

계약인수와 임차권의 양도

전북대학교 법과대학 조교수 이 준 현

논 문 요 지

본 논문은 계약인수(Vertragsübernahme)의 문제를 다룬 것이다. 계약인수란 계약당사자 중 일방이 포괄적인 당사자의 지위를 제3자에게 이전하여 계약관계로부터 탈퇴하고, 그 제3자가 당사자의 지위를 승계하는 것을 말한다. 계약인수는 하나의 계약에서 발생하는 법률관계를 통틀어서 간단하게 처분할 수 있다는 장점이 있어 거래계에서는 빈번히 이용되고 있으나, 그동안 이에 대해 법리적인 면에서 충분한 검토가 이루어져 왔다고는 말할 수 없다. 본 논문은 계약인수에 대한 지금까지의 교과서적인 설명이 가지는 문제점을 주로 지적하면서, 앞으로의 연구를 위한 단초를 제공하고자 하였다. 본 논문에서는 다음이 쟁점으로 논의되었다.

첫째, 계약인수의 법률적 성질의 문제이다. 이와 관련하여, 문헌은 계약인수를 독자적인 제도로 파악하면서도, 채권양도와 채무인수에 관한 규정은 계약인수의 성질에 어긋나지 않는 범위 내에서 계약인수에 적용된다고 한다. 이러한 설명이 가지는 불명확함에 대해 비판하였다.

둘째, 계약인수의 목적 및 기능에 관한 지금까지의 설명에 대해 비판적 관점에서 검토하였다.

셋째, 계약인수는 무엇보다도 임대차의 영역에서 많은 문제를 야기한다. 본 논문에서는 특히 부동산 임대인의 지위의 승계와 관련하여 우리의 문헌 및 판례가 제시하는 논거에 많은 문제가 있음을 지적하고, 이로 인해 대법원판결들이 유사한 사안들에 있어서 혼란과 상호모순을 보이고 있음을 설명하였다.

끝으로, 임차권의 양도에 관한 우리 민법규정을 계약인수의 관점에서 새로이 조명하였다. 임차권의 양도를 규정한 우리 민법 제629조는 그 동안 계약인수와 관련한 논의에서 제외된 채로 오랜 기간 방치되어 왔다. 본 논문에서는 임차권의 양도를 계약인수의 관점에서 새로이 접근하여 이에 대한 보다 설득력 있는 해석을 이끌어 내고자 하였다. 특히 임차목적물에 따른 임차권양도 규정의 차별적 해석·적용이 필요함을 입증하고, 이를 뒷받침하기 위하여 비교법적인 관점에서 외국의 입법례를 검토하였다.

검색용주제어 : 계약인수, 계약양도, 임차권의 양도, 임차권, 임대인지위의 승계, 임대차, 채무인수, 배신행위, 주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법

I. 문제의 제기

계약인수(Vertragsübernahme)¹⁾란 계약당사자 중 일방이 포괄적인 당사자의 지위를 제3자에게 이전하여 계약관계로부터 탈퇴하고, 그 제3자가 당사자의 지위를 승계하는 것을 말

1) 그밖에 ‘계약양도’, ‘계약상의 지위의 이전’, ‘계약상의 지위의 양도’ 등의 용어를 사용하기도 한다. 가장 흔히 사용되는 것이 ‘계약인수’이다. 본 논문에서는 다수의 문헌과 같이 계약인수라는 용어를 사용하는 것을 원칙으로 한다.

한다.²⁾ 이러한 계약당사자의 지위의 이전은 법률의 규정을 통해서 일어나기도 하지만, 계약 당사자 간의 이전의 합의, 즉 법률행위를 통해 발생하는 것이 보다 일반적이다.³⁾ 우리 민법은 채권양도·채무인수에 대해서만 규정하고 있을 뿐 이와 같이 채권관계 전체를 이전하는 것에 대해서는 일반규정을 두고 있지 않다.⁴⁾ 그러나 계약자유 원칙상 이를 부인할 이유는 없다고 하여, 우리 학설·판례는 일치해서 채무인수와 유사한 제도⁵⁾로서 계약인수를 인정하고 있다.

계약인수는 하나의 계약에서 발생하는 법률관계를 통틀어서 간단하게 처분할 수 있다는 장점이 있어 거래계에서는 빈번히 이용되고 있다. 특히 계속적 쌍무계약의 경우에, 그러한 계약관계에서 생기는 다양한 권리·의무를 그 계약관계로부터 분리하여 개별적으로 양도하거나 인수하는 것은 곤란하거나 바람직하지 않으며, 계약인수로서 계약관계 전부를 이전시키는 것이 합리적인 때가 많다.⁶⁾ 이는 또한 상환채무 사이의 견련성을 유지시킬 수 있게 되므로 바람직하다. 그밖에 해제권·해지권·취소권 등은 계약관계에 밀착되어 있으므로, 채권양도나 채무인수로는 이전이 불가능하고 계약인수에 의해서만 제3자에게 이전될 수 있다.⁷⁾ 이와 같이 계약인수는 필요성이 있을 뿐 아니라 또 실무상 그 이용이 점점 증대하고 있음⁸⁾에도 불구하고, 이에 대한 우리 학계에서의 본격적인 논의는 거의 없는 실정이며,⁹⁾ 단

2) 김형배, 채권총론(제2판), 박영사, 1998, 634면.

3) 우리나라에서는 계약인수를 계약 즉, 당사자 사이의 합의에 기한 계약당사자의 지위의 이전에 한정하여 이해하는 것이 보통이나(대표적으로 박윤직, 채권총론(신정수정판), 박영사, 1999, 320면), 이 논문에서는 당사자 지위의 이전, 즉 「인수」의 점에 그 초점이 맞추어져 있으므로 법률의 규정에 의하여 계약당사자의 지위가 승계되는 경우도 포함하여 논의를 전개한다. 독일 및 스위스의 경우에도 이를 함께 논하는 것이 통상이다(예컨대 독일의 경우에는 MünchKomm/Möschel, 4. Aufl.(2003), Vor. § 414 BGB, Rn. 8; StaudingerKomm/Jan Busche, 13. Aufl.(1999), Einl. zu §§ 398 ff. BGB, Rn. 197 등 참조; 스위스의 경우에는 Gauch/Schluép/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht AT Band II, 7. Aufl. (1998), Rn. 3673(S. 323) 참조).

4) 이에 반해 이탈리아 민법전(제1406조~제1410조) 및 포르투갈 민법전(제424조~제427조)은 계약인수에 대해 각각 자세한 명문규정을 두고 있다고 한다(그 세부 내용에 대해서는 野澤正充, 契約譲渡の研究, 弘文堂, 2002, 191면 이하 참조).

5) 이에 반하여 일본에서는 계약인수를 오히려 채권양도에 근접시킬 것을 주장하는 견해(대표자: 椿壽夫)도 있다.

6) 실무 쪽에서 나온 한 논문(김성현, “채무인수와 계약인수”, 경영법무 통권 1호(94.04), 55면)은 오늘날 흔히 볼 수 있는 계약인수의 전형적인 예로서, 프로야구 구단 간에 야구선수의 트레이드를 든다. 이 경우 인수구단은 상대방 구단이 그 야구선수와 맺은 고용계약상의 당사자 지위를 승계 받아 계약금과 연봉의 지급 기타 부채채무(예컨대, 운동복지금의무) 등을 포괄적으로 이전받게 되는 동시에 그 야구선수에 대하여 시합에 출장할 것을 요구하거나 다시 트레이드할 권리까지도 취득하게 되는 것이다. 그밖에, 설정최고액 2,000만원인 근저당거래에서 현재의 채무액이 1,100만원이라고 할 때, 채무인수를 하게 되면 인수인은 1,100만원의 대출채무만을 인수하게 될 뿐이지만, 계약인수를 하게 되면 인수인은 설정액이 2,000만원인 근저당권설정계약상의 채무자의 지위까지 승계하게 되어 향후 900만원의 신규대출까지 받을 수 있는 장점이 있다고 한다.

7) 이은영, 채권총론(개정판), 박영사, 1999, 658면 이하; 김용담, “계약인수의 요건”, 민사판례연구 (IV), 박영사, 2000, 89면; MünchKomm/Möschel, Vor. § 414 BGB, Rn. 8.

지 몇 개의 판례평석과 외국의 이론을 소개한 소수의 논문 등이 존재하고 있을 뿐이다

본 논문은 계약인수에 관한 일반내용을 소개하기 위한 것이 아니다. 오히려 본 논문에서는 지금까지의 계약인수에 대한 일반적인 이해의 문제점들이 대거 언급되어 있다. 계약인수와 관련하여 우리의 경우 다음이 논의의 쟁점이 될 수 있다.

첫째, 계약인수의 법률적 성질의 문제이다. 계약인수는 계약관계를 구성하는 개별 채권·채무의 총합인가 아니면 이와는 별개의 독립한 제도로써 파악되어야 하는가? 이는 고전적 논의이기는 하지만, 계약인수의 요건과 법률적 효과를 설명하는데도 영향을 미치는 중대한 문제이다. 이와 관련하여, 우리의 대부분의 문헌은 계약인수를 채권양도·채무인수와 구별되는 독자적인 제도로 파악하면서도, 채권양도와 채무인수에 관한 규정은 계약인수의 성질에 어긋나지 않는 범위 내에서 계약인수에 적용된다¹⁰⁾는 다소 안이한 설명을 하고 있다.

둘째, 계약인수는 법률의 규정 또는 당사자의 법률행위를 통하여 발생할 수 있다. 이와 관련하여, 계약인수가 문제되거나 문제될 수 있는 경우는 어떠한 경우가 있는지 구체적으로 검토되어야 한다. 그밖에 계약인수의 목적 및 기능에 관한 지금까지의 설명도 비판적 관점에서 다시 한번 검토하기로 한다.

셋째, 우리나라의 경우 계약인수이론은 임대차와 관련하여 가장 크게 문제될 수 있다. 그러나 우리나라는 주택임차인 및 영세 점포임차인의 보호를 위하여 주택임대차보호법 및 상가건물임대차보호법을 제정·시행함으로써 계약인수에 관하여 민법과 민사특별법을 아우르는 일관된 설명을 어렵게 하고 있으며, 특히 대법원의 판결은 혼란과 상호모순을 보여주고 있다.

마지막으로, 임차권의 양도에 관한 우리 민법규정을 계약인수의 관점에서 새로이 조명해 보고자 한다. 임차권의 양도를 규정한 우리 민법 제629조는 그 동안 계약인수와 관련한 논의에서 제외된 채로 오랜 기간 방치되어 왔다. 본 논문에서는 임차권의 양도를 계약인수의 관점에서 새로이 접근하여 이에 대한 보다 설득력 있는 해석을 이끌어 내고자 한다. 특히 임차목적물에 따른 임차권양도 규정의 차별적 해석·적용이 필요함을 입증하고, 이를 뒷받침하기 위하여 비교법적인 관점에서 외국의 입법례를 검토한다.

본 논문은 계약인수에 관한 지금까지의 논의가 가지는 문제점을 집중적으로 조명하고 이를 쟁점화 함으로써 이후의 발전적인 논의를 위한 작은 토대가 되고자 한다. 아래에서는 위

8) 일본에서는 골프회원권의 양도를 염두에 두고 계약인수의 이론을 검토해 나가는 견해도 상당하다고 한다. 이에 대해서는 池田眞朗, 「契約當事者論」別冊 NBL 51号 (1998), 147면 이하; 須藤正彦, ゴルフ會員權の譲渡に關する研究, 信山社, 1992; 野澤正充, 債務引受・契約上の地位の移轉, 一粒社, 2001, 225면 이하. 우리나라에서는 골프회원권의 양도를 채권양도로 파악하는 듯하다(예컨대, 김재형, “골프회원권의 법률관계”, 민법론 II, 박영사, 2004, 273면, 282면 참조).

9) 그 원인으로는, 후술하는 것처럼, 무엇보다도 계약인수가 문제되는 계약유형이 몹시 다양하여 하나의 통일된 이론구성이 쉽지 않다는 점을 들 수 있겠다. 특히 계약인수는 일회적 계약뿐 아니라 계속적 계약에서도 문제될 수 있는 바, 양자는 법적 성질을 전혀 달리 한다. 나아가 계약인수를 인정하는 일반규정이 우리 민법에 존재하지 않는 것도 논의의 불모화를 야기한 이유가 될 수 있겠다.

10) 예컨대, 박윤직 편집대표, 민법주해(X): 채권 (3), 627면(민형기 집필부분); 이은영, 앞의 책, 660면 등.

에서 제기된 문제의 순서대로 각각 논의를 진행한다.

II. 계약인수의 법적 성질

1. 들어가는 말¹¹⁾

계약인수의 법률적 성질에 관해서는 독일 민법의 제정 이후 독일을 중심으로 활발한 논의가 있었다. 이는 계약인수를 인정해야 할 실무상의 필요성이 증대되었고 학설·판례상 계약인수의 관념이 점차로 수용되었음에도 불구하고 독일 민법에는 계약인수에 관해 아무런 일반 규정이 존재하지 않은 결과이다. 우리 문헌들에서의 설명은 이러한 독일에서의 논의의 연장선상에 있다.

계약인수의 법적 성질에 관한 본격적인 논의는 Hölder로부터 시작된다. 그 이전의 문헌들이 계약인수에 관하여 소박하게 채권양도와 채무인수에 관한 규정들을 직접 적용할 것을 주장하는 것 정도로 그친 반면, Hölder는 쌍무계약에 있어 법률행위에 의한 계약당사자의 지위의 이전은 독일 민법이 본격적으로 다룬 바 없는 새로운 문제임을 분명히 하는 동시에 이후 계약인수와 관련하여 견해의 대립을 낳는 중추적 요소가 되는 형성권의 양도의 문제를 언급하였다.¹²⁾

2. 학설의 대립

(1) 분해설

독일 민법에 있어 계약당사자 사이의 법률관계의 내용과 청산을 정하는 법률규정들은 철저히 고립된 형성물(isolierte Gebilde)로서의 채권과 채무만을 그 대상으로 하고 있으며,¹³⁾ 독일 민법은 단지 개별적인 몇몇 특별한 경우를 위하여 계약당사자의 지위가 다른 사람에게로 이전하는 법률규정을 두고 있을 뿐이다. 독일 민법의 입법자들은 채권관계에 관여한 사람들의 법률행위를 통한 교체는 채권양도와 채무인수에 관한 규정으로 완전히 규율가

11) 옛 문헌 입수의 어려움이 있어, 이 章의 집필에는 Pieper, Vertragsübernahme und Vertragsbeitritt, 1963; 大窪 誠, “ドイツにおける契約引受論”, 法學 55卷 3号(1991.08), 東北帝國大學法學會, 500면 이하; 서민, “계약인수”, 민법학논총 I(후암 박윤직교수 화갑기념), 박영사, 1985, 393면 이하 등에 힘입은 바 크다.

12) Hölder, Die Ablösung einer Vertragspartei durch einen Dritten, Das Recht, 12. Jahrg.(1908), S. 469 ff. (Pieper, a.a.O., S. 33 f. 및 大窪 誠, 앞의 논문, 504면 이하에서 재인용). Hölder는 위임에 있어 수입인이 복수임인을 선임하여 위임사무를 처리하게 하는 것이 법률상 허용됨(§ 664 I BGB)을 예로 들면서, 이러한 법적 지위의 이전의 가능성은 위임에 한정되어야 할 이유가 없으므로 쌍무계약에 있어 계약당사자의 교체를 목적으로 하는 법률행위에 독자성이 인정되어야 한다고 주장하는 한편 계약인수가 있게 되면 취소권 등 형성권도 인수인에게 이전한다고 보았다.

13) Pieper, a.a.O., S. 13.

능하다는 생각이었다. 그러므로 그들은 계약당사자의 지위의 이전을 목적으로 한 합의에 대해 특별한 문제의식을 가지지 않았으며, 그러한 지위의 이전에 아무런 독자적인 의미를 부여하지 않았다.¹⁴⁾ 분해설은 이와 같은 독일 민법의 입법자들의 사고와 연결되어 있으며, 채권관계에서 나오는 모든 개별적인 권리와 모든 개별적인 의무를 동시에 양도하고 인수하면 채권관계의 양도의 경우와 실제적으로 동일한 결과가 달성될 것이라고 생각하는 입장이 다.¹⁵⁾

이러한 사고는, 분해설의 대표적 주장자인 Demelius도 적절히 지적¹⁶⁾하는 것처럼, 쌍무 계약에 있어 하나의 채권관계가 개별 채권과 채무로 남김없이 해체될 수 있다는 전제하에서 있다. 그렇지 않을 경우 법률행위에 의한 계약당사자의 지위의 이전은 “법적 불능”(juristische Unmöglichkeit)일 것이다. 그러한 법적 불능을 인정하는 것은 바람직하지 않기 때문에, 계약당사자의 지위의 이전을 목적으로 하는 법률행위는 채권양도와 채무인수로 분해가 가능한 것으로 보아야 하고 이를 통해 계약당사자의 지위의 이전이라는 목적은 달성된다. 그는 또한 독일 민법이 인정한 몇몇 특별한 경우에 계약당사자의 지위가 이전될 수 있음을 규정한 법률규정들의 규정내용을 그 논거로 든다. 예컨대, 제571조(현행 제566조)의 법문에 의하면 취득자는 양도인을 대신하여 임대차계약관계에서 발생하는 ‘권리’(Rechte)와 ‘의무’(Verpflichtungen)를 승계한다고 되어 있다. 따라서 법률규정에 의한 계약인수는 법정 채권양도와 채무인수의 결합 이외의 다른 어느 것도 아니다. 여기에서 법률행위에 의한 계약인수의 경우에도, 채권양도와 채무인수의 결합을 통하여 모든 계약관계를 다른 사람에게 양도할 수 있다는 결론을 이끌어 낼 수 있다. 또한 그는 형성권과 관련해서는, 채권관계 전체 즉, 모든 채권과 채무가 이전하는 경우, 형성권만이 분리되어 별개로 남지는 않는다고 한다. 왜냐하면, 계약관계로부터 이탈하는 사람이 예컨대 여전히 해지권을 갖는다고 할 경우, 모든 채권과 채무가 이전되었다고 할 수 없기 때문이다. 이로 인해 자신도 모르는 사이에 Demelius는 형성권과 채권을 서로 동일시하는 결과에 이른다.

그밖에 분해설의 주장자들은 법률행위에 기한 계약당사자의 지위의 이전을 이와 같이 파악해야만 하는 이유로서, 독일 민법의 입법자들이 법률행위에 기한 계약인수에 관하여 명백히 아무런 일반 규정을 두지 않은 점을 든다.

(2) 통일설

통일설은 계약인수를 채권양도와 채무인수의 단순한 총체가 아닌, 계약당사자의 지위 자체를 포괄적으로 양수인에게 이전하는 하나의 통일된 계약으로 파악한다. 이러한 통일설로의 논의의 발전에 지대한 공헌을 한 것은 다름 아닌 v. Tuhr와 Siber였다. 두 사람은 채권

14) Pieper, a.a.O., S. 31.

15) 그러나 오늘날 후술하는 통일설의 입장에 서면서도 여전히 이와 같이 생각하는 견해도 있다. 예컨대, StaudingerKomm/Jan Busche, Einl. zu §§ 398 BGB, Rn. 196, 200 참조.

16) Demelius, Vertragsübernahme, JherJb Bd. 72(1922), S. 241 ff. (Demelius의 견해에 대한 설명은 Pieper, a.a.O., S. 40 f. 및 大窪 誠, 앞의 논문, 506면 이하에서 재인용함).

(Forderung)과 채권관계(Schuldverhältnis)를 별개의 것으로 파악하고¹⁷⁾ 계약인수에 있어서는 채권관계의 이전이 문제되는 것이라고 주장하였다. 특히 Siber는 채권관계를 하나의 ‘유기체’(Organismus)로서 이해한다. 법률행위에 의한 계약당사자의 지위의 이전을 채권양도와 채무인수로 해체하는 것만으로는 불충분한 것은, 무엇보다도 개별 채권양도와 채무인수를 통하여 채권자 또는 채무자는 다른 사람으로 교체된다 할지라도, 채권관계는 원래의 계약당사자에게 그대로 남기 때문이다. 채권양수인 및 채무인수인은 개개의 채권과 채무를 승계할 뿐 채권관계를 승계하는 것은 아니며, 따라서 계약당사자 자신에게 속하는 권한(Befugnisse)은 그들에게 이전하지 않는다.¹⁸⁾

통일설의 적극적 주장자인 Larenz는 분해설로부터의 지적에 대해 다음과 같이 응답한다.¹⁹⁾ 즉, 독일 민법이 개별적인 채권의 양도와 채무의 인수 외에 채권관계의 양도, 즉 법률행위에 기한 계약당사자의 지위의 이전을 규정하지 않았다는 것이 이를 위한 실제적 필요성이 존재하지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니며, 이러한 입법의 침묵은 당시의 입법자들이 채권과 채권관계의 구별을 알지 못했다는 사실로부터 얼마든지 설명될 수 있다고 한다. 또한 채권 전부를 양도하는 동시에 채권관계에서 발생하는 채무를 전부 인수하는 것만으로는 계약의 양도와 동일한 결과가 달성되지 않는다. 왜냐하면, 계약당사자로서의 지위에 근거하는 형성권 및 이 지위와 결부된 권한(Zuständigkeiten)(예컨대 해지의 수령권한)은 이 경우에 여전히 원래의 계약당사자에게 남아 있을 것이기 때문이다. 이미 독일 민법 자신이 제571조(현 제566조)와 제1251조 2항의 두 경우에서 법률규정에 의한 채권관계의 이전을 인수인이 인수 후에도 계속해서 양도인과 동일한 법적 지위를 유지하는 방식으로 인식하고 있다.

결국 분해설은 계약 주체의 완전한 변경을 실현시키고자 하는 계약당사자의 의사를 적절히 반영할 수 없어²⁰⁾ 오늘날 독일에서 대부분의 지지자를 잃고 말았다.

3. 비판

위에서 설명한 바와 같이, 오늘날 계약인수는 채권양도·채무인수의 단순한 총체를 의미하는 것은 아니며, 계약당사자의 지위와 분리될 수 없는 모든 권리·의무를 포괄적으로 양수인에게 이전시키는 통일적 계약으로 파악하는 것이 다수의 입장²¹⁾²²⁾이다. 그러나 이러한 입

17) von Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts Bd. I(1910), S. 125 ff.; Siber, Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit, JherJb Bd. 70(1921), S. 278 ff, 294 ff.

18) 오늘날 같은 주장으로는 Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., 2000, § 34 Rn. 17(S. 269); MünchKomm/Möschel, Vor. § 414 BGB, Rn. 7.

19) Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Band I AT, 14. Aufl., 1987, S. 646 f.

20) MünchKomm/Möschel, Vor. § 414 BGB, Rn. 8.

21) 김형배, 앞의 책, 635면; 이은영, 앞의 책, 657면, 659면; 김주수, 채권총론(제3판 보정판), 삼성사, 2003, 370면; 박윤직 편집대표, 민법주해(X): 채권 (3), 626면(민형기 집필부분); 박준서 편집대표, 주석민법(제3판): 채권총칙(2), 626면(김황식 집필부분); 김용담, 앞의 논문, 86면 이하.

장에 서면서도, 계약인수는 채무의 인수행위와 많은 점에서 유사성을 가지며 따라서 채권양도와 채무인수에 관한 규정은 계약인수의 성질에 어긋나지 않는 범위 내에서 적용된다고 설명²³⁾하거나, 계약인수에는 채무의 이전이라는 요소가 포함되어 있기 때문에 면책적 채무인수와 마찬가지로 양도인의 원계약상대방의 승낙이 필요하다고 설명²⁴⁾하는 분이 있다. 이러한 설명이 전혀 틀린 것은 아니지만, 다음과 같은 부적절한 결과를 야기시킬 우려가 있다.

우선, 위와 같은 설명은 채권양도·채무인수와는 다른 독자적 제도로써 계약인수의 존재의의를 감소시키고, 계약인수에서 발생하는 문제를 사실상 채권양도·채무인수의 연장선상에서 파악하도록 만든다. 그러나 계약인수는 채권양도·채무인수와는 다른 독자적 존재목적 을 가진 별개의 제도이다. 오늘날 채권은 그 내포하고 있는 재산적 가치를 중심으로 파악되며, 채권자의 변경은 채권의 경제적 가치에 어떤 변화를 가져오는 것이 아니다. 따라서 채권은 투자자본의 회수를 위하여 또는 새로운 금융을 위한 담보수단으로서 자유로이 양도된다.²⁵⁾ 반면에 채무의 경우 자력이 없는 자에 의한 인수는 채권의 실질적 가치를 감소시키는 결과를 가져오기 때문에 제3자가 채무를 인수하기 위해서는 채권자와 직접 계약을 체결하거나 채권자의 승낙을 얻어야 한다. 채무인수는 인수가 어떠한 방식으로 이루어졌는가에 따

독일의 경우에도 이제 판례와 학설의 통설적 입장이 되었다(이러한 입장을 취하는 판례 및 문헌으로는 BGH MDR 1958, 90; BGH WM 1973, 489; BGH WM 1974, 908, 909; BGHZ 72, 394, 395; BGH WM 1985, 1172, 1174; Esser/Schmidt, Schuldrecht Bd. I AT Teilband 2, 8. Aufl., 2000, § 37 IV(S. 323); Fikentscher, Schuldrecht, 9. Aufl., 1997, Rn. 618(S. 382); Schlechtriem, Schuldrecht AT, 4. Aufl., 2000, Rn. 604(S. 315); Pieper, a.a.O., S. 177 f.).

- 22) 한국뿐만 아니라 일본의 경우에도 일찍부터 계약인수는 채권양도·채무인수와는 구별되는 통일적 과정이라는 기본사고가 정착되어왔기 때문에 위와 같은 견해의 대립은 두 나라에 있어 사실상 큰 의미는 없다. 그럼에도 불구하고 일본에 있어 계약인수의 관념은 사실상 불필요할 뿐만 아니라 유해하다는 주장이 제기된 바 있어 이에 소개한다. 可藤一朗(“債務引受と契約引受”, 判例演習 債權法 I, 有斐閣, 1963, 167면)은 계약인수와 관련한 大正 14년의 대심원판결(大正 14年 12月 15日 民集 4卷 710면)을 실례로 들면서 기존의 계약인수의 이론체계를 비판한다. 동 판결의 사안은 다음과 같다. 先金을 지급하고 Y로부터 大豆를 매수하기로 하는 계약을 체결한 A가 이 계약의 이행기가 도과한 후 X에게 그 권리 일체를 양도하고 또 대금지불채무를 인수하도록 하였는바(A는 Y에 대하여 채권양도의 통지는 하였지만 채무인수에 대해서는 Y의 승낙이 없었다), X는 Y에게 새로 날짜를 정하여 大豆를 인도할 것을 최고하였지만 Y가 응하지 않자 Y에 대하여 매매계약을 해제하고 先金の 반환 및 손해배상을 청구하였다. 이 사안에 대하여 대심원은 계약인수에 대하여 Y의 승낙이 없었기 때문에 계약인수는 효력이 발생하지 않고 따라서 해제권은 Y에게 이전하지 않는다는 논리적으로 의문의 여지가 없는 - 또한 통일설에 의한다면 이런 결론에 이르지 않을 수 없는 - 판결을 하였다. 그러나 이 경우에, 可藤의 주장에 따르면, 결론적으로 해제권의 이전을 인정하여도 불합리는 없다. 왜냐하면, 계약해제의 이익은 실질적으로는 계약관계로부터 탈락하고 있는 A에게는 없고, A의 대금채무의 이행을 인수한 X에게 있기 때문이다. 또한 상대방 Y의 입장에서 보아도 채무불이행이 있는 이상 계약을 해제당해도 어쩔 수 없을 것이다. 그러나 可藤의 견해는 위의 경우에 X에게 해제권을 인정하는 것이 구체적 이해의 견지에서 보아 타당하다고 해도, 왜 해제권이 이전하는 것인가 논리적으로는 명확하지 않다는 문제점이 있다.

23) 이은영, 앞의 책, 660면; 서민, 앞의 논문, 413면.

24) 김형배, 앞의 책, 635면.

25) 김형배, 앞의 책, 558면은 채권양도의 이러한 필요성에 대하여 사례를 들어 잘 설명하고 있다.

라 그 쓰임이 전혀 다르다. 면책적 채무인수의 경우 주로 채무의 간이한 결재수단으로서 인수인의 부담을 경감시켜 거래를 촉진시키는 기능을 하는 반면,²⁶⁾ 병존적 채무인수는 채무의 담보가치를 강화시키는 기능을 하는 점에서 오히려 보증과 유사하다. 한편, 계약인수는 하나의 계약에서 발생하는 여러 개의 권리·의무를 통틀어서 간단하게 처분할 수 있도록 하는 점에서 거래의 활성화·합리화를 위한 제도이다. 이와 같이, 채권양도·면책적 채무인수·병존적 채무인수·계약인수는 각각 그 존재목적을 달리 하며, 거래에 있어 별개의 기능을 담당한다. 따라서 계약인수의 문제를 은연 중 채권양도·채무인수의 연장선상에서 해결하려고 하는 시도는 자제되어야 마땅하다.

그밖에, 채권양도와 채무인수에 관한 규정은 계약인수의 성질에 어긋나지 않는 범위 내에서 계약인수에도 적용된다는 일반적인 설명은 구체적인 문제의 해결에 아무런 기여를 하지 못한다. 이러한 설명방식은 예컨대, 계약인수가 효력이 있기 위해서 원계약상대방의 승낙이 있어야 하는 이유로서, 계약인수에는 면책적 채무인수가 포함되어 있고 이에 대해 우리 민법은 명문으로 채권자의 승낙을 얻을 것을 요구하고 있기 때문이라고 한다. 그러나 이 論法에 따르면, 계약인수는 동시에 채권양도의 내용도 포함하고 있기도 하다. 그런데, 우리 민법의 경우 지명채권의 양도는 양도인이 채무자에게 통지하거나 채무자의 승낙만 있으면 충분하므로(제450조 1항), 따라서 계약당사자의 지위의 이전에 대하여 한편에서는 원계약상대방의 승낙까지 요구되는 반면, 동시에 다른 한편에서는 원계약상대방에 대한 통지로 충분한 모순이 발생하게 된다. 이 경우, 채무인수의 측면만을 중시하여 원계약상대방의 승낙이 있어야 한다고 하는 것은 논리상 납득하기 어렵다. 또한 반대로, 채권양도와 채무인수의 양자의 요건을 충족시킬 것을 요구한다면, 계약인수가 가지는 독자적 제도로서의 존재이유를 묻지 않을 수 없게 된다.²⁷⁾²⁸⁾

4. 소결

위의 비판은 계약인수의 문제해결을 위하여 때로는 채권양도·채무인수의 이론이 필요하고 또 유익하다는 점을 전혀 부인하는 것은 아니다. 계약인수의 많은 경우에 있어, 채권양도와 채무인수의 이론은 문제의 본질에 이르는 주요한 안내자의 구실을 한다. 다만, 우리 민법에 계약인수에 대한 규정이 없고 또 이에 관한 깊이 있는 분석이 없음을 이유로, 계약인수에서 발생하는 문제를 그 자체의 체계 내에서 해결하려는 노력 대신에, 손쉽게 채권양도·채무인수의 연장선상에서 해결하려는 태도를 경계하기 위한 것이다. 또한 계약인수에 대한 명문규정이 없는 한 채권양도와 채무인수에 관한 규정을 그 성질에 반하지 않는 범위 내에

26) 줄고, “이행인수의 법률관계”, 한국재산법학회 2005년 하계학술대회(05.6.23.) 발표자료집, 61면 각주 11 참조. 예컨대, 부동산의 매수인이 매도인과 계약을 체결하면서 매도인으로부터 매매목적물에 관한 채무를 인수하는 한편 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 하는 경우가 그 전형적인 예이다.

27) 野澤正充, “契約當事者の地位の移轉”, 私法 57號 (95.04), 174면.

28) 같은 문제점을 지적하는 것으로는 독일 주석서로는 Bamberger-Roth/Ruhe, 1. Aufl.(2003), §§ 414, 415 BGB, Rn. 29.

서 계약인수에도 적용하는 것이 불가피하다 하더라도, 구체적 사례와 관련하여 과연 채권양도·채무인수의 어떤 규정이 적용되고 어떤 규정이 계약인수의 성질에 반하여 적용될 수 없는지 구체화하는 노력이 필요할 것이다.

III. 계약인수의 기능

오늘날 절대 다수를 점하고 있는 통일설에 따르면, 계약인수는 계약당사자의 지위와 분리될 수 없는 모든 권리·의무를 포괄적으로 양수인에게 이전시키는 하나의 독자적 계약이다. 통일설은, 계약인수를 이와 같이 파악함으로써 채권관계에서 발생하는 채권 전부를 양도하는 동시에 채무를 전부 인수하는 것만으로는 이전할 수 없는 계약상대방에 대한 형성권 즉, 해제권·취소권 등을 이전시킬 수 있는 장점이 있다고 한다. 이것이 또한 통일설이 분해설과의 논쟁에서 우위를 점하게 된 이유이기도 하다. 그러나 이러한 이해에는 다음과 같은 의문이 있다.

계약인수는 계약당사자가 교체되어도 계약관계의 존속을 가능하게 하는 독자적 역할을 담당하는 제도이다. 즉, 계속적 계약에 있어서 당사자 일방이 무언가의 사정에 의해 계약관계를 유지할 수 없게 된 경우에, 종전의 계약관계를 유지하면서 당사자의 교체를 인정하는 것이다. 따라서 계약인수는 당사자의 변경에도 불구하고 계속적 계약의 안정성을 유지하고, 장래에 향하여 그 계약의 효력을 존속시키는 기능을 수행한다. 그 결과 계약인수에 있어서는 계약관계 그 자체의 존속이 무엇보다도 중요하다.

그럼에도 불구하고, 통설은 계약인수를 하나의 독자적 법률행위로 파악하여야 하는 이유으로써, 이렇게 해야만 채권관계에서 발생하는 채권 전부를 양도하고 채무를 전부 인수하는 것만으로는 달성할 수 없는 형성권, 무엇보다도 해제권·취소권 등을 이전할 수 있게 된다고 한다. 그런데 통설이 언급하는 해제권·취소권 등은 채권관계를 청산하고 이를 소멸시키기 위한 제도이다. 따라서 계약관계의 존속을 위한 제도로서의 계약인수가 계약관계를 해소시키기 위한 제도를 유지·이전하기 위하여 존속하는 모순이 발생하게 된다.

나아가 계약인수에 있어서 취소권·해제권의 이전이 과연 통설과 같이 중요한 의미를 가지는 것인가에 대해서는 의문이 있다. 거래계에서 계약인수 제도가 활발하게 이용되는 것은 무엇보다도 하나의 계약에서 발생하는 법률관계를 간편하게 처분할 수 있다는 점에 있는 것이며, 계약당사자에 있어 취소권·해제권의 이전은 사실상 관심 밖에 있다. 더구나 취소권이 나 해제권은 계약이 정상적인 상태가 아닌, 말하자면 병리현상에 접할 때 생기는 예외적인 것이어서 이러한 권리의 이전을 계약인수 제도의 적극적인 장점으로 언급하기에는 적절치 않다고 생각된다. 그렇다면, 계약인수와 관련하여 결국 취소권·해제권의 이전을 인정하는 것과 계약인수를 통한 계약관계의 존속 보장이 어떻게 무리 없이 연결될 수 있는지 보다 깊은 연구가 필요할 것이다.²⁹⁾

29) 같은 문제점을 지적하는 것으로는 野澤正充, 주 4)의 책, 102면 脚注 29.

IV. 계약인수의 종류

1. 들어가는 말

계약인수에 관해서는 우리의 경우 그 중요성의 지적에 비하여 충분한 논의가 이루어져 왔다고는 말할 수 없다. 그 원인으로는 무엇보다도 문제되는 계약유형이 다양하다는 점과 계약인수에 대한 일반규정이 존재하지 않는다는 점을 들 수 있겠다. 우리 민법은 계약인수를 허용하는 일반규정을 가지고 있지 않으며, 다만 주택임대차보호법, 상가건물임대차보호법에서 임대인의 지위의 자동승계를 규정하고 있을 뿐이다. 그밖에 상법 제41조 이하는 유사개념으로서 ‘영업양도’라는 법률용어를 사용하고 있고, 노동법 분야에 있어서는 영업양도시 근로관계의 이전에 관해 활발히 논의되고 있으나 정작 근로기준법에는 이에 대한 명문규정은 존재하지 않는다.³⁰⁾ 그럼에도 불구하고 계약인수 개념 자체를 부인하거나 계약인수가 우리 법체계에서는 허용되지 않는 것으로 주장하는 문헌이나 판례는 보이지 않는다.

2. 발생원인에 따른 구분

계약인수는 법률의 규정 또는 당사자간의 약정 즉, 법률행위를 통해 발생할 수 있다. 당사자간의 약정에 의한 계약인수의 예로서는 예컨대, 매매계약상의 매도인 또는 매수인의 지위, 임대차관계에서의 임대인의 지위, 고용관계에서의 사용자의 지위를 포괄적으로 이전하는 계약 등을 들 수 있다. 이에 반하여 법률의 규정에 의한 계약인수의 가장 전형적인 예는, 전술한 임차주택 내지 상가건물의 양도에 따른 임대인의 지위의 자동승계(주택임대차보호법 및 상가건물임대차보호법 각 제3조 2항)이다. 나아가 등기된 부동산임대차의 경우(민법 제621조) 및 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차에서 임차인이 그 지상건물을 등기한 경우(민법 제622조)에도 학설은 일치하여 임대인의 지위의 이전을 논한다. 그밖에 문헌들로부터 그다지 주목을 받지 못하고 있으나, 임차권의 양도를 규정한 우리 민법 제629조도 계약인수와 관련한 논의의 대상에서 제외되어서는 안 될 것이다.

한편, 상법 제7장(제41조-제45조)은 유사개념으로서 ‘영업양도’를 규정하고 있으나, 영업양도는 1인의 자연인이나 법인에게 귀속되었던 재산이 포괄적으로 양수인에게 이전하는 것으로서, 이것은 법률관계의 총체적 이전이 발생한다는 점에서는 계약인수와 유사하지만, 하나의 계약에서 생긴 법률관계뿐 아니라 여러 개의 계약과 기타의 원인에서 생긴 적극재산·소극재산·상호·신용·고객 등이 모두 한꺼번에 이전된다는 점에서 계약인수보다 훨씬 포괄적인 개념이라 할 수 있다.³¹⁾ 영업양도의 이러한 특성을 반영하여, 상법 제7장은 영업양

30) 다만 근로기준법 제31조 1항 2문이 경영악화를 방지하기 위하여 ‘사업의 양도’가 행하여진 경우 정리해고의 요건으로서 긴박한 경영상의 필요가 있는 것으로 간주하고 있을 뿐이다.

31) 이은영, 앞의 책, 659면.

도인의 競業 금지(제41조), 상호를 續用하는 양수인의 책임(제42조), 채무인수를 광고한 양수인의 책임(제44조) 등의 고유한 문제를 다루고 있다. 따라서 상법상의 영업양도가 계약인수와 관련을 가진다는 점은 부인할 수는 없지만, 영업양도의 위와 같은 특성을 고려하여 이를 상법의 논의영역으로 남겨두는 것이 보다 바람직할 것으로 여겨진다. 한편 영업양도시 근로관계 이전의 문제의 경우,³²⁾ 그 이전 여부·내용 및 범위는 헌법·노동법의 문제로서 단순히 영업의 포괄승계 법리가 아닌 독자적인 법리에 의해 파악되어야 한다. 왜냐하면, 여기에서는 직장존속의 보장이라는 근로자의 이익과 경제(기업)활동의 자유를 그 내용으로 하는 사용자의 이익이 첨예하게 서로 충돌하기 때문이다. 따라서 이 문제의 영역도 민법에서 다루기에는 적절치 않다.

그렇다면, 결국 계약인수와 관련된 민법상의 논의는 매매계약상의 매도인 또는 매수인의 지위를 이전하는 경우 및 임대차관계에서의 여러 가지 경우로 사실상 한정되지 않을 수 없을 것이다. 그런데 매매계약이라고 하는 것은 극히 일반적·추상적이어서, 같은 매매계약이라 하더라도 그 매매목적물이 동산·부동산인가, 권리인가에 따라 규율원리가 같지 않고,³³⁾ 또 같은 부동산이어도 그 목적물이 토지 또는 건물인가 아니면 농지인가 등에 따라 민법 규정의 보충 내지 수정이 이루어질 수 있다.³⁴⁾ 또 매매계약의 주체의 면에서 보면 상인간의 매매와 생산자-일반 소비자간의 매매가 같을 수 없고, 나아가 공급의 면에 있어서도 일회적인 급부를 목적으로 하는 통상의 매매계약과 계속적 공급계약은 그 본질을 달리한다. 따라서 매매계약상의 지위의 양도를 고찰함에 있어서는 이러한 모든 점이 고려되어야 하며, 그 밖에 매매 유사의 계약이나 각종의 특약이 부착된 매매계약, 매매계약과 다른 전형계약 또는 비전형계약과의 혼합계약도 염두에 두지 않을 수 없다. 그 결과 매매계약상의 지위의 양도를 법적으로 고찰하는데 있어서 이 모든 점들을 반영한 일반이론의 전개는 사실상 불가능에 가깝다고 생각되며, 오히려 이와 같은 매매계약상의 차이에 상응하는 개별적인 고찰 내지 이론전개가 보다 바람직하다고 생각된다.³⁵⁾ 그렇다고 한다면, 계약인수와 관련된 실제적·구체적 논의는 주로 임대차의 경우를 염두에 두고 진행될 수밖에 없으며(실제로 지금까지의 대부분의 논의도 그러하다),³⁶⁾ 또 계약인수가 가장 많이 발생하는 것도 임대차이다. 따

32) 이에 대해서는 김형배·하경효·김영문, 영업양도와 근로관계의 승계, 신조사, 1999를 참조할 것.

33) 우리 민법은 매매목적물이 물건인가 아니면 권리인가에 따라 그 하자에 대한 담보책임을 다르게 정하고 있다.

34) 농지의 매매는 농지법에 의해 특히 제한을 받으며, 일정한 지역에서의 토지의 거래는 토지거래허가제의 대상이 된다.

35) 須藤正彦, “買賣契約上の地位の譲渡はどう考えるべきか”, 講座・現代契約と現代債權の展望: 契約總論(1), 日本評論社, 1990, 197-198면.

36) 일본에 있어서도 우리와 마찬가지로 계약인수와 관련된 논의의 중심은 임대차이다. 한편 독일의 경우 법률행위에 의한 계약인수가 허용된다는 점에 있어서는 이론이 없다. 그밖에 계약당사자의 지위가 법률상 당연히 이전되는 것을 규정한 민법규정으로는 독일 민법 제566조(주택양수인의 임대인 지위 승계), 제578조·제581조 2항에 의해 다른 모든 임대차에 준용됨), 제613조 a(영업양수인의 고용계약상의 지위 승계), 제1251조 2항(질권양수인의 前 質權자의 지위 승계) 등을 들 수 있고, 특별법으로는 보험목적

라서 이 논문의 이어지는 논의는 임대차를 중심으로 한다.

V. 계약인수와 임대차

1. 들어가는 말

앞서 본 것처럼, 계약인수가 현실적으로 가장 문제되는 영역은 임대차이다. 임대차에 있어 타인에 의해 사용·수익이 가능한 모든 물건은 임대차의 목적이 될 수 있다. 우리 민법도 임차목적물이 동산이나 부동산이나를 구분하지 않는다. 그러나 임차목적물이 동산인 경우에는 그 기간이 단기인 경우가 보통이어서 임대차의 본질적 특성이 두드러지게 나타나지 않기 때문에, 임대차에 관한 민법규정들의 적용이 배제되는 일이 많다(제653조). 따라서 우리 민법상 임대차에 관한 규정의 중심에 놓여져 있는 것은 부동산이라 할 수 있다. 이하에서는 부동산임대차를 중심으로 계약인수가 문제되는 경우를 살펴보고, 관련된 대법원 판결들을 검토하여 문제점을 지적하기로 한다.

2. 계약인수가 문제되는 경우와 그 구체적 내용

(1) 등기된 부동산임대차

우리 민법은 당사자간에 반대약정이 없으면 부동산임차인은 그 임대차를 등기할 수 있고, 임대인은 등기절차에 협력할 것을 규정하고 있다(제621조 1항). 임차인이 부동산임대차를 등기한 때에는 그때부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(제621조 2항). 임차권이 등기되고 난 후에도 임대인은 부동산의 소유권을 상실하지 않으므로 그 임차부동산을 자유로이 처분할 수 있으나, 이 경우 임대인의 지위는 어떻게 되는가에 대해서는 아무런 규정이 없다. 이에 대해서 학설은 일치하여 임대인과 임차인 사이의 권리·의무는 이제 양수인(신소유자)과 임차인 사이로 이전하여 존속하게 되고, 임대인의 지위가 양수인에게 승계된다고 한다.³⁷⁾ 임대인(양도인)은 이와 같은 승계를 임차인에게 통지할 필요는 없다.

(2) 토지임차인이 그 지상건물만을 등기한 경우

마찬가지의 법률효과는 건물의 소유를 목적으로 토지를 임차한 임차인이 임대차존속 중 그 축조한 지상건물만을 등기한 경우에도 발생한다. 이 경우 임차인은 비록 토지임대차를

물양수인이 양도인의 보험계약상의 지위를 승계함을 규정한 보험계약법(VVG) 제69조가 대표적이다. 그러나 독일에 있어서도 법률행위에 의한 계약인수가 실질적 의미를 얻는 것은 계속적 계약에서라고 한다(MünchKomm/Möschel, Vor. 414 Rn. 8).

37) 박준서 편집대표, 주석민법: 채권각칙(3), 413면(김종화 집필부분); 박윤직 편집대표, 민법주해(XV): 채권(8), 77면(민일영 집필부분); 박윤직, 채권각론(제6판), 박영사, 2003, 204면; 김형배, 채권각론(신정판), 박영사, 2001, 495면; 이은영, 채권각론(제3판), 박영사, 2000, 468면.

등기하지 않았다 하더라도 제3자에 대하여 임대차의 효력을 주장할 수 있다(제622조 1항). 즉, 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임차인이 그 지상건물을 등기하면 그 등기에 의한 대항력이 토지에도 미치는 것으로 하였다. 이때, 토지소유자가 그 토지를 제3자에게 양도하게 되면, 이제 임대차관계는 양수인(신소유자)과 임차인 사이로 이전하여 존속하게 된다고 한다.³⁸⁾

(3) 주택(상가건물)임대차보호법과 임대인의 지위의 승계

임대인의 지위가 승계되는 경우는 주택 내지 상가건물임대차보호법이 적용되는 경우에도 발생한다. 우리 주택임대차보호법은 임대차계약이 체결되면 주택임차인은 임대차의 등기가 없더라도 주택의 인도와 주민등록을 마친 다음날부터 제3자에 대하여 임차권을 주장할 수 있는 것으로 하였다(주택임대차보호법 제3조 1항).³⁹⁾ 이와 같이 대항력을 가지는 임대차계약이 존속하는 중에 임차주택의 소유권이 제3자에게 양도되면, 임차주택의 양수인은 임차인의 동의 여부에 관계없이 자동적으로 임대인의 지위를 승계한 것으로 간주된다(동법 제3조 2항). 따라서 이제부터 임대인의 권리는 양수인이 행사하게 되며, 임대차보증금반환채무도 양수인의 부담으로 된다. 한편, 마찬가지로 규정은 상가건물임대차보호법에도 존재한다. 대통령령이 정하는 보증금액을 초과하지 않는 상가건물의 임대차의 경우, 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 사업자등록을 신청한 다음 날부터 제3자에 대하여 효력을 가지며(상가건물임대차보호법 제3조 1항), 임대차 존속 중 상가건물의 소유권이 제3자에게 양도되면 임차건물의 양수인이 임대인의 지위를 승계한 것으로 간주된다(동법 제3조 2항).⁴⁰⁾

38) 박윤직 편집대표, 민법주해(XV): 채권(8), 83면(민일영 집필부분); 김형배, 주 37)의 책, 495면; 이은영, 주 37)의 책, 468면.

39) 프랑스 민법도 이와 유사한 내용을 담은 명문규정을 두고 있다. 즉 프랑스 민법 제1743조 1항에 의하면, 「임대인이 임차물을 매도한 경우에 매수인은 공정증서에 의하거나 또는 확정일자 있는 건물임차인·정액토지임차인·분익토지임차인에 대하여 명도를 청구하지 못한다」고 한다(명순구 역, 프랑스민법전, 법문사, 2004의 번역에 따랐음). 이 규정에 대해서 학설은 일치하여 이는 취득자에 대한 임차인의 권리의 항변만을 정한 것이 아니고 법률상 임대차계약의 양도를 인정한 것이라고 해석한다. 따라서 프랑스 민법에서도 우리와 같이 이러한 특별한 법률효과의 발생에 대한 논거제시·이론구성이 중대한 문제로 된다. 위와 같은 규정이 프랑스 민법에 들어가게 된 것은, 자본주의가 급속히 발전하던 민법 제정 당시에 프랑스경제에 있어서 농업이 여전히 무시 못 할 역할을 담당하고 있었다는 데 기인한다고 한다. 즉, 당시 프랑스 농업경제의 발전을 위해서는 借地農의 경영의 안정이 불가결한 것이었고, 따라서 그것을 실현하는 수단으로서 법적 측면에서는 임대차계약의 안정성을 확보하는 것이 절대적으로 요청되었다고 한다. 즉, 계약당사자 일방인 임대인이 교체되어도 토지임차인에게는 새로운 임대인 하에서 종전의 임대차계약이 존속하는 것이 필요하며 그것을 결과적으로 실현한 것이 제1743조였다(野澤正充, 주 4)의 책, 129면). 다만, 프랑스 민법은 임대차계약에서 이의를 유보할 수 있도록 하여, 이를 임의규정으로 하고 있다(2항).

40) 그밖에, 주택임대차보호법은 주택의 임차인이 상속권자 없이 사망한 경우에 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자가 있으면 그 자가 임차인의 권리와 의무를 승계하도록 하고(주택임대차보호법 제9조 1항), 또한 임차인이 사망한 경우에 사망당시 상속권자가 그 주택에서 가정공동생

(4) 합의에 의한 임대인의 지위의 양도와 임차보증금반환채무의 인수

매도인으로부터 임차부동산을 매수함과 함께 임차인에 대한 임차보증금반환채무를 포함한 그 부동산에 관한 임대차계약상의 지위를 매수인이 승계하기로 약정하는 경우, 이에 대해 임차인의 동의가 있으면 약정에 따른 법률효과가 발생함은 물론이다. 그러나 이러한 동의가 없었던 경우 그 합의의 효력에 대해서는 우리 민법이 규정한 바 없다. 대법원은 1998년 이러한 내용의 사안에 대하여 주목할 만한 판결⁴¹⁾을 내린 바 있다. 대법원은 상가건물의 임대차가 다툼의 대상이 된 이 판결에서, 임대인과 신 소유자 사이에 임차건물의 소유권이 전과 함께 임대인의 지위도 이전하기로 하는 합의가 있으면, 임대인의 지위는 신 소유자에게 승계된다고 한다. 이에 대한 임차인의 동의는 필요 없다. 대법원은 그 이유로서, 임대차계약에 있어 임대인의 지위의 양도는 임대인의 의무의 이전을 수반하는 것이지만 임대인의 의무는 임대인이 누구인가에 의하여 이행방법이 특별히 달라지는 것은 아니고, 목적물의 소유자의 지위에서 거의 완전히 이행할 수 있으며, 임차인의 입장에서 보아도 신 소유자에게 그 의무의 승계를 인정하는 것이 오히려 임차인에게 훨씬 유리할 수도 있다는 점을 든다. 그러나 이 경우에 임차인이 원하지 아니하면 임대차의 승계를 임차인에게 강요할 수는 없는 것이어서 스스로 임대차를 종료시킬 수 있어야 한다는 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 따라 임차인이 곧 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구축을 면할 수 있고, 임대인과의 임대차관계도 해지할 수 있다고 한다.

3. 중간 정리

앞서 언급한 바와 같이, (1)과 (2)의 경우 부동산 또는 토지의 소유자가 임차목적물을 제3자에게 양도하게 되면, 문헌은 소유자=임대인은 그 의사와 상관없이 기존의 임대차관계로부터 이탈하고 양수인이 그 임대차관계를 당연히 승계하여 임대차관계를 유지하는 것으로 해석한다.⁴²⁾ 왜냐하면, 임대차관계는 임대목적물의 소유권과 결합하는 일종의 상태채무(Zustandsobligation)로서 임대인의 채무는 목적물의 소유자만이 이행할 수 있는 것이기 때문에, 소유권이 이전되면 임대차관계도 일체로서 이전되기 때문이라고 한다.⁴³⁾ 그 결과,

활을 하고 있지 아니한 때에는 그 주택에서 가정공동생활을 하던 사실상의 혼인관계에 있는 자와 2촌 이내의 친족이 공동으로 임차인의 권리와 의무를 승계하도록 하였다(동법 제9조 2항). 이 때 임대차관계에서 생긴 채권·채무는 임차인의 권리·의무를 승계한 자에게 귀속되게 된다(동법 제9조 4항). 이는 주택임차권에 대하여 상속의 특례를 인정함으로써 생존가족의 주거권을 보호하기 위한 사회정책적인 규정이다. 따라서 상가건물임대차보호법에는 이와 같은 규정이 없다.

41) 대법원 1998. 9. 2.자 98마100 결정. 이 결정에 대한 평석으로는 줄고, “임대인의 지위의 양도와 임차인의 동의 또는 승낙”, 인권과 정의 329호(2004.01.), 대한변호사협회, 149면 이하.

42) 박준서 편집대표, 주석민법: 채권각칙(3), 413면(김종화 집필부분), 528면(고상룡 집필부분); 박윤직 편집대표, 민법주해(XV): 채권(8), 77면, 219면(민일영 집필부분).

43) 박준서 편집대표, 주석민법: 채권각칙(3), 413면(김종화 집필부분); 배용범, “주택임대차보호법상의 대항력(3)”, 법률신문 제1683호(1987.5.18); 이영애, “임대인의 지위의 승계와 임대차보증금 반환의무”, 대법

임차목적물의 소유권을 취득한 자는 임대차계약에 따른 채무를 인수하고, 목적물의 소유권을 상실한 자는 자동적으로 이러한 채무를 면하게 된다. 문헌은 또 이렇게 해석할 수 있는 것은, 임대인의 의무는 임대인이 누구인가에 의하여 이행방법이 특별히 달라지는 것은 아니므로 목적물의 소유자의 지위에서 거의 완전히 이행할 수 있고, 신 소유자에게 그 의무의 승계를 인정하는 것이 오히려 임차인에게 훨씬 유리할 수 있다는 점을 들고 있다.⁴⁴⁾

한편, 임대차관계에 대한 이러한 이해는 주택 내지 상가건물임대차보호법상의 상가건물을 임차한 임차인이 대항력을 취득한 후에 그 임차목적물이 소유자에 의해 제3자에게 양도된 경우(위 (3)의 경우)에 임차목적물의 양수인이 자동적으로 임대인의 지위를 승계하는 이유를 설명하기 위한 논거로서 판례와 학설에 의해 그대로 활용되고 있다.⁴⁵⁾ 나아가, 우리 대법원은 1998년의 결정을 통하여 상가건물임대차보호법이 적용되지 않는 통상의 건물임대차의 경우(위 (4)의 경우)에도 임대인과 신 소유자 사이에 임대인의 지위를 이전하기로 하는 합의가 있기만 하면, 임차인의 동의 여부와 상관없이 임대인의 지위는 신 소유자에게 승계된다고 한다. 이때, 대법원이 그 논거로서 들고 있는 것도 위와 전혀 동일하다.

위의 (1)-(4)의 사실들로부터 우리의 입법자 및 문헌·대법원은 일정한 경우에 임대차계약을 임대인과 임차인간의 엄격한 人的인 구속으로부터 완화시켜 소유권과 결부된 하나의 재산권으로 이해하고자 함을 알 수 있다. 왜냐하면, 소유권이 이전되면 임대차관계도 일체로서 이전되며, 임대인의 의무는 목적물의 소유자의 지위에서 거의 완전하게 이행할 수 있으므로 그 임대인의 지위의 이전에는 임차인의 동의가 필요 없는 것으로 파악하고 있기 때문이다. 또한 위와 같은 입법 및 판결의 결과, 주택임대차와 상가건물임대차의 경우에 주택 또는 건물이 제3자에게 양도되기만 하면 특별한 사정이 없는 한 임차인의 동의 여부에 상관없이 임대인의 지위는 신 소유자에게 승계되게 된다.⁴⁶⁾

한편, 토지임대차의 경우 그 토지가 소유자에 의해 임차인의 동의 없이 제3자에게 양도되었다면, 직접적인 명문규정이 있는 위 (1)과 (2)의 경우를 제외하고는, 양수인에 의해 임대

원판례해설 7호(1988.12), 68면. 이러한 [임대차=상태채무] 이론은 원래 독일 민법 제566조(구 제571조)를 설명하기 위한 독일의 학설이었던 것을 我妻榮박사가 일본에 수입·소개한 것으로, 이것이 우리에게 재수입된 것이다. 그 자세한 내용과 비판은 줄고, “임대인에 의한 임차목적물의 양도와 임대차관계에 대한 영향”, 비교사법 제11권 2호(통권 25호)(2004.06), 185면 이하 참조. 특히, 이 이론은 주로 제국법원(RG)에 의해 독일 민법 제566조를 뒷받침하는 논거로서 사용되었다(RGZ 68, 10, 12 f.; 102, 177, 178; 103, 166, 167).

44) 곽윤직 편집대표, 민법주해(XV): 채권(8), 77면(민일영 집필부분); 곽윤직, 채권각론(재전정판), 박영사, 1993, 307면(그러나 최근의 판은 분량을 줄이면서 그 설명을 삭제하였다); 박준서 편집대표, 주석민법: 채권각칙(3), 413면(김종화 집필부분); 이범주, “주택임차권의 대항력”, 민사재판의 제문제 제3권(1985.05), 47면.

45) 박준서 편집대표, 주석민법: 채권각칙(3), 528면(고상룡 집필부분); 대법원 2002.9.4. 선고 2001다64615 판결; 대법원 1996.2.27. 선고 95다35616 판결; 대법원 1994.3.11. 선고 93다29648 판결.

46) 다만 상가건물임대차보호법이 적용되지 않는 통상의 건물임대차의 경우(이 경우 민법이 적용된다) 위의 설명은 특히 우리 대법원의 태도와 관련하여 추가적인 논의의 필요가 있다. 이에 대해서는 아래 4.에서 따로 논하기로 한다.

인의 지위가 승계되는지 여부에 대해서는 알기 어렵다. 그러나 임차목적물이 토지인 경우, 토지를 사용·수익하도록 할 의무는 임대인이 그 토지를 임차인에게 인도하는 것으로 끝나므로 이러한 의무는 임대인이 누구냐에 의해서 그 내용이 크게 달라지지 않는다.⁴⁷⁾ 또한, 토지임대차는 계약의 목적상 그 기간이 長期인 것이 보통이므로, 명시적인 반대약정이 없는 한 임차인은 임대차기간 중 소유자의 변경을 묵시적으로 승낙한 것으로 추정하여도 임차인에게 크게 부당하지는 않을 것이다. 그밖에 이러한 토지임대차는 건물이나 공작물 등의 소유를 목적으로 하는 경우가 많아, 그의 물건이 아직 토지에 현존하고 있는 한, 임차인은 신소유자와의 임대차관계를 계속적으로 유지하기를 희망하는 것이 보통이다. 따라서 토지임대차에 있어 소유권의 양도와 함께 임대인의 지위가 자동적으로 신소유자에게 승계된다고 하더라도 토지임차인에게 크게 불리한 점은 없을 것이다.

결과적으로, 우리의 법체계에 있어 토지와 건물(주택 및 상가건물 모두가 이에 해당된다) 등 부동산의 임대차의 경우 임차목적물이 양도되면 부동산임대인의 지위는 임차인의 동의 여부에 상관없이 양수인에게 자동적으로 이전한다고 할 수 있고,⁴⁸⁾ 이를 통해 임대인은 자유로이 그 부동산에 투하한 자본을 회수할 수 있다. 이는 또한 오늘날의 임대차실무에도 합치한다. 오늘날 주택 내지 상가건물의 임대차에 있어서 임대인이 임차목적물의 소유권을 제3자에게 양도하면 임대인으로서의 권한도 함께 이전하는 것이 일반적이다. 이 경우 임대인의 지위의 양도를 임차인의 동의나 승낙에 좌우되도록 한다면, 임대인은 임대차기간 동안 그 목적재산에 대한 자유로운 처분을 사실상 제한받을 수밖에 없고, 이는 타인의 소유물에 대한 이용권의 취득을 주내용으로 하는 임대차계약의 본래의 목적을 넘어선 소유권에 대한 중대한 제한이 될 것이다.⁴⁹⁾

4. 대법원판결에 나타난 혼란과 모순

(1) 혼란과 모순의 구체적 내용

위에서 언급한 1998년의 대법원의 결정은 그 동안 대법원이 취해왔던 태도에 비하면 이례적인 것이었다고 할 수 있다. 이 대법원의 결정에서는, 건물의 소유자인 임대인이 임차부동산을 매도함과 함께 임차인에 대한 임차보증금반환채무를 포함한 그 부동산에 관한 임대차계약상의 지위를 매수인이 승계하기로 약정한 것이 문제되었다.⁵⁰⁾ 이 재항고사안에 대하

47) 青野博之, “賃貸人の地位の譲渡に對する賃借人の異議”, 法律時報 65卷 5号(1993.04). 89면, 91면.

48) 단, 이에 대하여 위와 같은 학설·판례에 의해 제시된 이론적 근거들이 적절한가 여부는 전혀 별개의 문제임을 주의하여야 한다.

49) 줄고, 주 43)의 논문, 193면.

50) 사안의 보다 구체적인 내용은 다음과 같다. 경매신청채권자인 임차인 주식회사 A(수퍼마켓 체인점)는 1993. 7. 15. 이 사건 부동산의 소유자이던 항고 외 B개발 주식회사로부터 이 사건 부동산을 임대차기간 5년, 임차보증금 5억원으로 하되 월 임료는 없는 것으로 정하여 임차하였다. 임차 후, 위 임차보증금 반환채권을 담보하기 위하여, 임대인과 임차인 사이에 근저당권자 임차인, 채권최고액을 금 5억원으로 하는 근저당권설정등기가 이루어졌다. 그 후 임대인인 B개발은 이 사건 부동산을 항고인 C에게 매도함

여 우리 대법원은 아래와 같이 판시하여, 원심결정⁵¹⁾을 파기하고 사건을 원심법원에 환송하였다.

[1] 임대차계약에 있어 임대인의 지위의 양도는 임대인의 의무의 이전을 수반하는 것이지만 임대인의 의무는 임대인이 누구인가에 의하여 이행방법이 특별히 달라지는 것은 아니고, 목적물의 소유자의 지위에서 거의 완전히 이행할 수 있으며, 임차인의 입장에서 보아도 신 소유자에게 그 의무의 승계를 인정하는 것이 오히려 임차인에게 훨씬 유리할 수도 있으므로 임대인과 신 소유자와의 계약만으로써 그 지위의 양도를 할 수 있다.

[2] 그러나 이 경우에 임차인이 원하지 아니하면 임대차의 승계를 임차인에게 강요할 수는 없는 것이어서 스스로 임대차를 종료시킬 수 있어야 한다는 공평의 원칙 및 신의성실의 원칙에 따라 임차인이 곧 이의를 제기함으로써 승계되는 임대차관계의 구축을 면할 수 있고, 임대인과의 임대차관계도 해지할 수 있다고 보아야 한다.

그러나 이와 같은 대법원 결정의 논지와 그 결론은 대법원 자신이 유사한 사안에서 지속적으로 보여 왔던 태도와는 사뭇 일치하지 않는다. 예컨대, 대법원 1997.6.24. 선고 97다1273 판결에서는 부동산매수인이 매도인의 임대차보증금반환채무 등을 인수하기로 하고 이를 매매대금에서 공제하기로 한 약정이 문제되었다. 이 사안⁵²⁾에 대하여 우리 대법원은,

과 함께 위 임차인에 대한 임차보증금반환채무를 포함한 이 사건 부동산에 관한 임대차계약상의 지위를 매수인 C가 승계하기로 하는 계약을 체결하였고, 며칠 후 계약에 따른 소유권이전등기를 하여 주었다. 얼마 후 이러한 사실을 알게 된 임차인 A는 자신이 임대차계약을 체결하였던 위 B개발을 상대로 임대인으로서의 지위를 C로 하여금 승계하도록 하는 것에 동의할 수 없고, 임차인의 동의 없이 이 사건 부동산의 소유권을 C에게 이전하는 것은 계약위반이라는 이유로 위 임대차계약을 해지하고 임차보증금의 반환을 요구하였다. 그러나 위 회사가 이에 응하지 아니하자, 임차인은 위 근저당권에 기하여 이 사건 부동산에 대한 경매신청을 하였고, 경매법원은 이를 받아들여 이 사건 경매개시결정을 하였다.

51) 원심결정은 후술하는 대법원의 지금까지의 판결의 입장을 고수하였다. 원심법원의 결정 내용은 다음과 같다.

[1] 부동산의 매수인이 그 매매 목적물에 관한 임차보증금반환채무 등을 인수하기로 약정한 경우 그 인수에 채권자인 임차인이 동의 내지 승낙하지 아니하는 한 그 인수는 면책적 인수가 아니라 단순한 이행의 인수로 보아야 할 것이므로, 부동산의 매도인과 매수인 사이의 그와 같은 인수의 약정만으로는 매도인의 임차인에 대한 임차보증금채무가 당연히 소멸되는 것은 아니다.

[2] 따라서 임차인이 위와 같은 임대인의 지위승계에 동의하지 않는 이상 전 소유자인 위 B개발은 이 사건 부동산에 대한 소유권의 이전에도 불구하고 여전히 임차인 A에 대한 관계에서 임대인 및 위 임차보증금 반환 채무자로서의 지위를 그대로 보유하고 있게 되는 바, 임차인이 그러한 소유권의 이전을 이유로 곧바로 임대차계약을 해지하기 위해서는, 다만 예외적으로 그러한 소유권의 이전으로 말미암아 임차인이 목적물을 사용·수익하는데 지장을 받게 되었다거나 기타 임대인과 임차인 사이의 신뢰관계가 파괴되었다고 볼 만한 사정이 있어야 한다.

주목할 것은, 계약당사자의 지위의 이전 약정이 분쟁의 핵심이었음에도 불구하고, 원심결정은 이를 당사자간의 채무의 이전의 문제로 환원하여, 채무인수에는 임차인의 동의 또는 승낙이 필요하다고 판결하고 있는 점이다. 이 점에서 위 원심결정은 채무인수에 관한 지금까지의 대법원판결의 태도에서 전혀 벗어남이 없는 충실성을 보여 주었다. 그럼에도 불구하고 [2]에서는 임대인의 지위승계에 대한 동의를 언급하고 있어 이 문제를 대하는 원심법원의 혼란과 고민을 보여준다.

52) 사안의 구체적 내용은 다음과 같다. 원고는 피고들에게 자신의 소유인 건물을 매도하기로 하고, 피고들

부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 임대차보증금 반환채무 등을 인수하는 한편, 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 그 인수는 특별한 사정이 없는 이상 매도인을 면책시키는 면책적 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 하고, 면책적 채무인수로 보기 위하여는 이에 대한 채권자(즉, 임차인)의 승낙이 있어야 한다

고 판결하였다. 따라서 채권자인 임차인의 승낙을 얻기 전 또는 승낙을 얻지 못한 경우에는 매도인은 임차인에 대해서 여전히 임대차보증금반환 등의 임대차계약상의 채무를 부담한다. 이와 같이 매수인이 그 소유자로부터 부동산을 양도받는 대신에 소유자의 부동산임차인에 대한 채무 등을 인수하여 그 대금지불의 일부에 갈음하기로 약정하는 경우는 우리 주변에서 흔히 볼 수 있는 일이다. 우리 대법원은, 주택 및 상가건물임대차보호법의 시행 이후에도, 위와 같은 약정의 대해 임대인이 임차인의 승낙을 얻지 못하면 여전히 이행인수의 법률효과만을 인정하는 종래의 태도를 고수하고 있다. 예컨대, 2004년 대법원⁵³⁾은

부동산의 매수인이 매매목적물에 관한 근저당권의 피담보채무를 인수하는 한편(구체적으로는 부동산에 관한 임대차보증금의 반환채무 및 대출금의 상환채무를 인수하였다: 필자 주) 그 채무액을 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 다른 특별한 약정이 없는 이상 이는 매도인을 면책시키는 채무인수가 아니라 이행인수로 보아야 하고, 매수인이 위 채무를 현실적으로 변제할 의무를 부담한다고 해석할 수 없으며, 특별한 사정이 없는 한 매수인은 매매대금에서 그 채무액을 공제한 나머지를 지급함으로써 잔금지급의무를 다하였다고 할 것이다.

고 판결하였다. 이러한 판결들의 태도는 1998년 대법원결정의 사안과 비교해 볼 때 다음과 같은 문제가 있다고 생각된다.

첫째, 주택은 물론 상가건물임대차보호법의 적용범위를 초과하지 않은 점포임대차의 경우 상가건물의 소유권이전에 따라 임대인의 지위가 자동적으로 승계되는 반면, 그렇지 않은 점포임대차의 경우에는 이행인수의 법률효과만이 발생하는 이유를 설득력 있게 설명하지 못한다. 단지 임대보증금의 액수의 다과만을 기준으로 위와 같은 결과의 차이를 설명하는 것

로부터 계약금을 지급받았다. 그밖의 매매대금은 피고들의 원고에 대한 채권과 상계 처리하는 동시에 위 건물 내에 있는 점포의 임차인에 대한 원고의 임대차보증금 반환채무를 피고들이 인수하여 부담하기로 약정한 후, 계약 당일 원고에게 이를 공제한 잔대금이 지급되었다. 계약에 따라 원고는 피고들에게 매매목적물에 대한 소유권이전등기에 필요한 서류를 교부하였고, 피고들은 자신의 명의로 소유권이전등기를 완료 하였다. 그런데 이후 피고들이 위 임대차보증금을 지급하지 않자 임차인은 원고에게 임대차보증금의 반환을 요구하였고, 원고는 우선 이를 지불하고 나서 피고로부터 반환받을 생각으로 임대차보증금을 지불하였다. 그러나 피고들이 그 지급을 거절하자, 원고는 피고들과의 매매계약을 해제하고 소유권이전등기의 말소를 구하였다.

53) 대법원 2004.7.9. 선고 2004다13083 판결. 사안의 구체적 내용은 다음과 같다. 원고는 피고로부터 대지 및 지상 건물을 매수하기로 하고, 그 부동산에 관한 피고의 임대차보증금 반환채무 및 근저당권의 피담보채무인 대출금 상환채무를 원고가 인수하되 이를 매매대금에서 공제하기로 약정하였다. 그 후 원고가 인수채무의 일부인 대출금상환채무의 변제를 게을리 하여 매매목적물에 관하여 근저당권이 실행되고 임의경매절차가 개시되자, 매도인인 피고가 이 경매절차의 진행을 막기 위하여 피담보채무를 변제하였고 그 후 이를 이유로 매매계약을 해제하였다.

은 논리적인 설득력이 없다.⁵⁴⁾ 대법원이나 학설이 임대차관계를 임대목적물의 소유권과 결합하는 것으로 파악하는 한 소유권이 이전되면 임대차관계도 일체로서 이전될 수밖에 없고, 그 결과 목적물의 소유권을 취득한 자는 임대차계약에 따른 채무를 인수하고 목적물의 소유권을 상실한 자는 자동적으로 이러한 채무를 면하게 된다. 임대차의 본질이 이러하다면 위의 법률효과는 주택 내지 상가건물임대차보호법 제3조 2항과 같은 명문규정의 유무와 관계없이 모든 임대차의 경우(즉, 위의 이행인수의 법률효과만을 인정한 경우에도) 고르게 적용되어야 한다.⁵⁵⁾

둘째, 우리 대법원은 부동산의 매수인이 그 매매목적물에 관한 임차보증금반환채무 또는 임차보증금반환채무를 포함한 기타 채무들을 인수하고 이를 매매대금에서 공제하기로 약정한 경우, 임대차계약의 상대방인 임차인이 동의 내지 승낙하지 않는 한 그 인수는 단순한 이행의 인수인 것으로 이해한다. 따라서 그와 같은 약정이 있었다고 하여 매도인의 임차인에 대한 임차보증금채무가 당연히 소멸하지는 않는다. 그런데, 이와 같은 약정이 붙은 사안의 경우 그 약정 속에 임차보증금 반환채무 외에 임대차계약상의 지위도 함께 이전하는 내용이 포함되었다고도 해석할 수 있는 가능성은 과연 전혀 없는 것일까?⁵⁶⁾ 왜냐하면, 위와 같은 약정이 있는 경우 인수인은 부동산임차보증금을 제외한 나머지 금액을 매도인에게 지급하는 동시에 소유권이전등기서류를 건네받는 것이 통상이고, 이러한 경우에 이제 소유권을 상실한 매도인이 그 후에도 계속 임대인의 지위를 가지고 권리를 행사하며 의무를 부담하는 일은 거래의 실무를 고려해 볼 때 사실상 생각하기 어렵기 때문이다.⁵⁷⁾ 결과적으로 위 대법원판결들은 이러한 해석가능성을 검토해 보지 않은 채, 위 임차보증금반환채무를 그 성격이 다른 기타의 인수채무에 포함시켜 일괄적인 법적 처리만을 꾀하였다는 점에서 아쉬움을 남긴다.

(2) 일관된 해석의 불가피성

위에서 보는 바와 같이 우리 대법원은 사실상 약정의 그 내용에 큰 차이가 없는 사안들에

54) 이를테면, 광역시의 환산보증금이 1억4천9백만원인 점포임대차의 경우 상가건물임대차보호법이 적용되어 예외 없이 동법 제3조 2항의 법률효과가 발생하는 반면, 그 보증금이 1억5천1백만원인 경우 위 판결에 따라 이행인수의 법률효과로 제한을 받는다면 그 결과에 대해 얼마나 납득할 수 있겠는가?

55) 누누이 강조하지만, 이것은 대법원의 임대차의 본질에 대한 인식 및 논거에 필자도 동의한다는 의미는 아니다. 다만 그 인식 및 논거에 따른다면 위와 같은 논리적 결과에 이르게 된다는 점을 분명히 하고자 할 따름이다.

56) 대법원 1997.6.24. 선고 97다1273 판결 및 대법원 2004.7.9. 선고 2004다13083 판결에서는 약정 이후 임대차계약상의 권리·의무를 누가 행사했는지는 불분명하다.

57) 1998년 대법원 결정이 있기 전의 원심결정(위의 주 51) 참조)은 - 당사자 사이에 임대인의 지위 이전에 대한 명백한 합의가 있었음에도 불구하고 이러한 합의의 성립 자체를 부인하면서 - 위 약정을 개별채무의 이전문제로 한정하여 이행인수의 법률효과만을 인정하였다는 점에서 지금까지의 대법원의 태도와 일치하는 것이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 태도는 거꾸로 본문과 같은 약정을 채무의 이전뿐 아니라 임대인의 지위 자체의 이전도 포함하는 것으로 해석할 수 있는 여지를 제공하고 있다고 생각한다.

대해 서로 다른 법률효과를 부여한다. 이러한 태도는 임대인의 지위의 승계를 명문으로 규정하고 있는 주택임대차보호법과 상가건물임대차보호법의 시행으로 입법적으로 해결된 것도 아니다. 왜냐하면, 상가건물임대차보호법은 대통령령을 초과하지 않는 보증금 범위 내의 점포임대차로 그 적용범위를 제한한 결과, 그 범위를 초과한 점포임대차에 대해서는 여전히 민법이 적용되게 되므로, 결과적으로 위와 같은 약정이 붙은 사안의 경우 위 1998년의 결정의 취지에 따른 임대인의 지위의 승계를 인정받거나 아니면 이행인수의 법률효과를 인정받게 되기 때문이다. 일치된 하나의 결론을 이끌어 내려는 노력과 이를 뒷받침하는 논거의 개발이 절실히 필요한 영역이다. 이에 대해서는 후일을 기약하기로 한다.

VI. 계약인수와 임차권의 양도

1. 들어가는 말

위에서 본 바와 같이, 우리 임대차법의 명문 규정 및 대법원 판결은 -위 판결의 혼란부분을 논외로 한다면- 건물의 임대차의 경우 임차건물이 양도되면 부동산임대인의 지위는 임차인의 동의 여부에 상관없이 양수인에게 자동적으로 이전하는 것으로 하고 있다. 또한 토지임대차의 경우에도 그 임대차가 가지는 특성상 양수인에 의한 임대인의 지위의 승계를 부인할 특별한 이유가 없다는 점을 언급하였다. 그 결과 부동산의 임대인은 자유로이 임차목적 부동산에 투하한 자본을 회수하게 된다.

한편 우리 민법의 입법자는 상대방인 부동산임차인에게도 일정한 경우 그 투하자본을 회수할 수 있는 길을 열어 놓는다. 즉 우리 민법은 부동산임차인은 임대인의 동의가 있으면 그 권리를 양도할 수 있으며(제629조 1항의 반대해석), 동의 없이 권리를 양도한 때에는 임대인은 임대차계약을 해지할 수 있다고(제629조 2항) 규정하고 있다. 여기서 말하는 「권리의 양도」는 통상 임대차계약상의 임차인의 지위를 양도하는 것을 의미하는 것으로 이해되고 있다.⁵⁸⁾ 따라서 우리 민법 제629조의 규정은 계약인수의 측면에서 이해되어야 함에도 불구하고, 이 규정은 계약인수와 관련한 논의에서 오랜 기간 제외된 채로 방치되어 왔다. 위 규정을 계약인수의 측면에서 검토할 경우 어떻게 새롭게 이해할 수 있는지, 이하에서 구체적으로 검토하기로 한다. 이에 앞서 임차권의 양도에 대한 지금까지의 연구된 성과를 잠깐 정리해 보자.

2. 임차권의 양도에 대한 지금까지의 이해

우리 민법은 임차인이 자신의 임차권을 타인에게 양도하고자 하는 경우, 반드시 임대인의 동의를 얻도록 하고 있다(제629조 1항). 우리 민법이 임차권의 양도에 대해 임대인의 동의를 얻도록 한 것은, 물건의 사용·수익의 방법은 사람마다 차이가 있기 때문에 임차권의 양

58) 이은영, 주 37)의 책, 658면; 김형배, 주 37)의 책, 469면.

도를 자유롭게 인정한다면 임대인의 이익을 해치게 되기 때문이다. 즉, 민법상의 임대차계약이 당사자간의 개인적 신뢰를 기초로 하는 계속적 법률관계임을 고려하여, 임대인의 인적 신뢰나 경제적 이익을 보호하여 이를 해치지 않게 하고자 함에 있다.⁵⁹⁾ 그러나 임차권의 양도가 임대인의 동의를 얻지 못했다 하더라도, 그러한 양도계약은 당사자 사이에는 유효하기 때문에 양수인은 양도인에 대해서는 임차권을 취득하고, 따라서 목적물을 사용·수익할 수 있는 반면, 임대인은 임차인의 무단양도를 이유로 원칙적으로 임대차계약을 해지할 수 있다는 것이 통설·판례의 태도이다.⁶⁰⁾

3. 해지권의 남용에 대한 제한

(1) 판례의 태도

그러나 위와 같은 해지권은 적절한 통제장치가 없는 한 임대인에 의해 남용될 수 있다. 예컨대, 夫의 명의로 건물을 임차한 후 그 건물에 거주하면서 함께 영업하던 부부가 이혼으로 인해 夫가 위자료조로 그 임차권을 妻에게 양도한 경우 이에 대해 임대인의 승낙을 얻지 않았다 하여 곧바로 해지권을 인정하는 것은 임차인에게 지나치게 가혹한 것으로 생각된다. 우리 대법원도 마찬가지로 생각인 듯하다. 대법원은, 임차권의 무단양도가 있는 경우 이는 임대인에 대하여 임대차관계를 계속시키기 어려운 배신행위가 되기 때문에 임대인은 제629조 2항의 문언 그대로 임차인과의 임대차계약을 해지하고 임차목적물의 반환을 요구할 수 있다는 원칙적인 입장을 견지하면서도, 다만 무단양도가 임대차관계를 계속시키기 어려운 임대인에 대한 배신적 행위라고 인정할 수 없는 특별한 경우에는 예외적으로 해지권이 발생하지 않는다고 한다.⁶¹⁾

(2) 판례의 태도에 대한 비판

그러나 이와 같은 배신행위 이론⁶²⁾은 다음과 같은 문제가 있다고 생각된다.

첫째, 임차권의 무단양도를 원칙적으로 임대인에 대한 배신적 행위라고 파악하는 것은 임대차관계를 기본적으로 그 지위의 이전이 불가능한 엄격한 인적 신뢰관계로 이해하는 전제하에서만 가능한 것이다. 그러나 이미 임대인의 지위의 승계와 관련하여 우리 문헌과 임대차법의 명문규정 그리고 대법원은 임대차관계를 더 이상 그 지위의 이전에 있어 상대방의

59) 김형배, 주 37)의 책, 468면; 박윤직, 주 37)의 책, 206면; 박준서 편집대표, 주석민법: 채권각칙(3), 438면(김종화 집필부분); 박윤직 편집대표, 민법주해(XV): 채권(8), 112면(민일영 집필부분).

60) 박윤직 편집대표, 민법주해(XV): 채권(8), 116면 이하(민일영 집필부분); 대법원 1972.1.31. 선고 71다 2400 판결; 대법원 1985.2.8. 선고 84다카188 판결; 대법원 1986.2.25. 선고 85다카1812 판결.

61) 이에 대해서는 대법원 1993.4.13. 선고 92다24950 판결; 대법원 1993.4.27. 선고 92다45308 판결 참조.

62) 배신행위 이론은 우리 대법원의 독창적인 창조물은 아니며, 임차권의 양도·전대에 관하여 우리와 유사한 규정(일본 민법 제612조)을 가지고 있는 일본이 임대인의 동의권에 대한 자의적인 행사를 막기 위하여 채택한 이론이다. 1953년 이를 기초로 하여 판결(最高裁判所 1953.9.25.判決 民集 7卷 9号 979면)한 이래, 최고재판소는 많은 비판에도 불구하고 여전히 이 이론을 견지하고 있다.

동의 내지 승낙을 받아야 할 엄격한 인적 신뢰관계로 파악하지 않는다. 그럼에도 불구하고 유독 임차권의 양도와 관련해서만 임차인에게 이와 같은 인적 신뢰성의 유지를 요구하는 것은 공평에 반한다.

둘째, 설사 임차권의 양도에 있어 임대인의 동의가 요구된다 하더라도 임차목적물이 무엇이나에 관계없이 동일한 정도의 인적 신뢰성을 유지할 것을 요구하는 것은 적절치 않다. 후술하는 것처럼, 토지와 건물, 특히 주택과 상가건물은 그 임대차계약의 목적과 경제생활에서 담당하는 기능 및 역할이 서로 같은 것이 아니다. 따라서 인적 신뢰성의 유지 즉, 임대인의 동의를 요구하는 점에 있어서도 이와 같은 차이는 고려되어야 한다. 이러한 합리적 차별화는 현재의 문헌·판결과 같이 배신적 행위라고 인정할 수 없는 특별한 사유들을 구체적이고 통일적인 기준 없이 개별적으로 인정하는 것⁶³⁾만으로는 달성되지 않는다.

셋째, 대법원에 의하면 임대인에 의한 해지권 행사의 가능 여부는 결국 임차권의 무단양도가 임대인에 대한 배신적 행위인가 여부에 의해 결정될 것이다. 여기서 배신이라는 개념은 법률적 표현은 아니며, 그 의미는 상대방의 신뢰에 대한 위반을 의미한다.⁶⁴⁾ 그런데 이와 같은 신뢰 위반은 이미 신의성실의 원칙 내지 권리남용의 금지와 관련하여 전체적으로 파악되고 있으므로,⁶⁵⁾ 임차권의 무단양도가 민법상 허용되느냐 여부 및 허용의 범위도 결국 신의성실의 대원칙 내지 권리남용의 금지의 법리 하에서 논의되어야 할 것이다. 따라서 임차권의 무단양도와 관련하여, 그 법적 의미가 불명확한 ‘배신적 행위’라는 별도의 개념을 설정하여 그 허용여부를 논하는 것은 보다 신중을 기하여야 한다.⁶⁶⁾ 나아가, 계속적 계약에서

63) 그 결과, 일본에 있어 서로 유사한 사안들임에도 불구하고 상반된 결론에 이른 판결도 눈에 띄인다. 즉, 비록 무단전대의 사안이라는 하지만 고급주택가에 위치한 가옥의 임차인이 주둔미군의 애인으로 보이는 여성에게 이를 전대한 것에 대해 배신성을 긍정한 판결(最高裁判所 1958.1.14.判決 民集 12卷 1号 41면)이 있는가 하면, 주택임대차에 있어 유부남의 내연녀가 임차권 양수인이라는 점에 일고의 가치도 부여하지 않은 판결(最高裁判所 1964.6.30.判決 民集 18卷 5号 991면)도 있다. 나아가 무단양도·전대가 임차목적물의 일부에 관하여 행해진 경우, 임대차관계를 지속하기 어려운 임대인에 대한 배신행위임을 긍정하면서도, 부동산의 합리적 이용이라는 목적에 맞추어 해지권을 제한하고자 하는 주장(예컨대, 星野英一, 借地借家法, 有斐閣, 1972, 346면)도 있어, 혼란을 가중시키고 있다. 또한, 일본의 법실무에 의해 ‘배신적 행위라고 인정할 수 없는 특별한 경우’에 해당하는 것으로 인정된 사례들은 구태여 배신행위 이론에 의존하지 않더라도 어렵지 않게 마찬가지로 타당한 해결책에 이를 수 있는 경우가 많다(우리의 경우 대법원 1993.4.27. 선고 92다45308 판결에 대하여 마찬가지로 점을 지적하는 것으로는 조운신, “임차권의 무단양도·전대와 해지권의 제한”, 재판과 판례 6집(1997.12.), 대구판례연구회, 253면 이하).

64) 배신행위 또는 그 전제가 되는 신뢰관계의 의미에 대하여는 일본에서는 학설의 대립이 있다. 다수설은 신뢰관계 속에 단순히 경제적인 면뿐만 아니라 인적 신뢰도 포함시키는 반면 소수설은 이를 물질적 신뢰관계, 즉 임대인의 경제적 이익(임료의 지급의 확실성과 목적물의 경제적 가치의 유지)의 침해 여부로 한정시킨다. 일본의 판례는 다수설의 입장을 따르는 것으로 설명되고 있다(日本 新版 注釋民法 (15): 債權(6), 有斐閣, 1989, 278면(廣中俊雄 執筆)).

65) 박영우, “권리남용의 유형론에 관한 소고”, 법학연구(충남대) 4권 1호(1993.12.), 21면 이하.

66) 배신행위 이론이 나오게 된 일본의 경우, 임차권의 양도와 관련된 사안들은 제2차 세계대전 전에는 대부분 권리남용의 법리에 의해 처리되었다. 이것은 임대인의 해지권 행사에 대한 제한이 권리남용의 법리로 다루기 어려운 생소한 문제는 아니라는 것을 의미한다. 이와 같은 권리남용의 법리에 의한 처리에

그 계약관계를 지속시키기 어려운 중대한 신뢰 위반을 ‘배신적 행위’라고 한다면, 이러한 배신 행위 이론은 임차권의 양도·전대 이외에 기타 다른 사유에 의한 임대차계약의 해지·해제에도 적용되어야 하며,⁶⁷⁾ 이를 확대시켜 나가다 보면 임대차계약이 아닌 다른 계속적 계약관계에서도 그 적용을 배제할 아무런 이유가 없다. 그러나 이러한 적용범위의 무분별한 확대가 바람직하지 않음은 말할 필요도 없으며, 이를 막기 위한 한계획정 및 이론의 정립은 쉽지 않은 문제가 될 것이다. 우리의 문헌과 판례 그 어느 것도 임대차계약에서의 이와 같은 논의를 적극적으로 다른 모든 계속적 법률관계 전체로 확대시킬 것을 주장하지 않는다.

결과적으로 위와 같은 문제점이 있으므로 배신행위 이론은 재고되어야 마땅하며, 임차권의 양도의 허용 여부는 오히려 각각의 임차목적물의 특성에 맞는 차별화가 보다 바람직하다고 생각된다. 이에 대해서는 후술한다.

4. 계약인수의 관점에서 볼 경우 새로운 이해의 가능성

(1) 머리말

임차권이 양도되면 임차인은 이제 임대차관계에서 벗어나고, 새로운 임차인이 임대차계약상의 권리를 행사하고 의무를 부담한다. 임차보증금의 반환청구도, 별도의 약정이 없는 한, 새로운 임차인이 하게 된다. 따라서 임차인에 의한 임차권의 자유로운 양도가능성 여부는 계약인수의 관점에서 판단되어야 하며, 이러한 점을 무시한 지금까지의 논의는 그만큼 설득력을 갖기 어렵다. 그렇다면 이와 같이 계약인수의 관점에서 임차권의 양도를 볼 경우 임차권의 양도는 어떻게 이해될 수 있는가? 우선 임차권의 양도를 우리 민법에 둔 이유부터 잠깐 검토하기로 하자.

(2) 임차권 양도 규정의 입법목적

임차권의 양도를 규정한 우리 민법 제629조의 규정은 구민법(현행 일본민법) 제612조의 규정을 그대로 수용한 것이다. 그 규정을 그대로 둔 취지는 구민법과 같아,⁶⁸⁾ 제한된 일정한 경우에 임차인으로 하여금 임차목적물에 투하한 자본을 회수할 수 있도록 하기 위한 것

대해서는, 특별한 법리구성이나 개별적 기준을 설정하려는 노력은 하지 않고 일반조항으로 안이하게 도파하려 한다는 비판이 제기되었다. 이러한 비판을 감안한다면 배신행위 이론이 한 단계 진보한 이론임은 분명하나, 배신행위와 일반조항인 권리남용의 법리와의 관계가 명확치 않고, 배신행위의 구체적 의미와 어떤 경우에 배신행위가 있다고 할 것인가에 대한 기준을 명확히 하지 않는 한 오히려 혼란을 증대시킬 우려가 있다고 생각된다(일본의 판례이론의 소개 및 위와 같은 문제점을 지적하고 있는 것으로는 조운신, 앞의 논문, 228면 이하).

67) 일본에서는 임차권의 무단양도·전대에 대한 임대인의 임대차계약 해지권의 남용을 제한하는 이론으로 발전한 신뢰관계의 파괴의 법리가 그 후 판례에 의하여 기타 다른 사유에 의한 해지의 경우에도 영향을 미쳐 이제는 임대차관계에 있어서의 해지 전반에 통하는 판례법리가 되기에 이르렀다고 한다(조운신, 앞의 논문, 246면 주 69 참조).

68) 민법안심의록 상권, 364면.

이다. 그런데 구민법 제612조는 특히 일본의 소작제도를 고려해서 만들어진 것이며,⁶⁹⁾ 19세기 말 당시 일본의 부동산이용관계의 전근대적인 측면을 배경으로 하고 있는 것이라 한다.⁷⁰⁾ 「主從의 溫情的 關係」를 기초로 하는 전근대적인 부동산이용관계가 지배하는 사회에서, 입법자가 임차한 부동산을 타인으로 하여금 사용케 하는 것을 임대차의 본질에 반하는 것으로 인식하고 이를 가능한 한 허용하지 않으려 한 것은 사회현실을 고려한 온당한 처사라 할 수 있을 것이다.⁷¹⁾ 그러나 이러한 사고는 부동산 이용관계가 근대적 계약관계로 轉化된 오늘날의 실정과는 맞지 않는다. 우리 민법은 임대차를 「主從의 溫情的 關係」가 아닌 계속적 계약관계로 인식하고, 계약상 상대적으로 열등한 지위에 놓이게 마련인 임차인을 보호하기 위하여 임차인에게 등기협력청구권(제621조 1항), 계약의 갱신 및 매수청구권(제643조, 제646조) 등을 인정하고 등기된 임대차에 대항력을 부여(제621조 2항)하는 등 명시적으로 임차권의 강화 내지 물건화를 꾀하고 있다. 특히 부동산임차권이 하나의 재산권-상품으로 인식되고 나아가 임차인의 경제생활의 중요한 구성부분으로까지 발전된 일부영역에서는 또한 이에 걸맞는 자본의 자유로운 회수가능성(결과적으로 재투자가능성)을 보장해 주는 것이 필요하다. 따라서 이제는 우리 민법 제629조(나아가 구민법 제612조)를 제정한 입법자의 입법목적에 엄격하게 구속될 필요는 없고, 임대차당사자에게 임차목적물이 가지는 의미 및 경제생활에서 담당하는 역할과 기능에 합치하도록 제629조를 재해석하는 것이 불가피하다. 이는 결과적으로 임차목적물에 따른 제629조 적용의 차별화로 이를 것이다. 그밖에 일정한 경우 임차권의 양도에 제한을 가할 수밖에 없다 하더라도, 그러한 제한은 임대인의恣意에 의존하여서는 안될 것이며, 임대차의 존재목적과 기능 그리고 사회적 역할에 맞는 제한의 한계가 설정되어야 할 것이다.

(3) 임차목적물에 따른 임차권 양도의 차별적 해석

일반적으로 주택의 임대차와 토지 및 상가건물의 임대차는 그 성격과 내용에 다른 점이 있어 임차권의 양도에 있어서는 이와 같은 점이 특별히 고려되지 않으면 안 된다.

주택의 경우, 우리 헌법이 보장하고 있는 인간다운 생활(헌법 제34조), 혼인 및 가족생활(헌법 제36조 1항)은 그 물적 기반으로서 주거공간의 확보를 필수적 전제로 한다. 주거공간이 확보되지 않는 한 정상적인 혼인생활·가정생활이 영위될 수 없음은 분명하다. 따라서 우리 입법자는 헌법 제35조 3항을 두어, 국가로 하여금 주택개발정책 등을 통하여 특별히 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 할 의무를 부과하고 있다. 그 결과 주택은 우리 헌법상 생존권적 차원에서 그리고 생존의 전제요건으로서 특별한 보호를 받고 있다고 할 수 있다.⁷²⁾

69) 法務大臣官房司法法制調査部監修, 法典調査會・民法議事速記録 4(日本近代立法資料叢書 4), 商事法務研究會, 1984, 285-286면.

70) 日本 新版 注釋民法 (15): 債權(6), 269면(廣中俊雄 執筆).

71) 日本 新版 注釋民法 (15): 債權(6), 270면(廣中俊雄 執筆).

72) 2005년 8월 29일 행정자치부가 내 놓은 「세대별 주택 및 토지보유 현황」에 따르면, 2005년 8월 12일

한편, 임차목적물이 상가건물인 경우 주택과 동일한 정도의 헌법적 배려를 누리고 있다고 하기 어렵다. 상가건물임대차에서 임차인이 그 소유자로부터 건물을 임차하는 것은 임차한 건물에서 영업을 하여 수익을 올리고자 하는 것이다. 이 때 임차인이 임대차를 선호하는 것은, 건물의 소유권 취득을 위하여 한꺼번에 많은 자본을 지출해야 하는 것을 피할 수 있고 또 이렇게 절약한 자본을 영업을 위하여 보다 유용하게 이용할 수 있기 때문이다. 이와 같이 상가건물의 임대차에서는 임차인의 경제적 계산이 핵심적 動因으로 작용한다. 따라서 상가건물의 임대차에 있어서는, 생존의 기초로서의 주거의 확보(보호)와 같은 고차의 법익은 문제로 되지 않는다.⁷³⁾ 그밖에 상가건물의 임대차에서는 다액의 금전이 권리금 등의 명목으로 수수되며, 임차인이 영업을 위하여 인테리어를 하는 등 고액의 시설투자를 하는 것이 통상이다. 따라서 그 투하한 자본의 회수가 대단히 중요한 문제로 등장하게 된다. 이에 반하여 주택임대차의 경우에는 임차인이 그 소유자로부터 차임을 지급하고 주택을 빌리는 것은 자본의 투자를 통하여 수익을 올리고자 하는 것이 아니다. 또한 주택임대차의 경우, 임차인이 자신의 목적에 따라 대대적으로 임차목적물을 개수하거나 설비를 부가하는 일은 거의 발생하지 않고, 또 주택에 영업상의 이익을 가지는 일도 없다. 따라서 주택의 임대차에서는 투자자본의 회수는 원칙적으로 거의 문제가 되지 않는다. 그 결과, 주택의 양도에 따른 임대인의 지위는 자동적으로 승계된다 하더라도(주택임대차보호법 제3조 2항) 임대인의 동의 없는 임차권의 양도가 자유로이 허용되어야 할 이유가 없으며,⁷⁴⁾ 임대인과 임차인 사이에는 비교적 엄격한 인적 신뢰관계가 유지되어야 한다.⁷⁵⁾

한편 토지임대차의 경우, 우리 민법의 토지임대차에 관한 규정은 형식적인 계약평등·사적 자치가 지배하는 전통적 민법의 태도를 고수하고 있다.⁷⁶⁾ 또한 이러한 태도는 비록 입법

현재 우리나라에 주민등록된 1777만여 세대 중 806만 세대(45.4%)가 무주택이고, 나머지 970만 세대(54.6%)가 1119만 채의 주택을 소유하고 있다고 한다. 이는 바꾸어 말하면, 전체 세대 중 절반 가까운 세대가 아직도 내 집을 갖지 못하고 그 주거를 임대차 등에 의존하고 있다는 것을 말한다. 그러므로 주택의 경우 서민의 안정된 주거를 확보하기 위한 임차권의 보호가 여전히 중요하다.

73) 우리나라 상가건물임대차보호법의 제정시에 영세 상가건물임차인들의 여러 가지 요구들, 즉 임대차에 대한 항력을 부여하고 상당한 임대차기간을 보장하는 한편 임대인에 의한 차임의 자의적인 증액을 제한하여 달라는 요구들도 결국은 이와 같은 투자자본에 대한 안정적 회수를 보장해 달라는 요구에 다름 아니다.

74) 주택임대인과 임차인은 서로 별개의 목적을 추구하기 때문이다. 즉, 주택임대인이 자신의 주택을 임대하는 것은 임대차를 통하여 수익을 얻는 것이 주된 목적인 반면, 임차인이 주택을 임차하는 것은 임대차를 통하여 생존을 확보하기 위한 것이다. 따라서 동일한 임대차라 하더라도 그 추구하는 목적의 차이에 따라 임대인과 임차인의 상이한 법적 처리가 가능하다. 그밖에 주택임대차보호법에서 임대인의 지위의 승계를 인정한 것은 임대차기간 동안 임차인의 주거의 안정을 보장하고, 임대차기간 만료 후 임차인에 의한 전세금·보증금 등의 회수를 용이하게 하기 위한 정책적인 목적도 가지고 있다.

75) 줄고, “민법 임대차규정과 임대차 특별법의 기능 및 역할에 관하여”, 민사법이론과 실무 제8권 1호(2004.06), 118면 이하. 반대의 견해로는 김학동, “주택임대차보호법상의 문제점”, 판례월보(1986.11), 26면. 그는 주택임대차보호법상의 대항요건을 구비한 주택임차인은 반대의 특약이 없는 한 자유로이 양도, 전대할 수 있다고 하는 것이 타당하다고 한다.

76) 우리 입법자들은 토지임대차에 대한 민법규정을 마련하면서, ‘임차권의 물건화경향’에 순응하는 동시에

자가 의도하지는 않았다 하더라도 결과적으로 토지임대차의 본질적 특성에 상응한다. 즉, 토지임대차에 있어 토지를 사용·수익하도록 할 의무는 임대인이 그 토지를 임차인에게 인도하는 것으로 끝나므로 임대인이 누구냐에 의해서 그 내용이 크게 달라지지 않으며, 거꾸로 정기적으로 차임이 지불되고 있는 한 토지소유자는 통상 임차인의 관리 및 사용방식을 크게 문제 삼지 않는다. 나아가 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차⁷⁷⁾에 있어서 토지임차인은 임차한 토지상에 건물을 소유하는 자나 적어도 소유하려고 하는 자이기 때문에 주택임차인에 비하여 일반적으로 상당한 자산을 소유하고 있다고 말할 수 있다. 그 결과 토지임차인 대 토지소유자의 관계는 주택임차인 대 주택소유자의 관계만큼 경제적 능력에 있어 현격한 차이는 없고, 따라서 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차의 경우 경제적 약자 구제의 필요성이 적어도 주택임대차의 경우처럼 명료하게 나타나지 않는다. 한편, 임차목적물이 상가건물인 경우나 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차의 경우에 양자 모두 경제적 이익을 꾀하고자 하는 것이 임대차의 주목적이다. 건물이나 토지를 임차하여 수익을 낼 가능성이 없으면, 임차인은 임대차계약을 성립시키고자 노력하지 않는다. 따라서 상가건물의 임대차나 건물의 소유를 목적으로 하는 토지임대차가 존속하는 중에 임차인이 어떠한 이유로 임차목적물에 대해 자신이 투하한 자본을 회수하고자 한다면, 이를 배제하여야 할 합당한 사정이 있지 않는 한, 이를 허용하여야 할 것이다. 그 결과 건물의 소유를 목적으로 하는 경우를 포함한 토지임대차에서는 원칙적으로 임차권의 무단양도·전대에 대하여 보다 관대한 인정이 가능할 것이다.

이와 같은 결론⁷⁸⁾은 또한 아래에서 보는 바와 같이 비교법적인 견지에 비추어 보아도 충

임차인의 보호를 획기적으로 강화시키고자 하였으나, 그 실질적 상황은 토지임차권을 재산권적·시민법적 원리에서 다루는 선에서 크게 벗어나지 못하고 말았다(그 자세한 분석은 줄고, 주 75)의 논문, 121면 이하).

77) 우리 민법상 토지임대차에 관한 규정들은 건물 기타 공작물의 소유 또는 식목·채엽·목축을 목적으로 한 토지임대차를 전제로 하는 경우가 많으며(예컨대 제641조 이하), 타인으로부터 토지를 임차하면서 이와 같은 목적을 가지지 않는 경우는 사실상 상상하기 어렵다. 본 논문은 거래의 이러한 현실을 감안하여, 토지임대차 중 건물의 소유를 목적으로 한 토지임대차를 엄두에 두고 설명한다. 한편, 농작물의 경작 등을 위한 농지임대차는 법률상 별도로 취급되어, 민법의 규정대신에 농지법의 규정들(제22조 이하)이 우선적으로 적용된다.

78) 한편, 임차권양도에 대해서 임대인의 동의를 얻도록 하는 현행 민법 규정은 중간임차인의 중간착취를 막는 사회적 작용을 하는 점을 들어 이 규정의 정당성을 옹호하는 분(이은영, 채권각론(제3판), 434면)도 있다. 이러한 견해는, 상가건물의 임대차에 있어 권리금 수수관행을 고려할 때 양도·전대의 자유는 부동산임차권에 투기의 바람을 일으켜 실수요자의 부담을 가중시키는 원인이 될 수 있다고 한다. 그러나 이는 임차권의 양도·전대를 제한함으로써 해결될 수 있는 문제는 아니라고 생각한다. 현행 민법과 같은 제한이 있더라도, 임차목적물에 대한 높은 수요가 있는 한, 중간임차인은 그 임차목적물을 빌리고자 하는 제3자를 위하여 자신의 임대차계약을 임의로 해지하는 대신에 그 대가로 제3자로부터 권리금·사례금 등 중간 이익을 얻는다. 반면에, 소유자는 이제 그 제3자와 보다 높은 차임으로 새로이 임대차계약을 체결할 수 있게 되므로, 이와 같은 중간임차인에 의한 임대차계약의 임의해지를 거부할 아무런 이유가 없다. 임차목적물에 대한 높은 수요가 있는 한 현행 민법 규정이 의미없다는 것은, 이 규정의 정당성을 옹호하는 분 자신이 지적하는 것처럼, 현행 민법의 규정에도 불구하고 상가건물의 경우에 여

분히 설득력이 있다.

(4) 비교법적 검토

1) 스위스

스위스채무법은 제263조에서 임차권의 양도를 규정하고 있다. 동조 3항은 이 경우 임차인의 지위가 이를 양수한 제3자에게 승계된다는 점을 명문화함으로써, 임차권의 양도에서는 단순한 채권양도가 아닌 계약인수가 문제됨을 분명히 하고 있다.⁷⁹⁾ 주의할 것은, 제1항에서 보는 바와 같이, 스위스채무법은 임차권의 양도를 영업용건물(Geschäftsraum)의 임대차에 한정하여 허용하고 있다는 점이다.⁸⁰⁾ 여기에는 점포임차인은 그에 의해 창출된 전체로서의 물질적 및 비물질적 가치(예컨대, 점포의 시설, 고객, 영업권(Goodwill)⁸¹⁾)를 자유로이 환가할 수 있어야 한다는 생각이 숨겨져 있다.⁸²⁾ 이에 반하여 다른 임대차, 일테면 주택임대차의 경우에는 그러한 자유로운 투하자본 회수가능성을 보장하여야 할 필요성이 존재하지 않는다.⁸³⁾ 왜냐하면, 그러한 임대차의 경우에는 임대차의 목적이 사용을 통한 수익의 창출에 있는 것이 아니기 때문이다.

한편, 스위스채무법은 임차권의 양도가 허용되기 위해서는 반드시 임대인의 문서상의 동의를 얻도록 하되(제263조 1항), 임대인은 중대한 사유가 없는 한 그 동의를 거부할 수 없도록 하여, 통상의 경우에는 사실상 동의를 강제하고 있다(동조 2항).⁸⁴⁾ 동의를 거부할 수 있는 중대한 사유에는 신의성실의 원칙에 따라 임대인으로 하여금 인수인과의 계약관계의 지속을 기대할 수 없도록 하는 모든 사정이 포함될 것이다. 가령 인수인이 차임지불능력을 흠결하고 있거나 임대차계약상 예정된 영업에 대한 행정관청의 허가를 취득하지 못하고 있는 경우가 이에 해당될 것이다.⁸⁵⁾ 다만, 임차인의 교체에 의해 임대인에게 불확실성이 그만큼 증대되었고 또 임차권의 양도는 통상 임차인에게 일방적으로 이익이 되므로, 스위스채무법은 그 임대차관계로부터 이탈한 이전의 임차인은 양도한 임대차계약의 존속기간 동안 양수인과 연대하여 책임을 지되, 양도인의 과중한 부담을 막기 위하여 그 기간은 최대 2년을 넘지 않도록 하였다(4항). 그 책임은 임대차관계로 인해 야기된 모든 채무, 나아가 인수인에

러 번의 양도·전대가 행해짐으로써 중간착취의 피해가 심하다는 점만 보아도 알 수 있다. 따라서 상가건물의 경우에는 임차권의 자유로운 양도를 허용하되 그 부당한 양도차익은 세금을 통해 확실히 환수함으로써 중간임차인인 부동산브로커가 개입할 여지를 없애고, 실수요자에게 부담이 전가되는 일이 없도록 하여야 할 것이다.

79) Honsell/Vogt/Wiegand/Weber-Zihlmann, Obligationenrecht I, 1996, Art. 263 Rn. 1.

80) 동 규정은 용임임대차(Pacht)의 경우에도 그대로 적용된다(스위스채무법 제292조 참조).

81) 당해 점포의 연륜과 사회적 신용, 입지조건 및 거래선 등을 모두 합친 개념으로서, 그 점포의 고유한 무형의 재산가치를 가지는 사실관계를 말한다.

82) Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht BT, 5. Aufl., 1999, S. 213.

83) Honsell/Vogt/Wiegand/Weber-Zihlmann, a.a.O., Art. 263 Rn. 2.

84) 단 형성권으로서의 동의에는 원칙적으로 조건을 붙일 수 없으며 또한 철회할 수 없다.

85) Honsell/Vogt/Wiegand/Weber-Zihlmann, a.a.O., Art. 263 Rn. 5.

의해 야기된 손해에까지 미친다.⁸⁶⁾

결과적으로 스위스채무법은 상가건물의 임대차에 한하여 임대인의 동의를 강제하여 임차권의 자유로운 양도를 허용하되, 남은 임대차기간 동안 연대하여 책임을 지도록 함으로써 임대인과 임차인 그리고 양수인의 이익의 조화를 꾀하고 있다고 말할 수 있다.

2) 프랑스

프랑스의 경우 임차권의 양도는 원칙적으로 제한 없이 허용된다. 프랑스 민법 제1717조는 임차인은, 특별히 금지되어 있지 않는 한, 임차권을 자유로이 양도하거나 전대할 수 있음을 규정한다. 임대인은 임차권의 양도와 전대를 인용하여야 하며, 특약으로 이를 금지하더라도 그러한 특약이 권리남용에 해당되어서는 안 된다.⁸⁷⁾ 양도의 결과 임차인의 지위는 양수인에게 그대로 이전된다. 그러나 임차목적물이 특별히 주거용 건물이나 주거·업무 겸용 건물인 경우 「임대차관계 개선을 위한 법률」(Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs)에 의해 임차권의 양도는 임대인으로부터의 엄격한 서면 동의를 얻도록 하여⁸⁸⁾ 사실상 그 양도를 제한하고 있다. 이에 반하여 토지임대차의 양도나 전대는 자유이다(1964년 12월 19일 법률 제3조 3항).⁸⁹⁾ 그 결과 프랑스의 경우에도 임차목적물의 종류에 따라 임차권의 양도가 허용되는 정도에는 차이가 있다.

3) 독일

독일 민법은 사용임대차나 용익임대차를 막론하고 전대차만을 - 그것도 제한적인 방식으로⁹⁰⁾ - 규정하고 있을 뿐 임차권의 양도는 전혀 규정하고 있지 않다. 이 점에 있어서 주위의 다른 나라에 비하여 이례적이라 할 수 있다. 그러나 그렇다고 하여 임차권의 양도가 일반적으로 부인된다는 것은 아니며, 학설과 판례는 임차권양도 제도를 인정하고, 이에 대해 전대차에 관한 독일 민법의 규정을 준용한다.⁹¹⁾ 그런데 독일 민법은 임차인이 점유하고 있는 임차목적물을 전대하기 위해서는 반드시 임대인의 승낙을 얻도록 하고 있다(제540조 1항 1문(구 제549조 1항 1문)). 따라서 임차권의 양도의 경우에도 반드시 임대인의 승낙이 있어야 한다. 여기에는, 임대차는 원칙적으로 쌍방의 인적 신뢰에 의해 담보되는 법률관계이므로 임대인에게 자신의 의사에 반하여 제3의 임차인이 강제되어서는 안된다는 생각이 깔려 있다.⁹²⁾ 그러나 이러한 사고는 부동산 이용관계가 근대적 계약관계로 轉化된 오늘날

86) Honsell, a.a.O., S. 214.

87) 김형배, 주 37)의 책, 473면.

88) 이에 대해서는 곽윤직 편집대표, 민법주해(XV): 채권(8), 112면 이하(민일영 집필부분) 참조.

89) 이에 대해서는 양창수, “임차인의 무단전대를 이유로 하는 임대인의 권리”, 민법산고, 박영사, 1998, 191면 참조(이 논문은 고시계 365호(1987.6), 97면 이하에도 실려 있다).

90) 제1차 Kommission은 보통법에 의거하여 전대차를 일반적으로 허용하려고 한 반면, 제2차 Kommission은 “민중의 법의식에 합치하지 않는다”는 이유로 이를 포기하고, 대신에 프로이센일반관트법을 모범으로 하여 임대인이 그 허용 여부를 승낙을 통해 결정하도록 하였다(StaudingerKomm/Emmerich, 13. Aufl.(1995), § 549 BGB, Rn. 1; MünchKomm/Schilling, 4. Aufl.(2003), § 540, Rn. 2).

91) StaudingerKomm/Emmerich, § 549 BGB, Rn. 23.

의 실정에는 맞지 않음은 이미 앞서 언급한 바 있다. 특히 임차인에게 있어 부동산임차권이 오로지 수익을 목적으로 하는 경우, 투하자본의 자유로운 회수가능성을 보장할 필요가 있다. 그밖에 독일민법의 입법자들은 위 제540조 1항 규정의 제정에 있어서, 이 규정은 무엇보다도 주거공간의 임대차를 위한 것으로 생각하였다. 즉, 입법자들은 위 규정의 제정과정에서 주로 주택(Wohnung)을 전제로 하여 임대인의 동의 없는 전대차를 인정할 것인지를 다룬다.⁹³⁾ 따라서, 독일 민법의 입장에서 임대차목적물에 따른 임차권 양도의 차별적 취급은 전혀 근거를 찾을 수 없는 것은 아니라고 할 수 있다.⁹⁴⁾

VII. 결 론

본 논문은 계약인수의 문제를 다룬 것이다. 계약인수는 거래계에서 이용되는 빈도에 비하여, 그동안 법리적인 면에서 충분한 연구가 이루어져 왔다고는 할 수 없다. 본 논문은 계약인수에 대한 지금까지의 교과서적인 설명이 가지는 문제점을 주로 지적하면서, 앞으로의 연구를 위한 단초를 제공하고자 하였다.

민법에 있어서, 계약인수는 무엇보다도 임대차의 영역에서 많은 문제를 야기한다. 특히 부동산임대인의 지위의 승계와 관련하여 우리의 문헌 및 판례가 제시하는 논거에는 많은 문제가 있다. 그 결과 대법원판결들은 유사한 사안들에 있어서 혼란과 상호모순을 보여준다.

92) StaudingerKomm/Emmerich, § 549 BGB, Rn. 2. 즉, 독일 민법의 아버지들은, 별도의 합의가 없는 한, 임차인의 사용권은 임차목적물을 임대인의 승낙 없이 제3자에게 독자적인 사용을 하도록 양도할 권리에까지 미치는 것으로 인식하였다(MünchKomm/Schilling, § 540 BGB, Rn. 1).

93) Mugdan II S. 845. 같은 설명으로서 MünchKomm/Schilling, § 540 BGB, Rn. 2 참조.

94) 한편, 현행 독일 민법은 주택임대차의 경우 임차인은 임대차계약의 체결 후 주택의 일부를 제3자에게 전대하여야 할 정당한 이익이 있으면, 제3자에게 중요한 거절사유가 존재하지 않는 한, 임대인은 그 승낙을 거절할 수 없도록 하고 있다(제553조(구 제549조 2항)). 이 규정은 임차인이 주택의 일부를 전대하고자 하는 경우 임대인이 그 승낙요청을 거부할 수 없도록 하여, 일반목적물의 임차인보다 오히려 주택임차인의 투하자본의 회수를 용이하게 하고 있어 본 논문의 주장 내용과는 상반되는 것처럼 보인다. 그러나 이러한 성급한 결론을 내리기에 앞서, 이 규정이 민법에 들어오게 된 사연을 검토할 필요가 있다. 독일민법 제553조의 전신은 임차인보호법(MSchG) 제21조이다. 동법은 제2차 세계대전 후의 극심한 주거부족에 대처하기 위하여 마련된 것이었으며, 동법의 규정이 1964년의 제2차 임대차법 대개정을 통해 민법에 수용된 것이다(StaudingerKomm/Emmerich, § 549 BGB, Rn. 65). 따라서 동 규정은 주택의 부족에 대처하고 국민의 주거생활을 보장하기 위한 정책적 성격의 규정이었으며, 애초부터 투하자본의 회수와는 직접적 관련이 없었다(MünchKomm/Schilling, § 553 BGB, Rn. 1). 그렇다면, 오늘날 독일에 있어 주거의 부족이 더 이상 중요한 사회문제가 되지 않는 상황임에도 불구하고, 위 규정이 2002년 임대차법의 개정과 함께 삭제되지 않은 이유는 어디에 있는가? 이는 사람 및 물자의 이동성의 증대(zunehmende Mobilität) 및 변화된 사회관을 고려한 것이라고 한다. 즉, 동거를 할 목적으로 또는 동거생활을 해 나가기 위하여 공동생활자(Lebenspartner)를 받아들일 필요가 생겼고, 또한 혼인한 가정 외에 동거도 임대차법상 특별히 보호하여야 한다는 입법적 가치결단을 반영한 것이라고 한다(MünchKomm/Schilling, § 553 BGB, Rn. 2).

한편, 본 논문에서는 임차권의 양도를 규정한 우리 민법 제629조의 규정에 대한 지금까지의 이해가 가지는 문제점을 지적하였다. 우리 민법 제629조의 근원이 되는 구민법(현행 일본민법) 제612조의 규정은 특히 일본의 소작제도를 고려해서 만들어진 것이며, 「主從의 濫情的 關係」를 기초로 하는 19세기 말 당시 일본의 부동산이용관계의 전근대적인 측면을 배경으로 하고 있다. 따라서 부동산 이용관계가 근대적 계약관계로 轉化된 오늘날의 실정과 는 맞지 않는다. 그러므로 이제는 우리 민법 제629조(나아가 구민법 제612조)를 제정한 입 법자의 입법목적에 엄격하게 구속될 필요는 없다. 대법원은 배신행위 이론을 채택하여 임대 인에 의한 해지권의 남용을 제한하고 있으나, 이는 해지권의 남용을 막기 위한 기준이 되기 에는 충분하지 않다. 임차권의 양도의 허용 여부는 오히려 계약인수의 관점에서 각각의 임 차목적물의 존재목적과 특성에 합치하도록 차별적으로 결정되어야 할 것이다.

상가건물의 임대차의 경우 임대차의 목적은 영업을 통한 수익의 획득에 있다. 이를 위하 여 임차인은 권리금 등을 지불하고 고액의 시설투자를 하는 등 임차목적물을 위하여 많은 자본을 투하하게 된다. 따라서, 임차인을 위해서 이러한 투하자본을 회수할 수 있는 길이 마 련되어야 하며, 임차권의 자유로운 양도가 허용되어야 할 것이다. 임차인은 이를 통해서 동 시에 비용상환청구권의 대상이 되지 않는 무형자산(고객관계, 신용 등)의 회수를 보장받게 된다. 그 반면, 임차인이 주택을 임차하는 것은 수익을 얻기 위함이 아니다. 또한, 주택임대 차의 경우에는 권리금이 수수되거나 임차인이 고액의 시설투자를 하는 일은 거의 발생하지 않는다. 그 결과 주택임대차에서는 임차권의 양도가 자유로이 허용되어야 할 이유가 없으며, 임대인과 임차인 사이에는 비교적 엄격한 인적 신뢰관계가 유지되어야 할 것이다. 한편 토 지의 임대차에서는 그 토지를 임차한 목적이 무엇이나에 따라 차이가 있을 것이나, 임대차 의 주목적이 수익에 있는 한 임차권의 무단양도에 대하여 주택임대차보다 관대한 인정이 가 능할 것이다.

끝으로, 우리 민법이 임차권양도의 허용 여부에 대해 임대인의 동의에 맡긴 이유를 되새 겨 볼 필요가 있다. 우리 민법이 임차권의 양도에 대해 임대인의 동의를 얻도록 한 것은, 임 대인의 인적 신뢰나 경제적 이익을 보호하여 이를 해치지 않게 하고자 함에 있다. 따라서 임대인의 인적 신뢰가 특별히 중요시 되는 영역에 있어서는 임차권의 양도에 대해 엄격하게 제한을 가할 필요가 있지만, 그밖의 임대차 영역에서는 임대인의 동의 없이도 임차인이 임 차권을 자유로이 양도할 수 있도록 하되 임대인의 경제적 이익이 희생되지 않도록 배려를 한다면, 제629조의 입법목적은 사실상 달성될 수 있을 것이다. 그러한 방법으로서 예컨대 스위스채무법처럼, 임차권의 양도에 의해 임대차관계로부터 이탈한 이전의 임차인이 양수인 과 연대하여 책임을 지되 그 기간은 일정기간을 넘지 않도록 하는 것도 한 방법이 되겠다.