

| | | | | | |
|------|---|------|-------|------|--------------|
| 안건번호 | 의견12-0032 | 요청기관 | 서울특별시 | 회신일자 | 2012. 2. 24. |
| 안건명 | 노점에 대한 도로점용허가의 기준 등을 조례로 제정하는 것이 가능한지 여부(「도로법」 제20조 등 관련) | | | | |

· **질의요지**

“노점”에 대한 도로점용허가 근거를 마련하고 이를 체계적으로 관리하기 위한 「서울특별시 노원구 노점관리 등에 관한 조례」의 제정을 추진 중인바,

가. 서울특별시에서 「서울특별시 사무위임 조례」에 따라 「도로법」에 따른 특별시도의 관리를 구청장에 위임하고 있는데, 이를 근거로 「서울특별시 도로 점용허가 및 점용료 등 징수 조례」에서 특별시도의 도로점용허가에 관하여 규정하고 있는 사항 외의 사항을 「서울특별시 ‘노원구’ 노점관리 등에 관한 조례」에서 규정할 수 있는지?

나. “노점”을 도로점용허가의 대상으로 추가하면서, 「도로법」 등 관계법령의 위임 없이 노점의 선정기준(조례안 제4조), 노점 설치지역 및 제한구역 지정(제6조), 점용허가 연장 시 제출서류 규정(제7조제6항), 노점의 점용허가 준수사항(제9조) 및 행위의 금지(제11조)에 등에 관한 사항을 규정하는 조례를 제정할 수 있는지?

· **의견**

가. 질의 가에 대하여

노원구 조례로 기관위임사무에 해당하는 특별시도의 점용허가 및 점용료·변상금 징수 사무를 규율할 수는 없는 것으로 보이며, 「서울특별시 도로 점용허가 및 점용료 등 징수 조례」에 반하지 않는 범위에서 위임사무의 집행에 필요한 세부사항을 규칙으로 정하는 것은 가능할 것입니다.

나. 질의 나에 대하여

지방자치단체의 조례로 노점에 대하여 도로점용허가를 할 수 있도록 규정하는 것이 바람직한지에 대한 논의는 별도로 하고, 도로의 관리주체인 지방자치단체에서 그 도로의 점용허가에 관한 재량권에 근거하여, 관계법령과 재량권의 한계를 넘어서지 않는 범위 내에서 재량판단을 위한 기준을 조례로 규정하는 것이 불가능하다고 할 수는 없는 것으로 보입니다.

· **이유**

가. 질의 가에 대하여

먼저, 「지방자치법」 제22조에서는 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다고 규정하고 있는데, 이 때 ‘그 사무’란 지방자치단체의 자치사무와 법령에 따라 자치단체에 위임된 단체위임사무를 의미하는 것이며, 국가사무로서 지방자치단체의 장에게 위임되거나 상위 지방자치단체의 사무로서 하위 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임사무에 관한 사항은 개별법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하고 있는 경우 등이 아닌 한 원칙적으로는 자치조례의 제정 범위에 속하지 않는다고 할 것입니다(대법원 2007. 12. 13. 선고 2006추52 판결례, 1999. 9. 17. 선고 99추30 판결례, 대법원 1995. 12. 22. 선고 95추32 판결례 취지 등 참조).

그런데, 「도로법」 제11조, 제15조 및 제20조에 따르면 특별시도의 관리청은 특별시장이 되고, 같은 법 제38조, 제41조 및 제94조에서는 도로를 점용하려는 자는 ‘관리청’의 허가를 받도록 하면서 관리청은 도로점용료 및 변상금을 징수할 수 있다고 규정하고 있으므로, 특별시도에 대한 도로점용허가 및 점용료·변상금의 징수 사무의 경우 그 권한은 특별시장에게 있다고 할 것인바, 해당 사무를 「서울특별시 사무위임 조례」에 따라 구청장에게 위임한 경우 이는 상위 지방자치단체의 사무가 하위 지방자치단체의 장에게 위임된 이른바 기관위임에 해당하고, 이 사안의 경우 「도로법」이나 「서울특별시 사무위임 조례」에 조례제정권한의 위임에 관해서는 별도의 규정을 두고 있지 않은 것으로 보

이는바, 당연히 구)의 조례로 관련 사항을 규정할 수 있다고 보기는 어렵습니다.

따라서, 노원구 조례로 기관위임사무에 해당하는 특별시도의 점용허가 및 점용료·변상금 징수 사무를 규율할 수는 없다고 할 것이며, 다만 「서울특별시 도로 점용허가 및 점용료 등 징수 조례」에 반하지 않는 범위에서 노원구청장이 위임사무의 집행에 필요한 세부사항을 규칙으로 정하는 것은 가능할 것입니다.

나. 질의 내에 대하여

「도로법」 제38조에서는 도로를 점용하려는 자는 관리청의 허가를 받아야 한다고 규정하면서, 허가를 받을 수 있는 공작물·물건, 그 밖의 시설(이하 “시설물”이라 함)의 종류와 도로 점용허가의 기준은 대통령령으로 정하도록 위임함에 따라, 같은 법 시행령 제28조 및 별표 1의2에서는 도로점용 허가를 받을 수 있는 시설물의 종류 및 기준을 정하고 있는데, 노원구 조례안에서는 이러한 도로법령에 따른 점용허가 대상 시설물에는 해당하지 않는 “노점”에 대하여, 도로법령에 규정된 외에 점용허가 시 고려할 사항을 정하는 한편, 일정한 행위를 금하는 등의 조건을 붙일 수 있도록 규정하고 있습니다.

먼저, 도로법령에서는 “노점”을 점용허가 대상 시설물로 규정하고 있지 아니하나, 「도로법 시행령」 제28조제5항제9호에서는 관리청이 도로구조의 안전과 교통에 지장이 없다고 인정한 시설물로서 해당 관리청의 조례로 정한 것에 대해서는 도로점용허가를 할 수 있도록 규정하고 있는바, 이러한 법령의 위임근거에 따라 노원구 조례안에서는 노원구가 관리청인 도로에 대하여 “노점”을 점용허가 대상 시설물로 규정한 것으로 보입니다.

그런데, 이와 같이 노점을 점용허가 대상 시설물로 규정하는 것이 법령에 위반된다고 단언하기는 어려우나, 상품이나 서비스를 판매하는 노점에 대한 도로점용허가는 사실상 영업허가와 비슷한 기능을 할 수 있어 인근에 개별법령에 따라 허가 등을 받고 운영 중인 점포와의 관계나 해당 개별 법률에 규정된 허가관리 등의 문제를 고려해야 할 것이고, 상위법령인 「도로법 시행령」에서는 기존에 노점을 점용허가 대상 시설물로 규정하다가 도로의 공익적 기능을 강화하기 위하여 삭제(1999. 8. 9.)하였다는 점 등을 고려하면, 조례에서 노점에 대하여 도로점용허가를 할 수 있도록 규정하는 것이 반드시 바람직하다고 할 수는 없으므로, 해당 조례안을 입안함에 있어서 도로법령에 따른 도로점용허가제도의 목적과 취지에 부합하는지, 정상적으로 영업허가를 받은 영업점과의 형평성의 문제는 없는지, 식품위생법령 등 관계 법령 위반 문제는 없는지 등을 신중히 검토할 필요가 있음을 참고하시기 바랍니다.

한편, 도로점용 허가 형태의 노점허가 가능 여부에 대해서는 별론으로 하고, 조례로 점용허가의 기준을 규정하는 점에 대해서 살펴보면, 「도로법」 제38조에 따른 도로점용은 일반공중의 교통에 사용되는 도로의 특정부분을 유형적·고정적으로 특정한 목적을 위하여 사용하는 이른바 특별사용을 뜻하는 것이고, 이러한 도로점용의 허가는 특정인에게 공물사용권을 설정하는 설권행위로서 공물관리자가 공익판단을 통하여 허가를 할 것인지의 여부를 결정하는 ‘재량행위’라 할 것(대법원 2002. 10. 25. 선고 2002두5795 판결 참조)인바, 그렇다면 도로관리청은 그 재량권의 한계 내에서 도로법령에 따른 점용허가기준 외에도 그 지역실정에 맞게 신청인의 적격성, 사용목적 및 공익상의 영향 등을 참작하여 점용허가 여부를 결정하거나 공익적인 필요에 따라 특정 조건을 붙여 점용허가를 할 수 있을 것이므로, 처분청은 그 재량판단이나 조건 부과에 관하여 일정한 자기구속적인 기준을 세울 수 있을 것인데, 이러한 기준은 처분청의 내부 규칙으로 정하는 것이 일반적이거나, 굳이 조례로 정하려는 경우에 그 내용이 재량권의 한계 내에서 규정할 수 있는 사항에 해당하고, 도로법령에 명시적으로 반하는 것이 아니라면, 그러한 내용을 조례로 규정하는 것이 불가능하다고 할 수는 없을 것입니다.

따라서, 지방자치단체의 조례로 노점에 대하여 도로점용허가를 할 수 있도록 규정하는 것이 바람직한지에 대한 논의는 별론으로 하고, 도로의 관리주체인 지방자치단체에서 그 도로의 점용허가에 관한 재량권에 근거하여, 관계법령과 재량권의 한계를 넘어서지 않는 범위 내에서 재량판단을 위한 기준을 조례로 규정하는 것이 불가능하다고 할 수는 없을 것으로 보입니다.