

# 法務法人 仁

우06233 서울시 강남구 테헤란로8길 8(역삼동, 동주빌딩 11층) 전화 02)523-2662, FAX 02)523-2663

---

수 신 : 서울특별시장

참 조 : 문상규 주무관님, 나종택 과장님

제 목 : 『한강 매점 사용·수익허가 조건 일부조항 신설에 따른 법률검토』  
에 관한 회신

---

귀 시의 『한강 매점 사용·수익허가 조건 일부조항 신설에 따른 법률검토』에 관하여 저희 법무법인은 별첨과 같은 의견서를 송부하오니, 업무에 참고하시기 바랍니다.

별첨: 의견서

2020. 4. 26.

法務法人 仁

변호사 김혜란



## 법률검토 의견서

### I. 질의의 배경 및 요지

□ 귀 시의 질의의 배경은 다음과 같습니다.

#### ○ 검토 배경

- 코로나 19 확산, 미세먼지 등으로 사용·수익허가 시설의 사용을 일시 중지할 경우, 이에 대한 처리절차, 사용료 반환, 손실 보상 방안등이 미비하여 수허가자와의 분쟁 발생
- 상위 법령이나 조례에 근거하지 않은 조항, 비현실적 행위제한 및 부담조항 등에 대해 분쟁발생 예방 및 행정처리의 정당성 강화 필요
- 해당시설물의 관리주체와 범위 비용부담 등에 대한 명확화

#### ○ 문제점 및 개선 방안

- 시설물 일시 폐쇄 조치시 수허가자의 불응, 무단사용 발생 상황에 대한 실효적 제재 방안 필요
- 개선방안
  - : 사용·수익허가 중지의 경우, 절차, 보상방안 및 불응시 처벌내용 등을 명확하게 하는 조항 신설
  - : 입찰 전 현장설명회를 개최하여 내용설명 및 현장설명회 참석자로 입찰참가자격 제한에 대한 법률 검토

□ 이와 관련하여 귀 시는 다음과 같이 질의하였습니다.

1. 한강 매점 사용·수익허가 조건(일반/특수) 신설 조항에 대한 법률적합성 검토 요청
2. 입찰 전 현장설명회를 개최하여 내용설명 및 현장설명회 참석자로 입찰참가자격 제한에 대한 법률 검토
3. 사용중지한 기간중에 매점운영자가 무단영업시 무단사용한 기간에 대하여 변상금을 부과 가능한지

□ 이에 관하여 저희 법무법인은 다음과 같이 검토하여 의견을 드립니다.

## II. 검토의견

1. 한강 매점 사용·수익허가 조건(일반/특수) 신설 조항에 대한 법률적합성 검토 요청

### 가. 한강 매점 사용·수익허가의 성격 및 적용 법령

본건 한강 매점은 귀 시가 소유하는 공유재산이고, 귀 시는 한강 매점에 관하여 공유재산 및 물품 관리법(이하 '공유재산법'이라 합니다)에 근거한 수익적 행정행위인 사용·수익허가 처분을 통하여 민간이 사용할 수 있도록 하고 있습니다. 그리고 공유재산 및 물품의 관리·처분에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 공유재산법이 정하는 바에 따릅니다(제2조의 2). 즉 귀 시가 한강 매점에 관하여 사용·수익허가를 함에 있어서 특별한 사정이 없는 한 공유재산법 및 동법 시행령, 귀 시의 '서울특별시 공유재산 및

물품관리 조례'가 적용됩니다.

이하에서는 귀 시는 사용·수익허가 조건에 다음과 같은 조항을 신설하고자 합니다. 이하 각 조문 별로 나누어 설명드립니다.

### 가. 일반조건 제3조(사용 기간)

- ② 매점 시설물을 천재지변, 홍수·범람 등으로 시설물이 유실 또는 파손 되었을 시 서울시 한강사업본부는 시설물의 재설치·개선 공사기간동안 사용 기간을 연장할 수 있다.
- ③ 전염병 상황발생, 천재지변, 서울시 및 공공기관의 기반시설공사 등 불가피한 상황으로 사용중지 되었을 시 중지기간동안 사용기간을 연장할 수 있다.(신설)

공유재산법 제21조 제4항은, '천재지변이나 그 밖의 재난으로 피해를 본 경우'(제1호), '2. 해당 지방자치단체의 귀책사유로 그 재산의 사용에 제한을 받은 경우'(제2호) 귀 시가 허가기간을 연장할 수 있도록 규정하고 있습니다. 전염병 상황발생이 천재지변에 해당하는지 여부에 대하여는 이론이 있을 수 있으나, 신설 일반조건 제3조 제3항은 전염병 상황발생 등 불가피한 상황으로 인해서 사용중지명령을 하는 경우를 예정하고 있는바, 천재지변에 준하는 정도에 이르는 전염병 상황발생이 발생할 가능성이 있는 점, 심각한 전염병 상황 발생 시 귀 시가 사용중지 명령을 내릴 긴급한 필요성이 있을 수 있는 점, 수익적 행정행위로 분류될 수 있는 기간 연장의 경우 법률유보의 원칙이 완화될 수 있는 점 등을 고려하면, 귀 시는 사용 중지 명령이 있는 경우 공유재산법 제21조 제4항 제1호의 '그 밖의 재난' 내지는 제2호의 '해당 지방자치단체의 귀책사유로 사용에 제한을 받는 경우'에 해당하거나 이에 준하는

사유의 하나(예컨대, 전염병 상황발생 등으로 서울시가 불가피한 상황에서 사용중지명령을 하는 경우)로 정하여 사용기간 연장을 할 수 있고, 이러한 근거를 명확하게 일반조건에 두는 것에 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없다고 판단됩니다. 다만 조문에는 주어가 들어가야 하므로, 제2항의 경우와 통일성을 갖추어 “전염병 상황발생, 천재지변, 서울시 및 공공기관의 기반시설공사 등 불가피한 상황으로 사용중지 되었을 시 서울시 한강사업본부는 중지기간 동안 사용기간을 연장할 수 있다.”라고 수정함이 바람직할 것으로 사료됩니다.

#### 나. 일반조건 제5조(사용료 납부)

- ① 수허가자는 한강사업본부에서 발행하는 납부고지서의 기한 내에 사용료를 내야하며, 납부기한 내에 내지 아니하는 때에는 「공유재산 및 물품관리법」(이하 “공유재산법”이라고 함) 제80조, 같은 법 시행령 제80조의 규정에 따라 당해 사용료에 연체료를 가산하여 내야 한다.
- ② 수허가자는 기 납부한 사용료의 반환을 구하지 못한다. 다만, 수허가자가 천재지변이나 그 밖의 재난 등의 상황발생으로 그 재산을 일정 기간 사용하지 못하였을 경우 복구 완료 기간의 사용료와 그 이자를 일할하여 감경할 수 있다.(기존 조항)

공유재산법 제24조 제3항은 “지방자치단체의 장은 행정재산의 사용·수익허가를 받은 자가 천재지변이나 그 밖의 재난으로 그 재산을 일정 기간 사용하지 못하였을 때에는 복구 완료기간의 사용료와 그 이자를 일할계산하여 감경할 수 있다.”라고 규정하고 있고, 이러한 규정에 근거하여 편입되어 있는 귀 시의 일반조항 제5조 제2항에 어떠한 위법성이 있다고 보이지 않습니다.

#### 다. 특수조건 제3조(준수사항)

- ① 수허가자는 본 공유재산을 사용하면서 다음 각 호의 사항을 준수하여야 한다.
11. 홍수, 강풍, 폭설 등 자연재해발생 시 재해단계별 한강사업본부의 지시에 따라 수허가자는 상품 철수 및 전기·통신·상하수도 시설물에 대해 사전조치를 실시하고, 시설물을 긴급대피 하는데 협력하여야 한다.(신설)
  12. 수허가자는 홍수, 폭설 등의 자연재해시 둔치의 빨제거, 방역, 제설 등에 협력하여야 한다.(신설)
  13. 수허가자는 안전사고 등의 대비를 위해 배상책임보험을 운영기간동안 가입한다.(신설)

특수조건 제3조는 귀 시가 수허가자의 현실적 시설물 관리 능력, 감정평가 시 비용 반영여부 등을 고려하여 관리주체·범위·비용부담 방안을 설정함으로써 관리부실 또는 수허가자와의 분쟁 발생을 방지하고자 한 조항으로, 그 타당성이 인정되고, 공유재산법의 취지 및 사용·수익허가의 목적, 수허가자에 대한 협력의무 부과 필요성 등을 종합적으로 고려하면 그 내용을 명확히 규정할 필요성이 인정된다고 판단됩니다.

#### 라. 특수조건 제7조(사용·수익허가의 사용중지 등)

- ① 한강사업본부는 다음 각호의 해당되어 필요한 경우 매점의 사용을 중지할 수 있다(전체 신설)
1. 전염병 발생상황(코로나 19 등), 천재지변, 홍수·태풍·호우 등 이용자의 안전과 시설물 안전관리 등 공익적 목적으로 필요하다고 판단될 경우
  2. 서울시 및 공공기관의 기반시설공사 등 불가피한 상황으로 정상적인

매점의 운영이 어려운 경우

3. 기타 한강사업본부의 방침에 따라 그 사용을 중지하기로 결정한 경우
- ② 제①항에 따라 사용중지할 경우 사전에 서면으로 그 내용을 통지하며, 사용자는 어떠한 경우에도 따라야 한다
- ③ 제②항에 따라 사용중지를 통지하였음에도 불구하고 사용자가 이에 따르지 않는 경우에는 무단으로 사용한 기간에 대하여 변상금을 부과하고, 계약위반에 대해 부정당업자로 지정하여 입찰참가자격을 제한할 수 있다.
- ④ 제①항에 따른 사용중지로 운영일수가 축소된 경우 일반조건 제3조에 따라 사용기간을 연장할 수 있다.
  1. 사용중지의 경우 감정평가를 통해 손해액을 산정하여 손해금액에 따라 사용기간을 연장한다.
  2. 사용중지기간의 손해액에는 휴일·계절별 가중치 부여 또는 중지기간 수허가자의 고정비용 반영을 불가하다.

### 1) 특수조건 제7조 제1항, 제2항 부분

수익적 행정처분에 있어서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고(대법원 2004. 3. 25. 선고 2003두12837 판결 참조), 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있습니다 (대법원 2009. 2. 12. 선고 2008다56262 판결 참조).

참고로 '재난 및 안전관리 기본법'(이하 '재난안전법'이라 합니다)은, '재난이란 국민의 생명·신체·재산과 국가에 피해를 주거나 줄 수 있는 것으로서

다음 각 목의 것을 말한다.'라고 규정하고 재난에 관하여 다음과 같이 정하고 있습니다(재난안전법 제3조 제1호). 즉 재난은 '가. 자연재난: 태풍, 홍수, 호우(豪雨), 강풍, 풍랑, 해일(海溢), 대설, 한파, 낙뢰, 가뭄, 폭염, 지진, 황사(黃砂), 조류(藻類) 대발생, 조수(潮水), 화산활동, 소행성·유성체 등 자연우주물체의 추락·충돌, 그 밖에 이에 준하는 자연현상으로 인하여 발생하는 재해' 및 '나. 사회재난: 화재·붕괴·폭발·교통사고(항공사고 및 해상사고를 포함한다)·화생방사고·환경오염사고 등으로 인하여 발생하는 대통령령으로 정하는 규모 이상의 피해와 에너지·통신·교통·금융·의료·수도 등 국가기반체계(이하 "국가기반체계"라 한다)의 마비, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」에 따른 감염병 또는 「가축전염병예방법」에 따른 가축전염병의 확산, 「미세먼지 저감 및 관리에 관한 특별법」에 따른 미세먼지 등으로 인한 피해'으로 구별되고, 시·도지사는 재난이 발생하거나 발생할 우려가 있는 경우 응급조치를 할 수 있고(재난안전법 제46조 제1항), 그 응급조치는 '위험구역에 출입하는 행위나 그 밖의 행위의 금지 또는 제한' 및 '위험구역에서의 퇴거 또는 대피'가 포함될 수 있습니다(재난안전법 제41조 제1항).

신설하려는 특수조건 제7조 제1항, 제2항은 재난안전법이 적용될 수 있는 경우는 아니라고 볼 것이나, 사용·수익허가는 수익적 행정행위에 해당한다는 점, 따라서 부담의 형태로 부관을 붙이는 것이 폭넓게 허용된다는 점, 한강 매점은 한강변에 위치하여 수해나 각종 사고가 발생할 수 있는 우려가 특별히 크고, 특히 최근 전염병 발생상황의 위험성이 높아지고 장래에 향하여 그 위험성이 언제든지 증대될 가능성이 있는 점 등을 고려하면, 귀 시가 특수조건을 통하여 마련한 사용중지명령의 근거는 불가피한 상황, 공익적 목적, 기타 이에 준하는 경우 제한적으로 해석되는 한 위법성이 인정될 수 없다고 사료됩니다.

## 2) 특수조건 제7조 제4항 부분

귀 시는, 일반조건 제3조 제3항에 대하여 특수조건 제7조 제4항 제1호에 사용중지 시 사용기간 연장에 관하여 '감정평가를 통해 손해액을 산정하여 손해금액에 따라 사용기간을 연장한다.'라는 구체적 규정을 두었는바, 위 규정은 일응 타당하다고 사료됩니다. 다만, 사용기간 연장에 따라 발생한 수허가자의 재산적 이익 감소는 위법행위를 전제로 하지 아니하는바 '손해'가 아닌 '손실'로 기술함이 바람직할 것입니다. 즉 특수조건 제7조 제4항 제1호는 '감정평가를 통해 손실액을 산정하여 손실금액에 따라 사용기간을 연장한다.'라고 수정하여야 할 것으로 사료됩니다.

또한 단서로서 공유재산법 제21조 제4항 단서인 '이 경우 연장하는 허가기간은 사용·수익하지 못한 기간의 범위로 한다.'를 부기함으로써 공유재산법의 범위를 넘어서는 사용기간 연장은 허용되지 않음을 명시할 필요가 있다고 판단됩니다.

한편 '2. 사용중지기간의 손해액에는 휴일·계절별 가중치 부여 또는 중지기간 수허가자의 고정비용 반영을 불가하다.'의 경우, 공유재산법에 따른 규정으로 수허가자와의 분쟁가능성을 차단하기 위하여 삽입되었는바, 특수조건 제7조 제4항 제2호의 삽입 또한 바람직하다고 판단됩니다. 다만, '고정비용의 반영을' 문구는, '고정비용의 반영은'으로 수정되어야 할 것입니다.

## 3) 특수조건 제7조 제3항 부분

위 조항에 관하여는 질의 3에서 별도로 설명을 드립니다.

## 2. 입찰 전 현장설명회를 개최하여 내용설명 및 현장설명회 참석자로 입찰참가자격 제한에 대한 법률 검토

공유재산법 제97조는 “공유재산 및 물품의 계약을 위한 입찰공고·계약서 작성 등 계약절차, 금전채권과 채무의 소멸시효, 부정당업자의 입찰참가자격 제한 등에 대하여 이 법에서 정한 사항 외에는 「지방재정법」 및 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 준용한다.”라고 규정하고 있는바, 귀 시가 입찰 참가 자격 제한을 하는 경우, 즉 사용·수익허가 시 사전 절차로 내용설명 및 현장설명회 참석자로 입찰 참가 자격을 제한할 수 있는지 여부는 「지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」(이하 ‘지방계약법’이라고 합니다)을 검토해 보아야 할 것입니다.

지방계약법 제6조 제1항은 “계약은 상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하고, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 하며, 지방자치단체의 장 또는 계약담당자는 이 법 및 관계 법령에 규정된 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있고, 지방계약법 상 계약의 방법 가운데 입찰 참가 자격의 적격성을 판단하여 그 적격자만을 참여하게 하는 방법, 즉 제한입찰의 경우 지방계약법 제9조 제2항에 근거하여 동법 시행령 제20조 제1항 각호로써 열거되어 있습니다. 지방계약법 및 동법 시행령 상 내용 설명 및 현장설명회 참석자로 입찰 참가 자격을 제한할 수 있는 근거를 찾아볼 수 없는 점, 지방계약법 제6조 제1항은 계약상대자의 계약상 이익을 부당하게 제한하는 특약이나 조건을 정하여서는 아니 된다는 내용으로 위 조

문을 통해 계약 체결이 예정된 자(본건에서 입찰참가자) 또한 부당하게 차별 취급하여서는 아니된다고 해석될 수 있는 점, 그 밖에 계약의 방법에 관한 지방계약법 규정의 취지 등을 고려하면, 지방계약법 제9조 제2항의 위임에 따른 법 시행령 제20조 제1항 각호는 제한적 열거 규정으로 보아야 하고, 귀 시가 내용설명 및 현장설명회 참석자로 입찰참가자격 제한하는 것은 어려울 것으로 판단됩니다.

다만 귀 시는 '내용설명 및 현장설명회 참석'을 사용·수익허가 조건으로 붙여, '내용설명 및 현장설명회 참석'을 해제조건인 부관으로 하여 사용·수익허가를 할 수 있고, 이러한 부관이 귀 시가 제 사정을 고려하여 매점 사용·수익허가라는 수익적 행정행위를 함에 있어 필요하다고 정책적으로 판단하여 부가된 것이라면 부당결부의 원칙에 반하지 않을 것으로 사료됩니다. 요컨대, 귀 시는 사용·수익허가에 '내용설명 및 현장설명회 참석'을 의무로 규정하고, 이를 이행하지 아니한 경우 사용·수익허가를 취소할 수 있음을 허가조건에 부관으로 붙이는 방법을 선택할 수 있습니다.

### 3. 사용중지한 기간 중에 매점운영자가 무단영업시 무단사용한 기간에 대하여 변상금을 부과 가능한지

변상금 부과처분은 침익적 행정처분이고, 따라서 엄격한 법률유보의 원칙이 적용되는바, 공유재산법에 따르지 아니하는 한 변상금 부과처분은 위법하게 됩니다. 공유재산법 제81조 제1항은 “지방자치단체의 장은 사용·수익허가나 대부계약 없이 공유재산 또는 물품을 사용·수익하거나 점유(사용·수익허가나 대부계약 기간이 끝난 후 다시 사용·수익허가나 대부계약 없이 공유재

산 또는 물품을 계속 사용·수익하거나 점유하는 경우를 포함하며, 이하 "무단점유"라 한다)를 한 자에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 공유재산 또는 물품에 대한 사용료 또는 대부료의 100분의 120에 해당하는 금액(이하 "변상금"이라 한다)을 징수한다."라고 규정하고 있는바, 변상금 부과처분의 상대방은 반드시 무단점유자여야 하고, 점유권원이 인정되는 자에게는 변상금 부과처분을 할 수 없습니다. 관련하여 헌법재판소는, "공유재산의 효용 및 공유재산을 점유하기 위한 절차 규정에 비추어 보면, 공유재산을 무단점유하는 자로부터 그 사용료 또는 대부료 상당의 부당이득을 환수하고 이에 덧붙여 추가로 일정한 금액을 징벌적으로 징수하는 것은, 그것이 과도한 금액의 책정이 아닌 한 점유의 목적이나 용도와 관계없이 공유재산을 점유하려는 자를 사전에 적법한 절차에 따라 공유재산에 대한 권원을 취득하도록 유도하여 지방자치단체가 정상적으로 사용료 또는 대부료를 징수하며 공유재산을 적절히 보호·관리하는 데 필요한 적합한 수단이다."라고 함으로써 변상금은 무단점유자에 대하여만 부과됨을 명시적으로 판시한 바 있습니다.

요컨대 매점운영자는 사용중지명령, 즉 별도의 하명처분에 따라 영업을 중지하여야 할 의무를 부담하게 되는 것일 뿐, 귀 시로부터 사용·수익허가를 받은 매점운영자가 사용중지명령으로 인하여 그 기간 중 점유권원을 상실한 무단점유자가 된다고 볼 수는 없는바, 해당 매점운영자에 대한 변상금 부과처분은 위법성을 면치 못할 것으로 사료됩니다.

한편 지방계약법에 따른 부정당업자제재처분 또한 침익적 행정처분으로서(대법원 1995. 7. 14. 선고 95누4087 판결 등 참조), 변상금부과처분과 마찬가지로 엄격한 법률유보가 적용되는바, 앞서 설명드린바와 같이 법률에 명백한 근거가 없는 한 귀 시의 사용조건에만 근거하여 곧바로 부정당업자제재처분

을 하는 경우 위법하다고 판단될 수밖에 없습니다.

결국 신설 특수조건 제7조 제3항, '제②항에 따라 사용중지를 통지하였음에도 불구하고 사용자가 이에 따르지 않는 경우에는 무단으로 사용한 기간에 대하여 변상금을 부과하고, 계약위반에 대해 부정당업자로 지정하여 입찰참가자격을 제한할 수 있다.'는 규정은 공유재산법 및 지방계약법에 반하는 허가조건에 해당하는바 삭제함이 타당할 것으로 판단됩니다.

귀 시는 신설 특수조건 제7조 제3항 대신, 사용중지를 통지하였음에도 불구하고 사용자가 이에 따르지 않는 경우에 관하여 허가취소사유로 허가조건에 삽입함으로써 사용중지명령에 위반하는 매점운영자에 대한 제재를 하는 방안이 바람직할 것으로 사료됩니다. (이 경우 허가취소를 시행하면, 그때부터 매점운영자는 무단점유자가 되고 귀 시는 장래를 향하여 비로소 변상금을 부과하거나 부정당업자입찰참가자격 제한 등의 방법을 취할 수 있을 것으로 보입니다) 끝.

본건 의견서는 보내주신 자료만을 바탕으로 작성된 것으로서, 본건 의견서에서 상정하지 않은 다른 사항이 있다면 본건 의견서와 다른 결론이 도출될 수 있는바 이를 참고하시고, 이상의 사항에 관하여 의문이 있는 경우 언제라도 연락주시기 바랍니다(담당자: 김혜란 변호사).