『서울대학교 法學』 제53권 제2호 2012년 6월 469～498면
Seoul Law Journal Vol. 53 No. 2 June 2012. pp. 469～498

〈판례평석〉

사용자 재산에 설정된 저당권과 임금채권의 우선변제*
- 대법원 2011.12.8. 선고 2011다68777 판결의 분석을 중심으로 -

李 知 恩**

요 약

대법원 2011. 12. 8. 선고 2011다68777 판결에서는 근로기준법 제38조 제2항에 의하여 최우선 변제순위가 인정되는 임금채권과 저당권의 변제순위에 있어, 당해 저당권이 채무자가 사용자가 되기 전에 설정되었다는 사실이 쟁점이 되었다. 원심은 임금채권의 발생을 예상하지 못하였던 저당권자에게 손해를 강요하면서까지 임금채권을 우선적으로 변제할 수 없다고 보았고, 사용자가 재산을 취득하기 전에 설정된 담보권에 대하여 임금채권의 우선권을 인정할 수 없다고 판시한 대법원 판결을 들어 임금채권의 우선변제를 부정하였다. 그러나 대법원은 다음과 같은 이유를 들어 임금채권의 우선적 변제를 인정하였다. 첫째, 근로기준법상 명문의 규정에 의해 인정되는 권리에 대해 합리적 이유나 근거 없이 우선변제권의 적용대상을 제한할 수 없다는 것, 둘째, 사용자가 저당권이 설정된 재산을 특정 승계하여 취득한 사안과, 단지 저당권 설정시기가 임금채무의 발생 시기보다 앞섰던 것에 불과한 사안과는 구별되어야 한다는 것이다.

이 글은 대상판결을 분석하여, 임금우선특권의 목적인 '채무자의 총재산'의 변동과 우선특권의 효력 범위에 관하여 면밀히 검토하는 것을 그 목적으로 한다. 현행법상 임금우선특권은 채무자의 재산 전체를 객체로 한다는 점에서 특정의 원칙이 인정되는 다른 담보물권과 구별되는 바, 이것은 저당권 등의 담보물권과 임금우선특권이 경합하는 경우에 특히 문제가 된다. 대상판결의 원심에서 인용된 판례를 비롯한 일련의 판례를 검토하여 보면, 대법원은 임금우선특권의 추급효를 부정하는 한편 임금채무자가 저당권이 설정된 부동산을 양수한 경우에는 임금채무자의 근로자는 당해 저당권에 우선하여 임금우선특권을 행사할 수 없다고 하였음을 알 수 있다. 이 글은 임금

* 이 글은 지난 5월 12일 민사법학회 판례연구회에서 발표된 것을 수정한 것이다. 토론자가 되어 주신 서강대학교 법학전문대학원의 이준현 교수님과 토론시간에 이 글의 의미를 되짚어 보게 해 주신 홍익대학교 양형우 교수님, 한양대학교 법학전문대학원 이준형 교수님께 감사의 말씀을 드린다. 또한 이 글의 게재심사 교수님들께서 해 주신 귀중하고 유익한 코멘트에 깊이 감사드린다.

** 법무부 전문위원.

채무자가 저당물을 특정 승계한 경우와 포괄 승계한 경우를 구분하여 임금우선특권과 저당권의 우선순위를 결정해야 하는 이유를 임금우선특권의 담보물권적 효력의 한계에서 찾고자 하였다.

주제어: 임금우선특권, 일반우선특권, 저당권과 임금우선특권의 경합, 영업양도와 임금채권, 사용자의 총재산

[사실관계]

이 사건의 사실관계는 다음과 같다.

가. 2007. 1. 30. A(원고, 진해동부신용협동조합)는 甲(채무자) 소유의 X토지에 관해 채권최고액을 1,300만 원으로 하는 근저당권설정등기를 마치고(2007. 2. 13. Y건물을 위 근저당권의 공동담보로 추가하였다). ① X토지에 관하여 2007. 2. 12. 甲과의 사이에 약정기간 2007. 2.부터 2009. 2.까지로 하는 당좌대출계약을 체결한 후 X토지 및 Y건물에 관해 2007. 2. 13. 채무자를 甲으로 하여, 근저당권설정등기를 마쳤으며, 그 무렵 위 당좌대출계약에 따라 대출을 하였고, ② 이 사건 각 부동산에 관하여 2008. 8. 29. 채무자를 甲으로 하는 근저당권설정등기를 마친 다음 2008. 9. 1. 甲과의 사이에 대출거래약정을 체결하고 대출을 하였다.

나. 乙은 2008. 11. 13. 甲과의 사이에 Y건물 중 1층에 관해 임대차보증금 10,000,000원, 차임 월 35만 원, 임대차 기간 2008. 11. 20.부터 2010. 11. 19.까지로 정한 임대차계약을 체결한 다음, 2008. 12. 11. 창원세무서에 '즐겨찾기'라는 상호로 사업자등록을 하고 위 건물 부분에 음식점 시설을 한 뒤 2009. 1. 1.부터 음식점 영업을 해왔으며, 같은 해 11. 10, 같은 달 24. 각 확정일자를 받고 전입신고를 하였다.

다. A는 甲이 위 각 대출금의 지급을 연체함으로써 기한의 이익을 상실하자 이 사건 각 부동산에 대하여 임의경매를 신청하였고, 2009. 12. 28. 창원지방법원에서 임의경매절차(이하 '이 사건 경매절차'라 한다)가 개시되었다.

라. 이 사건 경매절차에서, B(근로복지공단)은 대명산업을 운영하던 甲이 208명

의 근로자들에게 임금을 지급하지 못하자 임금채권보장법에 따라 위 근로자들에게 최종 3개월분의 임금으로 223,043,710원을 체당하였음을 이유로 임금채권의 대위행사로서 체당한 돈의 우선 배당을 구하였고, A는 甲에 대하여 가지는 대여금 채권의 원금 177,690,550원과 이자 25,959,535원 합계 203,650,085원에 대하여 배당을 신청하였다.

마. 위 경매법원은 2010. 8. 26. 매각대금에서 집행비용 등을 공제한 실제 배당액 241,699,418원에서 1순위로 B에게 223,043,710원, 또한 소액임차인 乙에게 1순위로 10,000,000원, 2순위로 당해세 압류권자인 창원시 진해구청에 480,800원을 배당하고, 3순위로 A에게 8,174,908원을 배당하는 배당표를 작성하였다.

바. A는 2010. 8. 26. 배당기일에 乙과 B에 대한 배당액 전액에 대하여 이의를 제기하였다.

[소송경과]

제1심에서 A는, 甲이 사업자등록을 타인 명의로 하였다는 이유로 사실상 사업주가 아니라는 것, 또한 乙이 주택임대차보호법 소정의 소액임차인에 해당하지 않는다는 것을 이유로 하여 B와 乙에 대한 배당액이 A에게 배당되어야 한다고 주장하였다. 제1심법원은 乙에 대해서는 주택임대차보호법 소정의 소액임차인에 해당하지 아니하고 상가임대차보호법 소정의 소액임차인에도 해당하지 아니하므로 乙에 대한 배당액을 0원으로 하고 A에 대한 배당액을 증액하였으나,[1] 근로자에 대하여 임금채무를 1차적으로 부담하는 사업주는 사업자등록상의 명의자가 아닌 실제로 근로자를 고용하여 사업을 한 사람이라고 할 것이므로 甲은 사업주에 해당한다 하여 A의 청구를 기각하였다.[2] 이에 A는 甲이 사업주라 하더라도 저당권 설정시 甲이 사업주가 아니었으므로 장래 임금채권이 발생할 것을 예측할 수 없었으므로 甲이 사업을 시작하기 전 이미 성립한 저당권에 우선하여 임금채권을 배당한 것은 A의 저당권을 침해하였으므로 위법하다고 주장하여 항소하였다.

---

1) 창원지법 2010. 12. 29. 선고 2010가합8730 판결.
2) 창원지법 2010. 12. 8. 선고 2010가합8730 판결.

대상판결의 원심은 근로기준법 제38조 제2항의 임금채권 최우선 변제규정이 공익적 요청에서 일반 담보물권의 효력을 일부 제한하고 임금채권의 우선변제권을 규정한 것으로서, 그 규정의 취지는 사용자의 특정 재산에 대한 배타적 지배권을 본질로 하는 추급효까지 인정한 것은 아니고, 또한 사용자가 취득하기 전에 설정된 담보권에 대하여까지 우선권을 인정할 수 없다고 판시한 대법원 판결(대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 등)을 인용하면서, 이 사건 각 부동산에 관한 근저당권이 甲이 사업자가 되기 전에 설정한 것이므로, 근저당권자인 A에게 근저당권 설정 당시 전혀 예측할 수 없었던 손해를 강요하게 된다는 점 등을 고려하여 피고 B(근로복지공단)에게 A에 우선하는 우선변제권을 인정할 수 없다고 판단하여 1심 판결을 취소하고 배당표를 경정하였다.[3] 이에 피고는 상고하였다.

[대법원의 판단]

대법원은 다음과 같은 이유로 원심을 파기하여 원심법원으로 환송하였다.[4]

> "근로기준법 제38조 제2항은 근로자의 최저생활을 보장하고자 하는 공익적 요청에서 일반 담보물권의 효력을 일부 제한하고 최종 3개월분의 임금과 재해보상금에 해당하는 채권의 우선변제권을 규정한 것이므로, 합리적 이유나 근거 없이 그 적용 대상을 축소하거나 제한하는 것은 허용되지 아니한다. 그런데 근로기준법 제38조 제2항은 최종 3개월분의 임금 채권은 같은 조 제1항에도 불구하고 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 따라 담보된 채권에 우선하여 변제되어야 한다고 규정하고 있을 뿐, 사용자가 그 사용자 지위를 취득하기 전에 설정한 질권 또는 저당권에 따라 담보된 채권에는 우선하여 변제받을 수 없는 것으로 규정하고 있지 아니하므로, 최종 3개월분의 임금 채권은 사용자의 총재산에 대하여 사용자가 그 사용자 지위를 취득하기 전에 설정한 질권 또는 저당권에 따라 담보된 채권에도 우선하여 변제되어야 한다.
>
> 판례는 사용자가 재산을 특정승계 취득하기 전에 설정된 담보권에 대하여는 최종 3개월분의 임금 채권의 우선변제권을 인정할 수 없다는 견해를 취하고 있으나(대법원 1994. 1. 11. 선고 93다30938 판결, 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002다65905 판결

---

3) 부산고법 2011.7.14. 선고 2011나712 판결.
4) 대법원 2011.12.8. 선고 2011다68777 판결.

등 참조), 이는 담보권자가 담보권설정자가 아닌 담보목적물 양수인이 지는 부담에 의하여 담보권을 침해당할 수 없음에 근거한 것이므로, 담보권이 설정된 재산이 이전되지 아니하고 단지 사용자 지위의 취득시기가 담보권 설정 후인 이 사건에 위 판례가 원용될 수는 없다.

따라서 이와 달리 사용자가 재산을 특정승계 취득하기 전에 설정된 담보권에 관한 위 판례 등을 근거로 피고가 대위행사하는 최종 3개월분의 임금 채권은 소외인이 대명산업의 사용자가 되기 전에 설정한 이 사건 근저당권에 따라 담보된 채권에 대하여 우선변제권을 가질 수 없다고 판단한 원심판결에는 근로기준법 제38조 제2항의 우선변제권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다. 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다."

[판례연구]

Ⅰ. 서언

근로자의 임금이란 근로의 대가로 사용자가 근로자에게 지급하는 것인 동시에 근로자의 소득으로 생활을 유지하는 유일한 재원으로서의 성격을 가지고 있으므로, 임금채권의 보호는 일반 사법상의 채권보다 우선되어 보호되어야 한다는 법리가 널리 받아들여지고 있다.[5] 이러한 취지에서 근로기준법은 임금채권에 법정담보물권인 우선특권[6]을 부여함으로써 임금채권의 우선적 변제를 보장하고자 하였다. 근로자의 임금채권, 재해보상금채권, 그 밖에 근로관계로 인한 채권은 질권·저당권부채권 및 질권·저당권보다 선순위인 조세·공과금채권보다 후순위로 변제받는다

---

5) 우리 헌법은 제32조 제1항에서 국가에 '사회적 경제적 방법으로 근로자의 고용증진과 적정임금의 보장에 노력'할 의무를 부과하고 있다.

6) 통설은 우선특권이란 약소채권자의 보호에 그 목적이 있는 것으로서, 목적물을 유치하지 않고 등기하지 않더라도 채무자의 일반재산 또는 특정재산으로부터 우선변제권이 인정되는 담보물권으로 정의하고 있다(郭潤直, **物權法 (民法講義 Ⅱ)**, 博英社, 2001, 494-495면 ; 金相容, **不動產擔保法**, 法元社, 1996, 280면 ; 金相容, "優先特權에 관한 考察", **考試硏究**, 17권8호, 고시연구사, 1990, 104면. 田炳西, "優先特權에 관한 硏究", 漢陽大學校, 1989, 4면. 이러한 정의에 따르면 우선특권은 민법 제320조의 유치권, 제648조의 법정질권, 제649조의 법정저당권과 함께 현행법상의 법정담보물권에 속한다. 판례 또한 임금우선특권을 법률의 규정에 의해 당연히 성립하는 법정담보물권으로 보고 있다. 대법원 1988.6.14. 선고 87다카3222 판결 등 다수. 임금우선특권을 단순히 채권에 부여된 우선권으로 평가하는 견해도 있으나 이 논문은 통설과 같이 임금우선특권 또한 일종의 담보물권에 해당함을 전제로 하여 서술하였다.

(근로기준법 제38조 1항・근로자퇴직급여보장법 제11조 1항). 그리고 최종 3개월분의 임금 및 재해보상금채권은 질권・저당권보다도 우선적 순위를 가진다(근로기준법 제38조 2항・근로자퇴직급여보장법 제11조 2항).[7]

근로기준법상 임금채권에 주어진 우선변제권, 임대차보호법상 보증금채권에 주어진 우선변제권 등 법률에 의해 특정한 채권에 주어진 우선변제권을 강학상 우선특권이라 한다. 우선특권은 통상 공시제도가 구비되어 있지 않고 담보권의 성립순서에 따라 우선변제의 순위가 정해지지 않는 특수한 법정담보물권이다. 따라서 대상판결과 같이 우선특권과 저당권이 경합하는 사안에서 그 순위는 우선특권의 근거 법령의 해석 및 통상의 담보법리에 의거하여 판단된다. 이와 관련하여 일련의 판례가 축적되어 온 바, 특히 임금우선특권에 관하여서는 사용자가 저당권의 목적물을 양도, 양수한 경우 임금채권의 최우선변제에 관한 판결,[8] 사용자가 영업양도를 한 때 임금채권자와 기존 저당권자의 변제순위에 관한 판결[9] 등이 있다.

대상판결에서는 최종 3개월분의 임금 및 재해보상금채권에 주어지는 임금우선특권(근로기준법 제38조 제2항)과 저당권의 우선순위가 문제되고 있다. 대상판결의 원심은 근저당권자가 저당권 설정시 예측할 수 없었던 손해를 강요할 수 없다는 취지로 임금채권의 우선변제권을 인정하지 않았다. 이에 대하여 대법원은 합리적 이유나 근거 없이 우선변제권의 적용대상을 축소, 제한하여서는 안 된다는 것, 원심에서 인용하는 판례(대법원1994. 1. 11. 선고 93다30938 판결, 대법원 2004. 5. 27. 선고 2002다65905 판결)는 담보권자가 담보권설정자가 아닌 담보목적물 양수인이 지는 부담에 의하여 담보권을 침해당할 수 없음에 근거한 것이므로, 담보권이 설정된 재산이 이전되지 아니하고 단지 사용자 지위의 취득시기가 담보권 설정 후인 이 사건에 원용될 수는 없다는 것을 이유로 들어, 임금채권이 근저당권부 채권에

---

7) 종래 근로기준법 상의 두 우선특권은 대개 임금우선변제권・임금최우선변제권으로 구분되거나, 근로기준법 제38조 제1항의 우선특권을 제2항의 우선특권과 구분하여 일반의 우선특권(우선변제권)으로 표현하기도 하였다. 또한 두 우선특권 중 주로 제2항의 우선변제권을 임금우선특권이라고 한다는 견해도 있다. 우선특권의 명칭에 있어 '일반'우선특권은 객체의 일반성을 뜻하는 것과 혼동될 우려가 있는 바, 근로기준법 제38조 제1항의 임금채권에 인정되는 우선특권을 통상의 임금우선특권, 동조 제2항에서 일부 임금채권에 최우선적 순위를 부여하는 우선특권을 임금 최우선특권이라 하는 것이 적당하다고 생각한다. 그러나 대상판결에서는 제38조 제2항의 우선특권만이 문제가 되었으므로, 본고에서 '임금우선특권'은 근로기준법 제38조 제2항의 우선특권을 의미한다.

8) 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결.

9) 대법원 2004.5.27. 선고 2002다65905 판결.

우선할 수 없다고 한 원심판결에는 우선변제권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하였다.

임금우선특권과 저당권의 우열을 정하는 사안에서 임금채권의 존재에 대한 저당권자의 예측가능성은 그동안 판례 및 학설에서 중요한 판단 기준의 하나로 언급되어 왔다. 대상판결의 원심은 물론 원심에서 인용한 대법원 1994. 1. 11. 선고 93다30938 판결도 근저당권자의 예상치 못한 손해와 형평 및 근로자 보호의 공익적 요청을 고려하고 있다. 그러나 대상판결은 원심에서 인용한 위 판례에 대하여, 사용자가 재산을 특정승계하여 취득하기 전에 담보권이 설정된 경우와 단지 사용자 지위의 취득시기가 담보권 설정 후인 경우를 구분하여야 한다고 하였고, 근저당권의 예측가능성을 고려하여 저당권을 임금우선특권에 우선하였던 원심은 우선변제권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 하였다. 그러나 그 근거에 대해서는 명확하게 밝히고 있지 않다.

이하에서는 대상판결에서 지적한, 원심의 '우선변제권에 관한 법리 오해'를 이해하기 위해 원심의 주요한 판단 근거였던 '저당권자의 예측가능성'을 기준으로 하여 판례를 분류한 후 각각의 결론 및 그에 이르는 논거를 검토하고자 한다. 또한 우선특권을 민법상 담보물권 중 하나로 인정하고 있는 프랑스 및 일본에서 대상 판결의 쟁점과 관련된 논의가 어떻게 전개되어 왔는지도 함께 고찰할 것이다(Ⅱ, Ⅲ). 그리고 사용자의 재산에 설정된 저당권과 임금우선특권의 우선순위를 판단하는 기준을 제시함에 있어 대상판결의 결론이 가지는 의미에 대해 논하고자 한다(Ⅳ).

Ⅱ. 저당권 설정시 임금채무가 존재하였던 경우

1. 임금채무자가 저당물을 양도한 경우

가. 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결의 요지

A(원고, 대한상호신용금고)가 소외 甲 소유의 부동산에 대하여 근저당권을 설정하고 금원을 대여하였는데 甲이 위 대여원리금을 변제하지 아니하고 B(피고, 임금채권자)가 근무하던 미주사를 경영하다가 부도가 나자 형식상 폐업신고를 하고 동생인 소외 乙 명의로 새로 사업자등록을 하면서 상호를 변경하였고, 다시 그 사업자등록명의를 영업부장이던 소외 丙 명의로 변경하였으나 위 업체는 사실상 甲 이 계속 경영하여 왔고, 甲은 이 사건 부동산을 자신의 영업부장인 丙에게 매도하여 소유권이전등기를 경료하였다. A가 위 근저당권에 기하여 이 사건 부동산에 관한

임의경매신청을 하여 경매가 진행 중이었는데, B가 丙에 대한 최종 3개월분의 임금채권에 관하여 임금채권우선변제권을 주장하였다. 그런데 대법원은 B의 임금채권이 甲에 대한 것인 경우에 대해서도 판단하였던 바, 임금채권이 甲에 대한 것이라면 丙소유의 부동산 경매대금에서 배당받을 수 없다고 하며 다음과 같이 설시하였다. "최우선적으로 변제되는 임금채권은 다른 채권과 동시에 사용자의 동일재산으로부터 경합하여 변제받는 경우에 그 성립의 선후와 질권이나 저당권의 설정여부에 관계없이 우선적으로 변제받을 수 있는 권리가 있음을 밝힌 것일 뿐 나아가 사용자의 특정 재산에 대한 배타적인 지배권을 본질로 하는 추급효까지 인정되는 것은 아니므로 사용자의 재산이 제3자에게 양도된 이후에는 이 재산에 대하여는 원칙적으로 우선변제권이 인정될 수 없다."[10]

나. 판결의 검토

(1) 우선특권의 추급효

이 사안에서 대법원 판결은 저당권자는 저당권 설정시 임금채무의 존재를 예상할 수 있었음에도 목적 부동산이 제3자에게 양도된 경우에는 저당권이 임금우선특권보다 우선한다는 결론에 이르고 있다. 그리고 저당권이 임금우선특권에 우선하는 근거로서, 근로기준법상 임금우선특권이 사용자의 특정 재산에 대한 배타적인 지배권을 본질로 하는 것이 아니라는 것을 들고 있다.

판결의 내용은 임금우선특권의 효력 중 추급효와 관련하여 설시하고 있다. 통상 우선특권의 우선변제적 효력에 관해서는 법령에 정하여져 있으나[11] 법령에 명시

---

10) 이 사안에서 B는 丙에 대한 임금채권을 주장하고 있으므로 이는 원고의 저당권 설정시 이미 임금채무가 존재하였던 사안에 대한 것은 아니다(이에 대해서는 본고 III.1에서 상술한다). 그러나 대법원 판결은 B의 이 사건 강제경매신청이 丙에 대한 공정증서에 터잡은 것으로서 이 사건 부동산이 위 정동화의 소유임을 전제로 한 것이지만, B의 임금채권이 甲에 대한 것인 경우에 대해서도 판단하였던 바, 임금채권이 甲에 대한 것이라면 丙소유의 부동산 경매대금에서 배당받을 수 없다고 하였다. 이때 B의 甲에 대한 임금채권과 丙소유의 부동산에 설정된 A의 저당권의 관계가 '저당권 설정시 임금채무가 존재하였던' 사안에 해당되는 바, 이에 대하여 대법원 판결은 위와 같이 임금우선특권의 추급효에 관하여 설시하고 있다.

11) 통상의 임금우선특권에 의해 담보되는 임금채권, 재해보상금채권, 그 밖에 근로 관계로 인한 채권은 질권·저당권부채권 및 질권·저당권보다 선순위인 조세·공과금채권보다 후순위로 변제받는다(근로기준법 제38조 1항·근로자퇴직급여보장법 제11조 1항). 그리고 최종 3개월분의 임금 및 재해보상금채권을 담보하는 임금 최우선특권은 질권·저당권보다도 우선하여 변제받는 강력한 우선변제적 효력을 가진다(근로기준법 제38조 2항·근로자퇴직급여보장법 제11조 2항).

되어 있지 않은 여타의 담보물권적 효력은 해석론에 맡겨져 있다.

국내의 학설은 임금우선특권의 입법취지상 사용자의 특정재산에 대한 배타적인 지배권을 본질적인 내용으로 하지 않는 것으로 보아야 한다는 점, 그리고 저당권과 같이 추급효를 인정하는 것은 재산의 양수인인 제3자의 이익을 지나치게 제한한다는 점에서 대체로 추급효를 부인하는 입장인 것으로 보인다.[12] 주택임대차보호법상의 임대차보증금우선특권, 그리고 상법상 선박우선특권과 같이 법률 규정에 의하여 추급효가 인정되는 경우가 아니면 판례는 우선특권의 추급효는 부정하는 바, 조세우선특권에 대해서도 사용자의 특정 재산에 대한 배타적인 지배권을 본질로 하는 추급효까지 인정되는 것은 아니라고 판단하고 있다.[13]

임금우선특권과 조세우선특권은 현행법상 대표적인 일반우선특권에 해당한다. 일반우선특권이란 목적물이 특정되어 있는 우선특권[14]과 달리 채무자의 재산 전체를 그 목적물로 하는 우선특권으로서, 프랑스민법과 일본민법은 우선특권을 민법상 담보물권의 일종으로 인정하면서 그 목적물의 특정성을 기준으로 일반우선특권과 특정우선특권으로 나누고 있다.[15]

(2) 비교법적 고찰

(가) 일본민법상 일반선취특권

일본민법상 선취특권에는 일반선취특권, 동산선취특권, 부동산선취특권의 세 종류가 있다. 부동산선취특권의 경우, 등기를 그 효력 보존 요건으로 하여, 등기를 한 경우에는 부동산 소유권이 이전한 경우에도 추급효를 행사할 수 있도록 하였으나,[16]

---

12) 이병태, **(最新)勞動法**, 현암사, 1999, 704면. 趙胤新 "저당목적물의 양도와 임금채권 우선변제권의 보호", **대법원판례해설**, 49號 , 법원도서관, 2004, 508면.

13) 대법원 1989.9.26. 선고, 87다카2515 판결 등.

14) 현행법상 주택임대차보호법상의 우선특권(주택임대차보호법 제3조의2 제2항; 제8조 1항), 상법상 선박우선특권(상법 제777조)이 이에 해당한다.

15) 목적물의 특정여부에 따라 우선특권을 크게 一般優先特權과 特定優先特權으로 나눌 수 있다. 일본민법 제8장에는 '一般의 先取特權'과 '特別의 先取特權'에 대하여 규정하고 있는데, 이 또한 목적물의 특정여부를 구별 기준으로 한 것이다.

16) 이는 선취특권의 통상의 효력으로서는 예외에 해당하는 바, 일본민법은 부동산선취특권에 대하여 저당권의 규칙을 준용하도록 하였으므로(日民 제341조), 부동산선취특권은 제3자에 대해서도 추급효를 행사할 수 있는 것이다. 이처럼 부동산에 대한 특별선취특권은 저당권과 유사한 측면이 있는데, 일본민법의 초안자들은 부동산 선취특권은 그 성질에 있어서는 법정의 저당권으로 간주하였던 것으로 보았고, 그것이 제341조를 둔 까닭이라 한다. **ボアソナ-ド 起稿 (再閲)修正民法草案註釋 第二編 物權ノ部 上卷**, 서울대학교 중앙도서관 소장, 333-334면.

동산을 목적으로 하는 선취특권은 일반선취특권인가 특별선취특권인가를 불문하고 채무자가 동산을 제3취득자에게 인도를 한 이상은 그 동산에 대하여서 이를 행사할 수 없다고 하였다(日民 제333조).[17] 이는 공시되지 않은 동산 객체에 대하여 선취특권의 추급력을 제한하여 동산거래의 안전을 도모하게 하는 취지에서 정하여진 것이라 한다.[18] 일반선취특권의 추급효에 대해서는 다음과 같이 간략하게 설명되고 있다. 만약 채무자 재산 중의 동산이 제3취득자에게 인도된다면, 의용민법 제333조에 의하여 동산에 대한 추급효는 인정될 수 없다. 그리고 일반재산 중 부동산이 면탈된 경우에 대한 규정은 없으나, 채무자의 재산으로부터 면탈된 물건에 대해서는 동산인가 부동산인가를 막론하고 우선특권의 추급효가 미치지 않는다.[19]

(나) 프랑스법 상 일반우선특권

프랑스법 상 우선특권제도에 있어 일반우선특권의 추급효에 관한 논의를 개관하여 보면, 먼저 연혁적인 측면에서 일반우선특권의 추급효를 긍정하는 견해가 있다. 로마법상 우선특권은 채권자 간의 우선적 원인(cause)에 불과하였고, 프랑스민법전 제정시에도 그 성질이 변경되었다고 볼 수 없으므로, 우선적 순위가 인정되는 채권과 구분되는 우선특권이 별개로 독립하여 존재하지 않는다는 것이다.[20] 이에 대한 반론으로 로마법상 우선특권은 채무자의 재산 전체를 대상으로 하였으나 프랑스 고법 시대에 특정재산을 객체로 하는 특정우선특권이 등장하였으므로, 이 시기에 우선특권의 성질이 수정되었고 하는 견해도 있었다.[21] 또한 우선특권의 효력 및 민법전의 규정 방식에 근거하여 우선특권은 저당권과 같은 물권이고, 물권으로서 우선권과 추급효를 가진다고 하는 주장이 있었다.[22]

---

17) 이하의 내용은 **注釋民法(8)[物權(3)]**, 96-103면(林良平 執筆部分) 참조.

18) 브와소나드 초안 1136조는 1항에서 우선특권을 "약정 담보(nantissement)가 존재하지 않음에도 일정 채권을 권원(cause)으로 하여 부가된 우선변제권"이라 정의하고, 법률이 권원, 객체, 요건, 추급효 유무를 정한다고 하였다. 그리고 3항에서 "우선특권이 제3점유자에 대하여 추급효를 부여하는 경우와 그 추급효 실행의 요건은 법률에 의하여 정해진다"고 하였다. 이에 대한 주석을 보면, 우선특권에는 언제나 추급효가 부여되는 것이 아니기 때문에 정의규정에서 언급하지 않는다고 하였다. Gve. Boissonade, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*, t.Ⅳ, Kokoubounsha, 1883, 267. 요컨대 우선특권에 있어 추급효는 일률적으로 부여되는 효력이 아닌 것으로 보았던 것이다.

19) 近江幸治, **擔保物權法**, 新版補正版, 弘文堂, 1998, 35면.

20) A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*; t.Ⅱ, 4éd., 1924.

21) (H.-L.-J.) MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil-Sûretés Publicité foncière* 7e éd. par Y. PICOD, Montchrestien, 1999, n° 140.

19세기 브와소나드 일본민법 초안에서는 일반우선특권이 다른 채권자에 대항하기 위해서는 “당해 부동산이 채무자에 속하는 한에서(tant que les immeubles appartiennent au débiteur)”라는 조건을 부가하여, 일반우선특권의 추급효를 부정하는 태도를 취하였으며,[23] 오늘날에는 추급효를 부정하는 견해가 다수설인 것으로 보인다. 특히 일반우선특권의 목적물이 특정되어 있지 않다는 이유로 물권성에 의문을 제기하는 견해는,[24] 일반우선특권은 일반담보(gage général)의 한 양태에 불과한 것으로서 물권보다 채권에 가까운 것으로 간주하고 있으며 그 결과 추급효도 부정하고 있다.

(3) 검토

대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결은 임금우선특권이 특정물에 대한 배타적 지배까지 인정하는 것은 아니라는 것을 이유로 그 추급효를 부정하였다. 그러나 저당권 설정시 임금채무가 존재하였으므로 저당권자가 임금우선특권의 행사를 예상할 수 있었다는 사실에 대한 고려는 판시사항에 나타나지 않았다.

임금우선특권은 현행법상 일반우선특권의 일종으로서 근로기준법상 임금우선특권의 목적물은 특정재산이 아니라 ‘사용자의 총재산’을 그 목적으로 한다. 따라서 사용자가 소유하는 동산, 부동산은 물론 물권, 채권, 각종의 무체재산권, 광업권, 어업권 등을 모두 포함한다. 이때 ‘사용자’의 범위에 대해, 판례는 임금우선변제권의 적용 대상이 되는 ‘사용자의 총재산’이라 함은 근로계약의 당사자로서 임금채무를 1차적으로 부담하는 사업주인 사용자의 총재산을 의미한다고 하였다[25].

본래 담보물권은 채무자의 특정된 물건을 채권의 변제를 위해 우선적으로 충당하고자 하는 취지에서 발전하여 온 것이다. 담보물권의 목적물이 설령 제3자의 소유가 되더라도 그로부터 우선변제 받는 것을 가능하게 하여 담보물권의 실효성을 확보하고자 하였기 때문에 담보물권에는 일반적으로 추급효가 인정된다. 그러나 일반우선특권은 증감・변동하는 채무자의 재산 전체를 객체로 하는 바, 이는 결국 채무자의 책임재산에 대하여 무담보의 일반채권자가 가지는 권리와 그 대상에 있어서는 차이가 없음을 의미한다. 다만 채권자 평등의 원칙에 의하지 않고 다른 채

---

22) M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français,* t.XIII, Sûretés réelles, par E. BECQUE, L.G.D.J., 1953, n° 252.

23) Gve. Boissonade (註 18), 285. 그리고 이 조항에 대한 주석(commentaire)에서 추급효의 실행은 등기가 된 경우에만 가능하리라고 하였다. Gve. Boissonade (註 18), p.289.

24) M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 8e éd, Litec, 2007, n° 634.

25) 대법원 1996.2.9. 선고 95다719 판결.

권자들(담보권 있는 채권자들도 포함)보다 우선하여 변제받을 수 있다는 점에서 실익을 가질 뿐이다. 따라서 특정물을 목적으로 하는 통상의 담보물권과 비교하여 볼 때 일반우선특권의 대세적 효력에는 한계가 있다고 할 것이다. 채무자의 재산에 한해서는 법에 정해진 순서대로 우선순위를 가지고, 경우에 따라서는(가령 근로기준법 제38조 제2항의 임금우선특권이나 법정기일이 저당권보다 앞서는 조세우선특권의 경우) 저당권 등의 담보권보다도 우선할 수 있으나 채무자의 재산에서 이탈된 재화에 대해서는 더 이상 본래의 우선적 효력을 행사할 수 없게 되는 것이다.[26]

이러한 이유로 인하여, 일반우선특권에 있어서는 우선특권의 목적인 '채무자의 전재산'에 변동이 있는 경우, 즉 일부 재화가 유입되거나 유출되는 경우 당해 재화에 대한 우선특권의 효력은 어떻게 될 것인가의 문제를 별도로 다루어야 할 필요가 있다. 이것은 우선특권의 대세적 효력과 밀접한 관련을 가지는 문제이기 때문에, 법령에 의해 본래 저당권보다 선순위에 해당되는 우선특권이라 하여도, 경우에 따라서는 저당권과의 경합에서 본래의 순위를 그대로 유지할 수 있는가 여부에 재고를 요하게 되는 것이다. 위 판결과 같이 채무자의 재산으로부터 저당물이 유출되는 경우뿐 아니라 저당물이 채무자의 재산으로 유입되는 경우에 있어서도 임금채권의 우선성에 대해 판단하기 위해서는 일반우선특권의 특성을 고려하여야 할 필요가 있다.[27]

2. 영업양도시 고용승계된 근로자의 임금채권

가. 대법원 2002.10.8. 선고 2001다31141 판결의 요지

개인사업주가 자금사정이 악화되자 그가 운영하던 위 사업체의 명의를 변경하기 위하여 제3자를 대표이사로 하는 주식회사를 설립한 후 위 주식회사에 그가 운영하던 영업 일체를 양도하면서 원고 등 기존 근로자들로부터 임금채권 등 근로자의 지위를 보장해 달라는 요청을 받고 위 주식회사가 사업주의 전 종업원의 근로관계를 승계하고 근로자들에 대한 체불임금을 지불하기로 약정하여 위 주식회사에게 일체의 영업을 양도하고 저당권이 설정된 그 소유의 공장용지 및 지상건물에 관하여 주식회사 앞으로 소유권이전등기를 마쳐주었다.[28]

---

26) 그러나 법령에 의해 우선특권의 추급효가 인정되는 경우가 있다. 상법 제785조는 선박우선특권의 추급효를 인정하고 있으며, 주택임대차보호법상 임대차보증금우선특권은 법률에 의하여 예외적으로 양도된 목적물에 대해 우선적 효력을 행사할 수 있다(주택임대차보호법 제3조 3항).

27) 이 문제에 대해서는 본고 Ⅲ.1.에서 후술한다.

이에 대법원은 “임금채무를 지고 있던 사용자가 영업양도를 하면서 근저당권의 목적물인 부동산을 타인에게 양도하고 그 영업양도에 따라 근로자들의 근로관계도 양수인에게 단절 없이 승계된 경우에는, 영업양도인에 대한 근로자들의 임금 등 우선변제권이 위 근저당권에 우선할 수 있는 것인 이상 근로관계를 그대로 승계한 영업양수인에 대한 관계에서도 영업양도 전과 동일하게 임금 등의 우선변제권이 유지된다고 보는 것이 옳다. 이러한 경우까지 양수인에 대한 임금 등 우선변제권을 부정한다면 근저당권자의 지위를 영업양도 전보다 부당하게 강화하고 동일한 당사자 사이의 우열관계를 역전시키는 것이 되어 형평 및 근로자보호라는 공익적 요청에 반하게 될 것이다”라고 판단하였다.

나. 판례의 검토

판례는 이 사안에서 저당물의 양도가 있었음에도 근로관계가 단절 없이 승계되고 형식적으로만 경영주체의 변경이 있을 뿐 양도인과 양수인의 실질적 동일성이 있다고 보았다. 일반우선특권의 추급효를 부정하는 원칙에 따르면 저당물 양도시 임금채권자들은 더 이상 당해 목적물에 대한 우선변제를 주장할 수 없는 것이지만 사실상 임금우선특권, 저당권, 채무자의 지위에 변동이 없었던 것으로 간주할 수 있기 때문에 임금채권이 저당권에 여전히 우선할 수 있는 것으로 판단하였다.

요컨대 이 판례는 임금채무자가 저당물을 양도한 경우 임금우선특권의 추급효가 인정되지 않는다는 기존의 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결과 별개로, 영업양도 전후에 임금채무자가 실질적으로 동일하다는 전제 하에서는 임금채권이 저당권에 대하여 우선순위에 올 수 있음을 밝히고 있다는 데에 의의가 있다.

판례는 이와 같은 결론으로 나아감에 있어 저당권자의 보호필요성에 대해 언급하고 있다. 본래 영업양도인(저당권설정자)에 대한 임금채권에 우선할 수 없는 저당권이라면, 근로관계를 그대로 승계한 영업양수인에 대한 관계에서까지 양수인에 대한 임금 등의 우선변제권을 부정한다면 ① 근저당권자의 지위를 영업양도 전보다 부당하게 강화하고, ② 동일한 당사자 사이의 우열관계를 역전시키는 것이 되어 형평 및 근로자보호라는 공익적 요청에 반하게 될 것이라고 하였다. 즉 이 판결에서 저당권자의 보호필요성이란 저당권 설정시에 예측하였던 바 이상으로 저당권자를 보호해서는 안 된다는 취지에서 검토되고 있는 것으로, 임금채권이 저당권보다 우선해야 한다는 결론의 보충적 근거로 사용되고 있다.[29]

---

28) 판례의 사실관계는 趙胤新(註 12), 519면에서 정리되어 있는 내용을 참고하였다.

Ⅲ. 저당권 설정시 임금채무가 존재하지 않았던 경우

1. 임금채무자가 저당물을 양수한 경우

가. 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결의 요지

이 판결의 요지는 앞서 설명한 바 있다(Ⅱ.1.가). A(원고, 대한상호신용금고)가 소외 甲 소유의 부동산에 대하여 근저당권을 설정하고 금원을 대여하였는데 甲이 위 대여금을 변제하지 아니하고 B(피고, 임금채권자)들이 근무하던 미주사를 경영하다가 부도가 나자 형식상 폐업신고를 하고 동생인 소외 乙 명의로 새로 사업자등록을 하면서 상호를 변경하였고, 다시 그 사업자등록명의를 영업부장이던 소외 丙 명의로 변경하였으나 위 업체는 사실상 甲이 계속 경영하여 왔고, 甲은 이 사건 부동산을 자신의 영업부장인 丙에게 매도하여 소유권이전등기를 경료하였다. A가 위 근저당권에 기하여 이 사건 부동산에 관한 임의경매신청을 하여 경매가 진행 중이었는데, B가 丙에 대한 최종 3개월분의 임금채권에 관하여 임금채권 우선변제권을 주장하였다.

대법원은 저당권이 설정된 부동산이 양도된 경우 임금우선특권의 추급효가 부정됨을 설시함과 함께, 저당권이 설정된 부동산을 양수한 양수인이 도산하여 근로자들이 임금 등을 지급받지 못한 상태에서 강제집행이 개시된 경우, “임금채권자에게 사용자가 취득하기 전에 설정된 담보권에 대하여까지 우선권을 인정할 수 없다”고 하여 목적물이 사용자의 소유로 되기 전에 설정된 담보물권이 우선한다고 판단하였다.

나. 판례의 검토

(1) 제3자에 의해 설정된 저당권

이 판결에서는 임금채무자가 재산을 취득하기 전에 설정된 담보권이 우선특권보다 우선하는 이유로, 임금우선특권이 “사용자의 특정재산에 대한 배타적 지배권을 본질로 하는 추급효까지 인정한 것은 아니므로, 사용자의 재산이 제3자에게 양도된 경우에 있어서는 양도인인 사용자에 대한 임금 등 채권의 우선권은 이 재산에

---

29) 그러나 이 사안에서는 영업 양도 전후 사용자가 실질적으로 동일하여 근저당권자와 사용자(채무자), 근로자(임금채권자)의 관계에 변동이 없다고 할 수 있으므로 형평 및 근로자 보호라는 공익적 요청을 굳이 별개의 판시기준으로 삼을 필요가 있었는가에 대해서는 의문이 있다. 同旨 : 卓炅國, “재산 취득 전 설정된 담보권과 임금 최우선변제권의 우열관계”, **노동판례 비평 : 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석 2004**, 2005, 111-113면.

대하여는 더 이상 추구될 수 없고, 양수인의 양수재산에 대하여서까지 우선권을 인정할 수는 없다"고 하여 사실상 임금우선특권의 추급효에 관한 판시 내용을 부연하였을 뿐 판결의 구체적 근거에 대해서는 상세히 제시하지 않았다.

위와 같은 판례의 결론에 대해서 다음과 같은 이견이 있을 수 있다. 근로기준법에는 '사용자의 총재산'에 대하여 별도의 제한을 두고 있지 않으므로, 문언에 충실하게 해석한다면 당해 사용자의 총재산에 속하는 것이라면 어느 것에나 사용자가 취득하기 이전에 이미 저당권이 설정되어 있었는지 여부를 묻지 않고 임금우선특권의 본래 순위가 유지된다고 주장할 수 있을 것이다. 이러한 견해에 대해 임금우선특권의 본질이 채권임을 근거로 하여 다음과 같은 반론이 제기된다. 우리 사법체계는 물권과 채권을 분리하고 물권은 채권에 우선한다는 '물권우선주의'를 취하고 있는데 근로기준법 제38조 제2항은 근로자 보호를 위하여 특별히 물권우선주의 예외를 인정하여 임금 '채권'이 저당권 등 '물권'에 우선하여 변제될 수 있도록 한 것이므로, 근로자의 생활보장이라는 근로기준법의 입법목적을 고려하더라도 근로기준법 제38조 제2항의 규정을 반드시 제한 해석할 수 없는 것은 아니라는 것이다.[30]

그러나 임금우선특권 또한 법정담보물권의 일종으로 파악하는 통설적 견해를 취한다면 사법체계상의 물권우선주의를 저당권이 우선특권보다 우선하는 근거로 삼는 것은 타당하지 않다고 본다. 그보다는 일반우선특권이라는 일종의 담보물권이 가진 특이성, 구체적으로는 저당권과의 차이점으로부터 그 근거를 찾아야 할 것이다.

임금우선특권은 채무자의 재산 전체를 목적으로 하는 담보물권으로서 채무자의 책임재산에 대하여 우선적 순위를 가질 뿐 어떤 특정 물건을 채권에 충당하도록 하는 것이 아니다. 반면 저당권은 물건을 배타적으로 지배하는 담보물권으로서 채무자가 저당부동산을 양도하는 경우에도 그 지배권은 존속할 수 있다. 이와 같이 대세적 효력에 있어 우선특권과 저당권에 차이가 있음을 고려하여, 프랑스는 제3자가 저당권을 설정한 목적물이 채무자의 재산 내로 유입되는 경우에 관한 일정한 판례법리를 형성하였고, 일본은 입법적으로 문제를 해결하였던 바, 이에 대하여 항을 바꾸어 서술하고자 한다.

---

30) 趙胤新(註 12), 525-526면. 이 내용은 후술할 대법원 2004.5.27. 선고 2002다65905 판결의 평석에서 영업양도 후 고용승계 또는 신규채용된 근로자들의 임금채권 우선변제와 관련된 것이나, 근로기준법 제38조의 문언해석 및 제한해석에 대한 것이므로 본고에서는 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결의 논점 중 하나로서 기술하였다.

(2) 비교법적 고찰

(가) 일본민법

일본민법은 일반선취특권자가 부동산에 대하여 등기를 하지 않고서도, 일반채권자에 대하여 대항할 수 있도록 했다(日民 제336조 본문). 일본민법상 채무자 재산 중의 각 부동산에 일반선취특권보존의 등기를 하는 것이 가능하나, 일반선취특권의 피담보채권액이 비교적 작다는 것, 그리고 이들에 등기를 요구하는 것이 곤란하다는 사실 때문에 공시의 원칙이 선취특권자에 유리하도록 수정된 것이다.[31] 그러나 일반선취특권자가 등기를 하지 않은 경우에는, 등기를 한 제3자에 대하여 선취특권으로 대항할 수 없다(日民 제336조 단서). 이 때 등기를 한 제3자에는, 특별선취특권자, 질권자, 저당권자 이외에 제3취득자도 포함되는 것으로 해석되고 있다.[32] 그러므로 일반선취특권과 저당권이 경합한 경우에는, 쌍방 모두 등기가 안 되었다면 선취특권이 우선하고(日民 제336조 본문), 저당권에 등기가 있고 선취특권에 등기가 없다면 저당권이 우선하고(日民 제336조 단서), 쌍방 모두 등기가 있다면 일반원칙에 의해 등기의 전후에 의하는 것으로 요약될 수 있다.

이와 같은 규정에 의하여, 등기를 한 저당권자는 등기 없는 일반선취특권자에 우선하게 되므로[33] 제3자가 저당권을 설정한 부동산에 대하여 일반선취특권은 우선변제적 효력을 가질 수 없게 된다.

(나) 프랑스 민법

일본민법상 일반선취특권과 달리 프랑스법상 일반우선특권은 부동산을 객체로 하여 저당권, 부동산질권, 특정부동산우선특권 등의 담보물권보다 우선적 순위를 가진다.[34] 그러므로 프랑스에서 임금채무자[35]가 저당물을 양수한 때에는 대상판결

---

31) 일반선취특권은 통상 그 피담보채권액도 작아서, 고용인과 일용품을 공급한 상인 등 선취특권을 가진 채권자들이 채무자의 부동산에 대하여 일반선취특권의 등기를 하는 일은 실제 거의 일어나지 않는다. 만약 이와 같은 일반선취특권에 대하여 다른 물권과 같이 등기를 대항요건으로 한다면 일반선취특권의 효력은 무의미하게 될 것이다. **注釋民法(8)[物權(3)]**, 214면(西原道雄 執筆部分).

32) 椿壽夫 編, 現代民法講義 3, **擔保物權法**, 法律文化社, 1991, 297면.

33) 입법자는 이와 같은 원칙을 명문화함으로써 등기하지 않은 일반선취특권자의 보호와 부동산거래의 안전보호라는 두 가지 필요성을 조정하려 한 것이라고 한다. **注釋民法(8)[物權(3)]**, 215-216면(西原道雄 執筆部分).

34) 프랑스민법 제2376조에서는 "제2375조에 규정된 우선특권부채권자가 동산이 부족하여 다른 우선권 있는 채권자와 경합하여 부동산의 가액으로부터 변제를 받는 경우, 그는 다른 우선권 있는 채권자에 우선하여 제2375조에 규정된 순서에 의하여 권리를 행사

에서 논의되는 쟁점과 동일한 문제가 발생할 수 있다.

그런데 프랑스민법상 일반우선특권이 부동산에 대하여 우선적 효력이 있기 위한 요건으로 다음의 두 가지가 있다. 첫째 채무자의 재산 중 동산만으로는 채무를 변제하기에 충분치 않아야 하며,[36] 둘째, 경합하는 두 담보권자가 동일인을 채무자로 하여 채권을 가진 경우이어야 한다. 전자는 민법 규정에 의한 것이나, 두 번째 요건은 해석론에 근거하여 판례 법리로 발전한 것이다.

경합하는 두 담보권(즉 일반우선특권과 저당권)이 동일인을 채무자로 하여야 한다는 요건은 당해 저당권의 설정자가 임금채무자이어야 함을 의미한다. 만약 제3자가 저당권의 설정자였다면 당해 부동산이 임금채무자의 재산이 될 때 이미 양수인(및 양수인의 채권자)에 대항 가능한 담보가 부동산에 설정되어 있었으므로 임금우선특권자는 이에 대항할 수 없기 때문이다.[37] 다시 말하자면, 프랑스법상 일반우선특권은 본래 물건을 배타적으로 지배하여 대세적 효력을 가지는 통상의 담보물권과 달리, 우선특권의 채무자와 [우선특권과 경합하는] 담보물권의 채무자가 동일할 것을 전제로 하여서 본래의 우선적 지위가 인정되는 것으로 해석되고 있다. 가령 저당 목적물이 양도되어 그보다 우선적 순위를 가지는 양수인의 일반우선특권과 경합하는 경우, 일반우선특권은 저당권보다 우선하지 못한다.[38]

위와 같은 결론의 논거로, 첫째 당해 목적물은 이미 저당권의 부담이 있는 상태로 임금우선특권의 목적인 사용자의 재산에 편입되었음을 제시한다.[39] 둘째, 양수인이 설정한 일반우선특권을 가진 자는 그 양수인이 가진 것 이상의 권리를 가질 수 없기 때문에, 양수인은 이미 설정되었던 물권에 대항할 수 없다는 것이 그 두 번째 논

한다"고 규정한다. 이때 "다른 우선권 있는 채권자(les autres créanciers privilégiés sur l'immeuble)"에는 특정우선특권뿐 아니라 저당권이나 부동산질권 등 특정부동산을 목적으로 하는 물적담보가 모두 포함된다고 해석된다.

35) 프랑스법상 임금우선특권에는 민법 제2331조 제4호 및 민법 제2375조 제2호에 의해 담보되는 통상의 임금우선특권과 노동법 제L.143-10조 및 L.143-11조에 의해 인정되는 최우선특권(superprivilège)이 있는 바, 이 두 우선특권은 채무자의 전재산을 목적으로 하는 일반우선특권(privilèges généraux)에 해당한다.

36) 각주 34)의 프랑스민법 제2376조 전단 참조.

37) M. CABRILLAC et Ch. MOULY(註 24), n° 997.

38) M. CABRILLAC et Ch. MOULY(註 24), n° 972.

39) Cass. com., 15 avr. 1975, D. 1975, 571 판결은 양수인의 조세채권에 부여된 우선특권보다 양도인이 설정하였던 영업재산 낭띠스망(nantissement sur un fonds de commerce)이 우선한다고 하였다. 양수인은 이미 영업재산낭띠스망이 매도인(양도인)에 대해 가진 우선권을 인정(accorder)한 것이기 때문이다. M. CABRILLAC et Ch. MOULY(註 24), n° 972 note (14).

거이다.[40] 이는 통상의 담보물권의 효력에 비추어 이례적인 해석이라 할 것이나, 종국적으로는 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결의 결론과 같은 방향을 취하고 있다고 볼 수 있다.

(다) 검토

이미 저당권 등 담보가 설정된 부동산이 채무자에게 양도된 경우, 근로기준법상 우선특권과 저당권의 우선순위는 정해져 있으나, 담보권이 설정된 재화가 사용자의 재산에 유입된 경우에 있어 그 순위를 정하는 문제는 간단하지 않다.[41]

일본민법은 일반선취특권이 등기가 되지 않았다면 특별담보에 우선하지 못하게 함으로써(日民 제336조)[42] 위와 같은 사안에서 저당권이 우선적으로 변제됨을 명백히 하였다. 그러나 우리 현행법에는 우선특권에 대한 총칙적 규정이 부재하므로 일반우선특권과 저당권이 동일한 부동산을 목적으로 하여 경합하는 경우, 해석론에 의하여 해결할 수밖에 없을 것이다.[43]

근로기준법 제38조 제2항의 문언을 보면, 사용자의 재산 중 그가 양수하기 이전에 이미 저당권이 설정되어 있는 부동산이라 하여 임금우선특권의 대상이 되는 재산에서 제외하고 있는 것은 아니다. 그러나 다수설은 저당권이 우선한다고 보는데, 그 근거로 담보물권자가 임금우선특권 등을 고려하지 않고 담보가치를 평가하여 그 범위 내에서 금원을 대여하고 담보물권을 취득하였을 것임에도 그 재산이 임금을 체불하고 있는 사용자에게 양도되었다는 우연한 사정에 의해 담보권자에게 그가 예측하지 못한 부담을 안겨 주는 문제가 있음을 논거로 든다.[44] 그리고 절충적으로

---

40) 1998년 3월 26일 베르사이유 법원의 판결은 우선변제권의 경합이 있는 경우 동일채무자의 채권들이 대립하는 경우이어야 부동산에 대한 일반우선특권의 우선순위를 인정할 수 있다고 하였다. “누구도 그가 가진 것 이상의 권리를 이전할 수 없다(nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet)”는 법언이 동 판례의 평석에서 인용된다. S. Piedelievre, obs. CA. Versailles, 26 mars 1998, *Recueil Dalloz*, 1998, p.381.

41) 현행법상 저당권보다 선순위인 우선특권, 예컨대 임금최우선특권이나 법정기일이 저당권 설정시보다 우선하는 조세우선특권에 있어 이러한 상황이 발생할 수 있다.

42) 일본민법 제336조에서는 “일반선취특권의 대항력”이라는 표제 하에 “일반선취특권은 부동산에 대하여 등기하지 않았더라도 특별담보를 가지지 않는 채권자에 대항할 수 있다. 다만, 등기를 한 제3자에 대해서는 그러하지 아니하다”고 규정하여 특별담보에 대해서는 등기하지 않은 일반선취특권이 대항할 수 없도록 하고 있다. 이때 ‘특별담보’에는 부동산을 목적으로 하는 특별선취특권과 저당권이 포함된다.

43) 저당권과 우선특권의 순위가 우선특권의 근거 법령에 정해져 있다고 하여도 임금채무자가 양수한 저당물에 대해서도 우선특권의 우선순위를 유지할 수 있는가의 문제는 별개이기 때문이다.

저당권 등의 피담보채권액의 범위를 제한하여야 한다는 견해는 부동산 양도인도 체불임금을 부담하고 있었을 경우 저당권자가 목적물의 양도라는 우연한 사정에 의해 부당이득을 취하는 것이 바람직하지 않으므로 담보물권자의 예측가능성을 침해하지 않는 범위 내에서 양도, 양수 전에 설정된 저당권 등의 피담보채권액의 범위를 제한하여 담보물권자와 근로자의 이익을 조화하는 해석을 해야 한다고 본다.[45] 그런데 이에 대해서는 조세우선특권과 달리 임금우선특권의 경우에는 양도인에 대한 임금채권과 양수인에 대해 임금채권은 그 귀속주체가 엄연히 달라 절충설을 취할 수 없다는 반론이 제기된다.[46]

이처럼 학설이 저당권자의 예측가능성을 중요한 논거의 하나로 삼고 있는 것과 달리, 판례는 저당권 설정시 채권자가 이를 예상할 수 있었는가 여부에 큰 비중을 두지 않는 것으로 파악된다. 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결을 검토하여 보면, 임금채무자가 저당목적물을 양수하여 임금우선특권과 저당권이 경합하는 경우, 본래 저당권에 우선하는 임금우선특권이라 하여도 제3자에 의해 이미 설정된 저당권에는 우선하지 못한다는 결론에 이르고 있다. 그런데 동 판결의 원심판결을 보면,[47] "임금채권 우선변제규정은 근저당권설정자와 근저당권자의 관계를 기본으로 하고 그 설정자의 임금채무를 기준으로 하여 적용되어야 할 것이므로, 근저당권의 설정 후 이 사건 부동산을 양수한 자에 대하여 그의 피용자들이 임금채권을 가지고 있다고 하더라도 이로써 위 근저당권자에 의해 담보된 채권에 우선할 수 없다 할 것"이라 하였다. 즉 이러한 판결이유는 "그 표현에 있어 다소 미흡한 점이 있으나",[48] 근저당권설정자(사용자), 근저당권자(사용자의 채권자) 및 임금채권자(우선특권부 채권자) 사이의 관계에서만 임금우선특권의 본래 순위가 유지될 수 있는 것이고, 사용자 아닌 제3자에 의하여 설정된 저당권에 대해서는 임금우선특권의 우선적 효력이 인정될 수 없음을 말하는 것이다.

이 판결의 내용에 따르면, 비록 저당권보다 우선순위를 가지는 임금우선특권이라 하여도 당해 채무자가 설정한 저당권에 대하여만 우선할 수 있을 뿐 제3자가 설정한

---

44) 趙胤新(註 12), 512면.

45) 鄭彩宗, "勤勞者의 賃金優先特權에 관하여", **民事法硏究**, 5輯, 大韓民事法學會, 1996, 222면.

46) 金湘根, "租稅 및 賃金債權의 優先權과 配當", 裁判資料 72輯 : 民事執行에 관한 諸問題(下), 법원도서관, 1996, 247면.

47) 서울고법 1993.5.20. 선고 92나63469 판결.

48) 상고심인 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결에서 원심판단에 대하여 평가한 내용이다.

저당권에는 우선할 수 없게 된다. 프랑스의 판례와 학설, 그리고 우리 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결은 모두 담보물권의 효력에 비추어 이례적인 결론에 도달하면서 그 논리 전개에 있어 서로 유사한 양상을 보이고 있다 할 것이다.

2. 영업양도 후 신규채용자의 임금채권

(1) 대법원 2004.5.27. 선고 2002다65905 판결의 요지

甲(임금채무자, 병원 운영자)은 개인병원을 폐업한 후 자신이 설립한 의료법인을 재단에 증여하여 소유권 이전등기를 마쳤으며 이후 乙재단이 병원을 운영하였는데, 원고 A는 위 병원의 근로자들이다. 丙(은행)과 B(피고, 은행)은 부동산이 갑의 소유로 있을 당시 근저당권을 설정하였고, 이후 B은행의 근저당권 상당부분과 피담보채권이 C(피고, 자산관리공사)에게 이전되었다.

丙은행이 근저당권에 기하여 임의경매를 신청하여 경매절차가 개시되자 A는 배당요구를 하였고, 경매법원은 병을 1순위, B를 2순위, C를 3순위로 하는 배당표를 작성하였고 이에 A는 B와 C를 상대로 배당이의의 소를 제기하였다. 원심법원은 근로기준법상 임금채권 우선변제 규정은 근저당권설정자와 근저당권자의 관계를 기본으로 하고 그 설정자의 임금채무를 기준으로 하여 적용되어야 할 것이라 하여 A의 임금채권이 피고들의 각 근저당권에 우선할 수 없다고 판단하여, A의 주장을 배척하였다.

이에 대하여 대법원은 '법인 전환 전후로 고용이 승계된 근로자'에게 우선권을 인정하였을 뿐 아니라, 더 나아가 '법인 전환 후 신규로 채용된 근로자'에게도 우선권이 인정된다는 판시를 하였는데,[49] 그 이유에 대해서는 "법인 전환 전의 개인사업자로 그대로 있으면서 영업을 계속 하였을 경우에는 근로자의 교체 등의 변동으로 인한 신규채용자라 하더라도 임금 등 우선변제권으로 보호될 수 있었음을 고려할 때, 법인 전환 후에 신규채용된 자에 대하여 임금 등 우선변제권을 인정하더라도 사회통념상 당해 영업의 동일성이 인정되는 한에 있어서는 근저당권자에게 예상치 못한 손해가 생긴다고 할 수 없고 형평 및 근로자 보호라는 공익적 요청에도 부합하기 때문"이라고 설시하였다.[50]

---

49) 대법원 2004.5.27. 선고 2002다65905 판결.

50) 趙胤新(註 12), 533-534. 卓炅國(註 27), 116-117면.

(2) 판례의 검토

이 사안은 개인사업으로 운영하던 병원을 의료법인으로 전환하면서 사업용 재산을 법인에게 이전하고 고용을 승계한 사안으로서 대법원 2002.10.8. 선고 2001다31141 판결과 유사하다(본고 Ⅱ.2). 그런데 위 대법원 2004.5.27. 선고 2002다65905 판결은 영업양도나 개인기업의 법인기업으로의 전환 후에 신규채용된 근로자들에 대해서도 임금채권 우선변제권이 인정되는지에 대해서 언급한 것으로서, 이러한 경우에는 고용이 승계된 자와 같이 신규 채용된 자에 대해서도 임금우선변제권이 인정됨을 명확하게 밝힌 판결이라는 점에 그 의의가 있다. 판결에서는 영업양도가 이루어진 때 ① 단절 없는 근로관계의 승계, ② 실질적인 경영주체의 동일성이라는 두 조건을 전제로 하여, 형식적으로 제3자에게 처분된 재산 및 사용자가 재산을 취득하기 전에 설정된 담보권에 대하여 임금우선특권을 우선한다고 하여, 대법원 2002.10.8. 선고 2001다31141 판결의 입장을 구체화하고 있다.[51]

그런데 법인 전환 후 신규채용된 근로자의 임금채권에 대해서도 저당권보다 우선하는 순위를 인정하여야 한다는 결론에 대해서는 저당권자의 예측가능성을 기준으로 한다면 의문의 여지가 있을 수 있다.

판례의 결론에 비판적인 입장에서는 고용승계가 된 근로자에 한하여서만 임금우선변제권을 인정하여야 함을 주장하며 다음과 같은 근거를 든다.[52] 첫째, 저당권자가 원래 예측 가능한 범위 내에서만 임금우선특권을 우선 시켜야 할 것인데, 영업양수나 기업형태 전환 등이 있은 후에 새로이 고용된 사람들까지 보호하여야 한다면 현행 근로기준법상 우선변제권에 총액의 제한이 없는 실정에서 영업의 규모가 확장되어 근로자 수가 늘어날 경우에는 저당권자에게 예상하지 못한 손해를 입히게 된다. 둘째, 신규채용자까지 포함하여 보호하는 견해는 이를 영업의 동일성이 인정되는 범위로 제한한다고 하지만, 그 기준이 명확하지 않은 문제점이 있고, 또한, 우선변제권을 인정하는 것은 어디까지나 예외적인 것이므로 그 적용범위를 되도록 제한하는 것이 바람직하다고 할 것이다. 셋째, 영업양도의 경우 임금우선변제권을 인정한 판례(대법원 2002.10.8. 선고 2001다31141 판결)의 경우에도 동일한 당사자 사이의 우열이 역전된다는 것을 그 이유로 들고 있는 것에서 알 수 있는

---

51) 근로관계의 동일성에 근거하여 사용자의 '전재산'의 범위가 확대된 것으로도 해석한다. 宋昇龍, "勤勞基準法 第37條 소정의 賃金債權 優先辨濟權의 대상인 '使用者의 總財産'에 대한 판례연구", **법조**, 제54권 제5호, 법조협회, 2005, 255면.

52) 趙胤新(註 12), 527-529면 참조. 趙胤新은 반대 논거를 설시하기는 하였으나, 종국적으로는 신규고용된 근로자의 임금채권도 보호하여야 한다는 입장을 취하고 있다.

바와 같이 고용이 승계된 근로자에 한하여 임금우선변제권을 인정하는 취지라고 할 것이므로, 기업 형태 전환의 경우에도 마찬가지로 보아야 한다.

이에 대한 재비판으로는 다음과 같은 논거가 제시되었다. 첫째, 기업이 동일성을 유지하면서 존속하는 한, 근로자의 교체, 증감은 생기게 마련이고, 전환 전의 종전 기업이나 영업양도인이 계속 경영하는 경우에는 저당권설정 후에 신규채용된 근로자도 보호되는데, 그 동일성을 잃지 않고 기업형태가 전환되거나 타인에게 양도되었다 하여 그 후에 입사한 근로자를 달리 취급하는 것은 형평에 반하는 것이고, 둘째, 대법원 2002.10.8. 선고 2001다31141 판결의 사안은 영업양도 후 곧 경매가 이루어진 사안으로서 신규채용된 근로자는 없고 우선변제청구권자 모두 고용이 승계된 근로자인 경우이므로 위 판례만으로서 바로 신규채용의 경우는 제외된다고 단정할 수는 없으며, 셋째, 신규채용자를 보호하지 않게 되면 이러한 점을 악용하여 우선변제의 대상이 임금을 감소시키기 위한 탈법적인 수단으로 영업양도를 이용할 우려가 있다는 것이다.[53]

필자는 대법원 2004.5.27. 선고 2002다65905 판결의 결론에 찬성하는 한편, 저당권자의 신뢰, 당사자 간의 형평 및 제도 악용의 우려와 같은 정책적 고려 이외에 임금우선특권 자체의 성질 및 효력에 대한 검토에 기하여 논거를 제시할 필요가 있다고 본다. 대법원 2004.5.27. 선고 2002다65905 판결에서는, 먼저 사용자 재산으로부터 양도된 부동산에 설정된 저당권보다 고용승계된 근로자들의 임금채권의 우선순위가 유지되었다는 사실에 주목하여야 할 것이다. 원칙적으로 임금우선특권에 대하여 추급효가 인정되지 않음에도 불구하고 위와 같이 우선적 변제가 인정된 것은 사용자의 재산 상태에 있어 발생한 변동(부동산의 양도)이 영업양도라는 특수한 상황으로 인하여 재산의 포괄적 이전에 속하게 됨으로써 당해 부동산이 여전히 일반우선특권의 목적물인 사용자의 총재산에 포함되어 있음을 의미하는 것이다.

근로기준법 제38조 제2항의 임금우선특권은 본래 저당권의 설정시기와 무관하게 사용자의 총재산에 대한 우선적 지위를 가지는 것으로서 저당권자의 신뢰와 임금채권자의 보호 필요성에 대한 정책적 고려는 입법과정에서 검토되었을 것이므로, 임금채무자의 동일성이 유지되고 있는 이상 고용승계된 근로자와 신규채용된 근로자의 임금채권을 달리 취급해야 할 이유는 없다고 볼 것이다. 또한 현실적으로도 영업의 인적 조직이나 물적 시설이 포괄적으로 일체로서 이전되는 경우는 영업용 재산이 해체되어 제3자에게 개별적으로 이전되는 경우와는 구별되어야 하는

53) 趙胤新(註 12), 527-529면.

것으로서, 신규채용된 근로자의 경우에도 영업양도 이전부터 근로관계를 맺고 고용이 승계된 자와 동일하게 임금 우선변제권이 인정되는 것이 사회통념상 부합할 것으로 생각된다.

Ⅳ. 대상판결의 분석

대상판결의 원심에서는 저당권의 설정시기에 채권자가 저당권설정자가 앞으로 임금채권의 채무자가 될 것임을 예상하지 못했다는 사실이 논점이 되었다. 즉 甲(임금채무자)이 A(원고, 진해동부신용협동조합)에게 근저당권을 설정하여 줄 당시 채무자는 사업주가 아니었으므로 장래 임금채권이 발생할 것을 예측할 수 없었고, 따라서 사업 시작 전 발생한 저당권보다 임금우선특권이 우선하는 것은 원고의 저당권을 침해할 소지가 있다는 것이다. 그러나 대상판결은 원심판결을 파기하고 사건을 원심법원으로 환송하면서 첫째, 근로기준법 제38조 제2항에서 최종 3개월분의 임금과 재해보상금에 해당하는 채권의 우선변제권을 규정한 것이 합리적 이유나 근거 없이 그 적용대상을 축소하거나 제한할 수 없다고 하였고, 둘째, 원심에서 인용한 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결과 대법원 2004.5.27. 선고 2002다65905 판결은 이 사건에 원용될 수 없다고 하였다.

이와 같은 판시 사항에 비추어, 대상판결은 원심 판단의 근거였던, 저당권의 설정시기를 기준으로 한 저당권자의 신뢰 보호가 임금우선특권 제한의 근거가 될 수 없음을 간접적으로 밝히는 한편,[54] 원심에서 인용한 판례가 이 사안에 원용될 수 없는 것이라 하여, 재산이 특정승계된 사안과 대상판결의 사안이 구분되어야 함을 명시하고 있다.

가. 임금채권의 우선적 변제와 저당권자의 신뢰 보호

임금채권과 저당권의 순위에 대한 사안에서, 판례는 법령상 정해져 있는 임금채권의 우선순위를 그대로 인정하는 경우도 있었고 그렇지 않은 경우도 있었다. 그리고 판례의 논거 및 이에 대한 해석에 있어 저당권자의 신뢰 보호 문제는 상당한

---

54) 대상판결이 저당권과 임금채권의 우열을 판단함에 있어 질권자 또는 저당권자의 예측가능성을 법적 판단의 근거 내지 도구로 삼는 것을 간접적으로나마 포기하였다고 해석하며 이와 같은 태도를 타당한 것으로 평가하는 견해에, 이준현, “사용자의 총재산에 설정된 질권 또는 저당권에 의해 담보된 채권과 근로자의 최종 3개월분의 임금채권 사이의 우열관계”, **노동법학**, 제41호, 한국노동법학회, 2012, 302-304면.

비중을 가지고 설시되어 온 것으로 파악된다. 일련의 판례에서 구체적 사안에 따라 임금우선채권의 순위에 대한 판단이 달리 이루어졌기에, 대상판결의 원심은 저당권 설정시기의 저당권자의 예측가능성을 중요한 문제로 파악하였던 것으로 생각된다.

그러나 저당권과 임금우선특권의 경합에 대한 일련의 판례를 저당권자의 예측가능성 유무를 기준으로 하여 분석해 본 결과, 저당권 설정시 임금채무의 존재 또는 임금채무의 발생 가능성을 예측할 수 있었는가 여부는 저당권에 대한 임금채권의 우선적 순위를 인정함에 있어 결정적인 요소로 작용하지 않은 것으로 보인다. 가령 임금채무자가 저당목적물을 양도한 경우(Ⅱ.1.) 저당권자는 임금채권보다 후순위에서 변제될 가능성을 알 수 있었음에도 불구하고 임금채권에 의한 제한을 더 이상 받지 않게 된다. 반면 영업양도 후 신규채용이 있었던 경우 저당권자는 당해 임금채무의 발생을 예상하지 못하였을 것임에도 일정 요건 하에서 영업양도 전 설정된 저당권보다 임금채권이 우선함을 인정하고 있다(Ⅲ.2).

또한 대상판결에서 설시하였듯이, 임금우선특권이 법률에 의하여 예외적으로 인정되는 것이라 하여도 법정의 담보권으로서 특정한 채권의 보호를 위해 입법된 이상 법령에 정함 없이 그 범위에 대하여 제한적으로 해석하여야 할 이유는 없다. 사실상 근로기준법 제38조 제2항의 임금우선특권을 인정하는 취지는 임금의 생활부양적 측면을 고려하여 사용자의 도산 등 근로자의 생계가 곤란해지는 상황에서 일정 범위의 임금채권을 최우선적으로 변제 받도록 한 것이므로, 이때 사용자의 다른 채권자들의 신뢰보호는 임금채권의 순위를 정함에 있어 절대적으로 고려할 사항은 아니라 할 것이다. 원심에서 인용하였던 대법원 2002.10.8. 선고 2001다31141 판결이 저당권 설정시의 저당권자의 예측가능성을 기준으로 '동일한 당사자 사이의 우열이 역전'되어서는 안 된다는 논거를 제시하기는 하였으나, 이는 당해 판결의 구체적 타당성을 보강한 것일 뿐 임금채권의 우선성이 인정되어야 할 범위를 한정하고 있는 것은 아니라고 생각된다.

나. 임금채무자의 특정승계 취득과 포괄승계 취득

근로기준법 제38조 제2항의 임금우선특권은 본래 질권·저당권 등의 약정담보물권보다 우선적인 순위를 가지는 것이나, 임금우선특권의 물권적 효력은 저당권의 그것과 차이가 있기 때문에 해석에 의하여 두 담보물권의 우선순위를 정하는 문제는 간단하지 않다. 가령 채무자의 재산 중 일부가 양도되는 경우 당해 재산에

관하여 우선특권의 효력이 유지될 수 있을 것인가? 혹은 이미 담보권이 설정되어 있는 재산, 예컨대 저당권이 설정된 부동산 등을 채무자가 양수하는 경우에는 어떻게 될 것인가? 이러한 문제에 대해 법령에 구체적으로 정해진 바가 없다면 일반 우선특권의 법리에 의거하여 해결하여야 할 것인데, 이때 임금우선특권이 '사용자의 총재산'을 목적물로 하는 특수한 담보물권이라는 사실에 것에 유의하여 그 순서를 정해야 할 것이다. 양도・양수된 저당물에 대한 저당권과 임금우선특권의 우선순위를 고찰함에 있어서 보다 중요하게 고려해야 할 것은 저당권설정자의 예측가능성이 아니라 임금우선특권의 대세적 효력이다.

임금우선특권의 우선적 효력은 증감・변동하는 채무자의 재산 전체에 미치며 다만 이미 저당권이 설정된 재화가 특정승계를 통하여 채무자의 재산 내에 유입될 때 그보다 우선할 수 없을 뿐이다(Ⅲ.). 왜냐하면 당해 재화는 이미 저당권이라는 부담을 가진 채 채무자의 재산 내로 들어온 것이기 때문이다. 사용자가 이미 담보권이 설정되어 있는 부동산을 양수한 경우 이러한 부동산도 임금우선특권의 대상이 되는 재산이 되는가에 관하여 판례는 임금채권의 최우선변제권은 사용자가 재산을 특정승계 취득하기 전에 설정된 담보권에 대해서까지 그 임금채권의 우선변제권을 인정한 것은 아니라고 하여 이를 부정하였다(Ⅲ.1.) 대상판결에서 "담보권자가 담보권설정자가 아닌 담보목적물 양수인이 지는 부담에 의하여 담보권을 침해당할 수 없음"이라고 명시한 것은 바로 이러한 일련의 판례와 맥락을 같이 하는 것이다.

그러나 예외적으로 임금채무를 지고 있던 사용자가 영업양도를 하면서 근저당권의 목적물인 부동산을 타인에게 양도하고 그 영업양도에 따라 근로자들의 근로관계도 양수인에게 단절 없이 승계된 경우에는 고용승계된 근로자들의 임금채권뿐 아니라(Ⅱ.2.), 영업양도 후 신규채용된 근로자들의 임금채권(Ⅲ.2.)의 우선적 지위도 그대로 유지된다고 하였는데, 이것은 임금채무자의 포괄적 재산승계가 인정되는 경우, 즉 임금채무자와 저당권설정자의 지위를 동일하다고 볼 사유가 있는 경우에는 임금우선특권의 우선순위가 그대로 유지됨을 의미한다.

대상판결에서는 단지 저당권의 설정시에 장래 임금채권의 발생 사실을 예측할 수 없는 사정이 있었을 뿐 저당목적물인 부동산에 대한 임금채무자의 소유권에는 변동이 없었으므로 임금채권의 우선적 변제를 인정하는 것이 당연할 것이다.[55] 그러므로 대상판결이 대법원 1994.1.11. 선고 93다30938 판결을 인용한 원심 판결

---

55) 대법원 2004.5.27. 2002다65905 판결에서 신규채용된 근로자의 임금채권의 우선적 변제가 인정되는 것도 같은 맥락에서이다.

에는 “근로기준법 제38조 제2항의 우선변제권에 관한 법리를 오해한 위법이 있다”고 한 것은 저당목적물의 양수와 임금채권의 우선변제에 관한 일련의 판례에서 일관되게 목적물의 특정승계와 포괄승계를 구분하고 있음에 비추어 타당한 지적이라고 생각한다.

Ⅴ. 결어

이 논문에서는 임금채권에 부여된 우선변제권을 임금우선특권이라는 일종의 담보물권으로 보아, 그 담보물권적 효력에 초점을 두어 대법원 2011.12.8 선고 68777 판결의 의미를 구체화하고자 하였다.

대상판결의 원심에서 인용된 판례를 비롯한 다수의 판례를 검토하여 보면, 대법원은 임금채무자가 저당권이 설정된 부동산을 양수한 경우 양수인의 근로자는 당해 저당권에 우선하여 임금우선특권을 행사할 수 없다고 하였고, 근로관계가 단절 없이 승계되고 형식적으로만 경영주체의 변경이 있을 뿐 양도인과 양수인의 실질적 동일성이 있을 때 양수 이전에 설정된 저당권에 대한 임금우선특권의 우선순위를 인정한 것에 더하여[56], 합병, 영업양도, 기업 일부의 독립이나 계열기업 사이에 조직변경이 있는 등 인적 조직이나 물적 시설이 일체로 이전하는 경우, 양수 이후 신규채용된 근로자의 임금우선특권의 우선순위도 인정하였다[57]. 본고에서는 위와 같은 일련의 판례를 우선특권에 특유한 법리에 입각하여 해석해 보았다.

우선특권이란 법정의 담보물권으로서, 공시제도가 구비되어 있지 않으며 담보의 성립순서에 의해 우선변제 순위가 정해지지 않는다는 특성을 가진다. 그리고 우선특권 중에서도 사용자의 재산 전체를 객체로 하는 일반우선특권은 특정된 물건을 채권의 담보로서 충당하는 것이 아니라 증감・변동하는 채무자의 책임재산 전체를 우선특권의 객체로 한다는 점에서 또 하나의 특성이 추가된다.[58] 권리의 객체가 특정되지 않음으로 인해 일반우선특권이란 채무자의 책임재산으로부터 채권의 만족을 구하되 다만 변제에 있어 우선적 순위를 가지는 것에 불과하다.[59] 그러므로

---

56) 대법원 2002.10.8. 선고 2001다31141 판결 및 대법원 2004.5.27. 선고 2002다65905 판결.

57) 대법원 2004.5.27. 선고 2002다65905 판결.

58) 이러한 사실로 인하여 프랑스에서는 사실상 일반우선특권이 물권이 아니라는 견해도 제기되었다. M. DAGOT, “La notion de privilège”, *Mélanges MOULY*, t.II, Litec, 1998, p.335 s.

59) 이와 같이 우선변제적 효력을 통하여 목적물을 배타적으로 지배하므로 일반우선특권에도 물권적 성질이 인정된다고 보는 것이 프랑스의 다수설이지만, 일반우선특권은

어떤 재화가 채무자의 재산 내로 유입될 때, 당해 재화에 이미 추급효가 인정되는 담보물권이 설정되어 있었다면, 이 재화의 유입으로 인한 책임재산의 증가는 당해 저당권의 부담을 제외한 나머지 부분인 바, 일반우선특권의 우선적 순위가 인정되는 부분도 이 범위로 한정되는 것이다.

만약 저당권자의 예측가능성 및 보호 필요성을 기준으로 하여 저당권과 임금우선특권의 우열을 판단한다면, 저당권 설정 시점과 임금채권의 발생시기의 선후관계 또한 판단의 고려 요소로 작용될 것으로 생각될 수 있을 것이다.[60] 그러나 이는 저당권 성립시점을 불문하고 일정 범위의 임금채권에 우선변제를 인정하고 있는 근로기준법 제38조 제2항의 입법취지와 맞지 않으며 한편으로는 일반우선특권의 본질과도 부합하지 않는 것이라 할 것이다. 일반우선특권은 본래 채권의 보호 필요성에 근거하여 당해 채권의 성립 순위와 무관하게 다른 채권에 우선하는 순위를 법령에 의하여 부여받은 것으로서, 경우에 따라서는 부득이하게 저당권자를 비롯한 다른 채권자의 신뢰를 침해할 수밖에 없는 것이다. 임금채권 등 특정한 채권의 보호필요성과 다른 채권자의 신뢰 보호에 대한 이익형량 및 채권자 보호를 위한 수단을 강구하는 것은 입법의 단계에서 이루어져야 할 것으로서, 법원의 판단에 이르러 저당권자 등 채권자의 예측가능성과 신뢰 보호를 기준으로 하여 구체적 타당성을 추구하는 것은 오히려 판결의 명확성과 통일성을 저해할 우려가 있을 것으로 생각된다.

우리 현행법에는 일반우선특권의 우선순위에 대한 개별적 규정만 있으므로, 일반우선특권과 저당권이 경합하는 경우 판례가 취하는 태도 및 그 논거가 어떤 의미를 가지는가가 매우 중요하다 할 것이다. 대상판결은 근로기준법상 임금채권에 주어진 우선특권이 합리적 이유나 근거 없이 그 적용대상을 축소하거나 제한하는 것은 허용되지 아니함을 확인하는 한편, 사용자가 저당권이 설정된 재산을 특정승계하여 취득한 경우와 그렇지 않은 경우를 명확히 구분하였다는 점에서 의의를 가진다.

투고일 2012. 2. 15. **심사완료일** 2012. 5. 24. **게재확정일** 2012. 6. 1.

단지 일반질권(gage général)의 한 양태에 불과한 것이 아닌가 하는 이견도 존재한다. 이때 '일반질권의 한 양태(une modalité du gage général)'란, 채무자의 책임재산으로부터 채권의 만족을 취하는 무담보채권과 본질적으로 같고, 다만 그보다 우선하는 변제순위만 인정된다는 것을 의미한다.

60) 대상판결의 원심판단에서 저당권자가 저당권 설정시 임금채권의 발생을 예측할 수 없었다 하여 임금채권의 우선적 순위를 인정하지 않았던 것도 이와 같은 맥락에서라고 생각된다.

참고문헌

郭潤直, **物權法 (民法講義 Ⅱ)**, 博英社, 2001.

金相容, **不動產擔保法**, 法元社, 1996.

이병태, **(最新)勞動法**, 현암사, 1999.

田炳西, "優先特權에 관한 硏究", 漢陽大學校, 1989.

李宙興, "優先債權의 競賣節次上 취급" 민사판례연구 제17집, 민사판례연구회, 1995.

鄭賢壽, "賃金債權의 保護", 裁判資料 39輯 : 勤勞關係訴訟上의 諸問題(上), 1987.

鄭彩宗, "勤勞者의 賃金優先特權에 관하여", 民事法硏究 5輯, 大韓民事法學會, 1996.

金相容, "優先特權에 관한 考察", **考試硏究**, 17권8호, 고시연구사, 1990.

이병태, **(最新)勞動法**, 현암사, 1999.

趙胤新, "저당목적물의 양도와 임금채권 우선변제권의 보호", **대법원판례해설**, 49號, 법원도서관, 2004.

宋昇龍, "勤勞基準法 第37條 소정의 賃金債權 優先辨濟權의 대상인 '使用者의 總財産'에 대한 판례연구", **법조**, 제54권 제5호, 법조협회, 2005.

卓炅國, "재산 취득 전 설정된 담보권과 임금 최우선변제권의 우열관계", 노동판례비평 : 대법원 노동사건 판례 경향 분석 및 주요 판례 평석 2004, 2005.

이성호, "임금우선변제권의 대상인 사용자의 총재산", **대법원판례해설**, 제26호, 법원도서관, 1996.

이준현, "사용자의 총재산에 설정된 질권 또는 저당권에 의해 담보된 채권과 근로자의 최종 3개월분의 임금채권 사이의 우열관계", **노동법학**, 제41호, 한국노동법학회, 2012.

林良平 編, **注釋民法(8)[物權(3)]**, 有斐閣, 1973.

椿壽夫 編, 現代民法講義 3, **擔保物權法**, 法律文化社, 1991.

近江幸治, **擔保物權法**, 新版補正版, 弘文堂, 1998.

ボアソナ-ド 起稿 (再閲)修正民法草案註釋 第二編 物權ノ部 上卷, 서울대학교 중앙도서관 소장.

Gve. BOISSONADE, *Projet de Code Civil pour l'empire du Japon*, t.Ⅳ, Kokoubounsha, 1883.

M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, 8e éd, Litec, 2007.

A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*; t.Ⅱ, 4éd., 1924.

M. DAGOT, "La notion de privilège", *Mélanges MOULY*, t.II, Litec, 1998.

(H.-L.-J.) MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil-Sûretés Publicité foncière* 7e éd. par Y. PICOD, Montchrestien, 1999.

M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français,* t.XIII, *Sûretés réelles*, par E. BECQUE, L.G.D.J., 1953.

<Abstract>

La Priorité entre l'Hypothèque et le Privilège des Salaires sur le Même Patrimoine

Lee, Ji Eun*

On a vu ci-dessus les jurisprudences sur le conflit entre le privilège des salaires et l'hypothèques.

N'ayant pas à être publiés, le privilège des salaires peut engendrer les problèmes liés à la sécurité juridique, puisque son existance occultée menace les autres créanciers munis de sûretés, et pourrait en outre aggraver la situation du débiteur qui veut obtenir le crédit. Néanmoins le créancier privilégiée est payée avant le créancier hypotécaire sur l'ensemble de patrimoine totale de débiteur, slon le rang de l'art. 38 al. 2 de Code de travail.

Par ailleurs, concernant le conflit entre deux, quand le débiteur a obtnu un bien déjà grevé d'hypotèques. Les jurisprudences coréenes illustrent qu'il est trés difficile de trouver l'équilibre entre les privilèges et l'efficacité des hypothèque. Et la Haute Juridiction recherche l'équilibre entre deux créanciers au cas où le créancier effectue son privilège sur un bien immobilier déjà grevé d'hypotèques. L'objectif de cette solution sera d'équilibrer les interêts des créanciers hypothécaires, mais les jurisprudences passent, de cela, un point important : une sûreté portant sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, le privilèges général a la nature differente que celle de l'hypothèque.

Encore faut-il, selon la nature de privilège général, que les titulaires de privilège des salaires soient créanciers du même propriétaire de l'immeubles pour effectuer son privilège. Les hypotéques inscrites du chef du propriétaire antérieur l'emportent sur les privilèges nés du chef du propriétaire actuel : celui-ci a acquis un immeuble grevé d'hypotéques qui lui sont opposables.

Mots-clés: privilège des salaires, superprivilège, privilèges généraux, conflit entre le privilège des salaires et l'hypothèque, alienation de l'immeuble grevé d'hypotèques

---

* Legal specialist of Legal Advisory Committee, Ministry of Justice.