

상가건물임대차보호법 제10조의5의 문제점과 개정방향*

A Study on the Problems and Revision Directions of Article 10-5 of the Commercial Building Lease Protection Act

모 승 규**

Mo, Seung-Kyu

목 차

- | | |
|----------------------------|------------------------|
| I. 문제의 제기 | III. 상가임대차법의 적용에 대한 검토 |
| II. 수수료 매장형 계약의 특징 및 법적 성격 | IV. 문제점 해결 및 개정방향 |

‘상가건물 임대차보호법’(이하 상가임대차법이라 함)은 2015년 5월 개정되어 시행되면서 우리 법제에서 오랜 기간 법의 사각지대에 놓여있던 권리금을 법적 보호대상으로 포함시킨 바 있다. 다만 개정된 상가임대차법 제10조의5는 임대차 목적물인 상가건물이 유통산업발전법 제2조에 따른 대규모점포 또는 준대규모점포의 일부인 경우에는 권리금 회수기회 보호의 예외를 두고 있어 임대차 목적물이 대규모점포의 일부인 경우 전통시장을 포함한 다수의 임차상인들이 권리금을 제대로 보호받기 힘든 문제점이 발생하고 있다. 제10조의5 제1호는 유통산업발전법의 개념을 차용하여 면적을 기준으로 권리금의 보호대상을 적용 제외시키고 있는데 이러한 점은 당초의 개정 의도와 달리 많은 부작용을 내포하는 데에 근본적인 문제점이 있어 향후의 개정작업이 반드시 필요할 것으로 생각된다.

이 글에서는 ① 대규모점포에서 이루어지는 수수료매장형 계약(특약매입, 임대차)에

투고일 : 2016. 12. 30. / 심사완료일 : 2017. 1. 16. / 게재확정일 : 2017. 2. 7.

* 이 논문은 저자가 개인적으로 작성하여 투고하는 것으로 법무부의 입장과는 하등의 관련이 없습니다. 논문심사에서 유용한 코멘트를 해 주신 심사위원분들께 감사의 말씀을 올립니다.

** 법무자문위원회 연구위원 / 고려대학교 박사수료

Legal Specialist, Legal Advisory Committee / Ph. D. Completion, Korea University

상가임대차법을 적용시킬 수 있는지, ② 대규모점포의 장소적 이점 및 지명도를 이유로 임차인의 투하자본 회수기회를 보호 배제시키는 것이 타당한지, ③ 대규모점포의 전체적인 사용목적이라는 법익은 상가임대차법에서 어떻게 고려해야 할 요소인지에 대해서 고찰하기로 한다.

각 논점에 대한 연구를 통해 현행 제10조의5의 개정방향을 제시하고 백화점 등에서 이루어지는 수수료 매장형 계약에 상가임대차법이 적용될지, 적용하더라도 어떠한 점을 고려하여 해석해야 할 것인지 파악한다면 우리나라 상가임대차보호법의 제도 운용 및 향후의 개정작업에 시사하는 바가 있을 것으로 기대한다.

[주제어] 상가건물 임대차보호법, 대규모점포, 수수료 매장형 계약, 권리금 회수기회 보호, 정당한 사유

I. 문제의 제기

‘상가건물 임대차보호법’(이하 상가임대차법이라 함)은 2015년 5월 개정되어 시행되면서 투하자본 회수 규정(법 제10조의4)을 신설하였으나 제10조의5는 임대차 목적물인 상가건물이 유통산업발전법 제2조¹⁾에 따른 대규모점포 또는 준대규모점포의 일부인 경우에는 권리금 회수기회 보호의 예외를 두고 있다.

제10조의5의 신설 당시 국회의 입법 자료²⁾에 의하면, 이 규정은 ① 백화점 등에서는 매장의 배치가 유기적으로 결정되고, ② 수수료 매장형 임대차 계약에는 상가임대차법이 적용되는 것인지 의문이 제기되었으며, ③ 백화점에는 권리금을 수수하는 관행이 없다는 것을 주요 이유로 하여 대기업이 운영하는 백화점 등을 보호의 범위에서 제외하려는 취지였음을 알 수 있다. 그러나 위와 같은 법 개정 당시 대규모점포에서 권리금과 관련한 문제점 내지 관행 등은 구체적으로 조사된 바 없는 상황이었는데 이를 이유로 법 개정을 만연히 연기는 것이 적절하지 아니하여 일단 권리금의 적용범위를 제한

1) ‘유통산업발전법’ 제2조의 “대규모점포”란 ① 하나 또는 대통령령으로 정하는 둘 이상의 연결되어 있는 건물 안에 하나 또는 여러 개로 나누어 설치되는 매장, ② 상시 운영되는 매장, ③ 매장면적의 합계가 3천제곱미터 이상의 요건을 모두 갖춘 매장을 보유한 점포의 집단을 의미하며, “준대규모점포”란 ① 대규모점포를 경영하는 회사 또는 그 계열회사(‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’에 따른 계열회사를 말한다)가 직영하는 점포, ② ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’에 따른 상호출자제한기업집단의 계열회사가 직영하는 점포, ③ 가목 및 나목의 회사 또는 계열회사가 제6호 가목에 따른 직영점형 체인사업 및 같은 호 나목에 따른 프랜차이즈형 체인사업의 형태로 운영하는 점포의 어느 하나에 해당하는 점포로서 대통령령으로 정하는 것을 의미한다.

2) 제19대 임시국회 제332회 제1차 법안심사제1소위원회 국회회의록 제52쪽.

없이 인정할 것이 아니라 일단 문제의 소지가 있는 위 영역은 적용범위에서 제외할 채 개정하고 차후 구체적인 조사 등을 토대로 후속적인 법 개정을 하기로 한 것으로 이해된다.³⁾

이러한 이유로 신설된 상가임대차법 제10조의5는 첫째, 대표적으로 보호를 받아야 할 상가임대차에 해당하는 ‘전통시장’이 ‘그 밖의 대규모점포⁴⁾’에 해당하여 전통시장의 영세상인들이 권리금 보호를 받지 못한다는 비판이 있었으며, 둘째, 백화점 등에서 이루어지는 임대차 계약에 투자자본을 회수 제외해야 하는 이유가 있는지에 대해서도 의문을 제기하는 것이 가능하였다.

이에 따라 제10조의5를 개정해야 할 필요성에 대해서는 공감대가 형성되어 있는 것으로 보이는데 구체적으로 어떤 범위까지 제한하여 어떠한 방식으로 할 것인지에 관하여는 국회의원, 지방자치단체, 시민단체 등을 중심으로 다양한 방안이 제시되고 있으며,⁵⁾ 그 중 2016년 5월 백재현 의원 및 2016년 7월 박상도 의원이 대표 발의한 ‘상가임대차법 일부개정법률안’의 주요 내용을 살펴보면 전통시장을 대규모점포 또는 준대규모점포에서 제외시켜 전통시장에서의 권리금을 보호하자는 내용을 담고 있다.⁶⁾ 이 개정안의

3) 제19대 임시국회 제332회 제3차 법안심사 제1소위원회 국회회의록 제9쪽 참조.

4) 유통산업발전법 제2조 제3호 및 별표 1

5) 개정 필요성에 대하여는 김승중, “상가권리금 법제화에 대한 검토와 향후 과제”, 부동산연구 제25집 제2호, 한국부동산연구원, 2015; 조장우, “권리금보호규정의 입법론적 개선방안에 관한 연구”, 법학연구 제24권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2016; 이근영/김상진, “개정상가건물임대차보호법상 권리금 규정의 해석론과 문제점의 개선방안에 대한 소고”, 법학연구 제24권 제4호, 경상대학교 법학연구소, 2016. 및 다수의 기사에서 언급되고 있으나 구체적인 개정안에 대한 제시를 못하고 있으며, 김영두/이지영, “대규모점포와 권리금 회수 기회보호”, 집합건물법학 제19권, 한국집합건물법학회, 2016.에서는 개정안을 제시하고 있으나 유통산업발전법의 개념을 그대로 차용하는 문제점을 가지고 있다.

6) 양 개정안의 태도는 다음과 같다.

현행	제10조의5와 관련한 양 개정안의 태도
제10조의5(권리금 적용 제외) 제10조의4는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상가건물 임대차의 경우에는 적용하지 아니한다. 1. 임대차 목적물이 상가건물이 유통산업발전법 제2조에 따른 대규모점포 또는 준대규모점포의 일부인 경우 2. (생략)	제10조의5(권리금 적용 제외) ----- ----- 1. -----경우(단, 전통시장 및 상점이 육성을 위한 특별법 제2조 제1호에 의한 전통시장은 제외한다) 2. (현행과 같음)

* 국회의안정보시스템(likms.assembly.go.kr/bill)을 통하여 확인한 2016년 5월 30일 백재현 의원 등 12인이 제안한 의안(의안번호: 200047) 및 2016년 6월 27일 박상도 의원 등 21인이 제안한 의안(의안번호: 2000488)의 개정취지요약(방문일자: 2016년 12월 25일)

태도는 대규모점포의 권리금 자체에 대한 논의라기보다는 대규모점포 중 전통시장만을 제외시켜 대규모점포인 전통시장을 특별히 보호하고자 하는 논의라 볼 수 있는데, 현행 법에서는 3천 제곱미터 이상의 대규모 전통시장은 권리금 보호가 제외되지만 그 이하의 면적에서 임대차 계약을 한 전통시장 상인들은 권리금을 보호받게 되므로 전통시장 간의 형평성 문제를 해소하기 위한 의도로 제안된 것이라 볼 수 있다. 하지만 현행 조항은 면적을 주요 요건으로 하는 유통산업발전법의 규정체계를 그대로 차용함으로써 문제점이 생긴 것인데 여기에서 전통시장만을 다시 보호한다고 하더라도 권리금의 보호가 필요한 매장과 그렇지 않은 매장 사이의 권리균형을 맞출 수 없고, 개정안은 백화점 등에서의 권리금은 보호할 필요가 없다는 것을 전제로 하고 있는 것인데 이에 대한 논의가 선행적으로 이루어져야 할 필요가 있다.

따라서 향후의 개정작업에는 ① 대규모점포에서 이루어지는 수수료 매장형 계약(특약매입, 임대차)에 상가임대차법을 적용시킬 수 있는지, ② 대규모점포의 장소적 이점 및 지명도를 이유로 임차인의 투하자본 회수기회를 보호 배제시키는 것이 타당한지, ③ 대규모점포의 전체적인 사용목적이라는 법익을 상가임대차법에서 고려해야 할 것인지에 대하여 고찰이 필요하고, 이에 따라 대규모점포 등에서의 임대인의 건물관리와 임차인의 권리금 보호라는 양 법익을 충족시킬 수 있는 개정안이 마련되어야 할 필요성이 있다.

II. 수수료 매장형 계약의 특징 및 법적 성격

1. 대규모점포에서의 계약의 유형

국내 백화점 등의 대규모점포의 상품거래형태는 크게 직매입, 특약매입, 임대차거래로 나눌 수 있다. 이하 각 계약의 유형에 대하여 살펴보고 수수료 매장형 계약에 대해 세부적으로 검토해보기로 한다.

<표 II-1> 대형유통업체의 거래형태⁷⁾

구 분	내 용
직매입거래	○ 대형유통업체가 납품업체로부터 직접 상품을 매입하여 일정한 마진을 붙여 판매하는 거래형태임.(반품 불가)-대형마트 주거래 형태
특약매입거래	○ 대형유통업체가 반품 조건부로 납품업체로부터 상품을 외상 매입하여 판매하고 상품판매대금의 일정률을 판매수수료로 받는 거래형태임.-백화점의 주거래 형태
임대차 ⁸⁾	○ 임대(갑)은 대형유통업체가 입점업체에게 매장의 일부를 임대해주고 일정액을 임차료로 지급받는 거래형태임.(입점업체가 매출관리) ○ 임대(을)은 대형유통업체가 입점업체에게 매장의 일부를 임대해주고 상품판매대금의 일정률을 임차료로 지급받는 거래형태임.(유통업체가 매출관리)

1.1 직매입

‘직매입’이란 대규모유통업자가 매입한 상품 중 판매되지 아니한 상품에 대한 판매책임을 부담하고 납품업자로부터 상품을 매입하는 형태의 거래를 의미하며,⁹⁾ 백화점 등에서 직접 상품의 재고를 안고 매입하는 등의 특징을 가진다. 대개 직매입은 백화점에서 정책적으로 운영하는 상품군을 소비자에게 판매할 경우에 이루어지며 이 경우 매출액은 백화점 매출로 산정되고 판매사원 역시 백화점 직영사원위주로 구성된다.¹⁰⁾

직매입거래형태는 백화점과 고객 사이의 통상의 매매와 동일하고 백화점과 납품업체 사이의 계약도 그 성격에 따라 매매계약¹¹⁾ 등으로 볼 수 있을 것이다. 직매입거래의 사법(私法)적 권리관계는 기본적으로 당사자 사이의 계약의 내용에 의하되 계약에서 정하지 않은 사항에 대해서는 민법 또는 상법상의 매매에 관한 규정이 적용될 것이고 직매입거래는 백화점 측이 상품을 직접 업체로부터 구매하여 판매하기 때문에 납품업체가 매장을 사용하여 고객과 판매를 하지 않는 이상 임대차로서의 성격은 존재하지 아니할 것으로 생각된다.

7) 공정거래위원회, 보도자료, 2014.3.12. 7쪽에서 발췌하여 수정

8) 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 제2조(정의)에 의하면 “점포임차인”은 “대규모소매업자의 매장의 일부를 대규모소매업자로부터 임차하여 일반소비자가 일상적으로 사용하는 상품의 판매에 사용하고 그 판매액의 일정율 또는 일정액을 수수료의 명목으로 대규모소매업자에게 임차료로 지급하는 형태의 점포임대차거래를 하는 자”를 말하며, 실무에서는 고정액을 지불하는 임대차를 ‘임대갑’, 판매액의 일정률을 지불하는 임대차를 ‘임대을’이라고 부르기도 한다.

9) 대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률 제2조 제4호

10) 오세조, “백화점 거래선진화 모델 개발 보고서”, 지식경제부/연세대학교, 2009, 21쪽.

11) 단, 모든 경우의 거래가 매매의 형태를 띠는 것은 아닐 것이며, 경우에 따라 pb상품과 같은 물품의 제조계약은 ‘제조위탁계약’으로 볼 수도 있을 것이다. 하도급거래 공정화에 관한 법률 제2조 제6호에 의하면 ‘제조위탁’이란 “물품의 제조를 다른 사업자에게 위탁하는 것”이라 한다.

1.2 특약매입

‘특약매입’이란 대규모유통업자가 매입한 상품 중 판매되지 아니한 상품을 반품할 수 있는 조건으로 납품업자로부터 상품을 외상 매입하고 상품판매 후 일정률이나 일정액의 판매수익을 공제한 상품판매대금을 납품업자에게 지급하는 형태의 거래¹²⁾를 말한다. 특약매입 형태의 매장은 납품업자로부터 상품을 외상매입하여 판매하고 재고품은 반품하는 거래 형태를 말하는데, 특약매입은 재고부담을 백화점이 갖지 않고 거래 상대방(협력업체)에 맡기는 형태의 조건부 매입으로 주로 브랜드 지명도에 의하여 상품선호가 좌우되는 상품(의류, 잡화 등)이나 제품의 특성으로 보아 재고비용의 위험을 백화점에서 부담하기 어려운 품목의 판매에 이루어진다. 특약매입은 백화점과 소비자가 직접 계약하는 형태¹³⁾로 볼 수 있다는 점에서 직매입거래와 유사하나 납품업자가 매장을 사용하여 판매한다는 측면에서는 임대차와 유사하다. 백화점 측은 수수료를 제외한 판매대금을 납품업자에게 지급하게 되는데 백화점과 납품업체 사이에 특정매입거래를 하는 경우에는 ① 마진/수수료율, ② 대금지급조건 ③ 판매사원 파견계약, ④ 매장의 위치·면적 등을 협의하게 된다.

1.3 임대차

마지막으로 ‘임대차’란 대규모유통업자로부터 매장의 일부를 임차하여 소비자가 사용하는 상품의 판매에 사용하고 그 대가를 대규모유통업자에게 지급하는 형태의 거래를 말하며,¹⁴⁾ 점포 임차인이 백화점의 매장 일부를 임차하여 상품 등의 판매에 사용하고 그 판매액의 일부를 차임으로 지급하는 형태의 계약이다. 이는 세금계산서 발행부터 매출, 재고관리 등을 전적으로 임차인 자신의 명의로 계산으로 하게 된다. 임대차는 판매액의 일정액 또는 일정률을 수수료 명목으로 차임을 지급하는데 이 중 판매액의 일정률을 지급하는 임대차의 경우에는 특약매입거래와 유사한 측면을 보이기도 한다. 매출액의 일정률을 차임으로 지급하는 임대차는 백화점측이 직접 운영하기는 곤란하지만 전체 매장에 영향력이 있는 상품들로 매출관리가 필요하다고 느껴지는 상품군(음반,

12) 대규모유통업법 제2조 제5호

13) 매출에 대한 세금계산서는 유통업체(백화점 등) 명의로 발부되나 임대차 매장에서 세금계산서는 점포임차인 명의로 발부됨에 차이가 있다.

14) 대규모유통업법 제2조 제3호

악기, 식료 등)의 판매에 이루어진다.¹⁵⁾

1.4 검토

수수료를 지급하고 매장을 사용하는 계약은 위 계약의 형태 중 일반적으로 특약매입과 임대차의 형태로 이루어지는데 양 계약은 세금계산서가 누구의 명의로 발부되는지에 대한 차이가 있을 뿐 납품업체가 매장을 사용하여 고객과 판매를 한다는 점에 있어서는 유사한 측면이 있다.

이에 대한 판례¹⁶⁾를 보면, 백화점 내 매장에 관하여 특정매입 거래계약¹⁷⁾을 체결한 갑이 그 매장에 관한 영업권을 을에게 매도한 후 경영을 위탁받아 5년간 수익금을 정산하기로 하는 위탁영업 가맹계약 등을 체결하면서 2년 이상 영업을 보장한다는 약정 하에 을에게서 영업권리금을 지급받았으나 백화점과의 계약이 갱신되지 않아 을에게 당초 보장된 기간 동안의 재산적 가치를 이용하게 해주지 못한 사안에서, 갑은 을에게 영업권리금 중 일부를 반환할 의무가 있다고 한 원심의 판단을 정당하다고 하여, 영업용 건물의 임대차에 수반하여 지급되는 권리금의 법적 성질 및 일정 기간 이상 임대차를 존속시키기로 하는 임차권 보장 약정에 따라 권리금을 지급하였으나 임대인의 사정으로 임대차 계약이 중도 해지되어 그 보장 기간 동안의 이용이 불가능하게 된 경우, 임대인이 반환하여야 할 권리금의 범위는 잔존기간에 대응하는 부분이라고 판시한 바 있어 백화점 내 특정매입 거래계약의 형태를 체결하였더라도 매장의 영업권과 관련하여서는 임대차적 요소를 인정하고 권리금을 인정한 바 있다. 한편, 일본에서도 부동산의 장기불황으로 인하여 다양한 유형의 비전형적인 임대차 계약이 등장하고 있는데 백화점 건물 이용 계약이 임대차 계약의 성질을 가지고 있다고 하면서도 임대인과 임차인이 백화점의 공동사업적인 측면이 있어 이러한 측면이 임대차 계약이라는 성질과 병립할 수 없는 것은 아니라고 하여 임대료증감청구가 가능하다고 한 판례¹⁸⁾가 있음을 비추어 볼 때, 매장의 일부를 사용하여 수익하게 할 것을 약정하고 수수료를 차임의 형태로 지급할

15) 오세조, 앞의 보고서, 20쪽.

16) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다85164 판결

17) 종전 ‘대규모소매업에 있어서의 특정불공정거래행위의 유형 및 기준 지정고시’의 ‘특정매입거래’는 대규모유통업법상 특약매입거래 ‘에 대응하는 개념으로 볼 수 있다.

18) 横浜地方裁判所 平成 19年 3月 30日 참고. 반면 완전 매출비율차임제를 병용형 차임제로 변경하는 청구는 특별한 사정이 없는 한 받아들일 수 없다고 한 사례로는 広島地方裁判所 平成 19年 7月 30日.

것을 약정하는 계약(특약매매, 임대차)은 임대차로서의 성격을 가질 수 있는 것으로 이해된다.

2. 법적 성격 및 민법·상가임대차법의 적용

2.1 법적 성격 및 민법상 임대차 규정의 적용

백화점의 일부를 사용·수익케 하고 그 대가로 일정금액을 지불한다는 본질적인 면을 감안한다면 특약매입과 매출액의 일정률을 차임으로 지급하는 임대차 계약에도 임대차로서의 법적 성격을 인정하지 않을 이유는 없다. 다만 백화점 측과 공동으로 경영을 하고 이익을 공유한다는 측면을 강조할 경우에는 조합계약¹⁹⁾으로서, 물품의 판매를 위탁하였다고 볼 경우에는 위임계약²⁰⁾의 측면이 있다고 주장할 수 있으며 이는 일종의 혼합계약(混合契約)²¹⁾으로도 볼 여지가 있다.

혼합계약이 체결된 구체적인 계약에 대해서 적용될 법률규정을 결정하기 위해서는 먼저 그 계약이 어떤 유형에 속하는 것인지를 결정²²⁾하여야 하는데, 이에 대한 법적 취급에 관하여 ① 법적으로 규율된 개별계약을 구성요건 요소로 분해하여, 그 구성요소에 적절한 법률효과를 부여하려는 결합설(結合說), ② 전형계약과 다른 구성요소와 급부 의무가 계약속에 포함되어 있는 경우 법적으로 규율된 개별계약의 규정에 따라 이들 구성요소들을 지배적 계약유형에 흡수하여 전형계약에 포섭하고자 하는 흡수설(吸收說)이 있고, 그 밖에 유추적용설(類推適用說)과 창조설(創造說)등의 견해가 있다.²³⁾ 한편, 판례는 혼합계약의 하나인 제작물공급계약에 대하여 “당사자의 일방이 상대방의 주문에 따라 자기 소유의 재료를 사용하여 만든 물건을 공급할 것을 약정하고 이에 대하여

19) 민법상 조합계약은 2인 이상이 상호 출자하여 공동으로 사업을 경영할 것을 약정하는 계약으로서(민법 제703조), 특정한 사업을 공동경영하는 약정에 한하여 이를 조합계약이라 할 수 있으므로(대법원 2004. 4. 9. 선고 2003다60778판결) 납품업체와 백화점 측이 사업을 공동으로 경영하는 약정을 하고 이익을 공유하는 경우에는 조합계약적인 성격도 인정될 수 있을 것이다.

20) 당사자 일방이 상대방에 대하여 사무의 처리를 위탁하는 것을 약정하는 계약이다(민법 제680조).

21) 혼합계약의 개념은 다양하게 정의되고 있는데 “적어도 두 개 이상의 전형계약상의 구성요소가 하나의 완전한 계약내용으로 규합된 통일적 계약”으로 정의내릴 수 있다. 정진명, “혼합계약의 해석”, 민사법학 제16호, 한국민사법학회, 1998, 443쪽 및 각주의 논문 참조.

22) 김형배, “전형계약규정의 의의와 비전형계약의 해석”, 판례월보 제298호, 판례월보사, 1995, 66쪽.

23) 각 학설에 대한 자세한 내용에 대해서는 정진명, 앞의 논문 447쪽 이하 참조.

상대방이 대가를 지급하기로 약정하는 이른바 제작물공급계약은, 그 제작의 측면에서는 도급의 성질이 있고 공급의 측면에서는 매매의 성질이 있어 이러한 계약은 대체로 매매와 도급의 성질을 함께 가지고 있는 것으로서, 그 적용 법률은 계약에 의하여 제작 공급하여야 할 물건이 대체물인 경우에는 매매로 보아서 매매에 관한 규정이 적용된다고 할 것이나, 물건이 특정의 주문자의 수요를 만족시키기 위한 부대체물인 경우에는 당해 물건의 공급과 함께 그 제작이 계약의 주목적이 되어 도급의 성질을 띠는 것이다.”²⁴⁾라고 하여 당해 계약의 중심적 요소에 따라 적용법규가 결정된다는 입장을 취한 바 있다.

매출액의 일정률을 차임으로 지급하는 계약(특약매입, 임대차)을 임대차 계약적 성격과 조합계약적 성격을 지닌 비전형적 혼합계약이라고 볼 때 계약의 성질 중 임대차적인 요소가 강한 계약의 경우에는 민법상 임대차 규정이 적용될 수 있을 것으로 본다. 한편 특정매입 거래계약에 있어서도 권리금 명목의 금원 배상을 인정한 대법원 판례²⁵⁾의 태도를 보면 납품업체가 매장을 사용하여 고객과 판매를 하는 계약의 형태라면 그 계약의 명칭 여하에 불구하고 임대차적인 요소를 인정할 수 있고 이러한 계약에 당연히 상가임대차법도 적용될 수 있어야 한다고 본다.

2.2 상가임대차법의 적용여부(환산보증금과 관련하여)

상가임대차법의 목적과 제2조 제1항 본문, 제3조 제1항에 비추어 보면, 상가건물 임대차보호법이 적용되는 상가건물 임대차는 사업자등록대상이 되는 건물로서 임대차 목적물인 건물을 영리를 목적으로 하는 영업용으로 사용하는 임대차를 가리키므로 영리를 목적으로 사용한다고 실질적으로 판단되는 건물에서의 영업이 ‘사업자등록의 대상’이 되면 상가임대차보호법을 적용할 수 있어 백화점 등의 대규모점포에서의 임대차 계약도 상가임대차보호법이 적용될 수 있음은 당연할 것이다.

다만, 대규모점포의 계약의 특징이라고 볼 수 있는 수수료 매장형 계약에 상가임대차법이 적용되려면 환산보증금을 산정해야 하는 문제가 해결되어야 한다. 환산보증금이란, 상가임대차법에서 월차임에 대통령령에서 정한 비율을 곱하여 환산한 액을 보증금에 포함한 금액을 의미하며 구체적으로는 보증금 + (월차임 × 100)으로 계산되는데,²⁶⁾ 수수료

24) 대법원 1996. 6. 28. 선고 94다42976 판결.

25) 대법원 2011. 1. 27. 선고 2010다85164 판결.

로 매장형 임대차 계약에서는 월차임이 일정액으로 정하여지지 않아 위와 같은 계산방법으로 환산보증금을 산정하기 어렵다는 문제점이 있다. 이를 계산하기 위해서는 두 가지 방법이 가능할 것인데 하나는 수수료를 차임과 유사한 것으로 보아 보증금에 합산하는 방식이 있으며, 다른 하나는 수수료는 차임과 다르므로 보증금에서 배제하는 방식을 생각해볼 수 있다.

이에 대한 대법원 판결례는 찾아볼 수 없으나 하급심 판결에서는 이 두 가지 방법 모두를 찾아볼 수 있다. 인천지방법원 부천지원 2011. 6. 23. 선고 2010가단44004 판결에서 임대인은 아울렛 매장을 제공하고 임차인은 임대인에게 보증금 1,500만 원과 매월 수수료로 월 물품판매대금의 16%를 지급하기로 하며 계약기간은 2008년 12월 1일부터 2010년 11월 30일까지로 하는 수수료 매장 계약을 체결하였다. 여기에서 판례는 보증금과 월 수수료(매월 물품판매대금의 16%)를 지급하기로 하는 것을 일반적인 임대차에서의 월차임과 실질적으로 동일한 성질을 갖는다고 판단하여 이 계약을 상가임대차 계약으로 보았으며, 임차인이 임대인에게 제공한 월 수수료는 실질적으로 월차임으로 볼 수 있어 이 사건 매장의 보증금액이 약 4억 1,500만 원 내지 5억 1,500만 원에 달하므로{보증금 1,500만 원 + 월차임(수수료) 400-500만 원 $\times$ 100}, 이 사건 계약은 상가건물임대차보호법의 적용범위(김포시의 경우 보증금 1억 8,000만 원 이내)에서 벗어난다고 판시한 바 있다.

한편, 서울중앙지방법원 2012. 6. 22. 선고 2011가단470248의 사안에서는 임대인과 임차인이 임차보증금 10,000,000원, 월임대료 매출액의 24%로 정하여 임대차 계약을 체결하였는데, 이 사건 원고(임대인)는 임대차의 상가건물임대차보호법 적용 여부의 기준이 되는 보증금을 환산하면 405,669,600원(= 보증금 10,000,000원 + 월 평균 임대료 3,956,696원(= 40개월간의 월임대료 합계 158,267,851원/40) $\times$ 100)이 되어 과밀억제권역인 안양시의 기준 보증금 250,000,000원을 초과한다고 주장하였으나, 상가건물임대차보호법은 보증금이나 인테리어 비용 등 중소상인들의 투자비용 회수를 최대한 보장함으로써 국민 경제생활 안정의 보장을 목적으로 하고 있는 점, 피고가 월임대료 명목으로 매출액의 24%를 원고에게 지급하고 있지만 매출액은 유동적이어서 월 단위 임대료가 정액으로 특정될 수 없는 점, 매출액의 일정비율을 임대료 명목으로 지급하기로 하는 약정은 그 속에 임차목적물 사용대가로서의 차임 지급의 의미도 있지만 영업으로 인하여 얻는 수익의 배분이라는 성격도 포함되어 있는 점, 매출액의 일정비율을 차임으로 보아

이를 보증금 환산에 포함시키게 되면 매출액이 많고 적음에 따라, 동일한 임대차에 대하여 상가건물임대차보호법이 적용되기도 하고 되지 않기도 하는 이상한 결과가 발생할 수 있는 점 등에 비추어 보면, 상가건물임대차보호법의 적용 범위를 정함에 있어서 매출액의 일정비율을 임대료 명목으로 지급하기로 하는 약정이 있다 하더라도 그 평균금액을 월차임으로 보아 그것에 100을 곱한 금액을 더하여 보증금액을 환산할 수는 없다고 봄이 상당하므로, 원고의 위 주장은 이유 없다고 판시한 바 있다.

두 판례는 환산보증금의 산정에 있어서는 상이한 태도를 보이고 있지만, 기본적으로 상가임대차법의 적용을 전제로 하고 있다. 다만 환산보증금의 산정과 관련하여서는 서로 다른 태도를 취하고 있지만 수수료매장형 임대차 계약에서 지급되는 수수료도 상가건물의 이용에 따른 대가의 측면이 있다면 수수료도 차임과 같은 개념으로 보아 환산보증금에 계산되어야 하는 것이 타당할 것으로 생각한다.

3. 소결

직매입거래형태는 백화점과 고객 사이의 통상의 ‘매매’와 동일하고 백화점과 납품업체 사이의 계약도 일반적으로 매매계약²⁷⁾으로 볼 수 있을 것이므로 납품업체가 매장을 사용하여 고객과 판매를 하지 않는 이상 임대차로서의 성격은 존재하지 아니할 것으로 생각된다. 반면 납품업체가 매장을 사용하여 고객과 판매를 하는 계약(특약매입과 임대차)을 혼합계약이라고 불지라도 매장의 일부를 사용·수익하게 할 것을 약정하고 차임을 지급할 것을 약정한다는 면에 있어서는 임대차로서의 성격을 부정할 수 없고 단지 차임의 지급 형태가 판매액의 일정률이라는 수수료의 형태로 지급하는 비전형적인 형태로 이루어진다고 할지라도 그 계약의 성질이 달라지는 것은 아니다.

다만 수수료 매장형 계약에 상가임대차법을 적용하기 위해서 수수료를 환산보증금으로 계산할지의 여부를 정해야 하는데 수수료매장형 임대차 계약에서 지급되는 수수료도 상가건물의 이용에 따른 대가의 측면이 있다는 점에서 수수료도 환산보증금에 포함되는 것이 타당하다고 생각된다. 또한 수수료 매장형 계약에 상가임대차법을 적용하기 위하여 향후 예상매출액과 그 액수 중 임대료로 지불해야 하는 비율을 계약서에 명시하도록

27) 다만, 모든 경우의 직매입거래가 매매의 형태를 띠는 것은 아닐 것이며 pb상품과 같은 물품의 제조계약은 ‘제조위탁계약’으로 볼 수도 있을 것이다. 하도급거래 공정화에 관한 법률 제2조 제6호에 의하면 ‘제조위탁’이란 “물품의 제조를 다른 사업자에게 위탁하는 것”이라 한다.

할 경우 확정일자 기재, 장래의 차임증감청구, 임대인의 신규 임차인과의 계약 거절을 위한 예상매출액 비교 등 상가임대차법의 제 규정에 대한 적용이 수월해질 수 있을 것으로 생각된다.²⁸⁾

III. 상가임대차법의 적용에 대한 검토

1. 서론

백화점 등에서 이루어지는 임대차 계약에 대하여 상가임대차법이 적용될 수 있다면 구체적으로 어떠한 조항이 문제될 수 있을까? 검토해볼만한 것은 다음과 같다. ① 대규모 점포의 영업에는 대규모점포 측이 투자한 비용, 지명도 등 ‘장소적 이익’의 측면이 강하여 이를 임차인에게 귀속시키기 어렵다는 이유로 상가임대차법 제10조의5가 규정된 것으로 보이는데²⁹⁾ 각 국의 임차인의 투자자본 회수제도에서 인정되는 회수의 범위는 어떠한지, ② 우리 상가임대차법은 임차권 양도거절에 정당한 사유를 필요로 하는데 이와 유사한 법제에서는 대규모점포의 경우에 어떠한 정당한 사유를 인정하는지에 대한 축적된 판례를 검토하면 향후 우리 상가임대차법의 운용에 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각한다.

2. 대규모점포의 권리금 보호

2.1 우리나라의 태도

상가임대차법상 권리금이란 ① 영업시설·비품 등 유형물의 대가 ② 거래처, 신용, 영업상의 노하우 ③ 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점의 총체를 의미한다.³⁰⁾ 다만, 상가임대차법은 입법 당시 이 세 가지 종류의 권리금에 대한 구체적인 평가방안을 마련

28) 미국 캘리포니아주 변호사협회(CA Law Review Commission)의 임차권 양도에 있어서 임대인동의에 합리성을 판단할 때의 고려사항으로 수수료 퍼센트 방식의 임대인 경우에는 신규 임차인의 장래 예상되는 매출액을 그 기준으로 임대인의 동기가 불합리하였는지를 판단하는 기준으로 삼고 있다.

29) 제19대 임시국회 제332회 제1차 법안심사 제1소위원회 국회회의록 제8쪽 참조.

30) 상가임대차법 제10조의3.

하지 못한 상황에서 대규모점포에 있어서는 장소적 이익의 대가를 임차인에게 귀속시킬 수 없다는 이유를 근거로 제10조의5를 신설하여 투하자본의 회수를 보호 배제하고 있으므로 제10조의5의 개정논의는 장소적 이익의 대가를 누구에게 귀속시킬 것인지와 연관되어있다.

장소적 이익의 대가가 임대인과 임차인 중 누구에게 귀속되어야 하는지에 대해 법무부는 장소적 이익에 대하여 임차인들의 노력과 비용으로 상권이 활성화되어 장소적 이점이 증가될 수 있으므로 임대인에게 모두 귀속되는 이익이라 보기 어려우며 역세권 형성 등 외부적 요인에 의한 장소적 이점증가의 경우 임대인은 차임에 이를 반영하므로 권리금으로 형성된 바닥권리금은 임차인에게 귀속되는 것이 타당하다고 한다.³¹⁾ 한편, 이와 반대로 장소적 이익의 대가는 임대인인 건물소유자가 가지는 이익으로 임차인이 누릴 수 있는 이익이 아니라는 견해³²⁾가 있으며 장소적 이익의 대가를 주관적인 것과 객관적인 것으로 구분하여 임차인은 객관적 부분을 누릴 수 있다는 견해³³⁾도 있다. 한편 우리 법제는 권리금의 구체적인 산정기준을 국토교통부 고시로 정하도록 하고(제10조의 7) 이에 따라 국토교통부고시 ‘감정평가 실무기준(2015년 6월 11일 개정 제2015-377호)’이 개정되었으나 업종이나 점포별로 여건이 워낙 다르기 때문에 권리금 종류를 구체적으로 나누어 판단하려는 시도는 없었던 것으로 보인다.³⁴⁾

2.2 해외 법제의 태도

우리 법제상 권리금 보호는 원칙적으로 임대차 기간이 끝날 때 영업권(상가임차권)을 양도함으로써 권리금을 보호하고 임대인이 이를 방해할 경우에 손해배상을 인정하여 투하자본 회수를 보호하고 있으므로 여기서는 각 국의 임차인의 투하자본 회수제도에서 인정되는 회수범위와 우리 법의 회수범위에 대한 태도를 살펴보고자 한다.

31) 법무부 보도자료, ‘상가건물임대차보호법 개정안 마련’, 2014.9.23.

32) 배병일, “상가건물 임대차의 권리금”, 민사법학 제26호, 한국민사법학회, 2004, 150쪽.

33) 김영일, “임대차에 있어서 권리금을 둘러싼 제문제, 은행거래·임대차사건의 제문제”, 재판자료, 법원행정처, 1986, 343쪽.

34) 시사포커스, “상가 권리금 감정평가액, 어떻게 산정될까-시설권리금 원가법, 영업권리금 수익환원법...거래사례비교법 혼용-”, 2015.5.19.

2.2.1 현실적으로 발생하는 손실을 기준으로 보상하는 경우

미국은 임차인이 상가임차권을 양도(sales of business)할 때, 임대인이 양도 또는 전대를 합리적 이유 없이(unreasonable) 거절하면 손해배상 청구를 인정³⁵⁾함으로써 우리나라에서 말하는 권리금에 해당하는 것을 보호하고 있다. 손해배상액에 대한 구체적인 판례의 태도를 살펴보면 양도거부를 하여 임차인이 폐업에 이르게 된 경우 폐업으로 인한 적극적 손해의 배상을 인정³⁶⁾하거나 전대 거절로 인하여 임차인이 입은 손해인 전대로 상당의 이행이익을 인정하는 경우도 있어³⁷⁾ 퇴거료 보상에 있어서 임대차에 기한 특수한 손해배상방법을 별도로 마련하는 것이 아니라 일반 민사손해배상에 근거한 손해를 기준으로 손해배상액을 산정하는 것으로 보인다.

한편, 일본의 경우에는 임대인이 갱신거절 또는 양도 거절을 할 경우 정당한 사유가 없거나 완전하지 않은 경우에는 정당사유의 부족분의 보전 또는 현실적으로 발생하는 손실전부를 보전하기 위하여 퇴거료를 보상하게 되는데³⁸⁾ 퇴거에 소요되는 이전실비 등의 비용평가 및 손실을 퇴거료 보상의 기준으로 하는 판례가 있다.³⁹⁾ 이 방법은 임차인이 원하지 않는 퇴거에 따라 사실상의 상실하게 된 이익을 기준으로 보상하는 방법을 말하는데 퇴거료 산정에 평가요소를 보면 ① 이사비 기타 이전비용, ② 새로운 임대차 계약 체결을 둘러싼 비용, ③ 대체 점포 확보에 드는 비용 ④ 차임 차액분 2-3년 정도, ⑤ 임차권(차가권) 가격, ⑥ 수년분의 차임보상, ⑦ 영업보상액, ⑧ 재개발이익의 배분액, ⑨ 이사에 따른 위자료, ⑩ 임대차 계약의 기간, ⑪ 임대인이 상당한 입퇴료를 제공하였는지 여부, ⑫ 갱지가격, ⑬ 해당건물에서의 연간 매출액, ⑭ 개장공사비와 일정기간의 소득의 보상(휴업보상), ⑮ 기타 업종-업종이 건물소재장소의 영향을 받는지 여부, 장소적 권리가 있는지 여부를 고려한다.⁴⁰⁾ 도심부의 건물임대차의 경우, 임차권에는 통상 재산적 가치가 있어 일반적으로 그 가치를 임차권(차가권)이라고 할 수 있지만 임차인의

35) 캘리포니아 주 민법(Cal. Civil Code) 1995.250, 뉴욕주 부동산법(Laws of New York, Real Property) 226-b.

36) *Haritas v. Goveia*, 345 Mass. 744. (1963).

37) *D. L. Development v. Nance*, 894 S.W. 2d 258 (Mo. Ct. App. 1995).

38) 最高裁判所 昭和 46年 6月 17日 判時 645号 75頁, 東京地方裁判所 平成 21年 9月 24日 LLI, 東京地方裁判所 平成 20年 12月 15日 WESTLAW-JAPAN

39) 일본의 판례는 크게 (1) 퇴거에 소요되는 이전실비 등의 비용평가 및 손실보상을 퇴거료로 하는 방법 (2) 임차권(차가권)의 시가를 평가하여 그 가격의 전부 또는 일부를 퇴거료로 하는 방법 (3) 두 가지 방법을 혼합하여 가산하는 방법의 3가지로 나누어 볼 수 있으며 이 중 (1)의 경우에는 현실적으로 발생하는 손실에 대한 보상을 하는 것으로 판단된다.

40) 田山輝明/澤野順彦/野澤正充, 新基本法コンメンロール借地借家法, 日本評論社, 2014, 176頁.

영업이 건물이 소재한 장소에 영향을 받는지 또는 장소적 권리가 누구에게 귀속되어야 하는지 여부도 검토하여 퇴거료에 산정하게 된다.

2.2.2 임차권의 가치판단을 하는 경우

우리 상가임대차법상 임대인의 손해배상액은 신규임차인이 임차인에게 지급하기로 한 권리금과 임대차 종료 당시의 권리금 중 낮은 금액(제10조의4 제3항)으로 제한되므로 현실적으로 발생하는 손실을 기준으로 하는 것이 아닌 임대차 종료시의 권리금에 대한 가치판단을 해야 하는 법제로 볼 수 있다.

일본의 판례를 살펴보면 임차권(차가권)의 시가를 평가하여 그 가격의 전부 또는 일부를 퇴거료로 하는 방법으로 보상하기도 하는데, 임차권(차가권) 가격 보상은 자산가격의 증가가 임대인 측의 노력에만 따른 것이 아니고 임차인의 공헌에 따른 것도 적지 않아 양당사자가 적정히 배분하는 것이 합리적이라는 생각에 근거하는 것이다.⁴¹⁾ 일본의 임차권(차가권)의 가격에 대한 산정은 路線価⁴²⁾를 기준을 참고해[임차권(차가권)의 가격 = 갱지가격 × 차지권비율 × 차가권 비율]의 계산식에 따라 계산을 하기도 한다.⁴³⁾ 이와 같은 계산식에 따라 퇴거료가 임차권의 가격과 비슷한 가격으로 산정되거나,⁴⁴⁾ 사안에 따라서는 임차권 가격의 3배로 책정되는 경우도 있다.⁴⁵⁾

프랑스는 임대인은 임대차 계약의 갱신을 거부할 수 있지만 계약갱신 거부로 인한 피해와 그에 상응하는 임차권 상실에 대한 퇴거보상금을 해당 임차인에게 지급하여야 한다.⁴⁶⁾ 퇴거보상을 산정하는 요인으로는 i) 영업권의 시가 ii) 이전비용 및 재정착비용의 두 가지가 고려 요소이다. 영업권의 시가는 업종의 관행에 따라 평가되며, 원칙적으로 상인이 실현한 ‘연간매출액’에 일정한 계수를 곱하여 결정하게 된다.⁴⁷⁾ 영업권의 보상액은 업종별로 달리 계산되는데, 예를 들면 연간매출액에 따라 그 금액이 결정되고 약국의

41) 김제완/박현정/이유나, “상가건물임대차 분쟁사례와 분쟁해결 방안 연구-상가건물 임대차보호 국내외 사례 조사”, 중소기업중앙회: 연구용역보고서, 2014-15, 122쪽.

42) 일본 국세청(国税庁)이 상속세나 증여세의 과세를 위하여 시가지 도로에 접한 토지의 평가액을 정한 것으로 우리나라의 공시지가를 정하기 위한 기준과 유사하다.

43) 김제완/박현정/이유나, 앞의 보고서, 135쪽.

44) 신주쿠 다카 다노바마역부근 상가의 판례로 東京高等裁判所 平成 20年 5月 14日判タ 729号 158頁, 오사카역 근처의 상업지역에 위치하고 있고 임차인은 약국을 운영한 사례 大阪地方裁判所 昭和 63年 10月 31日 判時 1308号 134頁.

45) 東京地方裁判所 平成 17年 3月 14日乙 LLI

46) 프랑스 상법 1145-14.

47) 김제완/박현정/이유나, 앞의 보고서, 135쪽.

경우 연간매출액의 90%정도를 영업권 보상액으로 결정하게 되며,⁴⁸⁾ 이전비 등은 이사비용, 영업의 일시적 정지에 의한 손해, 재정착 비용 등이 포함되며 이는 일본의 이전비용 등 퇴거에 소요되는 비용과 거의 유사하다.

2.2.3 임차권의 평가 없이 고정금액으로 보상액이 정해지는 경우

영국은 1927년 임대차법에서 시설투자 비용보상(compensation for improvement)'과 영업권 보상(goodwill)이 있었는데 영업권에 대한 보상이 1954년 폐지되는 대신 퇴거보상(disturbance payment)이 인정되었다. 퇴거보상액은 과세표준가액(ratable value of the holding)으로 하는 것이 원칙이고 다만 임차인이 해지 직전 14년 이상 계속해서 그 건물을 점유하거나, 14년 동안 임차인이 변경되었다면 현 임차인이 전 임차인이 영위한 사업의 승계인인 경우에는 금전보상액을 두 배로 하고 있다.⁴⁹⁾

이와 같이 영국은 미리 정해진 액수로 보상하는 방법을 취하고 있는데 이와 같은 보상방법은 영업의 가치가 점포마다 차이가 있음을 고려하지 않은 것으로 실질적인 보상이라는 측면에서 약하다는 단점을 지적할 수 있다.

2.3 시사점

일본, 프랑스의 경우 공통적으로 이사비용 등 퇴거에 소요되는 비용을 계산하거나 일정한 기준을 통하여 영업권(임차권)을 평가하여 보상하고, 영국은 일정한 액수로 보상을 하며, 미국의 경우는 폐업으로 인한 적극적 손해의 배상 또는 임차권이 양도되었으면 얻을 수 있었던 이행이익으로 산정하는 것으로 보인다. 비록 각 법제의 차이점이 존재하지만 건물의 규모를 기준으로 하여 투자자본을 회수하는 법제는 찾아볼 수 없으며 일본의 경우 장소적 이점이 있는지 여부를 손해배상액의 산정의 관점에서 접근하려는 것으로 보인다.

사건으로는 임차인들이 역세권을 형성하는 등 장소적 이점 증가가 임차인의 노력으로 이루어진 것이라면 임차인에게 귀속되어야 하는 것이 타당할 것이지만 장소적 이익의 대부분은 임차인의 노력이 아닌 외부적 환경에 의해서 설정되는 경우가 많아 대부분은 건물의 소유자에게 귀속되는 것이 타당한 경우가 많을 것으로 생각된다. 다만 대규모점

48) 김영두/박수곤, “상가임차인 영업보호 선진입법례”, 법무부: 연구과제, 2014, 113쪽.

49) 1954년 임대차법 제37조

포의 장소적 이점 및 지명도는 임차인이 형성한 것으로 볼 수 없는 경우라 할지라도 임차인의 투하자본의 모두가 임대인에게 귀속되어야 하는 현행법의 태도도 반드시 타당한 것은 아니다. 대규모점포의 경우에도 임차인은 손해배상청구권을 행사할 수 있다고 해석해야 하며 만약 점포의 장소적 이점이 임차인에게 귀속되는 것이 타당하지 않다면 이 문제는 손해액의 산정 과정에서 고려해야 할 문제로 생각한다. 상가임대차법 제10조의5로 인하여 장소적 이익과 상관없는 시설권리금적인 요소도 모두 제10조의5에 의해 배제된 것이 아닌지에 대한 문제점을 인식해야 할 필요가 있다.

3. 대규모점포의 양도 거절 사유에 대한 비교

3.1 임차권 양도에 대한 각국의 태도 비교

3.1.1 양도에 임대인의 동의가 필요한 법제

우리나라 민법 제629조 제1항은 “임차인은 임대인의 동의 없이 그 권리를 양도하거나 임차물을 전대하지 못한다.”라 하고 같은 조 제2항은 임차인이 전항의 규정에 위반한 때에는 임대인은 계약을 해지할 수 있다.”고 규정하고 있다. 한편 일본도 건물 임대차에 있어서 민법 제612조 제1항은 “임차인은 임대인의 승낙을 얻어야 임차권을 양도 또는 전대할 수 있다.”라고 하며, 동조 제2항은 “임차인이 임대인의 승낙을 얻지 않고 제3자에게 임차물의 사용 또는 수익을 하게 하는 경우 임대인은 계약을 해제할 수 있다.”라고 규정하여 양 국은 임차권의 무단 양도, 무단 전대금지의 원칙을 내세우고 있는 태도를 취한다.

다만, 판례는 민법 제629조 제1항을 해석함에 있어서 임차권 양도가 임대인과 임차인 사이의 신뢰에 바탕한 계약관계를 배신하는 정도에 이르지 아니하는 한 임차권 양도를 거절하는 것은 권리남용에 해당한다는 법리를 제시하여, “임차인이 임대인으로부터 별도의 승낙을 얻은 바 없이 제3자에게 임차물을 사용·수익하도록 한 경우에 있어서도 임차인의 당해 행위가 임대인에 대한 배신적 행위라고 인정할 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 위 법조항에 의한 해지권은 발생하지 않는다.”고 판시하고 있으며,⁵⁰⁾ 일본의 경우에도 민법 제612조의 해제권은 무단 양도, 전대가 임대인에 대한 배신적 행위로 인정하기에 부족한 특별한 사정이 있을 때는 계약을 해지할 수 없는 것으로

50) 대법원 1993. 4. 27. 선고 92다45308 판결.

제한하는 ‘신뢰관계파괴의 법리’를 확립하고 있다.⁵¹⁾

즉, 양 국의 법제는 임차권의 무단 양도, 무단 전대금지의 원칙을 내세우고 있지만 판례는 이와 같은 조항을 해석함에 있어서 동의권의 거부행사를 ‘배신행위’ 또는 ‘신뢰관계 파괴행위’로 인정되는 경우로 제한하고 있다.⁵²⁾

3.1.2 자유롭게 양도가 가능한 법제

프랑스 민법 제1717조에 따르면 “임차인은 임차물을 전대하거나 타인에게 양도할 권리를 가지나, 이 권리가 금지된 때에는 그러하지 않다”고 하여 원칙적으로 임차권은 양도가 가능하나 합의에 의해서 금지하는 것은 가능하다. 하지만 상가임대차에 있어서는 임대차의 양도를 금하는 약정은 임차인의 영업권침해로 이어질 수도 있어 1920년대에는 임차인의 영업권을 보호한다는 정책이 취해졌는데 1953년 상가임대차법령은 이러한 관점에서 영업재산을 수반하는 임차권의 양도를 보호하는 정책을 취하여, 임차인이 점포를 다른 임차상인에게 양도할 때 임대인의 동의를 받을 필요가 없다.⁵³⁾

3.1.3 양도에 정당성 심사를 하는 법제

우리나라, 일본의 민법이 양도에 있어서 동의를 필요로 한다는 원칙을 가지고 있는 반면에 영미의 보통법의 법리는 접근방식이 다르다. 임차권도 재산권의 하나인 만큼 임차권 양도도 원칙적으로 양도자유 원칙에 따라 유효하다. 다만 당사자의 계약에 의하여 임차권 양도 시 임대인의 승낙을 받도록 하는 것도 계약자유 원칙에 의하여 허용된다. 결국 이러한 임차권 양도의 자유와 계약자유 원칙을 조화시키기 위하여, 임차권 양도 시 임대인의 승낙을 받도록 하는 임대차 계약의 규정이 있다 하더라도 정당한 이유 없이 불합리하게(unreasonable) 승낙을 거절하는 경우, 그러한 부당한 승낙거절은 임차인에 피해를 주는 행위가 되어 임차인은 임대인에 대하여 손해배상 청구를 할 수 있는 법리적 태도를 취하고 있다.

51) 最高裁判所 昭和 28年 9月 25日, 東京地方裁判所 平成 23年 4月 15日 WESTLAW-JAPAN

52) 현대사회는 물론 뿐 아니라 채권도 중요 재산으로서 거래와 양도가 빈번하게 이루어지고 있을 뿐 아니라 채권에 대한 담보제공과 증권화(securitization)를 통하여 거래가 활성화되고 거래 양상도 다양화되고 있음을 비추어 볼 때 임차권이 채권이라는 성격만으로 그 양도를 제한하여야 할 정당성을 찾기 어렵다는 측면에서 양 국의 판례는 바람직한 태도를 취하는 것으로 생각한다.

53) 상가임대차법령 제35-1조에 따르면 형식에 관계없이 임차인의 영업권 또는 그 기업을 매수하는 자에 대하여 임차인이 양도하는 것을 금지하는 약정은 무효라고 하여 임차인의 상가임차권 양도를 보호하는 태도를 취하고 있다.

이와 같은 법제는 우리 상가임대차법의 태도와 유사한데, 상가임대차법은 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차 계약의 체결을 거절할 수 있는 정당한 사유를 몇 가지 들고 있으며, 구체적으로는 ① 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자가 보증금 또는 차임을 지급할 자력이 없는 경우, ② 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자가 임차인으로서의 의무를 위반할 우려가 있거나 그 밖에 임대차를 유지하기 어려운 상당한 사유가 있는 경우, ③ 임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니한 경우, ④ 임대인이 선택한 신규임차인이 임차인과 권리금 계약을 체결하고 그 권리금을 지급한 경우를 예시하고 있다(상가임대차법 제10조의4 제2항). 이 개정법이 시행된 지 아직 1년여 밖에 되지 않아 구체적인 사례가 축적되지는 않은 상태이므로 대규모점포의 양도 거절에 대한 정당성 심사제도에 대한 국내 판례는 아직 축적되지 않은 상태이다.

이에 대해서는 미국에서 대규모점포라고 볼 수 있는 대형 쇼핑몰 등의 임대차에 있어서 정당성 판단기준에 관한 축적된 판례이론이 우리의 판례형성에 있어 좋은 참고자료가 될 것으로 생각되며 미국 대형 쇼핑몰의 판례에서 임대차 양도·전대 거절의 정당성 사유를 보다 자세하게 아래의 목차에서 소개하며 구체적으로 우리의 법제와 비교하기로 한다.

3.2 미국의 임대차 양도·전대 거절의 정당성 사유

영미 보통법(common law)은 임대차에 있어서 임차인은 임차권(leasehold)을 자유롭게 양도할 수 있는 것을 원칙으로 한다. 다만, 이에 대해 법률이나 당사자간의 특약으로 제한을 둘 수 있는데 임차권의 양도에 대해 임대인의 동의를 받도록 하는 경우가 대표적이며,⁵⁴⁾ 캘리포니아 주법⁵⁵⁾과 판례⁵⁶⁾에서는 임차권을 제3자에게 전대 또는 양도하려는 경우 임대인이 거절한다면, 그 거절한 행위가 정당한지의 여부를 법원에서 판단할 수 있도록 하여 양도와 전대의 동의거절을 제한하고 있다. 그리고 임차권 양도에 대하여 임대인 또는 임차인의 권리가 침해된 경우에는 법에서 예정하고 있는 구제방법을 제외하고도 임대계약서 상에 근거한 구제방법도 인정되며, 그 밖에 실효의 원칙(waiver)과 금반

54) Restatement Second, Property: Landlord and Tenant § 15.1(3).

55) Cal. Civ. Code § 1995. 250.에는 ‘임대인은 비합리적인 이유로 동의를 거부할 수 없다’는 조건을 명시할 수 있다고 규정하며, 실제로 이 규정은 임대차 계약서에 빈번하게 등장한다.

56) Kendall v. Pestana, 40 Cal.3d 488 (1985), Cohen v. Ratinoff, 147 Cal.App.3d 321 (1983).

언의 원칙(estoppel)⁵⁷⁾을 포함하여 형평성(equity)에 근거하여 항변할 수 있다고 명시하여,⁵⁸⁾ 임차권 양도에 대한 정당성 심사를 할 수 있는 근거 규정을 마련하고 있다.

판례⁵⁹⁾의 경우 임대인이 임차권 양도를 불합리한 이유로 거절하고 있는지에 대하여 신의성실의 원칙과 공정거래의 원칙(good faith and fair dealing)에 근거하여 ① 신규 임차인 또는 전차인의 경제적인 자력(financial instability)이 있는지 ② 임대계약의 조건을 이행할 수 있는 능력(inability to fulfill terms of the lease)이 인정되는지 ③ 임대목적물의 사용 용도의 적합성 내지 합법성(suitability of premises for intended use or intended unlawful use of premises)이 인정되는지 ④ 점유의 성격(nature of occupancy)은 어떠한지 여부를 종합하여 객관적으로 판단⁶⁰⁾하는 것으로 보이는데, 대규모점포에 해당하는 쇼핑물 임대와 관련해서는 임대목적물의 사용 용도의 적합성(suitability of premises for intended use)요건으로 검토하는 것으로 보인다.

구체적으로 *Time v. Tager* 사건을 살펴보면, 이 사건에서 법원⁶¹⁾은 임대인의 건물의 사회적 평가⁶²⁾에 대한 고객들의 선호를 유지하기 위해 작은 규모의 전대를 허용하지 않는 것은 전체 임대목적물의 사용목적에 보아 정당한 거부라고 판시한 바가 있고, *Warmack v. Merchants Nat. Bank of Fort Smith* 사건에서는 복합쇼핑몰은 임차인들이 어떻게 구성되느냐가 복합쇼핑몰사업의 성공에 결정적인 것이고, 이 사건에서는 신규임차인이 되려는 자의 임대료 지불능력 등이 문제되는 것이 아니며, 신규임차인이 되려는 자가 이미 복합쇼핑몰 안에 시설을 보유하고 있어 복합쇼핑몰 활성화에 나쁜 영향을 줄 수 있다며 임차권양도 거절은 정당하다고 판단하였다. 반면에 *Astoria Bedding v. Northside Partnership* 사건에서는 가구도매업을 하던 점포에서 택배서비스를 운영하려는 전차인에게 임대점포 일부의 사용을 임대인이 거절한 사안에서 본 전대로 인하여 임차목적물의 사용에 큰 차이를 가져오지 않을 것이고, 전대차로 인하여 임대점포의 재산적 가치에 손실을 입게 된다는 입증에 없는 임차인의 사용용도의 범위를 벗어나는 것이라는

57) 영미법상 estoppel에 관한 세부 내용 및 우리 판례의 동향에 관하여는, 김제완, “통상임금성을 배제하는 노사합의와 신의칙-대상판결: 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 퇴직금”, 인권과 정의 제443호, 대한변호사협회, 2014. 참조.

58) Cal. Civ. Code § 1995.300.

59) *Astoria Bedding v. Northside Partnership*, 657 N.Y.S. 2d 796 (1997).

60) 미국의 정당성 판단기준에 대한 자세한 내용으로는 김남근, “권리금회수 기회보호 거절에 대한 정당성 판단기준”, 인권과 정의 제455호, 대한변호사협회, 2016, 138-141쪽 참조.

61) *Time, Inc. v. Tager*, 260 N.Y.S. 2d 413 (Civ. Ct. N.Y. Cty. 1965).

62) 이 사안에서의 빌딩은 Rockefeller 센터에 위치한 소위 명품빌딩이었다.

이유로 전대차를 거절하는 것은 정당한 이유가 될 수 없다고 판단한 바가 있다.

즉, 미국에서는 대규모점포에 있어서 임대인이 동의를 거부하는 데에 여러 가지 이유가 있을 수 있음을 긍정하지만, 일반적으로 양수인의 영업이 임대목적물에 부합하지 않는 경우(대표적으로 건물의 품위 문제, 업종제한이나 중복 등), 임대료를 매출액에 비례로 정하고 있는데 양수인의 매출이 양도인에 미치지 못할 것으로 예상되는 경우, 양수인과 임대인이 경쟁관계에 서게 되는 경우(임차권의 양도가 임대인의 잔여 상가 임대료에 영향을 미치는 경우) 등의 이유를 들고 있다.⁶³⁾ 또한, 전대차에 있어서도 현재 임대인이 동일 건물의 다른 부분을 다른 사람에게 임대하고자 할 때 임료 등 조건에 영향을 미쳐 그 건물의 전체 임대차에서 오는 임대인의 총수입이 감소될 수 있는 사정이 있다면, 이를 거부하거나 조건을 붙이는 것이 불합리한 것이 아닐 수도 있다는 점에 관하여 사실심에서 충분히 추가 심리한 후 합리성 여부를 판단하여야 한다는 이유로, 약식판결을 한 원심을 파기환송한 사례도 있음⁶⁴⁾을 살펴볼 때, 대규모점포에 해당하는 건물에 있어서도 정당성 심사의 기준은 구체적인 각 사례에 따라 판단하여 그 거부의 정당성을 판단하는 것으로 보인다.

3.3 시사점

양도에 대한 접근방식에 대해 각 국의 태도가 일치하는 것은 아니나, 우리의 상가임대차법 제10조의4 제2항은 원칙적인 양도 자유를 인정하고 양도거절에 정당한 사유를 요한다는 측면에 있어서 영미법의 제도와 유사한 측면이 있다. 특히 우리 법 제10조의5의 개정을 위해서는 대규모점포에서의 양도 또는 전대를 거부할 수 있는 사유를 구체적으로 살펴볼 필요가 있는데 캘리포니아 주의 제정법 및 판례 법리는 우리 법제에 시사하는 바가 있을 것으로 생각한다. 캘리포니아의 제정법에는 정당성 심사 판단의 근거규정이 있으며, 다수의 판례는 양수나 전대가 가져올 경제적인 영향을 중요하게 고려하면서도 임대목적물에 미칠 수 있는 객관적인 사실이 정당성 판단의 기준이 되어야 한다고 하며⁶⁵⁾ 판례 법리로 발전된 정당성 판단의 4가지 요소를 우리의 상가임대차법 제10조의4 제2항의 정당한 사유와 비교·대조하면 다음과 같다.

63) Alvin L. Arnold & Jeanne O'Neill, *Real Estate Leasing Practice Manual*, Part I Basic Lease Clauses, Chapter 31. Assignments of Leases, and Subleases; Leasehold and Fee Mortgages 참조

64) *Norville v. Carr-Gottstein Foods Co.*, 84 P.3d 996 (Alaska 2004).

65) *American Book Co. v. Yeshiva Uni. Development Foundation*, 297 N.Y.S. 2d 156 (1969).

〈표 III-1〉 우리나라와 미국의 양도 거절시 정당한 사유 비교

미국 판례의 태도 상 인정되는 정당한 사유	우리나라 상가임대차법 제10조의4 제2항의 정당한 사유
양수인 또는 전차인의 자격이 있는지	임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자가 보증금 또는 차임을 지급할 자격이 없는 경우
계약 조건을 이행할 수 있는 능력이 인정되는지	임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자가 임차인으로 서의 의무를 위반할 우려가 있거나 그 밖에 임대차를 유지하기 어려운 상당한 사유가 있는 경우
임대목적물의 사용 용도의 적합성 내지 합법성이 인정되는지	-
점유의 성격(nature of occupancy) ⁶⁶⁾ 은 어떠한지	-
-	임대차 목적물인 상가건물을 1년 6개월 이상 영리목적으로 사용하지 아니한 경우
-	임대인이 선택한 신규임차인이 임차인과 권리금 계약을 체결하고 그 권리금을 지급한 경우

비교하여 보면, 우리 법제의 정당성 사유는 미국 판례 법리에서 나타난 사유와 달리 전체 건물의 사용목적에 대한 특별한 판단기준을 두고 있지 않다. 향후 상가임대차법 제10조의5는 개정작업에 있어서 2015년도의 입법과정에서 논의되었던 대규모점포의 특칙 마련에 대한 논의 중 대규모점포의 매장의 배치가 전체적으로 유기적으로 결정되므로 특칙이 필요하다는 주장⁶⁷⁾에 대하여는 제10조의4의 정당성 심사제도의 요건으로 검토해야 했던 논의라고 생각된다.

IV. 문제점 해결 및 개정방향

우리 상가임대차법 제10조의5 제1호는 유통산업발전법의 개념을 차용하여 면적을 기준으로 권리금의 보호대상을 적용 제외시키고 있는데, 이러한 점은 당초의 의도와 달리 부작용을 내포하는 데에 근본적인 문제점이 있어 개정작업이 반드시 필요할 것으로 생각되며 다음의 요소가 고려되어야 한다. ① 백화점에도 상가임대차법을 적용 배제할 이유는 없으며, 수수료 매장형 계약이라 할지라도 매장을 사용하는 면에 있어서는 임대

66) 점유의 성격이란, 개인적인 정치, 종교, 도덕적인 선호나 신념 등을 이유로 임차권의 양도를 거절할 수 없다는 판단을 하기 위한 요소이다. *American book Co. v. Yeshiva Uni. Development Foundation*, 297 N.Y.S. 2d 156(1969). 과 같은 판결의 태도 참조.

67) 국회의회의록 제19대 332회 제1차 법안심사 제1소위원회, 52쪽.

차 계약의 일종으로 보아 상가임대차법이 적용되어야 함은 타당하다. 다만 하급심 판례는 환산보증금의 산정에 대한 차이를 보이고 있으나 수수료도 상가건물의 이용에 따른 대가의 측면이 있다면 차임과 같은 개념으로 보아 환산보증금에 계산되어야 할 것으로 생각되어 실제로 지급한 평균매출액을 기준으로 하는 것이 타당할 것으로 본다. ② 제10조의4에 의해 인정되는 손해배상청구는 권리금 또는 권리금을 평가한 금액의 범위 내에서 가능한데 권리금을 평가할 때에는 임대인의 장소적 이점 등을 고려하여 산정해야 할 필요가 있다. 이와 같이 장소적 이익을 누구에게 귀속시켜야 할 것인지에 대한 논의는 제10조의4에서 고려해야 할 요소이며 이를 이유로 제10조의5를 신설한 것은 타당하지 못하다. ③ 쇼핑물의 전체적인 사용목적은 고려해야 한다는 것은 임차인의 임차권 양도 또는 전대 거절 사유일 뿐이며 투자자본을 회수 배제시켜야 할 이유는 아닌 것으로 생각된다. 이와 같은 이유로 다음과 같은 개정안을 제시한다.

현행	개정제안
제10조의4(권리금 회수기회 보호 등) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항제4호의 정당한 사유가 있는 것으로 본다. 1. - 4. (생략) ③ - ⑤ (생략) 제10조의5(권리금 적용 제외) 제10조의4는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 상가건물 임대차의 경우에는 적용하지 아니한다. 1. 임대차 목적물인 상가건물이 「유통산업발전법」 제2조에 따른 대규모점포 또는 준대규모점포의 일부인 경우	제10조의4(권리금 회수기회 보호 등) 5. 임차인이 추천한 신규임차인이 되려는 자의 임대목적물 사용 용도가 전체 건물의 용도에 비추어 적합하지 않은 경우 ③~⑤ (현행과 같음) 제10조의5(권리금 적용 제외) 1. (삭제)

한편, 제10조의5에 대한 개정작업과 더불어 임대인과 임차인 사이의 예상되는 평균매출액을 산정하도록 하여 임대차 계약서에 기재할 수 있도록 하면 장래의 차임증감청구, 임대인의 신규임차인과의 계약 거절을 위한 비교 등 상가임대차법의 제 규정에 대한 적용이 수월해질 것으로 보며 이를 위한 표준계약서의 보급 등의 제도 운용도 필요할 것으로 본다.

참고문헌

1. 단행본

田山輝明/澤野順彦/野澤正充, 新基本法コンメンール借地借家法, 日本評論社, 2014.

渡辺, 借地借家法の解説, 住宅新報社, 2013.

Alvin L. Arnold & Jeanne O'Neill, *Real Estate Leasing Practice Manual*, 2014.

2. 학술지

김승중, “상가권리금 법제화에 대한 검토와 향후 과제”, 부동산연구 제25집 제2호, 한국 부동산연구원, 2015, 99-112쪽.

김남근, “권리금회수 기회보호 거절에 대한 정당성 판단기준”, 인권과 정의 제455호, 대한변호사협회, 2016, 123-145쪽.

김영두/이지영, “대규모점포와 권리금 회수기회보호”, 집합건물법학 제19권, 한국집합건물법학회, 2016, 55-88쪽.

김제완, “통상임금성을 배제하는 노사합의와 신의칙-대상판결: 대법원 2013. 12. 18. 선고 2012다89399 퇴직금”, 인권과 정의 제443호, 대한변호사협회, 2014, 94-118쪽.

김형배, “전형계약규정의 의의와 비전형계약의 해석”, 판례월보 제298호, 판례월보사, 1995, 62-72쪽.

배병일, “상가건물 임대차의 권리금”, 민사법학 제26호, 한국민사법학회, 2004, 143-169쪽.

이근영/김상진, “개정상가건물임대차보호법상 권리금 규정의 해석론과 문제점의 개선 방안에 대한 소고”, 법학연구 제24권 제4호, 경상대학교 법학연구소, 2016, 171-197쪽.

조장우, “권리금보호규정의 입법론적 개선방안에 관한 연구”, 법학연구 제24권 제2호, 경상대학교 법학연구소, 2016, 227-248쪽.

정진명, “혼합계약의 해석”, 민사법학 제16호, 한국민사법학회, 1998, 441-446쪽.

3. 자료집 및 보고서

공정거래위원회, 보도자료, 2014.3.12.

김영두/박수곤, “상가임차인 영업보호 선진입법례”, 법무부: 연구과제, 2014.

김영일, “임대차에 있어서 권리금을 둘러싼 제문제, 은행거래·임대차사건의 제문제”, 재판자료, 법원행정처, 1986.

김제완/박현정/이유나, “상가건물임대차 분쟁사례와 분쟁해결 방안 연구-상가건물 임대차보호 국내외 사례 조사”, 중소기업중앙회: 연구용역보고서, 2014-15.

법무부 법무실, “각국의 영업용 건물 임대차 법제”, 법무부, 1996.

법무부 보도자료, “상가건물임대차보호법 개정안 마련”, 2014.9.23.

시사포커스, “상가 권리금 감정평가액, 어떻게 산정될까-시설권리금 원가법, 영업권리금 수익환원법…거래사례비교법 혼용-”, 2015.5.19.

오세조, “백화점 거래선진화 모델 개발 보고서”, 지식경제부/연세대학교, 2009.

제19대 임시국회 제332회 제1차 법안심사 제1소위원회 국회회의록.

제19대 임시국회 제332회 제1차 법안심사 제3소위원회 국회회의록.

[Abstract]

A Study on the Problems and Revision Directions of Article 10-5 of the Commercial Building Lease Protection Act

Mo, Seung-Kyu*

As Commercial Building Lease Protection Act of Korea was revised in 2015, it included premium that was on blind spot of law for long time in our legislation into legal protect object.

However, according to revised article 10-5 of Commercial Building Lease Protection Act, if it is a part of large-scale store or semi large-scale store according to article 2 of 「Distribution Industry Development Act」, it employs exception of premium collection opportunity protection, so if lease object is a part of large-scale store, the problem that a number of leasehold merchants is not well protected about the premium is occurring.

Issue 1, article 10-5 derives concept of Distribution Industry Development Act, and it applies and excludes protection subject of premium based area, and since this has fundamental problem to connote side effect unlike original revision intention, it is thought that revision work in the future must be necessary.

benefit of the law called overall purpose of use of large-scale store considers about how it is considered in commercial building lease act, and it suggests revision direction of current article 10-5 through study about each point above, and it tries to grasp whether commercial building lease act is applied on fee buried agreement that is made in department store and others, and which point should be considred and interpreted even though it applies.

[Key Words] Commercial Building Lease Protection Act, percentage rent provisions, large-scale store, premium, Distribution Industry Development Act

* Legal Specialist, Legal Advisory Committee / Ph. D. Completion, Korea University