



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

법학석사학위논문

영업손실보상에 관한 연구

— 영업의 적법성과 보상의 범위를 중심으로 —

2016년 2월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

김 지 희

영업손실보상에 관한 연구
— 영업의 적법성과 보상의 범위를 중심으로 —

지도교수 李元雨

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2015년 10월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

김 지 희

김지희의 석사학위 논문을 인준함

2016년 1월

위 원 장 _____

부위원장 _____

위 원 _____

국문요약

국가가 적법한 공권력 행사에 의하여 국민에게 경제상의 특별한 희생을 발생시켰을 때 그 희생을 전보하는 손실보상 영역은 보상여부 뿐 아니라 그 범위까지 언제나 첨예한 논란의 대상이다. 특히 우리 법제는 일정한 영업장소가 공익사업의 시행구역 내에 위치한 경우 영업시설과는 별개로 영업 자체를 손실보상의 대상으로 삼고 있다. 이와 같은 영업손실보상은 생활보상의 일환이 아닌 헌법상 보호되는 재산권인 영업권의 침해에 대한 손실보상이라고 보아야 한다. 이와 같이 본다면 현재 우리 법제에서 인정되고 있는 영업손실보상은 헌법상 정당보상원칙에 위배될 여지가 매우 많다. 따라서 이를 개선하기 위하여 아래와 같이 영업손실보상의 요건을 완화하고 그 보상 범위를 확대하며, 권리금을 영업손실보상의 대상으로 포섭할 것을 제안한다.

먼저 영업손실보상의 ‘영업’요건과 관련하여 현재 법제는 위 요건을 지나치게 엄격하게 인정하여 그 보상의 범위를 축소시키고 있다. 영업손실보상의 대상인 영업이 본질적으로 위법하지 아니하고, 실질적으로 영업의 본질적 요소를 가지고 있다면 이는 손실보상의 대상에 포섭하여야 할 것이다. 또한 영업손실보상의 보상 범위에 관하여 대법원은 영업의 이전가능성을 기준으로 하여 폐업보상 여부를 결정하는데, 영업폐지의 불가피성 내지 이전가능성의 부존재 사실의 입증책임을 원고에게 부과하고 있어 폐업보상이 되는 예는 극히 드물었다. 이전가능성 요건에 대한 해석과 입증의 정도에 대한 완화를 통하여 적절하게 폐업보상이 이루어지도록 하여야 할 것이다. 또한 공익사업의 시행으로 인하여营业을 폐지하거나 휴업하는 경우 토지보상법에서 규정하고 있는 보상항목 및 그에 대한 산정방법으로는 보상금액이 영업자가 실제로 입는 손실을 보전

하기에 부족하므로 이에 대한 개선이 필요하다.

다음으로 권리금에 관하여 살펴보면, 권리금은 현실적으로 존재하고 그 금액 또한 상당한 액수를 형성하고 있음에도 그동안 법적으로 존재를 인정받거나 보호받지 못했다. 상가건물임대차보호법이 개정되면서 처음으로 이에 대한 보호가 제도적으로 구비되었으나, 공익사업의 시행으로 인하여 영업을 폐지하거나 휴업해야 하는 경우 권리금에 대한 보상 부분은 포함되지 않았다. 권리금은 헌법에서 보호되는 재산권의 개념표지를 모두 충족시켜 재산권성을 가지며, 영업권의 본질적인 부분을 형성하는 바, 영업손실보상의 범위에 포함되어야 할 것이다. 다만 권리금을 구성하는 각 요소마다 구체적으로 평가하여 기존의 영업손실보상의 범위와 중첩되지 않는 범위에서 보상이 이루어져야 한다. 이와 같이 권리금에 대한 보상이 이루어지기 위해서는 투기적 목적으로 수수되는 지역권리금은 법적으로 그 수수를 금지시켜야 할 것이고, 권리금의 수수 및 그 금액이 객관적 자료에 현출될 수 있도록 권리금을 기재하도록 하는 임대차계약서나 독립된 권리금계약서의 사용을 강제하여야 할 것이며, 권리금에 대한 통일적이고 적절한 평가방법 및 평가기준이 수립되어야 할 것이다.

주요어: 재산권, 영업권, 영업손실보상, 영업손실보상의 요건 및 범위,
권리금

학번: 2006-21601

목 차

국문요약

인용 법령

제1장 머리말 1

제1절 연구의 목적 1

제2절 연구의 방법 5

제2장 영업손실보상의 이론적 기초 7

제1절 헌법상 재산권 7

1. 재산권 개념의 의의 7

2. 재산권의 개념표지 8

3. 재산권 범위의 확장 10

제2절 영업권 11

1. 영업권의 정의 11

(1) 영업권의 개념 11

(2) 재산권의 개념표지와 영업권 14

2. 영업권의 특징	15
(1) 무형의 재산적 가치	15
(2) 인식가능성	15
(3) 평가방법	15
3. 영업권의 내용	17
(1) 사실관계에 기한 것	17
(2) 계약관계에 기한 것	18
 제3절 손실보상의 이론적 기초	 18
1. 손실보상의 개념	18
2. 손실보상의 근거	19
3. 손실보상의 기준	23
(1) 문제의 제기 - ‘정당한 보상’의 해석에 대한 논의의 요부	23
(2) 종래의 견해	23
(3) 헌법재판소의 입장	24
(4) 검토	24
4. 재산권보장의 범리로서의 손실보상	25
 제4절 영업손실보상	 26
1. 의의 및 유형	26
(1) 영업손실보상의 의의	26
(2) 영업손실보상의 유형	27
2. 본질 - 영업권에 대한 손실보상인가 생활보상인가	28
(1) 문제의 제기	28
(2) 견해의 대립	29

(3) 검토	29
3. 요건	31
4. 외국의 영업손실보상제도	32
(1) 일본	32
(2) 영국	34
(3) 독일	35
(4) 비교법적 검토	37
제3장 영업손실보상의 대상인 영업	39
제1절 문제의 제기	39
제2절 ‘영업’의 각 요건별 타당성	
1. 영업의 적법성(행정적 요건)	41
(1) 토지보상법 시행규칙 제45조 제2호의 취지	41
(2) 행정적 요건의 내용	42
(3) 토지보상법 시행규칙 제52조의 예외	46
2. 영업장소의 적법성(장소적 요건)	47
(1) ‘적법한 장소’에서 행하는 영업일 것	47
(2) 무허가건축물에서 이루어진 영업의 보상	49
3. 시간적 요건	53
4. 시설 요건	55
5. 계속성 요건	56
6. 영리성 요건의 요부	58

제3절 소결	60
제4장 유형별 영업손실보상의 범위	62
제1절 폐업과 휴업의 구별기준	62
1. 문제의 제기	62
2. 현행법상 영업폐지 사유의 문제점	62
(1) 토지보상법 시행규칙 제46조 제2항	62
(2) 영업장소 또는 배후지의 특수성	63
(3) 당해 영업의 허가 등을 받을 수 없는 경우	64
(4) 혐오감을 주는 영업시설의 이전이 현저히 곤란한 경우	65
(5) 소결	65
3. 판례상 영업의 폐지와 휴업의 구별	66
(1) ‘이전가능성’	66
(2) 영업의 폐지 판단의 문제점 및 개선방안	67
제2절 유형별 손실보상	72
1. 문제의 제기	72
2. 폐업보상	73
(1) 현행법상 폐업보상	73
(2) 문제점 및 개선방안	73
3. 휴업보상	76
(1) 현행법상 휴업보상	76
(2) 문제점 및 개선방안	80
4. 임시영업소 설치의 경우	84

제3절 소결	85
제5장 권리금의 보상여부	87
제1절 권리금의 재산권성	87
1. 문제의 제기	87
2. 권리금의 의의와 유형	90
(1) 권리금의 개념	90
(2) 역사적 형성과정	91
(3) 권리금의 발생요인	92
3. 권리금의 반환청구에 관한 문제	93
(1) 권리금 반환의 주체	93
(2) 권리금 반환에 관한 판례의 태도	94
4. 재산권의 개념표지와 권리금	95
5. 현행 법률에서의 권리금과 재산권성	96
6. 권리금과 영업손실보상	97
제2절 권리금의 유형 및 보상의 범위	99
1. 권리금의 유형	100
(1) 지역권리금	100
(2) 시설권리금	100
(3) 영업권리금	101
(4) 인·허가권 등에 대한 권리금	101
(5) 복합적인 요소로서의 권리금	102
2. 유형별 손실보상의 범위	102

(1) 지역권리금	102
(2) 시설권리금	103
(3) 영업권리금	103
(4) 인·허가권 등에 대한 권리금	104
(5) 복합적 요소로서의 권리금	104
제3절 권리금 보상을 위한 개선방안	105
1. 투기적 권리금 제재	105
2. 권리금의 객관적 자료 현출	105
3. 권리금 평가 기준 및 방법의 통일	106
제4절 소결	106
제6장 결론	108
참고문헌	112
Abstract	116

인용 법령

헌법

상가건물임대차보호법

법인세법 시행령, 같은 법 시행규칙

상속세 및 증여세법, 같은 법 시행령, 같은 법 시행규칙

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률, 같은 법 시행령, 같은 법 시행규칙

일본 헌법

독일 Bonn 기본법

제1장 머리말

제1절 연구의 목적

재산권은 자본주의 체제하에 있는 국민들에게 그들의 생사여탈권을 쥐고 있는 가장 중요한 기본권 중 하나라고 해도 과언이 아니다. 따라서 국가가 적법한 공권력 행사에 의하여 국민에게 경제상의 특별한 희생을 발생시켰을 때 그 희생을 전보하는 손실보상 영역은 보상여부 뿐 아니라 그 범위까지 언제나 첨예한 논란의 대상이다. 특히 우리 법제는 일정한 영업장소가 공익사업의 시행구역 내에 위치한 경우 직접적인 수용대상인 토지와 지장물로서의 영업시설과는 별개로 영업 자체를 손실보상의 대상으로 포섭하고 있는바, 이와 관련하여 문제되는 사례들은 다음과 같다.

<사례1> 주식회사 W랜드는 광고지구 택지개발사업구역 일대에 관광진흥법에 의한 유원시설업 허가를 받아 유기기구를 설치하여 유원시설업을 운영해 왔고, 눈썰매장을 설치하여 운영하다가 甲에게 모든 시설을 임대하고 이를 운영하게 하였다. 한편, 甲은 임대받은 유원시설업 및 썰매장업과는 별도로, 4월 내지 5월, 9월 내지 10월에 유치원생들을 대상으로 W랜드로 소풍을 와서 유기기구도 이용하고 여러 가지 체험학습을 하며 레크리에이션에 참가할 수 있도록 하는 단체고객을 위한 영업 프로그램도 운영하였다. 중앙토지수용위원회는 W랜드의 토지 및 지장물 등을 수용하는 재결을 하였으나, 甲이 영위하고 있던 유원시설업, 눈썰매장업, 레크리에이션업에 대한 영업손실보상은 보상의 범위에서 제외하였다.

이와 같이 원고가 영위하던 영업이 관계법령에 의한 허가, 신고 등을 마치지 않았다고 하여 손실보상의 대상에서 일괄적으로 제외하는 것은

헌법상 정당한 보상의 원칙에 위배되는 것은 아닐까? 또한 원고가 영업의 특성상 특정한 계절에만 영위할 수밖에 없는 썰매장업을 위한 시설을 이용하여 위 특정 계절을 제외한 때에 다른 종류의 영업을 영위하였다고 하여 영업의 시간적 계속성 요건을 결여하였다고 보아 손실보상의 대상에서 제외하는 것은 정당한 것일까? 이러한 문제의식에 비추어 현행법을 기초로 법원이 제시하는 영업손실보상의 대상이 되는 영업의 요건에 대해서 비판적으로 살펴볼 필요가 있다.

<사례2> 乙은 서울 중랑구 면목동에서 여관을 운영하고 있었다. 그런데 위 지역에 대하여 서울특별시 고시로 도시계획시설사업이 사업인정됨에 따라 이 사건 여관은 수용되었고, 영업손실보상금액은 휴업보상에 따른 금액으로 산정되었다. 乙은 위 사업으로 인하여 여관을 폐업하게 되었고, 위 여관이 소재하던 중랑구 및 다른 서울 지역 내에서는 여관업 허가를 받기가 현실적으로 매우 어려울 뿐 아니라, 재정적인 제약이 있고, 구리시와 같은 서울 외곽지역은 비슷한 수익을 내기가 어려워 현실적으로 여관업을 폐업할 수밖에 없으므로, 폐업보상에 따른 손실보상금액이 산정되어야 한다고 주장하였다. 이에 대해 서울행정법원¹⁾은, 여관업은 서울특별시의 경우 상업지역에서, 이 사건 여관이 소재한 중랑구의 인접시인 구리시의 경우 상업지역 및 관리지역에서 허가를 받아 영위할 수 있고, 乙의 개인적인 재정적 사정에 의해 영업을 할 수 없다거나 기존 영업만큼의 수익성이 보장되지 않는다는 등의 사정만으로는 영업손실에 대한 보상에 있어 영업의 폐지로 볼 수는 없다는 이유로 乙의 주장을 받아들이지 아니하였다.

판례에 따르면, 폐업보상을 받기 위해서는 원고가 자신의 영업장소를

1) 서울행정법원 2012. 11. 29. 선고 2012구합9239사건, 항소하지 아니하여 그대로 확정되었다.

둘러싸고 있는 모든 인접 시·군·구에 법령상의 장애사유 유무, 이전장소의 확보가능성, 동종 영업의 현황, 주민의 반대 여부 및 그 반대의 정당성 유무 등을 통하여 이전불가능성을 입증하여야 한다. 따라서 폐업보상은 매우 드물게 인정되고 있다.

이와 같이 폐업보상에 엄격한 요건과 입증책임을 부과하여 예외적인 경우에만 이를 인정하는 판례의 태도는 헌법상 정당보상에 위배되는 것은 아닐까? 만약 이러한 판례의 태도가 위헌적이라고 본다면, 영업손실보상의 범위는 어떤 기준에 따라 정해야 하며, 현재 우리 법제에서 정하고 있는 영업손실보상의 범위는 헌법상 정당보상의 원칙에 부합하는 것인지에 대한 재검토가 필요하다.

<사례3> 2009. 1. 19. 발생한 용산4구역 철거현장 화재사건은 당해 구역 내에 위치한 재개발 대상 상가의 세입자들이 법적으로 규정된 휴업보상비 3개월분과 주거이전비 4개월분 외에 권리금 등을 포함한 현실적인 보상을 요구하며 조합 등과 대립하다가 화재가 발생하여 인명 참사로 이어진 사건이다.²⁾ 우리나라에는 임차권이 양도되거나 임차물이 전대되는 경우 임차권양수인이나 전차인으로부터 보증금이나 임대료 외에 전임차인에게 권리금 명목으로 금전을 수수하는 관행이 있는데, 공익사업 시행 지역 내의 상가임차인이 공익사업의 시행으로 인하여 기존의 영업을 중단하게 될 때, 기지급한 권리금에 대한 보상은 받지 못한 채, 영업장소를 이전하여 다시 영업을 영위하기 위해서 새로운 상가에 대한 별도의 권리

2) 용산화재사고가 발생한 2009년과 달리 현재는 권리금을 제도적으로 흡수해야 한다는 사회적 공감대가 형성되면서, 『상가권리금 보호에 관한 특별법안』이 입법발의(2014. 1. 23. 민병두의원 대표발의)되어 권리금의 본격적인 법제화 움직임이 일었다. 서울시도 ‘상가임대정보 및 권리금 실태조사(2013. 11. ~ 2014. 2.)’를 실시하였고, 권리금 보장 등을 내용으로 하는 법률 개정 건의서를 법무부에 제출하였다 정주희, “상가권리금 법제화와 보상”, 한국부동산연구원 이슈브리핑 제13호(2014. 4. 12.), 2면. 이에 따라 2015. 5. 13. 상가건물임대차보호법이 개정되어 권리금의 보호를 법제화 하였다.

금을 추가로 지출해야 한다.

이와 같이 엄연히 존재하는 권리금을 영업손실보상의 대상에서 제외하는 것은 정당한 보상의 원칙에 위배되는 것은 아닐까? 권리금은 재산권으로서 손실보상의 대상에 포섭해야 하는 것인지, 만약 권리금에 대한 보상이 필요하다면, 영업손실보상의 범위와 중첩되지 않는 범위내에서 어떻게 이루어져야 하는지 검토할 필요가 있다.

헌법 제23조 제1항은 모든 국민의 재산권은 보장되고, 그 재산권의 내용과 한계는 법률로 정한다고 규정하여 재산권의 구체적인 내용과 한계는 헌법 자신이 아닌 입법자가 제정하도록 하고 있다. 즉 재산권은 재산적 가치를 지닌 모든 유형적, 무형적 가치를 대상으로 하지 아니하고, 입법자에 의해 법률로 구체화 되었을 때 비로소 헌법상 기본권으로 보호된다. 또한 같은 조 제3항은 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다고 규정하고 있다. 현재 대법원 판례의 입장에 따르면, 어떠한 유형적, 무형적 가치가 재산권의 범위에 포섭된다고 하더라도 법률에 규정이 없는 경우 손실보상의 대상이 되지 않는다. 재산권 범위와 손실보상 범위의 불일치는 국민의 법감정에 큰 영향을 미치고, 법률에 의하여 정당한 보상을 하도록 규정한 헌법에 위배되는 것은 아닌가 하는 논란을 불러일으킨다.

특히 우리 법제는 앞에서 언급한 바와 같이 영업시설과는 별개로 영업 자체를 손실보상의 대상으로 삼고 있다. 급변하는 현대사회에서 영업의 내용이나 행태는 매우 다양하게 나타나고 있는데, 국민들의 생존과 직결되는 영업손실보상을 현재 법제와 같이 일률적이고 단편적인 기준하에서만 인정할 것인지, 또한 영업손실보상의 범위가 사회적 현실을 잘 반영하여 정당한 보상이 되는지 여부에 관하여 재검토해볼 필요가 있다.

이 논문에서는 관계 법령에 의해 정해진 허가를 받지 아니하고 영위한 영업의 경우 손실보상의 대상이 될 수 있는지 등 영업손실보상의 대상이 되는 영업요건의 타당성을 검토한다. 또한 현행법은 공익사업의 시행으로 인하여 영업을 폐지하는 경우와 휴업하는 경우로 나누어 그 보상의 범위를 달리하고 있는데, 영업의 폐지와 휴업을 나누는 기준은 타당한 것인지, 이에 따른 보상의 범위는 적절한 것인지 연구하기로 한다. 마지막으로 실거래에서 수수되고 있는 권리금이 영업손실보상의 대상이 될 수 있는 것인지 여부를 검토하기로 한다.

제2절 연구의 방법

아래에서는 이상에서 살펴본 문제점들을 해결하기 위해 다음과 같은 순서로 논의를 전개한다. 먼저 제2장에서는 영업손실보상에 대한 이론적 기초를 검토하기 위하여, 재산권에 대한 개념 등을 명확히 하고, 영업권은 어떤 것이며 재산권에 포함될 수 있는지, 특징은 무엇인지 살펴본다. 그 뒤 손실보상에 대한 개념, 원칙, 법적 근거, 요건 등을 전제로 검토한 다음, 현재 우리 법제하에서의 영업손실보상에 대하여 고찰하기 위하여 영업손실보상의 의의, 본질, 요건, 보상의 범위 등을 살펴보고, 다른 나라에서는 영업손실보상이 어떻게 이루어지고 있는지 간략히 검토하기로 한다. 제3장에서는 현재 우리 법제에서 요구되는 영업손실보상의 대상이 되는 ‘영업’에 대하여 각 요건별로 제한의 필요성이 있는 것인지에 대하여 살펴본다. 제4장에서는 영업보상금액의 산정과 관련하여 휴업보상과 폐업보상이 적용되는 기준 및 그 문제점을 살펴본 후, 위에서 드러난 문제점을 해결하기 위한 개선방안은 어떤 것들이 있는지 검토하고, 보상의

범위는 적절한 것인지 연구한다. 제5장에서는 권리금의 손실보상여부에 대하여 검토하기 위하여 권리금이 헌법상 보호되는 재산권에 해당되는지 여부를 연구하고, 권리금 보상의 범위 및 이를 위한 제도적 개선방안을 살펴본다.

제2장 영업손실보상의 이론적 기초

제1절 헌법상 재산권

1. 재산권 개념의 의의

헌법상 재산권의 개념에 대해 우리나라에서는 대체로 “경제적(재산적) 가치 있는 모든 공법상 및 사법상의 권리”라고 정의한다.³⁾ 이를 더 구체화하여 재산권의 내용으로 헌법상 재산권을 “취득·이용·수익·처분할 수 있는 배타적 법적 지위”라고 정의내리는 견해도 있다.⁴⁾ 나아가 재산권의 보호객체로 모든 종류의 물건, 채권, 광업권·수렵권 등 특별법상의 권리, 공무원의 봉급청구권·연금청구권 등 재산적 가치를 가진 공적 자격 등 공법상 및 사법상의 권리를 열거하는 방식을 취하고 있다.⁵⁾

우리법제와 유사한 독일에서는 재산권의 개념이 구체적인 법조항에서 정하여진다. 이를 보면, 소유권자의 이용·처분권한과 제3자를 배제할 수 있는 권한을 규정한 민법 제903조가 그 예이다. 또한 재산권은 재산권의 객체가 될 수 있는 대상과 관련하여 정의된다. 마지막으로 재산권은 행위성과에 대한 결과를 보호하는 것이고, 단순한 기회 내지 장래의 이익에 대하여는 일반적 행동자유권이나 직업선택의 자유로 보호하고 있다. 반면 영미에서의 재산권은 권리의 다발(bundle of rights)로 보고, 소유권

3) 권영성, 「헌법학원론」, 박영사, 2006, 543면.

4) 재산권의 본질적 내용은 ‘사용·수익·처분’이라는 견해, 박균성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2010, 779면 이하 참조.

5) 권영성, 전거서, 546면.

과 같은 권리를 시공간적, 권한별로 분할하기도 한다. 재산권에 대한 일정한 정의 조항이 없는 것이다. 또한 영미에서는 재산권은 물건과 권리주체 간의 관계가 아니라, 권리주체가 다른 사람에 대한 관계에서 보유하는 권리이다. 그리고 영미에서는 과거의 권리 뿐 만 아니라 장래에서 얻을 수 있는 기회도 재산권으로 보호된다.⁶⁾

위에서 살펴본 바와 같이 각 나라의 법제별로 재산권의 개념 및 범위를 정하는 방법은 다르게 전개된다. 우리나라의 경우 먼저 재산권의 개념을 명확히 정하여 개념표지를 세우고, 재산권의 내용을 파악하며 그 범위를 설정하기보다는, 손실보상과 관련하여 재산권의 내용만을 논의하는 경우가 많았다.⁷⁾ 그러나 논리적으로 손실보상은 재산권 개념이 미리 전제된 후에 논의될 수 있는 것이므로, 영업손실보상을 논하기에 앞서 재산권의 개념을 살펴볼 필요가 있다.⁸⁾

2. 재산권의 개념표지

우리 헌법재판소는 “헌법상 보장되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리”⁹⁾라고 정의한다. 즉 재산권의 개념표지에 ‘사적 유용성’과 함께 ‘원칙적인 처분 권한’을 중첩적으로 요구하는 것으로 보인다. 또한 헌법재판소는 “사적

6) 이상 독일과 영미의 비교는 김태오, “현대적 재산권의 본질과 한계에 관한 연구 - 공법상 권리의 재산권성을 중심으로.”, 서울대학교 박사학위 논문, 2011, 47~50면 참조.

7) 재산권의 내용이 무엇인지 파악하기보다 역으로 ‘수용’개념으로부터 제외되는 부분을 재산권의 내용으로 파악하는 것이 용이하다는 견해도 있다. 정혜영 “한국 헌법 제23조와 독일 분리이론에 의한 그 해석가능성”, 공법연구 제33집 제4호, 한국공법학회, 2006, 237~268(240)면.

8) 재산권의 개념은 헌법 제23조 제1항 제1문에서 도출되고, 재산권의 내용은 헌법 제23조 제1항 제2문에서 입법자에 의해 구체화 된다고 할 것이다.

9) 헌법재판소 1996. 8. 29. 선고 95헌바36 판결 외 다수.

유용성이 인정되기 위해서는 그 권리가 권리주체에게 귀속되어 그 주체의 이익을 위해 이용가능해야 한다.”¹⁰⁾고 하여, 사적 유용성은 ‘권리의 귀속’과 ‘이용가능성’을 내용으로 하고 있는 것으로 보고 있다.¹¹⁾ 즉 헌법재판소는 제23조 제1항의 재산권보장에 의하여 보호되는 재산권은 사적유용성 및 그에 대한 원칙적 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적 권리를 말하고 구체적인 권리가 아닌 단순한 이익이나 재화의 획득에 관한 기회 또는 기업활동의 사실적·법적 여건 등은 재산권보장의 대상이 아니라고 본다.¹²⁾

이러한 헌법재판소의 태도에 근거하여 우리 헌법상 재산권의 개념표지로 ‘사적 유용성’, ‘처분권한’, ‘재산적 가치 있는 이익’을 추출해 볼 수 있다. 그 의미를 차례대로 살펴보기로 한다. 먼저 ① ‘사적 유용성’은 재산권의 보호객체인 물건 내지 권리를 이용하여, 이로부터 발생하는 수익을 향유할 수 있는 법적 지위를 의미한다. 즉 재산권자가 스스로 이용하여 수익을 얻을 수 있는 권리이다. 지리적 이점이나 영업상 노하우를 이용하여 더 많은 영업이익을 얻을 수 있는 영업권을 그 예로 들 수 있다. ② ‘처분가능성’은 자신의 의사에 따라 처분¹³⁾할 수 있어야 함을 의미하나, 이는 최대한 넓게 해석하여 권리의 주체 및 객체에 변동성을 줄 가능성이 있으면 인정된다고 보아야 한다. 영업권을 예로 든다면, 영업양도나 기업의 합병 등을 통하여 권리주체에 변동을 줄 수 있다. ③ ‘재산적 가치 있는 이익’은 이용가치 또는 교환가치를 통해 확인되는 것으로 이용

10) 헌법재판소 2010. 4. 29. 선고 2007헌바40 판결 참조.

11) 이러한 헌법재판소의 결정은 그 동안 사적 유용성에 가려있었던 재산권의 개념표지로서 ‘이용가능성’이 전면으로 등장하게 된 계기라고 평가된다는 견해로, 김태오, 전 계논문, 77면.

12) 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 90바26 등 다수.

13) 처분은 사전적으로 개인이나 법인이 자신이 지닌 권리나 권리의 객체에 변동을 주는 것을 의미한다. 고려대학교 민족문화연구원(편), 「고려대 한국어대사전」, 2009.

권 또는 처분권이 있다면, 재산적 가치 있는 이익이 있는 것으로 간주될 수 있다. 따라서 재산적 가치를 독립적인 재산권의 개념표지로 인정할 실익은 없는 것으로 보인다.¹⁴⁾ 즉 우리 헌법상 재산권의 개념표지로는 사적 유용성, 처분가능성을 들 수 있다.

3. 재산권 범위의 확장

현대사회에서는 미리 예측할 수 없는 형태의 재산적 가치를 가진 권리가 나타나고 이를 향유하고 처분하는 방식도 다양화되고 있으며, 이에 따라 헌법상 보호되는 재산권을 명확하게 구분하기는 쉽지 않다. 위에서 제시된 재산권의 개념표지를 엄격하게 해석하거나 전통적인 재산권의 개념에 입각하여 헌법상 보호되는 재산권의 범위를 제한한다면 이와 같은 사회변화에 국민들의 가장 중요한 기본권 중 하나인 재산권을 충분히 보장하지 못하는 결과에 이를 수 있게 된다. 즉 헌법상 보장되는 재산권의 범위를 좁게 해석한다면, 재산권에 대한 침해가 있을 경우 이에 대한 손실보상이 이루어지기 어렵고, 특히 보상입법이 이루어지지 않은 경우 입법 의무가 있다고 보기 어려워 이에 대한 보상이 이루어질 가능성은 희박하다. 따라서 위에서 언급한 재산권의 각 개념표지에 해당하는지 여부 역시 유연하게 해석하여 헌법상 보호되는 재산권의 범위를 확대함이 시대의 변화에 부합하는 움직임일 것이다.

¹⁴⁾ 이상 재산권의 개념표지 부분은 김태오, 전제논문 76-81면 참조.

제2절 영업권

영업권은 무형고정자산(Intangible Fixed Asset) 중에서도 가장 대표적인 자산이고, 가장 중요한 위치에 있는 특수한 권리를 말한다.¹⁵⁾ 영업권은 상법, 세법, 기업회계기준 등의 분야에서, 영업권이 감가상각의 대상이 되는 자산인지, 기업의 합병 및 분할 또는 영업의 양수도 과정에서 나타나는 영업권의 가치를 어떻게 평가하여 그 금액을 산정하고, 이에 세금을 어떻게 부과할 것인지 등과 관련하여 많은 논의가 이루어지고 있다. 그러나 정작 영업권의 개념, 재산권으로서의 특징, 그 내용 등과 같이 재산권의 한 종류로서의 영업권의 본질에 대한 논의는 이루어지지 않고 있는 실정이다. 따라서 이 논문에서는 이를 먼저 고찰하고, 영업손실보상에 관하여 논의해보도록 한다.

1. 영업권의 정의

(1) 영업권의 개념

영업권의 개념과 관련하여 대법원은, “영업권이라는 것은 그 기업의

15) 영미법에서의 ‘Good Will’은 영업에 대한 고객이나 거래관계자의 호의, 신용, 신임 등을 의미하지만, 우리나라의 현행법제에서 쓰이는 영업권은 관점에 따라 그 구체적 의미가 다르다. 법률적 측면에서 영업권을 총체적 기업가치의 입장에서 파악해 본다면 영업권이 의미하는 것은 기업 그 자체이다. 회계적 측면에서 영업권이란 타인으로부터 유상승계 취득한 경우에 한하여 자산화하고, 대차대조표상 무형고정자산으로 계상될 때의 계정을 말한다.(한길수, 「영업손실보상 개선에 관한 기초조사」, 감정평가연구원, 1998, 4-5면 참조). 본 논문에서는 기업전체의 가치를 의미하는 광의의 영업권이 아닌, 개별적 권리로써 기업이 가진 자산 중 식별하여 분리가 가능한 모든 자산을 제외한 무형의 자산을 총칭하는 것으로 구체적인 금액으로 평가가 가능한 것으로 그 논의의 범위를 한정한다.

전통, 사회적 신용, 그 입지조건, 특수한 제조기술 또는 특수거래관계의 존재 등을 비롯하여 제조판매의 독점성 등으로 동종의 사업을 영위하는 다른 기업이 올리는 수익보다 큰 수익을 올릴 수 있는 초과수익력이라는 무형의 재산적 가치를 말하는 것¹⁶⁾”이라고 정의한다. 또한 “회사합병으로 인한 취급물량의 증대 등에 의하여 장차 기대되는 초과수익력인 무형의 가치를 인정하여 피합병회사의 순자산가액을 초과하는 대가를 지급하였으면 그 초과금액은 영업권¹⁷⁾” 또는 “영업권이라고 함은 어떤 기업이 특수한 기술과 사회적 신용 및 거래관계 등 영업상의 기능 내지 특성으로 인하여 동종의 사업을 경영하는 다른 기업의 통상수익보다 높은 초과수익을 올릴 수 있는 무형의 재산적 가치¹⁸⁾”이라고 판시한바 있다.¹⁹⁾ 그러나 영업권을 초과이익을 발생시킬 수 있는 무형의 재산적 가치로 정의하는 것은 영업권을 평가하는 계산방법에서 도출한 개념으로 영업권의 본질에 대한 설명이라고 볼 수는 없다.

다음으로 법규정에서 영업권의 개념과 관련한 조문을 살펴본다. 상법, 세법 등은 영업권의 개념을 직접 규정하고 있지는 않고, 법인세법 시행규칙²⁰⁾ 제12조 제1항은 감가상각자산으로서의 영업권의 개념을 규정하고 있다. 구체적으로 “사업의 양도·양수과정에서 양도·양수자산과는 별도로 양도사업에 관한 허가·인가 등 법률상의 지위, 사업상 편리한 지리적 여건, 영업상의 비법, 신용·명성·거래선 등 영업상의 이점 등을 감

16) 대법원 1985. 4. 23. 선고 84누281 판결, 대법원 1997. 5. 28. 선고 95누18697 판결, 대법원 2004.04.09. 선고 2003두7804 판결 등

17) 대법원 1985. 6. 25. 선고 85누193 판결 등

18) 대법원 1986. 2. 11. 선고 85누583 판결 등

19) 이는 세법상 논의되는 이른바 초과이익설에 근거한 입장이다. 김현동, “세법상 무형자산에 관한 규정의 문제점과 개선방안에 관한 연구 -상법, 기업회계기준, 자본시장법과의 조화를 중심으로-”, 연세대학교 법학과 박사학위 논문(2010. 12.), 156-160면 참조.

20) 2014. 7. 22. 기획재정부령 제429호로 개정된 것

안하여 적절한 평가방법에 따라 유상으로 취득한 금액”과 “설립인가, 특정사업의 면허, 사업의 개시등과 관련하여 부담한 기금·입회금등으로서 반환청구를 할 수 없는 금액과 기부금 등”은 법인세법 시행령 제24조 제1항 제2호21)에서의 영업권에 포함되는 것으로 한다. 그러나 위 규정은 감가상각의 대상이 되는 자산으로서의 영업권에 대한 예시적 조항에 불과하고, 일반적이고 포괄적인 영업권의 개념에 대한 규정으로 볼 수는 없다. 따라서 현재 영업권의 개념을 정의하고 있는 법률규정은 존재하지 않는 것으로 보인다.

학계에서는 영업권이란 동종의 사업을 영위하는 다른 기업의 통상수익보다 높은 수익을 올릴 수 있는 초과수익력이라는 무형의 재산으로 보아야 한다는 초과이익설, 식별가능한 모든 무형자산을 종합적으로 평가하여야 한다는 종합평가설, 자산 그리고 조직간 시너지 효과를 명시적으로 고려해야 한다는 시너지효과설 등이 있고, 종합평가설과 시너지효과설 두 학설을 모두 고려하는 것이 가장 바람직한 견해 등도 제시되고 있다.²²⁾

살피건대, 대법원 판례나 초과이익설은 영업권을 평가하는 방법에서 영업권의 개념을 도출해냈다는 점에서 부적절하고, 종합평가설은 식별가능한 무형자산을 어떻게 분류하느냐에 따라 영업권의 가치평가가 달라지고, 영업권에 시너지효과의 일부가 포함되는 현실을 반영하지 못하여 타

21) 법인세법 시행령(2014. 3. 24. 대통령령 제25279호로 개정된 것)

제24조(감가상각자산의 범위)

① 법 제23조제3항에서 "건물, 기계 및 장치, 특허권 등 대통령령으로 정하는 자산"이란 다음 각 호의 고정자산(제3항의 자산을 제외하며, 이하 "감가상각자산"이라 한다)을 말한다.

2. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 무형고정자산

가. 영업권(합병 또는 분할로 인하여 합병법인등이 계상한 영업권은 제외한다), 디자인권, 실용신안권, 상표권

22) 김현동, 전계논문, 156-160면 참조.

당하지 않다. 따라서 기본적으로 시너지효과설에 입각하여, 영업권이란 지리적 이점, 인허가 등 법률상의 지위, 영업의 비법, 기업의 전통 및 신용·명성·거래선 등 영업상의 이점 등과 같이 영업을 영위함에 있어 수익을 올릴 수 있는 모든 무형자산을 포함하는 재산적 가치를 아우르는 것이라고 할 것이다. 즉 영업권에는 초과수익을 올릴 수 있는 무형의 재산적 가치 뿐 아니라 영업을 영위하거나 수익을 발생시키는 식별가능한 모든 무형자산, 각 자산 및 조직간에 발생하는 시너지효과까지 모두 종합적으로 포함하는 개념이라고 봄이 상당하다.

(2) 재산권의 개념표지와 영업권

이와 같은 영업권이 헌법상 재산권에 속할 수 있는지 문제된다. 앞에서 살펴본 바에 따르면 우리 헌법상 재산권은 ‘사적 유용성’, ‘처분가능성’을 개념표지로 삼고 있다. 영업권이 위 개념표지를 모두 충족시키는지 살펴본다. 먼저 영업권은 영업장소의 지리적 이점, 영업상 노하우, 기업의 신용, 명성, 거래선과 같이 사실관계에 기한 것과 관계법령이 요구하는 인·허가 등의 법률상 지위, 고용계약관계, 재료의 구입 및 상품 판매에 대한 계약관계 등 계약관계에 기한 것 등을 포함한 영업 이익을 올릴 수 있는 모든 무형의 재산적 가치를 아우르는 개념이다. 영업권을 이용하여 이로부터 발생하는 수익인 영업이익을 취할 수 있으므로 ‘사적 유용성’ 개념표지는 충족시킨다고 할 것이다. 또한 영업권은 영업 양수 또는 기업의 합병, 상속 및 증여 등을 통하여 권리의 주체에 변동이 줄 수 있어 ‘처분가능성’의 개념표지도 충족시킨다고 볼 수 있다. 따라서 영업권은 헌법상 보호되는 재산권에 속한다고 할 것이다.

2. 영업권의 특징

(1) 무형의 재산적 가치

영업권은 눈에 보이지 않는 무형의 재산적 가치이다. 따라서 영업권은 그 범위와 내용을 정하고 경제적 가치를 평가함에 있어 현실적으로 매우 큰 어려움에 봉착하게 된다. 또한 영업권이 침해당하였을 경우 그 침해여부의 판단 뿐 아니라 침해의 정도를 금액으로 산정하는데도 어려움이 따른다.²³⁾

(2) 인식가능성

영업권은 기존에 당해 영업을 영위하던 주체가 영업할 경우에는 잘 인식할 수 없다가²⁴⁾, 영업을 양수도 되거나, 기업이 합병·분할되는 경우, 상속 또는 증여되는 경우 등과 같이 영업을 영위하던 주체에 변동이 생기게 되는 경우 또는 영업장소의 이전, 폐지가 일어나는 경우에 영업권에 대한 인식을 하게 되고, 영업권에 대한 가치평가가 문제되게 된다.

(3) 평가방법

영업권의 평가와 관련하여 법인세법은 그 시행령 제80조의3 제3항에서

-
- 23) 따라서 법인세법 시행규칙에서는 설립인가, 특정사업의 면허, 사업의 개시등과 관련하여 부담한 기금·입회금 등으로서 반환청구를 할 수 없는 금액과 기부금 등을 영업권에 포함시키고 있으나, 최대한 분리하여 식별할 수 있는 자산은 개별자산으로 인식하는 것이 바람직하다는 견해가 있다. 김현동, 전계논문, 156면 참조.
- 24) 기존의 영업주체가 자신의 영업권이 침해당했다며 영업권을 주장할 수 있지만, 이는 영업권 전체를 인식하고 이에 대한 내용, 범위, 그 가치가 문제된다기보다는 피침해 법익을 아울러 지칭하는 것에 불과하므로 논의의 대상에서 제외한다.

사업상 가치가 있어 대가를 지급한 것일 것을 요구하고 있고, 같은 법 시행규칙 제12조 제1항 제1호에서 사업의 양도·양수자산과는 별도로 적절히 평가할 것을 규정하고 있으나, 사업상 가치를 어떻게 평가할 것인지 적절한 평가는 무엇을 의미하는지에 대해 구체적으로 정함이 없다. 이와 관련하여 판례는 일률적인 영업권 평가방법을 적용할 수 없고 사업의 실질적 내용, 경제적 효과를 감안한 사적자치의 보호, 평가를 규정한 다른 법률간의 상충문제 등을 고려하여 판단하여야 한다고 판시하고 있다.²⁵⁾

상속세 및 증여세법상에서는 무체재산권 중의 하나로 영업권을 규정하고, 이에 대한 보충적 평가방법으로 5년간의 초과이익금액의 현재가치로 평가하도록 규정하고 있다(상속세 및 증여세법 제64조 제2호²⁶⁾, 같은 법 시행령 제59조 제2항²⁷⁾)

25) 법인세법 시행규칙 제12조 제1항 제1호에서 말하는 ‘양도·양수자산과는 별도로 양도사업에 관한 허가·인가 등 법률상의 지위, 사업상 편리한 지리적 여건 … 영업상의 이점 등을 감안하여 적절한 평가방법에 따라 유상으로 취득한 금액’이라 함은, 사업을 포괄적으로 양수하면서 법률상의 지위 등 시행규칙 제12조 제1항 제1호에 정한 초과수익력의 원인이 되는 여러 요소를 감안하여 양도·양수하는 다른 자산에 대한 평가와는 별도의 적절한 평가방법에 따른 평가를 거친 후 유상으로 취득한 금액을 의미하고, 나아가 ‘적절한 평가방법에 따라 유상으로 취득한 금액’에 해당하는지 여부는 건전한 사회통념과 상관행에 비추어 정상적인 거래라고 인정될 수 있는 범위 내의 금액으로서 양도·양수하는 사업의 실질적 내용에 따라 구체적으로 판단하여야 한다(대법원 2008.11.13. 선고 2006두12722 판결).

26) 상속세 및 증여세법(2014. 1. 1. 법률 제12168호로 개정된 것)
제64조(무체재산권의 가액) 무체재산권(無體財產權)의 가액은 다음 각 호에 따른 금액 중 큰 금액으로 한다.

1. 재산의 취득 가액에서 취득한 날부터 평가기준일까지의 「법인세법」상의 감가상각비를 뺀 금액
2. 장래의 경제적 이익 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 방법으로 평가한 금액

27) 상속세 및 증여세법 시행령(2014. 2. 21. 대통령령 제25195호로 개정된 것)
제59조(무체재산권의 평가)

② 영업권의 평가는 다음 산식에 의하여 계산한 초과이익금액을 평가기준일 이후의 영업권지속연수(원칙적으로 5년으로 한다)를 감안하여 기획재정부령이 정하는 방법에 의하여 환산한 가액에 의한다. 다만, 매입한 무체재산권으로서 그 성질상 영업권에 포함시켜 평가되는 무체재산권의 경우에는 이를 별도로 평가하지 아니하되, 당해 무

위에서 살펴본 바와 같이 영업권의 평가와 관련하여 법률규정 또는 판례에서 어떤 경우에도 일관적이고 획일적으로 적용될 수 있는 방법은 존재하지 않는다. 따라서 영업권의 평가방법²⁸⁾과 관련하여 다른 법 분야에서도 논란이 끊이지 않고 있으며, 적절히 평가하는데 있어 큰 어려움이 있다.

3. 영업권의 내용

(1) 사실관계에 기한 것

먼저 영업권에는 영업이 이루어지는 영업장소의 지리적 이점이 포함된다. 예를 들면, 유동인구가 많거나, 접근성이 좋거나, 그 지역 상권의 특성상 상징적 의미를 부여하거나 기업이미지에 영향을 미칠 수 있다면 영업의 수익을 발생시키는 지리적 이점이 될 것이다. 다만 영업의 특성에 따라 영업의 수익을 발생시킬 수 있는 지리적 특성은 다르므로, 영업의 종류에 따라 지리적 이점도 다르게 평가되어야 할 것이다.

다음으로,营业을 영위하며 축적된 노하우(know-how)와 같은 영업의 비법은 큰 수익을 발생시킬 수 있는 핵심적인 것이기에 영업권에 포함된다.

체재산권의 평가액이 환산한 가액보다 큰 경우에는 당해 가액을 영업권의 평가액으로 한다.

[최근 3년간(3년에 미달하는 경우에는 당해 연수로 한다)의 순손익액의 가중평균액의 100분의 50에 상당하는 가액-(평가기준일 현재의 자기자본×1년만기정기예금이자율을 감안하여 기획재정부령이 정하는 율)]

상속세 및 증여세법 시행규칙(2014. 3. 14. 기획재정부령 제412호로 개정된 것)

19조(무체재산권등의 평가) ① 영 제59조 제2항 산식에서 "기획재정부령이 정하는 율"이라 함은 100분의 10을 말한다.

28) 영업권의 평가방법은 초과주익환원법, 기업평가에 의한 평가, 주식시장을 이용한 평가, 거래사례비교법에 의한 평가, 순수익기준법, 매출액기준법 등이 있다. 한길수, 전계서, 11-12면 참조.

또한 기업의 전통 및 신용·명성, 기업의 이미지, 고객관계 등은 오랜 시간동안 축적되거나 형성된 것으로 수익을 발생시킬 수 있는 무형적 가치이므로 영업권에 포함된다.

(2) 계약관계에 기한 것

영업을 적법하게 영위하기 위한 관계 법령이 요구하는 허가·인가 등의 법률상의 지위는 영업권에 포함된다. 이러한 법률상의 지위는 당해 영업을 영위할 수 있는 자격을 부여하므로 법률상의 지위 자체가 초과수익은 발생시킬 수 없더라도 영업을 영위할 수 있는 제반여건을 제공하여 수익을 발생시킬 수 있도록 하므로 영업권에 포함된다고 본다.

그 밖에 고용계약관계, 원재료, 제품, 상품의 구입, 판매에 대한 계약관계, 서비스업에 있어서는 이에 준하는 거래선 등의 계약관계, 입지조건에 대한 계약관계 등이 영업권에 포함될 수 있다.

제3절 손실보상의 이론적 기초

1. 손실보상의 개념

손실보상이란 공공필요에 의한 적법한 공권력 행사에 의하여 개인의 재산에 가하여진 특별한 손해에 대하여, 전체적인 평등부담의 견지에서 행하여지는 재산적 보상을 말한다.²⁹⁾ 재산권보장은 재산권자의 재산권 존속을 보호하는 것이지만, 수용제도를 통하여 존속보장은 재산권가치보

29) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2014, 595면.

장으로 변하게 된다. 현행 헌법 제23조는 제1항에서 재산권보장의 원칙을 선언하면서 제3항에서 "공공필요에 의한 재산권의 수용·사용·제한 및 그에 대한 보상은 법률로써" 하도록 정하고 있다. 헌법상 손실보상의 원인이 되기 위해서 갖추어야 할 요건은 공공필요에 의한 것일 것, 재산권침해가 있을 것, 적법한 행위일 것, 특별한 희생이 있을 것 등 이다.³⁰⁾ 여기에서 침해는 재산권을 박탈하는 '수용', 일시사용을 의미하는 '사용', 개인의 사용·수익을 제한하는 '제한' 등을 말한다.³¹⁾

2. 손실보상의 근거

손해배상과 달리 손실보상은 행정작용에 의한 재산권의 침해 그 자체는 적법한 것임에도 불구하고 그로 인한 손실을 전보하여 주는 것이므로, 그러한 보상의 이론적인 근거에 대한 논의가 있었으나, 공익을 위하여 개인에게 부과된 특별한 희생은 이를 전체의 부담으로 하여 보상하는 것이 정의 및 공평의 요구에 합치되는 것이라는 특별희생설이 통설 및

30) 김중보, “막다른 도로와 손실보상”, 현대공법학의 과제, 청담최송화교수 화갑기념논문집, 2002. 6., 931면.

31) 현행 헌법은 일반적 법률유보원칙을 선언하고 있는 제37조 제2항에서 기본권을 법률로써 '제한'한다라는 표현을 사용하고 있으면서, 동시에 재산권보장에 관한 제23조 제3항에서도 공공필요에 의한 '제한'이 손실보상의 원인이 된다고 정하고 있다. 그러나 헌법 제23조 제3항에서의 제한은 제37조 제2항이 말하는 제한보다는 훨씬 좁은 개념으로 보아야 한다. 즉 제23조 제3항의 '공용제한'은 같은 항에서 열거하고 있는 바와 같이 토지소유권을 강제로 박탈하는 '공용수용'이나, 사인의 토지를 강제로 사용하는 '공용사용'에 준하는 것으로, 토지사용권의 단순한 제한이라기보다는 오히려 행정법에서 즐겨 사용되는 '재산권의 침해'에 가까운 개념이라 할 것이다. 따라서 재산권에 대한 공법상의 제한이 존재하는 경우에도 이와 같은 제한이 항상 헌법 제23조 제3항의 공용제한개념에 해당되는 것은 아니다. 즉 공공필요에 의한 재산권의 제한 중 손실보상의 원인이 되는 제한만이 제23조 제3항의 제한이라는 개념에 포함되는 것이고, 그 이외의 제한은 헌법 제23조 제1항이나 제37조 제2항의 문제가 되는 것은 별론으로 하고 제23조 제3항과는 직접적인 관련이 없는 것이다. 김중보, “계획제한과 손실보상 논의의 재검토”, 부동산법학(99. 2.), 1999, 25~27면.

판례의 입장이다.³²⁾³³⁾

헌법 제23조 제3항은 “공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다”고 규정하고 있다. 즉 개인의 재산권에 적법한 행정작용에 의하여 특별한 희생이 발생한 경우 구체적으로 보상청구권이 발생하기 위해서는 그에 대한 실정법상의 근거가 있어야 한다. 위 헌법 규정에 따라 보상을 위한 실정법상 근거로는 공익사업에 필요한 토지 등³⁴⁾의 수용 및 사용과 그 손실보상에 관한 일반법으로 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률(이하 ‘토지보상법’이라고 한다)이 있고³⁵⁾, 토지보상법은 공용제한과 그 보상에 관해서 특별히 규정하지는 않는다. 또한 그 밖의 개별 법률에서도 손실보상에 관하여 규정하고 있다.³⁶⁾

그러나 법률이 공익목적을 위하여 재산권의 수용·사용 또는 제한은 규정하고 있으면서 그에 따른 보상규정은 두고 있지 않은 경우, 재산권의 침해 받은 개인이 보상을 청구할 수 있는지 여부가 헌법 제23조 제3항의 성질과 관련하여 문제된다.

이에 대하여 헌법상 손실보상에 관한 규정은 입법의 방침을 정한 것에

32) 김동희, 전거서, 598~600면 참조, 홍정선, 전거서, 554~555면 참조.

33) 손실보상은 공공사업의 시행과 같이 적법한 공권력의 행사로 가하여진 재산상의 특별한 희생에 대하여 전체적인 공평부담의 견지에서 인정되는 것이다(대법원 2013. 6. 14. 선고 2010다9658).

34) 1. 토지 및 이에 관한 소유권 외의 권리, 2. 토지와 함께 공익사업을 위하여 필요한 입목, 건물 그 밖에 토지에 정착된 물건 및 이에 관한 소유권 외의 권리, 3. 광업권·어업권 또는 물의 사용에 관한 권리, 4. 토지에 속한 흙·돌·모래 또는 자갈에 관한 권리, 토지보상법 제3조 제2조 제1호.

35) 토지보상법은 상대적으로 단순한 절차의 개발사업에 적용될 것이 예정되어 있고, 개별적인 사업마다의 특수성을 충분히 고려하지 못한다는 한계 등으로 인해 개별적인 공익사업의 근거를 마련하고 있는 개별법들에서는 토지보상법을 한정적으로 적용하는 형태를 취하고 있다. 김종보, “특수한 형태의 수용과 보상 - 도시개발법, 도시재개발법을 중심으로”, 토지보상법연구 제3집, 2003. 2., 57면.

36) 도로법 제82조, 하천법 제76조, 제77조 등.

불과한 것으로 법률에 보상규정이 없는 경우에는 손실보상을 청구할 수 없다는 방침규정설, 헌법상 손실보상 규정은 국민에 대하여 직접적 효력을 가지는 것으로, 관계 법률에 보상규정이 없는 경우에는 직접 헌법 규정에 의거하여 보상을 청구할 수 있다는 직접효력설, 헌법 제23조 제3항이 법규로서의 성질을 가지고 있다는 점은 인정하나 그 규정방식으로 인하여 국민과의 관계에서 직접 그 효력을 인정할 수는 없고 다만 보상규정을 두지 않은 법률은 위헌으로 무효라는 위헌무효설³⁷⁾, 법률에 보상규정이 없더라도 헌법 제23조 제1항 및 제11조에 근거하여 헌법 제23조 제3항 및 관계규정의 유추적용을 통하여 보상을 청구할 수 있다고 보는 유추적용설³⁸⁾, 공공필요를 위하여 공용제한을 규정하면서 손실보상규정을 두지 않은 경우 그 공용제한 자체는 헌법에 위반되는 것이 아니지만, 손실보상을 규정하지 않은 입법부작위가 위헌이라는 보상입법부작위 위헌설³⁹⁾ 등의 견해가 있다.

대법원은 직접적인 근거규정이 없는 경우 관련 규정을 유추적용하여 손실보상을 인정한 바⁴⁰⁾ 있고, 헌법재판소는 개발제한구역의 설치를 규

37) 김동희, 전거서, 611면, 박윤훈, 「행정법(상)」, 730면, 류지태, 「행정법」, 355면.

38) 김남진, 「행정법 1」, 529면, 석종현, 「행정법(상)」, 663면.

39) 김문현, “보상규정 없는 법률에 기한 수용적 재산권 제한에 대한 권리구제방법”, 고시연구, 2000. 8., 23면.

40) 하천법(1971.1.19 법률 제2292호로 개정된 것) 제2조 제1항 제2호, 제3조에 의하면 제외지는 하천구역에 속하는 토지로서 법률의 규정에 의하여 당연히 그 소유권이 국가에 귀속된다고 할 것인바 한편 동법에서는 위 법의 시행으로 인하여 국유화가 된 제외지의 소유자에 대하여 그 손실을 보상한다는 직접적인 보상규정을 둔 바가 없으나 동법 제74조의 손실보상요건에 관한 규정은 보상사유를 제한적으로 열거한 것이라기 보다는 예시적으로 열거하고 있으므로 국유로된 제외지의 소유자에 대하여는 위 법조를 유추적용하여 관리청은 그 손실을 보상하여야 한다(대법원 1987. 7. 21. 선고 84누126 판결), 위탁판매수수료 수입손실은 헌법 제23조 제3항에 규정한 손실보상의 대상이 되고, 그 손실에 관하여 구 공유수면매립법(1997. 4. 10. 법률 제5335호로 개정되기 전의 것) 또는 그 밖의 법령에 직접적인 보상규정이 없더라도 공공용지의취득및손실보상에관한특례법시행규칙상의 각 규정을 유추적용하여 그에 관한 보상을 인정하는 것이 타당하다(대법원 1999. 10. 8. 선고 99다27231 판결).

정하고 있던 구 도시계획법 제21조 제1항은 그것이 사회적 구속성의 범위를 넘어 개인의 재산권을 과도하게 침해하는 한도에서는 보상규정을 두지 않는 한 위헌성이 인정된다고 보아 위헌이라고 판시한 바⁴¹⁾ 있다.⁴²⁾

살피건대, 헌법은 침해의 근거와 보상을 법률로 정하도록 하고 있으므로 헌법이 국민에게 직접 효력을 갖는다는 직접효력설은 타당하다고 볼 수 없고, 위헌무효설은 헌법재판소와 같이 당해 규정의 위헌성 여부 자체가 쟁점으로 된 경우에는 타당한 견해라고 볼 수 있지만, 당해 법률이 위헌·무효로 되어 이에 근거한 처분이 위법한 처분이 되었다더라도, 위법한 처분에 이르는 과정에 있어 공무원에게 과실이 있었다고는 볼 수 없어 손해배상의 요건은 충족시킬 수 없는바, 현실적으로 문제를 해결할 수 있는 견해라고 보기는 어렵다. 보상입법부작위위헌설은 보상입법부작위에 대한 헌법소원에 따른 헌법재판소의 위헌결정과 그에 따른 입법조치에 의하여 비로소 구제를 받을 수 있어 그 구제방법이 우회적이고 비효율적이라는 문제점이 있다. 또한 대법원의 견해는 관련법규정에 조차 보상규정이 없을 경우에는 보상을 할 수 없는 결과에 이르게 되어 타당하지 않다. 따라서 손실보상제도가, 공익을 위하여 개인에게 부과된 특별한 희생은 이를 전체의 부담으로 하여 보상하는 것이 정의 및 공평의 요구에 합치된다는 이론적 근거를 바탕으로 하고 있는 점, 현실적으로 손실보상 규정이 없는 경우에 헌법규정을 유추적용하여 손실보상을 하는 것이 당사자를 구제할 수 있는 가장 효과적인 방법이라는 점 등에 비추어 볼 때, 헌법 제23조 제1항 및 제11조 등을 유추적용하여 보상을 해야 한

41) 헌재 1994. 12. 29. 선고 89헌마2.

42) 또한 헌법재판소는 보상규정을 두지 않은 것은 위헌성이 있고, 보상의 구체적 기준과 방법은 입법자가 입법정책적으로 정할 사항이라며 보상입법의무의 부과를 통해 문제를 해결하기도 하였다(헌재 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 90헌바16, 97헌바7).

다는 유추적용설이 가장 타당할 것이다.

3. 손실보상의 기준

(1) 문제의 제기 - ‘정당한 보상’의 해석에 대한 논의의 요부

헌법 제23조 제3항은 재산권의 수용·사용 또는 제한에 따라 재산권에 부과된 특별한 손실에 대하여는 ‘정당한 보상’을 지급하여야 한다고 규정하고 있다. ‘정당한 보상’의 내용에 관하여 여러 가지 견해가 대립한다.

(2) 종래의 견해

① 침해된 재산권의 완전한 보상이 되어야 한다는 완전보상설⁴³⁾⁴⁴⁾, ② 침해된 재산권에 대하여 사회통념에 비추어 타당성 내지 합리적인 보상이 이루어지면 족하다는 상당보상설⁴⁵⁾, ③ 완전한 보상을 요하는 경우와 상당한 보상으로써 충분한 경우로 나누어 보아야 한다는 절충적인 견해⁴⁶⁾ 등이 대립하였다.

43) 박근성, 전게서, 734면; 허영, 「한국헌법론」, 박영사(2007), 489면; 김동희, 전게서, 614면.

44) 수용에 따른 손실보상액 산정의 경우 헌법 제23조 제3항에 따른 정당한 보상이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이다(대법원 2001. 9. 25. 선고 2000두2426 판결).

45) 김남진·김연태, 「행정법 I」, 법문사(2004), 557면; 홍정선, 전게서, 563면.

46) 석중현, 「일반행정법(상)」, 삼영사(2005), 675-676면; 류지태, 「행정법신론」, 신영사(2007), 434-435면.

(3) 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 “헌법이 규정한 ‘정당한 보상’이란 손실보상의 원인이 되는 재산권의 침해가 기존의 법질서 안에서 개인의 재산권에 대한 개별적인 침해인 경우에는 그 손실보상은 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻하는 것으로서 보상금액 뿐만 아니라 보상의 시기나 방법 등에 있어서도 어떠한 제한을 두어서는 아니 된다는 것을 의미한다.”고 판시하였는데,⁴⁷⁾ 이는 완전보상설의 입장에 서 있는 것으로 평가되고 있다.

(4) 검토

종래 헌법상 ‘정당한 보상’의 의미나 범위를 설명하려는 위와 같은 견해는 결국 타당한 손실보상의 범위를 설정하기 위한 것으로⁴⁸⁾, 근래에는 모든 견해가 재산권의 공공침해로 인해 발생하는 모든 경제적 손실을 손실보상의 범위로 포섭할 수 없어 그 예외를 인정하여야 한다는 점에 동의하는 것으로 보인다.

즉 헌법상 정당보상의 원칙은 재산권에 대한 공공침해가 일어난 경우 손실보상을 해주어야 헌법원칙에 부합한다는 것을 이념적으로 표상하고 있는 것이지, ‘정당보상’의 개념을 어떻게 해석하느냐에 따라 손실보상의 범위를 일률적으로 확정할 수 있다고 볼 수는 없다. 결국 위와 같은 중

47) 헌법재판소 1990. 6. 25. 선고 89헌마107 결정 등.

48) 헌법상 정당보상을 규정한 다른 나라에서도 정당보상의 개념을 정한 입법례를 찾을 수 없고, 오히려 이들 나라에서 손실보상의 범위나 유형 등에 관하여 상당히 다른 내용의 법제를 구성하고 있는 것도 이와 맥락을 같이 한다. 정기상, “영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위-대상판결 : 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두12842판결-”, 사법. 24호 (2013년 6월), 213~214면 참조.

래논의는 현실적으로 논의의 실익이 크지 않은 것으로 보이고, 합리적인 손실보상의 범위는 사회통념, 경제적 사정 등의 변화에 따라 구체적인 입법으로써 설정하는 것으로 봄이 타당하다.⁴⁹⁾

4. 재산권보장의 법리로서의 손실보상

위에서 살펴본 바와 같이 손실보상은 재산권에 대한 적법한 침해가 이루어졌을 경우, 재산권의 존속을 보장하지는 못하나, 그 가치를 보상해줌으로써 피침해자의 재산권을 보장해주는 역할을 한다. 헌법이 예정하는 재산권의 보장은 존속보장을 원칙으로 하는바, 재산권의 존속을 불가피하게 보장할 수 없는 경우에는 완전한 가치를 보상해야만 한다. 이러한 관점에서 현재 우리 법제에서 인정되고 있는 영업손실보상제도는 매우 미흡하다. 이 논문에서는 재산권의 하나인 영업권이 침해되었을 경우 보상의 요건 및 범위 등과 관련된 문제를 살펴보고, 이에 대한 해결책을 제시해보기로 한다. 이에 앞서 먼저 현재 우리 법제 하에서의 영업손실보상의 성질 및 제도의 내용에 대하여 전반적으로 알아보도록 한다.

49) 이와 취지를 같이 하여, 합리적이고 타당한 보상의 이념을 헌법의 ‘정당보상’에서 도출해내려는 시도가 일반적이고 추상적인 개념인 ‘정당보상’의 의미를 밝혀내려는 모습으로 나타나는 것일 뿐, 그 실질은 손실보상의 범위를 확정하는 데에 있어서 행해지는 정책적인 판단을 뒷받침할 법리적 논거를 제시하는 것에 다름 아니고, 헌법상 ‘정당보상’의 개념을 규명하는 것은 합리적이고 타당한 손실보상의 범위를 설정하기 위한 논의로 이해하는 것이 옳다는 견해로, 정기상, 전계논문 ; 헌법상의 정당보상 개념을 정의할 수 없고, 그 구체적인 적용은 법관이 사회적·경제적 사정이나 시대적 상황 변화에 적응하여 탄력적으로 구체적 타당성을 추구할 수 있게 하는 일반조항으로서 이에 관한 학설·판례는 논쟁의 대상만 되고 있을 뿐이고, 현실적으로도 이러한 논쟁은 토지보상 법률주의와 감정평가제도에 의하여 무의미해 졌다고 볼 수 있다는 지적으로는, 이선영, “공법상 토지재산권 침해에 따른 정당보상의 이론과 실제”, 감정평가연구 제14집 제1호(2004. 6.), 17면; 보다 강한 어조로 정당보상의 의미를 둘러싼 학설의 논쟁은 ‘불모(不毛)의 의론(議論)’에 불과하다는 지적으로는, 西埜章, 「損失補償の要否と内容」, 一粒社(1991), 113면, 정기상, 전계논문 재인용.

제4절 영업손실보상

1. 의의 및 유형

(1) 영업손실보상의 의의

영업손실보상은 사업인정고시일 등 전부터 적법한 장소에서 인적·물적 시설을 갖추고 관계법령에 의거 허가 등을 받아 계속적으로 영리행위를 하는 자가 공익사업의 시행으로 인해 영업을 계속할 수 없게 되었을 때 사업시행자가 행하는 손실보상을 말한다.

영업손실보상은 손실보상의 한 내용이므로, 이론적·법적 근거는 손실보상의 그것과 동일하다. 실정법적으로는 현재로서 손실보상에 관한 단일의 통일 법전은 없고⁵⁰⁾⁵¹⁾, 다만 토지보상법 제77조 및 같은 법 시행규

50) 고재승, “영업손실보상의 이론적 배경과 문제점 고찰”, 월간자치발전 제8권 제1호, 한국자치발전연구원, 2002, 85면.

51) 종래 공익사업을 위한 용지의 취득과 손실보상에 관하여 우리의 법제는 강제수용 및 그 불복절차를 규정한 「토지수용법」과 협의매수의 준칙을 규정한 「공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법」으로 이원화 되어 있었는데, 토지수용에 관한 기본법이라고 할 수 있는 토지수용법의 규정 중 보상액의 산정에 관한 규정이 미비하여 오히려 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법 및 같은 법 시행규칙을 적용 또는 준용하는 적절치 못한 형태로 운용되고 있었다. 이에 대한 반성적인 고려에서 2002. 2. 4. 위 두 법을 통합하여 협의매수와 강제수용 및 불복절차를 한꺼번에 규정한 토지보상법이 제정·공포되어 2003. 1. 1.부터 시행되었다.

토지보상법은 처음 설계될 당시 헌법상 수용과 보상에 관한 일반법적 기능을 담당할 것으로 예상하고 입법되었다. 따라서 위 법은 수용의 근거가 되는 공익사업을 폭넓게 나열하고, 그러한 공익사업에 대한 수용절차와 보상내용을 상세히 정하는 방식을 취하고 있다. 그러나 실제로는 토지보상법을 직접적인 근거규정으로 하여 공익사업을 시행하는 경우보다는 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도시 및 주거환경정비법 등 개별법령에서 수용에 관한 근거규정 및 보상에 대한 조항을 별도로 마련하고, 토지보상법을 준용하는 방식을 사용하고 있다. 따라서 개별적인 사업의 특성에 따라 수용의 절차가 달라지거나 또는 보상의 범위가 달라지는 일은 가능할 것이다, 김중보, “재개발사업의 철거와 세입자 보상”, 행정법연구 제23호, 행정법이론실무학

칙 제45조 내지 제47조 및 제52조가 영업손실보상에 관한 일반법적 기능을 하고 있으며, 각 개별법⁵²⁾에서 영업손실보상의 근거를 규정하고 있다. 그 밖에 「영업손실보상평가지침」은 법규명령의 이용, 법원의 판례, 주관부처의 유권해석, 평가의 관행, 평가자들의 의견수렴 등을 종합한 것으로서 법규적인 효력은 없으나 실제 평가에서는 영업보상대상 판단 방법 및 주체, 사업인정고시 후 허가 받은 영업, 영업에 대한 휴업보상시 특별한 경우, 배후지의 특수성 등에 대하여 사실상 중요한 기준이 되고 있다.⁵³⁾

(2) 영업손실보상의 유형

영업손실보상의 유형은 크게 직접손실보상과 간접손실보상으로 구분할 수 있고, 직접손실보상은 다시 ① 영업의 폐지로 인한 폐업보상, ② 휴업보상 : 영업장소 이전시 보상, 영업시설 일부편입시 보상, 임시영업소 설치시 보상, ③ 무허가 등의 영업손실보상 특례로 세분할 수 있다.⁵⁴⁾

회, 2009. 4., 109~135쪽 참조.

52) 국토의 계획 및 이용에 관한 법률, 도로법 등

53) 류일용, “공법적 영업손실 보상에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 박사학위 논문, 2006, 23면.

54) 김종수, 이성근, 서경규(2009. 12.), “영업손실 보상범위의 문제점과 개선방안”, 감정평가학 논집 제8권 제2호, 117~129면 참조

<표 1> 영업손실보상의 유형 및 내용⁵⁵⁾

구분	유형		보상내용	근거법
직접손실	폐업보상		2년간의 영업이익 + 영업시설 등의 매각손실액	토지보상법 시행규칙 제46조
	휴업보상 등	영업장소 이전 시	원칙적으로 4월 이내의 영업이익 + 휴업기간의 고정적 비용 + 영업시설 등의 이전비용 + 이전부대비용	토지보상법 시행규칙 제47조
		영업시설 일부편입 시	영업시설 보수기간의 영업이익 + 영업시설의 보수비용 + 영업시설 등의 매각손실액	
		임시영업소 설치 시	임시영업소 설치비용	
	무허가 등의 영업보상 특례		3인가구 3개월분 가계지출비 + 영업시설 등의 이전비용	토지보상법 시행규칙 제52조
간접손실	폐업보상 또는 휴업보상		토지보상법 시행규칙 제64조	

2. 본질 - 영업권에 대한 손실보상인가 생활보상인가

(1) 문제의 제기

위에서 살펴본 바와 같이 토지보상법에서 규정하는 영업손실보상의 보

⁵⁵⁾ 김해성·정철모(2012. 3.), “공법상 영업손실 보상의 개선방안에 관한 연구”, 한국도시행정학회 도시행정학보 제25집 제1호 2012. 3., 271면 참조.

상항목에는 일실이익으로 볼 수 있는 일정한 기간 동안의 영업이익과 이에 부대하여 발생할 수 있는 비용에 대한 실비변상적 성격의 이전비용 등이 포함된다. 이는 일반적인 재산권 수용에 따른 손실보상의 보상항목과는 차이를 보이는데, 영업손실보상의 본질이 재산권, 즉 영업권에 대한 손실보상으로 보아야 하는지 생활보상의 일환으로 보아야 하는지 영업손실보상의 본질에 대한 논의가 있다.

(2) 견해의 대립

이에 대하여 ① 영업손실보상은 재산권의 상실에 부대하는 경제적 손실에 대한 보상으로서 실비변상적 요소와 일실손실보상의 요소가 모두 포함되어 있다고 보는 견해⁵⁶⁾, ② 영업손실보상은 사업시행자가 무언가를 취득하는 데에 대한 대가의 성격을 가지는 것이 아니라, 총체적인 재산권이 형성하고 있던 생활관계의 상실에 대한 보상의 성격을 띤다고 보아야 한다는 견해⁵⁷⁾ 등이 있다.

(3) 검토

살피건대, 영업손실보상이 생활보상의 일환으로 이루어지는 것이라고 보는 견해는 영업손실보상이 그 보상객체를 특별히 상정하기 어렵다는 점에서 대물보상의 일반적이고 주된 특성을 공유하지 못하고, ‘영업권’을 영업손실보상의 객체로 본다고 한다면, 영업권은 초과수익력이라는 무형

⁵⁶⁾ 김종수·이성근·서경규, 앞의 논문, 119-120면; 특히 일실손실 보상적 측면에 대하여는 영업에서 발생하는 소득 또는 영업이익이 장래에도 계속 유지될 것임을 전제로 하여 일정기간 동안의 소득 또는 영업이익을 보상하는 취지라고 설명한다.

⁵⁷⁾ 정기상, 전계논문, 213-215면.

의 재산적 가치인데 영업장소의 이전이 영업권에 미치는 영향만을 추출해 내어서 이를 정량적으로 측정하기는 어렵고, 영업이익이나 비용 등은 영업권의 가치측정지표로 삼을 수 없는 점 등을 두루 고려하면 영업손실보상을 재산권 상실에 대한 손실보상으로 볼 수 없고 생활보상의 한 종류라고 주장한다.⁵⁸⁾

그러나 영업손실보상은 영업권이라는 무형의 재산적 가치인 재산권을 그 보상객체로 볼 수 있고, 위 견해는 영업권을 대법원 판례의 태도에 근거하여 영업권을 초과수익을 올릴 수 있는 무형의 재산적 가치라고 보는데, 이는 세법상 영업권을 평가하는 계산방법에서 도출한 개념으로 손실보상의 객체가 되는 영업권이라고 보기는 어렵다. 이 논문의 제2절 1. 영업권의 개념에서 살펴본 바와 같이, 영업권에는 초과수익을 올릴 수 있는 무형의 재산적 가치 뿐 아니라 영업을 영위하거나 수익을 발생시키는 식별가능한 모든 무형자산, 각 자산 및 조직간에 발생하는 시너지효과까지 모두 종합적으로 포함하는 개념이라고 본다면, 일정기간동안의 영업이익을 영업손실로 보상하는 것은 영업권에 대한 보상이라고 볼 수 있다. 또한 영업권의 가치평가가 어렵다는 점이 영업손실보상의 본질을 생활보상으로 보아야 하는 이유가 될 수는 없다. 또한 영업손실보상을 생활보상으로 볼 경우 이는 정책적인 판단에 따라 그 보상의 범위가 달라질 수 있고, 생활보상을 통해 이루어지는 보상은 그 보상의 범위에 대하여 견해가 대립되고 있는바⁵⁹⁾, 공익사업의 시행으로 인하여 영업권을

58) 정기상, 전계논문.

59) 생활보상의 개념에 대한 논의는 보상의 범위와 관련하여 최광의설(생활보상이 공용 침해로 인한 재산권에 대한 대물적 보상과 부대적 손실보상을 포함한다는 견해), 광의설(생활보상이 순수한 등가교환적 재산권 보상을 제외한 생활이익 모두를 포섭한다는 견해), 협의설(생활보상을 현재 당해 지역에서 누리고 있는 생활이익의 상실로서 재산권 보상으로 메워지지 않는 손실에 대한 보상을 의미한다는 견해) 등이 제시되고 있다.

상실한 영업자에 대한 보상은 다른 재산권자와 달리 충분한 보상이 이루어지기 어려울 것이고, 그 범위 또한 가변적이어서 불안한 지위를 벗어나기 힘들 것이다. 이는 생활보상이 연혁적으로 재산적 손실에 대한 전통적 보상만으로는 공익사업의 원활한 추진이 어렵고 사업이 교착될 때 입법을 통해 발전하였다는 점⁶⁰⁾을 고려해보면 더욱더 쉽게 납득할 수 있다.⁶¹⁾ 따라서 영업손실보상은 재산권인 영업권의 상실에 대한 손실보상으로 보아야 하고, 가치평가가 정확하게 이루어지기 어려운 영업권의 특성상 공익사업이 시행되지 않았더라면 영업권으로 인해 얻을 수 있었던 영업이익 및 부대 비용을 영업권의 저하된 가치로 보아 보상한다고 해석함이 타당하다. 또한 영업손실보상을 영업권의 상실에 대한 보상으로 본다면, 그 보상항목 및 평가방법을 저하된 영업권의 가치에 대한 충분한 보상이 이루어질 수 있도록 법적 제도적인 개선이 뒷받침되어야 할 것이다.

3. 요건

영업손실보상은 손실보상의 일환이므로 영업손실보상이 이루어지기 위해서는 앞에서 살펴본 손실보상의 요건을 충족해야 한다. 영업손실보상의 개별적 요건으로 토지보상법 제45조는, ① 영업손실의 보상대상인 영업은 사업인정고시일등 전부터 적법한 장소(무허가건축물등, 불법형질변

60) 김종보, 전계 논문, 113~114면 참조.

61) 영업손실보상은 생활보상이나, 생활보상의 근거는 헌법 제23조로서 최소한 토지보상법에 마련된 영업손실보상과 같은 생활권보상조항은 현재 한국사회에서 재산권의 일환으로 보장되는 것으로 해석하는 것이 옳다는 견해로, 김종보, 전계 논문, 116~117면 참조. 위 견해는 영업손실보상의 본질을 생활보상으로 이해한다는 점에서 필자의 견해와 다른 면이 있으나, 결과적으로 입법된 영업손실보상 뿐 아니라 입법되지 아니한 영업손실보상까지도 재산권의 속성을 가져 이에 대한 보상조항이 마련되지 않을 경우 헌법상 정당보상원칙에 위배된다는 점에서 그 궤를 같이 한다고 할 것이다.

경토지, 그 밖에 다른 법령에서 물건을 쌓아놓는 행위가 금지되는 장소가 아닌 곳을 말한다)에서 인적·물적시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업일 것, ② 영업을 행함에 있어서 관계법령에 의한 허가 등을 필요로 하는 경우에는 사업인정고시일등 전에 허가 등을 받아 그 내용대로 행하고 있는 영업일 것을 요구한다. 영업손실보상의 ‘영업’요건과 관련하여 다양한 해석론이 전개되고 있으나 이와 관련한 논의는 추후에 항을 바꾸어 살펴본다.⁶²⁾

4. 외국의 영업손실보상제도

(1) 일본⁶³⁾

일본헌법 제29조 제3항은 “사유재산은 정당한 보상하에서 공공을 위해 사용될 수 있다.”고 규정하여 손실보상의 헌법적 근거를 마련하고 있으며, 「토지수용법」 제6장에서는 일반적인 손실보상에 관한 조항을, 「토지수용법」 이외에 특별법 또는 개별법에서는 토지취득 규정을 두고 있다. 「토지수용법」은 손실보상의 원칙적 사항을 규정하고 있고, 구체적인 보상항목은 「공공용지의 취득에 따른 손실보상기준요강」에서 규정하고 있다.⁶⁴⁾ 일본의 손실보상기준요강에서는 영업손실보상 기준을 영업휴업 및

62) 본 논문 제3장 참조.

63) 김해성·정철용, 전제논문, 275-276면, 정기상, “영업손실보상의 유형 분석과 보상금액의 산정에 관한 연구”, 사법논집 제57집, 2013, 247~273면, 류하백, “일본의 토지수용과 보상제도”, 토지공법연구 제49집, 사단법인 한국토지공법학회, 2010. 5., 89~108면, 조재석, “영업손실 보상의 공법적 검토 및 개선방안”, 국민대학교 법무대학원 석사학위논문, 2013, 34~36면을 요약하여 정리함.

64) 일본의 경우 기업자의 예정사업이 ‘공익의 이익이 되는 사업’에 해당하는 경우라도 토지수용법을 바로 적용시킬 수 없다. 왜냐하면 재산권이 보장되는 사유재산제 하에서는 특정사업이 공익사업에 해당되는 경우라도 그 사업에 필요한 토지 등의 취득은 당연히 사적 거래에 의하여 당사자 간의 자유로운 의사에 근거하여 행하여야 하고,

영업폐지시 보상에 대한 기준, 영업규모 축소시 보상에 대한 기준으로 분류하여 그 기준을 마련하고 있다.⁶⁵⁾

영업의 휴업보상은 토지 등의 취득 또는 토지 등의 사용에 수반하여 영업을 일시 휴업할 필요가 있다고 인정할 때에 ① 통상 휴업을 필요로 하는 기간 중의 영업용 자산에 대한 공조공과⁶⁶⁾ 등 고정적인 경비 및 종업원에 대한 휴일수당 상당액, ② 통상 휴업을 필요로 하는 기간 중의 수익감소(개인영업에 있어서는 소득감소), ③ 휴업하는 것에 의해 또는 점포의 위치를 변경하는 것에 의해 일반적으로 거래선을 상실한 것에 의해 통상 생기는 손실액, ④ 점포 등을 이전함에 있어서 상품, 제품 등의 감손, 이전광고비, 기타점포 등의 이전에 수반하여 통상 생기는 손실액을 보상한다. 그러나 영업을 휴업하지 않고 가영업소를 설치하여 영업을 계속하는 것이 필요하고 상당하다고 인정되는 때에는 ① 가영업소 설치비용, ② 가영업으로 인한 수익감소액 등과 위 ③, ④항의 금액을 보상한다.

영업폐지의 보상은 토지 등의 취득 또는 사용에 따라 통상 영업의 계속이 불가능하다고 인정되는 때에 ① 면허를 받은 영업 등의 영업권리 등이 자산과는 독립적으로 거래되는 관습이 있는 것에 대하여는 그 정상

재산권자의 임의처분권을 침해하여서는 아니되므로 성실한 사전협의에 의한 임의취득이 전제된다. 이에 일본 정부는 각의결정된 보상기준요강을 마련하였고, 토지소유자와의 대등한 관계에서 기업자로 하여금 자체의 보상기준을 운용토록 하였으며, 필요한 토지 등의 임의협의를 의하여 취득토록 제도화하여 사업인정신청의 요건을 '3년이상 협의' 또는 '협의취득을 80% 이상'으로 정한 지침을 운영하고 있다. 류하백, 전계논문, 89-90면 참조.

- 65) 용지보상연구사업무연구회 편, 「用地取得の補償(新訂板)」, 1993, 51~77면, 337~414면 ; 김병권 · 성현모(1998), 영업손실보상 개선에 관한 기초조사, 감정평가연구원, 34~68면 재인용, 류일용, 전계논문, 83~91면; 김해성 · 정철용, 전계논문, 275면 참조.
- 66) 공조란 국세 또는 지방세를 말하고, 공과란 세금 이외의 각종 공법상의 수수료를 말한다. 부동산 감정평가에 있어서 공조공과는 일반적으로 필요제경비 등에 포함된다, 김해성 · 정철용, 전계논문, 275면.

적인 거래가격, ② 기계기구 등의 자산, 상품, 제공품 등의 매각손, 기타 자산에 통상 생기는 손실액, ③ 종업원을 해고하는데 필요로 하는 해고 예정수당 상당액, 전업이 상당하다고 인정되는 경우에 종업원을 계속 고용할 필요가 있는 때의 전업에 통상 필요로 하는 기간 중의 휴업수당 상당액, 기타 노동에 관하여 생기는 손실액, ④ 전업에 통상 필요로 하는 기간 중의 종전의 수익 상당액을 보상한다.

(2) 영국⁶⁷⁾

영국에서는 영업권을 “영업의 단골고객들이 지속적으로 영업장을 찾아 오거나 영업하는 회사의 이름을 믿고서 계속 거래할 것이라는 가능성 때문에 물건이나 재고의 가치 이상으로 지불하려고 준비하는 가격이다.”라고 정의⁶⁸⁾하고, 영업권을 토지의 가치에 추가해서 양도할 수 있는 하나의 재산권으로 인정한다.⁶⁹⁾ 영업권보상은 영업을 이주할 수 없는 경우거나 강제적으로 폐업한 경우 그리고 영업을주로 인하여 영업권이 감소한 경우에 보상이 가능하다. 영업권은 소유자에 대한 가치를 근거로 산정되기 때문에 손해를 보면서도 영업을 운영하는 경우라도 여전히 소유자에게는 가치가 있는 것으로 평가된다.⁷⁰⁾

영업권보상의 가치측정은 일반적인 손실보상의 기준인 공개시장 가치

67) 나채준, “영국의 상가 임차권에 대한 손실보상제도에 대한 연구-영국의 영업 손실보상제도와 상가 권리금보상에 대한 논의를 중심으로-”, 사단법인 한국공법학회 공법연구 제37집 제4호, 298~306면을 요약하여 정리함.

68) Jeremy Rowan Robinson/C.M. Brand, *Compulsory Purchase and Compensation*, London Sweet and Maxwell, 1995, 53~54면, 나채준, 전계논문, 298면 재인용.

69) Keith Davis, *Law of Compulsory purchase and Compensation*, London : Burrellworth, 1984, 120면, 나채준, 전계논문, 298면 재인용.

70) Barry Denyer-Green, *Compulsory purchase and Compensation*, 8th ed., London : Estate Gazette, 2006, 14면, 나채준, 전계논문, 298면 재인용.

의 원칙 적용이 제한되어 시장에서의 가치가 아닌 영업권 소유자에 대한 가치로 평가된다. 따라서 소유자에게 있어 영업폐지나 이주로 인한 영업권의 가치가 시장가치보다 더 크다고 하더라도 이를 기준으로 지불하여야 한다. 영업권의 가치산정은 먼저 영업장의 영업이익을 확정하고, 영업이익에서 영업장의 영업활동과 직접적인 관련이 없는 부분은 공제한 뒤 산출된 평균 연간이익을 기초로 구체적 사안에 따라 영업이익의 2~5배를 영업권의 가치로 보상한다. 영국은 업종에 따라서 다양한 비율의 영업권을 인정하고 있고, 우리나라와 같이 영업의 폐지와 휴업을 명확히 구분하고 있지 않다.⁷¹⁾ 즉 양자를 구분하지 않고 강제취득으로 영업에 발생한 손실을 평가하여 영업권의 손실정도에 따라서 보상하고 있다.

또한 영국은 강제취득으로 영업이전이 된 경우 영업이전비용도 손실보상의 범위에 포함하며, 영업이전을 직접적 원인으로 하여 발생한 비용, 예를 들면 재고가치의 감소분, 새로운 이주 장소에서의 광고비, 새로운 고정자산의 비용, 역시 손실보상의 범위에 포함한다. 또한 영업이전을 위해 새로운 영업용 부동산을 구입하거나 영업에 알맞게 수리하고 개조한 비용 역시 보상을 청구할 수 있다. 그 뿐 아니라 영업이전과정에서 발생한 금융비용과 법적비용, 세금, 기타 수수료 등 역시 보상청구의 대상이 된다. 즉 영업이전이 일어나지 않았더라면 발생하지 않았을 비용 및 손실은 모두 보상청구의 대상으로 포함시키고 있는 것이다.

(3) 독일⁷²⁾

「Bonn 기본법」 제14조 제3항은 “수용은 공공복리를 위해서만 가능하

71) 전계논문, 305~308쪽 참조.

72) 독일의 영업손실보상제도에 대하여는 류일용, 전계논문, 85-90면, 김해성·정철모, 전계논문, 276~277면, 조재석, 전계논문, 36~38면을 정리 요약하였음.

다. 수용은 보상의 종류와 범위를 규정한 법률을 통해서만 이루어진다. 이러한 보상은 관계된 공익과 사익의 정당한 이익형량에 의해서 이루어진다.”라고 규정한다. 기본법상 규정된 결부조항으로 인하여 수용근거법률에서 보상이 규정되어 있지 아니하거나 또는 보상규정이 존재하더라도 기본법 제14조 제3항 제3문의 정당한 이익형량조건을 충족시키지 못할 경우에는 그러한 수용근거법률은 위헌·무효가 되어 이는 국민을 보호하고 입법부에서 보상에 대해 결정하도록 하는 기능을 가진다.⁷³⁾

독일의 공공사업시 토지수용을 위한 일반법적인 기능을 가진 독일연방 건설법전 제86조를 살펴보면, 토지소유권과 그에 존재하는 기타 다른 권리 등을 공용침해의 대상으로 규정하고 있다. 따라서 영업에 관한 권리가 공용수용 또는 침해로 인하여 소멸 또는 이전하게 될 경우 영업권 자체가 재산권으로 수용목적물의 대상이 된다.

토지와 건물의 수용으로 인한 영업의 폐지에 있어서는 토지 및 건물의 시장가격과 영업의 가치를 환산하여 보상가격을 결정한다. 또한 영업이 토지·건물 의 사용 및 도로공사와 도로상에 장애물의 설치 등으로 침해된 경우 장기적인 침해에 대해서는 영업의 가치감소가 보상되고, 제한된 기간 동안 침해된 경우 영업의 전체가치를 확인한 후 침해된 기간 동안 사라진 자본수익을 확인하여 보상하는바, 해당기간 동안에 발생된 영업이익의 상실에 대한 보상이 주어진다. 반면 침해가 종료된 후에 발생한 수익의 감소는 보상을 받지 못한다.

재산권침해에 대한 보상에 대해서 판례는 일부 법률의 보상규정을 근거로 하여 점차로 그 보상의 범위를 확대시켜 나갔다. 연방민사법원은 고권적인 침해에 의하여 직접적으로 그리고 불가치하게 야기되었으나, 대상보상으로는 충분히 보상되지 않는 특정한 여타의 재산적 손실을 이

73) 류일용, 전제논문, 85면 참조.

른바 결과침해라는 명목하에 보상하였다. 영업침해의 경우 이전비용, 고객상실에 대한 비용, 상담비용 등이 결과침해의 명목으로 보상될 수 있다.

(4) 비교법적 검토

일본의 경우, 우리나라와 같이 영업의 휴업과 폐지를 나누어 보상의 내용을 다르게 정하고 있으나, 보상의 범위는 우리나라의 그것에 비해 넓다. 먼저 우리나라의 경우 휴업보상은 확일적으로 4개월의 기간을 정하여 그 기간내의 영업손실만을 보상하고 있으나, 일본에서는 휴업기간을 정하지 않고 사안에 따라 통상휴업을 필요로 하는 휴업기간을 적용하고 있으며, 거래처 상실로 인해 발생한 비용 등까지 보상한다. 또한 영업이 폐업된 경우 영업권을 독자적인 하나의 재산권으로 평가하여 보상할 뿐 아니라 종업원의 해고 수당 등 현실적인 비용을 모두 포함하여 보상하고 있다.

영국의 경우, 영업권을 하나의 재산권으로 보아 이에 대한 보상을 하는 것이 주목할 만하다. 따라서 영업권의 내용으로 볼 수 있는 무형의 재산적 가치 뿐 아니라 우리나라의 경우 권리금으로 수수되는 금액까지 손실보상의 대상에 포함될 수 있다. 영업장을 이전한 경우 그에 수반하는 모든 비용 및 손실을 구체적으로 유형화 하여 발생한 모든 손실을 보상하려고 한다는 점에서 우리나라의 그것과 매우 다른 면을 보인다.

독일의 경우, 영업을 폐업할 경우 폐업 당시의 영업의 가치를 환산한 권리금 등을 포함한 영업권을 보상하고 있고, 장기적으로 영업을 제한될 경우 최대 4개월 동안의 영업이익을 보상하고 있는 우리나라와 달리 실질적인 영업의 가치감소부분에 대한 보상이 이루어진다. 또한 도로 및

지하철 개설공사로 인한 인근상가의 일시적인 영업침해에 대해서는 보상 규정이 없는 우리나라와 달리 해당 기간 동안에 발생한 영업이익의 상실에 대해 보상하고 있으며, 판례에서 결과침해에 대하여 보상의 범위를 확대해나가고 있는 점 등을 고려할 때 우리나라의 그것에 비해 영업에 대한 침해가 있을 경우 실질적으로 보상이 이루어지고 있다고 볼 수 있다.

제3장 영업손실보상의 대상인 영업

제1절 문제의 제기

토지보상법 제77조 제1항은 “영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실에 대하여 영업이익과 시설의 이전비용 등을 고려하여 보상하여야 한다.”고 규정하고 있고, 같은 조 제4항의 위임에 따른 토지보상법 시행규칙 제45조는 영업손실보상의 대상인 영업의 요건 또는 기준으로서, “사업인정고시일 등 전부터 적법한 장소(무허가건축물 등, 불법형질변경토지, 그 밖에 다른 법령에서 물건을 쌓아놓는 행위가 금지되는 장소가 아닌 곳을 말한다)에서 인적·물적 시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업(제1호)”, “영업을 행함에 있어서 관계법령에 의한 허가 등을 필요로 하는 경우에는 사업인정고시일등 전에 허가 등을 받아 그 내용대로 행하고 있는 영업(제2호)”에 모두 해당할 것을 정하고 있다. 즉 현행 법제는 영업손실보상의 대상이 되는 ‘영업’자체에 대하여 직접적으로 규정하지 않고⁷⁴⁾, ‘영업’이라는 용어를 그대로 사용하며 그 영업 중에서 영업손실보상의 대상에서 제외되는 영업의 소극적인 요건들을 규정하고 있을 뿐이다.⁷⁵⁾

74) 영업의 의미는 적용되는 법 등 문맥에 따라 그 의미와 범위가 다르게 나타난다. 형법상 영업으로 한다면 합은 영리를 목적으로 동종의 행위를 계속 반복적으로 하는 것을 의미하고(대법원 1998. 7. 10. 선고 98다10793 판결), 상법 제42조 제1항의 영업이란 일정한 영업목적에 의하여 조직화된 유기적 일체로서의 기능적 재산을 말하고, 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(대법원 2005. 7. 22. 선고 2005다602 판결).

75) 이와 같이 영업손실의 보상기준을 소극적으로 규정하는 입법태도를 취한 배경에는

종래 일반적으로 영업이란 ‘영리를 목적으로 하여 이루어지는 계속적·반복적인 소득활동’이라고 정의되었는바⁷⁶⁾, 영업의 개념 자체에서 도출할 수 있는 영업손실보상의 대상이 되는 영업의 요건 및 토지보상법에서 정하고 있는 영업손실보상 대상이 되는 요건을 모두 검토하고, 각 요건에서 문제되는 점을 살펴보도록 한다. 특히 이 논문 제1장 제1절 <사례 1>과 같이 관계법령에 의한 허가, 신고 등을 마치지 아니하고 영위한 영업이 일괄적으로 영업손실보상의 대상에서 제외되는 것이 헌법상 정당한 보상의 원칙에 위배되는 것이 아닌지 문제된다.

제2절 ‘영업’의 각 요건별 타당성

토지보상법 시행규칙 제45조에 의하면, 영업손실을 보상하여야 하는 영업은 ① 사업인정고시일 등 전부터, ② 적법한 장소에서, ③ 인적·물적 시설을 갖추고, ④ 계속적으로 하는(제1호) 것으로, ⑤ 사업고시일 등 전에 허가를 받아 그 내용대로 행하고 있는(제2호) 영업이어야 한다. 또한 영업의 개념 자체에서 파생되는 요건으로 ⑥ 영리를 목적으로 영위한 것이 추가된다.⁷⁷⁾ 아래에서는 각 요건의 의미 및 한계와 위 요건을 충족

복잡·다양한 영업의 양상을 포괄하여 손실보상의 기준을 설정할 수 있는 규정의 형식을 찾기 어렵다는 현실적인 이유, 즉 공익사업의 시행과정에서의 정당한 보상에 대한 헌법적 요청과 관련하여 공익사업의 시행으로 인하여 휴업 또는 폐업되는 영업을 포괄적으로 보상의 범주로 편입하는 이상, 보상대상인 영업의 의미를 적극적·확정적으로 명문화할 필요성에 회의적일 수밖에 없다는 점이 자리 잡고 있어 보인다는 견해로, 정기상, 전계논문 중 “영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위”, 221~222면 참조.

76) “영리의 목적으로 일정한 계획에 따라 동종의 행위를 계속적으로 반복하는 것”을 영업의 개념으로 받아들이고 있다는 설명으로, 임중호, “상법상의 영업개념과 영리목적도그마”, 비교사법 제17권 제3호(2010. 9.), 269면.

77) 토지보상법에서 규정한 영업손실보상의 대상이 되는 영업의 요건 중 ③, ④은 영업의 개념에서 파생될 수 있는 요건이기도 하다.

시키지는 못하나 실질적으로 공공사업의 시행으로 인하여 영업손실이 발생하고 있는 경우 등 이와 관련된 쟁점 및 문제점 등을 살펴보도록 한다.

1. 영업의 적법성(행정적 요건)

(1) 토지보상법 시행규칙 제45조 제2호의 취지

토지보상법 시행규칙 제45조 제2호는, 영업손실보상의 대상이 되는 영업은 영업을 행함에 있어서 관계법령에 의한 허가 등을 필요로 하는 경우에는 사업인정고시일등 전에 허가 등을 받아 그 내용대로 행하고 있는 영업이어야 한다고 규정한다. 개별법에서 허가 등을 받게 하는 규정은 대개 이를 위반한 무허가 등의 영업행위에 대하여 일정한 제재를 가하는 방식으로 그것을 금지시키는 데에 그치고 그 행위 자체의 법적 효력을 부인하지 않는 것이 원칙이지만, 토지보상법 시행규칙은 무허가 등의 영업을 보상대상에서 배제하고 있다.⁷⁸⁾ 이는 관계법령에서 요구하는 절차를 거치지 않아서 위법한 영업에 보상대상으로서의 가치를 부정하는 것으로, 법정책적인 측면에서는 다분히 위법한 영업에 대한 행정적 제재로서의 성격을 띤다. 절차적 위법성을 내포한 영업을 필연적으로 그 실제적 가치를 표상하는 보상대상성의 부인으로 이어진다고 단정할 수는 없다는 점을 고려하면, 적어도 규정형식적인 측면에서 허가 등을 필요로 하는 영업에 대하여 허가 등을 받지 않은 경우를 보상의 대상에서 배제하도록 정한 것은 법체계적 사고의 결과라기보다는 정책적인 고려의 산물이라고

⁷⁸⁾ 이선영, 「신토지수용과 보상법론」 제2판, 도서출판 리북스(2008), 713면; 정기상, 전계 논문 중 “영업손실보상의 유형 분석과 보상금액의 산정에 관한 연구”, 232면 재인용.

보는 것이 옳다.⁷⁹⁾

(2) 행정적 요건의 내용

가. 내용 및 검토

위 규정에서 정한 ‘허가 등’이라 함은 관계법령의 규정형식상 면허, 허가, 신고 등에서 어느 것에 해당하는지를 불문하고 당해 영업에 관한 권리의 설정, 금지의 해제, 신고의 수리를 통칭하는 것으로, 일정한 영업에 대한 사전적 규제를 의미한다고 본다.⁸⁰⁾⁸¹⁾ 허가 등을 필요로 하는 영업이 그 허가 등 행정적 요건을 갖추지 아니한 경우 영업손실보상의 대상에서 제외되는 것은 관계법령에서 요구하는 절차를 거치지 않은 영업을 위법한 영업으로 보아 침해당한 경우라고 하더라도 이를 법적으로 보호하지 아니하겠다는 입법자의 결단이라고 볼 수 있다. 그러나 위 규정은 어떠한 영업이 법규정에서 요구하는 모든 종류의 허가 등을 결한 경우 영업손실보상의 대상에서 제외되는 것인지 아니면 영업의 단계별, 또는 요구되는 허가 등의 종류, 영업의 종류 및 특성 등에 따라 행정적 요건을 결하였다고 하더라도 영업손실보상의 대상이 되는 것인지 등과 관련된 명확한 기준을 제시하지 못하고 있다.

79) 정기상, 위 논문, 244면.

80) 이와 같은 취지에서, 인허가는 “허가 또는 인가 등을 받거나 등록 또는 신고를 하지 아니하고서는 일정한 영업·사업·업무나 그 밖의 행위를 처음부터 합법적으로 할 수 없게 된다는 점에서 사전적인 규제방식”에 해당한다는 설명으로는, 방기호, “인허가제도 설정의 기준”, 월간법제(1989. 3.), 3면; 정기상, 위 논문, 244면 재인용.

81) ‘허가 등’을 “진입금지 또는 제한이 있는 영업에 참여하려는 자가 행정관청에 대하여 영업의 실시를 요청하는 때에 행정관청이 영업실시의 허부를 결정하는 행위”라고 본다면, 결국 ‘허가 등’이 신고의 수리에서부터 예외적인 승인에 이르기까지 그 금지 및 제한의 엄격성 정도를 달리한다고 하더라도 상당부분은 강화상 ‘허가’의 범주에 포섭되는 것으로 해석할 수 있다는 견해로, 정기상, 위 논문, 244면.

나. 무허가 영업의 위법성

필자는 위와 같은 입법취지 등에 비추어 볼 때, 영업손실보상의 대상이 되는지 여부를 판단하는 기준은 당해 영업의 본질적 위법여부를 판단하여 이를 법테두리내에서 보상해줄 가치가 있는 것인지 여부를 따져보아야 한다고 주장한다.⁸²⁾ 즉 어떠한 영업이 허가 등을 받지 아니하고 이루어지고 있다고 하더라도 관련 법령의 규정 목적, 체제, 내용 등에 비추어 볼 때 허가 등을 받는 것이 당해营业을 본질적으로 위법하게 만드는 요소가 되지 않다면 영업손실보상의 대상에서 제외할 것은 아니라는 것이다. 따라서 영업이 행정적 요건을 결하였더라도, 영업의 종류나 특성, 영업의 단계, 실체적인 부분 또는 절차적 부분에 대한 허가 등인지 여부, 허가 등의 종류에 따라 그 판단이 모두 달라질 수 있게 된다.

먼저 ‘허가 등’의 종류에 따라 그 판단이 어떻게 달라질 수 있는지 살펴본다. 일정한 권리·능력·법적 지위를 설정해주는 특허⁸³⁾나 법령에 의한 일반적인 상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 사실행위 또는 법률행위를 할 수 있게 해주는 허가⁸⁴⁾는 그 자체로 영업자에게 우월적 지위를 제공하거나, 부가가치 창출의 핵심적 자원이 될 수 있다. 따라서 이와 같은 종류의 ‘허가 등’은 영업의 본질적 부분이므로 이를 결한 경우에는 영업손실보상의 대상이 될 수 없다고 볼 것이다. 반면, 행정관청에 대하여 일정한 의사표시를 하거나 일정한 관념 또는 사실을 통지하는 신고⁸⁵⁾에 있어서는 신고가 행정청이 행정적 관리를 효

82) 같은 견해로, 정기상, 전계논문, 244~246면 참조.

83) 김동희, 전계서, 264면.

84) 김동희, 전계서, 259면.

85) 김용섭, “행정법상 신고와 수리”, 판례월보 제352호(2000. 1.), 39면; 법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나도록 정한 신고로서 관계법령에서 행정청에 단지 형식적인 심사권한만을 부여한 경우인 이른바 자기완결적 신고

울적으로 하게 하기 위해 그 의무를 부과한 것이라는 점을 고려해 볼 때 이를 결한 영업도 보상의 범주에 편입될 수 있을 것이다.

다음으로 영업의 내용과 관련하여, 영업을 영위하는데 있어 절차적인 측면에서 허가 등을 받지 않은 경우 이는 당해 영업의 본질을 위법하게 만든다고 보기는 어려우므로 영업손실보상의 범위에 포함될 수 있을 것이다. 그러나 실제적인 요건에 대한 허가 등을 받지 않은 경우⁸⁶⁾, 이는 영업의 본질과 관련된 것으로 영업손실보상의 범위에 포함되기 어려울 것이다. 또한 어떠한 영업을 물적 시설을 기반으로 하여 수익을 창출하는 성격을 가졌다면 위 물적 시설과 관계된 허가 등을 불비한 경우 영업손실보상의 대상이 되기 어렵겠지만, 위의 경우 인적 요소에 대한 허가 등이 불비되었다고 하여 영업손실보상의 대상에서 제외할 수는 없을 것이다. 예를 들면, 물적시설을 기반으로 하여 수익을 창출하는 주유소와 같은 경우, 위 시설 또는 법률상 요구 조건의 변동이 생긴 것에 대한 허가 등을 결여하였다면 이는 영업의 본질적 부분을 위법하게 만드는 것으로서 영업손실보상의 대상에 포함시킬 수 없다. 그러나 주유소 영업이 양수도 된 경우 영업자의 변경에 대한 신고 등을 결여하였다고 하여 영업손실보상의 대상에서 제외하는 것은 타당하지 않을 것이다.

본 논문의 제1장 제1절에 언급된 <사례1>의 경우 원고는 유기기구, 눈썰매장 및 각종 부대시설 등을 임차하여 이를 운영하게 하는데, 제1심 법원⁸⁷⁾과 원심법원⁸⁸⁾은 모두 이 사건 유원시설업에 대하여는 관할 관청

만이 강학상 ‘신고’의 범주에 속하는바, 본문의 ‘신고’는 강학상 신고로 한정한다. 반면 관계법령에서 행정청에게 실질적인 심사권한을 부여하여 별도의 수리절차를 요하도록 한 신고의 경우에는 그 규정문언에도 불구하고 완화된 의미의 허가에 해당한다고 보아야 할 것이다.

86) 주로 영업개시의 단계에서 실제적인 요건에 대한 허가 등이 이루어지고, 영업의 진행 도중에 절차적인 부분에 대한 허가 등이 요구되는 경우가 많을 것이다.

87) 수원지방법원 2009. 7. 1. 선고 2008구합6838 판결.

88) 서울고등법원 2010. 4. 16. 선고 2009누24223 판결.

의 허가 없이 타인으로 하여금 경영하게 하였고, 이 사건 썰매장업에 대하여는 관계 법령에 따른 신고가 마쳐지지 않았다는 이유로 모두 영업손실보상의 대상이 되지 않는다고 판단하였다.

반면 대법원⁸⁹⁾은 토지보상법 시행규칙 제45조 제2호가 영업의 종류에 따라서는 관련 행정법규에서 일정한 사항을 신고하도록 규정하고는 있지만 그러한 신고를 하도록 한 목적이나 관련 규정의 체제 및 내용 등에 비추어 볼 때 그 신고를 하지 않았다고 하여 영업 자체가 위법성을 가진다고 평가할 것은 아닌 경우도 적지 않고, 이러한 경우라면 신고 등을 하지 않았다고 하더라도 그 영업손실 등에 대해서는 보상을 하는 것이 헌법상 정당보상의 원칙에 합치한다며, 이 사건 썰매장업과 관련하여, 관련규정의 형식과 내용 등에 비추어, 체육시설업의 영업주체가 그 영업시설의 양도나 임대 등에 의하여 변경되었음에도 그에 관한 신고를 하지 아니한 채 영업을 하던 중에 공익사업으로 영업을 폐지 또는 휴업하게 된 경우라 하더라도, 그 임차인 등의 영업을 보상대상에서 제외되는 위법한 영업이라고 할 것은 아니라고 판시하여, 필자의 주장과 같은 입장을 보이고 있다. 즉 위 판결은 썰매장 운영업이 주로 물적 시설에 의존하여 수익을 창출하는 특성을 가진 영업이므로, 그 운영주체인 인적 요소가 변경되었고, 이에 대한 신고 등을 결한 것이 당해 영업을 본질적으로 위법하게 만드는 것은 아니라는 것을 전제로 이와 같은 판단을 한 것으로 볼 수 있다.

또한 이와 관련하여 실무에서는 당해 영업이 법령상 허가 등을 갖추고 하여야 하는 영업인지 자유업인지가 다투어지는 사례들이 많은데, 이 역시 허가 등을 갖추는 것이 영업의 본질적인 부분을 구성하는지 여부를 기준으로 판단하여야 할 것이다. 그리고 사업자등록을 하였을 것을 요건

⁸⁹⁾ 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두12842 판결.

으로 하고 있지는 않으므로, 사업자등록을 하지 않은 경우라도 영업손실 보상의 대상이 될 수 있다고 볼 것이다.

(3) 토지보상법 시행규칙 제52조의 예외

토지보상법 시행규칙 제52조는 ‘사업인정고시일 등 전부터 허가 등을 받아야 행할 수 있는 영업을 허가 등이 없이 행하여 왔으나 공익사업의 시행으로 인하여 적법한 장소에서 영업을 계속할 수 없게 된 경우’를 같은 규칙 제45조 제2호의 규정에도 불구하고 손실보상의 대상인 영업을 범주에 편입하는 예외규정을 두고 있다. 즉, 같은 규칙 제45조 제1호의 요건을 충족하였으나 같은 조 제2호의 요건을 충족하지 못한 영업을 보상대상에 포함시킨다는 것인데, 이는 영업을 행함에 있어 필요한 허가 등을 결여한 경우 일괄적으로 손실보상에서 제외하는 것은 헌법상 정당 보상 원칙에 위배될 수 있으므로 예외적으로 이에 대한 보상가능성을 열어놓은 규정이라고 생각된다.

그러나 위 규정은 토지보상법 시행규칙 제45조 제2호의 요건을 갖추지 않은 영업을 뚜렷한 사유 없이 손실보상의 대상에 다시 포함시켜 위 제2호 규정을 무력화시키고 있다. 게다가 같은 규칙 제45조 제2호의 규정에 대한 예외를 규정하는 것이라면, 더욱더 구체적이고 특정한 어떠한 요건을 갖춘 경우에 드물게 인정되는 사례에 대해 적용될 수 있어야 하는데, 위 규정은 위와 같은 특별한 적용요건을 두고 있지 않다. 따라서 이는 전체적인 법체계에도 맞지 아니하고, 예외의 내재적 한계도 벗어난다고 볼 것이다.⁹⁰⁾ 게다가 위의 경우 가계조사통계의 도시근로자가구 월평균 가계지출비를 기준으로 한 3인 가구 3개월분 가계지출비를 보상하도록

⁹⁰⁾ 같은 견해로 정기상, 전계 논문, 246면 참조.

하고 있는데, 이는 예외적으로 영업이익을 산정할 수 없어 그 보상범위에 대한 예외까지 두고 있는바, 이와 같은 규정을 둔 필요성에 동의할 수 없을 뿐 아니라 그 보상의 범위가 과다하다고 생각한다.

2. 영업장소의 적법성(장소적 요건)

(1) ‘적법한 장소’에서 행하는 영업일 것

가. 토지보상법 시행규칙의 개정

토지보상법 시행규칙 제45조는 2007. 4. 12. 다음과 같이 개정되었다.

2007. 4. 12 건설교통부령 제126호로 개정되기 전의 것 ⁹¹⁾	현행
<p>제45조(영업손실의 보상대상인 영업) 법 제77조제1항의 규정에 의하여 영업손실을 보상하여야 하는 영업은 다음 각 호의 영업으로 한다.</p> <p>1. 사업인정고시일등 전부터 <u>일정한 장소</u>에서 인적·물적시설을 갖추고 계속적으로 영리를 목적으로 행하고 있는 영업</p>	<p>제45조(영업손실의 보상대상인 영업) 법 제77조 제1항에 따라 영업손실을 보상하여야 하는 영업은 다음 각 호 모두에 해당하는 영업으로 한다. <개정 2007.4.12></p> <p>1. 사업인정고시일등 전부터 <u>적법한 장소(무허가건축물등, 불법형질 변경토지, 그 밖에 다른 법령에서 물건을 쌓아놓는 행위가 금지되는 장소가 아닌 곳을 말한다)</u>에서 인</p>

	적·물적시설을 갖추고 계속적으로 행하고 있는 영업. <u>다만, 무허가건축물등에서 임차인이 영업하는 경우에는 그 임차인이 사업인정고시일등 1년 이전부터 「부가가치세법」 제5조에 따른 사업자등록을 하고 행하고 있는 영업을 말한다.</u>
--	---

즉 개정전 토지보상법 시행규칙은 영업손실보상의 대상이 되는 영업이 ‘일정한 장소’에서 이루어질 것을 요구하고 있었는데, 위 규정에서 영업이 이루어지는 장소 자체가 적법할 것을 요구하고 있다고 해석하는 데는 무리가 있다. 따라서 판례는 범규정이 영업 자체가 아니라 영업장소까지 적법할 것을 요구하고 있는 것은 아니라는 입장에서 있었다.⁹²⁾ 그러나 토지보상법 시행규칙이 2007. 4. 12. 건설교통부령 제126호로 개정되면서 ‘적법한 장소’에서 이루어진 영업만을 영업손실보상의 대상으로 한정하였는데, 이는 입법자가 개정전 토지보상법 시행규칙에서 장소의 적법성을 그 요건으로 도출할 수 없다는 견해에 대하여 명문으로 장소의 적법성은 영업손실보상의 요건이어야만 한다고 명시한 것으로 보인다.

91) 이하 ‘개정전 토지보상법 시행규칙’이라 한다.

92) “영업손실보상에서 제외되는 영업은 영업에 관한 허가 등을 받지 않은 경우를 말하는 것이고, 영업장소인 건축물에 관한 허가 여부와는 직접적인 관련이 없다.”고 판시한 것(서울행정법원 2005. 5. 6. 선고 2004구합3809 판결)이나, “토지보상법 시행규칙의 규정에 따라 영업의 허가 등을 요구하는 것은 영업 자체의 적법성을 구비하기 위해 필요한 허가 등을 요구하는 취지이지 그 영업과 직접적인 관련이 없는 영업장소가 적법한 건축물일 것까지 요구하는 것이라고 볼 수 없다.”고 판시한 것(서울고등법원 2007. 3. 16. 선고 2006누19787 판결).

나. 영업장소의 적법성 요건의 타당성

입법자의 위와 같은 토지보상법 시행규칙의 개정취지는 적법한 장소에서 이루어지지 않은 영업은 손실보상으로 보호할 가치가 없다는 데에 있다. 그러나 영업손실보상은 공익사업의 시행으로 인하여 영업을 영위하지 못하여 손실을 입은 것에 대한 것으로, 그 보호대상인 영업을 법적인 테두리 내에서 보호할 가치가 있는지 없는지 여부를 판단하려면 영업 자체가 적법하게 이루어진 것인지를 통하여 판단하면 족한 것이지, 영업을 이루어진 장소까지 적법할 것을 요구하는 것은 타당하지 않다. 영업을 적법하지 않은 장소에서 이루어진 경우 이에 대한 직접적인 제재규정을 통하여 행정적인 제재를 가하는 것으로 이를 통제하여야 할 것이고, 영업손실보상의 제한을 통하여 적법하지 않은 장소에서의 영업을 제재하는 것은 옳지 않다. 즉 영업손실보상의 대상을 판단함에 있어서는 오직 영업 자체가 보호할 만한 가치가 있으며 공익사업의 시행으로 인한 손실이 발생하였는지 여부를 따져보아야 한다. 이에 따르면 영업을 적법하지 않은 장소에서 이루어졌다거나, 사업자등록 등을 하지 아니하고 납세의무를 이행하지 않았다는 등의 사정은 이에 대한 직접적인 제재규정으로 따로 행정적인 제재를 가하면 족할 뿐, 영업손실보상의 대상에서 제외하는 것은 바람직하지 아니하다. 따라서 필자는 입법론적으로 영업손실보상의 대상인 영업을 ‘적법한’ 장소에서 이루어질 것을 법규정에서 요구하는 것은 삭제되어야 한다고 주장한다.

(2) 무허가건축물에서 이루어진 영업의 보상

가. 무허가건축물

무허가건축물은 건축법 제11조와 제14조에서 허가과 신고의 대상으로 정하고 있음에도 불구하고 행정청으로부터 허가를 받거나 행정청에 신고를 하지 않고 건축한 건축물을 의미한다. 특정건축물정리에 관한 특별조치법 제2조 제1항 제1호에서는 그 적용대상을 “「건축법」 제11조 또는 제14조에 따라 건축허가를 받거나 건축신고를 하여야 하는 건축물을 건축허가를 받지 아니하거나 건축신고를 하지 아니하고 건축하거나 대수선한 건축물”이라고 규정하고 있다.⁹³⁾⁹⁴⁾

나. 개정전 토지보상법 시행규칙이 적용되는 경우

개정전 토지보상법 시행규칙이 적용되는 경우 무허가건축물에서 영업을 한 경우가 문제될 수 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 개정전 토지보상법 시행규칙은 영업손실보상이 대상이 되는 영업을 ‘일정한’ 장소에서 이루어질 것을 그 요건으로 규정하고 있을 뿐이므로, 위 규정에서 영업장소의 적법성을 요건으로 한다고 볼 수 없다. 또한 토지보상법 시행규칙 제45조 제2호가 규정한 ‘영업을 행함에 있어서 관계법령에 의한 허가·면허·신고 등을 받지 아니하고 행하는 영업’이라 함은, 영업자체에 관한 허가 등을 받지 아니한 경우를 말하는 것이고, 영업장소인 건축물에 관한 허가 등의 여부와는 직접적인 관련이 없으므로, 무허가건축물을 사업장으로 사용하여 영업하였다고 하더라도, 이러한 사유만으로 영업권 보상대상에서 제외된다고 볼 수는 없다.⁹⁵⁾

93) 이수안, “무허가건축물의 법적지위에 관한 연구”, 서울대학교 법학전문대학원 석사학위 논문, 2015, 6면 참조.

94) 토지보상법은 무허가건축물 자체를 ‘지장물’로 평가하여 이전비를 보상하거나 해당 건축물의 가격으로 보상하도록 규정한다(제75조). 다만 예외적으로 무허가건축물에 대하여 행정청이 이미 철거명령을 내렸고, 건축물의 위법성이 중대하고 주거용 건축물이 아닌 경우에는 보상이 불가능하다(대법원 2001. 4. 13. 선고 2000두6411판결).

다. 개정된 토지보상법 시행규칙이 적용되는 경우

2007. 4. 12 건설교통부령 제126호로 개정된 이후의 토지보상법 시행규칙은 영업이 ‘적법한 장소’에서 행하여져야 영업손실보상의 대상이 된다고 규정한다. 위 토지보상법 시행규칙은 부칙 제3조에 의하여 시행 후 보상계획을 공고하고 토지소유자 및 관계인에게 보상계획을 통지하는 분부터 적용되고, 위 부칙 제4조는 1989. 1. 24. 당시의 무허가 건축물 등에 대하여는 보상에 있어 적법 건축물로 취급하도록 규정하고 있다.⁹⁶⁾ 이와

95) 공공복리의 증진과 재산권의 적절한 보호를 도모함을 목적으로 하는 토지보상법의 목적에 비추어 보면 이 사건 수용 당시 적용되는 구 토지보상법 시행규칙 제45조에서는 무허가건물에서의 영업을 손실보상 대상에서 제외한다고 명문으로 규정하고 있지 않은 점{2007. 4. 12. 개정된 토지보상법 시행규칙은 그 제45조 제1호에서 영업손실보상의 요건으로 영업장소의 적법성 요건을 추가하면서 부칙(2007. 4. 12. 건설교통부령 제556호) 제4조에서는 ‘이 규칙 시행 후 법 제15조에 따라 보상계획을 공고하고 토지소유자 및 관계인에게 보상계획을 통지하는 분부터 적용한다’고 규정하고 있다}, 구 토지보상법 시행규칙 제45조 제2호에서 ‘관계법령에 의한 허가 등을 받았을 것’이라는 요건을 요구하고 있는 것은 영업권은 원칙적으로 손실보상의 대상이 되는 재산권이지만 그 자체가 불법인 영업은 보호할 가치가 없기 때문에 보상의 대상에서 제외한다는 것으로서 영업 자체의 적법성을 구비하기 위한 허가 등을 요구하는 것이지 영업장소가 적법한 건축물일 것까지 요구하는 취지로 규정한 것은 아니라고 보이는 점 등에 비추어 보면, 영업손실 보상에서 제외되는 ‘영업을 행함에 있어서 관계법령에 의한 허가·면허·신고 등을 받지 아니하고 행하는 영업’이라 함은, 영업에 관한 허가 등을 받지 아니한 경우를 말하는 것이고, 영업장소인 건축물에 관한 허가 등의 여부와는 직접적인 관련이 없으므로, 원고들이 개발제한구역 내에서 무허가건물인 이 사건 비닐하우스를 영업장으로 사용하여 영업하였다고 하더라도, 그러한 사유만으로 영업손실 보상대상에서 제외된다고 볼 수는 없다{(서울고등법원 2008누18993 판결, 이는 바로 확정되었다). 서울고등법원 2007. 6. 5. 선고 2006누24857 판결, 서울고등법원 2008. 2. 12. 선고 2007누19036 판결도 같은 취지이다.}.

96) 토지보상법 시행규칙 부칙<제556호, 2007. 4. 12. >
제3조 (무허가건축물등에 관한 경과조치) 1989년 1월 24일 당시의 무허가건축물등에 대하여는 제45조 제1호, 제46조 제5항, 제47조 제6항, 제52조 및 제54조 제2항 단서의 개정규정에 불구하고 이 규칙에서 정한 보상을 함에 있어 이를 적법한 건축물로 본다.
제4조 (보상금 지급기준에 관한 적용례) 제42조 제1항 제4호·제44조 제5항·제45조·제46조·제47조·제49조·제50조·제52조·제54조 제2항·제54조 제3항·제55조 제1항·제56조·제58조·제63조·제64조 및 제65조의 개정규정은 이 규칙 시행 후

같은 경과규정에 의하여 일정한 시점 당시의 무허가건축물 등은 적법한 건축물로 보아 개정된 토지보상법 시행규칙이 적용되는 경우라고 하더라도 이와 같은 무허가건축물에서 행하여진 영업은 영업손실보상의 대상이 된다. 또한 그 밖에 일정한 시점인 1989. 1. 24. 이후에 비로소 무허가건축물 등에 해당하게 된 경우라고 하더라도 적법한 장소에서의 영업인지를 여부를 판정하는 기준시점인 사업인정고시일 등 이전에 추진허가 등의 절차에 따라 건축물의 위법성이 보정된 경우에는 적법한 건축물에 해당할 수도 있게 된다.⁹⁷⁾

라. 토지보상법 시행규칙 제45조 제1호 단서의 타당성

토지보상법 시행규칙 제45조 제1호 단서는, 무허가건축물 등에서 임차인이 영업하는 경우에 그 임차인이 사업인정고시일 등 1년 이전부터 부가가치세법 제5조에 따른 사업자등록을 하고 행하고 있는 영업을 적법한 장소에서의 영업으로 본다고 규정하여, 무허가건축물의 임차인이 행하는 영업을 일반적인 영업보다 더욱 두텁게 보호하고 있다.

위 단서는 토지보상법이 개정되면서 적법한 장소 요건이 추가되어 무허가건축물에서 영업을 한 영업자가 영업손실보상의 대상에서 제외되자, 그 중에서 무허가건축물을 임차하여 영업한 영업자만을 구제하겠다는 것이다. 그러나 다른 영업에 비하여 임차인이 영위하는 영업만을 더 두텁게 보호하여야 하는지 쉽게 납득할 수 없고, 사회적 약자인 임차인을 보호하려는 취지라고 하더라도, 영업손실보상의 대상이 되는 영업의 요건을 결여한 다른 임차인과 달리 ‘적법한 장소’ 요건을 결여한 임차인만이

법 제15조(법 제26조 제1항에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따라 보상계획을 공고하고 토지소유자 및 관계인에게 보상계획을 통지하는 분부터 적용한다.

97) 정기상, 전계논문 중 “영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위”, 222면 참조.

보호되어야 하는지 알 수 없다. 또한 영업손실보상의 대상이 되는 영업은 사업인정고시일 이전에 영위하고 있을 것을 그 요건으로 하면서, 위 단서규정에 의해 보호받을 수 있는 임차인만은 유독 사업인정고시일 등 1년 이전부터 영업사실을 증명할 사업자등록을 하고 있을 것을 요구하고 있어 영업개시시점에 대한 판단을 달리하고 있는바, 위 규정은 그 필요성이나 타당성을 결여한 것이 아니냐는 비판을 면하기 어렵다.

3. 시간적 요건

토지보상법 시행규칙은 ‘사업인정고시일 등’ 이전에 영위하고 있는 영업만을 보상대상에 편입시켜, 그 이후에 행하여지기 시작한 영업은 영업손실보상의 대상에서 제외시키고 있다. 이는 사업인정고시일 이후에 비로소 개시된 영업은 공익사업으로 인하여 일정시점에는 당해 영업을 종료할 수밖에 없다는 사실을 예견할 수 있어 이로 인해 발생한 손실은 특별희생의 범주에 포함될 수 없고, 보상금 증액이나 보상금 수령 대상자가 되기 위해 일부러 해당지역에서 영업을 영위하는 경우 이를 손실보상의 보호범위에서 제외시키려는 입법자의 의도이다. 이와 같이 공익사업의 시행에 따른 영업의 중단, 폐업 등을 예견할 수 있고 보상이 이루어진다는 것을 예상할 수 있는 일정한 시점 이후에 비로소 개시된 영업을 보상의 대상에서 제외해야 할 필요성은 충분히 동의할 수 있다. 그러나 토지보상법에서 규정한 기준시점인 ‘사업인정고시일 등’은 정확히 어떠한 시점을 의미하는 것인지 불명확하다는 문제점이 있다.

영업손실보상의 대상이 되는 영업의 시작시점을 제한하는 이유가 보호가치 없는 영업을 손실보상의 대상에서 배제하고자 하는 것이라면, 위 기준시점은 이러한 입법자의 의도에 따라 구체적인 공익사업의 시행을

상당하게 예견할 수 있는 시점 이후에 개시된 영업을 보상범위에서 제외함이 옳다.

이와 같은 관점에서, 먼저 토지보상법에서 예정한 절차에 따라 사업인정을 받아 사업인정이 고시된 경우에는 법규정 그대로 ‘사업인정고시일’을 그 기준시점으로 삼아야 할 것이다. 다음으로 개별법의 규정에 따라 사업인정이 의제되는 실시계획의 인가는 법규정에 따라 사업인정의 효력이 부여되므로, 실시계획의 고시일은 ‘사업인정고시일’에 포함되어야 할 것이다.⁹⁸⁾ 실시계획은 당해 공익사업의 내용이 구체적으로 정해지고, 공익사업의 시행자체도 확정되는 시점이므로 영업손실보상 대상이 되는 영업을 시기를 제한한 입법자의 입법취지에 비추어 보더라도 사업인정고시일에 포함하는 것이 타당하다. 다만, 사업기본계획의 경우 시행될 공익사업의 내용이 구체적으로 확정되지 않아 기본계획만으로는 그 내용을 정확히 파악하기 어렵고, 위 계획의 고시 등이 이루어진 때로부터 상당한 기간이 경과한 이후에 사업이 시행되는 경우가 빈번하며, 사업기본계획의 내용은 사업이 시행되면서 시행될 지역, 범위, 면적 등이 변경되기도 하므로 사업기본계획의 고시일을 토지보상법상의 ‘사업인정고시일 등’에 포함시키기는 어려울 것으로 보인다.⁹⁹⁾

결론적으로 영업손실보상의 대상이 되는 영업을 개시시기는 당해 공익사업의 ‘사업인정고시일’을 기준으로 그 이전에 개시된 영업을 경우 보상의 대상으로 포함시키는 것이 원칙이다. 다만 사업인정고시일 이전 시점이더라도 시행될 공익사업의 구체적 내용 등을 예측할 수 있는 시점이 있다면 이를 기준으로 판단하여야 할 것이고¹⁰⁰⁾, 그 명칭이 사업인정고

98) 따라서 실시계획의 고시일은 ‘사업인정고시일’에 해당하는 것이지 사업인정고시일 ‘등’에 해당하는 것은 아니라는 견해로, 정기상, 전계 논문 중 “영업손실보상의 유형 분석과 보상금액의 산정에 관한 연구”, 232면 참조.

99) 같은 견해로, 정기상, 전계논문, 232면 참조.

100) 같은 견해로, 정기상, 전계논문, 233면 참조.

시일이 아니라고 하더라도 사업인정에 준하는 법적 효력을 발생시키는 공고·고시 등이 이루어졌다면 위 시점을 기준으로 하여 손실보상의 대상을 확정시킴이 타당하다.¹⁰¹⁾ 이와 같은 관점에서 토지보상법은 영업의 개시시기를 ‘사업인정고시일 등’이라고 규정하였다고 볼 것이다.

4. 시설 요건

토지보상법 시행규칙 제45조 제1호는 영업손실보상의 대상이 되는 영업이 되기 위해서는 ‘인적·물적 시설’을 갖추어 것을 규정하고 있다. 실무에서는 어느 정도로 인적·물적 시설을 갖추어야 위 법에서 요구하는 요건을 충족시키는지 불분명하여 이를 가지고 다투어지는 사례들이 많다.¹⁰²⁾

101) 토지보상법 제25조는 사업인정고시가 된 후에는 누구든지 고시된 토지에 대하여 사업에 지장을 줄 우려가 있는 형질의 변경이나 물건을 손괴하거나 수거하는 행위를 하지 못하고(토지보상법 제25조 제1항), 건축물의 건축·대수선, 공작물의 설치 또는 물건의 부가·증치를 하려는 자는 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다(같은 조 제2항)고 규정한다. 즉 사업인정고시 이후에 재산권자는 당해 재산권 행사에 많은 제약을 받게되는바 이로 인한 재산권자의 불편 및 손실을 줄이기 위하여 토지보상법 제23조 제1항은 사업시행자가 사업인정고시가 된 날부터 1년 이내에 재결신청을 하지 아니한 경우에는 사업인정고시가 된 날부터 1년이 되는 날의 다음 날에 사업인정은 그 효력을 상실한다고 규정하고 있다. 그러나 공원, 하천, 도로사업 등의 경우와 같이 일부 개별법의 경우 특수한 사정에 의하여 사업인정이 의제된 각 사업구역결정 후 사업시행이 장기간 지체된 경우에도 사업인정고시 이후에 영업행위를 개시한 영업자의 경우 보상대상에서 제외되고 있다. 이와 같이 장기간 지체된 경우에도 일률적으로 사업인정고시일을 기준으로 하여 영업손실보상의 대상을 정하는 것은 타당하지 않다. 따라서 개별법에서도 토지보상법과 같이 사업인정고시가 된 날부터 1년 이내에 재결신청을 하지 아니한 경우에는 사업인정고시가 된 날부터 1년이 되는 날의 다음 날에 사업인정은 그 효력을 상실한다는 규정의 입법이 필요하다. 같은 견해로, 류일용, 전계논문, 96-98면.

102) 2003. 6. 25.자 건설교통부의 유권해석(토관58342-903)에 따르면 사주, 작명 등의 영업을 하는 철학관 영업이 인적·물적 시설을 갖추지 아니한 해당된다고 한다. 그러나 전화기, 책상 등 사무용 집기 등 철학관 운영을 위한 최소한의 물적시설을 갖추고 있는 경우, 인적·물적 시설을 갖추지 아니하였다고 보기 어려우므로, 이와 같은

어떠한 영업이 물적 시설을 필요로 하지 않고 인적자원만을 가지고 부가가치를 창출하여 수익을 내는 경우, 공익사업의 시행으로 인하여 당해 영업에 손실을 입히는 것은 불가능하므로 영업손실보상의 대상이 되는 영업을 판단함에 있어 공익사업의 시행과 그 손실의 발생 간의 인과관계만을 살펴보면 될 것이지 위 시설요건을 부가함은 사족이 될 수 있다. 2003. 6. 25. 당시 주무부였던 건설교통부의 유권해석에 따르면(토관 58342-903) 철학관의 경우 인적·물적 시설을 갖추지 아니한 영업이라고 하나, 일정한 장소에서 전화기, 책상 등의 사무용 집기를 갖추고 철학관을 운영한 경우 공익사업의 시행으로 인하여 위 영업에 손실이 발생하였다면 영업손실보상의 대상에서 제외하는 것은 타당하지 않다. 게다가 현대사회의 산업은 자동화·기계화 되어 인적 시설 없이 자동화된 기계나 고객들의 자발적 참여로 영업이 이루어지는 무인 점포 등의 영업형태가 증가하고 있고, 앞으로 예측할 수 없는 형태의 인적시설을 갖추지 않은 영업이 생겨날 수 있다. 이 경우 공익사업의 시행으로 인하여 영업의 손실을 입었음에도 인적시설을 갖추지 않다고 하여 영업손실보상에서 제외하는 것은 헌법상 정당보상의 의미에 부합하지 않는다.

따라서 영업손실보상의 대상이 되는 영업을 판단함에 있어 인적·물적 시설을 갖추는 것을 개별적 요건으로 하여 판단하는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.

5. 계속성 요건

토지보상법 시행규칙 제45조 제1호는 영업손실보상의 대상이 되는 영업이 되기 위해서는 사업인정고시일등 전부터 적법한 장소에서 인적·물

해석은 문제가 있다.

적 시설을 갖추고 ‘계속적으로’ 행하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 물건조사 또는 감정평가시 영업이 계속적으로 이루어지지 않고 있는 계절영업, 영업휴업, 영업 중단상태에 있는 경우 휴업이나 중단으로 인하여 영업이익이 없다고 보아 영업보상대상에서 제외되고 있다.¹⁰³⁾ 그러나 물건조사 또는 감정평가시 영업이 이루어지지 않고 있다고 하여 일괄적으로 영업손실보상의 대상에서 제외하는 것은 바람직하지 않다. 즉 영업자가 특정한 계절에만 주기적으로 영업을 하고 있다면, 물건조사 또는 감정평가가 우연히 위 영업을 하고 있을 때 이루어진 경우는 영업손실보상의 대상이 될 수 있으나, 그렇지 아니한 경우에는 영업손실보상의 대상이 될 수 없다. 또한 영업자가 자신의 개인적인 사정 등으로 일정기간이 지난 후에는 계속 영업을 영위할 의사가 있었으나¹⁰⁴⁾ 영업손실보상 대상인 영업의 조사 시점에 영업을 휴업하거나 중단하고 있었던 경우 영업손실보상을 받을 수 없는 것은 타당하지 않다. 따라서 문제되는 영업이 조사 당시 영업을 계속하고 있지 않은 상태라고 하더라도 영업의 속성, 기간, 태양 등에 비추어 지속적으로 영업이 계속되었고, 영업자가 일정한 기간이 지난 후 영업을 계속할 의사가 있었다고 판단되는 경우에는 영업손실보상을 하여야 할 것이다.

본 논문의 제1장 제1절에 언급된 <사례1>의 경우 4월 내지 5월, 9월 내지 10월에 유치원생들을 대상으로 W랜드로 소풍을 와서 유기기구도 이용하고 여러 가지 체험학습을 하며 레크리에이션에 참가할 수 있도록 하는 단체고객을 위한 영업 프로그램도 운영하는 것을 내용으로 하는 소풍 및 레크리에이션 영업에 관하여, 제1심 법원¹⁰⁵⁾과 원심법원¹⁰⁶⁾은 모두

¹⁰³⁾ 류일용, 전제논문, 109-110면 참조.

¹⁰⁴⁾ 영업장소의 리모델링을 위하여 영업을 휴업하고 있거나, 영업자가 개인적 사정으로 잠시 해외로 부재하여 영업을 중단하고 있었던 경우 등을 생각해 볼 수 있다.

¹⁰⁵⁾ 수원지방법원 2009. 7. 1. 선고 2008구합6838 판결.

위 영업에 관하여는 기존의 눈썰매장의 시설을 이용한 일시적 영업일 뿐, 영업에 필요한 인적·물적 시설을 별도로 갖추어 계속적으로 영업을 행하고 있다고 보기 어렵다는 이유에서 영업손실보상의 대상이 되지 않는다고 판단하였다.

그러나 원고가 영업의 특성상 특정한 계절에만 영위할 수밖에 없는 썰매장업을 위한 시설을 이용하여 위 특정 계절을 제외한 때에 다른 종류의 영업을 영위하였다고 하여 영업의 시간적 계속성 요건을 결여하였다고 보아 손실보상의 대상에서 제외하는 것은 타당하지 않다. 이와 같은 관점에서 대법원¹⁰⁷⁾은 개정전 토지보상법 시행규칙 제45조 제1호는 ‘사업인정고시일 등 전부터 일정한 장소에서 인적·물적시설을 갖추고 계속적으로 영리를 목적으로 행하고 있는 영업’을 영업손실보상의 대상으로 규정하고 있는데, 여기에는 매년 일정한 계절이나 일정한 기간 동안에만 인적·물적시설을 갖추어 영리를 목적으로 영업을 하는 경우도 포함된다고 보는 것이 타당하다며 위 소풍 및 레크리에이션 영업은 영업손실보상의 대상에 포함된다고 판시하였다. 이와 같은 대법원의 태도는 헌법상 정당보상의 원칙에 부합되는 바람직한 것으로 보인다.

6. 영리성 요건의 요부

종래 일반적으로 영업이란 ‘영리를 목적으로 하여 이루어지는 계속적·반복적인 소득활동’이라고 정의하였다. 따라서 토지보상법 시행규칙에서 영업손실보상의 대상이 되는 영업이 ‘영리를 목적으로’ 할 것을 그 요건으로 규정하고 있지는 않지만, 영업의 개념자체에서 위 요건을 도출

106) 서울고등법원 2010. 4. 16. 선고 2009누24223 판결.

107) 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두12842 판결.

하여 영업손실보상의 대상이 되는 영업을 제한할 것인지 여부가 문제될 수 있다. 특히 위 요건은 교육, 종교, 사회복지단체 등 비영리사업이 공익사업의 시행으로 인하여 타지역으로 사업을 이전하는 경우에 영업손실보상을 해줄 것인지 단순 이전비만 보상해줄 것인지를 결정하는 중요한 요건이 된다.

영리목적이란 일반적으로 지출한 비용을 초과하는 잉여이익을 획득하려는 의사 내지 의도를 말한다. 영리목적 즉 이익추구의사는 주관적인 동기로서 경제주체의 순수한 내부적 영역에 속하는 문제이다.¹⁰⁸⁾ 영리목적은 외부에서 객관적으로 인식하기 어려운 주관적인 사정에 불과하여 이에 따라 손실보상의 여부가 달라지는 것은 손실보상의 대상 해당 여부에 대한 예측가능성을 현저히 저해할 뿐 아니라 이를 판단함에 있어 자의가 개입할 여지가 많으므로 바람직하지 않다. 게다가 영리 목적을 영업손실보상의 요건으로 본다면, 공익적 목적이나 비영리적 목적으로 행하여지는 경제활동이 공익사업의 시행으로 인하여 중단되거나 손실을 입게 된 경우 영업손실보상을 받을 수 없게 되는데, 비영리사업이나 공익사업만을 다르게 취급하여야 할 정당한 이유를 찾을 수 없고, 오히려 이와 같은 사업은 사회적으로 장려하고 더욱더 보호해야 할 필요가 있는 데 반대로 그 보호의 정도가 약화되므로 타당하지 않다. 또한 개정전 토지보상법 시행규칙 제45조 제1호는 영업손실보상의 대상이 되는 영업을 “사업인정고시일등 전부터 일정한 장소에서 인적·물적시설을 갖추고 계속적으로 영리를 목적으로 행하고 있는 영업”이라고 규정하였으나, 위 조항은 2007. 4. 12 건설교통부령 제126호로 개정되면서 “영리를 목적으로”가 삭제되었는바, 입법자 역시 위와 같은 이유로 영업손실보상의 대상이 되는 영업을 판단함에 있어 영리목적은 그 요건이 아님을 명문화

¹⁰⁸⁾ 임중호, 전제논문, 278면.

한 것이라고 봄이 타당하다.

결국 영업손실보상의 대상이 되는 영업에 해당하는지 여부를 판단함에 있어 영리목적은 그 요건으로 함은 타당하지 않고, 이보다 더 객관화된 요소가 영업의 개념에서 도출해낼 수 있는 요건이 되어야 한다고 생각한다. 이 경우 영업개념의 객관적인 요소로서 고려될 수 있는 것은 유상성(有償性)이다.¹⁰⁹⁾ 즉 어떠한 경제주체의 활동이 일정한 대가를 받고 재화를 주고받음으로써 이루어지고 있다면 이는 영업이라고 볼 수 있고, 이와 같은 활동이 계속적으로 이루어지고 있다면 이는 영업손실보상의 대상이 되는 영업에 해당된다고 봄이 타당하다. 이와 같은 대가관계가 인정된다면 굳이 그 활동이 영리목적으로 이루어졌는지 여부를 문제삼을 필요는 없다고 생각한다. 결론적으로 공익사업시행지구 내의 일정한 장소를 기반으로 하여 계속적으로 경제적 대가를 주고받으며 경제활동을 하고 있던 자가 공익사업의 시행으로 인하여 그 곳에서 위 활동을 더 이상 할 수 없게 되었다면, 이는 영업손실보상의 보호 범위 내에 포섭된다는 것이다.

제3절 소결

토지보상법 시행규칙 제45조에 의하면, 영업손실을 보상하여야 하는 영업은 사업인정고시일 등 전부터 영업장소의 적법성을 갖춘 채 인적·물적 시설을 갖추고, 계속적으로 하는 것으로 허가 등을 받은 영업이어야 한다. 또한 통설에 따르면 영업의 개념 자체에서 파생되는 요건으로 영리를 목적으로 영위할 것이 추가될 수 있다. 그러나 영업손실보상의

¹⁰⁹⁾ 같은 취지로, 임중호, 전계논문, 284면 ; 정기상, 전계 논문, 233면.

대상이 되는 영업은 앞에서 논의한 바와 같이 시간적으로는 사업인정고시일을 포함하여 공익사업의 구체적 내용 등을 예측할 수 있는 시점 이전에 영업을 개시하여야 하고, 장소적으로는 반드시 적법한 장소에서 영위하고 있던 영업일 필요는 없으므로 위 규정은 삭제되어야 하며 한다. 또한 영업을 계속 영위할 의사를 가지고 계속적 반복적으로 하였다면 계속성 요건은 인정되어야 하고, 관련 법령에서 요구하는 허가 등을 갖추지 못하였다고 하더라도 이로 인하여 당해 영업을 본질적으로 위법하지 아니하다면 영업손실보상의 범위에 포함되어야 한다. 또한 인적·물적 시설을 모두 갖추지 아니하였다고 하더라도 일정한 장소에 영업에 필요한 시설을 갖추었으며, 영리목적이 없더라도 일정한 대가관계 속에서 이루어진 경제활동이고, 공익사업의 시행으로 인하여 손실을 입었다면 영업손실보상의 대상이 되는 영업이라고 봄이 타당하다고 할 것이다.

제4장 유형별 영업손실보상의 범위

제1절 폐업과 휴업의 구별기준

1. 문제의 제기

토지보상법 제77조는 영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실을 보상의 대상으로 삼고 있다고 규정하고, 토지보상법 시행규칙은 ① 영업을 폐지로 인한 손실(제46조), ② 영업장소가 이전되거나 공익사업에 영업시설의 일부가 편입되어 잔여시설을 새로 설치하거나 보수하여 이를 위한 영업을 휴업으로 인한 손실(제47조 제1항 내지 제3항), ③ 임시영업소를 설치하여 영업을 계속하는 경우 이로 인한 영업손실(제47조 제4항)로 분류하여 보상금 산정의 방법을 달리하고 있다. 일반적으로 공익사업시행 구역의 기존 영업자들은 폐업보상의 보상액이 휴업보상의 보상액보다 크므로 당해 영업을 더 이상 영위할 수 없다고 주장하며 폐업보상을 요구하는 경우가 빈번하다. 토지보상법 시행규칙 제46조 제2항은 영업을 폐지되는 경우를 유형화하여 이에 대한 분쟁의 여지를 줄이고자 하였으나, 현실적으로는 이와 같은 영업폐지사유의 유형화는 큰 역할을 하지 못하고 있다. 이 논문에서는 현재 영업을 폐지와 휴업을 판단하는 기준 및 방법과 이에 대한 문제점 등을 연구해보고자 한다.

2. 현행법상 영업폐지 사유의 문제점

(1) 토지보상법 시행규칙 제46조 제2항

토지보상법 시행규칙에서는 ① 영업장소 또는 배후지(당해 영업의 고객이 소재하는 지역)의 특수성으로 인하여 영업을 폐지하는 경우, ② 당해 영업의 허가 등을 받을 수 없는 경우, ③ 도축장 등 악취 등이 심하여 인근주민에게 혐오감을 주는 영업시설로 그 이전이 현저히 곤란함이 객관적 사실에 근거하여 인정되는 경우로 영업의 폐지사유를 유형화하고 있다. 위와 같은 사유 때문에 당해 영업소가 소재하고 있는 시·군·구(자치구) 또는 인접하고 있는 시·군·구의 지역안의 다른 장소에 이전하여 당해 영업을 할 수 없는 경우 폐업보상이 이루어진다.

(2) 영업장소 또는 배후지의 특수성

먼저 영업장소 또는 배후지(당해 영업의 고객이 소재하는 지역)의 특수성으로 인하여 영업을 폐지하는 경우란, 당해 영업소가 위치한 장소가 그 영업의 본질을 이루고 수익창출의 핵심적인 역량이 되어 영업소의 장소를 이전하여서는 당해 영업을 영위할 수 없는 경우를 말한다. 위 규정에서 배후지란 당해 영업의 고객이 소재하는 지역이라고 정의하고 있으나, 이를 구체화하면 배후지란 일정한 영업이 고객을 유인할 수 있는 공간적 범위, 즉 당해 영업이 제공하는 재화 또는 용역에 대한 잠재적인 소비자가 소재하는 지역을 의미한다고 볼 수 있다.¹¹⁰⁾ 그러나 대부분의 영업은 영업장소, 배후지의 특성에 따라 추가적인 영업수익을 창출하고 이에 지대한 영향을 받고 있다고 볼 수밖에 없는데, 과연 당해 영업을 영위하는 데 있어 영업장소나 배후지가 어느 정도로 영향을 미치고 영업의 본질적인 부분을 구성해야 위 규정에 해당되는지 판단하기는 매우 어

¹¹⁰⁾ 정기상, 전게논문 중 “영업손실보상의 유형 분석과 보상금액의 산정에 관한 연구”, 242면.

렵다. 따라서 위 규정이 폐업보상을 해주어야 하는지 휴업보상만으로도 족한 것인지를 판단하는 기준이 되기에는 부족하다.

(3) 당해 영업의 허가 등을 받을 수 없는 경우

다음으로 토지보상법 시행규칙은 당해 영업소가 소재하고 있는 시·군·구 또는 인접하고 있는 시·군·구의 지역 안의 다른 장소에서 당해 영업의 허가 등을 받을 수 없는 경우에는 영업의 폐지로 본다고 규정한다. 실무에서는 당해 영업소가 존재하고 있는 시·군·구 또는 인접 시·군·구의 행정청에 사실조회 등을 통해 행정청이 당해 영업의 허가가 불가능하다는 의견을 밝힌 경우에만 위 경우에 해당되는 것으로 본다. 그러나 행정청은 영업의 허가가 현실적으로는 불가능하더라도 관련 법률상 명백하게 불가능한 경우가 아니라면 허가가 불가능하다는 의견을 밝히는 것을 꺼리고, 이에 따라 당해 시·군·구 또는 인접 시·군·구에서 관련 법률 규정에 의해 당해 영업의 영위가 금지된 경우 등에만 영업의 폐지로 판단할 수 있다. 그러나 관계 법률 규정에 의해 허가가 가능한 지역이라고 하더라도 현실적으로 허가를 받는 것이 불가능한 경우가 매우 많다. 이 논문의 제1장 제1절 <사례3>의 경우에도 모텔업은 정해진 구역안에서만 영업의 허가가 가능하고, 허가가 가능한 구역에는 이미 상당수의 모텔이 존재하고 있어 허가 등을 발급받기가 어려움에도 법률적으로 허가가 불가능하지는 않다고 당해 시·군·구나 인접 시·군·구의 행정청에서 회신하여 휴업보상을 받는 데 그쳤다. 헌법상 정당보상을 실현하기 위해서는 위 규정을 적용하여 판단함에 있어 심리방법이나 판단을 달리해야 할 필요가 있다.

(4) 혐오감을 주는 영업시설의 이전이 현저히 곤란한 경우

마지막으로 토지보상법 시행규칙은 도축장 등 악취 등이 심하여 인근 주민에게 혐오감을 주는 영업시설로서 해당 영업소가 소재하고 있는 시·군·구 또는 인접하고 있는 시·군·구의 지역안의 다른 장소로 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다)이 객관적인 사실에 근거하여 인정하는 경우 영업의 폐지로 본다. 이는 일반적으로 혐오시설로 분류되는 영업소의 장소적 이전에는 인근 주민들의 집단적인 반발에 부딪히는 현실적인 어려움을 고려한 것으로 보인다. 그러나 공익사업에서 빈번하게 사업시행자로 되는 행정청에 위 사유에 해당되는지 여부를 판단하게 하는 것은 판단의 객관성을 담보하기 어렵고, 이 경우 영업장소나 배후지의 특성으로 인하여 영업의 이전이 불가능한 제1호 사유와 어떠한 차이점이 있는 것인지 매우 모호하다.¹¹¹⁾ 따라서 위 규정을 통해 폐업보상이 이루어지는 경우는 상당히 드물 것으로 보인다.

(5) 소결

토지보상법 시행규칙 제46조 제2항은 영업의 폐지에 해당하여 폐업보상이 이루어지는 경우를 유형화하였지만, 현실적으로 영업의 폐지에 해당하는 사유를 모두 포섭하고 있지 못할 뿐 아니라, 위 유형에 해당될 가능성이 있는 경우에도 뚜렷한 기준을 제시하지 못하고 있어 위 규정은 사실상 제 역할을 못하고 있다. 따라서 실무에서는 위 규정에 의해 폐업보상이 주어질 것인지 여부를 판단하기보다는 아래에서 논하는 것이 실

111) 같은 견해로, 정기상, 전계 논문, 244면.

질적 기준이 되고 있다.

3. 판례상 영업의 폐지와 휴업의 구별

(1) ‘이전가능성’

대법원은 영업손실에 관한 보상에 있어 영업의 폐지로 볼 것인지 아니면 영업의 휴업으로 볼 것인지를 구별하는 기준은 당해 영업을 그 영업소 소재지나 인접 시·군 또는 구 지역 안의 다른 장소로 이전하는 것이 가능한지의 여부에 달려 있고, 이러한 이전가능 여부는 법령상의 이전장애사유 유무와 당해 영업의 종류와 특성, 영업시설의 규모, 인접 지역의 현황과 특성, 그 이전을 위하여 당사자가 들인 노력 등과 인근 주민들의 이전 반대 등과 같은 사실상의 이전장애사유 유무 등을 종합하여 판단하여야 한다고 판시하였다.¹¹²⁾ 토지보상법 시행규칙 제46조 제2항의 규정을 통해 영업의 이전가능성을 판단 기준으로 제시하고, 현재 실무상으로 이전가능 여부는 법령상의 이전장애사유 유무와 당해 영업의 종류와 특성, 영업시설의 규모, 인접 지역의 현황과 특성, 그 이전을 위하여 당사자가 들인 노력 등과 인근 주민들의 이전 반대¹¹³⁾ 등과 같은 사실상의

¹¹²⁾ 대법원 2001. 11. 13. 선고 2000두1003 판결 등 ; 위 판시는 2002. 2. 4. 토지보상법의 제정과 함께 폐지된 「구 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특별법」 아래에서 행해진 것이나, 같은 법 시행규칙(2002. 12. 31. 건설교통부령 제344호로 폐지되기 전의 것) 제24조 제2항 제1호 내지 제3호는 현행 토지보상법 시행규칙 제 46조 제2항 제1호 내지 제3호와 별다른 내용상의 차이가 없으므로, 여전히 영업의 폐지와 휴업을 구별하는 일반기준으로서 시사하는 바가 크다는 견해로, 정기상, 전계논문, 주39.

¹¹³⁾ 영업소의 이전에 특별한 법령상의 장애사유가 없는 한, 비록 주민들의 반대가 있을 가능성이 있다고 하더라도 그러한 가정적인 사정만으로 영업소를 인접지역으로 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 단정하기는 어렵고, 인근 주민들의 반대가 정당하다고 인정되는 경우라야 폐업보상의 대상이 된다.

○ 대법원 2003. 1. 24. 선고 2002두8930 판결

이전장애사유 유무 등을 종합하여 판단하고 있다.¹¹⁴⁾

(2) 영업의 폐지 판단의 문제점 및 개선방안

법원은 영업폐지의 불가피성 내지 이전가능성의 부존재 사실의 입증책임을 보상금증액을 구하는 원고에게 부과하고 있다. 따라서 실무상으로는 주로 원고가 자신의 영업장소를 둘러싸고 있는 인접 시·군·구에 대한 사실조회를 통해 해당 영업을 위한 법령상의 장애사유 유무, 이전장소의 확보가능성, 해당 시·군·구 내에서의 동종 영업의 현황, 주민의 반대 여부와 그로 인한 사실상의 이전장애 유무 등을 밝혀 영업폐지의 불가피성을 모두 입증하여야 한다.¹¹⁵⁾ 법원은 이와 같이 영업의 이전가능성 요건을 매우 엄격하게 해석할 뿐 아니라 이에 대한 입증책임을 원고에게 부과하여 매우 드물게 폐업보상을 인정하고 있다.¹¹⁶⁾ 따라서 기

원심은 원고의 양계장을 칠곡군 또는 그 인접의 농촌지역으로 이전하는 데에 법률상의 장애는 없음에도 불구하고 주민들의 반대 민원 때문에 사실상 이전이 불가능하다고 판단한 셈인바, 주민들의 반대 민원에는 환경관련법령이나 사회생활상 요구되는 수인한도와의 관계에서 정당한 주장으로 평가될 수 없는 것들도 있고 그러한 민원을 수용한다는 것은 곧 다른 국민의 권리와 정당한 이익을 제한하고 사회 발전에 역행하는 일이므로 주민들의 반대 민원이 있다는 이유만으로 곧 그 정당성을 따지지 않은 채 이를 수용하여 이전이 사실상 불가능하다고 판단할 것은 아니다.

그러므로 원심으로서 원고의 양계장의 규모, 이로부터 발생할 수 있는 오·폐수 등의 정도와 그 방지시설 설치의 가능성 등에 기초하여 원고가 선택한 이전 신청지는 물론 그 밖에 취득이 가능하고 법령상의 장애사유가 없는 다른 농촌지역의 상황도 함께 고려하여 인근 주민들의 수인한도와의 관계에서 반대 민원의 정당성 유무를 심리한 후 이 사건 양계장의 이전 가능 여부를 판단하였어야 할 것임에도 집단민원의 정당성을 살펴보지 아니한 채 반대 민원의 가능성 혹은 그 제기만으로 곧 양계장이 이전이 사실상 불가능하다고 판단하였으므로 이러한 원심의 조치에는 영업 폐지에 관한 법리를 오해하여 심리를 다하지 아니한 잘못이 있다고 할 것이다.

114) 대법원 2001. 1. 13. 선고 2000두1003 판결, 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002두5498 판결, 대법원 2006. 9. 8. 선고 2004두7672 판결 등

115) 서울고등법원, 행정소송실무편람, 한국사법행정학회, 2003, 340~354면 참조.

116) 법원이 드물게 폐업보상을 인정한 경우는 다음과 같다.

○ 대법원 1990. 10. 10. 선고 89누7719 판결

<사안>

원고는 축산법에 의한 축산업 및 종축업등록 필하고 양돈업(종돈업 포함) 영위하였다. 주택건설사업계획이 확정된 이후 위 종돈장을 이전하기 위하여 위 영업장소로서 순천시 및 그 인접군인 승주군 등 5곳의 후보지를 선정하고 관할관청에 토지형질변경허가신청서 및 산림훼손허가신청서 등을 제출하였으나 생활환경의 오염 등을 우려하는 주민들의 집단반대진정 등으로 위 허가신청등이 모두 반려되어 위 종돈장을 이전할 수 없게 되고 피고보조참가인에 의하여 위 양돈장영업시설이 강제철거되는 등의 사태에 이르자 사육하고 있던 비육돈 및 종돈을 모두 비육돈의 가격으로 염가방매처분하고 위 축산업 등의 폐업신고를 함에 따라 그 등록이 취소되기에 이르렀다. 위 종돈장이 소재하고 있는 순천시 및 그 인접군인 승주군, 광양군, 여천군에 있어서도 원고가 경영하던 위 종돈장 규모의 양돈장 설치의 위와 같은 주민들의 반대로 사실상 불가능할 것으로 예견되었다.

<판단>

공공용지의취득및손실보상에관한특례법 시행규칙 제24조 제2항 제1호에는 영업장소 또는 배후지의 특수성으로 인하여 당해 영업소가 소재하고 있거나 인접하고 있는 시, 군 또는 구 지역안의 다른 장소에 이전하여서는 당해 영업을 할 수 없는 경우도 영업폐지사유로 규정되어 있고, 여기에는 영업장소에 인접하고 있는 시, 또는 구 지역안에서의 특수사정으로 사실상 영업소의 이전이 불가능하여 다른 장소에서 영업을 할 수 없는 경우도 포함되는 것이라고 해석되고, 원심이 적법히 확정된 사실에 의하면 원고의 순일종돈장의 경우는 그 인접군에 있어서도 실시와 같은 사정으로 인하여 영업소를 이전하여 영업을 할 수는 없게 되었음을 알 수 있으니 이는 위 규칙 제24조 제2항 제1호에 의한 영업의 폐지에 해당한다고 보아야 할 것이다.

○ 대법원 1993. 12. 21. 선고 93누10583 판결

<사안>

원고는 식용유제조공장을 운영하였다. 업체가 소재하고 있거나 인접하고 있는 성남시, 광주군, 용인군, 안성군, 화성군, 남양주군 등은 수도권정비계획법 및 공업배치 및 공장설립에 관한 법률 등에 의하여 공업단지 내가 아니면 공장시설이 허용되지 않아 공업단지가 아닌 곳으로의 공장 이전이 불가능하였다. 위 6개의 시·군 중에서 공업단지가 있는 성남시, 화성군의 경우 공업단지 내 부지가 얼마 남지 않아 공업단지 내로의 이전도 사실상 불가능하였고, 실제로 폐업에 이르렀다.

<판단>

공장이 있는 토지가 수용됨으로 인하여 그 소재지나 인근지역으로 법령상의 제한 또는 사실상의 장애로 인하여 공장을 이전할 수 없어 영업을 할 수 없게 된 것으로서 이는 공공용지의 취득 및 손실보상에 관한 특례법 시행규칙 제24조 제2항 제1, 2호 소정의 영업의 폐지에 해당한다고 봄이 상당하다.

○ 대법원 2006. 9. 8. 선고 2004두7672 판결

<사안>

원고는 용인시에서 총 5,100두 사육하는 양돈장 운영하였다. 사업인정 고시 후 양돈 시설 이전을위해 안성시 소재 토지를 매수하고 농지전용허가신청을 하였으나 우량농지라는 등의 이유로 불허가처분되었고, 용인시 소재 토지를 매수하여 형질변경허가신청을 하였으나 환경저해를 이유로 불허가처분되었다. 인접하고 있는 수원시, 성남시,

존 사업의 이전이 사실상 불가능함에도 휴업보상에 그치게 되어¹¹⁷⁾ 현실

의왕시, 이천시, 화성시, 평택시, 안성시, 용인시, 광주시에 대하여 위 지역으로 양돈장을 이전할 수 있는지를 질의하였으나, 이전이 불가능하거나 어렵다는 취지의 회신을 받았다. 다시 양돈시설이 소재하고 있는 용인시 및 인접하고 있는 시·군 지역인 평택시, 의왕시, 수원시, 이천시, 화성시, 성남시에 대하여 위 지역으로 양돈시설을 이전할 수 있는지 등에 관하여 사실조회를 하였으나, 여러 가지 사유를 들어 대부분 부정적인 회신을 보내왔다.

<판단>

이 사건 축산시설의 소재지인 용인시 및 그 인접 시·군 지역의 도시화가 빠른 속도로 진행되어 주거지역이 확대됨에 따라 법적 제한사항이 없는 곳으로서 이 사건 축산업과 같은 대규모의 돼지 등을 수용할 축산시설을 이전할 만한 부지를 구하는 것이 쉽지 아니하는 등 판시와 같은 사정에 비추어 보면, 원고가 이 사건 축산업을 용인시 또는 그 인접 시·군 지역 안의 다른 장소에 이전하는 것이 불가능하므로 이 사건 축산업에 대하여 폐업보상을 하여야 한다.

117) 사실상 영업의 이전이 불가능한 것으로 보임에도 폐업보상이 부정된 예는 다음과 같다.

○ 대법원 1994. 12. 23. 선고 94누8822 판결

<사안>

원고는 진해시에서 모피용 여우사육장 운영하였다. 수용에 즈음하여 다른 농지를 임차하여 여우사육업을 계속하려고 하였으나 실패하였다. 인근 다른 여우사육업자도 폐업하였다. 원심에서 진해시 및 인접한 마산시에 이전가능성 여부를 타진하였으나 부정적인 회신을 받았다.

<판단>

원심으로서는 이 사건 여우사육장이 소재하고 있는 진해시 및 이에 인접하고 있는 마산시, 창원시, 김해군, 창원군, 거제군 등 지역안의 다른 장소에의 이전가능성 여부를 따져 보았어야 할 것임에도 불구하고 원심은 단지 진해시와 마산시의 경우에만 한정하여 여우사육장의 이전가능성 여부를 심리하였을뿐 기록상 위 나머지 시·군의 경우에 대하여는 이를 심리하여 본 흔적이 없다. 따라서 원심이 이와 같은 심리를 하여 보지 아니하고 이 사건 여우사육업의 손실보상액을 3개월간의 휴업보상액으로 정한 이 사건 이의재결을 위법하다고 한 조치는 심리미진 및 영업폐지의 손실보상에 관한 법리를 오해한 위법을 범하였다.

○ 대법원 2002. 10. 8. 선고 2002두5498 판결

<사안>

원고는 충남 서천군에서 축사 9동에서 돼지 400마리, 개 40마리 기르는 양돈업 영위하였다. 인접 시·군 또는 구 지역은 대부분 농촌지역으로서, 가축사육금지구역으로 지정되고 있는 도십지역 등 일부지역 이외의 지역에서는 가축의 사육이 가능하여 양돈장 이전에 장애가 되는 법령상 제한사유는 찾아볼 수 없었다. 인근 시·군 또는 구 지역 내 여러 곳에서 상당 규모의 양돈업 영위 중이었다. 원고가 영위한 규모 정도의 양돈업에는 축산법상 등록 또는 허가 필요 없었다. 원고가 인근 시·군 구 지역의 토지 2필지를 순차 임차하여 관할 군수에게 축산업 용지로의 사용가능성 문의하였으나,

모두 산림법상의 제한 또는 주민의 반대 등 이유로 곤란하다고 회신하였다.

<판단>

원고가 민원의 소지가 보다 적거나 법령상 장애사유가 없을 만한 지역을 임차한 후 양돈장의 이전·신축을 질의한 것이 아니어서 위 사실만 가지고서는 원고가 상당한 노력을 다 하였다고 단정할 수 없고, 해당 군 및 인접 시·군에서 이 사건 양돈장의 이전을 허용할 수 없다는 가장 강력한 근거로 내세우는 인근 주민들의 이전반대라는 사유도 장애 발생가능성이 높다는 것일 뿐 현실적으로 발생한 사유는 아니다.

사정이 그러하다면, 이 사건 양돈장의 규모, 이 사건 양돈장이 위치한 서천군 및 인접 시·군 또는 구 지역의 토지이용실태 및 특성, 이 사건 양돈장의 이전·신축에 특별한 법령상의 장애사유가 없는 점 등에 비추어 볼 때, 비록 이 사건 양돈장이 이전·신축될 경우 악취, 해충발생, 농경지 오염 등 환경공해를 우려한 주민들의 반대가 있을 가능성이 있다고 하더라도 그러한 가정적인 사정만으로 이 사건 양돈장을 인접지역으로 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 단정하기는 어렵다고 할 것이다.

그럼에도 불구하고, 원심이 원고가 이 사건 양돈장의 이전·신축부지를 물색하기 위하여 실질적인 노력을 다하였는지, 인접지역 주민들이 이 사건 양돈장의 이전·신축을 반대하지 않을 만한 적절한 장소는 없는지, 특히 서천군과 인접 시·군 또는 구 지역에서 최근 몇 년간 양돈장 등의 이전·신축 사례가 있는지 등에 관하여 더 심리하여 이 사건 양돈장의 이전가능성을 따져 보지 아니한 채 그 판시와 같은 이유만으로 이 사건 양돈장을 이전하는 것이 현저히 곤란하다고 단정하여 이 사건 이의재결이 위법하다고 판단하고 말았으니, 거기에는 영업폐지로 인한 손실보상에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 아니하였거나, 채증법칙을 위반하여 사실을 오인한 위법이 있다고 할 것이다.

○ 대법원 2005. 9. 15. 선고 2004두14649 판결

<사안>

원고는 전북 완주군에서 5,000두의 돼지를 사육하는 양돈업 영위하였다. 완주군은 그 대부분이 농촌지역이고, 그 인접 시·군 또는 구인 전주시 덕진구와 전주시 완산구나 금산군, 논산시, 진안군, 익산시, 김제시, 임실군, 부안군 등도 가축사육금지구역으로 지정된 일부 지역(도시계획지역이나 상수원보호지역 등)을 제외하고는 대부분이 농촌 지역으로서 축사를 신축하여 양돈업을 하는데 직접적인 법령상의 제한은 없었다. 도로사업 고시 이후 완주군과 인접 시·군에서 양돈사 신축허가된 사례 다수 있고, 일부는 규모도 원고의 것보다 컸다. 원고는 1심 계속 중 인근 시·군에 축사 이전이 가능하지 및 민원발생 여부에 관하여 질의하였던바, 축사 부지에 필요한 허가만 있으면 되나 주민 반대로 어려울 것이라는 회신 받았다. 원고는 원심 계속 중 두 군데 토지에 관하여 순차로 관할 군수에게 축사 이전을 위한 신청을 하였으나 모두 불허가 되었다.

<판단>

원심은, 양돈시설이 악취, 해충 발생, 농경지 오염 등으로 인하여 민원발생이 잦고 민원이 있을 경우 양돈시설 개설이 사실상 곤란하다고 하더라도 민원의 해결 또는 인근 주민의 동의가 양돈시설 개설의 요건이 아니고, 관계 법령상의 요건을 갖출 경우 인접 시·군에서 양돈시설 설치허가를 받는 것이 불가능하다고는 보이지 않으며, 원

과는 상당한 괴리가 발생하고 있는 실정이므로, 영업의 이전가능성 요건의 해석 및 이에 대한 입증의 정도에 대한 적절한 완화가 필요할 것으로 보인다. 이 논문 제1장 제1절 <사례2>의 경우에도 여관을 운영하던 원고는 이전가능성의 부존재를 입증하지 못해 영업의 폐지로 인정받지 못하였다. 그러나 관련 행정청의 영업허가 발급 가능성은 당해 행정청에 사실조회를 통해 가능성 여부를 형식적으로 질의할 것이 아니라, 실질적으로 여관업 허가의 발급 가능성을 판단하여, 현실적으로 발급받기가 매우 어려운 것으로 보이는 상황이라면 영업의 폐지를 인정함이 상당할 것이다.

또한 폐업보상이 드물게 인정되는 이유 중에 하나는 폐업보상을 받을 경우 2년간의 영업이익 등을 포함한 금액으로 보상액이 책정되어 그 금액이 상당히 크므로 폐업보상을 인정하는 것에 관련 행정청이나 판단기관에서 상당한 부담을 갖는 것으로 보인다. 그러나 토지보상법 시행규칙 제46조 제4항은 영업의 폐지로 판단 받아 폐업보상을 받았음에도 불구하고 영업자가 영업의 폐지 후 2년 이내에 해당 영업소가 소재하고 있는 시·군·구 또는 인접하고 있는 시·군·구의 지역안에서 동일한 영업을 하는 경우에는 영업의 폐지에 대한 보상금을 환수하고 영업의 휴업 등에 대한 손실을 보상하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 부적절한 폐업보상이 이루어졌을 경우 이에 대한 시정이 가능하므로 판단 당시 법령상의

고의 양돈시설 소재지 및 인접 시·군에 축사가 개설된 사례가 최근 들어 다수 있고 그 중에는 원고가 당초 개설했던 축사보다 대규모인 것도 있는 점에 비추어, 원고가 이 사건 양돈시설 소재지인 완주군이나 인접한 진안군에 양돈시설의 이전에 필요한 신청을 하였다가 그 신청이 거절되었다는 사정만으로는 다른 인접 시·군으로의 이전이 현저히 곤란하다고 단정하기 어려우므로, 원고의 양돈업은 이 사건 토지의 수용으로 인한 폐업보상의 대상이 되지 않는다고 판단하였는바, 위 법리에 비추어 기록을 살펴보면, 이러한 원심의 사실인정과 판단은 옳은 것으로 수긍이 가고, 거기에 채증법칙을 위배하여 사실을 오인하거나 폐업보상에 관한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수 없다.

장애나 사실상의 장애로 인하여 영업을 폐지할 수밖에 없는 경우에는 결단력있게 폐업보상을 결정하여야 헌법상 정당보상의 원칙에 위배되지 않을 것이다.

그리고 토지보상법 시행규칙 제46조 제4항에 대응하여 휴업보상이 이루어진 경우라고 하더라도 영업자가 2년 이내에 기존의 영업을 개시하여 영위하지 못하고 있는 경우 폐업보상을 받을 수 있는 규정을 두어야 할 것이다. 이 경우 영업자가 영업을 개시하기 위하여 최선의 노력을 다하였는지 여부를 그 요건으로 추가하여야 할 것이고, 해당 영업소가 소재하고 시·군·구 또는 인접하고 있는 시·군·구가 아니라고 하더라도 영업을 개시하였을 경우 추가로 폐업보상을 받을 수는 없을 것이다.

제2절 유형별 손실보상

1. 문제의 제기

영업손실보상은 헌법상 보장되는 재산권인 영업권 침해에 대한 손실보상으로, 그 보상은 공익사업의 시행으로 인하여 저하된 영업권의 가치가 회복될 수 있도록 이루어져야 한다. 현행 법제는 영업의 폐지의 경우, 영업장소 이전 또는 영업시설의 일부 편입 및 영업규모의 축소에 따른 휴업의 경우, 임시영업소를 설치하여 영업을 계속하는 경우로 나누어 영업손실보상액을 구성하는 요소 및 산정기준, 방법 등을 달리한다. 영업손실보상금이 주어지는 각 유형 별로 보상항목 등을 살펴보고, 침해된 영업권에 대한 보상을 충분한 것인지, 현행 제도의 문제점 및 개선방안을 연구하기로 한다.

2. 폐업보상

(1) 현행법상 폐업보상

공익사업의 시행으로 인하여 영업을 폐지하는 경우 손실보상항목은 ① 2년간의 영업이익(개인영업의 경우 소득), ② 영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액을 더한 금액이다(토지보상법 시행규칙 제 46조 제1항). 폐업보상의 보상항목 중 2년간의 영업이익은 공익사업의 시행이 없었더라면 당해 영업을 통해 얻을 수 있었던 일정기간 동안의 소득 또는 영업이익을 보상하는 일실손실보상의 성격을 가지고,¹¹⁸⁾ 매각손실액 부분은 상실되는 영업관계를 정리하는 데에 일반적으로 소요되는 금액에 대한 실비변상으로서 영업손실보상의 객체가 되는 영업권을 간접적으로 평가하여 보상해주는 것이 된다.

(2) 문제점 및 개선방안

공익사업의 시행으로 인하여 영업을 폐지하는 경우 토지보상법에서 규정하고 있는 보상항목 및 그에 대한 산정방법으로는 침해된 영업권에 대한 충분한 회복이 이루어질 수 될 수 없다. 앞에서 살펴본 바와 같이, 일본, 영국 등은 현실적으로 발생한 손실을 보상하기 위하여 그 보상의 범위가 우리나라의 그것에 비해 훨씬 광범위한바, 입법론적으로 보상액의 현실화를 위하여 어떤 보상항목을 추가해야 할지, 보상액의 산정방법을 어떻게 달리해야 저하된 영업권을 회복할 수 있을지 살펴보도록 한다.

¹¹⁸⁾ 영업이익 보상부분은 전업에 필요한 기간 동안의 일실손실에 대한 보상이라고 설명하는 견해로, 김종수·이성근·서경규, 전계논문, 120면.

가. 인·허가권 등에 대한 보상 필요

공익사업의 시행으로 인하여 영업이 폐지되는 경우, 기존의 영업자는 자신이 영위하던 무형의 재산적 가치인 영업권을 송두리째 잃게 된다. 영업권을 구성하는 요소 중 초과적인 수익을 내도록 하는 영업상 노하우나 장소적 이점, 거래관계 등은 영업이익에 포함되어 간접적으로 보상을 받을 수 있으나, 독립적인 자산으로 거래될 수 있는 인·허가또는 대리점의 지위 등의 상실은 권리금이 따로 영업손실보상의 보상항목으로 포함되어 있지 않는 현행 제도 하에서는 보상받을 길이 없다.¹¹⁹⁾ 영업을 영위하기 위하여 필요한 행정청의 인·허가권 등은 실거래계에서 독립적으로 거래되기도 하고, 그 가치 또한 상당한 액수인 경우가 많으므로, 이 부분을 제외하고는 영업폐지로 인한 정당한 보상이 이루어지기 어려울 것이다. 이 부분에 대한 가액평가는 세법이나 회계학 등에서의 방법을 차용할 수 있을 것이고, 시세 등을 조사하여 현실적인 보상이 이루어져야 할 것이다. 또한 다변화하는 현대사회에서 미리 예정할 수 없는 영업권에 대한 포괄적인 보상 규정을 두고, 이미 보상되는 부분과 겹치지 않는 범위내에서 보상이 이루어질 수 있도록 요건을 정하여 보상하도록 할 것을 제안한다.¹²⁰⁾

나. 영업폐지에 따른 비용보상의 현실화

영업손실보상이 헌법상 정당보상의 원칙에 위배되지 않기 위해서는 공

119) 일본에서도 「토지수용법 제88조의2의 세목 등을 정하는 정령(이하 ‘보상세목정령’이라고 한다)」 제20조 제1호는 독립된 자산으로서 거래되는 관습이 있는 영업권리, 그 밖의 영업에 관한 무형의 자산에 관하여는 그 정상적인 거래가격을 폐업보상액의 보상항목으로 규정하고 있다. 정기상, 전계 논문, 256면 참조.

120) 일본의 입법례는 좋은 참고가 될 것으로 보인다.

익사업이 시행되어 영업을 폐지하지 않았더라면 발생하지 않았을 비용에 대한 충분한 보상이 이루어져야 한다. 현행 토지보상법에서는 영업용 고정자산 및 재고자산 등에 대한 매각손실액만을 영업의 폐지로 인한 비용으로 보상하고 있으나, 영업의 폐지가 이루어진 경우 노동에 관하여 발생하는 비용은 보상항목에서 배제하고 있다. 그러나 영업의 폐지가 이루어지면, 종업원을 해고하는데 필요한 해고예정수당 상당액, 전업이 상당하고 종업원을 계속하여 고용할 필요가 있다고 인정되는 경우에 있어서 전업에 통상 필요한 기간 중의 휴업수당 상당액, 영업관계를 정리하는데 특별히 필요한 노동에 대한 수당 상당액 등 노동관계에 따른 손실액이 발생할 것이다. 매각손실액, 노동관계에 따른 손실액 뿐 아니라 영업의 폐지로 인하여 발생하는 비용은 보상이 가능하도록 영업의 폐지와 비용의 발생사이에 인과관계가 인정될 경우 보상받을 수 있도록 하는 규정 또한 필요할 것이다. 따라서 노동에 관하여 발생하는 손실액 등 기타 영업의 폐지로 인하여 발생하는 손실액을 보상항목으로 추가할 것을 주장한다.

다. 보상되는 영업이익 기간의 유연화

토지보상법 시행규칙 제46조 제1항은 영업이익의 보상기간을 일률적으로 2년으로 규정하고 있다. 그러나 폐지되는 영업의 성격, 영업의 운영상황 등을 전혀 고려하지 않고 획일적으로 영업이익의 보상기간을 2년으로 정한 것은 쉽게 납득되지 않는다. 앞에서 살펴본 바와 같이 영국의 경우 영업의 폐지가 이루어지는 경우 영업의 종류에 따라 보상되는 영업이익의 액수가 달라진다. 물론 영업이익 기간을 사안별로 달리할 경우 영업이익의 보상기간을 두고 분쟁의 소지가 높아질 우려가 있으나, 적절한

시행착오를 거쳐 공감대를 형성할 수 있는 기간 결정방법을 수립하여 해결하여야 할 것이지, 분쟁의 소지를 줄이기 위해 획일적으로 영업이익 보상기간을 정하는 것은 옳지 않다고 생각한다. 또한 휴업보상의 경우 영업이익의 보상기간이 통상 3개월에 불과한 점¹²¹⁾을 고려할 때 보상금액의 차이가 매우 커 휴업보상을 받은 영업자들이 폐업보상을 받기 위해 민원을 제기하는 경우가 많은 점을 고려해보면 획일적인 영업이익 보상기간은 분쟁을 줄이는데도 효과가 없는 것으로 보인다. 영업이익 보상기간을 2년으로 정한 것이 전업을 위한 준비기간과 전업에 따른 영업 등이 정상화 되는 기간 등을 고려하여 정한 기간이라고 한다면 영업이익의 보상기간은 최소 1년으로 정하고, 영업의 종류, 기존 영업의 운영 상황 등을 고려하여 최대 2년으로 한정하여야 한다. 다만 영업자가 고령이어서 전업이 현저히 곤란하다고 인정되는 등의 특별한 사정이 있는 경우에는 최대 3년의 범위내에서 정할 수 있도록 함이 합리적일 것으로 보인다.

3. 휴업보상

(1) 현행법상 휴업보상

가. 영업장소 이전에 따른 휴업보상

공익사업의 시행으로 인하여 영업장소를 이전하여야 하는 경우의 영업손실은 ① 휴업기간에 해당하는 영업이익, ② 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익감소액¹²²⁾, ③ 휴업기간중의 영업용 자산에 대한 감가상각비

¹²¹⁾ 개정전 토지보상법 시행규칙을 기준으로 한 것이다.

¹²²⁾ 2014. 10. 22. 국토교통부령 제131호로 개정되면서 추가된 보상항목이다.

· 유지관리비와 휴업기간 중에도 정상적으로 근무하여야 하는 최소인원에 대한 인건비 등 고정적 비용, ④ 영업시설·원재료·제품 및 상품의 이전에 소요되는 비용 및 그 이전에 따른 감손상당액, ⑤ 이전광고비 및 개업비 등 영업장소를 이전함으로 인하여 소요되는 부대비용을 합한 금액으로 평가한다(토지보상법 시행규칙 제47조 제1항).

휴업기간에 관해서 토지보상법 시행규칙 제47조 제2항은 4월 이내의 범위 내에서 기간을 정하되, 특별한 사정이 있는 때에는 2년을 초과하지 않는 한도 내에서 실제 휴업기간을 영업이익 산정의 기초인 휴업기간으로 삼도록 규정한다. 2014. 10. 22. 국토교통부령 제131호로 개정되기 전의 토지보상법 시행규칙은 3월 이내의 범위에서 보상되는 휴업기간을 정하도록 되어 있었으나, 3월의 기간이 너무 짧다는 비판을 수용하여 개정 후 현재 토지보상법 시행규칙은 4월 이내의 범위로 그 기간을 연장하였다. 이와 같이 보상되는 휴업기간의 한도를 정한 것은 영업자 개인의 이전계획에 따라 이를 보상해주다보면 보상의 형평성 및 공정성에 문제가 생길 수 있어, 원칙적으로 통상 필요한 이전기간인 4월을 그 기준으로 정하여 보상해주고, 예외적으로 특별한 경우가 입증된 경우에 한해 2년의 기간 내에서 입증된 휴업기간을 보상해주는 취지로 보인다.¹²³⁾ 토지보상법 시행규칙 제47조 제2항 단서에 따라 2년의 기간내에서 4개월을 초과하는 휴업기간을 보상받을 수 있는 경우는 ① 당해 공익사업을 위한 영업의 금지 또는 제한으로 인하여 4개월 이상의 기간 동안 영업을 할 수 없는 경우(제1호)이거나, ② 영업시설의 규모가 크거나 이전에 고도의 정밀성을 요구하는 등 당해 영업의 고유한 특수성으로 인하여 4개월 이내에 다른 장소로 이전하는 것이 어렵다고 객관적으로 인정되는 경우(제

¹²³⁾ 토지보상법 시행규칙이 개정되기 전에는 실무상 사업시행자가 특별히 휴업기간을 제시하지 않은 이상, 기준 기간이었던 3월을 휴업기간으로 전제하고 영업이익을 평가하였다(영업손실보상평가지침 제17조 제1항).

2호)이다. 제1호의 경우는 공익사업의 시행 자체를 위하여 영업을 영위할 수 없는 경우이므로 적용되는 경우는 드물 것으로 보이고, 문제가 되는 것은 제2호가 될 것이다. 이 경우 영업의 고유한 특수성으로 인하여 4개월 이내에 영업장소 이전이 어려운 사정은 객관적으로 인정되어야 하고, 이는 원고가 입증하여야 하는바, 각급 법원에서 인정된 사례는 찾아보기 어렵다.

개정전 토지보상법 시행규칙은 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익감소액은 휴업보상의 보상항목으로 규정하지 않았다. 그러나 영업장소를 이전할 경우 기존의 영업이익을 회복하기 위해서는 상당한 비용과 기간이 소요될 것이고, 이러한 손실액은 불가피하게 발생할 수밖에 없으므로 이 부분에 대한 보상을 추가한 것으로 보이고, 이는 매우 바람직한 개정이라고 생각된다. 그러나 개정된 토지보상법 시행규칙 제47조 제7항은 영업장소의 이전으로 발생한 비용을 제외한 부분에서 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익 감소액은 휴업기간에 해당하는 영업이익의 100분의 20으로 하되, 그 금액은 1천만 원을 초과하지 못한다는 제한규정을 두고 있다(제7항). 이는 영업장소 이전 후 영업을 일정한 궤도에 올려놓기 위한 손실은 보상되어야 할 것이나, 이 부분 때문에 영업손실보상금의 액수가 너무 커질 것을 우려하여 그 제한을 둔 것으로 보인다. 그러나 영업의 종류, 영업이익의 크기 등과 관계없이 일률적으로 휴업기간 영업이익의 20%로 산정하고, 위 금액이 1천만 원을 넘지 않도록 정한 것은 영업손실보상의 형평성 및 공정성에 문제가 생길 것으로 보이고, 현실적인 손실보상이 이루어지지 않을 것으로 예상된다. 따라서 그 금액을 산정하는 방법 및 한도액 부분은 개정되어야 할 것이다.

휴업보상에는 영업장소 이전에 따른 실비변상적 성격을 띠는 비용이 보상항목으로 포함되어 있다. 먼저 휴업기간중의 영업용 자산에 대한 감

가상각비·유지관리비와 휴업기간 중에도 정상적으로 근무하여야 하는 최소인원에 대한 인건비 등 고정적 비용이 보상되는데, 이는 영업활동의 계속을 위하여 휴업에도 불구하고 지출되어야 하는 비용이다.

다음으로 영업시설·원재료·제품 및 상품의 이전에 소요되는 비용 및 그 이전에 따른 감손상당액은 영업시설 및 재고자산의 해체, 운반, 재설치(재적치), 시험가동 등에 소요되는 일체의 비용과 그 이전으로 인한 가치감손액을 말한다.

끝으로 이전광고비 및 개업비 등 영업장소를 이전함으로써 인하여 소요되는 부대비용은 영업장소 이전 후 종전의 영업을 계속하기 위하여 지출되어야 하는 통상적 비용으로 새로운 영업장소에서 영업을 영위하기 위해 발생하는 일체의 비용을 포괄한다고 볼 수 있다.

나. 영업시설의 일부 편입 및 영업규모 축소에 따른 휴업보상

공익사업에 영업시설의 일부가 편입됨으로 인하여 잔여시설에 그 시설을 새로이 설치하거나 잔여시설을 보수하지 아니하고는 그 영업을 계속할 수 없는 경우는 ① 해당 시설의 설치 등에 소요되는 기간의 영업이익, ② 해당 시설의 설치 등에 통상 소요되는 비용(토지보상법 시행규칙 제47조 제3항 제1,2호)을 보상한다. 영업시설이 일부 편입되어 영업시설의 설치 및 보수를 위하여 휴업을 하는 것인데, 이 경우 영업장소 이전으로 인한 영업의 휴업과 달리 영업의 계속을 위한 인건비 등 고정적 비용을 보상의 항목에서 제외한 것은 옳지 않다.¹²⁴⁾

¹²⁴⁾ 대법원도 토지보상법 시행규칙이 보수기간 중의 인건비 등 고정적 비용을 보상한다는 명문의 규정을 두고 있지는 아니하지만, 그와 같은 경우라도 고정적 비용에 대한 보상을 금하는 취지로 볼 것은 아니고, 휴업 및 보수기간 중에도 고정적 비용이 소요된다는 점에 있어서 영업장소를 이전하는 영업의 경우와 그렇지 않은 경우를 달리 볼 아무런 이유가 없으며, 영업장소의 이전을 불문하고 휴업 및 보수기간 중 소요되

영업규모의 축소에 따른 영업손실의 경우 영업규모의 축소에 따른 영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액만을 보상하도록 규정하고 있다(토지보상법 시행규칙 제47조 제3항 제3호). 그러나 일본의 경우 토지 등의 수용 또는 사용에 따라 영업규모를 축소하여야 한다고 인정되는 경우에는 ① 영업규모의 축소에 따른 고정자산 및 재고자산의 매각손실액, 종업원에 대한 해고예고수당 및 휴업수당 등, ② 영업규모의 축소에 따라 경영효율이 객관적으로 저하된다고 인정될 때에는 이로 인한 통상의 손실액을 보상한다. 위 ② 보상항목의 금액은 종전의 영업내용, 규모축소의 정도 등을 종합적으로 고려하여 축소된 영업부분에 상응하는 2년간의 수익 또는 소득액의 범위 내에서 적절하게 산정하도록 하고 있다.¹²⁵⁾

(2) 문제점 및 개선방안

가. 휴업사유의 구별의 필요성 여부

토지보상법 시행규칙은 영업장소 이전에 따른 영업의 휴업의 경우와 영업시설의 일부 편입으로 인한 경우로 나누어 그 보상항목을 달리하고 있으나, 그 사유가 무엇이든 간에 공익사업으로 인하여 영업을 휴업한다는 점에는 차이가 없다. 따라서 휴업의 사유를 나누어 그 보상을 달리할 것이 아니라 공익사업의 시행으로 인하여 기존의 영업을 휴업하는 경우

는 고정적 비용을 보상함이 적정보상의 원칙에도 부합하는 점에 비추어 보면, 영업장소를 이전하지 않는 영업의 경우에도 토지보상법 시행규칙 제25조 제1항을 유추적용하여 영업장소를 이전하는 경우와 마찬가지로 그 보수기간 중의 인건비 등 고정적 비용을 보상함이 타당하다고 판시하였다(대법원 2005. 11. 25. 선고 2003두11230 판결).

¹²⁵⁾ 보상세목정령 제22조, 정기상, 전계논문, 247-248면 참조.

에는 통일적으로 휴업보상항목 및 평가방법을 규율하는 것이 타당할 것이다.

나. 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익감소분 보상의 현실화

토지보상법 시행규칙의 개정에 따라 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익감소액은 휴업보상의 보상항목으로 포함되었다. 이는 영업장소를 이전할 경우 기존의 영업이익을 회복하기 위해서는 상당한 비용과 기간이 소요될 것이고, 이러한 손실액은 불가피하게 발생할 수밖에 없으므로 이를 보상항목에 포함한 것은 휴업보상액의 실질화에 접근한 바람직한 개정이라고 생각한다. 그러나 개정된 토지보상법 시행규칙 제47조 제7항은 영업장소의 이전으로 발생한 비용을 제외한 부분에서 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익 감소액은 휴업기간에 해당하는 영업이익의 100분의 20으로 하되, 그 금액은 1천만 원을 초과하지 못한다는 제한규정을 두고 있다(제7항). 이와 같이 제한은 영업의 종류, 영업의 규모 등에 관계없이 획일적으로 적용되고 있는바, 이와 같은 획일적 제한은 영업손실보상의 형평성 및 공정성에 문제를 야기한다. 따라서 위 보상항목의 금액을 적절하게 평가하고 산정하는 방법과 그 한도액을 영업에 따라 달리하는 등 위 조항의 개정이 필요하다.

다. 휴업보상 기간의 현실화

휴업기간에 관해서 토지보상법 시행규칙 제47조 제2항은 4월 이내의 범위 내에서 기간을 정하되, 특별한 사정이 있는 때에는 2년을 초과하지 않는 한도 내에서 실제 휴업기간을 영업이익 산정의 기초인 휴업기간으

로 삼도록 규정한다.¹²⁶⁾ 실무에서는 영업의 종류, 형태, 운영경과 등을 따지지 않고 곧바로 상한기준 기간을 휴업기간으로 고정하여 영업이익 일실부분을 평가하고 있다. 그러나 점차 더 복잡해지고 다양해지는 영업의 현실적 보상을 위해서 4월이라는 단기간을 상한기간으로 설정한 것은 헌법상 정당보상 원칙에 위배된다고 볼 수밖에 없다. 영업의 유형화 및 이에 따른 선례의 축적, 실증적 조사 등을 통해 보상되는 휴업기간을 설정하여 점차 보상되는 휴업기간에 대한 분쟁을 줄여야 할 것이다. 따라서 토지보상법 시행규칙 제47조 제2항 단서에 규정되어 있는 휴업보상기간의 상한인 2년을 모든 휴업보상 기간의 상한으로 개정함이 바람직하다.

라. 휴업보상 후 폐업보상으로의 전환

영업자가 영업의 폐지 후 2년 이내에 해당 영업소가 소재하고 있는 시·군·구 또는 인접하고 있는 시·군·구의 지역 안에서 동일한 영업을 하는 경우, 사업시행자는 영업의 폐지에 대한 보상금을 환수하고, 영업의 휴업 등에 대한 손실을 보상하도록 하고 있다(토지보상법 시행규칙 제46조 제4항). 이에 대응하여 영업자가 영업장소의 이전가능성을 인정받아 휴업보상을 받았다고 하더라도, 그 장소를 이전하지 못하여 사실상 영업을 폐업하기에 이른 경우 영업자가 폐업보상을 받을 수 있도록 하는 규정이 필요하다. 물론 이 규정이 적용되기 위해서는 영업자가 영업의 계속적 영위를 위하여 최선의 노력을 다하였음이 입증되어야 한다. 공익사

¹²⁶⁾ 2014. 10. 22. 국토교통부령 제131호로 개정되기 전의 토지보상법 시행규칙은 3월 이내의 범위에서 보상되는 휴업기간을 정하도록 되어 있었으나, 3월의 기간이 너무 짧다는 비판을 수용하여 개정 후 현재 토지보상법 시행규칙은 4월 이내의 범위로 그 기간을 연장하였다.

업이 시행되어 영업장소를 이전해야 하는 경우 그 이전가능성의 판단은 관련 행정청에 대한 사실조회나 단편적인 자료에 근거하여 이루어지는 경우가 많은데 그 판단이 항상 정확하고 현실을 잘 반영한 것이라고 볼 수 없기 때문이다. 폐업보상과 같이 휴업보상에도 이와 같은 전환규정을 둘 경우 헌법상 정당보상의 원칙에 더 부합하는 보상제도가 될 것이다.

마. 권리금 및 시설비의 보상

실거래계에서는 권리금이라는 명목으로 장래에 발생할 영업이익의 일부, 기존에 설치된 시설에 대한 사용대가 등이 수수된다. 제1장 제1절 <사례3>도 기존의 영업자들이 이미 지급한 권리금을 전혀 보상받지 못한 채 영업장소 이전에 따른 휴업보상액만을 보상받아 발생한 손실과 보상액과의 현실과의 괴리로 분쟁이 발생한 사례이다. 권리금 역시 헌법상 보호받는 재산권인 이상, 이에 대한 보상이 필요함은 쉽게 공감할 수 있으나, 그 보상의 범위 등을 어떻게 설정할 것인지는 장을 바꾸어 연구하도록 한다.

시설비보상도 역시 민사상 세입자의 원상회복의무와 상충되어 임대인에게 요구하기 어려운 것이지만, 권리금과 동일한 근거로 보상의 내용이 될 수는 있다.¹²⁷⁾ 현재 시설비보상은 폐업보상의 경우 시설이 매각을 가능함을 전제로 하여, 휴업보상의 경우 영업장소 이전이 가능하고 이전 후 사용이 가능한 것을 전제로 하여 그 손실액만을 보상하고 있다. 그러나 현실적으로 영업 시설은 매각 자체가 불가능하거나 당해 영업장소에서만 이용 가능한 경우가 많아 이와 같이 현재 영업손실보상의 일환으로 이루어지는 시설비보상은 충분하지 아니하다. 따라서 기존의 영업손실보

¹²⁷⁾ 김중보, 전계논문, 120면.

상에 대한 평가항목을 넓혀 현실적인 시설비보상이 이루어지도록 하여야 할 것이다.¹²⁸⁾

바. 영업규모 축소 부분에 대한 폐업보상

영업규모의 축소에 따른 영업손실의 경우 영업시설의 일부 편입에 따른 영업의 휴업의 경우와 같은 규정에서 규율되며, 영업규모의 축소에 따른 영업용 고정자산·원재료·제품 및 상품 등의 매각손실액만을 보상하도록 규정하고 있다(토지보상법 시행규칙 제47조 제3항 제3호). 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 영업규모가 축소됨에 따라 기존에 누리던 규모의 경제 효과가 미미해질 수도 있고, 영업의 효율성이 떨어지고 영업이익이 감소할 수도 있음에도 이러한 손실은 전혀 손실보상의 항목에서 제외하고 있는 것은 타당하지 않다. 일본의 경우도 영업규모가 축소되는 경우 폐업보상에 준하여 이에 대한 보상을 규정하고 있다. 따라서 공익사업의 시행에 따라 영업규모가 축소되는 경우에는 영업의 일부 폐업에 준하여 축소되어 감소된 부분은 영업의 폐지로 보아 그 부분에 대한 폐업보상을 하는 것이 바람직하다.

4. 임시영업소 설치의 경우

영업장소가 공익사업시행구역 내로 편입되었음에도 영업자가 영업을 일시 중단하지 않고 임시영업소를 설치하여 영업을 계속하는 경우 임시영업소의 설치비용을 보상한다(토지보상법 시행규칙 제47조 제4항 전문). 이는 휴업보상을 받을 수 있는 경우임에도 임시영업소를 설치하여 영업

¹²⁸⁾ 같은 견해로, 김종보, 전계논문, 120면 참조.

을 영위하는 것이 나올 경우 휴업보상을 대체하여 주어지는 보상이므로, 휴업보상의 평가방법에 의한 평가액을 초과할 수 없다(토지보상법 제47조 제4항 후문). 토지보상법 시행규칙은 이 경우 임시영업소의 설치비용만을 보상항목으로 규정하고 있어 임시영업을 위한 실비변상적 요소는 전혀 포함하고 있지 아니하다. 즉 영업장소의 이전에 따른 재고자산의 감소, 이전광고비 그 밖에 이전에 수반하여 통상 발생하는 비용은 손실보상의 항목에 포함하는 것이 옳을 것이다.

제3절 소결

현행 토지보상법은 영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실을 그 보상대상으로 삼고 있다. 공익사업의 시행으로 인하여 영업장소의 이전이 불가능할 경우 영업의 폐지로 인한 보상을 하고, 그 이전이 가능할 경우 영업의 휴업에 따른 손실보상을 한다. 법원은 영업의 이전가능성을 매우 엄격히 해석할 뿐 아니라, 영업폐지의 불가피성 내지 이전가능성의 부존재 사실의 입증책임을 보상금증액을 구하는 원고에게 부과하고 있어 폐업보상이 되는 예는 극히 드물었다. 이전가능성 요건에 대한 해석과 입증의 정도에 대한 적절한 완화를 통하여 공익사업의 시행으로 인하여 기존에 영위하던 영업을 현실적으로 폐지할 수밖에 없는 경우 폐업보상이 이루어지도록 하여야 할 것이다.

또한 공익사업의 시행으로 인하여 영업을 폐지하거나 휴업하는 경우 현행법에서 규정하고 있는 보상금 산정방법으로는 침해된 영업권을 회복시키는 데 있어 매우 부족하다. 폐업보상의 경우 독립적으로 거래될 수 있는 인·허가권에 대한 보상이 이루어져야 할 것이고, 영업의 폐지로

인하여 발생하는 노동관계의 정리로 인한 비용 등을 포함한 모든 비용에 대한 충분한 보상이 이루어져야 하며, 현재와 같이 영업이익의 보상기간을 2년으로 할 것이 아니라, 사안에 따라 보상기간을 유연화 하여야 할 것이다. 휴업보상의 경우 휴업사유를 구별하여 그에 대한 보상을 달리하기보다는 통일적인 방법으로 그에 대한 보상액을 산정하여야 할 것이고, 토지보상법 시행규칙의 개정으로 추가된 보상항목인 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익감소분 보상액의 획일적인 한도액 제한 및 산정방법은 영업의 유형, 규모 등에 따라 세분하여 규정하여야 할 것이다. 또한 휴업으로 인한 영업이익 보상기간의 제한을 4개월로 제한할 것이 아니고 최대 2년의 범위 내에서 사안별로 달리 정하여 하고, 휴업보상이 이루어진 후에도 사실상 영업의 폐지에 이른 경우 폐업보상을 받을 수 있는 길을 열어놓아야 한다. 또한 휴업보상의 경우에도 기존의 권리금에 대한 적절한 보상이 이루어져야 하고, 공익사업의 시행으로 인하여 영업규모가 축소된 경우, 축소된 부분에 대해서는 영업의 폐지에 준하는 보상이 이루어져야 헌법상 정당보상의 원칙에 부합할 것이다.

제5장 권리금의 보상여부

제1절 권리금의 재산권성

1. 문제의 제기

현재 우리나라에서는 장소적 이점이나 기존 시설 등에 따라 권리금이 형성되어 상가의 임차인이 새로운 임차인으로부터 이를 회수하는 것이 관행화되어 있다. 또한 권리금은 예상되는 영업이익 등을 기준으로 당사자 간의 합의에 의해 그 액수가 결정되고 경기의 변동 등에 따라 가격의 등락이 이루어지고 있는 실정이다.¹²⁹⁾ 현재는 도시중심가의 점포 뿐 아니라 사무실, 토지, 공공주택, 노점 등 수요가 높은 임차 공간이라면 어디든지 권리금이 수수되고 있다.

¹²⁹⁾ 아래에서 보는 바와 같이 주요 상권의 권리금은 임대보증금보다 훨씬 더 높게 형성되어 있기도 하며, 절대적으로 그 액수가 상당히 크다.

<주요상권 임대료 및 권리금>

(단위 : 원)

		2011. 12.	2012. 12.	2013. 12.	2014. 12.
명동 메인거리 (99㎡)	보증금	5844만	6215만	6427만	6675만
	월세	7030만	7224만	8134만	8800만
	권리금	8511만	8154만	8238만	8125만
신사동 가로수길 (99㎡)	보증금	1억2136만	1억6339만	1억8340만	2억7160만
	월세	828만	1559만	2743만	3671만
	권리금	7236만	5340만	4456만	3358만
홍대입구 (40㎡)	보증금	5877만	7332만	8200만	9695만
	월세	267만	313만	336만	390만
	권리금	2억1188만	1억8800만	1억6110만	1억4720만

자료: 에프알인베스트먼트 중개업소 종합

최현주, “강남가로수길인데 권리금이 없네요”, 2014. 12. 11.자 기사,

조인스랜드부동산(<http://news.joinsland.join.com/total/view.asp?pno=119996>).

이와 같은 권리금은 현실적으로 존재하였으나 법적으로나 제도적으로 그에 대한 보호가 이루어지지 아니하였다가, 상가건물임대차보호법이 2015. 5. 13. 개정되면서 권리금의 보호가 법제화 되었다.¹³⁰⁾ 이와 같이

¹³⁰⁾ 신설된 권리금과 관련된 상가건물임대차보호법 조항은 다음과 같다. 아래 조항은 보증금의 액수에 상관없이 상가건물 임대차에 대하여 모두 적용된다.

상가건물임대차보호법

제10조의3(권리금의 정의 등) ① 권리금이란 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 대가를 말한다.

② 권리금 계약이란 신규임차인이 되려는 자가 임차인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약을 말한다.

제10조의4(권리금 회수기회 보호 등) ① 임대인은 임대차기간이 끝나기 3개월 전부터 임대차 종료 시까지 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 함으로써 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 방해하여서는 아니 된다. 다만, 제10조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자에게 권리금을 요구하거나 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 수수하는 행위
2. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로 하여금 임차인에게 권리금을 지급하지 못하게 하는 행위
3. 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자에게 상가건물에 관한 조세, 공과금, 주변 상가건물의 차임 및 보증금, 그 밖의 부담에 따른 금액에 비추어 현저히 고액의 차임과 보증금을 요구하는 행위
4. 그 밖에 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항 제4호의 정당한 사유가 있는 것으로 본다.

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 경우

③ 임대인이 제1항을 위반하여 임차인에게 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배

권리금의 존재 및 이에 대한 보호가 명문으로 규정됨에 따라 민사적으로 권리금을 둘러싼 분쟁의 소지가 줄어들고, 사인 상호간에 권리금에 대한 보호가 두터워졌다고 볼 수 있다. 그러나 개정된 상가건물임대차보호법은 민사적으로 임대인과 임차인, 그리고 신규임차인 사이의 관계에서 권리금을 보호하기 위해 권리금 회수기회, 피해구제 강화 및 권리금 보호 인프라 구축 등을 규정하고 있을 뿐, 공법적으로 공익사업의 시행이나 재개발·재건축 등으로 인하여 권리금이 상실되는 경우에 대한 부분은 전혀 규정되어 있지 아니하다. 즉 권리금이 헌법상 보장되는 재산권의 범주에 포함되어, 공익사업 등의 시행으로 인하여 권리금을 회수할 수 없는 경우 이에 대한 보상이 어떻게 이루어질 것인가에 대한 것은 배제되어 있는 것이다.¹³¹⁾ 이는 결국 권리금을 헌법에서 보장하고 있는 재산

상할 책임이 있다. 이 경우 그 손해배상액은 신규임차인이 임차인에게 지급하기로 한 권리금과 임대차 종료 당시의 권리금 중 낮은 금액을 넘지 못한다.

④ 제3항에 따라 임대인에게 손해배상을 청구할 권리는 임대차가 종료한 날부터 3년 이내에 행사하지 아니하면 시효의 완성으로 소멸한다.

⑤ 임차인은 임대인에게 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자의 보증금 및 차임을 지급할 자력 또는 그 밖에 임차인으로서의 의무를 이행할 의사 및 능력에 관하여 자신이 알고 있는 정보를 제공하여야 한다.

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
2. 임대차 목적물인 상가건물이 「국유재산법」에 따른 국유재산 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 공유재산인 경우

제10조의6(표준권리금계약서의 작성 등) 국토교통부장관은 임차인과 신규임차인이 되려는 자가 권리금 계약을 체결하기 위한 표준권리금계약서를 정하여 그 사용을 권장할 수 있다.

제10조의7(권리금 평가기준의 고시) 국토교통부장관은 권리금에 대한 감정평가의 절차와 방법 등에 관한 기준을 고시할 수 있다.

¹³¹⁾ 이 논문 제1장 제1절 <사례3>에서 언급한 2009. 1. 19. 발생한 용산4구역 철거현장 화재사건 역시 재개발로 인하여 권리금 회수가 불가능해진 상가건물 임차인들이 권

권으로 볼 수 있는지 여부의 문제와 맞닿아있고, 이에 대한 판단을 위해서는 권리금의 의의 및 본질에 대한 이해가 필요할 것이다. 따라서 권리금의 개념, 형성요인, 발생요인, 반환과 관련된 법적관계, 유형 등을 살펴보고, 권리금이 재산권의 개념표지를 충족시키는지 헌법상 보장되는 재산권의 내용을 구성하는지 연구하도록 한다. 만약 권리금이 재산권성을 가진다면, 이를 영업권의 한 내용으로 보아 영업손실보상의 범위로 포섭시켜 법제도적으로 보호할 수 있는지 그 방법을 강구해보고 이를 위해 개선되어야 할 점을 살펴보고자 한다.

2. 권리금의 의의와 유형

(1) 권리금의 개념

권리금이라 함은 일반적으로 토지·건물 또는 상가, 점포 등이 임대차, 전대차, 임차권의 양도에 부수하여, 임차인 혹은 전차인이 임대인에게 또는 임차권의 양수인이 양도인에게 지급하는 임대보증금이나 월세 이외의 금전 기타 유가물을 의미하는 것이다. 이는 임대차 목적물의 사용과는 별개의 장소적 이익·설비나, 개축비용 등의 이익·장소와 결부된 허가권의 이용 등 오래전 개점하여 널리 홍보가 되어져 영업이 잘된다는 영업상의 요소 등에 대한 대가로써 지급되는 것을 의미한다.¹³²⁾

영업용 건물의 임대차에 있어서 권리금의 수수는 권리금계약에 의하여 지급하되 일반적으로 권리금계약은 임대차계약, 임차권양도계약 또는 전

리금 등을 포함한 현실적인 영업손실보상을 요구하다가 발생한 것으로 이와 같은 경우 권리금 보호에 대한 법제도가 마련되지 않는 한 일명 ‘용산참사’는 되풀이 될 수 있다.

¹³²⁾ 곽윤직, 채권각론, 박영사, 2003, 388면.

대차계약에 대한 종된 계약이다.¹³³⁾ 대법원은 권리금을 “영업시설·비품 등 유형물이나 거래처, 신용, 영업상의 노하우(know-how) 혹은 점포 위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정기간 동안의 이용 대가로 임차인이 임대차계약에 수반하여 임차보증금이나 차임 외에 지급하는 금전”¹³⁴⁾이라고 정의하고 있다.

(2) 역사적 형성과정

상가 권리금 수수는 주로 기존 임차인과 새로운 임차인 사이에 관행에 따라 음성적으로 이루어지는 특징을 가지고 있으므로 언제부터 권리금이 나타났는지 명확히 알 수는 없다. 권리금에 대한 여러 연구에서 권리금은 일제강점기부터 시작되었다고 추정하고 있지만, 조선고등법원에 권리금과 관련된 판례는 없다.¹³⁵⁾ 광복 이후부터 귀속재산을 권원없이 점유하며 사용하는 자가 그 사용권을 양도할 때, 귀속재산을 국가로부터 임차하는 자가 그 임차권을 양도할 때, 그리고 국유재산을 임차하여 사용하는 자가 그 사용권을 양도하면서 그 대가로서 권리금 명목으로 다액의 금전을 수수하는 일이 적지 않았다.¹³⁶⁾

그 이후 우리나라는 고도의 산업화를 거치면서 도시로 인구가 집중되는 현상이 심화되었고, 그에 따라 도시에서 상가를 임차하려는 수요가 상가의 공급보다 많아지면서 임차권 자체가 재산적 가치를 가진 권리로 평가되는 현상이 나타났다. 특히 유동인구가 많거나 기존에 높은 수익을

133) 임윤수·최완호, “주거환경정비법상 상가 영업권 보상에 관한 연구”, 법학연구 제40호(2010. 11. 25.), 42면.

134) 대법원 2008. 4. 10. 선고 2007다76986·76993판결 등 참조.

135) 신봉환, “상가건물임대차의 권리금에 관한 연구”, 동아대학교 대학원 석사학위논문, 2008, 7면.

136) 곽윤직, 전계서, 388~389면

내던 상가의 경우 옷돈을 주어서라도 당해 상가에서 영업을 영위하고자 하는 영업자들이 권리금 명목으로 기존 임차인에게 상당금액을 지급하는 형태가 관행으로 고착되기 시작하였다. 현재는 도시의 중심상권지역 뿐 아니라, 어린이집, 학원, 백화점의 진열장, 도심 상가건물 앞 가판대, 대리점, 대로변의 신문가판대, 노점상 및 구두닦이 장소, 광고 등으로 일반인들에게 잘 알려진 상호, 규제에 의해 특정지역에서 신축이나 인·허가권이 불가능한 여관, 세차장, 정비공장 등 거의 모든 업종의 임대차에서 권리금이 수수되고 있는 실정이다.¹³⁷⁾¹³⁸⁾ 나아가 권리금은 신축건물이나 아파트 상가 등에서 임차보증금 외에 별도로 책정하여 지급하는 경우도 많다.¹³⁹⁾

(3) 권리금의 발생요인

상가에 권리금이 발생하는 요인을 나누어 정리하면 다음과 같다. 먼저 ① 임차목적물의 구조를 변경하였거나, 내부에 고정된 시설물을 설치한 경우, 통신시설이나 생활편의시설 등이 설치되어 있는 경우와 같이 유형적 시설물이 존재할 때 이는 권리금의 발생요인이 된다. ② 또한 이미 상호가 널리 알려져 기존 고객층이 두텁다거나, 상가가 위치해 있는 장소의 상권이 좋다던가, 유동인구가 많거나 교통이 편리한 이점이 있는 등 위치나 기존의 영업상 축적된 무형적 자원이 존재하는 경우 권리금을

137) 이의공, “도심재개발지역 상가임차인의 법적보호에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위 논문, 2010, 192~193면 참조.

138) 현재 권리금 있는 임대차는 55%에 달하고, 임차인 85%가 향후 권리금을 받고 나가겠다고 응답함, 법무부, “상가건물임대차보호법 개정안 마련 보도자료”, 2014. 9. 24. 법무부 보도자료, 1면.

139) 이봉림, “상가건물 임대차에서의 권리금 보호에 관한 연구”, 공공사회연구 제5권 제1호(2015. 2.), 248면.

형성한다. ③ 또한 장래 발전을 예상하여 점포가 희귀할 것이라는 전제 하에 투기성 요인으로 권리금이 발생하기도 하고, ④ 인·허가를 얻기 어려운 업종이거나, 상가가 위치한 지역 자체가 엄격하게 개발이 제한되는 경우와 같이 법률이나 행정적 요인에 의해 권리금이 형성되기도 한다. ⑤ 그리고 현재 임차인이 이전 임차인에게 지급한 권리금이 있었다는 자체가 권리금의 발생요인이 되고, ⑥ 기타 임대인의 탈세 목적 또는 임차료 인상에 대한 편법으로 활용 등의 복합적인 요인에 의하여 권리금이 형성된다.¹⁴⁰⁾

3. 권리금의 반환청구에 관한 문제

(1) 권리금 반환의 주체

일반적으로 권리금은 기존의 임차인이 새로운 임차인으로부터 반환을 받거나, 임차인이 전차인으로부터 권리금을 받고, 위 전차인은 새로운 전차인으로부터 권리금을 반환받게 된다. 즉 권리금계약의 당사자는 임차인이나 전차인이지만, 임대인은 권리금 계약의 당사자가 되지 않는다. 임대인은 권리금 계약을 묵인하거나 또는 인정하더라도 임차인이나 전차인에게 장래 임대차계약이 만료되었을 때 점포를 원상회복하고 시설을 철거하며, 권리금에 대해서는 임대인을 상대로 어떠한 권리 주장을 하지 않겠다는 내용을 계약서의 단서조항으로 기입하거나 별도의 각서 등을 받는 형태가 비일비재하다. 이때 임차인은 새로운 임차인이나 전차인에게 계약서만 주고받으면서 권리금 관계에 대해서는 간이 영수증으로 대체함과 동시에 임대인에게 임대차가 양도되거나 전대되었음을 통지하고 승낙

¹⁴⁰⁾ 이봉림, 전제논문, 249~250면 참조.

을 받는 것으로 계약이 이루어지고 있다. 이 경우에도 임대인은 권리금 수수관계에 전혀 관여를 하지 않으며, 권리금에 대해서는 일체 책임을 지지 않겠다는 의사표시를 명확히 하고 있다.¹⁴¹⁾ 결국 권리금의 수수계약에서 임대인은 계약의 당사자가 아니므로 권리금을 지급받거나 권리금의 반환을 보증한다고 볼 수 없다.

(2) 권리금 반환에 관한 판례의 태도

권리금이 수수된 후 일정한 기간 이상으로 그 임대차를 존속시키기로 하는 임차권 보장의 약정하에 임차인으로부터 임대인에게 지급된 경우에는, 보장기간 동안의 이용이 유효하게 이루어진 이상 임대인은 그 권리금의 반환의무를 지지 아니한다. 다만 임차인은 당초의 임대차에서 반대되는 약정이 없는 한 임차권의 양도 또는 전대차 기회에 부수하여 자신도 일정 기간 이용할 수 있는 권리를 다른 사람에게 양도하거나 또는 다른 사람으로 하여금 일정기간 이용케 함으로써 권리금 상당액을 회수할 수 있을 것이지만, 반면 임대인의 사정으로 임대차계약이 중도 해지됨으로써 당초 보장된 기간 동안의 이용이 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 있을 때에는 임대인은 임차인에 대하여 그 권리금의 반환의무를 진다고 할 것이다. 이 경우 임대인이 반환의무를 부담하는 권리금의 범위는, 지급된 권리금을 경과기간과 잔존기간에 대응하는 것으로 나누어, 임대인은 임차인으로부터 수령한 권리금 중 임대차계약이 종료될 때까지의 기간에 대응하는 부분을 공제한 잔존기간에 대응하는 부분만을 반환할 의무를 부담한다.¹⁴²⁾

¹⁴¹⁾ 이봉림, 전제논문, 248~249 참조.

¹⁴²⁾ 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다25013 판결.

즉 대법원은 임대차계약이 계약만으로 종료된 경우, 임대인은 임차인에게 권리금 반환의무를 부담하지 아니하고, 예외적으로 임대인의 귀책사유로 인하여 임차인이 계약된 기간 동안 임대차 목적물을 사용하지 못하거나, 임차인의 권리금 회수 기회를 박탈하거나 방해한 경우에만 임대인이 임차인에게 권리금 반환 의무를 진다는 것이다.

4. 재산권의 개념표지와 권리금

그렇다면 이와 같은 권리금이 우리나라 헌법이 보장하는 재산권에 속할 수 있는지 문제된다. 앞에서 살펴본 바에 따르면 우리 헌법상 재산권은 ‘사적 유용성’, ‘처분가능성’을 개념표지로 삼고 있다고 볼 수 있고, 각 요소에 대한 해석은 유연하게 하는 것이 옳다. 이에 따를 경우 권리금이 위 개념표지를 모두 충족시키는지 살펴보기로 한다.

먼저 권리금은 기존의 영업자가 가지고 있던 무형적 영업상 이익을 누리게 하는 대가로서 수수되는 것으로 권리금을 지급하여 무형의 재산적 가치인 영업권을 이용할 수 있게 된다. 권리금이 높게 형성될수록 높은 영업이익을 낼 수 있는 영업권을 이용할 수 있다. 따라서 권리금이 ‘사적 유용성’이라는 개념표지는 충족시킨다고 볼 것이다.

다음으로 ‘처분가능성’이 문제될 수 있는데, 권리금을 지급한 기존의 영업자는 임차권을 양도하거나 전대하여 새로운 전차인 등과 같이 임차 목적물을 이어서 사용·수익하려는 자로부터 권리금을 지급받을 수 있다. 그 뿐 아니라 대법원 판례에 의하면 임대인의 사정으로 임대차계약이 중도 해지됨으로써 당초 보장된 기간 동안의 이용이 불가능하였다는 등의 특별한 사정이 있을 때에는 임차인은 임대인으로부터 그 기간에 상응하는 금액만큼 권리금을 반환받을 수 있다. 따라서 기존의 판례의 법

리에 의하더라도 권리금의 처분가능성은 인정된다고 할 수 있고, 앞서 살펴본 바와 같이 재산권의 각 개념표지는 최대한 유연하고 넓게 해석해야 하는 바 이에 따르면 권리금은 재산권의 마지막 개념표지인 처분가능성 역시 충족시킨다고 볼 것이다.

따라서 권리금은 타인을 배제하고 무형적인 영업권을 이용하여 이로부터 발생하는 수익을 향유하며 자신의 의사에 따라 처분하거나 양도할 수도 있고 이를 반환받을 수도 있어 이는 우리나라 헌법에서 보호하고 있는 재산권의 개념표지를 모두 충족시키므로 헌법상 재산권성을 가지고 있다고 볼 것이다.

5. 현행 법률에서의 권리금과 재산권성

상가건물임대차보호법이 개정됨에 따라 권리금의 범제화가 이루어졌는 바 위 법의 내용을 살펴보면 권리금의 헌법상 재산권성에 대하여 논의해보도록 한다. 먼저 상가건물임대차보호법은 기존 상관습 및 판례 등을 통하여 정립되어 온 권리금의 정의를 도입하여 그 범위를 명확하게 규정하였다(동법 제10조의3). 또한 일정금액 이하의 상가임대차에만 인정되던 대항력을 모든 상가 임대차에 확대하여 건물주가 바뀌어도 5년간 안정적인 영업을 할 수 있도록 하였다. 따라서 임차인은 권리금 지급을 통하여 누릴 수 있는 영업권의 이용기간을 일정기간 동안은 보장받게 된 셈이다. 그리고 임대인은 임차인이 신규임차인으로부터 권리금을 회수할 수 있도록 협력할 의무를 부담하고(동법 제10조의4 제1, 2항), 권리금 회수를 방해할 경우 손해배상책임을 부담하게 된다(동법 동조 제3, 4항). 아울러 권리금 산정근거와 권리금 관련 권리·의무관계를 명확히 한 표준 권리금계약서를 도입하여 분쟁예방 기능을 강화하고(동법 제10조의6), 국

토교통부장관은 권리금에 대한 감정평가의 절차와 방법 등에 관한 기준을 고시하여(동법 제10조의 7) 통일적인 권리금 평가 기준을 마련토록 하였다. 즉 상가건물임대차보호법은 임차인의 권리금을 헌법상 보호받을 수 있는 하나의 재산권보아 이를 보호할 수 있는 법적·제도적 장치를 마련하였고, 이를 통해 임차인의 지속적인 영업활동을 보장하려는데 그 입법 취지가 있다고 볼 수 있다. 결론적으로 권리금은 상가건물임대차보호법의 입법취지 및 그 내용에 비추어 볼 때 법률에 의해 헌법상 재산권의 내용을 형성하고 있다고 할 것이다.

게다가 상가건물임대차보호법이 개정되기 전에도 소득세법¹⁴³⁾이나 법인세법¹⁴⁴⁾에서는 권리금을 “점포를 임차하여 점포 임차인으로서의 지위를 양도함으로써 얻는 경제적 이익(점포임차권과 함께 양도하는 다른 영업권을 포함)”으로 보고 과세대상으로 삼고 있어 그 존재 및 재산권에 해당됨을 인정하고 있었다고 할 것이다.

따라서 권리금은 공익사업에 의해 침해가 있을 경우 손실보상이 되어야 하는 헌법상 재산권이라 할 것이다.

6. 권리금과 영업손실보상

기존 법제는, 권리금은 민사적으로 일정한 경우를 제외하고 임대인에게 대항할 수 없다는 사실을 들어 권리금의 재산권으로서의 가치를 공법

143) 소득세법 제21조 제1항 제7호, 같은 법 시행령 제41조 제4항.

144) 법인세법에는 권리금에 대한 명문의 규정은 없으나 국세청의 유권해석을 통하여 인정되고 있다, 임윤수·최완호, 전계논문, 47면 참조, 국세청 유권해석, 1999. 7. 15., 법인46012-2799 : “법인이 새로운 사업장용 건물을 임차하면서 선점 임차인에게 지급하는 비반환성 권리금으로서 사업상 편리한 지리적 여건 등 영업상의 이점 등을 감안하여 적절히 평가하여 유상으로 지급한 금액은 법인세법시행령 제24조 제1항 제2호 가목의 영업권에 해당하는 것”이라고 회신하고 있다.

적으로 부인한 것으로 보이나, 이는 타당하지 아니하다. 예컨대 주거이전비는 일반적인 전세계약에서 임대인이 지불할 의무를 지지 않지만, 사업시행자는 이를 지불해야 할 공법상 의무를 지는 것에 비추어 보면 이는 다른 문제라는 것을 알 수 있다.¹⁴⁵⁾ 따라서 권리금도 임대인이 반환할 의무가 있는지 하는 문제와 공법적으로 보상의 대상이 될 수 있는지 여부 문제는 독립적으로 판단하여 결정할 것이다.

권리금은 이론적으로 헌법상 재산권의 개념표지를 모두 충족시켜 재산권성을 가지고 있다. 게다가 현재 상가건물임대차보호법에 권리금과 관련된 규정이 신설되면서, 권리금은 그 재산적 가치 및 보호의 필요성 등이 인정되어 법률에서 헌법상 재산권의 내용으로 규정한 것이라고 해석할 수 있다. 따라서 권리금이 손실보상의 대상에 포함되어야 헌법상 정당보상의 원칙에 위배되지 않는다고 할 것이다.

또한 앞에서 살펴본 권리금의 개념, 형성과정, 발생요인을 모두 고려하면, 권리금은 높은 영업이익을 발생시킬 수 있는 무형적 자산 - 예컨대 점포의 위치, 점포에 부착되어 있는 시설, 명성, 인·허가권 등 - 에 대한 대가로 수수된다고 볼 수 있다. 영업권의 개념이 영업이익을 발생시키는 무형적 자산을 총칭하는 것임을 고려하면, 결국 권리금은 영업권을 구성하는 무형적 자산에 대한 대가인 셈이다. 따라서 개념적으로 권리금은 영업권이 일정한 가격으로 평가되어 수수된 것이라고 할 수 있고, 이는 영업권의 가장 중요한 내용이라 하겠다. 게다가 현실적으로도 권리금은 시설비를 포함할 경우 창업시 그 비용의 34.5%를 차지하고, 임차보증금이나 월차임과 비교하였을 때 그 절대적인 액수 또한 상당히 크다. 따라서 권리금에 대한 보상이 이루어지지 아니하고는 영업권에 대한 보상이 이루어졌다고 볼 수 없다. 즉 상가건물 임차인의 영업권을 구성하는

¹⁴⁵⁾ 김중보, 전제논문, 120면.

가장 본질적인 부분이라고 할 것이다.¹⁴⁶⁾

결론적으로 권리금은 그 자체가 헌법상 재산권에 해당하여 손실보상의 대상으로 인정될 뿐 아니라, 영업권의 가장 본질적인 부분을 구성하므로, 영업권의 침해를 보상하여주는 영업손실보상의 일환으로 보상되어야 한다고 주장한다.

제2절 권리금의 유형 및 보상의 범위

권리금은 수요와 공급 법칙에 따라 가격이 형성되고 관행적으로 수수 되는 것이기에 권리금의 성질 및 종류를 명확하게 구분하는데 어려움이 있지만, 실제 거래에서는 바닥권리금, 시설권리금, 영업권리금 등으로 분류하여 수수하고 있는 실정이다. 대법원에서도 ① 영업시설·비품 등 유형물의 양도 또는 일정 기간 동안의 이용대가, ② 거래처, 신용, 영업상의 노하우 등 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정기간 동안의 이용대가, ③ 점포의 위치에 따른 영업상의 이점 등 무형의 재산적 가치의 양도 또는 일정기간 동안의 이용대가로 구분하고 있다.¹⁴⁷⁾ 현행 영업손실보상의 범위에 권리금의 일부 요소가 포함되어 보상이 이루어지기도 하고, 권리금의 보상여부 및 보상의 범위를 정하는데 권리금의 구성 요소를 유형별로 나누어 분류하는 것이 도움되므로 각 유형별 권리금의 특징

146) 다음 표에서와 같이 자영업자에게는 창업때 권리금이 초기 투자금의 6.3%를 차지할 정도로 직접적인 부담으로 작용하며, 시설비를 권리금에 포함하면 이는 34.5%에 달한다.

창업시 초기 투자금의 항목별 분포

구분	부동산비용	시설비	상품 및 원료비	권리금	기타비용
비율(%)	41.3	28.2	16.8	6.3	7.3

자료 : 한국노동연구원(2002~2007), 한국노동패널조사

147) 대법원 2002. 7. 26. 선고 2002다25013외 다수.

등을 살펴본 후 영업손실보상의 범위로 포섭될 수 있는지 연구하기로 한다.

1. 권리금의 유형

(1) 지역권리금

일명 바닥권리금이라고도 하는 지역권리금은 점포가 위치한 장소에 따른 영업상의 이점 등 상업권 내의 특수한 장소적 환경 때문에 발생하는 무형의 재산적 가치로서 권리금을 이루는 가장 중요한 요소로서 전체 권리금 증감에 가장 직접적인 영향을 미친다. 점포의 위치는 유동인구의 다소, 접근성, 상권의 특징 등과 관계되어 영업의 매출과 직결되는 것으로 실제 영업을 영위하는 임차인에게 가장 중요한 요소 중 하나라고 하겠다. 다만 실제 거래에서 부동산 중개업자들이 중개에 관여하면서 중개 수수료 대신 권리금을 수수한다든지, 분양 되는 상가에 처음부터 권리금을 내걸고 임대를 하는 등의 투기적 권리금이 지역권리금에 포함되어 수수되고 있다.

(2) 시설권리금

시설권리금은 임차인이 점포의 운영을 시작할 때 투자했던 시설비용으로 점포 내에 설치한 영업시설이나 비품 등 유형물의 양도 또는 이용의 대가로서 수수되는 것이다. 일반적으로 시설권리금은 임차인이 특정영업을 위해 직접 내부설비 등을 구입 또는 시설하는데 비용을 들이기보다는 이에 대한 사용대가를 지급하는 것이 보다 경제적이라고 보여지는 영업

부분에서 통상 수수된다. 따라서 최초로 점포를 임차하여 영업을 시작한 임차인이 임대인으로부터 회수할 수 없는 인테리어, 영업시설 등을 일체로 새로운 임차인이나 전차인에게 일괄적으로 점포와 함께 사용하도록 하면서 임차기간 동안 이러한 설비를 사용함에 대한 사용대가를 일시에 보상하는 성질 또는 훼손 등으로 인한 해제권의 소멸을 예정한 설비에 대한 매매의 성질을 갖는 것이다.¹⁴⁸⁾

(3) 영업권리금

영업권리금은 거래처, 신용, 영업상의 노하우 등 점포가 가지고 있는 무형의 재산적 가치에 대한 대가로서 지급된 권리금을 말한다. 즉 당해 점포에서 동종의 영업을 영위함으로써 얻을 수 있는 수익력에 대한 대가인 셈이다. 일반적으로 영업권리금은 1년간 해당점포에서 발생하는 영업상 순이익을 말한다.¹⁴⁹⁾

(4) 인·허가권 등에 대한 권리금

이는 정부로부터 각종 인·허가를 받았거나 대기업 등의 대리점을 하고 있는 경우 영업양수를 받는 등의 방법으로 인·허가권이나 대리점권 등을 그대로 이용하는 경우의 권리금이다. 예컨대 1종 유흥주점 허가가 나오지 않는 장소에서 임차권을 양도 받으면서 유흥주점의 허가권에 대하여 권리금이 붙는 경우를 들 수 있다. 특히 신축이나 증설이 규제되어 영업허가를 받기 어려운 지역의 여관, 호텔, 목욕탕, 주유소, 정비공장,

¹⁴⁸⁾ 춘천지방법원 1992. 4. 22. 선고 91가단3362판결 참조.

¹⁴⁹⁾ 최호근, “도시정비사업에 있어서 상가세입자의 손실보상에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 석사학위논문, 2012, 153면 참조.

세차장, 1종 유흥주점 등은 영업에 대한 허가권의 양도시에 상당한 권리금이 붙어 거래되고 있다.¹⁵⁰⁾ 이와 같은 권리금은 영업을 영위할 수 있다는 것만으로도 상당한 영업이익을 보장하므로 그 가격이 매우 높게 형성되기도 한다.

(5) 복합적인 요소로서의 권리금

실거래계에서 권리금은 위에서 실시한 요소가 명확하게 구분되지 아니하고 시설권리금, 영업권리금, 지역권리금 등이 복합적으로 평가되어 권리금을 이루고 있는 경우가 더 많다. 결국 권리금은 높은 영업이익을 실현하기 위한 것들을 요소별로 평가하여 액수를 이루고 있는 것이므로 영업이익이 권리금 액수를 결정하는데 가장 중요하고 확실한 요인이다. 또한 전반적인 경기의 변동은 영업이익과 직결되는 것이므로 경기의 상황도 권리금의 액수를 결정하는 요인이다.

2. 유형별 손실보상의 범위

(1) 지역권리금

바닥권리금이라고도 불리는 지역권리금은 실거래계에서 부동산중개업자 등이 대부분 투기목적으로 형성하여 수수되는 경우가 많다. 새로운 상가를 분양하면서 아직 어떠한 영업권이 형성되지 않았음에도 미래에 형성될 가능성이 있는 상권에 대한 프리미엄 명목으로 수수되고 있는 실정인바, 오히려 이런 부분은 법적으로 수수료가 금지되는 것이 옳다고 생

¹⁵⁰⁾ 이의공, 전계논문, 198면 참조.

각한다. 이러한 경우를 제외한 지역권리금은 점포가 위치해있는 장소에 따른 것으로 이미 영업이익이나 차입에 반영되어 있다. 따라서 이 부분 권리금은 헌법상 보호되는 재산권의 범위에 있다고 보기 어렵고, 손실보상의 대상에서 제외하는 것이 타당하다.

(2) 시설권리금

점포 내에 설치한 영업시설이나 비품 등 유형물의 양도 또는 이용의 대가로서 수수되는 시설권리금은 영업의 폐지가 이루어진 경우에는 영업용 고정자산의 매각손실액이 보상의 항목에 포함되어 있어 보상이 이루어지고, 휴업하는 경우에는 당해 시설을 이전하여 사용한다는 전제하에 휴업기간중의 영업용 자산에 대한 감가상각비·유지관리비, 영업시설 등의 이전비용 및 그 이전에 따른 감손상당액을 보상받을 수 있으므로 영업손실보상에서 충분히 보상받을 수 있다. 다만, 영업의 폐지는 점포에 설치되어 있던 시설 등을 적절한 가격으로 매각할 수 있다는 가능성을 전제로 하여 이에 대한 매각손실액만이 손실보상의 대상이고, 휴업의 경우에는 기존의 시설을 이전하여 새로운 점포에서 사용할 수 있다는 것을 전제로 손실액이 책정된다. 만약 이와 같은 전제가 충족되지 않는 경우에는 당해 시설물의 감가상각 등을 한 후의 현재가액을 평가하여 보상하여야 할 것이다.

(3) 영업권리금

당해 점포에서 동종의 영업을 영위함으로써 얻을 수 있는 수익력에 대한 대가인 영업권리금의 경우 앞에서 살펴본 바와 같이 일반적으로 1년

간 해당점포에서 발생하는 영업상 순이익을 말한다. 개정된 상가건물임대차보호법에 따르면 임차인은 계약갱신요구권을 행사하여 최대 5년간 임대차계약을 유지하며 영업을 할 수 있으므로, 영업권리금에 대한 보상은 5년에서 영업을 영위한 기간을 제외한 기간에 대응하는 부분에 대한 영업권리금을 보상하여야 한다. 다만 영업손실보상금에는 영업을 폐지하거나 휴업하여 얻을 수 없었던 영업이익이 포함되어 있으므로, 보상되는 영업기간은 영업을 영위한 기간으로 보아 영업권리금액을 산정하여야 할 것이다.

(4) 인·허가권 등에 대한 권리금

권리금에 인·허가권 등에 대한 가치가 포함되어 있는 경우, 필자의 주장에 따르면 폐업보상의 경우 이는 객관적으로 평가되어 보상의 항목에 포함되므로 이 부분 권리금은 중복적으로 보상될 수 없다. 또한 휴업보상을 받았음에도 새로운 장소에서 인·허가 등을 발급받지 못한 경우에는 실질적으로 영업을 폐지해야 하는 상황이므로 필자의 주장에 따르면 영업을 폐지된 경우로 전환되어 폐업보상을 받게 되므로, 휴업보상의 경우 이 부분에 대한 권리금 보상은 고려할 필요가 없을 것이다.

(5) 복합적 요소로서의 권리금

기타 권리금을 형성하는 복합적인 요소는 영업이익에 이미 반영된 경우 등이 많고, 따로 평가할 수도 없는 요소이므로 이 부분에 대한 권리금 보상은 이루어질 수 없다.

제3절 권리금 보상을 위한 개선방안

1. 투기적 권리금 제재

권리금에는 영업권이나 시설이용에 대한 대가가 아니라 부동산의 가치를 과대하게 평가받아 차익을 취득하려는 투기적 목적으로 권리금이 수수되는 경우가 있다. 앞서 말한 지역권리금이 이러한 목적으로 수수되는 경우가 많은데, 상가를 분양하면서 아직 어떠한 영업권이 형성되거나 시설 등이 설치되지 않았음에도 부동산중개업자 등이 권리금 명목으로 프리미엄을 받는 것이다. 이는 일부 부동산 관련 업자들의 정당하지 못한 이익을 실현시키고, 권리금의 적정한 가격 형성에 저해가 되는 요소일 뿐 아니라 건전한 부동산 시장에도 부정적인 영향을 끼치는 요소이므로 근절되어야 한다고 생각한다. 따라서 이 부분은 앞서 말한 바와 같이 수수되었다고 하더라도 보상의 범위에 포함될 수 없고, 이러한 목적의 권리금 수수는 법적으로 금지시키는 것이 타당하다.

2. 권리금의 객관적 자료 현출

권리금이 보상의 대상에 포섭되기 위해서는 음성적으로 수수되던 것을 임대차계약서나 독립된 권리금계약서에 권리금 항목을 추가하여 이를 명시적으로 표기하도록 함으로써¹⁵¹⁾ 권리금의 수수 및 액수가 객관적 자료

¹⁵¹⁾ 개정된 상가건물임대차보호법 제10조의6은 국토교통부장관은 임차인과 신규임차인이 되려는 자가 권리금 계약을 체결하기 위한 표준권리금계약서를 정하여 그 사용을 권장할 수 있다고 규정하고 있는바, 이와 같은 계약서의 사용을 강제화 하는 것이 필요할 것이다.

에 현출되도록 하여야 한다. 이를 통하여 권리금 보상에 대한 분쟁의 여지를 줄이고, 탈세를 방지하는 효과까지 누릴 수 있을 것이다. 다만, 현실적으로 계약시 이에 대한 누락을 방지하기 위하여 사업자등록신청을 할 때 점포를 임차한 경우 권리금 부분에 대한 기재나 독립된 계약서를 제출받은 후 사업자등록신청을 받도록 하는 등 이를 강제할 수 있는 제도가 필요하다.

3. 권리금 평가 기준 및 방법의 통일

개정된 상가건물임대차보호법 제10조의7은 국토교통부장관이 권리금에 대한 감정평가의 절차와 방법 등에 관한 기준을 고시할 수 있다고 규정하고 있는바, 권리금 평가에 대한 통일적 방법과 기준 등을 통해 객관적이고 신뢰성 있는 권리금의 평가가 선행되어야 이에 대한 보상이 가능할 것이다.

제4절 소결

권리금은 현실적으로 존재하고 그 금액 또한 상당한 액수를 형성하고 있음에도 그동안 법적으로 존재를 인정받거나 보호받지 못했다. 권리금은 헌법상 보호되는 재산권의 개념표지를 모두 충족시킬 뿐 아니라 상가건물임대차보호법이 개정되면서 이에 대한 보호가 제도적으로 구비되어 재산권성을 가진다고 할 것이다. 그러나 공익사업의 시행으로 인하여 영업을 폐지하거나 휴업해야 하는 경우 권리금에 대한 보상 부분은 아직 어떠한 법률규정이나 제도가 마련되지 않았다.

권리금은 헌법에서 보호되는 재산권에 해당하는바 손실보상의 범위에 포함되어야 할 것이고, 이는 영업권의 본질적 부분을 구성하는바 영업손실보상의 일환으로 보상되어야 할 것이다. 다만 구체적으로 권리금 중 지역권리금은 투기적 목적으로 수수되어 보호할 가치가 없거나 영업이익 또는 차임에 포함된 경우가 많으므로 보상의 범위에서 제외되어야 할 것이고, 시설권리금은 영업손실보상의 보상항목에 포함되어 있으므로 이 역시 보상의 범위에서 제외되어야 한다. 영업권리금은 상가건물임대차보호법에서 보장하고 있는 임대차기간인 5년에서 영업을 영위한 기간을 제외한 기간에 대응하는 부분에 대한 부분을 보상하여야 한다. 다만 영업손실보상금에서 보상되는 영업기간은 영업을 영위한 기간으로 보아 영업권리금액을 산정하여야 할 것이다. 또한 인·허가권 등에 대한 권리금은 필자의 주장에 따르면 폐업보상시 독립적 보상항목으로 평가되어 보상받을 수 있고, 휴업보상의 경우에는 인·허가권이 상실될 때에는 사실상 영업을 폐지하는 것이 되어 폐업보상을 받을 수 있으므로 이 부분에 대한 권리금 보상은 이루어질 필요가 없다. 마지막으로 기타 권리금을 형성하는 복합적인 요소는 영업이익에 이미 반영된 경우 등이 많고, 따로 평가할 수도 없는 요소이므로 이 부분에 대한 권리금 보상은 이루어질 수 없다.

이와 같이 권리금에 대한 보상이 이루어지기 위해서는 투기적 목적으로 수수되는 지역권리금은 법적으로 그 수수를 금지시켜야 할 것이고, 권리금의 수수 및 그 금액이 객관적 자료에 현출될 수 있도록 권리금을 기재하도록 하는 임대차계약서나 독립된 권리금계약서의 사용을 강제하여야 할 것이며, 권리금에 대한 통일적이고 적절한 평가방법 및 평가기준이 수립되어야 할 것이다.

제6장 결론

헌법상 보장되는 재산권은 사적 유용성 및 그에 대한 원칙적인 처분권을 내포하는 재산가치 있는 구체적인 권리로서, 우리 헌법상 재산권의 개념표지로 ‘사적 유용성’, ‘처분가능성’을 들 수 있다. 영업권이란 지리적 이점, 인허가 등 법률상의 지위, 영업의 비법, 기업의 전통 및 신용·명성·거래선 등 영업상의 이점 등과 같이 영업을 영위함에 있어 수익을 올릴 수 있는 모든 무형자산을 포함하는 재산적 가치를 아우르는 것인데, 이는 우리 헌법상 보호되는 재산권에 속한다고 할 것이다. 영업손실보상은 생활보상의 일환이이 아닌 헌법상 보호되는 재산권인 영업권의 침해에 대한 손실보상제도이다. 이러한 관점에서 현재 우리 법제에서 인정되고 있는 영업손실보상은 헌법상 정당보상원칙에 위배된다고 할 것이다.

먼저, 영업손실보상의 ‘영업’요건과 관련하여 현재 법제는 위 요건을 지나치게 엄격하게 인정하여 그 보상의 범위를 축소시키고 있다. 이를 개선하기 위하여, 영업손실보상의 대상이 되는 영업은 시간적으로는 사업인정고시일을 포함하여 공익사업의 구체적 내용 등을 예측할 수 있는 시점 이전에 영업을 개시하면 되고, 장소적으로는 반드시 적법한 장소에서 영위하고 있던 영업일 필요는 없을 것이다. 또한 영업을 계속 영위할 의사를 가지고 계속적 반복적으로 하고, 관련 법령에서 요구하는 허가 등을 갖추지 못하였다고 하더라도 허가의 결여가 영업을 본질적으로 위법하게 만들지 못한다면 이는 영업손실보상의 대상이 된다고 볼 것이다. 또한 인적·물적 시설을 모두 갖추 필요 없이 일정한 장소에 영업에 필요한 시설을 갖추었고, 영리목적이 없더라도 일정한 대가관계 속에서 이루어진 경제활동이고, 공익사업의 시행으로 인하여 손실을 입었다면 영

업손실보상의 대상이 되는 영업이라고 봄이 타당하다고 할 것이다.

다음으로 영업손실보상의 보상 범위에 관하여 살펴건대, 현행 토지보상법은 영업을 폐지하거나 휴업함에 따른 영업손실을 그 보상대상으로 삼고 있다. 대법원은 공익사업의 시행으로 인하여 영업장소의 이전이 불가능할 경우 영업을 폐지로 인한 보상을 하고, 그 이전이 가능할 경우 영업을 휴업에 따른 손실보상을 하는데, 영업을 이전가능성을 매우 엄격히 해석할 뿐 아니라, 영업폐지의 불가피성 내지 이전가능성의 부존재 사실의 입증책임을 보상금증액을 구하는 원고에게 부과하고 있어 폐업보상이 되는 예는 극히 드물었다. 이전가능성 요건에 대한 해석과 입증의 정도에 대한 적절한 완화를 통하여 공익사업의 시행으로 인하여 기존에 영위하던 영업을 폐지할 수밖에 없는 경우 폐업보상이 이루어지도록 하여야 할 것이다.

또한 공익사업의 시행으로 인하여 영업을 폐지하거나 휴업하는 경우 토지보상법에서 규정하고 있는 보상항목 및 그에 대한 산정방법으로는 보상금액이 영업자가 실제로 입는 손실을 보전하기에 부족하다. 폐업보상의 경우 독립적으로 거래될 수 있는 인·허가권에 대한 보상이 이루어져야 할 것이고, 영업을 폐지로 인하여 발생하는 노동관계의 정리로 인한 비용 등을 포함한 모든 비용에 대한 충분한 보상이 이루어져야 하며, 현재와 같이 영업이익의 보상기간을 2년으로 할 것이 아니라, 사안에 따라 보상기간을 유연화 하여야 할 것이다. 휴업보상의 경우 휴업사유를 구별하여 그에 대한 보상을 달리하기보다는 공익사업의 시행으로 인하여 영업을 휴업한 경우 통일적인 방법으로 그에 대한 보상액을 산정하여야 할 것이고, 토지보상법 시행규칙의 개정으로 추가된 보상항목인 영업장소 이전 후 발생하는 영업이익감소분 보상액의 획일적인 한도액 제한 및 산정방법은 영업의 유형, 규모 등에 따라 세분하여 규정하여야 할 것이

다. 또한 휴업으로 인한 영업이익 보상기간의 제한을 4개월로 제한할 것이 아니고 최대 2년의 범위 내에서 사안별로 달리 정하여 하고, 휴업보상이 이루어진 후에도 사실상 영업의 폐지에 이른 경우 폐업보상을 받을 수 있는 길을 열어놓아야 한다. 또한 휴업보상의 경우에도 기존의 권리금에 대한 적절한 보상이 이루어져야 하고, 공익사업의 시행으로 인하여 영업규모가 축소된 경우, 축소된 부분에 대해서는 영업의 폐지에 준하는 보상이 이루어져야 헌법상 정당보상의 원칙에 부합할 것이다.

다음으로 권리금이 영업손실보상에 포함될 수 있는지 여부가 문제될 수 있다. 권리금은 현실적으로 존재하고 그 금액 또한 상당한 액수를 형성하고 있음에도 그동안 법적으로 존재를 인정받거나 보호받지 못했다. 상가건물임대차보호법이 개정되면서 처음으로 이에 대한 보호가 제도적으로 구비되었으나, 공익사업의 시행으로 인하여 영업을 폐지하거나 휴업해야 하는 경우 권리금에 대한 보상 부분은 아직 어떠한 법률규정이나 제도가 마련되지 않았다. 권리금은 헌법에서 보호되는 재산권의 개념표지를 모두 충족시켜 재산권성을 가지며, 이는 영업손실보상의 대상이 되는 영업권의 본질적인 부분을 형성하는바, 영업손실보상의 범위에 포함되어야 할 것이다. 다만 구체적으로 권리금 중 지역권리금은 투기적 목적으로 수수되어 보호할 가치가 없거나 영업이익 또는 차임에 포함된 경우가 많으므로 보상의 범위에서 제외되어야 할 것이고, 시설권리금은 영업손실보상의 보상항목에 포함되어 있으므로 이 역시 보상의 범위에서 제외되어야 한다. 영업권리금은 상가건물임대차보호법에서 보장하고 있는 임대차기간인 5년에서 영업을 영위한 기간을 제외한 기간에 대응하는 부분에 대한 부분을 보상하여야 한다. 다만 영업손실보상에서 보상되는 영업기간은 영업을 영위한 기간으로 보아 영업권리금액을 산정하여야 할 것이다. 또한 인·허가권 등에 대한 권리금은 필자의 주장에 따르면 폐

업보상시 독립적 보상항목으로 평가되어 보상받을 수 있고, 휴업보상의 경우에는 인·허가권이 상실될 때에는 사실상 영업을 폐지하는 것이 되어 폐업보상을 받을 수 있으므로 이 부분에 대한 권리금 보상은 이루어질 필요가 없다. 마지막으로 기타 권리금을 형성하는 복합적인 요소는 영업이익에 이미 반영된 경우 등이 많고, 따로 평가할 수도 없는 요소이므로 이 부분에 대한 권리금 보상은 이루어질 수 없다. 이와 같이 권리금에 대한 보상이 이루어지기 위해서는 투기적 목적으로 수수되는 지역 권리금은 법적으로 그 수수를 금지시켜야 할 것이고, 권리금의 수수 및 그 금액이 객관적 자료에 현출될 수 있도록 권리금을 기재하도록 하는 임대차계약서나 독립된 권리금계약서의 사용을 강제하여야 할 것이며, 권리금에 대한 통일적이고 적절한 평가방법 및 평가기준이 수립되어야 할 것이다.

이 논문에서 제시된 영업손실보상의 보상요건 및 보상범위의 개선 방안을 실현시키기 위하여 현실적으로 어떤 법과 제도를 마련해야하는지, 또한 이에 따라 야기될 수 있는 문제점이나 보완방법 등은 앞으로의 연구 과제로 미루도록 한다.

참고문헌

1. 단행본

- 곽윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003.
- 고려대학교 민족문화연구원(편), 「고려대 한국어대사전」, 2009.
- 권영성, 「헌법학원론」, 법문사, 2006.
- 김남진·김연태, 「행정법 I」, 법문사, 2004.
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2014.
- 김종보, 「건설법의 이해」, 박영사, 2008.
- 류지태, 「행정법신론」, 신영사, 2007.
- 박근성, 「행정법론(상)」, 박영사, 2010.
- 박윤훈, 「최신 행정법강의 (상)」, 박영사, 2009.
- 박정훈, 「행정법의 체계와 방법론」, 박영사, 2005.
- 박정훈, 「행정소송의 구조와 기능」, 박영사, 2006.
- 서울고등법원, 「행정소송실무편람」, 한국사법행정학회, 2003.
- 석종현, 「일반행정법(상)」, 삼영사, 2005.
- 성낙인, 「헌법학」 제2판, 법문사, 2002.
- 이선영, 「신토지수용과 보상법론」 제2판, 도서출판 리복스, 2008.
- 이원우, 「경제규제법론」, 홍문사, 2010.
- 이은영, 「채권각론」 제4판, 박영사, 2004.
- 정종섭, 「헌법학원론」 초판, 박영사, 2006.
- 지원림, 「민법강의」 제8판, 홍문사, 2009.
- 한길수, 「영업손실보상 개선에 관한 기초조사」, 감정평가연구원, 1998.
- 허영, 「한국헌법론」, 박영사, 2007.
- 홍정선, 「행정법 특강」 제5판, 박영사, 2006 등.

2. 논문

- 강교식, “손실보상에 관한 법률해석례의 법규화 검토”, 감정평가연구 제16집 제1호, 2006.
- 고재승, “영업손실보상의 이론적 배경과 문제점 고찰”, 월간자치발전 제8권 제1호, 한국자치발전연구원, 2002.
- 김광수, “독일 공법의 재산권보장과 국가책임 확장이론”, 서울대학교 박사학위논문, 1994.
- 김문현, “보상규정 없는 법률에 기한 수용적 재산권 제한에 대한 권리구제방법”, 고시연구, 2000. 8.
- 김병권 · 성현모, “영업손실보상 개선에 관한 기초조사”, 감정평가연구원, 1998.
- 김용섭, “행정법상 신고와 수리”, 판례월보 제352호, 2000.
- 김종수 · 이성근 · 서경규, “영업손실 보상범위의 문제점과 개선방안”, 감정평가학 논집 제8권 제2호, 2009.
- 김종보, “계획제한과 손실보상논의의 재검토”, 부동산법학(99. 2.), 1999.
- 김종보, “막다른 도로와 손실보상”, 현대공법학의 과제, 청담최송화교수 화갑기념논문집, 2002.
- 김종보, “재개발사업의 철거와 세입자 보상”, 행정법연구 제23호, 2009.
- 김종보, “특수한 형태의 수용과 보상 - 도시개발법, 도시재개발법을 중심으로”, 토지보상법연구 제3집, 2003.
- 김태오, “현대적 재산권의 본질과 한계에 관한 연구”, 서울대학교 박사학위 논문, 2011.
- 김현동, “세법상 무형자산에 관한 규정의 문제점과 개선방안에 관한 연구 -상법, 기업회계기준, 자본시장법과의 조화를 중심으로-”, 연세대학교 법학과 박사학위 논문, 2010.

- 김해성 · 정철모, “공법상 영업손실 보상의 개선방안에 관한 연구”, 한국 도시행정학회 도시행정학보 제25집 제1호, 2012.
- 나채준, “영국의 상가 임차권에 대한 손실보상제도에 대한 연구-영국의 영업 손실보상제도와 상가 권리금보상에 대한 논의를 중심으로-”, 사단법인 한국공법학회 공법연구 제37집 제4호.
- 류일용, “공법적 영업손실 보상에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 박사학위 논문, 2006.
- 류하백, “일본의 토지수용과 보상제도”, 토지공법연구 제49집, 사단법인 한국토지공법학회, 2010.
- 법무부, “상가건물임대차보호법 개정안 마련 보도자료”, 2014. 9. 24. 법무부 보도자료.
- 신봉환, “상가건물임대차의 권리금에 관한 연구”, 동아대학교 대학원 석사학위논문, 2008.
- 이봉림, “상가건물 임대차에서의 권리금 보호에 관한 연구”, 공공사회연구 제5권 제1호, 2015.
- 이수안, “무허가건축물의 법적지위에 관한 연구”, 서울대학교 법학전문대학원 석사학위 논문, 2015.
- 이의공, “도심재개발지역 상가임차인의 법적보호에 관한 연구”, 건국대학교 박사학위논문, 2010.
- 이지연, “손실보상의 대상으로서의 권리금에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 석사학위 논문, 2011.
- 임윤수 · 최완호, “주거환경정비법상 상가 영업권 보상에 관한 연구”, 법학연구 제40호, 2010.
- 임중호, “상법상의 영업개념과 영리목적 도그마”, 비교사법 제17권 제3호, 2010.

- 정기상, “영업손실보상의 대상인 영업의 개념과 범위-대상판결 : 대법원 2012. 12. 13. 선고 2010두12842판결-, 사법 24호 (2013년 6월), 2013.
- 정기상, “영업손실보상의 유형 분석과 보상금액의 산정에 관한 연구”, 사법논집 제57호, 2013.
- 정주희, “상가권리금 법제화와 보상”, 한국부동산연구원 이슈브리핑 제13호, 2014.
- 정혜영, “한국 헌법 제23조와 독일 분리이론에 의한 그 해석가능성”, 공법연구 제33집 제4호, 한국공법학회, 2006.
- 조재석, “영업손실 보상의 공법적 검토 및 개선방안”, 국민대학교 법무대학원 석사학위논문, 2013.
- 최계영, “건축신고와 인·허가의제”, 행정법연구 제25호, 2009.
- 최호근, “도시정비사업에 있어서 상가세입자의 손실보상에 관한 연구”, 단국대학교 대학원 석사학위논문, 2012.

3. 기사

- 최현주, “강남가로수길인데 권리금이 없네요”, 2014. 12 11.자 기사, 조인스랜드부동산(<http://news.joinsland.join.com/total/view.asp?pno=119996>).

Abstract

Research on Business Loss Compensation -focusing on the Legitimacy of Business and the Scope of Compensation-

KIM, Ji Hee

When a nation inflicts an extraordinary economic loss on its citizen in the course of a legitimate exercise of governmental power, whether and how much compensation should be afforded to a loss-suffering citizen, have been subjects of sharp controversy. Notably, when an existing business is located within an area later designated for public use through eminent domain, our body of law calls for compensation for losses to the business itself irrespective of damage to the business facilities. This compensation for business loss should be understood as compensation for an infringement on the right to conduct business—a constitutionally protected property right—rather than a compensation for lost livelihood. From this perspective, there is a high likelihood that compensation for business loss as currently recognized under our body of law may violate constitutional principles of just compensation. Therefore, as described in more detail below, I propose improvements through easing of the requirements to qualify for business loss compensation, expanding the scope of compensation, and recognizing

goodwill premium as an element of business loss to be compensated.

Firstly, current legislation limits the scope of compensation by an excessively strict adherence to certain 'business' requirements to qualify for business loss compensation. Any business that is not fundamentally unlawful and that actually comprises the essential elements of a business should be eligible to qualify for loss compensation. Moreover, the Supreme Court determines whether to compensate for discontinuance of business based on the feasibility of relocating a business and, because the plaintiff has had to bear the burden of proving the inevitability of discontinuance and the impossibility of relocation, compensation has rarely been granted for discontinuance of business. The interpretation of and the thresholds for proving impossibility of relocation should be relaxed in order to enable appropriate compensation for discontinuance of business. Also, when a business is discontinued or suspended as a result of the exercise of eminent domain for a public undertaking, since compensation amounts calculated under the methods and categories currently stipulated in the Land Compensation Act are insufficient to make businesses whole for actual losses, improvements should be made.

Next, although goodwill premiums actually exist and exhibit high monetary value, the concept had not been legally recognized or protected. Although an amendment to the Commercial Building Lease Protection Act first established institutional protections for goodwill premiums, these protections did not include compensation for goodwill premium when a business is discontinued or suspended as a result of the exercise of eminent domain for a public undertaking. Goodwill premiums have property right

aspects since they satisfy all of the conceptual elements of constitutionally protected property rights, and form the very essence of the right to conduct business, and should therefore be included in the scope of business losses to be compensated. Nevertheless, each element of the goodwill premium should be assessed in detail so that any compensation for goodwill premium does not result in overlap and double-compensation with other existing compensation for business loss. In order to make such compensation of goodwill premiums viable, speculative district premiums must be legally prohibited, objective documentation of the receipt and amount of goodwill premiums must be achieved through mandatory recording of goodwill premium amounts in lease agreements or separate goodwill premium contracts, and an adequate and uniform method and standard for the valuation of goodwill premiums should be established.

Key Words: Property Rights, Business Rights, Business Loss Compensation,
Requirement and Scope of Business Loss Compensation,
Goodwill Premium

Student number: 2006-21601