

| 글. 김재환\_ Kim, Jae-hwan  
·  
법무법인 바른 변호사

## 상가개발비

Development Cost for the Commercial Arcades



서울대 법대, 동 대학원 법학과를 졸업하였고, 미국 워싱턴주립대 Law School로 연수를 다녀왔다. 제 32회 사법시험, 제34회 행정고시(재경직)에 합격하여 사법연수원을 제22기로 수료한 후 1993년부터 인천지방법원을 시작으로 서울가정법원, 영동지원, 흥성지원, 서울중앙지방법원, 서울고등법원 등지에서 판사로 재직하였다. 이후 대법원 재판연구관을 거쳐 대전지방법원, 수원지방법원, 서울북부지방법원 등지에서 부장판사로 재직하였으며, 겸임으로 옥천군, 보령시, 대덕구 등지의 선거관리위원회 위원장과 언론중재위원회 경기중재부장을 역임하였고, 2014년 법관직을 사직하고 법무법인 바른의 파트너 변호사로 활동하고 있다.

민사·형사·가사·행정·조세에 관한 다수의 논문을 발표하였고, 형사소송 전문가로서 <2013년 형사소송법(법문사)>와 <국민참여재판-이론과 실제-(베리북스)>를 출간한 바 있다.

신축상가를 분양할 때 분양계약을 체결하면서 분양대금과는 별도로 상가개발비 항목을 두어 수분양자가 분양자에게 상가개발비 명목의 금원을 지급하기로 하는 경우가 종종 있다. 이러한 경우 해당 금원의 전용 및 반환 등과 관련하여 분양자와 수분양자 사이에 분쟁이 끊이지 않고 있는데, 그 금원의 법적 성격이 무엇인지, 전용이나 반환이 법적으로 허용되는 것인지 여부가 문제될 수 있다.

먼저 상가개발비의 법적 성격이 무엇인지는 일반적인 계약의 경우와 마찬가지로 당사자의 의사 해석의 문제라 할 수 있는데, 기본적으로 분양계약의 내용, 상가개발비를 지급하게 된 동기 및 경위, 당사자가 그 거래행위에 의하여 달성하고자 하는 목적, 거래의 관행 등을 종합적으로 고찰하여 판단하여야 한다는 것이 대법원 판례의 기본입장이다.

그런데 신축상가의 분양계약에서 분양대금과 별도로 상가개발비 항목을 두어 수분양자에게는 이를 지급할 의무를 부담시키는 한편, 분양자에게는 상가홍보, 상가 공통의 인테리어 설치 등 기본적인 영업환경을 조성하고 상권이 형성되도록 할 의무를 부담시키는 경우라면 판례는 이를 위임약정으로 보고 있다(대법원 2013. 10. 24. 선고 2010다22415 판결 참조). 즉 이러한 상가개발비 약정은 수분양자가 분양자에게 상가 홍보, 인테리어 시공 등 상가의 활성화를 위한 사무처리를 위임하고 그 위임사무의 처리를 위한 비용 및 보수를 상가개발비란 명목으로 지급하고, 분양자는 지급받은 상가개발비 금액 한도 내에서 상가 활성화 사무를 처리하기로 한 약정으로 보고 있는 것이다.

다음으로 상가개발비의 전용가능 여부와 관련하여, 민법 제681조는 위임의 경우 '수임인은 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 위임사무를 처리하여야 한다'고 규정하고 있으므로(민법 제682조) 수임인인 분양자는 결국 위임의 본지에 따라 선량한 관리자의 주의로써 상가개발비를 관리하고 상가활성화 사무를 위하여 이를 집행할 의무를 부담하는 것이 된다. 여기서 선량한 관리자의 주의라 함은 보통의 주의력을 가진 행위자가 구체적인 상황에서 통상 가져야 할 주의의 정도를 말한다(대법원 1985. 3. 26. 선고 84다카1923 판결 등 참조).

따라서 상가개발비 명목의 금원은 그 용도를 전용하여 원래 분양자 자신이 부담하여야 할 분양대행수수료, 중개수수료 등의 지급에는 사용할 수 없다.

한편, 상가개발비 약정이 분양계약에 편입된 경우 분양계약이 해제되면 상가개발비 약정 역시 함께 종료하게 되는데, 상가개발비가 과연 누구에게 귀속되는 것인지가 문제될 수 있지만 상가개발비 반환의무의 발생이나 그 내용 등은 분양계약 당사자의 약정에 따라 정해지는 것이 원칙이라 할 수 있다.

그런데 상가개발비 반환 약정이 있다 하더라도 특수한 사유로 그러한 약정이 효력이 없는 경우가 있을 수 있다. 즉, 약관의 형식으로 분양계약이 체결된 경우에는 그 약관의 내용이 사적 자치의 영역에 속하는 것이라고 하더라도 당연히 '약관의 규제에 관한 법률'의 적용을 받게 되는데(대법원 2010. 10. 28. 선고 2008다83196 판결 등), '분양계약 해제로 인하여 상가개발비 약정이 종료된 경우에 상가개발비를 어떠한 경우에도 반환하지 않는다'는 규정을 두었다면 이러한 규정은 효력이 있다고 할 수 없다.

왜냐하면 이는 수분양자에게 일방적으로 불리한 규정에 해당하고, '약관의 규제에 관한 법률' 제9조는 해제·해지에 관하여 사업자의 원상회복의무나 손해배상의무를 부당하게 경감하는 조항은 무효라는 취지로 규정하고 있기 때문이다.

이와 같이 상가개발비의 반환에 관한 약정이 존재한다 하더라도 그러한 약정이 무효이거나 그에 관한 약정이 존재하지 않을 시에는 상가개발비 약정의 성격이 위임약정인 경우, 분양자의 책임 없는 사유로 분양계약이 해제되었을 때에는 분양자는 민법 제686조에 따른 보수와 민법 제688조에 따른 위임사무처리 비용을 청구할 수 있게 된다.

따라서 수분양자는 분양계약 종료 당시까지 분양자가 처리한 사무의 정도와 난이도, 노력의 정도, 처리된 사무에 대하여 가지는 쌍방 당사자의 이익 등 제반 사정을 참작하여 상당하다고 인정되는 보수 금액 및 사무처리 비용 등을 공제하고 남은 나머지 상가개발비를 반환받을 수 있다.

다만, 이 경우 처리한 사무의 정도, 사용된 사무처리 비용 등은 공제를 주장하는 분양자가 그 증명책임을 부담한다(대법원 2013. 10. 24. 선고 2010다22415 판결). **㉮**