

코로나19 사태와 상가임대차 관련 법률문제

Covid-19 und Geschäftsraummiete

김진우*

Kim, Chin-Woo

목차

- | | |
|---------------------------------|-----------------------|
| I. 들어가며 | IV. 임대차계약의 해지 |
| II. 차임지급 관련 상가임대차계약의 기본
구조 | V. 임차인의 손해배상청구권 |
| III. 사정변경으로 인한 임차인의 차임감액
청구권 | VI. 보증금에서의 연체차임 공제 문제 |
| | VII. 나오며 |

코로나19 사태는 시설폐쇄·집합금지 명령, 사회적 거리두기, 재택근무 또는 온라인 강의 등 새로운 생활방식을 요구하면서 세계적 차원에서 공공생활에 심대한 제약을 가져왔을 뿐만 아니라 우리 경제의 여러 방면에 큰 충격을 주고 있다. 이 사태로 인하여 특히 상가건물에서 영업하는 많은 소상공인 겸 임차인의 경제적·사회적 존립이 위협받고 있다. 그것은 현재의 완화상황을 고려할 때에도 시급히 해결을 요하는 법률문제를 제기한다. 코로나19 사태로 인하여 임차인들은 상가건물에서의 영업을 통한 수입이 크게 줄었다. 이와 관련하여 실무상으로는 특히 차임지급 의무의 존부와 범위에 관한 의문이 제기되고, 차임연체로 인한 임대차계

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2020..21.3>

투고일: 2020. 7. 31. / 심사외일: 2020. 8. 7. / 게재확정일: 2020. 8. 18.

* 한국외국어대학교 법학전문대학원 교수

Professor Dr. iur., Hankuk University of Foreign Studies Law School

약의 해지, 보증금의 처리 또는 심지어 손해배상이 문제된다. 코로나19 사태 아래서도 임차인은 계속하여 차임지급의무를 부담한다. 코로나19의 확산을 방지하기 위한 행정당국의 조치(시설폐쇄 · 집합금지 명령, 사회적 거리두기 시행)는 원칙적으로 차임 감액을 가능케 하는 임차물의 하자라고 할 수 없다. 임대인은 계약법상 예견할 수 없었던 전염병 관련 임대물의 용익 제한이나 매출 감소를 방지할 의무를 부담하지 않기 때문이다. 나아가 임차인은 민법 제537조, 제538조에 따라 차임지급의무를 면할 수 있는 것도 아니다. 행정당국에 의한 시설폐쇄 · 집합금지 명령 또는 사회적 거리두기 시행은 기껏해야 일시적 불능을 초래할 뿐이기 때문이다. 상가 임대차의 경우 특약이 없는 한 임차물의 사용을 통한 수익 창출의 위험 내지 사용위험은 원칙적으로 임차인이 부담한다. 그러나 전염병의 세계적 대유행으로 인한 행정당국의 시설폐쇄 · 집합금지 명령 또는 고강도 사회적 거리두기 시행으로 매출이 급감한 경우는 임차인의 통상적 사용위험 한계를 넘어선 것으로 보아야 한다. 이 경우 당사자들은 코로나19 사태로 인한 매출 급감의 위험을 상가임대차법 제11조 또는 민법 제628조를 기반으로 의심스러운 경우에는 고통 분담 차원에서 50:50으로 부담하는 것이 공평할 것이다. 당사자들이 매출 기반 차임을 합의했다는 사실만으로 코로나19 사태로 인한 매출 급감의 위험에 대한 완결적 의미가 있는 계약상의 위험분배가 행하여진 것으로 볼 수는 없다. 임차인이 계속하여 원래의 차임에 구속되는 것을 기대할 수 있는지 여부를 검토할 때 이익형량의 범위 내에서 개별 사안의 모든 사정을 고려해야 하지만, 코로나19 사태로 인하여 매출이 50% 이상 급감한 경우 원칙적으로 본래의 차임에의 구속에 대한 기대가능성의 임계치를 넘어선 것으로 볼 수 있다. 코로나19 사태 관련 차임감액의 궁극적인 목표는 의심스러운 경우 고통 분담 차원에서 위험을 균분하는 데 있다고 할 것이다. 계약해지권은 극히 예외적인 상황에서만 고려된다. 손해배상청구권도 예외적인 경우로 제한된다. 임차인이 차임을 연체하는 경우 임대인은 보증금에서 해당 금액을 공제할 수 있으나, 그것은 원칙적으로 임대차 종료 후에만 그러하다고 해야 할 것이다.

[주제어] 상가건물 임대차, 계약준수의 원칙, 차임지급의무, 차임감액, 사정변경, 사용위험, 기대가능성, 차임 기반 임대차, 시설폐쇄 · 집합금지 명령, 사회적 거리두기

I. 들어가며

코로나19 사태는 시설폐쇄·집합금지 명령, 사회적 거리두기, 재택근무 또는 온라인 강의 등 새로운 생활방식을 요구하면서 세계적 차원에서 공공생활에 심대한 제약을 가져왔을 뿐만 아니라 우리 경제의 여러 방면에 큰 충격을 주고 있다. 이 사태는 여행 관련 업종에 가장 큰 타격을 주었지만,¹⁾ 부동산산업에도 심각한 영향을 미치고 있다.²⁾ 특히 상가건물에서 영업하는 많은 소상공인 겸 임차인의 경제적·사회적 존립이 위협받고 있다. 사상 초유의 개학 연기와 온라인 개학이 시행되면서 학교 주변 상권은 그야말로 초토화되었으며, 코로나19 사태의 장기화로 모임·체육대회 등 각종 행사가 중단되면서 단체 활동과 관련된 업체들의 매출은 (특히 반 티·모임 티 등 단체 티 판매 및 제조업체의 매출은 전년 대비 99%가 감소하는 등) 직격탄을 맞았다.³⁾ 그 밖에 아래의 <사례>들은 코로나19 사태와 관련된 상가건물 임대차(이하 ‘상가임대차’라 한다)의 단면을 보여준다.

<사례 1> 대전에서 노래방을 운영하는 A씨는 2020년 3월 말경 구청에서 “영업 중 신종 코로나바이러스 감염증(코로나19) 확진자가 발생할 경우 손해배상을 청구하겠다”는 공문을 받고 사실상 영업을 중단하였다.⁴⁾

- 1) 중앙일보, 코로나 ‘집콕족’에 성형외과 매출 늘었다…면세점은 -88%, 2020.5.21. <<https://news.joins.com/article/23782227>>, 검색일: 2020.8.20. 일에 따르면, 국내에서 코로나19 확진자 수가 절정에 달하던 2020년 3월 면세점 매출은 2019년 3월 대비 88% 줄었다. 같은 기간 여행사와 항공사 매출도 각각 85%, 74%씩 감소했다. 2020년 1분기와 2019년 1분기를 비교할 때에도 여행사 -59%, 면세점 -52%, 항공사 -50%로 모두 큰 타격을 입었다.
- 2) 위 중앙일보 기사에 따르면, 학원 업종 2020년 3월 매출은 2019년 3월 대비 무술 도장·학원은 -85%, 예체능 학원 -67%, 외국어 학원 -62%, 입시·보습학원 -42%로 나타났다. 노래방 업종은 -50%, 유흥주점은 -39%, 피부관리 -32%, 미용실 -30%였다.
- 3) 한국경제, “한 달 몇천만원씩 벌었는데…” 코로나 6개월에 ‘초토화’, 2020.7.21. <<https://www.hankyung.com/economy/article/202007206527g>>, 검색일: 2020.8.20.

<사례 2> 광주에서 코로나19 확진자가 나온 지 반년 가까이 지나면서 가게 문을 닫는 상인들이 급증하고 있다. 상가건물을 임대로 내놔도 새로 들어오려는 임차인이 없어서 임대 매물만 쌓여가고 있다. 여기에다 현재 휴업 중인 상인들도 폐업할 가능성이 커서 2020년 3, 4분기에도 임대 매물은 더 늘어날 것으로 전망된다.⁵⁾

<사례 3> 이태원 클럽 발 코로나19 확진자가 확산하면서 서울특별시는 2020년 5월 9일 클럽과 콜라텍 194곳에 대하여 집합금지 명령을 내렸고, 이러한 사실상 영업 중단 명령은 2달이 넘게 이어졌다.⁶⁾

이와 관련하여 몇 가지 의문이 제기된다.

(1) 코로나19 확산 방지를 위하여 행정당국에 의한 상가건물폐쇄, 일반 공중의 출입금지, 집합금지 명령이 내려지거나 또는 사회적 거리두기의 시행으로 매출이 급감한 경우 임차인은 임대인에 대하여 차임지급유예 등 계약의 수정을 요구할 수 있는가?

(2) 코로나19 사태의 직격탄을 맞은 임차인이 차임감액을 청구할 수 있는가? 그리고 이것이 긍정될 경우 차임감액은 어떤 범위에서 이루어져야 하는가?

(3) 임차인은 코로나19 사태로 인한 매출 감소를 이유로 임대차계약을 해지하거나 심지어 임대인에 대하여 손해배상을 청구할 수 있는가?

(4) 임대인은 임대차 존속 중 연체된 차임을 보증금에서 임의로 공제할 수 있는가?

4) 연합뉴스, [팩트체크] 코로나로 문닫은 상인들, 월세감액 제도 없나?, 2020.3.28. <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20200327123100502>>, 검색일: 2020.8.20.

5) KBS NEWS, 코로나19로 폐업 늘고, 임대 매물 쌓이고, 2020.7.15. <<http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4495089>>, 검색일: 2020.8.20..

6) 연합뉴스TV, 서울시 클럽·콜라텍 다음주 집합금지 해제여부 논의, 2020.7.24. <<https://www.yonhapnewstv.co.kr/news/MYH20200724000500038?did=1825m>>, 검색일: 2020.8.20.

이들 문제에 대하여는 논란의 여지가 있고, 때로는 매우 상이한 결과로 이어질 수 있다.

본 연구는 코로나19 사태로 인한 상가임대차를 둘러싼 현실적 위험을 분명히 하고 아울러 코로나19 사태로 인한 위와 같은 법률문제들을 해결하기 위한 논의의 출발점을 제공하려는 목적에서 작성되었다.⁷⁾ 그러함에 있어 임대차계약 당사자들의 주된 급부의무와 관련된 문제에 초점을 맞추었다.

II. 차임지급 관련 상가임대차계약의 기본구조

부동산 임대차계약이 체결될 때 당사자들은 상호 주된 의무 및 부수적 의무의 이행을 약속한다. 민법 제623조에 따라 임대인은 목적물의 인도 의무 및 계약이 존속하는 동안 목적물의 용익에 필요한 상태를 유지할 적극적 의무를 부담한다. 이 의무는 과실 여부를 묻지 않는다. 따라서 임대인은 특약이 없는 한 임대물의 물리적 성상에 대한 위험 또는 우연한 훼손의 위험을 부담한다.⁸⁾ 이것은 임차인의 차임지급의무(민법 제618조), 보증금계약에 의한 보증금 지급의무에 대응하는 임대인의 핵심적 의무이다.⁹⁾

상가임대차의 경우 특약이 없는 한 임차물의 사용을 통한 수익 창출의 위험(Gewinnerzielungsrisiko) 내지 사용위험(Verwendungsrisiko)은 원칙적으로 임차인이 부담한다.¹⁰⁾ 그래서 예컨대 “월세 100만 원”처럼 순

7) 코로나19 사태와 급부장애에 관한 법률문제에 관하여는 김진우, “코로나19 사태와 급부장애: 급부장애 일반론과 매매, 도급 및 여행계약에서의 급부장애를 중심으로”, 비교사법 제90호, 2020, 285쪽 이하 참조.

8) 독일도 마찬가지로는 점은 Günter, NZM 2016, 570.

9) 민일영, 제623조, 판윤직 편집대표, 민법주해 제15권, 박영사, 1997, 86쪽.

10) 독일의 확립된 판례와 통설: Zöll, in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, *Geschäftsraummierte*,

수한 고정 차임을 지급하기로 한 원칙적인 모습의 상가임대차에서는 임대인이 임차인의 사업운영에 개입하지 않는다. 즉, 임차물에서의 영업을 통해 수익을 창출할 수 있는지 여부 내지 사업의 성패는 -그에 관한 특약이 없는 한- 오롯이 임차인의 몫이다.

임대인은 임차인이 목적물을 용익할 수 있도록 할 적극적 의무를 부담하지만, 그것은 목적물인도의무, 방해제거의무, 수선의무, 비용상환의무에 그치고 아울러 목적물에 하자가 있는 경우 손해배상 기타의 책임(담보책임)을 질 뿐이다.¹¹⁾ 이들 파생적 의무와 담보책임은 모두 목적물 그 자체에 대한 것이다. 특히 방해제거의무는 임차인의 용익에 대한 제3자의 점유침탈 등 방해를 배제하는 것을 내용으로 하는데, 전염병 확산을 막기 위한 행정당국의 시설폐쇄·집합금지 명령 또는 사회적 거리두기 시행은 공익적 차원의 것이어서 제3자의 방해라고 할 수 없다. 즉, 코로나19 사태 아래서 행정당국이 시설폐쇄·집합금지 명령을 내리거나 고강도 사회적 거리두기를 시행하는 것은 사람 간 접촉을 최소화함으로써 집단감염을 막고 아울러 보건·의료시스템을 붕괴시키지 않으려는 공익적 이유가 있기 때문이다. 또한, 임차인 또는 그의 종업원이 코로나19에 감염되어 치료 중이거나 감염 방지를 위한 자가격리 중이어서 임차물을 용익할 수 없거나, 행정당국의 시설폐쇄·집합금지 명령으로 인하여 임차물을 용익할 수 없다면, 그 원인은 임차물의 구체적인 ‘성상’에 있는 것이 아니다. 오히려 그것은 ‘인적’ 사정에 있거나 ‘영업 관련’ 사정에 있다. 이러한 사정들은 임차물의 하자라고 할 수 없어 하자

4. Aufl. 2017, Kap. 8 Rn. 28; Warmuth, *COViR* 2020, 19와 이들 문헌에 소개된 판례; Breiholdt/Leo, in Zehelein, *COVID-19, Miete in Zeiten von Corona*, 1. Aufl. 2020, § 4 Rn. 13; Ekkenga/Schirmacher, *NZM* 2020, 411; Günter, *NZM* 2016, 570; Palandt/Weidenkaff, *BGB*, 79. Aufl. 2019, BGB § 536 Rn. 13; Hübner/Griesbach/Fuerst, in Lindner-Figura/Oprée/Stellmann, *Geschäftsraummieta*, 4. Aufl. 2017, 14. Kap. Rn. 47 ff.; Streyl, in Schmidt, *COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 1. Aufl. 2020, § 3 Rn. 71; Hellner, *NJOZ* 2020, 770.

11) 민일영, 민법주해 제15권, 86쪽.

담보책임(민법 제580조 이하)을 물을 수 없다. 더욱이 우리 민법상 대금 감액청구권은 권리의 하자에 대해서만 인정된다(제572조 제1항).

임차인은 코로나19 사태로 인하여 경우에 따라서는 임차물을 더 이상 용익할 수 없다. 행정당국의 감염 예방 조치, 특히 학원·음식점·호텔 등에 대한 시설폐쇄나 집합금지 명령 또는 많은 사람이 모이는 행사 자제, 외출 자제, 재택근무로 대표되는 고강도 사회적 거리두기¹²⁾는 해당 상가건물 임차인의 매출 가능성을 제거하거나 현저히 제한한다. 그러나 영역에 따라서는, 가령 음식점의 경우 포장판매(Take-Out) 또는 배달 서비스를 제공함으로써 매출 감소를 (부분적으로) 만회할 수는 있다. 차임지급의무에 관한 문제는 각각의 임대차계약에 따라, 그렇지 아닐할 경우 「상가건물 임대차보호법」(이하 ‘상가임대차법’이라 한다)이나 민법에 따라 답해야 한다.

우선 임대차계약에 차임지급 관련 규율이 담겨 있는지 여부 그리고 있다면 그 내용을 확인해야 한다. 기존의 계약 실무에서는 전염병이 유행하는 경우의 급부와 반대급부의 관계에 관한 조항을 발견하기 어려웠지만, 앞으로는 코로나19 사태를 계기로 상황이 달라질 수 있다.

전염병 유행이 차임지급의무에 미치는 영향이 임대차계약으로 규율되지 아니한 경우, 차임지급의무는 임차물이 임차인에게 인도된 후에는 상가임대차법(제11조), 민법상의 임대차계약에 관한 규정(제627조, 제628조¹³⁾) 또는 채권총칙편의 채무불이행에 관한 일반규정에 따라 정해

12) 사회적 거리두기는 코로나19 확산세가 계속된 2020. 3. 22부터 시작돼 한 차례 연장되었고, 2020. 4. 20부터 2020. 5. 5.까지 다소 완화된 형태로 16일간 연장하여 실시되었다. 그리고 안정화 추세에 접어든 2020. 5. 6.부터 ‘생활 속 거리두기’ 체계로 전환하여 시행됐으나, 2020. 6. 28.부터는 각종 거리두기의 명칭을 ‘사회적 거리두기’로 통일하고, 코로나19 유행의 심각성과 방역조치의 강도에 따라 1-3단계로 구분해 시행하기로 하였다(네이버 지식백과, 시사상식사전, 사회적 거리두기 <<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=5928099&cid=43667&categoryId=43667>>).

13) 이 조문은 상가임대차법이 적용되지 않는 경우(상가임대차법 제2조 참조)에 의미를 갖게 된다.

진다. 차임은 금전에 한하지 않지만,¹⁴⁾ 상가임대차의 경우 거의 모든 경우에 금전으로 차임이 지급될 것이다. 물건의 급부와 관련이 없으며 가치채무로서의 성질을 가진 금전채무에 대하여는 이행불능이 인정되지 않는다.¹⁵⁾ 따라서 임차인이 비록 코로나19 사태로 인한 수입 부족으로 차임을 더 이상 감당할 수 없게 되더라도 차임지급의무 자체는 존속한다. 이는 음식점에서 식사를 한 자는 전쟁 중에도 밥값을 내야 하는 것과 같다. 그렇지 않을 경우 음식점 주인이 굶주려야 하기 때문이다. 결국, 차임지급의무의 불능은 현행법상 인정되지 않는다.

임차물의 일부가 임차인의 과실 없이 멸실 기타 사유로 인하여 용익할 수 없는 때에는 임차인은 그 부분의 비율에 따른 차임의 감액을 청구할 수 있다(민법 제627조 제1항). 임차인이 과실 없이 임차물의 일부를 용익할 수 없게 되었다면 그에 상응하여 차임이 감액되어야 함은 차임의 성격상 당연하다.¹⁶⁾ 예컨대 불가항력적 사유에 의한 일부 멸실이나 국가에 의한 토지수용과 같은 당사자 양측의 책임 없는 사유로 임차물의 일부를 용익할 수 없게 된 때에 그러하다.¹⁷⁾ 하지만 민법 제627조는 어디까지나 임차물의 ‘일부’를 용익할 수 없는 경우에 관한 것이며, 당사자 양측의 책임 없는 사유로 인한 전부 멸실 등으로 임차물 전부를 용익할 수 없게 된 때에는 민법 제537조에 따라 차임채권은 소멸하고 임대차 관계는 종료한다.¹⁸⁾ 전반적으로 민법 제627조는 임차물의 일부를 용익할 수 없는 경우에 대한 것이어서 코로나19 사태에 관련하여서는 그다지 적합하지 않다. 임차인은 코로나19 사태로 인하여 임차물 전부를 용익하

14) 박윤직, 채권각론 신정판, 박영사, 1995, 377쪽; 김상용, 채권각론 개정판, 법문사, 2003, 327쪽; 이은영, 채권각론 제5판, 박영사, 2007, 419쪽.

15) 송덕수, 채권법총론 제5판, 박영사, 2020, 79쪽; 이은영, 채권총론 제4판, 2009, 118쪽. 독일에서도 같은 상황이라는 점은 김진우, “독일의 코로나계약법: 우리 입법에 대한 시사점을 덧붙여”, 재산법연구 제37권 제1호, 한국재산법학회, 2020, 123쪽.

16) 이은영, 채권각론, 419쪽.

17) 박윤직, 앞의 책, 377쪽.

18) 박윤직, 위의 책, 378쪽.

지 못할 것이기 때문이다.

Ⅲ. 사정변경으로 인한 임차인의 차임감액청구권

코로나19 사태로 인한 임차인의 매출 감소와 관련하여 상가임대차법 제11조 또는 민법 제628조에 따른 차임감액청구가 문제된다. 임차인은 차임¹⁹⁾이 임차건물에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 감소나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 경우에는 장래의 차임에 대하여 감액을 청구할 수 있다. 이 차임감액청구권의 실질은 형성권이다.²⁰⁾ 상가임대차법 제11조가 적용되는 한 유사한 내용을 규정하고 있는 민법 제628조는 적용되지 않는다. 상가임대차법은 상가임대차에 관하여 민법의 특례를 규정한 것이기 때문이다. 다만 상호 유사한 내용을 규정하고 있는 상가임대차법 제11조와 민법 제628조에 관한 법리가 크게 다를 수는 없으므로²¹⁾ 후자에 관한 판례의 법리는 상가임대차에 유추 적용할 수 있을 것이다. 대법원은 한국공항공단이 정부로부터 식당과

19) 상가임대차법 제11조는 ‘차임’ 외에도 ‘보증금’의 증감청구에 관하여 언급하고 있지만, 보증금이 이미 지급된 상태에서 그것의 감액을 청구한다는 것은 코로나19 사태와 관련하여 현실성이 거의 없을 것이므로 이하 차임감액만을 논의의 대상으로 한다.

20) 대법원 1968. 11. 19. 선고, 68다1882, 68다1883 판결; 박윤직, 앞의 책, 380쪽; 이은영, 채권각론, 421-422쪽; 오호철, “건물의 임대차법제에 관한 소고: 주택과 상가건물임대차특별법의 일부 규정을 민법전으로 편입”, 법학논고 제34집, 경북대학교 법학연구원, 2010, 230쪽; 김서기, “상가건물 임대차보호법 제11조 차임 등의 증감청구권에 관한 고찰”, 강원법학 제41권, 강원대학교 법학연구소, 2014, 285쪽. 반면, 김상용, 앞의 책, 328쪽은 청구권으로 이해한다.

21) 상가임대차법은 상가임대차에서 “상가건물의 임대차에서 일반적으로 사회적·경제적 약자인 임차인을 보호함으로써 임차인들의 경제생활의 안정을 도모하기 위하여 민법에 대한 특례를 규정하려는” 취지를 가진다는 점에서(국가법령정보센터, 상가임대차법의 신규제정이유 <<http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=009276&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all>>, 검색일: 2020.8.20.), 민법과 달리 의심스러운 경우에는 임차인에게 유리하게 해석할 여지가 있다.

스낵코너를 임차하였는데 1997년 IMF 금융위기로 장사가 잘 안되자 민법 제628조를 근거로 월세를 감액해달라고 청구한 사안에서²²⁾ “임차인의 영업실적이 예상보다 저조하였다고 하더라도 이는 경영예측과 이에 따른 투자의 실패로서 임차인들 스스로가 감수하여야 할 사정에 불과하다”고 판시하여²³⁾ IMF 금융위기 관련 영업 부진도 임차인의 사용위험에 해당한다는 취지를 밝힌 바 있다. 아래에서는 코로나19 사태로 인한 매출 감소도 임차인이 부담할 사용위험에 해당하는지를 검토한다.

1. 경제사정의 변동

임대차계약에서도 계약법의 대원칙인 계약준수(pacta sunt servanda)의 원칙이 적용된다는 점은 자명하다. 그러나 계약이 체결된 후 계약의 기초가 되었던 사정이 후발적으로 변경되어 당사자가 그 변경을 예견하였더라면 계약을 체결하지 않았거나 다른 내용으로 체결하였을 경우에 해당하고, 당사자 일방에게 원래의 계속에 구속되는 것을 더 이상 기대할 수 없는 때에는 사정변경의 법리에 따라 계약의 수정이 요구될 수 있다. 이러한 사정변경 법리를 구체화한 상가임대차법 제11조²⁴⁾ 또는

22) 대법원은 피고가 정부로부터 무상사용허가를 받은 행정재산을 구 한국공항공단법(2002. 1. 4. 법률 제6607호에 의하여 폐지된 것) 제17조에서 정한 바에 따라 전대한 경우 통상의 사인간의 임대차와 다를 바가 없어 피고가 무상사용허가를 받은 행정재산 중 일부인 이 사건 식당과 스낵코너에 대하여 하는 전대행위로 인한 법률관계에 차임증감청구권에 관한 민법 제628조의 적용이 배제되는 것은 아니라고 하였다.

23) 대법원 2004. 1. 15. 선고 2001다12638 판결.

24) 김상용, 앞의 책, 328쪽; 오호철, 앞의 논문, 231쪽; 이상용, “개정 상가건물임대차보호법과 바람직한 임차인 보호방안”, 민사법학 제73호, 한국민사법학회, 2015, 63쪽; 사동천, “상가건물임대차보호법상 근대민법 3대원칙의 수정원리의 적정성에 관한 검토”, 홍익법학 제19권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 175쪽. 한편, 김서기, 앞의 논문, 284쪽 등은 상가임대차법의 근거를 사정변경의 법리가 아닌 일반 신의칙에서 찾는다. 상가임대차법 제11조의 차임증감청구권은 실질이 형성권인데 사정변경 법리의 효과로서 인정되는 계약내용의 수정청구권은 형성권이 아니라 문자 그대로 청구권이기 때문이라는 등의 근거를 들고 있다. 그 밖에 이 문헌 288쪽 등은 차임 등의 ‘증감청구권’

민법 제628조²⁵⁾에 따라 임차인은 차임이 임차물에 관한 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 경우에는 차임감액을 청구할 수 있다.

상가임대차법 제11조와 민법 제628조는 민법 제2조에 기반한 사정변경 법리(이하 ‘일반적 사정변경의 법리’라 한다)와 취지는 같더라도 각 별개의 것이므로 그 요건과 효과가 반드시 일치할 필요가 없다. 필자는 상가임대차법 제11조와 민법 제628조를 요건과 효과 면에서 일반적 사정변경의 법리와는 다소 차이가 있는 사정변경에 관한 특칙으로 이해한다.²⁶⁾ 상가임대차법 제11조와 민법 제628조의 성질을 이처럼 파악할 경우 “임차건물에 관한 조세, 공과금, 그 밖의 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 경우에는” 계약당사자들은 일반적 사정변경 법리가 요구하는 요건이 충족되었는지 여부와 상관없이 “장래의 차임에 대하여 증감을 청구할 수 있다”. 다만 사정변경의 예견가능성 및 사정변경의 현저성에 관하여는 비록 상가임대차법 제11조와 민법 제628조가 정면으로 언급하지는 않지만 이들 규정이 요구하는 상당성의 요건에 포섭시킬 수 있을 것이다. 계약준수의 원칙이 너무 쉽게 깨뜨려지는 상황은 통제되어야 하기 때문이다. 먼저 ‘예견가능성’과 관련하여 사정변경을 예견함으로써 그에 대비할 수 있었던 당사자를 계약준수의 원칙을 무너뜨리면서까지 보호할 이유가 없다. 다음으로 ‘사정변경의 현저성’에 대하여 살펴본다. 당사자들의 관념의 사소한 변동이나 관념으로부터의 이탈이 모두 이미 체결된 계약의 안정성에 의문

을 차임 등의 ‘감액청구권’으로 개정할 것을 제안하고 있다.

- 25) 박윤직, 앞의 책, 379쪽; 김상용, 앞의 책, 327쪽; 오호철, 앞의 논문, 230쪽; 박신욱, “임대차임규제에 관한 비교연구: 한국과 미국의 임대차임규제에 대한 연구를 중심으로”, 법학논총 제33집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2016, 112-113쪽.
- 26) 이를테면 민법 제536조 제2항이 규정하는 불안의 항변권은 사정변경 법리의 한 적용례로 인정되지만(박윤직, 앞의 책, 106쪽; 김상용, 앞의 책, 91쪽; 박동진, 계약법강의 제2판, 법문사, 2020, 353쪽), 그 요건과 효과는 일반적 사정변경 법리와 뚜렷한 차이점을 보인다.

을 제기할 수 있는 것은 아니다. 그렇지 않다면 계약의 신뢰성은 위협받을 것이며, 그와 함께 법질서와 거래 자체도 위협받을 것이다. 통상적인 변경위험은 당사자들이 스스로 감수해야 하므로, 사정변경은 현저해야 한다.²⁷⁾

일반적 사정변경의 법리에서는 표현 그대로 계약수정 ‘청구권’이 문제되지만, 입법자가 특수한 형태의 사정변경 법리에 관한 규정에 그 효과로 입법재량의 범위 내에서 형성권을 규정하였다고 하여 이를 잘못된 법리 또는 입법이라고 나무랄 수 없다.

임대차계약의 당사자들이 전염병 유행을 대비한 조항을 두지 아니한 이상 코로나19의 세계적 대유행으로 인한 시설폐쇄 · 집합금지 명령 또는 사회적 거리두기 시행 등을 내다보지 못한 채 계약을 체결하였을 것으로 가정할 수 있다. 일반적으로 계약당사자들은 계약의 실행이 전쟁, 내란, 초인플레이션, 지진 · 홍수 · 태풍, 전염병 파위와 같은 불가항력적 사유로 장애를 겪지 않으리라는 전제 아래 계약을 체결할 것이다. 이는 계약에 이들 사건에 관한 명시적 언급이 없더라도 마찬가지이다. 모두(冒頭)에 소개한 <사례>들에서는 미리 내다볼 수 없었던 사정인 코로나19 사태가 매출 감소의 근본적인 원인이라고 할 수 있다. 여기서 상가임대차법 제11조 또는 민법 제628조에 따른 경제사정의 변동사유를 행정당국에 의한 시설폐쇄 · 집합금지 명령으로만 국한할 것은 아니다. 코로나19 사태가 진행 중인 한 시설폐쇄 · 집합금지 명령이 해제된다고 하여 그것만으로 매출이 바로 회복되지는 않기 때문이다.²⁸⁾ 코로나19 사태 아래서 임차인의 매출 급감이 행정당국에 의한 시설폐쇄 · 집합금지 명령에 있는지 아니면 사람들이 코로나19 감염에 대한 두려움으로

27) *MitKoBGB/Finkenauer*, BGB § 313 Rn. 58.

28) 가령 지방자치단체(이하 ‘지자체’라 한다)가 확진자 방문 뒤 상호가 노출돼 피해를 본 업소에 300만 원을 지원한다고 하는 것(중앙일보, 휴업 뒤 재개장 100만원, 확진자 방문 300만원...쏟아지는 코로나19 지원금, 2020.7.16. <<https://news.joins.com/article/23826404>>, 검색일: 2020.8.20.)은 이러한 까닭에서이다.

인하여 가급적 외출을 자제하기 때문인지를 따지는 것은 큰 의미가 없다고 할 것이다.²⁹⁾ 따라서 상가임대차법 제11조, 민법 제628조의 “경제사정의 변동”은 행정당국의 ‘시설폐쇄’·‘집합금지’ 명령과 같은 조치 외에도 ‘사회적 거리두기’ 등 매출 급감에 영향을 미칠 수 있는 다른 중요한 사정도 함께 시야에 넣고 논의해야 할 것이다.³⁰⁾

상술(II.)한 바와 같이 상가임대차에서 사용위험은 원칙적으로 임차인이 부담하지만, 이는 ‘통상적인’ 사용위험에 국한된 것으로 보아야 한다.³¹⁾ 코로나19 사태가 발발하기 전에 상가임대차계약의 당사자들은 전염병 대유행으로 잠재적 고객이 될 수 있는 사람(유동인구)들의 통행량이 급감할 것으로 생각하지 아니한 채 차임을 정했을 것이다. 상가임대차의 경우 유동인구의 통행량이 차임을 결정하는 주요 요소의 하나이자 행위기초라고 할 수 있으며,³²⁾ 이는 주택임대차와의 본질적인 차이점이기도 하다. 그런데 코로나19가 대유행하면서 계약체결 당시와는 사정이 완전히 달라졌다. 코로나19 사태는 임차인이 상가임대차계약의 체결을 통해 인수한 통상적인 사용위험의 한계를 넘는 상황을 발생시킨 것이다. 코로나19 확진자가 대량 발생한 곳이 ‘유령도시’화 되어 임차인의 매출이 급감하였다면³³⁾ 그것은 통상적 사용위험을 넘어선 것이자

29) Schall, JZ 2020, 394.

30) 독일 문헌들은 코로나19 사태는 기본적으로 독일 민법 제313조에 따른 사정변경에 해당하는 것으로 본다: Emde, ZVertriebsR 2020, 147 f.; Jung, JZ 2020, 717; Schall, JZ 2020, 392; Sittner, NJW 2020, 1171; Lorenz, in Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 1. Aufl. 2020, § 1 Rn. 39; Streyl, in Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 3 Rn. 76; Warmuth, COVuR 2020, 17 ff.; Weaver, ZVertriebsR 2020, 164; Weidt/Schiewek, NJOZ 2020, 482 ff.; Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1021 f. 특히 Häublein/Müller, NZM 2020, 490 f.는 사회적 거리두기에 의한 매출 급감도 상가임대차의 행위기초에 관한 장애사유로 본다.

31) Streyl, in Schmidt, COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, § 3 Rn. 81은 이를 명언하고 있다.

32) Schall, JZ 2020, 394.

33) 헤럴드경제, “매달 수천만원 적자, 더 못버텨”...유령도시 된 이태원·명동, 2020.7.20.

차임산정의 기초가 뿌리째 흔들린 것이어서 상가임대차법 제11조, 민법 제628조가 말하는 “경제사정”이 변동된 것으로 보아야 한다. 이 경우 임대인은 시설폐쇄·집합금지 명령 또는 고강도 사회적 거리두기를 통해 발생하는 경제적 부담에 적절히 참여해야 한다. 임대인이 코로나19 사태로 인하여 발생하는 경제적 부담의 일부를 분담해야 한다는 점은 재임대 상황을 고려할 때에도 정당화된다. 사회적 거리두기가 계속되고 있는 상황에서는 임대인이 상가건물을 코로나19 사태가 발생하기 전의 조건으로 재임대하기란 결코 쉽지 않을 것이다. 이러한 상황에서는 누가 임차인이 되든 매출 급감의 위험이 따르기 때문이다.

2. 위험분배

계약상의 위험분배는 원칙적으로 존중되어야 한다. 사적 자치의 원칙 상 법적용자는 당사자들이 하자 없이³⁴⁾ 행한 위험의 인수를 수용해야 한다. 다만, 상가임대차법을 위반한 약정으로서 임차인에게 불리한 것은 효력이 없다(상가임대차법 제15조).

2.1 출발점

임대차에서 임차물을 둘러싼 환경이 계약체결 후 어떻게 달라질 것인지에 관한 불확실성은 계약의 내용에 큰 영향을 미칠 수 있다. 여기서 계약체결 시를 기준으로 한 예견가능성이 중요한 역할을 한다. 당사자들이 코로나19 사태 발발 후 그것이 종식되기 전에 임대차계약을 체결하였다면, 코로나19 사태 및 그로 인한 시설폐쇄·집합금지 명령 또는 고강도 사회적 거리두기 시행의 위험을 알면서 또 그것을 계산에 넣고 계약

<<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20200720000611>>, 검색일: 2020.8.20.

34) 법적 관점에서 특히 약관으로 행하여진 고객에게 부당하게 불리한 위험분배는 하자가 있는 것이다.

을 체결한 것으로 보아야 한다. 이 경우 계약상 명백한 위험분배가 행하여졌으므로 임차인은 코로나19 사태를 이유로 새삼스럽게 차임감액을 청구할 수 없다.

코로나19 사태 발발 전에 체결된 임대차계약이라 하더라도 거기에 특정 사정에 관하여 구체적으로 규율되어 있고 그것이 상가임대차법(제15조)이나 민법(제652조)에 위배되지 않는다면, 임차인은 그 특정 사정의 변동을 이유로 상가임대차법 또는 민법에 따른 차임감액청구를 할 수 없다. 예컨대 임대차계약상 임차인이 고정된 기본 차임(이하 ‘고정 차임’이라고 한다) 외에 매출액의 일정 비율로 차임을 지급하기로 하였는데(Umsatzmiete, 이하 ‘매출 기반 차임’이라고 한다)³⁵⁾ 코로나19 사태로 인하여 매출이 급감하였다면 매출 기반 차임도 그에 비례하여 감소할 것이어서 고정 차임이 아닌 매출 기반 차임에 대하여는 상가임대차법이나 민법에 따른 차임감액이 문제되지 않는다고 할 것이다.

2.2 임대인의 위험

행정당국의 시설폐쇄·집합금지 명령이 내려지거나 고강도 사회적 거리두기가 시행된 경우, 그 위험은 임대인이 전부 부담해야 한다는 입론이 있을 수 있다. 그 논거로는 필시 임대인은 임차인이 목적물을 용역할 수 있도록 할 적극적 의무를 부담하기 때문이라는 점(민법 제618조, 제623조)이 제시될 것이다. 그러나 상술(Ⅱ.)한 바와 같이 이 의무는 어디까지나 임대물 그 자체의 상태에 대한 것일 뿐 코로나19 사태와

35) 이러한 임대차는 일반적으로 매출과 무관한 고정 차임이 합의되고 거기에 순매출액에 따른 차임(예컨대 매출액의 7%)이 추가되는 구조를 가진다. 이에 관하여는 <<https://blog.naver.com/jumpokorea/30130706122>>, 검색일: 2020.8.20., <<https://blog.naver.com/bsra2017a/221385524786>>, 검색일: 2020.8.20. 참조. 국내 판례에서도 이러한 유형의 상가임대차계약을 발견할 수 있다. 예컨대 서울고등법원 2015. 8. 26. 선고 2014나2051167(본소), 2014나2051174(반소) 판결.

같은 임대물 자체와 무관한 사정에 대한 것이 아니다. 나아가 코로나19 사태는 어떠한 측면에서도 임대인의 위험영역이라고 할 수 없다. 따라서 코로나19 사태로 인한 매출 급감의 위험을 임대인이 모두 짊어지도록 하는 것은 명백히 불합리하다.

2.3 임차인의 위험

그렇다고 코로나19 사태로 인한 위험을 오롯이 임차인에게 부과할 수도 없다. 앞(II.)에서는 임차물의 사용을 통한 수익 창출에 관한 위험은 원칙적으로 임차인이 부담한다고 하였다. 그리고 이는 영업이 입법이나 행정당국의 조치로 곤란해진 경우도 마찬가지이다. 하지만 그것은 무제한적인 것이 아니다. 임차인으로 하여금 그의 경제적·사회적 존립을 위협하는 사정변경의 위험까지 부담케 하는 것은 다음과 같은 이유로 원칙적으로 불합리하다. 즉, 상가건물의 임대인이 원래의 계약상 합의된 차임을 시장에서 관철할 수 있었던 것은 임차인이 적어도 상가건물에서의 정상적인营업을 통해 상당한 매출을 올릴 수 있는 가능성이 있었기 때문이다. 그러나 행정당국에 의한 시설폐쇄·집합금지 명령이나 “외출을 자제하고 최대한 집 안에 머물러 주세요”라고 하는 슬로건 아래 고강도 사회적 거리두기가 시행되어 임차인의 그러한 매출 가능성이 봉쇄되었다면 그것은 차임에도 영향을 미쳐야 한다. 정직하고 합리적인 당사자들은 코로나19 사태와 같은 불가항력적인 경제사정의 변동을 당사자 일방에게 할당하지 않을 것이다. 그것은 ‘임차인의 사업’에 대해서는 물론 궁극적으로 ‘임대물에 대한 수요’에도 영향을 미치기 때문이다.³⁶⁾

코로나19 사태가 모든 업종에 동일한 정도로 영향을 미치는 것은 아니라는 점은 분명하다. 또한, 코로나19 사태 아래 모든 임차인이 매출 관련 손실을 보고 있는 것도 아니다. 가령 식료품점, 약국, 일반사무실,

36) Häublein/Müller, *NZM* 2020, 487.

인터넷 쇼핑이 그러하다. 일부 업종은 코로나19 사태에서 매출이 오히려 증가하기도 하였다. 외식 대신 식자재를 직접 구입해 집에서 요리해 먹는 이른바 홈쿡·홈술 현상이 퍼지면서 정육점, 농산물, 주류 매장의 매출은 늘었다.³⁷⁾

그러나 임차인의 사용위험의 한계는 예견할 수 없었던 전염병의 세계적 대유행이 임차물을 (예컨대 행정당국의 시설폐쇄·집합금지 명령이나 고강도 사회적 거리두기로 인하여) 약정된 대로 용익할 수 없게 되는 결과를 초래하는 경우에 넘어서게 된다. 나아가 코로나19 사태로 인하여 고객이 없거나 보건상으로 이유로 고객의 수를 현저히 제한해야 해서 임차물에서 매출을 올리기 어려운 경우에도 마찬가지이다. 우리 정부는 2020년 5월 모든 세대를 대상으로 긴급재난지원금을 교부하였는 바, 이는 정부가 코로나19 사태를 전쟁이나 대규모 자연재해에 준하는 사안으로 인식하고 있다는 점을 알려준다. 제1·2차 세계대전과 비견되는 사건으로도 평가되는³⁸⁾ 코로나19 사태는 임차인의 경제적·사회적 존립을 위협하는 경제사정의 변동이라고 할 수 있어 상가임대차법 제11조, 민법 제628조의 적용을 정당화한다. 그에 반하여 IMF 사태와 같은 국지적인 경제·금융위기는 행위기초의 장애를 초래하는 사정으로 평가하기 어렵다.³⁹⁾ 이러한 왜곡은 자본주의 시장경제에서 구체적이지는 않을지라도 시스템에 내재한 것이어서 일반적으로 예견가능하다. 따라서 이러한 위기로 인한 이행곤란은 원칙적으로 계약을 수정함이 없이 당사자들이 부담해야 한다. 임차인의 종업원들이 코로나19 감염으로

37) 정육점의 3월 매출은 전년 대비 26%, 농산물 매출은 10%, 주류전문 매장의 매출은 20% 증가했다(각주 1의 중앙일보 기사).

38) 독일 연방 총리인 Angela Merkel의 2020. 3. 18. TV 대담에서의 언급(Warmuth, *COVidR* 2020, 18의 Fn. 16 및 그 본문 참조); Streyl, in: Schmidt, *COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise*, § 3 Rn. 82; Blank/Börstinghaus, *Miete*, 6. Aufl. 2020, BGB § 535 Rn. 758; Günther/Piontek, *r+s* 2020, 246; Hannes/Lorenz, *ZEV* 2020, 391.

39) Schall, *JZ* 2020, 391 ff.; Warmuth, *COVidR* 2020, 18.

인하여 또는 자가격리 조치로 인하여 노무를 제공할 수 없어 매출이 줄더라도 그것은 차임감액사유가 될 수 없다. 한편, 임차인이 질병으로 인한 입원, 해외여행 등 일신상의 사유로 임차물을 더 이상 용익할 수 없는 경우에도 차임은 변동 없이 지급되어야 한다.⁴⁰⁾ 임차인 측의 인적 장애는 임차인이 부담해야 할 일반적 생활위험(allgemeines Lebensrisiko)이기 때문이다.

2.4 계약적 합의의 중요성과 한계

계약당사자들이 완결적 의미가 있는 위험분배를 행한 때에는 그것이 강행법규(상가임대차법 제15조, 민법 제652조)에 저촉되지 않는 한 존중되어야 한다. 임차인은 합의된 차임을 지급해야 한다는 것이 법률상의 위험분배이므로(민법 제618조), 그로부터의 일탈에는 정당화 사유가 있어야 한다. 임대인이 -매출 기반 차임을 받기로 하는 등 임차인의 사용 위험에 관여하지 아니한 이상, 임차인은 시장 상황의 불리한 변화로 인하여 그가 입게 되는 손실을 임대인이 부담할 의사가 있다고 가정해서는 안 된다.

매출 기반 차임이 합의된 경우, 기본적으로 당사자들은 매출 감소의 경우도 고려하여 차임을 결정한 것으로 볼 수 있다. 그러나 당사자들의 매출 기반 차임 합의는 정상적인 영업으로 인한 매출에서 출발하였을 것이다. 즉, 당사자들은 시장에서 일반적인 조건 아래 발생하는 통상적인 위험만을 고려하였을 것이다. 일반적인 경제사정이 근본적이고 전반적으로 변동된 경우에는 당사자들의 행위기초가 달라진 것으로 볼 수 있다. 여기서 법률은 “경제사정의 변동”으로 차임이 상당하지 아니하게 된 경우에 차임의 증감을 청구할 수 있도록 하고 있다. 따라서 매출 기반 차임에 관한 합의가 있더라도 임차인의 상가임대차법 제11조, 민법

40) 독일 민법 제537조 참조.

제628조에 따른 차임감액청구가 완전히 배제된다고 할 수는 없다.

그러나 경제사정의 변동으로 인한 차임감액은 계약준수 원칙에 대한 예외에 해당하므로 그 요건은 엄정하게 새겨야 한다. 차임감액을 위해서는 무엇보다도 문제된 임대차관계가 코로나19 사태로부터 직접적으로 영향을 받았어야 한다. 코로나19 사태로 인한 경기 침체나 일반적인 경제위기와 같은 간접적인 영향으로는 충분하지 않다.

3. 기대불가능성

상가임대차법 제11조, 민법 제628조에 따른 임차인의 차임감액청구가 법원에 의하여 인용되기 위해서는 차임이 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 경우이어야 한다. 이는 임대인 또는 임차인에게 본래의 차임에 대한 구속을 기대할 수 없게 된 경우를 의미할 것이다. 기대불가능성(불상당성)은 대표적인 불특정 법개념의 하나이다. 불특정 법개념은 -자칫 법관의 가치판단이 당사자들의 합의 내지 계약적 규율을 갈음하는- 순수한 법감정에 따른 판결을 위한 관문이 될 수 있으므로 임제치 설정이 중요한 과제로 대두된다. 이때 중요한 고려요소는 이익형량과 임대인 및 임차인의 경제적·사회적 존립에 대한 위협이다.

3.1 이익형량 및 그것의 기초

기대불가능성의 판단에서는 당사자 쌍방의 이익형량이 불가결하다. 경제사정의 변동으로 인하여 차임을 그대로 유지하는 것이 당사자들의 이해관계에 중대한 불균형을 초래한다면 그것은 상당성이 없거나 기대할 수 없을 것이다. 원래의 차임이 정직하고 합리적인 당사자들이 경제사정의 변동을 고려할 때 합의하였을 차임보다 훨씬 많다면 임차인이 그리고 훨씬 적다면 임대인이 원래의 차임에 구속되는 것을 더 이상

기대하기 어렵다. 다만 차임증감청구는 일단 체결된 계약의 내용을 바꾸는, 그래서 계약준수의 원칙을 깨뜨리는 결과를 초래하므로 적정한 임계치를 모색해야 한다.

하지만 적정한 임계치에 관하여는 논란이 있을 수밖에 없다. 임차인이 코로나19 사태로 인하여 50% 이상의 매출 손실을 보았다면, 그에게 기본적으로 원래 차임에의 구속을 기대하기 어렵다고 할 것이다.⁴¹⁾ 그러나 숫자는 계약의 목적이나 유형 및 위험분배에 따라 의미가 달라질 수 있으므로 항상 사안별 검토가 필요하다.⁴²⁾ 이러한 검토에서는 우선 코로나19 사태로 인한 임차인의 매출 감소 정도,⁴³⁾ 차임이 임대인의 대여금채무 원리금 상환을 위한 수단인지 등을 확인해야 할 것이다. 나아가 사업자로서의 임차인이 매출 감소에 대한 자구책의 마련을 위하여 어떠한 노력을 기울여야 했는지도 살펴보아야 할 것이다. 예컨대 오프라인 상점만을 운영하던 임차인이 코로나19 사태를 계기로 온라인 상점을 개설하여 매출을 올릴 수 있는 현실적 가능성을 가졌는지, 매장 매출을 대상으로 한 음식점을 운영하던 임차인이 종전과 달리 포장판매나 배달서비스를 통해 일정 부분 소득을 확보할 수 있었는지를 점검해야 할 것이다. 임차인의 매출이 급감한 경우, 그는 다른 매출 가능성을 활용하지 못한 이유를 밝혀야 할 것이다. 예컨대 일정 고급음식점의 메뉴 중에는 품질 유지의 문제로 인하여 포장판매나 배달서비스를 할 수 없는 경우가 있다.

이익형량에서는 임차인이 코로나19 사태와 관련하여 중앙정부나 지자체로부터 받은 지원 또는 영업 중단으로 인한 보험금 수령도 참작해야 할 것이나, 이들 지원금은 일반적으로 임차인의 매출 손실을 보전하기에

41) Häublein/Müller, NZM 2020, 491.

42) 또한, 아래(3.2)의 매출 기반 차임의 경우에는 특수한 점이 있다.

43) 여기서 이를테면 코로나19 사태 발발 전의 마지막 3개월 또는 2019년 같은 기간을 비교기준으로 삼을 수 있을 것이다.

는 부족할 것이다.⁴⁴⁾ 상공인은 이러한 지원금에 의존하여 생계를 유지하는 경우가 적지 않을 것이므로 임대인은 임차인이 수령한 지원금을 차임 변제에 충당하라고 청구할 수 없다. 한편, 이익형량의 범위 내에서 임차인이 -종업원의 근로시간 단축과 같은- 기대가능한 조치를 통해 비용을 절감할 수 있었는지 또는 절감했어야 했는지도 고려해야 할 것이다. 그러나 (저금리) 대출을 통한 유동성 지원만으로는 매출 손실이 보전되지 않으므로 그것은 상당성의 판단에서 제외해야 한다.⁴⁵⁾

이익형량에 참작할 사항이 많을수록 임차인은 코로나19 사태가 그의 사업에 어느 정도로 영향을 미쳤는지에 관한 정확한 수치를 제시하기 쉽지 않다. 이는 임차인의 시각에서 보면 차임감액의 타당성을 단기에 소명하기 쉽지 않을 수도 있다는 점을 의미한다.

3.2 매출 기반 차임 임대차의 특징

당사자들이 매출 기반의 차임 임대차에 합의한 경우에는 살펴보아야 할 점이 있다. 근본적인 의문은 매출 기반 차임 임대차의 경우에도 차임 감액이 도대체 가능한지 여부이다. 이 유형의 임대차에서는 매출이 감소하면 지급할 차임도 자동으로 감소한다. 여기서 추가적인 차임감액은 임차인에게 유리한 결과를 초래할 것이다.

이와 관련하여 상황의 구분이 필요하다. 우선 ‘순전한 매출 기반 차임’을 합의한 경우를 생각해 볼 수 있다. 이러한 유형의 임대차가 코로나19 사태 관련 매출 감소 시에 임차인이 감수하기 어려운 결과를 초래한다고

44) 중앙일보, 휴업 뒤 재개장 100만원, 확진자 방문 300만원...쏟아지는 코로나19 지원금, 2020.7.16. <<https://news.joins.com/article/23826404>>, 검색일: 2020.8.20.에 따르면, 부산시는 코로나19 확산 방지를 위한 사회적 거리두기 차원에서 정부 권고를 받아들여 휴업했다가 재개장한 학원과 PC방, 노래연습장, 실내체육시설 등에 최대 100만 원의 정부 지원금을 지원한다고 밝혔다.

45) Schall, JZ 2020, 395.

평가하기는 결코 쉽지 않다.⁴⁶⁾ 오히려 그러한 계약설계에서는 가령 차임 수입의 감소로 인하여 더 이상 부동산에 대한 대출비용의 원리금을 상환할 수 없게 된 임대인이 기대불가능성의 임계치에 다다를 수 있다. 이러한 차임 수입 감소는 기존 임차인의 존재로 인하여 다른 사람에게 임대하는 방법으로 메울 수도 없다. 그러나 순전한 매출 기반 차임을 합의하는 경우는 실무상 거의 없을 것이므로⁴⁷⁾ 더 이상의 논의는 생략하기로 한다.

실무에서는 매출 기반 차임이 합의되더라도 대개 ‘고정 차임 있는 매출 기반 차임’이 합의된다.⁴⁸⁾ 이러한 유형의 임대차에서는 고정 차임이 자동적 차임감액에 제동을 건다. 적어도 행정당국의 시설폐쇄·집합금지 명령 또는 사회적 거리두기로 인하여 매출이 없거나 매출이 급감한 경우에는 원래 변동 없는 차임의 지급은 기대할 수 없다고 할 것이다. 정직하고 합리적인 당사자들은 전염병의 세계적 대유행 및 그로 인한 영업에 대한 중대한 영향을 예견하였더라면 고정 차임을 달리 정했을 것이다. 고정 차임 있는 매출 기반 차임이 합의된 경우에도 감액 없는 원래의 고정 차임을 유지하는 것은 임차인에게 기대하기 어려울 수 있기 때문이다. 임차인이 고정 차임을 계속 지급하는 것을 기대할 수 있는지 여부는 개별 사안, 특히 차임의 대소에 따라 크게 달라진다. 다만 매출 기반 차임의 경우, 임대인은 매출이 없으면 차임의 상당 부분을 지급받지 못한다는 사정을 충분히 감안해야 한다. 그 점에서 임대인은 매출 기반 차임의 경우 이미 위험의 일부를 부담하고 있다. 따라서 고정 차임을 감액하는 것은 경우에 따라서는 적절하지 않을 수 있다. 고정 차임이

46) Häublein/Müller, *NZM* 2020, 489.

47) 이러한 차임 합의는 임대인과 임차인 모두에 대하여 위험성이 너무 크다.

48) Eisenschmid, in Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 14. Aufl. 2019, BGB § 535 Rn. 268; Lindner-Figura, *NZM* 1999, 494; Häublein/Müller, *NZM* 2020, 489; Breiholdt/Leo, in Zehelein, *COVID-19, Miete in Zeiten von Corona*, § 4 Rn. 90; 서울고등법원 2015. 8. 26. 선고 2014나2051167(본소), 2014나2051174(반소) 판결.

매우 적어 결과적으로 임차인의 차임부담이 크지 않은 경우라면 더욱 그러할 것이다. 그 상황에 해당하는지 여부는 사안별로 판단할 문제이다.

4. 차임감액

차임감액에서는 정직하고 합리적인 당사자들이 전염병의 세계적 대유행으로 인한 매출 급감 상황에서 합의하였을 차임을 염두에 두어야 한다. 그것은 특별한 사정이 없다면 위험을 50 : 50으로 나누는 방안일 것이다.⁴⁹⁾

차임감액을 위해서는 코로나19 사태가 임차인에 미친 경제적 영향을 계량화해야 한다. 이 과정에서 특히 중앙정부나 지자체의 지원에 의하여 또는 단기에 비용 절감을 통해 불이익이 보전될 수 있는지 여부와 그 범위가 검토되어야 한다. 따라서 차임감액을 요구하는 임차인은 자신의 영업결과도 공개할 수 있어야 한다. 코로나19 사태와 그것의 확산을 막기 위하여 취해진 조치가 궁극적으로 임차인의 영업에 영향을 미쳤다는 점에 대하여는 차임감액을 청구하는 임차인이 소명해야 한다.

코로나19 사태 아래서 차임의 50%를 위험분배를 위한 출발점으로 삼는 경우, 차임은 임차인의 사업운영·관리비용과 같은 부수적 비용을 포함하여 임차인이 임차물의 용익과 관련하여 지급해야 할 총액을 기준으로 해야 하는지가 문제된다.⁵⁰⁾ 임대인은 경제사정의 변동이 발생하지 않으리라는 점을 보장할 필요가 없으므로 임차인의 사업 성패에 대한 위험을 부담하지 않는다. 또한, 부수적 비용은 전기·수돗물 사용료처럼 소비의 대소에 의존적이며 기간에 따라 불규칙하다. 따라서 의심스러운

49) BeckOK BGB/Zehlele, 54. Ed. 1.5.2020, BGB § 535 Rn. 520a; Häublein/Müller, NZM 2020, 490; Hellner, NJOZ 2020, 772; Leo/Götz, NZM 2020, 406; Sittner, NJW 2020, 1172; Weidt/Schiewek, NJOZ 2020, 484; Zehlele, NZM 2020, 399.

50) Zehlele, NZM 2020, 400은 차임감액과 관련하여 임차물에 발생하는 관리비용을 포함하는 총차임을 기준으로 하고자 한다.

경우 순차임(Netto-Miete)을 기준으로 하는 것이 바람직하다.⁵¹⁾

차임감액에서는 임대인의 정당한 이익을 도외시해서는 안 된다. 임대인이 그의 대출채권자에 대하여 원리금을 상환해야 하는 상황이라면 차임감액은 그에게 중대한 불이익을 초래할 수 있다. 이 경우 임대인은 차임감액이 그에게 기대할 수 없는 것이라는 점을 주장·증명하여 차임감액을 막거나 감액의 범위를 좁힐 수 있을 것이다.

행정당국의 시설폐쇄·집합금지 명령 또는 사회적 거리두기는 임차인에 대하여 업종에 따라 상대적으로 영향을 미친다. 예컨대 미용실이냐, 커피숍, 숙박업소의 운영은 고객과의 물리적 접촉 없이는 불가능하다. 이러한 업종에서는 물리적 고객 접촉 금지가 임대인과 임차인의 기존의 등가관계를 어느 정도로 해하는지를 코로나19 사태가 발생하기 전과의 매출 비교를 통해 확인할 수 있을 것이다. 그리고 그 범위 내에서만 임차인은 차임감액을 청구할 수 있다. 반면, 제조업 부문의 경우 고객과의 물리적 접촉 가능성은 때로는 거래의 기초가 아닐 수 있다. 그 중간에는 -비록 제약이 있다 하더라도- 비즈니스모델을 변경된 사정에 적응시킬 수 있는 업종이 있다. 예컨대 음식점은 음식을 포장판매하거나 배달서비스를 통해 제공하는 형태로 영업할 수 있다. 여기서 온라인 판매로의 전환을 생각해 볼 수 있다.⁵²⁾ 오프라인 상점을 온라인 상점으로 완전히 전환한 경우, 임차물은 창고 역할을 하게 된다. 그렇다면 차임감액이 인정될 수 있다 하더라도 그 범위는 넓지 않을 것이다. 임차인이 고객과의 접촉이 금지된 때에도 경우에 따라서는 일정 범위까지는 임차물을 계속 용익할 수 있기 때문에 차임을 즉시 0으로 감액하는 것은 목표를 넘어서는 것이다. 가령 집합금지명령이 2주간 내려졌다면, 임차인

51) Häublein/Müller, NZM 2020, 492.

52) 데일리안, 코로나19 난관 부딪힌 화장품 업계, 온라인·배송에 ‘사활’, 2020.7.30. <<https://www.dailian.co.kr/news/view/908771/?sc=Naver>>, 검색일: 2020.8.20.에 따르면, 코로나19 여파로 침체를 맞은 화장품 업계는 내수 시장 악화라는 위기를 돌파하기 위해 온라인 채널을 강화하고 배송서비스를 확대하는 전략을 구사하고 있다고 한다.

은 상황에 따라서는 상점을 유지보수하거나 상품을 재배치하거나 거래 관련 서류를 처리할 수도 있다. 이러한 경우에는 임대차계약의 당사자들이 위험을 50 : 50으로 분담하는 것이 바람직하다. 그 이후의 매출 급감 역시 불가항력적 사유로 인한 것이므로 위험은 50 : 50으로 분담되어야 할 것이다.

차임감액과 관련하여 고려 대상 기간이 문제되는데, 그 기간은 임차인이 본래의 차임에 구속되는 것을 기대할 수 없는 최초의 시점에 기산되고, 기대불가능성이 사라지는 때에 종료한다.

IV. 임대차계약의 해지

1. 임대인의 계약해지

상가임대차법 제10조의8에 따라 임대인은 임차인의 차임연체액이 3기의 차임액에 달하는 때에 계약을 해지할 수 있다. 이와 관련하여 법무부는 최근 보도자료를 통해 소상공인 보호를 위하여 상가임대차법 개정을 추진한다고 밝혔다. 코로나19 장기화로 임대료를 내지 못하면서 계약해지 위험에 내몰리고 있는 소상공인이 많다고 보고, 일정기간에 발생한 차임연체액을 계약해지·계약갱신 거절 및 권리금 회수기회 상실 사유에 해당하는 차임연체액에서 제외하겠다는 것이다.⁵³⁾ 이는 최근 독일에서 제정된 코로나계약법 중 임대차계약에 대한 규율⁵⁴⁾과 궤를 같이한다.

한편, 코로나19 사태 아래 3기의 차임액이 달하는 차임이 연체되었음에도 임대인이 보증금이 소진될 때까지 계약해지 통보를 하지 않을 수

53) 법무부, 보도자료: 포스트 코로나 시대를 대비한 법무정책 추진, 2020.6.3.
<http://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=result/bbs/437&fn=temp_1591162094533100>,
검색일: 2020.8.20.

54) 김진우, 재산법연구 제37권 제1호, 2020, 131쪽 이하.

있으나, 이 경우의 임대인의 해지는 권리이지 의무라고 할 수 없다. 현실에서의 계약의 해지는 일반적으로 임대인의 관점에서도 경제적으로 해롭다. 코로나19 사태 관련 계약이 존재하는 동안 기존 조건으로 상가건물을 새롭게 임대하기는 쉽지 않기 때문이다.

2. 임차인의 계약해지

코로나19 사태가 상가임대차법 제11조, 민법 제628조에 따른 “경제사정의 변동”에 해당한다고 하더라도 임차인은 차임감액만 청구할 수 있고 계약해지는 불가하다. 코로나19 사태는 일시적인 현상이어서 일시적인 조치(차임감액)로 해결할 문제이지 임대차계약의 종국적인 해소로 해결할 문제가 아니기 때문이다. 그렇지 아니할 경우 코로나19 사태가 진정된 후 많은 상가건물을 텅 비게 만드는 불합리한 결과를 초래할 것이다.

임차인은, 임차물의 일부가 임차인의 과실 없이 멸실 기타 사유로 인하여 용익할 수 없고 그 나머지 부분으로 임차목적을 달성할 수 없는 때에는, 계약을 조기에 해지할 수 있다(민법 제627조 제2항). 계약의 목적을 더 이상 달성할 수 있는 장애가 발생하였다면 임차인에게 해지기간의 경과 시 또는 기타의 임대차 종료 시까지 임대차관계가 계속되는 것을 기대할 수 없기 때문이다. 그러나 코로나19 사태 속에서 민법 제627조 제2항에 따른 해지는 큰 의미가 없을 것이다. 상술(II.)한 바와 같이 민법 제627조는 임차물의 ‘일부’를 용익할 수 없는 경우에 대한 것이기 때문이다. 설령 민법 제627조 제2항이 적용될 수 있는 경우라 하더라도 코로나19 사태가 임차의 목적을 달성할 수 없는 “기타 사유”에 해당하는지는 개별 사안에서 매우 제한적으로만 인정될 수 있을 것이다. 행정당국의 시설폐쇄·집합금지 명령만으로는 상가건물의 임차인이 계약을 해지할 수 없다고 할 것이다. 시설폐쇄·집합금지 명령은 대개 2주 정도

기간을 대상으로 한시적으로 이루어지므로 그로 인하여 상가임대차의 목적이 달성될 수 없다고 보기 어렵고, 임대인의 이익을 고려할 때 계약의 종료라고 하는 중극적인 효과를 초래하는 해지를 정당화하기도 어렵기 때문이다.

마지막으로 임차물의 하자(담보책임)에 기한 계약해지를 생각해 볼 수 있겠지만(민법 제567조, 제580조), 행정당국에 의한 시설폐쇄·집합금지 명령 또는 사회적 거리두기의 시행으로 인한 매출 감소는 임차물의 하자가 아니다. 더욱이 하자담보책임에 기한 임대차계약의 해지는 “계약의 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여” 인정되는데(민법 제580조 제1항에 의한 제575조 제1항의 준용), 한시적인 시설폐쇄·집합금지 명령 또는 사회적 거리두기로 인하여 계약의 목적을 달성할 수 없다고 보기는 어렵다.

V. 임차인의 손해배상청구권

임차인의 임대인에 대한 손해배상청구권은 담보책임 외에 임대인의 유책사유를 전제로 한 그 밖의 의무위반(민법 제390조, 민법 제750조) 또는 임차인에 대한 보증(Garantie)에 기하여 인정될 수 있다. 그러나 코로나19 사태로 인한 임차인의 임대인에 대한 손해배상청구권은 추가적인 사정이 없는 한 상정하기 어렵다. 코로나19 사태로 인한 행정당국의 시설폐쇄·집합금지 명령 또는 사회적 거리두기 시행은 임차물의 하자라고 할 수 없으며, 임대인의 유책사유가 인정되지 않아서 임대인의 의무위반을 운운하기 어렵다. 다만 더 구체적인 사정이 있는 경우 손해배상청구권이 고려될 수도 있을 것이다. 예컨대 임대인이 정보제공의무와 같은 계약적 부수의무를 위반한 경우를 상정해 볼 수 있다. 임대인은 그의 이행보조자의 고의·과실(민법 제391조) 또는 피용자가 제3자에

대하여 가한 손해를 배상할 책임이 있다(민법 제756조). 임대인의 이행 보조자나 피용자가 정보제공의무나 협력의무를 이행하지 아니하여 임차인에게 손해가 발생한 경우가 그러하다.

Ⅶ. 보증금에서의 연체차임 공제 문제

임차인의 차임연체가 있는 경우 임대인이 계약 존속 중에도 보증금에서 연체차임을 공제할 수 있는지가 문제된다. 이는 코로나19 사태와 결부된 소득 감소로 인하여 임차인이 차임을 지급할 수 없는 경우에 특히 문제될 수 있다.

부동산 임대차에서의 보증금은 차임채무를 비롯한 임대차에 따른 임차인의 모든 채무를 담보하는 것으로서 이와 같은 피담보채무 상당액은 임대차관계 종료 후 목적물이 반환될 때에 특별한 사정이 없는 한 별도의 의사표시 없이 보증금에서 당연히 공제된다는 점⁵⁵⁾에 대하여는 문헌상 이견이 없는 것 같다.

그런데 대법원에 따르면 임대인은 임대차관계가 계속되고 있는 동안에는 보증금에서 연체차임을 충당할 것인지를 자유로이 선택할 수 있으므로, 임대차계약이 종료되거나 목적물이 인도되기 전이라도 임대인은 연체된 차임을 임대차보증금에서 공제한다는 의사표시를 함으로써 이를 공제할 수 있다고 한다.⁵⁶⁾ 결국, 현재의 대법원 판결에 의하면 임대차 계약 존속 중에 보증금에서 연체차임을 공제할 것인지는 임대인의 자유에 속하며, 그에 관한 의사표시만 있으면 공제된다는 것이다.

그러나 임대차계약 존속 중 보증금에서 차임 공제 문제는 그리 간단

55) 대법원 2016. 7. 27. 선고 2015다230020 판결 등.

56) 대법원 2013. 2. 28. 선고 2011다49608, 49615 판결; 대법원 2019. 4. 3. 선고 2015다247745, 247752 판결.

하지가 않다. 전세금에 대하여는 전세계약의 존속 중에 손해배상에 충당하는 것은 허용되지 않는다(민법 제315조 제2항). 전세금은 그 이자를 차임으로 충당하는 기능과 함께 손해담보금으로서의 성질을 가진다.⁵⁷⁾ 따라서 임대차보증금에 대하여 전세금과 전혀 다른 취급을 하려면 그럴 만한 실제적인 이유가 있어야 한다.

이와 관련하여 보증금은 본래 매기(每期)의 차임 기타의 채무를 담보하는 것이므로 임대인이 임대차 계속 중에 연체차임을 보증금에서 충당하는 것은 그의 자유라고 하면서 “임대인은 보증금으로 연체차임에 충당할 수도 있고, 충당하지 않고 연체차임의 지급을 임차인에게 청구할 수도 있다”라고 하는 설명이 있다.⁵⁸⁾

임대차계약 종료 후 임차인이 보증금의 반환을 청구할 수 있는 근거를 보증금계약에서 찾는다 하더라도, 보증금이 양도인에게 맡겨져 있는 상태를 법적으로 어떻게 설명할 것인지가 해명되어야 한다. 이 점에 관하여 국내에는 종래 별다른 논의가 없었지만, 보증금은 손해배상채권이나 차임채권 등을 담보하기 위하여 임대인에게 신탁적으로 이전된 것으로 볼 수 있다.⁵⁹⁾ 그럼에도 임대차 계속 중에 임대인이 보증금에서 연체차임을 충당할 것인지를 자유로이 선택할 수 있다고 보는 것은 신탁적 구속(treuhänderische Bindung)을 무의미하게 만드는 결과를 초래할 수 있다. 보증금을 임대인이 보관하고 있는 상황을 신탁적 양도로

57) 송덕수, 물권법 제4판, 박영사, 2019, 423쪽; 이은영, 물권법 제4판, 박영사, 2006, 659-660쪽.

58) 민일영, 보증금, 박윤직 편집대표, 민법주해 제15권, 박영사, 1997, 185-186쪽; 여미숙, “임대차에서의 연체차임의 공제”, 법학연구 제37집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2019, 321쪽.

59) 김상용, 채권각론 개정판, 법문사, 2003, 335쪽. 조경임, “임대차에서의 공제에 관하여”, 법조 제698호, 법조협회, 2014, 60쪽은 “정지조건부 신탁적소유권이전설”이 현재의 다수설이라고 하고, 62쪽은 판례가 정지조건부 신탁적 양도설을 취하고 있다고 하며, 여미숙, 앞의 논문, 318쪽은 정지조건부 소유권신탁양도설이 우리의 다수설이라고 서술하고 있으나, 거기에 소개된 문헌들과 판례가 “신탁”이라는 낱말을 사용하는 것은 아니다.

이해하는 것은 독일 민법 제551조 및 그에 대한 통설 및 주택임대차에 관한 독일 연방대법원의 판례⁶⁰⁾의 입장이기도 하다. 독일에서 보증금 반환청구에 대하여 신탁적 이론구성을 취하는 이유는 임대차 종료 후 임차인이 보증금을 가급적 온전히 돌려받을 수 있도록 하기 함이다.⁶¹⁾ 그래서 수탁자의 지위에 있는 임대인이 임대차 존속 중 보증금을 처분(보증금반환청구권의 양도 등)하기 위해서는 이를 허용하는 특약이나 임대차관계에 기한 임대인의 임차인에 대한 이행기가 도래한 채권에 대한 법원의 확정판결 또는 임차인이 연체차임을 보증금에서 공제할 것을 요구하는 등의 특별한 사정이 있어야 한다.⁶²⁾ 임대인이 차임을 연체한 임차인에 대하여 일정 기간 내의 차임지급이 없으면 보증금에서 공제하겠다고 일방적으로 언급한 후 공제하였다 하더라도 임차인의 동의가 없다면 그것은 적법한 것이 되지 않는다.⁶³⁾ 임대인이 보증금을 임의로 연체차임의 충당에 사용한다면 임차인은 가처분을 통해 이를 막거나, 보증금의 보충을 청구하거나, 손해배상이나 부당이득의 반환을 청구할 수 있다.⁶⁴⁾ 보증금의 취급에 관하여 신탁적 이전설을 취한다면

60) 상가임대차에 관한 독일 연방대법원의 판례는 아직 존재하지 않는다. 그리고 독일 민법 제551조는 상가임대차에는 원칙적으로 적용되지 않는다는데 견해가 모아져 있지만, Sittner, *NJW* 2020, 1173과 Hellner, *NJOZ* 2020, 773은 보증금의 신탁적 이론구성은 상가임대차에도 유추 적용될 수 있는 것으로 본다.

61) 독일 민법상 임차인의 보증금반환청구를 보장하기 위한 장치들에 관하여는 이도국, “주택임대차의 월세전환 가속화에 따른 보증금규정의 개선방안 연구”, 법과 정책연구 제14집 제3호, 2014, 1211쪽 이하.

62) BGH, *NJW* 2014, 2496; OLG Hamm, *ZMR* 2016, 619; Blank, in Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, 14. Aufl. 2019, BGB § 551 Rn. 118; BeckOK BGB/Wiederhold, 54. Ed. 1.5.2020, BGB § 551 Rn. 40; Blank/Börstinghaus, in Blank/Börstinghaus, *Miete*, 6. Aufl. 2020, BGB § 551 Rn. 963; Palandt/ Weidenkaff, *BGB*, Vor § 535 BGB Rn. 123. 더 상세히는 Flatow, *NZM* 2020, 10 f.

63) BeckOK BGB/Wiederhold, BGB § 551 Rn. 40; Blank/Börstinghaus, in Blank/Börstinghaus, *Miete*, BGB § 551 Rn. 93; Blank, in Schmidt-Futterer, *Mietrecht*, BGB § 551 Rn. 90 ff.와 이들 문헌에 소개된 판례 및 다른 문헌 참조.

64) Sittner, *NJW* 2020, 1173; BeckOK BGB/Wiederhold, BGB § 551 Rn. 40; Blank, in Schmidt-

독일의 통설 및 판례처럼 취급함이 타당할 것이다.

한편, 임대인이 임대차계약 존속 중에 연체차임의 충당을 위하여 임대차보증금에서 자유롭게 공제할 수 있다고 하게 되면 실무적으로는 다음과 같은 문제가 발생할 수 있다. 임차인이 예컨대 코로나19 사태로 인한 매출 급감을 이유로 상가임대차법 제11조 또는 민법 제628조에 따른 차임감액을 청구하면서 감액된 부분을 제외한 나머지 금액만을 차임으로 지급하였는데, 임대인이 그 차임감액을 인정하지 않고 보증금에서 지급되지 아니한 부분의 차임을 공제하겠다고 통지한 후 공제했다고 하자. 이 경우의 차임채권은 다툼이 있는 것이어서 종국적으로 위법한 공제가 될 수도 있고, 그 경우 임대인은 부당이득 반환을 통해 보증금을 다시 채워야 한다. 또한, 그 공제가 적법하다면, 본래 보증금계약으로 약정된 보증금의 부족이 발생할 것이므로 임차인에 의한 담보의 보충이 이루어져야 하고 그렇지 아니한 경우에는 담보제공의무의 불이행을 이유로 임대인이 임대차계약을 해지할 수 있게 된다. 차임의 수령은 임대인의 가장 중요한 관심사이고 보증금은 이를 확보하기 위한 담보의 기능을 하는데, 임차인이 그 지급의무를 이행하지 않는다면 임대인으로서의 임대차를 더 이상 존속시킬 이유가 없기 때문이다.⁶⁵⁾ 임대차계약 존속 중에는 임대인이 보증금에서 연체차임을 공제할 수 없게 하더라도 임대인에게 특별히 불리한 것도 없다. 보증금은 어차피 임대인 수중에 있고 임대차계약의 해지가능성도 있기 때문이다.

이처럼 임대차 계속 중에 임대인이 보증금에서 연체차임을 충당할 것인지를 자유로이 선택할 수 있다는 이론구성은 임대인에 대해서만 일방적으로 유리한 결과를 가져오는 문제점을 안고 있다. 특별한 사정(보증금의 임대차계약 계속 중의 처분을 허용하는 특약, 임대차관계에 기한 임대인의 임차인에 대한 이행기가 도래한 채권에 대한 법원의 확정

Futterer, *Mietrecht*, BGB § 551 Rn. 90 f.

65) 박윤직, 앞의 책, 385쪽; 민일영, 민법주해 제15권, 183쪽.

판결 또는 임차인이 연체차임을 보증금에서 공제할 것을 요구하는 경우 등)이 없다면, 보증금은 전세금처럼(민법 제315조 제2항) 임대차계약의 종료 후에만 채무에 충당될 수 있다고 해석하는 것이 무난한 해결책이라고 할 것이다.⁶⁶⁾

VII. 나오며

코로나19 사태 아래서도 임차인은 계속하여 차임지급의무를 부담한다. 코로나19의 확산을 방지하기 위한 행정당국의 조치(시설폐쇄·집합금지 명령, 사회적 거리두기 시행)는 원칙적으로 차임 감액을 가능케 하는 임차물의 하자라고 할 수 없다. 임대인은 계약법상 예견할 수 없었던 전염병 관련 임대물의 용익 제한이나 매출 감소를 방지할 의무를 부담하지 않기 때문이다. 나아가 임차인은 민법 제537조, 제538조에 따라 차임지급의무를 면할 수 있는 것도 아니다. 행정당국에 의한 시설폐쇄·집합금지 명령 또는 사회적 거리두기 시행은 기껏해야 일시적 불능을 초래할 뿐이기 때문이다.

이처럼 코로나19 사태로 인한 임차물의 용익 제한 및 매출 감소에 대하여는 임차물의 하자가 부정되고 쌍무계약의 위험부담(민법 제537조, 제538조)이 문제되지 않지만, 사정변경 법리를 구체화한 상가임대차법 제11조 또는 민법 제628조에 따른 차임감액은 고려될 수 있다. 적어도

66) 2014년도 민법 개정안 제647조의2(“임차인이 임대인에게 보증금을 지급한 경우 임대인은 임대차 종료 후 보증금으로써 지체된 차임 기타 임대차와 관련하여 생긴 채권의 변제에 충당하고 잔액이 있으면 이를 반환하여야 한다.”)도 민법 제315조 제2항과 흡사한 내용이다. 조경임, “임대차보증금의 담보적 성격과 이론적 근거”, 법조 제711호, 법조협회, 2015, 177쪽은 “전세금의 반환관계와 임대차관계에서의 보증금 반환관계는 같은 선상에서 논의될 수 있을 것”이라고 한다. 그 이유는 “보증금의 담보적 성격이 발생하는 근거와 담보권의 구체적인 내용 및 효력 등에 관해서는 양자를 다르게 취급할 이유를 찾기 힘들”기 때문이라고 한다.

인천지 신도들의 집단감염이 알려진 2020년 2월 중순 전에 체결된 상가 임대차계약의 당사자들은 계약기간 중 임차물에서의 영업을 통한 수익 가능성에 중대한 영향을 미치고 정상적인 영업을 방해하거나 현저히 어렵게 만드는 세계적인 차원의 전염병을 염두에 두지는 않았을 것이다. 코로나19 사태로 인한 행정당국의 시설폐쇄·집합금지 명령에 의하여 임차인이 임차물을 계획대로 용익할 수 없게 된 경우뿐만 아니라 고강도 사회적 거리두기 시행으로 인한 유령도시화된 상태에서 매출이 급감한 경우에는 통상적인 사용위험의 한계를 넘어선 것으로 보아야 한다. 임차인은 상가건물을 주거목적으로 임차한 것이 아니라 거기서의 영업을 통해 매출을 올리기 위하여 임차한 것이다. 시설폐쇄·집합금지 명령 또는 고강도 사회적 거리두기 시행을 통해 공공생활이 크게 제약을 받아 이러한 매출이 불가능하게 되었다면, 무제한의 차임지급의무는 더 이상 인정될 수 없다. 현행법은 전염병의 세계적 대유행의 위험을 임대인 또는 임차인에게 일방적으로 할당하지 않는다. 따라서 당사자들은 이 위험을 상가임대차법 제11조 또는 민법 제628조를 기반으로 의심스러운 경우에는 50 : 50으로 분담하는 것이 공평할 것이다. 당사자들이 매출 기반 차임을 합의했다는 사실만으로 여기서 문제되는 위험에 대한 완결적 의미가 있는 계약상의 위험분배가 행하여진 것으로 볼 수는 없다. 임차인이 계속하여 원래의 차임에 구속되는 것을 기대할 수 있는지 여부를 검토할 때 이익형량의 범위 내에서 개별 사안의 모든 사정을 고려해야 한다. 여기에는 불이익(매출 급감) 외에도 임차인이 —가령 종업원의 근로시간 단축에 의한 비용 절감, 국가·지자체에 의한 보조금 지급, 보험금 수령과 같은— 코로나19 사태로 인하여 얻은 이익도 시야에 넣고 살펴보아야 한다. 코로나19 사태로 인하여 매출이 50% 이상 급감한 경우 원칙적으로 기대가능성의 임계치를 넘어선 것으로 볼 수 있다. 코로나19 사태 관련 차임감액의 궁극적인 목표는 의심스러운 경우 고통 분담 차원에서 위험을 균분하는 것에 두어야 할 것이다.

계약해지권은 예외적인 경우에만 고려된다. 손해배상청구권도 예외적인 경우로 제한된다. 임차인이 차임을 연체하는 경우 임대인은 보증금에서 해당 금액을 공제할 수 있으나, 그것은 원칙적으로 임대차 종료 후 목적물이 반환될 때에만 그러하다고 해야 할 것이다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 채권각론 신정판, 박영사, 1995.
- 민일영, 제623조, 곽윤직 편집대표, 민법주해 제15권, 박영사, 1997.
- 민일영, 보증금, 곽윤직 편집대표, 민법주해 제15권, 박영사, 1997.
- 박동진, 계약법강의 제2판, 법문사, 2020.
- 김상용, 채권각론 개정판, 법문사, 2003.
- 송덕수, 채권법각론 제4판, 박영사, 2019.
- 송덕수, 채권법총론 제5판, 박영사, 2020.
- 이은영, 채권각론 제5판, 박영사, 2007.
- 이은영, 채권총론 제4판, 박영사, 2009.
- BeckOK BGB/Wiederhold*, 54. Ed. 1.5.2020, BGB § 551.
- BeckOK BGB/Zehelein*, 54. Ed. 1.5.2020, BGB § 535.
- Blank/Börstinghaus (Hrsg.), *Miete*, 6. Aufl. 2020.
- Mann/Schenn/Baisch, *Vertrieb von Waren und Dienstleistungen in Zeiten von Corona*, 1. Aufl. 2020.
- Palandt/Weidenkaff, *BGB*, 79. Aufl. 2019, BGB Vor § 535.
- Palandt/Weidenkaff, *BGB*, 79. Aufl. 2019, BGB § 536.
- Schmidt (Hrsg.), *COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise*, 1. Aufl. 2020.
- Schmidt-Futterer (Hrsg.), *Mietrecht*, 14. Aufl. 2019.
- Zehelein (Hrsg.), *COVID-19, Miete in Zeiten von Corona*, 1. Aufl. 2020.

2. 학술지

- 김서기, “상가건물 임대차보호법 제11조 차임 등의 증감청구권에 관한 고찰”, 강원법학 제41권, 강원대학교 법학연구소, 2014, 279-310쪽.
- 김진우, “독일의 코로나계약법: 우리 입법에 대한 시사점을 덧붙여”, 재산법연구 제37권 제1호, 한국재산법학회, 2020, 119-148쪽.
- 김진우, “코로나19 사태와 급부장애: 급부장애 일반론과 매매, 도급 및 여행계약에서의 급부장애를 중심으로”, 비교사법 제90호, 2020, 285-334쪽.
- 박신욱, “임대차임규제에 관한 비교연구: 한국과 미국의 임대차임규제에 대한 연구를 중심으로”, 법학논총 제33집 제3호, 한양대학교 법학연구소, 2016, 95-121쪽.
- 사동천, “상가건물임대차보호법상 근대민법 3대원칙의 수정원리의 적정성에 관한 검토”, 홍익법학 제19권 제3호, 홍익대학교 법학연구소, 2018, 161-186쪽.
- 여미숙, “임대차에서의 연체차임의 공제”, 법학연구 제37집 제2호, 한양대학교 법학연구소, 2019, 315-344쪽.
- 오호철, “건물의 임대차법제에 관한 소고: 주택과 상가건물임대차특별법의 일부 규정을 민법전으로 편입”, 법학논고 제34집, 경북대학교 법학연구원, 2010, 211-236쪽.
- 이도국, “주택임대차의 월세전환 가속화에 따른 보증금규정의 개선방안 연구”, 법과 정책연구 제14집 제3호, 2014, 1211-1242쪽.
- 이상용, “개정 상가건물임대차보호법과 바람직한 임차인 보호방안: 존속보장과 영업보상”, 민사법학 제73호, 한국민사법학회, 2015, 49-109쪽.
- 조경임, “임대차에서의 공제에 관하여”, 법조 제698호, 법조협회, 204, 49-95쪽.

조경임, “임대차보증금의 담보적 성격과 이론적 근거”, 법조 제711호, 법조협회, 2015, 143-188쪽.

Ekkenga/Schirmacher, Auswirkungen der COVID-19-Katastrophe auf die Zahlungspflichten gewerblicher Mieter und Pächter, *NZM* 2020, 410.

Emde, Corona und Vertriebsrecht — erste Gedanken, *ZVertriebsR* 2020, 138.

Flatow, Mieters Anspruch auf Rückgewähr der Kautions, *NZM* 2020, 1.

Günter, Der Einfluss öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen auf mietvertragliche Vereinbarungen: Risikoverteilung, Gestaltungsmöglichkeiten der Mietvertragsparteien und Rechtsstellung des Mieters bei Nichterfüllung von Vermieterpflichten, *NZM* 2016, 570.

Günther/Piontek, Die Auswirkungen der, Corona-Krise “auf das Versicherungsrecht — Eine erste Bestandsaufnahme, *r+s* 2020, 242.

Hannes/Lorenz, Corona-Pandemie: Handlungsmöglichkeiten bei krisengefährdeter Unternehmensnachfolge, *ZEV* 2020, 385.

Häublein/Müller, Wer trägt das Pandemierisiko in der Geschäftsraummiete?, *NZM* 2020, 481.

Hellner, Pacta sunt servanda — gilt dieser Grundsatz auch für die Miete in Zeiten der COVID-Pandemie?, *NJOZ* 2020, 769.

Jung, Systemkrisen und das Institut der Störung der (großen) Geschäftsgrundlage, *JZ* 2020, 715.

Lindner-Figura, Besonderheiten bei der Vereinbarung einer Umsatzmiete, *NZM* 1999, 492.

Schall, Corona-Krise: Unmöglichkeit und Wegfall der Geschäftsgrundlage bei gewerblichen Miet- und Pachtverträgen, *JZ* 2020, 388.

Warmuth, § 313 BGB in Zeiten der Corona-Krise — am Beispiel der

Gewerberaummiete, *COVuR* 2020, 16.

Weidt/Schiewek, Geschäftsschließungen wegen Corona — mietrechtlich ein Fall des § 313 BGB?, *NJOZ* 2020, 481.

Weller/Lieberknecht/Habrich, Virulente Leistungsstörungen — Auswirkungen der Corona-Krise auf die Vertragsdurchführung, *NJW* 2020, 1017.

Weaver, Störung der Lieferkette durch Covid-19 — Force Majeure? Es kommt darauf an!, *ZVertriebsR* 2020, 159.

Zehelein, Infektionsschutzbedingte Schließungsanordnungen in der COVID-19-Pandemie, *NZM* 2020, 390.

3. 기타

국가법령정보센터, 상가건물임대차보호법, 신규제정이유 <<http://www.law.go.kr/LSW/lsRvsRsnListP.do?lsId=009276&chrClsCd=010202&lsRvsGubun=all>>.

네이버 지식백과, 시사상식사전, 사회적 거리두기 <<https://terms.naver.com/entry.nhn?docId=5928099&cid=43667&categoryId=43667>>.

데일리안, 코로나19 난관 부딪힌 화장품 업계, 온라인 · 배송에 ‘사활’, 2020. 7. 30. <<https://www.dailian.co.kr/news/view/908771/?sc=Naver>>.

법무부, 보도자료: 포스트 코로나 시대를 대비한 법무정책 추진, 2020. 6. 3. <http://viewer.moj.go.kr/skin/doc.html?rs=result/bbs/437&fn=temp_1591162094533100>.

연합뉴스, [팩트체크] 코로나로 문닫은 상인들, 월세감액 제도 없나?, 2020. 3. 28. <<https://www.yna.co.kr/view/AKR20200327123100502>>.

중앙일보, 코로나 ‘집콕족’에 성형외과 매출 늘었다…면세점은 -88%, 2020. 5. 21. <<https://news.joins.com/article/23782227>>.

중앙일보, 휴업 뒤 재개장 100만원, 확진자 방문 300만원…쏟아지는 코

- 로나19 지원금, 2020. 7. 16. <<https://news.joins.com/article/23826404>>.
- 연합뉴스TV, 서울시 클럽·콜라텍 다음주 집합금지 해제여부 논의, 2020. 7. 24. <<https://www.yonhapnewstv.co.kr/news/MYH20200724000500038?did=1825m>>.
- 한국경제, “한 달 몇천만원씩 벌었는데...” 코로나 6개월에 ‘초토화’, 2020. 7. 21. <<https://www.hankyung.com/economy/article/202007206527g>>.
- 헤럴드경제, “매달 수천만원 적자, 더 못버텨”...유령도시 된 이태원·명동, 2020. 7. 20. <<http://news.heraldcorp.com/view.php?ud=20200720000611>>.
- KBS NEWS, 코로나19로 폐업 늘고, 임대 매물 쌓이고, 2020. 7. 15. <<http://news.kbs.co.kr/news/view.do?ncd=4495089>>.
- news1, 코로나19 확진자 가장 많은 대구, 경제적 타격도 가장 컸다, 2020. 5. 21. <<https://www.news1.kr/articles/?3941066>>.
- <<https://blog.naver.com/bsra2017a/221385524786>>.
- <<https://blog.naver.com/jumpokorea/30130706122>>.

[Abstract]

Covid-19 und Geschäftsraummiete

Kim, Chin-Woo*

Die Corona-Krise lähmt aktuell die weltweite Wirtschaft. Sie stellt auch das Mietrecht in eine neue rechtliche Dimension. In der Praxis geht es vordringlich um die Antwort auf die Frage nach Ob und Umfang der Mietzahlungspflicht, aber auch um Fragen nach einer Kündigungsberechtigung, einem Rückgriff auf die Mietkaution oder gar nach Schadensersatz. Der nachstehende Beitrag führt, unter Betrachtung einzelner Fallgruppen wie der in Erwägung zu ziehenden Rechtsinstitute, zu der Bewertung, dass oftmals allein eine gestufte Vertragsanpassung nach § 313 I BGB in der Geschäftsraummiete zu angemessenen Ergebnissen führt. Die Autoren legen dabei besonderes Gewicht auf die Kriterien, nach denen diese Anpassung in der Praxis erfolgen sollte, um den Unsicherheiten der weiteren Entwicklung der Pandemie Rechnung zu tragen. Das Gesetz weist weder dem Vermieter noch dem Mieter das Risiko der Pandemie zu. Die Parteien tragen dieses Risiko im Zweifel hälftig. Allein aus dem Umstand, dass sie eine umsatzbezogene Miete vereinbart haben, lässt sich keine abschließende vertragliche Zuweisung des hier in Rede stehenden Risikos erkennen. Sobald sich die wirtschaftlichen Auswirkungen der Pandemie auf das in den Mieträumen betriebene Unternehmen des Mieters beziffern lassen, ist die Miete anzupassen. Diese Anpassung muss zum Ziel haben, die Risiken im Zweifel auf Vermieter und Mieter gleichmäßig zu verteilen. Das führt aber nicht zwingend dazu, dass der Mieter lediglich die Hälfte der Miete schuldet, auch wenn dieser Wert jedenfalls bei behördlich angeordneten Schließungen den Ausgangspunkt der Prüfung bilden sollte.

* Professor Dr. iur., Hankuk University of Foreign Studies Law School

[Key Words] Gewerbemietvertrag, Pacta sunt servanda, Mietzahlungspflicht, Mietminderung, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Verwendungsrisiko, Zumutbarkeit, Umsatzmiete, Schließungsanordnung, soziales Zusammenleben (social distancing)