



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

法學碩士 學位論文

상가임대차보호에 대한 비교법적 고찰



2007年 8月

釜慶大學校 大學院

法 學 科

金 旻 緒

法學碩士 學位論文

상가임대차보호에 대한 비교법적 고찰

指導教授 崔 明 龜

이 論文을 法學碩士 學位論文으로 提出함



2007年 8月

釜慶大學校 大學院

法 學 科

金 旼 緒

金旼緒의 法學碩士 學位論文을 認准함

2007年 8月

主 審 法學博士 高 明 植 ㉠

委 員 法學博士 朴 正 基 ㉠

委 員 法學博士 崔 明 龜 ㉠

<목 차>

제1장 서 론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구의 범위와 방법	3
1. 연구의 범위	3
2. 연구의 방법	4
제2장 상가건물임대차보호법의 내용	5
제1절 상가건물임대차의 의의와 법적성질	5
1. 의의	5
2. 법적 성질	6
제2절 제정목적 및 제정과정	7
1. 제정목적	7
가. 사회적 약자보호	7
나. 생존권의 보장	8
다. 당사자 형평의 유지	8
2. 제정과정	8
제3절 상가건물임대차보호법의 주요내용	11
1. 적용범위	11
가. 사업자 등록 대상이 되는 건물	11
나. 주된 부분이 영업용으로 사용되는 건물	12
다. 기준보증금액 이내의 임대차	12
라. 일시사용이 아닌 임대차	13
마. 등기하지 아니한 전세계약인 경우	14

바. 본 법 시행 후 체결된 임대차	14
2. 대항력	14
가. 의의	14
나. 대항력 취득요건	15
3. 우선변제권	18
4. 최우선변제권	19
5. 등기사항의 열람·제공	21
6. 임대차기간 및 계약갱신요구권	22
가. 임대차기간	22
나. 계약갱신요구권	23
7. 차임 등의 증감청구권	25
8. 임차권 등기명령	26
9. 임차보증금 회수	27
제3장 외국 입법의 주요내용	30
제1절 영국	30
1. 서설	30
2. 적용범위	31
3. 계약의 체결	32
4. 임차인·임대인의 의무	32
5. 차임	33
6. 임대차기간과 해지통고	34
7. 임차인의 비용상환청구권과 시설물매수청구권	35
8. 임차권의 양도·전대	36
9. 이익권	36
10. 보증금	36
11. 권리금	37

제2절 독일	37
1. 서설	37
2. 적용범위	38
3. 계약의 체결	39
4. 임차인 · 임대인의 의무	40
5. 차임	42
6. 임대차기간과 해지통고	42
7. 임차인의 비용상환청구권 및 시설물매수청구권	44
8. 임차권 양도 · 전대	44
9. 보증금	45
제3절 프랑스	46
1. 서설	46
2. 적용범위	46
3. 임차인과 · 임대인의 의무	47
4. 차임	48
5. 임대차기간과 해지통고	48
6. 임차권 양도 · 전대	50
7. 보증금	51
8. 권리금	51
9. 대항력	52
제4절 일본	53
1. 서설	53
2. 적용범위	53
3. 임차인 · 임대인의 의무	54
4. 차임	55
5. 임대차기간과 해지통고	56
6. 조작매수청구권 과 비용상환청구권	57

7. 임차권의 양도·전대	58
8. 보증금	59
9. 권리금	59
10. 대항력	59
 제4장 각국의 입법비교를 통한 상가건물임대차보호법의 문제점 개선방안	61
제1절 서설	61
제2절 비교분석 및 상가건물임대차보호법의 문제점 개선방안	61
1. 적용범위	61
2. 대항력	64
3. 임대차기간	65
4. 차임	69
5. 보증금	70
6. 권리금	71
 제5장 결론	73
 ※ 참고문헌	

A Comparative Study on Business Building Lease

Min Seo Kim

*Department of Law, The Graduate School,
Pukyong National University*

Abstract

As a result of having neglected problems for a long time which are produced by Business Building Lease, our country continued to be occurred issues that give serious damage to lessee, such as lessor's increasing excessive guaranty money, instability of continuance, whether or not opposing power surrounding the return of guaranty money, the repayment of a premium in a large amount, and application of high interest when converting into monthly rent .

Thus, in a bid to protect a business tenant who is a weak person economically and socially, it was enacted and is being enforced the Business Building Lease Protection Act from November 1, 2002. This Act is aimed to guarantee the stability of the national economic life by stipulating a special case of the civil law.

However, this Act failed to be fully attained an investigation for lawmaking, thereby having come to be criticized as rough-and-ready legislation, and was expressed a problem of side effect such as a sharp rise in rent even before this Act is enforced.

In this reality, this study is aimed to present the improvement direction on this through trying to minutely analyze issues that are being elicited now and through cases of legislation in each of foreign countries, after inspecting and comparatively examining the main contents of Business Building Lease Protection Act in our country and the main contents of foreign legislations such as England, Germany, France, and Japan.

To achieve these objectives of a research, this study is composed of the following details.

Chapter 1 presented the objective and the scope of a research.

Chapter 2 examined the purpose and the process of enactment for Business Building Lease Protection Act in our country, and tried to examine the contents such as scope of application, opposing power, right of preferential repayment, right of prior-preferred repayment, reading and offering in registry matters, right of requesting the renewal of lease term and of contract, right of increasing and decreasing guaranty money and others, order for lessee registry, and withdrawal of guaranty money for lease, which are the main details of Business Building Lease Protection Act in our country.

Chapter 3 tried to examine the main contents of Business Building Lease in foreign countries such as England, Germany, France, and Japan, in a bid to compare with Business Building Lease Protection Act in our country.

Chapter 4 examined a problem of Business Building Lease Protection Act in our country by comparing the contents in scope of application, opposing power, the term of lease, guaranty money, security money, and premium among details of Business Building Lease in our country, England, Germany, France, and Japan, and selected systems that our country needs to introduce in foreign lawmaking cases.

Chapter 5 consequently arranged for characteristics in our country and in each of foreign countries, which have been examined so far and presented direction that our country's Business Building Lease Protection Act needs to advance in the future.

제1장 서론

제1절 연구의 목적

인간이 사회적·경제적 활동을 하기 위한 필수 불가결한 요소인 부동산은 누구나 원한다고 해서 쉽게 취득할 수 있는 성질의 것은 아니다. 이에 우리민법은 타인의 부동산을 빌려 사용할 수 있는 제도를 세 가지로 규정하고 있다. 그 하나는 건물의 대가를 지급하고 사용하는 소유권제도(민법 제211조 이하)이며, 다른 하나는 전세금을 지급하고 그 건물을 인도 받아 사용하는 전세권제도(민법 제303조 이하)이고, 끝으로 그 건물을 인도 받아 사용하면서 차임을 지급하는 임차권제도(민법 제618조 이하)가 있으며 그 중 임차권제도를 월등히 많이 사용하고 있다.¹⁾

우리나라는 급속한 경제의 발전과 인구의 도시집중현상으로 인하여 특히 도시지역에서 건물을 소유하지 못한 대다수의 사람들은 임대인에게 건물을 임차할 수밖에 없다. 이로 인해 주거공간과 영업용건물의 부족이 장기간 계속되었고 건물의 수요가 공급을 초과하여 건물 가격이 높은 비율로 상승하였으며 물가상승의 주요인으로 작용하였고 임대차라는 채권관계에 있어서는 계약자유 원칙이 지배하기 때문에 자연히 임대인은 특약에 의하여 강한 지위를 보유하게 되고 임차인의 지위는 약하게 되어 많은 불이익을 감내할 수밖에 없었다. 이에 채권적 이용관계인 임대차에 있어서 경제적 약자인 임차인을 보호하

1) 여론조사기관인 한국갤럽과 대한상공회의소가 2001. 6. 11.부터 같은 해 7. 5.에 걸쳐 전국 31,031개 상가건물임대차 사업자에 대하여 실시한 상가건물임대차실태조사결과를 살펴보면 전체 3,013,417개의 사업체에서 사업의 성질상 임대차를 이용하지 않는 사업체를 제외한 나머지 사업체 수(2,943,134)중 우리나라 전체사업체의 임차비율은 60%로 나타났다. 이 비율에 따르면 대략 1,751,837개의 사업체가 임차사업체로 추정된다. 또한 지역별로는 서울(68%), 경기(63%)순으로 임차비율이 높은 것으로 나타났다. 반면, 상가건물이 전세권등기 된 경우는 전체의 12.4%에 불과했다. 또한, 이 경우 보증금의 분포에서는 1000만원~4000만원이 그 중 52%를 차지해 보증금액이 많을수록 전세권 등기를 많이 하는 것은 아닌 것으로 조사되었다.

기 위한 조치를 취하지 않을 수 없게 되어 민법에 대하여 특별법의 위치에 있는 주택임대차보호법이 제정·개정되어 시행되었다. 그러나 상가건물임차인은 생계의 터전인 사업장이 주거용이 아니라는 이유로 주택임대차보호법의 적용 대상이 되지 못하여 임대인이 물가의 인상 기타 경제사정의 변화에 따라서 일방적으로 무리한 보증금 인상을 요구하거나 임대인이 임차인에 대하여 많은 임대차보증금 채무를 부담하고 있음에도 불구하고 상가건물을 담보로 과도한 담보대출을 받아 IMF와 같은 경제위기 상황에서 많은 상가건물주들이 부도를 낸 후 임대차보증금채무를 변제하지 않아 임차인들이 거액의 임대보증금을 회수하지 못하는 경우가 발생하였으며 상가임대차가 존속하고 있는 도중에 임차인이 혁신적인 영업활동을 위하여 자금을 투자하여 많은 고객을 확보한 경우에 임대인의 일방적인 계약종료로 그 이익의 전부가 건물주에게 귀속되어 버리는 등의 많은 문제점들이 반복되고 있었다.

이러한 문제점들을 해결하기 위해 우리나라는 2001년 상가건물임대차보호법이 제정되어 2002년 11월 1일부터 시행되었는데 이 법은 상가건물의 임대차에서 일반적으로 사회적·경제적 약자인 임차인을 보호함으로써 임차인들의 경제생활의 안정을 도모하기 위하여 민법에 대한 특례를 규정하고 있다.

한편 외국의 경우 대부분의 나라에서 주거용 임대차는 상가임대차와 그 보호의 성질을 달리하고 있는데 상가와 같은 영업용 건물의 임대차보호만을 위해 별도법을 두고 있는 나라는 찾아보기 힘들다. 이는 주택은 국민의 생존기반이란 점에서 선진국들도 별도의 보호법을 두고 있지만 상가임대차 행위는 영업상 이익을 목적으로 한다는 점에서 사적계약으로 판단해 정부의 간섭을 최소화하려 들기 때문이다.

영국과 프랑스는 주거용 건물의 임대차에 관한 법률과 별개의 법률을 제정하여 상가건물의 임대차를 규정하고 있다. 이에 비해 독일에서는 건물임대차에 관한 법률을 민법전에서 취급하고 일원화한 형태를 취하지만 상가건물임대차에 대해서는 주거용 건물의 임대차에 관한 특별규정을 적용하지 않는다. 일

2) 김용우, “영업용건물임대차보호의 적정성”, 현안분석(133호), 국회입법조사분석실, 1996, 1면.

본의 경우에는 차지차가법에서 적용대상에 대해 직접적으로 규정한 명문규정은 없으나 해석상 상가건물의 임대차인 경우에도 차지차가법의 적용대상이 된다고 주장한다.

이처럼 외국의 각국의 상가임대차는 우리나라의 상가건물임대차보호법과는 다소 차이를 보이고 있다.

한편 우리나라의 상가건물임대차보호법은 입법을 위한 조사가 시간에 밀리어 행해진 졸속입법이란 비판을 받게 되었고 시행되기도 전에 임대료의 폭등 등 역작용의 문제점이 표출되는 현실에 직면하게 되었다. 이에 우리나라의 상가건물임대차보호법과 외국의 입법례를 비교하여 현행 상가건물임대차보호법의 문제점을 분석하여 그 개선방향을 제시하고자 한다.

제2절 연구의 범위와 방법

1. 연구의 범위

본 논문은 우리나라의 상가건물임대차보호법과 외국의 입법례를 비교 분석하여 우리나라에서 이 법을 시행함에 있어서 발생하는 문제점들을 외국의 입법례를 통해 그 개선방향을 제시하는데 초점을 맞추고자 한다.

제1장에서는 연구의 목적과 연구방법과 범위를 제시하고자한다.

제2장에서는 상가건물임대차의 법적 의의와 법적 성질을 알아보고 상가건물임대차보호법의 제정목적 및 제정과정과 우리나라의 상가건물임대차보호법의 주요내용을 살펴보았다.

제3장에서는 우리보다 먼저 상가임대차에 관한 입법을 가지고 있는 영국, 독일, 프랑스, 일본의 입법의 주요내용을 살펴보았다. 4개국의 입법례에 한정된 것은 영국, 프랑스의 경우는 비교적 상가임대차법제가 특별법에 의해 잘 정비되어 있기 때문이고, 독일과 일본은 우리의 법체계에 직·간접적으로 많

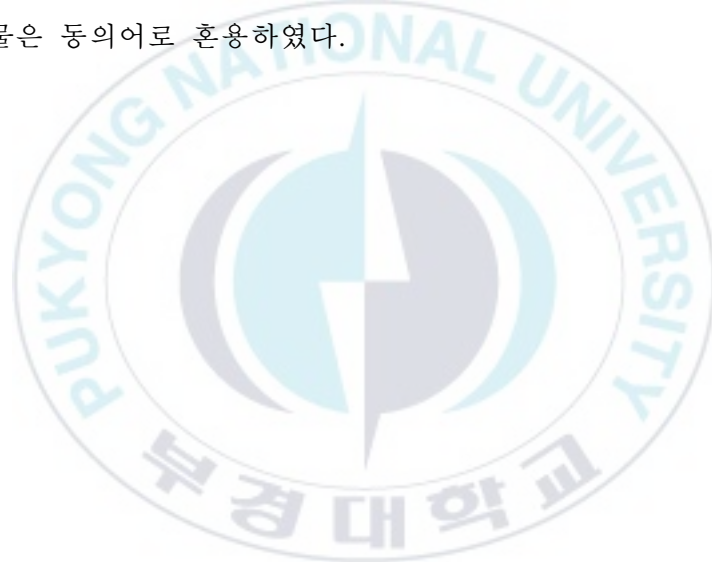
은 영향을 미치고 있기 때문이다.

제4장에서는 우리나라의 상가건물임대차보호법과 외국의 입법내용의 비교를 통해 우리나라법의 문제점 개선방안을 외국 입법례를 통해 찾아보았다.

제5장에서는 지금까지의 논의를 기초로 하여 우리나라와 외국의 상가임대차에 대한 총체적인 비교·정리를 하여 결론을 제시하였다.

2. 연구의 방법

본 논문은 우리나라의 상가건물임대차보호법과 외국의 입법을 비교하기 위하여 국내외의 단행본과 연구논문 등을 정리·분석하는 문헌연구중심의 접근방법과 비교법적인 고찰을 병행하고자 한다. 그리고 외국의 입법과의 비교는 우리의 현실에서 문제되고 있는 쟁점들을 중심으로 비교하였다. 단, 영업용건물과 상가건물은 동의어로 혼용하였다.



제2장 상가건물임대차보호법의 내용

제1절 상가건물임대차의 의의와 법적 성질

1. 의의

임대차계약은 당사자의 일방(임대인)이 상대방에게 목적물(임대물)을 사용·수익하게 할 것을 약정하고, 상대방(임차인)이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 낙성·유상·쌍무·불요식 계약이며, 차임 지급이 요소이다.

임대차는 소비대차와 같이 타인의 물건을 사용·수익하는 계약이나, 임차인은 목적물의 소유권을 취득하지 못하고 목적물 자체를 임대인에게 반환하여야 한다는 점에서 소비대차와 다르며,³⁾ 임차인이 차임을 지급하여야 하는 유상계약인 점에서 무상계약인 사용대차와 다르다. 그러나 3자 모두 낙성계약이라는 점에서는 같다.⁴⁾

일반적으로 임대차의 목적이 되는 것은 부동산뿐만 아니라 동산까지도 포함되며 거의 모든 종류의 물건이 임대차에 의하여 임차되고 있으며 매매와 더불어 우리의 사회생활·경제생활에 있어서 대단히 중요한 기능을 하고 있다.

상가건물임대차 계약도 임대차계약의 일종으로 상가건물임대차보호법 제정 전에는 민법의 임대차에 관한 일반법 원칙이 적용되었으나 상가건물임대차보호법 제정으로 상가건물 임대차에 대하여는 상가건물임대차보호법이 우선적으로 적용이 되고 임대차에 관한 민법 규정은 상가건물임대차보호법 규정이 없는 경우에 한해 보충적으로 적용이 된다. 상가건물의 임대차의 경우 동 법 적용을 받는 범위에서 건물의 인도와 사업자 등록을 신청한 때에는 제3자에 대한 대항력이 부여되는 등 임차권의 물건화 현상을 보이고 있어 민법의 적용을

3) 권용우, 채권각론, 법문사, 1996, 257~258면 ; 지원립, 민법강의, 홍문사, 2002, 232~234면.

4) 김상용, 채권각론, 법문사, 1999, 328면 ; 이은영, 채권각론, 박영사, 2000, 412면.

받는 임대차 계약보다 임차인의 지위가 강화되어 있다. 이러한 점에서 상가건물임대차계약은 민법의 전형계약의 하나인 임대차계약과는 다른 비전형계약의 하나라고 할 수 있다.

2. 법적 성질

임대차의 법적 성질은 임대차 목적물에 따라 동일하지 아니하다. 모든 임대차계약이 쌍무·유상계약이며 낙성계약인 점에서는 동일하다. 그러나 동산임차권이 순수한 채권이라는 점에서는 이론이 없으나 부동산 임차권의 성질에 관하여서는 견해가 나누어진다. 건물임대차의 법적 성질은 우리민법에서 규정하고 있는 일반 임대차의 법적 성질과 같지만 상행위라는 특수성이 있기 때문에 이에 따른 성질을 파악해 볼 필요가 있다.

부동산을 이용하는 법률관계는 연혁적으로 볼 때 채권관계로서 규율하는 방향과 물권관계로서 규율하는 방향의 두 방향으로 발전하여 왔다. 임대차가 앞의 것이고 용익물권이 뒤의 것이다. 이들 채권적 임대차와 용익물권제도를 비교한다면, 다같이 타인의 부동산을 빌려 쓰는 자라고 하지만 임차인의 지위는 용익물권자에 비하여 훨씬 취약하다. 따라서 사소유권과 계약자유 원칙이 지배하는 곳에서는 두 제도 중 임대인에 유리한 임대차라는 채권적 구성에 의하여 부동산이용관계가 이용되는 것은 불가피하였고 임차인의 지위의 불안은 많은 사회문제를 낳게 되었다. 이에 임차인의 보호가 필요하게 되어 여러 나라에서는 특별법을 제정하여 임차권을 강화하게 되었고 그 결과 부동산 소유권은 여러면에서 제한을 받게 되는 반면에 부동산 임차인의 지위는 보통의 동산임차인의 그것에 비하여 여러 가지 점에서 강화되었다. 그리고 부동산임차권을 강화하고 있는 나라에서는 부동산임차권은 본래의 물권에만 주어지는 특성을 지니게 됨으로써 점차로 물권에 접근해 가는 현상을 나타내게 되었다.⁵⁾ 이러한 현상을 「부동산임차권의 물권화 현상」이라고 한다.

5) 민일영, 민법주해(채권8), 박영사, 1999, 51면 ; 오정열, “영업용건물의 임대차보호에 관한 연구”, 동의대학교 대학원 박사학위논문, 2001, 10면.

우리나라에서는 부동산임차권의 법적 성질에 관해서는 견해가 나누어지고 있다. 그 첫째의 견해는 부동산 임차권도 채권이지만 등기된 부동산임차권은 대항력이 인정되므로 물권이라는 주장이다.⁶⁾ 두 번째 견해는 임차권은 특수한 채권이라는 견해로 민법상 임차권은 그 자체가 단독으로 존재이유를 갖는 물권은 아니며 임차인이 갖는 채권의 행사과정에서 주어지는 권리이므로 본질적으로는 채권의 성질을 갖는 것으로 보아야 한다는 것이며 세 번째 견해는 부동산임차권은 채권이지만 물권화 과정에 있는 권리라는 주장이다.⁷⁾ 그리고 네 번째 견해는 부동산임차권이 물권화 경향에 있음을 인정하지 않으면서도 채권적 성질과 물권적 성질을 함께 가지고 있는 중간적 권리라고 하는 주장이다.⁸⁾

각각의 주장을 종합해 보면 등기된 부동산임차권을 물권으로 보아 등기된 임차권의 대항력은 인정되지만 대항력이 물권의 속성의 전부는 아니므로 대항력이 인정된다는 사실만으로 물권으로 보는 것은 타당하지 않다. 두 번째 견해와 세 번째 견해는 그 표현에 있어서는 다소 다르지만 부동산임차권이 순수한 채권이 아니고 물권화 과정에 있는 권리로 이해하는데는 차이가 없는 것으로 보인다.

제2절 제정목적 및 제정과정

1. 제정목적

가. 사회적 약자보호

계약체결의 과정에서 일방 당사자의 지위가 사회적으로 약자인 경우에는 약자를 위한 강행법규를 마련하여 사회적으로 이들을 보호할 필요가 있다. 따라서 부동산에 대한 거의 만성적인 공급부족상황으로 인한 임대차계약에서 불리한 위치에 있는 상가임차인들의 사회·경제적 지위를 고려해서 이들을 법적

6) 김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988, 196면.

7) 김형배, 채권각론, 박영사, 1997, 411면.

8) 김상용, 앞의 책, 331~332면.

으로 보호할 필요가 있다고 할 것이다. 특히 상가건물임대차계약이 월세 형태 보다는 임대 부동산 가액의 60~70%에 달하는 자금을 필요로 하는 채권적 전세의 형태이거나 보증금부형 월세 형태로써 상가임대인의 일반적인 계약파기와 전세금의 반환 지체 등은 임차상인의 생존에 직접적인 위협을 줄 수 있기 때문에 이들을 법적으로 보호할 필요가 더욱 높다.

나. 생존권의 보장

임차인의 생존을 위한 최소한의 공간인 영세점포 등을 무한경쟁이 이루어지는 시장경제의 논리에 입각해서 임대차가 이루어지도록 방치한다면, 결국 이들에게 최소한의 생존권 또는 생활권을 보장해 주지 못한다는 점에서 이들의 생존자체를 위협할 수 있기 때문에 이런 위협으로부터 제도적으로 보호할 필요가 있다는 것이다.

다. 당사자 형평의 유지

우리 헌법 제23조는 모든 국민의 재산권은 보장된다고 규정하고 있는바 이에 근거하면 임대인의 재산권은 보장받아야 마땅하지만, 영세 상인들의 임대보증금을 비롯한 영업재산권을 보호받지 못하는 경우가 있다. 이러한 경제적 불평등으로부터 경제적 약자인 임차인을 보호하여 경제적 평등을 추구할 필요가 있다.

2. 제정과정

현행 상가건물임대차보호법의 제정은 주택임대차보호법이 1981. 3. 5. 제정된 후 20년의 세월이 지난 시점에서 이루어진 것이다. 그러나 현행 상가건물임대차보호법과 유사한 내용을 입법화하자는 의견은 주택임대차보호법이 제정된 직후부터 지속적으로 학계와 시민단체 등을 중심으로 조심스럽게 전개되어 왔었다.⁹⁾

9) 현승종, 전세권 및 임차권의 강화, 민사법개정의견서, 박영사, 1982, 8면.

서울 YMCA 시민중계실에서는 1995. 11. 점포임대차분쟁실태와 대책토론회 보고서를 발표하여 점포임대차와의 분쟁을 막고 점포임차인의 권익을 보호하기 위해서 특별법 제정의 필요성을 주장하였고,¹⁰⁾ 1996. 1. 당시 통상산업부(현재 산업자원부)가 점포소유주의 횡포로부터 임대점포의 임대보증금과 점포영업권을 보장하는 것 등을 주요내용으로 하는 ‘점포임대차보호법’의 제정의견을 밝히면서 논의가 활발하게 이루어지기 시작하였다.

이후 시민단체와 국회의원들을 중심으로 입법화하기 위한 노력을 실질적으로 전개하였다. 그 노력으로 이재오 의원 외 국회의원 49인이 1996. 8. 1. 최초로 의원입법으로 ‘점포임대차보호법안’¹¹⁾을 발의한 것을 비롯하여 15대 국회 회기동안 4개의 관련안건이 국회에 제출되기도 하였다. 그러나 이들 법안은 제15대 국회가 끝나는 2000. 5. 29. 제212회 국회에서 자동 폐기되고 말았다.¹²⁾

16대 국회에 접어들어서도 상가임대차를 보호하는 내용의 입법안들은 속속 제출되었다. 이때부터 비로소 법제정의 필요성에 대한 공감대가 광범위하게 형성되어 법제사법위원회 회의 과정에서도 상가건물 임대차를 어떠한 내용으로 어느 정도로 보호할 것인가 여부에 관하여 구체적인 논의가 본격적으로 전개되었다.

국회에서는 2001. 8. 28. 상가 등 임대차보호법안에 관한 공청회를 열어 시민단체, 전국백화점협회, 전국은행연합회, 대한변호사협회 등 여러 이익단체와 재정경제부, 국세청, 중소기업청, 대법원, 법무부 등 여러 정부기관으로부터 다

10) 서울YMCA시민중계실, “점포임대차분쟁실태와 대책토론회 보고서”, 신문고 제34회, 1995. 11.

11) 점포임대차보호법안은 제안취지로 “주택임대차보호법의 적용대상은 주택으로 한정되어 있으나 점포용 건물의 임대차는 사적자치에 의하고 있어 점포 차임의 폭등, 임대인의 해지권 남용으로 인해 경제적 약자인 점포임차인이 받는 불이익이 매우 크다. 따라서 점포건물의 임대차 시 일정한 요건을 갖춘 경우 대항력과 보증금의 우선변제를 인정하는 등 민법의 특례를 규정함으로써 영세상인의 영업활동을 보장하고자 하는 것”이라고 하였다.

12) 이들 안건들에 대해서 공통적으로 가해진 비판은 “상가임차인이 반드시 경제적 약자로 볼 수 없고, 만일 경제적인 약자인 영세 상인들만을 대상으로 보호를 한다고 하여도 영세상인이라는 개념자체가 너무 불명확한 개념이기 때문에 법률로 구성하기에는 많은 곤란이 예상된다.”는 것이었다. 제181회 국회, 법제사법위원회회의록 제13호, 국회사무처, 1996. 12. 13, 60면.

양한 의견들을 수집하였다.

법안심사 제1소위원회는 지금까지 논의 결과를 종합하여 기존 법안들을 대신하는 상가건물임대차보호법안을 만들어 전체회의에서 제안하였고, 위 법안이 국회 본회를 거쳐 2001. 12. 29. 상가건물임대차보호법¹³⁾(법률 제6542)으로 제정·공포되었다.

2001. 12. 29. 공포된 상가건물임대차보호법은 당초 법무부의 시행령 준비기간, 국세청의 사업자등록제도 정비기간 및 임차인에 대한 확정일자 부여기간 등을 고려하여 그 시행일을 2003. 1. 1.로 예정하고 있었다. 그러나 이 법의 시행을 앞두고 상가건물의 임대인들이 이 법의 적용을 받지 않기 위해 보증금 또는 차임을 인상하는 등 전국 곳곳에서 임대료가 폭등하고 임대차 계약해지가 급증하는 문제점이 발생하였다.

이에 상가건물임대차보호 공동운동본부가 2002. 4. 25. ‘상가건물임대차보호법 부칙개정에 관한 청원’을 제출하는 등 시민단체를 중심으로 이 법을 최대한 빨리 시행토록 하고 기존의 임차인에게도 이 법이 규정하고 있는 계약갱신청구권을 인정해줄 것을 요구하는 목소리가 높아졌다.

이에 법제사법위원회에서는 비록 단기간이기는 하지만 그 시행일을 앞당김으로서 기존의 상가 임차인이나 향후 상가임대차 계약을 체결하고자 하는 사람들이 조금이라도 일찍 적용을 받을 수 있도록 하자는 취지에서 이 법의 시행일을 2002. 11. 1.로 하는 것으로 수정안을 제출하였다. 위 수정안이 2002. 8. 26. 공포되어 현재의 상가건물임대차보호법(법률 제6718호)을 이루며 2002. 11. 1.부터 시행되고 있다.

13) 법안 명칭에 관하여 ‘상가’ 대신 ‘점포’ 임대차보호법으로 하자는 의견도 있었으나 ‘상가건물임대차보호법’이라는 명칭이 시민단체의 활동을 통해 상당부분 사회화 되었고 ‘점포’라는 용어가 갖는 사회적 한계로 인해 이를 법적으로 정의하는 과정에서 보호의 대상이 축소될 수 있다는 점을 고려해서 ‘상가건물임대차보호법’이라고 한 것 같다. ‘정치개혁을 위한 의원모임’이 2001. 3. 23. 국회의원회관 소회의실에서 주최한 상가건물임대차보호를 위한 상가건물임대차보호법안에 관한 공청회 자료집, 한나라당, 20면.

제3절 상가건물임대차보호법의 주요내용

1. 적용범위

상가건물임대차보호법은 일정범위의 영세상인들의 경제생활의 안정을 도모하기 위하여 민법에 특례를 규정하고 있다. 임대차계약은 임차인이 물건을 사용·수익하는 대신에 차임을 지급할 것을 약정하는 채권계약이다. 민법은 다른 채권에 비해 임차권을 강화하는 대항력, 존속기간 보장 등 여러 가지 규정¹⁴⁾을 두고 있지만 상가건물임차인을 보호하는데 미흡하여 상가건물임대차보호법이 제정되었고 상가건물의 임대차를 대상으로 일정한 보호를 규정하고 있다. 그러나 이 법은 주택이외의 모든 건물에 대하여 적용되는 것은 아니다. 이 법에서 규정한 적용대상은 첫째, 사업자등록의 대상이 되는 건물일 것(제2조 제1항), 둘째, 주된 부분이 영업용으로 사용되는 경우일 것(제2조 제1항), 셋째, 대통령령이 정하는 보증금액을 초과하지 않을 것(제2조 제1항), 넷째, 일시사용을 위한 임대차가 아닐 것(제16조), 다섯째, 목적건물의 등기하지 아니한 전세계약인 경우일 것(제17조), 여섯째, 이 법 시행 전 체결되거나 경신된 임대차가 아닐 것(이 법 시행 전 물권을 취득한 제3자가 없을 것도 포함된다. -부칙 제2조)등이다.

가. 사업자 등록 대상이 되는 건물

상가건물임대차보호법의 적용대상은 각종 세법상 사업자 등록의 대상이 되는 건물 즉, 사업장인 건물에 한한다. 만일 임차인이 사업자 등록을 사업장이 아닌 곳에 하였을 때는¹⁵⁾ 상가건물임대차보호법의 적용대상이 될 수 있는가가 문제되는데 상가건물 임대차에서는 ‘사업자등록의 대상이 되는 건물’ 이라고 규정하므로 임차인이 사업자등록을 사업장이 아닌 곳에서 하였을 경우 이 법

14) 상가건물임대차보호법안 공청회자료, 한나라당, 15면.

15) 예를 들어 임차인이 판매를 목적으로 하지 아니하고 단지 저장 또는 보관만을 목적으로 사용하는 장소에 대해서 사업자 등록을 한 경우를 들 수 있다(부가가치세법 제4조 제2항, 소득세법 제120조 제4항 1호, 법인세법 제94조 제4항 1호).

의 적용대상이 되지 않는다.

이것은 재화 또는 용역을 공급하는 거래의 일부 또는 전부를 행하는 장소를 사업장이라 보는데, 실제적인 사용상태를 토대로 하였기 때문이다.

그러므로 본 법에서 말하는 상가건물의 판단은 건물의 사용현황, 용도 등에 비추어 실질적으로 재화와 용역을 공급하는 거래의 전부 또는 일부를 행하는 장소인가 여부에 따라 판단되어야지 건축물대장이나 등기부 같은 공부상의 표시에 의하여 형식적으로 판단할 것은 아니라고 본다.¹⁶⁾

나. 주된 부분이 영업용으로 사용되는 건물

본 법에서 건물의 주된 부분이란 전체가 아닌 일부를 의미한다. 건물의 임대차는 일부분도 가능한데, 이때는 사용상·기능상 구분되어야 할 것이다.

상가건물임대차보호법은 제4조, 시행령 제3조 제2항, 제4항에서 이해관계자가 열람 및 제공을 요청할 때 도면의 열람·교부를 규정하고 있다. 또한 제6조 제2항 2호에서 임차권 등기명령 신청 시 기재사항으로 임대차의 목적이 건물의 일부인 경우 그 도면을 첨부하도록 하고 있는데, 이는 건물의 일부가 임대차의 목적이란 것을 내포하고 있다고 본다. 그러나 무엇이 주된 부분인가는 규정되지 않아 여전히 해석의 논란을 남겨놓고 있는데, 결국 법원의 판결에 의해 결정될 것이다.

다. 기준보증금액 이내의 임대차

보증금기준에 관하여 대통령령에서는 상가건물임대차보호법이 적용되는 소규모상가의 기준이 되는 보증금액의 상한에 대해 서울특별시의 경우 2억 4천만원, 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제지역의 경우 1억 9천만원, 광역시의 경우(단, 군지역과 인천광역시지역은 제외한다) 1억 5천만원, 그 밖의 지역의 경우에는 1억 4천만원으로 규정하고 있다.

보증금 외에 차임이 지급되는 경우에는 그 차임액에 은행법에 의한 금융기

16) 정승열, 상가주택임대차보호법실무, 법률정보센터, 2003, 320면.

관의 대출금리 등을 감안하여 대통령령이 정하는 비율을 곱하여 환산한 금액을 포함한다. 이에 따라 동 시행령은 환산비율을 곱하여 1분의 100으로 정하고 있다. 다시 말해 월차임×100을 보증금에 합산시키면 된다. 이때 “월차임에 관리비로 지급되는 것도 포함 되는가”라는 질의에 국세청에서는 관리비도 월세에 포함시켜야 한다고 하였다. 보증금 기준으로 본 법이 적용되는 범위는 전체상가의 90%를 포함하는데 정부안은 1억6천만원까지 80%포함율, 시민단체는 11억5천만원까지 95%를 주장하였다.¹⁷⁾ 이는 중소기업청의 실태조사에 따르면 전체상가건물임차인의 90%를 기준으로 한 것으로, 거의 대부분의 상가건물임대차를 적용범위로 한다고 할 수 있다.¹⁸⁾ 이처럼 상가건물임대차보호법이 전체 상가건물 임대차를 적용범위로 하지 않는 것은, 주택임대차의 경우와는 달리 상가건물임대차의 경우에는 임차인이 언제나 약자의 지위에 있는 것이 아니며, 오히려 임대인보다 강자의 지위에 있는 경우도 있기 때문이며 이러한 경우에는 임대인과 자유로운 의사에 의하여 임대차 관계를 설정할 만큼의 지위를 가질 것이므로 보호의 필요성이 없기 때문이라고 본다.

라. 일시사용이 아닌 임대차

민법상 임대차에는 최단기간의 제한이 없다(민법 제651조 참조). 그러므로 상가건물에 대하여 몇 개월은 물론이고 심지어 단 며칠의 임대차도 이론상·실제상 가능하다. 예컨대, 학생들이 자선기부금 마련을 목적으로 상가건물을 임차하여 일일 찻집 또는 일일호프를 운영하는 경우를 들 수 있다. 이러한 임대차는 일시사용을 위한 임대차로 볼 수 있다.

상가건물임대차보호법은 비교적 장기간에 걸친 임대차를 전제로 규정되었으므로 일시사용을 위한 임대차에 적용하기에는 부적절하다. 또 일시사용을 위한 경우는 특별히 규율하지 않아도 별다른 부작용이 생길 염려가 없다. 그래서 제16조는 일시 사용일 경우 본 법의 적용을 배제하고 있다.

17) 2002. 7. 30, 재정경제부가 한국갤럽에 의뢰하여 조사한 것이다.

18) 박영욱, “상가임대차보호법”, 법제11월호, 법제처, 2002. 11, 74면.

마. 등기하지 아니한 전세계약인 경우

이 법은 목적건물의 등기하지 아니한 전세계약에, 즉 미등기 전세계약에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 전세금은 임대차의 보증금으로 보도록 규정하고 있다(동 법 제17조).

바. 본 법 시행 후 체결된 임대차

본 법 시행일은 2002년 11월 1일부터이므로 그 이전에 체결된 임대차나 갱신된 임대차는 본 법의 적용이 배제된다. 또 그 이후에 체결되거나 갱신된 임대차라 할지라도 2002년 11월 1일 이전에 물권을 취득한 제3자에게는 효력이 없다(부칙 제2조). 판례에 의하면 “주택임대차보호법 시행 전에 부동산 등기법 제2조 소정의 물권 등 취득에 관한 순위 보전의 가등기를 경료 한 자가 같은 법 시행 후 본 등기를 경료 한 경우에 물권 등 취득의 효력이 가등기 시에 소급하는 것은 아니지만 가등기의 순위보전의 효력에 의하여 중간처분이 실효되는 효과를 가져오므로 위와 같은 가등기권자는 위 주택임대차보호법 부칙 제2항 단서에 규정된 같은 법 시행 전의 물권을 취득한자와 동일하게 보아야 할 것이다.”¹⁹⁾ 라고 판시하고 있는데 이 판례는 상가건물임대차보호법에 적용해도 될 것이다.

2. 대항력

가. 의의

대항력이란, 이미 성립한 권리관계를 타인에게 주장할 수 있는 법률상의 힘 또는 그러한 힘을 보유하는 것을 말한다.²⁰⁾

상가건물임대차보호법 제3조 제1항은 “사업자등록을 신청한 때에는 그 다음날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다.” 고 하여 상가건물의 임대차에 대해서 등기가 아닌 건물의 인도와 사업자 등록이라는 간단한 공시방법에 의해서

19) 대판 1984. 2. 14, 83다카 2131.

20) 박윤직, 채권총론, 박영사, 2000, 231면.

그 임차권의 제3자에 대한 대항력을 인정하고 있다.

여기서 제3자에 대한 임차권의 대항력은 임대차관계의 존속 중 임대차 목적물이 제3자에게 양도된 경우에, 당사자 사이에 승계에 관한 별도의 약정이 없더라도 법률의 힘에 의하여 양수인은 종전의 임대인의 임대차계약상의 지위를 당연히 승계하게 된다는 것을 말한다.²¹⁾

나. 대항력 취득요건

(1) 임대차의 적법성

상가건물임대차보호법 상 대항력을 인정하려면 당해 건물에 임대차가 유효하게 존재하여야 한다. 상가건물을 불법으로 점유한 경우나 무능력자나 무권대리인에 의하여 체결된 상가건물 임대차 계약에 있어 추임을 받지 못한 경우는 대항력을 취득할 수 없다. 또 임대인과 임차인의 임대차 계약이 유효하기 위해서는 임대인은 상가건물의 소유자거나 처분권한을 가지고 있어야 한다. 상가건물의 처분권 등이 없는 임대인에게 임차권을 설정 받은 임차인은 다른 대항요건인 상가건물의 인도 및 사업자 등록의 요건을 갖추었다하더라도 대항력은 생기지 아니한다.²²⁾

그러나 상가건물에 관하여 적법하게 임대차계약을 체결할 수 있는 권한을 가진 임대인과 체결한 임대차 계약은 상가건물임대차보호법의 적용을 받는다고 본다.²³⁾ 또한 외관상으로는 임대차 계약의 형식을 취하고 있지만 실질은 상가건물의 사용·수익의 목적이 아니고 단지 상가건물소유자에 대한 채권을 담보할 목적으로 임대차계약을 형식적으로 체결한 경우에는 대항력을 취득할 수 없다고 본다.²⁴⁾

임차인은 임대인의 동의를 얻어 임대차를 양도하거나 전대할 수 있는데, 임차인이 임대인의 동의 없이 양도나 전대를 한 때에는 임대인에 대하여 그 행

21) 김명준 외 4인, 민법 및 민사특별법, 한국교육문화원, 2001, 576면 ; 김상용, 앞의 책, 334면.

22) 대판 1995. 12. 12, 95다 32037.

23) 대판 1995. 10. 12, 95다 22283.

24) 서울고판 1984. 10. 26, 84나 1128.

위로 대항할 수 없다. 그러나 임대차계약이 존속기간의 만료 또는 해지권의 행사로 인하여 종료한 경우 임차인이 보증금을 반환 받을 때까지는 임대차 관계는 존속하는 것으로 보므로 그 기간 내에는 대항력은 여전히 존재한다고 본다.

(2) 건물의 인도

상가건물의 인도란 상가건물에 대한 사실상의 지배인 점유의 이전을 말한다. 상가건물의 인도 방법에는 임대인으로부터 열쇠를 인계 받는다는가, 임차건물을 영업의 용도에 맞게 수리를 하는 등 사회통념 또는 거래관념상 임차건물에 대한 사실상의 지배가 현실적으로 임차인에게 이전되는 현실의 인도(민법 제188조)²⁵⁾와 당사자의 의사표시만으로 인도의 법률적 효과를 가져오는 간이 인도(민법 제188조)와 임차건물에 대한 임차권을 양수한 경우 임차권의 양수인은 양도인으로부터 목적물에 대한 반환청구권을 양수함으로써 인도가 이루어 졌다고 보는 점유물반환청구권의 양도에 의한 인도(민법 제190조)²⁶⁾와 소유자가 사용하던 건물을 타인에게 매도하면서 그 매수인으로부터 그 건물을 다시 임차하는 경우인 점유개정에 의한 인도(민법 제189조)등이 있다.

상가건물임대차보호법 상 건물의 인도란 상가건물에 대하여 가지고 있는 사실상의 지배가 임대인으로부터 임차인에게 이전하는 것을 말한다. 물론 이러한 이전은 적법한 권원에 의한 이전이어야 한다. 불법침탈에 의한 점유, 임대인의 동의 없는 임차권의 양수인에 의한 점유 등은 건물의 인도로 보기 어려울 것이다.

건물의 인도는 임대인이 상가건물에 대하여 가지고 있는 사실상의 지배를 임차인에게 이전하는 것만을 의미하지는 않는다. 예를 들어 상가건물의 임차인이 새로운 임대인으로부터 상가건물을 임차하여 임차인이 되는 경우 등 실질적으로 건물을 점유할 권리를 갱신하는 경우도 건물인도의 일종으로 보아야

25) 김효석, 주택임대차분쟁의 법률실무, 법률서원, 1999, 76~77면.

26) 점유물반환청구권은 간접점유의 이전방법에 불과하여 공시방법으로서의 기능이 약하므로 부정적으로 해석하여야 한다는 견해가 있으나 긍정하는 것이 다수설이다. 따라서 상가임대차에 있어서도 주택임대차와 다르게 해석할 이유가 없다 ; 민일영, 앞의 책, 209면.

할 것이다.

(3) 사업자등록 신청

상가건물임대차보호법은 제2조 제1항에서 대항력 취득요건으로 건물의 인도 외에 임차인의 사업자등록을 요구하고 있다.

사업자등록이란, 부가가치세, 법인세, 소득세 업무의 원활하고 효율적인 운영을 위하여 납세의무자의 사업에 관한 일련의 사항을 세무관서의 공부에 등재하는 것을 말한다.²⁷⁾ 이러한 등록제도는 사업자의 사업사실 내용을 정확하게 확인하기 위한 협력의무로서 과세 관청으로 하여금 납세 의무자를 파악하게 하고 그 과세자료를 확인하도록 하는데 입법취지가 있는데 본 법은 이를 대항력 취득요건으로 규정하고 있다. 아울러 상가건물임대차보호법 상 명시적인 규정이 없으나 사업자 등록신청은 사업장 이전 등 특정한 사유가 발생하는 경우에 그 정정 사항을 관할 세무서장에게 신고하는 ‘사업자등록 정정 신고’를 포함하는 개념으로 보아야 할 것이다.²⁸⁾

사업자등록을 대항력의 취득조건 중 하나로 규정한 것은 상가임차권을 제3자에게 공시하기 위한 취지와 상가건물의 양수인이나 경락인에게 임차인이 임차건물에서 영업을 시작한 시기를 확정해주는 의미에서 사업자등록을 신청하면 다음날부터 대항력이 생기도록 하고 있다.²⁹⁾ 따라서 현재 상가를 임차하여 사업자등록을 하지 아니한 임차인의 경우 이 법의 보호를 받으려면 반드시 임차하여 사업자등록을 하여야 한다. 이때 임차인은 임대인의 인적사항, 보증금, 차임, 임대차 기간, 면적, 임대차목적물, 건물일부 임차 시 해당 도면 등이 변경되는 경우에는 사업자등록 정정 신고를 하여야 이 법의 보호를 받을 수 있다. 다만 임차인이 건물의 인도와 사업자등록신청을 하기 전에 그 상가에 이미 저당권 등기나 가압류, 가등기 등이 행하여 졌고, 그 결과로 경매나 가등

27) 손상익, “상가건물임차인과 임대인에 대한 세법적용검토”, 월간 조세 통권 174호, 2002, 85면.

28) 전재원, “상가건물임차보증금 보호관련 부가가치세법 시행령 개정내용 해설”, 지방세, 2002. 제6호 통권74호, 한국지방재정공제회, 2002.

29) 윤철홍, “상가임대차보호법의 문제점”, 비교사법 제9권 제1호, 한국비교사법학회, 2004. 4, 82면.

기에 의한 본등기에 의하여 소유권자가 새로이 변경된 경우에는 임차권이 소멸되므로 이러한 경우에는 임차인은 새로운 소유권자에게 대항할 수 없다.³⁰⁾

3. 우선변제권

우선변제권이란, 특정 채권자가 채무자의 전 재산 또는 특정재산으로부터 다른 채권자보다 우선하여 채권의 변제를 받을 수 있는 권능을 말한다. 상가건물임대차보호법 제5조의 상가임차인의 우선변제권이란 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자³¹⁾를 갖춘 임차인이 민사집행법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 공매 시 임차건물(임대인 소유의 대지를 포함)의 환가대금에서 후 순위권리자나 그 밖의 채권자에게 우선하여 보증금을 변제 받는 권능을 말한다.

우선변제권은 확정일자 순위에 따라 ‘건물의 인도’, ‘사업자 등록신청’, ‘확정일자’ 라는 세 가지 요건을 모두 갖추어야 하고, 3가지 요건 중 가장 늦은 날을 기준으로 순위가 결정된다. 그리고 발생시기는 건물의 임차인이 건물의 인도와 사업자등록을 신청한 당일 또는 그 이전에 임대차계약 증서 상에 확정일자를 갖춘 경우 제5조 제2항에 의한 우선변제권은 제3조 제1항에 의한 대항력과 마찬가지로 건물의 인도와 사업자등록을 신청한 다음날을 기준으로 발생하며 확정일자를 갖춘 임차인이 경매절차에서 우선변제권을 행사하기 위해서는 동 법 제3조 제1항의 대항요건과 임대차계약서상의 확정일자(부여기관 : 건물소재지관할 세무서장)를 구비해야 하고, 특히 대항력은 매각결정기일까지 계속하여 유지되어야 한다.

30) 강교식, “상가건물임대차보호법 대응방안”, 감정평가논집 제12집 제2호, 2002, 9면.

31) 확정일자란 “증서에 대하여 그 작성된 일자에 관한 완전한 증거력을 부여하는 것으로 법률에 의하여 인정되는 일자”를 말한다. 개인 간에 작성한 문서, 즉, 사서증서의 작성 날짜에 관하여 그 날짜에 문서가 존재한다는 것을 증명하기 위하여 완전한 증거가 될 수 있도록 법률상 인정된 날짜로서 그 증서의 작성자나 소지자라 할지라도 나중에 변경되는 것이 불가능한 확정된 날짜이며 특정날짜와는 구분된다. 그리고 상가건물임대차보호법의 우선변제권의 요건에 사업자등록 외에 확정일자를 요하는 것은 첫째, 우선변제권의 우선순위를 확정하고, 둘째, 임대인과 임차인의 통모에 의한 선의의 제3자의 권리를 해치는 것을 방지하기 위한 것이다.

한편 확정일자 임차인은 경매, 공매 시 임차건물의 환가대금에서 후순위 권리자 및 그 밖의 채권자보다 우선하여 변제 받을 권리가 인정되는데(동 법 제 5조 제2항) 이 경우 소액임차인(건물가액의 3분의 1의 범위 내에서만 우선변제)과는 달리 그 금액에 제한이 없다. 그리고 확정일자를 갖춘 임차보증금채권보다 선순위인 우선채권으로 본 법상의 소액보증금, 근로기준법 상 임금채권 및 퇴직금, 국세 및 지방세 중 당해세 등이 있다.

4. 최우선 변제권

최우선변제권(보증금중 일정액의 보호)이란 임차건물이 경매 또는 공매에 의하여 소유권이 이전되는 경우에도 경매절차에서 보증금중 일정액을 먼저 설정한 저당권자 등 모든 권리자보다 최우선하여 배당을 받을 수 있는 권능을 말한다.³²⁾ 최우선변제권은 임차인이 대항력을 갖추면(건물을 인도 받고 사업자 등록신청) 생기는 것으로 확정일자를 받지 아니하여도 된다. 즉, 확정일자 없이도 대항력을 갖추면 당연히 최우선변제권이 생긴다.

소액보증금의 최우선변제권은 외국의 임대차법에는 그 규정이 없는 우리나라의 유일한 제도로 1983년 주택임대차보호법에 처음으로 입법화하여 영세한 임차인을 보호하는데 기여했다는 점을 고려하여, 상가건물임대차보호법에도 그 규정을 입법화하여 소액임차인이 최우선변제를 받을 수 있도록 보호하고 있다.

소액임차인이 보증금중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제 받기 위해서는 다음 두 가지의 요건을 갖추어야 한다. 첫째, 건물의 인도 및 사업자 등록 신청(대항요건)을 경매신청기입등기 전까지 구비하고 이를 매각기일까지 계속 유지하여야 한다. 둘째, 임차건물이 경매 또는 공매에 의하여 매각되어야 한다. 따라서 대항요건을 상실하거나 임차건물이 매매 등 법률행위에 의하여 양도된 경우에는 최우선변제권을 인정할 여지가 없고 대항력의 유무만이 문제가 된다. 그러나 임차권등기명령 신청에 의한 임차권 등기 후 이전을 하면 대

32) 박영욱, 앞의 논문, 80면.

항력과 우선변제권이 인정된다.

한편 소액임차인이 경매절차에서 우선등기를 받기 위해서는 배당요구를 하여야 하며 그 기한은 첫 매각기일까지 배당요구를 하여야 한다. 이 배당요구를 할 수 있는 시한은 배당요구 종기일 까지이다(민사집행법 제84조 제1항, 제184조 제2호). 이에 대하여 구 민사소송법 하에서는 배당기일까지 대항요건과 확정일자를 구비하고 있으면 된다는 견해가 있으나 민사집행법의 제정에 의하여 입법적으로 해결하였다.

보증금(환산보증금을 말한다)의 범위 및 기준은 상가건물 가액(대지가격을 포함)의 1/3의 범위 내에서 반환 받을 수 있다. 서울특별시의 경우에는 4천 500만원 이하의 보증금으로 입주하고 있는 임차인에 한해서만 그 상가건물 가액의 1/3 범위 안에서 1천 350만원까지, 과밀억제권역(서울특별시 제외)은 3천 900만원 이하의 보증금으로 입주하고 있는 임차인에 한해서만 그 상가건물 가액 1/3의 범위 안에서 1천 170만원까지, 광역시(군 지역 및 인천광역시지역 제외)는 3천만원 이하의 보증금으로 입주하고 있는 임차인에 한해서만 그 상가건물 가액의 범위 안에서 900만원까지, 그 밖의 지역은 2천500만원 이하의 보증금으로 입주하고 있는 임차인에 한해서만 그 상가건물가액 1/3의 범위 안에서 750만원까지 최우선변제권이 인정된다.

최우선변제액을 초과한 나머지 금액에 관해서는 임대차계약서 상에 확정일자를 갖춘 경우에 한하여 그 경락대금에서 선순위의 담보권자 등에게 지급하고 남은 잔여대금에서 우선변제를 받을 수 있고 건물과 대지에 대한 경매가 따로 진행되는 경우에도 보증금반환청구권이 남아 있는 한 소액임차인은 각 경매절차에 모두 참가하여 우선변제를 받을 수 있다. 이 경우 먼저 경매되는 목적물의 경락대금의 1/3한도 내에서 우선변제를 받고, 잔여 보증금이 있으면 후에 경매되는 목적물의 경락대금의 1/3한도 내에서 다시 우선변제를 받는다.

한편 소액임차인의 소액보증금 채권은 담보물권에 의하여 담보되는 채권에 우선하므로, 담보물권과 소액임차인 중 어느 것이 먼저 성립하였는지를 묻지 않는다.³³⁾ 또한 소액임차인은 국세·지방세 등의 모든 조세채권보다도 우선하

여 변제 받는다. 국세기본법은 임차건물을 매각 시 그 매각 대금 중에서 국세나 가산금을 징수하는 경우에도 소액보증금이 국세에 우선함을 정하고 있다. 따라서 법원에 의한 경매 시는 물론 채납처분기관에 의하여 직접 경매가 진행되는 경우에도 소액보증금은 국세에 우선하여 배당 받게 된다.

지방세의 경우에도 지방세법이 국세기본법과 유사한 내용을 두고 있어 소액보증금이 우선한다. 다만, 근로기준법 제37조 제2항 소정의 최종 3월분의 임금채권 및 최종 3년간의 퇴직금채권과의 사이에는 같은 순위로 배당을 받는다.

5. 등기사항의 열람·제공

상가건물의 임대차에 이해관계가 있는 자는 건물의 소재지 관할 세무서장에게 등록사항 등의 열람 또는 제공을 요청할 수 있다. 다만, 이해관계인의 열람 또는 제공사항에는 임대인 또는 임차인의 인적사항 등 개인정보가 포함되어 있으므로 열람 또는 제공을 요청할 수 있는 자를 당해 상가건물의 임대차에 이해관계가 있는 자로 한정하였다. 당해 상가건물의 이해관계가 있는 자가 구체적으로 누구인지에 대하여는 논란이 있을 수 있으나, 상가건물임대차보호법 관련 확정일자부여 및 열람·제공에 관한 규정(국세청 훈령 제1491호, 2002. 10. 14)에서는 당해 상가건물의 임대인 및 임차인, 채권 또는 채무관계에 의하여 당해 상가건물의 등기부등본 상에 기재된 권리자, 열람 또는 제공에 관련하여 법원의 판결을 받은 자, 제1호 및 제2호의 자가 부재자인 경우 민법 제22조의 규정에 의한 재산관리인, 제1호 내지 제4호에 준하는 자로서 세무서장이 필요하다고 인정하는 이해관계인을 당해 상가건물의 임대차에 이해관계가 있는 자로 규정하고 있다.

상가건물을 담보로 대출하고자 하는 금융기관, 상가건물 임차 또는 매수예정자 등은 이해관계인에 해당하지 않기 때문에 등록사항 등을 열람하고자 할

33) 여기에서 담보물권이라 함은 저당권뿐만 아니라 전세권도 포함되며, 가등기 담보 등에 관한 법률상의 가등기담보도 이에 해당한다.

경우 임대인을 통하여 세무서에서 제공하는 정보를 받거나 아니면 임대인으로 부터 인감증명서를 첨부한 위임장을 받아서 임대인을 대리하여 열람을 요청할 수 있다.

열람 또는 제공의 요청을 받은 관할 세무서장은 정당한 사유가 없는 한 열람 또는 제공사항이 기재된 「등록사항 등의 현황서」를 교부하고, 도면을 요청하는 경우 도면 사본을 제공하여야 한다. 세무서에서는 전자방식에 의하여 등록사항 등의 열람 또는 제공을 할 수 있다.

열람 또는 제공사항은 ①임대인 및 임차인의 성명, 주소, 주민등록번호 (단, 임대인 및 임차인이 법인 또는 법인 아닌 단체인 경우에는 법인 명 또는 단체명, 대표자, 법인등록번호, 본점사업장소재지), ②건물의 소재지, 임대차 목적물 및 면적, ③사업자등록 신청일, ④사업자등록 신청일 당시의 보증금 및 차임, 임대차기간, ⑤임대차 계약서상의 확정일자를 받은 날, ⑥임대차계약이 변경 또는 갱신된 경우에는 변경된 일자, 보증금 및 차임, 임대기간, 새로운 확정일자를 받은 날, ⑦임대차의 목적이 건물의 일부분인 경우 해당부분의 도면으로 규정되어 있다.

열람 또는 제공의 요청방법은 세무서에 비치된 「등록사항 등의 열람 제공 요청서」를 작성하여 요청하는 본인 신분증(대리인은 인감증명서를 첨부한 위임장 및 대리인신분증)과 이해관계인임을 입증하는 서류를 첨부하여 제출하여야 한다.

6. 임대차 기간 및 계약갱신요구권

가. 임대차기간

우리 민법은 임대차기간에 대하여 장기에 대하여만 규정하고(민법 제651조), 단기에 대하여는 규정이 없으므로 민법 제651조³⁴⁾의 범위 내에서 임대차기간

34) 민법 제651조는 ①석조, 석회조, 연와조 또는 이와 유사한 견고한 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차나 식목, 채염을 목적으로 하는 토지임대차의 경우를 제외하고 임대차의 존속기간은 20년을 넘지 못한다. 당사자의 약정기간이 20년을 넘는 때에는 이를 20년으로 단축한다. ②전항의 기간은 이를 갱신할 수 있다. 그 기간은 갱신

을 계약자유의 원칙에 따라 임대인과 임차인간의 임대차계약에 의하여 정한다.

그러나 상가건물임대차보호법은 최단기간을 1년으로 하고 있다. 상가건물임대차보호법 제9조 제1항에서는 “기간의 정함이 없거나 기간을 1년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 1년으로 본다.” 고 하고, 제2항에서는 “임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환 받을 때까지는 임대차 관계는 존속하는 것으로 본다.” 고 하였다. 위 규정은 상가임대차의 최단기 존속기간을 규정한 조문으로 1년 미만의 단기 계약을 제한하는 규정이며 강행규정이므로 이 규정을 위반한 약정은 무효이다.

특히 민법은 특별히 계약기간을 정하지 않고 임대차계약을 체결한 상태에서 임대인이 계약해지 통고를 할 때에는 6개월이 경과해야 해지의 효력이 발생하도록 규정하고 있다(민법 제635조 2항). 이런 점들을 감안할 때 위 규정은 임차인이 안정적으로 영업을 할 수 있는 최소한의 안정장치가 될 것이다.

나. 계약갱신요구권

임차인은 최초의 임대차기간을 포함한 전체 임대차기간이 5년을 초과하지 않는 범위내에서 계약갱신을 요구할 수 있다. 또한 임대인의 동의를 받고 전 임대차계약을 체결한 전차인은 임차인의 계약갱신요구권 행사기간 범위 내에서 임차인을 대위하여 임대인에게 계약갱신요구권을 행사할 수 있다.

임차인의 계약갱신요구권은 2002년 11월 1일 이후에 체결된 임대차계약부터 적용된다. 이와 같이 계약갱신요구권이 2002년 11월 1일 이후 임대차 계약을 한 경우에 적용되기 때문에 임차인이 이전에 임대차 계약을 체결한 경우에는 계약갱신을 요청할 수 없다.

상가건물임대차보호법 제10조 제1항에 “임차인은 임대인에게 계약만료 전 6월부터 1월 사이에 임대인에게 계약갱신을 요구할 수 있고, 임대인은 동 법 제10조 제1항의 단서조항에 해당되는 정당한 사유가 없을 때에는 임차인의 갱

한 날로부터 10년을 넘지 못한다.

신요구를 거절할 수 없다.”고 규정하고 있다. 임대인의 계약갱신 거절사유는 ①임차인이 3기의 차임액에 달하도록 차임을 연체한 사실이 있는 경우,³⁵⁾ ②임차인이 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 임차한 경우, ③쌍방 합의하에 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우,³⁶⁾ ④임차인이 임대인의 동의 없이 목적건물의 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 목적건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위해 목적건물의 점유회복이 필요한 경우, ⑧그밖에 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 존속하기 어려운 중대한 사유가 있는 경우로 규정³⁷⁾하였다.

상가건물임대차보호법은 제10조 제4항에 목사의 갱신을 규정하여, 임대인이 임대차기간 만료 전 6월부터 1월까지의 임차인에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 아니하면 그 기간이 만료된 때에 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차 한 것으로 간주함으로써 임차인을 보호하고 있다. 이 경우에 임대차의 존속기간은 정함이 없는 것으로 보며, 임차인은 언제든지 임대인에 대하여 계약해지의 통고를 할 수 있고, 임대인이 그 통고를 받은 날로부터 3월이 경과하면 그 효력이 발생한다. 이 규정은 임대인이 기간이 만료되었다 하여 아무런 사전통지도 없이 임차인에게 임차건물을 명도하라고 요구할 수 있다고 하면 임차인의 영업활동이 심각한 위협을 받기 때문에 임대인이 계약

35) 임대인에 의한 계약갱신 거절사유 중 “3기의 차임액에 달하도록 차임을 연체한다”는 의미는 차임의 연체가 3기의 연속을 의미하는 것이 아니고 전후 합하여 3기에 달하기만 하면 된다는 것을 의미한다. 임차인이 임대료를 3기에 이르도록 연체할 때는 임대인은 언제든지 임대계약을 해지할 수 있다. 그리고 이때의 해지통고권은 형성권이다.

36) 쌍방 합의 하에 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우에는 주택임대차보호법에서는 없는 규정으로 임차인이 임대인에게 임차건물의 명도를 조건으로 그에 따른 퇴거보상을 지급하는 것을 말한다.

37) 계약갱신사유를 규정하는 방법으로 예시적으로 열거하는 방법과 포괄적으로 규정하는 방법이 있는데 외국의 입법례를 보면, 프랑스에서는 1953년 법 10조 내지 제15조에 계약갱신사유를 규정하였고, 독일은 해지통고 사유로 규정하고 있으며 영국에서는 1954년 법 제30조 1항에 각 규정에서 열거주의를 택하고 있는 반면 일본은 영업용건물임대차에 있어서 ‘자기사용을 필요로 하는 경우’와 ‘정당한 사유가 있는 경우’로만 규정하고 구체적인 사유는 법원에 맡겨 포괄주의를 채택하고 있다.

의 갱신을 원하지 않거나 계약조건을 변경하려면 미리 임차인에게 통지하도록 함으로서 임차인으로 하여금 그에 대비할 수 있도록 규정한 것으로 볼 수 있다.

7. 차임 등의 증감청구권

차임은 임대차계약의 본질적요소로서 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 자의로 증액을 하는 경우가 많았으므로 상가건물임차인에게 큰 부담이 되어 차임의 증액에 대하여는 일정한 제한을 두고 있다(제11조).

상가건물임대차보호법은 제11조 제1항에서 “차임 또는 보증금이 임차건물에 관한 조세, 공과금 그 밖의 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있다.”고 규정하고 있다. 그러나 증액의 경우에는 대통령령(시행령 제4조는 “차임 또는 보증금의 증액청구는 청구 당시의 차임 또는 보증금의 100분의 12의 금액을 초과하지 못 한다.”라고 규정하고 있다)이 정하는 기준에 따른 비율을 초과하지 못하고(제11조 제1항), 일단 증액을 하면 그 증액이 있는 후 1년 이내에는 다시 증액하지 못한다는 제한(제11조 제2항)을 둠으로써 차임을 통제하고 있다. 한편 보증금 전체 또는 일부를 월 단위의 차임으로 전환하는 경우에는 그 전환되는 금액에 연 1할 5푼(연 15%)을 곱한 월차임의 범위를 초과할 수 없다.

차임의 청구권은 “임대차계약의 존속 중 당사자 일방이 약정한 차임 등의 증감을 청구한 때에 적용되고 임대차계약이 종료된 후 재계약을 하거나 또는 임대차계약 종료전이라도 당사자의 합의로 차임 등이 증액된 경우에는 적용되지 아니 한다.”고 규정하고 있다.

차임 등 증감청구권의 효력발생시기는 차임 등 증감청구권의 법적 성질이

대부분 형성권으로 보고 있으므로, 차임 등 증감청구의 의사표시가 상대방에게 도달한 때에 바로 상당한 범위로 증감된다.

그러나 당사자가 상당하다고 주장하는 증감액이 다를 경우에는 결국 법원이 그 상당액을 확정하여야 하며, 이때 차임인상을 요구하는 임대인과 차임감액을 요구하는 임차인간의 임대료 소송에 있어서 임차인은 판결이 확정 될 때까지 종전의 임대료를 지불하면 된다.

법원이 차임 및 보증금의 증액을 확정하는 경우에도 그 호가정액에 따라 증감의 효력이 발생하는 것은 판결 확정시부터가 아니라 증감청구의 의사표시가 상대방에게 도달한 때부터이나 상가건물임대차보호법의 적용범위에 임대보증금에 대한 제한규정을 설정함으로써 인하여 차임 등의 증감액에 따라 동 법의 보호를 받을 수 있는지 여부가 결정되므로 차후 차임 등의 증감청구에 대한 민사소송이 양산될 우려가 있다.

이 법은 이 법의 규정에 위반된 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다는 강행규정을 두어 임차인의 권리를 보다 두텁게 보호하고 있다.

8. 임차권 등기명령

임차권 등기명령은 임차인이 임대차가 종료된 후 보증금을 반환 받지 못한 상태에서 이사해야 할 경우 임차인이 임차권등기명령에 필요한 서류를 갖추어 법원에 신청함으로써 임차권을 단독으로 등기할 수 있도록 한 제도이다. 등기명령에 의하여 임차권등기가 등기부에 기입되면 임차인이 사정상 다른 곳으로 이사를 하더라도 임차인이 종전에 가지고 있던 대항력과 우선변제권을 상실하지 아니한다.

이는 원칙적으로 공동신청주의를 취하는 부동산 등기법(제27조 제1항 및 제28조) 및 임차권등기에 관한 민법 제621조에 대한 예외를 인정하여 임차인 단독으로 신청할 수 있도록 하였다. 특히, 임대차 종료 후 보증금을 반환 받지 못한 임차인의 경우로 한정하고 동시에 법원의 재판과 직권에 의한 촉탁에 의하여만 하도록 신중성을 가미함으로써 사회적 약자인 임차인의 현실적인 필요

를 충족시킴과 동시에 법원의 재판절차에 의하여 신중하게 하도록 하는 제도라고 할 수 있다.³⁸⁾

임대차가 종료된 후 보증금을 반환 받지 못한 임차인은 임차건물의 소재지를 관할하는 지방법원·지방법원지원 또는 시·군 법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있다. 임차권 등기명령의 신청에는 ①신청의 취지 및 이유, ②임대차의 목적인 건물(임대차의 목적이 건물의 일부분인 경우에는 그 도면을 첨부한다), ③임차권등기의 원인이 된 사실(임차인이 제3조 제1항의 규정에 의한 우선변제권-확정일자에 의한 우선변제권-을 취득한 경우에는 그 사실), ④기타 대법원규칙이 정하는 사항 등을 기재하여야 하며 법원의 임차권등기명령신청을 기각하는 결정에 대하여 임차인은 항고할 수 있다.

임차보증금의 효력은 임차권등기가 마쳐진 시점부터 발생함으로 임차권등기명령을 신청한 후 바로 다른 곳으로 이사하거나 전출하여서는 아니 되고 등기가 종료된 이후에 이사나 전출을 하여야만 보호를 받을 수 있다.

자연인이 아닌 법인이나 법인이 아닌 사단, 재단 등의 경우에도 임차권등기명령제도를 배제할 아무런 근거가 없으므로 임차인으로서 보호대상이 된다.

9. 임차보증금 회수

임차보증금이라 함은 부동산 특히 건물 임대차에 있어서 임차인의 지체차임 등의 채무불이행으로 인한 손해배상채무 등 임대차 계약에 기한 모든 채무를 담보하기 위하여 임차인 또는 제3자가 임대인에게 지급하는 금전 기타의 유가물을 말하며³⁹⁾ 담보의 가치를 지니고 임대인의 이익을 보호하는 것이지만 임차인에게는 과도한 차임의 부담을 줄여주는 기능도 가지고 있다.

상가건물임대차보호법에서는 명문의 규정이 없어 학설과 판례에 의할 수밖에 없는데 학설과 판례는 등기되지 않은 전세의 법률관계를 채권적 전세라 한다. 채권적전세는 부동산 임대차와 같이 보며 차임은 보증금과 월차임을 포함

38) 박해식, 주택임대차보호법해설의 법률지식, 청림출판, 2000, 317면.

39) 윤철홍, 채권각론, 법문사, 2001, 241면.

하는 개념으로 본다.

우리나라의 상가건물임대차보호법은 보증금을 적용범위에 포함하여 규정하고 있다(제2조 제1항). 그만큼 우리나라의 부동산 임대차에서 임대보증금의 재산적 가치는 높이 평가되고 있다. 더구나, 임차인에게 보증금의 의미는 임차인의 전 재산일 수도 있기 때문에 상가건물임대차보호법에서 그 보증금 반환의 보호책은 어느 것 보다 절실하고 중요하다.

임대차기간이 종료되었음에도 불구하고 임대인이 보증금을 반환하지 않는 경우에는 임차상가건물을 계속사용수익 하면서⁴⁰⁾ 보증금을 반환 받거나 아니면 임대인의 재산을 경매하여 보증금을 반환 받을 수 있다. 임대인의 재산을 경매신청하기 위해서는 임차인은 보증금 반환청구를 위한 소송이나 조정절차 또는 지급명령신청의 독촉절차 등에 의하여 판결문 등의 집행력 있는 채무명의를 확보하여야 한다.

임차인이 임차건물에 대하여 보증금 반환청구소송의 확정판결 그밖에 이에 준하는 집행권원에 기한 경매를 신청하는 경우에는 민사소송법 제41조의 규정에도 불구하고 반대의무의 이행 또는 이행의 제공을 집행개시의 요건으로 하지 아니한다. 따라서 임차인은 임차건물을 비워주지 않은 상태에서 임차건물에 대하여 경매를 신청할 수 있다.

임차인은 임차건물 등 임대인의 재산이 경매에서 낙찰이 될 경우 경매대금에서 변제순위에 의하여 배당을 통하여 보증금을 반환 받을 수 있다.

임대차기간 중 또는 임대차기간이 종료 후 보증금을 반환 받기 전에는 임차건물이 경매될 경우 상가건물임대차보호법의 규정에 의하여 보호되는 임차인의 종류에 따라 임차인의 보증금 회수방법이 달라진다. 임차건물이 경매될 경우 환가대금에서 임차인이 보증금을 회수하기 위해서는 우선변제권이나 최우선변제권을 가지고 있어야 한다.

확정일자를 받은 임차인은 대항요건과 확정일자를 구비한 일자를 기준으로 다른 권리와 우선순위를 비교하여 임차건물의 환가대금(임대인소유의 대지를

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

포함한다)에서 후 순위 권리자 그 밖의 채권자보다 우선하여 보증금을 변제 받을 수 있다. 이때 임차인은 임차건물을 양수인에게 인도하지 아니하면 보증금을 수령할 수 없다. 최우선 변제권이 있는 임차인은 권리의 순위에 상관없이 다른 담보물권자보다 우선하여 임대건물가액(임대인소유의 대지를 포함한다)의 1/3의 범위에서 우선하여 변제를 받는다.

그러나 확정일자가 없는 임차인은 우선변제권을 가지고 있지 않기 때문에 경매절차에서 배당신청을 할 수 없다. 따라서 확정일자가 없는 임차인은 임차건물이 경매 또는 공매되더라도 환가 대금에서 임차보증금을 반환 받을 수 없고 양수인으로부터 임차보증금을 반환 받을 수 있을 뿐이다.



제3장 외국 입법의 주요내용

제1절 영국

1. 서설

영국의 부동산법 임대차 법제는 농지임대차를 모델로 하여 판례법에 의해 형성되고 보통법(Common Law)에 의해 적용되었고 19세기 이후에는 임대차에 대한 많은 특별법을 두고 있다.⁴¹⁾

영국에서의 상가건물의 임대차에 관하여 특별법을 제정하여 규제를 한 목적은 「당사자의 이익조정」과 「건물의 근대화」를 촉진하려는 두 가지의 목적을 가지고 있다. 영국에서 상가건물임대차는 판례법에 의하여 규율⁴²⁾되었으나 1927년에 “①임차인은 임대차관계 종료의 경우 건물개량에 대하여 임대인에게 비용 상환청구를 행사할 수 있고, ②5년 이상 영업의 역사를 가진 상가로서 소위 영업권이 발생한 경우 임대차 종료 시 제정법의 범위에서 그 상환이 인정되고 있으며 이익권에 대한 보상이 불충분한 경우에는 새로운 임대차관계의 설정을 요구할 수 있었다.”를 내용으로 하는 임대차법을 제정하여 임차인을 보호하였으나 동 법도 극히 제한적이어서 ②의 경우 5년 미만의 임차인 또는 건물을 사무소로 이용하던 자의 경우 이익권의 보상과 새로운 임대차의 청구를 할 수 없으며, 보호의 중심이 주로 보상으로 이루어지고 양자간에 임차권의 존속만이 인정되었으며 또한 새로운 임대차 관계가 인정된 경우에도 임대인 측에서 임대료를 마음대로 정할 수 있었고, 고유의 이익권의 입증은 임차인이 하여야만 했다.

41) P F Smith, The Law of Landlord and Tenant, Butterworths, 1993, 24면 ; 소재선, “비교법 적 측면에서 본 점포임대차법안의 문제점과 입법과제”, 경희법학 제32권 제1호, 경희대학교, 1997, 150면 재인용.

42) 법무부, “각국의 영업용건물임대차 법제”, 법무자료 제207집, 1996, 4~5면 ; 소재선, 앞의 논문, 151면.

그 후 정부는 1948년에 위원회(Uthwatt Committee)를 설치하였고 1949년의 중간보고(Interim Committee Cmnd), 1950년의 최종보고서(Final Report Cmnd, 7982)를 기초로하여 1951년 임차자산법(Leasehold Property Act)이 제정되었다. 또한 1953년 1월에는 백서(Government Policy on Leasehold Property in England and Wales, Cmnd. 8731)⁴³⁾를 기초로 하여 1954년 임대차법(Landlord and Tenant Act)을 제정하였고, 동 법의 제2부에 영업용건물의 임대차에 관하여 규정하였다. 이 법은 임차권의 갱신규정과 재량행위에 대한 보상규정을 포함하고 있고 항구적인 의의를 가지는 가장 중요한 법률이며 현재 영국에 있어서 상가건물임대차의 기본법이 되고 있다. 그 후 제정법위원회(Law Commission)의 권고에 기초하여 1969년 재산법(Law of property Act, 1969)이 제정되고 동 법은 약간의 수정을 하였다.⁴⁴⁾

2. 적용범위

상가건물의 임대차는 1954년 법 제23조 제1항에서 그 기본적인 요건을 ① 임대차 관계일 것, ②임차인이 점유하고 있을 것, ③사업을 목적으로 하고 있을 것 등으로 규정하고 있다. 여기서 사업의 의미는 동 법 제23조에서 정의하고 있는 바, 영업, 직업, 고용을 포함하며 법인이나 자연인이나 임차인에 의하여 행하여지는 모든 사업 활동을 포함한다. 예컨대 사업소, 상점, 창고, 공장, 실험실, 호텔, 영화관, 의원, 클럽 등이 포함된다. 또한 일부만 사업의 목적으로 사용하고 일부는 주거목적으로 사용하는 겸용건물의 경우 어느 사용목적이 지배적인가를 묻지 않고 상가건물임대차법이 적용되고 있다.

그러나 위의 요건을 충족하고 있더라도 농지 임대차(1954년 법 제43조 제1항 a), 광산의 채굴을 목적으로 하는 임대차(동 법 제43조 제1항 b), 주류판매

43) 内田勝一, 現代借地借家法學の課題, 成文堂, 1997, 167面 ; 이송희, “영업용건물의 임대차에 관한 연구”, 전주대학교 박사학위논문, 1995, 32면 재인용.

44) 内田勝一, “營業用建物の賃貸借に關する比較法的研究①”, NBL, NO, 362, 1986, 18面 ; 권용산, “상가건물임대차보호법의 문제점과 개선방안”, 청주대학교 박사학위논문, 2002, 12면 재인용.

행위(동 법 제43조 제1항 d), 임대인에 고용된 임차인이 고용기간 중 이용되는 것이 허용된 건물(동 법 제43조 제2항), 6개월 미만의 임대차(동 법 제43조 제3항), 임대인이 공적단체로서 그 단체의 목적달성에 필요한 경우(동 법 제57조), 임대인이 정부여서 건물의 임대가 공익에 관계되는 경우(동 법 제69조)에는 상가건물임대차법에서 제외된다. 이 규정은 강제규정으로 당사자가 특약으로 제한할 수 없다.⁴⁵⁾

3. 계약의 체결

영국법에 있어 임대차는 부동산권의 일종이고 대륙법적인 견해에서는 물권에 해당한다. 따라서 임대차 설정에 의하여 임차인은 임대인으로부터 부동산권의 일정기간을 양도받는다고 생각하며 그 기간동안 부동산권의 소유자이고 점유자라고 생각된다. 그러나 실제로는 권리의무의 내용을 명확히 하고 장래의 분쟁을 방지하기 위하여 상세한 서면에 의하여 계약이 체결된다. 그리고 임차인에 대하여 법률상의 부동산권을 설정하기 위해서는 날인증서(deeds)에 의하여 임대차가 체결되지 않으면 안 된다는 것이 기본원칙이다.⁴⁶⁾

한편 계약이 유효하기 위해서는 계약의 유효조건이 충족되어야 한다. 즉, ①법적인 관계를 형성할 의사가 당사자에게 있을 것, ②당사자가 능력자일 것, ③계약이 불법 등에 의하여 무효로 되지 않을 것 등의 요건을 충족하고 있을 것 등이다. 또 양당사자의 존재, 임대차의 목적물, 임대차의 개시일과 그 기간, 임료 또는 기타의 대가의 지불 등 임대차의 본질적인 부분에 대하여 정하여야 한다.

4. 임차인 · 임대인의 의무

45) 内田勝一, 前掲論文, 167面 ; 권용산, 앞의 논문, 12면 재인용.

46) 그러나 이 원칙도 임대차의 기간이 3년을 초과하지 않고, 임차인에게 즉시 점유를 허용하고, 임료의 지불 등 세가지 요건을 충족하는 경우에는 임차권의 설정은 어떠한 방식이라도 상관없다. 더구나 판례법에 의하면 위의 요건을 충족하지 않은 경우에도 임대차가 서면에 의하여 설정되었다면 유효한 임대차이다.

임차인이 가지는 묵시의 약정 가운데 가장 중요한 것은 차임의 지불의무이며, 임차인은 임대인의 임대권한을 부정할 수 없고, 목적물을 임차인으로서 적합한 방법으로 이용하여야 한다.

그리고 임차인은 임대차가 종료한 때에는 임대차 설정 당시와 동일한 상태로 목적물을 반환하여야 한다는 원상회복 의무를 가지고 있다.

임대목적물의 수선에 관하여는 양당사자가 계약에 수선의무자, 수선의 범위를 정하는 것이 보통이다. 영국의 경우 상가임대차의 경우에는 당사자의 계약 자유에 맡기고 있고 이 점에 대한 특별법과 판례법의 발전은 찾아볼 수 없는 실정이다.

그래서 임차인에게 수선의무를 부과하는 것은 명시적 특약에 의한 것이 통상적인 것이다. 그리고 임차인은 명시적 특약이 없는 한 목적물에 개량행위를 할 의무가 없다. 다만 임차인이 개량을 한 경우에는 그것을 제거할 수 없고 개량에 의하여 발생한 가치의 증가를 임대인이 취득한다면 일종의 부당이득에 해당하기 때문에 임대인에게 부당이득반환청구를 하여야 한다.⁴⁷⁾

임차인의 차임지불의무에 위반이 있는 경우에 임대인은 법원에 제소할 수 있는 것 이외에 동산압류를 통하거나, 임차물을 몰수하여 목적물의 점유를 회수할 수 있다.

한편 당사자는 명시적 약정은 할 수 있으나 그렇지 않은 경우 판례법에 의하여 추정되는 묵시의 약정이 적용된다. 임대인의 의무 위반 시 임차인 역시 그에 따른 손해배상을 청구할 수 있다.

5. 차임

차임은 목적물의 사용대가인데 당사자는 차임을 자유롭게 정할 수 있다. 주거용 건물의 임대차의 경우에는 도시의 영세한 차가인을 보호하기 위하여 차가법이 발전되어 왔다. 개개의 법률이 차임법이라고 불리고 있는바와 같이 차임의 규제가 주요한 입법목적이고 현재는 공정차임제도에 따르고 있다. 그러

47) 内田勝一, 前掲論文, 17面 ; 오정열, 앞의 논문, 85면 재인용.

나 주택임대차의 경우와는 달리 상가건물임대차의 경우는 양당사자간의 경제적인 역학관계에 따른 격차가 없이 특별법에 의한 제한이 없다. 따라서 당사자는 차임액을 자유롭게 정할 수 있다.

6. 임대차기간과 해지통고

임대기간은 당사자의 합의에 의하여 확정적인 기간을 정할 수 있는데, 이를 확정기간임대차(term of years)라하며 기간만료에 의하여 종료된다. 그러나 이에 대하여 확정기간의 정함이 없이 주기임대차(weekly tenancy), 월불임대차(monthly tenancy), 연기임대차(yearly tenancy)등 가임지불 기간이 정하여져 있는 주기임대차의 경우에는 해지통고에 의하여 종료된다. 임대인은 임대차종료일 6개월 내지 12개월 전까지 임대건물을 필요로 하는 해지통고를 할 수 있으나, 일정한 조건을 충족하여야 한다(1954년 법 제25조).⁴⁸⁾

한편 임차인은 임대차 종료의 6개월 내지 12개월 전에 특정양식에 따라 신임대차의 청구를 할 수 있다. 이 경우 목적물, 기간, 임료를 표시하여야 한다(1954년 법 제26조). 이때 2개월 이내에 임대인이 이의를 제기하지 않는 한 임차인의 청구에 따른 신임대차가 발생한다. 임대인의 이의에는 1954년 법 제30조가 정하는 사유가 있어야 한다.⁴⁹⁾ 그리고 1954년 법 제30조 제1항 중 ㉔, ㉕,

48) 임대인이 해지통고를 할 경우 필요한 사항은 ①해지통고는 작성형식에 따라 문서로 행하여야 한다. 이 경우 임차인은 통지를 받은 후 2개월 이내에 점유권의 포기여부를 임대인에게 문서로 통지하여야 한다(1954년 법 제25조 제2항). 이때 임차인은 통지를 받은 후 2개월 이내에 통지를 하지 않으면 임대차를 신청할 권리를 상실한다. ②임대인이 해지통고서에 날짜, 서명 등 중요하지 않은 사항을 빠트린 경우에는 유효한 통지로 보나 임차인에게 중요한 정보에 해당하는 사항, 즉, 임대인의 성명과 주소를 명기하지 않은 통지는 무효이다. ③ 위 통지는 반드시 임대차 종료 일자를 명기하여야 한다. ④임대인은 기간만료 6개월 내지 1년 이전에 해지통고를 할 수 있다. ⑤1954년 법 제25조의 해지통고는 법원에 새로운 임대차가 신청되는 것에 대하여 반대여부와 반대사유를 명시하여야 한다(동법 제25조 제6항).

49) 1954년 법 제30조 제1항은 ㉔임차인이 임대차상의 수선의무를 위반하였을 때, ㉕임료지불의무를 계속적으로 지체하고 있는 경우, ㉖임차인이 임대차에 있어서 중대한 의무위반이 있는 경우 또는 목적물의 이용, 관리에 관하여 임차인에 의한 의무위반이 있을 때, ㉗임대인이 임차인에게 상당한 대체건물을 제공한 경우, ㉘원래의 임대차부분이 전대차 되었고, 임대인이 원임대차의 종료를 기대하고 있는 경우에 있어서 임대인이 목적

㉔의 사유에 의하여 신임대차가 허용되지 않을 경우에는 임차인에 대하여 임대인은 보상을 하여야 한다.

신임대차기간은 14년 미만이어야 하고, 차임액은 신임대차의 전 기간을 통하여 정하여야 하는 것으로 되어 있기 때문에 법원은 인플레이션, 당사자의 공평을 고려하여 특별한 사정이 없는 한 7년의 기간을 정하고 있다.⁵⁰⁾

7. 임차인의 비용상환청구권과 시설물매수청구권

임차인의 개량행위에 대하여 1927년 법에서는 개량비상환청구권의 대상목적물을 한정하였고, 1954년 법에서 그 수정을 가했으나 기본적인 변화는 없다. 임차인의 희망에 따라 임의로 설치한 시설물은 임대차의 종료 시 임차인이 수거할 수 있고, 이 경우 명시적인 약정에 따라 시설물매수청구권과 반환청구권의 대상에서 제외된다.

비용반환청구권이 인정되기 위해서는 임차인은 일정한 요건을 갖추어야 한다. 즉, 임차인이 개량행위를 한다는 취지를 임대인에게 통지하여야 한다. 이에 대하여 ①임대인은 자신이 행하든지, ②임차인에게 행하게 하든지, ③개량에 반대한다는 회답을 하여야 한다. 만약 임대인이 스스로 개량을 하였을 경우에는 차임의 인상이 가능하다. 그리고 임차인이 스스로 개량행위를 한 경우 임대인의 반대에 대한 임차인의 이의가 인정되어야 한다. 이 경우 임차인은 법원으로부터 적절한 개량에 대한 증명서를 얻어야 하는바, 법원이 부여한 증명서가 정하는 조건⁵¹⁾을 충족한 개량행위를 임차인이 행하면 비용상환청구권을 취득하게 된다. 그리고 임차인은 개량행위가 완료된 경우에는 개량이 정당하게 행해졌는가에 관한 증명서의 발급을 법원에 주장할 수 있다.

물의 전체를 임대하는 것이 유리한 경우, ④임대인의 목적물의 전체 혹은 대부분을 제거하거나 재건축을 의도하고 있으나 목적건물의 점유를 회복하지 아니하면 그것을 행할 수 없을 경우, ⑤임대차 종료의 경우 임대인이 사업 혹은 거주를 위하여 스스로 사용할 필요가 있는 경우 등이다.

50) 内田勝一, 前掲書, 17面 ; 권용산 앞의 논문, 16면 재인용.

51) 적절한 개량의 조건으로는 ①개량에 의하여 임대차 종료 시 목적물의 임대가격이 상승할 것, ②개량행위가 해당건물에 상당하고 적절할 것, ③개량행위로 다른 건물의 가치를 감소시키지 않을 것 등이다.

임대차의 종료 시 비용상환청구권을 행사하기 위하여 엄격한 절차가 정하여져 있고(1954년 법 제47조), 이러한 절차를 취하지 않는 한 비용상환청구권은 성립하지 않는다.

8. 임차권의 양도 · 전대

영국법에서는 임차권은 자유롭게 양도, 전대할 수 있는 것이 원칙이다. 그러나 명시적인 특약에 의하여 주거용이든 영업용이든 건물 임대차에 있어서 양도, 전대가 금지되는 것이 통상이다.⁵²⁾ 왜냐하면 누가 임차인인가 하는 것이 중요한 이해관계를 가지기 때문이다.

9. 이익권

이익권이란, 특정건물에서 일정기간 임차인이 영업을 계속하는 경우에 그것으로부터의 특별한 이익을 말한다. 이익권은 임차권과는 별개로 처분하는 것이 가능하지만, 임차권과 이익권을 포함하여 영업의 양도로 처분할 수도 있다. 이때 양도인은 양수인과의 사이에 명시적 특약이 없으면 경업금지의무를 지지 않는다. 1927년 법에서는 임대차가 종료한 경우 5년 이상 건물을 점유하고 이익이 발생하여 임대인이 전보다 고액의 임대료를 받을 수 있는 경우 이익권의 보상이 인정되었으나 이규정은 1954년 법에서 폐지되어 현재에는 존속보호의 규정으로 바뀌었다. 그러나 동 법에서는 제30조 제1항의 규정에 의하여 신임대차관계가 부여되지 않는 경우 이익권의 보상은 없지만 퇴거보상은 인정하고 있다.

10. 보증금

보증금이란 임차인의 채무불이행으로부터 생기는 손해배상의무를 담보하기

52) 소재선, 앞의 논문, 158면.

위하여 미리 지불되는 금전이다. 영국에서는 보증금에 대하여 거의 논의되지 않고 있으나, 판례는 보증금의 승계를 인정하고 있으며, 건물의 인도와 보증금의 반환과 동시이행관계를 인정하고 있다.

11. 권리금

권리금이란 차임에 부과된 부담금 혹은 같은 형태의 의미를 가진 금전, 그 외의 임차권의 설정·갱신·계속·양도의 대가로 요구되는 차임이외의 모든 금전적 대가를 포함하여 일컫는다. 주거전용 건물에 대해서는 권리금이 일체 금지되고 있으나 상가건물에는 특별한 규제가 없기 때문에 당사자가 자유롭게 정할 수 있다. 권리금에 대한 계약은 대부분의 경우 사무 변호사에 의하여 작성되고 있으므로 권리금에 관한 법률문제가 소송이 되는 경우는 적다.⁵³⁾

제2절 독일

1. 서설

1952년 제정된 상가건물임대차보호법에서는 ‘건축물의 구조나 설비에 따라 일정한 기간동안 거주목적이 아닌 사업목적이거나 직업목적에 기여하는 건물(동 법 제2조 제1항)’이라고 정의하고 상가건물이나 영업용 미건축지의 임대차는 임차인 보호법의 통제에서 벗어나 시장자유의 원칙에 의하여 임대료를 형성하도록 하는 것을 핵심내용으로 하고 있다.⁵⁴⁾

동 법은 23년 동안 특별법으로 존속해 왔는데 1975년 상가건물임대차에 관한 특별법을 민법전에 일원화하려는 개정작업의 일환으로 폐지되고 상가건물의 임대차는 독일 민법에 편입되었다.

53) 법무부, 앞의 논문, 37면.

54) Roquette, Die kleine Mietreform, 2. Aufl., C.H. Beck, 1953, S. 14 ff ; 소재선, 상가건물임대차법, 경희대학교출판국, 2005, 79면 재인용.

독일은 2001년 6월 19일 「사용임대차의 새로운 편성, 간소화 및 개정에 관한 법률」(약칭은 ‘임대차개정법’, Mietrechtstreformrecht이다)에 의하여 민법 중 임대차에 관한 법률을 전면적으로 개정하여 2001년 9월 1일부터 시행하고 있다.⁵⁵⁾

한편 독일민법에서는 상가건물임대차와 용익임대차 사이에서는 그 한계를 설정하는 문제가 존재한다. 독일 민법은 부동산 임대차를 사용임대차와 용익임대차로 나누며 전자는 임대한 물건의 사용만을 목적으로 하고, 후자는 그 물건의 사용뿐만 아니라 그 사용으로 인한 과실의 취득까지 목적으로 하며, 공간이 건축물의 상태에 따라 이미 정하여진 영업에 적합하며 이에 따른 시설이 갖추어 졌을 때만 인정되며 원칙적으로 영업 준비가 된 상태이어야 한다.⁵⁶⁾ 즉, 임대차 계약의 목적이 오직 목적물의 사용만일 경우는 전자고, 사용 및 과실의 취득을 목적으로 하는 경우는 후자로서 후자가 곧 영업용 목적의 임대차인 셈이다. 그러나 독일민법 제581조 제2항에서는 농지용익임대차계약을 제외한 용익임대차 계약에 대하여는, 제582조⁵⁷⁾ 내지 제584조의 b⁵⁸⁾의 다른 정함이 없는 한, 사용임대차계약에 관한 규정이 적용된다고 하고 있어 상가건물임대차는 용익임대차의 성질을 가지고 있지만 독일민법에서는 사용임대차의 적용을 받고 있다.

2. 적용범위

독일민법에 있어서 상가건물의 개념은 동 법 제578조에서 ‘주거공간이 아

55) 양창수, “독일의 새로운 임대차 법”, 법학연구 제43권 제2호, 서울대학교법학연구소, 2002, 288면.

56) OLG Hamm, ZMR 1981, 211 f ; 법무부, 앞의 논문, 107면 재인용.

57) 제582조는 ①숙구부 토지가 임대된 경우에 임차인은 각개의 숙구물을 보존할 책무가 있다. ②임대인은 임차인에 책임이 없는 사유로 사용할 수 없게 된 숙구물을 보충할 의무를 진다. 그러나 숙구에 속하는 동물의 통상의 사용불능에 대하여는, 그 보충이 정상적인 경영에 부합하는 한, 임차인이 이를 보충하여야 한다.

58) 제584조의 b는 임차인이 임대차관계가 종료 후에 임대차목적물을 반환하지 아니하는 때에는, 그 역류의 기간에 대하여 임대인은 약정된 차임을 임차인이 그 기간동안 수취하였거나 수취할 수 있었던 수익의 임대년 전체의 수익에 대한 비율에 따라 손해배상으로 청구할 수 있다. 그 외의 손해의 주장은 배제되지 아니한다.

닌 공간' 이라고 규정하고 있을 뿐이고, 1952년의 상가건물임대차법에서는 '건축물의 구조나 설비에 따라 일정한 기간동안 거주목적이 아닌 특히 사업목적이나 직업목적에 기여하도록 정하여 졌거나 이러한 목적에 기여하는 건물(동 법 제2조 제1항)' 이라고 정의⁵⁹⁾하고 있다. 이것은 상가건물임대차가 일반적으로 상거래에 참여하는 생업의 목적에 사용되는 공간뿐만 아니라 넓은 의미에서는 자유업의 활동, 농업과 임업의 목적을 위하여 사용되는 공간과 심지어는 비독립적 생업의 활동공간에서도 이루어진다는 것을 의미한다.

3. 계약의 체결

상가건물임대차계약도 민법상의 다른 계약과 마찬가지로 청약과 승낙에 의하여 성립한다. 임대차계약의 체결의 방식은 원칙적으로 무방식이나 1년을 넘는 기간으로 체결되는 임대차계약으로서 서면방식에 의하지 않은 것은 기간의 정함이 없는 것으로 본다(독일민법 제550조). 서면에 의하지 않은 임대차 계약도 계약전체가 무효는 아니고 기간에 관한 계약조항만 무효가 된다.⁶⁰⁾ 임대차계약의 서면 방식은 당사자의 자필에 의한 서명 또는 공증인에 의하여 인증된 인증서에 의하여 한다.

계약상 정해진 기간은 계약체결시점에 따라 산정 되는 것이 아니라 임대차관계의 개시로부터 시작된다. 상가건물에 대한 임대차의 경우 종종 계약당사자를 장기간 구속하는 이해관계가 성립되기 때문에 당사자의 합의가 아닌 법률의 규정이 적용된다.

상가건물의 임대차가 새로 지어진 건축물을 대상으로 할 때에는 선약의 방법으로 당사자들은 그들이 직접적으로 급부 의무를 부담하지 아니하고도 임대차계약을 체결할 의무가 있다. 1년 이상의 장기간으로 체결된 계약일지라도 선약은 서면에 의한 방식의 강제규정에 구속되지 아니한다. 판례는 선약에 의

59) W. Weimar, Die Geschäftsraummiete, 5. Aufl., Boorberg, 1993, S. 5 ; 법무부, 앞의 논문, 112면 재인용.

60) 藤井俊二, 現代借家法制の新たな展開, 成文堂, 1997, 163面 ; 권용산, 앞의 논문, 19면 재인용.

한 명확한 합의와는 상반하여 당사자간에 계약체결자유를 인정하는데 소극적인 입장을 취하며 주된 계약이 성립되지 아니하였을 경우에도 당사자가 선약적인 구속을 받는다는 점에 대하여도 소극적이다.⁶¹⁾

4. 임차인 · 임대인의 의무

임차인의 가장 핵심적인 의무는 임대차계약서에서 약정한 차임의 지불이다(독일민법 제535조 제2항). 그리고 하자가 계약체결 시 존재하거나 그러한 하자가 나중에 임대인에게 책임 있는 사유로 발생하거나, 임대인이 하자의 제거에 관하여 지체에 빠진 때에는 임차인은 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 계약체결 시 임차인이 목적물의 하자를 알고 있었을 때는 차임지급을 면하거나 손해배상을 청구할 수 없으며 중과실로 하자를 알지 못하였던 경우에는 임대인이 그 하자를 알고도 밝히지 아니한 때에만 차임지급을 면하거나 손해배상청구 권리를 가지며 임차인이 하자있는 물건을 그 하자가 있음을 알면서도 수령한 경우에는, 수령 시에 이들 권리를 유보한 때에만 이들 권리를 주장할 수 있다.

또한 임차인은 특별한 합의가 없는 경우에도 감독의무에 근거하여 임차목적물을 조심스럽게 사용하여야 한다. 이때의 임차목적물은 임차목적물 뿐만 아니라 공동으로 이용하는 계단 등도 포함된다. 이때 임차인은 계약에 좇은 사용으로 발생한 목적물의 변화 또는 훼손에 대하여는 책임이 없다.

그리고 임차인은 목적물의 하자과 급박한 위험이 있는 경우 지체 없이 임대인에게 통지하여야 한다(독일민법 제536조의c 제1항). 만일 임차인이 통지를 하지 않은 경우에는 임대인에게 그로 인해 발생한 손해를 배상할 의무를 진다.

또한 임차인은 임대인에 의하여 행해지는 목적물유지·개량조치 등을 감내할 의무가 있다. 독일 민법 554조에 규정하고 있는 목적물유지조치는 임대건물의 본래의 경제적인 가치존속을 확보하기 위하여 적극적인 필요조치로 이해

61) BGH, WM 1973, 67.

된다. 그리고 임차인은 임대차 관계의 종료 후에 목적물을 반환 할 의무를 진다(독일민법 제546조 제1항).

임대인은 임대기간 중 임차인에게 임대차목적물의 사용을 허용할 의무를 진다. 목적물을 계약에 좇은 사용에 적합한 상태로 임차인에게 인도하고 (독일민법 제535조 제1항) 수선 및 유지를 할 의무가 있다. 또한 임대인은 계약상의 적합한 사용을 위하여 건물 사용 시에 장애물을 제거해줄 의무가 발생한다.

이러한 의무는 임대인이나 제3자에 의한 방해로 임차인이 수용할 수 없는 건축조치, 소음공해 혹은 해당건물의 출입을 방해하는 조치 등에 대해서도 적용된다. 그리고 이는 강행규정이 아니기 때문에 당사자는 건물의 개량과 기타 소규모의 수선을 임차인에게 이전하는 합의는 할 수 있다.

임대인의 유지의무에는 임차인이 경영하는 영업과 경업으로부터 임차인을 보호하는 의무를 포함한다. 이에 관하여 당사자간에 명백한 합의가 결여된 경우에는 계약에 적합한 임대물의 사용에 대한 임차인의 보장청구권에 근거하여 경영보호의무가 있다.

한편 임차인이 임대인의 계고에도 불구하고 계약에 위반하는 목적물의 사용을 계속하는 때에는 임대인은 부작위를 소구할 수 있으며 임차인이 목적물의 사용을 제3자에게 이전 한 때에는 임대인은 임대차 관계 종료 후에 제3자에 대해서 목적물의 반환을 청구 할 수 있다. 만약 임차인이 임대차관계 종료 후에 목적물을 반환하지 아니하는 때에는 그 억류의 기간에 대하여 임대인은 약정차임 또는 유사한 물건에 대한 그 지역에 상례적인 차임을 손해배상으로 청구 할 수 있다.

그리고 목적물의 변경 또는 훼손으로 인한 임대인의 배상청구권은 6개월의 소멸시효에 걸린다(독일민법 제548조 제1항). 임대인의 목적물반환청구권에 대하여 소멸시효가 완성된 때에는 임대인의 배상청구권에 대하여도 소멸시효가 완성된다.

5. 차임

상가건물임대차의 차임은 이를 규제하는 규정은 없고 당사자간의 자유로운 계약상의 합의에 의하여 정하여 진다. 이에 반해 주거용임대차의 경우는 신규 차임은 당사자간의 약정에 맡기고 계속차임은 증액에 있어서는 규제가 가해진다.

임차인에게 인도 시에 목적물에 계약에 좇은 사용에 대한 적합성을 소멸시키거나 감소시키는 결함이 있을 때 또는 임대차기간 중에 그러한 결함이 발생한 때에는 임차인은 적합성이 소멸한 기간에 대하여는 차임지급의 의무를 면한다. 적합성이 감소된 기간에 대해서는 상당하게 감액된 차임만을 지급할 의무를 부담한다. 이때 적합성의 경미한 감소는 고려되지 아니한다. 이것은 임차인이 제3자의 권리로 인하여 전적으로 또는 부분적으로 계약에 좇아 목적물을 사용할 수 없게 된 경우도 마찬가지이다.

임대차관계 종료 후의 시기에 대하여 차임이 미리 지급된 경우에는 임대인은 이를 반환하고 수령 시로부터 이자를 지급하여야 한다. 임대인이 임대차관계의 종료에 대하여 책임이 없는 때에는 취득한 것을 부당이득의 반환에 관한 규정에 따라 반환하여야 한다.

6. 임대차기간과 해지통고

독일민법에서 계약의 해지는 건물이 인도된 후 적어도 1년이 경과 되어야 할 수 있다(독일민법 제550조).

임대차계약이 30년을 넘는 기간으로 체결된 경우에는 각 당사자는 목적물의 인도 후 30년이 경과 한 뒤에 법정기간을 두고 임대차를 특별해지 할 수 있다. 단, 계약이 임대인 또는 임차인의 종신까지로 체결된 때에는 해지를 할 수 없다(독일민법 제544조).

기간을 정한 임대차의 경우에는 법정고지기간을 준수하여 언제든지 해지통고를 할 수 있다. 임대차는 기간만료에 의해 종료하지만(독일민법 제542조

제2항)합의나 묵시에 의해 임대기간을 연장할 수 있다(독일민법 제545조).⁶²⁾ 기간을 정하지 않은 경우에는 동 법 제542조 제1항에 의하여 각 당사자는 법률의 규정에 따라 임대차를 해지 할 수 있다. 해지통고권은 형성권⁶³⁾이며 재량권으로 해지통고는 임대차 관계의 해지를 그 내용으로 한다. 또한 일방적인 수령을 필요로 하는 의사표시로 서면방식에 의하여 합의하지 않는 한 상가건물의 경우에는 형식에 구애되지 않고 유효하다. 구두에 의한 해지통고는 청취함으로서, 서면에 의한 해지통고는 도달함으로써 유효하다.

한편 각 당사자는 중대한 사유를 이유로 임대차를 즉시 특별해지 할 수 있다. 그 중대한 사유로는 ①계약에 좇은 목적물의 사용이 전부 또는 일부 임차인에게 적시에 허용되지 아니하거나 또는 후에 이를 할 수 없게 된 때, ②임차인이 의무 있는 주의를 게을리 하여 목적물을 현저히 위태롭게 하거나 권한 없이 제3자에게 목적물을 이전함으로써, 임대인의 권리를 현저히 침해 한 때, ③ 임차인이 연속하여 차임의 전부 또는 상당부분의 지급을 지체하거나 2기가 넘는 기간 내에 2개월분의 차임에 해당하는 금액만큼 차임의 지급을 지체한 경우 등이다. 그러나 중대한사유가 임대차계약상의 의무위반인 경우에는, 시정을 위하여 정한 상당한 기간이 도과 하거나 계고가 효과가 없었던 때에만 해지를 할 수 있다. 단 기간 설정이나 계고가 효과가 없을 것임이 명백한 때와 특별한 사유로 인하여 쌍방의 이익을 형량하면 즉시해지가 정당화 되는 때 또는 2기 연속하여 차임의 전부 또는 상당부분의 지급을 지체하거나 2기가 넘는 기간 내에 2개월분의 차임에 해당하는 금액만큼 차임을 지체한 때는 그러하지 아니하다. 한편 임대인이 목적물의 사용을 적시에 허용 하였는지, 또는 시정을 위하여 정한 기간의 경과 전에 시정이 행하여 졌는지가 다투어지는 때에는 임대인이 입증책임을 진다. 한편 임차인이 사망한 경우에도 그 상속인 및 임대인은 임차인의 사망을 안 후 1개월 안에 임대차를 법정기간을 두어 특별해지할 권리를 가진다(독일민법 제580조).

62) 이때 임대차관계는 기간의 정함이 없이 연장되며 그 기간은 임차인에 대하여는 사용을 계속하는 때, 임대인에 대하여는 그 계속을 안 때의 시점으로부터 진행된다.

63) 법무부, 앞의 논문, 170면.

7. 임차인의 비용상환청구권 및 시설물매수청구권

임차인은 임대건축물의 실체에 영향을 미칠 정도로 건물의 변경을 할 때에는 임대인의 동의를 원칙적으로 한다. 건물을 변경해야만 계약목적에 합당한 사용이 가능한 경우에는 임대인이 건축변경을 직접 하거나 혹은 임차인이 변경할 수 있도록 동의할 의무가 있다.

독일민법에서는 필요비상환청구권에 관한 규정은 있지만(독일민법 제536조의a 제2항, 제554조 제4항) 유익비상환청구권에 관한 규정은 없다. 그러나 동법 제536조의a 제2항⁶⁴⁾에 따라 상환하여야 하는 비용이 아닌 경우에도, 사무관리에 관한 규정에 따라 임대인에게 목적물에 지출한 비용의 상환을 청구할 수 있다(독일민법 제539조 제1항). 임차인의 비용상환청구권은 임대차 관계의 종료 후 6개월이 경과하면 소멸시효에 의하여 상실된다(독일민법 제548조 제2항).

임차인은 임차공간에 부착한 시설과 건축물에 변경을 가하였을 때에는 이를 수거할 수 있다(독일민법 제539조 제2항). 이에 대해 임대인은 임차인이 수거에 대하여 정당한 이익이 없는 때에는 적절한 보상을 지급함으로써 수거권의 행사를 면할 수 있지만(독일민법 제552조 제1항) 이러한 수거가 종종 막대한 가치의 손해를 초래하기 때문에 임대인은 일정한 전제 조건 하에서 부속물이나 건축물의 변경을 인수할 의무와 권한이 있는지를 계약에 규정함을 권장하고 있다.

8. 임차권 양도 · 전대

독일민법에서는 주거용이든 영업용이든 임차권의 양도는 임차인으로서의 지위 양도에 포함되어 있다고 보아 이를 채권양도, 채무인수의 문제로 이해하

64) 독일민법 제536조의a 제2항에서는 ①임대인이 하자의 제거에 관하여 지체에 빠진 경우, ②목적물의 상태를 유지 또는 회복하기 위하여 하자의 즉시의 제거가 필요한 경우에 임차인은 하자를 스스로 제거하고 그에 필요한 상황을 요구할 수 있다고 하였다.

고 있다. 따라서 임차권의 양도는 임대인의 승낙이 없이 할 수 없다. 만약 임차인이 임차권양도에 대하여 임대인이 승낙을 거절할 경우에는 임차인은 기간을 정하여 임대차 계약을 해지할 수 있다(독일민법 제540조 제1항).

임차인이 제3자에게 양도를 한때에는 임대인이 이를 승낙했다하더라도 임차인은 제3자가 사용에 있어서 범한 과책에 대하여 책임이 있으며(독일민법 제540조 제2항), “양도는 임대차를 깨뜨리지 아니 한다” (독일민법 제566조)라고 하여 임대인이 임대한 건물을 임차인에게 인도한 후 이를 제3자에게 양도한 때에는, 양수인은 그가 소유권을 가지는 기간에 대하여 임대차 관계로부터 발생하는 권리 및 의무에 관하여 임대인에 갈음한다.

임차물의 전대에 있어서는 임차인이 원칙적으로 임대인의 동의 없이 전대할 수 없으며, 임차인이 임대인의 동의 없이 전대할 시에는 즉시 계약을 해지할 수 있다(독일민법 제543조 제2항 제2호). 임대인이 사업경영을 목적으로 전대차를 승낙한 경우 임차인은 임대차계약에서 허용하지 아니하는 영업활동을 위하여 임대공간을 전대할 수 없다.

9. 보증금

임차인은 계약상 부속의무로서 보증금과 임대료의 선불 또는 건축비용보조금에 대하여 정할 수 있다. 이에 관하여 독일 민법에서는 거주용 건물에 대해서만 규정되어 있고 상가건물에 대해서는 명시적 규정이 없으므로 당사자간에 자유롭게 정할 수 있다. 보증금은 특별히 당사자들 간의 합의가 없는 한 차임 청구권 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.

제3절 프랑스

1. 서설

프랑스에서는 상가건물의 임대차와 주거용건물의 임대차는 별개의 법체제에 따라 각각 고유한 발전을 하여 왔다.

즉, 주택과 직업용건물의 임대차와 상가건물의 임대차로 구분하여 임차권을 보호하고 있다. 여기서 직업용 건물이라 함은 임차인이 비상업적 직업(자유직업)을 영위하도록 정해진 건물을 말한다. 이에 반해 상가건물임대차라 함은 영업 및 공업용 건물의 임대차를 말한다.

상가건물임대차에 있어서 재산적 가치(영업재산: fonds de commerce)의 보호와 임대차 기간 중 임차권의 양도라는 두 가지를 중심으로 특별법제가 전개되어 1926년 6월 30일 상사임대차(Baux commerciaux)의 특별법인 영업소유권에 관한 법률이 탄생하였다. 이후 1953년 9월 30일 법령 제960호로 전면 재편되었으며,⁶⁵⁾ 동 법은 1965년 5월12일 법률 제356호로 개정되었다.⁶⁶⁾ 이 법의 적용을 받는 건물의 용도는 상업, 공업, 수공업에 한하지 않고 그 적용을 광범위하게 확대하고 있다.

2. 적용범위

상사임대차법의 적용을 받기 위하여는 우선 임대차 계약의 존재가 필요하다. 권리 또는 권원 없이 부동산을 점유하는 자 및 임대차가 아닌 권원에 의하여 부동산을 점유하는 자는 동 법령의 적용에서 제외된다. 예컨대 합의가 결여된 경우라든가 무능력 또는 권한이 없는 등의 이유에 의하여 임대차 계약이 무효가 되는 경우이다. 만약 법원이 임대차의 무효를 선고하면 해당 권원은 전면적으로 소멸되고 임차인은 임차권을 가지지 않았던 것으로 간주된다.

65) 吉田克己, “フランスにおける商事賃貸借法制の形成と展開(1)(2)”, 社會科學研究, 29卷 6號, 1978, 4面 ; 이송희, 앞의 논문, 41면 재인용.

66) 이송희, 앞의 논문, 41면.

건축물이면 상사임대차법의 적용을 받게 되지만⁶⁷⁾ 건축물이 전혀 없는 토지는 원칙적으로 상사임대차법령에 규정된 이익을 받을 수 없다. 다만, 임대차 이전에 또는 임대차 이후의 상업, 공업, 수공업용의 건축물이 세워져 있는 토지의 임대차에는 그 건축물이 소유자의 명시적 동의를 얻어 건축되거나 또는 이용되는 것을 조건으로 하여 동 법이 적용된다(Baux commerciaux 제1조 제2호). 따라서 건물이 건축되어 있지 않은 토지라 하더라도 그것이 소유자의 동의에 의하여 상가건물을 건축하기 위한 토지라고 한다면 그 토지의 임대차는 1953년 법이 적용된다.⁶⁸⁾

3. 임차인과 · 임대인의 의무

프랑스에서는 계약당사자로서의 임차인의 1953년 법의 보호를 받기 위해서는 상인의 상업등록부에, 수공업자는 사업자목록에 각각 등록하여야 한다(baux commerciaux 제1조). 임대인의 되기 위한 특별한 자격은 필요하지 않고 상사임대차를 설정하기 위한 권한을 가지고 있으면 충분하다.

임차인은 차임지불 의무가 있고 건물의 용도에 따라 임차물을 사용할 의무가 있다.⁶⁹⁾ 또한 임차인은 선량한 주의의무로 임대차가 그 건물에 부여한 용도에 따라 임차물을 사용할 용법준수의무가 있다. 1953년 법 중에는 임차인이 영업종목과 판매품목을 확대하거나 변경이 가능하게 하는 제도에 관하여 제7장에서 규정하고 있다. 이에 의하여 임차인은 점유하고 있는 건물의 용도를 일방적으로 변경할 수 없다.

임대인은 임차물을 임대한 용도에 유용한 상태로 유지할 의무, 임대차기간

67) 경영자를 수용하고 고객을 받아들이는 것을 가능하게 하여야 하므로 폐쇄가능하고 지붕이 덮여있는 장소 즉 건물을 대상으로 한다. 따라서 쇼윈도와 노천의 진열대, 슈퍼마켓 내의 일정한 장소라든가 진열대는 그 자체로서는 이 법령의 대상이 되지 않는다. 임대건물 중 일부를 영업용으로, 일부를 주거용으로 쓰는 경우의 혼합형 임대차도 상가건물임대차법이 적용되며 부속건물도 주된 건물의 소유자와 동일 할 때는 마찬가지로 이 법의 적용을 받는다.

68) 이송희, 앞의 논문, 45면.

69) 김선일, “제정상가건물임대차보호법의 재검토”, 민사법학 제22호, 한국민사법학회, 2002. 9, 470~472면.

중 임차인에게 평온하게 임대목적에 향유하게 할 의무, 임대물의 사용에 방해되는 하자 또는 결함에 대하여 담보책임을 부담한다.⁷⁰⁾ 또한 임대인은 임차인의 영업활동 변경으로 인하여 손해를 보고, 그런 사실을 증명한 경우에는 임차인에게 손해배상을 청구 할 수 있다.

4. 차임

상사임대차의 차임의 결정은 신규임대차체결의 경우와 계약의 갱신의 경우에도 당사자의 자유로운 합의에 의하여 결정할 수 있다. 법관 이외에 제3자에게 차임액의 계산을 위임하는 것을 합의하는 중재조항도 가능하다. 임차인의 수입 중에서 총매상의 일정비율을 차임으로 정하는 조항도 이용되고 있다. 따라서 계약의 갱신 또는 차임변경 경우의 차임액은 당사자의 합의가 없으면, 법원에 의하여 정하여지고 이는 임대가격에 따라 결정된다. 법원과 감정인은 임대가격을 결정할 때 법률에 의하여 정하여진 임대가격⁷¹⁾의 제요소를 고려하여야 할 의무가 있으나, 평가의 방법에 대하여는 선택이 자유롭고 임대가격의 계산은 그들의 전권에 속한다. 평가방법으로는 통계자료에 의한 계수방식, 상당한 다른 사옥의 차임과 비교하는 비교방식, 건축비용을 자본으로 하여 수익성을 산출하는 방식이 주된 방법인데, 이들 방식을 조합함으로써 법원의 차임 결정에 대한 신뢰성을 높이도록 노력하고 있다.⁷²⁾

5. 임대차기간과 해지통고

상사임대차의 기간은 강행규정으로 9년 이상이어야 한다⁷³⁾고 규정하고 있다(Baux commerciaux 제3조 제1항). 상인이 영업활동의 안정 특히 임차인이

70) 소재선, 앞의 논문, 167면.

71) 프랑스에서 임대가격이라 함은 일반적으로 자유경제 하에서 수요와 공급의 법칙에 의하여 도출되는 시장상태와 일치하는 차임이라고 생각되고 있다.

72) 김주원, “상가임대차보호법의 제 문제”, 인권과 정의 제310호, 대한변호사협회, 2002. 6, 18면.

73) 법무부, 앞의 논문, 66면.

입주시에 청구되는 권리금과 균형을 도모하기 위해서도 일정한 정도의 최저기간이 필요하다고 생각되었는데 본 법은 구법하에서의 엄격한 조건을 붙인 차임의 변경을 정기적으로 또 간이화함으로써 9년의 최저법정기간을 정할 수 있게 하였다. 그리고 임차인은 3년의 기간이 종료할 때마다 적어도 6개월 전에 재판 이외에 서면에 의하여 해지를 신청할 권리를 가진다. 이러한 해지통고에는 그 사유를 붙일 필요는 없다.

임대인도 동일한 절차에 의해 해지통고에 대한 권한을 가지는데, 그 행사에는 엄격한 조건이 과하여져 있다. 즉, 건물의 건축, 기존건물의 개축 또는 증축 내지는 부동산보수사업의 실시 범위 내에서 명하여지고 허가되는 공사를 행하기 위해서만 그 권한이 인정되고 또 반환 시 제시되는 조건을 충족하여야 한다. 본 법령에 따른 임대차에 있어서 임차인에게는 갱신의 이익이 부여되고 해지통고 또는 갱신거절에 의하지 않으면 계약은 종료되지 않는다. 절차에 따른 해지통고, 갱신거절이 없으면 임대차는 묵시의 연장에 의하여 계속된다(Baux commerciaux 제5조 제2항).

한편 프랑스에서는 갱신청구에 대한 거절의 자유가 보장되기 때문에, 실제로 갱신의 권리가 임차인의 계속적인 영업을 보장하지는 못해 왔었다. 그러나 이는 임차인의 투자자본과 고객 상실이라는 결과를 가져오기 때문에 이를 시정하기 위해, 퇴거임차인에게 영업재산가액을 상환해 주도록 하는 ‘퇴거보상’ 제도가 1926년의 「영업소유권에 관한 법률」에 의하여 입법화되고,⁷⁴⁾ 1953년 법에서 이를 채택하게 되었다.

임차인이 갱신의 권리를 주장하기 위한 요건으로는 영업재산을 일정기간 계속하여 그곳에서 영업을 한 때는 임대차갱신의 권리가 인정된다(baux commerciaux 제4조 제1항). 단 관리임차인은 갱신청구를 할 수 없다. 이 권리는 임대인으로부터 해지의 신청이 있을 때 행사할 수 있으며, 해지통고가 없는 경우에는 약정기간이 만료되기 전 6개월 내에 행사되어야 하며(baux commerciaux 제6조 제1항), 임대인은 임차인으로부터 갱신의 청구가 있을 후

74) 이 법에서 말하는 갱신권이라는 말은 임대인, 임차인 모두에게 사용된 개념이다 ; 법무부, 앞의 논문, 72면.

3개월 이내에 회답을 하여야 하며, 회답을 하지 아니하면 갱신을 승낙한 것으로 간주한다. 갱신을 거절한 경우에는 거절의 이유를 기재하여야 한다(baux commerciaux 제5조 제5항). 이 권리의 행사로써 갱신된 임대차기간은 종전 임대차기간과 같으나 그 기간은 9년을 넘을 수 없다(baux commerciaux 제7조).

임대차계약에 대한 갱신의 승낙은 신임대차를 발생시키는데 그 조건은 만료한 임대차의 조건과 동일하나, 차임에 대하여는 당사자가 자유롭게 정할 수 있다. 임대인은 갱신거절의 자유를 인정하면서 퇴거보상을 하도록 하였으나(baux commerciaux 제8조 제1항), 실제 임대인의 갱신거절자유 원칙은 퇴거보상이 고액화 됨에 따라 오히려 사실상 갱신을 강제하는 기능이 되었다. 퇴거보상을 수반하는 갱신거절에 있어서 퇴거보상액은 갱신이 행하여짐으로써 발생한 손해를 가리키며, 퇴거보상을 수반하지 않는 갱신거절에는 ‘중대하고 정당한 이유’에 의한 거절⁷⁵⁾과 이른바 ‘회복권’에 의한 거절⁷⁶⁾ 건축 또는 재건축을 위한 회복, 주거를 위한 회복(baux commerciaux 제14조) 등이 있다.

또한, 1953년 법은 차임 미지급에 대한 해제조항의 효과를 이중으로 제한하고 있다. 이 조항은 차임지급청구의 1개월 후가 아니면 효과가 발생하지 않는다고 한 것과 해제가 재판상 확인되고 선언되는 경우를 제외하고, 임차인은 최대한 1년의 지급유예기간을 예정하고 법원에 청구할 수 있고, 임차인은 법원이 정한 조건에 따라 차임을 변제하는 경우에는 해제조항은 적용되지 않는다(Baux commerciaux 제25조 제2항).

6. 임차권 양도 · 전대

프랑스민법 제1717조에서는 임차인은 그 권한이 금지되어 있지 않는 한 전대 및 임대차를 양도할 권리를 가진다고 규정하고 있다. 임차권의 양도는 임차인의 자유재량에 속하나, 통상적으로는 임대차 계약체결시에 양도 · 전대를

75) 임차인의 의무 불이행과 관련된 차임미지불, 차임지체, 훼손행위, 부적법한 임대차의 양도 또는 전대 등 계약상의 사유도 존재하며 계약외의 행위로 폭력, 상해, 절도 등이 있다.

76) 비위생 또는 위험한 건물의 회복

금지하는 특약을 하고 있다. 상가임대차에 있어서 임대차의 양도를 금하는 것은 영업재산의 양도를 금하는 것과 같으므로 판례는 양도금지 특약에 대하여 임차인에게 유리하게 적용하고 있다. 임대차의 양도는 채권양도와 동일시되고 프랑스민법 제1690조가 규정하는 공시의 절차를 마치지 않으면 제3자에게 대항할 수 없다. 전대차는 민법에 의하여 적법하게 인정되지만 임대차계약상의 조항에 의하여 금지되는 경우가 대부분이다. 그러나 53년 법에서는 임대차의 양도와 전대를 구별하여 임대차계약서상 상반된 약정 또는 임대인의 동의가 없는 한 전부 또는 일부의 전대차는 금지한다고 규정하고 있다.

7. 보증금

상가임대차에 있어서 보증금은 계약의 종료 시에 임차인의 의무가 이행된 이후에는 반환되는 성질을 가진다. 임대차계약 체결 시 1개월 또는 수개월의 차임을 선불하는 경우 이는 보증금을 구성한다고 본다. 이러한 선불의 고액화와 남용을 막기 위하여 2기를 넘는 차임액의 선불에는 프랑스 은행에서 통용되는 이자율로 계산된 이자가 발생한다는 규정을 두고 있다. 보증금의 결정도 역시 당사자의 합의에 맡기고, 합의가 이루어지지 않을 때 법원에서 임대료를 결정하고 있으며, 법원에서의 임대료가격(valeur locative)은 자유경쟁하에서 수요와 공급의 법칙에 의하여 도출된 시장물가와 일치된 임대료라고 하고 있다. 임차보증금은 채무불이행으로 인한 손해배상을 담보하기 위해 수수하게 되는데, 보증금반환청구권과 목적물반환청구권과는 동시이행 관계를 인정하고 있고, 공증인증서에 의해 임대차 계약이 체결됐을 때 임대기간 중 매매가 되더라도 임차인은 임대인이나 양수인으로부터 보증금을 반환 받을 때까지 명도당하지 않는다(프랑스민법 제1749조).

8. 권리금

프랑스에서는 권리금이라고 할 수 있는 금액의 수수의 관행 및 그 의미는

매우 불명확하고 다양해서 그 수수의 유무에 의하여 구별하는 것은 부 적절하다고 한다. 다만 임차인이 가지는 영업소유권을 권리금의 개념으로 이해하기도 한다. 즉 1923년 법과 1953년 법령은 상공업용 가옥에 관한 영업소유권에 관한 규정들을 가지고 있는데, 이들 법령의 주안점은 임차물건에서 영업을 하고 있는 임차인의 영업재산의 유기적 활동의 기초가 되어 있는 건물임대차관계의 유지에 있고, 이러한 임대차 관계의 유지와 임차인의 영업재산이 총체의 영업소유권이라고 한다는 것이다.

그런데 여기서 영업재산 중 기계 등과 같은 유형의 물건은 영업장소인 임차물건을 명도하지 않아도 이동이 가능하므로 건물임대차관계의 유지로서 보호되는 것은 고객과 거래처라는 무형의 이익으로 이해되어 결국 영업소유권은 무형적요소와 유형적요소를 포함한 권리금이라고 할 수 있다는 것이다. 권리금을 영업소유권으로 이해하게 될 경우 권리금의 반환은 최저보상에 의해 규율된다고 할 수 있을 것이다.

9. 대항력

프랑스 민법 제1743호는 부동산임차권의 대항력을 인정하고 있다. 계약이 공증인증서로 체결된 경우에는 그 일부로, 사서증서에 의하여 체결된 경우 임차인이 세무관리청에 등록을 하면 그 일부에 의하여 대항력을 취득할 수 있으나(동법 제1743조 제1항), 53년 법에 의하여 강행법규로 부여되어 있는 최저기간 9년을 경과하지 않으면 해제의 효과는 발생하지 않고 임차인이 53년 법의 보호를 받기 위하여서는 상인은 상업등록부에, 수공업자는 사업자목록에 등록하여야 한다.(Baux commerciaux 제1조).

이러한 등록은 임대차계약 이전에 행할 필요는 없고 동 법령에 의하여 이익을 주장할 때에 등록되어 있으면 된다.

제4절 일본

1. 서설

일본의 임대차제도는 민법상의 임대차규정으로부터 시작되었다는 점에서 우리나라와 비슷한 측면이 있다. 일본은 제1차 세계대전 후에 물가상승과 대도시의 주택부족으로 주택임차인의 거주 불안정이 심각한 사회문제로 대두되었다. 이에 1921년에 차지법과 차가법을 제정하여 주택임차인의 보호와 주택의 합리적 이용을 꾀하였다. 그 후 중일전쟁의 장기화 등으로 주택난이 더욱 심화되자 임대인의 계약해지 및 기간갱신의 거절을 제한하는 차가법 개정을 1941년에 단행하였고, 이후 그 시행구역에 관한 제한을 철폐하고 전국에 적용하는 등의 개정을 거쳐 1991년에는 차지법과 차가법을 통합함과 아울러 건물보호에 관한 법률의 규정도 여기에 흡수해서 하나의 특별법으로서 차지차가법이 제정되었다(1992년. 8. 1. 시행).⁷⁷⁾ 그러나 민법의 임대차는 물론 차지차가법에서도 주거용건물과 상가건물의 임대차에 대하여 구별을 하지 않고 일률적으로 규정을 하고 있다. 그러나 조문에 따라 상가건물임대차로 해석하는데 대하여는 이론이 없다.⁷⁸⁾

2. 적용범위

상가건물의 임대차에 대하여 차지차가법을 적용하는 것에 대하여 판례와 학설은 각기 다른 입장을 보이고 있다. 판례는 상가건물의 임대차를 주거에 준해서 취급하는 입장과 차지차가법의 적용에서 제외시켜야 한다는 입장으로 대립되고 있고, 학설은 상가건물 임대차에 관한 특별법도 없고 차지차가법이 상가건물에도 포함되기 때문에 공동경영내지 이익분배의 내용이 불분명하지 않는 한 차지차가법의 규정을 전면적으로 상가건물에 적용해야 한다는 입장⁷⁹⁾

77) 永田眞三郎, “日本の借地借家法”, 土地法學 8, 1992, 83面.

78) 소재선, “독일에 있어서 주거목적 이외의 건물임차인 보호제도”, 경희 법학 제31권 제1호, 1996. 12, 184면.

79) 我妻榮, 賃貸借法概念, 法律時報 29卷 3號, 1957, 510面 ; 野村豊弘, 新借地借家法講座

과, 차지차가법에 명문규정이 없는 관계로 상가건물은 차지차가법의 적용을 할 수 없다는 입장⁸⁰⁾과, 당사자간의 계약명칭에 관계없이 각 조문별로 그 실체에 따라서 해석·판단하여야 한다는 절충설⁸¹⁾이 있다.

이렇게 여러 가지 학설과 판례가 있지만, 이법의 취지를 “... 건물의 임대차의 계약의 갱신, 효력 등에 관계되어 특별한 규정을 한다.(차지차가법 제1조)”고 하여 건물임대차에 대해 어떤 한정도 더하지 않았으며, ‘주거용건물의 임대차의 승계’라는 규정을 따로 두었다는 것(차지차가법 제36조)과 ‘상가건물’과 ‘주거용건물’이 같이 있는 겸용건물이나, 구분소유건물의 경우 부분적으로 영업용 임대가 된 경우 어떤 것이 영업용이고 주거용인가의 구별이 모호하여 이때는 이를 구별하지 않고 차지차가법의 적용을 받도록 하고 있는 것에 의견이 일치하고 있다는 점과 상가건물임대차의 특성상 계약이 계속되고 있을 시 ‘차임의 증감청구’ 또는 계약종료 시 ‘조작매수청구’ 등이 문제될 수 있는데 일본 민법에서는 이러한 내용에 관한 규정을 하고 있지 않고, 차지차가법 제32조에서 ‘차임증감청구권’, 제33조에서 ‘조작매수청구권’에 관한 규정을 하고 있으므로 이러한 내용의 문제가 발생할 때는 상가건물은 차지차가법의 적용을 받는다.

결국 일본에서는 상가건물임대차의 경우에도 차지차가법의 적용대상이 되어 차지차가법의 적용을 받고 있으며, 판례도 그러한 입장을 취하고 있다.⁸²⁾

3. 임차인·임대인의 의무

임차인의 주된 기본 의무는 차임 지급의무이다. 임차인은 건물사용의 대가

3, 借家編, 日本評論社, 1999, 368面 ; 澤野順彦, 稻本伴之助 共著, コメントール 借地借家法, 日本評論社, 1993, 6面 ; 권용산, 앞의 논문, 31면 재인용.

80) 石田喜久夫, “ヒルの賃貸借”, 契約法大系(3), 有斐閣, 1962, 290面.

81) 星野英一, 借地借家法, 法律學全集, 有斐閣, 1969, 499面 ; 이송희 앞의 논문, 45면 재인용.

82) 차가법상의 건물의 개념은 단독주택을 빌리는 경우는 물론, 건물의 일부의 셋방이어도 다른 부분과 구획되어 있어 구조나 규모로부터 독립적 배타적 지배가 가능하면 되며 이법의 적용이 되지 않는 것은 일시사용목적과 무상으로 건물을 임차한 경우일 뿐이다 ; 日最判 昭和42. 6. 2, 最高裁判所 民事判例集 21卷 6號 1433面.

로 임대인에게 차임을 지급하여야 한다. 임차인이 지불하여야 할 차임은 임대차계약의 내용에 따라 정하여지지만, 일반적으로 차임은 계약 성립 시에 발생하는 기본차임과 건물의 사용수익에 따라 순차적으로 발생하는 개개의 채권인 지분차임⁸³⁾이 있다. 임차인은 임차건물을 그 용법에 좇아 사용하지 않으면 안 되는데(일본민법 제594조 제1항) 이것을 적사의무라 한다. 만약 임차인의 적법 사용의무위반 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다. 이때 당사자의 한쪽에서 과실이 있는 경우이므로 손해배상도 청구할 수 있다(일본민법 제620조). 임차인은 임차건물이 제3자의 부당한 침해를 당한 경우에 지체 없이 임대인에게 통지하여야 할 의무가 있으며, 임차인 스스로 침해를 배제할 수 있다. 그밖에도 점유권자로서 침해의 형태에 따라서 점유보유의 소(일본민법 제198조), 점유보전의 소(일본민법 제199조), 점유회수의 소(일본민법 제200조)를 제기할 수 있다. 임차인의 고의과실로 인하여 손해를 가한 경우나 무단으로 전대한 경우, 보관의무의 위배가 있었다고 할 수 있다. 임차인은 수선을 요하거나 임차목적물에 권리를 주장하는 자가 있는 경우에는 지체 없이 임대인에게 통고해야 한다(일본민법 제615조). 또한 임대인이 임대건물의 보존에 필요한 수선이나 기타의 행위를 하고자 할 때에 임차인이 이를 허용하여야 할 보존행위허용의무가 있다(일본민법 제606조 제2항). 임대인은 임차인에게 건물인도의무, 건물수선의무, 방해제거의무, 하자담보책임, 비용상환의무 및 조작매수의무 등을 부담한다. 또한 임대인은 임차인의 의무에 대응하여 차임청구권, 차임증액청구권, 임차물반환청구권 및 계약해제권, 손해배상청구권 등도 가진다.⁸⁴⁾

4. 차임

건물의 차임이 경제사정의 변동에 따라 상당하지 않게 되었을 때에는 임대차계약의 조건에도 불구하고 당사자는 장래에 향하여 차임의 증감을 청구할

83) 지분차임은 변제기가 도래함으로써 독립성을 가지며 양도 처분이 가능하고 압류의 대상이 될 수도 있다.

84) 김선일, 앞의 논문, 467~470면.

수 있다(차지차가법 제32조 제1항). 이것은 차임을 경제사정의 변동에 따라 합리적으로 조정하고자 하려는 것이다. 차임증감청구권의 당사자는 건물임대인과 임차인으로 임대인은 차임증액청구권을, 임차인은 차임감액청구권을 행사할 수 있다. 계약당사자간의 차임을 증액하지 않겠다는 특약은 유효하나(차지차가법 제32조 단서), 감액하지 않겠다는 특약은 무효이다(차지차가법 제30조). 그러나 차임을 증액하지 않는다는 특약이 장기적이고, 그 사이에 경제적 사정의 변동이 있고, 그 변동이 특약당시 당사자의 예측을 초과하여 특약의 구속력을 계속 인정하는 것이 공평에 반하는 결과가 되었을 때에는 사정변경의 원칙에 의하여 증액청구권은 인정된다. 차임증감청구권은 형성권⁸⁵⁾으로 당사자의 일방적 의사표시에 의하여 효력이 발생한다.

5. 임대차 기간과 해지통고

임차권의 존속기간은 그 기간의 만료로 임대차는 종료한다. 일본의 차지차가법에는 법정갱신제도가 인정되어 있으므로 기간만료 전 6개월 내지 1년내에 갱신거절의 통지를 하지 않으면 기간이 만료되어도 소멸하지 않는다(차지차가법 제26조 제1항). 또한 갱신거절의 통지에 의해서 소멸한 경우일지라도 임차인이 계속 임대건물을 사용하는 경우에는 임대인이 지체 없이 이의를 내세우지 않으면 당해 임대차계약은 갱신하게 된다(차지차가법 제26조 제2항). 존속기간에 대한 규정은 강행규정으로 이 규정에 반하는 특약은 무효가 된다(차지차가법 제30조). 그러나 정기건물임대차(차지차가법 제38조)⁸⁶⁾는 법정갱신이 적용되지 않고 보상금을 청구할 수 있다. 보상금 지불의 채무와 건물명도에 따른 채무는 서로 동시이행관계에 있다. 임대차계약의 당사자는 채무불이행

85) 水本浩, 遠藤浩 共著, 新借地借家法, 日本評論社, 2000, 97面 ; 권용산, 앞의 논문, 33면 재인용.

86) 정기건물임대차의 도입에 대하여 일본에서는 다년간 많은 논란이 있었는바, 주로 민법 학자들은 임차인의 보호규정이 반감된다는 취지로 반대하였고, 경제학자와 정부에서는 양질의 주택공급과 도시의 균형개발이라는 취지로 정부주도로 제정되었다 ; 권용산, 앞의 논문, 33면.

기타 일정한 사유가 있는 때에는 계약을 해제하여 임대차를 종료할 수 있다. 계약일반에 적용하는 해제원인은 이행지체와 이행불능이며 임대차에 특수한 해제원인은 임차인의 의사에 반하는 보존행위(일본민법 제607조), 임차물의 일부멸실(일본민법 제611조 제2항), 임대인의 동의를 얻지 않고 이루어진 부적합한 양도 또는 전대이다(일본민법 제612조 제2항). 이러한 원인이 존재할 때 임대차계약의 당사자는 해제권을 행사하며, 동 행사는 상대방에 대한 의사표시로 하며(일본민법 제540조), 그 방법은 서면이나 구두로 또는 재판상이든 재판 외이든 상관없다. 이러한 해제는 상대방에게 의사표시가 도달할 때부터 장래에 향하여 그 효력이 발생한다.

6. 조작매수청구권과 비용상환청구권

일본의 차지차가법에는 우리나라의 시설물매수청구권에 해당하는 조작⁸⁷⁾매수청구권(차지차가법 제33조)이 있으며 이는 임차인이 임대인의 동의를 얻어 부가한 창호 기타의 조작과 임대인으로부터 매수한 조작의 비용을 임대차 종료 시 임대인에게 매수시킬 수 있는 권리를 말하는데, 이를 행사하느냐의 여부는 임차인의 자유이며 형성권이다. 조작매수청구권제도는 임차인이 임차건물에 투자한 자본의 합리적인 회수를 인정하는 동시에 건물의 객관적 가치를 증가시키고 있는 조작을 그 건물에서 제거함으로써 생기는 사회·경제적 낭비의 방지를 목적으로 한다.

임차인은 임차물에 대하여 수선·보존 기타의 비용을 지출한 때에는 그 것이 필요비인가 유익비인가에 따라 임대인에 대하여 그 비용상환을 청구할 수 있다(일본민법 제608조). 임대인은 임차물의 사용·수익에 대하여 필요한 수선·보존의 의무를 지고 있으므로 그에 필요한 비용은 임대인이 당연히 부담하여야 하는 것이다(일본민법 제606조 제1항).⁸⁸⁾ 따라서 민법은 임차인이 이와

87) 조작(造作)이라 함은 건물에 부가되어 건물의 사용에 편의를 주는 물건으로 건물의 구성부분이 아니고 건물과는 별개의 독립된 물건으로서 소유권이 임차인에게 귀속되는 것을 말한다.

88) 澤野順彦 外 5人 共著, 新借地借家法講座(3)借家編 日本評論社, 1999, 119面 ; 오정열,

같은 필요비를 지출한 때에는 곧 임대인에게 상환을 청구할 수 있다고 규정하고 있다(일본민법 제608조 제1항). 임차인이 임차물에 대하여 유익비를 지출할 때에는 건물의 반환 시에 그 가격의 증가가 현존하는 한, 사실상 지출한 금액 또는 임차물 가격의 현실의 증가액 중에 임대인의 선택으로 정하고, 그에 대하여 임차인이 상환청구를 할 수 있다(일본민법 제608조 제2항, 제196조). 임차인이 비용상환청구권을 행사한 때에는 임대인은 그 변제에 관하여 법원에 상당한 기한의 허가여부를 청구할 수 있으며(일본민법 제608조 제2항), 동 청구권은 임차인이 임대인에게 건물을 반환한 때로부터 1년 내에 행사하지 않으면 안 된다(일본민법 제621조, 제600조). 위 1년은 제척기간으로 이 기간이 도래하면 당연히 비용상환청구권은 소멸된다.

7. 임차권의 양도 · 전대

일본 민법에 의하면 임대인의 승낙 없이는 임차인은 임차권을 양도하거나 임차물을 전대할 수 없으며⁸⁹⁾ 임차인이 이 규정에 반하여 제3자로 하여금 임차물을 사용·수익시킬 때에는 임대인은 계약을 해제할 수 있다(일본민법 제612조 제2항). 만약 임대인의 승낙을 얻은 전대의 경우에도 임대인의 해제권을 조각시키는 것이지 임대인과 전차인 사이에 임대차관계를 새로 발생시키는 것은 아니다. 따라서 임대차가 종료한 때에 임대인은 전차인에 대하여 그 취지를 통지하지 않으면 그 종료만 가지고서 전차인에게 대항할 수 없다는 특칙을 두고 있다(차지차가법 제34조 제1항). 또한 임차인이 전차인에게 위와 같은 통지를 하였을 경우 전대차는 그 통지 후 6개월이 경과해야 임대차가 종료한다고 규정하여 전차인을 보호하고 있다(차지차가법 제34조 제2항).⁹⁰⁾

앞의 논문, 126면 재인용.

89) 永田眞三郎, 前掲論文, 87面.

90) 오정열, 앞의 논문, 127면.

8. 보증금

일본의 차지차가법은 일반적으로 보증금의 수수가 이루어지고 있으며 보증금은 계약종료 때 임차인이 채무불이행이 있으면 당연히 그 금액이 감액되고 채무불이행이 없으면 보증금은 임차인에게 반환된다. 보증금의 액수보다 임차인이 부담할 채무액이 많은 경우에는 법정충당의 순서에 의한다. 임대차계약을 체결할 때 보증금을 장래에 지급하기로 약정한 임대차계약도 유효하며 또한 장래 일정한 사유가 발생할 때 지급하기로 한 특약도 유효하다.

9. 권리금

권리금은 관행으로 계약서 상 명기되지 않은 상태에서 상당히 고액이 거래되어 왔으나, 민법상 권리금에 관한 규정은 없고 지대가임통제령이 이를 금지⁹¹⁾하고 있다. 일반적으로 권리금은 장소적 이익의 대가, 영업권의 대가, 임대료의 사전지급, 임차권의 대가, 임차권이익의 승낙에 대한 대가 등으로 정의되어 왔고 권리금의 형태로는 ①영업용 대가에 해당하는 권리금, ②임료의 전부에 해당하는 권리금, ③임차권의 양도성을 부여하는 대가에 해당하는 권리금, ④실제상으로 여러 가지 복합형의 권리금 등이 있다. 권리금은 '반환되지 않은 부금'의 형태로 나타났으나 판례는 권리금을 투자로 인정하되, 반환하여야 할 권리금의 대상은 객관적인 장소적 이익의 대가만을 인정하고 있다. 한편 임대인이 바뀔 경우 권리금의 반환의무의 승계에 관하여 판례는 부정하고 있다.

10. 대항력

일본법 상 임차권의 대항요건은 원칙적으로 등기이다(일본민법 제605조). 그

91) 지대가임통제령은 원래 권리금의 수수를 인정하고 금액의 통제만 해왔으나 1948년 10월 9일 개정하면서 어떠한 명의로도 임대인이 임차인으로부터 권리금을 수수할 수 없다고 규정하고, 이에 위반할 경우 벌칙이 가해졌다.

러나 부동산에 관한 임차권의 등기는 임대인과 임차인이 공동으로 신청하여야 하는데(일본 부동산등기법 제60조) 임대인이 등기신청에 협력을 하지 않으면 임차인은 임대인에게 등기청구권만 있을 뿐이다. 그밖에 임대차의 종류에 따라 등기에 대신하여 인정되는 대항요건들이 있다. 토지임차권은 그 지상건물의 등기로써 대항력이 인정되며(차지차가법 제10조), 건물임차권은 건물의 인도가 있는 경우에는 이후에 그 건물에 관하여 물권을 취득한 사람에게도 그 효력이 생긴다(차지차가법 제31조).⁹²⁾

일본민법 제602조에 의하면, 처분의 능력 또는 권한 없는 자가 임대차를 하는 경우에는 그 임대차는 다음 기간을 넘기지 못한다고 규정하여, 수목의 식재 또는 벌채를 목적으로 한 삼림의 임대차는 10년, 기타의 토지의 임대차는 5년, 건물의 임대차는 3년, 동산의 임대차는 6개월을 넘지 못하도록 규정하고 있다.



92) 永田眞三郎, 前掲論文, 87面.

제4장 각국의 입법비교를 통한 상가건물임대차보호법의 문제점 개선방안

제1절 서설

주거용건물이 임차인의 생존기초와 관련되어 있어 국가가 일방적으로 임차인을 위하여 간섭하게 되는 것과는 달리 상가건물의 임대차는 근본적으로 영업상의 이익 또는 재산권을 확보하려는 데 관련되기 때문에 원칙적으로 계약자유의 원칙이 지배된다.

그러나 임차권에 대한 입법의 태도는 민법상 물권과 채권으로 보호하는 것 외에 특정한 대상에 한하여 일정한 범위 내에서 특별법으로 보호하고 있는 것이 보통이다. 이러한 보호의 대상에 영업을 목적으로 하는 상가건물 등을 포함하여야 하는지의 여부는 각 나라에 따라 그 입장을 달리하고 있다.

영국과 프랑스는 우리나라와 마찬가지로 주거용건물의 임대차에 관한 법률과 상가건물의 임대차를 별도로 규율하고 있고 독일은 현재 민법전에 통합하여 계약자유의 원칙을 지켜서 사적보호를 강조하려는 것을 볼 수 있다.

한편 우리나라의 상가건물임대차보호법은 2002년 11월 1일부터 시행되었지만 충분한 조사나 자료도 없이 여론에 밀리어 행하여 졌기 때문에 많은 문제점들이 도출되고 있다. 이에 특히 문제되고 있는 ‘적용범위’, ‘대항력’, ‘임대차기간’, ‘차임’, ‘보증금’, ‘권리금’ 등의 내용을 외국 각국의 입법의 내용과 비교하여 이를 통해 그 개선방안을 찾아보고자 한다.

제2절 비교분석 및 상가건물임대차보호법의 문제점 개선방안

1. 적용범위

우리나라와 영국은 상가건물임대차법의 보호를 받기 위해 몇 가지 요건을 갖추어야 하는 제한을 받는다. 즉, 우리나라는 ①사업자등록대상이 되는 건물, ②주된 부분이 영업용으로 사용되는 건물, ③기준보증금액이내의 임대차, ④일시사용이 아닌 임대차, ⑤등기하지 않은 전세계약인 경우, ⑥상가건물임대차보호법 시행 후 체결된 임대차 등에 적용되며, 영국은 ①임대차관계일 것, ②임차인이 점유하고 있을 것, ③사업을 목적으로 하고 있을 것 등으로 적용범위에 다소 제한을 두고 있으며 그 내용은 다소 차이를 보이고 있다.

겸용건물인 경우 그 주된 부분이 상가건물인지 아니면 주거건물인지의 여부에 따라서 법원이 판단하는 우리나라와는 달리 영국은 어느 사용목적이 지배적인가를 묻지 않고 상가건물임대차법이 적용되고 있다는 것과 위의 요건을 충족하고 있더라도 농지임대차, 광산의 채굴을 목적으로 하는 임대차, 주류판매행위, 임대인에 고용된 임차인이 고용기간 중 이용되는 것이 허용된 건물, 6개월 미만의 임대차, 임대인이 공적단체로서 그 단체의 목적달성에 필요한 경우, 임대인이 정부여서 건물의 임대가 공익에 관계되는 경우는 상가건물임대차법의 적용대상에서 제외되는 점은 보증금과 월세의 규모가 대통령이 정하는 보증금액을 초과하면 그 적용대상에서 제외시키는 우리나라와는 차이를 보인다.

한편 독일은 그 적용범위가 우리나라에 비해 너무 광범위한 것으로 보인다. 독일민법에서는 ‘주거공간이 아닌 공간’이라는 표현을 사용하고 있을 뿐이어서 그 해석이 문제가 될 수 있는데 결국 독일민법은 상가건물임대차에 대한 직접적인 규정을 하지 않았으므로 당사자간의 계약상 합의한 사용목적에 따라 구별할 수밖에 없으며 일반적으로 상거래에 참여하는 생업의 목적에 사용되는 공간뿐만 아니라 넓은 의미에서는 자유업의 활동, 농업과 임업의 목적을 위하여 사용되는 공간과 심지어는 비독립적 생업의 활동공간에서도 상가건물임대차가 이루어진다. 이것은 주된 부분이 영업용으로 사용되는 경우로 국한되는 우리나라와는 다소 차이가 있다.

그리고 우리나라에서는 상가건물(제3조 제1항의 규정에 의한 사업자등록의

대상이 되는 건물)의 임대차에 대하여 상가건물임대차보호법이 적용되는데 비해 프랑스는 건물이 건축되어져 있지 않은 토지라 하더라도 그것이 토지소유자의 동의에 의하여 영업용 건물을 건축하기 위한 토지라고 한다면 그 토지의 임대차는 보호 적용대상이 된다는 점과 임대하는 건물은 폐쇄가능하고 지붕이 덮여 있는 건물이어야 한다는 제한을 두고 있다.

그런데 독일과 프랑스의 경우 그 적용범위가 우리나라에 비해서 너무 포괄적이어서 이 법의 보호의 필요성이 덜한 부분까지도 보호를 하게 된다. 따라서 우리나라의 현실과는 다소 맞지 않는 것처럼 보인다.

한편 일본은 우리나라가 주택임대차와 상가임대차를 따로 규율하는 것과는 달리 차지차가법에서 주택임대차와 상가임대차를 일률적으로 규율하고 있다.

우리나라의 적용범위에서의 외국과의 가장 큰 차이점은 보증금액수를 제한하고 있다는 것이며 만약 그 기준을 벗어나면 보호를 받을 수 없다는 것이다.

이러한 임대차보증금의 상한선에 대한 제한규정은 외국의 어느 입법에서도 볼 수 없는 규정이며 상가임차인의 단독적 의사와는 관계없이 임대차 보증금이 결정되어지고 그 결과에 대해서는 임차인의 책임과 직결되므로 환산보증금을 초과하는 상가임차인들은 임대인과 대등한 관계에 있다고 하여 전혀 보호를 받지 못하는 것은 경제적 약자를 보호한다는 입법취지에 반하는 것이라 할 수 있다.

이러한 문제를 해결하기 위해서는 적용범위를 확대하는 방법이 있다. 그러나 앞서 말 한바와 같이 독일의 경우처럼 너무 포괄적으로 확대를 한다면 임대인에 비해 경제적 약자인 임차인을 보호한다 라는 취지를 벗어나게 되므로 이 법의 보증금 적용범위를 상가건물에 대한 최초의 임대차계약 당시에 약정한 합산보증금을 기준으로 정하고, 차후에 동일 임대차에서 임대인의 차임 등의 증감청구권의 행사에 의하여 인상된 합산 보증금이 시행령에서 규정한 합산 보증금의 범위를 초과하더라도 계약갱신요구권을 행사하여 계약기간을 갱신하고 있는 경우에는 계속해서 보호를 받도록 규정할 필요가 있다.

그리고 우리나라 상가건물임대차보호법의 적용대상에서 상가건물이란 광범

위한 개념으로 보면 도박장이나 사행행위를 목적으로 하는 사업주에게까지 적용대상이 된다. 그러나 이것은 본법의 입법취지 상 바람직하지 않다. 그러므로 영국의 경우처럼 도박이나 사행업종 등 일정한 업종을 적용범위에서 제외하는 것도 고려해 볼만할 것이다.

2. 대항력

우리나라를 비롯한 외국의 각 국은 대체로 대항력을 인정하고 있다. 단 영국은 일찍부터 방해배제청구권을 인정해오고 있으며 따로 공시제도를 두고 있지 않은 점은 우리나라와 다르다.

한편 우리나라는 건물의 인도와 사업자등록을 대항요건으로 하고 있는 반면 프랑스는 법으로 대항력을 인정하며 계약이 공증인증서로 체결된 경우에는 그 일부로, 사서증서에 의하여 체결된 경우 임차인이 세무관리청에 등록을 하면 그 날짜에 의해 대항력을 취득하나 임차인이 1953년 법의 보호를 받기 위하여서는 상인은 상업등록부에, 수공업자는 사업자목록에 등록하여야 한다.

일본은 등기를 대항요건으로 한다는 점이 우리나라와 다르다.

외국의 입법례는 대항력의 내용으로서 주로 제3자에 대한 임차인의 목적물에 대한 사용권의 확보를 다루고 있다. 그러나 우리나라는 대항력이 사용권의 확보를 넘어서 주로 임차인으로 하여금 거액의 임차보증금의 회수를 원활하게 보장하기 위한 제도이다. 그러므로 건물의 인도와 사업자등록의 두 가지로 대항력을 인정하는 현행법은 임차인을 보호하기에는 완전한 규정일 수 없고⁹³⁾ 이를 보완할 수 있는 공시방법이 필요하다.

실제로 우리나라에서 대항력 발생요건으로서의 공시방법인 사업자 등록제도는 임대차등록제도와 확정일자 또는 공증제도를 결합한 공시방법을 사용하는 프랑스법의 형식을 도입하려 하였지만 그러한 공시방법이 가능하려면 프랑스의 임대차등록부와 같은 상가임대차에 관한 공부를 만들어야 하는데 이 경우 공부를 만들기 위한 특별법과 특별예산이 소요되어 현실적으로 이 법의 추

93) 김동국, “상가건물임대차보호법의 문제점”, 법률신문 제3055호, 2002, 3. 24.

진이 어렵게 되어 도입된 제도이다.

이와같이 우리나라 상가건물임대차보호법의 대항력요건인 사업자등록제도는 행정기관의 행정업무의 편의를 위하여 작성된 공법적인 장부로 부동산등기부와 같은 사법적인 권리관계를 공시하는 장부가 아니므로 공시방법으로는 불완전한 것으로 보여 진다.

그리고 소규모 사업자는 부가가치세법에서 면제되는 사업자로 사업자등록을 하지 않아도 아무런 제재를 받지 않고 사업을 할 수 있는데 이 경우는 대항요건인 사업자등록을 하지 않았으므로 이 법의 보호를 받지 못한다.

그러므로 장기적으로 우리나라도 프랑스, 영국 등과 같이 소유관계, 물권관계를 공시하는 부동산 등기부제도 이외에 임대차 관계를 공시하는 임대차등록제도를 만들고 이를 공시방법의 수단으로 활용하는 방안을 모색하는 것이 바람직 할 것이다.⁹⁴⁾

영국과 프랑스 등의 경우와 같이 주택·상가 임대차를 등록하게 되면 임대료 등의 비교가 가능하여 임대료가 폭등하는 것도 막을 수 있어 임대료의 통제가 어느 정도 가능할 것으로 보이며 우리나라의 심각한 전세·월세난에 대처하기에도 유용하다고 생각된다.

3. 임대차기간

임대차기간은 우리나라를 비롯한 외국의 각 국도 당사자들의 합의에 의해 정하는 것을 원칙으로 하고 있다.

영국은 존속기간을 당사자의 합의로 정할 수 있고 그 존속기간의 만료로 임대차는 종료하나 단, 주기임대차, 월불임대차, 연기임대차 등 차임의 지불기간만 정해져있는 경우에는 해지통고에 의해 임대차가 종료하는데 임대차가 종료한 경우에도 임차인이 보증금을 반환 받을 때까지 존속하는 것으로 보는 우리나라와는 차이를 보이며 임대차기간이 종료 후 임차인이 임차물을 계속사용

94) 김남근, “상가건물임대차보호법의 개선방향에 대하여”, 시민과 변호사 통권 108호, 서울지방변호사회, 2003. 1, 16면.

하고 있을 때 우리나라는 구체적인 기간을 정하지 않고 상당한 기간 내에 임대인이 이의를 제기하지 않으면 전임대차와 동일한 조건으로 다시 계약된 것으로 보는 반면 영국은 임대인이 이의를 제기할 수 있는 기간을 2개월 이내로 정하고 있고 만약 신임대차가 발생할 경우 우리나라에서는 그 임대차의 존속기간이 없는 것으로 하여 임차인은 언제든지 임대인에 대하여 계약해지의 통고를 할 수 있고 임대인이 그 통고를 받은 날로부터 3월이 경과하면 그 효력을 발생하도록 하고 있지만 영국은 신임대차를 허용하는 경우에는 그 존속기간을 14년 미만으로 하면서 인플레이션, 당사자의 공평을 고려하여 특별한 사정이 없는 한 7년의 기간을 정하고 있다.

그리고 우리나라와 영국은 임대인이 계약갱신요구를 거절할 수 있는 정당한 사유들을 규정하고 있는데 우리나라는 임차인이 ①3기의 임차액에 달하도록 차임을 연체하는 경우, ②임차인이 허위 등 부정한 방법으로 임차한 경우, ③쌍방합의로 임대인이 임차인에게 보상을 한 경우, ④임차인이 임대인의 동의 없이 전대를 한 경우, ⑤임차인이 고의 또는 중과실로 임차물을 파손한 경우, ⑥임차건물이 멸실된 경우, ⑦임대인이 건물을 철거하거나 재건축하는 경우, ⑧기타 임차인이 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 존속하기 어려운 중한 사유가 있는 경우로 규정⁹⁵⁾을 하고 있고, 영국은 ①임차인이 임대차상의 수선의무를 위반하였을 경우, ②임료지불의무를 계속적으로 지체하였을 경우, ③임차인이 임대차에 있어서 중대한 의무위반, 목적물이용 관리에 관하여 임차인에 의한 위반이 있을 경우, ④임대인이 임차인에게 상당한 대체가옥을 제공한 경우, ⑤원래의 임대차 일부분이 전대차 되었고 임대인이 원 임대차의 종료를 기대하고 있는 경우에 있어서 임대인이 목적물의 전체를 임대하는 것이 유리한 경우, ⑥임대인이 목적물의 또는 대부분의 제거, 재건축 허가나 재건축을 의도하고 있을 경우, ⑦임대차 종료의 경우 임대인이 목적물을 사업 또는 거주를 위하여 사용할 필요가 있을 경우로 규정하고 있다.

이 내용을 비교해보면 우리나라에 비해 영국은 “임대차종료의 경우 임대인

95) 상가건물임대차보호법이 이러한 입법을 보이고 있는 것은 제정당시 지나치게 임차인의 보호에 치중한다는 비판이 많아 임대인의 지위를 고려했기 때문이다.

이 목적물을 사업 또는 거주를 위하여 사용할 필요가 있을 경우 계약갱신을 거절할 수 있다” 라고 하여 우리나라보다는 임대인에 대한 권리를 조금 더 고려하고 있는 것처럼 보인다.

한편 우리나라와 영국이 임차인의 계약갱신 요구 시 이를 거절할 수 있는 정당한 사유를 들고 있는 반면 독일은 ①계약에 좇은 목적물의 사용이 전부 또는 일부 임차인에게 적시에 허용되지 아니하거나 또는 후에 이를 할 수 없게 된 때, ②임차인이 의무 있는 주의를 게을리 하여 목적물을 현저히 위태롭게 하거나 권한 없이 제3자에게 목적물을 이전함으로써, 임대인의 권리를 현저히 침해 한 때, ③임차인이 연속하여 차임의 전부 또는 상당부분의 지급을 지체하거나 2기가 넘는 기간 내에 2개월분의 차임에 해당하는 금액만큼 차임의 지급을 지체한 경우 등의 사유가 있으면 각 당사자는 계약을 즉시 특별해지 할 수 있다.

프랑스는 상인의 영업활동의 안정, 특히 임차인의 입주 시에 청구되는 권리금과 균형을 도모하기 위해서 임대차기간을 강행규정으로 9년 이상으로 정하고 있고 임대인이 계약만료 전 6월부터 1월까지 기간 내에 임차인에 대하여 갱신거절의 통지 또는 조건의 변경에 대한 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 만료된 때에 전임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차 한 것으로 보며 이 경우 갱신된 임대차기간은 9년을 넘을 수 없도록 하고 있는데 이것은 갱신된 임대차의 존속기간을 정하지 않는 우리나라와는 차이를 보이고 있다. 한편, 임차인은 3년의 기간이 종료할 때마다 적어도 6개월 전에 재판 외 서면에 의하여 해지신청권을 갖는데 이때 임대인도 같은 절차에 의해 해지신청에 관한 권한을 가지게 되는데 엄격한 조건이 따른다. 즉, 건물의 건축, 기존건물의 개축 또는 증축, 부동산 보수사업의 실시범위 내에서 명하여 지고 허가되는 공사를 행하기 위해서만 그 권한이 인정되어 우리나라에서 임대인이 계약해지를 요구할 수 있는 사유들 보다 더 제한되어져있어 있고 차임의 연체로 인한 해제조항도 차임지급청구의 1개월 후가 아니면 효과가 발생하지 않는다고 하는 것과 해제가 재판상 확인되고 선언되는 경우를 제외하고 임차인은 최대한 1년

의 지급유예기간을 예정하고 법원에 청구할 수 있고, 임차인은 법관의 정한 조건에 따라 차임을 변제하는 경우에는 해제조항은 적용되지 않는다고 하여 이중으로 제한하고 있는데 이는 3기의 차임을 연체한 경우 임대인은 임차인의 계약갱신요구를 거절할 수 있다는 우리나라와는 차이점을 보인다.

한편 우리나라와 영국은 임대인이 정당한 사유 없이는 계약갱신을 거절할 수 없는데 반해 프랑스는 갱신거절의 자유를 인정하면서 퇴거보상을 하도록 하고 있다.

위에서 살펴 본바와 같이 우리나라뿐만 아니라 외국의 각 국도 임대차기간과 계약의 갱신의 기준을 정할 때 임대인의 입장보다는 임차인의 입장을 우선시하고 있다. 특히 우리나라와 프랑스는 다른 나라들에 비해 임차인의 입장을 더 많이 고려하고 있는 것처럼 보인다.

그러나 우리나라의 상가건물임대차보호법은 사회보장적인 성격을 가지고 있는 특별법으로 영세한 임차인을 존속기간이라는 규정을 통하여 보호한다는 취지는 좋다고 하더라도 이러한 규정은 임대인의 소유권을 과도하게 침해하는 것으로 헌법에 의하여 보장되고 있는 재산권에 대한 본질적 침해 내지는 과잉금지의 원칙에 위배되는 것이다.⁹⁶⁾

그러므로 계약갱신거절권의 사유로서 ①당사자간의 합의 하에 임대인이 임차인에게 상당한 보상을 제공한 경우, ②임차인이 임대인의 동의 없이 목적건물의 전부 또는 일부를 전대한 경우, ③임대인이 목적건물의 전부 또는 대부분을 철거하거나 재건축하기 위해 목적건물의 점유회복이 필요한 경우, ④그 밖에 임차인이 임차인으로서의 의무를 현저히 위반하거나 임대차를 존속하기 어려운 중대한사유가 있는 경우는 계약갱신을 거절할 수 있도록 하고, 그 밖의 사유는 법정해지사유로 정하여 상가임차인의 해석상의 명백한 기준을 제시하는 것이 타당하다. 그리고 법정해지사유로 정한 내용 중 차임의 연체기준을 3기로 정한 것을 독일처럼 2기로 하는 것도 임대인이나 임차인간의 형평성 유지를 고려해볼 때 바람직하다고 생각된다.

96) 윤철홍, “상가임대차보호법의 주요내용과 문제점”, 법률신문 제3047호, 2002. 1. 31 ; 소재선, “제정상가임대차보호법의 문제점과 개선방안”, 경희법학 제36권 제2호, 2001.

4. 차임

차임은 우리나라를 비롯하여 외국 각 국들도 일정한 규정이 없이 당사자들의 합의에 의하여 정하도록 하고 있다. 그래서 각 국의 차임에 대한 규정은 비슷한 양상을 보이고 있다.

영국은 특별법에 의한 차임액에 대한 제한이 따로 없기 때문에 자유롭게 정할 수 있다. 다만 인플레이션에 의한 물가상승에 대응하기 위하여 차임의 개정을 단기간마다 행하도록 하고 있는데 이는 우리나라가 차임증액의 경우 과도한 임대인의 증액요구로부터 임차인을 보호하기 위해 증액이 있는 후 1년 이내에는 증액을 할 수 없다고 규정한 것과 차이를 보이고 있다.

독일과 프랑스도 마찬가지로 차임의 증감의 경우에 당사자의 합의로 정하는 것을 원칙으로 하는데 만약 당사자와의 합의가 이루어지지 않을 경우에는 제3자인 중재감정인 또는 중재재판소에 위임할 수 있는데 이는 법원에서만 확정하는 우리나라와는 다른 점이다.

그런데 영국의 경우처럼 단기간마다 차임의 개정이 이루어진다면 대부분 경제적 약자인 임차인의 책임이 더욱더 가중될 것이므로 우리나라 현실에는 다소 적절하지 않은 것 같다.

우리나라 상가건물임대차보호법에서는 차임의 통제 규정은 차임의 전반적인 통제라기 보다는 차임의 부당한 인상을 막으려는 취지로 보아야 하는데 이러한 차임의 통제는 신 계약체결 시 임대인의 임대보증금산정의 고액화를 부추기게 되고 특히 거래현실은 연12%임대료 인상의 상한선을 단지 상한선으로 받아들이는 것이 아니라 오히려 인상의 기준선으로 받아들여 매년 12%로 인상하려는 경향이 나타나게 되고 그 인상 후 합산보증금이 이 법의 적용범위를 벗어나게 되어 보호를 받지 못하는 경우가 생기게 된다.

그러므로 최초의 임대차계약 당시에 약정한 합산보증금을 기준으로 상가건물임대차보호법의 적용범위를 결정하도록 하면서 동일 임대차의 기간갱신에 대한 인상보증금액은 동 법의 적용범위를 정함에 있어서 산입하지 않도록 하는 방안을 강구할 필요도 있다. 또한 약정한 차임 또는 보증금이 인근의 유사

한 상가건물에 비하여 현저히 부당하고 당사간의 합의가 이루어지지 않는 경우에는 독일이나 프랑스처럼 제3자를 통하여 중재하는 방법도 고려해보는 것이 바람직할 것으로 보이며, 또한 임대차 분쟁기구 등을 통하여 조정권고 등 필요한 조치를 할 수 있게 하는 한편 차임 등 증감 청구권의 규정을 위반할 경우에는 시정조치 등을 할 수 있도록 하여 법 적용의 실효성을 도모함이 바람직하다.

5. 보증금

우리나라를 비롯하여 외국의 각 국은 보증금에 대해 명시적인 규정을 하고 있지는 않다.

일본의 보증금은 약 1~2개월의 차임 상당액으로 차임연체 및 임차물 훼손의 경우 임차인의 채무를 담당하는 기능을 한다. 하지만 우리나라의 보증금은 일본과 달리 고액인 경우가 일반적이며 보증금이 임차인의 전 재산에서 차지하는 비중이 크다는 점에서 차이를 두고 있다.

프랑스는 계약체결 시 수 월의 차임의 선불은 보증금과 유사하나 이러한 보증금부 선불의 고액화를 남용하기 위하여 2월분이 넘는 차임액의 선불의 경우에는 프랑스은행 통용이자율로 계산된 이자가 발생하는 것을 규정하고 있다는 것도 우리나라와 다르다.

특히 소액보증금의 최우선변제권은 외국의 임대차법에는 그 규정이 없는 우리나라의 유일한 제도로 1983년 주택임대차보호법에 처음으로 입법화하여 영세한 임차인을 보호하는데 기여했다는 점을 고려하여, 상가건물임대차보호법에도 그 규정을 입법화하여 소액임차인이 최우선변제를 받을 수 있도록 보호하고 있다. 이것은 소액보증금을 지불한 임차인에 있어서 그 보증금이 임차인의 전 재산이 될 수도 있기 때문에 그 보장을 강화하기 위한 의도로 보인다.

그러나 경매위기에 있는 임대인의 경우 임차인과 공모하여 가장임대차계약을 체결하고 대항력을 보유할 수도 있다. 특히 상가건물은 가장임차인이 발생

할 가능성이 매우 높다. 이러한 가장임차인의 출현으로 인하여 건물을 주된 담보로 하고 있는 담보물권 거래계 질서와 부동산 거래에 큰 피해를 줄 수 있을 것이다. 더 나아가 우선배당과 관련한 소송의 증가로 인한 소송비용과 법원의 인력낭비, 소송사기로 인한 전과자 양산 등의 문제도 예견된다. 이러한 가장임차인에 대한 예방책으로 대항요건을 갖추기 전에 가압류, 가처분, 압류 등의 등기가 경료 되었거나 담보권 설정 후에 건물의 내부구조를 무단으로 변경하는 경우 등에 대해서는 이 법의 적용을 배제시키는 방법이 바람직하다.⁹⁷⁾

6. 권리금

권리금은 우리나라를 비롯한 외국의 각 국도 명시적 규정을 가지고 있지 않다.

영국은 임차물의 명도 시 임대인으로부터 임차인에게 지불되는 경우도 많고 특별한 규정이 없으므로 당사자의 자유에 의해 정할 수 있다는 것은 우리나라와 동일하나 권리금에 대한 계약은 대부분의 경우 사무변호사에 의해 작성되고 있으므로 권리금에 관한 법률문제가 소송이 되는 경우는 적다는 것이 우리나라와는 다르다.⁹⁸⁾

프랑스는 권리금이라고 할 수 있는 금액의 수수 관행 및 그 의미는 매우 불명확하고 다양해서 그 수수의 유무에 의하여 구별하는 것은 부적절하다고 한다. 다만 임차인이 가지는 영업소유권을 권리금의 개념으로 이해하고 있다는 점에서 우리나라와 다르다.

권리금은 상가건물의 임대차에서 임차인의 재산이므로 이 부분은 상당히 중요하고 대부분 상가임대차에서 임차인은 임대인 또는 전임차인에게 권리금을 주는 것으로 우리나라에서는 사실상 관행적으로 행하여지고 있다.⁹⁹⁾ 그러

97) 마상천, “상가 등 임대차보호관련 법안에 대한 의견”, 상가 등 임대차보호관련 법안에 대한 공청회(국회법제사법위원회자료집), 2001. 8. 28, 41면.

98) YMCA 시민중계실-점포임대차 분쟁사례조사보고에 따르면 권리금 15.9%로 가장 높다. 다음이 보증금 13.8%, 계약갱신 10.4%, 임대인측 피해 9.3%, 임차료과다인상 8.3%, 전대차 7.9%, 보증금보호 7.2%, 대항력 6.3%로 나타났다.

99) 이송희, 앞의 논문, 117~120면.

나 임차인이 임대인에게 권리금을 반환 청구를 하면 대부분의 경우는 기각되고 있는 실정이다.¹⁰⁰⁾

이에 대한 개선방향으로는 원칙적으로 권리금수수계약에서의 책임은 계약 당사자 자유의 원칙에 의해 양당사자의 의사에 의한 것이고 임차인이 권리금 수수계약을 할 때에는 자기 자신의 판단에 책임을 져야 하므로 임차인이 임대인에게 권리금반환을 요청할 때마다 임대인이 그 요구를 들어주는 것은 임대인에게 너무 큰 피해를 주는 것이므로 그리할 필요는 없고 단 계약기간이 종료되지 아니하였는데도 불구하고 임대인의 사정으로 중도 해지됨으로써 임차인이 피해를 입었을 때는 잔존기간에 대한 권리금을 반환하여야 한다는 규정을 정하여 임차인들의 권리금 보호를 위한 법적 장치를 마련하는 것이 적절하다.

또한 영국의 이익권(영업권)의 인정을 고려 해 볼 필요가 있다. 영국의 이익권은 우리의 권리금과 비슷해 보이기는 하지만 그것에는 투기적 성격의 금액이 포함되지 않으며, 단골고객, 투자된 시설가치를 포함하는 금액만을 의미한다. 이는 우리의 경우처럼 임차인의 노력과는 아무런 상관없는 투기적 요소가 많은 부분을 차지하는 권리금과는 그 성격을 달리하는 것으로 임차인 스스로의 노력으로 이룩한 가치평가이기 때문에 인정하는 것이 오히려 당연하다고 여겨지기 때문이다. 따라서 우리의 권리금으로부터 투기적 요소를 사회적 질서에 반하는 부당이득으로서 그 수수를 금지하고 진정한 가치로서의 고객확보 이익과 시설투자비만을 인정함으로써 제도권내로 끌어들이는 입법이 필요하다고 여겨진다.

그리고 영국의 경우처럼 권리금에 대한 계약을 사무변호사가 맡아서 하는 것도 문제점을 줄이기 위한 좋은 방법이다.

100) 최진구, “상가임대차보호법의 문제점과 과제”, 단국대 법학논총 제25집, 2001. 12. 31, 315~349면.

제5장 결 론

우리나라의 상가건물임대차보호법은 민법에 대한 특별법적 성격과 사회법적 성격, 강행규정으로서의 성격을 동시에 가지고 있다. 또한 이 법은 임대차관계에서 경제적으로 약자인 임차인의 권익을 보호함으로서 임대인과 임차인간의 불필요한 분쟁을 사전에 막을 수 있고, 상가거래의 공정한 거래질서를 확립하여 임차인들이 안정적으로 생업에 종사할 수 있게 하기 위하여 공시방법이나 계약갱신권 등 새로운 제도를 수용하는 형태로 입법되었다. 그러나 현행 상가건물임대차보호법은 임차인을 보호한다는 것에 지나치게 중점을 두고 입법한 점과 의원입법에서 오는 체계상·내용상 여러 가지 문제점들을 내포하고 있다.

이에 본 연구는 우리나라의 상가건물임대차보호법의 주요내용과 외국 입법례의 주요내용을 비교하여 그 적용범위, 대항력, 임대차기간, 차임, 보증금, 권리금에 대한 문제점들을 각 나라의 주요내용을 통해 개별 비교·분석하여 우리나라 상가건물임대차보호법의 문제점들을 외국의 입법례를 통해 그 개선방안을 찾으려 하였는데, 각 나라의 총체적 특징을 요약해보면 다음과 같다.

- ① 우리나라는 임대차계약에서 임대인에 비해 상대적으로 약자인 임차인을 보호하기 위해 1981년 주택임대차법을 제정하여 시행하였으나 그 적용범위에 상가건물은 제외되어 이 법의 보호를 받지 못해 많은 영세상인들이 불이익을 당하게 되었다. 이에 정부는 상가건물임대차보호법을 제정하여 2002년 11월1일부터 시행하게 되었다. 그러나 충분한 조사나 자료도 없이 여론에 밀려 행하여진 바 적용범위, 행정편의를 위해 채택되어진 대항력의 요건인 사업자 등록제도, 권리금, 보증금의 반환문제 등 많은 문제점들이 표출되고 있고 특히 외국 입법례의 어디에서도 찾아 볼 수 없는 적용범위에서의 상한선 제한이나 보증금의 최우선변제권 등은 우리나라 상가건물임대차보호법만의 특징이다.

- ② 영국은 전통적으로 불문법 국가이기는 하나 건물임대차에 관한 특별법은 다수 존재하고 있다. 1954년에 제정된 후 몇 차례의 개정을 거쳐 지금까지 시행되고 있는 임대차법에서 상가건물의 임대차에 관하여 규정하고 있으며 임차권의 갱신 및 개량비 상환청구권 등으로 당사자간의 이익을 조정하면서 임차인이 투자한 자본의 회수를 보장하고 있다.
- ③ 독일은 제1차 세계대전 후 임차인보호법을 제정 적용해오다가 주거용과 상가건물의 차이를 인식하고 1952년 ‘상가건물임대차법’을 제정하여 상가건물과 영업용 미건축지의 임대차는 임차인보호법에 의한 임대료 통제를 받지 않고 수요와 공급의 시장원리에 따라 임대료가 결정되도록 하였다. 그러나 1975년 특별법을 폐지하고 민법전에 일원화하려는 개정작업의 일환으로 동 법을 폐지하였다. 따라서 그 후 상가건물의 임대차계약은 기존 민법상의 임대차규정과 계약자유 원칙 및 당사자의 이익 등을 고려하여 성립되고 있다.
- ④ 프랑스는 1953년 9월 30일 제정되어 현재도 유효한 상사임대차법령을 기본입법으로 하여 영업이익을 수반하는 임차권의 양도금지특약 제한과 임대차계약 갱신거절의 경우의 퇴거 보상 등으로 영업이익을 보전하고 있다.
- ⑤ 일본은 차지차가법에서 적용대상에 대해 직접적으로 규정한 명문규정은 없으나 조문에 따라 상가건물의 임대차인 경우에도 차지차가법의 적용대상이 된다고 주장하는 견해가 유력하다.

위의 내용과 같이 우리나라는 임차인 측의 열악한 지위만을 내세워 임대인 측을 고려하지 않는 입법적 태도를 보이고 있는데 이에 반해 영국, 독일, 프랑스, 일본의 입법례를 보면 상가임대차 관계에 있어서 임차인이 열악한 지위에 있는 자로서 강한 법 사회적 보호를 필요로 한다는 전제에서 출발하는 것이 아니라 당사자간의 형평유지라든가 상가건물임대차제도의 근대화를 위한 보충적 입법으로 나아가는 것이 일반적인 경향이다. 그러므로 우리나라도 임차인과 임대인의 관계에서 다소 열등한 임차인의 지위를 대등한 수준까지 끌어

어울림으로써 사적자치가 바로 설 수 있게 하는 형평유지의 관점으로 접근해 나가야 하겠다.

특히 독일과 같은 경우처럼 상가건물임대차관계를 특별법으로 규율해오다가 어느 정도 제도적인 안정을 이루게 되자 특별법을 민법으로 편입시킴으로써 일반법에 의한 규율로 전환 한 것은 우리에게 시사하는 바가 크다고 할 수 있다.

현행 상가건물임대차보호법은 2002년 11월1일에 시행된 이래 여러 가지 문제점들이 드러나고 있다. 본 법이 수많은 사람과 단체의 노력에 의해 좋은 의도로 제정 된 법이니 만큼 이러한 법을 얼마나 효율적이고 합리적으로 운영할 것인지는 우리의 노력여하에 달려 있는 것이다. 앞으로 다양한 의견을 수렴하고 우리나라보다 훨씬 앞서서 이 법을 시행하고 있는 외국의 사례들을 잘 살펴서 현행 상가건물임대차보호법의 문제점들과 비교하여 그 개선방안을 모색해 나가는 노력이 필요 할 것으로 보여 진다.



◆ 참고문헌 ◆

- 국내 단행본 -

- 곽윤직, 채권총론, 박영사, 2000.
권용우, 채권각론, 법문사, 1996.
김기선, 한국채권법각론, 법문사, 1988.
김명준 외 4인 공저, 민법 및 민사특별법, 한국교육문화원, 2001.
김상용, 채권각론, 법문사, 1999.
김형배, 채권각론, 박영사, 1997.
김효석, 주택임대차분쟁의 법률실무, 법률서원, 1999.
민일영, 민법주해, 박영사, 1999.
박해식, 주택임대차보호법해설의 법률지식, 청림출판, 2000.
소재선, 상가건물임대차법, 경희대학교출판국, 2005.
윤철홍, 채권각론, 법문사, 2001.
이은영, 채권각론, 박영사, 2000.
정승열, 상가주택임대차보호법실무, 법률정보센터, 2003.
지원림, 민법강의, 홍문사, 2002.
현승중, 전세권 및 임차권의 강화, 박영사, 1982.

- 국내 논문 -

- 강교식, “상가건물임대차보호법 대응방안”, 감정평가논집 제12집 제2호, 2002.
권용산, “상가건물임대차보호법의 문제점과 개선방안”, 청주대학교 박사학위논문, 2002.
김남근, “상가건물임대차보호법의 개선방향에 대하여”, 시민과 변호사 통권 108호, 서울지방변호사회, 2003.

- 김동국, “상가건물임대차보호법의 문제점”, 법률신문 제3055호, 2002. 3. 24.
- 김선일, “제정상가건물임대차보호법의 재검토”, 민사법학 제22호, 한국민사법학회, 2002.
- 김용우, “영업용건물임대차보호의 적정성”, 현안분석(133호), 국회입법조사분석실, 1996.
- 김주원, “상가임대차보호법의 제 문제”, 인권과 정의 제310호, 대한변호사협회, 2002.
- 마상천, “상가 등 임대차보호관련 법안에 대한 의견”, 상가 등 임대차보호관련 법안에 대한 공청회(국회법제사법위원회 자료집), 2001.
- 박영욱, “상가건물임대차보호법”, 법제11월호, 법제처, 2002.
- 법무부, “각국의 영업용건물임대차법제”, 법무자료 제207집, 1996.
- 소재선, “비교법 적 측면에서 본 점포임대차보호법안의 문제점과 입법과제”, 경희법학 제32권 제1호, 1997.
- _____, “제정상가임대차보호법의 문제점과 개선방안”, 경희법학 제36권 제2호, 2001.
- _____, “독일에 있어서 주거목적 이외의 건물 임차인 보호제도”, 경희법학 제31권 제1호, 1996.
- 손상익, “상가건물임차인과 임대인에 대한 세법적용 검토”, 월간 조세 통권 174호, 2002.
- 양창수, “독일의 새로운 임대차 법”, 서울대학교 법학연구 제43권 제2호, 2002.
- 어인의, “보증금과 권리금에 관한 고찰”, 법학논집 제10집, 청주대학교법학연구소, 1995.
- 오정열, “영업용건물의 임대차보호에 관한 연구”, 동의대학교 박사학위논문, 2001.
- 윤철홍, “상가건물임대차보호법의 문제점”, 비교사법 제9권 제1호, 한국비교사법학회, 2004.

- _____, “상가임대차보호법의 주요내용과 문제점”, 법률신문 제3047호, 2002. 1. 31.
- 이송희, “영업용건물의 임대차에 관한 연구”, 전주대학교 박사학위논문, 1995.
- 전재원, “상가건물임차보증금 보호관련 부가가치세법시행령 개정 내용 해설”, 지방세, 2002. 제6호 통권74호, 한국지방재정공제회, 2002.
- 최진구, “상가건물임대차보호법의 문제점과 과제”, 단국대 법학논총 제25집, 2001.

- 외국문헌 -

- 内田勝一, 現代借地借家法學の課題, 成文堂, 1997.
- _____, “營業用建物の賃貸借に關する比較法的研究①”, NBL NO, 362, 1986.
- 藤井俊二, 現代借家法制の新たな展開, 成文堂, 1997.
- 吉田克己, “フランスニおける 商事賃貸借法制の形成と展開(1)(2)”, 社會科學研究 29卷 6號, 1978.
- 澤野順彦, 稻本伴之助 共著, コメントール 借地借家法, 日本評論社, 1993.
- 我妻榮, “賃貸借法概念”, 法律時報 29卷 3號, 1957.
- 野村豊弘, 新借地借家法講座(3), 借家編, 日本評論社, 1999.
- 星野英一, 借地借家法, 法律學全集, 有斐閣, 1969.
- 水本浩, 遠藤浩 共著, 新借地借家法, 日本評論社, 2000.
- 澤野順彦 外 5人 共著, 新借地借家法講座(3), 借家編 日本評論社, 1999.
- 永田眞三郎, “日本の借地借家法”, 土地法學 8, 1992.
- 石田喜久夫, “ビルの賃貸借”, 契約法大系(3), 有斐閣, 1962.
- P F Smith, The Law of Landlord and Tenant, Butterworths, 1993.
- Roquette, Die kleine Mietreform, 2. Aufl., C.H. Beck, 1953.

W. Weimar, Die Geschäftsraummiete, 5. Aufl., Boorberg, 1993.

- 기타문헌 -

국회사무처, 제181회 국회, 제사법위원회회의록 제13호, 1996.

상가건물임대차보호를 위한 상가건물임대차보호법안에 관한 공청회 자료집,
한나라당, 2001.

서울YMCA시민중계실, “점포임대차분쟁실태와 대책토론회 보고서”, 신문고
제34회, 1995.

