

일본민법상 유치권자의 경매신청권에 관한 연구*

A study on the Japanese Civil Code, the lien auction

장 건**
Jang, Geon

목 차

- I. 서론
- II. 유치권의 연혁과 변천
- III. 일본민법상 유치권 제정과정
- IV. 현행 일본민법상 유치권
- V. 유치권자의 경매신청권
- VI. 유치권경매에서의 소멸과 인수
- VII. 우리법제와의 차이
- VIII. 결론

국문초록

일본의 유치권제도와 우리민법의 유치권제도는 그 구성과 법률내용이 매우 유사하고 우리 민법상의 유치권은 일본민법의 제도적인 영향을 많이 받아 온 것을 부인할 수 없으므로 일본의 유치권제도를 연구할 필요성이 있다.

따라서 본 연구에서는 일본민법상의 유치권에 관한 규정을 살펴보고, 일본 민법상 유치권의 법적성격과 그 성립요건을 살펴본다. 또한 이에 관하여 적법

논문접수일 : 2011. 11. 08

심사완료일 : 2012. 01. 21

게재확정일 : 2012. 01. 25

* 본 연구는 장 건의 법학박사학위(2011) 논문의 일부를 수정·보완한 것임을 밝힙니다.

** 법학박사·국제사이버대학교 부동산학과 겸임교수

하게 성립한 유치권자가 경매를 신청한 경우, 그에 기초하는 담보물권 등에 대하여 인수주의를 적용할 것인가, 소멸주의를 적용할 것인가가 문제되는데, 이에 대하여 우리나라와 법원실무의 태도는 인수주의를 취하고 있다. 우리나라의 이러한 법리는 일본의 법제에 영향을 받은 것으로 볼 수 있을 것이다.

일본의 경우 우리민법과 같이 유치권자에게 경매신청권을 인정하고 있다. 즉 유치권자가 경매를 신청한 경우 학설의 논쟁은 있으나 이를 형식적경매로 보고 있는 것으로 보인다. 또한 이러한 형식적경매는 일본의 법원실무에서도 거의 효용성이 결여된 것이 현실이다. 그러므로 유치권자가 신청한 형식적경매에 관한 일본의 최고재판소 판례는 보이지 않고, 하급심 판례만이 존재하고 있으나, 일본의 하급심에서는 이 경우 경매를 신청한 유치권 이외의 다른 권리들에 대하여 인수주의를 취하고 있고, 배당요구를 인정하지 않고 있다.

따라서 본 연구에서는 일본의 유치권제도와 유치권자가 경매를 신청한 경우의 법률관계를 중심으로 연구를 하였으며, 이러한 논리전개를 바탕으로 하여 우리나라법제도와와의 차이점을 구별함으로써 결론을 내어 본다.

주제어 : 유치권, 집행권원, 유치권경매, 담보물권, 우선변제권, 대항력

1. 서론

유치권자는 법원에 유치권에 관련되는 서류를 제출하여 유치권을 원인으로 하는 경매를 신청하면 집행법원에서 '유치권에 의한 경매'가 진행이 된다. 이에 대해 이해관계인이 이의를 신청하면 정식소송으로 전환하여 그 유치권에 대한 권리가 맞는지 판단을 하게 된다. 이에 따라 그 결정이 될 때까지는 경매가 진행되지 않고 중단이 된다. 만약 유치권자가 건축주 또는 소유자를 상대로 공사비청구에 의한 소송으로 판결을 받았다면 그 판결에 의해 공사비환가를 위하여 '유치권에 의한 경매'를 신청할 수 있을 것이다.

이와 같이 현행민법은 의용민법과는 달리, 유치권자에게 경매신청권을 부여함으로써 일본민법상의 학설과 종래의 우리 학설상의 논란을 불식시켰으

나, 우선변제권이 없는 경매권의 실익에 대해서는 많은 논란과 문제가 있는 것으로 보인다.

이와 관련하여 일본민법은 제295조 제1항에서 유치권을 규정하고 있다. 경매절차에서 매수인은 유치권에 의하여 담보된 채권을 변제할 책임을 지며(민사집행법 제59조 제4항), 채권의 전부를 변제받을 때까지 유치물의 전부에 대하여 계속 점유할 수 있어서(민법 제296조), 사실상의 우선변제권을 확보하고 있는 것으로 해석되고 있다.¹⁾

일본민법상의 규정으로만 비교해 본다면, 유치권의 행사에 관하여 우리민법(제320조의 제1항)에서 규정한 '유가증권'을 그 대상으로 규정하지 아니하고(일본민법 제295조 제1항), 점유가 불법행위로 인한 경우에 유치권의 성립을 인정하지 않으므로(일본민법 제295조 제2항), 다소간에 표현상의 차이가 있을 뿐 우리민법과 거의 유사하다.²⁾ 또한 '유치권에 기한 경매'의 직접적인 규정은 우리민법 제322조의 제1항에서만 규정하고 있고, 일본민법 제295조에서는 명문규정이 없다. 다만, 그에 관한 절차법적인 근거로서 우리민사집행법 제274조와 같이 일본민사집행법 제195조의 규정에 근거하고 있다. 따라서 여기에서는 우리민법상의 유치권제도에 그 모델이 되고 입법과정에 많은 영향을 끼친 것으로 보이는, 일본민법상 유치권제도 및 그 제정과정과 유치권자가 경매신청권을 행사하는 경우의 법률관계를 살펴보고자 한다.

II. 유치권의 연혁과 변천

유치권은 일종의 인도거절권으로서 그 기원은 로마법으로 거슬러 올라간다. 로마법에서 유치권능 또는 인도거절권을 *retentio*라고 하였는데, 이는 상대방이 동일한 법률관계에서 발생한 반대급부를 할 때 까지 자신의 급부를 거절하는 권리를 지칭하는 의미였다.

1) 内田貴, 「民法Ⅲ」, 東京大學出版會, 2005, 503面.

2) 三ヶ月章, “強制執行法案要綱案と民法との關係をめぐる諸問題の背景と展望”, 「民事訴訟法研究」, 第7卷 7卷, 有斐閣, (1978. 10), 218-229面.

이 인도거절권은 계약의 종류에 따라 그 내용이 달랐는데, 먼저 채권자가 주된 청구권을 가지고, 채무자는 부수적인 반대급부청구권을 갖는 불완전쌍무 계약에서 채무자는 자신의 청구권을 주장할 수도 있지만 두 사람이 각각 상대방에 대하여 채무를 부담하는 때에, 그 일방이 자기의 채무는 이행하지 않으면서 자기의 채권을 행사하는 것이 신의칙에 반한다고 인정되는 여러 경우에 상대방도 자신의 채무이행을 거절할 수 있는 항변권으로서, 즉 '악의의 항변'(exceptio doli)을 하여 급부의 이행을 거절 할 수 있었는데, 이 급부거절권이 유치권의 기원이 되었다.³⁾

또한 계약 당사자 쌍방이 대등한 채권채무를 갖는 완전쌍무계약에 있어서는 일방 당사자 쌍방이 대등한 채권채무를 갖는 완전쌍무계약에 있어서는 일방 당사자는 자신의 채권에 대한 급부를 상대방이 제공하지 않는 한 자신의 급부를 거절할 수 있는 인도거절권을 가졌는데 이는 신의성실에 기하여 인정된 것으로 뒤에 동시이행의 항변권으로 변모하였다고 한다.⁴⁾ 그리고 이것이 오늘날 채권관계법에 급부거절권으로 규정하는 입법례와 독립적인 담보물권으로 규정하는 입법례 두 갈래로 나누어지게 되었다.⁵⁾

이때 인정된 악의의 항변(exceptio doli) 또는 인도거절권(retentio)은 특정인에게만 대항할 수 있는, 즉 채권적인 것이었다. 로마법에서는 인도거절권이 인정되는 경우에 대한 통일적 규정은 없었고, 선의의 점유자가 필요비 또는 유익비를 지출한 경우 점유자는 비용을 상환 받을 때까지 물건을 유치할 수 있다는 식으로 개별적 규정을 두고 있었을 뿐이며,⁶⁾ 이때 유치(retentio) 또는 retinere라는 표현도 특별한 기술적 의미를 가진 것이 아니라 보유 또는 보관

3) 박윤직(편집대표), 「민법주해(VI)—물권(3)」, 박영사, 2006년, 276면.

4) 박윤직(편집대표), 상계서, 276면.

5) 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006, 591-592면.

6) 양창수, "유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건과의 견련관계", 법률학의 제 문제(유기천 박사 고회기념), 「민법연구」 제1권, 박영사, 1988, 398면: 이 논문에서는 로마법에서는 선의의 점유자가 직접 비용상환을 청구할 수 없었기 때문에 유치는 상환을 위한 유일한 수단이었다고 하면서, 로마법에서는 그 외에도 산속재산청구에 대하여 상속재산에 필요비 또는 유익비를 지출한 선의의 점유자는 그 비용의 상환을 받을 때까지 그것을 유치할 수 있었고, 처의 재산에 기한 소권에 기한 가자반환청구에 대하여 남편이 가자에 대하여 지출한 경우에도 유치권능이 인정되었다고 한다.

과 같은 사실적 의미를 가질 뿐이었다고 한다.⁷⁾

독일 민법은 유치권을 대립되는 채권의 급부거절권으로 구성하고 있는데 (독일 민법 제273조, 제274조), 그리하여 입법자에 의해서는 채권적 유치권이라고 불렀던 것이고, 이로써 유치권의 채권적 성격이 명확히 되었다. 그 밖에는 급부거절 권을 쌍무계약의 효력인 동시이행의 항변권(독일 민법 제320조 이하), 점유의 효력(동법 제1000조 이하)으로 인정하고 있는데, 이 권리들도 물권으로 되는 것은 아니다. 그리고 유치권은 채권을 보전하는 담보적 성격을 가지므로 대담 보를 공여함으로써 유치권은 저지될 수가 있지만 (동법 제273조 제3항), 동시이행의 항변권은 불공평을 막으려는 데에 그 특성이 있으므로 전자는 비대가적 청구권에도 인정되지만 후자는 협의의 대가적 채무에만 적용이 있다. 일반적으로 동시이행의 항변권은 유치권의 밑에 분류되는 종류로 이해되고 있다.⁸⁾

프랑스 민법은 유치권에 관하여 통일적인 규정을 두고 있지 않고 있다가 2006년 개정된 담보법에 의하여 프랑스 민법 제2286조에서 유치권을 명문으로 규정하고 있다. 프랑스는 종래에 개개의 경우로부터 일반개념이 구성되어 우선변제권의 유무(프랑스 민법 제2094조), 제3자에 대한 대항력 등과 관련하여 그 물권성, 담보물권성이 논의되고 있다. 반환급부를 목적으로 하는 동시이행의 항변권(규정은 없음)과의 관계에 관하여 학설상 문제가 있지만,⁹⁾ 양자 간에 공통점이 있는 것으로 보며, 관례는 쌍무계약 외의 계약관계가 있는 경우, 또는 계약관계가 없더라도 물건과 채권 간에 견련성이 있는 경우에 유치권의 성립을 인정하고 있다.¹⁰⁾

스위스 민법은 유치권에 관하여 통일적으로 동산질권의 장중에 규정하고, 동산질권과 같은 모습의 물권성과 환가 성을 인정하여, 일종의 법정질권으로서의 물적담보성을 명확히 하고 있다. 동시이행의 항변권은 채무법 중에 규정

7) 양창수, "유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건 간의 견련관계", 398면.

8) 최금숙, "유치권의 성질 및 성립요건에 관한 몇 가지 고찰", 『이화여자대학교 법학논집』 제2권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소 1998. 2, 76면.

9) 최금숙, 상계논문, 77면.

10) 최금숙, 상계논문, 77면.

되어 있고(스위스 채무법 제 82조), 이는 채권적 항변권으로서 그 적용범위는 물건에 한하지 않을지라도 고유의 상호적 교환관계가 있는 경우에 한하게 되므로, 고유한 것이 아닌 급부의 교환에 관하여는 고유의 유치권의 유추로부터 구성되는 채권적 유치권의 적용이 인정된다.¹¹⁾

이와 같이 유치권에 관하여는 각국이 법률구성요건을 달리하고 있고, 이를 물권으로 구성하지 않더라도 실질적으로는 독특하게 다루고 있다. 유치권을 물권으로 구성하지 않는 독일 민법에서도 물건의 반환의무자가 갖는 유치권에 관하여는 특별히 배려를 하고 있고(독일 민법 제273조 제2항, 제1000조), 스위스 민법에서는 채무자의 소유에 속하지 않는 물건에 관하여 유치권을 인정하지 않으며, 동산 및 유가증권 이외에는 고유의 유치권은 인정되지 못하고, 고유의 유치권의 담보물권 그 적용범위가 극히 좁다고 할 수 있다. 일본 민법은 우리 민법과 마찬가지로 유치권을 담보물권으로 하고 있지만, 담보물권 가운데에서도 법률적 성질의 특이성을 부인할 수가 없다.¹²⁾ 그러나 우리나라에서 유치권을 물권으로 명문으로 규정하고 있는 '유치권에 의한 경매권'이 동일한 방법으로 인정되는 경우는 본고에서 열거된 나라들 중에서는 우리민법과 마찬가지로 유치권을 담보물권으로 하고 있는 일본만이 우리나라 법제와 동일하거나 매우 유사한 제도를 가지고 있는 것으로 보인다.

Ⅲ. 일본민법상 유치권 제정과정

1. 구민법 초안

일본 구민법전은 민법에 관한 논의의 결과 명치 25년(1893년)의 제3제국회의에서 무기한 연기가 결의되었고, 명치26년 공포되었으나, 동31년에 시행되지 못하고 폐지되었다. 구민법전은 보와소나드(Gustave Boissonade)의 지도하에 프랑스민법전의 강한 영향을 받아 성립되었으며 유치권에 있어서도 마찬가지로

11) 최금숙, 상계논문, 77면.

12) 최금숙, 상계논문, 77면.

이다.¹³⁾ Boissonade는 1804년에 만들어진 프랑스민법과 학설·판례를 참조하여 일본민법 초안을 작성하였고 여기에 독일민법 제1초안 등을 참고하여 일본민법전을 제정하였다.¹⁴⁾

그 후 1894년 내각에는 富井政章, 梅謙次郎, 穗積陳重 3인의 기초위원으로 이루어진 법전조사회가 설치되어 현행 일본민법전의 기초가 이루어졌다. 동법의 편집은 독일법에 따르려는 방침이 채택되어, 판데텐제도의 체계하에 유치권제도도 규율되게 되었다.¹⁵⁾

Boissonade의 구일본민법 초안은 프랑스민법전과 달리 유치권에 있어서 채권담보권에 일반적 적용에 관한 규정을 두었다. 그러나 “재산편 및 재산취득편”에서 유치권이 적용되는 개별적인 경우를 규정한 것¹⁶⁾은, 프랑스민법이 유치권의 개별적 경우만을 규정하여 그 원칙에 많은 이견이 있다고 보았다. 따라서 “유치권은 각각의 적용하는 경우 뿐만 아니라 다른 담보권과 비교할 때에 매우 예외적인 법정담보권이고, 그 요건이 성립되는 개개의 경우에 대해서 법률이 규정하는 것이다”¹⁷⁾고 하면서, 구민법전을 새롭게 구성하여야 하고 이유에 대하여 설명하였다.¹⁸⁾

Boissonade는 그 이유로서 첫째, “법률은 재판관을 위한 것이 아니라 일반의 시민을 위하여 제정된 것이고, 시민이 법률을 읽으면 여러 문제에 대한 각자의 권리와 의무를 분명하게 하여야 한다.”¹⁹⁾

둘째, “유치권이 인정되는 여러 경우 그것이 유용한 때에 행사되지 않으면 상실하기 때문에, 유치권자가 이를 알지 못하고 불이익을 당하는 일이 없어야 한다. 이는 법률이 채권자에게 방어의 무기를 가지게 할 수 없다는 데서 가장

13) 清水 元, 「留置權概念の再構成」, 一粒社, 1988, 115面.

14) 清水 元, 上掲書, 131面.

15) 清水 元, 上掲書, 131面.

16) 伊藤昌司, “留置權について : 斷片的覚え書き”, 「法律時報」, 第52卷 1号(628号), 日本評論社, 1980, 44面.

17) Boissonade, *Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, t. IV, E. Thorin, 1891, p. 186 et s.

18) 清水 元, 前掲書, 115面.

19) Boissonade, *op. cit.*, p. 187.

적당한 시기에 행사되도록 배려하지 않으면, 법률은 비난받아야 한다.²⁰⁾”

셋째, “법률이 채권자를 위하여 유치권을 명시하면 유치권은 언제나 동일한 효력임을 요하지 않고, 경우에 따라 본장의 최초의 조항 제92조는 유치권에 부여할 수 있는 효력을 넘는 것이다. 이는 일정한 경우에 유익비 내지 개량비에 기초한 채권에 적용되지만, 본 초안은 일반원칙으로서 거기까지 효력이 미치지 않는다²¹⁾”고 한다.

일본민법전이 시행된 후 민법학자들은 이를 形骸化 하는 과정에서 해석론이나 민법이론은 전적으로 독일논리를 참고 하였고, 독일민법전의 규정이나 민법학의 개념 및 해석론을 기초로 하여 체계화 하였다.²²⁾

2. 구민법의 유치권 내용

일본 구민법은 프랑스민법학의 지대한 영향을 받은 것으로 보인다. 이는 개방적인 것이 아니라 피담보채권, 목적물의 쌍방에 있어서 일정한 제한이 가하여진 것이다. 따라서 일본 구민법은 일반원칙과 개별규정을 같이하였다. 일본 구민법전의 여러 개별규정은 프랑스민법에 대하여 많은 특징이 있고, 유치권의 대세적 효력을 승인하였다. 프랑스민법전은 특정한 경우에 대하여 대항력을 규정하고 있는데(제1613조, 제1749조), 판례는 유치권 일반에 대해서 대항력을 인정하였다. 채권담보편 제95조도 이러한 입장을 받아들인 것이라고 할 수 있다.²³⁾

일본 구민법전에서 Boissonade가 주장한 유치권의 특징으로는 첫째, 유치권을 건물에 한정하였다. 그 이유는 건물의 점유는 부지의 점유를 포함하지 않는 취지를 고려하여, 용익권·임차권·지상권에 관해 권리소멸에 있어서 건물 및 수목의 수거권과 소유자의 선매권을 규정하였고, 건물에 관하여 점유로서 유치할 수 있는 권리의 필요성 때문이었다.²⁴⁾

20) Ibid.

21) Boissonade, op. cit., p. 188.

22) 北川善太郎, 「民法の理論と體系」, 一粒社, 1988, 3面.

23) 清水 元, 前掲書, 121面.

두 번째, 매매 이외에 유치권제도에 동시이행항변을 인정하지 않았다. 프랑스민법전 제1948조는 “수치인은 임치를 이유로 자기에게 지불되어야 할 전부를 변제 받을 때까지 임치물을 유치할 수 있다”고 규정하였고, 프랑스 판례는 이것을 기초로 하여 임치물에 행해졌던 비용상환청구권과 임치계약에 의해 발생한 채권을 위하여 유치권을 확장하였지만, 일본 구민법은 조문형식상 위임과 임치에 관하여 프랑스민법전 보다 그 범위가 넓지 않아 보인다. 왜냐하면 일본민법은 위임에 의해 점유하면서 동시에 채권자로 된 원인인 물건에 대해서만 유치권을 행사할 수 있고, 필요비용의 상환청구권과 물건에 의해서 생긴 손해배상청구권으로 제한하고 있기 때문이다.

세 번째, 유익비상환청구권에 대해서 유치권을 인정하지 않았다. 물건의 하자에 의해 발생하는 손해배상청구권 및 물건위에 지출하였던 비용상환청구권을 위한 유치권은 명문화되었지만 원칙적으로 유익비상환청구권에 대해서는 유치권을 인정하지 않았다.²⁴⁾ 따라서 매매계약의 해제권자에 대하여 재판소에 의한 기한의 허여가 주어지고(재산취득편 제88조 제3항), 악의점유자(재산편 제196조), 사무관리인(채권담보편 제92조 제2항)은 유치권을 가지지 않는다.

네 번째, 임차권을 물권으로 인정하였다(재산편 제2조 제2항). 따라서 일본 구민법은 임차인의 손해배상청구권을 위한 유치권(프랑스민법 제1749조)을 계수하지 않았다. 프랑스민법전은 ‘매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다’라는 법제를 채택하였지만(프랑스민법 제1743조), 일본 구민법은 임차권을 물권으로 인정하지 않고 제3자에게 매도한 때에 명도의무가 있다는 합의가 유효하다는 것을 인정하고 있다. 손해배상청구권은 이러한 경우에 작용하고 유치권은 ‘매매는 임대차를 깨뜨린다’는 경우의 대상에 불과하다는 것이다.

다섯 번째, 일본 구민법은 그 이유가 분명하지는 않게 프랑스민법전의 동산 질권에 있어서의 목시질을 인정하지 않고, 동산에 대하여만 일의 수급인의 채권을 위하여 유치권을 인정하고 있다(재산취득편 제283조).

24) Boissonade, op. cit., p. 187.

25) Boissonade, op. cit., p. 130.

N. 현행 일본민법상 유치권

1. 유치권 규정

현행 일본민법은 명치 31년(1898년)에 제정되었다. 이는 법시행전에 폐지된 구민법(명치 26년, 1893년)의 영향에서 완전히 벗어난 것은 아니고,²⁶⁾ 제2편 ‘물권편’의 제7장 ‘유치권에 관한 규정’에서 규율하고 있다.

일본민법 제295조 제1항은 “타인의 물건의 점유자가 그 물건에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우에는 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있다. 그러나 그 채권이 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다”고 규정하면서, 이 유치권은 점유가 불법행위에 의하여 시작된 경우에는 적용하지 않는다(동조 제2항). 또한 유치권자는 채권전부의 변제를 받을 때까지 유치물의 전부에 관하여 그 권리를 행사할 수 있으며(동법 제296조), 유치권자는 유치물로부터 생기는 과실을 수취하여 다른 채권자보다 먼저 이를 그 채권의 변제에 충당할 수 있고(동법 제297조 제1항), 그 과실은 먼저 채권의 이자에 충당하고 아직 잉여가 있는 때에는 이를 원본에 충당하여야 한다(동조 제2항).

또한 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 한다(동법 제298조 제1항). 채무자의 승낙 없이 유치물의 사용 혹은 임대를 하거나 또는 이를 담보로 제공하지 못한다. 그러나 그 물건의 보존에 필요한 사용을 하는 것은 그러하지 아니하다(동조 제2항). 유치권자가 이에 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(동조 제3항). 유치권자는 유치물에 관하여 필요비를 지출한 때에는 소유자에게 그 상환을 하게 할 수 있다(동법 제299조 제1항). 유치권자가 유치물에 관하여 유익비를 지출한 때에는 그 가격의 증가가 현존하는 경우에 한하여 소유자의 선택에 따라서 그 소비한 금액 또는 증가액을 상환하게 할 수 있다. 그러나 재판소는 소유자의 청구에 의하

26) 清水 元, 前掲書, 115-135面.

여 이에 상당한 기한을 허여할 수 있다(동법 제299조 제2항).

유치권의 행사는 채권의 소멸시효의 진행을 방해하지 아니하며(동법 제300조), 채무자는 상당한 담보를 제공하고 유치권의 소멸을 청구할 수 있다(동법 제301조). 유치권은 점유의 상실로 인하여 소멸한다. 그러나 그 물건의 보존에 필요한 사용을 위하여 임대 또는 입질을 한 경우에는 그러하지 아니하다(동법 제302조)고 규정하고 있다. 따라서 일본은 우리와 마찬가지로 유치권을 물권으로 파악하고, 경매신청권을 인정하고 있으며, 독일과 달리 부동산유치권을 인정하고 있어 유치권 문제에 대하여는 우리와 비슷한 문제를 안고 있다.

2. 유치권의 성격

일본민법상 유치권은 유치권자가 채권의 변제를 받을 때까지 물건을 유치할 수 있는 권능 외에 우선변제권은 인정하지 않고 있다.

일본 구민법상의 유치권은 물권으로 보았고 그 성격으로서 첫째, '불가분성'을 들 수 있다. 채권담보편 제93조는 "물건의 일부에 대해 유치하는 경우에 그 부분은 총채무"를 담보하고, 일부 변제시에도 전부의 변제를 받을 때까지 '전부의 물건'을 유치하는 것을 규정하였다. 이는 현행 일본민법 제296조(우리 민법 제321조)의 기초가 되었다.²⁷⁾ 둘째, 유치권과 질권은 유사하다는 이유로 질권규정의 준용을 인정하고 있다.²⁸⁾ 이에 관하여 Boissonade는 유치권자의 책임²⁹⁾, 유치물의 보존비용의 상환청구권과 유치물로 인한 손해배상청구권을 위한 담보(구민법 제109조), 물건을 유치하더라도 채무자의 면책시효는 진행이 된다는 점을 생각하였고, 이러한 담보적성질이 현행 일본민법에서 보다 더욱 강조되었다.

일본민법은 제2편 "물권편"에서 물권으로서의 유치권제도를 규정하고 있다. 이는 Boissonade에 의한 구민법에서의 '물권성'을 명확하게 계승한 것이고, 독립한 물권으로서 발전시킨 것이었다. 그가 프랑스법과 달리 일본의 유치권을

27) 樂師寺志光, 「留置權論」, 信山社出版, 1990, 31面.

28) Boissonade, op. cit., p. 191.

29) Boissonade, op. cit., p. 193.

‘물상담보’로서 접근하였던 것은 유치권의 물권성으로서 프랑스민법에 없는 내용을 일본민법에 더하였던 것으로 볼 수 있다.³⁰⁾

일본민법의 유치권은 구민법 채권담보편의 첫 번째 장의 제92조 내지 제96조에 따른 것이다. 프랑스민법은 개별적인 상황에 따라 거절권을 인정하고 있지만, 일본판례와 학설은 일반적인 유치권을 인정하고 일정한 경우에 제3자에 대한 효력을 인정하고 있는데, 일본민법의 이러한 태도는 프랑스의 학설과 판례에서 기초한 것이라고 한다.³¹⁾

그러나 일본민법이 유치권을 담보물권으로 인정하는 것은 독일민법의 유치권개념의 구성과 달리, 물권성을 명확히 하는 형식을 계수하였고, 독립된 물권으로서 담보물권편에서 규율하고 있다. 따라서 일정한 요건을 갖추면 유치권은 법률상 당연히 성립한다. 다만 당사자 사이의 약정에 의하여 유치권의 성립을 배제시킬 수 있다.

현행 민법에서 달라진 점은 유치권자에 의한 목적물의 사용·임대·담보제공의 금지를 명시하였고(동법 제298조 제2항), 대담보의 제공을 통해 유치권의 소멸을 청구할 수 있는 권리를 인정하였다(동법 제301조). 또한 민법은 유치권 이외에 법정담보물권으로 선취특권을 규정하고 있다는 점이 특이하다.³²⁾

일본민법에 있어서 유치권은 타인의 물건을 점유한 자가 그 물건에 관하여 생긴 채권의 변제를 받기까지 그 물건을 유치하여 채무자의 변제를 간접적으로 강제하는 담보물권이다.³³⁾ 즉 우리민법과 같이 법정담보물권으로 보기 때문에, 유치권의 가장 본질적인 효력은 물건의 인도를 거절할 수 있는 것이지만, 이것을 단순히 거절권능으로 보지 않고 독립된 물권으로 규정하고 있다.

그리고 유치권은 현실적으로 존재하지 않는 채권에 인정할 수 없고, 담보물권으로서 부종성과 수반성도 인정되는데, 목적물의 점유가 있어야 존재하기 때문에, 채권과 함께 점유도 이전되어야 한다. 채권이 양도되어도 그 목적물에

30) 清水 元, 前掲書, 129面.

31) 我妻榮, 「新訂 擔保物權法」, 岩波書店, 1972, 26面; 大村敦志, 「債權總論·擔保物權(基本民法Ⅲ)」, 有斐閣, 2004, 189面.

32) 清水 元, 前掲書, 131面-132面.

33) 我妻榮·有泉亭·清水誠, 「民法Ⅲ, コソメソタル 擔保物權法」, 日本評論社, 1997, 21面.

관한 견련관계는 존재하기 때문에 양도인이 그 점유이전에 의한 물건의 반환 의무를 불이행한 때에는 채무불이행책임을 부담하게 된다.³⁴⁾

3. 유치권의 성립

일본민법은 채권자가 점유하고 있는 채권과 물건과의 사이에 견련성이 있는 경우에 한해서 유치권을 인정한다. 통설은 이것을 채권이 물건에서 생겼을 경우와 채권과 물건의 인도청구권이 동일한 법률관계 내지 생활관계에서 생겼을 경우로 분류하고 있다. 그러나 이 기준에 비춰보면 견련성의 성립여부가 일률적으로 판단할 수 있는 것은 아니다. 실제로는 개개의 경우에 유치권을 인정하는 것이 공평한 것인가라는 실질적 판단을 하여 공평하다고 판단됐을 경우에 견련성이 있다는 것에 지나지 않으므로, 판단 기준으로서는 기능하지 않는다.³⁵⁾

이 혼란의 원인은 종래의 학설이 제3자와의 사이에 공평의 요건에 관한 판단 속에서 도모하려고 한 것에 있다. 그래서 우선 견련성 유무의 판단에 있어서는 채권자와 채무자간의 공평함에만 착목하여 유치권 효력의 물적범위, 인적범위를 검토함으로써 제3자와의 사이의 공평을 도모해야 한다.³⁶⁾ 그러면 채권자·채무자 간의 공평에만 착목했을 때, 견련성을 인정해야할 경우에 대해 피담보채권이 유치 목적물 가치의 일부 또는 전부의 변용물일 경우라는 견해³⁷⁾가 있다.

유치권의 견련성에 관하여 일본에서도 견해의 대립이 있다. 일원설에는 우리나라의 학설과 유사하게 상당인과관계를 강조하는 견해와 사회관념을 강조하는 견해 등이 주장된다.

일본은 건물과 토지를 별개의 부동산으로 본다. 건물에 대한 유치권으로 그 대지에 대하여 유치권을 부정하고,³⁸⁾ 채무자가 아닌 제3자에게 인도거절권 행

34) 我妻榮, 前掲書, 26面.

35) 道恒内弘人, 「擔保物權法 第3版」, 有斐閣, 2008, 19-20面.

36) 道恒内弘人, 上掲書, 20面.

37) 道恒内弘人, 上掲書, 20面.

38) 日本最高裁判所, 1974. 9. 2, 判決(昭和49)[民集28卷6号 1152面].

사할 수 있는 것³⁹⁾이 우리민법과 같다. 그러나 부동산 유치권에 관한 물권성을 긍정하는 일본민법은 의사주의를 취하고 있고, 부동산등기를 대항요건으로 하며, 부동산 점유질에 관한 규정도 있으므로, ⁴⁰⁾ 등기에 대한 부동산 물권변동의 공시방법으로서의 지위가 반드시 확고하지는 않아 보인다.

일본민법 제295조에서 유치권의 성립요건으로 타인의 물건을 점유하는 자가 “그 물건에 관하여 생긴 채권”을 가질 것을 요구하고 있다. 이원설은, 우리나라의 다수설과 같은 견해가 매우 유력하다. 즉 물건이 채권발생의 직접원인이 된 경우와, 간접원인이 된 경우에도 견련관계를 긍정한다. 간접적 원인이 인정되는 경우는 동일한 관계나 동일한 목적에 의한 경우, 물건이 채권과 동일한 원인에서 발생한 다른 채권의 목적물인 경우이다. 그리고 채권이 간접적으로 물건에 대한 견련관계를 갖고 발생한 경우, 즉 채권과 물건의 인도청구권간에 견련성이 있는 경우와, 채권이 목적물을 원인으로 발생한 경우 및 채권이 동일한 법률관계 또는 동일한 사실관계로부터 생긴 경우 등⁴¹⁾과 같이 각각 다른 설명을 한다.

이원설은 물건이 채권발생의 객관적 기초가 되는 경우 물건이 직접적인 채권발생의 원인인 경우에 법률사실의 하나인 때에는 견련성이 있다. 그리고 물건과 채권간에 인과관계 및 경제적 관계에서 발생하고, 채무자가 채무를 이행하지 않고 반환청구가 사회통념상 부당한 경우에 견련이 있으며, 물건의 존재와 채권의 성립간에 상당인과관계가 있는 경우에 사회통념상 유치권을 인정한다.⁴²⁾

V. 유치권자의 경매신청권

1. 인정여부

39) 日本最高裁判所, 1972. 11. 16, 第1055号 判決(昭和47)[民集26卷9号 1619面].

40) 高木多喜男, 「擔保物權法, 第4版」, 有斐閣, 76面.

41) 田中整爾, 「日本注釋民法(8)」, 有斐閣, 1979, 21-22面.

42) 田中整爾, 上掲書, 22面.

유치권에 우선변제적 효력이 없기 때문에 유치권자는 스스로 담보권실행으로의 경매절차 등을 할 수 없게 되고 피담보채무의 변제가 장기간 없어도 목적물을 유치하는 방법 밖에 없다. 그러나 이는 유치권자에게 부담이 되기 때문에 이 부담에서 해방되도록 목적물을 경매하는 것이 인정된다.⁴³⁾

따라서 일본민법은 유치권을 구민법과 마찬가지로 '담보물권'으로 규정(일본민법제295조)하고 있는데, 중요한 점은 '대항력'과 '경매신청권'이다.

'유치권에 기한 경매'에 있어서 일본민법의 입법과정에서는, 法典調査會에 제출된 원안 제303조에서 "유치권자가 유치권의 행사를 채무자에게 통지하여 변제의 최고를 행한 후 상당한 기간 내에 변제 또는 담보를 받지 못한 때에는 질권에 관한 규정에 따라 유치물의 경매를 청구하고 그 대금으로써 변제에 충당할 수 있다"고 규정하였다. 즉 유치권의 우선변제적 효력의 인정여부는 심의과정에서 논쟁의 대상이 되었는데 원안의 기초위원들은 적어도 유치권에 대하여 선취특권·질권 다음으로 이해를 한 것으로 보여 진다. 그러나 동 조항은 삭제되었다.⁴⁴⁾

일본에서는 유치권에 다른 담보물권과 같은 경매신청권의 인정여부에 대하여 견해의 대립이 있다. 다수설은 경매법에서 유치권자를 경매신청권자 중에 포함시키고 있기 때문에 유치권자도 경매신청권이 있다고 해석하지만,⁴⁵⁾ 소수설은 일본민법이 명문으로 경매신청권을 규정하지 않으므로 인정할 수 없다고 한다.⁴⁶⁾ 이와 같은 취지에서 유치권은 목적물을 유치함으로써 담보적인 목적을 달성하는 권리이기 때문에, 우선변제권이 인정되는 권리가 아니며, 일본민법상의 물상대위성을 인정하지 않고, 파산법이 일본민법상의 유치권에 대하여 별제권을 인정하지 않는다.⁴⁷⁾

그러나 현행 일본민법은 구민법과 달리, 일본민법 제295조⁴⁸⁾에서 유치권을

43) 道恒内弘人, 前掲書, 37面.

44) 清水 元, 前掲書, 132-133面.

45) 我妻榮, 前掲書, 44-45面.

46) 樂師寺志光, 前掲書, 25-26面.

47) 我妻榮, 前掲書, 26面.

48) 日本 民法 第295條.

① 타인의 물건의 점유자가 그 물건에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우에는 그 채권의 변

인정하여 명문의 규정을 두고 있으며, 민사집행법 제195조에서 '유치권에 기한 경매신청권'을 규정하고 있다. 이 규정으로서 소수의 반대설은 별론으로 존재하지만, 유치권자에게 경매신청권이 인정된다는 것에 대하여는 이론이 없다.⁴⁹⁾

이에 관한 최고재판소의 판례는 보이지 않으나 하급심판례는 '유치권에 기한 경매'를 인정하고 있다.⁵⁰⁾ 판례는 이 경매의 성격에 대하여 "목적물을 환가하는 것을 목적으로 하는 형식적경매와 매우 유사한 것"이라고 보고 인수주의를 취하고 있다. 그러므로 유치권경매는 담보물권자나 기타 채권자들에 대하여는 배당요구를 인정하지 않으며, 환가대금은 경매를 신청한 유치권자에게 교부하는 것으로 처리한다. 따라서 일본은 유치권자의 경매신청권 인정여부에 학설상의 논란을 불식시켰으며, 우선변제권이 없는 경매신청권의 실익에 대해서는 지금도 논쟁이 있다.

2. 매각절차

일본민법 제295조 제1항에서는 유치권을 규정하면서 경매신청권을 규정하고 있지 않다. 따라서 '유치권에 기한 경매'는 민사집행법 제195조에 의한 매각절차에 의해서 실시하고 있다고 해석이 된다.

일본은 1979년 민사집행법이 제정되기 전에도 유치권경매의 절차에 관해서는 하등의 기본적 규정이 제정되지 않았다. 그로 인해 해석상 많은 다툼이 있고, 실무상에도 완전히 통일을 보지 못했다.⁵¹⁾

제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있다. 그러나 그 채권이 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다.

② 전항의 규정은 점유가 불법행위로 인하여 시작된 경우에는 이를 적용하지 아니한다.
日本 民事執行法 第195條 유치권에 기한 경매와 민법·상법, 기타 법률의 규정에 의한 환가를 위한 경매에 있어서는 담보물권의 실행에 의한 경매의 예에 의한다.

49) 石渡哲, "留置權による競賣の賣却條件と換價金の處理", 『白川和雄 先生古稀記念, 民事紛争をめぐる法的諸問題』, 信山社出版, 1999, 449面.

50) 東京地方裁判所, 1985. 5. 17 判決(昭和60), 第125号, 執行異議申立事件(判例時報 1181号 111面).

51) 園尾隆司, "留置權による競賣および形式的競賣の賣却手續", 『金融法務事情』, 1221号 6, 金融財政事情研究所, (1989. 5), 16面.

이 법을 제정할 당시에 민사집행의 절차에 관한 실무지침이 될 수 있는 규정을 제정하려고 하였다. 그러나 입법과정에서 '유치권에 기한 경매'는 유치권 성질 자체가 일본민법의 해석문제인 것을 이유로 당초에 의도했던 규정이 제정되지 않았다. 형식적경매에 관해서는 환가권을 인정한 법률이 많기에 각 조문대로 환가의 목적이 가지각색이므로, 경매절차를 일률적으로 규정하는 것은 법안의 입안과정으로 충분한 검토가 되어 있지 않기 때문에, "담보권의 실행으로써 경매의 예에 의한다"고 규정한 것에 머물러 있다.⁵²⁾

이러한 상황 때문에 입법당시부터 집행절차의 해석에 대립이 예상되었고, 민사집행법 제정 후에 수년을 지나지 않는 동안에 그 해석은 여러 가지의 모습으로 혼미한 감이 있다. 이후 유치권경매는 학설과 관계없이 실무의 운용상 문제점을 하나씩 극복해나가는 것을 기대하지만 학설과 실무상의 취급에 대립이 있다.

민사집행법은 '유치권에 기한 경매'의 매각절차를 어떻게 실시를 할지에 대해서 해석에 위임하는 태도를 취하고 있다. 그 이유에 대해 법무성의 입법담당자는 경매개시의 절차, 압류의 요부 등에 대하여, 특히 실체 규정의 정비를 위해 특별한 규정을 제정하지 않고, 이것을 실체법의 해석에 따르고, 절차에서는 "담보권의 실행에 의한 경매의 예에 의한다"고 했기 때문이라고 한다.⁵³⁾

이와 같은 입법의 결과 '유치권에 기한 경매'의 매각절차는 강제집행의 매각조건으로서 소멸주의 또는 인수주의를 채용해야 할 것인지, 배당요구를 인정해야 될 것인지 등에 대해서 학설이 대립하고, 매각의 원활한 진행에 지장을 초래하고 있는 것이 현실이다.

부동산에 관한 유치권경매의 매각절차는 첫째, 유치권자가 그 존재를 증명하는 문서를 집행재판소에 제출하여야 개시가 된다. 이 경우 그 문서는 민사집행법 제181조 제1항 제4호에 의한 사문서로도 가능하다고 하며, 집행재판소는 문서를 제출한 때에 경매개시결정을 하고, 압류의 등기를 한다. 이에 대하여 처분제한의 효력을 인정할 것인가의 여부는 적극설과 소극설로 나뉘고, 처

52) 園尾隆司, 上掲論文, 6面.

53) 園尾隆司, 上掲論文, 7面.

분제한의 효력을 인정하는 적극설이 타당하다고 한다.⁵⁴⁾

둘째, 집행채권자에 대한 무잉여를 원인으로 경매절차를 취소할 수 있다. '유치권에 기한 경매'의 매각조건에 소멸주의를 취하는 경우에는 다른 절차에 의하여서도 가능한 담보권의 실행에 의한 경매절차를 준용하고 있다. 절차비용 및 우선채권을 변제하고 무잉여가 발생할 때 경매절차를 취소할 수 있다 (민사집행법 제63조의 준용).⁵⁵⁾

셋째, 판례는 '유치권에 기한 경매'의 매각조건에 인수주의를 취하고 있다. 그러므로, 인수주의 하에서는 실무상에서의 부담으로 곤란한 경우가 발생하고 당연히 배당요구도 인정하지 않는다.⁵⁶⁾ 따라서 매각조건에 있어서는 소멸주의에 대한 논의가 학계와 법원실무에서도 심도 있게 진행이 되고 있다.

3. 집행문서

민사집행법 제195조의 '유치권에 기한 경매'는 부동산담보권 실행의 방법과 개시에 관한 규정인 일본 민사집행법 제180조⁵⁷⁾ 및 제181조⁵⁸⁾ 이하의 제 규

54) 園尾隆司, 上掲論文, 10面.

55) 三ヶ月章, 「民事執行法」, 弘文堂, 1981, 467面.

56) 園尾隆司, 前掲論文, 10面.

57) 日本 民事執行法 第180條 (不動産担保權の實行の方法) 부동산 (등기 할 수 없는 토지의 정착물을 제외하고, 제43조 제2항의 규정에 의하여 부동산으로 간주 하는 것을 포함한다. 이하의 장에서 같다)을 목적으로 하는 담보권 (이하의 장에서 "부동산 담보권"이라 한다)의 실행은 다음에 제시하는 방법에 있어서는 채권자가 선택한 것에 의해서 실행 한다.

① 담보 부동산 경매 (경매를 통해 부동산 담보권 실행을 말한다. 이하의 장에서 같다)의 방법

② 담보 부동산 수익 집행 (부동산에서 생기는 수익을 피담보채권의 변제에 충당하는 방식으로 부동산 담보권 실행을 말한다. 이하의 장에서 같다)의 방법

58) 日本 民事執行法 第181條 (不動産担保權の實行の開始)

① 부동산 담보권 실행은 다음에 해당하는 문서를 제출한 경우에만 시작한다.

1. 담보권의 존재를 증명하는 확정 판결이나 가사 심판 법률 (쇼와 이십 년 법률 제152호) 제15조 심판 또는 이들과 동일한 효력이 있는 등본

2. 담보권의 존재를 증명하는 공증인이 작성한 공정 증서 등본

3. 담보권의 등기 (임시 등기를 제외한다)에 관한 등기 사항 증명서

4. 일반선취특권에 의하는 때에 그 존재를 증명하는 문서

② 저당 증권의 소지 사람이 부동산 담보권 실행에 신청을 하려면 저당 증권을 제출하여야

정이 준용된다.

유치권의 목적물이 부동산인 경우에는 부동산담보권의 실행의 예(부동산담보권과 일반선취특권과 부동산선취특권, 부동산질권, 저당권의 4종류가 있다)에 의하여, 민사집행법 제180조를 준용한다. 따라서 부동산유치권자는 목적부동산의 점유자이지만, 동산경매의 경우와 달리 민사집행법 제181조에 의한 일정한 법정증명서를 경매재판소에 제출하는 경우에 한하여, 유치권경매가 개시가 된다.⁵⁹⁾ 이러한 법정문서는 부동산경매의 담보권실행의 집행명의를 말한다.⁶⁰⁾ 이에 관하여 유치권경매에 있어서는 사실상 민사집행법 제181조 제1항의 제2호 및 제3호의 문서는 준용이 불가능하다는 견해가 있다.⁶¹⁾

학설에 의하면 유치권경매절차의 개시는 일반선취특권의 실행에 관한 민사집행법 제181조 제1항 제1호 내지 제4호 중의 하나인 법정문서를 제출하는 경우에 한하여 절차가 개시된다고 한다.⁶²⁾ 그리고 학설은 민사집행법 제181조 제1항 제4호를 준용한다는 견해가 유력한 다수설이다. 이 설은 이러한 유치권경매의 집행문서에 사문서의 허용론과 그 맥을 같이 한다.⁶³⁾

그러나 민사집행법 제181조 제1항 제4호의 준용에 대하여 비판적인 견해가 있다. 즉 유치권자는 목적물의 보존이 곤란한 경우 이를 보관하는 부담에서 해방되기 위하여 보존행위를 대신하여 환가로 전환할 수 있고, 피담보채권을 회수하는 수단으로서 집행권원을 득한 후에 강제집행을 행할 수 있는 것으로 지적하고 있다.⁶⁴⁾

한다.

③ 담보권에 승계가 있을 후에 부동산 담보권 실행의 신청을 하는 경우, 상속 기타 일반 승계에 있어서 그 승계를 증명하는 문서를 다른 승계에 있어서의 그 승계를 증명 재판의 등본 기타 공문을 제출하여야 한다.

④ 부동산 담보권 실행의 개시결정이 된 경우에는 법원 서기는 개시결정의 송달 시에, 부동산 담보권 실행의 신청에 제출되기 전3항에 규정하는 문서의 목록 및 첫번째 절 넷째 호에 규정된 문서의 사본을 상대방에게 송부하여야 한다.

59) 浦野雄幸, 「條解 民事執行法」, 有斐閣, 1985, 822面.

60) 齊藤和夫, “留置權競賣考: 民執法195條の根本問題の檢討”, 「法學研究」, 80卷 12号, 慶應義塾大學法學研究會, 2007, 84面.

61) 近藤崇晴, 「註解民事執行法(5)」, 金融財政, 1995, 371面.

62) 齊藤和夫, 前掲論文, 87面.

63) 齊藤和夫, 上掲論文, 89面.

또한 齊藤和夫는 유치권경매의 절차개시 문서에 있어서 담보권실행의 존재를 증명하는 확정판결의 등본(동법 제181조 제1항 제1호)을 첨부하여야 할 것이며,⁶⁵⁾ 그 구체적인 예로는 다음의 판결을 지적하고 있다.

i) 판결주문 중 판단과 유치권존재를 증명하는 것으로서, 유치권존재확인청구의 인용판결(유치권자가 원고인 경우), ii) 판결이유 중 판단에 있어서 유치권존재를 증명하는 것으로서, 유치권부존재확인청구의 기각판결(유치권자가 피고인 경우), iii) 판결이유 중 판단에 있어서 유치권존재를 증명하는 것으로서, 소유권에 기한 유치물인도청구소송에 유치권자의 항변을 주장한 결과로 나온 인수급부판결(유치권자가 피고인 경우)을 첨부하여야 한다고 주장한다.

일반 담보권실행에 의한 경매에 있어서 그에 관한 경매개시 문서는 일정한 공문서를 법으로 정하고 있다(일본 민사집행법 제181조 제1항 제1호 내지 제3호). 이에 대하여 일반선취특권의 실행에 있어서는 그 존재를 증명하는 경매개시문서(일본 민사집행법 제181조 제1항 제4호)를 사문서로도 가능한 것으로 법으로 정하고 있다.⁶⁶⁾

일본의 일반선취특권은 법정담보권이다. 이러한 해당채권이 발생하면 법률상 당연히 발생하는 담보권이라서 피담보채권의 발생을 증명하는 문서가 민사집행법 제181조 제1항 제4호 문서로 보는 것이 다수설의 입장이다.

中野·民執 七三九面은 부동산, 준부동산에 대한 형식적경매는 경매의 근거를 경매신청권인 환가권을 증명하는 법정문서로 엄격히 제한할 수 없으며, 그 종류를 한정하여, 경매신청권의 존재를 증명하는 문서의 제출로서 족하다고 해석한다.⁶⁷⁾ 近藤·注解(5)三七一面은 '유치권에 기한 경매'도 유치권의 존재를 증명하는 것은 당연하고 필요하지만, 등기부등본에 의한 증명은 반드시 이를 요하지 않는다. 확정판결이나 공정증서의 등본에 의한 증명도 실제상 반드시 필요로 하지는 않는다. 그것을 요구하는 것은 '유치권에 기한 경매'를 사실상 거부하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 따라서 '유치권에 기한 경매'는 민사집행

64) 石渡哲, "留置權による競賣の賣却條件と換價金の處理", 456面: 高木多喜男, 前掲書, 28面 以下.

65) 齊藤和夫, 前掲論文, 89面.

66) 齊藤和夫, 上掲論文, 90面.

67) 中野貞一郎, 「民事執行法(增補新訂5版)」, 青林書院, 2006, 739面.

법 제181조 제1항 제4호(第八十一條 不動産担保權の實行は、次に掲げる文書が提出されたときに限り、開始する。四 一般の先取特權にあつては、その存在を証する文書) 준용론에 의거하여, 일반선취특권의 실행의 예에 의한 문서에 의해서 유치권의 존재를 증명하는 것으로 족하다고 한다.⁶⁸⁾

따라서 유치권의 집행문서는 구체적으로 유치권의 발생 원인에 대해서 유치권의 존재에 대한 증명의 어려움이 개별적으로 판단되는 경우에 채권자가 작성한 보고서로서 족한 것으로 보고 있다. 그러므로 '유치권에 기한 경매'의 실행을 위한 증명문서는 반드시 판결문 등의 집행권원을 요하지 않고, 유치권을 증명할 수 있는 사문서로도 가능하다는 것이 일본 다수설의 입장으로 해석이 된다.

Ⅶ. 유치권경매에서의 소멸과 인수

일본에 있어서 '유치권에 기한 경매'의 매각조건에 학설의 논쟁이 있다. 다수설의 입장은 소멸주의를 취함으로써 유치권에 기한 경매절차에 있어서 강제집행 및 담보권실행과 같은 것으로 배당절차를 인정한다.⁶⁹⁾ 그러나 인수주의를 주장하는 자들은 이론상 배당요구절차가 없고, 소멸주의를 취하는 것은 부당하다는 것인데, 이 학설은 소수설의 입장이다.⁷⁰⁾

또한 인수주의에 근거한 유치권경매절차에 있어서 환가대금을 유치권자에게 교부하는 것은 배당과 구별한다. 유치권은 사실상 채권의 우선변제를 받을 수 있는 권리에 지나지 않고, 물건의 환가자체를 변제에 충당하는 권리가 아니기 때문에, 환가금을 채권의 우선변제에 충당하는 것은 인정할 수 없다⁷¹⁾고 한다.

따라서 이하에서는 민사집행법 제195조에 의하여 유치권자가 경매를 신청하

68) 近藤崇晴, 前掲書, 371面.

69) 園尾隆司, 前掲論文, 10面.

70) 園尾隆司, 上掲論文, 11面.

71) 園尾隆司, 上掲論文, 10面.

는 경우 그에 더 잡은 담보물권이나 기타 우선변제권이 있는 권리들에 대하여 우선변제권을 인정하고, 소멸주의를 적용할 것이냐. 인수주의를 적용할 것이냐에 관한 문제를 검토하기로 한다.

1. 학설의 태도

(1) 소멸주의

‘유치권에 기한 경매’는 인수주의를 취하는 설과 소멸주의를 취하는 설이 현저히 대립하고 있는데,⁷²⁾ 소멸주의는 일본민법의 다수설⁷³⁾이다.

양설의 대립은 ‘유치권에 기한 경매’를 포함하여 광의의 형식적경매의 절차에 해당요구를 인정하느냐의 문제에 대하여 견해의 차이로 상반되게 발생하고 있다.

소멸주의를 주장하는 입장에서는 담보권실행의 경매에서는 부동산 위에 존재하는 제한물권은 매각에 의하여 소멸하는 것으로 하고 있다.⁷⁴⁾ 민사집행법 제195조에서 ‘유치권에 기한 경매’는 “담보물권의 실행에 의한 경매의 예에 의한다”고 규정하고 있으므로, 소멸주의를 채택하는 것이 원칙이라고 한다.⁷⁵⁾

인수주의를 채택하면 매각의 실효성을 기대하기 어려우므로 가급적이면 소멸주의를 채택하는 것이 실천적으로 요청되고, 담보권자에는 잉여주의를 적용하여 그 시점에서 만족을 강제시키더라도 손해가 발생할 염려가 없으므로, 유치권경매는 담보권실행경매 등과 보조를 맞추어 소멸주의를 인정하는 것이 타당하다는 것이다.

72) 園尾隆司, 上掲論文, 8面.

73) 三ヶ月章, 「民事執行法」, 467面; 園尾隆司, 上掲論文, 10面; 坂本倫城, 「留置權による競賣申立て」, 大石忠生ほか編, 裁判實務大系7, 青林書院, 1986, 513面; 生田治郎, 「留置權の實行をめぐる諸問題」, 加藤一郎—林良平編集代表, 擔保法大系第二卷, 金融財政, 1985, 842面; 竹田稔, 「民事執行の實務 I」, 酒井書店, 1980, 228面.

74) 園尾隆司, 上掲論文, 10面.

75) 園尾隆司, 上掲論文, 10面.

(2) 인수주의

일본민법에서의 인수주의는 법무성의 입법담당자에 의해 입법의 직후부터 제창된 설이며,⁷⁶⁾ 그 견해를 취하는 판례⁷⁷⁾도 나타났다.

인수주의에 의하면 부동산상의 담보권은 매각에 의해 소멸하지 않고, 매수인이 그 부담을 지며, 또한 배당요구는 허용되지 않는다. 따라서 배당절차는 실시되지 않고, 경매절차에서의 환가대금은 경매를 신청한 유치권자에게 교부된다.⁷⁸⁾ 이 설에 의하면, '유치권에 기한 경매'는 실제법의 해석상 유치물의 환가를 위한 경매에 지나지 않고, 배당절차는 이론상 있을 수 없으며, 배당절차를 막기 위해서는 인수주의를 취하지 않을 수 없다는 이론에 근거하는 설이다.

따라서 소수설 및 판례가 취하고 있는 인수주의를 주장하는 견해⁷⁹⁾에서는 유치권 등의 환가를 위한 형식적경매에 있어서는 환가의 목적이 목적물을 금전으로 환가해 놓는 것에 그칠 뿐, 이를 신청인이나 다른 채권자들에게 변제하는 것이 아니기 때문에, 이러한 유형의 환가를 위한 경매는 목적물을 그대로의 가치만큼 환가함으로써 그 목적이 달성되는 것이고, 그 이상의 부동산상의 부담을 모두 소멸시켜 버리는 것은 '환가'라는 목적에서 벗어나는 것이라고 한다.

그러나 民事執行法案要綱案⁸⁰⁾의 입장은 배당이전의 환가의 단계에서 유치권을 소멸시키면 배당이의 소송에서 유치권의 채권액이나 그 존재여부를 둘러싸고 분쟁이 발생하는 등 회수에 어려움이 생기는 문제도 나타났지만, 인

76) 鈴木忠一·三ヶ月章(石丸俊彦執筆), 「註釋民事執行法(3)」, 第一法規, 日本評論社, 1984, 379面.

77) 東京地方裁判所, 1985. 5. 17 判決(昭和60), 第125号, 執行異議申立事件(判例時報 1181号 111面).

78) 園尾隆司, 前掲論文, 8面.

79) 竹下守夫, 「不動産競賣における物上負擔の取扱い 不動産執行法の研究」, 有斐閣, 1977, 141面.

80) 日本 民事執行法要綱案 第一次 試案 (第二十八條)

① 부동산의 위에 존재한 유치권, 선취특권, 질권 및 저당권은 특별한 매각조건에 의하여 경락인에 인수하게 하는 것을 제외하여 환가에 의하여 소멸하는 것으로 한다. 단, 유치권 및 등기를 필요로 하지 않는 특별한 선취특권으로 매각조건 결정 기일 후에 발생한 것은 경락인이 인수한 것으로 한다.

② 전항에 의하여 소멸한 담보권을 갖는 자는, 그 권리의 순위에 따라 부동산의 대금으로부터 변제를 받는 것으로 한다. 다만 유치권자는 매각조건 결정기일 까지 그 피담보채권의 원인 및 금액을 집행법원에 신고와 소명하는 것에 의하여 다른 채권자에게 우선하여 변제를 받는 것을 할 수 있는 것으로 한다.

여주의하(제27조)에서 유치권자는 항상 전액 변제를 받게 되고, 실제의 손해도 적다고 말한다. 다음에 매각조건결정기일까지 유치권의 존부나 피담보채권액이 드러나지 않고, 경매가액은 이를 고려하여 결정하여야 하는 경우, 유치권자에게 매각조건결정기일까지 피담보채권액과 유치권의 원인에 대하여 권리신고를 할 것을 요구하고 있고, 유치권자가 권리신고를 하지 않았을 때에 실권시키는 것이다. 이에 관해서는 민법의 실질적 개정을 포함하는 반대론이 있어,⁸¹⁾ 결국 종래대로 인수주의를 유지하는 것으로 제정이 되었다(민사집행법 제59조⁸²⁾ 제4항).⁸³⁾

그러나 이 설에 의하면 위와 같은 이론에 근거한 것이기 때문에 이 설을 실무에 응용하면 몇 가지의 점에서 해결하기 어려운 문제가 생긴다. 실무상의 최대의 난점은 인수주의를 취하면 매수인의 권리가 불안정하게 되며 부동산의 매각이 현저하게 곤란하게 된다는 것이다. 이점에 관해서 인수주의를 주장하는 법무성의 입법담당자는, “매각이 되지 않으면 매각이 되도록 신청인이 매수인을 찾아서 매각을 하여야 한다는 것이다. 그러므로 재판소가 매각신청을 받은 이상 어떻게든 매각하지 않으면 안 된다는 생각은 할 필요가 없다”고 말하고 있다.⁸⁴⁾ 그러나 인수주의를 취하지 말고 소멸주의를 취하면 용이하게

81) 柚木馨·高木多喜男, 「擔保物權法」, 法律學全集十九, 有斐閣, 1982, 34面.

82) 日本 民事執行法 第59條

- ① 부동산 위에 존재하는 우선특권, 사용 및 수익을 하지 아니한다는 취지의 정함이 있는 질권 및 저당권은 매각에 의하여 소멸한다.
- ② 전항의 규정에 의하여 소멸하는 권리를 가진 자, 압류채권자 또는 가압류채권자에 대항할 수 없는 부동산에 관한 권리의 취득은 매각에 의하여 그 효력을 상실한다.
- ③ 부동산에 관한 압류, 가압류의 집행 및 제1항의 규정에 의하여 소멸하는 권리를 가진 자 또는 가압류채권자에게 대항할 수 없는 가처분의 집행은 매각에 의하여 그 효력을 상실한다.
- ④ 부동산위에 존재하는 유치권 및 사용 및 수익을 하지 아니한다는 취지의 정함이 없는 질권으로 제2항의 규정의 적용을 받지 아니하는 것에 관하여는 매수인은 이에 의하여 담보된 채권을 변제할 책임을 진다.
- ⑤ 이해관계있는 자가 최저매각가액이 결정될 때까지 제1항, 제2항 또는 전항의 규정과 상이한 합의를 하였다는 취지의 신고를 한 때에는 매각에 의한 부동산 상의 권리의 변동은 그 합의에 따른다.

83) 清水 元, 前掲書, 293-295面.

84) 園尾隆司, “留置權による競賣および形式的競賣の賣却手續”, 「金融法務事情」, 1221号 6, 金融財政事情研究所, (1989. 5), 8面.

해결될 문제임에도 불구하고 위와 같은 견해를 취하는 이유에 대해 의문을 가지게 된다.

(3) 배당요구

‘유치권에 기한 경매’에 있어서 경매를 신청한 유치권자에게는 환가금 교부의 형식으로 배당을 해주고, 담보물권이나 기타 권리들에 대하여는 매수인에게 인수를 시키고 있다. 이 경우 유치권자는 일반채권자의 지위로서 배당에 참여할 수 있다. 다만 매각조건으로 인수주의를 취하는 설에서는 배당요구의 중기를 결정하지 않고 매각절차를 진행하게 된다.⁸⁵⁾

그러나 유치권자에 대한 환가금 교부를 ‘배당 등’으로 부르는 것이 적절하지 않다는 견해가 있다. 민사집행법에 의한 ‘배당 등’의 개념을 협의로 해석을 하는 대신에, 유치권자에 대한 환가금의 교부도 ‘배당 등’의 개념에 포함하여 생각한다. 민사집행법의 절차에 의하면 유치권은 ‘배당 등’의 이론에 의하여 소멸한다. 집행절차의 직접개시를 하지 않고 각 권리자에게 환가금의 교부를 하는 자체가 민사집행법상의 ‘배당 등’이 된다고 생각하기 때문이다. 이미 실정법상에도, 국세징수법 제21조 제1항은 유치권에 의한 담보가 되는 채권에 대한 환가대금의 교부를 ‘배당’이라고 부르는데 있어서 이에 대하여 부당하다는 이견이 없다.⁸⁶⁾

소멸주의를 취하는 자들 중에는 선취특권을 가진자의 배당요구는 인정해야 하지만,⁸⁷⁾ 일반채권자의 배당요구는 인정해서는 안 된다고 한다.⁸⁸⁾ 이 설에 의하면 채무명의를 소지한 일반채권자는 ‘유치권에 기한 경매’의 절차에 배당요구의 방법으로 참가하는 것은 불가능하지만, 강제경매의 신청서(일반 선취특권자는 담보권 실행의 신청서)를 제출하면 배당을 받을 수 있게 된다. 그러나 배당절차의 참가방법을 이와 같이 한정시키는 것이 무슨 의미가 있을까

85) 園尾隆司, 上掲論文, 10面.

86) 園尾隆司, 上掲論文, 11面.

87) 坂本倫城, 前掲書, 517面.

88) 生田治郎, 前掲書, 847面.

하는 의문이 제기되고,⁸⁹⁾ 또한 압류등기전에 가압류등기를 완료한 일반채권자는 배당을 받는 것이 가능한지, 가압류등기가 약간이라도 압류등기보다 늦어지면 배당에 참가가 어려워진다. 이러한 구별을 해야 하는 실질적인 이유가 무엇인가 하는 의문이 제기 된다.

2. 판례의 태도

최고재판소의 판례는 보이지 않으나 하급심의 판례는 '유치권에 기한 경매'에 있어서 배당요구를 인정하지 않는다.⁹⁰⁾ 판례는 "유치권에 기한 경매신청권을 인정해도 이 채권의 변제기가 도래해서 지급하지 못하는 때에 목적물의 유치에 대한 부담을 회피하기 위해서 환금하는 것을 인정하는 것에 불과하다. 그 실질은 목적물을 환가하는 것을 목적으로 하는 소위 형식적경매 그 자체는 아니지만 이와 매우 유사한 것이라고 할 수 있다. 그렇다면 유치권의 실행에 의한 경매도 형식적경매와 같이 채권의 변제를 목적으로 하는 담보권실행의 경매절차에서 배당요구에 관한 결정은 그 성질상 적용의 여지가 없다"⁹¹⁾고 보고 있다. 따라서 본 결정은 '유치권 경매에 의한 경매'에 있어서 인수주의를 취하고 있는 것으로 보인다.

또한 본 결정은 '유치권에 기한 경매'에서 배당요구에 관한 규정을 적용하지 않는 이유에 대해 '유치권에 기한 경매'에서 일반선택특권에 근거해서 배당요구를 인정한 집행관의 조치는 위법하므로 취소하였다. 또한 본 결정의 이론적 근거로 형식적경매는 배당요구에 관한 규정을 적용하지 않는 것이 당연한 전제로서 유치권의 실행에 의한 경매도 이와 유사한 것으로서 배당요구에 관한 규정을 적용하지 않는다는 결론을 내렸다.

89) 生田治郎, 上掲書, 842面.

90) 石渡哲, "留置權による競賣には配當要求が許されない", 「判例時報」, 1206号(判例評論 333), 判例時報社, (1986.11), 171面.

91) 東京地方裁判所, 1985. 5. 17 判決(昭和60), 第125号, 執行異議申立事件(判例時報 1181号 111面).

Ⅵ. 우리법제와의 차이

일본민법은 제2편 '물권 편'의 제7장 '유치권에 관한 규정'에서 유치권제도를 규율하고 있다. 일본민법상 유치권은 우리 민법과 같이 독립적인 제한물권인 담보물권으로 규정한다는 점에서 우리민법과 가장 유사하다. 그리고 유치권자에게 일반채권자의 지위로서 배당에 참여할 수 있는 것도 우리와 같아 보인다. 다만, 우리 민법의 경우와 같은 경매청구권이 민법상으로는 규정되어 있지 않고, 일본 민사집행법 제195조의 규정에 근거하고 있다.

유치권에 관한 규정내용도 그 객체로 유가증권을 그 대상으로 규정하지 아니하고(일본민법 제295조 제1항), 점유가 불법행위로 인한 경우에 유치권이 성립을 인정하지 않고(일본민법 제295조), 다소간에 표현상의 차이가 있을 뿐 거의 유사하다.⁹²⁾ 다만 일본에서는 상사유치권이 파산절차에서는 특별선취특권으로(일본파산법 제66조 제1항 갱생절차에서는 별제권으로 존속하나(일본회사갱생법 제2조 제10항) 민법상 유치권은 파산절차에서는 그 효력을 잃는 것으로 하고 있는 것(일본파산법 제66조 제3항)인데, 이는 일본 내에서도 입법론적으로 비판을 받고 있다.⁹³⁾

우리 민법 제320조 제1항의 유치권의 내용에 관항 규정에 의하면, "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"고 규정하고 있고, 동법 제322조의 제1항에 의하면, "유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다"고 규정을 하고 있다.

이와 반면에 일본의 경우 일본민법 제295조 제1항은 "타인의 물건의 점유자가 그 물건에 관하여 생긴 채권을 가지는 경우에는 그 채권의 변제를 받을 때까지 그 물건을 유치할 수 있다. 그러나 그 채권이 변제기에 있지 아니하는 때에는 그러하지 아니하다"고 규정하면서, 이 유치권은 점유가 불법행위에 의하여 시작된 경우에는 적용하지 않는다(동조 제2항)고 규정을 하여, 민법상의

92) 三ヶ月章, "強制執行法案要綱案と民法との關係をめぐる諸問題の背景と展望", 218-229面.

93) 三ヶ月章, 上掲書, 218-229面.

규정으로만 비교해 본다면, 유치권의 행사에 관하여 우리민법(제320조의 제1항)에서 규정한 '유가증권'에 관한 규정이 일본민법에서는 보이지 않으므로 일본의 경우 '유가증권'에 대하여는 유치권을 행사할 수 없을 것이며, 또한 우리민법 제322조의 제1항에서 "유치권자는 채권의 변제를 받기 위하여 유치물을 경매할 수 있다"고 규정을 하고 있으므로, '유치권에 의한 경매권'의 직접적인 규정은 우리민법에서만 명문으로 규정을 하고 있고, 일본 민법에서는 직접적인 명문규정이 없는 것으로 보인다.

그러나 일본 민사집행법 제195조에 의하면 "유치권에 의한 경매와 민법·상법, 기타 법률의 규정에 의한 환가를 위한 경매에 있어서는 담보물권의 실행에 의한 경매의 예에 의한다"고 일본 민사집행법상의 명문으로 규정을 하고 있다. 이에 관하여 우리 민사집행법 제274조 제1항의 유치권 등에 의한 경매에 관한 규정에 의한 "유치권에 의한 경매와 민법·상법, 그 밖의 법률이 규정하는 바에 따른 경매는 담보권 실행을 위한 경매의 예에 따라 실시한다"고 하는 규정과 그 뜻과 궤도를 같이 해석할 수 있다고 볼 것이다. 따라서 이 규정의 해석에 의하면, 일본에서도 민사집행법 제 195조에 명문상으로 경매실무상 '유치권에 의한 경매권'은 인정이 되고 있다.

일본의 경우 일본민법 제297조⁹⁴⁾에서 과실수취권에 대하여는 우선변제권을 인정하고 있지만, 유치권에 대하여는 직접적으로 우선변제권을 인정하지 않고 있다. 또한 유치권자 이외의 채권자나 담보권자가 경매를 신청하는 경우 부동산 위에 존재하는 유치권은 부동산 강제집행에 의해 그 효력이 상실한다는 규정이 적용되지 않는다고 하여 매수인은 유치권의 피담보채무액을 인수하여 변제할 책임을 부담(일본민사집행법 제59조 제4항)하도록 한 것은 우리 민사집행법(제91조 제5항)과 같다⁹⁵⁾고 볼 수 있다. 따라서 이 경우 그 목적물의 경매절

94) 日本民法 第297條

① 유치권자는 유치물로부터 생기는 과실을 수취하여 다른 채권자보다 먼저 이를 그 채권의 변제에 충당할 수 있다.

② 전항의 과실은, 우선 채권의 이자에 충당하고 아직 잉여가 있는 때에는 이를 원본에 충당하여야 한다.

95) 오시영, "부동산 유치권의 한계와 입법적 검토", 토지법의 이론과 실무, 지엄 이선영박사 회갑기념 토지법의 이론과 실무, 법원사, 2006, 187면.

차에 있어서 유치권자는 사실상의 우선변제권을 가지고 있는 것으로 보인다.⁹⁶⁾

Ⅷ. 결 론

1. 시사점

일본은 1910년 우리나라를 식민지화 하면서 곧 한반도에 일본법을 시행하였다. 그리하여 2년 후인 1912년 3월에 제령 제7호로 '조선민사령'을 제정하여 시행하게 하였고, 이 법령이 일제 아래에서의 민사에 관한 기본법이며, 일본민법전과 각종의 특별법 및 부속법이 한반도에 의용 되게 되었다. 조선민사령 법령에서 우리 민법상 유치권의 모태를 볼 수가 있는데, 일본 구민법을 그대로 사용하여, 현행 우리민법의 유치권 규정과 유사하다.

한편 1948년 해방이후에도 우리민법을 제정·시행(1958년 2월 22일 법률 제471호 공포, 1960년 1월 1일 시행)하기 까지 우리나라에서는 일본민법(의용민법)을 그대로 사용할 수밖에 없었다. 그 이유는 일본민법이 그 자체로서 훌륭한 것이 아니라, 그 법은 독일민법이나 프랑스민법 등을 모방 계수한 것이기 때문에 우리도 이 사회에 보다 적합한 법을 만들어 시행하다 보면 자연히 근대적 민법으로서 일본법과 같이 자리를 잡을 수 있게 된다는 것이다.⁹⁷⁾

따라서 우리민법이 의용민법을 민법편찬의 기초로 삼게 된 것은 주지의 사실이고,⁹⁸⁾ 조문 순서나 내용이 비슷하여, 우리민법상 유치권 규정에 의용민법의 영향이 절대적이었음을 알 수 있다. 다만, 우리민법 제정당시 일본은 민법전 제정이후 독일민법의 영향을 받고 있었으므로, 우리민법은 이와 같은 흐름이 반영되어 일본민법전과 같은 독일법적인 내용을 가지게 된 것이다.⁹⁹⁾

96) 石渡哲, “留置權による競賣の賣却條件と換價金の處理”, 454面.

97) 양창수, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 「민사법학」 제8호, 한국민사법학회, 1990. 4, 48면.

98) 문홍안, “재산권이전형담보의 법구조적 연구”, 박사학위 논문, 건국대학교 대학원, 1991, 189-190면, 189면.

99) 문홍안, 상계논문, 190-191면.

일본민법은 유치권이 물권이라는 점, 그 성립요건, 유치권이 동산뿐만 아니라 부동산에도 미친다는 점, 유치권자에게 과실수취권, 경매신청권, 비용상환권을 인정하고 있으며, 반사적인 사실상의 우선변제권능을 인정하는 점¹⁰⁰⁾ 등 여러 가지 면에서 우리나라 민법과 거의 같다고 볼 수 있다. 그러므로 일본도 부동산유치권에 관하여 우리와 비슷한 고민을 하고 있는 것으로 보인다.

따라서 우리민법상의 유치권은 담보물권 중에서 약정담보물권인 질권이나 저당권과는 달리 법정담보물권이다. 이는 독일민법이 유치권을 채권관계로 규정하고 있는 것과는 그 기초를 달리하고 있다. 따라서 스위스민법이 유치권을 법정질권의 모습으로 규정하고 있고, 또 일본민법이 이를 법정담보물권으로 규정하고 있는 것과 같은 입장이다.¹⁰¹⁾

그러므로 유치권을 담보물권으로 규정하고, 유치권자에게 경매신청권을 부여하고 있는 일본민법의 유치권제도가 우리민법상 유치권제도의 성립과정에 많은 영향을 끼친 것은 사실이고, 특히 현행 우리민법에서의 유치권제도를 이해하는데 그 기초가 되었음을 부인할 수 없을 것이다.

2. 맺음말

일본민법상 유치권은 우리민법과 같이 독립적인 제한물권인 담보물권으로 규정한다는 점에서 우리민법과 가장 유사하다. 그리고 유치권자에게 일반채권자의 지위로서 배당에 참여할 수 있는 것도 우리와 같아 보인다. 또한 '유치권에 기한 경매'의 직접적인 규정은 우리민법 제322조의 제1항에서만 명문으로 규정을 하고 있고, 일본민법 제295조에서는 직접적인 명문규정이 없는 것으로 보인다. 다만, 그에 관한 절차법적인 근거로서 우리민사집행법 제274조와 같이 일본민사집행법 제195조의 규정에 근거하고 있다.

일본의 경우 '유치권에 기한 경매'는 일반선택특권의 실행의 예에 의하여 실행하며 그에 관한 문서에 의해서 유치권의 존재를 증명하는 것으로 족하다는 것으로서, 일본 민사집행법 제181조 제1항 제4호 준용론이 있으나, 집행권원이

100) 林 良平外 3人, 「註解 判例民法-物權法」, 靑林書院, 1999, 339頁.

101) 최금숙, 전계논문, 76-77면.

나 공정증서 등의 집행권원을 요한다는 견해도 있다. 그리고 일본의 경우 실질적경매에서는 일본민사집행법 제59조에 의하여 인수주의를 취하고 있으나 '유치권에 기한 경매'의 경우 다수설의 입장은 소멸주의를 취함으로써 '유치권에 기한 경매'의 경우에 배당요구를 인정하고 있다. 이 설에 의하면 유치권에 기한 경매절차에 있어서도 강제집행 및 담보권실행과 같은 모습으로 배당요구를 인정하고 있다. 매각조건에서는 인수주의를 취하는 입장의 경우에는 배당요구를 인정하는 여지가 없는데, 이 학설은 일본의 소수설의 입장이다.¹⁰²⁾ 그러나 이에 관하여 일본의 최고재판소 판례는 보이지 않고, 하급심 판례의 태도는 소수설의 입장과 같이 인수주의를 취하면서 배당요구를 인정하지 않고 있다.

이러한 점에 견주어 볼 때에 우리나라의 법원실무에서 나타나듯이 일본의 경우에도 우리법제와 같이 유치권자가 경매를 신청한 경우가 법원실무에 있어서 거의 찾아보기가 어렵고 그리 흔한 일은 아닌 것으로 보인다.

결론적으로 우리나라의 유치권제도가 조선민사령시대 이후부터 일본민법의 영향을 받은 것으로 볼 수 있을 것이며, 따라서 유치권자가 경매를 신청한 경우의 법률관계 또한 일본제도의 영향을 받은 것으로 밖에 볼 수 없을 것이다.

참고문헌

- 곽윤직(편집대표), 「민법주해(VI)—물권(3)」, 박영사, 2006.
- 김상용, 「물권법」, 법문사, 2006.
- 문홍안, “재산권이전형담보의 법구조적 연구”, 박사학위논문, 건국대학교대학원, 1991.
- 양창수, “유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건과의 견련관계”, 법률학의 제문제(유기천박사 고회기념), 「민법연구」 제1권, 박영사, 1988.
- _____, “민법안의 성립과정에 관한 소고”, 「민사법학」 제8호, 한국민사법학회, 1990.

102) 園尾隆司, 前掲論文, 11面.

- 오시영, “부동산 유치권의 한계와 입법적 검토”, 지엄 이선영박사 회갑기념 토지법의 이론과 실무, 「토지법의 이론과 실무」, 법원사, 2006.
- 최금숙, “유치권의 성질 및 성립요건에 관한 몇 가지 고찰”, 「이화여자대학교 법학논집」 제2권 제2호, 이화여자대학교 법학연구소, 1998.
- 園尾隆司, “留置權による競賣および形式的競賣の賣却手續”, 「金融法務事情」, 1221号 6, 金融財政事情研究所, 1989.
- 齊藤和夫, “留置權競賣」考 : 民執法195條の根本問題の検討”, 「法學研究」, 80卷 12号, 慶應義塾大學法學研究會, 2007.
- 三ヶ月章, “強制執行法案要綱案と民法との關係をめぐる諸問題の背景と展望”, 「民事訴訟法研究」, 第7卷 7卷, 有斐閣, 1978.
- 伊藤昌司, “留置權について : 斷片的覚え書き”, 「法律時報」, 第52卷 1号(628号), 日本評論社, 1980.
- 石渡哲, “留置權による競賣には配當要求が許されない”, 「判例時報」, 1206号(判例評論 333), 判例時報社, 1986.
- _____, “留置權による競賣の賣却條件と換價金の處理”, 『白川和雄 先生古稀記念, 民事紛争をめぐる法的諸問題』, 信山社出版, 1999.
- 竹下守夫, “不動産競賣における物上負擔の取扱い 不動産執行法の研究”, 有斐閣, 1977.
- 大村敦志, 「債權總論·擔保物權(基本民法Ⅲ)」, 有斐閣, 2004.
- 我妻榮, 「新訂 擔保物權法」, 岩波書店, 1972.
- 我妻榮·有泉亭·清水誠, 「民法Ⅲ, コンメンタール 擔保物權法」, 日本評論社, 1997.
- 田中整爾, 「日本注釋民法(8)」, 有斐閣, 1979.
- 樂師寺志光, 「留置權論」, 信山社出版, 1990.
- 清水 元, 「留置權概念の再構成」, 一粒社, 1988.
- 鈴木忠一·三ヶ月章(石丸俊彦執筆), 「註釋民事執行法(3)」, 第一法規, 日本評論社, 1984.
- 三ヶ月章, 「民事執行法」, 弘文堂, 1981.
- 北川善太郎, 「民法の理論と體系」, 一粒社, 1987.

- 柚木馨・高木多喜男, 「擔保物權法」, 法律學全集十九, 有斐閣, 1982.
- 高木多喜男, 「擔保物權法, 第4版」, 有斐閣, 2005.
- 白川和雄, 「民事紛爭をめぐる法的諸問題」, 信山社出版, 1999.
- 生田治郎, 「留置權の實行をめぐる諸問題」, 加藤一郎—林良平編集代表, 擔保法大系第二卷, 金融財政, 1985.
- 坂本倫城, 「留置權による競賣申立て」, 大石忠生ほか編, 裁判實務大系7, 青林書院, 1986.
- 林 良平外 3人, 「註解 判例民法-物權法」, 青林書院, 1999.
- 浦野雄辛, 「條解 民事執行法」, 有斐閣, 1985.
- 中野貞一郎, 「民事執行法(增補新訂5版)」, 青林書院, 2006.
- 竹田稔, 「民事執行の實務 I」, 酒井書店, 1980.
- 近藤崇晴, 「註解民事執行法(5)」, 金融財政, 1995.
- 内田貴, 「民法Ⅲ」, 東京大學出版會, 2005.
- 道恒内弘人, 「擔保物權法 第3版」, 有斐閣, 2008.
- Boissonade(Gustave), *Projet de code civil pour l'empire du Japon accompagné d'un commentaire*, E. Thorin, 1891.

[Abstract]

A study on the Japanese Civil Code, the lien auction

Jang, Geon

Prof. of GukJe Digital University

Japanese civil law, civil law, such as liens, we SNL independent restriction of water rights as collateral, in that regulation is most similar to our Civil Code. Makers and attract the general creditors to participate in

dividends as the position of us and it looked like nothing.

In addition, when comparing only the Civil Code provisions on, concerning the exercise of our lien Civil Code (Article 320 paragraph 1 of Section), as defined in the 'securities' has no provisions for (Japanese Civil Code Section 295 trillion Section 1), possession is illegal If due to acts do not allow the establishment of a lien (Japan Civil Code Section 295 trillion), more or less as there is a difference in the expression is almost similar on. In addition to attracting direct owner of the auction rules, we apply the Civil Code Article 322 paragraph 1 of the regulations in section, and the Japanese Civil Code Article 295 in Group seems to be no direct regulations. However, evidence about him as our Civil Execution Law Procedure Act Section 274, as Joe and Japanese Civil Execution Law is based on the provisions of Article 195.

In Japan, the Japanese Civil Code Article 297 regarding rights in Group received the first fruit to recognize the liquidation, but directly against the lien does not recognize the first reimbursement. Licensee also attract non-debt auctions or if you are applying by the lien exists on top of real estate liens on real estate by the enforcement provisions that its effect does not apply in the loss of the lien of the bonds acquired by Buyer to Indemnify liability (Japan Civil Execution Law Article 59 Section 4) a thing to South Korea's Civil Execution Law (Article 91 Paragraph 5) and can be seen equal. Thus, in this case, the targets in the auction process to repay the lien with the de facto first seems.

In Japan, the right to apply for the auction of licensors to attract the general lien and execution of the execution thereof by the example of documents that prove the existence of liens by the suffice as a Japanese Civil Execution Law Article 4 Paragraph 1 Article 181 trillion number apply, While suggesting that the views, judgments, costs, etc. There is also an opinion.

Real estate auctions in Japan and the Japan Civil Execution Law

pursuant to Article 59 arguments, but takes care if the number of liens filed by the auction theory by taking care of the destruction has been recognized the need for dividends. Seole period, according to two liens enforceable even in the auction process, and looks like a lien running has been recognized as a dividend requirements. Sale conditions, the argument takes care admission requirements in the case of dividends do not have a choice to admit, this theory is the perspective of the Japanese prime set.

Key words : lien, a lienholder's right to apply for auction, real estate auction, the real rights granted by way of security, preferential payment right and opposing power