「국제법무」 제4집 제2호, 2012. 11. 30.
제주대학교 법과정책연구소

中国房屋双重买卖法律问题研究

-以人民法院判决为视角-

중국 주택이중매매 법률문제에 관한 연구

-인민법원판결을 중심으로-

徐 世 杰*
Xu, Shi-Jie

目 次

Ⅰ. 绪论
Ⅱ. 一般房屋的双重买卖问题
Ⅲ. 商品房的双重买卖问题
Ⅳ. 结论

국문초록

중국 일반주택의 이중매매에 대해서 우선, 계약의 효력과 등기의 효력 상호 간의 관계를 명확히 할 것이 요구된다. 당사자 간에서 부동산물권변동의 합의가 있고, 내용상 법률과 행정법규의 강행규정 및 공서양속을 위반하지 않고 당사자가 계약의 효력에 대해서 다른 약정을 하지 않았다면, 계약 성립 시에 효력이 발생하게 된다. 등기여부는 물권변동의 효력이 발생하였는지 여부를 결정할 뿐 계약 자체의 효력에는 영향을 미치지 않는다. 다음으로, 계약의 효력과 소유권의 귀속문제를 명확히 할 필요가 있다. 주택이중매매는 일반적으로 다음과 같은 몇 가지 경우가 있다. 즉 제1매수인과 제2매수인이 매매계약

논문접수일 : 2012.09.30
심사완료일 : 2012.10.25
게재확정일 : 2012.10.30
* 법학박사과정 · 제주대학교 법학과/법과정책연구소 전임연구원

체결 후 모두 주택등기를 하지 않은 경우, 제2매수인이 등기를 한 때 제2매수인이 선의인 경우와 악의인 경우가 있는데 구체적 사정에 따라 주택매매계약의 효력과 주택 소유권의 귀속 문제를 구분하여 확정하여야 한다. 마지막으로, 상품주택 매매거래 중 매수인을 보호하려는 목적으로 징벌적 손해배상책임조항을 도입하였지만 징벌적 손해배상액에 대해서 많은 논란이 있다. 본 문은 상기의 문제점들을 연구하고자 한다.

주제어 : 주택이중매매, 계약효력, 소유권, 상품주택, 징벌적 손해배상책임

Ⅰ. 绪论

近年来，在房屋价格不断攀升的情况下，由于获利空间大而违约成本低，所以出卖人在利益的驱使下，违背诚实信用原则，对房屋进行双重或多重买卖。这不仅损害了买受人的合法权益，也将阻碍房地产市场的健康发展。鉴于此，对于房屋双重买卖的研究是具有理论和实际意义的。

在中国，根据一定标准，对房屋有多种不同的分类方法。为便于研究，本文中将房屋分为一般房屋和商品房。在中国，商品房（即"一手房"）是一个特定的概念，是指房地产开发商开发、建成以后用于出售的住宅、商业用房以及其他建筑物。而一般房屋（俗称"二手房"）是指已经在房地产交易中心备案，完成初始登记和总登记后，再次上市交易的房产。即，产权明确并经过一手买卖之后再上市交易的房产。一般房屋是相对于开发商手中的商品房而言，但商品房经过一次上市交易后，也就成为了一般房屋。虽然农村房屋也可以买卖，但其转让范围受到法律限制。在2007年国务院办公厅下发《关于严格执行有关农村集体建设用地法律和政策的通知》中，明确规定农村住宅用地只能分配给本村村民，城镇居民不得到农村购买宅基地、农民住宅或"小产权房"。因此，农村房屋的双重买卖将不在本文的讨论范围之内。

房屋买卖过程中，必然会涉及到物权变动。大陆法系国家都在民法中具体规定了关于物权变动的相关内容。而最具有争议性的问题是，基于法律行为而引起的

物权变动何时发生效力。对于这个问题的不同回答形成了关于物权变动的三种不同的立法模式：意思主义[1]、形式主义[2]和折衷主义[3]。

中国《物权法》第9条第1款规定："不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。"同法第23条规定："动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律另有规定的除外。"这样的规定已经明确表明，中国《物权法》原则上采取了折衷模式，即不动产或动产物权因法律行为而发生变动（如设立、转让等）时，没有登记或交付的，物权变动的效果不发生。但是，未经登记或者交付并不影响引发物权变动的法律行为的效力。所以，在义务人不履行交付或者办理登记的义务时，权利人有权要求义务人承担违约责任。[4]中国历来的法律如《民法通则》[5]、《担保法》[6]、《合同法》[7]以及有关司法解释也都采用了折衷主义的立法模式。这主要是因为以登记或交付作为物权变动的生效要件能使人们准确判断物权变动是否发生，既有效率又能维护市场安全，故而深入人心。

《物权法》在确立物权变动以登记或交付作为生效要件的同时，例外地认可了以下几类物权的变动以登记作为对抗要件。首先，关于土地承包经营权的变动。中国目前的土地承包经营权一般都是在订立合同后就取得的，而且土地承包工作基本结束，如果都要求重新登记发证，不符合现实，也将增加农民负担。鉴于此，《物权法》第127条第1款规定："土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立。"关于土地承包经营权的互换、转让，也不以登记作为生效要件。《物权

1) 意思主义，也称合意原则，是指不动产或动产上的物权仅因当事人的合意而发生，无须进行登记或交付。该原则为《法国民法典》首创。

2) 形式主义也称物权的合意主义，是指物权因法律行为而发生变动时，不仅需要有当事人物权变动的合意，还要履行登记或交付这一法定形式。最为典型的立法例为《德国民法典》。

3) 折衷主义也称交付原则与登记原则，是指当物权因法律行为而发生变动时，除当事人的合意之外，仅须履行登记或交付法定形式，就足以发生物权变动的效果。瑞士的民法典采用了此种立法例。

4) 王利明、杨立新、王轶、程啸，「民法学」，法律出版社，2011，258面。

5) 《民法通则》第72条第2款规定："按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。"

6) 《担保法》第41条规定："当事人以本法第四十二条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。"

7) 《合同法》第133条规定："标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。"

法》第129条规定："土地承包经营权人将土地承包经营权互换、转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记；未经登记，不得对抗善意第三人。"这主要是因为农民承包的是本集体经济组织所有的土地，其他农户对承包情况应当相当清楚，而且农户也很少将承包经营权转让给本集体经济组织之外的单位或个人。变更土地承包经营权登记需要履行一定的法定程序，并缴纳相应的费用，可能会增加农户负担；而且农户土地多并分布广，对土地进行登记等需要投入大量的人力和物力，暂时也无法以登记作为生效要件。[8]然后，关于地役权的设定。《物权法》第158条规定："地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。"地役权最主要的适用地区还是中国广大的农村，如果地役权的效力以登记作为生效要件，会给广大农村的群众造成不便，因此物权法对地役权实行登记对抗主义。最后，对准不动产上的物权变动。《物权法》第24条规定："船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。"

本文将对房屋买卖合同效力和登记效力、第二买卖合同效力、房屋所有权归属问题、惩罚性赔偿问题进行探讨。本文将以各法院的实际判决为例，对房屋未进行过户登记时，房屋买卖合同是否有效；出卖人与第一买受人签订房屋买卖合同后，再次与第二买受人就同一房屋签订买卖合同，并且两买受人都未过户登记时，该房屋应当如何处置；出卖人与第一买受人签订房屋买卖合同后，与第二买受人就同一房屋再次签订买卖合同并且完成过户登记时，第二买卖合同是否有效、所有权应当如何处置；在救济措施中，惩罚性赔偿应如何应用等问题进行的深入研究。

II. 一般房屋的双重买卖问题

1. 合同效力与不动产登记效力

由于长期以来，中国理论界否认物权行为的存在，因此在立法上一度将合同效

8) 王宗非，「农村土地承包法释义与适用」，人民法院出版社，2002，101面。

力与不动产登记的效力加以混淆。例如，根据《担保法》第41条的规定，以房屋等不动产设定抵押权的，如果没有登记，不仅抵押权没有发生，而且抵押合同也不发生法律效力。

混淆合同效力和登记效力，既不符合物权与债权相区分的法理，无法界定物权法与合同法的使用范围，也不利于贯彻合同严守原则，保护善意第三人，维护交易安全。[9]中国《物权法》在法律上明确了登记效力，并首次区分合同效力和登记效力。《物权法》第15条规定："当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权登记的，不影响合同效力。"换言之，当事人之间订立的引发不动产物权变动的合同一经成立，只要在内容上不违反法律、行政法规的强制性规定、公序良俗且当事人对于合同效力没有另外的约定，合同成立时即发生效力。即便登记是不动产物权变动的生效要件，登记与否也只是决定了物权变动的效力是否发生，不影响合同本身的效力。因为登记旨在贯彻落实的是物权法的公示与公信原则，如果当事人之间仅就不动产物权的变动达成合意，而没有办理登记，合同的效力不应受到影响。[10]

在双重买卖条件下，出卖人与先买受人签订的关于房屋买卖的合同，只要具备合同生效的一般要件就可以在当事人之间产生拘束力，债权债务关系由此而建立。出卖人应当转移财产所有权给买受人，并有瑕疵担保责任；买受人负有保管、确认瑕疵和支付价款、受领标的物的义务。由于不动产登记与否并不影响合同的成立，对于同一房屋的第二个合同，只要符合合同生效的一般要件并且不具有《合同法》第52条规定的无效情形，第二个房屋买卖合同即具有法律效力。

2. 均未进行不动产登记的情况

(1) 案件事实[11]

9) 王利明，「物权法研究（修订版）（上卷）」，中国人民大学出版社，2007，320面。

10) 王利明、杨立新、王轶、程啸，「民法学」，法律出版社，2011，265面。

11) 申诉人（一审原告、二审被上诉人）谢军因与被申诉人（一审被告、二审上诉人）陈春江和董敏、原审上诉人（一审第三人）陈德才财产权属纠纷一案，江苏省新沂市人民法院于2006年10月10日

吴国粉挂靠在华厦建筑公司名下承建糖酒公司综合楼工程，该工程建设资金由吴国粉全额投入，由于资金紧张，吴国粉边盖楼边卖房，卖房款也用于工地施工。2001年8月28日陈德才和吴国粉签订了房屋销售合同，约定将糖酒公司综合楼306室出售给陈德才，陈德才向吴国粉预交了房款35000元。后由于原购买305室（现3-301室）房屋的巩绪同要退房，陈德才遂于吴国粉、巩绪同三方协商，由陈德才购买该房，并由陈德才将巩绪同已交付吴国粉的房款35000元，退还巩绪同。由此，陈德才取得该房，并间接支付吴国粉70000元购房款。2002年3月8日华厦建筑公司与吴国粉签订协议，双方约定对于吴国粉已施工完的工程量，以糖酒公司综合楼中的23套房屋抵付工程款给吴国粉（包括本案诉争房屋）。对于糖酒公司综合楼，新沂市房产管理局于2002年2月3日向新苑公司颁发了房屋预售许可证。2003年6月20日，新苑公司与谢军签订了房屋买卖合同，吴国粉在新苑公司委托负责人处签字。谢军在2003年6月10日从新苑公司取得了诉争房屋的产权证明书。2003年，陈春江和董敏（陈春江和董敏系夫妻关系，陈春江系陈德才之子）在未经新苑公司同意的情况下占有并居住该房屋。协商未果后，谢军诉至法院，请求法院判令两被告停止侵权行为，从所占房屋迁出。

(2) 法院判决

江苏省新沂市人民法院一审认为，吴国粉挂靠华厦建筑公司承建新沂市糖酒副食品公司商住楼，其个人没有售房资质，不能对外销售房屋。新苑公司取得售房资格，其具有合法的销售权。吴国粉擅自将305室(现3-301室)出售给巩绪同的行为系无权处分行为，吴国粉将此房屋出售后亦没有取得新苑公司的追认，故巩绪同不能取得该房屋的所有权，巩绪同亦没有权利再行转卖该房屋。陈德才从巩绪同

作出（2005）新民一初字第1681号民事判决。陈春江、董敏、陈德才不服，提出上诉。2007年5月11日，江苏省徐州市中级人民法院作出（2006）徐民一终字第2135号民事判决，撤销新沂市人民法院（2005）新民一初字第1681号民事判决，改判驳回谢军的诉讼请求。谢军不服，向检察机关申诉。江苏省人民检察院于2011年3月2日作出苏检民抗[2011]20号民事抗诉书，向江苏省高级人民法院提出抗诉。江苏省高级人民法院于2011年4月19日作出（2011）苏民抗字第0043号民事裁定书，指令江苏省徐州市中级人民法院再审。江苏省徐州市中级人民法院于2011年11月6作出了（2011）徐民再终字第0032号终审判决。

手中购买房屋时，未向新沂市房产局了解吴国粉有无售房资质，对新苑公司的公示视而不见。陈德才将房屋让与子女居住的行为不构成善意取得，陈德才不能取得该房屋的所有权。2003年原告与吴国粉、新苑公司协商签订的商品房买卖协议不违反法律规定，是当事人真实意思表示，合法有效，且谢军已取得了该房屋的产权证明书，故该房屋应由原告取得。陈德才仅预付房款35000元，尚未付清房款，而原告已交清了房款95000元，该房屋虽然一房多卖，依照公平原则，该房屋亦应由原告取得为宜，故被告及第三人应从该房屋中迁出。陈德才依据买卖合同可要求对方返还购房款并承担相应的违约责任。

江苏省徐州市中级人民法院二审判决，撤销江苏省新沂市人民法院一审判决，并驳回谢军的诉讼请求。法院的判决理由如下：

① 两份房屋买卖合同的效力。本案诉争房屋实质上系一房二卖，陈德才从吴国粉处购买了诉争房屋，华厦公司与吴国粉达成的协议书中也明确了诉争房屋是抵给吴国粉的，可见，吴国粉有权对诉争房屋行使处分权。谢军与新苑公司签订了房屋买卖合同，经鉴定，也并非是事后与新苑公司恶意串通。因此这两份房屋买卖合同均有效。

② 房屋的所有权归属。由于房屋只有一处，必定有一人不能实现合同目的。对于此类问题，解决纠纷的规则是：已经不动产物权公示登记的优于未登记的；在均未登记的情况下，先占有使用的优于未占有使用房屋的。未取得房屋的买方，可以向卖房人请求不当得利返还或要求追究违约责任。本案中，陈德才在合同成立并支付购房款后，已由其子在诉争房屋中实际居住多年，谢军在未取得对诉争房屋所有权的情况下无权要求陈德才之子迁让房屋。谢军虽持有新苑公司给其的产权证明书，但该证明书是新沂市房产管理局发给新苑公司以代替新苑公司的初始登记的，它仅能证明谢军与新苑公司之间的买卖关系成立，而不能作为谢军对诉争房屋享有所有权的物权凭证。在陈德才与谢军均未取得诉争房屋所有权的情况下，陈德才的家人已先在诉争房屋中实际居住，故从解决此类纠纷的规则及维护物权稳定的角度出发，谢军要求陈春江等房屋迁让不应支持。

江苏省徐州市中级人民法院再审后判决，维持二审判决，并认为检查机关的抗诉理由不成立，不予支持。

(3) 案件点评

一房二卖中，第一买受人和第二买受人均未进行不动产登记时，该房屋的所有权仍归出卖人所有，第一和第二买受人对该房屋没有所有权。在此种情况下，买受人一般只能通过债权保护方法保护其的合法权益。第一买受人和第二买受人都可以要求出卖人継续履行合同。房屋所有权应当如何确定，学界有很多观点。第一，时间说。此说认为应当根据房屋买卖合同的先后顺序，确定房屋所有权，即赋予先成立债权优先登记的效力。第二，占有说。房屋的交付占有应当为不动产物权变动的一种公示方式，其所有权也随之转移。这样，第一买受人取得的就不仅具有相对性的债权，而是可直接支配的物权，并在一定范围内排除他人的干涉。[12]第三，出卖人选择说。完全尊重出卖人所有权中的处分权，使其自由处分其房屋。

在第一买受人或第二买受人入住房屋时，采用占有说比较妥当。但是，两个买受人都没占有房屋时，应当如何确定房屋所有权成为了一个难题。第一种时间说以债权成立的先后顺序，确定房屋所有权这一观点有其不当之处。因为债权并不具有排他性，两个债权的地位平等，无优先顺位。第三种观点认为应当由出卖人自己选择，也符合意思自治原则。但是之所以会出现一房二卖，甚至是一房多买的情形，主要是因为当前房屋价格不断上涨，出卖人为了谋取不当利益而产生的。如果允许出卖人自由选择买方，则其必然会选择出卖价格较高的一方（通常为第二买受人），这样第一买受人则处于非常不利的地位，变相放纵出卖人违背诚实信用的行为。

笔者赞同应当将房屋所有权归为第一买受人。《民法通则》第4条规定："民事活动应当遵循诚实信用的原则。"其内容具体体现为：第一，任何当事人要对他人和广大消费者诚实不欺、恪守诺言、讲究信用；第二，当事人应依善意的方式行使权利，在获得利益的同时应充分尊重他人的利益和社会利益，不得滥用权利，加害于他人；当事人在法律和合同规定不明确或未规定时，应以诚实信用的方式履行义务。[13]即诚实信用原则要求民事主体在从事民事时应当诚实、守信用，正当

12) 吴荣生，"以房屋的二重买卖为视角论我国不动产登记制度的完善"，硕士学位论文，吉林大学，2008，12面。

行使权利和履行义务。在一房二卖的情况下，出卖人显然违反了诚实信用原则，所以不应赋予其选择买受人的权利。为保护市场交易安全，在两个买受人都没有登记过户的情况下，法院应当首先保护第一买受人的合法权益。但这并不意味着第一个房屋买卖的债权优先于第二债权，笔者之所以认为应当保护第一买受人是因为从民法的诚实信用原则和公序良俗原则这一点出发而提出的相关建议。

3. 第二买受人进行房产登记的情况

(1) 第二买受人善意的情况[14)]

① 案件事实。系争的上海市浦东新区某路479弄94号101室房屋原登记在案外人沈建忠名下。2007年至2008年间，沈建忠与戎某某达成系争房屋买卖协议，当时系争房屋还未取得产权证。2010年3月，沈建忠取得系争房屋产权证后又将该房屋转让给崔某某并办理了产权过户手续。崔某某于2010年12月7日取得系争房屋产权证。2011年7月13日，上海市浦东新区人民法院提起诉讼，请求确认沈建忠与崔某某之间就系争房屋签订的买卖协议无效，并请求判令沈建忠履行与戎某某就系争房屋签订的买卖协议。

② 法院判决。上海市浦东新区人民法院一审认为，公民的合法财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。本案中，崔某某通过买卖方式取得系争房屋的房地产权证，戎某某认为崔某某与房屋出售人沈建忠之间存在恶意串通的情形并以此要求确认其二人之间的买卖合同无效，故戎某某仍占有系争房屋缺乏法律依据，崔某某要求戎某某迁出的请求，依法予以支持。

上海市第一中级人民法院二审判决，驳回上诉，维持原判。

---

13) 王利明、杨立新、王轶、程啸，「民法学」，法律出版社，2011，14面。

14) 上诉人（原审被告）戎某某与被上诉人（原审原告）崔某某因排除妨害纠纷一案，上诉人不服上海市浦东新区人民法院（2011）浦民一（民）初字第16983号民事判决，向上海市第一中级人民法院提起上诉。上海市第一中级人民法院于2012年3月9日作出（2012）沪一中民二（民）终字第302号终审判决。

(2) 第二买受人恶意的情况[15]

① 案件事实。王泽民于1996年5月15日将自有的房屋卖给吕宗光，1996年5月15日吕宗光将房屋转卖给了刘东峰。涉案争议房屋属原房主王泽民的拆迁安置房，该房屋在1996年5月的买卖时没有房产证。2003年1月24日，拆迁房产证缮证，刘东峰找王泽民要求协助办理房产证过户，王泽民未予协助。刘东峰即持王泽民卖房时已交给买房人的拆迁安置手续材料，于2005年4月18日领取了署名王泽民的房产证。王泽民于2007年6月18日，以房产证遗失为名，再次领取了房产证。2008年6月3日，涉案争议房产过户至邵掌印名下。邵掌印确认与王泽民之女是同事，现已经登记结婚。现该房屋实际占有人是刘东峰，蔡圣多现在该房屋中居住。协商未果后，邵掌印向法院提起诉讼。

② 法院判决。河南省郑州市管城回族区人民法院一审认为，侵占国家、集体的财产或者他人财产的，应当返还财产。邵掌印目前拥有郑州市管城回族区商阜新村7号楼2号房屋的所有权证，为该房屋的唯一合法的所有权人。刘东峰、蔡圣多无权占有邵掌印所有的房屋，邵掌印可以请求返还该房屋，故邵掌印要求刘东峰、蔡圣多立即搬出邵掌印所有的位于郑州市管城回族区商埠新村7号楼2号房屋，停止侵权行为，并返还该房屋请求，予以支持。

河南省郑州市中级人民法院二审判决，撤销二审法院的判决，并驳回被上诉人邵掌印的起诉。认为王泽民在明知房屋于1996年已出卖的情况下，假称房产证丢失重新申领了房产证。其将房屋出卖给邵掌印，虽然邵掌印支付了购买房屋相应的价款及契税，但根据邵掌印自认的事实，其与王泽民的女儿原来关系很好，现二人已经登记结婚，故邵掌印对该房屋的权属情况知情或者应当知情。因此，王泽民、邵掌印之间的房屋买卖行为属于恶意串通损害善意第三人利益的行为，不

15) 申请再审人（一审原告、二审被上诉人）邵掌印与被申请人（一审被告、二审上诉人）刘东峰、一审被告蔡圣多财产权属纠纷一案，河南省郑州市管城回族区人民法院于2008年10月30日作出（2007）管民初字第1932号民事判决，刘东峰不服提起上诉。河南省郑州市中级人民法院于2009年9月28日作出（2009）郑民二终字第663号民事判决，已经发生法律效力。邵掌印不服向河南省高级人民法院申请再审。河南省高级人民法院于2011年6月8日作出（2010）豫法民申字第02803号民事裁定，指令河南省郑州市中级人民法院再审本案。河南省郑州市中级人民法院于2011年10月9日作出了（2011）郑民再终字第208号终审判决。

应受法律保护。

河南省郑州市中级人民法院再审后，维持了二审法院作出的判决。

(3) 案件点评

① 第二个房屋买卖合同效力问题。虽然前文中已经讨论过房屋双重买卖中第二房屋买卖合同的效力，但是有必要进一步研究其效力。《物权法》颁布后最高人民法院出台的《合同法解释（二）》第15条规定："出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条[16]规定的无效情形，买受人因不能按照合同约定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。"因此，应以第二买受人是否知悉前合同存在，即是否为善意为分界点而具体分析。

第一，第二买受人善意。在第二买受人不知出卖人与第一买受人订立了关于该房屋的合同时，其与出卖人签订的合同只要满足合同的基本要件就应当是合法有效的。换言之，由于前后两个债权债务关系是平等的，前一买卖合同的存在，并不影响后一买卖合同的存在和其效力。

第二，第二买受人恶意。第二买受人知道或者应当知道其购买的房屋上，存在前买卖合同，在此种情况下，仍与出卖人签订买卖合同。这时，应如何认定后买卖合同的效力？如果仔细考察会发现，此处第二买受人的主观上可分为两种情况。其一，第二买受人对在先的交易不但知情、且有损害第一债权的意图；其二，第二买受人知悉在先的债权，但并无损害的意图，即单纯知情。[17]

将第一种情形认定为恶意串通的合同是没有异议的。问题是在第二种情形下，是否构成恶意串通的合同，是否构成无效合同。恶意串通的合同是指双方当事人非法串通在一起，共同订立某种合同，造成国家、集体或第三人利益损害的合同。所谓互相串通，首先是指当事人在主观上都具有共同的意思联络、沟通，都希望通过实施某种行为而损害国家、集体和第三人的利益。其次，当事人在客观

16) 《合同法》第52条规定："有下列情形之一的，合同无效：（一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；（二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；（三）以合法形式掩盖非法目的；（四）损害社会公共利益；（五）违反法律、行政法规的强制性规定。"

17) 吴鸣，"论'单纯知情'对双重买卖效力之影响——物上权利之对抗来源"，「法律科学（西北政法大学学报）」，第2期，西南政法大学，2010，108面。

上互相配合或者共同实施了该非法行为。[18]

笔者认为，恶意串通应当是出卖人和第二买受人存在意思联络，通过买卖行为而损害第三人（第一买受人）利益。这里出卖人和第二买受人都应当存在损害第一买受人的故意。第二买受人单纯知情，则意味着其没有这种故意，而且第二买受人应当支付的房屋价款并不一定比第一买受人的价款低，通常比第一买受人的房屋价款高很多。将单纯知情认定为恶意串通是值得商榷的。合法、正常的竞争，在市场经济条件下，应当得到鼓励和法律的保护。双重买卖关系中，两个买受人之间存在竞争，只要双方不采用不正当的手段而达到损人利己的目的，那么这种竞争就是法律所允许的。况且，依合同自由原则，任何人对于尚未交付的标的物均可向出卖人提出购买，这是买受人享受的正当权利。[19]所以针对第二买受人知情的案件，一律将第二房屋买卖合同认定为无效合同是有待商榷的。应当根据自由竞争原则、商业道德和当事人之间的特殊关系等，对于每个案件具体分析。如果第二买受人将其所购的房屋转后给第三买受人，第三个合同的效力可参照第二个合同效力来处理。

② 所有权归属问题。上述第二案例中，法院在确认合同无效后，并未对所有权归属问题进行确认。但合同被确认无效后，一般认为会产生返还财产和赔偿损失的后果。《合同法》第58条规定："合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。"《合同法》第59条还特别规定："当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。"第二个案例中，法院认定了出卖人和第二买受人关于房屋买卖合同为无效合同。因此，即使第二买受人已经针对该房屋进行了房屋过户登记，但是根据合同法第58条和59条的规定，第二买受人应当将该房屋返还给第一买受人。那么该房屋的所有权自什么时候转移给第一买受人？根据《物权法》第28条的规定："因人民法院、仲裁委员会的法律文书而导致物权设立、变更、转让或者消灭的，自法律文书生效时发生效力。"如果第二买受人将其所购的房屋转让给第三买受人，第三买受人为恶意时，所有权自然归

18) 王利明、杨立新、王轶、程啸，「民法学」，法律出版社，2011，538-539面。

19) 李杰利，"试论房屋双重买卖中的法律问题"，「中国煤炭经济学院学报」，第4期，山东工商学院，1999，82面。

为第一买受人所有；但第三买受人为善意时，则会构成善意取得，即取得该房屋所有权。[20]

III. 商品房的双重买卖问题

1. 惩罚性赔偿与商品房双重买卖

商品房买卖是指，房地产开发企业将尚未建成或者已竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人，买受人支付价款的合同。商品房的双重买卖也适用一般房屋的双重买卖的规则，只是其主体是特定的，即出卖人为房地产开发企业。不过，相对于一般房屋的双重买卖的违约责任，商品房双重买卖中又引入了惩罚性赔偿条款。因为在商品房买卖中，出卖人为房地产开发商，其利用自身优势对商品房进行双重甚至多重买卖，严重损害了买受人的利益，同时阻碍了房地产市场交易秩序。在此种情况下，填补性损害赔偿原则不足以衡平民事主体之间的利益关系，所以商品房买卖中引入了惩罚性赔偿责任的相关内容。

惩罚性赔偿责任的产生，体现了国家对损害赔偿这种纯粹的司法关系的干预，它最终追求的是一种实质正义。[21]鉴于中国商品房买卖的实际情况，在商品房买卖合同纠纷中适用惩罚性赔偿责任具有重要意义。2003年《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下，《商品房司法解释》）在第8条[22]、第9条[23]和第14条[24]中，分别规定了适用惩罚性赔偿的情形。

---

20) 《物权法》第106条第1款规定："无处分权人将不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：受让人受让该不动产或者动产时是善意的；以合理的价格转让；转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登记的已经交付给受让人。"

21) 董玉鹏，"论商品房买卖合同中的惩罚性赔偿"，「山东理工大学学报（社会科学版）」，第3期，山东理工大学，2005，58面。

22) 第8条规定："具有下列情形之一的，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（一）商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵押给第三人；（二）商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。"

即出卖人违约情况、出卖人欺诈情况和房屋面积出现误差时，适用惩罚性赔偿责任。《商品房司法解释》实施后，在一定程度上遏制了房地产开发商在商品房交易中的违背诚信的行为，同时也维护了买受人的合法权益。

2. 商品房双重买卖中的惩罚性赔偿之适用

(1) 案件事实[25]

1995年3月14日，李杰文(乙方)与达胜公司(甲方)签订一份《平等商厦商品房购销合同》，购买了平等商厦第四层207号商场摊位(以下简称207号摊位)，建筑面积6.42平方米，每平方米7500元，摊位总价款48150元。该合同约定，乙方未按期支付房款时间超过15天仍不能交清应付款时，则作自动退房处理，甲方将房屋另行安排出售，并退回乙方已付房款。所售房产面积以结算前实际竣工验收核算面积为准。

1995年年底平等商厦竣工验收，涉案商场摊位实际销售面积增加到9.09平方米。1996年5月，达胜公司在《南宁晚报》上3次刊登通知，告知业主以收据换证时发

23) 第9条规定："出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任：（一）故意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明；（二）故意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；（三）故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁补偿安置房屋的事实。"

24) 第14条规定："出卖人交付使用的房屋套内建筑面积或者建筑面积与商品房买卖合同约定面积不符，合同有约定的，按照约定处理；合同没有约定或者约定不明确的，按照以下原则处理：（一）面积误差比绝对值在3%以内（含3%），按照合同约定的价格据实结算，买受人请求解除合同的，不予支持；（二）面积误差比绝对值超出3%，买受人请求解除合同、返还已付购房款及利息的，应予支持。买受人同意继续履行合同，房屋实际面积大于合同约定面积的，面积误差比在3%以内（含3%）部分的房价款由买受人按照约定的价格补足，面积误差比超出3%部分的房价款由出卖人承担，所有权归买受人；房屋实际面积小于合同约定面积的，面积误差比在3%以内（含3%）部分的房价款及利息由出卖人返还买受人，面积误差比超过3%部分的房价款由出卖人双倍返还买受人。"

25) 上诉人（一审被告、反诉原告）南宁达胜房地产开发有限公司(以下简称达胜公司)因与被上诉人（一审原告、反诉被告）李杰文商品房销售合同纠纷一案，不服广西壮族自治区南宁市兴宁区人民法院(2011）兴民一初字第1110号民事判决，向广西壮族自治区南宁市中级人民法院提起上诉，并已于2012年2月22日作了(2012)南市民一终字第246号终审判决。

票领取办产权材料、签订《房地产买卖契约》，并且由于商场摊位实际面积增加，业主应当补交相应房款。之后，达胜公司将该商场摊位交付给了李杰文使用。2009年11月25日，达胜公司认为李杰文未补交房款违反合同为由，在《法治快报》上发出公告，载明李杰文未按照合同约定交清应付购房款，已构成违约，决定作自动退房处理。2010年4月15日，达胜公司与谭健青签订一份《商品房买卖合同》，将本案诉争的商场摊位出售给谭健青。2011年5月26日，谭健青又将商场摊位出售给韦绍玲。现李杰文以达胜公司"一房二卖"为由提起诉讼，请求法院判决达胜公司双倍退回购房款91485元，并且按2011年的市场价格赔偿房价上涨的损失12万元及利息损失等。

(2) 法院判决

广西壮族自治区南宁市兴宁区人民法院一审审理后，判决如下：

① 合同效力问题。达胜公司与李杰文签订的《平等商厦商品房购销合同》，是双方当事人的真实意思表示，内容没有违反法律和行政法规的禁止性规定，合同合法有效，双方当事人均应严格遵照履行。其次，民事行为应该遵循诚实信用的基本原则。本案中，达胜公司认为李杰文应补交购房余款，并单方提出解除合同，即使有充分的合同为依据，也应该采取合理的方式通知李杰文。但达胜公司仅在报刊上刊登通知和公告，由于该方式并非合同约定的通知方式，李杰文无法同时也无需对达胜公司刊登的通知和公告承担注意义务。而且，达胜公司刊登的通知也并未明确告知李杰文有尚欠余款未付的内容。因此，达胜公司关于李杰文明知其尚欠余款仍不予交纳、双方签订的《平等商厦商品房购销合同》已经达胜公司以刊登公告的方式予以解除的主张，缺乏事实和法律依据，本院亦不予支持。

② 所有权归属和惩罚性赔偿问题。由于达胜公司在将207号商场摊位出售给李杰文之后，又将该摊位出卖给第三人，且第三人业已办理了产权登记，致使李杰文与达胜公司的交易实际已无法履行，该行为违背了诚实信用原则，破坏了市场交易安全，属于情节恶劣且后果严重的违法、违约行为。达胜公司应依照《商品房司法解释》第8条第2项[26]的规定，返还李杰文的购房款（李文杰实际支付购房款为45742.50元）、赔偿其相当于一倍购房款的损失（45742.50元），并支付利息。

③ 房价上涨的损失。李杰文请求达胜公司赔偿的损失金额为该商场摊位现在的市场价值与《平等商厦商品房购销合同》约定的房价之间的差额。由于李杰文主张的上述损失为合同实际履行完毕时其可得利益，而《平等商厦商品房购销合同》解除，已不能再实际继续履行，李杰文的上述主张缺乏法律依据。且按照《商品房司法解释》第8条的规定，李杰文已经请求赔偿一倍购房款，又请求赔偿房价上涨的差额损失没有依据，不予支持。

广西壮族自治区南宁市中级人民法院二审认为，一审判决认定事实清楚，使用法律和处理正确，驳回上诉，维持原判。

(3) 案件点评

在商品房买卖中，引入惩罚性赔偿责任的相关内容，确实遏制了双重买卖现象，也在一定程度上促进了房地产市场的发展。但其存在的问题也是突出的。在惩罚性赔偿金数额上，确定了最高赔偿数额，即"不超过已付购房款的一倍"。虽然这统一了惩罚性赔偿适用，但由于属于"一刀切"的规定，很难照顾到个案，可能会产生合法不合理的情况。然后，最低限额的惩罚性赔偿金缺失。这就增加了买受人获得赔偿数额的不确定性。买受人无法实现预期其可能得到的赔偿金是否能支付其追诉成本，追诉欲望会因此而减少，从而不利于维护买受人的合法权益，也不利于增加房地产开发商的责任感。[27]

并且在本案中，房屋价格上涨的损失被法院以已经从惩罚性赔偿额中得到赔偿为由，没有支持原告买受人的主张。《商品房司法解释》第8条规定："具有下列情形之一的，导致商品房买卖合同目的不能实现的，无法取得房屋的买受人可以请求解除合同、返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任"；第9条规定："出卖人订立商品房买卖合同时，具有下列情形之一，导致合同无效或者被撤销、解除的，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失，并可以请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责

26) 商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人。

27) 王柳青，"论惩罚性赔偿责任在我国商品房买卖合同领域的适用"，硕士学位论文，吉林大学，2011，34面。

任"。即，买受人可以请求返还已付购房款及利息、赔偿损失的同时，请求出卖人承担不超过已付购房款一倍的赔偿责任。因此，返还购房款及利息、赔偿损失（如房价上涨的损失等）和已付购房款的一倍的赔偿是并列的关系，并非一倍损失包括全部的赔偿损失。而本案法院的判决却将此混淆。

总而言之，惩罚性赔偿数额的确定，是适用惩罚性赔偿的重大问题，其合理适用直接影响惩罚性赔偿责任价值的发挥。因此有必要在总结司法实践的基础上，在商品房合同领域内依照下列原则确定惩罚性赔偿数额：

首先，应当确定惩罚性赔偿金的一般标准。赔偿金的确定标准大致有三种模式：固定金额模式、弹性金额模式和无数额限制模式。[28]《商品房司法解释》目前采用的就是弹性金额模式。为避免适用惩罚性赔偿条款时过于僵化，同时避免裁量权的放任和滥用，也考虑到中国各地经济发展水平不一，笔者认为在设定最低限度标准后，不宜在全国范围内设定最高标准。可以在设定最低标准的前提下，授权省、自治区、直辖市的地方人大分别制定本地的指导标准。[29]不同地区根据自身的经济发展水平设定标准，不仅更具针对性，也可随着经济发展和居民生活水平的提高，灵活调整，可有效保护买受人的利益。

然后，确定惩罚性赔偿的基本构成要件。第一，房地产开发商主观恶意大小。惩罚性赔偿责任的归责原则为过错责任原则。出卖人主观上没有过错则不应当适用惩罚性赔偿责任。反之，出卖人主观过错越大，给买受人带来的损害越大，其受到的惩罚也应相应提高。第二，买受人实际损失大小。由于惩罚性赔偿是以填补性赔偿为基础，因此在适用惩罚性赔偿时，首先要证明是否存在实际损失。如果没有实际损失，惩罚性赔偿的基础就不存在了。第三，房地产开发商的财产状况和承受能力。法院在确定惩罚性赔偿数额时，应当保证房地产开发商在承担惩罚性赔偿责任后，能够剥夺其因违约或者欺诈而获得的收益。[30]考虑个案中房地产开发商的财产状况和承受能力后，确定一个比较适中的惩罚性赔偿数额，以实现补偿和威慑的目的。

28）金福海，「惩罚性赔偿制度研究」，法律出版社，2004，209面。

29）赵海萍，"试论惩罚性赔偿数额的确定"，「宜宾学院学报」，第1期，宜宾学院，2007，102面。

30）王柳青，"论惩罚性赔偿责任在我国商品房买卖合同领域的适用"，硕士学位论文，吉林大学，2011，37面。

最后，应当限制法官的自由裁量权。考虑到中国法官素质参差不齐，而且要准确把握尺度，达到公正、公平之目的，应适当限制法官的自由裁量权。应避免相同或类似的案件，由于法官自由裁量过大，出现不同判决的尴尬局面。

Ⅳ. 结论

近年来，在房屋价格不断攀升的情况下，由于获利空间大而违约成本低，出卖人在利益的驱使下，违背诚实信用原则，对房屋实施双重或多重买卖的现象比比皆是。本文对实际生活中可能存在的房屋双重买卖情况，以实际案例为背景，分别对一般房屋的双重买卖和商品房双重买卖中所存在的相关问题进行了深入探讨。一般房屋的双重买卖的规则都适用于商品房的双重买卖，只是最高人民法院出台《商品房解释》中，其一亮点是对商品房双重买卖适用了惩罚性赔偿条款。

首先，关于合同效力登记效力问题。由于长期以来，中国理论界否认物权行为的存在，因此在立法上一度将合同效力与不动产登记的效力加以混淆。《物权法》明确了登记的效力，并首次区分了合同效力和登记效力。根据《物权法》第15条的规定，当事人之间订立的引发不动产物权变动的合同一经成立，只要在内容上不违反法律、行政法规的强制性规定、公序良俗且当事人对于合同效力没有另外的约定，合同成立时即发生效力。因为登记旨在贯彻落实的是物权法的公示与公信原则，如果当事人之间仅就不动产物权的变动达成合意，而没有办理登记，合同的效力不应受到影响。

然后，关于第二合同效力问题。① 第一买受人和第二买受人与出卖人签订房屋买卖合同后，均未进行不动产登记时，该房屋的所有权仍归出卖人所有。但为保护市场交易安全，在两个买受人都没有登记过户的情况下，法院应当首先保护第一买受人的合法权益。② 第二买受人进行房产登记时，第二买受人是善意，则其与出卖人签订的合同只要满足合同的基本要件就应当是合法有效的；第二买受人与出卖人恶意串通、损害第三人利益时，则属于合同法规定的无效情形，第二买卖合同自始无效。但第二买受人单纯知情时，则意味着其没有故意损害第三人（第一买受人）的故意，而且第二买受人应当支付的房屋价款并不一定比第一买

受人的价款低，而且通常比第一买受人的房屋价款高很多。将单纯知情认定为恶意串通是值得商榷的。应当根据自由竞争原则、商业道德和当事人之间的特殊关系等，对于每个案件具体分析。

其次，关于所有权归属问题。合同被确认无效后，一般认为会发生返还财产和赔偿损失的后果。因此，即使第二买受人已经针对该房屋进行了房屋过户登记，但是根据《合同法》第58条和59条的规定，第二买受人应当将该房屋返还给第一买受人。

最后，关于惩罚性赔偿问题。《商品房司法解释》引入了惩罚性赔偿责任，在一定程度上遏制了房地产开发商双重买卖商品的行为。但其也存在一些问题。确定了最高赔偿数额后，很难照顾到个案，可能会产生合法不合理的情况。而最低限额的惩罚性赔偿金的缺失，增加了买受人获得赔偿数额的不确定性。所以，首先应当确定惩罚性赔偿金的一般标准。笔者认为在设定最低标准的前提下，可以授权省、自治区、直辖市的地方人大分别制定本地的指导标准。然后，确定惩罚性赔偿的基本构成要件。具体应包括：房地产开发商主观恶意大小、买受人实际损失及房地产开发商的财产状况等。

参考文献

王宗非，「农村土地承包法释义与适用」，人民法院出版社，2002。

王利明，「物权法研究（修订版）」（上卷），中国人民大学出版社，2007。

王利明、杨立新、王轶、程啸，「民法学」，法律出版社，2011。

金福海，「惩罚性赔偿制度研究」，法律出版社，2004。

吴鸣，“论‘单纯知情’对双重买卖效力之影响——物上权利之对抗来源”，「法律科学（西北政法大学学报）」，第2期，西南政法大学，2010。

李杰利，“试论房屋双重买卖中的法律问题”，「中国煤炭经济学院学报」，第4期，山东工商学院，1999。

董玉鹏，“论商品房买卖合同中的惩罚性赔偿”，「山东理工大学学报（社会科学版）」，第3期，山东理工大学，2005。

赵海萍，“试论惩罚性赔偿数额的确定”，「宜宾学院学报」，第1期，宜宾学院，2007。
吴荣生，“以房屋的二重买卖为视角论我国不动产登记制度的完善”，硕士学位论文，吉林大学，2008。
王柳青，“论惩罚性赔偿责任在我国商品房买卖合同领域的适用”，硕士学位论文，吉林大学，2011。
孙晓峰，“商品房买卖中的惩罚性赔偿问题研究”，硕士学位论文，西南政法学，2011。

<摘要>

中国房屋双重买卖法律问题研究

－以人民法院判决为视角－

徐世杰

济州国立大学法学科法学博士研究生/法和政策研究所研究员

关于中国一般房屋的双重买卖，首先，要明确合同效力和登记效力的关系。当事人之间订立的引发不动产物权变动的合同一经成立，只要在内容上不违反法律、行政法规的强制性规定、公序良俗且当事人对于合同效力没有另外的约定，合同成立时即发生效力。登记与否也只是决定了物权变动的效力是否发生，不影响合同本身的效力。然后，要厘清合同效力和所有权归属问题。房屋双重买卖一般存在以下几种情况：第一买卖合同和第二买卖合同签订后，两买受人都没有进行房屋登记；第二买受人进行房屋登记时，第二买受人为善意或是恶意的情况。根据具体情况，分别确定房屋买卖合同的效力和房屋所有权归属。最后，关于商品房双重买卖的惩罚性赔偿责任问题。商品房的双重买卖所应适用的法律和规则与一般房屋的双重买卖所应适用的法律和规则相同，即合同效力、所有权归属和救济

措施都是相同的。只是由于商品房双重买卖中，由于出卖人为房地产开发商，为保护弱势一方的买受人，特别引入了惩罚性赔偿责任条款。由于中国学界和实务界对是否应当引入惩罚性赔偿制度存在较大争议，所以本文将在商品房双重买卖中，重点讨论救济措施中的惩罚性赔偿责任。

关键词：房屋双重买卖，合同效力，所有权归属，商品房，惩罚性赔偿责任

「국제법무」 제4집 제2호, 2012. 11. 30.
제주대학교 법과정책연구소

프랑스 민법에서의 유치권제도에 관한 소고

A Study on the Lien System in the French Civil Code

정 두 진*
Jung, Doo-Jin

목 차

Ⅰ. 서론
Ⅱ. 프랑스 민법에서의 유치권의 법적 성질
Ⅲ. 유치권의 대항력 문제에 관한 학설·판례 검토
Ⅳ. 결론

국문초록

현재의 유치권은 그 기원을 로마법의 악의의 항변에서 유래하는데, 이러한 로마법상의 악의의 항변 또는 인도거절권은 채권적인 급부거절권과 물권적인 유치권의 두 가지 방향으로 발전하였는데, 프랑스민법과 독일민법이 전자의 예를, 프로이센일반란트법, 일본민법, 스위스민법, 우리 민법은 후자의 예를 채택하였다. 이글에서는 유치권제도에 관한한 로마법적인 전통에 가장 가깝다고 할 수 있는 프랑스의 유치권 규정과 성질 그리고 학설의 전개과정을 고찰하기로 한다. 이를 통하여 우리민법상 유치권은 이와 어떻게 다른지를 검토하였다.

프랑스의 경우, 민법이 통일적인 규정을 두지 않고 구체적·개별적으로 채무자의 거절권능을 인정하는 항변권으로서 규정하고 있으며, 학설 및 판례는 동시이행의 항변권으로 보는 경우와 유치권이 배상청구권의 발생과 물건의 유

논문접수일 : 2012.09.30
심사완료일 : 2012.10.25
게재확정일 : 2012.10.30
* 법학박사·제주대학교 법학부 시간강사

치와의 긴밀한 관계를 근거로 한 경우가 나뉘어져서 전자는 동시이행의 항변권, 후자는 유치권에 의해 포섭되고 있다. 유치권은 추급권 및 우선변제권을 인정하지 않고 있어 선취특권은 아니지만 지극히 유리한 조건을 부여받는 것으로 되어 선취특권과 유사한 권능이 있는 것으로 파악되기도 한다. 따라서 프랑스의 유치권은 물권으로서의 독립성을 가진 유치권과 채권으로서 동시이행의 항변권을 규정하고 있는 우리나라 민법과는 엄연한 차이를 가지고 있으며, 오히려 동시이행의 항변권과 법적 견련을 가지고 있다고 보아야 할 것이다.

주제어 : 물권적 유치권, 채권적 급부거절권, 동시이행항변권, 견련관계, 유치권의 대항력

Ⅰ. 서론

현재의 유치권은 그 기원을 로마법의 악의의 항변(exceptio doli)에서 유래하는데, 악의의 항변은 일반적 악의의 항변(exceptio doli praesentis)과 특수한 악의의 항변(exceptio doli praeteriti)으로 나누어진다.[1] 우선 특수한 악의의 항변은 원고가 소의 원인이 되는 법률관계의 발생에 있어 악의로 행동하였다면 피고는 악의의 항변을 주장할 수 있는 것으로 사기에 대한 항변을 예로 들 수 있다[2], [3] 이에 반하여 일반적 악의의 항변은 법률행위가 적법하게 성립하였으나 그 이행청구가 부당하다고 판단될 경우, 법무관이 신의칙과 형평의 고려하여 피고에게 부여한 방어방법을 말한다[4]. 이렇듯, '악의의 항변권'은 인도거절권(rerentio)이지 담보물권적 성격은 지닌 것은 아니었다.[5] 로마법에서는

1) Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 1987, S. 372.

2) Kaser, Römisches Recht, 1987, S. 158.

3) 특수한 악의의 항변을 제출할 때에는 형식적으로 「본건에 관하여 악의로 인하여 행해진 것이 아닌 경우에는(si in ea re nihil dolo malo AiAi factum sit)」이라는 문구를 사용하였다.

4) Webel, *Die Einrede des nichterfullten Vertrages des §320 Abs. I Satz I BGB. und das Zuruckbehaltungsrecht des §273 Abs. I BGB*(Univ. Breslau. 1933. S. 3.

5) 고상룡, 「물권법」, 법문사, 2002. 518면.

인도거절권이 인정되는 경우에 대한 통일적 규정은 없었고, 선의의 점유자가 필요비 또는 유익비를 지출한 경우 점유자는 비용을 상환받을 때까지 물건을 유치할 수 있다는 식으로 개별적 규정을 두고 있었을 뿐이다.[6] 이러한 로마법상의 악의의 항변 또는 인도거절권은 근대법에서 각국은 채권적인 급부거절권과 물권적인 유치권의 두 가지 방향으로 발전하였는데, 프랑스민법과 독일민법이 전자의 예를, 프로이센일반란트법[7] 일본민법, 스위스민법, 우리 민법은 후자의 예를 채택하였다.[8] 독일 민법은 유치권을 통일적인 제도로 파악하여 조문화하는 데에는 성공하였고(독민 제273조, 제274조), 프랑스 민법은 로마법의 수준을 넘지 못하고 있고, 스위스 민법은 유치권을 일종의 법정질권으로 규정하고 있다(스위스민법 제895조, 제898조)[9] 우리 민법은 스위스 민법과 같이 유치권을 독립된 담보물권으로 구성하고 있으나, 여러 가지 점에서 물권 및 담보물권으로서는 예외적인 내용을 가진 존재라 할 수 있다.[10]

이하에서는 유치권제도에 관한한 로마법적인 전통에 가장 가깝다고 할 수 있는 프랑스의 유치권 규정과 성질 그리고 학설의 전개과정을 고찰하기로 한

6) 로마법에서는 선의의 점유자가 직접 비용상환을 청구할 수 없었기 때문에 유치는 상환을 위한 유일한 수단이었다고 하면서, 그 외에도 상속재산에 대하여 상속재산에 대한 필요비 또는 유익비를 지출한 선의의 점유자는 그 비용의 상환을 받을 때까지 그것을 유치할 수 있었고 (Paul.u.Gai.D.5.3. 38: 39), 처의 재산에 기한 소권에 기한 가자반환청구에 대하여 남편이 가자에 대하여 비용을 지출한 경우에도 유치권능이 인정되었다고 한다(양창수, "유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계", 「법률학의 제문제(유기천박사고희기념논문집)」, 1988, 398면).

7) 프로이센일반란트법은 유치권에 관한 통일적인 규정을 최초로 둔 법으로 제1편 제20장 제536조 이하에서 '유치권에 관하여'라는 표제로 유치권을 규정하면서 유치권을 "타인 물건의 보유자가 자신의 반대채권이 만족될 때까지 그 물권을 소지할 수 있는 권능"이라고 정의하고(법 제536조), 유치권이 인정되는 채권은 물건 그 자체와 관련하여 성립한 것이거나, 점유자의 점유의 근거가 된 행위로부터 성립한 것이어야 한다고 규정하고 있다(법 제539조). 그러나 이 유치권은 물권적 권능을 갖는 것이 아니어서 점유의 인도를 청구할 수 있는 제3자에 대하여는 원칙적으로 유치권을 주장할 수 없었다(법 제546조)고 한다(양창수, 상게논문, 401면).

8) 황태효, "유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계 및 유치권의 불가분성", 「판례연구」 제20집, 부산판례연구회, 2009. 2. 277면.

9) 박용석, "유치권 성립요건으로서의 견련성에 관하여", 「법학연구」, 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 2. 221면.

10) 이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004, 702면.

다. 이를 통하여 오늘날의 유치권제도의 개념 정립과 그 범위의 해석은 어떻게 해야 하는지를 검토한다.

II. 프랑스 민법에서의 유치권의 법적 성질

1. 유치권의 규정과 성질

1804년 성립한 프랑스민법전은[11]은 유치권(droit de rétention)에 관하여 통일적인 규정을 두고 있지 않으며[12] 법전에서 유치권(droit de rétention)이라는 표현을 사용하고 있지 않으며, 또한 '유치(rétention)'에 관한 정의도 존재하지 않는다.[13] 이런 측면에서 프랑스 민법상의 유치권 제도를 가장 로마법적인 전통에 가깝다고 한다.[14] 다만 개별적인 경우에 채무의 변제를 받을 때까지 물건의 인도를 거절하는 점유자의 권리 및 그와 같은 권리의 존재를 추인시키는 단편적인 규정을 가지고 있었으나 상사유치권의 개념은 규정하지 않았다.[15] 즉 프랑스 유치권은 매매에 있어서 매수인이 대금을 지급하지 않는

11) 프랑스 민법전 제정 이전의 고법시대의 사적 발전에 대해서는 Brissaud, Manuel d'histoire dudroit priivé, 1908, p. 542 ets : Lepointe et Monier, Les obligstions en droit ramain et dans l'ancien droit francais, 1954, p. 247 et s : Cassin, infra, p. 34 et s. 로마법에 있어서 retentio에 관한 근래의 상세한 연구로서 Bürge, Retentio im romischen Sachen-und Obligationsrecht, 1979가 있다.

12) 이에 관하여 신국미, "유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계", 「재산법연구」 제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004, 137면에서는 유치권에 관한 통일적 규정을 두지 않았던 이유로 Bobes는 Code Civil의 기초자가 실제적이고 추상적 이론을 구축하기 보다는 구체적인 해결을 발견하고자 한 것에 있다고 하였으며(Bobes Le cas d'application droit de rétention. 1913. p.67). Marty et Raynaud는 고법학자들이 이 제도에 대한 일반적 이론을 연구하지 않았다는 사정을 들고 있다(Marty et Raynaud, Droit Civil, t. Ⅲ. 3, 1971. p. 13, n° 17)고 한다.

13) 통일적인 규정을 두지 않았던 이유로서, Bobes는 Code Civil의 입법자가 실제적이고 추상적 이론을 구축하기 보다는 구체적인 해결을 발견하고자 한 것에 구하고 있다. (Bobes, Le casd' application 여 droit de rétention, 1913, p. 67). 또한 Marty et Raynaud, Droit Civil, t. Ⅲ, 3, 1971, p. 13, n° 17)

14) 프랑스 민법상의 유치권 제도에 관하여는 신국미, "유치권제도에 관한 연구-동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로", 고려대학교 대학원 박사학위논문, 2003, 145~183면.

경우에는 매도인은 매수인에게 기한을 유예해 주지 않은 이상 목적물을 인도할 필요가 없다(제1612조)는 등으로 개별 법률조항[16]에서 급부거절권만을 인정하고 있다. 즉 학자들은 프랑스민법전상의 곳곳에 산재해 있는 이러한 물건점유자의 유치권능에 관한 규정을 다음과 같이 분류하였다. 첫째, 약정유치권으로서 동산질(제2082조)과 부동산질(제2087조)에 있어서의 부동산의 유치가 그것이다. 둘째, 법정유치권으로서 계약의 효과로서 인정된 것이 대부분 여기에 속하는데 가령 매수인의 대금지급까지의 매도인의 유치권(제1612조, 제

15) 최근(2006년 3월) 프랑스민법의 개정에 의하여 담보편이 신설되었는데, 유치권에 관한 규정을 독립된 장으로 하지 않고 그 모두의 총론 규정 중 제2286조에 유치권(droit de retention)에 관한 명문규정 하나를 신설하고 있을 뿐이다. 그동안 판례 · 학설이 인정해 온 법적 또는 실질적인 견련성(connexite)에 관한 기준을 제시하고 있지는 않으며, 단지 3가지의 유치권이 인정되는 채권자만을 규정하고 있다. 즉, ①채권의 변제기까지 라는 약속하에서 담보물을 넘겨받고 있는 채권자, ②물건의 인도의무를 생기게 하는 계약으로부터 채권이 발생되고 있는 경우의 채권자, ③물건을 보관할 때에 발생한 채권의 채권자를 유치권이 인정되는 자로 명기하였다(동조 제1항). 이어서 유치권은 임의로 점유를 상실함으로써 소멸한다고 규정하고 있다(동조 제2항). 유치권이 담보권인가 또는 물권인가 라고 하는 학리적 논의에 종지부를 찍으려는 의도가 전혀 없었으며, 유치권의 개념이나 법적 성실에 관한 이론적인 논의나 그 요건 및 효과에 관하여는 여전히 학설 · 판례에 맡겨 두는 취지라 할 수 있다(Philippe Simler, Commentarie de l'ordonnance n°2006-346 relative aux surete. Dispositions genele livre IV nouveau du Code civil, Rev. de Droit Bancaire et Financier, Mai-juin, 2006, p. 55).

16) 그 규정의 내용을 보면 다음과 같다. 프랑스 민법 제1612조 : 매도인은 매수인이 대금을 지불하지 아니하고, 매수인에 대하여 지불기한을 허여하지 아니한 때에는 매매의 목적물을 인도할 의무가 없다. 제1613조 : 매도인은 매수인에 대하여 지불기한을 허여한 경우에도 매매 후 매수인이 파산하거나 지불불능상태에 있어서 대금을 상실할 급박한 위험이 있는 때에는 매매의 목적물을 인도할 의무가 없다. 단 매수인이 매도인에 대하여 기한내의 대금지불의 보증을 한 때에는 그러하지 아니하다. 제1673조 ① 환매특약을 행사하고자 하는 매도인은 주된 대금 이외에 매매비용과 정당하게 지출된 경비, 필요한 수선비 및 토지가액을 증가시킨 경우에는 그 증가액의 범위 안에서 그 증가비용을 반환하여야 한다. 매도인은 이러한 모든 의무를 이행한 후에야만 목적물을 취득할 수 있다. ② 매도인은 환매특약의 효력에 의하여 그 부동산을 환매한 때에는 매수인이 목적물에 부착시킨 모든 부담 및 저당권을 면탈하고 이를 취득한다. 단 환매특약이 정당한 절차에 따라 이러한 부담 및 저당권이 공고되기 전에 저당권등기소에 공고되어야 한다. 매도인은 매수인의 승낙없이 체결한 임대차계약을 이행하여야 한다. 제1749조 : 임차인은 임대인으로부터 이상에서 규정된 손해배상을 지급받거나 임대인으로부터 지급받지 못한 경우에는 새로운 매수인으로부터 이를 지급받은 때에만 명도청구를 받을 수 있다. 제1948조 : 수치인은 임치로 인하여 지급받을 수 있는 모든 변제가 있을 때까지 임치물을 유치할 수 있다.(이하 공순진, "유치권의 성립요건으로서의 견련성", 「동의법정」 제21집, 동의대학교 지방자치연구소, 2004, 8. 10면, 주21) 재인용)

1613조)과 환매권행사시의 매수인의 유치권(제1673조), 수치인의 유치권(제1948조), 공용징수된 토지소유자의 유치권(제545조) 등이 그것이다. 셋째, 유치권자와 소유자사이에 계약관계는 없으나 채권과 물건사이에 견련관계가 있는 경우이다(이 경우에도 법정유치권이라고 불린다). 타인의 재료를 가공한 자의 유치권(제597조), 도품 · 유실물의 매수인의 유치권(제2280조)등이 그것이다.[17]

이처럼 프랑스민법이 유치권을 통일적으로 규정하지 않고 개별적으로 규정한 결과 구체적인 경우에 유치권을 크게 두 분류로 대별하면 동시이행의 항변권의 일종으로 보아야 하는 경우(동법 제545조·제1612조·제1613조·제1673조·제1948조)와 채권과 물건이 견련관계가 인정될 경우 유치권을 독립된 권리로 보아야 하는 경우(동법 제570조·제867조·제2280조)로 나누어진다는 것이 프랑스 학설 몇 판례의 일반적 견해이다.

프랑스의 학설 및 판례는 유치권을 단순한 급부거절권으로 보지 않고 담보물권으로 파악하고 있으며, 이러한 유치권이 성립될 수 있는 채권은 물건으로부터 직접적으로 발생한 채권과 물건의 점유에 견련하여 생긴 채권[18]으로 구분하고 있다.

이러한 견련성 개념은 준별이론을 정립시킨 르네카신(Rene Cassin)이라는 학자에 의해 법적 견련과 물적 견련으로 이원화 되어져 전자는 동시이행항변권으로 후자는 유치권으로 포섭되어 진다.[19] 전자를 물적 견련관계가 있는 유치권, 후자를 법적 견련 관계가 있는 유치권이라고 한다. 물적 견련관계가 있는 채권은 필요비 또는 유익비의 상환청구권과 물건에서 생긴 손해의 배상청구권 등을 말하며, 법적 견련관계가 있는 채권은 계약 혹은 준계약이 있는 물건의 인도청구권과 공통하는 원인에서 생긴 채권으로서 예컨대 도급계약에서 생긴 보수청구권, 사무관리자의 배상청구권 등을 말한다.[20] 그런데 물적 견련과 법적 견련

17) Colin/Capitant, Cours elementaire de droit civil francais, t. II, 1953, no. 1478.

18) 關武志, "留置權を對抗しうる第3者の範圍", 「私法」, 日本私法學會, 有斐閣, 1990, 129面.

19) 강희숙, "부동산경매절차에 있어서 유치권 행사에 관한 법정책적 연구", 동아대학교 대학원 박사학위 논문, 2010, 133면.

20) 염규석, "유치권의 견련관계", 「재산법연구」 제17권 제1호, 한국재산법학회, 2000, 85면.

의 범위에 대해서는 프랑스 민법학에서도 학설이 나누어져 있다.[21]

이러한 프랑스민법에서의 유치권의 특징 즉 물권으로서 통일적 개념이 아닌, 개별적이고 구체적인 제도에서 나타나는 항변권으로서 그 속에 동시이행항변권이 내포되어 있다는 점에서 독립적이고 통일적인 유치권을 가지면서 동시이행항변권의 제도를 갖춘 우리민법 구조와는 분명한 차이를 보여주고 있다. 그러나 유치권을 물권으로 규정하고 있는 점 등에 착안, 우리 민법과 일본민법의 규정은 독일·스위스민법과 직접 관련이 있다기보다는 오히려 프랑스의 판례·학설을 본받은 것이라는 견해[22]도 있다.[23]

2. 유치권 개념에 관한 학설의 전개과정

가. 준별론[24] 등장이전의 학설의 상황

(1) 제한설

프랑스는 민법전이 성립과 함께 실정법규정의 이론적 해석을 목적으로 하였던 주석학파가 형성되었고, 그 엄격한 해석이론을 배경으로 하여 유치권은 법규에 의해 명시적으로 규정된 이외에는 부정하여야 한다는 입장이 등장하였다. 이 설의 대표자인 로랑(Laurent)에 따르면 유치권의 물권성은 당연히 부정되고, 제3자에 대한 대항력도 인정되지 않으며, 대인적인 권리로서 구성되었다.[25] 즉 공동상속인의 반환의무에 관한 민법 제867조는 상속인간에서만 문

21) 한편에서는 유치권을 물적 견련관계에 한정하기 위해 동시이행항변권의 영역이 확대되어 계약의 무효·취소의 경우 뿐 만 아니라, 불완전 쌍무계약에 있어서도 더욱이 복수의 계약에 걸쳐서도 존재하는 것으로 되는 반면, 다른 한편에서는 동시이행의 항변권의 영역을 엄격하게 각급부의 대가적 견련에 한정하여 유치권의 영역을 확대 시킨다(공순진, 전게논문, 11면).

22) 장경학, "유치권의 성립 및 그 효력", 민법학의 현대적과제, 박영사, 1987, 277면: 김용규, "유치권과 이행거절항변권", 「법정」 제20권 제10호(184호), 법정사, 1965, 41면 이하.

23) 한편 부동산집행절차에서 선취특권은 신청채권자보다 선순위 또는 후순위인가에 관계없이 매각으로 인하여 모두 소멸하는 삭제주의를 채택하고 있고, 잉여주의가 채택되어 있지 않으며, 용익물권 중 신청채권자에게 대항할 수 있는 것은 매수인에게 인수되나 그 밖의 것은 소멸하도록 하고 있다(법원행정처, 「민사집행법 해설(Ⅰ)」, 2002, 113면).

24) 프랑스민법학설상의 유치권과 동시이행항변권을 구별하는 이론이다.

제로 되며, 임차인의 신소유자에 대한 유치권(제1747조)에 대해서도 후자는 임대인의 채무를 대위하고 있다고 설명하고, 더욱이 매도인의 유치권(제1612조)도 전매수인에게 대항하는 것은 가능하지 않으며, 유치권은 상대방의 채무와 서로 관련 있는 채무를 각자 부담하는 계약당사자를 전제로 하여 공평에 기초하여 인정된 것이라고 한다. 따라서 제3취득자는 매도인에 대한 의무를 부담하는 것은 아니며 매도인은 제3취득자에 대하여 공평을 주장할 수 없으며, 소유자의 권리는 공평보다 뛰어나며 공평은 문제밖에 있다고 한다. 이와 같이 법규외의 규정을 부정하는 제한설은 예외적으로 법문상 계약당사자 이외의 자에 대하여 유치권의 효력이 미치는 경우가 있다는 것을 인정하고 있고, 선취특권에 의해 채권이 담보되는 경우에는 유치권을 인정하고 있다. 그러나 이러한 제한설도 그 단점[26]이 드러나자 학설은 점점 유치권의 적용영역을 확대시키는 방향으로 전개되었다. 라롱비에르(Larombiere)는 쌍무계약에 있어서 묵시적 해제조건(제284조)의 경우 유치권을 도입하고 해제와 다른 지체효과를 수반하는 것에 불과한 유치권의 일반화를 시사하고 있고, 이것을 받아들여 오브리와 로(Aubry et Rau)의 민법 교과서는 유치권 확장에로의 일보를

25) 다만 Laurent은 법문상 계약당사자이외의 자에 대하여서 유치권의 효력이 미치는 경우가 있다는 것을 인정하고 있다. 첫째로 매수인의 파산의 경우에 있어서, 매도인의 유치권이 매수인의 채권자에 대항하는 경우(제1613조)이고, 둘째로 매매계약의 해제약관부 매수인은 유치권으로 매도인의 저당권자에 대항하는 것이 가능하다(제1673조). 그러나 이 경우에도 유치권이 제3자에 대항할 수 있는 물권이라는 것이 아니라, 제1613조에 있어서는 대금을 지불하지 않는 한 매수인의 소유권은 해제되는 것이고 그 의미에서 매도인은 조건부소유권을 보유하는 것이다. 또한 제1673조에 있어서도 법규가 매도인에게 요구하는 채무의 이행이 없는 한 해제는 조건부이고 그 때문에 매수인은 조건부소유권을 가지고 있다는 데서 이 조건부소유권(=물권)이 제3자에 대항하는 것으로 설명한다. 이와 같이 제한설은 엄격한 태도를 관철하고 있으며, 그 유치권 개념은 단일한 것으로서 개개의 권리의 차이를 고려하지 않았다.

26) 제한설의 이러한 엄격주의(법규에의 한정)는 다음의 점에서 비판받았다. 즉 민법전 제1244조는 일정한 상황에 있어서(채무자의 사정을 참작하여), 채무의 변제의 유예기한을 부여하는 것이 재판관에게 인정되고, 이것을 근거로 하여 회복청구를 받는 점유자가 변제를 받을 때까지 판결의 집행을 연기하는 것이 정당화된다는 것이다. 둘째로 제한설의 다수가 선취특권에 의해 채권이 담보되는 경우에 유치권을 인정하고 있는데, 여기에서 유치권은 이미 우선원인으로 파악되며, 유치권은 선취특권의 부종물(accessoire)에 불과하다는 것이다(신국미, 전게논문("유치권제도에 관한 연구-동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로"), 149면).

내디뎠다.[27]

(2) 오브리와 로(Aubry et Rau)의 확장론(견련성)

유치권의 확장론을 주장한 오브리와 로(Aubry et Rau)에 따르면 유치권자가 가지는 채권과 물건의 반환채무는 공통의 원인이 있으며, 이 공통의 원인은 동시이행의 항변권의 존재를 기초지우기 위한 것이고, 유치권이란 쌍무계약에 있어서 동시이행의 항변권의 일 적용에 지나지 않는다고 한다.[28] 이러한 공통의 원인은 견련성(Connexité)으로 표현되며 Aubry et Rau에 있어서 견련성은 쌍무계약상의 견련성이었고, 유치권은 쌍무계약 일반에 기초를 두는 것으로 되어 거기에 확장의 단서가 주어졌다.[29]

이와 같은 Aubry et Rau에 의한 유치권 확장은 이후의 이론에 중요한 영향력을 미쳤다. 상환이행의 원칙은 오래 전부터 인정되었던 것이지만, 유치권에 있어서 명확한 법적 표현이 주어지게 되었던 것이다. 그러나 Aubry et Rau에 의한 유치권 확장기준으로서의 견련성에 대하여는 다음과 같은 비판이 있다.

즉 견련성이 계약(준계약)과의 관련을 의미하면서 한편으로 물건과 채권과의 관련을 의미하는 것은 두 종류의 다른 성격의 것을 무매개로 연결함으로써 법률과의 불일치가 발생되고, 그것이 주장하는 확장의 예[30]에 있어서는 물건과 채권이 견련하고 있는 것이 아니라, 물건의 점유와 채권이 견련하고 있

27) 신국미, 상게논문, 150면.

28) Aubry et Rau, Cours de droit civil francais, 6e éd, 1938, t. Ⅲ, par Bartin, §256 bis. p. 156et s.

29) Aubry et Rau는 유치권의 확장의 기준으로서의 견련성을 다음과 같이 규정한다. 즉 채권이 물건에 관련하고, 동시에 물건의 점유가 합의 또는 준계약과 결합하여 점유물에 관련한 채무가 이 합의 또는 준계약에 관하여 생기지 않으면 안 된다ㅣ는 것이다. 이렇게 하여 수치인의 유치권(제1948조)을 유추하여, 사용차주, 수임인, 사무관리인에 대하여 그가 점유하는 물건에 관하여 생긴 비용상환을 위해 또는 노동자, 가공자에 대하여 수리, 가공을 위해 그에게 인도된 물건에 관하여, 부에 대하여 가자재산인 부동산에 대해 지출하였던 필요비 상환을 위해 유치권을 긍정한다. 그러나 타면으로 Aubry et Rau는 준계약이 개재하지 않는 경우에 관해서는 유치권의 확장을 일절 부정하고, 점유자의 물건에 가한 비용의 상환청구권을 위한 유치권을 인정하지 않았다. (Aubry et Rau, op. cit., p. 161.)

30) 예를 들면 수임인의 서류의 유치 등.

는 것에 불과하다[31]는 것이다. 또한 채권이 계약에서 발생하는 경우에 물건과의 견련성을 반드시 필요로 하는 근거가 분명하지 않으며, 더구나 민법전 자체가 계약과도 연결되어 있지 않는 경우에 유치권(제2280조)을 인정하고 있음을 설명할 수 없었다. 효과면에서도 Aubry et Rau는 유치권이 추급권을 가지지 않는다는 것을 이유로 진정한 의미에 있어서 물권은 아니라고 하면서, 제한설과는 대조적으로 제3자에의 대항력을 일정한도에서 승인하고 있다.[32]

(3) 기유아르(Guillouard)의 확장론(물건과 채권과의 견련성)

계약관계가 없는 물건 점유자의 유치권을 부정한 것은 프랑스 전통과는 대립하는 것이었기 때문에, 견련성 개념의 정밀화에 대한 학설이론이 전개되었다.

Aubry et Rau가 유치권에 있어서 동시이행항변권적 기능을 강조한 반면 견련성을 물건과 채권과의 견련으로서 정식화한 것은 기유아르(Guillouard)이다.[33] Guillouard는 민법전 그 자체에 유치권을 계약 또는 준계약에 한정하는 것이 아니라는 것을 증명하는 규정이 있으며, 그것은 가공에 관한 제570조, 공동상속인의 반환에 관한 제867조라고 한다. 여기에서는 물건의 반환청구권자와 점유자간에 계약관계가 반드시 존재하지 않아도, 채권과 물건이 견련하고 있는 것에 한한다[34]면서 이 '물건과의 견련'(debitum cum re junctum)이 유치권의 유일한 요건이며, 유치권은 이 견련성을 요건으로서 확장시키는 것이 가능하다고 하였다.[35]

---

31) H. L. et J. Mazeaud et Chabas, Lecon de droit civil, t. II, 1966, n° 113. 여기에서 물건과 채권과의 견련은 전통적인 물적 견련과는 일치하지 않는다. 일j한 물건은 점유자의 창작물이고 타인의 물건위에로의 출연은 아니다.

32) Aubry et Rau, *op. cit*, p. 163.

33) Guillouard, Traité de rétention, 1985, n° 54 et s.

34) Guillouard, *op. cit.*, n° 53.

35) Guillouard는 견련성을 광의로 파악하여 물건과의 견련을 채권과 물건과의 직접적인 연관이 아니라 채 권이 물건에 관하여 생긴 것으로 충분하다고 하여 민법전상의 모든 유치권의 경우를 포섭한다.(Guillouard, *op. cit.*, n° 55.) 따라서 가공·공동상속 뿐만 아니라 물건이 손해를 야기하였던 경우에 있어서와(Guillouard, *op. cit.*, n° 35 I.) 토지수용에 있어서, (Guillouard, *op. cit.*, n° 57.) 임차인의 손해배상청구권에 관하여도(Guillouard, *op. cit.*, n° 64.) 견련성이 인정되는 것으로 하였다. 그러나 이와 같은 견련성 개념의 확장은 전통적인 물적 견련과 조화되지 않고 (Guillouard, *op. cit.*, n° 87.) 여러 종류의 상이한 제도가 획일

(4) 드몰롱브(Demolombe)의 무제한설

드몰롱브(Demolombe)에 의해 주장된 무제한설은 당사자간에 계약관계가 존재하지 않는 경우 유치권의 가부의 판단은 재판관의 자유재량에 위임되어진다.[36]고 한다. 즉 Demolombe에 의하면 법률상의(재판관을 구속하는) 유치권과 재판상의(재량적인) 유치권을 구별하여 재판관에게 일반적으로 인정되었던 재량권한에 의하여 유치권을 파악함으로서 무제한설에 수용된 것이다. 무제한설은 이와 같이 재판상의 유치권을 출발점으로 하여 유치권의 확장을 긍정하고, 유치권의 성립요건으로서는 점유자가 채권자이면서 물건을 점유하는 것만으로 충분하다[37]고 하였으나 그 기초는 공평이 원리에서 출발한 것이다.

이와 같은 무제한설에 대하여 Derrida는 유치권의 행사는 유치권을 가지는 채권자와 타 채권자와의 평등을 파괴하는 것이다. 유치권은 어떠한 사람에 대하여서도 목적물의 인도를 거절하는 것에서 사실상 제1순위를 가진 우선권일 수밖에 없다. 따라서 무제한의 확대는 남용과 부정을 발생시키며 오히려 공평에 반하는 결과로 된다.[38]고 주장하면서 비판했다. 이러한 무제한설은 제1749조, 제2082조 제2항을 가리키면서 이것에 있어서는 견련성(connexite)이 충족되지 않다는 것을 강조한다.[39] 그러나 이것에 대하여서 전자는 임차인의 명도와 임대인의 상금지불과의 상환이행관계를 가리키면서 동시이행항변권을 표명하는 것이고, 또한 후자도 고유한 의미에서의 유치권이라고 말할 수 없다고 반론하였다.[40]

마지막으로, 무제한설을 부당이득원리에 환원하는 것에 대하여서는 형평, 재화의 균형은 그 자체로서는 존중할 만하지만, 진정한 법률상의 균형을 보지하지 않으면 안된다고 고려하게 된다면, 채권자 평등의 원칙에서 출발하여 유치

적으로 처리되었다. 당사자 사이에 자유로이 설정 가능한 유치권도 긍정하였고 법정의 물적 견련을 요건으로 하는 유치권과 병행하여 양자 모두 물권성을 승인하고(Guillouard, *op. cit.*, n° 22.) 추급효와(Guillouard, *op. cit.*, n° 100 et s.) 대항력(Guillouard, *op. cit.*, n° 111 et s.) 을 인정하고 있다.

36) Demolombe, Cours de code Napoléon, t. IX, 1866, n° 682.

37) Barry, Le droit de rétention en driot civil francaise, 1900, p. 117 et s.

38) R. Derrida, Recherches sur le fondement du droit de rétention, 1940, p. 164 et s.

39) Point, *op. cit.*, p. 275.

40) R. Derrida, *op. cit*, n° 144 et s.

권이 우선권(droit de preference)과 같은 상태의 것을 부여하고 있다는 것을 망각하면 안 된다고 비판하였다.[41]

나. 유치권과 동시이행항변권의 준별이론의 등장

Aubry et Rau의 동시이행항변권적 기능과 Guillouard의 물건과의 견련에 의한 유치권영역의 확장을 이어받아 학설은 유치권개념을 이원화하였다. 1861년에 라뻬(Labbe)는 판례비평 중에서 유치권에 있어 2종의 경우를 구별할 것을 말하고 있고, 페론(Ferron)의 판례비평에서 채무를 동시에 이행하여야 하는 것이 당사자의 의사, 공평, 신의에 합치하는 것으로서 민법 제1612조 및 제1749조를 예시하여 유치권은 공통의 원인에서 생긴 양 채무간의 견련성을 요건으로 하는 것이지만, 다른 한편으로 점유자가 반환의무를 부담하는 물건에 가치를 부가시키는 때에도 유치권이 존재하는 것이고 그것은 부당이득원리에서가 아니라 보다 엄격한 공평성에 의한 것이기 때문이며 물건과의 견련이 유일한 요건이라고 하면서 유치권을 2개의 범주로 파악하고 있었다.

이와 같이 유치권의 이원화를 권장하여 유치권과 동시이행의 항변권과의 준별론을 상세하게 전개하였던 것이 르네카신(Rene Cassin)이었다. Rene Cassin은 준별이론을 정립시키면서 유치권과 동시이행항변권의 법적 성격·요건 및 효과에 있어서의 차이를 다음과 같이 지적하였다. 즉 유치권은 물권이지만 동시이행의 항변권은 그것 자체로서는 물권이 아니라 인적 성질을 가지고 있다. 유치권의 물성을 부정하는 근거로 유치권이 추급권을 갖지 않는다고 하나, 추급권은 물권의 특성이지만 본질적인 것은 아니다. 동산선취특권 및 부동산질권도 추급권이 없다. 따라서 동시이행의 항변권은 쌍무계약에서 발생하여 원칙적으로 당사자간에 있어서만 행사할 수 있는 권리로 추급권을 가지지 않고, 물권성의 문제는 물적 견련에 의한 유치권에만 인정된다.

다. 계약원인이론

41) R. Derrida, *op. cit.*, n° 162. et s.

Rene Cassin에 의한 동시이행항변권과 유치권의 준별이론은 그 후의 판례·학설에 많은 영향을 미쳤으며, 현대의 프랑스 학설도 기본적으로는 카신의 이론을 계승하고 있다. 그러나 동시이행 항변권과 유치권과의 구별을 근거로 한 양자의 한계에 관하여서는 역시 논쟁은 끝나지 않았다. Cassin에 기초를 제공한 동시이행의 항변권의 개념은, 법적 견련에 있어서 파악되기 때문에 넓은 사정을 포함시키는 반면, 유치권은 물적 견련, 즉 물건 위에, 동시에 물건 위에 들인 비용에 한하기 때문에 이 권리가 제한적으로 인정되는 것과는 대조적이다. 헨리 카피탕(Henri Capitant)은 준별이론이 인위적으로 항변의 기준이 확대된다는 이론을 제시하여 그 개념을 정밀화 하면서, 동시이행항변권은 동일한 완전쌍무계약에서 생긴 주된 채무상호간에 한하고,[42] 나머지 편무계약·무효인 계약의 결과로서 생긴 반환채무상호간·준계약에서 생긴 유치는 모두 유치권으로 성립하여야 한다[43]는 이론을 제시하였다.

오늘날 계약원인이론에 근거하면서도 카피탕(Henri Capitant)을 승계 발전시켰던 니콜 카탈라(Nicole Catala-Franjou)는 유치권과 동시이행항변권과를 구별하여 다음과 같이 논하고 있다.[44] 계약원인은 완전쌍무계약에 있어서, 한편으로는 동시이행의 항변권으로, 다른 한편으로는 유치권으로, 명확한 영역을 주고 있다. 타인의 동의하에 또는 사실상 물건을 점유하고 있는 계약당사자가 있다고 하자. 거기에서는, 유치하려는 자는 인도채무의 채무자로서 나타난다. 게다가 계약당사자에 의해 이 채무는 본질적인 것, 즉 채무의 대가이든, 그렇지 않으면 주된 목적이 서비스 급부 즉 채무자의 일정한 행위인 계약에 있어서는 이차적·부차적인 채무이든, 그 어느 것이다. 유치권의 역할 및 성질은 이 두 개의 경우에 있어서 동일하지는 않다. 재화의 이전을 목적으로 하는 완전쌍무계약(매매, 교환, 임대차)에서는 물건의 인도거절의 항변이 이행거절을 구성하여 종종 유치권으로 혼동하기 쉽다. 그러나 이 인도거절은 계약원인에 의한 것이고, 채무의 쌍무성의 직접적인 효력으로서 파악되고 있다.[45]

---

42) Capitant, De la cause des obligations, 1927, n° 128.

43) Capitant, *op. cit.*, n° 161.

44) N. Catala-Franjou, De la nature de droit de retention, Rev. trim. dr. civ., 1967, p. 9 et s.

45) N. Catala-Franjou, *op. cit.*, n° 6.

Ⅲ. 유치권의 대항력 문제에 관한 학설 · 판례 검토

1. 학설

가. 종래의 학설

유치권의 대항력 문제는 유치권의 성립범위 및 그 성질(즉, 채권인가 물권인가)과도 관련이 깊다. 유치권에 관한 일반적 규정의 부존재로 인하여, 유치권의 외연 그 자체가 명확하지 않기 때문에, 프랑스민법 제정 당초부터 성질 · 요건 · 효과를 둘러싸고 판례 · 학설이 혼란스럽게 다투어지고 있었다. 그 중 하나의 논점으로서 민법전에 규정된 경우 이외에도 유치권이 인정되는가의 여부가 논의되는 과정에서, 특히 법전상에서는 모습을 찾을 수 없고 오로지 판례를 통하여 확인되어 온 이른바 계약불이행의 항변과의 혼동이 지적되었고, 이 항변과 유치권과의 준별을 둘러싸고 논의가 진행되었다. 결국 상당한 지지를 받게 된 것은 유치권에는 고유한 의미의 유치권과 계약불이행의 항변이 혼합되어 있으므로 양자를 준별하여야 한다는 주장이었다. 즉, 양자는 모두 견련성(connnexite)을 요구하지만 그 내용이 다르다는 것이다. 고유한 의미의 유치권의 발생에 필요한 견련성은 물건과 채무 사이에 존재하는 객관적 · 물적 견련성(connexite objective ou materielle)이고, 계약불이행의 항변을 주장하는 때에 필요한 견련성은 채무 간에 있어서의 상호 주관적 · 법적인 견련성(connexite subjective ou juridique)이 라는 것이다.[46]

---

46) 물적 견련이란 물건에 가하여진 비용 혹은 물건이 야기한 손해를 원인으로 점유자에 채권을 부여하는 것이라는 데서, 물건의 인도를 청구하는 자는, 물이기 때문에(propter rem) 의무를 부담하고, 따라서 회복자는 늘 채무자와 일치한다고 하는 의미에 있어서 대세적이지만, 이것에 반하여 법적 견련 즉 쌍무계약관계에 있어서 물건의 반환 · 인도의 거절이 정당화되는 경우에 소유물반환 청구권자와 채무자는 반드시 일치하지 않는다. 이러한 준별론을 구체화한 사람은 Rene Cassin이다. 그에 의하면 물적 견련이란 물건에 비용을 가한 경우의 비용상환청구권 및 물건이 손해를 야기한 경우의 손해배상청구권과 같이 쌍무계약으로부터 독립하여 존재하고 채권과 물건이 견련하는 것을 말한다. 주관적 견련이란 쌍무계약에 기초를 두는 채무원인의 공통성을 말한다(清水 元, 「留置權概念の再構成」, 信由社,

이러한 준별론에 의하면, 물적 견련이 있는 경우에는 물건에 가한 비용 혹은 물건이 야기한 손해를 원인으로 하여 점유자에게 채권을 부여하는 것이기 때문에, 물건의 인도를 청구하는 자는 물건 때문에 그 의무를 지며, 따라서 목적물의 회복자는 항상 채무자와 일치한다는 의미에서 유치권의 효력은 제3자에 대하여 대세적이지만, 이에 반하여 법적 견련, 즉 쌍무계약관계에 있어서 물건의 반환 · 인도의 거절이 정당화되는 경우에는 반환청구자와 채무자는 반드시 일치하지 않으므로 제3자에 대해서는 대항할 수 없게 된다.[47] 그러나 준별론에 있어서도 계약당사자이외의 자에 대한 동시이행의 항변권의 효력이 반드시 부정되는 것은 아니다. Cassin에 의하면 동시이행의 항변권이 제3자에 대항하지 않는 것은 그 제3자의 권리가 전권리자와 타인과의 쌍무관계를 '기초로 하지 않는' '완전히 독립한' '고유의 것인' 경우이다. 예를 들면 전매의 경우 전매수인에 대하여 매도인이 대금부불을 이유로서, 인도를 거절하는 것은 유치권의 대항력에 의해서가 아니라, 전매수인의 인도청구가, 매도인과 전매도인과의 매매계약을 '필요적 기초(support necessaire)'로, 전매수인이 전매도인에 대한 인도청구권을 주장하는 것을 통하여서만 물건의 인도를 청구하기 때문에 동시이행의 항변권을 대항시키는 것이다.[48]

2001, 2面).

47) 다만, 이러한 준별론에 있어서도 계약당사자 이외의 자에 대한 계약불이행의 항변의 효력이 반드시 부정되는 것은 아니었다. Cassin에 의하면, 계약불이행의 항변을 가지고 제3자에게 대항할 수 없는 것은, 그 제3자의 권리가 자기 앞의 권리자와 타인과의 쌍무관계를 '기초로 하지 않고', '오로지 독립한', '고유한 것인' 경우라고 한다. 그 예로, 무권리자에 의한 타인 물건의 매매의 경우에 있어서 권리자의 회복청구에 대하여 매수인은 이 항변을 주장할 수 없는 경우를 든다. 이에 대하여, 제3자의 권리가 자기 앞의 권리자와 타인과의 쌍무계약관계에 기초를 두고 있는 경우에는 계약불이행의 항변을 가지고 이 '제3자'에게는 대항할 수가 있다고 한다. 예컨대 순차매매에 있어서 전매수인에 대하여 매도인이 대금미지급을 이유로 하여 인도를 거절할 수 있는 것은 유치권의 대항력 때문은 아니고, 전매수인의 인도청구가 매도인과 전매수인과의 매매계약을 '필요적 기초'로 하고, 전매수인은 전매도인에게 속하는 반환 · 인도청구권을 주장하는 것을 통하여서만 물건의 인도를 청구할 수 있기 때문에 계약불이행의 항변의 대항을 받는다고 한다(清水元, 上揭書, 47面).

48) 그러나 Cassin의 정식에 대하여 Elekes는 이러한 기준이 부정확하면서 비법률적이라고 한다. 그는 청구자의 소권이 쌍무관계를 기초로 하는가 아닌가의 평가는 주관적이므로, 실제적인 사정에 대한 법원칙의 기초로서는 유용하지 않다고 비판하였다. (Elekes, De quelques differences dans l'aplication du droit de retention d'apres la jurisprudence francaise et allemennde, 1929, p. 140 et s.) 그에 따르면 프랑스법이 동산과 부동산을 특히 구별하여

이와 같은 종래의 구성에 대하여, 유치권의 대항력을 비채무자인 소유자에 대한 효력으로서 파악한 것은 Catala이다. Catala는 유치권의 물권성을 부정하고, 이 권리를 채무의 일양식(une modalite d'obligation)으로 이해하여 대항력을 기초지우는 것을 시도하고 있다. 즉 유치권의 절대적 대항력은 그 성질 자체에서 유래한다고 보았다.[49]

나. 최근 학설의 동향

최근의 학설의 추이를 살펴보면, 현대 프랑스에 있어서 학설의 다수는, 항변권의 기초로서의 견련성 정도를 묻지않고, 대외적 효력을 인정한다.

준별론에 있어서도 대 제3자관계에 있어서는 유치권을 확대함으로써 저당권 및 선취특권과 같이 물적 부담(charges reels)에 접근하며, 동시이행항변권의 대인적 제약을 보충하도록 하는 고려가 간주된다. 그러나 다른 한편으로 부동산에 있어서 공시제도에의 배려라고 하는 실제적 견지가 점점 우세로 되어 공시제도에 종속하는 경향을 보여주고 있다.[50] 플라뇰과 리페르(Planiol et Ripert)도 부동산유치권은 등기에 의한 공시를, 동산유치권은 동산질에 관한 민법 제2074조의 요건(정당하게 등록된 공적 증서 혹은 사서증서를 필요로 하는 뜻의 규정)을 필요로 하지 않는다는 것은 제3자 보호를 위하여 이용된 물적 담보제도로서는 적절함을 결하는 것은 아닌가 라고 지적하고, 다시 견련성을 계약상 무한하게 확장하는 것은 적법하다고 하면서도, 대항력의 승인은 제3자에게는 중대한 위험이 있으므로 제3자가 유치권을 공시에 의해 예견할 것

처리하는 것을 인정하는 것은 아니며, 입법자가 부동산의 매수인에 대하여 목적부동산에 대한 매도인의 과거의 합의의 전부를 고려하여야 하는 것을 명한 것인가는 의심스러운 것이다. 또한 매매에 있어서는 단지 의사의 합치라고 하는 사실에 의해서만 소유권이전의 효력이 생기는 것이라는 데서, 전득자의 소권은 '필요적기초'로서의 쌍무관계를 가지지만, 그것에도 불구하고, 개별 · 독립의 소권이다. 그리고 일반채권자가 강제집행을 실행하는 경우에도 그것은 채권자대위권(제1166조)에 의해서 채무자의 권리를 행사하는 것이 아니라, 일반적 담보권(제2093조 제2094조)에 의해서 고유의 소권을 행사하는 것이다. 따라서 이와 같은 소권에 대하여서 동시이행의 항변권을 가지고 대항할 수 없을 것이라고 한다. (Eleks, *op. cit.*, p. 142.)

49) N. Catala-Franjou, De la nature de droit de retention, Rev. trim. dr. civ., 1967, p. 9 et s.

50) Colin et Capitant, Cours elementaire de droit civil francais, t. II, 1953, no. 1478. p. 931.

이 필요하다고 한다.

2. 판례

가. 1860년 이전의 판례

민법전 제정후 판례에 있어서 유치권의 확장문제가 나타난 것은 1819년 이후이다. 제한설에 입각하여 해석하는 경우를 제외하고, 판례의 입장은 특정한 학설에 주어진 것은 아니며 학설과는 대조적으로 유치권을 확장하였다. 그 동향은 1860년을 경계로 하여 1860년 이전에 판례는 물건위에 비용을 지출하거나 또는 물건을 수리 · 개량한 자를 위해 유치권을 인정하고 있지만, 그것은 채권이 계약에 관하여 발생한 것인가의 여부를 묻지 않고, 법문에 직접 근거를 구하여 확장하는 것을 목표로 하였다.[51]

나. 1860년 이후의 판례

1860년 이후에 판례는 물건과 채권과의 물리적인 결합에 한정하고 있던 엄격한 입장에서 원인상의 견련으로 비중을 변경하게 되었는데, 이에 영향을 준 것은 오브리와 로(Aubry et Rau)의 이론이었다. 이 설은 유치권 확장의 기준을 계약의 존재 및 물건과 채권과의 견련성의 존재에서 구하였다.

판례는 당초 매수인의 유치권을 정하였던 제1612조를 재료 등을 공급하는

51) 즉 우선 공동상속인의 현물반환의 규정의 적용확대에 의해서, 다음으로 저당부동산의 제3취득자가 비용을 지출하였던 경우에 관한 민법 제2175조를 근거로서 유치권을 인정하였다.(Cassin, *op. cit.*, p. 154.) 세째는 첨부규정이다. 그러나 민법 제555조는 반드시 유치권을 규정하였던 것이라고 말할 수 없다. 추탈을 받은 부동산점유자가 지상에 식재, 건축, 공작을 한 경우에 악의인 때에는 회복자가 수거를 원하지 않는 한해서, 선의인 때에는 무조건 회복자에 대한 비용상환청구권을 부여하고 있는 것에 불과하다. 재판소는 선의점유자에 한하여, 이 권리를 위한 유치권을 인정하였던 것이다. 그래서 권원을 상실한 소유자 및 임차인과 같이 점유자에도 이것을 확대하고 있다(Cassin, *op. cit.*, p. 154.). 다만 표현적 상속인에 대하여는 유치권을 인정하지 않고(1875년 2월 8일 샹제리재판소판결(S.1876.2.23), 용익권자에 대하여서는 학설과 대조적으로 상환의 권리 그 자체를 부정한다.(Cassin, *op. cit.*, p. 155, note 1.)

도급인에 대해서도 적용하고 이에 대해 임치의 규정인 제1748조를 유추 적용하여 '모든 위임은 묵시적으로 임치를 포함한다'라고 하고, 위임사무수행을 위하여 인도된 고객의 소유물위로 수임인의 유치권을 인정하여 판례는 전적으로 견련성 개념을 확대하여 왔으며, 물적 견련과 법적 견련에 있어서도 유치권은 승인되었다. 판례에 있어서 '견련성'의 확대현상은 소위 Girard판결[52]에 의해서 새로운 단계를 맞이하게 되었다. 본 판결은 당지의 학설에 충격을 준 것으로서 Ferron은 유치권이 인정되기 위해서는 쌍무적인 합의 또는 점유자가 물건 위에 비용을 지출할 것이 필요하지만, 본건에 있어서는 증권반환채무와 금전반환채무는 대차계약에서 발생하였던 것도, 질계약에서 발생하였던 것도 아니며, 채권과 물건과의 견련성도 채권과 물건반환채무와의 견련성이 있는 것도 아니고, 즉 본 사례에 있어서 유치권은 인정될만한 것이 아니라고 비평하였다. Bonnecase에 이르러서는 본 판결을 가지고 판례가 무제한설에 입각한 것이라고 까지 극언하였던 것이다.[53]

---

52) Cass. civ. 26 avril 1900, S. 1900. I, 193, note Ferron. 이 판결의 사안은 처가 은행과 대차계약을 체결하고 담보로서 채권을 인도하였지만, 이 거래가 무능력을 이유로 무효로 되었다. 거기에서 원고(처)가 인도한 증권의 반환을 요구하였지만, 은행측은 원고가 수령하였던 금전을 부당이득으로서 반환할 때까지 유치권을 행사하였다. 파기원은 '유치권이 채무자에 속한 물건을 점유하는 채권자를 위해 존재하기 위해서는 점유가 계약 또는 준계약과 결합하고 있는 것으로 족하다'고 판시하여 유치권을 인정하였다.

53) Bonnecase, Precis de droit civil, t. II, 1938,n° 272. 그러나 그 후의 판례의 전개는 무제한설을 명확하게 부정하는 것이었다. ① 1923년 2월 13일 파기원민사부판결(D. P. 1926. I. 32)
수탁자는 위탁자의 양육비용의 지불을 담보하기 위하여 임치물에 관한 유치권을 가지지 않는다. 왜냐하면 채권과 물건의 점유는 다른 원인에서 발생하고 있기 때문이다. 민법 제1948조에 의해서 인정되는 유치권은 기탁에 의해서 그에게 지불되어야 하는 비용의 지불을 담보하는 것에 불과하다.
② 1950년 7월 25일 파기원민사부판결(D. 1951. som. 14)
횡령행위가 영업재산의 특정한 부분에 대한 것 만이고, 전부에 대하여 행해진 것이 아닌 경우에는, 피해자는 자기의 장소에 가지고 들어온 상품에 대해서 손해의 배상이 있을 때까지 유치권을 가지지 않는다. 법률의 규정에 의해 명시적으로 인정되는 경우이외에는, 유치권은 채권이 유치물에 관하여 생기는 한에서 인정된다.
③ 1969년 7월 16일 파기원민사부판결(Bull. Civ. III, n°591. : J. C. P. 1969. IV. 238)
가옥내에 가지고 들어온 가구의 매수인으로 부터 건물의 종신정기금부 매도인의 포괄승계인으로 된 자가 정원에 식재된 수목의 전정료의 지불을 건물 양수인에 대하여 소구하여 인용판결을 얻었다. 그러나 이 자는 승계후, 매수인에게서 열쇠의 인도청구에 대하여 상기 금액을 지불받기 위하여 가옥의 열쇠에 대해 유치권을 행사할 수 없다고 하였다. 항소원이 부동산의 열쇠의 점유원인과 유치권을 원용하는 채권과의 사이에는 견련관계가 없다고 한

이러한 위 Girard판결을 준별적 구성의 입장에서 적극적으로 평가하였던 것은 Cassin이다. Cassin은 본건 사안에 있어서는 처와 대주의 각자의 채무는 공통의 원인을 가지고 있고 계약무효 또는 해제의 경우에 있어서도 거래의 지적 통일(l'unie intellectuelle)은 그것에 의해서 방해되지 않는 것이고 반환은 동시에 행해져야 할 것이라고 말하고 있다.[54]

다. 최근 판례의 동향

현시점에 있어서 판례는, 유치권은, 채무자의 물건의 점유가 채권을 발생시켰던 합의와 결합되어 있거나 또는 채권과 물건과의 점유가 동일한 법률관계에 원인을 두고 있거나 혹은 채권이 물건에 관하여 생긴 경우에 인정된다고 하고, 법적 견연과 물적 견련을 특히 구별하지는 않는다.[55]

것은 정당하다.

④ 1974년 1월 29일 파기원상사부판결(D. 1974. 245.: G. P. 1974. I. som. 106.)
선철가공을 청부받아 완성한 후 인도하였지만, 지불받지 못한 회사가 후에 동일한 상대방에게서 다른 선철가공용 재료를 받은 경우, 이 물건과 채권과의 사이에는 견련관계가 없고, 동일한 합의에서 발생한 것은 아니라는 데서 ,이전의 채권을 위하여 제2의 인도에 의해 점유한 물건에 대해서는 유치권을 주장할 수 없다.

54) Cassin, *op. cit.*, p. 165 et s.

55) 근래의 판례로서 다음과 같은 것이 있다.

① 1944년 5월 9일 파기원민사부판결(S. 1945. I. 22)
이 사안은 고객으로부터 상품의 운송 및 인도의 의무를 부담하고 있는 운송취급인이 이 계약에서 생긴 수수료등 채권을 위하여 점유하고 있는 상품에 대해 유치권을 주장, 운송료를 제공하고 인도를 구하는 고객의 파산관재인과 대립하였다. 원심은 취급인의 채권이 운송에 관련한 것이 아니라는 것을 이유로 유치권을 거절하였지만, 파기원은 이것을 파기하여 채무자에게 속한 상품의 점유가 채권을 발생시킨 합의와 결부되어있는 때에는 유치권은 정당하다고 판시하였다.

② 1958년 1월 9일 파기원민사부판결(D. 1958. 270)
기성복제작을 위해 주문자로 부터 대여된 기계를 사용하여 일을 하는 수급인이 이 일의 보수지불을 위하여 기계에 대해서 유치권을 주장하였다. 원심은 수급인의 일이 기계에 대해서는 아니라는 것을 이유로 이것을 거절하였지만 파기원은 유치권의 행사는 채무자에게 속하는 물건의 점유가 그의 점유를 발생시킨 합의와 결합하고 있다면 이유 있다고 하여 이것을 파기하였다.

③ 1965년 3월 15일 파기원상사부판결(Bull. Civ. III, p. 171. n° 200)
A는 B의 자동차구입자금으로서 금전을 대부하고, 묵시의 합의에 의해서 질권설정을 포기하였다. 대신에 A는 자동차에 관한 서류(통관증명서등)의 인도를 받았다. B는 재판상정리

Ⅳ. 결론

그 기원을 로마법의 악의의 항변(exceptio doli)에서 유래하고 있는 유치권 제도는 근대법에서 채권 혹은 물권으로 각 나라에 따라 다른 제도로 도입되고 발전되어 왔다.

유치권은 채권자가 채무자에 대해 채무를 부담하면서도 채권을 청구할 때 채무자가 악의의 항변권에 기하여 채무의 이행을 거절하는 것인데, 로마법 당시 이는 인적항변권이었으나 독립된 물권은 아니었다. 이러한 로마법상의 항변권이 근대민법에서 채권적인 급부거절권과 물권적인 유치권의 두 가지 방향으로 발전하였는데, 프랑스민법과 독일민법이 전자의 예를, 프로이센일반란트법 일본민법, 스위스민법, 우리 민법은 후자의 예를 채택하였다.

프랑스의 경우, 민법이 통일적인 규정을 두지 않고 구체적·개별적으로 채무자의 거절권능을 인정하는 항변권으로서 규정하고 있으며, 학설 및 판례는 동시이행의 항변권으로 보는 경우와 유치권이 배상청구권의 발생과 물건의 유치와의 긴밀한 관계를 근거로 한 경우가 나뉘어져서 전자는 동시이행의 항변권, 후자는 유치권에 의해 포섭되고 있다. 유치권은 추급권 및 우선변제권을 인정하지 않고 있어 선취특권은 아니지만 지극히 유리한 조건을 부여받는 것으로 되어 선취특권과 유사한 권능이 있는 것으로 파악되기도 한다. 따라서 프랑스의 유치권은 물권으로서의 독립성을 가진 유치권과 채권으로서 동시이행의 항변권을 규정하고 있는 우리나라 민법과는 엄연한 차이를 가지고 있으며, 오히려 동시이행의 항변권과 법적 견련을 가지고 있다고 보아야 할 것이다.

이상의 연구 결과를 현재의 우리 민법상의 유치권 제도에 이를 반추하여 보

(reglement judiciare)의 상황에 빠지고, A는 관재인, B에게 청구하여 서류상의 유치권을 주장하였다. 원심은 이것을 기각하였지만 파기원은 서류의 점유와 채권은 그의 원인이 동일한 법률관계 중에 있다고 판시하였다.

④ 1970년 10월 27일 파기원민사부판결(D. 1971. Som. 28. : Bull. civ. I, n° 282)
회계사가 의뢰회사에 대한 보수지불을 받기 위하여, 일의 수행을 위해 예치해 두었던 문서 위로의 유치권을 주장하였다. 원심은 회계사에 의한 문서의 보지는 주문자인 회사와의 사이의 계약에 따르는 것에 불과하다고 하여 이것을 기각하였지만 파기원은 이것을 파기하여 서류의 점유와 회계사의 채권과는 그 원인이 동일한 법률관계에 의한다고 판시하였다.

면 현행 우리민법이 일본의 제도를 모방하여 도입하면서 가장 심각하게 오류를 범하고 있는 문제는 위에서 살펴본바와 같이 유치권 제도의 발상지인 프랑스에서도 유치권을 채권적 급부거절권으로 취급하는데, 우리는 유치권을 담보물권으로 체계화하면서도 우선변제권을 부여하지 않고 있을 뿐 아니라, 그 공시방법으로 동산의 공시방법인 점유를 성립 및 존속요건으로 하고 있는 점에서 제도적 기형아를 만들었다는 것이다. 이러한 점은 현행 민사집행법 제95조 제5항의 유치권 인수주의와 맞물리면서 특히 경매절차에서의 유치권의 문제가 심각하게 대두된 상황이다.

요즘 이와 같은 유치권의 난맥상에 대한 상황인식은 학계를 중심으로 심지어는 유치권제도의 폐지를 논의하게 이르렀다. 그러나 아직 그 어떠한 방향으로도 정리가 되지는 않고 있다. 이에 대한 체계적인 제도연구가 더 필요한 이유이다.

참고문헌

고상룡, 「물권법」, 법문사, 2001.

법원행정처, 「민사집행법 해설(Ⅰ)」, 법원도서관, 2002.

이영준, 「한국민법론(물권편)」, 박영사, 2004.

강희숙, "부동산경매절차에 있어서 유치권 행사에 관한 법정책적 연구", 동아대학교 대학원 박사학위 논문, 2010.

공순진, "유치권의 성립요건으로서의 견련성", 「동의법정」 제21집, 동의대학교 지방자치연구소, 2004. 8.

김용규, "유치권과 이행거절항변권", 「법정」 20권 제10호(184호), 법정사, 1965.

박용석, "유치권 성립요건으로서의 견련성에 관하여", 「법학연구」 제48권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2008. 2.

신국미, "유치권제도에 관한 연구-동시이행항변권과의 적용영역의 한계를 중심으로", 고려대학교 대학원 박사학위 논문, 2003.

_____, "유치권의 성립요건으로서 물건과 채권간의 견련관계", 「재산법연구」

제21권 제1호, 한국재산법학회, 2004. 8.
염규석, "유치권의 견련관계", 「재산법연구」 제17권 제1호, 한국재산법학회, 2000.
양창수, "유치권의 발생요건으로서의 채권과 물건간의 견련관계", 「법률학의 제문제(유기천박사고희기념논문집)」, 1988.
장경학, "유치권의 성립 및 그 효력", 「민법학의 현대적과제」, 박영사, 1987.
황태효, "유치권에 있어서 채권과 목적물 사이의 견련관계 및 유치권의 불가분성", 「판례연구」 제20집, 부산판례연구회, 2009. 2.
關武志, "留置權を對抗しうる第3者の範圍", 「私法」, 日本私法學會, 有斐閣, 1990.
淸水元, 「留置權槪念の再構成」, 信由社, 2001.
Aubry et Rau, Cours de droit civil francais, 6e éd, 1938.
Barry, Le droit de rétention en driot civil francaise, 1900.
Bobes, Le casd' application du droit de rétention, 1913.
Capitant, De la cause des obligations, 1927.
Colin/Capitant, Cours elementaire de droit civil francais, t. II, 1953.
Demolombe, Cours de code Napoléon, t. IX, 1866.
Elekes, De quelques differences dans l'aplication du droit de retention d'apres la jurisprudence francaise et allemennde, 1929.
Guillouard, Traité de rétention, 1985.
H. L. et J. Mazeaud et Chabas, Lecon de droit civil, t. II, 1966.
Jörs-Kunkel-Wenger, Römisches Recht, 1987.
Kaser, Römisches Recht, 1987.
Marty et Raynaud, Droit Civil, t. Ⅲ, 3, 1971.
N. Catala-Franjou, De la nature de droit de retention, Rev. trim. dr. civ. 1967.
R. Derrida, Recherches sur le fondement du droit de rétention, 1940.
Philippe Simler, Commentarie de l'ordonnance n°2006-346 relative aux surete. Dispositions genele livre IV nouveau du Code civil, Rev. de Droit Bancaire et Financier, Mai-juin, 2006.
Webel, Die Einrede des nichterfüllten Vertrages des § 320 Abs. I Satz I BGB und das Zurückbehaltungsrecht des § 273 Abs. I BGB(Univ.

Breslau. 1933, 3.

[Abstract]

A Study on the Lien System in the French Civil Code

Jung, Doo-Jin
Juris Doctor, Adjunct Instructor in the Law Department of Jeju National University

A current lien was originated from the exception doli according to Roman Law. In the modern civil law, each country has developed this exception doli according to Roman Law or a right to refuse delivery at two directions such as the bond-like right of payment denial and the property interest-like lien. French civil code and Germany civil code adopted the former case. Allgemeines Landrecht civil code, Japanese civil code, Swiss civil code and Korean civil code adopted the latter case. In this article, we will study the provision and characteristics of a lien and the development of its theory in France of which lien system seems to be the closest to the tradition of Roman Law. Further, we will review through this study how Korean lien is different from such system.

In case of France, its civil code has no uniform provision but provides a right of defense which acknowledges concretely and individually a debtor's right of refusal performance. Theories and legal cases are divided into two cases, one case is that which the lien is regarded as the defense right of simultaneous performance, and the other is based on which the lien has close relationship with both the generation of a right to request indemnification

and the retention of an object. The former is included by the defense right of simultaneous performance and the latter by the lien. Since the overtaking right and the preferential payment right are not acknowledged, the lien is not the right of priority. However, since it seems to be granted the extremely advantageous conditions, it is understood to have any authority similar to the right of priority. Accordingly, French lien is clearly different from Korean civil code in which the lien provides the independence as a property interest and the defense right of simultaneous performance as a bond. It seems that French civil code has a legal connection with the defense right of simultaneous performance.

Key Words : property interest-like lien, bond-like right to refuse performance, a defense right to simultaneous performance connection relation, opposing power of a lien