

제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안에 대한 검토*

Review on Amendment to Ordinance for Underground Shopping Center Management of Jeju Special Self-Governing Province

장 혜 진**
Jang, Hye-Jin

목 차

- I. 서론
- II. 제주특별자치도 지하도상가의 법적 성격에 대한 고찰
- III. 지하도상가에 대한 타 지방의 운영실태 및 조례와의 비교
- IV. 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안에 대한 검토
- V. 결론

국문초록

제주특별자치도 지하도상가는 M개발이 사업비용을 투입한 후 20년 동안 무상으로 관리, 운영, 수익을 할 수 있는 조건으로 개발되어 제주시에 기부채납되었고, 2010년 9월을 기준으로 3개 지하상가 모두 20년의 무상사용허가 기간이 도과되었다.

이러한 제주특별자치도 지하도상가가 공유재산이라는 점에는 다툼이 없으

논문접수일 : 2016. 06. 22.

심사완료일 : 2016. 07. 25.

게재확정일 : 2016. 07. 25.

* 이 논문은 제주대학교 학술진흥연구비 지원을 받아 작성되었음.

** 제주대학교 법학전문대학원 교수·변호사

나 공유재산 중에서도 그 법적 성질을 무엇으로 봐야 하는지에 대해서도 제주시와 지하도상가 상인들 간의 입장차가 있고, 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례의 개정 방향에 대해서도 입장차가 현저한 상황이다.

이러한 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례의 개정 필요성이 대두된 것은 지난 30년의 지하상가 운용기간 동안 지하도상가가 제주 원도심 내 최대 상권으로 평가되고 있음에도, 전국 주요 지하상가의 임대료와 비교하여 매우 저렴할 뿐만 아니라, 불법 양도·양수, 전대 과정에서 수억 원의 권리금이 수수되고, 기존 계약이 계속 갱신되는 형태로 진행되어 신규 진입이 불가능하다는 점에서 도민들의 불만이 많았기 때문이다.

한편, 공유재산은“해당 지자체 전체의 이익에 맞도록 하여야 하며, 취득과 처분이 균형을 이루어야 하고, 공공가치와 활용가치 두 가지가 고려되어야 하며, 투명하고 효율적인 절차에 따라 진행되어야 한다”는 기본원칙에 부합되게 관리되어야 한다(공유재산법 제3조의 2).

제주특별자치도는 지하도상가를 행정재산으로 보고, 공유재산 및 물품관리법을 근간으로 한 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안을 마련하여 2016. 4. 1. 제2016-34호로 동 조례를 입법예고 하였는데, 이에 대하여 상인들은 지하도상가를 일반재산으로 보아야 한다는 반론을 제기하면서 개정 조례안에 따를 경우 기존 조례보다 상인들의 운용의 폭을 지나치게 협소하게 함으로써 상가 활성화에 치명적일 수밖에 없다는 불만, 즉, 공공가치와 활용가치 중에서 활용가치는 전혀 살리지 못하게 될 것이라는 불만을 제기하고 있다.

물론, 지하도상가는 공공적 성격을 지닌 지하도로와 수익적 성격을 지닌 상가가 혼용되어 있기 때문에 그 법적 성격을 공유재산 중에서 행정재산으로 보아야 하는지, 일반재산으로 보아야 하는지 논란의 여지가 있으나, 행정재산 및 일반재산의 범위 결정이나 경계확정은 그 관리자인 행정청의 권한에 속하고, 이는 반드시 소유권의 범위나 일물일권주의(一物一權主義) 원칙에 반드시 따라야 하는 것이 아니라는 점, 행정재산이 기능을 상실하여 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있다 하더라도 관계 법령에 의하여 용도폐지가 되지 아니한 이상 당연히 일반재산이 되는 것은 아니라는 점, 행정청이 그 관리의 공공성을 더욱 증시할 필요성이 있다고 판단할 경우에는 그 혼용된 성격에도 불구하고

행정재산으로 분류할 필요성도 존중되어야 한다는 점, 현재 제주특별자치도 지하도상가가 행정재산인 공공용재산으로 지정되어 있는 점 등을 고려하면, 제주특별자치도 지하도상가는 공유재산 중에서도 행정재산으로 보아야 할 것이다.

한편, 제주특별자치도 지하도상가의 경우에는 상가 활성화를 위한 목적이 아닌, 상가의 운영 과정에서 발생한 여러 가지 문제점을 보완하기 위하여 조례 개정의 필요성이 대두되었다는 점을 고려한다면, 공유재산 및 물품관리의 기본원칙 중 해당 지자체 전체의 이익, 공공가치, 투명하고 효율적인 절차를 고려하여 조례 개정안을 마련한 것으로 평가될 수 있다.

공유재산의 관리는 지금 현재 드러난 문제점을 시정하는 것도 중요하지만 미래의 재산 거래 활용가치도 고려하여야 한다는 점에서 활용가치를 전면적으로 도외시하여 활성화된 상가의 운영이 저해되는 것 역시 공유재산 및 물품 관리의 기본원칙 중 효율성과 활용가치 추구에는 배치되는 것이므로, 적어도 상인들이 상가활성화를 위하여 반드시 필요하다고 요구하는 사항 중 예외적 수의 계약 허용 사유, 양도·양수의 예외적 허용 가능성 부분과 관련하여서는 더욱 심도 있는 논의를 통하여 조례에 반영할 필요가 있다고 판단된다.

주제어 : 지하도상가, 공유재산, 행정재산, 일반재산, 지하도상가 관리 조례

1. 서론

제주특별자치도 지하도상가는 1983년 준공된 중앙로 지하상가(1차), 1987년 준공된 동문로 지하상가(2차), 1990년 준공된 관덕로 지하상가(3차)가 연결된 형태로 구성되어 있다. 이들 지하도상가는 M개발이 사업비용을 투입한 후 20년 동안 무상으로 관리, 운영, 수익을 할 수 있는 조건으로 개발되어 제주시에 기부채납 되었고, 2010년 9월을 기준으로 3개 지하상가 모두 20년의 무상사용허가 기간이 도과되었다.

제주특별자치도 지하도상가는 제주 원도심 내 최대 상권으로 평가되고 있음에도, 전국 주요 지하상가의 임대료와 비교하여 매우 저렴할 뿐만 아니라,¹⁾

불법 양도·양수, 전대 과정에서 별도의 임대료 또는 수익 원의 권리금이 수수되고, 기존 계약이 수익 계약의 형식으로 계속 갱신되는 형태로 진행되어 사실상 신규 진입 장벽이 막혀 있는 현실적인 문제점이 지속적으로 지적되어 왔다.²⁾³⁾

실제 제주대학교 산학협력단에서 2015. 11. 27.~12. 3.까지 지하도상가 점포주 129명을 대상으로 조사한 결과에 따르면, 임차권 승계시 권리금에 대한 의견을 묻는 설문에 관하여 상인들은, 1억 미만 25. 5%, 1억~5억 미만 66.7%, 5억 이상 7.8% 의견을 피력하였다.⁴⁾

사실 그동안 지방자치단체에 대하여는 지방재정의 확충을 위하여 공유재산의 활용이 중요함에도 불구하고 사용·수익 허가 및 임대 등에 있어 사경제 주체로서 수익성을 도모하려는 노력이 부족하였다는 비판이 제기되어 왔다.⁵⁾

제주특별자치도는 그동안 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례를 두어 지하도상가를 관리·운영하는 등 사경제 주체로서의 역할은 수행하려고 하였지만, 임대료가 지나치게 낮고, 사실상 자유로운 양도·양수 및 전대가 성행되어 고액의 권리금이 수수되어 왔다는 그간의 상황을 고려한다면 현실적으로는 지하도상가 운영에 있어 수익성을 도모하려는 노력도 부족하였음은 물론 공공성도 달성하지는 못하였다는 비판을 가할 수 있을 것이다.

한편, 2011. 6. 8. 국민권익위원회에서 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례에 대하여 위와 같은 문제점을 지적하고 개정을 권고한 이래, 제주특별자치도

1) 실제 공유재산 사용료 수익의 성장률이 부동산 가격 상승률과 비교할 경우 낮은 편이며, 임대료 수입 역시 전체 임대 가능한 재산 대비 1% 정도로 극히 미미하다는 분석으로는, 한국지방행정연구원, “공유재산 위탁관리·개발활성화 방안”, 「한국자산관리공사」, 2009, 14면

2) 2015. 8. 3. 제주의 소리 인터넷 신문 기사
<http://www.jejuori.net/?mod=news&act=articleView&idxno=165341>
위 기사에서는 제주특별자치도 지하도상가의 연평균 임대료는 350만원에 불과하여 인근 칠성로 상점가의 연평균 임대료 수천만 원과 비교하면 차이가 있고, 음성적으로 거래되는 권리금은 최소 1억 원에서 최대 4억 원에 달하는 것으로 언급하고 있다.

3) 2016. 5. 25. 제주도민일보 인터넷 신문 기사
<http://www.jejudomin.co.kr/news/articleView.html?idxno=72171>

4) 제주대학교 산학협력단, “제주특별자치도 지하도상가의 합리적 관리 운영방안”, 2015, 42면

5) 장교식, “지방자치단체의 공유재산의 효율적 활용방안에 관한 연구”, 「토지공법연구」 48집, 한국토지공법학회, 2010, 299면

에서는 2011년부터 2014년까지 계속적으로 조례 개정안 마련을 추진하였으나, 제주특별자치도, 제주시, 제주중앙지하상가상점가진흥사업협동조합의 입장 차이로 인해 그간 난항을 겪어 왔다.⁶⁾⁷⁾

수년간의 논의 및 공청회 과정을 거쳐 제주특별자치도에서는 2016. 4. 1. 지하도상가 관리 조례 개정 입법예고를 하였는바, 이러한 조례 개정안에 대해서도 상인들은 지하도상가의 법적 성격은 행정재산이 아닌 일반 재산으로 보아야 하고, 예외적 수의 계약 사유, 예외적 양도·양수 허용사유 등을 지나치게 협소하게 규정하고 있다는 불만을 제기하고 있다.⁸⁾

결국 지하도상가가 공유재산이라는 점에는 다툼의 여지가 없는 반면, 공유재산 중 그 법적 성격이 무엇인지에는 다툼이 있으므로 그 법적 성격을 무엇으로 보아야 하는지, 나아가 어떠한 방식의 규율을 하여야 조례 개정안이 공유재산 관리의 기본원칙에 부합하는지, 현재 드러난 문제점을 시정하면서도 미래의 재산 거래 활용가치도 고려할 수 있는지 여부를 검토할 필요가 있다 할 것이다.

II. 제주특별자치도 지하도상가의 법적 성격에 대한 고찰

이하에서는 공유재산 일반론에 대하여 먼저 살펴본 후, 제주특별자치도 지하도상가를 공유재산 중 무엇으로 볼 수 있는지에 대하여 살펴보기로 한다.

1. 공유재산의 의의

공유재산이란 지방자치단체의 부담, 기부채납(寄附採納)이나 법령에 따라 지방자치단체 소유로 된 재산을 의미한다.⁹⁾

6) 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 제도개선 토론회(2015. 10. 21.) 배부 자료 13면, 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정 관련 합동 간담회 회의 자료(2016. 5.), 1면.

7) 2016. 4. 1.자 국제뉴스 인터넷 신문 기사
<http://www.gukjnews.com/news/articleView.html?idxno=456494>

8) 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정 관련 합동 간담회 회의 자료(2016. 5.) 4면, 34-45면.

공유재산 및 물품관리법상의 “기부채납”이란 지방자치단체 외의 자가 공유 재산 및 물품관리법 제4조 제1항 각 호에 해당하는 재산의 소유권을 무상으로 지방자치단체에 이전하여 지방자치단체가 이를 취득하는 것을 의미한다.¹⁰⁾

공유재산 및 물품관리법상의 “재산”이란, ① 부동산과 그 종물, 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·광업권과 그 밖에 이에 준하는 권리, ⑤ 특허권, 실용신안권, 디자인권, 상표권, 저작권 등의 권리, 품종보호권, 지식재산권, ⑥ 주식, 출자로 인한 권리, 사채권·지방채증권·국채증권과 그 밖에 이에 준하는 유가증권, ⑦ 부동산신탁의 수익권, ⑧ 제① 및 제②의 재산으로 건설 중인 재산을 말한다.¹¹⁾ 이러한 공유재산 및 물품관리법상의 재산 중 부동산은 경제적 가치가 크고 재산의 비중이 높아 관리에 있어 복잡성과 사회성 및 공익성이 따르기 때문에 재산 처분과는 별개로 규정하고 있다.¹²⁾

2. 공유재산의 구분과 종류

공유재산은 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분되는데,¹³⁾ 행정재산은 ① 공용재산,¹⁴⁾ ② 공공용재산,¹⁵⁾ ③ 기업용재산,¹⁶⁾ 보존용재산¹⁷⁾으로 나뉘며, 일반재산은 행정재산 외의 모든 공유재산을 말한다.¹⁸⁾

9) 공유재산 및 물품관리법 제2조 제1호

10) 공유재산 및 물품관리법 제2조 제3호

11) 공유재산 및 물품관리법 제4조 제1항

12) 남창우, “지방정부 공유재산관리의 효율화 방안”, 『도시행정학보』 14권 1호, 한국도시행정학회, 2001, 138면

13) 공유재산 및 물품관리법 제5조 제1항

14) 지방자치단체가 직접 사무용·사업용 또는 공무원의 거주용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산과 사용을 목적으로 건설 중인 재산

15) 지방자치단체가 직접 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산과 사용을 목적으로 건설 중인 재산

16) 지방자치단체가 경영하는 기업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 거주용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산과 사용을 목적으로 건설 중인 재산

17) 법령·조례·규칙에 따라 또는 필요에 의하여 지방자치단체가 보존하고 있거나 보존하기로 결정한 재산

공유재산으로 분류되는 대표적인 예를 각 재산별로 구분하면 아래의 표와 같다.

〈표 1〉 공유재산의 분류¹⁹⁾²⁰⁾

구분	종류(예)	
행정재산	공용재산	청사, 관사, 학교, 도서관, 공무원 아파트
	공공용 재산	도로, 공원, 하천, 제방, 구거, 공유수면, 항만 등
	기업용 재산	병원, 상하수도, 지하철 등
	보존용 재산	문화재, 사적지 등
일반재산	주로 수익재산으로 활용, 출자재산이나 준공용재산 등	

누구든지 공유재산 및 물품관리법 또는 다른 법률에서 정하는 절차와 방법에 따르지 아니하고는 공유재산을 사용하거나, 수익할 수 없는데,²¹⁾ 특히 공유재산 중 행정재산은 민법 제245조에도 불구하고 시효취득의 대상이 되지 못하도록 규정하고 있고,²²⁾ 원칙적으로 사권설정도 불가능하기 때문에,²³⁾ 시효취득의 대상이 될 수 있고, 원칙적으로 사권 설정도 가능한 일반재산²⁴⁾에 비해 보호의 정도가 더 강하다고 평가할 수 있다.

3. 제주특별자치도 지하도상가가 행정재산인지 일반재산인지 여부에 대한 검토

먼저 제주특별자치도 지하도상가는 제주시에 기부 채납된 상가(부동산)이

18) 공유재산 및 물품관리법 제5조 제2항

19) 김건수, “지방자치단체의 국공유 재산관리의 문제점 및 개선방안”, 「지방재정과 지방세」 45권, 한국지방재정공제회, 2011, 104면

20) 강경민, 황경수, 김상명, “제주특별자치도의 공유재산 효율적 관리방안 연구”, 「제주도연구」 35집, 제주학회, 2011, 283면에서도 행정재산과 일반재산의 구분과 종류를 표로 제시하여 예를 들고 있는데, “지하도, 광장”을 공공용 재산의 예로 추가로 설명하고 있다.

21) 공유재산 및 물품관리법 제6조 제1항

22) 공유재산 및 물품관리법 제6조 제1항

23) 공유재산 및 물품관리법 제19조 제1항

24) 공유재산 및 물품관리법 제28조 제1항

므로 공유재산이라는 점에는 의문의 여지가 없다.

현재 제주특별자치도는 지하도상가를 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제 43조 제2항, 동법 시행령 제2조 제3호에서 규정한 도시계획시설 중 하나인 “지하도로”로 보면서, 구체적으로는 도시계획시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙의 위임에 따른 지하공공보도시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙 제2조 제1호에서 규정된 “지하공공보도시설”에 포함된 지하도상가(동 규칙 제2조 제4호²⁵⁾)로 보아 행정재산인 공공용재산으로 관리를 하고 있다.²⁶⁾

현행 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 제2조 제1호 역시 지하도상가에 대하여 “도로 등의 지하에 지하보행로와 접하여 설치된 점포가 늘어난 구역을 말한다”고 정의하고 있어 위 지하공공보도시설의 결정·구조 및 설치기준에 관한 규칙과 동일한 정의를 하고 있음을 알 수 있다.²⁷⁾

제주특별자치도는 이러한 전제에서 기존과 달리 지하도상가가 행정재산임을 명확히 하는 방식의 조례 개정안을 마련하였는데, 이에 대하여 상인들은 지하도상가를 행정재산이 아닌 일반재산으로 보아야 하고, 도리어 일반재산으로 보는 전제에서 조례를 개정하여야 한다는 입장을 피력하였다.

상인들의 위와 같은 주장은 강남터미널 앞 지하도상가와 관련한 서울고등법원 2015. 8. 20. 선고 2014누65150 사건에 관한 판결²⁸⁾에서 “이 사건 지하도상가의 위치·용도·이 사건 대부계약 등의 내용 등에 비추어 보면, 이 사건 지하도상가는 공공용으로 사용되는 그 지상도로나 지하보행로, 지하광장, 지하도 출입시설 등과 구별되는 구획의 공간으로서 임대 목적물이 되는 일반점포로 사용되는 구역이므로 공공용으로 사용되는 재산이라고 보기 어렵다”는 판시에 근거한 것으로 보인다.

그러나 위 판결문을 자세히 살펴보면, 강남터미널 앞 지하도상가의 경우는 제주특별자치도 지하도상가의 경우와 달리 공유재산심의위원회의 심의를 거

25) 도로 등의 지하에 지하보행로와 접하여 설치된 점포가 늘어난 구역을 말한다.

26) 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정 관련 합동 간담회 회의 자료(2016. 5.) 9-10면.

27) 조례개정안에서도 이러한 정의 규정에는 변화가 없다.

28) 현재 위 사건은 패소자 측에서 상고하여 대법원에 계류 중이다.

쳐 서울특별시장이 2003. 2. 27. 기존 행정재산으로 일반재산으로 변경하는 내용의 용도 폐지 결정을 하였고, 2003. 3. 6.에는 재산관리관이 변경된 사실을 확인할 수 있다.

또한 위 판결에서 서울고등법원은 “지하도상가는 도로 부지의 지하 일정 구획에 위치한 시설물이기는 하나, 행정재산 및 일반재산의 범위결정이나 경계확정은 그 관리자인 행정청의 권한에 속하고, 이는 소유권의 범위나 일물일권주의에 반드시 따라야 하는 것은 아니므로, 서울특별시장의 용도폐지결정에 의하여 지하도상가는 일반재산이 되었다고 봄이 타당하다”는 판단을 하였다.

그 외 대법원 2010. 11. 25. 선고 2010다58957판결, 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다19478 판결 등에서는 “행정재산이 기능을 상실하여 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있다 하더라도 관계 법령에 의하여 용도폐지가 되지 아니한 이상 당연히 취득시효의 대상이 되는 일반재산이 되는 것은 아니고, 공용폐지의 의사표시는 묵시적인 방법으로도 가능하나 행정재산이 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있다는 사정만으로는 묵시적인 공용폐지의 의사표시가 있다고 볼 수도 없다”고 명시적으로 판단한 바 있다.

한편, 제주특별자치도 지하도상가 역시 공공용으로 사용되는 그 지상도로나 지하보행로, 지하광장, 지하도출입시설 등과 구별되는 구획의 공간으로서 그간 임대 목적물이 되는 일반점포로 사용되어 왔던 구역이라는 점만 고려한다면, 지방자치단체가 “직접” 공공용으로 사용하거나 사용하기로 결정한 재산과 사용을 목적으로 건설 중인 재산을 의미하는 공공용재산에 반드시 부합한다고 보기 어려울 수 있다.

그러나 앞서의 판결들에서도 알 수 있듯이, 행정재산 및 일반재산의 범위결정이나 경계확정은 그 관리자인 행정청의 권한에 속하고, 행정재산인지 일반재산인지 여부를 판단함에 있어 소유권의 범위나 일물일권주의에 반드시 따라야만 하는 것도 아니며, 행정재산이 기능을 상실하여 본래의 용도에 제공되지 않는 상태에 있다 하더라도 관계 법령에 의하여 용도폐지가 되지 아니한 이상 당연히 일반재산이 되는 것은 아닐 뿐만 아니라, 행정청이 그 관리의 공공성을 더욱 중시할 필요성이 있다고 판단할 경우에는 그 혼용된 성격에도

불구하고 행정재산으로 분류할 필요성도 존중되어야 할 것이고, 행정청이 이러한 판단 하에서 공유재산을 일반재산이 아닌 행정재산으로 분류하거나, 용도폐지나 변경 등을 하지 않고 기존 행정재산으로의 분류를 유지하는 경우에는 그러한 분류가 반드시 위법하다거나 반드시 사용되는 성질에 부합하게 재분류를 하여야 한다고 보기는 어렵다 할 것이다.²⁹⁾

결국 제주특별자치도 지하도상가 역시 공유재산을 상가로 사용하고 있음에도 불구하고 아무런 제약 없이 암암리에 불법 양도·양수, 전대되어 왔고, 그 과정에서 고액의 권리금 수수 등의 문제와 매년 수의계약 형태로 기존 계약이 갱신됨으로써 신규 진입이 사실상 차단되어 공유재산임에도 공공성은 상실되고 있다는 비판에 따라 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례가 개정되기 이전에 이르렀다는 점, 현재 제주특별자치도는 행정재산인 공공용 재산으로 지하도상가를 분류하여 관리하고 있고, 공공성 보호를 위해 이러한 용도를 변경할 의사가 없다는 점을 고려한다면 제주특별자치도 지하도상가는 비록 상가로 사용되고 있어도 행정재산으로 보아야 할 것이다.

4. 행정재산인지 일반재산인지 여부에 따른 상인들의 유·불리 여부 검토

사실 상인들이 지하도상가를 일반재산으로 보아야 한다고 주장하는 것은 일반재산으로 보면 행정재산으로 볼 경우에 비해 양도·양수가 자유로울 수 있다는 고려 하에 나온 것이라고 볼 수 있다.³⁰⁾

실제 상인들은 공청회 및 간담회 과정에서 지하도상가를 일반재산으로 보

29) 공공용재산 중 행정재산으로 관리하여야 할 필요성이 높은 경우를 제외하고는 일반재산으로 전환하여 사권을 설정할 수 있는 방안을 검토하여야 한다는 견해로는, 김민규, “토지의 입체적 공간개발을 위한 한국의 법제와 그 과제”, 『토지법학』 26-1호, 한국토지법학회, 2010, 238면, 지방자치단체별 공유재산은 행정재산이 대부분이며, 개발 가능한 일반재산의 비중은 현저히 낮았는데, 이러한 행정재산의 경우에는 개발이 필요한 경우에 용도폐지를 할 수 있도록 개선되어야 한다는 견해로는, 장교식, 전거서, 306면 등이 있다. 그러나 이러한 견해들에 따르면 제주특별자치도 지하도상가의 경우는 행정재산으로 관리할 필요성이 높고, 개발의 필요성 보다는 공익성을 도모하기 위하여 조례 개정 필요성이 대두되었다는 점에서 일반재산으로 전환될 필요가 시급하다고 보기 어렵다고 사료된다.

30) <http://news.kbiz.or.kr/news/articleView.html?idxno=41151>
2016. 4. 27. 자 중소기업 뉴스 인터넷 기사

아, 계약체결방법을 임대차계약으로 하고, 일반입찰의 예외인 수의계약 사유를 구체적으로 정해줄 것, 일반재산이지만 양도·양수를 원칙적으로 금지하는 것은 수용하겠지만, 인도적 사유를 고려하여 양도·양수를 허용하는 예외사유를 추가하여 줄 것 등을 요청하였다.³¹⁾

따라서 참고로 지하도상가를 행정재산으로 보는 경우와 일반재산으로 보는 경우를 계약체결방법, 기간, 양도·양수 및 전대 허용 여부에 있어 차이가 있는지 여부를 확인하기 위해 공유재산 및 물품관리법상의 행정재산과 일반재산에 관한 규정을 비교하여 보면 다음과 같다.

〈표 2〉 공유재산 및 물품관리법상의 행정재산과 일반재산 조문 비교

구분	행정재산	일반재산
계약체결 방법	일반입찰 원칙 예외적 지명경쟁, 수의계약 가능 (법 제20조 제2항)	일반입찰 원칙 예외적 지명경쟁, 수의계약 가능 (법 제29조 제1항)
기간	원칙 5년, 5년 연장 가능 (법 제21조)	원칙 5년, 5년 연장 가능 (법 제31조)
전대	불가 (법 제20조 제3항)	불가 (법 제35조 제1항 제3호)

위 표에서 볼 수 있듯이, 해당 재산이 행정재산인지, 일반재산인지 여부는 공유재산 및 물품관리법 해당 조항을 살펴보더라도 계약체결 방법, 사용기간, 전대 여부에는 차이가 없음을 알 수 있다.

상인들이 관심을 갖고 있는 양도·양수 허용 여부와 관련하여서는 공유재산 및 물품관리법 제19조 제1항에서 “행정재산은 대부·매각·교환·양여·신탁 또는 대물변제하거나 출자의 목적으로 하지 못하며, 이에 사권을 설정하지 못한다”는 규정을 두어 처분 등을 제한하고 있고, 대법원 1995. 12. 22. 선고 95다19478 판결에서도 “행정재산은 공용폐지가 되지 않는 한 사법상 거래의 대상이 되지 않는다”고 명시적으로 판단하였다는 점을 고려한다면 지하도상가를 행정재산으로 분류하는 상황에서는 입차권의 양도·양수 대상이 된다고 볼 수 없

31) 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정 관련 합동 간담회 회의 자료(2016. 5.) 34-45면.

음은 의문의 여지가 없다.

한편, 일반재산의 경우에는 대부·매각·교환·양여·신탁하거나 사권을 설정할 수 있지만(공유재산 및 물품관리법 제28조 제1항), 임대차의 성질을 지닌 대부의 경우에 대하여 공유재산 및 물품관리법 제35조 제1항 제2호에서는 “대부 목적에 위배되게 사용한 경우”를 대부 계약의 해지 사유로 규정하고 있다는 점에서 대부 허가를 받은 자가 아닌 다른 자가 대부 목적물을 양도받아 임대차의 목적으로 사용하는 경우는 대부 목적에 위배되게 사용하는 것으로 평가할 수 있다는 점, 일반재산이라 하더라도 일반의 자유로운 사용이 허가되는 것이 아니고, 대부계약이나 기타 정당한 사용허가를 받은 경우에만 사용·수익할 수 있다³²⁾는 점 등을 고려한다면, 대부 계약의 방식으로 일반재산을 이용할 수 있게 된 자가 행정청의 의사와 무관하게 자유로이 임차권을 양도·양수할 수 있다고 해석할 수는 없다고 판단된다.

결국 일반적으로는 행정재산은 시효취득이 불가능하고, 사적처분이 제한되기 때문에 일반재산보다는 행정재산이 보호의 정도가 더 높다고 판단할 수 있겠지만, 지하도상가가 행정재산인지, 일반재산인지 여부에 따라 양도·양수 허용 여부가 크게 달라진다고 할 수 없다고 판단된다.

III. 지하도상가에 대한 타 지방의 운영실태 및 조례와의 비교

1. 타지방과의 운영실태 비교

조례를 마련하여 지하도상가를 운영하고 있는 타시·도 중 광역시의 경우를 제주특별자치도와 비교하면 아래의 표와 같다.³³⁾³⁴⁾

32) 대법원 법원행정처, “국유재산관리 업무편람”, 법원행정처, 1996, 6면.

33) 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 제도개선 토론회(2015. 10. 21.) 배부 자료 19면.

34) 2016. 6. 15.를 기준으로 지하도상가에 관한 조례를 제정하여 지하도상가를 운영하고 있는 지자체는 서울특별시, 부산광역시, 인천광역시, 수원시, 의정부시, 순천시, 진주시, 창원시가 있으나, 광역시를 기준으로 하여서만 비교하여 보기로 한다.

〈표 3〉 타지방 지하도상가 운영 실태와의 비교

구분	서울	부산	인천	제주
상가수	29	2	15	1
접포수	2,776	1,624	3,602	382
실제 관리주체	시설관리공단	시설관리공단, 민간업체	시설관리공단, 민간업체	상가협동조합

2. 타지방 조례³⁵⁾와의 비교

상인들이 특히 관심을 가지고 있는 부분인 계약체결방법, 임대기간, 양수·도허용 여부, 전대행위 가능 여부와 관련하여 서울, 부산, 인천, 제주의 관련 조례를 비교하면 다음과 같다.

〈표 4〉 타지방 지하도상가 관리 조례와의 비교

구분	서울특별시 지하도상가 관리 조례	부산광역시 지하도상가 관리 조례 ³⁶⁾	인천광역시 지하도상가 관리 운영 조례	제주특별자치도 지하도상가 관리 조례(개정안)
계약 체결 방법	제5조	제5조	제6조	제5조
	- 일반입찰 원칙 - 예외적 수의계약: 서울특별시가 관리·운영권을 인수한 후 시장이 특별한 사유가 있다고 인정할 때에 최초 계약에 한정하여 수의계약으로 가능.	- 공개모집 원칙 - 이사장이 특별 사유가 있다고 인정할 때에는 수의계약으로 체결 가능	- 일반경쟁입찰 원칙 - 예외적 기존 임차인 우선 선정 가능(① 시장이 부담할 비용을 관리인이 부담하여 보수하고 기부채납 하는 경우, ② 무상 상가의 관리인이 건물평가금액의 1천분의 100이상에 상당하는 금액으로 상가구조물과 각종 설비 및 기계실, 화장실, 주차장등 대규모 부대시설을 보수하여 기부채납	- 공유재산 및 물품 관리법 제20조, 동법 시행령 제13조 적용 (-일반입찰 원칙, 예외적 지명경쟁 또는 수의계약 가능)

35) 타지방의 조례는 2016. 6. 15.를 기준으로 시행 중인 조례를 기준으로 한다.

			하는 경우에는 경우, ③기타 공유 재산 및 물품관리법 에서 정하는 경우	
기간	제6조	제5조	제7조	제6조
	5년 이내/ 갱신 규정 없음	3년/ 상가건물임대차 보호법 제10조 범위 내에서 갱신 가능	공유재산 및 물품관리법 등에 따름 (원칙 5년, 5년 연장 가능)	공유재산 및 물품관리법 제21조에 따름 (원칙 5년, 5년 연장 가능)
양도 · 양수, 전대	제11조	제6조	제16조	제11조
	- 양도는 관리인 허가 받아 가능 - 전대는 불가능 - 수탁자, 임차인, 그리고 양수인은 어떠한 경우에도 임대보증금 이외의 어떠한 보상이나 권리를 시장, 관리인에게 청구 또는 주장 불가 - 상속인 승계 가능	- 어떠한 경우에도 양도·전대불가 - 상속인 승계만 가능	- 양도, 양수, 전대 모두 관리인의 사전 승인을 얻어 가능 - 승인시에는 상가 법인 이사회 의 심의를 거쳐, 상가전체 관리 운영과 점포의 경제 질서 등 제반 여건을 종합적으로 판단 하여 부득이한 경우 에만 지장을 초래 하지 아니하는 범위 내에서 승인여부를 결정	- 원칙 양도 불가 (사용·수익 허가자가 중대한 질병 또는 불의의 사고로 인해 부득이 영업을 계속할 수 없을 경우 미리 도지사에게 허가를 받아 최초 사용· 수익허가자의 허가 잔여기간에 한해 승계 가능) ³⁷⁾ - 전대 불가(전대 불가 규정이나, 예외적 허용 사유 규정 들 다 없음)

결국 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안을 기준으로 하여, 조례
를 마련하여 지하도상가를 관리하고 있는 타 광역시의 경우와 비교한다면, ①

36) 해당 조례는 계약체결방법, 임대기간, 양·수도 및 전대 허용 여부에 대하여 별도의 규정을
마련하지 않고 이를 관리규정으로 마련하여 시장의 승인을 받도록 위임하고 있으므로, 부
산의 경우에는 해당 지하도상가에 대하여 관리자인 부산시설공단에서 마련한 지하도상가
관리 규정(2014. 4. 1. 개정)을 살펴보도록 한다.

37) 입법 예고된 조례 개정안에서는 “타법에서 상속인에 대한 양도가 가능한 경우만 승계를 허
용하는 것으로 규정되어 있었으나, 2016. 6. 15. 개최된 제주특별자치도 의회 환경도시위원
회 전체회의에서는 해당 조항을 위 표와 같은 내용으로 수정 가결하였다.

<http://www.jejunews.com/news/articleView.html?idxno=1990783>

2016. 6. 16. 제주신보 인터넷신문 기사

계약체결의 방식은 일반(경쟁)입찰을 원칙으로 하고 있다는 점에서 차이가 없고, ② 기간도 제주특별자치도가 타 광역시와 동일 또는 더 유리하며, ③ 양도·양수·전대까지 일정 요건을 갖추면 허용하는 사유를 마련한 인천을 제외하고 나머지의 경우에는 사실상 양도·양수와 전대를 원칙적으로 불허하고 있다는 사실을 알 수가 있다.

나아가 공유재산을 관리함에 있어서는 필요한 범위 내에서는 표준화할 필요가 있지만, 지역적 특성 역시 반영될 수 있어야 하고, 지방자치단체의 자율적 의사결정 가능성이 확대되어야 필요성이 있다는 점을 고려한다면,³⁸⁾ 제주특별자치도 지하도상가의 경우만 유달리 다른 지방 지하도상가에 비하여 규제를 강화하는 방식으로 개정되었다는 비판은 적절하지 않은 것으로 보인다.

IV. 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안에 대한 검토

1. 공유재산 관리의 기본 원칙

공유재산 및 물품관리법은 공유재산 및 물품을 보호하고 그 취득·유지·보존 및 운용과 처분의 적정을 도모함을 목적으로 하면서,³⁹⁾ 지방자치단체가 공유재산을 관리·처분하면서 지켜야 할 “공유재산 및 물품 관리·처분의 기본원칙”에 대하여 “① 해당 지방자치단체 전체의 이익에 맞도록 할 것, ② 취득과 처분이 균형을 이룰 것, ③ 공공가치와 활용가치를 고려할 것, ④ 투명하고 효율적인 절차를 따를 것”이라는 4가지 원칙을 천명하고 있다.⁴⁰⁾

따라서 제주특별자치도가 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례를 개정함에 있어서는 위와 같은 공유재산 및 물품관리법상의 공유재산 및 물품의 관리·처분의 기본원칙 모두를 충실히 구현하는 방향으로 하는 것이 가장 이상

38) 이삼주, 김성주, “공유재산 관리체계의 개선방안”, 『한국지방재정학회 세미나 자료집』, 한국지방재정학회, 2015, 91면.

39) 공유재산 및 물품관리법 제1조

40) 공유재산 및 물품관리법 제3조의 2

적일 것이다.

그런데 이들 원칙을 살펴보면, 현실적으로는 양립하기 쉽지 않은 원칙들을 동시에 규정하고 있음을 알 수 있다. 실제 상인들이 요구하는 사항들을 살펴 보더라도, 예외적 수의 계약 요건 확대, 예외적 양도·양수 요건 확대라는 요구 사항들은 위 “① 해당 지방자치단체 전체의 이익에 맞도록 할 것”이라는 요건과 “③ 공공가치”, “④ 투명한 절차”에 배치될 소지가 다분하기 때문이다.

그러나 앞서 설명한 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정 필요성이 대두된 배경을 고려한다면, 현 시점에서 지하도상가 관리 조례를 개정함에 있어서는 결국 위 “공유재산 및 물품 관리·처분의 기본원칙”들이 양립하기 쉽지 않은 원칙들이기는 하지만, 위 원칙들 중 공공성에 부합되는 가치를 좀 더 우선시하여 조례를 개정하는 것이 가장 바람직한 방향이 될 것이다.

한편, 공유재산의 관리는 지금 현재 드러난 문제점을 시정하는 것도 중요하지만 미래의 재산 거래 활용가치도 고려하여야 한다는 점⁴¹⁾에서 활용가치를 전면적으로 도외시하여 활성화된 상가의 운영이 저해되는 것 역시 공유재산 및 물품 관리의 기본원칙 중 효율성과 활용가치 추구는 배치되는 것이므로 활용가치를 전면적으로 도외시하여 기존의 활성화된 상가의 운영이 급속도로 저해되거나, 저해될 우려를 만드는 것 역시 공유재산 및 물품 관리의 기본원칙 중 효율성과 활용가치 추구는 정면으로 배치되는 것이 공공성을 우선시 하되, 상가활성화를 위한 상인들의 요구 중에서도 공유재산 및 물품관리법의 취지에 어긋나지 않는 부분들은 심도 있게 논의할 필요가 있을 것이다. 이하에서는 이러한 전제 하에서 조례 개정의 바람직한 방향을 살펴보기로 한다.

2. 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 신(개정안)·구 조문의 비교

이하에서는 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 신(개정안)·구 조문을 중요 조항 위주로 비교하여 보기로 한다.

41) 같은 취지로, 고경훈, “공유재산관리 정책집행에 관한 연구”, 「한국사회와 행정연구」 제26권 제1호, 서울행정학회, 2015, 3면.

〈표 5〉 신(개정안)·구 조문 비교

현행	개정안
제4조(점포임대 등) ①도지사는 점포를 임차하려는 자와 점포임대차계약을 체결하여야 한다.	제4조(사용·수익허가) 도지사는 지하도상가의 각 점포를 「공유재산 및 물품관리법」 제20조에 따라 사용·수익 허가할 수 있다.
제5조(계약의 체결) ①도지사는 점포에 대하여 임대차계약을 체결하고자 할 때에는 경쟁 입찰방법으로 한다. 다만, 도지사가 특별한 사유가 있다고 인정할 때에 한하여 수의계약으로 임대차계약을 체결할 수 있다.	제5조(사용·수익허가 방법) 도지사는 「공유재산 및 물품관리법」 제20조 및 같은 법 시행령 제13조에 따라 사용·수익허가 방법에 관한 사항을 고시 할 수 있다.
제6조(임대차 기간) 점포임대차계약은 「상가건물임대차보호법」 제9조에 따른 기간으로 한다.	제6조(사용·수익허가 기간) 제4조에 따른 사용·수익허가 기간 및 그 갱신에 관한 사항은 「공유재산 및 물품관리법」 제21조에 따른다.
제11조(임차권의 양도제한 및 권리의무의 승계) ①이 조례에 따라 발생한 권리나 의무는 제3자에게 양도하지 못한다. 다만, 임차인이 점포를 직접 운영할 수 없는 다음 각 호의 사유가 발생할 때에 한하여 미리 도지사에게 허가를 받아 양도할 수 있다. 1. 재난, 재해로 인한 사망 등 부득이한 사유가 발생하여 영업을 불가능 한 때 2. 지역상권의 발전과 금융권의 안정을 위하여 채권자의 요구가 있을 때 3. 지하상가 상인회 임원회에서 양도·양수 심의 결정되어 지하상가상인 회장이 요청이 있을 때 ②제1항에 따라 양도된 경우 임차인의 권리나 의무는 양수인이 이를 승계한다. ④임차인은 임차한 점포를 어떠한 경우에도 제3자에게 빌려주지 못한다.	제11조(임차권의 양도제한 및 권리의무의 승계) ①이 조례에 따라 발생한 권리나 의무는 제3자에게 양도하지 못한다. 다만, 사용·수익허가자가 중대한 질병 또는 불의의 사고로 인해 부득이 영업을 계속할 수 없을 경우 미리 도지사에게 허가를 받아 양도할 수 있다. ② 제1항 단서에 따라 권리 또는 의무를 승계 받은 경우에는 그 승계일부터 30일 이내에 규칙으로 정하는 바에 따라 도지사에게 신고하여야 한다. ④ 삭제

가. 근본적인 변화 방향

위 조문 비교표에서 알 수 있듯이 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안이 기존의 조례와 가장 큰 변화는 규율 체계를 공유재산 및 물품관리법의 적용을 받는 것으로 명확히 하였다는 것이다.

나. 계약체결 방법

계약체결 방법과 관련하여서는 실제로는 그동안 제주특별자치도 지하도상가가 수의계약 형태로 매년 계약이 갱신되어 왔지만, 조례상으로는 기존의 경우도, 개정안도 일반입찰을 원칙으로 하고 있고, 예외적으로만 지명경쟁이나 수의계약을 허용하도록 하고 있다는 점에는 차이가 없다. 다만, 기존에는 도지사가 특별한 사유가 있다고 인정한 경우에는 수의계약을 할 수 있도록 하고 있었기 때문에 그 특별한 사유에 대한 해석이 모호하고 도지사의 재량의 범위가 넓었지만, 공유재산 및 물품관리법의 적용을 받게 되면 일반입찰의 예외사유가 법에 정하여져 있기 때문에 재량의 여지가 줄어들게 된다면서 상인들이 불만을 제기하고 있는 것이다.

다. 기간

기존의 조례에 따르면 상가건물임대차보호법의 적용을 받게 되어 1년 단위로 기간이 정해지고, 이러한 계약은 최대 5년의 범위 내에서만 임차인에게 계약갱신요구권이 인정되지만, 개정안에 따르면 공유재산 및 물품관리법의 적용을 받게 되어 5년의 사용·수익기간이 원칙적으로 보장되고, 5년 갱신까지도 가능하게 된다. 따라서 기간이 증가된다는 점에 대해서는 상인들의 불만이 없지만, 10년 이상의 기간도 영업이 가능할 수 있도록 수의계약의 요건을 넓혀달라는 요구를 하고 있는 것이다.

라. 양도·양수 및 전대 허용 여부

기존 조례에서도 양도·양수를 원칙적으로는 금지하고 있었지만, 기존 조례 제11조 제1항 제3호에서 “지하상가 상인회 임원회에서 양도·양수 심의 결정되어 지하상가상인 회장이 요청이 있을 때”에는 도지사의 허가를 얻어 양도·양수할 수 있었기 때문에 사실상 자유롭게 양도가 이루어져 왔다. 그런데 개정안에 따를 경우에는 이러한 양도·양수가 중대한 질병 또는 불의의 사고로

인해 부득이 영업을 계속할 수 없을 경우에만 가능할 수 있기 때문에 굉장히 그 범위가 줄어드는 것은 사실이어서 상인들의 불만이 집중되어 있는 것이다.

한편, 전대의 경우에는 기존 조례에서도 금지되고 있고, 현재 조례에서는 허용 여부에 대한 근거 규정 자체를 마련하지 않는 방식으로 전대를 금지하고 있다. 하지만 기존 조례에서 전대를 금지하고 있었음에도 불구하고 음성적으로 전대가 이루어져 비판의 여론이 높았던 것이다.

3. 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안의 바람직한 개정 방향

가. 근본적인 변화 방향에 대한 검토

먼저 지하도상가가 공유재산임에는 다툼이 없으므로, 그 성격을 행정재산으로 보아야 하는지 일반재산으로 보아야 하는지 여부와 관계없이, 공유재산 및 물품관리법의 규율에 따라 정리를 하는 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안의 개정 방향은 바람직하다고 판단된다. 기존 조례에는 이 부분을 명확하게 하지 않은 채, 임대차계약이라는 표현을 사용하고 있었으나, 공유재산 및 물품관리법에 따라 지하도상가가 행정재산이라면 “사용·수익 허가”라는 용어가, 일반재산이라면 “대부”라는 용어가 정확한 것이므로, 개정안에서 지하도상가를 행정재산으로 보아 사용·수익 허가라는 용어를 사용하고 있는 것은 바람직한 개정이라 할 것이다.⁴²⁾

나. 계약체결 방법에 대한 검토

원칙적으로는 당연히 공유재산 및 물품관리법에 부합하도록 일반입찰 방식으로 진행될 수 있도록 공유재산 및 물품관리법의 적용을 명확하게 하는 개

42) 같은 취지로 국유재산 중 일반재산임에도 개별계약 과정에서 “대부”가 아닌 “임대”라는 표현을 사용한 경우가 많은데, 국유재산법과 다른 용어를 사용하면 국유재산법 자체의 적용이 배제된다는 오해를 낳을 수 있으므로 다른 용어를 사용하는 것을 피해야 한다는 견해가 있다. 윤장근, “국·공유재산 관련 입법의 입안심사요령”, 『법제』 644호, 법제처, 2011, 50-51면.

정안이 바람직하다고 보인다. 다만, 상인들은 사용·수익 기간 만료 후에도 사용할 수 있는 가능성이 보장되도록 일반입찰의 예외사유를 넓혀주기를 희망하고 있으므로, 이를 가능하도록 할 수 있는지, 이러한 예외가 바람직한지는 따로 살펴보아야 할 것이다.

먼저 기존 조례에서 규정한 “도지사가 특별한 사유가 있다고 인정할 때”라는 것은 도지사의 재량이 폭이나 해석의 폭이 너무 넓고 일응의 기준도 마련되어 있지 못하므로, 이를 그대로 유지하는 것은 바람직하지 못하다.

개정안에서는 결국 공유재산 및 물품관리법 및 동법 시행령에 따라 도지사가 사용·수익허가 방법에 관한 사항을 고시할 수 있도록 하였다. 그런데, 공유재산 및 물품관리법 및 동법 시행령에 따라 지명경쟁입찰이나 수의계약이 가능한 사유는 다음과 같다.

〈표 6〉 공유재산 및 물품관리법 및 동법 시행령 상의 일반 입찰 예외 사유

지명 경쟁 입찰 가능 사유	법 제20조 제2항 단서, 시행령 제13조 제4항	<ol style="list-style-type: none"> 1. 토지의 용도 등을 고려할 때 해당 재산에 인접한 토지의 소유자를 지명하여 경쟁에 부칠 필요가 있는 경우 2. 제3항에 따른 사용·수익허가의 신청이 경합하는 경우 3. 그 밖에 지방자치단체의 장이 재산의 위치·형태·용도 등이나 계약의 목적·성질 등으로 보아 사용·수익허가를 받는 자를 지명할 필요가 있는 경우
수의 계약 가능 사유	법 제20조 제2항 단서, 시행령 제13조 제3항	<ol style="list-style-type: none"> 1. 국가·지방자치단체·공법인·공익법인이 직접 사용하려는 경우2. 일단(一團)의 면적이 1만 제곱미터 이하인 농경지를 경작의 목적으로 실경작자에게 사용·수익하도록 허가하는 경우 3. 청사(廳舍)의 구내재산을 공무원 후생 목적으로 사용하기 위하여 그 재산의 사용·수익을 허가하는 경우 4. 법률에 따라 해당 재산을 무상으로 사용하도록 허가할 수 있는 자에게 그 재산을 유상으로 사용하도록 허가하는 경우 5. 법 제24조제1항 또는 그 밖의 다른 법률에 따라 사용료 면제의 대상이 되는 자에게 사용을 허가하는 경우 6. 대장가격이 1천만 원(특별시·광역시의 자치구에 소재하는 재산인 경우에는 3천만 원) 이하인 재산의 사용·수익을 허가하는 경우 7. 2회에 걸쳐 유효한 일반입찰이 성립되지 아니한 경우 8. 지역경제 활성화에 기여할 수 있는 해당지역특산품 또는 해당지역생산제품 등을 생산·전시 및 판매하는데 필요하다고 지방자치단체의 조례로 정하는 경우 9. 지방자치단체가 시행하는 사업을 위하여 이전하는 공익시설의 소유자

		<p>가 그 공익시설과 직접 관련된 재산을 그 공익시설을 이전하는 기간 동안 사용하려는 경우</p> <p>10. 건물 등을 신축하여 기부하려는 자가 신축기간 동안 그 부지를 사용하는 경우</p> <p>11. 천재지변이나 그 밖의 재해를 입은 지역주민에게 임시로 사용을 허가하는 경우</p> <p>12. 공익사업을 위하여 자진철거를 전제로 하여 임시로 사용하는 경우</p> <p>13. 다른 법률에 따라 공유재산을 우선 임대할 수 있는 자에게 그 재산의 사용을 허가하는 경우</p> <p>14. 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따른 정부출연 연구기관, 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따른 과학기술분야 정부출연 연구기관, 「특정연구기관 육성법」 제2조에 따른 특정연구기관(이하 "정부출연연구기관등"이라 한다) 또는 「산업기술혁신 촉진법」 제42조제1항에 따른 전문생산기술연구소에 사용을 허가하는 경우</p> <p>15. 지방자치단체와 재산을 공유하는 자에게 지방자치단체의 지분에 해당하는 부분을 사용·수익하도록 허가하는 경우</p> <p>16. 지방자치단체의 현재의 사용 및 이용에 지장을 주지 않는 범위에서 해당 공유재산의 공중·지하에 건물이 아닌 공작물을 설치하는 경우</p> <p>17. 공유재산을 「중소기업창업 지원법」 제2조 및 제3조에 해당하는 창업자에게 창업을 위한 사무실 또는 사업장 등 창업 공간(창업보육센터는 제외하며, 이하 "창업 공간"이라 한다)으로 사용·수익하도록 허가하는 경우</p> <p>18. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기구 또는 단체로서 지방자치단체의 조례로 정하는 기구 또는 단체가 사용하도록 허가하는 경우</p> <p>19. 「청년고용촉진 특별법 시행령」 제7조에 따른 취업애로 청년 또는 「국민기초생활 보장법」 제7조제1항 제1호부터 제3호까지의 규정에 따른 급여의 수급권자에 해당하는 사람 중 이동용 음식판매 용도의 자동차를 이용하여 「식품위생법 시행령」 제21조제8호 가목의 휴게음식점영업 또는 같은 호 바목의 제과점영업을 하려는 사람에게 사용·수익하도록 허가하는 경우</p> <p>20. 그 밖에 행정재산의 위치·형태·용도 등이나 계약의 목적·성질 등으로 보아 일반입찰에 부지기 곤란한 경우로서 지방자치단체의 조례로 그 내용 및 범위를 정한 경우</p>
--	--	---

결국 위 조항들을 살펴보면, 사실상 공유재산 및 물품관리법 시행령 제13조 제3항 제7,8호를 제외하면 지하도상가에는 적용되기 어려운 규정들이다. 따라서 도지사가 일반입찰의 예외 사유로써 고시로 어떠한 사유를 마련하는지가 굉장히 중요한 문제가 될 것인데, 공유재산 및 물품관리법 제13조 제3항 제20

호에서 정한 “행정재산의 위치·형태·용도 등이나 계약의 목적·성질 등으로 보아 일반입찰에 부치기 곤란한 경우”에 부합하여야 하면서, 공유재산 및 물품관리의 기본원칙에 부합하고, 상가 활성화, 효율화를 위한 상인들의 요구에도 부합할 수 있는 것이 가장 이상적이고, 바람직할 것이다.

이와 관련하여서는 공유재산인 지하상가의 가치 증진이라는 공익성을 도모하면서 기존 상인들의 수의계약 가능성이라는 상가 운영의 효율성을 같이 고려하여 정하였다고 볼 수 있는 인천광역시 지하도 상가 관리 조례에서 정한 “① 시장이 부담할 비용을 관리인이 부담하여 보수하고 기부 채납하는 경우, ② 무상상가의 관리인이 건물평가금액의 1천분의 100이상에 상당하는 금액으로 상가구조물과 각종설비 및 기계실, 화장실, 주차장등 대규모 부대시설을 보수하여 기부 채납하는 경우에는 경우”를 참고하여 객관적인 지표로 평가가 가능하고, 합리적인 운영이 가능한 고시안을 마련할 필요가 있다고 판단된다.⁴³⁾

다. 기간에 대한 검토

조례 개정안에 따를 경우, 공유재산 및 물품관리법에서 규정한 기간이 기존의 1년 단위를 전제로 한 상가임대차보호법의 기간보다도 넓어 일반 사유물인 상가보다 상인들을 보호하는 역할을 충실히 할 수 있으므로 바람직한 개정이라고 판단된다.

라. 양도·양수 및 전대 허용 여부에 대한 검토

공유재산을 사용하는 경우, 그 법적성격이 행정재산이어서 사용·수익 허가를 받는 것인지, 일반재산이어서 대부를 받는지 여부와 관계없이 자유로운 양

43) 장교식, 전계서, 307면 역시 건물의 리모델링 등을 통하여 공유재산의 상품화를 통한 임대수입을 증대해 나갈 필요성을 강조하고 있다. 현재 제주특별자치도 지하도상가 시설 개·보수 작업이 진행 중이기는 하지만, 향후 제주특별자치도 지하도상가의 전폭적 리모델링이 진행되거나, 비용이 많이 투입되는 특수시설 등의 설치 필요시 희망 상인들이 비용을 부담하고 이러한 사유를 수의계약 요건으로 반영하는 방식도 가능하다고 본다.

도의 대상이 될 수 없다고 보아야 한다는 점은 앞서 살펴보았다. 기존 조례안에서도 원칙적으로 양도·양수·전대가 불가능하였지만 예외 규정 등을 통해 고액의 권리금이 수수되는 사례가 빈번하였기 때문에 이를 엄격하게 금지하는 방향으로 수정 통과된 조례 개정안이 바람직하다고 판단된다.

다만, 최초 개정안에서는 양도가 아닌“상속”만 가능하도록 하였으나, 수정 통과된 조례안에서는 “중대한 질병 또는 불의의 사고로 인해 부득이 영업을 계속할 수 없을 경우”에도 양도·양수가 가능하도록 하였는데, 이러한 경우 양도·양수를 허용한다고 하여 권리금 수수를 용인하는 것이 아니라는 점을 조례에서 명확히 지적할 필요가 있다고 생각한다.

또한, 상가건물임대차보호법 제10조의 5 제2호에서도 국유재산 및 공유재산의 경우에는 권리금 회수기회를 보호할 수 없음을 명확히 하고 있을 뿐만 아니라, 공유재산 및 물품관리법에서는 공유재산 그 자체를 활용하여 효율성과 공익성을 동시에 추구하도록 하고 있는 것이지, 그 공유재산을 활용하지 못하는 사유가 경제적 수익을 추구할 수 있는 별도의 수단이 되는 것을 허용하고 있다고 해석할 수 없다는 점에서, “중대한 질병 또는 불의의 사고로 인해 부득이 영업을 계속할 수 없을 경우”에도 일정한 친족 관계 등을 설정하여 그 범위 내에서만 양도가 가능하도록 함으로써 권리금이 수수되는 것을 미연에 방지하는 방향의 검토도 필요하다고 생각한다.

전대의 경우에는 기존 조례에서도 개정안에서도, 공유재산 및 물품관리법에서도 행정재산인지, 일반재산인지 여부를 떠나 전면 금지하고 있고, 예외를 마련할 이유도 없으므로 전대 금지가 바람직하다는 점에 대해서는 이론의 여지가 없다고 생각한다.

나아가 공유재산인 지하도상가를 불법으로 양도·양수·전대하거나 합법적 사유로 양도·양수하였다 하더라도 권리금이 수수되었다면 이는 민법 제741조에서 규정한 법률상 원인 없는 부당이득이므로, 행정청에서 이 부분에 대한 회수를 할 수 있도록 적절한 조치를 취하는 등의 수단도 검토할 필요가 있다고 생각한다.

V. 결론

제주특별자치도 지하도상가 관리 조례의 개정 필요성이 대두된 것은 지난 30년의 지하상가 운용기간 동안 제주특별자치도 지하도상가가 제주 원도심 내 최대 상권으로 평가되고 있음에도, 전국 주요 지하상가의 임대료와 비교하여 매우 저렴할 뿐만 아니라, 불법 양도·양수, 전대 과정에서 별도의 임대료나 수억 원의 권리금이 수수되고, 기존 계약이 계속 갱신되는 형태로 진행되어 사실상 신규 진입이 불가능 하다는 점에서 도민들의 불만이 많았기 때문이다.

이에 제주특별자치도는 지하도상가를 행정재산으로 보고, 공유재산 및 물품 관리법을 근간으로 한 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안을 마련하였다. 한편, 공유재산은“해당 지자체 전체의 이익에 맞도록 하여야 하며, 취득과 처분이 균형을 이루어야 하고, 공공가치와 활용가치 두 가지가 고려되어야 하며, 투명하고 효율적인 절차에 따라 진행되어야 한다(공유재산법 제3조의 2)”목적에 부합되게 관리되어야 한다.

그런데 상인들은 지하도상가를 일반재산으로 보아야 한다는 반론을 제기하면서 개정 조례안에 따른 경우 기존 조례보다 상인들의 운용의 폭을 지나치게 협소하게 함으로써 상가 활성화에 치명적일 수밖에 없다는 불만, 즉, 공공가치와 활용가치 중에서 활용가치는 전혀 살리지 못하게 될 것이라는 불만을 제기하고 있다.

지하도상가는 공공적 성격을 지닌 지하도로와 수익적 성격을 지닌 상가가 혼용되어 있기 때문에 그 법적 성격을 공유재산 중에서 행정재산으로 보아야 하는지, 일반재산으로 보아야 하는지 논란의 여지가 있으나, 앞서 살펴본 여러 가지 사정을 고려하면, 현재 제주특별자치도 지하도상가가 행정재산인 공공용 재산으로 지정되어 있는 이상 현재와 같은 규율 하에서의 제주특별자치도 지하도상가는 공유재산 중에서도 행정재산으로 보아야 할 것이다.

결국, 현행과 같은 규율 하에서는 지하도상가를 행정재산으로 보는 전제 하에서 마련된 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정안의 기본적 방향은

유지하되, 활용가치를 전면적으로 도외시하여 활성화된 상가의 운영이 저해되는 것 역시 공유재산 및 물품 관리의 기본원칙 중 효율성과 활용가치 추구에 배치되는 것이므로, 적어도 상인들이 상가활성화를 위하여 반드시 필요하다고 요구하는 사항 중 수의 계약 허용 사유, 양도·양수의 예외적 허용 가능성 부분과 관련하여서는 더욱 심도 있는 논의를 통하여 조례에 반영할 필요가 있고, 예외적 수의 계약과 관련하여서는 객관적인 지표로 평가가 가능하고, 합리적인 운영이 가능한 고시안을 만들도록 노력하여야 하고, 양도·양수 허용가능성의 범위 역시 합리적으로 제한하되, 합법적인 양도·양수의 경우에도 권리금 수수는 금지된다는 것을 명확히 하는 방식으로 규율하는 것이 바람직하다고 본다.

참고문헌

- 대법원 법원행정처, “국유재산관리 업무편람”, 법원행정처, 1996.
- 제주대학교 산학협력단, “제주특별자치도 지하도상가의 합리적 관리 운영방안”, 2015.
- 제주특별자치도, 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 제도개선 토론회(2015. 10. 21.) 배부 자료
- 제주특별자치도, 제주특별자치도 지하도상가 관리 조례 개정 관련 합동 간담회 회의 자료(2016. 5.)
- 한국지방행정연구원, “공유재산 위탁관리·개발활성화 방안”, 「한국자산관리공사」, 2009.
- 강경민, 황경수, 김상명, “제주특별자치도의 공유재산 효율적 관리방안 연구”, 「제주도연구」 35집, 제주학회, 2011.
- 고경훈, “공유재산관리 정책집행에 관한 연구”, 「한국사회와 행정연구」 제26권 제1호, 서울행정학회, 2015.
- 김건수, “지방자치단체의 국공유 재산관리의 문제점 및 개선방안”, 「지방재정과 지방세」 45권, 한국지방재정공제회, 2011.

- 김민규, “토지의 입체적 공간개발을 위한 한국의 법제와 그 과제”, 「토지법학」 26-1호, 한국토지법학회, 2010.
- 남창우, “지방정부 공유재산관리의 효율화 방안”, 「도시행정학보」 14권 1호, 한국도시행정학회, 2001.
- 윤장근, “국·공유재산 관련 입법의 입안심사요령”, 「법제」 644호, 법제처, 2011.
- 이삼주, 김성주, “공유재산 관리체계의 개선방안”, 「한국지방재정학회 세미나 자료집」, 한국지방재정학회, 2015.
- 장교식, “지방자치단체의 공유재산의 효율적 활용방안에 관한 연구”, 「토지공법연구」 48집, 한국토지공법학회, 2010.

[Abstract]

Review on Amendment to Ordinance for Underground Shopping Center Management of Jeju Special Self-Governing Province

Jang, Hye-Jin

Professor, Jeju National University Law School

The underground shopping centers of Jeju Special Self-Governing Province (hereinafter collectively, referred to as the “Jeju USCs”) were developed by ‘M’ Development company (“M Development”) at its costs and expenses subject to the conditions that M Development contributes the Jeju USCs to Jeju Special Self-Governing Province (“Jeju Province”) upon completion of construction of the Jeju USCs and has the right to manage, operate, and take benefits from the Jeju USCs for twenty (20) years free of any fees, rent or other charges. Such free use period in three (3) Jeju USCs ended in

September 2010.

There is no dispute in calling the Jeju USCs as municipality properties but there are different opinions between Jeju City and tenants in the Jeju USCs in i) viewing legal nature of properties of the Jeju USCs; and ii) amendment to Ordinance for Underground Shopping Center Management of Jeju Province (hereinafter referred to as the "Amendment").

Even if the Jeju USCs are reputed as the largest market in original business district of Jeju Province for the past approximate thirty (30) year operation periods, the demand for an amendment to Ordinance for Underground Shopping Center of Jeju Province was caused by a) very low rents applying to the Jeju USCs as opposed to other major underground shopping centers in Korea; b) hundreds million Won of premium are charged arising out of or from illegal assignment and sublease; and c) complaints by residents of Jeju Province due to entry barriers by continuous renewals of the existing tenant leases.

Meanwhile, municipality properties have to be managed in consistent with the general principles (the "General Principles") provided in Clause 3-2 that requires to "1. satisfy interests of entire members of the relevant local autonomous entity; 2. balance between acquisition and disposition; 3. consider public value and practical value; and 4. follow transparent and efficient procedure.

Jeju Province viewed the Jeju USCs as administrative properties and prepared the Amendment and made pre-announcement of legislation with no. 2016-34 dated April 1, 2016. Regarding the Amendment, merchants are complaining on the grounds that the Amendment negatively impacts on vitalization of the Jeju USCs because the Amendment limits tenants' operational rights. In other words, merchants are complaining the Amendment does not constitute any practical value out of bifurcating public and practical value.

It is debatable whether the underground shopping center is administrative

property or general property in that the underground shopping center has both public nature as underground passageway and profitable nature as shopping center. Nevertheless, taking into consideration that i) administrative government office has the authority to determine nature of property, and such determination is not based on ownership or the rule of one right on one property; ii) further, an administrative property becomes a property that is not supposed to be due to loss of its own function, which does not automatically become a general property unless the relevant laws confirm that such administrative property no longer remains; iii) if administrative office decides to weigh on public interest on certain property and categorize such property as administrative property even if such property has mixed with public and profitable nature therein, which decision should also be respected; and iv) the Jeju USCs fall into the category of public use property as administrative property, it would be reasonable to view the Jeju USCs as administrative property in municipality properties.

In addition, the demand for amendment to such ordinance was caused by a need to improve some problems arising out of or from management or operation of the Jeju USCs not by a need to boost underground shopping center. With that, the Amendment is evaluated reflecting General Principles, such as interest of entire members, public value, transparent and efficient procedure.

However, management of the municipality properties requires correcting any problems that have been known and also considering practical value in leasing in future at the same time. Ignoring practical value which leads to inhibiting the Jeju USCs from vitalizing in operation is contrary to efficiency and practical value in the General Principles, and therefore the Amendment is worthy of reflecting by comprehensive and in-depth discussions on selective items requested by merchants, such as exceptional non-bidding lease in certain leases and assignment in exceptional cases.

Key words : underground shopping center, municipality property, administrative property, general property, ordinance for underground shopping center management