

碩士學位論文

商街建物賃貸借保護法の改善方案에 관한 研究

A Study on the Reforms of Lease Protection Law
of Commercial Buildings



濟州大學校 行政大學院

法學科 法學專攻

鄭榮鎮

2008年 8月

商街建物賃貸借保護法の 改善方案에 관한 研究

指導教授 金 祥 燦

鄭 榮 鎭

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 提出함.

2008年 8月

鄭榮鎭의 法學 碩士學位 論文을 認准함.

審査委員長 _____ 印

委 員 _____ 印

委 員 _____ 印

濟州大學校 行政大學院

2008年 8月

目 次

第1章 序論	1
第1節 研究의 目的	1
第2節 研究의 範圍 및 方法	3
第2章 商街建物賃貸借保護法의 主要內容	4
第1節 商街建物賃貸借保護法의 立法趣旨	4
第2節 商街建物賃貸借保護法의 主要內容	5
1. 適用範圍	5
2. 對抗力	6
3. 賃貸借期間 및 契約更新	12
4. 借賃등의 增減請求權	16
5. 保證金의 回收	19
6. 登錄事項등의 閱覽 · 提供	36
7. 賃借權登記命令	39
8. 轉賃借 關係에 대한 適用	41
9. 權利金	42
第3節 商街建物賃貸借保護法과 住宅賃貸借保護法의 比較 · 檢討	44
1. 立法目的 및 趣旨	44
2. 適用對象	44
3. 對抗力	45
4. 優先辨濟權의 要件	46
5. 保證金 중 一定額의 保護(最優先辨濟權)	47
6. 賃貸借期間	48
7. 借賃등의 增減請求權	48
8. 契約의 更新과 默示의 契約更新	49
9. 賃借權登記命令申請	50
10. 檢討	50

第3章 商街建物賃貸借保護制度에 관한 主要 國家의 立法例	52
第1節 主要 國家의 立法例 概觀	52
1. 日本	52
2. 프랑스	56
3. 英國	60
4. 獨逸	63
5. 스위스	68
6. 美國	69
第2節 主要 國家의 立法例 檢討	70
第4章 商街建物賃貸借保護法の 問題點과 改善方案	74
第1節 序說	74
第2節 問題點	74
1. 適用範圍上의 問題點	74
2. 對抗力 取得要件上의 問題點	76
3. 契約更新權 行使上의 問題點	78
4. 賃貸借紛爭解決上의 問題點	79
5. 施設投資金 回收의 問題點	80
第3節 改善方案	82
1. 適用範圍上의 改善方案	82
2. 對抗力 取得要件上의 改善方案	82
3. 契約更新權 行使上의 改善方案	84
4. 賃貸借紛爭 解決의 迅速·簡易化方案	85
5. 施設投資金 回收의 確保方案	88
6. 其他	91
第5章 結論	95
參考文獻	99
ABSTRACT	105

第1章 序論

第1節 研究의 目的

우리 민법상 타인의 부동산 중 건물을 이용하는 법률적 제도에는 물권적 방법으로 전세권제도(민법 제303조 이하)와 채권적 방법으로 임대차제도(민법 제618조 이하)가 있다. 전세권은 종래 관습상 인정되어 오던 전세제도를 물권으로 편성하여 규정하므로 전세권설정등기를 하여야만 전세권으로서 제3자에 대한 대항력 및 보증금의 회수 등의 효력을 가지게 된다. 그렇지만 전세권 설정등기를 하게 되면 은행으로부터 담보대출을 받는 것이 장애가 될 뿐만 아니라 등기사항에 전세금이 표시되어 세원이 노출되는 등의 문제가 있어서 건물의 소유자는 전세권설정등기를 해주는 것을 기피하게 되기 때문에 채권적 전세, 즉 부동산임대차가 주로 행해지고 있다.

따라서 부동산을 소유하지 못한 자가 합법적으로 부동산을 이용 할 수 있는 방법 중의 하나가 임대차이다. 타인의 부동산을 이용하는 법률관계에서는 당사자 간의 자유로운 계약에 따르는 것을 원칙으로 하고 민법에서 이에 관하여 전세권이나 임차권으로서 그 법률관계를 규정하고 있다. 그러나 민법의 기본 원칙인 계약자유의 원칙에 입각하여 임대차계약을 계약당사자의 자유의사에만 맡기게 되면 상가부동산의 절대적 부족상태인 현대에서 임차인의 권리가 위축되고 소유권자인 임대인에게 일방적으로 유리한 계약이 체결되는 경우가 발생한다. 당연히 임차인의 지위는 약하고 임대인은 특약에 의하여 강한 지위를 보장받을 수 있게 된다. 특히 임대차에 있어서 양 당사자의 지위의 불균형이 주택이나 상가건물의 임대차에 있어서처럼 수요와 공급의 균형이 맞지 않는 현실에 있어서는 경제적 약자인 임차인의 보호를 위한 조치를 강구하지 않을 수 없게 된다. 그러므로 주요국가의 입법례에서 보듯이 민법의 개정이나 특별법의 제정을 통하여 부동산임차인의 지위를 동산임차인의 지위보다 여러 면에서 강화해 나가는 것이 현재의 추세이다.¹⁾

우리나라에서는 현행 민법에서 임대차에 관한 약 20개의 조문들을 신설 또는 개정하여 부동산임차인보호를 위한 임차권의 강화를 꾀하였으며, 특히 주택임대

1) 권용산, “상가건물임대차보호법의 문제점과 개선방안”, 청주대학교대학원 박사학위논문, 2002, 2면.

차보호법을 제정함으로써 주거용건물의 임차인의 지위를 강화하였다. 그러나 우리 민법 하에서 상가건물의 경우에 제3자가 임대목적물인 건물을 양도·경락받은 경우에는 종래의 임차인은 그의 임차권을 가지고 신소유자에게 대항할 수 없고, 다만 민법 제621조 제1항에 의한 임차권등기를 한 경우에만 제3자에게 대항할 수 있는 효력을 부여하고 있을 뿐이다. 하지만 대부분 임차권등기를 하지 못하는 것이 현실이다. 이러한 경우 임차보증금의 반환도 받지 못한 채로 불시에 생업의 터전인 상가건물의 명도집행을 당하는 궁지에 몰릴 수 있다. 그리고 임대차계약기간 중 임차인은 많은 금액의 시설투자과 고객확보를 위한 다양한 서비스투자로 어느 정도 영업이 활성화되었다 싶으면 임대인의 일방적인 계약종료로 그 이익이 고스란히 임대인에게 귀속되어 버리게 된다면 매우 불공평한 결과가 아닐 수 없다. 아울러 임차인의 성실한 영업활동에 의해서 건물의 실질적 가치가 상승했을 경우 이를 이유로 임대료 인상을 부당하게 요구한다면 이것 또한 부당한 처사가 아닐 수 없다. 이렇듯 상가임대차와 관련하여 발생하는 여러 가지 불합리한 현실을 바로잡는 길은 법적장치를 마련하여 제도적으로 통제할 수밖에 없는 것이다.

이에 우리나라에서도 상가임대차에 관한 위와 같은 상황에 대처하기 위하여 시민단체와 정당이 참여하여 상가건물임대차보호법 제정에 대하여 논하게 되었고, 급기야 2001.12.29. 법률 제6542호로 제정되어, 2002.11.1. 부터 시행하게 되었다.

제정된 상가건물임대차보호법의 주요내용을 살펴보면 사업자등록의 대상이 되는 상가건물에 대한 일시사용이 아닌 임대차에 대해 적용되 그 적용범위를 대통령령으로 정하는 일정한 보증금 액수에만 한정 시키고 있다. 또한 임대차등기가 없는 경우에도 건물의 인도와 세법규정에 의한 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음날부터 제3자에 대하여 대항력과 우선변제를 받을 권리를 인정하고 있고, 건물의 임대차와 이해관계가 있는 자는 세무서장에게 임대차내용에 대한 사업자등록의 자료들에 대해 열람·제공을 청구할 수 있다. 또한 ‘임차권존속기간의 보장’, ‘차임인상에 대한 적절한 규제’, ‘임대보증금의 반환확보’ 등 임차인보호에 대한 여러 가지 제도적 장치가 마련되어 있다. 하지만 이렇게 제정된 법률이 시행됨에 있어서 긍정적인 측면도 있었지만 ‘적용범위상의 문제’, ‘대항력취득요건상의 문제’, ‘계약갱신권 행사상의 문제’, ‘임대차분쟁 해결상의 문제’, ‘시설투자금 회수의 문제’ 등 입법취지와는 달리 현실적인 면에서 많은 문제에 직면하게 되었고, 이것은 단순하게 해석해서는 안되는 복잡 다양한 문제이다. 임차인의 사회

적·경제적 약자로서 보호받아야 마땅하지만, 한편으로는 임차인의 과도한 보호가 시장경제 속에서 임대인의 사적소유권과 계약자유 원칙을 해칠 수 있고 나아가 부동산시장의 위축으로 이어져 임대물의 공급 감소로 인해 임차인이 오히려 피해를 볼 수 있다는 문제가 있다.

따라서 본 논문은 상가건물임대차관계에서 비롯된 상가건물임차인을 특별히 보호할 필요성에서 우리나라 상가건물임대차보호법의 주요내용을 분석하고 동법과 유사한 주택임대차보호법의 시사점과 주요국가의 입법례를 검토하여 상가건물임대차와 관련된 법적·제도적 문제점을 도출하여 개선방안을 제시해 보고자 한다.

第2節 研究의 範圍 및 方法

본 논문은 현행 상가건물임대차보호법에 대한 문제점을 도출하고 그 개선방안을 모색하는 것에 중점을 두고 있다.

제1장에서는 상가건물임대차보호법의 제정목적에 근거하여 제정경위 및 과정을 소개하고 본 논문의 연구 목적 및 범위와 방법에 대해 서술한다.

제2장에서는 상가건물임대차보호법의 입법취지와 주요내용을 음미하고, 상가건물임대차보호제도에 관하여 주택임대차보호법과 비교·검토해 보기로 한다.

제3장에서는 상가건물임대차보호제도에 관한 주요국가의 입법례를 개관한 후 그 시사점을 정리하고자 한다.

제4장에서는 상가건물임대차보호법의 문제점을 지적하고 그에 따른 개선방안을 제시하고자 한다.

제5장에서는 앞에서 검토된 내용을 요약하고 정리한 후 입법론을 제시하고자 한다.

본 논문의 연구방법으로는 국내외의 단행본과 선행 연구논문 등을 정리·분석하는 문헌연구를 중심으로 하고 보충적으로, 관련된 판례를 병행하여 연구함으로써 사례를 통한 구체적인 문제점을 도출하고 그에 따른 개선방안을 제시하고자 한다.

第2章 商街建物賃借保法の 主要內容

第1節 商街建物賃借保護法の 立法趣旨

주거목적의 주택임대차의 경우에는 주택임대차보호법의 적용을 받아 특별히 보호하고 있었으나, 영업목적의 상가건물임대차의 경우에는 민법 제618조 내지 제654조의 임대차규정이 적용됨으로 인해, 점포 등 영업용건물의 임대차의 경우 임차인을 보호하기에 미흡한 점이 많았다. 특히 임대차 거래의 실체에 있어서 임대인의 자의에 의한 임대료 인상과, 계약해지권 남발, 그리고 권리금 및 시설비 회수가 사실상 불가능해지는 경우가 비일비재하였고, 임차기간 역시 불안정하고, 소유권자 변경시 명도요구에 응하거나 임대조건 변경 후 재계약에 응할 수 있을 뿐이었으며, 월세산정시 고율의 전환이율적용에 소극적으로 임할 수밖에 없었던 것이 상가임차인의 현실이었다. 상가임차인은 민법 제621조 제1항에 의한 임대차 등기에 협력할 것을 청구할 수 있으나 사실상 협조는 기대하기 어려워 임차목적물인 상가에 대한 임차인의 지위(권리·의무)를 주장할 수 없어 열악한 위치에 있게 된다.

이러한 사회적 문제를 해결하기 위하여 상가건물임대차의 공정한 거래질서를 확립하고 영세상인들이 안정적으로 생업에 종사할 수 있도록 상가건물임대차보호법을 의원입법으로 제정 2001.12.29. 법률 제6542호로 공포하고, 2002.11.1.부터 시행되게 이르렀다. 이것은 무엇보다 상가임차권을 하나의 채권에서 물권적 성질을 부여하여 상가임차인을 보호하는 데 있다. 제정 전 상가임차인은 상가주인이 바뀌거나 건물이 경매에 들어가더라도 우선변제를 받지 못했다. 말 그대로 임차인은 모든 사람에게 자신의 임차권을 주장할 수는 없고 자기 임대인에게만 임차권을 주장할 수 있어 하나의 채권을 가지고 있는데 불과 했으나 이 법이 제정·시행됨으로써 일정한 요건만 갖추면 모든 사람에게 주장할 수 있는 물권적 성질을 갖게 되어 상가주인이 바뀌어도 상가임차권을 계속 보장받을 수 있게 된 것이다.

요컨대, 상가건물임대차보호법은 그 동안 건물주의 일방적인 우위에 눌러 눈치만 보던 임차인들의 권리를 최대한 보호하고 이를 통해 안정적인 영업권을 보장해 준다는 취지에서 제정된 법률이다.

第2節 商街建物賃貸借保法の 主要內容

상가건물임대차보호법은 영세한 상가임차인을 보호하기 위한 민법의 특별법으로, 입법취지나 내용면에서 주택임대차보호법과 유사한 규정이 많다. 따라서 이 장에서는 상가건물임대차보호법의 주요내용에 대하여 고찰해 보기로 한다.

1. 適用範圍

상가건물임대차보호법은 상가건물의 임대차에 적용한다. 여기서 상가건물이라 함은 전용인 상가목적의 건물은 물론 임대차목적물의 주된 부분을 영업용으로 사용하는 경우를 포함한다(동법 제2조). 다만, 상가건물의 임대차나 보증금액이 대통령령이 정하는 일정범위²⁾를 초과하는 임대차에는 적용되지 아니한다(동조 단서). 또한, 동법은 목적건물의 등기를 하지 아니한 전세계약에 관하여도 준용하고³⁾이 경우 전세금은 임대차의 보증금으로 본다(동법 제17조). 그러나 일시사용을 위한 임대차임이 명백한 경우에는 적용되지 않는다(동법 제16조).

특히 대통령령이 정하는 보증금액이하인 경우 보호대상 여부를 판단하는 보증금액을 정함에 있어서는 당해 지역의 경제여건 및 임대차 목적물의 규모 등을 감안하여 지역별로 구분하여 규정하되, 보증금 외에 차임의 있는 경우에는 그 차임액에 은행법에 의한 금융기관의 대출금리 등을 감안하여 대통령령이 정하는 비율을 곱하여 환산한 금액을 포함하고 있다.

이때 월차임을 환산하는 ‘대통령령이 정하는 비율’은 1분의 100으로 월세차임에 100을 곱한 금액에 보증금을 더하여 환산한 금액을 기준으로 판단한다.⁴⁾ 예를 들면, 보증금 1,000만원에 월세 100만원으로 상가를 임차한 경우 보호대상보증금(환산보증금)⁵⁾은 1억1,000만원이 된다.

그 밖에 상가건물임대차보호법에 적용되는 대상물의 범위를 보면, 등기된 상가건물(단독상가건물, 지분등기가 된 상가건물 등), 무허가건물이나 가건물(사업자등록증과 확정일자를 받아 두었다면) 불법건축물로서 행정기관에 의해 철거될 수

2) 예컨대, 서울특별시: 2억4천만원 2. 수도권정비계획법에 의한 수도권중 과밀억제권역(서울특별시를 제외한다): 1억9천만원 3. 광역시(군지역과 인천광역시지역을 제외한다): 1억5천만원 4. 그 밖의 지역: 1억4천만원(상가건물임대차보호법 시행령 제2조 1항).

3) 대판 1987.3.24, 86다카164

4) 박명주, 「부동산임대차실무」, 부연사, 2004, 173면.

5) 환산보증금이란: 보증금과 월세환산액(월세를 연 12%의 금리를 적용하여 보증금으로 환산: 월세×100)을 합한 금액을 말한다.

있다 하더라도 건물의 일부로서 경매진행시 경락되므로 따라서 임차할 당시 영업용으로서의 형태가 실질적으로 갖추어져 있었다면 보호를 받을 수 있다.⁶⁾ 비영업용 건물을 주인이 영업용도로 개조하여 세놓은 건물, 비영업용 건물을 세입자가 주인의 승낙을 받고 영업용도로 개조하여 사용하는 건물, 주거를 겸하는 가게나 공장 등이 있으며, 보호를 받지 못하는 경우는 보증금이나 월세를 내지 않고 사용하는 경우(무료사용), 비영업용 건물을 임차인이 임대인의 승낙 없이 영업용으로 개조한 경우, 또는 식당으로 사용하는 점포에 딸린 방에서 가족이 함께 사는데, 전체면적의 3분의 2가 방이며 3분의 1이 점포로 식당으로 사용한다면 전입신고와 사업자등록신청까지 마쳤더라도 보호받지 못한다.⁷⁾ 아울러 임차인의 적용범위를 보면 이 법의 취지가 국민의 경제생활의 안정을 보호하려는 데 있다. 따라서 구체적인 그 범위를 주택임대차보호법과 달리 자연인, 법인, 외국인, 외국회사라도 사업자등록신청이 가능한 경우라면 보호대상이라고 해야 한다.⁸⁾

2. 對抗力

1) 意義

대항력이란 임차인이 자신의 임차권리를 임대인뿐만 아니라 제3자에게 대하여도 주장할 수 있는 법률적인 권리를 말한다.⁹⁾

상가건물임대차보호법 제3조 제1항은 “임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조 또는 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자 등록을 신청한 때에는 그 다음날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다”라고 규정하고 있다. 여기서 “제3자에 대하여 효력이 생긴다”는 것은 임차건물이 다른 사람에게 넘어가거나 경락되더라도 새로운 건물주인이나 경락인에게 임차권을 주장할 수 있다는 것을 의미하며 대항력이 생긴다는 것을 말한다.

대항력의 인정범위에 관하여 학설상의 대립이 있어 왔으나 우리나라의 통설은 임차인이 임대차계약에 따라 임대인에게 주장할 수 있는 모든 권리를 양수인에게도 주장할 수 있다는 견해로 집약되고 있다. 따라서 임대차계약의 존속 중에

6) 서울지판 1998.4.29, 98나1163.

7) 대판 1996.3.12, 95다51953.

8) 박명주, 전제서, 175면.

9) 조성국, 「부동산사법」, 형설출판사, 2004, 482면.

임차건물이 매매되거나 경매된 경우라도 임차인은 양수인이나 경락인에게 임대차관계의 존속을 주장하면서 임차건물을 계속하여 사용하거나 보증금 또는 전세금의 반환을 청구할 수 있게 된다.

2) 對抗力の 發生要件

(1) 賃貸借가 적법하게 存在할 것

상가건물임대차보호법상 대항력이 주장될 수 있는 논리적 전제로 해당 건물에 대한 임대차가 유효하게 존재하여야 한다. 따라서 상가건물을 불법으로 점유한 경우에는 임대차계약이 존재하지 않으므로 대항력을 취득할 수 없고, 임대차계약이 무능력자나 무권대리인에 의하여 체결된 경우에는 추인을 받지 못하는 한 대항력을 취득할 수 없다. 또한 임대인과 임차인 사이의 임대차 계약이 유효하기 위해서는 임대인은 그 상가건물의 소유자나 처분권한을 소유하고 있어야 한다. 상가건물의 처분권한을 갖지 않은 임대인으로부터 임차권을 설정 받은 임차인이 설사 상가건물의 인도와 사업자등록 등의 요건을 갖추었다더라도 대항력은 생기지 않는다.¹⁰⁾ 그러나 상가건물의 소유자는 아니지만 상가건물에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한을 가진 임대인과 체결한 임대차계약은 상가건물임대차보호법의 적용을 받는다.¹¹⁾ 또한 외관상으로는 임대차계약의 형식을 취하고 있지만 실질은 주택의 사용·수익의 목적이 아니고 단지 상가건물소유자에 대한 채권을 담보할 목적으로 임대차계약을 형식적으로 체결한 경우에는 대항력을 취득할 수 없다.¹²⁾

임차인은 임대인의 동의를 얻어 임대차를 양도하거나 전대할 수 있는 바, 임차인이 임대인의 동의 없이 양도나 전대를 한 경우에는 임대인에 대하여 그 행위를 가지고 대항할 수 없다. 그러나 임대차 계약이 존속기간의 만료 또는 해지권의 행사로 인하여 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환 받을 때까지는 임대차관계는 존속하는 것으로 보므로 그 기간 내에는 대항력은 여전히 존재한다(상가건물임대차보호법 제9조 제2항). 또한 민법에 규정한 임차권의 등기에 대항력이 있음은 주지의 사실이다(민법 제621조 제2항).

10) 대판 1995.12.12, 95다32037.

11) 대판 1995.10.12, 95다22283.

12) 서울고판 1984.10.26, 84나1128.

그 외 상가건물임차권으로 대항하기 위하여서는 다음과 같이 임차인의 건물의 인도와 사업자등록을 모두 갖추어야 하고 또 일치하여야 한다.¹³⁾

(2) 建物の引渡

상가건물임차권이 대항력을 갖기 위하여서는 건물의 인도가 있어야 한다. 여기서 대항요건으로서의 건물의 인도는 현실의 인도(민법 제188조 제1항)¹⁴⁾가 원칙이나 관념적 인도를 포함하는가에 대하여 다수설은 동법이 건물의 인도라고만 하고 있을 뿐만 아니라 민법상 인도에는 현실의 인도뿐만 아니라 관념적 인도를 포함하는 점을 들어 긍정한다. 상가건물의 인도는 상가건물에 대한 실질적 지배가 임대인으로부터 임차인에게 이전되면 된다. 그러나 간이인도(민법 제188조 제2항)처럼 전차인이 건물임차인으로 되는 경우는 문제가 없겠으나 목적물반환청구권의 양도(민법 제190조)에 의한 인도는 임차인이 사업자등록도 없고 직접 점유 상태가 아니므로 대항력을 구비하였다고 보기는 어렵다.

(3) 事業者登録에 의한 公示

상가건물임차권은 사업자등록에 의하여 공시된다. 상가건물임대차에 있어서 사업자등록을 대항력의 취득요건 중의 하나로 규정한 것은 상가건물임차권을 제3자에게 공시하기 위한 취지와 상가건물의 양수인이나 경락인에게 임차인이 임차 건물에서 영업을 시작한 시기를 확정해주는 의미에서 사업자등록을 신청하면 다음날부터 대항력이 생길도록 정하고 있다(상가건물임대차보호법 제3조 제1항). 그러나 대항력의 취득요건으로서의 사업자등록이 상가건물임대차를 제3자에게 공시를 하기 위함이라하나 공시의 방법으로 적합한 방법인가¹⁵⁾에 대하여 의문이 제기되고 있다. 판례는 사업자등록이 어떤 임대차를 공시하고 있는가의 여부는 일반 사회통념상 그 사업자등록으로 당해 임대차건물에 임차인이 사업자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있는가의 여부에 따라 결정되는 것이라고 한다.¹⁶⁾ 또한

13) 대판 1990.5.22, 89다카18648 ; 대판 1996.4.12, 95다55474 ; 대판 1995.8.11, 95다177 ; 대판 1996.2.23, 95다48421 ; 대판 2000.4.21, 2000다1549.

14) 김효석, 「주택임대차분쟁의 법률실무」, 법률서원, 1999, 76-77면 ; 서울고판 1997.4.9, 96나32937.

15) 소재선, “제정상가임대차보호법의 문제점과 개선방안”, 「경희법학」 제36권 제2호, 경희대법학연구소 2002, 95면.

16) 대판 2002.3.15, 2001다80204 ; 1989.6.27, 89다카3370 ; 1994.11.22, 94다13176 ; 1995.4.28, 94다27427 ; 1997.7.11, 79다10024.

건물의 인도 후 사정상 일주일 후에 사업자등록신청을 했는데 그 사이에 저당권이 실행된 것을 알게 되었을 경우에 만일 경매가 되면 어떻게 되느냐에 대하여, 이 경우 저당권보다 늦게 대항요건을 갖추었으므로 경매낙찰자에게 대항할 수 없다. 만약 확정일자가 있으면 순서에 따라 배당절차에 참가할 수는 있다. 판례는 “주택임대차보호법 제3조 제1항이 인도와 주민등록을 갖춘 다음날부터 대항력이 발생한다고 규정한 것은 인도나 주민등록이 등기와 달리 간이한 공시방법이어서 인도 및 주민등록과 제3자 명의의 등기가 같은 날 이루어진 경우에 그 선후 관계를 밝혀 선순위 권리자를 정하는 것이 사실상 곤란한데다가, 제3자가 인도와 주민등록을 마친 임차인이 없음을 확인하고 등기까지 경로 하였음에도 그 후 같은 날 임차인이 인도와 주민등록을 마침으로 인하여 입을 수 있는 불측의 피해를 방지하기 위하여 임차인보다 등기를 경로한 권리자를 우선 시키고자 하는 취지이므로 대항력은 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 발생한다”고 하고 있다.¹⁷⁾ 따라서 상가건물도 주택의 경우와 같은 해석을 할 수 있을 것으로 생각한다.

사업자등록에 관하여는 부가가치세법(제5조), 소득세법(제168조), 법인세법(제111조)에서 각각 규정하고 있는데 소득세법, 법인세법은 사업자등록절차에 관하여 부가가치세법을 준용하고 있다.

3) 對抗力의 發生時期와 存續期間

(1) 發生時期

대항력은 건물의 인도(입주) 및 사업자등록의 두 가지 요건을 갖추어야 하는데 두 가지 요건 중 가장 늦을 날을 기준으로 대항력이 생긴다. 한편, 확정일자 순위에 따른 우선변제권은 건물의 인도(입주), 사업자등록신청, 확정일자라는 세 가지 요건을 모두 갖추어야 하고, 3가지 요건 중 가장 늦을 날을 기준으로 순위가 결정된다. 따라서 대항력은 건물의 인도 및 사업자등록신청한 다음날¹⁸⁾로부터 제3자에 대하여 주장할 수 있다. 그러나 사업자등록신청이 먼저 이루어진 경우에는 상가건물의 인도가 있는 다음날이 대항력을 취득하는 시점이 된다.¹⁹⁾ 주택임대차

17) 대판 1997.12.12, 97다22393.

18) 다음날의 의미는 익일 오전 0시부터 대항력의 효력이 생긴다는 취지이다(대판 1999.5.25, 99다9981).

19) 대판 1999.3.23, 98다46938.

에 있어서도 임차인이 주택의 인도와 전입신고를 마친 때에는 주택임대차보호법 제3조에 의하여 그 다음날부터 임차주택의 양수인에 대하여 대항력을 취득하게 되므로, 보증금의 반환을 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있는 권리를 가지게 되는 것이고, 여기서 임차인이라 함은 적법하게 임대차계약을 체결하여 그 임대차관계가 유지되고 있으면 충분한 것이며, 반드시 새로운 이해관계인이 생기기 전까지 임대인에게 그 보증금을 전부 지급해야 하는 것은 아니다.²⁰⁾

(2) 存續期間

상가건물임대차보호법상의 대항력을 유지하기 위하여는 대항력의 취득요건인 상가건물의 점유와 사업자등록이 계속 존속하여야 한다. 주택임대차보호법에서 주택의 인도와 주민등록은 대항력의 취득요건이자 존속요건이듯 상가건물임대차보호법에서도 상가건물의 인도와 사업자등록은 취득요건이자 존속요건이다.

달리 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 임차인이 주택임대차보호법에 의한 대항력과 우선변제권을 인정받기 위한 주택의 인도와 주민등록이라는 요건은 그 대항력 및 우선변제권의 취득 시에만 구비하면 충분한 것이 아니고 경매절차의 배당요구의 종기인 경락기일까지 계속 존속하고 있어야 하는데,²¹⁾ 처음의 경락허가결정이 취소되어 신 경매를 하였거나 경락허가결정의 확정 후 최고가매수인이 경락대금을 납부하지 아니하여 재경매를 한 경우에 있어서, 배당요구의 종기인 경락기일이라 함은 배당금의 기초가 되는 경락대금을 납부한 경락인에 대하여 경락허가결정을 한 마지막 경락기일을 말한다고 보아야 한다. 동일한 임차주택에 대하여 대항력을 가진 임차인이 중복하여 나타나거나 가장임차인이 나타남으로 말미암아 경매 절차의 다른 이해관계인들에게 피해를 주거나 경매절차의 진행을 방해하는 것을 방지하여야 할 필요성은 배당요구가 있을 수 있는 최종시한인 마지막 경락기일 까지 존재하는 것이기 때문이다.²²⁾

4) 對抗力의 內容

(1) 一般賣買의 對抗力

20) 대판 2001.1.19, 2000다61855.

21) 대판 1997.10.10, 95다44597.

22) 대판 2002.8.13, 2000다61466.

첫째, 임차인이 상가건물을 인도받고 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음날부터 상가건물을 매수한 자(그 밖에 임대할 권리를 승계한자 포함)에게 보증금의 인수와 존속기간을 주장할 수 있다(동법 제3조 제2항).

둘째, 임대인의 지위가 양수인에게 승계된 경우 종전의 임대인은 임대차관계에서 탈퇴하고 양수인 등이 그 관계에서 발생하는 모든 지위를 승계한다. 이 경우에 임대차보증금반환채무도 주택의 소유권과 결합하여 일체로서 이전하는 것이며 이에 따라 양도인의 임대보증금반환채무는 소멸하는 것이다.²³⁾ 이 때 승계는 면책적 채무승계로서 종전 임대인에게 임차인은 보증금의 반환청구를 할 수 없다.²⁴⁾

셋째, 주택에 대한 매매계약의 해제로 인해 소유권을 상실하게 된 임대인으로 부터 그 계약이 해지되기 전에 주택을 임차하고 주택임대차보호법상 대항력을 갖춘 임차인은 계약해제로 인해 권리를 침해받지 않는 제3자에 해당하고, 이 경우 해제로 소유권을 회복한 제3자는 주택임대차보호법 제3조 제2항에 따라 임대인의 지위를 승계한다.²⁵⁾

넷째, 임차인은 확정일자를 받지 않고 대항력 요건만 갖추고 있더라도 매매에 해당하는 경우에는 상가건물을 매입한 자에게 보증금과 존속기간을 주장할 수 있다.

다섯째, 임대차 종료 후에 상가건물의 소유자가 변경된 경우라 하더라도 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계가 존속하는 것으로 본다(동법 제3조 제2항, 제9조 제2항). 대항력이 있는 주택임대차에 있어 기간만료나 당사자의 합의 등으로 임대차가 종료된 경우에도 주택임대차보호법 제4조 제2항에 의하여 임차인은 보증금을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제되므로 그러한 상태에서 임차목적물인 부동산이 양도되는 경우에는 같은 법 제3조 제2항에 의하여 양수인에게 임대차가 종료된 상태에서의 임대인으로서의 지위가 당연히 승계되고, 양수인이 임대인의 지위를 승계하는 경우에는 임대차보증금 반환채무도 부동산의 소유권과 결합하여 일체로서 이전하는 것이므로 양도인의 임대인으로서 지위나 보증금 반환채무는 소멸하는 것이지만, 임차인의 보호를 위한 임대차보호법의 입법취지에 비추어 임차인이 임대인의 지위승계를 원하지 않는 경우에는

23) 대판 1989.10.24, 88다카13172.

24) 조성국, 전게서, 483면.

25) 대판 2003.8.22, 2003다12717.

임차인이 임차주택의 양도사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속으로부터 벗어날 수 있다고 봄이 상당하고, 그와 같은 경우에는 양도인의 임차인에 대한 보증금반환채무는 소멸하지 않는다.²⁶⁾

(2) 競買에서의 對抗力

첫째, 최초근저당(말소기준권리)보다 앞선 일자로 대항력 요건을 갖춘 경우(임차인이 상가건물을 인도받고 사업자등록신청한 경우 그 다음날) 경락인은 임차인의 보증금과 존속기간을 인수해야 한다. 이 때는 확정일자를 받지 않아도 임차인은 보증금의 인수를 경락인에게 주장할 수 있다. 둘째, 최초근저당보다 앞선 일자로 대항력과 확정일자의 요건을 갖춘 임차인이 배당요구를 하였음에도 임차보증금의 전액을 배당받을 수 없을 때에는 그 잔액을 받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다. 그러나 저당권설정일보다 늦게 대항요건을 갖춘 경우에는 경매 실행시 대항할 수가 없다.²⁷⁾

판례는 “대항력과 우선변제권의 두 가지 권리를 겸유하고 있는 임차인이 먼저 우선변제권을 선택하여 임차주택에 대하여 진행되고 있는 경매절차에서 보증금 전액을 배당받을 수 없을 때에는, 보증금 중 경매절차에서 배당받을 수 있었던 금액을 뺀 나머지에 관하여 경락인에게 대항하여 이를 반환받을 때까지 임대차관계의 존속을 주장할 수 있다. 이 경우 임차인의 배당요구에 의하여 임대차는 해지되어 종료되며, 다만 같은 법 제4조 제2항에 의하여 임차인이 보증금의 잔액을 반환받을 때까지 임대차관계가 존속하는 것으로 의제될 뿐이어서, 경락인은 같은 법 제3조 제2항에 의하여 임대차가 종료된 상태에서의 임대인의 지위를 승계하고, 임차인의 우선변제권은 경락으로 인하여 소멸하는 것”이라고 하고 있다.²⁸⁾

3. 賃貸借期間 및 契約更新

1) 賃貸借期間

26) 대판 2002.9.3, 2001다64615 ; 대판 1989.10.24, 88다카13172.

27) 강해규 외, 「부동산계약이론과 실무」, 형설출판사, 2002, 175면.

28) 대판 1998.6.26, 98다2754.

임대차기간은 계약자유의 원칙에 따라 임대인과 임차인간의 임대차계약에 의하여 정해진다. 상가의 임대차에 있어서는 일반적으로 최단의 존속기간을 1년으로 계약하고 있고, 최장기간의 제한에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 따라서 최장기간의 제한에 관해서는 민법 제651조가 규정하는 일반원칙에 따라 임대차의 존속기간은 20년을 넘지 못한다(민법 제651조 제1항 본문).

존속기간에 대하여 입법과정에서 여러 가지 의견이 제시되었으나, 상가건물임대차보호법 제9조 제1항에서 ‘기간이 정함이 없거나 기간을 1년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 1년으로 본다. 다만, 임차인은 1년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있다’(동조 제1항 단서)고 하고, 제2항에서 ‘임대차가 종료한 경우에는 임차인이 보증금을 반환 받을 때까지는 임대차 관계는 존속하는 것으로 본다’고 최종적으로 입법하였다. 위 규정은 상가임대차의 최단기 존속기간을 규정한 조문으로 1년 미만의 단기계약을 제한하는 규정이며 강행규정으로 이 규정에 위반한 약정은 무효이다(동법 제15조).

그러나 주택임대차에 있어서 임차인의 요구에 의하여 2년 미만으로 정한 임대차계약도 역시 강행규정에 위반한 무효에 해당하는가에 대하여, 판례는 임차인에게 불리하지 아니한 약정은 유효하며 위 약정에 따라 임차인이 임대차기간이 만료되었음을 이유로 임차주택의 경매절차에서 임대보증금의 우선변제를 청구할 수 있다고 판단하였고,²⁹⁾ 상가건물임대차보호법은 제9조 제1항 후단에 “임차인은 1년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있다”고 규정하여 임차인의 요구에 의하여 임대차기간을 1년 미만으로 약정한 임대차계약도 적법하다. 다만 임대인이 임차인의 의사에 반하여 1년 미만으로 약정한 임대차계약서는 강행규정(동법 제15조)에 위반되어 무효이다.

또한 상가건물임대차보호법 제9조 제2항은 “임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환 받을 때까지는 임대차관계는 존속하는 것으로 본다”고 규정하여 임대인이 임차인에게 보증금을 반환할 때까지는 임대차는 계속 중임을 밝히고 있다.

2) 契約更新

일반적으로 임대차관계는 임대기간의 만료로 종료하는 것이 원칙이다. 따라서 임차인은 기간의 만료와 함께 임차물을 반환하고 임대인은 임차인에게 보증금을

29) 대판 1995.5.26, 95다13258 ; 1996.6.25, 96다12474.

지급하지 않으면 안 된다. 만약 임대인과 임차인 간에 임대차계약을 계속하려면 전 임대차와 동일한 조건이나 조건을 변경하여 다시 임대차계약을 하는 것이 계약의 갱신이다. 그러나 임대차기간이 만료한 후 임차인이 임차물의 사용·수익을 계속하고 있음에도 상당한 기간 내에 임대인이 이의를 제기하지 않으면 전 임대차와 동일한 조건으로 계약된 것으로 본다.

계약의 갱신은 임차인에게 일정기간 존속기간을 보장해 주는 의미를 가지고 있다. 특히 상가임대차에 있어서 계약의 갱신은 영세한 임차인이 안심하고 영업행위를 할 수 있도록 보장하고 특히 우리나라 상가임대차에 있어서 가장 큰 문제점인 권리금을 해결할 수 있는 제도이기도 하다. 다만 이러한 규정은 임대인과 임차인 간의 형평성이 고려되어야 한다.

민법의 임대차규정에는 목시의 갱신(민법 제639조), 임차인의 갱신청구권과 매수청구권(민법 제643조)을 규정하고 있으나 상가임대차에 있어서 임차인을 보호하기에는 미흡하였다. 따라서 국회에 제출된 모든 상가건물임대차보호법안에 계약갱신요구권을 임차인에게 부여하는 규정을 두었고, 이 규정은 상가건물임대차보호법의 중심을 차지하고 있다고 볼 수 있다.

계약갱신에 대한 국회청문회 토론에서는, 상가건물임대차보호법안은 법정해지권이 존재하지 않고, 계약당사자의 약정해지권이 인정되는 5년 동안은 임대차계약의 해지가 인정되지 않는 법률이 되어, 임대인의 소유권을 과도하게 침해한 규정으로 헌법에 보장되고 있는 재산권에 대한 본질적 침해 내지는 과잉금지의 원칙에 위배되는 것으로 위헌의 소지가 있다는 의견과, 임차인이 계약갱신을 요구하면 임대인은 이를 거절하지 못하도록 하면서 갱신거절이 가능한 경우를 한정하여 열거하는 것은 임대인의 소유권 행사에 대한 과도한 침해여서 사유재산권의 보호와 계약체결의 자유라는 헌법 및 재산법의 기본원칙을 무시하면서까지 임차인을 보호하는 것은 적절하지 않으며 특히 상가건물의 임차인이 주택임차인보다도 더 두텁게 보호할 아무런 이유가 없다는 견해가 있었다.³⁰⁾

최종적으로 법사위에서는 국회에 제출된 모든 법안은 정당한 사유가 있으면 임대인의 계약갱신 거절이 가능하며, 그 정당한 사유로서 예시하고 있는 것은 예시규정에 불과하고, 그 외의 논란이 될 수 있는 문제에 대하여는 법원의 소송에 의하여 계약갱신을 거절하면 되므로 재산권침해는 아니라는 반대의견에 따라 상가건물임대차보호법 제10조 제1항에 임차인은 임대인에게 계약만료전 6월부터 1월 사이에 임대인에게 계약갱신을 요구할 수 있고, 임대인은 동법 제10조 제1항

30) 제16대 국회상임위의사록, “상가 등 상가임차보호관련법안에 관한 공청회”, 제224회 제1차, 2001, 37면.

의 제1호 내지 제8호에 해당되는 정당한 사유가 없을 때에는, 임차인의 갱신요구를 거절할 수 없도록 하고 있다. 임대인의 계약갱신 거절사유로 ①임차인이 3기의 차임 액에 달하도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우,³¹⁾ ②임차인이 거짓 그밖의 부정한 방법으로 임차한 경우, ③쌍방 합의하에 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공 한 경우(주택임대차보호법에서는 없는 규정으로 임대인에게 임차건물의 명도를 하는 조건으로 그에 따른 퇴거보상을 지급하는 것을 말한다), ④임차인이 임대인의 동의 없이 목적 건물의 전부 또는 일부를 전대한 경우, ⑤임차인이 임차한 건물의 전부 또는 일부를 고의 또는 중대한 과실로 파손한 경우, ⑥임차한 건물의 전부 또는 일부가 멸실 되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우, ⑦임대인이 목적 건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위해 목적 건물의 점유 회복이 필요한 경우, ⑧그밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 존속하기 어려운 중대한 사유를 들고 있다.

위에서 본바와 같이 임대인이 계약갱신을 거절할 수 있는 8가지 사유를 규정하고 있는데, 우선 계약갱신의 사유를 규정하는 방법으로 예시적으로 열거하는 방법과, 포괄적으로 규정하는 방법이 있는데, 이에 대한 외국의 입법례를 보면, 프랑스에서는 1953년 개정법 제10조 내지 제15조에 계약갱신사유를 규정하였고, 독일은 해약고지 사유로 규정하고 있으며, 영국에서는 1954년 임대차법 제30조 제1항에 규정하여 열거주의를 택하고 있는 반면에, 일본은 영업용건물 임대차에 있어서‘자기사용을 필요로 하는 경우’와 ‘정당한 사유가 있는 경우’로만 규정하고 구체적인 사유는 법원의 판단에 맡겨, 포괄주의를 택하고 있다. 동조 제2항에서는“임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차 기간을 포함한 전체 임대차 기간이 5년을 초과하지 않는 범위 내에서만 행사할 수 있다”고 규정하고, 제3항에서는 “갱신된 임대차는 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 본다”라고 규정하여, 임차인은 최초 임대차계약일로부터 5년의 범위 내에서 계약갱신요구를 할 수 있다.

판례도 “상가건물임대차보호법 제10조 제2항은 ‘임차인의 계약갱신요구권은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하지 않는 범위 내에서

31) 임대인에 의한 계약갱신 거절사유 중“3기의 차임액에 달하도록 차임을 연체한다”는 의미는 차임의 연체가 3기 연속될 것을 의미하는 것은 아니고, 전후 합하여 연체액이 3기에 달하기만 하면 된다는 것을 뜻한다. 임차인이 임대료를 3기에 이르도록 연체할 때에는 임대인은 언제든지 임대계약을 해지할 수 있다. 그리고 이때의 해약고지권은 형성권이다.(이송희 “영업용건물의 임대차에 관한 연구”, 전주대학교대학원 박사학위논문, 1995, 25면).

만 행사할 수 있다'라고 규정하고 있는 바, 여기서 '최초의 임대차 기간'이라 함은 위법 시행 이후에 체결된 임대차 계약에 있어서나 위법 시행 이전에 체결되었다가 위법 시행 이후에 갱신된 임대차계약에 있어서 모두 당해 상가건물에 관하여 최초로 체결된 임대차계약의 기간을 의미한다"고 판시하고 있다.³²⁾

법정갱신에 대하여는 제10조 제4항에 "임대인이 제1항의 기간 이내에 임차인에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건의 변경에 대한 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차 한 것으로 본다. 이 경우에 임대차의 존속기간은 정함이 없는 것으로 본다"고 규정하고 있다.

일반적인 임대차에 있어서 임대차기간의 만료 후에 임차인이 임차물을 반환하지 않고 여전히 사용·수익하고 있음에도 불구하고, 임대인이 그에 대하여 반환요구 등의 아무런 이의를 하지 아니할 경우, 임차인으로서의 임대인이 종전의 임대차관계를 그대로 존속시키려고 하는 것으로 신뢰하게 되고, 임차인의 이러한 신뢰를 보호하기 위하여 '묵시의 갱신'을 인정하고 있다. 상가건물임대차보호법은 제10조 제4항에 묵시의 갱신을 규정하여, 임대인이 임대차기간 만료 전 6월부터 1월까지에 임차인에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는, 그 기간이 만료된 때에 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차 한 것으로 간주함으로써 임차인을 보호하고 있다. 임대인이 기간이 만료되었다 하여 아무런 사전 통지도 없이 임차인에게 임차건물을 명도 하라고 요구할 수 있다고 하면 임차인의 영업활동이 심각한 위협을 받기 때문에, 임대인이 계약의 갱신을 원하지 않거나 계약조건을 변경하려면 미리 임차인에게 통지하도록 함으로써 임차인으로 하여금 그에 대비할 수 있도록 규정한 것이다. 묵시의 갱신 이후 임차인의 임대차계약 해지는 언제든 할 수 있으나 임차인이 해지 통고 후 3개월이 지나면 효력이 발생한다.

갱신거절의 통지를 임대차기간이 만료하면 더 이상 임대차관계를 존속시키지 아니하겠다는 통지를 말한다. 이러한 통지는 명시적으로 할 필요는 없으며 묵시적으로도 가능하다.³³⁾

4. 借賃 등의 增減請求權

32) 대판 2006.3.23, 2005다74320.

33) 민일영, 「채권각론」, 박영사, 2000, 256면.

1) 概說

차임은 임대차계약의 본질적 요소로서 차임지불의무는 상가건물임대차보호법에서 직접 정하고 있는 것이 아니고, 민법 제618조에서 규정하고 있다. 차임액에 관하여는 아무런 제한이 없으므로 당사자의 약정으로 자유로이 정할 수 있다. 그러나 통상 차임에 관하여는 임대인이 자유로 증액을 하는 경우가 많았으므로 상가건물임차인에게 큰 부담이 되어 차임의 증액에 대하여는 일정한 제한을 두는 것이 차임증감청구권에 관한 입법취지이다.

2) 借賃增減請求權

상가임대차보호법에서는 “최초 임대차계약과 비교하여 현재의 제반사정이 현저히 변동되었을 때, 임대인 및 임차인은 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다”라고 규정하고 있다(동법 제11조 제1항). 여기서 현저한 변동이란 조세·공과금등으로 인해 부담금이 증가되었거나, 사회 전반적인 경제적 사정의 변동을 말한다. 단, 장래에 대하여만 증감청구를 할 수 있는 것이지 소급하여 증감하는 것은 불가능하므로 주의해야 한다. 여기서 중요한 것은 이 규정은 임대차 계약이 존속중일 때 적용된다는 것이다. 즉 계약 만료 후 재계약의 과정이나, 쌍방의 합의에 의한 증감은 해당되지 않는다 할 것이다.

차임 등의 증액청구는 1년 이내 반복하여 청구할 수는 없다. 또한 1년이 지난 후에 증액을 하더라도 그 범위는 청구 당시의 차임 또는 보증금의 100분의 12만큼의 금액을 초과하여 증액 청구를 한 때에는 기존비율을 초과하는 부분은 강행규정 위반으로 동법 제15조의 규정에 의하여 무효이다.³⁴⁾ 따라서 임대인의 강요에 의하여 임대차계약서에 차임감액 청구를 하지 않겠다는 특약을 했다 하더라도 임차인은 경제사정의 변동에 의하여 차임감액을 신청할 수 있다고 해석된다.

차임 등 증감청구권의 효력 발생시기는 차임 등 증감청구권의 법적 성질을 대부분 형성권³⁵⁾으로 보고 있으므로 차임 등 증감청구의 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 바로 상당한 범위로 증감된다. 그러나 당사자간 이견이 있을 경우에는 법원이 그 상당액을 확정하여야 하며,³⁶⁾ 이때 차임 인상을 요구하는 임대인과

34) 박영욱, “상가건물임대차보호법”, 『법제통진』 제539호, 법제처, 2002.11, 85면.

35) 김형배, 『채권각론』, 박영사, 1997, 139면.

36) 대판 1993.3.23, 92다39334: 92다39341.

차임감액을 요구하는 임차인 간의 임대료 소송에 있어서 임차인은 판결이 확정 될 때까지 종전 임대료를 지불하면 된다. 법원이 차임 및 보증금의 증액을 확정 하는 경우에는 그 호가정액에 따라 증감의 효력이 발생하는 것은 판결 확정시부터가 아니라 증감청구의 의사표시가 상대방에게 도달한 때부터이다.³⁷⁾

상가건물임대차보호법의 적용범위는 임대보증금에 의한 제한 규정을 설정함으로써 인하여 차임 등의 증감액에 따라 동법의 보호를 받을 수 있는지 여부가 결정되므로 차후 차임 등의 증감청구에 대한 민사소송이 양산 될 우려가 있다. 계약갱신의 경우 차임 및 보증금의 증액청구는 청구당시 차임 등의 연 12% 범위 이내 이어야 한다. 보증금 이외에 월차임을 지급하는 형태의 임대차인 경우 보증금은 인상하지 않고 월세만 인상하거나 반대로 월세는 인상하지 않고 보증금만 인상하거나 보증금과 월세를 모두 인상하는 등 어떤 경우라도 월세를 보증금으로 환원할 때는 연 12%를 넘어서는 안된다. 상가임차인에게 계약갱신요구권을 인정하여 임대차관계를 5년간 보장하지만, 최소 1년 단위로 당사자간에 자유롭게 계약을 체결하는 것을 인정하면서 그 증액율을 이와 같이 제한하였지만, 감액의 경우에는 이러한 인하율의 제한을 받지 아니한다.

한편, 보증금의 월차임으로 전환 시 산정율을 연 15%로 제한하였는데, 이것은 보증금의 전부나 일부를 월세로 전환하는 경우 그 상한선을 규정함으로써 보증금의 이율보다 월세가 과다하게 산정되어 상가임차인의 피해를 막기 위한 조치이다. 2001년 12월 주택임대차보호법 개정에서 제7조의 2를 신설하여 보증금의 전부 또는 일부를 월 단위의 차임으로 전환하는 경우에 임대인의 부당한 이익을 방지하기 위하여 제한하였는데, 이를 본받아 상가건물임대차보호법 제12조에 같은 규정을 두었다. 그리하여 월 단위의 차임으로 전환하고자 할 경우에는 금융기관에서 적용하는 대출금리 및 당해지역의 경제여건 등을 감안하여 대통령령으로 정한 비율을 곱한 월차임의 범위를 초과하지 못한다고 하였다(상가건물임대차보호법 제12조).

이와 관련하여 주택임대차의 경우 “법 제7조의 2에서 대통령령이 정하는 비율이라 함은 연 1할4푼을 말한다”고 하였는데(주택법시행령 제2조의 2), 상가건물임대차보호법 시행령은 법 제12조 규정에 의하여 건물주가 보증금을 월세로 전환할 경우에는 보증금의 전부나 일부를 불문하고, 월세로 전환하는 비율은 보증금의 1할5푼을 넘지 못하도록 했다(시행령 제5조). 임대차계약의 쌍방 당사자에게 차임증감청구권을 인정하는 경우에도 “임대인이 일방적으로 차임을 인상할

37) 대판 1974.8.30, 74다1124.

수 있고, 그 상대방은 이의를 제기할 수 없다”는 내용으로 약정한 임대차계약은 민법 제628조 위반으로 무효라고 한 판례가 있다.³⁸⁾

5. 保證金の 回收

1) 保證金の 回收

(1) 保證金の 性質과 機能

우리나라에서는 종래부터 부동산의 임대차에 보증금이 수수되는 관습이 있어 왔고, 외국에 있어서 독일의 ‘보증금’(kaution)은 약 1개월의 차임 상당액이고 차임물 훼손시의 손해배상 의무를 담보하는 기능을 담당한다. 일본의 ‘부금’(敷金)은 약 1-2개월의 차임 상당액으로서 차임의 연체 및 임차물 훼손의 경우 임차인의 채무를 담보하는 기능을 담당한다. 일본에는 임차인이 입주 시 부금 외에 별도로 임대인에게 예금(1-2개월의 차임 상당액)을 증여하는 관습이 있다. 이렇듯 우리나라 보증금 관습은 독일의 ‘보증금’이나 일본의 ‘부금’과는 성격이 다른 고유한 내용으로 이용되어 왔다.

우리의 보증금은 임차물 훼손시 임차인의 손해배상채무를 담보하는 기능과 차임연체시 차임에의 충당금으로서의 기능을 담당하는 외에 차임(월세)의 변칙적 지급방법으로 이용된다. 임차인에게 무거운 월세의 부담을 주지 않기 위하여 차임의 일부는 임차물제공시에 목돈으로 지불한 보증금의 이자로 충당하도록 약정하고, 차임의 다른 일부는 월세로서 다달이 지불하도록 약정한다. 이때 월세보증금은 마치 전세금과 마찬가지로 차임지급의 기능을 담당하며 임대인은 보증금의 수령으로서 차임의 일부를 만족 받는다. 이러한 보증금의 차임지급기능은 전세관행이 우리나라에 고유하듯이 우리나라에 고유한 제도이다. 그 밖에 임차인이 보증금을 지불함으로써 일정기간의 월세를 선불한 것으로 계산하여 매달 월세지불 의무를 지지 않는 방법도 이용되나, 이 방법은 임차인에게 매우 가혹하여 점차 이용이 줄어들고 있다. 이 경우 임차인은 임대차종료시 보증금에서 그 간의 월세를 공제한 잔액(전액 공제되고 잔액이 없는 경우가 대부분이다)만을 반환 받는다. 보증금의 법률관계는 이러한 고유관습을 기초로 이해되어야 한다. 민법에는 보증금에 관한 규정이 없으나 주택임대차보호법에 보증금의 반환에 관한 규정이

38) 대판 1992.11.21, 92다31163·31170.

있으며, 상가건물임대차보호법에는 보증금의 회수에 관한 규정이 있다.

우리나라 구관습의 전세는 제한물권인 전세권으로 입법되었다. 현행 민법의 제정으로 전세권자의 지위가 물권자로서 강화된 반면에, 전세권등기를 하지 못한 자의 법적 지위가 모호하게 되었다. 종래의 학설·판례는 등기되지 않는 전세의 법률관계를 ‘채권적 전세’라고 부르고, 그의 부동산용익관계는 임대차의 성질을 가지며 전세금의 법률관계는 보증금에서와 같다고 파악하였다. 1983년의 주택임대차보호법 개정에서는 제12조를 신설하여 ‘주택의 등기하지 아니한 전세계약’에 동법을 준용하며, 그 때 전세금은 임대차의 보증금으로 본다는 명문규정을 두었다. 그러나 주택 이외의 사무실·점포의 전세에 관해서는 입법이 행해지지 않았다. 그에 관해서는 종래의 학설·판례에 따라 해석하는 수밖에 없다. 결국 전세금이 임대차보증금으로 다루어진다는 점에서는 주택이나 그 밖의 경우나 차이가 없다.³⁹⁾

임차인이 보증금을 회수할 수 있는 방법에 대해 규정하는데, 그것은 크게 두 가지이다. 하나는 임차인이 임대인을 상대로 보증금의 반환을 청구하고 임대인이 이에 응하지 않는 때에는 보증금반환청구소송을 제기하는 것이며, 둘은 임차상가에 대해 다른 채권자에 의해 경매 등이 개시되는 경우에 일정한 요건 하에 임차인이 그 권리순위에 따라 우선변제를 받는 것이다. 즉 배당에 참여하여 우선변제를 받을 수 있을 뿐이고, 임차인에게 경매청구권은 인정되지 않는다.⁴⁰⁾

보증금이란 상가 등 임대차관계에 있어서 임차인이 채무를 담보하기 위하여 임차인 또는 제3자가 임대인에게 지불하는 금전이나 유가물을 말한다. 보증금은 임대차계약의 종료 시 또는 목적물의 멸도 시에 임차인이 임대인에게 차임을 지불하지 않는 등 채무불이행이 있으면, 보증금에서 그 금액을 공제하는 담보목적물이며 소유권은 임대인에게 있다.⁴¹⁾ 보증금은 담보의 가치를 가지고 임대인의 이익을 보호하는 것이지만 임차인에게는 과도한 차임의 부담을 줄여주는 기능도 가지고 있다.

상가건물임대차보호법은 보증금을 적용범위의 한 요건으로 규정하고 있다(상가건물임대차보호법 제2조 제1항). 그만큼 우리나라의 부동산 임대차에 있어서는 임대보증금이 재산적 가치가 많다는 것을 알 수 있다. 또한 우리나라의 상가건물 임대차보호법제가 ‘임대보증금 반환의 확보’에 최우선적 배려를 하고 있는 것은,

39) 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2005, 460-461면.

40) 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007, 1395면.

41) 어인의, “보증금과 권리금에 관한 고찰”, 「법학논집」 제10집, 청주대학교법학연구소, 1995, 142면.

우리나라의 임대보증금이 엄청난 고액이어서 임차인의 전 재산에 가까운 것이므로, 그 반환의 확보가 다른 어떤 보호책보다도 절실 하다고 판단하였기 때문이다. 따라서 상가건물임대차보호법은 임차인의 보증금회수를 위하여 일정한 요건을 갖춘 임차인에게 우선변제권과 소액임차인의 최우선변제권을 부여하여 임차인을 보호하고 있다.

(2) 保證金の 優先辨濟權

① 意義

우선변제권이란 담보물에 대한 경매시 자기의 권리순위에 따라 그 배당에 참가하여 변제를 받을 수 있는 권능을 말한다. 이 우선 변제권은 특정채권의 우선적 변제를 확보하기 위하여 법률의 규정에 의하여 성립하는 법정담보물권⁴²⁾이나 임차인에게 경매청구권은 인정되지 아니하므로 다른 채권자가 경매 실행을 하여 배당을 받을 때 참가하여 우선변제를 받을 수 있는 불완전담보물권이다.

한편 확정일자를 받은 임대차계약서의 성질을 민법 부칙 제3조의 소정의 공증력을 인정받는다. 확정일자는 세무서에서 상가건물임대차계약서상에 받게 되는데 이는 채권인 임대차에 물권적 효력인 순위보전적 효력을 인정하게 되므로 그 일자를 기준으로 후순위담보권자나 기타 일반채권자보다 우선하여 배당을 받을 수 있게 된다. 이는 전세권설정등기가 임대인의 협력 등이 필요한 번거로운 절차이지만 확정일자는 임대인의 협력 없이도 임차인 혼자서도 할 수 있는 간편한 제도로 임차인을 두텁게 보호하고 있다.

대항력과 확정일자를 구비한 상가임차인과 전세권등기를 한 전세권자가 배당에서 동일일자에 경합된다면 안분배당이 되며, 날짜에 차이가 있다면 순서에 따라 배당을 받게 된다. 전세권등기는 임대인의 협력이 필요하고 등기비용이 상당부분 소요되며 절차가 복잡하지만 확정일자는 임차인이 독자적으로 할 수 있고 신속하고 저렴하게 받을 수 있는 이점이 있다.

사업자등록신청을 하기 전이라도 확정일자 신청을 먼저 할 수는 있다. 그러나 임차인의 우선변제권은 사업자등록신청·건물인도·확정일자의 3가지 요건 중

42) 법정담보물권이란 일정한 요건 하에서 법률상 당연히 성립하여 채권을 담보하는 제한물권을 말한다. 민법상 법정담보물권으로는 유치권·법정질권·법정저당권이 인정되어 있다. 당사자의 설정행위에 의하지 않고 법률상 당연히 성립하여 특정채권의 담보를 유일한 목적으로 하는 법정담보물권은 당사자간의 계약에 의해서만 성립하고 채화를 자금화 하는 것을 목적으로 하는 약정담보물권과 다르다.(곽윤직, 「물권법」, 박영사, 2007, 374면; 김진수, “대항력 있는 주택임차인의 우선변제청구”, 「판례연구」, 제7집, 부산판례연구회, 1997, 108면).

가장 늦은 날을 기준으로 하므로 확정일자신청을 사업자등록보다 먼저 하더라도 실익이 없다. 확정일자 신청 시 사업자등록 정정신고서를 함께 제출하는 것은 임차인의 사업자등록사항 등이 임대차계약서상의 내용과 다를 경우에는 정확한 공시가 불가능하고 임차인의 권리인 대항력에 문제가 발생할 수 있기 때문에 정확을 기하기 위함이다. 확정일자부 우선변제권은 채권의 물건화 현상을 나타낸 주택임대차보호법의 중요한 특징의 하나로서, 상가건물임대차보호법에서도 그 성질을 같이 한다.⁴³⁾

② 要件

건물의 인도와 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조 또는 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록을 신청의 대항력과 관할 세무서장으로부터 임대차계약서상의 확정일자를 받은 임차인은 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임차건물(임대인 소유의 대지를 포함한다)의 환가대금에서 후순위권리자 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다(상가임대차보호법 제5조 제2항). 아울러 회수가 불가능한 경우를 보면 임차인은 임차건물을 양수인에게 인도하지 아니하면 보증금을 수령할 수 없다(동법 제5조 제3항). 판례에 있어서도 “상가건물의 임차인이 임대차보증금 반환채권에 대하여 상가건물임대차보호법 제3조 제1항 소정의 대항력 또는 같은 법 제5조 제2항 소정의 우선변제권을 가지려면 임대차의 목적인 상가건물의 인도 및 부가가치세법 등에 의한 사업자등록을 구비하고, 관할 세무서장으로부터 확정일자를 받아야 하며, 그 중 사업자등록은 대항력 또는 우선변제권의 취득요건일 뿐만 아니라 존속요건이기도 하므로, 배당요구의 종기까지 존속하고 있어야 한다. 그런데 신규로 사업을 개시한 자가 휴업 또는 폐업하거나 사업개시일 전에 등록한 자가 사실상 사업을 개시하지 아니하게 되는 때에는 지체 없이 관할세무서장에게 신고하여야 하고, 사업자가 폐업하거나 사업개시일 전에 등록한 자가 그 후 사실상 사업을 개시하지 아니하게 되는 때에는 사업장 관할세무서장은 지체 없이 그 등록을 말소하여야 한다고 규정하고 있는 부가가치세법 제5조 제4항, 제5항의 규정 취지에 비추어 보면, 상가건물을 임차하고 사업자등록을 마친 사업자가 임차건물의 전대차 등으로 당해 사업을 개시하지 않거나 사실상 폐업한 경우에는 그 사업자등록

43) 이러한 우선특권에는 담세우선특권(국세기본법 제35조 제1항 본문, 지방세법 제31조, 관세법 제20조), 임금우선특권(근로기준법 제30조의 2), 회사사용인의 우선특권(상법 제468조), 선박우선특권(상법 제861조, 제862조) 등이 있다.

은 부가가치세법 및 상가건물임대차보호법이 상가임대차의 공시방법으로 요구하는 적법한 사업자등록이라고 볼 수 없고, 이 경우 임차인이 상가건물임대차보호법상의 대항력 및 우선변제권을 유지하기 위해서는 건물을 직접 점유하면서 사업을 운영하는 전차인이 그 명의로 사업자등록을 하여야 할 것이다”⁴⁴⁾라고 판시하고 있다. 또한 “...①우선변제권의 요건에 있어서 상가건물임차권자가 경매 등의 절차에서 보증금의 우선변제권을 갖기 위하여서는 그 대항요건으로서의 건물의 인도와 사업자등록과 상가건물임대차계약증서에 확정일자를 받았어야 하고, 또한 이 경우 대항요건으로서의 건물의 인도와 사업자등록은 배당요구의 종기인 경락기일까지 계속 존속하고 있어야 한다”⁴⁵⁾라고 판시하고 있다.

또한 판례는 “주택임대차보호법 제8조에서 임차인에게 같은 법 제3조 제1항 소정의 주택의 인도와 주민등록을 요건으로 명시하여 그 보증금 중 일정액의 한도 내에서는 등기된 담보물권자에게도 우선하여 변제받을 권리를 부여하고 있는 점, 위 임차인은 배당요구의 방법으로 우선변제권을 행사하는 점에서 볼 때, 위 요건을 배당요구시까지만 구비하면 족하다고 한다면 동일한 주택임대차에 대하여 주택임대차보호법 제 8조 소정의 임차인 이외에 같은 법 제3조의 2 소정의 임차인이 출현하여 배당요구를 하는 등 경매절차상 다른 이해관계인들에게 피해를 입힐 수도 있는 점 등에 비추어 볼 때 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 주택의 인도와 주민등록이라는 우선변제의 요건은 그 우선변제권 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고, 배당요구의 종기인 경락기일까지 계속 존속하고 있어야 하는 것이라 하였다”⁴⁶⁾ 관련 판례를 하나 더 살펴보면, “달리 공시방법이 없는 주택임대차에 있어서 임차인이 주택임대차보호법에 의한 대항력과 우선변제권을 인정받기 위한 주택의 인도와 주민등록이라는 요건은 그 대항력 및 우선변제권의 취득 시에만 구비하면 족한 것이 아니고 경매절차의 배당요구의 종기인 경락기일까지 계속 존속하고 있어야 하는데, 처음의 경락허가결정이 취소되어 신 경매를 하였거나 경락허가결정의 확정 후 최고가매수인이 경락대금을 납부하지 아니하여 재경매를 한 경우에 있어서, ‘배당요구의 종기인 경락기일’ 이라 함은 배당금의 기초가 되는 경락대금을 납부한 경락인에 대하여 경락허가결정을 한 마지막 경락기일을 말한다고 보아야 한다. 동일한 임차주택에 대하여 대항력을 가진 임차인이 중복하여 나타나거나 가장임차인이 나타남으로 말미암아 경매

44) 대판 2006.1.13, 2005다64002 ; 대판 2006.10.13, 26다56299.

45) 대판 1998.1.23, 97다43468

46) 대판 1997.10.10, 95다44597.

절차의 다른 이해관계인들에게 피해를 주거나 경매절차의 진행을 방해하는 것을 방지하여야 할 필요성은 배당요구가 있을 수 있는 최종 시한인 마지막 경락기일까지 존재하는 것이기 때문이다”라고 판시하고 있다.⁴⁷⁾

소액임차인의 경우에는 대항력만 갖추어도 경매절차에서 일정한 금액에 대하여 최우선변제를 받을 수 있으나, 소액임차인이 아닌 건물임차인은 대항력과 임대차계약서의 확정일자를 모두 갖추었을 경우에만 경매절차에서 후순위 담보권자나 일반채권자보다 우선하여 배당을 받을 수 있다. 그 이유는 소액이 아닌 임차인의 임차보증금 배당여부는 소액임차인에 비하여 다른 채권자들에게 이해관계가 더욱 크게 걸려있는 문제이며, 임차보증금액에 대하여 사업자등록 외에 뚜렷한 공시방법이 없는 현실에서 임대인과 임차인이 결탁하여 임대차계약서의 작성일자를 소급하는 방법으로 다른 채권자의 권리를 크게 해할 수도 있기 때문에 사전에 이를 방지 하고자 함에 확정일자제도의 존재이유가 있다고 할 것이다.⁴⁸⁾ 이러한 확정일자는 ①임대차계약서의 작성 또는 존재시기를 증명하고, ②임대인과 임차인이 통모하여 제3자의 권리를 해하는 것을 방지하는 기능을 한다.⁴⁹⁾

임대차계약서에 확정일자를 갖추는 방법은 첫째, 공증인사무소, 법무법인 또는 공증인가 합동법률사무소 등 공증기관에서 임대차계약서를 공정증서로 작성하는 방법, 둘째, 사문서로 된 임대차계약서에 위 공증기관에서 확정일자인을 받는 방법, 셋째, 사문서로 된 임대차계약서에 관할 세무서에서 확정 일자인을 받는 방법 등 세 가지가 있는 바,⁵⁰⁾ 그중 어느 방법을 취하든 민법부칙 제3조 제1항에서 규정한 공증력의 효력은 같다.

③ 內容

확정일자에 따른 우선변제권은 상가건물의 인도·사업자등록·확정일자라는 세 가지 요건을 완비해야 하며 가장 늦은 날을 기준으로 담보물권설정일자와 비교하여 우선순위가 결정된다. 즉 확정일자를 통하여 채권인 임대차에 물권적 효력을 부여한 것이다. 이른 바 채권의 물권화를 의미한다. 임차인은 임대인으로부

47) 대판 2002.8.13, 2000다61466.

48) 최정열, 「개정주택임대차보호법실무」, 박영사, 1999, 83-84면.

49) 서울고판 1997.4.16, 96다50392 ; 김진현, “우리 주택임대차제도의 문제점에 관한 비교법적 연구”, 「민사법학」 제13호·제14호, 한국사법행정학회, 1996, 350-351면.

50) 정승렬, “확정일자제도의 문제점 고찰”, 「법조」 제3권, 법조협회, 2002, 214면 ; 그러나 이 논문에서는 확정일자를 부여받는 방법에 대하여 이 3가지 외에 공무소에서 사문서에 어느 사항을 증명하고 기입한 일자와 공무소에서 발급한 증명서에 찍혀있는 일자를 추가하여 5가지 유형으로 분류하고 있으나 그 효력 면에서는 3가지와 같다고 설명하고 있다.

터 상가건물을 인도받고 세무서에 사업자등록을 신청하면 신청일 다음날로부터 대항력이 발생하는데 임대차계약서상 내용이 등기부등본 등 공부상 등록사항과 일치하여야 대항력이 보장되므로 이를 동일하게 하여야 한다. 만약 임차인이 임차보증금을 실제보다 적게 신고하였다면 우선변제권은 신고한 금액만 배당받게 된다. 판례도 확정일자를 받은 임차인은 전세권설정등기와 마찬가지로 후순위권리자에 대해서는 우선적으로 변제받을 수 있다. 이러한 우선변제효력의 발생시점은 대항요건을 갖춘 날을 기준으로 한다. 즉 건물의 인도와 사업자등록신청을 마친 후에 확정일자를 받으면 확정일자를 받은 날부터 우선변제효력을 갖고, 확정일자를 건물의 인도와 사업자등록신청 한 날과 같은 날이나 그 전에 했다면 건물의 인도와 사업자등록을 신청한 다음 날부터 우선변제효력이 발생 된다⁵¹⁾고 보고 있다.

확정일자와 저당권이 같은 날짜일 때는 저당권과 동순위로 보아 비율에 따라 안분배당을 받는다. 가압류나 담보가등기 혹은 전세권과 같은 날짜일 경우에도 마찬가지이다. 우선변제권의 행사는 경매 시 첫 경매기일 이전의 배당요구종기까지 배당요구를 하여야 한다. 다른 채권자와 마찬가지로 건물가액 총액으로부터 순위에 따라 우선변제를 받으면 된다. 임차인이 확정일자를 갖추고 전세권까지 설정한 경우 이 두 가지 권리는 근거규정 및 성립요건을 달리하는 별개의 것이므로 이를 동시에 행사할 수 있다. 즉 전세권자로서 일부 배당받았다면 나머지 보증금을 확정일자 있는 임차인으로서 배당받을 수 있다. 반대의 순서로도 가능하다.⁵²⁾

상가건물임차권의 우선변제권의 효력 발생시기는 상가건물임차권의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 기준으로 정한다. 따라서 상가건물임차인이 건물의 인도와 사업자등록을 마친 당일 또는 그 이전에 임대차계약증서상에 확정일자를 갖춘 경우에는 상가건물의 인도와 사업자등록을 마친 다음날을 기준으로 하여야 하고, 건물의 인도와 사업자등록 후에 임대차계약증서상에 확정일자를 갖춘 경우에는 임대차계약증서상에 확정일자를 갖춘 익일을 기준으로 우선변제권의 효력이 발생한다.⁵³⁾ 상가건물이 기간만료 전에 경매되는 경우 양수인에게 대항할 수 있는 상가건물임차권자가 스스로 임대차관계의 승계주장을 포기하고 우선변제를 청구할 수 있는가에 있어서는, 현행 민사집행법 제91조 제3항은 “지

51) 대판 1997.12.12, 97다22393.

52) 대판 1993.12.24, 93다39676.

53) 대판 1999.3.23, 98다46938.

상권·지역권·전세권 및 등기된 임차권은 매수인이 인수한다. 다만, 그 중 전세권의 경우에는 전세권자가 민사집행법 제88조(배당요구)에 따라 배당을 요구하면 매각으로 소멸한다”라고 규정함으로써 문제된다.⁵⁴⁾

판례는 주택임차권과 관련하여 임차주택의 양수인에게 대항할 수 있는 임차권자라도 스스로 임대차관계의 승계를 원하지 아니할 때에는 승계되는 임대차관계의 구속을 면할 수 있다고 보아야 하므로 임차주택이 임대차기간 만료 전에 경매되는 경우 임대차계약을 해지함으로써 종료시키고 우선 변제를 청구할 수 있는 것이라 하고, 그 경우 임차인에게 인정되는 해지권은 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 근거한 즉시해지권 이라고 하고 있다.⁵⁵⁾ 또한 임대차계약에서 임대한 지위의 양도는 임대인 의무의 이전을 수반하는 것이지만 임대인의 의무는 임대인이 누구인가에 의하여 이행방법이 특별히 달라지는 것은 아니고, 목적물의 소유자 지위에서 거의 완전히 이행할 수 있으며 임차인 입장에서 보아도 신 소유자에게 그 의무의 승계를 인정하는 것이 오히려 유리할 수도 있으므로 임대인과 신 소유자와의 계약만으로써 그 지위를 양도할 수 있으나, 이 경우 임차인이 원하지 아니하면 임대차의 승계를 임차인에게 강요할 수 없으므로 스스로 임대차를 종료시킬 수 있어야 한다는 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 따라 임차인이 곧 이의를 제기함으로써 임대차관계의 구속을 면할 수 있고, 임대인과의 임대차관계도 해지할 수 있다고 보아야 한다고 한다.⁵⁶⁾ 따라서 판례에 따르면 대항력 있는 상가건물임차권자는 목적물상 후순위권리자의 경매로 인한 권리변동의 경우 그 경락자에 대하여 스스로 임대차관계의 승계주장을 포기하고 그 우선변제를 청구할 수 있게 된다.

한편 계약갱신으로 증액된 상가건물보증금채권에도 우선변제적 효력을 가지는가에 대해서, 판례는 확정일자부 임대차는 그 확정일자가 이 사건 근저당권의 등기일이나 위 국세채권의 법정기일보다 빠르므로 원고는 위 임차권에 기하여 이 사건 근저당권이나 위 국세채권에 우선하여 임차보증금을 변제받을 권리가 있지만, 갱신계약에 관한 임대차계약서상에 확정일자를 부여받았다는 점에 대한 아무런 입증이 없을 뿐만 아니라, 갱신계약에 따라 증액된 임차보증금을 우선하여 변제받을 수 있는 효력이 당초의 확정일자에 소급하여 발생하는 것이 아니므로 원고는 위 갱신계약에 따라 증액된 임차보증금을 위 갱신계약일 전에 등기가 종료

54) 박종두, 「부동산거래민법」, 형설출판사, 2004, 547면.

55) 대판 1996.7.12, 94다37646.

56) 대판 2002.3.29, 2002다4887 ; 대판 1998.9.2, 98마100.

된 이 사건 근저당권이나 법정기일이 도과된 위 국세채권에 우선하여 변제받을 권리가 없는 것이라고 하고 있으며,⁵⁷⁾ 이와 같은 법리는 확정일자 있는 상가건물임차권에도 동일하다. 따라서 계약갱신으로 증액된 상가건물임대차보증금채권은 별도의 대항력을 갖추지 않는 한 우선변제권을 갖지 못한다.

또한 권한 없는 자로부터 임차한 상가건물임차인이 동법 제3조의 대항요건과 임대차계약증서에의 확정일자를 부여받은 경우 우선변제권을 가지는가에 대하여, 판례는 매도인으로부터 매매계약의 해제를 해제조건부로 전세권한을 부여받은 매수인이 주택을 임대한 후 매도인과 매수인 사이의 매매계약이 해제됨으로써 해제조건이 성취되어 그 때부터 매수인이 주택을 전세 놓을 권한을 상실하게 되었다면 임차인은 전세계약을 체결할 권한이 없는 자와의 사이에 전세계약을 체결한 임차인과 마찬가지로 매도인에 대한 관계에서 그 주택에 대한 사용·수익권을 주장할 수 없게 되어 매도인의 명도청구에 대항할 수 없게 되는바, 이러한 법리는 임차인이 그 주택에 입주하고 주민등록까지 마치 주택임대차보호법상의 대항요건을 구비하였거나 전세계약서에 확정일자를 부여받았다고 하더라도 동일한 것이라고 하여 부정한다.⁵⁸⁾

④ 異議申請

우선변제의 순위와 보증금에 대하여 이해관계인은 경매법원 또는 채납처분청에 이의를 신청할 수 있으며(동법 제5조 제4항), 이러한 제4항의 규정에 의하여 이의신청을 받은 채납처분청은 이해관계인이 이의신청 일부부터 7일 이내에 임차인을 상대로 소를 제기한 것을 증명한 때에는 당해 소송의 종결 시까지 이의가 신청된 범위 안에서 임차인에 대한 보증금의 변제를 유보하고 잔여금액을 배분하여야 한다. 이 경우 유보된 보증금은 소송의 결과에 따라 배분한다(동법 제5조 제6항).

⑤ 目的物의 競賣權

상가건물임차권은 상가건물임대차보호법에 의하여 그 보증금채권의 우선변제를 받기 위한 목적물의 경매권을 가진다.⁵⁹⁾ 다만, 상가건물임차권자가 그 보증금 반환을 위한 임차목적물의 경매를 청구하려면 그 목적물을 현실로 인도하여야

57) 대판 1997.10.15, 97구14820.

58) 대판 1995.12.12, 94다32037.

59) 박종두, 전제서, 545면.

하는가에 대하여 상가건물임대차보호법은 특칙을 두어 ‘임차인이 임차건물에 대하여 보증금반환청구소송의 확정판결에 준하는 집행근원에 기한 경매를 신청하는 경우에는 민사집행법 제41조의 규정에 불문하고 반대채무의 이행 또는 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 하지 아니한다’라고 규정한다(동법 제5조 제1항). 따라서 임차권에 있어서의 보증금의 회수를 위한 경매권행사에 목적물의 인도를 요건으로 하는 것과는 달리 상가건물임차권에 있어서의 보증금회수를 위한 경매에는 목적물의 인도를 요건으로 하지 않는다.

또한 상가건물임차권자가 임차권설정자에 대하여 제기하는 보증금의 반환청구소송에는 소액사건심판법 제6조, 제7조, 제10조 및 제11조의 그 규정을 준용한다(동법 제18조).

⑥ 賃借建物の引渡

임차인이 임차건물의 환가대금에서 우선 배당된 보증금을 수령하기 위하여는 임차건물을 양수인에게 인도하여야 한다(상가건물임대차보호법 제5조 제3항). 본래 임대인의 보증금반환과 임차인의 임차건물 반환은 동시이행관계에 있어 양자의 이익이 균형을 이루는 것이나 경매나 체납처분의 경우는 임차건물을 매각한 경매법원이나 체납처분청이 양수인으로부터 대금을 납부 받아 보관하다가 그 중에서 보증금채권에 배당된 금원을 임차인에게 지급하는 것이기 때문에, 임차인의 보증금반환채권의 확보를 위하여 인정되는 동시이행의 항변권을 이 경우에까지 인정할 필요는 없다. 실무에서는 우선 배당된 보증금을 수령하려는 임차인은 경락인으로부터 명도확인서를 받아 경매법원에 제출하면 배당금을 지급하고 배당일을 기준으로 3일 이내에 제출하지 않으면 보관공탁을 하고 있다.

주택임대차보호법에서는 반환청구권의 양도에 의한 인도나 점유개정에 의한 인도만으로도 대항력을 취득할 수 있는가에 대하여 긍정설은 임차인의 대항요건으로서의 인도와 물권편의 인도를 다르게 해석할 이유가 없으므로, 반환청구권의 양도와 점유개정에 의한 인도도 대항력취득요건을 충족시킨다고 하는 견해⁶⁰⁾가 있고, 제한적 긍정설은 주택임대차보호법 제3조 1항에서 말하는 ‘인도’란 임차인이 직접점유를 취득하여 실제로 주거하는 경우만을 가키는 것으로 좁게 해석하며, 반환청구권의 양도나 점유개정에 의한 인도는 그에 해당하지 않지만, 전차

60) 고상용, “주택임대차보호법의 제문제,” 「관례월보」 제147호, 관례월보사, 1982년 12월호, 17면 ; 고용철, “주택임대차보호법에 관한 연구,” 「충남대논문집」 제16권, 1988. 12. 338면 ; 김성만, “소액임차보증금의 우선변제권에 있어서의 문제점,” 「관례월보」 제183호, 관례월보사, 1985. 12. 40면.

인이 전입신고까지 마쳐 대항력을 취득한 경우에는 전차권의 존속을 위한 범위에서 임차권도 대항력을 갖는다고 해석하는 견해⁶¹⁾가 있다.

2) 保證金 中 一定額의 保護

(1) 意義

물권은 채권에 우선하고, 같은 물건 상호간에는 설정시기의 선후에 따라 순위가 정해진다. 그러나 소액보증금은 순위의 경합이 없이 무조건적으로 물권과 채권에 우선하여 변제받게 되는데, 이것을 최우선변제권이라고 한다. 임차상가건물에 경매 또는 공매에 의하여 소유권이 이전되는 경우에도 경매절차에서 임차상가건물가액의 3분의 1범위 안에서 보증금중 일정액을 모든 권리자보다 최우선하여 배당받을 수 있는 권리이다.

최우선변제권 제도는 영세한 임차인의 최소한의 경제생활을 보장한다는 사회정책적인 배려에서 만들어진 제도라고 볼 수 있다. 즉, 경매신청登記 전에 건물의 인도와 사업자등록신청을 마친 소액 임차인은 전세보증금중의 일정한 금액을 다른 담보물권보다 권리가 설정된 시간순위에 관계없이 최우선으로 변제받을 수 있도록 제도화한 것이다. 소액보증금임차인이라면 확정일자가 없더라도 대항요건을 갖추면 당연히 일정액에 대해 최우선변제권이 생기나 확정일자도 있다면 나머지 잔액에 대해서도 배당의 순위를 보호받을 수 있다.

외국의 임대차법에는 이런 규정이 없는 우리나라만의 유일한 제도로써 1983년 주택임대차보호법에 처음으로 입법화 하여 영세한 임차인을 보호한다는 차원에서 상가건물임대차보호법에서도 대항력을 갖춘 임차인 중 동법시행령에서 규정한 소액임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제 받을 수 있도록 규정하여 보호하고 있다(동법 제14조). 그러나 이러한 규정에 대하여 소액보증금의 최우선변제권이 일반 채권자 사이의 평등을 깨뜨리고 담보물권의 순위확정의 원칙을 제한하여 물적담보 거래의 안전을 위협한다는 비판이 있다.⁶²⁾

61) 이한길, “주택임대차보호법에 관한 소고”, 「입법조사월보」 제158호, 입법조사월보사, 1987. 5, 43면.

62) 김오섭, “임대차에 있어서 소액보증금을 둘러싼 제문제”, 「사법논집」 제32집, 법원행정처, 1986, 495면.

<표 1> 최우선변제권과 우선변제권의 비교

구분	최우선변제권	우선변제권
임차보증금의 제한(보증금에 차임을환산하여포함한금액)	<ul style="list-style-type: none"> · 서울 보증금이 4,500만원이하 · 수도권 중 과밀억제권(서울제외) 보증금이 3,900만원 이하, · 광역시(군지역·인천제외)보증금이 3,000만원 이하 · 기타지역 보증금이 2,500만원 	<ul style="list-style-type: none"> · 서울 보증금이 2억4천만원 이하 · 수도권 중 과밀억제권(서울제외)보증금이 1억9천만원 이하 · 광역시(군지역·인천제외)보증금이 1억5천만원 이하 · 기타지역 보증금이 1억4천만원 이하인 임차인
대항요건과 구비시기	대항요건 갖추어야 함(건물의 인도, 사업자등록신청), 이 대항요건을 경매신청 등기 전 까지 갖추고 첫 매각기일 이전의 배당요구 종기까지 배당요구서를 내야함.	대항요건을 낙찰기일까지 갖추어 첫 매각기일이전의 배당요구종기까지 배당요구서를 내야함.
우선변제권의 행사범위	<p>최우선변제이므로 선순위 담보권자보다도 우선하여 행사할 수 있음. 다만, 변제받을 금액은 보증금 중 일정액에 한함.</p> <ul style="list-style-type: none"> · 서울 1,350만원 · 수도권 중 과밀억제권(서울제외) 1,170만원 · 광역시(군지역·인천제외)900만원 · 기타지역 750만원 	보증금 범위내에서 후순위 담보권자와 채권자에 대해서만 행사할 수 있음
변제받을 수 있는 건물가액의 범위	건물가액에 대지가액이 포함. 건물가액의 3분의 1에 한하여 변제권이 있음	건물가액에 대지가액 포함. 보증금 범위내.

(2) 要件

① 少額保證金額에 해당할 것

각 지역의 규정액(표1 참조)보다 1원이라도 넘으면 소액보증금의 최우선변제권

은 전혀 해당이 되지 않는다, 다만 상가건물임대차보호법 제5조 제2항에서 규정한 우선변제권이 인정되는데 그친다.⁶³⁾ 우선변제를 받을 수 있는 임대차는 임대보증금의 시행령에서 규정한 범위 이내의 보증금에 해당되는 임대차에 한한다(동법 제14조 제3항), 이러한 소액임차인에 해당하는지 여부의 판단시점은 원칙적으로 배당시를 기준으로 하여 정한다.

비록 처음 임대차계약을 체결한 당시에는 보증금액수가 적어 소액임차인에 해당하였다 하더라도 그 후 임대차 갱신과정에서 보증금이 증액되어 시행령에서 규정한 보증금 한도를 초과하면 이는 더 이상 소액임차인에 해당되지 않는다. 반대로 처음에는 보증금액이 많아 소액임차인에 해당하지 않았으나 갱신과정에서 보증금액이 감액되어 배당 시에 위 규정에서 정한 한도 이하로 감액이 되었다면 소액임차인에 해당한다. 다만 소액임차인으로 우선변제를 받기 위하여 탈법수단으로 임대인과 통정하여 허위로 보증금액을 줄인 것이 명백하면 우선변제에서 제외된다.

② 對抗力を 갖출 것

경매신청등기(경매개시결정기입등기)전에 대항요건 즉, 건물의 인도와 사업자 등록신청(동법 제3조 제1항)을 마쳐야 한다, 여기서 경매신청의 등기라 함은 경매개시 결정의 기입등기 또는 체납처분으로서의 압류등기를 말하는 바,⁶⁴⁾ 임차인이 위와 같은 대항력을 구비하지 않은 임차인에게는 최우선변제권이 인정될 여지가 없다.

위와 같이 소액임차인이 대항요건을 경매기입등기 이전까지 갖추어야 최우선변제권이 인정되어 가장임차인의 배당요구 신청을 어느 정도 차단할 수 있으나 주택임대차에 있어서 임대인이 가장채권자와 통모하여 가장채권자를 소액임차인으로 급조한 후 최우선변제권을 행사하는 사례가 많았다. 이로 인하여 다른 채권자를 해하는 것을 방지하기 위하여 경매기입등기로부터 최소한 6개월 전에 주민등록 전입신고를 하지 않으면 최우선변제권을 인정하지 않는 방법을 제시한 견해가 있는바,⁶⁵⁾ 차후 상가건물임대차에 있어서도 가장임차인의 최우선변제권 행사를 차단하는 제도적인 장치가 연구되어야 할 것이다.

한편 소액보증금의 최우선변제권을 행사하여 배당을 받기 위하여서는 대항요

63) 대판 1993.9.14, 92다49539.

64) 서울고판 1995.5.25, 95나1912.

65) 민일영, 전제서, 271면

건을 언제까지 유지하고 있어야 하는가에 대하여 주택임대차보호법을 대상으로 한 견해는 배당요구시까지만 존속하고 있으면 된다는 견해,⁶⁶⁾ 경락기일까지 구비하고 있으면 된다는 견해,⁶⁷⁾ 경락대금납부시까지 구비하고 있어야 된다는 견해,⁶⁸⁾ 배당기일까지 계속 구비하고 있어야 한다는 견해⁶⁹⁾ 등으로 나뉘고 있었으나 최근 대법원은 배당요구의 종기인 경락기일까지 계속 존속하고 있어야 한다고 판시하고 있다.⁷⁰⁾ 따라서 상가임대차에 있어서도 소액보증금 최우선변제권을 행사한 임차인은 경락기일까지 상가건물의 점유와 사업자등록이라는 대항요건을 계속 유지하고 있어야 한다.

③ 賃借建物の 競賣 또는 滯納處分에 의한 賣却

소액임차인이 우선변제권을 행사하기 위해서는 당해 상가건물이 경매 또는 체납처분에 의하여 매각되는 경우이어야 한다. 경매나 체납처분에 의하지 아니하고 매매나 교환 등의 법률행위에 의하여 임차건물이 양도된 경우에는 대항력 유무가 문제로 될 뿐 소액보증금의 최우선변제권은 인정될 여지가 없다.

④ 配當要求 또는 優先權行使의 申告

소액임차인이 임차건물의 환가대금으로부터 우선변제를 받기 위하여는 경매법원에 배당요구를 하거나 체납처분청에 우선권 행사를 신고하여야 하는 점은 확정일자부 임차인의 우선변제권과 마찬가지로이다. 따라서 임차인이 임차건물의 환가대금으로부터 임차보증금을 우선변제 받기 위해서는 반드시 경매법원이나 체납처분청에 배당요구를 하거나 우선권행사의 신고를 하여야 한다. 대항요건을 갖춘 임차권이 등기부상 공시되는 것이 아니기 때문에 임차인이 스스로 배당요구를 하거나 우선권의 행사를 신고하지 아니하는 이상 경매법원이나 체납처분청으로서 그러한 임차권의 존재를 알 수 없기 때문이다.

한편 우선변제권이 있는 임차인이 권리신고만 하고 배당요구를 하지 않았을 때 어떻게 보아야 하는가 하는 문제점이 있으나 실무상은 권리신고가 있더라도 반드시 배당요구를 하지 않으면 배당을 하지 않고 있다. 이에 대하여 소액임차인의 권리신고가 있으면 배당을 하여야 한다는 견해가 있다.⁷¹⁾ 배당요구를 할 수

66) 민일영, “대항력 있는 주택임차인의 임차기간 만료전의 배당요구”, 「인권과 정의」 제11호, 대한변호사협회, 1996, 291면.

67) 이은희, “저당권과 임차권의 관계에 관한 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1998, 126면.

68) 권영상, “주택임차인의 대항력과 우선변제권”, 「창원변호사회지」 창간호, 창원지방변호사회, 1995, 180면.

69) 이해진, “주택임대차보호법의 개정방향”, 「변호사」 제20호, 서울지방변호사회, 1990, 162-167면.

70) 대판 1997.1.10, 95다44597.

있는 시한은 배당요구 종기일까지이다(민사집행법 제84조 제1항, 제184조 제2호). 이에 대하여 구 민사소송법 하에서는 배당기일까지 대항요건과 확정일자를 구비하면 된다는 견해⁷²⁾가 있으나 민사집행법의 제정에 의하여 입법적으로 해결하였다. 채납처분의 경우에도 채납처분청의 압류사실을 통지 받은 날로부터 10일 이내에 우선권의 행사를 신고하여야 하며(국세징수법 제48조 제2항), 설혹 그러한 신고를 하지 않았더라도 매각대금의 배분일 까지 신고하면 매각잔여금을 교부하도록 되어있으나(동법 시행령 제79조) 임차인에 대한 규정은 없으므로 매각대금을 배분할 때까지 우선권행사의 신고를 하면 된다.

소액임차인에게 배당요구의 기회를 부여하기 위하여 경매절차에서는 집행관이 작성한 현황조사보고서에 나타난 모든 임차인에게 경매절차의 진행사실 및 배당요구를 안내하는 통지서를 보내고 있다. 판례에 있어서도 경매절차는 배당권자의 배당요구시한을 첫 매각기일이전의 배당요구종기까지로 제한하여 그 이후에도 배당요구를 할 수 없도록 제한하고 있다. 상가건물임대차보호법에 의하여 우선변제청구권이 인정되는 임대차보증금반환채권은 현행법상 배당요구가 필요한 배당요구채권에 해당한다. 배당요구가 필요한 배당요구채권자는 집행력 있는 정보를 가진 채권자, 경매개시 결정이 등기된 뒤에 가압류를 한 채권자, 민법·상법, 그 밖의 법률에 의하여 우선변제권이 있는 채권자(임차인의 임차보증금채권, 임금채권, 사용인의 우선변제권)등은 당연히 배당을 받을 수 있는 채권자의 경우와는 달리, 첫 매각기일이전 배당요구의 종기까지 배당요구를 한 경우에 한하여 비록 소 배당을 받을 수 있고, 적법한 배당요구를 하지 아니한 경우에는 비록 우선변제청구권이 있다 해도 경락대금으로부터 배당을 받을 수는 없다.

판례는 “이러한 배당요구채권자가 적법한 배당요구를 하지 아니하여 그를 배당에서 제외한 채 배당표가 작성·확정되고 그 확정된 배당표에 따라 배당이 실시되었다면 그가 적법한 배당요구를 한 경우에 배당받을 수 있었던 금액 상당의 금원이 후순위채권자에게 배당되었다고 하여 이를 법률상 원인이 없는 것이라고 할 수 없다”⁷³⁾고 판시한 바 있다. 또한 판례는 배당요구를 하지 않은 소액임차인의 대항력에 대해서 “주택임대차보호법 제3조의 규정에 의하면 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록전입신고를 마친 때에는 대항력이 발생하고, 이 경우에 임차주택의 양수인은 임대인의 지위를 승계한 것

71) 민일영, 전제논문, 22면 ; 어인의, 전제논문, 164면.

72) 윤천희, “개정주택임대차보호법의 해설”, 「사법행정」 제31권 제3호, 한국사법행정학회, 1990, 3, 92면.

73) 대판 1998.10.23, 98다12379.

으로 보도록 되어 있는 바, 위 임차주택의 양도에는 강제경매에 의한 경락의 경우도 포함되는 것이므로, 임차인이 당해 경매절차에서 권리신고를 하여 소액보증금의 우선변제를 받는 절차를 취하지 아니하였다고 하여 임차주택의 경락인에게 그 임대차로써 대항할 수 없다거나 임차보증금반환청구권을 포기한 것으로 볼 수는 없다”고 하고 있다.⁷⁴⁾ 그러므로 경매절차에서 권리신고나 배당요구 신청을 하지 않았다고 하여도 선순위의 상가건물임차권의 대항력은 주장할 수 있다. 그러나 대항력과 최우선변제권이 있는 임차인이, 경매사건에 배당요구를 하면, 배당요구의 종기가 지난 뒤에는 철회하지 못한다(민사집행법 제88조 제2항).

(3) 內容

① 最優先辨濟額

우선변제를 받을 임차인 및 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 임대건물가액(임대인 소유의 대지가액을 포함한다)의 3분의 1의 범위 안에서 당해 지역의 경제여건, 보증금 및 차임 등을 고려하여 대통령령으로 정하고 있다(상가건물임대차보호법 제14조 제3항). 상가건물임대차보호법 시행령 중 최우선변제를 받을 소액보증금은 서울특별시 1,350만원, 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 서울특별시를 제외한 과밀억제권역 1,170만원, 광역시(군지역과 인천광역시지역을 제외한다) 900만원, 그 밖의 지역은 750만원으로 규정하였다(동법시행령 제7조 제1항).

이러한 최우선변제액을 초과한 나머지 금액에 관하여는 임대차계약서상에 확정일자를 갖춘 경우에 한하여 그 경락대금에서 선순위의 담보권자 등에게 지급하고 남은 잔여대금에서 우선변제를 받을 수 있다. 임차인의 소액보증금 합계가 상가임대건물 가액의 1/3을 초과하는 경우에는 상가건물 낙찰 가액의 1/3에 해당하는 금액에 한하여 우선변제권이 있으며, 임차인이 다수일 경우에는 낙찰가액의 1/3의 금액을 임차인의 보증금에 비례하여 안분배당 한다. 이때 낙찰가액이라 함은 낙찰가액에서 경매비용을 공제한 나머지 1/3을 말한다.

② 最優先辨濟를 받는 對象

건물과 대지에 대한 경매가 따로 진행되는 경우에도 보증금 반환청구권이 남아 있는 한 소액임차인은 각 경매절차에 모두 참가하여 우선변제를 받을 수 있다. 이 경우 먼저 경매되는 목적물의 경락대금의 1/3 한도 내에서 우선변제를 받

74) 대판 1992.7.14, 92다12827.

고, 잔여 보증금이 있으면 후에 경매되는 목적물의 경락대금의 1/3 한도 내에서 다시 우선변제를 받는다.⁷⁵⁾

한편 저당권설정 당시 건물이 존재하였으나, 대지에 대하여만 저당권이 설정된 경우, 또는 건물이 없는 나대지에 저당권이 설정된 후, 건물이 신축된 경우에, 소액임차인이 대지의 환가 대금으로부터, 최우선 변제를 받을 수 있는지 여부에 관하여, 명확한 관례는 없다. 비록 담보권자의 피해나 탈법가능성이 예상되긴 하지만 사회적·경제적 약자인 소액임차인을 사회보장적 차원에서 특별히 보호하려는 상가건물임대차보호법의 입법취지를 감안하고 동법 제14조 제3항에 의하여 이러한 경우에도 소액임차인은 최우선변제를 받을 수 있다고 보아야 할 것이다.⁷⁶⁾

③ 最優先辨濟順位

임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보권자보다 우선하여 변제 받을 수 있다. 소액임차인의 소액보증금 채권은 담보물권에 의하여 담보하는 채권에 우선하므로, 담보물권과 소액임대차 중 어느 것이 먼저 성립하였는지를 묻지 않는다. 그리고 여기에서 담보물권이라 함은 저당권뿐만 아니라 전세권도 포함되며, 가등기담보 등에 관한 법률상의 가등기담보도 이에 해당된다. 또한 소액임차인은 국세·지방세 등의 모든 조세채권보다도 우선하여 변제 받는다. 국세기본법은 임차건물을 매각함에 있어 그 매각대금 중에서 국세나 가산금을 징수하는 경우에는 소액보증금이 국세에 우선함을 정하고 있다. 따라서 법원에 의한 경매 시는 물론, 채납처분청에 의하여 직접 경매가 진행되는 경우에도 소액보증금은 국세에 우선하여 배당을 받게 된다.

지방세의 관계에 있어서도 지방세법이 국세기본법과 유사한 내용을 두고 있어 소액보증금을 우선하여 배분하게 된다. 다만 근로기준법 제37조 제2항 소정의 최종 3월분의 임금채권 및 최종 3년간의 퇴직금채권과의 사이에는 같은 순위로 배당을 받게 된다.⁷⁷⁾ 이 경우 상가건물 및 대지의 경매 시 위 두 가지 우선변제채

75) 대판 1996.6.14, 96다7595.

76) 권용산, 전게서, 107면.

77) 근로기준법 제37조(임금채권 우선변제)①임금·퇴직금·산재보상금 기타 근로관계로 인한 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권을 제외하고는 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 다만, 질권 또는 저당권에 우선하는 조세·공과금에 대하여는 그러하지 아니하다. ②제1항의 규정에 불구하고 다음 각호의 1에 해당하는 채권은 사용자의 총재산에 대하여 질권 또는 저당권에 의하여 담보된 채권, 조세·공과금 및 다른 채권에 우선하여 변제되어야 한다. 1. 최종 3월분의 임금. 2. 최종 3년간의 퇴직금. 3. 산재보상금. ③제2항 제2호의 퇴직금은 근속근로년수 1년에 대하여 30일분의 평균임금으로 계산한 금액으로 한다.

권간의 경합에 따른 배당순위가 문제되는데 근로자임금채권과 주택의 소액임차보증금의 배당순위에 대하여 대법원의 질의회답에 의하면 이러한 경우 두 채권은 모두 우선채권으로서 양법 다같이 상호간의 우열을 정하고 있지 아니하며, 양쪽의 입법취지를 모두 존중할 필요가 있으므로 상호 동등한 순위의 채권으로 보아 배당하도록 하고 있다. 따라서 상가건물의 임차보증금 또한 배당절차에서 근로자들의 임금채권과 함께 각 채권액의 비율에 따라 배당을 받는다고 보아야 한다.⁷⁸⁾

④ 賃借建物の 引渡

소액임차인은 임차건물의 명도 없이도 우선변제가 인정되는 일정액의 소액보증금을 교부 받을 수 있는지에 관하여 의문이 있다. 확정일자부 임차인은 임차건물을 양수인에게 인도하지 아니하면 우선변제권있는 보증금을 수령할 수 없도록 규정하고 있으나(동법 제5조 제3항), 소액임차인의 최우선변제권을 규정하고 있는 동법 제14조는 동법 제5조의 다른 조항은 준용하면서 제3항은 준용하고 있지 않기 때문이다. 따라서 소액임차인은 확정일자부 임차인과 달리 임차건물의 명도 없이도 우선 배당 받는 일정액을 교부 받을 수 있다는 해석이 있다.⁷⁹⁾ 그러나 소액임차인도 임차건물의 경락대금에서 우선 배당된 일정액의 보증금을 수령하기 위해서는 임차주택을 경락인에게 인도하여야 한다고 생각한다. 왜냐하면 임차인은 목적물의 인도만 증명하면 어느 때라도 경매법원으로부터 보증금을 수령할 수 있어 불이익이 없는 반면, 만일 배당금을 무조건 지급하여야 한다면 임차인이 보증금을 우선변제 받고도 임차건물을 경락인에게 인도하지 아니할 경우 경락대금을 모두 지급한 경락인에게는 매우 불리하기 때문이다.

실무에서는 임차보증금의 반환은 임차목적물의 인도와 동시이행관계에 있으므로, 임차권자의 의무이행 전에 배당금을 지급할 수 없고, 정지조건부채권에 대한 배당액을 공탁하고 임차인이 목적물의 인도를 증명 한 때에 이를 지급하도록 하고 있다.

6. 登錄事項 등의 閱覽・提供

1) 制度의 必要性

78) 대법원 질의회답, 1991.4.15, 「법원공보」 제894호, 1036면.

79) 김지영, “소액보증금임차인의 우선변제권”, 서울대학교대학원 석사학위논문, 1995, 65-66면.

상가건물을 매수하거나 경매로 낙찰 받거나, 상가건물을 담보로 돈을 빌려주거나, 상가건물을 임차하고자 할 때, 매수인·저당권자·임차인등은 선순위권리가 있느냐를 확인하므로 본인의 부담할 선순위권리의 존부나 채권회수 가능성에 대한 안정성을 사전에 파악이 가능하여야 한다.

그런데 주택임대차보호법상에는 없지만 상가건물임대차보호법상에는 제4조에 그 규정을 두어 안정성을 사전에 파악할 수 있도록 이해관계인이 사업자등록사항 등을 열람 또는 제공을 요청할 수 있도록 하고 소재지 관한 세무서장은 정당한 사유 없이 이를 거부 할 수 없도록 하고 있다. 열람을 위해서는 관할세무서에 비치된 연람요청서를 작성하여 신청하면 되는데 이때 이해관계인의 적정 여부를 확인하는데 필요한 입증서류와 신분증을 소지 하여야 한다, 열람할 수 있는 내용은 임대인의 성명·임차인의 성명·주소·주민등록번호·건물의 소재지·임대차 목적물 및 면적·사업자등록신청일·보증금 및 차임·임대차기간·임대차계약서상의 확정일자를 받은 날·임대차계약이 변경된 일자·새로운 확정일자를 받은 날 등이다.

2) 利害關係人과 閱覽의 必要性

(1) 買受人

매수인의 경우는 임차건물의 양수인으로서 임대인의 지위를 승계하므로 선순위 세입자가 있을 경우, 이를 승계하여야 한다. 대항력을 갖춘 임차인은 임대차기간까지 또 임차보증금 전액을 반환받을 때까지는 새로운 건물주인이나 경락인에게 건물을 비워줄 필요가 없다.

(2) 競落人

경락인은 담보물권보다 선순위의 대항력 있는 세입자의 임대인지위를 승계하므로 당해 건물을 경락받고자 할 때에는 인수할 권리의 존부를 사전에 미리 조사·확인하여야 한다.

(3) 抵當權者등의 擔保物權者

선순위의 저당권의 설정은 등기부등본에서 확인이 가능하나, 세입자의 확인은 불가능하기에 담보물권의 설정전에 담보가치의 평가에서 선순위저당권설정액과 선순위세입자의 보증금에 대해서도 사전에 조사·확인하여야 하며 또한, 추가적인 후순위세입자의 권리설정으로 최우선변제권의 발생에 대해서도 주의를 하여야 한다.

(4) 賃借人

선순위담보물권의 설정액은 등기부등본의 확인으로 미리 예측이 가능하나 선순위세입자의 보증금 등에 대해서는 관할 세무서에서 등록사항 등의 열람으로 확인하여야 한다. 이는 세입자의 임차보증금회수의 보장을 위해서나 또한, 추가적인 후순위세입자의 권리설정으로 최우선변제권의 발생에 대해서도 주의를 하여야 한다.

3) 登録事項 등의 閱覽・提供

(1) 閱覽・提供의 要請

건물의 임대차에 이해관계가 있는 자는 건물의 소재지 관할 세무서장에게 등록사항 등의 열람·제공을 요청하여 사전에 권리분석을 할 필요가 있다. 이때 관할세무서장은 정당한 사유 없이 이를 거부할 수가 없도록 규정되어 있다. 열람·제공 요청을 받은 관할 세무서장은 열람·제공 사항이 기재된 ‘등록사항 등의 현황’을 교부하고, 도면을 요청하는 경우 도면 사본을 제공하고 있다.

(2) 閱覽・提供을 要請할 수 있는 者

상가건물 소재지 관할 세무서장에게 등록사항 등의 열람·제공을 요청할 수 있는 자는 당해 상가건물의 임대차에 이해관계가 있는 자여야 한다. 열람·제공 사항에는 임대인·임차인의 인적사항 등 개인 정보가 포함되어 있기 때문에 열람·제공을 요청할 수 있는 자를 당해 상가건물의 임대차와 직접 이해관계가 있는 자로 한정하는 것이다. 이해관계인의 범위와 입증방법 및 열람·제공 범위는 법이나 시행령에는 규정하지 아니하고, ‘확정일자부여 및 열람·제공에 관한 규정’

(국세청훈령)으로 규정하고 있다. 상가건물을 담보로 대출하고자 하는 금융기관, 상가건물 임차 또는 매수예정자 등은 이해관계인에 해당하지 않기 때문에 등록사항 등을 열람하고자 할 경우 임대인을 통하여 세무서에서 제공하는 정보를 받거나 아니면 임대인으로부터 인감증명서를 첨부한 위임장을 징구하여 임대인을 대리하여 열람을 요청할 수 있다.

(3) 閱覽・提供의 要請方法

세무서에 비치된 등록사항 등의 열람·제공 요청서를 작성하여 요청하는 본인 신분증(대리인은 인감증명서를 첨부한 위임장 및 대리인 신분증)과 이해관계인임을 입증하는 서류를 첨부하여 제출 하여야 한다. 열람·제공 요청을 받은 관할세무서장은 열람·제공사항이 기재된 등록사항 등의 현황서를 교부하고, 도면을 요청하는 경우 도면 사본을 제공하여야 한다.

7. 賃借權登記命令

1) 賃借權登記命令 制度의 意義

임차권등기명령제도란 임대차가 종료된 후에 보증금을 반환받지 못한 임차인은 사업자등록소재지를 이전 하거나 폐업한 경우 법원에 임차권을 등기하여 줄 것을 신청하면 법원에서는 간단한 절차를 거쳐 임차권등기명령을 발하여 이를 촉탁하도록 함으로써, 임대인의 협력 없이도 임차인 단독으로 임차권을 등기할 수 있도록 했다. 임차권등기명령은 임차권등기를 마친 경우에는 사업자등록소재지를 이전하거나 폐업할 경우 기존에 보유하고 있던 대항력과 우선변제권이 유지되도록 하여 임차인의 지위를 강력하게 보장하고자 하는 제도이다(상가건물임대차보호법 제6조).

2) 賃借權登記命令에 의한 賃借權登記의 效力

임차인이 임차권등기명령신청 당시에 이미 상가건물임대차보호법 제3조 제1항의 규정에 의한 대항력을 취득한 경우와 제5조 제2항의 규정에 의한 우선변제권을 취득한 경우 임차권등기를 마쳤다면 건물의 인도와 사업자등록의 요건을 상

실하더라도 이미 취득한 대항력과 우선변제권은 계속 유지된다. 주의할 점은 위와 같은 효력이 임차권등기를 한 시점부터 발생하므로 임차권등기명령을 신청한 후 바로 다른 곳으로 이전하여서는 안되고 그 이전에 반드시 등기가 경료된 사실을 확인하여야 한다. 만일 임차인이 아직 대항력·우선변제권을 취득하지 못한 상태에서 임차권등기가 되면, 그 등기시점을 기준으로 대항력·우선변제권의 취득 여부를 판단한다. 따라서 임차권등기시에 이미 임차건물에 선순위 저당권 등의 담보권이 설정되어 있는 경우에는 임차인은 임차권등기를 하더라도 담보권 실행을 위한 경매절차에서 경락을 받은 경락인에게 대항하거나 이미 설정된 저당권자 등의 담보권자에 우선하여 배당을 받을 수 없다.

판례에 의하면 “임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 마친 자는 배당요구 없어도 배당을 받을 수 있는지에 대하여, 임차권등기명령에 의하여 임차권등기를 한 임차인은 우선변제권을 가지며, 위 임차권등기는 임차인으로 하여금 기왕의 대항력이나 우선변제권을 유지하도록 해 주는 담보적 기능을 주목적으로 하고 있으므로, 위 임차권등기가 첫 경매개시결정등기 전에 등기된 경우, 배당받을 채권자의 범위에 관하여 규정하고 있는 민사집행법 제148조 제4호의 ‘저당권·전세권, 그 밖의 우선변제청구권으로서 첫 경매개시결정 등기 전에 등기되었고 매각으로 소멸하는 것을 가진 채권’에 준하여, 그 임차인은 별도로 배당요구를 하지 않아도 당연히 배당받을 채권자에 속하는 것으로 보아야 할 것이다”라고 판시하고 있다.⁸⁰⁾

3) 民法의 規定에 의한 賃貸借登記의 效力

상가건물임대차보호법 제6조 제5항 및 제6항의 규정은 민법 제621조의 규정에 의한 건물임대차등기의 효력에 관하여 준용한다. 민법 제621조에는 임대인과 임차인이 합의하여 임대차를 등기할 수 있다. 상가건물임대차보호법에 의한 임차권등기명령에 의한 임대차등기는 그 대상이 상가건물임대차에 한정되고 임대인이 동의 없이 법원의 결정을 받아 단독으로 등기를 할 수 있다는 점에서 민법 제621조에 의한 임차권등기와 차이가 있다. 그러나 임대차등기 당시 이미 우선변제권이나 대항력을 취득한 사람은 그 지위를 그대로 유지하고, 등기 이전에 우선변제권이나 대항력을 취득하지 못하였던 임차인은 등기시를 기준으로 우선변제권과 대항력을 취득한다는 점에서 양자는 등기의 효력이 같다.

80) 대판 2005.9.5, 2005다33039.

8. 轉貸借 關係에 대한 適用

1) 轉貸借의 意義

전대차란 원래의 임차인(전대인)이 제3자(전차인)에게 임차물의 사용수익을 하계하고, 전차인은 사용·수익의 대가로서 전대인에게 임료를 지불하는 계약을 말한다. 전대차에서는 임대인과 임차인 사이의 임대차관계는 그대로 존속하면서 임차인(전대인)과 전차인 사이에 새로운 임대차관계가 생긴다.

2) 轉貸借關係에 대한 適用

전차인은 전대인에게 계약갱신요구권, 차임 등의 증감청구권 및 월차임시 산정을 제한 등의 권리가 적용된다. 하지만 전대인에게 대하여 권리를 행사할 수 있을 뿐이며 임대인에게는 그 권리를 주장할 수 없다. 다만, 임대인의 동의를 받고 전차한 경우에는 임차인의 계약갱신 요구권 기간 내에서 임차인을 대위하여 계약갱신권을 주장할 수 있다.

전차인도 확정일자를 받을 수는 있으나 제3자에 대한 대항력 및 우선변제권 등의 권리가 상가건물임대차보호법에 규정되어 있지 않기 때문에 확정일자를 받아도 그 효력이 없다. 특히, 세무서의 업무처리 과정에서 전차인과 임차인을 구별할 수 없어 전차인에 대하여 확정일자를 부여한 경우에도, 전차인은 대항력이 발생하지 않으므로 우선변제권을 얻을 수 없다. 다만, 전차인은 전대인이 임차인으로서 사업자등록 및 확정일자를 받아 우선변제권을 취득한 경우 임차인(전대인)의 임대보증금에 대하여 민법 규정의 채권자대위권을 행사하여 적극적으로 채권(임차보증금)을 변제 받을 수 있다. 관련 판례를 보면, “민법 제630조 제1항은 임차인이 임대인의 동의를 얻어 임차물을 전대한 때에는 전차인은 직접 임대인에 대하여 의무를 부담하고, 이 경우에 전차인은 전대인에 대한 차임의 지급으로써 임대인에게 대항할 수 없다고 규정하고 있는 바, 위 규정에 의하여 전차인이 임대인에게 대항할 수 없는 차임의 범위는 전대차계약상의 차임지급시기를 기준으로 하여 그전에 전대인에게 지급한 차임에 한정되고, 그 이후에 지급한 차임으로는 임대인에게 대항할 수 있다”⁸¹⁾고 판시하여, 전대차계약 종료와 전대차목적물의 반환 당시 전차인의 연체차임은 전대차보증금에서 당연히 공제되어 소멸되며,

81) 대판 2008.3.27, 2006다45459.

전대차계약상의 차임지급시기 이후에 발생한 채무소멸사유로서 전차인은 위와 같은 사유로 임대인에게 대항할 수 있다고 하고 있다.

9. 權利金

1) 意義

권리금에 관해서는 법률에 규정이 없지만, 임대차계약에 있어서 정기적으로 지급되는 차임과는 별도로 입주 시에 지급하는 대가를 의미하는 것으로, 이는 세계대전 후 지대가임통제령에 의하여 동결된 임료와 인플레이션에 의해 단기간에 높아진 임료와의 차액에 대해 반환되지 않는 부금의 성격으로 지급되던 것에서 유래된다.⁸²⁾ 임대차에서는 임차보증금 이외에 권리금이 따로 지급되는 수가 있다. 권리금은 특정점포의 영업상의 명성 등의 대가로 지급되는 것이 보통이지만, 그 구체적인 법률관계는 권리금의 지급에 관한 거래관행과 계약의 해석을 통해 결정하는 수밖에 없다.⁸³⁾

판례도 “권리금의 반환을 특별한 사정이 없는 한 임차인에게 청구할 수 없는 것으로 보고 있다. 즉 우리 대법원은 영업용 건물의 임대차에 수반되어 행하여지는 권리금의 지급은 임대차계약의 내용을 이루는 것은 아니고 권리금 자체는 거기의 영업시설·비품 등 유형물이나 거래처·신용·영업상의 노하우(know how) 혹은 점포 위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정 기간 동안의 이용대가라고 볼 것인 바, 권리금이 그 수수 후 일정한 기간 이상으로 그 임대차를 존속시키기로 하는 임차권 보장의 약정 하에 임차인으로부터 임대인에게 지급된 경우에는, 보장기간 동안의 이용이 유효하게 이루어진 이상 임대인은 그 권리금의 반환의무를 지지 아니하며, 다만 임차인은 당초의 임대차에서 반대되는 약정이 없는 한 임차권의 양도 또는 전대차 기회에 부수하여 자신도 일정 기간 이용할 수 있는 권리를 다른 사람에게 양도하거나 또는 다른 사람으로 하여금 일정기간 이용케 함으로써 권리금 상당액을 회수할 수 있을 것이지만, 반면 임대인의 사정으로 임대차계약이 중도 해지됨으로써 당초 보장된 기간 동안의 이용이 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 있을 때에는 임대인은 임차

82) 최진구, “상가건물임대차보호법의 문제점과 과제”, 「법학논문집」 제25집, 단국대학교법학연구소, 2001, 330면.

83) 김준호, 전계서, 1382면.

인에 대하여 그 권리금의 반환의무를 진다고 할 것이고, 그 경우 임대인이 반환의무를 부담하는 권리금의 범위는, 지급된 권리금을 경과기간과 잔존기간에 대응하는 것으로 나누어, 임대인은 임차인으로부터 수령한 권리금 중 임대차계약이 종료될 때까지의 기간에 대응하는 부분을 공제한 잔존기간에 대응하는 부분만을 반환할 의무를 부담한다고 봄이 원칙에 합치된다”고 판시하고 있다.⁸⁴⁾

우리나라에는 임차권의 양도나 임차물의 전대에 있어서 양수인이나 전차인이 보증금(전세금 포함)이나 월세 외에 별도로 원 임차인에게 권리금을 지불하는 관행이 있다. 그 밖에 권리금은 임대차와 관련하지 않고도 영업하거나 국유지사용권, 기타의 권리의 양도 시에 수수되기도 한다. 권리금의 관행은 주로 도시중심가의 점포임차권 양도에서 나타났으나, 근래에는 사무실·토지·공공주택의 임차권의 양도·전대에 확대되어 수요가 높은 임차공간이라면 어디든 권리금이 수수된다(그중에서 특히 신축건물의 임대분양 시에 붙는 권리금을 프리미엄이라고도 한다). 임차인은 자기가 임대인에게 지불했던 보증금의 반환청구권을 임차권의 양수인(또는 전차인)에게 채권양도하면서, 그와는 별도로 임차권양도(또는 전대차설정)에 대한 사례금으로서 권리금을 받는다. 권리금은 보증금과 유사하게 권리금계약에 의해 지급되며, 권리금계약은 임차권양도계약(또는 전대차계약)에 부종한다고 해석된다. 단 보증금은 임대차종료 시에 임대인으로부터 반환되는 데에 반하여, 권리금은 그를 수령한 임차인이나 또는 임대인으로부터 반환받지 못하는 것이 관행이다.⁸⁵⁾ 그러나 상당한 금액의 권리금을 단순한 사례금으로 볼 수는 없다. 결국 권리금은 무엇에 대한 반대급부인가가 규명되어야 한다.

2) 效力

통상 권리금은 임차보증금과는 달리 임대인이 취득하고 임차인에게 반환하지 않는 것이 거래의 관행이고, 판례도 임대인의 권리금 반환의무를 인정하기 위해서는 반환의 약정이 있는 등 특별한 사정이 있을 것을 요구한다.⁸⁶⁾ 또 다른 판례는 “통상 권리금은 새로운 임차인으로부터만 지급받을 수 있을 뿐이고 임대인에 대하여는 지급을 구할 수 없는 것이므로, 임대인이 임대차계약서의 단서 조항에

84) 대판 2002.7.26, 2002다25013. 동지 ; 대판 2001.4.10, 2000다59050 ; 대판 2000.9.22, 2000다26326.

85) 실제로는 임차인이 변경된 때에 임대인이 전임차인이 신임차인으로부터 받는 권리금을 알면서 묵인하고, 다만 신임차인과의 갱신계약 또는 양도의 동의 시에 장래 임대차계약 종료 시에는 모든 부속시설을 철거하여 원상회복시킬 것과 권리금을 임대인에게 주장하지 아니할 것을 각서로 받는다.

86) 대판 1989.2.28, 87다카823.

‘모든 권리금을 인정함’이라는 기재를 하였다고 하여 임대차 종료 시 임차인에게 권리금을 반환하겠다고 약정하였다고 볼 수는 없고, 단지 임차인이 나중에 임대권을 승계한 자로부터 권리금을 수수하는 것을 임대인이 용인하고, 나아가 임대인이 정당한 사유 없이 명도를 요구하거나 점포에 대한 임대차계약의 갱신을 거절하고 타에 처분하면서 권리금을 지급받지 못하도록 하는 등으로 임차인의 권리금 회수기회를 박탈하거나 권리금 회수를 방해하는 경우에 임대인이 임차인에게 직접 권리금 지급을 책임지겠다는 취지로 해석해야 할 것”이라고 판시하고 있다.⁸⁷⁾

또한 임대인과 임차인 사이에 건물 명도 시 권리금을 반환하기로 약정하였다 해도 그러한 청구권은 건물에 관한 채권이 아니므로 상가건물에 대한 유치권을 행사할 수 없도록 하고 있다. 권리금과 시설비 부분을 해결할 수 있도록 상가건물임대차보호법에서는 임대차 기간을 일정조건하에 5년간 보장하고 있다.

第3節 商街建物賃貸借保護法과 住宅賃貸借保護法の 比較・檢討

1. 立法目的 및 趣旨

상가건물임대차보호법과 주택임대차보호법의 제정목적은 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민경제생활의 안정과 국민 주거생활의 안정을 보장하는데 있어 같다고 할 수 있다. 법 규정 역시 당사자 의사와 상관없이 강제적으로 적용되는 강한 법규이며, 이 법의 규정에 위반된 약정으로써 임차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다(상가건물임대차보호법 제15조, 주택임대차보호법 제10조)고 하는 취지 또한 같다.

2. 適用對象

주택임대차보호법은 보호대상이 주거용 건물이다. 반면 상가건물임대차보호법은 사업자등록 대상이 되는 상가건물이다. 이러한 용도는 법률적인 구분이 아니라 사실적인 구분이기 때문에, 주거용 건물인지 상가건물인지에 대한 판단은 건물자체의 특성보다도 가장 우선해서 임대차 목적에 따른다. 즉, 임대차의 목적을 살펴보고 건물의 기능과 특성을 목적에 비추어 타당한지를 종합적으로 판단해야

87) 대판 2000.4.11, 2000다4517. 4524.

한다. 따라서 임차인이 일정건물에 전입신고도 하고 사업자등록도 해서 겸용하는 경우 어느 법으로 보호해야 하는가는 역시 임대차의 주된 목적이 무엇이나 그리고 종업원이나 동거가족의 상태 및 건물의 기능과 주변 환경 등을 고려해서 판단해야 한다. 그렇다고 공법적이고 개관적인 외형상의 뚜렷한 용도를 완전히 무시할 수는 없고 이도 진지하게 고려해야 한다. 지나치게 임대차계약의 목적과 실제 기능 중심으로 판단을 한다면 물권자들에게 불측의 손실을 안겨줄 수도 있기 때문이다.⁸⁸⁾

또한 대상 임차인에 대하여 주택임대차보호법은 자연인만을 보호대상으로 한다. 즉, 법인과 권리능력이 없는 사단이나 재단은 보호대상이 아니다. 반면에 상가건물임대차보호법은 자연인이든 법인이든 가리지 않지만, 반드시 등록한 사업자이어야 한다. 자연인은 개인사업자이든 법인사업자이든 구분하지 않고 보호대상이 되는 것이다. 그러나 자연인이나 법인이나 사업자등록을 하지 않고 있다면 상가건물의 임차인으로서 보호대상이 될 수 없다.

3. 對抗力

대항력이란 이미 성립한 권리관계를 타인에게 주장할 수 있는 법률상의 힘 또는 그러한 힘으로 보유하는 것을 일컫는 것으로 임차권의 대항력은 임차권을 등기한 때에 제3자에 대하여 효력이 생긴다(민법 제621조 제2항). 부동산 등기신청은 매도인과 매수인 또는 임대인과 임차인이 공동신청주의를 택하고 있는 관계로 임대인이 협력을 해주지 않으면 어렵다. 반면에 임차인이 임대인에게 임대차 등기 절차에 협력할 것을 청구할 수 있을 뿐이고, 이의 해결을 위해서는 소송에 기대는 수밖에 없는 실정이다.

주택임대차보호법에서는 대항력 요건이 주민등록이다.⁸⁹⁾ 즉, 전입신고와 건물

88) 예컨대, 임차인이 1층은 상가로 쓰고 같은 주택건물 3층을 주택으로 활용하는 경우 계약을 주택계약과 상가건물계약으로 구분하고 각각의 요건을 갖추고 있다면 그대로 각각 구분해서 보호하면 큰 문제가 없어 보이나, 각각의 요건을 갖춘 상태에서 계약을 구분하지 않는 것이다. 즉, 3층 주거용 임대차 보증금과 1층 상가건물임대차의 보증금을 모두 총액으로 해서 단일한 계약서에 기재한 경우에는 이를 구분해서 보호할 때 그 보증금과 계약내용의 분리를 어떻게 볼 것이지가 중대한 문제다. 더구나 월차임이 있는 경우라면 상가건물임대차보호법은 월차임을 모두 보증금으로 환산해서 보호대상을 정하기 때문에 문제가 된다.

89) 주택임대차보호법 제3조 제1항은, 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 익일부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다고 규정하고 있고, 같은 법 제3조의 2 제1항은, 같은 법 제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인은 경매 등에 의한 환가 대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다고 규정하고 있는바, 주택의 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 당일 또는 그 이전에 임대차계약증서상에 확정일자를 갖춘 경우 같은 법 제3조의2 제1항에 의한 우선변제권은 같은 법 제3조 제1항에 의한 대항력과 마찬가지로

의 인도를 받아야 한다. 반면 상가건물임대차보호법에서는 건물의 인도와 사업자 등록 신청이 대항력 요건이다. 이 두 가지 요건이 모두 갖추어져야 각 보호법에 의해 보호를 받을 수 있다. 상가건물임대차보호법은 무등록 사업자의 양산을 방지하는 결과도 가져온다. 제3자들은 임차인이 임차권을 등기하지 않았다고 해서 공시된 임차인이 없다고 판단해서는 안 된다. 두 개의 임대차보호법은 공시의 방법으로 이 두 가지 요건을 인정하고 있기 때문이다.⁹⁰⁾

주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법은 민법의 특례 규정을 두어 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때⁹¹⁾에는 그 익일부터 제3자에 대하여 그 효력이 생긴다고 규정하고 있어 주거용 건물의 임대차에 대항력을 인정하고 있고(주택임대차보호법 제3조 제1항). 상가건물임대차보호법은 임차인이 상가건물의 인도와 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조, 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록을 신청한 다음날부터 제3자에 대하여 대항력이 있음을 규정하고 있다(상가건물임대차보호법 제2조 제1항). 따라서 임대차 계약 중에 임차물이 매매나 경매된 경우라도 임차인은 양수인이나 경락인에게 임대차 관계의 존속을 주장하면서 임차물을 계속 사용⁹²⁾하거나 보증금 또는 전세금의 반환을 청구할 수 있다.

4. 優先辨濟權의 要件

주택임대차보호법에서 민사집행법이나 국세징수법에서의 매각대금(임대인 소유 대지가액 포함)에 대한 우선변제를 받기 위해서는 대항력 요건에 임대차계약서상에 확정일자를 받아야 한다. 일반적으로 확정일자는 문서에 대한 공적 증명의 기능으로 공무소인 공증인사무소나 법원, 등기소 및 일반 읍면동사무소에서 받을 수 있다. 반면, 상가건물임대차보호법에 의한 확정일자는 임대차계약서를

로 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음날을 기준으로 발생한다(대판 1998.9.8, 98다26002).

90) 윤철홍, 「채권각론」, 법원사, 2001, 256면.

91) 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 주택의 인도와 더불어 대항력의 요건으로 규정하고 있는 주민등록은 거래의 안전을 위하여 임차권의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것으로서, 주민등록이 어떤 임대차를 공시하는 효력이 있는가의 여부는 그 주민등록으로 제3자가 임차권의 존재를 인식할 수 있는가에 따라 결정된다고 할 것이므로, 주민등록이 대항력의 요건을 충족시킬 수 있는 공시방법이 되려면 단순히 형식적으로 주민등록이 되어 있다는 것만으로는 부족하고, 주민등록에 의하여 표상되는 점유관계가 임차권을 매개로 하는 점유임을 제3자가 인식할 수 있는 정도는 되어야 한다(대판 2002.11.8, 2002나38361, 38378).

92) 상가건물임대차보호법상 임대인지위 승계에 대하여 임차인이 상당한 기간 내에 이의를 제기하면 승계되는 임대차관계의 구속에서 벗어나고 양도인의 임차인에 대한 임차보증금 반환의무도 소멸하지 않는다고 한 사례(대전지판 2004.12.3, 2004나6663).

갖고 반드시 관할세무서에서 받아야만 한다. 이는 명문으로 규정되어 있다. 이처럼 확정일자를 받았을 때의 우선변제권 취득효과는 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법 모두 동일하지만, 확정일자를 받는 기관에서 차이가 난다.

한편, 우선변제권에 있어서 등기된 임차권과 대항요건을 갖춘 임차권이 경합한 경우에는 그 선후에 의해 결정된다는 것이 판례 및 이론이다.⁹³⁾ 따라서 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법의 우선변제권⁹⁴⁾은 대항력을 갖추고 확정일자인을 받은 경우는 후순위 채권이나 일반채권 보다 우선하여 변제를 받을 수 있다는 점에서 같다고 볼 수 있다.

5. 保證金 중 一定額의 保護(最優先辨濟權)

보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선해서 매각대금(대지가액 포함)에서 변제받기 위해서는 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법 모두 경매신청 등기일 이전에 임차인이 대항력 요건을 갖추어야 한다. 그러나 보증금액과 일정액의 범위는 서로 다르다. 주택임대차보호법에서는 지역을 현재 과밀억제권역, 광역시, 기타 지역으로 구분하고 있으나, 상가건물임대차보호법에서는 서울특별시, 과밀억제권역, 광역시, 기타지역으로 나누고 있다.

<표 2> 소액보증금 중 보호되는 일정액 한도

주택임대차보호법		상가건물임대차보호법	
* 과밀억제권	4,000만원 이하→ 1,600만원	* 서울특별시	4,500만원 이하→ 1,350만원
* 광역시(군, 인천제외)	3,500만원 이하→ 1,400만원	* 과밀억제권역	3,900만원 이하→ 1,170만원
* 기타	3,000만원 이하→ 1,200만원	* 광역시(군, 인천제외)	3,000만원 이하→ 900만원
		* 그 밖의 지역	2,500만원 이하→ 750만원

93) 조용완, “임대차의 대항력”, 『재판자료』 제32집, 법원행정처, 1986, 474면 : 대판 1993.11.23, 93나4083

94) 판례는 상가건물임대차보호법 시행 전 설정된 근저당권에 대하여 동법 제14조에 의한 임차인의 우선변제권 주장을 부인하고 있다(부산지판 2004.10.18, 2004가단48306).

임차인 보증금에서 주택임대차보호법에서는 차임을 환산하지 않으나, 상가건물 임대차보호법에서는 차임을 보증금으로 환산해 구분한다는 점이 다르다. 또한 주택임대차보호법에서는 일정액 보호가 매각대금의 2분의1 한도에서 우선보호가 되지만, 상가건물임대차보호법에서는 매각대금의 3분의1 한도를 넘을 수 없다.⁹⁵⁾ 금액이나 대금 한도 면에서 주택임대차보호법이 좀더 임차인에게 유리한 측면이 있다고 볼 수 있다.

양법에서 경제적 약자인 임차인 보호를 위해 최우선변제 조항을 두어 보호하고 있다는 점에서는 같으나, 보호금액의 대상 및 금액에 있어서 차이점을 두고 있으며, 주택임대차보호법은 보증금액의 40%를 상가건물임대차보호법은 30%를 최우선변제 하고 있다는 점에서 차이를 두고 있다.

6. 賃貸借期間

주택임대차보호법 제4조 제1항에서 기간의 정함이 없거나 기간을 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 본다. 다만, 임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있다. 상가건물임대차보호법 제9조 제1항은 기간의 정함이 없거나 그 기간을 1년으로 정한 임대차는 그 기간을 1년으로 본다. 다만, 임차인은 1년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있다.⁹⁶⁾ 임대인보다는 상대적 열위에 있는 임차인을 보호하기 위해 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법은 양자 공히 일정기간의 계약기간을 보장해줌으로써 임차인을 보호하려는 제도를 채택하고 있다는 점에서 유사점을 갖고 있다.

7. 借賃 등의 増減請求權

주택임대차보호법 제7조에서 약정한 차임 또는 보증금이 임차주택에 관한 조세·공과금 기타 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 될 때에는 당사자는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다. 그러나 증액의 경우에는 대통령령이 정하는 기준에 따른 비율을 초과하지 못한다. 상가건물임대차보호법 제11조 제1항은 차임 또는 보증금이 임차건물에 관한 조세·공과금 그

95) 박종두, 「채권법각론」, 삼영사, 2005, 217면.

96) 1년 미만의 기간으로 정한 임대차계약에 기하여 임대인이 상가건물의 명도를 청구한 사안에서 상가건물 임대차보호법을 적용하여 1년의 계약기간을 인정한 판례가 있다(서울지판 2003.6.24, 2003가단73666).

밖의 부담의 증가나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다. 그러나 증액의 경우에는 대통령령이 정하는 기준에 따른 비율을 초과하지 못한다.⁹⁷⁾

근대법의 기본사상이 계약의 자유를 근간으로 하는데 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법에서 각각 차임증감청구권 조항을 두고, 차임을 통제하고 있는 것은 자유계약원칙에 반하는 성격을 갖고 있으나, 이는 상대적 약자인 임차인을 보호하고 임대인의 과대한 인상 요구를 통제하기 위한 사회보호법적 성격을 갖는 것으로 필요하다고 할 것이다.

상가건물임대차보호법은 계약이나 증액 후 1년경과시 마다 증액을 할 수 있으며 종전 보증금 또는 차임의 12%를 초과하지 못한다.⁹⁸⁾ 이에 반해 주택임대차보호법은 계약이나 증액 후 1년경과시 마다 증액을 할 수 있으며 종전차임 등의 5%를 초과하지 못하도록 규정하고 있다. 양법은 임차인을 보호하는 측면에서 일정을 이하로 차임 인상을 통제하는 점에서 유사한 성격을 가지고 있다.

8. 契約의 更新과 默示的 契約更新

주택임대차보호법 제6조 제1항에서 임대인이 임대차기간 만료전 6월부터 1월까지에 임차인에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 임차인의 임대차기간 만료전 1월까지 통지하지 아니한 때에도 또한 같다. 상가건물임대차보호법 제6조 제1항은 임대인은 임차인이 임대차기간 만료전 6월부터 1월까지 사이에 행하는 계약 갱신 요구에 대하여 정당한 사유 없이 이를 거절하지 못한다, 다만, 각호의 1의 경우에는 그러하지 아니하다. 제4항은 임대인이 제1항의 기간 이내에 임차인에

97) 건물양수인이 임대차계약 종료 후 보증금과 월차임을 10%로써 증액토록 청구하였으나 임차인이 이를 거부하는 한편, 이를 이유로 한 임대인의 건물 명도청구에 대하여 임대인의 차임증액 청구가 상가건물임대차보호법상의 차임증액제한 규정을 위반하였다고 주장한 사안에서 상가건물임대차보호법상의 차임증액제한 규정을 위반하였다고 주장한 사안에서 상가건물임대차보호법상의 차임증액 제한은 존속중인 임대차계약서만 적용되는 것으로 임대차계약이 만료된 후 재계약시에는 그 적용이 없다(대전지판 2004.11.4, 2004나5554).

98) 상가건물임대차보호법은 최단 5년으로 보면 증액을 4번 할 수 있다. 가 보증금이나 차임의 12%씩 증액할 수 있다고 하면, 최초의 보증금과 차임이 각각 1억원에 50만원이었을 때 1차 증액이 되면 1억 1,200만원에 56만원이 되고, 2차 증액이 되면 1억 2,544만원에 63만원, 3차 증액이 되면 1억 4,049만원에 70만원, 4차 증액이 되면 1억 5,734만원에 78만원이 된다. 결국 최초의 금액 대비 보증금은 7,734만원, 즉 최초 보증금의 54%에 해당하는 금액이 상승하는 셈이다. 이는 상당한 부담이다. 특히 상가건물의 경우 경기변동에 따라 상가임차인의 영업소득이 천차만별이므로 이를 일괄해서 상한으로 정한 것은 다소 문제가 있다.

대하여 갱신거절의 통지 또는 조건의 변경에 대한 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 이 경우에 임대차의 존속기간은 정함이 없는 것으로 본다고 규정하고 있다.

주택임대차보호법이나 상가건물임대차보호법에서 계약갱신요구권을 두고 계약기간 만료전 6월부터 1월 사이에 갱신할 수 있도록 하고 있다는 점에서 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법은 그 맥락을 같이 한다.

9. 賃借權登記命令申請

주택임대차보호법 제3조의 3에서 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 임차주택의 소재지를 관할하는 지방법원·지방법원지원 또는 시·군법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있다. 상가건물임대차보호법 제6조 제1항은 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 임차건물의 소재지를 관할하는 지방법원·지방법원지원 또는 시·군법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있다고 규정하고 있다.

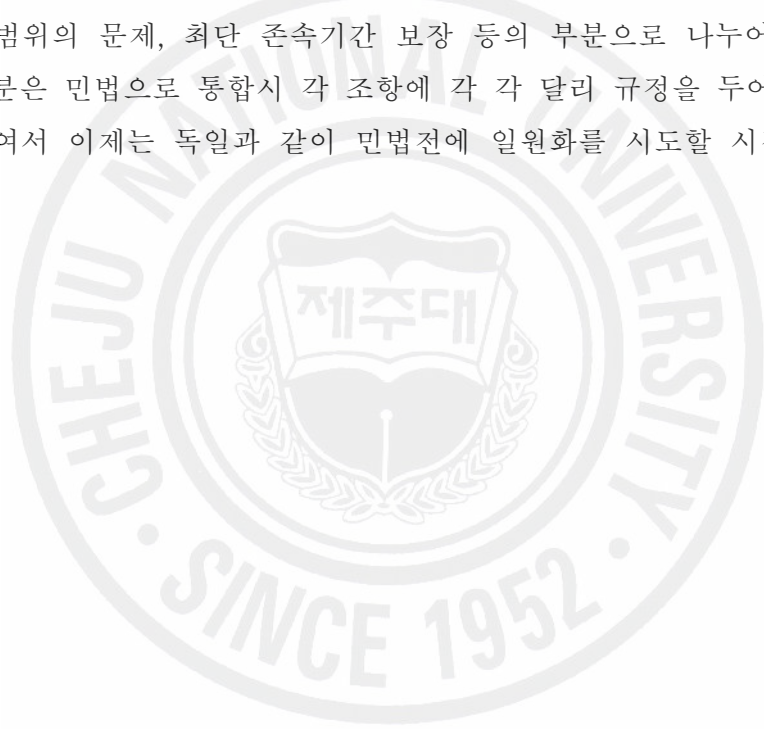
종래의 주택임대차보호법은 임대차가 종료되었으나 임차보증금을 반환받지 못한 상태에서 임차인이 이사를 간 경우 우선변제권을 상실하기 때문에 이사를 가지 못하는 불편이 있었다. 현행 주택임대차보호법이나 상가건물임대차보호법은 임차인의 이러한 불리한 점을 보완하기 위해 임차권등기명령제도를 도입하여 임차인이 법원에 임차권등기명령을 신청하여 임차권 등기가 경료 되면 등기와 동시에 대항력과 우선변제권을 취득하도록 하고, 임차권 등기 이후에는 대항력을 갖추지 않더라도 임차인이 종전에 가지고 있던 대항력과 우선변제권을 유지하면서 주거이전을 할 수 있도록 하고 있다. 즉 임차권등기명령은 임대인의 조력에 기하지 않는 등기를 인정함으로써 점유 없이도 기존의 대항력 및 우선변제권을 유지할 수 있도록 하기 위한 것이다. 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법에서 임차인이 이사를 가더라도 임차권등기명령제도를 도입함으로써 대항력을 유지 하도록 한 점에서 같다.

10. 檢討

위에서 상가건물임대차보호법과 주택임대차보호법의 유사점과 차이점을 살펴본 바와 같이 양법이 다같이 경제적 약자인 임차인의 지위를 보장해주는데 주안

점을 두고 있음을 볼 수 있다. 그렇다면 굳이 상가건물임대차보호법과 주택임대차보호법을 각각 달리 규정하여 보호할 필요성이 있는지 다시 한번 검토해 보아야 한다.

양법을 살펴보면 우선 차이점 보다는 유사점이 많다는 것을 알 수 있다. 대항요건과 우선변제권, 임차권등기명령제도, 차임증감청구권, 월차임 전환시 산정율의 제한, 존속기간 보호 등에 있어서 매우 유사하다는 점에서 굳이 달리 제정하여 운영할 필요성이 있는가 하는 점이다. 두 번째로 우선 차이점에서 논하고 있는 적용범위에서 상가건물임대차보호법은 지역에 따라 일정규모 보증금 이하 상가임차인만 보호하도록 규정하고 있다는 점과, 주택임대차보호법은 임차건물의 전부에 대한 주택임차인(세입자) 전체를 대상으로 적용한다는 문제, 최우선변제권의 적용범위의 문제, 최단 존속기간 보장 등의 부분으로 나누어 볼 수 있다. 이러한 부분은 민법으로 통합시 각 조항에 각 각 달리 규정을 두어 명시하면 될 것으로 보여서 이제는 독일과 같이 민법전에 일원화를 시도할 시점이 되었다고 생각한다.



第3章 商街建物賃貸借保護制度에 관한 主要 國家의 立法例

第1節 主要 國家의 立法例 概觀

1. 日本

일본법은 영업을 목적으로 하는 임차인에 관한 별도의 특별법을 제정하고 있지 않으며 민법의 임대차는 물론 차지차기법에서도 주거용건물과 영업용건물을 구별하지 않고 일률적으로 규정하고 있으나 조문에 따라 건물의 임대차로 보고 있다.⁹⁹⁾

1) 適用範圍

영업용건물의 임대차에 대하여 차지차기법을 적용하는 것에 대하여 판례와 학설은 각기 다른 입장을 보이고 있다. 학설은 영업용건물 임대차에 적용하는 것이 타당하다고 주장하는 다수설과, 차지차기법에 명문의 규정이 없기 때문에 영업용건물임대차에는 적용할 수 없다는 부정설, 당사자가 계약에 어떠한 명칭을 붙여도 이에 관계없이 각각의 조문별로 그 실체에 따라 해석 판단해야 한다는 절충설로 나누어지고 있다. 판례는 영업용건물임대차의 경우에도 차지차기법의 적용 대상이 되어 차지차기법의 적용을 받고 있다고 보고 각 조문의 해석에 대하여 실체에 따라 고려하는 것이 타당하다는 입장을 취하고 있다.¹⁰⁰⁾ 일본에 있어서 영업용임대차와 주거용임대차를 구별하지 않은 배경에는 ‘생업용’ 혹은 ‘상주병용’ 등의 중간적인 형태의 건물이 광범위하게 보급되고 있었던 현상과, 영업용차지차기관계에 있어서 영업재산이 보상에 충분한 고려를 하지 않았다는 것을 들고 있다.¹⁰¹⁾ 이러한 의견에 따라 영업용건물차기법과 주거용건물차기법을 별도의 법으로 제정하여야 한다는 주장이 있었으나 차지차기법은 양자를 구별하지 않고 제정되었다.¹⁰²⁾

99) 법무부, “각국의 영업용건물임대차 법제”, 「법무자료」 제207집, 법무부, 1996, 84면.

100) 법무부, 상계서, 185면.

101) 廣中俊雄·星野英一, 「民法典の百年 I」, 有斐閣, 1998, 264-265면.

102) 野村豊弘, 「新借地借家法講座 3·借家編」, 日本評論社, 1999, 368-369면.

2) 契約當事者의 義務

임차인은 건물사용이 대가로 임대인에게 차임을 지급하여야 한다. 차임은 기본 차임과 특분차임이 있다. 임차인은 임차물에 대하여 적사(敵使)의무, 선관의무가 있으며 이 의무를 위반하면 임대인은 손해배상을 청구할 수 있는 동시에 계약을 해제할 수 있다(민법 제594조 제3항, 제612조 제2항, 제612조), 또한 통지의무(민법 제615조)와 보존행위허용의무(민법 제606조 제2항, 제607조)가 있으며, 임대차계약이 종료하면 임차물을 원상회복하여 임대인에게 반환할 의무가 있다(민법 제616조, 제567조, 제598조).

임대인은 임차인에게 건물인도의무, 건물수선의무, 방해제거의무, 하자담보책임, 비용상환의무 및 조작매수의무 등을 부담한다. 또한 임대인은 임차인의 의무에 대응하여 차임청구권, 차임증액청구권, 임차물반환청구권, 임차물적사청구권 및 계약해제권, 손해배상청구권 등도 가진다.¹⁰³⁾

3) 借賃의 決定과 統制

차임증감청구권(차지차가법 제32조)은 차임을 경제사정의 변동에 따라 합리적으로 조정하고자 하는 것이 그 입법취지이다. 계약당사자간의 차임을 증액하지 않겠다는 특약은 유효하다(차지차가법 제32조 단서), 감액하지 않겠다는 특약은 무효이다(차지차가법 제30조). 차임증감청구권은 형성권이다.¹⁰⁴⁾

4) 存續期間과 解約告知

임차권의 존속기간은 그 기간이 만료로 종료한다. 법정갱신이 인정되며(차지차가법 제26조 제2항, 제3항, 동법 제28조) 존속기간에 대한 규정은 강행규정으로 이 규정에 반하는 특약은 무효가 된다(차지차가법 제30조). 그러나 정기건물임대차(동법 제38조)¹⁰⁵⁾는 법정갱신이 적용되지 않고 보상금을 청구할 수 있다. 보상금 지불의 채무와 건물명도에 따른 채무는 서로 동시이행관계에 있다.¹⁰⁶⁾

임대차계약의 당사자에게 일반적으로 적용되는 해제원인은 이행지체와 이행불

103) 법무부, 전게서, 196-197면.

104) 법무부, 전게서, 211-212면.

105) 福井秀夫 外 2, 「定期借家法」, 信山社, 2000.

106) 野村豊弘, 前掲書, 368면.

능이며 임대차에 특수한 해제원인은 임차인의 의사에 반하는 보존행위(민법 제 607조), 임차물의 일부멸실(민법 제611조), 임대인이 동의를 얻지 않은 양도 또는 전대의 경우이다(민법 제612조), 또한 건물임차권 자체가 소멸하면 임대차계약은 종료한다. 계약당사자가 임대차계약의 존속기간을 정하지 않은 때에는 각 당사자는 언제든지 해약을 제의할 수 있다(민법 제617조), 건물임차인의 해약제의기간은 차지차가법상의 제한이 없으므로 임차인은 언제든지 해약제의를 할 수 있다.¹⁰⁷⁾ 임대보증금도 마찬가지로 법해석의 문제가 되고 있으며 판례는 보증금에 관하여 임차인을 특별 보호한다기보다는 일반 채권의 경우에 준한다. 권리금은 임대차 관계에서 일반적으로 수수되고 있지만 이에 관한 특별한 규정을 한 법률은 없다.¹⁰⁸⁾

5) 賃借權의 讓渡 및 轉貸

임대인의 승낙 없는 임차권의 무단양도·전대는 계약을 해제할 수 있다(민법 제612조). 임대인의 승낙을 얻은 전대에 있어서도 임대차가 종료한 때에 임대인은 전차인에 대하여 그 취지를 통지하지 않으면 그 종료만 가지고서 전대인에게 대항할 수 없다는 특칙을 두고 있다(차지차가법 제34조 제1항). 또한 임차인이 전대인에게 위와 같은 통지를 하였을 경우 전대차는 그 통지 후 6개월이 경과해야 임대차가 종료한다고 규정하여 전차인을 보호하고 있다(차지차가법 제34조 제2항).¹⁰⁹⁾

6) 操作買受請求權과 費用償還請求權

임차인은 임대차계약이 종료하게 되면 보증금이나 부금을 반환 받을 채권과 조작성수청구권(차지차가법 제33조)과 조작성수거권(민법 제598조)이 있다. 여기서 조작성수청구권이라함은 임차인이 임대인의 동의를 얻어 부가한 창호 기타의 조작 및 임대인으로부터 매수한 조작성은 임대차 종료의 경우에 시가로서 임대인에게 매수시킬 수 있는 권리를 말하며, 조작성수거권이란 임대차계약이 종료할 때 임차인은 임대인에 대하여 건물을 반환하여야 하며 동시에 임차인이 부가한 창호

107) 법무부, 전계서, 212-215면.

108) 김남근, “상가건물임대차보호법의 개선방향에 대하여”, 「시민과 변호사」 제108호, 서울지방변호사회, 2003.1, 20면.

109) 오정열, “영업용건물의 임대차보호에 관한 연구”, 동의대학교대학원 박사학위논문, 2001, 10면.

기타 조작이 존재할 때에는 이를 수거하여 건물을 원래의 상태로 회복하여 반환하는 것이다. 조작매수청구권은 임의규정이며 동 청구권은 형성권이다.

계약당사자간에 약정이 없는 경우에는 임차인은 모든 필요비에 대하여 상환청구를 할 수 있다.¹¹⁰⁾ 임차인이 지출한 유익비 중 임차건물에 부착한 부분이 멸실되었으면 유익비상환청구권도 멸실 된다. 임대인이 필요비를 지불하지 않으면 임차인은 임대건물에 대하여 유치권을 행사할 수 있다. 비용상환청구권을 행사할 수 있는 기간은 1년으로(민법 제622조, 동 제600조), 이 기간은 제척기간이다.¹¹¹⁾

7) 保證金과 權利金

보증금은 건물임대차 계약시 임차인이 차임 채무 이외에 채무를 담보할 목적으로 임차인이 임대인에게 교부하는 일체의 금전을 말한다. 임대차계약을 체결할 때 보증금을 장래에 지급하기로 약정한 임대차계약도 유효하며 또한 장래 일정한 사유가 발생할 때 지급하기로 한 특약도 유효하다.

권리금은 임대차계약시 정기적으로 지급하는 차임을 제외하고 교부되는 일시금을 말하는 것으로 영업상의 이익, 차임의 사전지급, 임차권의 대가, 장소적 이익에 대한 대가, 임차권양도의 대가에 대한 금전적 지급을 말한다.¹¹²⁾ 권리금은 ‘반환되지 않는 부금’의 형태로 나타났으나, 민법상 권리금에 관한 규정은 없다. 판례는 권리금을 투자로 인정하되, 반환하여야 할 권리금의 대상은 객관적인 장소적 이익의 대가만이 인정하고 있다. 한편 임대인이 바뀔 경우 권리금의 반환의무의 승계에 대하여 판례는 부정하고 있다.¹¹³⁾ 하지만 영업용 건물의 임대차에 수반되어 행하여지는 권리금의 지급은 임대차계약의 내용을 이루는 것은 아니고 권리금 자체는 거기의 영업시설·비품 등 유형물이나 거래처, 신용, 영업상의 노하우(know-how) 또는 점포 위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정기간 동안의 이용대가라고 볼 것이어서 그 유형, 무형의 재산적 가치의 양수 또는 약정기간 동안의 이용이 유효하게 이루어진 이상 임대인은 그 권리금의 반환의무를 지지 아니하고, 다만 임차인은 당초의 임대차에서 반대되는 약정이 없는 한 임차권의 양도 또는 전대차의 기회에 부수하여 자신도 그 재산적 가치를 다른 사람에게 양도 또는 이용케 함으로써 권리금을 지급받을

110) 澤野順彦 外 5, 「新借地借家法講座(3)·借家編」, 日本評論社, 1999, 119面.

111) 법무부, 전계서, 191면.

112) 澤野順彦 外 5, 前掲書, 31面.

113) 법무부, 전계서, 199-201면.

수 있을 것인 바, 임대인이 그 임대차의 종료에 즈음하여 그 재산적 가치를 도로 양수한다든지 권리금 수수 후 일정한 기간 이상으로 그 임대차를 존속시켜 그 가치를 이용케 해주지 못하였다는 등의 특별한 사정이 있을 때에만 임대인은 그 권리금 전부 또는 일부의 반환의무를 진다고 한 판례도 있다.¹¹⁴⁾

8) 對抗力

임차권은 등기를 함으로써 제3자에게 대항력이 발생한다(민법 제605조). 그러나 차지차가법에서 건물임차권은 건물의 인도가 있는 경우에는 이후에 임차건물에 관하여 물권을 취득한 사람에게도 그 효력이 생긴다(차지차가법 제31조).

9) 正當事由

일본의 임대차에 있어서 정당사유가 도입된 것은 1941년 개정된 차가법이다. 정당사유는 임대인 및 임차인이 건물의 사용을 고려하여 판단하여야 한다. 사용의 필요성은 거주자의 필요성, 영업의 필요성, 생계유지의 필요성, 영리추구의 필요성 등과, 권리금의 지급여부, 계약갱신료의 지불여부, 건물의 구조, 거주용인가 영업용인가를 고려하며, 건축연도, 입·퇴료의 지불여부 등을 고려하여 판단한다.

2. 프랑스

프랑스의 부동산임대차는 토지의 임대차와 건물임대차로 나눈다. 건물임대차는 다시 건물이 용도에 따라 주거용 및 직업용 건물의 임대차(이하 양자를 통틀어서 주거임대차라 함)와 영업용건물의 임대차로 나뉘어 지고 주거임대차와 영업용건물의 임대차는 1926년을 기준으로 하여 별개의 이념과 법제도 아래서 발전을 하였다. 영업용건물임대차에 있어서 재산적 가치(영업재산 : fonds de commerce)의 보호와 임대차기간 중 임차권의 양도라는 두 가지를 중심으로 특별법제가 전개되어 1926년 6월 30일 상가임대차(Baux commerclaux)에 관한 특별법인 ‘영업소유권에 관한 법률’이 탄생하였다.¹¹⁵⁾ 그 후 이법은 1944년 7월 13일의 법에 의

114) 대판 2000.9.22. 2000다26326.

115) 이상혁, “부동산임대차의 현대적 과제에 관한 연구”, 한양대학교대학원 박사학위논문, 1986, 16면 ; 이송희, “영업용건물의 임대차에 관한 연구”, 전주대학교대학원 박사학위논문, 1995, 40면 ; 소재진, “비교법적 측면에서 본 점포임대차법안의 문제점과 입법과제”, 「경희법학」 제32권 제1호, 경희대학교 법학연구소,

하여 개정되었다. 그러나 제5공화국시대에는 상사임차권 강화로 인한 모순과 폐해가 도출되면서 1953년 칙령 제960조(Baux commerciaux)로 재편하였고, 동법은 1965년 5월 12일 법률 제356호로 개정되었다.¹¹⁶⁾ 이법령의 특징은 영업재산의 보존이라는 상가임대차법제의 발전의 경위가 관찰되고 스스로 경영을 하는 자는 그 영업재산을 보존하기 위하여 그리고 그 한도에 있어 임대차의 갱신과 양도를 행할 권리가 인정된다고 하는 것이다.¹¹⁷⁾

1) 適用要件

영업용건물 임대차법의 적용을 받기 위해서는 임대차 계약의 존재가 필요하다. 권리 또는 권원 없이 부동산을 점유하는 자 및 임대차가 아니 권원에 의하여 부동산을 점유하는 자는 동법령이 적용에서 제외되고, 법원이 임대차의 무효를 선고하면 해당 권원은 전면적으로 소멸되고 임차인은 임차권을 가지지 않았던 것으로 간주된다. 예컨대, 합의가 결여된 경우와 무능력 또는 권한이 없는 임대차 계약이 무효로 된 경우이다. 건축물법이면 영업용건물임대차법의 적용을 받게 되고,¹¹⁸⁾ 건물이 없는 토지는 이 법이 적용되지 않으나, 다만 임대차 전후에 상업, 공업 또는 수공업용 건축물이 소유자의 명시적 동의를 얻어 세워지거나 이용될 것을 조건으로 하는 경우에는 토지임대차에도 앞에서 살펴 본 1953년의 개정법이 적용되나, 임대차(Bail)라는 명칭을 가지고 있지만 영구임대차, 건축용 임대차, 행정재산 등에 대한 임대차는 본법의 적용을 제외하고 있다. 임대되는 건축물에는 영업용 또는 수공업용 재산이 존재하고 해당사업이 경영되어야 한다. 혼합임대차에도 위의 1953년에 개정된 법령은 적용되며 부속건물도 동 부속건물이 없으면 영업에 지장이 생기며, 부속건물이 주된 건물과 동일한 소유자에게 속하는 것이거나 또는 일체적인 이용을 목적으로 하는 것을 임대인이 알고 있는 상태에서 임대된 경우에는 동법령의 적용을 받는다.¹¹⁹⁾

1997, 166면.

116) 이송희, 전계논문, 41면.

117) 김선이, 「각국의 영업용건물임대차법제」, 법무부법무실, 1996, 43면.

118) 경영자를 수용하고 고객을 받아들이는 것을 가능하게 하여야 하므로 폐쇄가능하고 지붕이 덮여 있는 장소 즉 건물을 대상으로 한다. 따라서 쇼윈도와 노천의 진열대, 데파트 · 슈퍼마켓 내의 일정한 장소라든가 진열대는 그 자체로서는 이 법령의 대상이 되지 않는다. 임대건물 중 일부를 영업용으로, 일부를 주거용으로 쓰는 경우의 혼합형 임대차도 영업용건물 임대차법이 적용되며 부속건물도 주된 건물이 소유자와 동일할 때는 마찬가지로 이법의 적용을 받는다(법무부, 전게서, 47면).

119) 이송희, 전계논문, 30면.

2) 當事者의 權利義務

임차인은 임대료 지불 의무가 있고 상가건물의 용도에 따라 사용할 의무가 있다. 임차인은 임대인에게 적합한 영업활동을 할 수 있도록 건물의 용도변경을 청구할 수 있고, 일정기간 영업을 계속한 때에는 계약갱신을 청구할 수 있다.

임대인은 임차건물을 임대한 용도에 유용한 상태로 유지할 의무, 임대차기간 중 임차인에게 평온하게 임대목적물을 향유하게 할 의무, 임대물의 사용에 방해되는 하자 또는 결함에 대하여 담보책임을 부담한다.¹²⁰⁾

3) 賃貸借의 讓渡 및 轉貸

임차권의 양도는 임차인의 자유재량에 속하나, 통상적으로는 임대차 계약체결 시 전대·양도를 금지하는 특약을 하고 있다. 임대차의 양도는 채권양도와 동일시되고, 전대차는 민법 제1717조에 의하여 적법하게 인정되지만 임대차계약상의 조항에 의하여 금지되는 경우가 대부분이다. 그러나 앞의 1953년에 개정된 법에서는 임대차의 양도와 전대를 구별하여 임대차계약서상 상반된 약정 또는 임대인의 동의가 없는 한 전부 또는 일부의 전대차는 금지한다고 규정하고 있다(Baux commerciaux 제 21조 1항, 제2항).¹²¹⁾

4) 期間 및 契約의 終了

상가임대차의 기간은 9년 이상이어야 한다(Baux commerciaux 제3조 제1항). 이 규정은 강행규정으로 상인의 영업활동의 안정과 입주 시에 지급되는 권리금과의 균형을 도모하기 위해서 규정하였다. 임차인은 3년의 기간이 종료할 때마다 6개월 전에 재판외 증서에 의하여 해약을 신청할 권한을 가진다. 임대인도 동일한 절차에 의하여 해약신청권이 있으나 그 행사에는 엄격한 조건이 있다. 본 법령에 따른 임대차에 있어서 해약신청이나 갱신거절이 없으면 임대차는 묵시의 연장에 의하여 상가임대차는 계속된다(Baux commerciaux 제5조 제2항). 임대차의 해제는 법정해약(민법 제1722조)과, 계약상의 해제, 재판상의 해제에 의하여 소멸한다. 그러나 법정해제는 53년 법령에 따라 임대차의 법정기간인 최소한 9년

120) 소제선, 전계논문, 167면.

121) 법무부, 전계서, 55면.

의 기간이 경과하지 않으면 해제의 효과가 발생하지 않으며(Baux commerciaux 제25조 제1항), 또는 해제 효과가 발생하더라도 갱신권 및 퇴거보상청구권을 상실하는 것은 아니다.¹²²⁾

5) 契約의 更新

계약의 갱신은 1926년의 ‘영업소유권에 관한 법률’에 의하여 입법화되어 1953년 개정법령에 승계되었다. 임차인이 갱신한 권리를 주장하기 위한 요건으로서 영업재산을 일정기간 본인이 경영하고 있어야 하며(Baux commerciaux 제4조 제1항), 3년간 실제 경영을 하고 있어야 하고 그 형태는 법인인가, 자연인인가를 불문한다. 그러나 관리임차인은 갱신을 주장할 수 없다. 임차인은 계약기간 만료 6개월 이전에 갱신의 청구를 하여야 하고 임대인은 임차인으로부터 갱신이 청구가 있는 후 3개월 이내에 회답을 하여야 하며, 회답을 하지 아니하면 갱신을 승낙한 것으로 간주한다, 갱신을 거절할 경우에는 거절의 이유를 기재하여야 한다(Baux commerciaux 제5조 5항).

임대차계약에 대한 갱신의 승낙은 신임대차를 발생시키는데 그 조건을 만료한 임대차의 조건과 동일하나, 차임에 대하여는 당사자가 자유롭게 정할 수 있다. 임대인은 퇴거보상으로서 갱신거절을 자유롭게 할 수 있다(Baux commerciaux 제8조 제1항). 퇴거보상을 수반하지 않는 갱신거절에는 ‘중대하고 정당한 이유’에 의한 거절, 즉 임차인의 의무불이행과 관련된 차임미지불, 차임지체, 훼손행위, 부적합한 임대차의 양도 또는 전대 등 계약상의 사유로 존재하며 계약외의 행위로 폭력, 상해, 절도 등이 있다. ‘회복권’에 의한 거절(Baux commerciaux 1953, 제9조 제2항), 건축 또는 재건축을 위한 회복(Baux commerciaux 1953, 제10조), 주거를 위한 회복(Baux commerciaux 제14조)등이 있다.¹²³⁾

6) 借賃・保證金・對抗力

차임의 결정은 당사자의 자유로운 합의에 의하여 결정된다. 차임은 법관 이외의 제3자에게 차임액의 결정을 위임하는 것도 가능하며, 임차인에 의하여 얻어지는 총 매상의 일정 비율로 정하는 방법도 이용되고 있다. 영업용건물임대차에 보

122) 법무부, 전게서, 66면.

123) 법무부, 전게서, 71-77면.

증금의 결정은 당사자의 합의에 맡기고 있다. 상가임대차에 있어서 보증금은 임대차계약이 종료하면 임차인에게 반환되는 성질을 가진다.¹²⁴⁾ 임대차계약 체결시 1개월 또는 수개월의 차임을 선불하는 경우 이는 보증금을 구성한다고 본다. 계약이 공증인 증서로 체결된 경우에는 그 일부로, 사서증서에 의하여 체결된 경우 임차인이 세무관리청에 등록을 하면 그 일부에 의하여 대항력을 취득할 수 있다 (민법 제1743호).

3. 英國

1) 概觀

영국에서 영업용건물의 임대차에 관하여 특별법을 제정한 목적은 ‘당사자의 이익조정’과 ‘건물의 근대화’를 촉진하려고 하는 두 가지의 목적을 지니고 초기에는 판례법에 의하여 규율되었으나,¹²⁵⁾ 1927년 임대차법(Landlord and tenant Act 1927)을 제정하여 임차인을 보호하였다. 그러나 이 법률에 의한 임차인 보호는 한정적인 것이었으므로,¹²⁶⁾ 1953년 백서(Government Policy on Leasehold Propetry in England and Wales)를 기초로 하여 1954년 임대차법(Landlord and Tenant Act)을 제정하였고, 동법의 제2부 영업용건물의 임대차에 관한 부분이다. 그 후 제정법위원회(Law Commission)의 권고에 기초하여 1969년 재산법(Law of property Act, 1969)이 제정되었고, 나중에 동법은 약간의 수정을 하였다.¹²⁷⁾

2) 營業用建物賃貸借 關係의 內容

(1) 適用範圍

영업용건물의 임대차는 일정한 요건(Land and Tenant Act 1954 제23조 제1항)을 갖추어야 되는데, 첫째, 임대차일 것, 임대차에 대하여는 문서, 구두, 묵시의 어느 방식에 의하여도 좋으나 임의임대차(tenancy at will), 용인임대차(tenancy on sufferance), 사용허용자(licencee)의 경우에는 적용되진 않는다. 둘

124) 오정렬, 전계논문, 103면.

125) 소재선, 전계논문, 151면 ; 이송희, 전계논문, 30면.

126) 內田勝一, 「現代借地借家法學の課題」, 成文堂, 1997, 166-167面.

127) 內田勝一, “營業用建物の賃貸借に關する比較法的研究(1)”, 「NBL」 No, 361, 18面.

제, 임차인이 점유하고 있어야 한다. 임차인이 점유하는 형태로 직접점유, 간접점유 어느 형태이던 관계없다. 셋째, 사업을 목적으로 하고 있어야 한다. 따라서 겸용건물의 경우에는 영업용건물의 임대차법이 적용된다. 그런 위의 요건을 충족하고 있더라도 농지임대차(법 43조 제1항 a), 광산의 채굴을 목적으로 하는 임대차(Landlord and Tenant Act 1954법 제43조 제1항 d), 주류 판매행위(동법 제43조 제1항 d), 임대인에 고용된 임차인이 고용기간 중 이용하는 것이 허용된 건물(동법 제43조 제2항), 6개월 미만의 임대차(동법 제43조 제3항), 임대인이 공적단체로서 그 단체의 목적달성에 필요한 경우(동법 제57조), 임대인이 정부여서 건물의 임대가 목적달성에 필요한 경우(동법 제69조)에는 영업용건물 임대차법에서 제외된다. 이 규정은 강행규정으로 당사자가 특약으로 제한할 수 없다.¹²⁸⁾

(2) 契約의 締結

영국법에 있어서 임대차는 부동산권의 일종으로, 물권에 해당되어 임대차기간 동안 부동산권의 소유권자이고, 점유자이다. 그러나 실제로는 권리의무의 내용을 명확히 하고 장래의 분쟁을 방지하기 위하여 상세한 서면에 의하여 계약이 체결된다. 임차인에 대하여 법률상의 부동산권을 설정하기 위해서는 날인증서(deeds)에 의하여 임대차가 체결되지 않으면 안 된다고 하는 것이 기본원칙이다.¹²⁹⁾

(3) 當事者의 義務

임차인이 가지는 약정 가운데 가장 중요한 것은 차임의 지불의무이며, 차임에 관하여는 특별법에 규제가 없다. 따라서 차임액을 물가지수의 변동에 링크시키는 방법도 가능하며, 임차인의 영업이익의 일정 비율을 차임으로 취득하는 방법도 있다. 임차인이 차임지불의무 위반 시에는 임대인은 법원에 제소할 수 있다. 임대인은 담보책임을 지지 아니하므로 수선의무를 부담하지 않는다. 임차인은 임대차가 종료되면 원상회복의무를 부담하고 있으며, 임차인이 개량을 가한 경우에 있어서는 그것을 제거할 수 없고 부당이득 반환청구를 하여야 한다.¹³⁰⁾

128) 內田勝一, 前掲論文, 20面.

129) 內田勝一, 前掲論文, 21面.

130) 內田勝一, 前掲論文, 17面 ; 오정렬, 전계논문, 85면.

(4) 賃借權의 讓渡·轉貸 및 權利金

임차권은 자유로이 양도·전대가 금지되고 있다. 그러나 이익권은 임차권과 별개로 처분하는 것이 가능하며, 임차권과 이익권을 포함하여 영업의 양도로 처분할 수도 있다.¹³¹⁾ 여기서 이익권이란 특정건물에서 일정기간 임차인이 영업을 계속하는 경우에 그것으로부터 얻는 특별한 이익을 말한다.

(5) 保證金 및 權利金の 返還確保

건물의 인도와 반환은 동시이행관계로 인정되고 있다.¹³²⁾ 영국에서 권리금이란 차임에 부과된 부납금 혹은 같은 형태의 의미를 지닌 금전, 그 외의 임차권의 설정·갱신·계속·양도의 대가로 요구되는 차임 이외의 모든 금전적 대가를 일컫는다. 그 권리금에 대하여는 규제가 없으므로 당사자가 자유로이 정할 수 있다.¹³³⁾ 권리금에 대한 계약은 대부분이 경우 사무변호사(Solicitor)에 의하여 작성되고 있으므로 권리금에 관한 법률문제가 소송이 되는 경우는 적다.¹³⁴⁾

(6) 賃貸借期間과 解約告知

존속기간은 당사자 합의에 의하여 정할 수 있으며(term of years) 존속 기간종료(effluxion, expire)에 의하여 종료한다. 그러나 주기임대차(weekly tenancy), 월불임대차(monthly tenancy), 연기임대차(yearly tenancy) 등 가임지불기간이 정하여져 있는 주기임대차(periodic tenancy)는 약정기간을 단위로 하는 임대차이고, 기간도래에 의하여 다시 동일단위기간의 임차기간이 시작되는 것으로 영구적으로 계속되는 것이다. 이것은 각단위 기간마다 수개의 임차권의 집합이 아니고 전체가 하나의 임차권이다. 다만 단위기간 종료전의 일정한 시기까지 임대인이나 임차인 어느 한쪽의 갱신을 하지 않을 것을 통지하면 임대차는 단위기간 만료시에 종료되며, 이것은 해약고지(notice to quit)에 의하여 종료된다. 임대인은 임대차 종료일 6개월 내지 12개월 전까지 임대건물을 필요로 하는 해약고지를 할

131) 보상액은 임차인의 점유가 14년 이상의 경우에는 과세평가액의 2배이고, 그것에 만족하지 않는 경우에는 과세평가액과 같은 금액이다.

132) 오정렬, 전계논문, 89면.

133) 소재선, 전계논문, 159면.

134) 內田勝一, 前掲論文, 18面 ; 법무부, 전계서, 37면.

수 있으나, 일정한 조건을 충족하여야 한다(1954년 임대차법 제25조). 임차인은 임대차 종료 6-12개월 전에 목적물, 기간, 차임을 제시하여 신임대차의 청구를 할 수 있으며, 이때 임대인은 2개월 이내에 이의를 신청하지 않으면 임차인의 청구에 따른 신임대차가 발생한다. 임대인 이외는 1954년 제정된 임대차법 제30조에서 정한 사유를 충족하여야 한다. 법원은 신 임대차를 허용하는 경우에는 존속기간을 7년으로 부여하며, 차임은 법원의 재량으로 정한다. 동법 제30조 제1항 ㉔, ㉕, ㉖의 사유에 의하여 신 임대차가 허용되지 않은 경우에는 임차인에 대하여 보상이 허용되며, 보상의 액은 건물의 과세평가액의 2배가 원칙이다. 그러나 임차인이 임대차 조항에 의하여 14년 이상 계속하여 그 건물을 점유한 경우에는 과세평가액의 4.5배가 된다.¹³⁵⁾

(7) 費用償還請求權

비용상환청구권은 임대차 종료 시, 임차인이 행한 개량행위로 임대차목적물의 가격이 상승되었어야 가능하고 임차인이 부가한 시설물은 임대차 종료 시 임차인이 수거하는 것이 가능하므로 반환청구권의 대상이 아니다. 임차인이 시설물을 설치하는 경우에는 임대인의 동의가 필요하고 임대차 계약 종료시에 임차인이 수거할 수 있으므로 임대인에게 시설물매수청구권이 인정되지 않는 것이 관례이다.¹³⁶⁾ 비용상환청구권이 인정되기 위해서는 임차인은 일정한 조건을 갖추어야 한다. 그러나 계약상의 의무를 이행하기 위한 개량행위, 또는 임대인이 개량비용을 지불하였거나 차임의 감액을 한 경우에는 반환청구권이 인정되지 않는다. 임대인과 임차인간의 보상금액에 대하여 합의가 불가능 할 때에는 법원이 보상액을 결정한다. 임차인이 개량행위를 신청할 경우에는 통상은 임대인이 개량행위를 하고 임대료를 인상하므로 이 경우에는 비용상환청구권이 문제가 되지 않는다.¹³⁷⁾

4. 獨逸

대륙법계의 원류인 독일의 입법례는 건물임대차에 관해서 주거용과 상가를 통

135) 법무부, 전게서, 37면.

136) 内田勝一, 前掲論文, 17面.

137) 소재선, 전계논문, 158면.

일하여 민법에서 통일적으로 다루고 있다. 즉, 독일 민법(BGB) 제580조는 ‘주거용 건물과 다른 건물’이라 하여 주거용인지 상가용의 구별은 먼저 계약의 목적에 따라서 구별되는 것으로 보기 때문에 거주 목적으로 공간을 이용하기 위해서 임대하였다면 주거용 임대차이지만, 거주목적으로 계약된 공간일지라도 실제로는 다른 목적으로 임대되어진 경우에는 주거용 임대차로 보지 않고 있다.¹³⁸⁾

독일은 전후 주택난으로 주택임차인을 특별히 보호하기 위하여 임차인 보호법을 제정, 시행하여 오다가 주거용과 영업용임대차의 차별화를 위하여 1952년 영업용건물임대차법을 제정하여 23년 동안 특별법으로 존속해 오다가 1975년 영업용건물임대차에 관한 특별법을 민법전에 일원화하려는 개정작업의 일환으로 폐지되었다. 따라서 영업용건물의 임대차계약은 민법사의 임대차규정과 계약자유의 원칙 및 당사자의 이익을 고려하여 성립되고 있다.¹³⁹⁾

1) 概觀

독일은 건물을 소유할 목적으로 한 토지임차권을 인정하지 않고 토지와 일체인 건물의 임대차만 인정을 하고 있다. 1952. 6. 25. 영업용건물임대차법(사업용공간임대법 : Geschäftsraummietengesetz)은 영업용건물과 영업용 미건축지의 임대차관계는 임대인보호법에 의한 임대료의 통제를 받지 않고 수요와 공급에 따르는 시장경제에 그 임대료의 형성을 일임하는 것을 핵심 내용으로 하고 있었다. 그러나 23년 동안 특별법을 민법전에 일원화하려는 개정 작업의 일환으로 폐지되고 영업용건물의 임대차는 독일민법 제565조 제1항 3호에 편입되었다.

독일은 사용임대차의 새로운 편성, 간소화 및 개정에 관한 법률(Gesetz zur Neugliederung, Vereinfachung und Reform des Mietrechts vom 19. Juni 2001, 약칭은 임대차법개정법, Mietrechtstreformrecht 이다)에 의하여 민법중 임대차에 관한 법률을 전면적으로 개정하여 2001. 9. 1.부터 시행하고 있다.¹⁴⁰⁾

2) 營業用建物賃貸借의 內容

(1) 營業用建物

138) 이경준, “상가건물임대차보호법의 문제점과 개선방안에 관한연구”, 전남대학교대학원 석사학위논문, 2004, 11면.

139) 법무부, 전거서, 90면.

140) 양창수, “독일의 새로운 임대차법”, 「법학」 제43권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2002, 288면.

독일민법 제 580조(Raummiete : 공간임대차)는 주거용임대차와 영업용 임대차를 실질적으로 구분하지 않고 ‘주거공간 및 기타의 공간 (Wohnraumen und anderen Raumen)’이라고만 규정하고 있어 거주목적이 아닌 모든 건물을 의미한다. 독일 민법에서는 건물의 개념이 ‘공간(raum)’과 ‘건물(Gebäude)’ 두 가지로 구분되는데 이러한 건축물의 소유권이 토지소유자이든 타인 소유이든지 관계없이 주된 목적이 토지와 관련되기만 하면 되기 때문에 중요하지 않다.

영업용건물임대차의 특징은 일반적으로 상거래에 참여하는 생업의 목적에 사용되는 공간뿐만 아니라, 자유업의 활동, 농업과 임업의 목적을 위하여 사용되는 공간과 심지어는 비독립적인 생업의 활동공간도 포함하고 있다.¹⁴¹⁾

(2) 賃貸借契約의 締結

임대차계약체결의 방식은 원칙으로 없으나 존속기간을 1년 이상으로 정하였을 때에는 서면에 의하여 체결을 하지 않으면 안 되고 최장 30년으로 제한된다(민법 제567조). 서면에 의하지 않은 임대차계약도 계약전체가 무효는 아니고 기간에 관한 계약조항만 무효가 된다.

(3) 事業者의 義務

임대인은 임대물의 사용을 계약에서 규정한 용도로 사용하기에 적합한 상태로 임차인에게 인도하여야 한다. 임대인은 임대기간 중 임차인에게 장애물을 제거해 줄 의무를 부담하며, 임대목적물의 수선 및 유지를 할 의무가 있다. 그러나 건물의 개량과 기타 소규모의 수선은 임대인에게 이전하는 내용으로 약정 할 수 있다.¹⁴²⁾

임차인의 가장 핵심적인 의무는 임대차계약서에서 약정한 차임의 지불이다(민법 제535조 제2항). 임차인은 특별한 합의가 없는 경우에도 임차목적물에 대하여 감독의무가 있으며, 임차인은 이 의무에 위반하면 계약서의 사용방법에 따르지 않은 손해를 배상하여야 한다. 임차인은 독일 민법 제535 c에 근거하여 목적물의 하자과 급박한 위험이 있는 경우, 지체없이 임대인에게 통지하여야 한다. 또한 임대인은 계약의 합의에 의하여 보험가입의무를 부담한다. 임차인은 임대인에 의

141) 법무부, 전게서, 4-5면.

142) Emmerich/Sonnenschein, *ibid*, §§ 535, 536 Rz 38ff.

하여 행하여지는 목적물 유지 및 개량 조치 등을 감내할 의무가 있다(민법 제 554). 임대인이 목적물 개량조치를 하려면 2개월 전에 서면으로 임차인에게 통지를 하여야 하고 임차인이 임대차 계약의 통지를 하면 임대인은 임대차가 종료할 때까지 기다려야 한다. 만약 임차인이 개량조치를 하였다면 임대인은 그 비용을 지급하지 않으면 안 된다. 개량조치의 규정에 관한 약정은 당사자의 자유이다.

(4) 借賃

영업용건물 임대차에 있어서 차임은 당사자간의 자유로운 의사에 맡겨져 있다. 당사자는 전임대기간에 대한 일정한 차임을 결정하였더라도 새로운 합의에 의하여 차임을 변경할 수 있다(민법 제558조). 당사자가 차임을 결정할 때 의견의 일치를 보지 못할 때에는 제3자에게 위임을 할 수 있다(민법 제317조). 차임은 가변적 금액으로 정할 수 있는데, 통상은 임대인의 이윤과 매상고가 차임의 표준이 되지만, 세법 혹은 사법상의 개념이 당사자를 구속하지는 않는다.¹⁴³⁾

(5) 賃貸期間과 賃貸借 終了原因

존속기간의 최장기는 30년으로 제한하고, 최단기에 대하여는 제한규정이 없다. 존속기간을 임대인 혹은 임차인이 종신으로 정하였을 때에는 해약고지를 할 수 없다(민법 제575조의 a). 기간의 합의가 없는 임대차, 기간의 정함이 없는 임대차에 있어서는 선택권을 계약기간이 만료한 때까지 행사할 수 있으나 임대차관계의 합의 또는 법정기간의 준수 하에 해약고지를 할 수 있다(민법 제573조). 임대인은 임차인이 임대목적물을 용법에 위반하여 사용하거나 중대한 의무위반이 있을 때에는 언제든지 해약 고지할 수 있다. 임차인이 임대인에게 승낙을 얻지 않고 무단으로 용도를 변경한 경우에도 사용방법의 위반이 된다. 임차인이 임대료를 2기에 달하도록 연체할 때에는 임대인은 언제든지, 임대계약을 해지할 수 있다. 해약고지권은 형성권¹⁴⁴⁾이며 재량권이지만, 임대차계약서에 해약고지기간의 합의가 없는 경우 임대인에게 정당한 이익을 가지는 때에만 해지를 할 수 있다(민법 제573조). 임차인은 임차건물의 사용을 보장하지 아니하였다는 사유로 즉시 해약고지 할 수 있다. 임대인은 임차인 혹은 임차인으로부터 임차한 물건을

143) 오정열, 전계논문, 112면.

144) 법무부, 전계서, 170면.

양수한 자가 임대인의 권리를 침해하거나, 위배하여 목적물을 사용할 때에도 해약고지를 할 수 있다(민법 제543조).

(6) 賃貸借의 讓渡 및 轉貸

독일민법은 임차권의 양도를 채권양도·채무인수의 문제로 이해하고(민법 제399조), 임차권의 양도는 임대인의 승낙 없이 할 수 없다. 임차인의 임차권양도에 대하여 임대인이 승낙을 거절할 경우에는 임차인은 임대차계약을 해지할 수 있다. 임차물의 전대에 있어서 임차인은 원칙으로 임대인의 동의 없이 전대할 수 없으며(민법 제549조 제1항 제1호, 2호, 제553조), 이에 위반하면 즉시 해약고지를 할 수 있다. 임대인이 사업경영을 목적으로 전대차를 승낙한 경우에도 임차인은 임대차계약서에서 허용하지 아니하는 영업활동을 위한 전대는 할 수 없다.

(7) 費用償還請求權과 施設物買受請求權

독일에서는 필요비상환청구권 즉, 물건의 성질 또는 상태를 유지하거나, 물건의 권리를 보유하려고 마땅히 들여야 하는 비용으로 가옥수선비, 조세를 말하는데 이에 관한 규정은 있지만(민법 제548조 제2항), 유익비상환청구권 즉, 물건의 가치를 증가시키는데 드는 비용으로 임대인의 동의를 얻어 임차물의 가치를 증가시킨 경우 임차인이 임대인에게 지급한 비용 등을 청구할 수 있는 권리에 관한 규정은 없다, 그러나 임대인의 사실상 또는 추정상 의사에 반하지 않고 임차인이 유익비를 지출하였을 때에는 사무관리의 규정에 의하여 비용의 상환을 청구할 수 있다. 또한 필요비에 해당되지 않거나 비용지출이 임대인의 이익이나 의사에 반하기 때문에 사무관리의 규정에 의하여서도 상환청구를 할 수 없을 때에는 부당이득의 규정에 의하여 상환청구가 가능하다. 임차인의 비용상환청구권은 임대차계약의 종료 후 6개월이 경과하면 소멸시효에 의하여 상실된다(민법 제548조 제2항). 임차인은 임차공간을 완전하게 빈 상태로 반환하여야 하고, 만약 임차인이 남겨 놓은 물건이 있으면 임대인은 감독할 의무가 있다.¹⁴⁵⁾

(8) 保證金과 權利金の 返還確保

145) 오정열, 전계논문, 114면.

독일 민법에서는 영업용건물임대차에 대하여 보증금은 계약당사자의 자유의사에 맡겨 놓았다. 보증금은 당사자들 간의 합의가 없는 한 임대차보증금은 임대청구권 뿐만 아니라 임대인의 모든 청구권 특히 임대물의 훼손에 따른 손해배상청구권 등을 담보한다. 임대인은 임대보증금에 대하여 무제한적인 처분권한을 가지나 임차인은 자기의 채무를 정상적으로 이행할 것을 정지조건으로 보증금반환청구권을 가지므로 정지조건 성취 전에는 임차인은 임대보증금 반환청구를 할 수 없다.¹⁴⁶⁾ 독일의 임대차에는 권리금을 수수하는 관행을 거의 찾아 볼 수 없다.¹⁴⁷⁾

5. 스위스

스위스 채무법 제261조 1항에 의하면 임대인이 임대차계약체결 후에 임대목적물을 제3자에게 양도하거나 혹은 경매나 파산절차에 의해 제3자에게 소유권이 이전된 경우에 임대차 관계는 소유권과 함께 양수인에게 이전하다. 스위스 채무법도 예외가 없는 것은 아니지만 임차인에게 대항력을 인정하고 있다. 임차기간에 관하여 스위스 임대차법은 임차인에게 임대인이 해지를 한 경우에 취소할 수 있는 것 이외에 또 다른 보호를 하고 있다. 즉, 해지가 적법하더라도 임대차 기간의 연장을 요구할 수 있다. 임대차의 종료가 임차인 혹은 그의 가족에게 가혹한 결과를 가져와야만 연장이 가능하다. 그 가혹의 결과는 임대인의 이익과의 비교를 한 경우에도 정당화될 수 없을 정도이어야 한다. 영업용건물임대차의 경우 최근 6년까지 연장이 가능하며, 6년의 범위 내에서 한번 혹은 두 번의 연장이 가능하다(Art.272 b OR). 연장이 가능한지 얼마나 오랜 기간 연장이 되는지는 임차인과 임대인의 이익을 고려하여 결정하여야 한다.

원칙적으로 연장이 단지 임대인의 필요를 근거로 제외되어서는 안 되며,¹⁴⁸⁾ 도시·반도시지역의 주거용 그리고 영업용 건물이 부족하기 때문에 임대차기간은 일반적으로 1-2년 연장된다. 이러한 연장기간은 단지 임대인에게만 구속력이 있다. 임차인은 연장된 기간동안 단지 정해진 기간의 준수 아래 언제든지 임대차계약을 해지할 수 있다. 스위스 임대차 법은 차임을 통제하지 않고 최고로 허용되어질 수 있는 차임의 범위를 법률로 정하고 있지도 않다. 다만 차임에 관련된 소위 '취소절차'가 있다. 그것은 임차인이 임대인의 일정한 차임의 요구를 받아들일

146) 이송희, 전제논문, 27면.

147) 권용산, 전제논문, 23면.

148) Thomas Koller, *Das Wohn- und Gewerberaummietrecht in der Schweiz*, 49, Jahrgang der ZMR · Heft4 · April 1996, 167.

수 없을 때 진행시키는 절차이다. 이처럼 양당사자는 임대차계약서에서 차임에 대해서는 자유롭게 정할 수 있지만 남용된 임대차계약으로부터 임차인을 보호하고 있다.¹⁴⁹⁾

6. 美國

미국에서는 무주택자가 주로 아파트나 건물 등을 임차하여 사용하고 있다. 미국에서 부동산 임차권이라 함은 부동산의 소유자나 세입자(landlord and tenant) 간의 물권적 법률관계를 말한다. 부동산의 소유자(임대인)와 세입자(임차인)간의 법률관계는 물권법(property)과 계약법(contract)이 동시에 적용되는 영역이다. 먼저 유형별로 임차권을 살펴보면, 기간별 임차권(tenancy for years), 연월별 임차권(periodic tenancy) 그리고 임의종료 임차권(tenancy at will)의 세 가지 형태로 구분되고 있다.

첫째, 기간별 임차권이라 함은 임차의 개시일 부터 10년간 또는 6개월 등과 같이 일정기간 동안 임차권을 설정하는 계약으로서 임차기간이 경과하게 되면 임차계약이 자동적으로 종료되는 계약을 말한다. 예컨대 임차기간을 2008. 1. 1.부터 2008. 12. 31.까지 1년간으로 하는 임차 계약이 이에 해당된다. 기간별 임차권을 설정하는 경우의 임차기간은 확정기간으로 하는 것이 일반적이나 전쟁이 종료될 때 까지 등과 같이 불확정기간(indefinite terms)으로 할 수도 있다.

둘째, 연월별 임차권이라 함은 월별(month to month) 임차 또는 연별(year to year) 임차 등과 같이 매월 또는 매년 단위로 임차권을 설정하는 계약으로서 소유자 또는 세입자가 임차를 종료하겠다는 사전통지를 하지 아니하는 한 임차 계약이 자동적으로 연장되는 계약을 말한다. 예컨대 임차기간을 정하지 아니하고 임대료를 매월 말 지급하기로 약정하는 임대차 계약이 이에 해당된다. 사전통지는 설정된 임차 기간과 동일한 길이의 기간만큼 이전에 하는 것이 원칙이나 연월 임차계약의 경우에는 6개월 전에 사전통지를 하여도 무방하다.

셋째, 임의 종료 임차권이라 함은 소유자와 세입자중 어느 당사자가 원하는 경우, 임의로 임차계약을 해지 할 수 있는 임차권을 말한다. 임차권은 당사자의 해지뿐 아니라 법률의 규정에 의하여 소유자가 부동산을 타인에게 양도하거나, 또는 세입자의 사망 등의 경우에도 종료된다.

다음으로 소유자(임대인)의 권리 및 의무를 살펴보면, 권리로서 임대료(rent)수

149) 김소영, "상가건물임차인의 법적 보호방안", 충북대학교법무대학원 석사학위논문, 2003, 32면.

령권, 세입자 퇴거(eviction)요구권, 세입자 선택권이 있고, 의무로서 소유자는 임차 계약이 체결된 경우 부동산의 법적·실제적 점유권(regal and actual right to possession)을 세입자에게 이전하고, 세입자가 부동산을 사용하는 것에 대하여 방해·간섭을 하여서는 아니 되며, 비록 계약에 명시 되어 있지 아니하더라도 부동산이 임차의 목적에 적합하여야하고,¹⁵⁰⁾ 세입자가 비합리적 위험(unreasonable risk of harm)에 처하지 아니하도록 하는 의무를 부담한다. 이러한 의무를 위반하는 경우 불법행위(tort)로 인한 손해배상책임의무를 부담하게 된다.

마지막으로 세입자(임차인)의 권리 및 의무를 살펴보면, 권리로서 세입자는 임차 계약이 체결된 경우 부동산의 법적·실제적 점유권을 이전받아 사용자의 방해간섭 없이 이를 사용할 수 있으며, 임차 계약에 위배되지 아니하는 범위 안에서 부동산에 관한 권리를 제3자에게 이전(assign)하거나 부동산을 제 3자에게 재임차(sublet) 할 수 있다. 부동산에 관한 권리를 제3자에게 이전하는 경우에는 이전받은 타인(assignee)은 당해 부동산에 관하여 소유자와 계약상의 당사자 관계(privity)를 형성한다. 이에 반하여 재임차 하는 경우 재임차 받은 제3자(sublessee)는 세입자와 당사자 관계를 형성하게 되며, 소유자와는 아무런 당사자 관계도 형성하지 아니한다.

세입자 의무로서는 임차계약이 체결된 경우 소유자에게 임대료를 지불하여야 하고 임차계약 또는 법령으로 달리 규정 되지 아니하는 한 부동산의 유지에 필요한 수리·보수(repair)를 하여야 하며, 다른 세입자의 임차권 행사를 간섭·방해 하여서는 아니 되는 의무를 부담한다.¹⁵¹⁾

第2節 主要 國家의 立法例 檢討

지금까지 살펴본 독일, 프랑스, 영국, 일본의 입법례를 보면 상가임대차관계에 있어서 임차인이 열악한 지위에 있는 자로서 강한 법사회적 보호를 필요로 한다는 전제에서 출발하는 것이 아니라 당사자간의 형평유지라든가, 상가건물임대차 제도의 근대화를 위한 보충적 입법으로 나아가는 것이 일반적인 경향임을 알 수가 있다. 특히 독일과 같은 경우처럼 상가건물임대차 관계를 특별법으로 규율하여 시행하다가, 어느 정도 제도적인 안정을 이루게 되자 특별법을 민법에 편입시

150) 이러한 의무를 「거주적합성에 대한 묵시적 계약(implied covenant of habitability)」이라고 한다. (Pines v. Persson, 111 N.W. 2d 409(Wis, 1961) ; Lemle v. Breeden, 2nd ed., 470(Hawaii 1971)).

151) 이상윤, 「영미법」, 박영사, 2000, 331-337면.

김으로써 일반법에 의한 규율로 전환한 것은 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 것이다. 따라서 여기에서는 외국의 입법례 중 당사자간의 합의를 존중하면서 근대적인 상가건물임대차 관계를 정립하기 위하여 도입을 고려해볼 만한 제도들을 요약 정리해 보면 다음과 같다.

첫째, 영국의 경우에서 볼 수 있는 바와 같은 이익권(영업권)의 안정을 고려해 볼 필요가 있다. 영국의 이익권은 우리의 권리금과 비슷해 보이기는 하지만, 그것에는 투기적 성격의 금액은 포함되지 않으며, 단골고객이나 투자된 시설가치를 포함하는 금액만을 의미한다. 이는 우리의 경우처럼 임차인의 노력과는 상관없이 투기적 요소가 많은 부분을 차지하는 권리금과는 그 성격을 달리하는 것으로 임차인 스스로의 노력으로 이룩한 가치 평가이기 때문에 인정하는 것이 오히려 당연하다고 여겨지기 때문이다. 따라서 우리의 권리금이 갖고 있는 투기적 요소를 사회질서에 반하는 부당이득으로 인정하여 그 수수를 금지하고 진정한 가치로서의 고객 확보 이익과 시설투자비만을 인정함으로써 제도권 내로 끌어들이는 입법이 필요하다고 보여진다.

둘째, 이와 함께 영국과 프랑스의 입법처럼 장기간적인 존속기간의 보장과 퇴거보상제도를 도입하는 것을 고려해 볼 필요가 있다. 영업권을 인정하게 되면 이를 보호하기 위하여 존속기간의 보장과 퇴거보상을 요구할 수 있을 것이며, 임대인의 입장에서는 퇴거보상을 함으로써 필요에 따라 자신의 임대물을 반환받을 수 있도록 한다면 양당사자의 이익 균형 측면에서도 적절하다고 할 것이기 때문이다.¹⁵²⁾

셋째, 차임의 통제는 가능한 하지 않는 것이 타당하다고 보여진다. 각국의 입법례를 보아도 차임에 관하여만은 특별한 통제를 하고 있지 않은 것은 사적자치의 기본으로 하는 정신에 부합하는 것이기 때문이다. 다만 부당하게 고액의 차임 증액을 요구하는 경우에는 상가임대차분쟁 조정위원회와 같은 제3자적 기관을 설치함으로써 당사자간에 조정이 가능하도록 하는 것이 적절하다고 보여진다.

넷째, 영국의 경우처럼 임차권 자체를 물권으로까지 인정하지 않는다 하여도 부동산 임차권이 특수성을 고려하여 대항력에 있어서만큼은 물권에 준하는 효력을 인정해 주는 방안을 고려해 볼 필요가 있다. 이렇게 하기 위해서는 공시방법으로서의 등기를 요건으로 해야 하는데 임대인에게 등기의무가 없는 우리의 법제로서는 이를 해결하기 위하여 임대인에게 등기의무를 부과하는 것이 타당하다고 보여진다. 물론 태생이 채권인 임대차에 물권적 효력을 인정한다는 것에 대한

152) 임광순, “상가건물임대차보호에 관한연구”, 단국대학교대학원 석사학위논문, 2002, 58-59면.

강한 거부감을 가지는 것이 일반적인 시각이긴 하지만 국토가 협소하고 부동산에 관한 용익물권인 지상권, 전세권 등이 거의 활용되지 않고 있는 현실 속에서 부동산임대차는 채권이면서도 물권만큼이나 그 사회·경제적 가치를 가지고 있는 것이 현실이라면 이에 대한 긍정적인 검토가 필요하다고 보여 진다.

다섯째, 영업용건물에 대한 특별한 규정이 없는 일본은 임대차기간 역시 당사자의 계약에 맡겨져 있다고 보아야할 것이고, 따라서 민법의 규정에 의해 당사자의 해지통고로 임대차가 종료될 것이다(일본 민법 제617조). 임대보증금도 마찬가지로 법해설의 문제가 되고 있으며 판례는 보증금에 관하여 임차인을 특별 보호한다기보다는 일반 채권의 경우에 준한다. 반면 우리 입법에 있어서 판례를 보면, 임대차보증금은 임대차계약이 종료된 후 임차인이 목적물을 명도할 때까지 발생하는 차임 및 기타 임차인의 채무를 담보하기 위하여 교부되는 것이므로, 특별한 사정이 없는 한, 임대차계약이 종료되었다 하더라도 목적물이 명도 되지 않았다면, 임차인은 보증금이 있음을 이유로 연체차임의 지급을 거절할 수 없다.¹⁵³⁾ 라고 판시하며 원인에 대한 책임은 임차인도 수증해야 됨을 보여주고 있다.

여섯째, 스위스 채무법도 예외가 없는 것은 아니지만 임차인에게 대항력을 인정하고 있듯이 우리 입법도 주택임대차보호법에 있어서 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 주택의 인도와 주민등록전입신고를 마치면, 그 다음날부터 제3자에게 대항력이 있다(제3조 제1항).¹⁵⁴⁾ 아울러 상가건물임대차보호법에 있어서도 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 부가가치세법 제5조, 소득세법 제 168조 또는 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(제3조 제1항).

일곱째, 미국의 부동산임차권에 있어서 임차계약에 위배되지 아니하는 범위 안에서 부동산에 관한 권리를 제3자에 이전(assign)하거나 부동산을 제3자에게 재임차(sublet) 할 수 있다. 반면, 우리나라 판례는 임대인의 동의 없는 임차권의 양도는 당사자 사이에서는 유효하다 하더라도, 다른 특약이 없는 한, 임대인에게는 대항할 수 없는 것이고, 임대인에게 대항할 수 없는 임차권의 양수인으로서는 임대인의 권한을 대위행사 할 수도 없다¹⁵⁵⁾고 판시하여 다소 차이가 있음을 알 수 있다.

153) 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법(제3판)」, 법률행정연구원, 2003, 908면 ; 대판 1999.7.27, 99다24881 ; 대판 1994.9.9, 94다4417 ; 대판 1988.1.19, 87다카1315 ; 대판 1987.6.9, 87다68.

154) 한삼인, “주택임차권의대항력(上)”, 「고시연구」, 제27권 11호, 고시연구사, 2000, 55-77면.

155) 대판 1985.2.8, 84다카188.

끝으로 같은 대륙법계이면서 우리의 법제에 절대적인 영향을 미친 독일의 경우를 보더라도 ‘매매는 임대차를 깨지 못한다’라는 법언을 관철하여 채권인 임대차에 대항력을 부여하고 있다는 것은 물론, 채권의 형식적 구별에서 벗어나 실리를 우선으로 하는 선진 법제의 일면을 보여주는 것이라 할 것이다.



第4章 商街建物賃貸借保護法の 問題點과 改善方案

第1節 序說

부동산 임차권의 보호는 자유민주주의 체제가 인정하고 있는 사적 소유권과 계약자유 원칙을 제한하는 결과를 초래할 수 있다. 특히 영업수익을 목적으로 영업용건물을 빌린 임차인을 보호하는 것은 임대료 수익을 목적으로 건물을 임대한 건물 소유주의 권한을 침해하는 결과를 낳을 수 있다. 이러한 점에서 임차인 보호는 자칫 ‘대등한’ 계약 당사자간의 형평성을 해칠 우려가 있으며,¹⁵⁶⁾ 2002.11.1.부터 시행되어 수년이 지나면서 여러 가지 문제점도 나타나고 있다. 주요 원인들을 규명해보면 주택임대차보호법과는 달리 적용범위를 한정하고 있는 부분과 대항력에 있어서도 보호를 받지 못한 영역이 발생했으며, 우선변제의 경우는 상가 임차인의 10%에 해당하는 임차인들이 보호받지 못한 사각지대가 발생하고 있는 점,¹⁵⁷⁾ 특히 매매 등으로 인한 시설비등 권리금회수의 어려움, 임대인의 계약해지권남용과 임대차기간의 불안정성, 임대보증금회수의 어려움, 임대인 일방에 의한 임대료 인상문제, 임차건물에 대한 등기의 어려움과 보증금회수의 문제등 상대적으로 임차인이 불리한 측면이 있다.

비록 법시행이 길지 않아 다소 해결하는데 어려움이 따르겠지만 향후 좀 더 실용적이고 합리적인 특별법으로 발전해 나가기를 기대하며 이 장에서는 상가건물임대차보호법이 가지고 있는 법적·제도적 문제점들을 살펴보고 그 개선방안을 제시해보고자 한다.

第2節 問題點

1. 適用範圍上的 問題點

156) 특히 영세상인을 대상으로 삼아 사회복지 차원에서 임차인이 최소한의 권리를 보장해 주는 것은 사회적으로 필요하다고 볼 수 있다. 따라서 상가 소유자들의 재산권을 다소간 제약하더라도 경제적 약자보호라는 경제정의의 관념에 부합한다면 법적으로도 큰 문제가 없을 것으로 판단된다고 한다.

157) 주요도심 상권지역의 임차인 중에 상당수(서울 23%, 수도권, 20%, 광역시 20%, 기타 시도지역 13% 정도가 보호범위에서 제외됨)가 법의 사각지대에 방치되어 있다(중기청 실태조사, 2005.1). 실태조사 결과에 의하면 전국 약 25만 사업장이 이에 해당한다.

적용범위상 현실적으로 대도시의 경우는 창고가 영업행위의 중요한 기능을 하고, 최근에는 주차난도 심각하며 차고지의 확보 또한 서울을 비롯한 대도시 주변 권역에서는 용이하지가 않은 실정이다.¹⁵⁸⁾

상가건물임대차보호법은 세 가지의 제한규정을 두어 적용범위를 규정하고 있다.

첫째, 임차건물의 용도에 의하여 제한되었다.(임대차보호법 제2조 제1항). 임차인이 임차한 건물의 용도가 영업을 하기위한 건물이어야 한다. 임차인이 영업을 하기 위하여 임차한 건물 중 일부를 다른 용도에 사용하고 일부는 영업을 위하여 사용하는 경우에 있어서 임차건물의 주된 부분이 영업용으로 사용하면 이 법의 적용대상이 된다. 둘째, 상가건물임대차보호법은 대항요건의 구비여부에 의한 제한규정을 두고 있다(동법 제1항). 임차인이 임차한 건물을 점유하여 영업행위를 하더라도 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조, 법인세법 제111조 규정에 의한 사업자등록을 신청하여야 한다. 따라서 비영리단체가 임차한 사무실, 부가가치세법에 의하여 면세사업자가 임차한 상가건물에 대하여는 사업자등록신청을 할 수 없으므로 동법의 적용대상에서 제외된다.¹⁵⁹⁾ 셋째, 임차보증금에 의하여 적용범위 가 제한되었다. 임차보증금의 범위는 동법 시행령에서 규정하고 있는데 ①서울특별시 : 2억4천만원, ②수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역(서울특별시를 제외) : 1억9천만원, ③광역시(군지역과 인천광역시지역을 제외) : 1억5천만원, ④그 밖의 지역 : 1억4천만원 이내에 해당되는 상가임대차에 한하여 이 법의 적용을 받을 수 있다. 동법에서 규정한 보증금이란 최초 계약시 임대인에게 지급되는 일정액의 보증금과 매월 지급되는 차임이 있을 경우에는 차임에 일정비율을 곱한 금액과 보증금을 합한 합산보증금을 말한다. 상가건물임대차보호법의 적용범위를 보증금의 금액에 의하여 제한한 것은 영세한 상가임차인을 보호하기 위한 동법의 입법취지에 부합한 규정이라고 할 수 있다.

이러한 입법취지에 따라 입법과정에서 논란이 많았던 백화점 내의 매장, 유흥주점, 등도 임차보증금이 동법 시행령에서 규정한 범위 이내의 상가임대차인 경우에는 상가건물임대차보호법이 적용되는 것으로 규정 하였다. 그런데 위에서 제한규정으로 열거한 내용 중 첫 번째와 두 번째는 임차인의 의사가 개입되어 임대차가 변동이 생길 수 있으나 세 번째는 임차인의 의사와 관계없이 변동이 있을 수 있고, 그 변동은 상가건물임대차보호법의 적용범위 즉, 동법의 보호를 받

158) 서울지방변호사회, “상가건물임대차보호법 및 동시행령의 문제점과 개선방향”, 「시민과 변호사」 통권 108호, 서울지방변호사회, 2003, 25-30면.

159) 박명주, 전거서, 173면.

을 수 있는지 여부를 가름하게 되는 중요한 사항이다. 예를 들어, 서울에서 보증금 1억원, 월세 130만원에 상가건물을 임차하여 영업을 시작할 때에는 이 법의 적용을 받으나 1년 후 임대인에 의하여 차임을 동법 시행령에서 규정하고 있는 연 12%를 적용하여 월 130,000원을 인상하는 차임증액요구권을 행사하면 차임은 1,430,000원이 되어 합산보증금은 2억4천3백만원이 된다. 따라서 이 상가임대차는 동법 시행령 제2조 제1항 1호에서 규정하고 있는 2억 4000만원을 초과하므로 상가건물임대차보호법의 보호대상에서 제외된다. 위와 같은 상황을 알고 있는 임차인이 라면 계약갱신을 요구하며 차임인상을 거절하겠지만, 시행령에서 규정한 범위 내에서의 차임의 인상은 소송에서도 임대인에게 유리하게 작용될 것이고, 또한 임대인의 건물을 사용하면서 임대인과 소송당사자가 되어 1-2년 동안 임대료 소송을 진행한다는 것은 쉬운 일이 아닐 것이다. 이러한 내용은 임대인에 의하여 악용될 우려가 있다.

2. 對抗力 取得要件上의 問題點

임차권의 문제점에서도 상가건물임대차보호법에서는 임차인이 사업자등록을 신청한 날부터 제3자에게 대항할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 사업자등록의 처리 기간이 7일로 규정되어 있고, 필요한 경우 7일에 한하여 연장하여 현장조사를 한 다음 사업자등록증을 교부할 수 있다. 결국 등록신청의 반려, 혹은 철회 기타 취소 등으로 가장임차인이 양산될 우려가 있다. 본법이 주택임대차의 경우 확정일자제를 통하여 최우선적 대항력을 인정하던 잘못된 법적 기술을 상가건물임대차보호법에 그대로 끌어들이는 잘못을 범하고 있는 것이다.¹⁶⁰⁾

상가건물임대차보호법은 대항력의 취득요건으로 임차인이 건물의 인도와 부가 가치세법 제5조, 소득세법 제168조, 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록을 신청하도록 규정하고 있다(상가건물임대차보호법 제3조 제1항). 따라서 사업자등록은 상가임차인이 상가건물임대차보호법상의 보호를 받을 수 있는지 여부가 결정되는 중요한 요건이다. 외국에서는 임차건물의 인도만 있으면 대항력이 부여되는 데 비하여, 우리나라는 대항력의 취득요건으로 임차건물의 인도와 사업자등록을 신청할 것을 요구하고 있는 것은 임대차 관계를 공시하기 위한 마땅한 방법이 없는 상태에서 임차건물과 이해관계가 있는 제3자의 피해를 가능한 줄이기 위한 것이라 할 것이다.

160) 서울지방법원호사회, 전계논문, 25-30면.

사업자등록이란 납세자 및 세원의 현황을 파악하고 조세채권을 확보함에 있어서 납세의무자의 상호·성명·주소·주민등록번호 및 사업장소재지와 사업의 종류 등의 인적사항과 사업의 개시일 기타 과세자료를 입수하는데 적절한 사실 내용을 세무관서의 대장에 등재·수록하는 것을 말하는 것으로 법인이나 개인 모든 사업자 중 부가가치세를 납부하는 사업자는 사업자등록을 하여야 한다. 그러나 모든 사업자가 사업자등록을 신청하여야 하는 것은 아니다. 부가가치세를 납부하여야 할 사업이지만 사업규모가 아주 적어서 부가가치세법에서 면제되는 사업자는 사업자등록신청을 하지 않아도 아무런 제재를 받지 않으며, 세법상의 일정한 제재(가산세, 매입세액 불공제의 불이익)을 받더라도 사업자등록을 신청하지 않으면 사업자등록증이 없다. 이러한 상가임차인은 사업자등록신청을 하면 익일부터 상가건물임대차보호법의 대항력을 취득하여 상가임차권의 보호를 받게 되므로 아무런 문제가 없으나, 임차인이 이러한 사실을 알고 있으면서도 사업자등록을 신청하지 않아 동법의 보호를 받지 못한 불이익 또한 상가임차인의 몫이 된다.

이에 해당하는 대상자로는 ①부가가치세가 면제되는 사업자중 소득세 또는 법인세의 납세의무가 있는 자(조세특례제한법에 의하여 소득세 또는 법인세가 면제되는 자를 포함한다). ②민법 제32조의 규정에 의하여 설립된 법인 ③특별법에 의하여 설립된 법인 ④각급 학교 기성회·후원회 또는 이와 유사한 단체가 이에 해당된다(부가가치세법시행령 제67조). 이들 중 ②③④에 해당되는 상가임차인은 설립 목적이 처음부터 영리행위를 하기 위하여 설립되는 것이 아니고, 영리목적으로 설립된 법인이라고 하더라도 국가의 정책에 의하여 설립되는 국가법인에 해당되므로 이러한 법인이나 단체에게 상가건물임대차보호법을 적용한다는 것은 동법의 입법취지에도 어긋난다 할 것이다. 문제는 ①에 해당되는 사업자중 소득세법에 의하여 종합소득세는 납세의무가 있으나 부가가치세는 면제되어 사업자등록신청을 할 수 없는 사업자에게도 동법의 대항력이 주어지느냐에 있다.

이에 해당되는 업종으로는 시내버스, 일반버스, 연안여객선 등 에 의한 여객운송 용역업, 의료법에 규정하는 의사, 치과의사, 한의사, 정부가 허가 또는 인가를 받은 학교, 학원, 강습소, 훈련원, 교습소 등과 노래하는 가수 등이 있다. 이들 업종에 대하여는 소득세법에 의한 종합소득세는 부과되지만, 부가가치세는 면제된다. 이들에게는 사업자등록을 신청할 수 없으므로 사업자등록증이 없다. 이러한 사업자에게는 사업자등록과 유사한 납세번호가 부여된다. 그러나 납세번호는 사업자등록증이 없는 납세의무자를 총괄적으로 관리하기 위하여 관할 세무서장의

제량에 의하여 부여되는 것으로 사업자의 의사와는 관계없이 부여된다(소득세법 제168조 제5항, 동법 시행령 제220조 제2항). 따라서 사업자등록증과 납세번호는 전혀 별개의 제도에 해당된다.

이러한 논리에 따르면 위 업종 등의 임차한 상가임대차에 대하여는 상가건물 임대차보호법의 보호를 받을 수 없다는 결론에 이르러 형평성을 잃고 있다. 따라서 동법은 동법 시행령에서 규정한 보증금의 범위 이내에 해당되는 모든 상가임차인에게 적용되어야 함에도 부가가치세를 납부하는 임차인에게만 동법의 보호를 받을 수 있다는 것은 동법의 입법취지에도 반할 뿐만 아니라 형평성에도 반한다고 하는 문제점을 안고 있다.

3. 契約更新權 行使上의 問題點

임대차는 계약갱신의 만료로 종료된다. 상가건물임대차보호법은 계약갱신에 대하여 목시의 갱신(상가건물임대차보호법 제10조 4항)과 법정갱신(동법제9조 2항)을 규정하고 있다. 상가건물임대차보호법에서 규정한 계약갱신은 민법이나 주택임대차보호법에서 규정한 계약갱신과 존속보장이라는 관점에서는 동일하지만, 그 추구하는 기능은 다른 면을 가지고 있다.¹⁶¹⁾

상가건물임대차보호법의 가장 중요한 기능 중의 하나는 계약갱신에 있다고 볼 수 있다. 앞서서도 언급한 바와 같이 임차인의 계약갱신요구에 대하여 임대인은 5년 동안 계약갱신을 거절할 수 없도록 규정하여 임차인에게 장기간에 걸쳐 영업활동을 할 수 있도록 보장하고, 우리나라 상가임대차의 문제점 중 하나인 이른바 권리금 문제를 해결할 수 있는 긍정적인 면을 내포하고 있는 것은 틀림없는 사실이나, 이 규정이 그러한 긍정적인 측면 이외에 또 다른 여러 가지 문제점을 내포하고 있어 비판을 받고 있는 것 또한 사실이다.

상가건물임대차보호법 제10조 제1항 제5호 사유는 임차한 건물의 전부 또는 일부를 고의 또는 중대한 과실로 파손 또는 멸실 하고 있는 경우에도 계약을 해지하지 못하고 임대차계약 만료 시까지 기다리고 있다가 계약갱신을 거절하거나, 상당한 보상을 지급하여야 한다는 불합리한 점이 있으며, 임차건물을 임대인이 직접 사용하고자 할 때에는 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우에만 가능하여 임대인은 자기가 받지도 않은 고액의 권리금을 지급해야만 계약을 해지할 수

161) 윤철홍, “상가임대차보호법(안) 상의 계약갱신요구권에 관한 소고”, 「21세기 한국민사법학의 과제와 전망」(심당 송상현선생 회갑기념논문집), 박영사, 2002, 228면.

있다고 해석하는 견해도 있다.¹⁶²⁾

상가건물임대차보호법이 사회보장적 특별법으로 영세한 임차인을 존속기간이라는 규정을 통하여 보호한다는 방향설정은 바르게 되어 있다고 하더라도, 이러한 규정은 임대인의 소유권을 과도하게 침해한 것으로, 헌법에 의하여 보장되고 있는 재산권에 대한 본질적 침해 내지는 과잉 금지의 원칙에 위배되는 것으로 비판을 받고 있으며,¹⁶³⁾ 동 조항은 법의 형평성을 상실한 조문으로 위헌의 소지가 있다는 비판을 받고 있다.¹⁶⁴⁾

그리고 상가건물임대차보호법 제10조 1항의 계약갱신거절사유 8가지의 규정은 영국의 1954년 임대차법 제30조에 정하여진 사유와 유사한데, 1954년 임대차법의 7가지 사유의 내용은 다음과 같다. ①임차인이 임대차 상의 수선의무 위반이 있을 때, ②차임지급의무를 계속적으로 지체한때, ③임차인이 임대차에 있어서 중대한 의무위반이 있을 때, 또는 목적물의 임차인에 의한 이용·관리에 있어서 중대한 의무위반이 있을 때, ④임대인이 임차인에 대하여 상당한 대체건물을 제공하는 때, ⑤임차인이 목적건물 일부를 전대한 경우로서 임대인이 새로운 임대차 계약 시에 목적물 전부를 임대하는 것이 유리하다고 판단되는 경우, ⑥임대인이 목적건물의 전체 또는 대부분을 제거, 재건축을 의도하고 있고, 목적건물의 점유를 회복하지 않으면 그것을 행하는 것이 불가능한 경우, ⑦임대차종료의 경우에 임대인이 목적건물을 사업 혹은 거주를 위하여 자신이 사용할 필요가 있는 경우로 구성되어져 있다.

그런데 우리 상가건물임대차보호법에서는 영국의 1954년 임대차법의 계약갱신거절 사유 중 ‘임대차종료의 경우에 임대인이 목적건물을 사업 혹은 거주를 위하여 자신이 사용할 필요가 있는 경우’가 빠져 있는데, 이는 임대인에게는 다른 7가지 사유만큼 중요하다고 할 것이다. 따라서 이러한 경우에도 임대인은 임차인에게 퇴거보상비를 지급하거나 임차인이 전 임차인에게 지급한 권리를 보상을 하여 주어야 한다는 문제점이 지적되고 있다.

4. 賃貸借紛爭解決上の 問題點

상가건물임대차보호법 제10조 제1항 본문의 규정을 반대로 해석하면 임대인은

162) 윤철홍, 전계논문, 240면.

163) 윤철홍, 전계논문, 239-240면.

164) 소재선, 전계논문, 99면.

정당한 사유가 있으면 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있도록 규정하고 있는데, 어떠한 사유가 '정당사유'에 해당되는지는 계약갱신의 성사여부에 해당되는 매우 중요한 내용에 해당된다. 그러함에도 임대인에게 동법 제10조 제1항에서 규정한 계약갱신 거절사유 8가지 외 포괄적인 '정당사유'를 규정하여 이 규정은 임대인에 의하여 마치 도깨비방망이 같이 휘둘러져 상가건물임대차보호법의 입법 취지를 훼손될 우려가 있으며, '정당사유'를 내용으로 하는 임대차소송이 양산될 우려가 있다는 점이다. 또한, 임차인의 요구에 의하여 계약갱신은 성립되고, 차임의 증감은 법원이 그 상당액을 확정하여야 한다.¹⁶⁵⁾ 즉 차임인상을 요구하는 임대인과 차임 감액을 요구하는 임차인간의 임대료 소송에 있어서 임차인은 판결이 확정될 때까지 종전 임대료를 지불하면 된다. 차임의 증감청구권은 형성권이지만, 법원의 판결에 의하여 차임 및 보증금의 증액이 확정되어야 비로소 차임증감청구권은 효력을 발생하게 되어 임대차계약당사자의 증감청구의 의사표시가 상대방에게 도달한 때로 소급되어 효력을 발생하게 된다.¹⁶⁶⁾

따라서 임대인이 차임 등의 증액을 요청할 경우에 임차인이 거절하면 임대인은 법원의 소송에 의하여 차임 등을 인상하여야 하고 그 민사소송에서 승소하여 판결이 확정되어야 비로소 차임 등의 증액청구권은 확정된다. 물론 임차인인 임대인이 차임증액을 요청한 시점으로 소급하여 인상된 차임을 지급하여야 하지만 임차인으로서 금전적인 손해를 볼 것이 없고, 오히려 소송이 진행되는 동안 차임을 늦게 지불한 금액의 이자에 해당되는 금액만큼은 이득을 보게 되므로 차임의 분쟁에 대한 소송이 양산될 우려가 있다. 따라서 상가임대차에 대한 분쟁은 모조리 법원의 소송절차에 의하여 해결이 되어야 한다는 문제점을 안고 있다.

5. 施設投資金 回收의 問題點

상가건물임대차보호법에서는 임차권의 권리를 보장할 수 있는 기본적인 문제점 가운데 하나인 필요비·유익비에 대한 규정안이 빠졌다. 동법 제정 당시에는 필요비·유익비를 권리금이라고 오해하는 분위기가 형성되었고, 결국 권리금은 임대인이 직접 임차인으로부터 수령하는 경우가 거의 없다.

민법에서도 권리금은 인정하지 않고 있으며 필요비·유익비에 대한 상환청구권만을 인정하고 있음에도 불구하고 법 적용대상에서 제외되는 상가임차인들은

165) 대판 1993.3.23, 92다39334·92나39341.

166) 대판 1974.8.30, 74다1124.

많은 액수의 시설투자비 때문에 상가임대인이 과도한 임대료를 요구하더라도 속수무책으로 피해를 당할 수밖에 없고, 상가임대인이 이를 이용하기까지 한다. 임대인들은 ‘원상회복의무는 임차인에게 있다’라고 주장하면서 상가임차인의 비용상환청구권을 포기하도록 요구하고 있어 현행 민법 체계 하에서는 상가임차인들이 시설투자금을 회수할 길이 없는 상태이다.

즉, 임대차 계약서상의 ‘권리금은 임대인이 인정하되, 임대인이 점포를 요구 시는 권리금을 임차인에게 변제한다’라는 기재에 관하여, 임대인이 상가임차인에게 점포의 명도를 요구하거나 특별한 사유도 없이 점포에 대한 임대차 계약의 갱신을 거절하고 다른 사람에게 처분하면서 권리금을 지급 받지 못하도록 하는 등 점포에 대한 상가임차인의 권리금 회수를 방해하는 경우에는 임대인이 상가임차인에게 직접 권리금을 지급하겠다는 취지로 보일 뿐이고, 점포의 임대차기간이 만료된다고 하여 당연히 임차인에게 권리금을 지급하겠다고 약정한 것으로 볼 수 없다.¹⁶⁷⁾

한편, 상가건물의 임대차에 수반되어 행하여지는 권리금의 지급은 임대차 계약의 내용을 이루는 것은 아니고 권리금 자체는 상가건물의 영업시설, 비품등 유형물이나 거래처, 신용, 영업상의 기술 축적 또는 점포 위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정기간 동안의 이용대가라고 볼 것인 바, 권리금이 임차인으로부터 임대인에게 지급된 경우에, 그 유형·무형의 재산적 가치의 양수 또는 약정기간 동안의 이용이 유효하게 이루어진 이상 임대인은 그 권리금의 반환의무를 지지 아니한다. 다만 임차인은 당초의 임대차에서 반대되는 약정이 없는 한 임차권의 양도 또는 전대차의 기회에 부수하여 자신도 그 재산적 가치를 다른 사람에게 양도 또는 이용하게 함으로써 권리금 상당액을 회수할 수 있을 것이다. 그러나 일반적으로 임대차 계약 체결 시에 임대인은 임차인에게 임대차 계약 종료 시 영업을 위해 설치한 모든 내부시설이나 부속시설을 철거하여 원상회복 시킬 것과 임대인에게 시설비 등을 주장하지 않는다는 내용의 특약을 하는 것이 보통이므로 이러한 특약이 공서 양속 및 신의칙에 위반되지 않은 한 무효라고 할 수 없다는 것이 판례의 입장¹⁶⁸⁾이다.

그러나 경제적 약자인 임차인의 입장에서 임대인의 특약 요구가 부당하더라도 거절하기 어려운 입장이므로 고액의 투자시설이 제대로 사용되지도 못한 채 사장되는 등 사회적 손실이 분명한 점에서 사회적 문제가 될 것이다.

167) 대판 1994.9.9, 94다28598.

168) 춘천지판 1992.4.22, 91가단3362.

第3節 改善方案

1. 適用範圍上的 改善方案

상가건물임대차보호법상 영업활동에 사용되는 사무실이나 공장 또는 창고까지 포함하는지 해석상 문제의 소지가 있다. 현실적으로 대도시의 경우는 창고가 영업행위의 중요한 기능을 하고, 최근에는 주차난도 심각하며 차고지의 확보 또한 서울을 비롯한 대도시 주변권역에서는 용이하지가 않은 실정이다.

상가건물임대차보호법은 적용범위를 용도상의 제한, 대항요건의 구비여부에 의한 제한, 임대보증금에 의한 제한규정을 두고 있다. 이와 같은 제한규정 중 어느 하나라도 벗어나면 이 법의 보호를 받을 수 없다. 그 중 용도상의 제한, 대항요건의 구비여부에 의한 제한은 상가임차인의 의사에 의하여 동법의 적용범위를 벗어나게 되므로 그 결과에 대하여 누구를 탓할 것이 못된다.

그러나 임대차 보증금에 의한 제한 규정¹⁶⁹⁾을 상가임차인의 의사와 관계없이 결정되어지고, 그 결과에 대하여는 임차인의 몫이 된다.

이러한 문제점을 해결하기 위해서는 동법의 적용범위를 최초의 임대차계약 당시에 약정한 합산보증금을 기준으로 정하고, 차후에 동일 임대차에서 임대인의 '차임등의 증감청구권'의 행사에 의하여 인상된 합산보증금이 시행령에서 규정한 합산보증금의 범위에 있어서 그 적용범위 상한선을 최소 3억 4천만 원 이상으로 조정하도록 개정해야 한다. 그리고 보증금에 의한 제한규정에 있어서는 모든 상가, 사무실 임차인도 보호해야 한다고 주장하고 싶다.

2. 對抗力 取得要件上的 改善方案

상가건물임대차보호법은 대항력의 취득요건으로 상가건물의 인도와 사업자등록을 규정하고 있다(동법 제3조 제1항). 이 취득요건은 절대적인 것으로 그 중 어느 것 하나라도 취득을 하지 못하거나 상실하면 대항력은 즉시 상실된다. 우리나라의 현행 세법상으로는 상가건물을 임차하여 영업행위를 하고 있고 그 사업

169) 예컨대, 서울에서 보증금 1억원, 차임 월 130만원으로 계약을 하고 영업을 하던 중 1년 후 임대인에 의하여 차임을 상가건물임대차보호법 시행령에서 규정한 12%인 월 13만원을 인상하면 월차임은 143만원이 되고 이것을 합산보증금으로 환산하면 1억4천3백만원이 되며, 다시 월래의 보증금 1억원을 합하면 환산보증금의 합계는 2억4천3백만원이 되어 위 상가임대차는 상가건물임대차보호법의 보호를 받을 수 없게 된다(상가건물임대차보호법 시행령 제3조 2항).

으로 얻은 소득에 대하여 소득세를 납부하고 있음에도 부가가치세의 과세대상이 아니어서 대항력을 취득하지 못하는 상가임차인은 상가건물임대차보호법의 적용 범위에서 제외되었다. 이에 해당되는 업종으로는 시내버스, 일반버스, 연안여객선 등에 의한 여객운송 용역업, 의료법에 규정하는 의사, 치과의사, 한의사, 정부의 허가 또는 인가를 받은 학교, 학원, 강습소, 훈련원, 교습소 등과 노래하는 가수 등이 있다. 이들 업종은 사업자등록을 신청할 수 없으므로 사업자등록증이 없어 상가건물임대차보호법의 대항력을 취득할 수 없다. 이는 입법의 불비이다.

또한 상가임차인의 사업자등록신청은 상가건물의 임대차에 관한 상황을 제3자에게 공시하는 효력도 가지고 있다. 판례는 상가건물임대차보호법 제3조 제1항에서 건물의 인도와 더불어 대항력의 요건으로 규정하고 있는 사업자등록은 거래의 안전을 위하여 임대차의 존재를 제3자가 명백히 인식할 수 있게 하는 공시방법으로 마련된 것이라고 볼 것이므로 일반 사회통념상 그 사업자등록으로 당해 임대차건물에 임차인이 사업자로 등록되어 있는지를 인식할 수 있는가의 여부에 따라 결정되는 것이라고 한다.¹⁷⁰⁾ 이러한 공시의 효력을 극대화하기 위하여 상가건물의 임대차에 이해관계가 있는 제3자는 상가건물의 소재지 세무서에서 임대차의 주요사항 및 사업자등록 신청일 등에 관하여 열람을 할 수 있도록 하고, 세무서장은 정당한 사유가 없는 한 위 열람신청을 거부할 수 없도록 규정하고 있다(상가건물임대차보호법 제4조 제1항, 제2항). 이에 따르면 사업자등록신청을 할 수 없는 위에서 언급한 사업자가 임차한 상가건물에 대하여 이해관계를 가지고 있는 제3자는 그 상가건물의 임대차에 관하여 열람을 할 방법이 없게 되었다.

이러한 상가임차인을 동법에서 보호하기 위하여는 빠른 시일 내에 상가건물임대차보호법의 개정이 있어야 한다. 이에 대한 개선방안으로 상가임대차나 주택임대차 모두를 전국 각 등기소에서 임대차 등록부를 설치하는 방법이 있다. 이 개선안은 상가건물임대차보호법의 제정을 위한 공청회에서 제시된 의견이었으나, 부동산등기부와 비슷한 등록부가 생겨서 업무가 번잡해질 뿐만 아니라, 이해관계인이 부동산등기부를 확인하고 임차권 등록부를 다시 또 확인해야 한다는 이중의 불편이 있다는 의견에 따라 채택되지 않았다. 임대차 등록부를 작성하는 것이 장기적으로는 필요하고 임대료 인상이나 월차임 전환 시 산정율 상한선에 대하여 시행령에 위임하는 방식은 포괄위임에 의한 위헌소지가 있으므로 개정안처럼 기준을 정하고 그 범위 내에서 시행령에서 구체적으로 정하면 될 것으로 본다.

170) 대판 2002.3.15, 2001다80204 ; 대판 1989.6.27, 89다카3370 ; 대판 1994.11.22, 94다13176 ; 대판 1995.4.28, 94다27427 ; 대판 1997.7.11, 97다10024.

그러나 사업자등록이 제3자에게 공시의 역할을 하는 것은 사실이나 완전한 공시의 역할을 다하고 있지 못하는 것은 사실이고, 또한 상가건물과 이해관계가 있는 제3자라고 할 수 있는 사람은 상가건물을 매수할 의사가 있는 제3자, 상가건물의 소유자와 채권관계가 있는 사람, 상가건물을 담보로 취득하기 위한 담보권자 등을 예상할 수 있는데, 이러한 제3자가 위와 같은 법률행위를 하기 위하여서는 등기소에서 권리관계를 확인하기 위하여 등기부등본을 발급 받거나 열람을 할 것이고, 그렇다면 오히려 등기소에서 임대차등록부를 비치하는 것이 위와 같은 제3자에게 편익을 제공하는 것이 될 것이다. 또한 현재 사법부에도 업무의 전산화에 따라 소송 및 경매의 진행관계, 부동산 등기 및 상업등기를 인터넷에 의하여 열람 및 등본이 발급되고 있는 현 시점에서 임대차등록부를 전산화하면 공청회에서 제기되었던 문제점 등은 해소될 것이다.

3. 契約更新權 行使上의 改善方案

상가건물임대차보호법에서 규정한 계약갱신은 민법이나 주택임대차보호법에서 규정한 계약갱신과는 그 기능 면에서 다른 면을 가지고 있다. 민법과 주택임대차보호법에서 규정한 계약갱신은 규정상으로는 계약당사자 모두가 상대방에게 요구할 수 있으나 실제로는 임대인이 주로 차임의 인상을 하기 위하여 계약갱신권을 행사하고 있는 것이 현실이었다. 이에 비하여 상가건물임대차보호법은 임차인의 계약갱신 요구에 대해 임대인이 계약갱신을 거절할 수 있는 8가지 사유¹⁷¹⁾를 규정하여 임차인에게 계약갱신요구기간 5년을 보장하고 있다. 이것은 임차인에게 있어서는 임차인이 임차한 건물의 전부나 일부를 고의로 파손하거나 멸실하여도 계약을 해지할 규정이 없어 임대차기간이 만료될 시점까지 기다려야 한다거나, 임차건물을 임대인이 직접 사용하고자 할 때에는 임차인에게 상당한 보상을 지급하여야 계약을 해지할 수 있다는 문제점이 있고, 임차인에게 있어서는 우리나라 상가임대차의 문제점 중 하나인 권리금 문제를 해결할 수 있는 기간으로는 5년이 짧다고 생각한다. 이러한 문제를 해결하고 임대인과 임차인간의 형평성을

171) 상가건물임대차보호법 제10조 제1항; 1. 임차인이 3기의 차임액에 달하도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우 2. 임차인이 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우 3. 쌍방 합의하에 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우 4. 임차인이 임대인의 동의 없이 목적 건물의 전부 또는 일부를 전대한 경우 5. 임차인이 임차한 건물의 전부 또는 일부를 고의 또는 중대한 과실로 파손한 경우 6. 임차한 건물의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우 7. 임대인이 목적 건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위해 목적 건물의 점유 회복이 필요한 경우 8. 그밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 존속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우.

위해서도 임차인이 임차한 건물의 전부나 일부를 고의로 파손하거나 멸실하였을 때에는 계약갱신요구를 거절할 수 있도록 강력한 사유를 추가로 규정한다. 반면에 정당한 사유에 해당되지 않았을 경우에는 임대인을 지나치게 보호하는 것이라고 할 수 있으므로 최초의 임대차기간을 포함한 최단기간을 적어도 7년으로 상향조정하는 상가건물임대차보호법 제10조 제1항, 제2항을 개정하여야 한다. 이와 관련된 견해를 살펴보면, 동법 제10조 제1항 제1호 내지 8호가 임대인의 갱신거절 정당사유라면 제1항 후문의 규정을 “정당한 사유없이 이를 거절하지 못한다”라고 하지 않고 “다음 각 호의 1에 해당하는 외에는 이를 거절하지 못한다”라고 규정하여 단서 규정을 둘 필요가 없을 것이다. 이러한 이유로 인해 동법 제10조의 규정은 다음과 같이 개정되어야 한다. 즉 임차인에 대하여 일정한 사유(제1호 내지 제8호)하에 계약갱신요구권을 인정하고, 임대인은 이러한 계약갱신요구에 대해 상당한 이유가 있는 경우에 거절할 수 있다고 개정되어야 한다는 견해가 있다.¹⁷²⁾

4. 賃貸借紛爭解決의 迅速·簡易化方案

상가건물임대차보호법은 임대차분쟁의 문제점을 많이 가지고 있다. 이러한 임대차분쟁은 동법에 분쟁해결 규정이 없으므로 모두 민사소송에 의하여 해결하여야 한다. 차후 상가임대차의 분쟁을 민사소송에 의하여 해결할 사항으로 상가건물임대차보호법 제10조 제1항에서 규정하고 있는 ‘정당사유’와 상가건물임대차보호법 제11조에서 규정한 차임 등의 증감청구권이 이에 해당한다. 특히 ‘정당사유’와 상가건물임대차보호법 제11조에서 규정한 차임 등의 증감청구권이 이에 해당한다. 특히 ‘정당사유’는 임차인의 계약갱신요구권과 형평을 맞추기 위한 규정으로 약정해지 규정이 없는 상가건물임대차보호법에 있어서 차후 임대인에 의하여 임대차계약을 해지하기 위한 규정으로 이용될 우려가 있고, 이러한 임대인은 임대차계약을 해지하기 위하여 민사소송을 제기하게 될 것이다.

또한 차임 등의 증감청구권은 형성권으로 임대차계약 당사자의 어느 일방에 의하여 행사될 수 있으나 위 규정은 주로 임대인이 차임을 증액하기 위하여 사용될 것이다(동법 시행령에서 규정한 인상률 12%를 초과한 인상요구는 강행규정에 위반되어 초과한 부분에 대하여는 무효가 되어 인상률은 12%로 한정된다).

172) 한삼인·박경식, “주택임차권의 존속 보호”, 「법과 정책」 제14집 제1호, 제주대학교 법과 정책연구소, 2008. 2, 144면.

동법에서는 조세·공과금·경제사정 변동을 근거로 연12%까지 인상을 허용하는데 주택임대차보호법처럼 조세·공과금 변동이 있을 경우에 한하여 연5% 범위 내로 임대료 인상을 제한하였으면 한다. 차임의 본질적 의미는 임차건물을 사용·수익의 대가이지만 통상 차임의 인상요인으로 작용하는 것이 그 상가에서 영업의 호황을 누리고 있는지 여부가 작용하고 있다. 그러나 영업의 호황이라는 것은 임대인의 입장에서 보는 시각과, 임차인의 입장에서 보는 시각의 차이가 있을 수 있다. 그러한 면에서 임대인의 차임인상요구에 대하여 오히려 임차인이 차임의 감액청구를 요구하면 계약당사자는 법원의 민사소송에 의하여 분쟁을 해결하여야 한다.

또한 백화점이나 대형 상가의 임대차는 아파트와 같이 구분소유가 되어있지 않고 설혹 구분등기가 되어있다 하더라도 장소의 가변성으로 인하여 상가의 위치가 특정되어있지 않고 매출실적에 따라 임대장소가 결정되며, 위와 같은 백화점이나 대형 상가의 임대차에 있어서는 차임을 매출실적 금액의 일정비율로 약정하는 경우가 많다. 이러한 차임에는 임대인이 백화점이나 상가의 홍보비 등을 포함한 금액으로 순수한 차임으로 볼 수 없는 요소가 있어 임대차분쟁의 요소를 담고 있다.

임대인과 임차인간의 차임증감액 소송, 보증금반환 청구의 소에 대하여는 소액사건심판법이 준용될 것이다.¹⁷³⁾ 경제적 약자인 임차인을 보호하려는 입법취지이다. 이에 비하여 계약갱신의 소송의 원인이 되는 ‘정당사유’¹⁷⁴⁾에 대한 소송은 소액사건의 대상이 아니고, 단독사건이나 합의관할에 속하는 사건이다(민사 및 가사소송의 사물관할에 관한 규칙, 민사소송등인지법, 민사소송등인지규칙 제12조 5호의 나). 따라서 소송사건의 특례가 없는 민사소송에 의하여 분쟁을 해결하는데 소요되는 시간과 비용은 임대인에게 엄청난 부담을 주게 될 것이다. 민사소송법은 각 심급에서 5월내에 종국판결을 선고하도록 규정하고 있으나(민사소송법 제184조), 혼시규정에 불과하다.

173) 상가임대차의 보증금반환 청구의 소는 소액사건 심판법을 준용하도록 상가건물임대차보호법 제18조에 규정을 하고 있다. 그러나 임차인의 차임감액 청구소송, 임대인의 차임증액청구소송에 대하여 소액사건 심판법이 준용이 되는 것인지는 정확하지 않으나, 소송물가액 2,000만원 이하의 소송은 소액사건에 해당되므로 결과적으로는 차임의 증감액 청구소송은 모두 소액사건이 된다(소액사건심판규칙 제1조의2).

174) 상가건물임대차보호법 제10조 제1항; 1. 임차인이 3기의 차임액에 달하도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우 2. 임차인이 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우 3. 쌍방 합의하에 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우 4. 임차인이 임대인의 동의 없이 목적 건물의 전부 또는 일부를 전대한 경우 5. 임차인이 임차한 건물의 전부 또는 일부를 고의 또는 중대한 과실로 파손한 경우 6. 임차한 건물의 전부 또는 일부가 멸실되어 임대차의 목적을 달성하지 못할 경우 7. 임대인이 목적 건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위해 목적 건물의 점유 회복이 필요한 경우 8. 그밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 존속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우.

해결방안으로는 크게 나누어 소송으로 해결하는 방안과 소송 외에서 해결하는 방안으로 나누어 볼 수 있는데 첫 번째로, 소송으로 해결하는 방안은 위와 같이 시간과 비용이 많이 소요되는 점을 설명하였다, 따라서 소송 외에서 신속하고, 경제적인 해결방안을 모색할 필요성이 있으며 그 방법에 있어서 새로운 제도를 입법화하여 규정하는 방법과 기존의 제도를 활용하는 방법이 있다.

새로운 제도를 창안하는 방법으로는 상가건물임대차보호법을 제정하기 위하여 국회에 제출되었던 법안들 중에서 모든 안이 규정하였던 임대차분쟁위원회 제도를 검토하여 볼 필요성이 있다. 당시의 안을 살펴보면, 각 시·군·구에 임대차분쟁위원회를 설치하고 동 위원회는 임대차분쟁의 조정과 임대인이나 그 단체에 또는 임차인이나 그 단체가 이 법과 민법 및 주택임대차보호법의 규정에 위반하는 행위를 할 때에는 당해 임대인 또는 임차인에 대하여 당해 행위의 중지, 시정 권고, 법률위반사실의 공표, 기타 시정을 위한 필요한 조치를 명할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 위원회의 구성과 운영에 관하여는 대통령령에 위임하도록 입안되었었다.

두 번째로, 민사소송에 의하지 아니하는 분쟁해결 절차는 분쟁당사자가 조정을 맡길 제3자를 정하고 그의 판단에 반드시 복종하게 하는 개별적·강행적인 해결 방식인 중재와 분쟁당사자간에서 여러 가지로 주선을 해주고 분위기를 조성해주는 것을 알선, 당사자들의 수락을 전제로 제3자가 타협안을 작성하여 수락을 권고하는 조정 3가지가 있다.¹⁷⁵⁾ 그 중 우리나라에서의 조정은 민간조정, 행정조정, 법원조정으로 대별되고, 민간조정은 사회적으로 영향력이 있는 공익단체들이 이끌어 나가고, 행정조정은 각 행정부처가 소관업무에 관한 법률을 입법하는 경우에 그 업무에 관한 분쟁해결을 위하여 조정위원회를 설치하도록 근거규정을 두었을 때 행하여지며 주로 주무관청이 학식과 덕망 있는 인사로 조정위원회를 구성하고 법원의 간섭 없이 분쟁을 조정하도록 하고 있다.¹⁷⁶⁾ 법원조정은 민사조정과 가사조정으로 나누어지고 가사조정은 조정전치주의를 취하고 있으며(가사소송법 제50조), 민사조정은 민사조정법이 소액사건조정법을 흡수하여 민사조정의 기본법이 되었다. 또한 분쟁해결 수단으로 재판외 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution : ADR)가 있는데, 이제도는 소송이 가지는 분쟁해결의 지연, 과다한 비용, 재판절차의 기술적 난해성, 그리고 경미한 분쟁에 대한 절차의 부

175) 송상현, “한국에 있어서의 재판외 분쟁처리 절차 개관”, 「사법행정」 제32권 제6호, 사법행정학회, 1991, 30면.

176) 송상현, “재판에 의하지 아니한 분쟁해결방법의 이념과 전망”, 「인권과 정의」 7월호, 대한변호사협회, 1994, 9면.

적합성에 대한 거부감과 불신을 해소하기 위하여 엄격한 형식과 절차를 지양하고 법보다 조리에 의하여 시민의 참여를 통하여 융통성 있는 분쟁처리 절차로서 재판절차를 갈음하고자 하는 제도로서 경미하거나 특수한 분쟁의 효과적 처리절차로서 새로운 각광을 받고 있다.¹⁷⁷⁾

우리의 임대차제도와 유사한 일본에 있어서는 차임의 증감청구에 대하여는 조정전치주의를 규정하여 임대차분쟁에 대한 소송은 본안 소송에 앞서 민사조정사건처리법 및 비송사건절차법에 의하여 조정신청을 하고 조정이 성립되지 않을 때에 본안 소송을 할 수 있다. 그러나 계약갱신의 거절로 인한 소송은 본안 소송에 의하여 분쟁을 해결하고 있다.

상가임대차 분쟁에 대해서도 기존의 조정제도를 활용하는 방안은 적극 검토하는 것이 바람직 할 것 같다. 즉, 전국 지방법원, 지원 및 등기소에 설치되어 있는 민사조정위원회를 활용하는 방안이다. 이 방안에 의하면 기존의 제도를 활용함으로 새로운 법규를 제정할 필요는 없다.

그러나 임대차분쟁의 신속한 해결을 위해서는 소송 외에 시정명령제를 도입하거나, 민사에 관한 분쟁을 간편한 절차에 따라 당사자간의 상호 양해를 통하여 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결할 수 있는 민사조정법을 이용함이 좋을 듯하다. 조정이 성립되지 않은 사건에 관하여 필요한 경우 직권으로 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있게 한다(민사조정법 제30조). 또는 합의가 성립되지 않는 경우에는 ADR기관을 이용하여 직권으로 일정한 판단을 내리고 일정기간 내에 당사자가 이의를 신청하지 않는 경우에도 합의가 성립된 것으로 본다는 규정을 두는 것을 생각할 수도 있다.¹⁷⁸⁾ 또한 현재 시·군·구에 설치되어 있는 임대차분쟁조정위원회를 특별시, 광역시에도 그 설치를 두어 조정할 수 있게 하면 지역 형평성도 해결될 수 있다. 이렇게 되면 조정제도의 장점인 간이한 절차와 저렴한 비용, 타협과 양보에 의한 분쟁해결이 될 것이다.

5. 施設投資金 回收의 確保方案

상가건물임대차보호법에서는 임차인의 권리를 보장할 수 있는 기본적인 문제점 가운데 하나인 필요비·유익비에 대한 규정이 없다. 동법이 제정 당시에는 필

177) 김상찬, “대체적분쟁해결제도에 관한 비교법적 연구”, 「법학연구」 제16집 별쇄본, 한국법학회, 2004, 11, 310면.

178) 김상찬, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구”, 「중재연구」 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004. 2, 164면.

요비·유익비를 권리금이라고 오해하는 분위기가 형성되었었다. 결국 권리금은 임대인이 임차인으로부터 수령하는 경우가 거의 없다.

민법에서도 권리금은 인정하지 않고 있으며 필요비·유익비에 대한 상환청구 권한을 인정하고 있음에도 불구하고 법 적용대상에서 제외되는 상가임차인들은 많은 액수의 시설투자비 때문에 상가임대인이 과도한 임대료를 요구하더라도 속수무책으로 피해를 당할 수밖에 없고, 상가임대인이 이를 악용하기까지 한다. 임대인들은 “원상회복의무는 임차인에게 있다”라고 주장하면서 상가임차인의 비용상환청구권을 포기하도록 요구하고 있어 현행 민법 체계 하에서는 상가임차인들이 시설투자금을 회수할 길이 없는 상태이다. 유익비청구에 관련하여 민법상 판례를 보면 “유익비상환청구에 관하여 민법 제203조 제2항은 점유자가 점유물을 개량하기 위하여 지출한 금액 기타 유익비에 관하여는 그 가액의 증가가 현존한 경우에 한하여 회복자의 선택에 쫓아 그 지출금액이나 증가액의 상환을 청구할 수 있다고 규정하고 있고, 민법 제626조 제2항은 임차인이 유익비를 지출한 경우에는 임대인은 임대차 종료 시에 그 가액의 증가가 현존한 때에 한하여 임차인이 지출한 금액이나 그 증가액을 상환하여야 한다고 규정하고 있으므로, 유익비의 상환범위는 점유자 또는 임차인이 유익비로 지출한 비용과 현존하는 증가액 중 회복자 또는 임대인이 선택하는 바에 따라 정하여진다고 할 것이고, 따라서 유익비상환 의무자인 회복자 또는 임대인의 선택권을 위하여 그 유익비는 실제로 지출한 비용과 현존하는 증가액을 모두 신청하여야 할 것이다”¹⁷⁹⁾라고 판시하고 있다.

권리금에 관한 문제는 상가건물임대차보호법에서 중요한 문제 중의 하나로 볼 수 있는데, 외국의 입법례를 보더라도 이에 관한 직접적인 규정은 없다. 그러나 상가건물임대차는 주택임대차와 달리 관례화 되고 있는 권리금 수수행위를 건물임대인의 허락을 얻어 시설 및 영업권을 확보하는 경우에 유익비 상당액에 대하여 권리금을 인정할 수 있도록 입법을 정비하는 것이 바람직하다.¹⁸⁰⁾ 우리의 상가건물임대차의 경우 계약을 전후하여 임차인은 임대인에게 보증금을 지급하는 외에 이와는 별도로 권리금이라는 명목으로 보증금 보다 많은 금전을 수수하는 관행이 있다. 이와 관련된 판례를 보면, “영업용 건물의 임대차에 수반되어 행하여지는 권리금의 지급은 임대차계약의 내용을 이루는 것은 아니고 권리금 자체

179) 대판 2002.11.22, 2001다40381 ; 대판 1987.4.14, 86다카2342.

180) 김상명, “상가건물임대차보호제도의 실효성 제고방안”, 「법학연구」 제16집 별쇄본, 한국법학회, 2004. 11, 304면.

는 거기의 영업시설·비품 등 유형물이나 거래처·신용·영업상의 노하우 또는 점포 위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정 기간 동안의 이용대가라고 볼 것인 바, 권리금이 그 수수 후 일정한 기간 이상으로 그 임대차를 존속시키기로 하는 임차권보장의 약정하에 임차인으로부터 임대인에게 지급된 경우에는, 보장기간 동안의 이용이 유효하게 이루어진 이상 임대인은 그 권리금의 반환의무를 지지 아니하며, 다만 임차인은 당초의 임대차에서 반대되는 약정이 없는 한, 임차권의 양도 또는 전대차 기회에 부수하여 자신도 일정기간 이용할 수 있는 권리를 다른 사람에게 양도하거나 또는 다른 사람으로 하여금 일정기간 이용케 함으로써 권리금 상당액을 회수할 수 있을 것이지만, 반면 임대인의 사정으로 임대차계약이 중도 해지됨으로써 당초 보장된 기간 동안의 이용이 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 있을 때에는 임대인은 임차인에 대하여 그 권리금의 반환의무를 진다 할 것이고, 그 경우 임대인이 반환의무를 부담하는 권리금의 범위는, 지급된 권리금을 경과기간과 잔존기간에 대응하는 기간으로 나누어, 임대인은 임차인으로부터 수령한 권리금 중 임대차계약이 종료될 때까지의 기간에 대응하는 부분을 공제한 잔존기간에 대응하는 부분만을 반환할 의무를 부담한다고 봄이 공평의 원칙에 합치된다.”¹⁸¹⁾ 라고 판시하고 있다.

권리금은 임대물 소유자의 의사와는 아무런 상관없이 임차인이 일방적으로 주장하는 권리로서 권리금의 유형도 장소적 이익의 대가, 고객 확보의 이익, 설비나 개축의 대가, 허가권 등 이용의 대가 등 아직 그 개념이 확실하지 않고, 또한 권리금의 액수를 산정하기가 어려워 이를 보호하기가 곤란하다는 점을 고려하여 권리금을 직접적으로 보호하는 방법보다는 권리금 상당의 투자이익을 회수할 수 있도록 필요비·유익비 즉 시설투자금에 대해서는 비용상환청구권을 강행 규정화하여 이를 보호하는 방향으로 추진해야 할 것으로 생각한다. 프랑스 입법례를 보면 임차인의 유형 또는 무형의 재산을 보호하기 위하여 계약갱신청구권이 인정되고는 있지만, 임차인의 계약갱신청구권에 대하여는 임대인이 거절할 수 있기 때문에 계약갱신권은 임차인의 영업의 계속성을 보장하는 데는 일정한 한계가 있다. 따라서 임차인의 투하 자본이나 고객 또는 거래선 등과 같은 유형·무형의 재산 가치를 영업재산권으로 인정함으로써 임대인이 계약갱신청구를 거절하는 경우에 임차인은 영업재산가액에 대한 비용의 보상을 받을 수 있는 입법례를 참고하여 시설투자금 등 투하 자본을 보전해 주는 개선방안을 마련할 필요가 있다. 또한 임차인이 건물 개·보수비용등 요구시 현행법은 임대차계약서상의 특약조

181) 대판 2002.7.26, 2002다25013 ; 대판 2001.11.13, 2000다20394, 20400 ; 대판 2000.9.22, 2000다26326.

항을 악용하여 건물주가 반환하지 않고 있는데, 민법 제626조(임차인의 상환청구권)에 따라 임차인이 지출한 건물 개·보수비용등 상환청구권을 보장해줬으면 한다.

6. 其他

근대민법의 3대 기본원칙으로 개인의사자치·사유재산권존중 및 과실 책임의 원칙이 구체화 되었다. 이와 같은 민법의 지도원리 내지 기본원칙은 자본주의 경제를 발전시키는데 크게 기여를 하였지만, 한편으로는 빈부의 격차가 심화되었다. 이에 따라 19세기말부터 근대민법의 지도원리 내지 기본원칙은 수정을 받게 되었다. 재산권은 그 내용과 한계를 법률에서 정하는 범위 내에서만 보장되며, 공공의 필요가 있을 때에는 법률로서 재산권의 수용·사용·제한을 할 수 있으며, 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 제한을 가하게 된다(헌법 제23조). 공공복리론은 약한 지위에 있는 자를 돕고 강한 지위에 있는 자의 양보를 요구함으로써 국민 모두의 행복을 추구하려는 민법의 실천원리의 근간이 되는 이념이다,¹⁸²⁾ 공공복리는 종전의 개인주의·자유주의의 법사상을 사회적민주주의의 법사상으로 수정하려는 것인데,¹⁸³⁾ 이러한 변화에 따라 공공복리의 이념은 민법의 최고원칙의 지위를 차지하게 되었다. 공공복리의 이념은 경제적 강자와 약자의 대립을 완화하기 위하여 개인의 사생활관계에 국가나 공공단체의 간섭이 차츰 많아지게 되어, 이른바 사법의 사회화현상이 일어나고 있으며 사회법이 체계를 이루는 동시에 그 사회법의 요소가 민법에 침투해 들어오고 있다.

이것은 사법의 기본법도 시대의 사조와 상황에 따라 움직이고 있으며 발전하고 있음을 증명하고 있는 것인데, 그 절차로 경우에 따라서는 특별법을 제정하여 시대적 요구에 부응하는 한편, 어느 단계에 가면 기본법인 민법전에 도입하기도 한다. 이러한 법의 변화를 ‘법의 진화’라고 칭해지기도 한다.¹⁸⁴⁾ 법의 진화는 무원칙적으로 진행되는 것이 아니라, 기본방향과 기본철학의 바탕 위에서, 혁명적으

182) 고영남, “민법의 기본원리에 대한 의문”, 「민주법학」 통권 제11호, 관악사, 1996. 396-400면 ; 이 논문에서 우리 민법의 최고이념은 “공공복리론, 자유인격의 원칙,”을 최고원리로 하며, 공공복리의 실천원리 내지 행동원리로 “신의성실의 원칙, 권리남용금지의 원칙, 사회질서 및 거래안전원칙”이 있고, 그 하위에 “계약자유원칙, 사적자치의 원칙, 과실 책임의 원칙”이 있는 3층 구조를 하고 있다는 견해를 밝히고 있다.

183) 현승중, “민사법개정 의견서”, 한국민사법학회, 1982, 67면.

184) 김상용, “민법과 민사특별법의 관계(민사특별법의 정리방향을 중심으로)”, 「민사법연구(4)」, 법원사, 2000, 101-102면.

로 이루어지기도 하지만, 일반적으로는 서서히 점진적으로 이루어진다. 특히 민사법은 국민들의 행위규범으로서, 생활 속에 살아 있는 법이기 때문에 생활 속에 살아서 계속성을 가지고 점진적으로 변화를 하고 있다. 법의 진화의 모습은 사회·경제적 사정의 변화가 있고, 그 변화된 상태에 기존의 법이 적절히 기능하지 못할 때에, 먼저 학설에 의하여 해결이 시도되고, 학설에 기초하여 판례가 구체적으로 시정하며, 학설과 판례가 집적되면 특별법으로 제정하고, 특별법이 국민의 법의식에 각인되고, 일반화되면 일반법으로 편입하는 방법으로 이루어지는 것이 일반적이다.

그러나 국민들의 일상 법생활을 하나의 일반법으로 모두 규정한다는 것은 불가능하다. 일반법인 민법만으로 국민들의 변호하는 일상생활을 적절히 규율할 수 없음은 자명의 이치여서, 우리 민법은 그 내용이 완결적일 것을 목표로 하지 아니하고 다른 법률 또는 관습에 의하여 보충할 것을 선언하고 있다(민법 제1조), 이에 따라 우리 민법은 특별법의 보충을 받지 아니할 수 없다. 하지만 특별법의 제정, 시행에 의하여 일반성을 보충함에 있어도 그 특별법의 내용이 민법의 기본정신, 기본가치관에서 벗어나서는 안 된다. 일반법은 원칙적인 기본방향과 방침을 규정하고, 특별법은 일반법의 흠결을 보충하고, 민법의 일반원칙을 구체화하여, 민법과 특별법이 일체를 이루도록 상호조화 및 상호보완을 이루어 나아가야 할 관계에 있으며, 특별법에서 일반법에 대한 예외를 너무 많이 규정하여 이원적인 민사법 관계를 이루어서는 안 된다.

첫째, 우리 민법은 사회적 변화에 따라 응급조치로 많은 특별법을 제정하였고, 2001년 제정된 ‘상가건물임대차보호법’도 그 한 예이다.

상가건물임대차보호법과 성격을 같이하는 주택임대차보호법을 폐지하고 민법의 임대차 규정을 개정하여 주택임대차보호법의 취지를 흡수하자는 견해가 있었다. 이에 대하여 반대의견은 민법은 사법의 기본법으로서 가장 일반적이고 보편적인 원칙을, 그리고 원칙적으로 대등한 당사자간의 계약자유를 기간으로 하는 내용을 담고 있어야 하는데, 특별법은 계약자유를 배제하고 임차인보호를 위하여 매우 강력한 규정을 내용으로 하게 되고, 그 적용도 일반적·보편적인 것이 아니라 주택임대차라는 특수한 영역에만 적용되는 것으로 특별법이 기본법인 민법에 편입됨은 부당하다고 하고 있다.¹⁸⁵⁾

이에 반하여 찬성하는 견해로서는 우리 민법도 사회의 변천에 따라 사회적 조항을 도입할 필요성이 있으며 그 일환으로 주택 및 영업용건물을 포함한 건물임

185) 고상용, “민사법개정의견서”, 「한국민사법학회」, 1982, 51-52면.

대차보호법으로 제정하여 민법에 편입하는 것이 바람직하다는 견해와 민법전 자체가 시민법적인 것과 사회법적인 것의 이원적 구성으로 되는 것을 막을 필요가 없다는 의미에서 비교적 항구적인 내용은 민법전에 흡수할 필요성이 있다는 견해¹⁸⁶⁾로 집약된다. 그 동안 주택임대차보호법을 몇 차례에 걸쳐 개정·보완하는 선에서 그쳤다.

민법의 규정 중에서 우리의 거래실태와 맞지 않는 부분이 많아 사회적응력이 떨어지고 있고, 특히 계약법은 계약의 체결과 이행에 있어서 귀감이 되어야 함에도 거래질서를 선도해 나가는 행위규범으로서의 역할을 하지 못하고 있으므로 경제현실과 맞도록 개정되어야 하며, 특히 임대차의 규정에 대하여는 수익임대차에 관하여도 규율할 필요성과 주택임대차에 관한 특별법은 민법으로 흡수하고 임차인 보호를 위한 장기적인 조치가 필요하다는 의견제시도 있었다.¹⁸⁷⁾

우리 민법은 그 규율대상을 근대적 법률관계로 상정하고 있는 바, 시대적·사회적 발전에 따라 현대적 법률관계도 포괄하여야 할 시점에 도달하였으므로 계약자유의 원칙을 민법전 내에서만 유지하고 민법전밖에 있는 특별법에 계약자유의 원칙을 포기하는 것은 반쪽자리 일반법이 될 수밖에 없다고 하겠다. 또한 계약자유의 원칙의 상위원리인 공공복리의 원칙에 따라 민법을 개정하여야 한다는 의견도 있다.¹⁸⁸⁾ 또한 주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법은 법규의 내용에 있어서는 별로 차이점이 없으므로 독일의 민법, 스위스 채무법과 같이 민법 내에 임대차 규정을 개정하여 민법에 편입하는 것이 바람직하다는 견해¹⁸⁹⁾도 있다.

주택 및 상가건물임대차보호법이 민법 내에 편입하는 것이 우리의 법체계에 적당한지 여부는 민법의 기본이념에 의하여 결정되어야 할 것이다. 민법의 3대 원칙은 공공복리라든가 거래의 안전이라는 원리에 의하여 제약을 받았으나, 이 원리는 3대 원칙에 종속되어 그것을 제약하는 부차적인 것에 지나지 않았다. 그러나 3대 원칙의 폐해가 뚜렷하게 나타남에 따라 공공복리와 거래의 안전은 3대 원칙 보다 상위의 원리가 되어 그 제약 내에서 3대 원칙은 승인되어야 할 것이다. 따라서 공공복리는 민법의 최고원리의 위치를 차지하게 되었다. 이것은 개인의 이익을 무시하는 것이 아니라, 사회적 민주주의의 원리에 의하여 개인의 이익과 조화시키려는 것이다. 공공복리는 그와 같은 의미에서 민법의 최고원리이며 신의성실 및 권리남용금지의 원칙에서 공공복리의 원칙은 구체화되고 있다. 이와

186) 김석우, “민사법개정의견서”, 「한국민사법학회」, 1982, 58-59면.

187) 이은영, “주택임대차보호법의 개정에 관한 연구”, 「법조」 제4권, 법조협회, 1982, 499면.

188) 이은희, “동아시아비교법학 심포지움”, 충북대학교 법학연구소, 2000.5.26. 38-39면.

189) 윤기택, “상가건물임대차보호법의 제정이유와 그 문제점”, *유리스트* 2000, 7월호, 13면.

같은 공공복리의 이념에 따라 경제적 강자와 약자의 대립을 완화하기 위하여 개인의 사생활관계에 국가나 공공단체의 간섭이 차츰 많아지고 있어 사법의 사회화현상이 일어나고 있다. 이는 사회법이 하나의 뚜렷한 체계를 이루는 동시에 그 사회법의 요소가 민법에 차츰 침투해 들어와서 사회적 조항으로 자리 매김하고 있으며, 상가건물임대차보호법보다 법적 안정성과 보편성, 더 나아가 법의 일관성 확보를 위함이고, 요즘 세계의 법 흐름 추세도 법 통일화의 조류에 편승함에 비추어 볼 때, 우리 민법도 ‘공공복리의 원칙’을 지도이념으로 하여 급변하는 시대적·사회적 변화에 능동적으로 대응하기 위하여 사회적 조항을 규정하는 민법의 개정이 필요하고, 특히 민법 제618조에서 제654조에 이르는 임대차편을 개정하여 특별법으로 제정된 주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법을 민법의 임대차에 편입시켜 살아있는 시민법으로서의 역할을 하여야 할 것이다.

둘째, 상가건물임대인은 부동산상의 권리 등을 대여하고 받은 보증금·전세금 또는 이와 유사한 성질의 금액(임대사업과 관련된 차입금의 상황에 충당된 금액을 제외 한다)에서 발생한 수입금액이 그 보증금 등에 금융기관의 이자율을 참작하여 계산한 금액을 부동산소득금액의 계산에 있어서 총수입금액에 산입하여 그에 따른 세율을 적용하여 소득세를 납부한다. 그렇다면 그 반대의 임차인은 임대보증금·전세금 또는 임대료를 지불한 부분에 대하여 공제혜택을 받지 못하고 있는 바, 이것을 부가가치세 매입세액의 필요경비(소득세법 제39조 3)로 산입하여 상가건물임차인의 지원을 위한 소득공제 제도를 도입함에 있어 전·월세 임대차계약 내용의 진위여부를 확인할 필요가 있다. 상가건물임대차보호법상 즉 ‘임차인은 확정일자 신고 시 임대조건(임대차계약기간, 임대보증금, 임대료)을 신고할 수 있도록 한다(상가건물임대차보호법 제5조 제2항 제1호 신설)’. 그리고 ‘임차인이 신고한 확정일자신고 내용은 소득세법이 정한 상가임대차관련 특별공제의 증빙자료(국세청 고시 제2003-36호)로 활용할 수 있도록 한다(제5조 제2항 제2호 신설)’. 이렇게 임차인에게 실질적인 지원이 될 수 있도록 개정할 필요가 있다.

第5章 結論

상가건물임대차제도에 관한 지금까지 상가건물임대차보호법의 입법취지와 주요 내용 및 주택임대차보호법과 주요 국가의 입법례의 비교·검토를 통하여 상가건물임대차보호법의 문제점과 그에 따른 개선방안을 제시해 보았다.

앞에서 본 바와 같이 상가건물임대차보호법이 제정되어 시행되어 오면서 긍정적인 측면에도 불구하고 아직도 여러 가지 문제점들이 지적되어 상가건물임대차보호법에 거는 국민적 기대가 크다. 따라서 이런 국민적인 기대에 부응하기 위해선 주택임대차보호법이 국민의 주거생활 안정에 기여한 것과 같이 상가건물임대차보호법이 실질적인 영세임차인을 보호하는 법으로 정착되기 위해서는 앞에서 지적한 여러가지 개선방안이 제도적으로 보완되어야 할 것이다.

지금까지 살펴 본 상가건물임대차보호법상의 문제점과 개선방안에 대하여 요약·정리하면 다음과 같다.

첫째, 상가건물임대차보호법은 임차보증금의 규모에 의하여 적용범위와 대상을 규정하고 있다. 그 결과 전국을 4개 권역으로 나누어 각 지역마다 보증금의 차이를 두되, 그 적용범위의 상한선을 보증금과 월세를 보증금으로 환산한 금액의 합계 2억 4천만 원(월세 100만원 이면 보증금으로 1억이 된다) 정도로 낮게 규정됨으로써 많은 상가임대차가 동법의 적용에서 벗어나게 되는 불합리한 점이 있다. 이점을 개선하기 위하여 적용범위 상한선을 최소 3억 4천만 원 이상으로 조정하도록 개정해야 한다.

둘째, 상가건물임차권의 대항력은 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음날부터 제3자에 대하여 효력발생을 하게 하여 이해관계를 명확히 하여 분쟁의 소지를 없게 하려고 하였다. 이에 대하여 사업자등록은 행정기관의 업무편의를 위하여 작성된 공법적인 장부로 부동산등기부와 같은 사법적인 권리 관계를 공시하는 장부가 아니므로 불완전하며, 또한 부가가치세가 면세되는 사업자중 소득세·법인세의 납세의무가 있는 자는 사업자등록이 없이 동법에 의한 대항력을 취득하지 못하는 것은 입법의 불비라고 생각되므로 동법을 개정하여 임차인을 구제할 필요가 있다. 아울러 공시방법에 있어서 장기적으로는 프랑스, 영국 등과 같이 소유관계와 물권관계를 임대차관계를 공시하는 임대차등록제도로 만들어 이를 공시방법으로 활용하는 방안도

검토해 보아야 한다. 예를 들어 사업자등록을 신청하는 신청인, 신청서에 첨부하는 임대차계약서도 그것이 임대인이 진정으로 작성한 것인지, 또 임대차계약서에 기재된 보증금의 액수나 권리의 범위가 실제의 거래를 그대로 반영하고 있는지, 실제의 목적물과 동일한 지를 확인할 수 있는 규정을 두어 세법에 의한 사업자등록을 부동산등기와 비슷한 공시수단으로 채택하는 것이다.

셋째, 계약갱신에 대하여는 상가건물임대차보호법에서 규정한 계약갱신은 임차인의 계약갱신요구에 대하여 임대인이 계약갱신을 거절할 수 있는 사유를 열거하고 있는데, 위 사유는 영국의 1954년에 제정된 임대차법 제30조의 7가지 사유와 내용을 같이하고 있으나 그 형평성에는 차이가 있다. 또한 계약갱신 규정은 동법에서 규정한 차임의 증감청구규정이 제외되어 이에 대한 분쟁은 모두 법원 소송에 의해 해결해야 하므로 민사소송의 폭주가 예상된다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 상가건물임대차보호법은 임차인의 계약갱신요구에 대해 임대인이 계약갱신을 거절할 수 있는 8가지 사유(상가건물임대차보호법 제10조 제1항)를 규정하여 임차인에게 계약갱신요구기간 5년을 보장하고 있다. 이것은 임대인에 있어서는 임차인이 임차한 건물의 전부나 일부를 고의로 파손하거나 멸실하여도 계약을 해지할 규정이 없어 임대차기간이 만료될 시점까지 기다려야 한다거나, 임차건물을 임대인이 직접 사용하고자 할 때에는 임차인에게 상당한 보상액을 지급하여야 계약을 해지할 수 있다는 문제점이 있고, 임차인에게 있어서는 권리금 문제를 해결할 수 있는 기간으로는 5년이 짧다고 생각한다. 따라서 이 문제를 해결하고 형평성을 위해서도 임대인을 위해서는 8가지 사유에 강력한 사유를 추가로 규정하고, 반면 정당한 사유에 해당되지 않았을 경우에는 임대인을 지나치게 보호하는 것이라고 할 수 있으므로 최초의 임대차기간을 포함한 최단기간을 적어도 7년으로 상향조정하는 상가건물임대차보호법 제10조 제1항, 제2항을 개정하여야 한다.

넷째, 차임의 증감청구권은 민법 및 주택임대차보호법에서 각각 규정하고 있고, 상가건물임대차보호법에서도 규정을 하고 있다. 다만 주택임대차보호법 시행령에 있어서는 차임을 증액함에 있어서 연 5%를 초과할 수 없도록 규정하고 있으나 상가건물임대차보호법시행령은 연 12%로 규정하여 주택임대차보호법보다 높은 증액율을 규정한 것은 상업성을 고려한 입법임을 알 수 있다. 그러나 차임의 증액율이 높게 책정됨으로 인하여 차임의 인상으로 인한 소송의 양산이 우려되고 있어 이에 대한 개선방안이 필요하다. 예를 들어 주택임대차보호법처럼 조세·공과금 변동이 있을 경우와 현행 금융기관의 일반대출금리를 기준으로 임대

료 인상율을 제한하였으면 한다. 아울러 상가건물임대차 분쟁해결에 대해서도 민사조정제도를 적극적으로 활용해야 하며, 분쟁의 신속한 해결을 위해서는 소송 외에 앞에서 검토한 시정명령제를 도입해야 한다. 예를 들어 분쟁당사자가 조정을 맡길 제3자를 정하고, 당사자들의 수락을 전제로 제3자가 타협안을 작성하여 수락을 권고하는 3가지 조정이 있는데 그 중 우리나라에서의 조정은 민간조정, 행정조정, 법원조정으로 대별되고 있다. 그러나 임대차분쟁의 신속한 해결을 위해서는 민사에 관한 분쟁을 간편한 절차에 따라 당사자간의 상호 양해를 통하여 조리를 바탕으로 실정에 맞게 해결할 수 있는 민사조정법을 이용함이 좋을 듯하다. 조정이 성립되지 않을 때에는 직권으로 조정에 갈음하는 결정을 할 수 있게 한다(민사조정법 제30조). 또한 현재 시·군·구에 설치되어 있는 임대차분쟁조정위원회를 통하여 해결한다.

다섯째, 상가건물임대차보호법에서 임차인의 권리를 보장할 수 있는 기본적인 문제점 가운데 하나인 필요비·유익비에 대한 규정이 없다. 동법이 제정당시 필요비·유익비를 권리금이라고 오해하는 부분도 있었는데 민법에서도 권리금은 인정하지 않고 있다. 하지만 우리 사회에 있어 상가의 권리금은 그 거래가 음성적으로 이루어지고 있다고 할 수 있는데, 그 이유는 우리의 상가건물임대차의 경우 계약을 전후하여 임차인은 임대인에게 보증금을 지급하는 외에 이와는 별도로 권리금이라는 명목으로 보증금보다 많은 금전을 수수하는 관행으로 권리금의 거래 실정에서 근거하고 있다고 볼 수 있다. 임대인 측이 임대차계약 체결 시에 임차보증금과는 별도의 권리금을 수수한 경우라면 임대차계약 종료 시에 그 반환 문제나 임차권의 양도에 의한 투자금 회수의 정상적인 문제들로서 권리금 수수관계가 형평에 어느 정도 맞게 정리될 수 있을 것이지만 임대인과는 무관하게 이루어진 권리금이 거래되고 있는 데도 불구하고 보호받지 못하고 있는 것이 거래의 현상이다. 권리금의 거래는 사회경제상 그만한 이유와 필요에서 비롯되는 것이고 그 수수액은 여러 의미에서 수요와 공급의 불균형에서 조절되는 것이다. 그러나 수수 자체나 수수액을 법적인 규제로서 정하는 것은 바람직하지 못하고 실현성도 희박할 것이다. 그러므로 권리금에 관한 약자, 즉 임차인 측의 권리보호는 그 기대하는 임차기간의 보장이라는 측면에서 입법이 검토되어야 한다고 보며, 직접적으로 보호하는 방법보다는 그 상당의 투자이익을 회수할 수 있도록 필요비·유익비에 대해서는 비용상환청구권을 인정하는 방향으로 법이 개정되어야 한다. 그리고 상가건물임차인의 지원을 위하여 상가건물임대차보호법 제5조 제2항에 각 각 제1호, 제2호를 신설하여 임차인이 신고시 임대조건을 신고할 수

있도록 하고 신고할 내용을 소득세법이 정한 특별공제의 증빙자료로 활용할 수 있도록 개정해야 한다.

마지막으로 우선 민법이 사법의 기본법으로 역할을 재정립할 수 있도록 하기 위해 특별법으로 분류된 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법을 민법전에 포함시켜 민법이 제 기능을 다할 수 있도록 재정비 되어야 한다는 점이다. 영세 서민과 상인을 보호하기 위해 사회법적 성격의 특별법을 제정·시행하는 사유를 이해 못할 바는 아니지만, 요즘 세계의 법 흐름 추세도 법통일화의 조류에 비추어 볼 때 법적 안정성과 보편성, 더 나아가 법의 일관성 확보를 위해 특별법이 민법전으로 재편입 되어야 한다. 특히 민법 제618조에서 제654조에 이르는 임대차편을 개정하여 살아있는 시민법으로서의 역할을 하여야 할 것이다.



參考文獻

I. 國內文獻

1. 單行本

- 강해규 외, 「부동산 계약 이론과 실무」, 형설출판사, 2002.
- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2007.
-, 「물권법」, 박영사, 2007.
- 김선이, 「각국의 영업용건물임대차 법제」, 법무부 법무실, 1996.
- 김용민 외, 「부동산정책론」, 형설출판사, 2003.
- 김준호, 「민법강의」, 법문사, 2007.
- 김형배, 「채권각론」, 박영사, 2005.
- 김효석, 「주택임대차분쟁의 법률실무」, 법률서원, 1999.
- 민일영, 「채권각론」, 박영사, 2000.
- 박명주, 「부동산임대차 실무」, 부연사, 2004.
- 박종두, 「부동산거래민법」, 형설출판사, 2004.
- 법무부, 「각국의 영업용건물 임대차 법제」(법무자료 제207집), 법무부, 1996.
- 윤철홍, 「채권각론」, 법원사, 2006.
- 이상윤, 「영미법」, 박영사, 2003.
- 이은영, 「채권각론」, 박영사, 2005.
- 이창석, 「부동산 관리론」, 신광문화사, 2007.
-, 「부동산학개론」, 형설출판사, 2003.
- 조병욱 외, 「민법 및 민사특별법」, 법문사, 2004.
- 조성국, 「부동산사법」, 형설출판사, 2004.
- 최정열, 「개정주택임대차보호법 실무」, 박영사, 1999.
- 한국부동산교육협회, 「민법 및 민사특별법」, 법문사, 2004.
- 한삼인, 「새롭게 쓴 판례민법(제3판)」, 법률행정연구원, 2003.

2. 論文

- 고상용, “민사법개정의견서”, 「민사법학」, 한국민사법학회, 1982.
-, “주택임대차보호법에 관한연구”, 「충남대 논문집」, 제16권, 1988.
-, “주택임대차보호법의 제문제”, 「판례월보」, 제147호, 1982.
- 고영남, “민법의 기본원리에 대한 의문”, 「민주법학」, 통권 제11호, 관악사, 1996.
- 고용철, “주택임대차보호법에 관한 연구”, 「충남대논문집」 제16권, 1988.
- 고창현, “상가건물임대차와 관련된 법적·제도적 문제점에 대한 개선연구”, 건국대학교대학원 석사학위논문, 2006.
- 권영상, “주택임차인의 대항력과 우선변제권”, 「창원지방변호사회지」 제1호, 창원지방변호사회, 1995.
- 권용산, “상가건물임대차보호법의 문제점과 개선방안”, 청주대학교대학원 박사학위논문, 2002.
- 김기선, “임차권의 본질에 관하여”, 「법조」 제12권, 3호, 법조협회, 1963.
- 김남근, “상가건물임대차보호법의 개선방향에 대하여”, 「시민과 변호사」 제108호, 서울지방변호사회, 2003. 1.
- 김상명, “상가건물임대차보호제도의 실효성 제고방안”, 「법학연구」 제16집, 한국법학회, 2004. 11.
- 김상용, “민법과 민사특별법과의 관계”, 「민사법연구4」, 법원사, 2000.
- 김상찬, “ADR기본법의 입법론에 관한 연구”, 「중재연구」 제13권 제2호, 한국중재학회, 2004. 2.
-, “대체적분쟁해결제도에 관한 비교법적 연구”, 「법학연구」 제16집, 한국법학회, 2004. 11.
- 김석우, “민사법개정의견서”, 한국민사법학회, 1982.
- 김성만, “소액임차보증금의 우선변제권에 있어서의 문제점”, 「판례월보」 제183호, 판례월보사, 1985.
- 김소영, “상가건물임차인의 법적 보호방안”, 충북대학교 법무대학원 석사학위논문, 2003.
- 김오섭, “임대차에 있어서 소액보증금을 둘러싼 제문제”, 「사법논집」 제32집, 법원행정처, 1986.
- 김지영, “소액보증금임차인의우선변제권”, 서울대학교대학원 석사학위논문, 1995.

- 김진수, “대항력 있는 주택임차인의 우선변제 청구”, 「판례연구」 제7집, 부산판례연구회, 1997.
- 김진현, “우리 주택임대차 제도의 문제점에 관한 비교법적 연구”, 「민사법학」 제13·14호, 한국사법행정학회, 1996.
- 민일영, “대항력 있는 주택임차인의 임차기간 만료전의 배당요구”, 「인권과 정의」 제234호, 대한변호사협회, 1996. 11.
- 박영욱, “상가건물임대차보호법”, 「법제」 통권 제539호, 법제처, 2002. 11.
- 서울지방법변호사회, “상가건물임대차보호법 및 동 시행령의 문제점과 개선방향”, 「시민과 변호사」 통권 제108호, 서울지방법변호사회, 2003.
- 소재선, “비교법적 측면에서 본 점포임대차법안의 문제점과 입법과제”, 「경희법학」 제32권 제1호, 경희대학교법학연구소, 1997.
-, “상가건물임대차보호법의 문제점과 개선방향”, 「건설교통저널」 제19권 제9호 통권 제218호, 대한건설진흥회, 2002. 9.
-, “제정상가임대차보호법의 문제점과 개선방안”, 「경희법학」 제36권 제2호, 경희대학교법학연구소, 2002.
- 송상현, “한국에 있어서의 재판의 분쟁처리 절차 개관”, 「사법행정」 제32권 6호, 사법행정학회, 1991.
-, “재판에 의하지 아니한 분쟁해결 방법의 이념과 전망”, 「인권과정의」 제7호, 대한변호사협회, 1994.
- 양창수, “독일의 새로운 임대차법”, 「법학」 제43권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2002.
- 어인의, “보증금과 권리금에 관한 고찰”, 「법학논집」 제10집, 청주대학교법학연구소, 1995.
- 오정열, “상가건물임대차법의 제정이후와 그 문제점”, юри스트 제7호, 2002.
- 윤기택, “상가건물임대차보호법의 제정이유와 그 문제점”, юри스트, 2000.
- 윤철휘, “개정주택임대차보호법의 해설”, 「사법행정」 제31권 제3호, 한국사법행정학회, 1990.
- 윤철홍, “상가임대차보호(안)상의 계약갱신요구권에 관한 소고”, 「21세기 민사법학의 과제와 전망」 (심당 송상현 선생 회갑기념논문집), 박영사, 2002.
- 이경준, “상가건물임대차보호법의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 전남대학교 대학원 석사학위논문, 2004.

- 이상혁, “부동산임대차의 현대적 과제에 관한 연구”, 한양대학교대학원 박사학위논문
- 이송희, “영업용건물의임대차에관한연구”, 전주대학교대학원 박사학위논문, 1995.
- 이영대, “주택임차권의 대항력”, 「제15기 사법연수생 논문집」, 사법연수원, 1985.
- 이은영, “주택임대차보호법의 개정에 관한 연구”, 「법조」 제4권, 법조협회, 1982.
- 이은희, “동아시아 비교법학 심포지움”, 충북대학교 법학연구소, 2000.
-, “저당권과 임차권의 관계에 관한 연구”, 서울대학교대학원 박사학위논문, 1998.
- 이해진, “주택임대차보호법의 개정방향”, 「변호사」 제20집, 서울지방변호사회, 1990.
- 이한길, “주택임대차보호법에 관한 소고”, 「입법조사월보」 제158호, 입법조사월보사, 1987. 5.
- 임광순, “상가건물임대차보호에 관한 연구”, 단국대학교대학원 석사학위논문, 2002.
- 정승렬, “확정일자제도의 문제점 고찰”, 「법조」 제3권, 법조협회, 2002.
- 조용완, “임대차의 대항력”, 「재판자료」 제32집, 법원행정처, 1986.
- 최진구, “상가건물임대차보호법의 문제점과 과제”, 「법학논문집」 제25집, 단국대학교법학연구소, 2001.
-, “상가임대차보호법의 문제점과 과제”, 「법학논문집」, 단국대학교법학연구소, 1998.
- 한삼인, “주택임차권의 대항력(上)”, 「고시연구」 제27권 11호, 고시연구사, 2000. 11.
- 한삼인·박경식, “주택임차권의 존속보호”, 「법과 정책」 제14집 제1호, 제주대학교 법과 정책연구소, 2008. 2.
- 현승중, “민사법개정의견서”, 한국민사법학회, 1982.

II. 外國文獻

1. 日本文獻

壙中俊雄・星野英一，「民法典の百年Ⅱ」，有斐閣，1998。
内田勝一，“營業用建物の賃貸借に関する比較法的研究Ⅰ”，NBL, NO. 362, 1997。
内田勝一，「現代借地借家法學の課題」，成文堂，1997。
藤井俊二，「現代借家法制の新たな展開」，成文堂，1997。
水本浩・遠藤浩，「新借地借家法」，日本評論社，2000。
野村豊弘・「新借地借家法講座3・借家編」，日本評論社，1999。
塩崎 勤・中野哲弘，「借地借家訴訟法」，青林書院，2000。
澤野順彦 外 5，「新借地借家法講座(3)・借家編」，日本評論社，1999。
福井秀夫 外 2，「定期借家法」，信山社，2000。

2. 歐美文獻

Barthrlmess, J., Kommentar zum 2 Wohnraum Kündigungsschutz. gesetz.
1984.
Dieter Medicus, Schuldrecht II: Besonderer Teil, C.H.Beck'sche Verla-
gsbuch Handlung, München. 1983.
Emmerich/Sonenschein, *ibid*, §§ 535, 536 Rz 38 ff.
Emmerich/Sonnenschein, Handkommentar Miete, 1983.
Emmerich/Sonnenschein, Mietrecht Kommentar (Staudingers
Kommentar zum BGB), 2 Aulf. 1981.
Mohr, Gewerbemietrecht in Deutschland, 1984.
Münchener Kommentar zum BGB. Bd. III. 1980.
Otto, Mietverträge für Geschäftsräume, 1984.
Weimar/Schmidt, Die Geschäftsraummieta, 3 Aulf. 1983.
Wolf/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet- und Pachtrecht, 4 Aulf. 1984.
Alain Boljtuzat, La loi (Quilloit) du 22 Juin 1982, Libratire du
journal des notres et des avocat 1983.
A. Lassaubati-Andr'e, Le nouveaux r'egime des baux d'habitation
et professionnels, Re'p.not.Deffrenois. 1982.
C. Giverdon, Nouveaux rapports de location Lites. 1984.
Conf'ede'ration Syndicale du Cadre de Vie (C.S.C.V), Droits
nouvraux des locataires, Syros, 1984.

- Thomas Koller, *Das Wohn- und Gewerberaummietrecht in der Schweiz*, 49. Jahrgang der ZMR · Heft4 · April 1996.
- Thomas Koller, S. Bundesbeschuß über Maßnahmen gegen Mißbräuche in Wesen (BMM 1972. 7. 7).
- Daniel Goodwin, et al., *Landlord's Handbook : A Complete Guide to Manaing Small Residential Properties*. 2000.
- David Wayne Brrown, Ralph E. Warner, *Landlord's Law Book : Rights & Responsibilities (Landlord's Law Book, 7th Ed)*. 2000.
- Janet Portan, et al., *Every Tenant's Legal Guide*, 2nd Ed. 1999.
- Janet Portman, Marcia Stewart, *Renter's Rights : The Basics*. 2000.
- Marcia Stewart, et al., *Every Landlord's Leal Gide(Every Landlords Legal Guide, 4th Ed)*. 2000.
- Patricia Williams Crabtree. *Renters Resource, Landlord-Tenant Problems, self-Help Guide*. 1999.
- Peter Sparkes, *A New Landlord and Tenant*. 2000.

ABSTRACT

A Study on the Reforms of Lease Protection Law of Commercial Buildings

Yung-Jin Jung

Department of Law

Graduate School of Public Administration

Cheju National University

Supervised by Professor : Sang-chan Kim

Generally speaking, leases are dominated by the principle of freedom of contracts which is called a credit relationship. Therefore, the lessee's position is naturally weaker and the lessor is guaranteed a stronger position through the special agreement. As such, it has become essential that we come up with special measures to protect the economically weaker lessee's position in the reality where the imbalance of lessee and lessor does not agree with the balance of supply and demand of residential and commercial buildings.

In light of the situation, Korea has enacted a law called the lease protection law of commercial buildings and it has been in effect since November 1st of 2002. With this, not only is the lease matter dealt with comprehensively in civil law, along with the special lease protection law of residential buildings(enacted in 1981), the stage has been set systematically to protect the lessees. The main important contents of the enacted lease protection law of commercial buildings include 'extent of application regarding commercial buildings', 'acquisition of opposing power through simple means', 'guarantee of maintaining the period through lease rights', 'appropriate restrictions regarding rent increase', and 'securing the return of lease deposit money'. However, in the actual execution of such enacted laws, despite the positive law which

guarantees the minimum rights of the low-income merchants who are in the blind spot of the law network, there are such problems of 'extent of application', 'acquisition of opposing power', 'exercising the right for contract renewal', 'solution of lease conflicts', and 'retrieval of investment funds for facilities'. As a result, in order for the law to be settled as a realistic protection law of low-income lessees, there is a need to make certain reforms with supplementary legislations after a lot of research.

Therefore, this paper focuses on looking for reform measures after seeking out problems regarding the current lease protection law of commercial buildings. In the first chapter, by basing upon the purpose of the enactment of the lease protection law of commercial buildings, the context and process of the enactment is introduced, and the aims and scope of the paper in question are narrated. In the second chapter, the main contents of the lease protection law of commercial buildings and the legislative purpose are scrutinized. Then the law is compared and investigated with the lease protection law of residential buildings. In the third chapter, after surveying the lease protection law of commercial buildings in major countries, this paper attempts to organize what their implications are. In the fourth chapter, problems in the lease protection law of commercial buildings are pointed out and reform measures following the problems are suggested. In the fifth chapter, the previous contents are summarized and organized and a legislative theory is suggested.

This paper was carried out by focusing on a literature survey method where domestic and international books and preceding research papers were organized and analyzed in order to achieve its goals. Also, by carrying out simultaneous research of related precedents, specific problems were sought out through real case studies whereby reform measures were suggested.

First of all, the maximum range sum of 240 million won has been decreased to a lower margin and therefore many commercial leases have the disadvantage of going out of the applied limit within similar laws. In order to improve this point, it must be reformed so that the maximum limit is set at least at the 340 million won level or more.

Secondly, the registration of private businesses is unstable as it is not in the same format as the real estate registry which is a public registry. Therefore, when applying for business registration, there must be a law which ensures whether the contents of the lease contract which is attached to the application, the amount of deposit money, and the range of rights are in actual fact consistent to the real transaction and target object under the tax law. By doing this, the business registration must be made into a system which is similar to the real estate registry and investigations made so that it can be used as a public notice.

Thirdly, 5 years are guaranteed for the duration of request for renewal of contracts. For this situation, there are no regulations to terminate the contract from the lessor point of view if the lessee damages or destroys the whole or part of the building deliberately, or if the lessor wants to use the building himself for personal reasons. So, there is the problem of the lessors having to wait until the lease period is up or pay a substantial amount in compensation to cancel the contract. From the lessee point of view, I consider 5 years to be too short to resolve the matter of the premium.

Fourthly, the yearly 12% rent increment has been set at a yearly rate of 5% which is higher than the lease protection law of residential buildings. This is giving cause for worry as it could lead to mass lawsuits. If I were to suggest some reform methods here, like the lease protection law of residential buildings, it is the case where there might be changes in the sum of taxes and public utilities as well as limiting the increments on the current financial institutions' interest rates on mortgages on buildings. In addition, to resolve the conflicts as speedily as possible, following a simple procedure based on logic, through a mutual understanding between parties, it would be good to use the civil law arbitration law(Article 30) which can resolve the issue according to the situation. Furthermore, issues could be resolved through the lease conflict coordinating committee set up currently in cities, counties and districts.

Fifthly, there is no regulation for necessary and beneficial cost regarding lease protection law of commercial buildings. Even in civil law, the premium

money is not acknowledged. However, the premium money for commercial buildings is being carried out routinely and under the table in our society. The transaction of premium money exists because of certain reasons from a social economic point of view and it does not seem appropriate to set it up as a legal regulation and its realization seem very remote as well. Therefore, I believe that legislation should be looked into from a perspective of guaranteeing the leasing period regarding premium money. The contents of the report should also be amended so that it can be used as proof of special tax deduction dictated by income tax laws.

Finally, the lease protection law of residential buildings and lease protection law of commercial buildings should be reincorporated into the civil code so that the lease chapters that range from article 618 to article 654 can be re-equipped fully. The legal trends in the world now in light of the currents in unifying of laws, I believe it is essential to incorporate them into the civil code for securing legal stability and consistence.