

독일 민법상 주택임대차와 상가임대차

Living Room Rental and Commercial Building Lease in the German Civil Code

김 형 선*

Kim, Hyung-Sun

목 차

I. 머리말

III. 맺음말

II. 임대차관계에 관한 개별규정

독일 임대차는 독일민법 제578조에 의하여 주택임대차 규정이 상가임대차에 준용된다. 임대차계약은 당사자의 합의에 의한 문서의 형식을 요건으로 한다. 이 경우 계약상 양당자의 이익의 조절을 목적으로 독일민법 제305조 이하의 일반거래약관의 규정이 적용된다. 이는 우리나라가 정당한 이익조정을 목표로 하고 있음에도 불구하고, 실제로 임차인의 보호에 치중하는 것에 대하여 많은 시사점을 주고 있다. 우리나라의 임대차에 관한 민법 규정과는 달리 독일 민법상의 임대차에 관한 규정이 더 구체적으로 규정되어 있으나 주택임대차와 달리 상가임대차에 관한 논의는 그리 활발한 편이 아니다. 독일 민법상의 임대차에 관한 규정은 종래 시장논리에 맡겨져 있던 임대차에 관한 판례와 이론을 특별법이 아닌 독일민법전에 구체적으로 규정하고 있다는 점에서 높이 평가할 만하다고 할 것이다.

투고일 : 2014. 12. 31. 심사완료일 : 2015. 1. 13. 게재확정일 : 2015. 2. 2.

* 건국대학교 법학연구소, 책임연구원

Senior Researcher, Institute for Legal Studies School of Law Konkuk University,
Dr. jur

[주제어] 주택임대차, 상가건물임대차, 사용대차, 임대인의 권리·의무, 임차인의 권리·의무

I. 머리말

현재 우리나라의 임대차는 민법의 특별법으로서 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법에 의하여 이분적으로 규율되고 있다. 후법은 상가임차인의 보호를 목적으로 2002년 11월 1일 제정되었으며, 현재까지도 사회적·경제적 약자인 상가임차인의 보호를 강화하기 위하여 개정작업이 진행되고 있다.¹⁾ 예컨대 우리나라에서 특히 문제가 되고 있는 권리금에 대한 임차인의 법적 보호를 위한 법제화가 2015년에 시행된다.²⁾ 이번 개정안의 주요 목적은 임대인과 임차인간 공평한 이익분배를 가능하게 하는데 있다.³⁾ 그럼에도 불구하고 이러한 법제화로 인하여 2015년 개정안 시행이전부터 사회적인 부작용을 낳고 있다.⁴⁾ 또한 이번 개정안을 추진함에 있어서 영국, 프랑스 등의 주요국의 입법례가 참고되었음에도 불구하고,⁵⁾ 일부 논문은 입법례로서 독일 민법조문만을 번역하는데 그치고 있다.⁶⁾

1) 상가건물임대차 보호법(시행 2014. 01. 01, 법률 제12042호, 2013. 08. 13) 개정이유서 참조.

2) 이에 대하여는 법무부, “상가건물임대차보호법 개정안 마련”, 2014. 09. 23일자 보도자료 참조.

3) 위 법무부, 위의 보도자료, 3쪽.

4) 예컨대 권리금에 대한 사회적인 문제에 관하여 MBC 9시 뉴스, 2014. 08. 20일자 보도; 서울경제‘상가권리금 법제화’의 역풍, 2014. 12. 18일자 보도 참조.

5) 위 법무부, 앞의 보도자료, 14쪽.

6) 예컨대 정수경, “상가건물임대차보호법의문제점과개선방안에관한연구”, 부산대학교대학원 박사학위논문, 2009. 08, 98쪽 이하 및 최환주, “상가건물임차인보호에 관한연구: 경매절차를 중심으로”, 전남대학교 대학원 박사학위논문, 2007. 08, 32쪽

연혁적으로 독일도 영업용 건물에 관한 법률이 1952년에 시행되어 1972년 폐지될 때까지 주거용 건물과 영업용 건물을 각각 달리 규율하고 있었다. 동법률에 의하면 영업용 건물과 미건축지의 임대차관계는 임차인보호법에 의한 임대료의 통제를 받지 않고 시장경제에 일임되었다.⁷⁾ 그 후 독일은 주거용 건물과 영업용 건물 임대차(이하: 상가임대차)에 관한 규정을 민법에서 규율하는 일원적인 체계를 취하고 있다. 이와 같은 민법규정은 임대인과 임차인간 이익조정을 목적으로 2001년 9월에 개정되었고, 이를 계기로 임대차관계 소송이 간소화되었다. 이러한 개정법은 단순히 약자인 임차인의 보호라는 관점에서가 아니라, 노동시장에 있어서 조정의 필요성, 투자의 자극, 환경보호의 관점에서 임대차제도와 결합하여 입법화 되었다.⁸⁾ 본 논문에서는 독일 판례를 중심으로 독일 민법상 주택임대차와 상가임대차를 구분하여 살펴보고자 한다. 이와 같은 검토는 독일의 판례경향과 이론을 정확히 전달함으로써 우리나라의 상가건물임대차 보호법과 독일 민법에 의하여 규율되고 있는 임대차를 비교검토 함에 있어 도움이 되고자 한다.

이하는 독일 민법조문을 각각 일본문헌과 한국 문헌을 인용하면서 단순히 번역하고 있다.

7) 이에 관하여는 양창수, “독일의 새로운 임대차법”, 법학연구 제43권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2002, 288쪽 이하 참조.

8) 소제선, “독일 임대차현대화법 (2001년 개정)의 과제와 전망”, 성균관 법학 제16권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2004, 12, 75쪽; 그러나 이미 1997년도 임대차개혁이 위와 같은 목적으로 시도되었다. 이에 대하여는 Klein-Blenkers, in: NomosKommentar BGB, Band 2/1: §§ 241-610, 2. Auflage, Nomos, vor §§ 535-580a BGB, Rn. 158 참조.

II. 임대차관계에 관한 개별규정

1. 구별기준 및 적용범위

독일 입법자는 민법 제578조 제2항에서 상업공간(Gewerberaum)에 관하여 “주거공간이 아닌 그 외의 공간”이라는 표제하에 소극적으로 규정하고 있으며 주거공간에 관한 규정은 부동산 및 상가용 건물에 준용된다.⁹⁾ 또한 제580a조에 의한 해지기간 규정을 두어 주거용 건물과는 달리 취급하고 있다.¹⁰⁾ 상업공간과 주거공간의 구별기준은 계약목적으로부터 도출되며,¹¹⁾ 영업 목적으로 이용한다는 명시적 혹은 묵시적 합의로 충분하고 실제적으로 사용하는가는 중요하지 않다.¹²⁾ 넓은 의미에서 생업목적에 사용되는 것으로 족하고 자영업자의 업무, 농업과 임업을 목적으로 사용되는 공간 및 비독립적인 생업의 활동을 위한 공간도 상업용 공간의 범주에 포함된다.¹³⁾ 주거공간과 영업공간이 동시에 겹치는 경우, 임대차관계는 통일적으로 해석되어야 하며 주거공간관계의 보호규정을 근거로 전체적으로 주거공간관계로 본다.¹⁴⁾

독일 민법은 임대차를 민법 제90조의 의미에서의 물건(Sachen)에 관하여만 임대차계약이 체결되는 사용임대차(제535조-제580a조)와 독일 민법 제581조에 의하여 물건의 사용과 그 사용으로 인한 과실의 취득뿐만 아니라 하나의 권리가 대상인 용익임대차(제581조-제597조)로 구분

9) Schäfer, in: NomosFormulare Mietvertrag, § 5, Rn. 1.

10) 아래 II. 3. (1) 2) 참조

11) Klein-Blenkers, a. a. O., vor §§ 535-580a BGB, Rn. 12; Schäfer, a. a. O., § 5, Rn. 2.

12) Schäfer, a. a. O., § 5, Rn. 5; Stangl, in: NomosFormulare Mietvertrag, § 1, Rn. 5, 14.

13) 소재선, 상가건물임대차법, 경희대학교 출판국, 2005, 85쪽.

14) Schäfer, a. a. O., § 5, Rn. 5.

하여 규정하고 있다.¹⁵⁾ 임대차와의 구별기준은 과실의 향유여부에 있다. 나아가 계약상 다수의 대상들에 있어서 사용과 과실향유가 이용자에게 귀속된다면, 전체적인 계약목적으로부터 계약유형이 정하여진다.¹⁶⁾ 예컨대 판례는 고객장부, 노하우 혹은 상호와 같은 비물질적인 영업가치의 양도는 용익을 위한 간접사실(Indiz)로서 인정하고 있다.¹⁷⁾ 구체적으로 양도된 공간이 기업의 경영을 위해 필요한 장비와 특수성들을 보여주는냐에 따라서 용익임대차 관계가 결정된다.¹⁸⁾ 그러나 민법 제581조 제2항에 의하여 민법 제582조 및 제584b조에 달리 정함이 없는 한 주거공간에 관한 임대차를 제외한 임대차에 관한 규정은 용익임대차에도 적용된다.¹⁹⁾

2. 차임, 보증금과 임대인의 질권

2.1 차임

2.1.1 주택임대차

임대차는 쌍방의 채무계약으로서 민법 제535조에 의하여 임대인은 임차인에게 물건(Sachen)의 사용을 보장할 의무가 있는 반면에, 임차인은 합의된 임대료를 지급할 의무가 있다.²⁰⁾ 차임은 당사자간의 합의에

15) Büttner, in: Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des Fachanwalts, 3. Auflage, Kapitel 16, Rn. 5 ff.; Klein-Blenkers, a. a. O., vor §§ 535-580a BGB, Rn. 102.

16) Klein-Blenkers, a. a. O., vor §§ 535-580a BGB, Rn. 103.

17) BGH, MDR 1991, S. 1063.

18) BGH, ZMR 1979, S. 238.

19) Büttner, a. a. O., Kapitel 16, Rn. 8.

20) Brox, besonderes Schuldrecht, 22. Auflage, § 9, Rn 152; Ehlert, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB(Hersg: Bamberger/Roth, 이하 BeckOK), § 355 BGB, Rn. 3.

의하나, 예컨대 탈세를 목적으로 체결된 임대차계약은 민법 제134조에 의하여 전부무효이다.²¹⁾ 차임은 민법 제579조 제2항, 제556조 제1항에 의하여 늦어도 차임이 산정되는 각 단위기간의 제3영업일까지 지급되어야 한다. 임차인은 공간을 사용할 의무가 없기 때문에 주거공간을 비워 놓고 있어도 민법 제537조에 의하여 차임지급의무가 있다. 임대인이 제3자에게 임대한 경우, 임대인 자신이 공간들을 사용하거나 혹은 변경한 경우 및 공간들을 창고 혹은 거주공간으로서 수공업자에게 양도한 경우, 임차인은 차임지급의무를 지지 아니한다.²²⁾ 이러한 임대인의 이행준비상태의 해태에 관한 입증책임은 임차인에게 있다.²³⁾ 차임이 미리 지급되어야 하는 경우와 장래의 여러 달치를 미리 지급하여야만 하는 경우, 민법 제547조 제1항에 의하여 임대차관계 종료 후의 시기에 차임이 미리 지급된 경우에는 임대인은 이를 반환하고 수령시로부터 이자를 지급하여야 한다. 임대인의 책임 없는 사유로 임대차관계가 종료한 경우라면 부당이득반환에 관한 규정인 민법 제812조 이하에 의하여 반환하여야 한다. 민법 제818조 제3항에 의하여 임대인은 선지급된 차임을 임대차관계가 종료 후 경제적으로 고려된 임대인 재산의 한도에서 상환하여야만 한다.²⁴⁾

2.1.2 상가임대차

영업공간임대차의 차임에 관한 민법 규정은 없으며, 다만 민법 제535조 제2항에 의한 임차인의 차임지급의무만을 규정하고 있다. 따라서 주택임대차에 관한 규정이 상가임대차에도 적용된다. 독일 연방법원의 판결에 의하면 정확한 차임상한의 합의는 불가결한 것이 아니다. 당사자

21) BGH, NZM 2003, S. 716.

22) Gramlich, Mietrecht, 12. Auflage, S. 39.

23) OLG Oldenburg, WuM 1981, S. 177.

24) Gramlich, a. a. O., S. 63.

에 의한 차임상한규정이 결핍된 경우, 차임은 통상의 그리고 적절하게 합의된 것으로 간주되어야 한다.²⁵⁾ 임대차계약에 있어서 차임상한선과 차임산정은 원칙적으로 자유로이 합의 할 수 있다. 그러나 추후에 기한 없이 임대료가 인하된다는 것은 임대인이 장래에 언제든 철회 가능하므로 문서형식으로 하여야만 한다.²⁶⁾ 나아가 비교가능한 객체를 위한 차임으로서 정의되는 시장임대가 대략 100퍼센트 초과된 경우, 민법 제138조 제2항(풍속위반의 법률행위: 폭리)의 객관적 구성요건을 충족한다.²⁷⁾

2.2 보증금과 임차인질권(Vermieterpfandrecht)

2.2.1 주택임대차

보증금은 당사자간의 합의에 의하여 정해지나, 임대인은 임대차계약에서 보증금에 관하여 명백히 합의한 경우만 보증금지불을 요구할 수 있다.²⁸⁾ 민법 제562조에 의하여 주거공간의 임대인은 질권을 갖고 있으며, 개별사안에 있어서 민법 제551조에 의하여 계약상 합의된 보증금 이외에도 임대인의 청구권들은 보장된다. 특히 질권행사에 관한 규정들인 민법 제1222조, 제1227조부터 민법 제1250조, 제1252조, 제1255조, 제1256조는 제1257조 의미에서의 법정질권인 임대인질권에 적용되며, 민법 제1228조, 제1233조에 의하여 임대인은 물건을 매도할 권리를 - 통상적으로 경매의 방법으로 - 갖는다.²⁹⁾ 집달관에 의하여 물건이 압류 되면 임대인은 자신의 임대인질권을 근거로 특히 민사소송법 제805조에 의하여 변제를 요구할 수 있다. 민법 제562a조 첫째 문장에 의하여 물건이 토지로부터 반출되는 것을 임대인이 알거나 이의를 제기하지 않으면

25) BGH, ZMR 2002, S. 895.

26) BGH, MietRB 2005, S. 228.

27) KG, ZMR 2001, S. 614.

28) Gramlich, a. a. O., S. 75.

29) Gramlich, a. a. O., S. 155.

임대인질권은 그 물건이 토지로부터 반출된 때에 소멸한다. 임대인의 부지(ohne Wissen)와 관련하여서 물건이 비밀리에 반출될 필요는 없다.³⁰⁾ 동조항 둘째 문장에 의하면 반출이 통상의 생활관계에 상응하거나 잔존물이 임대인의 담보로써 명백히 충분한 경우, 임대인은 반출에 대하여 이의를 제기할 수 없다. 민법 제562b조는 임대인의 자력구제권(Selbsthilferecht)과 반환청구권(Herausgabeanspruch)을 규정하고 있다. 임대인이 동조 제1항에 의한 자력구제를 행사하려면 민법 제562a조의 요건을 충족하여야 할 뿐만 아니라 물건은 당연히 압류할 수 있는 대상이어야 한다.³¹⁾ 임차인이 임대인질권의 대상물인 물건을 제거하였다면 경우에 따라서는 형법 제289조에 의한 형사처벌을 받는다.³²⁾ 임대인이 물건의 반출을 저지하지 않고 이를 미리 재판상 행사하지 않은 경우, 민법 제562b조 제2항에 의하여 임대인질권은 물건의 반출을 안 후 1월이 경과함으로써 소멸한다.

2.2.2 상가임대차

영업공간임대차에 관한 보증금 규정도 독일 민법전에는 규정되어 있지 않고, 다만 주거공간임대차에 관한 보증금이 민법 제551조에 규정되어 있을 뿐이다. 주지하는 바와 같이 민법 제551조 제3항은 단지 주거공간관계에 해당한다. 파산신청과 관련한 주거공간관계와는 달리 임대인의 기타의 재산과 분리된 보증금작성이 규정되어 있지 않다. 따라서 임차인은 상업공간관계에 있어서 보증금처리사례를 위하여 보증금을 그의 기타의 재산에 포함시킬 수 있는 권리가 있다. 이 경우 파산법 제47조에 의한 제거권(Aussonderungsrecht)이 임대인에게 귀속되지 않는다.³³⁾

30) Gramlich, a. a. O., S. 157.

31) Gramlich, a. a. O., S. 158.

32) BayObLG, NJW 1981, S. 1745.

3. 임대차 기간 및 종료원인

3.1 기간의 정함이 없는 임대차

3.1.1 주택임대차

우리나라의 일부 문헌³⁴⁾이 독일 임대차존속기간의 최장기간이 30년이라고 기술하고 있으나 일본 문헌과 독일 조문을 오역한 것이다. 민법 제544조에 의하면 30년 이상의 임대차계약을 체결 할 수 있으나, 30년이 경과한 후 해지할 수 있다는 의미로 해석되어지므로 임대차계약은 종신까지 체결될 수 있다.³⁵⁾ 임차인이 생존한 기간 동안을 내용으로 하는 임대차계약은 임차인의 사망으로 종료된다.³⁶⁾ 임대차 기간이 정함이 없다면 민법 제542조 제1항에 의하여 계약의 당사자는 법률의 규정에 따라서 해지 할 수 있다. 임차인이 사망한 경우 민법 제580조에 의하여 그 상속인 및 임대인은 임차인의 사망을 안 후 1개월 이내에 법정기간을 두어 임대차를 특별해지 할 수 있다. 민법 제545조에 의하면 임대차 기간이 경과 한 후에도 임차인이 목적물을 계속 사용하는 경우, 당사자 일방이 2주 내에 상대방에 대하여 반대의사를 표시하지 않는 한, 임대차 관계는 기간의 정함이 없이 연장된다. 이 조항은 임대인이 임대차관계의 종료의사를 명확히 하지 않으면 법적 명확성의 원칙상 임대차관계의 지속을 연장한다는 것이다.³⁷⁾ 이 경우 당사자들의 의사와 생각이 중요한 것이 아니라 임차인이 사실적으로 지속사용(Gebrauchsfortsetzung)하는지가 임대차관계의 묵시적 연장을 위한 기준이 된다.³⁸⁾ 1년을 넘은

33) Schäfer, a. a. O., § 5, Rn. 118.

34) 정수경, 앞의 논문, 91쪽

35) Schäfer, a. a. O., § 5, Rn. 270.

36) Gramlich, a. a. O., S. 53.

37) Gramlich, a. a. O., S. 54.

38) BGH, ZMR 1986, S. 274.

기간으로 체결되는 임대차 계약이 서면으로 체결되지 아니한 경우는 민법 제550조에 의하여 기한의 정함이 없는 것으로 본다. 따라서 서면으로 하지 않은 합의도 유효하며 민법 제550조에 의한 특별해지의 가능성은 고려되지 않는다.³⁹⁾ 합의된 임대차 기간은 임대차 계약의 체결시점이 아니라 임대차관계가 시작된 시점부터 산정되어 진다.⁴⁰⁾ 문서상의 서명이 분명치 않아 의문이 든다면 무효이다. 해지는 주거공간이 양도된 후 적어도 1년이 경과되어야 할 수 있다. 계약이 명백히 2년까지 체결되고 해지의 효력이 1년 안에는 불가능하거나,⁴¹⁾ 혹은 민법 제572조 제2항에 의한 연장약관(Verlängerungsklausel)에 따라 계약이 사전에 해지되지 않고 1년 연장한다는 합의를 한 경우는 계약기간이 1년을 초과하지 않은 것으로 된다.⁴²⁾

3.1.2 상가임대차

독일민법 제542조 제1항은 영업공간 임대차에도 적용된다.⁴³⁾ 그러므로 독일민법 제580a조에 의한 기간에 해지 할 수 있으며, 30년 이상 임대차계약이 체결되었다면 양당사자는 30년이 경과 후 그리고 임대물양도 후 계약을 해지할 수 있다.⁴⁴⁾ 토지와 통상의 주거공간들의 경우와는 달리 독일민법 제580a조 제2항에 의하여 영업공간임대차 해지가 어떠한 분기의 제 3노동일까지 행하여지면, 다음 분기의 경과로 해지의 효력이 발생한다. 또한 독일민법 제579조는 차임의 만기에 관하여 규정하고 있다. 그러나 이와 같은 규정들은 공간과 관련한 부동산에 관하여 일반적으로 규정하고 있을 뿐이며, 특별히 상가임대차관계만을 규정한 것은

39) Gramlich, a. a. O., S. 72.

40) Gramlich, a. a. O., S. 70.

41) BGH, NJW 2007, S. 1742.

42) Gramlich, a. a. O., S. 70.

43) Schäfer, a. a. O., § 5, Rn. 90.

44) Schäfer, a. a. O., § 5, Rn. 91.

아니다. 다만 독일민법 제310조에 의한 일반약관규정의 적용여부에 있어서 그 의미가 있다.⁴⁵⁾

3.2 기간의 정함이 있는 임대차

3.2.1 주택임대차

기간의 정함이 있는 임대차는 독일민법 제542조 제2항에 의하여 법에서 허용된 경우 혹은 기간이 연장된 경우가 아닌 한 기간의 만료로 종료한다. 임대차 계약이 당사자 일방의 악의에 의한 기망으로 체결된 경우 독일민법 제123조(사기, 강박에 의한 취소), 제124조(취소기간)의 요건 하에서 취소가 가능하다.⁴⁶⁾ 이와 같은 이유로 취소된 경우 임대차계약은 부당이득반환의 법리에 따라서 재청산되며, 임차인은 차임가치를 그 지역의 통상적인 절충임대료(Vergleichsmiete)로까지 산정하여야 한다.⁴⁷⁾ 중대한 사유로 인한 특별해지권이 독일민법 제543조에 자세히 규정되어 있다. 동조 제1항은 특별해지를 위한 중대한 사유로서 개별사안의 모든 사정, 예컨대 계약당사자의 과책과 양당사자의 이익형량을 고려한 해지기간 및 임대차관계의 지속을 기대 할 수 없는 경우를 규정하고 있다. 동조 제2항 제1호는 임차인이 목적물을 계약목적에 합당하게 사용하는 것을 방해한 경우를 규정한다. 원칙적으로 임차인이 행하는 해지의 동인으로서 모든 방해가 - 예컨대 소음, 습기, 불충분한 난방, 출입의 방해⁴⁸⁾ 등 - 해당 된다.⁴⁹⁾ 손해발생의 원인에 다름이 있는 경우, 손해발생의 원인이 임차인의 책임영역에서 발생하였다는 입증책임을 임대인이 부담한다.⁵⁰⁾ 제2호는 임차인의 주의의무 해태로 인한 목적물

45) Klein-Blenkers, a. a. O., vor §§ 535-580a BGB, Rn. 13.

46) Gramlich, a. a. O., S. 44.

47) BGH, NJW 2009, S. 1266.

48) OLG Dresden, NZM 1999, S. 317.

49) Gramlich, a. a. O., S. 46 f.

의 위험초래와 권한 없이 제3자에게 양도한 경우를 중대한 사유로서 들고 있다. 이러한 해지는 책임 없이 행위한 임차인에 대하여도 가능하다.⁵¹⁾ 주거의 위험은 단순히 손해발생의 제거가능성에 존재하는 것이 아니라 구체적인 사정들을 근거로 객관적으로 존재하여야 한다.⁵²⁾ 제3호는 차임지급의 지체를 규정하고 있다. 그러나 지불하지 않은 보증금을 근거로 한 해지권은 일반적으로 존재하지 않는다.⁵³⁾ 동조 제3항은 해지기간과 입증책임이 규정되어 있다. 이와 같이 제2항에서 규정된 사례들에 있어서 기대불가능성(Unzumutbarkeit)은 당연히 법적으로 유형화되고 더 이상 개별적으로 규명되어서는 아니된다.⁵⁴⁾

3.2.2 상가임대차

해지의 경우 독일민법 제569조, 제578조가 적용된다. 독일민법 제569조 제1항은 임차인이 주거공간을 이용함으로써 건강상 위험을 초래한 경우를 규정하고 있다. 동 조항은 공공의 보건정책상 이익에 도움이 되고 이에 상응한 경우에 폭 넓게 적용된다.⁵⁵⁾ 독일민법 제543조에 대응하여 마찬가지로 제2항은 당사자 일방이 영업공간의 평온을 지속적으로 방해한 경우를 규정하고 있다. 그러나 동 조항은 유책하고 중대한 침해를 요건으로 하기 때문에 독일민법 제543조 보다도 적용범위가 좁다.⁵⁶⁾ 따라서 독일민법 제569조는 계약에 위반하여 사용하는 모든 경우들에 적용되는 것은 아니다.⁵⁷⁾ 동조 제2a항은 임차인이 담보급부를 지체한 경우를, 제3항은 독일민법 제543조 제2항 첫째 문장의 보충규정으로서,

50) BGH, NJW-RR 2005, S. 235.

51) Gramlich, a. a. O., S. 48.

52) BVerfG, ZMR 1994, S. 11; BGH, NJW 1993, S. 2528.

53) BGH, NJW-RR 2007, S. 884.

54) BGH, NJW 2009, S. 2195.

55) KG, ZMR 2004, S. 261.

56) Gramlich, a. a. O., S. 182 f.

57) OLG Koblenz, ZMR 1997, S. 578.

마지막으로 제5항은 제1항부터 제3항 및 독일민법 제543조 위반의 법률 효과를 각 규정하고 있다. 즉, 당사자 일방이 독일민법 제569조에 규정된 어느 한 경우에 해당한다면 당사자 일방은 독일민법 제543조 제4항에 규정된 방식으로 해지 할 수 있다.

3.3 특별해지권

3.3.1 주택임대차

독일민법 제540조 제1항에 의하면 임차인은 임대인의 허가(Erlaubnis)를 얻어 임대목적물을 제3자에게 양도 할 수 있다. 임대인이 허가요청을 거절한 경우, 임차인은 제3자의 신상에 중대한 사유가 없는 한 법정기간에 특별해지를 할 수 있다. 임차인이 불특정한 사람에게 양도를 문의하였다면 특별해지권은 존재하지 않는다.⁵⁸⁾ 임대인의 계고(戒告, Abmahnung)에도 불구하고 임차인이 임차목적물을 계약에 위반하여 계속 사용한다면 경우에는 독일민법 제541조에 의하여 임대인은 사용중지의 소구를 할 수 있다. 이러한 계고에는 임차인의 계약위반적인 행위가 구체적으로 적시되어야 하고 이러한 행위에 대한 장래의 부작위(zukünftige Unterlassung)가 명백히 요구되어야 한다.⁵⁹⁾

3.3.2 상가임대차

주택임대차의 법리가 상가임대차에도 적용된다. 즉, 임차인이 전대인에게 전대의 허가를 구하면서 특정되지 않은 혹은 단지 애매모호하게 전대인을 추천한 경우와 같은 방법으로 임대인에게 문의하여 임대인이 대답하지 않았다면, 특별해지권은 발생될 수 없다.⁶⁰⁾ 또한 임대인이 임

58) OLG Celle, NJW-RR 2003, S. 728.

59) Gramlich, a. a. O., S. 43.

60) OLG Koblenz, NJW 2001, S. 1948.

차인에게 전대를 허가하지 않은 경우, 임차인은 독일민법 제540조 제1항에 의한 영업공간에 대한 특별해지권은 제외된다. 이러한 해지권은 일반 약관에 의해서 유효하게 제외될 수 없을 뿐만 아니라 영업공간에 대하여도 효력이 없다.⁶¹⁾ 전대에 의하여 예컨대 영업적 이용대신에 주거공간 사용과 같은 사용유형이 변경된 경우, 임차인의 해지권은 부인된다.⁶²⁾ 유예기간 없는 해지근거의 계약상 합의뿐만 아니라 특별한 해지가능성도 독일민법 제305조 제2항 제1호에 의하여 무효로 될 수 있다.⁶³⁾

4. 대항력

4.1 양도와 임대물

4.1.1 주택임대차

“매매는 임대차를 깨뜨리지 아니한다(Kauf bricht nicht Miete).”라는 표제로 독일민법 제566조에서 임대차의 대항력에 관하여 규정하고 있다. 동조 제1항에 의하면 주거공간이 임차인에게 인도된 후 임대인이 제3자에게 양도한 경우, 양수인이 소유권을 가지는 기간 동안 임대인에 갈음하여 임대차관계로부터 발생하는 권리, 의무를 가진다. 나아가 동조 제2항은 양수인의 의무해태와 임대인의 책임을 규정하고 있다. 즉, 양수인이 그 의무를 이행하지 않은 경우, 임대인은 양수인이 배상하여야 할 손해에 대하여 선소(先訴, Vorausklage)의 항변권을 포기한 보증인과 같은 책임을 진다고 규정하고 있다. 다만 임차인이 임대인의 통지에 의하여 소유권이전을 안 경우, 임차인이 해지를 할 수 있는 최초의 기한에 해지를 하지 아니한 때에는 임대인은 그 책임을 면한다. 매도인의

61) BGH, WM 1995, S. 1473.

62) Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, *Geschäftsraummiете*, 3. Auflage, 2012, C. H. Beck, Kap. 15, Rn. 130.

63) Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, a. a. O., Kap. 2, Rn. 204 f.

소유권취득 전에 무효로서 해지된 임대차계약의 경우에도 다만 임차인이 이전에 이사가지 않았음을 조건으로 독일민법 제566조에 의한 보호를 받는다.⁶⁴⁾ 양수인에 대한 소유권양도 전에 표명된 의사표시는 양수인이 양도인으로부터 소유권양도에 관한 권한을 위임받은 경우이거나,⁶⁵⁾ 양수인이 자신의 이름으로 그리고 전(前)임대인의 위임장으로 의사를 표시한 경우에만 그 효력이 있다.⁶⁶⁾ 양도인은 소유권변경전에 발생한 모든 청구권에 대하여 채권자의 지위에 있다.⁶⁷⁾ 계약상 청구권의 만기가 소유권변경 후의 어느 한 시점에까지 연기된 경우만 양수인이 책임을 진다.⁶⁸⁾ 소유권변경 전(前) 동안 매도인은 결산기간 만료에 계산과 잔액(Saldo)을 스스로 결산하여만 한다. 이 경우 결산청구권의 만기는 중요한 문제가 아니다.⁶⁹⁾

4.1.2 상가임대차

독일민법 제578조 제1항에 의하여 독일민법 제566조 이하의 규정은 상가임대차에 준용된다. 그러나 취득자의 부동산 취득으로써 철회권 또한 그에게 양도되기 때문에 독일민법 제566조에 의한 그의 보호는 불필요하다.⁷⁰⁾ 임대인이 변경된 경우, 독일민법 제566조는 소유권자와 임대인이 동일하다는 것을 전제로 적용된다.⁷¹⁾ 따라서 임대인이 인적(人的)으로 동일시 혹은 부분적으로 동일시되지 않은 경우, 동조항은 적용되지 않기 때문에 취득자는 독일민법 제985조에 의하여 목적물반환청구권을 행사 할 수 있을 뿐이다.

64) BGH, NJW 2010, S. 1068.

65) BGH, NJW 1998, S. 896.

66) Gramlich, a. a. O., S. 166.

67) BGH, NJW 1985, S. 451.

68) BGH, NJW 1988, S. 705.

69) BGH, NZM 2004, S. 188.

70) BGH, MietRB 2005, S. 228.

71) Schäfer, a. a. O., § 5, Rn. 270.

4.2 임대차담보와 권리설정

독일민법 제578조에 의하여 독일민법 제566조 이하의 규정인 보증금과 권리설정에 관한 상가임대차에도 준용된다. 또한 독일민법 제566a조는 담보에 관하여 규정하고 있다. 즉, 양도된 영업공간의 임차인이 자신의 의무이행에 관하여 임대인에게 담보를 제공한 경우, 양수인은 이에 의하여 발생한 권리와 의무를 승계한다. 임대차관계의 종료시에 임차인이 양수인으로부터 담보를 반환 받을 수 없는 경우에는 임대인이 이를 반환할 의무를 부담한다. 그러나 독일민법 제551조에 의한 임차인의 보증금급부에 대한 청구권이 독일민법 제566조에 의하여 항상 양수인에게 이전되는 것은 아니다.⁷²⁾ 또한 주의할 것은 주거에 관한 매매계약이 2001년 9월 1일 이후에 체결된 경우에만 독일민법 제566a조가 적용될 수 있다는 것이다.⁷³⁾ 따라서 2001년 9월 1일 이전에 행해진 소유권변경시에 보증금이 이전되지 않은 경우에도 양수인은 이러한 보증금을 반환하여야만 한다.⁷⁴⁾

나아가 독일민법 제567조에서 임차인에 의한 주거공간의 부담을 규정하고 있다. 즉, 임대인이 임대한 주거공간을 임차인에게 인도한 후 그 목적물에 제3자의 권리를 설정한 경우, 그 권리의 행사로 인하여 임차인이 계약에 따른 사용을 하지 못하게 되는 때에도 독일민법 제566조 및 제566e조에 의한 대항력 규정이 준용된다. 그러나 주거공간에 부담을 설정하여 임차인의 계약에 따른 사용을 해하게 되는 한에서 임차인에 대하여 그 행사를 하지 아니할 의무를 부과하고 있다. 독일민법 제567a조에 의하면 임대인이 임대한 주거공간을 임차인에게 인도하기 전

72) OLH Hamburg, ZMR 1997, S. 415.

73) BGH, NJW-RR 2009, S. 1164; 이는 상가임대차의 경우에도 적용된다, 이에 대하여는 BGH, NZM 2006, S. 179.

74) BGH, NZM 2012, S. 681; 이와 반대되는 이전의 판례에 대하여는 BGH, NJW 1999, S. 1857.

에 제3자에게 양도 혹은 임차인이 계약에 따른 사용을 못하게 하거나 제한하는 권리를 설정한 경우, 양수인은 임대인에 대하여 임대차관계로부터 발생한 의무이행을 인수한 때에는 독일민법 제566조 제1항과 제567조의 경우와 같은 대항력 규정이 적용된다.

양수인이 임대된 주거공간을 재(再)양도 혹은 임차인의 권리를 제한한 경우, 독일민법 제567b조에 의하여 독일민법 제566조 제1항, 제566a조 및 제567a조가 준용된다. 새로운 양수인이 임대차관계로부터 발생한 의무를 이행하지 않은 경우, 동 조항에 의하면 임대인은 독일민법 제566조 제2항에 의하여 임차인에게 책임을 진다. 이와 같은 보증인적 지위와 유사한 책임은 임대차계약 후에 참여하는 양수인이 아닌 임차인과 임대차계약을 체결한 임대인에 관련된 것이다.⁷⁵⁾

5. 임차인의 비용상환청구권 및 수거권

5.1 원칙

독일민법 제536조에서 임대물하자과 법적하자의 경우에 있어서 임대차법상의 보장을 규정하고 있으며, 이러한 보장은 독일민법제536조 이하에서 그리고 특히 해지규정인 독일민법 제543조와 제569조에서 구체적으로 규정되어 있다. 임차인은 독일민법 제536a조 제2항에 의하면, 임대인이 하자(瑕疵)의 제거에 있어서 지체하거나(Nr. 1), 임대목적물의 상태를 유지 혹은 회복하기 위하여 하자의 제거가 즉시 필요한 경우(Nr. 2), 임차인은 이러한 하자를 제거하고 임대인에게 그에 필요한 비용상환을 요구할 수 있다. Nr. 1.의 경우는 하자제거를 위한 임차인의 의무가 아니라 하나의 권리로서 발생하며, Nr. 2.는 임차인의 긴급조치(Notmassnahme)에 관련된 것이다.⁷⁶⁾ 동조항의 의미에서의 하자제거에

75) Gramlich, a. a. O., S. 174.

필요한 비용이 아닌 경우에도, 독일민법 제539조 제1항에 따르면 사무관리의 규정이 준용되어 임차인은 임대인에게 임대목적물에 지출 한 비용을 청구할 수 있다. 그리고 동조 제2항은 설비수거권을 규정하고 있다. 주거의 존립을 변경하지 않고 개선을 위해 지출된 비용이 임대인의 추정적 혹은 사실적 의사에 합당하다면, 임차인은 사무관리 규정인 독일민법 제683조 및 제685조에 의하여 비용상환을 청구할 수 있다.⁷⁷⁾ 그러나 임차인이 자기의 취향에 따라서 공간 혹은 차고의 개조를 위한 권한을 가지고 있다면, 일반적으로 그가 이러한 개조를 위해 지출한 비용의 상환을 포기한 것으로 본다.⁷⁸⁾ 원칙적으로 임대인은 임대차 목적물에 부속시킨 목적물을 임대차기간 만료 후 자신의 비용으로 수거할 권리와 의무가 있다.⁷⁹⁾ 즉, 임차인은 독일민법 제258조에 의하여 주거를 원래의 상태대로 원상복구 시킬 의무가 있다.

5.2 계약당사자 일방의 악의

임대물의 하자로 인한 자구조치와 비용상환청구권(독일민법 제536a 조)은 원칙적으로 하자원인이 임대인 혹은 임차인의 위험영역에 있었는지 그리고 손해배상청구권이 임차인에게 귀속되는지는 중요하지 않다.⁸⁰⁾ 임차인이 임대인에게 하자제거에 대하여 사전에 요구하지 않고 제거기간을 주지 않으면서 하자를 제거한 경우, 임차인은 일반규정(§§ 536a II, 539, 683, 812 BGB)에 의한 비용상환청구권을 요구할 수 없다.⁸¹⁾ 손해의 원인이 단순히 임대인의 영역 안에서 존재하였다는 것만이 확인

76) Gramlich, a. a. O., S. 33.

77) Gramlich, a. a. O., S. 42.

78) BGH, NJW-RR 2007, S. 1309.

79) 결과에 있어서 동지 BGH, NJW 1981, S. 2564.

80) BGH, NJW 2008, S. 2432.

81) BGH, NJW 2008, S. 1216.

된 경우, 임대인은 유책성과 관련하여 그의 책임은 면제된다.⁸²⁾ 이에 반하여 독일민법 제536b조에 의하면 임차인이 계약체결시에 목적물의 하자를 안 때에는 독일민법 제536조, 제536a조를 근거로 하자의 제거에 필요한 비용상환을 청구할 수 없다. 그러나 임대인이 악의적으로 하자에 대하여 말하지 않아서 임차인이 그러한 하자에 대하여 중대한 과실로 알지 못한 경우, 비용상환청구권은 임차인에게 귀속된다. 임차인에게 이행청구권이 있는 경우, 하자제거를 위해 지출된 비용과 관련하여서 임차인은 차임에 대하여 유치권을 행사할 수 있다.⁸³⁾ 임차인이 하자에 대하여 추후에 알았다면, 독일민법 제536c조에 의하여 이러한 하자를 임대인에게 알려야 한다. 독일민법 제536d조에 의하면 계약당사자의 합의로 목적물의 하자로 인한 임차인의 권리를 배제할 수 있으나, 악의로 침묵한 임대인은 이러한 합의를 원용할 수 없다. 임대인이 악의로 침묵한 경우 이러한 배제약관(Ausschlussklausel)은 무효이나 전체 계약을 무효로 하는 것은 아니다.⁸⁴⁾

5.3 소멸시효

임대목적물의 변경(Veränderung)혹은 가치저하(Verschlechtung)로 인한 임대인의 설비제거청구권은 독일민법 제548조 제1항에 의하여 6개월의 소멸시효에 걸린다. 이러한 손해는 임대주거에서 발생하는 것이 아니라, 임대주거의 사용과 관련하여서 발생된 것이어야 한다.⁸⁵⁾ 또한 동조 제2항에 의하면 임차인의 비용상환청구권과 설비수거인용청구권은 임대차관계의 종료 후 6개월의 소멸시효에 걸린다. 일반적으로 소멸시효

82) BGH, NJW 2006, S. 1061.

83) BGH, NJW-RR 2007, S. 1021.

84) Gramlich, a. a. O., S. 37.

85) BGH, NJW 2006, S. 2399.

기간의 시작은 열쇠를 반환함으로써 시작되지만 모든 열쇠를 반환할 필요는 없다.⁸⁶⁾ 주거가 매매된 경우, 소멸시효는 매수인이 등기부에 등록된 것을 임차인이 안 시점부터 시작된다.⁸⁷⁾ 그러나 독일민법 제536a조에 의한 임차인의 손해배상청구권과 전대를 위한 허가거절로 인한 손해배상청구권은 위와 같은 단기 소멸시효에서 제외된다.⁸⁸⁾ 또한 독일민법 제545조에 의하여 묵시적 사용에 의한 임대차계약관계의 지속 혹은 독일민법 제574a조에 의한 이의에도 불구하고 임대차계약관계가 지속된 경우, 소멸시효는 시작되지 않는다.⁸⁹⁾

Ⅲ. 맺음말

독일 임대차는 독일민법에서 주택임대차와 상가임대차를 규율하고 있으나, 독일민법 제578조에 의하여 주택임대차의 규정이 상가임대차에 준용되고 있다. 독일 임대차계약은 문서로서 체결되며 독일민법 제305조 이하의 일반거래약관 규정이 적용된다. 임대인과 임차인간의 이익조정을 목적으로 임대차에 관한 규정이 2001년도에 개정되었다. 이는 우리나라가 정당한 이익조정을 목표로 하고 있음에도 불구하고, 실제로 임차인의 보호에 치중하는 것에 대하여 많은 시사점을 주고 있다. 임대차법의 개정으로 사용임대차 규정을 하나의 독립된 편으로 독일민법전에 규정되었음에도 불구하고 사용임대차와의 구분기준은 불명확하다. 우리나라의 임대차에 관한 민법 규정과는 달리 독일 민법상의 임대차에 관한 규정이 더 구체적으로 규정되어 있으나 주택임대차와 달리 상가임

86) OLG Düsseldorf, NJW-RR 2009, S. 1461.

87) BGH, NJW 2008, S. 2256.

88) OLG Frankfurt, NZM 2001, S. 586.

89) Gramlich, a. a. O., S. 67.

대차에 관한 논의는 그리 활발한 편이 아니다. 독일 민법상의 임대차에 관한 규정은 종래 시장논리에 맡겨져 있던 판례와 이론을 특별법이 아닌 민법전에 구체적으로 규정하고 있다는 점에서 높이 평가할 만하다고 할 것이다. 이는 독일은 임차인보호를 위하여 일반법으로서 독일민법전에 광범위하게 규정하고 있으며 민법을 중심으로 논의가 되고 있음에 반하여, 우리나라는 임대인보호라는 동일한 목적으로 특별법의 형식으로 주택임대차보호법과 상가임대차보호법을 제정 시행하고 있으나, 이는 결국 임대인과 임차인의 이익형량적 측면에서 불합리할 뿐만 아니라 민법의 기능을 훼손하는 것이므로 임대차를 위한 특별법들의 존재의미를 제고하여야 할 것이다. 실제로 2015년 상가건물임대차보호법 개정안은 권리금을 제외한 독일민법과 상당히 일치하고 있다. 그러나 상가권리금의 문제는 다른 영역(예컨대 경제법상의 경제적약자보호의 원칙 등), 민법조문의 해석(예컨대 불공정한 법률행위와 계약해석) 및 개정(예컨대 사용임대차의 제정)에 의하여 충분히 해결될 수 있다고 사료되므로 장래에는 임대차보호법을 통한 임차인보호보다는 민법의 틀에서 심도 있는 논의가 전개되어야 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

소재선, 상가건물임대차법, 경희대학교 출판국, 2005.

Beck'scher Online-Kommentar BGB, Hersg: Bamberger/Roth, C. H. Beck München, 2014. 05. 01.

Brox, Hans, Besonderes Schuldrecht, 28. Auflage, C. H. Beck, 2003.

Gramlich, Bernhard, Mietrecht, 12. Auflage, C. H. Beck, 2013.

Harz/Käab/Riecke/Schmid, Handbuch des Fachanwalts Miet- und Wohnungseigentumsrecht, 3. Auflage, C. H. Beck, 2010.

Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, Geschäftsraummiete, 3. Auflage, C. H. Beck, 2012.

NomosFormulare Mietvertrag, 2. Auflage, Baden-Baden, 2013.

NomosKommentar BGB, Band 2/1: §§ 241-610, 2. Auflage, Nomos, 2012.

2. 학술지

소재선, “독일 임대차현대화법 (2001년 개정)의 과제와 전망”, 성균관법학 제16권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2004, 73-90쪽.

양창수, “독일의 새로운 임대차법”, 법학연구 제43권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2002, 288-314쪽.

3. 학위논문

정수경, “상가건물임대차보호법의문제점과개선방안에관한연구”, 부산대학교 대학원 박사학위논문, 2009. 08.

최환주, “상가건물임차인 보호에 관한 연구: 경매절차를 중심으로”, 전남대학교 대학원 박사학위논문, 2007. 08.

4. 보도자료

법무부, “상가건물임대차보호법 개정안 마련”, 2014. 09. 23.

5. 신문기사

MBC 9시 뉴스, 2014. 08. 20.

서울경제 ‘상가권리금 법제화’의 역풍, 2014. 12. 18.

[Abstract]

Wohnraumsmiete und Geschäftsraumsmiete in BGB

Kim, Hyung-Sun*

Die Vorschriften über das Wohnmietrecht in Deutschland wird gemäss § 578 BGB der Geschäftsraumsmiete entsprechend angewendet. Der Mietvertrag setzt eine Vereinbarung zwischen dem Vermieter und dem Mieter mit der Schriftform voraus. In diesem Zusammenhang kommen die Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in §§ 305 ff. BGB zum Zweck der Ausgleich des Interessen zwischen den vertraglichen Parteien in Betracht. Dies stellt uns den aktuellen Schwerpunkt, weil unsere Reform des Mietrechts in Korea nach den einseitigen Mieterschutz tendiert, obwohl sie auf die Interessenabwägung zwischen dem Vermieter und dem Mieter abzielt. Zwar wird die zivilrechtlichen Vorschriften über das Mietrecht in Deutschland weiter als in zivilrechtlichen Vorschriften in Korea festgeschrieben. Aber die Geschäftsraumsmiete in Deutschland steht noch nicht viel als die Wohnraumsmiete zur Diskussion. Es wird jedoch hoch bewertet, dass die in Rechtsprechung und Literatur diskutierte Frage nach dem Mietrecht, das früher dem Prinzip des Markts ausgesetzt wird, nicht in das besondere Recht, sondern in das BGB eingefügt wird.

* Senior Researcher, Institute for Legal Studies School of Law Konkuk University,
Dr. jur

[Key Words] Wohnraumsmiet, Geschäftraumsmiet, Pacht, Das Recht und die Pflicht des Vermieters, Das Recht und die Pflicht des Mieters