

공유재산(公有財産) 사용·수익에 상가건물 임대차보호법 적용 여부 - 권리금 회수기회 보호 문제를 중심으로 -

장 호 진*

< 목 차 >

- I. 들어가며
- II. 공유재산의 사용·수익허가 및 대부계약
- III. 공유재산 및 물품 관리법과 다른 법률과의 관계
- IV. 상가건물 임대차보호법과의 관계
- V. 나오면서

I. 들어가며

일상생활에서 주민서비스 등을 위하여 제공하는 시설물들의 다수가 지방자치단체 소유 공유재산(公有財産)이다. 지하도상가, 도시공원, 체육시설, 주차장 등이 대표적이다. 이러한 공유재산은 종래부터 행정목적에 달성하는 물적 수단 또는 공공시설과 같이 직접 주민의 이용에 제공하는 공공급부 제공 기능으로 널리 활용되고 있다.¹⁾

공유재산 기능 중 최근 주목받는 것은 지방재정 기여를 위한 수익증대 기능이다. 2020년 말 기준으로 공유재산은 835조 6,880억원의 규모이며, 이 중에서 건물은 112조 9,120억원에 다다른다.²⁾ 2021년 전국 지방자치단체의 재정자립도

* 지방공기업평가원 연구위원, 법학박사, 변호사.

1) 이원우, 「주식 국유재산법」, 법제처, 2006, 1면 등 참조.

2) 국회입법조사처, “2021 국정감사 이슈 분석 III 행정안전위원회”, 2021, 34면.

는 43.58%에 불과하다.³⁾ 공유재산의 규모와 비중을 고려하면, 지방자치단체는 소극적인 재산관리 방식이 아닌 경제성과 효율성을 높이는 방향으로 적극적 활용을 통한 수익증대가 필요하다고 지속적으로 지적되고 있다. 하물며, 수도권 과밀화 및 지역인구 감소 등으로 지역경제의 활성화나 지역개발의 촉진을 이유로도 공유재산 활용의 필요성은 더욱 강조되고 있다. 이에 지방자치단체는 지역 주민 등에게 영리 목적으로 활용할 수 있도록 공유재산을 상가건물로 제공하여 임대료 수익 확보 등을 위한 다양한 노력을 기울이고 있다.

하지만, 공유재산을 상가건물로 제공함에 따라 각종 분쟁이 발생하고 있다. 일반 사인 간 거래에서 상가건물 임대차에 관하여는 「민법」과 그 특례법인 「상가건물 임대차보호법」이 적용된다. 그러나 공유재산에 대해서는 「공유재산 및 물품 관리법」에서 규율하고 있다. 여기서 「공유재산 및 물품 관리법」이 적용되는 상가건물인 공유재산에 특별법으로 「상가건물 임대차보호법」이 적용되느냐가 문제가 되는 것이다. 「상가건물 임대차보호법」은 국민의 일상생활에 밀접한 관련이 있음에 따라 경제산업환경을 반영하고 임차인의 영업권 보장 방향으로 지속적으로 개정되고 있다. 이러한 개정 과정 중 임차인에게 권리금 회수기회를 보장하면서도 공유재산에 대하여는 예외로 정하여 「공유재산 및 물품 관리법」이 「상가건물 임대차보호법」의 특별법으로 인식하게 된 것이 주된 이유가 되었다.

이에 이하에서는, 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 공유재산의 사용·수익에 관한 일반 법리를 살펴보고, 공유재산 및 물품 관리법과 다른 법률과의 관계를 바탕으로 「상가건물 임대차보호법」이 공유재산에 적용되는지를 권리금 문제를 중심으로 검토하도록 하겠다. 참고적으로, 본 연구의 대부분의 논의는 「공유재산법」에서도 동일유사하게 적용될 수 있을 것이다.

3) 재정자립도는 자체수입/지방자치단체 예산규모 × 100으로 산정하며, 여기서 자체수입은 지방세(지방교육세 제외)와 세외수입을 합한 것이다. (접속일자 2021.9.4. : 지방재정통합공개시스템 https://lofin.mois.go.kr/websquare/websquare.jsp?w2xPath=/ui/portal/theme/vslz/sc006_th005_01.xml 참조)

Ⅱ. 공유재산의 사용·수익허가 및 대부계약

1. 공유재산의 의의와 종류

「공유재산 및 물품 관리법」에서 공유재산이란 지방자치단체의 부담, 기부채납(寄附採納)이나 법령에 따라 지방자치단체 소유로 된 제4조 제1항 각 호의 재산을 말한다(제2조 제1호).⁴⁾ 공유재산은 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한다(제5조 제1항). 행정재산은 공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산으로 구분한다(제5조 제2항).⁵⁾ 지방자치단체의 장은 ① 대통령령으로 정하는 기준에 따라 행정재산의 용도를 변경하거나 폐지하려는 경우, ② 일반재산을 행정재산으로 용도 변경하려는 경우에는 공유재산심의회의 심의를 거쳐야 한다(제11조).

4) 제4조(공유재산의 범위) ① 공유재산의 범위는 다음 각 호와 같다.

1. 부동산과 그 종물(從物)
 2. 선박, 부잔교(浮棧橋), 부선거(浮船渠) 및 항공기와 그 종물
 3. 공영사업 또는 공영시설에 사용하는 중요한 기계와 기구
 4. 지상권·지역권·전세권·광업권과 그 밖에 이에 준하는 권리
 5. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 권리(이하 “지식재산”이라 한다)
 - 가. 「특허법」·「실용신안법」·「디자인보호법」 및 「상표법」에 따라 등록된 특허권, 실용신안권, 디자인권 및 상표권
 - 나. 「저작권법」에 따른 저작권, 저작인접권 및 데이터베이스제작자의 권리 및 그 밖에 같은 법에서 보호되는 권리로서 같은 법 제53조 및 제112조 제1항에 따라 한국저작권위원회에 등록된 권리(이하 “저작권등”이라 한다)
 - 다. 「식물신품종 보호법」 제2조 제4호에 따른 품종보호권
 - 라. 가목부터 다목까지의 규정에 따른 지식재산 외에 「지식재산 기본법」 제3조 제3호에 따른 지식재산권. 다만, 「저작권법」에 따라 등록되지 아니한 권리는 제외한다.
 6. 주식, 출자로 인한 권리, 사채권·지방채증권·국채증권과 그 밖에 이에 준하는 유가증권
 7. 부동산신탁의 수익권
 8. 제1호 및 제2호의 재산으로 건설 중인 재산
- ② 제1항 제3호의 기계와 기구의 범위는 대통령령으로 정한다.

5) ① 공용재산이란 지방자치단체가 직접 사무용·사업용 또는 공무원의 거주용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산과 사용을 목적으로 건설 중인 재산(청사, 시·도립학교, 박물관, 도서관, 시민회관 등)을, ② 공공용재산이란 지방자치단체가 직접 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산과 사용을 목적으로 건설 중인 재산(도로, 하천, 시도립 공원 등)을, ③ 기업용재산이란 지방자치단체가 경영하는 기업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 거주용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산과 사용을 목적으로 건설 중인 재산(상·하수도, 공영개발 사업 등)을, ④ 보존용재산이란 법령·조례·규칙에 따라 또는 필요에 의하여 지방자치단체가 보존하고 있거나 보존하기로 결정한 재산(문화재, 보존림, 민속자료 등)을 말한다. 그리고 일반재산이란 행정재산 외의 모든 공유재산을 말한다(제5조 제2항).

2. 행정재산의 사용·수익허가

사용·수익허가란 행정재산을 해당 지방자치단체 외의 자가 일정 기간 유상이나 무상으로 사용·수익할 수 있도록 허용하는 것을 말한다(제2조 제7호). 원칙적으로 행정재산은 대부·매각·교환·양여·신탁 또는 대물변제하거나 출자의 목적으로 하지 못하며, 이에 사권을 설정하지 못한다(제19조 제1항 본문). 하지만, 지방자치단체의 장은 행정재산에 대하여 그 목적 또는 용도에 장애가 되지 아니하는 범위에서 사용 또는 수익을 허가할 수 있다(제20조 제1항). 지방자치단체의 장은 사용·수익을 허가하려면 일반입찰을 원칙으로 하되, 예외적으로 지명경쟁에 부치거나 수의(隨意)의 방법으로 허가할 수 있다(제20조 제2항). 예컨대, 행정재산이라고 하더라도 식당, 매점 등을 위하여 사용·수익하게 하는 경우가 대표적이라고 할 것이다.

대법원은 “공유재산의 관리청이 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강학상 특허에 해당한다.”고 하였으며, 그 허가 신청을 거부한 행위 역시 행정처분에 해당한다고 하여 공법관계로 보고 있다.⁶⁾

한편, 지방자치단체의 장은 행정재산의 효율적인 관리를 위하여 필요하다고 인정하면 지방자치단체 외의 자에게 그 재산의 관리를 위탁할 수 있으며(제27조 제1항), 행정재산의 관리위탁을 받은 자는 해당 행정재산의 사용·수익허가를 받은 자로 본다(제27조 제4항). 행정재산의 사용·수익허가를 받은 것으로 보는 자는 관리위탁의 조건에 위반되지 아니하는 범위에서 해당 행정재산을 제3자에게 전대(轉貸)할 수 있다(제27조 제5항). 여기서 행정재산의 사용·수익허가를 받은 자의 제3자에 대한 전대(轉貸)의 법적 성질에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있으나, 하급심 판결에서는 사법상 계약으로 보고 있다.⁷⁾

6) 대법원 1988. 2. 27. 선고 97누1105 판결 등. 과거 1976. 12. 31. 법률 제2950호로 전면개정되기 이전 「국유재산법」의 행정재산의 사용허가에 대하여 행정처분으로 볼 수 없다는 태도였다(대법원 1964. 9. 30. 선고 64누102 판결).

7) 서울고등법원 2016. 3. 24. 선고 2015누60350 판결(대법원 2016두36505 판결, 심리불속행기각으로 확정) 등.

3. 일반재산의 대부계약

대부계약이란 일반재산 또는 물품을 해당 지방자치단체 외의 자가 일정 기간 유상이나 무상으로 사용·수익할 수 있도록 체결하는 계약을 말한다(제2조 제8호). 일반재산은 대부·매각·교환·양여·신탁하거나 사권을 설정할 수 있으며, 법령이나 조례로 정하는 경우에는 현물출자 또는 대물변제를 할 수 있다(제28조 제1항). 일반재산을 대부하거나 매각하는 계약을 체결할 때에는 그 뜻을 공고하여 일반입찰에 부쳐야 하는 것이 원칙이지만, 예외적으로 지명경쟁에 부치거나 수의계약으로 할 수 있다(제29조 제1항).

대법원은 일반재산을 대부하여 달라는 신청을 거부한 것은 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니므로 행정소송으로 그 취소를 구할 수 없다고 하면서,⁸⁾ 일반재산을 대부하는 행위는 지방자치단체가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이라고 하였다.⁹⁾ 또한, 대부료의 납부고지 역시 사법상의 이행청구에 해당하고 이를 행정처분이라고 할 수 없다고 하였다.¹⁰⁾

다만, 일반재산이라고 하더라도 대부계약 없이 공유재산 또는 물품을 사용·수익하거나 점유(사용·수익하거나 대부계약 기간이 끝난 후 다시 대부계약 없이 공유재산 또는 물품을 계속 사용·수익하거나 점유하는 경우를 포함하며, 이하 “무단점유”라 한다)를 한 자에 대하여 부과하는 변상금 부과는 행정처분에 해당한다고 하였다.¹¹⁾

한편, 지방자치단체의 장은 일반재산의 효율적인 관리·처분을 위하여 한국자산관리공사, 한국토지주택공사 등에게 해당 재산의 관리·처분에 관한 사무를 위탁할 수 있다(제43조의2). 수탁기관은 위탁받은 일반재산을 지방자치단체의 장의 승인을 받아 개발하고, 발생하는 수익을 지방자치단체에 낼 수 있다(제43조의3).¹²⁾

8) 대법원 1998. 9. 22. 선고 98두7602 판결(「국유재산법」의 일반재산 사안이다).

9) 대법원 2010. 11. 11. 선고 2010다59646 판결 등.

10) 대법원 2000. 2. 11. 선고 99다61675 판결(「국유재산법」의 일반재산 사안이다) 등.

11) 대법원 2013. 1. 24. 선고 2012다79828 판결.

12) 김성찬, “공유재산 위탁개발의 활성화 방안에 관한 연구”, 「한국지방재정논집」 제22권 제2호, 한국지방재정학회, 2017 등.

Ⅲ. 공유재산 및 물품 관리법과 다른 법률과의 관계

1. 공유재산의 일반법으로서의 지위

공유재산 및 물품의 관리·처분에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에서 정하는 바에 따른다(제2조의2). 일반적으로 「공유재산 및 물품 관리법」은 공유재산에 대한 일반법으로 보고 있다.¹³⁾ 즉, 공유재산에 관하여 개별 법률규정과 「공유재산 및 물품 관리법」의 관계를 적용우선성의 문제로 보아, 다른 특별법이 존재하더라도 당해 법률상 특별규정이 존재하지 않는 한 「공유재산 및 물품 관리법」이 보충적으로 적용된다는 것이다.¹⁴⁾ 예컨대, 「도시공원 및 녹지 등에 관한 법률」상의 도시공원을 무단점유한 자에 대하여 변상금을 부과할 수 있는 별도 규정이 없더라도 「공유재산 및 물품 관리법」 제81조에 따라 변상금을 부과할 수 있다.¹⁵⁾

하지만, 앞에서 살펴본 바와 같이 대법원은 행정재산의 사용·수익허가는 행정처분으로, 일반재산의 대부계약은 사법상 계약으로 법적 성질을 달리보고 있다. 즉, 공유재산의 형식에 따라 공법과 사법의 적용이 달라짐에 따라 「공유재산 및 물품 관리법」과 다른 법률과의 관계를 보다 면밀히 검토하여야 한다. 예컨대, 행정재산은 「민법」 제245조에도 불구하고 시효취득(時效取得)의 대상이 되지 아니한다(제6조 제2항)고 규정하고 있다. 반면, 일반재산에 대하여는 「민법」 제245조에 따른 시효취득 대상이 된다.¹⁶⁾ 그렇다면, 행정재산에 대해서도 「공유재산 및 물품 관리법」에 별도의 정함이 없는 한 시효취득을 제외한 사항에 대하여는 「민법」 등 사법의 원리가 적용되는지가 문제시되는 것이다.

13) 류지태, “현행 국유재산관리의 법적 문제”, 「고려법학」 제36권, 고려대학교 법학연구원, 2001, 70면; 법제처 법령해석 08-0315, 2008. 12. 30.

14) 이원우, 앞의 책, 11면; 대법원도 공공기관 정보공개에 관한 법률 사안에서 “구 공공기관의 정보공개에 관한 법률(2013. 8. 6. 법률 제11991호로 개정되기 전의 것, 이하 ‘정보공개법’이라고 한다) 제4조 제1항은 “정보의 공개에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘정보공개에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’에 해당한다고 하여 정보공개법의 적용을 배제하기 위해서는, 특별한 규정이 ‘법률’이어야 하고, 나아가 내용이 정보공개법의 대상 및 범위, 정보공개절차, 비공개대상정보 등에 관하여 정보공개법과 달리 규정하고 있는 것이어야 한다.”고 하였다.

15) 대법원 1994. 3. 22. 선고 92누10234 판결 등 참조.

16) 헌법재판소 1992. 10. 1. 선고 92헌가6,7 전원재판부.

2. 학설의 태도

행정재산의 목적 또는 용도에 장애가 되지 아니하는 범위 안에서 행정재산의 사용을 행정재산의 목적외 사용이라고도 한다.¹⁷⁾ 행정재산의 사용·수익허가, 즉 행정재산의 목적외 사용의 성질에 대해서는 종래부터 공법관계설, 사법관계설, 이원적 법률관계설 등이 있다.¹⁸⁾ 통설적 입장은 현행법상 행정재산의 목적외 사용의 법률관계는 형식과 취지를 고려하면 공법관계설이 타당하다고 보고 있다.¹⁹⁾ 이에 따르면 사법의 원리는 원칙적으로 적용되지 않는다.

한편, 일반재산에 대해서는 법률 사이의 적용우선성의 논의가 있었다. 구체적으로 「민법」의 임대차에 관한 규정의 특별법으로 「주택임대차보호법」 등이 있다. 여기서 임대차의 최단기에 관한 규정²⁰⁾ 등이 있는데 일반재산에도 적용되는지 논의가 있었다.²¹⁾ 일반재산의 대부분을 본질적으로 사법상 계약이라고 보는 견해에 의하면, 「주택임대차보호법」 등은 국유재산법에 모순되지 않는 한 국유재산에 대하여도 적용되어야 한다고 하였다.²²⁾ 「국유재산법」에 특별규정이 없는 한 일반사법의 적용을 받아야 하기 때문이다.²³⁾ 그리고 국유재산의 대부분을 공법상 계약이라고 보더라도 「주택임대차보호법」이 국가를 당사자로 하는 임대계약의 경우 적용을 배제하는 취지가 아닌 한 적용되어야 한다고 봄이 타당하며, 임차인의 보호를 위한 입법의 취지를 임대인이 국가라고 해서 적용을 배제하는 것은 타당하지 않다고 하였다.²⁴⁾ 즉, 국유재산인 주택 등을 대부분하는 경우에 그 대부기간이 위 최장기의 범위 내에서 「주택임대차보호법」 등이 정하는 해당 최단기간에 미치지 못할 경우에는 그 대부기간에 관한 약정은 무효이고, 그 대부기간은 위 각 특별법이 정하는 최단기로 된다는 것이다.²⁵⁾

17) 김철용, 「행정법」 전면개정판 제10판, 고시계사, 2021, 981면.

18) 김철용, 앞의 책, 981-982면.

19) 김철용, 앞의 책, 983면.

20) 주택임대차보호법 제4조 제1항에서는 “기간을 정하지 아니하거나 2년 미만으로 정한 임대차는 그 기간을 2년으로 본다. 다만, 임차인은 2년 미만으로 정한 기간이 유효함을 주장할 수 있다.”고 규정하고 있다.

21) 박종훈, “국유재산의 대부”, 「사법논집」 제26집, 법원도서관, 1995.12., 355면.

22) 박종훈, 앞의 글, 355면.

23) 박종훈, 앞의 글, 355면.

24) 이원우, 앞의 책, 176면.

25) 박종훈, 앞의 글, 355면.

3. 판례의 태도

1) 행정재산

대법원은 공유재산 중 행정재산인 도로의 점유와 관련한 사랑의 교회 사건에서 “공유재산 및 물품 관리법은 공유재산 및 물품의 취득, 관리·처분에 대한 사항 일반을 규율하는 일반법의 성격을 지니는 반면, 도로법은 일반 공중의 교통에 제공되는 시설이라는 도로의 기능적 특성을 고려하여 그 소유관계를 불문하고 특수한 공법적 규율을 하는 법률로서 도로가 공유재산에 해당하는 경우 공유재산 및 물품 관리법보다 우선적으로 적용되는 특별법에 해당한다.”고 하였다.²⁶⁾

2) 일반재산

헌법재판소는 “지방자치단체 소유의 공유재산 중 잡종재산(현행 일반재산)은 행정재산, 보존재산과 달리 사경제 거래의 객체로서 이를 대부, 매각, 교환, 양여, 신탁하거나 사권을 설정할 수 있으며, 법령이나 조례로 정하는 경우에는 현물출자 또는 대물변제를 할 수도 있는 것이므로, 공유의 잡종재산의 권리관계에 대하여는 사법의 규정이 적용됨이 원칙적인 모습이라고 할 것이다.”²⁷⁾라고 하였다. 하지만, “공유의 잡종재산(현행 일반재산)은, 행정재산이나 보존재산과 달리 공적 목적에 직접 제공된 것은 아니라 하더라도, 그 경제적 가치를 통하여 지방자치단체의 재정에 기여한다는 점에서 여전히 공유재산으로 보호할 필요가 있고, 현재의 상태에서는 당장 공적 목적에 사용되지 않는다고 하더라도 행정 목적상 필요한 경우에는 언제든지 행정재산 등으로 전환될 수 있으므로, 그 유지·보호 및 운용의 적정이라는 공익상의 목적과 기능을 수행하기 위하여 필요한 경우에는 공법적 규율이 가능하다고 할 것이다.”라고 하였다.²⁸⁾

대법원은 일반재산에 대하여 지방자치단체에게 「민법」 제643조 지상물매수청구권을 행사한 사안에서 “국·공유 잡종재산에 관한 관리·처분의 권한을 위임 받은 기관이 국·공유 잡종재산을 대부하는 행위는 국가나 지방자치단체가 사

26) 대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두104 판결.

27) 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2008헌바148 전원재판부. 괄호는 필자가 기재함.

28) 헌법재판소 2010. 3. 25. 선고 2008헌바148 전원재판부. 괄호는 필자가 기재함.

경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 행하는 사법상의 계약이고, 따라서 국·공유 잡종재산의 대부 등 권리관계에 대하여는 사법의 규정이 적용됨이 원칙이지만, 계약당사자의 일방이 국가나 지방자치단체이고 그 목적물이 국·공유재산이라는 공적 특성 때문에 국유재산법, 공유재산 및 물품관리법, 산림법 등 특별법의 규제를 받게 된다. 그런데 이 건 대부계약의 기간만료로 인한 종료와 관련하여서는 공유재산 및 물품관리법 등의 특별법에 이에 관한 아무런 규정이 없으므로, 이 건 대부계약의 기간만료로 인한 종료와 관련한 법적 효과에 관하여는 일반법인 민법의 규정이 적용되게 된다.”고 하였다.²⁹⁾

4. 검토

헌법재판소와 대법원의 판례 법리에 비추어 보면, 「공유재산 및 물품 관리법」 제2조의2의 적용은 공유재산의 형식에 따라 적용 법리 및 적용 우선성이 나뉘어진다. 행정재산의 사용·수익허가와 같이 행정법관계에서는 사법의 적용이 배제되고 개별 행정법률이 우선 적용되며 「공유재산 및 물품 관리법」이 보충적으로 적용된다. 즉, 행정재산에 대하여는 지방자치단체가 우월적인 지위에서 국민에게 일방적인 조치의 성격을 갖는다는 점에서 그 법적 성질상 공법의 규율을 받게 된다.

반면, 일반재산의 대부계약에서는 별도의 특별법이 없는 한 「공유재산 및 물품 관리법」이 우선 적용되고, 정함이 없는 경우에 한하여 「민법」 등이 적용된다. 전통적으로 행정주체가 일반 사인과 같은 지위에서 사법상의 행위를 함에 있어서 사인과 맺는 관계인 국고관계(國庫關係)인 일반재산의 관리행위는 사법상 행위의 성질을 가지므로 전적으로 사법의 규율을 받게 된다.³⁰⁾ 다만, 그 실질은 공익을 추구하는 공행정작용을 수행하는 것이므로 공공성의 확보를 위하여 「공유재산 및 물품 관리법」이 사법에 우선하여 적용되는 것이다. 즉, 일반재

29) 대법원 2011. 5. 26. 선고 2011다1231 판결(이 사건에서 대법원은 임대차계약은 그 성질상 「공유재산 및 물품 관리법」의 공법의 규율을 받으므로, 이에 따라 임차료는 엄격히 법이 정한 바대로 징수하게 되고 그 임차료도 저렴한 경우가 일반적이며, 공유재산은 언제든지 행정목적이 변경됨에 따라 다른 용도로 사용될 수 있기 때문에 이러한 임대차계약에서는 공용, 공공용 또는 공익사업에 필요한 때 언제든지 위 계약을 해지할 수 있다는 조항을 두는 것이 통상적이기 때문에 실질적으로 임차인에게 불리하지 않다고 할 수 있다고 하였다).

30) 박균성, 「행정법론(상)」, 제20판, 박영사, 2021, 97면.

산의 관리행위에 있어서 「공유재산 및 물품 관리법」은 「민법」 등 사법에 우선하여 특별법으로 적용된다.³¹⁾ 예컨대, 공유재산의 대부계약은 민법상의 임대차 또는 사용대차에 해당하기 때문에 민법상의 취소원인에 의하여 취소할 수 있고, 민법상의 해제원인에 의하여 해제할 수 있음은 당연하다고 할 것이다.³²⁾

IV. 상가건물 임대차보호법과의 관계

1. 상가건물 임대차보호법상의 권리금 회수기회 보호

2015. 5. 13. 시행된 「상가건물 임대차보호법」에서는 임차인에게는 권리금 회수기회를 보장하고, 임대인에게는 정당한 사유 없이 임대차계약의 체결을 방해할 수 없도록 방해금지의무를 부과하는 등 권리금에 관한 법적근거를 마련하였다. 여기서 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(제10조의3 제1항)고 하였다. 그러면서, 임대인은 임대차기간이 끝나기 6개월 전부터 임대차 종료 시까지 권리금 계약에 따라 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 지급받는 것을 정당한 사유 없이³³⁾ 방해하여서는 아니 된다고 하여 임차인의 권리금 회수기회를 보호하고 있다(제10조의4 제1항). 다만, “임대차 목적물인 상가건물이 「국유재산법」에 따른 국유재산 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 공유재산인 경우”에 해당하는 상가건물 임대차의 경우에는 적용하지 아니한다고 정하고 있다(제10조의5 제2호).

31) 박종훈, 앞의 글, 343면.

32) 박종훈, 앞의 글, 368면.

33) 정당한 사유로는 ① 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자에게 권리금을 요구하거나 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로부터 권리금을 수수하는 행위(제1호), ② 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자로 하여금 임차인에게 권리금을 지급하지 못하게 하는 행위(제2호), 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(제3호), ④ 그 밖에 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위(제4호)가 있다.

2. 공유재산에서 권리금 분쟁의 원인

권리금이 문제시되는 대표적인 공유재산이 지하도상가이다.³⁴⁾ 지하도상가는 대부분 도심 내 최대 상권으로 평가되고 있으며, 주변 상가의 임대료 대비 매우 저렴하다. 종래 수의 계약의 형식으로 반복적으로 갱신되는 형태로 진행되어 사실상 신규 진입 장벽이 막혀 있었다. 이러한 상황에서 무단 양도·양수, 전대 과정을 통하여 별대의 임대료 또는 권리금이 수수되고 있었다.³⁵⁾ 오히려, 지하도상가 상인들은 영업을 통한 이윤 획득보다 무단으로 양도 또는 전대 등을 통한 권리금 장사에 집중하는 상황까지 발생하고 있었다. 이를 두고 지하도상가 상인들 사이에서도 권리금 문제를 소위 ‘폭탄돌리기’로 표현하기도 하였다. 임차인은 임차인이 되려는 자로부터 자신이 종전 임차인에게 지급한 금액(또는 그 이상의 금액)에 해당하는 권리금을 받을 수 있다는 전제하에 권리금을 지급하지만 권리금 수수 없이 임차인의 지위를 상실하게 되면 권리금 상실에 직면한다. 즉, 지하도상가 점포의 계약기간이 만료되는 때 임대인의 지위에 있는 지방자치단체가 공유재산 및 물품 관리법령에 따라 일반경쟁 입찰을 진행하여 신규 임차인을 선정한 뒤 새로운 계약을 체결하고, 신규 임차인이 종전 임차인에게 어떠한 권리금도 지급하지 않으면 종전 임차인은 권리금을 회수할 방법이 없게 되는 것이다.

이에 일부 상인들은 자신들의 임차인의 지위를 영속적으로 확보하기 위하여 수의계약 사유의 확대 또는 자유로운 양도·양수를 허용하여야 한다고 주장하기도 하였다.³⁶⁾ 하지만, 이러한 상인들의 주장은 공유재산 및 물품 관리법령에 위반하는 주장이다. 법원 역시 서울특별시가 지하도상가의 임차권 양도를 전면 금지한 조례에 대하여 불법권리금을 근절하고 일반재산의 사유화로 인하여 사회적 형평에 배치되는 결과가 발생하는 것을 방지하기 위한 목적으로 입법 목적의 정당성이 인정될 뿐만 아니라 그 목적을 달성하기 위한 적합한 수단이며, 임차권 양도는 공유재산법령 등에 의하여 허용되지 않는 것이므로 이 사건 개정조항이 임차권 양도를 전면적으로 금지하였다고 하더라도 피해의 최소성 원

34) 지하철역사 내에 있는 지하도상가는 지방공기업 소유의 재산인 경우도 있다.

35) 장혜진, “제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안에 대한 검토”, 『법과 정책』 제22집 제2호, 제주대학교 법과정책연구원, 2016, 257-258면.

36) 장혜진, 앞의 글, 259면.

칙에 위배된다고 할 수 없고 거기에 재량권을 행사할 여지도 없다고 하면서 위법하다고 볼 수 없다고 하였다.³⁷⁾

3. 공유재산에서 권리금 불인정의 정당성

1) 권리금 개념에 따른 분석

일반적으로 권리금의 유형을 바닥(지역)권리금, 영업권리금, 시설권리금으로 구별하지만, 실제 상거래에서는 유형별 권리금을 개별적으로 환산하여 합산하는 것이 아니라 포괄하여 산정하고 있다.³⁸⁾ 현행 개정법도 기존 판례를 반영하여 포괄하여 정의하고 있지만,³⁹⁾ ① ‘영업시설·비품 등 유형물’은 시설권리금, ② ‘거래처, 신용, 영업상의 노하우’는 영업권리금, ③ ‘점포 위치에 따른 영업상의 이점’은 바닥(지역)권리금으로 개별 유형을 반영하고 있다. 여기서 주목하여야 할 점은, 이익은 이익을 창출한 자에게 귀속되어야 한다는 점이다. 권리금 역시 이익을 창출한 자에게 그 이익이 귀속되어야 한다.⁴⁰⁾ 구체적으로 이하에서 살펴보겠지만, 공유재산에서의 권리금은 임차인에게 귀속되는 이익이 아니다.

우선, 바닥(지역) 권리금은 상가점포가 가지고 있는 그 장소의 교통적, 지리적, 사회적, 문화적인 여건 등에 따라 형성된 장소적인 이용가치로서 권리금 중 가장 큰 비중을 차지하는 무형적 재산 가치이다.⁴¹⁾ 현재 상가건물이 존재하고 있는 지역의 상권이 잘 형성되어 영업을 통해 얻을 수 있는 이익이 상당할 것이라는 기대에서 발생하는 무형의 사업적 가치라 할 수 있다.⁴²⁾ 바닥(지역)권리

37) 서울고등법원 2020. 9. 9. 선고 2020누31066 판결(대법원 2020두49423 판결, 심리불속행기각으로 확정).

38) 이외에도 임대차존소기간 보장의 대가 등 다양한 요소를 포함하여 산정한다(임주리·김상찬, “상가권리금 회수기회 보장에 관한 연구”, 『법과 정책』 제22집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2016, 162면 참조).

39) 대법원 2013. 5. 9. 선고 2012다115120 판결 등.

40) 이상용, “개정 상가건물임대차보호법과 바람직한 임차인 보호방안 - 존속보장과 영업보상 -”, 『민사법학』 제73호, 한국민사법학회, 2015, 54면 참조.

41) 전장현, “상가권리금에 대한 임대인의 방해 금지의무와 개선방안에 대한 연구”, 『법학논총』 제39권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2015, 102면; 다시말해, 상가의 위치가 지하철이나 버스정류장 인근에 위치하고 있어 교통이 편리하고 유동인구가 많으며 사람들의 눈에 잘 보이는 위치에 있거나 사람들의 접근이 용이한 위치를 차지하고 있어 발생하는 이익을 말한다고 할 수 있다(임윤수·권영수, “상가건물임차인의 권리금에 관한 연구”, 『법학연구』 제22집, 한국법학회, 2006, 194면).

금이 임대인의 권리인지 임차인의 권리인지에 대해서는 논란이 있다.⁴³⁾ 임차인이 상권 개선에 기여하는 측면을 고려하면, 바닥(지역)권리금에 대한 임차인의 권리를 현실적으로 배제할 수는 없다는 점,⁴⁴⁾ 바닥(지역)권리금이 임대차계약을 체결할 당시 임대인이 차임에 반영하였다는 점⁴⁵⁾ 등을 이유로 임차인에게 귀속해야 한다는 견해가 있다. 반면, 바닥(지역)권리금은 영업장소가 속하는 위치로 인해 창출되는 이익이기 때문에 임차인의 권리라기보다는 건물소유자인 임대인의 권리라는 견해,⁴⁶⁾ 약정 임대차기간 중에 발생한 것은 임차인에게 귀속시키고, 약정 임대차기간 이후에 발생한 것은 임대인에게 귀속시키는 것이 보다 타당하다는 견해가 있다.⁴⁷⁾ 또한, 임차인의 이례적인 노력으로 창출되었다는 등의 특별한 사정이 없는 한 일반적으로는 외부적 원인에 의하여 창출된 이익으로서 이익 창출자를 특정할 수 없는 경우가 대부분이라는 견해도 있다.⁴⁸⁾

공유재산에서 바닥(지역)권리금이 형성되는 가장 큰 이유는 지하철, 대중교통 환승시설, 청사 등의 공공시설에 인접한 지리적 이점이다. 지리적 이점은 임차인에 의한 것이 아니라 지방자치단체가 공공의 이익을 위하여 설치한 시설물 등에 의한 것이다. 이에 바닥(지역)권리금은 지방자치단체에게 귀속될 이익에 불과한 것이다. 공유재산의 임대료를 산정함에 있어서도 토지는 개별공시지가에 근거하고 주택 이외의 건물에 대해서는 감정평가에 의하며, 그 감정평가 과정에서 장소적 이익을 반영하고 있다(시행령 제7조 제7항, 제14조, 제31조 등). 만약, 바닥(지역)권리금을 인정한다면 신규 임차인은 이종의 대가를 지급하는 것으로 볼 수 있다.

영업 권리금은 점포의 무형자산인 영업노하우, 브랜드가치, 거래처, 신용 등의 대가로 지급되는 권리금을 말한다.⁴⁹⁾ 임차인이 창출한 영업적 이익은 이익

42) 임주리·김상찬, 앞의 글, 160면 참조.

43) 박해식, 「주석민법 채권각칙(3)」 제4판, 한국사법행정학회, 2016, 970면 등.

44) 정희남·김승중 외, 「상가권리금 보호방안 중 국토교통부 소관사항 연구」, 국토교통부, 2014, 10면.

45) 법무부 관계부처 합동, “장년층 고용안정 및 자영업자 대책 Q&A -II 상가 임차권 및 권리금 보호방안-”, 관계부처합동 보도자료, 법무부, 2014, 12면; 그 외에도 장소적 이익이 임대차기간 중에 발생한 것은 임차인에게 귀속시키나, 임대차기간 만료 후에 발생한 것은 임대인에게 귀속시켜야 하고, 또한 이러한 당사자들의 이해관계는 기존의 차임증감청구권 등에 의하여 적절히 규율되고 있으므로 장소적 이익을 권리금 개념에 포함시킬 필요가 없다는 견해가 있다(이상용, 앞의 글, 62면).

46) 배병일, “상가건물 임대차의 권리금”, 「민사법학」 제26호, 한국민사법학회, 2004, 150면.

47) 이상용, 앞의 글, 77면 참조.

48) 이상용, 앞의 글, 62면 참조.

창출자인 임차인에게 귀속되어야 하는 것이 원칙일 것이다.⁵⁰⁾ 하지만, 임차인은 임대차 기간 종료 이후에는 영업을 할 수 없을 것이라는 위험을 감수하고 비용과 노력을 투입한 자이므로 영업적 이익의 보호 필요성이 적다.⁵¹⁾ 다만, 임대차 기간이 중도에 종료된 것이 임대인의 약탈적 행위 등 위법·부당한 것에 의할 경우에는 그러하지 아니한 것이다. 따라서 임대차계약이 임대인의 귀책사유로 해지되지 않는 이상 임대인에게 반환청구를 할 수 없다.⁵²⁾

임대차계약기간이 종료된 이후 임대인인 지방자치단체가 임차인의 영업노하우, 브랜드가치, 거래처, 신용 등 영업적 이익을 그대로 이용하는 등의 행위가 없다면, 임차인은 영업이익에 대하여 임대인에게 요구할 수 없다. 신규 임차인이 종전 임차인의 영업노하우, 브랜드가치, 거래처, 신용 등 영업적 이익을 그대로 활용하고자 하는 경우에는 영업양도계약 등을 통하여 활용하면 될 뿐이고, 임대인인 지방자치단체와는 무관한 것이다.

시설권리금은 영업시설·비품 등 유형물에 따른 권리금으로서 임대차 목적물의 개조, 보수, 구조변경, 내부에 설치한 생활편의시설 등에 대한 유형의 대가로 발생한다.⁵³⁾ 실제 영업상의 시설이나 비품에 대한 매매대금으로서의 성격이 강하다.⁵⁴⁾ 일반적으로, 시설이 상가건물에 부합하는 경우 소유자 또는 임대인이 이익을 얻은 경우에만 이를 상환하면 된다. 또한, 사적자치의 원칙상 부속물매수청구권 등 법률이 정한 경우를 제외하고는 임대인으로 하여금 임차인이 한 시설을 양수하도록 강제할 수는 없다. 오히려 임차인은 임대인에 대하여 원상회복의무, 즉 자신이 시설한 시설물의 철거 의무를 부담한다.⁵⁵⁾ 실제 상가임대차 계약체결 시 임대차목적물에 대한 임차인의 원상회복의무를 규정하기 때문에 부속물매수청구나 비용상환청구는 사실상 불가능하다.⁵⁶⁾

공유재산의 경우에도 마찬가지이다. 우선, 행정재산의 사용·수익의 허가를

49) 전장현, 앞의 글, 103면; 영업권리금은 임대시점부터 6개월 또는 그 이상의 기간 순이익을 말하기도 하며, 통상적으로 1년간 해당업소에서 발생하는 영업상의 순이익이라 할 수 있다(배병일, 앞의 글, 151면).

50) 이상용, 앞의 글, 55면.

51) 이상용, 앞의 글, 58면.

52) 김승중, “상가권리금 법제화에 대한 검토와 향후 과제”, 『부동산연구』 제25집 제2호, 한국부동산연구원, 2015, 102면.

53) 전장현, 앞의 글, 103-104면.

54) 임주리·김상찬, 앞의 글, 161면; 이상용, 앞의 글, 59면 참조.

55) 이상용, 앞의 글, 61면.

56) 김승중, 앞의 글, 102면.

받은 자는 허가기간이 끝나거나 사용·수익허가가 취소된 경우에는 그 행정재산을 원상대로 반환하여야 한다고 규정하고 있다(제20조 제5항 본문). 행정재산에 대해서는 법률상 원상회복의무를 부여하고 있기 때문에 시설권리금을 요구할 수 없다. 또한, 일반재산의 대부계약에서도 계약의 한 내용으로 원상회복 조항을 규정하고 있는 것이 일반적이며, 그렇지 않을 경우에도 비용상환청구권(민법 제626조 제2항), 부속물매수청구권(민법 제646조) 등에 따라 해결이 가능하다.

2) 계약방법 준수에 따른 정당한 사유의 인정

「상가건물 임대차보호법」 제10조의3 제2항에서는 “권리금 계약이란 신규임차인이 되려는 자가 임차인에게 권리금을 지급하기로 하는 계약을 말한다.”고 정하고 있으며, 이에 따라 임대인의 의사와 무관하게 임차인 사이의 권리금 계약에 의해 신규 임차인을 정하게 된다. 하지만, 공유재산의 사용·수익허가 또는 대부계약은 일반입찰을 원칙으로 하며, 예외적으로 제한경쟁 또는 지명경쟁에 부치거나 수의(隨意)의 방법에 의하여야 한다(제20조 제2항, 제29조 제1항). 즉, 지방자치단체의 장은 공유재산 및 물품 관리법령에 따른 일반입찰 등에 의하여 사용·수익 또는 대부를 받을 자를 선정하여야 할 법령상 의무를 부담한다. 따라서 권리금 계약에 의하여 사용·수익을 할 자를 정할 경우에는 「공유재산 및 물품 관리법」의 계약방법의 일반 원칙을 잠탈하는 것이다.

대법원도 “학교법인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약을 체결하는 것이 경쟁입찰의 방법으로 임차인을 선정해야 할 법령상 의무를 위반하는 것이 되는 경우, 달리 특별한 사정이 없는 한 학교법인이 그러한 사정을 들어 임대차계약 체결을 거절하는 것에는 구 상가임대차법 제10조의4 제1항 제4호에서 정한 ‘정당한 사유’가 있다고 보아야 한다.”고 하였다.⁵⁷⁾ 즉, 기관이 입찰 등 법령에서 정한 계약상의 의무를 준수하는 경우에는 정당한 사유가 인정된다고 하였다.

「상가건물 임대차보호법」에서는 “그 밖에 정당한 사유 없이 임대인이 임차인이 주선한 신규임차인이 되려는 자와 임대차계약의 체결을 거절하는 행위”를 권리금 회수기회 보호의 예외사유로 정하고 있다(제10조의4 제1항 단서 제4호).

57) 대법원 2020. 8. 20. 선고 2019다296172(본소), 2019다296189(반소) 판결. 이외 하급심 판결로 서울고등법원 2021. 6. 10. 선고 2020나2030826 판결 등이 있다.

따라서 「상가건물 임대차보호법」 제10조의5에서 별도로 공유채산을 정하지 아니한다고 하더라도 「공유채산 및 물품 관리법」에 따른 일반입찰 등에 계약에 의한 규정이 우선 적용되어야 하므로 정당한 사유가 인정되어 권리금 회수기회 보호 조항은 적용되지 않는다.

4. 상가임대차 보호법 적용에 관한 하급심 판결

권리금 회수기회 보호 조항 신설 이전 사안으로, 서울중앙지방법원은 “피고는, 기간만료 1월 전에 계약갱신을 요청하였으므로 상가건물 임대차보호법 제10조에 따라 위 위탁협약이 갱신되었다고 주장하나, 공유채산의 관리를 위한 위탁기간, 사용료 등에 관하여 공유채산 및 물품관리법이 따로 규정하고 있고, 앞서 본 바와 같이 원고는 공유채산인 이 사건 부동산에 관하여 위 법에 따라 피고와 위탁협약을 체결하였는바, 위탁기간에 대하여는 위 법이 적용될 뿐 상가건물 임대차보호법이 적용되지 않으므로, 피고의 위 주장은 받아들이기 어렵다.”고 하였다.⁵⁸⁾ 대전지방법원은 “이 사건 계약의 실질이 행정재산의 사용·수익허가로서 행정처분에 해당함은 앞서 본 바와 같으므로 이 사건 계약에 있어서 일반 사경제주체 사이에 적용되는 상가건물 임대차보호법이 적용된다고 할 수 없고, 이 사건 계약에는 공유채산법이 적용되어야 할 것인바, 공유채산법 제21조 제5항에 의하면 사용·수익허가를 갱신받으려는 자는 사용·수익허가기간이 끝나기 1개월 전에 지방자치단체의 장에게 사용·수익허가의 갱신을 신청하여야 한다고 규정하고 있으나, 공유채산법상 제21조 제3항이 지방자치단체의 장은 1회로 한정하여 5년의 범위에서 사용·수익허가를 갱신할 수 있다고만 규정하고 있을 뿐 달리 사용·수익허가의 갱신을 신청한 경우 반드시 갱신하여야 한다거나 자동으로 갱신된다고 규정되어 있지 않은 점, 이 사건 계약상 피고가 계약 갱신의 의사표시로서 대부원을 제출하더라도 공개입찰절차를 거쳐야 하는 것으로 규정하고 있는 점, 이어진 공개입찰절차에서 제3자가 낙찰자로 선정된 점 등을 종합하면, 이 사건 계약이 피고의 위 대부원 제출에 의한 계약 갱신 요구에 의하여 자동으로 갱신되었다고 볼 수 없으므로, 피고의 위 계약 갱신 주장은 이유 없다.”고 하였다.⁵⁹⁾ 부산지방법원에서도 “이 사건 점포는 행정재산

58) 서울중앙지방법원 2013. 8. 29. 선고 2012나38451 판결(대법원 2013다212219 심리불속행기각으로 확정).

중 공공용재산에 해당하는바, 이와 같은 공물은 본래 사법의 적용을 받는 물건일지라도 직접행정목적에 위하여 제공된 물건이기 때문에 사물(私物)과는 달리 일정한 범위 안에서 사법(私法)의 적용이 배제되고 원칙적으로 공법적 규율을 받게 된다.”고 하면서, 행정재산의 공법적 특성으로 인해 이 사건에 관하여는 적어도 상가건물임대차보호법에서 정한 최단 임대차기간이나 임대인의 지위 승계에 관한 규정은 적용되지 않는다고 봄이 상당하다고 하였다.⁶⁰⁾

권리금 회수기회 보호 조항이 신설된 이후 2015. 12. 31. 일반재산의 대부계약이 만료되어 원고인 지방자치단체가 건물 인도를 청구한 사건에서, 서울북부지방법원은 피고의 상가건물 임대차보호법상 계약 갱신에 관한 규정들이 적용되어 건물 인도 청구에 응할 수 없다는 주장에 대하여, 공유재산에 해당하는 일반재산에 대하여는 적어도 상가건물 임대차보호법에서 정한 계약갱신에 관한 규정들이 아니라, 공유재산법에서 정한 대부기간 갱신에 관한 규정들이 우선적으로 적용되어야 한다고 하였다.⁶¹⁾

5. 검토

2015. 5. 13. 시행된 「상가건물 임대차보호법」 제10조의5 제2호에서 공유재산인 경우에는 권리금 회수기회 보호 조항이 적용하지 아니한다고 규정하여 불필요한 오해가 발생한 것이다. 권리금에 표상되는 이익인 시설이익(시설권리금), 영업적 이익(영업권리금), 장소적 이익(바닥권리금)을 별도로 임차인에게 귀속되어야 하는 법적 보호가치가 공유재산에는 없다. 공유재산에서의 권리금 형성은 임차인의 이례적인 노력이 없는 한 상권 활성화 등 외부적인 원인에 의하여 창출된 이익으로서 임차인에게 귀속되는 이익으로 볼 수 없는 경우가 대부분인 것이다. 또한, 공유재산에 대해서는 「공유재산 및 물품 관리법」이 우선 적용하므로 계약방법의 일반 원칙 등에 따라 임차인의 권리금계약 및 권리금 회수기회 보호가 적용되지 아니한다. 그리고 이는 「상가건물 임대차보호법」 제10조의4 제1항 제4호의 “정당한 사유”로 당연히 인정되는 것이다. 요컨대, 제10조의5

59) 대전지방법원 2015. 7. 10. 선고 2015나102307 판결(확정).

60) 부산지방법원 2014. 5. 29. 선고 2013가합6844 판결(부산고등법원 2015. 1. 8. 선고 2014나51435 판결에서 원심을 그대로 인용하여 항소기각으로 확정됨).

61) 서울북부지방법원 2017. 4. 28. 선고 2016나36933 판결(확정).

제2호에서 공유재산에 대하여 권리금 적용 제외를 명문화한 것은 창설규정이 아닌 단순한 확인규정에 불과한 것이라 할 수 있다.

공유재산의 사용·수익을 받은 자 또는 대부계약을 체결한 자에 대하여 권리금 회수기회 보호 조항은 적용되지 않지만, 공유재산의 관리에 있어서 「상가건물 임대차보호법」 적용 여부는 앞에서 살펴본 공유재산 및 물품 관리법과 다른 법률과의 관계가 그대로 적용되어 공유재산의 형식에 따라 달리 판단되어야 할 것이다.

행정재산의 사용·수익허가와 같이 행정법관계에서는 사법의 적용이 배제되고 개별 행정법률이 우선 적용되고 「공유재산 및 물품 관리법」이 보충적으로 적용된다. 따라서 「공유재산 및 물품 관리법」에서 정하지 아니한 바에 대해서도 「상가건물 임대차보호법」이 적용되지 아니한다. 반면, 일반재산의 대부계약에서는 「공유재산 및 물품 관리법」이 우선 적용되고, 정함이 없는 경우에 한하여 「상가건물 임대차보호법」은 적용될 여지가 있다. 예컨대, 대부기간의 갱신 등에 대해서는 별도로 정하고 있으므로(제31조), 「상가건물 임대차보호법」 제10조의 갱신에 관한 조항은 적용되지 않는다.

한편, 행정안전부는 관리위탁 중인 행정재산에 대하여 수탁자가 제3자에게 사용·수익허가를 함에 있어 “「상가건물 임대차보호법」은 일반적으로 상가건물의 임대차에 관하여 민법에 대한 특례를 규정하고 있는 법률로 볼 수 있으며, 지방자치단체 소유 공유재산의 관리·처분에 관한 사항은 「공유재산법」에서 사용허가 및 대부계약의 방법과 기간의 갱신 등을 특별히 규정하고 있는바, 상가건물이 공유재산인 경우에는 「상가건물 임대차보호법」에도 불구하고 「공유재산법」에 따라 사용허가 및 대부계약의 방법과 기간의 갱신 등을 적용해야 할 것임”이라고 하여 적용을 배제하는 해석을 하였다.⁶²⁾ 관리위탁에 따른 전대의 법적 성질이 논란이 될 수 있다는 점 등을 고려하면, 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제19조 제5항에서 “관리수탁자가 수탁재산의 일부를 사용·수익하거나 다른 사람으로 하여금 사용·수익하게 하려는 경우에는 관리위탁기간 내에서 하여야 한다.”(시행령 제19조 제5항)고 별도로 규정하고 있으므로 「상가건물 임대차보호법」은 적용되지 않는다고 해석하는 것이 보다 명료한 해석이라 할 것이다.

62) 행정안전부 회계제도과-644(2019.2.12.).

V. 나오면서

공유재산의 사용·수익과 관련하여 「상가건물 임대차보호법」 적용을 둘러싼 분쟁은 공유재산이 권리금 회수기회 보호의 예외대상이라는 규정 신설로 불필요하게 발생한 것이다. 「상가건물 임대차보호법」 제10조의5 제2호에서 공유재산에 대하여 권리금 적용 제외를 명문화한 것은 창설규정이 아닌 단순한 확인규정에 불과한 것이다.

「공유재산 및 물품 관리법」 제2조의2의 적용은 공유재산의 형식에 따라 적용법리 및 적용 우선성이 나뉘어진다. 행정재산의 사용·수익허가와 같이 행정법관계에서는 「상가건물 임대차보호법」 등 사법의 적용이 배제되고 개별 행정법률이 우선 적용되고 「공유재산 및 물품 관리법」이 보충적으로 적용된다. 반면, 일반재산의 대부계약에서는 별도의 특별법이 없는 한 「공유재산 및 물품 관리법」이 우선 적용되고, 정함이 없는 경우에 한하여 「상가건물 임대차보호법」 등이 적용된다.

마지막으로, 공유재산인 상가건물에서 분쟁이 지속적으로 발생하는 이유 중에 또 다른 하나인 존속보호 문제도 간략히 언급하겠다. 「상가건물 임대차보호법」은 일반적으로 사회적·경제적 약자인 임차인을 보호함으로써 임차인들의 경제생활의 안정을 도모하기 위하여 민법에 대한 특례이다. 기본 취지는 임차권의 존속보호이다. 임차인이 임대차계약의 의무를 위반하지 않는 한 임대인은 임차인의 의사에 반하여 당해 임대차계약을 해지하거나 계약갱신청구의 거절을 제한하여 ‘임차인의 거주’를 보호하는 것이다.⁶³⁾ 하지만, 「공유재산 및 물품 관리법」은 지방자치단체의 행정목적 수행을 위한 직접적인 물적 수단인 공유재산을 관리하기 위한 것으로 제정 취지와 목적부터 상이하다. 이에 「상가건물 임대차보호법」에서는 임차인에게 10년의 계약갱신요구권을 보장하고 있지만, 「공유재산 및 물품 관리법」은 갱신에 대한 권리를 보장한 것이 아니라 지방자치단체의 장의 재량에 따라 갱신을 허용하고 있다. 즉, 존속기간에서부터 차이가 발생한다. 하지만, 지역주민이 지방자치단체 소유 재산이라는 이유만으로 「상가건물 임대차보호법」과 같은 존속 보장이 이루어지지 않는다고 이해하기를 기대하는 것은 무리이다. 오히려, 상가건물이며 임대인이 지방자치단체이므로

63) 고상룡, 「부동산 임대차의 법리와 위상」, 박영사, 2020, 251면.

「상가건물 임대차보호법」이 보다 확실하게 보장될 것으로 기대한다. 하지만, 법리 등을 이유로 갱신을 보장하지 않는다면, 해당 주민의 반발은 당연한 수순이라고 볼 수 있다. 공유재산의 사용료 또는 대부료가 일반 상인 간의 거래보다 상대적으로 저렴하므로 갱신은 허용할 수 없다는 주장도 있지만, 이 역시 입찰 결과에 따른 우연한 결과에 불과하다.

공유재산은 행정목적에 직·간접으로 제공하는 것에 그 목적이 있으므로 행정재산은 물론 일반재산 역시 그 주된 목적은 처분이 아니라 어떻게 하면 관리하여 재산의 현상을 유지하며 장차 필요하게 될 경우에 그 수요를 충족시키느냐에 있다.⁶⁴⁾ 지방자치단체는 지역경제 활성화 또는 지역 일자리 확보 등을 위하여 공유재산의 적극적 활용이 요구된다. 무단양도 또는 전대 등을 통하여 불법적인 이익을 추구하는 사용·수익하려는 자에 대하여는 엄격한 법집행이 필요한 반면, 상가건물이지만 공유재산에 대하여 합법적으로 지위를 획득한 주민에 대하여 「상가건물 임대차보호법」에 준한 사용·수익을 보장하는 것 역시 분쟁을 최소화할 수 있을 뿐만 아니라 지역경제 활성화 등의 행정 목적에 부합할 수 있는 것이다. 예컨대, 지방자치단체는 「상가건물 임대차보호법」에 준하는 기간을 수립하는 등의 체계적인 공유재산의 관리계획을 수립하여 운영할 수 있다(제10조). 더 나아가, 지방자치단체별 자치입법권인 조례를 통한 방안도 고려할 수 있을 것이다.⁶⁵⁾

투고일 : 2021.11.18. / 심사완료일 : 2021.12.9. / 게재확정일 : 2021.12.15.

64) 곽중훈, 앞의 글, 344면.

65) “일반적으로 공유재산의 관리가 그 행위의 성질 등에 있어 그 취득이나 처분과는 달리 지방자치단체장의 고유권한에 속하는 것으로서 지방의회가 사전에 관여하여서는 아니되는 사항이라고 볼 근거는 없는 것이므로, 지방자치법과 지방재정법 등의 국가 법령에서 위와 같이 중요재산의 취득과 처분에 관하여 지방의회의 의결을 받도록 규정하면서 공유재산의 관리행위에 관하여는 별도의 규정을 두고 있지 아니하더라도 이는 공유재산의 관리행위를 지방의회의 의결사항으로 하는 것을 일률적으로 배제하고자 하는 취지는 아니고 각각의 지방자치단체에서 그에 관하여 조례로써 별도로 정할 것을 용인하고 있는 것이라고 보아야 한다.”(대법원 2000. 11. 24. 선고 2000추29 판결).

[참고문헌]

- 고상룡, 「부동산 임대차의 법리와 위상」, 박영사, 2020.
- 김철용, 「행정법」 전면개정판 제10판, 고시계사, 2021.
- 박균성, 「행정법론(상)」 제20판, 박영사, 2021.
- 박해식, 「주석민법 채권각칙(3)」 제4판, 한국사법행정학회, 2016.
- 이원우, 「주식 국유재산법」, 법제처, 2006.
- 정희남·김승중 외, 「상가권리금 보호방안 중 국토교통부 소관사항 연구」, 국토교통부, 2014.
- 국회입법조사처, “2021 국정감사 이슈 분석 III 행정안전위원회”, 2021.
- 법무부 관계부처 합동, “장년층 고용안정 및 자영업자 대책 Q&A -Ⅱ 상가 임차권 및 권리금 보호방안-”, 관계부처합동 보도자료, 법무부, 2014.
- 곽중훈, “국유재산의 대부”, 「사법논집」 제26집, 법원도서관, 1995.
- 김성찬, “공유재산 위탁개발의 활성화 방안에 관한 연구”, 「한국지방재정논집」 제22권 제2호, 한국지방재정학회, 2017.
- 김승중, “상가권리금 법제화에 대한 검토와 향후 과제”, 「부동산연구」 제25집 제2호, 한국부동산연구원, 2015.
- 류지태, “현행 국유재산관리의 법적 문제”, 「고려법학」 제36권, 고려대학교 법학연구원, 2001.
- 배병일, “상가건물 임대차의 권리금”, 「민사법학」 제26호, 한국민사법학회, 2004.
- 이상용, “개정 상가건물임대차보호법과 바람직한 임차인 보호방안 - 존속보장과 영업보상 -”, 「민사법학」 제73호, 한국민사법학회, 2015.
- 임윤수·권영수, “상가건물임차인의 권리금에 관한 연구”, 「법학연구」 제22집, 한국법학회, 2006.
- 임주리·김상찬, “상가권리금 회수기회 보장에 관한 연구”, 「법과 정책」 제22집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2016.
- 장혜진, “제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안에 대한 검토”, 「법과 정책」 제22집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2016.
- 전장현, “상가권리금에 대한 임대인의 방해 금지의무와 개선방안에 대한 연구”, 「법학논총」 제39권 제3호, 단국대학교 법학연구소, 2015.

[국문초록]

공유재산(公有財産) 사용·수익에 상가건물 임대차보호법 적용 여부 - 권리금 회수기회 보호 문제를 중심으로 -

장 호 진*

2015. 5. 13. 시행된 「상가건물 임대차보호법」 제10조의5 제2호에서는 공유재산인 경우 권리금 회수기회 보호 조항이 적용하지 아니한다고 규정하였다. 이에 권리금 회수기회 보호 조항 외에는 공유재산의 사용·수익과 관련하여 「상가건물 임대차보호법」이 적용되는지를 중심으로 논란이 발생하고 있다.

공유재산에서는 권리금에 표상되는 이익인 시설이익(시설권리금), 영업적 이익(영업권리금), 장소적 이익(바닥권리금)을 별도로 임차인에게 귀속되어야 하는 법적 보호가치가 없다. 또한, 「공유재산 및 물품 관리법」의 계약방법 등이 우선 적용되므로 「상가건물 임대차보호법」의 권리금 계약 등이 인정되지 아니하므로 권리금 회수기회 보호가 인정되지 않는 것이다. 이에 공유재산에 대하여 권리금 적용 제외를 명문화한 것은 창설규정이 아닌 단순한 확인규정에 불과한 것이라 할 수 있다.

공유재산은 행정재산 및 일반재산이라는 형식에 따라 적용 법리 및 적용 우선성이 나뉘어진다. 행정재산의 사용·수익허가와 같이 행정법관계에서는 사법의 적용이 배제되고 개별 행정법률이 우선 적용되며 「공유재산 및 물품 관리법」이 보충적으로 적용된다. 반면, 일반재산의 대부계약에서는 별도의 특별법이 없는 한 「공유재산 및 물품 관리법」이 우선 적용되고, 정함이 없는 경우에 한하여 「상가건물 임대차보호법」등이 적용된다. 하지만, 공유재산의 형식에 따라 다른 법리가 적용되고 규제가 상이하다는 것을 지역주민이 이해한다고 기대하는 것은 무리이다. 실제로는 사용·수익허가조건 또는 대부계약서의 내용에도 불구하고 상가건물이며 임대인이 지방자치단체이므로 「상가건물 임대차보호법」이 보다 확실하게 보장될 것을 기대한다. 이에 지방자치단체가 상가건물로 제공하

* 지방공기업평가원 연구위원, 법학박사, 변호사.

였다면 「상가건물 임대차보호법」에 준하여 사용·수익의 존속 보호를 보장하여야 한다.

주제어 : 공유재산, 행정재산, 일반재산, 상가건물 임대차보호법, 권리금

[Abstract]

Whether COMMERCIAL BUILDING LEASE PROTECTION ACT is applied to the use or profit-making of public property
- Focusing on the protection of opportunity of collecting premiums -

Chang, Ho Jin*

In Article 10-5 subparagraph 2 of the 「COMMERCIAL BUILDING LEASE PROTECTION ACT」 that was enforced on May 13, 2015, Protection of Opportunity of Collecting Premiums shall not apply to public property pursuant to the Public Property and Commodity Management Act. The controversy has arisen centered on whether the 「COMMERCIAL BUILDING LEASE PROTECTION ACT」 applies to the use or profit-making of public property, except for Protection of Opportunity of Collecting Premiums.

In accordance with 「PUBLIC PROPERTY AND COMMODITY MANAGEMENT ACT」, premium contract is not recognized. Accordingly, it can be said that Article 10-5 subparagraph 2 is merely a confirmation regulation, not a founding regulation.

The application of Article 2-2 of the 「PUBLIC PROPERTY AND COMMODITY MANAGEMENT ACT」 is classified according to the type of public property. In the case of permission for use or profit-making of administrative property, individual administrative laws are applied first, and the 「PUBLIC PROPERTY AND COMMODITY MANAGEMENT ACT」 is applied supplementarily. On the other hand, in the case of loan contract of general property, the 「PUBLIC PROPERTY AND COMMODITY MANAGEMENT ACT」 is applied first. And the 「COMMERCIAL BUILDING LEASE PROTECTION ACT」, etc. is applied only in cases where there is no separate articles.

Key words : public property, Administrative property, General property,
COMMERCIAL BUILDING LEASE PROTECTION ACT, Premium

* Evaluation Institute of Regional Public Corporation.