

營業用 建物の 賃貸借保護制度에 대한 考察

金 亨 洙*

目 次

| | |
|-----------------------------------|--------------------------------|
| I. 序 | VI. 우리 나라 店鋪賃貸借法案의 內容과 問題點 |
| II. 營業用 建物賃貸借의 意義 및 法的 性質 | VII. 우리 나라 營業用建物 保護制度의 立法方向 |
| III. 營業用 建物賃貸借保護制度에 대한 外國의 立法例 | VIII. 結論 |
| V. 營業用建物 賃貸借의 權利金의 法理 | |

I. 序

임대차는 고대 Rome법학에서 Locatio conductio rei라고 하여 임대인(Locator)이 임차인(Conductor)에게 목적물을 인도하여 사용·수익하게 할 것을 약정하고 임차인은 임대인에게 일정한 차임을 지급할 것을 약정하는 것을 내용으로 하는데서 그 기원을 찾을 수 있다.¹⁾ Rome법상의 임대차는 “매매는 임대차를 깨뜨린다(Kauf bricht Miete)”라는 법리에서 잘 나타나고 있듯이 임대인은 언제든지 임차인으로부터 임대물의 반환을 청구할 수 있고, 임차인은 이를 거부할 수 없었다. 이러한 Rome법상의 임대차는 독일보통법(Germeines Recht)에 이르러 수정을 겪게 되어 임차인은 Gewere를 취득한 권리자로서 보호를 받게 되어, “매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다(Kauf bricht nicht Miete)”는 원칙을 채택하였고 이것이 민법전에 편입되게 되었다²⁾. Rome법상의 임대차와 German법상의 임대차는 결국 임대차를 물건적으로 보호할 것이냐, 채권적으로 보호할

* 濟州大學校 法政大學 教授·法學博士

1) 최진구, “영업용건물의 임대차보호를 위한 과제”, 「현대법학의 과제와 전망」 이종범교수정년 기념, 1998, p.359.

2) 민일영, “임대차(전론)”, 「민법주해 X V」 채권(8), 박영사, 1999, p.40. 최진구, 전게논문, p.360.

것인가의 문제로 분류되는데 우리 나라에 있어서는 임대차의 보호와 관련하여 개별적으로 주택의 임대차의 경우 주택임대차보호법에 의해 보호되고 있다. 그러나 주택임대차보호법은 그 시행에 있어서 전세가격의 폭등 등 사실상 주택임대차보호를 위한 효력은 상당부분 훼손된 점도 있으나, 주택세입자는 비교적 잘 보호되고 있다. 그러나 상가의 경우 보호장치가 없기 때문에 건물이 부도나면 세입자들의 생계마저 위협을 받게 되어 크게 사회문제화 되고 있다.

영업용건물의 경우 주택임대차보호법의 적용범위가 주택과 임차주택의 일부가 주거의 목적으로 사용되는 건물로 제한하고 있기에(동법 제2조), 영업용으로 타인의 건물을 임대하였을 경우에는 결국 민법 임대차규정(민법 제618조 내지 654조)이 적용될 수 밖에 없다. 그러나 실거래관계에 있어서 영업용건물의 임대차문제는 민법상의 임대차 규정에 의한 보호가 미흡한 것이 부인할 수 없는 사실이다. 이는 일본의 경우 차지차가법에 의하여 주거용차가이든 영업용차가이든 구별 없이 적용되는 것과 비교하여 그 보호범위가 협소함을 의미한다. 3) 임차권을 보호한다는 것은 부동산의 소유자가 아닌 임차인이 그 임차권에 근거하여 부동산을 안심하고 사용·수익할 수 있도록 보호하는 것이다. 이러한 것은 부동산의 수요와 공급이 현저하게 불균형을 유지하고 있는 상황에서 약자인 임차인을 보호하자는 사회정책적인 차원의 배려이다. 경제적인 측면에서 보면 부동산의 소유자는 강자이고 임차인은 약자인 경우가 대부분이고, 대부분의 경우에 있어서 임차권의 행사에 있어서 불리한 위치에 처하여 있는 경제적 약자를 특별히 보호할 필요가 있는 것이다. 4) 특히 영업용건물의 임대차에 있어서 선진 각국에서는 임대차의 위상을 높이기 위하여 특별법을 마련하는 등 임차권을 강화하는 방향으로 가고 있다. 5) 이러한 필요에 의하여 우리나라에서는 임대차보호에 있어서 영업용건물의 임대차보호를 위하여 1996년 7월의 원입법으로 추진된 '점포임대차보호법'안이 국회에 상정되었으나 그 법안의 내용은 영업용건물의 임대차구조 및 성격을 잘못 파악하고 있다고 할 수 있다. 영업용건물의 임대차문제해결은 임대인과 임차인간의 권리분쟁을 사전에 방지하고, 또한 영업용건물의 재개발과 관련하여 이에 대한 방해요인으로서의 권리금 등을 명확하게 규정하는데 그 의의가 있는 것이다. 6) .

본 논문에서는 영업용건물의 임대차와 관련하여 개념정의와 각국에서 입법예를 검토하고, 임차보증금의 법리와 임대차의 권리금의 법리를 검토함으로써 영업용건물의 임대차보호법의 바람직한 입법의 방향을 제시하는데 그 의의가 있다.

3) 민일영, 전제논문, p.46.

4) 김용우, "영업용건물 임대차보호의 적정성", 현안분석 제133호, 국회입법조사분석실, 1996, p.1.

5) 고상용, "민법상 임대차에 관한 개정 의견", 한국민사법학회 추계학술대회, 1996, p.1.

6) 이송희, "영업용 건물의 임대차에 관한 연구-보증금과 권리금을 중심으로-", 전주대학교대학원 박사학위논문, 1995, p.2.

II. 營業用建物 賃貸借의 意義 및 法的性質

1. 意義

임대차라 함은 당사자 일방(임대인)이 상대방에게 목적물(임대물) 사용·수익하게 할 것을 약정하고, 상대방(임차인)이 이에 대하여 차임을 지급할 것을 약정함으로써 성립하는 계약을 말한다(민법 제618조 참조). 일반적으로 영업용건물이란 타인 건물의 전부 또는 일부로서 영리를 목적으로 영업이나 고유한 목적을 위하여 사무실 등으로 이용되는 공간을 말하며,⁷⁾ 이러한 공간은 사업장의 주인에 의하여 쓰여지는 쇼윈도우, 간판, 네온사인, 영상장치물이 설치된 건물의 외벽과 지붕, 면적도 포함되므로,⁸⁾ 결국 영업용건물이라고 하는 것은 주택이상의 사무실, 창고, 여관, 상점 등을 말한다고 할 수 있다. 영업용건물의 임대차에서도 당사자 일방이 상대방에게 영업을 목적으로 사용·수익하게 할 것을 목적으로 하는 낙성·불요식계약을 말하며, 영업용건물의 임대차에 있어서는 영세소상인을 보호할 것을 목적으로 하고 있다.⁹⁾

임대차는 채권계약으로서 임대인은 임차인으로 하여금 목적물을 사용·수익하게 할 의무를 부담하며, 임대인은 이 채무를 이행하기 위하여 임차인에게 목적물을 인도하고 사용·수익에 필요한 상태를 유지하게 할 의무를 부담한다(민법 제623조). 주거용건물과 주거겸용건물의 경우에는 등기가 되어 있지 않더라도 주택임대차보호법상 주택의 인도와 주민등록이 이루어진 때에는 제3자에 대하여 대항력이 부여된다(주택임대차보호법 제3조). 그러나 사무실, 상가, 점포 등과 같은 영업용건물임대차의 경우도 이렇게 해석할 수 있는가가 문제가 될 수 있으나, 현재로서는 영업용건물의 임대차의 경우에는 등기한 경우에 한하여 제3자에게 대항할 수 있을 뿐이다(민법 제621조 제2항). 그러므로 실제상에 있어서는 임대인의 등기협력의무에도 불구하고 임대차등기를 꺼려하고 있는 것이 현실이어서 임대차계약에 보증금 혹은 권리금의 차임통제에 관한 문제, 임대차의 일정기간의 보호에 관한 문제, 임대인의 임대차해지의 제한과 임차권의 양도의 자율성에 대한 문제, 임차물의 재임대의 자율성에 관한 문제에 대하여 영업용 건물의 경우에 어떻게 보호하는 것이 보다 합리적인지가 문제가 된다.

영업용 건물의 임대차에 관해서는 일반적으로 영국에서는 점포임대차(business tenancy)란 용어를 사용하며, 프랑스에 있어서는 상사임대차(Baux commer ciaux)란

7) 독일 민법 제580조에서는 영업용건물이라 함은 주거용 건물과 다른 건물(wohnräume und anderen räumen)이라는 용어를 사용하고 있을 뿐이다(법무부, "각국의 영업용건물 임대차 법제", 법무부 법무실, 1996, p.98)

8) 소재선, "독일에 있어서 주거목적 이외의 건물임차인의 보호제도", 「경희법학」 제31권 제1호, 경희대학교 경희법학연구소, 1996, P.153.

9) 이재오의원외, "점포임대차보호법안", p.1

용어를 사용하고 있으며, 독일에서는 사업용공간임대차(Geschäftsraummiете)란 용어를 사용하고 있고, 일본에서는 영업용 건물임대차 혹은 상업용 건물임대차란 용어를 사용하고 있다. 우리 나라에서는 영업용 건물임대차로 쓰는 경우와 점포임대차 혹은 상업용 건물임대차 등으로 사용하고 있으나 여기서는 '영업용건물임대차'란 용어를 사용한다. 영업용 건물을 임대하는 경우, 적은 자본으로 영업을 통하여 생계를 유지해 나가고 있는 영세 소점포를 운영하고 있는 영세서민을 보호하는 것은 당연하다고 할 것이나 주거목적이나 주거겸용인 경우를 제외하고서는 아직 순수한 영업용 건물임대차의 경우에는 현행 민법으로서는 보호하는데는 미비하여 새로운 대안이 강구되어야 할 것이다. 이러한 경우에 민법의 임대차규정에 편입하여 새로 개정하는 경우와 새로운 특별법을 제정하는 형식을 취하는 것과 아니면 주택임대차보호법에 통합흡수하여 새로운 입법을 하여야 하는가 문제 가 될 수 있다.

2. 法的 性質

영업용 건물임대차의 법적 성질은 민법에서 규정하고 있는 일반 임대차의 법적 성질과 아주 흡사하지만 영업이라는 특수성을 감안하여 영업용 건물임대차에 의해 발생하는 임차권의 성질에 관하여 학설과 입법을 살펴보고자 한다.

1) 學說

영업용 건물의 임대차의 법적 성질은 주택임대차보호법상의 법적 성질과 대동소이하다고 할 수 있으나, 영업용 건물의 임대차에 있어서는 임차물의 사용·수익하는 권리로서 영업이라는 특수성 때문에 주택임대차보호법상의 법적 성질과 비교하여 영업용 건물의 임대차의 법적 성질을 살펴보아야 한다. 원래 임차권은 단순한 채권에 지나지 않으나 임차인의 법률상의 지위를 보호·강화하기 위하여 물권적 효력을 인정하는 임차권의 물권화 경향으로 변모하고 있으며, 영업용 건물의 임대차는 유상계약·쌍무계약·불요식계약·낙성계약으로서의 성질을 가지고 있다. 그리고 영업용 건물임대차에 있어서도 주거라는 점유의 공시방법으로 대항력을 발생하도록 하여야 한다고 하는 견해도 있다. 서민생활의 기반인 영업용 건물의 임대차에서 경제적 약자인 임차인은 부동산소유자의 일방적인 의사로 임대차계약이 해소된다고 하면 사회생활의 근거를 빼앗기게 되어 사회·경제적인 불안을 초래하게 되므로 임차인을 보호하기 위해 영업용 건물 임대차관계를 유지하고 투자자본회수를 위해 물권적 효력을 부여하든지 입법적으로 특수성에 맞는 제도적인 정비가 필요하다고 할 수 있다.¹⁰⁾

영업용 건물임차권에 대한 법률적 성질에 대하여서는 임차권이 물건을 직접지배할 수

10) 三好 登, "貸店鋪契約", 「現代契約法大界」 第3卷, 有斐閣, 1983, p.10.

있는 권리인 물권이라는 실과 물권화하고 있는 권리라고 하는 실, 임차권은 물건을 사용·수익할 수 있는 권리를 내용으로 하는 채권이라는 실 등으로 나누어 볼 수 있다. 임차권의 채권설은 종래의 독일과 일본의 통설이고 판례의 견해였으며, 임차권의 물권설은 독일과 일본의 일부학자에 의해 주장되고 있다. 우리 나라 일부학자는 등기된 임차권에 한해서만 물권으로 다루어야 한다는 견해가 있다. 원래 임차권은 채권으로 보는 것이 타당하나 사회경제사정의 급속한 변화에 따른 소비자인 임차인의 보호에 선진제국에서는 특별법을 제정하여 임차권의 효력은 강화되고, 임차권의 물권화에 접근하고 있다. 따라서 임차권자의 보호측면에서 임차권의 물권화하고 있는 권리라고 보는 것이 타당하다. 또 이렇게 보는 것이 우리 나라의 다수 견해¹¹⁾ 라고 할 수 있다.

2) 立法例

영업용 건물임대차에 관해서 로마법은 “매매는 임대차를 깨뜨린다”는 원칙이 지배하는 채권주의로서 임차권을 순수한 채권으로 보고, 영업용 건물의 양도와 전대를 금지하고 점유소권을 부인하였으나, 게르만법계에서는 로마법과는 달리 이용권 보호, 점유권 보호를 위해 “매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다”고 하는 일종의 물권인 Gewere를 취득하였다.

일반적으로 독일이나 프랑스 민법에서는 채권주의를 채택하고 있지만, 특히 임차인의 보호를 위해 프랑스 민법에서는 임대차계약을 하는 경우에 공정증서에 따르면 대항력을 갖도록 하고 있으며(프랑스 민법 제1743조), 또한 독일 민법에서는 임차인이 목적부동산의 인도를 받은 후에는 목적물의 양수인인 임차인이 임대인의 지위에 서게 하는 것으로 하고 있고(독일 민법 제571조), 스위스 채무법은 등기하여야 대항할 수 있는 것으로 하여(스위스 민법 제259조, 제260조) 일정한 조건하에서 매매는 임대차를 깨뜨리지 않는다는 원칙을 채용하고 있다. 이와 같이 각국은 영업용 건물의 임차인을 보호하기 위하여 채권주의를 수정하여 임차인의 지위를 보호 강화하고 있으며, 그 결과 임차권은 물권화 경향을 띠게 되었다. 우리 나라에서도 서민생활의 기반인 영업용 건물임대차에 있어서 경제적 약자인 임차인은 부동산 소유자의 일방적인 의사로 임대차 계약이 해소되면 생활의 근거지를 잃게 되어 사회·경제적인 불안을 초래하게 되므로 임차인을 보호하기 위해 주거라는 점유의 공시방법으로 임대인 및 제3자에게 대항력을 발생하도록 하는 물권적 효력을 인정하는 문제나 영업용 건물이라는 특수성에 맞는 특별법의 제정이 필요하다고 할 것이다.¹²⁾

11) 박윤직편집대표, 「민법주해 X V 채권(8)」, 박영사, 1999, p. 50.

12) 이송희, 전제논문, pp.11-12.

Ⅲ. 營業用 建物賃貸借 保護制度에 대한 外國의 立法例

1. 英國

영국은 주거용겸 영업용으로 사용되는 경우도 주택으로 취급하였고, 순수하게 영업용건물로만 사용중인 영업용건물 임대차의 경우에는 차가법이 적용되지 않고 보통법(Common Law)의 적용대상이 되었다. 건물의 임대차의 경우 주거용건물의 경우와 영업용건물의 경우로 구분하여 법의 규제를 상이하게 하여 주거용건물의 보호이익은 거주이익으로 하고, 영업용건물의 보호이익은 영업이익으로 동일하지 않았기 때문에 주택임대차의 경우 19세기부터 주택문제에 대응하기 위하여 주택법을 발전시켜 왔으나 제1차 세계대전에 따른 심각한 주택사정을 배경으로 하여 1914년 家賃法(Rent Act 1914)이 제정되고, 이후 제정된 가임법 전체를 차가법으로 칭하기도 하였으나 현재는 1977년 가임법(Rent Act 1977)에 의해 정리 통합한 주법이다.¹³⁾ 한편 영업용건물의 경우 주택의 경우와 구별하여 영업용건물에 관한 특별한 규제의 필요성 때문에 당사자간의 이익조정과 건물의 근대화를 촉진하고 영업의 효율을 향상시킨다는 목적도 가지고 있다. 또 임차인의 경우 투하자본의 회수를 보장하고, 장기간의 존속기간을 확보하는 것이 유리하기에 영업용건물에 있어서 임차권보호는 영업권(Goodwill)보상에 그치는가 혹은 존속의 보호(Security of Tenure)까지도 인정되고 있는가가 중요한 문제이다.¹⁴⁾

1) 特別法 制定의 變遷過程과 特徵

1927년 임대차법(Landlord and Tenant Act, 1927)이 제정되기 전에는 영국은 영업용 건물임대차의 경우에는 판례법에 의하여 규율하였으나 1925년 재산법(Law of Property Act, 1925)에 의해 임차인의 의무위반을 이유로 하는 임대인의 임차권물수를 제한하는 규정을 두었는데 이는 일반법에 의한 보호로는 상당히 부족하였다. 1927년 법은 영업용 건물에 관한 특별위원회(Select Committee on Business Premises)가 1920년에 발표에 의한 보고서에 근거하여 제정된 것인데, 이 보고서의 주요내용을 보면, 임차인은 그 점유를 계속하기 위해 부당하게 고액의 보증금을 지급해야 하고, 임차인은 임대차종료 때 점유를 계속할 수 없어 이사를 해야 할 때 발생하는 영업상 이익(business goodwill)의 손실을 방지하기 위해 입법의 필요성이 보고되었으나, 7년 후인 1927년에 법이 제정되게 되었다.¹⁵⁾

13) 법무부, 전게서, p.3.

14) 법무부, 전게서, p.5 : 內田勝一, “營業用 建物の賃貸借に關する比較法的 ①”, NBL, No-362, p.15.

15) 內田勝一, 前掲論文, p.18.

1927년법의 주요내용을 보면, 임차인이 임대차관계 종료 때 임대인에게 건물 개량행위에 대한 비용상환청구권을 인정하고, 임차인이 5년이상 영업을 하여 영업권(Goodwill) 혹은 신용권이 발생한 경우에는 임차인에게 제한된 범위에서 그 상황이 인정되고 있으며, 이익권에 대한 보상이 충분하지 않은 경우에는 새로운 임대차의 설정을 요구할 수 있었다. 다만 여기서 문제점으로 지적되는 것은 5년미만의 건물임대차의 경우에는 신용권의 손실에 대한 보상이나 새로운 임대차의 청구권이 인정되지 않았고, 새로운 임대차가 인정된 경우에도 임대인이 가임을 자유로이 정할 수 있었으며, 고유의 이익권(adherent goodwill)의 입증은 임차인이 하여야 한다.¹⁶⁾

1948년 영국은 영업용 건물임대차의 문제점을 검토하기 위하여 Uthwatt위원회를 구성하여 1953년 1월 백서를 발표하기에 이른다. 동 백서에서는 임대인이 자기영업의 개발을 위해서 건물의 점유를 회복할 수 있고, 임대인이 건물회복을 필요로 하지 않는 경우 임차인에게 현재의 시장임대료를 청구할 수 있으며, 현재의 임차인이 임대료를 지불하고, 적당하게 점유를 계속하고 있다면 새로이 임대차를 희망하는 자보다 우선권을 부여한다는 내용이었다. 상기 보고서에 근거하여 1954년 임대차법(Landlord and Tenant Act 1954)이 제정되었으며, 제2부에서 영업용건물의 임대차부분을 규정하였다. 그 적용요건으로서 첫째, 어떠한 형식을 불문하고 발생한 임대차일 것. 둘째, 임대인이 점유하고 있을 것. 셋째, 사업을 목적으로 할 것(일부를 사업목적으로 사용하고 나머지 부분을 주거목적으로 사용하는 병용임대차의 경우를 포함한다.) 등이다.

그 후 1969년 제정법위원회(Law Commission)의 권고에 의해 1969년 재산법(Law of Property)이 제정되어 임차인이 새로운 임대차의 설정을 희망하는 것을 부정하는 규정 및 임차인이 새로운 임대차의 설정을 희망하는 경우 불이익을 준다는 규정을 무효로 하였다. 임대차계약의 종료는 임대인에 의한 해지통지, 임차인에 의한 새로운 임대차의 청구, 임차인에 의한 해지 통고가 있어야 한다(동법 제24조 제1항·제2항). 임대인의 해지통고와 새로운 임대차의 청구시 임차인은 법원에 새로운 임대차의 부여를 신청할 수 있고, 새로운 임대차를 거부하기 위해서 임대인은 임대차의 수선의무위반, 차임지급의무의 계속적 지체, 임차인의 중요임대차의무위반, 임대인의 임차인에 대한 상당한 대체가옥제공, 임차인의 임대목적물 일부전대시 임대인이 임대차종료시 목적물전부를 임대하는 것이 유리하다고 판단하는 경우, 임대인이 목적건물의 전부 또는 대부분을 제거하거나 재건축하려는 경우, 임대인에게 자기사용의 필요가 있는 경우 등을 입증하여야 하고(동법 제30조), 입증이 없으면 법원은 새로운 임대차부여의 결정을 하여야 한다.¹⁷⁾

16) 소재선, "점포임대차법안의 문제점과 올바른 입법방안", 「비교사법」 제4권1호(통권6호), 한국비교사법학회, 1997, p.197 ; 内田勝一, 전게논문, pp. 18-19.

17) 최진구, 전게논문, p.363.

2) 賃借保證金

임대차의 가장 중요한 내용 중의 하나는 임대료의 산정이다. 임대료는 임차인이 이제까지 목적물을 점유하여 왔던 것을 고려하지 않고 임차인에 의해 생긴 권리금도 고려하지 않으며, 개량행위가 있었던 것도 고려하지 않는다. 임대료는 자유로운 임대시장에 의해 정할 수 있고 주거용 건물과 마찬가지로 임대료의 제한은 없다. 임차인에게 존속보호를 부여하면 충분하고 임대료 제한과 같은 경제적으로 유리한 지위를 인정할 필요는 없다고 한다. 영업용 건물임대차에 대하여는 차임규제법이 적용되지 않고 당사자들의 자유로운 계약에 의하고 있다. 임대료 결정에 참고가 되는 것은 인플레이나 물가변동, 임차인의 영리 정도이고 임대료 분쟁시 주거목적의 임대차와 같이 분쟁을 별도로 다룰 특별법원을 두고 있다. 임차보증금은 임차인의 채무불이행으로 인하여 생긴 손해배상채무를 부담시키기 위하여 지급된 금전으로서 임차보증금의 승계를 인정하고 임차건물의 인도와 임차보증금 반환과는 동시이행관계에 있다고 한다.¹⁸⁾

3) 權利金

영국에서 주거용 건물의 임대차에 있어서 권리금(Premiums, Key-money)에 대하여 1977년 차임법 제119조에 의하여 차임 또는 임대료의 통제와 임대차의 설정·갱신·계속의 대가로 권리금을 수수하는 것을 일체 금지하고 있다.¹⁹⁾ 그러나 영업용 건물임대차의 경우에는 권리금을 취득하는 것도 그 액을 얼마로 하는가도 양당사자의 자유로운 결정에 의하도록 하고 있다. 임차인이 임대인의 동의를 얻어 건물에 변경을 하거나 개량을 하는 경우에 그에 대한 조건으로 권리금을 지급할 수도 있고, 임차인이 임차권을 양도하는 경우에 양수인으로부터 권리금을 취득하는 경우와 임대건물의 명도시에 임대인으로부터 임차인에게 지급되는 경우도 있으나 후자의 사례는 극히 적다. 권리금은 일종의 재산권으로 자유로이 처분할 수 있다고 볼 수 있으나²⁰⁾ 영업용 건물임대차에 있어서 권리금의 처분은 임차권의 처분 혹은 영업의 양도로서 처분이 가능하다고 보아야 한다.

4) 1992년 制定法委員會의 改善案

1992년 제정법위원회(Law Commission)는 1954년 임대차법 제2부의 영업용 건물임대차에 관한 개선보고서를 제출하였는데, 첫째, 임대인과 임차인의 양당사자간의 현존하는 공평성을 유지할 필요성이 있으며, 둘째, 임대차갱신절차의 현행유지와 세부적 사항에 대한 조정가능성, 셋째, 영업용 건물임대차에 대한 관례적인 소송절차가 필요 없다는 점과 법원은 새로이 임대차를 명할 때 당사자의 의사에 반하는 내용으로 하여서는 안된다는 등의 영업용 건물임대차에 관하여 개정을 위한 3가지 원칙을 제시하였다. 이 보고서의 주

18) 이송희, 전계논문, p.39 ; 법무부, 전계논문, p.36.

19) 內田勝一, 前掲論文, p.38.

20) 법무부, 전계논문, p.36.

요 개선점은 다음과 같다.²¹⁾ ① 임대차계약 갱신절차의 목적에 부합하도록 임차인인 개인과 그가 관리하는 회사는 동등한 실체로 보아야 한다. 현행법에 의하면 개인인 임차인이 법인을 설립하고 그 회사가 자산을 점유하고 있을 경우, 개인은 임대차계약기간을 갱신할 권리를 상실한다. ② 한 개인에 의하여 경영되는 다수의 회사는 법의 목적에 따라 회사그룹의 구성원으로 취급해야 한다. ③ 임차인은 임차한 자산이 임차인이 관리하는 회사에 의하여 점유되고 있거나 자산을 점유하고 있는 개인이 임차인 회사를 관리하고 있을 경우에도 법에 의하여 임대차계약 갱신권을 보유하여야 한다. ④ 임대인이 회사일 경우 임차한 자산이 사업목적으로 회사에 귀속되어 있고 그 사업이 당해 회사를 경영하는 한 개인이나 동일그룹의 다른 회사에 의하여 경영되고 있더라도 새로운 임대기간에 대항하는 것이 가능하여야 한다(제30조 제1항 g). ⑤ 임차인이 법원에 새로운 임대기간의 신청을 한 날로부터 5년간, 한 개인이 임대인인 회사를 관리하고 그가 관리하고 있다고 추정된 때에 임대차관계가 존속 중인 경우에도 임대차법 제30조 제1항 g에 따른 신청에 대항할 수 없어야 한다. 이것은 5년을 규정한 동법 제30조 제2항의 보호를 법인의 관리에까지 확장한 것이다. ⑥ 제정법위원회에서는 임대차 갱신의 권리에 대한 법적용 배제의 합의가 효력을 갖도록 할 목적으로 양당사자가 특정 절차를 준수하도록 하기 위해 제정법 적용배제의 특약절차를 개정할 것을 제안하였다. ⑦ 법에 의한 통지절차의 개정도 제안되었다. 예컨대 양 당사자는 계약기간 만료 2년 전에 상대방에게 통지하여야 할 의무를 부담하며 동 의무위반에 대해 손해배상을 청구할 수 있도록 해야 한다. 이러한 의무에는 상기 통지를 한 후 6개월 내에 새로운 통지로 갱신하여야 하는 의무를 포함하게 된다. 이 의무는 임대인 또는 통지를 한 임차인을 제외한 모든 양수인을 구속한다. 동통지는 임차인인 경우 임차인이 사업을 목적으로 자신의 전부 또는 일부를 점유하고 있는지 여부 및 전대에 대한 세부사항을 포함하며 임대인에 대하여는 그가 부동산 자유보호권보유자인지, 저당권자인지 및 반환재산의 일부에 대한 장래 채권자의 신원에 대한 진술을 포함한다. ⑧ 법 제25조상의 계약종료에 관한 통지를 한 임대인은 새로운 임대기간에 대하여 제안할 수 있게 된다. 임차인은 제25조에 의하여 통지를 받으면 이에 대항하는 통지를 할 수 없게 된다. 또한 양당사자 모두에게 임대기간을 갱신할 권리가 부여되어야 한다. 임차인은 향후 새로운 임대기간을 신청하기 전 제25조에 의하여 계약통지 후 2개월 동안 기다리지 않게 될 것이다. ⑨ 가임료에 대해 다수의 개정안이 제출된 바 있으며, 이는 주로 가임료의 지불일을 제25조상의 임대인의 임대차 기간종료 통지에 명시한 날짜나 또는 임대인이 명시할 수 있었던 최초의 날짜로 변경할 것을 주 내용으로 한다. 이는 임차인이 동법 제26조의 새로운 임대기간을 신청했을 때도 준용된다. 가임료의 총액은 최소한 새임대차계약에 따라 최초지불될 수 있는 금액과 같아야 한다. ⑩ 최장의 권리존속 기간은 현

21) 법무부, 전계서, pp.38-41 ; P. F. Smith, "The Law of Landlord and Tenant", 1993, pp.369-370.

재의 14년이 아니라 보다 편리한 15년으로 상향조정할 것이 제안되었다. 또한 권리침해는 향후 임대인이 임대차계약의 종료를 철회할 경우에는 보상되어야 한다. 또 권리침해에 대한 보상은 임차인이 임차한 자산의 다른 부분을 다른 기간동안 점유하고 있다면 임차인이 점유한 자산의 각각에 대해 지급되어야 한다.²²⁾

2. 獨逸

독일의 임대차법에서는 건물을 소유할 목적으로 한 토지임차권은 인정하지 않고 토지와 일체인 임대차를 경제적 약자인 임차인을 보호하기 위하여 특칙을 인정하는 주거용 건물임대차와 영업용 건물임대차의 건물로 구별되며, 각각 다른 법제를 취하고 있다.²³⁾ 즉 주거용 건물임대차의 경우에는 민법전의 해지의 고지, 임대차관계의 계속, 임대차기간의 종료 등에 관하여 임차인을 위하여 특별규정을 담고 있으며, '차임액규제법'이라는 특별법을 통하여 차임인상을 적정하게 규제하고 있다. 이에 반하여 영업용 건물의 임대차에 관해서는 사업용 공간임대차(Geschäftsraummiete)라고 하여 주거용 건물의 임대차(Wohnraummiete)와 구별하고 있지만 사업용공간임차법이라는 독립된 특별법이 존재하는 것은 아니다.²⁴⁾ 즉 민법전의 임대차에 관한 일반규정이 영업용건물임대차에 적용되어 민법의 일반원칙인 계약자유 원칙이 지배하고 있다.²⁵⁾

1) 特別法の 變遷過程과 特徵

독일은 전후 주택난으로 주택임차인을 특별히 보호하기 위하여 임차인보호법(Mieterschutzgesetz)을 제정하여 시행하여 오다가 주거목적과 영업목적의 건물을 차별화하기 위하여 1952년 6월 25일에 영업용건물임대차법(Geschäftsraummietegesetz)이 제정되었으나 1975년 민법전의 일원화 개정작업에 의하여 폐지되고, 독일민법 제565조 제1항 제3호에 규정하였다.²⁶⁾

독일의 법제정의 과정과 주요내용을 보면, 먼저 임차인보호법은 세계대전 이후 폐허가 된 독일에서 주택난이 극심하여 주택임차인에 대한 특별히 보호하기 위하여 연방임차법과 임차인보호법이 제정되었다. 임차인보호법 제1조 1항에서 건물 또는 건물의 일부에 대

22) 법무부, 전게서, pp.38-41.

23) Schmidt-Futterer/Blank, Wohnraumschutzgesetz, 5. Aufl. 1984. A1.

24) 이송희, 전계논문, p.17.

25) 소재선, 전계 "점포임대차법안의 문제점과 올바른 입법방향", P.208 ; 소재선, "비교법적 측면에서 본 점포임대차법안의 문제점과 입법과제", 「경희법학」 제32권 제1호, 경희대학교법과대학 경희법학연구소, 1997, P.161 ; 이송희, 전계논문, p.17 ; 藤井俊一, "營業用建物の賃借に關する比較法的 研究(5)", ドイツ法(その1), 商事法務研究會, NBL雜誌 第373號, 1987/3, P.36.

26) 소재선, 전계 "점포임대차법안의 문제점과 올바른 입법방향", pp.207-208.

한 사용임대차관계를 원칙적인 적용대상으로 하였으나 제36조에서 건물 및 영업용 미건축지에 대한 용익임대차관계에도 준용하였다. 임대차보호법상의 주거용과 영업용의 규정상 차이는 제4조 1항 3단에서 영업용의 경우 임대차폐기사유로 긴급한 자기사용의 필요를 특별 고려하였다. 그리고 제4조 3항 4단에서 자기사용필요에 의한 임대차관계종료시 이전비용과 함께 임차인이 경제적 손실에 대한 배상금까지 지급하도록 규정하고 있다.

다음으로 주거용임대차와 영업용임대차의 차별화를 위한 영업용건물임대차법(Gesetz zur Regelung der Miet Pachtverhältnisse über Geschäftsräume und gewerblich genutzte unbebaute Grundstücke: Geschäftsraummietengesetz: GRMG)을 제정하여 영업용건물을 임차인보호법의 적용대상에서 제외하였다. 이 법은 영업용건물과 영업용미건축지의 임대차관계에 대하여 임차인보호법에 의한 임대료통제에 의하지 않고, 시장원리에 따라 수요와 공급에 의한 임대료형성을 보장하는 것이 주된 내용이었다. 따라서 동법하에서 영업용임대차는 당사자간의 합의에 의한 사적자치의 원칙이 지배하게 되었다.

이 법의 주요내용을 보면 다음과 같다. ① 영업용의 임대차는 임대료통제와 임차인보호규정의 적용을 받지 않고, ② 임차인을 보호하기 위하여 집행보호제도를 정하고, ③ 임대인이 행하는 고지에 대하여 시기 및 해지기간을 임차인에게 유리하게 하는 고지기간부여제도 등을 규정하고 있다.

2) 民法에 의한 規律

영업용건물임대차법은 제정 후 23년 동안 특별법으로써 영업용건물임대차를 규율하는 규정으로 존속하고 있었으나, 1975년 민법전으로 일원화하려는 개정작업의 일환으로 폐지하게 되었고, 동법상의 개념은 독일민법 제565조 제1항에 규정되었으며, 영업용건물의 임대차계약은 민법상의 임대차규정과 계약자유의 원칙, 당사자이익 등을 고려하여 성립하고 있다. 독일민법은 제580조에서는 영업용건물임대차와 관련하여 '주거용건물과 다른 건물(Wohnräumen und anderen Räumen)'이라 규정하고 있다.²⁷⁾ 또한 영업용건물의 임대차는 '설비와 상관없이 계약상 합의된 사용목적에 따라 이루어지는 것'을 의미한다. 이러한 영업용건물임대차계약의 특징은 상거래에 참여하는 생업의 목적에 사용되는 공간을 의미할 뿐만 아니라 넓은 의미에서는 자유업의 활동, 농업과 임업의 목적을 위하여 사용되는 공간 및 비독립적인 활동공간도 포함된다고 한다.²⁸⁾ 독일민법에서는 영업용건물임대차의 경우에 용익임대차(Pacht)와 구별하는 문제를 포함하고 있다. 양자는 임대기간동안 임대인의 계약목적물 사용을 보장한다는 점에서 공통적이지만 용익임대차의 경우 제581조 1항에 의해 용익임대인은 적법한 경제원칙에 따를 때 용익임차인에게 수익이라고

27) 1952년 영업용건물임대차법 제2조 1항 "건축물의 구조나 설비에 따라 일정한 기간 동안 주거목적이 아닌 특히 사업목적이나 직업목적에 기여하도록 정하여 졌거나 이러한 목적에 기여하는 건물이다"고 정의하고 있다.

28) Weitnauer, Das Geschäftsraummietengesetz, BAnz. Nr. 125 vom 27. 1952. S.5.

할 수 있는 과실을 향유하도록 보장할 의무가 있고, 또한 서로 다른 규정을 적용함으로써 두 계약을 규정하고 있다. 즉, 용익임대차는 민법 제586조 이하가 적용되는 것이다.

독일민법에서의 영업용건물의 임대차의 주요내용을 살펴보면 다음과 같다. ① 임차인의 가장 기본적인 의무는 임대료 지급의무(제535조 2문)와 특별한 합의가 없는 경우에도 감독의무에 근거한 임차목적물을 사용할 의무가 있다.²⁹⁾ 또한 계약합의에 의한 보험가입의무를 부담하고,³⁰⁾ 임대인의 목적물유지·개량조치에 대한 수인의무가 있다(제541조 b). 임대인은 임대목적물의 수선유지의무(제536조)와 장애물제거 의무(제541조 a조), 임대인은 계약상의 적합한 사용을 위하여 방해제거의무(제541조 b)가 있다. 임대물의 사용에 대한 임차인의 보장청구권에 근거하여 경업보호의무가 있다.³¹⁾ ② 임대료를 산정하는 경우에 변동하는 표준이 가변적일 경우에는 가변적 금액으로 정하되 정해진 최고금액 이상을 초과할 수 없다. ③ 임대료의 양도와 전대에 관련하여 제549조는 적용범위를 전차인이 독자적으로 임대물을 사용하는 것으로 한정하고 있고, 임대인의 전대차 승낙의무를 인정하지 않는다.³²⁾ ④ 임대기간이 정하여 있는 경우에는 기간의 만료로 임대차관계가 종료되고, 기간의 정함이 없는 경우에는 선택권을 기간이 만료할 때까지 행사할 수 있고(제564조 제1항). 계약서상 다른 해약고지기간의 합의가 없는 경우 4분의 1에 해당하는 기간이 경과하는 경우(제565조 제1항 3호)와 임차인이 부담해야 할 주의의무를 해태하여 목적물을 심히 위태롭게 하는 경우(제533조), 임차인이 차임을 2기동안 연체한 경우 및 임대인이 임대료지불의 지체, 폭력행위 등 임차인의 중대한 과실에 기인한 계약위반시에는 즉시 해약고지가 가능하다.³³⁾ ⑤ 건물의 변경은 원칙적으로 임대인의 동의를 필요로 하고 이 경우 비용상환을 청구할 수 있고(제547조), 임대인의 동의 없이 변경을 가하였을 경우에는 임차인은 제거할 권한이 있다(제547조 a). 그러나 이러한 제거가 막대한 경제적 손해를 초래하기 때문에 임대인은 일정한 전제조건하에서 부속물이나 건축물의 변경을 인수할 의무와 권한을 포함하도록 하여야 한다.³⁴⁾

3) 權利金·保證金の 確保

임대차계약에서 임차인은 계약상의 부속의무로 보증금과 임대료의 선불 또는 건축비보조금에 대하여 약정할 수 있도록 하고 있으나, 주거용건물에만 해당하는 것으로 영업용건물의 경우 명시적 규정이 없으므로 당사자간에 자유롭게 약정할 수 있다. 영업용건물의 부속시설에 대한 비용은 계약상 임차인에게 영향을 미치는 경우에만 임차인이 지급할 의무가 있다고 한다.³⁵⁾

29) Wolk/Eckert, Handbuch des gewerblichen Miet-und Pachtrechts, 4. Aufl. 1984, Rz. 188.

30) 이 의무는 보통거래약관규제법 제9조와 관련하여 반대할 이유가 없다.

31) Wolk/Eckert, a.a.O., Rz. 9.

32) 소재선, 전계 "비교법적 측면에서 본 점포임대차법안의 문제점과 입법과제", P.164.

33) 소재선, 전계 "점포임대차법안의 문제점과 올바른 입법방안", PP.211-212.

34) Wolk/Eckert, a.a.O., Rz. 289.

35) Roquette, Die kleine Mietreform, 2. Aufl., C.H. Beck, S. 4.

3. 日本

일본은 영업을 목적으로 하는 임대차에 관한 별도의 특별법을 제정하지 않고 민법상의 임대차와 차지차가법에 의하여 규율하고 있다. 따라서 일본에서는 주거용건물의 임대차와 영업용건물의 임대차를 따로 규율하지 않고, 주거용의 경우 사용목적이 주거이고 임차인의 신분은 주로 시민이지만 영업용의 경우에는 사용목적이 영업이고 임차인의 신분은 주로 상인 혹은 사업주라는 점에서 차이가 있다. 따라서 일본에서는 영업용 건물이 차지차가법의 적용대상이 되느냐의 여부에 대하여 관례는 영업용건물의 임대차를 주거에 준해서 적용하려는 견해와 차지차가법의 적용을 배제하려는 입장으로 나누어 있다. 반면 학설은 영업용건물의 임대차에 있어서 공동경영 내지 손익분배의 내용이 불분명하지 않는 한 차지차가법의 적용을 전면적으로 적용하여야 한다는 견해와 적용을 배제하자는 견해 및 차가법의 적용에 있어서 당사자간의 계약의 명칭과 관계없이 각조문별로 그 실체에 따라서 해석하여야 한다는 절충적 견해가 있다.

1) 借地借家法

개정차지차가법은 1985년 6월 4일 법무성의 법제심의회에서 민법부회 재산법 소위원회를 열어 본법의 개정방향을 본격적으로 심의하기 시작하였다. 본 개정법은 1991년 10월 4일에 공포되어 1992년 8월 1일부터 시행되고 있으며, 이는 특별법적 성격을 띤 건물보호에 관한 법률, 차지법, 차가법 등 세가지 법률을 단일법률로 통합하였다. 본 개정차지차가법은 적용대상에 대한 직접적인 명문규정이 없으나 조문에 따라 건물의 임대차로 해석되고 있다. 이는 건물 사용을 목적으로 하는 임대차계약으로 주거용이든 영업용이든 공통이지만 이의 적용에 대해서는 견해의 대립이 있다. 차지차가법의 주요내용은 다음과 같다.

① 정당사유제³⁶⁾에 관하여 보면, 차지차가법 제28조에서 임대인이 계약갱신거절의 통지를 하기 위하여는 자기사용의 필요나 기타 정당한 사유가 있어야 하나 양당사자간의 제반사정을 비교형량하여 임대인의 해지통고나 경신거절이 타당하다고 인정되는 경우를 정당사유가 있다고 본다.³⁷⁾ ② 임차인과 임대인의 의무를 보면, 임차인의 주된 기본의무는 차임지불의무 이지만 기타 임차물의 적법한 사용의무, 건물의 보관의무, 임차종료시의 건물반환의무 등이 있다. 임료지불의 시기는 특약이 없는 한 매월 말일로 한다(민법 제614조). 또 임차인이 적합한 사용의무를 위반하는 경우에는 임대인은 손해배상을 청구할 수 있는 동시에 계약을 해제할 수 있다(민법 제594조 3항, 제612조 2항). 임차인은 임차

36) 법무부, 전제서, pp.186-187 ; 소재선, 전제 “점포임차법안의 문제점과 올바른 입법방안”, p.222 ; 이송희, 전제논문, pp.56-57.

37) 일본의 초기판례는 임대인측에 자기사용의 필요성이 있는 경우에는 임차인의 사용필요성을 고려함이 없이 바로 해약을 신청하거나 갱신을 거절할 수 있다고 판결하였다(일본대판 1943. 2. 12. 민집 22권 2호 57면).

건물이 제3자의 부당한 침해를 당한 경우에는 지체없이 임대인에게 통지하여야 할 의무뿐만 아니라 스스로 배제할 수 있다. 또한 점유보지의 소(민법 제198조), 점유보전의 소(민법 제199조), 점유회수의 소(민법 제200조)를 제기할 수 있다. 그리고 임차인은 수선을 요하거나 임차목적물에 권리를 주장하는 자가 있는 경우에는 지체없이 임대인에게 통지하여야 하며(민법 제615조), 임대인이 임대건물의 보전에 필요한 수선 기타의 행위를 하고자 하는 경우에는 임차인이 이를 허용하여야 할 보존행위허용의무가 있다(민법 제567조, 제568조, 제616조).³⁸⁾ ③ 임차권의 양도와 전대의 경우를 보면, 임대인의 승낙없이 임차인은 건물임차권을 유효하게 양도하거나 전대할 수 없고, 승낙을 취득한 전대의 경우에도 임대인의 해제권을 조각시키는데 그치는 것으로 하고 있다(민법 제612조). 그러나 차지차가법에서는 전차인을 보호하기 위하여 제34조에서 임대인의 임대차관계종료 또는 해약신청의 통지의무를 규정하여 통지가 없을 때에는 임차인에게 대항할 수 없도록 하고, 임차인의 통지 후 6개월이 경과함으로써만 종료한다는 취지를 두고 전차인을 보호하고 있다(차지차가법 제34조 2항).³⁹⁾ 그리고 임차권의 소멸원인으로는 10년의 소멸시효, 건물의 전부멸실, 혼동, 임차권의 포기 등이 적용된다.

2) 賃借保證金

임대차관계에서 임차인이 임대인에게 임차보증금을 지급하는 것이 보통이다 보증금은 부동산 특히 건물의 임대차 계약시 임차인이 임료 채무이외에 채무를 담보할 목적으로 임차인이 임대인에게 교부할 금전이고 계약종료 때 임차인이 채무불이행이 있으면 당연히 그 금액이 감액되고 채무불이행이 없으면 금액을 임차인에게 반환하여야 한다. 보증금은 임대차 목적물 인도전에 지급되는 것이 보통이지만 보증금을 장래 지급할 것을 목적으로 한 계약도 유효하다. 장래에 일정한 사유가 발생한 경우 즉 임료가 증액된 때에 보증금을 증액 증액한다는 특약도 유효하게 인정되고 있다. 임료채무가 주된 것이지만 임료가 지체될 경우 발생하는 지연손해금도 포함된다. 임대차가 종료한 경우에 임차인이 임대인에 대한 부담하는 채무가 있을 때에는 보증금을 가지고 그 변제를 충당하며 임대인이 반환할 금액은 그만큼 적어진다. 장래의 임료 채권만 양도한 후에 임료가 지체된 경우에는 양수인은 보증금 보유자로부터 변제를 받을 수 있다.⁴⁰⁾

3) 權利金

임대차관계에서 정기적으로 지급된 임료이외의 입주시 일괄적으로 지급된 대가를

38) 법무부, 전계논문, p.192.

39) 소재선, 전계논문, p.31.

40) 이송희, 전계논문, pp.54-56 ; 星野英一, 「借地·借家法」, 法律學全集, 有斐閣, 1969, p.259.

권리금이라고 한다. 연혁적으로 볼 때 권리금은 전후 당시 지대가임통제령에 의하여 동결된 임료와 일플레이션에 따라 단기간에 높아진 임료와의 차이를 메꾸기 위하여 반환되지 않는 부금의 성격으로 지급되던 것을 말하였다. 이러한 권리금의 수수는 계약서상 반드시 명기되지 않아도 임대차관계에서 관행적으로 행하여져 오고 있으며, 그 금액도 상당히 고액이었다. 일본민법에서는 권리금에 관한 규정은 없고 건설상의 지대가임통제령이 이를 금지하고 있을 뿐이지만 여기에서도 권리금에 대한 정의를 언급하고 있지 않다. 이러한 견해에 대한 학설의 입장은 권리금을 장소적 이익의 대가, 영업권의 대가, 임료의 사전지급, 임차권의 대가, 임차권의 양도의 승낙에 대한 대가라고 정의하고 있다. 지대가임통제령에서는 지대, 가임을 목적물의 사용의 대가라고 하고 권리금은 부동산소재지를 이용함으로써 향유한 장소적 이익에 대한 대가라고 정의하고 있다. 그러나 지대는 사용의 대가와 장소적 이익의 대가로 나누는 경우는 적고 대신에 가옥은 이 둘을 나누어 일방은 임료, 다른 일방은 권리금으로 수수한다고 볼 수 있다.⁴¹⁾

(1) 權利金授受契約

권리금 수수계약도 일종의 계약인 이상 당사자의 합의에 의하여 그 금액이나 조건 기타의 내용을 자유로이 정할 수 있겠으나 권리금액이 일반관행에 비하여 부당하게 고액인 경우에는 공서양속에 반하여 무효라고 할 것이나 이는 전부가 무효는 아니고 부당한 범위에서 무효이어서 부당하지 아니한 범위에 속하는 부분은 유효이다.⁴²⁾

(2) 權利金授受의 效果

임대차계약과 더불어 권리금을 수수한 경우에는 임대인의 변동이 있는 때에는 권리금이 받는 영향은 다음과 같다. 권리금 수수관계는 임대차계약에 부수하는 것이지만 그것은 언제나 수반하는 것이 아니므로 임대차계약의 당사자의 승계에 의하여 권리금 수수의 관계까지 당연히 승계한다고 풀이할 수 없다. 따라서 임대인의 변동으로 권리금의 반환의무도 당연히 승계되는 것으로 보는 관례도 있긴 하나 대체로 학설과 관례는 권리금반환에 관한 계약상의 의무는 전임대인, 신임대인 및 임차인의 사이의 3면적 계약에 의하여 승계되지 아니하는 한 신임대인이 권리금의 반환의무를 질 것은 아니라고 하는 입장이다.⁴³⁾

41) 법무부, 전제서, p.201 ; 이송희, 전제논문, p.57.

42) 법무부, 전제서, pp.203-204 ; 김영일, "임대차에 있어서 권리금을 둘러싼 제문제", 「은행거래·임대차사건의 제문제」 재판자료 제32집, 법원행정처, 1986, pp.337-338.

43) 법무부, 전제서, pp.204-206 ; 김영일, 전제논문, pp.339-340 ; 소재선, 전제 "비교법적 측면에서 본 점포임차법안의 문제점과 입법과제", PP.174-175.

IV. 營業用 建物の 賃借保證金の 法理

1. 賃借保證金の 意義와 法的 性質

1) 意義

임차보증금이라 함은 부동산 특히 건물을 임대차하는 경우에 임대차로부터 발생하는 임대인의 모든 채권을 담보하기 위하여 임차인 또는 제3자가 임대인에게 교부하는 금전 기타의 유체물을 말한다.⁴⁴⁾ 보증금은 임대차계약의 종료시 또는 목적물의 명도시에 임차인이 임대인에게 임료를 지불하지 않는 등의 채무불이행이 있으면 그 금액을 공제하고 잔액을 임차인에게 반환할 것을 약정하는 것으로 보는 것을 말한다. 임차보증금은 임대차계약에서 생기는 임차인의 채무를 담보하기 위하여 임차인이 임대인에게 제공하는 담보 목적물을 말하여, 점유를 이전하면 소유권은 임대인에게 귀속한다.⁴⁵⁾

임차보증금은 계속적 채권관계에서 발생하는 임차인의 채무를 담보함으로써 임대인의 이익을 보호하는 것이 주된 기능이지만 임차인에게는 과도한 월세의 부담을 줄여주는 기능을 하기도 한다. 임대차가 정상적인 경우에는 임대인의 자금유통의 기능을 하기도 하고, 그렇지 못한 경우에는 연체된 차임의 충당금으로서의 기능과 임차물의 훼손 등으로부터 생기는 손해배상채무를 담보하는 기능도 한다. 이 외에 임대차계약이 성립할 때부터 임대차계약이 종료한 후 임차물을 반환할 때까지 모든 채무를 담보하는 기능도 한다.⁴⁶⁾

2) 法的 性質

임차보증금에 관하여서 그 법적 성질은 보증금에 관한 법적 구성을 어떻게 하여야 하는 것과 관련하여 문제가 된다. 이에선 질권설(일반질권설, 불규칙질설, 채권질설), 무명계약설, 상계예약설, 해제조건부채권설, 신탁적소유권양도설 등이 있으나 우리 나라에서 유력한 학설로서는 채권질권설과 정지조건부 반환채무를 수반하는 금전소유권의 이전설이 등이 있다. 그러나 현재 우리 나라에서는 정지조건부반환채무를 수반하는 금전소유권의 이전이라고 보는 것이 일반적이다.

(1) 債權質權說

임대인은 임차인이 자기에 대하여 갖는 보증금반환청구권 위에 질권을 갖는 것이라고 보는 견해이다. 즉 임차인이 임대인에 대하여 갖는 보증금반환채권을 질권의 목적으로 보

44) 민일영, "보증금", 「민법주해 X V」 채권(8), 박영사, 1999, P.179.

45) 어인의, "보증금과 권리금에 관한 고찰", 「법학논집」 제10집, 청주대학교 법학연구소, 1995, P.140.

46) 어인의, 상계논문, P.142 ; 이송희, 전계논문, P.75.

는 것이다. 이것은 은행이 자기에 대한 예금을 담보로 하여 그 예금자에게 금전을 대여하는 경우와 비슷한 관계라고 한다. 그러나 이 설은 당사자가 이와 같은 보증금반환청구권에 질권을 설정한다는 의사를 가졌다고 보는 것은 실제거래에 맞지 않을 뿐 아니라, 목적물반환의무와 보증금반환의무와의 동시이행관계를 부정하며⁴⁷⁾ 목적물이 보증금이라는 금전의 특성에서 오는 법률상의 문제를 설명하지 못한다는 비판이 있다.

(2) 停止條件附 金錢所有權移轉說

임대인은 임대차종료시에 임료 기타의 채무를 이행하지 않는 것을 조건으로 하여 반환할 채무를 부담하는 것이라는 견해이다. 즉 임대차가 종료하는 때에 임차인의 채무불이행이 있으면 보증금의 전액을 반환하여야 하고, 채무불이행이 있으면 그 금액 중에서 당연히 변제에 충당하기로 하고 잔액을 반환한다는 조건으로 금전소유권을 임차인이 임대인에게 양도하는 것으로 한다. 이런 점에서 양도담보와 마찬가지로 일종의 신탁행위로 보고 있는 것이다. 이 설은 임대차종료시에 채무불이행이 없는 것을 정지조건으로 할 것인가와 임대차는 종료하였더라도 목적물의 명도시까지 채무불이행이 없을 것을 정지조건으로 할 것인가에 대하여 견해가 나뉘어 있다. 이것은 보증금반환청구권의 발생시를 언제로 하느냐 하는 점과 보증금반환채무와 목적물반환채무와의 사이에 동시이행의 관계를 인정할 것이냐 하는 것과 관련이 있다. 또한 보증금의 담보적 성질을 존중하면서도 법률상으로는 강한 하나의 담보물권으로 보지 아니하고 실제 거래상의 보증금관계를 법률구성하는 것으로 채권질권설보다 타당하다고 본다.

(3) 判例

판례에 따르면, 임대인은 체불임료 등 모든 피담보채무를 공제한 잔액이 있을 것을 조건으로 하여 그 잔액에 대한 반환청구권이 발생한다고 보는 통설과 같은 입장을 취하고 있다. 학설과 판례가 정지조건부금전소유권이전설을 취한다고 하더라도 정지조건을 어떻게 해석하는가에 따라 종료시설과 명도시설 및 절충설로 나뉜다. 판례의 태도를 보면, 「건물임대차에 있어서 임대보증금은 임대차 기간 중의 임료 뿐만 아니라 건물명도 의무의 이행에 이르기까지 발생한 손해배상채권 등 임대차계약에 의하여 임대인이 임차인에 대하여 갖는 일체의 채권을 담보하는 것이다⁴⁸⁾」고 하여 명도시설을 취하고 있다. 다만 종료시설이건 명도시설이건 어느 설의 입장에서도 임대차종료 전에 보증금의 반환을 청구할 수 없다는 점에서는 같다. 종료시설에서 볼 때는 임차인에게 가혹하다는 비판이 있을 수 있으나 보증금수수의 관행이 있는 점과 임대인의 모든 채권을 담보하는 취지에도 적합하므로 명도시설이 타당하다고 본다.⁴⁹⁾ 그리고 실제거래계에서도 명도시까지의 체불

47) 이송희, 전제논문, P.78.

48) 대판 1987. 6. 23. 87 다카 98 ; 대판 1987. 6. 23. 86 다카 2865 ; 대판 1987. 6. 9. 87 다카 68.

49) 같은 견해: 민영일, "보증금", 「민법주해 X V」 채권(8), 박영사, 1999, p.181.

임차료, 손해배상, 수도 및 공공요금을 공제하고 잔액을 반환하는 것이 일반관행으로 되어 있다.

2. 賃借保證金の 返還確保

영업용건물의 임대차계약이 종료되면 임대인은 임차인이 연체한 임대료 및 그로 인한 연체배상금, 임차인의 과실로 인한 임차물의 멸실·훼손에 대한 손해배상금을 공제한 잔액을 임차인에게 반환해야 한다. 즉 임대차계약이 종료하면 임대인이 보증금반환채무를 지는 반면 임차인은 임대인에게 임차건물을 반환해야 하는 보증금계약은 임대차와 불가분의 관계로 부종성이 있으므로 보증금반환의무와 임차건물명도의무를 분리할 수 없다.⁵⁰⁾ 이러한 보증금반환채무와 임차건물의 명도채무가 임대차계약 종료시 동시이행의 관계에 서느냐가 문제가 되는데, 임차인이 임차물을 먼저 반환하면 임대인으로부터 보증금 반환을 확보하기 어려우므로 양채무관계의 종료시 동시이행을 인정해야 한다.⁵¹⁾ 양채무의 동시이행을 인정하는 것이 통설이며,⁵²⁾ 관례도 같은 입장을 취하고 있다.⁵³⁾ 그러나 실제로 임차인의 점포반환과 임대인의 임차보증금반환이 동시 이행되지 않고 있다. 즉 임대기간 만료 후 바로 임대인이 임차인에게 임차보증금을 반환해 주는 경우는 드물고 대부분 임대기간이 만료된 후 2-3개월 후에 보증금을 반환 받고 있는 현실이다. 그 이유는 임대인이 다른 사람과 임대차계약을 체결한 후에 받은 보증금을 임차인에게 반환해주는 경우 혹은 임대인이 보증금반환을 이유없이 해 주지 않아 임차보증금을 반환받지 못하고 있어 점포반환과 동시이행이 이루어지지 않고 있는 것이다. 임차인은 임대차 존속기간 만료 즈음에 현재의 점포채계약을 단념하고 다른 곳에 계약을 해놓은 상태에서 임대보증금 회수를 못하였을 때 임차인은 계약을 파기하여 계약금을 포기해야 하는 등의 손해를 보게 되는데도 불구하고 임대인은 자기자본으로 보증금반환을 할 생각은 않고 목적물을 다시 임대하여 현재의 보증금보다 인상하여 계약체결해서 수령한 대금으로 반환하려고 하는 등 소극적인 태도를 보여 임차인은 이중으로 손해를 보고 있는 현실이다. 임차인이 임대인을 상대로 보증금반환 소송을 제기한다는 것은 기간과 비용 및 임대인과의 감정 등을 고려해 어려운 일이므로 이를 포기하고 점포가 나갈 때까지 기다리는 수 밖에 없는 등의 소극적인 대응방법을 취하는 경우가 대부분이다. 임대기간 만료 후 임차보증금을 신속하게 회수 할 수 있도록 이를 전담하는 조정기구를 설치하여 실질적인 임차인보호방법을 강구해야 할 것이다.

50) 이송희, 전계논문, pp.86-87.

51) 대판 1997. 9. 28. 97 다 1241 : 대판 1987. 6. 23. 87 다카 98 : 대판 1977. 9. 28. 77 다 1242 : 민영일, 전계서, p.189.

52) 광윤직, 「채권각론」, 박영사, 1995, p.356 : 이은영, 「채권각론」, 박영사, 1991, p.354.

53) 대판 1997. 9. 28. 97 다 1241.

3. 賃借保證金の 效力

1) 保證金の 充當

임차보증금에서 담보되는 채권은 임대차계약에 의해 임대인이 임차인에게 갖는 일체의 채권을 말한다.⁵⁴⁾ 즉 임차인이 연체한 차임 및 그로 인한 지연배상금, 임차인의 과실로 인한 임차물의 멸실·훼손에 대한 손해배상청구권 등의 일체의 채권이 담보된다.⁵⁵⁾ 이러한 채권은 보증금으로부터 변제충당되는 것이므로 금전채권 또는 변형하여 금전채권으로 된 것이어야 한다. 이러한 보증금이 임대인의 채권액에 미달하는 경우에는 임차인의 지정 혹은 법정의 순서에 따라서 충당된다(민법 제467조 내지 477조). 보증금의 충당은 임대차가 종료한 후가 원칙이나 연체된 차임이 있는 경우에는 임대차 종료전에 보증금에 의해 충당될 수 있다. 이 경우 임대인은 보증금으로 충당하거나 아니면 보증금을 그대로 두고 차임 및 지연배상금을 청구할 것인지를 임의로 선택할 수 있다.⁵⁶⁾

2) 保證金の 増減請求

일반적으로 주거목적으로 건물을 임차하는 경우에는 임차보증금의 증액청구는 약정차임의 20분의 1를 초과하지 못하고, 또 그 증액은 임대차 계약 또는 약정한 차임 등의 증액이 있는 후 1년 이내에는 하지 못하도록 하여 어느 정도 차임통제가 이루어지고 있다(주택임대차보호법 시행령 제2조 참조). 그러나 영업용 건물의 임대차에 있어서는 임차보증금에 대하여 제세공과금의 증감, 기타 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 차임이 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대해 차임의 증액을 청구할 수 있을 것이다(민법 제628조). 다만 영업용 건물임대차에 있어서는 차임증액청구에 대한 상한제한 내지 통제를 할 수 없다. 이러한 점을 감안하여 영업용건물임대차보호법을 제정하는 경우에는 이에 대한 연구가 따라야 할 것이다.

V. 營業用建物 賃貸借의 權利金の 法理

1. 權利金の 意義와 法的 性質

1) 權利金の 意義

권리금이라 함은 부동산의 임대차, 전대차 또는 임차권의 양도시에 그에 부수하여 임차인, 전차인 또는 임차권의 양수인이 임대인, 임차인 또는 임차권의 양도인에게 지급하는

54) 대판 1987. 6. 9. 87 다 68.

55) 이은영, 전게서, p.351 : 광윤직, 전게서, p.352.

56) 이은영, 전게서, p.351 : 광윤직, 전게서, p.353.

금전 기타의 유체물을 말한다.⁵⁷⁾ 권리금은 주로 도시에서 점포의 임대차 등에 부수하여 수수되는 바, 권리금은 같은 장소에서 영업을 계속하면서 고객확보를 위한 포괄적인 이익의 대가로 지급하는 것을 말하므로,⁵⁸⁾ 부동산의 사용, 수익 자체와는 별개인 장소적 이익, 거래선 확보의 이익, 설비나 개축 등의 비용의 이익, 장소와 결부된 허가권 이용의 이익 등의 대가 또는 부동산 사용권 자체의 대가로서 지급되는 것을 말한다.⁵⁹⁾ 근래에는 사무실, 토지, 공공주택의 임차권의 양도·전대에 확대되어 수요가 높은 임차 공간이라면 어디든 권리금이 수수되고, 특히 신축건물의 임대분양시에 붙은 권리금을 '프리미엄'이라고 불리기도 한다.⁶⁰⁾ 따라서 권리금은 영업용 건물의 임대차에 있어서 장소적 이익, 고객의 확보 및 명성 등의 대가, 부속물 이전 명목의 대가, 임차권의 양도, 전대의 승락료, 임차권의 설정의 대가, 허가 및 영업권 등의 이익의 대가로서 임차인이나 전차인으로부터 임대인 혹은 전대인에게 또는 임차권의 양수인으로부터 양도인에게 지급되는 보증금이나 월세 이외의 금전 기타의 유체물이라고 정의할 수 있다.

2) 法的 性質

권리금의 법적 성질에 관해서는 법률의 규정이 없고 권리금의 수수가 전적으로 관행으로 되어 있기 때문에 명확한 정의를 내리기는 어려우나 권리금의 수수는 임차권의 양도의 대가로서 임차목적물을 사용·수익하는 권리이므로 권리금은 사용권의 양도에 대한 대가가 된다는 것으로 볼 수 있다.⁶¹⁾ 판례에 나타난 권리금의 법적 성질에 관해서 보면, 「권리금은 임대기간이 종료된 후 다른 임차인이 건물을 임차하게 되는 경우에 그때까지 영업을 하여 오면서 전임차인이 받아 온 장소적 이익 및 확보된 고객에 대한 대가를 다른 임차인으로부터 지급 받을 수 있는 은혜적인 것이므로 이는 임대차계약이 종료될 때에 임대인에게 그 지급을 구할 수 없는 성질의 것이다⁶²⁾」고 한다. 권리금이 은혜적인 성질이라 함은 법적으로 전혀 보장받을 수 없다는 것을 의미하므로 권리금이 다양한 수수형태를 이루고 있다는 관행을 전혀 고려하지 않는 것은 비판의 대상이 된다고 볼 수 있다. 따라서 권리금은 영업용 건물임대차계약서에 명시하는 경우에는 권리금을 받을 수 있겠으나 명시하지 않은 경우에는 법적으로는 전혀 보호받을 수 없다고 해석할 수 있다.

2. 權利金の 發生要因

첫째, 장소적 대가로서의 권리금은 영업장소가 차지하고 있는 위치가 사람의 왕래가 빈

57) 민일영, 전계논문, p.192.

58) 부산지판 1995. 1. 26. 94 나 16967.

59) 星野英一, 前掲書, p.269.

60) 이은영, 전계서, p.358.

61) 어인의, 전계논문, p.123.

62) 서울북부지판 1985. 9. 26. 85 가단 787 : 서울남부지판 1985. 4. 30. 84. 가합 1313 : 서울고판 1974. 3. 5. 72 나 2048.

번하여 고객을 흡수하기 쉽거나 장소적 이익이 있어 장사가 잘되는 장소이기 때문에 권리금을 받을 수 있는 경우이다. 둘째, 명성 등의 대가로서의 권리금은 영업장소가 오래되어 상호 등이 유명해진 경우이다. 셋째, 시설물의 대가로서는 점포등의 개수비용, 내부장식에 대한 대가나 전화, 난방설비, 텔레크, 수도, 전기, 가스 등 시설을 이용하는 이익에 대한 대가의 성질을 가지는 경우이다. 넷째, 허가 등 이익의 대가로서의 권리금은 정부로부터 받아 낸 각종 인허가권, 큰 업체로부터 따낸 대리점권 등을 그대로 이용하고 향유하는 대가로 돈을 지급하는 경우이다. 다섯째, 차임선불의 성격으로서 임차보증금이나 월세가 따로 없이 일괄하여 지급하는 경우로서 이 경우에는 권리금이라는 표현을 쓰나 사실상은 일정기간의 임대료를 선불하는 성격이 있다.

3. 權利金の 法律關係

1) 權利金 授受當事者

권리금의 수수는 주로 전대차나 임차권의 양도시에 발생한다. 단일 점포의 전대차나 임차권의 양도의 경우는 물론이고, 임차인이 건물주로부터 한두 층을 임차하거나 종전 임차인으로부터 임차권을 양도받은 후 이를 여러 개의 코너별로 분할하여 전대하는 경우에도 마찬가지로 권리금이 수수된다. 이 때 임차목적물 전부에 대하여는 종전 임차인과 후의 임차인 사이에 코너별로는 임차인과 전대인 사이 및 종전 전차인과 나중 전차인 사이에 권리금이 수수되므로 권리금은 임대차, 전대차 또는 임차권의 양도에 부수하여 별도로 수수되는 것이기 때문에 임대차 등의 당사자는 권리금 수수의 당사자와 반드시 일치하지 않는다.⁶³⁾

2) 權利金 授受方法

권리금은 일시금으로 수수되는 것이 보통이다. 그러나 임대차계약서에서는 명기하지 않는 것이 일반적이다. 오히려 임대인과 임차인 사이의 임대차계약서에는 권리금은 인정하지 않는다고 부기하는 것이 상례이다.⁶⁴⁾ 다만 전대차나 임차권의 양도시에 임대인이 이에 동의하면서 임차인과 전차인 사이 또는 양도인과 양수인 사이에 권리금을 수수하는 것을 임대인이 묵인 내지 방관하는 대신, 새로운 임차인이나 전차인과의 사이에 임대차기간 만료시에는 시설물을 철거하여 원상회복시키고 권리금을 임대인에게 주장하지 않는다는 약정을 하는 것이 보통이다.

63) 김영일, "임대차에 있어서 권리금을 둘러싼 제문제", 재판자료집 제32집, 법원행정처, 1986, pp.328-329.

64) 김영일, 전제논문, p.329.

4. 權利金の 返還請求의 可否

일반적으로 권리금은 임대차 목적이 가지는 장소적 이익 등의 대가로서 지급되는 것과 당사자 의사 및 거래관행에 부합하기 때문에 임대차가 종료하였다 하여 그 반환을 청구할 수는 없는 것이 원칙이다.⁶⁵⁾ 권리금에 관한 분쟁은 적극적으로 그 반환을 구하는 소송을 제기하는 경우가 있을 수 있으나,⁶⁶⁾ 임대인의 임대물명도청구에 대하여 권리금을 반환받을 때까지 명도청구에 응할 수 없다는 항변형식으로 나타나는 것이 일반적이지만,⁶⁷⁾ 임차인, 전차인 또는 임차권의 양수인이 임대인을 상대로 하는 경우 뿐만 아니라⁶⁸⁾ 전대인과 전차인 또는 임차권의 양도인과 양수인 사이에서도 일단 지급한 권리금의 반환 청구를 부정하는 것이 우리의 판례의 태도이다.⁶⁹⁾ 다만 장기간에 걸쳐 임대차를 예상하고 전차인에게 권리금을 지급하였는데, 도중에 건물주의 명도요구에 의하여 전대차관계가 종료되어 버린 경우에는 권리금을 안분하여 목적물을 사용할 수 없었던 기간에 해당하는 부분은 반환하여야 한다는 판결도 있다.⁷⁰⁾ 이 경우의 반환의 성질은 부당이득의 반환이라고 보는 것이 타당하다.⁷¹⁾ 또한 슈퍼마켓을 양수하면서 종전의 영업으로 창출되고 누적된 고객확보 등에 대한 대가와 장소적 이익이라는 무형의 경제적 가치에 대한 대가 등을 포괄평가하여 양도인에게 권리금을 지급한 경우에는 양도인은 슈퍼마켓을 인수한 양수인이 고객확보나 영업이익이라는 측면에서 보아 적어도 이전과 동일한 상태에서 영업을 시작할 수 있는 기반을 넘겨주어야 하는 데 물품판매의 핵심이라고 할 수 있는 가격을 실제가격보다 30% 높게 고의로 조작하여 양도함으로써 물품가격이 비싸 양수인의 영업개시 시작부터 고객들이 이탈되도록 하여 양수인에게 영업기반을 넘겨 주려는 커녕 이를 침해하고 만 때에는 신의칙상 양도인은 받은 권리금 중 장소적 이익에 대한 평가분을 제외한 나머지 고객확보에 대한 대가에 상당하는 부분을 반환하여야 한다는 것이다.⁷²⁾ 예외적인 경우로 임차인이 차임의 선불적인 성격을 지닌 권리금을 임대인에게 직접 지급한 경우에 그 임대차가 도중에 종료하면 같은 선에서 역시 권리금을 안분하여 잔존기간에 해당하는 부분은 임차인에게 반환하여야 한다는 것이다.⁷³⁾

65) 이은영, 전계서, p.359 : 박윤직, 전계서, p.357 : 대판 1989. 2. 28. 87 다카 823.

66) 인천지판 1985. 11. 18. 85 가소 5084.

67) 춘천지판 1992. 4. 22. 91 가단 3362.

68) 서울고판 1974. 3. 8. 72 나 2048.

69) 인천지판 1985. 11. 28. 85 가소 5084.

70) 서울남부지판 1985. 4. 30. 84 가합 1313.

71) 같은 견해: 민일영, 전계논문, p.197.

72) 부산지판 1995. 1. 26. 944 나 16967.

73) 김영일, 전계논문, pp.347-349.

VI. 우리 나라 店舖賃貸借法案의 內容과 問題點

우리 나라에서는 주거목적의 주택임대차의 경우에는 주택임대차보호법의 적용을 받아 특별히 보호하고 있으나 영업목적의 영업용 건물임대차의 경우에는 민법 제618조 내지 654조의 임대차규정이 적용되므로 인해 점포 등 영업용 건물의 임대차의 경우에 임차인을 보호하기에는 다소 미흡한 점이 많다. 점포 등 영업용건물의 임차인은 보통 영세상인인 경우가 대부분 이고, 열악한 지위에 위치하여 소액보증금조차도 보호받지 못하는 영세 임차인 보호의 사각지대에 있다고 볼 수 있다.⁷⁴⁾ 이러한 점에 비추어 통산산업부 등 해당부처와 경제정의실천 시민연합회, 서울 YMCA 등의 시민단체를 중심으로 영업용건물 임대차보호법의 제정 논의가 있었으며, 1996년 7월 당시 신한국당의 이재오 의원의 49명이 가칭 "점포임대차보호법안"을 제정하고자 관계법률안을 국회에 상정함으로써 영업용 건물 임대인과 상인 등의 관심이 대두되게 되었다. 본 법안의 제안이유로서 "주택임대차 보호법의 적용대상은 주택에 한정되어 있으나 점포용건물의 임대차는 사회적 약자에 의하고 있어 점포차임의 폭등, 임대인의 해지권 남용으로 인해 경제적 약자인 점포임차인이 받는 불이익이 매우 크다. 따라서 점포용건물의 임대차시 일정한 요건을 갖춘 경우 대항력과 보증금의 우선변제를 인정하는 등 민법의 특례를 규정함으로써 영세상인의 영업활동을 보장하고자 한다"고 하는 입법취지를 밝힘으로써 영업용 건물임대차로 인하여 발생하는 사회적 문제를 해결하고자 한다.

1. 目的과 適用範圍

점포임대차법안의 제정목적은 "민법에 대한 특례를 규정함으로써 영세상인의 영업활동의 안정을 도모한다"고 규정하고 있으나(안 제1조), 현실적인 문제는 영세상인만이 아니라 모든 영업용 건물 임차에서 발생하는 문제점을 안고 있고, 영세상인의 범위를 정하는 것이 매우 곤란할 뿐만 아니라 적용범위에 있어서는 "점포영업용건물의 전부 또는 일부의 건물의 임대차에 관하여 적용한다"고(안 제2조) 함으로써 주택임대차보호법상의 적용범위와 상호충돌 문제가 발생할 수 있다.⁷⁵⁾

2. 店舖의 範圍와 定義

점포임대차보호법안에서 '점포'라는 용어를 사용하고 있으나, 영업활동에 주로 사용되는 사무실, 공장, 창고와 요즘에 주로 볼 수 있는 한 건물내부에 여러 개의 벤치기업들이 들

74) 윤철홍, "점포임대차보호법안의 문제점과 개선방향", 「부동산법학」 제4집, 한국부동산법학회, 1997, p.227.

75) 점포임대차보호법안 제2조 단서에서 '점포의 일부가 영업의 목적으로 사용되는 경우에도 적용된다'고 하여 주택임대차보호법 제2조와 상호 적용문제가 있다.

어서는 것과 같은 경우도 포함되는 해석상의 문제점을 안고 있다.⁷⁶⁾ 따라서 좁은 의미의 개념인 '점포'라는 용어를 쓰는 것보다는 '영업용건물' 명명하는 것이 타당하다고 생각한다.⁷⁷⁾ 특히 점포임대차보호법안은 점포, 영세상인, 권리금 및 보증금 등에 대한 개념정의가 없어 논란의 여지가 있다.

3. 賃借權의 對抗力

점포임대차보호법안 제3조 1항에서 "등기가 없는 경우에도 임차인이 점포의 인수와 임대차계약서상의 확정일자 또는 공증을 갖춘 경우에는 그 익일부터 대항력이 생긴다"고 하고 있으나, 주거목적의 건물임대차와 다른 영업목적 임대차에서도 같은 취지로 영업용 건물의 임대차의 대항력을 보는 것은 문제가 있다고 본다. 따라서 주거목적 임대차와 다른 영업목적 임대차의 경우에는 대항력을 달리 연구되어야 한다.⁷⁸⁾

4. 保證金の 優先辨濟權의 認定與否

점포임대차보호법안 제4조 "일정한 대항요건과 임대차계약서상에 확정일자 또는 공증을 갖춘 경우에는 경매 또는 국세징수법에 의한 공매시 임차점포(대지포함)의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 권리가 있다"고 하고, 동 법안 제8조에서 "임차인은 보증금중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다"고 규정하고 있으나, 임대인은 임차인보다 더 열악한 경우도 있을 수 있으므로 주택임대차와 같은 취지로 취급하는 것은 영업용건물 임대차에서 점포의 보증금을 최우선적으로 보호하는 것은 다른 채권자와의 형평성에 반하는 문제점이 있다.

5. 最短存續期間의 保護

점포임대차보호법안 제5조에서 "기간의 정함이 없거나 기간을 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 본다"고 규정하고 있으나, 이는 주거목적과는 다른 영업용 건물 임대차에 있어서는 영업목적상 개별적인 경우에 따라 그 용도가 다양함으로 이를 일률적으로 주택임대차와 같이 정하는 것은 문제가 있다. 경우에 따라서는 장기 임대기간이 임

76) 윤철홍, 전제논문, P.230.

77) 독일 민법 제580조에서는 '주거목적의 건물과 주거목적 이외의 건물(wohnräume und anderen räumen)'로 구분하여 적용하고 있다.

78) 소재선, 전제 "점포임대차법안의 문제점과 올바른 입법방안", P.228: 프랑스에서와 같이 영업용 건물임대차의 특수성에 따른 임대인과 임차인을 동시에 보호하는 공평의 이념에 입각하여 상업등기를 대항요건으로 하자는 견해가 있다.

차인에게 불리하게 작용하는 경우가 있을 수 있다. 영업이 잘되는 임차인은 장기간 임차를 원할 수 있으나 영업이 부진하는 경우에는 속히 처분을 해야할 경우도 있을 수 있기 때문에 주거목적 임대료처럼 강제적으로 통제할 수 없고 시장경제의 원리에 맡기는 것이 타당하다.

6. 權利金の 認定與否

점포임대차보호법안 제6조 2항에서 “임차인의 계약갱신 요구에 대하여 임대인이 정당한 사유없이 이를 거절하는 경우 임차인은 대통령으로 정한 기준에 의해 권리금중 일정액의 지급을 청구할 수 있다”고 규정하고 있으나, 현실적으로 임대인이 계약갱신을 거절하는 경우 임차인이 정당한 사유가 없음을 입증하기란 불가능할 뿐만 아니라 권리금의 개념자체도 명확하게 하고 있지 않아 해석상의 많은 문제점을 내포하고 있다. 다만 권리금은 음성적으로 행해지고 있으나 현행법만이 아니라 대법원 판례에서도 인정하고 있지 않다.⁷⁹⁾ 따라서 권리금의 문제는 임차인의 보호측면에서 좀더 검토되어야 한다.

7. 保證金の 返還確保

점포임대차보호법안 제8조 1항에서 “임차인은 보증금 중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제받을 권리가 있다”고 규정하고 있을 뿐 주택임대차보호법 제12조에서 전세금은 임차보증금으로 본다는 규정이 있으나 영업용 건물임대차에 있어서는 학설과 판례에 따라 해석할 수 밖에 없는 것이다. 또한 동법 제3항에서 “우선변제를 받을 보증금 중 일정액의 범위와 기준은 점포가액의 2분의 1의 범위안에서 대통령으로 정한다”고 있을 뿐 영업용 건물임대차의 경우에는 보증금인상통제를 당사자의 계약자유에 맡기고 있는 실정이며, 임대기간 만료시 임대인이 보증금을 바로 반환해 주지 않을 때 경제적인 약자인 임차인에게는 기간이나 비용 등을 감안해 볼 때 소송을 제기하는 어려운 실정이다.

Ⅶ. 우리 나라 營業用建物 保護制度의 立法方向

1. 營業用 建物賃貸借의 特殊性

주택임대차보호법상의 적용을 받는 주거 및 주거점용 임대차는 국민의 주거생활의 안정을 목적으로 하고 있지만 경제생활의 기초가 되고 있는 사무실·상가·점포 등과 같은

79) 대판 1989. 2. 28. 87 다카 823.

영업용 건물에 대해서는 아직 특별히 규율할 수 있는 법률이 없기 때문에 민법의 일반규정이 적용되고 있으나 영업용 건물임대차의 경우에는 임차인은 영업을 위한 시설투자를 하고 건물을 수리하여 영업상의 이익을 얻기 위하여 영업을 계속하여야 하는 계속적 채권계약이나 임대인이 임대차계약을 해지함으로써 인하여 임대차관계가 종료하고 임차인이 명도를 부득이 하여야 하는 경우에 임차건물에 시설투자를 한 비용을 상실하게 되는 경우가 많다. 다만 임차인은 임대차관계의 존속자체를 요구하는 갱신청구권을 행사하여 임대차기간만료나 임대인의 해지에 의한 임대차관계의 소멸기회 자체를 제한하는 규정이 없어 영업용 건물임대차의 경우 임차인은 항상 불안한 상태에서 영업을 하는 경향이 있다. 그리고 주거용 건물의 임대차는 권리금 등의 상호 수수행위가 없으나 영업용 건물임대차의 경우에는 관행상으로 권리금을 수수하는 것이 일반적이나 이에 대한 규율할 입법이 없다. 따라서 영업용 건물임대차의 경우에 문제가 되는 몇 가지 경우를 보면 다음과 같다.

첫째, 제3자에 대한 대항력에 있어서 주택임대차보호법상의 적용대상이 되는 주거용 및 주거겸용의 임대차의 경우에는 등기가 없어도 임차인이 주택의 인도와 주민등록을 마친 때에는 그 다음날로부터 제3자에게 대항할 수 있을 뿐만 아니라 건물이 매도나 양도 등으로 인하여 건물이 이전되더라도 새로운 양수인은 전임대인의 지위를 승계하므로 임차인은 임대기간 동안 안심하고 생활할 수 있다(주택임대차보호법 제3조 제1항 및 제2항). 그리고 임대차계약시에 확정일자인을 받아 대항력을 갖추게 되면 후순위 담보권자나 기타 채권자 보다 우선변제권이 있는 순위보전력이 있으므로 임차보증금을 반환받을 수 있고, 임차인이 보증금을 반환 받을 때까지 본 건물에 거주하고 있지 않아도 가능하고, 아울러 경매청구권도 가능하여 서민생활자의 주거안정에 기여하고 있다.⁸⁰⁾

이에 반하여 영업을 목적으로 하는 건물임대차는 임차인이 임대인에 대하여 임대차등기 절차에 협력을 청구할 수는 있으나, 현실적으로 임대인이 임대차 등기를 꺼리고 경제적인 약자인 임차인이 소송으로까지 가면서 임대인을 상대로 임대차 등기에 협력해 달라고 청구하기는 소송비용과 이에 따른 감정상으로 상당히 어려울 수 있으며, 실제상에서도 임대인이 등기에 협력을 하지 않은 경우가 많다. 영업용 건물임대차의 경우에는 현실적으로 등기한 때에 한하여 제3자에게 대항할 수 있을 뿐이다.(민법 제621조 제1항 및 제2항).

둘째, 보증금의 우선변제에 있어서는 주택임대차보호법에 의한 주택임대차에 해당되는 임차인은 주택의 인도와 전입신고를 마친 경우나 임대차계약상의 확정일자인을 구비한 때에는 민사소송법에 의한 경매 또는 국세징수법에 의한 경매시 임차주택의 환가대금에서 후순위권리자 기타 채권자보다 우선하여 보증금을 변제받을 수 있다(동법 제3조의 2 제2항). 보증금의 우선변제에 있어서 경매신청의 등기전에 임차인이 주택에 대한 대항요

80) 다만, 이러한 보호규정에도 불구하고 이에 대한 비판점이 있다(고상용, "주택임대차보호법 제2차개정후의 문제점과 그 개선방안", 「현대민법의 전망」, 서영배박사화갑기념, 경상대학교법학연구소, 1995, p.504-505.

건을 갖추면 서울특별시 및 직할시에서는 3,000만원 이하 보증금에 있어서는 임차인은 1,200만원, 기타 지역에서는 2,000만원 이하 보증금인 경우에는 800만원까지는 다른 담보 물권자나 채권자보다 우선하여 변제받을 수 있다(동법 제8조 제1항, 동시행령 제3조 제1항 및 제4조). 이에 반하여 영업용 건물임대차의 경우에는 대항력을 인정하기 위해서는 임대차계약시 영업용 건물에 등기를 하는 경우 이외에는 보증금에 대한 우선변제를 인정할 수 없으므로 임차인에게 지나치게 불리할 뿐만 아니고 임차인의 보증금을 회수할 수 없는 경우도 빈번히 발생하고 있다.

셋째, 임대차기간 및 기간의 갱신에 있어서는 주택임대차보호법에 해당되는 임대차의 경우에는 임대차기간을 정하지 않거나 기간을 2년 미만으로 정한 경우에는 2년으로 보고 있으며, 이러한 2년의 기간은 임대인에게 적용될 뿐이고 임차인에게는 불리한 경우에는 적용되지 않는다고 하는 임차인 유리의 원칙을 적용하고 있고, 1999. 1. 21. 개정에서도 '임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있다 규정'하여 임차인의 보호에 크게 기여하고 있다(동법 제4조 제1항 단서). 그리고 임대차기간 만료 6개월부터 1개월 전까지 임대인은 임차인에게 갱신거절의 통지 또는 조건을 변경하지 않거나 갱신하지 않는다는 통지를 하지 않으면 전임대차와 동일한 조건으로 계약이 갱신되어 기간의 약정이 없는 임대차로 보게된다(동법 제4조 제1항, 제6조 제1항 후문). 이에 반하여 영업용 건물임대차의 경우에는 임대차기간을 정하지 않는 때는 당사자는 언제든지 계약의 해지를 통지할 수 있고, 이 통지를 받은 날로부터 임대인이 해지 통지하는 경우에는 6개월, 임차인이 해지를 통지하는 경우에는 1개월의 기간이 경과하면 해지의 효력이 생긴다(민법 제635조 제1항 및 제2항 제1호). 실제상으로는 영업용 건물임대차의 경우에는 1년이라는 단기간의 기간을 약정하는 경우가 많아 이러한 짧은 임대기간이 지난 후에 임대인은 기간만료를 기회로 보증금인상을 요구하여 오는 것인 일반적인 현상이기도 한다. 경제적인 약자인 임차인은 이를 거부하지 못하고 부당한 보증금 인상을 해 주든지 아니면 임대물을 반환할 수밖에 없는 경우가 빈번하다. 이렇듯 영업용건물임대차의 경우에는 임대인은 임대기간이 지난 후 임대인이 여러 가지 조건을 제시하면 임대차계약의 갱신을 거부하여도 임차인은 이를 항변할 수 없고 오직 임대인의 자유로운 의사에 달려있다고 볼 수밖에 없다. 따라서 영업용 건물임대차의 경우에 임대인이 임대기간 만료 후 갱신을 거부하면 임차인으로서 권리금 및 시설비 등에 대하여 임대인에게 보상을 못받고 쫓겨나 큰 경제적인 손실을 입게 되므로 선진제국과 같이 임차인에게 최소한의 기간보장을 인정할 수 있도록 입법을 하여야 할 것이다.

넷째, 보증금의 통제에 대하여서는 주택임대차보호법의 대상이 되는 주거목적의 임차보증금의 증액청구는 약정차임 등의 20분의 1의 금액을 초과하지 못하며 그 증액은 임대차계약 또는 약정한 차임 등의 증액이 있는 후 1년 이내에는 하지 못하도록 하여 어느 정도 보증금인상이 통제되어 있다고 볼 수 있다(동법시행령 제2조). 임대차계약 체결후 1년이 지나야 임차보증금을 인상할 수 있고, 인상을 하더라도 보증금의 5% 이내라고 하여

보증금의 인상을 어느 정도 상한선을 통제하고 있다고 할 수 있다. 이에 반하여 영업용 건물임대차의 경우에는 공과부담의 증감 기타 경제사정의 변동으로 인하여 약정한 차임이 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대해서 차임의 증감을 청구할 수 있지만(민법 제628조) 영업용 건물의 성격상 일정한 임대기간이 지나야 영업권의 범위가 넓어지고 상호가 알려져 영업을 활발하게 진행되지만 임대인은 임대기간 후 바로 갱신조건으로 보증금을 지금의 보증금의 몇 배로 요구하면서 요구조건을 들어줄 수 없으면 갱신을 거부하겠다는 등의 횡포가 있어도 경제적인 약자인 임차인은 이를 거부하지 못하고 영업용 건물의 보증금 인상에 응하지 않을 수 없었다. 따라서 주거용 임대차와 같이 영업용 건물임대차의 경우에도 법적으로 보증금의 인상을 억제할 수 있는 특별한 장치가 필요하다.

따라서 경제적 약자인 임차인을 보호하기 위하여 특별법을 제정하던가 아니면 주택임대차보호법과 균형상 조화를 위한 대체 입법을 창안하는 방안을 강구하여야 할 것이다.

2. 營業用建物 賃貸借保護의 必要性

근대에 들어와서 소유권 절대의 원칙과 계약자유 원칙이 사법관계를 규율하는 자본주의 경제체제하에서 물건적 측면의 계약은 외면당하고 임대차라는 채권계약에 의한 부동산의 이용관계가 압도적으로 많은 것은 피할 수 없는 현실이다. 영업용 건물의 경우에는 일단 수요와 공급의 불균형이 발생하게 되면 이러한 채권적 이용관계는 결정적으로 임차인에게 불리하게 작용하게 된다. 특히 영업용 건물임대차에 있어서는 임차한 건물을 기반으로 하여 그 위에 경제생활관계를 구축하여 전력투구하고 있는데 만일 임대인이 일방적인 의사에 따라 임대차관계가 해소되어 버린 경우에 임차인의 경제생활관계는 그 근거를 상실하게 되며, 임차건물에 적지 않은 자본을 투하하는 일이 많으며 이런 경우에는 그 투하자본을 회수하는 법적 안전책을 마련한다는 것은 영업용건물 임차인 보호에 필요한 것이다. 영업용 건물 즉 사무실, 점포, 창고 등에 있어서 현행관련법의 맹점은 임차인이나 전차인은 보증금이나 차임이외에 권리금을 지불하고 또 시설비로 상당한 비용을 투자하지만 계약종료후 임대인이 계약갱신을 거절하거나 새 임대인이 영업용건물의 명도를 요구하는 경우에 영업용건물을 계속 사용할 수 없고 보증금의 반환여부도 불확실해지며, 보증금보다 액수가 크고 영업활동으로 인한 무형의 가치가 커진 권리금은 반환 혹은 보상의 특약이 없는 한 전혀 보호를 받을 수 없으며, 또 영업활동의 중단으로 인한 영업손실과 영업의 불완전성을 감수해야 하는 문제점이 있다.

한편, 우리 나라의 부동산등기법에서도 공동등기신청주의를 취하고 있기 때문에 원칙적으로 임대인의 협력이 없으면 등기를 할 수 없고, 당사자간의 반대 특약이 없으면 임대인에 대하여 등기절차에 협력을 청구할 수 있지만 임대인의 협력을 얻는다는 것이 그리 쉬운 일이 아니다. 그리고 "임차권이 등기 없이는 제3자에게 대항할 수 없다"고 규정하는

민법의 규정은 현실성 없는 경우이며,⁸¹⁾ 세계 어느 나라에서도 찾아 볼 수 없는 사문화 된 조항이며,⁸²⁾ 임차인의 보호에 역행하는 조항이라 할 수 밖에 없다.⁸³⁾ 따라서 영업용건물의 임대차에 있어서 임차를 보호하는 것은 무엇보다도 중요하다고 하지 않을 수 없다.

3. 立法의 性格 및 形式

영업을 목적으로 임차하는 건물임대차에 있어서는 경제적 약자에 있는 임차인을 보호하는 것을 목적으로 하는 소비자보호법적인 성격을 갖는다고 할 것이다. 그러나 주거목적으로 하는 주택임대차보호법상의 임차인의 보호제도와는 좀더 차원이 다르다고 할 수 있다. 주거목적의 임대차에 있어서는 전적으로 소비자인 임차인보호에 중점을 두었으나, 영업용 건물의 임대차에 있어서는 임대인의 보호와 임차인의 보호의 공평성이념에 충실하는 입법이 되어야 한다. 따라서 여기서 영업용건물임대차보호를 민법의 개정이 아닌 특별법으로 입법하더라도 우리 민법과 상호 정합성이 유지되도록 하여야 함은 당연하다고 할 것이다.

한편, 영업용건물임대차보호에 있어서 입법형식과 관련하여 두 가지 점에서 검토되어야 한다. 그 하나는 독일과 같이 민법의 임대차에 관한 규정을 개정하여 민법의 일부로 편입시킬 것인가 하는 문제이고, 다른 하나는 주택임대차보호법과 같이 특별법인 영업용건물임대차보호법을 제정하는 문제가 있을 수 있다. 이러한 견해에 대하여 영업용건물의 임대차를 위한 특례규정이 적용되는 것 등의 이유를 들어 민법의 개정으로도 충분하다는 의견도 있으나, 주거목적 건물임대차와 특히 구별하여 통일적으로 관리하여야 하는 점과 민법의 개정에 의할 경우에 그때 그때의 사회경제 상황변화에 신속히 대응하기 어렵다는 점, 제외국에서 특별법으로 제정하는 예가 있는 점등에 비추어 영업용건물임대차보호법의 특별법으로 제정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

4. 營業用建物 賃貸借의 立法方向과 課題

1) 營業用建物の 概念定義

영업용건물이라 함은 타인의 건물의 전부 또는 일부로써 임차인의 영리를 목적으로 하는 사업이나 사무실 등 고유 목적사업에 이용되는 것을 말한다. 앞서서도 본 바와 같이 점포라는 개념은 너무 협소한 개념이므로 위와 같이 영업용건물로 하고 주거목적 이외의 건물을 말한다고 보아야 한다.

81) 고상용, "민법상 임대차에 관한 개정의견", 1996년도 추계학술대회, p.1.

82) 소재선, "점포 임대차부쟁, 실태와 대책토론회 보고서", 제34회 신문고, 서울YMCA시민중개실, 1995, P.42.

83) 고상용, 전제논문, PP.1-2.

2) 營業用建物の 適用範圍

영업용건물의 적용범위에 있어서는 기본적인 요건으로 임대차관계가 있을 것, 임차인이 점유하고 있을 것, 사업을 목적으로 하고 있을 것 등의 요건을 구비하는 주거목적 이외의 영업목적으로 하는 것으로 하여야 한다. 따라서 영업, 직업, 고용을 포함하는 법인이든 자연인이든 임차인에 의하여 행하여지는 모든 사업활동을 포함한다.⁸⁴⁾ 또 일부만 영업목적으로 사용하고 일부는 주거목적으로 사용하는 겸용건물의 경우에는 어느 사용목적이 지배적인가를 묻지 않고 영업용건물임대차보호법이 적용되어야 한다고 본다. 다만 주거목적 임대차와 상호조화를 위하여 주택임대차보호법이 적용되는 경우에는 본 법의 적용을 배제하는 것이 합리적이라고 본다(주택임대차보호법 제2조 참조).

3) 當事者の 義務

임대인의 주된 의무는 영업용 건물을 인도하는 것이나 건물의 수선의무, 방해제거의무, 하자담보의무, 조작용매수의무 등을 규정하여야 하고, 임차인의 의무는 차임지불의무, 건물의 적법한 사용의무, 건물의 보관의무, 임대차종료시의 건물반환의무 등을 규정하여야 하나, 임료지불시기는 당사자의 자유로운 의사에 맡기는 것이 타당하며, 임차인이 건물을 적정하게 사용하지 않은 경우에는 임대인은 손해배상 및 계약을 해제할 수 있도록 하여야 한다. 또 임차인은 영업용건물에 제3자가 부당한 침해를 해온 경우에 지체없이 임대인에게 통지할 의무와 임차인 스스로 침해를 배제할 수 있도록 하여야 한다. 그리고 점유권에 대한 부당한 침해가 있는 경우에는 점유보전 및 점유회수의 소를 인정하여야 한다. 임대인이 임대건물의 보존에 필요한 수선 기타의 행위를 하고자 하는 경우에는 임차인이 이를 허용하여야 할 보존행위 허용의무를 인정하여야 한다.

4) 借賃의 決定과 統制

영업용건물의 경우 차임의 결정은 임대료를 산정하는 표준이 변동적인(예컨대, 임차인의 이윤이라든가 매상실적 등) 경우에는 가변적인 금액으로 산정하여야 하며, 이 경우에 정해진 최고금액 이상을 초과할 수 없도록 차임의 통제의 구체적인 경우를 시행령으로 다루어야 한다.

5) 賃借權의 讓渡·轉賃

당사자간의 특약이 없는 한 동일 목적으로 사용하는 경우에 영업용건물의 임대존속기간 내에는 양도 및 전대하는 경우 임대인의 사전승낙을 요하지 않도록 하여야 하고, 다만 사후통지로 가능하도록 하여야 한다.

84) 예를들면, 사무소, 상점, 차고, 창고, 공장, 실험실, 호텔, 영화관, 의원, 클럽, 대가 등이 포함된다.

6) 賃借權의 對抗力

임차권의 대항력에 있어서는 주택임대차와 달리 영업용건물은 상업등기를 대항요건으로 규정하면⁸⁵⁾ 무허가 영업을 방지할 수 있고, 투기 및 탈세를 방지할 수 있어 영업용건물은 상업등기를 대항요건으로 하는 것이 타당하다고 하는 견해가 있으나,⁸⁶⁾ 큰 건물의 임대나 백화점 등과 같은 대형건물의 임대차에 있어서는 모르되 영세상인들의 조그만 점포에까지 상업등기를 하도록 하는 것은 현실적인 실정에 타당하지 않다. 사견으로서는 영업용건물의 인도와 관인영업용건물임대차계약서에 의한 공증을 받은 날로부터 제3자에게 대항할 수 있도록 하고,⁸⁷⁾ 이러한 관인영업용건물임대차에 의한 공증은 공인중개사인 중개업자에게 부여하는 것이 우리 사회현실에 적합할 것으로 생각한다.⁸⁸⁾

7) 保證金の 問題

영업용 건물임대차에서 당사자간에 수수되는 보증금은 실제 관행화되어 있으나 보증금의 개념정의 뿐만 아니라 재산적 가치가 크므로 보증금의 상한선 및 인상통제와 임대기간만료후에 신속한 보증금의 반환에 대하여 규정할 필요가 있다.

8) 優先辨濟權의 問題

영업용건물임대차에 있어서는 주택임대차와는 달리 점포를 중심으로 이루어지는 상거래에서는 영세임차인보다도 더 열악한 채권자가 있을 수 있으므로 주거목적 임대차와 같이 우선변제권을 인정하는 것은 다른 제3채권자를 해할 염려가 있으므로 우선변제권을 인정하는 것은 영업목적 건물임대차에 있어서는 타당하지 않다고 생각한다.

85) 소재선, 전제 “점포임대차법안의 문제점과 올바른 입법방안”, pp.36-37: 상업등기를 하고 영업감찰을 내야되고 임대인측에서도 점포를 빌린 임차인이 영업을 하지 않는 상태를 오래 방치하면 임대료를 받을 수 없는 일이 생길 수 있으며, 점포의 가치도 하락하기 때문에 임대인에게도 피해가 될 수 있으므로 임대인과 임차인을 동시에 보호하는 공평의 원리에 입각하여 프랑스의 경우 처럼 상업등기를 규정하는 것이 바람직하지 않을 까 의문을 제기하고 있다.

86) 소재선, 전제논문, p.36.

87) 일부에서는 영업용건물의 인도와 확정일자를 받은 경우에도 대항력을 인정하자는 견해가 있으나 앞서서도 본 바와 같이 제도가 남용될 소지가 크다는 점이 문제가 되므로, 사견으로서는 타당하지 않다고 본다.

88) 이렇게 주장하는 이유는 공인중개사인 중개업자는 전문 중개업자일 뿐만 아니라 영업용건물의 임대가격을 평가하는데 현실가격을 가장 잘 평가할 수 있고, 사용하는 인감은 관할허가관청에 등록하도록 의무화하고 있으며, 중개사고에 대비하여 업무보증(보증보험, 공제, 공탁 중 하나)을 반드시 가입하도록 하고 있으므로 임대인과 임차인에게 보다 안전하고 또한 신속, 편리하다고 할 것이다.

9) 存續期間의 保護

영업용건물의 임대차에 있어서는 사용목적에 따라 다르기 때문에 법으로 강제하는 것 보다는 당사자의 사적자치에 맡겨야 하나, 다만 임대인이 지나치게 임료를 상승시킬 목적으로 단기로 하는 경우에는 최단기간을 정하여야 한다. 보통 최단기간은 3년이 타당할 것 같다.

10) 權利金の 認定問題

권리금의 인정문제와 관련하여 대법원은 당사자간의 권리금반환특약이 없는 상태에서 계약갱신의 거절시에 일정액의 권리금을 청구할 수 있도록 하여 그 내용에 대한 올바른 연구와 논의부재를 표출하고 있다.⁸⁹⁾ 권리금의 수수는 관행으로 행하여지고 있으나 권리금을 입법적으로 해결하는 것은 타당하지 않고, 당사자의 자치에 따르도록 하는 것이 합리적일 것 같다.

Ⅵ. 結 論

영업용건물 임대차보호제도는 특히 임대인보다 임차인을 보호하기 위한 목적에서부터 출발한다. 그렇다고 하더라도 영업용 건물은 주거목적과 다른 경제적 생활의 기초라고 할 수 있는 사무실, 상가, 점포 등과 같은 영업의 이익이라는 보호법익 다른데도 불구하고 획일적으로 주택임대차보호법의 원리를 그대로 차용하여 1996년 7월 임시국회에 상정된 점포임대차보호법안은 앞에서 본바와 같이 여러 가지 문제점을 노출시키고 있다.

영업용건물의 임대차보호에 있어서는 모든 영업용 건물에 대하여 임대차를 보호할 수 없으므로 영세상인의 범위가 명확히 하여야 한다. 영세상인을 정하는 경우에는 임대료, 보증금의 범위와 통제, 점포의 지역적 위치, 평수, 임대기간이 고려 대상이 될 것이다.

영업용건물 임대차보호에 있어서 보증금의 인상폭의 상한선을 법으로 규제하여야 하고, 권리금의 인정문제와 권리금의 반환문제도 반드시 규정하여야 한다. 존속기간은 당사자의 의사에 맡기는 것이 타당하고, 임차권의 양도 혹은 전대하는 경우에는 임대인의 동의없이 자유로이 할 수 있도록 하여야 하며, 다만 사후통지제도를 활용하는 것이 요구되어 진다. 그리고 대항요건과 관련하여서는 관인영업용건물임대계약서제도를 도입하여 시행하는 것도 우리의 사회현실에 적합하다고 할 것이다. 그리고 영업용건물의 경우에는 특히 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이 법원에 임차권등기명령을 신청하여 임차권등기가 경료되면, 등기와 동시에 대항력 또는 우선변제권을 취득하도록 하여야 하고, 임차권등기 이후에는 영업건물의 점유와 공중의 요건을 갖추지 않더라도 임차인이 영업

89) 대판 1989. 2. 28. 87 다카 823·824.

용건물을 점유하지 않더라도 대항력을 유지하도록 영업용건물 임대차 등기명령제도를 도입하여야 한다.

따라서 영업용건물 임대차보호제도는 예상되는 제반문제의 발생 가능성을 종합적으로 고려하여 임대인과 임차인 공평한 이익을 도모하여 양당사자 사적자치의 원칙에 따라야 하고, 시장경제원리에 따라 입법을 추진하여야 할 것이다.