

권리금 보상 법제의 문제점과 입법과제

Problems and Legislative Tasks of the Commercial Rights Money Compensation Legislation

김 태 건*

Kim, Taegeon

오 세 준**

Oh, Saejoon

목 차

- | | |
|----------------------------------|--------------------------|
| I. 서론 | III. 현행법의 영업보상 체계 |
| II. 권리금 보상에 대한 민사법적
대체 수단의 흠결 | IV. 권리금 보상의 정당성과 실정법적 근거 |
| | V. 결론 |

권리금은 일제 강점기에 태동하여 상인들 사이에 유통되다가 대법원 판례와 상임법과 더불어 법제화되어 주로 사법(私法) 영역에서 다루어져 왔다. 그러나 최근 재산권의 개념변화와 더불어 권리금 문제는 이제 공법(公法) 영역, 특히 손실보상과 관련하여 중요성이 증대되고 있다.

<https://doi.org/10.35148/ilsire.2022..25.99>

투고일: 2022. 9. 7. / 심사완료일: 2022. 11. 22. / 게재확정일: 2022. 11. 28.

* 주저자: 평택대학교 대학원 부동산학과 박사과정

Lead Author: Doctor's Course, Department of Real Estate, Pyeongtaek University

** 교신저자: 평택대학교 국제도시부동산학과 교수

Co-Author: Professor, Department of Global Urban & Real Estate, Pyeongtaek University

한편 전통적으로 민법 등에는 임차권 양도·전대, 비용상환청구, 부속물매수청구 등 간접적으로 권리금 보상을 대체할 수 있는 몇 가지의 법 규정이 존재하지만, 이들은 공익사업으로 인한 권리금 보상의 대체 수단으로는 실효성이 없다. 그렇다면 토지보상법 등 공익사업과 관련한 공법에는 임차인의 이주대책과 권리금 등의 영업손실 보상에 관한 규정이 존재하는가? 헌법 제23조 제3항에 공공필요에 의한 재산권의 침해는 법률로써 정당한 보상을 하도록 하고 있음에도 불구하고, 손실 보상에 관한 사실상의 일반법인 토지보상법에는 주거용 건물의 소유자를 중심으로 폐업보상과 휴업보상에 관하여 약간의 규정만 있을 뿐 임차인의 권리금에 관하여는 미비하며, 실무상으로도 실질적인 보상은 이루어지지 않고 있다. 따라서 권리금의 재산권성과 권리금이 생활 보상에 대한 입법과제가 문제 된다.

한편 공공사업으로 인한 헌법상 재산권 보장은 생활보상이 핵심이다. 오늘날 생활보상은 재산권과 그 부대적 손실, 간접손실보상, 환경피해보상, 정신적 피해보상 등으로 확대일로에 있다. 또한 상가임차인의 권리금과 영업재산은 경제적 유용성과 처분성에서 재산적 가치가 있고, 영업보상과 생활보상의 한 영역으로서 관습법과 대법원 판례에 의하여 승인되어 왔으며, 상임법의 명문 규정과 소득세법상 과세의 대상인 점 등을 고려하면 상가임차인의 영업권과 권리금은 손실보상의 대상인 ‘재산권’임에 틀림이 없다. 특히 공익사업 시행지역에 편입된 상가임차인은 통상의 임차인에게 존재하는 신규임차인을 통한 권리금 수수의 연속성이라는 순환적 관계가 차단되고, 자신의 의사와는 관계없이 자신이 지급하였거나 그 당시 거래시장에 형성되어 있는 권리금을 회수할 기회를 상실할 수밖에 없다. 공공사업 시행지역에 편입된 상가임차인에게만 이와 같은 희생이 가하여지는 것은 개별적이고 이례적인 것으로서 ‘특별한 희생’에 해당한다. 그러므로 공익사업지역에서 상가임차인에게 이주대책을 포함한 권리금에 대한 정당한 보상이 이루어지는 것은 헌법적 정당성이 있음에 충분하다. 따라서 토지보상법 등의 손실보상 관련 공법에 권리금 보상 규정을 신설 또는 보완하여 권리금 보상을 현실화하는 것은 더 이상 지체할 수 없는 것으로서, 권리금 보상에 관한 토지보상법 개정은 정부와 국회의 향후 피할 수 없는 입법과제이며, 헌법 제23조 제3항의 ‘정당 보상’에 관한 시대적 소명이라고 생각한다.

[주제어] 공익사업, 특별한 희생, 정당 보상, 권리금 보상, 상가임차인의 이주 대책, 생활보상

I. 서론

권리금 문제는 전통적으로 주로 사법(私法) 영역에서 다루어져 왔다. 그러나 환경파괴로 인한 기후 온난화와 식량 문제 등으로 인하여 농지와 산지 개발에 대한 규제가 날로 심해지고 있고, 그 대안으로 노후불량 건축물이 밀집한 구도심에 대한 개선·정비의 중요성이 높아지고 있다. 따라서 권리금의 문제가 이제는 공법(公法) 영역, 특히 손실보상과 관련해서도 중요하고도 민감한 문제가 아닐 수 없다.

권리금 손실보상 관련 문제의 핵심은 권리금을 재산권으로 인정할 수 있는가에 있다. 통시적(通時的)으로 보건대, 산업구조는 굴뚝산업에서 지식·금융산업으로, 일상생활은 매매(소유권)에서 임대차나 리스로, 경제구조는 현금보다 신용카드로 나아가 가상공간의 디지털화폐의 유통단계에까지 진화하였으며, 재산권과 경제적 가치관에도 큰 변화가 일어나고, 신기술 등 지식재산을 포함한 재산권 개념의 변화에 따른 법적 보호의 요구도 날로 늘어나고 있다. 이와 같은 경제 현실과 생활의 변화 속에서 이제는 재산적 가치로 환원되지 않는 것이 거의 없다고 해도 과언이 아닌 시대가 되었다. 과거의 재산 관념으로는 재산권으로 보호된다고 볼 수 없었던 것들이 이제는 재산권의 대상으로 인식되고 있고, 또한 그에 대한 ‘헌법상의 재산권’ 침해를 주장하는 상황이 지속적으로 발생하고 있다. 나아가 지적 창작물이나 인격적 의미를 가진 요소들까지 이제는 하나의 재산으로 파악되어 거래가 되고 있고, 기존에 단순한 경제적 이익과 기회, 기대가능성에 불과하다고 보던 것들에 대해서도 법적 보호의 요청이 증가하기도 한다.¹⁾ 사회보장수급권²⁾, 퍼블리시티권, 빅데이터, 온라인게임 아이템, 비트코인 같은 디지털화폐와 심

1) 이장희, 재산권의 개념과 변화, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016, 1쪽.

2) 김서기, “재산권 개념의 변화·맥퍼슨의 이해를 중심으로”, 법조 제61권 제6호, 법조협회, 2012, 205쪽.

지어 자신의 사생활을 실시간 방송으로 노출하거나 개인정보를 제공·유통함으로써 경제생활을 하는 경우도 나타남으로써 사생활과 개인정보까지도 재산권화하고 있는 상황에까지 이르렀다. 이와 같은 경제생활과 삶의 변화는 필연적으로 재산권의 개념변화를 요구하고 있다.

이와 같은 재산권의 개념변화에 대하여 손실보상에 관한 기준과 내용을 정하고 있는 법률인 ‘공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률’(이하 토지보상법)은 수용의 절차와 보상이 주로 토지소유자에 대하여 초점이 맞춰져 있고, 상가임차인의 영업손실보상, 특히 임차인의 이주대책을 포함한 권리금에 관하여는 구체적인 규정을 두지 않고 있다. 상가임차인의 이익을 대변할 감정평가업자를 추천할 권리는 물론 생활보상의 핵심인 ‘이주대책’, 나아가 ‘영업손실 보상’에도 제외되어 있다.

권리금 관련 문제는 오랜 관행이 대법원에 의하여 판례법으로 형성되어 오다가 상가건물임대차보호법(이하 상임법)에 권리금 조항이 신설되는 등 관습법과 실체법에서 명실상부하게 재산권으로서 확인되고³⁾ 권리금 보상 문제가 사회적으로 성숙되었음에도 불구하고 권리금의 객관화가 어렵다는 등의 이유로 권리금 보상 문제는 외면되고 있다. 한편 권리금 보상 문제에 관한 연구는 오래전부터 진행되어왔다. 그럼에도 불구하고 본 연구의 진행은 현시점에서 분명한 이유가 있다. 즉, 위에서 본 바와 같이 재산권에 대한 시대적 변화를 통시적(通時的) 관점에서 바라볼 때 손실보상법상의 재산권의 개념, 특히 손실보상에 있어서 상가임차인에 대한 이주대책을 포함한 권리금 보상은 헌법상의 정당한 보상과 특별한 희생의 차원을 넘어서서 ‘입법적 부작위’라고 하지 않을 수 없을 정도로 재산권 개념의 변화에 대한 명확한 인식 부족과 시대착오적이라는 생각 때문이다.

3) 배병일, “상가건물 임대차의 권리금”, 민사법학 제26권, 한국민사법학회, 2004, 144쪽; 이장희, 앞의 연구보고서, 87-91쪽.

따라서 위와 같은 상황과 문제의식을 바탕으로, 본 논문에서는 권리금에 대한 헌법상의 재산권성과 권리금 보상에 대한 민사법적인 대체 수단의 비현실성 등과 권리금에 대한 사법상의 구제 수단의 불완전성을 살펴본 후에, 공법상의 토지보상법 등에서 권리금 해결방안에 관한 논의의 장을 여는 단계를 넘어서서 권리금 손실보상 법제의 문제점과 향후 입법과제에까지 접근하는데 목적을 두고 연구를 진행하였다.

II. 권리금 보상에 대한 민사법적 대체 수단의 흠결

2015년 개정된 상임법에는 권리금 회수기회보호 및 임대인이 임차인의 권리금 회수를 방해한 경우의 손해배상에 관한 규정이 명문화되었다. 하지만 민법에는 물론 그 특별법인 상임법에도 ‘권리금 보상’에 관한 규정은 존재하지 않는다. 뒤에서 보다시피 토지보상법에 권리금 보상에 관한 규정이 없으면 사법에라도 그에 관한 규정이 존재하여야 하는데 우리 법은 그렇지 못하다. 민법의 특별법인 상임법에 권리금에 관한 규정이 있지만(상임법 제10조의4 제1항~제4항 참조) 이 규정은 손실보상이 아니라 손해배상에 관한 규정일 뿐이다. 다만 민법과 상임법에는 간접적으로 권리금 보상을 대체할 수 있는 몇 가지의 법 규정이 존재한다. 임차권 양도·전대, 민법 제256조 부합 또는 부속, 비용상환청구권과 부속물매수청구권, 상임법상 계약갱신요구권 보장 등이 그것이다. 토지보상법 또는 개별법에 공익사업으로 인한 상가임차인의 권리금에 관한 보상 규정이 존재하지 않으면 법 적용의 체계상 당연히 일반 사법을 적용할 수도 있기 때문에 권리금 보상을 받지 못한 상가임차인은 민법에 따라서 법원에 손실보상 또는 손해배상을 청구할 수밖에 없고 또 사법에 따라서 그렇게 청구를 할 수 있어야 한다. 과연 이에 관한 민법의 법리 또는 규정들이 공익사업으로 인한 권리금 보상의 대체 수단으로서의

기능을 수행할 수 있는가가 중대한 문제로 대두된다. 만약 그러한 기능을 수행하지 못한다면 공익사업으로 인한 임차인의 권리금 보호를 위한 법제의 개선방안과 향후 과제가 문제 되지 않을 수 없다. 권리보호에 명백한 하자가 존재함에도 오랜 세월 이를 방치하는 것은 헌법상의 입법 부작위에 해당한다. 이하에서 공익사업으로 인한 권리금 보상의 대체 수단으로서의 민사법적 법리와 기능을 살펴보고자 한다.

1. 임차권 양도·전대 관련

민법상으로는 임차인은 임대인의 동의 없이는 임차권을 양도·전대할 수 없다. 동의 없이 양도·전대하면 임대인은 계약을 해지할 수 있다(민법 제629조). 만약에 임대인이 임차인의 임차권 양도·전대를 동의한다면 임차권을 양도하거나 전대함으로써 권리금을 회수할 수도 있을 것이다(민법 제630조, 제631조). 결론적으로 민법상 임차인의 임차권 양도·전대권은 임대인의 동의를 받아야 할 뿐만 아니라 임대차 기간 안에서 양도·전대할 수 있으므로 임차인에게 큰 실익이 없다고 하겠다.

그러나 상임법에는 임대인의 동의나 승낙이 없는 양도나 전대차에 대한 해지조항이 없으므로, 특별조항을 삽입하여 임차인이 “임대인의 동의 없이도” 양도·전대로 권리금과 투자금을 회수할 수 있도록 하면 매우 실효적일 것이다. 왜냐하면 상가점포는 ‘건축물의 용도와 업종에 따라’ 사용 방법이 달라질 뿐⁴⁾ ‘임차인에 따라서’ 사용 방법에 차이가 없음에도 동의 없는 양도·전대를 금지하는 것은 특별법인 상임법상으로는 임차인 보호와 실질적인 평등의 관점에서 볼 때 바람직하지 않기 때문이다. 하지만 상임법에는 임대인의 동의나 승낙 없이도 임차인이 임차권을 양도·전대할 수 있는 특별조항이 없기 때문에 임차인의 임차

4) 김태건, 상가창업과 상가중개실무 총론 제2판, 부연사, 2019, 35-69쪽; 김태건, 상가창업과 상가중개실무 각론 제2판, 부연사, 2019, 29쪽 이하.

권 양도·전대를 통한 권리금 보상에 관한 민사법적 대체 수단은 별 도움이 되지 않는다.⁵⁾

2. 민법 제256조 부합 또는 부속 관련

다음으로 민법에는 ‘부합’과 ‘부속’이라는 것이 있다(민법 제256조 참조). 소유자를 달리하는 수 개의 물건이 결합되어 사회 통념상 분리가 불가능하거나 극히 곤란한 경우를 ‘부합(附合)’이라고 하고(예컨대 소유자가 다른 건물이 증축된 경우), 소유자를 달리하는 수 개의 물건이 결합되어도 탈부착이 쉬워서 분리하여도 가치 훼손이 적은 경우를 ‘부속(附屬)’이라고 한다. 부동산에의 부합에는 ‘부합되는 물건’은 언제나 부동산이고, ‘부합하는 물건’은 동산, 부동산을 불문한다.

부합 또는 부속은 특히 상가임차인의 시설권리금에서 문제가 되는데, 민법 제256조 본문의 부합이 발생하면 부합하는 부동산은 독립한 부동산이 아니다. 따라서 임차인은 ‘부합한 물건’의 소유권을 상실하게 되고, 다음 단락에서 보듯이 부속물매수청구권과 유익비상환청구권을 행사할 수 있을 뿐이다. 그러나 부속물매수청구권과 유익비상환청구권 행사는 우리 민사소송법상 변론주의하에서 소송의 비전문가인 임차인이 현실적으로 부속물과 유익비라는 사실을 입증한다는 것은 쉽지 않다. 물론 토지보상법상 임차인이 이른바 ‘관계인’(토지보상법 제2조 제5호 참조)으로서 사업시행자에게 부속물 또는 필요비·유익비를 청구할 수 있는 시설을 특정하여 그 시설들로 인한 건물 가치의 증가분을 따로 평가해줄 것을 요청할 수도 있지만,⁶⁾ 이 또한 현행 토지보상법상의 권리금 보상 규정의 미비 등을 고려해 볼 때 사업시행자가 임차인의 요청을 받아들인

5) 참고로 프랑스의 ‘영업용건물임대차특별법’은 양도·전대를 금지하는 약정은 무효라고 규정하고 있다. 동법 제35의 1조 참조(권오승, “상가건물의 권리금에 관한 연구”, 비교사법 제17권 제4호, 한국비교사법학회, 2010, 130-131쪽).

6) 김은유/임승택/김태원, 실무 토지수용보상, 도서출판 파워에셋, 2019, 712쪽.

다는 보장이 없다. 결국 ‘부합되는 부동산’의 소유자가 ‘부합하는 물건’의 소유권을 취득하고(민법 제256조 본문), 임차인은 변론주의 등 소송 기술상의 문제로 인하여(변론주의 원칙상 임차인이 입증책임을 진다) 현실적으로는 사실상 부속물매수청구권과 유익비상환청구권을 행사할 수 없게 된다.

한편 민법 제256조 단서는 “타인의 권원에 의하여 부속된 것은 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 따라서 민법 제256조 단서의 법리에 의하여 권리금 보상을 대체하는 것을 생각해 볼 수도 있지만, 민법 제256조 단서는 타인이 ‘그 권원(예컨대 임차권)에 의하여’ “부속”시킨 물건은 ‘그 권원자(임차인)의 소유’로 된다는 것이고(즉, 민법 제256조 본문의 ‘부합’과는 달리 동조 단서는 ‘부속’에 해당되는 것으로서 부속물매수청구권이 문제 될 뿐이고)⁷⁾, 나아가 비록 동조 단서의 ‘타인의 권원에 기한 경우’라도 ‘부속’이 아닌 “부합”이 된 경우에는 그 물건의 소유권은 다시 동조 본문으로 돌아가서 부동산의 ‘소유자’에게 귀속하게 된다.⁸⁾

결론적으로 ‘부합’의 경우에는 타인의 권원 여부를 불문하고 동조 단서가 아니라 동조 ‘본문’이 적용되므로, 부합한 자인 임차인은 이른바 형성권인 부속물매수청구권이 아니라 유익비상환청구권 또는 최악의 경우 부당이득반환청구권을 행사하여 보상을 받을 수 있을 뿐이다(민법 제261조, 제741조 참조). 따라서 임대인이 단순히 응하지 않는 한 민법 제256조 본문의 부합에 의하여 임차인은 민사소송을 통하여 유익비상환청구권 또는 부당이득반환청구권을 행사할 수밖에 없다는 결론에 이르

7) 김재완, “재개발사업에서 상가임차인에 대한 권리금을 포함한 영업손실 보상”, 민주법학 제46호, 민주주의법학연구회, 2011, 114쪽.

8) 김태건, 부동산경매실무 제2판, 부연사, 2021, 262쪽; 대법원 2007. 7. 27. 선고 2006다39270, 39287 판결(엘피지집단공급시설소유권확인·가스공급시설의철거청구); 대법원 2008. 5. 8. 선고 2007다36933, 36940 판결(건물명도·부당이득금반환); 대법원 2009. 8. 20. 선고 2008두8727 판결(무상사용권확인).

게 되므로, 권리금 보상에 관하여 토지보상법 등에 성문의 규정이 있는 경우에 비하여⁹⁾ 민사법적 대체 수단으로써 상가권리금을 보상받기란 입증책임과의 관계에서 어려운 결론에 도달하게 된다.

물론 이때 임차인은 법리상으로는 유익비를 근거로 유치권을 행사할 수도 있지만, 재개발·재건축의 경우와 같이 단체법 또는 공익사업의 경우에는 용산사태와 같은 공권력의 투입(이른바 행정대집행)으로 인하여 유치권과 같은 사법상의 권리행사는 사실상 유명무실하게 된다.¹⁰⁾ 따라서 민법상 부합 또는 부속과 관련한 권리금 보상에 관한 대체 수단 또한 상가권리금 보상에는 별다른 도움이 되지 않음을 알 수 있다.¹¹⁾

3. 비용상환청구권, 부속물매수청구권 관련

한편 임차인이 임대기간 종료 후 시설물에 대하여 투자한 비용 또는 권리금, 특히 시설권리금 회수와 관련하여 권리금 보상의 대체 수단으로써 이론상으로는 마지막 수단으로 민법상 필요비·유익비 등 비용상환청구권(민법 제626조)과 부속물매수청구권(민법 제646조)을 생각할 수 있다.¹²⁾

9) 이 경우에는 비록 보상금의 다과의 문제는 있지만, 성문법의 규정에 따라서 공익사업의 재결 절차에 의하여 당연히 보상금이 지급되는 것을 생각해 보라.

10) 유치권은 점유를公示방법으로 하는 권리로서 公示방법이 불완전한 권리이다. 적법한 유치권 행사를 물리력으로 배제하는 것은 위법한 것이지만 유치권자가 대집행 시에 법원을 통하여 보호조치를 취할 시간적 여유가 없어서 대집행 시에 무시되고 있는 것이 현실이다. 또한 담보물권의 물상대위성에 따라서 그 목적물의 수용 또는 사용으로 인하여 채무자(소유자 등)가 받을 보상금에 대하여도 임차인이 물상대위권을 행사할 수 있는 것이 원칙이지만, 유치권은 물상대위권이 인정되지 않기 때문에 담보물권이지만 보상금에 대하여 물상대위를 할 수도 없다.

11) 김태건, 부동산경매실무 제2판, 259-271쪽.

12) 김만웅, “권리금 통제를 위한 상가임대차보호법의 개선방안”, 토지법학 제20권, 한국토지법학회, 2004, 94쪽은 비용상환청구권과 부속물매수청구권의 해석론의 범위를 확장하는 방법으로 권리금 보호를 시도하고 있다.

하지만 이 권리들은 요건상 권리보호에 한계가 있다. 즉, 비용상환청구권은 이른바 강행규정이 아니어서 임대차 거래계의 관례적인 ‘원상복구 특약’으로 인하여 임차인은 임대인에게 필요비·유익비를 청구할 수 없게 되므로 임차인에게 사실상 아무런 도움이 되지 않으며, 유익비 청구를 위하여 임차인은 유치권을 행사할 수도 있지만, 임대차 관계 종료 시에는 임차인이 건물을 원상으로 복구하여 임대인에게 명도하기로 약정하는 것이 거래계의 실무상 관행이므로, 이러한 특약으로 인하여 임차인이 건물에 지출한 각종 유익비 또는 필요비에 대하여 유치권을 주장할 수 없게 된다.¹³⁾ 한편 유익비는 개념상 임차목적물의 ‘객관적 가치를 증가’시키기 위해서 투입한 비용이므로, 임차인이 주관적인 목적을 위하여 또는 임차인의 영업을 위하여 지출한 비용은 포함되지 않으며, 오직 임차목적물의 ‘유지·개량과 직접 관련이 있는 것’에 한정되고, 내부 인테리어 비용 등은 원상회복의 대상일 뿐 유익비에 포함되지 않기 때문에 임차인이 시설물에 대한 투자금을 회수할 가능성은 매우 낮다.¹⁴⁾ 더 나아가 설사 임차인이 개량한 물건이 임차목적물의 구성 부분으로 되어 그 소유권이 ‘임대인’에게 귀속되어야만(즉, 부합이 되어야만) 유익비 상환이 가능하고, 개량물이 별개의 독립된 것으로서 그 소유권이 임차인에게 귀속되는 경우(위에서 본 민법 제256조 단서 부속의 경우)에는 유익비 상환이 아니라 부속물매수청구권이 문제될 뿐이다.¹⁵⁾ 소송 실무상 유익비와 부속물을 구체적으로 구분하는 것이 어려운 것은 바로 이와 같은 연유 때문이다.

또한 부속물매수청구권의 경우는 비록 강행규정이지만(민법 제646조, 제652조) 부속물매수청구권의 성립 요건상 ‘임대인으로부터 매수하

13) 대법원 1975. 4. 22. 선고 73다2010 판결(가옥명도등).

14) 권오승, 앞의 논문, 113쪽; 대법원 1994. 9. 30. 선고 94다20389, 20396 판결(손해배상(기), 건물명도(반소)).

15) 지원림, 민법강의 제18판, 홍문사, 2021, 1581쪽; 김재완, 앞의 논문, 114-116쪽.

였거나 임대인으로부터 동의를 얻어' '부속'한 물건에 한하여 부속물매수청구권을 행사할 수 있으며(민법 제646조), 임차인이 투자한 시설물은 위에서 본 바와 같이 민법 제256조와 관련하여 임대차 건물의 구성 부분(즉, 부합)이 되어 부속물매수청구권(민법 제646조)의 대상이 되기보다는 비용상환청구권(민법 제626조)의 대상이 되는 것이 대부분이며, 거래 현실에서 특약 규정의 삽입 관행과 원상회복의무 규정(민법 제654조, 제615조)으로 인하여 부속물매수청구권 행사 또한 임차인에게 실효성이 거의 없다.¹⁶⁾ 따라서 임차인은 결국 권리금 보상은 커녕 원상회복을 할 수밖에 없게 되는 처지에 놓이게 된다. 바로 이러한 점 때문에 임차인이 원상회복을 위하여 드는 비용과 상계를 인정하기 위해서라도 비용상환청구권을 강행규정화 해야 한다는 주장도 있지만¹⁷⁾ 그 실익은 크지 않을 것으로 보인다.¹⁸⁾

이처럼 우리 민법은 임차인을 보호하기 위하여 상환청구권과 매수청구권을 인정하고 있지만, 양자는 모두 임차인의 권리금 보상의 대체 수단으로서의 투자자본을 온전히 회수하는 데에는 한계가 있음을 알 수 있다. 그러나 이에 비하여 토지보상법 등의 공익사업법에 권리금 보상에 관한 성문의 근거 규정이 명시적으로 규정된다면 임차인이 투자금을 회수하기에 특별한 법리적 제한이 없으므로 민사법상의 대체 수단보다 임차인에게 더 유리할 것이 자명하다.

4. 상임법상 계약갱신요구권 보장 관련

상임법 제10조는 임대인은 임차인에게 동조 제1항 단서상의 일정한 사유가 있는 경우를 제외하고는 정당한 사유 없이 최초의 임대차 기간을

16) 김남근, “권리금회수 기회보호 거절에 대한 정당성 판단기준”, 인권과정의 제455호, 대한변호사협회, 2016, 125쪽.

17) 권오승, 앞의 논문, 134쪽.

18) 같은 견해로 김재완, 앞의 논문, 115쪽.

포함한 전체 임대차 기간의 10년 동안 계약갱신을 거절하지 못하도록 규정하여, 임차인에게 이른바 계약갱신요구권을 보장하고 있다. 상임법은 대통령령으로 정하는 일정한 범위의 보증금액(환산보증금 포함)을 초과하는 경우에는 적용되지 않지만(상임법 제2조 제1항 단서, 제2항, 영 제2조), 계약갱신요구권의 경우에는 위 상임법 적용 범위를 초과하는 임대차에도 적용된다(상임법 제2조 제3항). 이와 같이 상임법 제10조의 계약갱신요구권은 임차인 보호, 특히 권리금을 회수할 수 있게 하도록 인정되고 있다.

그러나 상가임대차 거래의 현실상 토지보상법과 같은 공법상으로 권리금 보상에 관하여 명문으로 인정하는 것과는 달리, 사법상으로 그것도 계약갱신요구권 보장으로 간접적으로 권리금을 보호하는 것은 효율적이지 못하다. 그 이유는 계약갱신요구권, 즉 계약기간의 보장으로 권리금 회수에 도움이 되기 위해서는 임차인이 영업을 계속할 수 있고, 영업이 흑자인 경우라는 조건이 충족되어야 한다. 그런데 설사 법적으로 계약갱신요구권이 인정된다고 하더라도 위 조건이 충족되지 못하고 영업이 부진하거나 불가피한 사정으로 영업을 계속할 수 없는 경우에는 결국 계약갱신요구권 규정은 임차인의 권리금 회수에 별다른 도움이 되지 않는다. 임차인은 받을 수 있을지 불확실한 권리금을 위하여 부진한 영업을 지속하면서 계약갱신을 할 수밖에 없기 때문이다. 더욱이 이와 같은 상황에서 만약 임대인이 임차인에게 계약 해지와 함께 원상회복 및 명도 청구를 한다면 영업이 부진한 임차인은 권리금을 포기하게 되는 상황에 이르게 된다. 현실적으로 임차인은 주로 영업이 부진할 경우에 권리금을 회수하려고 한다는 점을 고려해 보면, 더욱이 계약갱신요구권은 권리금 보상 대체 수단으로서의 임차인 보호에 미흡하다고 하겠다.¹⁹⁾ 따라서 상임법상의 계약갱신요구권에 따른 계약기간 보장 또한 임차인의 권리금 보호에 현실적으로 별 실익이 없음을 알 수 있다.

19) 김만웅, 앞의 논문, 102-103쪽; 권오승, 앞의 논문, 121쪽.

5. 소결

위에서 살펴본 바와 같이, 민법상 또는 상임법상 기존의 어떤 법제도를 이용하여도 상가임차인의 권리금 보상에 대한 대체 수단은 결국 법리 상으로만 허울 좋은 뿐 현실적으로는 법의 사각지대에 놓여 있음을 알 수 있다. 결국 상가임차인은 평상시와 상임법 제10조 제1항 단서 제7호 나목 ‘건물 소유자의 재개발·재건축을 위한 매매 시’에는 물론 공익사업으로 인한 경우에도 권리금을 회수하지 못하고 쫓겨나게 된다. 따라서 권리금 회수불능을 근원적으로 방지하기 위해서는 당사자의 계약 자유를 근간으로 하는 사법상의 수단들보다 강행법적 성격이 강한 토지보상법 등의 손실보상법에 권리금에 관한 보상을 명문화하는 것이 상가임차인의 권리와 재산권을 보호하는 길이 될 것으로 생각된다.

Ⅲ. 현행법의 영업보상 체계

위에서 민법과 상임법의 권리금 보상의 대체 수단은 적어도 상가임차인에게 별 실익이 없음을 보았다. 그렇다면 토지보상법 등의 현행 공익사업 관련 공법에는 권리금 보상에 문제점이 없는 것인가? 단언컨대 그렇지 않다. 여기서는 먼저 토지보상법이 수용과 보상에 관한 일반법으로서의 성질을 가졌는지 아닌지부터 살펴보고자 한다. 만약 토지보상법이 수용과 보상에 관하여 일반법성을 가진다면 권리금 보상 역시 토지보상법에 구체적으로 규정되는 것이 자연스러우며, 그렇지 않으면 도시 및 주거환경정비법(이하 도시정비법) 등 개별법에서 규율할 수도 있을 것이다.

1. 토지보상법의 수용과 보상에 관한 일반법성 여부

헌법 제23조 제3항의 수권에 의하여 제정된 토지보상법은 공익사업과 수용절차 및 보상내용을 폭넓고 상세하게 규정하는 방식을 취하고 있다. 또한 도시철도법, 택지개발촉진법, 도시개발법, 도시정비법 등 대부분의 공익사업에 관한 개별법들이 수용과 보상에 관하여 토지보상법을 준용하는 방식을 취하고 있다. 따라서 이와 같은 범위 내에서는 토지보상법은 원래 수용과 보상에 관하여 일반법으로의 기능을 담당할 것으로 예상하고 입법화되었다고 볼 수 있다.²⁰⁾

그러나 오늘날 재산권 박탈을 내용으로 하는 공익사업은 다양한 모습을 띠고 있으며 공익사업의 종류에 관하여는 토지보상법 제4조 및 제4조의2에서 제한적으로 규정하고 있지만, 동법 제4조 제8호 [별표]에서는 그 외 112개의 개별법률에서 공익사업의 유형을 별도로 허용하고 있는 실정이고, 계속하여 확대되고 있는 상황이다.²¹⁾ 한편 개별법은 토지보상법이 모두 포용하기 어려운 각각의 개발사업의 절차와 보상조항들을 포함하고 있다.²²⁾ 또한 도시정비법의 ‘정비사업’(도시정비법 제2조 제2호)과 도시재정비 촉진을 위한 특별법(이하 도시재정비법)의 ‘재정비촉진사업’은 노후·불량건축물을 개량함을 목적으로 하는 ‘도시재생사업’이다(도시재생 활성화 및 지원에 관한 특별법 - 이하 도시재생법 제2조 제7호 참조). 그런데 이 도시재생사업은 유독 도시정비법의 ‘정비사업’

20) 김종보, “재개발사업의 절차와 세입자보상”, 행정법연구 제23호, 행정법이론실무학회, 2009, 112쪽.

21) 허강무, “공익사업 환경변화에 따른 손실보상제도의 개선과제”, 토지공법연구 제73집 제2호, 한국토지공법학회, 2016, 194쪽.

22) 예컨대 도시정비법 제65조 제1항은 “정비구역에서 정비사업의 시행을 위한 토지 또는 건축물의 소유권과 그 밖의 권리에 대한 수용 또는 사용은 이 법에 규정된 사항을 제외하고는 토지보상법을 준용한다.”라고 규정하고서는, 그 단서에서 “다만, 정비사업의 시행에 따른 손실보상의 기준 및 절차는 대통령령으로 정할 수 있다.”라고 규정하여, 손실보상의 기준 및 절차를 토지보상법과 달리 운용될 수 있음을 규정하고 있다.

뿐만 아니라 도시재정비법에 따른 ‘재정비촉진사업’, 도시개발법에 따른 ‘도시개발사업’, 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법에 따른 ‘상권활성화 및 시장정비사업’, 역세권의 개발 및 이용에 관한 법률에 따른 ‘역세권개발사업’, 산업입지 및 개발에 관한 법률에 따른 ‘산업단지개발 및 산업단지재생사업’ 등에도 적용되는 넓은 개념이다.²³⁾ 따라서 토지보상법은 공익사업의 형태와 권리금 등 보상의 종류 등에 관하여 체계적인 보완을 갖추지 않는 한 현재의 상태대로는 공익사업의 수용과 보상에 관한 일반법으로서의 특성을 갖추었다고 보기 어려울 수 있다.

2. 토지보상법상의 영업보상 규정

토지보상법은 영업보상에 영업 폐지와 휴업에 따른 손실보상을 규정하고 있다. 영업손실 보상 대상인 ‘영업’은 ① 사업인정고시일 등 전부터 ② 적법한 장소에서 ③ 인적·물적 시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업, ④ 영업상 관계 법령에 의한 허가 등을 필요로 하는 경우에는 사업인정고시일 등의 전에 허가 등을 받아 그 내용대로 행하고 있을 것 등의 요건을 모두 갖추어야 한다(법 제77조 제1항, 규칙 제45조~제47조). 토지보상법 제77조 제1항은 ‘영업’의 의미에 관하여는 구체적으로 정의하지 않고 같은 조 제4항에서 국토교통부령에 위임하고 있고, 이에 따라 시행규칙 제45조는 무허가건축물, 불법형질변경, 불법개발행위 등을 보상대상에서 제외하고 있으며, 판례도 이에 따르고 있다.²⁴⁾

토지보상법은 영업시설의 ‘일부’ 편입에 따른 영업손실 보상도 규정하고 있다(규칙 제47조 제3항). 또한 배후지의 3분의 2 이상이 상실되거나, 진출입로의 단절 등 영업을 계속할 수 없거나 일정 기간 휴업이

23) 김종보, 앞의 논문, 110쪽; 김재완, 앞의 논문, 91쪽.

24) 대법원 2014. 3. 27. 선고 2013두25863 판결(수용보상금증액); 대법원 2010. 9. 9. 선고 2010두11641 판결(영업손실보상거부처분취소); 대법원 2001. 4. 27. 선고 2000다50237 판결(부당이득금반환) 등.

불가피한 경우에는 간접손실 보상, 즉 공익사업시행지구 밖의 영업손실에 관하여도 보상을 하고 있다(규칙 제64조). 그 외 위에서 본 영업손실 보상(영업 폐지, 영업 휴업)의 내용을 간략히 도표로 제시하면 아래의 <표 III-1>과 같다.

〈표 III-1〉토지보상법상 영업손실 보상

보상유형		보상내용
1. 폐업보상 (규칙 제46조)		2년간의 영업이익 + 영업시설 등 이전비용(영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액)
2. 휴업보상 (규칙 제47조)	영업장소 이전	4월 이내의 영업이익 + 영업장소 이전 후 영업이익감소액 + 휴업기간의 고정비용 + 영업 시설 등 이전비 + 이전 부대비용
	영업시설 일부 편입	영업시설 보수기간의 영업이익 + 시설설치보수비용 + 영업시설 등 매각손실액
	임시영업소 설치	임시영업소 설치비용
3. 무허가건축물 등에 관한 특례 (규칙 제52조)		3인 가구 3개월분 가계지출비 + 영업시설 등 이전비용(영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액)
4. 간접손실보상 (규칙 제64조)		요건 충족 시 당해 영업이 공익사업시행지구에 편입되는 것으로 보아 보상

3. 개별법상의 영업보상 규정

공익사업에 관한 개별법 중 도시개발법은 제22조 제1항에서 “시행자는 도시개발사업에 필요한 토지 등을 수용하거나 사용할 수 있다”고 규정한 후, “토지 등의 수용 또는 사용에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 토지보상법을 준용한다(도시개발법 제22조 제2항, 제24조)”라고 규정하고 있다.

도시정비법에서는 사업시행자가 정비구역에서 정비사업을 시행하기 위하여 토지보상법에 따른 토지·물건 또는 그 밖의 권리를 취득하거나 사용할 수 있다(도시정비법 제63조). 도시정비법은 사업시행으로 이주하는 상가세입자가 사용할 수 있도록 정비구역 또는 정비구역 인근에 ‘임시상가를 설치’할 수 있도록 규정하고 있다(도시정비법 제61조 제5

항). 사업시행자는 공공단체(지방자치단체는 제외) 또는 개인의 시설이나 토지를 일시 사용함으로써 입은 손실보상에 관하여는 손실을 입은 자와 협의를 하도록 하고 있다(도시정비법 제62조 제1항). 협의가 성립되지 아니하거나 협의할 수 없는 경우에는 사업시행자 또는 손실을 입은 자는 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다(동조 제2항). 손실보상은 이 법에 규정된 사항을 제외하고는 토지보상법을 준용한다(동조 제3항)라고 규정하고 있다. 결국 도시정비법도 역시 임차인에 대한 손실보상에 관하여 “임시상가 설치”를 인정하는 것을 제외하고는 구체적으로 별도의 규정을 두지 않고 토지보상법을 준용하고 있다.

그리고 빈집 및 소규모주택 정비에 관한 특례법(이하 소규모주택정비법)도 시장·군수 등 또는 공공시행자로 지정된 토지주택공사 등이 관리지역에서 소규모재개발사업 또는 가로주택정비사업을 시행하기 위하여 필요한 경우에는 토지보상법에 따른 토지·물건 및 권리를 수용 또는 사용할 수 있도록 규정하고(소규모주택정비법 제35조의2 제1항), 수용·사용 및 손실보상에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 토지보상법을 준용하도록(소규모주택정비법 제35조의2 제2항, 영 제34조의2) 하고 있다. 그 외의 공익사업 관련 공법들도 공익사업에 따른 손실보상에 관하여 대부분 토지보상법을 준용하고 있다.

4. 소결

위에서 토지보상법과 개별법을 통하여 살펴본 바와 같이, 영업보상의 경우 휴업기간 동안의 영업이익, 영업장소 이전(移轉)에 따른 영업이익 감소액, 이전 비용 등을 보상하도록 규정하고 있으나, 권리금 자체는 보상 대상에서 제외되고 있다(토지보상법 제77조 제1항, 규칙 제45조~제47조 참조). 또한 토지보상법은 주거세입자에게는 주거 이전비와 이사비 등 ‘이주대책’이 마련되어 있음에 반하여, 정작 생존권에 해당하는

영업권을 통하여 살아가는 ‘상가임차인’에게는 영업보상만을 규정하고 있을 뿐, 이른바 ‘이주대책 또는 생활대책’과 함께 ‘권리금’에 관한 규정은 전혀 없다.

상가임차인의 영업은 헌법상 생존권적 권리이다. 지속적인 영업활동은 생존의 문제와 연결되며, 투자금 회수 또한 지속적인 영업활동을 위해서 필수적이다. 그럼에도 불구하고 공익사업으로 인하여 생존권으로서의 영업보상은 물론 권리금과 투자금을 회수하지 못한 채 쫓겨나서 대체 상가 입주를 위해 새로운 권리금과 투자금을 지출해야 한다면, 권리구제의 문제를 넘어서서 생존권의 침해로서 문제가 심각하다고 하지 않을 수 없다. 이는 결국 헌법상의 정당한 보상의 원칙에도 배치됨은 물론 헌법상의 입법부작위와도 결부될 수 있다고 본다.

IV. 권리금 보상의 정당성과 실정법적 근거

1. 헌법상 재산권 보장과 생활보상 규정의 현황

헌법 제13조 제2항은 “모든 국민은 소급입법에 의하여…재산권을 박탈당하지 아니한다.”라고 하고 있으며, 헌법 제23조 제1항은 “모든 국민의 재산권은 보장하되, 그 내용과 한계는 법률로 정한다”라고 하여 사유재산제도를 정함과 동시에 재산권을 헌법상 기본권으로 보장하고 있고, 제2항은 “재산권 행사는 공공복리에 적합하도록 행사하여야 한다”라고 규정하여, 재산권의 행사의 ‘공공복리의 적합성’을 천명하고 있다(재산권의 형성적 법률유보).²⁵⁾ 한편 헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한

25) 헌법재판소 1993. 7. 29. 선고 92헌바20 결정, 판례집 5-2, 36(전원재판부); 헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2018헌바350 결정, 판례집 32-1상, 331(전원재판부); 허 영, 한국헌법론, 박영사, 2022, 510쪽; 성낙인, 판례헌법 제22판, 법문사, 2022, 782쪽; 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2021, 575-576쪽; 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010, 557쪽.

재산권의 수용·사용·제한 및 그에 대한 보상은 ‘법률’로써 하되, ‘정당한 보상’을 지급하여야 한다”라고 규정하여 ‘공공의 필요’에 의한 재산권의 침해를 인정하되, 그 보상은 ‘법률’에 따라서 ‘정당한 보상’이 되어야 한다고 하고 있다. 정당한 보상에 관한 종래의 학설은 완전보상설, 상당보상설, 절충설 등이 대립한다.²⁶⁾ 학설 대립의 핵심은 생활보상과 부대적 손실보상 등의 기타 보상이 ‘정당한 보상’에 포함되느냐이다. 대법원²⁷⁾과 헌법재판소²⁸⁾는 모두 완전보상설의 입장이다. 한편 헌법 제23조 제2항의 보상이 수반되지 않는 ‘재산권의 사회적 제한’과는 달리 헌법 제23조 제3항의 공용침해(수용·사용·제한)는 ‘정당한 보상’이 요구된다. 이러한 보상 유무를 구별하는 기준 내지 보상의 근거는 ‘특별한 희생(불평등 희생)’이라고 보는 것이 일반적이다.²⁹⁾

과거의 공공사업은 도로·공공청사 건설 등의 소규모 개발이 대부분이었기 때문에 손실보상이론에 있어서도 주로 ‘재산권 보상’과 이에 대한 ‘교환적 가치의 보상’이 문제 되었고 생활권 침해로 인한 ‘생활보상’은 문제되지 않았다. 그러나 오늘날의 공공사업은 집단적 택지개발·공장개발·신도시개발 등의 대규모 개발이 많고, 댐 건설 등과 같이 주민 전체가 집단적으로 다른 곳으로 이주하여야 하는 것과 같이 생활 터전 자체가 상실되는 경우가 발생하고 있다. 따라서 대규모의 개발로 인하여 재산권 보상은 물론 생활보상³⁰⁾ 나아가 공공사업지 외에 미치는 이른바

26) 허강무, “영업손실보상에 관한 연구”, 토지보상법연구 제10집, 한국토지보상법연구회, 2010, 11-13쪽.

27) 대법원 2001. 9. 25. 선고 2000두2426 판결(토지수용이의재결처분취소); 대법원 2006. 7. 28. 선고 2004두3458 판결(토지수용이의재결처분취소).

28) 헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2011헌바162 결정(구 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제70조 제1항 등 위헌소원).

29) 정종섭, 앞의 책, 578쪽.

30) 생활보상과 생활권보상을 구별하는 견해도 있다. 그러나 구별하지 않는 것이 일반적이다. 허강무, “공익사업 생활대책의 의미와 정당보상원리”, 행정판례연구 제17권 제2호, 한국행정판례연구회, 2012, 202쪽.

사업손실(간접손실)과 관련된 부대적 손실까지 확대되고 있다(토지보상법 제73조~제79조 참조³¹⁾). 또한 전통적 유형의 재산권 보상을 넘어 수용에 의해 상실되는 생활권을 재건하기 위하여 이주대책에 따른 수분양권, 환경피해보상, 정신적 피해보상 등으로까지 확대되는 경향이다.³²⁾ 생활보상의 이론적 근거는 사회국가적 관념을 반영한 복리국가주의의 표방이라고 할 수 있고, 생활보상의 헌법적 근거는 헌법 제23조 제3항 ‘정당한 보상’ 규정과 헌법 제34조 ‘인간다운 생활을 할 권리’ 규정이다. 개별법의 근거로는 일부 개별법령³³⁾ 또는 ‘사업시행자의 내부 규정’³⁴⁾에서 규정하고 있는 정도이다.

그런데 토지보상법은 택지 또는 주택의 경우, 소유자에게는 ‘이주대

31) 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 95헌바36 결정, 판례집 8-2, 90(전원재판부); 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 94헌바37 결정 등, 판례집 11-1, 289(전원재판부); 헌법재판소 2020. 6. 25. 선고 2018헌마974 결정, 판례집 32-1하, 446(전원재판부); 헌법재판소 2020. 11. 26. 선고 2018헌바407 결정 등, 판례집 32-2, 453(전원재판부) 등; 정종섭, 앞의 책, 568, 703쪽.

32) 김종보, “공익사업에서 점유이전과 생활 보상”, 서울대학교 법학 제62권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2021, 88-89쪽; 대법원 2011. 6. 23. 선고 2007다63089,63096 전원합의체 판결(채무부존재확인·채무부존재확인), 대법원 2019. 4. 11. 선고 2014다209579 판결(채무부존재확인) 등 참조.

33) ‘기업도시개발 특별법’ 제14조 제6항·제7항, 동 시행령 제19조 제1항 제2호·제2항, 기업도시 개발에 따른 이주대책 등에 관한 기준 제37조·제38조, ‘주한 미군기지 이전에 따른 평택시 등의 지원 등에 관한 특별법’은 영업 또는 영농에 종사하고 있는 자에 대하여 상업용지 또는 근린생활시설의 설치를 위한 용지를 공급하는 ‘생활대책’을 수립·시행할 수 있도록 하고 있다(동법 제33조 제1항, 동법 시행령 제19조 제3항 제2호) 참조.

34) LH공사가 1991년 자체규정을 만들어 시행한 것이 처음이라고 한다(허강무, “공익사업 생활대책의 의미와 정당보상원리”, 208쪽). 최근에도 서울 위례지구, 마곡지구 등의 택지개발 또는 도시개발사업지구에서도 ‘사업시행자의 내부 규정’에 의하여 세입자들에게 이주대책을 실시한 바 있다(전병준, “주택재개발·재건축에 있어서 세입자의 생활 보상에 관한 연구”, 법학논총 제24권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2011, 38쪽). 사업시행자의 내부 규정으로는 ‘감정평가실무기준(국토부 고시)’, ‘이주대책의 수립 및 시행에 관한 예규, 상업용지 등 우선공급에 관한 지침(한국토지주택공사 예규)’, ‘서울특별시 철거민 등에 대한 국민주택 특별공급규칙’이 있다.

책과 이주정착금'을 지급하고(토지보상법 제78조 제1항, 영 제40조 제41조, 동 규칙 제54조 제1항), 임차인에게는 '주거 이전비'를 지급하도록 규정하고 있다(규칙 제54조 제2항). 그러나 상업용지 또는 상가의 경우에는 상가용지 또는 상가의 우선 공급 등의 '생활보상 또는 생활대책'³⁵⁾에 관하여는 규정하고 있지 않고, 또한 '생활보상'에서 중요한 것은 이주대책을 포함한 생활재건조치이고, 다음으로 생활보상에서 특히 최근에 문제가 되는 것은 권리보상³⁶⁾인데, 권리 중 영업권에 관하여는 폐업과 휴업에 따른 영업보상에 관하여 제한적인 규정만 존재하며(토지보상법 제77조 제1항, 동 규칙 제45조~제47조), 안타깝게도 상가임차인의 이주대책(생활보상 또는 생활대책, 이하 주택과 같이 '이주대책'이라고 한다)과 권리금에 관하여는 전혀 규정하고 있지 않다. 주거용 건축물의 이주대책 대상자에 대한 이주대책 또는 이주정착금 지급에서도 "세입자(임차인)"는 제외되어 있다(토지보상법 시행령 제40조 제5항 제3호 참조). 그러나 이주대책 대상자에서 임차인을 제외하는 것은 소유자와의 평등권은 물론 생존권적 기본권 차원에서도 임차인의 재산권과 행복추구권을 침해한다고 생각한다. 따라서 이주대책 대상자에서 임차인을 제외하고 있는 토지보상법 시행령 제40조 제5항 제3호는 삭제되어야 한다.³⁷⁾ 또한 용산사태에서 보듯이 실제로 영업손실 보상에 있어서 가장 침해한 관심과 대립점은 상가임차인의 이주대책을 포함한 권리금을 인정할 것

35) '생활대책'은 이주대책과는 별도로 원활한 사업추진을 위하여 공익사업에서 영업보상 대상자 등에게 일정한 규모의 '상업용지 또는 상가'를 우선 공급하는 제도이다. 공익사업에 주거용 건축물이 편입되어 생활 근거를 상실하게 되는 이주대책 대상자에게 '택지나 주택'을 공급하는 '이주대책'(토지보상법 제78조)에 대응하는 용어로 사용되고 있다.

36) 최근에는 사업시행으로 인한 환경피해보상, 간접손실보상, 정신적 피해보상 등도 문제가 되고 있으나, 이 논문의 주제에서 벗어남으로 여기서는 생략한다.

37) 같은 생각으로 최승원, "생활 보상의 관념", 부동산법학 제5권 제5호, 한국부동산법학회, 1999, 99쪽; 박평준, "공공용지 취득 시의 이주대상", 토지공법연구 제8집, 한국토지공법학회, 1999, 171쪽; 전병준, 앞의 논문, 38쪽.

인가이다. 그럼에도 불구하고 제한적인 규정만이 존재하고 권리금에 관하여는 전혀 규정하지 않고 있다. 다만 「감정평가실무기준」³⁸⁾ 670-4.1.~4.3.에서 권리금의 정의, 자료의 수집 및 정리, 권리금의 감정평가방법 등 일부의 규정을 두고 있다. 하지만 감정평가실무기준은 행정법상 이른바 행정규칙에 불과하며, 또한 한국감정평가업협회가 제정한 ‘토지보상평가지침’ 역시 동 협회의 내부기준에 불과하여, 원칙적으로 양자 모두 대국민 효력이 없을 뿐만 아니라,³⁹⁾ 비록 위 규정들에 권리금에 관한 명문의 규정이 있다고 하더라도 판례는 이들 규정에 대하여 대국민 효력을 인정하지 않으므로 구체적인 소송에서 법원(法源) 또는 법적 근거로 적용되기에는 한계가 있다. 따라서 권리금의 재산권성과 권리금이 생활보상의 대상으로 인정되느냐와 이에 대한 입법과제가 심각하게 문제되지 않을 수 없다.

한편 과거 우리나라는 국민경제라는 기치 아래 국토종합개발계획과 공업사업을 통하여 국가경제발전의 기반과 선진국으로의 도약 발판으로 삼아왔다.⁴⁰⁾ 그러나 전면 수용방식으로 인하여 국민의 재산권 침해와 극심한 사회적 갈등을 초래하였고, 손실보상제도는 ‘정당보상과 공평부담’이 근간임에도 불구하고 ‘표준지공시지가’를 기준으로 저가의 토지를 손쉽게 수용하였으며, 공익사업으로 인하여 기본권이자 자유시장경제의 핵심인 재산권이 소홀히 취급되는 경우가 있었다는 것 또한 부인할 수 없는 사실이다. 이제 재산권에 대한 국민적 의식 수준의 향상과 생활보상 개념의 확대에 의하여 과거와 같은 정당한 보상이 수반되지 않는 전면 수용방식의 공익사업은 한계에 직면하게 되었다.⁴¹⁾ 따라서

38) 국토교통부 고시 제2019-594호, 2019. 10. 23. 시행.

39) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2013두4620 판결(보상금증액); 대법원 2010. 3. 25. 선고 2009다 97062 판결(부당이득금반환).

40) 국토교통부, 국토의 계획 및 이용에 관한 연차보고서, 2021, 20쪽 이하.

41) 허강무, “한미FTA시대의 토지보상법제 쟁점과 과제”, 토지공법연구 제58집, 한국토지공법학회, 2012, 33쪽.

향후 공익사업은 경제적·사회적 환경변화와 재산권의 개념변화에 걸맞는 방식으로 추진되어야 하며, 이를 위해서는 헌법상 정당 보상에 대한 입법적인 조치가 선행되어야 하며,⁴²⁾ 상가권리금도 이와 같은 맥락에서 조명되어야 한다.

2. 권리금의 재산권성에 대한 실정법적 근거

2.1 상관습, 대법원 판례, 상임법의 규정

대법원의 판례와 상임법에 의하면, 권리금은 ‘재산권’으로서 ‘기회비용에 대한 대가’ 또는 ‘보전적 성격의 보상금’이다. 즉, 권리금은 기존의 영업 터전을 닦아 놓은 매도자의 ‘기회비용에 대한 대가 또는 보전적 성격의 보상금’으로서 본질적으로 ‘권리의 매매’이다.⁴³⁾ 따라서 시설권리금은 시설 사용 기회의 포기, 영업권리금은 영업상의 노하우에 따른 향후 발생할 순이익 부분의 포기, 위치권리금은 선점한 목 좋은 자리를 포기하고 양도하는 대가에 대한 각각의 “보전적 성격의 보상금, 기회비용의 포기에 대한 대가성”을 가지는 권리이다.

한편 권리금이 재산권인가에 관하여는 재산권으로 인정하지 않으려는 견해도 있지만⁴⁴⁾ 권리금은 오랜 세월 동안 ‘관행적으로 자생’해 왔고, 이러

42) 허강무, “공익사업 환경변화에 따른 손실보상제도의 개선과제”, 187쪽.

43) 김태진, 상가권리금과 상가주택임대차실무 제2판, 부연사, 2019, 251쪽; 김태진, 상가창업과 상가중개실무 총론 제2판, 부연사, 2019, 204쪽; 김태진, 부동산중개실무와 투자의 정석(Ⅰ), 부연사, 2020, 465쪽; 김태진/오세준, “권리금 회수기회보호 규정의 개선 방안”, 부동산분석 제7권 제3호, 한국부동산원, 2021, 302-304쪽; 김수영/노은영/배상규/최민준, “권리금 법리의 재구성: 정비사업 과정에서의 권리금보장 가능성을 모색하며”, 공익과인권 제8권, 서울대학교 공익인권법센터, 2010, 139쪽.

44) 정수경, “상가건물임대차보호법의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 부산대학교 대학원 박사학위논문, 2009, 123쪽; 김판기, “상가건물임대차에 있어 권리금에 대한 비판적 고찰”, 부동산법학 제22권 제1호, 한국부동산법학회, 2018, 38-42쪽; 김지혜, “상가건물임대차에서의 권리금 문제에 관한 연구”, 중소기업과 법 제4권 제2호, 아주대학교

한 반복적인 관행이 사회구성원의 법적 확신에 의한 지지를 받아 법규범인 관습법으로서의 지위를 가지게 된 유무형의 권리이다.⁴⁵⁾ 이와 같은 맥락에서 감정평가실무기준(670-4.1.~4.3.)에서도 ‘유무형의 재산권’으로 보고 있다. 또한 권리금은 상인들 사이에서는 ‘관습법’으로 인식되고 있으며, 권리금 수수 관행은 민법 제정 이전으로 거슬러 올라간다.⁴⁶⁾ 뿐만 아니라 2015년 상임법에 권리금 관련 규정이 법제화됨으로써 이는 곧 입법자도 상가권리금을 재산권으로서 인정하였음을 의미한다.⁴⁷⁾ 따라서 권리금의 재산권성에 대한 부정적인 견해는 상가임대차 거래의 현실과 상임법의 규정을 무시하는 시각으로서 타당하지 않다.

2.2 헌법 및 토지보상법 등의 해석

우리 헌법은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한 및 그 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하도록” 규정하고 있다(헌법 제23조 제3항). 하지만 권리금은 재산권이지만 입법적 불비로 인하여 이에 대하여

법학연구소, 2013. 참조; 김민주, “상가권리금 법제화 및 공법상 영업 손실보상에 관한 검토”, 아주법학 제8권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2015. 참조; 박종두/박세창, “상가권리금에 대한 입법적 고찰”, 집합건물법학 제14권, 한국집합건물법학회, 2014. 참조; 김승중, “상가권리금 법제화에 대한 검토와 향후 과제”, 부동산 연구 제25집 제2호, 한국부동산연구원, 2015. 참조; 임윤수/신승만/이석근, “상가권리금의 거래행태 분석 및 법제화 방안”, 법학연구 제56집, 한국법학회, 2014. 참조; 유용순, “상가권리금보호에 관한 연구”, 법과정제 제20권 제2호, 제주대학교 법과정제연구소, 2014. 참조; 원상철, “정부의 상가권리금 법제화 방안에 대한 타당성 검토”, 법이론실무연구 제3권 제1호, 한국법이론실무학회, 2015. 참조; 정명운, “상가권리금 법제화 논의와 입법방향”, 토지보상법연구 제15집, 한국토지보상법연구회, 2015. 참조.

45) 하양명, “임차권의 승계에 따른 권리금의 지급실태: 상가의 실태조사를 중심으로”, 재판자료 제7집, 법원행정처, 1980, 10쪽; 이경준, “상가권리금 법제화의 문제점과 개선 방향에 관한 실무상의 쟁점”, 법이론실무연구 제7권 제1호, 한국법이론실무학회, 2019, 407쪽; 배병일, 앞의 논문, 144쪽.

46) 김수영/노은영/배상규/최민준, 앞의 논문, 154쪽.

47) 이장희, 앞의 연구보고서, 88쪽.

‘정당한 보상’이 인정되지 않고 있다. 그러나 상가임차인의 권리금과 영업 자산은 사적 유용성과 처분성에서 경제적 유용성과 재산적 가치가 있고, 관습법상 환가와 처분이 인정되는 점, 권리금에 관한 상임법의 명문 규정과 소득세법상 과세의 대상인 점⁴⁸⁾ 등을 고려한다면 상가임차인의 영업권과 권리금도 헌법이 보장하는 손실보상의 대상인 ‘재산권’이다.⁴⁹⁾ 또한, 헌법 제23조 제3항과 토지보상법 제77조 제1항의 ‘영업상 손실보상에 관한 규정에 미루어 볼 때, ‘임차권을 포함한 영업권 등 권리금’에 관한 내용이 해석상 토지보상법 제77조의 영업보상의 내용에 포함됨은 분명해 보인다. 따라서 도시정비법 등 개별법과 토지보상법의 ‘영업보상’만으로는 부족하고, 도시정비법 등 개별법 또는 토지보상법 제77조를 개정하여 헌법상의 ‘정당한 보상’이 이루어질 수 있도록 상가임차인의 이주대책을 포함한 권리금에 대한 구체적인 명문의 규정이 필요하다.⁵⁰⁾

3. 권리금 회수기회 박탈로 인한 특별한 희생

한편 헌법 제23조 제2항에 의하면 재산권은 사회적 공공성을 가진다. 따라서 재산권에 대한 손실이 재산권에 내재하는 사회적 제약에 불과한 경우에는 재산권자가 수인하여야 하지만, 손실이 특별한 희생에 해당할 때는

48) 소득세법 제4조 제1항 제1호, 동법 제21조 제1항 제7호 및 영 제41조 제1항 제4호는 임차권과 함께 영업권, 즉 권리금을 기타 소득으로서 과세 대상으로 분명히 하고 있다.

49) 허강무, “상가권리금 보상의 법제화 방안”, 토지공법연구 제77집, 한국토지공법학회, 2017, 103쪽; 하양명, 앞의 재판자료집, 10쪽; 허 영, 앞의 책, 499쪽; 이경준, 앞의 논문, 407쪽; 권오승, 앞의 논문, 112-113쪽; 김인유, “상가건물 재개발·재건축과 권리금의 보호”, 토지법학 제35권 제2호, 한국토지법학회, 2019, 86쪽; 김수영/노은영/배상규/최민준, 앞의 논문, 138-141쪽; 성중탁, “재개발·재건축사업 과정에서의 세입자 보상실무 개선방안”, 법학논집 제18권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 133쪽; 하창효, “토지수용시 정당한 보상으로서 권리금”, 감정평가학논집 제12권 제2호, 한국감정평가학회, 2013, 90쪽; 심종진, “상가세입자 보호를 위한 손실보상의 입법 개선방안 연구”, 단국대학교 대학원 박사학위논문, 2014, 89쪽 등 학설의 대세로 보인다.

50) 김인유, 앞의 논문, 84, 86쪽.

손실보상의 대상이다. 여기에서 특별한 희생이란 재산권의 ‘사회적 기속 또는 사회적 제약’을 넘어서는 손실을 의미한다. 그런데 현실적으로 공익사업의 시행이 고시되면 멀지 않은 장래에 철거가 예정된 상황에서 기존임차인에게 권리금까지 지급하고 공익사업지역 내로 들어오려는 신규임차인은 없을 것이다. 더욱이 임차인은 정비사업의 조합원이 아니므로 사업지역을 떠나야만 하는 임차인들은 권리금, 임대료 등이 유사한 수준의 임차조건을 찾기 어려운 것이 현실이며, 오히려 종전보다 더 열악한 영업환경에 놓이게 되는 것을 고려하면 토지보상법에서 규정하고 있는 영업보상금만으로는 헌법상 임차인에 대한 정당한 보상이라고는 보기 어렵다.⁵¹⁾

결국, 공익사업지역에서는 통상적으로 상가임차인에게 존재하는 신규임차인을 통한 권리금 수수의 연속성이라는 순환적 관계가 차단되고, 자신이 지급하였거나 그 당시 거래 시장에 형성되어 있는 권리금을 회수할 기회를 자신의 의사와는 관계없이 상실할 수밖에 없다. 따라서 공익사업 시행지역에 편입된 상가임차인에게만 이와 같은 희생이 가하여지는 것은 개별적이고 이례적인 것으로서 특별한 희생에 해당한다고 보아야 한다. 또한, 재산권 침해의 본질과 강도를 기준으로 보아도 상가임차인의 권리금에 대한 침해는 곧 헌법상의 생존권 침해에 이르게 되므로⁵²⁾, 재산권의 사회적 제약 내지 공공성을 벗어난 ‘특별한 희생’이라고 보지 않을 수 없다.⁵³⁾ 또한, 재산권은 물론 생명·신체·생활이익 등 비재산권적 법익에 대한 보상까지 인정하는 이른바 ‘공적 특별부담 앞의 평등 법리’의 관점에서도 임차인의 권리금 회수기회 박탈로 인한 특별한 희생에 대한 손실보상을 인정함이 타당하다.⁵⁴⁾ 따라서 권리금 회수기회의 박탈은 이른바 ‘특별한 희생’으로서 권리금에 대한 손실보상은 헌법적 정당성이 있으며, 이렇게 해석하는

51) 허강무, “재개발사업 권리금 보상의 공법적 검토”, 토지공법연구 제46집, 한국토지공법학회, 2009, 170쪽.

52) 성중탁, 앞의 논문, 120쪽.

53) 심종진, 앞의 논문, 91쪽.

54) 최승원, 앞의 논문, 99쪽; 전병준, 앞의 논문, 38쪽; 박평준, 앞의 논문, 171쪽.

것이 ‘헌법 제23조의 재산권이 헌법 제34조상의 생활권을 기초로 한 재산권이라고 보는’ 생활보상의 헌법적 근거에 관한 다수설(헌법 제34조와 제23조 통일설)⁵⁵⁾과도 상통하게 된다.

4. 권리금의 재산권성과 손실보상의 정당성

헌법이 보장하는 재산권은 사법상의 재산권보다 포괄적인 개념으로, 현존하는 것이면 민법상의 소유권 · 물권 · 채권 · 임차권, 저작권 · 의장권 · 특허권 등의 무체재산권, 어업권 · 광업권 등의 특별법상 권리 등이 포함된 사법상 · 공법상의 재산적 가치를 가진 모든 권리를 포함한다.⁵⁶⁾ 헌법재판소의 견해도 같다.⁵⁷⁾ 결국, 단순한 기대이익이나 반사적 이익 또는 경제적인 기회나 재화 획득의 기회 등의 구체적인 권리가 아닌 것을 제외⁵⁸⁾ 하고는 경제생활의 기초가 되는 소유권은 물론 재산적 가치가 있는 모든 권리가 헌법 제23조의 재산권에 포함된다고 보아야 한다. 따라서 이제 권리금은 상가건물의 임대차 관계에서 유무형의 재산적 가치에 대한 양도 또는 이용의 금전적 대가로 당사자들 간에 지급되는 것이므로 사적 유용성과 처분권이 있어서 헌법 제23조 제1항에 의해 보호되는 재산권에 해당함을 틀림없다.⁵⁹⁾ 또한, 비록 권리금과 임차권은 별개의 권리이지만 이들 계약은 상호불가분의 관계에 있는 계약으로써⁶⁰⁾, 그동안 상임법상의 임차권은 민

55) 석중현, 신토지공법론 제12판, 박영사, 2019, 164쪽.

56) 석중현, 위의 책, 128쪽; 허강무, “재개발사업 권리금 보상의 공법적 검토”, 166쪽.

57) 헌법재판소 2000. 6. 1. 선고 98헌바34 결정; 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 96헌바55 결정.

58) 헌법재판소 1999. 4. 29. 선고 96헌바55 결정; 헌법재판소 1997. 11. 27. 선고 97헌바10 결정; 헌법재판소 2000. 7. 20. 선고 99헌마452 결정; 헌법재판소 2002. 07. 18. 선고 99헌마57 결정; 헌법재판소 2005. 2. 3. 선고 2003헌마544 · 603 결정; 헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2004헌바57 결정.

59) 이장희, 앞의 연구보고서, 87-91쪽.

60) 김태진, 상가권리금과 상가주택임대차실무 제2판, 255-258쪽; 김태진, 상가창업과 상가중개실무 총론 제2판, 208-209쪽; 김태진, 부동산중개실무와 투자의 정석(Ⅰ),

법상의 임차권에 비해 대항력과 우선변제권 등 제3자에 대한 효력이 상당히 강화(임차권의 물권화)됨으로써 임차권에 부수(부종)하는 권리금계약의 실효성이 높아졌으며, 또한 상임법에 권리금의 법제화로 인하여 명실상부하게 재산권으로 평가되고 있음에도 불구하고,⁶¹⁾ 유독 손실보상에서만 아직도 사각지대에 놓여 있다. 따라서 현행 상가권리금 보상 문제는 권리금에 대한 ‘보상 규정 유무의 문제’가 아니라(권리금의 제도화 문제가 아니라) 보상을 당연한 전제로 한 ‘헌법상 정당보상의 문제’, 다시 말해서 ‘권리금 보상의 현실화 문제’임을 인식할 필요가 있다.⁶²⁾ 비록 ‘회기 만료로’ 무산되기는 하였지만, 제18대·제19대 국회에서 권리금에 관한 토지보상법 개정안이 발의되었던 것도 바로 이와 같은 맥락에서 이해할 수 있다.⁶³⁾ 그러나 회기 만료로 제18대·제19대 국회가 무산된 후에도 권리금 보상 규정이 명시적으로 입법화되지 못한 관계로, 시행규칙 제정권밖에 없는 국토교통부로서는 2014. 10. 22. 토지보상법 시행규칙의 일부개정을 통하여 영업이전 시의 영업이익감소액을 영업손실 보상에 추가하고, 휴업기간을 3개월에서 4개월로 확대하는 등 ‘권리금 보상을 현실화’하기보다는 ‘영업보상의 미비점을 개선·보완’하는 선에서 마무리 짓고 말았음은 주지의 사실이다(토지보상법 시행규칙 제47조 및 동 제58조 참조). 결국 권리금 보상 문제는 미봉책인 상태에서 현재에 이르고 있다.⁶⁴⁾ 한발 더 나아가 오늘날 코로나19와 같은 팬데믹 상황으로 인한 자영업자의 상대적 빈곤 문제와 개발용지 부족으로 인하여 도시개발보다 재개발 중심으로 부동산 개발사업 정책을 급선회할 필요성 등을 고려해 볼 때, 재산권성과 특별희생성을 구

468-472쪽; 대법원 2012. 10. 25. 선고 2012다58593 판결; 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다115120 판결; 대법원 2013. 12. 26. 선고 2013다63257 판결 등 다수.

61) 헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2013헌바19 결정; 이장희, 앞의 연구보고서, 48쪽; 김태진, 상가권리금과 상가주택임대차실무 제2판, 251-263쪽; 김태진, 상가창업과 상가중개실무 총론 제2판, 189-228쪽; 김태진, 부동산중개실무와 투자의 정석(Ⅰ), 451-488쪽.

62) 허강무, “상가권리금 보상의 법제화 방안”, 초록 및 103쪽.

63) 허강무, 위의 논문, 105쪽 이하.

64) 허강무, 위의 논문, 105-111쪽.

비한 상가임차인의 이주대책을 포함한 권리금 보상 문제에 대한 입법적 정당성은 충분하다고 본다.

5. 권리금 산정 방법 등에 관한 입법적 대안

권리금이 헌법상 ‘재산권’으로 인정될 경우, 이에 대한 공용침해에 대해서 헌법적인 ‘정당한 보상’이 이루어져야 함은 말할 나위 없다. 그러나 지난 날 우리 사회가 겪은 용산참사⁶⁵⁾와 궁중족발 사건 등과 같은 비극은 권리금 보상 법제의 불비가 그 원인이었고, 권리금에 관하여 대법원 판례가 이미 ‘관습법’으로서 오래전부터 확고하게 인정해 오고 있었음에도 불구하고, 정부는 권리금에 대한 성문화를 지연하다가 심각한 사회적 비극과 희생을 겪은 후에야 비로소 뒤늦게 상임법에 권리금에 관한 규정을 법제화하였다. 그러나 상임법의 권리금 회수 규정은 공익사업과 무관한 통상적인 것이고, 손실보상이 아니라 손해배상에 관한 규정임은 이미 본 바와 같다. 뿐만 아니라, 현재 상임법에 권리금 규정이 성문화된 지 무려 7년이라는 세월이 흘렀고, 현재 도시개발과 도시정비사업 등이 전국적으로 무수히 진행되고 있음에도 불구하고, 아직도 공익사업의 시행으로 인한 ‘권리금 보상’에 관한 구체적인 규정은 토지보상법은 물론 도시개발법·도시정비법⁶⁶⁾ 등 사업 관련 개별법령 어디에도 존재하지 않는다. 물론 현행법에 임차인의 영업손실에 관한 보상 규정이 있지만(토지보상법 제77조 제1항, 규칙 제45조~제47조 참조), 권리금 보상에 관한 명문 규정은 없다. 문제는 통상적인 경우의 권리금은 상임법을 통해 보호받을 수 있으나, 상임법 제10조 제1항 단서 제7호 나목 ‘소유자가 건물의 노후 등 안전사고의 우려’를 이유로, 같은 호 다목 ‘다른 법령에 따라 철거 또는 재건축’을 이유로

65) 용산사태에 관하여 자세한 것은 김재완, 앞의 논문, 88쪽 이하 참조.

66) 다만 도시정비법 제61조 제5항은 재개발사업 시행으로 이주하는 상가세입자를 위하여 정비구역 또는 정비구역 인근에 ‘임시상가’를 설치할 수 있도록 규정하고 있는 것이 전부이다.

임차인의 계약갱신요구가 거절되거나 해당 상가가 철거되는 경우에는 임차인은 새로운 임차인을 찾기 어려워 권리금을 회수할 수가 없는바(상임법 제10조의4 제1항 단서 참조), 이 부분에 대한 권리금 보상체계가 정비되고 정당한 보상이 이루어지기 위해서는 토지보상법 등에 권리금 보상에 관한 명문 규정이 선행되어야 한다. 명문 규정의 태동을 기대하면서 다음과 같은 입법적 대안을 제시하고자 한다.

권리금 보상 법제의 ‘규정 방식’에 관하여는 사실상의 일반법인 토지보상법 개선을 통하여야 한다는 주장도 있고,⁶⁷⁾ 상가임차인의 절차적 참가권 부여와 대체 매장의 조성 방안을 주장하는 견해도 있다.⁶⁸⁾ 또한, 토지보상법의 불충분한 구조를 이유로 도시정비법으로 접근할 것을 주장하는 견해도 있다.⁶⁹⁾ 구체적으로, 도시정비법 등의 개별법 개정을 통하여 접근하는 것도 생각할 수 있으나, 개별법은 손실보상에 있어서 대부분 토지보상법을 단순히 준용하도록 규정하고 있을 뿐 아니라, 무수히 많은 개발 또는 정비에 관한 개별법을 통하여 규율하게 되면 자칫 개별법마다 서로 다른 규정 내용으로 인하여 구체적 타당성과 형평성에서 문제점이 발생할 수도 있다. 따라서 비록 토지보상법이 공익사업의 모든 분야에서 일반법으로서의 성격을 부여하기에는 무리가 없지는 않으나, 적어도 수용과 보상에 관한 일반적인 절차에 있어서는 사실상 일반법으로서의 역할을 하고 있다고 보여지므로, 토지보상법에서 일괄하여 구체적으로 규정하는 방식이 혼란을 줄일 수 있다고 본다.⁷⁰⁾ 한편 일각에서는 거래처, 신용, 영업상 노하우 등

67) 김은유/임승택/김태원, 앞의 책, 712-713쪽.

68) 이현석, “주택재개발과 상가권리금 보상”, 토지공법연구 제82집, 한국토지공법학회, 2018, 22쪽; 김은유/임승택/김태원, 앞의 책, 712-713쪽 재인용.

69) 허강무, “재개발사업 권리금 보상의 공법적 검토”, 173쪽; 허강무, “공익사업 환경변화에 따른 손실보상제도의 개선과제”, 196-197쪽.

70) 허강무, “재개발사업 권리금 보상의 공법적 검토”, 172쪽 참조. 같은 논문 174쪽에서는 점포 위치에 따른 영업상의 이점인 장소적 이익은 상가세입자가 요구할 수 없는 반사적 이익에 해당됨으로 인정하기가 어렵다고 한다. 그러나 권리금을 ‘기회비용에 대한 대가, 즉 보전적 성격의 보상금’으로 본다면, 이른바 위치권리금 역시 ‘기존임차인이

무형의 재산권이 포함되는 등 상가권리금의 구체적인 평가가 어렵고, 액수가 보증금의 몇 배가 되는 등 막대한 금액을 보상하면 재개발사업의 수익성 저하로 인하여 사업 시행 자체가 어렵게 된다는 논리로 권리금 보상을 반대하는 주장이 있다. 그러나 공공 침해로 인한 재산권의 보상과 사업의 수익성은 서로 다른 별개의 문제, 즉 그 법적 근거, 대상, 평가과정, 법리 등이 서로 다른 관점에서 관망해야 하는 것으로서 위와 같은 우려는 설득력이 없다.

여기서 중개 실무와 감정평가 실무 등 현장의 권리금 산정 방법 등에 관한 실무상의 내용을 입법 참고사항 또는 대안으로 제시하고자 한다.

첫째, 통상 『시설권리금』은 ‘원가방식’을 기준으로 하되, 예외적으로 원가법을 적용하는 것이 곤란하거나 부적절한 경우에는 주변 시세 등 ‘거래 사례비교법’ 등으로 평가한다. 다만 시설권리금은 반드시 ‘감가상각을 적용’하여 산정한다. 즉 소비자의 트렌드 변화와 시설물의 교체 시기 등을 고려하여 기존 점포의 최초 개점일로부터 3년간을 거슬러 올라가면서 감가상각하되, 통상 1년 단위로 10% 정도씩 비용을 상각한다. 동종업종이 아닌 경우는 20% 정도를 삭감할 수도 있다.

둘째, 『영업권리금』은 해당 점포를 통해 매도자가 수익한 ‘약 1년간 영업이익의 합계금액’을 기준으로 수익환원법을 적용하여 산정한다. 영업이 잘되는 곳은 2년간의 수익을 기준으로 평가할 수도 있다.

셋째, 『위치권리금』은 영업권리금에 준하여 산정한다. 한편 권리금은 어느 하나의 권리금만이 아닌 영업권리금과 시설권리금, 시설권리금과 위치권리금, 영업권리금과 위치권리금과 같이 두 가지 또는 세 가지 권리금이 혼합된 경우가 대부분이다. 이 경우에는 원칙적으로 각각의 권리금을 구분하여 산정하는 것이 좋다(개별 평가 원칙).⁷¹⁾ 그 이유는 추후 권리금에

선점하고 있던 좋은 상권 또는 좋은 입지에 대한 위치적 이점을 포기함으로써 신규입차인으로 부터 수령할 수 있는 무형적 재산 또는 권리'라고 볼 수 있다. 따라서 이와 같은 관점에서 볼 경우에는 권리금을 “건물 ‘소유권’에 체화(體化)된 재산가치로서 반사적 이익”이라고 볼 필요는 없어 보인다.

71) 감정평가실무기준도 각 권리금을 개별 평가하는 것을 원칙으로 하고, 개별로 감정평

대한 분쟁 발생 시에 그 부분에 관하여만 조정을 하는 등 분쟁 해결에 도움이 되기 때문이다.⁷²⁾

이상과 같이 위에서 제시한 「권리금 거래 실무」와 「감정평가실무기준」 등을 참작하여 토지보상법 제77조 ‘영업상 손실 등의 보상 규정’에 구체적으로 상가임차인의 이주대책을 포함한 권리금 보상 규정을 추가하면 될 것이다. 한편 위와 같이 평가된 권리금은 우선 사업시행자와 임차인이 협의에 의하여 결정하도록 하고, 협의가 성립되지 않을 경우에는 분쟁조정위원회 등을 통한 조정 또는 토지수용위원회에 재결신청을 하도록 하는 방식이 타당하다. 권리금은 전통적·관례적으로 협상이 우선이기 때문이다. 나아가 권리금 협의와 조정 등에는 임차인이 기존에 지급한 권리금, 주변의 평균적인 권리금 시세, 이주대책, 대체 매장 조성, 개발 후 신축건물에 대한 우선 분양권 또는 우선 입주권 등도 참작하여 적절한 협의와 평가금액이 결정되도록 조항을 신설하면 될 것이다.

V. 결론

일반적으로 사적 자치가 지배하는 민법이나 상임법의 영역과 달리, 성문법적 법치주의가 강하게 지배하는 토지보상법 등의 공법영역에서는 법이 허용하는 경우 우월적·특수적 지위에서의 공권력의 행사가 허용되기도 하지만, 법이 흠결된 경우에는 원칙적으로 공권력의 행사가 허용되지 않는 특성이 있다(이른바 행정법상의 기속재량 문제). 그러나 사법적으로 권리금이 재산권으로서 판례와 관습법 단계를 거쳐 성문화까지 이루어졌

가하는 것이 곤란하거나 적절하지 아니한 경우에는 일괄하여 평가하도록 하고 있다(예, ‘감정평가실무기준’ 4-3-1 참조).

72) 이상 김태건, 상가권리금과 상가주택임대차실무 제2판, 259쪽; 김태건, 상가창업과 상가중개실무 총론 제2판, 212쪽; 김태건, 부동산중개실무와 투자의 정석(Ⅰ), 473쪽 각 참조.

음에도 불구하고, 이러한 공사법(公私法)의 법 적용 원리의 상이(相異)를 이유로 토지보상법이나 도시정비법 등의 개별법에 상가임차인의 이주대책을 포함한 권리금 보상에 관한 직접적인 명문 규정을 두고 있지 않음은 명분과 설득력이 부족하다.

무릇 상가권리금은 임차권과 영업권이 결합하여 소유권과는 다른 ‘재산권’으로서 오래전부터 거래되어 왔으며,⁷³⁾ 대법원 판례는 물론 상임법에 성문화까지 된 이상, 권리금의 재산권성을 부정하는 것은 변화하는 재산권의 개념에 배치된다고 하지 않을 수 없다. 나아가 권리금의 재산권성 및 정당보상과 공평부담의 견지에서 이제 우리 헌법상 권리금 보상에 대한 명시적인 법제 개선은 그 정당성과 당위성이 분명 있어 보인다. 결론적으로 토지보상법 등의 손실보상 관련 공법에 권리금 보상에 관한 규정을 신설 또는 보완하여 권리금 보상을 현실화하는 것은 더 이상 지체할 수 없는 헌법상의 ‘정당보상’에 관한 시대적 소명이라고 생각한다.⁷⁴⁾ 따라서 권리금 보상 법제의 문제점에 대한 향후 과제로써 ‘영업손실 보상금에 대한 현실화 방안’ 또는 ‘이주대책을 포함한 권리금 보상에 대한 법제 개선방안’이 시급하게 고려되어야 한다. 나아가 권리금이 명실상부하게 재산권으로서 보호되도록 하고, 나아가 공익사업에서 그 보상을 제대로 받을 수 있도록 하기 위한 근본적인 해결책은 이에 대한 보상 규정을 대국민 구속력이 없는 행정규칙으로서의 감정평가실무기준(국토부 고시), 이주대책의 수립 및 시행에 관한 예규, 상업용지 등 우선공급에 관한 지침(한국토지주택공사 예규), 서울특별시 철거민 등에 대한 국민주택 특별공급규칙에 의존할 것이 아니라 토지보상법 제77조(영업의 손실 등에 대한 보상)를 전면 개편할 필요가 있다. 그리하여 권리금 회수불능의 경우⁷⁵⁾ 사업시행자와의 협의

73) 하양명, 앞의 재판자료집, 10쪽.

74) 김은유/임승택/김태원, 앞의 책, 712쪽.

75) 특히 실무상으로는 상임법 제10조 제1항 단서 제7호 나목 ‘재개발·재건축을 위한 매매 시’에 권리금 회수불능이 많이 발생하고 있다.

또는 분쟁조정위원회를 통한 분쟁조정이나 토지수용위원회에의 재결신청을 할 수 있도록 하여야 한다. 그렇지 않고 계속하여 현 토지보상법 제77조의 ‘영업보상’의 형태로 현실과 괴리된 명목상의 보상만을 하는 것은 명백하게 헌법 제23조 제3항 ‘정당 보상의 원칙’에 배치된다. 왜냐하면 권리금 보상에 비하여 영업보상은 과다보상이든 과소보상이든 그 등가성(等價性)이 다를 뿐만 아니라⁷⁶⁾ 현실적으로 현행법의 영업보상에는 권리금 보상에 관한 명문 규정이 애초부터 없기 때문이다.⁷⁷⁾

끝으로 자영업자 600만 시대에⁷⁸⁾, 더하여 코로나19 팬데믹으로 인한 자영업자 수난의 시대에, 사법 분야는 물론 공법 분야에까지 권리금을 재산권이 아닌 계약자유 원칙을 이유로, 거래가 음성적으로 또는 은밀하게 이루어지고 있다는 이유로⁷⁹⁾, 은혜적 또는 시혜적이라는 이유로⁸⁰⁾, 더 이상 권리금 보상에 관한 입법적 부작위가 계속되어서는 아니 될 것이다.⁸¹⁾ 따라서 권리금 보상에 관한 토지보상법 등의 개정은 정부와 국회의 향후 피할 수 없는 입법적 과제라고 생각한다. 공익사업에 대한 권리금 보상의 명문화라는 정부와 국회의 시대적 용단(勇斷)을 기대한다.

76) 허강무, “상가권리금 보상의 법제화 방안”, 103쪽 참조.

77) 같은 견해 김은유/임승택/김태원, 앞의 책, 711-713쪽.

78) 김태건, 상가권리금과 상가임대차실무 제2판, 4쪽; 김태건/오세준, 앞의 논문, 324쪽.

79) 정수경, 앞의 논문, 123쪽.

80) 서울지방법원 북부지원 1985. 9. 26. 선고 85가단787 판결; 서울고등법원 1974. 3. 8. 선고 72나2048 판결; 대법원 2000. 4. 11. 선고 2000다4517 판결 등.

81) 권오승, 앞의 논문, 112-113쪽; 김인유, 앞의 논문, 86쪽; 김민주, 앞의 논문, 356쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 2010.
- 김은유/임승택/김태원, 실무 토지수용보상, 도서출판 파워에셋, 2019.
- 김태진, 상가권리금과 상가주택임대차실무 제2판, 부연사, 2019.
- _____, 상가창업과 상가중개실무 총론 제2판, 부연사, 2019.
- _____, 상가창업과 상가중개실무 각론 제2판, 부연사, 2019.
- _____, 부동산중개실무와 투자의 정석(I), 부연사, 2020.
- _____, 부동산경매실무 제2판, 부연사, 2021.
- 석종현, 신토지공법론 제12판, 박영사, 2019.
- 정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2021.
- 지원림, 민법강의 제18판, 홍문사, 2021.
- 허영, 한국헌법론, 박영사, 2022.

2. 학술지

- 권오승, “상가건물의 권리금에 관한 연구”, 비교사법 제17권 제4호, 한국 비교사법학회, 2010, 111-140쪽.
- 김남근, “권리금회수 기회보호 거절에 대한 정당성 판단기준”, 인권과정의 제455호, 대한변호사협회, 2016, 123-145쪽.
- 김만웅, “권리금 통제를 위한 상가임대차보호법의 개선방안”, 토지법학 제20권, 한국토지법학회, 2004, 93-114쪽.
- 김민주, “상가권리금 법제화 및 공법상 영업손실보상에 관한 검토”, 아주법학 제8권 제4호, 아주대학교 법학연구소, 2015, 345-382쪽.
- 김서기, “재산권 개념의 변화-맥퍼슨의 이해를 중심으로”, 법조 제61권

제6호, 법조협회, 2012, 189-224쪽.

김수영/노은영/배상규/최민준, “권리금 법리의 재구성: 정비사업 과정에서의 권리금보장 가능성을 모색하며”, 공익과인권 제8권, 서울대학교 공익인권법센터, 2010, 105-162.

김인유, “상가건물 재개발·재건축과 권리금의 보호”, 토지법학 제35권 제2호, 한국토지법학회, 2019, 65-90쪽.

김재완, “재개발사업에서 상가임차인에 대한 권리금을 포함한 영업손실 보상”, 민주법학 제46호, 민주주의법학연구회, 2011, 87-120쪽.

김종보, “재개발사업의 철거와 세입자보상”, 행정법연구 제23호, 행정법 이론실무학회, 2009, 109-135쪽.

_____, “공익사업에서 점유이전과 생활 보상”, 서울대학교 법학 제62권 제2호, 서울대학교 법학연구소, 2021, 85-112쪽.

김판기, “상가건물임대차에 있어 권리금에 대한 비판적 고찰”, 부동산법학 제22권 제1호, 한국부동산법학회, 2018, 29-49쪽.

김태건/오세준, “권리금 회수기회보호 규정의 개선방안”, 부동산분석 제7권 제3호, 한국부동산원, 2021, 299-328쪽.

박평준, “공공용지 취득 시의 이주대상”, 토지공법연구 제8집, 한국토지공법학회, 1999, 167-189쪽.

배병일, “상가건물 임대차의 권리금”, 민사법학 제26권, 한국민사법학회, 2004, 143-169쪽.

성중탁, “재개발·재건축사업 과정에서의 세입자 보상실무 개선방안”, 법학논집 제18권 제3호, 이화여자대학교 법학연구소, 2014, 113-147쪽.

이경준, “상가권리금 법제화의 문제점과 개선방향에 관한 실무상의 쟁점”, 법이론실무연구 제7권 제1호, 한국법이론실무학회, 2019, 393-416쪽.

이현석, “주택재개발과 상가권리금 보상”, 토지공법연구 제82집, 한국토

지공법학회, 2018, 21-40쪽.

전병준, “주택재개발·재건축에 있어서 세입자의 생활 보상에 관한 연구”, 법학논총 제24권 제1호, 국민대학교 법학연구소, 2011, 19-61쪽.

최승원, “생활보상의 관념”, 부동산법학 제5권 제5호, 한국부동산법학회, 1999, 85-110쪽.

하양명, “임차권의 승계에 따른 권리금의 지급실태: 상가의실태조사를 중심으로”, 재판자료 제7집, 법원행정처, 1980, 7-33쪽.

하창효, “토지수용시 정당한 보상으로서 권리금”, 감정평가학논집 제12권 제2호, 한국감정평가학회, 2013, 83-97쪽.

허강무, “재개발사업 권리금 보상의 공법적 검토”, 토지공법연구 제46집, 한국토지공법학회, 2009, 159-176쪽.

_____, “영업손실보상에 관한 연구”, 토지보상법연구 제10집, 한국토지보상법연구회, 2010, 1-24쪽.

_____, “공익사업 생활대책의 의미와 정당보상원리”, 행정판례연구 제17권 제2호, 한국행정판례연구회, 2012, 189-222쪽.

_____, “한미FTA시대의 토지보상법제 쟁점과 과제”, 토지공법연구 제58집, 한국토지공법학회, 2012, 21-42쪽.

_____, “공익사업 환경변화에 따른 손실보상제도의 개선과제”, 토지공법연구 제73집 제2호, 한국토지공법학회, 2016, 185-205쪽.

_____, “상가권리금 보상의 법제화 방안”, 토지공법연구 제77집, 한국토지공법학회, 2017, 95-114쪽.

3. 학위논문

심종진, “상가세입자 보호를 위한 손실보상의 입법 개선방안 연구”, 단국대학교 대학원 박사학위논문, 2014.

정수경, “상가건물임대차보호법의 문제점과 개선방안에 관한 연구”, 부산대학교 대학원 박사학위논문, 2009.

4. 기타자료

국토교통부, 국토의 계획 및 이용에 관한 연차보고서, 2021.

_____, 감정평가실무기준, 2019. (국토교통부고시 제2019-594호, 2019. 10. 23. 시행)

이장희, 재산권의 개념과 변화, 헌법재판소 헌법재판연구원, 2016.

[Abstract]

Problems and Legislative Tasks of the Commercial Rights Money Compensation Legislation

Kim, Taegeon*

Oh, Saejoon**

The commercial rights money has been circulating among merchants for a long time and has been enacted in Supreme Court precedents and Commercial Building Lease Protection Act. These has been mainly dealt with in the judicial field. It is also an important and sensitive issue in this regard. However, in the Land Compensation Act on Loss Compensation, there are only a few provisions regarding compensation for business closure and compensation for business suspension centered on the owners of residential buildings, but the land is completely barren with respect to the rights money of the lessee. Although Article 23 (3) of the Constitution stipulates that fair compensation should be provided for infringement of property rights due to public necessity by law, there are no provisions regarding the amount of money in the current laws related to loss compensation. Therefore, the issue of the property rights of the right money and whether the right money is a living compensation and the legislative task for it is a problem. On the other hand, compensation for living is the key to guaranteeing property rights under the Constitution through public service projects. Today, livelihood compensation is on the rise. In this regard, the commercial tenant's Commercial rights money and

* Lead Author: Doctor's Course, Department of Real Estate, Pyeongtaek University

** Co-Author: Professor, Department of Global Urban & Real Estate, Pyeongtaek University

business property are privately useful and disposable, have been approved by the Commercial Practice Act and Supreme Court precedent, and are subject to taxation under the Commercial Building Lease Protection Act and the Income Tax Act. There is no doubt that it is ‘property’ that is the subject of compensation. In particular, commercial tenants who are transferred to the public service implementation district have no choice but to lose the opportunity to recover the Commercial rights money paid by themselves or formed in the trading market at the time regardless of their intentions. It is a “special sacrifice” that such sacrifices are made only to commercial tenants who have been transferred into public service implementation districts. Therefore, the amendment of the Land Compensation Act, etc. related to the compensation of Commercial rights money cannot be delayed any longer, and it is an unavoidable legislative task for the government and the National Assembly in the future.

[Key Words] Public utilities, compensation for living, special sacrifices, justifiable compensation, measures to movetchlingenants of shopping malls, compensation for Commercial rights money