

대법원 2018두104 도로점용허가무효확인 등 보도자료 - 사랑의 교회 사건

대법원 공보연구관실(02-3480-1895)

대법원(주심 대법관 이동원)은 서울특별시 서초구청장(피고)이 사랑의 교회(피고 보조참가인, 이하 '참가인')에게 참나리길 지하 공간에 대한 도로점용허가 처분을 한 것과 관련하여 서초구 주민인 원고들이 위 처분의 무효확인(취소) 등을 구하는 주민소송을 제기한 사건에서, 피고 및 참가인의 상고를 기각하여,
'이 사건 도로점용허가처분은 재량권을 일탈·남용하여 위법하다'는 이유로 그 취소를 명한 원심판결을 확정하였음(대법원 2019. 10. 17. 선고 2018두 104 판결)

1. 사안의 개요

- 참가인은 2009. 6. 1. 당시 지구단위계획구역으로 지정되어 있던 서울 서초구 서초동 1498 일대 토지 중 서초구역(꽃마을지역) 특별계획구역Ⅱ 토지 6,861.2㎡를 매수한 후 교회 건물을 신축하는 과정에서, 서울특별시 서초구 소유의 국지도로인 참나리길 지하에 지하주차장 진입 통로를 건설하고 지하공간에 건축되는 예비당 시설 부지의 일부로 사용할 목적으로, 피고에게 위 참나리길 지하 부분에 대한 도로점용허가를 신청하였음
- 피고는 2010. 4. 6. 신축 교회 건물 중 남측 지하 1층 325㎡를 어린이집으로 기부채납할 것을 내용으로 하는 부관을 붙여, 위 참나리길 중 지구단위계획상 피고 보조참가인이 확장하여 피고에게 기부채납하도록 예정되어 있는 너비 4m 부분을 합한 총 너비 12m 가운데 '너비 7m × 길이 154m'의 도로(이하 '이 사건 도로') 지하 부분을 2010. 4. 9.부터 2019. 12. 31.까

지 참가인이 점용할 수 있도록 하는 내용의 이 사건 도로점용허가처분을 하였음

- 참가인은 이 사건 도로점용허가 이후 이 사건 도로 지하 부분을 포함한 신축 교회 건물 지하에 지하 1층부터 지하 5층까지 본당(예배당), 영상예배실, 교리공부실, 성가대실, 방송실 등의 시설을, 지하 6층부터 지하 8층까지 주차장, 기계실, 창고 등의 시설을 설치하였음
- 원고들을 포함한 서초구 주민 293명은 서울특별시시장에게 이 사건 도로점용허가처분에 대한 시정조치를 요구하는 감사청구를 하였고, 서울특별시장은 2012. 6. 1. 피고에 대하여 2개월 이내에 이 사건 도로점용허가처분을 시정하라는 조치요구를 하였는데, 피고는 2012. 7. 31. 서울특별시시장의 위 조치요구에 불복하였음
- 원고들이 2012. 8. 29. 지방자치법 제17조 제1항에 따라 이 사건 도로점용허가처분의 무효확인(취소) 등을 구하는 이 사건 주민소송을 제기함¹⁾

2. 소송경과²⁾³⁾

- ① 서울행정법원 2013. 7. 9. 선고 2012구합28797 판결 : 각하

● 이 사건 도로점용허가처분은 주민소송법 제17조 제1항의 '재산의 관리·

1) 지방자치법 제17조(주민소송)

① 제16조제1항에 따라 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리한 사항을 감사청구한 주민은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 그 감사청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리 한 사실에 대하여 해당 지방자치단체의 장(해당 사항의 사무처리에 관한 권한을 소속 기관의 장에게 위임한 경우에는 그 소속 기관의 장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 상대방으로 하여 소송을 제기할 수 있다.

1. 주무부장관이나 시·도지사가 감사청구를 수리한 날부터 60일(제16조제3항 단서에 따라 감사기간이 연장된 경우에는 연장기간이 끝난 날을 말한다)이 지나도 감사를 끝내지 아니한 경우
2. 제16조제3항 및 제4항에 따른 감사결과 또는 제16조제6항에 따른 조치요구에 불복하는 경우
3. 제16조제6항에 따른 주무부장관이나 시·도지사의 조치요구를 지방자치단체의 장이 이행하지 아니한 경우
4. 제16조제6항에 따른 지방자치단체의 장의 이행 조치에 불복하는 경우

2) 이 사건 상고심 쟁점과 관련한 부분만 정리함

3) (참고) 이하 ①, ②, ③ 재판에서는 주민소송의 '대상적격'이 쟁점이었다면, 파기환송 후 ④, ⑤, ⑥ 재판에서는 주민소송의 '본안판단'이 쟁점임

처분에 관한 사항'에 해당하지 않음

▣ ② 서울고등법원 2014. 5. 15. 선고 2013누21030 판결 : 항소기각

- 위 ① 판결과 같은 취지

▣ ③ 대법원 2016. 5. 27. 선고 2014두8490 판결 : 파기환송(일부)⁴⁾⁵⁾

- 이 사건 도로점용허가처분은 실질적으로 이 사건 도로 지하 부분의 사용가치를 제3자로 하여금 활용하도록 하는 임대 유사한 행위로서, 이는 지방자치단체의 재산인 도로부지의 재산적 가치에 영향을 미치는 지방자치법 제17조 제1항의 '재산의 관리·처분에 관한 사항'에 해당함

- 파기 부분 사건을 1심인 서울행정법원에 환송함

▣ ④ 서울행정법원 2017. 1. 13. 선고 2016구합4645 판결 : 원고일부승(무효 확인 기각, 취소 인용)

- 아래 ⑤ 판결과 유사한 취지

▣ ⑤ 서울고등법원 2018. 1. 11. 선고 2017누31 판결 : 항소기각

- 도로점용허가처분에도 구 공유재산법 제13조가 적용됨. 이 사건 예비당의 경우 구 공유재산법 시행령 제9조 제9호⁶⁾ 소정의 예외사유에 해당하지 아니하므로, 이 사건 도로점용허가처분은 위법함
- 이 사건 도로점용허가처분은 재량권을 일탈·남용한 것임. 이 사건 예비당과 같은 구조물 설치를 통한 지하의 점유는 원상회복이 쉽지 않고 그

4) [주문] “원심판결 중 피고 보조참가인에 대한 도로점용허가에 관한 주위적, 예비적 청구 및 위 도로점용허가와 관련한 손해배상요구에 관한 청구 부분을 파기하고, 제1심판결 중 같은 부분을 취소하여 이 부분 사건을 서울행정법원에 환송한다. 원고들의 나머지 상고를 기각한다.”

5) [판결요지] 주민소송 제도는 지방자치단체 주민이 지방자치단체의 위법한 재무회계행위의 방지 또는 시정을 구하거나 그로 인한 손해의 회복 청구를 요구할 수 있도록 함으로써 지방자치단체의 재무행정의 적법성과 지방재정의 건전하고 적정한 운영을 확보하려는 데 목적이 있다. 그러므로 주민소송은 원칙적으로 지방자치단체의 재무회계에 관한 사항의 처리를 직접 목적으로 하는 행위에 대하여 제기할 수 있고, 지방자치법 제17조 제1항에서 주민소송의 대상으로 규정한 '재산의 취득·관리·처분에 관한 사항'에 해당하는지도 그 기준에 의하여 판단하여야 한다. 특히 도로 등 공물이나 공공용물을 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다.

6) 구 공유재산법 시행령(2014. 7. 7. 대통령령 제25441호로 개정되기 전의 것) 제9조는 영구시설물을 축조할 수 있는 경우로서 제9호에서 “지방자치단체의 현재의 공유재산 사용 및 이용에 지장을 주지 않는 범위에서 해당 공유재산의 공중·지상·지하에 공작물을 설치하는 경우”를 규정하고 있음

유지·관리 및 안전에 상당한 위험과 책임이 수반되며, 이 사건 도로 지하 부분이 교회 건물의 일부로 영구적·전속적으로 사용됨으로써 주변 환경의 변화에 탄력적·능동적으로 대처할 수 없게 됨

■ ⑥ 이 사건 상고심 : 대법원 2018두104

3. 대법원의 판단

■ 주요 쟁점

- ① 주민소송에서 처분의 위법성 심사기준
- ② 도로점용허가처분에 영구시설물의 축조 금지를 규정한 구 공유재산법 제13조가 적용되는지 여부
- ③ 이 사건 도로점용허가처분이 재량권을 일탈·남용한 것인지 여부

■ 판단 ① 주민소송에서 처분의 위법성 심사기준은 '처분의 위법성 일반'임

- 지방자치법 제17조는 주민소송의 '대상'을 재무회계적 행위로 제한하고 있을 뿐 위법성 심사의 기준을 제한하는 규정은 두고 있지 않음
- 지방자치법 제17조 제17항은 주민소송에 대하여 지방자치법에 규정된 외에는 행정소송법에 의하도록 하고, 행정소송법 제46조 제1항은 민중소송 또는 기관소송으로써 처분 등의 취소를 구하는 소송에는 그 성질에 반하지 아니하는 한 취소소송에 관한 규정을 준용한다고 규정하고 있음
- 취소소송의 소송물은 '처분의 위법성 일반'이라는 것이 대법원의 확립된 견해임
- 따라서 주민소송에서도 문제되는 처분의 위법성은 해당 처분이 헌법, 법률, 그 하위의 법규명령, 법의 일반원칙 등 객관적 법질서를 구성하는 모든 법규범에 위반되는지 여부를 기준으로 판단하여야 함 (해당 처분으로 인하여 지방자치단체의 재정에 손실이 발생하였는지만을 기준으로 판단할 것이 아님)

- 원심 판단에 주민소송에서 처분의 위법성 심사기준에 관한 법리를 오해한 잘못이 없음

■ **판단 ② 도로점용허가처분에 관하여 구 공유재산법 제13조는 적용이 없음**

- 공유재산법은 공유재산 및 물품의 취득, 관리·처분에 대한 사항 일반을 규율하는 일반법의 성격을 지니는 반면, 도로법은 일반 공중의 교통에 제공되는 시설이라는 도로의 기능적 특성을 고려하여 그 소유관계를 불문하고 특수한 공법적 규율을 하는 법률임. 도로가 공유재산에 해당하는 경우 도로법은 공유재산법보다 우선적으로 적용되는 특별법에 해당함⁷⁾
- 구 공유재산법 제13조는 공유재산에 '건물, 도랑·교량 등의 구조물과 그 밖의 영구시설물'을 축조하는 것을 원칙적으로 금지하면서, 다만 예외적으로 축조가 허용되는 영구시설물의 범위를 대통령령에 위임하고 있음. 반면 구 도로법 제38조 제2항의 위임에 따라 제정된 구 도로법 시행령 제28조 제5항은 점용허가를 받을 수 있는 점용물로서 '지하상가, 지하실, 통로, 육교, 점포, 주차장, 체육시설, 광장' 등을(즉, 일응 영구시설물) 규정하고 있음
- 따라서 구 도로법 시행령 제28조 제5항 각호가 정한 시설물 설치를 위하여 구 도로법 제38조 제1항에 따른 도로점용허가 신청을 하는 경우, 영구시설물의 축조 금지를 규정한 구 공유재산법 제13조는 원칙적으로 적용되지 않는다고 보아야 함
- 원심 판단에는 공유재산법과 도로법의 관계 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 있음 (그러나 이 사건 도로점용허가처분이 재량권을 일탈·남용하여 위법하다는 원심의 결론을 정당하다고 보는 이상 판결에 영향을 미친 잘못은 없음)

■ **판단 ③ 이 사건 도로점용허가처분은 재량권의 일탈·남용에 해당함**

7) 대법원 1981. 11. 10. 선고 80누618 판결, 대법원 2011. 5. 26. 선고 2010두28106 판결 등 참조

- 원심은 ① 예배당, 성가대실, 방송실과 같은 지하구조물 설치를 통한 지하의 점유는 원상회복이 쉽지 않을 뿐 아니라 유지·관리·안전에 상당한 위험과 책임이 수반되고, ② 이러한 형태의 점용을 허가하여 줄 경우 향후 유사한 내용의 도로점용허가신청을 거부하기 어려워져 도로의 지하 부분이 무분별하게 사용되어 공중안전에 대한 위해가 발생할 우려가 있으며, ③ 이 사건 도로 지하 부분이 교회 건물의 일부로 사실상 영구적·전속적으로 사용되게 됨으로써 도로 주변의 상황 변화에 탄력적·능동적으로 대처할 수 없게 된다는 등의 사정을 들어, 이 사건 도로점용허가가 비례·형평의 원칙을 위반하였다고 판단하고, 특별계획구역 내의 도로점용허가에는 행정계획의 입안·결정과 마찬가지로 폭넓은 계획재량이 인정된다는 피고의 주장을 배척하였음
- 원심 판단에 재량권 일탈·남용이나 계획재량 등에 관한 법리를 오해한 잘못이 없음

■ **결론 : 피고 및 참가인의 상고 모두 기각 (원심판결 확정)**

4. 판결의 의의

- 처분의 취소나 무효 확인을 구하는 주민소송에서 위법성을 심사하는 기준은 해당 처분에 존재하는 위법성 일반이고, 지방재정에 손해를 야기하였는지 여부만을 기준으로 삼아서는 안 된다고 판단함
- 도로법은 공유재산법에 대하여 특별법의 관계에 있으므로 도로점용허가처분에 있어 공유재산에 영구시설물의 축조를 금지한 구 공유재산법 제13조는 원칙적으로 적용되지 않는다고 판단함
- 이 사건 도로점용허가처분은 비례·형평의 원칙을 위반하여 재량권을 일탈·남용한 위법한 처분이라고 본 원심의 판단을 수긍함

(참고) 이 판결의 효력

- 이 판결로 이 사건 도로점용허가처분의 취소가 확정되었음
- 피고는 취소판결의 기속력에 따라 참가인에 대하여 이 사건 도로의 점용을 중지하고 원상회복할 것을 명령하고, 이를 이행하지 않을 경우 행정대집행이나 이행강제금 부과 조치를 하는 등 이 사건 도로점용허가로 인한 위법상태를 제거하여야 함
- 또한, 피고는 수익적 행정행위의 직권취소 제한에 관한 법리를 준수하는 범위 내에서 일정한 요건 하에 직권으로 이 사건 건축허가의 일부를 취소하거나 변경하는 등의 조치를 할 의무가 있음(취소판결의 직접적인 효과로 이 사건 건축허가가 취소되거나 그 효력이 소멸되는 것은 아니지만, 이 사건 도로점용허가가 유효하게 존재함을 전제로 이루어진 이 사건 건축허가는 그 법적·사실적 기초를 일부 상실하게 되기 때문임)

(참고) 대법원은 이 판결의 선고와 함께 참가인의 위헌법률심판 제청신청도 기각하였음(대법원 2019. 10. 17.자 2018아15 결정). 이유의 요지는 아래와 같은바, 이 판결문 14-15쪽에도 같은 취지의 판단이 있음

- 법치국가 원리의 한 표현인 명확성원칙은 기본적으로 모든 기본권제한 입법에 대하여 요구된다.
- 법규범의 의미내용이 불확실하면 법적 안정성과 예측가능성을 확보할 수 없고, 법집행 당국의 자의적인 법해석과 집행이 가능하게 되기 때문이다. 그러나 명확성원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것은 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라 달라질 수 있다. 이러한 명확성원칙을 산술적으로 엄격히 관철하도록 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란하므로 어느 정도의 보편적 내지 일반적 개념의 용어사용은 불가피하다. 따라서 해당 법률이 제정된 목적과 타 규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성을 갖추었는지 여부가 가려져야 하고, 설혹 법문언에 어느 정도의 모호함이 내포되어 있다 하더라도 법관의 보충적인 가치판단을 통해서 법문언의 의미내용을 확인할 수 있고 그러한 보충적 해석이 해석자의 개인적인 취향에 따라 좌우될 가능성이 없다면 명확성원칙에 반한다고 할 수 없다(헌법재판소 2013. 12. 26. 선고 2012헌바375 결정 등 참조).
- 이 사건 법률조항이 ‘재산의 취득·관리·처분’이라는 일반·추상적 용어를 사용하고 있다 하더라도, ‘재산’, ‘취득’, ‘관리’, ‘처분’ 개념은 지방자치단체의 재산에 관한 사항을 규율하고 있는 지방자치법과 공유재산 및 물품 관리법 등 관련 법률의 조항들을 통해 그 의미를 파악하는 것이 가능하고, 어떤 ‘재산의 취득·관리·처분’에 관한 행위가 주민소송의 대상이 되는지 여부는 개별 주민소송 사건을 맡은 법원이 주민참여를 확대하여 지방행정의 책임성을 높일 목적으로 도입된 주민소송 제도의 입법취지를 고려하여 구체적으로 심리하여 판단하는 것이 불가피하다.
- 나아가 대법원은 “도로 등 공물이나 공공용물을 특정 사인이 배타적으로 사용하도록 하는 점용허가가 도로 등의 본래 기능 및 목적과 무관하게 그 사용가치를 실현·활용하기 위한 것으로 평가되는 경우에는 주민소송의 대상이 되는 재산의 관리·처분에 해당한다고 보아야 한다.” 라고 판시하여(대법원 2016.

5. 27. 선고 2014두8490 판결 참조) 주민소송의 대상에 관하여 보다 구체적인 판단기준을 제시하여 국민의 예측가능성을 높이고 이 사건 법률조항이 법관에 의하여 자의적으로 해석되고 적용될 여지를 줄인 바 있다.

- 따라서 이 사건 법률조항은 헌법상 명확성원칙에 반하지 아니한다.