

賃貸借終了後 賃借人の 目的物 繼續占有와 不當利得

梁 彰 洙*

大法院 1984. 5. 15. 판결 84다카108사건——파기환송**

〔事 實〕

原告는 1981. 7. 21. 被告에게 원고 소유인 建物の 일부(지하실 48평 4층 4각. 이하 이 사건 건물부분이라고 부르기로 한다)를 보증금 1,500만원, 월임료 40만원, 기간 1981. 8. 5. 부터 1982. 7. 5. 로 정하여 임대하였다. 그 후 피고는 보증금을 지급하고 이 사건 건물부분을 인도받아 그 곳에서 茶房을 경영하였다. 그 다방에 대한 사업자등록증상으로는 사업자가 원고의 처 명의로 되어 있었다.

원고와 피고는 임대차기간이 만료되기 전인 1982. 2. 25. 위 임대차계약을 合意解止하였다. 이 때 임대차보증금은 그 때까지의 지체된 임료 등을 공제한 잔액에 대하여 피고가 제 3자에게 그 채권을 양도하였다.

이 사건에서 원고는 위 임대차계약의 해지에 기한 原狀回復으로서 이 사건 건물부분의 明渡를 구하고, 아울러 1982. 2. 5. 부터 위 명도를 할 때까지 그 차임에 상당하는 월 40만원의 비율에 의한 부당이득의 반환을 청구하였다.

이에 대하여 피고는 우선, 위 합의해지를 함에 있어서, 피고가 지출한 시설비 등 합계 260여만원을 원고로부터 지급받음과 동시에 이 사건 건물부분을 인도하기로 約定하였으므로, 그 돈을 받을 때까지는 명도할 수 없다고 同時履行의 抗辯을 하였다. 나아가 부당이득 반환청구에 대하여 피고는, 위 합의해지 전인 1982. 2. 8. 부터 이 사건 건물부분에서 하던 다방영업을 쉬고 그 집기 등을 정돈하여 출입문 열쇠를 채워 두었으니 위 다방 휴업 후에는 피고가 이득한 것이 없다는 취지로 다투었다.

原審(서울고등법원)⁽¹⁾은, 동시이행의 항변에 대하여는 피고 주장과 같은 약정을 하였다는 사실을 인정할 증거가 없다고 하여 이를 받아들이지 않았다. 또한 부당이득청구에 대한 抗爭에 대하여도, “위 계약 해지 이후에는 위 지하실을 점유함으로써 법률상 원인 없이 차임

* 서울대학교 法科大學 專任講師

** 대법원판례집 제32권 3집 민사편 31면: 법원공보 731호 67면

(1) 原審判決 및 上告理由書의 寫本을 얻는 데 서울高等法院 鄭鎬瑛 判事의 도움을 받았다. 이 자리를 빌어 謝意를 표한다.

상당 이익을 얻고 그로 인하여 원고에게 동액 상당 손해를 가하였다 할 것”(머릿점은 引用者 이하 같다)이고, 또 “동시이행항변권에 터잡아 목적물을 점유하는 임차인이라도 그가 얻은 차임 상당 이익이 법률상 원인 없는 것임에는 변함이 없는 법리”라고 하여, 이를 받아들이지 않고, 위 합의해지를 한 다음날인 1982. 2. 26.부터 이 사건 건물부분의 임료에 상당하는 월 40만원(원고와 피고 간의 임대차계약에서 정한 월 임료와 같다)의 비율에 의하여 부당이득을 반환할 것을 피고에게 명하였다.

이에 대하여 피고만이 上告하였다.

[上告理由要旨]⁽²⁾

원고는 茶房의 사업자등록이 원고의 처 명의로 되어 있는 것을 기화로 휴업신고 등을 관할 세무서에 제출하였고, 이에 따라 피고는 이 사건 건물부분에서의 다방영업을 중지하였으므로, 피고는 이 사건 임대차계약의 목적인 다방영업에 따른 實質의인 利益을 받은 바 없다고 할 것이다. 그런데도 피고가 단순히 이 사건 건물부분을 점유하고 있다는 것만으로 피고가 借賃 상당의 이익을 얻었다고 원심이 판단한 것은 부당이득에 관한 法理를 오해한 것이다.

[判決要旨]

大法院은 원심이 동시이행의 항변을 배척한 것은 정당하다고 하여, 이 부분 상고이유는 받아들이지 않았으나, 부당이득반환청구부분에 관하여는 다음과 같이 판시하여 원심판결을 破棄, 還送하였다.

“법률상 원인 없이 이득하였음을 이유로 한 부당이득반환에 있어서 이득이라 함은 실질적인 이익을 가리키는 것이므로 법률상 원인 없이 건물을 점유하고 있다고 하여도 이를 사용수익하지 못하였다면 실질적인 이익을 얻었다고 볼 수 없는 것이다(당원 1979. 3. 13. 선고 78다 2500, 2501판결; 1981. 11. 10. 선고 81다 378판결 참조). ……원고 자신이 1982. 2. 7. 피고가 경영하는 위 지하실 다방에 관한 휴업신고를 관할 세무서장에게 제출하고 피고는 그 해 2. 8. 이후 위 지하실에서의 다방영업을 중단하여 출입문에 시정을 한 채 사용수익하지 아니한 사실이 엿보임에도 불구하고, 원심이 위와 같은 증거관계에 관하여 아무런 판단도 함이 없이 피고가 위 지하실을 점유한 사실만으로 차임 상당의 이익을 얻는 것이라고 인정하여 그 이득의 반환을 명하였음은 부당이득반환의 법리를 오해한 것……”

[研 究]

I. 本判決에 대하여는, 임료 상당의 부당이득의 반환을 구하는 원고의 請求를 인용한 原

(2) 本研究의 對象이 되는 不當利得返還請求部分에 한정하였다.

審判決을 파기함으로써 그 청구를 全部 또는 一部 기각하는 방향으로 이끄는, 事件의 解決에 관한 結論에 있어서는 찬성하나, 임대차종료(台意解止) 후 임차인이 임대차목적물을 계속 점유하여도 이를 사용·수익한 바 없으면 부당이득법적 의미의 '利益'이 없다고 하는 理由의 論理構成에 있어서는 찬성할 수 없다.

II. 本判決의 位置

(1) 임대차관계가 종료된 후 임차인이 목적물을 계속 점유하는 경우의 不當利得의 成否에 관련하여서, 大法院은 이미 몇 차례에 걸쳐 판결한 바 있다.⁽³⁾

[1] 대법원 1963. 7. 11. 판결 63다 235사건(대법원판결집 제11권 2집 민사편 45면).

“동시이행의 항변권 또는 가옥의 유익비상환청구권에 기인하여, 임차한 가옥에 대하여 유치권을 행사하여 임차가옥을 사용·수익한 경우에 있어서는 임차인이 임차가옥의 사용으로 인하여 얻은 실질적 이익은 이로 인하여 임대인에게 손해를 끼치는 한에 있어서 부당이득으로서 임대인에게 상환할 의무가 있다”고 전제한 다음, 原審判決이, 계약해지 후 留置權을 취득한 임차인이 다른 사람들로 하여금 목적물을 점거 간수하게 하고 있다는 사실만을 인정하고서 실질적 이익을 얻은 바 있는지 여부를 심리 판단하지 아니한 채 임료 상당의 이득을 얻었다고 한 것은 違法이라고 한 예.⁽⁴⁾

[2] 대법원 1979. 8. 30. 판결 78다 2500, 2501사건(대법원판결집 제27권 1집 민사편 194면).

“법률상 원인 없이 이득하였음을 이유로 한 부당이득의 반환에 있어 이득이라 함은 실질적인 이익을 가리켜 뜻한다 함이 본원이 견지하여 온 견해”라고 하면서 위 [1] 판결과 註 3의 1960년 판결(이하 ‘[1] 판결 등’이라고 하면 이 두 판결을 가리킨다)을 인용하고 나서, “피고가 그 주장과 같은 이유(임대인인 원고의 처와 그 아들이 이틀에 걸쳐, 영업중인 피고의 중국음식점에 침입하여 영업용 탁자와 도구를 모으고 손님들을 내보낼 뿐 아니라 휴업한다는 방을 써 붙이므로 피고가 그러한 분위기에서는 영업할 수 없다고 판단하였다는 사정)로 영업도구를 2층 객실에 모아서 문을 잠그고 영업을 하지 않은 것이라면 그 기간 동안은 피고가 임차한 이 사건 방실을 점거하였다고 하더라도 그 점거로 인하여 원 피고 간의 임대차계약상의 목적에 따른 실질적 이익은 얻은 바 없다고 보아야 할 것이요, 따라서 부당이득한 바도 있을 수 없다고 보아야 할 것”(괄호 안은 引用者)임에도 원심이 被告의 主張을 충분히 심리하지 않은 잘못이 있다고 한 예.

(3) 이미 대법원은 1960. 9. 15. 판결 4292민사 553사건(판례카드 6362: 판례총람 4-1(A)권 858면)에서 “가옥의 점거자가 그 점거 중 지출한 비용의 상환을 받기 위하여 유치권을 행사하였을 경우에 계속 당해 가옥에 거주하는 것을 不法行爲라고 할 수 없음은 所論과 같으나, 居住로 인한 實質的 利益은 이로 인하여 가옥소유자에게 손해가 있는 한 상환하여야 한다”고 판시한 바 있다. 그러나 이 判決이, 임차인이 임대차관계 종료 후에도 계속 目的物을 占有하는 事實關係에 대한 것인지는 확인할 수 없다.

또 大法院 1962. 8. 30. 判決 62다 294사건(판례카드 7449: 판례총람 4-1(A)권 294면)도 “유치권자가 유치물을 보관하기 위하여 유치건물을 사용하였을 경우에는 특별한 사정이 없는 한 賃借料에 상당한 이득을 반환하여야 할 義務가 있다”고 판시한 바 있으나 具體的인 事實關係를 알 수 없다.

(4) 이 事件에 있어서는 그 외에도, 임대차계약이 料食業을 경영하기 위하여 도합 9동의 요정건물에 관하여 이루어졌으므로, 계약 종료 후에도 종전과 같이 料食業을 경영하였는지 여부가 임차인이 얻은 ‘利益’의 額의 算定에 영향을 준다는 취지가 說示되고 있다.

[3] 대법원 1981. 10. 11. 판결 81다 378사건⁽⁵⁾ (대법원판례집 제29권 3집 민사편 192면).

“법률상 원인 없이 이득하였음을 이유로 한 부당이득반환에 있어서 이득이라 함은 실질적인 이익을 가리키는 것(이상의 命題를 이하 理由 A라고 부르기로 한다)이므로, 법률상 원인 없이 전물을 점유하고 있다고 하여도 이를 사용·수익하지 못하였다면 실질적인 이익을 얻었다고 볼 수 없는 것(이상의 命題를 이하에서는 理由 B라고 부르기로 한다)” (괄호 인은 引用者)이라고 전제한 다음, 임대차목적물 내에서 하던 피고(임차인)의 사용·수익(허가 정의는 임대인인 원고들 앞으로 되어 있다)이 원고들의 陳情으로 인하여 관한 구청장으로부터 영업정지처분을 받았기 때문에 그 후로 영업을 하지 못하고, 閉門하여 관리조차 하지 않았다는 피고의 주장을 실질적인 이익이 없다는 취지인데, 이를 審理하지 않은 것은 잘못이라고 한 예.

(2) 이와 같은 一聯의 大法院判決의 立場上에서 本判決을 볼 때(本判決은 [2], [3] 判決을 先行判決로 인용하고 있다), 적어도 그 추상적인 法律論에 있어서는 大法院이 이미 취한 態度를 이어 받은 것으로서, 그러한 態度를 확인한 데 그 意義가 있다고 하겠다.

(3) 그러나 이 判決의 意義는 거기서 그치는 것이 아니다. 그것은 이 判決의 事實關係와, 그 先行判決의 事實關係 사이에는 중대한 差異가 있다고도 할 수 있기 때문이다. 즉 위의 [1] 내지 [3] 判決의 事實關係에 있어서는 賃借인이 同時履行의 抗辯權 또는 留置權을 가지고 있고, 또 이를 주장하였음에 반하여⁽⁶⁾, 本判決에 있어서는 被告(賃借人)의 同時履行抗辯은 받아들여지지 아니하였던 것이다(이러한 差異의 法律的 意味 및 判例形成에 있어서의 意味에 관하여는 後述한다).

따라서 本判決은 임차인이 임대차목적물을 무조건 반환하여야 할 義務를 부담하고 있는 事實關係 아래서도, 위의 法律論을 전개하여 임차인의 부당이득반환의무를 부인 또는 제한하는 방향으로 이끈 최초의 判決이라는 점에 보다 주목할만한 意義가 있다고 할 것이다.

그러나 裁判部가 이러한 事實關係上的 差異를 어느만큼 의식하였는지 의심스러울 뿐 아니라(그것은 本判決이 [3] 판결의 법률론을 그대로 옮겨 적었고, 그에 있어서 위의 차이에 대한 言及이 없는 데서 看取할 수 있다), 本判決의 事實關係에는 賃借인이 賃貸借關係 존속 중에 賃借人의 使用·收益을 적극적으로 방해하였다는 별도의 특수한 사정이 있고(적어도 賃借人은 그 存在를 주장하였다), 이 특수한 사정에 대한 評價가 本判決의 結論을 이끌었다고 볼 여지가 없지 않으므로(이에 관하여는 後述한다. → III (2) (나), V (2)), 이러한 差異를 강조하여 前의 判

(5) 그 이전에 大法院은 1981. 1. 13. 판결 80다 1201사건(법원공보 652호 29면 : 판례월보 129호 30면 : 판례총람 4-1(A)권 862-189면)과 1981. 11. 10. 판결 80다 1495사건(법원공보 654호 15면 : 판례월보 132호 34면 : 판례총람 4-1(A)권 862-191면)이, 임대차계약이 종료한 후에 임차인이 保證金返還債權에 기하여 同時履行의 抗辯權을 가지는 경우에도 임대차목적물을 계속 사용·수익한 경우에는, 그 사용으로 인하여 얻은 실질적인 이득은 이로 인하여 임대인에게 손해를 끼치는 한 부당이득으로서 이를 임대인에게 반환할 의무가 있다는 抽象的인 法律論을 각기 펼치고 있다. 그러나 그 利得의 額의 산정이 구체적으로 어떻게 이루어졌는지는 알 수 없다.

(6) [2] 판결에 대하여는 대법원판례집 제27권 1집 민사편 196면, [3] 판결에 대하여는 대법원판례집 제29권 3집 민사편 194면, 199면을 각 참조하라.

決들과는 다른 사실관계에 대한 판단으로서의 의의를 부여함에는 주저를 느낀다.

III. 本判決의 抽象의 法律論의 系譜——大法院判例形成의 한 모습

(1) 위의 一聯의 大法院判決을 순서대로 살펴 보면, 大法院이 그 추상적인 法律論——이는 말할 것도 없이 民事訴訟法 第193條 第1項 第4號가 판결에서 제시하도록 요구하고 있는 ‘理由’의 一部를 이루는 것이다——이 수립되어 가는 과정을 알 수 있게 된다. 이와 같은 말하자면 大法院判例⁽⁷⁾의 개별적인 形成史라고 부를 수 있는 過程을 구체적으로 파악하는 것은 各各의 大法院判決에 대하여 어떠한 관점에서, 또 어떠한 범위에서 그 先例의 意義 다시 말하자면 將來의 下級審 또는 당해 法院의 事件에 대한 事實上的 拘束力을 인정할 것이냐 하는 문제를 다룸에 있어서 하나의 중요한 思考의 端緒를 제공하는 것이다.⁽⁸⁾

(2) [1] 판결은 동일한 취지로 판결하는 先行判決을 지시하지 않음에 대하여 [2] 판결은 [1] 판결 등을, [3] 판결은 [1], [2] 판결을, 그리고 本判決은 [2], [3] 판결을 그러한 先行判決로 각기 지시하고 있다. 그리고 本判決의 추상적인 법률론⁽⁹⁾은 理由 A, B 모두 [3] 판결의 그것을 그대로 따온 것이다. [3] 판결에 있어서 理由 A는 이미 [2] 판결에서 ‘본

(7) 大法院判例(가령 訴訟促進 등에 관한 特別法 第11條 第3號에서, 法律 등에 대한 原審判決의 해석이 그에 相反하던 權利上告를 할 수 있도록 정하는 바의 ‘大法院判例’)가 무엇을 의미하느냐 하는 것은 그것 자체 현재 해결이 필요한 重要問題이다. 이에 관하여는 우선 洪日杓, 判例違反을 理由로 한 權利上告와 英美法에 있어서의 先例拘束의 原則, 民事判例研究 [M], 1984, 197면 이하 참조. 裁判은 그 성질상 個別的·具體의 事件에 대한 決定이고, 上級法院의 裁判에 있어서의 判斷은 法律上으로는 당해 사건에 관하여만 下級審法院을 기속할 뿐이다(法院組織法 第7條의 2 참조). 그러나 裁判의 豫見可能性의 要求와, 法 앞에 평등한 市民의 同種의 利益은 동등하게 보호되어야 한다는 社會的 要求는 그에 대한 對應이 주어져야 할 것으로서, 이러한 요구는 주로 先行하는 재판—특히 上級審의—에 있어서의 判斷에 따르지 않은 裁判은 上級法院에서 파기된다는 事實上的 制裁에 의해 충족되고 있다. 이와 같이 將來의 同種의 事件에 대한 先例로서의 가치가 인정된 裁判을 여기서 判例라고 부르기로 한다. 이와 관련하여 法院行政處가 그가 간행하는 大法院 公式判決集의 명칭을 1980年度의 裁判을 수록한 第28卷부터, 종전의 ‘大法院判決集’에서 ‘大法院判例集’으로 바꾸었음을 지적해 두고자 한다. 그러나 그 名稱의 變更의 意味, 가령 그에 수록한 個個判決의 先例의 意義에 관한 大法院의 態度와도 연결되는 것인지 등을 알 수 있게 하는 資料는 아직 발견하지 못하였다.

(8) 個個事件에 대한 裁判의 어떠한 부분이 어떠한 메카니즘을 통하여 後의 재판을 구속하는가는 아직 충분히 해명되지 아니한 문제이다. 英美法에서 그와 관련되어 논의되는 *ratio decidendi*와 *obiter dictum*의 區分은 우리나라에서 判例研究 등에 있어서 ‘傍論’이라는 概念을 대개로 하여 종종 행하여지고 있다. 그러나 이 작업도 裁判의 대상인 事件의 事實關係(Sachverhalt)와, 當事者들의 法律上 主張(大法院은 소위 舊訴訟物論을 취하므로 이 점이 副次的으로 문제되지 않을 수 없다)의 兩面을 捨象하고, 단지 裁判에서 제시된 여러 法命題 相互 간의 論理的 關係에만 착안하여 이루어지는 듯한 감이 있다. 法院이 구체적인 裁判에서 主文에 이유를 부여할 목적으로, ‘法律의 解釋’이라는 이름 아래 전개하는 法律論(法院組織法 第7條 第1項 第3號에서, 이를 변경할 필요가 있음을 인정할 때에는 특히 大法院判事 全員の 3분의 2 이상의 合議體에서 심판하도록 요구하는 바의 “從前에 大法院에서 判示한 憲法·法律……의 解釋 適用에 관한 意見”은 이를 가리키는 것일까?)을, 위의 세 가지 점에 대하여 충분히 고려함이 없이, 독립적으로 ‘判例’로서의 權威를 가지는 것으로서 끌어 쓰는 態度, 나아가서는 이를 방패로, 事件의 紛爭解決에 고려하여야 할 利益衡量要素에 대한 評價를 포기하고, 姑息의으로 ‘大法院判例에 따른 裁判’을 하였다고 自慰하는 態度에 대하여 再考를 촉구하려는 것이 本稿의 目的의 하나이다.

(9) 前註에서 말한 目的의 遂行上 여기서는 일단 本判決에 나타난 法律論만을 다루기로 한다.

원이 전지하여 온 견해'로서 실시된 바 있는 것이고, 理由 B는 [3] 판결이 새로이 전개한 法律論이다.

(가) 우선 理由 A에 대하여 보기로 하자.

첫째, “부당이득의 성립요건으로서의 ‘利益’이란 실질적인 이익을 말한다”라고 해 보아야 구체적인 사실관계에 직면하여 부당이득의 성립 여부를 판단함에 있어서 별로 도움이 되지 않는다. ‘實質的인 利益’이 어떠한 것을 가리키는 말인지를 알아내는 일은 무엇을 ‘利益’고 하는지를 알아내는 것보다 귀위진 것이 별로 없다. 나시 말하면 不明確性의 程度에서는 大差가 없다는 것이다.⁽¹⁰⁾ 가령 占有 그 자체, 즉 物件의 事實의 支配는 왜 ‘실질적 이익’이라고 할 수 없는가. 占有는 占有權을 발생시키는 法律要件으로서, 占有者는 재산적 가치 있는 法律上의 地位를 취득하고, 自身の 法律的 立場을 유리하게 할 수 있는 것이다(우선 民法 第197條 以下の 規定 참조). 우리나라의 通說도 獨逸·日本에 있어서와 마찬가지로 소위 ‘占有의 不當利得’을 인정하는 바이다.⁽¹¹⁾ 그런데도 占有하는 것만으로는 ‘實質的인 利益’이 없다는 것은 어떠한 필요에 의하여 마련된 命題인가. 이에 관하여는 바로 뒤에서 논하기로 하고, 여기서 지적하고 싶은 것은 理由 A는 거의 同語反復에 가까운 것이므로 구체적인 사건에 있어서 法院의 判斷을 이끄는 실질적인 이유가 될 수 없다는 것이다. 구체적인 사건을 다루는 法院의 法律論은 法の 解釋이라는 틀 안에서 이루어지고, 法の 解釋은 구체적인 사실관계를 法規定에 보다 용이하게 包攝되도록 하기 위하여 法規定의 抽象度를 낮추는 明晰化의 作業이라고 한다던⁽¹²⁾, 理由 A는 실로 解釋에 값하지 못하는 言明이라고밖에 할 수 없다.

둘째, [2] 판결은 理由 A가 ‘본원이 전지하여 온 견해’라고 하면서 [1] 판결 등을 인용한다. 그러나 [1] 판결 등은 부당이득의 성립요건으로서의 ‘利益’의 해석에 관련되는 판결이 아니다. 즉 그 사건에 있어서는 ‘利益’의 성립을 인정하느냐 여부에 따라 결론이 달라지는 것이 아닌 것이다. 이들 판결은 오히려 ‘法律上 原因’, 즉 利益保有의 正當化事由에 관한 판결이라고 생각된다.

[1] 판결 등은 모두 目的物返還義務를 부담하는 자가 비용상환청구권 등에 기하여 유지를 가지는 事實關係에 대한 것이다. 目的物의 留置라는 留置權의 本質的 效力에 비추어서도, 또 民法 第324條 第1項(“留置權者는 善良한 管理者의 注意로 留置物을 占有하여야 한다”)의

(10) 法律判斷의 三段論法에 있어서의 이러한 ‘보다 구체화된 大前提(speziellere Obersätze)’의 機能에 관하여는 우선 Engisch, *Einführung in das juristische Denken*, 5. Aufl., 1971, S. 68ff. 참조.

(11) 郭潤直, *債權各論*, 再全訂版, 1984, 565면; 金曾漢·安二濬 編著, *新債權各論* (下), 1965, 691면 참조. 원래 占有의 不當利得論은 不當利得返還請求權者가 반환청구의 목적물에 대하여 所有權을 가지는 경우(物權行爲을 有因的으로 파악하면 給付物의 반환에 관하여는 원칙적으로 그러할 것이다), 그 자의 所有物返還請求權과 不當利得返還請求權과의 關係에 關連하여 제기된 문제이다.

(12) Engisch(註 10), S. 70 참조.

文理上으로도 유치권자가 유치물을 점유할 권한을 가짐은 물론이다. 따라서 유치권자가 단순히 유치물을 점유하는 한도에서는 그에 대하여 “法律上原因”이 있다. 다만 유치권은 채무자에게 채무 변제를 간접적으로 강제하기 위하여 목적물의 留置를 허용하는 데 그치는 것이므로, “留置物의 保存에 필요한 使用”을 제외하고는 채무자의 承諾 없이 유치물을 사용하지 못하도록 규정하고 있다(第324條 第2項⁽¹³⁾). 유치권자가 채무자의 승낙 없이 그 유치물을 사용하면 채무자는 留置權의 消滅을 청구할 수 있다(第324條 第3項). 그러나 그 消滅請求 전에 그 使用으로 인한 利益은 어떻게 되는가? 위 [1] 판결 등은 이와 같이 유치권자가 자기 채권의 변제에 충당하지 아니한⁽¹⁴⁾, 留置物의 使用으로 인한 利益은 不當利得으로서 반환되어야 한다고 判示한다.⁽¹⁵⁾ 즉, 留置權者가 가지는 占有權能을 넘어선 部分의 利益은 ‘법률상 원인’이 없는 것으로서 반환되어야 한다는 것이다. [1] 판결은, 그 원심판결이 被告(賃借人, 留置權者)가 이와 같이 占有 利益으로 어떠한 이익을 얻었는지를 확정하지 아니하고 바로 그가 임료 상당의 부당이득을 얻었다고 判斷한 것은 잘못이라고 하여, 이를 破棄하고 있는 것이다.

이러한 두 가지 점에 비추어 [2] 판결이 [1] 판결 등을 先行判決로 인용하며 理由 A의 法律論을 전개한 것은, 結論에 대한 理由提示에 있어서 충분하지 못할 뿐 아니라, 先行判決의 意味를 오해하거나 적절하게 표현하지 못하였다고 하겠다.

(나) [2] 판결의 事實關係에서 진정한 문제, 즉 不當利得의 成立 與否를 결정하는 要素는 무엇인가? [3] 판결이 그 판결을 인용하면서 판시하는 것처럼, “점유하고 있어도 사용 수익하지 못하면 ‘실질적 이익’이 없다”는 解釋論, 즉 理由 B인가? 그보다는 [2] 판결의 事實關係上의 特異한 事情, 즉 賃貸人이 임대차계약 존속 중에 임차인의 임대차목적건물에서의 營業([2] 판결의 표현을 빌리면 “임대차계약상의 目的의 달성”)을 적극적, 폭력적으로 방해하였다는 事情에 있다고 해야 할 것이다.

(13) 이하 民法의 條項은 法名稱을 특히 指示함이 없이 인용한다.

(14) 第323條는 留置權者의 果實收取權을 정하고 있으며, 留置物의 使用利益(독일民法 第100條가 정하는 Gebrauchsvorteile)은 이 규정의 적용에 있어서 果實에 준한다고 해석되고 있다. 郭潤直, 物權法, 再全訂版, 1985, 479면; 金曾漢, 物權法講義, 1985, 342면 참조. 그러나 同條는 수취한 果實을 辨濟에 充當‘할 수 있다’고 정할 뿐이므로, 그것을 반드시 변제에 충당하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다(이에 관하여는 注釋民法 (8), 50面[田中整爾] 참조). 변제충당을 하려면 金錢이 아닌 한 競賣節次를 밟아야 하므로(第323條 第1項 但書) 유치권자는 대개 이를 꺼릴 것이다.

(15) 이러한 態度는 善意占有者와 回復者와의 관계에 대한 規定과 대비하여 보아도 수긍이 간다. 유치권자는 자신이 지출한 모든 必要費에 대하여 그 상환을 청구할 수 있음에 비하여(第325條 第1項), 善意의 占有者는 그가 과실을 취득한 경우에는 통상의 필요비는 상환청구할 수 없고, 그 이상의 필요비만을 청구할 수 있다(第203條 第1項). 즉 선의의 점유자가 과실을 수취하면, 그로 인한 利益과 통상의 必要費에 관한 權利義務는 말하자면 對價의으로 소멸하는 것으로 보는 것이다. 그렇다면 유치권자(그와 善意占有者 간의 保護必要性的의 優劣에 대하여는 논의가 있을 수 있겠다)가 통상의 필요비도 상환청구할 수 있다면, 그가 수취한 果實도 반환되어야 한다고 봄이 상당할 것이다.

賃貸人은 賃借人으로 하여금 ‘目的物을 使用, 收益하게 할’ 義務를 부담한다(第618條). 그 구체적인 내용 중에는 임차인의 사용수익을 방해하지 아니할 不作為義務도 포함됨은 물론이다.⁽¹⁶⁾ 그리고 이 義務에 위반한 경우에는 損害賠償責任을 지며, 賃借人은 자신의 借賃債務를 이로써 相計할 수 있다고 인정되고 있다.⁽¹⁷⁾ 그러나 한걸음 나아가서 임대인의 그와 같은 妨害行爲로 임차인이 임대차계약으로써 달성하려는 목적이 달성될 수 없게 되었다고 한다면 그러한 기간 동안에 대하여는 아예 借賃支給義務가 없다고 해야 하지 않을까? 이것은 借賃이 使用 收益케 해 준 대에 대한 對價의 성질을 가진다는 점에 비추어서도 그러하고, 또 실질적으로 그러한 경우 임차인이 손해배상청구권을 가진다고 하더라도 그 손해의 額은 적어도 借賃 상당이라고 하여야 하므로 굳이 相計의 意思表示를 기다릴 필요 없이 經濟的인 衡平을 이루도록 함이 상당하기 때문이다.⁽¹⁸⁾

그렇다면 그와 같은 상태에서 賃貸借關係가 종료하였다고 하여⁽¹⁹⁾, 賃貸人이 不當利得을 내세워 賃借人에게 어떠한 補償을 요구할 수 있다고 하는 것은 不合理하다. 그리고 이러한 評價는 賃借人에게 유지권이나 동시이행항변권과 같은 引渡拒絕權能이 있다고 하여, 이에 의하여 영향을 받을 성질의 것은 아니다. 왜냐하면 위와 같은 利益評價는 임차인이 그와 같은 引渡拒絕權能을 내세워 자신의 利益保有的 正當性을 주장할 것까지도 없이 이미 그 이전에 부당이득의 成立을 부인하는 것이기 때문이다. 그러므로 [2] 판결이 賃借人(被告)의 별도의 주장, 즉 자신이 보증금반환채무를 가지므로 자신의 목적물 점유는 법률상 원인이 있고 따라서 그 점유로 인한 사용이익을 부당이득이라고 할 수 없다는 법률상의 주장을 배척하면서도, 그 事件에 있어서의 特殊한 事情을 들어 不當利得의 成立을 부인하는 것은 정

(16) 星野英一, 借地借家法, 1969, 170面은 이 점을 분명히 밝히나, 낭연한 것이다.

(17) 星野(註 16), 170面 참조.

(18) 대법원 1678. 9. 12. 판결 78다 1103 사건(대법원판결집 제26권 3집 민사편 42면)은, 임대인이 임대차목적물에 대한 소유권을 상실하여도 그것만으로는 임대차관계에 영향이 없으나, 새로운 소유자로부터 임차인이 목적물의 반환청구나 임료 등의 지급요구를 받은 때에는 설사 임차인이 목적물을 계속 사용한 경우에도 임대인에게 借賃을 지급할 의무가 없다고 한다. 이 判決은 그 법률구성으로 그와 같은 때에는 “임대인의 사용수익시킬 채무는 이행불능”이 되었다고 하나, 그 후에도 임차인이 목적물을 계속 사용하는데도 그 채무가 이행불능이 되었다는 구성은 찬성하기 어렵다. 그러나 그와 같은 경우, 종국적으로 借賃 또는 그 상당액은 새로운 소유자가 受取할 것이므로 (賃貸人에게 지불하였어도 이는 그가 不當利得한 것이므로 새로운 소유자에게 반환하여야 할 것이다. 또 새로운 소유자가 賃借人을 상대로 不當利得으로 借賃 相當額을 청구하면 임차인은 이를 지급하여야 할 것이다), 아예 本文에서 본 바와 같은 이유로 賃貸人에게 借賃을 지급할 義務가 소멸하였다고 함이 타당하다. 賃貸人에게 일단 借賃을 지급한 후, 새로운 所有者에게 借賃 相當額을 부당이득으로서 다시 지급하지 않을 수 없게 되었다고 하면, 賃借人은 賃貸人에게 지급한 借賃을 반환받을 수 있어야 할 것이다. 이 返還請求權은, 賃貸人에게는 借賃을 지급할 義務가 이미 소멸하여서 法律上 原因이 없게 되었는데도 이를 지급하였다고 構成하는 것이 적합하고, 이러한 구성을 뒷받침하기 위하여서도 위와 같은 경우에 借賃債務가 소멸하였다고 하여야 할 것이다.

(19) 借賃債務가 발생하지 않는다고 해서 반드시 賃貸借關係가 종료하였다고 할 것은 아니다. 賃貸借契約 締結 後에도 賃貸人이 賃借人에게 目的物을 인도하지 않고 있는 경우를 생각해 보면 이는 이해할 수 있을 것이다.

당한 論理展開라고 하겠다.

[2] 판결은 이와 같이 이해하면 당연하고, 매우 타당한 結論을 취한 것이다(물론 理由 A의 前提는 부적당하고 불필요한 것이었다고 하여도). 특히 주목되는 것은 그 판결의 理由에서 “피고가 그 주장과 같은 이유로……영업을 하지 않은 것이라면……원·피고 간의 임대차계약상의 목적에 따른 실질적인 이익은 없는 바 없다고 할 것이요, 따라서 부당이득한 바도 있을 수 없다”고 실시하는 부분이다.⁽²⁰⁾ 즉 임대차계약 종료 후 임차인의 利得의 成立 與否를 판단함에 있어서, 임대차계약 목적에 따른 이익의 有無를 가리고 있는 것이다. 이와 같이 契約目的이 契約關係의 清算(Abwicklung)을 둘러싼 紛爭——이 紛爭은 現行民法上 不當利得法에 의하여 규율되는 것이다——의 해결에도 중요한 역할을 함을 인정하는 態度는 지지를 받아 마땅한 것이다(이에 관하여는 後述한다. →Ⅳ(1), Ⅴ(1)).

(다) 이와 같이 [2] 판결은 별도의 評價에 기하여 원고의 不當利得返還請求를 배척하였다고 보아야 할 것임에도 불구하고, [3] 판결은, [1] 판결과 함께 [2] 판결을 인용하여, 理由 B의 法律論을 구축하였다. 물론 [2] 판결의 事實關係에 있어서 임차인(被告)은 목적물을 점유하기는 하였지만, 사용·수익하지는 않았다(또는 못하였다). 그러나 사용·수익하지 못하였다고 하는 것 자체는 원고의 부당이득반환청구를 배척하는 방향으로 이끈 실질적인 이유가 아니며, 사용 수익을 하지 못하게 된 것이 原告의 적극적인 妨害行爲에 기인하였기 때문에(이러한 의미에서 [2] 판결이 “피고가 그 주장과 같은 이유로……영업을 하지 않은 것이라면……”이라는 限定的 條件을 내세우는 것은 단순히 우연한 일은 아니라고 하겠다) 그와 같은 結論이 도출된 것이다.

일단 이러한 法律論(理由 B)이 指定되고나면, 이는 그 發生史的 根據를 박차고, 독립하여 自己運動(Selbstbewegung)을 시작한다. [3] 사건에 있어서 부당이득의 성립 여부에 관한 피고의 주장은 판결문에 따르면, “원고들의 진정으로 서대문 구청장은 1979. 11. 26. 피고가 이 사건 2층부분에서 원고들 허가명의로 경영하던 싸롱영업에 대하여 영업정지처분을 하였기 때문에 그 후부터 피고는 영업을 하지 못하고 폐문하여 관리조차 하지 아니하였으므로 원고들 주장과 같은 부당이득금을 지급할 의무가 없다는 취지”의 것이다. 이 주장은 裁判部에 의하여 단지 “피고가 이 사건 2층부분을 占有하였으므로 1979. 11. 26. 부터는 사용·수익하지 아니하여 실질적 이익이 없다는 취지의 주장”이라고 이해되고 있다. 이미 原告, 즉 賃貸人の 使用妨害行爲에 대한 法律評價(이에 관하여는 後述한다. →Ⅳ(1))라는 관점은 문제시되지 않고 있는 것이다.

本判決의 法律論은 이와 같은 경과를 거쳐 이미 [3] 판결에서 분명히 說示된 바를 轉寫한 것일 뿐이다.

(20) 이 說示部分이 [2] 판결에 있어서 事件解決에 관한 實質的인 價値判斷의 經過를 보이는 부분이라고 생각된다.

IV. 賃貸借終了後 賃借人の 目的物繼續占有에 대한 不當利得法的 評價

(1) 賃貸借終了 후 賃借인이 目的物을 繼續 占有하는 경우 賃貸人は 어떠한 요건 아래서 賃借人に 대하여 그 기간에 관한 不當利得返還請求를 할 수 있을 것인가. 그것은 이와 같은 경우 賃借인이 그 目的物에 관하여 '利益'을 얻은 것이 있느냐, 얻은 것이 있다면 그 내용이 무엇이나에 의하여 정하여질 문제이다.

우선 賃借인이 目的物을 단순히 占有하는 데 그치고, 이를 使用 收益하지 않는다고 하여 '利益'이 없다고 하는 위 [3] 판결과 本判決의 法律論에는 찬성할 수 없다. 그것은 占有의 維持 자체가 財産의 價値를 가지는 것이기 때문이기도 하거니와, 무엇보다도 賃貸借終了에 있어서와 같이 契約關係의 清算을 위하여 不當利得制度가 이용되는 경우에는 그 契約關係의 內容이 일정한 범위에서 그 不當利得의 成立 與否, 나아가 返還義務의 內容에도 反映되어야 하기 때문이다. (21) 즉 그러한 경우의 不當利得返還請求權, 소위 給付利得返還請求權 (Leistungskondiktion) (22)은 契約에 기한 給付의 반환을 목적으로 한다. 다시 말하면 이때에는 契約의 一方當事者가 다른 當事者에게 給付한 것을 반환하면 그만인 것이고, '利益'이나 '損害' 또는 '利益과 損害과의 因果關係' 등의 要件은 이러한 경우에는 문제될 여지가 없는 것이다.

그러면 임대차계약에 있어서 賃貸인이 賃借인에게 급부한 것은 무엇인가. 그것은 目的物의 一時的인 利用許容 또는 利用可能性이다. 賃借인이 이 利用可能性을 살려서 실제로 經濟의 效果를 얻을 것 등을 賃貸인이 책임져야 하는 것은 아니다. 그러한 現實的인 利用에 相關한 危險(소위 Verwendungsrisiko)은 賃借인이 부담하여야 한다. (22-1) 이러한 危險分配는 임대차관계가 종료되었다고 달라질 이유는 없다. 즉 賃借인은 임대차관계가 종료되었다고 하더라도 利用可能性을 가지는 한 적어도 그에 대한 通常의 代價(임대차계약에서 약정된 借賃은 그 통상의 대가라고 사실상 추정될 것이다)를 부당이득으로서 임대인에게 지불하여야 한

(21) 金龍潭, 雙務契約의 無效·取消과 不當利得(上),(中),(下), 司法行政, 1983년 2월호 4면 이하, 3월호 20면 이하, 4월호 23면 이하는 이 점을 雙務契約의 無效·取消의 경우에 한정하여, 또 返還義務의 內容을 중심으로 論한 것이다. 同論文은 Leser의 faktisches Synallagma (事實的 雙務契約關係)理論을 수용하고 있다. 한편, 大法院 1976. 10. 26. 판결 76다 1184사건 (법원공보 549호 54면)은, 債權의 傳賃契約終了後 임차인의 目的物返還債務과 임대인의 傳賃金返還債務는 동시이행관계에 있고, 점유 사용에 따른 임료 상당액과 전세금에 대한 이차 상당액은 "서로 대가 관계에 있다"고 하여 전세금이 반환되기 전에는 부당이득이 成立하지 않는다는 취지를 판시하고 있다(그 전에 이미 대법원 1962. 10. 18. 판결 62다 299사건 [대법원판결집 제10권 4집 민사편 102면]; 서울高法 1976. 9. 3. 판결 74나 1928사건 [판례월보 79호 56면]도 같은 취지). 물론 이러한趣旨는 정당하며, 契約關係存續 중의 法理가 그 終了 후의 當事者關係에도 반영되는 좋은 예이다.

(22) 이에 관한 독일學說의 說明에 대하여는 拙稿, 독일 不當利得理論의 歷史的 展開, 厚巖郭潤直教授華甲記念論文集, 1985, 593면; 同, 西獨 不當利得法的 立法論의 展開, 서울대학교法學 26권 4호, 174면 이하 각 참조.

(22-1) 대법원 1957. 11. 4. 판결 4290민상 507사건(大法院民事判決原本集 27권 98면)은, "임대차목적물 임차인의 과실로 사용치 못한 時期가 있다 해도 일반적으로 이를 이유로 그 約定使用料의 支拂을 면제받을 수 없다"고 판시한다.

다.⁽²³⁾ 왜냐하면 그는 그가 소유하는 給付(=利用可能性)를 아직 반환하지 않고 있기 때문이다. 따라서 이 경우 不當利得의 成立 與否는 賃借인이 目的物을 使用 收益하였느냐에 달려 있는 것이 아니다. 가령 임대차관계 종료 후 임차인이 스스로 그 使用을 그만 둔 경우에, 賃貸借가 存續中인 경우에 있어서와는 달리 賃貸인이 그로 인하여 不利益을 입어야 할 理由는 없는 것이다.

그러면 그 利用可能性이 賃借인에게 책임 없는 사유로 인하여 消滅 또는 沮喪된 경우에는 어떠한가. 第627條 第1項은 “賃借物의 一部가 賃借人の 過失 없이 滅失 기타 事由로 인하여 使用, 收益할 수 없게 된 때”에 관하여 賃借人の 借賃減額請求權⁽²⁴⁾을 인정하고 있다. 또한 학설은, 雙務契約에 기한 債務에 관한 債務者危險負擔主義(第537條)의 原則에 의하면 그 경우 賃借人の 借賃支給義務는 당연히 減額되는 것인데, 위 規定은 이를 請求, 즉 형성권의 행사가 있어야 감액되는 것으로 하여 위 原則을 수정하고 있으나 그 修正의 根據가 희박하다고 하여, 위 規定이 직접 적용되지 않는 全部의 恒久的 또는 一時的 利用不能, 一部의 一時的 利用不能 등의 경우에 대하여는 위 규정을 擴張解釋하지 않고, 위 原則에 의할 것이라고 한다.⁽²⁵⁾ 나아가 賃貸人의 책임 있는 사유로 一時的 또는 恒久的 利用不能이 일어난 경우에 대하여는 學說·判例가 흥미 있는 견해를 택하고 있다. 즉 그 경우 채무 불이행의 일반원칙에 따른다면 賃貸人은 填補賠償債務를 부담하고, 賃借人은 契約을 해지하지 않는 한 借賃債務를 면하지 못한다. 그러나 그러한 “一般原則은 賣買 등 一時的 債權關係를 전제로 하는 것”이고, 賃貸借와 같은 繼續的 關係에 있어서는 “目的物의 使用이 불가능한데 借賃債務가 존속한다는 것은 이상”하고, 또 雙方에 責任 없는 事由에 기한 경우에는 借賃債務가 당연 소멸하는데(第537條), 賃貸人에 책임 있는 사유에 기한 경우에는 解止의 意思表示가 있어야 한다는 것은 均衡을 잃는다고 하여, 바로 借賃債務를 면한다고 하는 것이다.⁽²⁶⁾ 이상과 같은 規定 및 學說·判例의 趣旨는 賃貸借關係의 종료 후 임차인의 繼續占有로 인한 不當利得의 문제가 등장하는 경우에도 당연히 고려되지 않으면 안 된다. 위에서 이미 말한 바대로 임대차관계가 존속하는 동안에는 減額되거나, 아니면 借賃債務를 전혀 면하게 되는 것을, 임대차관계가 종료되었다고 하여 不當利得의 이름 아래 그에 대한 對價를 지급하여야 한다는 것은 아무래도 수긍할 수 없는 것이다.

(23) 이러한 立場은 기본적으로 *Münchener Kommentar zum BGB*, § 818 RdNr. 10ff., 77 (Lieb)에 촉발된 것이다. 日本에 있어서는 川村泰啓, 契約の無効・取消と不當利得, 契約法大系VII, 1965, 185面이 賃貸借契約이 무효 취소된 경우에는 賃料相當額의 返還義務는 임차인의 선의·악의를 불문하고 一律적으로 肯定되어야 한다고 한다. 四宮和夫, 事務管理・不當利得・不法行爲 上卷, 1981, 135面도 이에 따른다. 그러나 이러한 論議가 利用可能性과 現實的 利用成果의 分離라는 측면에서 이루어지지는 않고 있다.

(24) 이는 形成權으로 이해되고 있다. 郭潤直(註 11), 345면 참조.

(25) 星野(註 16), 220面 참조.

(26) 郭潤直(註 11), 344면 이하; 金曾漢, 債權各論(上), 1984, 269면 참조. 또한 註(18)의 大法院 判決 참조. 一時的 利用不能에 관하여는 星野(註 16), 221面 참조.

(2) 이러한 解決方式은 外國에 있어서도 支持를 받고 있다.

(가) 독일民法 第557條 第1項 第1文 前段은 “使用賃借人(Mieter)이 使用賃貸借關係의 終了 후에 賃借物을 반환하지 아니하는 때에는 使用賃貸人은 그 抑留(Vorenthaltung)의 期間에 대하여, 約定된 借賃을 補償(Entschädigung)으로서 청구할 수 있다”고 정한다.⁽²⁷⁾ 이 규정은 “賃貸人이 損害賠償 또는 不當利得返還을 근거로 하여 행사할 수 있는 請求權의 額에 관한 다름을 간단하고도 적당한 방식으로 없앤다”는 “實際的인 合目的性”(praktische Zweckmäßigkeit)에 기하여, 賃貸人에게 “最小限의 保障”을 줄 목적으로 마련된 것이다.⁽²⁸⁾ 이 규정의 적용에는 賃借人이 目的物을 계속 사용하는 것을 필요로 하지 않고, 단지 直接 또는 間接의 占有를 보유하는 것으로 족하며⁽²⁹⁾, 또 賃借人의 歸責事由도 요구하지 않는다.⁽³⁰⁾ 다만 返還이 賃貸人의 책임져야 할 사유로 인하여 이루어지지 않고 있는 경우에는 同條는 적용되지 않는다고 해석되고 있다.⁽³¹⁾

(나) 角度를 달리하여 學說은 일반적으로 消費賃借나 賃貸借와 같은 一時的 使用契約關係에 있어서 不當利得의 一次的인 對象은, 賣買 등에 있어서와 같이 物 그 자체——보다 정확하게 말하면, 그에 表彰되는 包括的인 所有者地位——가 아니라, 不當利得返還義務者가 얻은 目的物의 利用可能性(Nutzungsmöglichkeit)이라고 이해한다. 그러므로 附隨的, 二次的 義務(sekundäre Nebenfolgepflicht)로서의 ‘실제로 얻은 收益(gezogene Nutzungen)’의 반환에 관한 독일民法 第818條 第1項의 규정은 物 그 자체의 반환이 一次的인 義務內容을 이루는 賣買의 無效 등의 경우에만 적용되며, 위와 같이 一次的 利得對象으로서의 利用可能性이 문제되는 경우에는 이것이 不當利得에 관한 一般條項인 同法 第812條 第1項 第1文이 정하는 바인 ‘取得한 것(etwas Erlangtes)’에 바로 해당되는 것이다.⁽³²⁾ 그리하여 이 경우에는 返還義務者가 目的物을 실제로 이용하였는지 또는 그 利用可能性을 살려서 所期의 經濟的 成果를 거두었는지 여부에 상관 없이 그 利用可能性의 價額, 즉 통상의 賃料 등

(27) 用益賃貸借(Pacht)에 관하여는 독일民法 第597條가 같은 취지로 규정하고 있다. 물론 이러한 규정이 不當利得返還請求權에 관한 것이 아님은 물론이고, 오히려 BGH의 1965. 11. 10. 判決(NJW 1966, S. 248)은 第557條가 約定된 借賃의 額을 넘는 不當利得返還請求權의 成立을 배제하지 않는다고 判示한다. 다만 여기서 주목하고자 하는 것은, 임차인이 임대차관계 종료 후에도 目的物을 반환하지 않는 경우에 그 당사자 사이의 利害를 調整하는 方向 내지 그 경우 당사자들의 利益狀況에 대한 評價方式 그것이다.

(28) Mugdan, 2. Bd., S. 231f. 참조.

(29) *Münchener Kommentar zum BGB*, § 557 RdNr. 6 (Voelskow) 참조. 다만 Mugdan, 2. Bd., S. 231에 의하면 독일民法의 起草者들은 同條를 마련함에 있어서 임차인의 계속 사용을 염두에 두고 있었음을 알 수 있으나, 현재의 通說은 이와 다르게 해석한다.

(30) *Münchener Kommentar zum BGB*, § 557 RdNr. 11 (Voelskow) 참조.

(31) Soergel-Mezger (1967), § 557 Bem. 3 참조.

(32) *Münchener Kommentar zum BGB*, § 818 RdNr. 10 (Lieb) 참조. Reuter/Martinek, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Handbuch des Schuldrechts Bd. 4, 1983, S. 528ff.도 이에 찬성한다.

을 반환하여야 한다고 한다.⁽³³⁾

(3) 그런데 賃貸借關係가 종료 후 目的物返還義務를 부담하는 賃借인이 가령 유치권이나 동시이행의 항변권과 같은 引渡拒絕權能을 가지는 경우 不當利得의 문제는 어떠한 관점에서 제기되는가? 이러한 때에는 賃借인이 그 權能을 넘어서 일정한 經濟的 利益을 구체적으로 달성하였을 때 비로소 不當利得의 成立 與否가 문제된다. 따라서 다른 말로 하면, 이때에 不當利得의 문제는 동시에 賃借인의 그와 같은 權能의 限界劃定の 문제이기도 한 것이다. 反面에 이 경우에는 利用可能性을 이득하고 있지 않는가 하는 관점은 이미 문제의 해결에 유용한 시야를 제공해 주지 못한다. 왜냐하면 利用可能性이라는 經濟的 利益의 어떤 부분은 임차인이 가지는 留置權 등의 引渡拒絕權能의 어느 부분, 특히 ‘占有할 權利’의 認定이라는 면과 항상 중복되고 있기 때문에, ‘利用可能性을 부당이득하고 있느냐’라는 식의 問題提起는 항상 적어도 그 一部는 법률상 원인이 있는 것이 되어, 賃借인이 不當利得하고 있는 利益部分을 선명히 區劃해 줄 수 없기 때문이다.

결국 賃借인은 유치권 또는 동시이행의 항변권의 효력 범위를 넘어서 利益을 구체적으로 취득한 경우에(그것은 대체로 임대차 종료 전과 같은 使用 등으로 나타날 것이다), 그리고 그 경우에만 그 이익(대개는 借賃 상당액)을 부당이득으로서 반환하지 않으면 안 되는 것이다.⁽³⁴⁾

앞서 본 바 있는 독일民法 第557條의 해석상으로도, 임차인이 債權的 留置權(Zurückbehaltungsrecht)⁽³⁵⁾을 가지는 경우에는 同條의 적용이 없으나, 다만 임차인이 계속 종전과 같이 사용하는 때에는 同條에 따라 借賃을 지급하여야 한다고 이해되고 있다.⁽³⁶⁾

V. 本事件의 解決

(1) 本事件에 있어서 原告(賃貸人)와 被告(賃借人)는 兩人間의 賃貸借契約를 合意解止하였다는 事實이 인정되고 있다. 一般的으로 이미 存在하는 契約關係를 해소하기로 하는 第2의 契約(合意解除 또는 解除契約 *contrarius consensus*)이 어떠한 效力을 가지는가는 一次的으로

(33) *Münchener Kommentar zum BGB*, § 818 RdNr. 11f., 77 (Lieb) 참조. 不當利得返還義務者の 善意·惡意를 불문하고 책임져야 한다고 한다.

(34) 이와 같은 取扱은, 결국 賃貸借 終了 후에도 賃借인이 目的物을 계속 사용하고 있는 한 賃借인이 保證金이나 目的物에 관하여 지출한 費用 등을 반환 또는 상환받지 못하고 있다고 하더라도 經濟的 利害의 관점에서 볼 때 賃貸借關係가 存續하는 동안에 비하여 달라진 것이 없다는 점에서 보아도 타당하다. 한편 住宅賃貸借保護法 제 4조 제 2항 참조.

(35) 同時履行의 抗辯權(독일民法 第320條 참조)은 債權的 留置權(同法 第273條)의 一種(Unterart)으로 이해되고 있다. Enneccerus-Lehmann, *Schuldrecht*, 15. Bear., 1958, S. 110 참조.

(36) *Münchener Kommentar zum BGB*, § 557 RdNr. 8 (Voelskow) 참조. BGH의 1975.7.2. 判決(BGHZ 65, 56; NJW 1975, S. 1773)은, 채권적 유치권을 가지는 賃借인이 目的物을 단지 留置하는 데 그친다면, 그는 第557條에 기한 債務를 負擔하지 않으나(賃貸人은 자신의 義務를 이행함으로써 언제든지 그 留置權을 소멸시키고, 따라서 第557條에 기한 權利를 주장할 수 있으므로 위와 같이 해석하여도 不均衡은 없다고 한다), 그 賃借인이 종전과 같이 계속 사용하는 경우에는, 그는 그 유치권의 범위를 逸脫하였을 뿐 아니라, 第557條가 그것을 보상하는 것을 目的으로 하는 바의 사용이익을 얻었으므로 同條에 의한 義務를 부담하게 하는 것이 “當事者들의 利益에 대한 正當한 評價”가 되리라고 한다.

그 契約의 解釋에 의하여 정하여진다고 한다.⁽³⁷⁾ 그런데 특히 賃貸借과 같은 繼續的 契約關係를 해소시키는 合意에 있어서는 事物의 性質上 장애를 향하여 그 契約關係를 종료시키는 데에 통상의 當事者의 意思가 있다고 이해되고 있다.⁽³⁸⁾ 따라서 本事件에 있어서도 賃貸借 契約의 合意解止로 인하여 賃借人은 다른 特別한 事情이 없는 한 目的物을 반환하여야 할 契約上의 義務를 부담함은 분명하다.⁽³⁸⁻¹⁾ 그러나 原審은 原告와 被告 사이에 그 이상의 어떠한 合意가 있었는지에 대하여는 沈默하고 있다. 合意解止 이전에 賃借人은 자신의 妻名義로 사업자등록이 되어 있는 茶房營業(本事件에 있어서 임대차계약의 目的은 茶房經營에 있는 것으로 추측된다)에 관하여 이미 관할 세무서장에 休業申告를 제출하였으므로, 當事者들이 그 후 賃貸借契約을 合意解止함에 있어서는 이 사정에 관한 言及이 있지 않았을까 하고 예상되기도 하나, 여하튼 原審判決에는 그 점에 대하여 아무런 說示가 없다.

(2) 本事件에 있어서는, 被告(賃借人)가 同時履行의 抗辯을 하였으나 이는 받아들여지지 아니하였다. 따라서 피고는 다른 사정이 없는 한 그가 취득한 利用可能性에 대한 代價, 즉 通常의 借賃을 임대인에게 지급하여야 할 것이다. 그리고 피고는 자신에게 책임이 없는 事由로 인하여 契約目的에 따른 利用可能性이 消滅 또는 減少된 경우에는 이를 주장 입증하여야 할 것이다.

피고가 주장하는 사유, 즉 원고의 관할 세무서장에의 茶房休業申告와 이에 뒤이은 피고의 營業中斷은 바로 이러한 사정을 밝히어 다툰 것이라고 보지 않을 수 없다. 이 주장은 訴訟法上으로는 원고가 주장하는 權利發生事實에 대한 否認, 즉 不當利得返還請求權의 發生要件으로서의 '利益'의 不存在主張이나, 이미 利益의 發生事實에 대하여는, 위에서 설명한 바에 따라 一應의 推定이 생겼다고 할 것이므로, 이를 뒤엎기 위하여는 間接反證⁽³⁹⁾이 필요한 것이다.

따라서 法院은 이러한 主張에 대하여 심리 판단하였어야 했다. 그러한 주장에 대하여 原審이 단지 "동시이행항변권에 터잡아 목적물을 점유하는 임차인이라도 그가 얻은 차임 상당 이익이 법률상 원인 없는 것임에도 변함이 없는 법리"라고 하여 이를 배척한 것은, 피고의 主張의 法律的 意味를 오해한 것이라고 하지 않을 수 없다.

(3) 대법원은 이러한 원심의 誤解와 이에서 비롯된 判斷의 遺脫을 정확하게 지적하고 있다. 그러나 위에서 이미 본 대로 一般的인 命題로 說示된 法律論, 즉 "法律上 原因 없이 物件을 점유하고 있다고 하여도 이를 사용·수익하지 못하였다면 不當利得의 成立要件으로서의 '利益'이 있다고 할 수 없다"는 견해에 대하여는 찬성할 수 없다. 이 견해는 賃貸借關

(37) 大法院 1960. 10. 6. 판결 4293 民上 275 사건(대법원판결집 제 8권 민사편 153면) 참조.

(38) Larenz, *Schuldrecht* I, 13. Aufl., 1982, S. 251 참조.

(38-1) 債務不履行으로 인한 損害賠償請求權과 不當利得返還請求權과의 관계는 독자적인 問題領域을 이루는 바, 여기서는 다루지 않기로 한다.

(39) 이에 관하여는 우선 李時潤, 民事訴訟法, 1982, 586면 참조.

係 종료 후 目的物返還義務를 부담하는 賃借인이 유치권 또는 동시이행의 항변권 등의 引渡拒絕權能을 가지는 경우에 대해서만 타당하며, 賃借인이 그러한 權能을 가지지 않을 때에는 전혀 별도의 評價作業이 필요하다고 생각한다.⁽⁴⁰⁾

VI. 結 論

本判決을 이와 같이 그 法律論의 系譜라는 面과, 또 事實關係에 대한 不當利得法的 評價라는 面에서 살펴 보면, 다음의 몇 가지 點에 주목하게 된다.

첫째, 大法院判決이 先行하는 判決을 보는 視角에 관하여서이다. 判決은 그것이 事實審의 것이든, 法律審의 것이든 審判의 對象이 되는 事件을 당사자의 주장 범위 내에서 타당하게 해결하는 것을 一次的인 任務로 하는 것이고, 거기에 나타나는 法律論은 當該 事件의 解決을 염두에 두고 이루어지는 것이다. 그러므로 後의 判決이 앞의 판결의 法律論을 이어 받고, 이를 當該 事件의 해결의 틀로 삼으려면 우선 앞의 판결에서 그 法律論을 가지고 구체적으로 어떠한 事實關係 아래서의 어떠한 爭點에 해결을 부여하려 하였는지를 충분히 吟味하지 않으면 안 될 것이다. 本判決에서 [2], [3] 판결을 인용하면서 [3] 판결의 法律論을 옮겨 적을 적에 이러한 吟味가 있었는지 의심스럽다. 判決 중의 法律論만을 따로 떼어 이에 獨自의인 規範力을 부여하는 것은, 法院의 判決에 法律的 效力을 인정하는 결과가 되어 “法律에 의한 裁判”이라는 憲法的 要請(憲法 第26條 第1項, 第104條)에 반할 뿐 아니라, 그 判決에 나타난 利益衡量要素와의 연관을 단절하게 하고, 따라서 뒤에 판단하는 事件에서 정작으로 고려되어야 할 그 要素를 간과하게 될 우려를 조장하는 것이다.

둘째, 不當利得의 成立要件을 ‘利益’, ‘損失’, ‘利益과 損失 간의 因果關係’ 및 ‘法律上 原因의 欠缺’로 나누고, 그 각각에 대하여 일률적인 說明을 가하는 것이 지금까지 일반적으로 행하여져 오던 바이었다. 물론 그러한 說明方式의 배후에는 不當利得制度에 대한 일정한 統一의 理解가 전제되어 있다. 그러한 理解는 우리 民法이 不當利得에 관하여 單一한 一般條項(第741條)을 두고 있는 것, 그리고 부당이득의 本質에 대한 公平說의 把握, 즉 “形式的・一般的으로는 정당시되는 財産價値의 移動이 實質的・相對的으로는 정당시되지 않는 경우에 公平의 理念에 따라서 그 矛盾을 당사자 간의 實質的・相對的 關係에 있어서 矯正하는 制度”라는 觀點⁽⁴¹⁾에 의하여 뒷받침되는 것이다. 그러나 이러한 統一의인 說明은 부

(40) 비록 規定의 次元을 달리하고 있기는 하나, 第201條 第2項이 惡意의 占有者는 回復者에 대하여 ‘過失로 인하여 收取하지 못한 果實’(使用利益은 同條의 적용에 있어서도 果實에 준하는 것으로 이해되고 있다)의 代價를 보상하도록 규정하고 있는 점도 고려하여야 하리라고 생각한다.

(41) 郭潤直(註 11), 557면; 金曾漢, 不當利得에 있어서의 法律上 原因, 黃山德博士華甲記念論文集, 1979, 445면 이하 참조. 이러한 Formel은 我妻 榮이 그의 事務管理・不當利得・不法行爲, 新法學全集 第10卷, 1937, 29面에서 처음 제시한 것이다. 이는 公平理念에 不當利得制度의 基礎를 찾는 立場(통상의 公平說)과, 독일에서 物權行爲의 無因性을 전제로 債權契約의 無效・取消의 事例를 염두에 두고 주장된 ‘形式法’(formelles Recht)와 ‘社會的 正義의 意味에서의 實質法’(materielles Recht im Sinne der sozialen Gerechtigkeit)간의 調整(Gierke, *Deutsches Privat-*

당이득법적인 문제에 대한 實質的인 判斷基準을 제공하여 주지 않는, 無內容한 것이기가 쉽고, 나아가서 일정한 法的 原理(“누구도 타인의 損失로 부당하게 利得하여서는 안 된다”)⁽⁴²⁾의 무제한한 적용을 허용하게 될 우려가 있다. 그렇다면 von Caemmerer의 말대로 부당이득법에 ‘限界와 具體的 形態(Grenz und Form)’을 부여하기 위하여는 부당이득이 문제하는 各事案을 유형별로 파악하여 그 內的인 性質의 特殊性에 따른 法適用을 시도하지 않으면 안 된다.⁽⁴³⁾ 給付의 반환에 관한 給付利得返還請求權이 그 類型의 하나로서 제시되어야 함은 의문의 여지가 없다.

本事件에 있어서와 같이 繼續的 契約關係가 종료된 후 當事者 사이의 利害關係를 조정하는 場에서 기능하는 不當利得制度는 특히 그 契約存續時에 당사자 사이에 존재하던 法律關係에 의하여 그 내용이 영향을 받아야 한다.⁽⁴⁴⁾ 가령 利用可能性의 구체적 실현에 관한 危險分配는 계약이 종료하였다고 이를 달리할 아무런 이유가 없는 것이다. 本事件은 그러한 의미에서 위와 같은 類型論의 必要를 일깨워 준다고 하겠다.

recht, 3. Bd., 1917, S. 995 참조)이라는 二元論的 發想을 결합시킴으로써 생긴 것이다. 이에 관하여는 加藤雅信, 類型化による一般不當利得の再構成(3), 法學協會雜誌 91卷 1號 91面 以下 참조.

(42) Pomponius D. 12. 6. 14.

(43) von Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, *Festschrift für Ernst Rabel*, Bd. 1, 1954, S. 337 참조. 이에 관하여는 別稿를 준비하고 있다.

(44) 我妻(註 41), 37面の 표현을 보면, “貸借關係와 같이 繼續的인 契約關係에 있어서는 法律的으로 그 관계가 종료한 순간부터 兩當事者를 전혀 모르는 사람으로 취급하는 것은 不當”하다.