

임대인의 하자담보책임*

- 라이선스계약에의 적용 가능성을 중심으로 -

옥 치 왕**

- 서언
- 임대인의 하자담보책임의 의의 및 발생근거
- 임대인의 하자담보책임의 내용과 한계
- 임대인의 하자담보책임 적용범위의 확대: 라이선스계약에 적용
- 결언

국문초록

오늘날은 의식주를 소비하는 방식에 있어 가치의 중심이 ‘소유’에서 ‘사용’으로 점차 이동하면서 사용·수익을 목적으로 하는 다양한 거래가 시장에서 이루어지고 있다. 민법의 제정 당시에는 물건이나 유체물이 사용·수익의 대상이 되는 경우가 대부분이었으나, 오늘날은 지식재산의 사용·수익을 목적으로 하는 거래가 라이선스계약의 형태로 일상화되고 있다. 또한 사용·수익 거래의 급증과 더불어 일정한 사용·수익을 제공하는 자의 하자담보책임도 더욱 중요한 의미를 갖게 되었다. 사용·수익을 목적으로 하는 계약의 대표적 형태인 임대차는 우리 민법의 제정 당시부터 주요 전형계약 중 하나로 자리매김해왔으나 임대인의 하자담보책임에 관한 선행 연구는 미진하였다. 선행 연구에서는 임대차의 유사성에 비추어 임대인은 매도인의 담보책임과 동일한 담보

* 이 논문은 필자의 박사학위논문(옥치왕, “모바일게임 퍼블리싱계약에서 라이선서의 채무에 관한 연구”, 광운대학교 박사학위논문, 2023)을 기초로, 본 연구의 목적에 맞게 재구성 및 보충하여 기술하였다.

** (주)그라비티 법무이사, 법학박사

책임을 진다고 기술하는 경우가 대부분이었고, 계속적 계약인 임대차의 특성이 충분히 고려되지 못했다. 특히, 오늘날 지식재산의 사용·수익을 목적으로 하는 거래가 급증하고 있음에도 이러한 거래들은 주로 무명계약으로 취급되어왔을 뿐이고, 전형계약의 적용 가능성에 대한 연구는 찾아보기 어렵다. 그 결과 계약 당사자의 의사가 계약의 문언으로 명시되지 못한 사항에 대하여는 계약법 총칙, 계약법 원칙, 관습법 등에 근거하여 계약해석을 해야 하나, 빈번하게 이루어지는 거래에 대하여 구체적 법률에 근거를 두지 않는 법 해석을 폭넓게 허용하는 것은 성문법주의 국가에서 바람직하지 않다.

따라서 이러한 문제점을 극복하기 위해 본 연구에서는 임대인의 하자담보책임의 구체적 내용을 그 발생근거, 내용 및 한계를 중심으로 검토한 다음, 임대인의 하자담보책임 적용범위를 라이선스계약으로 확대할 필요성과 그 가능성을 검토하였다. 하자담보책임의 구체적 내용에 관한 검토에서는 먼저 민법 제567조와 민법 제627조가 임대인이 지는 법정 하자담보책임의 근거가 될 수 있음을 살펴보았다. 특히, 민법 제567조가 준용하는 매도인의 담보책임 규정은 임대차의 특성을 고려할 때, 목적물 자체의 하자인 권리의 하자인든 모두 통일적으로 민법 제580조를 적용하는 것이 타당함을 확인하였다. 그리고 임대인의 하자담보책임의 내용을 계속적 계약인 임대차의 특성에 기초하여 원시적 하자과 후발적 하자로 나누어 살펴보고, 권리 행사기간과 하자담보책임의 한계에 관하여도 함께 살펴보았다.

하자담보책임 적용범위의 확대에 관한 검토에서는 먼저 라이선스계약이 무명계약으로 취급되는 결과 계약 문언에 치중하여 계약을 해석하려는 입장으로 인해 라이선서의 하자담보책임 발생 여부에 관한 분쟁이 종종 발생하는바 이러한 문제를 해결하기 위해 임대인의 하자담보책임을 라이선스계약에 적용할 필요성을 살펴보고 그 방안을 검토하였다. 임대인의 하자담보책임을 라이선스계약에 적용하는 방안은 해석론의 관점과 입법론의 관점에서 각각 검토하였다. 해석론의 관점에서는 민법 규정상 임대차 목적물이 물건에 한정되지 않은 점과 라이선스계약과 임대차가 그 성질 면에서 유사한 점에 착안하여, 라이선스계약에 임대차 규정을 직접 적용하는 방안과 유추 적용하는 방안을 살펴보았다. 입법론의 관점에서는 상기와 같은 해석론적 접근에도 불구하고, 임대차의 객체를 물건 내지 유체물로 보는 것이 다수의 견해인바, 라이선스계약에 임대차 규정이 준용될 수 있음을 명확히 하는 취지의 내용으로 민법 제618조를 개정할 것을 제안하였다.

I. 서언

오늘날은 의식주를 소비하는 형태에 있어 ‘사용’의 가치가 ‘소유’의 가치보다 점점 더 중시되고 있으며, ‘사용·수익’을 목적으로 하는 다양한 거래관계가 만들어지고 있다. ‘사용·수익’을 목적으로 하는 거래의 대표적 형태가 임대차라고 할 수 있으므로, 임대차는 우리 민법의 제정 당시부터 주요 전형계약 중 하나로 자리매김해 왔다. 민법의 제정 당시에 ‘사용·수익’의 대상은 대부분 물건이나 유체물이었으나 오늘날은 정보통신기술의 발달과 더불어 디지털콘텐츠나 소프트웨어와 같은 무체물¹⁾ ‘사용·수익’의 대상이 되는 거래가 급증하고 있다. 또한 실물화폐가 컴퓨터 정보로 전환되어 사용되는 것과 같이 객체의 탈유체화도 빈번하게 일어나고 있고, 메타버스와 같은 가상세계도 생활의 일부로 점차 그 영역을 넓혀가고 있다. 이러한 시대적 흐름에 따라 ‘사용·수익’의 대상이 되는 목적물의 하자에 대한 담보책임 또한 그 의미가 더욱 중요해지고 있다.

그러나 임대인의 하자담보책임에 관하여 기술한 문헌이나 선행 연구에서는 임대차도 유상계약이므로 매도인의 담보책임이 준용되어 매도인과 같은 담보책임을 진다는 취지로 설명하고 있을 뿐, 이에 대하여 상세한 논의를 하지 않고 있는 경우가 대부분이다. 임대차의 특성을 바탕으로 한 임대인의 하자담보책임에 관한 선행 연구는 찾아보기 어렵고, 임대차의 목적물도 물건이나 유체물에 한정된다는 견해가 다수이다. 그 결과 임대인의 하자담보책임을 판단함에 있어서도 계속적 계약인 임대차의 특성이 충분히 고려되지 못하고 있는 것으로 보인다. 또한 지식재산과²⁾ 같

-
- 1) 우리 민법은 유체물과 무체물의 일부(즉, 관리가능한 자연력)를 ‘물건’으로 취급하여 법적 효과를 부여하고 있을 뿐이며, ‘물건’이 아닌 ‘무체물’도 존재한다. 이러한 무체물로는 소프트웨어나 디지털 콘텐츠와 같은 지식재산이 대표적이라고 할 수 있다. 대외무역법 제2조 제1호, 동법 시행령 제4조 및 시행규칙 제4조도 소프트웨어와 디지털콘텐츠를 ‘전자적 형태의 무체물’로 정의하고 있다.
 - 2) 지식재산기본법 제3조 제1호는 지식재산을 ‘인간의 창조적 활동 또는 경험 등에 의하여 창출되거나 발견된 지식·정보·기술, 사상이나 감정의 표현, 영업이나 물건의 표시, 생물의 품종이나 유전자원(遺傳資源), 그 밖에 무형적인 것으로서 재산적 가치가 실현될 수 있는 것’으로 정의하고 있다.

이 물건성(物件性)이 인정되지 않는 목적물의 사용·수익을 목적으로 하는 계약은 무명계약으로 취급되어, 당사자의 의사에 공백이 있는 경우에도 임대차의 규정에 기초하여 계약이 해석되는 경우는 드물다.

민법은 빈번하게 이루어지는 거래 현실을 충실히 담아낼 수 있어야 한다는 점을 고려하면 전형계약의 각 규정을 좁게 해석함으로써 무명계약의 범위를 확대하는 것은 성문법주의 하에서 바람직하지 않는 것으로 판단된다. 특히 지식재산의 사용·수익을 목적으로 하는 계약의 경우는 오늘날 빈번한 거래가 이루어지는 만큼, 임대차 규정이 적용될 필요성이 크다. 지식재산의 사용·수익을 목적으로 하는 계약은 지식재산 관련 법률에 근거하여 계약을 해석해야 한다는 견해가 많으나, 지식재산 관련 법률은 계약 당사자의 채권·채무 관계에 관한 내용을 거의 포함하지 않고 있어 지식재산의 사용·수익을 목적으로 하는 계약에 관하여 실효성 있는 해석기준이 되기 어렵다.

그러므로 본 연구에서는 먼저 임대차의 특성에 기초하여 임대인의 하자담보책임에 대한 구체적 내용을 검토하고자 한다. 그런 다음 그 검토된 내용을 바탕으로 임대인의 하자담보책임 적용범위를 라이선스계약으로 확대할 필요성과 그 방안을 살펴보고자 한다. 이를 위해 ‘임대인의 하자담보책임’에 대하여 다음과 같은 순서로 살펴본다. 먼저 임대인의 하자담보책임의 의의를 알아본 다음 하자담보책임이 발생하는 법적 근거에 관하여 검토한다(II). 그리고 검토된 법적 근거에 기초하여 하자담보책임의 내용과 한계에 대하여 살펴본다(III). 그런 다음 임대인의 하자담보책임 적용범위를 라이선스계약으로 확대할 필요성과 그 방안에 관하여 살펴본 후(IV). 본 연구의 결과를 요약·정리하면서 본 연구를 마무리하고자 한다(V).

II. 임대인의 하자담보책임의 의의 및 발생근거

1. 임대인의 하자담보책임의 의의

임대차에 있어 하자담보책임은 임대차 계약에 따라 임대인이 사용·수익하게 되는 목적물이나 그 사용·수익에 필요한 권리에 하자가 있거나 불완전한 면이 있을 때 임대인이 임차인에 대하여 부담하는 책임을 말한다. 하자담보책임은 계약 당사자 간의 약정에 따라 발생할 수도 있고, 법률의 규정에 따라 발생할 수도 있다. 우리 민법은 약정 담보책임에 관한 규정을 두고 있지 않고, 법정 담보책임에 관한 규정만 두고 있다. 우리의 경우 임대차는 유상계약으로 민법 제567조에 따라 매매에 관한 규정이 준용되기 때문에 임대인도 매도인의 담보책임을 지며, 일부 멸실 등으로 사용, 수익할 수 없게 되는 임대차 목적물의 하자에 대하여는 민법 제627조에 따른 담보책임을 지게 된다.

임대인은 임차인에게 민법 제462조에 따라 임대차 목적에 부합하는 완전한 목적물을 인도할 의무가 있고,³⁾ 또한 민법 제568조 제1항에 따라 임차인의 사용·수익에 필요한 완전한 권리를 이전할 의무가 있다. 따라서 임대인의 하자담보책임도 완전물 급부의무 및 완전한 권리이전의무의 불이행책임에 해당하므로, 본질적으로는 채무불이행책임으로 볼 수 있다. 그러나 임대차의 유상성을 고려하여 급부와 반대

3) 민법 제462조에서 “특정물은 이행기의 현상대로 인도해야 한다.”는 규정의 해석을 두고, 목적물에 하자가 있어도 이행기의 현상대로 이행하면 의무를 다한 것이라는 법정책임설과 이행기에 있어야 할 현상대로 이행해야 하므로, 완전한 목적물을 인도하여야 한다는 채무불이행설의 대립이 있으나, 다수설과 관례는 채무불이행설을 따르고 있다(양형우, 『민법의 세계』, 정독, 2022, 1320면). 법정책임설은 특정물 매매의 경우 계약이 실효되지 않는 한, 매도인은 오직 특정물을 급부할 의무만 부담하는바, 이행기에 비록 하자가 있더라도 해당 특정물을 인도하면 완전한 이행으로 되어 매도인은 채무불이행 책임을 면한다는 소위 특정물 도그마에 기반하고 있다. 즉, 법정책임설에 따르는 경우, 매도인의 하자담보책임은 하자 있는 목적물도 이행기의 현상대로 인도하면 충분하고 채무불이행이 되지 않으나, 그로 인해 불리해지는 매수인을 보호하기 위하여 특별히 매도인에게 부과된 법정 책임으로 보고 있다. 반면 채무불이행설은 특정물 매매에서도 매도인은 완전물 급부의무를 부담하는바 하자 있는 목적물을 인도하는 것은 기본적으로 채무불이행에 해당하지만, 매도인의 하자담보책임은 급부와 반대급부 간 균형을 고려하여, 매도인에게 특별히 부과되는 무과실의 책임으로 보고 있다.

급부 간의 균형을 유지하고자 일반적인 채무불이행책임과 달리 임대인의 과실을 요하지 않기 때문에 임대인의 하자담보책임은 일반 채무불이행책임의 특칙이라고 할 수 있다. 즉, 임대인의 하자담보책임은 임대인에게 귀책사유 없는 경우에도 일정한 책임을 지우기 위해 법정된 것일 뿐, 임대인의 채무불이행책임을 전적으로 배제하는 것으로 보기는 어려우므로, 채무불이행책임의 요건이 갖추어진 경우에는 담보책임과 별도로 채무불이행책임도 지울 수 있다고 볼 수 있다.

2. 임대인의 하자담보책임의 발생근거

임대인의 하자담보책임은 계약 당사자 간의 약정에 따라 발생할 수도 있고, 법률의 규정에 따라 발생할 수도 있다. 따라서 이하에서는 약정 담보책임을 먼저 살펴보고, 담보책임을 약정하지 않은 경우에 법정 담보책임의 적용 가능성을 살펴보기로 한다.

(1) 약정 담보책임

임대인은 임대차계약을 통하여 임차인에게 임대차 목적물이나 그 권리에 대한 보증을 할 수 있다. 임대인이 임차인에 대하여 약정한 보증을 위반하였다면 해당 보증약정에 근거하여 담보책임을 질 수 있다. 또한 임대차의 성질상 임대인은 하자 없는 목적물을 인도하고, 임대차 종료 시까지 임차인으로 하여금 이를 사용, 수익하게 할 의무가 있기 때문에 임대차계약은 사실상 임대인의 보증이 내재된⁴⁾ 계약으로 볼 수도 있다.⁵⁾ 즉, 계약 당사자 간에 명시적인 약정이 없어도 임대차 목적물은 계약의 목적에 적합해야 하며,⁶⁾ 이러한 임대차 목적물의 계약 적합성은 임대차

4) 프랑스 민법 제1719조는 임대인은 특별한 약정이 없는 경우에도 계약의 성질상 임대인에 대하여 목적물을 인도할 의무, 임차물을 임대차의 목적에 사용할 수 있는 상태로 유지할 의무, 임차인으로 하여금 임대차기간 중 목적물을 평온하게 사용·수익하게 할 의무를 지는 것으로 규정하고 있다.

5) 조규창, “임대인의 하자담보책임-민법 제567조의 분석적 고찰”, 『성곡논총』 제22집, 성곡문화재단, 1991, 1306면.

개시 시는 물론, 임대차 중에도 유지되어야 한다.

(2) 법정 담보책임

우리 민법에서 임대차에 관한 법정 담보책임에 관한 근거 규정으로는 민법 제567조와 민법 제627조를 들 수 있다. 아래에서 살펴보는 바와 같이 임대차의 유상성을 이유로 민법 제567조에 따라 매도인의 담보책임이 임대차에 준용되며, 임대차 목적물의 일부가 사용, 수익할 수 없는 경우는 민법 제627조에 따라 임대인에게 담보책임이 발생한다.

1) 민법 제567조

민법 제567조는 매매에 관한 규정을 유상계약에 준용하도록 정하고 있는바, 임대차계약의 유상성을 근거로 임대차에도 매도인의 담보책임이 준용될 수 있다. 그렇다면 매도인의 담보책임 중 어떠한 담보책임을 준용할 수 있을지가 문제 된다. 먼저 임대차 목적물의 성능이나 품질에 하자가 있으면 물건에 관한 하자담보책임을 규율하는 민법 제580조가 적용될 수 있을 것으로 사료 된다. 다음으로 임대차 목적물의 내용이나 그 사용이 타인의 권리를 침해하는 경우는 ‘법률적 하자’가⁷⁾ 있는 것으로 볼 수도 있는데, ‘법률적 하자’에 관하여는 권리의 하자에 관한 규정을 적용하는 것이 타당하다는 입장이 있다.⁸⁾ 또한 임차인이 목적물을 추탈(追奪)당하여 사

6) DCFR IV.B.-3:103조에 따르면 (a) 계약체결 시 임대인에게 알려진 특정 목적에 적합하지 않는 경우, (b) 동일 사양 목적물의 통상적인 사용 목적에 적합하지 않는 경우, (c) 임차인이 임차인에게 견본이나 모델로 제시한 목적물의 품질을 갖고 있지 않는 경우, (d) 해당 목적물이 통상적인 방식으로 담기거나 포장되어 있지 않는 경우, (e) 임차인이 합리적으로 기대한 부대용품, 설치설명서 및 기타 설명서와 함께 제공되지 않는 경우, (f) 임차인이 합리적으로 기대한 품질 및 수행능력을 갖고 있지 않는 경우에 계약 목적에 적합하지 않는 것이다.

7) 계약 목적물이 제3자가 보유한 특허권을 침해하는 경우, 그 물건을 사용하거나 판매하는 것은 원칙적으로 불법이므로 물리적인 하자가 없더라도 본래의 목적으로 목적물을 이용할 수 없다. 이와 같이 물리적으로는 문제가 없지만 목적물이 그 효용을 발휘하지 못하게 되는 것이 ‘법률상의 하자’이다(飯島 步, 「改正民法と非侵害保証・特許補償条項」, 『知財管理』 第70卷 第8号, 日本知的財産協会, 2020, 1192-1193頁).

8) ‘법률적 하자’는 단지 법률에 의하여 계약 목적물의 권리가 제한되고 있는 것에 불과하고, 목적

용·수익이 불가능한 때는 권리의 하자에 해당한다는 견해도 있다.⁹⁾ 법률적 장애가 있는 경우는 권리의 하자가 있는 것으로 보는 것이 더 적절하다는 견해도 있다.¹⁰⁾ 따라서 이 경우에는 매도인의 담보책임 중 권리의 전부나 일부가 타인에 속한 경우의 담보책임(민법 제570조 내지 제573조)을 적용하는 것이 일견 타당해 보인다.

그러나 매매와 임대차는 그 성질이 다르다. 매도인의 권리에 관한 담보책임은 권리의 전부나 일부가 타인에 속함으로서 매도인이 온전한 권리를 매수인에게 이전하여 주지 못함에 따라 발생하는 담보책임이다. 이러한 권리의 하자는 매수인에게서는 완전한 권리를 취득할 수 없으므로 결정적 장애가 되겠지만, 임차인에게서는 계약에 따라 목적물을 평온하게 사용할 수 있다면 권리의 귀속관계는 문제가 되지 않는다.¹¹⁾ 즉, 권리의 하자에 관한 매도인의 담보책임은 온전한 권리를 취득하지 못한 자를 보호하기 위한 것인데, 권리의 하자로 온전한 권리를 갖지 못한 자는 임대차 목적물을 소유하는 자이지 임차인이 아니다. 그리고 임차인의 사용이익에 장애가 되지 않는 한 권한 없는 자에 의한 임대차도 가능하므로, 임대차 목적물 상에 제3자의 권리가 존재하는 것만으로는 문제가 되지 않는다. 해당 제3자가 권리를 주장하는 경우에 비로소 임대인의 담보책임이 문제될 뿐이다. 그러므로 임대차의 경우는 사용이익의 상실이 문제이지, 그 원인이 권리의 하자인지 물건의 하자인지 구별의 실익이 없다.¹²⁾ 또한 아래와 같은 이유로 임대차의 경우 민법 제567조가 준용하는 매도인의 담보책임을 민법 제570조 내지 제573조의 담보책임으로 보기도 어렵다.

민법 제574조(수량부족, 일부 멸실의 경우에 있어 매도인의 담보책임)가 민법 제

물 자체에 하자가 있는 것이 아니므로, 권리의 하자로 보아야 한다는 견해가 있다. 또한 이렇게 볼 때 경매에서 권리의 하자로 인한 담보책임이 인정될 수 있으며, 권리의 행사기간도 물건의 하자에 대한 담보책임은 6개월이나 권리의 하자에 대한 담보책임은 1년이므로 매수인에게 유리하다고 한다(김용담 외, 『주석민법 채권각칙3』, 한국사법행정학회, 2016, 147면(김대정)).

9) 정광수, “임대인의 하자담보책임에 관한 연구”, 『강원법학』 제15권, 강원대학교 비교법학연구소, 2002, 61면.

10) 박윤직, 『채권각론』, 박영사, 2018, 148면.

11) 조규창, 앞의 논문, 1296면.

12) 조규창, 위의 논문, 1297면.

573조(권리의 일부가 타인에 귀속한 경우에 있어 매도인의 담보책임)를 준용하는 것은 목적물의 교환가치 감소라는 측면에서 보면 ‘수량부족 또는 일부 멸실’이 ‘권리 일부의 타인 귀속’과 성격상 유사하다고 보았기 때문이다.¹³⁾ 다시 말하면 민법 제570조 내지 제573조는 목적물을 소유하는 자가 입은 ‘목적물의 교환가치 감소’에 대한 손해를 보전하기 위한 조항이라고 할 수 있다. 그리고 민법 제580조(매도인의 하자담보책임)가 민법 제575조(제한물권 있는 경우 매도인의 담보책임) 제1항을 준용하는 것은 ‘목적물의 사용·수익 불능 내지는 제한’이라는 점에서 보면 ‘물건의 하자’와 ‘제한물권 있는 경우’가 서로 다르지 않다고 보았기 때문이다. 다시 말하면 민법 제580조는 ‘목적물의 사용·수익 가치 감소’에 따르는 손해를 보전하기 위한 조항이라고 할 수 있다. 매매의 경우에 매수인이 입는 손해는 ‘목적물의 교환가치 감소’와 ‘목적물의 사용·수익 가치 감소’를 각각 달리 취급할 필요가 있기 때문에 상기와 같은 형태로 민법이 규정된 것으로 생각된다. 그러나 임대차의 경우에는 ‘목적물의 교환가치 감소’는 ‘목적물의 사용·수익 가치 감소’의 원인에 불과하고 모두 ‘목적물의 사용·수익 가치 감소’로 귀결된다. 따라서 ‘목적물의 교환가치 감소’에 따른 손해를 별도로 보호할 필요가 없다. 민법 제627조가 ‘일부 멸실 등’으로 ‘사용·수익할 수 없게 된 때’라는 표현을 사용하는 것도 ‘목적물의 교환가치 감소’도 결국 ‘목적물의 사용·수익 가치 감소’의 원인에 불과함을 보여주는 것으로 생각된다. 따라서 임대차의 경우에는 ‘권리의 하자’와 ‘목적물의 하자’를 구별하는 것은 의미가 없다.

뿐만 아니라, 임대차에서 ‘목적물의 교환가치 감소’를 원인으로 하여 ‘목적물의 사용·수익 가치 감소’가 발생하는 경우에 해당하는 담보책임을 굳이 구별해 본다고 해도 ‘감액청구’를 허용하는 민법 제627조가 이에 해당하는 것으로 생각된다. 특히 민법 제627조는 제척기간의 제한이 없고, 악의 임차인도 자신에게 귀책사유가 없다면 선의 임차인과 동등한 담보책임을 주장할 수 있으므로 임대차의 경우는 권리의 하자에 대하여 별도로 규율하는 규정이 없어도 임차인 보호에 충분한 것으로

13) 김용담 외, 앞의 책, 92면(김대정).

생각된다. 또한 물건에 발생한 법률상의 장애로 그 물건을 사용·수익하는 것이 제한되는 경우라면 물건의 하자에 해당한다는 견해가 있으며,¹⁴⁾ 판례도 ‘법률적 장애’의 경우에 매매 목적물에 하자가 있는 것으로 보았다.¹⁵⁾ 상기와 같은 이유들로 임대차에 있어 민법 제567조가 준용하는 매도인의 담보책임은 권리의 하자이든 목적물의 하자이든 모두 그 근거 규정을 민법 제580조로 통일하는 것이 타당한 것으로 사료된다.¹⁶⁾

2) 민법 제627조

임차인이 임대차 목적물의 하자로 인하여 그 일부를 사용, 수익할 수 없는 때는 민법 제627조에 따라 차임감액 청구를 할 수 있고, 잔존 부분만으로 임대차의 목적을 달성할 수 없는 때는 계약을 해지할 수 있다. 민법 제580조는 임대차 목적물이 임차인에게 인도될 때까지 발생한 원시적 하자에 대하여 적용될 수 있으나, 후발적 하자에 대하여는 적용될 수 없다. 그러나 임대차 계약 기간 중에도 얼마든지 하자가 발생할 수 있는데, 민법 제627조는 후발적 하자에 대한 담보책임을 임대인에게 부과하는 기능을 하고 있다. 그러나 동 조항에 근거하여 손해배상청구를 할 수는 없다.¹⁷⁾ 후발적 하자는 민법 제580조가 준용될 수 없으므로, 손해배상청구는 불완

14) 지원립, 『민법강의』, 홍문사, 2020, 1455면.

15) 대법원 2000. 1. 18. 선고, 98다18506 판결에서 법원은 건축 목적으로 매매된 토지에 대한 건축 허가를 받지 못해 건축이 불가능하게 되는 법률적 장애가 발생하였다면 매매목적물에 하자가 있는 것이라고 판단하였다.

16) 독일 민법 제536조에 따르면 임대차 목적물의 인도 시에 계약상 합의된 사용 적합성을 없애는 결함이 있거나 그러한 결함이 임대차 계약기간 중에 발생한 경우 사용 적합성이 없는 기간 동안 임차인은 차임의 지급의무를 면한다. 또한 사용 적합성이 감소한 경우 임차인은 합리적으로 감액된 차임만 지급하면 된다. 다만, 경미한 적합성의 감소는 고려하지 아니한다(제1항). 이러한 하자담보책임은 보증한 성상이 결여되거나 중단된 경우에도 적용하며(제2항), 임차인이 제3자의 권리로 인하여 임대차 목적물의 전부나 일부를 사용할 수 없게 된 경우에 준용한다(제3항). 즉, 독일 민법에서는 임대차의 경우 ‘물건의 하자’에 관한 규정을 준용하여 ‘권리의 하자’에 관한 담보책임을 판단하고 있으며, 하자로 인한 손해배상청구나 비용 상환청구에 대하여 권리의 하자와 물건의 하자를 구별하지 않고 있다.

17) 프랑스 민법 제1722조에 따르면 임대차 계약기간 중에 목적물이 우연한 사고로 그 전부가 파손된 경우에는 임대차 계약은 당연히 해지된다. 목적물의 일부만이 파손된 경우에는 임차인은 사정에 따라 차임의 감액이나 임대차 계약의 해지를 청구할 수 있다. 그러나 이 경우에는 임대인

전이행이나 수선의무 위반과 같이 임대인의 고의·과실을 요하는 채무불이행책임으로서만 물을 수 있다. 이는 임대차 목적물의 인도 후에는 해당 목적물을 임차인이 점유하므로, 임대인이 그 하자를 용이하게 알 수 있는 처지에 있지 않으므로 선의·무과실의 임대인에게 손해배상책임까지 지우는 것은 과도하다는 점이 고려된 것으로 보인다. 민법 제627조는 매도인의 담보책임이 원시적 하자만을 대상으로 하고, 제척기간의 제한이 있어 계속적 계약인 임대차의 임차인을 보호하는데 미흡한 점을 보완하는 면이 있어 임대차의 특성이 반영된 규정으로서 의미가 크다고 할 수 있다.

III. 임대인의 하자담보책임의 내용과 한계

임대차에 있어 하자는 목적물 인도 시에 이미 발생하여 존재하는 ‘원시적 하자’와 임대차 계약기간 중에 임차인의 귀책사유 없이 발생하는 ‘후발적 하자’로 나눌 수 있다. 그러므로 이하에서는 임대인의 하자담보책임의 내용을 ‘원시적 하자’와 ‘후발적 하자’로 나누어 살펴본 다음, 그 책임의 한계에 대하여 살펴보기로 한다.

1. 하자담보책임의 내용

(1) 원시적 하자

1) 원시적 하자의 의의

원시적 하자는 임대차 목적물의 인도 시 이미 발생하여 존재하고 있었던 하자를 말한다. 상기에서 살펴본 바와 같이 민법 제567조에 따라 준용되는 민법 제580조에 따르면 임대차 목적물에 하자가 있는 경우 담보책임의 면제 특약이 없다면 선의·

에게 손해배상책임이 발생하지 아니한다.

무과실의 임차인은 손해배상을 청구할 수 있고, 계약을 해제할 수도 있다. 따라서 임차인이 목적물의 하자를 알고,¹⁸⁾ 임대차계약을 하였다면 이는 채무불이행책임의 대상이 될 수는 있을지언정 민법 제580조에 따른 하자담보책임의 대상이 아니다. 즉, 목적물의 하자는 숨겨진 하자이어야 한다.¹⁹⁾ 하자에 대한 판단 및 임차인의 선의·무과실에 대한 판단 시기는 법정책임설에 따르면 계약의 성립 시가 기준이 되나 채무불이행설에 따르면 위험의 이전 시가 기준이 된다. 계약체결 시 존재한 하자도 위험의 이전 시까지 제거한 경우 담보책임을 인정할 필요가 없고, 임차인이 하자를 계약체결 시에는 몰랐으나 목적물의 인도 시에 안 경우 그 수령을 거부할 수 있어야 하므로²⁰⁾ 채무불이행설이 타당한 것으로 사료된다.²¹⁾

원시적 하자에 대한 법정 담보책임은 계약 시 미완성인 목적물에도 적용되므로 해당 목적물의 완성 시나 인도 시의 하자는 원시적 하자로 보아 임대인은 담보책임을 부담한다.²²⁾ 원시적 하자인지 여부는 하자가 발생한 때를 기준으로 하므로, 비록 목적물의 인도 이후에 발견되었다라도 목적물의 인도 전 발생한 하자이면 원시적 하자에 해당한다. 발견된 하자가 원시적 하자인지 여부는 임차인이 입증해야 한다.²³⁾ 원시적 하자임이 입증된 이상 임대인은 무과실의 담보책임을 져야 하고, 임대인이 이러한 담보책임을 면하려면 임차인이 그 사실을 알았거나 모른데 과실 있음을 입증해야 한다.

18) 원칙적으로, 임대인이 계약 시에 임대차 목적물의 하자를 알리지 않은 이상, 임차인의 선의는 추정된다. 다만, 명백히 드러난 하자이거나, 임차인이 임대차 목적물에 관한 직업상 전문가이거나 경험 있는 기능자인 경우는 임차인의 악의가 추정될 수 있다(조규창, 앞의 논문, 1344-1345면).

19) 프랑스 민법 제1641조는 매도인은 목적물의 숨겨진 하자로 인해 그 의도된 용도에 적합하지 않게 되거나, 매수인이 그 하자를 알았다면 매수를 하지 않았거나 대금을 감액하여 지불하였을 정도로 그 물건의 사용이익을 손상시킨 경우에 그 하자에 대한 담보책임이 있다고 규정하고 있다. 또한 동법 제1642조는 매도인은 매수인이 확인할 수 있었던 드러난 하자에 대하여는 담보책임이 없다고 규정하고 있다.

20) 법정책임설에 따르면 매수인이 계약 시에 몰랐으나, 목적물의 인도 시에 하자를 안 경우 하자의 존재를 알면서도 목적물의 수령을 거절할 수 없게 되는 불합리가 발생한다.

21) 양형우, 앞의 책, 1323면.

22) 조규창, 앞의 논문, 1322면.

23) 조규창, 위의 논문, 1347면.

2) 원시적 하자에 대한 담보책임의 내용

① 손해배상 및 감액청구

민법 제580조에 따른 하자담보책임에는 손해배상이 포함되어 있으므로, 임대차 목적물이나 그 권리의 하자로 인하여 임차인이 손해를 입은 경우 그 손해에 대한 배상을 청구할 있다. 이때 임차인이 청구할 수 있는 손해배상의 범위가 문제 된다. 민법 제580조의 하자담보책임에 따른 손해배상은 매도인의 귀책사유를 요건으로 하지 않기 때문에 그 책임을 인정해도 부담하지 않은 정도로 책임의 범위가 한정될 필요가 있다는 견해가 다수 있다. 그 결과 하자담보책임의 손해배상범위를 하자가 없는 것으로 믿음으로써 매수인이 입게 된 하자보수비용, 하자로 인한 가치 하락분 등 ‘신뢰이익의 손해’로 보아야 한다는 견해가 다수설이다.²⁴⁾

그러나 매매의 경우 매수한 목적물에 하자가 있는 경우 그로 인한 손해는 해당 목적물을 소유하는 매수인의 재산 감소일 것이나, 임대차의 경우에는 목적물의 하자로 인한 재산 감소의 손해는 임대인의 손해일 뿐이고 임차인의 손해는 아니다. 임차인은 목적물을 사용·수익할 수 없음으로 인한 손해를 입게 된다. 즉, 임대차는 목적물의 사용·수익을 목적으로 하므로, 임차인의 사용이익이나 수익상실은 곧 이행이익의 상실이 된다. 이와 같이 목적물의 원시적 하자과 이행이익의 상실은 불가분의 관계에 있으므로, 원시적 하자에 대한 임대인의 하자담보책임은 이행이익의 배상을 당연히 포함한다고 볼 수 있다.²⁵⁾ 다시 말하면, 임대인이 계약을 하자 없이 이행했다라면 임차인이 얻을 수 있었던 이익 즉, 임차인이 무익하게 지출함으로써 낭비된 비용과 일실이익의 합으로 산정되는 이행이익이 임차인의 손해가 된다고 할 수 있다. 민법 제580조에 기한 매도인의 담보책임은 법정 무과실책임이므로, 민법 제396조의 과실상계 규정이 적용될 여지는 없다. 그러나 담보책임이 공평의 원리에 입각한 것인 이상, 하자 발생 및 그 확대에 가공한 임차인의 과실은 하자담보책임

24) 지원립, 앞의 책, 1456면.

25) 조규창, 앞의 논문, 1345면.

에 따르는 손해배상을 결정함에 있어 참작될 수 있다.²⁶⁾

한편, 민법 제627조가 그 적용범위를 후발적 하자에 한정하지 않았기 때문에, 민법 제627조도 원시적 하자에 대하여 적용될 수 있는 것으로 판단된다. 원시적 하자에 민법 제627조가 적용되면 민법 제580조에서 허용하지 않았던 감액청구가 가능해지므로, 매도인의 담보책임에서 ‘감액청구’ 불인정의 법률상의 흠결을²⁷⁾ 보충하는 면이 있다. 다만, 감액청구는 ‘임대차 목적물 일부의 사용·수익 불능’으로 하자의 발생 원인이 제한되는 면에서 민법 제580조의 손해배상청구와 구별된다. 결국 원시적 하자에는 민법 제627조와 제580조가 중첩적으로 적용되는 결과, 임차인은 임대차 목적물에 하자가 있는 경우 감액청구와 손해배상을 모두 구할 수 있는 것으로 판단된다. 그러므로 우리의 민법상 임대차에 있어 담보책임은 매매에 있어 매도인의 담보책임보다 임차인을 보다 두텁게 보호한다고 할 수 있다. ‘원시적 하자’에 따른 감액청구의 구체적인 내용은 아래에서 살펴보는 ‘후발적 하자’에 따른 감액청구의 내용과 같다.

② 계약해제

민법 제580조 제1항이 준용하는 민법 제575조 제1항에 따르면 임대차 목적물의 하자로 계약의 목적을 달성할 수 없는 때 임차인은 계약을 해제할 수 있다. 이때 계약의 목적을 달성할 수 있는지 여부는 계약의 목적, 목적물의 종류와 성질, 거래 관행 등을 감안하여 객관적으로 판단해야 한다.²⁸⁾ 용이하게 보수할 수 있는 하자의 경우 하자보수비용을 손해배상으로 청구할 수 있으므로, 이러한 이유만으로는 계약을 해제할 수 없다고 보는 것이 신의칙상 타당하다. 임대차 목적물이 가분적이고, 하자가 가분된 일부에만 존재하는 때는 잔존부분으로 계약목적물을 달성할 수 있다면

26) 대법원 1995. 6. 30. 선고, 94다23920 판결.

27) 비교법적 고찰을 통하여 보면 하자담보책임은 무과실의 대금반환(해제)과 대금감액의 양자를 내용으로 하는 제도인바, 민법 제580조에서 하자담보의 효과로 ‘대금감액’이 아니라 ‘손해배상’이 규정된 것은 ‘입법상의 중대한 실수’라는 견해(김용담 외, 앞의 책, 129-130면(김대정))가 있다.

28) 양창수·김재형, 『계약법』, 박영사, 2020, 563면.

계약의 전부를 해제할 수 없고, 하자 있는 일부에 대하여만 계약해제가 가능하다.²⁹⁾ 또한 계약해제 사유가 발생하였더라도 계속적 계약인 임대차의 특성상 임차인에게 계약의 소급적 소멸과 그에 따른 원상회복이 필요한 경우가 아니라면 임차인이 장래를 향하여 계약해지를 하는 것도 가능할 것으로 판단된다.

(2) 후발적 하자

1) 후발적 하자의 의의

임대차에 있어 ‘후발적 하자’는 임차인이 목적물을 약정한 바에 따라 사용·수익하는 동안에 임차인의 과실 없이 발생한 하자를 말하며, 민법 제627조는 ‘후발적 하자’에 관한 규정으로 볼 수 있다.³⁰⁾ 지금까지 하자담보책임은 매매와 같은 일시적 거래에 초점이 맞추어져 있어 ‘원시적 하자’를 중심으로 논의되어 온바, 관련 문헌이나 선행 연구에서 임대인의 하자담보책임에 대하여는 매매에 관한 담보책임의 규정이 준용된다는 취지로만 언급되는 경우가 대부분이었다. 그러나 일시적 계약인 매매에서 발생하는 ‘원시적 하자’에 관한 규정만을 준용하여 계속적 계약인 임대차에 있어 하자담보책임 문제를 모두 해결할 수 없다. 또한 민법 제627조에 따른 임차인의 권리행사에는 임대인의 고의·과실을 요하지 않으므로, 민법 제627조는 과실책임주의에 기초한 채무불이행책임과 구별된다. 따라서 민법 제627조는 임대차의 특성을 반영한 ‘후발적 하자’에 관한 담보책임 규정으로 볼 필요가 있다.

2) 후발적 하자에 대한 담보책임의 내용

① 감액청구

민법 제627조에 따른 감액청구를 하기 위해서는 다음과 같이 두 가지 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 멸실 기타의 사유로 임차물의 일부를 사용·수익할 수 없어야

29) 지원림, 앞의 책, 1456면.

30) 조규창, 앞의 논문, 1347면.

한다. 이때 ‘사용·수익할 수 없음’은 임차인의 개인적, 주관적 사정에 기인한 것이 아니라, 객관적이어야 하며, 물리적인 불능뿐만 아니라, 거래 관념상 불능도 포함한다.³¹⁾ 둘째, 임차인에게 귀책사유가 없어야 한다. 따라서 임차인의 고의·과실로 임차물의 일부를 사용·수익할 수 없는 경우는 감액청구를 할 수 없다. 이때 임차인의 고의·과실에 대한 입증책임은 임차인에게 있다. 따라서 임차인은 임대차 목적물을 계약상 사용 목적과 목적물의 성질에 따라 사용하였고, 신의칙에 반하는 불사용이 없었으며, 하자통지, 긴급보수 및 선관주의의무를 충실히 이행하였음을 입증해야 한다.³²⁾ 임차인의 고의·과실이 없는 한, 쌍방에 책임 없는 사유나 임대인의 귀책사유로 임대차 목적물을 사용, 수익할 수 없게 된 경우는 감액청구를 할 수 있다.³³⁾ 임대인에게 귀책사유가 있는 경우도 손해배상을 청구할 수 있으나, 이는 임대인의 채무불이행책임에 기인한 것이지, 본조의 적용에 따른 것은 아니다.³⁴⁾ 민법 제627조에 따른 감액청구는 형성권이므로, 임대인의 승낙을 요하지 않는바 임차인이 청구하면³⁵⁾ 즉시 차임은 객관적으로 상당한 부분으로 당연히 감액된다.³⁶⁾ 또한 민법 제627조는 편면적 강행규정으로 이 규정에 위반하는 약정으로 임차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다.

31) 김용담 외, 앞의 책, 624면(박해식).

32) 조규창, 앞의 논문, 1348면.

33) 김용담 외, 앞의 책, 625면(박해식).

34) 독일 민법 제536조의a 제1항에 따르면 하자가 계약체결 시 존재하거나, 그러한 하자가 나중에 임대인의 귀책사유로 발생하거나, 임대인이 하자의 제거를 지체한 때, 임차인은 독일 민법 제536조의 감액청구와 별도로 손해배상을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 즉, 독일은 임대차 목적물의 하자로 인한 손해의 배상청구를 인정함에 있어 원시적 하자에 대하여는 임대인의 귀책을 요하지 않는 하자담보책임으로 다루고, 후발적 하자에 대하여는 임대인의 귀책을 요하는 채무불이행책임으로 다루고 있다는 점에서 우리의 경우와 유사하다.

35) 일본의 경우는 이러한 경우에 별도의 청구를 요하지 아니하고 당연히 감액된다. 일본 민법 제611조에 따르면 임차물의 일부가 멸실 및 그 밖의 사유로 인하여 사용 및 수익을 할 수 없게 된 경우, 그것이 임차인의 귀책사유에 의한 것이 아닌 때에는 임대료는 그 사용 및 수익을 할 수 없게 된 부분의 비율에 따라 감액된다(제1항). 임차물의 일부가 멸실 및 그 밖의 사유로 인하여 사용 및 수익을 할 수 없게 된 경우, 잔존하는 부분만으로는 임차인이 임차를 한 목적을 달성할 수 없는 때에는 임차인은 계약을 해제할 수 있다(제2항).

36) 김용담 외, 위의 책, 621면(박해식).

② 계약해지

민법 제627조 제2항에 따르면 임대차 목적물의 일부를 사용·수익하지 못하고, 잔존 부분만으로는 계약목적물을 달성할 수 없는 경우 임차인은 임대차계약을 해지할 수 있다. 다만, 임대차 목적물 전부가 멸실된 경우는 본조의 적용이 없고, 이행불능의 일반원칙으로 해결해야 한다.³⁷⁾

(3) 권리행사기간

민법 제627조에 따른 하자담보책임은 권리행사기간에 대한 제한이 없다. 그러나 민법 제580조에 따른 담보책임에 대한 청구는 임차인이 그 사실을 안 날로부터 6월 내에 행사하여야 한다. 이 기간 중에 재판상 또는 재판 외에서 권리를 행사해야 그 권리가 보존되므로, 이 기간은 제척기간에 해당한다. 한편, 회사 간에 이루어지는 임대차의 경우 상법에 따른 권리행사의 제한이 적용될 가능성을 검토할 필요가 있다. 회사는 상법 제5조 제2항에 따라 의제상인에 해당하고, 상법 제66조에서는 의제상인의 행위에 대하여 상법의 상행위에 관한 규정을³⁸⁾ 준용하도록 하고 있다. 즉, 회사 간에 이루어지는 임대차계약은 의제상인이 상행위를 하는 것이므로, 계약 당사자 간에 반대약정이 없는 한, 매매에 관한 상법 제69조(매수인의 목적물 검사 및 하자 통지의무)가 민법의 특칙으로서 적용될 가능성을 생각해 볼 수 있다. 상법 제69조에 따르면 상인 간에 이루어지는 매매의 경우 매수인이 목적물을 수령한 때 지체없이 해당 목적물을 검사해야 한다. 그리고 하자를 발견한 경우 즉시 매도인에게 그 사실을 통지하지 않으면 이로 인한 대금감액, 계약해제 또는 손해배상을 청구하지 못한다. 또한 매매의 목적물에서 즉시 발견할 수 없는 하자에 대하여는 매

37) 김형배 외, 『민법학강의』, 신조사, 2016, 1410면.

38) 상법 제66조는 상법 제2편 상행위 제1장 통칙 규정을 의제상인의 행위에 준용하는 것으로 규정하고 있으나, 그 밖의 상행위에 관한 규정도 의제상인과 무관하다고 볼 수 없으며, 당연상인에 게만 적용되는 것으로 명시한 사항 외에는 의제상인에도 상법 상행위 편외 기타 규정도 적용될 수 있다. 비록 상법 제66조에 의하여 준용되는 상행위를 준상행위라고 하여 당연상인의 기본적인 상행위와 구별하고 있으나, 민법에 대한 특칙 적용에 있어서는 아무런 차이가 없으므로 양자 간 구별의 실익은 없다(김정호, 『상법총칙·상행위법』, 법문사, 2021, 201면).

도인이 악의인 경우를 제외하고, 6월 내에 이를 발견하여 통지해야 대금감액, 계약 해제 또는 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 6개월이 경과한 이후에 발견된 하자에 대하여는 매수인의 과실 유무와 상관없이 매도인은 담보책임을 면한다.³⁹⁾ 나아가 성질상 목적물의 인도를 받는 날로부터 6개월 내 하자를 발견할 수 없는 것이라도 상법 제69조는 그대로 적용된다.⁴⁰⁾ 그러나 민법 제567조가 계약의 성질상 허용되지 않는 경우를 제외하고, 매매 이외의 유상계약에 매매의 규정을 준용한다고 한 것과 달리, 상법에는 이러한 준용에 관한 규정이 없다. 따라서 민법의 준용 규정만을 근거로 당사매매도 다른 유상계약에 준용된다고 보기 어렵다.⁴¹⁾

2. 하자담보책임의 한계

임대차 목적물에 하자가 있더라도 임차인이 그 사실을 알았거나, 과실로 알지 못했거나, 하자를 알고도 이의를 유보함이 없이 임대차 목적물을 수령한 경우 임대인은 민법 제580조의 하자담보책임을 지지 아니한다. 다만, 민법 제627조에 따른 하자담보책임은 그 행사요건으로 하자 발생에 대한 임차인의 선의를 요하지 않는다. 따라서 악의의 임차인도 하자발생에 대하여 귀책사유가 없다면 민법 제627조에 따른 감액청구나 계약해지는 할 수 있다.

임대차에 관한 하자담보책임은 임의규정이므로, 계약 당사자 사이의 특약으로 그 책임을 배제하거나 경감할 수 있다.⁴²⁾ 이때 책임의 배제나 경감 취지는 명확히 표시되어야 한다.⁴³⁾ 그러나 민법 제627조는 편면적 강행규정으로 이 규정에 위반하

39) 장덕조, 『상법강의』, 법문사, 2021, 125면.

40) 대법원 1999. 1. 29. 선고, 98다1584 판결.

41) 대법원 1995. 7. 14. 선고, 94다38342 판결.

42) 이러한 책임의 배제나 경감은 구체적 문언을 통하여 명시적으로 할 수 있다. 또한 상충되는 권리가 존재하지 않는다는 것을 보증하지 않거나, 단지 임대인이 소유하는 현 상대방에만 사용·수익을 허락하고자 하는 사실을 임차인이 알 수 있는 상황이 존재하는 경우에도 이러한 보증에 대한 부인이 있는 것으로 볼 수 있다.

43) 임대차 목적물의 상품적합성과 목적적합성 보증은 묵시적으로 인정되므로, 이러한 묵시적 보증을 배제하려면 그러한 보증이 배제됨을 분명히 하여야 한다. 상품적합성에 관한 보증을 배제하려면 ‘판매가능성’, ‘품질’을 언급하거나 이와 유사한 의미를 갖는 단어를 사용해야 하며, 서면상

는 특약으로 임차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다는 제한이 있다. 또한 매도인의 담보책임을 면제하는 특약을 제한하는 민법 제584조에 따르면 임대인이 알고 임차인에게 알리지 않은 사실 및 제3자에게 권리를 설정하거나 양도한 행위에 대하여는 책임을 면할 수 없다.⁴⁴⁾ 또한 임대차에서 대수선이 특약으로도 면제될 수 없는 것과⁴⁵⁾ 마찬가지로 하자가 중대하여 사용·수익이 불가능하게 되는 경우는 구체적·개별적으로 명시되어 그 내용을 임차인이 감수하기로 명백히 약정하지 않은 이상, 특약으로도 하자보수의무를 면제할 수 없다.

IV. 임대인의 하자담보책임 적용범위의 확대: 라이선스계약에 적용

1. 적용범위의 확대 필요성

오늘날은 산업 전반에 걸쳐 지식재산의 활용이 급증함에 따라 이에 관한 라이선스계약이⁴⁶⁾ 빈번하게 체결되는 등 지식재산거래는 이미 일상화 되어 있다.⁴⁷⁾ 그러

에서 보증의 배제의사가 명확히 드러나야 한다. 또한 목적적합성에 대한 보증을 배제하려면 “이 목적물이 임차인의 특정 목적이나 필요를 충족할 것을 보증하지 않는다.”와 같이 보증을 배제하는 서면상의 표현이 있어야 한다. 또한 상품적합성 보증과 목적적합성 보증을 포함하여 포괄적으로 일정한 표현을 사용함으로써 모든 묵시적 보증을 배제하는 것도 가능하다. 이 경우에 묵시적 보증을 배제하기 위하여 “이 계약에 언급된 명시적 보증을 제외하고, 임대차 목적물은 모든 결함 및 품질, 이행, 정확성에 관한 모든 위험과 함께 제공된다.”, “현상대로(as is) 제공된다.”, “모든 결함과 더불어(with all faults) 제공된다.”와 같은 표현이나 이와 유사한 표현이 사용될 수 있다(UCITA 제406조). 그러나 보증을 배제하는 표현이 없어도 임차인이 계약을 체결하기 전에 계약의 목적물, 샘플 또는 모델을 원하는 만큼 충분히 검사했거나, 검사를 거부했다면 제반 정황상 임차인이 검사를 통하여 발견할 수 있었던 하자에 관하여는 묵시적 보증이 부인된다고 할 것이다.

- 44) 독일 민법 제536조의d에 따르면 임대인이 목적물의 하자를 알면서도 밝히지 아니한 경우에 임대인은 임차인의 하자에 관한 권리를 제한하거나 배제하는 약정을 원용할 수 없다.
- 45) 대법원 2008. 3. 27. 선고, 2007다91336 판결. 이 판결에서 법원은 임대인의 수선의무는 특약으로 면제하거나 임차인의 부담으로 할 수 있으나, 특별한 사정이 없다면 특약으로 임대인이 면할 수 있는 수선의무는 소규모의 수선에 한하고, 대규모의 수선에 대하여는 임대인이 여전히 그 수선의무를 부담한다고 보았다.
- 46) ‘라이선스계약’은 지식재산권자가 그 권리를 그대로 보유하면서 상대방으로 하여금 지식재산을 사용·수익할 수 있도록 하고, 상대방은 그 사용·수익 대가를 지급하기로 하는 계약을 말한다(박준석, “라이선스 관련 지적재산권 이슈들-우리 판례의 관련 동향을 중심으로”, 『산업재산권』 제54호, 한국지식재산학회, 2017, 106면).

나 라이선스계약은 민법상 전형계약으로 분류되지 않는 무명계약이라는 이유로 계약의 문언과 계약법 총칙에만 의존하여 라이선서의 채무를 해석하려는 경향이 크다. 그 결과 라이선서의 하자담보책임이 계약에 규정되어 있지 않으면 라이선서는 하자담보책임이 없다고 생각하고, 라이선시는 하자담보책임을 명시적으로 배제하는 규정을 두지 않았으므로 하자담보책임이 발생한다고 생각하는 경향이 있어 하자담보책임을 발생 여부를 두고 분쟁이 되는 경우가 종종 있다. 이러한 상황에서 지식재산은 물건이 아니므로, 민법상 물건에 관한 규정을 적용할 수 없다거나, 지식재산이므로 지식재산 관련 법률을 적용해야 하며 민법을 적용하는 것이 부적절하다는 종래의 견해들은 분쟁의 해결이나 예방에 도움이 되지 못한다. 오히려 이러한 견해들은 라이선서가 계약 문언에만 의존하여 계약 당사자 간의 권리와 의무를 판단하려는 입장을 강화시킬 뿐이기 때문이다. 다시 말하면, 계약법 총칙과 계약의 일반이론 등에 근거한 계약의 보충적 해석만으로는 이러한 문제를 해결하는데 한계가 있으므로 전형계약 규정의 적용 필요성이 검토될 필요가 있다. 이때 검토될 수 있는 전형계약이 임대차이다. 왜냐하면 임대차와 라이선스계약은 다음과 같이 유사한 성질을 갖고 있기 때문이다.

첫째 임대차와 라이선스계약 모두 계약 당사자 간 합의만으로 성립하고 특별한 형식을 요하지 아니하므로, 낙성·불요식 계약이다. 둘째, 임대차에서 임차인으로 하여금 목적물을 사용·수익하게 할 임대인의 의무와 임차인의 차임지급의무가 상호의존적 견련관계에 있는 것과 마찬가지로, 라이선스계약에서도 라이선시로 하여금 지식재산을 사용·수익하게 할 라이선서의 의무와 라이선시의 라이선스대가(라이선스료, 로열티 등) 지급의무가 상호의존적 견련관계에 있는바 양자 모두 유상·

47) 지식재산거래를 저작권, 상표권, 특허권 등 권리의 매매 등으로 한정하여 생각하면, 빈번한 거래가 이루어진다고 볼 수 없다. 그러나 거의 모든 사람이 PC를 이용하고 있고, 그 이용과정에 소프트웨어를 이용하므로, 거의 모든 사람들이 소프트웨어 저작권에 관한 라이선스계약을 체결하고 있다고 볼 수 있다. 또한 디지털 형태로 만들어진 이미지 등 디지털 저작물을 다운로드 받아 업무가 이루어지거나 개인적인 용도로 활용되는 경우에도 라이선스계약이 체결된다. 이와 같이 라이선스계약이 체결되는 형태만 보더라도 지식재산에 대한 거래는 이미 일상화 되어 있다고 할 수 있다(옥치왕, “모바일게임 퍼블리싱계약에서 라이선서의 채무에 관한 연구”, 광운대학교 박사학위논문, 2023, 233면).

쌍무계약의 성질을 가진다. 셋째, 계약의 효력을 살펴보면 임대차계약이 성립하면 임대인은 임대차 목적물을 임차인으로 하여금 사용·수익하게 할 의무, 이를 위해 임차인에게 임대차 목적물을 인도할 의무, 임대차 계약기간 중 그 사용·수익에 필요한 상태를 유지할 의무를 각각 부담한다. 그리고 임차인은 차임지급의무, 성질에 의하여 정해진 용법에 맞게 임대차 목적물을 사용·수익할 의무, 임대차 종료 시 임대차 목적물을 반환할 의무를 진다.⁴⁸⁾ 라이선스계약도 이와 유사하게 계약이 성립하면 라이선서가 지식재산을 라이선스로 하여금 사용·수익하게 할 의무, 이를 위해 라이선서에게 지식재산을 인도할 의무(인도를 요하는 경우), 계약기간 중 그 사용·수익에 필요한 상태를 유지할 의무를 각각 부담하고, 라이선서는 라이선스대가 지급의무, 계약에서 허락된 범위 내에서 지식재산을 사용·수익할 의무, 계약 종료 시 라이선서가 제공한 관련 자료 일체를 반환할 의무를 진다. 즉, 계약의 효력 면에서도 양자는 유사하다. 다만, 계약의 목적물은 통상의 임대차계약과 라이선스계약이 확연히 구별되는 바⁴⁹⁾ 이를 이유로 라이선스계약이 민법상 임대차에 해당되는 지에 관하여 견해가 나뉜다.

임대차의 목적물은 물건 내지는 유체물로 한정된다고 보는 입장에서는⁵⁰⁾ 지식재산은 저작권법, 특허법 등과 같은 개별 지식재산 관련 법령에서 그 임대차가 허용될 지라도 이를 민법상 임대차로 볼 수 없다고 본다.⁵¹⁾ 이러한 견해는 대체로 다음과 같은 이유를 들고 있다. 첫째, 지식재산은 다수를 상대로 내용·장소·시간을 달리 또는 분할하여 이용 허락할 수 있으므로 임대차의 규정을 적용하거나 유추 적용하는 것에 어려움이 많다. 둘째, 임차인은 임차물을 사용·수익한 후 반환해야

48) 김대정, 『계약법』, 박영사, 2020, 597면.

49) 통상의 임대차계약에 있어 목적물은 물건이 되나, 라이선스계약의 목적물은 특정한 물건이 아니라 대량으로 복제할 수 있는 지적산물을 대상으로 하는 점에서 통상의 임대차와 구별된다. 또한 이러한 특성으로 인해 특정 지역, 특정 이용자, 특정 수량(copy)을 정하여 라이선스를 부여할 수 있는 등 당사자의 합의에 따라 매우 다양한 거래의 형태를 가지게 된다(정해상, “온라인 게임프로그램의 통합퍼블리싱계약에 관한 법리”, 『중앙법학』 제10집 제4호, 중앙법학회, 2008, 12면).

50) 강봉석, 『채권각론』, 법영사, 2016, 171면; 곽윤직, 앞의 책, 188면; 송덕수, 『채권법각론』, 박영사, 2021, 245면; 지원림, 앞의 책, 1492면; 최문기, 『채권법각론』, 세종출판사, 2014, 309면.

51) 김대정, 앞의 책, 588면.

하는데 지식재산의 제공은 대부분의 경우 그 본질이 ‘점유의 이전’이 아니라 ‘복제본의 전달’이므로 점유의 반환이 불가능 하여 임대차의 목적이 되지 못한다. 셋째, 라이선서는 라이선시가 지식재산을 이용하는 중에도 계약에 따른 제한이 없는 한, 동일한 지식재산을 계속 이용할 수 있으므로 민법상 임대차의 법적 성질을 그대로 적용하기에는 어려움이 있다. 그러나 이 견해에 대하여는 임대차에 관하여 정의한 민법 제618조가 임대차의 목적물을 단지 ‘목적물’ 이라고 규정하고 있을 뿐임에도 이렇다 할 근거 없이 목적물의 개념을 물건으로 제한적으로 해석하고 있다는 비판이 있다.⁵²⁾ 또한 임차물의 반환에 대해 사실적인 반환만을 상정하고, 지식재산의 복제본을 삭제하는 것과 같이 반환과 동일한 효과를 갖는 조치를 인정하지 아니하는 오류를 범하고 있다는 견해도 있다.⁵³⁾

임대차의 목적물이 물건 내지는 유체물로 한정되지 않고, 권리의 임대차도 가능하다고 보는 입장에서는⁵⁴⁾ 우리 민법의 임대차는 독일의 용익임대차와 사용임대차가 통합된 계약이므로, 임대차의 대상은 물건 내지는 유체물뿐만 아니라, 권리도 포함된다고 본다.⁵⁵⁾ 또한 민법 제618조에서 임대차는 “당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 목적물을 사용·수익하는 대가인 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.”고 규정하고 있을 뿐이므로, 반드시 임대차의 목적물을 물건 내지는 유체물로 제한할 이유가 없다고 한다.⁵⁶⁾

판단컨대, 민법은 빈번하게 이루어지는 거래를 포섭할 수 있어야 한다는 점을 고려하면, 민법 제618조에서 임대차의 목적물을 물건이나 유체물로 한정하지 않았는

52) 구병문, “디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질에 관한 소고”, 『경희법학』 제43권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2008, 130-131면.

53) 구병문, “契約에 의한 디지털콘텐츠 保護와 그 問題點에 관한 研究-디지털콘텐츠 利用契約을 中心으로-”, 박사학위논문, 경희대학교, 2008, 148-149면.

54) 김상용, 『채권각론』, 화산미디어, 2021, 294면; 김형배 외, 앞의 책, 1399면; 양형우, 앞의 책, 1353면.

55) 김상용, 앞의 책, 294면.

56) 박종권, “디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질과 권리·의무에 관한 고찰”, 『법학논집』 제14권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009, 210면.

데, 굳이 해석을 통하여 이를 물건이나 유체물로 한정한 후 라이선스계약을 배제하는 것은 바람직하지 않다. 오히려 민법 제정 당시 예상하지 못했던 무체물 내지는 객관적 존재형식으로서 물(物)과⁵⁷⁾ 물(物)에 관한 권리까지 임대차의 규정을 적용함으로써 다양하게 변모하는 거래현실에 탄력적으로 대응할 필요가 있다. 그러한 견지에서 보면 결국 임대차는 ‘물(物)의 사용을 주는 계약’이라고 할 수 있으며, 이는 매매나 증여와 같이 ‘물(物)의 소유를 주는 계약과 구별되는 임대차의 본질적 특성이다. 이때 ‘물(物)은 물건이나 지식재산 등 구체적 객체로 분화하기 전 객관적 존재형식 즉, 인간의 감각에 의하여 객관적으로 인식하는 것이 가능하면서 권리의 대상이 되는 모든 것으로 볼 수 있다. 그렇다면 임대차의 규정 중에는 ‘물(物)에 관한 규정’도 있고, ‘물건에 관한 규정’도 있을 수 있다. 임대차의 규정 중 물건에 한하여 적용될 수 있는 일부 규정의 존재를 이유로 임대차의 목적물이 항상 물건이어야 할 필요는 없다. 임대차에서 ‘물(物)에 관한 규정’은 단순히 물건에 한정되는 것이 아니라 보다 상위 범주인 ‘대차형 계약’에 적용될 수 있을 것으로 생각된다. 이렇게 보면 라이선스계약도 ‘물(物)의 사용을 주는 계약’에 속하므로 임대차의 규정 중 ‘물(物)에 관한 규정’이 적용될 수 있을 것으로 판단된다. 다시 말하면 임대차를 ‘대차형 계약’의 대표적인 계약으로 본다면 ‘대차형 계약’에 공통으로 적용할 수 있는 규범을 임대차로부터 이끌어 낼 수 있을 것이다. 또한 그렇게 도출된 규범들은 대차형의 요소를 갖는 새로운 유형의 계약에 정형적으로 적용됨으로써 다양하게 변모하는 거래현실을 담아낼 수 있을 것으로 생각된다.⁵⁸⁾ 이렇게 되면 대차형의 요소를 갖는 새로운 유형의 계약은 임대차와의 관계에서 민법 내에서 위상이 만들어 짐

57) 표준국어대사전에 따르면 ‘물(物)’은 “인간의 감각으로 느낄 수 있는 실재적 사물”을 의미한다. 지식재산의 대표적 형태인 소프트웨어와 디지털콘텐츠는 대외무역법에서 ‘전자적 형태의 무체물’로 정의하고 있고, 소프트웨어와 디지털콘텐츠도 저장매체를 통해 유체화 되는 과정을 거쳐 이용되므로 유체물로도 볼 여지도 있어, 지식재산은 유체물이나 무체물의 상위 개념인 ‘물(物)’로 분류하는 것이 보다 바람직하다(옥치왕, “모바일게임 퍼블리싱계약에 있어 라이선서의 하자담보책임”, 『법학연구』 제64권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2023, 97면). 다시 말하면, 대부분의 지식재산은 인간의 감각(주로 시각)으로 느낄 수 있으므로, 물건은 아니나 유체물과 무체물을 포괄하는 상위개념인 물(物)로 볼 수 있다.

58) 옥치왕, “모바일게임 퍼블리싱계약에 있어 라이선서의 하자담보책임”, 『법학연구』 제64권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2023, 100면

으로써 계약의 법적 성질이 보다 명확하게 되고, 이를 기점으로 법 형성이⁵⁹⁾ 추진될 수도 있을 것으로 생각된다.⁶⁰⁾

상기에서 살펴본 바와 같이 오늘날의 거래현실을 고려할 때 임대차의 규정은 라이선스계약에 적용될 필요성이 크다. 특히 임대차에 관한 규정 중 임대인의 하자담보책임에 관한 규정은 라이선스계약에 확대 적용될 필요가 있다. 물론 라이선스계약도 유상계약이므로 매도인의 하자담보책임이 적용될 수 있으나 계속적 계약인 라이선스계약에서 제척기간의 제한이 있는 매도인의 하자담보책임만으로는 불충분하다. 또한 계약의 유상성에 근거한 매도인의 담보책임을 준용할 때도 라이선스계약의 '임대차계약성'이 고려되어야 한다. 라이선스계약에 임대차의 규정을 적용하는 방식으로 해석론적 관점에서 임대차 규정을 직접 적용하는 방식과 임대차 규정을 유추 적용하는 방식이 있을 수 있고, 입법론적 관점에서 입법을 통하여 임대차 규정을 준용하는 방식이 있을 수 있으므로 그 각각에 관하여 아래에서 살펴보기로 한다.

2. 임대차 규정의 직접 적용

라이선스계약에 있어 라이선서의 하자담보책임은 지식재산이라는 물(物) 자체의⁶¹⁾ 하자과 그 지식재산에 관한 '권리의 하자'로 나눌 수 있다. 물(物) 자체의 결함으로 발생하는 하자에 대하여는 계약에 유지보수에 관한 규정을 두는 경우가 일

59) 임대차의 규정 중 '물(物)에 관한 규정'은 정형적 유추적용 단계를 거친 후, 대차형 계약에 준용하는 규정으로 명문화 될 수 있고, 대차형 계약의 총칙 규정이 제정되는 경우 그 내용으로 편입될 수 있을 것이다.

60) 都筑満雄, 「リース契約とライセンス契約にみる貸借の中間理論(2・完)-日仏における民法改正を参照して-」, 『南山法学』 第70号, 南山大学法学会, 2015, 106頁.

61) 지식재산권도 원칙적으로 객관적 존재형식으로서 물(物)에 관한 권리라고 할 수 있다. 예를 들어, 저작권은 일정한 저작물을 복제·배포 등으로 이용할 수 있는 권리이고, 상표권은 일정한 표장을 상품 또는 서비스의 식별표지로 사용할 수 있는 권리이며, 디자인권은 일정한 디자인을 실시할 수 있는 권리이다. 여기서 저작물, 표장, 디자인은 물건은 아니지만 주로 시각을 통하여 그 형태를 객관적으로 직감할 수 있으므로, 단순히 사람의 주관적 정신작용으로 볼 수 없고 유체물과 무체물의 상위 범주인 물(物)로 볼 수 있다. 다만, 특허권은 일정한 아이디어를 실시할 수 있는 권리이므로 물(物)에 관한 권리로 보기는 어렵다. 여기서 물(物) 자체의 하자라는 것은 소프트웨어에 예상하지 못한 결함, 결점, 오작동 등 일정한 버그가 발생하는 것과 같이 권리가 아닌 물(物)에 발생하는 하자를 말한다.

반적이므로, 관련 규정의 공백으로 인한 분쟁 가능성은 낮다. 그러나 라이선스계약에서 '권리의 보증'으로 종종 표현되는 '권리의 하자'에 관한 담보책임에 대하여는 계약 당사자의 거래상 지위에 따라 계약에 기재되는 내용과 범위가 다양하게 나타나고 있다. 라이선시가 우월한 지위에 있는 경우는 라이선서로 하여금 폭넓게 권리의 보증을 하도록 하는 경우가 많고, 라이선서가 우월한 지위에 있는 경우는 권리의 보증을 명시적으로 배제하기도 한다. 그러나 대등한 계약 당사자 간의 거래에서는 라이선시가 충분한 권리의 보증을 요구하기도 어렵고, 라이선서도 명시적으로 보증의 배제를 요구하기도 어려워 일정한 보증에 대하여는 계약에 언급하지 않는 경우도 종종 있다. 이 경우 계약에 언급되지 않은 보증에 대하여 라이선서의 책임을 어떻게 판단할 지에 관한 해석의 문제가 남는다. 즉, 계약의 문언에 권리의 보증을 하지 않았으므로 보증책임이 없는 것인지, 권리의 보증에 대한 명시적 배제가 없었으므로 보증책임이 발생하는 것인지, 보증책임이 발생한다면 그 책임의 근거는 무엇인지에 대하여 검토가 필요하다. 권리의 보증은 정당한 권한의 보증, 유효성 보증, 비침해 보증으로 나눌 수 있으므로, 그 각각에 관하여 임대차 규정의 적용 가능성을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 정당한 권한의 보증

'정당한 권한의 보증'은 라이선서가 라이선시에게 계약에서 정한 바에 따라 지식재산의 사용·수익을 허락할 수 있는 정당한 권한을 갖고 있다는 취지의 보증을 말한다. 다만, 계약 당시에 라이선서가 라이선스를 허락할 권한을 보유하고 있지 않았더라도 계약체결 이후 지식재산권자로부터 해당 지식재산권을 양도받거나 재허락 가능한 권한을 허락받으면 그때부터 정당한 권한이 인정될 수 있다. 따라서 제3자의 권리를 허락의 대상으로 한 경우 이를 원시적 이행불능으로 보아 계약이 무효가 되는 것은 아니다.⁶²⁾ 다만, 계약체결 시 정당한 권한의 보증을 하였다면 보증채

62) 김수철, 『특허 라이선스 계약 실무』, 한국지식재산연구원, 2017, 194면.

무의 위반은 성립될 수 있다. 또한 라이선스와 관련된 지식재산권이 라이선서와 제 3자의 공동소유인 경우에는 라이선서는 다른 공유자 전원의 동의가 있어야 라이선스를 허락 할 수 있는바,⁶³⁾ 라이선서는 이에 필요한 동의를 받아야 한다.

라이선서가 라이선시에게 라이선스를 부여할 수 있는 정당한 권한이 있다는 취지의 규정은 계약 당사자의 지위와 상관없이 라이선스계약에 기재하는 것이 일반적이다. 또한 라이선서가 라이선시에게 라이선스를 부여할 정당한 권한이 없는 경우, 이행불능에 해당하게 되어 라이선서가 채무불이행책임을 지게 될 것이다. 그러므로 명시적으로 정당한 권한의 보증을 부인하지 않았다면 라이선서에게 정당한 권한의 보증 책임이 발생하는 것으로 사료된다. 다시 말하면, 정당한 권한의 보증은 임대차 규정의 적용이 없어도 계약법 총칙에 의거하여 라이선서에게 책임이 발생한다고 할 수 있다.

(2) 권리의 유효성 보증

권리의 유효성 보증은 라이선서가 라이선시에게 지식재산의 사용·수익을 허락한 권리가 유효하다는 취지의 보증을 말하며, 라이선스계약에서 정한 바에 따라 라이선서에게 보증 책임이 발생한다. 그러나 라이선스계약에 유효성 보증에 대한 규정이 없는 경우 라이선서에게 유효성 보증에 대한 책임도 없는지 검토가 필요하다. 라이선스계약에서 지식재산권의 유효성은 라이선시가 해당 지식재산을 이용할 수

63) 지식재산권이 공유인 때, 저작권법 제48조 제1항에서 저작재산권을 행사하려는 경우, 상표법 제93조 제3항에서 전용사용권 또는 통상사용권을 설정하려는 경우 및 특허법 제99조 제4항에서 전용실시권 설정이나 통상실시권을 허락하려는 경우 각각 다른 공유자 모두의 동의를 받아야 하는 것으로 규정하고 있다. 한편, 민법 제264조 및 민법 제265조는 공유자는 다른 공유자의 동의 없이 공유물을 처분하거나 변경하지 못하고, 공유물관리에 관한 사항은 공유자 지분의 과반수로써 결정한다고 규정하고 있고, 판례(대법원 2010. 9. 9. 선고, 2010다37905)는 “공유자가 공유물을 타인에게 임대하는 행위 및 그 임대차계약을 해지하는 행위는 공유물의 관리행위에 해당하므로 민법 제265조 본문에 의하여 공유자의 지분의 과반수로써 결정하여야 한다.”고 판시하였다. 지식재산 관련 법률 상 ‘저작물의 이용허락’ 및 ‘사용권의 설정’이 민법상 ‘임대목적물을 사용·수익하게 하는 것’과 유사하나, 지식재산 관련 법률은 이 경우 다른 공유자 전원의 동의를 받아야 하는 것으로 법령에 명시함으로써 민법의 임대차와 구별하고 있다. 따라서 민법의 임대차 규정을 적용하는 경우에도 지식재산 관련 법률에 이와 다른 규정이 있다면 지식재산 관련 법률의 규정이 우선 적용되는 것이 타당하다.

있느냐의 문제가 아니라, 배타적으로 사용할 수 있느냐의 문제로 볼 수 있다.⁶⁴⁾ 다시 말하면 계약의 목적이 된 지식재산이 타인의 지식재산권을 침해하지 않는 한, 단순히 지식재산과 관련된 지식재산권이 소멸하거나 취소 또는 무효가 된 사실만으로 해당 지식재산을 사용·수익할 수 없는 것은 아니다. 따라서 유효성 보증은 계약의 문언이나 제반 사정을 통하여 그 보증 취지가 명확하지 않다면 라이선서는 유효성에 대한 보증 책임을 지지 않는다고 보아야 할 것이다. 다만, 지식재산 관련 지식재산권이 소멸하거나 취소 또는 무효가 된 경우는 독점 라이선스계약의 라이선시는 해당 지식재산권을 독점적으로 사용·수익할 수 없기 때문에 계약을 해지할 수는 있다고 보아야 할 것이다.⁶⁵⁾ 그러나 라이선서가 무효사유가 있음을 알면서도 지식재산권을 허락하여 해당 권리가 계약기간 중에 소멸한 경우에는 라이선시는 계약해제 외에도 민법 제584조에 따라⁶⁶⁾ 손해배상을 청구할 수도 있다.⁶⁷⁾

특히, 지식재산권 중 상표권이나 특허권 같은 산업재산권은 등록으로 그 권리가 발생하는 것이 원칙이므로, 일정한 경우 그 등록이 무효로 될 수도 있다.⁶⁸⁾ 따라서 산업재산권 등록이 무효가 되는 경우 등록권리는 등록 시로 소급하여 소멸하지만, 이에 관한 이용허락계약은 임대차계약의 경우와 마찬가지로,⁶⁹⁾ 계약 시로 소급하여

64) 비독점 라이선스의 경우 라이선서가 다른 제3자에게 라이선스를 부여할 수 있으나 라이선서가 라이선스를 부여하지 않은 제3자와의 관계에서는 라이선서가 여전히 배타적으로 라이선스 대상인 지식재산을 이용을 할 수 있다. 즉, 비독점 라이선스의 경우 라이선시는 라이선서에 대하여 배타적인 사용을 하지 못할 뿐이고, 라이선스를 부여 받지 못한 제3자에 대하여는 여전히 배타적인 사용을 할 수 있다.

65) 윤선희, 『특허법』, 법문사, 2019, 626면.

66) 민법 제584조는 담보책임 면제특약을 한 경우에도 매도인이 알고 고지하지 아니한 사실에 대하여는 책임을 면하지 못하는 것으로 규정하고 있다.

67) 광충목, “지식재산권 라이선시의 보호에 관한 연구-라이선서의 도산을 중심으로-”, 박사학위논문, 한양대학교, 2014, 48면.

68) 특허의 경우, 특허를 무효화 할 수 있는 선행기술은 국내외 선행 특허뿐만 아니라, 전 세계에서 인쇄된 출판물을 포함하므로, 선행기술을 모두 확인하는 것은 사실상 불가능하다. 따라서 특허권자에 대하여 특허에 대한 유효성 보증을 요구하는 것은 현실적으로 불합리하다. 특허권자는 기껏해야 계약 체결일 현재 알고 있는 특허 침해 사실은 없다는 정도의 보증을 할 수 있을 뿐이다(Alexander I. Poltorak and Paul J. Lerner, *ESSENTIALS of Licensing Intellectual Property*, John Wiley & Sons, Inc., 2004, p.63).

69) 대법원 1991. 3. 27. 선고, 88다카30702 판결에서 법원은 “임대차는 당사자의 일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하면 되는 것으로서 나아가 임대인이 그 목적물에 대한 소유권이나 기타 그것을 처분할 권한을 반드시 가져야 하는 것은 아니며, 임대차계약이 일단

소멸하지 않고, 장래를 향하여만 소멸한다.⁷⁰⁾ 그러므로 라이선스계약 체결 후 관련 지식재산권이 무효로 확정되었다라든가 달리 약정하지 않은 한, 라이선서가 라이선시부터 이미 지급받은 라이선스료, 로열티 등 라이선스대가를 부당이득으로 반환할 의무는 없다. 왜냐하면 라이선스의 목적이 지식재산권의 실시·사용 또는 이용을 허용하는데 있고, 라이선스대가는 사실상의 보호에 따른 이익, 즉 시장의 선점, 경쟁의 배제, 금지 청구권의 불행사의 대가이기 때문이다.⁷¹⁾ 또한 산업재산권의 유효성이 계약체결의 동기로 표시되었고 그것이 법률행위의 내용의 중요 부분에 해당하는 등의 사정이 없는 한, 착오를 이유로 라이선스계약을 취소할 수도 없다.⁷²⁾ 상기에서 살펴본 바와 같이 라이선스계약에 있어 권리의 유효성 보증은 명시적으로 하지 않은 한, 라이선서의 보증 책임이 인정되기 어려우므로 라이선스계약을 해석함에 있어 유효성 보증에 관한 계약 내용의 공백을 임대차 규정으로 보충할 필요성이 낮다.

(3) 비침해 보증

라이선스계약에 있어 권리의 비침해 보증은 라이선스 대상인 지식재산 및 그 이용행위가 제3자의 권리를 침해하지 않는다는 보증을 말하며, 제3자로부터 권리 침해를 이유로 청구를 받았을 때 그 방어를 하거나 이로 인하여 라이선시에게 발생한

유효하게 성립하고 임대인이 목적물을 인도하여 임차인이 이를 사용·수익하고 있었다면 그 후에 임대인의 목적물에 대한 사용·수익권의 상실 등으로 그 계약의 목적을 달성할 수 없는 사정이 발생한다 하더라도 특별한 사정이 없는 한 그 계약이 소급하여 무효로 되는 것은 아니다.”고 판단하였다.

70) 중국의 경우는 전리법 제47조에서 무효 선고 전 이행된 특허 실시허락계약과 특허권 양도계약에 대하여는 소급적 효력이 없음을 명문으로 규정하고 있다.

71) 객충목, 앞의 논문, 48면.

72) 대법원 2014. 11. 13. 선고, 2012다42666, 42673 판결에 따르면 특허발명의 실시계약이 체결된 후에 대상 특허가 무효로 되더라도 실시계약 체결 시부터 원시적 이행불능 상태에 있었다고 볼 수는 없고, 특허 무효가 확정된 때로부터 실시계약이 후발적 이행불능 상태에 빠지게 된다고 보아야 한다. 그러므로 특허발명 실시계약 체결 후 특허가 무효로 확정되었다라든가 특허권자가 실시권자로부터 이미 지급받은 특허실시료를 부당이득으로 반환할 의무는 없다. 또한 특허의 유효성이 계약체결의 동기로 표시되었고 그것이 법률행위 내용의 중요 부분에 해당하는 등의 사정이 없는 한, 착오를 이유로 특허발명 실시계약을 취소할 수도 없다.

손해를 배상할 의무를 포함한다. 권리의 비침해 보증은 제3자의 권리를 침해하지 않음을 보증하는 것이라는 점에서 제3자가 라이선서의 사용·수익을 방해하는 경우에 그 방해를 제거해야 하는 의무인 방해제거의무와 구별된다. 또한 권리의 비침해 보증은 지식재산의 인도 시 존재하는 권리와 상황에 대한 보증이며, 장래에 허여되는 특허와 같이 장래의 사건은 보증대상이 아니다.⁷³⁾ 라이선스계약을 체결함에 있어 라이선서의 거래상 지위가 우월한 경우는 현상대로 지식재산을 인도하고, 어떠한 보증도 하지 않는 것으로 규정하는 경우가 있는가 하면 이러한 보증에 관한 내용을 계약에 규정하지 않는 경우도 적지 않다. 뿐만 아니라 라이선서의 보증 범위와 책임의 제한에 대하여 계약 당사자 간의 협상 결과에 따라 다양한 형태로 변형된 보증조건을⁷⁴⁾ 보이기도 한다. 따라서 라이선스계약에 비침해 보증에 관한 사항이 명시되었다면 그 명시한 바에 따라 라이선서에게 보증 책임이 발생할 것이나, 계약에 아무런 명시가 없는 경우 라이선서에게 비침해 보증 책임이 발생하는지 여부와 보증 책임이 발생한다면 그 발생근거에 대하여 검토할 필요가 있다.

미국 통일 컴퓨터 정보 거래법(Uniform Computer Information Transaction Act: UCITA) 제401조 (a)항에⁷⁵⁾ 따르면 라이선서가 컴퓨터정보를 통상적으로 취급하는

73) UCITA 제401조.

74) 지식재산 매매의 경우에 매도인의 책임을 제한하거나 매도인에게 발생하는 비용을 최소화하기 위한 비침해 보증의 형태는 다음과 같다(그 반대의 경우는 매도인의 책임을 확대하는 경우가 된다). 첫째, 보증의 범위를 '매도인이 아는 한'으로 한정하거나 계약 시점을 기준으로 분쟁 내지 분쟁 가능성이 없다는 것을 보증할 수 있다. 둘째, 매수인의 지시에 의한 사양이나 표준에 따른 침해를 매도인의 책임 범위에서 제외할 수 있다. 셋째, 안전을 확인할 수 있는 특정 지역에 한하여 보증을 할 수 있다. 넷째, 비침해 보증기간을 제한할 수 있다. 다섯째, 매매 목적물 중 특정 부분에 한하여만 보증을 할 수 있다. 여섯째, 비침해로 판명된 경우에 대응 비용의 배상 의무를 면책하거나 보상의 조건으로 매도인 단독으로 분쟁에 대한 방어권을 가질 수 있다. 일곱째, 매수인에 대한 보상액의 상한을 정할 수 있다. 여덟째, 제3자의 침해 주장이 있는 경우 매도인에 대한 신속한 통지를 보상의 요건으로 할 수 있다. 아홉째, 매수인에게 소송제기 등이 있었을 경우에 매수인이 직접 그 책임과 비용으로 대응하고, 매도인은 소송에 필요한 자료를 제공하는 등 일정한 협력만 하는 것으로 정할 수 있다(飯島 步, 前掲論文, 1195-1196頁). 지식재산 라이선스의 경우도 상기 지식재산 매매와 마찬가지로 라이선서의 책임을 제한하는 것이 가능하다.

75) UCITA § 401(a) A licensor of information that is a merchant regularly dealing in information of the kind warrants that the information will be delivered free of the rightful claim of any third person by way of infringement or misappropriation, but a licensee that furnishes detailed specifications to the licensor and the method required for meeting the specifications holds the licensor harmless against any such claim that arises out of

상인이라면 제3자로부터의 권리 침해(infringement)나 부정사용(misappropriation)에 대한 권리주장이 없도록 컴퓨터정보가 인도될 것임을 보증해야 한다. 이는 미국 통일상법전(UCC) 제2-312조 (3)항에서⁷⁶⁾ “동종 상품을 통상 취급하는 상인인 매도인은 상품이 권리 침해 등과 같은 제3자의 적법한 클레임이 없도록 인도되어야 한다.”고 규정한 내용에서 유래하였다. 즉, UCITA의 경우는 매도인의 담보책임으로부터 권리의 비침해 보증 책임을 도출하고 있다.⁷⁷⁾ 소프트웨어에 대하여 권리를 부여하는 계약에 적용되는 유럽 민사법 통일화를 위한 공통기준안(Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference: DCFR)⁷⁸⁾ IV.A.-2:305조에⁷⁹⁾ 따르면 소프트웨어는 제3자의 권리나 합리적인 근거가 있는 권리주장(산업재산권이나 기타 지식재산권에 근거한 권리나 권리주장을 제외한다)으로부터 자유로워야 한다. 또한 DCFR IV.A.-2:306조 제1항은⁸⁰⁾ 소프트웨어는 매도인이 계약체결 시에 알았거나 알 수 있었던 지식재산권에 근거한 제3자의 권리나 권리주장으로부터 자유로워야 함을 규정하고 있다. 독일 민법 제536조는 임차인의 감액청구권에 관한 규정을 임차인이 제3자의 권리로 인해 임차 목적물의 전부나 일

compliance with either the required specification or the required method except for a claim that results from the failure of the licensor to adopt, or notify the licensee of, a noninfringing alternative of which the licensor had reason to know.

76) UCC § 2-312(3) Unless otherwise agreed a seller who is a merchant regularly dealing in goods of the kind warrants that the goods shall be delivered free of the rightful claim of any third person by way of infringement or the like but a buyer who furnishes specifications to the seller must hold the seller harmless against any such claim which arises out of compliance with the specifications.

77) 독일의 경우는 독일 민법 제433조에서 매도인은 권리의 하자가 없는 물건을 매수인에게 인도할 의무를 규정함바, 권리에 하자 있는 목적물의 인도는 목적물 인도 의무에 위반한 불완전이행으로 취급하고 있다.

78) Christian von Bar and Eric Clive(eds.), *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference(DCFR)*, Oxford University Press, 2010.

79) DCFR § IV.A.-2:305 The goods must be free from any right or claim of a third party. However, if such right or claim is based on industrial property or other intellectual property, the seller's obligation is governed by the following Article.

80) DCFR § IV.A.-2:306(1) The goods must be free from any right or claim of a third party which is based on industrial property or other intellectual property and of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could reasonably be expected to have known.

부가 사용할 수 없게 된 경우에 준용하는 것으로 정하고 있다. 중국 민법 제723조도 제3자의 권리주장으로 인해 임대차 목적물을 임차인이 사용·수익할 수 없는 경우, 임차인은 임대인에게 차임의 감액이나 면제를 청구할 수 있다고 규정하고 있다.

상기 비교법적 고찰에서 알아본 바와 같이 라이선스계약이나 임대차계약에 권리의 비침해 보증에 관한 내용이 없는 경우라도 명시적으로 보증을 부인하지 않았다면 보증책임이 인정되는 경우가 적지 않다. 그렇다면 우리 민법에 따라 계약을 해석함에 있어서는 이 문제를 어떻게 판단할 것인지 검토가 필요하다. 일본의 경우 일본 민법 제601조에서 임대차의 목적물을 물건으로 규정하는 한편, 일본 민법 제85조에서는 물건을 유체물로 정의하고 있으나, 임대차의 목적물은 사용·수익으로 소멸하지 않는 것이라면 무엇이든 가능하고, 권리의 임대차도 원칙적으로 임대차의 규정이 유추 적용될 수 있다고 보는 견해가 유력하다.⁸¹⁾ 그러나 우리의 경우 일본과 달리 임대차의 목적물이 유체물로 특정되어 있지 않으므로 굳이 유추적용의 방식을 선택하지 않아도 다음과 같이 임대차의 규정을 직접 적용하여 라이선서에게 보증 책임을 물을 수 있을 것으로 판단된다.

첫째, 권리의 하자로 인하여 사용·수익이 감소한 비율로⁸²⁾ 민법 제627조를 적용하여 감액청구를 할 수 있을 것으로 판단된다.⁸³⁾ 둘째, 잔존 부분만으로는 계약 목적을 달성할 수 없는 경우는 민법 제580조 또는 민법 제627조에 근거하여 계약해제 내지는 계약해지를 할 수 있을 것으로 판단된다. 다만, 라이선서가 하자 있음을 안 경우는 민법 제580조에 근거하여서는 계약해제를 할 수 없다. 셋째, 라이선서가 하자가 있음을 알았거나 과실로 알지 못한 경우가 아니라면 민법 제580조를 준용하여 손해배상청구도 할 수 있을 것으로 판단된다. 다만, 그 사실을 안 날로부터 6월 이내에 손해배상을 청구해야 한다. 그러나 라이선서에게 고의·과실이 있다면 청구기

81) 我妻 榮 外, 『我妻・有泉コンメンタール民法 総則・物権・債権』, 日本評論社, 2007, 1079頁.

82) 대법원 1997. 4. 25. 선고, 96다44778 판결.

83) 예를 들면, 모바일게임의 캐릭터 일부가 타인의 저작권을 침해한다든지, 모바일게임의 상표가 특정 지역에서 타인의 상표권을 침해하는 경우에 모바일게임의 전체 사용·수익가치에서 각 지식재산이 차지하는 사용·수익가치의 비율에 따라 감액청구를 할 수 있을 것이다.

간의 제한 없이 채무불이행책임에 기한 손해배상도 청구할 수 있을 것이다.

3. 임대차 규정의 유추 적용

임대차의 목적물은 물건 내지는 유체물에 한정된다고 보는 다수 견해에 따를 경우, 임대차 규정을 직접 적용할 수는 없을지라도 임대차 규정을 유추 적용하는 것은 가능할 것으로 판단된다. 유추 적용 가능성과 관련하여서는 임대차에 적합하지 않아 라이선스계약을 무명계약으로 분류하는 경우에도 임대차 규정을 준용하는 것은 충분히 가능하다고 보는 견해가 있다.⁸⁴⁾ 또한 권리의 임대차는 민법상 임대차가 아닐지라도 계약자유의 원칙에 따라 그 성립이 인정되어야 하고, 무명계약으로 보아 민법 규정이 유추적용 되어야 한다고 보는 견해도 있다.⁸⁵⁾ 최근 특허법원 판례에서도 이러한 견지에서 라이선스계약의 조건을 해석함에 있어 임대차 규정을 유추 적용하여 판단하기도 하였다.⁸⁶⁾

판단컨대, 라이선스계약의 목적인 지식재산이 타인의 권리를 침해한 경우 해당 권리자의 권리행사로 임대차 목적물을 사용·수익할 수 없다면 민법 제580조와 민법 제627조를 유추 적용하여 라이선서가 라이선서에게 담보책임을 물을 수 있을 것으로 사료된다. 임대차 규정을 라이선스계약에 유추 적용하는 경우 그 구체적 내용은 상기에서 살펴본 바와 같이 직접 적용하는 방식과 크게 다르지 않다. 다만, ‘유추’라는 방식을 사용함으로써 직접 적용의 부담이 완화될 수 있을 뿐이다.

84) 구병문, “契約에 의한 디지털콘텐츠 保護와 그 問題點에 관한 研究- 디지털콘텐츠 利用契約을 中心으로 -”, 박사학위논문, 경희대학교, 2008, 149면.

85) 김대정, 『계약법』, 청목출판사, 2019, 313면.

86) 특허법원 2018. 8. 10. 선고, 2017나2301 판결에서 법원은 “상표사용계약은 이른바 비전형계약으로서 상표권이 무형의 권리이므로 동일한 내용의 사용권이 다수 병존할 수 있다는 점에서는 임대차계약과 다소 차이가 있지만, 상표권자 이외의 제3자가 상표권자와 설정행위에서 정한 범위 내에서 등록상표를 그 지정상품에 대하여 사용할 수 있는 권리를 설정하는 계약으로, 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함을 본질로 하는 임대차계약과 그 성질이 유사하다.”고 전제한 다음, “그렇다면 상표사용계약은 기간의 정함이 없는 임대차의 법리를 유추 적용하여, 임대인 또는 임차인은 언제든지 계약의 해지를 통고할 수 있고, 상대방이 통고를 받은 후 상당한 기간이 경과되면 해지의 효력이 발생한다.”고 판시하였다.

4. 입법을 통한 임대차 규정의 준용

지식재산 라이선스계약에서 명확한 보증이나 보증의 부인도 없는 경우 사용·수익하게 할 의무로부터 파생되는 담보책임이 라이선서에게 발생하는지와 담보책임의 범위와 내용에 대한 해석이 필요한 경우가 많다. 특히, 라이선스계약에 따른 지식재산의 이용이 제3자의 지식재산권을 침해한 경우에 라이선서에게 소송을 방어하거나 라이선시를 면책하는 등 담보책임이 발생하는지 해석이 필요하다. 즉, 계약의 문언에만 의존하여 당사자의 의무를 판단하는 입장에서는 계약에서 보증을 하지 않았으면 보증 책임도 없다고 생각할 수 있기 때문에 법정 담보책임 발생 여부를 명확히 할 필요가 있다. 특히, 라이선스계약이 계속적 계약인 점을 고려하면 계약 체결 시는 물론, 계약기간 중에 발생하는 담보책임이 중요한 의미를 갖는다. 그러나 ‘계약의 유상성’에만 기초하여 담보책임을 판단하면 민법 제627조의 담보책임이 라이선서에게 적용될 수 없으므로, 준용규정을 통하여 민법 제627조의 적용 여부를 분명히 하는 것이 바람직한 것으로 생각된다. 다시 말하면 ‘원시적 하자’와 ‘후발적 하자’ 모두에 대하여 라이선서에게 담보책임이 발생하려면 ‘계약의 유상성’에 따른 매도인의 담보책임만으로는 부족하고, ‘임대차계약성’에 따른 임대차의 규정이 적용될 필요가 있다고 할 수 있다.

민법 제618조에서 임대차의 객체는 ‘목적물’로만 규정되어 있으므로 권리의 임대차도 가능하다고 보는 견해도 있으나, 임대차의 객체는 물건 내지 유체물로 보는 것이 다수의 견해이다. 따라서 지식재산 라이선스계약에 관하여 임대차의 규정이 직접 적용되는 것은 현실적으로 기대하기 어려울 수 있다. 본 연구에서는 지식재산 라이선스계약에 따른 거래의 구조가 임대차에 근접한 형태를 띠고 있어 임대차의 규정을 직접 적용하지 못할지라도 유추 적용하는 것은 가능하고, 또한 유추 적용할 필요성이 있는 것으로 판단하였다. 그러나 유추해석은 해석의 일관성을 담보할 수 없으므로 라이선서의 채무를 해석함에 있어 임대차의 규정이 준용됨을 명확히 하는 것이 바람직하다. 일본의 경우에도 2017년 6월 2일자로 공포된 개정 민법(채권관

계)의 논의⁸⁷⁾ 과정에서 라이선스계약을 전형계약의 하나로 하자는 제안이⁸⁸⁾ 있었다. 또한 라이선스계약을 전형계약으로 하기 위하여 민법에 라이선스계약에 관한 정의규정을⁸⁹⁾ 둘 것과 임대차의 규정을⁹⁰⁾ 준용할 것이 제안되기도 하였다.⁹¹⁾ 한편, DCFR 제4권 A부 매매(Book IV, Part A. Sales)에 관한 규정을 보면 DCFR IV.A.-1:202조에서⁹²⁾ 매매의 목적물을 유체동산에 한정하면서도, DCFR IV.A.-1:101조에서⁹³⁾ 지식재산권 등 무형재산의 매매에 관한 계약과 소프트웨어를 포함하여

87) 일본의 경우 민법 제정 이후의 사회·경제상의 변화에 대응하는 한편, 일반 국민이 알기 쉽도록 채권관계에 관한 민법 규정을 개정하고자 2009년 10월 말에 법제심의회 내에 민법(채권관계)부회를 설치하여 민법 개정안에 대한 논의를 하였다. 민법개정 논의는 크게 3 단계(독회)로 구분되어 이루어졌다. 첫 번째 단계는 2009년 11월부터 2011년 4월까지 이루어졌으며, '민법(채권관계)의 개정에 관한 중간적인 논점 정리'가 결정되어 공청회 절차에 부쳐졌다. 두 번째 단계는 2011년 7월부터 2013년 2월까지 이루어졌으며, '민법(채권관계)의 개정에 관한 중간시안'이 정리되어 공청회 절차에 부쳐졌다. 셋째 단계는 2013년 7월부터 2015년 2월까지 이루어졌으며, '민법(채권관계)의 개정에 관한 요강안'이 결정되었다. 그리고 2015년 2월의 법제심의회 총회에서 '민법(채권관계)의 개정에 관한 요강'(이하, '개정요강'이라 한다)이 결정되었다. 이후 이 '개정요강'에 근거하여 2015년 3월 31일, 제189회 국회에 '민법의 일부를 개정하는 법률안' 및 '민법의 일부를 개정하는 법률의 시행에 따른 관계 법률의 정비 등에 관한 법률안'이 법안으로서 제출되었고, 마침내 2017년 5월 26일에 제출된 법률안이 가결되어 동년 6월 2일에 공포되었다(伊藤栄寿, 「ライセンス契約と民法-民法におけるライセンス契約の位置づけと課題-」, 『特許研究』 第64号, 工業所有権情報・研修館(INPIT), 2017, 34-35頁).

88) 이러한 제안은 2012년 10월 16일 개최된 제59회 법제심의회 민법(채권관계) 부회에서 이루어졌다.

89) 이때 제한된 바에 의하면, 라이선스계약은 '라이선서가 자신이 가진 특허권, 상표권, 영업비밀에 관한 권리 그 밖의 지적재산권과 관련된 지적재산을 라이선서가 사용하는 것을 수인할 의무를 지고, 라이선서는 그 지적재산을 사용하는 대가로서 라이선서에게 금전 그 밖의 물건을 급부할 의무를 지는 것을 내용으로 하는 계약'으로 정의되었다.

90) 이때 민법 제612조(임차권의 양도 및 전대의 제한), 제615조(임차인의 통지의무-제3자에 의한 권리주장의 경우에 한한다.), 제618조(기간의 정함이 있는 임대차의 해약을 할 권리의 유보), 기타 라이선스계약의 성질에 반하지 않는 임대차의 규정이 라이선스계약에 준용될 수 있는 것으로 제안되었다.

91) 伊藤栄寿, 上掲論文, 35頁.

92) DCFR § IV.A.-1:202(Contract for sale) A contract for the "sale" of goods is a contract under which one party, the seller, undertakes to another party, the buyer, to transfer the ownership of the goods to the buyer, or to a third person, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, and the buyer undertakes to pay the price. DCFR § IV.A.-1:201 Comments A: Goods means corporeal movables.

93) DCFR § IV.A.-1:101(Contracts covered)

(1) This Part of Book IV applies to contracts for the sale of goods and associated consumer guarantees.

(2) It applies with appropriate adaptations to: (a) contracts for the sale of electricity; (b) contracts for the sale of stocks, shares, investment securities and negotiable instruments; (c) contracts for the sale of other forms of incorporeal property, including rights to the

데이터나 정보에 관한 권리를 대가를 받고 부여하는 계약에도 매매에 관한 규정을 적절히 변형하여 적용한다고 규정하고 있다. 이러한 입법기술방식은 임대차의 목적이 해석상 물건이나 유체물에 한정되더라도 임대차의 규정이 지식재산을 사용·수익하게 하는 거래를 규율할 수 있도록 하는 입법기술방식으로 고려할 수 있는 것으로 생각된다.⁹⁴⁾

본 연구에서는 임대인의 하자담보책임에 대응되는 라이선서의 하자담보책임 발생 여부와 그 근거가 주된 연구대상이었으므로, 민법 제627조의 규정을 라이선스계약에 준용한다는 취지의 내용 정도가 연구범위를 고려하면 입법적 제언으로 적당하다. 그러나 임대인의 하자담보책임 이외에도 라이선스계약에 임대차 규정의 포괄적인 적용 필요성이 크다고 할 수 있어 민법 제627조에 한정하기보다 임대차 규정 전반에 대하여 준용 규정을 두는 것이 바람직한 것으로 사료된다.⁹⁵⁾ 또한 물건이나 유체물에 한정되는 규정 등 성질상 임대차 규정의 적용이 적절하지 않는 경우는 라이선스계약의 성질에 따라 그러한 규정의 적용을 배제하도록 할 필요가 있다. 그러므로 상기에서 검토된 결과를 반영하여 민법 제618조를 아래와 같이 개정할 것을 제안한다.

performance of obligations, industrial and intellectual property rights and other transferable rights; (d) contracts conferring, in exchange for a price, rights in information or data, including software and databases; (e) contracts for the barter of goods or any of the other assets mentioned above,

(3) It does not apply to contracts for the sale or barter of immovable property or rights in immovable property.

94) 옥치왕, “모바일게임 퍼블리싱계약에서 라이선서의 채무에 관한 연구”, 광운대학교 박사학위논문, 2023, 87면.

95) 지식재산을 규율하는 개별 법령에 해당 조항을 마련한 후 민법의 규정을 준용하는 방안도 생각해 볼 수 있으나, 지식재산을 규율하는 개별 법령은 지식재산이 다양한 만큼 그 종류가 많고, 얼마든지 계속 새로운 지식재산이 만들어질 수 있어 이와 관련하여 만들어지는 지식재산 관련 법률마다 통일적으로 준용 규정을 두기 어렵다. 또한 지식재산에 관한 법률은 물건법적인 성격이 강하여 계약 당사자의 채권·채무 관계를 규율하는 규정을 두기에 적합하지 않을 수 있는 점과 오늘날 지식재산 거래는 빈번하게 이루어지고 있어 민법에 이를 포괄하는 통일적 규정을 둘 필요가 있는 점 등을 전체적으로 고려할 때 민법에 관련 규정을 두는 것이 바람직한 것으로 판단된다.

신구조문 대비표

현 행	개 정 안
제618조(임대차의 의의) 임대차는 당사자 일방이 상대방에게 목적물을 사용, 수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 그 효력이 생긴다.	제618조(임대차의 의의) ①좌동 ②본질의 규정은 당사자 일방이 상대방에게 지식재산을 사용·수익하게 할 것을 약정하고 상대방이 이에 대하여 대가를 지급할 것을 약정하는 계약에 준용한다. 그러나 그 계약의 전부나 일부의 성질이 이를 허용하지 아니하는 때는 해당 부분에 대하여는 그러하지 아니하다.

V. 결론

오늘날은 의식주를 소비하는 방식에 있어 가치의 중심이 ‘소유’에서 ‘사용’으로 점차 이동하면서 사용·수익을 목적으로 하는 다양한 거래가 시장에서 이루어지고 있다. 사용·수익을 목적으로 하는 계약의 대표적 형태인 임대차는 우리 민법의 제정 당시부터 주요 전형계약 중 하나로 자리매김해왔으나 임대인의 하자담보책임에 관한 선행 연구는 미진하였다. 선행 연구에서는 임대차의 유사성에 비추어 임대인은 매도인의 담보책임과 동일한 담보책임을 진다고 기술하는 경우가 대부분이었고, 계속적 계약인 임대차의 특성이 충분히 고려되지 못했다. 특히, 오늘날 지식재산의 사용·수익을 목적으로 하는 거래가 급증하고 있음에도 이러한 거래들은 주로 무명 계약으로 취급되어왔을 뿐이고, 전형계약의 적용가능성에 대한 연구는 찾아보기 어렵다. 그 결과 이러한 거래에 대하여는 계약법 총칙, 계약법 원칙, 관습법 등에 근거하여 계약을 해석해야 하나, 법률의 제정 주체와 법률의 해석 및 집행 주체가 엄격히 구별되는 성문법주의 국가에서 빈번하게 이루어지는 거래에 대하여 구체적 법률에 근거하지 않은 법 해석이 폭넓게 허용되는 것은 바람직하지 않다.⁹⁶⁾

96) 옥치왕, “모바일게임 퍼블리싱계약에 있어 라이선서의 하자담보책임”, 『법학연구』 제64권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2023, 110면.

따라서 이러한 문제점을 극복하기 위해 본 연구에서는 임대인의 하자담보책임의 구체적 내용을 그 발생근거, 내용 및 한계를 중심으로 검토한 다음, 임대인의 하자담보책임 적용범위를 라이선스계약에 확대할 필요성과 그 가능성을 검토하였다. 하자담보책임의 구체적 내용에 관한 검토에서는 먼저 민법 제567조와 민법 제627조가 임대인이 지는 법정 하자담보책임의 근거가 될 수 있음을 살펴보았다. 특히, 민법 제567조가 준용하는 매도인의 담보책임 규정은 임대차의 특성을 고려할 때, 목적물 자체의 하자이든 권리의 하자이든 모두 통일적으로 민법 제580조를 적용하는 것이 타당함을 확인하였다. 그리고 임대인의 하자담보책임의 내용을 계속적 계약인 임대차의 특성에 기초하여 원시적 하자과 후발적 하자과 나누어 살펴보고, 권리 행사기간과 하자담보책임의 한계에 관하여도 함께 살펴보았다.

하자담보책임 적용범위의 확대에 관한 검토에서는 먼저 라이선스계약이 무명계약으로 취급되는 결과 계약 문언에 치중하여 계약을 해석하려는 입장으로 인해 라이선서의 하자담보책임 발생 여부에 관한 분쟁이 종종 발생하는바 이러한 문제의 해결방안으로 임대인의 하자담보책임을 라이선스계약에 적용할 필요성을 살펴보고 그 방안을 검토하였다. 임대인의 하자담보책임을 라이선스계약에 적용하는 방안은 해석론의 관점과 입법론의 관점에서 각각 검토하였다. 해석론의 관점에서는 민법 규정상 임대차 목적물이 물건에 한정되지 않은 점과 라이선스계약과 임대차가 그 성질 면에서 유사한 점에 착안하여, 라이선스계약에 임대차 규정을 직접 적용하는 방안과 유추 적용하는 방안을 살펴보았다. 입법론의 관점에서는 상기와 같은 해석론적 접근에도 불구하고, 임대차의 객체를 물건 내지 유체물로 보는 것이 다수의 견해인바, 라이선스계약에 임대차 규정이 준용될 수 있음을 명확히 하는 취지의 내용으로 민법 제618조를 개정할 것을 제안하였다.

■ 참고문헌

- 강봉석, 『채권각론』, 법영사, 2016.
- 곽윤직, 『채권각론』, 박영사, 2018.
- 김대정, 『계약법』, 박영사, 2020.
- _____, 『계약법』, 청목출판사, 2019.
- 김상용, 『채권각론』, 화산미디어, 2021.
- 김용담 외, 『주식민법 채권각칙3』, 한국사법행정학회, 2016.
- 김정호, 『상법총칙 · 상행위법』, 법문사, 2021.
- 김형배 외, 『민법학강의』, 신조사, 2016.
- 송덕수, 『채권법각론』, 박영사, 2021.
- 양창수 · 김재형, 『계약법』, 박영사, 2020.
- 양형우, 『민법의 세계』, 정독, 2022.
- 장덕조, 『상법강의』, 법문사, 2021.
- 지원림, 『민법강의』, 홍문사, 2020.
- 최문기, 『채권법각론』, 세종출판사, 2014.
- 박충목, “지식재산권 라이선스의 보호에 관한 연구-라이선서의 도산을 중심으로-”, 박사학위논문, 한양대학교, 2014.
- 구병문, “디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질에 관한 소고”, 『경희법학』 제43권 제2호, 경희대학교 법학연구소, 2008.
- _____, “契約에 의한 디지털콘텐츠 保護와 그 問題點에 관한 研究- 디지털콘텐츠 利用契約을 中心으로 -”, 박사학위논문, 경희대학교, 2008.
- 박종권, “디지털콘텐츠 이용계약의 법적 성질과 권리 · 의무에 관한 고찰”, 『법학논집』 제14권 제1호, 이화여자대학교 법학연구소, 2009.
- 옥치왕, “모바일게임 퍼블리싱계약에서 라이선서의 채무에 관한 연구”, 박사학위논문, 광운대학교, 2023.
- _____, “모바일게임 퍼블리싱계약에 있어 라이선서의 하자담보책임”, 『법학연구』 제64권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2023.
- 정광수, “임대인의 하자담보책임에 관한 연구”, 『강원법학』 제15권, 강원대학교 비교법학연구소, 2002.
- 정해상, “온라인게임프로그램의 통합퍼블리싱계약에 관한 법리”, 『중앙법학』 제10집 제4호, 중앙법학회, 2008.

조규창, “임대인의 하자담보책임-민법 제567조의 분석적 고찰-”, 『성곡논총』 제22집, 성곡문화재단, 1991.

Alexander I. Poltorak and Paul J. Lerner, *ESSENTIALS of Licensing Intellectual Property*, John Wiley & Sons, Inc., 2004.

Christian von Bar and Eric Clive(eds.), *Principles, Definitions, and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference(DCFR)*, Oxford University Press, 2010.

我妻 榮 外, 『我妻・有泉コンメンタール民法 総則・物権・債権』, 日本評論社, 2007.

伊藤栄寿, 「ライセンス契約と民法-民法におけるライセンス契約の位置づけと課題 -」, 『特許研究』, 第64号, 工業所有権情報・研修館(INPIT), 2017.

飯島 歩, 「改正民法と非侵害保証・特許補償条項」, 『知財管理』第70巻 第8号, 日本知的財産協会, 2020.

都筑満雄, 「リース契約とライセンス契約にみる貸借の中間理論(2・完)-日仏における民法改正を参照して-」, 『南山法学』第70号, 南山大学法学会, 2015.

■ Abstract

Lessor's Liability for Defects

– Focusing on Applicability to License Contracts –

Ok, Chi Wang*

Today, as the center of value in the way of consuming food, clothing, and shelter gradually shifts from “ownership” to “use”, various transactions for use and profit are being made in the market. At the time of the enactment of the Civil Act, most of the objects of use and profit were things or corporeal things, but today, transactions aimed at the use and profit of intellectual property are becoming common in the form of license contracts. In addition, along with the surge in a transaction the purpose of which is to use and profit from something, the liability for defects of those who provide a certain amount of use and profit has become more important. Leases, a representative form of contracts for use and profit, have been established as one of the major typical contracts since the enactment of the Civil Act, but prior studies on the lessor's liability for defects has been insufficient.

In previous studies, in light of the lease being the contract for value, it was often described that the lessor had the same liability for defects as that of the seller, and the characteristics of the lease being a continuous contract were not sufficiently considered. In particular, despite the rapid increase in transactions aimed at the use and profit of intellectual property today, these transactions have only been treated as atypical contracts, and it is difficult to find studies on the applicability of typical contracts for such transactions. As a result, contract interpretation has no choice but to be made based on general rules of contract law, contract law principles, and common law for matters where the contract party's intention is not specified in the text of the contract, but it is not desirable in a system of written law to allow broad legal interpretation being not based on specific laws for frequent transactions.

Therefore, in order to overcome these problems, in this study I reviewed the specific details of the lessor's liability for defects, focusing on legal basis, contents, and limitations thereof, and then reviewed the necessity and possibility of expanding the scope of the lessor's liability for defects to license contracts. In the review of the details of the liability for

* Legal Director of Gravity Co., Ltd.

defects, I firstly examined that Articles 567 and 627 of the Civil Act can be the basis for the lessor's legal liability for defects. In particular, I confirmed it reasonable that regulations on the seller's liability for the defects that Article 567 of the Civil Act *mutatis mutandis* applying to should be uniformly Article 580 of the Civil Act, regardless of whether it is a defect in things or a defect in rights, and then I examined the contents of the lessor's liability for defects by dividing them into initial defects and subsequent defects based on the characteristics of the lease which is a continuous contract, and the period of exercise of the right and the limitations of the liability for defects were also examined.

In the review of expanding the scope of the lessor's liability for defects, I firstly examined that, as a result of the license contract being treated as an atypical contract, disputes often arise over whether the licensor is liable for defects or not, due to the position to interpret the contract focusing on the contract text. Therefore, in order to solve these problems, I reviewed the necessity of applying the lessor's liability for defects to license contracts and examined application method thereof.

The method of applying the lessor's liability for defects to license contracts was reviewed from the perspective of interpretation theory and legislative theory, respectively. From the perspective of interpretation theory, I examined the direct application and the application by analogy of the lease regulations, based on the fact that lease objects are not limited to things under the Civil Act and the similarities between license contracts and leases in their nature. From the perspective of legislative theory, despite the interpretative approach described above, as it is majority opinion to view the object of the lease as things or corporeal things, I suggested to amend Article 618 of the Civil Act to clarify that the lease regulations can be applied *mutatis mutandis* to license contracts.