

賃借保證金返還債權의 讓渡와 賃貸借契約의 默示的 更新

梁 彰 洙*

—大法院 1989년 4월 25일 판결 88다카 4253등 사건**

〔事實關係 및 訴訟의 經過〕

1. 事實關係는 복잡하나, 이를 이 사건 대법원판결에 대한 연구와 관련된다고 생각되는 범위에서 單純化하면 다음과 같다.

被告 甲은 1984년 9월 10일 被告 乙로부터 乙 소유의 建物を 보증금 1천 5백만원, 借賃 월 15만원, 기간 1년으로 각 정하여 賃借하였다. 甲은 위 보증금을 乙에게 지급한 다음 위 건물을 인도받아 거기서 사진관을 경영하였다. 甲은 1985년 2월 16일부터 原告와 위 사진관을 동업으로 경영하다가, 같은 해 4월 중순경 甲이 위 동업관계에서 탈퇴하고 原告가 이를 단독경영하기로 약정하였다. 그 약정에 있어서 甲은 原告에게 위 임차보증금의 반환채권을 讓渡하여, 그에 관한 양도증서 및 임대인 乙에 대한 債權讓渡通知書를 작성하여 原告에게 교부하였고(그 당시에 讓渡通知가 실제로 이루어진 것은 아니다), 原告는 이에 해당하는 금액을 수 개월에 걸쳐 甲에게 상환하기로 하였다. 그 후 같은 해 8월 29일에 이르러 原告는 다시 위 사진관 영업을 甲에게 양도하는 계약을 체결하고, 그 대금은 그 간의 여러 가지 사정을 고려하여 2천만원으로 정하되 그 중 1천만원은 같은 해 12월 31일까지, 나머지 1천만원은 1986년 6월 30일까지 지급하기로 하며, 위 賃借保證金返還債權은 위 2천만원의 약정금채권의 담보를 위하여 여전히 原告가 보유하고 있는 것으로 합의하였다. 이에 따라 甲은 사진관영업을 단독으로 계속 운영하면서, 乙과의 임대차계약을 “묵시적으로 갱신”하여 현재에 이르렀다. 그런데 원고는 갑이 위 約定金을 지급하지 아니하자, 1986년 1월 11일 위에서 본 바와 같이 甲으로부터 교부받았던 債權讓渡通知書를 乙에게 발송하였고, 이 통지서는 그때쯤 乙에게 도달하였다.

2. 이 사건 소송에서 原告는 (i) 위 임차보증금반환채권(이하 “이 사건 채권”이라고 한다)의 채권자로서 그 채무자인 임대인 乙을 대위하여 被告 甲에 대하여 위 건물을 乙에게 인도할 것을 청구하고, (ii) 被告 乙에 대하여는 “무조건적으로 또는 임차인인 갑으로부터 그

* 서울대학교 法科大學 助教授

** 법원공보 850호 809면; 법률신문 1843호 7면.

임대건물을 명도받음과 동시에” 위 임차보증금을 자신에게 지급할 것을 청구하였다. 그에 있어서 原告는 피고들 사이의 貨貸借關係가 다음과 같은 이유로 終了하였다고 주장하였다. “피고들 간의 위 임대차관계는 그 약정기간이 경과한 후에도 묵시적으로 갱신됨으로써 기간이 정해지지 아니한 임대차관계가 되었는데 원고는 위 양도 받은 임차보증금 반환채권의 보전을 위해 임차인인 피고 갑에 대한 채권자의 지위에서 같은 피고를 대위하여 이 사건 소장부분 또는 1986. 11. 21자 준비서면 부분 송달로써 피고 을에 대하여 피고들간의 임대차계약을 해지통고하였으므로 그로부터 1개월이 경과함으로써 위 임대차관계가 종료되었다”는 것이다(原審判決에서 引用하였다. 머리점은 引用者가 적었다. 이하 같다).

3. 原審法院(서울고등법원 1987년 12월 23일 판결 87나 2300등 사건)은 第1審法院(인천지방법원 1987년 4월 17일 판결 86가합 335등 사건)과 마찬가지로 원고의 청구를 모두 棄却하였다.

原審法院은 우선, 이 사건 채권이 被告 甲으로부터 原告에게 유효하게 양도되고 또 그 대항요건을 갖추었음을 인정하고, 따라서 임대인인 被告 乙은 “별다른 사정이 없는 한 위 임대차관계가 종료되면” 위 임차보증금을 原告에게 지급하여야 할 의무가 있다고 전제하였다. 그러나 위 貨貸借關係가 원고의 주장대로 적법하게 解止되어 종료되었는가에 대하여 다음과 같이 판단하여 이를 否認하였다. 첫째, 原告는 이 사건 채권을 보전하기 위하여 被告 甲을 대위하여 위 임대차계약을 해지하였다고 주장하나, 甲은 이 사건 채권의 채무자가 아니므로(임대인인 피고 을이 그 채무자이다), 위 해지는 적법하지 아니하다. 둘째 原告의 위 주장의 취지를 위 約定金債權(이 사건 임차보증금채권이 아닌)을 보전하기 위하여 그 채무자인 갑을 대위하여 해지한 것이라고 이해하더라도, 원고는 채권자대위권에 기하여 피고들간의 위 임대차계약을 해지할 수는 없다. 그 이유는 우선, 위 임대차계약 해지는 책임재산 보전이라는 채권자대위권의 목적범위를 벗어난 것이어서 허용되지 않는다는 것, 나아가 그 피보전채권의 채무자인 被告 甲이 無資力이라는 사실을 인정할 자료가 없다는 것이다. 前者의 이유를 뒷받침하기 위하여 原審은 (i) 原告는 이 사건 소송에서 그 피보전채권인 甲에 대한 약정금채권을 행사하지 않고 있는 점, (ii) 甲은 종전과 같이 사진관 영업을 계속해 오면서 위 약정금채권의 책임재산이 되는 이 사건 채권의 가치를 감소시키는 행위(가령 借賃의 지급을 지체하는 등)를 하지 않았으므로 위 임대차관계를 종료시키는 것이 책임재산의 保全을 위하여 바람직하다고는 할 수 없다는 점, (iii) 原告의 채권자대위권 행사의 실질적인 목적은 甲에 대한 위 약정금채권의 보전에 있는 것이 아니라, 乙에 대한 이 사건 채권을 쉽사리 만족받기 위하여 乙이 이 사건 청구에 대하여 동시이행의 항변으로 제기하는 건물 인도라는 執行條件을 충족시킬 준비를 갖추어 있다는 점을 들고 있다.

이와 같이 원고의 위 임대차계약 解止는 적법하지 않으므로 그 契約은 여전히 有效하고, 따라서 그 계약관계가 終了되었음을 전제로 하는 原告의 被告들에 대한 請求는 모두 이유

없다고 결론맺었다.

4. 원고는 다음의 [上告理由]에서 보는 바와 같은 이유를 들어 피고들 모두에 대하여 上告하였고, 대법원은 다음의 [判決趣旨]에서 보는 바와 같은 이유로 被告 甲에 대한 청구에 관하여는 原審判決을 破棄하여 이 부분 사건을 원심법원에 還送하였고, 被告 乙에 대한 청구에 관하여는 原告의 上告를 棄却하였다.

[上告理由]

그 이유의 중요한 부분을 발췌하면 다음과 같다.

우선 全體的으로: “원고 주장의 요지는 피고 갑이 원고에게 약정된 위 금원을 지급할 기한이 지났는데도 이를 지급하지 아니하므로 위와 같이 담보조로 양도받은 이 사건 채권을 행사하여 임대인인 피고 을로부터 임대보증금의 지급을 받아 위 약정금 채무의 변제에 충당하고자 함에 있는 바…… 피고 갑이 이 사건 채권을 원고에게 양도해 놓고서도 종래의 임대차계약관계가 이미 기간만료되었음에도 불구하고 위 임대차관계를 종료시켜 원고로 하여금 이 사건 채권을 행사할 수 있도록 하는 조치를 고의적으로 취하지 않고 계속 이 사건 건물을 점유하여 위 임대차관계를 묵시적으로 갱신하고 있는 이 사건의 경우에는 채권자인 원고는 위 약정금채권 또는 이 사건 채권에 기하여 위 임대차관계를 종료시키고 임차인인 피고 갑으로 하여금 임대인에게 피고 을에게 위 건물을 인도하도록 하고 피고 을에게는 임대보증금의 반환을 구할 수가 있다고 보아야 한다.” (점선부분은 인용자가 생략한 것이다. 이하 같다)

原告가 이 사건 채권을 被保全債權으로 하여 피고 갑을 代位, 임대차계약을 解止한 것에 대하여: “피고 갑으로서의 당연히 위 임대차관계를 종료시켜 원고로 하여금 이 사건 채권을 행사할 수 있도록 하여야 할 협력의무 내지 부수적인 의무를 진다…… 그 부분에 관한 한 피고 갑은 이 사건 채권의 채무자적인 지위에 있다 할 것이어서 원고는 피고 갑을 대위하여 임대차계약을 해지할 수 있다.”

原審이 위 약정금채권의 보전을 위한 賃貸借契約 解止의 效力을 否認한 첫번째 理由[즉, 그 해지는 채권자대위권의 목적범위를 벗어난다는 이유]에 대하여: “약정금 채권의 담보조로 위 임대보증금을 양수한 원고로서는 피고들 사이에 위 임대차가 존속됨으로써 일어날 수도 있는 위와 같은 피고 갑의 임대차 관련 채무의 발생을 염려하지 않을 수 없고…… 단지 조건부로 존재하는 이 사건 채권이 임대차계약의 해지로 현실화되는 것은…… 피고 갑의 자력을 증가시키는 것이다.” “원고와 피고 갑 사이에서 약정금의 변제기한이 정해져 있고 그 약정금의 변제를 확보하기 위하여 이 사건 채권에 관하여 양도가 이루어진 경우라면 당사자의 의사는 약정금에 대한 변제가 도래하였을 당시를 기준으로 하여, 그 때에 임대차계약의 기간이 아직 만료되지 아니하였을 경우에는 그 기간 만료와 동시에, 그리고 묵시적으로 갱신되어 오고 있었거나 그밖에 기간의 정함이 없는 경우라면 원고가 대위권 행사에 의한 해지통고에 의하여 임대차관계는 종료되는 것이다. ……그렇게 해석하지 아니하면 변제기가 지나더라도 원고는 언제까지나 피고 갑의 처분만을 기다리고 있어야 한다는 결론이 피어서 담보제공하는 당사자의 합리적인 의사에 반하게 된다.”

被告 甲의 無資力에 관한 立證이 없다는 점에 관하여: “[원심은] 아무런 합리적인 이유 없이 원고의 피고 갑의 무자력 주장에 대한 유일한 증거방법을 믿지 않고 있다.” (굵음괄호 안은 인용자에 의하여 부기된 것이다. 이하 같다) “이 건 피보전채권인 약정금채권이 금전채권임은 명백하나 그 약정금채권의 담보조로 피고 갑으로부터 양수 받은 이 사건 채권을 원고가 피고 을에게 지급청구하는 데 필요하기 때문에 피고들 사이의 임대차계약관계를 대위행사하는 이 사건에 있어서 과연 피고 갑의 무자력입증을 보통의 금전채권을 보전하는 경우와 똑같은 정도로 요구할 필요가 있는지도 의문이다.”

[判決趣旨]

“1. 피고 갑에 대한 청구부분에 대하여

원심판결 이유에 의하면 원심은 원고가 피고 갑으로부터 피고 을에 대한 임차보증금반환 청구채권을 양수하고 피고 을에 대한 양도통지절차도 적법하게 이전되었다고 인정하면서도 원고의 임대차계약 대위 해지는 효력이 없다고 판시하여 원고의 동 피고에 대한 건물명도 청구는 이유 없다고 판시하고 있다.

그러나 원심판시에 의하면 피고 을과 피고 갑 사이의 임대차계약은 1984년 9월 10일에 체결되고 기간은 1년으로 약정하였으나 소위 묵시의 갱신에 의하여 임대차가 계속 중이라는 것인 바, 그렇다면 원고가 그 보증금반환청구채권을 양수하고 피고 을에게 그 통지를 한 1986년 1월 11일 현재로서 보면 1985년 9월 10일 묵시의 갱신에 의하여 1986년 9월 9일 까지 임대차의 기간이 남아 있었다고 할 것이고 원고에 대한 관계에서는 그 임대차계약은 1986년 9월 9일이 경과됨으로써 종료되는 것이고 그 무렵이나 그 후에 피고 을과 피고 갑 사이에 계약의 갱신이나 계약기간 연장에 관하여 명시적 또는 묵시적 합의가 있었다고 하여도 그 합의의 효과는 계약보증금반환청구채권의 양수인인 원고에게 대하여는 미칠 수 없는 것이라 할 것이다.

그렇다면 피고 을로서는 피고 갑에 대하여 건물의 명도를 청구하고 그것을 명도반음과 상환으로 그에게 반환하여야 할 임차보증금을 양수인인 원고에게 지급할 의무가 있다 할 것이고 피고 을이 피고 갑에 대하여 명도청구를 해태하고 있다면 채권자인 원고로서는 채무자 을을 대위하여 피고에게 그 건물을 임대인에게 명도할 것을 청구할 수 있다고 할 것이다.

그리고 채권자가 자기채권을 보전하기 위하여 채무자의 권리를 행사하려면 채무자의 무자력을 요건으로 하는 것이 통상이지만 이 사건의 경우와 같이 채권자가 양수한 임차보증금의 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가옥명도가 선이행되어야 할 필요가 있어서 그 명도를 구하는 경우에는 그 채권의 보전과 채무자인 임대인의 자력 유무는 관계가 없는 일이므로 무자력을 요건으로 한다고 할 수 없다.

그런데 원심이 이 사건 피고들 사이의 임대차계약이 아직 임대기간이 남아 있는 것으로 오해하고 위와 같이 판시한 것은 임대차보증금반환채권이 다른 사람에게 양도된 경우 임대인과 임차인과의 사이에 임대차계약을 갱신한 효력이 당연히 양수채권자에게 미친다고 오해하고 또 채권자대위권의 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수밖에 없고 이 점을 지적하는 상고논지는 이유 있다.

그러므로 원심판결 중 원고의 피고 갑에 대한 청구를 기각하여야 한다고 판시하고 원고의 항소를 기각한 부분은 파기할 수밖에 없다.

2. 피고 올에 대한 청구부분에 대하여

피고 올과 피고 갑 사이의 임대차계약이 원고에 대한 관계에서는 1986년 9월 9일이 경과함으로써 종료되는 것이라 함은 앞에서 본 바와 같으나 피고 올에서는 피고 갑이 그 건물을 반환하고 차임을 완급하는 등 임차인의 의무를 완전히 이행하는 것과 상환으로 임차보증금을 반환하겠다고 항변할 수 있는 것이므로 원고가 이 사건 소송 제기시에 그 반환청구채권을 즉시 행사할 수 있는 것을 전제로 피고 올에게 보증금의 반환을 청구하는 것은 부당하다. 원심의 이유 설시는 이와 다르지만 피고 올에 대한 원고 청구를 기각하여야 한다는 결론은 정당한 것이므로 이 부분에 대한 원고의 상고는 이유 없는 것이다.”

〔 研 究 〕

1. 序

(1) 賃借保證金返還債權을 양수한 자가 그 채무자인 임대인을 상대로 하여 그 보증금의 반환을 청구하는 사건은 實務에서 종종 발견된다. 그 경우에 우선 문제되는 것은 그 賃貸借關係가 終了되었는가 하는 것이다. 보증금반환채권이 언제부터 발생하는가에 대하여서는 주지하는 대로 임대차관계가 종료하면 발생한다고 하는 終了時說과 그뿐 아니라 임대차 목적물이 임대인에게 반환되어야 비로소 발생한다고 하는 返還時說의 대립이 있다.⁽¹⁾ 그러나 이 중의 어떠한 입장에 의하더라도 임대차관계가 종료되지 아니한 상태에서는 보증금의 반환을 청구할 수 없다는 점에는 일치하고 있다.

이 사건에서 原告는 保證金返還債權의 讓受人으로서 임대인인 被告 乙을 상대로 그 보증금의 반환을 청구하고 있다. 또 그 채권에 기하여 被告 乙을 대위하여 被告 甲에 대하여 이 사건 임대차목적물을 乙에게 인도할 것을 청구하고 있다. 이 사건 채권뿐만 아니라 원고가 주장하는 이와 같은 被告 甲의 引渡義務도 피고들 사이의 賃貸借關係가 종료하여야 비로소 발생하는 것이고, 그 전에는 발생할 여지가 없다. 그러므로 이 사건에서 원고의 피

(1) 이에 관하여는 우선, 郭潤直, 再全訂版 債權各論, 1984, 355면 이하 참조. 大法院은 절충적인 입장, 즉 보증금반환채권은 임대차관계의 종료시에 발생하나 그 종료 후이라도 아직 목적물이 반환되기 전까지의 기간에 관하여 발생한 임차인의 채무는 그 보증금으로부터 당연히 공제된다는 입장에서 있는 것으로 생각된다. 大判(全員合議體) 77.9.28-77다 1241등(집 25-3.121)은 “임대차기간이 만료된 경우에 임차인이 임대차목적물을 명도할 의무와 임대인이 보증금 증연채차임 등 당해 임대차에 관하여 명도 시까지 생긴 모든 채무를 청산한 나머지를 반환할 의무는 모두 이행기에 도달하고 이들 의무 상호 간에는 동시이행의 관계가 있다고 보는 것이 상당하다.”고 판시하였던 것이다. 종래 終了時說에 대하여 비판되던 점, 즉 종료 후 반환시까지의 채무가 담보되지 않는 결과 返還時說에 대하여 비판되던 점, 즉 목적물이 먼저 반환되어야 한다면 보증금의 반환이 확보되기 어렵다는 점의 양자를 모두 고려하는 견해로서 타당하다고 생각된다. 일본에서는 위와 같은 견해가 유력하다. 星野英一, 債地借家法, 1969, 265면; 廣中俊雄, 敷金の效力, 判例評論 39호(1962), 11면[같은 취지의 東京地判 1961.3.31에 대한 찬성평석] 참조.

고들에 대한 청구가 인용되기 위하여는 어쨌거나 피고들 사이의 貨貸借關係가 종료되었음이 인정되지 않으면 안 된다.

이 점에 대하여 原審法院이나 原告는 다음과 같은 관점에서 이에 접근하고 있다. 즉, 피고들 사이의 임대차계약은 원래 期間의 約定이 있는 것이었으나 “목시적으로 갱신됨으로써 기간이 정해지지 아니한 임대차관계가 되어” 존속하고 있으므로, 貨貸借目的物이 全部 滅失되는 등의 특별한 사정이 없는 한, 민법 제635조에 의하여 그 當事者의 一方이 契約을 解止(민법 제639조 제1항 단서 참조)하지 않으면 위 임대차관계는 종료시킬 방도가 없다는 것이다. 따라서 이 사건 임대차계약의 당사자가 아닌 原告로서는 그 당사자 일방을 代位하여 해지의 의사표시를 할 수밖에 없다. 여기까지는 原審法院이나 原告의 입장에 서로 다른 점이 없다. 그러나 나아가 原告가 이 사건 채권을 피보전채권으로 하면서 그 채무자가 아닌 피고 갑을 대위하여 해지의 의사표시를 할 수 있는가 하는 被保全債權 또는 被代位者의 선택 문제, 또 애초 이 사건과 같은 경우 원고가 임차보증금반환채권 또는 위 약정금채권을 보전하기 위하여 債權者代位權을 취득하는가 하는 문제에 관하여, 原審法院은 원고의 주장을 배척함으로써, 原告가 被告 甲을 대위하여 한 解止의 意思表示는 효력이 없다고 판단한 것이다.

그러나 이 사건 대법원판결(이하 對象判決이라고 부르기로 한다)은 피고들 사이의 임대차관계가 과연 종료되었는가 하는 문제를 전혀 다른 각도에서 판단하고 있다. 즉 對象判決은 피고들 사이의 “목시적 갱신”이 債權讓受人, 즉 原告에 대하여 효력이 있느냐를 음미하고, 이를 부인함으로써 피고들 사이의 임대차관계는 적어도 원고에 대한 관계에서는 종료되었다고 하는 것이다. 따라서 對象判決은 原告가 被告 甲을 대위하여 위 임대차계약을 해지할 수 있느냐를 판단하는 데까지 나아가갈 필요 없이 위 貨貸借關係의 終了를 인정하고 있다. 이러한 판단은 적어도 피고들에게는 전혀 뜻밖일 것이다. 당사자들이 제기한 바 없고 따라서 反對當事者로서는 그에 관한 방어를 할 기회가 없었던 법률적 주장을 법원이 스스로 택할 수 있는가 하는 문제는 주로 訴訟法과 관련되는 것으로서, 筆者로서는 그것을 논할 능력이 없으므로 여기서는 다루지 않기로 한다.

對象判決은 위와 같이 결국 원고에 대하여는 피고들 사이의 貨貸借關係가 解止의 意思表示를 기다리지 않고도 종료하였다고 판단하였다. 그 전제로 대상판결은 1985년 9월 9일에 기간이 만료되는 임대차계약이 목시적으로 갱신된 경우에는 그 새로운 貨貸借關係도 前貨貸借契約上の 약정기간인 1년으로 기간이 만료되어 종료된다는 입장을 취하고 있다. 그렇기 때문에 1986년 9월 9일로서 이 갱신된 임대차관계가 종료된다고 하는 것이다. 그러나 이러한 판단은 우선 從前의 判例의 태도와는 상충되는 것이고, 나아가 우리 民法의 解釋으로서 찬성할 수 없다고 생각된다. 이 점에 대하여는 아래의 II.에서 보기로 한다.

(2) 對象判決은 임대차계약이 존속하는 중에 임차보증금반환채권이 제3자에게 양도된

경우에는 그 후에 그 賃貸借契約이 更新되더라도 그 효과는 그 債權讓受人에게 대하여는 미칠 수 없는 것이라고 한다. 이러한 抽象的인 法律論이 이 사건 해결의 결론과 관련을 가지는 것은 위 (1)의 말미에서 본 바와 같이 원고가 이 사건 채권을 양수하고 그 대항요건을 갖춘 후에 재차의 갹신이 있다는 것을 前提로 하여서이다. 그리고 만일 이와 같은 전제를 부인하여 이 사건에서 이 사건 채권 양도의 대항요건이 갖추어진 후에 재차의 갹신이 있는 것이 아니고, 그 이전에 이루어진 갹신에 의한 임대차관계가 지속되고 있었을 뿐이라는 태도를 취한다면, 채권양도 후의 임대차계약 갹신의 효력에 관한 위 法律論은 이 사건의 해결과는 아무런 관련이 없는 傍論에 불과한 것이 된다.

그러나 설사 위 法律論이 傍論 이상의 것이 아니라 하더라도, 보증금반환채권 양도 후의 임대차계약 갹신의 효과라는 실제상 중요한 문제에 대하여는 지금까지 본격적으로 논하여진 바가 없으므로 대상판결을 계기로 이를 생각하여 보기로 한다(그 한도에서 이 글은 判例研究의 범위를 벗어난 것이다). 나아가 對象判決의 文言은 특히 이 사건의 事實關係에 비추어 볼 때 그 의미가 반드시 분명한 것은 아니다.

이상의 점에 대하여는 Ⅲ., Ⅳ.에서 살펴보기로 한다.

(3) 이 사건에서 原告는 이 사건 채권에 기하여 賃貸人인 乙을 대위하여 賃借人인 甲을 상대로 그 임대차목적물을 乙에게 인도할 것을 청구하고 있다.⁽²⁾ 이 사건 채권은 金錢債權이므로 종래의 通說이나 적어도 判例의 抽象的 法律論에 의하면, 그에 기하여 채권자대위권이 발생하기 위하여는 채무자, 즉 乙이 無資力이어야 하고, 이 점은 채권자, 즉 원고가 이를 입증하여야 한다. 그러나 對象判決은 획기적으로 “이 사건의 경우와 같이 채권자가 양수한 임대보증금의 이행을 청구하기 위하여 임차인의 가옥명도가 선이행되어야 할 필요가 있어서 그 명도를 구하는 경우에는 이 사건 채권의 보전과 채무자인 임대인의 자력 유무는 관계 없는 일이므로 무자력을 요건으로 한다고 할 수 없다”고 판시하였다.

大法院이 이러한 태도를 명시적으로 밝힌 데 대하여는 아무리 그 의의를 강조하여도 지나치지 않을 것이다. 그러나 금전채권에 기한 채권자대위권 발생의 요건으로서의 無資力要件을 논하기 전에 이 사건에 있어서 과연 피보전채권인 이 사건 보증금반환채권의 “期限이 到來”한 것인지(민법 제404조 제 2항 참조)에 대하여 음미를 요한다. 즉, 原審判決과 같이 이 사건 임대차관계가 종료되지 아니하였다고 하는 태도를 취한다면, 원고의 이 사건 인도청

(2) 가령 金鍾大, 賃借保證金の 法的 性質과 그 轉付에 따른 實務上 諸問題, 司法論集 제18집, 1987, 141면은 일반적으로 賃借保證金返還債權을 轉付받은 자가 전부금청구소송을 제기하여, 임대인에 대하여 임차인으로부터 건물용 인도받음과 상환으로 원고에게 전부금을 지급할 것을 명하는 一部勝訴判決을 받은 경우, 賃貸人이 그 판결을 받고도 賃借人에 대하여 건물인도를 訴求하지 아니할 때에는 轉付債權者가 피전부채권의 보전을 위하여 임대인의 無資力 여부를 불문하고 賃貸人을 대위하여 賃借人에 대한 건물인도청구권을 행사할 수 있다고 하고(釜山地判 84.5.16 (下集 84-2.270)이 그러한 취지의 판례로서 인용되고 있다), 위와 같은 建物引渡請求의 소송은 위의 轉付金請求의 소송과 아울러 제기하여도 무방하리라고 한다.

구는 아직 “期限이 到來”하지 않은 이 사건 채권에 기하여 법원의 허가를 받지 않고 대위권을 행사한 것으로서, 대위권 발생의 요건을 갖추지 못하였으므로 허용되지 아니할 것이다.

어쨌거나 위와 같은 무자력요건의 문제 등은 위 (1), (2)에서 본 문제들과는 별개로 다루어질 수 있는 것으로서 본고에서는 같이 살피지 아니하기로 한다.

II. 默示의으로 更新된 賃貸借契約의 存續期間

(1) 이 문제를 실질적으로 다루기 전에, 이에 관한 對象判決의 판시가 이 사건의 사실관계에 상응하는 것인지 약간 검토하여 볼 여지가 있다.

原審判決이 인정하는 바에 의하면 임차인인 被告 甲과 임대인인 被告 乙 사이의 賃貸借契約은 그 애초의 계약기간이 종료함에 있어서 “묵시적으로 갱신”되었다고 한다. 그 의미는 위 계약당사자들이 계약을 갱신하거나 계약기간을 연장하기로 별도의 합의를 묵시적으로 하였다는 것이 아니다. 原審判決을 읽어 보면(또한 위 [事實關係] 2. 原告의 主張을 참고하라), 그것은 의심할 여지 없이, 단지 애초 약정한 1년의 임대차기간이 종료한 후에도 賃借人인 被告 甲이 賃借建物을 계속 사용하였고 이에 대하여 賃貸人인 被告 乙이 상당한 기간 내에 異議를 하지 아니하였으므로 法律의 規定(민법 제639조 제 1항 본문: “賃貸借期間이 滿了한 후 賃借人이 賃借物의 使用, 收益을 繼續하는 경우에 賃貸人이 相當한 期間 내에 異議를 하지 아니한 때에는 前賃貸借와 同一한 條件으로 다시 賃貸借한 것으로 본다.”)에 의하여 “다시 임대차한 것으로 본다”는 의미이다. 이와 같은 法定更新을 “묵시적 갱신”이라고도 표현하는 예는 교과서 등의 법률문헌에서 흔히 보는 바이고,⁽³⁾ 대법원판결도 이러한 표현을 써 왔다.⁽⁴⁾ 그러나 이 경우의 更新은 당사자 사이의 의사나 그 합의——그것이 명시적이든 묵시적이든——와는 상관이 없는 것으로서, 단지 객관적인 두 가지 사정, 즉 賃借人에 의한 目的物의 繼續的 使用과 賃貸人의 상당한 기간 내의 異議의 不存在라는 사정이 있으면 당연히 인정되는 것이다. 이 점은 우리 민법 제639조 제 1항 본문이 依用民法 제619조의 推定主義를 버리고 “다시 임대차한 것으로 본다”고 하여 看做主義를 취하는 것으로부터도 알 수 있다.⁽⁵⁾

이와 관련하여서는 우리 민법 제639조 제 1항의 선구를 이루는 獨逸民法 제568조 제 1문 (“임대차기간의 만료 후에도 임차인이 목적물의 사용을 계속한 때에는 임대차관계는 기간의 終함이 없이 갱신된 것으로 본다. 다만 임대인이나 임차인이 2주일의 기간 내에 그에 반대하는 의사를 표시한 때에는 그러하지 아니하다.”)의 立法過程을 살펴 보아도 이 점은 분명하다. 獨逸民法上的 위 규정은 동 민법 제 1초안 제524조에 名目上的 修正을 가한 것

(3) 예를 들면, 郭潤直(註 1), 314면 등.

(4) 大判 67.1.24—66다 2202 (집 15—1.34) 등.

(5) 또한 廣瀨武文, 賃貸借의 默示의 更新에 就いて, 借地借家法の 諸問題, 1959, 219면 이하도 참조.

인데, 제 1 초안에 대한 理由書는 그 立法理由를 다음과 같이 밝히고 있다.⁽⁶⁾

“賃借인이 임대차기간의 만료 후에도 賃貸人의 熟知 아래 임차목적물을 계속 사용하는 일은 드물지 않게 일어난다. 그 경우에는 從前의 契約內容과 같은 條件으로 賃貸借關係를 更新(Verlängerung)하는 默示의 合意가 이루어진 것으로 볼 것인가 하는 問題가 제기된다. 이에 관하여는 法律로 이 문제를 해결할 것이 아니라 그것을 法官에게 위임하여 그로 하여금 개별적인 경우의 여러 事情을 평가하도록 하여야 한다는 見解가 제기될 수 있다. 그러나 그것으로써는 實際上的의 必要를 전혀 충족할 수 없다. 왜냐하면 임차인측의 사용이 임대인의 숙지 아래 계속되어 갱신을 부정하는 것이 양당사자의 이익에 반하지만, 계약의 갱신에 관한 默示의인 合意를 도출할만한 사정이 존재하지 않는 경우가 극히 빈번하기 때문이다. 그러므로 兩當事者의 利益은 法律로 그러한 경우에는 默示的인 合意에 의하여 契約이 更新되는 것으로 看做된다(durch stillschweigende Übereinkunft als verlängert anzusehen sei) 정함을 요구하는 것이다.”

여기서 “묵시적 합의에 의하여 계약이 갱신되는 것으로 간주된다”고 함은 계약의 갱신이 묵시적 합의에 의하여 일어난다는 의미가 아니라——만일 그러한 意味라면 이미 계약 갱신에 관한 묵시적 합의가 인정된 셈이므로 간주를 운위할 필요가 없을 것이다——, ‘묵시적 합의에 의하여 갱신된 것’을 의제한다는 의미이다. 말하자면 위 규정은 일종의 擬制된 法律行爲(fingiertes Rechtsgeschäft)로서, 실제로 계약의 갱신에 관한 합의가 명시적이든 묵시적이든 존재하는 것이 아니라 일정한 事實에 法律의 힘으로 法律行爲(갱신에 관한 묵시적 합의)가 있는 것과 같은 효과를 부여하는 것 뿐이다(가령 민법 제15조 제1항 제2문·제2항·제3항의 추인 또는 취소, 同 제145조의 취소 등과 같이). 소위 “擬制된 法律行爲”에 관한 基礎的·古典的인 理解를 제공하는 사비니에 의하면, 擬制된 法律行爲의 경우에는 “意思가 實際의 事實로는 전혀 인정되지 않는 것이다.”⁽⁷⁾ 위에서 본 바와 같이 우리 學說이나 判例가 임대차계약의 “默示的 更新”을 운위할 때에도(독일민법에서도 동법 제568조의 표제를 “묵시적 갱신” stillschweigende Verlängerung이라고 달고 있다) 그것은 이러한 의미에서 “默示的 合意에 의한 更新”이 법률에 의하여 擬制되는 경우를 말하는 것임은 물론이다(다만 단지 “묵시적 갱신”이라고만 하면 갱신에 관하여 묵시적 합의가 실제로 존재하였던 경우와 혼동이 있을 수 있으므로, 용어로서는 역시 “法定更新”이라고 하는 것이 좋을 것이다).

그런데 對象判決은 “계약의 갱신이나 계약기간의 연장에 관한 명시적 또는 묵시적 합의가 있었다고 하여도 그 합의의 효과는 …”라고 하고 있으므로 그 판시는 오직 “合意”가 있는 경우만에 대한 것이고, 이 사건에 있어서와 같이 당사자 사이의 합의와는 관계가 없이 인정되는 法定更新의 경우를 판단하고 있는 것은 아니라고 이해할 수도 있다. 만일 그렇다면 對象判決의 판시는 이 사건의 事案과는 관계가 없는 사항에 대한 것이라고 하지 않을

(6) *Motive*, Bd. 2, S. 413f. = *Mugdan*, Bd. 2, S. 230f.

(7) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 3, 1840, S. 255. 또한 李好珽, 默示의 意思表示, 金會漢博士 華甲記念論文集, 1981, 65면 이하도 참조.

수 없다.

그러나 그 판시에서 말하는 “합의”는 민법 제639조 제 1 항 본문의 규정에 의하여 임대차 계약을 갱신하기로 합의한 것으로 의제된 경우 그 의제의 내용으로서의 “갱신합의”도 포함하는 것이라고 이해할 여지가 전혀 없는 것은 아니다. 따라서 위 判示를 가능하면 이 사건 사실관계에 상응하여 이해하여야 한다는 의미에서, 이하에서는 對象判決이 法定更新의 경우를 포함하여 위와 같은 판단을 하고 있음을 전제로 하여 論議를 진행하여 가기로 한다.

(2) 이 사건과의 관련에서 중요한 것은 對象判決은 그와 같이 法定更新된 賃貸借契約關係는 그 후에 애초에 약정한 기간이 경과함으로써 다시 그 期間의 滿了로 종료한다는 태도를 취하고 있는 점이다. 만일 그러한 태도를 취하지 아니하고 법정갱신된 임대차계약은 애초기간의 약정이 있었다라도 이와는 관계 없이 기간의 약정이 없는 임대차계약이 된다는 태도를 취하였다면, “그 임대차계약은 (애초 약정된 기간인 1년이 만료되는 1985년 9월 9일부터 다시 1년이 되는) 1986년 9월 9일 종료되는 것”이라고는 도저히 판시할 수 없었을 것이다.⁽⁸⁾

그러나 이러한 태도는 通說⁽⁹⁾에 반할 뿐만 아니라 종전의 大法院判例에도 반하는 것이다. 이미 大判 57.5.2—4289 민상 632(판례카드 5309, 5310)이 依用民法 제619조의 해석에 관하여 법정갱신 후의 임대차계약은 그 기간에 관하여는 종전 계약과 동일한 내용이 되지 아니하고 기간의 약정이 없는 것으로 된다고 판시한 바 있거니와, 우리 민법 제639조에 관하여서 大判 66.10.25—66다 1467(총람 4—1(A).674. (트 사실관계 불명)도 이 점을 분명하게 밝히고 있는 것이다.

그리고 民法의 制定過程을 살펴 보더라도 對象判決의 위와 같은 태도에는 찬성할 수 없다. 민법 제639조 제 1 항 단서(“그러나 當事者는 제635조의 규정에 의하여 解止의 通告를 할 수 있다.”)는 원래 民法案에는 그 규정이 없던 것인데, 소위 法司委修正案 제143항으로 제안되어 채택됨으로써 민법에 들어온 것이다. 그 修正案의 이유는 “默示의 更新이 된 때에도[때에는] 그 期間도 제 1 항에 의하여 前賃貸借와 同一하게 되는 것이나, 이 경우에는 現行法 제619조 제 1 항 단서와 같이 草案 제624조에 의하여 解止通告할 수 있게 함이 타당하기 때문”이라는 데 있다.⁽¹⁰⁾ 그 취지는 “묵시의 갱신”, 즉 法定更新이 이루어진 경우에

(8) 설사 법정갱신된 임대차관계가 그 후 애초 약정한 기간이 만료함으로써 다시 종료한다고 하더라도 이 사건에 있어서 대상판결이 말하는 것처럼 1986년 9월 9일에 종료한다고는 볼 수 없을 것이다. 왜냐하면 기간의 계산에 있어서는 초일을 산입하지 않으므로(민법 제 157조) 애초의 약정기간은 1985년 9월 10일 24시까지이고, 따라서 그 시점으로부터 다시 1년은 1986년 9월 10일 24시에 만료하기 때문이다. 이 점에 대하여는 李太載, 賃借保證金の 返還請求債權의 讓渡와 賃貸人·賃借人간의 契約更新 [對象判決에 대한 판례연구], 判例月報 225호(1989년 6월호) 45면이 지적하고 있다.

(9) 郭潤直(註 1), 315면; 金曉洙, 債權各論(上), 1986, 350면; 金曾漢·安二濬 편저, 新債權各論(上), 1961, 339면; 李銀榮, 債權各論, 1989, 317면.

(10) 民法案審議錄 上卷, 1957, 371면.

민법 제639조 제1항 본문과 같은 規定(“前賃借와 同一한 條件으로”)만을 두면 그 期間도 前賃借契約와 동일한 것으로 해석될 우려가 있기 때문에, 그렇지 않음을 명확히 하기 위하여 위 但書를 신설하자는 것이다. 또한 위에서 본 대로 독일민법 제568조 제1문도 법정갱신된 임대차계약은 “기한의 정함이 없는 것으로” 갱신된다고 명확하게 규정하고 있는데, 이에 관하여 立法理由書나 學說은 그와 같이 정함으로써 당사자로 하여금 언제든지 단기일 내에(민법 제635조 제2항 참조) 그 관계를 종료시킬 수 있는 길을 열어 두는 것이 “兩當事者의 意圖와 利害에 가장 잘 부합한다”고 강조하고 있다.⁽¹¹⁾

이와 같이 중전의 判例나 通說과 같이 법정갱신된 임대차계약의 期間은 前賃借에서 약정된 期間에 의하여 정하여지지 않고 그 約定이 없는 것이 된다는 立場을 취한다면(위의 [事實關係 및 訴訟의 經過] 2.에서 보듯이 원고 소송대리인도 이러한 견해를 취한다), 이 사건의 결론은 對象判決과는 전혀 다르게 된다.⁽¹²⁾ 즉, 被告 甲과 乙 사이의 賃借契約은 여전히 유효하게 존속한다는 결과가 되는 것이다. 被告 甲이 임차목적물인 建物에서 寫眞館營業을 평온하게 경영하여 왔다는 데서도 알 수 있듯이, 임대차계약의 당사자인 피고들은 위 賃借契約을 해지할 의사가 없다. 한편 原告는 被告 乙로부터 임차보증금을 반환받으려면 우선 피고들 사이의 賃借關係를 종료시키지 않으면 안 된다. 그런데 피고들은 이 관계를 종료시킬 의사가 없으므로 원고는 스스로 위 關係에 介入하지 않을 수 없고, 그러한 개입을 가능하게 하는 법적 장치는 債權者代位權밖에 없다. 원고는 피고 갑에 대하여는 위 約定金債權을, 피고 을에 대하여는 피고 갑으로부터 양수받은 이 사건 채권을 가진다. 그런데 먼저 후자에 관하여 보면, 이 사건 채권은 위에서 본 대로 아직 발생하지 아니하였으므로 債權者代位權이 애초부터 인정될 여지가 없든가, 아니면 적어도 아직 기한이 도래하지 않았으므로 그 권리에 기하여 債權者代位權을 행사하려면 法院의 許可를 얻지 않으면 안 된다(민법 제404조 제2항). 그러나 원고는 그러한 법원의 허가를 받았다는 주장을 한 일이 없으므로 後者의 債權은 채권자대위권을 발생시키는 被保全債權이 될 수 없다.

그러면 前者의 債權, 즉 위 약정금채권은 어떠한가? 原審法院은 위 약정금채권의 보전을 위하여 원고가 피고 갑을 대위하여 임대차계약을 해지할 수 있는가 하는 점에 논의의 초점을 맞추고, 결국 이를 否認하였다. 그 부인의 이유는 나름대로 근거가 있는 것이어서, 大法院이 이에 관하여 어떻게 판단하였을 것인가를 생각해 보는 것도 흥미를 끄는 일이다. 그러나 對象判決은 이러한 문제에 전혀 손대지 아니하고 上告理由에서조차 분명하게 주장되지 아니한 이유를 들고 나와 위에서 본 바와 같이 임차보증금반환채권을 양수한 원고에 대하여는 1986년 9월 9일 피고들 사이의 임대차관계가 종료되었다고 보아야 한다고 판단함

(11) *Motive*, Bd. I, S. 415=*Mugdan*, Bd. I, S. 231. 또한 *MünchKomm/Voelskow*, 2. Aufl., § 568 Rdnr. 2도 참조.

(12) 李太戴(註 8), 45면도 이 점에서 대상판결에 반대하고 있다.

으로써 원고가 한 貨貸借契約 解止의 有效 與否는 이 사건의 結論을 끌어내는 데는 의미가 없는 사항이 되어 버린 것이다.

Ⅲ. 賃借保證金返還債權의 讓渡와 貨貸借契約의 法定更新

(1) 앞에서 기회 있을 때마다 민법 제639조에 대응하는 依用民法 제619조에 언급한 바 있다. 그런데 貨貸借契約의 法定更新에 있어서 임대차보증금을 어떻게 취급할 것인가 하는 문제에 대하여는 위 依用民法의 규정에서 民法의 위 규정에 이르는 과정을 탐색하여 보는 것이 유력한 示唆을 준다.

依用民法 제619조는 그 제 1 항에서 임대차의 법정갱신의 요건과 효과에 관하여 정하고, 이어 제 2 항에서 “前貨貸借에 관하여 當事자가 擔保를 提供한 때는 그 擔保는 期間의 滿了로 인하여 消滅한다. 그러나 保證金은 그러하지 아니하다.”고 정하였다. 위 제 2 항 본문의 해석으로는 그것이 人的 擔保이든 物的 擔保이든, 또한 그 담보를 契約當事자가 제공한 것이든 제 3 자가 제공한 것이든 모두 소멸한다고 이해되고 있었다. 그 이유는 갱신 후의 임대차에 대하여까지 擔保의 效力이 미친다고 하면 애초의 약정 기간을 전제로 하여 행위한 保證人, 擔保權設定者에게 지나친 부담을 주는 것이 되고, 또 物上保證人, 後順位抵當權者, 抵當物의 第 3 取得者 등에 손해를 주어서는 안 된다는 것이다.⁽¹³⁾ 그러나 日本의 民事特別法인 借地法이나 借家法(모두 1921년 제정. 이 법률들은 우리나라에 의용되지 않았다)에서 정하는 法定更新(借地法 제 6 조, 借家法 제 2 조)의 경우(그 외에 가령 借地法 제 4 조는 更新請求權을 규정하고 있는데, 이 규정은 土地賃借人의 更新請求權을 정하고 있는 우리 민법 제643조에 대응한다)에 대하여는 擔保의 消滅에 관한 명문의 규정이 없었고, 이 점에 관하여는 주로 更新 前과 更新 後의 借地(또는 借家) 契約이 동일성을 유지하는가 하는 문제의 형태를 취하여(同一性이 있으면 擔保 存續, 없으면 擔保 消滅) 논하여졌다. 學說은 우선 당사자가 제공한 담보에 대하여는 대부분 그 담보의 존속을 인정하였으나, 나아가 제 3 자가 제공한 담보(保證, 物上保證 등)에 대하여는 긍정하는 입장, 부정하는 입장 절충적인 입장 등으로 나뉘어져 있었다.⁽¹⁴⁾

우리 민법을 제정하는 과정에서도 이러한 학설 상황은 미묘하게 영향을 미친 것으로 추측된다. 민법 제639조에 해당하는 民法案 제628조의 제 2 항은 “前項의 境遇에 前貨貸借에 대하여 제 3 자가 提供한 擔保는 期間의 滿了로 인하여 소멸한다”고 규정한다. 依用民法 제619조 제 2 항과 대비하여 보면 우선, 소멸하는 담보의 범위를 “제 3 자가 제공한 담보”에 한정하는 것이 눈에 띈다. 다음으로 依用民法의 同項 但書에서 “보증금은 그러하지 아니하

(13) 幾代通 編輯, 注釋民法(15), 1967, 243면[石外克喜 執筆] 참조.

(14) 이에 대하여는 가령 星野英一(註 1), 81면 이하, 502면; 注釋民法(15) (註 13), 338면, 317면 이하[鈴木祿彌 執筆] 참조.

다"라고 정하였던 것이 위 규정에서는 삭제되었는데, 이 점에 대하여는 민법 심의과정에서 "現行法 제 2 항 '단서' 數金의 규정은 제 3 자가 제공한 담보에 해당하지 않으므로 규정할 필요 없이 本條 제 1 항에 의하여 數金(保證金)은 그대로 존재한다"는 이해가 제시되고 있다.⁽¹⁵⁾ 말하자면 賃借契約이 法定更新된 경우에도 임대차보증금이 임차인에게 반환되어야 하는 것은 아니며, 여전히 임대인에게 속하여 그 갱신된 임대차관계에 있어서 임대인이 임차인에 대하여 취득하는 채권을 담보하는 기능을 수행하는 것이다.

(2) 그런데 賃借保證金返還債權이 賃借人으로부터 제 3 자에게 양도되어 제 3 자에게 속하게 된 경우에는 이를 "第 3 者が 提供한 擔保"라고 하여 "消滅"한다고(즉, 그 시점 이후로는 擔保로서의 意味를 더 이상 가지지 않게 되어, 그 시점까지에 발생한 임대인의 임대차 관련 채권만을 담보하고 나머지는 반환하여야 하는 관계가 발생한다는 의미로) 해석할 여지는 없는가?

大判 77.6.7—76다 951(集 25—2.86)은 이 점을 부인한다. 이 사건에서 賃借人은 애초 약정한 임대차기간이 진행 중에 임대보증금반환채권을 原告에게 양도하였고, 賃借人인 被告는 이를 승낙하였다. 그 후 임대차기간은 만료되었으나 임대차계약이 法定更新("묵시적 갱신")되었다. 채권양수인인 원고는 임대인인 피고를 상대로 임대보증금의 반환을 구하면서, 그 請求原因으로 "임차인이 담보로 피고에게 제공한 위 차임보증금 4백 5십만원은 임차인의 원고에 대한 양도로 인하여 원고의 소유가 되고, 이는 결국 제 3 자인 원고가 전 임대차에 대하여 제공한 담보로 제공하였으므로 위 임대차계약의 묵시적 갱신이 있음으로써 민법 제 639조 제 2 항에 의하여 소멸하였다고 할 것이니 피고는 위 보증금을 원고에게 반환하여야 한다"고 주장하였다. 原審判決(위 集 25—2.90 이하 所載)은 이 주장을 배척하고 원고의 청구를 기각하였다. 원고가 상고한 데 대하여, 대법원도 "소론의 민법 규정에서 말하는 담보라 함은 질권, 저당권 그밖의 보증 등을 가리켜 일컫는 것이라고 보아야 할 것이요, 논지가 지적하는 바와 같은 건물의 임대보증금까지도 그에 포함되는 개념이라고는 해석할 수 없다"라고 판시하여 원고의 상고를 기각하였다.

이 大法院判決은, 일반적으로 임대보증금반환채권이 민법 제 639조 제 2 항에서 정하는 "擔保"에 속하지 않는다고 하고, 따라서 賃借保證金返還債權이 양도되었다고 해서 그것이 "제 3 자가 제공한 담보"에 속하느냐는 애초 문제될 여지가 없다는 뜻을 말하는 것으로 이해된다. 그러한 이해를 전제로 한다면, 이 大法院判決은 여기서 문제되고 있는 임대보증금 반환채권의 양도가 法定更新에 의한 賃借關係의 내용에 미치는 影響에 관하여 정면으로 판시하는 것은 아니라고 할 수 있다.

(3) 결국 (i) 民法은, 위 (1)에서 본 바와 같이, 賃借契約이 法定更新되더라도 종전의

(15) 民法案審議錄(註 10), 371면 하단. 또한 李泰俊·劉敏相 編著, 註釋 新民法, 1957, 195년도 참조하라.

保證金關係는 여전히 존속하여 새로운 賃貸借가 진행되는 동안(또는, 返還時說에 의하면 그 종료 후라도 그 인도를 받을 때까지) 발생한 賃借人의 채무에 대하여도 이로써 담보되도록 하는 태도를 취하나, (ii) 그러한 民法의 決斷은 임차보증금반환채권이 여전히 임차인에게 속하는 경우를 전제로 한 것이고, 그 채권이 법정갱신 전에 제 3자에게 양도된 경우에는 어떠한가에 대하여는 명확한 태도를 취하지 않았다고 할 것이다(“法律의 欠缺”).

다만 위 大法院 77.6.7 判決은, 賃貸借契約이 法定更新된 경우에 그 갱신 전에 賃借保證金返還債權을 양수한 원고가 임대인인 피고를 상대로 그 보증금의 返還을 청구한 사건(그 점에서는 對象判決의 사안과 동일하다)에서, 그 청구를 기각한 원심판결의 結論을 승인하였다. 적어도 이 結論에 있어서 위 판결은 對象判決의 法律論上 인정되는 결론과 서로 상치되고 있다. 이 점을 어떻게 평가할 것인가가 이 判例研究에 있어서 반드시 다루어져야 하리라고 생각되는데, 이에 대하여는 뒤에서 賃貸借契約의 合意更新의 경우에 관하여 살펴본 후에 다시 다루기로 한다.

Ⅳ. 賃借保證金返還債權의 讓渡와 賃貸借契約 合意更新

(1) 對象判決은 임대차계약의 갱신 일반에 관하여 임차보증금반환채권이 양도된 경우에는 그 更新의 效果가 그 양수인에게 미치지 아니한다고 판시하고 있다. 여기서 임대차계약 갱신의 합의가 보증금반환채권의 양수인에게 “그 효력이 미치지 않는다”고 함은 아마도 賃貸借契約의 更新에 관한 合意는 債權讓受人에 대하여는 그 양수한 債權을 해하는 범위에서는 그 존재를 주장할 수 없다, 즉 임대차계약은 갱신되지 아니하고 그 기간이 滿了된 것으로 보아야 한다는 의미일 것이다.

일반적으로 賃貸借關係가 종료하기 전이라도 그 채권이 양도될 수 있음은 긍정되고 있다. 이 경우에 임대차가 종료하기 전에 그 채권이 양도되었다라도 계약의 당사자의 지위까지도 이전된 것은 아니므로 종전의 保證金返還債權者, 즉 임차인이 계약당사자로서 그로부터 발생하는 여러 가지의 權利義務를 여전히 보유함에는 의문의 여지가 없다. 그런데 임차인이 그 양도 후에 임대인과 합의하여 계약을 갱신할 수 있는가에 대하여는 종전에 별로 논의된 바 없었다.

(2) 최근에 賃借保證金返還債權이 轉付된 경우에 관하여 전부명령이 임대인에게 송달된 이후에는 “임차인은 전부채권자의 동의 없이는 임대차기간을 연장하지 못한다. 그 연장이란 임대인과의 합의에 의한 연장, 묵시의 갱신 등을 포함한다”고 하고, 이러한 법리는 보증금반환채권이 당사자의 합의로 양도된 경우에도 “같이 보면 된다”는 見解가 등장하였다.¹⁶⁾ 이 견해는 債權讓渡의 경우에 대하여는 그와 같이 해석하는 근거를 밝히지 않고 있

(16) 趙武濟, 賃借保證金返還債權移轉의 法律關係, 司法論集 제18집, 1987, 113면 이하. 또한 전부명령이 있는 경우에 대하여 金鍾大(註 2), 141면은 “임대인은 …… 그 명령이 송달된 뒤에는 임차기한의 갱신 또는 묵시의 갱신으로 전부채권자에 대항할 수 없다”고 한다.

으며, 다른 한편 轉付命令이 있는 경우에 대하여는 다음과 같이 말한다. 轉付命令은 실무 관례상 押留命令과 동시에 告知되는데, 그 압류명령의 효력, 즉 집행채무자(보증금반환채권의 경우에는 임차인)에 대한 處分禁止效(民事訴訟法 제561조 제1항 후단 참조)에 의하여 “執行對象으로서의 保證金返還債權의 減小行爲는 모두 (압류명령에 의하여 금지된 바의) 處分으로 볼 것”이고⁽¹⁷⁾, 또 “이러한 결과는 支給禁止命令을 받은 제3채무자는 그 후에 취득한 債權에 의한 相計로 대항하지 못한다는 취지(민법 제498조)에 맞는다”는 것이다. 이 見解는 보증금의 성질에 관하여 그에 임대인을 위한 “擔保的 效力”을 인정하는 통설에 반대하여 그러한 효력을 인정할 法律의 規定이나 慣習이 존재하지 아니하며 당사자의 의사 표시 해석상으로도 그렇게 인정되지 않는다는 극히 個性的인 立場을 전제로 하고 있다.

그러나 轉付命令의 경우에 관하여서 更新이 인정되지 않는 이유를 위와 같이 설명하는 것에 대하여는 의문이 있다. 通說은 周知하는 대로 보증금을 停止條件附 返還義務를 수반하여 이전된 金錢(소유권)이라고 이해하고 있는데, 그 이해는 保證金 자체와 保證金返還債權과를 명확히 구별하는 전제 위에서 있다. 保證金은 어디까지나 임대인에게 귀속하며 단지 임대차 종료 후에 일정한 조건이 성취하면 그 범위 내에서 임차인이 반환을 청구할 수 있을 뿐이다. 이 條件이 바로 “임차인의 채무액을 공제하고 남는 것이 있으면”이라고 하는 것이다. 따라서 임대차보증금에 있어서의 “擔保”의 구조 내지 의미는 다른 擔保物權과는 다르다고 생각된다. 일반적으로 擔保物權에 있어서는 담보제공자의 소유권을 전제로 이를 債權擔保의 범위에서 제한하는 적극적인 法的 權能을 설정하는 것이나, 보증금은 소유권이 임대인에게 확정적으로 이전되고(信託的 讓渡도 아니다. 왜냐하면, 그 목적물 자체의 사용이나 관리 등에 관하여 讓受人을 채권적으로 제약하는 合意가 부수하여 이루어지는 것이 아니기 때문이다. 賃貸人이 保證金を 消費하더라도 무슨 信託違反이 되지 않는다), 賃貸人의 賃借人에 대한 債權은 보증금의 한도에서는 당연히 만족되며, 단지 임차인에게 채무불이행이 없는 것 기타의 일정한 事情의 發生을 條件으로 임대인은 반환할 의무가 발생할 수 있을 뿐이다. 따라서 保證金에 관하여 “優先辨濟權”을 운위하는 것조차 무의미하며, 保證金返還債權에 관하여 이해관계를 가지는 第3者, 가령 그 讓受人이나 轉付債權者와 賃貸人과 사이에 누가 우월한 지위에 있는가를 논할 여지도 전혀 없다. 保證金返還債權을 양수 또는 전부 받는 자는 그러한 조건부의 債權을 양수받는 것이고, 그 조건의 성취 여부는 그야말로 “未來의 不確定한 事實”인 것이다.

이러한 채권에 대하여 法律關係의 확정적인 처리가 요구되는 강제집행법상의 조치, 가령

(17) 趙武濟(註 16), 112면. 그리하여 비단 임대차계약 갱신뿐만 아니라, 전부명령 송달 후의 기간에 대한 미지급임료를 보증금으로부터 우선변제받는 것, 보증금반환기간의 유예도 전부명령채권자에게 대항하지 못한다고 하고, 나아가서는 “임대인은 명도시까지 동시이행항변을 할 수 있지만 임차인의 명도불이행에 고의 또는 과실로 가공한 것이 입증되면 손해배상의 책임도 진다고 볼 것”이라고 한다.

轉付命命을 하는 것이 허용되어야 하느냐 하는 문제는 당연히 제기될 수 있고, 이 점에 관한 논의가 분분함은 주지하는 대로이다.⁽¹⁸⁾ 그러나 法院實務가 그 轉付適格을 긍정한지 오래되어 그것은 이미 慣習法이 되었고 이 점에 대한 논의는 立法論 이상의 의미가 없다고 할 것이다. 그러나 이와 같이 그 保證金返還債權의 轉付適格을 긍정한다고 하더라도, 그렇다고 해서 條件附 權利로서의 性格을 부인할 이유는 전혀 없다. 위와 같이 비유적으로 말하자면 “불안정한” 권리에 대한 轉付나 讓渡適格을 집행채권자 등을 위하여 인정하되, 그러나 그 不安定性으로 인한 危險은 그 집행채권자 등이 부담하는 것이 오히려 균형잡힌 태도일 것이다. 大法院은 이 점을 정당하게 평가하여 일련의 判決을 해 왔음은 주지하는 대로이다. 가령 大判 88.1.19—87다카 1315 (공보 819.22)은 保證金返還債權에 대한 轉付命命이 있는 경우에 관하여 “건물임대차에 있어서의 임차보증금은 임대차 존속 중의 임료뿐만 아니라 건물명도의무 이행에 이르기까지 발생한 손해배상채권 등 임대차계 약에 의하여 임대인이 임차인에 대하여 가지는 일체의 채권을 담보하는 것으로서 임대차 종료 후에 임차건물을 임대인에게 명도할 때 체불임료 등 모든 피담보채무를 공제한 잔액이 있을 것을 조건으로 하여 그 잔액에 관한 임대인의 보증금반환청구권이 발생하고 이와 같은 임차보증금을 피전부채권으로 하여 전부명령이 있는 경우에도 제 3 채무자인 임대인은 임차인에게 대항할 수 있는 사유로써 전부채권자에게 대항할 수 있는 것이기 때문에 전부명령의 효력이 송달에 의해 발생한다고 해도 임대인의 채권을 공제한 잔액에 관하여서만 전부명령이 유효하다 할 것이다”라고 判示하고 있다. 그 意味는 轉付命命이 있다고 하여도 賃貸人으로서 保證金の 性格上 그 목적물을 반환 받을 때까지 취득한 賃借人에 대한 債權을 모두 轉付債權者에 우선하는 지위에서 그 保證金에 의하여 담보할 수 있다는 취지라고 이해된다.⁽¹⁹⁾ 이 점은 위 大判 88.1.29와 동일한 결론을 판시하는 大判 87.6.9—87다 68(공보 805.31)이 “전부명령 송달시까지 발생한 사유로만 제 3 채무자인 임대인이 전부채권자에게 대항할 수 있다고 해서는 임대인의 권리가 임차인의 채권자에 의하여 침해되고 임대인은 임차인의 채권자(전부채권자)를 위해 협력하고 희생되어야 한다는 수증할 수 없는 결론에 이른다”고 이유의 一端을 披瀝하고 있는 데서도 나타난다.

(18) 일반적으로 金榮日, 將來債權의 被轉付適格, 司法論集 제11집, 1980, 445면 이하; 李炳厚, 轉付命命, 司法論集 제 3 집, 1972, 469면, 특히 477면 이하; 孫晉坤, 賃貸借保證金返還請求權에 대한 轉付命命의 效力, 民事判例研究[XI], 1989, 433면, 특히 438면 이하 참조.

(19) 孫晉坤(註 18), 445면은 이 대법원판결에 대한 평석에서 “민법상으로는 임대인의 채권 확보를 위한 여러 규정과 제도가 있고(법정채권, 임료연체로 인한 해지권, 동시이행항변권 등) 실제적으로 임대인은 자기 수중에 들어 온 보증금에 관한 정보(임차인의 자산상태 및 동태)에 민감하고 정확할 수 있어 위험이 예견되는 경우 보전처분 등으로 재빠르게 자기 채권을 확보해 둘 방안이 있고 임대인과 임차인 사이의 이해조정이라는 관점에서 보더라도 임대인의 보호 뿐만 아니라 임차인의 보증금이란 투하자본의 활용도 감안되어야 할 것 같다”고 하여 임차인에 대한 집행채권자를 임대인에 우선하여 보호할 필요를 인정하면서도, “임차보증금의 법적 성질을 정지조건부로 해석하는 한 임대인의 우선권은 그 반사적 이익으로 당연한 것이 되어 이 건 판례를 수증하지 않을 수 없을 것 같다.”고 결론짓는다.

앞서 본 견해는 轉付命令이 있는 경우에 관하여 “보증금반환채권의 감소행위는 모두” 押留命令의 효력에 의하여 금지된 “處分”으로 보아야 함을 전제로 하여,⁽²⁰⁾ 賃借人은 轉付債權者의 동의 없이는 임대차계약의 갱신합의를 할 수 없다고 한다. 그러나 위 大法院判決들에서 보는 것처럼, 비록 압류 및 전부명령이 있다고 해도 그로써 임대인이 임대목적물을 인도받을 때까지 가지는 채권을 —위에서 본 法律構造에 의하여— “담보”한다는 보증금의 원래의 성질에 아무런 영향을 미칠 수 없다고 하면, 임대차계약의 合意更新으로 말미암아 반환받을 보증금의 액이 감소할 추상적인 可能性이 있다고 해서, 그것만으로 그 更新이 保證金返還債權을 轉付받은 자에 대한 관계에서 효력이 없다고는 단정할 수 없을 것이다.

(3) 다른 한편, 일반적으로 債權이 讓渡된 경우에 債務者가 讓受人에 대하여 어떠한 事由로 대항할 수 있는가에 관하여는 민법 제451조가 정하고 있다. 이에 따르면, 채무자는 스스로 異議를 留保하지 아니한 承諾을 한 것(이 경우에 대하여는 동조 제1항이 정하고 있다)이 아닌 이상, “讓渡通知를 받을 때까지 讓渡人에 대하여 생긴 事由로써” 양수인에게 대항할 수 있다고 한다.

그 規定은 통지가 있을 때에 양도인에 대한 對抗事由가 現實적으로 발생하였을 것을 요구하는 것은 아니고, 對抗事由 發生의 基礎가 통지 시에 존재하고 있었으면 족하다고 할 것이다.⁽²¹⁾ 위 (2)에서 본 대법원판결들은 이러한 관점에서 이해될 수 있다. 즉 賃借保證金債權이 양도되었다라도 그 목적물이 임대인에게 반환되기까지의 기간에 관한 그의 임차인에 대한 채권은 이미 양도 이전에 “그 發生의 基礎”가 존재하고 있었던 것으로서 그 현실적인 발생은 비록 양도 이후라고 하더라도 債務者는 그 사유를 양수인에게 대항할 수 있는 것이다. 債權讓渡에 관여하지 아니한, 나아가 관여할 수 없는 債務者가 채권양도에 의하여 불이익을 받아서는 안 된다는 입장에서 보면 이는 당연한 이치라고 할 것이다.

그러면 賃借保證金返還債權이 양도된 경우에 賃貸人(위 채권의 채무자)과 賃借人(위 채권의 양도인)이 그 賃借契約을 合意更新하는 것은 어떠한가? 이 경우에 임대인은 계약의 존속을 이유로 賃借保證金返還債權이 아직 현실적으로 발생하지 않았다고 양수인에 대하여 대항할 수 있을까? 이 문제에 대하여 언급한 文獻은 아직 발견하지 못하였다. 筆者로서는 약간의 주저도 없지 않으나, 對象判決의 태도에 찬성하여 역시 否認하여야 할 것이

(20) 趙武濟(註 16), 112면. 이에 의하면 압류 후에는 임차인이 차임을 지급하지 않더라도 임대인은 그 사유를 전부채권자에게 대항할 수 없다고 한다. 그 의미는 임대인이 보증금으로부터 그 불지급차임의 만족을 얻을 수 없고, 이를 공제하지 아니한 액의 보증금을 전부채권자에게 반환하여야 한다는 의미일 것이다.

(21) 우리 민법 제451조 제2항과 동일한 내용의 日本民法 제468조 제2항의 해석으로서, 日本最高裁 1967.10.27. 判決(民集 21.8.2161); 林良平等, 債權總論 改正版, 1982, 452면; 辻伸行, 債權讓渡通知後の支拂拒絕事由と民法486條2項, 法律時報 57卷 10號 (1985), 156면. 그리하여 가령 雙務契約으로부터 생긴 一方當事者의 채권이 양도되고 통지가 이루어진 경우 解除原因(양도인의 반대채무 불이행) 그 자체는 통지 후에 발생하였더라도 채무자는 解除로써 양수인에게 대항할 수 있다고 한다. 타당한 견해라고 생각한다.

라고 생각된다.

이 문제는 채무자가 취득한 讓渡人에 대한 反對債權으로 하는 相計로써 讓受人에게 대항할 수 있는 範圍를 어떻게 정할 것인가 하는 문제⁽²²⁾와 마찬가지로, 債務者의 保護와 讓受人의 地位의 安定性과를 어떻게 조절할 것이냐 하는 利益衡量에 의하여 결정될 것이다. 한편으로 채권양도에 관여하지 아니한 債務者에게 債權讓渡로 인하여 어떠한 不利益도 돌아가게 해서는 안 된다는 관점에서 보면 양수인에게 대항할 수 있는 事由의 範圍를 넓게 인정하는 방향으로 기울 것이고, 다른 한편 양수인의 지위의 안정성을 고려하면 이를 좁게 해석하게 될 것이다.⁽²³⁾

賃借保證金返還債權은 위에서 본 대로 매우 “불안정한” 채권이라고 할 수 있다. 이를 일정한 이유로 양도 받는 자로서는 그 不安定性에서 오는 不利益을 당연히 감수하지 않으면 안 된다. 즉 그 債權은 여전히 임대차계약의 당사자인 讓渡人이 그 契約上の 義務를 어느 만큼 준수하느냐에 그 額, 나아가서는 存在 自體가 의존한다. 따라서 실사 賃貸借契約이 종료되었다고 하더라도 (따라서 위 註 (1)에서 본 대로 賃借保證金返還義務가 발생하였다고 하더라도) 賃借人이 借賃 상당을 賃貸人에게 지급하지 아니하고 목적물의 사용을 계속하면 賃貸人은 그 액을 損害賠償(또는 不當利得)으로서 보증금으로부터 공제할 수 있게 된다. 그러므로 그 경우에 讓受人의 지위는 讓渡人의 行態 여하에 따라 자신의 채권의 존재 또는 내용이 결정된다는 의미에서 매우 취약하다고 하지 않을 수 없다.

그러나 다른 한편으로 讓渡人인 賃借人이 賃貸人과 사이에 자유롭게 그 賃貸借契約의 更新을 합의할 수 있고, 따라서 賃貸人이 讓受人에 대하여, 임대차계약이 유효하게 존속하고 있으므로 賃借保證金返還債權 자체가 발생하지 않았다고 주장(대항)할 수 있다고 하는 것은, 賃借保證金返還債權을 양수한 자의 地位 내지 期待를 지나치게 제약하는 것이라고 생각된다. 애초에 임대차계약의 당사자들이 임대차기간을 정하여 계약을 체결하였다는 것은 그 기간이 경과하면 그 보증금을 반환할 것을 예정하였음을 含意한다. 賃借保證金返還債權을 양수한 자가 이러한 예정된 事實의 發生을 믿고 임대차기간이 만료하면 보증금을 반환받을 수 있으리라고 기대하는 것은 社會觀念上 승인되는 正當한 信賴이다. 그리고 대부분의 경우에 賃借人이 그 期待에 反하여 賃貸借契約을 更新하는 것은, 실사 양수인에 대한 계약위반은 아니라고 하더라도, 위와 같이 자신이 스스로 誘發한 讓受人의 信賴를 ——알면서 또는 알 수 있었으면서—— 저버리는 것이라고 평가할 수 있을 것이다. 한편 채무자인 賃貸人으로서도 債權讓渡의 通知에 의하여 그 양도사실을 알고 있었으므로, 임차인과의 사이에

(22) 이에 관하여는 李英秀, 被押留債權을 受動債權으로 한 第3債務者의 相計, 司法論集 제4집, 1973, 205면 이하; 金炳宰, 第3債務者가 假押留債務者에 대한 反對債權으로써 相計할 수 있는 要件, 民事判例研究[X], 1988, 75면 이하가 주로 채권이 압류 또는 가압류된 경우와 관련하여 논하고 있다.

(23) 林良平等(註 21), 452면.

賃貸借契約을 갱신하게 되면 讓受人의 위와 같은 正當한 信賴가 무시됨을 적어도 알 수는 있었다고 보아야 할 것이다. 물론 임대인으로서의 자신이 관여하지도 않은 債權讓渡에 의하여 자신의 財産的 決定(임차인과의 계약 갱신)을 제약당할 이유가 없다고 주장할 것이고, 이러한 主張에는 一理가 있음도 부인할 수 없다.⁽²⁴⁾ 그러나 위와 같이 생각하여 보면, 賃貸借契約의 存續에 관하여 이해관계를 가지는 자가 등장한 이상, 그 자의 正當한 利益을 고려할 것을 요구하는 것도 반드시 허용되지 않는 것이라고는 할 수 없을 것이다.

또한 이 問題를 다룸에 있어서는 특히 다음과 같은 事情을 고려할 필요가 있다고 생각된다. 우리 나라에서 賃貸借保證金은 그 額이, 다른 나라에 있어서와는 달리, 종종 상당한 액수에 이른다. 경우에 따라서는 賃借人이 가지는 거의 유일한 가치 있는 財産일 경우도 드물지 않다. 賃借人으로서의 그러한 재산을 여러 가지로 이용할 방도를 강구하게 마련이다. 이와 같이 이미 投下한 資本을 효율적으로 운용하는 데 이용할 수 있는 法的 手段이 바로 그 返還債權을 제 3자에게 讓渡하여 그로부터 금융을 얻거나 또는 기존의 債權의 담보로 삼는 것이다. 말하자면 賃借人으로서의 賃貸借契約에 의하여 그 목적물을 사용, 수익하는 한편으로 그 賃借保證金返還債權을 담보로 하여 보다 원활한 流動資產의 유통을 기할 수 있는 것이다. 이러한 賃借人의 경제적 필요가 원만하게 충족될 수 있으려면, 그 임대보증금 채권을 양수하고 임차인에게 信用을 준 자가 그 債權을 보다 확실하게 실현할 수 있도록 하여야 할 것이다.

물론 이와 같은 讓受人側의 利益만이 고려되어야 할 유일한 利益衡量要素라고는 할 수 없다. 그러나 高額의 賃貸借保證金を 수령하여 그로부터 여러 가지 便宜를 얻고 있던 임대인으로서의 위와 같은 賃借保證金返還債權의 현실적 기능을 적어도 알 수 있었다고 할 것이며, 따라서 그 채권을 양수 받은 자가 실제로 나타난 경우에까지도, 保證金에 대한 자신의 優越的·獨占의 利益을 끝까지 주장하는 것은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 결국 그러한 利益의 獨占은 임대보증금반환채권의 실제적 의미에 비추어서 일정한 限界가 그 어지지 않으면 안 된다고 할 것인데, 賃借保證金返還債權이 제 3자에게 양도되었는데도 임대차계약의 당사자들이 그 契約을 更新하는 것은 바로 그러한 限界를 넘은 것이 아닌가 생각된다.

그리고 무엇보다도 민법 제452조 제 2항은 채무자가 양수인에게 대항할 수 있는 사유가 “讓渡通知 전에” 발생할 것을 요구하고 있다. 그런데 賃貸借契約의 合意更新은 임대차계약

(24) 이와 같은 입장을 밀고 나간다면, 임대차계약의 합의갱신을 양수인에 대하여 대항할 수 있다는 결론에 이른다. 그러나 그 때에도 민법 제150조의 類推適用을 인정하여, 그 합의갱신이 “信義誠實에 반하여 條件의 成就를 방해”한 것이라고 평가될 수 있을 때(가령 賃貸人이 合理的으로 經濟的 決定을 한다면 그 갱신을 거부하였어야 할 것인데도, 讓受人의 法的 地位를 악화시키기 위하여 更新合意에 이른 경우 등)에는 그 條件, 즉 賃貸借關係의 終了는 성취된 것으로 보아야 할 것이다.

당사자의 자유로운 의사에 기한 전혀 새로운 합의로서 “그 發生의 基礎”조차 발생하지 않았다고 보아야 할 것이다. 물론 賃貸借契約이 존재하고 있다는 것 자체가 그 更新의 “基礎”가 되고 있는 거라고 할지 모르나, 그렇게까지 광범하게 해석할 수 있는가 하는 것이 애초 문제인 것이다.

(4) 그렇게 본다면, 對象判決이 전개하고 있는 法律論은 위와 같은 의미에서 수긍되어야 하리라고 생각된다. 즉, 賃貸借契約의 當事者들이 그 계약의 更新에 合意하였다고 하더라도 債務者는 그 事由를 임차보증금반환채권의 양수인에게 “對抗”할 수 없으며(對象判決이 “그 합의의 효과는 …… 양수인에게 미칠 수 없다”라고 하는 것은 이러한 의미로 이해하여야 할 것이다), 따라서 讓受人은 임대차관계가 종료하였음을 전제로 하여 이제 현실적으로 발생한(그러나 그 액수에 있어서는 임차인이 목적물을 반환할 때까지는 아직 확정되지 아니한) 賃借保證金返還債權을 행사할 수 있다.

그러면 賃貸借關係가 法定更新된 경우는 어떠한가? 위 Ⅲ. (2)에서 본 대로 大法院 77. 6. 7 判決은 결과에 있어서 對象判決의 法律論上 인정되는 結論과는 다른 態度를 취하여 양수인의 保證金返還請求를 기각하였다. 그러나 위 1977년 판결을 위 문제에 관한 先例로 취급하는 데는 의문이 있다. 이미 지적한 대로, 그 大法院判決은 단지 임차보증금은 민법 제 639조 제 2항에서 말하는 “담보”에 속하지 않는다고 할 뿐, 法定更新을 임대인이 그 보증금반환채권의 양수인에 대하여 주장할 수 있는가에 대하여는 전혀 언급하고 있지 않은 것이다. 따라서 對象判決은 위 문제에 대하여 처음으로 의식적으로 그 태도를 밝힌 것으로 주목할만 하다고 하지 않을 수 없다.

물론 法定更新의 경우에는 임대인(즉 채무자)은 合意更新의 경우에 있어서처럼 적극적으로 새로운 합의를 한 것이 아니라, 단지 소극적으로 “相當한 期間 내에 異議를 하지 아니한 것”에 불과하므로, 위 (3)에서 윤곽을 보인 바 있는 利益衡量을 함에 있어서 임대인에게 보다 더 보호의 저울추가 기울 여지가 있다고 할 수 있다. 그러나 그것으로 충분하지는 않다. 요컨대 法定更新의 경우에도 임대차계약의 기간 만료 후에는 임차보증금반환채권을 현실적으로 행사할 수 있으리라는 그 讓受人의 期待에 대하여 적절한 고려를 베풀 필요가 있으며, 다른 한편 그 채권을 양도한 賃借人이나 그 사실을 알고 있는 賃貸人으로서는 그 기대를 저버리지 않는 것이 바람직하므로, 역시 法定更新 자체를 “債權의 讓渡通知 이후에 發生한 事由”라고 해석하여야 할 것이다.

V. 結

결국 對象判決이 賃借保證金返還債權이 양도되고 그 양도통지가 있는 후에는 비록 賃貸借契約의 當事者들이 그 계약을 合意更新하거나 또는 그 계약이 法定更新되었다고 하더라도 賃貸人이 그 사유를 들어 위 채권의 讓受人에 대하여 그 채무의 이행을 거부할 수 없다

고 판시한 데 대하여는 찬성이다. 그리고 이러한 法理는 賃借保證金返還債權이 제 3자에게 轉付된 경우에도 마찬가지라고 하여야 할 것이다.

그러나 이 사건에서 保證金返還債權의 讓渡는 이미 법정갱신된 임대차계약이 유효하게 존속하고 있는 동안에 행하여졌고, 따라서 양도 후에 賃借契約이 법정갱신된 것이 아니므로, 위와 같은 法律論은 이 사건의 구체적인 解決과는 관련이 없는 것이다. 따라서 오히려 原審法院처럼 원고가 그가 가지는 이 사건 채권 또는 위 약정금채권을 보전하기 위하여 그 채무자인 被告 乙 또는 被告 甲을 대위하여 위 법정갱신된 賃借契約을 적법하게 해지할 수 있는가를 문제 삼았어야 했을 것이다. 그러므로 對象判決이 장래의 實務에 대하여 가지는 先例로서의 의미는 바로 이 점에 대한 判示에서 찾아야 할 것이다.

(1989년 12월 1일 稿)

[追記] 本稿에서는 I.(3)에서 밝힌 대로 債權者代位權의 問題는 다루지 아니하였다. 이에 관하여는 對象判決에 대한 다른 評釋, 즉 韓騎澤, “賃借保證金返還請求債權을 讓受人의 賃借人의 賃借인에 대한 目的物名渡請求權의 代位行使”, 民事判例研究 제12집, 1990, 33면 이하가 있다(筆者는 本稿 完成 후 이에 접하였다). 이 評釋은 賃借保證金返還債權이 양도된 경우에 讓受人이 그 채권을 실현함에 있어서 債權者代位權의 행사와 관련하여 부딪히는 여러 가지 問題를 알게하여 준다는 의미에서 시사하는 바가 많다. 이 評釋은 결국 임차보증금채권을 양도하는 당사자 사이에 그 讓渡의 原因契約에 기하여 발생하는 信義則上의 義務라는 구성에 의하여 問題를 해결할 것을 제안하고 있다. 즉, 讓渡人=賃借人은 讓受人에 대하여 “양도된 債權이 완전하게 實現되도록 노력할 附隨義務”를 부담한다는 것이다 (이는 이 사건 上告理由에서도 일부 主張되고 있는 바이다). 그 具體的 內容으로서, 첫째 임대차기간이 종료하면 合意에 의하여서든 法定更新에 의하여서든 계약이 갱신됨으로써 保證金債權의 條件 成就를 막지 아니할 信義則上의 義務가 있고, 둘째 양수인의 保證金支給請求에 대하여 임대인이 同時履行의 抗辯을 하는 것을 저지하기 위하여, 讓渡人=賃借人은 目的物을 임대인에게 인도할 義務를 讓受人에 대하여 부담한다는 것이다. 따라서 (i) 保證金返還債權이 양도된 후에 賃借契約을 更新하는 것은 “結果적으로 條件附 權利의 條件 成就를 방해하는 것이 되어 이로써 債權讓受人에게 대항할 수 없”고, (ii) 또 讓受人은 양도인=임차인에 대하여 “채권자 대위권을 행사할 필요 없이” 目的物을 임대인에게 인도할 것을 直接 청구할 수 있다는 것이다. 本研究와 관련하여 문제되는 것은 주로 (i)의 點이다.

그러나 이와 같이 광범위한 내용을 가지는 信義則上의 附隨義務가 보증금채권양도인=임차인에게 인정될 수 있는지 자체 疑問이고, 나아가 만에 하나 그와 같은 義務가 인정된다 고 하더라도 賃借인이 그 의무를 위반하였다고 해서 賃借인이 賃借인과 합의하여 한 契約

更新을 讓受人에게 대항할 수 없다고는 쉽사리 말할 수 없으리라고 생각된다.

우선 後者の 點에 관하여 본다. 債權讓渡의 原因契約은 당연히 債權者(이 경우에는 임차인)과 讓受人 사이에 맺어지므로 그 당사자가 아닌 債務者(이 경우에는 임대인)가 그로 인하여 어떠한 義務를 부담하는 일은 없다. 그러므로 賃貸人이 임차인과의 사이에 賃貸借契約 更新의 合意를 하였다고 해도, 그것은 一第3者의 債權侵害에 관한 通說에 따른다면—원칙적으로 양수인에 대한 어떠한 責任發生의 原因이 되지 않으며 나아가 反社會的이라고 하여 無效라고 할 수도 없다. 그런데 위 見解는 임차보증금반환채권이 양도된 후에 계약갱신의 합의를 하는 것은 일반적으로 “條件附 權利의 條件 成就”를 방해하는 것이 된다고 한다. 물론 純客觀的으로는 그렇게 말할 수 있을런지도 모르나, 중요한 것은 條件의 成就가 방해되었다고 하여 그 자체로써 그 妨害者(객관적 의미에서의)에게 어떠한 不利益이 돌아가지는 않는다는 점이다. 民法은 이 점에 관하여 “條件의 成就로 인하여 不利益을 받을 當事者가 信義誠實에 反”하는 경우에는 조건이 성취된 것으로 본다(규정할 뿐이다(민법 제150조)). 그런데 賃貸人은 條件附 法律行爲의 當事者가 아님은 물론이고 또 누구에 대하여도 계약을 갱신하지 않을 義務를 부담하는 것이 아니어서, 그가 자신의 經濟的 決定의 自由에 따라 계약 갱신의 합의를 하는 것이 “信義誠實에 反”한다고 하기 위하여는 특별한 附加的 事情이 있어야 할 것이다(위 註 (24) 참조). 그러므로 적어도 賃貸人=債務者가 賃貸借契約의 更新을 일반적으로 양수인에게 대항하지 못한다는 結論이 앞서와 같은 賃借人의 附隨義務의 인정으로부터 導出될 수는 없다.

나아가 前者에 관하여 본다. 먼저 信義則에 기한 補充解釋은 실제로는 당사자들이 意慾하지 아니한 意思內容을 새로운 “規律”(Regelung)로서 창출시키는 것이므로 가급적 피하는 것이 方法論的으로 바람직하다는 점을 밝혀 둔다. 또한 가령 다음과 같은 예를 보기로 하자. 어떠한 物件이 A에서 B로, 또 B에서 C로 각기 賣買된 경우에 A가 代金을 다 받지 못하였기 때문에 B에게 아직 인도하지 않고 있다고 하자. 이 경우 C는 B에 대하여 그 代金을 A에 지급하도록 청구할 수 있는가. 만일 B와 C 사이의 賣買契約에 기하여, B는 C에 대하여 C가 目的物로부터의 利益을 완전히 누릴 수 있도록 노력하여야 할 言必稱 信義則上的 附隨義務를 부담한다고 하면, 그것을 증명하지 못할 바도 아닐 것이다. 과연 그렇게 해석하여야 할 것인가. 그러한 請求는 B에 의하여 결정되어야 할 고유한 意思領域에 대한 不當한 介入으로서 法이 明示的으로 인정하는 일정한 境遇에만 증명되어야 하지 않을까. 그런데 우리 法은 債權者가 자기 債權의 滿足을 위하여 債務者를 상대로 그가 제3자에 대하여 부담하는 義務의 履行을 청구할 수 있는 方度를 마련하지 않고 있다. 위의 設例에서는 권리자인 A가 B에 대하여 대금의 지급을 請求하면 족하고(그 청구 여부는 A의 자유이다), B의 代金支給義務에 관하여는 제3자인 C가 간섭할 일이 아니라는 것이다. 위의 保證金債權 讓渡의 경우에도 마찬가지라고 하여야 하지 않을까. 즉 賃貸人은 賃

賃借契約關係가 종료되면(또는 희망에 따라서는 그 관계를 스스로의 意思로 종료시키고서) 임차인에게 目的物의 引渡를 청구할 수 있으나 그 請求 與否는 그의 의사에 달린 것이고, 保證金返還債權讓受人이 賃借人에 대한 一債權讓渡契約上의 一債權者라고 하여 特約이 없는 이상 일반적으로 賃借人에 대하여 賃貸人에게 目的物을 인도하라고 請求할 수는 없다고 하여야 할 것이다. 그리고 임대인의 그러한 引渡請求權을 행사하는 것이 자신이 양수한 保證金返還債權의 보전을 위하여 필요하다면 賃貸人에 대한 債權者로서 민법 제404조의 요건을 갖추는 한도 내에서 이를 代位行使할 수 있을 뿐이라고 할 것이다. 말하자면 債權讓渡의 原因契約에 기하여 위 견해와 같은 내용의 信義則上的 附隨義務를 인정하는 것은 우리 법이 예정하고 있는 權利行使와 義務負擔의 位相을 크게 허무는 것으로서, 쉽사리 수용할 수 없다. 契約의 補充的 解釋은 그에 의하여 “契約對象 그 자체”를 확장할 수 없다는 限界를 가지는 것이다(西獨의 通說·判例).

또한 위와 같은 見解는 問題를 部分的으로 解決할 뿐이다. 賃借保證金返還債權이 임차인의 채권자에게 轉付된 경우와 賃借人이 그 채권을 제3자에게 讓渡한 경우에 대하여는 同一한 解決이 주어지는 것이 바람직할 것이다. 그런데 債權이 轉付된 경우에는 轉付債權者와 賃借人 사이에 아무런 채권양도의 원인행위가 없으므로 그 경우 위와 같은 信義則上的 附隨義務를 인정할 수 없음은 물론이다.

결국 위의 見解는 일정한 實踐的 結論을 미리 내려 놓고 이를 合理化하기 위하여 무리한 法律構成을 도입한 것이 아닌가 하는 생각이 든다(위註 (16), (17) 本文의 見解도 참조). 結論 자체의 當否도 따져 보아야 할 것이거니와, 이를 合理化하기 위한 法律構成에 있어서 더욱 세심한 吟味가 필요할 것이다. (1990년 6월 18일)