

유치권에 기한 임차인의 임대목적물 사용과 부당이득반환의무

- 국내 및 일본에서의 논의를 중심으로 -*

The Right of Retention and Unjustified Enrichment

서 종 희**

Seo, Jong-Hee

목 차

- | | |
|--------------------------|-------------------------|
| I. 들어가는 말 | III. 임차권자의 지상물매수청구권과 유치 |
| II. 임차인의 유치권행사를 이유로 한 유치 | 권, 부당이득반환의무 |
| 목적물 사용과 부당이득반환의무 | IV. 맺음말 |

유치권은 목적물의 유치적 기능을 본질로 하는 권리이므로, 유치권자는 유치물의 사용권을 가지지 못한다. 이에 민법 제324조 제1항이 유치권자에게 선량한 관리자로서 유치물을 점유하도록 하고 있으며, 동조 제2항 본문에서 채무자의 승낙 없이 사용하지 못하도록 하고 있다. 따라서 유치권자가 유치목적물의 사용에 의해 취득한 이득을 보유할 수는 없으며 이에 유치권자는 소유권자에게 그 이득을 부당이득으로 반환해야 한다.

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2020..21.45>

투고일: 2020. 7. 31. / 심사외일: 2020. 8. 7. / 게재확정일: 2020. 8. 18.

* 본 논문의 형식과 내용에 있어 유익한 의견을 주신 익명의 심사자분들께 감사사를 드린다.

** 건국대학교 법학전문대학원 부교수, 법학박사

Associate Professor, Konkuk University Law School

문제는 보존을 위해 사용한 경우에도 취득한 이득을 부당이득으로 반환해야 하는지이다. 유치권자가 목적물을 유치하고 사용·수익함으로써 이득을 취하는 것은 법이 인정하지 않으므로, 이득은 일종의 부당이득에 해당한다고 보아야 할 것이다. 그러나 그 이득은 유치권의 적법한 행사의 의해 발생하는 것이므로, 토지소유자 측에 일단 상환청구권이 발생하고 유치권자는 이에 대해 여타 채권자와 동일한 입장에서 유치권의 피담보채권의 만족을 얻을 수 있다고 해석하는 것은 타당하지 않다. 오히려 사실에 준하여 민법 제323조의 우선변제권을 행사할 수 있다고 보는 것이 유치권을 인정한 취지에도 적합하다고 판단된다. 이러한 접근은 유치권자가 유치물 그 자체를 사용함으로써 이득을 취한 경우뿐만 아니라 유치권자가 유치건물을 사용하고 그 반사적 효과로서 부지를 사용하여 이득을 취한 경우에 대해서도 동일하게 해석되어야 할 것이다.

임차인이 지상물매수청구권에 기하여 임차목적물에 대해 유치권을 행사한 경우에 임차인은 자기 소유의 지상물을 소유함으로써 대지에 대한 이득을 취하고 있다고 볼 수 있으므로 임차인은 임대인에게 부당이득 반환 의무를 부담한다. 만약 임차인이 지상물매수청구권을 행사한 경우에는 임차인은 더 이상 지상물 및 대지에 대한 유치권을 행사할 수 없으며, 그 경우에 임차권자는 동시이행항변권에 기하여 매매대금을 지급받기 전까지 지상물의 인도를 거절할 수 있으며, 그 반사적인 효과로서 그 대지를 유치할 수 있게 된다. 그 경우에도 임차인이 이득을 취득하였다면 그 이득을 부당이득으로 임대인에게 반환해야 하나, 임대인이 매매대금을 지급하지 않아 임차인이 어쩔 수 없이 건물을 소유할 수밖에 없는 상황을 고려한다면 소유 자체만으로 임차인이 실질적 이득을 취하고 있다고 보아서는 안 될 것이다.

[주제어] 유치권, 보존을 위한 사용, 부당이득, 지상물매수청구권, 동시이행항변권, 변제충당

I. 들어가는 말

민법¹⁾ 제324조 제2항 본문에 의하면, 유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유하여야 하고 채무자의 승낙 없이 유치물의 사용, 대여 또는 담보제공을 하지 못한다. 유치권자가 이를 위반한 때에는 채무자는 유치권의 소멸을 청구할 수 있다.²⁾ 그러나 유치권자는 보존에 필요한 범위에서 유치물을 사용할 수 있으므로(제324조 제2항 단서), 그 경우에는 유치권의 소멸을 주장할 수 없다. 즉 유치권자는 보존에 필요한 범위에서 유치물을 사용할 수 있기 때문에 유치권자가 유치물에 대한 보존행위로서 목적물을 사용하는 것은 적법한 행위에 해당한다.³⁾ 그런데 유치권자가 보존을 위한 사용이 어떠한 경우를 의미하는지, 더 나아가 보존을 위한 사용으로 유치권자가 유치목적물의 소유자에 대한 부당이득인지에 대해서 명문만을 놓고 보면 명확하지 않다. 우리 판례는 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다40684 판결에서 “공사대금채권에 기하여 유치권을 행사하는 자가 스스로 유치물인 주택에 거주하며 사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유치물인 주택의 보존에 도움이 되는 행위로서 유치물의 보존에 필요한 사용에 해당한다고 할 것이다. 그리고 유치권자가 유치물의 보존에 필요한 사용을 한 경우에도 특별한 사정이 없는 한 차임에 상당한 이득을 소유자에게 반환할 의무가 있다(밑줄은 필자가 첨가).”고 하여 공사대금채권에 기해 유치권을 행사하는 자가 스스로 유치물인 주택에 거주하며 사용하는 것은 원칙적으로 유치물의 보존에 필요한 사용으로서 적법한 행위에 해당하나, 차임에 상당한 이득

1) 이하 법명의 지시 없이 인용되는 조문은 우리민법의 조문이다.

2) 예컨대 채무자인 소유자의 승낙 없이 유치권자로부터 유치권의 목적물을 임차한 자의 점유는 소유자에게 대항할 수 있는 적법한 권원에 기한 것이라고 볼 수 없다. 대법원 2011. 2. 10. 선고 2010다94700 판결 및 서울고등법원 2014. 7. 2. 선고 2014나12050 판결 등.

3) 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2414 판결

을 소유자에게 반환할 의무가 있다는 점을 확인하였다.⁴⁾ 이에 채무자인 소유자가 유치권자를 상대로 소유권에 기하여 유치목적물의 반환을 청구한 경우에 유치권자는 유치권에 기한 항변을 하게 되는데, 이 경우에 채무자는 유치권자가 사용을 통해 부당이득을 하고 있다는 이유로 그 채권을 자동채권으로 하고 피고(유치권자)의 피담보채권을 수동채권으로 하는 상계의 재항변을 하여, 유치권의 피담보채권을 소멸시킬 수 있다. 그런 이유에서 유치권자가 보존을 위한 사용을 하게 되어 부당이득반환의무를 부담하게 되면 유치권의 운명이 상계로 인하여 소멸될 수 있다. 이에 이하에서는 유치권자가 유치목적물을 사용한 것이 보존을 위한 사용으로 인정되기 위한 요건(II.1) 및 보존을 위한 사용이 인정되는 경우에 유치권자가 원칙상 부당이득반환의무를 지는지를 확인하고 (II.2), 지상물매수청구권을 중심으로 임차인의 유치권 인정여부를 상세하게 살펴본 후(III), 글을 마치고자 한다(IV).

II. 임차인의 유치권행사를 이유로 한 유치목적물 사용과 부당이득반환의무

임차인이 임대목적물에 관하여 필요비, 유익비를 지출한 경우 그러한 비용상환청구권(제626조)은 목적물 자체로부터 발생한 권리로서 견련관계가 인정되어 그 채권에 기하여 유치권을 행사할 수 있다.⁵⁾ 판례는

4) 대법원 2013. 04. 11. 선고 2011다107009 판결에서도 “주택을 신축한 건축업자가 공사대금을 받지 못하자 유치권을 행사하면서 그 주택에 거주하며 사용하는 것은 특별한 사정이 없는 한 유치물인 주택의 보존에 도움이 되는 행위로서 유치물의 보존에 필요한 사용에 해당하므로, 그러한 경우에는 유치권의 소멸을 청구할 수 없다.”고 하여 위 판결을 그대로 따르고 있다.

5) 대법원 1975. 4. 22. 선고 73다2010 판결. 반면에 판례는 대법원 1976. 5. 11. 선고 75다1305 판결에서 “건물의 임대차에 있어서 임차인의 임대인에게 지급한 임차보증금반환

오래전부터 임차인이 유익비 상환청구권에 의한 유치권을 행사하여 가옥을 사용·수익한 경우에는 임료상당의 금원을 부당이득한 것으로 본다.⁶⁾ 문제는 유치권자의 유치목적물 사용이 예외 없이 부당이득이 되는지, 특히 임차권자가 선관주의의무를 이행을 위해 사용한 경우에도 부당이득이 인정되는지에 대해서는 구체적인 검토가 필요하다.

1. 유치목적물의 사용

유치권에 있어서 부당이득이 문제되는 경우는 유치권자가 유치물의 사용에 의해 이득을 취한 때이다. 유치권은 목적물의 유치적 기능을 본질로 하는 권리이므로, 유치권자는 유치물의 사용권을 가지지 못한다. 이에 민법 제324조 제1항이 유치권자에게 선량한 관리자로서 유치물을 점유하도록 하고 있으며,⁷⁾ 동조 제2항 본문에서 채무자의 승낙 없이 사용하지 못하도록 하고 있다. 다만 유치권자는 채무자의 승낙을 얻어 유치물을 사용 또는 임대할 수 있으며 물건의 보존을 위해서는 사용할 수 있다(제324조 제2항).

1.1 채무자가 승낙한 경우

유치목적물의 소유자의 승낙이 있는 경우⁸⁾에 유치권자는 유치목적

청구권이나 임대인이 건물시설을 아니하기 때문에 임차인에게 건물을 임차목적대로 사용못한 것을 이유로 하는 손해배상청구권은 모두 민법 320조 소정 소위 그 건물에 관하여 생긴 채권이라 할 수 없다(밑줄은 필자가 첨가)."고 본다.

6) 대법원 1963. 7. 11. 선고 63다235 판결

7) 참고로 일본 민법 제298조 제1항 또한 “유치권자는 선량한 관리자의 주의로 유치물을 점유해야 한다”고 규정하고 있다.

8) 일반적으로 채무자가 소유자에 해당한다. 다만 경매로 인하여 유치목적물의 소유권이 변동된 경우에는 소유자와 채무자가 달라질 수 있다(민사집행법 제91조 제5항). 판례는 대법원 1996. 8. 23. 선고 95다8713 판결 등에서 “민사소송법 제728조에 의하여 담보권의 실행을 위한 경매절차에 준용되는 같은 법 제608조 제3항(필자 주: 현행민사

물을 사용할 수 있다. 이 경우에는 보존을 위한 사용으로 국한되지 않으며 보존을 넘는 사용도 가능하다.⁹⁾ 승낙은 사전승낙을 원칙으로 하나 사후승낙도 가능하다.¹⁰⁾

1.2 보존을 위해 사용한 경우

유치권자는 유치목적물의 보존을 위해서 사용할 수 있다. 문제는 어느 경우가 보존을 위한 사용인지인데, 법률에서 판단기준을 제시하고 있지 않아 목적물의 성질 및 상태에 따라 사회통념에 비추어 구체적으로 판단할 수밖에 없다.¹¹⁾ 유치하는 기계를 녹슬지 않게 하기 위하여 적당하게 가동시키는 것이 보존을 위한 사용의 대표적인 예이다. 특히 임차인이 비용상환청구권(민법 제626조)에 기하여 유치권을 행사하면서 임대목적물을 점유하면서 종전과 동일한 목적으로 임대목적물을 유치물로 점유·사용한 경우에 그 사용을 보존을 위한 사용으로 볼 것인지가 실무에서 종종 문제된다.

집행법 제91조 제5항에 해당)은 경락인은 유치권자에게 그 유치권으로 담보하는 채권을 변제할 책임이 있다고 규정하고 있는바, 여기에서 ‘변제할 책임이 있다’는 의미는 부동산상의 부담을 승계한다는 취지로서 인적 채무까지 인수한다는 취지는 아니므로, 유치권자는 경락인에 대하여 그 피담보채권의 변제가 있을 때까지 유치목적물인 부동산의 인도를 거절할 수 있을 뿐이고 그 피담보채권의 변제를 청구할 수는 없다(밀줄은 필자가 첨가).”고 본다. 즉 판례에 의하면 유치목적물의 매수인은 유치권자에게 물적책임을 지게 된다고 보아 매수인을 채무자로 인정하지 않는다. 유치목적물 매수인의 법적 지위에 대해서는 서종희, “유치권자와 경매절차에서의 유치목적물 매수인의 법적 관계”, 일감부동산법학 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 5쪽 이하 참조.

9) 김용담 편집대표(김갑유 집필부분), 주석 민법(제4판) 물권 (3), 2011(이하 ‘주석민법 물권(3)/김갑유’로 인용하기로 함), § 324, 452쪽.

10) 주석민법 물권(3)/김갑유, 453쪽.

11) 주석민법 물권(3)/김갑유, 453쪽.

1.2.1 국내 및 일본에서의 논의

국내 학설은 일반적으로 이에 부정적이며,¹²⁾ 소수 견해만이 종전대로의 사용을 보존을 위한 사용으로 본다.¹³⁾ 한편 우리 판례는 임차목적물이 주택인 경우에 임차인이 임대차기간 만료 이후에 유치권에 기하여 종전대로 주택에 거주하면서 사용한 경우에 이를 보존을 위한 사용으로 보고 있으며,¹⁴⁾ 유치하는 건물의 대형 홀을 다른 사람에게 빌려주어 그 곳에서 영화를 상영하게 한 경우에도 유치물의 보존에 필요한 사용행위로 인정한다.¹⁵⁾

일본의 주류적 판례 또한 특히 주택을 종래와 같이 거주하면서 사용한 경우에는 특별한 사정이 없는 한 보존을 위한 사용에 해당한다고 본다.¹⁶⁾ 더 나아가 그 주택을 유치권자가 제3자에게 임대하여 임차인에게 거주·사용하게 한 경우에도 보존을 위한 행위로 인정한다.¹⁷⁾ 물론 일본의 일부 판결은 임차인이 종래와 같은 목적으로 임대목적물을 사용하는 경우에는 보관·보존의 범위를 뛰어넘는 위법한 유치로 유치권의 소멸을 초래한다고 보기도 한다.¹⁸⁾ 특히 일부 판결¹⁹⁾에서는 유치 방법 으로서는 “가옥을…… 빈집으로서 항상 감시하고, 도난·화재 그 외의 피해가 발생하지 않도록 경비하고, 또는 단순히 관리자를 두는 등, 선량한 관리자의 주의로써 이를 점유하고 보관해야한다(밧줄은 필자가 첨

12) 박윤직, 물권법(중판), 박영사, 2001, 390쪽; 김상용, 물권법, 법문사, 2000, 600쪽; 김증한/김학동, 물권법, 박영사, 1997, 463쪽; 주석민법 물권(3)/김갑유, 453쪽 주 18에서 인용하고 있는 문헌 참조.

13) 이영준, 물권법, 박영사, 2009, 785쪽; 주석민법 물권(3)/김갑유, 454쪽.

14) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다40684 판결

15) 대법원 1965. 3. 9. 선고 64다1797 판결

16) 大判 昭和10・5・13, 民集 14卷 876頁; 最判 昭和47・3・30, 判時 665号 51頁.

17) 大判 昭和16・4・30, 法学 10卷 1097頁.

18) 東京控判 昭和5・2・22, 新聞 3095号 7頁; 大判 昭和5・9・30, 新聞 3195号 14頁. 같은 맥락에서 임차한 토지위에 축조된 임차인 소유의 건물을 제3자에게 임대한 사안에서 대심원은 보존을 위한 사용을 인정하지 않았다. 大判 昭和10・12・24, 新聞 3939号 17頁.

19) 東京控判 昭和5・2・22.

가)”고 강조하기도 한다. 일본의 학설은 일반적으로 종래목적으로 임대 목적물을 사용한 경우에 보존을 위한 사용으로 본다.²⁰⁾ 일본의 다수 학설은 보존을 위한 사용의 한 방법으로 관리인을 두고 그 목적물의 훼손 등을 감시하는 관리 방법은 비용과 그 외의 점을 감안했을 때, 유치권자가 유치권 자체를 포기하는 결과를 초래할 우려가 있으며 동시에 유치권자에게 목적물 보존을 위한 조치를 강제하여 오히려 선관주의 의무를 강화시켜 유치권자에게 부담을 지울 수 있다는 점에서 문제가 있다고 지적한다.²¹⁾ 한편 일본의 일부 견해는 보존과는 별개로 유치의 한 태양으로 임차인인 유치권자는 종래대로 목적물을 사용할 수 있다고 보기도 한다.²²⁾ 그러나 이러한 입장은 유치는 점유만을 인정할 뿐이므로 사용을 유치에 포섭시키는 것은 유치의 본질과 맞지 않다는 비판을 받는다.²³⁾

1.2.2 평가

국내 및 일부의 일부 견해는 유치의 태양의 한 방법으로 사용을 인정할 수 있다고 보기도 하지만 다음과 같은 점을 고려하면 타당하지 않다. 즉, 유치(留置)란 본래의 점유 계속을 의미할 뿐이지 사용까지 유치로 포섭하기는 어렵고 종전과 같은 사용이 인정되는 경우는 가옥의 가치 보존에 입각하여 보존행위에 해당하는 때로 한정해야 한다. 그런데 그 사용이 보존을 위한 최적(optimal)의 방법이 아닐지라도 보존에 직·간접적으로 도움이 된다면 보존을 위한 사용으로 보아야 할 것이다. 따라

20) 대표적으로 白羽祐三, 「留置権・同時履行の抗弁権と不当利得」, 『不当利得・事務管理の研究 : 谷口知平教授還暦記念(1)』, 有斐閣, 1970, 110頁; 道垣内弘人 編集代表(池田雄則 執筆), 新注民法(6) 物權(3), 有斐閣, 2019, § 298, 104頁 이하 참조.

21) 白羽祐三, 前掲論文, 110頁; 中島一郎, 「建物(造作)買取請求後の土地・建物の占有利用」, 谷口知平教授還暦記念『不当利得・事務管理の研究(1)』, 有斐閣, 1970, 117頁.

22) 대표적으로 藥師寺志光, 「留置権」, 総合判例研究叢書 民法(19), 有斐閣, 1963, 37頁 이하.

23) 白羽祐三, 前掲論文, 110頁.

서 유치물을 보존하는 방법으로 관리인을 두는 방법 등을 생각해 볼 수도 있으나 유치권자의 사용으로 보존에 실질적으로 기여한다면 보존행위로 인정해야 할 것이다.²⁴⁾ 더 나아가 보존이 유치권자 스스로를 위하는 의사를 가지고 사용하고 있다하더라도 제324조 제2항 단서에서 사무관리규정(제734조)과 같이 ‘본인을 위한다는 관리의사’를 요구하고 있지 않다는 점에서 문제되지 않을 것이다.²⁵⁾ 요컨대 보존행위는 그 객관적 사실(결과지향성)을 가진다는 점에서 그 목적 등의 주관적인 의사는 고려할 필요가 없을 것이며, 사용의 결과로 인하여 유치목적물의 보존이라는 반사적인 효과가 발생하였다면 유치권자는 선관주의의무를 다한 것으로 인정할 수 있을 것이다. 물론 종전대로의 사용이 보존이 아닌 훼손으로 볼 수 있는 특별한 사정이 있다면, 그 사용은 보존을 위한 사용이 아니므로 유치권의 소멸청구의 대상이 될 수 있다. 보존을 위한 사용이 인정되지 않는 「특별한 사정」으로는 “목조 범선의 유치권자가 계약 해제 후에 유치권에 기하여 그 범선을 점유하면서 멀리 항해시켜 화물 운송에 사용한 경우”가 대표적이다.²⁶⁾ 이 사유는 실제로 일본 판례 사안이기도 하며,²⁷⁾ 국내에서도 일반적으로 위 사안의 경우에는 종전대로의 사용이 보존을 위한 것이 아니라고 본다.²⁸⁾ 왜냐하면 범선을 종래와 같은 목적으로 사용하였을 지라도 「그 항해의 위험성 등에 비추어 유치권자에게 허용된 유치물의 보존에 필요한 한도를 이탈한」 사용이라고 볼 수 있기 때문이다.²⁹⁾ 즉, 위험이 수반되는 사용인 경우에는 보존을 위한 사용으로 보기 어려울 수 있다.³⁰⁾

24) 주석민법 물권(3)/김갑유, 454쪽.

25) 주석민법 물권(3)/김갑유, 454쪽에서도 “사용이 주로 유치권자의 이익을 위한 것이라 하더라도 보존행위로 인정될 수 있다”고 본다.

26) 新注民法(6) 物權(3)/池田雄則, 105頁.

27) 最判 昭和30・3・4, 民集 9卷 3号 229頁.

28) 주석민법 물권(3)/김갑유, 454쪽.

29) 白羽祐三, 前掲論文, 110頁.

2. 유치권자의 목적물 사용과 부당이득반환 의무 등

2.1 승낙을 얻지 않았으며 보존을 위한 사용도 아닌 경우

유치목적물의 소유자의 승낙을 얻지 않고 유치물을 사용 또는 임대한 경우에 소유자는 유치권자에게 유치권의 소멸청구를 할 수 있다. 한편 위 소멸청구권은 형성권으로서 청구와 동시에 유치권은 소멸된다. 그리고 이 경우, 사용 또는 임대에 의해 취한 이득이 존재하는 때에는 유치권자는 부당이득으로서 소유자에게 이를 반환해야 한다.³¹⁾ 요컨대 유치권이 소멸되기 전까지의 점유는 적법하므로 불법행위책임을 지지 않아도 되나 그 사용으로 인하여 얻은 이득은 부당이득으로 반환해야 할 것이다. 또한 승낙 없는 사용에 대해 소유권자는 제324조 제1항의 선관주의 의무 위반을 이유로 손해배상을 청구할 수도 있다.³²⁾ 즉 유치권자가 유치목적물을 채무자의 승낙 없이 사용하게 되면, 소유권자는 유치권자에게 유치권의 소멸을 청구한 후 목적물의 반환을 청구할 수 있으며, 이 경우에 유치권자는 인도하기 전까지 사용을 통해 취득한 이득을 부당이득으로 반환해야 한다.

소멸청구 이후부터의 유치권자의 점유·사용은 불법점유·사용에 해당하여, 유치권자는 그 점유 및 사용에 대해 불법행위 손해배상책임 및 부당이득반환의무를 부담하게 된다.

2.2 승낙을 얻은 사용이거나 보존을 위한 사용인 경우

이 경우에는 유치권자의 유치목적물에 대한 사용관계가 법률상 시인

30) 이영준, 앞의 책, 786쪽 등.

31) 白羽祐三, 前掲論文, 109頁.

32) 주석민법 물권(3)/김갑유, 452쪽에서는 채무불이행에 의한 손해배상책임이 인정된다고 본다.

되므로, 그 사용에 의해 유치권자는 불법행위나 채무불이행의 책임을 지지 않는다. 즉 유치권자가 유치하는 가옥의 보존을 위해 거주·사용하는 것은 불법점유가 아니므로 불법행위에 해당하지 않으며, 선관주의의무를 위반한 것도 아니므로 채무불이행의 문제도 발생하지 않는다. 따라서 이 경우에 유치권자는 소유권자에게 손해배상의무를 부담하지 않는다.³³⁾ 그러나 유치권은 점유에 대한 적법성을 인정하고 있을 뿐 그 점유를 통해 이득을 취할 수 있는 정당성까지 부여하고 있지 않아,³⁴⁾ 우리 통설³⁵⁾과 판례³⁶⁾는 유치권자 그 사용으로 인한 이익을 부당이득으로 반환해야 한다고 본다. 문제는 그 사용이익의 반환이 어떠한 법리에 의해 이루어지는 지이다.

2.2.1 승낙을 얻은 사용인 경우

채무자의 승낙을 얻어 유치권자가 사용 또는 임대한 경우, 유치권자가 사용에 의해 취한 이익(임료상당액)을 우선적으로 자신의 채권의 변제에 충당할 수 있을 것인지가 문제된다. 즉 제323조 제1항 본문에 의하면, 유치권자는 유치물의 과실(천연과실 및 법정과실)을 수취하여 다른 채권보다 먼저 그 채권의 변제에 충당할 수 있는데 채무자의 승낙을 얻어 사용한 이익을 법정과실에 준하여 변제에 충당한 것으로 볼 것인가

33) 대법원 1972. 1. 31. 선고 71다2414 판결. 일본 대심원 판결로는 大判 昭和15・5・13, 評論民訴 239頁.

34) 이 점은 동시이행항변권과 같다. 동시이행항변권과 부당이득에 대해서는 서종희, “동시이행항변권과 부당이득의 몇 가지 쟁점에 관한 소고”, 재산법연구 제32권 제3호, 한국재산법학회, 2015, 65쪽 이하 참조. 일본 판례 또한 大判 昭和15・5・13, 評論民訴 239頁 이하에서 “그 거주·사용으로 인해 필연적으로 향수하는 이익은 이를 소유자에 상환해야 할 의무가 있다고 해석하는 것이 타당하다.”고 본다.

35) 박동진, 물권법강의, 법문사, 2018, 389쪽; 홍성재, 물권법, 동방문화사, 2014, 431쪽. 반면에 송덕수, 물권법, 박영사, 2013, 424쪽에서는 보존을 위한 사용은 원칙적으로 유치권자에게 이득이 되지 않는다고 보며, 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 예외적으로 부당이득이 성립한다고 본다.

36) 대법원 2009. 9. 24. 선고 2009다40684 판결

가 문제된다.³⁷⁾ 우리 판례는 이 문제를 직접 다루고 있지 않으나 학설은 일반적으로 긍정적이다.³⁸⁾ 일본 대심원 판례 또한 이를 긍정하고 있으며,³⁹⁾ 일본 학설 또한 일반적으로 이를 지지한다.⁴⁰⁾

2.2.2 보존을 위한 사용인 경우

보존을 위한 사용을 통해 유치권자가 취득한 이득은 어떠한 근거에 의거하여 반환해야 하는가? 이미 살펴 본 것과 같이 국내 통설 및 판례는 부당이득으로서 반환해야 한다고 보며, 일본의 통설⁴¹⁾ 및 판례⁴²⁾ 또한 부당이득으로 이를 반환해야 한다고 본다.

2.2.2.1 일본의 판례

먼저 일본 대심원 판례는 “가옥의 임차인이 임대차 기간 중 지출한 유익비가 있는 경우, 그 권리의 행사로서 임차권이 소멸한 후에도 계속하여 위 비용이 상환될 때까지 당해 가옥을 점포 혹은 거주로서 사용할 수 있게 함은, 단순히 그 사용이 위 가옥의 보존에 필요·적절하기 때문 일 뿐이지 임차인인 유치권자에 적극적으로 이익을 부여하지는 취지가 아니다. 따라서 당해 가옥의 사용에 의해 유치권이 향수하는 실질적 이익은 당해 가옥소유자에 손실을 가하는 한 부당이득으로서 그 가옥소유자에 반환해야 한다고 해석하는 것이 상당하다(밑줄은 필자가 첨가)”고 보았다.

37) 이 경우 과실은 우선 채권의 이자에 충당하고 그 잉여가 있으면 원본에 충당하게 된다(제323조 제2항). 다만 과실이 금전이 아닌 때에는 경매해야 한다(제323조 제1항 단서).

38) 박윤직, 앞의 책, 393쪽; 이영준, 앞의 책, 783쪽; 김상용, 앞의 책, 604쪽; 주석민법 물권(3)/김갑유, 452쪽.

39) 大判 大正 7・10・29, 新聞 1498号 21頁.

40) 白羽祐三, 前掲論文, 109頁 등.

41) 藥師寺志光, 前掲論文, 53頁; 白羽祐三, 前掲論文, 111-112頁; 新注釈民法(6) 物權(3)池田雄規, 106頁.

42) 大判 昭和17・10・27, 法学 12卷 421頁.

2.2.2.2 일본의 학설

일본 학설 중 일부는 보존행위 내지 선관의무의 범위에 있어서의 사용은 유치권자의 의무이행을 위해 수반될 수밖에 없다는 점에 초점을 맞추어 그 사용에 대해 유치권자는 「법률상의 원인」을 가져 부당이득이 성립하지 않는다고 보며, 보존을 위한 사용의 범위를 뛰어넘는 부분에 대해서만 부당이득이 성립된다고 보기도 한다.⁴³⁾ 반면에 일부 견해는 사용은 법률상 시인되나 그것이 무상으로 유치물을 사용·수익하는 권능을 부여한 것을 의미하는 것이 아니므로 그 이득에 대해 소유권자는 일본민법 제297조의 과실에 준하여 채권의 변제에 충당할 것으로 본다.⁴⁴⁾ 이 견해를 취하는 입장은 수익이 채권의 변제에 충당된 것을 이유로 유치권자의 부당이득반환의 문제는 발생하지 않는다고 보는 견해⁴⁵⁾와 유치권자가 부당이득반환의무를 부담하기는 하나 그 이익을 변제에 충당한 것으로 보는 견해⁴⁶⁾로 나뉜다.

2.2.2.3 검토

국내 학설 또한 그 이득을 과실에 준하여 변제에 충당할 수 있다고 보는 견해가 지배적이다.⁴⁷⁾ 그러나 채권을 변제에 충당하는 것과 부당이득의 성립은 논리필연적으로 분리된다고 보기 어렵다. 생각건대 부당이득의 성립을 인정하고 그 이득을 과실에 준하여 변제에 충당하는 것을 인정하여(제323조) 유치권자에게 우선변제권을 취득하는 결과를 유도하는 설명이 더 논리적이다.

43) 柚木馨/谷口知平/加藤一郎 編(明石三郎 執筆), 「留置権の効力」, 判例演習: 民法 [第2] (物権法), 有斐閣, 1963, 182-184頁.

44) 勝本正晃, 『担保物権法(上)』, 有斐閣, 1949, 125頁.

45) 勝本正晃, 前掲書, 125頁.

46) 我妻栄, 『新訂担保物権法(民法講義 III)』, 岩波書店, 1971, 43頁.

47) 이영준, 앞의 책, 783, 786-787쪽; 김상용, 앞의 책, 604쪽; 이상태, 물권법, 법원사, 2000, 360쪽; 이은영, 물권법, 박영사, 2000, 669쪽.

2.2.3 채무자와 소유권자가 다른 경우에 제323조를 준용할 것인지 여부

채무자가 소유권자인 경우에는 유치목적물의 과실을 유치권자의 채권에 충당하는 것은 문제되지 않는다. 이 경우에 유치권자는 자신이 가지는 채권을 자동채권으로 하고 채무자가 가지는 부당이득반환채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있으며, 반대로 채무자 또한 상계를 통해 피담보채권을 소멸을 가져올 수 있다. 요컨대 유치권자나 채무자 모두 상계를 통해 자신의 채권을 만족 받을 수 있다면, 유치권자가 변제충당의 방법으로 자신의 채권에 충당하는 것을 인정하지 않을 이유가 없다.

그러나 채무자가 소유권을 제3자에 양도하여 채무자가 사용수익권을 가지지 못하는 경우, 유치권자에게 그 이득을 자신의 채권의 변제에 충당하도록 인정하는 것은 현 소유자에게 손해를 입히는 결과를 야기할 수 있다는 점에서 재고를 요한다. 생각건대 다음과 같은 이유에서 이 경우에도 변제충당을 인정해야 할 것이다.

첫째, 채무자가 아닌 유치목적물의 소유권자에게 손해를 입힌다고 할지라도 그 이득은 유치권의 적법한 행사의 결과 발생하였다는 점, 제323조의 우선변제권은 유치목적물의 소유권이 누군가에게 이전되더라도 그 효력에 영향을 받지 않으므로⁴⁸⁾ 이로 인하여 발생하는 소유자의 손실은 채무자와 소유자 사이에서 구상권의 문제로 해결하면 될 것이라는 점에서 소유권자에게 지나치게 불리하다고 보기 어렵다.

둘째, 소유권자가 유치권자에게 가지는 부당이득반환청구권이 유치권자의 채무자에 대한 채권에 충당되는 것이 소유권자 및 소유권자의 채권자들의 이익을 해할 수 있을지라도 이는 법률에 의해 인정되는 사용으로 인한 이득에 대한 유치권자의 우선변제적 향유를 인정하더라도 그만큼 유치권자가 가지는 피담보채권액은 줄어든다는 점에서 불리하

48) 일본의 판례로는 大判 大正7・10・29 참조.

다고만 볼 수도 없다.

셋째, 유치물의 사용·수익가치적 측면에서도 유치권자의 변제충당을 인정하는 것이 타당하다. 즉 점유를 요건으로 하는 유치권의 행사가 계속되는 한 소유자 또한 유치물을 사용·수익할 수 없다는 점에서 결국 유치물의 사용·수익가치는 사장(死藏)된다. 이는 이해관계인뿐만 아니라 사회 전체의 재화의 총 효용가치적 측면에서 볼 때 매우 불합리하다. 따라서 유치권자가 유치목적물의 보존을 위해 사용한 경우에는 보존이라는 점에서 이미 재화가치를 유지시키는 효과를 가진다. 더 나아가 유치권자가 그 사용으로 인하여 사용가치를 창출하여 본인의 채권의 변제에 충당할 수 있는 기회를 제공하는 것은 오히려 이해관계자들 모두에게 이득이 될 수 있다. 부동산의 사용수익가치와 교환가치를 분리하여 부동산의 용익적 가치와 담보적 가치를 극대화하는 저당권과 같은 담보물권과 비교하면, 유치권의 담보적 기능은 매우 비효율적이다. 재산권 법제는 가급적 그 재산권의 객체가 가지는 가치를 극대화하는 데에 도움을 주는 방향으로 발전해야 하는데, 유치권 제도는 이러한 흐름에 역행한다고 할 수 있다는 점을 감안하면, 유치권자에 의한 보존을 위한 사용과 그 사용에 따른 이득을 자신의 변제에 충당한 것으로 보는 사고구조는 그 역행을 최소화하는 수단으로서 의미를 가지는 것으로 볼 수 있다.

마지막으로, 우리 판례는 유치목적물의 소유권자가 채무자가 아닌 경우에 소유권자가 유치권자에게 가지는 부당이득반환채권을 자동채권으로 하는 상계를 제3자에 의한 상계라는 이유로 이를 인정하지 않는다.⁴⁹⁾ 이러한 논리에 의하면 유치권자가 피담보채권을 자동채권으로

49) 유치목적물의 매수인에 의한 상계인정여부가 직접적으로 문제된 사안에서 판례는 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다101394 판결에서 “상계는 당사자 쌍방이 서로 같은 종류를 목적으로 한 채무를 부담한 경우에 서로 같은 종류의 급부를 현실로 이행하는 대신 어느 일방 당사자의 의사표시로 그 대등액에 관하여 채권과 채무를 동시에 소멸시키는 것이고, 이러한 상계제도의 취지는 서로 대립하는 두 당사자 사이의 채권·채무를 간이한 방법으로 원활하고 공평하게 처리하려는 데 있으므로, 수동채권으로 될 수 있는 채권은 상대방이 상계자에 대하여 가지는 채권이어서 하고 상대방이 제3자에

유치목적물의 소유권자인 매수인이 자신에게 가지는 부당이득반환채권을 수동채권으로 하는 상계 또한 인정되지 않을 것이다. 제3자에 의한 상계를 인정하지 않는 논거가 “만약 상대방이 제3자에 대하여 가지는 채권을 수동채권으로 하여 상계할 수 있다고 한다면, 이는 상계의 당사자가 아닌 상대방과 제3자 사이의 채권채무관계에서 상대방이 제3자에 게서 채무의 본지에 따른 현실급부를 받을 이익을 침해하게 될 뿐 아니라, 상대방의 채권자들 사이에서 상계자만 독점적인 만족을 얻게 되는 불합리한 결과를 초래하기 때문이다”⁵⁰⁾는 점을 감안하면, 유치권자가 담보권자로서 우선변제를 받는 것에 대해서 저지할 논거가 될 수 없을 것이다. 따라서 유치권자 스스로 유치권의 소멸을 가져오는 피담보채권의 상계권을 행사하였다면, 유치권자의 진정한 의사를 고려하여 그 상계의 주장을 변제충당의 의사로 보아도 무방할 것이다. 유치권자가 취득한 이득을 자기 채권으로의 우선변제에 충당한 것은 결과적으로 유치권자에게 불리하다고 볼 수 없으며, 피담보채권의 소멸을 가져온다는 점에서 소유권자에 의한 상계를 인정하는 것과 마찬가지로 점에서 소유권자 입장에서 불리하다고 볼 수 없다.

요컨대 유치권자나 소유권자 입장에서 과실에 대한 변제충당의 방법을 통해 실질적으로 채권의 담보적인 기능을 달성할 수 있도록 하여 하더라도 양자 모두에게 불리하다고 보기 어렵다는 점에서 유치권자에게 그가 취득한 이득을 변제에 충당하도록 허용하는 것은 유치목적물의 소유권자가 채무자인지 여부와 관계없이 인정되어야 할 것이다.

대하여 가지는 채권과는 상계할 수 없다고 보아야 한다(밑줄은 필자가 첨가).”고 보아 매수인에 의한 상계를 부정하였다. 반면에 일본 판례는 大判 昭和8・12・5, 民集 12卷 2818頁에서는 일본 舊民法소송법 제649조 제3항에 기하여 유치권을 인수한 경락인이 피담보채권을 직접 변제할 의무가 있다고 보아 상계를 인정한다. 이에 대한 상세한 설명은 서종희, 일감부동산법학 제18호, 17쪽 이하 참조.

50) 대법원 2011. 4. 28. 선고 2010다101394 판결: 이는 상계의 담보적 기능과 관련하여 법적으로 보호받을 수 있는 당사자의 합리적 기대가 이러한 경우에까지 미친다고 보지 않았다.

Ⅲ. 임차권자의 지상물매수청구권과 유치권, 부당이득반환의무

임차인이 지상물매수청구권이나 부속물매수청구권을 가지고 유치권을 행사할 수 있는지, 더 나아가 매수청구권을 행사한 이후에는 어떠한 문제가 남게되는지를 분석해 볼 필요가 있다.

1. 지상물매수청구권에 기한 유치권 인정여부

임차인이 지상물매수청구권에 기하여 임차목적물인 대지에 대해 유치권을 행사할 수 있을 것인지가 문제된다.⁵¹⁾

판례는 아직까지 지상물매수청구권, 부속물매수청구권을 피담보채권으로 하여 그 건물부지 등에 관한 유치권을 행사할 수 있는지에 대한 직접적인 언급은 없으나,⁵²⁾ 지상물매수청구권 등도 변제기가 도래하면 견련관계를 인정할 수 있다는 듯한 취지로 이해할 수 있는 최근 대법원 판례를 고려하면 지상물매수청구권에 기하여 유치권을 인정하는 것으로 볼 수 있을 것이다. 예컨대 대법원 2007. 9. 21. 선고 2005다41740 판결에서는 “유치권은 그 목적물에 관하여 생긴 채권이 변제기에 있는 경우에 성립하는 것이므로 아직 변제기에 이르지 아니한 채권에 기하여

51) 마찬가지로 임차인이 부속물매수청구권에 기하여 임차목적물에 대한 유치권을 행사할 수 있을 것인지가 문제된다.

52) 대법원 1977. 12. 13. 선고 77다115 판결에서 “임차인의 부속물매수청구권은 그가 건물 기타 공작물을 임대차한 경우에 생기는 것(본법 제646조)이고 보증금반환청구권은 본조에서 말하는 그 건물(유가증권)에 관하여 생긴 채권이 아니기 때문에, 토지임차인은 임차지상에 해 놓은 시설물에 대한 매수청구권과 보증금반환청구권으로서 임대인에게 임차물인 토지에 대한 유치권을 주장할 수 없다(밀줄은 필자가 첨가).”고 하고 있으나, 이는 **토지임차인이 부속물매수청구권을 가질 수 없으므로 부속물매수청구권에 기하여 토지에 대한 유치권을 행사할 수 없다는 것이지 건물임차인이 부속물매수청구권에 기하여 건물에 대한 유치권을 행사할 수 없다고 판단한 것이 아님**에 주의를 요한다.

유치권을 행사할 수는 없다고 할 것이다. 원심판결 이유를 위 법리와 기록에 비추어 살펴보면, 원심이 이 사건에서 피고가 주장하는 지상물매수청구권이나 부속물매수청구권 또는 비용상환청구권 등은 어느 것이나 피고의 전세권의 존속기간이 만료되는 때에 발생하거나 변제기에 이르는 것인데, 아직 그 전세권의 존속기간이 만료되지 아니하였으므로 위 각 채권에 기한 피고의 유치권은 성립되지 아니한다는 취지로 판단한 것은 정당하고, 거기에 상고이유의 주장과 같은 법리오해 등의 위법이 없다(밀줄은 필자가 첨가).”고 보아 지상물매수청구권이나 부속물매수청구권 또한 비용상환청구권과 마찬가지로 유치권이 인정되는 권리로서 인정하고 있는 것으로 볼 여지가 있다.

생각건대 우리 판례가 대법원 2007. 9. 7. 선고 2005다16942 판결 등에서 “민법 제320조 제1항에서 ‘그 물건에 관하여 생긴 채권’은 유치권 제도 본래의 취지인 공평의 원칙에 특별히 반하지 않는 한 채권이 목적물 자체로부터 발생한 경우는 물론이고 채권이 목적물의 반환청구권과 동일한 법률관계나 사실관계로부터 발생한 경우(밀줄은 필자가 첨가)”도 포함하고 있다는 점을 고려하면, 지상물매수청구권이 임대차계약이라는 법률관계로부터 발생한 것으로 볼 수 있다는 점에서 지상물매수청구권에 기하여 임차목적물인 대지에 대해 유치권을 행사하는 것 또한 가능하다고 판단된다. 특히 건물소유를 목적으로 대지를 임차한 자가 대항력을 갖춘 이후⁵³⁾ 대지소유자인 임대인이 제3자에게 대지를 매도한 경우에 원칙적으로 대지의 매수인이 임대인의 지위를 승계하므로⁵⁴⁾ 임차인은 매수인에게 지상물매수청구권 등을 행사할 수 있다. 그 경우 임차인은 새로운 매수인에게 동시이행항변권에 기하여 매매대금을 받

53) 대지에 대해서 임차권등기를 마친 경우(제621조) 뿐만 아니라 신축한 건물에 대해 보존등기를 마친경우에도 대지에 대한 대항력을 취득한다(제622조).

54) 대법원 1998. 9. 2. 자 98마100 결정. 임대목적물의 매수인이 임대인의 지위를 승계하는 것으로 명문화한 것으로는 주택임대차보호법 제3조 제4항 및 상가임대차보호법 제3조 제2항 참조.

기 전까지 지상물에 대한 인도거절을 할 수 있으므로 지상물매수청구권에 기한 대지에 대한 유치권이 인정되지 않는다 하더라도 임차인의 보호에 미흡하다고 할 수 없다. 반면에 임차인이 새로운 매수인과의 임대차관계의 형성을 원하지 않는 경우에는 임대차계약을 해지할 수 있는데,⁵⁵⁾ 그 경우에 임차인은 매수인이 아닌 임대인에게만 지상물에 대한 매수청구권을 행사할 수 있다(제643조). 그런데 임차인이 임대인에게 가지는 지상물매수청구권에 기한 유치권으로 대지매수인에게 대항할 수 없다고 한다면, 임차인의 지상물매수청구권이 실질적으로 확보되지 않을 수 있어 임차인에게 불리하다.⁵⁶⁾ 즉 임차인이 매수인과의 임대차관계를 원하지 않는다는 선택에 의해 대지매수인에게 대항할 수 없다는 지나치게 불리한 지위에 놓이게 된다. 그런데 이는 임차인에게 주어진 선택권에 기한 결과에 큰 차이를 발생시켜 타당하지 않으며, 그 선택권을 주지 않은 것만 못한 결과를 도출할 수 있다는 점에서 문제가 있다. 특히 임대목적물인 대지의 양도가 이루어졌다는 우연한 사실관계에 따라서 임차인의 보호가 달라지는 것은 평가적 모순이라고 할 수 있다. 따라서 임차인이 임대인에게 가지는 지상물매수청구권에 기하여 대지에 대한 유치권을 행사할 수 있다고 보는 것이 더 타당하며, 그 대지의 소유권자가 변동되더라도 임차인에게 지상물매수청구권에 기한 대지에 대한 유치권을 인정하여 임차인을 보호할 수 있도록 하는 것이 바람직 할 것이다.

더욱이 지상물매수청구권을 행사하지 않았다 하더라도 그 채권에 기한 대지에 대한 유치권을 인정하면 지상물매수청구권을 행사하기 전까지의 점유를 적법한 점유로 볼 수 있는 장점이 있다. 즉 임대인이 대지에 대한 보증금을 제공하였다면 임차인은 동시이행항변권에 기하여 대지에 대한 인도거절을 할 수 없으므로, 그 경우에 임차인에게 지상물에

55) 대법원 1998. 9. 2. 자 98마100 결정

56) 동시이행항변권으로는 계약당사자가 아닌 매수인에게 대항할 수 없기 때문에 유치권의 인정여부가 매우 중요하다.

대한 매수청구권 자체에 기하여 대지에 대한 유치권을 인정하여 대지의 점유를 적법한 점유로 인정할 실익이 있다. 문제는 지상물매수청구권의 변제기는 언제 도래하는지 인데, 그 변제기는 임대차기간이 종료된 후 갱신이 인정되지 않은 때로 보아야 할 것이다. 예컨대 갱신청구를 임대인이 거절하면 그때 변제기가 도래하는 것으로 볼 수 있다. 그러나 만약 임대인이 이미 보증금을 돌려준 경우에는 갱신청구권자체의 행사는 무의미하므로, 그 경우에 매수청구권의 변제기는 임대인이 보증금을 임차인에게 지급한 시점에 도래한 것으로 볼 수 있다. 또한 건물 소유를 목적으로 한 기간약정 없는 토지임대차계약이 임대인의 해지로 인하여 임대차관계가 종료된 경우에는 갱신청구의 유무에 불구하고 해지 시점에 건물매수청구권의 변제기는 도래한다고 보아야 할 것이다.⁵⁷⁾

2. 지상물매수청구권에 기하여 유치권을 행사하고 있는 임차인의 부당이득반환의무

임차인이 지상물에 대한 매수청구권에 기하여 유치권을 행사하여 대지의 인도를 거절할 수 있게 되는 경우에 임차인이 대지 사용에 대한 이익을 반환하여 할 것인지가 문제된다. 일반적으로 건물의 소유는 그 자체로 대지에 대해 이득을 얻고 있다고 볼 수 있으므로 유치권자는 대지소유자에게 대지사용에 대한 이득을 반환해야 할 것이다.⁵⁸⁾

다만 이 경우에 임차권자가 대지에 대한 이득을 과실로 보아 공제하는 방법으로 우선변제를 받을 수 있을지가 문제되나, 일부 견해는 지상물매수청구권에 기하여 대지에 대한 유치권을 취득한 경우에 그 지상물 소유를 위한 대지에 대한 차임이 제323조의 과실로 인정되어 유치권자

57) 대법원 2009. 11. 26. 선고 2009다70012 판결; 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다51178, 51185 (병합) 판결

58) 대법원 1992. 12. 24. 선고 92다22114 판결 등.

는 그 과실을 수취하여 우선변제를 받을 수 있다고 본다.⁵⁹⁾ 그러나 지상물매수청구권은 그 권리를 행사하여 매매대금채권이 인정되지 않는 한 구체적인 금전채권으로 인정되지 않으므로 변제충당의 문제는 발생하지 않는다. 즉 지상물매수청구권에 기한 유치권은 직접적으로 피담보채권을 변제받기 위한 권리가 아니라 지상물매수청구권을 행사하기 전까지 지상물소유를 위해 대지를 적법하게 점유할 수 있도록 하기 위한 권리로서 인정된다는 점에서 상계 및 변제충당의 문제는 발생하지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 지상물매수청구권에 기한 유치권 행사를 통해 얻은 이득에 대해서는 제323조의 과실수취를 통한 우선변제의 문제는 발생하지 않는다고 볼 수 있다. 오히려 임대인이 그 대지의 소유권자라고 한다면, 임차권자가 매수청구권을 행사하여 매매대금채권을 취득한 이후에 임대인은 대지사용에 대한 부당이득반환채권을 자동채권으로, 임차인의 매매대금을 채권을 수동채권으로 하는 상계를 통해 자신의 채권의 만족을 받을 수 있을 것이다.

3. 지상물매수청구권행사와 부당이득반환의무

지상물매수청구권을 행사한 경우에는 그 채권은 소멸되고 임차인은 더 이상 지상물매수청구권을 가지지 않는다. 다만 임대인과 임차인 사이에는 매매계약이 체결된 것으로 보므로, 임대인은 매매계약상 매수인의 지위에 놓이게 된다. 이 경우에 매도인인 임차인은 매수인인 임대인에게 매매대금채권에 기한 동시이행항변권을 행사하여 지상물에 대한 인도를 거절하면서 부수적으로 그 대지에 대한 인도를 거절할 수 있게 된다. 그렇다면 이 경우에 임차인이 매매대금을 피담보채권으로 하여 지상물에 대한 유치권을 행사할 수는 없는가? 반대로 그 매매대금채권을 피담보채권으로 하여 임대목적물인 대지에 대한 유치권을 행사할 수는 없는

59) 이영준, 앞의 책, 783쪽.

가? 이 질문에 대한 해답을 얻고자 이하에서는 지상물매수청구권 행사 이후 임차인의 권리에 초점을 맞추어 검토해 보고자 한다.

3.1 지상물에 대한 유치권 행사

3.1.1 일본에서의 논의

일본의 경우에는 지상물매수청구권을 행사한 경우에 임차인이 동시 이행항변권과 유치권에 기하여⁶⁰⁾ 목적물인 지상물을 점유하면서 그에 기하여 대지에 대한 인도를 거절할 수 있다고 본다.⁶¹⁾

먼저 일본의 판례는 매매대금채권에 기한 매매목적물에 대한 유치권의 성립을 인정한다. 즉 일본의 판례는 매매계약의 내용은 대가적 채무, 즉 건물인도의무와 대금지급의무에 대해 동시이행의 항변권이 성립하는 것은 자명하므로 이 경우에 유치권도 병존하여 인정된다고 본다.⁶²⁾ 학설 또한 유치권을 인정하는 입장이 지배적이다.⁶³⁾ 그러나 일부 견해는 대금채권을 위한 매매목적물에 대한 유치권을 인정하면 매수인에 대해 대금채무의 선이행을 강요하는 결과를 낳아 동시이행을 인정하는 취지에 반한다고 하여 유치권을 인정하지 않거나 유치권과 동시이행의 항변권 모두 인정하지 않는 견해도 존재한다.⁶⁴⁾ 한편 유치권을 인정하

60) 유치권이 인정되기 위해서는 유치목적물에 대한 타물권이 인정되어야 하는데 일본은 매매계약에 기하여 매매목적물의 소유권이 상대방에게 이전되기 때문에 타물권을 인정하기에 무리가 없다. 이에 일반적으로 일반의 판례와 통설은 매매계약상의 매매대금에 기하여 매매목적물에 대한 동시이행항변권과 별개로 유치권을 인정한다. 最判 昭和28・6・16, 民集 7卷 6号 629頁; 大判 昭和14・8・24, 民集 18卷 13号 877頁; 大判 昭和18・2・18, 民集 22卷 3号 91頁. 학설로는 椿寿夫, 「同時履行の抗弁権」, 『契約法大系 I』, 有斐閣, 1962, 237頁; 白羽祐三, 前掲論文, 98頁 이하 및 103頁; 新注釈民法(6) 物權(3)/池田雄則, 72頁 이하; 中島一郎, 前掲論文, 115頁.

61) 最判 昭和35・9・20, 民集 14卷 11号 2227頁. 학설로는 道垣内弘人, 『担保物權法(現代民法 III) [第4版]』, 有斐閣, 2017, 30-31頁.

62) 大判 昭和14・8・24, 民集 18卷 13号 877頁; 大判 昭和18・2・18, 民集 22卷 3号 91頁.

63) 白羽祐三, 前掲論文, 101頁.

는 판례와 통설은 지상물에 대한 유치권을 행사하면서 취득한 대지에 대한 사용이익을 부당이득으로 반환해야 한다고 본다.⁶⁵⁾ 즉 매매대금채권에 의한 매수의 대상에 포함되지 않는 부지의 인도를 거절함으로써 발생하는 실질적 불공평을 부당이득에 의해 해소시켜야 한다고 본다.⁶⁶⁾

3.1.2 국내에서의 논의

국내에서는 다음과 같은 이유에서 지상물에 대한 매매대금채권에 기하여 지상물에 대한 유치권을 인정하지 않는다.

3.1.2.1 자기 소유물건에 대한 유치권의 부정

유치권은 타물권인 점에 비추어 볼 때 자기소유의 물건에 대해서는 유치권을 행사할 수 없다.⁶⁷⁾ 우리민법은, 공시방법을 취하여야만 제3자에게 대항할 수 있는 대항요건주의를 취하고 있는 일본민법과 달리, 공시방법을 갖추지 않는 한 당사자 사이의 물권변동을 인정하지 않는 성립요건주의를 취하고 있다.⁶⁸⁾ 따라서 지상물매수청구권을 행사한 경우에 임차인과 임대인은 그 지상물에 대한 매매계약을 체결한 것일 뿐 그 소유권은 여전히 임차인이 가지므로 임차인은 자기소유 물건인 지상물에 대해서 유치권을 행사할 수 없다.

3.1.2.2 매매대금채권과 유치목적물 사이의 견련관계 부정

일본의 판례와 학설의 지배적인 사고는 매도인의 매매대금채권이 물건의 반환의무와 동일한 법률관계로부터 발생하므로 견련관계를 가진

64) 부정설에 대해서는 白羽祐三, 前掲論文, 98-99頁 참조.

65) 白羽祐三, 前掲論文, 102-103頁.

66) 中島一郎, 前掲論文, 115頁.

67) 대법원 1993. 3. 26. 선고 91다14116 판결

68) 박윤직, 앞의 책, 44쪽. 일본은 일본민법 제176조에 의해 매매계약과 동시에 물건의 소유권이 매수인에게 이전되므로, 매매계약의 목적물은 그 즉시 「타인의 물건」이 되어 이러한 문제가 발생하지 않는다.

다고 본다. 즉 일본민법 제176조에 의해 매매계약과 동시에 물건의 소유권이 매수인에게 이전되므로, 매매계약의 목적물은 그 즉시 「타인의 물건」이 되고 매도인은 「물건의 반환의무」를 부담하여 매도인의 매매 대금채권은 「그 물건에 관하여 발생한 채권」(제295조 제1항)이 된다고 본다.

반면에 우리 판례는 대법원 2012. 1. 12. 자 2011마2380 결정 등에서 “부동산 매도인이 매매대금을 다 지급받지 아니한 상태에서 매수인에게 소유권이전등기를 마쳐주어 목적물의 소유권을 매수인에게 이전한 경우에는, 매도인의 목적물인도의무에 관하여 동시이행의 항변권 외에 물권적 권리인 유치권까지 인정할 것은 아니다.”고 보았다. 즉 판례는 매도인이 부동산을 점유하고 있고 소유권을 이전받은 매수인에게서 매매대금 일부를 지급받지 못하고 있다고 하여 매매대금채권을 피담보채권으로 매수인이나 그에게서 부동산 소유권을 취득한 제3자를 상대로 유치권을 주장할 수 없다고 본다. 특히 판례는 “법률행위로 인한 부동산 물권변동의 요건으로 등기를 요구함으로써 물권관계의 명확화 및 거래의 안전·원활을 꾀하는 우리 민법의 기본정신에 비추어 볼 때, 만일 이를 인정한다면 매도인은 등기에 의하여 매수인에게 소유권을 이전하였음에도 매수인 또는 그의 처분에 기하여 소유권을 취득한 제3자에 대하여 소유권에 속하는 대세적인 점유의 권능을 여전히 보유하게 되는 결과가 되어 부당하기 때문이다. 또한 매도인으로서는 자신이 원래 가지는 동시이행의 항변권을 행사하지 아니하고 자신의 소유권이전의를 선이행함으로써 매수인에게 소유권을 넘겨 준 것이므로 그에 필연적으로 부수하는 위험은 스스로 감수하여야 한다(밀줄은 필자가 첨가).”는 점을 강조한다.⁶⁹⁾

69) 대법원 2012. 1. 12. 자 2011마2380 결정

3.1.2.3 동시이행항변권이 인정되는 권리에 기한 유치권의

소극적 인정

일본 통설 및 판례는 하나의 채권에 기하여 동시이행항변권 및 유치권이 인정된다는 입장이다.⁷⁰⁾ 특히 매매계약이 취소된 사안에서, 일본의 판례는 「……매매계약의 취소라는 동일한 법률관계로부터 발생한 것이므로, 서로 견련을 가지며…… 유치권을 가진다」고 하여 부당이득 반환의무가 동시이행관계에 있으면서 그 채권에 기하여 유치권을 행사할 수 있다고 보았다.⁷¹⁾ 그러나 일본의 통설 및 판례는 양 권리의 경합을 인정하면서도 이론적 근거를 명확한 설시하고 있지는 않다. 학설 및 판례는 「양 제도가 모두 공평의 원칙에 입각하는 제도」라고 지적하거나 유치권에는 대담보(代擔保) 규정(일본민법 제301조) 등이 있으므로 양자의 경합을 인정하는 실익이 있다고 설명하고 있을 뿐이다.

일본의 일부 견해는 일본이 유치권의 적용을 이와 같이 광범위하게 인정하게 된 사정에 대해서 필경 소유권과 계약을 철저히 분리하지 않는—프랑스 민법전의 영향을 강하게 받았다—고 보기도 한다.⁷²⁾ 특히 이 견해는 이를 전제로 “일본민법은 프랑스 민법적인 유치권(물론 그 법적 구성은 상이하나), 다른 한편으로는 독일 민법적인 동시이행의 항변권이라는 서로 모순된 규정을 두고 있기 때문에, 일본 민법의 재산법 체계 전체의 관점에서, 양자의 지위와 기능을 올바르게 해명할 필요가 있었다. 그러나 통설은 이와 같은 체계적 모순을 모순으로서 의식하였음에도 양자의 체계적인 평가에 대해 노력 없이 안이하게 양자의 모순을 무비판적으로 긍정하여 단순한 경합론을 주장한 것은 아닐까.”라는 비판을 가한다.⁷³⁾ 또한 이 견해는 소유권과 계약의 준별의 관점에서 유치권과

70) 白羽祐三, 前掲論文, 98頁 이하; 最判 昭和28・6・16, 民集 7卷 6号 629頁.

71) 東京高判 昭和24・7・14, 高民 2卷 2号 124頁; 最判 昭和28・6・16, 民集 7卷 6号 629頁.

72) 白羽祐三, 前掲論文, 99-100頁.

73) 白羽祐三, 前掲論文, 100-101頁.

동시이행의 항변권의 체계적 평가를 시도할 필요가 있다는 점을 강조한다. 특히 이 견해는 프랑스 민법의 경우 쌍무계약에 있어서의 대가적 채무이행의 보장을 비계약상의 기술(유치권)에 의해 대위·보충하는 것에 초점을 맞춘다.⁷⁴⁾ 이에 이 견해는 동시이행의 항변권 규정을 두고 있는 일본 민법하에서 쌍무계약의 전형인 매매에 대해 무조건적으로 동시 이행항변권과 유치권의 경합을 긍정하는 것은 타당하지 않다고 본다.⁷⁵⁾

생각건대, 근대적 계약법 체계·기능에 입각하여 논하자면, 동시이행의 항변권은 단순한 이행거절권에 그치는 것이 아니라 유상·쌍무계약(그 전형으로서 매매계약)의 관철·실현을 적극적으로 보장하는 주요한 역할을 담당한다. 이는 쌍무계약의 논리에 의해 고안되어 그 안에서만 그 고유의 존재 가치를 발휘하는 것이다. 이에 반해 특정한 채권담보로서 규정되는 유치권은 쌍무계약의 논리와 다른 별개의 논리에 의한다. 따라서 양자의 경합을 무조건적으로 인정하는 것은 타당하지 않으며, 우리 판례가 동시이행항변권이 인정되는 권리를 피담보채권으로 하는 유치권인정에 소극적인 이유 또한 같은 맥락에서 이해할 수 있을 것이다.

3.1.3 지상물매수청구권 행사의 효과

3.1.3.1 토지에 대한 동시이행항변권이 인정되지 않는 경우

지상물매수청구권을 행사하지 않으면 그 채권으로 토지에 대한 유치권을 주장할 수 있는데, 지상물매수청구권을 행사하면 그 채권은 소멸하고 양자는 매매계약이 성립한다. 이에 임차인은 매매대금채권에 기하여 그 지상물에 대한 동시이행항변권을 행사할 수는 있으나 지상물 및 대지

74) 川村泰啓, 『商品交換法の体系 <上>—私的所有と契約の法的保護のメカニズム—』, 勁草書房, 1967, 222頁.

75) 白羽祐三, 前掲論文, 101頁. 다만 이 견해 또한 단순한 매매계약과 달리 임차인에게 인정되는 매수청구권 행사로 인하여 체결된 매매계약의 경우에는 매매대금채권에 기한 동시이행항변권 이외에 유치권을 인정할 수 있다고 보아 개별사안에 따라 그 경합인정여부를 달리할 수 있다고 본다. 白羽祐三, 前掲論文, 102-103頁.

에 대한 유치권을 직접 행사할 수는 없고, 그 경우에 임차인은 지상물에 대한 동시이행항변권 행사의 반사적인 효과에 기하여 대지를 유치할 수 있다.⁷⁶⁾

우리 판례 또한 임대인이 임차인에게 보증금을 반환하면서 건물철거 및 토지의 인도를 구하는 경우에 임차인은 토지에 대해서 동시이행항변권에 기한 거절을 할 수는 없으나, 임차인이 지상물매수청구권을 행사하게 되면, 법원은 원고의 청구를 모두 기각하는 것을 원칙으로 한다.⁷⁷⁾ 다만 원고가 피고인 임차인의 지상물매수청구권 행사에 응하여 예비적으로라도 건물의 인도나 건물소유권이전등기를 구하는 것으로 변경하였다면, 법원은 건물의 인도 및 건물에 대한 소유권이전과 매매대금을 동시에 상환할 것을 명한다.⁷⁸⁾ 그런데 지상건물매수청구권의 행사한 경우 원고인 임대인이 임차인을 상대로 건물소유권이전 및 건물인도 외에 그 부지인 토지의 인도를 구할 수는 없다.⁷⁹⁾

76) 서중희, 재산법연구 제32권 제3호, 71쪽 참조. 일본의 판례 및 통설 또한 건물매수청구권자는 동시이행의 항변권 또는 유치권에 의거하여 대금이 지급될 때까지 건물의 인도를 거절할 수 있을 뿐만 아니라 「반사적 효과로서」 내지 「나아가서는」 그 부지의 인도 또한 거절할 수 있다고 본다. 最判昭和35・9・20, 民集 14卷 11号 2227頁; 白羽祐三, 前掲論文, 102頁.

77) 대법원 1966. 6. 28. 선고 66다712 판결; 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다51178, 51185(병합) 판결. 한편 판례는 원고의 건물철거와 건물부지 인도청구에는 건물매수 대금 지급과 동시에 건물명도를 청구하는 청구가 포함되었다고 보지 않는다. 대법원 1966. 5. 24. 선고 66다548 판결

78) 임차인이 매수청구권을 행사하면, 건물철거 등을 청구한 원고는 교환적 또는 예비적으로 청구를 변경하여야 하며, 이 경우에 법원은 청구변경 여부를 석명하여야 한다. 대법원 1995. 2. 3. 선고 94다51178, 51185 판결 등. 그럼에도 불구하고 청구를 변경하지 않았다면 건물철거 및 대지인도의 청구는 모두 기각된다.

79) 건물소유권이 이전됨으로써 자동적으로 건물의 부지의 점유도 건물 소유권취득자에게 이전되는 것으로 보기 때문에 그 부지의 인도를 요구하는 것은 불능인 것을 요구하는 것이 되어 부당하기 때문이다. 즉 사회통념상 건물은 그 부지를 떠나서는 존재할 수 없는 것이므로 건물의 부지가 된 토지는 그 건물의 소유자가 점유하는 것으로 볼 것이고, 건물의 소유권이 양도된 경우에는 건물의 종전의 소유자가 건물의 소유권을 상실하였음에도 불구하고 그 부지를 계속 점유할 별도의 독립된 권원이 있는 등의

만약 원고의 건물철거 및 대지인도청구가 임차인의 건물매수청구권의 행사로 인하여 모두 기각된 후 원고가 대지에 대한 인도만을 청구한 경우, 임차인이 대지에 대한 동시이행항변을 행사할 수 없다면 법원이 대지의 인도청구를 인용할 것인지가 문제된다. 이는 실질적으로 기판력에 저촉될 수 있다는 점에서 매우 신중한 접근이 필요할 것으로 판단되며, 이에 우리 하급심 판례는 건물부분의 소유에 필요한 대지부분의 인도를 구하는 것에 대해서는 기각을 한 반면에 그 부분을 제외한 대지부분에 대한 인도를 인용한다.⁸⁰⁾

학설 또한 만약 임차인이 건물철거 및 대지인도청구의 소를 건물인도(건물소유권이전) 및 대지인도청구의 소로 변경하거나 건물철거 및 대지인도청구의 소의 기각판결 이후에 건물의 인도 등과 대지의 인도를 요청한 경우에 법원은 원칙상 건물의 인도를 매매대금과 상환이행할 것을 명하게 되고 건물부분의 소유에 필요한 대지부분의 제외한 부분에 대해서는 인용하는 판결을 해야 한다고 본다.⁸¹⁾ 그러나 건물부분의 소유에 필요한 대지부분의 제외한 부분을 구분하는 것이 사실상 어렵다는 점을 감안하면 건물인도와 매매대금을 상환이행판결하고 대지전부에 대해서 인용하는 것도 현실적으로 필요하다고 여겨지며, 이에 하급심 판결 중에는 대지 전부에 대한 인용을 하기도 한다.⁸²⁾

3.1.3.2 토지에 대한 동시이행항변권이 인정되는 경우

임차인이 건물철거 및 대지인도청구의 소를 건물인도(건물소유권이전) 및 대지인도를 청구한 경우에 만약 대지에 대해서 임차인이 동시이행항변권을 행사하면, 법원은 건물인도 및 건물소유권이전등기와 매매

특별한 사정이 없는 한 그 부지에 대한 점유도 함께 상실하는 것으로 보아야 하기 때문이다. 대법원 1993. 10. 26. 선고 93다2483 판결

80) 서울고등법원 1997. 11. 20. 선고 96나18313 판결

81) 곽윤직 편집대표(박재윤 집필), 민법주해 VI, 박영사, 1999, 61쪽. 일본 문헌으로는 白羽祐三, 前掲論文, 102-103頁 참조.

82) 서울고법 1999. 9. 17. 선고 98나2299 판결 등.

대금에 대한 상환이행판결을, 대지인도와 임차보증금 반환에 대한 상환이행판결을 해야 한다. 그런데 임차한 대지가 건물부분의 소유에 필요한 대지부분과 일치한 경우, 법원이 건물인도 및 건물소유권이전등기와 매매대금에 대한 상환이행판결만을 하게 되면 임차인이 가지는 임대차보증금에 기한 동시이행항변권이 형해화 된다는 점에서, 법원은 건물인도 및 건물소유권이전과 매매대금 및 임대차보증금을 합한 금액의 지급과 상환으로 이행할 것을 명해야 할 것이다.⁸³⁾

3.2 지상물매수청구권을 행사한 임차인의 부당이득반환의무

일본의 일부 견해는 매수청구자는 동시이행의 항변권 또는 유치권에 의해 건물을 점유하는 권한을 가지며 그 반사적 효력으로서 부지를 점유하므로, 「법률상의 원인」이 있어 부당이득을 구성하지 않다고 논한다.⁸⁴⁾ 그러나 동시이행의 항변권 또는 유치권에 의거하여 건물을 점유·사용하고 이에 수반하여 부지를 점유·사용하는 때는 부지의 사용에 의한 이득을 정당화할 법률상의 원인이 있다고 할 수 없다. 즉 위 부지의 사용은 건물을 유치하거나 그 인도를 거절할 수 있는 반사적 효력으로서, 부지의 인도 또한 거절할 수 있다는 소극적 작용을 영위할 뿐, 부지의 사용에 의한 이득의 보유까지 시인하는 것은 아니기 때문이다. 매수청구자는 제587조에 의해 건물의 인도가 있을 때까지 건물의 사용에 의한 이득을 취득할 수 있으나, 그 부지까지 무상으로 사용할 수 없음은 자명할 것이다.⁸⁵⁾

83) 김선혜, “토지임대차 종료 시 건물매수청구권행사와 토지인도청구”, 인권과 정의 제 466호, 대한변호사협회, 2017, 27쪽.

84) 유치권자가 유치물을 사용하여 취한 이득에 대한 것이기는 하나, 보존행위 내지 선관주의의무의 범위에 있어서 사용한 경우에는 「법률상의 원인」이 존재하여 부당이득이 성립하지 않는다고 보는 것은 明石三郎, 前掲論文, 178頁.

85) 일본에서 이와 같은 이해를 하는 문헌으로는 中島一郎, 前掲論文, 121頁.

한편 유치권자가 매수청구권을 가지고 있는 경우와 매수청구권을 행사한 경우를 나누어서 판단해야 한다면 전자는 그 건물을 소유하는 것 자체가 이득이라고 볼 수 있는 반면에 후자는 건물의 소유는 상대방에게 대금을 지급받지 못한 결과로 발생하고 있다는 점에서 소유 자체만으로 이득으로 볼 수 있을 것인지가 문제된다. 최소한 후자는 전자와 달리 이득을 인정하지 않거나 그 이득의 액을 달리 적용하여야 할 것이다. 특히 매수청구권자가 거주도 임대도 하지 않고 매수청구권을 행사한 후 건물을 단순히 점유할 뿐인 경우에 그 부지에 대한 사용·수익에 의한 이득이 있다고 볼 것인지가 문제된다. 생각건대 건물매수청구권을 행사한 후 임차인이 건물을 소유한 것만으로 실질적 이득을 인정해서는 안 될 것이다. 특히 임대인이 매매대금을 지급하지 않아 임차인이 어쩔 수 없이 건물을 소유할 수밖에 없는 상황을 고려한다면 소유 자체만으로 임차인이 실질적 이득을 취하고 있다고 보아서는 안 될 것이다.⁸⁶⁾

4. 부속물매수청구권의 행사와 부당이득반환의무

부속물매수청구권을 행사한 경우에 임차인의 부속물매수청구권은 소멸하고 그 대신에 그 부속물에 대한 매매계약은 성립한다. 이 경우에 임차인이 부속물에 대한 대가지급을 이유로 동시이행항변권과 유치권을 행사하면서 건물부지에 대한 점유를 계속할 수 있을 것인 지이다.

86) 김제완, “건물소유목적 토지임차인의 건물매수청구권 행사의 효과” 법조 제551호, 법조협회, 2002, 176쪽 이하; 김선혜, 앞의 논문, 19쪽 주11; 서종희, 재산법연구 제32권 제3호, 71쪽 이하 상세하게 분석하고 있으며, 매수청구권을 행사한 경우에는 임차인이 건물을 소유하는 것만으로는 실질적 이득을 취했다고 보기 어려우며 건물을 점유·사용한 경우에 한하여 이득을 인정해야 한다는 입장을 취한다(서종희, 재산법연구 제32권 제3호, 83쪽). 같은 맥락에서 일본의 문헌 중 中島一郎, 前掲論文, 123頁 이하에서는 이 경우에 부당이득을 부정한다.

4.1 일본의 경우

일본의 판례는 이를 부정한다.⁸⁷⁾ 그 이유는 건물과 부속물의 매매대금은 대가관계를 가지지 않기 때문이라고 한다. 판례는 건물자체에 대해 부속물에 대한 매매대금채권으로 동시이행의 항변권 및 유치권을 주장한 사안에서 이를 부정하면서 “임차인은 부속물대금의 제공이 있을 때까지 이와 대가를 이루는 부속물의 인도를 거절할 수 있어야...(중략)... 할지라도, 그(필자주: 부속물) 대금의 제공이 없음을 이유로 대가관계가 아닌 건물의 명도를 거절할 수 없다(밑줄은 필자가 첨가).”고 하여 부정적인 입장을 명확히 설시하였다. 일본 학설은 판례에 찬성하는 입장⁸⁸⁾도 있으나 대체적으로 비판적이다.⁸⁹⁾ 전자는 건물매수청구의 경우에는 부지로부터 건물을 분리하여 건물만을 유치하는 것이 불가능한 데 반해, 부속물매수청구의 경우에는 이를 제거하여 유치하는 것도 가능하다는 점에 초점을 맞춘다. 또한 그 견해는 종된 부속물의 매수대금으로 인해 주된 건물을 유치하는 것은 건물로 인해 부지를 유치하는 것과 동일하게 논할 수 없다는 점을 강조한다. 반면에 일본의 통설은 부속물에 대한 매매대금의 실질적인 확보를 위해서는 건물자체에 대한 인도까지 거절할 수 있다고 본다.⁹⁰⁾ 즉 이 견해는 건물에 대해서도 인도를 거절할

87) 大判 昭和7・9・30, 民集 11卷 1859頁; 大判 昭和6・1・17, 民集 10卷 6頁; 最判 昭和29・1・14, 民集 8卷 1号 16頁; 最判 昭和29・7・22, 民集 8卷 7号 1425頁.

88) 藥師寺志光, 前掲論文, 21頁.

89) 我妻栄, 前掲書, 30頁; 白羽祐三, 前掲論文, 104頁; 平野裕之, 『担保物權法』, 日本評論社, 2017, 272頁; 高木多喜男, 『担保物權法 [第4版]』, 有斐閣, 2005, 25頁; 新注民法(6) 物權(3)/池田雄則, 71頁.

90) 특히 유치권의 성립과 유치권의 효력이 미치는 범위는 다른 관점에서 접근해야 한다고 보고 후자는 건물소유권자와 부속물소유권자 사이의 이해관계의 조정이 필요하다는 점에서 특히 공평의 관점에서 이 문제를 접근해야 한다는 견해도 있다. 이 견해는 사안에 따라 결론이 달라질 수 있으나 기본적으로는 부속물에 대한 대금으로 건물자체에 대한 거절을 인정한다는 점에서 통설과 같은 입장으로 볼 수 있다. 道垣内弘人, 前掲書, 31頁.

수 있다고 보지 않으면 부속물의 인도거절권이 실질적으로 그 의의를 가지지 못할 우려가 있음은—정도의 차이는 있으나—건물매수청구의 경우와 같을 것이라고 보아, 부속물매수청구의 경우도 건물의 경우와 마찬가지로 부속물의 인도를 거절할 권리를 가지는 자는 그 반사적 효과로서 건물의 인도 또한 거절할 수 있다고 해석해야 한다고 주장한다. 다만 이 견해는 부속물매수청구권을 행사하여 건물을 점유·사용하여 얻은 이득을 임차인은 부당이득으로 반환하여야 한다고 본다.⁹¹⁾

4.2 우리의 경우

임차인이 부속물매수청구권을 행사한 경우에 임차인인 임대인에게 매매대금을 지급받기 전까지 동시이행항변권에 기하여 부속물에 대한 인도를 거절할 수 있다.⁹²⁾ 임차인이 부속물의 인도를 거절하면서 임대목적물인 건물에 대해서도 인도를 거절할 수 있을 것인지에 대해 국내에서는 논의가 별로 없다. 생각건대 부속물을 건물로부터 분리·제거하는 것은 그 물적 가치의 감소를 수반하기 쉬우며, 나아가 부속물의 매수(매매계약)를 실현케 하는 것은 부속물의 물적 가치를 유지하는 것인데, 이러한 물적 가치는 임대목적물인 건물과 부속된 상태를 유지해야만 실질적인 가치를 가진다고 할 수 있으므로, 건물의 유치를 인정하는 것이 부속물매수청구권을 편면적 강행규정으로 두고 있는 민법(제652조)의 취지에도 부합한다고 판단된다. 한편 부속물매수청구권에 기하여 건물에 대한 유치권을 취득한 경우에 그 부속물의 점유 또는 사용이 건물에 대한 점유나 사용으로 바로 연결되는 것이 아니라는 점에서 부속물의 점유 사용을 바로 건물에 대한 부당이득이 발생하였다거나 과실을

91) 中島一郎, 前掲論文, 127頁.

92) 부속물매수청구권을 행사한 이후에 부속물에 대한 유치권 및 임대목적물인 건물에 대한 유치권은 인정되지 않을 것이다. 그 이유는 임차인이 지상물매수청구권을 행사한 이후에 지상물 및 대지에 대한 유치권이 인정되지 않는 것과 같다.

취득하였다고 보기는 매우 어려울 것이다. 특히 부속물을 점유만 하고 있는 경우라면 건물에 대한 실질적 이득을 하고 있다고 보기 어려울 것이며, 그를 통해 얻은 이득이 있다면 제323조의 과실로 볼 여지가 있어, 유치권자는 제323조에 기하여 우선변제권을 취득할 수 있을 것이다.

IV. 맺음말

유치권은 목적물의 유치적 기능을 본질로 하는 권리이므로, 유치권자는 유치물의 사용권을 가지지 못한다. 이에 민법 제324조 제1항이 유치권자에게 선량한 관리자로서 유치물을 점유하도록 하고 있으며, 동조 제2항 본문에서 채무자의 승낙 없이 사용하지 못하도록 하고 있다. 따라서 유치권자가 유치목적물의 사용에 의해 취득한 이득을 보유할 수는 없으며 이에 유치권자는 소유권자에게 그 이득을 부당이득으로 반환해야 한다.

문제는 보존을 위해 사용한 경우에도 취득한 이득을 부당이득으로 반환해야 하는지이다. 국내의 판례와 학설은 부당이득으로 반환해야 한다고 본다. 반면에 일본의 일부 견해는 유치권자가 유치권에 의거하여 유치물 그 자체를 사용함으로써 취한 이득에 대해서는 부당이득으로서 다루지 않고 민법 제297조를 유추적용해야 한다는 주장한다. 이 견해는 일본민법 제297조는 본래 유치권이 유치물로부터 발생하는 과실을 수취하고 여타 채권자에 앞서 이를 그 채권의 변제에 충당할 수 있다고 규정하는 것이나, 이를 유치권자가 유치물을 스스로 사용하여 이득을 취한 경우에도 유추적용할 수 있다고 본다. 즉 이 견해는 유치권자가 유치물을 보존을 위해 사용하는 것은 의무로서 인정되므로 이에 의한 이득은 법률상의 원인이 없다고 할 수 없으므로, 부당이득의 문제는 발생하지 않고 유치물로부터 발생한 과실에 준하여 위 제297조를 준용해 이를

채권의 변제에 충당할 수 있다고 본다.⁹³⁾ 생각건대, 유치권자가 목적물을 유치하고 사용·수익함으로써 이득을 취하는 것은 법이 인정하지 않으므로, 위 이득은 일종의 부당이득에 해당한다고 보아야 할 것이다. 그러나 그 이득은 유치권의 적법한 행사의 의해 발생하는 것이므로, 토지소유자 측에 일단 상환청구권이 발생하고 유치권자는 이에 대하여 타 채권자와 동일한 입장에서 유치권의 피담보채권의 만족을 얻을 수 있다고 해석하는 것은 타당하지 않다. 오히려 과실에 준하여 민법 제323조의 우선변제권을 행사할 수 있다고 보는 것이 유치권을 인정한 취지에도 적합하다고 판단된다. 이러한 접근은 유치권자가 유치물 그 자체를 사용함으로써 이득을 취한 경우뿐만 아니라 유치권자가 유치건물을 사용하고 그 반사적 효과로서 부지를 사용하여 이득을 취한 경우에 대해서도 동일하게 해석되어야 할 것이다.

임차인이 지상물매수청구권에 기하여 임차목적물에 대해 유치권을 행사한 경우에 임차인은 자기 소유의 지상물을 소유함으로써 대지에 대한 이득을 취하고 있다고 볼 수 있으므로 임차인은 임대인에게 부당이득반환 의무를 부담한다. 만약 임차인이 지상물매수청구권을 행사한 경우에는 임차인은 더 이상 지상물 및 대지에 대한 유치권을 행사할 수 없으며, 그 경우에 임차권자는 동시이행항변권에 기하여 매매대금을 지급받기 전까지 지상물의 인도를 거절할 수 있으며, 그 반사적인 효과로서 그 대지를 유치할 수 있게 된다. 그 경우에도 임차인이 이득을 취득하였다면 그 이득을 부당이득으로 임대인에게 반환해야 하나, 임대인이 매매대금을 지급하지 않아 임차인이 어쩔 수 없이 건물을 소유할 수밖에 없는 상황을 고려한다면 소유 자체만으로 임차인이 실질적 이득을 취하고 있다고 보아서는 안 될 것이다.

93) 물론 일부 견해는 부당이득은 인정하고 그 부당이득반환채무와 자신의 채권을 상계를 통해 우선변제받는 것과 같이 제297조를 유추하는 것으로 설명하는 견해도 있다. 이 견해들에 대한 소개는 中島一郎, 前掲論文, 125頁 이하 참조.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 편집대표(박재운 집필), 민법주해 VI, 박영사, 1999.
 ———, 물권법(중판), 박영사, 2001.
 김상용, 물권법, 법문사, 2000.
 김용담 편집대표(김갑유 집필부분), 주석 민법(제4판) 물권 (3), 2011.
 김증한/김학동, 물권법, 박영사, 1997.
 박동진, 물권법강의, 법문사, 2018.
 송덕수, 물권법, 박영사, 2013.
 이상태, 물권법, 법원사, 2000.
 이영준, 물권법, 박영사, 2009.
 이은영, 물권법, 박영사, 2000.
 홍성재, 물권법, 동방문화사, 2014.
- 高木多喜男, 『担保物權法 [第4版]』, 有斐閣, 2005.
 道垣内弘人 編集代表(池田雄則 執筆), 『新注釈民法(6)』 物權(3), 有斐閣,
 2019.
 道垣内弘人, 『担保物權法(現代民法 III) [第4版]』, 有斐閣, 2017.
 勝本正晃, 『担保物權法(上)』, 有斐閣, 1949.
 我妻栄, 『新訂担保物權法(民法講義 III)』, 岩波書店, 1972.
 藥師寺志光, 『総合判例研究叢書 民法(19)』, 有斐閣, 1963.
 柚木馨/谷口知平/加藤一郎 編, 『判例演習: 民法 [第 2] (物權法)』, 有斐
 閣, 1963.
 川村泰啓, 『商品交換法の体系 <上>—私的所有と契約の法的保護のメ
 カニズム-』, 勁草書房, 1967.

平野裕之, 『担保物権法』, 日本評論社, 2017.

2. 학술지

김선혜, “토지임대차 종료 시 건물매수청구권행사와 토지인도청구”, 인
권과 정의 제466호, 대한변호사협회, 2017, 8-28쪽.

김제완, “건물소유목적 토지임차인의 건물매수청구권 행사의 효과” 법
조 제551호, 법조협회, 2002, 176-209쪽.

서종희, “유치권자와 경매절차에서의 유치목적물 매수인의 법적 관계”,
일감부동산법학 제18호, 건국대학교 법학연구소, 2019, 3-30쪽.

_____, “동시이행항변권과 부당이득의 몇 가지 쟁점에 관한 소고”, 재
산법연구 제32권 제3호, 한국재산법학회, 2015, 53-90쪽.

白羽祐三, 「留置権・同時履行の抗弁権と不当利得」, 不当利得・事務管
理の研究: 谷口知平教授還暦記念 (1), 有斐閣, 1970, 97-113頁.

中島一郎, 「建物(造作)買取請求後の土地・建物の占有利用」, 谷口知平
教授還暦記念 不当利得・事務管理の研究(1), 有斐閣, 1970,
114-127頁.

椿寿夫, 「同時履行の抗弁権」, 契約法大系 I, 有斐閣, 1962, 237-251頁.

[Abstract]

The Right of Retention and Unjustified Enrichment

Seo, Jong-Hee*

If the lessee who is possessor of a thing or valuable instruments belonging to lessor has any claim arising, in respect of such property or instruments and if payment of the claim is due, he may retain possession of the thing or instruments until the claim is satisfied by the right of retention.

A person having a right of retention may not, without the consent of the debtor, use or lease the retained article nor pledge it as security: Provided, That this shall not apply to such use of the thing as necessary for its preservation. But, in that case, a person having a right of retention must return the gain from use as unjustified enrichment. By the way, a person having a right of retention may collect the fruits produced from the retained article and may apply them to the satisfaction of his claim in preference to other creditors.

It can be regarded as collecting the fruits produced from the retained article as an unjustified enrichment of use.

If buildings on land remaining after the expiration of the period of the lease of land where the object is to own a building, the lessee may ask the lessor to purchase the buildings. Meanwhile, the lessee may retain possession of the land in order to exercise right to demand purchase of building.

However, after exercising right to demand purchase of building, an unjustified enrichment of the land should not be recognized just because the lessee is the owner of the building. This is because if the reason why

* Associate Professor, Konkuk University Law School

the lessee had no choice but to keep the ownership of the building was that the lessor did not pay the sale price, it would not be fair to admit an unjustified enrichment of the land just because he was the owner of the building.

[Key Words] The Right of Retention, Use for its preservation, Unjustified Enrichment, Right to Demand Purchase of Building by Lessee, Exceptio non adimpleti contractus, Appropriation of Performance