

임차목적물에 발생한 원인불명의 화재로 인한 임차인의 책임*

—대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895,
86901 전원합의체 판결—

The Lessee's Legal Liability for Damages from Fire of Unknown Cause in the Leased Building

—Comment on the Supreme Court en banc Decision,
May 18, 2017, 2012Da86895, 86901—

최 준 규**

Choi, Joon-Kyu

목 차

- | | |
|----------------------|--------------|
| I. 들어가며 | IV. 검토 |
| II. 논의의 배경 또는 대전제 | V. 관련문제 |
| III. 각 의견의 정리 및 장·단점 | VI. 결론에 갈음하여 |

투고일 : 2018. 6. 19. / 심사회의일 : 2018. 7. 10. / 게재확정일 : 2018. 7. 25.

* 이 논문은 서울대학교 법학발전재단 출연 아시아태평양법연구소의 2018년도 학술연구비 지원을 받았음. 이 글은 2018.5.25. 열린 건국대학교 법학연구소 개최 학술대회에서 발표한 논문을 수정·보완한 것이다. 당시 지정토론자로 참석하여 귀중한 조언을 해주신 건국대학교 석현수 교수님께 깊은 감사를 드린다.

** 서울대학교 법학전문대학원 조교수

Assistant Professor, Seoul National University School of Law

대상판결은, 임차목적물에 발생한 원인불명의 화재로 임대인이 소유한 임차외 건물부분에 대하여 손해가 발생한 경우, 임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반이 있었음이 증명되어야, 임차인이 임차외 건물부분의 손해에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다고 판시하였다.

대상판결에 따르면 임차인이 지배·관리하는 영역에서 화재가 발생하였지만 화재발생의 원인이 밝혀지지 않은 경우, 임차인의 임대인에 대한 채무불이행책임은 구획화된다. 즉, 임차인은 임차건물 부분에 대한 임대인의 손해에 관해서는 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담하고, 임차외 건물부분에 대한 임대인의 손해에 관해서는 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담하지 않는다.

필자는 대상판결의 입장이 다음 세 가지 이유에서 타당하다고 생각한다. 첫째, 임차인의 지배·관리영역에서 화재가 발생하였다는 이유만으로 임차목적물의 훼손에 관한 임차인의 과실을 의제하는 이유는, 임차인 자신이 지배·관리하는 영역에 대해서는 임차인이 사실상 무과실책임 또는 위험책임을 부담하는 것이 공평하기 때문이다. 그러나 이러한 의제된 과실을 근거로 임차인이 지배·관리하지 않는 임차외 건물부분에 대해서까지 임차인에게 손해배상책임을 지우는 것은 법적 의제의 취지와 맞지 않고, 임차인에게 지나치게 가혹하다. 둘째, 임차외 건물부분이 임대인 소유인지, 제3자 소유인지라는 우연한 사정에 따라 임차인의 배상책임 유무가 달라지는 것은 합리적이지 않다. 대상판결에 따르면 이러한 불합리한 결론을 피할 수 있다. 셋째, 임차외 건물부분에 관한 위험은 원칙적으로 그 부분을 지배·관리하는 소유자가 부담하는 것이 가장 효율적이고 공평하다.

[주제어] 임차 목적물에 발생한 원인불명의 화재, 임차 외 건물부분 관련 손해, 채무불이행 책임, 불법행위 책임, 규범의 보호목적 관련성 이론

**대사판결 : 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원합의체
판결(공2017상, 1268)**

[사안의 개요]

피고 A(임차인)는 2008년 5월 27일 원고(임대인) 소유의 2층 건물(이하 ‘이 사건 건물’) 1층 중 150평(이하 ‘이 사건 임대차 목적물’)에 관하여 임대차계약을 체결하였다. 피고 A는 이 사건 임대차 목적물을 사무실·매장·창고 등으로 구획한 후 골프용품 보관·판매를 위한 매장으로 이용하고, 원고는 이 사건 건물 2층을 원고 소유의 침대, 소파 등 가구 보관을 위한 물류 창고로 이용하여 왔다.

2009년 10월 9일 12:05경 이 사건 건물 1층 전면 주출입구와 1층 및 2층 사이에서 연기가 나면서 화염이 치솟아 확대되어 1층 전면 주출입구를 중심으로 한 1층 내지 3층 외벽의 상당 부분이 소훼되고, 아울러 이 사건 건물 2층 내부 시설 전부와 옥상 창고 전부, 1층 전면 주출입구 부근 일부가 전소되는 화재(이하 ‘이 사건 화재’)가 발생하였다. 이 사건 화재로 인하여 이 사건 임대차 목적물은 그 외벽의 주요 부분이 소실되고 그 내부 공간 또한 화재진압용수의 누수 등으로 상당 부분 오손되어 골프용품 매장으로 더 이상 사용·수익할 수 없는 상태에 이르렀다. 이 사건 화재 발생 이후 관련 소방당국 및 수사기관에서 화재 현장 및 목격자 등을 통하여 방화가능성 및 전기적·기계적·인위적(담뱃불 내지 그 불티 등) 요인 등 모든 발화원인을 조사하였으나, 화재원인은 밝혀지지 않았다.

원고는 피고 A를 상대로 채무불이행 및 불법행위를 원인으로 손해배상을 청구하면서, 임대차 목적물 반환채무의 이행불능을 원인으로 하는 손해배상 및 이 사건 건물 중 임대차 목적물 이외의 부분에 발생한 손해배상을 청구하였다. 이에 대하여 피고 A는 원고를 상대로 채무불이행으로 인한 손해배상청구 및 임차보증금 반환청구의 반소를 제기하였다.¹⁾

[소송의 경과]

1. 1심 판결 : 수원지방법원 성남지원 2010. 12. 1. 선고 2009가합 17130(본소), 2010가합7740(반소) 판결

가. 1심은 원고의 피고 A에 대한 본소 청구 중 임대차계약상 의무위반으로 인한 손해배상청구에 대하여는, 이 사건 화재가 피고 A가 이 사건 임대차계약에 따라 점유·사용하는 부분, 즉 피고 A의 위험영역 내에서 발화하였음을 인정할 증거가 부족하다는 이유로, 불법행위로 인한 손해배상청구에 대하여는, 이 사건 화재가 피고 A가 고용한 직원들의 과실로 인하여 발생하였음을 인정할 증거가 부족하다는 이유로 각 기각하였다.

나. 또한 1심은 피고 A의 손해배상 반소 청구에 대하여도, 이 사건 건물에 스프링클러, 소화기 등 소방·방재시설을 갖추지 않음으로 인하여 피고 A가 이 사건 화재 진화 과정에서 재산상 손실을 입었음을 인정할 증거가 부족하다는 이유로 기각하였다.²⁾

2. 원심판결 : 서울고등법원 2012. 9. 5. 선고 2011나3529(본소), 2011나3536(반소) 판결

가. 원심판결은, 이 사건 화재가 피고 A가 이 사건 임대차계약에 따라 사용·수익하던 이 사건 임대차 목적물(정확히는 1층 전면 주출입구 우측 부분)에서 발화하였다고 보이고,³⁾ 피고 A가 이 사건 임대차계약에

1) 한편, 피고 A는 피고 B 보험회사와 이 사건 임대차 목적물에 관하여 시설소유자 배상책임과 임차인(화재) 배상책임을 내용으로 하는 2건의 화재보험계약을 체결하였고(두 보험 모두 책임보험의 성격을 갖고 있다), 이에 따라 원고는 피고 B 보험회사에 대하여 보험금 직접청구를 하였다. 이 부분은 본 판례평석의 검토대상이 아니므로 생략한다.

2) 다만, 이 사건 임대차계약이 이 사건 화재로 인하여 그 목적을 달성할 수 없어 종료되었음을 이유로 임대차보증금 반환청구만 인용하였다.

따라 이 사건 임대차 목적물의 보존에 관한 선량한 관리자의 주의의무를 다하였는지에 관하여 이를 인정할 증거가 부족하므로 채무불이행에 따른 손해배상책임을 진다고 보았다.

나. 나아가 원심은 피고 A가 이 사건 임대차계약상 채무불이행에 따라 부담하는 손해배상의무의 범위와 관련하여, 피고 A는 이 사건 임대차 목적물과 상호 유지·존립에 있어 구조상 불가분의 일체를 이루는 이 사건 건물 자체에 발생한 손해를 배상해야 한다고 보았다.⁴⁾⁵⁾

3. 대서판결 : 대법원 2017. 5. 18. 선고 2012다86895, 86901 전원 합의체 판결(파기환송)

대서판결은 다음과 같은 이유를 들어 원심을 파기하였다. 대서판결에

-
- 3) 소방관 현장조사결과와 발화지점을 이 사건 건물 2층으로 추정하고 있으나, 국립과학수사연구소 감정결과와 이 사건 건물 1층 전면 주출입구 우측 부분을 발화지점으로 보고 있다. 원심은 국과수 감정결과가, 화재현장의 상황 및 목격자 진술, 화재 발생 당시 현장과 그 주변에 촬영된 동영상 자료에다가 감정적 결과물인 소방관 현장조사결과까지를 모두 아울러 그 발화지점을 과학적으로 추론한 것으로서 이 사건 화재 발화지점 판단에 있어 우월한 증거가치를 가진다고 보았다.
 - 4) 다만, ① 이 사건 화재의 발화원인이 명백하게 밝혀지지 않은 점, ② 이 사건 임차목적물에서 발화된 연소가 원고가 사용·수익하던 이 사건 건물 2층으로 진행된 후 그곳에 보관되어 있던 원고 소유의 침대, 가구, 사무실 집기 등 가연성 물체들로 급격히 연소가 확대되어 이 사건 건물의 손해가 확대되었던 점, ③ 이 사건 건물 자체에 화재에 대비할 만한 단열시설 내지 소화시설이 제대로 갖추어지지 않았던 것도 손해확대의 원인이 되었던 점, ④ 이 사건 화재의 급격한 확대 연소과정은 초기 진화가 쉽지 않은 이 사건 건물 내부 구조에 따른 것일 뿐 피고A 측의 초기대응 미흡 등에 그 원인이 있다고 보이지 않는 점, ⑤ 피고A는 임대차보증금 4,000만 원의 비교적 소액으로 이 사건 건물 일부를 임차하였던 반면 이 사건 화재로 인한 손해는 2억 6,000여만 원에 이르는 점 등을 고려하여, 건물 자체에 발생한 손해(268,969,000원) 중 피고 A의 책임을 70%로 제한하였다.
 - 5) 피고 A의 손해배상청구는 1심과 마찬가지로 기각되었고, 임대차보증금 반환청구는 1심과 달리 원고 손해배상채권액이 공제되어 소멸하였음을 이유로 기각되었다.

는 1개의 반대의견과 2개의 별개의견이 있다. 대법판결의 논지 중 대법관들 사이에 이견(異見)이 없었던 쟁점을 먼저 정리하고, 견해가 나뉘었던 부분(임차 외 건물부분의 손해 관련)을 따로 살펴본다.

<대법관들 사이에서 이견이 없었던 법리 : 임차건물 부분의 손해 관련>⁶⁾

임대차 목적물이 화재 등으로 인하여 소멸됨으로써 임차인의 목적물 반환의무가 이행불능이 된 경우에, 임차인은 이행불능이 자기가 책임질 수 없는 사유로 인한 것이라는 증명을 다하지 못하면 목적물 반환의무의 이행불능으로 인한 손해를 배상할 책임을 지며, 화재 등의 구체적인 발생 원인이 밝혀지지 아니한 때에도 마찬가지이다. 또한 이러한 법리는 임대차 종료 당시 임대차 목적물 반환의무가 이행불능 상태는 아니지만 반환된 임차 건물이 화재로 인하여 훼손되었음을 이유로 손해배상을 구하는 경우에도 동일하게 적용된다.

한편 임대인은 목적물을 임차인에게 인도하고 임대차계약 존속 중에 그 사용, 수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담하므로(민법 제623조), 임대차계약 존속 중에 발생한 화재가 임대인이 지배·관리하는 영역에 존재하는 하자로 인하여 발생한 것으로 추단된다면, 그 하자를 보수·제거하는 것은 임대차 목적물을 사용·수익하기에 필요한 상태로 유지하여야 하는 임대인의 의무에 속하며, 임차인이 하자를 미리 알았거나 알 수 있었다는 등의 특별한 사정이 없는 한, 임대인은 화재로 인한 목적물 반환의무의 이행불능 등에 관한 손해배상책임을 임차인에게 물을 수 없다.

<다수의견>

임차인이 임대인 소유 건물의 일부를 임차하여 사용·수익하던 중

6) 해당 판시는 다수의견이 한 것이다. 그러나 이 부분은 종전 판례를 통해 확립된 법리로서, 별개의견1, 2나 반대의견에서도 이론이 없을 것으로 추측된다.

임차 건물 부분에서 화재가 발생하여 임차 건물 부분이 아닌 건물 부분(이하 ‘임차 외 건물 부분’)까지 불에 타 그로 인해 임대인에게 재산상 손해가 발생한 경우에, **임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반이 있었음이 증명되고**, 그러한 의무 위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있으며, 임차 외 건물 부분의 손해가 그러한 의무 위반에 따른 통상의 손해에 해당하거나, 임차인이 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 특별한 사정으로 인한 손해에 해당한다고 볼 수 있는 경우라면, 임차인은 임차 외 건물 부분의 손해에 대해서도 민법 제390조, 제393조에 따라 임대인에게 손해배상책임을 부담하게 된다.

종래 대법원은 임차인이 임대인 소유 건물의 일부를 임차하여 사용·수익하던 중 임차 건물 부분에서 화재가 발생하여 임차 외 건물 부분까지 불에 타 그로 인해 임대인에게 재산상 손해가 발생한 경우에, 건물의 규모와 구조로 볼 때 건물 중 임차 건물 부분과 그 밖의 부분이 상호 유지·존립함에 있어서 구조상 불가분의 일체를 이루는 관계에 있다면, 임차인은 임차 건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 증명하지 못하는 이상 임차 건물 부분에 한하지 아니하고 건물의 유지·존립과 불가분의 일체 관계에 있는 임차 외 건물 부분이 소훼되어 임대인이 입게 된 손해도 채무불이행으로 인한 손해로 배상할 의무가 있다고 판단하여 왔다.

그러나 임차 외 건물 부분이 구조상 불가분의 일체를 이루는 관계에 있는 부분이라 하더라도, 그 부분에 발생한 손해에 대하여 임대인이 임차인을 상대로 채무불이행을 원인으로 하는 배상을 구하려면, 임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반이 있었고, 그러한 의무 위반과 임차 외 건물 부분의 손해 사이에 상당인과관계가 있으며, 임차 외 건물 부분의 손해가 의무 위반에 따라 민법 제393조에 의하여 배상하여

야 할 손해의 범위 내에 있다는 점에 대하여 임대인이 주장·증명하여야 한다. 이와 달리 위와 같은 임대인의 주장·증명이 없는 경우에도 임차인이 임차 건물의 보존에 관하여 선량한 관리자의 주의의무를 다하였음을 증명하지 못하는 이상 임차 외 건물 부분에 대해서까지 채무불이행에 따른 손해배상책임을 지게 된다고 판단한 종래의 대법원판결들은 이 판결의 견해에 배치되는 범위 내에서 이를 모두 변경하기로 한다.

<대법관 김신, 대법관 권순일의 별개의견>

임차인이 임대인 소유 건물의 일부를 임차하여 사용·수익하던 중 그 임차한 부분에서 화재가 발생하여 임차 외 건물 부분까지 불에 타 그로 인해 임대인에게 재산상 손해가 발생한 경우에, 다른 특별한 사정이 없는 한 임차 외 건물 부분에 발생한 재산상 손해에 관하여는 불법행위책임만이 성립한다고 보아야 한다(임차인에게 불법행위책임의 성립요건인 과실이 존재한다고 단정할 수 없으므로, 원심은 파기되어야 한다. 원심파기라는 결론 자체는 다수의견과 동일하다).

<대법관 김재형의 반대의견>

임차인이 임대인 소유 건물의 일부를 임차하여 사용·수익하던 중 임차한 부분에서 화재가 발생한 경우에 민법 제390조에 따라 임차인의 손해배상책임이 성립하는지 여부를 판단한 다음, 임차물이든 그 밖의 부분이든 불에 탄 부분이 민법 제393조에 따라 손해배상의 범위에 포함되는지 여부를 판단하는 것으로 충분하다. 화재로 불에 탄 부분이 임차물 자체인지 임차물 이외의 부분인지에 따라 손해배상책임을 성립요건이나 그 증명책임을 달리 보아야 할 이유가 없다. 임차물과 임차 외 건물 부분으로 구분하여 채무불이행이나 불법행위에 기한 손해배상의 성립요건을 별도로 판단하는 것은 손해배상의 범위에서 판단해야 할 사항을 손해배상책임을 성립 여부에서 판단하는 것이어서 받아들이 수 없다.

이 사건 임차 건물 부분과 이 사건 임차 외 건물 부분에 발생한 손해는 모두 이 사건 화재와 인과관계가 있을 뿐만 아니라, 피고A의 채무불이행에 따른 통상손해에 해당하거나 특별한 사정으로 인한 손해라고 하더라도 임차인인 피고A가 알았거나 알 수 있었다고 볼 수 있다.

<대법관 이기택의 별개의견>

임차인이 건물의 일부를 임차한 경우에 임대차 기간 중 화재가 발생하여 임차 건물 부분과 함께 임대인 소유의 임차 외 건물 부분까지 불에 탔을 때 임차인의 의무 위반으로 인한 채무불이행책임의 성립 및 임차인의 채무불이행이 성립하는 경우에 배상하여야 할 손해배상의 범위에 관하여는 **반대의견과 견해를 같이한다**.

그런데 임차인이 임대인 소유 건물의 일부를 임차하여 사용·수익하던 중 임차 건물 부분에서 화재가 발생하여 임차 외 건물 부분까지 불에 타 그로 인해 임대인에게 재산상 손해가 발생한 경우에 화재의 원인이나 귀책사유가 명확하게 밝혀지지 않은 때에는, 임차 건물 부분의 손해뿐만 아니라 임차 외 건물 부분의 손해까지 임차인이 전부 책임지는 것은 임차인에게 가혹할 수 있고, 이와 달리 임차인이 임차 외 건물 부분의 손해에 대하여 전혀 책임지지 않고 그 부분 손해를 임대인이 모두 감수하도록 하는 것 또한 구체적 타당성에 어긋날 위험이 있다. 따라서 이와 같은 경우에 **법원은 임차 외 건물 부분의 손해에 대하여 임차인의 배상 책임을 긍정하되, 그 책임에 대한 제한을 통하여 임대인과 임차인이 임차 외 건물 부분의 손해를 합리적으로 분담하도록 하여야 한다**(임차인의 책임제한을 위해 확인이 필요한 부분에 관하여 충분히 심리가 이루어지지 않았음을 이유로 원심파기).⁷⁾

7) 대법관 이기택의 별개의견은 법원이 임차인의 손해배상책임을 제한하는 데 반드시 고려하여야 할 요소로 다음과 같은 사정을 들고 있다.

① 계약의 내용과 관련된 요소 : 임대차계약의 내용 및 이에 따라 예정된 임차 건물 사용·수익의 용도·방법 및 임차인이 부담하는 의무의 내용, 임대차 보증금, 차임,

[연구]

I. 들어가며

화재는 빈번히 일어난다. 화재로 인해 우리는 큰 인명 피해나 재산상 피해를 입기도 한다. 화재발생의 원인은 명확히 밝혀지는 경우도 많지만 미상인 경우도 상당하다.⁸⁾ 화재원인이 밝혀진 경우 그에 따른 법적책임 소재를 밝히는 것은 그리 어렵지 않다. 그러나 화재원인이 불명인 경우 법률관계를 해명하는 것은 쉽지 않다. 이 경우에도 누군가는 화재로 인한 위험을 부담해야 한다. 그렇다면 그 위험은 어떠한 기준에 따라 누구에게 분담되어야 하는가? 대상판결은 임대차목적물에 원인불명의 화재가 발생한 경우와 관련하여, 화재로 인한 위험분담의 판단기준을

그 밖에 임대차계약과 관련하여 임차인이 임대인에게 지급하는 일체의 대가의 액수 등.

- ② 건물 자체의 현황과 관련된 요소 : 1동의 건물 전체의 구조·성상·재질, 임차 건물 부분 및 1동의 건물 전체를 기준으로 한 방재시설, 소방시스템(감지기, 스프링클러 등), 전기·가스·수도공급설비 등의 설치 현황 및 노후화 정도, 임차 건물 부분과 나머지 건물 부분의 가액 차이 등.
- ③ 건물의 관리 상태와 관련된 요소 : 건물에 설치되어 있는 방재시설, 소방시스템, 전기·가스·수도공급설비 등의 정기적인 점검·관리·보수·교체 현황, 임차 건물 부분과 1동의 건물 전체의 일반적인 관리·이용 현황, 지속적인 운영·관리의 적정성 등.
- ④ 사고 발생·확대와 관련된 요소 : 화재 발생 장소, 화재의 원인이 어느 정도까지 밝혀졌는지, 화재의 발생·확대에 관여된 객관적인 사정이나 그 정도 등.
- ⑤ 피해와 관련된 요소 : 임차 건물 부분에 발생한 손해액, 임차 건물 이외의 부분에 발생한 손해액, 서로 간의 비율 등.

8) 2017년 1년(2017.1.1.~2017.12.31.)간 전국 화재발생 건수는 44,178건, 그로 인한 사망자는 345명, 부상자는 1,852명, 재산피해는 5천 60억 원 상당이었다. 화재발생 원인을 보면 실화가 87.65%, 자연적 요인은 0.57%, 방화가 2.03%, 원인불명이 9.75%였다. 소방청 국가화재정보센터 홈페이지 <http://www.nfds.go.kr/fr_base_0001.jsf> 참조. 검색일 : 2018.5.20.

제시하고 있다. 대상판결은 실무적으로 매우 큰 파급력을 갖고 있고, 이론적 측면에서도 검토의 가치가 크다고 사료된다. 대상판결이 갖고 있는 중요성을 고려해 볼 때, 아직 대상판결에 대한 충분한 검토는 이루어지지 못했다고 생각한다. 또한 공교롭게도 선행연구들 중에는 대상판결의 다수의견에 반대하는 견해가 많은데,⁹⁾ 필자는 이와 입장을 달리한다. 이 글에서는 대상판결을 필자 나름의 시각에서 분석해 보고자 한다.

글의 순서는 다음과 같다. 우선 대상판결과 같은 쟁점이 논의될 수밖에 없는 이유, 즉 논의의 배경 내지 대전제를 살펴본다(Ⅱ). 이어서 다수의견, 별개의견1, 반대의견, 별개의견2의 요지를 정리하고 각 의견의 장·단점을 간단히 확인한다(Ⅲ). 이러한 다양한 의견들의 타당성을 네 개의 쟁점(① 채무불이행으로 인한 손해배상책임의 요건, ② 불합리한 결과의 회피, ③ 채무불이행책임과 불법행위책임의 관계설정, ④ 누가 최소비용으로 위험을 회피할 수 있는 자인가)을 통해 검토하는 과정에서, 필자의 견해를 밝힌다(Ⅳ). 끝으로 대상판결에서 직접 문제되지지는 않았지만 향후 고민할 필요가 있는 관련쟁점들을 언급한다(Ⅴ).

9) 대상판결에 관한 선행연구로는 ① 이현수, “임차건물에 화재가 발생한 경우 임대차목적물이 아닌 부분에 관한 손해배상의 법리”, 민사판례연구40, 박영사, 2018, 255쪽 이하; ② 오창수, “임차건물 화재로 인한 임차 외 건물 소실과 임차인의 손해배상책임”, 경희법학 제52권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2017, 281쪽 이하; ③ 권영준, “2017년 민법 판례 동향”, 서울대법학 제59권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2018, 495쪽이하; ④ 김상현, “임차건물 부분의 화재가 임차 외 건물부분에 재산상 손해를 발생시킨 경우, 임차인의 손해배상책임에 관하여”, 국민대 법학논총 제30권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2017, 109쪽 이하; ⑤ 이선희, “임차목적물의 화재로 인한 임차인의 채무불이행책임”, 법학논총 제35권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2018; ⑥ 신봉근, “임차건물의 화재로 인한 임차인의 손해배상책임”, 고려법학 88, 고려대학교 법학연구원, 2018이 있다. ①, ②문헌은 별개의견1에 공감을 표하고 있고, ③문헌은 별개의견2에, ④문헌은 반대의견에 대체로 공감을 표하고 있다. 한편 ⑤, ⑥문헌은 결론자체에 관해서는 다수의견에 공감하고 있다.

Ⅱ. 논의의 배경 또는 대전제

대상판결과 같은 논란이 발생한 근본적 이유는, 동일한 화재사건에 관하여 임차인에게 채무불이행책임의 성립요건인 과실은 인정되지만, 불법행위책임의 성립요건인 과실은 인정되지 않는 경우가 발생할 수 있기 때문이다. 채무불이행책임의 성립요건인 과실에 관해서는 채무자가 증명책임을 부담한다(민법 제390조 단서). 즉 채무자는 자신의 무과실을 입증하지 못하면 채무불이행책임을 부담한다. 이에 반해 불법행위책임의 성립요건인 과실에 관해서는 피해자가 증명책임을 부담한다(민법 제750조). 즉 피해자는 가해자의 과실을 입증하지 못하면 가해자에게 불법행위책임을 물을 수 없다.

따라서 임차인은 임차목적물에 발생한 원인불명의 화재와 관련하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임은 부담할 수 있지만, 불법행위로 인한 손해배상책임은 부담하지 않을 수 있다. 즉, 하나의 객관적·자연적 사건(자신의 지배·관리 영역에서 발생한 화재사고)에 관하여 임차인은 과실이 있기도 하고 그와 동시에 과실이 없기도 한 것이다. 이는 법을 알지 못하는 일반인의 관점에서는 이상하게 느껴질 수 있지만, 채무불이행책임과 불법행위책임이 명확히 구분되고 두 책임이 병존할 수 있는 법체계 하에서는 자연스럽게 발생할 수 있는 현상이다.

Ⅲ. 각 의견의 정리 및 장·단점

다수의견, 별개의견1, 반대의견, 별개의견2의 각 요지, 특색, 장·단점을 설명하면 다음과 같다.

1. 다수의견

	임차건물 부분	임차외 건물 부분
채무불이행 책임 성립 여부	O (∵ 임차인 무과실 증명되지 않았음)	X (추가요건 요구 : 임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반이 있었음이 증명되어야 함)
불법행위 책임 성립 여부	X (∵ 임차인 과실 증명되지 않았음)	X (∵ 임차인 과실 증명되지 않았음)

다수의견은 임차외 건물 부분에 관하여 채무불이행 책임이 성립하기 위해서는 추가요건이 필요하다고 보았다. 이러한 다수의견은 뒤에서 살펴보는 바와 같이 공평타당한 결과에 이를 수 있다. 그러나 다수의견은 그와 같이 보는 법적 근거에 대해서는 특별히 언급하지 않고 있다.

2. 별개의견1

	임차건물 부분	임차외 건물 부분
채무불이행 책임 성립 여부	O (∵ 임차인 무과실 증명되지 않았음)	
불법행위 책임 성립 여부	X (∵ 임차인 과실 증명되지 않았음)	X (∵ 임차인 과실 증명되지 않았음)

별개의견1은 결론에서는 다수의견과 차이가 없다. 그런데 별개의견1에서 주목되는 점은 ‘법경제학’을 정면으로 언급하며 자신의 결론을 정당화하고 있다는 것이다. 별개의견1은 크게 세 가지 논거를 들고 있다. 별개의견은 우선 ① 민법이 채무불이행책임과 불법행위책임의 증명책임을 달리 구성한 이유가 법경제학적 관점에서 타당하다고 밝히면서, 임차외 건물부분에 대하여는 임차인과 임대인 사이에 법적 특별결합관계가 존재한다고 보기 어렵다고 주장한다.¹⁰⁾ 또한 별개의견1은 ② 거래

10) 이 부분에 관한 별개의견1의 판시를 인용하면 다음과 같다.

비용 절감의 관점에서 임차외 건물에 대한 정보를 충분히 갖고 있지 못한 임차인이 임차외 건물부분에 대하여 위험을 부담하는 것은 효율적이지도 않고 공정하지도 않다고 지적한다. 이 부분에 관한 별개의견¹⁾의 판시는 다음과 같다.

“거래비용의 절감이라는 계약법의 또 다른 기능에 비추어 보더라도, 임대차계약의 이행불능에 따른 손해배상책임은 임대차계약의 목적물에 관한 것에 한하여 논의하는 것이 타당하다. 건물 임대차계약의 경우, 임대인은 보통 건물 유지·관리에 필요한 건축물의 구조, 설비, 용도 등에 관한 정보를 보유하고 있고, 임차인들에 관한 정보 역시 쉽게 수집할 수 있는 지위에 있다. 또한 임대인은 그 거래비용을 차임 또는 관리비의 형태로 분산하여 임차인에게 전가시킬 수도 있다. 반면에 원인 불명의 화재임에도 임차 외 건물 부분에 대해서까지 임차인이 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담한다고 보게 되면, 임차인은 대법원 86다카1066 판결 등에서 말하는 ‘구조상 불가분의 일체를 이루는 관계’가 어디까지인지, 나아가 자신이 손

“계약법은 계약의 이행을 담보함으로써 시장경제 체제에서 자원의 효율적 배분을 달성하는 기능을 수행한다. 민법이 정하는 계약 위반에 대한 구제수단 중 현실적으로 가장 중요한 의미를 가지는 것은 손해배상이다. 민법 제390조는 계약 위반에 대하여 일반적으로 손해배상을 인정하고 있는데, 이때의 손해배상은 채무자가 이행을 하였더라면 채권자가 얻을 수 있었던 이익, 즉 이행이익의 배상을 의미한다. 그리고 민법 제390조 단서는 채무불이행에 대하여 채무자의 귀책사유가 없다는 점에 대한 증명책임을 채무자에게 지우는데, 이는 채권자와 채무자 사이에 존재하는 특별결합관계에 의하여 채무자는 약속된 급부의 실현을 인수한 것이고, **통상 채무의 이행이 이루어지지 아니한 경우에는 그 이유가 채무자의 지배영역에 있다고 추정되기 때문인 것이다** (이는 계약이행이 불능이 될 위험은 최소비용회피자가 부담하는 것이 효율적이라는 원칙에도 부합한다). 이렇게 함으로써 채무자는 계약 위반 여부에 관한 결정을 사회적으로 효율적인 방법으로 할 수 있고, 채무불이행이 되지 아니하도록 최적 수준의 주의를 기울이게 된다.

손해배상책임의 근거를 계약 위반에서 찾는 것은 채권자와 채무자 사이에 법공동체의 구성원이라는 일반적 지위를 넘어서는 계약이라고 하는 법적 특별결합관계가 존재하고 그렇기 때문에 채무불이행에 대한 귀책사유의 부존재에 대한 증명책임을 채무자에게 부담시켜 가급적 계약이 이행된 것과 같은 상태를 실현시키기 위한 것인데 그러하지 아니한 사안에서 다수의견이나 반대의견과 같이 손해배상책임의 근거를 굳이 계약 책임으로 구성할 필요를 찾기 어렵다.”

해배상책임을 면하려면 어느 정도의 주의의무를 기울여야 하고 손해배상책 임의 범위는 어디까지가 될 것인지 예측하기 어려운 처지에 놓이게 되므로, 임차 목적물 외에 건물 전체에 관한 정보를 조사·수집할 필요가 있게 되는 데, 이는 현실적으로 곤란할 뿐만 아니라, 설령 가능하다 하더라도 그 비용을 감당하기 어려울 것이다. 결국 **건물 전체의 위험요소는 임대인이 상대적으로 적은 비용으로 파악하여 각각의 임대차계약에서 반영시킬 수 있는 반면, 건물 일부의 임차인은 정보의 비대칭 상태에서 계약을 체결하게 되고 이러한 상황이 효율적이지도 공정하지도 않음은 물론이다.**”

마지막으로 별개의견은 ③ 누가 화재에 대비하여 보험에 가입하는 것이 더 효율적인가라는 관점에서도 자신의 견해가 타당함을 역설하고 있다. 이 부분 판시를 인용하면 다음과 같다.

“민법 제750조는 불법행위책임에 관하여 과실책임의 원칙을 규정하고 있다. 과실책임원칙 아래에서, 가해자의 상당한 주의의 정도가 사회적으로 최적인 수준으로 설정되어 있을 경우, 가해자는 배상책임을 면하기 위해 상당한 주의를 기울일 유인을 가지게 되고, 피해자도 자신이 부담하게 될 손해를 줄이기 위한 주의를 기울일 유인을 가지게 된다. 그런데 보험의 이용이 보편화된 오늘날에는 **손해의 사후적 배분 기능은 불법행위에 관한 법원칙을 적용하는 방식을 통하기보다는 보험제도를 적절히 활용하는 것이 사회 전체적으로 더욱 효율적이다.** 보험제도를 활용하는 경우에도 잠재적 가해자와 피해자 중 누가 보험에 가입하는 것이 적절한지를 결정하는 데에는 당연히 손해배상에 관한 법원칙을 고려하게 된다. 임대인이 1동의 건물을 여러 개의 건물 부분으로 구분하여 각각 임대차계약을 체결하는 경우, **원인 불명의 화재로 인하여 건물 전체가 멸실될 위험에 대비하여 임대인은 건물 전체를 보험목적으로 하여 화재보험에 가입한 다음 그 보험료를 차임 등의 형태로 분산시키고, 임차인은 임대차 목적물 반환의무의 이행불능에 대비하여 그 부분에 대하여 보험에 가입하는 것이 통상적일 뿐만 아니라 합리적**이다. 이것이 별개의견이 제시하는 손해배상의 법원칙에도 부합함은 물론이다. 그러나 대법원 86다카1066 판결 등에 따르게 되면, ‘구조상 불가분의 일체를 이루는 관계’가 1동의 건물 전부에 해당할 때에는 임차인으로서는

자신에게 귀책사유가 없는 경우에도 건물 전부를 대상으로 그 반환의무 이행불능에 대비하여 보험에 가입할 필요가 발생하는데, 이것은 거래의 현실에도 맞지 않을뿐더러 사회 전체적으로 보아도 비효율적임을 쉽게 알 수 있다.”

별개의견의 위와 같은 논증은 매우 신선하고 그 자체로 상당히 설득력이 있다고 사료된다. 그러나 별개의견의 결론자체는 뒤에서 살펴보는 것처럼 전통적 민법체계 및 기존 판례법리와 어긋난다는 문제가 있다.

3. 반대의견

	임차건물 부분	임차외 건물 부분
채무불이행 책임 성립 여부	O (∵ 임차인 무과실 증명되지 않았음)	O (∵ 임차인 무과실 증명되지 않았음. 민법 제393조에 따른 통상손해 또는 특별손해 요건 충족)
불법행위 책임 성립 여부	X (∵ 임차인 과실 증명되지 않았음)	X (∵ 임차인 과실 증명되지 않았음)

반대의견은 민법 제390조, 제393조에 근거하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임에 관한 기존 이론에 충실하게 임차인의 손해배상책임 성립유무를 판단하고 있다. 그러나 채무불이행책임의 판단방식이 반드시 위와 같이 이루어져야 하는지는 의문이고, 뒤에서 살펴보는 것처럼 반대 의견과 같이 보면 불합리한 결론에 이를 위험이 있다.

4. 별개의견2

	임차건물 부분	임차외 건물 부분
채무불이행 책임 성립 여부	O (∵ 임차인 무과실 증명되지 않았음)	O (∵ 임차인 무과실 증명되지 않았음. 그러나 임차외 건물부분이라는 점 등을 고려하여 책임제한을 할 수 있음을 강조)
불법행위 책임 성립 여부	X (∵ 임차인 과실 증명되지 않았음)	X (∵ 임차인 과실 증명되지 않았음)

별개의견2는 기본적인 법리의 측면에서는 반대의견과 견해를 같이 하고 있다. 따라서 반대의견의 특성 및 장·단점에 관한 언급이 별개의견2에 대해서도 그대로 적용될 수 있다.

IV. 검토

필자는 결론적으로 다수의견에 공감하지만, 그와 같이 보는 근거는 보장될 필요가 있다고 사료된다. 구체적으로 설명하면 다음과 같다.

1. 채무불이행으로 인한 손해배상책임의 판단방법 : 반대의견 및 별개의견2 비판

채무자의 채무불이행으로 인한 손해배상책임액은 다음과 같은 단계를 거쳐 산정하는 것이 우리 민법 조문체계에 부합한다.¹¹⁾

- ① 채무자의 채무불이행(고의 또는 과실, 위법성 요건이 충족되었다는 것을 전제)과 채권자의 손해 사이에 조건적·사실적 인과관계가 존재하는지 확인(1단계)
- ② 문제된 손해가 통상손해에 해당하는지 또는 특별손해에 해당하는지 검토하고, 특별손해에 해당한다면 채무불이행 당시¹²⁾ 채무자의 예견가능성이 있었는지 검토(민법 제393조)(2단계)
- ③ 위와 같은 검토결과를 통해 배상범위에 포함된 손해를, 법률적 평가를 통해 구체적 금전액으로 산정(3단계)

11) 지원림, 민법강의, 홍문사, 2017, 1066쪽; 양창수/김재형, 민법 I 계약법, 박영사, 2011, 426쪽; 양삼승, “손해배상범위론 : 특히 배상해야 할 손해의 범위와 관련하여”, 변호사 실무대계 下권, 대한법호사협회, 1989, 104-120쪽.

12) 대법원 1985. 9. 10. 선고 84다카1532 판결.

반대의견과 별개의견²는 위와 같은 생각의 방법에 따라 임차인의 채무불이행책임액도 산정해야 한다는 것이다. 이 사건의 경우 임차인에게 채무불이행책임의 성립요건인 ‘과실’이 있다는 점은 이미 밝혀졌으므로 1단계는 문제될 것이 없다. 또한 임차목적물에서 화재가 발생한 경우 그로 인하여 임차외 건물 부분(같은 건물 2층)도 불에 탈 수 있다는 것은 누구나 예측할 수 있으므로, 설령 임차외 건물부분 손해가 특별손해에 해당되더라도 2단계는 별 무리없이 충족된다(필자의 생각으로는 이 사건에서 임차외 건물부분 손해는 통상손해로 취급하는 것이 적절하다). 그렇다면 임차인이 임차외 건물부분에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 진다는 점에는 이론이 있기 어렵다. 이러한 생각은 **채무자의 과실, 인과관계, 배상범위에 포함되는 손해해당 여부를 “순차적 독립적”**으로 판단하고 있다. 그런데 위와 같은 사고방식이 항상 타당한가?

필자는 이 사건처럼 계약상 채무자의 ‘보호의무¹³ 위반’과 채권자의 ‘확대손해’가 문제된 사안에서는 반드시 그렇지는 않다고 생각한다. 이 사건에서 임차인에게 채무불이행책임의 성립요건으로서 과실이 인정된 이유는 오로지 발화점이 임차건물 내라는 사정 때문이다. 화재발생원인은 전혀 밝혀지지 않았고, 임차인의 잘못으로 화재가 발생하였을 ‘가능성’이 있다고 의심할 수 있는 사정조차 - 판결문에 드러난 내용만으로는 - 존재하지 않는다. 그럼에도 불구하고 임차인의 과실이 인정된 이유는 발화지점이 임차인의 주된 또는 배타적 지배영역이기 때문이다. 즉 임차인은 해당 부분을 지배·관리하고 있었으므로 임차인의 과실이 ‘의제’된 것이다. 이와 같은 임차인의 ‘의제된 과실’을 이유로 임차인의 지배·관리권이 미치지 않는 임차 외 건물 부분의 손해에 대해서도 인과관계를

13) 계약상대방의 생명·신체·자유·재산 등을 해치는 일이 없도록 필요한 조치를 강구해야 할 의무를 뜻한다. 이행이익의 취득을 목적으로 하는 급부의무와 대비되는 개념이다. 계약상 보호의무는 채권의 발생 내지 이행과 내적·사물적 관련성이 있는 경우에 한하여, 또한 부가적 손해의 배상책임을 인정하기 위하여 필요한 범위에 한하여 인정되어야 한다. 지원림, 민법강의, 홍문사, 2017, 874-875쪽.

인정하고 배상범위에 포함시키는 것은, 임차인의 과실을 의제한 취지에 맞지 않는다. 이 경우 채무자의 과실, 인과관계, 배상범위에 포함되는 손해라는 세 가지 요건의 판단은 ‘동시에’ 이루어져야 한다. 위 세 개념은 서로 관련되어 있기 때문이다. 달리 표현하면, 채무자의 과실을 인정(의제)한 취지를 고려하여 그 과실과 인과관계 있는 손해인지 여부를 판단해야 한다.

이러한 방식으로 배상해야 할 손해의 범위를 판정하는 것을 ‘규범의 보호목적 관련성 이론’(die Lehre vom Schutzzweck der Norm)이라고 한다. 계약상 의무나 법률상 책임규범 및 그 배후에 있는 주의의무는 특정한 법익의 보호에 기여하므로, 그 보호목적과 관련이 없는 손해는 조건적 인과관계가 인정되더라도 손해배상의 범위에서 제외되어야 한다. 우리 판례는 불법행위로 인한 손해배상책임 성립여부와 관련하여 이 이론을 받아들인 바 있다. 가령 상호신용금고의 대표이사가 동일인에 대한 한도초과 대출을 금지하는 상호신용금고법을 위반하여 특정인에게 추가 담보대출을 해준 경우, 그 특정인에 대한 다른 후순위 일반채권자가 추가 담보대출로 인해 해당 담보목적물로부터 배당받을 수 있는 금액이 줄어들었다는 이유로 대표이사 및 상호신용금고에 대하여 불법행위를 원인으로 한 손해배상청구를 한 사안에서 법원은 다음과 같은 이유를 들어 원고의 청구를 기각하였다.¹⁴⁾

“피고 회사의 대표이사인 피고 000가 위 법령을 위배하여 소의 회사에게 추가대출을 한 것을 계기로 하여 원고가 손해를 입었다고 하더라도 피고들이 원고에게 손해배상책임을 지기 위하여는 위 법령에 위배된 행위와 원고의 손해 사이에 상당인과관계가 있어야 할 것인 바, 상당인과관계의 유무를

14) 규범의 보호목적 관련성 이론이 손해배상책임을 부정하는 근거로만 이용되는 것은 아니고, 손해배상책임을 긍정하는 근거로 이용되기도 한다. 가령 대법원 1993. 2. 12. 선고 01다42466 판결; 대법원 1994. 12. 27. 선고 94다36285 판결; 대법원 2008. 4. 10. 선고 2005다48994 판결 참조.

판단함에 있어서는 결과 발생의 개연성은 물론 **법 제12조의 입법목적과 보호법익**, 위 법령위배행위의 태양 및 피침해이익의 성질 등을 종합적으로 고려하여 판단하여야 할 것이다(당원 1994. 6. 10. 선고 93다30877 판결 참조).

그런데 동일인에 대한 일정액을 넘는 대출 등을 원칙적으로 금하고 있는 법 제12조의 규정취지는 원래 영리법인인 상호신용금고의 대출업무 등은 그 회사의 자원에 맡기는 것이 원칙이었지만 그가 갖는 자금중개기능에 따른 공공성 때문에 특정인에 대한 과대한 편중여신을 규제함으로써 보다 많은 사람에게 여신의 기회를 주고자 함에 있는 것이지(당원 1987. 12. 22. 선고 87다카1458 판결 참조), **상호신용금고로부터 금부, 대출, 어음할인(이하 이를 대출 등이라고 한다)을 받은 자와 거래를 하려는 제3자로 하여금 상호신용금고가 대출 등을 받은 자에 대하여 가지게 될 채권의 범위를 예측할 수 있게 하거나 상호신용금고가 위 법령에 규정된 여신한도 범위 내에서 대출 등을 할 것으로 신뢰한 자를 보호하고자 함에 있는 것은 아닌 바**, 이러한 법 제12조 규정의 목적과 보호법익 및 원고가 입은 손해의 성질 등을 고려하면, 피고들이 위 법규에 위반하여 소외 회사에게 대출 등을 하지 않을 것이라는 신뢰를 원고에게 부여하였다는 특별한 사정이 엿보이지 아니하는 이 사건에 있어서, 피고 회사의 대표이사인 피고 000가 단순히 법 제12조에 위배하여 시행령 제8조에 규정된 여신한도액을 초과한 금원을 소외 회사에게 대출 또는 어음할인대출을 하여 주었고, 가사 피고 회사가 위 법령에 위배하여 소외 회사에게 여신한도를 초과한 대출 등을 하지 않을 것이라고 신뢰한 원고가 위의 추가어음할인대출로 손해를 입게 되었다고 하더라도, 피고 회사를 대표한 피고 000의 위와 같은 행위와 원고의 손해 간에 상당인과관계가 있다고 볼 수 없다.” (대법원 1995. 1. 12. 선고 94다21320 판결)

채무불이행으로 인한 손해배상책임 여부를 판단하는 국면에서도 - 특히 확대손해가 문제된 사안에서는 - 규범목적 등을 고려할 필요가 있을 수 있다.¹⁵⁾ 임차인의 지배·관리영역에 해당하는지 여부를 기준

15) 박영규, “통상손해의 범위”, 서울법학 제19권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012, 71쪽 이하. 민법 제393조 제1항의 통상손해의 범위를 참작할 때에 손해배상과 관련한 개별적 법규 또는 법제도의 목적이 고려되어야 한다고 주장한다. 또한 지원림,

으로 인정된 임차인의 과실은,¹⁶⁾ 화재발생과 관련하여 임차인의 과실

민법강의, 홍문사, 2017, 1066쪽은 “종래 손해배상의 범위 전체를 주도하였던 이른바 법적 인과관계의 문제는 손해가 통상손해인지 여부를 판단하기 위한 보조자료로서의 지위만을 부여받아야”한다고 본다.

- 16) 판례를 통해 발전된, 임차인의 과실판단의 기준이 되는 법리인 “**영역설**”의 내용에 관해서는 반대의견이 다음과 같이 일목요연하게 정리하고 있다.

“첫째, 화재의 발생지점이 임차인이 임차하여 사용하는 부분(집합건물의 경우에는 전유부분)인 경우에는, 그 지점이 건물구조의 일부를 이루는 전기배선과 같이 임대인의 지배·관리 영역 내에 있지 않는 한, 임차인의 지배·관리 영역에서 화재가 발생하였다고 볼 수 있다.

둘째, 화재의 발생지점이 임대인과 임차인이 공동으로 사용하는 부분(집합건물의 공용부분이 이에 해당하는 경우가 많을 것이다)인 경우에는 원칙적으로 임차인의 지배·관리 영역에서 화재가 발생하였다고 볼 수 없다. 그러나 그 부분을 임차인이 주로 사용하거나 임차인이 그곳에 화재원인이 될 만한 물건을 쌓아둠으로써 화재의 원인을 제공하였다고 볼 수 있다면, 특별한 사정이 없는 한 임차인의 지배·관리 영역에서 화재가 발생하였다고 볼 수 있다.

셋째, **화재의 발생지점이 위 두 경우에 해당하지 않는 경우에는 원칙적으로 임차인의 지배·관리 영역에서 화재가 발생하였다고 보기 어렵다. 화재가 발생한 지점 자체가 어느 부분인지 밝혀지지 않은 경우에도 임차인의 지배·관리 영역에서 화재가 발생하였다고 볼 수 없다.**

한편 화재가 임차인의 지배·관리 영역에서 발생하였다는 점이 밝혀진 경우에 임차인이 자신의 책임을 면하려면, 자기가 책임질 수 없는 사유로 화재가 났다는 점을 증명하거나(민법 제390조 단서) 화재에 대하여 임대인 또는 제3자의 귀책사유가 있다는 점을 증명하여야 한다.”

반대의견이 밝힌 영역설의 내용 중 세 번째 부분은 종래 대법원 판례와 배치되는 부분이 있다. 종래 판례(대법원 2001. 1. 19. 선고 2000다57351 판결)는 발화점이 밝혀지지 않은 경우에도 임차인의 과실을 인정한 것이 있기 때문이다. 그러나 이러한 판례는 임차인에게 일방적으로 불리한 것으로서 부당하며 변경되어야 한다. 동지(同旨) 이동진, “위험영역설과 증거법적 보증책임”, 저스티스 통권 제138호, 한국법학원, 2013, 192쪽; 권영준, 앞의논문(주 11), 504쪽; 황원재, “위험영역에 따른 증명책임의 분배”, 계약과책임:하경효교수정년기념논문집, 박영사, 2017, 254-259쪽; 하경효, “임대차계약에서의 급부장애”, 고려법학 제49호, 고려대학교 법학연구원, 2007, 112-115쪽도 비슷한 취지이다.

한편, 심사의견 중에는 위와 같은 영역설이 임차인의 과실을 인정하는 기준이 아니라 임대차계약관계에서 발생할 수 있는 임차인의 다양한 의무위반(=채무불이행)을 인정

이 있다고 의심할만한 사정이 존재하기 때문에 인정된 임차인의 과실과는 **그 내용 및 인정근거가 다르다**. 전자의 경우 임차인의 과실을 인정(의제)하는 근거는 임차인이 임대인에 대하여 주의의무를 위반하였다는 점에 있다기보다, 오히려 임차인이 임대인과의 사이에서 임대목적물의 온전한 반환과 관련하여 사실상 무과실책임을 부담하겠다고 (묵시적으로) 보증하였다는 점에서 찾을 수 있기 때문이다. 전자와 같은 과실만으로는 임차외 건물부분 손해에 대하여 임차인이 배상책임을 부담할 수 없다. 전자와 같은 과실과 임차외 건물부분 손해 사이에는 (법적 의미의) 인과관계가 인정되기도 어렵고, 임차외 건물부분 손해가 통상손해나 특별손해에 해당한다고 보기도 어렵다.¹⁷⁾ 임차인이 임차목적물의 보존·관리를 소홀히 하여 화재가 발생하였다는 점이 밝혀져야 비로소, 임대인은 임차외 건물부분에 대해서도 임차인에게 손해배상책임을 물을 수 있다.

하는 기준이 될 수 있다는 지적이 있었다. 그러나 임차인이 임차물을 사용하던 중 임차목적물에 화재가 발생하여 임차물이 훼손된 경우 “임차인이 목적물을 훼손하지 않고 온전히 사용·수익할 의무” 또는 “임차인이 임대차계약 종료시 온전한 목적물을 반환할 의무”를 위반한 것이고, 그 밖에 다른 내용의 채무불이행이 있다고 관념하는 것은 부자연스럽지 않을까? 이에 관해서는 각주 23에서 인용한 반대이견의 판시도 참조가 된다.

- 17) 이선희, 앞의 논문(주 11), 331-332쪽은 임차인의 지배영역에서 발생한 임차목적물의 원인불명의 화재로 인해 임차목적물이 훼손된 것은 통상손해, 임차외 목적물이 훼손된 것은 특별손해라고 한다. 그러면서 이 경우 특별손해에 대한 예견가능성은 “**단순히 임차목적물 부분의 화재로 임차 외 건물부분도 연소될 수 있다는 예견가능성에만 의존할 것이 아니라** 발화지점과 발화원인 등을 고려하여 과연 임차인에게 해당 부분에 대한 배상책임을 지우는 것이 합당한지에 대한 가치판단이 필요하다.”고 한다. 또한 이렇게 보아야 **임차인의 선관주의와 관련해 지배·관리영역 이론을 취한 취지와** 부합한다고 본다. 이는 필자의 생각 - **규범의 보호목적 관련성 이론을 적용해 인과관계를 부정하지는 입장** - 과 일맥상통하는 부분이 있다. 다만, ‘예견가능성’이라는 법문언에 위와 같이 다양한 평가요소를 포함시키는 것이 해석론상 바람직하지는 의문이다. “**규범적 의미의 인과관계**”라는 개념을 인정함으로써 문제를 해결하는 것이 정공법이라고 생각한다.

2. 불합리한 결과의 회피 : 반대의견 및 별개의견2 비판

반대의견이나 별개의견2에 따르면 임차외 건물부분이 제3자 소유인 경우 불합리한 결과에 이를 수 있다. 제3자는 임차인에 대하여 오로지 불법행위책임만 물을 수 있고, 이 경우 불법행위책임의 성립요건으로서의 과실은 임차인에게 인정되지 않을 수 있기 때문이다. 그러나 화재발생 당시 임차외 건물부분이 누구의 소유였는지는 임차인과 전적으로 무관한 우연적·외부적 사정에 불과하다. 임대인은 임차인의 의사와 상관없이 임차외 건물부분을 자유롭게 처분할 수 있다. 임차인은 임차외 건물부분의 소유권 귀속을 일일이 확인할 수도 없고, 확인할 이유도 없다. 그러한 사정으로 인해 임차인이 부담해야 할 배상책임의 범위가 달라지는 것은 불합리하다. 임대차 목적물에서 화재가 발생할 당시 임대인이 화재 현장 인근을 지나가다가 화상을 입은 경우와 제3자가 인근을 지나가다 화상을 입은 경우, 임차인의 배상책임 유무가 달라질 수 없는 것처럼, 위 상황에서도 임차인의 배상책임 유무는 달라질 수 없다. 임대차계약 당시 임차외 건물부분이 임대인 소유였다고 해서 그렇지 않은 경우에 비해, 화재발생과 관련하여 임차인이 부담하는 (채무불이행책임 또는 불법행위책임과 관련된) 주의의무의 정도가 더 높아진다고 볼 수도 없다.

별개의견2는 이러한 상황까지 염두에 두고 임차인의 채무불이행으로 인한 손해배상책임액을 신의칙상 감액해야 한다는 취지로 읽히기도 한다. 그러나 임차외 건물부분에 대하여 임차인의 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 면제하지 않는 이상, 위와 같은 불균형은 계속 존재한다.

3. 채무불이행책임과 불법행위책임의 관계설정 : 별개의견1 비판

위와 같은 불합리한 결과를 회피한다는 점에서 별개의견1은 매우 타당해 보인다. 그러나 별개의견1에 따르면 기존 판례 및 민법이론과

의 충돌을 피할 수 없다. 반대의견이 적절히 지적하고 있는 것처럼, 적어도 확대손해 부분에 관하여 채무불이행책임과 불법행위책임이 경합할 수 있다는 점에 관해서는 판례, 학설상 지금까지 별다른 이론(異論)이 없었다. 그런데 별개의견1처럼 위 사안에서 임차인에게 채무불이행으로 인한 손해배상책임은 물을 수 없고, 불법행위로 인한 손해배상책임만 물을 수 있다면, 위와 같은 기존판례 및 이론과의 경계설정이 문제될 것이다.

가령 수급인이 도급계약의 내용에 따른 의무를 제대로 이행하지 못하여 도급인의 신체·재산에 이른바 하자확대손해가 발생한 경우, 도급인은 수급인에 대하여 불법행위책임만 물을 수 있는가?¹⁸⁾ 매매목적물의 하자로 인하여 확대손해나 2차손해가 발생한 경우 매도인은 그 손해와 관련하여 매수인에게 불법행위책임만 물을 수 있는가?¹⁹⁾ 별개의견1에 따르면, 위 경우에도 모두 불법행위책임만 물을 수 있다고 보아야 한다. 사안유형들 사이에 본질적 차이가 없기 때문이다. 채무불이행책임과 불법행위책임 사이의 관계, 청구권 경합 인정여부 등의 문제는 이 논문에서 검토하기 벅찬, 매우 크고 어려운 주제이다. 필자로서는 위와 같은 사안에서 청구권 경합을 인정하지 않는 것이 타당한지 의문이고, 설사 별개의견1과 같은 주장을 경청할 필요가 있더라도, 관련쟁점들과 그 파급효를 철저히 검토한 뒤에 종전 판례나 법이론을 재검토하는 것이 순서라고 사료된다. 이러한 검토과정 없이 당해 사안에서 불법행위책임만을 묻는 것이 결과적으로 공평하다는 이유만으로, 전체 이론체계를 변경하는 것은 바람직하지 않다.

또한 별개의견1은 계약책임으로서 보호의무가 제한적인 경우에만 인정될 수 있다는 기존 판례들을 근거로, 임차인은 임차 외 건물부분에

18) 판례는 이 경우 채무불이행책임의 성립가능성을 긍정한다. 대법원 2007. 8. 23. 선고 2007다26455 판결, 대법원 2013. 9. 26. 선고 2012다113667 판결 등.

19) 판례는 이 경우에도 역시 채무불이행책임의 성립가능성을 긍정한다. 대법원 1997. 5. 7. 선고 96다39455 판결, 대법원 2003. 7. 22. 선고 2002다35676 판결 참조.

대하여 ‘계약상’ 의무를 쉽사리 부담할 수 없다고 한다. 즉 별개의견1은 다음과 같이 주장한다.

“대법원판례가, 계약 당사자가 계약상 인정되는 급부의무 외에 일정한 신의칙상 의무를 부담하는 것을 전면적으로 부정하고 있지는 않으나, **숙박 계약, 입원계약, 근로계약, 여행계약 등 일정한 유형의 계약에 한하여 채권자의 신체, 재산에 대한 보호의무 또는 안전배려의무를 인정하고 있을 뿐**이다(대법원 1999. 2. 23. 선고 97다12082 판결, 대법원 2000. 11. 24. 선고 2000다38718 판결, 대법원 2003. 4. 11. 선고 2002다63275 판결, 대법원 2014. 9. 25. 선고 2014다213387 판결 등 참조). **그러한 특별한 경우가 아님에도 앞에서 본 바와 같은 범공동체 구성원의 일반적인 의무를 당사자 간의 특별한 약정 없이 계약상 의무의 영역으로 끌어들이는 것은 채무불이행책임과 불법행위책임을 엄격히 구별하고 있는 우리 민법의 체계에 부합하지 않는다**(통상의 임대차관계에서 임대인이 임차인의 안전을 배려하여 주거나 도난을 방지하는 등의 보호의무까지 부담한다고 볼 수 없다고 한 대법원 1999. 7. 9. 선고 99다10004 판결도 같은 맥락이라고 볼 수 있다).”

그러나 위 판례들에서 문제된 쟁점은 ‘일반적’ 보호의무의 인정여부이다. 대상판결의 사안처럼 계약상 채무의 불이행으로 ‘확대손해’가 발생한 경우 이를 계약책임으로 포섭할 것인지 여부와 사안이 동일하지 않다. 대상판결의 사안에서 임차 외 건물부분에 대한 임차인의 책임은, ① 계약상 채무불이행과 인과관계가 있는 확대손해에 대한 계약상 책임으로 구성할지, ② 임차 외 건물부분에 대한 임차인의 계약상 보호의무 위반에 따른 책임으로 구성할지는 이론구성상의 문제에 불과할 뿐이다. ① 확대손해에 대한 계약상 책임을 인정하면서, ② 동일한 손해에 관하여 임차인의 계약상 보호의무를 굳이 부정할 이유도 실익도 없다고 사료된다. 다른 각도로 말하자면, 설령 ②를 부정하더라도 ①을 인정하는 이상 별개의견1의 문제점은 여전히 남아있는 것이다.

4. 누가 최소비용으로 위험을 회피할 수 있는 자인가?

별개의견1이 제시하는 법경제학적 논거는 그 자체가 법리적 논거는 아니지만, 관련 당사자들의 이익을 합리적으로 형량함에 있어 고려해야 할 매우 중요한 요소들을 언급하고 있다. 화재발생의 원인이 밝혀지지 않은 상황에서 누가 화재발생의 위험을 부담할 것인지는 결국 누가 해당 위험을 가장 적은 비용으로 회피할 수 있는 자인지를 고려하여 결정하는 것이 바람직하다. 임차인의 채무불이행책임과 관련하여 발화지점이 임차인의 지배·관리영역 안에 있었는지를 여부를 기준으로 임차인의 과실 유무를 판단하는 영역설도, 해당 영역의 화재발생 위험은 임차인이 임대인보다 더 효율적으로 막을 수 있었다는 점에서 정당화될 수 있다.

임차외 건물부분의 손해는 어떠한가? 임차외 건물부분의 화재위험은 - 화재의 발생지점이 어디인지를 불문하고 - 원칙적으로 그 부분을 지배·관리하는 소유자가 부담하는 것이 가장 효율적이고 공평하다(소유자 위험부담원칙 : *Casum sentit dominus*).²⁰⁾ 이는 세 가지 측면에서 정당화될 수 있다. 첫째, 건물소유자는 해당 건물부분에 대하여 가장 많은 정보를 갖고 있다. 따라서 화재발생 위험에 가장 효율적으로 대비할 수 있는 자이다. 둘째, 건물소유자는 통상 건물전체에 대하여 화재보험에 가입하는 등으로 미리 그 위험에 대비하는 자이다. 만약 임차인에게 임차외 건물부분에 대해서까지 위험을 부담시키면 임차인은 이에 대비해 추가로 보험에 가입할 수밖에 없다. 동일 건물에 대해서 실질적 목적이 비슷한 보험에 중복으로 가입해야 한다면 - 임대인인 소유자는 손해보험에 가입한 것이고 임차인은 책임보험에 가입한 것이므로 엄밀히 말하면 보험목적은 같지 않다 - 이는 그 자체로 사회적 낭비이다. 임차인은 자신

20) 임차외 건물부분을 임대인이 다른 제3의 임차인에게 임차해주었다면 어떠한가? 이 경우 건물 자체의 훼손으로 인한 손해위험은 임대인이, 건물 내 임차인 소유 물건이나 영업이익 등에 관한 손해위험은 제3의 임차인이 부담하는 것이 합리적이다.

이 충분한 정보를 갖고 있지 못한 건물부분에 대해서까지 미리 보험에 가입해야 하고 그 과정에서 많은 거래비용이 발생할 수 있기 때문이다. 셋째, 소유자는 자신이 보험에 가입함으로써 부담하게 된 비용을 차임 등에 포함시키는 형태로 임차인에게 전가할 가능성이 높다. 소유자인 임대인이 임차외 건물부분도 제3의 임차인에게 임대하고 해당 부분 보험료를 차임 등의 형식으로 분산시킨다면, 결과적으로 임대인은 보험료 지급이라는 경제적 부담을 지지 않은 채로 건물에 대한 화재발생 위험에 대비할 수 있다. 따라서 소유자에게 위험을 부담시키더라도 그것이 소유자에게 부당하게 불리한 부담을 지운다고 볼 수 없다.

5. 다수의견에 대한 비판에 대한 재반론

다수의견은 임차 외 건물부분에 대하여 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 묻기 위해서는, “**임차인이 보존·관리의무를 위반하여 화재가 발생한 원인을 제공하는 등 화재 발생과 관련된 임차인의 계약상 의무 위반**”이 있었다는 점이 증명되어야 한다고 본다. 이에 대하여 민법상 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 요건사실은 ‘채무자의 채무불이행’일 뿐이고, 채무자가 스스로 자신의 무과실을 주장·증명하지 않는 한 채무자는 채무불이행책임을 면할 수 없는데, 위 판례는 채권자에게 채무자의 과실을 증명하도록 요구하고 있으므로 채무불이행책임을 체계와 맞지 않는다는 비판이 제기될 수 있다.

그러나 이 문제는 **구성하기 나름**이고 **다수의견을 다음과 같이 선택해(善解)할 수도 있다고** 생각한다.²¹⁾ 화재가 임차인(채무자)의 영역에서

21) 참고로 다수의견은 다음과 같이 선택할 수도 있다. 이선희, 앞의 논문(주 11), 326-327쪽 참조.

“다수의견이 실시한 “임차인의 보존·관리의무”는 계약상 주된 급부의무가 아닌 **부수적 주의 의무로서 이 경우 의무위반이라는 개념자체에 귀책사유가 포함되어 있다**. 채권자는 채무자의 채무불이행 자체를 주장, 증명해야 한다. 그렇다면 결과적으로 채권자인 임대인에게 채무자인

발생했다는 점은 임대인(채권자)이 주장·증명해야 한다. 만약 발화점조차 불분명하다면 임차인이 임대인에 대해 채무불이행으로 인한 손해배상책임을 부담할 수 없다.²²⁾ 발화점을 채권자가 주장·증명해야 한다고 해서, 채무자가 스스로 자신의 무과실을 주장·증명하지 않는 한 채무불이행책임을 면할 수 없다는 채무불이행책임의 구조를 깨는 것은 아니다. 발화점은 채무자의 (무)과실이라는 주요사실 인정의 근거가 되는 간접사실이고, 채권자가 증명책임을 부담하는 부분은 이러한 간접사실에 국한되기 때문이다. 다수의견의 판시에 대해서도 비슷한 말을 할 수 있다. 영역설을 근거로 의제된 채무자의 과실만으로 임차 외 건물부분에 대한 계약상 손해배상책임을 묻기 부족하다면, 해당부분의 손해에 대해서는 결국 채무자인 임차인의 무과실이 증명된 것으로 볼 수 있다. 이에 반해 화재발생과 관련하여 채무자가 부주의하였다는 점을 인정할 수 있는 ‘구체적 사실’이 추가로 밝혀졌다면, 채무자인 임차인은 더 이상 자신의 무과실을 증명할 수 없는 것이다. 이러한 ‘구체적 사실’을 채권자인 임대인이 주장·증명해야 한다고 해서, 그것이 채무불이행 책임의 요건사실 및 증명책임 구조에 반한다고 단정할 수 없다. 채권자는 채무

임차인의 보존·관리의무 위반에 대한 증명책임을 지우는 것이 타당하다.”

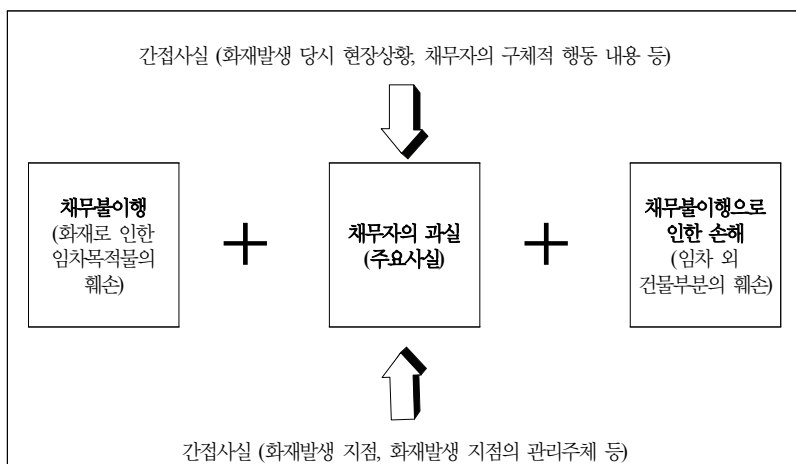
그러나 이러한 구성에 대해서는 반대의견의 다음과 같은 적절한 반론이 제기될 수 있다.

“임차인이 임차물을 사용하던 중 화재가 발생하여 임차물이 불에 탄 경우 일반적으로 민법 제390조에 따라 임차인의 채무불이행책임이 성립할 수 있다. 그 이유는 임차인이 보존의무나 용법에 따른 사용·수익의무를 위반하여 임차물 반환의무를 정상적으로 이행하는 데 장애가 생겨 원상회복을 할 수 없거나 원상회복을 하지 않은 채 임차물을 반환해야 하기 때문이다. **임차인의 이러한 의무 위반은 독립된 별개의 여러 의무 위반들이 중첩된 것이라기보다는 서로 밀접하게 관련되어 있는 여러 의무들이 화재라는 하나의 사고 또는 사태로 말미암아 제대로 이행할 수 없게 된 것으로, 실질적으로 하나의 의무 위반으로 파악할 수 있다.**

따라서 임차인이 임차물을 사용하던 중 화재로 임차물이 불에 탄 경우에는 위에서 본 바와 같이 서로 밀접하게 연계되어 있는 임차인의 의무가 존재함을 전제로 그 의무를 위반하였는지 여부에 따라 채무불이행의 성립 여부를 가리고, 그로 인한 손해의 범위와 배상해야 할 손해액을 판단하여야 한다.”

22) 각주 18 참조

자의 과실을 인정할 수 있는 사실(이른바 ‘간접사실’)에 대해서만 본증으로서 증명책임을 부담할 뿐이고, 채무자의 무과실(‘주요사실’)에 대한 증명책임을 여전히 채무자에게 있다고 구성할 수 있기 때문이다(‘간접반증’ 이론). **주요사실이 평가적이고 가치충전이 필요한 개념인 경우**, 주요사실과 관련된 구체적 간접사실에 대한 증명책임을 법원이 적절히 분배함으로써, 원고와 피고 사이의 합리적 이익균형을 달성하는 것은 해석론으로 충분히 가능한 일이다. 불법행위책임에서 인과관계 요건의 증명과 관련하여 판례는 이미 간접반증 이론을 채택하고 있다.²³⁾ 이상의 설명을 그림으로 표현하면 다음과 같다.



6. 소결론

이상과 같은 이유에서 필자는 다수의견의 결론에 동의한다. 다수의견처럼 볼 경우 분쟁의 핵심은, 어느 경우에 임차목적물의 보존·관리에 관하여 임차인의 과실이 인정될 수 있는지, 어느 경우에 그와 같은 과실

23) 대법원 1984. 6. 12. 선고 81다558 판결 등.

이 인정되지 않아 임대인은 임차목적물 관련 손해에 대해서만 배상청구를 할 수 있는지에 있다. 다음 항에서는 이 문제를 포함하여 그 밖의 관련문제에 대해서 살펴본다.

V. 관련문제

1. 임차인 과실의 사실상 추정문제

이 글 II.에서 언급하였던 논의의 배경 내지 대전제로 삼았던 명제로 잠시 돌아가 보자. 논자에 따라서는 화재가 임차인이 주로 또는 배타적으로 지배·관리하는 영역에서 발생하였다면, 그 사실자체만으로 화재 발생에 관한 임차인의 과실(불법행위책임의 성립요건으로서의 과실)이 사실상 추정(res ipsa loquitur)된다고 주장할 수 있다. 이렇게 보면, 지금까지 살펴 본 견해대립의 실익이 없어진다. 또한 임차인의 채무불이행책임상 과실과 불법행위책임상 과실의 인정여부가 항상 동일하게 판단되므로, 법을 잘 알지 못하는 일반인들 입장에서는 오히려 더 바람직해 보이기도 한다. 하나의 자연적 사실과 관련하여 임차인의 잘못이 있으면 있는 것이고 없으면 없는 것이지, 법률구성을 어떻게 하는지에 따라 잘못의 유무가 달라진다고 보는 것 자체가 법적 기교에 불과하다고 비판할 여지도 있다.

그러나 위와 같은 비판이 일면의 타당성이 있음에도 불구하고, 사실상 추정을 위와 같이 쉽게 인정할 수는 없다고 사료된다. “**불은 언제나 일어날 수 있다.**” 화재발생의 원인은 매우 다양하고, 그로 인한 확대피해는 예측하기 어려우며, 화재발생과 관련된 잠재적 위험원은 우리 생활 도처에 놓여있다. 임차인이 아무리 주의를 기울이더라도 이러한 위험원을 모두 통제하기는 어려우므로 화재는 언제든지 발생할 수 있다. 과학기

술이 발전함에 따라 위험원을 통제할 수 있는 방법도 발전하지만, 통제를 해야 할 위험원의 종류와 위험의 불확실성도 증가한다. 더구나 “지배·관리하는 영역”, “주로 지배하는 영역”, “배타적으로 지배하는 영역”이라는 개념자체가 명확한 개념이 아니다. 대상판결의 1심과 원심에서 보는 것처럼 화재사고가 과연 임차인의 영역에서 발생하였는지와 관련하여 사실판단이 어려운 경우도 많다. 법원이 이처럼 불명확한 개념에 의존하여 일단 임차인이 그 개념에 포섭되면 임차인의 과실은 사실상 추정되는 입장을 취한다면, 임차인에게 지나치게 가혹하다.

그러나 다른 한편으로는 화재감식결과 화재발생원인이 불명인 것으로 밝혀졌다고 하더라도, 법원이 당연히 임차인은 불법행위책임상의 과실이 없다고 단정할 것도 아니라고 사료된다. 민사상 불법행위책임의 성립요건으로서의 과실과 형법상 실화죄(형법 제170조)의 구성요건으로의 과실은 다르게 판단될 수 있다. 교통사고 발생시 형사상 피해자라 하더라도 민사상 불법행위책임을 부담할 수 있는 것처럼 민사상 과실과 형사상 과실이 다르게 취급·평가되는 것은 자연스럽고 일상적인 현상이다. ① 화재가 임차인이 지배·관리하는 영역에서 발생하였고, ② 임차인이 통상의 주의를 기울였더라면 화재가 발생하지 않았을 것이라고 인정되는 경우라면, 법원은 화재감식결과와 달리 임차인의 불법행위책임상 과실을 인정할 수 있어야 한다. 가령, 자연적 원인이나 제3자의 침입 가능성, 임대인의 과실 가능성은 배제되고, **임차인의 지배영역인 발화지점 근처에 위험원이 존재하였거나**(근처에 커피포트가 있었던 경우, 임차인의 소파 위에서 불이 난 경우), **발화시점 무렵에 위험한 행위**(일반적으로 화재발생 가능성을 증가시키는 행위. 가령, 발화시점 무렵에 임차인의 종업원들이 야외에서 고기를 구워먹고 있었던 경우)가 있었다면, 비록 그러한 이유로 인해 화재가 시작되었다는 감정결과는 나오지 않았더라도 임차인은 과실불법행위자에 해당할 수 있다.²⁴⁾ 비록 화

24) 만약 위와 같은 원인으로 화재가 발생하였을 것이라는 의심은 들지만, 임대인의 과실

재감식결과가 화재발생 원인 불명으로 나왔더라도, 이 부분에 관하여 민사사건을 담당하는 재판부의 충분한 심리 및 증거조사가 필요하다고 사료된다. 대상판결의 경우 위와 같은 추가 사정은 판결문 상으로는 전혀 드러나지 않는다. 파기 후 환송심의 추가 증거조사 후에도 별다른 사정이 밝혀진 바 없다면, 피고A에게 불법행위책임상의 과실은 인정되기 어려울 것이다.

2. 임차외 건물부분을 제3의 임차인이 점유하고 있는 경우

만약 대상판결 사안에서 임차외 건물부분을 제3의 임차인이 점유하고 있었다면, 제3의 임차인은 피고A(임차인)에 대하여 불법행위책임을 물을 수 없을 것이다. 피고A(임차인)의 불법행위책임상 과실은 인정되기 어렵기 때문이다. 그렇다면 제3의 임차인은 임차외 건물부분에 놓여 있던 자신의 물건이 소훼되었거나 더 이상 영업을 하지 못하게 되었다는 등의 이유로 소유자에게 ‘채무불이행’으로 인한 손해배상을 청구할 수 있는가?

이 문제는 임대인이 지배·관리하고 있는 영역에서 원인불명의 화재가 발생하여 제3의 임차인이 손해를 입은 상황과 달리 취급할 이유가 없다고 사료된다. 해당부분을 (소유자인) 임대인 자신이 사용·관리할 것인지, 또 다른 임차인에게 사용·수익하게 할 것인지 여부는 제3의 임차인이 통제하거나 관여할 수 없고, 확인하기도 쉽지 않은 우연적 사정에 불과하기 때문이다. 문제는 원인불명의 화재와 관련하여 임대인의 계약상 의무²⁵⁾ 위반이 인정되고 그에 대한 임대인의 과실

이나 제3자의 침입 가능성 등 다른 화재발생 원인을 완전히 배제할 수 없는 경우라면 임차인의 불법행위책임상 과실은 인정되기 어렵다. 그러나 이 경우에도 - 전형적인 전위불명의 상황이다 - 임차인의 채무불이행책임상 과실은 인정될 수 있다는 것이 필자의 생각이다.

25) 임대목적물을 임차인이 사용·수익할 수 있는 상태로 유지하게 할 의무(민법 제623조

도 인정된다고 해서,²⁶⁾ 제3의 임차인이 화재로 입은 “모든 손해”에 대하여 임대인의 채무불이행책임을 긍정해야 하는지 여부이다. 제3의 임차인이 입은 영업이익 상당의 손해에 대해서는 임대인이 채무불이행책임을 부담하는 것이 타당하다고 사료된다. 그러나 제3의 임차인의 물건이 소훼되어 입은 손해에 대해서는 - 대상판결 다수의견의 취지에 비추어 볼 때 - 임대인이 배상책임을 부담하지 않는 것이 타당하다고 사료된다. 즉 물건소훼로 인한 손해에 대해서는 화재발생과 관련하여 임대인의 과실을 인정할 수 있는 구체적 사정이 증명되는 경우에 한해, 임대인의 채무불이행책임을 묻는 것이 타당하다. 제3의 임차인이 사용·수익하고 있는 건물부분에 제3의 임차인 소유의 동산이 놓여있는지, 임대차계약과 전혀 관련이 없는 제3자 소유의 동산이 놓여있는지 여부에 따라 임대인의 손해배상책임 부담여부가 달라지는 것(제3자는 임대인에 대하여 불법행위책임만 물을 수 있다)은 합리적이지 않기 때문이다.

3. 화재보험 관련

대상판결의 별개의견1은 대상판결과 같은 상황에서 임차인에게 “임차외 건물부분”과 관련하여 추가로 보험가입을 요구하는 것은 효율적이지 않다는 지적을 하고 있다. 그런데 임차인이 “임차목적물”에 관하여 책임보험을 가입하는 것은 과연 효율적인가? 가령 아파트의 경우 입주자대표회의 명의로 화재보험(단체보험)에 가입하고 그 보험료를

참조).

- 26) 임차인의 과실로 화재가 발생한 것이 명백한 경우에도 임대인은 제3의 임차인에 대해서 채무불이행책임을 부담하는가? 논란의 여지가 없는 것은 아니지만, 이 경우까지 임대인에게 과실을 의제할 수는 없지 않을까? **진실이 밝혀졌다면 법적 의제의 필요성은 사라지고, 의제는 뒤로 물러나야 하기 때문이다.** 즉 임대인의 과실의제는 어디까지나 보충적으로 이루어져야 한다.

관리비의 형태로 입주자들로부터 징수하는 것이 일반적이는데, 이 경우 아파트 임차인들로 하여금 자신들이 납부하는 관리비와는 별도로 책임 보험에 가입하도록 요구하는 법제가 과연 효율적인가? 현재 하급심 판례는 그와 같은 입장을 취하고 있다. 아파트 임차인은 손해보험의 피보험자가 아니기 때문이다.²⁷⁾ 그러나 필자는 이에 대하여 의문을 갖고 있다. 보험료를 실질적으로 납부한 경과실 임차인이 보험자대위의 객체가 되는 것은 바람직하지 않고, 그러한 임차인도 보험의 보호를 받게 하면 추가 보험가입과 관련된 불필요한 거래비용을 줄일 수 있기 때문이다.²⁸⁾

나아가 아파트에서의 단체화재보험약관에는 자신의 소유부분에서 화재가 발생하여 다른 소유부분에 대하여 손해가 발생한 경우에도, 보험 회사가 경과실 소유자에 대해서는 대위권을 포기한다는 조항을 두는 것이, 단체보험을 체결한 집합건물소유자들의 합리적 기대에 부합한다고 볼 여지가 있다.²⁹⁾³⁰⁾

27) 부산지방법원 2010. 11. 19. 선고 2010나6779 판결(확정)

28) 최준규, “보험료를 부담하는 자에 대한 보험자대위의 인정 여부”, BFL56, 서울대학교 금융법센터, 2012, 51쪽 이하.

29) 참고로 대법원 2016. 5. 27. 선고 2015다237618 판결은, 아파트 단체화재보험의 피보험 이익 및 피보험자 특징이 문제된 사안에서, “이 사건 화재보험은 이 사건 입주자대표회의가 화재보상보험법에 따라 구분소유자들을 위하여 아파트 전체 및 아파트 내 가재도구를 하나의 보험목적물로 하여 체결한 아파트 단체화재보험으로서, 피보험자는 이 사건 아파트의 각 구분소유자 및 세대에 속한 사람 중 가재도구의 소유자이고, 그 피보험이익은 이들이 각각 자신 소유의 이 사건 아파트의 각 전유부분, 공용부분 및 가재도구에 대하여 가지는 재산상 이익으로 봄이 상당하다.”고 보았다. 보험약관의 해석상 이러한 결론은 부득이한 측면이 있다. 이에 따르면 소유자의 경과실로 화재가 발생하여 공용부분이나 옆집 소유자의 전유부분이 훼손된 경우, 해당 부분 손해에 대하여 화재보험자는 경과실 불법행위자인 소유자에 대해서 보험자대위가 가능하다.

30) 김윤종, “아파트 단체화재보험에서 피보험이익 및 피보험자”, 대법원판례해설107, 법원도서관, 2016, 174쪽은 “장기적으로는 아파트 단체화재보험약관상 보험자대위권 포기조항을 입주자 등에 대해서도 확대하는 것을 고려해 볼 필요”도 있다고 한다.

VI. 결론에 갈음하여

대상판결에 따르면 결국 임차인의 배상책임은 영역화, 구획화(compartmentalization)된다. 필자는 이러한 대법원 판례의 입장이 화재발생원인이 밝혀지지 않은 상황에서 임대인과 임차인의 충돌하는 이해관계를 균형있게 형량한, 합리적이고 공평한 결론이라고 생각한다. 다만 대상판결이 제시한 이익형량 기준이 진가(眞價)를 발휘할 수 있으려면, 임차인의 지배영역에서 화재가 발생한 상황에서 임차인의 ‘불법행위책임’상의 과실이 ‘사실상’ 추정될 수 있는 경우는 언제인지에 관하여 판례가 축적될 필요가 있다. 그래야만 임대인을 비롯한 임차와 건물부분 관련 이해관계인들의 이익이 제대로 보호될 수 있기 때문이다. 이는 대상판결의 다수의견이 앞으로의 실무운동과 관련하여 주문하고 있는 부분이기도 하다. 향후 이 쟁점에 관한 판례가 축적되기를 기대하면서 부족한 글을 마친다.

참고문헌

1. 단행본

- 김윤중, “아파트 단체화재보험에서 피보험이익 및 피보험자”, 대법원판례해설 107, 법원도서관, 2016.
- 양삼승, “손해배상범위론 : 특히 배상해야 할 손해의 범위와 관련하여”, 변호사실무대계 下권, 대한변호사협회, 1989.
- 양창수/김재형, 민법 I 계약법, 박영사, 2011.
- 이현수, “임차건물에 화재가 발생한 경우 임대차목적물이 아닌 부분에 관한 손해배상의 법리”, 민사판례연구 40, 박영사, 2018.
- 지원림, 민법강의, 홍문사, 2017.
- 황원재, “위험영역에 따른 증명책임의 분배”, 계약과책임 : 하경효교수 정년기념논문집, 박영사, 2017.

2. 학술지

- 권영준, “2017년 민법 판례 동향”, 서울대법학 제59권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2018, 421-550쪽.
- 김상현, “임차건물 부분의 화재가 임차 외 건물부분에 재산상 손해를 발생시킨 경우, 임차인의 손해배상책임에 관하여”, 국민대 법학논총 제30권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2017, 109-146쪽.
- 박영규, “통상손해의 범위”, 서울법학 제19권 제3호, 서울시립대학교 법학연구소, 2012, 71-112쪽.
- 신봉근, “임차 건물의 화재로 인한 임차인의 손해배상책임”, 고려법학 88, 고려대학교 법학연구소, 2018, 139-173쪽.
- 오창수, “임차건물 화재로 인한 임차 외 건물 소실과 임차인의 손해배상

- 책임”, 경희법학 제52권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2017, 281-318쪽.
- 이동진, “위험영역설과 증거법적 보증책임”, 저스티스 통권 제138호, 한국법학원, 2013, 167-203쪽.
- 이선희, “임차목적물의 화재로 인한 임차인의 채무불이행책임”, 법학논총 제35권 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2018, 309-337쪽.
- 최준규, “보험료를 부담하는 자에 대한 보험자대위의 인정 여부”, BFL 56, 서울대학교 금융법센터, 2012, 51-62쪽.
- 하경효, “임대차계약에서의 급부장애”, 고려법학 제49호, 고려대학교 법학연구원, 2007, 93-118쪽.

[Abstract]

The Lessee's Legal Liability for Damages from Fire of Unknown Cause in the Leased Building

**—Comment on the Supreme Court en banc Decision,
May 18, 2017, 2012Da86895, 86901—**

Choi, Joon-Kyu*

The recent Korean Supreme Court en banc Decision, May 18, 2017, 2012Da86895, 86901 ruled that, the lessee is liable to compensate the lessor for ‘contractual damages’ to the non-leased part of the leased building from the fire of unknown cause in the leased part of the building owned by lessor (lessee’s contractual liability), if the following conditions are met: (a) if a contractual breach on the part of a lessee, such as providing the cause of a fire by failing to preserve and manage the leased object, has been proven; and (b) if there is reasonable causation between the contractual breach and the damages incurred to the non-leased part.

According to this ruling, when the fire accident of unknown cause occurred in the leased portion and the fire damaged not only the leased part but also the non-leased part of the leased building owned by lessor, the lessee’s contractual liabilities to the lessor can be compartmentalized. The lessee is certain to assume the compensation liability for contractual damages to the

* Assistant Professor, Seoul National University School of Law

leased part, but may not be liable for contractual damages to the non-leased part.

I think that this ruling is quite reasonable and fair for the following grounds.

First, when the cause of fire was not identified and there may be possible and competing several causes of fire, the lessee's contractual negligence nevertheless can be considered to exist, but at the same time the lessee's negligence about tort liability may be considered not to exist. This seemingly odd and contradictory legal proposition can be justified, because the leased part is under the lessee's exclusive control. Therefore, the lessee should actually bear 'no-fault liability' or 'strict liability' for the leased part. In such case the lessee's contractual negligence may not be a natural and proved-by evidence one, but legally-constructed one. If we admit lessee's liability for the non-leased part only on the ground of such legally-constructed negligence, this outcome would run counter to the purpose of the legal construction, and it is too harsh for the lessee, because the non-leased part was not under the lessee's control and management. So, when it comes to the legal causation, we should take the object of such legal construction into consideration. We should admit the legal causation about the non-leased part, only when the lessee's contractual negligence is proved by evidence.

Second, the legal liability of the lessee should not depend on the ownership of the non-leased part, because the element that who owns the non-leased part at the time of fire accident is accidental, external and irrelevant circumstance to the lessee. When the owner of the non-leased part is not the party of the lease contract, the third party owner can only claim for tort liability (not contractual liability) against the lessee. Then he is certain to lose the case, because the lessee's negligence about tort liability can not

be proved. According to the opinion of the Korean Supreme Court, the lessor can not claim for compensation to the lessee about the non-leased part, if additional concrete circumstances to prove the lessee's negligence are not confirmed. Therefore under this ruling, not only the lessor but also the third party owner can not get compensation about the non-leased part from the lessee unless additional concrete circumstances about lessee's negligence are proven. So we can get to the same & non-absurd results.

Third, the lessor as the owner of the leased building has superior information about the structure, facilities as well as other necessary matters for the maintenance and control of the non-leased portion of the building, and can manage the non-leased part more efficiently than the lessee. So it is efficient and fair for the lessor to assume the risk of fire accident about the non-leased part.

[Key Words] Fire of unknown cause in the leased building, Damages to the non-leased part of the leased building, Compensation liability for contractual damages, Tort liability, Taking the protective purpose of legal norms seriously