

[청구인] ○○○○

[피청구인] ○○○구청장

[주문] 청구인의 청구를 「기각」 한다.

[청구취지] 피청구인이 ○○○○○. ○. ○○. 청구인에게 한 「도로점용허가 거부처분」을 취소한다.

이 유

1. 사건 개요

피청구인은 ○○○○○. ○. ○○. ○○역 시장로 일대에 위치한 청구인의 노점에 대해 최초 철거를 통보한 이후 ○○○○○. ○. ○. 청구인에 대해 2차로 철거를 통보하였고, ○○○○○. ○. ○○. 청구인에 대해 3차로 철거를 통보하였으며, 청구인의 ○○○○○. ○. ○.자 도로점용허가 신청에 대하여 ○○○○○. ○. ○○. 거부처분을 하였다. 이에 따라 청구인은 ○○○○○. ○. ○○. 피청구인에 대하여 위 도로점용허가 거부처분의 취소를 구하는 행정심판을 제기하였다.

2. 청구인 주장

청구인은 다음과 같이 주장한다.

가. 청구인의 노점이 위치한 도로는 폭 4.5미터 이상이고, 노점의 폭이 2미터 이므로 청구인이 점유하지 않은 도로의 폭은 2.5미터 이상으로 보행권에는 지장이 없음.

나. 17년 동안 노점으로 인해 안전사고나 통행권을 방해한 사실이 없음.

다. 컨테이너 부스를 이용하여 도로점용허가를 신청한 것으로 이동식 수레보다 도시 미관을 해치지 않음.

라. 버스표판매대, 구두수선대, 자동판매기 등은 도로를 점용하고 있는데, 청구인의 노점만 점용을 불허하는 것은 평등권, 행정의 자기구속의 원칙에 반함.

마. 청구인은 주변 건물상인보다 먼저 영업을 해온 것으로 주변 상가의 영업권을 침해하지 않는바 경제적인 약자인 청구인의 점용허가를 거부하는 것은 피청구인의 재량권의 일탈 및 남용임.

바. 노점을 운영하면서 생계를 유지하고 있고, 현재 채무도 많은 청구인의 도로점용을 불허하는 것은 청구인에게 너무 가혹함.

3. 피청구인 주장

피청구인은 다음과 같이 주장한다.

도로점용허가는 재량행위로 피청구인은 청구인의 노점이 다수 일반인의 보행에 지장을 주고, 청구인의 노점으로 인한 통행 방해, 노점에서 발행하는 쓰레기와 냄새, 노점에서 사용하는 가스 등 조리도구에 의한 사고 위험성, 다수의 민원 등을 고려해 도로점용 불허에 따라 보호되는 공익과 침해되는 사익(청구인의 영업권)을 형량하여 처분한 것으로 재량권을 일탈·남용한 것이 아님.

4. 이 건 처분의 위법·부당여부

가. 관계법령

「도로법」 제61조제1항, 같은 법 시행령 제55조제7호

나. 사실관계

청구인 및 피청구인이 제출한 자료 등을 종합하여 살펴보면 다음과 같은 사실을 인정할 수 있다.

- 1) 피청구인은 ○○○○. ○. ○○. 부평역 시장로 일대에 위치한 청구인의 노점에 대해 최초 철거를 통보하였고, ○○○○. ○. ○. 청구인에 대해 2차로 철거를 통보하였으며, ○○○○. ○. ○○. 청구인에 대해 3차로 철거를 통보하였다.
- 2) 한편 피청구인은 청구인의 ○○○○. ○. ○.자 도로점용허가 신청에 대하여 ○○○○. ○. ○○. “일반도로에 시설물을 설치하고 영업을 하는 노점은 공중의 쾌적하고 안전한 보행권을 방해하고 주변 상가의 영업권을 침해하며 거리환경을 악화시키는 등 민원을 야기하고 있어 도로법 제61조, 제75조에 따라 단속의 대상이며 노점의 도로점용 허가는 불허하고 있다”는 이유로 거부처분(이하 ‘이 사건 처분’이라고 한다)을 하였다.
- 3) 이에 따라 청구인은 ○○○○. ○. ○○. 피청구인에 대하여 이 사건 처분의 취소를 구하는 행정심판을 제기하였다.

다. 판 단

1) 관계법령의 내용

「도로법」 제61조제1항은 공작물·물건, 그 밖의 시설을 신설·개축·변경 또는 제거하거나 그 밖의 사유로 도로를 점용하려는 자는 도로관리청의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다.

그리고 같은 법 시행령 제55조제7호는 법 제61조제2항에 따라 도로점용허가를 받아 도로를 점용할 수 있는 공작물·물건, 그 밖의 시설의 종류로 버스표판매대·

구두수선대·노점·자동판매기·현금자동입출금기·상품진열대, 그 밖에 이와 유사한 것을 열거하고 있다.

2) 이 사건 처분의 위법·부당 여부

「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), 한편 재량행위에 대한 사법심사의 경우, 행정청의 재량에 기한 공익판단의 여지를 감안하여 법원은 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 2005. 7. 14. 선고 2004두6181 판결 등 참조)

우선 사실오인 여부에 관하여 살펴보면 청구인과 피청구인이 주장하는 사실 관계에 대해서는 청구인이 주장하는 인도의 폭(인도의 전체 폭에서 노점의 폭을 제외한 폭)에 관하여 청구인은 2미터이상 통행로가 확보되어 있다고 주장하고, 피청구인은 이에 대해 별다른 답변을 하지 않았지만 을제1호증에 제출된 사진(노점상 위치도 및 세부현황)을 보면 피청구인은 청구인의 노점으로 인해 해당 통행로의 폭이 1.2미터 정도로 통행에 방해가 된다고 주장하고 있다. 그런데 도로점용허가 거부처분에 대한 피청구인의 재량권 일탈·남용을 판단함에 있어 노점으로 인한 통행로의 폭이 2미터인지 1.2미터 정도인지는 절대적인 기준이 아니며 양측이 주장하는 통행로의 폭의 차이가 피청구인의 재량권의 일탈·남용을 판단하는 유일한 기준이 아니므로 청구인의 노점으로 인해 보장되는 통행로의 폭에 관해서는 달리 사실오인과 관련한 추가적인 조사 등이 필요해 보이지는 않는다.

설령 청구인의 주장처럼 청구인의 노점을 제외한 통행로의 폭이 2미터 이상이 된다 하더라도 다수의 시민이 통행하는 거리에서 노점으로 인해 시민의 통행에 방해가 된다는 것은 쉽게 알 수 있다.

다음으로 피청구인의 재량권의 일탈·남용에 대하여 살펴보면, 청구인의 도로 점용으로 인해 일반 시민들의 통행에 방해가 되는 점, 청구인의 노점에서 판매하는 음식의 조리과정에서 상당한 냄새와 연기가 발생하게 되는 점, 조리기구(가스, 전기) 사용으로 인한 안전사고의 위험이 있는 점을 고려하여 다수의 행인이 통행하는 도로에서의 노점의 설치를 제한할 공익이 있음은 자명하다.

한편 청구인이 해당 장소에서 오랜 기간 동안 노점을 운영한 사실이 인정된다 하더라도 이는 청구인이 「도로법」상의 점용허가를 받지 않고 도로를 점용하여 얻은 반사적 이익에 불과하고 달리 법에서 보호하는 이익은 아니다. 또한 청구인이 지금까지 「도로법」을 위반하여 얻은 반사적 이익이 피청구인의 도로점용허가 거부처분을 위법하게 만들 만큼의 절대적인 사익이라고 판단되지 않는다.

청구인은 같은 도로에서 다른 가판대는 설치되어 있는데, 이를 두고 자신의 노점설치를 위한 도로점용허가만을 거부한 것은 평등의 원칙에 반한다고 주장하나, 다른 가판대는 그 설치과정, 도로점용형태(면적) 및 이에 따른 통행권의 방해정도, 도시미관, 다수 시민의 편익 등에 있어 청구인의 노점과 달라 이를 평등의 원칙에 반한다고 할 수 없다.

마지막으로 비례원칙의 위반여부를 판단하면, 청구인은 시민의 통행권과 도시미관 등을 해치지 않는 곳에서 도로점용허가를 받아 계속 영업을 할 수 있으므로, 도로점용허가 불허로 인해 침해되는 사익이 보호되는 공익과 비교하여 절대적으로 우선이라고 판단할 수 없다.

위와 같은 여러 사정을 고려했을 때 피청구인의 도로점용 거부처분은 사실 오인이나 비례·평등의 원칙 위배 등 재량권의 범위를 일탈·남용한 위법이 있다고 보기는 어렵다 할 것이다.

5. 결 론

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