

대 법 원

제 3 부

판 결

사 건 2016두56721 도로점용료부과처분취소
2016두56738(병합) 도로점용료부과처분취소

원고, 피상고인 겸 상고인

롯데물산 주식회사

소송대리인 법무법인(유한) 율촌

담당변호사 박해식 외 3인

피고, 상고인 겸 피상고인

서울특별시 송파구청장

소송대리인 법무법인 비전

담당변호사 김서현 외 5인

원 심 판 결 서울고등법원 2016. 9. 28. 선고 2016누36224, 2016누36231(병
합) 판결

판 결 선 고 2019. 1. 17.

주 문

원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 서울고등법원에 환송한다.

원고의 상고를 기각한다.

이 유

상고이유(상고이유서 제출기간이 지난 후에 제출된 각 상고이유보충서의 기재는 상고이유를 보충하는 범위 내에서)를 판단한다.

1. 피고의 상고이유에 대하여

가. 구 도로법(2015. 1. 28. 법률 제13086호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도로법'이라 한다) 제61조 제1항에 의한 도로점용허가는 일반사용과 별도로 도로의 특정 부분에 대하여 특별사용권을 설정하는 설권행위이다. 도로관리청은 신청인의 적격성, 점용목적, 특별사용의 필요성 및 공익상의 영향 등을 참작하여 점용허가 여부 및 점용허가의 내용인 점용장소, 점용면적, 점용기간을 정할 수 있는 재량권을 갖는다(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결 참조).

도로점용허가는 도로의 일부에 대한 특정사용을 허가하는 것으로서 도로의 일반사용을 저해할 가능성이 있으므로 그 범위는 점용목적 달성에 필요한 한도로 제한되어야 한다. 도로관리청이 도로점용허가를 하면서 특별사용의 필요가 없는 부분을 점용장소 및 점용면적에 포함하는 것은 그 재량권 행사의 기초가 되는 사실인정에 잘못이 있는 경우에 해당하므로 그 도로점용허가 중 특별사용의 필요가 없는 부분은 위법하다.

이러한 경우 도로점용허가를 한 도로관리청은 위와 같은 흠이 있다는 이유로 유효하게 성립한 도로점용허가 중 특별사용의 필요가 없는 부분을 직권취소할 수 있음이 원칙이다. 다만, 이 경우 행정청이 소급적 직권취소를 하려면 이를 취소하여야 할 공익상 필요와 그 취소로 인하여 당사자가 입을 기득권 및 신뢰보호와 법률생활 안정의 침해

등 불이익을 비교 교량한 후 공익상 필요가 당사자의 기득권 침해 등 불이익을 정당화할 수 있을 만큼 강한 경우여야 한다(대법원 2006. 5. 25. 선고 2003두4669 판결 참조). 이에 따라 도로관리청이 도로점용허가 중 특별사용의 필요가 없는 부분을 소급적으로 직권취소하였다면, 도로관리청은 이미 징수한 점용료 중 취소된 부분의 점용면적에 해당하는 점용료를 반환하여야 한다.

나. 행정청은 행정소송이 계속되고 있는 때에도 직권으로 그 처분을 변경할 수 있고, 행정소송법 제22조 제1항은 이를 전제로 처분변경으로 인한 소의 변경에 관하여 규정하고 있다. 점용료 부과처분에 취소사유에 해당하는 흠이 있는 경우 도로관리청으로서 당초 처분 자체를 취소하고 흠을 보완하여 새로운 부과처분을 하거나, 흠 있는 부분에 해당하는 점용료를 감액하는 처분을 할 수 있다(대법원 2006. 3. 9. 선고 2003두2861 판결, 대법원 2008. 2. 15. 선고 2006두3957 판결 참조). 한편, 흠 있는 행정행위의 치유는 원칙적으로 허용되지 않을 뿐 아니라(대법원 2014. 5. 16. 선고 2011두13736 판결 참조), 흠의 치유는 성립 당시에 적법한 요건을 갖추지 못한 흠 있는 행정행위를 그대로 존속시키면서 사후에 그 흠의 원인이 된 적법 요건을 보완하는 경우를 말한다. 그런데 앞서 본 바와 같은 흠 있는 부분에 해당하는 점용료를 감액하는 처분은 당초 처분 자체를 일부 취소하는 변경처분에 해당하고, 그 실질은 종래의 위법한 부분을 제거하는 것으로서 흠의 치유와는 차이가 있다.

그러므로 이러한 변경처분은 흠의 치유와는 그 성격을 달리하는 것으로서, 그 변경처분 자체가 신뢰보호 원칙에 반한다는 등의 특별한 사정이 없는 한 점용료 부과처분에 대한 취소소송이 제기된 이후에도 허용될 수 있다. 이에 따라 특별사용의 필요가 없는 부분을 도로점용허가의 점용장소 및 점용면적으로 포함한 흠이 있고 그로 인하여

점용료 부과처분에도 흠이 있게 된 경우, 도로관리청으로서는 도로점용허가 중 특별사용의 필요가 없는 부분을 직권취소하면서 특별사용의 필요가 없는 점용장소 및 점용면적을 제외한 상태로 점용료를 재산정한 후 당초 처분을 취소하고 재산정한 점용료를 새롭게 부과하거나, 당초 처분을 취소하지 않고 당초 처분으로 부과된 점용료와 재산정된 점용료의 차액을 감액할 수도 있다.

다. 원심판결 이유 및 적법하게 채택된 증거들에 의하면, 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

(1) 피고는 원고에 대하여 서울 송파구 (주소 1 생략)[이하 '(주소 1 생략) 토지'라 한다] 앞 도로의 이 사건 지상 부분과 이 사건 지하 부분을 점용장소로, (주소 1 생략) 토지 지상 건물의 차량 진출입로를 점용목적으로 하는 이 사건 점용허가를 하였고, 그에 따라 (주소 1 생략) 토지의 개별공시지가를 기준으로 2014년도 및 2015년도 점용료를 산정·부과하는 이 사건 각 처분을 하였다.

(2) 이 사건 지상 부분은 (주소 1 생략) 토지뿐만 아니라 송파관광정보센터 공영주차장 출구인 이 사건 돌출부분을 통하여 (주소 2 생략) 토지에도 닿아 있으므로, 피고는 구 도로법 시행령(2015. 12. 22. 대통령령 제26753호로 개정되기 전의 것, 이하 '구 도로법 시행령'이라 한다) 제69조 제1항 [별표 3] 비고 제2항에 따라 위 각 토지의 개별공시지가의 산술평균가격을 기준으로 점용료를 산정하였어야 했다.

(3) 원고가 이 사건 각 처분에 위와 같은 흠이 있음을 주장하며 이 사건 소를 제기하자, 피고는 원고에게 '이 사건 돌출부분은 일반인이 공공으로 사용하는 공용주차장 출구로서 (주소 1 생략) 토지 지상 건물의 차량 진출입로와는 무관한 도로'라는 이유로 이 사건 지상 부분인 점용장소에서 이 사건 돌출부분을 제외하는 내용으로 이 사

건 변경허가를 하였고, 이에 따라 2014년 점용료 및 2015년 점용료 중 이 사건 돌출부분의 점용면적에 해당하는 금액을 감액하여 반환한다고 통지하였다(이하 '이 사건 각 감액처분'이라 한다).

라. 이러한 사정을 앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 이 사건 변경허가 및 각 감액처분이 금지된다고 볼 수 없고, 이러한 일련의 처분이 있었던 이상 당초 처분의 흠은 더 이상 이 사건 각 감액처분으로 감액되고 남은 이 사건 각 처분의 위법사유가 될 수 없다. 그리고 이 사건 변경허가 및 각 감액처분에 행정행위의 치유에 관한 법리가 적용될 것은 아니다. 그 구체적 이유는 다음과 같다.

(1) 이 사건 점용허가에 따른 점용장소 및 점용면적은 그 점용목적인 (주소 1 생략) 토지 지상 건물의 차량 진출입로로 필요한 범위로 제한될 필요가 있다. 원고가 (주소 1 생략) 토지 지상 건물의 차량 진출입로로 특별사용의 필요가 없는 부분을 포함하여 허가 신청을 하였다 하더라도, 피고로서는 적법한 재량권을 행사하여 특별사용의 필요가 없는 부분을 제외하여야 한다.

(2) 당초 처분인 이 사건 각 처분이 위법하게 된 이유는, 이 사건 점용허가에 이 사건 돌출부분이 포함되어 (주소 2 생략) 토지와 닿아 있음에도 (주소 1 생략) 토지의 개별공시지가만을 기준으로 점용료가 산정되었기 때문이다. 이러한 경우 피고로서는 이 사건 돌출부분이 특별사용의 필요가 없는 부분이라는 사유로 이 사건 점용허가 중 이 사건 돌출부분을 직권취소하고, 그 상태로 점용료를 재산정하여 원고에게 부과할 수 있다.

(3) 피고가 이 사건 돌출부분을 제외하는 이 사건 변경허가를 하면서 제시한 사유는, 이 사건 돌출부분은 원고가 특별사용할 필요가 없는 부분이라는 취지이고, 이 사

건 변경허가 이전의 점용기간에 대하여도 이 사건 돌출부분의 점용면적에 해당하는 금액을 감액하여 반환하였다. 이러한 사정에 비추어 보면, 이 사건 변경허가는 수익적 행정행위인 이 사건 점용허가에서 이 사건 돌출부분을 소급적으로 제외함으로써 이를 축소하는 일부 직권취소의 성격을 갖는다.

(4) 원고가 당초 처분인 이 사건 각 처분의 흠을 이유로 그 취소를 구하는 이 사건 소송이 진행 중이더라도, 피고는 이 사건 각 처분을 취소하지 않고 이 사건 점용허가에서 이 사건 돌출부분을 직권취소한 후 그 상태로 재산정한 점용료와 이 사건 각 처분으로 부과된 점용료의 차액을 감액하는 처분을 하는 데 어떠한 장애가 있다고 볼 수 없다.

마. 게다가 도로점용허가와 점용료 부과처분은 서로 독립하여 별개의 법률효과를 발생시키므로 도로점용허가에 불가쟁력이 생겨 그 효력을 다룰 수 없게 되면 도로점용허가에 흠이 존재하더라도 그것이 당연무효 사유에 해당하지 않는 한 그 흠을 이유로 점용료 부과처분의 효력을 다룰 수 없다. 이러한 법리는 도로점용허가의 변경허가와 이에 따른 점용료 감액처분의 경우에도 마찬가지로 적용된다. 이 사건 변경허가는 제소기간을 도과하여 불가쟁력이 발생하였으므로, 이 사건 변경허가가 당연무효가 아닌 이상 이 사건 변경허가에 흠이 있다 하더라도 이를 이유로 하여 이 사건 각 감액처분으로 감액되고 남은 이 사건 각 처분의 효력을 다룰 수는 없다. 따라서 원심으로서는 이 사건 변경허가에 흠이 있는지, 있다면 그 흠이 당연무효 사유에 해당하는지를 심리·판단하였어야 한다.

바. 그런데도 원심은 이와 달리, 이 사건 변경허가는 소급효가 없어 이 사건 각 처분의 위법성 판단에 영향을 미칠 수 없고, 이 사건 점용허가 및 이 사건 변경허가의

경위 등에 비추어 그 흠이 치유되었다고 볼 수도 없다는 이유를 들어, 이 사건 변경허가 이전의 이 사건 각 처분의 흠을 이 사건 각 감액처분으로 감액되고 남은 이 사건 각 처분의 위법사유로 판단하였다. 이러한 원심의 판단에는 이 사건 변경허가의 효력, 변경처분 또는 감액처분의 허용 여부, 흠 있는 행정행위의 치유 등에 관한 법리를 오해하여 필요한 심리를 다하지 않음으로써 판결에 영향을 미친 잘못이 있다.

2. 원고의 상고이유에 대하여

가. 상고이유 제1점에 관하여

구 도로법 시행령 제69조 제1항 [별표 3] 비고 제2항은 점용료 산정의 기준이 되는 토지가격은 도로점용 부분과 닿아 있는 토지의 개별공시지가로 하되, 도로점용 부분과 닿아 있는 토지가 2필지 이상인 경우에는 각 필지 가격의 산술평균가격으로 하도록 규정하고 있다. 여기서 인근 토지가 도로점용 부분과 닿아 있는지는 인근 토지와 도로점용 부분이 물리적으로 닿아 있는지를 기준으로 판단하여야 한다(대법원 2013. 10. 11. 선고 2012두10833 판결 참조).

원심은 그 판시와 같은 사정을 들어 이 사건 지상부분 중 ①, ② 구간과 이 사건 지하 부분이 (주소 2 생략) 토지에 물리적으로 닿아 있다고 할 수 없으므로, 피고가 (주소 1 생략) 토지의 개별공시지가만을 기준으로 이 사건 지하 부분의 점용료를 산정한 조치는 적법하다고 판단하였다.

앞서 본 법리에 따라 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당하다. 거기에 점용료 산정 방식에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

나. 상고이유 제2점에 관하여

원심은, 송파구와 원고 외 2인 사이에 체결한 지하도로 설치 협약에서 "원고 등은

준공과 동시에 시설물 가액을 평가하여 송파구에게 제출하고, 송파구는 그 가액을 연간사용료로 나눈 기간만큼 무상사용을 원고 등에게 허가한다. 단 무상사용기간은 20년을 초과할 수 없다."라고 규정한 것은 그 협의 과정과 관련 규정 등에 비추어 피고가 '점용료'를 부과하지 않는다는 것이 아니라 '시설사용료'를 면제한다는 취지라고 보아, 피고가 무상점용 확약 또는 점용료 면제의 의사표시를 하였음에도 이 사건 각 처분을 한 것은 신뢰보호원칙에 반한다는 원고의 주장을 배척하였다.

관련 법리와 기록에 따라 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당하다. 거기에 무상점용 확약 및 신뢰보호원칙에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

다. 상고이유 제3점에 관하여

구 도로법 제68조는 "도로관리청은 도로점용허가의 목적이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 점용료를 감면할 수 있다."라고 규정하고 있다. 그 위임에 따른 구 도로법 시행령 제73조 제2항은 구 도로법 제68조에 열거된 감면 사유에 따른 감면비율을 규정하고 있다.

이러한 규정들의 문언, 내용 및 체계 등에 비추어 보면, 도로점용허가를 받은 자가 구 도로법 제68조의 감면사유에 해당하는 경우 도로관리청은 감면 여부에 관한 재량을 갖지만, 도로관리청이 감면사유로 규정된 것 이외의 사유를 들어 점용료를 감면하는 것은 원칙적으로 허용되지 않는다.

원심은, 원고 주장과 같이 원고가 자신의 부담으로 지하도로 공사를 완료하여 피고에게 무상으로 기부채납한 후 그 유지관리비용을 모두 부담하고 있고, 지하도로가 위치한 원고 소유 사유지에 관하여 피고에게 구분지상권을 설정해 주었으며, 이 사건 지상 부분과 지하 부분 면적이 일부 중복되는 사정이 있다고 하더라도, 이러한 사정은

구 도로법 제68조의 감면사유에 해당하지 않으므로, 피고가 점용료를 감면하지 않은 데에 재량권 일탈·남용이 인정되지 않는다고 판단하였다.

앞서 본 법리에 따라 기록을 살펴보면, 이러한 원심의 판단은 정당하다. 거기에 재량권 일탈·남용에 관한 법리를 오해하는 등의 잘못이 없다.

3. 결론

그러므로 원심판결 중 피고 패소 부분을 파기하고, 이 부분 사건을 다시 심리·판단 하도록 원심법원에 환송하며, 원고의 상고를 기각하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장 대법관 민유숙

주 심 대법관 조희대

 대법관 김재형

 대법관 이동원