

임대차계약에 있어서 임차목적물의 이용과 관련한 법적 문제

Legal Matters in connection with the Use of the Leased Object in Lease Contract

김 성 욱*
Kim, Sung-Wook

목 차

- I. 서 론
- II. 점유권원 있는 임차인의 법률행위
- III. 점유권원 없는 임차인의 법률행위
- IV. 결 론

국문초록

이 논문의 제목은 임대차계약에 있어서 임차목적물의 이용과 관련한 법적 문제라고 정하였다. 임대차 제도의 입법과정에서 당해 제도를 어떠한 모습으로 재편할 것인지, 그러한 재편과정에서 어떠한 점들이 고려되어야 하는지를 논리적으로 검증하는 것은 중요한 의미가 있다. 물론 장래에 어떠한 문제가 발생할 것인지를 현재의 시점에서 정확하게 예측할 수는 없지만, 그것이 사회질서를 규율하는 제도라고 한다면 불합리한 결과가 발생되지 않도록 그 위험성을 최소화할 수 있는 방법이 모색되어야 한다. 일반적으로 임대차는 당사자일방이

논문접수일 : 2015. 10. 26.

심사완료일 : 2015. 12. 07.

게재확정일 : 2015. 12. 07.

* 법학박사·제주대학교 법학전문대학원 교수

상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 발생한다. 임대차계약의 효력에 따라 목적물을 임차인에게 인도한 임대인은 계약존속 중 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담하고, 임차인은 임대인의 동의없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못하며, 만약 이를 위반한 경우에는 임대인이 계약해지권을 행사할 수 있다. 만약 임대차기간이 만료한 후 임차인이 임차물의 사용, 수익을 계속하는 경우에 임대인이 상당한 기간내에 이의를 하지 아니한 때에는 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 보지만, 당사자는 제635조의 규정에 의하여 해지의 통고를 할 수 있다. 이렇게 임대차제도와 관련하여 다양한 규정들이 존재하고 있지만, 다른 제도와 유사하게 임대차제도의 경우에도 새롭게 창출된 제도라는 점에서 다양한 법적 문제들이 발생할 수 있고, 따라서 종래에 발생한 다양한 법적 문제점들을 면밀하게 파악한다면, 장래에 정립될 임대차 제도는 보다 합리적이고 실질적 정의에 합치될 수 있을 것으로 보여 진다. 또한 임대차 제도를 합리적으로 정립하기 위해서는 과거의 임대차 제도가 어떠한 과정을 통하여 현재의 모습으로 형성되었는지도 살펴볼 필요가 있다. 이러한 점을 고려하여 이 논문에서 저자는 임대차 제도와 관련한 주요한 내용을 검토하면서, 특히 임대차제도와 관련하여 임차인의 법률 행위 및 점유물과 관련한 문제점과 그에 대한 개선방향을 검토하였다.

주제어 : 임차인, 임대차제도, 임차인의 점유물, 점유권, 임차인의 법률행위

Ⅰ. 서론

현행 민법은 특정한 물건을 사실상 지배를 하고 있는 자에게 점유보호청구권을 인정하고 있다(제192조, 제204조 내지 제206조). 전술한 사실상의 지배에는 현실적·물리적 지배만을 의미하는 것이 아니고 관념적 지배의 가능성도 포함된다.¹⁾ 그런데 점유자가 법률행위에 기하여 점유물에 대한 점유를 이전한 경우에, 임대차계약 등 당해 점유물에 대한 적법한 권원 없이 점유를 취득

하였는지의 여부에 따라 그 이후에 점유물에 대한 점유이전으로 인하여 이해 관계를 형성한 당사자 사이에서는 다양한 법리들이 교착될 수 있다. 이러한 이유에서 본고에서는 종래의 학설 및 판례의 입장을 참고하면서 임차인의 법률행위로부터 발생하는 몇 가지 법적 문제점에 대하여 검토하고자 한다. 이와 관련한 주요쟁점을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 임차인이 월차임을 지급하고 있는지의 여부와 상관없이 임대차계약기간 만료 후 임차인이 동시이행항변권을 행사하면서 목적물을 계속 사용 및 수익한 경우에 그 임차인에 대하여 임료상당의 부당이득반환청구를 할 수 있는지가 문제된다. 둘째, 임대차관계가 종료한 후에 임대인이 보증금을 지급하지도 아니하고 주택임대차보호법 제4조 제2항 규정에 의하여 임대차계약기간이 법률상 연장되었음을 이유로 임차인에 대하여 임대차종료 후 임차인이 보증금을 반환받을 때까지 약정된 월 임료를 지급하라고 청구할 수 있는지가 문제된다. 셋째, 임대차의 존속기간 중에 임차인이 무단으로 당해 임차물을 제3자에게 양도한 경우에 계약해지²⁾와 함께 부당이득반환을 청구할 수 있는지, 만약 점유자와 본권자 사이에 점유매개관계가 부존한 상태에서 점유권원이 없는 점유자가 제3자와 임대차계약을 체결하여 점유를 이전한 경우에도 동일한 법적 문제가 발생하는지가 문제된다. 넷째, 전술한 후자의 경우에 점유권원이 없는 점유자와 임대차계약을 체결

- 1) 현행 민법은 사실상의 지배에 관념적 지배의 가능성을 포함시키는 규정을 마련하고 있다. 즉 지상권, 전세권, 질권, 사용대차, 임대차, 임차 기타의 관계로 타인으로 하여금 물건을 점유하게 한 자는 간접으로 점유권이 있다고 규정하고 있다(제194조).
- 2) 임차인의 무단전대행위가 언제나 신뢰관계를 파괴하는 해지사유로 평가되는 것은 아니다. 이와 관련한 법리는 이미 일본 최고재판소 1953. 9. 25. 판결에서도 확인할 수 있는데, 그 논거에 대하여 간략하게 살펴보면 다음과 같다. “일본민법 제612조는 임대차가 당사자의 개인적 신뢰를 기초로 하는 계속적 법률관계라는 점에 비추어 임차인은 임대인의 승낙이 없으면 제3자에게 임차권을 양도하고 또는 전대할 수 없는 것으로 하는 동시에 임차인이 만약 임대인의 승낙 없이 제3자로 하여금 임차물의 사용수익을 시켰을 때는 임대차관계를 계속하는데 감내할 수 없는 배신적 행위가 있었다는 것으로 임대인에게 일방적으로 임대차관계를 종지시킬 수 있다는 것을 규정한 것이라고 이해하여야 한다. 때문에 임차인이 임대인의 승낙 없이 제3자로 하여금 임차물의 사용수익을 시킨 경우에도 임차인의 당해 행위가 임대인에 대한 배신적 행위로 인정하기에 족하지 않는 특단의 사정이 있는 경우에는 동조의 해지권은 발생하지 않는다고 해함이 상당하다”고 판시하였다(일본 최고재판소 민사판결집 7권 9호 979면, 박종훈, “임차권의 무단양도·전대와 우선변제권- 연구대상판결 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결-”, 판례연구 20집, 부산판례연구회, 2009, 492-493면).

하여 당해 목적물을 이용하고 있는 제3자가 점유권원이 없는 점유자에게 차임을 지급하고, 다시 진정한 소유자에게 이중으로 차임을 지급한 경우에 3자간의 이익조정을 어떠한 법리에 의하여 해결하는 것이 타당한지가 문제된다.³⁾

II. 점유권원 있는 임차인의 법률행위

적법한 임대차계약을 통하여 당해 목적물을 점유하고 있는 임차인이 임대인의 동의없이 제3자와 전대차계약을 체결한 후 당해 임차목적물의 점유를 이전해 준 경우 또는 임대차계약이 해지된 후에도 여전히 당해 임차목적물을 점유하고 있는 경우에 부당이득반환 및 불법행위책임을 귀속시키기 위해서는 다양한 전제사실이 고려되어야 한다. 이하에서는 각각의 사례에서 문제될 수 있는 쟁점들을 유형화하여 검토하고자 한다.

1. 임대차 관계에서 차임지급의 여부에 따른 부당이득반환의 인정여부

(1) 차임 없는 임대차의 경우

동일한 임대차계약이라고 하더라도 차임없이 임차보증금⁴⁾을 지급한 경우와

3) 본고에서 다루는 내용 외에도 부동산 임대차와 관련하여 다양한 쟁점이 있다. 그에 관한 논의상황에 대해서는 다음의 것을 참고할 것. 김성욱, “남북한의 통일이후 북한주택의 사유화에 관한 민사법적 고찰”, 법과정책, 제주대학교 법학연구소, 2014; 김성욱, “주택임차인 보호제도와 관련한 비교법적 고찰”, 재산법연구, 한국재산법학회, 2012; 박수곤, “임대차 및 도급계약의 개정방안”, 민사법학, 한국민사법학회, 2011; 안병하, “주택임대차보호법 제9조에 의한 임차권의 승계”, 비교사법, 한국비교사법학회, 2008.

4) 임대차계약에 있어 임차보증금은 임대차계약 종료 후에 발생하는 임료 상당의 부당이득반환채권뿐만 아니라 훼손된 건물부분의 원상복구비용 상당의 손해배상채권 등도 담보하는 것이므로, 임대인으로서의 임대차보증금에서 그 피담보채무를 공제한 나머지만을 임차인에게 반환할 의무가 있다고 할 것인데, 임대인으로서의 그 임대차보증금에 의하여 담보되는 부당이득반환채권 및 손해배상채권의 발생에 관하여 주장·입증책임을 부담하는 것이고, 다만 그 발생한 채권이 변제 등의 이유로 소멸하였는지에 관하여는 임차인이 주장·입증책임을 부담하게 된다(대법원 1995. 7. 25. 선고 95다14664, 14671 판결).

차임을 지급하면서 임차보증금을 지급한 경우는 부당이득반환의 인정여부와 관련하여 차이가 있다. 즉 차임없이 임차보증금만 있는 임대차라면, 임대인이 지급받은 임차보증금으로부터 발생하는 이자상당액은 차임에 같은 것으로 볼 수 있다. 따라서 임차인이 월차임없이 임차보증금만을 교부한 채권적 전세 계약의 경우라면, 비록 임대차계약기간 만료 후 임차인이 동시이행항변권을 행사하면서 목적물을 계속 사용 및 수익한다고 할지라도 그 임차인에 대하여 다시 임료상당의 부당이득반환청구는 허용될 수 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 차임없이 보증금만을 지급한 채권적 전세의 경우에는 목적물의 점유사용에 따른 임료 상당액과 임차보증금에 대한 이자상당액은 서로 대가관계에 있으며, 임대인이 임차보증금을 임차인에게 반환하지 아니한 이상, 임차인에게 목적물의 점유사용에 따른 임료 상당액을 부당하게 취득하고 있다고 단정할 수는 없기 때문이다. 만약 전술한 경우처럼 임대인이 차임에 같은 이익을 임차보증금의 이자 상당액으로 수취하고 있음에도 불구하고, 이를 고려하지 않고 다시 임차인에게 차임 상당액의 반환을 허용하게 된다면 부당한 이중지급을 받는 것이 된다. 이와 관련한 대표적인 판례를 살펴보면, “원·피고 간의 이전 임대차계약은 피고가 원고에게 임차보증금만을 교부하고 월차임은 없이 소정 기간 중 피고(임차인)는 본건 건물을 점유 사용·수익하고 원고(임대인)는 위 임차보증금의 이자를 차임으로 이득할 것을 내용으로 하는 채권적 전세계약으로 보이므로 임대차 기간이 만료된 경우에 임차인이 목적물을 명도할 의무와 임대인이 보증금을 반환할 의무와는 동시이행의 관계에 있다고 할 것이므로 원고가 위 보증금을 피고에게 반환한 시기를 고려함이 없이는 피고의 부당이득 발생 기간을 정할 수 없다 할 것인데, 기록에 의하면 원고(임대인)는 이전 임차보증금을 1976.11.24.에 공탁한 것으로 보여지므로 특별한 사유가 없는 한 동일자까지의 피고(임차인)의 수익은 원고에 대한 관계에서 손해를 끼친 것이라 할 수 없을 것이고 가령 원고에게 동일까지의 손해가 있었다고 하더라도 임차보증금 전액을 반환한 원고의 의사는 특별한 사정이 없는 한 그날까지의 피고에 대한 ‘부당이득반환청구권을 포기’한 것으로 볼 여지도 있다 할 것임에도 불구하고 원심이 아무런 이유의 설시도 없이 10개월간의 부당이득반환을 명한 조치는 심리미진, 이유불비 등의 위법사유가 있다고 아니

할 수 없다.”라고 하였다.⁵⁾ 생각건대, 임대차 계약기간 만료 후 동시이행항변권에 기인하여 임차목적물을 사용, 수익한 경우에 임대인에게 반환하여야 할 이득액을 결정함에 있어서는 임차보증금의 이자상당액을 고려하는 것이 타당하고, 차임목적물의 객관적인 임료상당액이 반환되어야 할 실질적인 이득이라고 판단하는 것은 타당하지 않다. 따라서 차임없이 보증금을 지급한 경우라면 비록 임대차의 존속기간이 만료되었다고 하더라도 임차인은 임대인에게 보증금을 반환받지 않은 이상 당해 임차물을 사용, 수익하고 있다고 하더라도 추가적으로 차임상당의 부당이득을 반환할 필요가 없다고 보아야 한다.

(2) 차임있는 임대차의 경우

임차보증금과 별도로 차임이 있는 임대차라면 임대차 종료 후에 임차인이 당해 임차목적물을 사용, 수익하고 있다면 종래대로 별도의 차임상당액을 지급해야 한다. 왜냐하면 동시이행의 항변권에 기하여 임차목적물을 점유하고 있는 경우라면 당해 점유는 불법점유가 아니기 때문에 목적물반환청구에 대항할 수 있지만, 그렇다고 하더라도 사용수익의 대가관계로서 종래에 별도로 지급하였던 차임부분까지 적법한 것으로 취급되어 그 책임을 면하게 되는 것은 아니기 때문이다. 따라서 임차인이 종래에 차임을 지급하고 있었다면 비록 동시이행의 항변권이 인정된다고 하더라도, 종래와 같은 사용, 수익을 통하여 실질적 이익을 얻었다고 볼 수 있는 경우에는 차임 상당액을 부당이득으로서 반환해야 한다.

(3) 주택임차보호법 제4조 제2항의 문제

주택임대차보호법 제4조 제2항은 “임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계는 존속하는 것으로 본다”라고 규정하고 있다. 여기에서 임대차관계가 종료한 후에 임대인이 보증금을 지급하지도 아

5) 대법원 1979. 09. 25. 선고 79다762 판결.

니하고 위 규정에 의하여 임대차계약기간이 법률상 연장되었음을 이유로 임차인에 대하여 임대차종료 후 임차인이 보증금을 반환받을 때까지 약정된 월 임료를 지급하라고 청구할 수 있는지가 문제된다. 왜냐하면 임대차종료 후 목적물반환시까지 임차인이 동시이행항변권을 가지는 경우에는 점유의 적법성은 인정되지만, 그렇다고 하더라도 점유의 부당이득까지 적법한 것으로 인정되는 것은 아니기 때문이다. 따라서 점유에 기한 부당이득은 반환하여야 되지만, 위 규정에 의하여 부당이득으로서의 청구가 아니라 법률에 의하여 연장된 임대차계약에 기한 임료청구를 할 수 있는 것으로 보이기 때문이다. 그러나 위 규정은 임대차관계가 종료된 후에 임대인이 건물을 매도한 경우에 임차인은 제3자에 대항할 수 있는 임차권이 이미 소멸됨으로써 보증금의 반환이 곤란해질 수 있는 상황을 대비하여 이러한 경우에 이를 매수한 사람에 대하여도 보증금을 반환받을 때까지 임차인이 계속 그 건물에 거주할 수 있는 권리를 가지도록 하기 위하여 신설한 규정으로 보아야 한다. 따라서 위 규정에 의하여 당초의 임대차기간이 법률상 연장된다고는 볼 수 없는 것은 타당하지 않다. 또한 임대인의 임차인에 대한 청구가 법률에 기한 정당한 임료청구라고 한다면, 임차인이 보증금을 반환받기 위하여 목적물을 유치한 경우에도 당해 청구를 거절할 수 없다는 점에서 임차인에게 불리할 수 있다.⁶⁾ 이러한 상황은 임차인을 보호함으로써 주거생활의 안정을 보장하고자 하는 주택임대차보호법의 제정목적에 반하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 위 규정과는 관계없이 임대차관계 종료 후 동시이행항변권을 갖는 임차인은 부당이득의 법리에 따라 그 실질적인 이득이 있는 경우에만 이를 반환하면 된다고 해석할 필요가 있다.⁷⁾

한편, 임대차 종료 후 임차인의 임차목적물 명도의무와 임대인의 연체임료 기타 손해배상금을 공제하고 남은 임차보증금 반환의무와는 동시이행의 관계에 있다. 따라서 임차인이 동시이행의 항변권에 기하여 임차목적물을 점유하고 사용·수익한 경우 그 점유는 불법점유라 할 수 없기 때문에 그로 인한 손

6) 법률상의 계약연장이라고 한다면 임차인이 실질적인 사용을 하였는지와 무관하게 차임을 지급해야 한다는 결론에 이르게 된다.

7) 박용석, “부당이득을 원인으로 하는 부동산 사용이익반환 청구에 관하여”, 사법연수원, 1984, 42-43면.

해배상책임은 귀속되지 않는다, 물론 사용·수익으로 인하여 실질적 이득을 취득하였다면 부당이득으로서 반환하여야 할 것이다.⁸⁾ 이와 관련한 대표적인 판례를 살펴보면, 주택임대차보호법상의 대항력과 우선변제권이 있는 임차인이 먼저 우선변제권을 선택하여 임차주택의 경매절차에서 보증금 전액인 1억에 대하여 배당요구를 하였다. 이러한 경우에는 당해 배당요구에 의하여 임대차는 해지되어 종료된 것으로 보아야 한다. 그런데 임차인이 보증금 전액에 대한 배당요구에서 전액을 배당받지 못하였다면, 주택임대차보호법 제4조 제2항에 의하여 임차인이 보증금의 잔액을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제될 뿐이므로, 경락인은 같은 법 제3조 제2항에 의하여 임대차가 종료된 상태에서의 임대인의 지위를 승계하는 것이다. 따라서 주택임대차보호법이 적용되는 경우에, 주택의 임차인이 임차보증금 1억 중에서 경매절차에서 배당받지 못한 2,000만원을 반환받을 때까지 그 부분에 관하여는 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다고 할 것이나, 그 나머지 보증금 부분(배당받은 8,000만원)에 대하여는 그 존속을 주장할 수 없는 것이다. 그러므로 임차인이 임대차계약이 해지되어 종료된 다음에도 당해 임대 부분 전부를 사용·수익하고 있어 그로 인한 실질적 이익을 얻고 있다면 당해 임대 부분의 적정한 임료 상당액 중 임대차관계가 존속되는 것으로 보는 금 2,000만 원에 해당하는 부분을 제외한 나머지 보증금(배당받은 8,000만원)에 해당하는 부분에 대하여는 부당이득을 얻고 있다고 할 것이어서 이를 반환해야 한다.⁹⁾ 예를 들어 위 사안에서 당해 임대 부분의 적정한 임료 상당액을 100만원이고 가정한다면, 그 중에서 20만원 부분은 경매절차에서 배당받지 못하였기 때문에 주택임대차보호법에 의하여 계약관계가 존속되는 것으로 의제됨으로서 법적 원인이 있는 사용, 수익으로서 적법한 이익이 되지만, 그 20만원을 제외한 80만원의 수익부분은 이미 배당으로 수령하였기 때문에 부당이득이 되는 것이다.

8) 임차인이 임대차계약 종료 이후에도 동시이행의 항변권을 행사하는 방법으로 목적물의 반환을 거부하기 위하여 임대차건물 부분을 계속 점유하기는 하였으나 이를 본래의 임대차계약상의 목적에 따라 사용·수익하지 아니하여 실질적인 이득을 얻은 바 없는 경우에는 그로 인하여 임대인에게 손해가 발생하였다고 하더라도 임차인의 부당이득반환의무는 성립되지 아니한다(대법원 2008.04.10. 선고 2007다76986,76993 판결).

9) 대법원 1998. 7. 10. 선고 98다15545 판결.

2. 임차인의 무단전대행위시 전차인에 대한 부당이득 및 불법행위책임의 인정 여부

점유권원 있는 임차인이 무단전대행위를 하더라도 당해 사유에 기하여 임대인이 전차인에게 부당이득 및 불법행위책임을 물을 수 있다고 단정하는 것은 타당하지 않다.¹⁰⁾ 왜냐하면 비록 임차인이 임대인의 동의를 받지 않고 제3자에게 임차권을 양도하거나 전대하는 등의 방법으로 임차물의 점유를 이전해 주면서 사용 및 수익하게 하더라도, 임대인이 이를 이유로 임대차계약을 해지하거나 그 밖의 다른 사유로 임대차 계약이 적법하게 종료되지 않는 한, 임대인은 여전히 임차인에게 차임청구권을 가지고 있다. 따라서 제3자의 점유로 인하여 임대인에게 손실 또는 손해가 발생한 것으로 단정할 수는 없다.¹¹⁾ 이러한 이유에서 임대차계약이 존속하는 한도 내에서는 임차인이 무단으로 당해 임차목적물을 전대하더라도 임대인은 제3자에게 차임상당 손해배상청구나 부당이득반환청구를 할 수 없다고 보아야 한다.

10) 종래 대법원은 임차인의 무단전대행위가 해지사유가 되는지를 판단함에 있어서 배신행위 이론을 채택하고 있다. 이와 관련한 대표적인 사례를 살펴보면, 임차인이 토지를 임차하여 그 지상 건물에 거주하면서 가구점을 운영하다가 처(피고)와 협의이혼하면서 위자료 명목으로 양도하여, 처가 그곳에서 혼자 가구점을 경영하다가 다시 재결합하여 건물에서 동거하면서 동일한 사업을 수행하고 있는데, 임대인이 임차권의 무단양도를 이유로 해지를 주장하며 건물철거와 부지 인도를 청구하였다. 이에 대하여 대법원은 “민법상의 임대차계약은 원래 당사자의 개인적 신뢰를 기초로 하는 계속적 법률관계임을 고려하여 임대인의 인적 신뢰나 경제적 이익을 보호하여 이를 해치지 않게 하고자 함에 있으며, 임차인이 임대인의 승낙없이 제3자에게 임차물을 사용·수익시키는 것은 임대인에게 임대차관계를 계속시키기 어려운 배신적 행위가 될 수 있는 것이기 때문에 임대인에게 일방적으로 임대차관계를 종지시킬 수 있도록 하고자 함에 있다고 할 것이다. 따라서 임차인이 임대인으로부터 별도의 승낙을 얻은 바 없이 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 경우에 있어서도 임차인의 당해 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 인정할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 위의 법조에 의한 해지권은 발생하지 않는다고 해석함이 상당하다”고 판시하였다(대법원 1993. 4. 27. 선고 92다45308 판결, 이 판결은 배신행위 이론을 적용하여 임대인의 해지권을 부정한 최초의 판결이라는 점에서 의미가 있다. 박종훈, “임차권의 무단양도·전대와 우선변제권- 연구대상판결 대법원 2007. 11. 29. 선고 2005다64255 판결-”, 495-496면; 전술한 판결에 대한 평석으로는 다음의 것을 참조할 것. 김숙, ‘건물소유를 목적으로 한 토지임대차의 무단양도에 있어서 계약해지권을 제한하는 이른바 배신행위이론을 적용한 사례’, 대법원판례해설 19-1호, 대법원 법원행정처, 1993).

11) 대법원 2008. 2. 28. 선고 2006다10323 판결.

3. 임차인의 무단전대행위시 전차인에 대한 물권적 청구권의 행사문제

임차인이 무단으로 임차목적물을 전대한 경우에, 임대인은 현재의 점유자인 전차인에게 불법점유를 이유로 하여 물권적 청구권을 행사할 수 있다. 왜냐하면 전대차계약은 전대인과 전차인사이에서는 그 유효성이 인정되지만,¹²⁾ 그러한 무단전대행위가 임대인에 대한 관계에서 대항할 수 있는 정당한 사유로는 인정되지 않기 때문이다. 따라서 임대인은 소유물반환청구권을 행사하여 전차인에게 목적물의 반환을 청구할 수 있다. 다만, 임대차계약이 해지되지 않은 한은 목적물의 사용, 수익권능은 여전히 임차인에게 귀속되므로 원칙적으로 임차인의 지위를 가지고 있는 전대인에게 임차목적물의 반환을 청구하여야 할 것이다. 그런데 임대인이 임차인의 무단전대행위에 대하여 해지권을 행사하고, 당해 해지권의 행사가 적법한 사유에 해당되어 그 효력이 유효하게 발생한 경우라면, 당해 임대인과 임차인사이의 점유매개관계는 종료된 것으로 보아야 하므로 그때부터 임차인의 점유는 불법점유가 된다. 따라서 임대인은 해지의 효력이 발생한 이후부터는 불법점유를 이유로 임차인에게 물권적 청구권을 행사할 수 있다. 다만 전차인의 점유는 임차인의 무단전대행위시부터 임대인과의 관계에서 불법점유가 된다는 점에서 양자의 점유의 불법성이 인정되는 시점은 상이하다고 보아야 한다. 따라서 임대인의 물권적 청구권의 행사대상과 관련하여, 만약 임대차계약이 해지되지 않은 경우에는 전차인에 대해서 물권적 청구권을 행사할 수 있지만, 목적물반환의 귀속주체는 임대인이 아닌 전대인 즉 종래의 임차인에게 반환할 것을 청구해야 한다. 그런데 만약 임대차계약이 적법하게 해지되고 그 해지의 효력이 유효하게 발생한 이후라면 전대인 즉 종래의 임차인도 불법점유자로 평가되기 때문에 그에게 불법점유를 이유로 물권적 청구권을 행사할 수 있을 뿐만 아니라 목적물반환의 귀속주체도 임대인이 된다는 점에서 법률관계의 구체적 모습은 다소 차이가 있게 된다.

12) 대법원 1959. 9. 24. 선고 4291민상788 판결.

4. 임차인의 무단전대행위를 이유로 하는 계약해지 이후 점유물에 대한 부당이득 및 손해배상의 문제

임대인이 임차인의 무단전대행위를 이유로 당해 임대차계약을 해지하였다면, 종래에 유지되었던 임대인과 임차인사이의 점유매개관계는 종료된 것으로 취급되어야 하고, 계약해지의 효력이 발생한 이후부터 임차인의 점유는 불법점유이다. 그런데 임차인이 목적물을 불법점유하고 있더라도 당해 목적물을 계속 사용·수익하는 것이 아니라면 실질적 이익을 향유하는 것은 아니다. 즉 계약해지 이후에 임차인이 당해 목적물을 계속 사용·수익하면서 불법점유를 하는 경우에만, 임대인은 차임에 상당하는 부당이득반환을 청구할 수 있다. 그리고 임대인과 임차인의 점유매개관계가 해지 등으로 종료된 경우라도, 전대인으로서 채권적 지위를 가지고 있는 임차인과 전차인 사이의 점유매개관계는 여전히 유지되고 있다고 보아야 한다. 따라서 임대인과 임차인의 임대차계약이 해지된 이후에 임대인은 직접점유자인 전차인은 물론이고 간접점유자인 임차인에게도 불법점유로부터 발생하는 손해에 대하여 불법행위책임을 물을 수 있다. 다만, 해지로 인하여 임대차계약이 종료된 경우에 임차인의 목적물 점유가 동시이행항변권, 유치권 등 적법한 권원에 근거한 것이라면 임대차계약 종료시 발생한 목적물반환의무의 이행지체책임이나 불법행위책임은 발생하지 않는다. 따라서 해지로 인한 계약종료 이후에 임차인의 목적물 점유가 적법한 권원에 근거한 것인지의 여부에 따라 임대인은 차임에 대한 부당이득 반환청구권이외에도 목적물반환채무불이행 및 불법행위에 기한 손해배상청구권을 경합적으로 행사할 수 있는 것이다.¹³⁾

13) 해지와 관련하여 2011년 개정시안을 살펴보면 귀책사유의 요건을 삭제하였다는 점에서 그 특징이 있다. 즉 개정시안 제544조의3 제1항은 “계속적 계약관계에서 당사자 일방의 채무불이행으로 인하여 장래의 계약이행이 의심스러운 때에는 상대방은 상당한 기간을 정하여 그 이행을 최고하고, 그 기간 내에 이행이 이루어지지 아니한 때에는 계약을 해지할 수 있다.” 제2항은 “계속적 계약관계에서 계약의 존속을 기대할 수 없을 정도로 중대한 사유가 있는 때에는 당사자 일방은 상당한 기간을 정한 최고를 하지 아니하고 계약을 해지할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이번 개정시안에 대하여 다음과 같은 문제점을 지적하는 견해가 있다. 첫째, 계속적 계약의 일반적 해지의 요건으로 “그 채무불이행으로 인하여 계약의 계속(존속)을 기대하기 어려울 것”이 필요하다. 그럼에도 불구하고 최고를 요하는 제1항에서

Ⅲ. 점유권원 없는 임차인의 법률행위

진정한 소유자 등에게 대항할 수 없는 불법점유자가 제3자와 임대차계약을 체결하고, 당해 계약에 기하여 점유를 이전받은 제3자가 목적물의 사용, 수익의 대가로서 불법점유자에게 차임을 지급하였다고 하더라도, 진정한 소유자는 당해 임차인에 대하여 부당이득 및 불법행위책임을 물을 수 있다. 왜냐하면 정당한 점유권원 없이 임차물에 대하여 임대인의 지위를 형성한 불법점유자와 진정한 소유자 사이에서는 당해 점유물의 사용대가를 적법하게 청구할 수 있는 채권관계가 부존재하고 있기 때문이다. 따라서 진정한 소유자는 현재 목적물을 점유하고 있는 제3자에게 부당이득반환 또는 불법행위로 인한 손해배상을 청구할 수 있다. 그런데 현재의 점유자인 임차인이 점유권원 없는 임대인에게 차임을 이미 지급해 준 상태에서 이후 진정한 소유자의 부당이득 및 불법행위로 인한 손해배상청구권에 응하여 차임 상당액을 지급해 주었다면, 임차인은 결과적으로 차임을 이중 지급한 것이 된다. 이러한 경우에 임차인은 임대인에게 진정한 소유자에게 차임 상당액을 지급하였다는 것은 이유로 하여 이미 지급한 차임의 반환을 청구할 수 있는지가 문제된다. 이와 관련하여 소유자, 점유권원이

는 제2항과 달리 표현도 모호한 “장래의 계약이행이 의심스러운 때”로 요건을 달리한 이유를 알 수 없으며, 이렇게 구분하여 요건을 달리하는 것은 잘못이라고 한다. 둘째, 최고의 요부에 따라 규정을 이원화하고 있을 뿐 각각의 규정에서 적용문제가 무엇인지 언급이 없어 모호하고 막연하다. 물론, 개정시안의 해설에서는 제1항에서는 주된 채무의 불이행문제가 적용되고(따라서 이때에는 최고가 필요하다), 제2항에서는 종된 채무, 부수적 채무, 신뢰관계가 파괴된 경우에 적용되는 것으로(따라서 이때에는 최고가 필요없다) 예시하고 있다. 그러나 주된 채무의 불이행인 경우에도 지금 최고해보았자 최고기간까지 이행하지 않을 것이 분명한 경우에는 최고가 필요 없어야 타당하다. 따라서 최고의 요부에 따른 규정의 이원화에 그 적용범위를 각각 주된 채무와 부수적 채무로 배속시키는 것은 올바른 분류가 아니다. 그럼에도 불구하고 그 외에는 적용범위에 대해 명확한 제시가 없다고 지적하고 있다(최홍섭, “계약의 해제 및 해지에 관한 민법개정시안(2011년 6월)에 대한 검토와 제안”, 비교사법, 한국비교사법학회, 2011, 1055면). 계약의 해지, 해제와 관련한 종래의 논의 상황에 대해서는 다음의 것을 참고할 것. 정진명, “계약해제·해지 및 그 효과 : 개정이유와 개정시안의 내용을 중심으로”, 민사법학, 한국민사법학회, 2011; 김영두, “국제적 통일계약법의 계약해제 제도와 우리 민법의 개정방향”, 민사법학, 한국민사법학회, 2008; 이진기, “민법 중 개정법률안에 대한 의견”, 민사법학, 한국민사법학회, 2008; 김동훈, “채무불이행의 효과-계약의 해제: 한국민법의 개정시안을 중심으로”, 민사법학, 한국민사법학회, 2013.

없는 임대인, 임차인 등의 법익을 합리적으로 조정하는 과정에서 임차인의 선, 악의 등은 현행 민사책임제도의 적용가능성을 배제하는 사유로서 기능할 수 있다. 이러한 점을 고려하여 임차인의 이중지급 문제를 합리적으로 해결하기 위해서는 다양한 전제사실들을 검토할 필요가 있고, 그러한 전제사실의 상이성에 따라 그 해결 법리의 적용가능성도 일정한 제약을 받을 수밖에 없다.

1. 임차인이 악의인 경우

임차인이 악의인 경우에 임차인은 진정한 소유자에 대한 이중지급을 이유로 종래 임대인에게 지급한 차임을 다시 부당이득으로 반환하라고 주장할 수 있는지가 문제된다. 일반적으로 임차인은 임대인과 임대차계약이라는 법률행위의 효력으로서 차임을 지급한 것이므로, 임대인은 차임의 지급에 대하여 정당한 급부수령권이 있다고 볼 수 있다. 따라서 임차인이 소유자에게 차임상당의 금원을 지급한 이후에, 이중지급을 이유로 종래 임대인에게 지급한 차임을 다시 부당이득으로 반환하라고 주장하는 것은 설득력이 없다고 생각되어 질 수 있다. 왜냐하면 임대인이 임대차 목적물에 대한 소유권 기타 이를 임대할 권한이 없다고 하더라도 임대차계약은 유효하게 성립한 것이고, 따라서 임대인이 임차인으로 하여금 그 목적물을 완전하게 사용·수익케 할 의무를 이행하였다면, 그러한 임대인의 의무가 이행불능으로 되지 않는 한 그 사용·수익의 대가로서 차임을 지급할 의무는 존재하고 있다고 볼 수 있기 때문이다.

생각건대, 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정하면 유효하게 성립하는 채권행위이므로, 임대인이 그 목적물에 대한 소유권 기타 이를 임대할 권한이 있을 것을 성립요건으로 하지 않는다.¹⁴⁾ 또한 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대

14) 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 것으로서(민법 제618조), 임대인이 그 목적물에 대한 소유권 기타 이를 임대할 권한이 없다고 하더라도 임대차계약은 유효하게 성립한다(대법원 2009. 9. 24. 선고 2008다38325 판결; 대법원 2012.01.27. 선고 2010다59660 판결).

하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생기는 것이므로, 임차인은 임대차계약이 종료된 경우 특별한 사정이 없는 한 임대인에게 그 목적물을 명도하고 임대차 종료일까지의 연체차임을 지급할 의무가 있음은 물론, 임대차 종료일 이후부터 목적물 명도 완료일까지 그 부동산을 점유·사용함에 따른 차임 상당의 부당이득금을 반환할 의무도 있다. 이러한 법리는 임차인이 임차물을 전대하였다가 임대차 및 전대차가 모두 종료된 경우의 전차인에 대하여도 특별한 사정이 없는 한 그대로 적용된다.¹⁵⁾ 따라서 진정한 소유자가 임차인에게 목적물의 반환청구나 임료 내지 그 해당액의 지급을 요구하여 실제 수령하였다면, 임차인은 임대인에게 계약기간 중에 연체된 차임의 지급의무를 면하게 된다. 이러한 전제에 의한다면, 만약 임차인이 현실적으로 진정한 소유자에게 임료 상당액을 부당이득으로 반환하였다면, 점유권원이 없는 임대인에 대하여는 그 범위 내에서 차임의 지급의무를 면하게 되지만, 점유권원이 없는 임대인에게 임차인이 이미 차임을 지급한 경우라도 진정한 소유자와의 관계에서는 그 의무를 면할 수 없다고 보아야 한다. 왜냐하면 진정한 소유자와 점유권원이 없는 임대인의 이익이 동일한 목적물의 이용관계에서 충돌하는 경우에는 진정한 소유자에게 최종적인 이익이 귀속되는 것이 타당하기 때문이다. 특히 임차인이 점유권원이 없는 임대인에게 차임을 지급한 이후에, 다시 진정한 소유자가 점유권원 없는 임대인에게 불법점유로 인한 차임 상당액의 반환을 청구하여 이익을 반환받은 경우와 동일하게 이익조정이 실현되어야 한다는 점에서도 그러하다. 따라서 임차인이 차임 상당액에 대하여 진정한 소유자에게 이증으로 지급하였다면, 임대권원이 없는 임대인에게 이미 지급한

15) 대법원 2007.08.23. 선고 2007다21856,21863 판결: 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정하면 되는 것으로서 나아가 임대인이 그 목적물에 대한 소유권 기타 이를 임대할 권한이 있을 것을 성립요건으로 하고 있지 아니하므로, 임대차가 종료된 경우 임대목적물이 타인 소유라고 하더라도 그 타인이 목적물의 반환청구나 임료 내지 그 해당액의 지급을 요구하는 등 특별한 사정이 없는 한 임차인은 임대인에게 그 부동산을 명도하고 임대차 종료일까지의 연체차임을 지급할 의무가 있음은 물론, 임대차 종료일 이후부터 부동산 명도 완료일까지 그 부동산을 점유·사용함에 따른 차임 상당의 부당이득금을 반환할 의무도 있다고 할 것인 바, 이와 같은 법리는 임차인이 임차물을 전대하였다가 임대차 및 전대차가 모두 종료된 경우의 전차인에 대하여도 특별한 사정이 없는 한 그대로 적용된다(대법원 2001.06.29. 선고 2000다68290 판결).

차임에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

2. 임차인이 선의이면서 정당한 사유가 있는 경우

임차인이 선의이면서 선의에 정당한 사유가 있는 경우이다. 이러한 전제사실이 인정된다면 현행 민법 제201조가 적용되어 소유자의 부당이득반환청구는 부정될 수 있다. 왜냐하면 현행 민법 제201조는 부당이득의 특칙으로 볼 수 있기 때문이다. 다만 현행 판례에 의하면 제201조의 선의자의 과실수취권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 경합될 수 있다는 입장에 있다. 이와 관련한 대표적인 판례를 살펴보면, “피고가 본건 토지의 선의의 점유자로 그 과실을 취득할 권리가 있어 경작한 농작물의 소유권을 취득할 수 있다 하더라도 법령의 부지로 상속인이 될 수 없는 사람을 상속인이라고 생각하여 본건 토지를 점유하였다면 피고에게 과실이 있다고 아니할 수 없고 따라서 피고의 본건 토지의 점유는 진정한 소유자에 대하여 불법행위를 구성하는 것이 아니라 아니할 수 없는 것이고 피고에게는 그 불법행위로 인한 손해배상의 책임이 있는 것이며 선의의 점유자도 과실취득권이 있다 하여 불법행위로 인한 손해배상책임이 배제되는 것은 아니다”라고 한다. 그런데 전술한 판례의 입장은 타당하지 않다.¹⁶⁾ 왜냐하면 종래 판례에 의하면 “민법 제201조 제1항은 “선의의 점유자는 점유물의 과실을 취득한다”라고 규정하고 있는바, 여기서 선

16) 선의자의 과실수취권과 불법행위로 인한 손해배상청구권은 경합될 수 있다는 판례의 입장을 찬성하는 견해가 있다. 이 견해의 논거를 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 대법원 판결 중에는 “과실수취권이 있다고 ... 오신함에 있어서 과실유무는 여기에 아무런 상관성이 없는 것”이라고 명시한 것이 있다. 판례가 이렇게 명시적으로 밝히고 있음에도 불구하고 ‘오신에 근거가 있어야 한다’는 말을 ‘무과실이어야 한다’라고 이해하는 것은 문제가 있다. 둘째, ‘선의’의 인정 요건과 관련하여, 판례는 ‘過失이 없어야 한다’ 또는 ‘무과실이어야 한다’고 말하지 않고, 일관하여 단지 ‘선의(또는 오신)’를 인정할 만한 근거가 있어야 한다’라고만 하고 있다. 이는 ‘선을를 인정할 만한 근거가 있어야 한다’는 말이 ‘無過失’과는 다른 의미이기 때문이라고 보아야 한다(이동형, “민법 제201조 제1항의 ‘선의’에 관한 고찰”, 저스티스, 한국법학원, 2014, 10면). 기타 201조와 관련한 해석론에 대해서는 다음의 것을 참조할 것. 김상중, “쌍무계약의 무효·취소에 따른 과실·사용이익의 반환”, 민사법학, 한국민사법학회, 2007; 이준현, “점유자·회복자 관계에 관한 민법개정 제안”, 민사법학, 한국민사법학회, 2011; 지원림, “점유자와 회복자의 관계에 관한 관견”, 비교사법, 한국비교사법학회, 2014; 엄동섭, “점유물의 양도로 인한 반환불능과 점유자의 책임”, 저스티스, 한국법학원, 2014.

의의 점유자라 함은 과실수취권을 포함하는 권원이 있다고 오신한 점유자를 말하고, 다만 그와 같은 오신을 함에는 오신할 만한 정당한 근거가 있어야 한다.”라는 입장에 있다.¹⁷⁾ 생각건대, 진정한 소유자가 아님에도 불구하고 예외적으로 과실에 대한 수취권을 인정하는 제201조의 입법취지를 고려한다면, 선의의 점유자에게 정당한 사유가 있는 경우에만 예외적으로 부당이득반환청구가 부정되는 것이 타당하고, 또한 정당한 사유가 있는 선의의 점유자에게만 과실수취권이 인정되는 것으로 제201조를 해석한다면 제750조의 불법행위책임의 성립요건인 귀책사유의 존재는 부정되는 것이 타당하다고 보아야 한다. 따라서 선의의 점유자의 과실수취권과 불법행위책임의 경합을 인정하고 있는 판례의 입장은 타당하지 않다. 한편, 임차인이 임차목적물이 타인의 소유물이라는 것을 알지 못하고 임대차계약을 체결하였으나, 목적물이 타인의 소유라는 것을 알게 된 경우에 취소권을 인정해 줄 것인지가 문제된다. 특히 채권적 전세나 상당한 액수의 보증금을 지급하는 임대차에 있어서는 임대인이 목적물의 소유자인지의 여부가 임차인의 전세금 내지 보증금반환채권에 상당한 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 임차목적물이 타인의 소유라는 것을 임차인이 알았다면 임대차계약을 체결하지 않았을 것이라고 판단되는 경우에 한하여 임차인에게 취소권을 인정해 줄 필요가 있다. 다만, 임차인이 임차목적물의 소유자를 용이하게 확인할 수 있었던 경우라면 취소권이 배제되어야 할 것이다.

3. 불법점유자의 인정범위와 물권적 청구권의 행사문제

소유자에게 대항할 수 없는 불법점유자가 임의로 점유물을 임대한 경우에 불법점유자와 임차인은 임대차라는 점유매개관계에 의하여 임차목적물을 직접 및 간접점유하고 있는 상태이다. 또한 소유자에게 대항할 수 없는 불법점유자인 임대인과 임차인은 점유매개관계에 의하여 불법점유물을 간접 및 직접점유하고 있으면서 소유자의 점유를 침탈하고 있는 상태이다. 따라서 소유자는 양자에 대하여 본권인 소유권에 기한 목적물반환청구권은 물론이고 점

17) 대법원 2000. 3. 10. 선고 99다63350 판결.

유치탈을 이유로 하여 점유보호청구권도 행사할 수 있다. 다만, 불법점유자가 제3자에게 양도행위를 하고 매매계약의 이행으로서 목적물의 점유를 이전해 준 것이라고 한다면, 불법점유자와 제3자의 관계는 점유매개관계라고 볼 수 없다. 따라서 이러한 경우에는 소유자가 현재의 점유자에 대해서만 반환청구권을 행사할 수 있고, 점유를 상실한 불법점유자에 대해서는 반환청구권을 행사할 수 없을 것이다.

4. 무효, 취소 등으로 점유의 적법성이 부정된 경우에 선의의 점유자의 과실반환 문제

현행 민법은 법률행위의 무효와 취소의 요건에 대해서 각각의 규정을 두고 있지만,¹⁸⁾ 이에 따라 계약이 무효가 되거나 취소될 때 당해 계약에 기해 행하여진 급부가 어떠한 영향을 받는지에 대해서는 명시적인 규정이 없다. 그런데 계약이 해소된 경우 당해 계약에 기초하여 급부를 교환하였던 당사자들은 더 이상 수령한 목적물을 보유할 정당성을 잃게 되고 따라서 이를 급부한 자에게 반환하여야 한다. 이처럼 계약이 효력을 상실하는 경우에 이를 청산하는 법적인 수단이 바로 부당이득법이라고 볼 수 있다. 계약에 기초하여 재화의 이동이 있었을 때, 그 당시에 존재한다고 생각되었거나 존재하였던 계약이 무효이거나 취소되어 재화이동의 법적 근거가 없어졌다면, 그러한 재화의 보유는 이제 부당이득이 되는 것이고 이전의 상태로의 환원은 부당이득법에 의하여 규율하게 된다. 이에 기하여 쌍무계약의 당사자는 각각 자신이 급부한 것의 반환을 목적으로 하는 부당이득반환청구권을 갖는다.¹⁹⁾ 이와 관련하여 종래 판례는 법률행위가 의사표시의 하자 또는 제103조 등에 위반되어 취소 또는 무효가 된 경우에 당해 점유자가 선의라면 제201조 제1항의 적용을 긍정하지만,²⁰⁾ 계약이 해제된 경우에는 부당이득반환에 관한 특칙인 제548조를 근거

18) 제103조· 제104조· 제107조 제1항· 제108조 제1항· 제5조 제2항· 제10조· 제13조· 제109조· 제110조.

19) 최수정, “쌍무계약을 청산하는 법리- 급부반환을 중심으로 -”, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망 : 심당 송상현교수화갑기념논문집, 2002, 139면.

로 제201조 제1항의 적용을 부정하고 있다.²¹⁾ 그런데 법률행위가 취소 또는 무효가 된 경우에 있어서 과실반환의 문제를 민법 제201조 내지 제203조에 의하여 해결하는 판례의 태도가 타당한지에 대하여 약간의 의문이 있다. 즉 급부부당이득의 전형적 예로는 취소, 무효, 해제 등이 있다. 이 중에서 계약해제의 효과를 살펴보면 계약 성립 이후에 채무불이행 등으로 당해 계약이 해제 되면, 그 법률효과로서 양 당사자는 계약의 구속으로부터 해방되어 원상회복 의무를 부담하게 되며, 원상회복의무의 내용으로서는 원물은 물론이고 그 과실도 모두 반환해야 한다(제548조 제2항).²²⁾ 따라서 계약해제의 경우에는 민법 제201조 내지 제203조는 적용되지 않는다. 이렇게 현행 민법은 제201조 내지 제203조에서 본권없이 점유한 모든 점유자와 회복자 사이를 규율하지 않고, 제548조 제2항의 상황과는 경합되지 않는 규율태도를 취하고 있다.²³⁾ 그런데 급부부당이득의 경우에는, 종래에 이전되었던 급부물의 반환과 관련하여 급부물이 물건이라면 물건적 청구권에 의하여야 할 것이고, 금전인 경우에는

20) 대법원 1993. 5. 14. 선고 92다4502 판결은 쌍무계약이 취소된 경우에 선의의 매수인에게 제201조가 적용되어 과실취득권이 인정되는 이상 선의의 매도인에게도 제587조의 유추적용에 의하여 대금의 운용이익 내지 법정이자자의 반환을 부정함이 형평에 맞다고 하였다.

21) 계약이 해제된 경우에 각 당사자는 민법 제548조에 따라 상대방에 대하여 원상회복의 의무를 지며, 원상회복의무로서 반환할 금전에는 그 받은 날부터 이자를 가산하여 지급하여야 한다. 이와 같이 계약해제의 효과로서 원상회복의무를 규정한 민법 제548조는 부당이득에 관한 특별 규정의 성격을 가진 것이므로, 그 이익 반환의 범위는 이익의 현존 여부나 선의, 악의에 불문하고 특단의 사유가 없는 한 받은 이익의 전부이다. 따라서 매도인으로부터 매매 목적물의 소유권을 이전받은 매수인이 매도인의 계약해제 이전에 제3자에게 목적물을 처분하여 계약해제에 따른 원물반환이 불가능하게 된 경우에 매수인은 원상회복의무로서 가액을 반환하여야 하며, 이때에 반환할 금액은 특별한 사정이 없는 한 그 처분 당시의 목적물의 대가 또는 그 시가 상당액과 처분으로 얻은 이익에 대하여 그 이득일부부터의 법정이자를 가산한 금액이다(대법원 2013.12.12. 선고 2013다14675 판결).

22) 계약해제제도는 아직 진행 중인 계약관계에서 계약 본래의 목적을 달성하는 것이 어렵게 되었을 때에 당사자 일방의 일방적인 선택에 의해 계약관계를 종료 내지는 해소케 하는 제도이다. 이는 계약목적 달성이 어렵거나 당사자간의 신뢰관계가 완전히 깨어진 경우에는 그러한 계약관계를 유지시키는 것보다는 속히 종결시키는 것이 책임이 없는 당사자에게 불합리한 결과를 부담시키지 않는다는 점에서 의미가 있다(류승훈, “계약해제제도의 의미와 계약해제의 효과에 관한 일고”, 외법논집 제11집, 한국의국어대학교 외과학중합연구소 법학연구소, 2001, 207-208면).

23) 민법 제201조는 소유권과 점유권의 분리라는 물건법적 문제에 직면하여 부수적으로 발생할 수 있는 과실을 둘러싼 법률관계에 적용하기 위한 규정이라고 볼 수 있다(박세민, “민법 제201조의 해석론 : 소유물반환관계와 과실의 귀속”, 중앙법학, 중앙법학회, 2008, 160면).

금전은 가치의 표상물이므로 특정성이 없기 때문에 물권적 청구권의 대상이 아니므로 부당이득반환청구를 해야 한다. 특히 과실의 경우에는 제548조 제2항에 의하여 지급받은 금전의 이자를 반환하도록 규정하고 있다는 점에서, 타방당사자의 경우에도 만약 이전받은 급부물이 있다면 그 과실이익도 반환하는 것이 공평한 것으로 생각한다. 그렇다면 법률행위가 무효 내지 취소되어 선존하였던 법률관계에 기한 급부물의 과실반환에 있어서도 동일하게 제201조 내지 제203조가 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다. 왜냐하면 선존하는 계약관계를 전제로 하여 급부물이 이전된 경우에는 급부물은 물론이고 그 과실도 모두 본래의 권원자에게 원상회복시키는 것이 당사자들의 의사에 합치되는 것이라고 보여지기 때문이다. 이러한 전제에서 제548조 제2항을 이해한다면, 이와 유사하게 역방향으로 법률관계가 청산되는 법률행위의 무효 또는 취소의 경우에도 동일하게 반환관계를 인정할 필요가 있다. 따라서 계약해제의 경우에는 제548조2항을 근거로, 계약이 무효 또는 취소된 경우에는 제548조 제2항을 유추적용하여 제201조 내지 제203조의 적용을 배제시키는 방향으로 판례가 변경되는 것이 타당하다고 생각한다.²⁴⁾

IV. 결 론

지금까지 임차인이 법률행위에 기하여 점유물에 대한 점유를 이전한 경우에, 종래 당해 점유물에 대하여 정당한 권원 없이 점유를 취득하였는지의 여부에 따라 그 이후의 점유물에 대하여 이해관계를 형성한 당사자 사이에서 다양한 법리들이 교착될 수 있다는 점을 살펴보았다. 그 주요한 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 임차인이 무단전대행위를 하더라도 당해 사유에 기하여 임대인이 전차인에게 부당이득 및 불법행위책임을 물을 수 있다고 단정하는 것은 타당하지 않다. 왜냐하면 비록 임차인이 임대인의 동의를 받지 않고 제3자에게 임차

24) 김성욱, “불법원인급여와 관련한 법적 쟁점”, 동아법학, 동아대학교 법학연구소, 2011, 286-288면.

권을 양도하거나 전대하는 등의 방법으로 임차물의 점유를 이전해 주면서 사용 및 수익하게 하더라도, 임대인이 이를 이유로 임대차계약을 해지하거나 그 밖의 다른 사유로 임대차 계약이 적법하게 종료되지 않는 한, 임대인은 여전히 임차인에게 차임청구권을 가지고 있다. 따라서 제3자의 점유로 인하여 임대인에게 손실 또는 손해가 발생한 것으로 단정할 수는 없기 때문이다.

둘째, 임차인이 월차임없이 임차보증금만을 교부한 채권적 전세계약의 경우라면, 비록 임대차계약기간 만료 후 임차인이 동시이행항변권을 행사하면서 목적물을 계속 사용 및 수익한다고 할지라도 그 임차인에 대하여 다시 임료 상당의 부당이득반환청구는 허용될 수 없다. 왜냐하면 차임없이 보증금만을 지급한 채권적 전세의 경우에는 목적물의 점유사용에 따른 임료 상당액과 임차보증금에 대한 이자상당액은 서로 대가관계에 있으며, 임대인이 임차보증금을 임차인에게 반환하지 아니한 이상, 임차인에게 목적물의 점유사용에 따른 임료 상당액을 부당하게 취득하고 있다고 단정할 수는 없기 때문이다.

셋째, 주택임대차보호법 제4조 제2항은 “임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계는 존속하는 것으로 본다”라고 규정하고 있다. 위 규정은 임대차관계가 종료된 후에 임대인이 건물을 매도한 경우에 임차인은 제3자에 대항할 수 있는 임차권이 이미 소멸됨으로써 보증금의 반환이 곤란해 질 수 있는 상황을 대비하여 이러한 경우에 이를 매수한 사람에 대하여도 보증금을 반환받을 때까지 임차인이 계속 그 건물에 거주할 수 있는 권리를 가지도록 하기 위하여 신설한 규정으로 보아야 한다. 따라서 위 규정에 의하여 당초의 임대차기간이 법률상 연장된다고는 볼 수 없는 것은 타당하지 않다.

넷째, 임대인은 해지의 효력이 발생한 이후부터는 불법점유를 이유로 임차인에게 물권적 청구권을 행사할 수 있다. 다만 전차인의 점유는 임차인의 무단전대행위시부터 임대인과의 관계에서 불법점유가 된다는 점에서 양자의 점유의 불법성이 인정되는 시점은 상이하다고 보아야 한다. 따라서 임대인의 물권적 청구권의 행사대상과 관련하여, 만약 임대차계약이 해지되지 않은 경우에는 전차인에 대해서만 물권적 청구권을 행사할 수 있고, 또한 목적물반환의 귀속주체도 임대인이 아닌 전대인 즉 종래의 임차인에게 반환할 것을 청구해

야 한다. 그런데 만약 임대차계약이 적법하게 해지되고 그 해지의 효력이 유효하게 발생한 이후라면 전대인 즉 종래의 임차인도 불법점유자로 평가되기 때문에 그에게 불법점유를 이유로 물권적 청구권을 행사할 수 있을 뿐만 아니라 목적물의 반환도 임대인이 된다는 점에서 법률관계의 구체적 모습은 다소 차이가 있게 된다.

다섯째, 임대인과 임차인의 임대차계약이 해지된 이후에 임대인은 직접점유자인 전차인은 물론이고 간접점유자인 임차인에게도 불법점유로부터 발생하는 손해에 대하여 불법행위책임을 물을 수 있다. 다만, 해지로 인하여 임대차계약이 종료된 경우에 임차인의 목적물 점유가 동시이행항변권, 유치권 등 적법한 권원에 근거한 것이라면 임대차계약 종료시 발생한 목적물반환의무의 이행지체책임이나 불법행위책임을 발생하지 않는다. 따라서 해지로 인한 계약 종료 이후에 임차인의 목적물 점유가 적법한 권원에 근거한 것인지의 여부에 따라 임대인은 차임에 대한 부당이득반환청구권이외에도 목적물반환채무불이행 및 불법행위에 기한 손해배상청구권을 경합적으로 행사할 수 있다.

여섯째, 임차인이 현실적으로 진정한 소유자에게 임료 상당액을 부당이득으로 반환하였다면, 점유권원이 없는 임대인에 대하여는 그 범위 내에서 차임의 지급의무를 면하게 되지만, 점유권원이 없는 임대인에게 임차인이 이미 차임을 지급한 경우라도 진정한 소유자와의 관계에서는 그 의무를 면할 수 없는 것으로 보아야 한다. 왜냐하면 진정한 소유자와 점유권원이 없는 임대인의 이익이 동일한 목적물의 이용관계에서 충돌하는 경우에는 진정한 소유자에게 최종적인 이익이 귀속되는 것이 타당하기 때문이다. 특히 임차인이 점유권원이 없는 임대인에게 차임을 지급한 이후에, 다시 진정한 소유자가 점유권원이 없는 임대인에게 불법점유로 인한 차임 상당액의 반환을 청구하여 이익을 반환받은 경우와 동일하게 이익조정이 실현되어야 한다는 점에서도 그러하다. 따라서 임차인이 차임 상당액에 대하여 진정한 소유자에게 이증으로 지급하였다면, 임대권한이 없는 임대인에게 이미 지급한 차임에 대하여 부당이득반환청구를 할 수 있다고 보는 것이 타당하다.

일곱째, 임차인이 임차목적물이 타인의 소유물이라는 것을 알지 못하고 임대차계약을 체결하였으나, 목적물이 타인의 소유라는 것을 알게 된 경우에 취

소권을 인정해 줄 것인지가 문제된다. 특히 채권적 전세나 상당한 액수의 보증금을 지급하는 임대차에 있어서는 임대인이 목적물의 소유자인지의 여부가 임차인의 전세금 내지 보증금반환채권에 상당한 영향을 미칠 수 있다. 따라서 이러한 경우에는 임차목적물이 타인의 소유라는 것을 임차인이 알았다라면 임대차계약을 체결하지 않았을 것이라고 판단되는 경우에 한하여 임차인에게 취소권을 인정해 줄 필요가 있다.

여덟째, 선존하는 계약관계를 전제로 하여 급부물이 이전된 경우에는 급부물은 물론이고 그 과실도 모두 본래의 권원자에게 원상회복시키는 것이 당사자들의 의사에 합치되는 것이라고 생각한다. 이러한 전제에서 제548조 제2항을 이해하다면, 이와 유사하게 역방향으로 법률관계가 청산되는 법률행위의 무효 또는 취소의 경우에도 동일하게 반환관계를 인정할 필요가 있다. 따라서 계약해제의 경우에는 제548조2항을 근거로, 계약이 무효 또는 취소된 경우에는 제548조 제2항을 유추적용하여 제201조 내지 제203조의 적용을 배제시키는 방향으로 판례가 변경되는 것이 타당하다고 생각한다.

참고문헌

- 김동훈, “채무불이행의 효과-계약의 해제: 한국민법의 개정시안을 중심으로”, 민사법학, 한국민사법학회, 2013.
- 김상중, “쌍무계약의 무효·취소에 따른 과실·사용이익의 반환”, 민사법학, 한국민사법학회, 2007.
- 김성욱, “불법원인급여와 관련한 법적 쟁점”, 동아법학, 동아대학교 법학연구소, 2011.
- 김성욱, “남북한의 통일이후 북한주택의 사유화에 관한 민사법적 고찰”, 법과 정책, 제주대학교 법학연구소, 2014.
- 김성욱, “주택임차인 보호제도와 관련한 비교법적 고찰”, 재산법연구, 한국재산법학회, 2012.
- 김숙, ‘건물소유를 목적으로 한 토지임대차의 무단양도에 있어서 계약해지권을

- 제한하는 이른바 배신행위이론을 적용한 사례’, 대법원판례해설 19-1호, 대법원 법원행정처, 1993.
- 김영두, “국제적 통일계약법의 계약해제 제도와 우리 민법의 개정방향”, 민사법학, 한국민사법학회, 2008.
- 류승훈, “계약해제제도의 의미와 계약해제의 효과에 관한 일고”, 외법논집 제 11집, 한국외국어대학교 외국학종합연구센터 법학연구소, 2001.
- 박세민, “민법 제201조의 해석론 : 소유물반환관계와 과실의 귀속”, 중앙법학, 중앙법학회, 2008.
- 박수곤, “임대차 및 도급계약의 개정방안”, 민사법학, 한국민사법학회, 2011.
- 박용석, “부당이득을 원인으로 하는 부동산 사용이익반환 청구에 관하여”, 사법연수원, 1984.
- 박종훈, “임차권의 무단양도·전대와 우선변제권- 연구대상판결 대법원 2007. 11. 29. 선고2005다64255 판결-”, 판례연구 20집, 부산판례연구회, 2009.
- 안병하, “주택임대차보호법 제9조에 의한 임차권의 승계”, 비교사법, 한국비교사법학회, 2008.
- 엄동섭, “점유물의 양도로 인한 반환불능과 점유자의 책임”, 저스티스, 한국법학원, 2014.
- 이동형, “민법 제201조 제1항의 ‘선의’에 관한 고찰”, 저스티스, 한국법학원, 2014.
- 이준현, “점유자·회복자 관계에 관한 민법개정 제안”, 민사법학, 한국민사법학회, 2011.
- 이진기, “민법 중 개정법률안에 대한 의견”, 민사법학, 한국민사법학회, 2008.
- 정진명, “계약해제·해지 및 그 효과 : 개정이유와 개정시안의 내용을 중심으로”, 민사법학, 한국민사법학회, 2011.
- 지원림, “점유자와 회복자의 관계에 관한 관견”, 비교사법, 한국비교사법학회, 2014.
- 최수정, “쌍무계약을 청산하는 법리- 급부반환을 중심으로 -”, 이십일세기 한국민사법학의 과제와 전망 : 심당 송상현교수화갑기념논문집, 2002.
- 최흥섭, “계약의 해제 및 해지에 관한 민법개정시안(2011년 6월)에 대한 검토와 제안”, 비교사법, 한국비교사법학회, 2011.

[Abstract]

Legal Matters in connection with the Use of the Leased Object in Lease Contract

Kim, Sung-Wook

Professor, Jeju National University Law School

The title of this thesis is 'Legal Matters in connection with the Use of the Leased Object in Lease Contract'. It would be meaningful to logically verify how to reorganize the lease system and what aspects to consider for the reorganization in the Legislation Process of lease system in the future. Of course, it would be difficult at the present moment to predict exactly what problems may arise in the future. However, there should be efforts to find solutions for problems related to regulation of public order so that the risk of causing unreasonable consequences can be minimized. A lease becomes effective when one of the parties has agreed to allow the other party to use an object and take profits therefrom, and the latter has agreed to pay rent for it. A lessor is bound to deliver the object to the lessee, to maintain conditions necessary for the use and taking profits of the leased object while the lease is in force. A lessee may not assign his rights or sub-lease the leased object without the consent of the lessor. If the lessee continues to use the object leased, or takes profits therefrom after the expiration of the period of the lease, and the lessor fails to raise any objection thereto within a reasonable period, it shall be deemed to have created a new lease on the same terms and conditions as those of the previous one: Provided, That either party may give notice to the other party to rescind the lease for the future in accordance with the provisions

of Article 635. Since Lease System is something that is being newly developed, a thorough examination of past problems can lead to a future Lease System that is more rational and accords with substantial justice. Therefore, to rationally reorganize the lease system, it is necessary to evaluate how this system has changed through the years. I explained about the main contents of lease system in Korea and dealt with the important contents of lease system and suggested especially the problems and improvements in connection with the possession and the legal action of Lessee.

Key words : lessee, lease system, the possession of lessee, possessory right, the legal action of lessee