

商街建物未登記傳貰와 破産*

尹大成**

- | | |
|-----------------------------|-------------------------------------|
| I. 序說 | 나) 破産宣告와 履行되지 않은 雙務契約 |
| II 商街建物未登記傳貰의 法的 構成 | 다) 破産法 제50조의 立法趣旨 |
| 1 商街建物賃貸借保護法の 制定過程과 論議 | 라) 破産法 제50조의 適用要件 |
| 1) 制定過程에 나타난 社會的 問題 | 마) 破産管財人의 選擇權 |
| 2) 國會에서의 立法論議와 制定經過 | 바) 破産法 제50조의 適用效果 |
| 2 商街建物賃貸借保護法の 主要內容 | 2) 未登記傳貰入者의 破産과 解除 |
| 1) 制定理由 | 가) 民法 제637조의 立法趣旨 |
| 2) 上程案의 主要骨子 | 나) 破産法 제50조와 民法 제637조와의 關係 |
| 3. 未登記傳貰의 法的 取扱과 適用法條 | 다) 破産法 제50조에 의한 解除 |
| 1) 未登記傳貰의 本質과 法的 取扱 | 2 建物所有者가 破産한 경우 |
| 2) 未登記傳貰에의 適用法條 | 1) 民法의 不規定과 破産法 제50조의 適用 |
| 4 商街建物未登記傳貰의 法的 性質 | 2) 解除權의 否認에 의한 雙務契約의 存續 |
| 1) 未登記狀態로서의 商街建物未登記傳貰 | 3) 相對方의 解除와 還取權 |
| 2) 登記가 經了된 商街建物未登記傳貰 | 4) 貰入者의 別除權 認否 |
| III. 商街建物未登記傳貰와 破産關係 | 가) 判例 |
| 1 貰入者가 破産한 경우 | 나) 對抗力을 갖춘 商街建物未登記傳貰 와 別除權 |
| 1) 商街建物未登記傳貰契約과 破産法上 의 雙務契約 | 다) 登記命令의 執行에 의하여 登記된 商街建物未登記傳貰와 別除權 |
| 가) 商街建物未登記傳貰契約과 雙務契約 | IV 結語 |

* 이 논문은 2003년도 창원대학교 연구비에 의하여 연구되었음

** 창원대학교 사회과학대학 법학과 교수, 민법학, 법학박사

I. 序說

우리나라에서 상가건물임대차보호법은 2002년 11월 1일부터 시행되었다. 그러나 같은 법 제17조에 의하여 미등기전세에도 같은 법이 준용된다. 따라서 상가건물을 미등기전세계약을 한 경우에도 상가건물임대차보호법이 적용을 받게 된다. 만약 상가건물을 건축할 때 많은 건축자금 등의 부채를 부담한 건물소유자가 상가건물을 구분하여 미등기전세계약을 체결하고 전세금을 취득한 경우에 있어서 그 부채를 변제할 수 없어서 파산된 경우에 미등기전세계약을 체결하고 영업을 하는 사람은 전세금의 반환 등에 있어서 어떻게 보호될 것인가. 이에 관한 연구가 아직 이뤄지지 않고 있다.

이 연구는 상가건물의 미등기전세에 있어서 건물소유자가 파산한 경우에 세입자를 어떻게 보호할 것인가를 전세금의 반환, 계약의 존속 유지 등을 중심으로 연구함을 목적으로 한다

이 연구는 연구목적에 따라서, I. 서설에서 연구의 목적 및 연구내용, 연구방법 등을 제시하고, II. 상가건물미등기전세의 법적 구성에서 상가건물임대차보호법의 제정 과정 및 논의, 미등기전세에 대한 적용법조에 관한 논의 등을 분석하고 검토하여, III 상가건물미등기전세와 파산관계에서 세입자가 파산한 경우와 건물소유자가 파산한 경우를 나누어서 그 법률관계를 분석하고 검토하고자 한다. IV. 결어에서 이와 같은 연구결과를 요약하고 앞으로의 전망을 제시하고자 한다.

상가건물임대차보호법은 제정당시부터 많은 논의가 있었으나, 법의 시행이 있는 뒤에 연구가 거의 이뤄지지 않는 실정이다. 그 이유는 주택임대차보호법이 모본이 되었기 때문인 것으로 보인다. 그러나 주택임대차보호법에서도 아직 많은 문제가 해결되지 못하고 있는 것은 연구가 축적되지 않았기 때문이라고 본다. 따라서 상가건물임대차에 있어서 사회적인 문제가 발생하고 있음에도 그 연구가 미진한 것이 국내의 연구동향이다. 외국에서는 우리나라와 다른 입법례가 있고 그에 관한 연구가 이뤄지고 있으나, 우리나라의 미등기전세라는 고유한 거래에 바로 원용하기는 어렵다. 이와 같은 배경에서 이 연구는 새로운 시작이라고 할 수 있다.

이 연구는 앞으로 상가건물을 미등기전세에 의하여 거래한 경우에 발생하는 파산관계에 있어서 전세금의 반환 확보 및 전세의 계속적 유지에 기여할 것이다.

II. 商街建物未登記傳貰의 法的 構成

1. 商街建物賃貸借保護法の 制定過程과 論議

1) 制定過程에 나타난 社會的 問題

상가건물임대차보호법은 민주노동당과 시민단체 등의 노력으로 국회에서 의원입법의 형식으로 법률안이 상정되었다. 이 법률은 이익집단의 영향력이 그 제정과정에 미친 특유한 입법이라는 특징을 갖고 있다.¹⁾

이 법률의 제정 이전에 입법운동은 1990년대 초로 소급된다. 그러나 1995년까지는 시민단체들에 의하여 입법청원이 있는 정도이었으나, 1996년 7월에 이르러 신한국당 이재오 의원 외 49인이 가칭 '점포임대차보호법'을 제정하기 위한 법률안이 국회에 제출됨에 따라서 그 논의가 본격적으로 되었다. 이 법률안에 대하여 윤철홍 교수는, 문제점을 지적하고 그 개선방안을 제시하였었다.²⁾

이재오 의원 등이 제출한 법률안에 대한 문제점을 지적한 대체안들이 경제정의실천연합의 시민입법안, 다른 국회의원 등에 의한 대체법률안 등이 제출되기도 하였다.

이재오 의원은 법률안의 제안이유에서 “점포용건물의 임대차는 사적 자치에 의하고 있어 점포임대료의 폭등, 임대인의 해지권의 남용으로 인해 경제적인 약자인 점포임차인이 받는 불이익이 매우 크다. 따라서 점포용건물의 임대차시 일정한 요건을 갖춘 경우 대항력과 보증금의 우선변제권을 인정하는 등 민법의 특별법을 규정함으로써 영세상인의 영업활동을 보장하고자 한다.”는 것을 밝혔다.

그럼에도 불구하고 이 법률안 뿐만 아니라 다른 입법안들도 국회에서 심의를 하지 못하고 폐기되었다.

그러나 우리나라가 외환위기로 IMF의 관리체제에 들어간 1997년 하반기부터 상가건물의 소유주들이 금융압박으로 부도 등이 속출함에 따라서 상가임차인들이 보증금을 회수할 수 없는 등 피해가 증가하였다. 이와 같은 상가임차인들의 피해가 속출하는 가운데 2000년 9월에 참여연대 등 시민단체와 함께 상가임대차보호공동본부가 구성되었다.

1) 윤대성, “상가건물임차권의 대항력에 관한 연구”, 「사회과학연구」, 제3권제1호, (한국사회과학회, 2003), 156면 이하

2) 윤철홍, “점포임대차보호법(안)의 문제점과 개선방향”, 「不動産法學」, 제4집, (한국부동산법학회, 1997), 22면 이하

상가임대차보호운동본부에 의하면 2000년 10월에 전국임차상인연합회가 결성되어서 국회에 입법청원서를 제출하였다. 이와 함께 민주노동당과 참여연대 등은 영세상인들과 연합하여 여러 차례의 공청회를 개최함으로써 적극적인 활동을 전개하였다.³⁾

2) 國會에서의 立法論議와 制定經過

상가건물임대차보호법이라는 특별법의 제정을 위한 적극적인 움직임은 국회에서도 이뤄졌다.

이재오 의원이 대표발의한 상가등비거주용건물임대차보호법안(2001. 3. 20. 의안번호 제674호), 송영길 의원이 대표발의한 상가임대차보호법안(2001. 4. 13. 의안번호 제714호), 이종걸 의원이 대표발의한 주택임대차보호법중개정법률안, 이주영 의원이 대표발의한 상가등비거주용건물임대차보호법안(2001. 6. 25. 의안번호 제850호) 등이 발의되었다. 한편 참여연대, 소비자를 위한 시민모임, 민주노동당 등 시민단체가 천정배 의원의 소개로 상가임대차보호법이 발의되었다.

이와 같은 법률안을 제안함과 함께 국회에서 ‘정치개혁을 위한 의원 모임’이 주관하여 2001년 3월 23일에 개별적인 공청회를 개최하기도 하였다.

그 결과 2001년 한 해 동안에 국회에 제출된 상가임대차에 관련된 법률안이 5개에 이르렀다.

이들 법률안의 제안이유는 모두 상가건물의 임대차에서 사회적 경제적 약자인 임차인을 보호함으로써 임차인들의 경제활동의 안정을 도모하기 위하여 민법의 특례를 규정하고자 하는 것이었다.⁴⁾

국회 법제사법위원회 김치원 전문위원의 검토보고를 보면 다음과 같다. 즉, 송영길 의원이 대표발의한 상가임대차보호법안과 이재오 의원이 대표발의한 상가등비거주용건물임대차보호법안을 비교하면, ①건물의 인도와 세법상의 등록을 마친 다음 날부터 임대차의 대항력이 발생하고(제3조), ②위 대항요건과 임대차계약증서상의 확정일자 를 갖춘 임차인은 후순위 권리자 또는 채권자보다 보증금의 우선변제권이 인정되며(제4조), ③임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인이 임차권등기명령에 의한 임차권등기를 경료하면 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 우선변제권을 유지하고(제5조), ④민법 제621조의 규정에 따라 임대인의 협력을 얻어 임대차등기를

3) 상가임대차보호운동본부, 「상가 및 비주거용건물 임차인 피해현황 자료」 <자료>, (2001).
참조

4) 윤대성, 앞의 논문(2003), 157~158면

경료한 경우에도 대항요건의 상실여부와 상관없이 이미 취득한 우선변제권을 유지하며(제6조), ⑤보증금이 전액 변제되지 아니한 대항력이 있는 임차권은 민사소송법에 의한 경매가 행하여진 경우에도 임차상가의 경락에 의하여 소멸하지 아니하며(제7조), ⑥기간의 정함이 없거나 기간을 1년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 1년으로 보고(제8조), ⑦임대차계약의 당사자가 장래에 대하여 차임 또는 보증금의 증액을 청구한 경우에는 대통령령이 정하는 비율을 초과하지 못하고(제10조), ⑧일시사용을 위한 임대차임이 명백한 경우에는 동 법을 적용하지 아니하며(제14조), ⑨목적건물의 등기하지 아니 한 전세계약에 관하여 동 법을 준용하고(제15조), ⑩임차인의 보증금 반환청구소송에 관하여 소액사건심판법의 관련규정을 준용하며(제16조), ⑪임대차관계의 분쟁을 조정하기 위하여 각 시·군·구에 임대차분쟁조정위원회를 두는 사항(제17조) 등은 이재오 의원 대표발의 법률안과 동일하므로, 동 법안에 대한 검토보고서를 참고하기 바란다⁵⁾

따라서 이재오 의원이 대표발의한 상가등비거주용건물임대차보호법안에 관한 법제사법위원회 김치원 전문위원의 검토보고서에 의하면, 임차권의 대항력에 관한 사항에 대하여, “안 제3조는 임차인이 비거주용 건물의 인도와 부가가치세법 제5조, 소득세법 제168조, 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록이나 기타 대통령령이 정하는 공시방법을 마친 때에는 그 다음 날부터 제3자에 대하여 대항할 수 있도록 하고 있습니다. 이는 현행법상 임차인을 임대인에 대하여 반대의 특약이 없는 한 등기청구권(민법 제621조)이 있으나, 거래실정상 등기를 하는 경우는 거의 없어 임대건물의 소유관계변동으로 인하여 임차인의 지위가 박탈되는 불안정한 상태에 처하는 경우가 있는바, 이러한 문제점을 해소하기 위한 것으로 보여집니다. 그런데, 현행 사업자등록제도를 임대차의 공시방법으로 할 경우 상가건물의 지번표시만으로 등록이 되고 상가건물의 층수, 호수, 면적 등을 특정하기가 어려워 공시가 불완전함으로써, 부동산의 매매가 부진해지고 부동산 담보대출이 기피될 우려가 있으며, 사업자등록이 되지 않는 창고, 하치장, 개인적 용도의 사무실 등의 임대차 공시방법을 대통령령으로 정하도록 하는 것에 대해서는 모든 비거주용 건물의 임대차에 대한 공시방법은 공시제도의 취지상 명백하게 법률로 정하여야 한다는 측면에서 문제가 있다는 비판이 있습니다. 동 법안의 공시방법이 실효성을 확보할 수 있기 위해서는 사업자등록시 임차 점포의 위치가 표시된 도면이 첨부된 임대차계약서를 함께 제출하도록 하는 등 사업자등록제도 내지 대통령령으로 정하고자 하는 공시방법 등의 정비가 병행되어야 할 것으로 보여

5) 윤대성, 앞의 논문(2003), 158면.

집니다.”고 보고함으로써⁶⁾ 사업자등록에 의한 공시방법의 불완전함을 지적하였다.

또한 입법당시의 특수한 상황 속에서 영세상인들의 피해집단에 의한 시민운동에 의하여 의원입법으로 상가건물임대차보호법의 제정이 이루어지는 데는 그 한계가 있었다고 볼 수 있다.

2. 商街建物賃賃借保護法の 主要内容

1) 制定理由

국회 법제사법위원회의 의안정보시스템에 의하면 원안은 폐기되고 그 대안이 상정되었다. 법제사법위원회에 상정된 대안의 제안이유는, “상가건물의 임대차에서 일반적으로 경제적·사회적 약자인 임차인들은 임대료 인상문제, 임대인의 해지권한 남용, 임대차기간의 불안정성, 월세 산정시 고율의 이자율 적용문제, 임대보증금의 미반환문제, 임차건물에 대한 등기의 어려움 등 각종 형태의 불이익을 감수하고 있지만 이들 임차인들을 사회적으로 보호하기 위한 법적 장치가 없는 바, 이러한 상가건물의 임대차에서 사회적·경제적 약자인 임차인들을 보호함으로써 임차인들의 경제생활의 안정을 도모하기 위하여 이 법을 제정하고자 함.”이었다.⁷⁾

2) 上程案의 主要骨子

(1) 이 법은 상가건물 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정함으로써 국민 경제생활의 안정을 도모함을 그 목적으로 한다(안 제1조).

(2) 이 법은 상가건물(제3조 제1항의 규정에 의한 사업자등록의 대상이 되는 건물을 말한다)의 임대차(임대차 목적물의 주된 부분을 영업용으로 사용하는 경우를 포함한다)에 대하여 적용하되, 대통령령이 정하는 보증금액을 초과하는 임대차에 대하여는 적용하지 않으며, 이 경우 보증금액을 정함에 있어서는 당해 지역의 경제여건 등을 감안하여 지역별로 구분하여 규정하되, 보증금 외에 차임이 있는 경우에는 그 차임액에 은행법에 의한 금융기관의 대출금리 등을 감안하여 대통령령이 정하는 비율을 곱하여 환산한 금액을 포함하도록 한다(안 제2조).

(3) 임대차는 그 등기가 없는 경우에도 임차인이 건물의 인도와 부가가치세법 제5

6) 법제사법위원회 전문위원 김치원, 「상가등비거주용건물임대차보호법안(이재오위원 대표발의) 검토보고」 <자료>, 2001, 67면

7) <http://nas.assembly.go.kr/> 참조

조, 소득세법 제168조 또는 법인세법 제111조의 규정에 의한 사업자등록을 신청한 때에는 그 다음 날부터 제3자에 대하여 효력이 생긴다(안 제3조).

(4) 건물의 임대차에 이해관계가 있는 자는 건물의 소재지 관할 세무서장에게 일정한 자료의 열람 또는 제공을 요청할 수 있으며, 이때 관할 세무서장은 정당한 사유 없이 이를 거부할 수 없다(안 제4조).

(5) 대항요건을 갖추고 관할 세무서장으로부터 임대차계약서상의 확정일자를 받은 임차인은 경매나 공매시 임차한 대지를 포함한 상가건물의 환가 대금에서 후순위권리자 그 밖의 채권자보다 우선하여 변제 받을 권리를 인정한다(안 제5조).

(6) 임대차가 종료된 후 보증금을 반환 받지 못한 임차인은 임차건물의 소재지를 관할하는 지방법원, 지방법원지원 또는 시·군 법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있다(안 제6조).

(7) 기간의 정함이 없거나 기간을 1년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 1년으로 본다(안 제9조).

(8) 임차인의 계약갱신 요구에 대하여 임대인은 이 법에 규정된 정당한 사유 없이는 이를 거절하지 못하게 하고, 임차인의 갱신요구권은 최초의 임대차 기간을 포함한 전체 임대차 기간이 5년을 초과하지 않는 범위 내에서만 행사할 수 있다(안 제10조).

(9) 차임 또는 보증금이 임차건물에 관한 조세, 공과금 그 밖에 부담의 증감이나 경제사정의 변동으로 인하여 상당하지 아니하게 된 때에는 당사자는 장래에 대하여 그 증감을 청구할 수 있음. 그러나 증액의 경우에는 대통령령이 정하는 기준에 따른 비율을 초과하지 못한다(안 제11조).

(10) 보증금을 월차임으로 전환하는 경우에는 대통령령이 정하는 월차임의 범위를 초과할 수 없다(안 제12조)

(11) 계약갱신요구권, 차임 등의 증감청구권, 월차임 전환시 산정율의 제한 규정은 전대인과 전차인의 전대차 관계에 적용하고, 임대인의 동의를 받고 전대차계약을 체결한 전차인은 임차인의 계약갱신요구권 행사기간 범위 내에서 임차인을 대위하여 임대인에게 계약갱신요구권을 행사할 수 있다(안 제13조).

(12) 소액임차인들의 경우에는 임대건물 가액의 3분의 1의 범위 안에서 보증금중 일정액을 다른 담보물권자보다 우선하여 변제 받을 권리를 인정한다(안 제14조). 소액임차인이 우선변제를 받을 수 있는 보증금의 범위는 서울특별시에서 4,500만원 이하일 때 1,350만원까지이고, 수도권정비계획법에 의한 수도권 중 과밀억제권역에서 3,900만원이하일 때 1,170만원까지이며, 광역시에서 3,000만원 이하일 때 900만원까

지이고, 그 밖의 지역에서는 2,500만원 이하일 때 750만원까지이다(동시행령 제6조, 제7조)

(13) 미등기전세에의 준용에 관하여, 이 법은 목적건물의 등기하지 아니한 전세계약에 관하여 이를 준용하고, 이 경우 "전세금"은 "임대차의 보증금"으로 본다(제17조).

3. 未登記傳貰의 法的 取扱과 適用法條

1) 未登記傳貰의 本質과 法的 取扱

상가건물임대차보호법 제17조는 "이 법은 목적건물의 등기하지 아니한 전세계약에 관하여 이를 준용한다. 이 경우 "전세금"은 "임대차의 보증금"으로 본다."고 규정함으로써, 상가건물미등기전세에 상가건물임대차보호법을 준용토록 하였다

그러나 우리 민법의 전세권은 관습으로 행하여 온 전세를 바탕으로 중국민법, 만주민법의 전권을 참조하여 입법하였음을 알 수 있다. 일제시대에 실시한 관습조사사업에 의한 <관습조사보고서>에 의하면, 전세는 가옥임대차의 방법으로서 대차에 이르러 차주는 일정한 금액(가옥의 대가의 반액 내지 7, 8분이 통례)을 가주에게 기탁하고 따로 차임을 지불하지 않고 가옥반환시에 그 반환을 받은 것이라고 하였다. 민법에서 전세권을 물권으로 입법하면서 입법자는 "등기를 하지 아니함으로써 본장의 전세권(물권)은 아니라도 종래 관행의 전세계약으로서 그 효력이 있을 것이며 ... 가급적 본장의 규정이 유추적용될 것이다(채권적 성질에 반하지 않는 한)"고 하였다. 따라서 물권으로서 전세권이 입법되었음에도 여전히 미등기전세를 허용하게 되었던 것이다.⁸⁾

그렇지만 미등기전세는 종래의 전세로서 전세권과 마찬가지로 그 실질에 있어서 일정한 금액의 전세금을 수수함으로써 자금의 융통을 받는 점에서 다를 바가 없는 것이다 오직 등기를 갖추지 않은 것이 다를 뿐이다.

이와 같은 미등기전세인 종래의 전세에 대하여 민법시행 이전의 대법원판례는 "전세계약은 전세권자가 상대방에 대하여 전세금을 교부하고 소정기간 상대방소유의 가옥을 점유, 사용하고 그 가임과 전세금의 이식을 상쇄시킬 것을 내용으로 하는 쌍무계약으로서 전세권자가 월세를 지급하지 않음이 관습"⁹⁾이라고 하였다 이와 같은 대법원판례는 민법시행 이후에도 그대로 받아드려졌다. 즉 미등기전세인 경우에 있어서

8) 윤대성, 「한국전세권법연구」, (삼지원, 1988), 260면

9) 대판 1958 4 24, 4290민상867(집6 18)

“전세권설정자는 그 수령한 전세금의 이자에 해당되는 금원을 그 부동산의 사용료에 충당시키고 전세계약종료시는 그 수령한 전세금만을 반환하는 것이 보통의 경우이다.”¹⁰⁾고 판시하였다.

미등기전세는 종래의 전세로서 민법의 전세권과 그 권리관계의 실질에 있어서 등기가 없는 점을 제외하고 다름이 없음에도 불구하고, 민법의 전세권과 달리 채권으로 법적 취급을 함에 학설이나 판례가 이론이 없었다. 따라서 학자들은 종래에 행하여진 미등기전세는 전세권과 구별하여 채권적 전세¹¹⁾ 또는 채권적 전세권¹²⁾이라고 부르면서 민법의 전형계약인 임대차의 범주에 포함시켜서 해석하여 왔다. 이와 같은 이론구성은, 우리나라 전세관계를 설정하는 자유가 남아 있는 것이라고 하면서 당사자들은 채권적 전세나 물권으로서의 전세권을 양자 중의 하나를 자유로이 택할 수 있는 것이라고 하였거나,¹³⁾ 민법을 제정할 때에 물권으로서의 전세권제도를 신설 규정하면서 채권적 전세를 방입하는 태도를 취한 것은 불미라고 비판하기도 하였다.¹⁴⁾

그러나 이와 같은 미등기전세의 법적 취급은 주거용 건물의 임대차에 관한 특별법인 주택임대차보호법의 제정과 1983년 동법의 개정에 의하여 주택임대차에 관한 동법을 미등기전세에 준용하게 되었고(동법 제12조), 그 후 상가건물의 임대차에 관한 특별법인 상가건물임대차보호법의 제정에 의하여 상가건물임대차에 관한 동법을 미등기전세에 준용하게 되었다(동법 제17조).

2) 未登記傳貰에의 適用法條

미등기전세에 대하여 채권적 전세 또는 채권적 전세권이라고 하는 종래의 학설이나 판례의 입장에서 보면, 주택임대차보호법 제12조에 의하여 주택의 미등기전세에 동법을 준용하도록 한 것은 종래의 판례 및 학설의 입장을 명문화한 것이라고 보거나,¹⁵⁾

10) 대판 1961. 2. 23, 4293민상274, 대판 1976. 10. 26, 76다1184(집 24-3 166), 대판 1979. 9. 25, 79다762(공 621 18), 대판 1987. 11. 24, 87다카1708(공 816. 38) 등.

11) 박윤직, 「물권법」, (박영사, 1985), 416면, 김증한, 「물권법」, (박영사, 1985), 295~296면; 장경학, 「물권법」, (법문사, 1987), 608~609면

12) 김용한, 「물권법론」, (박영사, 1985), 412면

13) 김증한, 앞의 책(1985), 295면.

14) 박윤직, 앞의 책(1985), 418면

15) 고상룡, “주택임대차보호법중 <개정법률>의 해설”, 「개정 민사법해설」, (박영사, 1985),

이와 같은 입법은 매우 적절한 조치였다¹⁶⁾고 하였다. 지금까지 이렇게 설명하는 것이 다수설이었다. 이에 대하여 전세제도는 담보권으로서 사회경제적 기능을 수행하는 독자적인 제도이고,¹⁷⁾ 미등기전세와 전세권은 법률관계의 실체에 있어서 동일한 것으로 다만 등기라는 공시방법을 갖추었는가의 차이가 있을 뿐이므로,¹⁸⁾ 미등기전세를 임대차로 구성함은 부당하며 궁극적으로 전세권에 합체하여 일원적으로 구성하여야 한다면서,¹⁹⁾ 주택임대차보호법 제12조는 동일한 연원을 가진 전세제도를 법적으로 완전히 이중구조화한 불미한 입법으로 오히려 미등기전세와 임대차는 서로 상이한 것이라는 전제에 설 때에만 다수설과 같이 의미있는 규정이 되는 것이라고 하는 견해²⁰⁾가 있다.²¹⁾

이와 같은 논의의 실익은 미등기전세에 관한 이론구성에만 그치는 것이 아니고, 미등기전세에 대하여 민법의 전세권에 관한 규정을 적용할 것인가 아니면 임대차에 관한 규정을 적용할 것인가의 적용법조에 관한 차이를 가져오는 데 있다. 즉 다수설에 의하면 미등기전세를 임대차로 보기 때문에 미등기전세에 관한 모든 법률관계에는 민법의 임대차에 관한 규정을 유추적용하여야 할 것이다. 그러나 소수설에 의하면 미등기전세는 비록 등기가 없지만 임대차와는 다른 별개의 제도로 그 실체는 전세권과 동일한 것이므로 민법의 전세권에 관한 규정을 유추적용하여야 하지만, 등기를 갖추지 못한 때문에 그 대항력에 관한 규정만은 적용될 수 없다고 해석한다.²²⁾ 그러나 미등기전세에의 적용법조에 관하여 다른 견해들도 있다. 즉 민법제정시에 민법안의 심의 경과에서 미등기전세는 채권관계라고 하면서도 그러한 채권적 성격에 반하지 않는 한 가급적 전세권에 관한 규정이 유추적용되어야 한다는 입법 의사와 유사하게 채권적 전세권은 민법의 전세권 또는 임대차와는 별도로 활용되고 있다는 점을 들고서 그 법률

252면

16) 곽윤직, 앞의 책(1985), 418면.

17) 윤대성, 앞의 책(1988), 248면

18) 윤대성, 앞의 책(1988), 242면

19) 윤대성, 앞의 책(1988), 260~266면

20) 윤대성, 앞의 책(1988), 236~237면.

21) 곽윤직 집필대표, 「민법주해(VI, 물권(3)」, (박영사, 1992), 160~161면(박병대 집필).

22) 윤대성, 앞의 책(1988), 265면

관계에 대하여는 전세권에 관한 규정이 유추적용되어야 할 것이라는 견해²³⁾도 있으며, 또한 미등기전세에는 민법 제309조, 제314조, 제315조, 제317조 등을 준용 내지 유추적용하여야 한다는 견해²⁴⁾도 있다. 이와 같이 미등기전세를 어떻게 볼 것인가의 이론구성은 그 적용법조에 있어서 커다란 차이를 보이게 된다.²⁵⁾

미등기전세에의 적용법조에 관한 판례의 동향을 보면, ①소위 미등기전세에 있어서 목적물명도의무와 전세금반환의무의 동시이행관계를 전세권에 관한 민법 제317조에 근거한 판례,²⁶⁾ ②전세목적물의 멸실에 대한 미등기전세권자의 손해배상책임에 대하여 민법 제315조에 의하지 않고 민법 제390조에 의한 판례,²⁷⁾ ③채권적 전세관계에 있어서 임대차에 관한 규정인 민법 제623조의 적용은 배제되고 전세권에 관한 규정인 민법 제309조가 적용되어야 한다는 상고인의 주장을 받아드려서, 채권적 전세에 있어서 목적물의 수선의무와 통상의 관리에 속하는 의무는 전세권자가 부담한다고 판시한 판례,²⁸⁾ ④채권적 전세계약은 곧 임대차계약의 일종으로 보고 판시한 판례²⁹⁾ 등이 있다. 이와 같이 미등기전세에 대한 적용법조에 관한 판례의 동향은 일관되지 않은 것 같다.³⁰⁾

그렇다면 미등기전세에는 어떠한 법조를 적용하여야 할 것인가. 우리나라의 전세제도는 서구법의 임대차와는 전혀 다른 고유법으로 발전한 것이다. 이와 같은 전세관습법을 민법전을 제정하면서 민법의 물건인 전세권으로 입법함에 따라서 물건변동에 있

23) 서성, “채권적 전세권에 있어서 목적물에 관한 수선의무 기타 통상관리 의무의 적용법조”, 「대법원판례해설」, 2-2, 60면

24) 김영일, “소위 채권적 전세권에 관한 관습”, 「재판자료」, 11집, 145면

25) 이러한 논의에 있어서 준용과 유추가 혼용되고 있으나, 미등기전세에 대하여 전세권이든 임대차이든 민법에 준용규정이 없는 한 그 준용은 있을 수 없고, 유추만이 가능한 것이라고 본다. 다만 주거용 건물이나 상가건물의 미등기전세에 관하여 주택임대차보호법 제12조와 상가건물임대차보호법 제17조에 준용규정이 있는 경우에만 그 준용이 인정되는 것이다.

26) 대판 1969. 12. 23, 69다1745(집 17-4, 217)

27) 대판 1967. 12. 5, 67다2251(집 15-3, 353)

28) 대판 1978. 1. 24, 77도3465(집 26-1 형 15).

29) 대판 1979. 9. 25, 79다762(공 621 18)

30) 윤대성, 전세권, 박준서 편집대표, 「주석민법 [물권(3)]」, (한국사법행정학회, 2001), 193면

어서 등기주의에 의한 등기를 하지 않는 한 전세권이 될 수 없게 되었다. 그러나 미등기전세는 전세권설정계약만이 있을 뿐 아직 등기를 하지 않은 것으로 그 법률관계의 실체는 전세권과 동일한 것이다. 그렇다면 다수설이 미등기전세와 전혀 그 동질성이 없는 임대차와 관련지어서 민법의 임대차에 관한 규정을 유추적용하려는 것은 받아들일 수 없다.³¹⁾ 그러나 미등기전세는 민법 제186조에 비취볼 때에 그 자체는 물권이라고 할 수 없고 당연히 채권관계에 머무는 것이 분명하다고 하면서 임대차로 볼 수 없고 일종의 비전형계약으로 보려는 견해³²⁾가 있다. 이에 의하면 미등기전세의 법률관계에는 1차적으로 전세권에 관한 규정을 유추적용하되 그 중 물권으로서의 특성에 기한 규정은 당연히 그 적용이 배제되고, 2차적으로 채권편의 전형계약 중 임대차에 관한 규정을 유추적용하여야 하되 전세권제도의 본질에 어긋나는 규정은 배제하여야 한다는 것이다.³³⁾ 이와 같은 이론구성은 비전형계약의 법률상 취급에 관한 유추³⁴⁾에 따른 것으로 그 타당성이 인정된다. 그렇지만 미등기전세는 이미 일정액의 전세금이 지급되고 목적물인 부동산의 인도가 이뤄졌다는 점과 오직 등기만이 이뤄지지 않은 상태의 법률관계임을 보면, 그저 단순한 채권관계로서의 비전형계약이라고 하는 것에는 무리가 따른다 할 것이다. 이와 같은 이론구성의 저변에는 곧바로 일종의 임대차 또는 혼합계약으로 보지 않은 점일 뿐 일제시대의 관습법조사사업과 당시의 판례 및 학설에 바탕을 한 것과 동일한 착상이 깔려 있다고 할 수 있다. 생각하건대 미등기전세에 관하여는 민법의 전세권에 관한 규정을 유추적용하고, 주거용 건물이나 상가건물의 미등기전세에 있어서만은 주택임대차보호법 제12조와 상가건물임대차보호법 제17조에 의하여 동법을 준용하되, 그 밖의 경우에 있어서는 미등기인 점을 고려하여 등기를 갖추지 않은 물권취득자의 지위로서 대항력 등의 법률관계를 해결하는 것이 바람직하다고 본다.³⁵⁾

31) 이와 같은 논거로, 민법 부칙 제11조가 민법 시행일 전에 관습에 의하여 취득한 전세권은 시행일로부터 1년 내에 등기함으로써 대항력있는 임차권이 될 것이지 물권으로서의 전세권이 될 수 없다는 것을 명백히 한 것임을 들기도 한다. 박윤직 집필대표, 앞의 책(1992), 162~163면(박병대 집필)

32) 박윤직 집필대표, 앞의 책(1992), 163면(박병대 집필)

33) 이렇게 할 경우에 미등기전세에의 적용법조는, 전세권에 관한 민법 303조 후단(우선변제권), 제305조(법정지상권), 제306조(양도, 전대 등), 제318조(경매청구권)와 임대차에 관한 민법 제633조, 제640조, 제621조는 배제되고, 그 나머지 규정들은 유추적용될 수 있다는 것이다. 박윤직 집필대표, 앞의 책(1992), 163면(박병대 집필)

34) 박윤직, 「채권각론」, 32면.

4. 商街建物未登記傳貰의 法的 性質

1) 未登記狀態로서의 商街建物未登記傳貰

상가건물의 미등기전세가 미등기인 상태에 있을 경우에 그 법률관계를 어떻게 볼 것인가. 이미 살펴본 바와 같이 미등기전세는 종래의 전세로서 민법의 전세권과 그 권리관계의 실질에 있어서 등기가 없는 점을 제외하고 다름이 없음에도 불구하고, 민법의 전세권과 달리 채권으로 법적 취급을 함에 학설이나 판례가 이론이 없었다. 따라서 학자들은 종래에 행하여진 미등기전세는 전세권과 구별하여 채권적 전세³⁶⁾ 또는 채권적 전세권³⁷⁾이라고 부르면서 민법의 전형계약인 임대차의 범주에 포함시켜서 해석하여 왔다. 이와 같은 이론구성은, 우리나라 전세관계를 설정하는 자유가 남아 있는 것이라고 하면서 당사자들은 채권적 전세나 물권으로서의 전세권을 양자 중의 하나를 자유로이 택할 수 있는 것이라고 하였거나,³⁸⁾ 민법을 제정할 때에 물권으로서의 전세권제도를 신설 규정하면서 채권적 전세를 방임하는 태도를 취한 것은 불미라고 비판하기도 하였다³⁹⁾

따라서 상가건물미등기전세에의 적용법조에 대하여도 미등기전세는 민법 제186조에 비취볼 때에 그 자체는 물권이라고 할 수 없고 당연히 채권관계에 머무는 것이 분명하다고 하면서 임대차로 볼 수 없고 일종의 비전형계약으로 보려는 견해⁴⁰⁾가 있다. 이에 의하면 미등기전세의 법률관계에는 1차적으로 전세권에 관한 규정을 유추적용하되 그 중 물권으로서의 특성에 기한 규정은 당연히 그 적용이 배제되고, 2차적으로 채권편의 전형계약 중 임대차에 관한 규정을 유추적용하여야 하되 전세권제도의 본질에 어긋나는 규정은 배제하여야 한다는 것이다. 이렇게 할 경우에 미등기전세에의 적용법조는, 전세권에 관한 민법 303조 후단(우선변제권), 제305조(법정지상권), 제306

35) 윤대성, 앞의 글(2001), 194면.

36) 박윤직, 앞의 책(1985), 416면; 김증한, 앞의 책(1985), 295~296면, 장경학, 앞의 책(1987), 608~609면.

37) 김용한, 앞의 책(1985), 412면.

38) 김증한, 앞의 책, 295면

39) 박윤직, 앞의 책, 418면

40) 박윤직 집필대표, 앞의 책(1992), 163면(박병대 집필)

조(양도, 전대 등), 제318조(경매청구권)와 임대차에 관한 민법 제633조, 제640조, 제621조는 배제되고, 그 나머지 규정들은 유추적용될 수 있다는 것이다.⁴¹⁾ 그렇지만 미등기전세에 관하여는 민법의 전세권에 관한 규정을 유추적용하고, 상가건물의 미등기전세에 있어서만은 상가건물임대차보호법 제17조에 의하여 동법을 준용을 하되, 그 밖의 경우에 있어서는 미등기인 점을 고려하여 등기를 갖추지 않은 물권취득자의 지위로서 대항력 등의 법률관계를 해결하는 것이 바람직하다고 본다.⁴²⁾

2) 登記가 經了된 商街建物未登記傳貰

상가건물미등기전세가 상가건물임대차보호법 제6조에 의하여 임차권등기명령의 집행에 의하여 등기가 경료된 상가건물전세의 경우에는 그 법률관계를 어떻게 볼 것인가. 동법 제6조 제5항에 의하여 임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 경료되면 임차인은 제3조제1항의 규정에 의한 대항력 및 제5조제2항의 규정에 의한 우선변제권을 취득하는 것이다. 그러나 임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력 또는 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력 또는 우선변제권이 그대로 유지되며, 임차권등기 이후에는 제3조제1항의 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력 또는 우선변제권을 상실하지 아니한다. 따라서 상가건물의 전세입자는 대항력과 우선변제권을 취득하게 되고, 이미 대항력과 우선변제권을 취득한 경우에는 등기 이후에도 그대로 유지된다. 그렇다면 이와 같이 상가건물미등기전세가 등기를 경료한 경우에 등기된 임대차로 볼 것인가 아니면 전세권으로 볼 것인가.

한편 민법의 규정에 의하여 등기가 된 상가건물미등기전세는 상가건물임대차보호법 제7조 제1항에 의하여 동법 제6조 제5항 및 제6항의 규정은 민법 제621조의 규정에 의한 건물임대차등기의 효력에 관하여 이를 준용하고, 제2항에 의하여 임차인이 대항력 또는 우선변제권을 갖추고 민법 제621조제1항의 규정에 의하여 임대인의 협력을 얻어 임대차등기를 신청하는 경우에는 신청서에 부동산등기법 제156조에 규정된 사항 외에 동조가 규정한 사항을 기재하여야 하며, 이를 증명할 수 있는 서면(임대차의 목적이 건물의 일부분인 경우에는 해당부분의 도면을 포함한다)을 첨부하도록 하였다. 그렇다면 이와 같이 민법의 규정에 의하여 등기를 경료한 상가건물미등기전세도 등기된 임대차로 볼 것인가 아니면 전세권으로 볼 것인가.

41) 박윤직 집필대표, 앞의 책(1992), 163면(박병대 집필)

42) 윤대성, 앞의 글(2001), 194면.

이에 대하여 입법위사도 분명하지 않고 해석론도 없는 실정이다. 그러나 미등기전세는 종래의 전세로서 민법의 전세권과 그 권리관계의 실질에 있어서 등기가 없는 점을 제외하고 다름이 없음에도 불구하고, 민법의 전세권과 달리 채권으로 법적 취급을 함에 학설이나 판례가 이론이 없었다. 따라서 학자들은 종래에 행하여진 미등기전세는 전세권과 구별하여 채권적 전세⁴³⁾ 또는 채권적 전세권⁴⁴⁾이라고 부르면서 민법의 전형계약인 임대차의 범주에 포함시켜서 해석하여 왔던 점과 이와 같은 이론구성은, 우리나라 전세관계를 설정하는 자유가 남아 있는 것이라고 하면서 당사자들은 채권적 전세나 물권으로서의 전세권을 양자 중의 하나를 자유로이 택할 수 있는 것이라고 하였거나,⁴⁵⁾ 민법을 제정할 때에 물권으로서의 전세권제도를 신설 규정하면서 채권적 전세를 방임하는 태도를 취한 것은 불미라고 비판하기도 한 점⁴⁶⁾ 등을 볼 때에 등기된 임대차로 해석될 수 있다.

그렇지만 미등기전세에 관하여는 민법의 전세권에 관한 규정을 유추적용하고, 상가건물의 미등기전세에 있어서만은 상가건물임대차보호법 제17조에 의하여 동법을 준용을 하되, 그 밖의 경우에 있어서는 미등기인 점을 고려하여 등기를 갖추지 않은 물권취득자의 지위로서 대항력 등의 법률관계를 해결하는 것이 바람직하다⁴⁷⁾는 입장에서 등기를 갖추므로써 미등기전세는 물권으로서의 전세권이 되는 것으로 보아야 할 것이다.

43) 박윤직, 앞의 책(1985), 416면, 김중환, 앞의 책(1985), 295-296면; 장경학, 앞의 책(1987), 608~609면.

44) 김용한, 앞의 책(1985), 412면

45) 김중환, 앞의 책(1985), 295면

46) 박윤직, 앞의 책(1985), 418면

47) 윤대성, 앞의 글(2001), 194면

III. 商街建物未登記傳貰와 破産關係

1. 貰入者가 破産한 경우

1) 商街建物未登記傳貰契約과 破産法上的 雙務契約

가) 商街建物未登記傳貰契約과 雙務契約

먼저 상가건물미등기전세계약을 상가건물임대차보호법 제17조에 의하여 상가건물 임대차에 관한 규정을 준용함에 따라서 일종의 임대차와 같이 취급된다면, 상가건물 미등기전세입자는 상가건물임차인으로서의 지위에 있게 된다. 그렇다면 이와 같은 상가건물미등기전세계약은 민법의 임대차계약으로서 임대차기간 중에 계약 당사자의 일방이 파산선고를 받은 경우에 남은 전세기간에 대하여 목적물을 사용 수익하게 할 의무와 차임을 지급할 의무가 각각 남아있으므로 당사자 쌍방 모두 이행이 완료되지 않은 쌍무계약관계에 있게 된다.

그러나 파산법 제50조에 의하면, 쌍무계약에 관하여 파산자 및 그 상대방이 모두 파산선고 당시에 아직 그 이행을 완료하지 아니한 때에는 파산관재인은 그의 선택에 따라 계약을 해지하거나 파산자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다고 함으로써(동조 제1항), 상가건물을 미등기로 전세를 놓은 소유자(미등기전세 설정자)가 파산한 경우에 파산관재인은 그의 선택에 의하여 미등기전세계약을 해지하거나 파산자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있는 것으로 볼 수 있다. 그렇지만 상가건물미등기전세계약과 같이 계속적 계약관계에 있어서 후자의 경우는 거의 생각할 수 없기 때문에 파산관재인이 전세계약을 해지하는 것만을 생각할 수 있다.⁴⁸⁾ 그러므로 이와 같은 쌍무계약에 대하여 당사자 쌍방에게 미이행의 채무가 남아 있는 상태에서 계약당사자의 일방이 파산선고를 받은 경우라면, 형평의 견지에서 특별한 고려를 할 필요가 있다. 따라서 파산법 제50조 내지 제 56조에서 쌍방 미이행의 쌍무계약관계의 처리에 대한 특별규정을 두고 있는 데 그 가운데 특히 제50조가 가장 기본적인 규정이라고 할 수 있다.⁴⁹⁾ 민법, 상법 등 다른 법률에도 당사자의

48) 윤대성, “미등기전세와 파산관계”, 「저스티스」, 제34권 제4호(통권 제62호), (한국법학원, 2001), 37면

49) 회사정리법 제103조, 제104조도 파산법 제50조, 제51조와 규정내용이 거의 동일하므로 해

파산과 관련한 몇 개의 개별적 규정들이 규정되어있지만, 그 규정의 적용에 관해서도 결국은 파산법 제50조와의 사이에 우열관계가 문제되는 경우가 많다. 따라서 파산법 제50조가 파산과 관련하여 가장 자주 제기되는 분쟁대상인 계약의 해제(지)에 관하여 살펴보고자 한다.⁵⁰⁾

나) 破産宣告와 履行되지 않은 雙務契約

파산법 제50조의 적용에 있어서 쌍방 미이행의 쌍무계약에 미치는 파산선고의 영향에 관하여 파산법이 정한 규정 내용은, 파산선고 당시에 파산자를 포함한 계약당사자 쌍방이 그 의무의 전부 또는 일부를 이행하지 못한 부분이 남아 있는 때에는 파산관재인은 그 선택에 따라 계약을 해제(지)하거나 파산자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있다고 하였다(파산법 제50조 제1항). 따라서 파산관재인이 이행을 선택한 때에는 그 잔여채무의 이행청구권은 파산재단에 속한 재산이 되고 상대방의 채권은 재단채권이 된다(파산법 제38조 제7호). 한편 파산관재인이 해제(지)를 선택한 때에는 파산자가 이미 받은 반대급부가 재단에 현존하고 있으면 상대방은 원물의 반환을 청구할 수 있고, 현존하지 아니하는 때에는 그 가액에 관하여 재단채권자로서 권리를 행사할 수 있다(파산법 제51조 제1항). 그러나 해제(지)로 인한 손해배상청구권은 파산채권이 될 뿐이다(파산법 제51조 제1항). 한편 절차적인 면에서는 파산관재인이 해제를 선택함에 있어서는 아무런 제한이 없으나, 이행을 선택하는 때에는 감사위원의 동의 또는 법원의 허가를 받아야 한다(파산법 제187조 제9호, 제188조 제1항). 만약 파산관재인이 선택권을 행사하지 않고 있으면, 상대방은 파산관재인에 대하여 상당한 기간을 정하여 그 기간 내에 계약의 해제를 하겠는가 또는 채무이행의 청구를 하겠는가를 응답할 것을 최고할 수 있고, 파산관재인이 기간 내에 응답을 하지 아니한 때에는 계약을 해제한 것으로 본다(파산법 제50조 제2항).

다) 破産法 제50조의 立法趣旨

이와 같이 파산법은 쌍방 미이행인 쌍무계약의 처리에 관하여 특별취급을 하는 규정들을 마련한 입법취지는 여러 가지의 논의가 있지만, 첫째로 파산관재인에게 계약 이행과 해제에 대한 선택권을 부여하고 상대방에게 그 선택의 최고권을 인정함으로써

석론에서는 상호 결정적인 참고가 된다.

50) 이하 미등기전세와 쌍무계약에 관한 논의에 대하여는, 박병대, “파산절차가 계약관계에 미치는 영향”, [HTTP://203.240.67.17/jrb/bupl.html](http://203.240.67.17/jrb/bupl.html), 법관연수자료실, 2001. 4. 23. 참조

파산절차가 신속, 명확하고 통일적으로 진행되도록 하려는 것이고, 둘째로 쌍무계약에 있어 대가관계에 있는 채무는 동시이행의 항변권 등으로 상호 담보의 기능을 하게 되는데, 일방 당사자에게 파산이 선고되었다고 하여 그 상대방이 보유하는 실체법상의 권리를 무력화함으로써 일방적 불이익을 강요하는 것은 공평의 관념에 현저히 어긋나므로 계약상대방의 이익보호를 위한 배려가 필요하고, 파산관재인이 계약의 계속 이행을 선택한 경우에 상대방의 대응 채권은 원래 파산채권이 되어야 하지만 이를 재단채권으로 규정함으로써, 해제를 선택한 경우에도 원물반환청구권을 인정하고 반환 불능인 경우의 가액반환청구권을 재단채권으로 인정한 것이 그러한 배려의 결과이며, 셋째로 파산법 제89조는 동일한 계약관계에서 발생된 것이 아닌 채권채무 사이에도 상계권을 인정함으로써 파산절차에 의하지 아니한 권리행사를 인정하고 있다. 따라서 하나의 쌍무계약에서 나온 채권을 일반적인 파산채권과 동일하게 취급하는 것은 파산자와 상대방의 권익보호의 형평에 어긋나기 때문에 상대방의 지위를 보장하기 위한 입법적 배려를 한 것으로 요약할 수 있다.⁵¹⁾

라) 破産法 제50조의 適用要件

그렇다면 파산법 제50조의 적용요건은 어떠한 것인가. 파산법 제50조가 적용되기 위하여, ①파산선고 당시 쌍무계약이 유효하게 성립, 존속하고 있어야 하고, ②쌍방이 미이행이어야 한다. 여기에서 미이행은 그 내용과 정도를 묻지 않는다. 그러므로 채무를 전혀 이행하지 않은 경우 뿐 아니라 일부 불이행도 포함하고, 이행지체, 불완전 이행, 이행불능 등 어느 것이라도 상관없다. 또한 미이행의 이유나 귀책사유의 유무를 묻지 않는다. 그리고 조건의 미성취, 기한의 미도래, 동시이행의 항변에 의한 경우 등 채무자에게 정당한 사유가 있는 경우까지도 포함한다.⁵²⁾ 그러나 권리 또는 물건의 하자가 있는 것만으로 미이행이라 할 수 있는가 매수인이 대금의 일부를 미지급한 상태에서 매도인이 재산권이전의무를 이행하였으나 그 권리 또는 물건의 하자로 인하여 매도인이 담보책임을 부담하고 있는 경우에도 매도인의 채무가 미이행의

51) 임종헌, “파산절차가 미이행계약관계에 미치는 영향”, 「인권과 정의」, 제241호, (대한변호사회, 1996), 27면

52) 임종헌, 앞의 논문(1996), 28면, 대판 1998 6 26, 98다3603(공 1998하. 1985)에서, 회사정리법 제103조 제1항에 규정된 “이행을 완료하지 아니한 때”에는 채무의 일부 미이행도 포함되고 그 이행으로 완료하지 아니한 이유는 묻지 아니한다고 하였으므로, 파산법 제50조의 해석에서도 동일하게 인용될 수 있을 것으로 본다.

상태에 있다고 볼 수 있는가. 먼저 담보책임의 성질에 관한 채무불이행책임설과 법적 책임설 가운데 후자의 입장에서는 매수인의 대금감액청구권, 손해배상청구권 등이 모두 파산채권이 될 뿐이고, 그 하자로 인하여 계약의 목적 달성이 불능하면 담보책임으로 계약의 해제를 할 수 있지만, 이를 파산법 제50조에 근거하여 계약의 해제를 할 수는 없다고 하는 주장이 있다.⁵³⁾ 그러나 다수설은 매수인의 하자제거청구권 내지 완전물급부청구권을 인정하면서 그에 따른 매도인의 채무이행이 완료되지 않은 이상 매도인의 채무는 미이행의 상태에 있는 것으로 보고 파산법 제50조의 적용을 긍정한다.⁵⁴⁾ 그리고 쌍방이 미이행인 경우에만 파산법 제50조가 적용되고, 일방이라도 채무이행이 완결되면 상대방의 채권은 재단채권이 아닌 단순한 파산채권이 될 뿐이므로 그 권리실현의 만족 가능성은 현저히 달라진다. 그러므로 채무이행이 완결되었는가 아닌가의 문제는, 파산관재인 뿐만 아니라 상대방에게도 절실한 이해관계가 있다. 특히 파산관재인이 해제를 선택하고 그 급부의 목적물이 파산재단에 현존하지 아니하는 경우에는 커다란 차이가 생긴다. 여기에서 파산법 제50조에 의한 계약의 해제로 인한 원상회복의무 등에 관한 파산법 제51조의 태도에 대하여 입법론적으로 강한 비판이 있고,⁵⁵⁾ 현행법의 해석론에서도 ‘미이행’의 범위를 여러 면에서 제한하려는 주장이 제기되고 있다. 예컨대, 급부가 가분인 경우에는 쌍방의 미이행 여부는 각 부분마다 분리하여 판단할 것이라고 하고,⁵⁶⁾ 파산법 제50조의 ‘미이행’의 채무는 쌍방의 채무가 실질적으로 상호 담보의 기능을 하는 관계에 있으므로 동시이행을 주장할 수 있는 경우에 한정하여야 한다는 견해,⁵⁷⁾ 해제가 선택된 경우에 재단채권으로 인정되는 것은 쌍방에게 원상회복청구권이 있는 경우에 한하고 일방만이 원상회복의무를 부담하는 경우에는 파산채권이 될 뿐이라고 하는 견해⁵⁸⁾ 등이 있다. 또한 동산의 소유권유보부

53) 宗田親彦, 「破産法研究」, 279면

54) 林屋札二 外, 「破産法」, 240면

55) 鈴木銀治郎, “破産と買賣契約”, 麻上正信 編, 「新版 破産法(金融・商事判例 別冊No 2)」, 104면 참조.

56) 齊藤秀夫 外, 「注解破産法」, 209면, 中村清, “雙務契約の履行請求および解除權行使の實務”, 「判例タイムズ」, 제866호, 195면

57) 福永有利, 「新種特殊契約と破産法」, 10면 및 82면 리스계약에 있어서 목적물이 인도된 이후에는 리스회사의 목적물을 사용 수익하게 할 채무와 상대방의 리스료지급채무는 상호 동시이행관례에 있는 것이 아니므로 이 경우에는 파산법 제50조의 쌍방 미이행에 해당하지 않는다고 한다.

매매에 있어서 매도인의 지위를 양도담보권자와 유사하게 보고 별제권자로 구성하는 견해도 이와 같다고 할 수 있다.⁵⁹⁾

마) 破産管財人の 選擇權

파산관재인은 파산법 제50조의 요건이 충족되면, 그 계약을 해제하거나 계약의 내용에 따른 이행을 청구하거나 어느 한 가지를 선택할 수 있다 만약 해제를 선택하는 경우에는 별도의 절차적 제한이 없지만, 이행의 청구를 선택함에 있어서는 감사위원의 동의 또는 법원의 허가를 받아야 하고 상대방으로부터 선택권 행사의 최고를 받은 뒤 상당한 기간 내에 응답하지 아니하면 해제한 것으로 본다. 이것은 회사정리법이 해제를 선택할 때에 법원의 허가를 받도록 하고, 상당한 기간 내에 선택의 응답을 하지 아니하면, 해제권을 포기한 것으로 보는 규정과 정반대이다(회사정리법 제54조 제4호, 제103조 제2항). 왜냐하면 파산은 해체청산을 목적으로 하는 것에 대하여 회사정리는 회사의 갱생 존속을 목적으로 하기 때문에 그 제도가 지향하는 것이 다르기 때문이다 선택권의 행사에 있어서 그 방식에는 제한이 없다 따라서 해제권을 행사하는 경우에도 민법에서의 법정해제와 같이 사전에 최고를 할 필요가 없을 뿐만 아니라,⁶⁰⁾ 직접적으로 해제의 의사표시를 하는 것은 물론 해제를 전제로 하여 이미 급부된 것의 반환이나 원상회복을 청구하는 방법으로도 가능하다⁶¹⁾ 또한 이행을 청구하는 경우에도 직접적으로 이행을 청구한다는 의사표시를 하는 것 이외에 약정된 채무 자체의 이행을 청구하는 것이나 하자담보책임의 추급 등과 같은 계약상의 권리를 주장하는 것으로도 충분하다고 해석된다.

58) 岡建樹, “宣告と訥負”, 「裁判實務大系6(破産訴訟法)」, 152면

59) 마이행의 여부가 가장 활발하게 논의된 것은 소유권유보부매매 및 리스계약의 경우이지만, 리스계약에 대하여 파산법 제50조의 적용을 부정하는 경향이 우세해지고 있다는 점을 지적한다. 東京高判 平成2(1989) 10 25(「判例タイムズ」, 765, 250) 등 참조

60) 임종현, 앞의 논문(1996), 29면

61) 대판 1992 2 28, 91다30149(공 1992, 1158)은, 부동산매수인이 정리회사를 피고로 하여 받은 승소판결에 기하여 소유권이전등기를 하였으나 그 후 관리인이 위 판결은 당사자적격이 없는 자를 상대로 한 것으로서 효력이 없다고 하여 그 등기의 말소를 청구하는 소를 제기하였다면, 그 소장부분의 송달로 회사정리법 제103조 제1항 소정의 해제의 의사표시를 한 것으로 봄이 상당하다고 하였다

바) 破産法 제50조의 適用效果

그렇다면 破産법 제50조의 적용은 어떠한 효과를 발생하는가.

(1) 상대방의 법적 지위에 대하여, 破産법 제50조가 破産관재인에게 우선적으로 선택권을 부여하였기 때문에, 그 반사적 효과로서 破産자의 계약상대방은 破産관재인이 선택권을 행사할 때까지 먼저 자기의 채무를 이행하거나 破産관재인에 대하여 채무의 이행을 청구하지 못한다 따라서 계약상대방은 破産법 제50조 제2항에 의한 최고권을 행사함으로써 권리관계의 조속한 확정을 촉구할 수 있을 뿐이다. 다만 상대방이 破産 선고 전의 원인으로 이미 계약해제권을 갖고 있는 경우에 그 해제권을 행사할 때에는 破産관재인의 선택권 행사를 기다릴 필요가 없다고 본다. 이 경우에도 破産관재인이 破産법 제50조에 의하여 이행을 선택할 때까지 破産관재인은 破産자와 별도로 제3자적 지위에 있는 것이므로 계약상대방은 破産자에 대하여 취득한 해제권을 破産관재인에게 행사할 수 있음에도 먼저 破産관재인이 이행의 청구를 선택하여야 한다고 볼 수 있는 것이지만, 이미 별개의 원인으로 계약상대방에게 생긴 해제권을 행사함에 있어서 미리 최고를 하고 破産관재인의 이행청구를 기다려야 한다고 하는 것은 공연히 권리관계의 확정을 지연시킬 뿐이기 때문이다.⁶²⁾

(2) 破産관재인이 이행의 청구를 선택하지 않고 해제를 선택하는 경우에 대하여, 해제를 선택하면 그 계약의 효력은 일반적 해제와 마찬가지로 소급적, 확정적으로 소멸되는 것이고, 그 후에 破産해지가 있더라도 계약의 효과가 부활되는 것은 아니다.⁶³⁾ 破産자의 상대방은 해제에 따른 원상회복으로서 급부한 목적물이 破産재단에 현존하고 있으면 그 원물의 반환을 청구할 수 있고, 만약 현존하지 않으면 가액 상당의 금전지급청구권을 취득하게 되며 이는 재단채권이 된다(破産법 제51조 제2항).⁶⁴⁾ 그러나 계약상대방의 원상회복청구권은 본래 破産채권이 될 뿐이지만, 양 당사자가 계약의 일부를 각각 이행한 상태에서 계약이 해제되는 경우에는 쌍방이 모두 원상회복의무를 부담하고 동시이행의 관계에 있게 된다(민법 제549조) 이 경우에 계약상대방은 자기가 부담하는 원상회복의무를 전부 이행하여야 하지만 반대로 破産관재인에

62) 三ヶ月章 外, 「條解 會社更生法(中)」, 308면.

63) 임종현, 앞의 논문(1996), 29면

64) 破産관재인에 의한 계약관계의 종결을 “해제”로 구성하고 민법상 해제에서와 같이 원상회복청구권을 인정하는 데 대하여 비판이 적지 않다. 입법론적으로 미국이나 독일과 같이 “이행거절”로 구성할 것을 주장하는 견해도 있다. 田頭章一, “倒産法における契約の處理”, 「ジュリスト」, 제1111호, 1997, 107면 참조

대한 권리로서의 원상회복청구권은 파산배당을 받을 수밖에 없는 것으로써 불공평한 것이기 때문에 계약상대방의 원상회복청구권을 재단채권으로 격상시킨 것으로 이해가 된다.⁶⁵⁾

또한 해제의 효과로서는 민법상 해제와 마찬가지로 원상회복청구권 이외에 손해배상청구권도 인정되는 것이지만 우선순위에 있어서 파산채권과 동일하게 취급된다(파산법 제51조 제1항).⁶⁶⁾ 다만 해제와 관련하여 유의할 점은 파산관재인이 계약해제를 한 시점이 파산채권의 신고기간을 경과한 이후이었다면 그 상대방은 원상회복청구는 가능하지만 그 밖의 손해배상청구권은 파산채권자로서의 권리를 행사하는 것이 불가능하게 된다는 점이다. 그러므로 계약상대방은 파산채권의 신고기간이 경과하기 전에 파산관재인에 대하여 파산법 제50조 제2항에 의한 최고권을 적극적으로 행사할 필요가 있다고 할 것이다.⁶⁷⁾

이와 같이 볼 때에 파산관재인이 미등기전세계약을 해지하면 미등기전세입자는 상대방(미등기전세설정자)에 대한 전세금반환청구권을 원상회복청구권으로서 파산관재인에게 재단채권을 행사하고 그 밖에 손해배상청구도 할 수 있다고 할 것이다. 그러나 상가건물의 미등기전세에 있어서는 상가건물임대차와 같이 사회법적 성격을 갖는 것이고, 미등기전세입자의 경제생활의 안정을 위하여 파산관재인이 미등기전세계약을 해지하는 것을 선택하는 것은 제한되어야 할 것이다.

65) 平岡建樹, 앞의 논문, 151~152면

66) 파산법은 미이행인 쌍무계약에 있어 양당사자 사이의 공평을 고려하여, 원상회복의무에 관하여 원물이 현존하지 않은 경우의 가액상당 금전지급청구권을 일반 파산채권이 아닌 재단채권으로 우대하고, 나아가 손해배상청구권에 대해서도 그 본래의 성격은 일반 파산채권보다 순위가 뒤지는 후순위 파산채권(확실상으로 이른바 열후적 파산채권)이라 할 것임에도 일반 파산채권으로 격상하여 권리보장을 해주고 있다(파산법 제37조 제2호, 회사정리법 제121조 제1항 참조)

67) 대판 1998 6 26, 98다3603(공 1998하, 1985)은 회사정리절차에 있어 정리채권 신고기간이 경과된 이후에 관리인이 제103조에 의한 계약해제를 한 결과 상대방이 정리회사에 대한 손해배상채권의 권리신고를 하지 못하고 그에 따라 정리채권자로서 권리를 행사하거나 상계 주장을 할 수 없게 되었다고 하더라도, 정리회사 관리인이 상대방을 상대로 해제로 인한 원상회복을 청구하는 것이 권리남용이나 신의칙 위반에 해당한다고 할 수 없다고 하였다

2) 未登記傳貰入者의 破産과 解除

가) 民法 제637조의 立法趣旨

임대차에 있어서 임차인이 파산선고를 받은 경우에는 민법 제637조에 의하여 임대차기간의 약정이 있는 때에도 임대인 또는 파산관재인은 기간의 약정이 없는 임대차의 해지권에 관한 규정(민법 제635조)에 의하여 계약해지의 통고를 할 수 있고, 각 당사자는 상대방에 대하여 계약해지로 인하여 생긴 손해의 배상을 청구할 수 없다(민법 제637조).

본조의 입법취지는 임차인이 파산한 경우에 임대인을 보호하는데 그 목적이 있다.⁶⁸⁾

나) 破産法 제50조와 民法 제637조와의 關係

일본의 학설은 파산법 제50조와 민법 제637조와의 관계에 대하여, 처음에는 파산법 제50조(쌍무계약의 해제 또는 이행)가 쌍무계약의 당사자 쌍방의 채무가 이행되지 않은 경우에 관한 일반규정이므로, 민법 제637조는 특히 임대차관계에 있어서 임차인이 파산한 경우에 관한 특별규정으로 보아서 임차인이 파산한 경우에는 민법 제637조가 적용되어야 한다는 입장이었다. 그 후 부동산임차권의 경우에 임대인에게 무조건으로 해지권을 인정하는 것은 파산선고를 받은 임차인의 거주권을 침해하는 것이고 또한 재산적 가치가 있는 임차권을 파산재단으로부터 빼앗는 결과가 됨으로써 파산재단에 그대로 속하게 하면서 파산채권자의 만족을 위하여 이용하는 방향으로 해석하고, 민법 제637조를 적용함에 일정한 제한을 하여야 한다는 견해가 주장되어서 오늘의 통설이 되었다.⁶⁹⁾

다) 破産法 제50조에 의한 解除

파산관재인이 파산법 제50조에 의하여 해제를 선택한 경우에는 상대방은 원물반환

68) 박윤직 집필대표, 「민법주해[XV], 채권(8)」, (박영사, 1999), 135면, 박준서 편집대표, 「주석민법[채권각칙(3)]」, (한국사법행정학회, 1999), 449~450면, 전병서, 「파산법」, (한국사법행정학회, 1999), 140면

69) 전병서, 앞의 책(1999), 140~141면; 이에 관한 일본의 학설 및 판례를 검토한 것으로서, 宮川知法, 「破産法論集」, (新山社, 1999), 76~79면

청구권을 갖는다 그러나 원물이 현존하지 않는 경우에 원물반환에 갈음한 금전지급 청구권은 파산채권보다 격상된 재단채권이 된다. 그러나 손해배상청구권은 그 본래의 성질인 열후적 파산채권에서 격상되어 일반 파산채권으로 인정되는 것이다.⁷⁰⁾

그러므로 파산법 제50조에 의하지 않고 상대방의 채무불이행을 이유로 해제하는 경우에는 파산관재인은 상대방에 대하여 원상회복청구권과 손해배상청구권을 가진다. 이 경우에 상대방이 가지는 원상회복청구권의 성질을 어떻게 볼 것인가. 이에 대하여 파산법 제50조에 의한 해제의 경우에는 상대방에게 보장되는 것과 같은 권리가 보장된다고 해석하는 견해가 있다.⁷¹⁾ 그러나 파산자 또는 파산관재인 측에서의 채무불이행을 이유로 그 상대방이 해제권을 행사하는 경우에는 상대방의 청구권은 일반 파산채권이 되는 것으로 본다 그렇기 때문에 상대방의 채무불이행을 이유로 파산관재인이 해제권을 행사하는 경우에는 상대방의 지위가 오히려 유리해짐으로써 형평에 어긋날 뿐 아니라 다수채권자의 공평한 처우라는 파산절차의 기초에도 위배되는 것이다. 그러므로 일반 파산채권으로 보는 것이 상당할 것이라는 주장이 있다.⁷²⁾

이와 같은 문제는 상가건물미등기전세입자가 파산한 경우에도 그대로 적용될 수 있을 것이다.

2. 建物所有者가 破産한 경우

1) 民法의 不規定과 破産法 제50조의 適用

상가건물의 미등기전세를 설정한 건물소유자가 파산한 경우에는 어떻게 되는가. 이에 대하여 민법에는 규정이 없다. 그러므로 쌍무계약의 이행이 없는 경우에 관한 일반규정인 파산법 제50조의 적용에 의할 수밖에 없다

따라서 파산법 제50조에 의하여 파산관재인은 오로지 그 계약을 해제하거나 파산선고를 받은 자의 채무를 이행하고 상대방의 채무이행을 청구할 수 있게 된다. 이렇

70) 따라서 쌍방 미이행인 쌍무계약의 경우에 상대방으로서는 해제권을 가지고 있다 하더라도 파산관재인이 파산법 제50조에 의하여 해제하는 경우가 자신의 해제권으로 해제하는 경우보다 유리한 지위를 가지게 됨으로써 먼저 파산법 제50조 제2항에 의하여 선택권의 행사를 최고하는 등으로 해제권의 행사에 신중을 기할 필요가 있다 谷口安平, 앞의 책, 184면; 三ヶ月章 外, 앞의 책, 309면 참조

71) 谷口安平, 앞의 책, 184면

72) 박병대, 앞의 논문(2001), 참조

게 되면 임차인은 자기와 아무런 관계도 없는 임대인의 파산이라는 사실로 인하여 임차권을 즉시 잃게 되는 것이다. 더욱이 상가건물의 미등기전세에 있어서 미등기전세입자가 자신이 파산한 경우보다 더욱 불리한 처지에 놓이게 된다.

이와 같은 경우에 파산법 제50조의 적용에 대하여 일본의 통설은 민법이 임차인의 파산에 특별한 규정을 하면서 임대인의 파산에 대하여 아무런 규정을 하지 않은 것은 쌍방의 해제권을 배제한 취지로 보고 파산법 제50조의 적용을 전면적으로 부정하고 있다. 또한 판례도 건물의 임대차에 있어서 통설과 같은 입장을 취하고 있다. 한편 통설을 검토하면서 동산임대차의 경우에는 파산법 제50조를 적용하고, 물권적으로 보호되는 대항력을 갖춘 부동산임대차의 경우에는 파산법 제50조의 적용을 배제하여야 한다는 유력한 견해가 주장되고 있다.⁷³⁾ 그렇다면 상가건물임대차의 경우에 대항요건(민법 제621조, 상가건물임대차보호법 제3조)을 갖춘 때에는 물권적 효력이 인정됨으로써 상대방인 임대인의 사정에 관계없이 그 존속이 보장되는 것이고, 파산법 제50조에 의한 해제가 허용되지 않아야 한다는 것이 더욱 설득력을 갖는다고 본다. 이와 같은 유력한 견해는 상가건물미등기전세에 있어서도 타당하다고 할 것이다

2) 解除權의 否認에 의한 雙務契約의 存續

이와 같이 파산관재인이 해제권이 부인되고 파산관재인이 해제권을 행사하지 않는 경우에는 파산관재인과 임차인 사이에 여전히 임대차관계가 존속하게 되는 것이다. 따라서 임차인은 파산관재인에게 차임을 지급하여야 한다. 그러나 파산선고 전에 임차인이 임대인에게 차임을 미리 지급하였거나, 임대인이 차임채권을 제3자에게 양도 등 처분을 한 경우에는 그 처리가 문제된다. 왜냐하면 당사자의 처분을 무제한으로 인정하게 되면 파산재단에 들어가는 차임채권 등 재산의 감소를 초래하여 파산채권자를 해할 수 있기 때문이다.⁷⁴⁾ 그러므로 파산법 제54조는 파산선고시에 당기의 차임 또는 차기에 관한 것을 제외하고는 차임의 선급 또는 차임채권의 처분으로써 파산채권자에게 대항할 수 없게 하였다.

3) 相對方의 解除와 還取權

73) 이상에 관하여, 전병서, 앞의 책(1999), 141~142면, 宮川知法, 앞의 책(1999), 81~82면

74) 전병서, 앞의 책(1999), 142면.

건물소유자인 미등기전세를 설정한 자가 파산선고를 받았을 때 상대방이 해제한 경우의 효과는 민법의 일반원칙에 의하게 된다. 즉 계약이 적법하게 해제되면 그 목적물의 소유권은 해제와 동시에 건물소유자에게 복귀하게 된다(해제의 효과에 관한 직접효과설). 상대방은 파산선고 이후라도 파산법 제79조에 의한 환취권을 행사하여 반환을 청구할 수 있다. 해제의 의사표시가 파산선고 이후에 된 경우에도 파산선고 이전에 해제가 된 경우와의 균형상 마찬가지로 해석하는 것이 상당할 것이다.⁷⁵⁾ 따라서 원물이 현존하고 있으면 원물의 반환을 청구할 수 있고, 원물이 현존하지 않으면 파산법 제83조에 의한 대상적 환취권이 인정되는 범위에서 그 권리보장을 받을 수 있다. 그러나 이 규정이 적용되지 않는 경우, 예컨대 원물이 이미 멸실된 경우 등에는 원상회복청구권으로 그 가액에 상당한 금전지급청구권을 갖게 되고, 그와 달리 손해가 있으면 그 손해배상청구권도 인정되지만, 이는 모두 일반 파산채권이 될 뿐인 것이다.⁷⁶⁾ 그러나 파산관재인이 쌍방 미이행의 쌍무계약에 있어서 파산법 제50조에 의하여 이행청구를 선택하고 그 후에도 계약의 내용에 따른 이행을 하지 않아서 상대방이 해제한 경우에는 상대방이 갖는 원상회복청구권이나 손해배상청구권은 재단채권이 되는 것이다(파산법 제38조 제4호)⁷⁷⁾

4) 貰入者의 別除權 認否

가) 判例

대판 2001. 11. 9, 2001다55963은 원고들(유홍준 외 5인)이 피고(진로건설 주식회사의 파산관재인 문일봉)에 대하여 파산전 회사와 사이에 각 아파트에 관한 임대차계약을 체결한 뒤에 임대차계약을 체결할 때에 각기 임대차등기를 경료하기로 약정하였고, 다른 원고들은 모두 주민등록을 마치고 그 무렵 임대아파트를 인도받아 대항력을 취득하였으므로 각 아파트에 관하여 원고들이 피고에 대하여 가지고 있는 임대차보증금 반환청구권은 파산법상의 별제권에 속한다는 확인을 구한 사건에서, 원심(서울지법)은 주택임차인이 그 임대인과 사이에 임차권등기를 하기로 약정하였다거나 또는 주택을 임차하고 주택임대차보호법 제3조 제1항에서 정한 대항력을 취득하였다는

75) 谷口安平, 앞의 책, 183면

76) 급부목적물이 금전인 경우에 대하여, 그 반환청구권은 일반 파산채권이 된다는 설[谷口安平, 앞의 책, 183면]과 반대설[三ヶ月章 外, 앞의 책, 309면]이 있다

77) 박병대, 앞의 논문(2001), 참조

것만으로는 그 보증금반환청구권을 파산법 제84조에서 규정하는 별제권을 인정할 수 없다는 이유로 이를 배척하였다. 이에 불복하여 원고들은 상고하였으나, 대법원은 파산법과 주택임대차보호법의 목적 그리고 대항력을 갖춘 주택임차인의 지위에 관한 법리에 비추어 살펴보면, 원심의 이러한 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 파산법 제84조의 별제권에 관한 법리오해의 위법이 있다고 할 수 없다고 하여 상고이유를 받아들이지 아니하였다.

이 사건은 주택임대차보호법에 의하여 대항력을 갖춘 주택임대차에 있어서 임대인이 파산선고를 받은 경우에 임차인의 임대차보증금 반환청구권에 파산법상의 별제권을 인정하지 않은 최초의 판례이다. 이 판례는 대항력을 갖춘 주택임차권을 등기를 경료한 부동산임차권(민법 제621조)과 동일하게 본 것으로써 파산법 제84조의 규정에 의한 별제권을 인정할 수 없는 것이므로 타당하다고 할 것이다. 그러나 상가건물미등기전세의 경우에는 이 판례가 그대로 타당한가에 대하여 의문이 있다.

나) 對抗力を 갖춘 商街建物未登記傳貰와 別除權

별제권이라 함은 일반적으로 파산채권자가 파산절차에 따라서 파산선고시의 파산자의 모든 재산에 대하여 공평하게 변제를 받을 권리를 가질 뿐이지만, 유치권자, 질권자, 저당권자 및 전세권자는 파산절차로부터 별제됨으로써 그 절차에 따르지 않고 파산자의 특정한 재산에 대하여 권리를 행사하여 다른 파산채권자보다 우선하여 변제를 받을 수 있는 권리를 말한다. 이와 같은 별제권을 인정하는 취지는 파산법이 정하고 있는 개별적 권리행사 금지의 원칙(파산법 제15조)에 대한 예외를 인정함으로써 실제 법상의 우선변제를 받을 지위를 확보하기 위한 것이다.⁷⁸⁾

상가건물미등기전세에 의한 세입자는 상가건물임대차보호법 제17조에 의하여 같은 법의 임차인으로 보기 때문에 파산법 제84조의 규정에 의한 별제권자에 속하지 않는 것은 분명하다.

그러나 상가건물임대차보호법 제3조에 의하여 대항력을 갖추고 제5조 제2항에 의하여 전세계약서에 확정일자를 받아서 우선변제권이 인정된 상가건물미등기전세의 세입자는 단순히 대항력을 갖춘 상가건물 임차인과 동일하게 취급할 수 있는가의 의문이 있다.

상가건물임대차보호법 제3조에 의한 대항력을 등기에 갈음하는 취지로 보게 되면, 그와 같은 요건에 의하여 대항력을 구비한 상가건물미등기전세는 등기를 갖춘 것과

78) 윤대성, 앞의 논문(2001), 47~48면.

동일하게 물권적 효력을 인정하여야 할 것이다. 그렇다면 이와 같은 상가건물미등기 전세는 등기를 갖춘 것으로 상가건물의 전세권으로 취급되어야 하지 않겠는가. 물론 민법 제185조 물권법정주의에 의하여 이와 같이 대항력을 갖춘 상가건물미등기전세를 바로 물권으로서의 상가건물 전세권으로 볼 것인가에 대하여 논의가 있을 수 있다. 그러나 미등기전세는 앞에서 검토한 바와 같이 그 실체적 법률관계에 있어서 물권인 전세권과 동일하지만 등기를 갖추지 않은 것에 불과한 것임을 확인할 수 있었다. 그렇다면 상가건물임대차보호법 제3조에 의하여 대항요건을 갖추고 그 대항요건을 부동산물권변동에 있어서 등기와 동일하게 취급한다면 이것은 바로 상가건물 전세권으로 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 같은 법 제3조에 의하여 대항요건을 갖춘 상가건물미등기전세 세입자는 전세권자와 동일하게 파산법 제84조의 규정에 의하여 유치권자, 질권자, 저당권자와 함께 그 목적인 재산에 대하여 별제권을 인정하는 것으로 해석되어야 할 것이다. 파산법 제84조에 의한 별제권을 인정한 취지에서 보더라도 상가건물임대차보호법 제3조에 의하여 대항요건을 구비하여 같은 법 제5조 제2항에 의하여 우선변제권이 인정된 상가건물미등기전세 세입자를 보호할 필요성은 물권으로서의 전세권과 다름이 없는 것이다. 따라서 상가건물미등기전세 세입자는 전세권자와 동일하게 파산재단에 속하는 재산 가운데 그 목적인 재산으로서 상가건물에 대하여 별제권을 갖는다고 해석되어야 옳을 것이다.⁷⁹⁾

다) 登記命令의 執行에 의하여 登記된 商街建物未登記傳貫와 別除權

상가건물임대차보호법 제6조에 의하면 임대차가 종료된 후 보증금을 반환받지 못한 임차인은 임차건물의 소재지를 관할하는 지방법원·지방법원지원 또는 시·군법원에 임차권등기명령을 신청할 수 있고, 임차권등기명령의 신청에는 ①신청의 취지 및 이유, ②임대차의 목적인 건물(임대차의 목적이 건물의 일부분인 경우에는 그 도면을 첨부한다), ③임차권등기의 원인이 된 사실(임차인이 제3조제1항의 규정에 의한 대항력을 취득하였거나 제5조제2항의 규정에 의한 우선변제권을 취득한 경우에는 그 사실), ④그 밖에 대법원규칙이 정하는 사항을 기재하여야 하며, 신청의 이유 및 임차권등기의 원인이 된 사실은 이를 소명하여야 한다고 하였다. 그리고 임차권등기명령의 집행에 의한 임차권등기가 경료되면 임차인은 제3조제1항의 규정에 의한 대항력 및 제5조제2항의 규정에 의한 우선변제권을 취득하며, 임차인이 임차권등기 이전에 이미 대항력 또는 우선변제권을 취득한 경우에는 그 대항력 또는 우선변제권이 그대로 유지되며,

79) 윤대성, 앞의 논문(2001), 48면.

임차권등기 이후에는 제3조제1항의 대항요건을 상실하더라도 이미 취득한 대항력 또는 우선변제권을 상실하지 아니한다고 하였다.

그렇다면 이와 같은 등기명령의 집행에 의하여 등기를 경료한 상가건물미등기전세 세입자는 물권으로서의 전세권을 취득한 것으로 보아야 하는 것에 의문이 있을 수 없다. 왜냐하면 상가건물을 전세계약에 의하여 세입한 사람이 등기를 갖추지 못하여 물권으로서의 전세권으로 볼 수 없었던 것을 등기명령의 집행에 의하여 등기를 경료함으로써 전세권으로서의 등기를 경료한 것과 다름이 없기 때문이다.⁸⁰⁾

따라서 상가건물임대차보호법 제6조에 의한 등기명령의 집행에 의하여 등기를 경료한 상가건물미등기 세입자는 파산법 제84조의 규정에 의하여 전세권자로서 그 목적인 상가건물에 대하여 별제권을 갖는다고 해석되어야 할 것이다.

IV. 結語

이상과 같이 우리나라에서 흔히 행하여지고 있는 상가건물미등기전세에 있어서 세입자가 파산한 경우보다도 미등기전세를 설정한 건물소유자가 파산한 경우에 외환위기 이후 크게 사회적 문제로 대두됨에 따른 해결방안을 상가건물임대차보호법과 파산법의 해석론에 의하여 시도하였다.

그 결과 상가건물의 미등기전세 세입자는 미등기전세를 설정한 건물소유자가 파산한 경우에, 그 하나는 미이행인 쌍무계약의 당사자로서 해제권의 행사에 의한 원상회복으로서 전세금을 반환받거나, 그 둘은 파산재단에 속하는 재산 가운데 그 목적인 상가건물에 대하여 별제권을 갖는 것으로 해석함으로써 세입자의 전세금반환채권의 개별적 우선적 반환이 가능하게 되었다

그러나 이와 같은 해석론에 대하여 개념법학적 해석론에서 도저히 받아드릴 수 없다는 반론이 제기될 수도 있다. 그렇다면 적어도 파산법 제84조와 함께 상가건물임대차보호법 제17조 후단을 개정함으로써 상가건물임대차보호법의 입법취지를 파산절차에서도 실현할 수 있게 하여야 할 것으로 본다. 즉, 파산법 제84조에 유치권, 질권, 저당권, 전세권과 함께 우선특권을 추가하여 신설하는 것이다.⁸¹⁾ 그리고 상가건물임

80) 윤대성, 앞의 논문(2001), 48면.

81) 입법례로서 일본 파산법 제92조(破産財團に屬する財産の上に存在する先取特權,質權又は抵

대차보호법 제17조 후단을 제6조 등기명령의 집행에 의한 등기는 전세권설정등기로 본다⁸²⁾는 것을 추가 개정하여 신설하는 것이 법령의 체계에 있어서도 타당할 것이다

최근에 상가건물임대차보호법의 공시방법에 대한 문제점으로, 그 하나는 부동산권리관계를 통일적으로 공시하여 오던 부동산등기부는 국민 대다수가 임대인 또는 임차인으로 관계하고 있는 주택 및 상가임대차에서 사실상 그 능력을 상실하였고, 그 둘은 공시기관과 공시방법이 다양화됨에 따라 사실상 공시의 의의가 감소되었으며, 그 셋은 상가임차인을 보호하는 취지의 법이 공시의 문제로 인해 그 책임을 다시 임차인에게 돌리고 있다는 것을 들어서, 공시방법의 개선방안을 제시하고 있다. 즉, 개선방안의 원칙으로서, 첫째로 상가건물임차인 모두에게 적용되는 공시방법이어야 한다. 둘째로 대항력과 우선변제권을 하나의 시점으로 통일하여야 한다 셋째로 공시방법을 부동산등기부로 통일하여야 한다. 넷째로 단독신청주의를 적용하여야 한다 등을 들고서, 그 개선방안으로서, 제1안은, 임차권등기청구권가등기를 단독으로 신청하는 방법, 제2안은, 임차권등기예고등기와 임차권등기명령제, 제3안은, 부동산등기부를 등기와 등록부로 개편하는 방법을 제시한 주장이 있다⁸³⁾ 주택뿐만 아니라 상가건물과 같은 부동산임대차에 있어서 등기에 의한 대항력이 민법에 의하여 인정되고 있음에도 실제 거래에 있어서 등기가 잘 이뤄지지 않는 원인을 해소하는 방법에 의한 입법적 해결이 있어야 할 것으로 본다 이에 관련하여 전세권의 등기가 이행되지 않는 것을 해결하는 방안으로 제시한 입법론은 상가건물임대차와 상가건물미등기전세에 있어서도 하나의 해결방안이 될 수 있을 것으로 본다⁸⁴⁾



● 윤대성

상가건물임대차 미등기전세 전세권 파산 계약 계약해제 환취권 별제권
상가건물임대차보호법 파산법 대항력 등기명령

當權を有する者は其の目的くる財産に付別除權を有す。) 참조

82) 등기명령의 집행에 의한 등기를 경료한 미등기전세를 등기에 관한 입법적 불비로 인하여 등기를 경료한 부동산임차권으로 보는 것이 아니고 전세권설정등기로 본다는 것을 입법적으로 명확하게 해결하고자 하는 것이다

83) 엄준필, “상가건물임대차보호법과 공시의 문제, 임차권 보호를 위한 ‘부동산등기부등본’ 공시방안을 제안하며”, 「원간 법무사저널」, 통권 제140호(서울지방법무사회, 2003 12), 18~23면

84) 윤대성, 앞의 책(1988), 268~272면

[Abstract]

Unregistered Jeonsae of Commercial Buildings and Bankruptcy

Yoon Dae-Sung*

Commercial Buildings Lease Protection Act was enforced from November 1 2002 in Korea. By Article 17 of the Act, however, it is applied to unregistered Jeonsae(a lease). Thus, the unregistered Jeonsae(a lease) contracts on commercial buildings are also ruled by Commercial Buildings Lease Protection Act. There have not been many researches on how to protect one who made an unregistered Jeonsae(a lease) contract and has run business concerning the recovery of deposit money when the building owner, who has a large amount of debt to build the commercial building, received the deposit money for the unregistered Jeonsae(a lease) contract on the building and later has gone bankrupt as he is unable to repay the debt.

This study purposes to examine how to protect the lessees in unregistered Jeonsae(a lease) contracts on commercial buildings when the building owners go bankrupt focused on the repayment of deposit money, the continuation of contract, etc.

In relation to the unregistered Jeonsae(a lease) of commercial buildings, which are common in Korea, the bankruptcy of the building owners rather than that of the lessees has emerged as a big social problem since the foreign currency crisis. This study attempted to solve the problem based on the interpretation of Commercial Buildings Lease Protection Act and Bankruptcy Act.

According to the interpretation, in an unregistered Jeonsae(a lease) of a

* Prof, PhD of Department of Law, Changwon National University

commercial building, if the owner who leased the commercial building has gone bankrupt, the lessee as a party of an unfulfilled mutual contract shall be repaid the deposit money by the exercise of his right to cancel the contract or reserve the right to obtain satisfaction for the commercial building, which is the object of the contract, among the bankrupt estate, so it is possible for the lessee to obtain preferential satisfaction for the deposit money separately.