임대차 locatio conductio rei

참고: *R. Zimmermann, The Law of obligations (Oxford, 1990) pp. 338-412*

1. 개설

- 임계약의 분류(l.c. rei; l.c. operae; l.c. operis)는 아마도 J Voet (1647-1713)이래로 등장 Commentarius ad Pandectas, XIX, ii, 33
- 로마법에서 물건 또는 서비스의 사용에 대한 법제도가 비교적 素略한 이유
    - 부유층의 주거 문제에 집중
    - 노예제 사회

- 賃契約은 어느 특정한 법체계에 근거한 것이 아니고 만민법 상의 제도이므로 규정된 언사를 요하는 것이 아니라 매매와 마찬가지로 합의가 있으면 당사자들은 그 거래에 구속된다. Dig.19.2.1
- 임계약은 매매와 유사하므로 그에 관한 법 규정의 규율을 받음은 분명하다. 가격(pretium)에 대한 합의가 있으면 매매계약이 성립되는 것과 같이 임료(merces)약정이 있으면 임계약이 성립된 것으로 본다. Dig.19.2.2pr.

2. 임료 (merces)

- 진정성, 확정성이 요구됨
    - 동전 한개를 임료로하여 물건을 빌려간 경우라면 임계약을 인정할 수 없다. 왜냐하면 이는 증여에 가깝기 때문이다. Dig.19.2.46
    - 제3자가 임료를 정하도록 당사자가 합의한 경우
        - 당사자 이외의 자가 임료를 정하도록 하는 것이 가능한지가 문제된다. 예를 들어 티티우스가 정하는 임료를 지불하기로 하는 경우 임계약이 성립되는지, 그리고, 세탁소에 옷을 세탁, 수선하도록 맡기면서 임료에 대하여는 그 시점에 정하지 아니하고 나중에 우리 둘이 합의하는 액수를 주기로하는 경우 임계약이 성립하는지가 문제된다. Gai.3.143
        - 제3자가 실제로 임료를 정하면 임계약의 성립을 인정, 그러나 제3자가 임료를 정하지 아니하면 임계약은 불성립 Dig.19.2.25pr
        - 임료를 당사자 간의 추후 약정으로 정하기로 한 경우 유帝시기의 법은 임계약의 성립을 부정하는 대신, 재량소송을 허용할 여지가 있음을 긍정(non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio

datur.)

- 임료는 반드시 금전으로 지급되어야 하는가?
  - 일방이 소를 소유하고, 그 이웃도 소를 소유하는 경우, 각자가 상대방에게 열흘간 소를 사용하도록 약정하였는데 일을 시키던 도중 소가 죽은 경우 임계약 또는 무상사용계약에 기한 소송은 불가능하다. 무상사용은 아니므로 별도의 재량소송이 가능할 것이다. Inst.3.24.2; Gaius는 가능성을 부정도 긍정도 하지 않음 Gai.3.144.
  - 불가항력은 그리스말로 신의 행위라 하는데, 그로 인한 산출물의 감소가 용인한도를 넘는 경우라면 임차인의 부담으로 되어서는 아니된다. 그러나 어느정도의 손해는 경작자가 감수하여야 한다. 왜냐하면 그가 큰 이득을 취하는 경우도 있을 수 있기 때문이다. 이말은 물론 금전으로 임료를 정한 경작자에 적용이 있는 것이고, 산출물의 일부를 임료로 지불하기로 한 소작인(partiarius colonus)의 경우에는 조합원 간의 법리와 유사하게 이득과 손실 모두를 소유자와 함께 나눈다. Dig.19.2.25.6

3. 임대인의 채무

- 사용 수익하도록 할 의무
  - [임차인 소송은] 다음과 같은 이유로 허용된다: (빌린 토지의 전부 또는 일부가 인도되지 아니하거나, 빌린 집, 헛간, 축사 등이 수선되지 아니하여) 목적물을 사용할 수 없게되거나 또는 임계약 당시의 특약사항(lex conductionis)으로 합의한 내용이 지켜지지 아니하는 경우 임차인 소송을 제기할 수 있다. Dig.19.2.15.1
- 담보책임?
  - 이웃이 건물을 지어 창문이 가리게 되면 임대인은 세입자에게 책임을 진다. 임차인 또는 세입자가 이사를 나가는 것이 허용됨은 물론이다. 임료를 청구하는 소송이 제기되면 이러한 해지사유가 고려된다. 출입문이나 창문이 과도히 손상되었음에도 임대인이 수선하지 아니하는 경우에도 마찬가지 이다. Dig.19.2.25.2
  - 집이나 토지를 선의로 매수하여 나에게 임대한 자가 악의나 과실 없이 그 목적물을 빼앗기게되는 경우, 폼포니우스는 그래도 여전히 그는 그 목적물을 임차인으로하여금 사용할 수 있도록 해주어야 하므로 임대인으로서의 책임을 진다고 한다. 물론 소유자가 임차인을 용인하지 아니하여 임대인이 덜 안락하지 않은 대체 주거를 제공하는 경우라면 임대인은 책임을 면한다고 봄이 형평에 맞다. Dig.19.2.9pr.
  - 네가 나에게 임대한 토지가 공공재산으로 된 경우, 너는 내가 그것을 사용할 수 있도록 할 채무를 진다. 네가 그러한 사태를 야기하지 않았더라도 이 채무에는 변함이 없다. … 네가 토지를 나에게 판 다음 아직 명도하기 전에 그 토지가 공공재산으로 된 경우에도 너는 매도인으로서의 채무를 진다. 그러나 이경우 매매대금을 반환하면 되는 것이지, 명도가 이루어졌더라면 내가 초과 이익을 얻을 수 있었더라도 이를 배상하여야 하는 것은 아니다(ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi). 비

슷한 법리가 임계약의 경우에도 적용된다고 보며, 사용이 불가능하게 된 기간에 상응하는 차임이 반환되면 되고, 그를 넘어서는 배상을 임차인 소송을 통하여 하도록 강제되지 아니한다. Dig.19.2.33

- 나의 노예를 마부로 네가 빌려 사용하는 중, 그 마부의 과실로 너의 당나귀가 죽은 경우, 그 노예가 단독으로 자신을 임대한 것이었다면 나는 그의 특유재산의 범위 내에서 너에게 책임을 진다고 하겠다. 반면에 내가 그를 너에게 빌려 준 것이었으면 나의 악의나 과실로 생긴 손해만을 배상하면 되고, 만일 어느 특정 노예를 지칭함이 없이 네가 나로부터 마부 1명을 임차하여 내가 그를 선택하여 너에게 빌려주었는데 그의 과실로 당나귀가 죽었으면, 나의 잘못은 너에게 손해를 끼친자를 선택한 잘못을 뜻한다. Dig.19.2.60.7
- 숙련노예로서 임대하였으나 미숙련으로 인하여 손해가 생기면 임대인이 배상책임을 짐 Dig.9.2.27.34(mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret)

- 고의/과실/무과실 책임? Dig.19.2.19.1
  - 결함이 있는 항아리를 그 사정을 모르고 임대하여 와인이 넘쳐난 경우, 이행이익(quod interest)의 배상책임이 있고, 그 사정을 몰랐다고 해서 면책되지 아니한다. 이점은 카시우스도 기술한 바 있다.
  - 그러나, 목초지를 임대하였는바 그곳에 독성이 있는 풀이 자라는 경우에는 이와는 다르다. 그로인하여 가축이 죽거나 손상되었다면 임대인이 그 사정을 안 경우에 한하여 이행이익의 배상책임이 있고, 그를 몰랐다면 임대인은 임료를 청구하지 못하게 될 따름이다. 이 견해는 세르비우스, 라베오, 사비누스가 찬동하였다.

4. 임차인의 채무

- 차임 지급의무
- 임차인의 보관책임
  - 임차인은 목적물이 법률상 또는 사실상 훼손되도록 하지 말아야 하고 그러한 훼손을 용인하여서도 아니된다. Dig.19.2.11.2
  - 군부대가 오자 임차인이 이주해 나갔고, 그결과 군인들이 그 집의 창문 등 물건을 파손한 경우, 주인에게 알리지 아니하고 이주해 나갔다면 임차인에게 배상책임이 있다. 그러나 라베오는 저항가능하였는지 항거불능이었는지를 따져서 배상책임을 정하여야 한다고 하는데, 그 견해가 옳다. 주인에게 알릴 수 없었던 경우에도 책임이 없다고 생각한다. Dig.19.2.13.7
  - 무상사용계약에 기한 소송에서는 악의에 대하여만 책임을 지는지, 과실에 대하여도 또는 일체의 손해에 대하여 책임을 지는지가 문제된다. 왜냐하면 계약의 결과 우리는 때로는 악의인 경우에만 책임을 지기도 하고, 때로는 과실에 대해서도 책임을 지기 때문이다. 무상임치의 경우 受置人은 악의에 대하여 책임을 지는데, 이는 그에게 돌아가는 이익이 없기 때문에 악의가 있는 경우에만 책임을 지워 마땅하기 때문이다. 물론 대가가 지불되거나 (이때는 칙령에 의하여 과실에 대하여도 책임을 지도록 규정되어 있다), 당사자 간의 사전 약정으로 과실은 물론 임치

물에 관련된 일체의 위험에 대하여 책임을 지도록 한 경우는 다르다. 그러나 양 당사자 모두에게 이익이 돌아가는 매매, 임계약, 家資설정, 담보물 제공계약, 조합계약의 경우 등에는 악의와 과실에 대하여 책임을 져야 한다. Dig.13.6.5.2

- 임차인의 유지의무
  - 임차인은 특약을 준수하여야 하고, 무엇보다도 경작자는 적기에 농사일을 수행하여야 하므로 토지를 마구 다루거나 손상시켜서는 안된다. 또한 건물을 관리하여 손상되지 않게 하여야 한다. Dig.19.2.25.3
- '이행보조자'의 잘못
  - 임차인은 그의 노예 또는 그가 끌어들인 자의 잘못에 대하여 책임을 지는가? 진다면 어디까지 지는가? 그 노예를 해악물로서 양도하면 되는가 아니면 그 스스로 책임을 져야하는가? 그가 끌어들인 자의 경우 마치 임차인 자신의 잘못인 것처럼 책임을 지는가? 내가 보건데는 그가 끌어들인 자의 잘못에 대하여 특약이 없더라도, 그의 가족 구성원으로 또는 손님으로 끌어들임에 있어 잘못이 있다면 임차인 스스로 책임을 져야한다. Dig.19.2.11pr.
  - 선임에 잘못이 있다면 (si negligens in eligendis) 책임이 있다. Dig.9.2.27.9

5. 임대 기간

- 농지의 경우 통상 5년 단위로 임대 (quinquennium; lustrum)
- 일방의 채무 불이행이 있으면, 상대방은 해지권 있음; ius repellendi, ius migrandi
  - 두려움 때문에 이주해 나간 경우 차임을 지불하여야 하는지가 또한 문의된 바 있다. 만일 위험을 우려할 만 사정이 있다면, 실제로 위험하지 아니한 경우에도 차임지급의무가 없다. 그러나 우려할 정당한 이유가 없는 경우라면 차임지급의무를 면하지 못한다. Dig.19.2.27.1
- relocatio tacita
  - 기간을 정하여 임차한 자는 그 기간이 종료되더라도 경작자이다. 소유자는 경작자가 그 토지에 계속 있는 상태를 용인함으로써 임대를 갱신한 것으로 여겨진다. Dig.19.2.14
- 영구 임차 (emphyteusis)
  - 지방 小都市소유의 토지가 그 곳의 법에 따라 임대되어 사용료(vectigal)가 납부되는 한 임차인 또는 그 상속인으로 부터 그 토지를 회수하지 아니하도록 되어 있어 영구히 임대된 경우 이를 매매로 볼것인가, 임계약으로 볼것인가의 문제가 있으나, 임계약에 가까운 것으로 본다. Gai.3.145
  - 과거 법률가들 사이에 이러한 계약이 매매인지 임계약인지 논란이 있었으므로 제논法(lex Zenoniana)이 도입되어 이를 emphyteusis계약으로 규정하여 매매도 아니고 임계약도 아닌 독자적인 계약 유형으로 파악되어 각각 그 약정 내용에 따라 규율 되었다. 목적물의 위험에 대한 특약이 없는 경우, 목적물이 전부 멸실되는 경우 그 위험은 소유자에 귀속

하고, 일부가 손상된 경우에는 永借人에게 그 위험이 귀속하는 것으로 하였고 이법은 우리도 지키고 있다. Inst.3.24.3

6. 위험부담

- 당사자에게 책임없는 사유로 목적물을 사용 수익할 수 없게 된 경우 차임지급의무가 잔존하는지의 문제
- 태풍 등 재난이 닥친 경우 임대인이 임차인에게 어떤 의무가 있는지를 살펴보자. 세르비우스는 항거불능한 모든 위력의 경우 소유자는 경작인에게 책임을 진다고 한다. … 산사태가 일어나 작물이 모두 매몰된 경우 그 손해는 경작자가 부담하지 아니하므로, 멸실된 종자 가격외에 임료를 지불할 것이 강제되지 아니한다. 한파로 인하여 올리브가 손상되거나, 비정상적인 고온 기후로 피해가 온 경우에도 그 손해는 소유자가 부담한다. 그러나 비정상적이지 않은 사정으로 인한 손해는 경작자가 부담한다. Dig.19.2.15.2
- remissio mercedis: 특별조치? 위험법리의 적용?

7. 목적물이 임차 기간 중 매도된 경우

- 타인으로 하여금 토지를 사용하거나 그곳에 거주하도록 임대해 준 자가 어떤 이유로 그 토지나 건물을 매도하는 경우에는 매수인과의 약정으로 기존 임차인의 토지 사용, 수익과 거주가 방해받지 아니하도록 조치하여야 한다. 만일 사용 수익이 어떤 형태로든 금지되는 경우 임차인은 임대차에 기한 소송을 임대인을 상대로 제기할 수 있다. Dig.19.2.25.1
- 임대인으로 부터 토지를 매수한 자가 매도인의 지시에 따라 그 토지를 명도받으려 하는데, 경작인이 매수인의 진입을 허용하지 아니하였다. 그 후 경작자는 다른 이에 의해서 축출되었다. 폭력을 사용한 점유침탈에 관한 특시명령은 누가 원용할 수 있을까? 경작인이 소유자를 그 토지에 못들어오게 하였는지, 소유자의 지시에 따라 명도받으려는 매수인을 못들어오게 하였는지는 상관이 없다. 경작자가 그 특시명령을 원용할 수 있을 뿐 아니라 임대인도 마찬가지다. 왜냐하면 목적물의 점유가 매수인에게 이전되지 아니한 순간 임대인의 점유가 침탈된 것으로 보아야 하기 때문이다. 하지만 정당하고 상당한 이유가 있어 [경작자가] 그렇게 한 경우에는 아마도 임대인이 특시명령을 원용할 수는 없을 것이다. Dig.43.16.12
- 토지를 임대한 자가 이를 팔고, 매수인으로하여금 명도받도록 하였는데, 경작자가 매수인의 진입을 거부하였다. 그후 매수인이 폭력을 사용하여 경작자를 축출하였다. 폭력을 사용한 점유침탈에 관한 특시명령의 허부가 문제된다. 경작자는 매도인과의 관계에서 이 특시명령에 구속된다고 함이 맞다. 매도인 자신의 진입이 거부되었는지 그가 진입하도록 허락한 자의 진입이 거부되었는지는 상관할 바 아니다. 매도인은 목적물이 매수인에게 이전되기까지는 점유를 잃은 것으로 볼 수 없다. 왜냐하면 매수인이 아직 점유를 확보하지 못하였는데도 매수인 때문에 매도인이 점유를 잃었다고 생각하는 이는 없기 때문이다. 한편 폭력을 사용한 매수인은 경작자와의 관계에서 이 특시명령에 구속된다. 비록 경작자의 점유를 침탈하지는 않았지만 매도인의 점유를 폭력적으로 침탈하였기 때문이다. 문제는 매수인에게 어떤 구제수단을 부여하여야 하는지이다. 매도인이 희망에 따라 매수인이 경작자를 폭력을 사용하여 축출하였다면 도움을 줄 이유가 없다. 불법적인 부탁을 들어준 경우이기 때문이다. Dig.43.16.18pr.