

〈판례평석〉

## 滯納處分押留와 留置權의 效力\*

李 啓 正\*\*

### 요 약

대상판결인 대법원 2014. 3. 20. 선고 2009다60336 전원합의체 판결의 쟁점은 ‘채납처분압류 후 민사집행절차가 개시되기 전에 성립한 유치권을 가지고 선행저당권자 또는 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부’에 있다. 채납처분압류는 경매개시결정등기와 마찬가지로 채무자의 특정재산에 관하여 처분을 금지하는 처분금지효가 있는데, ‘경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 점유를 이전하여 유치권을 취득하게 한 경우, 그 점유의 이전은 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위’라고 한 기존의 판례가 이 사안에도 그대로 적용되어야 하는지에 관하여 다수의견과 반대의견은 첨예한 대립각을 세웠다.

반대의견은 채납처분압류의 효력과 경매절차에서의 압류의 효력이 동일하다는 이유로 기존에 실시한 위 판례를 대상판결에서도 그대로 논리적으로 관철하여야 한다고 판시하였다. 그러나 압류의 처분금지효를 근거로 유치권의 효력을 제한하려는 기존의 대법원의 법리는 다음과 같은 점에서 따르기 어렵다. 즉 ① 우리 법상 유치권은 성립요건주의의 구애를 받지 않고 사실상 우선변제를 받도록 설계되어 있으므로, 유치권은, 다른 사정이 없는 한, 압류의 효력 발생 이후에도 유효하게 취득할 수 있는 점, ② 사실행위에 불과한 점유의 이전이 처분행위에 해당한다고 보기 어려운 점, ③ 점유자가 부동산에 비용을 지출한 행위를 가지고 처분행위로 보기 어려운 점 등에 비추어 기존의 판시에 대한 재검토가 필요하다. 따라서 기존의 대법원의 법리를 논리적으로 관철하려는 반대의견을 따르기 어렵다.

다수의견은 채납처분압류는, 경매절차에서의 압류와 달리, 그 압류에 의하여 경매절차가 개시된 것이 아니므로 채납처분압류가 있었다는 이유만으로 그 후에 취득한 유치권의 효력을 제한할 수 없다고 판시하였다. 필자는, 다수의견이 종전에 실시하였던 압류의 처분금지효 법리를 전개하지 않고, 경매절차가 실질적으로 개시된 상황에서 유치권을 취득하였는지 여부에 따라 유치권의 효력을 설명하고 있는 점을 주목하여야 한다고 생각한다. 다수의견이 압류의 처분금지효 법리가 가지고 있는 논리적 약점을 고려하여 위 법리와 거리를 두고 있다는 점에서 타당성을 인정할 수 있다.

\* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 법학연구소 기금의 2015학년도 학술연구비 지원을 받았다. 이 논문에 대한 귀중한 심사의견을 주신 익명의 심사위원님들께 깊은 감사의 말씀을 전한다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 조교수.

다만, 다수의견이 유치권의 효력을 제한할 수 있는 법적 근거를 명확히 하지 않은 점은 문제인바, 필자는 권리남용 금지의 법리에 근거한 유치권의 남용의 법리에 따라 경매절차에서 유치권의 효력을 제한하여야 한다고 생각한다. 즉, 환가가 임박한 시점에 유치권을 취득하는 행위는 경매절차의 법적 안정성을 중대하게 침해하는 행위로 유치권의 남용에 해당되는바, 매수인에게 대항할 수 없다고 해석하여야 할 것이다.

대상판결은, 유치권의 효력을 제한하는 법리와 관련하여 종전에 문제가 있었던 ‘압류의 처분금지효 법리’에서 벗어나 ‘유치권의 남용의 법리’로 전환할 수 있는 시발점이 되는 판결이라는 점에서 상당한 의의가 있으며, 대상판결을 기점으로 대법원이 유치권 남용의 법리에 근거하여 유치권의 효력 제한을 일관되게 판시하기를 기대한다.

주제어: 유치권, 체납처분, 압류, 처분금지효, 유치권의 남용, 경매, 권리남용, 유치권의 효력

對象判決: 大法院 2014. 3. 20. 宣告 2009다60336 判決<sup>1)</sup>

[事實의 概要]<sup>2)</sup>

#### 1. 피고들의 채무자에 대한 채권의 성립

가. 채무자는 호텔영업을 위하여 이 사건 건물을 신축하기로 하고, 2004. 4. 1.부터 2004. 11. 2.까지 피고들과 사이에 피고들이 전기공사, 소방설비공사, 도장공사 등을 맡기로 하는 공사계약(이하 ‘이 사건 공사계약’이라고 한다)을 체결하였다.

나. 피고들은 2004. 4.경부터 2005. 2.경까지 사이에 이 사건 공사계약에 따른 공사를 모두 완료하였으나, 채무자가 약정 공사대금을 지급하지 아니하였다.

#### 2. 원고의 근저당권설정등기 경로와 총주시 앞으로 체납처분압류등기 기입

가. 채무자는 2005. 2. 1. 이 사건 건물에 관하여 소유권보존등기를 마쳤는데, 2005. 9. 22. 원고로부터 금 19억 원(이하 ‘이 사건 차용금’이라고 한다)을 변제기 2006. 9. 22., 이자 연 7.5%로 정하여 차용하면서, 같은 날 이 사건 건물에 관하여 원고 앞으로 근저당권설정등기를 마쳐 주었다.

1) 공 2014, 897.

2) 쟁점에 관한 논의에 필요한 범위 내에서 사실관계를 소개하였다.

나. 충주시는 2005. 9. 23. 체납세액 약 1,700만 원의 징수를 위하여 이 사건 건물을 압류하였다.

다. 그 후 이 사건 건물에 관하여 2005. 10. 20. 채무자의 다른 채권자 甲이 청구금액을 2,500만 원으로 한 가압류등기를 마쳤다.

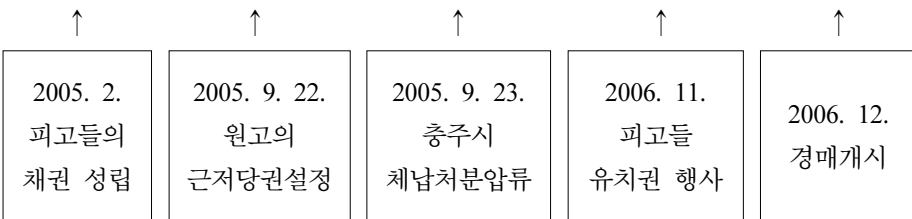
3. 피고들의 유치권 행사와 임의경매의 진행

가. 2006. 11.경 이 사건 건물에 관하여 경매가 진행될 것이라는 소문이 나돌자, 피고들은 2006. 11. 18. 채무자로부터 이 사건 건물을 인도받아 이 사건 건물에 관하여 유치권을 행사하였다.

나. 원고는 채무자가 계속하여 이 사건 차용금의 지급을 지체하자, 2006. 12. 21. 청주지방법원 충주지원에 이 사건 건물에 관한 임의경매를 신청하여 2006. 12. 22. 임의경매개시결정을 받아 2006. 12. 26. 이 사건 건물에 관하여 경매개시결정등기가 기입되었다.

다. 2008. 2. 12. 이 사건 건물에 관하여 현황조사가 이루어졌는데, 피고들은 유치권을 주장하였다.

위 사실관계의 개요를 시간순서에 따라 정리하면 아래와 같다.



[訴訟의 經過]

1. 第1審의 判斷(청주지방법원 충주지원 2008. 10. 31. 선고 2008가합238 판결):  
原告 請求 認容

원고는, ① 피고들이 채무자에 대하여 아무런 채권을 가지고 있지 않거나 이 사건 건물을 점유하지 않고 있고, ② 설령 피고들이 이 사건 건물을 점유하더라도 불법점유에 해당하고, ③ 피고들이 유치권을 행사하기 전에 이미 충주시 명의의

압류등기와 채무자의 다른 채권자 甲의 가압류기입등기가 경료되어 있으므로, 피고들은 유치권을 가지고 원고에게 대항할 수 없다고 주장하면서 留置權不存在確認을 구하였다.

이에 대하여 제1심은 피고들의 채권이 인정되고, 피고들의 불법점유를 인정할 수 없다고 하여 원고의 ①, ② 주장을 배척하였으나, ‘채납처분에 기한 압류등기 설정 후에 채무자가 피고들에게 이 사건 건물의 점유를 이전하는 행위는 처분행위에 해당하여 압류의 처분금지효에 저촉되는 것이므로, 피고들이 원고에게 유치권을 주장할 수 없다’고 하여 원고의 청구를 認容하였다.

2. 抗訴審의 判斷[대전고등법원 2009. 7. 14. 선고 (청주)2008나642 판결: 抗訴 棄却] 항소심은, ‘채무자 소유의 부동산에 압류등기가 기입되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채권자가 채무자로부터 위 부동산의 점유를 이전받아 유치권을 취득한 경우, 이러한 점유의 이전은 압류의 처분금지효에 저촉되며, 이러한 법리는 압류와 동일한 처분금지효를 갖는 가압류등기 또는 채납처분에 기한 압류등기가 기입된 이후에 채권자가 유치권을 취득한 경우에도 마찬가지’라고 판시하면서, ‘이 사건에서 피고들은 가압류등기 또는 채납처분에 기한 압류등기 이후에 유치권을 취득하였으므로 경매절차의 매수인에게 유치권을 주장할 수 없다’고 판시하여 피고들의 항소를 모두 棄却하였다.<sup>3)</sup>

### 3. 上告理由

피고들은 항소심 판결에 불복하여 상고하면서 ‘가압류나 채납처분압류 후 유치권을 취득한 경우에 압류의 처분금지효에 반한다는 명문의 규정이 없고, 경매절차와 채납절차는 별개의 절차로 보아야 하므로, 채납처분압류 및 가압류등기 후의 유치권자가 경매절차의 매수인에게 대항하지 못한다는 원심 판결은 법리오해의 위법이 있다’고 주장하였다.

---

3) 항소심은 피고들의 항소를 기각하면서도, 제1심 법원과 달리, 피고들이 가압류 효력 발생 이후에 유치권을 취득하였으므로 이 점에 있어서도 원고에 대하여 유치권을 주장할 수 없다고 판시하였다. 뒤에서 보는 바와 같이, 대법원은 2011. 11. 24. 선고 2009다19246(공 2012, 4) 판결을 통해 가압류 후에 취득한 유치권에 대하여도 그 대항력을 인정하였는바, 대상판결에서는 爭點이 되지 않았다.

#### 4. 大法院의 判斷

##### (1) 多數意見: 破棄還送<sup>4)</sup>

다수의견은 아래와 같은 이유로 원심판결을 파기하였다.<sup>5)</sup>

“가. 부동산에 관하여 이미 경매절차가 개시되어 진행되고 있는 상태에서 비로소 그 부동산에 유치권을 취득한 경우에도 아무런 제한 없이 유치권자에게 경매 절차의 매수인에 대한 유치권의 행사를 허용하면 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받게 됨으로써 경매 목적 부동산을 신속하고 적절하게 환가하기가 매우 어렵게 되고 경매절차의 이해관계인에게 예상하지 못한 손해를 줄 수도 있으므로, 그러한 경우에게까지 압류채권자를 비롯한 다른 이해관계인들의 희생하에 유치권자만을 우선 보호하는 것은 집행절차의 법적 안정성이라는 측면에서 받아들일 수 없다.

그리하여 대법원은 부동산에 관하여 경매개시결정등기가 된 뒤에 비로소 부동산의 점유를 이전받거나 피담보채권이 발생하여 유치권을 취득한 경우에는 경매 절차의 매수인에 대하여 유치권을 행사할 수 없다고 본 것이다(대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결, 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결 등 참조).

나. 부동산에 관한 민사집행절차에서는 경매개시결과와 함께 압류를 명하므로 압류가 행하여짐과 동시에 매각절차인 경매절차가 개시되는 반면, 국세징수법에 의한 체납처분절차에서는 그와 달리 체납처분에 의한 압류(이하 ‘체납처분압류’라고 한다)와 동시에 매각절차인 공매절차가 개시되는 것이 아닐 뿐만 아니라, 체납처분압류가 반드시 공매절차로 이어지는 것도 아니다. 또한 체납처분절차와 민사집행절차는 서로 별개의 절차로서 공매절차와 경매절차가 별도로 진행되는 것이므로, 부동산에 관하여 체납처분압류가 되어 있다고 하여 경매절차에서 이를 그

4) 위 다수의견에 대하여 별도로 대법관 김창석의 다수의견에 대한 보충의견, 대법관 김소영의 다수의견에 대한 보충의견이 각각 있었다.

5) 破棄還送審은 多數意見에 따라 ‘피고들의 유치권이 체납처분압류등기 이후에 취득된 것임을 이유로 피고들의 유치권의 행사를 제한할 수 없다’고 판시하면서도, ‘피고들이 근저당권자인 원고의 신청에 의하여 이 사건 건물에 대한 임의경매절차가 곧 개시된다는 점을 충분히 인식하면서 이 사건 건물을 인도받았다고 보이므로, 피고들의 이 사건 건물에 관하여 유치권을 주장하는 것은 신의칙상 허용되지 않는다’는 이유로 피고들의 항소를 다시 기각하였다[대전고등법원 2014. 7. 8. 선고 (청주)2014나667 판결]. 피고들이 이에 불복하여 다시 상고하였는데, 大法院은 ‘피고들이 임의경매절차가 개시된다는 점을 인식하면서 이 사건 건물을 인도받았다는 사정만으로는 피고들의 유치권의 행사가 신의칙에 반한다고 속단하기 어렵다’는 이유로 다시 원심판결을 일부 破棄하였다(대법원 2014. 12. 11. 선고 2014다53462 판결).

부동산에 관하여 경매개시결정에 따른 압류가 행하여진 경우와 마찬가지로 볼 수는 없다.

따라서 채납처분압류가 되어 있는 부동산이라고 하더라도 그러한 사정만으로 경매절차가 개시되어 경매개시결정등기가 되기 전에 부동산에 관하여 민사유치권을 취득한 유치권자가 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 없다고 볼 것은 아니다.

다. 피고들은 이 사건 호텔에 관하여 경매절차가 개시되어 경매개시결정등기가 마쳐지기 전에 이 사건 호텔에 관한 유치권을 취득하였다는 것이므로, 만약 피고들이 민사유치권자로 인정된다면 앞서 본 법리에 비추어 볼 때 피고들이 유치권을 취득하기 전에 이 사건 호텔에 가압류등기나 채납처분압류등기가 되어 있었다고 하더라도 그러한 사정만으로 이 사건 경매절차의 매수인에게 유치권을 행사할 수 없는 것은 아니다.”(밀출-필자)

(2) 反對意見: 上告棄却

반대의견은 아래와 같은 이유로 상고를 기각하여야 한다고 판시하였다.

“가. 대법원판례가 명시적으로 반복하여 선언하고 있는 바와 같이 민사집행절차인 경매절차에서 압류의 효력이 발생한 후에 점유를 이전받는 등으로 유치권을 취득한 경우 그 유치권의 취득은 압류의 처분금지효에 저촉되는 것이고, 그렇기 때문에 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없는 것이다. 채납처분압류의 법적 효력인 처분금지효가 경매절차에서의 압류의 처분금지효와 동일한 이상 채납처분압류 후에 점유를 이전받는 등으로 유치권을 취득하는 경우 그 유치권의 취득이 채납처분압류의 처분금지효에 저촉되는 것은 당연한 이치이다.

나. 국세징수법에 의한 채납처분절차는 압류로써 개시되고, 채납처분에 의한 부동산 압류의 효력은 민사집행절차에서 경매개시결정의 기입등기로 인한 부동산 압류의 효력과 같으므로, 조세채납자 소유의 부동산에 채납처분압류등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 조세채납자가 제3자에게 그 부동산의 점유를 이전하여 유치권을 취득하게 하는 행위는 채납처분압류권자가 채납처분압류에 의하여 파악한 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 채납처분압류의 처분금지효에 저촉되므로 유치권으로써 공매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.

나아가 채납처분에 의한 부동산 압류 후 그 부동산에 관하여 개시된 경매절차에서 부동산이 매각되는 경우에 마치 공매절차에서 부동산이 매각된 것과 같이 매수인이 채납처분압류의 부담을 인수하지 아니하고 채납처분압류등기가 말소되는바, 선행하는 채납처분압류에 의하여 채납처분압류권자가 파악한 목적물의 교환

가치는 그 후 개시된 경매절차에서도 실현되어야 하므로, 채납처분압류의 효력이 발생한 후에 채무자로부터 점유를 이전받아 유치권을 취득한 사람은 유치권으로 써 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 보아야 한다.”(밑줄·필자)

## [ 研 究 ]

### I . 問題의 提起

1. 유치권<sup>6)</sup>은 타인의 물건이나 유가증권을 점유한 자가 그 물건이나 유가증권에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에, 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 목적물을 유치할 수 있는 권리를 말한다(민법 제320조 제1항). 우리 민법상 유치권의 대상에는 동산뿐만 아니라 부동산도 포함되는데, 부동산에 대하여 유치권을 인정한다는 점은 독일, 오스트리아, 스위스 민법과 구별된다.<sup>7)</sup> 유치권은 법적으로 우선 변제권이 보장되는 것은 아니나, 목적물 권리자 또는 제3자에게 물건의 유치를 통하여 사실상 우선변제권을 가지는 특징이 있는바(민사집행법 제91조 제5항 참조), 유치권의 점유를 통한 사실상 우선변제권능과 우리 민법이 취하고 있는 부동산물권에 관한 성립요건주의가 충돌하여 실무상 많은 난제를 양산하고 있다. 대상판결도 이러한 난제의 연장선상에 있는 사안이라고 할 수 있다.

2. 필자가 法官으로 재직하면서 2011년 7월부터 7개월 간 경매담당판사로 근무를 할 기회가 있었는데, 유치권자가 가지고 있는 사실상 우선변제권능으로 인하여 경매절차가 매우 불안정해지는 경우를 직접 목도할 수 있었다. 신축건물의 경매에 있어서 현황조사나 매각물건명세서에 아무런 표시가 없음에도 불구하고 유치권을 주장하는 자가 나타나 매수가격이 하락하거나 유찰되는 경우, 경매 과정에서 유치권 신고를 하였으나 유치권의 피담보채권액이 불투명하거나 허위 유치권으로 의심되어 근저당권자 등이 유치권부존재확인인 소를 제기하여 장기간 경매가 중지되는

6) 유치권에는 민사유치권, 상사유치권이 있는바, 이 논문에서 특별한 언급이 없는 한 ‘유치권’은 ‘민사유치권’을 지칭한다.

7) 유치권에 대한 각국의 입법례에 대하여는 梁彰洙, “留置權의 發生要件으로서의 「債權과 物件 간의 牽聯關係」”, **民法研究**, 제1권(박영사, 1991), pp. 236-238; 이동진, “「물권적 유치권」의 정당성과 그 한계”, **민사법학**, 제49-1호(2010. 6), pp. 54-70 참조.

경우, 경매가 종료되어 낙찰자(매수인)가 부동산을 인도받으려고 하는 상황에서 유치권을 주장하는 자가 나타나 부동산인도에 장애가 발생하는 경우<sup>8)</sup> 등을 통하여 왜 유치권을 ‘不動產 競賣의 公敵’이라고 하는지 실감할 수 있었다.

경매의 현황을 실증적으로 분석한 연구에 따르면, 유치권의 부담이 있는 경매목적물의 평균 유찰회수는 2.22회인 반면, 그렇지 않은 경매목적물의 평균 유찰회수는 1.27회였고, 유치권의 부담이 있는 경매목적물의 매각대금은 그렇지 않은 경매목적물의 매각대금에 비하여 약 21.8% 적었다고 한다.<sup>9)</sup>

현행 민사집행법상 유치권자가 경매절차에서 유치권신고를 하지 않았다 하더라도 유치권의 효력을 인정받을 수 있어 유치권자에게 신고의무가 인정되지 않는 점,<sup>10)</sup> 유치권을 매각물건명세서에 기재하는 경우에도 통상 ‘甲으로부터 금액 ○○의 □□ 채권을 피담보채권으로 하는 유치권 주장이 있으나 성립여부는 불분명함’으로 표시하는 기재례,<sup>11)</sup> 유치권의 존부 내지 피담보채권액을 정확히 가려내기가 어려워 최저매각가격 산정시 유치권의 피담보채권액을 고려하지 못하는 실무, 유치권이 매수인에게 대항할 수 있는 유치권인지 여부가 불분명하여 일반인이 경매 입찰에 참여하기 어려운 사정 등 유치권으로 인하여 경매의 어려움이 가중되고 있는 상황이다.<sup>12)</sup>

3. 이와 같은 유치권으로 인한 피해를 시정하고자 유치권의 효력을 제한하려는 노력이 학계와 실무에서 공통적으로 있어 왔으며, 대표적으로 경매개시결정등기가

8) 위와 같은 경우에 매수인은 부동산인도명령(민사집행법 제136조 제1항)을 통해 간이한 방법으로 부동산의 인도를 구할 수 있으나, 부동산인도명령은 통상 심문의 방법으로 신속하게 결정하여야 하는 것으로 경매담당 판사로서는 유치권의 성립에 대한 소명자료가 제출된 경우에 이를 무시하고 부동산인도명령을 인용하기가 쉽지 않다. 이 경우에 매수인으로서 부동산 인도청구의 소를 정식으로 제기해야 할 것이다[대법원 1971. 9. 28. 선고 71다1437 판결(집 19(3)민, 15) 참조].

9) 박혜웅·남기범, “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가 차이에 미친 영향 분석”, **한국정책연구**, 제11권 제3호(2011), p. 134 이하.

10) 유치권제도를 개선하기 위하여 유치권자에게 신고의무를 인정하여야 한다는 주장이 제기되고 있다. 崔東弘·劉銑鍾, “부동산경매에서 유치권신고의 의무화”, **법조**, 제643호(2010. 4) 참조.

11) **법원실무제도 민사집행** [II], 법원행정처(2014), pp. 165-166 참조.

12) 경매실무에 있어서 유치권으로 인하여 생기는 문제점에 관하여는 金永斗, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, **土地法の 理論과 實務**(至嚴 李善永博士華甲紀念)(법원사, 2006), pp. 204-212; 이정엽, “부동산경매와 유치권”, **부동산소송**(유로, 2010), pp. 381-384 참조.



기입되어 압류의 효력이 발생한 후에 취득한 유치권으로는 매수인에게 대항할 수 없다는 판례가 형성되었다.<sup>13)</sup>

그런데 본 대상판결의 핵심 쟁점은 ‘채납처분압류 후 민사집행절차(강제경매절차, 임의경매절차)가 개시되기 전에 성립한 유치권을 가지고 선행저당권자 또는 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있는지 여부’에 있다고 할 것인바, 다수의견은 유치권의 효력을 인정하고 있고, 반대의견은 기존에 형성되어 온 위 판례의 논리의 연장선상에서 유치권의 효력을 인정하여서는 아니 된다고 판시하고 있다.

필자가 본 대상판결을 평석하고자 하는 기본적인 이유는, 과연 대상판결이 유치권의 효력을 제한하여 온 기존의 법리에 충실한 것인지에 대한 의문이 들었기 때문이다. 이하에서는 이러한 문제의식 하에 대상판결을 연구하고자 하며, 이를 위하여 (1) 채납처분 절차와 채납처분압류의 효력에 관하여 검토하여 과연 채납처분압류의 효력이 경매개시결정등기의 효력과 다른 것인지 살펴보고, (2) 채납처분압류의 효력이 경매개시결정등기의 효력과 같다면, 과연 채납처분압류 후 성립한 유치권은 압류의 처분금지효에 저촉된다는 이유 등으로 그 효력을 제한하여야 하는 것이 아닌지 검토하고, 이를 위하여 유치권에 대한 효력제한의 법리를 압류의 처분금지효를 중심으로 비판적으로 논하고, (3) 유치권의 특징에 비추어 유치권의 효력을 제한하기 위한 법리로 압류의 처분금지효가 설득력이 부족하다면, 유치권의 남용의 법리에 근거하여 유치권의 대항력을 판단하여야 하는 것이 아닌지 검토함으로써 대상판결의 다수의견과 반대의견의 타당성에 관하여 논하고자 한다.

## II. 滯納處分 節次와 滯納處分押留의 效力

### 1. 問題點

대상판결에서 충주시 앞으로 채납처분압류등기가 마쳐진 후에 피고들은 유치권을 취득하였다. 피고들의 유치권의 효력을 논하기 위하여 논의에 필요한 범위 내에서 채납처분의 절차와 채납처분압류의 효력에 대하여 살펴보기로 한다.

<sup>13)</sup> 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결(공 2005하, 1503); 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결(공 2007상, 263); 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결(공 2012상, 4) 등 참조.

## 2. 滯納處分の 節次<sup>14)</sup>

(1) 각 개별세법이 정하는 과세요건의 충족으로 추상적으로 성립된 조세채권은 납세자의 신고행위 또는 과세관청의 과세처분에 의하여 구체적으로 확정되는데, 확정된 조세채권을 납세자가 임의로 이행하지 않을 경우 과세관청은 자력집행권에 근거하여 조세채권의 실현을 위한 체납처분절차에 들어가게 된다. 그 내용은 과세관청이 납세자의 재산을 압류한 후(제1단계: 압류) 이를 매각하여(제2단계: 환가) 그 대금을 조세에 배분·충당하거나(제3단계: 배당), 다른 집행기관이 개시한 강제 환가절차에서 교부청구를 하거나, 그 압류에 참가하여 조세채권을 실현하는 것이다.<sup>15)</sup>

체납 처분 압류 후 압류한 재산을 금전으로 바꾸는 ‘환가’의 방법에는 공매와 수의계약이 있는데(국세징수법 제61조, 제62조), 수의계약에 의한 매각은 절차의 공정성을 확보하기 어렵다는 점에서 그 이용이 지극히 예외적이므로 공매에 의한 매각이 주로 이루어지고 있다.<sup>16)</sup> 공매는 2002년 4월 이후 세무서가 행하지 않고 한국자산관리공사가 관할 세무서장으로부터 권한을 위임받아 행해지고 있다.<sup>17)18)</sup>

(2) 경매절차에 있어서 경매개시결정에 따른 압류의 효력이 발생하면, 바로 집행관에게 현황조사명령을 내리고(민사집행법 제85조 제1항), 압류의 효력 발생 후 1주 이내에 배당요구의 종기결정 및 공고가 이루어지는 등(민사집행법 제84조 제3항) 압류의 효력 발생은 매각절차의 진행으로 직결된다. 반면 체납처분에 있어서는 체납처분압류 후 실제로 공매절차를 바로 진행하는 경우는 드물기 때문에 체납처분압류가 바로 매각절차의 진행을 의미하는 것은 아니다.<sup>19)20)</sup>

---

14) 대상판결에 있어서 충주시의 체납처분압류등기는 2005. 9.에 기입된 것인데, 뒤에서 보는 바와 같이 국세징수법이 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 대폭 개정되었는데, 이하의 설명은 현재 시점에도 유효하나 2005. 9. 당시에도 유효한 체납처분 절차를 기술한 것이다.

15) 조세법총론 I, 사법연수원(2014), p. 229.

16) 김하중, 국세징수법 해설과 실무(삼일인포마인, 2012), p. 658.

17) 한상국·안경봉·마정화, 경매·공매제도 비교를 통한 체납조세 징수업무의 합리화 방안(한국조세연구원, 2007), p. 27.

18) 한국자산관리공사는 세무서장의 지휘감독을 받지 않고 자신의 권한으로 공매를 하므로, 한국자산관리공사가 한 공매처분에 대한 항고소송의 피고 적격자는 세무서장이 아닌 한국자산관리공사가 된다(대법원 1989. 10. 13. 선고 89누1933 판결).

19) 이천교, “체납처분의 실무와 문제-부동산압류 및 공매절차의 실무를 중심으로”, 민사 집행법연구, 제7권(2011), p. 250 참조.

20) 이와 같이 압류 이후에 진행되는 체납처분의 공매절차와 경매의 매각절차의 차이는,

채납처분에 있어서 **실제** 공매를 진행하는 경우에는 ‘공매공고’를 하여야 하는데(국세징수법 제67조), ‘공매공고’란 세무서장 등이 불특정다수인에게 압류재산의 공매방법 등을 알리는 일종의 청약의 유인으로서의 성격과, 근저당권자 등 매각대금에서 배분받을 권리를 가지는 자에 대하여 권리행사를 최고하는 행정처분의 성격을 검유하고 있다.<sup>21)</sup> ‘공매공고’의 경우 그 내용이 등기부에 기입되지 않아 불완전한 공시방법이라고 할 수 있는바, 공매사실을 모르는 이해관계인에게 예측하지 못한 피해를 줄 수 있다는 비판이 대두되어 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정된 국세징수법은 공매공고에 대한 등기 제도를 신설하였다(국세징수법 제67조의2).<sup>22)</sup>

경매와 마찬가지로 공매에 있어서 입찰을 통해 매각예정가격 이상인 최고액의 입찰자를 낙찰자로 하고(국세징수법 제73조 제2항), 낙찰자에게 공매 대상 물건을 매각하기로 하는 매각결정을 하면서 매수인에게 매각대금의 납부기한을 정하고(국세징수법 제75조), 매수인이 이를 납부하면 이를 가지고 과세관청, 배당절차에 참가할 수 있는 채권자에게 배분한다(국세징수법 제81조).

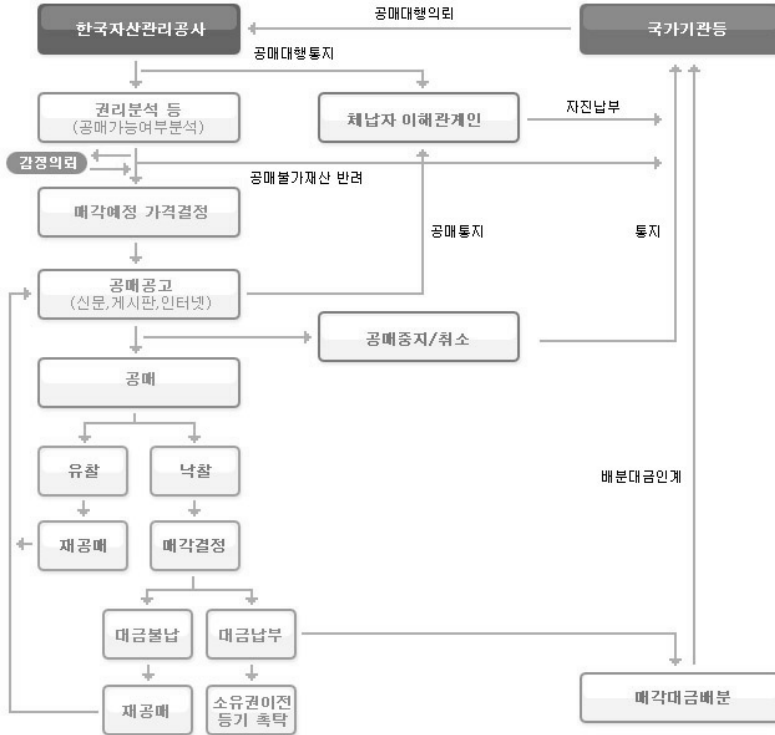
---

뒤에서 보는 바와 같이, 대상판결의 다수의견의 중요한 논거가 된다.

21) 김하중(주 16), p. 678.

22) 2011. 4. 4. 법률 제10527호로 개정된 국세징수법은 채납절차를 경매절차와 유사하게 진행될 수 있도록 여러 가지 사항을 개정하였는바, 그 핵심 개정 내용은 아래와 같다. ① 매각물건에 대한 정확한 현황분석을 통해 입찰 참가를 적극 독려하고자 ‘공매대상 재산 현황조사 및 공매재산명세서 작성 의무화’(국세징수법 제62조의2, 제68조의3), ② 공매가 개시되었음을 등기부에 공시함으로써 불측의 피해자가 없도록 하기 위한 ‘공매공고에 대한 등기 제도’ 신설(국세징수법 제67조의2), ③ 입찰 전에 공매물건에 대한 권리관계를 확정함으로써 입찰가격 산정에 필요한 정보를 제공하기 위한 ‘배분요구 종기제도’의 도입(국세징수법 제68조의2), ④ 가압류채권자, 집행권원을 가지고 있는 채권자를 보호하기 위하여 위 채권자들에 대한 배분요구 권한 인정(같은 조 제1항 제6호, 제7호), ⑤ 경매절차에 있어서 ‘배당표에 대한 이의’와 같이 배분이 완료되기 전에 사전적으로 배분을 다툴 수 있도록 ‘배분에 대한 이의신청제도’ 신설(국세징수법 제83조의2) 등이 개정의 주요 내용이다. 위와 같은 국세징수법의 개정내용에 대하여는 김현식, “개정 「국세징수법」 「공매절차」 중심 해설”, 법무사(2011. 8) 참조.

이와 같은 체납처분의 절차를 요약하면 아래 그림과 같다.<sup>23)</sup>



### 3. 滯納處分押留의 效力

#### (1) 處分禁止의 效力

부동산 등에 대한 압류의 효력은 그 압류등기가 완료한 때에 발생하는데(국세징수법 제47조 제1항), 체납처분압류는 경매개시결정등기와 마찬가지로 체납자(채무자)의 특정재산에 관하여 처분을 금지하는 ‘處分禁止效’가 있다는 점에 대하여는 이설이 없다.<sup>24)</sup> 따라서 체납자는 해당 재산을 다른 곳에 양도하거나 담보권 또는

23) 이 그림은 <http://www.onbid.co.kr>의 캠프공매절차 설명에 있는 그림이다(2015. 1. 10. 방문).

24) 성기문, “국세징수법상의 압류의 효력”, **재판자료**, 제61집(법원도서관, 1993), p. 409; 송쌍중·이승문, **국세징수법론**(도서출판 나라, 2009), p. 244; **조세법총론 I**, 사법연수

용익권을 설정하는 등으로 처분하여도 체납처분압류를 한 자에게 대항하지 못하며, 체납처분압류에 기하여 공매가 실시된 경우에 매수인에게 대항할 수 없다.

이러한 처분제한의 효력은 상대적이다. 처분행위의 당사자, 즉 체납자와 제3취득자(소유권 또는 담보권 등을 취득한 자) 사이에서는 그 거래행위가 전적으로 유효하나, 단지 압류등기를 마친 자에 대해서는 유효를 주장할 수 없는 것이다. 따라서 압류의 해제(국세징수법 제52조) 등의 사유로 압류등기가 말소된 경우에는 처분제한의 효력은 소멸하고 체납자의 처분행위는 완전히 유효하게 된다.

### (2) 交付請求의 效力

첫 경매개시결정등기 전에 압류를 한 조세채권자는 압류등기으로써 교부청구의 효력을 주장할 수 있는바, 배당요구를 하지 않더라도 배당에서 제외될 수 없다.<sup>25)</sup>

그리고 원래 경매절차와 국세체납처분에 의한 공매는 각각 독자적으로 진행할 수 있고 양 절차 중 먼저 진행된 절차에서 소유권을 취득한 자가 진정한 소유자로 확정되는데,<sup>26)</sup> 일단 경매절차에서 매각이 이루어진 경우에는 압류등기에 관계된 국세에 대하여도 앞서 본 바와 같이 교부청구의 효력이 인정되어 배당절차를 진행하여야 한다. 이 경우에 체납처분에 따른 압류등기는 ‘매수인이 인수하지 아니한 부동산의 부담(민사집행법 제144조 제1항 제2호)’에 해당하므로 말소의 대상이 된다.<sup>27)</sup>

### (3) 기타 체납처분압류의 효력

(가) 체납처분에 의하여 납세자의 재산을 압류한 경우에 있어 다른 국세·가산금·체납처분비 또는 지방세의 교부청구가 있는 때에는, **압류**에 관계되는 국세·가산금 또는 체납처분비가 **교부청구된** 다른 국세·가산금·체납처분비와 지방세에

원(2014), p. 240; 김하중(주 16), p. 163; 한상국·안경봉·마정화(주 17), p. 18.

25) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96다51585 판결(공 1997, 769) 참조. 그러나 첫 경매개시결정등기 전에 압류를 하지 아니한 조세채권자는 배당요구의 종기까지 교부청구를 한 조세에 대하여만 배당받을 수 있다.

26) **법원실무제요 민사집행[II]**, 법원행정처(2014), p. 412 참조.

27) 압류등기에 관계된 조세채권의 경우, 우선변제가 인정되는 채권이기는 하나(국세기본법 제35조 제1항 본문, 지방세법 제99조 제1항 본문) 조세채권의 법정기일 전에 설정된 저당권·전세권으로 담보되는 채권이 있는 경우에는 배당에 있어서 위 피담보채권보다 후순위가 된다. 이 경우에 압류등기에 관계된 조세가 전부 다 징수되지 않을 수도 있으나, 매수인에게 변제되지 않은 조세에 대한 부담을 지우는 것은 경매절차의 안정과 신뢰에 반하므로, 일반 배당절차에서 고려된 압류등기는 전부 말소의 대상이라고 봄이 상당하다.

우선하여 징수하여야 하는데(국세기본법 제36조), 이를 ‘압류선착주의’라고 한다.

‘압류선착주의’는 다른 조세채권자보다 조세채무자의 자산 상태에 주의를 기울이고 조세 징수에 열의를 가지고 있는 징수권자에게 우선권을 부여하고자 하는 취지이므로, 압류선착주의는 조세채권 사이의 우선순위를 정하는 데 적용할 수 있을 뿐, 조세채권과 공시를 수반하는 담보물권 사이의 우선순위를 정하는 것에는 적용할 수 없다. 따라서 공시를 수반하는 담보물권이 설정된 부동산에 관하여 ① 담보물권 설정일 以前에 법정기일이 도래한 조세채권과 ② 담보물권 설정일 以後에 법정기일이 도래한 조세채권에 기한 압류가 모두 이루어진 경우, 당해세를 제외한 조세채권과 담보물권 사이의 우선순위는 그 법정기일과 담보물권 설정일의 선후에 의하여 결정하고, 이와 같은 순서에 의하여 매각대금을 배분한 후, 압류선착주의에 따라 각 조세채권 사이의 우선순위를 결정하여야 한다.<sup>28)</sup>

(나) 압류는 국세징수권의 소멸시효의 진행을 중단시키는 효력이 있는데(국세기본법 제28조 제1항), 압류에 의하여 중단된 소멸시효는 압류가 해제된 때로부터 새로 진행한다(국세기본법 제28조 제2항 제4호).

그리고 과세관청이 채권을 압류한 경우에 세무서장은 채권자를 대위할 수 있는바(국세징수법 제41조 제2항), 여기서 대위의 의미는 압류된 채권이 국가에 이전된다는 뜻이 아니라 추심권능만이 추심채권자인 국가에 이전하는 것이다.<sup>29)</sup>

#### 4. 對象判決에 對한 論議

(1) 대상판결은 채납처분에 의한 압류에 기하여 공매절차가 실시된 사안이 아니다. 그러나 채납처분에 의한 압류의 처분금지효는 반드시 공매절차가 실시된 경우에만 발생하는 것이 아니라 채납처분을 압류한 과세관청이 배당에 참여하는 경매절차에서도 그 효력을 발생한다.<sup>30)</sup> 이 사건에서 경매개시결정등기 전에 마친 채납

28) 대법원 2005. 11. 24. 선고 2005두9088 판결(공 2006, 48) 참조.

29) 대법원 1985. 4. 9. 선고 82다카449 판결[집 33(1)민, 140] 참조.

30) 민사집행법 제91조 제3항은 “지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸된다”고 규정하고 있는데, 반드시 저당권에 기한 임의경매절차나 압류채권에 기한 강제경매절차가 진행되어야 위 용익권이 소멸하는 것이 아니고, 위 저당권자·압류채권자가 배당에 참여하는 경매절차에서도 위 용익권이 소멸하는 것이다. 대법원도 ‘근저당권설정등기와 제3의 집행채권자의 강제경매신청 사이에 대항력을 갖춘 주택임차인이 있는 경우에, 주택임차인의 임차권은 경락인에게 대항할 수 없다’는 취지로 판시한 바 있다[대법원 1987.

처분압류등기는 원고에 의한 임의경매절차에서 교부청구의 효력을 가지는바, 이 사건은 체납처분에 의한 압류의 처분금지효가 논의될 수 있는 사안으로, 이 사건 경매절차에 의한 매수인은 체납처분압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위를 부인할 수 있다.<sup>31)</sup>

(2) 대상판결에서 피고들은 채무자에 대하여 이미 변제기에 달한 공사대금채권을 가지고 있었고, 충주시 앞으로 체납처분압류등기가 마쳐진 후에 비로소 점유를 이전받아 유치권을 취득하였다. 대법원은 종전에 ‘경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 후에 채무자가 공사대금 채권자에게 점유를 이전하여 유치권을 취득하게 한 경우, 그 점유의 이전은 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위’라고 판시하였는바,<sup>32)</sup> 이 사건에서도 같은 법리를 적용하여 피고들의 유치권 취득의 효력을 논하여야 하는 것이 아닌지 논의가 필요하다고 할 것이다. 즉 피고들의 유치권은 체납처분압류의 처분금지효에 저촉되어 대항할 수 없는 유치권이 아닌지 문제가 된다고 할 것이다.

### III. 留置權에 對한 效力 制限의 法理에 對한 檢討

#### － ‘押留의 處分禁止效’를 中心으로

##### 1. 問題點

앞에서 언급한 바와 같이 경매절차에서 유치권으로 인한 폐해가 심각하다. 이를 시정하고자 유치권의 효력을 제한하고자 하는 노력이 그동안 학계와 실무에서 공통적으로 있어 왔다. 그 대표적인 것이 ‘압류의 처분금지효’ 법리이다. 위 대상판결에서 반대의견은, 다수의견이 기존에 실시하여 온 ‘압류의 처분금지효’ 법리에 정면으로 반하는 판시를 하고 있다고 비판하고 있다. 이하에서는 ‘압류의 처분금지효’ 법리를 우리 법상 유치권의 특징에 비추어 비판적으로 검토하고, 그 외에 유

3. 10. 선고 86다카1718 판결(공 1987, 636)].

31) 근저당권자인 원고로서도, 피고들의 유치권이 대항할 수 없는 유치권이라는 점을 확인받음으로써 저가낙찰로 인한 법률상의 불안을 제거할 수 있고, 이 사건 경매절차에서 매수인(낙찰자)의 이익을 보호할 수 있는바, 유치권부존재확인 소를 제기할 법률상 이익을 가진다.

32) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결(공 2005, 1503) 참조.

치권의 효력을 제한하기 위한 법리에 대하여 검토하고자 한다.

## 2. 留置權과 押留의 處分禁止效

가. 압류 이후, 즉 경매개시결정 기입등기를 마친 이후에<sup>33)</sup> 유치권을 취득한 경우에 그 유치권은 압류의 처분금지효에 저촉되므로 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없는지를 논의함에 있어 유치권을 아래와 같이 크게 세 가지 유형으로 구별하여 논의하고 있다.<sup>34)</sup>

- ① 유형: 제3자가 압류 전부터 부동산에 관한 채권을 가지고 있었는데, 압류 이후에 채무자로부터 점유를 이전받아 유치권이 성립한 경우
- ② 유형: 제3자가 압류 전부터 부동산을 점유하고 있었는데, 압류 이후에 부동산에 관한 채권을 취득하여 유치권이 성립한 경우
- ③ 유형: 제3자가 압류 후에 채무자로부터 부동산의 점유를 이전받고 그 후 부동산에 관한 채권을 취득하여 유치권이 성립한 경우 또는 압류 후 부동산에 관한 채권을 취득한 상태에서 부동산의 점유를 이전받아 유치권이 성립한 경우

[표 1] 압류와 관련된 유치권의 세 가지 유형

	① 유형 유치권	② 유형 유치권	③ 유형 유치권
채권의 성립	압류 전	압류 후	압류 후
점유 이전	압류 후	압류 전	압류 후

위와 같이 세 가지 유형으로 구별하는 이유는 다음과 같다. 첫째, ① 유형과 ③ 유형에서는 압류 후에 ‘채무자의 점유이전 행위’가 있음에 비하여 ② 유형에서는 ‘압류 후 채무자의 점유 이전 행위’가 존재하지 않고 있다(즉 ‘압류 후 점유 이전 행위’가 없는 ② 유형에 대하여 과연 처분금지효에 반하는 처분행위가 있는지 검

33) 압류는 채무자에게 경매개시결정이 송달된 때 또는 경매개시결정 기입등기를 마쳤을 때 효력이 발생하는바(민사집행법 제83조 제4항), 통상 경매개시결정 후 즉시 기입등기를 촉탁하므로 그 등기를 마친 시점이 채무자에게 결정이 송달된 시점보다 앞서는 것이 일반적이다.

34) 김원수, “압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부”, **판례연구**, 제18집(부산판례연구회, 2007), p. 666 참조; 하상혁, “가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류채권자에게 대항할 수 있는지 가부”, **특별법연구**, 제10권(사법발전재단, 2012), pp. 990-991 참조.



토가 필요하다는 것이다). 둘째, ③ 유형에서는 압류 후에 부동산의 객관적 가치가 증가되었다고 볼 수 있어 그 가치가 경매에 반영될 수 있는 이론상 가능성이 있는 반면, ① 유형에서는 압류 후에 부동산의 객관적 가치 증가 없이 유치권의 부담만 발생한 경우이어서 ③ 유형에 비하여 유치권을 인정할 정당성이 약하다는 것이다.<sup>35)</sup>

#### 나. 판례의 입장

판례는 아래에서 보는 바와 같이 ①, ②, ③ 유형 모두 유치권은 압류의 처분금지효에 저촉되어 매수인에게 대항할 수 없다고 판시하고 있다.

##### (1) ① 유형에 관한 판례

대법원은 공사업자가 이미 공사를 완료한 상황에서 경매개시결정등기 후 공사를 채무자로부터 점유를 이전받아 유치권을 행사한 사안에서 “채무자 소유의 건물 등 부동산에 강제경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채무자가 위 부동산에 관한 공사대금 채권자에게 그 점유를 이전함으로써 그로 하여금 유치권을 취득하게 한 경우, 그와 같은 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉되므로 점유자로서는 위 유치권을 내세워 그 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.”(밀줄 - 필자)고 판시하였다.<sup>36)</sup>

위 판결은 압류의 처분금지효의 법리를 이용해 유치권의 효력을 제한한 최초의 판결이라는 점에서 중요한 가치가 있다.<sup>37)</sup>

35) 이를 근거로 ① 유형의 유치권을 가지고는 매수인에게 대항할 수 없으나, ③ 유형의 유치권으로는 매수인에게 대항할 수 있다고 주장하는 견해가 있는 것이다[김원수(주 34), p. 684 참조].

36) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결(공 2005, 1503).

37) 위 판례와 같은 견해를 취한 일본 문헌으로는 鈴木忠一·三ヶ月章 編輯, 注解 民事執行法(3)(第一法規, 1984), p. 167(石丸俊彦 執筆).

(2) ② 유형에 관한 판례

대법원은 공사업자가 경매개시결정 전에 점유를 시작하였으나, 공사를 경매개시결정 후에 완공한 사안에서 “채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 경우에는 그로써 부동산에 관한 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없는데, 채무자 소유의 건물에 관하여 증·개축 등 공사를 도급받은 수급인이 경매개시결정의 기입등기가 마쳐지기 전에 채무자에게서 건물의 점유를 이전받았다 하더라도 경매개시결정의 기입등기가 마쳐져 압류의 효력이 발생한 후에 공사를 완공하여 공사대금채권을 취득함으로써 그때 비로소 유치권이 성립한 경우에는, 수급인은 유치권을 내세워 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.”(밑줄-필자)고 판시하여 ① 유형에 관한 판례의 연장선상에서, 즉 압류의 처분금지효의 법리에 근거하여 유치권의 효력을 제한하였다.<sup>38)</sup>

(3) ③ 유형에 관한 판례

대법원은, 낙찰자인 원고의 토지인도청구에 대하여 공사업자(피고)가 경매개시결정 이후에 토지를 점유하면서 공사를 하였음을 이유로 유치권의 항변을 한 사안에서 “채무자 소유의 부동산에 경매개시결정의 기입등기가 경료되어 압류의 효력이 발생한 이후에 채권자가 채무자로부터 위 부동산의 점유를 이전받고 이에 관한 공사 등을 시행함으로써 채무자에 대한 공사대금채권 및 이를 피담보채권으로 한 유치권을 취득한 경우, 이러한 점유의 이전은 목적물의 교환가치를 감소시킬 우려가 있는 처분행위에 해당하여 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항에 따른 압류의 처분금지효에 저촉”(밑줄-필자)된다고 판시하여 ① 유형에 관한 판례의 논리를 그대로 적용하여 유치권의 항변을 인정하지 않았다.<sup>39)</sup>

3. 留置權에 對한 押留의 處分禁止效 法理에 對한 批判的 檢討

(1) 問題의 提起

앞서 본 ①, ②, ③ 유형의 유치권에 대하여 압류의 처분금지효에 저촉된다는 이유로 그 효력을 제한할 수 있는지 검토를 하기 위해서는 우선 우리 법상 유치권의

<sup>38)</sup> 대법원 2011. 10. 13. 선고 2011다55214 판결(공 2011, 2348). 같은 취지로는 대법원 2013. 6. 27. 선고 2011다50165 판결(공 2013하, 1294) 참조.

<sup>39)</sup> 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결(공 2007, 263).

성격에 대하여 검토할 필요가 있다.

(2) 留置權의 性格

(가) 유치권은 질권, 저당권과 마찬가지로 담보물권이라는 하나 위 담보물권과 달리 목적물로부터 우선변제권이 인정되지 않는 특징이 있다.<sup>40)</sup> 유치권자는 점유하고 있는 목적물이 환가되는 경우 이로부터 우선변제를 받을 권한이 없는 것이다. 유치권자는 물권인 유치권의 대세적 효력에 기하여 채권의 변제를 받을 때까지 모든 사람에게 대하여 목적물의 인도를 거절할 수 있는 대세적인 인도거절권능을 가질 뿐이다. 그러나 실제로 이러한 대세적인 인도거절권능은 변제를 강제하고 있다는 점에서 유치권의 효력은 막강하다. 물건의 양수인이나 낙찰자는 유치권의 피담보채권을 변제하지 않고서는 물건을 사용·수익할 수 없으므로 사실상 우선변제권능으로 작용하는 것이다.<sup>41)</sup>

(나) 우리 민법은 독일, 스위스와는 달리 부동산에 관하여도 물권으로서의 유치권을 인정하고 있다.<sup>42)</sup> 부동산에 있어서도 대세적인 인도거절권능을 통한 사실상 우선변제권능이 인정되는 것이다. 이는 어떻게 보면 우리 민법이 취하고 있는 부동산물권변동에 있어서 성립요건주의와 충돌한다고 볼 수 있다.

이에 대하여 우리 민사집행법은 ‘매수인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다’(민사집행법 제91조 제5항)고 유치권에 관한 인수주의를 규정하고 있다. 위 조항의 특징은 매수인이 인수해야 하는 유치권에 대하여 **어떠한 제한을 가하고 있지 않다**는 점이다.

위 조항은 ‘지상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 경우에는 매각으로 소멸한다’(같은 조 제3항)는 소멸주

40) 박윤직·김재형, **물권법**[민법강의 II](박영사, 2014), p. 387.

41) 비교법적 관점에서 보면, ‘물건에 관한 지출비용’에 관하여는 미국, 프랑스, 스위스, 일본 등에서 우선변제권을 인정하고 있는데, 이는 위 지출로 인하여 목적물의 가치가 증가하였음을 근거로 한다[이동진(주 7), p. 75 참조]. 우리 법상 유치권의 피보전권리로 자주 거론되는 ‘물건에 관한 지출비용’은 공익비용의 성격을 어느 정도 가지고 있다고 할 것인바, 유치권에 대하여 사실상 우선변제권능을 수여하고 있는 우리 법의 입장(성립요건주의의 구애를 받지 않는 입장)은 그 나름대로의 정당성이 인정되는 것이다. 대법원은 2013. 2. 28. 선고 2010다57350(공 2013, 539) 판결에서도 민사유치권의 피담보채권이 공익비용의 성질을 가지고 있다는 점을 간접적으로 인정하는 판시를 한 바 있다.

42) 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, **민사법학**, 제38호(2007. 9), pp. 235-236 참조; 이동진(주 7), pp. 57-61 참조.

의 조항과 명백히 대비된다. 즉 저당권·압류채권·가압류채권에 대항할 수 없는 용익권은 소멸하는 것이나, 반면 유치권은, 특별한 사정이 없는 한, 대항할 수 없는 유치권이라고 하더라도 소멸하지 않고 매수인이 이를 인수하여야 하는 것이다. 민사집행법 제91조 제5항은 매수인이 인수해야 하는 유치권에 대하여 어떠한 제한을 두지 않고 있으므로, 저당권, 압류채권, 가압류채권과 비교하였을 때 성립시기에 있어서 열후(劣後)에 있는 유치권이라도 특별한 사정이 없는 한 인수하여야 하는 것이다.<sup>43)</sup>

결국 우리 법상 유치권은 원칙적으로 성립요건주의의 구애를 받지 않고, ‘시간에서 앞선 사람은 권리에서도 앞선다(Qui prior est tempore, potior est jure)’라는 법원칙의 예외로 인정되는 것이다.<sup>44)</sup>

이러한 관점에서 보면 ‘근저당권 설정 이후에 취득한 유치권이라도, 특별한 사정이 없는 한, 경매절차의 매수인에게 대항할 수 있다’는 취지의 대법원 판결의 타당성을 인정할 수 있는 것이다.<sup>45)46)</sup>

43) 이와 달리 제91조 제5항의 ‘유치권’을 ‘대항할 수 있는 유치권’으로 한정해서 해석해야 하고, 대항할 수 없는 유치권은 소멸된다는 견해가 있다(차문호, “유치권의 성립과 경매”, **사법논집**, 제42집(법원도서관, 2006), p. 396; 박상언, “저당권 설정 후 성립한 유치권의 효력”, **민사판례연구**[XXXII](박영사, 2010), pp. 366-367 참조). 그러나 이러한 해석은 입법론은 별론으로 하고 현행 민사집행법 명문의 규정에 반하고, 유치권의 특징(유치권은 그 자체가 ‘시간에서 앞선 사람은 권리에서도 앞선다’라는 원칙의 예외로 인정되는 것이다)에 반한다는 점에서 쉽게 채택하기 어렵다.

44) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결(공 2012, 168) 참조. 위 판결(주심 양창수 대법관)은 우리 법상 유치권의 성격에 대하여 명확하게 판시하고 있어 일부를 인용하면 아래와 같다.

“부동산유치권은 대부분의 경우에 사실상 최우선순위의 담보권으로서 작용하여, 유치권자는 자신의 채권을 목적물의 교환가치로부터 일반채권자는 물론 저당권자 등에 대하여도 그 성립의 선후를 불문하여 우선적으로 자기 채권의 만족을 얻을 수 있게 된다. 이렇게 되면 유치권의 성립 전에 저당권 등 담보를 설정받고 신용을 제공한 사람으로서 목적물의 담보가치가 자신이 애초 예상·계산하였던 것과는 달리 현저히 하락하는 경우가 발생할 수 있다. 이와 같이 유치권제도는 ‘시간에서 앞선 사람은 권리에서도 앞선다’는 일반적 법원칙의 예외로 인정되는 것으로서, 특히 부동산담보거래에 일정한 부담을 주는 것을 감수하면서 마련된 것이다.”

45) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결(공 2009, 158). **동일** 대법원 2014. 4. 10. 선고 2010다84932 판결. 반면 대법원은 상사유치권에 대하여는 “이미 선행저당권이 설정되어 있는 상태에서 채권자의 상사유치권이 성립한 경우, ..., 선행저당권자 또는 선행저당권에 기한 임의경매절차에서 부동산을 취득한 매수인에 대한 관계에서는 상사유치권으로 대항할 수 없다.”고 하여 저당권 설정 이후에 취득한 상사유치권은 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 판시하고 있다(대법원 2013. 2. 28. 선고 2010

(3) 留置權에 對한 押留의 處分禁止效 法理에 對한 批判

유치권의 효력을 압류의 처분금지효에 근거하여 제한하려는 법리(이하 ‘처분금지효 법리’라고 한다)는 다음과 같은 점에서 理論的인 難點이 있다.

첫째, 앞서 본 바와 같이 우리 법상 유치권은 성립요건주의의 구애를 받지 않고, 사실상 우선변제를 받도록 설계되어 있다. 즉 유치권이 경매개시결정등기보다 뒤늦게 성립되었다고 하여 그 성립시기의 열후(劣後)에 따라 유치권의 효력을 제한하도록 규정되어 있지 않다. 처분금지효 법리를 판시한 판례는 그 근거로 민사집행법 제92조 제1항, 제83조 제4항<sup>47)</sup>을 거론하고 있다. 그러나 제83조 제4항은 압류의 효력이 언제 발생하는지에 관한 조항에 불과하며, 민사집행법 제92조 제1항은 경매개시결정등기 전이라도 악의의 제3자에 대해서 압류의 효력이 미치게 하려는 조항에 불과하다<sup>48)</sup>(실무상 경매개시결정이 이루어지면 경매개시결정등기가 곧바로 마쳐지므로 별다른 의미가 있는 조항이 아니다). 따라서 위 조항이 처분금지효 법리를 뒷받침할 명확한 법적 근거가 된다고 보기 어렵다.

앞에서 설명한 바와 같이 유치권은 압류의 효력 발생 이후에도 유효하게 취득할 수 있는 것이며, 이 때문에 매수인은, 특별한 사정이 없는 한,<sup>49)</sup> 압류의 효력 발생 이후에 취득한 유치권에 대하여도 피보담채권을 변제할 책임이 있는 것으로 민사집행법 제91조 제5항은 규정하고 있는 것이다. 따라서 현행 민사집행법상 처분금지효 법리에 기하여 유치권의 효력을 제한할 수는 없다고 할 것인바, 처분금지효 법리는 현행 유치권의 본질적인 특징을 간과하였다는 점에서 채택하기 어렵다.

다57350 판결(공 2013, 539)]. 상사유치권의 경우에 민사유치권과는 달리 목적물과 피보전채권의 건련관계를 요하지 않고, 채무자 소유의 물건에 한정해서 성립하는바, 이러한 차이가 과연 위와 같이 대항력에 있어서 차이를 낼 수 있는지에 대하여는 상당한 의문이 있다.

46) 대상판결에서도 피고들은 원고의 근저당권 설정 이후에 유치권을 취득하였는바, 원고는 위 대법원 판결을 알고 있으므로 피고들의 유치권이 원고의 근저당권 설정 이후에 성립되었으므로 대항할 수 없다는 주장을 전개하지 않은 것으로 보인다.

47) 민사집행법 제92조 제1항은 “제3자는 권리를 취득할 때에 경매신청 또는 압류가 있다는 것을 알았을 경우에는 압류에 대항하지 못한다.”라고, 같은 법 제83조 제4항은 “압류는 채무자에게 그 결정이 송달된 때 또는 제94조의 규정에 따른 등기가 된 때에 효력이 생긴다.”라고 규정하고 있다.

48) 編輯代表 金能煥·閔日榮, 註釋 民事執行法(III)(韓國司法行政學會, 2012), pp. 194-195 (성창호 집필) 참조.

49) 특별한 사정은 필자가 뒤에서 논할 ‘유치권의 남용으로 볼 수 있는 경우’가 될 것이다.

둘째, 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위란 당해 부동산을 양도하거나 이에 대해 용익물권, 담보물권 등을 설정하는 행위를 말한다.<sup>50)</sup> 유치권의 경우 처분행위에 기하여 유치권이 성립된 것이 아니라 법률에서 정한 일정한 요건이 충족되어 성립한 것이다. 즉 법정담보물권인 유치권에 대해서 ‘처분행위’에 기하여 권리가 성립되었다고 보기 어려운 것이다.

나아가 ‘처분행위’는 권리 양도 내지 권리 설정을 위한 법률행위를 의미하는 것이지 사실행위를 의미하는 것으로 보기 어렵다. 우리 민사집행법은 부동산 압류 후에 채무자가 해당 부동산에 관하여 변형·개조·파괴 등의 물리적 행위를 하는 것을 하는 것을 방지하기 위하여 “부동산에 대한 침해행위를 방지하기 위한 필요한 조치”를 별도로 하도록 규정하고 있는바(민사집행법 제83조 제3항), 사실적 처분행위에 대하여는 압류의 효력이 미치지 않는다고 할 것이다.<sup>51)</sup>

① 유형의 유치권(제3자가 押留 前부터 부동산에 관한 채권을 가지고 있었는데, 押留 以後에 채무자로부터 점유를 이전받아 유치권이 성립한 경우)은 압류 후 점유의 이전이 있었는바 점유의 이전은 사실행위에 불과하여 압류의 처분금지효가 미치는 처분행위로 보기 어렵다. 따라서 처분금지효 법리를 가지고 ① 유형의 유치권의 효력을 제한할 수 없는바, 처분금지효 법리는 이 점에 있어서도 논리적인 약점이 있다(③ 유형의 유치권 중 압류 후 부동산에 관한 채권을 취득한 상태에서 부동산의 점유를 이전받아 유치권이 성립한 경우도 마찬가지로 처분금지효 법리는 논리적인 약점이 있다).

셋째, ② 유형의 유치권(제3자가 압류 전부터 부동산을 점유하고 있었는데, 압류 이후에 부동산에 관한 채권을 취득하여 유치권이 성립한 경우)은 채무자의 점유 이전에 기하여 성립한 것이 아니라 부동산을 점유한 자가 부동산에 비용을 지출함으로써 성립한 것이다. 처분행위는 債務者의 法律行爲를 전제로 하는 것이므로 채무자가 아닌 不動産 占有者의 支出行爲에 대하여는 압류의 처분금지효가 미치지 않는다. 따라서 ② 유형의 유치권 취득이 압류의 처분금지효에 저촉된다고 보기 어렵다<sup>52)</sup>(③ 유형의 유치권 중 제3자가 압류 후에 채무자로부터 부동산의 점유

50) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결(공 2012, 4) 참조.

51) 이 점에 관한 상세한 논의는 하상혁(주 34), pp. 995-997 참조. 하상혁 부장판사는 점유의 이전이 압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위에 해당한다고 하면 부동산 압류에 점유이전금지처분과 같은 효력을 인정하게 되어 부당하다고 주장한다.

52) 同旨: 서중희, “부동산 유치권의 대항력제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립제한으로서의 재전환”, **성균관법학**, 제24권 제4호, p. 179; 강민성, “민사집행과 유치

를 이전받고 그 후 부동산에 관한 채권을 취득하여 유치권이 성립한 경우에도 처분금지효 법리에 대한 위와 같은 비판이 그대로 적용된다).

요컨대, 압류의 처분금지효에 근거하여 유치권의 효력을 제한하려는 기존의 대법원의 법리는 여러 가지 한계를 노정하고 있으므로, 위 법리에 대한 재검토가 요청된다고 하겠다.

#### 4. 기타 유치권의 효력을 제한 내지 배제하는 법리

##### 가. 민법 제320조 제2항(불법점유) 유추적용 법리

###### (1) 논의의 전개

민법 제320조 제2항은 ‘점유가 불법행위로 인한 경우’에는 유치권이 성립하지 않는다고 규정하고 있는바,<sup>53)</sup> 압류 후에 유치권을 취득한 자에 대하여는 불법점유를 이유로 유치권의 성립을 부인하거나 위 조항을 유추적용하여 유치권의 효력을 제한하려는 주장이 있다. 압류 후에 유치권을 취득한 채권자에게는 유책사유와 위법성이 인정되어 불법점유가 인정되므로 유치권이 성립되지 않는 견해,<sup>54)</sup> 부동산 압류 이전부터 당해 부동산을 점유하고 있던 자라도, 당해 부동산에 관하여 압류가 이루어졌음을 알면서 당해 부동산에 관하여 필요비나 유익비를 지출한 경우(② 유형의 유치권)에는 민법 제320조 제2항을 유추적용하여 매수인에게 유치권을 주장할 수 없다는 견해<sup>55)</sup> 등이 이에 속한다.<sup>56)</sup> 이에 대하여 대법원이 위 법리의 인

---

권 - 이미 가압류 또는 압류가 이루어졌거나, 저당권이 설정된 부동산에 관하여 취득한 점유 또는 건련성 있는 채권으로써 경매절차에서 그 부동산을 매수한 사람을 상대로 유치권을 내세워 대항하는 것이 허용되는지 여부에 관하여 -”, **사법논집**, 제36집(법원도서관, 2003), p. 77; 이혁, “유치권의 제한”, **판례연구**, 제24집(부산판례연구회, 2013), p. 441; 김원수(주 34), p. 682; 박상언(주 43), p. 362 참조.

53) 독일민법은 제273조 제2항에서 ‘고의의 불법행위에 의하여 목적물을 취득한 경우’에 유치권을 배제하고 있으며, 스위스민법 제896조 제2항은 ‘공서양속에 위반되는 경우’에 유치권을 배제하고 있고, 일본 민법은 ‘점유가 불법행위로 시작된 경우’에 유치권을 배제하고 있다[이에 대한 비교법적 고찰로는 차문호(주 43), pp. 380-381 참조].

54) 서종희(주 52), pp. 177-183 참조.

55) 강민성(주 52), pp. 77-78 참조.

56) 위 불법점유 유추적용 법리는 저당권이 설정된 부동산에 관하여 유치권을 취득한 경우에도 주장되고 있는바, ‘저당권이 설정된 부동산의 점유를 취득한 뒤 이미 목적물에 관하여 저당권이 설정되어 있는 사실을 알면서도 당해 부동산에 필요비나 유익비를

정여부에 관하여 판시한 바는 없다.<sup>57)</sup>

(2) 批判

‘불법행위로 인한 점유’에 있어서 불법행위는 민법 제750조의 불법행위를 의미한다는 것이 통설인바,<sup>58)</sup> 이러한 견해는 문언에 정확히 부합하는 해석일 뿐만 아니라 ‘불법행위’라는 용어는 민법의 단일법 체계 내에서 가급적 통일적으로 해석하여야 하는 점에 비추어 타당하다.

그렇다면 압류 이후에 유치권을 취득하는 행위가 불법행위에 해당하는가? 이에 대하여는 아래의 논거에 비추어 부정적으로 봄이 상당하다.

첫째, 압류의 효력에 반하는 행위를 한다고 하더라도 압류채권자에 대한 관계에서만 효력이 없는 것에 불과하므로, 그러한 행위에 대하여 민법 제750조의 불법행위가 가지는 보편적·일반적 효과를 부여할 수 없는 것이다. 나아가 이를 불법행위라고 한다면, 압류채권자의 집행취소신청 등의 사유로 압류가 해제되거나 취소된 경우에 불법행위였던 유치권 취득행위가 갑자기 적법한 행위로 둔갑한다고 보아야 하는 것은 아닌지 理論的 難點이 있는 것이다.<sup>59)</sup>

둘째, 앞에서 논한 바와 같이 우리법상 압류의 효력 발생 이후에도 유치권을 취득할 수 있고, 매수인은, 특별한 사정이 없는 한, 압류의 효력 발생 이후에 취득한 유치권에 대하여도 피담보채권을 변제할 책임이 있는 것으로 해석된다. 이처럼 원칙적으로 유치권 취득 시기에 관하여 제한을 두고 있지 않은 우리 법의 입장에서 볼 때, 압류 이후에 유치권을 취득하는 행위를 가지고 불법행위로 보기 어렵다.

---

지출한 경우에는 민법 제320조 제2항을 유추적용하여 경매절차에서 매수인을 상대로 유치권을 내세워 대항하는 것이 허용되지 않는다'고 주장한다[강민성(주 52), pp. 91-92 참조]. 대전고등법원 2004. 1. 15. 선고 2002나5475 판결은 위 견해를 일정 부분 수용하여 판시하였으나, 상고심(대법원 2006. 6. 29. 선고 2004다11971 판결)에서는 이 부분에 관하여 판시하지 않았다. 위 판결에 대한 평석으로는 오시영(주 42) 참조.

57) 日本의 경우 最高裁判所는 昭和 51(1976). 6. 17. 판결(민집 30권 6호 616면)에서 ‘점유할 권한이 있는 상태에서 점유 목적물에 유익비를 지출하였다고 하더라도 나중에 그 점유권한이 소급적으로 소멸하였고, 그 비용 지출 당시 그 소멸 가능성을 알았거나, 몰랐다 하더라도 그 소멸 가능성을 의심하지 않은 데에 과실이 있는 때에도 목적물 점유자의 유치권 행사를 인정할 수 없다’는 취지로 판시하여 불법점유 유추적용 법리를 긍정하였다.

58) 編輯代表 郭潤直, 民法注解[VI](박영사, 1999), p. 296(胡文赫 執筆); 이영준, 물권법(박영사, 2009), p. 774; 이은영, 물권법(박영사, 2002), p. 663.

59) 同旨: 차문호(주 43), p. 399.



셋째, 압류가 있더라도 압류는 부동산에 대한 채무자의 관리·이용에 영향을 미치지 아니하는바(민사집행법 제83조 제2항), 압류가 채무자의 사용·수익권을 박탈하지는 않는다. 따라서 이 경우에 채무자가 사용·수익권에 의거하여 제3자로부터 해당 부동산을 사용·수익하도록 하여 유치권이 발생한 경우에, 그와 같은 행위를 불법행위로 포섭할 수 있는지 의문이 들 수밖에 없다.

요컨대 위 불법점유 유추적용 법리는 극복하기 어려운 이론적 난점이 있으므로 유치권 제한 내지 배제의 법리로 적합하다고 보기 어렵다.<sup>60)</sup>

#### 나. 신의칙에 기한 제한

대법원은 상사유치권에 관한 사안이기는 하지만, “유치권의 성립에 의하여 저당권자 등이 그 채권 만족상의 불이익을 입을 것을 잘 알면서 자기 채권의 우선적 만족을 위하여 위와 같이 취약한 재정적 지위에 있는 채무자와의 사이에 의도적으로 유치권의 성립요건을 충족하는 내용의 거래를 일으키고 그에 기하여 목적물을 점유하게 됨으로써 유치권이 성립하였다면, 유치권자가 그 유치권을 저당권자 등에 대하여 주장하는 것은 다른 특별한 사정이 없는 한 신의칙에 반하는 권리행사 또는 권리남용으로서 허용되지 아니한다”(밀줄-필자)고 판시함으로써 유치권 행사를 신의칙에 기하여 제한할 수 있음을 판시하였다.<sup>61)</sup>

유치권의 폐해를 시정하고자 하는 법원의 적극적인 의지를 읽을 수 있는 판결로, 유치권의 행사를 신의칙에 기하여 제한할 수 있는 경우를 구체적으로 명확히 하였다는 점에서 의미가 있다.

## IV. 對象判決에 對한 分析

### 1. 問題點

대상판결의 핵심 쟁점은 ‘체납처분압류 후 민사집행절차(강제경매, 임의경매)가 개시되기 전에 성립한 유치권을 가지고 선행저당권자 또는 경매절차의 매수인에게

60) 저당권이 설정된 부동산에 관하여 유치권을 취득한 경우에도 앞에서 본 바와 같이 ‘불법점유 유추적용 법리’가 주장되고 있는바, 위 주장에 대하여도 위와 같은 비판이 가능하다.

61) 대법원 2011. 12. 22. 선고 2011다84298 판결(공 2012, 168).

대항할 수 있는지 여부'에 있다. 위 쟁점에 대하여 다수의견과 반대의견은 첨예한 대립각을 보였는바, 이에 대하여 구체적으로 검토하고자 한다. 논의의 편의를 위하여 반대의견부터 검토하고자 한다.

## 2. 反對意見에 對한 檢討

(1) 반대의견의 핵심 논리는 '채납처분압류의 법적 효력인 처분금지효가 경매절차에서의 압류의 처분금지효와 동일한 이상, 채납처분압류 후에 유치권을 취득하는 행위는 처분금지효에 저촉된다'는 것이다. 이는 유치권의 효력을 압류의 처분금지효에 근거하여 제한하여 온 기존 대법원의 판시에 매우 충실한 입장으로 처분금지효 법리를 논리적으로 관철하면 충분히 수긍할 수 있는 법리이다.

그러나 필자는 이미 앞에서 처분금지효 법리의 이론적인 난점에 관하여 상세히 기술하였다. 처분금지효 법리는 현행 유치권의 성격을 간과하였고, 유치권 취득을 위한 '점유의 이전'이나 '비용 지출 행위'는 사실행위에 불과하여 처분행위라고 보기 어려운바, 처분금지효 법리는 채택하기 어렵다. 따라서 대상판결의 반대의견은 무리한 처분금지효 법리를 그대로 관철하고 있다는 점에서 그 정당성을 쉽게 인정하기 어렵다.

(2) 반대의견은 논거를 보강하기 위하여 다음과 같은 취지로 판시하였다.

‘채납처분에 의한 부동산 압류 후 그 부동산에 관하여 개시된 경매절차에서 그 부동산이 매각되는 경우에 채납처분압류등기가 말소되므로, 선행하는 채납처분압류에 의하여 채납처분압류권자가 파악한 목적물의 교환가치는 그 후 개시된 경매절차에서도 실현되어야 한다. 따라서 채납처분압류의 효력이 발생한 후에 유치권을 취득한 사람은 그 유치권으로써 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다.’

그런데 채납처분압류권자가 파악한 목적물의 교환가치는 어떤 경우에도 보장받아야 하는지 의문이 있다. 앞에서 논한 바와 같이 우리 법상 유치권은 성립요건주의의 구애를 받지 않고, 사실상 우선변제를 받도록 설계되어 있어 압류의 효력 발생 이후에도 취득할 수 있는 것인바, 채납처분압류권자가 파악한 목적물의 교환가치는 그 후에 성립한 유치권에 의하여 보장받지 못하는 경우도 발생할 수도 있는 것이다. 이는 저당권자가 파악한 교환가치가 그 후에 성립한 유치권에 의하여 보장받지 못할 수 있다는 법리<sup>62)</sup>와 같은 맥락으로 이해될 수 있다.

따라서 체납처분압류권자가 파악한 목적물의 교환가치가 보장되어야 함을 전제로 한 반대의견의 판시는 쉽게 수긍하기 어렵다.

(3) 요컨대 대상판결에 있어서 충주시 앞으로 체납처분압류등기가 마쳐진 후에 피고들이 유치권을 취득하였다는 이유만으로 압류의 처분금지효를 근거로 피고들의 유치권의 효력을 제한하려는 반대의견은 따르기 어렵다.

### 3. 多數意見에 對한 檢討

(1) 다수의견의 핵심논리는 다음과 같다.

‘부동산에 관하여 이미 경매절차가 개시되어 진행되고 있는 상태에서 취득한 유치권의 행사를 허용하는 경우에 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받게 되므로, 이러한 경우에는 매수인에게 유치권을 행사할 수 없다. 그러나 체납처분압류 이후에 유치권을 취득한 경우에는, 그 압류에 의해 매각절차인 공매절차가 개시된 것으로 볼 수 없고, 민사집행절차인 경매절차가 개시되었다고 볼 수 없으므로 체납처분압류등기가 있었다는 사정만으로 유치권의 효력을 제한할 수 없다.’

부동산에 관하여 경매개시결정등기가 기입된 경우는 곧바로 매각절차가 진행되어 경매절차가 실질적으로 개시되고 있는 것으로 평가할 수 있지만, 체납처분압류등기가 기입된 경우에는 매각절차인 공매절차(민사집행절차인 경매절차)가 곧바로 수반되지 않으므로 공매절차(경매절차)가 **실질적으로** 개시되었다고 평가할 수 없어 경매개시결정등기와 체납처분압류등기를 같은 선상에서 논의하여서는 아니 된다는 것이다.

이는 체납처분절차의 실무를 염두에 둔 법리이다. 앞에서 설명한 것처럼 경매개시결정에서의 압류는 매각절차의 진행으로 직결된다. 반면 체납처분에 있어서는 체납처분압류 후 실제로 공매를 바로 진행하는 경우는 드물고, 실제 공매를 진행하는 경우에는 공매공고를 하고 있다.

다수의견이 경매개시결정등기 후의 유치권 취득과 체납처분압류등기 후의 유치권 취득을 구별하여 판시하고 있는 것은, 경매절차와는 구별되는 체납처분절차의

62) 대법원 2009. 1. 15. 선고 2008다70763 판결(공 2009, 158) 참조.

실질을 반영하고 있다는 점에서 일응 그 타당성이 인정된다.

(2) 그런데 문제는, 경매개시결정등기 이후에 성립한 유치권으로는 매수인에게 대항할 수 없지만, 체납처분압류 후 공매절차가 개시되기 전에 성립한 유치권으로는 매수인에게 대항할 수 있다는 판시의 법적 근거는 무엇인가 하는 점에 있다.

이에 대하여 다수의견은 “집행절차의 법적 안정성을 보장할 목적으로 매각절차인 경매절차가 **개시된 뒤**에 유치권을 취득한 경우에는 그 유치권을 경매절차의 매수인에게 행사할 수 없다”(강조점-필자)고 보아야 하므로, 매각절차인 공매절차가 개시되기 전에 취득한 유치권으로는 매수인에게 대항할 수 있다고 판시하고 있다. 필자는 다수의견이 이전에 반복하여 실시하여 온 압류의 처분금지효 법리를 전개하지 않고 위와 같이 판시하고 있는 점에 주목할 필요가 있다고 생각한다.<sup>63)</sup>

다수의견이 압류의 처분금지효 법리를 언급하지 않은 것은 다분히 의도적인 것으로 보인다. 압류의 처분금지효 법리에 의거하여 이 사건을 판단하면, 충주시 명의의 체납처분압류등기에 기한 처분금지효는 경매절차에서의 압류의 처분금지효와 동일하므로, 경매개시결정 후의 유치권 취득이나 체납처분압류 후의 유치권 취득 모두 압류의 처분금지효에 저촉된다고 보는 것이 자연스럽기 때문이다.

다수의견이 압류의 처분금지효 법리를 관철하려는 반대의견으로부터의 비판을 충분히 인지하였음에도 그와 다른 결론을 취하였고, 압류의 처분금지효 법리를 언급하지 않은 점 등에 비추어 다수의견은 압류의 처분금지효 법리의 문제점을 인식하고 위 법리와 일정한 거리를 두려고 했다고 해석할 수 있다. 다수의견이 사실관계의 차이, 즉 체납처분 압류의 특수한 상황(즉, 체납처분 압류가 실제로 환가로 이루어지는 경우는 드물다는 특수한 사실)에 비추어 결론을 내린 것으로 대상판결의 의미를 축소하여 해석할 수도 있으나, 전원합의체 판결은 반대의견과의 치열한 法理 공방을 통해 내려지는 것이고, 앞에서 논한 바와 같이 체납처분 압류의 효력과 경매절차에서의 압류의 효력이 법적으로는 다르지 않다는 점 등을 감안할 때 대상판결의 의미를 그와 같이 한정적으로 해석할 이유는 없지 않을까 한다.

이처럼 다수의견이, 앞에서 상세하게 비판한 처분금지효 법리에 기초하지 않은

63) 다수의견은 압류의 처분금지효에 관한 판례인 대법원 2005. 8. 19. 선고 2005다22688 판결, 대법원 2006. 8. 25. 선고 2006다22050 판결을 참조판결로 거론하면서도 위 판결의 핵심 법리인 ‘압류의 처분금지효’에 대해서는 언급을 하지 않았다. 다만, 대법관 김창석의 다수의견에 대한 보충의견, 대법관 김소영의 다수의견에 대한 보충의견에는 압류의 처분금지효 법리를 언급하고 있다.

점에 있어서는 그 타당성을 인정할 수 있다. 그런데 문제는 경매절차가 개시된 뒤에 유치권의 효력을 제한할 수 있는 법적 근거가 불명확해졌다는 점에 있는바, 다수의견은 이 점에 있어서 비판의 여지가 있는 것이다.

다수의견의 결론의 당부를 검토하기 위하여 유치권의 효력을 제한할 수 있는 법적 근거를 명확히 하는 논증이 필요하다.

#### 4. 留置權의 效力을 制限하기 위한 法理 - 留置權의 濫用

(1) 서두에서 언급한 바와 같이 유치권은 ‘不動產 競賣의 公敵’이라고 불릴 정도로 경매에 있어서 유치권으로 인한 폐해가 심각하다. 그럼에도 불구하고 압류 후에 유치권 취득행위를 제한할 만한 구체적인 법규정이 마련되어 있지 않은바, 유치권의 효력을 제한하여 경매절차의 법적 안정성을 보장하려는 이론적 시도가 절실하다.

이를 위하여 필자는 ‘留置權의 濫用’법리를 통해 유치권의 효력을 제한하여야 한다고 생각한다. 유치권이 비록 압류의 효력 발생 이후에도 성립할 수 있으나, 일정한 경우에는 留置權의 濫用으로 보아 그 효력을 제한하여야 한다는 것이다.

##### (2) 留置權의 濫用의 法理에 關한 具體的 論議

(가) 민법 제2조 제2항은 권리남용 금지의 법이념을 선언하고 있는데, 권리남용은 외형상으로는 권리의 행사인 것과 같이 보이나, 구체적인 경우에 실질적으로 검토할 때에는 권리의 공공성·사회성에 반하여 권리 본래의 사회적 목적을 벗어난 것으로 정당한 권리의 행사로서 인정할 수 없는 행위를 말한다.<sup>64)</sup>

권리남용의 법리는 신의칙과 마찬가지로 크게 두 가지 기능을 담당한다고 볼 수 있다. 하나는 개별적인 사안에서 실정법의 경직성을 완화하여 구체적 타당성을 제고하는 기능이고, 다른 하나는 개별적인 사안을 넘어 일반적으로 적용가능한 규범을 창설하는 기능이다.<sup>65)</sup> 특히 후자의 기능은, 실정법상의 권리가 당초의 입법 의도와는 달리 왜곡되어 행사되는 예가 상당하고, 그로 인하여 현실적으로 많은 폐해가 양산되고 있음에도 이를 시정할 수 있는 다른 법규정이 없는 경우에 발휘되는 기능이라고 할 수 있다.

앞에서 논증한 바와 같이 유치권을 악용하는 행위로 인하여 경매절차가 파행을

64) 곽윤직·김재형, **민법총칙**[민법강의 I](박영사, 2014), p. 82.

65) 유사한 취지로 四宮和夫·能見善久, **民法總則**[第7版](弘文堂, 2005), pp. 16-19 참조.

빛고 다수의 경매절차 이해관계인의 이익을 해하는 결과가 양산되고 있고, 이러한 행위를 제한할 수 있는 개별 법규가 마련되어 있지 않은 점<sup>66)</sup> 등을 감안할 때, 유치권의 행사와 관련하여서도 권리남용의 법리가 가지는 규범 창설 기능이 발휘되어야 할 필요성이 절실하다.

다만, 권리남용은 ‘자기의 권리를 행사하는 자는 어느 누구도 해하는 것이 아니다(Qui iure suo utitur, neminem laedit)’라는 원칙에 대한 예외이므로, 권리남용의 법리에 근거하여 유치권의 효력을 제한함에 있어서는 엄격한 요건이 요구된다. 유치권의 행사로 인하여 중요한 사회적 이익이 파괴되어 정의 관념에 어긋나는 결과가 발생한 경우에 한하여 유치권의 남용으로 보아 그 유치권의 효력을 제한하여야 하는 것이다.

결국 경매절차와 관련하여 유치권의 남용을 인정하기 위해서는 단순히 유치권이 행사되어 경매절차 진행에 장애가 발생하였다는 것으로는 부족하고, 유치권의 행사로 인하여 경매절차의 법적 안정성이 중대하게 침해되는 결과가 발생하였음이 인정되어야 할 것이다.

이와 관련하여 유치권의 남용과 관련하여 가해의사 내지 가해목적 등의 주관적 요건이 필요한지 문제가 될 수 있다.<sup>67)</sup> 다수의 이해관계인이 관여하는 경매절차에 있어서 무엇보다 객관적인 기준에 의한 법적 안정성의 구축이 우선시되어야 하는 점에서 주관적 요건을 필요로 한다고 보기 어렵다. 그리고 유치권의 남용은 권리남용이 가지는 규범 창설 기능의 발현으로 이해될 수 있는바, 이와 같은 경우에 유치권의 효력을 명확하게 하기 위해서라도 객관적인 사정에 기초하여 권리남용 여부를 판단함이 바람직하다.<sup>68)</sup>

66) 이는 앞에서 언급한 바와 같이 압류 후에 유치권을 취득하는 행위를 원칙적으로 제한하고 있지 않은 우리 법체계에 기인한다.

67) 일반적으로 권리남용을 인정함에 있어 주관적 요건이 필요한지에 대하여 主觀的 要件 不要說이 지배적이나{곽윤직·김재형(주 64), p. 86; 윤진수, “권리남용 금지의 경제적 분석”, **민법논고 I**(박영사, 2007), pp. 109-110; 編輯代表 郭潤直, **民法注解I**(박영사, 2000), p. 193(윤용섭 집필); 編輯代表 金龍潭, **註釋民法[總則 I]**(한국사법행정학회, 2010), p. 230(백태승 집필); 谷口知平·石田喜久夫 編集, **新版 注釋民法(1)**(有斐閣, 2002), p. 159(安永正昭 집필) 등}, 主觀的 要件 必要說도 주장되고 있다{이동형, “권리남용에 있어서 주관적 요건의 필요성”, **저스티스**, 통권 제107호(2008. 10), p. 33; 김천수, “권리남용과 권리행사상 신의칙”, **민사판례연구**[XXXII](박영사, 2010), p. 40}. 判例는 주로 소유권의 행사가 권리남용인지 여부가 문제가 된 사안에서 주관적 요건이 필요하다고 판시하고 있다(대법원 2008. 9. 25. 선고 2007다5397 판결 등).

68) 대법원은, ‘상계권의 행사가 상계 제도의 목적이나 제도를 일탈하고, 법적으로 보호받

(나) 그렇다면, 어떤 경우에 유치권의 행사로 인하여 ‘경매절차의 법적 안정성’이 중대하게 침해되었다고 볼 수 있는가?

경매절차가 압류 → 환가 → 배당의 순서로 이루어지는 점을 착안한다면 적어도 환가가 임박한 시점에 유치권을 취득하는 경우를 ‘경매절차의 법적 안정성’을 중대하게 침해하는 경우로 볼 수 있다. 압류단계와 달리, 환가단계에서부터는 매수신고인, 배당요구권자, 채권자 등이 직접적으로 이해관계를 가지게 된다. 환가가 정당하게 이루어졌는지 여부에 따라 배당액의 규모가 결정되므로 배당요구권자, 채권자 등은 환가에 직접적인 이해관계를 가지며, 최저매각가격의 결정에 중대한 흠이 있는 경우 배당요구권자, 채권자 등은 매각허가결정에 대하여 이의신청을 할 수 있다(민사집행법 제121조 제5호, 제120조, 제90조). 그리고 환가단계가 되어야 매수신고인은 경매절차에 관여하게 되는데, 매수신고인은, 부동산에 관한 중대한 권리관계가 변동된 사실이 경매절차의 진행 중에 밝혀졌음을 이유로, 매각허가결정에 대한 이의신청을 할 수 있는 이해관계인이 된다(동법 제121조 제6호).<sup>69)</sup> 이와 같이 환가단계에서부터는 경매에 참가한 다수의 이익을 보호할 필요성이 강하게 제기된다. 환가가 임박한 시점에 제3자가 유치권을 취득하게 되면, 매수하려는 자는 입찰을 꺼리게 되고, 그로 인하여 유찰이 발생하고 경매절차가 지연 내지 중단되고, 최저경매가격이 현저히 저감되어 위에서 설명한 이해관계인의 이익을 해칠 개연성이 상당하므로, 환가가 임박한 시점에 유치권을 취득하는 행위는 유치권의 남용으로 보아 그 효력을 제한하여야 하는 것이다.

반면, 압류단계에서는, 환가가 곧바로 진행된다는 사정이 없는 한, 유치권의 취득 자체가 ‘경매절차의 법적 안정성’을 중대하게 침해한다고 보기 어렵다. 아직까지는 환가절차가 개시되지 않아 다수의 이해관계인이 관여하는 상황이 아니며, 경

---

을 반환 가치가 없는 경우에는 상계권의 남용에 해당하여 허용되지 않으며 이 경우에 일반적인 권리 남용의 경우에 요구되는 주관적 요건을 필요로 하지 않는다’고 판시하여 왔는바(대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다59481 판결, 대법원 2013. 4. 11. 선고 2012다105888 판결 등, 밑줄-필자), 이러한 판시를 위와 같은 맥락으로도 이해할 수 있다. 일반적으로 권리남용이론이 규범 창설 기능을 하는 때에는 많은 경우에 주관적 요소를 고려할 필요가 없을 것이라는 논지로는 四宮和夫, 民法總則[第4版](弘文堂, 1990), p. 31 참조.

69) 대표적으로 매수신고인이 부동산에 관하여 유치권이 존재하지 않는 것으로 알고 매수신청을 하여 매각허가결정을 받았으나 그 후 유치권이 존재하는 사실이 새로 밝혀지는 경우에 매각허가결정에 대한 이의신청을 할 수 있다(대법원 2005. 8. 8.자 2005마 643 결정 참조).

매절차가 착수된 것에 불과하여 경매절차의 법적 안정성을 중대하게 침해하는 상황은 아니기 때문이다. 유치권의 대항력 유무는 留置權 取得時點에 판단하여야 하는데, 아직 개시되지도 않았고 언제 개시될지도 모르고 개시 여부가 불투명한 환가절차를 고려하여 유치권의 대항력 유무를 논할 수 없는 것이다. 그리고 이러한 경우에게까지 유치권의 남용으로 구성하는 경우에, 유치권의 효력을 현저히 제한하여 우리 법이 취하고 있는 법체계를 허물 위험이 있다는 점에서 유치권 남용은 성립한다고 보기 어려운 것이다.

### (3) 留置權의 濫用의 法理에 따른 既存 判例의 再吟味

(가) 판례가 경매개시결정등기를 마친 이후에 유치권을 취득한 경우에 그 유형을 구별하지 않고 모두 그 유치권을 가지고 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없다고 판시하고 있음은 앞에서 설명한 바와 같다. 특히 ‘처분행위’가 있었다고 보기 매우 힘든 ② 유형의 유치권(제3자가 압류 전부터 부동산을 점유하고 있었는데, 압류 이후에 부동산에 관한 채권을 취득하여 유치권이 성립한 경우)에 대하여도 대항력을 인정하지 않았다.

그러나 대법원의 결론은 유치권의 남용의 법리에 의할 때 더 설득력 있게 설명될 수 있다. 앞에서 본 바와 같이 경매절차에 있어서 경매개시결정에 따른 압류의 효력이 발생하면, 바로 집행관에게 현황조사명령을 내리고(민사집행법 제85조 제1항), 압류의 효력 발생 후 1주 이내에 배당요구의 종기결정 및 공고가 이루어지는 등(민사집행법 제84조 제3항) 압류의 효력 발생은 환가절차의 진행으로 직결되는 바, 경매개시결정 이후에 유치권을 취득한 경우는 환가절차의 안정성을 중대하게 침해하는 행위이므로, 어느 유형에 해당하든지 간에—특히 ② 유형의 유치권에 해당하더라도—유치권의 남용에 해당되므로 대항력이 인정되지 않는다고 일관하여 설명할 수 있는 것이다.

(나) 대법원은 부동산에 가압류등기가 경료되어 있을 뿐 현실적인 매각절차가 이루어지지 않고 있는 상황에서 제3자가 채무자의 점유 이전으로 유치권을 취득하는 경우에 위 점유의 이전 행위는 가압류의 처분금지효에 저촉되는 처분행위로 볼 수 없다고 판시하면서 위 유치권의 효력을 전면적으로 인정한 바 있다.<sup>70)</sup>

그러나 위와 같은 사안은 앞서 본 유치권 남용의 법리에 의하여 명쾌하게 설명할 수 있다. 즉 위 유치권 취득단계에서는 보전처분인 가압류만 있었을 뿐 환가절

70) 대법원 2011. 11. 24. 선고 2009다19246 판결(공 2012, 4).



차가 진행되고 있지 않으므로 유치권 취득행위가 ‘경매절차의 법적 안정성’을 침해한다고 보기 어려우므로 가압류가 있었다는 사정만으로 유치권의 대항력을 부인할 수 없는 것이다.<sup>71)</sup>

(다) 이상에서 검토한 바와 같이 유치권 효력의 제한에 관한 기존의 대법원의 결론은 유치권의 남용의 법리에 의하여 일관되고 설득력 있게 설명될 수 있다.

(4) 留置權의 濫用의 法理에 따른 多數意見의 再吟味

다수의견은, 피고들이 유치권을 취득하기 前에 충주시 앞으로 체납처분압류등기가 되어 있었다는 사정만으로는 피고들의 유치권을 제한할 수 없다고 판시하였다. 이러한 결론은 유치권의 남용의 법리로 명확하게 설명될 수 있다. 이 사건은, 충주시 앞으로 체납처분압류등기가 있었으나 그에 기한 공매절차나 다른 경매절차가 진행되지 않은 가운데 피고들이 유치권을 취득한 사안으로, 유치권의 취득 당시에 환가절차가 임박하였거나 진행된 바 없으므로 피고들의 유치권으로 인하여 경매절차의 안정성이 중대하게 침해되었다고 보기 어렵다. 결국 피고들의 유치권 행사를 유치권의 남용으로 볼 수 없는 이상, 피고들의 유치권을 제한할 수 없는 것이다.

한편, 다수의견은 사안을 달리하여 이미 경매절차가 진행되고 있는 상태에서 비로소 유치권을 취득한 경우에는 유치권을 행사할 수 없다고 하면서도 그 논거에 대하여는 다분히 의도적으로 압류의 처분금지효 법리를 언급하지 않았다. 대신 다

71) 기본적으로 잠정처분인 가압류에 대하여 유치권의 대항력을 부인할 수 있는 강력한 권능을 부여하는 것이 타당한지에 대한 의문에서 위와 같은 결론이 도출된 것으로 해석할 수 있다. 가압류는 강제집행을 할 **잠정적인 권한**을 가지는 것에 불과한바, 그 잠정성이 해소되지 않은 상황에서 가압류만으로 유치권의 효력을 제한하는 확정적인 권능을 부여하는 것은 가압류에 과도한 효력을 부여하는 것으로 부당하다[가압류의 잠정성에 비추어 가압류와 압류의 효력을 구분하여야 한다는 견해로는 이무상, “부동산 가압류의 처분제한적 효력”, **법학논총**, 제31권 제2호(단국대학교 법학연구소, 2007), p. 213 참조].

이와 관련하여 민사집행법 제91조 제3항은 ‘가압류채권에 대항할 수 없는 용익물권은 매각으로 소멸된다’는 취지로 규정하고 있는바, 가압류의 처분제한효는 본안소송의 결과를 條件으로 하는 것으로 보아야 하므로 가압류가 있다는 이유로 그 후의 설정된 용익물권의 효력을 확정적으로 부인할 수 있는 것으로 해석하여서는 아니된다[石川明·小島武司·佐藤歳二 編, **注解 民事執行法**(上卷)(靑林書院, 1991), p. 618(廣田民生 執筆); 鈴木忠一·三ヶ月章 編輯, **注解 民事執行法**(2)(第一法規, 1984), p. 262(竹下守夫 執筆) 참조]. 그리고 가압류만으로 그 후에 설정된 용익물권이 소멸한다고 보는 것은 가압류에 반하는 처분행위는 그 집행절차에 참가한 다른 모든 채권자에 대한 관계에서도 그 효력을 주장할 수 없다는 節次相對效說에 입각한 해석이라는 점에서, 우리 민사집행법이 취하고 있는 個別相對效와는 배치되는 해석으로 볼 수 있다.

수의견은 이런 경우에까지 유치권의 행사를 허용하면 경매절차에 대한 신뢰와 절차적 안정성이 크게 위협받게 된다는 점을 언급하였는데, 그것만으로 유치권의 효력을 제한하는 법적 근거를 명확히 하였다고 보기 어렵다(다수의견이 이 점에 있어서 비판받을 소지가 있음은 앞에서 언급하였다). 유치권의 효력을 제한하는 법적 근거는 민법 제2조 제2항의 ‘권리남용 금지’의 원칙에 기한 유치권의 남용이 되어야 하며, 이를 통해 앞서 본 바와 같이 유치권의 효력 제한에 관하여 일관되게 설명할 수 있다.

### 5. 對象判決의 意義

대상판결은, 유치권의 효력을 제한하는 법리와 관련하여 종전에 문제가 있었던 ‘압류의 처분금지효 법리’에서 벗어나 ‘유치권의 남용의 법리’로 전환할 수 있는 始發點이 되는 판결이라는 점에서 상당한 의의가 있다. 필자는 유치권의 대항력 유무는 유치권 남용의 법리로 접근해야 한다고 생각하며, 대상판결을 기점으로 대법원이 유치권 남용의 법리에 근거하여 유치권의 효력 제한을 一貫되게 판시하기를 기대한다.

### 6. 餘論

(1) 滯納處分押留 以後에 取得한 留置權의 對抗力을 認定할 수 없는 경우

대상판결에서 체납처분압류가 있었다는 이유만으로 유치권의 효력을 제한할 수 없다고 판시하고 있는바, 체납처분압류 후에 성립한 유치권의 효력은 언제나 제한할 수 없는 것인가?

이 문제는 앞서 상론한 유치권 남용의 법리에 따라 해결하면 된다. 즉 체납처분압류 후에 취득한 유치권의 행사로 인하여 ‘공매절차의 법적 안정성’을 중대하게 침해하는 결과가 발생하는 경우에 그 유치권의 효력을 제한할 수 있는 것이다.

체납처분에 있어 실제 공매절차를 진행하는 경우에 ‘공매공고’를 하여야 하고, 이를 공시하기 위한 ‘공매공고에 대한 등기 제도’가 신설되었다는 점은 앞에서 논한 바와 같다. 따라서 ‘공매공고’가 임박한 경우, 또는 ‘공매공고’나 ‘공매공고에 대한 등기’가 있는 후에 유치권을 취득한 경우에는, 그 유치권의 행사로 인하여 환가절차의 법적 안정성이 중대하게 침해되는 상황이므로 이 경우에는 유치권의 효력을 제한하여야 한다.

(2) 留置權의 濫用으로 認定되어 對抗力이 없는 留置權에 대한 配當 問題

만약, 경매개시결정 후 유치권을 취득한 경우와 같이 유치권의 남용으로 인정되어 경매절차의 매수인에게 대항할 수 없는 경우라도, 유치권자가 경매절차에서 배당을 받을 수 있는지 문제가 된다.

이에 대하여 대항력이 없다고 하더라도, ‘법률에 의하여 우선변제권이 있는 채권자가 배당요구를 할 수 있는 점’(민사집행법 제88조 제1항)을 유추적용하여 배당요구를 통해 배당을 받을 수 있다는 견해가 있다.<sup>72)</sup>

그러나 원래 유치권 자체가 법적으로 우선변제권이 인정되지 않고, 유치권의 남용으로 인정되는 이상 해당 경매절차에서 사실상 우선변제권능을 상실하였다고 보아야 하므로, 위 조항을 유추적용하는 것은 논리적으로 맞지 않다.

경매절차에서 배당을 받을 수 있는 채권자는 1. 배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자, 2. 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 채권자, 3. 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 가압류채권자, 4. 저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권자에 한정된다(민사집행법 제148조). 대항력 없는 유치권자의 경우 위 제1, 3, 4호에는 해당하지 않음이 명백하므로, 제2호의 경우에 해당하는지 검토할 필요가 있다. 이와 관련하여 민사집행법 제88조 제1항은 배당요구를 할 수 있는 채권자로 “집행력 있는 정본을 가진 채권자, 경매개시결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제청구권이 있는 채권자”로 한정하고 있는데, 유치권자는 이에 해당하지 않는다.

이와 같이 현행 민사집행법 규정에 의하더라도 대항력 없는 유치권자가 배당받을 채권자의 범위에 속하지 않는 점, 유치권의 남용으로 인정되는 경우에는 그 경매절차에서 다른 이해관계인과의 관계에서도 유치권을 행사할 수 없다고 보아야 하는 점, 유치권은 기본적으로 유치를 통한 사실상 우선변제권능을 본질로 하는 것으로 배당에 친화적인 권리가 아니라는 점 등에 비추어 부정적으로 해석함이 상당하다.

다만, 대항력 없는 유치권이라 하더라도 유치권이 성립되었다고 보는 이상 그 유치권에 기한 경매신청권(민법 제322조 제1항)이 인정되는바, 대항할 수 없는 유치권자가 배당요구의 종기까지 유치권에 기한 경매를 신청하여 민사집행법 제148조 제1호의 ‘배당요구의 종기까지 경매신청을 한 압류채권자’의 지위를 얻어 배당

72) 차문호(주 43), pp. 418-419 참조.

을 받을 수 있는 방법이 있다.<sup>73)</sup> 그러나 이러한 방법을 취하는 경우 유치권은 소멸되고 배당에 있어서도 일반채권자와 동일한 순위로 배당을 받게 되므로,<sup>74)</sup> 유치권자로서는 위와 같은 방법을 취하는 것을 주저하게 될 것이다.<sup>75)</sup>

### (3) 留置權 改正 論議

우리 민법은 부동산물권변동에 있어서 성립요건주의를 취하고 있으면서도 유독 점유가 공시방법인 부동산 유치권을 인정하여 권리의 우열에 있어서 많은 혼란을 초래하고 있다. 이러한 법체계상의 근본적인 문제로 인하여 대상판결과 같이 유치권의 효력을 제한하는 법리가 여러 가지로 논의되고 있는 것이다.

법무부 민법개정위원회는 유치권을 둘러싼 현행법의 문제점을 직시하고, 유치권에 관한 개정안을 마련하여 2013. 7. 17. 국회에 제출하였다.<sup>76)</sup> 개정안을 보면, ① 유치권의 대상을 동산과 유가증권에 대하여만 인정하고, 원칙적으로 부동산에 대한 유치권제도를 인정하지 아니하며, ② 예외적으로 미등기부동산에 한하여 유치권을 인정하되, 이 경우에도 부동산에 관하여 보존등기가 경료되면 6개월 이내에 저장권설정청구권을 인정하고, 이 기간이 경과하면 저장권설정청구권이 소멸하고 동시에 유치권도 소멸되는 것으로 규정하고 있다. 부동산 유치권을 인정함으로써 발생하는 폐해를 입법적으로 시정하고자 하는 것이다.

## V. 마치면서

대상판결을 평석하면서 필자가 제시한 논리를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 우리법상 유치권은 성립요건주의의 구애를 받지 않고 사실상 우선변제를 받도록 설계되어 있으므로, 유치권은, 다른 사정이 없는 한, 압류의 효력 발생 이후에도 유효하게 취득할 수 있는바, 압류의 처분금지효를 이유로 유치권의 효력을

73) 同旨 박상언(주 43), p. 391.

74) 대법원 2011. 6. 15.자 2010마1059 결정(공 2011하, 1437) 참조.

75) 유치권에 의한 경매에 대한 논의로는 차문호, “유치권에 의한 경매”, **21세기 민사집행의 현황과 과제**(김능환 대법관 화갑기념)(민사집행법연구회, 2011) 참조.

76) 개정안에 대한 논의로는 김재형, “부동산 유치권의 개선방안—2011년 민법개정시안을 중심으로”, **민사법학**, 제55호(2011. 9); 윤진수, “유치권 및 저장권설정청구권에 관한 민법개정안”, **민사법학**, 제63-1호(2013. 6); 오시영, “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, **강원법학**, 제38권(강원대학교 비교법학연구소, 2013. 2) 참조.

제한할 수는 없다.

둘째, 이처럼 유치권의 효력을 제한할 수 있는 구체적 법규정이 마련되어 있지 않은 상황에서 권리남용의 법리를 유치권에 적용한 ‘유치권 남용의 법리’에 근거하여 유치권의 효력을 제한하여야 한다.

셋째, 환가가 임박한 시점에 유치권을 취득하는 행위는 ‘경매절차의 법적 안정성’을 중대하게 침해하는 행위로 유치권의 남용에 해당되어 대항력을 인정하여서는 아니 된다.

넷째, 대상판결의 다수의견은 압류의 처분금지효 법리에 기초하지 않고 결론을 도출하였다는 점에서 타당하나, 유치권의 효력을 제한할 수 있는 법적 근거를 명확히 하지 않은 점을 문제로 지적할 수 있으며, ‘유치권 남용의 법리’를 기초로 경매절차에서의 유치권의 효력을 다루어야 한다.

전원합의체 판결을 읽을 때마다 치열한 고민의 현장을 생생히 접한다는 점에서 경건함을 느낀다. 이번 전원합의체 판결은 체납처분 압류 이후에 설정된 유치권에 관하여 체납처분 압류가 있었다는 사정만으로 유치권의 효력을 제한할 수 없다는 점을 명확히 하였다. 이를 가지고 대법원이 유치권의 효력을 제한해 온 기존의 정책적 결단에서 후퇴한 것으로 보기 어렵다. 대법원은 유치권의 효력을 제한해 온 기존의 법리(압류의 처분금지효 법리)의 문제점을 인식하고 보다 더 적합성이 인정되는 법리로 향하고 있다고 보는 것이 타당하다.

아무쪼록 본고가 대상판결의 의미를 명확히 밝힘으로써, 유치권 제한의 법리에 대한 이해와 경매절차의 안정성에 약간의 도움이 되기를 바라며 글을 맺는다.

투고일 2015. 1. 15	심사완료일 2015. 2. 25	게재확정일 2015. 2. 27
-----------------	-------------------	-------------------

## 참고문헌

- 강민성, “민사집행과 유치권 - 이미 가압류 또는 압류가 이루어졌거나, 저당권이 설정된 부동산에 관하여 취득한 점유 또는 건련성 있는 채권으로써 경매절차에서 그 부동산을 매수한 사람을 상대로 유치권을 내세워 대항하는 것이 허용되는지 여부에 관하여 -”, **사법논집**, 제36집(법원도서관, 2003).
- 編輯代表 郭潤直, **民法注解(I)**(박영사, 2000).  
\_\_\_\_\_, **民法注解(VI)**(박영사, 1999).
- 곽윤직·김재형, **민법총칙**[민법강의 I](박영사, 2014).  
\_\_\_\_\_, **물권법**[민법강의 II](박영사, 2014).
- 編輯代表 金能煥·閔日榮, **註釋 民事執行法(III)**(韓國司法行政學會, 2012).  
金永斗, “부동산유치권의 문제점에 관한 연구”, **土地法の 理論과 實務**(至嚴 李善永 博士華甲紀念)(법원사, 2006).
- 編輯代表 金龍潭, **註釋民法[總則 I]**(한국사법행정학회, 2010).
- 김원수, “압류(가압류)의 효력이 발생한 이후에 유치권을 취득한 자가 매수인(경락인)에게 대항할 수 있는지 여부”, **판례연구**, 제18집(부산판례연구회, 2007).
- 김재형, “부동산 유치권의 개선방안-2011년 민법개정시안을 중심으로”, **민사법학**, 제55호(2011. 9).
- 김천수, “권리남용과 권리행사상 신의칙”, **민사판례연구**[XXXII](박영사, 2010).
- 김하중, **국세징수법 해설과 실무**(삼일인포마인, 2012).
- 김현식, “개정 「국세징수법」 ‘공매절차’ 중심 해설”, **법무사**(2011. 8).
- 박상언, “저당권 설정 후 성립한 유치권의 효력”, **민사판례연구**[XXXII](박영사, 2010).
- 박혜웅·남기범, “부동산 법원경매에서 유치권이 감정가와 매각가 차이에 미친 영향 분석”, **한국정책연구**, 제11권 제3호(2011).
- 법원행정처, **법원실무제요 민사집행[II]**, 법원행정처(2014).
- 사법연수원, **조세법총론 I**, 사법연수원(2014).
- 서중희, “부동산 유치권의 대항력제한에서 불법점유를 원인으로 하는 유치권 성립 제한으로서의 재전환”, **성균관법학**, 제24권 제4호.
- 성기문, “국세징수법상의 압류의 효력”, **재판자료**, 제61집(법원도서관, 1993).
- 송인권, “가압류의 처분금지 효력에 관한 몇 가지 문제”, **법조**, 제603호(2006. 12).

- 송쌍중·이승문, **국세징수법론**(도서출판 나라, 2009).
- 梁彰洙, “留置權의 發生要件으로서의 「債權과 物件 간의 牽聯關係」”, **民法研究**, 제1권(박영사, 1991).
- 오시영, “부동산 유치권의 성립과 대항력의 구별”, **민사법학**, 제38호(2007. 9).
- \_\_\_\_\_, “유치권 관련 민법개정안에 대한 검토”, **강원법학**, 제38권(강원대학교 비교법학연구소, 2013. 2).
- 윤진수, “권리남용 금지의 경제적 분석”, **민법논고 I**(박영사, 2007).
- \_\_\_\_\_, “유치권 및 저당권설정청구권에 관한 민법개정안”, **민사법학**, 제63-1호(2013. 6).
- 이동진, “「물권적 유치권」의 정당성과 그 한계”, **민사법학**, 제49-1호(2010. 6).
- 이동형, “권리남용에 있어서 주관적 요건의 필요성”, **저스티스**, 통권 제107호(2008. 10).
- 이무상, “부동산 가압류의 처분제한적 효력”, **법학논총**, 제31권 제2호(단국대학교 법학연구소, 2007).
- 이영준, **물권법**(박영사, 2009).
- 이은영, **물권법**(박영사, 2002).
- 이정엽, “부동산경매와 유치권”, **부동산소송**(유로, 2010).
- 이천교, “체납처분의 실무와 문제—부동산압류 및 공매절차의 실무를 중심으로”, **민사집행법연구**, 제7권(2011).
- 이 혁, “유치권의 제한”, **판례연구**, 제24집(부산판례연구회, 2013).
- 차문호, “유치권의 성립과 경매”, **사법논집**, 제42집(법원도서관, 2006).
- \_\_\_\_\_, “유치권에 의한 경매”, **21세기 민사집행의 현황과 과제**(김능환 대법관 화갑기념)(민사집행법연구회, 2011).
- 崔東弘·劉銑鍾, “부동산경매에서 유치권신고의 의무화”, **법조**, 제643호(2010. 4).
- 하상혁, “가압류 후에 성립한 유치권으로 가압류채권자에게 대항할 수 있는지 가부”, **특별법연구**, 제10권(사법발전재단, 2012).
- 한상국·안경봉·마정화, **경매·공매제도 비교를 통한 체납조세 징수업무의 합리화 방안**(한국조세연구원, 2007).
- 谷口知平·石田喜久夫 編集, **新版 注釋民法(1)**(有斐閣, 2002).
- 道垣內弘人, **擔保物權法**(有斐閣, 2008).
- 四宮和夫, **民法總則**[第4版](弘文堂, 1990).
- 四宮和夫·能見善久, **民法總則**[第7版](弘文堂, 2005).

250 『서울대학교 法學』 제56권 제1호 (2015. 3.)

石川明・小島武司・佐藤歳二 編, 注解 民事執行法(上卷)(靑林書院, 1991).

鈴木忠一・三ヶ月章 編輯, 注解 民事執行法(2)(第一法規, 1984).

\_\_\_\_\_, 注解 民事執行法(3)(第一法規, 1984).

<http://www.onbid.co.kr> (2015. 1. 10. 방문).



<Abstract>

## The Attachment in the Procedure of Disposition for Arrears and the Effect of the Lien

Lee, Kye Joung\*

In the case that defendants acquired the liens on the real estate under dispute after it had been attached in the procedure of disposition for arrears, the Korean Supreme Court (hereafter the Court) rendered an en banc decision (case no. 2009da60336, hereafter the Decision). The issue of the decision is whether the lienholders (defendants) can claim their rights against the preexisting mortgagee or the successful bidder in the auction. The purpose of this essay is to analyze the Decision in a critical way.

Previously the Court set a precedent (hereafter the Precedent) to the effect that since the attachment in the procedure of auction can invalidate any act of disposition which has been done after the attachment, the lien acquired following the attachment cannot claim its effect against the successful bidder. In the Decision, a dissenting opinion holds that the lienholders (defendants) cannot claim their rights against the preexisting mortgagee or the successful bidder. The rationale is that since the attachment in disposition for arrears has the same legal effect as that in auction, the Court should rule on the case based on the Precedent and therefore limit the right of the lienholders. However, the Precedent can be criticized for the following reasons. Firstly, because of our legal system that is designed to protect the right of the lienholder irrespective of the time of acquisition of the lien, the lien can be valid even though it is acquired posterior to the attachment. Secondly, the lien is supposed to be acquired by means of transfer of possession, but transfer of possession does not pertain to an act of disposition which the attachment forbids in that it is not a juristic act which directly produces a legal effect. Thirdly, expenditure done by a pos-

---

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

essor in order to acquire the lien cannot be regarded as an act of disposition which the attachment forbids. The rationale of the Precedent has such theoretical weaknesses, and therefore it is hard to show consent to the dissenting opinion, which adheres to the Precedent.

In the Decision, a majority opinion holds that the lienholders (defendants) can claim their rights against the preexisting mortgagee or the successful bidder. The rationale is that given that the attachment in disposition for arrears, unlike the attachment in auction, does not directly connect to actual commencement of the auction procedure, the attachment itself in disposition for arrears cannot invalidate the right of the lienholders. It is noticeable that the majority opinion rendered its conclusion regarding the effect of the lien not grounded on the rationale of the Precedent but grounded on the fact that defendants acquired the lien in a situation where the auction procedure did not actually commence. Such a noteworthy change can be interpreted as changing precedent in an implicit way, which deserves to be appraised as a reasonable and appropriate change.

The majority opinion also holds that if the lien is acquired after auction procedure did actually commence, the lienholder cannot claim his/her right against the preexisting mortgagee or the successful bidder. However, the majority opinion did not clarify the legal ground for limiting the right of the lienholder, which is likely to be criticizable. I proposed that the principle of abuse of a right should be the legal ground for restricting the right of the lienholder. In other words, in a situation where the exercise of the lien can lead to the significant infringement on the legal stability in an auction procedure, the exercise of the lien should be forbidden because such an exercise of the lien should not be allowed under the principle of abuse of a right.

The Decision can be considered meaningful since it can function as a turning point where the Court can renounce the problematic Precedent and declare the new rationale which utilizes the principle of abuse for limiting the lien. I hope that the Court will consistently rule on the right of the lienholder by standing firmly on the principle of abuse of a right after the Decision.

Keywords: lien, attachment, auction, attachment in the procedure of disposition for arrears, the principle of abuse of a right, the effect of the lien