

# 권리금과 영업권의 대가

## - 권리금 없는 상가임대차를 위하여 -

이진기\*

### 【목 차】

I. 글을 시작하며	
II. 「상가임대차법」과 권리금	IV. 「상가임대차법」의 권리금보호
1. 권리금개념의 성립	1. 권리금보호규정의 실익
2. 상가임대차시장과 권리금의 현황	2. 권리금의 회수
III. 권리금의 내용과 비교개념	3. 권리금회수협력의무
1. 권리금의 구성요소	4. 권리금회수규정의 분석과 비판
2. 실체없는 허구개념으로서 권리금	V. 권리금의 대안
3. 권리금계약의 본질: 영업양도계약	VI. 글을 마치며
4. 권리금과 영업권	

### 【국 문 요 약】

권리금을 「임대차 목적물인 상가건물에서 영업을 하는 자 또는 영업을 하려는 자가 영업시설·비품, 거래처, 신용, 영업상의 노하우, 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유형·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용대가로서 임대인, 임차인에게 보증금과 차임 이외에 지급하는 금전 등의 대가」이다. 「상가임대차법」의 권리금규정은 “종래 규정만으로 임차인이 투자한 비용이나 영업활동으로 형성된 지명도나 신용 등 경제적 이익이 임대인의 갹신거절에 의해 침해되는 것을 충분히 방지할 수 없음을 신설근거로 한다. 그러나 권리금의 보호는 채권관계로서 임대차관계의 법리를 왜곡하고 임대인과 장래 임차인이 되려는 사람의 희생을 딛고 임차인을 보호하는 편협한 장치이다.

지금까지 「상가임대차법」의 입법과 연구는 임차인보호에 치우쳐 권리

\* 성균관대학교 법학전문대학원 교수.

금으로 말미암은 사회·경제적 비효율과 낭비에 거의 관심을 두지 않았고 권리금보호로 커다란 짐을 떠안아야 하는 장래의 임차인의 이익을 방치한 인상이 현저하다. 권리금의 양성화는 득보다 실이 크다.

먼저 권리금의 실체가 분명하지 않다. 그리고 「상가임대차법」의 입법자도 권리금의 회수기회를 보장하여야 하는 근거를 제대로 제시하지 않는다. 다음으로 권리금의 양성화와 그에 이어지는 일반화·보편화는 사회경제적 낭비와 고비용·저효율에서 결코 자유로울 수 없다. 더욱이 권리금은 목돈으로서 이를 지급하여야 하는 신규임차인에게는 일종의 일시불차입 또는 투자금의 의미를 가지며, 그가 영업활동에 실패할 경우에는 심지어 위험금의 성질을 가진다. 이 때문에 권리금은 임차인이 되려는 사람에게는 진입장벽이다.

권리금은 그 실질에서 영업권을 양도하는 대가와 구분되지 않는다. 그러므로 권리금을 영업양도의 대가로 대체하고 장기의 임대차기간을 보장하는 방법으로 임차인의 이익보호에 충분하다. 「상가임대차법」의 입법자가 권리금규정의 신설근거로 제시한 ‘약자보호’는 무소불위의 만병통치약이 되어서는 안 된다.

## I. 글을 시작하며

2015년 5월 13일의 「상가건물임대차보호법」(이하 「상가임대차법」 또는 법률 이름 없이 쓴다)<sup>1)</sup>의 개정으로 신설된 10의3부터 10의7은 그때까지 입법의 사각지대에 있던 권리금의 일반제도화를 골자로 한다. 권리금관련규정의 신설은 “종래 규정만으로 임차인이 투자한 비용이나 영업활동으로 형성된 지명도나 신용 등 경제적 이익이 임대인의 갱신거절에 의해 침해되는 것을 충분히 방지할 수 없음을 근거로 한다. 이 때문에 흔히 권리금의 회수에 관한 10의4는 임차인이 투자한 자본을 회수하는 기회의 보장을 목적으로 한다는 설명이 지배한다.<sup>2)</sup> 그렇지만 「상가임대

1) 「주택임대차보호법」과 「상가건물임대차보호법」은 제정목적과 내용에서 처음부터 임차인과 그가 가진 임차권의 임차보증금반환채권의 보호목적에 편향된 법률이므로 ‘주택임차권[또는 임차인보호법]’과 ‘상가건물임차권보호법’ 또는 보호를 삭제한 ‘주택임대차법’과 ‘상가건물임대차법’이 제격이다.

차법」은 임차인의 권리를 세심하게 배려하면서도 임차인과 권리금계약을 체결하는 신규임차인이 되려는 사람의 지위를 규율함에는 몹시 인색한 법률이다.

임대인과 임차인은 임대차를 체결하는 당사자이다. 임대차는 이해상반의 지위에 있는 소유자와 차임을 지급하여 그의 소유물을 사용·수익하려는 상대방이 체결하는 계약이다. 이러한 측면에서 임대차도 그 당사자들이 사적자치에 따라 그들의 이해관계를 조정하는 도구이다.<sup>3)</sup> 임대인의 의무는 차임을 대가로 하는 사용·수익권의 보장에 그치며, 임차인에게 영업이익과 영업가치를 보장할 의무는 없다.<sup>4)</sup> 임대차관계의 종료로 임대인이었던 사람과 임차인이었던 사람의 법률관계는 다시 無<sup>nothing</sup>로 돌아가고 그들은 서로 남이 된다. 그러나 제3자와 임차인의 계약에 임대인에 대한 구속효, 즉 제3자효를 인정하는 것은 계약의 법리를 위반한다. 임대인은 권리금을 약탈하지 않고 그가 약탈할 권리금도 없다.

그럼에도 권리금에 관한 대법원판결례와 「상가임대차법」의 규정은 계약을 체결할 때부터 계약의 운명을 예견할 수 있는 지위를 가진 시민을 행위무능력자로 만들고 임대인에게 二重의 危險을 전가한다. 그러나 계

- 2) 연구문헌의 소개와 함께 최준규, 상가건물임대차보호법상 권리금 회수기회 보호규정 비판, 민사법학 96 (2021) 159-192, 161. 이밖에 <상가건물임대차보호법 개정안 마련>: 법무부 보도자료 2014.09.23.<장년층 고용안정 및 자영업자 대책 Q&A>: 관계부서 합동 2014.09와 함께 원문은 =

약은 그를 체결하는 사람의 위험을 먹고 산다는 것이 계약을 지배하는 평범한 진리이고 계약을 체결하기 전에는 절대적 강자도 약자도 없다.

「상가임대차법」에서 임차인의 갱신요구권은 그의 투자와 영업활동으로 형성된 지명도와 고객 등 경제적 이익을 보호하기 위한 1차적 안전장치이다. 임대인의 갱신거절은 ‘임차인의 계약갱신 교섭력의 강화’에 대한 중대한 침해이므로, 권리금회수기회의 보장이 소유권과 영업권의 조화를 위한 2차적 안전장치로 작동한다.<sup>5)</sup> 그리고 권리금에 관한 임차인의 이익이 침해되는 경우는 10 II에 따라 전체 임대차기간이 10년을 경과하여 임차인이 더 이상 계약갱신청구권을 행사할 수 없는 경우가 가장 전형적이다.<sup>6)</sup> 하지만 임대인의 소유권과 임차인의 영업권은 서로 연결접점이 없고 임대인이 임차인의 영업활동까지 배려하여야 하는 수호성인<sup>patronus</sup>도 아니다. 영업은 임차인의 자유로운 의사결정에 따른 이익추구행위이기 때문이다.

권리금을 포함하여 임차인보호를 목적으로 하는 「상가임대차법」의 법률규정<sup>7)</sup>은 「민법」 289, 652와 674의9와 같이 片面的 強行規定에 가까운 성격을 가진다. 고유한 의미의 편면적 강행규정과 차이점은 단지 임차인이 그의 자유의사로 보호를 포기할 경우 그것이 유효하다는 사실에서 발견된다. 이러한 처지에 놓인 법률가는 법을 있는 그대로 적용하여야 한다. 이 때문에 「상가임대차법」이 법학자에게 해석의 공간을 별로 남기지 않고 그의 검토와 평가가 입법론에 치우칠 수밖에 없다. 그럼에도, 다행인지 불행인지 알 길이 없지만, 권리금에 관한 「상가임대차법」의 법률개념과 이를 채용한 법률규정이 형식과 내용에서 명확하지 않고 모호한 부분이 적지 않다. 이것이 강행법규의 형식을 가진 입법의 틈을 비집고 해석으로 바람직한 임대인-임차인의 관계를 재정립하는 과제가 법학자에게 맡겨질 수 있는 이유이다.

5) <장년층 고용안정 및 자영업자 대책 Q&A>: 관계부서 합동 2014.09. 26. 그러나 임대인과 임차인 사이에 특별한 약정이 없음에도 소유권과 영업권의 조화를 추구하는 것은 무리이다. 임대인은 사용·수익의 제공으로 그의 몫을 다한 것이다.

6) 권리금회수기회의 보장은 임대차관계의 소멸에 의하여 영향을 받지 않는다는 대판 2019.05.16., 2017다225312·225329.

7) 현재결 2014.03.27., 2013헌바198.

지금까지 「상가임대차법」의 입법과 연구는 임차인보호에 치우쳐 권리금으로 초래될 수 있는 사회·경제적 비효용과 낭비에 거의 관심을 기울이지 않았다. 게다가 권리금이 장래의 임차인에게 커다란 짐이 될 수밖에 없다는 사정을 방치한 인상마저 현저하다. 이제 임차인보호의 장을 넘어 사회 속에서 권리금을 재조명할 시기이다.

## II. 「상가임대차법」과 권리금

### 1. 권리금개념의 성립

신설된 10의3 I은 권리금을 「임대차 목적물인 상가건물에서 영업을 하는 자 또는 영업을 하려는 자가 영업시설·비품, 거래처, 신용, 영업상의 노하우, 상가건물의 위치에 따른 영업상의 이점 등 유형·무형의 재산적 가치의 양도 또는 이용대가로서 임대인, 임차인에게 보증금과 차임 이외에 지급하는 금전 등의 대가」로,<sup>8)</sup> 그리고 II는 권리금계약을 ‘신규임차인이 되려는 자가 임차인에게 권리금을 지급할 것을 내용으로 하는 계약’으로 정의한다.<sup>9)</sup> I은 -아마도 임차인이- 임대인에게 지급하는 대가를 포함하므로 임차인이 되려는 사람이 임대인에게 지급하는 계약도 II의 의미에서 권리금계약이라고 하여야 한다. 다만 상가를 소유하는 임대인의 이익이 주로 상가임대인의 이익이 계속적·안정적 차임의 취득에 집중되는 탓에 임대인과의 권리금계약을 별도로 규율할 실익이 크지 않을 것이다.<sup>10)</sup>

10의3 I은 대판 2000.09.22., 2000다26326이 확정된 권리금개념과 대판 2023.05.09., 2012다115120이 정의한 권리금계약을 원형으로 하

8) 비슷하게 또한 「감정평가 실무기준」 660-4-1.

9) 법률영역, 학문분야와 접근방법에 따라 권리금의 구성요소에 접근하는 방법이 서로 다르다. 여기에서는 「상가임대차법」을 기준으로 한다. 그 시작은 제332회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회) 제1차, 2015.04.24., 18 이하 참조.

10) 한편 김영두, 권리금계약의 의의와 법률관계, 재산법연구 35/4 (2019) 1-29, 25는 기존임차인과 신규임차인 사이에 권리금계약이 체결되는 경우에 권리금회수기회를 보호할 필요가 있기 때문이라고 한다. 그러나 임차인의 보호가치는 직접 임대인에게 권리금을 지급한 때에도 여전하다.

여 거의 수정없이 수용한 법률조항으로 보인다. 이에 따르면 권리금거래는 상가건물의 재산가치와 별개로 임차인이 그의 영업활동의 결과로 형성된 영업가치를 회수하기 위한 수단이다.

대판 2000.09.22., 2000다26326: “영업용 건물의 임대차에 수반되어 행하여지는 권리금의 지급은 임대차계약의 내용을 이루는 것은 아니고 권리금 자체는 거기의 영업시설·비품 등 유형물이나 거래처, 신용, 영업상의 노하우(know-how) 또는 점포 위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정 기간 동안의 이용대가라고 볼 것이어서, 그 유형·무형의 재산적 가치의 양수 또는 약정기간 동안의 이용이 유효하게 이루어진 이상 임대인은 그 권리금의 반환의무를 지지 아니하며 다만, 임차인은 당초의 임대차에서 반대되는 약정이 없는 한 임차권의 양도 또는 전대차의 기회에 부수하여 자신도 그 재산적 가치를 다른 사람에게 양도 또는 이용케 함으로써 권리금을 지급받을 수 있을 것이다.

따라서, 임대인이 그 임대차의 종료에 즈음하여 그 재산적 가치를 도로 양수한다든지 권리금 수수 후 일정한 기간 이상으로 그 임대차를 존속시켜 그 가치를 이용케 하기로 약정하였음에도 임대인의 사정으로 중도 해지됨으로써 약정기간 동안의 그 재산적 가치를 이용케 해주지 못하였다는 등의 특별한 사정이 있을 때에만 임대인은 그 권리금 전부 또는 일부의 반환의무를 진다.”

대판 2000다26326에서 권리금은 임차인이 임차권의 양도 또는 전대차의 기회에 부수하여 지급받을 수 있는 목돈<sup>big money</sup>이다. 그렇지만 권리금에 관한 약정은 임대차의 내용을 이루지 않으므로, 임대인이 직접 임차인으로부터 권리금을 수령하는 등 특별한 사정이 없으면, 임대인에 대한 임차인의 권리금청구권은 인정되지 않는다. 또한 임대인에게 권리금을 지급하지 않는 것이 당사자의 의사이며 실제의 관행도 그러한 것으로 판단된다.<sup>11)</sup> 다만 임대인에게 권리금을 지급한 임차인은, 다른 사정이 없으면, 임대인에게 그 회수를 구하여야 한다. 이는 임대인과 임차인의 계약의 효력이다. 그러나 그가 신규임차인과 권리금계약을 체결한 때에는 임대인에게 청구할 권리를 잃는다고 해석할 수 있다.

이러한 사정이 자연히 권리금계약을 신규임차인이 되려는 사람이 임차

11) 박윤직, 채권각론, 2000, [134] (268 이하).

인에게 권리금을 지급하는 것을 내용으로 하는 계약으로 정의하는 「상가임대차법」 10의3 II의 입법으로 결실맺은 배경이다.

## 2. 상가임대차시장과 권리금의 현황

권리금은 시장에서 통용되는 개념이므로 무엇보다 시장현황에 기초한 실증연구가 중요하며, 실무와 「상가임대차법」의 권리금정의도 이를 반영한 것으로 추정된다.

상가건물의 임차인은 대부분 소상공인, 즉 자영업자로 구성된다. 자영업자는 전체 취업자 중에서 임금근로자와 무급가족종사자를 제외한 고용자와 자영자를 의미한다. 2022년 현재 자영업종사자는 경제활동인구의 20.1%(2021년 23.9%로 OECD 회원국 중 6위), 즉 5,632,000명이다.<sup>12)</sup> 그 수는 2002년 6,212,000명으로 최고치를 기록한 이래 2012년부터 대체로 5,600,000명선에서 움직이지만 과당경쟁으로 해가 지날수록 감소하는 추세이다.

반면에 권리금 있는 상가의 비중은 해를 거듭할수록 늘어가는 추세이고 여기에 「상가임대차법」의 기여분도 무시할 수 없다. 한국부동산원에 따르면, 2022년 현재 전국에서 권리금이 있는 상가의 비율은 2021년과 비교하여 2.6% 증가한 56.6%이다. 권리금비율을 업종별로 보면, 숙박음식점업(71.9%)이 가장 높고 기타 개인서비스업(43.7%)이 가장 낮다.<sup>13)</sup> 그런데 권리금을 지급한 상가임차인이 채 60%에 이르지 못함에도 정작 임차인의 85%가 향후 권리금을 받고 나가겠다고 응답한 사실이 매우 흥미롭다.<sup>14)</sup>

상가임대차를 대표하는 업종으로 도·소매업과 숙박·음식점업을 들 수 있다. 통계청의 소상공인실태조사<sup>15)</sup>를 중심으로 이들을 관찰하면, 사업

12) 통계청, 2022년 경제활동인구조사 (= [https://www.index.go.kr/unity/potal/main/EachDtIPageDetail.do?idx\\_cd=2779](https://www.index.go.kr/unity/potal/main/EachDtIPageDetail.do?idx_cd=2779))

13) <https://www.reb.or.kr/r-one/main.do>. 서울의 평균권리금은 5,070만원(76.9만원/㎡)이다.

14) <상가건물임대차보호법 개정안 마련>: 법무부 보도자료 2014.09.23., 1.

15) [https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=101&tblId=DT\\_1ME0502&vw\\_cd=MT\\_OTITLE&list\\_id=101\\_004\\_005&scrId=&seqNo=&lang\\_mode=ko&obj\\_var\\_id=&itm\\_id=&conn\\_path=K2&path=%252Fcommon%252Fmeta\\_onedepth.jsp](https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=101&tblId=DT_1ME0502&vw_cd=MT_OTITLE&list_id=101_004_005&scrId=&seqNo=&lang_mode=ko&obj_var_id=&itm_id=&conn_path=K2&path=%252Fcommon%252Fmeta_onedepth.jsp).

을 전환하고 현사업체를 정리하려는 소상공인의 비율이 61.7%<sup>16)</sup>에 이르고 사업체를 계속 운영할 경우에도 전체 소상공인의 81% 이상이 승계를 계획하지 않는다.<sup>17)</sup> 2020년도를 실시된 또 다른 실증자료는 소상공인의 창업성공률은 5%로서 75%는 1년내에, 그리고 20%는 3년내에 폐업할 수 있다고 한다.<sup>18)</sup> 그 범위를 일반음식점으로 좁히면, 2020년도 창업음식점은 65,806개이고 폐업음식점은 54,437개로서 폐업비율이 83.7%에 이른다.<sup>19)</sup> 그런데 설령 불확정의 권리금을 영업가치로 인정하더라도 임차인이 영업활동을 그르칠 경우에는 권리금이 소멸하여 흔적조차 없어지는 사례가 흔하다: 영업에 실패하여 폐업하는 소상공인에게 권리금은 있어야 하는 비용이다. 이러한 상황인식은 권리금이 역설적으로 소수의 성공한 소상공인을 위한 惡習으로 애당초 일반화와 친할 수 없음을 증언한다. 무엇보다 이제는 보편화된 프랜차이즈가맹점에 관하여 권리금은 이미 힘을 잃었고,<sup>20)</sup> 급속한 산업구조의 변화로 배달을 주로 하는 상가[배달전문점]의 경우 바닥권리금마저 그 가치를 거의 상실한 실정이다. 이처럼 권리금은 현대사회에서 진화하는 상거래현황을 정확하게 반영하지 못한다. 이러한 사정은 부풀려진 법률현상 또는 왜곡된 법적 판단이 「상가임대차법」상 권리금규정의 강화로 연결되었다는 정당한 의심을 가능하게 한다.

실태조사의 결과는 실무와 「상가임대차법」의 옹호에도 불구하고 영업이익을 따지지 않고 권리금의 수수가 영업행위를 수반하는 장식관행화(?)하여 ‘상가임대차 있는 곳에 권리금 있다’는 식의 맹목적이고 형식적인 믿음이 지배한다는 사실을 여실히 증명한다. 이는 동시에 권리금이 반드시 있어야 하는 제도가 아니라 없어도 그만이라는 반증이 되기도 한다. 그 연속선상에서 「상가임대차법」은 없어도 무방하고 장기임대차의 제도화로 능히 극복될 수 있는 좋지 않은 거래관행을 공고히 하여 일반

16) 중소기업벤처부-KOSIS 시도/산업중분류별/사업전환시 애로사항별 사업체수(복수응답), 수록기간 : 년 2018~2018 / 자료갱신일: 2020-01-31.

17) 중소기업벤처부-KOSIS 시도/산업중분류별/사업체 계속 운영 시 승계여부별 사업체수, 수록기간 : 년 2018~2020 / 자료갱신일: 2022-07-01.

18) 강종현의 창업전략 = [http://www.ksetup.com/news/news\\_view.php?idx\\_no=10391](http://www.ksetup.com/news/news_view.php?idx_no=10391).

19) 연합뉴스, 2021.10.28. = <https://www.yna.co.kr/view/AKR20211028168400003>.

20) 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 특히 11 (가맹계약서의 기재사항 등) 참조.



제도화하여 상가임차인에게 영똥한 기대감을 조성하였다는 비난을 벗어나기 어렵다.

### III. 권리금의 내용과 비교개념

#### 1. 권리금의 구성요소

실무와 이를 계승한 「상가임대차법」 10의4가 채용한 권리금개념이 의외로 몹시 허술하다: 권리금은 모호한 추상적·유동적 개념으로 점철된 모습이다. 어느 누구도 그러한 것을 定義라고 부르지 않으며, 제대로 된 정의규정의 미비는 법적 분쟁을 부르기 마련이다.

한국부동산원에 따르면, 유형권리금의 지급사유는 인테리어를 포함하는 영업시설(78.6%)>비품(47,0%)>채고자산(14,6%)의 순이고, 무형자산의 지급사유는 상가건물의 위치(93.9%)>거래처·신용·노하우(31.4%)의 순이고 인·허가(4.7%)와 임차권보장(2.3%)은 미미한 수준이다.<sup>21)</sup> 그런데 유형권리금에서 영업시설과 비품이 차지하는 비중이 높다는 모습은 영업양도[인수]를 가정하지 않으면 받아들이기 힘들다.

#### 2. 실체없는 허구개념으로서 권리금

(1) **유형재산:** 유형재산은 영업시설, 비품과 채고자산 등 물리적·구체적 형태를 가지고 권리금의 시설조건을 형성하는 요소들로서, 이에 관한 권리금이 이른바 시설권리금이다.

상가건물임대차도 그 본질에서 「민법」의 임대차이다. 「상가임대차법」도 이를 존중하여 권리금의 회수 외에는 임대차관계의 종료의 법률효과를 법정하지 않고 「민법」의 임대차에 맡긴다. 다른 약정이 없으면, 상가임차인은 ‘임대인이 넘겨준 대로 임차목적물을 돌려주어야’ 한다(「민법」 654-615). 영업시설은 임차인이 영업활동을 위하여 오롯이 그의 위험으로 투자·설치한 설비이다. 이는 필요비와 유익비에 해당하지 않으므로 비

21) 항목별 중복선택이 가능한 탓에 합이 100%를 넘는다.

용상환청구권의 근거가 될 수 없다. 이와 관련하여 영업시설을 권리금에 포함하는 10의4가 진정으로 임차인의 原狀回復義務를 배제하는 효력을 가질 것인지 의문이다. 임차인의 원상회복의무는 임대차의 본질적 부분을 이루고, 특별한 약정이 없으면, 배제되지 않는다. 이에 대응하여 임차인은 「민법」 626의 비용상환청구권과 654-615, 646의 부속물수거권과 -매수청구권으로 투자자본을 회수할 기회를 가진다. 그런데 상가임차인의 투자는 이익을 추구하기 위하여 없어서는 안 될 필수요건으로 ‘투자 없이 이익없다.’ 일반의 시장법칙을 따르면, 영업목적에 위한 투자분은 영업활동의 성과로 취득하는 영업이익에 의하여 상쇄되기 마련이다. 이 때문에 영업시설을 권리금의 이름으로 격상하여 그의 회수를 법정하였고 하여 임차인의 원상회복의무에 영향을 미칠 수 없고 미쳐서도 안 된다. 마지막으로 영업시설은 시간의 경과에 따라 급격히 가치를 잃는 동산이다.<sup>22)</sup>

영업시설과 비교하여 비품과 재고자산은 임대차와 직접 관련이 없이 임차인이 수거할 수 있고 마땅히 수거하여야 하는 獨立物이다. 이들의 운명은 임차인의 자유처분 또는, 필요한 경우, 그와 임차인이 되려는 사람의 자유로운 합의에 맡기면 그만이고 굳이 권리금에 포섭할 이유가 전혀 없다. 그럼에도 임대인을 끌어들여 권리금의 이름으로 비품과 재고자산에 관한 임차인의 권리를 제도화하고 그 회수를 임대인에게 보장하도록 강제하는 것은 法の 이름을 빌린 暴力일 뿐이다. 결론적으로 비품과 재고자산의 대가를 권리금화하는 것은 과잉포장이다.

**(2) 무형재산:** 무형재산은 사회통념상 금전평가가 가능한 무형의 가치를 말한다. 이는 물리적·구체적 형태가 없는 거래처, 신용, 영업상의 노하우[이상 영업권리금], 건물의 위치에 따른 영업상의 이점[바닥권리금] 등을 요소로 한다. 입지조건, 영업조건과 허가난이도 등의 요소도 그 구성부분이다. 그런데 무형재산권은 소비재와 마찬가지로 반환이익이 거의 없다.

22) 「민법」 245의 부동산점유시효취득에 관한 판례는 넘치는 반면 246의 동산점유시효취득은 전혀 그렇지 않은 법률현실이 또한 이를 확인한다.

### 1) 입지조건

입지조건은 상가건물의 위치에 따른 영업상 이점이다. 「상가임대차법」의 입법자는 입지조건이 고객·신용 등 영업권리금과 밀접한 관련이 있어 독립하여 산정하는 것이 불가능하고, 임대인은 역세권형성 등 외부적 요인에 의한 이점증가를 차임에 반영하므로 입지조건을 임차인에게 귀속함이 마땅하다고 한다.<sup>23)</sup> 이는 임대인과 임차인이 이익을 공유하여야 한다는 관념을 반영한 것이다. 하지만 이는 입지조건 개선으로 영업이익을 남기는 사람이 상가임차인임을 간과한 것이다. 반면에 임대인의 차임증액청구권이 「동 시행령」 4에 의하여 연 5%로 막혀 있으므로 부동산시장 가격의 변동을 제대로 반영하지 못한다.<sup>24)</sup> 나아가 입지조건이 언제나 좋아지는 것도 아니다. 이때에는 입지조건 악화에 따른 위험을 고스란히 임대인이 감수하도록 하는 것은 잘못이고 임차인도 이를 분담하여야 할 것이지만, 입법자는 말이 없다.

상가건물의 위치가 입지조건 결정요소이다. 그런데 상가건물은 움직이지 않고 그 자리에 있으므로 입지조건도 변하지 않고 그대로이다. 이는 이미 임대차를 체결할 때부터 확정되며 임차인이 임의로 정할 수 없다. 이처럼 위치에 따른 영업상 이점, 즉 위치, 상권과 배후지는 임대건물과 결합된 것이다. 임차인은 단지 그의 자유결정으로 상가건물을 선택·임차하여 사용·수익한다.<sup>25)</sup> 또한 입지조건이 상권개척 등 임차인[상인]의 노력으로 조성되거나 개선되는 경우도 있지만 우연한 사실로 만들어지는 경우도 흔하다. 가로수길, 망원동길 또는 성수동에서 나타난 상권활성화를 비롯한 외부요인으로 입지조건이 창출되는 경우가 그 예이다. 이때에는 그 창출자를 특정하기 어렵다. 뿐만 아니라 입지조건은 경기의 흐름이나 젠트리피케이션<sup>gentrification</sup> 등의 영향에서 자유롭지 않고 자유로울 수도 없다.<sup>26)</sup> 이러한 요소의 처분권과 이익을 오롯이 임차인의 임의

23) <상가건물임대차보호법 개정안 마련>: 법무부 보도자료 2014.09.23., 12.

24) 이밖에 임대차관계가 종료한 후의 사후적 차임감액청구를 인용한 서울중앙지판 2022.12.15., 2021가단5363344.

25) 이를 경영판단으로 설명한 백경일, 비용부당이득 반환청구권을 통한 상가권리금보호의 가능성, 민사법학 88 (2019) 243-287, 277.

26) 같은 취지로 특히 이상용, 개정 상가건물임대차보호법과 바람직한 임차인 보호방안, 민사법학 73 (2015) 49-109, 54. 자세한 현황은 황영숙/정쾌호, 상업 젠트리피케이션에 따른

로만 넘기는 것은 지나치다.

상가건물을 소유하는 임대인의 위험에 맡겨진 건물위치의 이익을 임차인에게 돌리는 것은 논리모순이다.<sup>27)</sup> 상가건물은 -비록 「상가임대차법」은 명확하게 정의하지 않지만<sup>28)</sup>- 영업행위의 기반이 되는 장소이고<sup>29)</sup> 상가임차권은 영업목적 달성을 위한 설비를 확보하기 위한 도구이다. 상가를 제공하는 사람은 임대인이다. 그러나 상가건물을 임차한 사실이 그의 영업행위와 영업가치를 증명하지 않는다.

임차인이 권리금의 명목으로 상가위치에 따른 영업상 이점을 차지하는 것은 부당이득이다. 부당이득관계는 수익의 반환으로 시정될 수 있지만, 법률과 판결이 이를 처음부터 방지하도록 하는 것이 훨씬 간명하고 건전하다. 다만 바닥권리금과 같이 임대인이 처음부터 임차인에게 점포위치의 이점에 관하여 대가를 청구하고 임차인이 이를 지급한 때에는 권리금으로 삼을 수 있을 것이지만,<sup>30)</sup> 이때에는 임대인과 임차인의 사적자치에 맡기는 것이 훨씬 능률적이다. 한편 예외적으로 임차인이 그의 노력으로 새로운 상권을 개척한 때에는 이를 권리금으로 평가할 여지도 상당하다. 하지만 이때에는 낮은 차임이 상례일 것이므로 임차인의 부담이 무겁지 않고 임차인의 기여와 노력이 영업이익의 형태로 넉넉히 보상될 수 있다.

임대인으로부터 출발하는 입지조건<sup>31)</sup>을 권리금에 집어넣은 것은 애당

임차인 이동에 관한 연구, 주거환경, 20/4 (2022) 179-194 참조. 그리고 권리금이 젠트리피케이션을 부르는 몫(?)을 간과하여서도 안 된다.

27) 권리금은 임차인, 중개업자, 컨설팅업체, 임대인이 단합하여 임차인이 되려는 사람으로부터 부당한 이득을 얻는 수단에 지나지 않으며 장소적 이익은 임대인에게 임차료로 귀속되어야 한다는 민태욱, 상가권리금의 본질과 공법적 해결, 토지공법연구 66 (2014) 515-535, 524 이하.

28) 「상가임대차법」 2 I 본문은 상가건물을 「같은 법」 3 I에 따라 사업자등록의 대상이 되는 건물로 정의하지만, 「부가가치세법」 8 I은 사업자등록을 신청하여야 하는 대상으로 사업장으로 하고 이를 준용하는 「소득세법」 168 I은 새로이 사업을 시작하는 사업자의 등록 의무를 내용으로 한다.

29) 김영두, 법조 725 (2017) 51.

30) 임대인이 직접 임차인으로부터 권리금을 수령하는 비율은 전체시장의 약 2%에 그친다 (<상가건물임대차보호법 개정안 마련> 10).

31) 사용·수익권이 없는 임차인에게 그가 갖지 않은 권리를 거래하도록 허용하는 것은 형용모

초 바늘귀를 잘못 뺐 것이다. 이를 임차인의 몫으로 판단하여 권리금의 구성부분으로 받아들인 대판 2000다26326과 「상가임대차법」 10의3 I은 처음부터 실패를 예정한다. 유상의 사용·수익의 제공이라는 임대차의 본질을 고려할 때 장기의 임대차기간으로 보상하는 것이 임대인과 임차인 모두에게 이익이 되는 해결책이다.

## 2) 영업조건

**a. 신용:** 신용을 권리금에 포함한 실무와 10의3은 어떻게 하여도 설득력이 없다. 임차인과 신규임차인은 인격을 달리하는 주체로서 인격을 공유하지 않는다. 더욱이 일반의 언어용례에서 신용은 순수한 인적 요소로서 양도·처분의 대상이 아니므로 이를 재산가치로 평가할 수 없다. 그리고 법률의 표현상 실무가 말하는 신용이 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조의 의미에서 신용정보주체의 신용도를 판단하기 위한 정보와 그의 신용거래능력에 관한 정보가 될 수 없음은 분명하다.

10의3에서 신용을 개인의 신용이 아니라 임차인에 대한 사회적 신뢰도 또는 평판의 의미로 읽어야 한다. 그러나 이는 同種의 영업이 아니라면 존재할 수 없고 설령 존재하더라도 그다지 높은 가치를 가질 수 없는 요소이다. 그리고 국토교통부가 2015년 6월 11일 「감정평가 실무기준」의 개정<sup>32)</sup>에 관하여 신용에 포함한 고객인지도(브랜드)는 임차인, 신규임차인과 상표권자 사이에서 처리되어야 할 사항들이다.

**b. 영업상 노하우(know-how)와 거래처:** 영업상 노하우와 거래처는 특정영업과 불가분의 관계를 이루는 요소이므로 일반화에 적합하지 않다. 예컨대 실내체육시설에 속하는 실내골프연습장과 실내야구연습장 또는 행사업체인 웨딩업과 장의업은 같은 서비스업체이지만 서로 실질을 달리 하며, 심지어 음식업체인 중식당과 일식당마저도 영업상 노하우와 거래처를 완전히 달리한다. 뿐만 아니라 임차인이 되려는 사람이 임차인의

순<sup>oxymoron</sup>이라는 최준규, 민사법학 96 (2021) 164: “지역권리금이라는 개념은 실무상으로도 무익·유해하다.”

32) 국토교통부, 권리금 감정평가 실무기준 (보도참고자료), 2015.06.11. = [http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m\\_72/dtl.jsp?id=95075806](http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_72/dtl.jsp?id=95075806).

영업권을 승계할 의무도 없다. 이밖에 살아있는 개인에 관한 정보를 포함하는 거래처-와 고객정보는, 「개인정보보호법」 17 등 특별한 사정이 없으면, 거래대상이 될 수 없다.<sup>33)</sup>

다음으로 영업상 노하우와 거래처를 반드시 특정한 상가건물과 결합하여야 하는 필연적 근거도 없다. 이들은 임차상가와 불가분의 관계를 이루는 요소가 아니라 영업에 바쳐진 요소이다.<sup>34)</sup> 노하우는 고정불변이 재산이 될 수 없고 언제나 옳은 것도 아니다. 노하우는 소진되기 마련이고 오히려 신규임차인의 營業의 質이 중요한 요인이다.<sup>35)</sup>

권리금의 회수를 빌미로 임차인이 되려는 사람에게 영업상 노하우와 거래처의 대가를 취득하도록 허용하는 처분은 신규임차인에게 영업권을 인수하도록 하여 임차인의 영업을 강제하는 것과 다르다.<sup>36)</sup> 그러나 특정 목적을 위하여 조성·분양된 상가건물을 제외하면, 임대인과 신규임차인에게 특정영업이 강제될 수 없고 강제되어서도 안 된다.

마지막으로 국토교통부의 <권리금 감정평가 기준>은 임대차의 내용, 상가면적과 건축관리상태가 영업조건에 편입<sup>37)</sup>한다. 그러나 이들은 임차인이 아니라 임대인이 직접 나서서 조율하여야 하는, 임대차의 내용을 이루는 항목에 해당한다. 이를 권리금으로 챙기는 것은 임차인의 전행이다. 임차인은 영업조건을 변경·결정할 수 있는 처분권자가 아니기 때문이다.

### 3. 권리금계약의 본질: 영업양도계약

권리금계약은 결국 상가건물 자체의 임차권이 아니라 그와 연결된 영

33) 「개인정보보호법」 2 I 1호와 17; 서울고판 2021.12.23., 2020노628 참조.

34) 「법인세법 시행규칙」 32가 준용하는 「법인세법 시행규칙」 15 II와 [별표3]은 영업권의 내용연수를 5년으로 한다.

35) 이밖에 전제사실은 다르지만 신규임차인이 기존임차인이 창출한 고객흡입력의 혜택을 볼 수 있는 유효기간은 초기의 단기간에 불과할 수 있다는 지적으로 최준규, 민사법학 96 (2021) 175.

36) 최근 SNS 등의 마케팅기법과 강화된 권리금회수기회의 보장을 등에 업고 단기의 영업이익을 미끼로 신규임차인으로부터 고액의 권리금을 받으면서 상가임차권과 노하우를 전수(?)하는 신종영업방식이 기승이다.

37) 국토교통부, 권리금 감정평가 실무기준, 6 <개별요인항목 예시>.

업 또는 영업의 일부요소를 양도하고 그 대가를 지급하는 것을 내용으로 하는 계약이다.<sup>38)</sup> 그리고 권리금의 보호는 임차인이 쌓은 영업의 시장가치를 보호하는 것이다. 이와 관련하여 특정 상가건물과 결합된 영업의 시장가치의 보호는 임차인의 사용·수익권 유무에 따라 그 강도와 근거법리를 달리하여야 하며, 앞으로 사용·수익할 수 없는 임차인에게 보호가치 있는 영업이익이 존재한다고 볼 수 없음에도 「상가임대차법」은 사용·수익권이 전제되지 않은 권리금을 보호한다는 비판이 유력하다.<sup>39)</sup> 그러나 이는 영업이익과 영업권을 혼동한 것이다. 영업이익은 이를 창출한 사람에게 귀속되어야 하며, 임차인이 바로 그 주체이다. 영업이익은 임차인이 임차권에 근거하여 취득하는 이익으로서 임차권과 불가분의 관계를 형성한다. 이와 달리 영업권은 임차권과 분리된 별개의 권리로서 「소득세법」 21 I 7호는 이를 분명히 한다: 기타소득은 행정관청의 인·허가를 받음으로 얻은 경제적 이익(「같은 법 시행령」 41 II)과 대통령령으로 정하는 점포임차권을 포함하는 영업권을 양도하거나 대여하고 그 대가로 받는 금품을 의미한다. 여기에서 점포임차권은 거주자가 사업소득이 발생하는 점포를 임차하여 점포임차인으로서의 지위를 양도하여 얻는 경제적 이익으로서 점포임차권과 함께 양도하는 영업권을 포함한다(「같은 법 시행령」 41 III).<sup>40)</sup> 이러한 인식을 전제할 때 점포임차권을 양도할 수 있는 임차인의 권리 유무와 임대인이 임차인의 영업권을 보호하여야 하는 문제로 관심이 모아진다.

#### 4. 권리금과 영업권

##### (1) 영업권의 실질을 가진 권리금

실무와 이를 계승한 「상가임대차법」의 권리금개념은 구성요소와 내용에서 영업권개념의 판박이이다. 이 때문에 일체의 영업요소를 양도

38) 김영두, 재산법연구 35/4 (2019) 1-29, 2.

39) 최준규, 민사법학 96 (2021) 179-182. 한편 이상용, 민사법학 73 (2015) 93 이하는 장소적, 영업적, 그리고 시설이익으로 분류하고, 이 중에서 영업이익과 시설이익이 임차인에게 귀속될 수 있는 영업가치라고 한다.

40) 점포임차인의 영업권을 보호하는 것은 점포임차권의 보호와 같은 의미라는 김영두, 법조 725 (2017) 51은 「소득세법」의 규정취지를 놓친 서술이다.

하면서 그 대가로 권리금을 지급할 것으로 내용으로 하는 권리금계약이 영업양도에 해당한다는 주장이 사뭇 설득력을 지닌다.<sup>41)</sup> 그런데 영업양도는 상인[임차인]이 제3자와 체결하는 독립의 법률행위로서 임대차의 관할영역을 벗어나기 때문에 영업권의 양도를 규정내용에 포섭한 「상가임대차법」은 처음부터 무리수이다.

영업권은 임차권과 엄연히 분리되는 상인의 재산이다. 영업권은 어느 기업의 전통, 사회적 신용, 입지조건, 특수한 제조기술 또는 거래관계의 존재 등 영업상의 기능 또는 특성으로 동종의 사업을 영위하는 다른 기업의 통상수익보다 높은 수익을 올릴 수 있는 초과수익력이라는 무형의 재산적 가치를 말한다.<sup>42)</sup> “영업권은 어느 사업체가 동종 기업의 정상이익률을 초과하는 수익력을 가지는 경우 그 초과수익력을 평가한 것이다. 여기에서 초과이익은 반드시 현실화된 이익일 필요는 없다. 이러한 영업권을 갖는 사업체가 거래객체가 될 때에는 당연히 그 부분에 대한 대가를 주고받을 것이 예상된다.”<sup>43)</sup> 영업권 속에는 사업체가 직접 사업을 영위하여 형성한 가치 외에 그 사업체의 실질주주의 사업기회 유용행위로 다른 회사가 상실한 타 법인과의 독점판매계약권의 가치도 포함된다.<sup>44)</sup>

「상법」 제41조 소정의 영업의 양도는 “영업목적을 위하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능재산의 동일성이 유지된 일괄이전을 의미하는 것이고 영업의 동일성 여부는 일반사회관념에 의하여 결정되어야 할 사실인정의 문제이기는 하지만, 영업재산의 전부를 양도했어도 그 조직을 해체하여 양도했다면 영업의 양도는 되지 않는 반면에 그 일부를 유보한 채 영업시설을 양도했어도 그 양도한 부분만으로도 종래의 조직이 유지되어 있다고 사회관념상 인정되기만 하면 그것을 영업의 양도라 하지 않을 수 없는 것이다.”<sup>45)</sup>

41) 김영두, 재산법연구 35/4 (2019) 특히 10 이하; 최준규, 민사법학 96 (2021) 162 이하 등.

42) 대판 1997.05.28., 95누18697 등. 다만 ‘영업상의 기능 또는 특성’을 대신하여 ‘제조·판매의 독점성 등’을 개념으로 채용한 대판 1985.04.23., 84누281.

43) 대판 2017.07.18., 2016다254740.

44) 대판 2018.10.25., 2016다16191.

45) 대판 1989.12.26., 88다카10128.



다음으로 「상법」 제42조에서 영업은 “일정한 영업 목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 뜻하는바, 여기서 말하는 유기적 일체로서의 기능적 재산이란 영업을 구성하는 유형·무형의 재산과 경제적 가치를 갖는 사실관계가 서로 유기적으로 결합하여 수익의 원천으로 기능한다는 것과 이와 같이 유기적으로 결합한 수익의 원천으로서의 기능적 재산이 마치 하나의 재화와 같이 거래의 객체가 된다는 것을 뜻한다 할 것이므로, 영업양도가 있다고 볼 수 있는지의 여부는 양수인이 당해 분야의 영업을 경영함에 있어서 무(무)로부터 출발하지 않고 유기적으로 조직화된 수익의 원천으로서의 기능적 재산을 이전받아 양도인이 하던 것과 같은 영업적 활동을 계속하고 있다고 볼 수 있는지의 여부에 따라 판단되어야 한다.”<sup>46)</sup> 영업양도의 경우 “상호의 계속사용은 일반적으로 영업양도인이 사용하던 상호와 그 양수인이 사용하는 상호가 전혀 동일할 필요까지는 없고, 다만 전후의 상호가 주요부분에 있어서 공통되기만 하면 된다.”<sup>47)</sup>

이들을 묶으면 <권리금회수 = 영업권양도 + [사실상] 임차인지위의 양도>의 公式이 가능할 것이다. 그 결과 권리금을 수령한 임차인에게 영업권의 양도는 금지된다고 새겨야 한다. 상가임차권이 영업권을 행사하는 기초가 됨은 부정할 수 없다. 다만 영업권을 특정 임차권과 결합된 단일재산권[권리금]으로 분류하기 위하여는 반드시 그에 합당한 논거를 제시하여야 하지만 그를 위한 노력이 모자란다.

## (2) 영업권의 대가로서 권리금

권리금계약은 임차한 상가의 영업 또는 그 일부를 양도하는 계약과 다르지 않으며, 그의 규율은 사적자치에 맡겨지고 그 사회의 관행에 의하여야 한다.<sup>48)</sup> 그리고 이를 회수할 수 있는 기회의 보장은 최장임차기간의 범위 내에서 이루어져야 한다. 그렇지 않으면 이는 소유권을 사용·수익권을 제외한 단순한 처분소유권화 또는 차임청구

46) 대판 1997.11.25., 97다35085(슈퍼마켓의 매장시설과 비품, 그리고 재고상품 일체의 매수가 영업양도에 해당한다고 한 사례).

47) 대판 1989.12.26., 88다카10128.

48) 현제결 2014.03.27., 2013헌바198; 김영두, 재산법연구 35/4 (2019) 2.

권화함으로써 단독소유권을 원칙으로 하는 민법의 기본틀을 깨는 잘못이 저지르게 것이다. 「상가임대차법」 10의4도 임대차관계의 종료를 앞둔 임차인이 사용·수익권을 잃고 임차물을 반환하여야 하는 상태를 가정하며, 「임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 임대차 종료 시까지」와 「신규임차인이 되려는 자」가 그 증거이다. 임대차가 종료할 때까지 임차인이 신규임차인이 되려는 사람을 주선하면 되고 반드시 권리금을 현실수령하여야 하는 것은 아니다.

그런데 소상공인으로 대변되는 상사임차인이 상인이고 권리금과 「소득세법」 21 I 7호의 영업권이 개념상 거의 일치한다는 사실을 주목하여야 한다. 이는 권리금이 실질상 영업권의 다른 이름이라는 사실을 시사한다. 그리고 세칭 뜨는 지역에서 권리금의 명목으로 실질상 영업권을 양도하는 거래현상도 드물지 않게 발견된다. 이에 근거하여 신규임차인으로부터 권리금을 수령한 사실에서 영업권을 양도하는 임차인의 의사를 읽을 수 있다. 한편 권리금계약이 세계에서 보편화된 계약의 한 유형이라는 설명<sup>49)</sup>도 있지만, 이는 오히려 영업권의 양도에 적합한 언급이다.

영업권의 양도는 「민법」 629의 제한에서 자유롭다. 그런데 영업권의 양도에서와 달리, 「상가임대차법」은 권리금을 회수한 임차인이 부정경쟁방지과 영업비밀의 보호 등 신규임차인에게 부담하여야 하는 의무목록을 전혀 알지 못한다.<sup>50)</sup> 이들은 권리금을 「상가임대차법」에 수용·제도화할 때에 반드시 참작하였어야 했으나 누락된 사항들이다. 현재로서는 별도의 약정이 없으면 임차인은 신규임차인에 대하여 권리금의 대상이 되는 재산가치의 보장 외에 여하한 의무도 지지 않는다고 해석할 수밖에 없을 것이다.

입법론의 시각에서 권리금은 얼마든지 營業權의 代價로 대체·규율될 수 있는 기능적 개념이다. 이를 구태여 권리금으로 이름붙여 법제화한 「상가임대차법」은 옥상옥을 짓고 상가임차인에게 공허한 기대감을 심는 徒勞에 그친다.

49) 김영두, 재산법연구 35/4 (2019) 8 이하.

50) 예를 들어 「부정경쟁방지법」 2 1호 파목과 금지청구권에 관한 「같은 법」 4 등.

## IV. 「상가임대차법」의 권리금보호

### 1. 권리금보호규정의 실익

권리금계약은 신규임차인이 되려는 사람과 임차인의 계약이다. 10의3 I이 ‘임차인’ 외에 ‘임대인’을 삽입한 이유는 임차인이 직접 임대인에게 권리금을 지급하는 일부의 관행을 반영한 조항이다. 그리고 이때에는 임대인-임차인의 관계에 맡기면 그만이고 임차인에게 구태여 권리금회수기회를 보장하는 내용의 규정을 두어야 할 부득이한 이유가 없다.

임차권에 物權과 同一한 效力을 부여하여 임차인의 지위를 강화하는 「상가임대차법」의 입법에도 불구하고 상가임대차도 임대인과 임차인이 체결하는 채권계약의 본질을 잃지 않는다. 그 결과 임차권의 대항력(3-7)과 임차인의 임대차갱신청구권(10)은 「민법」 629의 효력에 영향을 미칠 수 없어 임차인이 임대인의 동의없이 전대차한 경우 임대인은 임대차를 해지할 수 있다.<sup>51)</sup> 그리고 임대차관계가 소멸하면 임차인은 상가건물을 원상회복하여 반환하여야 한다(654-615).<sup>52)</sup> 이를 외면하고 권리금을 대가로 상가건물에 부속한 영업시설을 철거하지 않고 신규임차인에게 양도하는 행위는 임대차의 본질을 뒤흔드는 것이다. 이는 오직 상가임대인의 동의가 있을 때에만 정당화될 수 있을 것이다.

권리금의 회수기회를 보호하기 위하여 「상가임대차법」이 준비한 방해금지의무는 이 법률을 돋보이게 만드는 창의적(?)인 도구이다. 그렇지만 머지않은 장래에 임차권의 소멸을 앞두거나 심지어 임차권이 소멸한 경우까지<sup>53)</sup> 임차인에게 권리금에 관한 권리[회수기회]를 보장하여야 할

51) 한편 「민법」 629 I은 임차인이 임대인의 동의없이 임차권을 양도한 경우를 규율대상으로 한다. 그러나 여기에서 ‘임차권의 양도’는 무가치한 부분이다. 여차피 임차권양도는 그 성질상 3면계약으로만 성립하는 계약인수이므로(454 I; 대판 2020.12.10., 2020다245958 참조) 임대인의 동의가 없는 임차권의 양도는 아예 효력이 없다.

52) 또한 <상가건물 임대차 표준계약서> = [https://www.moj.go.kr/sites/moj/download/316\\_01.pdf](https://www.moj.go.kr/sites/moj/download/316_01.pdf), 8(계약의 종료와 권리금회수기회의 보호) I도 원상회복의무와 보증금반환의무를 규정한다.

53) 전체 임대차기간이 법정최장기간을 경과하여 갱신요구권을 행사할 수 없는 경우에도 임대인의 보호의무를 긍정한 대판 2019.05.16., 2017다225312·225329 참조. 이와 달리 김영두, 법조 725 (2017) 63 이하: “[권리금회수기회보호는] 간접적으로 임차권의 존속을 보장하기 때문에 갱신요구기간이 경과된 경우에 비로소 적용될 수 있다.”

임대인의 의무를 근거짓는 10의4의 신설은 法鎖 *vinculum iuris*로 집약되는 계약의 기본법리를 파괴하고 임차인의 권리를 앞세우는 파격적이고 파행적인 조치이다. 이들은 모두 임대인의 소유권과 임차인의 영업권의 조화를 표제어로 하여 ‘상관습과 관례로 정립된 권리금의 정의와 회수기회의 보장은 임차인의 영업가치가 임대인에게 귀속되거나 소멸되는 개념이 아닌 임차인에게 정당한 회수기회가 보장되는 상생의 개념으로 전환하여 권리금을 둘러싼 갈등과 분쟁의 해결’을 목적으로 하는 규정이다.<sup>54)</sup> 그런데 권리금의 회수기회를 보장하여야 하는 임대인은 비록 상가건물의 임대차관계가 종료하였음에도 이를 임대할 수 없으므로 이들은 실제 새로이 임차인이 되려는 사람과 임대차의 체결을 간접강제하는 임대차의 연장효 또는 餘後效 *Nachwirkung*를 동반한다. 이러한 과정을 거쳐 이제 임대인과 임차인이 법률상·사실상 지위가 완벽하게 역전되어 임차인이 임대인을 압도하는 힘을 가진다. 법의 이름으로 임차인의 보호를 외치는 우렁찬 구호가 영똥하게 임차인의 축으로 기울어진 ‘힘의 비대칭관계’를 새로이 정립한 것이다.

## 2. 권리금의 회수

권리금의 회수는 임차인이 임대차의 갱신을 원하지 않거나 그의 잘못이 없이 임대차관계가 종료하는 때에 쟁점화한다(10의4). 실무도 “상가임대차법 제10조의4는 임차인의 계약갱신요구권 행사기간의 만료를 권리금 회수기회 보호의무의 예외사유로 정하고 있지 않다. ... 제10조의4에서 정한 요건을 충족하면 임대인이 권리금 회수기회의 보호의무를 부담한다고 보는 것이 법 문언에 충실한 해석이다.”라고 한다.<sup>55)</sup> 그런데 무엇보다 권리금의 회수에서 지급을 전제로 하는 ‘회수’는 어떻게 하여도 적절한 개념이 아니다. 준 것이 없으면 회수는 당연히 없다. 여기에서는 다만 논의전개의 편리를 위하여 회수를 그대로 쓴다. 그리고 거래실무에서 임차인이 직접 임대인에게 권리금을 지급하는 비율로 미미하다. 임차

54) <상가건물임대차보호법 개정안 마련>: 법무부 보도자료 2014.09.23., 2와 <장년층 고용안정 및 자영업자 대책 Q&A>: 관계부서 합동 2014.09. 26, 33.

55) 대판 2019.05.16., 2017다225312·225329.

인의 갱신요구권은 투자회수와 영업이익의 보호를 목적으로 인정한 제도로서 이는 10년의 범위에서 임차권을 보장하여 임차인에게 권리금회수를 위한 시간을 주는 권리금보호의 대체재로 판단된다.<sup>56)</sup>

반면에 임대인의 의사는 임대차관계의 종료로 사용·수익제공의무로부터 자유를 얻고 자기수요<sup>Eigenbedarf</sup>를 위한 임대목적물의 회복에 집중된다. 그러나 대판 2017다225312와 이를 그대로 계승한 대판 2018다252441 등은 이런 사정을 아랑곳않고 상가임차인=약자의 경화된 명제에 매달려 계약갱신청구권에 권리금의 회수를 덧씌운 「상가임대차법」을 피상적·기계적으로 해석·적용하는 태도로 일관한다: ‘제10조의4의 문언과 내용, 입법취지에 비추어 전체 10년의 임대차기간이 지나서 더 이상 계약갱신요구권을 행사할 수 없을 경우에도 임대인이 권리금회수기회를 부담한다.’ 이로써 「상가임대차법」과 실무는 계약을 체결할 때부터 계약의 운명을 예견할 수 있고 예견하여야 하는 시민을 행위무능력자로 만들고 임대인에게 이중의 위험을 전가한다. 그러나 계약을 체결하기 전까지 절대적 강자도, 약자도 있을 수 없으며, 계약은 그를 체결하는 사람의 위험을 먹고 산다는 것이 아주 평범한 眞理이다.

다음으로 권리금의 회수는 임대차관계가 종료하는 때에 회수할 가치가 있는 권리금이 존재할 때에만 논의할 가치가 있다. 그럼에도 실무는 이것저것을 함께 묶은 두루뭉술한 권리금의 개념정의 외에 그의 내용과 산정기준을 구체화하지 않았고 「상가임대차법」 10의3도 마찬가지이다. 대판 2017다225312 등도 권리금의 정도를 다툼이 없이 적당히 타협적으로 ‘종래 규정만으로 임차인이 투자한 비용이나 영업활동으로 형성된 지명도나 신용 등 경제적 이익이 임대인의 갱신거절로 침해되는 것을 충분히 방지할 수 없’음이 권리금규정의 신설근거라는 개정이유를 인용하는 선에서 그친다.<sup>57)</sup> 이 때문에 권리금분쟁의 종결은 감정평가액으로 이루어진다.<sup>58)</sup>

그렇지만 제대로 된 기준이 없는 법률제도의 채용·시행은 법률생활의

56) <http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do#none>.

57) 권리금의 평가방법에 관하여 특히 국기호/이진/정준호, 권리금 감정평가 사례 분석 및 개선 방안, 감정평가학논집 45 (2022) 59-86 참조.

58) 국기호/이진/정준호, 감정평가학논집 45 (2022) 61.

불안과 분쟁을 부르기 마련이다. 권리금에서 비롯된 법률분쟁의 원인을 제공한 당사자는 바로 스스로 후견인역할을 자처하면서 상인을 약자로 의제한 법원과 철저한 비판의식없이 맹목적인 사명감에 사로잡혀 이를 계승한 「상가임대차법」이다. 그런데 출발은 비록 法院이었지만 「상가임대차법」의 개정으로 권리금에 관한 법률규정이 신설된 지금 이에 맞서 법원이 할 수 있는 조치는 거의 없다. 강행법규의 성질을 가진 「상가임대차법」의 권리금규정은 해석의 방법으로 사회경제적 수요를 반영하여 권리금제도를 다듬고 가꾸어 탄력적으로 적용할 공간마저 거의 남기지 않는다.

끝으로 소유권은 영원하지만 임차권은 그렇지 않다. 이 때문에 어느 임차상가에 붙은 권리금의 운명은 불 보듯 뻔하다: 이는 언젠가 소멸할 수밖에 없고 소멸하여야 하는 비용이다. 다만 권리금이 어느 임차인의 영업부진으로 소진하는가 그렇지 않으면 중국적인 임대차관계의 소멸과 함께 임대인의 부담[권리금지급]을 원인으로 하는가의 차이가 있을 뿐이다. 이중 영업부진으로 소멸하는 경우 그 이전까지 권리금은 실체를 잃은 허상으로서 임차인들 사이의 '둘러막기'와 다르지 않다.

### 3. 권리금회수협력의무

법무부는 권리금을 회수하지 못한 상가임차인은 영업을 폐지하고 새로운 영업을 시작하기 위하여 시설비와 권리를 재투자하여야 하고 기존매출을 회복할 때까지 상당한 영업손실을 감수하여야 하지만 임대인은 신규임차인으로부터 권리금을 받거나 임차인의 영업가치를 이용하는 상황이 옳지 않다는 인식을 협력의무의 도입배경으로 제시한다.<sup>59)</sup> 임대인이 임대차를 통하여 임차인에게 영업활동으로 영업가치를 형성하도록 하였으므로 그 연장선상에서 임차인이 영업가치를 회수할 수 있도록 협력할 의무를 규정함이 타당하지만 현행제도가 임대인의 소유권만을 우선하여 임대인의 의사로 영업을 순식간에 폐지되는 불균형과 불공정을 초래한다며 사리와 맞지 않는 무책임한 억지주장을 펼친다.<sup>60)</sup> 임대인은 사용·수

59) 법무부 보도자료 2014.09.23., 3; 최준규, 민사법학 96 (2021) 161.

60) 대표적으로 <상가건물임대차보호법 개정안 마련>, 2와 <장년층 고용안정 및 자영업자 대

익의 대가로 차임을 취득하는 임대차의 당사자이다. 임대인이 임차인의 영업활동으로 수익만을 얻는다는 증거는 어디에서도 확인되지 않고 임대인은 임차인에게 장래의 수익을 담보하지도 않는다. 이와 함께 「상가임대차법」 10의4는 임차인이 그의 영업활동으로 권리금이 생긴다는 낙관론에서 출발한다. 언제나 그런가? 이러한 사실은 10의4가 결국 인위적으로 상가건물의 임차인을 약자로 설정한 입법자의 결단 또는 법정정책 산물과 다름아님을 증명한다.<sup>61)</sup>

「상가임대차법」 10의4에 관한 연구도 권리금회수기회의 보호를 임대인의 협력의무로 설정한 법이론적 근거를 명확하게 제시하지 않는다. 협력의무는 그 이름(?)과 달리 그 임대인에게 신규임차인이 되려는 사람과 賃貸借의 締約強制를 실질효과로 한다.<sup>62)</sup> 비록 「상가임대차법」에 직접 규정은 없지만, 이를 바라지 않는 임대인은 스스로 임차인에게 -그가 받지 않은- 권리금을 지급하여 소유권의 자유를 회복할 수 있고(10 I 3호 참조), 권리금회수를 방해하는 임대인은 임차인에게 손해를 배상하여야 한다(10의4 III). 이들은 모두 임대인의 지출로 권리금을 없애는 사례이다. 여기에서 「상가임대차법」 10의4는 임대인의 희생으로 임차인에게 기울어진 운동장을 만드는 毒素條項임이 드러난다.

임대차도, 어느 유상계약과 마찬가지로, 서로 이해상반의 지위에 있는 임대인과 임차인의 이익의 접점에 위치하는 계약이고<sup>63)</sup> 영업의 폐지는 임대인의 일방적 의사에 의하여 좌우되는 것이 아니라 이들의 합의로 한다. 이처럼 대립구조의 계약관계를 협력의무의 이름으로 장식하는 것은 시대를 거스르는 전체주의적 사고가 아닐 수 없다.

#### 4. 권리금회수규정의 분석과 비판

「상가임대차법」 10 II에 의하여 임대인에게 지워진 임대차기간의 보장

책>, 26, 33.

61) 현재결 2014.03.27., 2013헌바198은 임대차관계에서 상대적으로 불리한 지위에 놓인 상가 임차인의 보호와 공정한 경제질서의 달성을 「상가임대차법」의 입법취지로 설명한다.

62) 최준규, 민사법학 96 (2021) 167: “간접적 계약강제.”

63) 매매에 관한 대판 2014.04.10., 2012다54997; 이미 교환에 관하여 대판 2001.07.13., 99다3 8583.

의무는 10년의 기간이 경과하면 소진된다. 임대인은 그 기간의 경과로 임차권의 소멸과 사용·수익권의 회복으로 완전한 소유권의 향유를 기대한다. 그런데 그 기간이 경과할 때까지 임차인은 임대차기간이 종료하기 6월전부터 1월전까지 임대차의 갱신을 청구할 수 있는 능동적 권리를 가지는 반면, 임대인은 임차인의 처분에 맡겨진 수동적인 지위에 놓일 뿐이다. 이성적인 임차인은 누구나 일단 단기임대차를 체결한 다음 상황에 맞추어 「상가임대차법」 10 I에 제도적으로 보장된 임대차의 갱신을 시도할 것이다.<sup>64)</sup> 이러한 현황 앞에서 장기의 임대차를 체결함으로써 안정적으로 차임을 취득하기 바라는 임대인의 의도는 좌절되기 마련이다. 다만 10 I 각호의 갱신거절사유는 임대인의 권리금회수기회 보호의무를 조각하는 사유로 작용한다.<sup>65)</sup>

「상가임대차법」 10 I 각호가 정하는 임대차갱신요구권의 결격사유가 있으면 임대인은 방해금지의무를 부담하지 않는다(「상가임대차법」 10의4 I 단). 임대인의 자기필요<sup>Eigenbedarf</sup>를 내용으로 담은 7호를 제외하면, 이들은 「민법」의 취소사유(110), 임대차해지사유(627 II, 629 II, 640)와 겹친다. 이러한 측면에서 「상가임대차법」 10은 임대인에게 임대차로부터 자유를 얻을 기회를 넓히는 규정이다. 「상가임대차법」은 분명 「민법」의 특별법이지만 그 적용을 배제하지는 않으므로, 10 I의 사유들은 해석을 명확화하는 기능을 담당한다.

반면에 「정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위」를 임대인의 방해행위로 법정하는 「상가임대차법」 10의4 I 4호는 권리금을 명목으로 들어 실질상 임대차의 체결을 강제하는 조항이고, II 2호도 마찬가지이다. 이들은 간접적으로 -그것도 임대인과 임차인이 아니라 임대인과 정작 그와 임대차를 체결하지 않은 제3자와의 사이에서- 간접적으로 임차권의 존속을

64) 같은 지적으로 최준규, 민사법학 96 (2021) 181: “상가임차인은 단기계약을 체결하는 것이 장기계약을 체결하는 것보다 항상 유리하다.” 이밖에 갱신요구권은 강행규정이므로 효율적인 단기투자를 억제한다는 법경제학적 연구로 곽주원, 상가건물 임대차보호법과 불완전 계약, 법경제학연구 20/2 (2023) 199-216, 211. 이밖에 「상가임대차법」 10의4 I에 10 I 단서에 관한 부분을 합헌으로 판단한 헌재결 (전) 2023.06.29., 2021헌바264 참조.

65) 같은 취지로 대판 2019.05.16., 2017다225312·225329.



보장하는 방안이다. 임대차의 체결을 거부하는 임대인은 고스란히 그 위험을 떠안아야 한다.

임차인의 권리강화에 맞서서 임대인이 쓸 수 있는 무기는 10의4 I 4호와 연결하여 II가 정하는 최소범위의 정당화사유로 축소된다. 그런데 10의4 II에 예시된 임대인이 권리금회수기회를 방해할 수 있는 정당한 사유가 재판활동에 의한 확정을 기다리는 열린 구성요건으로 축조되어 후속해석작업이 수반되어야 하며, 특히 3호와 4호의 문언이 몹시 추상적이고 모호하다.<sup>66)</sup> 먼저 II 1호는 임대인의 보호를 위한 최소한의 조치이고 임차인이 권리금의 만족을 얻은 경우를 내용으로 하는 4호는 지극히 당연하다. 하지만 II 2호에서 신규임차인이 되려는 사람이 임차인으로서의 의무를 위반할 우려가 있거나 그밖에 임대차를 유지하기 어려운 상당한 사유가 있는 경우는 증거가 힘들거나 사실상 불가능하여 규정의 실익이 의문이다.<sup>67)</sup>

그리고 무엇보다 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않은 경우를 내용으로 하는 3호는 行爲主體를 특정하지 않아 해석과 적용을 어렵게 한다. 실무도 특히 3호의 문언이 명확하지 않음을 인정하고 그 입법취지와 연혁, 권리금조항의 내용과 전체체계 등을 종합하여 임대인이 사용하지 않는 경우로 확정해석하였다.<sup>68)</sup> 처음에 법률안(의안 1912371호)은 “임대차 목적물인 상가건물을 1년 이상 영리목적으로 제공하지 않는 경우”이었으나 국회의 법률안심사과정에서 임차인보호를 위하여 이를 1년 6개월로 늘이고 임대인이 상가건물을 타인에게 제공하거나 스스로 사용하는 경우도 포함하기 위하여 ‘사용하지 않는 경우’로 수정하였다. 이처럼 3호는 임대인을 위하여 임대차의 구속에서 ‘빠져나오기 위한 출구’를 예정한 조항이었다.<sup>69)</sup> 이는 임대인이 상가건물을 임대하지 않고 놀리면서 일시

66) 비록 임대인이 신규임차인을 선택하였지만 임차인이 그와 권리금계약을 체결하고(「상가임대차법」 10의3 II 참조) 권리금을 수령한 사실은 당연히 그를 신규임차인으로 승인하는 임차인의 의사를 확인한다. 이를 정당한 사유로 포장하는 것은 지나치다. 아무튼 「상가임대차법」 10의4 II는 21세기의 법률로 미흡하다. 또한 최준규, 민사법학 96 (2021) 177 이하: 임대인의 방해금지의무 관련 상임법 규정의 특징은 ① 불명확성과 ② 체계부조화성으로 요약할 수 있다.

67) 이와 달리 1호, 2호와 4호가 정당한 사유임은 자명하다는 최준규, 민사법학 96 (2021) 170.

68) 대판 2021.11.25., 2019다285257.

적 손실을 감수할 때에는 이전의 권리금을 그대로 누릴 수 없으므로 권리금회수기회를 보장하지 않아도 좋다는 것을 근거로 한다. 실무도 이를 존중하여 임대차관계가 종료한 후 임대인이 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않는 사유를 들어 임대차의 체결을 거부하고 실제 1년 6월 이상 상가건물을 영업목적으로 사용하지 않는 경우로 새기고,<sup>70)</sup> 그 기간을 마치기 전에 임대인이 상가건물을 양도한 때에도 양수인의 비영리기간을 합산하여 1년 6월 이상이면 임차인의 권리금을 가로챌 의도가 있었다고 보기 어렵기 때문에 정당한 사유를 인정할 수 있다고 한다.<sup>71)</sup>

하지만 이는 3호의 현재의 법문과 동떨어진 해석이다. 그리고 아직 발생하지 않은 사실[공실: 1년 6월의 비영리이용]에 터잡아 현재[정당화사유]를 판단·결정하는 것은 어떻게 하여도 바람직하지 않으며, 장래의 비영리사용을 정당화사유로 삼는 것은 억지이다. 더구나 이는 10년의 최장 임대차기간에 이르도록 상가건물을 임대하여 法定義務를 성실하게 이행한 임대인에게 또 다시 그의 희생으로만 권리금회수를 배제할 수 있도록 강제하는 惡法이다.<sup>72)</sup> 특히 공실화에 따르는 낭비를 조장하는 3호는 법률이 구비하여야 할 최소한의 요건, 즉 효율성과 경제성마저 포기한다. 이는 그렇지 않아도 명확하지 않은 ‘열린 요건’으로 점철된 10의4 I<sup>73)</sup>의 규범목적은 전면 부인하는 것과 다름없다. 즉, 3호는 법이 되기에 몹시 부족하다. 나아가 3호에 관하여 표명된 입법자의 의사는 갱신요구를 거절할 수 있는 사유를 엄격하게 제한규정하는 10 I 1호-8호와도 어울리지 않는다. 하물며 비영리사용은 임차인의 갱신요구를 거절하는 사유에도 해당하지 않는다. 결론적으로 II 3호의 법문을 임차인이 1년 6월 이상 상가건물을 영리목적으로 사용하지 않은 경우로 제한해석하지 못할

69) 동시에 ‘독소조항’이라는 지적과 함께 제332회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록 (법안 심사제1소위원회) 제1차, 37-41.

70) 대판 2021.11.25., 2019다285257; 대판 2022.01.14., 2021다272346.

71) 대판 2022.01.14., 2021다272346. 또한 서울고등법원 판례공보스터디, 연도별/4개년 민사 판례해설, 1585-1587.

72) 「상가임대차법」 10의4 I 3호는 10년의 임차기간이 경과한 경우를 명확히 하지 않지만, 현재 상태에서는 그렇게 해석할 수밖에 없다.

73) 임대인의 방해금지관련 규정의 특징을 묶어 불명확성과 체계부조화성으로 요약하고 이로 인한 사회적 비효율을 지적한 최준규, 민사법학 96 (2021) 177 이하 참조.

것이 아니다.

마지막으로 10의4 II에 규정된 사항이 예시적 사유라는 주장이 유력하다.<sup>74)</sup> 그러나 이를 예시조항으로 읽게 되면 -권리금의 제도화가 옳고 그름에 관한 판단을 유보하여- 오히려 임차인의 보호를 약화할 수 있고 II의 본문도 의제를 법률효과로 하므로 이를 제한적 열거조항으로 읽는 것이 오히려 「상가임대차법」이 목적인 임차인의 보호에 보다 충실한 해석이 될 것이다.

아무튼 「상가임대차법」 10의4의 입법은 임대인이 [신규]임차인에게 권리금을 청구하여 이를 취득하는 거래관행이 일반화·보편화되었음을 가정할 경우에만 정당화될 수 있다.<sup>75)</sup> 하지만 10의3 II초차 임차인이 되려는 사람이 임차인에게 권리금을 지급하는 사례를 기본형으로 한다.

## V. 권리금의 대안

「상가임대차법」 2는 사업자등록의 대상이 되는 상가건물로서 「같은 법 시행령」 2가 정하는 보증금액을 초과하지 않는 임대차를 규율대상으로 한다. 그러므로 「상가임대차법」의 의미에서 임차인은 「소득세법」 168 또는 「법인세법」 111에 따라 사업장 소재지 관할 세무서장에게 등록한 새로 사업을 시작하는 사람 또는 법인으로서 「부가가치세법」 8의 적용을 받는 사업자로 제한된다. 그러므로 상가임차인은 사업소득이 있는 거주자(「부가가치세법」 1의2 I 5호) 또는 영리를 목적으로 사업상 독립적으로 재화 또는 용역을 공급하는 사람이다(「부가가치세법」 2 3호). 그는, 특별한 사정이 없으면, 임차상가에서 자기 명의로 상행위를 하거나 상인적 방법으로 영업을 하는 商人이다(「상법」 4, 5). 여기에서 자기 명의로 상행위로부터 생기는 권리·의무의 귀속주체가 된다는 뜻으로서 그 판단은 실질에 따른다: 행정관청의 인·허가명의 또는 국세청에 신고한 사업자등록의 명의와 실제 영업주체가 다를 경우 후자가 상인이다.<sup>76)</sup> 그리고

74) 견해의 소개와 함께 특히 최준규, 민사법학 96 (2021) 171과 주42.

75) 같은 취지로 최준규, 민사법학 96 (2021) 162 이하. 다만 「상가임대차법」 10의3 I.

76) 대판 2008.12.11., 2007다66590.

‘영업으로’는 계속적 이익추구의 의도와 외부의 인식가능성을 포괄하는 영리목적의 의미이다.<sup>77)</sup>

상인은 합리적인 존재이다. 상인의 자격을 가진 임차인에게 長期의 임대차기간을 보장<sup>78)</sup>하는 한편 그에게 언제든지 해지할 수 있는 권리를 부여하고 그 기간 중에는, 예를 들어 신규임차인이 되려는 사람이 임차보증금을 지급하고 정기적으로 차임을 지급할 자력을 담보할 수 있는 등, 일정요건 아래 임차인이 단독으로 임차권을 양도할 수 있도록 하는 방안이 최상의 해결안이다. 이는 「민법」 629 I에 대한 특별규정을 도입하는 방법으로 얼마든지 실현가능하다. 이것이 곧 ‘상가임대시장의 정상화’이며, 10 II의 10년의 최장기간이 영업목적의 달성에 필요한 기본임대차기간으로 평가될 것이다. 이러한 방법으로 사적자치의 우산 아래 「민법」의 고유한 임대차법리의 틀 안에서 임대인의 권리를 해치지 않으면서 임차인의 이익을 도모할 수 있다.<sup>79)</sup> 그리고 상가건물로부터 생기는 이익과 위험은 임대인과 임차인 사이에서 분배되어야 하므로, 장기의 임대차기간을 약정한 임차인이 조기에 해지할 경우에는 그에게 신규임차인을 주선하거나 일정한 기간동안 차임을 지급하도록 법정하여 차임의 위험을 임대인과 임차인이 나누어 부담하도록 하여야 한다. 이것은 武器平等의 原則(Prinzip der Waffengleichheit)의 요청이다. 더욱이 이러한 해결방안은 상가임차인에게 조금도 불리하지 않다.

한편 장기임대차의 보장방식은 임대인에게 그 기간동안 임대차의 존속을 강제하기 때문에 임대인에게 불리하고, 그 기간이 경과한 후에 임차인의 영업을 보장하지 않기 때문에 임차인에게도 불리하다는 반대주장이 유력하다.<sup>80)</sup> 그러나 장기임대차를 의도한 사람이 임대인이고 그 기간이

77) 정경영, 상법학쟁점, 2021, 400 이하; 송옥렬, 상법강의, 2020, 79.

78) 최준규, 민사법학 96 (2021) 183은 장기화가 상권활성화에 따른 이익을 오롯이 임대인이 누리는 젠트리피케이션의 문제를 해결할 효과적인 방법이나 아직 時機尙早라고 한다. 그러나 젠트리피케이션은 이기적인 부동산시장에서 임대인[차임]과 임차인[권리금]이 공동으로 초래하고 그들 모두에게 부정효를 초래하는 자연스러운 경제현상이므로 그렇게 단언할 성질의 것이 아니다.

79) 입법과정에서 권리금보호가 사유재산권의 침해로 위헌이라는 지적은 이미 제332회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회) 제1차, 23, 28-31(임내현과 김도읍의 발언) 참조.

임대인이 예견·인용가능한 범위 안이면 문제될 것이 없으며, 더구나 정당한 사유가 있으면 임대인이 해지할 수 있으므로 장기임대차의 설정은 임대인에게 불이익이 되지 않는다. 더욱이 임차권은 소유권이 아니라 채권이며, 임대인이 임차인의 영업까지 보장할 의무는 없다.

마지막으로 이미 권리금을 지급하여 임대차를 체결하고 현재 영업활동을 하는 임차인의 보호가 여전히 문제된다. 이들에 관하여는 권리금의 지급시기와 금액을 필수적 고려요소로 삼아 -필요할 경우 '지금부터' 최장존속기간을 기산하는 등 법률규정에 의하여 임차권의 존속기간을 연장하는 방식으로 영업권을 보장하고 그 기간 동안 임차인이 영업이익을 취득함으로써 권리금을 상쇄할 수 있도록 기회를 주어야 한다. 이와 더불어 임대차의 연장을 바라지 않은 임대인에게 권리금을 상환하여 이를 소멸하게 할 수 있는 選擇權을 부여하여야 한다. 이때 유익비의 상환방법에 관하여 「민법」 626 III의 입법이 좋은 참고자료가 될 것이다. 아무튼 이러한 조치는 법률로 뒷받침되어야 한다. 그리고 권리금을 취득하지 않은 임대인에게 부담이 되지 않는 한도에서 임차인이 임대인의 승낙을 얻지 않고 신규임차인에게 임차권과 영업권을 양도할 수 있는 입법적 길을 열어야 하며, 그 실현도 또한 법률의 제·개정에서 달려 있다.

## VI. 글을 마치며

권리금은 득보다 실이 크다. 그럼에도 소유권과 영업권의 조화라는 사명감에 사로잡힌 「상가임대차법」은 권리금회수기회의 보호를 통하여 임차인이 혜택을 받는다는 지극히 소박하고 낙관적인 장밋빛 속삭임으로 가득하다. 하지만 이는 한쪽만을 본 것이다. 「상가임대차법」은 임대인에게 권리금의 회수기회를 보장하여야 한다고 하지만, 그 근거를 제대로 제시하지 못한다. 법이라고 하여 무엇이든 함부로 정할 수 있는 것은 아니며, 약자보호의 외침이 만병통치약도 아니다. 역사의 경험은 약자보호를 노래하는 법률이 결국 약자침해의 결과에서 자유로울 수 없음을 증명한다.

---

80) 김영두, 법조 725 (2017) 66.

권리금은 이미 임차인이 상가건물을 기반으로 이익을 얻은 상태를 전제로 한다. 그 이익에 다시 권리금을 얻는 것은 二重의 惠澤이다.<sup>81)</sup> 그러한 기회를 임차인이 독점할 정당한 이유가 없다. 이와 함께 권리금회수의 제도화는 「민법」 629의 입법이념을 훼손하고 현재의 임차인의 이익을 위하여 임차권을 物權化하는 잘못을 부른다. 그러나 상가의 소유사실과 임대사실의 존재가 임대인을 죄인으로 낙인찍지 않는다: 임대인도 마땅히 그가 체결한 임대차의 보호를 받아야 하는 계약당사자이다. 더욱이 영업활동을 전제로 하는 권리금은 차임을 바라보는 임대인에게는 무가치하다.

권리금의 양성화와 그를 따르는 일반화·보편화는 사회경제적 낭비와 고비용·저효율에서 결코 자유로울 수 없다. 권리금은 일반소비자에게 상품과 용역의 대가로 원래는 불필요한 높아진 가격을 지급하도록 강요하는 ‘자유시장경제질서를 해치는 못된 제도’이다. 권리금은 신규임차인의 초기자본부담을 가중하여 영업비용을 높이고 가격상승을 조장하여 영업경쟁력을 떨어뜨린다. 새로이 임차인이 되려는 사람에게 권리금은 -물론 잘 되면 권리금을 키울 가능성을 배제할 수 없지만- 영업활동을 위하여 선급하여야 하는 ‘일시불차임’ 또는 ‘투자금’으로 다가온다. 더구나 권리금은 영업활동을 실패한 임차인에게는 그가 떠안아야 하는 ‘위험금’의 성질을 가진다. 위험을 줄이고 권리금의 조기회수를 의욕하는 임차인은 일단 권리금을 가격에 반영할 수밖에 없다. 이밖에 가맹사업과 배달전문업 등의 경우 권리금은 가치를 잃은지 오래이다.

또한 ‘현재의 임차인이 잠재적 임차인을 등치는 나쁜 제도’이다.<sup>82)</sup> 확정이 곤란할 정도로 모호한 권리금은 임차인과 임대인, 그리고 임차인이 되려는 사람 사이에서 분쟁을 일으키는 도화선이 되기 십상이다. 임대차 갱신청구권은 임차인의 고유한 권리이고 갱신거절권은 임대인의 권리이며, 「상가임대차법」은 10년을 넘지 않는 범위에서 갱신청구권을 법제화한 「민법」의 특별법률이다.<sup>83)</sup> 그런데 임차인이 「상가임대차법」이 그의

81) 최준규, 민사법학 96 (2021) 181은 이를 ‘거래관계에서 빠져나갈 이익’과 ‘권리금 확보이익’이라고 한다.

82) 또는 ‘약자[서민]가 약자[서민]를 착취하는 또는 약탈하는 나쁜 제도’이다.

83) 그런데 ‘갱신청구권’을 개념화한 「민법」 643과 달리, 「상가임대차법」 10은 뜬금없이 ‘갱신

권리로 자리매김한 최장 10년의 임대차기간을 채우지 않은 채로 권리금 회수를 주장하면 임대인의 소유권은 무시될 수 밖에 없고 심지어 최장임대기간을 준수한 임대인에게마저 사실상 신규임차인과의 계약을 강제하는 불공평한 결과가 생긴다. 물론 차임취득이 상가임대인의 주된 관심사를 부정할 수 없다: 주택임대사업자등록제도의 도입에도 불구하고 주택임대와 비교하여, 상가임대인의 이익은 주로 계속적·안정적 차임의 취득에 집중된다. 그러나 차임취득의 이익을 명분으로 그의 소유권을 압도하는 조치는 피하여야 한다.

사적자치의 원칙으로 하는 「민법」은 단기임대차약정을 유효한 것으로 받아들이면서 단지 619에서 처분능력없는 사람이 임대하는 경우 임차인의 보호를 위하여 1년의 기간으로 특별규정한다. 그러나 임대차의 갱신과 권리금회수에 몰두한 「상가임대차법」에서 단기임대차는 설 자리가 거의 없다. 법률현실에서는 임차인이 진정으로 바랄 경우 단기임대차를 상상할 수 있으나, 10년으로 연장될 것을 감수하면서 단기임대차를 받아들일 임대인은 흔하지 않을 것이다. 일정한 요건 아래 단기임대차약정의 효력을 인정하는 규정의 신설을 고려하여야 한다.<sup>84)</sup>

권리금은 실체가 없는 屬氣樓이다. 권리금은 통상 無에서 출발하고 임대차관계의 종료로 소진되어야 하는 권리이다. 그럼에도 응당 없어야 할 권리금에 생명력을 불어넣어 권리금거래를 부추키는 「상가임대차법」은 임차인의 보호를 정도를 넘어 부풀려 일확천금을 꿈꾸게 하고 신규임차인에게는 진입장벽을 설치하는 과잉입법의 전형이다.

마지막으로 「상가임대차법」의 권리금규정은 법체계와 법이론을 뛰어넘어 약자보호를 구실로 대중의 환심을 사려는 알뜰하고 즉흥적인 작품이다. 권리금회수의 제도화가 아니더라도 상가임차인은 상인이므로 그는 여전히 영업권을 처분할 수 있는 자유를 누린다. 이제 개인의 자율과 타인에 대한 믿음에서 출발하는 자유시장경제질서로 회귀하여야 한다. 이와 함께 賃貸借期間의 長期化에 의한 사용·수익권의 강화와 상가임대차

---

요구권'을 채용한다. 이는 아마도 갱신청구가 가지는 구속효를 강조하기 위함으로 판단된다. 그러나 임대인의 시각에서 이들은 아무런 차이가 없다. 특별법률이라는 이유로 함부로 개념을 창설할 것이 아니다.

84) 박주원, 법경제학연구 20/2 (2023) 211 이하.

에 관하여 「민법」 629의 적용을 배제하는 임차권양도의 개방을 기본수단으로 하여 營業權의 보호로 一元化하여야 한다.<sup>85)</sup>

(논문투고일: 2023.12.11., 심사개시일: 2023.12.19., 게재확정일: 2023.12.27.)



▶ 이진기

상가임대차, 권리금, 권리금의 회수, 영업권, 영업양도

85) 비슷하게 최준규, 민사법학 96 (2021) 161, 168: “정공법”; 민태욱, 토지공법연구 66 (2014) 527.



**【참 고 문 헌】**

- 곽윤직, 채권각론, 2000.
- 곽주원, 상가건물 임대차보호법과 불완전 계약, 법경제학연구 20/2 (2023) 199-216.
- 국기호·이진·정준호, 권리금 감정평가 사례 분석 및 개선 방안, 감정평가 학논집 45 (2022) 59-86.
- 김영두, 권리금계약의 의의와 법률관계, 재산법연구 35/4 (2019) 1-29
- 김영두, 권리금 회수기회의 보호와 영업보상 및 임대차기간보장의 관계, 법조 725 (2017) 46-91.
- 민태욱, 상가권리금의 본질과 공법적 해결, 토지공법연구 66 (2014) 515-535.
- 백경일, 비용부당이득 반환청구권을 통한 상가권리금보호의 가능성, 민사법학 88 (2019) 243-287.
- 송옥렬, 상법강의, 2020.
- 이상용, 개정 상가건물임대차보호법과 바람직한 임차인 보호방안, 민사법학 73 (2015) 49-109.
- 정경영, 상법학쟁점, 2021.
- 최준규, 상가건물임대차보호법상 권리금 회수기회 보호규정 비판, 민사법학 96 (2021) 159-192.
- 황영숙·정쾌호, 상업 젠트리피케이션에 따른 임차인 이동에 관한 연구, 주거환경, 20/4 (2022) 179-194.
- 강중헌의 창업전략 = [http://www.ksetup.com/news/news\\_view.php?idx\\_no=10391](http://www.ksetup.com/news/news_view.php?idx_no=10391).
- 국토교통부, 권리금 감정평가 실무기준 (보도참고자료), 2015.06.11. = [http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m\\_72/dtl.jsp?id=95075806](http://www.molit.go.kr/USR/NEWS/m_72/dtl.jsp?id=95075806).
- <상가건물임대차보호법 개정안 마련>: 법무부 보도자료 2014.09.23.(<장년층 고용안정 및 자영업자 대책 Q&A>: 관계부서 합동 2014.09 = <https://www.moj.go.kr/moj/221/subview.do?enc=Zm5jdDF8QE B8JTJGYmJzJTJGbw9qJTJGMTgyJTJGMjIyOTk0JTJGYXJ0Y2xWaWV3LmRvJTNGcGFzc3dvcmlM0QlMjZyZ3NCZ25kZVN0ciU>

zRCUyNmJic0NsU2VxJTNEJTI2cmdzRW5kZGVtdHllM0QlMjZp  
c1ZpZXdNaW5lJTNEZmFsc2UIMjZwYWdlJTNEMSUyNmJic09w  
ZW5XcmRTZXElM0QlMjZzcmNoQ29sdW1uJTNEc2oIMjZzcmNo  
V3JkJTNEJUVDJTgzJTgxJUVBJUIwJTgwJUVBJUIxJUI0JUVCJU  
FDJUDJUVDJTIFJTg0JUVCJThDJTgwJUVDJUIwJUE4JTI2.

<상기건물 임대차 표준계약서> = [https://www.moj.go.kr/sites/moj/download/316\\_01.pdf](https://www.moj.go.kr/sites/moj/download/316_01.pdf)  
연합뉴스, 2021.10.28. = <https://www.yna.co.kr/view/AKR20211028168400003>.  
중소기업벤처부-KOSIS 시도/산업중분류별/사업전환시 애로사항별 사업체수  
(복수응답), 수록기간 : 년 2018~2018 / 자료갱신일: 2020-01-31.  
중소기업벤처부-KOSIS 시도/산업중분류별/사업체 계속 운영 시 승계여부별  
사업체수, 수록기간 : 년 2018~2020 / 자료갱신일: 2022-07-01.  
통계청, 소상공인실태조사, = [https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=101&tblId=DT\\_1ME0502&vw\\_cd=MT\\_OTITLE&list\\_id=101\\_004\\_005&scrId=&seqNo=&lang\\_mode=ko&obj\\_var\\_id=&itm\\_id=&conn\\_path=K2&path=%252Fcommon%252Fmeta\\_onedepth.jsp](https://kosis.kr/statHtml/statHtml.do?orgId=101&tblId=DT_1ME0502&vw_cd=MT_OTITLE&list_id=101_004_005&scrId=&seqNo=&lang_mode=ko&obj_var_id=&itm_id=&conn_path=K2&path=%252Fcommon%252Fmeta_onedepth.jsp).  
통계청, 2022년 경제활동인구조사 (= [https://www.index.go.kr/unity/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx\\_cd=2779](https://www.index.go.kr/unity/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=2779)).  
제332회 국회(임시회) 법제사법위원회회의록 (법안심사제1소위원회) 제1차, 2015.04.24. = <http://likms.assembly.go.kr/record/mhs-60-010.do#none>.

Abstract

## Critical Analysis of Premium in the Commercial Building Leasing Market

LEE, JIN KI

Art.10-3 states, that 'premium' means a price, such as money, paid to a lessor or a lessee, other than deposits and rents, as a price for transfer or use of tangible or intangible property value, including business facilities, equipment, customers, credit, business know-how and business benefits generated from the location of a commercial building, which is paid by a person who conducts or who intends to conduct a business in a commercial building, the subject-matter of the lease. But this definition is is not accurate enough but obscure.

The term 'preminum' seemsto be an another name of price for the transfer of business. The generalization and the legislation of premium may emerge as a main culprit of the pattern of low efficiency and high expenditur in leasing market. The protection of leasing right through the prolonged period which does not exceed 10 years and the unification of premium and price for business rights can be reached and stablised within our legal system.



▶ LEE, JIN KI

Premium, Commercial building lease, Protection of commercial building tenants, Business rights, Transfer of business