
2023년도 제2차 학술대회

- 집합건물의 임대차에 관한 법적 쟁점

일시 : 2023년 4월 14일(금) 14:00 ~18:00

장소 : 한양대학교 제3법학관 501호

【주최】

한국집합건물법학회

한국형사·법무정책연구원

한양대학교 법학연구소

2023년도 제2차 학술대회

집합건물의 임대차에 관한 법적 쟁점

일시 : 2023년 4월 14일(금) 14:00 ~18:00

장소 : 한양대학교 제3법학관 501호

【주최】

한국집합건물법학회

한국형사·법무정책연구원

한양대학교 법학연구소

(사)한국집합건물법학회 2023년 제2차 정기학술대회

한국집합건물법학회 회원여러분 안녕하십니까.

회원 여러분, 학회 회장으로 회원 여러분께 인사드립니다. 첫 인사인 만큼 학회의 올해 사업에 대하여 회장으로 몇 가지 소개를 드리고자 합니다.

먼저 예년과 달라진 부분부터 말씀드리겠습니다. 저희 학회는 지금까지 대학의 학기 개념으로 1년을 계산해왔습니다. 그래서 3월에 회장을 비롯한 새 집행부가 꾸려져 다음해 2월에 마무리되도록 일정을 짜왔습니다. 그런데 이것이 1월에 시작하여 12월에 한해를 마무리하는 일반적인 관념과 다르고, 무엇보다 회계처리나 한국연구재단 지원 등에 어려움을 주었습니다. 그래서 이번에 우리 학회도 이미 다른 많은 학회들이 그러하였듯이 임원변경 시기를 3월에서 1월로 앞당기고자 합니다.

다음으로 예년과 마찬가지로 네 차례의 학술대회를 잘 준비하겠습니다. 학술대회란 학회의 가장 중요한 사업인 만큼 충실하게 준비하여 회원 여러분들에게 도움이 되는 학술행사가 되도록 하겠습니다. 다만 내년부터 학회 일정이 1월에 시작하는 만큼 올해에 한하여 제2차, 제3차 학술대회를 각각 4월과 6월에 개최하도록 하겠습니다. 학술대회의 주제는 기존에 덜 다루어졌지만 우리 현실에서는 꼭 필요한 것들로 잡고 발표자분들은 보다 다양한 분야를 전공하시는 분들로 모시도록 하겠습니다.

세 번째로 학술대회와 함께 학회의 기본적인 활동의 양대 축을 이루는 학술지 발간 또한 예년과 마찬가지로 지속적으로 이루어질 것입니다. 작년에 전임 임원진의 노력으로 한국연구재단 학술지 평가에서 좋은 성적을 받은 만큼, 올해는 9월에 있을 학술지 지원사업도 한번 지원해보고자 하오니 회원 여러분의 많은 관심과 성원을 부탁드립니다.

네 번째로 학회란 공부하고자 하는 분들이 모이는 곳이니 만큼 우리 학회의 연구주제에 관심이 있는 많은 분들을 신입회원으로 모시고자 합니다. 회원 여러분의 많은 관심과 추천을 부탁드립니다. 법연구를 하시거나 법실무에 종사하시는 분은 물론이고 사회과학이나 공학을 전공하신 분들 가운데 집합건물에 관심이 있는 다양한 분들에게 학회를 소개시켜 주시고 저희 임원진에게 추천해 주시면 감사하겠습니다.

끝으로 올 한 해 회원 여러분의 직장과 가정에 평안함이 늘 함께하기를 기원하겠습니다.

2023년 4월
한국집합건물법학회 회장 이준형

- ◆주 제: 집합건물의 임대차에 관한 법적 쟁점
- ◆일 시: 2023년 4월 14일 (금) 14:00~18:00 (등록 13:30 ~ 14:00)
- ◆장 소: 한양대학교 제3법학관 501호
- ◆주 최: 한국집합건물법학회 · 한국형사·법무정책연구원 · 한양대학교 법학연구소

<주제> 집합건물의 임대차에 관한 법적 쟁점

- 개 회 사 : 이준형 교수 (한국집합건물법학회 회장)
- 인 사 말 : 하태훈 원장 (한국형사·법무정책연구원 원장)
- 축 사 : 박재완 교수 (한양대학교 법학연구소장)
- 사 회 : 오인영 변호사 (한국집합건물법학회 총무이사)

	사회자	시간	주제 및 발표자	토론자
제1주제	김제완교수 (고려대학교)	14:10 ~ 15:00	상가건물임대차에서 영업보장 -프랑스법을 참조로-	위계찬 교수 (한양대학교)
			박수곤 교수 (경희대학교)	임희찬 변호사 (법무법인 한원)
제2주제		15:00 ~ 15:50	주택임대차와 존속보장: 독일법을 참조로	송재일 교수 (명지대학교)
			이종덕 교수 (대진대학교)	박상준상무(한국주택임대관리협회)
휴식(15:50~16:10)				
제3주제	강혁신교수 (조선대학교)	16:10 ~ 17:00	주택 및 상가임대차 주요쟁점과 개선방안	서혜진 주무관 (서울시 소상공인협력팀)
			임정재 부연구위원/조제성 부연구위원 (한국형사·법무정책연구원)	김서기 교수 (상명대학교)
전체		17:00 ~ 17:30	종합토론	
임시총회		17:30 ~ 18:00	학회 임시총회	

1. 명예회장 추대의 건 : 전임회장 나병진 교수 (숭실사이버대)
2. 수석부회장 승인의 건 : 김성욱 교수 (제주대)
3. 감사 선출의 건 : 김건호 변호사 (유임)

- ◆ 우리 학회의 학술지 「집합건물법학」은 매년 4회(2월, 5월, 8월, 11월의 25일) 발간됩니다.
- ◆ 집합건물법학 제46집은 2023년 5월 25일에 발간됩니다.
- ◆ 수록논문을 보실 수 있는 곳
 - 창간호 ~ 제41집 : 학회 홈페이지(<http://www.kabl.or.kr>) ‘논문검색’ 란
 - 제8집 ~ 제45집 : 한국연구재단(JAMS) 포털 내 학회 홈페이지(<https://kabl.jams.or.kr>) ‘e-Journal’ 란
 - 2022년 발간 논문부터 : 교보스콜라 (<https://scholar.kyobobook.co.kr>)

작성 및 투고방법	<ul style="list-style-type: none"> ○ 한국집합건물법학회(http://www.kabl.or.kr) 사이트 우측 상단의 ‘논문투고’ 란을 참조하시기 바랍니다. ○ 논문 투고 후 심사진행 단계별로 전화 및 문자를 통해 안내드립니다.
제출처	○ 집합건물법학회 Jams 2.0 접속 (https://kabl.jams.or.kr)
게재료 및 심사비	○ 게재료 30만원 ※하나은행 772-910023-33704 (예금주: 한국집합건물법학회)

- ※논문투고 관련 사항은 편집위원장 강혁신 교수(innovation@chosun.ac.kr)에게 문의 바랍니다.
- ※집합건물법학 제46집을 인쇄본으로 받고자 희망하시는 회원께서는 총무이사 오인영 변호사(sylvia70oh@gmail.com)에게 연락주시기 바랍니다.

이사	성명(소속)	이사	성명(소속)
총무이사	오인영(법무법인 정률)	재무이사	김성은(한국집합건물진흥원)
학술이사	김태관(연세대), 김영두(충남대)	기획이사	박근웅(부산대), 진도왕(인천대)
운영이사	이영수(동국대)	편집·출판이사	손홍락(동아대)
홍보이사	오상민(변호사)	대외협력이사	박희호(한국외국어대)
연구이사			

- ◆ 편집위원회(위원장 강혁신 교수) 구성은 변동사항이 없습니다.

◆ 우리 학회는 회원님들의 소중한 회비로 운영되고 있습니다. 부디 회비납부에 적극 참여해 주시길 부탁드립니다.

- 회장 :100만원, 부회장: 30만원, 이사: 10만원, 일반회원: 5만원, 기관회원: 별도
- 연회비 납부 계좌: 하나은행, 772-910023-32104 (예금주: 한국집합건물법학회)

- ◆ 유의사항: 입금하실 때는 회원님의 존함과 함께 “회비” 문구를 꼭 기입해 주시기 바랍니다.
- ◆ 납부하신 학회비에 대해서는 기부금 영수증을 발급해 드립니다.

기타 회비납부와 관련한 사항은 김성은 재무이사(kablaw@daum.net)에게 연락 주십시오.

**제1발표 : 상가건물임대차에서
영업보장
- 프랑스법을 참조로 -
박수곤 교수(경희대학교)**

상가건물임대차에서의 영업권보장 - 프랑스법을 참조로 -

박수곤*

I. 들어가며

II. 영업권의 의의 및 보호필요성

1. 영업권의 의의

영업권(propriété commerciale)은 ‘영업 또는 영업재산(fonds de commerce)’에 관한 권리’로서 ‘영업 또는 영업재산(이하, ‘영업’으로만 표시함)’과 그 개념구별이 분명하지는 않은 것으로 평가할 수 있다.¹⁾ 다만, ‘영업’은 주관적 의미에서의 영업과 객관적 의미에서의 영업으로 나눌 수 있으며, 상인의 영리활동 전체를 주관적 의미에서의 영업이라고 할 수 있다는 점에서, 영업권의 객체로서의 영업은 객관적 의미의 영업을 가리킨다고 할 것이다. 즉, 객관적 의미의 영업은 상인이 이익을 창출하기 위하여 결합시킨 유·무형의 요소로 조직된 재산의 총체를 의미하기 때문이다.²⁾ 유형적 요소로는 영업을 위한 시설과 설비 및 상품을 예로 들 수 있으며, 무형적 요소는 이를 다시 무형의 재산과 사실관계로 나누기도 한다. 그리고 무형의 재산으로는 각종의 지식재산권(특허권, 상표권, 산업재산권 등)과 임차권을 포함시키며, 사실관계에는 상호와 간판,³⁾ 고객, 명성, 노하우, 거래처 등을 포함시키기도 한다. 우리나라에서의 학설 및 판례에 의하면 우리 상법에서 규정하는 영업양도에서의 영업도 객관적 의미의 영업을 가리킨다고 할 것이다.⁴⁾ 이와 같이 영업도 상인의 재산이므로 이를 양도하거나 담보로 제공할 수 있다(상법 제41조 이하 참조).

한편, 다수의 유·무형의 요소로 구성된 영업의 가치가 영업을 구성하는 개개의 요소의 가치의 총액보다 큰 경우에 이러한 가치를 ‘영업권(goodwill)’으로 부르는 경우도 있다. 그러나 규모가 작은 영업에 있어서는 영업의 구성요소인 개개의 요소의 가치와 영업의 가치 사이에 차이가 거의 없을 수 있는데, 그 대표적인 경우가 임차권 이외에는 별다른 영업의 구성요소가 없는 경우를 들 수 있으며, 이럴 경우에는 영업권과 영업의 구별 실익도 크지 않을 수 있다. 즉, 상가임대차에 있어서 영업권과 영업의

* 경희대학교 법학전문대학원 교수

1) 특히, 상법상 영업권은 어느 기업이 동종의 다른 기업에 비하여 초과수익력(超過收益力)을 가질 경우 그 초과수익력을 발생시키는 무형의 자산을 지칭하기도 하기 때문이다. 즉, 대법원 1985.04.23. 선고 84누281 판결에서도 “소위 영업권이라는 것은 그 기업의 전통, 사회적 신용, 그 입지조건, 특수한 제조기술 또는 특수거래관계의 존재 등을 비롯하여 제조판매의 독점성 등으로 동종의 사업을 영위하는 다른 기업이 올리는 수익보다 큰 수익을 올릴 수 있는 초과수익력이라는 무형의 재산적 가치를 말하는 것이다.”라고 판시하고 있다. 아울러 이러한 영업권은 무형의 재산적 가치로서 영업 또는 영업자산과 분리하여 양도할 수 없기 때문이다.

2) M. Pédamon, *Droit commercial, -Commerçants et fonds de commerce-*, 2e éd., Dalloz, 2000, p. 186~195.

3) M. Pédamon, *op cit.*, n° 293.

4) 이철송, 상법강의, 제14판, 박영사, 2022, 89면 이하.; 김흥기, 상법강의, 제7판, 박영사, 2022, 107면 이하.; 송옥렬, 상법강의, 제12판, 홍문사, 2022, 79면 이하. 우리 대법원도 “상법 제42조 제1항의 영업이란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻한다. 따라서 영업양도가 있다고 볼 수 있는지는 양수인이 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지에 따라 판단되어야 한다”라고 이해하고 있다(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다602 판결; 대법원 2017.04.07. 선고 2016다47737 판결 등 참조).

가치 차이가 크지 않은 경우에는 임차권의 보호가 곧 영업의 보호이자 영업권의 보호라고 할 수 있으며, 영업권과 영업의 가치 차이가 클 경우에는 상가임차권의 보호 이외에도 또 다른 영업의 구성요소에 대한 보호가 영업권의 보호라는 측면에서 논의의 대상이 된다.

다른 한편, 위에서 언급하지 않은 영업의 요소로서 영업의 장소가 영업에서 차지하는 의미가 남다른 경우가 있을 수 있다. 즉, 대규모영업에 있어서는 영업의 장소, 즉 상가 및 점포의 지리적 위치가 가지는 의미가 크지 않을 수도 있으나, 소규모영업에 있어서는 상가 및 점포의 지리적 위치가 영업에서 차지하는 비중이 클 수 있다.⁵⁾ 그리고 소규모영업에서 영업의 장소가 중요하다는 것은 소규모영업에서는 수익의 상당부분이 점포의 지리적 위치에 어느 정도 의존하는 경우가 많을 뿐만 아니라 영업의 구성요소 중 임차권이 영업에서 차지하는 비중이 크다는 것을 의미한다고 평가할 수도 있는데, 그 이유는 상당수의 소규모영업을 경영하는 상인들이 상가를 임차하여 영업을 하고 있으며, 영업의 장소는 상가임차권에 의하여 확보되고 있기 때문이다.

요컨대, 비록 영업권의 개념이 모호한 면이 없지 않으나, 상법에서의 영업권 개념과는 달리 ‘영업에 관한 권리’를 영업권이라고 할 수 있다면, 영업권은 다양한 객관적 의미의 영업을 구성하는 재산적 가치에 대한 권리를 가리키게 되므로 이러한 영업권은 재산권으로서 보호의 대상이 된다.

2. 상가임대차에서의 영업권의 보호필요성

타인 소유의 건물의 전부 또는 일부를 임차하여 영리활동을 하는 상가임차인의 영업권은 오늘날 다양한 관점에서 그 보호의 필요성이 대두되고 있다.

우선, 영업권이 재산적 가치 있는 영업에 관한 권리라는 점을 고려할 때, 상가임대차 관계가 종료할 시기에 이와 같은 보호의 필요성이 더 배가된다고 할 것인데, 그 이유는 기왕에 형성된 영업을 임대차관계가 종료하였다는 사정만을 강조하여 일방적으로 상가임대인의 이익으로만 귀속시킨다거나 아니면 여전히 상가임차인에게 활용가능성이 있음에도 불구하고 아무런 보상 없이 폐기시키는 것은 법리적인 측면에서나 사회경제적인 측면에서 상당히 부조리한 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 즉, 임대차 관계가 종료할 시기에 임대차가 갱신된다면 임차인의 영업은 계속적으로 보전될 수 있으나, 임대차의 갱신이 거절된다면 임차인은 목적물을 원상에 회복하여 임대인에게 반환하여야 하는데, 이럴 경우에는 영업이라는 재산의 전부 또는 일부가 소멸되거나 임차인에 대한 보상 없이 임대인에게 귀속되므로 위에서 언급한 문제들이 야기될 수 있다. 요컨대, 임대차의 갱신과정에서 임대인이 협상력을 남용하거나⁶⁾ 임대인이 부당한 이익을 얻는 현상이 초래될 수 있다.⁷⁾

5) 점포 앞의 보행자수가 점포의 매출액과 상관관계가 있다는 보고와 관련하여, 최막중·신선미, “보행량이 소매업 매출에 미치는 영향에 관한 실증분석”, 「국토계획」 제36권 2호, 대한국토·도시계획학회(2001. 4) 참조.

6) 임대인이 임대차계약의 갱신 또는 신규 계약의 체결을 위한 조건으로 차임을 부당하게 증액하거나 시설물에 대한 권리포기 등을 요구하는 상황을 상정할 수 있을 것이다.

7) 물론, 이러한 불균형을 감안하여 민법에서는 비용상환청구권(제626조), 부속물매수청구권(제646조) 또는 지상물매수청구권(제643조)과 같은 임차인 보호수단을 마련하고 있으나, 비용상환청구권에 관한 제626조는 강행규정이 아니므로 임대차계약 당사자의 원상회복 약정만으로도 그 포기가 가능하며, 부속물이나 지상물이 임대차 목적물의 객관적 편익증가에 기여하는 것이 아닌 경우에는 매수청구의 대상이 되지 않을 뿐만 아니라 비록 각종의 매수청구권에 관한 규정이 임차인에게 유리한 편면적 강행규정이기는 하나 당사자 사이에서 매수청구권을 포기하는 약정을 하더라도 임차인에게 불리하지 않은 내용의 것일 경우에는 그와 같은 포기약정의 효용성이 인정된다는 점에서 관련 규정들의 실효성이 의문스러운 대목들이 다수 발견되기도 한다. 즉, 대법원 1995.6.30. 선고 95다12927 판결에서는 “임대차계약에서 임차인은 임대인의 승인하에 개축 또는 변조할 수 있으나 부동산의 반환기일 전에 임차인의 부담으로 원상복구기로 한다.”라고 약정한 경우, 이는 임차인이 임차 목적물에 지출한 각종 유익비의 상환청구권을 미리 포기하기로 한 취지의 특약이라고 볼 수 상당하다.”라고 하였으며, 대법원 1992.9.8. 선고 92다24998, 92다25007 판결에서는 “건물 임대인이 임차보증금과 임료를 저렴하게 해 주는 대신 임차인이 부속물에 대한 시설비, 필요비, 권리금 등을 일체 청구하지 않기로 약정하였고, 임차권 양수인들도 시설비 등을 청구하지 않기로 약정하였다면 임차인이나 양수인 등은 매수청구권을 포기한 것이고, 위 약정이 임차인에게 일방적으로 불리한 것이라고 볼 수 없다.”라고 판시하였다.

다음으로, 상가임차인이 영리활동을 위하여 투하한 자본의 회수를 위해서도 영업권의 보호가 필요하다. 물론, 임대차 관계가 존속하는 동안에도 상법상 영업양도(상법 제41조 내지 제45조)⁸⁾의 방식에 의해 투하자본을 회수하는 방안을 고려할 수 있다. 그러나 상가임차인의 영업양도를 위해서는 영업양수인의 임차권의 확보가 핵심적인 요소라고 할 수 있는데, 이를 위해서는 영업양수인이 영업양도인인 임차인의 임차권을 양수하거나 또는 영업양수인이 임대인과 새로운 임대차계약을 체결하는 방안을 모색할 수 있다. 그런데 우리 민법에서는 임대차 관계의 존속여부를 불문하고 임대인이 임차인의 임차권양도에 동의할 의무가 있다거나 영업양수인과 새로운 임대차계약을 체결할 의무가 있다고는 할 수 없다. 오히려 임대인의 동의 없는 임차권 양도는 임대차의 해지사유가 될 뿐이며,⁹⁾ 권리금 회수기회의 보장이라는 간접적인 수단을 통하여 영업양수인과 임대인 사이의 임대차계약을 간접적으로 강제할 수는 있으나 그렇다고 하여 임대인이 영업양수인과 임대차계약을 체결하여야 할 의무가 있다고 할 수는 없다.

다음으로, 상가임차인의 영업권 보호와 관련하여 우리의 상가건물임대차보호법(이하, ‘상임법’)에서 상가임차권의 대항력을 인정하고 있으나, 이러한 보호를 위해서는 보증금이 일정액 이하인 상가임대차일 것이 전제되므로 보증금이 일정액 이상인 경우에는 임차권의 양도가 이루어지더라도 목적물의 새로운 소유자에 대해서는 상가임차권으로서 대항할 수 없는 문제가 발생하게 된다. 따라서 이러한 상황에서 상가임대인과 임차인 사이에서 협상력의 남용으로 인한 임대차관계로부터의 임차인의 축출 또는 쟁트립리케이션의 문제가 발생하게 되며, 그 과정에서 상가임차인의 영업권이 침해되는 현상이 초래될 수 있다.¹⁰⁾

요컨대, 상가임대차에 있어서의 영업권의 보호필요성은 이상에서 언급한 사정 이외에도 또 다른 법적·사회경제적 관점에서 그 근거를 찾을 수도 있을 것이나 적어도 상가임차인의 영업권이 법적으로 보호하여야 할 재산권이라는 측면에 방점을 둘 수도 있을 것이다.

3. 영업권의 보호방안 개관

상가임차인의 영업권보호를 위한 임차권의 보호 방안으로는 상가임대차의 기간을 보장하는 방안과 상가임차권의 존속을 보장하는 방안을 나누어 살펴볼 수 있다. 우선, 상가임대차의 기간을 보장하는 방안은 일정한 기간 동안 임차인이 안정적으로 영업을 할 수 있도록 하는 방안으로서, 현행 우리나라의 상가임대차법에서는 10년의 기간을 보장하고 있다. 다만, 임차권의 기간을 보장하는 방법은 보장된 기간이 종료하게 되면 더 이상 상가임차인의 영업을 보호할 수 없다는 문제점을 갖고 있는데, 이러한 문제점을 해결하기 위해서 임차권의 존속을 보장하는 방안도 고려할 수 있다. 한편, 상가임차권의 존속을 보장하는 방안은 다시 임차권의 존속을 직접적으로 보장하는 방안과 간접적으로 보장하는 방안을 나눌 수 있다. 상가임차권의 존속을 직접적으로 보장하는 방안은 특별한 사정이 없는 한, 영업권이 존재하는 동안 임차권이 존속할 수 있도록 하는 방안으로서¹¹⁾ 임대인의 이해에 상충하는 면이 적지 않다.¹²⁾ 반면,

8) 대법원 2005.7.22. 선고 2005다602 판결에서는 “상법상의 영업양도는 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산인 영업재산을 그 동일성을 유지시키면서 일체로서 이전하는 채권계약이므로 영업양도가 인정되기 위해서는 영업양도계약이 있었음이 전제가 되어야 하는데...”라고 판시하고 있다.

9) 물론, 임차인의 변경이 임대차계약 당사자 사이의 신뢰관계를 파괴하는 배신행위가 아니라는 특별한 사정이 있는 때에는 임대인은 자신의 동의 없이 임차권이 이전되었다는 것만을 이유로 민법 제629조 제2항에 따라서 임대차계약을 해지할 수 없다고는 하나, 그와 같은 특별한 사정이 있다는 점은 임차권의 양수인이 주장·증명하여야 하는 문제도 있다(대법원 1993.04.13. 선고 92다24950 판결 참조).

10) 아울러, 이러한 상황은 상가임차인의 영업이익의 감축으로 연결될 수 있으며, 이러한 영업이익의 감소는 소비자에 대한 비용 전가라는 부작용을 초래할 수도 있다.

11) 대표적으로는 영국의 1954년 임대차법(Landlord and Tenant Act 1954)(이하 “54년임대차법”)이 직접적인 임차권 존속보장의 방법을 규정하고 있었으나, 지금은 당사자의 합의에 의해서 상가임차인 보호에 관한 임대차법의 적용을 배제할 수 있도록 하고 있기 때문에 그 의미가 반감되었다.

12) 상가임차권의 직접적인 존속보장방법은 임대인의 계약자유를 지나치게 제한하는 문제점을 갖고 있다. 즉 임대차기간이 종료

상가임차권의 존속을 간접적으로 보장하는 방안은 임대인이 임차권의 갱신을 거절함으로써 임차인의 영업권이 침해될 우려가 있는 경우, 임차인으로 하여금 상실될 영업의 가치를 회수할 수 있도록 함으로써 상가임대차의 갱신을 간접적으로 강제하는 방안이다. 대표적으로는 우리나라의 상임법과 후술하는 프랑스상법에서의 상가임차권의 존속보장 방법이 그러하다.¹³⁾

다른 한편, 상가임차권의 존속을 간접적으로 보장하는 방법도 두 가지로 나눌 수 있다. 그 하나는 임대인의 갱신거절로 인하여 임대인이 취할 수 있는 이익을 차단하는 방법이며, 다른 하나는 임대인이 갱신을 거절하는 경우에 사후적으로 일정한 부담을 지우는 방법이 있다. 그리고 임대인이 취할 수 있는 이익을 차단하는 방법도 다시 두 가지로 나눌 수 있는데, 그 하나는 새로운 임대차계약을 체결하면서 임대인이 임차인으로부터 권리금을 받지 못하게 하는 방안이며,¹⁴⁾ 다른 하나는 새로운 임대차계약을 체결하는 경우에 임대인이 받을 수 있는 차임의 인상을 제한하는 것이다. 그런데 임대인으로 하여금 권리금을 수령하지 못하도록 한다면 임대인이 종전 임대차계약의 갱신을 거절할 수 있는 유인을 줄어든다는 긍정적인 면이 있지만, 임차인의 영업권에 대한 재산적 가치는 인정하면서도 임대인의 상가건물이 가지는 지리적 가치는 인정하지 않을 수 있다는 점에서 이론적으로도 문제가 없지 않다.¹⁵⁾ 그리고 차임의 인상을 제한하는 방안과 관련하여서는 기존의 차임이 주변시세보다 낮은 경우에는 적합하지 않은 방안이며, 임대인이 신규임차인으로부터 주변시세보다 높은 차임을 받으면서 기존의 임차인을 축출하고자 하는 경우에 고려할 수 있는 방안이다.¹⁶⁾ 그러나 차임의 인상을 제한하는 것은 기존의 임차인을 보호하는 방안으로 작용할 수 있다는 점에서 평가할 수 있는 부분이 있기는 하나, 합리적인 차임인상의 제한 방안을 모색하기 위해서는 해결해야 할 과제 또한 적지 않다.¹⁷⁾

다음으로, 임대인이 기존의 임대차계약의 갱신을 거절하는 경우에 이로 인한 부담을 주는 방안도 고려할 수 있다. 즉 임대인이 갱신을 거절하는 경우에 임대인에게 일정한 의무를 부담시킨다면 임대인

하는 시점에서 상가건물을 더 높은 차임과 권리금을 지급하면서 임차하고자 하는 자가 있더라도 임대인에게 기존의 임대차를 갱신할 직접적인 의무가 인정되는 방식으로 임차권의 존속이 보장된다면 임대인은 자신에게 유리한 새로운 임대차계약을 체결할 수 없기 때문이다.

- 13) 이 경우, 임대인은 갱신거절로 인하여 임차인에게 일정한 부담을 지게 되지만, 자원의 효율적인 배분이라는 측면에서 직접적인 존속보장의 방법에 비하여 합리적인 면이 있다.
- 14) 임대인의 권리금(premium) 수령을 금지하는 입법례는 호주 사우스오스트레일리아의 “1995년 소매점포상가임대차법(the Retail and Commercial Leases Act 1995)”에서 발견할 수 있다. 특히, 동법 제15조에서는 임대인의 권리금 수령을 금지하고 있는데 제1항은 임대인이 소매점포의 임차권을 설정하면서 임차인에게 권리금을 요구하거나 임차인으로부터 권리금을 수령해서는 안 되며, 임차권 설정의 대가로 권리금의 지급을 요구하는 계약내용은 그 범위에서 무효라고 규정하고 있다. 동조 제2항에 따르면 만약 임대인이나 임대인의 대리인 이러한 의무를 위반하면 1만달러 이하의 벌금에 처할 수도 있으며, 임차인은 임대인에게 지급한 금전의 반환을 청구할 수 있다. 그러나 권리금의 수령이 언제나 금지되는 것은 아니다. 임대인이 이미 해당 점포에서 영업을 하고 있었다면, 그러한 영업권(goodwill)의 대가를 임차인으로부터 받는 것은 금지되지 않는다(제3항(f)). 그리고 임대인이 보증금을 지급받기로 약정하여 수령하는 것도 금지되지 않는다. 아무튼, 동법은 임대인이 임대차 갱신과 기간연장에 대한 합의를 하면서 권리금을 수령하는 것 이외에도 임차권의 양도와 관련하여 권리금을 수령하는 것도 금지하고 있다. 한편, 영국의 경우에는 1925년 재산법(the Law of Property Act 1925) 제144조에서 임차권의 양도에 대한 동의의 대가로 권리금을 받지 못하도록 규정하고 있었다. 이 규정에서는 권리금이라는 용어로 premium이라는 용어를 사용하지 않고 fine 또는 sum of money라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 임대인은 자유롭게 양도에 대한 동의를 거절할 수 있기 때문에 이러한 금지는 절대적인 임차권 양도금지조항(absolute prohibitions on alienation)이 있는 경우에는 적용되지 않는다.
- 15) 소규모점포의 영업은 장소적 이익과 밀접하게 관련되어 있으며 이러한 장소적 이익은 차후에 형성될 영업의 본질적인 부분이 되거나 그 자체가 영업의 주된 내용이 될 수 있기 때문이다. 이러한 장소적 이익에 대한 대가를 임대인이 받지 못하도록 하는 것은 자본주의 사회에서 시장가격이 형성되는 원리를 건물의 임대차시장에서는 인정하지 않겠다는 것과 유사한 논리이다.
- 16) 비록, 우리 상임법 제11조 및 동법시행령 제4조에서 차임증액의 한계를 정하고 있으나, 이러한 차임 인상 제한에 관한 규정들은 임대차 보장기간에 대해서만 적용되며 새로운 임대차계약을 체결하거나 보장기간 이후의 갱신에 대해서는 적용되지 않는다는 점에서 문제가 있다.
- 17) 특히 무엇을 기준으로 차임을 제한할 것인지, 만약 시장의 차임을 기준으로 차임을 제한하고자 하는 경우 기준이 되는 시점과 기준이 되는 지역의 범위에 따라서 시장의 차임이 달라질 수밖에 없는 문제를 어떻게 극복할 것인지, 차임을 평가하는 방법에 따라서 시장의 차임이 달라질 수밖에 없는 문제는 어떻게 극복할 것인지 등의 문제가 노정되어 있다.

의 갱신거절의 동기를 약화시킬 수 있게 된다. 이러한 부담은 임차인이 상실하는 영업에 대한 보상의무일 수도 있고 임차인의 권리금 회수를 위해서 협력해야 하는 의무일 수도 있다. 어느 경우이든 임차인은 갱신이 거절되더라도 임대인으로부터 보상을 받는 방법을 통하여 또는 권리금 회수를 위한 기회를 부여받는 방법을 통하여 영업의 상실에 대신하여 금전적인 가치를 보유할 수 있게 된다.

요컨대, 상가건물임대차에 있어서의 영업권의 보호를 위한 방안은 다양할 수 있으나 현실적으로 제기되는 문제점으로 인하여 임차권의 존속을 간접적으로 보장하는 방안들이 비교법적인 관점에서도 합리적인 방안으로 평가된다. 즉, 임대인에게 일정한 부담을 주는 방법에 의해서 간접적으로 상가임차인을 보호하는 방안은 상대적으로 상가임차인을 보호하기 위한 법안의 구조가 간결하며, 상가임차인을 보호하기 위한 법적 방안의 요건을 간결하게 설정할 수 있다.¹⁸⁾ 또한, 임대인의 갱신거절로 인한 부담의 내용을 정하는 것이 반드시 쉬운 일은 아니지만 임대인의 갱신거절로 인한 부담은 그러한 부담 자체가 목적이 아니고 임대인이 갱신을 거절하면 일정한 부담을 진다는 점을 통하여 임대인의 갱신을 유도하는 것이 목적이므로 이 방안은 임대인이 갱신하는 비율을 더 높임으로써 임차인의 영업권을 보호하면서도 임대차를 갱신하는 임대인에게는 아무런 영향을 미치지 않는다는 장점이 있기 때문이다. 따라서 상가임차인의 영업권에 대한 구체적인 보호방안과 관련하여서는 임차권의 갱신에 의한 영업권의 보호방안과 임차권의 존속보장에 의한 영업권의 보호방안을 각각 나누어 살펴 볼 필요가 있을 것이다.

III. 상사임차권의 갱신에 의한 영업권의 보호

1. 서설

프랑스법상 상사임대차에 대해서는 원칙적으로 프랑스민법 제1713조 이하에서 규정하는 임약 또는 임대차에 대한 일반규정이 적용될 수 있다. 그러나 상사임대차에 있어서는 임차인의 권리뿐만 아니라 임차인의 의무에 관해서도 상당한 수의 특별규정이 예정되어 있으며, 그 규정들은 또한 대부분 강행규정이다.

영업권의 보호와 관련하여, 상인인 임차인에게는 임대차의 일반원칙에 비추어 예외적인 특권들이 인정된다. 즉, 보통의 임차인은 자신이 임차한 장소에 대한 사용수익권만을 갖지만, 상사임차인에게는 임대차계약의 갱신청구권 이외에 임차권의 양도권 등이 인정된다. 특히, 상사임차권의 갱신에 관해서는 프랑스 상법 제L.145-8조 이하에서 상세히 규정하고 있다. 즉, 상사임대차의 기간이 만료되는 경우, 상사임차인은 일정한 요건 하에서 계약갱신을 청구할 수 있다.¹⁹⁾ 따라서 갱신청구권이 인정되기 위해서는 상사임차권으로서의 지위가 인정되어야 한다는 점에서 이하에서는 상사임대차의 갱신청구권과 상사임차권의 양도에 대하여 살피기 전에 프랑스법상 상사임차권에 대해 먼저 살피기로 한다.

2. 프랑스법상 상사임차권

(1) 상사임차권의 연혁 및 보호

프랑스에서는 제1차 세계대전이 있는 후에 발생한 심각한 부동산위기 상황으로 인하여 상인의 입장에서 임차권의 갱신과 관련한 절대적인 권리가 인정될 수 있기를 강력히 원하였고, 일각에서는 이

18) 물론 실제 사안에서 갱신거절이 있는 경우에 그 법적 효과를 정하는 것이 쉽지 않은 문제를 발생시키지만, 임대인의 부당이득의 방지와 같은 임대인의 이익차단, 임차권의 직접적인 존속보장의 방법은 요건 설정의 단계에서부터 복잡한 문제들이 발생하게 한다.

19) 다만, 소유자의 입장에서는 '퇴거보상금(indemnité d'éviction)'을 지급함으로써 계약갱신을 거절할 수 있다. 이에 대해서는 후술하는 임차권의 존속보장과 관련하여 설명하기로 한다.

러한 권리를 일종의 소유권으로서 ‘상사소유권(propriété commerciale)’으로까지 명명하였는데, 그 이유는 이와 같은 명칭을 붙임으로써 관련 분야에서의 개혁이 마치 소유권 또는 재산권을 보호하는 것을 목적으로 한다고 믿게 하기 위함이었다.²⁰⁾ 그러나 입법자들은 이러한 주장에 현혹되지 않았고, 처음에는 부동산의 소유권에 대한 침해가 될 수 있는 이러한 태도를 수용함에 있어서 주저하는 입장을 취하였다. 특히, 프랑스상원에서는 위와 같은 주장이 수용된다면 오히려 영업권의 가치가 지나치게 상승할 뿐만 아니라 상당한 고비용을 지불하고 영업권을 인수한 새로운 상인은 자신이 출자한 금액을 소비자에게 전가하여 회수하고자 할 것이며, 이는 물가상승을 부추길 것이라는 점을 지적하였다. 그러나 이러한 정당한 지적에도 불구하고, 입법자들은 1926년부터 소유권자를 희생하면서도 상인에게 유리한 조치를 취하기 시작하였으며, 이후에도 여러 번에 걸친 후속조치가 제시되었다. 특히, 1953년 9월 30일의 테크레²¹⁾는 상사임대차에 관한 모든 입법을 개정하여 법전에 반영하였다. 그리하여 동 테크레의 내용이 현행법상의 규율내용의 기초를 형성하게 되었다. 물론, 이후에도 사업자들의 압력으로 인하여 관련 분야에서의 지속적인 개정과 임차인에게 유리한 방향으로의 보완작업이 이루어졌다. 현행법상으로는 1953년의 테크레가 프랑스상법전 제L.145-1조 이하에 편입되어 있다.²²⁾

한편, 상사임차권에는 특별한 지위가 인정되는데, 이로 인하여 임차인에게 다양한 특권이 인정된다. 구체적으로는 임대차계약의 종료시 계약갱신청구권이 인정되며, 계약갱신이 거절된 경우에는 퇴거보상을 청구할 수 있는 점 등이 그와 같은 특권을 구성한다. 아울러, 상사임차권에서는 민법상 임대차에 관한 규정에 대한 예외규정으로서의 강행규정들이 다수 존재한다.²³⁾ 다만, 상사임차권으로 인정되기 위해서는 일정한 요건들이 충족되어야 하며, 이러한 요건이 충족된 경우에 한하여 상사임차권으로서 보호의 대상이 된다.

(2) 상사임차권의 지위를 인정받기 위한 요건

이하에서는 장소적 요건, 임차인에 관한 요건, 영업의 존재에 관한 요건 및 임대차기간에 관한 요건만을 살핀다.

1) 장소적 요건

장소적 요건과 관련하여서는 프랑스 상법 제L.145-1조 이하에서 이를 규정하고 있다. 그 내용을 개관하면 다음과 같다.

가. 부동산

모든 임차권이 상사임차권에 해당하는 것은 아니며, 임대차의 목적물인 건물 또는 房室이 상업적 활동의 운용을 목적으로 한 것이어야 한다. 그리고 ‘부동산(immeuble)’이라는 개념은 법학적인 개념이라기 보다는 일반적인 개념으로서의 ‘건물(bâtiment)’로 이해할 수 있다. 따라서 나대지는 원칙적으로 상사임대차의 대상이 되지 않는다.²⁴⁾

나. 房室

프랑스법원은 房室(local)의 개념에 대해서도 판단하고 있다. 이에 따르면, 방실은 이용자 또는 고객이 입장할 수 있는 장소로서 외부로부터의 침입을 방어할 수 있고 공개된 장소여야 한다. 따라서 가

20) 이상과 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial*, Gualino éditeur, 2007, n° 820, p. 354.

21) 상업적, 산업적 또는 수공업적 사용을 위한 건물이나 방실의 임대차의 갱신과 관련하여 임대인과 임차인의 관계를 규율하는 1953년 9월 30일의 테크레 제53-960호(Décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal).

22) *Ibid.*, n° 820, p. 355.

23) 즉, 전술한 1953년 9월 30일의 테크레에서 규정하는 내용은 강행규정으로서 상사임대차에 있어서는 그 적용이 강제된다. 즉, 당사자의 특약에 의하여 동 테크레의 규정에 반하는 약정을 하더라도 그와 같은 약정은 무효라는 것이다.

24) 이상과 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 824, p. 356.

두판매점(kiosque)과 ‘천장이 있는 출입구의 부분(voûte d'entrée)’ 또한 방실에 해당한다. 반면, 벽면에 부착된 진열창(vitrine)은 방실이 아니며, 광고나 공시를 위한 목적으로 설치된 벽면 또한 더 더욱 방실에 해당하지 않는다.²⁵⁾

다. 부속시설

상사임대차는 ‘부속시설(locaux accessoires)’을 대상으로 포함할 수 있다. 이는 특히, 어느 부속시설이 임차목적물의 주된 시설의 소유자에게 속하는 것으로서 그와 같은 부속시설을 배제(retranchement)하면 영업의 운용을 위태롭게 할 수 있는 것이어야 한다. 구체적으로는 아플리에의 경우가 이러한 사례에 해당한다. 반면, 단순히 영업활동의 운용에 유용한 부속시설이라고 하여 항상 상사임대차에 관한 법리의 적용을 받는 것은 아니다.²⁶⁾

2) 임차인(preneur)에 관한 요건

가. 상업등기부에 등록된 자일 것

상사임차권에 의한 보호를 받기 위해서는 우선 ‘상업등기부(registre du commerce et des sociétés : RCS)’에 등록된 자가 목적물을 임차하였어야 한다. 즉, ‘등록(immatriculation)’이 필수적 요건이다. 그리고 이는 상인으로 하여금 등록을 하도록 유인하는 독려책이라고 할 수 있다. 반면, ‘영리활동(activité commerciale)’을 한다고 하더라도 등록을 할 수 없는 단체인 ‘사단법인(association)’은 상사임차인으로서 보호되지 못한다. 즉 임차인이 상업등기부에 등록되어 있지 않은 경우, 해당 임차인은 임대차의 갱신청구권을 상실하게 되며 그로 인한 손해를 회복할 수 있는 방안은 없다.²⁷⁾

나. 상인과 그 밖의 수익자

상업등기부에 등록된 자는 대체로 프랑스 상법 제L.121-1조에서 규정하는 상인에 해당할 것이다. 왜냐하면, 상업등기부의 등록으로 인하여 상인으로서의 지위가 추정되기 때문이다. 그러나 이에 반하는 사실이 증명된 경우에는 그러하지 아니하다. 아무튼, 1957년 1월 3일의 데크레 이후로 ‘수공업등기부(registre des métiers)’에 등록된 ‘수공업자(artisan)’도 상사임차권에 의한 보호가 가능하며, 이 경우 수공업자의 활동이 상행위의 성격을 가지는지의 여부는 고려의 대상이 아니다.²⁸⁾ 그리고 상인에 준하는 자에 대해서는 프랑스 상법 제L.141-2조 I에서 상세히 규정하고 있다.

3) 영업의 존재에 관한 요건

상사임차권의 지위가 인정되기 위해서는 임대차의 목적인 건물이나 방실에서 영업(재산)이 운용(exploitation)되고 있어야 한다. 이는 영업이 존재하여야 한다는 것을 의미하며, 보다 구체적으로는 현실적이고, 확정적이며, 상인에게 특유한 고객, 즉 영업이 존재하여야 한다.

우선, 영업이 존재한다는 것은 프랑스 상법 제L.145-8조에서 규정하는 바와 같이, 임대차계약의 갱신청구가 있기 3년 전부터 영업의 운용, 즉 상인으로서의 영업활동이 존재하였어야 한다는 것을 의미한다. 반면, 그와 같은 영업행위 또는 영업의 운용을 반드시 ‘영업권자(propriétaire du fonds)’인 임차인이 스스로 행하였을 필요는 없다. 즉, 영업이 ‘관리임대차(location-gérance)’의 대상으로 되어 타인에 의해 운용되었다고 하더라도, 임대차계약의 갱신은 영업권자만이 이를 청구할 수 있다는 것이다.²⁹⁾

다음으로, 영업의 존재는 상인에게 특유한 고객의 존재를 전제로 한다. 예컨대, 프랑스법원은 정

25) *Ibid.*, n° 825, p. 356.

26) *Ibid.*, n° 826, p. 356.

27) 이러한 취지로는, Cass. civ. 3e, 24 mai 2000; Cass, civ. 3e, 12 juil. 2000, *Bull. civ.* III, n° 141. 이상과 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial, op cit.*, n° 827, p. 356.

28) 이상과 같은 설명에 대해서는, *Ibid.*, n° 828, p. 356.

29) 프랑스 상법 제L.145-8조 제1항 참조.

유회사로부터 건물을 임차한 주유소 사업자는 자신에게 고유한 고객이 인정될 수 없다고 하기도 하였다. 즉, 이 경우에는 상사임대차계약이 아니라 소위 ‘관리임대차(location-gérance)’ 계약을 체결한 것으로서 주유소를 방문하는 고객 또한 주유소에 특유한 고객이라기 보다는 정유회사의 고객이라고 보아야 한다는 것이다. 그러나 가맹점이라고 하여 반드시 고유의 고객이 있을 수 없는 것은 아니며, 가맹점 스스로가 고객을 유인할 수 있는 특유의 방안을 가지고 있고 또한 스스로 그 사업으로 인한 위험을 부담하는 경우에는 가맹점 고유의 고객이 있을 수 있다고 판단하기도 하였다.³⁰⁾

요컨대, 법정의 예외사유를 제외하고는, 임차인은 상행위를 하는 자이어야 하며, 따라서 형식상으로는 상사회사의 형식을 갖추었다고 하더라도 실질에 있어서는 민사활동을 하는 자에게는 상사임차인의 지위가 인정되지 않는다는 것이다.³¹⁾

4) 임차기간에 관한 요건

프랑스 상법 제L.145-5조 제1항에서는 상사임대차는 그 기간을 9년 미만으로는 체결할 수 없음을 규정하고 있다. 그리고 상사임대차의 강행규정적 성격으로 인하여 - 특히 그 기간과 관련하여 - 상사임대차는 영업이 운용되는 건물이나 방실을 대상으로 한 모든 임대차계약에 적용됨이 원칙이다. 그러나 일정한 유형의 임대차계약에 대해서는 상사임대차의 지위가 인정되지 않는데, 특히 그 기간이 지나치게 단기이거나 또는 반대로 지나치게 장기인 경우가 그러하다.

가. 단기임대차의 약정

위에서 언급한 1953년의 데크레에서는 원칙적으로 두 가지의 예외를 예정하였었다. 즉, 임대차기간이 2년 미만인 임대차와 ‘계절에 따른 임대차(locations saisonnières)’가 그것이다.

우선, ‘2년 미만인 임대차’(les baux de moins deux ans)란 임대차기간이 2년을 초과하지 않고 또한 갱신이 허용되지 않는 임대차계약을 지칭한다. 만약 임차인이 2년 이상 건물에 잔존하는 경우에는 임대차계약은 자동적으로 9년의 상사임차권으로 전환되는 것으로 하였다. 이는 입법자들이 의도적으로 임차인을 보호하기 위하여 도입한 매우 강력한 논리적 비약(faillie)이라고 할 수 있다. 따라서 이러한 논리적 비약의 적용을 피하고자 하는 자는 임대차 기간이 23개월 이하인 계약을 체결하여야 하였다.³²⁾ 그러나 이후 프랑스 입법자들은 이와 같은 최소기간을 상향조정하는 한편 23개월짜리 계약의 연속적 체결을 금지하는 태도를 취하였는데, 이러한 태도는 위와 같은 기존의 법률상황이 임대인이나 임차인 모두에게 다소 지나친 구속으로 작용할 수 있다는 점, 그리고 우회적으로 강행규정을 회피하고 있다는 점을 고려한 것으로 보인다. 즉, 2014년 6월 14일의 법률 제2014-626호³³⁾에 의하여 상사임대차에 관한 규정의 적용을 배제하는 특약을 할 수 있는 임대차의 기간을 종래 2년 미만의 임대차에서 이를 3년 미만의 임대차로 하는 한편, 같은 장소에서의 3년 미만짜리 계약을 연속적으로 체결할 수 없는 것으로 하였다. 아울러, 위 기간이 만료한 이후에도 1개월간 계속하여 임차인이 목적물을 점유하는 때에는 상사임대차에

30) Cass. civ. 3e, 27 mars 2002, *J.C.P.G.*, 2002, II, 10112 등 참조.

31) 이상과 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 835, p. 358.

32) 만약, 위와 같은 23개월의 임대차기간이 만료된 후, 같은 장소에서 계속하여 임대차계약을 체결하고자 하는 경우에는 임대인과 임차인이 다시 23개월짜리 임대차계약을 체결하면서 임차인은 상사임차인의 지위를 포기한다는 특약을 하는 경우가 있었다. 그리고 임차인이 그와 같은 상사임차인의 지위를 포기한다는 특약을 거부한다면, 목적물로부터 퇴거할 수밖에 없었다. 반면, 그와 같은 특약에 동의한다면, 임차인이 더 이상 임대차계약의 갱신청구권을 향유할 수 없게 된다는 것이다. 그리고 이러한 구도는 종래 프랑스 법원에서도 그대로 받아들여졌으며, 그 근거로는 “모든 권리주체는 그가 향유하는 권리를 포기할 수 있다”는 것이었다. 그리고 그와 같은 권리의 포기가 경제적인 압박하에서 이루어진 것이라 하더라도 마찬가지라고 하였다. 이와 같은 설명에 대해서는, *Ibid.*, n° 838, p. 359.

33) 수공업, 상업 및 소규모기업에 관한 2014년 6월 18일의 법률 제2014-626호(Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises).

관한 규정이 적용되는 것으로 하였다.³⁴⁾ 이는 종래의 태도와 변함이 없는 것으로 평가할 수 있다.

다음으로, ‘계절에 따른 임대차(locations saisonnières)’의 경우, 즉 1년에 몇 개월의 단위로 목적물을 임대하는 경우가 있을 수 있는데, 대표적으로는 해수욕장(station balnéaire)이나 스키장의 일부 장소를 임대하는 경우가 그러하다. 프랑스 상법 제L.145-5조 제4항에서는 이러한 계절에 따른 임대차의 경우에도 상사임대차에 관한 규정이 적용되지 않음을 규정하고 있다. 즉, 이러한 경우에는 임차인에게 매년 동일한 내용의 계약이 갱신된다고 하더라도 상사임대차로 볼 수 없다는 것이다.³⁵⁾

다음으로 건물이나 방실의 임시사용을 위한 당사자 사이의 합의는 그것이 특별한 사정에 기인하는 목적물 사용의 ‘객관적 일시성(précarité objective)’으로 인하여 임대차와는 구별된다. 대표적인 사례로는, 목적물이 수용될 처지에 있다가거나, 철거예정인 건물인 경우 또는 곧 매각될 물건인 경우 등이 그러하다. 즉, 프랑스 상법 제L.145-5-1조³⁶⁾에서도 당사자의 의사와 무관한 것으로서 주어진 특수한 상황으로 인해서 허용된 임시사용을 위한 목적물의 점용에 관한 합의는 그 기간의 장단을 불문하고 상사임대차에 관한 규정이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 한편, 임시사용을 위한 점용에 대해서는 상사임대차에 관한 법리가 적용되지 않는다는 것은 종래 프랑스법원의 확립된 태도였으나 이것이 2014년의 개정에 의하여 법문에도 반영된 것이다. 아무튼, 종래 프랑스법원의 태도에 의하면, 이와 같은 점용의 일시성은 당사자의 합의에서 분명히 드러나야 한다. 따라서 임대인의 보호를 향하고 있는 이러한 태도는 임차인의 보호를 목적으로 하는 상사임대차의 제도적 취지에 비추어 그 방향성이 의심되기도 한다. 아무튼, 현재의 프랑스법원의 경향은 상사임대차를 상당히 엄격하게 해석·적용하는 경향이 있다고 한다.³⁷⁾ 그러나 다른 한편으로, 프랑스법원은 상사임대차의 지위가 경제상황의 요구에 가장 부합할 수 있는 방향을 모색하고 있다고 한다. 따라서 프랑스법원이 상사임대차에 관한 규정을 적용할 수 있는 임대차의 범주를 넓히고 있다는 점은 그다지 놀라운 일이 아니라고 한다.

나. 기간이 장기인 임대차의 약정

9년 이상의 기간을 목적으로 하는 임대차계약을 체결하더라도 상사임대차에 관한 규정이 적용될 수는 있다. 그러나 임대차기간이 너무 장기인 경우에는 이와 같은 상사임대차의 적용이 배제되기도 한다. 그리고 기간이 장기인 임대차의 유형 중 가장 대표적인 것이 ‘장기임대차(bail emphytéotique)’이다.³⁸⁾ 장기임대차의 경우에는 그 기간이 18년 내지 99년에 달할 수 있다. 따라서 99년 이후에 또 다시 계약갱신권을 허용한다면 이는 소유자의 입장에서는 지나치게 과도한 재산권의 제한이라고 할 수 있다. 프랑스 입법자들은 장기임대차는 상사임대차에서 배제되는 것으로 하였다고 평가할 수 있다.

다음으로 ‘건축을 위한 임대차(bail à construction)’ 또한 그 계약기간을 18년 내지 99년으로 할 수 있는데, 이 또한 상사임대차의 영역에 포함되지 않는다. 건축을 위한 임대차의 특징은 임차인으로 하여금 건축을 가능하게 한다는 것이나, 계약기간이 만료된 경우에는 원칙적으로 임차인이 건축한 건물의 소유권이 임대인에게 귀속된다는 점에 특징이 있다.

끝으로, ‘부동산의 양여(concession immobilière)’ 또한 그 기간이 20년 이상이다. 부동산의 양여는 상사임대차를 점진적으로 대체하고자 하는 목적으로 1967년법에 의해 도입되었다. 이 계약에서는 양수인(concessionnaire)에게 상당히 광범위한 권리를 인정하는데, 구체적으로는 양수인이 원하는 대로 목적건물 또는 방실은 개조하거나 이용할 수 있다는 것이다. 그러나 임차인이 이러한 권리를 향유하는 대

34) 프랑스 상법 제L.145-5조 제1항 내지 제3항 참조.

35) 이와 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial, op cit.*, n° 839, p. 359.

36) 프랑스 상법 제L.145-5-1조에서는 “장소의 점용이 당사자의 의사에만 의존하지 않는 특별한 사정에 의해서만 허용되는 사실에 의해 특징지어지는 임시점용합의에 대해서는 그 기간이 어떠한건 본장의 규정이 적용되지 않는다.”라고 규정하고 있다.

37) 이와 같은 평가에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial, op cit.*, n° 840, p. 359.

38) 프랑스 상법 제L.145-3조 참조.

신에 계약의 갱신청구권은 인정되지 않는다는 점이 특징적이다. 그런데 현실적으로는 ‘부동산의 양여’ 계약이 거의 이루어지지 않고 있다고 한다. 그 이유는 동 계약의 내용이 지나치게 양수인에게 유리하며, 특별히 임차인의 이익보호를 목적으로 하는 상사임대차계약보다 보호의 정도가 더 크기 때문이라고 한다.³⁹⁾

3. 상사임차인의 계약갱신청구권

(1) 갱신청구권의 요건

상사임대차계약의 갱신청구권을 행사하기 위해서는 일정한 요건이 충족되어야 한다. 즉, 1953년 데크레는 보통의 임대차가 상사임대차로서 보호받기 위해서는 임대차 일반에 요구되는 요건 이외에도 몇 가지의 특별한 요건이 충족될 것을 요구하였다. 구체적으로는 다음의 네 가지 요건을 구별할 필요가 있다.

1) 갱신청구권자

프랑스 상법 제L.145-8조 제1항에서는 계약갱신권은 목적물을 사용하고 있는 ‘영업권자(propriétaire du fonds)’ 만이 이를 행사할 수 있다고 규정하고 있다. 대체로 영업권자와 임차인이 동일인인 경우가 일반적이겠지만, 전술한 관리임대차의 경우에는 관리인이 임차인이기는 하나 영업권자는 아니다. 즉, 이 경우에는 영업권자만이 계약갱신권을 행사할 수 있다는 것이다.

2) 영업의 실질적 운용

프랑스 상법 제L.145-8조 제2항에서는 계약갱신권을 행사하기 위한 전제조건으로서 갱신청구권을 행사하기에 앞서 최근 3년간 영업이 ‘실질적으로 운용’(exploitation effective)되었을 것을 요구하고 있다.⁴⁰⁾ 한편, 동조에서의 요건이 충족되었는지의 여부를 판단함에 있어서 어려움이 제기되는 국면이 있을 수 있는데, 대표적으로는 법상으로도 인정되고 있는 임차인의 권리로서, 임차인이 이 최후의 3개년 동안의 영업활동을 최초 임대차 계약에서 예정하였던 것과 비교하여 완전히 바꾸어버린 경우를 들 수 있다. 그런데 이러한 ‘업종변경(désécialisation)’ 이 있는 경우에는 판단이 어려운 상황이 제기될 수 있는데, 그 이유는 소유자의 입장에서는 임차인의 이와 같은 업종변경을 새로운 영업권의 창설을 목적으로 한 행위로서 고객권의 내용 또한 종전의 그것과 다를 뿐만 아니라 경우에 따라서는 이러한 새로운 영업권이 최근 3년간 지속되지 않았을 수도 있으므로, 영업권으로서의 보호대상이 아니라는 주장을 제기할 수 있기 때문이다. 그런데 이와 관련하여서는 프랑스 상법 제L.145-8조 제2항에서 “변경된 영업권은 적어도 3년 동안 운용되었어야 한다” 라고 규정함으로써 그에 대한 답변을 제시하고 있다. 그러나 이러한 법문상의 규정에도 불구하고 프랑스 법원은 갱신청구권을 행사한 자가 최초의 임차인이 아니라 임차권의 양수인으로서 그가 종전임차인의 활동과 비교하여 완전히 다른 영업활동을 하는 경우에는 갱신청구권을 인정할 수 없다고 한 경우도 있다.⁴¹⁾

3) 중대한 사유

프랑스 상법 제L.145-17조에서는 상사임차인에게 퇴거보상금을 지급하지 않고도 상사임대차계약의 갱신을 거절할 수 있는 경우를 상정하고 있다. 즉, 퇴거하는 임차인에 대항할 수 있는 중대한 법정의

39) 이와 같은 평가에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial, op cit.*, n° 843, p. 360.

40) 이와 같은 내용을 확인하는 파기원의 판단으로는, Cass, civ. 3e, 12 juil. 2000, *Bull. civ.* III, n° 141.

41) 이와 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial, op cit.*, n° 849, p. 361.

사유가 있으면 된다는 것이다. 특히, 동조의 규정에서는 중대한 법정사유로서 차임의 연체나 미지급 또는 임대인의 허락 없이 이루어진 공사 등과 같은 채무자의 채무불이행을 대표적인 사례로 들고 있다. 또한 동조에서는 임차인에게 갑작스러운 혼란을 초래하지 않기 위하여, 임대인으로 하여금 임차인에게 채무의 이행을 최고하여 지체에 빠뜨릴 것을 요구하는 한편, 그와 같은 최고가 있었음에도 불구하고 1개월 동안 채무불이행의 상태가 지속되는 경우야 비로소 계약갱신을 거절할 수 있는 것으로 하고 있다. 최고는 재판외 송달행위(acte extrajudiciaire)에 의해 이루어질 수 있으나, 동조에서 규정하는 바와 같은 이유를 상세히 적시하여야 한다.

4) 비위생의 문제

위에서 언급한 프랑스 상법전 제L.145-17조에서는 건물의 노후 등과 같은 위생상의 문제들을 이유로 기존 건물을 철거하거나 재축할 필요가 있는 경우에도 임대인에게 갱신거절권이 인정되며, 이 경우에도 퇴거보상금의 지급의무는 없는 것으로 규정하고 있다. 그리고 위생상의 문제(insalubrité)가 있는 지에 대해서는 관할 행정청에서 이를 확인한다(동조 1문 제2호). 주목할 점은 건물이 재건축된 경우에는 종전의 임차인이 새로운 상사임차권의 설정에 있어서 우선권을 가진다는 것이다(동조 II문).

한편, 안전이나 위생상의 문제가 아닌 다른 이유로 인한 재건축을 빌미로 임대차의 갱신을 거절할 경우에는 제L.145-14조에서 예정하고 있는 바와 같은 퇴거보상금을 지급하여야 한다.⁴²⁾ 도시계획법 등에서 예정하고 있는 사유에 의한 건축공사로 인하여 퇴거하여야 하는 경우에도 마찬가지로 퇴거보상금을 지급하여야 한다.⁴³⁾ 다만, 임대인이 임차인에게 종전의 목적물과 유사한 건물로서 임차인의 수요에 부응하는 대체건물을 제공한 경우에는 퇴거보상금의 지급을 면할 수 있다.⁴⁴⁾ 이들 경우에 있어서 임차인은 더 나아가 일시적인 사용수익의 장애로 인하여 초래된 손해 및 영업권의 가치하락에 대한 보상을 청구할 수 있을 뿐만 아니라 이전비용에 대해서도 보상을 청구할 수 있다.⁴⁵⁾

(2) 갱신절차

1) 특징

임대차기간이 만료한다고 하여 상사임대차 관계가 자동적으로 갱신되는 것은 아니다. 임차권이 갱신되기 위해서는 당사자 중 일방이 주도적으로 계약기간의 만료를 주장하여야 한다. 즉, 임대인이 갱신에 관한 입장을 표명(congé)하거나, 임차인이 임대인의 의도하는 바가 무엇인지를 질의하여야 한다. 따라서 당사자 중 누구도 주도적으로 이러한 사정을 환기시키지 않는다면, 임대차계약은 ‘묵시적 갱신’(tacite reconduction)에 의하여 지속되게 된다. 이 경우, 임대차는 기간의 약정이 없는 임대차로 전환하게 된다. 그런데 이러한 상황은 임차인에게 그다지 유리한 상황이 아니라고 한다. 왜냐하면, 계약기간이 12년을 초과하는 임대차에서는 차임의 ‘최고한도액에 대한 제한이 철폐(déplafonnement)’ 되기 때문이다. 즉, 임대인의 입장에서는 임대차기간 9년이 지나도록 아무런 액션을 취하고 있지 않다가 3년을 더 기다리게 되면, 차임의 최고한도액이라는 제한을 더 이상 받지 않는다는 것이다.⁴⁶⁾

2) 형식적 절차

임대인의 갱신에 관한 입장표명(congé)은 종래 이를 요식행위(acte formaliste)로 규정하여 임대차

42) 프랑스 상법 제L.145-18조 참조

43) 프랑스 상법 제L.145-18조 제2항.

44) 프랑스 상법 제L.145-18조 제3항.

45) 프랑스 상법 제L.145-18조 제4항.

46) 이러한 취지의 파기원 판례로는, Cass, civ. 3e, 27 nov. 1990, *J.C.P.E.*, 1992, I, 149.

계약의 만료일로부터 6개월 이전에 집달리를 통한 통지가 있어야 하는 것으로 하였다. 그러나 현재에는 통지의 방법을 당사자가 자유로이 정할 수 있는 것으로 규정하고 있다.⁴⁷⁾ 한편, 임대인의 갱신에 관한 입장표명은 두 가지의 유형이 있을 수 있는데, 그 하나는 임대인이 갱신을 거절한다는 것이고 다른 하나는 갱신을 승낙한다는 것이다. 대체로 갱신을 승낙하는 경우에는 차임의 증액청구를 수반하기 마련이다. 임차인이 증액된 차임을 수락하는 경우에는 갱신절차는 이로써 종료된다. 그러나 임차인이 증액된 차임청구에 이의를 제기하거나 더 나아가 갱신을 거절하는 경우에는 재판상절차가 전개될 것이다.⁴⁸⁾

IV. 임차권의 존속보장에 의한 영업권의 보호

1. 서설

위에서 언급한 바와 같이 상가임대차의 존속기간이 만료되는 시기에 이르러 임대인이 임대차의 갱신을 거절하는 경우에 ‘퇴거보상금(indemnité d' éviction)’을 지급하는 방안, 즉 임차인이 입게 되는 영업의 손실로 인한 손해를 보상해주도록 하는 방안은 대표적으로 프랑스상법에서 취하고 있는 방안으로서 다음과 같은 의미가 있다.

우선, 갱신거절로 인한 임대인의 영업보상의무는 임대차기간 종료시에 임대인이 임대차계약을 갱신하도록 유도할 수 있다는 점에서 결과적으로는 간접적으로 임차권의 존속을 보장하게 된다. 다음으로, 영업보상의 방안은 간접적인 임차권의 존속방안이기 때문에 임대인의 갱신거절이 금지되지 않는다. 따라서 임대인은 갱신을 거절하면서 더 높은 차임을 받을 수 있는 임차인이나 해당 점포를 더 필요로 하는 임차인에게 임대할 수 있는 반면, 임대인의 갱신거절에 대하여 임차인은 임대인으로부터 영업상실에 대한 보상을 받음으로써 상실하는 영업의 가치를 금전적으로 보유하게 된다. 다만, 영업보상에 대해서는 보상액산정의 문제가 남는데, 이는 갱신거절로 인한 임차인의 영업손실액을 어떻게 확정할 것인지의 문제와 맞닿아 있다.

한편, 우리 상임법에서는 권리금 회수기회를 보호하고 있는데, 이러한 권리금회수기회의 보호는 갱신거절로 인한 임차인의 손실을 임대인이 보상하도록 하는 것이 아니라 임차인이 스스로 영업을 처분하여 영업의 금전적 가치를 보유하도록 하는 방안이다. 그리고 권리금 회수기회 보호방안은 간접적으로 임차권의 존속을 보장하는 방안이라고 할 수 있는데, 임대인은 임대차기간이 종료하는 시점에서 갱신을 거절하더라도 임차인의 권리금 회수에 협력해야 할 의무를 부담하기 때문에 갱신을 거절하게 되면 의무를 부담하면서 별도로 갱신으로 인한 이익을 누릴 수 없게 된다. 즉, 임대인은 갱신을 거절하더라도 직접적으로 임차인에게 금전적 보상의무를 부담하지 않으며, 임대인은 임차인이 영업을 양도하는 것에 협력하면 된다. 이러한 관점에서 볼 때 권리금 회수기회의 보호는 프랑스 상법에서 규정하는 영업의 양도와 비교할 수 있는 점들이 있다. 즉, 영업의 양도는 상가임차인의 영업의 가치를 회수하는 수단이 된다

47) 프랑스 상법 제L.145-9조 제5항 참조.

48) 재판상절차가 개시되는 경우도 이를 다시 갱신의 원칙 자체에 관한 분쟁과 갱신된 차임에 대한 분쟁으로 나누어 살펴볼 필요가 있다. 우선, 분쟁이 임대차의 갱신거절에 관한 것이거나 퇴거보상금에 관한 것인 때에는 사건은 지방법원의 관할로 된다. 반면, 분쟁이 갱신된 임대차의 차임에 관한 것인 경우에는 반드시 조정절차를 거쳐야 한다. 조정은 ‘각 도(道)의 조정위원회 (commission départementale de conciliation)’에서 이루어진다. 동 위원회는 특히 임차인단체 대표와 임대인단체 대표가 각각 동수의 비율로 참여하여 구성된다. 그리고 동 위원회는 당사자의 조정을 이끌고자 노력하며, 조정이 이루어지지 않는 경우에는 위원회의 안을 제시하기도 한다. 만약 당사자들이 이러한 조정위원회의 의견에 동의하지 않을 경우에는, 지방법원에 소를 제기하여 문제를 해결할 수 있다. 이 경우, 지방법원장은 당사자의 주장과 조정위원회의 의견을 종합적으로 고려하여 차임을 정한다. 차임이 이와 같이 재판상절차에 의해 정해지는 경우에는, 당사자 일방 또는 쌍방은 계약의 갱신을 거절할 수 있다. 그러나 만약 임대인이 계약갱신을 거절하는 경우에는 임차인에게 퇴거보상금을 지급하여야 한다. 이와 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial, op. cit.*, n° 856, p. 362.

는 점에서 우리 상임법에서의 권리금과 유사하다는 것이다.⁴⁹⁾

이하에서는 프랑스에서의 상사임대차의 갱신거절로 인한 퇴거보상과 영업양도에 대해 순차적으로 검토하기로 한다.

2. 상사임대차의 갱신거절과 퇴거보상

(1) 상사임대차의 갱신거절과 퇴거보상의 근거

프랑스 상법 제L.145-14조에서는 상사임대차에 있어서의 임대인의 갱신거절권에 대해 규정하는 한편,⁵⁰⁾ 임대차의 갱신거절에 따른 임대인의 임차인에 대한 손해배상책임에 대해서도 규정하고 있는데, 이를 ‘퇴거보상’ (indemnité d'éviction)이라고 부른다.⁵¹⁾ 즉, 임대인에 의한 상사임대차의 갱신거절은 임차인의 ‘영업에 대한 손실’이 있는 것으로 간주된다는 것이다.⁵²⁾ 다만, 프랑스 상법 제L.145-14조 제2항에서는 상사임대차의 갱신거절에도 불구하고 임차인에게 손해가 발생하지 않았음을 임대인이 증명함으로써 퇴거보상책임을 부담하지 않을 수 있다고 규정하고 있다.⁵³⁾ 아무튼, 상사임대차의 갱신거절시의 퇴거보상액을 산정하는 것이 반드시 용이한 것은 아니다. 법문상으로는 ‘영업의 시장가치’를 주된 손해배상의 대상으로 규정하고 있으므로, 영업재산의 가치감소에 대한 평가가 관건이 될 수 있을 것으로 이해할 여지도 있다. 그러나 현실적으로는 이러한 ‘영업(재산)의 시장가치’ (valeur marchande du fonds de commerce) 감소를 판단하기 쉽지 않은 국면들이 있으며⁵⁴⁾ 따라서 영업재산의 시장가치 감소에 따른 배상이 아니라 ‘임차권의 시장가치’ (valeur du droit au bail)를 배상할 수밖에 없는 경우도 있기 때문이다.

(2) 퇴거보상의 내용

1) 퇴거보상의 주된 내용

프랑스 상법 제L.145-14조에 의하면, 갱신거절로 인하여 임차인이 더 이상 영업을 할 수 없게 되는 경우,⁵⁵⁾ 임대인은 원칙적으로 ‘영업의 시장가치’에 상응하는 손해를 배상하여야 하는데,⁵⁶⁾ 이를

49) 다만, 우리 상임법에서의 권리금 회수기회 보호는 임대인이 임차인의 영업양도에 협력하여야 하는 것을 의미하며 이는 영업양수인이 임대인으로부터 임차권을 취득할 수 있도록 영업양수인과 새롭게 임대차계약을 체결하는 것을 가리킨다는 점에서 프랑스에서의 영업의 양도나 상사임차권의 양도와는 근본적인 차이가 있다.

50) 갱신거절을 위한 정당화사유가 존재하여야 하는 것은 아니며, 다만 임대인에게 후술하는 퇴거보상책임을 있는지의 여부만이 문제로 남게 된다는 것이다. 같은 취지로는, Cass. civ. 3e, 8 fév. 2006, *Bull. civ.* III, n° 26.

51) 프랑스 상법 제L.145-14조에서는 “① 임대인은 임대차의 갱신을 거절할 수 있다. 다만, 임대인은 제L.145-17조 이하에서 규정하는 예외를 제외하고, 임차인에게 갱신거절로 인하여 초래되는 손해에 상응하는 퇴거보상금을 지급하여야 한다. ② 동 보상금은 특히 거래계의 관행에 따라 정해진 영업(재산)의 시장가치 이외에도, 통상적인 이사비용 및 재정착비용, 그리고 동등한 가치를 지닌 영업(재산)을 매수하는데 소요되는 비용과 세금을 포함한다. 다만, 소유권자가 (임차인의) 손해가 (그 보다) 적다는 사실을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.”고 규정하고 있다.

52) A. d'Andigné-Morand, *Baux commerciaux*, Delmas, n° 1801. 다만, 구체적인 퇴거보상금의 액수는 사실심법원의 재량에 위임된 사항이라는 것이 프랑스 파기원의 태도이다(Cass. civ. 3e, 21 juin 1972, *Bull. civ.* III, n° 415). 한편, 이러한 퇴거보상금의 산정이 어려운 영역은 갱신거절로 인한 ‘기회상실’의 손해에 대해서도 배상이 가능할 것인지의 여부이다. 프랑스상법 제L.145-14조 제1항에서 갱신거절로 인한 손해의 배상을 상정하고 있다는 점을 중시하여 장래의 기회상실에 대해서도 배상이 가능하다고 한 프랑스 파기원의 판단으로는, Cass. civ. 3e, 3 juil. 2002, *AJDL*, 2002, p. 849.

53) 갱신거절로 인하여 임차인이 다른 곳으로 이주하여 영업을 계속하더라도 자신의 고객을 잃지 않을 수 있음을 증명함으로써 임대인이 임차인에 대한 퇴거보상책임을 면할 수 있다고 한 것으로는, C.A. de Paris, 26 mai 2000, *Administrer*, 2000, n° 325, p. 24.

54) 임대차의 갱신거절로 인하여 임차인이 잃는 영업재산의 손실은 임차인이 자신의 고객을 잃게 되는지 아니면 기존의 고객을 잃지 않는지에 따라 그 내용이 달라질 수 있다. 이는 위에서 살핀 바와 같이 영업재산의 주된 요소가 영업이익 또는 고객이기에 그러하다.

‘대체보상금’(indemnité de remplacement)이라고 한다. 한편, 갱신거절로 인하여 임차인이 다른 곳에서 영업을 하더라도 기존의 고객을 상실하지 않고 영업활동을 계속할 수 있는 경우에는, 갱신거절로 인하여 ‘임차권의 상실’이라는 손해만을 입은 것으로 평가될 수 있으므로 그로 인한 손해배상의 명목으로 ‘임차권의 시장가치’에 상응하는 손해배상, 즉 ‘이전보상금’(indemnité de déplacement)을 청구할 수 있다.

가. 영업을의 시장가치 : 대체보상금

갱신거절이 영업을의 감소를 초래하였는지에 대한 판단은 사실심의 재량에 위임된 사항이라고 한다. 그러나 그와 같은 판단에 있어서 기준이 되는 요소는 임차인의 수요에 부응하는 목적물이 종전의 임차목적물과 인접한 곳에 존재하는지, 그리고 그 새로운 장소에서의 영업활동으로 인하여 기존의 고객층에 별다른 변화를 초래하지 않는지의 여부이다.⁵⁷⁾ 따라서 그와 같은 새로운 장소나 목적물이 존재하지 않는 경우에 영업을의 손실이 초래된 것으로 볼 수 있으며, 임차인은 임대인을 상대로 영업을의 시장가치에 상응하는 대체보상금을 청구할 수 있다.⁵⁸⁾ 다만, 대체보상금이 인정되는 영업활동은 임대차계약에서 상정한 합법적인 영업활동이어야 한다. 즉, 당사자가 약정한 내용이 아닌 영업활동에 대해서는 임대인이 비록 그와 같은 영업활동을 용인하였다고 하여 퇴거보상의 대상이 되지 않는다.⁵⁹⁾ 그러나 임대차계약 체결 당시에 예상할 수 있었던 최초의 계약목적에 포함될 수 있는 영업활동에 대해서는 퇴거보상이 인정될 수 있다고 한다.⁶⁰⁾⁶¹⁾

한편, 법문상의 표현에 따르면, 대체보상금은 영업을의 시장가치에 상응하여야 하며 이러한 영업을의 시장가치는 거래계의 관행에 의하여 결정되어야 한다.⁶²⁾ 그런데 프랑스의 거래계에서는 그 동안 다양한 방식으로 영업을의 시장가치를 평가하였다고 한다. 연간 영업일수를 기초로 하여 일일 매출액에 일정한 계수(coefficient)를 곱하는 방식,⁶³⁾ 최근 3년간의 연간 매출액 평균에 일정한 계수를 곱하는 방식,⁶⁴⁾ 최근 3년간의 연간 수익 평균에 일정한 계수를 곱하는 방식,⁶⁵⁾ 그리고 상응하는 영업을의 시장에서의 매매

55) 판례에 의하면, 이러한 경우는 대체로 고객의 가치가 상당히 큰 것으로서 쉽게 새로운 영업장을 구하기 어려운 경우가 이에 해당한다.

56) 프랑스 입법자들은 영업장소(emplacemement du commerce)와 고객의 연관성이 크므로 상인을 영업장소로부터 퇴거시키는 것은 고객의 상실을 초래하며 결과적으로는 영업재산 자체의 상실을 초래한다는 사고에 기초하였다고 평가할 수 있다. 이러한 이유로 인하여 법문상으로는 퇴거보상금이 영업권의 가치에 상응하여야 한다고 규정하는 한편, 그 밖에도 통상적인 이전비용 및 재정착비용이 추가될 수 있음을 예정하고 있다. 이와 같은 설명으로는, F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial, op. cit.*, n° 413.

57) 즉, 어느 곳에서 영업을 하더라도 고객층의 변화를 초래하지 않는다면 영업재산의 손실은 없게 되는 것이기 때문이다. 이에 관한 증명책임은 임대인이 부담한다고 한 것으로는, C.A. de Paris, 26 mai 2000, *Administrer*, sept. 2000, p. 24.

58) J.-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux*, 5e éd., Le moniteur, (2012), p. 416.

59) 카페영업을 목적으로 임대차계약을 체결하였으나, 임차인이 크레페까지 취급한 사안에서 비록 임대인이 크레페의 취급에 대해 임대차계약 체결 이후 그와 같은 사정을 알면서 용인하였다고 하여, 퇴거보상금의 산정에 있어서 크레페 영업을에 대한 것까지 고려할 수는 없다고 한 것으로는, Cass. civ. 3e, 4 mai 2006, *Bull. civ.* III, n° 108.

60) Cass. civ. 3e, 10 oct. 1972, *Bull. civ.* III, n° 505.

61) 하급심 판결이기는 하나, 임차인이 임대인과의 제1임대차계약을 체결한 후, 제1임대차계약에서 상정한 영업을의 필요에 따라 임대인 소유의 인근 건물의 일부 공간에 대해 제2의 임대차계약을 체결하였다면, 이후 임대인의 갱신거절로 인한 퇴거보상금의 산정에 있어서 임차인이 점용하는 모든 임차건물에 대한 퇴거보상이 이루어져야 한다고 판시한 것으로는, C.A. de Paris, 18 nov. 1987 et 8 mars 1988, *Petites Affiches*, 19 juil. 1988, p. 2.

62) Cass. civ. 3e, 31 mars 1978, *Gaz. Pal.*, 1978, 2, somm., p. 267.

63) 음료나 식료품 판매업에서 주로 이 방식이 활용된다고 한다. 파리 시내의 위치가 좋은 상점일 경우, 일일 매출액에 600 내지 700을 곱한 금액으로 정한다고 한다. 관련 사례로는 예컨대, C.A. de Paris, 30 juin 2010, *Administrer*, oct. 2010, p. 53.

64) 기성복 판매점의 경우에 있어서 연간 매출액의 85%를 대체보상금으로 인정한 것으로는, C.A. de Paris, 23 fév. 2011, *A.J.D.L.*, 2011, p. 896 참조. 한편, 대체로 식당의 경우에는 연간 매출액의 80% 또는 100%를, 패스트푸드점이나 샌드위치가게의 경우에는 연간 매출액의 100%를, 미용실의 경우에는 연간 매출액의 60% 내지 110%를, 주유소, 자동차 정비소 등의 경우에는 연간 매출액의 30%를 대체보상금으로 정한다고 한다.

대금을 상정하여 단순히 일정한 금액으로 정하는 경우도 있었다고 한다. 결국 업종에 따라 구체적인 산정방식은 달라질 수 있으며, 여러 업종을 복합적으로 영위하는 경우에는 각 업종에 특유한 계산방식을 적용하여 그 총액을 퇴거보상금으로 정하게 된다고 한다. 아울러, 주목할 점은 연간 매출액이나⁶⁵⁾ 수익과 관련하여서는 이를 관할 세무서에 신고된 금액을 기준으로 한다는 것이다.⁶⁷⁾ 그런데 오늘날에는 대부분의 업종에서 관행이 사라졌다고 한다. 특히, 연간 매출액을 기준으로 하여 일정한 계수를 곱하는 방식과 관련하여서는 수익성(rentabilité)이 반영되지 않는다는 점에서 문제가 있었으며, 따라서 오늘날 프랑스 법원은 퇴거보상금의 산정에 있어서 전문가의 감정⁶⁸⁾을 거친 후⁶⁹⁾ 연간 매출액과 수익성을 함께 고려하는 여러 가지의 계산기법을 적용한다고 한다.⁷⁰⁾

나. 임차권의 시장가치 : 이전보상금

임대차의 갱신이 거절된 임차인이 기존의 고객을 잃지 않으면서도 다른 곳에서 계속하여 영업을 할 수 있는 경우라면, 이러한 경우에는 영업에 대한 손해가 없었으므로 임차권의 시장가치에 따라 퇴거보상금이 결정된다.⁷¹⁾ 즉, 이 경우에 있어서의 퇴거보상금은 영업장의 이전으로 인한 손해배상인 이전보상금에 국한하게 된다는 것이다.

한편, 퇴거보상금을 산정함에 있어서 임차권의 가치(valeur du droit au bail)를 고려할 것인지에 대해서는 프랑스 법원 내부에서도 상당한 논란이 있었으나, 이러한 논란의 과정에서 오늘날에는 몇 가지의 해석기준을 추론할 수 있게 되었다고 한다.⁷²⁾ 우선, 퇴거보상금을 산정함에 있어서는 임차인이 종전에 임차하였던 건물의 임차권을 기준으로 하여야 하는데, 그 이유는 퇴거보상금은 임차인이 입은 손해의 회복을 목적으로 하기 때문이라고 한다.⁷³⁾ 그런데 임대차계약에서 상정하고 있는 영업활동의 범위가 특정의 영업으로 제한되고 있는 경우, 이러한 임차권은 영업재산의 구성요소가 되므로 이러한 임차권의 가치를 평가함에 있어서는 “잠재적인 발전가능성을 상징하는 ‘그 장소적 이익’ (intérêt de son emplacement)” 을 고려하여야 한다.⁷⁴⁾ 다음으로, 퇴거보상금은 임차인이 갱신거절로 인하여 실제 입은 손해만을 배상의 대상으로 하여야 한다. 따라서 학설상으로는, 임차인이 새로이 유사한 건물을 임차하면서 지불하게 될 바닥권리금(pas-de-porte)은 보상의 대상이 아니지만, 임차인이 종전 임대인과 임대차계

65) 호텔업의 경우에 주로 이 방식이 활용된다고 한다. 관련 사례로는 예컨대, C.A. d'Aix-en-Provence, 5 nov. 2009, *A.J.D.I.*, 2009, p. 836 참조. 한편, 프랑스 법원은 수익에 대한 증명의 방법에도 제한이 없으며, 세무신고(déclaration fiscale)에 관한 자료도 무방하다고 한 경우도 있다(T. Albi, 23 jan. 1957, *Rev. Loyers*, 1957, p. 221.).

66) 연간 매출액의 산정과 관련하여 부가가치세를 포함시킬 것인지의 여부 또한 논란의 대상이 되기도 하였으나, 원칙적으로 관행에 따라야 하나 이를 포함시키지 않는다고 한 경우가 있는가 하면(Cass. civ. 3e, 15 juin 1994, *D.*, 1994, IR, p. 184.; Cass. civ. 3e, 17 déc. 2003, *Loyers et cpr.*, 2004, comm., n° 34.), 관행에 따라 모든 제세공과금을 포함시켜야 한다고 한 경우도 있다(Cass. civ. 3e, 27 nov. 1996, n° 94-18.215; Cass. civ. 3e, 2 déc. 1998, *Bull. civ.* III, n° 228.).

67) J.-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux*, *op. cit.*, p. 418. 임차인 조세포탈을 위하여 허위로 신고한 경우에는 당연히 형사제재가 뒤따르게 될 것이다(관련 사례로는, T.G.I. de Paris, 28 mars 1995, *A.J.P.I.*, 1995, p. 648.).

68) 위에서 언급한 거래계의 관행에 대한 정보를 기초로 하여 감정에 착수하는 것이 일반적이겠으나, 그와 같은 요소들에 대한 정보가 없는 경우, 감정인은 영업재산을 구성하는 다양한 요소인 임차권, 상점의 지리적 특성(achalandage), 영업이익 또는 고객(clientèle) 등의 가치를 평가하여 영업재산의 시장가치를 산출할 수 있다(T. Seine, 22 oct. 1957, *Gaz. Pal.*, 1958, 1, 50.).

69) 한편, 거래관행이 다양하여 영업의 시장가치에 대한 평가의 폭에 있어서 큰 차이가 발견된다면, 감정인은 자신이 적용할 변수(paramètre)의 정당성을 검증하여야 한다고 한다. 예컨대, 영업의 시장가치를 평가함에 있어서 매출액의 40% 또는 80%를 인정하는 두 거래관행이 존재한다면, 매출액의 40%를 영업의 시장가치로 인정하고자 하는 경우, 영업장의 위치 등 제반사정을 고려하여야 한다는 것이다(이에 대해서는, C.A. de Paris, 11 fév. 2002, *Administrer*, avril 2003, p. 37.).

70) J.-P. Blatter, *Traité des baux commerciaux*, *op. cit.*, p. 418.

71) 대체로 이런 업종으로는 치과, 출판사, 연구소, 제조공장 등을 들 수 있다고 한다. 이와 같은 설명으로는, P. Colommer, “Indemnité d'éviction”, in *Droit et pratique des baux commerciaux*, Dalloz, (2010), n° 550.270, p. 572.

72) 이상과 같은 설명에 대해서는, A. d'Andigné-Morand, *Baux commerciaux*, *op. cit.*, n° 1808, p. 268 이하 참조.

73) C.A. de Paris, 17 jan. 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, I, 299.

74) Cass. civ. 3e, 21 et 22 fév. 1968, *Bull. civ.* III, n° 69 et 70; *J.C.P.*, 1968, II, n° 15604.

약을 체결하면서 지불한 바닥권리금이 있다면 그 반환을 청구할 수 있을 것이라는 견해도 있다.⁷⁵⁾ 아무튼, 임대차의 갱신거절이 있었다고 하여 반드시 임차권의 시장가치에 상응하는 손실이 발생하는 것은 아니라고 할 수도 있는데, 예컨대, 임차인이 새로운 임차목적물로 이주하더라도 고객의 변동가능성이나 차임의 추가적인 부담가능성이 없어서 결과에 있어서는 영업재산의 변화가 전혀 없는 경우가 그러하다고 할 수 있다.⁷⁶⁾

다른 한편, 임차권의 상실로 인한 가치평가의 방식은 다양할 수 있다. 프랑스 법원의 판단 중에는 소위 ‘차입차액의 총합’ (capitalisation du différentiel de loyer)에 상응하는 금액⁷⁷⁾을 인정한 경우도 있으나⁷⁸⁾ 영업의 성질이나 장소적 특징을 고려하는 소위 ‘상황계수’ (coefficient de situation)를 적용하는 방식⁷⁹⁾을 허용하기도 한다. 그러나 사무용건물에 대한 임대차가 갱신거절된 경우에는 이전보상금의 청구가 인정되지 않을 수 있는데, 그 이유는 사무용건물의 경우에는 그 차임과 ‘임대차의 가치’ (valeur locative)가 대체로 동일할 것이기 때문이다.⁸⁰⁾⁸¹⁾ 아무튼, 임차권의 가치평가 방식이 무엇이건 영업재산의 가치와 비교할 때는 그 가치가 현저히 낮을 수밖에 없을 것이다.⁸²⁾

2) 부수적 퇴거보상

가. 영업재산의 재취득비용보상

임차인이 유사한 가치의 새로운 영업재산을 취득하기 위하여 지출하는 비용에 대한 보상금을 말한다. 재취득비용보상(indemnité de réemploi)에는 다른 자의 영업재산을 인수하기 위하여 지급한 취득세(droits de mutation)도 포함한다. 그런데 이와 같은 내용의 부수적 퇴거보상이 임차인에게 언제나 인정되는지가 의문일 수 있으나, 오늘날 프랑스 파기원은 임차인이 새로운 영업을 개시하지 않은 경우에는 이와 같은 내용의 보상금을 인정하지 않는다.⁸³⁾

한편, 대체보상금이 인정되는 경우에 있어서의 부수적인 퇴거보상금에 임차인이 새로운 임차목적물을 임차하면서 임대인에게 지급할 바닥권리금(pas-de-porte)이 포함되는지가 의문일 수 있다. 이와 관련하여 프랑스 파기원은 퇴거보상금의 산정시에 이를 고려할 수 있다고 한 경우가 있다.⁸⁴⁾ 그러나 바닥권리금에 대한 보상이 고려될 수는 있다고 하더라도 그 금액은 임차인이 퇴거한 종전 건물의 임차권의 가치를 초과할 수 없으며, 또한 임차인이 운용하였던 영업재산의 가액을 초과할 수 없다고 한다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾

나. 이사비용 등

프랑스 상법 제L.145-14조에서는 ‘통상적인 이사비용 및 재정착비용’도 퇴거보상의 대상이 될

75) F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 414.

76) A. d'Andigné-Morand, *Baux commerciaux*, *op. cit.*, n° 1808, p. 269.

77) 이는 임차인이 새로운 임대차관계에 따라 지불하여야 할 차임과 종전의 임대차관계에서 지불하였던 차임 상호간의 차액에 일정한 계수를 곱한 금액을 말한다.

78) T.G.I. de Paris, 8 jan. 1991, *Gaz Pal.*, 1991, II, somm., p. 341.

79) C.A. de Paris, 22 mars, 31 mai, 18 oct. 1994, *Gaz Pal.*, 1995, I, somm., p. 125.

80) 즉, 차임과 임대차의 가치가 동일하다면 임차권 자체의 가치는 존재하지 않게 된다는 것이다(C.A. de Paris, 18 jan. 1991, *Administrer*, mars 1991, p. 61) 참조.

81) 관련 사례로는, Cass. civ. 3e, 20 juin 1995, *Gaz Pal.*, 1995, II, somm., p. 559.

82) F. Dekeuwer-Défossez et E. Blary-Clément, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 414.

83) Cass. civ. 3e, 2 déc. 1998, *Bull. civ. III*, n° 228.; Cass. civ. 3e, 9 nov. 2010, *A.J.D.I.*, 2011, p. 209.

84) Cass. civ. 3e, 20 juin 1979, *Bull. civ. III*, n° 136.

85) Cass. civ. 3e, 2 fév. 1968, *Bull. civ. III*, n° 45.

86) 아울러, 임차인이 새로 입주한 임대목적물에 대해 즉각적으로 바닥권리금을 지급하지 않은 경우에도 그에 대한 보상은 고려되지 않는다고 한 것으로는, Cass. civ. 3e, 3 avr. 2001, *Administrer*, juil. 2001, p. 33.

수 있음을 명시하고 있다. 그러나 임차인이 현실적으로 입은 그 밖의 손해들도 보상의 범주에 포함된다 고 할 것이다. 프랑스 법원은 새로운 임차목적물에 임차인이 정착하기 위해 필요로 하는 일체의 비용⁸⁷⁾ 이외에도 영업손실(trouble commercial),⁸⁸⁾ 영업의 중단으로 초래될 수 있는 재고품에 대한 손실,⁸⁹⁾ 등도 보상의 대상이라고 하는 한편, 새로운 임대건물에서의 근무를 거부하는 직원의 해고에 따른 퇴직보상도⁹⁰⁾ 경우에 따라서는 배상의 대상으로 고려될 수 있다고 한다.

3. 영업의 양도

(1) 서

영업의 양도의 경우에는 일반적인 동산의 양도에 관한 원칙이 그대로 적용된다. 그러나 영업이라는 양도대상의 특수성으로 인하여 영업의 거래에 있어서는 특수한 법리가 적용된다. 그리고 그 내용은 양수인의 보호뿐만 아니라 양도인의 보호도 함께 지향하고 있다. 아무튼, 이와 같은 특별한 원칙은 양도계약의 체결시 뿐만 아니라 그 이행시에 있어서도 드러나는데, 그 구체적인 근거는 1909년 3월 17일 법 및 1935년의 6월 29일 법으로서, 이들 규범은 프랑스 상법 제L.141-1조 내지 제L.141-22조에 반영되었다.

한편, 영업의 양도계약의 성립에 있어서는 원칙적으로 프랑스 민법상의 일반원칙이 그대로 적용된다. 그러나 영업의 양도는 상행위로서 매도인인 상인에 있어서는 최후의 관리행위에 해당하지만 매수인인 상인에 있어서는 최초의 거래행위로서의 상행위에 해당한다. 아무튼, 영업의 양도행위가 쌍방 당사자에게 있어서 상행위로서 엄격한 형식주의에 복종할 필요는 없을 것이나 프랑스 입법자들은 영업의 양도에 있어서는 엄격한 방식을 요구하고 있으며, 그 구체적인 내용은 프랑스 상법 제L.141-1조 이하에서 이를 상세히 규정하고 있다.

(2) 양도계약의 성립

영업양도계약의 성립요건은 이를 실질적 요건과 형식적 요건으로 나누어 살펴볼 필요가 있다.

1) 실질적 요건

모든 유형의 매매계약에서 요구되는 바와 같이 매매의 대상 및 대금에 관한 당사자 쌍방의 합의가 있어야 한다.

가. 당사자

영업의 양도인은 영업의 소유자 즉 영업권자이어야 한다. 영업권자가 성인자인 경우에는 영업권의 양도에 있어서 아무런 제한이 없다. 다만, 미성년자인 경우에는 법정대리인이라 하더라도 후견판사의 허가가 없이는 임의로 영업권을 양도할 수 없다. 그리고 영업을 양도하고자 하는 후견인은 친족회의 동의를 얻어야 한다. 왜냐하면, 영업은 그것이 비록 동산이기는 하나 그 중요성을 감안하여 부동산에 유사

87) 은행지점의 설치를 위하여 건물의 구조를 강화하는 작업에 소요되는 비용의 배상 또는 인쇄소영업을 위하여 바닥을 강화하는 작업에 소요되는 비용의 배상 등과 관련하여, 예컨대 C.A. de Paris, 5 juil. 2006, *Administrer*, jan. 2007, p. 44.

88) C.A. de Paris, 16 juin 2004, *A.J.D.I.*, 2006, p. 678.; 특히, 영업손실과 관련해서는 또 다른 영업권의 취득에 필요한 기간 동안의 휴업손해를 포함한다고 한다(C.A. de Paris, 20 avril 2005, *A.J.D.I.*, 2005, p. 737.). 그리고 이러한 휴업손해는 대체로 3개월의 영업이익에 상응하는 정도의 금액이나(C.A. de Paris, 9 jan. 1994, *Gaz Pal.*, 1994, II, somm., p. 654.), 이 또한 더 이상 영업활동을 하지 않는 경우에는 청구할 수 없다고 한다(C.A. de Paris, 2 avril 1996, *Gaz Pal.*, 1996, II, somm., p. 577.).

89) C.A. de Paris, 27 oct. 1994, *Gaz Pal.*, 1995, II, somm., p. 395.

90) Cass. civ. 3e, 15 mars 1977, *Gaz Pal.*, 1977, I, somm., p. 165.

한 것으로 간주되기 때문이다.

한편, 영업의 양수인은 성년자이어야 하는데, 그 이유는 성년자만이 상행위를 할 수 있기 때문이다.

나. 목적물

영업양도에 있어서 그 대상이 무엇인지가 의문일 수 있다. 그러나 그 대상이 영업(*fonds de commerce*)임에는 의문이 있을 수 없다. 그러나 법상으로는 영업의 구성요소가 무엇인지에 대하여 침묵하고 있으므로, 당사자가 영업을 구성하는 목록을 증명하여야 한다. 아무튼, 중요한 것은 영업의 양도에 있어서는 고객권(*clientèle*)이 반드시 포함되어야 한다는 것이다.

다. 대금

프랑스민법 제1591조에서는 매매대금이 반드시 확정될 필요는 없으며, 매매대금을 확정할 수 있는 기준이 있으면 족한 것으로 규정하고 있다. 실무상으로는 매매대금이 대체로 세 가지의 요소를 포함하는 것으로 이해된다. 그 하나가 무체적인 요소에 관한 것이고, 또 다른 하나가 물리적인 요소에 관한 것이며, 마지막으로 상품에 관한 것이다.

한편, 세법상의 이유로 인하여 당사자는 대금의 일부를 은닉하고자 하는 유혹을 접하게 된다. 이러한 현상을 법적으로는 ‘이면계약’ (*contre-lettres*)이라고 표현하기도 하는데, 조세법전 제1840조에서는 대금의 일부를 은닉하는 이러한 이면계약을 무효로 간주하고 있다. 따라서 매도인은 법적으로는 약정한 추가대금의 지급을 청구할 수 없는 상황에 직면할 수 있다. 이러한 이유로 인하여 실무상으로는 ‘매도인이 매수인에게 은밀하게 지급하는 대금’ (*dessous-de-table*)은 매매계약의 체결시에 현금으로 지급되기도 한다고 한다.⁹¹⁾

라. 합의

영업의 양도계약이 유효하기 위해서는 당사자의 합의가 자유로운 것일 뿐만 아니라 그 내용이 분명한 것이어야 한다. 즉, 당사자 사이의 합의에 하자가 없어야 한다는 것이다. 그러나 대체로 매도인의 입장에서는 계약상대방에게 자신이 직면한 어려움을 제대로 고지하지 않는 경향이 있음을 확인할 수 있다. 구체적으로는 행정청의 허가가 실효되었다거나 부정경쟁을 이유로 한 소송이 제기되어 상호의 사용이 위협받고 있다는 등의 사정이 그러하다. 비록 고의적인 의무해태가 성립하기 위해서는 매도인에게 그와 같은 정보에 대한 설명의무가 있음을 전제로 하여야 하겠으나, 입법자들은 이러한 의무의 범위를 구체화하고자 한 것으로 평가할 수 있으며, 따라서 이하에서 살피는 바와 같은 일정한 범위의 형식적 요건이 충족되어야 한다.

2) 형식적 요건

1935년 6월 29일법에서는 영업양수인의 이익을 보호하고자 엄격한 형식주의를 채택하고 있다. 그리고 그 구체적인 내용은 프랑스 상법 제L.141-1조 이하에서 상세히 규정되어 있다. 즉, 영업의 양도인은 상대방에게 영업의 가치평가에 있어서 본질적인 내용에 대해 정보를 제공하여야 한다. 매도인이 이와 같은 의무를 이행할 것을 확실히 하기 위하여, 프랑스 입법자들은 이와 같은 정보들이 영업권 양도 계약서에 기재될 것을 요구하였다. 그리고 영업의 양수인을 보호하기 위하여 그와 같은 사항에 대한 기재가 부실한 경우 또는 부정확한 경우에는 특별한 제재를 가하고 있다.

91) 이와 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial, op. cit.*, n° 907, p. 389.

가. 영업의 양도계약서에 의무적으로 기재되어야 할 사항

영업의 양도계약서에 기재되어야 하는 사항에 대해서는 프랑스 상법 제L141-1조에서 이를 상세히 열거하고 있다. 구체적으로는 영업양도인의 성명, 영업에 설정된 우선특권 및 질권, 최근 3개년간의 매출액, 최근 3개년간의 수익, 그리고 상사임차권의 구체적 내용 등이 그것이다.

한편, 이상과 같은 사항들은 매수인으로 하여금 그가 취득하고자 하는 영업권의 가치를 가장 잘 파악할 수 있게 한다. 실제로 소매상의 경우에 있어서 최근 3개년간의 매출액 및 수익을 적시하게 하는 것은 영업의 가치를 평가함에 있어서 기초적인 자료로 작용하게 된다. 통상적으로 영업의 가치는 연간 매출액 또는 연간 수익액에 일정 비율의 승수를 적용하여 산정한다. 예컨대, 이미 위에서도 언급한 바와 같이, 약국의 경우 오늘날 연간 매출액의 약 90%가 영업의 가치에 상응하는 것으로 인정되고 있다.⁹²⁾

다른 한편, 영업의 양도시 계약서에 기재되어야 할 위와 같은 사항은 그 자체로서 완전한 것은 아니다. 즉, 기재되어야 하는 정보가 과거 지향적이며 양수인의 입장에서는 어쩌면 장래 자신이 취득하게 될 수익에 대해 더 큰 관심을 가질 수 있다. 즉, 과거에 이미 실현된 사항이 향후에도 지속될 수 있을 것이라는 것을 특별한 이유의 제시 없이 합리화하고 있는 것으로 평가할 여지가 있다는 것이다. 그러나 장래의 수익까지 예상하게 하는 것은 비현실주의적인 태도라고 할 것이다. 즉, 장래의 수익을 예상한다는 것 자체가 무리일 수 있다. 그러므로 예상된 수익이 현실화되지 않는다고 하여 영업권의 양수인으로 하여금 양도인에게 담보책임을 물을 수 있게 한다는 것은 비합리적인 태도라고 할 수 있다. 특히, 이는 기존의 건전한 영업 또는 기업을 이끌기에 능력이 부족한 사람이 영업을 인수한 경우에는 더 더욱 그러하다. 따라서 이상과 같은 이유로 인하여 입법자들이 제한적이기는 하나, 확인이 용이한 과거의 지표만을 정보제공의 대상으로 삼았다고 평가할 수 있다. 그러나 법상 예정하고 있는 정보제공 사유는 너무 제한적이어서 프랑스 법원은 법의 흠결은 보충하기도 한다.⁹³⁾

나. 법정제재 및 법원의 보충적 처방

프랑스 입법자들은 양도인에게 부과되는 정보제공의무를 다양한 제재수단을 통하여 강화하고자 한 것으로 평가할 수 있다. 구체적인 제재는 정보제공의무를 해태 또는 결여한 경우인지 아니면 부정확한 정보를 제공하였는지에 따라 그 내용을 달리하고 있다.

우선, 정보제공의무를 해태 또는 결여한 경우에는 상대적 무효의 법리가 적용된다. 즉, 매수인만이 영업양도계약의 무효를 주장할 수 있으며, 그와 같은 권리의 행사는 계약체결일로부터 1년의 제척기간에 걸린다. 따라서 영업의 양수인의 입장에서는 자신이 잘못된 계약을 체결한 것으로 판단하는 경우 그리고 필수적 기재사항 중 일부가 결여된 경우에는 계약의 무효를 주장할 수 있다. 따라서 필수적 기재사항의 결여가 확인된 경우의 결과는 영업의 양도인에게는 가혹할 수 있는데, 그 이유는 양도계약의 무효로 인하여 대금을 반환하고 영업을 다시 회복하여야 하기 때문이다.⁹⁴⁾

다음으로, 양도계약서에 기재되어야 할 사항이 부정확하게 기재된 경우, 입법자들은 그에 대한 제재로서 합의의 무효는 아니더라도 숨은 하자에 대한 매도인의 담보책임에 준하는 책임의 추궁하는 것을 가능하게 하고 있다. 즉, 잘못된 정보의 제공이 있는 경우에는 양수인이 양도인에게 대금감액청구권을 행사할 수 있으며, 부정확한 정보제공의 경중에 따라서는 계약의 해제도 고려할 수 있다.⁹⁵⁾ 정보제공의 부정확성으로 인한 담보책임추급권의 행사는 목적물에 대한 점유이전시로부터 1년의 제척기간에 걸린다고 한다. 이 점은 정보제공의 결여로 인한 무효를 주장하기 위한 제척기간이 계약체결시로부터 기산하

92) 이와 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial, op. cit.*, n° 910, p. 390.

93) *Ibid.*, n° 912, p. 390.

94) *Ibid.*, n° 914, p. 391.

95) Cass, civ. 3e, 19 avril 2000, *Bull. civ.* I, n° 87.

는 것과는 차이가 있다.

다른 한편, 프랑스 법원은 영업의 양수인이 양도인의 정보제공의무 이행결여 또는 부정확한 정보 제공을 이유로 손해배상을 청구한 것은 아니나, 불충분한 정보제공을 주장한 경우에도 양수인의 청구를 인용한 경우가 있다. 예컨대, 영업의 양수인이 자신들이 인수한 영업과 관련하여 소송이 제기되어 있음에 대하여 양수인이 아무런 정보를 제공하지 않았음을 이유로 손해배상을 청구하는 경우가 이에 해당한다. 그런데 프랑스 법원은 이러한 경우에도 양도인에게 정보제공의무가 있음을 확인하고 있다. 즉, 영업의 가치에 영향을 미칠 수 있는 사항에 대해서는 양도인의 정보제공의무의 적용범위를 확대하고 있다는 것이다. 프랑스 법원은 특히, 숨은 하자에 대한 담보책임에 기초하여 영업의 양도계약을 취소하거나 대금감액을 인정하기도 한다.⁹⁶⁾ 더 나아가, 프랑스 법원은 필요적 기재사항의 누락으로 인하여 영업의 양수인으로 하여금 잘못된 정보제공이 초래되었고 이로 인하여 손해를 입었다면, 영업양도계약은 무효로 된다고 하기도 한다.⁹⁷⁾

(3) 양도계약의 내용

1) 양도인의 의무

우선, 양도인의 의무로서 인도의무를 들 수 있다. 즉, 영업의 양도인은 양수인이 실질적으로 영업의 다양한 요소를 점유할 수 있도록 하여야 한다. 문제가 되는 것은 고객권 또는 적어도 고객흡인력과 관련한 것이다. 양도인이 자신의 인도의무를 충족하기 위해서는, 양수인에게 자신의 주요 고객과 공급자들을 소개하여야 한다. 일반적으로 영업양도계약에서는 인도의무의 구체적 이행방법을 적시한다고 한다. 그러나 당사자 사이의 분쟁이 발발한 경우, 법원은 고객권이 현실적으로 이전되었는지를 확인한다고 한다. 즉, 고객의 일부만을 이전한 것은 인도의무의 일부만을 이행한 것으로 간주한다는 것이다.⁹⁸⁾

다음으로, 다른 모든 유형의 매매에서와 마찬가지로, 영업의 양도인은 숨은 하자에 대한 담보책임과 추탈담보책임을 진다. 숨은 하자에 대한 담보책임은 이미 언급한 바와 같이, 정보제공의무의 위반시에 책임추궁의 근거로 작용하기도 한다. 실제로 양도인은 숨은 하자에 대해서만 책임을 지며 외관상 명백한 하자에 대해서는 책임을 지지 않는다. 그런데 양도인이 매매계약의 체결 이전에 하자를 발견하였다면, 이는 외관상 명백한 하자로 전화하게 되는데, 이 경우 상대방에게 그와 같은 내용에 대해 상세히 설명할 의무가 있다. 구체적으로는 영업에 부착된 각종의 부담에 대한 정보제공이 중요한 사항으로 된다. 예컨대, 매도인이 매수인에게 영업이 실행되는 건물에 부담된 지역권의 존재에 대해 설명하지 않았다면, 매도인의 담보책임이 문제될 수 있다는 것이다.⁹⁹⁾

다음으로, 추탈담보는 영업의 양도에 있어서 특별한 의미를 가진다. 대체로 추탈담보는 매도인이 매수인에게만 부담하는 것이나, 영업의 양도에 있어서 적용되는 추탈담보는 영업의 양도인으로 하여금 양수인에게 경쟁관계를 초래할 수 있는 일체의 행위를 하지 못하게 한다는 점에서 의의가 크다는 것이다. 즉, 양수인에게 고객을 이전한 뒤에 얼마 지나지 않아 새로이 영업을 개시함으로써 고객을 되찾아가는 것은 충격적일 수 있다. 추탈담보는 이러한 의미에서 경업피지의무로 강제된다는 것이다. 당사자들은 이와 같은 의무의 구체적인 내용을 사전에 특약으로 정할 수도 있다. 특히, 특정지역 내에서 일정한 기간 동안은 경업을 하지 않을 것을 내용으로 하는 특약을 할 수 있다는 것이다. 아울러, 이러한 특약은 일반적으로 영업의 양도인이 상인으로서의 지위를 회복하지 않는 것뿐만 아니라, 유사한 영업의 피용자

96) 이와 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial, op. cit.*, n° 916, p. 391.

97) Cass, com., 13 mars 2001, *J.C.P.E.*, 2001, 1915.

98) 이와 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial, op. cit.*, n° 919, p. 392.

99) *Ibid.*, n° 921, p. 392.

나 관리인이 되지 않는 것을 포함하기도 한다.¹⁰⁰⁾

2) 양수인의 의무

영업양수인의 주된 의무는 대금지급의무이다. 비록 양수인이 현금으로 대금을 지급하기로 하였다 하더라도, 영업의 채권자들이 반론을 제기하지 않음을 확인하기 위하여, 법정요건에 따른 공시가 있는 후 10일이 경과하여야 한다. 비록 양수인이 대금지급과 관련하여 이와 같은 기간의 유예를 향유하지만, 현실적으로는 어음을 발행하는 것이 일반적이라고 한다. 즉, 이행기 도래시 매도인에게 일정액을 지급할 의무가 있음을 확인하는 행위를 한다는 것이다. 그리고 이와 같이 발행된 어음은 금융권에 양도될 수 있다는 점에서도 특수성이 인정된다고 한다.¹⁰¹⁾

(4) 상사임차권의 양도와 영업양도의 관계

상사임차권의 양도는 영업의 양도에 있어서 필요불가결한 요소라고 할 수 있다. 즉, 상사임차권의 양도 없는 영업의 양도는 고려하기 힘들다. 그런데 이러한 권리는 프랑스에서도 비교적 늦게 권리로 승인되었다. 즉, 1951년 5월 24일 법에 의해서야 비로소 상사임차인에게 이와 같은 권리가 인정되게 되었으며, 상사임차인이营业을 양도함에 있어서 그 양수인에게 임차권을 이전하는 것을 금지시키는 약정은 무효라고 선언하게 되었다.¹⁰²⁾¹⁰³⁾ 즉, 프랑스 입법자들은 민법상 임대차와는 달리 상사임차권을 영업의 내용으로 보아 임차권을 배제한 영업의 양도는 마치 내용 없는 물건의 양도에 해당하는 것으로 이해하였다고 평가할 수 있을 것이다.

한편, 영업의 양수인 이외의 자에 대한 임차권의 양도를 금지하는 약정은 종래 그 유효성이 인정되어 왔다. 그리고 임차권의 양도를 제한하는 약정 또한 유효한 것으로 이해되어 왔다. 판례상으로도 이와 관련한 사례를 발견하는 것은 어렵지 않다. 우선, 임차권양도 계약의 유효성 여부를 양수인에 대한 임대인의 승낙이 있을 것을 조건으로 하는 약정은 가능하다. 다음으로, 임차권의 양도가 공정증서에 의해 작성되게 하는 한편, 임대인이 그 증서의 작성과정에 개입하여 임대인으로 하여금 장래 발생할 채무 불이행 등을 이유로 한 손해배상청구권을 담보하기 위하여 양수인에 대한 집행권원을 미리 확보할 수 있게 하는 약정도 가능하다. 아울러, 선매권약정을 통하여 영업권의 양도시에 임대인이 우선권을 가진 후보자가 될 수 있게 하는 것도 가능하다. 더 나아가, 임차권의 양도인과 양수인을 연대책무자로 하는 약정을 두어, 임대차계약으로부터 발생하는 모든 채무를 종전의 임차인이 여전히 의무부담하는 한편, 새로운 양수인이 연대하여 책임을 지게 하는 것도 가능하다.¹⁰⁴⁾ 다만, 이상과 같은 양도제한이 아니라 실질적으로 상사임차권의 양도를 불가능하게 하는 모든 약정은 무효이다. 예컨대, 프랑스법원은 상사임차권에 대한 질권의 설정을 금지하는 약정은 무효라고 판시하기도 하는데, 그 이유는 그와 같은 질권설정 은 영업의 양수인에게 있어서는 영업권의 양수를 위한 자금조달의 출처가 될 수 있기 때문이라고 한다.¹⁰⁵⁾

다른 한편, 이상과 같은 유효한 약정에 반하여 임차권의 양도가 이루어진 경우에는 임대차계약의 해지 또는 임차권의 갱신거절로 이어질 수 있다. 결과적으로 영업의 양수인의 입장에서는 영업의 양도

100) 다만, 프랑스 상법에서는 일정 규모 이하의 기업에의 채취업과 관련하여 경업피지의무의 적용을 배제하고 있다.

101) 이와 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 924, p. 393.

102) 프랑스 상법 제L.145-16조 제1항에서는 “형식 여하를 불문하고 임차인으로 하여금 임차권 또는 동장의 규정에 의하여 임차인이 가지는 권리를 자신의 영업권이나 기업을 양수하는 자에게 양도하는 것을 금지하는 약정은 쓰이지 않은 것으로 간주한다”라고 규정하고 있다.

103) 이와 같은 설명에 대해서는, Th. Massart, *Droit commercial*, *op. cit.*, n° 868, p. 365.

104) 이와 같은 설명에 대해서는, *Ibid.*, n° 869, p. 366.

105) *Ibid.*

가 임차권의 하자 없는 양도를 수반하는지의 여부를 세심하게 살필 필요가 있다고 한다.¹⁰⁶⁾

V. 나가며

본고에서는 상가건물임대차에서의 임차인의 영업보장의 문제와 관련하여 프랑스법에서의 해결방안에 대한 분석을 토대로 우리 법에서의 시사점을 모색하고자 하였으며, 그 핵심적 내용은 다음과 같다.

우선, 프랑스법에서는 상가임대차와 관련하여 단순히 목적물의 성질에 대한 구분이 아니라 영업의 목적이 무엇인지에 따라 상가임차권으로서의 보호필요성이 있다는 점을 분명히 하고 있다는 점에 주목할 필요가 있다. 이러한 관점에서 볼 때, 우리의 상임법도 최초에는 영업건물임대차보호법이라는 명칭을 사용하고자 하였다는 점에서 제도적 취지의 측면에서는 프랑스법과 차이가 없다고 평가할 수도 있다.

한편, 상가임대차에서의 영업권의 보호라는 측면에 있어서는 프랑스법과 우리 법에서의 차이가 발견되는 부분을 주목할 필요가 있다. 소위 임대차의 기간보장이라는 측면에서는 우리 법에서도 10년의 기간을 보장하고 있다는 점에서 프랑스의 상가임차권과 비교하여 큰 차이는 없는 것으로 평가할 수도 있다. 그리고 임차권의 존속보장이라는 측면에서의 비교에 있어서도 간접적으로 임차권의 존속보장을 꾀하고 있다는 점도 공통적이라고 할 수 있다. 다만, 우리 법에서는 임차권의 존속보장과 관련하여 권리금 회수기회의 보장이라는 해결방안을 제시하고 있으나, 프랑스에서는 영업의 양도나 임차권의 갱신거절시의 퇴거보상이라는 측면에서 접근하고 있다는 점에서 차이가 있다. 물론, 두 법제에서의 해결책이 각각 장단점이 있으며, 그 내용면에서도 차이가 있는 것은 사실이다. 그러나 중요한 것은 상가임대차에서의 영업보장은 임차인의 투자자본의 회수라는 측면보다는 임차인의 영업의 가치보장이라는 측면이 중시되어야 한다는 것이다. 즉 누구나 투자행위를 통하여 이익을 얻을 수도 있으나 손실의 위험 또한 상존한다고 할 것이다. 따라서 단순히 투자자본을 회수할 수 있는 장치로서의 상가임차인의 영업보장을 강조하는 경우에는 영업의 가치가 투자자본에 미치지 못하는 경우에도 마치 투자자본은 보장되어야 한다는 논리모순을 초래할 수 있다. 요컨대, 상가건물임대차에서의 영업권의 보장이라는 과제는 임차인의 영업권이 임대차 종료시에 잔존하는 임차인의 재산권으로서 보호되어야 한다는 측면에서 논리구성될 필요가 있으며, 그와 같은 보호대상인 재산권이라는 측면에서 보호의 범위가 설정되어야 한다. 따라서 이러한 관점에서는 우리 법에서의 상가임차권의 영업권보장 또는 그 목적달성을 위한 수단으로서의 권리금을 둘러싼 기존의 논리구성은 상가임차인의 잔존하는 재산권의 보호라는 측면에 방점이 두어지고 있지 않다는 비판이 가능할 수 있을 것이며, 이러한 측면에서는 프랑스법에서의 해결방안이 시사하는 점이 적지 않다고 할 것이다. 다만, 두 법제에서 여전히 해결하여야 할 과제는 상가임차인의 영업의 가치에 대한

106) *Ibid*, n° 870, p. 366.

제2발표 : 주택임대차와 존속보장
- 독일법을 참조로 -
이종덕교수 (대진대학교)

주택임대차와 존속보장

- 독일법을 참조로 -

이 종 덕(Jong-Duk LEE)*

《目 次》

I. 들어가며	III. 독일의 주택임대차에 대한 존속보장
II. 주임법의 계약갱신청구권제 관련 법적 쟁점	IV. 나오며
김토	

I. 들어가며

가장 최근의 통계조사¹⁾에 따르면, 우리나라 전체가구 중 주택의 자가 점유율은 2021년에 전인구의 57.3%에 불과하였다. 국내 주택보급율은 2008년 처음으로 100.7%로 주택수가 가구수를 추월하였고, 2021년에는 102.2%로 가구수보다 약 48만 호나 많은 주택이 있다.²⁾ 그럼에도 불구하고 자가점유율은 저소득층의 경우 44.8%, 중소득층도 61.9%로 각각 나타났다.³⁾ 특히 주거난이 심각한 수도권⁴⁾의 경우에는 저소득층의 61.8%, 중소득층의 43.0%가 임차주택에서 생활하는 실정이다. 결국 지금 이 순간에도 많은 국민들은 여전히 높은 주택가격과 주거비 부담 문제, 잦은 이사 등 잠재적 위험에 노출되어 있다. 이러한 임차가구의 주거불안정과 가계부담의 심화는 단순히 임차가구의 고통에만 머물지 않고 우리 경제의 민간소비와 내수경제의 위축으로 연결되고 우리 사회의 계층 간 위화감이 심화되어 사회 통합에 큰 장애를 주고 있을 뿐더러, 후속세대의 재생산을 어렵게 하는 중요 원인 중 하나이므로 국가적·사회적 차원의 해결책이 절실한 상황이다.⁴⁾

주거관계를 규율하는 대표적인 법률로서 우리 「주택임대차보호법(이하 주임법이라고 칭함)」은

* 대전대학교 공공인재법학과 교수, 법학박사(Dr.jur.).

1) 국토교통부, 2022년 주거실태조사 참조.

https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=116&tblId=DT_MLTM_6908&vw_cd=MT_ZTITLE&list_id=l1_8&scrId=&seqNo=&lang_mode=ko&obj_var_id=&itm_id=&conn_path=MT_ZTITLE&path=%252FstatisticsList%252FstatisticsListIndex.do

2) 각주 1)의 통계자료에 따르면, 국내 주택보급율은 2007년 99.6%에서 2008년부터 주택수가 가구수를 넘어서기 시작하여 계속 100% 이상으로 유지되고 있으며, 특히 2018년에 104.2%로 최고치를 기록하였다.

3) 연도별 주거실태조사에서 소득분위는 저소득층 1~4분위, 중소득층 5~8분위, 고소득층 9~10분위를 의미하며, 소득 상위 10%가 10분위로 분위별로 각각 10%씩 차감하여 소득하위 10%가 1분위에 해당한다.

4) 추선희/김제완, 개정 주택임대차보호법상 갱신요구권에 관한 몇 가지 쟁점, 법학논집 제25권 제1호(2020), 147면.

1981년 3월 5일 “주거용건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민의 주거생활의 안정을 보장함을 목적”으로 하여 제정된 이래 최근까지 그 입법목적의 달성을 위한 법적 기능을 지속적으로 수행하고 있다.⁵⁾ 그 핵심적 사항은 주택임차인(이하 임차인이라고 칭함)의 임차권 보장에 있다. 동법에 따른 주택임차인의 보호내용은 i) 대항력의 인정, ii) 보증금의 안전한 반환보장, iii) 임대차 존속기간의 보장 및 iv) 차임(보증금) 인상의 제한을 통한 보호라 할 것이다.

주임법은 여러 차례 개정되었는데 특히 최근 2020년에 단행된 개정 사항⁶⁾이 우리 임대차시장 전반에 미치고 있는 파장이 크다. 주된 골자는 이른바 임대차3법⁷⁾ 중 계약갱신요구권(주임법 제6조의 3)과 전월세상한제(동법 제7조)의 주임법에의 반영이다. 주지하듯 그 목적은 주택시장의 불안정 속에 전세에서 월세로의 전환이 점차 가속화되고 차임(또는 보증금)이 상승함에 따라 임차가구의 주거 불안과 주거비 부담이 가중되고 있으나, 현행법으로는 안정적인 주거를 보장하기에 충분하지 않다는 논의가 있으므로, 이에 임차인의 계약갱신요구권을 1회 인정하여 현행 2년에서 4년으로 임대차 보장기간을 연장하고(존속보장), 계약갱신 시 차임이나 보증금의 증액청구는 약정한 차임이나 보증금의 5%를 초과하지 못하도록 제한하려는 것에 있다(차임 또는 보증금 인상보호).⁸⁾

그런데 많은 기대와 동시에 우려를 안고 계약갱신요구권과 전월세상한제가 2020년 7월 31일에 본격적으로 도입된 지도 곧 3년이 되지만, 이러한 제도의 도입 취지와 목적에 비추어 얼마나 실효성이 있었는지(또는 있을지)에 대한 논쟁은 사회와 학계에서 여전히 현재진행형이다. 따라서 이하에서는 현행 주임법 규정에 있어서 임대차 존속 보호에 대한 논의를 중심으로 범위를 한정하여 각각 그 법적·정책적 문제점을 찾고 어떠한 개선이 가능할지 살펴보고자 한다.

II. 주임법의 계약갱신청구권제 관련 법적 쟁점 검토

1. 계약갱신청구권의 도입

오늘날 임대차는 물건을 소유하지 못한 자가 타인이 소유한 물건을 이용하기 위해 가장 널리 활용되는 법적 수단으로서, 민법에 규정된 전형계약 중 매매와 더불어 가장 중요한 계약유형의 하나이다. 토지나 건물과 같은 부동산은 유한한 재화로서 공급보다 수요가 많으므로 사회적 약자인 임차인에 대한 보호가 중요한 법적 과제이다. 특히 주거를 위한 주택임대차는 인간의 생존을 위한 필수적 요소로서 임차인의 열악한 지위를 방치할 수는 없다. 이러한 이유로 사법의 대원칙인 사적 자치는 한걸음 물러나서 부동산임차권에 대해 민법과 특별법들을 통해서 다양한 보호책을 강구하고 있다. 대표적으로 최단존속기간, 대항력의 부여, 차임증액 제한, 제3자의 침해로부터 보호(방해배제 청구권 인정) 등을 들 수 있다. 임대차 존속기간의 최장기간을 제한하고 있었던 민법 제651조(이하

5) 이도국, 현행 주택임대차보호법상 임차권 보장에 관한 소고, 법과정책연구 제22집 제3호 (2022.9), 5면.

6) 법률 제17470호, 시행 2020. 7. 31. 법률 개정과 관련된 보다 자세한 과정에 대하여서는 노순범, “주택임대차보호법 개정에 따른 법적쟁점에 대한 소고”, 『서울법학』 제29권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2021, 151-153면 참조.

7) 통상 임대차3법이라 함은 주임법에 규정된 이상의 두 가지 사항 이외에 「부동산거래신고 등에 관한 법률(이하 ‘부동산거래신고법’),에서의 이른바 ‘전월세신고제’를 아우르고 있다.

8) 이도국, “현행 주택임대차보호법상 임차권 보장에 관한 소고 - 계약갱신요구권, 전월세상한제 및 조정제도를 중심으로 -”, 『법과정책연구』 제22집 제3호, 한국법정책학회, 2022, 5면.

민법 규정은 법조문만 표기)는 계약의 자유에 대한 과도한 침해로 헌법재판소로부터 위헌결정⁹⁾을 받으면서 현행 민법상 장단기를 불문하고 임대차에 대한 존속기간의 제한은 존재하지 않는다. 이와 달리 지상권은 장기 최대 30년의 최단존속기간을 규정하고 있으며(제280조), 건물에 대한 전세권은 1년의 최단존속기간이 적용된다(제312조 제2항). 민법상 부동산임대차는 최단존속기간은 없지만, 임대인의 갱신거절이나 해지통고에 일정한 기간의 유예, 부속물매수청구권과 같은 간접적인 방법을 통해서 보호하고 있다. 그러나 이러한 민법 규정들이 임차권의 존속보호에 실질적이고 충분한 기능을 하고 있는 것으로 보기는 어렵다. 그에 반하여 주택임대차보호법은 2년의 최단기간(동법 제4조)과 함께 법개정을 통해서 추가된 갱신요구권(동법 제6조의3)에 의해 주택임대차의 경우에는 사실상 4년의 임대차 기간을 보장하고 있다.¹⁰⁾

이러한 특별법 규정들에도 불구하고 여전히 부동산임차권의 존속보장은 불충분하여 사회적 문제로 인식되고 있다. 한편 주택임차권의 존속보장과 관련된 학계의 논의는 주로 최단기간이나 법정갱신요구권에 집중되고 있는데, 일률적인 최단기간의 연장이나 계약갱신을 통한 해결방식은 필연적으로 계약의 자유나 재산권의 침해를 수반하게 된다. 또한 구조적 불평등 관계에 있는 임차인에게로 차임 내지 보증금의 증액 등과 같은 불이익이 쉽게 전가되거나 임차주택의 감소를 가져와 종국적으로는 임차인에게 유리한 것만으로 볼 수도 없다. 따라서 주택임대차의 최단존속기간을 보장 내지 연장하는 것도 중요하지만, 임대인의 해지권 행사 내지 계약갱신 거절이 정당한 권리행사라는 명목 하에 어려운 상황에 있는 임차인을 생존의 근간이 되는 주거로부터 퇴출시키는 것을 제한하는 방안에 대한 검토도 필요하다.

2. 주택임대차보호법상 임대차 존속 보장 규정

1) 입법연혁, 적용범위

가) 주택임대차의 최단기간

임차권의 존속보장이란 임차인이 자신의 채무를 충실히 이행하는 한 임차인의 의사에 반하여 정당한 사유 없이 임대차 관계가 해소되지 않게 하는 것, 즉 계속해서 임차 목적물을 사용·수익할 수 있도록 보장해 주는 것을 의미한다.¹¹⁾ 인간의 생존을 위한 필수적 요소인 주택에 대한 임대차에서 임차권의 존속을 보장으로 인해 비록 임대인의 재산권이 제한되는 측면이 있지만, 사회구조적 약자로서 특별한 고려와 보호가 요청되는 임차인의 주거보장은 불가피한 것으로 용인될 여지도 있다.

이러한 이유에서 우리 민법의 제정과정에서도 임대차의 최단기간에 대한 논의가 있었지만, 이는

9) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고, 2011헌바234 전원재판부 결정. 헌법재판소는 “임대차계약을 통하여 합리적이고 효과적인 임차물 관리 및 개량방식의 설정이 가능함에도 불구하고, 임대인 또는 소유자가 임차물의 가장 적절한 관리자라는 전제하에 임대차의 존속기간을 제한함으로써 임차물 관리 및 개량의 목적을 이루고자 하는 것은 임차물의 관리소홀 및 개량미비로 인한 가치하락 방지라는 목적 달성을 위한 필요한 최소한의 수단이라고 볼 수 없다. 이 사건 법률조항은 제정 당시에 비해 현저히 변화된 현재의 사회경제적 현상을 제대로 반영하지 못하는 데 그치는 것이 아니라, 당사자가 20년이 넘는 임대차를 원할 경우 우회적인 방법을 취할 수밖에 없게 함으로써 사적 자치에 의한 자율적 거래관계 형성을 왜곡하고 있다”라고 판시하였다.

10) 상가건물임대차보호법은 5년의 존속기간을 보장(제9조 제1항)하면서 임차인에게 갱신청구권을 인정하고, 임대인의 갱신거절에 있어서 정당한 이유를 요구하여 10년간의 존속이 보장될 수 있다(제10조 제1항 및 제2항).

11) 박수근, “임대차법의 개정논의에 대한 管見”, 「한양법학」 제27권 제3집 (통권 제55집), 한양법학회, 2016.08., 103면.

현행 민법 제280조에서 규정하고 있는 지상권의 최단존속기간과 유사한 것으로서 토지임대차에 국한된 것이었다.¹²⁾ 민법상 임대차에는 전세권과 달리 최단기간의 제한은 존재하지 않는다.¹³⁾

주택임대차보호법에서도 처음에는 최단기간을 규정하지는 않고, 단지 1년 미만으로 기간을 정한 경우에는 기간의 정함이 없는 것으로 간주하였다.¹⁴⁾ 그러다가 1989년 12월 30일 개정법 제4조 제1항에서 임차인의 주거생활의 안정을 도모하기 위하여 임대차기간을 최소 2년으로 연장하였다. 1999년 1월 21일 제4조 제1항 단서를 추가하여 임차인은 2년 미만으로 존속기간을 정한 경우에 그 유효를 주장할 수 있다는 것, 즉 편면적 강행규정임을 명시하였다. 이러한 단서는 과거에 판례¹⁵⁾에 의하여 이미 인정되던 것을 개정시에 신설된 것이다.¹⁶⁾ 대법원은 “기간의 정함이 없거나 기간을 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 본다”고 규정하고 있는 구 주택임대차보호법(1999. 1. 21. 법률 제5641호로 개정되기 전의 것) 제4조 제1항은, 같은 법 제10조가 이 법의 규정에 위반된 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 그 효력이 없다고 규정하고 있는 취지에 비추어 보면 임차인의 보호를 위한 규정이라고 할 것이므로, 위 규정에 위반되는 당사자의 약정을 모두 무효라고 할 것은 아니고 위 규정에 위반하는 약정이라도 임차인에게 불리하지 아니한 것은 유효하다고 풀이함이 상당하다 할 것인바(위 1999. 1. 21.자 법률개정으로 위 법 제4조 제1항에 다만, 임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있다는 명문의 단서규정이 신설되었다), 임대차기간을 2년 미만으로 정한 임대차의 임차인이 스스로 그 약정임대차기간이 만료되었음을 이유로 임차보증금의 반환을 구하는 경우에는 그 약정이 임차인에게 불리하다고 할 수 없으므로, 같은 법 제3조 제1항 소정의 대항요건(주택인도와 주민등록전입신고)과 임대차계약증서상의 확정일자를 갖춘 임차인으로서 그 주택에 관한 저당권자의 신청에 의한 임의경매절차에서 2년 미만의 임대차기간이 만료되어 임대차가 종료되었음을 이유로 그 임차보증금에 관하여 우선변제를 청구할 수 있다”고 판시한 바 있다.¹⁷⁾

한편 1983년 12월 31일 개정된 주택임대차보호법에서 신설되었던 제4조 제2항은 “임대차기간이 끝난 경우에도 임차인이 보증금을 반환받을 때까지는 임대차관계가 존속되는 것으로 본다”고 규정

12) 1954. 10. 26. 국회에 제출된 민법안 제641조에서 “건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 한 토지임대차의 기간은 석조, 석회조, 연와조 및 이와 유사한 것에는 30년, 그 외의 건물에는 15년, 공작물에는 5년 미만으로 하지 못한다.”고 규정하고, 제642조에서는 “식목, 채염을 목적으로 한 토지임대차의 기간은 30년, 목축을 목적으로 한 토지임대차의 기간은 10년 미만으로 하지 못한다.”하였다. 또한 제643조에서 “전이조(前二條)의 임대차기간을 정하지 아니하거나 그 기간보다 짧은 기간을 정한 때에는 그 기간은 전이조(前二條)의 제한기간의 최단기간으로 한다.”고 하여, 건물 기타 공작물의 소유를 목적으로 한 토지임대차 및 식목, 채염, 목축을 목적으로 한 토지임대차에 대하여 최단기를 제한하도록 입안되었다. 그런데 이에 대한 심의를 담당 하였던 민의원법제사법위원회 민법안심의회위원회는, 제641조 내지 제643조는 거의 지상권에 있어서의 존속기간에 관한 규정과 유사하여 지상권에 비하여 단기간성을 가진 임대차의 성질에 적합하지 아니할 뿐 아니라 이러한 규정을 창설하면 임대인에 대한 불이익과 구속이 과대하여 토지를 용이하게 타인에게 임대하지 않는 경향을 조성할 염려가 있으므로 특히 장기간을 요하는 경우에는 당사자가 지상권설정의 방법을 취할 것이라는 실정을 고려하여 수정안을 제시하면서, 다만 이를 갱신할 때에 그 기간이 갱신한 날로부터 20년을 넘지 못하도록 하였다. 이후 국회의 의결을 통해 갱신기간을 10년으로 수정되어 제정되기에 이르렀다(노중천, 민법 제651조의 위헌결정에 따른 대체 입법안 연구, 부동산경영 통권 12집(2015.12), 227면).

13) 임대차의 존속기간과 관련하여서는 민법 제619조에서 처분의 능력 또는 권한 없는 자의 단기임대차에서 최장기간에 대한 제한이 있을 뿐이다. 즉 그러한 자가 하는 임대차는 식목, 채염 또는 석조, 석회조, 연와조 및 이와 유사한 건축을 목적으로 한 토지의 임대차는 10년, 기타 토지의 임대차는 5년, 건물 기타 공작물의 임대차는 3년, 동산의 임대차는 6월로 제한된다.

14) 1981년 3월 5일 제정 당시의 주택임대차보호법 제4조(임대차기간)에서는 “기간을 1년 미만으로 정한 임대차는 그 기간의 정함이 없는 것으로 본다”고 규정하고 있었다.

15) 대법원 1995. 5. 26., 선고, 95다13258, 판결; 대법원 2001. 9. 25., 선고, 2000다24078, 판결.

16) 송덕수, 채권법각론 (제5판), 박영사 (2021), 308.

17) 대법원 2001. 9. 25., 선고, 2000다24078, 판결.

하였다.¹⁸⁾ 2001. 12. 29. 제정된 상가건물 임대차보호법(법률 제6542호)에서도 같은 내용을 두고 있다(제9조 제2항). 이것은 임대차기간이 종료하였더라도 임차인이 실제로 보증금을 반환받을 때까지 임차인의 목적물에 대한 점유를 종전과 마찬가지로 강하게 보호하여 임차인의 보증금반환채권을 실질적으로 보장하려는 취지에서 마련된 것이다.¹⁹⁾

나) 묵시적 갱신

현행 주택임대차보호법(법률 제17363호, 2020. 6. 9., 일부개정) 제6조 제1항에서는 임대인이 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 2개월 전까지의 기간에 임차인에게 갱신거절(更新拒絶)의 통지를 하지 아니하거나 계약조건을 변경하지 아니하면 갱신하지 아니한다는 뜻의 통지를 하지 아니한 경우에는 그 기간이 끝난 때에 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 본다. 임차인이 임대차기간이 끝나기 2개월 전까지 통지하지 아니한 경우에도 마찬가지이다. 이러한 주택임대차의 묵시적 갱신규정은 1981년 3월 5일 법제정시(법률 제3379호, 1981. 3. 5., 제정)부터 존재하였지만, 세부적 내용은 여러 차례에 걸쳐서 변경이 있었다.

묵시적 갱신에 의해 새로운 임대차 관계가 발생하는 경우에 존속기간은 정하지 아니한 것으로 하다가 2009년 5월 8일 개정법은 통해서 최단기간인 2년으로 간주하도록 변경되었다. 그러나 임차인은 언제든지 임대인에 대하여 계약해지를 통지할 수 있고, 이 해지는 임대인이 그 통지를 받은 날부터 3개월이 지나면 그 효력이 발생한다(주택임대차보호법 제6조의2). 이 경우 임대인이 해지통고를 할 수는 없다고 본다.²⁰⁾

갱신거절의 통지기간은 임대인이 통지하는 경우에는 임대차기간 종료의 6개월 전부터 1개월 전까지, 임차인의 경우에는 임대차기간이 끝나기 1개월 전까지로 규정하였으나, 통상 1개월은 임차인이 다른 주거 주택을 마련하거나 임대인이 새로운 임차인을 구할 수 있는 충분한 기간으로는 부족하다는 판단에서 임대차기간이 끝나기 2개월 전까지 통지하지 아니한 경우 전 임대차와 동일한 조건으로 다시 임대차한 것으로 2020년 6월 9일 개정되었다.²¹⁾

묵시적 갱신은 임차인이 2기의 차임액에 달하도록 차임을 연체하거나 그 밖에 임차인으로서의 의무를 현저히 위반한 때에는 인정되지 않는다. 그리고 임대주택법의 적용을 받는 임대주택에 있어서는 일정한 사유가 없는 한 임대인은 계약의 갱신을 거절하지 못한다.²²⁾

18) 2008. 3. 21. 주택임대차보호법(법률 제8923호)이 개정되면서 표현은 바뀌었으나 내용적으로는 개정 전과 차이가 없다.

19) 대법원 2020. 7. 9., 선고, 2016다244224, 244231, 판결. 당해 판결에서 대법원은 주택임대차보호법에 따른 임대차에서 임차인이 임대차 종료 후 동시이행항변권을 근거로 임차목적물을 계속 점유하고 있는 경우, 보증금반환채권에 대한 소멸시효가 진행하지 않는다고 판시하였다. 그 근거로 임대차기간이 끝난 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이 목적물을 점유하는 동안 위 규정에 따라 법정임대차관계가 유지되고 있는데도 임차인의 보증금반환채권은 그대로 시효가 진행하여 소멸할 수 있다고 한다면, 이는 위 규정의 입법 취지를 훼손하는 결과를 가져오게 되어 부당하다는 것이다. 또한 임대차 종료에 따라 발생한 임차인의 목적물반환채무와 임대인의 보증금반환의무는 동시이행관계에 있어 임대차 종료 후 임차인이 보증금을 반환받기 위해 목적물을 점유하는 경우 보증금반환채권에 대한 권리를 행사하는 것으로 보아야 하고, 임차인이 임대인에 대하여 직접적인 이행청구를 하지 않았다고 해서 권리의 불행사라는 상태가 계속되고 있다고 볼 수 없다.

20) 송덕수, 앞의 책, 308.

21) 현행 주택임대차보호법(법률 제17363호, 2020. 6. 9., 일부개정)에서는 이러한 임대차 갱신거절을 위한 최소기간을 1개월 연장하여 2개월로 변경한 것 외에도 분쟁조정제도를 활성화하고 실효성을 확보하기 위하여 주택임대차분쟁조정위원회의 위원장은 신청인으로부터 조정신청을 접수한 때에는 지체 없이 조정절차를 개시하도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하였다.

다) 계약갱신청구권

제21대 국회(2020. 05. 30. ~ 2024. 05. 29.)에서는 개원 후 총 45건(22년 9월말 기준)의 주택임대차 보호법률안(정부안 1건 포함)이 발의되면서 주택임대차와 관련하여 매우 활발한 논의가 전개되었다. 이러한 상황은 제21대 국회의원 총선거(2020. 4. 15.)를 통해서 정당과 시민단체들이 수렴한 국민의 여론이 반영된 결과일 뿐만 아니라 문재인 정부가 출범 초기부터 표명하였던 서민주거안정책을 위한 대책의 일환이라고 할 수 있다. 21대 국회 개원 후 약 2개월 뒤인 2020년 7월 30일 주택임대차 보호법 일부개정법률안²³⁾은 국회서 가결되었으며, 2020년 11월 1일부터 시행되었다. 개정안의 주요 내용은 다음과 같다.²⁴⁾ i) 임대인은 임차인이 임대차 종료 전 일정 기간에 계약갱신을 요구할 경우 정당한 사유 없이 거절하지 못하도록 하고, 임차인은 계약갱신요구권을 1회에 한하여 행사할 수 있도록 하며, 갱신되는 임대차의 존속기간은 2년으로 하였다(제6조의3 제1항 및 제2항 신설). ii) 임대인이 실거주를 사유로 갱신을 거절하였음에도 불구하고 갱신요구가 거절되지 아니하였다더라면 갱신되었을 기간이 만료되기 전에 정당한 사유 없이 제3자에게 목적 주택을 임대한 경우 임대인은 갱신거절로 인하여 임차인이 입은 손해를 배상하도록 하였다(제6조의3 제5항 및 제6항 신설). iii) 차임 등의 증액 상한을 약정한 차임이나 보증금의 20분의 1의 금액으로 하면서도, 특별시·광역시·특별자치시·도 및 특별자치도는 관할 구역 내의 지역별 임대차 시장여건 등을 고려하여 20분의 1의 범위에서 조례로 달리 정할 수 있도록 하였다(제7조 제2항 신설). iv) 현재 대한법률구조공단 지부에 설치한 주택임대차분쟁조정위원회를 한국토지주택공사 및 한국감정원(현재 한국부동산원)의 지사 또는 사무소에도 설치하도록 하였다(법 제14조 제1항). v) 현재 법무부장관이 정하던 주택임대차계약서 서식을 앞으로는 국토교통부장관과 협의하여 정하도록 하였다(제30조).

i) 갱신요구권은 종전에 주택임대차의 최단기간을 단지 2년으로 보장하는 규정만 두고 있었기 때문에 2년 마다 주거이전으로 내몰리던 임차인들이 계속 거주하고자 한다면 추가적으로 거주기회를 부여함으로써 임차인의 주거권 향상을 위한 법적 장치라고 할 수 있다.²⁵⁾ 그에 반해 임대인은 본인 의사와 상관없이 임대차 관계가 갱신됨으로써 계약체결의 자유가 침해됨은 물론, 재산상의 불이익도 발생할 수 있다는 점을 고려하여 정당한 사유가 있는 경우에는 계약갱신요구를 거절할 수 있도록 하였으며, 임차인이 계약갱신요구권을 1회만 행사할 수 있도록 하였다. ii) 임대인의 손해배

22) 임대주택법 제18조 제1, 3항에 의하면 임대주택에 대한 임대차계약을 체결하고자 하는 자는 건설교통부령이 정하는 표준임대차계약서를 사용하여야 하고, 임대사업자와 임차인은 위 표준임대차계약서를 사용하여 체결된 임대차계약을 준수하여야 하는바, 위 조항에 따라 제정된 표준임대차계약서(같은법시행규칙 제8조, 서식 제10호) 제10조 제1항은 임차인이 같은 항 각 호 중 하나에 해당하는 행위를 하였을 경우에는 임대인은 당해 임대계약을 해지하거나 임대계약의 갱신을 거절할 수 있다고 규정하고 있으므로, 임대주택법의 적용을 받는 임대주택에 관해서는 위 표준임대차계약서 제10조 제1항 각 호 중 하나에 해당하는 사유가 있는 경우라야 임대인이 그 임대차계약을 해지하거나 임대계약의 갱신을 거절할 수 있고, 그렇지 아니한 경우에는 임차인이 임대차계약의 갱신을 원하는 이상 특별한 사정이 없는 한 임대인이 임대차계약의 갱신을 거절할 수 없다고 보아야 한다(대법원 2005. 4. 29., 선고, 2005다8002, 판결).

23) 의안번호 제2102500호 주택임대차보호법 일부개정법률안(대안)(법제사법위원회).

24) 2020. 7. 31. 주택임대차보호법(법률 제17470호)의 제정·개정 이유 참조.

25) 노순범, “주택임대차보호법 개정에 따른 법적쟁점에 대한 소고”, 서울법학 제29권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2021. 5., 186면.

상책임은, 임대인의 갱신거절권 허위행사 또는 남용에 따른 손해를 배상하도록 함으로써 임차인의 계약갱신요구권이 실효성을 가질 수 있도록 한 것이다. iii) 개정법에서 갱신요구권을 보장하더라도 임대인이 신규계약과 마찬가지로 차임이나 보증금을 제한 없이 증액할 수 있도록 한다면, 입법취지인 임차가구의 주거 불안과 주거비 부담을 경감을 통한 서민의 주거안정은 요원하다고 할 것이다. 이러한 이유에서 계약갱신의 경우에도 전월세의 상한이 적용되도록 함으로써 임차인의 실질적 주거안정에 도움이 될 수 있도록 하였다. iv) 주택임대차 관련 법적 분쟁의 양적·질적 변화에 적극적으로 대응함은 물론, 개정법을 통해서 변경되거나 새롭게 도입된 규정들의 해석 및 적용에 관한 새로운 법적 문제들도 예상되고 있다. 임대차 분쟁과 같은 서민의 생활밀착형 분쟁은 소송절차보다는 조정을 통하여 해결하는 것이 당사자 모두에게 경제적으로나 시간적으로도 효율적이라는 판단에서 종전에 대한법률구조공단의 지부에만 주택임대차분쟁조정위원회를 두었던 것을 한국토지주택공사의 지사 또는 사무소 및 한국감정원(현행 한국부동산원)의 지사 또는 사무소도 설치할 수 있도록 하였다.

2) 관련 판례, 해석론

가) 관련 판례

(1) 주택임대차의 최단존속기간에 대한 판례

대법원은 주택임대차보호법상 2년의 최단기간 보장규정에 대하여 다음과 같이 판시한 바 있다.²⁶⁾ 주택임대차보호법 제4조 제1항은 같은 법 제10조의 취지에 비추어 보면 임차인의 보호를 위하여 최소한 2년간의 임대차기간을 보장하여 주려는 규정이므로, 그 규정에 위반되는 당사자의 약정을 모두 무효라고 할 것은 아니고, 그 규정에 위반하는 약정이라도 임차인에게 불리하지 않은 것은 유효하다. 하지만, 임차인이 주택임대차보호법 제4조 제1항의 적용을 배제하고 2년 미만으로 정한 임대차기간의 만료를 주장할 수 있는 것은 임차인 스스로 그 약정 임대차기간이 만료되어 임대차가 종료되었음을 이유로 그 종료에 터잡은 임차보증금 반환채권 등의 권리를 행사하는 경우에 한정되고, 임차인이 2년 미만의 약정 임대차기간이 만료되고 다시 임대차가 묵시적으로 갱신되었다는 이유로 같은 법 제6조 제1항, 제4조 제1항에 따른 새로운 2년간의 임대차의 존속을 주장하는 경우까지 같은 법이 보장하고 있는 기간보다 짧은 약정 임대차기간을 주장할 수는 없다.

대법원은 甲과 한국토지주택공사가 체결한 아파트 임대차계약의 임대차보증금반환채권에 관한 근질권자인 乙 주식회사가 임대차계약이 갱신되지 아니한 채 기간 만료로 종료되었다고 주장하며 임대인인 한국토지주택공사를 대위하여 甲을 상대로 아파트 인도를 구한 사안²⁷⁾에서, 한국토지주택공사는 임차인인 甲을 상대로 임대차계약의 갱신을 거절하겠다는 의사표시를 한 바가 없고, 오히려 임대차계약이 갱신되어 여전히 존속 중임을 전제로 증액보증금 등의 납부를 甲에게 청구하였으며, 甲은 이러한 청구에 따른 이행을 이미 마친 상태이므로, 한국토지주택공사는 임대인으로서 임대차계약에 대한 갱신거절을 더 이상 주장할 수 없게 되었고, 이는 임대차계약이 기간 만료로 종료된

26) 대법원 1996. 4. 26., 선고, 96다5551, 5568, 판결.

27) 대법원 2020. 7. 9., 선고, 2020다223781, 판결.

것임을 전제로 한국토지주택공사를 대위하여 아파트의 인도를 구하는 乙 회사에 대해서도 마찬가지로, 甲과 乙 회사 사이의 독자적인 사정, 즉 근질권설정계약상 ‘임대차계약의 연장, 갱신의 경우에는 반드시 채권자의 사전동의를 얻어야 한다’는 규정을 들어 이와 달리 볼 수 없으며, 한편 임대인이 별도로 갱신거절을 하지 아니함에 따라 임대차계약이 묵시적으로 갱신되는 결과가 발생하는 것은, 질권의 목적인 임대차보증금반환채권 자체가 아니라 이를 발생시키는 기본적 계약관계에 관한 사유에 속할 뿐만 아니라, 질권설정자인 임차인이 위 채권 자체의 소멸을 목적으로 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 한 것으로도 볼 수 없으므로, 이 경우에는 민법 제352조의 제한을 받지 아니한다고 보았다.

(2) 계약갱신에 대한 판례

개정 주택임대차보호법(2020. 7. 31. 법률 제17470호로 개정된 주택임대차보호법) 제6조의3 제1항에서 도입된 임차인의 계약갱신요구권은 임차인의 일방적 의사표시에 의하여 임대차계약갱신의 효과가 발생하는 형성권으로서 개정법이 시행됨으로써 비로소 인정되는 임차인의 권리이다.

새롭게 도입된 계약갱신청구가 개정법 시행 이전의 임대차계약에도 적용되는지에 대하여 대법원은 다음과 같이 판시한 바 있다.²⁸⁾ 2020. 8. 15. 종료되는 임대차계약의 임차인인 甲 등이 2020. 7. 9. 및 2020. 7. 31. 임대인에게 계약갱신을 요구하였는데, 이에 따라 임대차계약이 주택임대차보호법 제6조의3에 따른 갱신요구로 갱신되었는지 문제 된 사안에서, 2020. 7. 31. 법률 제17470호로 개정된 주택임대차보호법에서 신설한 제6조의3 제1항(이하 ‘개정규정’이라고 한다)은 부칙(2020. 7. 31.) 제2조 제1항에 따라 개정법 시행 당시 존속 중인 임대차에 대하여도 적용되므로 2020. 8. 15. 종료되는 위 임대차계약에도 개정규정이 적용되나, 개정규정은 제6조 제1항 전단의 기간, 즉 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 1개월 전까지의 기간 이내에 계약갱신을 요구할 경우 적용되는 것이므로, 甲 등이 위 기간이 지난 후인 2020. 7. 31. 계약갱신을 요구한 것은 효력이 없고, 위 기간 내인 2020. 7. 9. 계약갱신을 요구한 것은 개정규정 시행 전의 사실행위로서 개정규정에 따른 계약갱신요구로 볼 수 없다고 보았다.

실거주를 이유로 한 임대인의 계약갱신거절과 관련하여 최근에 하급심의 판결이 있다.²⁹⁾ 해당 판결에서는 임대차 주택의 매매로 인해 임대인의 변경이 있는 경우 실제 거주를 이유로 한 갱신거절 가능 여부는 임차인이 계약갱신을 요구할 당시의 임대인을 기준으로 판단해야 하고 있다. 사실관계를 살펴보면, 임대인 甲 등이 임차인 乙과 체결한 임대차계약의 기간이 만료하기 전에 丙 등과 임대차목적물인 부동산에 관한 매매계약을 체결한 다음, 乙이 임대차계약의 갱신을 요구하는데도 丙 등에게 위 부동산에 관한 소유권이전등기를 마쳐 주었고, 그 후 丙 등이 자신이 실제 거주할 것이라는 이유로 乙의 계약갱신요구를 거절하며 乙을 상대로 부동산의 인도를 청구하였다. 법원은 “주택임대차보호법 제6조의3에서 정한 계약갱신요구권은 임차인이 거주할 수 있는 기간을 안정적으로 연장하여 임차인의 주거권을 더욱 강화하기 위해 도입된 것으로서, 임차인의 계약갱신요구 시 임대인은 정당한 사유 없이 거절하지 못한다고 규정하고 있어 위 계약갱신요구권은 임차인이 계약갱신

28) 대법원 2021. 12. 30., 선고, 2021다263229, 판결.

29) 수원지방법원 2021. 3. 11., 선고 2020가단569230, 판결.

의 의사를 표시함으로써 바로 그 효과가 발생하는 형성권이라고 할 것이고, 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 제8호에서 정한 계약갱신 거절 사유인 ‘임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함한다)이 목적 주택에 실제 거주하려는 경우’는 나머지 각호와 달리 임차인 측에서 예측하기 어려운 임대인의 주관적 사유로서, 임차인이 계약갱신요구권을 행사하였음에도 이후 임차목적물이 양도되어 그 양수인이 자신의 실제 거주를 이유로 계약갱신을 거절할 수 있다고 한다면 주거권 강화를 위한 주택임대차보호법의 개정 취지가 퇴색되므로, 실제 거주를 이유로 한 갱신거절 가능 여부는 임차인이 계약갱신을 요구할 당시의 임대인을 기준으로 봄이 타당한데, 乙이 계약갱신요구권을 행사할 당시의 임대인 甲 등에게는 주택임대차보호법 제6조의3 제1항 단서 각호의 정당한 사유가 존재하지 아니하므로, 위 임대차계약은 乙의 계약갱신요구권 행사로 인하여 주택임대차보호법 제6조의3 제3항에 따라 갱신되었고, 그 후에 임차목적물을 양수한 丙 등은 자신이 실제 거주할 것이라는 이유로 계약갱신을 거절할 수 없다”고 판시한 바 있다.

주택임대차의 묵시적 갱신에서 임차인의 이의제기를 통해서 임차주택의 양수인이 임대인의 지위를 승계를 부정하고 임대인인 양도인에게 보증금반환청구를 할 수 있는지와 관련하여 대법원은 다음과 같이 판시한 바 있다.³⁰⁾ 대항력 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 임대인으로서의 지위나 보증금 반환채무는 소멸하는 것이지만, 임차인의 보호를 위한 임대차보호법의 입법 취지에 비추어 임차인이 임대인의 지위승계를 원하지 않는 경우에는 임차인이 임차주택의 양도사실을 안 때로부터 상당한 기간 내에 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구속으로부터 벗어날 수 있다고 봄이 상당하고, 그와 같은 경우에는 양도인의 임차인에 대한 보증금 반환채무는 소멸하지 않는다.

나) 해석론

주택임대차의 최단기간을 2년으로 규정하고 있는 것은 임차인을 보호하기 위한 규정으로 편면적 강행규정으로 해석하고 있는 학설과 판례의 태도는 주택임대차보호법의 입법취지에 비추어 타당하다. 또한 주택임대차의 보증금반환청구권에 질권이 설정되었다고 하더라도 임대차계약의 연장 또는 갱신의 경우에 질권자의 동의가 필요한 것으로 볼 수는 없으며, 질권의 목적인 임대차보증금반환채권 자체가 아니라 이를 발생시키는 기본적 계약관계에 관한 사유에 속할 뿐만 아니라 질권설정자인 임차인이 위 채권 자체의 소멸을 목적으로 하거나 질권자의 이익을 해하는 변경을 한 것으로도 볼 수 없으므로 민법 제352조가 적용될 여지도 없다. 설사 근질권설정계약상 ‘임대차계약의 연장, 갱신의 경우에는 반드시 채권자의 사전동의를 얻어야 한다’는 합의가 있더라도 마찬가지라고 할 것이다.

주택임대차보호법 제6조의3 제1항을 통해서 도입된 임차인의 계약갱신요구권은 주택임차권의 존

30) 대법원 2002. 9. 4., 선고, 2001다64615, 판결.

속보장에 대한 법현실적 요청과 문제의식이 투영된 것이라고 할 수 있다. 다만 전세금의 급등, 계약갱신청구권의 유무에 따른 전세금의 차별화, 전세매물의 급감 등 그에 따른 부작용도 만만치 않은 것도 사실이다. 이러한 주택시장의 교란뿐만 아니라 계약갱신 거절 사유의 적용과 해석을 둘러싼 법적 분쟁도 현실화되고 있다. 특히 임대인(임대인의 직계존속·직계비속을 포함)의 임대차 주택 실거주를 이유로 한 갱신거절의 경우에는 그 특수성으로 인해 여러 가지 법 적용 및 해석상의 문제가 있다.³¹⁾ 임대목적물의 소유자가 변경된 경우에 임차인이 계약갱신을 요구할 당시의 임대인을 기준으로 실제 거주를 이유로 한 갱신거절 가능 여부를 판단해야 한다는 하급심의 판단이 있었지만, 임차물의 소유권을 취득한 자에게 실거주 요건이 있어야 한다는 점은 명확하나 판단 시점에 대하여는 임차인 보호를 위해서 계약갱신청구권의 실효적 보장을 위해서 임대차기간 6개월전까지로 제한할 필요성도 있다고 할 것이다. 또한 임대인이 수인인 경우, 임대인에 직계존속이나 직계비속은 포함시키면서 배우자는 제외하는 것이 타당한 지, 실거주의 개념과 정도³²⁾, 임대차 갱신거절 이후에 임차인의 정보제공청구권 내지 임대인의 그에 대한 의무 등에 대한 문제가 여전히 남아 있다.

종합하면, 주택임차권의 존속보장기간으로 4년 또는 6년이 타당하다는 사회적 공감대가 있다면, 차라리 최단기간으로서 해당 기간을 규정하는 것이 계약갱신청구권을 통해서 임차권의 존속을 보장하는 것보다 확실한 방법일 뿐만 아니라 법적 안정성의 측면에서도 유리한 것으로 판단된다.

3. 법 개정 논의

1) 현행 규정의 문제점

현행 주택임대차보호법상의 최단기간 2년에 1회의 계약갱신청구권을 통해서 4년의 존속보장을 규정하였지만, 전세에서 월세로의 전환이 빨라지고 존속보장에 따라 전가된 주택 임차료의 폭등으로 인해 서민과 중산층의 주거비 부담으로 여전히 고통을 받고 있다. 주거비 부담의 급격한 증가는 결국 임차인의 평균 거주기간을 단축시키게 되어 이는 가정경제 뿐만 아니라 사회적으로도 불필요한 비용을 발생되고 있다. 이에 국민들은 주거비 부담을 줄이고 장기간 거주할 수 있는 제도를 원하고 있으나, 안정적인 주거를 보장하기 위한 법·제도가 충분히 정비되지 않았다는 지적이 있다. 이러한 주거의 불안정을 해결하기 위한 추가적 방안을 위하여 다양한 연구와 논의가 진행되고 있으며, 국회에서도 존속보장을 위한 여러 개정안들이 제출되고 있다.

▶▶ <표 1-1> 계약갱신청구권을 통한 임대차존속 보장기간에 대한 개정안

31) 김영두, “주택임대차보호법의 갱신요구권과 임대인의 실거주”, 「집합건물법학」 제40집, 한국집합건물법학회, 2021.11., 115면 이하.

32) 임차인 측의 개인적 필요에 의한 해지통고와 관련된 독일 판례에서 휴가별장 내지 보조주택으로 사용을 이유로 한 해지도 적법한 것으로 보고 있다(BVerfG NZM 2014, 624; BGH WuM 2018, 776; 2017, 721; LG Hamburg NJW-RR 1992, 1365; aA AG München ZMR 2004, 44; AG Berlin-Schöneberg WuM 1992, 19; Staudinger/Rolfs, 2021, Rn. 95; Wiek WuM 2014, 402). 헤센주의 수도인 비스바덴(Wiesbaden)시에 소재한 4층 건물의 소유자인 임대인은 자신 및 그 자손들이 가족들의 모임을 위해서 해당 건물의 4개 주택 중 2개를 1년에 대략 2회에 걸쳐서 1주 내지 2주에 걸쳐서 사용하고 있었고, 임차인은 해당 건물의 2층에 위치한 주택에 거주하고 있었다. 매년 1-2주 동안 가족들의 결속을 위해서 사건 임차주택의 위치한 건물의 사용하기 위한 것이더라도 임대인의 해지통고가 권리남용에 해당하지 않는 것으로 판단하여 정당한 권리행사로 보았다(BGH NJW-RR 2019, 130).

개정전 법률	윤후덕 의원안 ³³⁾	박광은 의원안 ³⁴⁾	김진애 의원안 ³⁵⁾	김상희 의원안 ³⁶⁾	백혜련 의원안 ³⁷⁾	현행
2년	4년 (2+2)	6년 (3+3)	6년 (2+2+2)	8년 (3+3+2)	무제한	4년 (2+2)

가) ‘3년 + 3년’ 안(박광은의원 대표발의안, 의안번호: 2104873)³⁸⁾

현행 주택임대차보호법 제4조 제1항은 기간을 정하지 아니하거나 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 보도록 하면서 계약을 갱신하는 경우 임대차의 존속기간을 2년으로 하여 임차인이 4년간 주택을 임차할 수 있도록 하고 있다. 그런데, 우리나라는 초등학교 6년 및 중고등학교 6년의 학제로 이루어져 있다. 따라서 임차인의 거주기간이 자녀의 취학기간과 밀접하게 연관되어 있다는 점을 감안할 때, 갱신기간을 포함한 임대차기간을 6년으로 할 필요가 있다.

이에 따라 임대차 보장기간을 3년으로 연장하고, 계약을 갱신하는 경우에도 임대차 존속기간을 3년으로 함으로써 임차인의 주거안정성을 제고하려는 이유에서 개정안이 발의되었다(안 제4조 제1항 등).

나) ‘2년 + 2년 + 2년’ 안(계약갱신청구권 2회 행사, 의안번호 2100803)³⁹⁾

임차인에게 계약갱신청구권을 부여하여 법에서 정한 사유가 있는 경우 외에는 임차인이 계약의 갱신을 청구할 경우 임대인이 거절할 수 없도록 하며, 최초 2회까지 임차인에게 계약갱신청구권을 행사할 수 있도록 하여 계약기간은 최대 6년까지 보호될 수 있게 된다. 주거 안정을 보장하되 2년 마다 계약 연장을 선택할 수 있게 하여, 1인 가구 증가 등 다양해진 생활·주거 양식에 대응하도록 전출입의 유연성 또한 확보할 수 있는 장점이 있다.

이러한 안은 앞에서 살펴본 ‘3년 본 계약+1회 재계약(3+3)’ 방식의 경우에 보증금과 차임이 단기간에 앙등할 우려가 있다는 점을 고려한 것이며, 마찬가지로 초·중·고교 6년 학제에 따라 계약 기간을 보장하여 교육과정 동안 거주 안정성을 높일 수 있다.

다) 임대차 계약기간을 원칙적으로 무기한으로 하고, 임대인측에 정당한 사유가 있는 경우 종료할 수 있도록 하자는 의견

임대차 계약기간을 무기한으로 하는 방법은 독일과 같이 일반적으로 기한의 정함이 없는 것과 주

33) 의안번호 제2000037호 주택임대차보호법 일부개정법률안(윤후덕의원 등 12인)
 34) 의안번호 제2104873호 주택임대차보호법 일부개정법률안(박광은의원 등 10인).
 35) 의안번호 제2100803호 주택임대차보호법 일부개정법률안(김진애의원 등 11인).
 36) 의안번호 제2101820호 주택임대차보호법 일부개정법률안(김상희의원 등 12인).
 37) 의안번호 제2006534호 주택임대차보호법 일부개정법률안(백혜련의원 등 14인).
 38) 국회의안정보시스템의 의안번호 제2104873호 주택임대차보호법 일부개정법률안 (박광은의원 등 10인)
https://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_L2Z0O1C1X0Q3S1C0T4P9D3T5U0L8D9
 39) 국회의안정보시스템의 의안번호 제2100803호 주택임대차보호법 일부개정법률안(김진애의원 등 11인)
http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_I2B0J0G6E2N2V0E9V1N6N1U0R9Z5H2

택임대차의 최단기간은 인정하되 횡수의 제한없이 갱신이 가능하도록 하는 것이 가능하다.

백혜련의원안⁴⁰⁾은 최초의 기간을 포함한 임대차기간 4년 이내에는 갱신거절의 사유가 있더라도 계약조건 변경이나 갱신거절을 하지 못하도록 하여 아무런 제한 없이 임대차 보장기간을 2년에서 4년으로 연장하고 있으며(안 제6조 제3항), 4년이 지난 후에도 법률이 정한 사유가 없는 한 계약갱신 거절을 할 수 없도록 규정하여(안 제6조 제1항) 임차인은 원칙적으로 기간제한 없이 계약갱신을 보장받게 된다. 박주민의원안 역시 기간이나 횡수의 제한을 두고 있지 아니하여 사실상 임차인의 계약갱신요구권을 무제한 보장하려는 것이다.

라) 부당하게 계약갱신을 거절한 경우, 손해배상액을 높여야 한다는 의견

앞에서 살펴본 주택임대차의 기간을 무기한으로 하려는 견해들 중에서 임차인의 계약갱신청구권을 통해서 임차권의 존속을 보장하는 견해에서는 임차인의 부당한 계약갱신거절을 막는 것이 핵심적 요소라고 할 수 있다. 따라서 계약갱신의 거절사유를 엄격히 제한함과 동시에 부당한 계약갱신 거절이 있는 경우에는 고액의 손해배상을 부과하는 방식을 취하게 된다. 구체적으로 임차주택의 철거·재건축 또는 임대인의 실거주를 위하여, 즉 임차인의 의무 위반이 아닌 임대인의 사정으로 계약갱신을 거절하는 경우에는 임차인을 보호하기 위한 추가적인 규정을 두거나, 계약갱신이 거절된 후 그 사유가 허위로 드러난 경우 임대인은 임차인이 지출한 이주비용 및 임차인이 2년간 추가 지출하게 된 임대료 차액분의 합계액의 2배(박홍근의원안⁴¹⁾) 또는 3배(박주민의원안⁴²⁾)를 배상하도록 하고 있다(안 제6조 제4항).⁴³⁾

만일 주택 임차인이 임대인에게 실제 손해보다 더 많은 금액을 청구할 수 있도록 하는 규정을 도입한다면, 이미 징벌적 손해배상을 규정하고 있는 제조물책임법 제6조 제2항⁴⁴⁾이나 하도급거래 공

40) 의안번호 제2006534호 주택임대차보호법 일부개정법률안(백혜련의원 등 14인). 마찬가지로 박주민의원안(의안번호 제2100285호)은 기간이나 횡수의 제한을 두고 있지 아니하여 사실상 임차인의 계약갱신요구권을 무제한 보장하려는 것이라고 할 수 있다.

41) 의안번호 제2100681호 주택임대차보호법 일부개정법률안(박홍근의원 등 14인). 해당개정안의 세부내용은 다음과 같다. 가. 임차인에게 계약갱신요구권을 부여하여 법에서 정한 사유 외에는 임차인이 계약의 갱신을 요구할 경우 임대인이 거절할 수 없도록 하며, 계약기간은 최대 4년까지 연장할 수 있도록 함(안 제6조제1항 및 제2항). 나. 임대인의 계약 갱신을 거절할 수 있는 예외적 사유로 임차인이 3기(期)에 해당하는 차임액을 연체하거나 임대인이 임차주택에 실거주하여야 할 객관적 사유가 있는 경우 등을 규정하고 이러한 갱신 거절 사유가 허위로 드러난 경우 임차인이 지출한 이주비용 및 2년간 임대료 차액분의 합계액의 2배를 배상하도록 함(안 제6조제4항). 다. 임대인의 증액청구는 약정한 차임이나 보증금의 20분의 1 이하의 범위에서 지역 상황을 반영하여 시·도지사의 조례로 정하는 비율을 초과하지 못하도록 법률에서 명시하고, 임대차계약 또는 최종의 차임 등의 증액이 있는 후 1년 이내에는 하지 못하도록 함(안 제7조제1항 및 제2항 신설). 라. 시·도지사가 지역사회에서 용인되는 수준의 합리적인 표준임대료를 산정 및 공시하고, 이 표준임대료를 관계행정기관 등에 공급하여 활용할 수 있도록 함(안 제7조제3부터 제7조제5까지 신설). 마. 주택임대차계약서를 사용할 경우 법무부장관이 국토교통부장관과 협의하여 정하는 서식을 우선적으로 사용함(안 제30조 신설).

42) 의안번호 제2100285호 주택임대차보호법 일부개정법률안(박주민의원 등 22인). 해당 개정안에서는 임차인이 계약갱신을 요구할 경우 임대인은 이를 거절하지 못하도록 하되, 임차인이 3기(期)에 해당하는 차임액을 연체하는 등 일정한 사유가 있는 경우 임대인이 임차인의 계약갱신 요구에 응하지 않을 수 있도록 한다. 재건축이나 임대인의 실거주를 사유로 한 갱신거절은 계약 기간 만료 1개월 전까지 서면 통지하도록 하고 이러한 갱신거절이 허위로 드러난 경우 임차인이 부담한 이주비 및 2년간 임대료 증가분의 합계의 3배를 배상하도록 한다. 한편, 임차인의 갱신 요구로 갱신되는 임대차의 경우 새로운 차임 등이 정해지기 전까지는 잠정적으로 종전 계약조건에 따르도록 하되 당사자간 합의, 조정, 판결 등에 의해 새로운 조건이 정해지면 갱신된 계약의 초일에 소급하도록 하였다(안 제6조제1항 내지 제5항 신설).

43) 이 경우 갱신을 거절당한 임차인은 갱신 거절일로부터 2년 이내에 갱신거절 사유가 사실인지 여부를 확인할 수 있는 행정정보의 공개를 관할 지방자치단체에 청구할 수 있다(안 제6조제4항 후단).

44) 제3조(제조물 책임) ② 제1항에도 불구하고 제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범

정확에 관한 법률 제2조 제2항⁴⁵⁾ 등에서 공통적으로 3배의 손해배상액을 상한으로 정하고 있으므로 임차인에게 계약갱신이 거절되어 발생한 손해의 3배로 규정하는 것이 타당하다고 본다. 또한 우리의 손해배상법의 체계상 손해액을 초과하여 배상을 구하기 위해서는 단순히 징벌적 손해배상액을 규정하는 것만으로는 부족하고, 제조물책임법 제3조 제2항이나 하도급거래 공정화에 관한 법률 제35조 제3항과 마찬가지로 고의성의 정도, 침해의 태양 등에 대한 추가적 요건을 충족한 경우에만 인정하여야 할 것이다. 이러한 점에서 기존에 제안된 법률안들은 징벌적 손해배상액을 임대인에게 부과시키고 있을뿐 추가적인 요건에 대한 언급이 없다는 점이 문제점으로 지적될 수 있다.

3) 검토

주택임대차의 최단기간을 현행 2년에서 3년으로 연장하거나 갱신요구권의 행사 횟수를 추가하는 것은 당사자 간에 당초 약정된 기간이 종료하였음에도 불구하고 법률로써 계약기간의 연장이나 갱신을 강제시키는 것으로서 사적자치, 특히 계약자유의 원칙⁴⁶⁾과 충돌할 여지가 있다. 또한 주택의 소유자가 아닌 임차인의 주택에 대한 권리를 과도하게 강화시킴으로써 재산권의 행사가 일정기간 제한되는 임대인은 임대차의 존속기간이 법적으로 강제되는 만큼 미리 최초 계약 시 임대료를 인상하거나 임차인을 까다롭게 선택하는 등을 통해서 손쉽게 불이익을 임차인에게 전가시킬 수도 있고, 유휴 주택을 임대차 시장에 내놓는 것을 꺼리게 됨으로써 결국은 임차인의 주거안정에 부정적 영향을 주게 된다. 즉, 이러한 주택임대차의 존속보장의 강화로 인해 임대인이 임대를 기피하거나 보증금 및 차임을 대폭 인상하여 임대주택의 공급부족 또는 임대료 상승 등의 부작용을 초래할 우려가 있다.⁴⁷⁾ 또한 이미 「공공주택 특별법」 상의 공공임대주택⁴⁸⁾ 및 「민간임대주택에 관한 특별법」 상의 민간임대주택⁴⁹⁾에 대하여는 임차인의 주거권 보장에 관한 보완적 제도가 마련되어 있으므로 도입에 신중을 기하여야 할 것이다.

주거의 불안정은 개인적 차원의 고통에만 국한된 것이 아니라 민간소비와 내수경제의 위축으로

위에서 배상책임을 진다. 이 경우 법원은 배상액을 정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다. <신설 2017. 4. 18.>

1. 고의성의 정도
2. 해당 제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해의 정도
3. 해당 제조물의 공급으로 인하여 제조업자가 취득한 경제적 이익
4. 해당 제조물의 결함으로 인하여 제조업자가 형사처벌 또는 행정처분을 받은 경우 그 형사처벌 또는 행정처분의 정도
5. 해당 제조물의 공급이 지속된 기간 및 공급 규모
6. 제조업자의 재산상태
7. 제조업자가 피해구제를 위하여 노력한 정도

45) 제35조(손해배상 책임) ② 원사업자가 제4조, 제8조제1항, 제10조, 제11조제1항·제2항, 제12조의3제4항 및 제19조를 위반함으로써 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임を負는다. 다만, 원사업자가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2013. 5. 28., 2018. 1. 16., 2021. 8. 17.>

46) 계약자유의 원칙은 구체적으로 계약을 체결할 것인지 여부(계약 체결의 자유), 누구와 체결할 것인지(상대방 선택의 자유), 어떠한 내용으로 계약을 할 것인지(내용결정의 자유), 어떠한 방식으로 맺을 것인지(방식의 자유) 등을 내용으로 한다.

47) 1989년 임대차 최단존속기간을 1년에서 2년으로 연장하는 「주택임대차보호법」 개정 당시 존속 중인 임대차에 대해서는 적용하지 아니하여 2년간 연 20% 가량씩 전세가가 폭등하였다. 구체적으로 서울시 전세가격 연간 상승률은 '88년 7.3%, '89년 23.7%, '90년 16.2%에 달하였다.

48) 공공임대주택에 대한 임대차는 국토교통부령이 정하는 표준임대차계약서를 사용하여야 하는데, 표준임대차계약서에 임대차 계약기간은 필수적 사항으로 반드시 포함되어야 한다(공공주택 특별법 제49조의2).

49) 민간임대주택 임대사업자는 공공지원민간임대주택과 장기일반민간임대주택은 8년, 단기민간임대주택은 4년의 임대의무기간동안 민간임대주택을 계속 임대하여야 한다.

연결된다. 이러한 이유에서 주택임차인에게 최단기간의 연장이나 추가적인 갱신청구권을 부여하여 임대차기간을 보장하려는 취지나 당위성에 대하여는 충분히 공감할 수 있다. 비교법적으로 보면, 독일·프랑스·미국 등에서는 임대인에게 정당한 사유가 있는 경우에만 임대차계약을 해지하는 방식으로 장기임대차 관계를 유지시키는 제도를 두고 있기도 하다. 그러나 주택임차인의 주거안정과 아울러 주택임대인의 재산권 보장 사이에서 적절한 조화가 필요하다. 특히 유럽과 달리 국내 주택 시장은 매우 불안정할 뿐만 아니라 부동산을 자산증식을 위한 가장 확실한 수단으로 인식되고 있는 현재 상황에서⁵⁰⁾ 장기임대차 정책을 성급하게 도입할 경우 사회·정책적 부담을 임대료 상승 등 임대인의 경제적 부담으로 전가되어 오히려 심각한 부작용이 발생할 우려가 있으므로 이러한 점에 대하여도 충분한 검토가 요청된다.

III. 독일의 주택임대차에 대한 존속보장

1. 주택임대차 관련 법률의 개관

독일민법상의 임대차와 민법 내지 주택임대차보호법에 따른 임대차 사이에는 법제도적 차이점이 상당할 뿐만 아니라 경제적·사회적·문화적 상황에 따른 주거현실의 괴리도 무시할 수 없으므로 우선 독일의 임대차 전반에 대한 이해가 선행될 필요가 있다. 독일에서도 2차 세계대전 직후인 1945년에서 1950년 무렵, 그리고 1990년 독일통일 이후에 부족한 주택으로 인해 사회적으로 큰 어려움에 직면하였었다.⁵¹⁾ 주택은 생존의 기초가 되는 요소로 임차인의 보호를 위한 특별한 법적 조치들이 요구되었고, 최근까지도 소비자보호의 영역과 함께 가장 활발하게 개정 작업이 이루어지고 있는 분야라고 할 수 있다. 현행 독일민법의 임대차에 대한 기본적 틀은 2001년 임대차개혁법(Mietrechtsreformgesetz vom 19. 6. 2001)을 통하여 완성되었으나,⁵²⁾ 그 이후에도 2013년(Mietrechtsänderungsgesetz vom 11. 3. 2013)⁵³⁾과 2015년(Mietrechtsnovellierungsgesetz vom 21. 4. 2015)⁵⁴⁾에 2 차례에 걸친 큰 변화가 있었다. 2020년 3월에는 COVID-19에 따른 특별법⁵⁵⁾을 통해서 한시적으로 임차인이 임대료를 2020년 4월 1일부터 2020년 6월 30일까지 연체하더라도 임대인이 계약해지를 할 수 없도록 하였다.⁵⁶⁾ 임대차(Mietrecht)에 관하여 독일민법 제535조부터 제580조의a까지 99개 조항에 이르는 상세한 규정들을 마련하고 있다. 그 중 독일민법 제535조부터 제548조까지는 임대차의 유형과 상관없이 적용되는 일반조항이고, 제549조부터 제577조의a까지는 주택임대차관계(Wohnraummiet-

50) 유럽에서는 주택에 관하여 소유가 아닌 사용의 개념이 보편화되어 있는데, 이는 주택시장의 안정을 통하여 부동산 투기로 인한 재산 증식의 유인이 상대적으로 크지 않기 때문이다.

51) 추선희/김제완, 개정 주택임대차보호법상 갱신요구권에 관한 몇 가지 쟁점, 법학논집 제25권 제1호(2020), 115면.

52) 종래 독일 임대차법을 현대화시킨 2001년 임대차개혁법의 자세한 내용에 대하여는 소재선, “독일 임대차근대화법(2001 개정)의 과제와 전망”, 「성균관법학」 제16권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2004. 12.; 윤기택/김종현, “독일의 개정 임대차법에 관한 연구 -주택임대차에 관한 규정을 중심으로-”, 「청대학술논집」 제4권, 청주대학교 학술연구소, 2004. 11. 참조.

53) 2013년 독일 주택임대차개정법에 대하여는 이도국, “2013년 독일 주택임대차개정법에 대한 고찰”, 「법학논총」 제31권 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2014. 9. 참조.

54) 2015년 임대차개정법에 대하여는 김세준, “독일의 주택임대차계약상 차임의 규제 -2015년 4월 21일 독일민법 임대차개정법을 중심으로”, 「강원법학」 제48권, 강원대학교 법학연구소, 2016. 6. 참조.

55) Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht Vom 27. März 2020, BGBl. I S. 569.

56) Art. 240 § 2 EGBGB a.F.

verhältnisse)에만 적용되는 특별규정이다.

2. 존속보장과 관련된 법제도

독일에서 주택임대차는 존속기간을 정하지 않은 임대차가 원칙이고, 법에서 명시한 예외 사유를 계약체결 시 계약서에 명시한 경우에만 존속기간이 있는 임대차를 허용하고 있다. 독일민법 제542조에 따라 임대차 관계는 존속기간의 만료나 해지로 종료된다. 물론 당사자들 사이에 합의해지(Aufhebungsvertrag)가 배제하는 것은 아니어서 언제든지 당사자는 합의를 통해 임대차 관계를 종료시키는 것도 가능하다. 원칙적으로 해지는 특별한 방식을 요구하는 요식행위가 아니기 때문에 상대방에 대한 의사표시로 효력이 발생한다. 하지만 주택임대차의 해지는 서면방식(Schriftformerfordernis)을 따르도록 특별규정을 두고 있다(제568조).⁵⁷⁾ 해지의 종류에는 통상해지(ordentliche Kündigung)와 특별해지(außerordentliche Kündigung)가 있는데, 독일에서는 해지의 제한을 통해서 임차권의 존속보장이 이루어지고 있으므로 해지에 대하여 살펴볼 필요가 있다.

1) 통상해지

독일민법 제542조 제1항의 통상해지는 우리 민법 제636조 제1항과 같이 기간의 정함이 없는 임대차의 계약 당사자가 언제든지 해지이유(Kündigungsgrund)와 상관없이 가능하도록 하되, 일정한 해지기간을 두고 있다. 이와 달리 주택임대차는 임대차관계의 종료에 정당한 이익을 가져야 하는데, 특히 명문으로 차임을 인상하기 위한 해지는 제외시키고 있다(독일민법 제573조 제1항). 독일민법 제573조 제2항에서 명시하고 있는 정당한 이익이 있는 경우는 ① 임차인이 유책하게 계약상 의무를 상당한 정도로 위반한 경우, ② 임대인이 그 공간을 자신, 가족구성원⁵⁸⁾ 또는 그 세대에 속하는 자의 주거를 위해서 필요로 하는 경우, ③ 임대인이 임대차관계의 연장으로 토지를 적절하게 경제적으로 이용하는 데 장애를 받고, 그로 인해 현저히 불이익을 입을 경우⁵⁹⁾이다.⁶⁰⁾ 해지통고를 하려는 임대인은 정당한 이익의 근거사유를 주택임대차의 해지서면에 반드시 기재하여야 한다(제573조 3항).

2) 특별해지

임대차 기간이 정해져 있는 경우에도 임대차 관계는 특별해지를 통해서 종료될 수 있다. 특별해지 가운데 중대한 사유를 원인으로 하는 특별즉시해지(außerordentliche fristlose Kündigung)는 해지기

57) 독일민법 제550조는 주택임대차계약을 서면으로 체결하도록 하면서, 1년을 넘는 기간으로 체결되는 임대차계약으로서 서면 방식을 따르지 않은 경우에 기간의 정함이 없는 것으로 본다. 다만 인도 후 1년이 경과하여야 해지가 가능하다. 이와 같은 서면주의는 임대인의 지위를 승계한 주택 전득자를 보호하고 최초 임대차계약의 당사자들 사이에서 불측의 장기계약에 의한 구속을 방지하는 기능을 한다. 또한 주택임대차계약의 입증에도 도움이 된다, BGH, NJW 2008, 2178.

58) 가족구성원(Familienangehörige)의 개념은 법적으로 정의되어 있지 않으므로 일반적 언어표현이나 법규정의 목적에 따라 해석될 필요가 있다(BGH, Urteil vom 07-05-1982 - V ZR 58/81 = BGH NJW 1982, 1868). 관례와 학설에서는 자녀, 부모, 형제자매, 손자녀, 조부모, 배우자, 등록된 생활동반자(eingetragene Lebenspartner) 등은 임대인 자신의 주거 필요성과 동일시할 수 있을 정도의 밀접한 가족관계를 필요로 하지만, 생계를 같이 할 필요는 없는 것으로 본다, MüKoBGB/Häublein, 8. Aufl., 2020, BGB § 574 Rn. 96 ff.

59) 주거 이외의 용도로 임대목적물을 임대하여 높은 차임을 받을 수 있는 가능성은 여기에 해당하지 않는다, Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 36. Aufl., 2012, S. 198.

60) 이종덕, 임대차계약의 해지와 곤궁한 주택임차인의 보호 필요성, 서울법학 제26권 제3호(2018.11), 164면.

간 없이 즉시 임대차 관계가 종료하는 반면, 임차인의 사망 후 독일민법 제563조와 제563조a에 따른 임대차 관계의 승계인⁶¹⁾이 존재하지 않는 경우 상속인 및 임대인이 하는 특별해지(außerordentliche fristlose Kündigung mit gesetzlicher Frist)는 임차인이 사망한 사실과 임대차관계의 승계 또는 계속이 일어나지 아니함을 안 때로부터 1개월의 법정기간이 필요하다(독일민법 제564조).⁶²⁾ 주택임대차에서 특별즉시해제가 가능한 중대한 사유로는 먼저 임차한 주택의 이용으로부터 건강에 현저한 위험이 초래되는 성질(Beschaffenheit)이 있는 경우이다(독일민법 제569조 제1항). 다음으로 당사자 일방이 주거의 평온을 계속적으로 방해하는 구체적인 사정, 특히 당사자들의 유책사유를 참작하여 계약 당사자들의 이익을 형량할 때 임대차관계를 해지기간의 경과시까지 또는 기타 임대차관계의 종료시까지 존속시키는 것이 해지권자에게 기대될 수 없는 때이다(동조 제2항).⁶³⁾ 임차인이 의무이행을 위해 임대인에게 담보를 제공하기로 한 경우(독일민법 제551조)에는 담보제공이 월차임액의 2배만큼 지체된 경우에도 마찬가지이다(동조 제3항). 이러한 주택임대차의 특별즉시해지의 중요한 사유는 편면적 강행규정으로서 임대인에게 법률상 인정된 것 이외의 사유에 해지권을 부여하는 약정이 있더라도 효력이 없다(동조 제5항). 특별즉시해지의 원인이 되는 중대한 사유는 해지서면에 기재되어야 한다(동조 제4항).

3) 곤궁한 임차인의 항변

사회적 형평규정(Sozialklausel)인 독일민법 제574조 내지 제574조의c는 임대권의 사회적 구속성이 투영된 규정이다.⁶⁴⁾ 임대인에 의한 해지권의 행사에 대하여 임차인이 처한 특별한 사회적 곤궁(besondere soziale Härte)을 고려하도록 하고 있다. 독일민법 제574조⁶⁵⁾는 주택임대차의 임대인이 통상해지(제573조)나 법정해지 기간이 요구되는 특별해지(제564조 및 제573조의d)를 하는 경우에 임차인은 해지항변(Kündigungswiderspruch)을 통해 임대차관계의 존속을 요구할 수 있도록 하였다.⁶⁶⁾ 다만 이러한 항변이 인정되어 임대차 관계가 유지되는 경우 기존 계약조건 대로 계속하는 것이 임대인에게 있어서 기대될 수 있는 때에는 임차인은 적절한 변경 하에서 존속을 요구할 수 있다(독일민

61) 임차인이 사망시 임대차 관계의 승계는 제563조에 따라, 먼저 임차인과 동일세대를 이루고 있는 배우자 또는 생활동반자가 임차인의 사망과 동시에 임대차 관계를 승계하고, 배우자나 생활동반자가 승계하지 않는 경우에는 임차인의 자녀가 동일세대에 함께 거주하였던 차순위승계인이 된다. 다음으로 임차인과 동일세대를 이루고 있는 다른 가족구성원이 임대차관계를 승계한다.

62) 이종덕, 앞의 논문, 165면. 수인이 공동으로 임차한 경우에는 그 중 1인이 사망하더라도 임대차관계는 잔존임차인과 임대인 사이에 존속하지만, 잔존임차인은 임차인의 사망을 안 때로부터 1개월 내에 특별해지할 수 있다(제563조a 제1항 및 제2항).

63) 이종덕, 앞의 논문, 165면.

64) 사회적 형평규정은 국가에 의한 주택규제정책(Wohnungszwangswirtschaft)을 폐지(Gesetz über den Abbau der Wohnungszwangswirtschaft und über ein soziales Miet- und Wohnrecht v. 23.6.1960. BGBl I S. 389)되면서 1960년 6월 23일 독일민법 제556조의a에서 제556조의c로 편입된 후 여러 차례의 개정을 거듭하다가 2001년의 임대차개혁법(MietRRG)에 의해서 현행 독일민법과 같이 제574조부터 제574조의c로 세분화되었다, Staudinger/Ralts, 2018, BGB § 574 Rn. 1 ff.; MüKoBGB/Hüblein, 8. Aufl., 2020, BGB § 574 Rn. 2 ff.

65) 2001년 임대차법의 개혁 이전의 독일민법은 제556조의a에서 임대인의 해제권 행사에 대한 항변권을 규정하였지만, 임대차법의 개혁을 통해서 규정들을 대폭적으로 정비되면서 현행과 같이 제574조에서 가족 구성원들에게까지 보호영역을 확대시킨 임차인의 항변권을 규정하게 되었다, Hannemann/Wiegner/Schönleber, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht, 4. Aufl., 2014, Rn 509.

66) 기간의 정함이 있는 임대차 관계에서도 임차인은 기간 특정의 이유가 임대차 계약 체결 이후에야 비로소 발생한 경우에는 그에 상응하는 기간만큼 연장을 청구할 수 있으며, 그러한 이유가 소멸한 경우에는 기한의 정함이 없는 연장, 즉 기한이 없는 임대차로 전환을 요구할 수 있다(제575조 제3항), Emmerich/Sonnenschein/Haug, Miete, 10. Aufl., 2011, BGB § 575 Rn. 40 ff.

법 제574조의 a 제1항 제2문). 곤궁한 임차인의 항변을 위한 요건으로 임대인의 적법한 해지, 임차인 측에 대한 가혹함, 이익형량을 들고 있다.⁶⁷⁾

먼저 임대인이 임대차 관계를 종료시키려면 적법한 해지의 의사표시가 있어야 한다. 임대인의 해지권 행사는 법적으로 유효한 것이어야 하며,⁶⁸⁾ 해지와 구별되는 취소(Anfechtung), 해제(Rücktritt), 합의해지(Mietaufhebungsvertrag)에는 적용될 수 없다.⁶⁹⁾ 특별즉시해제에는 독일민법 제574조의 적용이 배제되어(동조 제1항 제2문), 통상해지나 법정기간(독일민법 제575조의a 제2항)이 필요한 특별해지만 여기에 해당된다.

주택임대차의 종료가 임차인, 그의 가족 또는 세대의 구성원⁷⁰⁾에게 가혹한 사실이 있어야 한다. 임차인 측에게 해지가 가혹하다는 사실을 임대인이 인지할 필요도 없다.⁷¹⁾ 가혹(Härte)이란 단순히 주거의 변경에 일반적으로 결부되는 불편, 불쾌감 또는 부대비용은 해당하지 않는다. 제574조 제2항은 가혹한 경우로서 기대 가능한 조건으로 대체주거의 마련이 곤란한 경우를 규정하고 있으나, 임차인이 단지 저렴한 임대료만을 지급 가능하다는 것만으로는 부족하다. 그러나 임대차 관계의 종료로 임차인에게 과도한 재산적 손해가 발생한다는 사실이 입증된다면⁷²⁾ 임대인의 정당한 이익과의 형량을 통해서 가혹한 사정으로 인정될 수도 있다.

해지권 행사에 따른 임대인 측의 정당한 이익과의 비교형량이 필요하다. 임차인에게 발생하는 가혹함의 정도가 임대인의 정당한 이익을 초과하는 경우에만 해지권의 행사에 독일민법 제574조의 항변권을 통해 임대차를 존속시킬 수 있다.⁷³⁾ 즉, 임대차 관계가 종료될 경우에 임차인에게 초래되는 결과와 임차인 의 가혹함이 해소에 필요한 적정한 기간 동안 임대차가 존속되어 임대인이 받는 피해를 비교하여 판단한다.⁷⁴⁾ 원칙적으로 임대인의 정당한 이익은 독일민법 제573조 제3항의 해지서면에 기재된 이유를 통해서 평가하지만, 해지서면의 제출 이후에 발생한 사정들도 고려하여 판단한다(독일민법 제574조 제3항 단서). 임대료를 인상하기 위한 목적의 해지는 명시적으로 배제시키고 있으므로(독일민법 제573조 제1항 제2문), 임대인의 정당한 이익에서 차임 인상으로 인한 이익은 당연히 제외된다. 계약상의 의무를 충실히 이행하는 임차인(Vertragstreuer Mieter)에게만 항변권이 인정되기 때문에, 임차인이 유책하게 계약상의 의무를 상당한 정도로 위반하였다면 임대인은 특별즉시해제는 정당하여 임대차관계는 종료된다.⁷⁵⁾

3. 부당한 계약해지(계약갱신 거절)의 제한

67) 이종덕, 앞의 논문, 18면 이하.

68) MüKoBGB/Häublein, a.a.O., BGB § 574 Rn. 8; Staudinger/Rolfs, 2018, BGB § 574 Rn. 13.

69) Schmidt-Futterer/Blank, 13. Aufl., 2017, BGB § 574 Rn. 18 f.; MüKoBGB/Häublein, a.a.O., BGB § 574 Rn. 8; Staudinger/Rolfs, a.a.O., BGB § 574 Rn. 15 ff. 임차인이 해지권을 스스로 행사한 경우나 해지권의 철회에서는 제574조가 적용될 수 없다고 본다. 그와 달리 임차인의 파산관재인이 파산법 제109조에 따라 정당하게 임대차계약의 해지권을 행사하는 경우에는 제574조가 적용될 수 있다고 본다, Eckert, NZM 2001, 260 261.

70) 사실혼 관계나 등록된 동성부부 관계(Lebenspartnerschaft)에 있는 자도 임차인 측의 범위에 포함된다, Eisenschmid, WuM 2001, 215, 216.

71) LG Bochum ZMR 2007, 452, 454; Schmidt-Futterer/Blank a.a.O., BGB § 574 Rn. 20.

72) 베를린주 헌법재판소는 독일 민법 제574조에 따른 임차인의 가혹함의 근거에 대한 입증 불충분함에도 불구하고 임대인의 해지청구를 부정한 것은 재산권보장(Eigentumsgarantie)에 반한다고 보았다(VerfGH Berlin, 18.06.2014 - VerfGH 153/13 = NJW-RR 2014, 1292).

73) LG Berlin GE 1995, 429; LG Hamburg NJW 1997, 2761; LG Hamburg ZMR 2013, 635.

74) Schmidt-Futterer/Blank a.a.O., BGB § 574 Rn. 64.

75) MüKoBGB/Häublein, a.a.O., BGB § 574 Rn. 26 u. 28.

독일에서 주택임대차는 사실상 기간의 정함이 없는 계약을 체결하도록 강제하고 있으며(독일민법 제574조), 그 해지요건을 제한하여 임차인의 법적 지위를 강화하는 방식으로 주거의 안정성을 확보하고 있다.⁷⁶⁾

<p>§ 573 BGB Ordentliche Kündigung des Vermieters</p> <p>(1) Der Vermieter kann nur kündigen, wenn er ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses hat. Die Kündigung zum Zwecke der Mieterhöhung ist ausgeschlossen.</p> <p>(2) Ein berechtigtes Interesse des Vermieters an der Beendigung des Mietverhältnisses liegt insbesondere vor, wenn</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. der Mieter seine vertraglichen Pflichten schuldhaft nicht unerheblich verletzt hat, 2. der Vermieter die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts benötigt oder 3. der Vermieter durch die Fortsetzung des Mietverhältnisses an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung des Grundstücks gehindert und dadurch erhebliche Nachteile erleiden würde; die Möglichkeit, durch eine anderweitige Vermietung als Wohnraum eine höhere Miete zu erzielen, bleibt außer Betracht; der Vermieter kann sich auch nicht darauf berufen, dass er die Mieträume im Zusammenhang mit einer beabsichtigten oder nach Überlassung an den Mieter erfolgten Begründung von Wohnungseigentum veräußern will. <p>(3) Die Gründe für ein berechtigtes Interesse des Vermieters sind in dem Kündigungsschreiben anzugeben. Andere Gründe werden nur berücksichtigt, soweit sie nachträglich entstanden sind.</p> <p>(4) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.</p>	<p>독일민법 제573조 [임대인의 통상해지]</p> <p>① 임대인은 임대차관계의 종료에 정당한 이익을 가지는 때에만 해지를 할 수 있다. 차임을 인상하기 위한 해지는 배제된다.</p> <p>② 임대차관계의 종료에 대한 임대인의 정당한 이익은 특히 다음 각호의 경우에 인정된다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 임차인이 유책하게 계약상 의무를 상당한 정도로 위반하였을 때; 2. 임대인이 그 공간을 자신, 그의 가족구성원 또는 그의 세대에 속하는 사람의 주거로 필요로 하는 때, 또는 3. 임대인이 임대차관계의 연장으로 토지를 적절하게 경제적으로 이용하는데 장애를 받고, 그로 인하여 현저한 불이익을 입을 것인 때; 주거공간 이외의 것으로 임대하면 더 많은 차임을 받을 수 있는 가능성은 고려되지 아니한다; 또한 임대인은, 계획하고 있는 주거소유권의 설정 또는 임차인에게 인도된 뒤에 행하여진 주거소유권의 설정과 관련하여 임대공간을 양도하고자 한다는 사정을 원용할 수 없다. <p>③ 임대인의 정당한 이익의 근거사유는 해지서면에 기재되어야 한다. 그에 기재되지 아니한 사유는 그것이 사후에 발생한 경우에만 고려된다.</p> <p>④ 이와 다른 약정으로 임차인에게 불리한 것은 효력이 없다</p>
--	--

<p>§ 574 BGB Widerspruch des Mieters gegen die Kündigung</p>	<p>독일민법 제574조 [해지에 대한 임차인의 항변]</p>
---	------------------------------------

76) 박신욱, “임대차계약의 해지에 대한 이익 - 독일의 임차인 이익제도를 중심으로 -”, 「비교사법」 제21권 2호, 한국비교사법학회, 2014. 5., 478.

<p>(1) Der Mieter kann der Kündigung des Vermieters widersprechen und von ihm die Fortsetzung des Mietverhältnisses verlangen, wenn die Beendigung des Mietverhältnisses für den Mieter, seine Familie oder einen anderen Angehörigen seines Haushalts eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Dies gilt nicht, wenn ein Grund vorliegt, der den Vermieter zur außerordentlichen fristlosen Kündigung berechtigt.</p> <p>(2) Eine Härte liegt auch vor, wenn angemessener Ersatzwohnraum zu zumutbaren Bedingungen nicht beschafft werden kann.</p> <p>(3) Bei der Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters werden nur die in dem Kündigungsschreiben nach § 573 Abs. 3 angegebenen Gründe berücksichtigt, außer wenn die Gründe nachträglich entstanden sind.</p> <p>(4) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.</p>	<p>① 임대차관계의 종료가 임차인, 그의 가족 또는 그의 세대의 다른 구성원에게 가혹한 것으로서 임대인의 정당한 이익을 형량하더라도 정당화되지 아니할 경우에는, 임차인은 해지에 대하여 항변하여 임대인에게 임대차관계의 계속을 청구할 수 있다. 임대인이 특별즉시해지를 할 수 있게 하는 사유가 존재하는 경우에는 그러하지 아니하다.</p> <p>② 적절한 대체주거공간이 기대가능한 조건으로 마련될 수 없을 때에도 가혹함이 인정된다.</p> <p>③ 임대인의 정당한 이익을 형량함에 있어서는, 그 사유가 사후적으로 발생한 것이 아닌 한, 제573조 제3항에서 정하는 해지서면에서 제시된 사유만을 고려하여야 한다.</p> <p>④ 이와 다른 약정으로 임차인에게 불리한 것은 효력이 없다</p>
--	---

<p>§ 575 BGB Zeitmietvertrag</p> <p>(1) Ein Mietverhältnis kann auf bestimmte Zeit eingegangen werden, wenn der Vermieter nach Ablauf der Mietzeit</p> <p>1. die Räume als Wohnung für sich, seine Familienangehörigen oder Angehörige seines Haushalts nutzen will,</p> <p>2. in zulässiger Weise die Räume beseitigen oder so wesentlich verändern oder instand setzen will, dass die Maßnahmen durch eine Fortsetzung des Mietverhältnisses erheblich erschwert würden, oder</p> <p>3. die Räume an einen zur Dienstleistung Verpflichteten vermieten will</p> <p>und er dem Mieter den Grund der Befristung bei Vertragsschluss schriftlich mitteilt. 2Anderenfalls gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit abgeschlossen.</p> <p>(2) Der Mieter kann vom Vermieter frühestens vier Monate vor Ablauf der Befristung verlangen, dass dieser ihm binnen eines Monats mitteilt, ob der Befristungsgrund noch besteht. Erfolgt die Mitteilung später, so kann der Mieter eine Verlängerung des Mietverhältnisses um den Zeitraum der Verspätung verlangen.</p> <p>(3) Tritt der Grund der Befristung erst später ein, so</p>	<p>독일민법 제575조 [기간을 정한 임대차]</p> <p>① 임대인이 임대차기간의 만료 후에 다음 각 호의 행위를 하려고 하는 경우에 그가 계약체결시에 임차인에게 기간을 정하는 이유를 서면으로 통지한 때에는 기간의 정함이 있는 임대차관계가 설정될 수 있다.</p> <p>1. 그 공간을 자신, 그의 가족구성원 또는 그의 세대에 속하는 사람을 위한 주거로 사용하는 것,</p> <p>2. 적절한 방법으로 그 공간을 제거하거나, 임대차관계가 계속되면 그 작업이 현저히 곤란해질 만큼 중대한 변경이나 수리를 가하는 것, 또는</p> <p>3. 그 공간을 노무의무자에게 임대하는 것</p> <p>그 외에는 임대차관계는 기간의 정함이 없이 체결된 것으로 본다.</p> <p>② 임차인은 그 기간이 경과하기 전 4개월 전부터 임대인에 대하여 임대인이 자신에게 기간특정의 이유가 여전히 존재하는지를 1개월 안에 통지할 것을 요구할 수 있다. 그 통지가 지연되어 행하여진 경우에는 임차인은 그 지연된 기간만큼 임대차관계를 연장할 것을 청구할 수 있다.</p> <p>③ 기간을 정하는 사유가 나중에 비로소 발생한 경우</p>
---	--

<p>kann der Mieter eine Verlängerung des Mietverhältnisses um einen entsprechenden Zeitraum verlangen. Entfällt der Grund, so kann der Mieter eine Verlängerung auf unbestimmte Zeit verlangen. Die Beweislast für den Eintritt des Befristungsgrundes und die Dauer der Verzögerung trifft den Vermieter.</p> <p>(4) Eine zum Nachteil des Mieters abweichende Vereinbarung ist unwirksam.</p>	<p>에는 임차인은 그에 상응하는 기간만큼 임대차관계를 연장할 것을 청구할 수 있다. 그 사유가 소멸한 경우에는, 임차인은 기한의 정함이 없는 연장을 청구할 수 있다. 기간을 정하는 사유의 발생 및 그 지연의 지속에 대한 입증책임은 임대인이 부담한다.</p> <p>④ 이와 다른 약정으로 임차인에게 불리한 것은 효력이 없다.</p>
---	---

독일민법 제574조에 따른 임차인의 곤궁의 항변과 관련하여 독일연방대법원은 임대차계약의 적법한 해지를 이유로 임차인의 주택명도의무를 인정한 고등법원의 판결에 대하여 해지로 인해 거주지를 이전해야 하는 상황이 임차인에게 “가혹”하다는 이유에서 파기 환송하였다.⁷⁷⁾

사실관계를 살펴보면, 피고 임차인은 1998년 3월 12일 계약을 통해 베를린시에 있는 건물 2층을 주거로 임차하였는데, 계약체결 당시 건물은 세 개의 각각 분리된 임대목적물들이 존재하였다. 2006년 7월 1일 임대인이 임대목적물인 건물을 타인에게 매도하면서 매매계약서에 건물의 취득자로부터 임차인보호를 보장하는 조항을 포함시켰는데, 구체적으로 매수인의 건물사용을 위하여 이미 존재하고 있는 임차인과의 계약해지를 제한할 뿐만 아니라 독일민법 제573조 제2항 제2호 및 제3호(기간의 약정이 없는 임대차계약에 서의 통상해지)에 따르는 임대인의 필요에 의한 해지 역시 배제하였다. 舊 임대인은 2006년 9월 8일자 서면으로 피고에게 건물의 매매계약서에 임차인 보호에 관한 조항이 포함되어 있음을 확인시켜주었다. 그러나 2009년 3월 30일 건물의 매수인은 건물을 다시 원고에게 매도하였으며, 이때의 매매계약서에는 임차인의 보호가 제외되었다. 원고는 기존에 분리되어 있던 1층과 2층의 방들을 연결하여 사용하기 시작하였다. 이후 원고는 2009년 11월 2일에 서면으로 2010년 7월 31일자로 임대차의 해지하겠다는 의사를 통지하였으며, 그에 따라 원고는 피고가 거주하고 있던 방을 원고의 동생과 그의 가족에게 양도하고자 함을 적시하였다. 원고는 만일의 사태에 대비하고자 2010년 6월 30일 소장을 통해 원고 자신이 직접 건물을 사용해야 함을 근거로 하여 임대차계약을 해지하였고, 보조적으로 기간의 정함이 없는 임대차계약에서 임대인의 통상해지요건을 완화해주는 조항인 독일민법 제573a조를 원용하였다. 이에 대하여 피고는 원고의 계약해지는 질병을 앓고 있는 피고에게는 너무나 가혹한 결과를 초래한다고 주장함과 동시에 두 번에 걸친 해지에 대한 이의를 제기하였다. 고등법원은 피고가 주장한 건강상 곤궁한 상황에도 불구하고 원칙적으로 이사를 해야 하며, 필요시 치료전문가를 대동시킴으로써 피고의 문제는 해결할 수 있다고 판단하였다. 그러나 연방대법원은 “임대인은 특별히 예외적인 경우에 한하여, 즉 임대인에게 특별히 중요한 이익으로 인해 임대차관계의 종료가 반드시 필요한 경우에, 법률이 정한 기간을 준수하여 임대차관계를 서면으로 해지할 수 있다”라고 정한 임대차계약상의 조문의 의미는 법률에서 규정한 것보다 임차인을 더 보호한다는 의미로 이해되어야 하고, 이 경우 해지를 하기 위해서는 독일민법 제573조 제2항에서 규정하고 있는 임대인의 ‘정당한 이익’만으로는 충분하다고 할 수 없다고 판시하면서 원고의 임차목적물에 대한 명도청구가 인정될 수 없다는 점을 확인하였다.

77) 해당 판례에 대하여 자세한 논의는 박신욱, 임대차계약의 해지에 대한 이익, 비교사법 제21권 2호(2014.5), 494-495면 참조.

4. 시사점

독일의 임대차 안정화 정책은 1960년대 이래로 제도의 큰 변화 없이 운영되어 왔는데, 2010년 세계적 금융위기 이후에 각국의 양적 완화정책으로 풀린 유동자금으로 부동산가격이 많이 오르면서 임대료도 상승하자, 이러한 현실을 반영하여 최초 임대료 규제를 도입하는 등 규제강화 정책을 펴고 있다는 점이 시사점을 주고 있다. 우리나라의 진보정치 세력에게는 민간임대차에 대한 세밀한 규제를 통한 임대차 안정화를 이루고 있는 독일의 임대차 안정화 정책은 이상적인 제도로 받아들여지고 있다. 독일은 우리나라와 같이 정부나 지방자치단체가 보유한 공공임대주택은 전체 재고주택의 6% 수준으로 낮지만, 강력한 민간임대차 안정화 정책을 통한 임대차관계의 안정화를 이룬 나라로 알려져 있다. 하지만 독일의 경우에도 2010년대 이래로 베를린 등 대도시로 인구가 몰려들며 과밀화 현상이 심화되면서 임대료가 계속 상승하자, 계속되고 있는 임대차뿐만 아니라 신규임대차의 경우에도 종전 임대차와 비교하여 최초 임대료의 수준을 제한하는 입법이 되었다.

임대기간을 정한 주택임대차를 엄격히 제한하는 독일민법 제575조 규정때문에 대부분의 주택임대차는 존속기간이 없는 형태로 체결되고 있다. 독일민법 제573조에서 임대인이 통상해지를 위해서는 정당한 이익이 존재할 것, 특히 차임의 증액은 정당한 이익이 없는 것으로 명시하고 있는 점에 더해서 해지통고에 대하여 임차인이 곤궁의 항변을 행사하여 임대차의 존속을 주장할 수 있도록 하고 있다. 즉, 주택임대차의 통상해지는 임대인에게 정당한 이익이 있는 경우에만 가능할 뿐만 아니라 독일민법 제574조에 따라 정당한 이익이 있더라도 임차인측이 처한 특별한 사정을 이유로 해지권 행사에 대하여 항변할 수 있다. 다만 이러한 항변권을 행사하는 경우에도 계약내용을 그대로 유지시키는 것이 임대인에게 부당한 경우에는 임차인은 적절한 내용의 변경 하에서만 그 임대차의 존속보장을 요구할 수 있다는 점에서 제574조의 곤궁의 항변권은 임대인의 이익을 과도하게 침해하지 않는 합리적인 보호수단이라고 할 것이다. 아울러 이러한 항변권은 앞에서 언급된 축적된 많은 판례들이 보여주듯이 독일에서 곤궁한 임차인의 보호에 상당한 효과를 발휘하고 있으며, 사회적 약자를 배려하는 중요한 규정으로 평가받고 있다.

IV. 나오며

우리나라에서도 주택보급률이 100%를 넘어선 지도 이미 10년 이상 경과하였으나, 주택 임대차시장의 수급 불균형으로 인한 전세가격 상승과 전월세 전환 추세 때문에 주택임차인의 주거불안과 부담이 가중되고 있어 국민이 주거생활을 안정적으로 영위할 수 있도록 제도적인 대책을 마련할 필요가 있다. 특히 임대인의 과도한 전세금 인상 요구와 치솟는 주거비 부담을 감당하지 못하여 임차인과 그 가족들은 법이 보장한 존속기간을 주기로 쫓겨나듯이 생활의 터전을 옮길 수밖에 없는 상황이 반복되고 있다. 이러한 주택임대차의 현실은 임차인의 주거 안정성을 크게 훼손할 뿐만 아니라 국민의 행복과 통합을 저해하며, 엄청난 경제적 손실을 초래하여 국가적·경제적 측면에서도 큰 장애 요소로 작용하고 있다. 이와 대조적으로 이미 독일, 영국, 프랑스 등 여러 선진국들은 1960-70년대부터 임대차의 존속기간에 대한 제한을 두지 않고, 임차인들의 권리를 폭넓게 보장하고

있다는 점에 주목할 필요가 있다.

최근 우리나라에서는 주택임대차의 최단기간을 현행 2년에서 3년으로 연장하는 방법이나 계약갱신청구권의 행사횟수를 추가하여 존속보장의 기간을 6년 또는 그 이상의 기간을 보장하는 방법들이 대안으로 제시되고 있다. 그러나 외국의 입법례들에서는 살펴본 바와 같이 주택임대차의 경우에는 오히려 횟수나 기간의 제한이 없는 경우가 대부분이다. 현재 국내 주택임대차의 상황이나 법제도적 측면을 고려해 볼 때, 임대차의 존속기간 자체를 무기한으로 규정하는 것은 사실상 불가능하기 때문에 계약갱신청구권을 특별한 사정이 없는 한 횟수나 기간의 제한 없이 인정하는 방법이 현실적이라고 할 수 있다. 다만 이 경우에는 외국의 입법 및 판례들에 대한 심층적인 비교연구를 통해서 주택임대차보호법 제6조의3 제1항에서 규정하고 있는 임대인의 갱신거절사유에 대한 법이론과 판례를 발전시켜 법적 안정성을 훼손하지 않도록 유의해야 한다. 나아가 종전 임차인과 합의에 의해 또는 새로운 임차인과 체결되는 임대차계약에 대해서도 종전의 임대차계약에 따른 차임 등을 기준으로 증액상한율을 적용함으로써 임차인 변경을 통해서 임대인이 추가적인 경제적 이익을 얻을 수 있는 기회를 원천적으로 봉쇄함으로써 무주택자들의 주거안정을 확보할 수 있을 것이다.

토론문

송재일 교수(명지대학교)

“주택임대차와 존속보장- 독일법을 참조로 -” 에 관하여

송재일(명지대학교 법학과 교수)

토론에 앞서 주택임대차와 존속보장과 관련하여 발표를 해주신 대전대학교 공공인재법학과 이종덕교수님의 노고에 감사드립니다. 미리 보내주신 발표문을 통해 주택임대차 관련 쟁점과 독일법의 관련 내용을 알 수 있어서 깊이 있는 공부가 되었습니다. 발표문을 통해 많은 궁금증이 해소되었으나, 그래도 남아 있는 몇 가지 궁금한 점을 말씀드리는 것으로 토론에 갈음할까 합니다.

첫째, **임대차 3법**에 관하여 학계와 실무계 모두 적지 않은 과제를 안겨주고 있다고 생각합니다. 특히 계약갱신청구권과 전월세상한제는 임차인을 보호하려는 정책이지만 임대차 및 주택 시장에 관한 충분한 연구 없이 시행됨으로써 부작용 및 임대차 가격 이상 현상을 유발하였다는 비판이 많고, 사적 자치의 측면에서 임대차 시장의 자율능력을 살리고 자체 해결능력을 키우기 위해서는 계약갱신청구권과 전월세상한제의 전면 폐지가 요구된다는 주장도 보입니다. 이와 관련하여 발표문에서도 우리나라 임대차 법제와 관련하여 여러 개정안을 소개한 뒤에, 다음과 같이 주장하셨습니다. “주택임차권의 존속보장기간으로 4년 또는 6년이 타당하다는 사회적 공감대가 있다면, 차라리 최단기간으로서 해당 기간을 규정하는 것이 계약갱신청구권을 통해서 임차권의 존속을 보장하는 것보다 확실한 방법일 뿐만 아니라 법적 안정성의 측면에서도 유리한 것으로 판단된다.” 임대차 3법에 대한 발표자의 솔직한 고견이 궁금합니다.

둘째, **주택임대차를 둘러싼 독일법제의 상호관계**가 궁금합니다. 발표문에서는 “현행 독일민법의 임대차에 대한 기본적 틀은 2001년 임대차개혁법(Mietrechtsreformgesetz vom 19. 6. 2001)을 통하여 완성되었으나, 그 이후에도 2013년(Mietrechtsänderungsgesetz vom 11. 3. 2013)과 2015년(Mietrechtsnovellierungsgesetz vom 21. 4. 2015)에 2차례에 걸친 큰 변화가 있었다.” 그리고 “2020년 3월에는 COVID-19에 따른 특별법⁷⁸⁾을 통해서 한시적으로 임차인이 임대료를 2020년 4월 1일부터 2020년 6월 30일까지 연체하더라도 임대인이 계약해지를 할 수 없도록 하였다.⁷⁹⁾” 독일민법에서도 임대차(Mietrecht)에 관하여 “제535조부터 제548조까지는 임대차의 유형과 상관없이 적용되는 일반조항이고, 제549조부터 제577조의a까지는 주택임대차관계(Wohnraummietverhältnisse)에만 적용되는 특별규정이다.” 우리나라와 견주어 민법 내 임대

78) Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht Vom 27. März 2020, BGBl. I S. 569.

79) Art. 240 § 2 EGBGB a.F.

차 조항들(편면적 강행규정)이 있고, 주택임대차보호법과 같은 특별법이 있는 것인지 독일법제에 익숙지 않은 저를 비롯한 독자들의 이해를 돕기 위해 설명의 말씀, 부탁드립니다.

셋째, “**사회적 형평규정(Sozialklausel)**인 독일민법 제574조 내지 제574조의c는 임대권의 사회적 구속성이 투영된 규정이다” 라고 말씀하셨는데, 특히 “독일민법 제574조의 곤궁의 항변권은 임대인의 이익을 과도하게 침해하지 않는 합리적인 보호수단” 이라고 하셨습니다. 곤궁한 임차인의 항변을 위한 요건으로 (1) 임대인의 적법한 해지, (2) 임차인 측에 대한 가혹함, (3) 이익형량을 들고 있습니다. 궁금한 점은 임대인에 의한 해지권의 행사에 대하여 임차인이 처한 **특별한 사회적 곤궁(besondere soziale Härte)**을 고려하도록 하고 있다는데, **곤궁 또는 가혹(Härte)** 자체는 일견 불확정개념인데, 제574조 제2항은 가혹한 경우로서 기대 가능한 조건으로 대체주거의 마련이 곤란한 경우를 규정하는 등 열거 정도를 하는 것으로 보입니다. 하지만, 독일 법원은 여러 판례를 통해 결국 목적론적 해석을 통해 임차인 보호를 강화하는 것으로 보입니다. 곤궁(가혹)의 항변권을 행사하는 경우에도 계약내용을 그대로 유지시키는 것이 임대인에게 부당한 경우에는 임차인은 적절한 내용의 변경 하에서만 그 임대차의 존속보장을 요구할 수 있다고 하셨는데, 이렇게 되면 너무 임대인에게 가혹한 게 아닌가요? 실제 독일의 임대차 시장에서 임대차분쟁은 어느 정도이고(특히 최근의 코로나 상황에서) 아무 문제가 없는지 궁금합니다.

끝으로 **독일법과 우리법의 차이**에서 생기는 궁금증이 있습니다. 우리 민법은 物權과 債權을 준별한 로마법을 계수한 근대 대륙법계와 동일하게 그 지위에 차등을 두고 있으며, 임대차에서도 이를 관철하여 “**賣買는 賃貸借를 깨뜨린다(Kauf bricht Pacht)**” 라는 원칙을 적용하고 있습니다. 따라서 임대인이 임대차목적물을 임차인에게 인도한 후 제3자에게 소유권을 양도하면 신소유자가 임대차계약상의 임대인의 지위를 승계한 것으로 보는데, 이렇게 되면 임차인의 지위는 불안하게 됩니다. 임차권의 대항력은 임차인의 지위와 불가분의 관계에 있는데, 이는 임차권의 대항력이 없으면 주택 소유자의 변경이 주택 임차인의 지위에 결정적 영향을 미치기 때문입니다. 또한, 임차권도 일종의 財產權이므로 임대차관계가 성립된 경우, 매매는 임대차를 깨뜨린다는 민법의 일반원칙에 의하여 賃借權을 登記하지 않으면 임차인은 제3자에 대하여 자기의 권리를 주장할 수 없기 때문입니다. 반면, 독일 민법은 우리나라와 달리 “**賣買는 賃貸借를 깨뜨리지 않는다**” 란 원칙⁸⁰⁾을 적용하여 임대인이 임차물을 임차인에게 인도한 후 제3자에게 소유권을 양도한 때에는, 양수인은 그가 소유권을 가지는 기간에 임대차계약상의 임대인의 지위를 承繼한 것으로 봅니다(제566조). 이러한 독일 민법의 태도도 기본적으로 임차인 보호에

80) §566 BGB “Kauf bricht nicht Miete”.

영향을 미쳤다고 보는데, 어떻게 생각하는지 궁금합니다. 모쪼록 제 질문에 구애받지 마시고 편하게 독일의 임대차 시장과 비교할 만한 차이가 있다면 소개해주시기 바랍니다.

감사합니다.

토론문

박상준 상무(한국주택임대관리협회)

‘주택임대차와 존속보장-독일법을 참조로’ 이종덕 교수님 논문에 대한 토론자료

한국주택임대관리협회 사무국 박상준 상무(지에이치파트너즈 전략본부장)

- 서울대학교 조경학사

- 서울대학교 환경대학원 석사

- 서울시립대학교 도시행적학과 박사 수료

논문의 저자는 한국의 계약갱신거부권에 따른 임차인을 주거권에 대한 안정화를 이유로 임대차의 존속보장 기간은 현행 2년+2년으로 되어 있는 기간이 어떻게 형성과정에 대하여 논의하고, 이에 대한 대안으로 입법추진중인 국회의원들의 다양한 장기주거보장 제안에 대하여 거론하였다.

또한, 독일법을 참조로 임차인 기한이 정하지 않은 임대차계약을 통하여 안정적인 장기주거를 할 수 있도록 하는 사회안전망으로서의 임대차체제를 검토하여, 시사점으로도 계약갱신거부권의 1회 사용이 아닌 무한 사용의 도입등도 논의하였다.

일단, 주택임대차계약을 통해 임차인의 안정적 주거를 보장해야 한다는 취지는 동의하나, 한국은 다소 임대인과 임차인의 관계에 대한 균형/형평성의 관점에서의 접근도 고려할 필요가 있다고 본다.

또한, 결국 주택임대차계약이라는 것은 임대차 시장의 구조와도 연관되어서 보아야 할 것으로 생각된다. 독일의 경우, 보증금은 월세 3개월 치 이내로 규정하고 있다는 독일 민법 제551조 의 월세(Ktmiete) 조항을 들 수 있다. 통상 일본은 기존의 월세 3개월치 보증금(시키킹) 관행에서 점차 1개월치로 낮아지는 추세를 가지고 있다. 미국의 경우 통상 1~2달치 또는 최대 3달치 월세를 보증금으로 정하고 있다. 독일/미국에서 보증금을 적게 정하는 이유는 기본적으로 월세 수납에 있어서 상호간의 신뢰의식에 기반한다고 볼 수 있다. 일본에서는 월세에 대한 보증보험이나 보증인을 임차인이 제공토록 하고 있어, 월세 미납에 대한 안전장치를 확보하고 있다. 한편 보증금은 주택의 내구연한과도 연관 있는 것으로 보이는데, 독일/미국/일본에서의 역사적인 주택구조는 목조에 기반한 연원도 있어 보인다.

한국은 목조가 아닌 흙이나 벽돌, 시멘트콘크리트에 기반한 장수명 주택의 임대차가 오래되었으며, 월세가 본격적으로 도입되기 이전 오랫동안 전세에 기반한 거래가 되고, 월세 미납에 대한 사회적 신뢰 관계나 보증보험이 안착되지 아니한 관계로 높은 보증금율(공인중개사법에 따른 중개요율 환산 방식으로 보면 월세의 100개월치로 간주)은 이러한 역사문화적 기반에 기인한다고 볼 것이다. 대부분의 전세 연구에서 적어도 백년 이상은 관행화된 제도로 전세나 반전세를 지목한다. 제주도 경우는 다소 예외로 하더라도.

한국에서의 높은 보증금에 기반한 주택임대차제도는 기존에는 월세에서 전세로, 전세에서 자가로 이동하는 주거사다리로서도 기능한 바 있으나, 전세보증금대출에 대한 정부의 지원과 무분별한 대출남발은 시장의 기형적 구조화를 만들고 있다고 볼 것이다.

따라서, 독일 민법 사례와 같이 임차인의 장기적인 주거권 보장에 대한 고민도 필요하겠으나, 일본

의 일반차가(기한의 지속 연장에 의한 장기거주)와 정기차가(기한의 정함이 있는 거주, 통상 2년)를 임대인과 임차인이 합의하여 선택하는 시스템도 고려할 수 있을 것이다.

물론, 다분히 시장구조와 해외사례에 대한 다양한 검토를 통한 제도적 마련이 필요함에도 불구하고 저자의 본 논문은 주택임대차에 대한 존속보장을 어떻게 얼마나 하는 게 적절한 것인가에 있어서 화두를 던짐으로써 이 문제에 대하여 본격적인 고민을 할 수 있게 하는 굉장히 소중한 저작으로 판단된다.

한국은 임대인과 임차인이 둘 다 많고, 전세라는 제도가 아직도 관행화되고 있는 점을 고려한다면, 진보냐 보수냐를 떠나서 서민의 장기적이고 안정적인 주거권을 보장해주면서도 임대인-임차인간 조화를 이룰 수 있는 현명한 정책과 제도에 대한 보다 냉정한 검토가 필요함을 시사해주는 좋은 글이다.

- 이상.끝.

**제3발표 : 주택 및 상가임대차
주요쟁점과 개선방안
임정재 부연구위원/조제성 부연구위원
(한국형사·법무정책연구원)**

주택 및 상가 임대차 주요 쟁점과 개선방안

한국형사법무정책연구원 임정재 부연구위원
한국형사법무정책연구원 조제성 부연구위원

한국집합건물법학회
韓國集合建物法學會

KICJ 한국형사·법무정책연구원
Korean Institute of Criminology and Justice

발표순서

- ① 연구의 의의
- ② 주택 임대차 관련 주요실태
- ③ 주택 임대차 관련 법률상 쟁점
- ④ 상가 임대차 관련 주요 실태
- ⑤ 상가 임대차 관련 법률상 쟁점
- ⑥ 정책제언 및 논의

연구의 의의

1 연구의 의의

■ 연구배경

- 「주택임대차 보호법」 및 「상가건물임대차보호법」 제정 후 지속적 개정에도 불구하고 주택 및 상가건물의 임대차 제도의 불안정성에 대한 지적이 계속됨
- 주택 임대차: 계약갱신청구권제 및 전월세상한제의 도입, 주택가격의 불안정 등
→ 임대차 계약 기간 및 인상을 둘러싼 갈등이 사회적 문제로 부각
- 상가 임대차: 코로나19로 인한 상가폐업 증가, 도시 재개발 사업 증가 등으로 인한 권리금 미회수 문제, 손실보상을 둘러싼 갈등 문제 발생

■ 연구방법 및 목적

- 주택 임대차 및 상가건물 임대차의 현황, 제도인식, 개선의견 등에 대한 실증적 조사
- 학계 및 실무계의 제도 개선 논의 종합
- 임차인 보호를 위한 입법·정책적 방안 제시

주택 임대차 관련 주요실태

1 주택 임대차 주요 실태

- 임대인·임차인 조사
: 전국 임차인 1,513명, 임대인 1567명 대상 온라인 설문조사 실시
- 전문가 조사
: 대학교, 국책연구기관 등 소속 전문가 87인 대상 온라인 심층면접조사 실시

■ 주택임대차보호법 관련 전반적 인식

- 임대인과 임차인 간 임대차 3법에 대한 인지도 차이 존재
 - 임대인 : 계약갱신청구권(96.1%), 전월세상한제(92.4%), 전월세 신고제(67.2%)
 - 임차인 : 계약갱신청구권(86.8%), 전월세상한제(76.8%), 전월세 신고제(48.1%)
- 계약갱신 거절 시 배상 규정 인지 및 기준
 - 임대인 : 배상 규정 알고 있음(38.9%)
 - 임차인 : 배상 규정 알고 있음(19.8%)

실효성 점검 필요

2 주택 임대차 주요 실태(임대차 제도에 관한 인식)

정책의 필요성

- 임차인 : 90% 이상 동의
임대인 : 과반 이상동의

정책에 대한 인식

- 긍정적인 측면에는 대체적으로 동의
→ 임대인의 재산권 제약에는
극명한 입장차

시장에 미친 영향력

- 임대인 : 대체로 부정적
임차인 : 대체로 긍정적
→ “전월세 가격상승에 영향”
과반 이상이 동의

구분	항목	임차인	임대인
계약갱신 청구권제	필요하다	93.9%	58.9%
	임차인의 계속 거주에 도움이 된다	94.8%	75.3%
	임대인의 재산권을 제약한다	34.4%	70.7%
	전월세가격 상승에 영향을 미쳤다	57.6%	62.7%
	전월세 매물 감소에 영향을 미쳤다	46.8%	66.5%
	주택시장 안정에 도움이 되었다	83.1%	46.6%
전월세 상한제	필요하다	91.2%	56.5%
	임차인의 전월세 부담을 완화한다	86.5%	65.4%
	임대인의 재산권을 제약한다	33.4%	73%
	전월세가격 상승에 영향을 미쳤다	57.2%	66.4%
	전월세 매물 감소에 영향을 미쳤다	43.8%	66.1%
	주택시장 안정에 도움이 되었다	79.6%	45.5%

3 주택 임대차 주요 실태 (임대차 제도에 관한 인식)

계약갱신청구권제 개정에 관한 의견

- 임차인 : 유지(53.6%) > 보장기간변경(40.3%) > 폐지(6.1%) 순
변경을 응답한 경우,
“2년+1년”=19.7% (전체의 7.9%), “2년+2년+2년”=59.1% (전체의 23.8%),
“3년+3년”=17.1% (전체의 6.9%), “기타” = 4.1% (전체의 1.7%)
→ 과반 이상이 유지하자는 입장, 기간을 상향하자는 의견도 30.7%
- 임대인 : 폐지(43.0%) > 유지(30.0%) > 보장기간변경(27.0%) 순
변경을 응답한 경우,
“2년+1년” = 69.9% (전체의 18.9%), “2년+2년+2년” = 20.9%, (전체의 5.6%)
“3년+3년” = 7.2% (전체의 1.9%), “기타” = 2.0% (전체의 0.5%)
→ 폐지(43.0%) + 보장기간 하향(18.9%) → 61.9% 대체로 폐지하거나 하향하자는 입장
- 전문가 : 유지(48.3%) > 보장기간변경(26.4%) > 폐지(25.3%) 순
변경의견: 기간 상향에 관한 의견 多, 기간은 상향하되 임대료는 상황에 맞게 조정,
보장기간 완화 및 임대/임차인의 자율적 합의 강조,
계약기간의 다양화, 적용 대상의 다양화(지역 특성, 주택 특성, 가구 특성) 등

4 주택 임대차 주요 실태 (임대차 제도에 관한 인식)

전월세 상한제에 관한 의견

- 임차인 : 유지(71.2%) > 상한선 변경(21.2%) > 폐지(7.5%) 순
변경을 응답한 경우,
"1~4%" = 69.8% (전체의 14.8%), "6~9" = 21.2% (전체의 4.5%),
"10% 이상" = 9.0% (전체의 1.9%)
→ 대부분 유지하거나 상한선을 하향하자는 의견이 다수
- 임대인 : 폐지(36.9%) > 유지(36.9%) > 상한선 변경(26.3%) 순
변경을 응답한 경우,
"1~4%" = 12.8% (전체의 3.4%), "6~9" = 48.3% (전체의 12.7%),
"10% 이상" = 38.9% (전체의 10.2%)
→ 폐지와 유지 응답비율은 동일하였으나 상한선 상향하자는 의견을 고려할 경우,
폐지 혹은 상한선 상향의 의견이 과반을 차지함 (36.9%+12.7%+38.9% = 59.8%)
- 전문가 : 유지(39.1%) > 보장기간변경(35.6%) > 폐지(25.3%) 순
변경의견 : 금리·부동산가격·물가상승률 등 시장의 흐름반영 의견 **多**,
기본 5%에 추가로 금리반영, 10%, 20~30%, 임차인의 경제적 상황, 보증금 수준 등 고려
※ 지역별 전월세 인상률 차등적용 동의비율 : 임차인 66%, 임대인 78.6%

5 주택 임대차 주요 실태 (분쟁 관련 실태)

주택임대차 분쟁 경험 및 대응방법

- 전월세 계약시 의견차이로 분쟁 경험 비율은
임대인 9.0%, 임차인 9.5%로 유사한 수준
- 임차인, 임대인 모두 과반수 이상이
분쟁발생시 대응방법으로 '당사자간 합의'를 응답.
분쟁조정위원회 신청의 경우,
임차인의 7.7%, 임대인의 15%로 나타남.

대응방법	임차인 (n=143)	임대인 (n=51)
당사자간 합의	53.8%	52.2%
조정 신청	7.7%	15%
소송	7.7%	11%
무대응 및 기타	30.8%	21.8%

분쟁조정 위원회 인지 여부

- 임차인의 45.4%, 임대인의 63.1%가 인지하고 있음.
인지경로를 살펴보면, 대부분 인터넷으로 나타남.
공인중개사를 통한 경우는 임대인이 상대적으로 높음.
→ 공인중개사와 임대인의 관계에서 정보교환이
잘 이루어지고 있음을 유추 가능

인지경로	임차인 (n=687)	임대인 (n=358)
인터넷	81.2%	69.8%
공인중개사	3.8%	12.2%
지인	6.9%	10.6%
변호사	1.4%	2.3%
기타	6.7%	5.1%

주택 임대차 관련 법률상 쟁점

1 주택 임대차 관련 입법 정책제언

주택임차가구에 대한 안정적 주거환경 보장이 중요함
계약갱신요구권의 확대 및 계약갱신거절 사유 조항 개선 필요

■ 주택임차인의 주거불안을 해소할 수 있는 제도적 대책 마련 필요

- 독일, 영국, 프랑스 등의 국가는 임대차 존속기간에 대한 제한을 두지 않고 임차인들의 권리를 폭넓게 보장함 (대부분 횡수, 기간의 제한 없음)
→ 국내 상황을 고려할 경우, 임대차 존속기간을 무기한으로 규정하는 것은 불가능
- 계약갱신청구권의 횡수·기간을 제한없이 인정하는 방안 고려
→ 단, 실증적인 조사·분석을 통해 제도 변화에 따른 임대차 계약 당사자간의 이해관계가 충분히 고려되어야 함
- 「주택임대차보호법」상 임대인이 부당하게 임차인의 계약갱신 요구를 거절한 경우
→ 배상금액 기준을 높이는 등 규정의 실효성을 확보하기 위한 방안 필요

2 주택 임대차 관련 입법 정책제언

부담가능한 임대료 수준 보장과 동시에 임대인의 재산권 제약 문제 해결 필요

■ 탄력적 전월세 상한을 모색

- 현재 5%의 상한: 경제상황의 변화를 신속히 반영하지 못함
→ 소비자물가지수 등 객관적 지표와 연동된 탄력적 인상제한을 검토 필요

■ 지역특성을 반영한 전월세상한을 마련

- 주거비 불안정 지역의 경우, 타지역과 동일한 기준 적용은 비합리적
→ 지역 상황에 맞는 합리적/객관적 기준 마련 후, 지방자치단체의 조례 제정 필요

■ 최초 임대료 규제 제도 도입 여부 검토

- 임차인의 부담가능한 주거 보장과 임대인의 경제적 이익 보전을 위해, 도입 가능 여부 및 전제 조건 등 검토 필요 → 객관적 경제지수를 기초로 책임 있는 주관기관을 통해 사회적 논의 후 인상률 마련



상가 임대차 관련
주요 실태

1 상가 임대차 주요 실태

국내 상가를 임차해 운영중인 사업체 대표자를 대상으로 총 1,515개 사업체 표집 표본추출은 소매업, 음식 및 주점업, 스포츠 및 오락, 기타 개인서비스업으로 구분 전국 950개 상권 및 사업체 리스트 대상 이상추출법을 통한 지역별 표본추출

■ 일반현황

- 휴/폐업 고민에 대한 지역 괴리 존재 : 서울 < 비수도권 [장사가안되서 72.6%]
- 초기 시설투자 경험 : 86.5% [5천만원 이상 16.1%]
- 대출 상환 문제 존재 : 전체 28.3% 대출 상태 [1억원 이상 14.4% / 5천만원 이상 48.0%]

지역 괴리 해소 필요

대출 상환 등 경제적 어려움 해소 필요

2 상가 임대차 주요 실태

■ 권리금 관련 실태

- 직전 사업장 권리금 미회수 : 수도권 < 비수도권 [신규 세입자를 구하지 못해서 68.2%]
- 권리금 회수에서 건물주와 분쟁 해소 필요 : 건물주의 계약 방해 및 분쟁 7.4%
- 상가건물임대차보호법 인지 결여 비율 : 70.4% [전혀 모른다 비율 12.4%]

■ 권리금 관련 의견조사

- 권리금 공시제도의 필요성 : 73.1%
- 권리금 산정 기준 필요성 : 88.4%
- 권리금 수수 금지 의견 : 58.6%

보호법 관련 정보인지 매우 결여

권리금 관련 새로운 제도개선 필요

3 상가 임대차 주요 실태

■ 철거(재개발) 관련 [전문가 심층면접 결과]

- 상가 손실보상제 홍보의 필요성 언급
- 토지보상법 상 철거 상가 세입자 손실보상 기준 적절성: 전문가 의견 개정필요 39.1%

■ 기타 실태

- 부동산 중개수수료 지불 주체 논의: 건물주 지불 41.0%
- 분쟁조정위원회 인지 결여: 68.9%
[인지 경로 1순위 인터넷, 2순위 지인, 3순위 공인중개사]

토지보상법 상 손실보상 개정 논의 **부동산 시장의 구조적 개선 논의 필요**

4 상가 임대차 심층면접 주요 결과

■ 영업손실 보상 관련 현실적인 문제

- 철거(재개발) 상가 영업손실보상에 대한 법률적 근거 홍보 필요
- 보상 관련 감정평가사 연계 및 감정 수수료에 대한 보상 검토 필요
- 감정평가사의 감정 내용이 구체적이지 않아 내용 확인 절차가 제도적으로 보완될 필요
- 건물주와 조합원 간 사전 협의체 운영 사례가 많아 임차인 참여 의무화 제도 필요
- 권리금(특히, 프랜차이즈)은 철거(재개발) 상가 경우 보상 방안이 법적 검토 필요
- 보상에 대한 논의에 단골손님 손실에 대한 추가 논의 필요

5 ▶ 상가 임대차 심층면접 주요 결과

■ 우선 입주권 보장과 이주대책 의무화

- 구체적인 이주 장소(유사 수준의 보증금 및 임대료 지역)를 제안해주는 방안 검토 필요
- 우선 입주의 조건(이전과 동일한 보증금 및 임대료) 법적 근거 명시 필요
- 우선 입주 이후의 사후관리(상가 홍보 등) 필요

■ 철거(재개발) 상가 분쟁 관련

- 개인적으로 분쟁조정 신청 등을 하기에 회의적인 입장을 확인
- 철거(재개발) 상가 임차인 전체의 의견이 전달될 수 있도록 지자체 또는 민간연대와 연계 필요

상가 임대차 관련
법률상 쟁점

1 상가 임대차 관련 입법 정책제언

상가임차인을 보호한다는 것은 임차권 자체를 보호한다는 의미를 넘어서서 상가임차인이 임차권을 기초로 형성한 영업을 보호한다는 의미를 갖는다.

■ 상가건물임대차보호법 제10조의4 제2항 제3호 삭제 검토

- 기존 임차인이 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 않는 경우 임대인이 신규 임차인과 임대차계약을 체결하지 않을 수 있도록 한다. [악용 우려]

■ 상가건물임대차보호법 제10조의4 제1항 제3호 관련 상가건물 시장의 차임 공시제도 마련 검토

- 임대인이 신규 임차인에게 “현저하게 고액의 차임을 요구”하는 경우 임대인의 권리금 회수기회 방해가 인정 문제는 어느 정도의 차임이 현저하게 과다한지 여부이나 객관적 기준이 없음 [권리금 산정 기준 역시 제도화 필요]

2 상가 임대차 관련 입법 정책제언

공익사업 등으로 인하여 철거 상가의 임차인이 영업을 계속할 수 없는 경우 현행법에 규정된 것보다 다양한 요소를 고려해 보상금을 산정해야 한다.

■ 현행 토지보상법에 대한 논의

- 영업이 폐지된 경우가 아니면 기본적으로 영업의 물적 시설 이전을 위한 비용 보상과 4개월 분의 휴업손해에 대한 보상이 이루어지면 충분하다고 접근하나 일본의 경우 단골고객을 상실한 것에 대한 보상을 하는 등 영업재산권 보상의 관점의 해외사례가 있는 만큼 관련 기준의 추가가 요구됨

■ 점포 이전으로 인한 상가 수입 감소에 대한 대안 필요

- 사실상 새로운 영업을 시작하는 것과 마찬가지로 일정한 수익을 올리는데 상당한 기간이 걸릴 것에 대한 대안이 요구되어 수입 감소에 대한 보상액 산정의 고려 요소로 포함 시킬 필요가 있음

정책제언 및 논의

1 주택 임대차 관련 주요 쟁점 도출

■ 주택 임대차 이해관계자간 괴리 존재

- 임대인 집단: 재산권 제약의 측면 → 제도의 폐지 또는 변경
임차인 집단: 주거권 보장의 측면 → 제도의 유지
전문가 집단: 임대차2법 도입과정의 이해당사자간 권리충돌로 사회적 갈등 야기 지적
- 임대인·임차인 모두 제도의 필요성에 대해서는 전반적으로 동의.
전문가 심층면접 결과: 임대인의 재산권 제약에도 불구하고, 임차인의 주거권 보장에는 긍정적인 영향력이 있었다고 평가

■ 주택 임대차 분쟁 관련 제도개선 필요

- 임대차 분쟁조정위원회 인식률의 차이 존재, 인지경로도 대부분 인터넷으로 편중됨
- 실제 분쟁 발생시 활용비율 매우 낮음: 임대인 15%, 임차인 7.7%

2 주택 임대차 관련 법제적 개선 논의

- **주택임차인의 주거권 보장을 위한 입법·정책적 개선**
 - 임대차 관련 제도와 주택임차인의 주거권 보장 간 관계에 대한 지속적인 조사·연구 필요
 - 임차인의 주거권 보장과 동시에 임대인의 재산권 보장 방안 검토필요(예. 세제해택 등)
 - 객관적 지표에 연동되는 전월세 인상률 상한선 조정 및 지역별 차별적 기준 마련 검토
- **주택 임대차 분쟁 관련 제도개선**
 - 계약갱신 및 임대료 인상관련 분쟁사례 조사·연구 필요
 - 분쟁 조정 제도에 대한 홍보 강화와 조정 제도 활성화를 위한 노력필요
- **주택시장 변화를 반영한 제도 개선**
 - 부동산 중개제도 및 선호 주택 점유 형태 변화에 따른 제도 개선 관련 연구 필요

3 상가 임대차 관련 주요 쟁점 도출

■ 실태조사와 심층면접을 통한 주요 쟁점 도출

주요쟁점		실태조사 결과 ¹⁾	심층면접 일치도
일반현황	· 휴폐업 관련 수도권/비수도권 괴리발생	수도권 < 비수도권	○
	· 초기 투자비용 회수 문제 우려	시설투자 86.5%	
	· 대출 상환 문제 우려	대출비율 28.3%	
권리금 관련	· 권리금 관련 수도권/비수도권 괴리발생	수도권 < 비수도권	○
	· 권리금 회수에서 건물주와 분쟁 해소필요	건물주 분쟁 7.4%	
	· 권리금 보호제도 인지 결여	인지 결여 70.4%	
	· 권리금 공시제도 필요	필요성 인지 57.9%	
	· 권리금 산정 기준 필요	필요성 인지 60.7%	
· 권리금 폐지관련 논의 필요	폐지의견 50.8%	○	
철거(재개발) 관련	· 철거(재개발) 상가 손실보상제 홍보필요	-	○
	· 철거(재개발) 상가 손실보상 기준개정	개정필요 39.1%	○
기타	· 부동산 중개 수수료 지불 주체 논의	건물주 지불 41.0%	○
	· 분쟁조정위원회 인지 결여	인지 결여 68.9%	

지역 간 괴리
- 휴폐업 관련
- 권리금 미회수

권리금 관련 제도 개선 필요

철거(재개발) 상가 손실보상 제도 개선 필요

주 1) 수도권: 해당 표에서 수도권은 서울로 한정함

4 상가 임대차 관련 법제적 개선 논의

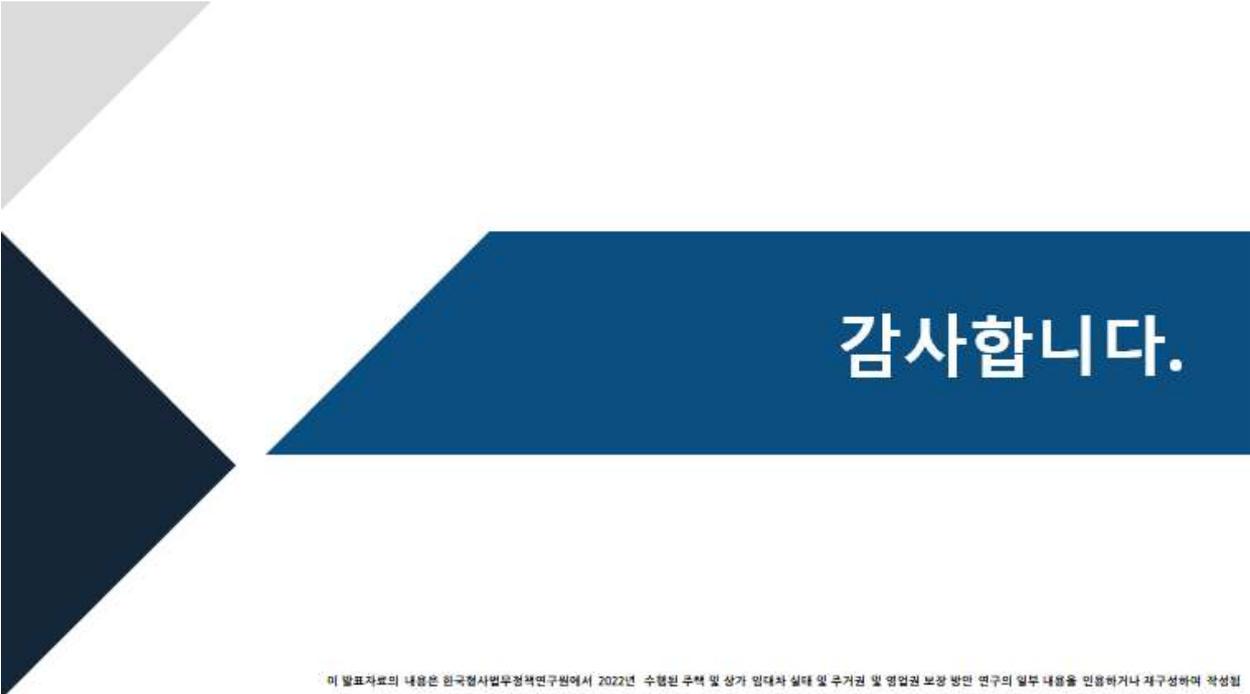
■ 상가 임대차 주요 쟁점 관련 대안

쟁점 관련 대안		전문가 의견	중사자 실태
일반현황	• 지방자치단체 조례 활용 방안 논의	○	○
	• 초기 투자비용 회수문제 해결방안 논의		○
	• 대출 상환 문제관련 해결방안 논의		○
권리금 관련	• 권리금 공시제도 논의	○	○
	• 권리금 산정기준 마련	○	○
	• 권리금 보호제도 홍보 필요	○	
철거(재개발) 관련	• 권리금 폐지 관련 합의안 도출 필요	○	○
	• 재개발 조합에 임차인 참여방안	○	
	• 퇴거보상제 도입 필요	○	○
기타	• 우선입주권 보장방안 논의 필요	○	○
	• 이주대책 의무화 방안 논의 필요	○	○
	• 부동산 중개 수수료 지불 주체 논의 필요		○
	• 분쟁조정위원회 홍보 및 적극행정 필요	○	○

**지방 조례를 통한
상한제 조절**
보증부 월세가 94.7%
장사가 안되서 70.0%

권리금
공시제 및 산정기준 논의
폐지 관련 합의안 도출

철거(재개발)
퇴거 보상제 도입
우선입주권 보장 방안
이주대책 의무화 방안



이 발표자료의 내용은 한국철거사업정책연구소에서 2022년 수행된 주택 및 상가 임대차 실태 및 주거권 및 영업권 보장 방안 연구의 일부 내용을 인용하거나 재구성하여 작성됨

토론문

서혜진 주무관(서울시 소상공인협력팀)

안녕하십니까, 제3주제인 ‘주택 및 상가임대차 주요쟁점과 개선방안’의 토론을 맡은 서혜진입니다.

먼저 좋은 주제로 공부할 수 있는 뜻깊은 자리에 토론자로 참석할 수 있도록 배려해주신 학회 관계자분들께 감사의 인사를 드립니다.

오늘 임정재 부연구위원과 조제성 부연구위원의 발제문을 통해 그동안 서울시에서 상가임대차분쟁조정 실무업무를 담당하며 놓치거나 놓칠 수 있는 쟁점들을 다시 한번 되짚어 보게 되고 연구할 수 있는 계기가 되어 감사드립니다.

서울시는 2016년 「서울시 상가임차인 보호를 위한 조례」에 근거하여 상가점포의 임대인과 임차인 간 다툼을 사전 예방하고, 영업환경 악화에 따른 상가임대차 분쟁을 중재함으로써 임차상인의 피해를 예방하겠다는 취지하에 ‘상가건물임대차분쟁조정위원회’를 운영해오다가, 2018년 10월 16일 상가임대차법 개정으로 법에 근거한 조정위원회를 운영 중에 있습니다. 이를 통해 상가임대차 관계에서의 실질적으로 분쟁이 되는 쟁점과 이를 해결하기위한 서울시의 정책들을 제시하는 것으로 토론에 갈음하고자 합니다.

[표1] '16년~' 22년 상가임대차분쟁조정 접수 및 처리현황 (단위:건)

연 도	계	조정성립	조정불성립	각하
계	1,020	519	75	426
2022년	188	108	14	66
2021년	185	93	12	80
2020년	192	92	15	85
2019년	180	91	17	72
2018년	154	83	4	67
2017년	77	36	8	33
2016년	44	16	5	23

[표2] '16년~' 22년 상가임대차분쟁조정 분쟁유형별 처리현황 (단위:건)

연도	계	임대료조정	계약해지	수리비	권리금	원상회복	계약갱신	기타
계	1,020	237	208	190	168	82	75	60
2022년	188	45	52	53	16	7	13	2
2021년	185	50	53	46	11	7	16	2
2020년	192	68	26	44	26	10	6	12
2019년	180	29	38	28	30	20	16	19
2018년	154	31	22	15	36	25	7	18
2017년	77	9	15	4	21	10	14	4
2016년	44	5	2	0	28	3	3	3

[표1]과 같이 서울시 상가임대차분쟁조정위원회는 지난 7년 동안 1,020건의 조정신청을 접수하여 각하 426건을 제외한 519건의 조정을 성립시켰으며 75건이 성립에 이르지 못했습니다. 또한 상가임대차분쟁조정 접수를 유형별로 처리한 [표2]의 현황을 보면, 임대료 조정이 237건으로 가장 많고, 계약해지 208건, 수리비 190건 순으로 나타났습니다.

위 통계에서도 알 수 있듯이 첫 번째 문제는 각하율이 높다는 것입니다. 1,020건중 426건의 각하는 41.8%에 해당되는 것으로 조정신청의 거의 절반이 각하로 종결된다는 것은 조정절차를 믿고 마지막으로 의지하고자 하는 맘으로 신청했던 신청인들에게는 좌절감만 안겨주는 결과를 초래하게 됩니다. 또한 이러한 경험은 다시 분쟁이 발생하게 되더라도 조정절차를 찾는 것이 아니라 어떻게든 당사자간에 합의를 보려고 무리를 하거나 본인의 권리임에도 미리 포기해버리는 등 오히려 악영향만 미칠 수도 있습니다.

둘째 유형별 접수현황에서 임대료 조정이 237건(23.2%)으로 임대인과 임차인

의 임대료 증액과 감액에 대한 분쟁이 가장 높게 나왔습니다. 특히 2020년 에 68건으로 임대료 조정과 관련된 가장 많은 조정신청이 접수됐는데, 이는 코로나19가 장기화되면서 이를 견디지 못한 임차인들이 임대인에게 임대료 감액을 요구했던 것으로 기존에 주로 임대인이 임대료 증액을 요구하던 관행을 깨고 쟁점이 되었습니다.

마지막으로 수리비와 관련한 분쟁이 매년 증가하고 있는데, 상가는 주택과 달리 처음 영업을 시작할 때 대부분의 임차인들이 업종에 맞게 인테리어를 하는 경우가 많아 임대차 기간동안 상가건물에 누수 등의 하자가 발생하게 되면 서로 책임을 떠넘기며 공사를 미루는 등의 갈등이 발생하게 됩니다.

서울시에서는 위의 문제들을 해결하고자 행정조정외의 장점을 살려 새로운 제도들을 시도하고 있습니다.

첫 번째 문제점인 높은 각하율을 줄이기 위해 서울시는 모든 조정을 ‘3인 조정부 대면회의’로 하고 있지만, 5월부터는 조정위원 1인이 양측의 의견을 듣고 합의를 유도하는 ‘알선조정’을 계획하고 있습니다. 이는 상대방과의 대면을 꺼려 조정을 거부하지 않도록 비대면 조정을 원할시 알선위원으로 위촉된 1인이 양측에 전화나 인터뷰 형식으로 의견을 조율하여 합의를 성사시키는 것이며, 이는 알선위원의 자질과 능력이 중요하다 하겠습니다.

다음으로 높은 임대료 조정 신청건의 해결을 위해서 서울시는 2020년부터 감정평가사 협회와의 MOU를 통해 ‘서울형 공정임대료’ 평가 보고서를 신청하는 시민에게 무료로 적정임대료 정보를 제공하는 서비스를 하고 있습니다.

마지막으로 수리비와 관련해 늘어나는 분쟁을 해결하고자 분쟁조정 신청중 ‘누수책임소재 확인’과 관련한 건은 2019년부터 건축사와 변호사 그리고 담당공무원이 직접 상가 현장을 방문해 점검한 후 회의를 통해 ‘권고문’을 발송하고 있습니다. ‘권고문’에는 누수의 원인을 찾는 것이 아니라, 현시점에서 누수공사에 대한 책임이 누구에게 있다라는 것을 명시하고 있으며 강제력은 없습니다.

이외에도 상가임대차와 관련한 쟁점이나 개선방안으로는 오늘 발제 내용이었던 임차인의 권리금 구제와 재건축·재개발 관련 퇴거보상제 등의 도입 등은 앞으로도 논의가 필요하다는 것을 실무에서도 절실히 느끼고 있으며, 오늘 학술대회를 시작으로 앞으로 더욱 발전된 연구와 좋은 정책들이 세워졌으면 하는 바람입니다.

이상으로 부족한 토론을 마치며 다시한번 오늘 발제해주신 두 연구위원님께 감사드립니다.