

[청 구 인] ○○○
[피청구인] ○○구청장
[주 문] 청구인의 청구를 「기각」한다.
[청구취지] 피청구인이 2015. 4. 28. 청구인에게 한 「도로점용허가신청 불허가처분」을 취소한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 2015. 4. 27. ○○시 ○○구 ○○동 736번지 도로(이하 ‘이 사건 도로’ 라 한다) ○○○고가 하부 공간 일부(45㎡) 컨테이너 시설 등에 대하여 ○○사무실로 사용하려는 목적으로 2015. 5. 1.부터 2016. 4. 30.까지를 점용기간으로 하여 도로점용허가 신청을 하였다.

피청구인은 2015. 4. 28. 고가교 하부 공간 등에서 발생할 수 있는 각종 화재 및 위험상황 등을 사전에 예방하고자 관내 고가교 하부 공간 시설물에 대한 일제 정비를 추진 중에 있으며 해당 시설물 또한 정비대상에 포함되어 도로점용허가는 불가하다는 이유로 청구인에게 도로점용허가신청 불허가처분(이하 ‘이 사건 처분’ 이라 한다)을 하였다.

2. 청구인 주장

이에 청구인은 다음과 같이 주장한다.

가. 청구인은 ○○시 ○○구 ○○동 736번지(○○고가 하부 공간)에서 1992년부터 현재까지 컨테이너 시설 등을 설치하여 사용 중에 있으며, 2003년 도로점용허가를 받은 바 있고, 또한 전기공급을 받은 송전기록지 및 2010년 도로점용허가 관련 기록을 보면 2010년에 정식으로 도로점용허가를 받은 사항으로, 이 사건 도로는 화재의 위험성이 없음에도 불구하고, 피청구인은 2010년 12월에 발생한 ○○순환도로 화재사건을 이유로 2011년 이후 해당 컨테이너 시설 등에 대한 도로점용허가를 불허하고 있을 뿐만 아니라 불법점용이라는 이유로 자진철거 명령 및 사법기관에 고발조치를 행하여 이로 인하여 구약식 벌금 150만원의 처분을 받았는데, 이는 부당

하다.

나. 청구인은 2003년부터 ○○단체를 운영해오고 있으며, 「장애인 복지법」 제48조 제1항에 따라 피청구인은 청구인의 도로점용허가신청에 대하여 허가를 해야 함에도 불구하고 화재 및 위험 발생의 사전 예방이라는 이유를 들어 이 사건 처분을 하였는바, 이는 위법·부당하여 취소되어야 한다.

【보충서면】

이 사건 도로는 교차하는 도로가 아니고 소방도로로, 교통량이 현저히 증가하고 있지도 아니하고 교통에 일체 지장이 없으며, 피청구인은 이 사건 도로 하부 공간을 화물주차장 등으로 임대하여 수익사업을 하였고, 폐기물을 쌓아놓고 있다. 또한 2015. 4. 25. 발생한 ○○고가교 하부 공간 화재는 본 ○○협회와 200m 이상 떨어진 ○○고가 하부 공간에서 발생한 것이며, 석재 등으로 공사를 하지 않고 목재 데크로 공사를 한 관계로 화재가 발생한 것임에도 이를 들어 이 사건 처분을 하는 것은 잘못이다.

「도로법」 제61조, 제64조, 제68조, 「장애인복지법」 제48조 제1항에 따라 현명한 판단을 내려주시길 바란다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 다음과 같이 주장한다.

가. 청구인의 점유는 「도로법」 제61조에 의한 적법한 도로점용이라 할 수 없을 뿐만 아니라 2010년 12월에 발생한 ○○순환도로 화재사건을 계기로 교량 하부 전용물의 위험성에 대한 사회적 불안감이 증대되었으며 ○○시 ○○구 관내 ○○고가 하부 공간의 점용물에 대한 정비 역시 시 ○○과, ○○경찰서, ○○지방경찰청, ○○소방서로부터 수차례에 걸쳐 요청되었고, 피청구인이 화재 및 위험 발생을 사전에 예방하고자 청구인에게 수차례에 걸쳐 자진철거를 요청하였으나 청구인은 현재까지 이를 이행하지 않고 있다.

나. 청구인이 해당 컨테이너 시설 등에 대한 정비 요구에 대하여 조금도 이행하지 않아 ○○고가 하부 공간의 점용물에 대한 민원이 지속적으로 접수되어 인천○경찰서에 「도로법」 위반으로 인한 고발조치를 하여 구약식 벌금 150만원의 처분을 받은 바 있고, ○○고가 하부 공간에 설치된 불법 컨테이너 시설 등에 대한 정비가 지속적으로 요청되고 있으며, 화재 예방 등 공익적 목적을 위해 도로점용허가는 불가함을 수차례에 걸쳐 안내하였으나, 청구인은 이에 대해 이행하지 않고 오히려 도로점용허가를 신청하였기에 불허가 통보를 한 것이다.

다. 「도로법」 제61조의 관련 규정에 의한 도로점용허가는 특정인에게 일정한 내용의 공물사용권을 설정하는 설권행위이며 도로관리청이 신청인의 적격성과 사용 목적 및 공익상의 영향들을 참작하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위이다.

라. 청구인은 ○○고가 하부는 화재의 위험이 전혀 없으므로 도로점용허가 신청을 받아들여야 한다고 주장하나, 2015. 4. 25. 비록 소규모이지만 ○○고가 하부 공간의 경관 조성시설(목재 데크)에 화재가 발생하여 소방차 현장투입 후 화재를 진압하였고, 피청구인은 해당 시설물의 관리 주체인 ○○본부에 정비를 요청한 적이 있는 바, 위와 같은 사항들을 고려하였을 때 ○○고가 하부 공간이 화재의 위험이 없다는 청구인의 주장은 부당하고, 이번 화재를 계기로 오히려 교량 하부의 점용물에 대한 일제정비를 더욱 강화해야 할 필요성이 있으며, 「○○ 복지법」 제48조 제1항 또한 문언에 명시된 바와 같이 기속행위가 아닌 재량행위로서 도시미관의 개선은 물론, 화재발생의 예방이라는 공익적 목적을 고려하였을 때 이 사건 처분은 적법·타당하다.

【보충서면】

「도로법」 제61조에 의거 도로점용기간을 연장하거나 점용사항을 변경할 경우 도로관리청의 허가를 받아야 하며, 2010년에 득한 도로점용허가는 이미 그 점용기간이 만료되었음을 청구인에게 수차례 통보한 바 있다. 아울러 2003년에 득한 도로

점용허가 역시 이미 점용기간이 만료되었음은 물론, 당시 ○○공사로부터 전기를 공급받았다는 사실로 인하여 도로점용허가 적정성 여부를 판단하는 데 있어 도로관리청의 재량범위가 축소되는 것은 아니다.

또한 청구인이 주장하는 ○○순환도로 하부의 체육시설, 화물주차장, 폐기물집하장 등과 관련된 사항에 대하여 ○○순환도로 관할 기관은 ○○도로공사로서 피청구인 역시 ○○도로공사로부터 도로점용허가를 득하여 사용 중에 있었으며, 2010년 발생한 화재사건으로 ○○순환도로 하부 점용시설 합동점검을 실시한 바 있고, 현재 ○○도로공사의 요청으로 화물주차장은 교량 하부 지점과 5m의 이격거리를 두어 운영 중에 있고, 폐기물집하장 역시 화재 위험성으로 인하여 2015년 7월경 이전할 계획이다.

4. 이 건 처분의 위법·부당여부

가. 관계법령

도로법 제61조, 제62조, 제64조, 제73조, 제83조

도로법 시행령 제54조, 제55조, 제56조, 제57조, 별표 2

도로법 시행규칙 제26조, 제30조

나. 사실관계

청구인 및 피청구인이 제출한 관련자료 등을 종합하여 보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

1) 청구인은 ○○시 ○○구 ○○동 736번지 도로 ○○고가교 하부 공간에 컨테이너 시설 등을 설치하여 사용하고 있다.

2) 2010. 12. 13. ○○외곽고속도로 ○○동 나들목 ○○고가교 하부 공간 화재(일명 ‘○○ ○○외곽순환고속도로 화재’)로 차량 39대가 전소되는 등 피해가 발생하였고, 이후 교량·고가 하부 점용시설에 대하여 화재 등 사고 위험성이 있어 불법점용시설 등 철거·해체 및 환경 정비 요청에 따라 각 지방자치단체들이 정비

를 추진하였다.

3) 피청구인이 청구인에게 자진정비를 수차례 요청하였고 이를 이행하지 않자 「도로법」 위반으로 고발조치를 하여 청구인은 150만원의 약식명령을 받고 이에 불복하여 정식재판을 청구하여 ○○지방법원에 계류 중에 있다.

4) 2015. 4. 25. ○○고가교 하부 공간(목재 데크)에서 화재가 발생하였다.

5) 청구인은 2015. 4. 27. 이 사건 도로 ○○고가교 하부 공간 일부(45㎡) 컨테이너 시설 등에 대하여 ○○사무실로 사용하려는 목적으로 2015. 5. 1.부터 2016. 4. 30.까지를 점용기간으로 하여 도로점용허가 신청을 하였다.

6) 피청구인은 2015. 4. 28. 고가교 하부 공간 등에서 발생할 수 있는 각종 화재 및 위험상황 등을 사전에 예방하고자 관내 고가교 하부 공간 시설물에 대한 일제정비를 추진 중에 있으며 해당 시설물 또한 정비대상에 포함되어 도로점용허가는 불가하다는 이유로 청구인에게 도로점용허가신청 거부처분을 하였다.

7) 청구인은 2015. 5. 19. 이 사건 심판을 청구하였다.

다. 판단

1) 먼저 관계법령을 살펴보면,

「도로법」 제61조 제1항 및 제3항, 제62조, 제73조, 「도로법 시행규칙」 제30조에 의하면 도로의 구역에서 공작물이나 물건, 그 밖의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 그 밖의 목적으로 도로를 점용하려는 자는 관리청의 허가를 받아야 하고 허가받은 사항을 연장 또는 변경하려는 때에도 허가를 받아야 하며, 도로를 점용하는 자는 점용기간이 끝났거나 점용을 폐지하면 도로를 원상회복하여야 하고, 도로의 점용허가를 받은 자가 도로의 굴착, 그 밖에 형질 변경이 수반되는 공사를 마친 때 및 도로를 원상회복하는 경우 점용공사완료 및 원상회복에 관한 관리청의 확인을 받으려면 확인신청서를 관리청에 제출하여야 한다.

한편 「도로법 시행령」 제54조 및 별표 2에 의하면 도로점용허가의 기준으로 3호 점용물의 구조 가목에서 지상에 설치하는 점용물의 구조는 도괴(倒壞)·낙하·벗겨짐

·오손(汚損)·화재·하중·누수 등에 의하여 도로의 구조안전 또는 교통에 지장을 주지 않아야 한다고 규정하고 있다.

2) 이 사건 처분의 위법·부당 여부에 대하여 살펴보면,

가) 피청구인의 이 사건 처분에 처분사유나 법적 근거가 불명확한 하자가 있어 행정절차법 제23조 제1항의 규정을 위반한 절차상 위법이 있는지에 관하여 직권으로 살펴본다.

「행정절차법」 제23조 제1항은 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있고, 이는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 당사자로 하여금 행정구제절차에서 적절히 대처할 수 있도록 하는 데 그 취지가 있다. 따라서 처분서에 기재된 내용과 관계 법령 및 당해 처분에 이르기까지 전체적인 과정 등을 종합적으로 고려하여, 처분 당시 당사자가 어떠한 근거와 이유로 처분이 이루어진 것인지를 충분히 알 수 있어서 그에 불복하여 행정구제절차로 나아가는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 인정되는 경우에는 처분서에 처분의 근거와 이유가 구체적으로 명시되어 있지 않았다고 하더라도 그로 말미암아 그 처분이 위법한 것으로 된다고 할 수는 없다(대법원 2009. 12. 10. 선고 2007두20349 판결 참조).

위 인정사실에 의하면, 2010년 12월 ○○외곽고속도로 ○○동 나들목 ○○고가교 하부 공간 화재(일명 ‘○○ ○○외곽순환고속도로 화재’)로 차량 39대가 전소되는 등 피해가 발생한 사실, 이후 교량·고가 하부 점용시설에 대하여 화재 등 사고 위험성이 있어 불법점용시설 등 철거·해체 및 환경 정비 요청에 따라 각 지방자치단체들이 정비를 추진한 사실, 이 사건 도로 ○○고가교 하부공간 역시 이러한 정비 대상에 포함된 사실, 피청구인이 청구인에게 자진정비를 수차례 요청하였고 이를 이행하지 않자 「도로법」 위반으로 고발조치를 하여 구약식 150만원 처분을 받은 사실 등 사정을 종합하면, 이 사건 처분은 도로법위반 행위의 적법 여부 등에 관한 수차례의 당사자 간 공방, 그에 대한 판단 등이 그 과정에서 이루어졌던 것

으로 보이고, 청구인의 일련의 행위는 관련 법령 등에서 규정하는 의무를 위반한 것으로, 위와 같은 사정에 앞서 살펴 본 법리에 비추어 보면 이 사건 처분서상 그 처분서에 처분의 근거 법령 등을 정확히 적시되지 아니하였다는 등의 일부 미비한 점이 존재하는 것은 사실이나, 단지 그것이 고의적인 누락이 아니라는 이유로, 또한 이미 청구인으로서 이 사건 처분이 어느 도로에 어떠한 시설이 문제가 되어 발생한 것 인지를 충분히 알고 있어서 그 점용 여부나 그것이 적법한 점용임을 내세워 불복하는 데에 별다른 지장이 없었던 것으로 보이고, 처분서상 ‘귀 협회에서 우리 구에 신청한 도로점용허가에 대하여 검토하여 본 결과, 고가교 하부 등에서 발생할 수 있는 각종 화재 및 위험 상황 등을 사전에 예방하고자 관내 고가교 하부 공간 시설물에 대한 일제 정비를 추진 중에 있으며 해당 시설물 또한 정비 대상에 포함되어 있어 도로점용허가는 불가’ 하다고 처분사유를 적시하고 있는 이상, 이 사건 처분이 객관적이고도 합리적인 근거를 갖추지 못하였다고 볼 수 없고, 관계법령 위반이라는 처분사유를 인정함에 전혀 방해가 되지 아니한다고 봄이 상당하다.

나) 청구인은 이 사건 도로에서 1992년부터 현재까지 컨테이너 시설 등을 설치하여 사용 중에 있고, 이 사건 도로는 화재의 위험성이 없음에도 불구하고, 피청구인은 2010년 12월에 발생한 ○○순환도로 화재사건을 이유로 2011년 이후 해당 컨테이너 시설 등에 대한 도로점용허가를 불허하고 있을 뿐만 아니라 불법점용이라는 이유로 자진철거 명령 및 사법기관에 고발조치를 행한 바, 이는 위법·부당하다는 취지로 주장하나,

「도로법」 제61조에 의한 도로점용 허가는 특정인에게 일정한 내용의 공물 사용권을 설정하는 설권행위로서 공물관리자가 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 재량행위라고 할 것이고(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결 등 참조),

재량행위에 대한 사법심사의 경우, 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원 및 행정심판위원회는 독자의 결론을 도출함이 없이 당해 행위에

재량권의 일탈·남용이 있는지 여부만을 심사하게 되고, 이러한 재량권의 일탈·남용 여부에 대한 심사는 사실오인, 비례·평등의 원칙 위배 등을 그 판단 대상으로 한다(대법원 2001. 2. 9. 선고 98두17593 판결, 대법원 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등 참조)고 할 것인바,

살피건대, 앞서 살펴 본 바와 같이 2010년 12월 ○○외곽고속도로 ○○동 나들목 ○○고가교 하부 공간 화재(일명 ‘○○ ○○외곽순환고속도로 화재’)로 차량 39대가 전소되는 등 피해가 발생한 사실, 최근인 2015. 4. 25.에도 이 사건 도로 하부 공간(목재 데크)에서 화재가 발생한 사실 등에 비추어 각종 화재 및 위험상황 등에 대비할 필요성은 인정되는 반면, 청구인 주장 및 제출 자료만으로는 화재예방 및 쓰레기 방치, 도심 미관 저해 등 공익적 이유로 피청구인이 한 이 사건 처분이 재량권을 일탈·남용하였다고 보기 어렵고, 달리 이를 입증할 증거가 없다.

한편, 청구인은 「장애인복지법」 제48조 제1항 “국가와 지방자치단체는 이 법에 따른 ○○복지시설을 설치하거나 ○○복지단체가 ○○복지사업과 관련한 시설을 설치하는 데에 필요할 경우 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 국유재산 또는 공유재산을 우선 매각할 수 있고 유상 또는 무상으로 대부하거나 사용·수익하게 할 수 있다”라는 규정에 따라 자신이 한 도로점용허가신청에 대하여는 피청구인이 허가처분을 하여야 할 의무가 있다는 취지, 즉 ○○단체를 운영해 오고 있는 이 사건의 경우에는 도로점용허가는 기속행위라는 취지의 주장도 하고 있으나, 위 규정 또한 행정청의 재량행위로 볼 것인 바, 이에 반하는 청구인의 위 주장은 역시 이유 없어 받아들이지 아니한다.

더구나 청구인의 점유는 불법점유 상태로, 「도로법」 제61조 제1항 및 제3항, 제62조, 제73조 등에 의하면 도로의 구역에서 공작물이나 물건, 그 밖의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 그 밖의 목적으로 도로를 점용하려는 자는 관리청의 허가를 받아야 하고 허가받은 사항을 연장 또는 변경하려는 때에도 허가를 받아야 하며, 도로를 점용하는 자는 점용기간이 끝났거나 점용을 폐지하면 도로를 원상회복하여야

하므로 피청구인의 이 사건 처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법·부당하다는 청구인의 주장은 받아들일 수 없다.

5. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 없으므로 청구인의 청구를 받아들이지 않기로 하여 주문과 같이 재결한다.