

문서번호: 넥서스 19-0743

2019. 7. 17.

수 신: 서울특별시장

참 조: 조사담당관 김상호 조사관님

제 목: 행정재산 무단 전대에 따른 변상금 부과대상 및 시점에 관한 질의회신

---

1. 질의 제1항에 대한 의견

가. 질의내용

서울시가 행정재산 관리에 관한 위·수탁 협약을 체결하여 행정재산을 위탁 관리하였는데, 수탁자가 수탁 받은 행정재산을 위탁자의 사전 승인 없이 무단으로 전대(轉貸)하고, 이를 전대 받은 자가 불법적인 재전대(轉貸)를 한 경우, 직·간접 점유자는 누구이며, 변상금 부과 실익이 있는 실제 부과 대상자는 누구인지 여부

나. 검토의견

공유재산 및 물품관리법(이하 “공유재산법”) 제81조제1항은 지방자치단체의 장에게 사용·수익허가나 대부계약 없이 공유재산 또는 물품을 사용·수익하거나 점유(사용·수익허가나 대부계약 기간이 끝난 후 다시 사용·수익허가나 대부계약 없이 공유재산 또는 물품을 계속 사용·수익하거나 점유하는 경우를 포함. 이하 “무단점유”)를 한 자에 대하여 공유재산 또는 물품에 대한 사용료 또는 대부료의 100분의 120에 해당하는 금액(이하 “변상금”)을 징수하도록 명하고 있습니다.

공유재산에 대한 ‘점유’란 사회관념상 어떤 사람의 사실적 지배에 있다고 보이는 객관적 관계를 말하는 것으로서, 사실상의 지배가 있다고 하기 위하여는 반드시 물건을 물리적·현실적으로 지배하는 것을 의미하는 것이 아니고, 물건과 사람과의 시간적·공간적 관계와 본권관계, 타인지배의 배제 가능성 등을 고려하여 사회통념에 따라 합목적적으로 판단하여야 한다는 것이 대법원 판례의 태도입니다(대법원 2010. 1. 28. 선고 2009다61193 판결 외 다수).

공유재산법 제27조제4항<sup>1</sup>, 제5항<sup>2</sup>, 서울특별시 재단법인 서울디자인재단 설립 및 운영 조례 제4조 및 제17조, “서울특별시 동대문디자인플라자 및 동대문역사문화공원” 재산 관리에 관한 위·수탁 협약서 제5조에 따르면, 재단법인 서울디자인재단(이하 “재단”)은 행정재산인 동대문디자인플라자 및 동대문역사문화공원(이하 “본건 행정재산”)에 대한 사용·수익허가를 받은 자로 간주되며, 관리위탁의 조건에 위반되지 아니하는 범위에서 이를 제3자에게 전대할 수 있습니다.

재단은 이에 따라 A, B사에게 사실상 본건 행정재산을 전대하였고, A, B사는 소규모 입주점포들에게 본건 행정재산을 재전대한 것이므로, 현재 본건 행정재산을 사실상 지배하면서 배타적으로 임대공간을 사용·수익하고 있는 소규모 입주점포들이 직접 점유자에 해당하며, 직접 점유자들과의 임대차계약을 매개로 하여 본건 행정재산을 지배하고 있는 A, B사는 간접 점유자에 해당합니다(을설).

공유재산법상 변상금 부과 대상이 되는 무단점유는 직접 점유 및 간접 점유가 모두 포함된다고 보아야 하므로(서울행정법원 2015. 1. 23. 선고 2013구단51018 판결), 무단점유에 해당할 경우 관리청은 공유재산의 직접점유자인 소규모 입주점포들에게 변상금 전액을 부과할 수 있고(대법원 1994. 10. 25. 선고 94누4318 판결), 택일적으로 공유재산을 간접적으로 점유하고 있는 A, B에 대해 변상금을 부과할 수도 있습니다.

다만, 공유재산법이 무단점유자에게 변상금을 징수하도록 규정하고 있는 것은 공유재산에 대한 점유나 사용·수익 그 자체가 법률상 아무런 권원 없이 이루어진 경우에는 정상적인 대부료나 사용료를 징수할 수 없기 때문에 그 대부료나 사용료 대신에 변상금을 징수한다는 취지이므로, 위 규정은 점유나 사용·수익을 정당화할 법적 지위에 있는 자에 대하여는 적용되지 않는다고 보아야 하고, 그러한 자에 대한 변상금 부과처분은 당연 무효라는 것이 대법원 판례의 태도입니다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2007다51536 판결 외 다수).

---

<sup>1</sup> 제1항에 따라 행정재산의 관리위탁을 받은 자는 제20조에 따라 해당 행정재산의 사용·수익허가를 받은 자로 본다.

<sup>2</sup> 제4항에 따라 행정재산의 사용·수익허가를 받은 것으로 보는 자는 관리위탁의 조건에 위반되지 아니하는 범위에서 해당 행정재산을 제3자에게 전대(轉貸)할 수 있다.

공유재산법 시행령 제19조제4항은 관리수탁자가 관리위탁 조건을 위반한 경우 관리위탁을 갱신할 수 없다고 규정하고 있고, 공유재산법 제25조는 행정재산의 사용·수익허가를 받은 자가 사용·수익의 허가를 받은 행정재산을 공유재산법 제20조 제3항<sup>3</sup>을 위반하여 다른 사람에게 사용·수익하게 한 경우 그 허가를 취소할 수 있도록 명하고 있는데, 이러한 취소처분은 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 사용·수익허가의 효력을 사후에 발생한 ‘무단 전대’를 사유로 소멸시키는 것이므로 ‘행정행위의 철회’에 해당합니다(대법원 2014. 10. 27 선고 2012두11959 판결<sup>4</sup>).

행정행위의 철회는 처분의 효력을 장래에 대해서 상실시키는 것이므로, 서울시가 무단 전대를 이유로 재단에 대한 관리위탁의 갱신을 하지 않거나, 관리위탁을 취소(철회)할 때까지는 재단은 본건 행정재산에 대한 사용·수익권한을 여전히 가지고 있게 되고, 재단으로부터 점유할 권한을 얻은 전차인이나 재전차인 또한 관리위탁의 효력이 소멸할 때까지는 본건 행정재산을 점유하거나 사용·수익을 정당화할 법적 지위에 있는 자로 인정될 가능성이 있고, 이러한 경우 본건 행정재산의 직접 점유자 또는 간접 점유자에 대한 변상금 부과처분은 당연 무효가 될 수 있습니다.

## 2. 질의 제2항에 대한 의견

### 가. 질의내용

위·수탁관리계약 및 임대차계약의 기간 만료일 전이라도 현재 시점을 기준으로 변상금을 부과할 수 있는지, 아니면 계약기간 만료일을 기준으로 변상금을 부과해야 하는지 여부

<sup>3</sup> 제1항에 따라 사용·수익의 허가를 받은 자는 그 행정재산을 다른 자에게 사용·수익하게 하여서는 아니 된다. 다만, 제1항에 따라 사용·수익의 허가를 받은 자가 제7조제2항 단서에 따른 기부자와 그 상속인 또는 그 밖의 포괄승계인인 경우에는 지방자치단체의 장의 승인을 받아 다른 자에게 사용·수익하게 할 수 있다.

<sup>4</sup> 행정행위의 취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 소급하여 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정처분이고, 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 사후적으로 그 행위의 효력의 전부 또는 일부를 장래에 향해 소멸시키는 행정처분이다. 그러므로 행정행위의 취소사유는 행정행위의 성립 당시에 존재하였던 하자를 말하고, 철회사유는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로서 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다

## 나. 검토의견

공유재산의 무단점유에 대한 변상금 징수의 요건은 공유재산법 제81조 및 공유재산법 시행령 제81조<sup>5</sup>에 명백히 규정되어 있으므로, 변상금을 징수할 것인가는 처분청의 재량을 허용하지 않는 기속행위라 할 것입니다(대법원 1999. 9. 22. 선고 98두7602 판결).

따라서 전차인이나 재전차인의 점유가 무단 점유로 판단되는 경우에는 ‘공유재산을 무단으로 점유하거나 무단으로 사용·수익한 시설을 확인한 시점’에 ‘그 재산을 무단으로 점유하거나 무단으로 사용·수익한 기간’에 대하여 변상금을 부과하여야 할 것입니다(갑설).

법무법인 넥서스

담당변호사 박 승 진



본 의견은 현재 시점에서의 대한민국의 현행법령 및 판례에 의거하여 법률적 검토내용을 밝힌 것으로, 추후 해당 검토내용이 법원의 재판대상이 되는 경우 저희의 의견과 달리 판단될 가능성을 배제할 수 없습니다

<sup>5</sup> 법 제81조에 따른 변상금은 그 재산을 무단으로 점유하거나 무단으로 사용·수익한 기간에 대하여 회계연도별로 제14조 및 제31조에 따라 산정한 사용료 또는 대부료 합계액의 100분의 120에 해당하는 금액으로 한다.