, 290쪽 재인용)·판례(대법원 2011. 6. 15. 선고 2010마1059 결정)이다.

그러나 실체법적으로 질권(민법 제335조)과 유치권(민법 제320조)의 유치적 효력을 비교해보면, 양 규정은 똑같은 ‘유치적 효력’을 규정하면서도 ‘우선권이 있는’ 채권자에게 대항하지 못한다는 질권과는 달리 유치권은 ‘누구에게나’ 대항할 수 있도록 규정하고 있으므로 물권법상 권리 상호 간의 우선순위에 관한 일반원칙의 예외가 인정되는 권리라는 점, 유치권의 피담보채권은 목적물의 가치증가나 유지에 기여한 공익적 채권이라는 점에서 공평의 원칙에 의하여 보호되어야 하므로 부동산거래에서 유치권 자체가 주는 일정한 부담을 감수하면서 마련된 제도라는 점, 절차법적으로는 전면적 인수주의를 채택하고 있다는 점(민사집행법 제91조 제5항), 만약 유치권이 경매 시 소멸된다면 실체법상 우선변제권이 없는 유치권자로서는 집행권원을 갖추어 일반채권자와 동일한 비율로 배당을 받거나 배당에서 제외될 수밖에 없기에 담보물권으로서의 이익이 침해되고, 이는 결과적으로 유치권 제도의 취지를 몰각시키는 것이 된다는 점 등을 고려해 볼 때,¹¹⁾ 물권법상 권리 상호 간의 우선순위에 대한 원칙에 대한 예외로서 유치권을 법정담보물권으로 규정한 것은 입법자의 결단이라고 볼 수 있다.¹²⁾ 원래 우리 민법상의 유치권은 물권,

10) 이상태, “유치권에 관한 연구-대항력 제한을 중심으로(대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다 70763 판결)”, 토지법학 제26-1호, 한국토지법학회, 2010, 83쪽(주석1); 박상언, “저당권 설정 후 성립한 유치권의 효력-경매절차에서의 매수인에 대한 대항 가능성을 중심으로-”, 민사판례연구 제32권, 민사판례연구회, 2010, 333쪽; 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 토지법의 이론과 실무: 지엄 이선영박사화갑기념, 법원사, 2006, 203-212쪽; 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42집, 법원도서관, 2006, 348-349쪽; 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 민사법학 제63권 제1호, 한국민사법학회, 2013, 194-195쪽; 김재형, “부동산유치권의 개선방안”, 민사법학 제55권, 한국민사법학회, 2011, 349쪽 이하; 이동진, “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”, 민사법학 제49권 제1호, 한국민사법학회, 2010, 49-88쪽; 오시영, “부동산 유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 토지법학 제23권 제2호, 한국토지법학회, 2007, 213-254쪽 등

11) 주석민사집행법(Ⅲ), 윤경 집필부분, 한국사법행정학회, 2012, 340쪽.

12) 이호형, “유치권이 설정된 부동산의 경매-유치권의 유치적 효력을 중심으로-”, 홍익법학 제19권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 251쪽은 일반적으로 압류채권자·가

점유, 공평의 원리, 유치적 효력 등과 같은 요소들을 본질적이고 고유한 법적 성질로 하는 권리이다. 우리 민법상 유치권은 배타적 효력을 가진 ‘물권’이고, 부동산에 관하여도 등기가 아닌 ‘점유’를 공시방법으로 하여, ‘공평의 원리’에 따라 ‘유치적 효력’이 인정되는 권리이다. 이처럼 우리 민법의 유치권은 일정한 요건을 갖춘 점유에 의하여 당연히 성립하는 법정담보물권으로 구성됨과 동시에 매수인에게 인수까지 인정되고 있으므로, 원칙적으로 권리의 성립시기와 관계없이 ‘유치적 효력’에 의하여 언제나 누구에게나 ‘사실적’인 우선변제적 효력이 인정되는 권리이다. 또한 자신의 비용과 노동을 투자한 공사대금 채권자는 자신의 투자로 목적물의 가치가 상승한 만큼 그 물건이 누구의 소유이든 누구에 대하여든 채권을 변제받을 때까지 공평의 원리에 의하여 유치적 효력과 대항력을 행사할 수 있는 것이 우리 민법상 유치권의 특성이다.¹³⁾ 따라서 유치권의 폐지 또는 개선 여부와 관련해서는 유치권의 본질과 입법자의 의사를 감안하여 폐지 또는 개선 여부가 검토되고 결정되어야 한다. 자신의 비용과 노력을 투여하여 가치를 증가시킨 공사대금 채권자에게 유치권은 최후의 보루임에도 불구하고 허위유치권 등을 이유로 아예 유치권을 폐지하려는 것은 ‘빈대를 잡기 위하여 초가삼간을 태우는 격’으로 본말이 전도된 것이 아닐 수 없다. 점유라는 불완전한 공시방법으

압류채권자·저당권자는 법률지식이 풍부한 사람이거나 법인일 경우가 많지만, 유치권자는 법률지식이 부족하고 사회적으로 약자인 경우가 많다고 판단된다고 하면서, 우리 입법자는 입법적 결단으로 공평의 원칙에 기해 사회적 약자인 유치권자를 보호하는 입법을 하였다고 보고 있다; 이선희, “부동산 유치권의 대항력 제한”, 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015, 242쪽에서는 저당권과 유치권의 경합이 문제되는 사안에서 유치권의 본래 목적인 공평의 견지를 언급하면서, 거대한 금융자본을 가진 저당권자를 보호하기 위하여 영세한 공사업자의 이익을 희생할 수 없다는 점을 지적한다. 이진기, “부동산 유치권의 재고(再考)”, 법률신문 4122호, 2013, 13쪽도 유치권이 사회적 약자를 보호하는 기능이 있다고 하고 있다.

- 13) 법제사(法制史)적으로도 악의의 항변(exceptio doli)에 바탕을 둔 ‘공평의 원칙 실현’과 ‘목적물의 점유(retentio)를 중시’하는 사상에서 평등의 원칙을 깨뜨리면서까지 목적물을 ‘점유’하고 있는 자를 특별히 보호하려는 것이다.

로 인하여 유치권의 위험성과 문제점이 없지 않으나, 이는 민사집행법이나 부동산경매 절차상의 문제점을 보완하는 등으로 바로 잡을 수 있는 문제임에도 불구하고 학계와 실무계의 유치권에 대한 문제의식은 침소봉대된 느낌이 없지 않으며, ‘유치권의 본질과 유치권의 오남용’은 존재의 평면을 달리하는 것으로서 그 문제의식과 처방이 서로 달라야 하기 때문이다. 즉, 허위유치권 등 운영상에 문제점이 있으면 그 문제점을 보완하고 개선하는 방향으로 접근을 하지 않고 아예 유치권을 폐지 또는 저장권으로의 강제 전환을 하는 것은 본말이 전도된 잘못된 접근방법이라고 생각된다. 민사집행실무의 제도개선으로도 충분히 허위유치권을 여과할 수 있다는 관점에서 더욱 그러하다. 법제사(法制史)적으로나 비교법적으로 물건인 부동산 유치권을 채권적 유치권으로 전환하는 것도 또한 별개의 문제이다. 그럼에도 불구하고 위와 같은 본질적인 문제를 간과하고 존재의 평면을 달리하는 유치권 오남용을 이유로 유치권 폐지를 주안으로 하는 개정안이 두 번씩이나 국회에 제출되었다는 것은 유치권의 본질을 망각한 것으로 보이며 재도(再度)의 고안(考案)이 필요하다는 생각이 든다.¹⁴⁾ 개정안은 본고와 약간의 방향이 다르기 때문에 여기서는 간단히 언급하고 기회가 되면 차기에 비판과 보완책을 제시하고자 한다.

2.2 유치권의 문제점과 남용

무릇 유치권은 담보물권이지만 동일한 담보물권인 질권과 저장권의 경우와는 달리¹⁵⁾ 민법과 상법은 유치권의 효력으로 “...유치할 권리가

14) 개정안은 ‘경매절차에 미치는 위험과 불확실성 등’을 이유로 폐지 또는 유치권의 근본적인 존재의의를 감소시키는 변경을 시도한 것이다. 지난 19대 국회 유치권 개정안에는 재고의 여지가 없지 않다. 아마도 향후 또다시 개정안과 같은 입법안이 제출될 것이다. 만약에 그와 같은 개정안이 그대로 통과·시행된다면 우리는 사상 유례없는 ‘독특하고 기상천외한’ 유치권 제도를 갖게 될 것이다. 그 ‘혼란과 현실적 괴리 현상’은 애꿎게도 법 개정자가 아니라 고스란히 현장에서의 당사자의 몫이 된다는 점을 잊지 말아야 한다.

있다(민법 제320조)” 또는 “...유치할 수 있다(상법 제58조)”라고만 규정하고 있을 뿐 ‘우선변제 여부’에 관하여는 규정하지 않고 있고, 민사집행법 제91조 제5항에서 유치권으로 담보되는 채권을 매수인이 인수하도록 하고 있다. 유치권의 바로 이점 때문에 부동산경매절차에서 여러 가지 쟁점이 발생하고 있다.

애초에 유치권은 성립 시기와 관계없이 점유에 따른 유치적 효력에 의하여 원칙적으로 언제나 누구에게나 사실적인 우선변제적 효력이 인정되는 권리로 구성한 것이 입법자의 결단이었지만, 그렇다고 점유라는 불완전한 공시방법을 기반으로 하는 유치권이 절대적·무제한적인 권리로 대접을 받을 수는 없는 노릇이다. 나아가 유치권은 집행 실무상으로도 매수인의 유치권 인수 여부는 매각기일의 공고내용(민사집행규칙 제56조 제1호)도, 매각물건명세서의 기재사항(민집법 제105조 제1항 제3호)도, 집행관의 고지사항(동법 제112조)도 아니다. 유치권 신고도 의무사항이 아니며, 설사 신고가 있더라도 매각절차의 이해관계인을 제외하고는 일반 매수희망자는 경매기록에 철회된 유치권신고서를 열람할 수 없으며(대법원 재판예규 1230호 재민 2004-3, 제53호), 경매법원조차도 집행관의 현황조사에 의존할 뿐 그 이외의 유치권에 관한 정보를 파악할 수단과 방법이 없다. 이처럼 유치권과 관련하여 경매 실무상 미비점이 많다 보니 유치권이 있는 부동산 매각절차에서의 저감률 및 감정가와 매각가의 차이는 상당히 크다.¹⁶⁾ 유치권의 이와 같은 실체법상의 특성과 집행법상의 문제점으로 인하여 경매 실무상 매우 특별한 취급을 받고

15) 동산질권(민법 제329조)과 저당권(민법 제356조)에서는 “...우선변제를 받을 수 있다”라고 규정하고 있다.

16) 유치권이 있는 경매목적물의 매각대금은 유치권이 없는 경매목적물보다 17.2% 하락하였고, 감정가와 매각가의 차이는 44.5% 벌어졌다고 한다(박혜웅/남기범, “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가 차이에 미친 영향분석”, 한국정책연구 제11권 제3호, 경인행정학회, 2011, 134-136쪽); 유치권 신고가 있는 부동산 강제경매 사건에서 매각가는 감정가의 41.2% 내지 45.5% 정도라고 한다(오시영, “부동산유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 228쪽).

있고, 남용도 많은 것이 사실이다.¹⁷⁾ 그러나 유치권의 본질과 오남용은 서로 다른 문제이고, 대부분이 집행실무상의 제도 미비로 인한 것이다. 따라서 지난 국회에 제출되었던 개정안처럼 유치권을 폐지 또는 저당권화 하는 것보다는 반드시 제한적 해석과 제도보완이 선행되어야 할 것이다.

2.3 유치권의 대항력

대항력은 원칙적으로 배타적 효력을 가진 물건에 인정되며, 채권자의 경우에도 대항요건을 갖추어 물건과 유사한 배타적 효력을 가질 때에는 대항력이 인정된다.¹⁸⁾ 유치권의 대항력이란 유치권자가 타인의 물건에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에는 채권 전부를 변제받을 때까지 그 물건을 점유하면서 인도를 거절할 수 있는 것을 말한다. 유치권은 ‘물권’이고 유치적 효력이 인정되는 권리이므로, 유치권의 객체인 물건은 채무자의 소유에 한정되지 않고 제3자의 소유인 경우에도 유치권이 성립되며, 유치권자는 채무자는 물론 소유자·양수인·경매매수인 그 밖의 모든 사람에게 대항할 수 있다는 것이 학설의 대세¹⁹⁾이고 판례²⁰⁾이다.

17) 뿐만 아니라 민사집행법이 유치권에 관하여 인수주의를 취하고 있음에도 불구하고 부동산경매절차에서 유치권에 관한 정보의 제공이 이루어지지 않고 있어 매각가격이 크게 떨어지는 등 경매제도가 왜곡되고 있다. 또한 유치권자는 집행법원에 스스로 권리를 증명하여 경매절차에서 이해관계인으로서의 권리를 행사할 수도 있으나(민사집행법 제90조 제4호), 진성 유치권자는 경매절차에서 유치권 신고를 하지 않더라도 유치권 행사에는 영향이 없기 때문에 권리 신고를 하지 않고 있다가 매각기일에서 최고가매수신고인이 정해진 후 유치권 신고를 함으로써 매각불허가가 되도록 하거나 일단 유치권 신고를 하였다가 유찰목적을 달성한 후에 다시 유치권 신고를 철회하는 등의 다각도로 유치권이 남용되고 있는 것도 사실이다(최동홍/유선중, “부동산 경매에서 유치권 신고의 의무화”, 법조 제59권 4호, 법조협회, 2010, 204-258쪽).

18) 지원림, 앞의 책, 29; 박윤직, 민법총칙 제7판, 박영사, 2006, 41쪽; 이은영, 채권총론(중판), 박영사, 1997, 33-34쪽; 이상태, “유치권에 관한 연구: 대항력 제한을 중심으로”, 86쪽.

19) 박윤직, 앞의 책, 288쪽; 고상룡, 물권법, 법문사, 2001, 543쪽; 김상용, 앞의 책, 591쪽; 김중환/김학동, 물권법(제9판), 박영사, 2004, 455·464쪽; 홍성재, 물권법(개정판), 대

질권·저당권(민법 제335조, 제337조, 제359조)과는 달리 유치권의 대항력에 관하여 민법에는 명문규정은 보이지 않는다. 그러나 민사집행법 제83조 제2항·제4항, 제92조 제1항, 제227조 제1항·제3항에는 압류의 대항력에 관한 규정이 존재한다. 가압류집행에 관하여는 강제집행에 관한 규정이 준용되며(민집법 제291조), 가압류집행의 효력에 관하여 통설·판례는 개별상대효설의 입장에서 그 대항력을 인정하고 있다.²¹⁾ 따라서 압류·가압류는 그 처분금지 효력에 의하여 유치권의 대항력을 제한할 수 있다고 보아야 한다. 최근에 ‘부동산 압류·가압류의 처분금지효와 유치권의 대항력 제한’에 관한 판례와 해석론이 뜨겁게 부상하고 있다. 뒤에서 자세히 본다.

2.4 대항력 제한의 필요성

유치 목적물에 ‘자본을 투하한’ 유치권자를 보호하자는 ‘공평의 원칙’이라는 유치권의 본질과 특성에도 불구하고, 점유라는 공시방법의 불완전성 등으로 인하여 해석·적용상 또는 민사집행제도의 운영상 문제점이 없지 않다. 즉, 위와 같이 우리 민법상 유치권의 본질과 입법자의 결단을 고려하더라도 공시방법(점유)의 불완전성으로 인하여 실체법적으로 성립 시기와 상관없이 ‘절대적 대항력’을 인정하는 것은 물권 상호간의 효력 순위에 대한 대원칙의 중대한 예외이다. 민사집행법상으로도 유치권 신고는 의무사항이 아니며, 유치권 신고가 있는 경우에는 유찰이 거듭되어 선순위 채권자 등 배당받을 채권자가 손해를 입을 수 있고,

영문회사, 2010, 473쪽; 이영준, 물권법(신정2판), 박영사, 2004, 704쪽; 이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006, 675쪽; 김형배, 민법강의, 신조사, 2000, 520쪽; 김준호, 민법강의(제18판), 박영사, 2012, 682쪽.

20) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다39530 판결, 대법원 2013. 10. 24. 선고 2011다44788 판결 등

21) 법원실무제요, 민사집행(IV)-보전처분, 법원행정처, 2014, 253-256쪽.

신고를 하지 않은 경우에는 매각기일 후 매각허부(許否)결정 전에 유치권의 존재 사실이 알려진 경우에는 ‘최고가매수신고인’이, 매각허가결정 후나 대금 납부 후에 유치권의 존재가 알려지면 매수인이 피해를 볼 수 있다. 따라서 유치권의 절대적 대항력을 제한할 필요성은 분명 있어 보인다.²²⁾ 문제는 유치권의 대항력을 제한하는 근거 내지 법리가 무엇인가이다. 결론부터 적으면 사건으로는 유치권의 대항력을 제한하는 근거 내지 법리는 절차법상(압류·가압류의 경우)으로는 처분금지효(대항력제한효)가, 실체법상으로는 신의칙(민법 제2조)이라고 본다. 한편 ‘유치권의 문제점’을 보완하는 방안에는 유치권의 견련성 등과 같은 성립요건의 축소해석, 절차법상의 제도보완(등기, 집행관의 권한 강화 등), 법률개정 등 여러 가지가 있지만 본고에서는 대법원 판례와 관련하여 ‘유치권의 대항력 제한’을 중심으로 살펴보고자 한다.

유치권의 대항력 문제는 유치권의 법적 성질이 물권인가 채권인가와 관련성이 깊다. 그러나 유치권의 법적 성질 문제(물권인가 채권인가)와 유치권의 대항력의 범위 문제는 서로 다르다. 법제사(法制史)적으로 유치권은 로마법의 악의의 항변(exceptio doli)²³⁾ 또는 인도거절권(retentio)에서 기원하지만 로마법의 악의의 항변은 모든 사람이 아니라 특정인에 대한 인적 항변이었고, 담보물권으로서 최초로 규정한 법은 1794년의 프로이센일반란트법(ALR)이지만 통일 후 독일 민법(BGB 제273조)은 프로이센일반란트법의 물권으로서의 부동산 유치권을 계수하지 않고 ‘채권적 유치권’으로 파악하여 채무자에 대하여 주장할 수 있는 권리로 규정하고 있다. 스위스 민법(ZGB 제865조 내지 제898조)은 유치권을 일종의 법정질권으로 규정하면서 그 대상을 동산과 유가증권으로 국한

22) 같은 생각으로 이호행, 앞의 논문, 250쪽.

23) 로마법상 악의의 항변은 두 사람이 서로 밀접한 관련이 있는 권리를 갖는 경우, 한쪽이 상대방에 대하여 자신의 의무는 이행하지 않고 권리만을 주장하는 때에, 상대방이 의무 이행을 거절할 수 있는 인적 항변권이었다(곽윤직 편집대표, 민법주해(IV)-물권(3), 박영사, 1996, 275-277쪽).

하고 부동산은 아예 유치권의 대상에서 배제하고 있다.²⁴⁾ 프랑스의 경우에는 프랑스민법 제정 초부터 그 법적 성질이 물건인가 채권인가 등을 둘러싸고 학설·판례가 첨예하게 대립하였으며, 유치권을 물건으로 파악하더라도 대항력이 당연히 인정되지 않는다고 하거나 채권으로 보더라도 제3자에게 대항할 수 있다는 등 오늘날까지도 견해의 통일을 보지 못하고 있다고 한다. 결국 프랑스 민법에 의하면 유치권의 대항력은 유치권의 법적 성질이 ‘물권인가 채권인가와는 무관함’을 알 수 있다.²⁵⁾ 그러나 일본 민법을 수용한 우리 민법은 부동산 유치권을 물건으로 규정하였을 뿐 아니라 절대적 효력을 부여하고 있다.

이와 같이 실체법적·절차법적으로는 물론 법제사적으로도 유치권의 대항력을 제한할 필요성이 대두된다. 다만 유치권의 행사를 제한한다면 유치권자의 보호에 문제가 발생할 수 있다. 유치권자가 유치권과는 별도로 집행권원을 갖춘 경우에는 일반채권자로서 안분배당을 받을 수 있지만 그 배당 액수는 최소액일 가능성이 높고, 별도로 집행권원을 갖추지 못하여 배당요구를 할 수 없는 경우에는 유치목적물에 관하여 경매가 진행된다고 하여도 아무런 배당도 받지 못할 가능성이 크고, 나아가 대항력 제한으로 인하여 결국 매수인과 명도 문제를 두고 한바탕 소송전쟁을 치러야 할 것이다. 왜냐하면 우리 민사집행법 제88조는 ‘배당요구를 할 수 있는 권리자’를, 같은 법 제148조는 ‘배당받을 채권자의 범위’를 각각 규정하고 있지만, 유치권자는 ‘배당요구를 할 수 있는 권리자’에도 ‘배당받을 채권자의 범위’에도 포함되지 않기 때문이다. 이러한 결론은 상당히 부당함을 알 수 있다. 이와 같이 유치권의 대항력을 일정 부분 제한할 경우에는 선행적으로 반드시 현재의 민사집행법을 개정하여 유치권자의 집행법상의 권익을 보완하여야 한다.

24) 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 232쪽.

25) 이상태, “유치권에 관한 연구: 대항력 제한을 중심으로”, 87-91쪽, 102쪽; 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 232쪽.

II. 유치권의 대항력 제한에 관한 판례의 흐름과 학설의 개관

1. 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결 이전의 판례의 태도

민사집행법 제91조 제5항은 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다”고 규정하고 있다. 이 규정을 두고 대부분의 학설은 물적 책임과 ‘전면적 인수주의’를 취한 것으로 본다.²⁶⁾ 판례 역시 유치권의 성립시기와 상관없이 유치권자에게 채권을 변제할 책임을 인정하여 위 조항이 사실상의 우선변제권과 유치권의 절대적·무제한적 행사를 인정하는 것으로 보고 있다.²⁷⁾

그러나 통설·판례에 대하여는 후순위의 유치권에 절대적 우선권을 부여하는 것은 물권법정주의와 물권 상호 간의 순위원칙의 예외를 인정하는 것이 되어 부당하다는 비판이 제기되어 왔다. 즉, 경매개시결정기 입등기와 압류 후에 제3자가 매각부동산에 대하여 권리를 취득하는 경우에는 제3자의 선의·악의를 불문하고 압류의 효력이 제3자에게 미치므로 제3자(유치권자)는 압류채권자에게 대항할 수 없다는 것이다. 한편 2000년대 들어와서 유치권에 관한 법적 분쟁이 급증하였고, 이에 따라 대법원은 유치권의 성립 또는 대항력을 제한하는 법리를 압류·가압류·체납처분압류·저당권 등과 관련하여, 일련의 판결을 통하여 모습을 달리하는 법리를 발전시켜 왔다.²⁸⁾ 이를 정리하면 아래의 <표 II-1>과 같다.

26) 이시훈, 신민사소송법 6판, 박영사, 2013, 268쪽.

27) 법원실무제요, 민사집행(II), 법원행정처, 2003, 48쪽; 같은 책, 2014, 53쪽.

28) 이재석, 앞의 논문, 165-167쪽.

〈표 II-1〉 대법원 판례의 태도

	판례	사안	대항력제한 법리	인정여부
1	2005다22688 이전 판결	모든 권리	유치권 본질론	대항력 인정
2	2005다22688 판결	압류 후 유치권 성립	처분금지효론	대항력 제한
3	2009다19246 판결	가압류 후 유치권 성립	처분금지효론+절차적 안정성론	대항력 인정
4	2009다60336 전원합의체	채납처분압류 후 유치권 성립	절차적 안정성론	"
5	2008다70763 판결	저당권 후 유치권 성립	유치권 본질론	"
6	2010다57350 판결 (상사유치권)	"	"	대항력 제한
7	2011다84298 판결	"	신의칙위반론	"

2. ‘압류’ 후에 유치권이 성립한 경우

위와 같이 다수설·판례에 대하여 비판이 가해지던 중 드디어 당시까지의 입장과는 사뭇 다른 판결이 등장하였다. 그것은 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결이다. ‘압류 후’ 유치권이 성립한 경우의 판결은 구체적으로 아래와 같이 세가지 유형의 사안에서 대법원 판결이 선고되었다.

2.1 대법원 판례(처분금지효론, 대항력제한설)

2.1.1 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결

(①피담보채권 취득→②압류→③점유이전)

압류 전에 피담보채권을 취득하였지만 압류 후에 점유를 이전하여 유치권을 취득한 경우, “그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다”고 하여, 압류채권자에게는 물론 매수인에게도 유치권의 대항력을 부정하고 있다.

위 판결은 유치권의 성립순위와 상관없이 사실상의 우선적 효력을 인정해오던 종래의 다수설·판례의 견해를 ‘압류의 처분금지효’에 의해 시기적으로 유치권의 성립을 제한함과 동시에 유치권의 대항력을 제한한 최초의 판례(leading case)이다.

2.1.2 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결

(①점유이전→②압류→③피담보채권 취득)

압류 전에 점유를 이전받았으나 압류 후에 공사를 완성하여 피담보채권을 취득함으로써 유치권이 성립한 경우, 수급인이 유치권을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 한다.

2.1.3 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결

(①압류→②점유이전→③피담보채권 취득)

압류 후에 점유를 이전받고 피담보채권을 취득한 경우, 이러한 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로, 위와 같은 경위로 유치권자는 그 기입등기의 경료사실을 ‘과실 없이 알지 못하였다’는 사정을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 한다.

2.2 학설

2.2.1 대항력인정설²⁹⁾

위 대법원판결에 반대하는 견해이다. 이 설은 유치권자가 유치권으로

29) 하상혁, “가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류채권자에게 대항할 수 있는지 가부”, 대법원 중요판례해설 2011 하반기(민사·형사편), 사법발전재단, 2012, 43-44쪽; 주석 민사집행법(III), 김상원 외3 집필대표, 한국사법행정학회, 2004, 348쪽; 이학수, “유치권이 요하는 점유의 정도”, 판례연구 8집, 부산판례연구회, 1998, 103-104쪽.

경매신청채권자는 물론 매수인에게도 대항할 수 있다는 설이다. 종래의 통설이었던 이설은 유치권의 본질에 충실하여 유치권은 등기의 선후에 의하여 그 우열이 결정되는 것이 아니고, 압류의 처분금지효에서의 처분에는 ‘법률적 처분행위만’을 말하고 ‘사실적 처분행위’는 포함되지 않으므로 사실행위를 기반으로 법률상 당연히 발생하는 유치권의 효력을 압류로써 저지할 수는 없다고 한다. 또한 민사집행법은 유치권자가 강제경매는 물론 담보권실행경매의 경우에도 매수인에게 대항할 수 있음을 규정하고 있으므로(민사집행법 제91조 제5항, 제268조), 유치권자는 매수인에게 대항할 수 있다고 한다(전면적 인수주의).

2.2.2 대항력제한설³⁰⁾

위 대법원 판결에 찬성하는 견해이다. 압류 후에 유치권 취득은 압류의 처분금지효에 반하므로, 유치권자는 유치권으로 압류채권자에게 대항할 수 없다고 한다. 이 견해는 인수주의를 규정한 민사집행법 제91조 제5항의 유치권자는 모든 유치권자를 의미하는 것이 아니고 ‘압류채권자 또는 매수인에게 대항할 수 있는 유치권자만’을 의미하는 것으로 본다. 즉, 인수주의 적용범위를 시기적으로 제한한다(제한적 인수주의).

30) 오창수, “압류의 처분금지효와 유치권의 대항력-대법원 2014.3.20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결-”, 법학 제22권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 432-434쪽; 차문호, 앞의 논문, 399-400쪽; 강민성, “민사집행과 유치권”, 사법논집 36집, 법원도서관, 2003, 75쪽; 이상태, “유치권에 관한 연구:대항력 제한을 중심으로-”, 97쪽; 김건호, “부동산경매절차에서의 유치권”, 법학논고 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 396쪽; 홍봉주, “유치권의 대항력 제한”, 토지법학 제31권 1호, 한국토지법학회, 2015, 83-84쪽; 추신영, “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 민사법학 제44호, 한국민사법학회, 2009, 365쪽.

2.2.3 유형적구분설³¹⁾

이 설은 위 판례의 사례 중 (1)유형(①피담보채권 취득→②압류→③점유이전)의 경우에는 매수인에게 대항할 수 없고, (2)유형(①점유이전→②압류→③피담보채권 취득)과 (3)유형(①압류→②점유이전→③피담보채권 취득)의 경우에는 유치권자는 매수인에게 대항할 수 있다는 견해이다. 이 견해는 사례의 유형별로 유치권의 대항력을 세부적으로 구분하여 판단한다.

3. ‘가압류’ 후에 유치권이 성립한 경우

3.1 대법원 판례(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결; 처분금지효 부정설,³²⁾ 대항력인정설)

부동산에 가압류 등기가 경료되어 있을 뿐 현실적인 매각절차가 이루어지지 않고 있는 상황에서는 채무자의 점유이전으로 인하여 제3자가 유치권을 취득하게 된다고 하더라도 이를 처분행위로 볼 수는 없다고 한다. 가압류의 처분금지부정 또는 유치권의 대항력인정설이다.

31) 김원수, “압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 683-684쪽; 조효정, “부동산에 가압류등기가 경료된 후에 채무자의 점유이전으로 제3자가 유치권을 취득하는 경우, 가압류의 처분금지효에 저촉되는지 여부”, 재판실무연구 제5권, 2013, 수원지방법원, 220-221쪽(서인검, 앞의 논문, 285쪽 재인용).

32) 이 판결에서 대법원은 “다만 ... ‘경매절차의 공정성과 신뢰를 현저히 훼손’하게 될 뿐만 아니라, ‘민사집행제도의 운영에 심각한 지장’을 줄 수 있으므로...”라고 하고 있다. 따라서 이 판결은 대법원의 견해(대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결의 다수견해)가 처분금지효에서 ‘집행절차의 법적 안정성’으로 전환하기 전의 과도기의 판결이다.

3.2 학설

3.2.1 대항력인정설³³⁾

판례와 같은 견해로 가압류에는 처분금지효가 인정되지 않는다는 설이다. 따라서 가압류 후 가압류 채무자가 제3자에게 목적물의 점유를 이전하여 제3자로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유이전은 가압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위에 해당하지 않으므로 유치권자에게 대항력이 인정된다는 것이다.

3.2.2 대항력제한설³⁴⁾

이 견해는 판례와 반대의 견해로서 압류와 가압류의 처분금지효를 동일하게 본다.³⁵⁾ 따라서 가압류 후 압류 전에 유치권이 성립한 경우 가압류의 처분금지효로 인하여 가압류의 경우에도 압류와 똑같이 유치권자는 가압류권자나 매수인에게 대항할 수 없다고 한다. 이 설은 가압류 후의 채무자의 점유이전, 즉 사실적 처분행위도 처분금지효의 처분행위로 본다.

33) 하상혁, 앞의 논문, 49-51쪽; 서종희, “유치권자의 강제경매신청의 의의와 가압류등기 경료 후 성립한 유치권의 대항력인정 여부”, 외법논집 제36권 제4호, 한국외국어대학교 법학연구소, 2012, 337-339쪽; 이승규, “유치권자와 경매절차에서의 매수인 사이의 대항관계”, 민사판례연구 제36권, 민사판례연구회, 2014, 259쪽.

34) 홍봉주, 앞의 논문, 89쪽; 차문호, 앞의 논문, 438-439쪽(차문호 판사는 가압류가 본집행으로 이전한 경우에는 본압류가 가압류시로 소급하므로 압류 이후 유치권을 취득한 경우와 같이 해석하고, 가압류가 본집행으로 이전하지 않은 경우에도 가압류의 처분금지효에 따라 유치권으로 가압류권자에 대항할 수 없다고 본다); 강민성, 앞의 논문, 55·76-77·92쪽(강민성 판사는 가압류의 처분금지효를 압류와 동일하게 취급하고 있다); 서인겸 교수는 처분행위는 법률적 처분행위만(사실적 처분행위를 제외)을 의미한다고 하면서도 대항력제한설을 취하고 있다(서인겸, 앞의 논문, 284쪽); 장재형 교수는 사실적 처분행위도 처분행위로 보면서도 압류와 가압류·채납처분압류의 처분금지효의 차별화의 관점에서 가압류·채납처분압류에 대하여 대항력 제한을 인정하지 않는다(장재형, “부동산 유치권의 대항력과 처분금지의 차별화-압류·가압류·채납처분압류 후 각 성립한 유치권의 대항력-”, 인권과 정의 제447호, 대한변호사협회, 2015, 72-74쪽).

35) 가압류의 집행에 대하여는 본집행에 관한 규정이 준용된다(민사집행법 제291조).

4. ‘체납처분’ 후에 유치권이 성립한 경우

4.1 대법원 판례(대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전합 판결; 절차적 안정론)

대법원의 다수견해는 경매절차개시(압류와 경매개시결정등기) 후에 취득한 유치권은 매수인에게 행사할 수 없다고 하면서, 체납처분압류는 경매개시결정에 따른 압류와 동일시 할 수 없으므로 체납처분압류등기 후에 유치권을 취득한 유치권자는 매수인에게 대항할 수 있다고 한다.

4.2 학설

4.2.1 대항력인정설³⁶⁾

대법원의 다수견해에 찬동하는 설이다. 체납처분압류는 경매개시결정에 따른 압류와 동일시 할 수 없으므로 체납처분압류등기 후에 유치권을 취득한 유치권자는 매수인에게 대항할 수 있다고 한다.

36) 황진구, 앞의 논문, 397쪽 이하; 배성호, “체납처분압류 후 경매개시결정 전에 성립한 부동산 유치권의 효력-대판(전) 2014. 3. 20. 선고 2009다60336-”, 재산법연구 제34권 제1호, 한국재산법학회, 2017, 194쪽; 홍춘의/김세권, “체납처분압류 이후 경매개시결정등기 전에 성립한 유치권의 대항력-대상판결: 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전합 판결-”, 동북아법연구 제9권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2015, 502쪽; 김세진, “부동산경매절차에서의 유치권의 대항력에 관한 판례 평석-대상판결: 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전합 판결을 중심으로-”, 토지법학 제31권 2호, 한국토지법학회, 2015, 70쪽은 다수의견의 결론에는 찬성하지만, ‘집행절차효론(절차적 안정론)’은 입법론에 가까운 해석이라고 비판하면서 ‘압류의 대항력제한효’를 주장한다. 압류의 경우에만 대항력제한효를 인정한다는 점이 아쉽지만 일응 바람직한 견해이다; 이제정, “체납처분압류와 유치권의 효력”, 서울대학교 법학 제56권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 238-244쪽은 대법원 판결의 다수의견을 일응 그 타당성을 인정하면서 이에 관한 법적 근거로 권리남용금지의 원칙에 기한 유치권남용론을 제시한다. 민법 제2조 신의칙은 분명 유치권의 대항력 제한에 대한 또 하나의 법적 근거라는 관점에서 일응 타당성이 있다.

4.2.2 대항력제한설³⁷⁾

대법원의 반대견해에 찬동하는 설이다. 체납처분압류의 효력은 경매 개시결정 기입등기에 의한 부동산 압류의 효과와 같다고 본다. 따라서 조세채납자 소유의 부동산에 체납처분압류의 효력이 발생한 후 체납자가 제3자에게 그 부동산의 점유를 이전하여 제3자가 유치권을 취득하게 하는 것은 체납처분압류권자가 파악한 목적물의 교환가치를 감소시킬 가능성이 있는 처분행위에 해당하므로 체납처분압류의 처분금지효에 저촉되어 유치권으로써 매수인에게 대항할 수 없다고 한다.

5. ‘저당권’ 후에 유치권이 성립한 경우

5.1 대법원 판례

5.1.1 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결; 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014다53462 판결

위 판결은 저당권 설정 후에 유치권을 취득한 경우에도 유치권자는 저당권자와 매수인에게 대항할 수 있다고 하였다.

5.1.2 대법원 2013. 2. 28. 선고 2010다57350 판결; 대법원 2013. 3. 28. 선고 2012다94285 판결

상사유치권에 관하여 대법원은 상사유치권의 취득시기가 저당권 설정 이후인 경우에는 유치권자는 선행 저당권자나 선행 저당권에 기한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 하였다.³⁸⁾

37) 오창수, 앞의 논문, 439쪽 이하; 홍봉주, 앞의 논문, 87쪽; 성기문, “국세징수법상 압류의 효력”, 재판자료 제61집, 법원도서관, 1993, 383쪽; 이정민/이점인, “체납처분압류 이후 경매절차 개시 전에 취득한 유치권의 효력에 대한 검토-2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전합 판결을 중심으로-”, 동아법학 제64호, 동아대학교 법학연구소, 2014, 268쪽.

38) 상사유치권은 민사유치권과 달리 피담보채권이 ‘목적물에 관하여’ 생긴 것일 필요는

5.1.3 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결; 대법원 2004.

9. 23. 선고 2004다32848 판결

그러나 대법원은 민사유치권에 관하여도 신의칙에 반한다고 평가되는 경우, 즉 유치권 제도를 남용하는 유치권 행사는 제한을 하고 있다. 대법원은 최근 신의칙 위반을 이유로 긍정한 판결³⁹⁾도 있고, 부정한 것도 있다.⁴⁰⁾

5.2 학설

5.2.1 대항력인정설⁴¹⁾

부동산에 저당권이 설정된 후 유치권이 성립하였더라도 그 유치권으로 저당권자나 경매절차에서의 매수인에 대항할 수 있다는 견해이다. 이 설은 유치권은 우선변제권이 인정되지 않으므로 저당권과는 경합하지 않고, 따라서 양자 간의 우열의 문제는 생기지 않으며, 결국 유치권은 본질적으로 목적물의 교환가치를 지배할 권능이 없고, 그 성립시기와 관계없이 저당권자에게도 자기 채권의 변제를 받을 때까지 오직 목적물을 유치할 수 있다는 것이다. 종래의 통설·판례는 이러한 입장이다.

5.2.2 대항력제한설

위 통설·판례에 대하여 유치권과 저당권은 그 성립 시기의 선후를

없지만 유치권의 대상이 되는 물건은 ‘채무자 소유’일 것으로 제한되어 있다(상법 제58조, 민법 제320조 제1항 참조).

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

40) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014다53462 판결.

41) 박윤직, 앞의 책, 338-339쪽; 김상용, 앞의 책, 664쪽; 김중환/김학동, 앞의 책, 539쪽; 지원림, 앞의 책, 789쪽; 이은영, 앞의 책, 806쪽; 이재성, “유치권의 담보물권으로서의 성격”, 이재성판례평석집, 한국사법행정학회, 1998, 287쪽; 오창수, 앞의 논문, 429쪽; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결, 대법원 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결.

기준으로 판단하여야 한다고 하면서, 후에 성립한 유치권이 사실상 우선변제를 받는 것은 불합리하며, 점유가 공시방법인 유치권에 사실상의 우선적 지위를 부여한다면 담보법 질서를 무너뜨린다고 한다. 물권법의 우선순위의 효력에 배치되고 선순위 담보권자의 담보가치가 보호되어야 하는 이유이다. 따라서 이 설에 의하면 부동산경매절차에서 유치권자는 근저당권자는 물론 매수인에게도 대항할 수 없어서 매수인에게 인수되지 않는 유치권은 경매로 인해 소멸한다고 본다. 최근의 유력설이다.⁴²⁾

한편 유치권의 성립시기와 관계없이 사실상의 최우선권을 인정하는 것이 공평의 원칙에 부합한다는 신념은 등기제도가 완비된 현재까지 유지되어야 할 원칙이라고는 할 수 없다는 점과 선순위 저당권 등이 설정된 이후더라도 유치권의 성립으로 증가된 객관적 가치가 존재하는 경우에는 그 현존하는 범위(증가 가치 상당액) 내에서는 유치권자에게 우선권을 주는 것이 타당하다는 점을 논거로, 원칙적으로 대항력을 인정하지 않고 예외적으로 일정한 경우에만 대항력을 인정하는 견해가 있으며,⁴³⁾ 유치권의 경우 인도거절권과 우선변제권이 별도로 정당화되어야 하는데, 이는 물건에 대한 지출 및 손해의 정도에 한해서만 가능할 뿐, 그 경우에도 인도거절권을 통하여 사실상 우선변제 기능을 달성하는 것은 합목적적이라고 보기 어렵고, 이러한 점에서 유치권의 정당성은 제한된 범위에서만 인정될 수 있을 뿐이라는 설도 있고,⁴⁴⁾ 그 외 앞의 압류에서와 같이 유형적으로 구분하는 설도 있다.⁴⁵⁾

42) 박상언, 앞의 논문, 363쪽; 문병찬, “유치권의 대항력에 관한 소고-저당권설정 후 경매로 인한 압류의 효력발생 전에 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부”, 청연논총 제10집, 사법연수원, 55쪽; 이상태, “유치권에 관한 연구: 대항력제한을 중심으로”, 100-101쪽; 차문호, “유치권에 의한 경매”, 21세기 민사집행의 현황과 과제: 김능환 대법관 화갑기념, 민사집행법 실무연구(III), 민사집행법연구회, 415-416쪽.

43) 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 231 · 246쪽.

44) 이동진, 앞의 논문, 82-83쪽.

Ⅲ. 판례에 나타난 유치권의 대항력 제한의 법리에 대한 학설적 검토

1. 개설

위에서 본 바와 같이 유치권의 본질에도 불구하고 그 제도의 운영상 나타난 폐해 역시 적지 않아서 학설과 판례는 유치권의 성립 제한과 효력 제한에 관한 법리와 이론을 개발하고 발전시켜 왔다. 성립 제한은 주로 견련성과 관련하여 주장되었고, 효력 제한에는 압류·가압류·채납처분압류·저당권과 유치권 사이에서의 압류·가압류의 처분금지효론과 유치권의 대항력 제한의 문제가 급부상하였다.

유치권의 대항력 제한과 관련해서 민사집행법은 소멸주의와 인수주의⁴⁶⁾를 취하고 있다. 소멸주의를 원칙으로 하고 소멸주의가 적용되지 않는 경우에는 인수주의가 적용된다.⁴⁷⁾ 따라서 저당권에 관하여는 전면적 소멸주의를 취하고 있다(민사집행법 제91조 제2항).⁴⁸⁾ 용익물권(지상권·지역권·전세권·등기된 임차권)은 이른바 금전채권(담보가등기를 포함⁴⁹⁾한 저당권·압류채권·가압류채권)에 대항할 수 없는 경우에는 소멸되고(민사집행법 제91조 제3항) 대항할 수 있는 경우에는 매수인에게 인수된다(민사집행법 제91조 제4항). 다만 전세권의 경우에는 대항할 수 있는 경우에도 배당요구를 하면 매각으로 소멸된다(민사집행법 제91조 제3항, 제4항). 왜냐하면 전세권은 민법상 용익물권과 담보물권의 성질을 동시에 가지고 있기 때문이다(민법 제303조 제1항). 그런데

45) 김원수, 앞의 논문, 694-696쪽.

46) 잉여주의(동법 제102조), 소멸주의(소제주의, 말소주의), 인수주의는 우리 민사집행법상의 원리를 지배하는 3대 원칙이라고 할 수 있다.

47) 이시훈, 앞의 책, 262-263쪽.

48) 집행절차에서 금전채권은 소멸되는 것이 원칙이기 때문이다.

49) 가등기담보 등에 관한 법률 제13조에 의하면 담보가등기권은 저당권으로 본다.

유치권에 관하여는 민사집행법 제91조 제5항에서 “매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다”고 규정하고 있다. 이 규정의 의미를 두고 종래의 통설과 판례는 ‘유치권이 경매에서 소멸하게 될 경우 실체법상 우선변제권이 없는 유치권자는 일반채권자와 동일한 비율로 배당(이른바 안분비례배당)을 받을 수밖에 없으므로 담보물권으로서의 이익이 침해된다’는 점을 논거로 ‘전면적 인수주의’로 해석해 왔다.⁵⁰⁾ 그러나 최근 매수인이 변제할 책임을 지는 유치권은 모든 유치권이 아니라 ‘매수인에게 대항할 수 있는’ 유치권으로 제한하여야 한다는 ‘제한적 인수주의’가 많은 사람의 지지를 얻고 있으며, 판례 또한 유치권의 대항력을 제한하는 쪽으로 변화를 거듭하고 있다.⁵¹⁾ 본고에서는 유치권의 성립 제한은 제외하고 효력 제한, 즉 유치권의 대항력 제한의 문제에 관하여 대법원 판례의 법리를 중심으로 살펴보고자 한다.

2. 처분금지효론과 학설적 검토

2.1 서설

이른바 처분금지효란 부동산에 관하여 압류·가압류가登記되면 부동산의 처분권은 국가가 가지고, 그 소유자인 채무자는 처분이 금지되는 집행절차상의 강제적 효력을 말한다. 여기서 처분금지의 처분에는 법률적 처분행위만을 의미하는지 사실적 처분행위도 포함되는지를 두고 학설 대립이 팽팽하다. 판례는 ‘압류’의 경우에는 점유의 이전과 같은 사실행위가 처분에 해당된다고 보면서(대항력제한설 입장)⁵²⁾ ‘가압류’의 경

50) 주석 민사집행법(III)(윤경 집필부분), 340쪽.

51) 주석 민사집행법(III)(윤경 집필부분), 338쪽; 강민성, 앞의 논문, 73쪽; 차문호, 앞의 논문, 396쪽; 이승규, 앞의 논문, 251쪽; 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결.

52) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결.

우에는 부동산에 가압류 등기가 경료되어 있을 뿐 실제로 매각절차가 진행되지는 않고 있다는 이유로 가압류 이후 채무자의 점유이전으로 인해 제3자가 유치권을 취득하는 경우 점유이전은 처분행위가 아니라고 한다(대항력인정설 입장).⁵³⁾ 나아가 대법원은 부동산에 경매개시결정기 입등기와 압류의 효력 발생 이후 유치권을 취득한 경우, 유치권자가 그 기입등기의 경료 사실을 ‘과실 없이 알지 못하였다고 하더라도’ 그 유치권을 근거로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 하고 있다.⁵⁴⁾ 따라서 압류의 경우에는 점유이전이 처분행위에 해당하여 압류의 처분 금지효 때문에 유치권의 대항력이 제한되지만 가압류의 경우에는 점유이전이 처분행위에 해당하지 아니하므로 유치권의 대항력이 제한되지 않는다는 것이다.

학설도 부동산의 압류·가압류 각각에 관하여 처분금지효가 있다고 설명하는 견해(대항력제한설)와 없다고 설명하는 견해(대항력인정설)로 나뉘고 있음은 위에서 보았다. 사건을 결론부터 언급하면, 압류·가압류 모두 처분금지효가 인정되고 그 처분금지효에 의하여 유치권의 대항력이 제한된다고 본다. 이하에서 자세히 본다.

2.2 압류·가압류에서 대항력 제한의 근거 법리

가압류의 처분금지효와 본압류의 처분금지효가 내용과 효력면에서 동일하지는 않지만 가압류에도 본압류에 관한 규정이 준용됨(민사집행법 제291조)으로써 본압류의 경우와 동일한 처분금지효를 규정하고 있으므로 가압류가 보전처분이라는 점을 제외하고는 원칙적으로 본압류와 가압류의 처분금지효를 다르게 논하는 견해는 보이지 않고, 본압류이든 가압류이든 처분금지효라는 점에서는 같은 논리구조이다.⁵⁵⁾

53) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결.

54) 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결.

압류·가압류(가압류는 대항력제한설의 입장)에서 유치권의 대항력 제한의 근거 법리는 무엇인가? 이에 관하여는 실정법적 근거가 없다고 하는 설도 있다.⁵⁶⁾ 그러나 처분금지효의 구체적 의미에 관하여는 개별 상대효설이 통설·판례이고, 이에 의하면 처분행위는 신청채권자와의 관계에서만 상대적으로 무효이고(뒤에서 보다시피 사건에 의하면 무효가 아니라 대항력이 제한된다) 당사자 간에는 유효하다. 따라서 유치권의 대항력이 제한되는 이유는 유치권의 효력이 물권 우선순위원칙의 예외에 해당한다거나 유치권의 본질 때문이 아니라 압류(가압류·체납 처분도 같다고 본다. 이하 같다)의 ‘처분금지효(뒤에서 보다시피 용어상의 문제는 있지만)’ 때문이라고 봄이 옳다. 나아가 저당권 후 유치권이 성립된 경우와 같이 유치권자가 부동산에 거액의 담보권이 설정되어 있는 등 소유자의 재산 상태가 좋지 아니하여 경매절차가 개시될 가능성이 객관적으로 충분한 상태에서 공사를 수급하여 유치권이 성립되도록 하는 등의 경우에는 ‘신의칙(민법 제2조)’이 유치권의 대항력을 제한하는 또 하나의 근거라고 보는 것이 타당하다. 결국 유치권의 대항력 제한의 법리는 처분금지효(대항력제한효)와 신의칙이며, 처분금지효의 실정법적 근거는 민사집행법 제83조 제2항·제4항, 제92조 제1항, 제227조 제1항·제3항과 민법 제2조라고 봄이 옳다.⁵⁷⁾

55) 편집대표 김능환·민일영, 주석민사집행법(VII), 한국사법행정학회, 2012, 558쪽; 이시윤, 앞의 책 583-584쪽; 강대성, 민사집행법, 탐북스, 2011, 559쪽; 오시영, 민사집행법, 학연사, 2007, 74쪽; 곽용진, 민사집행법, 부연사, 2007, 1012-1013쪽; 이우재, “압류·가압류의 처분금지효와 개별상대효의 이해”, 경영법무 통권134호(2007년 가을), 한국경영법무연구소, 2007, 9-10쪽.

56) 이계정, 앞의 논문, 231쪽; 김세진, 앞의 논문, 59쪽.

57) 처분금지효는 통상 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에서 근거를 찾고 있다(이시윤, 앞의 책, 257쪽; 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결). 그리고 같은 법 제92조는 제3취득자의 선악을 구분하고 있으나 실무상으로는 채무자의 처분을 막기 위해서 ‘압류등기가 된 후’에 비로소 채무자에게 압류결정문을 송달하기 때문에 제92조의 선악 구분은 의미가 없고 제3취득자의 악의는 추정된다.

2.3 처분금지효와 개별상대효에 대한 종래 통설의 재해석

종래의 통설·판례는 처분금지효에 대한 개별상대효의 의미를 “처분 행위는 압류 및 가압류 신청채권자와의 관계에서만 상대적 ‘무효’이고 당사자 간에는 ‘유효’하다”고 하고 있다. 그러나 압류 및 가압류는 금전 채권의 보전을 위해 금전적 가치만을 확보하면 되므로 압류 및 가압류 후 취득한 권리는 ‘대항력만 제한하면 족하고, 압류 및 가압류의 집행이 채무자의 해당 재산에 대한 처분권 박탈 또는 처분권 행사까지 금지하는 것은 아니다. 그러므로 처분금지효에 대한 의미는 개별상대효설에 의해 ‘처분’을 금지하는 것이 아니라 ‘대항’할 수 없다라는 의미(민사집행법 제92조 제1항 참조)에서 기존 통설 및 판례의 ‘처분금지효’ 대신 ‘대항력 제한효’라고 부를 것을 제안한다.⁵⁸⁾⁵⁹⁾ 종래의 통설·판례가 현재까지 잘못 사용해온 처분금지효는 늦었지만 ‘대항력제한효’라고 바꾸고 ‘처분’도 ‘대항력 제한’으로 해석함이 옳다. 즉, 압류·가압류의 대항력제한효의 구체적인 의미인 개별상대효설에서는 압류·가압류채무자의 처분

58) 같은 견해; 김세진, 앞의 논문, 59-61쪽 다만, 동 교수는 ‘압류의 대항력제한효’라고 하여 압류에만 한정하고 있다. 그러나 사건으로는 가압류와 체납처분압류도 대항력제한효를 인정함이 옳다고 본다; 유사한 견해; 이무상, “부동산가압류의 처분제한적 효력”, 법학논총 제31권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2007, 199쪽은 ‘처분제한효’라고 부른다.

59) 이무상 교수는 “가압류의 처분행위는 무효인가?”라는 소제목에서 “가압류에 의하여 채무자에게 해당 부동산의 처분권이 박탈되는 것이라면, 처분권이 박탈된 채무자의 처분행위는 처분권이 없는 자의 행위이므로 무효인데, 채무자의 처분행위가 어떤 근거로 상대방과의 사이에서는 그 효력이 유지되는가가 의문이 아닐 수 없다...(만약) 민사집행법의 가압류 관련 규정이 효력 규정이라면 처분을 금지하는 효력 규정에 위반된 처분행위는 무효가 될 것인데, 무슨 근거로 채무자와 상대방과의 관계에서는 그 효력이 인정되는가가 역시 의문이 아닐 수 없다(이무상, 위의 논문, 199-200쪽)”라는 매우 예리한 의문을 던지고 있다. 이 의문은 법리상 정확하며, 사건과 같이 이른바 처분금지효의 개별상대효를 “압류·가압류의 신청채권자와의 관계에서만 상대적으로 ‘대항력이 제한’되고, 당사자 간에는 대항력이 미치지 않는다”라고 해석할 때에만 이와 같은 의문이 해소될 수 있다. 동 교수도 위 논문 200-202쪽에서 필자와 동일한 사건을 피력하고 있다.

행위는 “압류·가압류채권자와의 관계에서는 ‘상대적으로 무효가 아니라 상대적으로 대항력이 제한’되고, 당사자 간에는 ‘대항력이 미치지 않는다’”라고 함이 정확하다. 당사자 간에는 대항력 제한이 미치지 않으므로 결국 ‘유효’가 된다.

한편 종래의 통설·판례가 유치권의 대항력 제한 문제에서 혼란을 일으켰던 것은 ‘처분행위의 도그마’에 갇혀서 처분금지효론의 처분에는 ‘법률적 처분행위만’ 해당한다는 생각과 오해에서 벗어나지 못하였기 때문이다. 즉, 지금까지 강호제현들은 처분금지효의 처분행위의 도그마에 빠져 ‘대항’의 문제를 ‘처분’의 문제로 보고 부질없는 논쟁을 해왔고, 뒤에서 보는 바와 같이 대법원 또한 그 판결의 법리가 유치권 본질론(2005다22688 판결 이전판결)에서 처분금지효론(2005다22688 판결)으로, 처분금지효론에서 처분금지효 및 집행절차의 법적 안정성론(2009다19246 판결)으로, 처분금지효론에서 다시 집행절차의 법적 안정성론(2009다60336 전합판결)으로, 최근에는 신의칙 위반론(2011다84298 판결)으로 오락가락할 수밖에 없었던 것으로 보인다. 대법원의 이러한 법리 혼란은 애초의 처분금지효의 처분행위에 대한 잘못된 해석에서 비롯된 것으로 판단된다.⁶⁰⁾ ‘대항’의 문제를 ‘처분’으로 봄으로써 인하여 생긴 부질없는 논쟁은 ‘처분’을 ‘대항’으로의 인식 전환을 함으로써 종식될 수 있고, 대항력제한효론에 의하면 처분행위에 대한 더 이상의 논쟁은 필요 없게 된다. 따라서 종래의 통설·판례의 처분금지효는 ‘(상대적) 대항력 제한효’로 바뀌어야 한다.

배당 실무에서도 가압류는 그 후의 우선권이 있는 권리와 관계에서 가압류의 대항력제한효에 의하여 우선권 있는 권리가 ‘무효가 되는 것이 아니라’ 가압류의 대항력제한효에 의하여 우선권이 있는 권리는 가압류와 ‘평등 배당’을 받게 된다.⁶¹⁾ 처분금지효를 대항력제한효로 해석

60) 이와 유사한 주장으로 강구옥, “부동산 압류의 처분금지효와 유치권의 효력”, 법학논고 제62집, 경북대학교 법학연구원, 2018, 143-148쪽 참조

할 때 비로소 지금까지의 통설·판례가 인정해오던 가압류와 그 이후의 우선 권리와 평등 배당 관계를 개별상대효설의 관점에서 명쾌하게 설명할 수 있게 된다. 예컨대 대법원 1992. 3. 27. 선고 91다44407 판결⁶²⁾의 사안을 가지고 부연 설명을 해보면, 동 판결은 “가등기담보권에 대하여 선순위 및 후순위 가압류채권이 있는 경우, 가등기담보권자는 선순위 가압류채권에 대하여는 우선변제권을 주장할 수 없어 그 피담보채권과 선순위 및 후순위 가압류채권에 대하여 1차로 채권액에 따른 안분 비례에 의하여 평등 배당을 하되, 담보가등기권자는 후순위 가압류채권에 대하여는 우선변제권이 인정되어 그 채권으로써 배당액으로부터 자기의 채권액을 만족시킬 때까지 이를 흡수하여 변제받을 수 있으며..”라고 하여, 사건과 같이 개별상대효설의 ‘대항력 제한’의 입장에서 ① 선순위 가압류 ② 가등기담보권 ③ 후순위 가압류를 1차적으로 평등 배당하고, 2차적으로 가등기담보권은 후순위 가압류에는 우선하므로 이를 흡수 배당 하도록 하고 있다. 즉, 가등기담보권은 우선변제권이 있지만 선순위의 가압류의 ‘대항력제한효’ 때문에 이에 대항하지 못하므로 우선하지 못하고 양 권리는 ‘평등 배당’을 받게 된다. 만약 종래의 통설의 설명과 같이 개별상대효를 가압류권자와의 관계에서 상대적 ‘무효’라고 한다면 이 판례의 사안에서 가압류권자에 대한 관계에서 담보가등기는 ‘무효’이므로 담보가등기권자는 선순위 가압류권자에 대한 관계에서는 평등 배당이 아니라 배당을 받지 못하게 되어 배당에 문제가 발생하게 된다.⁶³⁾

61) 법원실무제요, 민사집행[II], 법원행정처, 2014, 554쪽; 법원실무제요, 민사집행[III], 사법연수원, 2020, 130-131쪽.

62) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2007다77446 판결 등 가압류 이후 우선권 있는 권리가 성립된 경우에 관한 모든 사례에서 모두 동일한 결론을 내리고 있다.

63) 가압류와 개별상대효설에 의한 배당과 권리분석에 관하여 자세한 것은 김태진, 부동산경매실무, 부연사, 2017, 218쪽 이하 및 제4편 배당표 작성 참조

2.4 종래 처분행위의 의미와 대항력제한효론에 따른 재음미(再吟味)

처분행위에는 재산권의 변동이라는 법률효과를 생기게 하는 ‘법률적 처분행위’와 재산을 손상·파괴·멸실·소비하거나 그 성질을 변하게 하는 것과 같은 ‘사실적 처분행위’가 포함된다.⁶⁴⁾ 유치권의 대항력 제한에서의 처분행위 여부는 목적물의 교환가치 감소를 초래하느냐 여부에 의하여 판단하여야 한다.

처분행위의 내용에 관하여 종래의 통설·판례는 의견대립이 극심하다. 그러나 점유이전으로 유치권을 설정해 주는 행위와 재산을 손상·파괴·멸실·소비하는 행위와 같은 교환가치의 감소를 초래하거나 재산권 변동에 해당하는 사실적 처분행위도 처분금지효의 처분으로 봄이 옳다.⁶⁵⁾ 덧붙여서 종래의 통설·판례의 처분금지효론은 새로운 해석론에 의하면 대항력제한효가 된다. 대항력제한효론에 의하면 법률적 처분행위는 물론 교환가치 감소를 초래하는 재산권 변동에 해당하는 사실적 처분행위도 대항력제한효의 대항력에 저촉되어 압류·가압류권자에게 대항하지 못하게 된다.

대부분의 학설과 판례⁶⁶⁾는 처분금지효에서의 처분행위에는 사실적 처분행위는 처분행위에 포함되지 않는다고 한다.⁶⁷⁾ 그 근거로 민사집행

64) 지원림, 앞의 책, 184쪽; 강민성, 앞의 논문, 75쪽; 오창수, 앞의 논문, 433쪽; 장재형, 앞의 논문, 73쪽.

65) 압류 후에 대상 부동산을 임대한 경우, 임차인이 민법 제621조, 주택임대차보호법 및 상가임대차보호법 각 제3조에 의해 대항요건을 갖추더라도 경매신청인에게 대항할 수 없다는 견해가 있다(이시운, 신민사집행법, 제7개정판, 박영사, 2016, 265쪽).

66) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결, 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결, 대법원 2011. 5. 13.자 2010마1544 결정, 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결은 점유이전을 처분행위로 보았고, 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결은 유치권의 대항력 제한의 법리를 처분금지효에서 ‘집행절차의 법적 안정성론’으로 넘어가는 과도기의 판례로서 점유이전을 처분행위라는 전제를 깔고 있으면서도 가압류의 경우는 처분금지효를 인정하지 않고 있다.

67) 이승규, 앞의 논문, 249쪽(이호형, 앞의 논문, 241쪽 재인용); 이계정, 앞의 논문, 232쪽;

법 제96조 제1항(부동산의 멸실 등으로 말미암은 경매 취소)과 제83조 제3항(경매개시결정 뒤 침해행위 방지조치)이 거론되기도 하고,⁶⁸⁾ 압류와 달리 가압류의 경우에는 현실적인 매각절차가 이루어지지 않고 있기 때문⁶⁹⁾이라고 한다. 그러나 압류는 현금화를 위한 교환가치 유지가 목적이므로, 처분행위란 간단히 말해서 ‘교환가치 감소행위’를 지칭하는데, 점유를 이전하거나 재산을 손상·파괴·멸실하는 사실적 처분행위를 처분행위로 보지 않는 것은 지나치게 관념론적이고 형식논리적인 해석이라고 하지 않을 수 없다. 예컨대 채권자의 압류 후 채무자가 목적물의 점유를 이전하여 제3자로 하여금 유치권을 취득하도록 하는 것은 분명 집행절차에서 목적물의 교환가치 감소를 가져오므로 처분행위에 해당한다고 보아야 한다. 이러한 사실적 행위들이 있는 경우에는 현실적으로 목적물의 ‘교환가치가 감소’되는 것은 부인할 수 없는 사실이며, 민사집행법 제96조 제1항에서 부동산이 없어지거나 매각 등으로 말미암아 권리를 이전할 수 없는 사정이 명백하게 된 때에는 강제경매의 절차를 취소하거나, 동법 제83조 제3항에서 경매개시결정(압류)을 한 뒤에는 부동산에 대한 침해행위를 방지하기 위하여 법원은 필요한 조치를 취할 수 있도록 규정하고는 있지만, 이들 제도는 압류·가압류에 따른 처분금지와는 서로 목적과 취지가 다를 뿐만 아니라 민사집행법 제83조 제3항의 경우에는 경매개시결정과 동시에 ‘반드시’ 침해행위 방지조치를 하여야 하는 것도 아니다. 또한 동법 제96조의 경매 취소는 부동산의 멸실 등이 ‘발생한 후’에 하는 조치에 불과하고, 멸실 등이 발생한 경우에는 이로 인하여 목적물의 교환가치 감소가 아니라 아예 교환가치가 상실되므로 압류채권자에게 미치는 손실은 더욱 크다.

한편 사실행위의 처분성 부정설 중에는 “민사집행법은 처분행위의

배성호, 앞의 논문, 183쪽.

68) 이호형, 앞의 논문, 240쪽; 이계정, 앞의 논문, 232쪽.

69) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결.

효력을 제한하는 압류·가압류·‘처분금지가처분’과 별도로 점유이전을 제한하는 ‘점유이전금지가처분’을 두고 있는데, 이는 점유이전이 처분행위에 ‘해당하지 않음’을 전제로 하는 것”이라고 한다.⁷⁰⁾ 그러나 우리 민사집행법이 가처분의 종류 중에 등기를 통하여 공시하는 처분금지가처분과 별도로 점유이전금지가처분을 인정하고 있는 이유는 전자는 등기가 가능한 부동산 물권에 대한 보전 수단임에 반하여 점유이전금지가처분은 등기가 인정되지 않는 부동산 물권(점유권)에 대한 보전 방법으로 마련된 제도일 뿐이며, 처분금지효에서의 처분과는 직접적인 관계가 없는 제도이다. 따라서 처분금지가처분과 점유이전금지가처분 제도의 구분을 압류·가압류의 처분금지효에서의 처분행위의 해석과 연계하는 것은 타당하지 않으며, 처분금지가처분과 별도로 점유이전금지가처분을 인정한 것이 처분금지효에서 점유이전을 처분으로 볼 수 없는 근거라고는 보기 어렵다. 따라서 처분행위의 개념을 비현실적·관념론적으로 해석할 것이 아니라 현실 경매에서 압류의 효력을 직시하여 실질적 처분행위도 포함된다고 봄이 옳다.⁷¹⁾

판례가 압류 후의 점유이전은 처분행위로 보면서 가압류 후의 점유이전은 처분행위로 보지 않는 것은 오직 집행절차상의 시기(時期)와의 관계에서 현실적인 매각절차가 임박하지 않았다고 하여 가압류 자체를 무시하는 태도로써 이는 법원 스스로가 한 가압류 재판의 효력을 부정하는 결과가 된다. 또한 목적물의 교환가치의 감소를 초래할 수 있다는 관점에서는 압류와 가압류, 양도와 점유이전이 실질적인 차이가 없다. 그런데도 점유이전의 처분성에 관하여 압류와 가압류를 달리 보는 것은 명백한 논리모순이다. 가압류는 잠정성을 특질로 하는 보전처분이라는 점을 제외하고는 본압류와 가압류는 처분금지효(대항력제한효)라는 점

70) 하상혁, 앞의 논문, 996-997쪽.

71) 김원수, 앞의 논문, 681쪽; 이상태, 앞의 논문, 96-97쪽; 오창수, 앞의 논문, 433쪽; 차문호, 앞의 논문, 400-404쪽.

에서는 논리구조가 동일하다. 따라서 압류와 가압류를 달리 보는 것은 옳지 않다. 결론적으로 가압류(가집행)가 본압류(본집행)로 이전하지 않은 경우에는 가압류에서 본압류로의 이전을 전제로 소유자는 압류에서와 똑같이 처분행위가 금지되며(대항력이 제한되며), 이에 위반된 행위는 가압류의 집행보전 목적 달성에 필요한 범위 내에서 가압류권자와의 관계에서 대항력이 제한된다. 또한 가압류가 압류로 이전된 경우 가압류집행이 본집행에 포함됨으로 가압류 시점에 본집행이 실행되는 것과 같은 효력이 발생한다. 결국 유치권자는 본압류와 마찬가지로 가압류권자의 처분금지효(대항력제한효)로 인하여 유치권으로써 가압류권자에게 대항하지 못한다고 봄이 옳다.⁷²⁾ 그렇지 않으면 가압류는 그 취지와 제도상의 존재의의를 상실하기 때문이다.

가압류에 대한 유치권의 ‘대항력인정설’ 중에는 현황조사에서 유치권의 존재가 파악되면 ‘매수신청인’은 유치권의 존재를 전제로 매수가격을 결정하므로 유치권 부담이 매수인에게 인수된다고 해서 경매절차의 공정성이나 신뢰가 훼손되지 않는다거나, 잠정적 보전처분이라는 가압류의 특성상 장애에 이루어질 경매절차에서의 매각으로 유치권이 소멸하지 않는다고 하더라도 공평의 원칙에 반하지 않는다고 하면서, 가압류는 압류와는 상황이 다르다고 주장하는 설이 있다.⁷³⁾ 그러나 현황조사에서 유치권의 존재가 파악되면 ‘매수신청인’은 유찰을 기다려서 매수신청을 하면 되므로 이를 감수할 수 있다고 할 수 있지만, ‘가압류권자를 포함한 배당받을 자’는 유치권으로 인한 매각가격과 배당액의 저감으로 배당을 받지 못할 위험에 직면하게 되므로 경매절차의 공정성이나 신뢰가 훼손되지 않는다고 할 수 없다(이 논문 22번 각주 참조). 따라서 위 주장은 옳지 않다.

72) 이시윤, 앞의 책, 583쪽; 박두환, 민사집행법, 법률서원, 2003, 739쪽; 차문호, 앞의 논문, 403쪽; 이우재, “압류·가압류의 처분금지효와 개별상대효의 이해”, 재판실무연구(2) 민사집행소송, 한국사법행정학회, 2008, 284쪽; 오창수, 앞의 논문, 435-436쪽.

73) 하상혁, 앞의 논문, 1000-1006쪽.

한편 ‘유형적구분설’이 들고 있는 사안은 모두 압류 후에 유치권이 성립한 경우로서, 유치권의 ‘성립 시점’ 구분으로 유치권의 ‘대항력’ 유무를 판단하고 있어서 애초부터 출발이 잘못된 것으로 보인다. 유치권의 성립과 대항력은 별개의 문제로 달리 취급해야 하기 때문이다.

2.5 소 결

대법원이 가압류의 경우에는 압류와 달리 점유이전을 처분행위가 아니라고 하는 것은 동일한 점유이전을 두고 압류냐 가압류냐에 따라서 결과를 달리한다는 점에서 논리의 일관성이 없다. 가압류의 경우에도 경매절차가 개시되면 역시 이해관계인들과의 대항력 제한이 문제되므로 압류의 경우와 근본적으로 다르지 않다.⁷⁴⁾ 가압류도 집행불능 또는 집행이 현저히 곤란한 상황에서 그 처분을 금지(대항력을 제한)하기 위하여 인정되는 제도이다. 그런데 현실적으로 경매절차가 진행되고 있는 상태가 아니라고 하여 가압류의 경우에만 점유이전을 처분으로 보지 않음으로써 가압류에 처분금지효(소결에서는 대항력제한효라고만 한다)를 인정하지 않는다면 유치권의 대항력 제한에 관한 한 집행법상 가압류제도 자체를 부정하는 꼴이 되고, 가압류에 대항력제한효를 인정하지 않는다면 가압류제도의 현실적 존재 이유는 무엇이며, 가압류의 집행법상의 효력은 무엇이란 말인가? 그와 같은 사정은 오히려 경매절차의 신뢰와 안정성을 해치는 결과가 되어 부당하다. 물론 법원이 압류의 경우에는 가압류에 비하여 현실적인 매각절차가 시기적으로 임박한 사실을 고려한 점은 이해가 되나, 매각절차의 임박 여부야말로 시간의 완급(緩急)이라는 사실에 불과하고, 집행법상 압류와 가압류 양자는 채무자의 처분을 금지하여 대항력을 제한한다는 점에서는 본질적으로 전

74) 가압류가 취소 또는 취하된 경우에는 대항력 문제를 논할 필요성이 없음도 압류의 경우와 동일하다.

혀 다를 바가 없다. 따라서 압류와 가압류의 대항력제한효의 실정법적 근거는 민사집행법 제83조 제2항·제4항, 제92조 제1항, 제227조 제1항·제3항이며, 양자 모두 대항력제한효에 따라서 유치권의 대항력 제한을 인정하는 것이 논리 정연할 뿐 아니라 집행절차에서 유치권의 폐해를 줄이는 데에도 부합한다.

2009다19246 판결의 사실관계를 통하여 대항력제한효론의 당부당을 자세히 살펴보면, 이 사건은 ① A 토지 경매신청 → ② 甲 건물 가압류 → ③ 乙(피고) 유치권 취득 → ④ 甲 건물 경매신청 → ⑤ 丙(원고)이 토지·건물 모두 매수하고 유치권자를 상대로 건물명도를 청구한 사건이다. 대법원은 ‘토지’ 경매개시 또는 건물 ‘가압류’ 후의 점유이전은 처분행위에 해당하지 않아 가압류의 처분금지효(대항력제한효)에 저촉되지 않으므로 유치권자(피고 乙)가 매수인(원고 丙)에게 유치권을 주장할 수 있다는 것이다. 대법원의 판단은 압류와는 달리 가압류에 관한 한 전통적인 통설과 견해가 같다. 이에 의하면 결국 매수인(원고 丙)은 유치권자의 피담보채권을 변제하여야 한다(민사집행법 제91조 제5항). 여기서 실제 경매사례를 대입해 보면, 대법원의 견해처럼 현실적으로 매수인에게 유치권자의 대항력을 인정하여 매수인이 유치권을 인수하도록 하더라도, 매수인(원고 丙)의 입장에서는 유치권의 피담보채권액을 감안하여 수회 유찰한 후에 시세에 맞는 가격에 응찰할 것이므로 매수인에게는 손실이 없다. 그러나 만약에 유치권의 피담보채권액이 많을 경우 수회의 유찰을 거친 후 매각(낙찰)이 되면 배당금액이 적어져서 가압류권자(甲)는 유치권으로 인하여 배당을 제대로 받지 못하는 사태가 벌어질 수 있다. 구체적인 경매사건에서 대법원의 판단에 따른 경우, 유치권자와 매수인은 피해를 입지 않지만 유치권자보다 먼저 부동산 가압류를 한 가압류권자는 피해를 입게 됨을 알 수가 있다. 단순히 학설이 아닌 실제 사건을 대입해 볼 때에도 대법원의 판단(대항력인정설 입장)은 현실의 경매에서 문제가 있음을 알 수가 있다. 따라서 이미

대법원이 ‘압류’와 관련하여 대항력제한설의 입장에서 처분금지효를 인정하여 유치권의 대항력을 제한한 이상 ‘가압류’ 역시 처분금지효로써 유치권의 대항력을 제한하여 먼저 가압류를 한 가압류권자에게 피해가 돌아가지 않도록 하는 것이 이해관계인들의 이해조율적인 면에서 타당하며, 나아가 처분금지효(대항력제한효)라는 민사집행법상의 법리에도 정합(整合)함을 알 수가 있다. 따라서 차제에 대법원이 가압류 후 유치권이 성립한 경우에도 압류의 경우와 같이 심플하게 대항력제한효로써 유치권의 대항력을 제한하는 것이 옳다.

3. 집행절차의 법적 안정성론과 학설적 검토

3.1 집행절차의 법적 안정성론

판례는 가압류 후 유치권이 성립된 경우에 관한 2009다19246 판결에서 이미 2009다60336 전원합의체 판결로 가기 전 과도기적으로 ‘집행절차의 법적 안정성론’에 관한 고려와 암시를 하고 있다.⁷⁵⁾ 다시 말해서 대법원은 과거부터 2005다22688 판결 이전까지는 유치권의 본질론에 입각해서 판결을 해왔다. 그러다가 2005다22688 판결에서부터는 압류의 ‘처분금지효’에서 유치권의 대항력 제한의 근거를 찾아오던 대법원이 가압류의 효력에 처분금지효를 인정하지 않기 위해서 2009다19246 판결에서는 압류의 처분금지효에 근거를 두면서도 의도적으로 집행절차의 법적 안정성론에 관한 고려와 암시를 하고 있으며,⁷⁶⁾ 그 후 2009다60336 전원합의체 판결에서는 채납처분압류에 처분금지효를 인정하지 않기

75) 유사한 견해: 이선희, 앞의 논문, 229쪽.

76) “다만... ‘경매절차의 공정성과 신뢰를 현저히 훼손’하게 될 뿐만 아니라, ... ‘민사집행 제도의 운영에 심각한 지장’을 줄 수 있으므로, 위와 같은 상황에서는 채무자의 제3자에 대한 점유이전을 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위로 봄이 타당하다는 취지이다(대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결)”라고 하고 있다.

위한 방편으로 당시까지 유지해 오던 ‘처분금지효론’에서 다시 ‘집행절차의 법적 안정성론’으로 전환하였다. 이처럼 판례는 잠정적 처분이라는 이유로 가압류의 효력에 처분금지효를 인정하지 않기 위해서 2005다22688 판결에서 인정하던 처분금지효론을 버리고 2009다60336 전합판결에서는 ‘집행절차의 법적 안정성론’으로 완전히 돌아선 것이다. 한편 이 판결의 반대의견과 원심은 과거 그대로 처분금지효론에 입각하고 있다.

3.2 학설적 검토

대법원은 저당권 설정 후에 유치권을 취득한 경우에 관한 2008다70763 판결과 2014다53462 판결에서는 유치권자는 저당권자와 매수인에게 대항할 수 있다는 유치권의 본질론에 입각한 판결을 하였다. 그러나 가압류와 관련한 2009다19246 판결과 체납처분압류와 관련한 2009다60336 전원합의체 판결에서는 가압류 등기가 경로되어 있거나 체납처분압류가 되어 있다 하더라도 그러한 사정만으로는 유치권자가 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 없다고 볼 것은 아니라고 하여, 가압류와 체납처분압류의 유치권에 대한 대항력 제한을 부정하였다. 즉, 체납처분압류와 관련한 2009다60336 전원합의체 판결에서, 다수의견은 체납처분압류에 유치권의 대항력 제한을 인정하는 논거로 집행절차의 법적 안정성 또는 운영의 적정성을 들고 있고, 반대의견은 처분금지효를 논거로 들고 있다. 결국 대법원은 사실적 처분행위를 처분금지효의 처분으로 보지 않으려는 논리적 귀결로서 가압류는 잠정처분이라는 이유와 체납처분압류는 공매절차와의 필연적 연계성이 없다는 이유로 다분히 의도적으로 일반적·추상적인 우회 법리를 도출하여 가압류와 체납처분의 처분성을 부정하였다.

그러나 집행절차의 법적 안정성 또는 운영의 적정성이라는 일반적·

추상적 원리와 정책적 이유로 실체법상의 권리인 유치권의 대항력을 제한한다는 것은 매우 편리하고 안일한 발상이며 내용이 없는 허구적 관념이다. 다른 관점에서 보면, 가압류와 체납처분압류를 민사집행상의 압류와 달리 보기 위하여 가압류와 체납처분압류의 처분금지효를 부정하는 것은 곧 가압류와 체납처분제도 자체를 부정하는 결과를 초래하는 판결이다. 한편 압류와 가압류에는 실정법 규정 또는 적어도 실정법의 해석론상 처분금지효(대항력제한효)라는 명확한 유치권의 대항력 제한의 “법리”가 있음에도 불구하고 집행절차의 법적 안정성 또는 운영의 적정성이라는 “일반적·추상적 원리 또는 정책적 이유”를 들어 처분금지효를 부정하는 것은 부적절해 보인다. 모름지기 이념이나 정책은 법규정의 합리적 해석을 위한 지표는 될 수 있어도 판결에서 구체적인 법적 근거가 될 수는 없다. 실정법의 근거가 없는 정책적 판단이나 고려는 정책학이나 입법학에서와는 달리 법해석론의 범주를 벗어나는 것이므로 법해석의 영역인 법원의 판결에서는 자제되어야 한다. 기존에 통설과 판례 스스로가 인정해오던 가압류와 체납처분의 처분금지효를 정책적 이유로 부정하는 것은 타당하지 않음은 물론 가압류 제도와 체납처분제도의 존재이유가 상실되거나 법해석의 범위를 이탈하여 헌법상 권력분립의 원칙에도 반하기 때문이다. 결국 법리적으로 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결의 반대의견이 옳다.⁷⁷⁾ 판례는 다시 민사집행법⁷⁸⁾과 국세징수법⁷⁹⁾에 근거를 두고 있는 처분금지효론

77) 홍봉주, 앞의 논문, 87쪽; 성기문, 앞의 논문, 383쪽; 김하중, 국세징수법해설과 실무, 삼일회계법인 삼일인포마인, 2012, 553쪽.

78) 민사집행법 제83조 제2항·제4항, 제92조 제1항, 제227조 제1항·제3항 참조. 이 규정들에 관하여는 처분금지효를 인정하는 명문 규정이 아니라는 견해도 있으나(강구욱, 앞의 논문, 138쪽), 모든 규정을 유기적이고 함묵적으로 해석해 볼 때 처분금지효에 관한 규정으로 해석함에 무리가 없으며, 그렇게 보는 것이 전통적인 통설과 판례였음은 이미 앞에서 본 바와 같다.

79) 국세징수법 제31조(압류의 요건 등), 제43조(처분의 제한), 제46조(부동산 등의 압류의 효력) 등

(대항력제한효론)으로 회귀함이 옳다. 대법원의 다수견해가 처분금지효론을 버리고 법적 안정성론을 취한 것은 처분금지효론의 용어상·내용상의 문제점⁸⁰⁾을 인식하고 그 법리와의 일정한 거리를 두려고 한 것이라고 볼 수도 있다. 그러나 다수견해는 법적 근거의 불명확성·정책성으로 인한 비판의 여지가 있다. 한편 전합 판결의 반대의견 역시 위에서 본 바와 같이 처분금지효론은 용어상·내용상 문제가 있다.

위 2009다60336 전원합의체 판결의 사안을 가지고 구체적으로 설명해 보면 더욱 명확함을 알 수가 있다. 동 판결의 사안을 단순화하면 ① 甲 토지 매입 및 호텔 신축 → ② 乙 근저당권 설정 → ③ 丙 체납처분 압류 → ④ 丁 가압류 → ⑤ 戊 유치권 취득 → ⑥ 乙 임의경매신청 → ⑦ 己 매수(낙찰)이다. 이것을 현실 경매실무에 적용해 보면, 다수견해에 의하면 체납처분압류는 처분금지효(대항력제한효)가 인정되지 않으므로 체납처분 후 유치권을 취득한 자는 그 유치권으로 매수인에게 대항할 수 있다. 따라서 매수인은 유치권을 인수하여야 하므로 유치권의 피담보채권금액을 감안하여 그만큼 낮은 금액에서 매수신청을 할 것이고, 그로 인하여 배당금액이 저감되어 저당권자·체납처분압류권자·가압류권자는 채권을 제대로 회수하지 못하게 될 수도 있다. 반대 견해에 의하면 체납처분압류는 처분금지효가 인정되므로 체납처분 후 유치권을 취득한 자는 그 유치권으로 매수인에게 대항할 수 없다. 결국 매수인은 유치권을 인수하지 않으므로 다수 견해에 비하여 더 높은 금액을 써서 낙찰을 받을 수밖에 없게 된다. 따라서 저당권자·체납처분압류권자·가압류권자는 채권을 제대로 회수하거나 적어도 다수 견해에 비하여 더 많은 채권금액을 회수하게 된다. 현실 경매실무에서 과연 어느 의견이 타당한가? 집행절차의 법적 안정성을 강조한다면 다수 견해가

80) 압류와 가압류에서 사실적 처분행위를 달리 취급한 점, 내용상으로 '대항'의 문제를 '처분'으로 잘못 오해한 점, 따라서 용어상으로 처분금지효가 적절하지 않다는 점 등에 대한 문제점

오히려 반대 견해와 같은 결론으로 가는 것이 집행절차의 법적 안정성에 부합한다. 무릇 법이란 법리상 논리성도 중요하지만 현실성도 고려하여야 한다. 현실성을 도외시하고 관념적인 논쟁에만 매몰된 법리는 대중으로부터 외면받게 된다. 법리상은 물론 구체적인 경매실무에서도 반대 견해가 타당함을 알 수가 있다. 다만 여기서 반대 견해 역시 이른바 ‘처분금지효론’은 ‘용어상·내용상 문제’가 있으므로 차제에 대법원은 ‘대항력제한효론’에 입각하여 판결을 함이 옳다고 본다.

4. 신의칙위반론과 학설적 검토

4.1 신의칙위반론

앞에서 본 바와 같이 ‘저당권’ 성립 후에 유치권이 취득된 경우에 통설과 판례는 유치권으로서 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있다고 줄곧 해석해 왔다.⁸¹⁾ 유치권의 본질과 입법자의 결단이 그렇기 때문이다.

반면, 최근에 저당권 설정 이후에 성립한 유치권은 저당권에 대항할 수 없다는 유력설이 등장하였는데, 이에 관하여는 많은 학술논문이 물권의 우선순위의 원칙을 이유로 저당권이 유치권에 대항할 수 있다고 주장하고 있다.⁸²⁾ 한편 판례도 최근에 신의칙에 반하는 유치권 행사는 제한을 하고 있다.⁸³⁾ 신의칙 위반을 이유로 유치권 행사를 부정한 판결⁸⁴⁾도

81) 박윤직, 앞의 책, 338-339쪽; 김상용, 앞의 책, 664쪽; 김중환/김학동, 앞의 책, 539쪽; 지원림, 앞의 책, 789쪽; 이은영, 앞의 책, 806쪽; 이재성, 앞의 논문, 287쪽; 오창수, 앞의 논문, 429쪽; 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결, 대법원 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결.

82) 박상언, 앞의 논문, 363쪽; 문병찬, 앞의 논문, 55쪽; 이상태, “유치권에 관한 연구: 대항력 제한을 중심으로”, 100-10쪽; 차문호, 앞의 논문, 415-416쪽; 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 231·246쪽; 이동진, 앞의 논문, 82-83쪽.

83) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결, 대법원 2004. 9. 23. 선고 2004다32848 판결, 2014. 12. 11. 선고 2014다53462 등

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

있고, 긍정적인 것도 있음⁸⁵⁾은 이미 앞에서 본 바와 같다.

그러나 최근의 유력설과 대법원판결은 그 뉘앙스가 사뭇 다르다는 점을 주의해야 한다. 유치권이 저당권에 대항할 수 없는 이유는 학설은 대체로 물권의 우선순위의 원칙을 근거로 함에 반하여, 판결은 민법 제2조의 신의칙 위반을 근거로 하고 있기에 그 차이는 매우 클 뿐만 아니라 법리도 서로 다르다.

4.2 학설적 검토

4.2.1 종래의 통설·판례와 유력설에 대한 검토

물권은 우선적 효력을 가지는 것이 원칙이므로 양립할 수 없는 여러 개의 물권은 하나의 물건 위에서는 시간적으로 선행하는 물권만 인정된다. 동일한 물건 위에 여러 개의 물권이 충돌하면 소유권과 제한물권 간에는 제한물권이 우선한다. 다만 종류가 다른 물권이나 저당권 등 담보권은 하나의 물건 위에 동시에 성립할 수 있지만, 이들 상호 간에는 먼저 성립한 권리가 우선한다. 그러나 본권과 달리 배타성이 없는 점유권은 우선적 효력이 인정되지 않는다.

위와 같은 물권법의 원칙 아래에서 논고를 펼쳐보면, 점유를 본질로 하는 유치권은 비록 우선적 효력은 없지만, 공평의 원칙에 따라 물권법상의 성립요건주의와 우선순위원칙의 예외로 인정되는 것으로서, 유치적 효력으로 인하여 부동산 담보거래에 부담을 주는 것을 감수하면서 인정된 권리이다. 따라서 저당권은 등기를 통하여 목적물을 점유하지 않고 ‘교환가치’만을 확보하는 ‘비점유 담보물권’이지만, 유치권은 자신의 비용과 노력을 투자하여 목적물의 가치를 창출·유지·증대를 통하여 상승시키고, 그 ‘상승시킨 가치만큼만’을 변제받기 위하여 ‘유치적 효력’을 확보하는 ‘점유 담보물권’이라는 것이 본질이다. 즉, 유치권은

85) 대법원 2014. 12. 11. 선고 2014다53462 판결.

점유에 의한 유치적 효력을 목적으로 하는 담보물권으로서 ‘본권(本權)’에 해당함에도 불구하고 ‘점유권’의 특성을 내포하고 있는 사법체계상 독특한 권리로서 물권법상의 ‘우선순위원칙의 예외’에 해당한다.⁸⁶⁾ 로마법계의 포셋시오(Possessio)와 대륙법계의 게베에레(Gewere)에서 유래한 점유제도는 본권의 유무와는 관계없이 사실상의 지배상태(점유)만으로 일정한 법률효과를 부여하려는 것이다.⁸⁷⁾ 따라서 양 권리는 성립요건과 본질이 다르므로 병존할 수 있고, 어떤 부동산에 이미 저당권 등의 비점유 담보물권이 존재하는 상태에서도 유치권은 그 부동산에 성립될 수 있다. 같은 법리에서 민사집행법도 용익물권은 이른바 말소기 준권리에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸되고(민사집행법 제91조 제3항·제4항, 가등기담보 등에 관한 법률 제13조), 저당권 또한 모두 매각으로 소멸된다(같은 조 제2항)고 함에 반하여, 유치권만은 용익권이거나 저당권과의 관계를 불문하고 매수인은 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다(같은 조 제5항)고 규정하고 있는 것이다.

또한 공신력이 인정되지 않는 부동산등기 자체가 물권변동을 정당화시키는 근거가 될 수 없으며, 일정한 요건을 충족하면 법률상 당연히 성립하는 법정담보물권인 유치권을 약정담보물권인 저당권에 의해 제한할 수도 없다. 나아가 유치권은 법정담보물권이므로 저당권이 성립된 사실을 알고 공사를 진행하였다는 등의 유치권자의 선악(知不知)은 그것이 ‘신의칙에 반하여 유치권 남용이 되지 않는 한’ 유치권의 성립이나 행사를 제한하는 근거가 될 수 없다.

한편 저당권자는 저당권 설정 전에 목적물에 부가된 유치권이나 확정일자부임차권 등과 같이 등기 없이도 우선권을 행사할 수 있는 권리의

86) 우리 민법상 유치권은 담보물권으로서 본권에 해당하지만 태생적 고향은 점유권이라고 할 수 있을 만큼 점유권에 가까운 특성을 가지고 있다. 이 점 때문에 항간에서는 혼돈을 초래하고 있으며, 학설 역시 이를 간과하였기 때문에 시비가 분분한 것으로 생각된다.

87) 지원림, 앞의 책, 537쪽.

존재를 사전에 감안하여 목적물의 가치평가를 실제 가치보다 저감된 가치로써 금전소비대치를 하고 저당권을 확보하지만, 유치권자는 오직 ‘자신이 투자한 자금 상당의 가치만큼만’ 사실상 우선변제 받는 권리이므로, 목적물의 가치를 상승시킨 유치권자로서는 적어도 ‘상승된 가치의 범위 내’에서는 선순위저당권자가 파악한 목적물의 교환가치를 훼손하는 것이 아니다.

그뿐만 아니라 경매 실무상으로도 선행저당권과 유치권이 경합하는 경우, 매수인은 유치권의 피담보채권금액을 감안하여 매수신청을 하기 때문에, 진성유치권자에게 대항력을 인정하여 매수인이 유치권을 인수하도록 하더라도 실질적으로 문제가 없다.⁸⁸⁾ 따라서 권리의 본질과 재산권 제도에 관한 입법자의 결단을 도외시하고 오직 권리의 발생순서에 의해서만 양자를 재단(裁斷)하고 대항력 문제를 해결하려는 유력설은 피상적이고 형식논리적이라고 하지 않을 수 없다.⁸⁹⁾

더욱이 교환가치를 지배하는 저당권과 달리 목적물을 점유하여 유치적 권능을 행사하는 유치권자로서는 반대설(유력설)과 같이 대항력이 제한된다면 경매절차에서 배당을 받기 위해서는 법원으로부터 별도의 가압류결정 또는 집행권원을 받아야 하는데, 이는 실체법에 따른 요건을 갖추어 유치적 효력(사실상 우선변제권)을 획득한 유치권자에게 집행절차에서 일반채권자로서의 권리를 행사할 수밖에 없도록 함으로써 실체

88) 허위·가장 유치권자의 문제는 여기의 논점과는 별개의 문제이며, 이에 관하여는 집행관의 권한과 형사처벌 강화 등 접근방법을 달리하여야 할 것이다. 나아가 경매절차와 관련하여 유치권자가 매각기일 종기에 임박하여 유치권을 신고하는 등의 유치권으로 인한 매수인 등의 손실 방지 문제 또한 배당요구의 종기 전에 유치권을 신고하도록 민사집행법을 개정하는 등의 방법으로 위 법리와는 다른 방법으로 접근하여야 할 것이다. 따라서 유치권의 본질과 허위·가장 유치권의 폐해는 별개의 문제이며, 양자를 혼동해서는 아니된다.

89) 다만 부동산에 거액의 담보권이 설정되어 있는 등 소유자로 인해 경매절차가 개시될 가능성이 객관적으로 충분한 상태에서 공사를 수급하여 유치권이 성립되도록 하는 등의 경우에는 법이 보호하는 유치권의 범위를 벗어난 것이므로, 이 경우에는 뒤에서 보는 판례와 같이 신의칙에 따라서 유치권의 대항력을 제한함이 타당할 것이다.

법상의 권리인 유치권을 민사집행단계에서 완전히 몰각시키는 결과가 된다. 이는 곧 실체법과 절차법이 전도된 결과를 가져온다. 따라서 허위·가장 유치권자의 폐해를 막는다는 명분으로 또는 저당권 설정 이후에 성립한 유치권이라는 물권법상의 권리우선순위라는 형식논리적인 이유로 저당권과의 충돌에서 유치권의 대항력을 제한하려는 견해는 입법 정책적인 접근은 별론으로 하더라도 현행법의 해석론으로는 취할 수 없다.⁹⁰⁾

결국 민법이 담보물권인 저당권과 유치권의 우열관계는 규정하지 않았으나, 위에서 본 바와 같이 저당권과 유치권의 본질·법적 성질·민사집행법 제91조의 취지에 미루어 볼 때, 저당권 설정 시점과 상관없이 유치권이 저당권에 사실상 우선한다고 해석된다. 따라서 현행 민법의 해석상 유치권의 공시방법의 불완전성에도 불구하고 유치권의 유치적 효력과 사실상의 우선변제적 효력을 인정하는 종래의 통설·판례가 타당하고, 저당권과 유치권의 대항력 관계는 성립시기의 선후를 기준으로 판단하여야 한다는 유력설은 양 권리의 본질·법적 성질·민사집행법 제91조의 취지를 무시한 것으로서 받아들일 수 없다.⁹¹⁾ 또한 유형구분 설도 물권의 효력에 대해 일관성 있게 해석하지 못하는 점에서 수긍할 수 없다.⁹²⁾ 그리고 유력설 중 공평의 원칙에 부합한다는 도그마는 등기 제도가 완비된 현재까지 유지되어야 할 만큼 가치 있는 원칙이라고 할 수는 없다는 견해⁹³⁾ 는 아래 주석에서와 같은 이유에서 선뜻 받아들이기

90) 오창수, 앞의 논문, 429쪽.

91) 적어도 유치권의 본질과 입법자의 결단에 비추어 볼 때, 우선변제권과는 달리 대항력 문제를 성립순위에 의해서만 결정하려는 것은 옳지 않다. 우선순위는 권리의 성립순위에 따름이 원칙이지만 대항력은 법률에 따라서 나중에 성립한 권리가 먼저 성립한 권리에 대항할 수 있는 경우도 있기 때문이다. 유치권의 대항력 문제도 압류에서 대항력 제한에 관한 판례가 등장하기 전에는 통설이 성립 순위에 관계 없이 대항할 수 있는 것으로 해석한 이유도 바로 여기에 있었던 것이다.

92) 서인점, 앞의 논문, 276쪽.

93) 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 234-236·246쪽.

어렵다.⁹⁴⁾ 결론적으로 동일한 담보물권인 저당권과 유치권이 충돌한 경우에는 대항력인정설에 따라서 유치권은 유치적 효력을 행사할 수 있다고 보는 것이 법리상 타당하다.

그러나 현행법의 해석과는 별개의 문제이지만 유치권의 오남용 역시 상존하므로,⁹⁵⁾ 일정한 경우 유치권의 대항력을 일정부분 제한할 필요성이 있음도 또한 부인하기 어렵다. 이러한 관점에서 대법원이 최근 보여준 신의칙에 따른 유치권의 제한은 사법체계의 큰 틀에서 볼 때 바람직한 시각이다.⁹⁶⁾

4.2.2 대법원의 신의칙 위반론에 관하여

최근에 대법원이 신의칙에 반한다고 평가되는 유치권 행사를 제한하고 있음은 주지의 사실이다. 민법 제2조는 신의칙 또는 신의성실의 원칙

94) 즉, 유치권의 본질과 부동산등기제도는 전자는 성립요건주의의 예외로 구성된 권리이고, 후자는 바로 부동산 물권의 성립요건주의를 관철하기 위하여 인정된 것으로 그 취지와 목적이 다를 뿐만 아니라, 공신력이 인정되지 않는 부동산등기가 법정담보물권인 유치권의 성립이나 효력을 제한하거나 물권의 우선순위원칙의 기준이 될 수는 없으며, 부동산등기는 공동신청이 원칙이고 채무자가 응하지 않을 경우에는 유치권자는 소송을 통한 판결에 의한 등기를 하여야 한다(부동산등기법 제23조 제1항, 제4항 참조). 따라서 등기제도가 완비되었다 하더라도 등기는 단지 공시방법일 뿐이므로 현재의 부동산등기법이나 유치권 신고의 의무화 등에 관하여 민사집행법을 개정·보완하는 것은 별론으로 하고(이것은 입법정책의 문제이다), 성립요건과 본질이 다른 양 권리를 물권의 성립과 우선순위의 원칙으로 포섭하면 권리의 획일화를 초래하여 다양한 현실 경제 여건에 적합한 권리의 선택이 어려워지게 되고, 이는 곧 계약자유의 대원칙을 제한하게 되어 부당하다.

95) 유치권의 오남용이 있다고 하여 법정담보물권인 유치권에 대한 해석을 실정법적인 근거 없이 무제한적으로 축소해석을 해서는 안된다. 유치권의 오남용은 유치권의 해석 문제와는 서로 다른 문제이기 때문이다. 다만 신의칙은 실정법적 근거(민법 제2조)가 있음은 물론 민법과 상법 나아가 절차법인 민사소송법까지 아우르는 기본원칙에 해당하므로 신의칙에 의한 유치권의 제한은 정당하므로 판례를 통하여 구체화할 필요성이 있다.

96) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결, 대법원 2004. 9. 23. 선고 2004다32848 판결, 2014. 12. 11. 선고 2014다53462 등; 같은 견해로 이호형, 앞의 논문, 249-250쪽.

(제1항)과 그 파생원칙으로서의 권리남용금지의 원칙(제2항)을 규정한 다. 신의칙에 반한다는 것은 곧 권리남용을 말하는데, 외형상으로는 권리의 행사인 것과 같이 보이나 구체적·실질적으로 보면 권리 본연의 목적을 벗어나서 정당한 권리 행사로 인정할 수 없는 경우를 말한다.⁹⁷⁾ 유치권의 남용을 인정하기 위해서는 단순히 유치권이 행사되어 경매절차상의 장애가 된 사실만으로는 부족하고, 유치권의 행사로 인하여 구체적으로 이해관계인의 권리 또는 이익이 침해되는 결과가 인정되어야 할 것이다.

한편 신의칙 위반, 즉 권리남용이 되면 유치권 행사는 제한되고 배당도 받을 수 없다.⁹⁸⁾ 대법원도 신의칙 위반을 이유로 유치권을 제한한다. 즉, “채무자 소유의 목적물에 이미 담보물권이 설정되어 있는데도 불구하고 채권자가 자기 채권의 우선적 만족을 위해 채무자와 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 하고 목적물을 점유함으로써 유치권이 성립한 경우, 유치권을 저당권자 등에게 주장하는 것이 허용되지 않는다”고 하여 신의칙 위반(권리남용)을 이유로 유치권의 대항력을 제한한다.⁹⁹⁾ 타당한 판결이다.

IV. 결론

점유를 본질로 하는 유치권은 비록 우선적 효력은 없지만, 공평의 원칙에 따라 물건법상의 성립요건주의와 우선순위원칙의 예외로서 유치적 효력으로 인하여 부동산 담보거래에 일정한 부담을 주는 것을 감수하면서 인정된 권리이다. 유치권은 담보물권으로서 본권(本權)에 해당

97) 박윤직, 앞의 책, 64쪽.

98) 같은 견해로 이제정, 앞의 논문, 240-245쪽.

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

하지만, 점유를 상실하면 유치권도 바로 소멸(민법 제328조)하므로 목적 물의 점유를 침탈당하더라도 점유권에 의한 물권적 청구권(민법 제204조)만 인정되고 본권에 의한 물권적 청구권은 인정되지 않고, 점유 상실 시 물상대위성과 추급력도 인정되지 않는다. 그럼에도 불구하고 유치권은 누구에게도 대항할 수 있고 전면적 인수주의가 적용됨으로써 사실적 우선변제권이 인정될 뿐만 아니라 유치권의 오남용 등의 문제점 또한 적지 않다. 그러나 유치권의 본질과 오남용은 존재의 평면을 달리하는 서로 다른 문제이기 때문에 유치권을 폐지하는 것보다는 본질을 살리고 오남용을 방지하기 위하여 유치권의 성립과 효력을 제한할 필요가 있다. 특히 유치권의 대항력 제한은 경매절차에서 다른 권리와 관계 및 최근 대법원 판례의 혼돈과 관련하여 연구의 필요성이 더욱 절실하다. 문제는 유치권의 대항력을 제한하는 근거 또는 법리인데, 사건으로는 절차법상(압류·가압류·체납처분압류의 경우)으로는 처분금지효(대항력제한 효)가, 실체법상으로는 신의칙(민법 제2조)이 법리상 타당하다고 본다.

한편 유치권의 대항력 제한과 관련하여, 대법원은 2005다22688 이전(以前)의 판결과 저당권과 유치권의 충돌에 관한 2008다70763 판결에서는 유치권의 본질론에 입각하여 유치권의 대항력을 인정하였다. 그러나 2005다22688 판결(압류 후 유치권 성립)에서는 처음으로 처분금지효를 내세워 유치권의 대항력을 제한하는 획기적인 판결을 하여 유치권에 관한 논쟁의 불씨를 붙였다. 이 처분금지효의 처분행위에 점유이전이라는 사실적 처분행위를 놓고 학계와 실무계의 논쟁은 뜨거웠고, 대법원은 사실적 처분행위를 처분금지효의 처분으로 보지 않으려는 논리적 귀결로서 결국 압류와는 달리 가압류와 체납처분압류 후 유치권 성립에 관한 판결에서 가압류는 잠정처분이라는 이유로, 체납처분압류는 공매절차와의 필연적 연계성이 없다는 이유로 애석하게도 절차적 안정성이라는 일반적·추상적인 우회법리를 내세워 유치권에 대한 대항력을 부정하였다.

그러나 종래의 통설이 유치권의 대항력 제한 문제에서 혼란을 일으켰던 것은 ‘처분행위의 도그마’에 갇혀서 처분금지효론의 처분에는 법률적 처분행위만 해당한다는 생각과 오해에서 벗어나지 못하였기 때문으로 판단되고, 대법원의 이러한 법리 혼란도 학설의 영향을 받아 애초의 처분금지효의 처분행위에 대한 잘못된 해석에서 비롯된 것으로 생각된다. 다시 말해서 지금까지 강호제현들은 ‘대항’의 문제를 ‘처분’의 문제로 잘못 보고 부질없는 논쟁을 해왔고, 대법원 또한 이와 관련하여 판결의 법리가 유치권의 본질론(2005다22688 이전의 판결)에서 처분금지효론(2005다22688 판결)으로, 처분금지효론에서 다시 집행절차의 법적 안정성론(2009다60336 전합판결)으로, 최근에는 신의칙 위반론(2011다84298 판결)으로 오락가락할 수밖에 없었던 것으로 보인다.

결국 대항의 문제를 처분으로 봄으로 인하여 생긴 논쟁은 ‘처분’을 ‘대항’으로의 인식 전환을 함으로써 종식될 수 있고, 대항력제한효론에 의하면 처분행위에 대한 더 이상의 논쟁은 필요 없게 된다. 나아가 2009다19246 판결(가압류), 2009다60336 판결(채납처분압류)은 2005다22688 판결(압류)과 동일한 법리인 ‘처분금지효론’(사전에 의하면 ‘대항력제한효론’)으로 회귀함이 타당하며, 회귀 후의 새로운 판결과 2009다60336 전원합의체 판결의 반대의견은 처분금지효론이 용어상·내용상 문제가 있으므로 새로운 해석론과 같이 ‘대항력제한효론’에 입각하여 판결함이 옳다고 생각한다. 향후 유치권의 대항력 제한에 관하여 적용될 근거 법리는 ‘처분금지효론’(사전에 의하면 ‘대항력제한효론’)과 ‘신의칙론’에 기하여 의율함이 옳다.

끝으로 집행절차의 법적 안정성 또는 운영의 적정성이라는 일반적·추상적 원리와 정책적 이유가 아닌 실정법의 규정 또는 적어도 실정법에 기한 합리적인 해석론에 근거하는 ‘대항력제한효’라는 명확한 법리로써 분쟁을 다스릴 때 비로소 판결은 국민으로부터 신뢰를 얻을 수 있다. 인간사의 일상이 아닌 특별한 문제의 해결은 주변부로 물러남으로써

해결되는 것이 아니라 중심부로 들어가서 그곳으로부터 사물을 관찰하고 논의를 펼쳐갈 때 비로소 가능하고 객관적인 신뢰를 얻게 된다. 대법원의 코페르니쿠스적 전회를 기대하면서 글을 맺는다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽용진, 민사집행법, 부연사, 2007.
- 곽윤직, 민법총칙(제7판), 박영사, 2006.
- 김상용, 물권법(전정증보), 법문사, 2006.
- 김준호, 민법강의(제18판), 박영사, 2012.
- 김증한/김학동, 물권법(제9판), 박영사, 2004.
- 김태건, 부동산경매실무, 부연사, 2017.
- 김형배, 민법강의, 신조사, 2000.
- 민법주해(IV-VII)(곽윤직 편집대표), 물권(1-4), 박영사, 1996.
- 법원실무제요, 민사집행[I -IV], 법원행정처, 2003.
- _____, 민사집행[I -IV], 법원행정처, 2014.
- _____, 민사집행[I -V], 사법연수원, 2020.
- 이시운, 신민사소송법(6판), 박영사, 2013.
- 이영준, 물권법(신정2판), 박영사, 2004.
- 이은영, 물권법(제4판), 박영사, 2006.
- _____, 채권총론(중판), 박영사, 1997.
- 오시영, 민사집행법, 학연사, 2007.
- 주석민사집행법(Ⅲ, V, VII)(김능환 · 민일영 대표집필), 한국사법행정학회, 2012.
- 지원림, 민법강의(제9판), 홍문사, 2011.
- 홍성재, 물권법(개정판), 대영문화사, 2010.

2. 학술지

- 강구육, “부동산 압류의 처분금지효와 유치권의 효력”, 법학논고 제62

- 집, 경북대학교 법학연구원, 2018, 131-159쪽.
- 강민성, “민사집행과 유치권”, 사법논집 36집, 법원도서관, 2003, 51-94쪽.
- 김건호, “부동산경매절차에서의 유치권”, 법학논고 제36집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 387-408쪽.
- 김세진, “부동산경매절차에서의 유치권의 대항력에 관한 판례 평석-대 상판결: 대법원 2014.3.20. 선고 2009다60336 전합 판결을 중심으로-”, 토지법학 제31권 2호, 한국토지법학회, 2015, 49-76쪽.
- 김영두, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, 토지법의 이론과 실무 (지엄 이선영 박사 회갑기념), 법원사, 2006, 203-218쪽.
- 김원수, “압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부”, 판례연구 제18집, 부산판례연구회, 2007, 657-705쪽.
- 김재형, “부동산 유치권의 개선방안”, 민사법학 제55권, 한국민사법학회, 2011, 339-382쪽.
- 김하중, “국세징수법 해설과 실무”, 삼일회계법인, 2012, 367-438쪽.
- 문병찬, “유치권의 대항력에 관한 소고-저당권설정 후 경매로 인한 압류의 효력발생 전에 취득한 유치권으로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부”, 청연논총 제10집, 사법연수원, 2013, 41-56쪽.
- 박상언, “저당권설정 후 성립한 유치권의 효력-경매절차에서의 매수인에 대한 대항 가능성을 중심으로-”, 민사판례연구 제32권, 민사판례연구회, 2010, 333-407쪽.
- 박혜웅/남기범, “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가 차이에 미친 영향분석”, 한국정책연구 제11권 제3호, 경인행정학회, 2011, 123-140쪽.
- 배성호, “채납처분압류 후 경매개시결정 전에 성립한 부동산 유치권의 효력-대판(전) 2014.3.20. 선고 2009다60336-”, 재산법연구 제34

- 권 제1호, 한국재산법학회, 2017, 171-197쪽.
- 서인검, “부동산경매절차상 유치권의 효력에 관한 몇 가지 쟁점”, 원광법학 제32권 2호, 원광대학교 법학연구소, 2016, 267-298쪽.
- 서종희, “유치권자의 강제경매신청의 의의와 가압류등기 경로 후 성립한 유치권의 대항력인정 여부”, 외법논집 제36권 제4호, 한국의국어대학교 법학연구소, 2012, 325-344쪽.
- 성기문, “국세징수법상 압류의 효력”, 재판자료 제61집, 법원행정처, 1993, 367-438쪽.
- 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, 민사법학 제38호, 한국민사법학회, 2007, 211-250쪽.
- _____, “부동산유치권 강제집행에 대한 문제점과 입법론적 고찰”, 토지법학 제23-2호, 한국토지법학회, 2007, 225-264쪽.
- _____, “법무부 민법개정시안 중 유치권에 대한 대안 제시(I)-부동산유치권과 최우선변제권-”, 법학논총 32집 2호, 전남대학교 법학연구소, 2012, 265-294쪽.
- 오창수, “압류의 처분금지효와 유치권의 대항력-대법원 2014.3.20. 선고 2009다60336전원합의체 판결-”, 법학 제22권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 405-446쪽.
- 윤진수, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, 민사법학 제63-1호, 한국민사법학회, 2013, 192-234쪽.
- 이계정, “채납처분압류와 유치권의 효력”, 법학 제56권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2015, 211-252쪽.
- 이동진, “물권적 유치권의 정당성과 그 한계”, 민사법학 제49-1호, 한국민사법학회, 2010, 49-88쪽.
- 이무상, “부동산가압류의 처분제한적 효력”, 법학논총 제31권 제2호, 단국대학교 법학연구소, 2007, 191-217쪽.
- 이상태, “유치권에 관한 연구-대항력 제한을 중심으로-(대법원

- 2009.1.15. 선고 2008다70763 판결)”, 토지법학 제26-1호, 한국토지법학회, 2010, 77-109쪽.
- _____, “부동산유치권에 의한 경매의 성질과 절차”, 일감법학 제20호, 건국대학교 법학연구소, 2011, 3-52쪽.
- 이선희, “부동산 유치권의 대항력 제한”, 민사법학 제72호, 한국민사법학회, 2015, 215-255쪽.
- 이승규, “유치권자와 경매절차에서의 매수인 사이의 대항관계”, 민사판례연구 제36권, 민사판례연구회, 2014, 235-270쪽.
- 이재석, “유치권의 행사를 제한하는 판례이론에 관한 제언(提言)”, 사법논집 제61집, 법원도서관, 2015, 162-234쪽.
- 이정민/이점인, “채납처분압류 이후 경매절차 개시 전에 취득한 유치권의 효력에 대한 검토-2014.3.20. 선고 2009다60336 전합 판결을 중심으로-”, 동아법학 제64호, 동아대학교 법학연구소, 2014, 255-277쪽.
- 이호형, “유치권이 설정된 부동산의 경매-유치권의 유치적 효력을 중심으로-”, 홍익법학 제19권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 225-257쪽.
- 장재형, “부동산 유치권의 대항력과 처분금지의 차별화-압류·가압류·채납처분압류 후 각 성립한 유치권의 대항력-”, 인권과 정의 제447호, 대한변호사협회, 2015, 62-79쪽.
- 차문호, “유치권의 성립과 경매”, 사법논집 제42호, 법원도서관, 2006, 343-422쪽.
- 최동홍/유선종, “부동산 경매에서 유치권 신고의 의무화”, 법조 제59권 4호, 법조협회, 2010, 204-258쪽.
- 추신영, “가장유치권의 진입제한을 위한 입법적 고찰”, 민사법학 제44호, 한국민사법학회, 2009, 351-383쪽.
- 하상혁, “가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류채권자에게 대항할 수

있는지 가부”, 특별법연구 제10권, 사법발전재단, 2012, 986-1006쪽.

황진구, “채납처분압류가 되어 있는 부동산에 유치권을 취득한 경우 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 있는지 여부”, 사법제1권 29호, 사법발전재단, 2014, 367-403쪽.

홍봉주, “유치권의 대항력 제한”, 토지법학 제31권 제1호, 한국토지법학회, 2015, 67-105쪽.

홍춘의/김세권, “채납처분압류 이후 경매개시결정등기 전에 성립한 유치권의 대항력-대상판결: 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전합 판결-”, 동북아법연구 제9권 제2호, 전북대학교 동북아법연구소, 2015, 475-515쪽.

[Abstract]

A Study of Legal Principle on Limiting the Opposing Power of Real Estate Liens

– In Connection with the Supreme Court's Decision –

Kim, Taegeon*

Oh, Saejoon**

In relation to the limiting the opposing power of real estate liens, the Supreme Court recognized the opposition of the opposing power based on the principle of the opposing power in the 2008 170763 ruling on the conflict between the opposing power and the ruling of the previous ruling of 2005.

However, in the 2005da22688 ruling (the establishment of lien after seizure), the first landmark ruling to limit the opposition of lien by imposing the ban on disposal was made, sparking controversy about lien. The debate between academic and industrial field was hot over the factual disposition of the transfer of possession to the disposition of the prohibition of disposition, and the Supreme Court, unlike the seizure, is a logical consequence of not looking at the factual disposition as the disposition of the prohibition of disposition. It denied the opposition to lien by introducing the general and abstract bypass law of procedural stability.

However, it is judged that the conventional wisdom caused confusion in the issue of the restriction of the opposing force of the lien because it was confined to the dogma of the disposition act and did not escape

* Lead Author : Doctor's Course, Department of Global Urban & Real Estate, Pyeongtaek University

** Corresponding Author : Professor, Department of Global Urban & Real Estate, Pyeongtaek University

from the idea that the disposition of the disposition prohibition act was only a legal disposition act and misunderstanding.

In the end, the futile argument caused by a disposition of the problem of the opposition can be ended by converting the ‘disposition’ into ‘countermeasures’, and according to the anti-force restriction theory, no further debate on the disposition act is required. Furthermore, the 2009 da19246 ruling (preemption) and the 2009 da60336 ruling (preemption of delinquent disposition) are valid to return to the same legal principle as the 2005 da22688 ruling (exemption), and the new ruling after the return and the opposition to the 2009 da60336 all-agreement ruling are valid. I think it is right to judge based on the ‘restriction of counter-force’ as in the new interpretation theory because there is a problem. The legal principle that will be applied to the restriction of the counter-force of lien in the future is right to be right based on the ‘no-disposition’ (the ‘anti-force restriction’ according to the opinion) and principle of good faith.

Finally, the ruling can only gain trust from the people when it governs the dispute with the general and abstract principle of legal stability of the enforcement procedure or the appropriateness of the operation, and the clear legal principle of ‘restriction of counter-force’ based on the provisions of the actual law or at least the rational interpretation theory based on the actual law. The solution of special problems, not the daily life of human history, is not solved by retreating to the periphery, but it is only possible and objective trust when entering the center and observing and discussing things from there. Writes in anticipation of the Supreme Court’s Copernican prelude.

[Key Words] Lien, Seizure, Provisional Seizure, Seizure of Delinquent Disposition, Prohibition of Disposition, Restriction of Opposing Power, Violation of the Good Faith, Misuse of Lien