



건축법위반 시정명령처분 취소청구

[경기도행정심판위원회 2020경기행심1398, 2020. 11. 23., 인용]

【재결요지】

사건 2020경기행심1398 건축법위반 시정명령처분 취소청구

재결일자 2020. 11. 23.

【주문】

피청구인이 2020. 6. 5. 청구인에게 한 「건축법」 위반 시정명령 처분을 취소한다.

【청구취지】

주문과 같음

【이유】

1. 사건개요

청구인은 ○○시 △△로 143번길17 1층에서 ○-Mart라는 상호로 슈퍼마켓(이하 '이 사건 영업소'라 한다)을 운영하는 자로, 이 사건 영업소의 건축물 소유자는 (주)□□□ 신탁이다.

피청구인은 2020. 4. 16. 및 같은 해 4. 20. 민원신고에 따라 이 사건 영업소를 방문하여 청구인이 주차장에 물건을 적치하여 주차장기능을 미유지(24㎡)하고, 이 사건 영업소에 설치물을 설치하여 복층으로 증축(121㎡)한 사항을 확인하였다.

피청구인은 2020. 4. 22. 청구인에게 위 위반사항에 대하여 「주차장법」 제19조의4 및 「건축법」 제79조에 따라 원상복구 시정 명령하고자 처분 사전통지를 하고, 같은 해 6. 5. 「건축법」 제79조에 따라 시정명령(이하 '이 사건 처분'이라 한다)을 하였다.

2. 당사자 주장

가. 청구인 주장

1) 이 사건 처분의 경위

가) 신분관계

청구인은 청구인의 어머니(김▲▲)와 함께 2010년 11월경부터 ○○시 △△구 △△동 79-8번지에서 ○-Mart란 상호로 슈퍼마켓을 운영하여 왔다.

청구인의 부모는 2019년 6월 중순경 ○-Mart 건물 내부에 대하여 이○○의 수습 차례 악성민원 제기로 인하여 ○-Mart 건물을 철거하였다. 이후, 청구인과 청구인의 아버지(김◇◇)는 같은 해 6. 24. 피청구인으로부터 ○○시 △△구 △△동 79-8, 79-9, 79-10 지상에 제1종 근린생활시설에 대하여 건축허가를 받아 신축 공사를 하고, 2020년 2월 경 사용검사를 받아 이 신축 상가 건물을 (주) □□□ 신탁에 소유권을 신탁한 후, 청구인은 청구인의 어머니와 함께 같은 해 3월경부터 신축 상가 건물에서 다시 ○-Mart라는 상호로 가게를 운영하고 있다.

한편, 이○○은 청구인의 부모에게 위 이 사건 영업소 건물 신축 중에 수십 차례 무고성 민원을 제기하고, 갖은 협박을 하며 돈을 요구하여 청구인의 어머니가 이○○을 협박 및 공갈 등으로 ○○시 △△경찰서에 고소하여 현재 수사 중이다.

나) 이 사건 처분의 경위

청구인은 이 사건 영업소 내부에 물품 적치용 적층 랙(○형, KS 2027 2009, 이하 ‘이 사건 설치물’이라 한다)을 설치하였다. 청구인은 이 사건 설치물을 설치하기 전에 설치 회사인 (주)태○이앤지 측과 설치에 관하여 「건축법」 위반 여부를 상담하였다. (주)태○이앤지 측은 경기도 고양시 일산동 호수로 596 소재 MBC 드림센터에도 적층 랙을 설치하였다며, MBC 드림센터(주거상업지역) 측에서 고양시 일산동구청에 「건축법」 위반 여부를 확인한 후, 위반이 아니라는 회신을 받아 설치하였다고 하면서 「건축법」 위반에 해당하지 않으니 안심하고 설치하라고 하여 청구인은 이 사건 설치물을 설치한 것이다.

그런데 청구인에게 상습으로 악성민원을 제기하던 이○○이 또다시 이 사건 영업소 주차장에 잠시 적치되어 있는 물품을 촬영하고, 이 사건 영업소 내부를 촬영하여 ‘주차장 기능 미유지(물건 적치)’, ‘무단증축(복층)’으로 하여 피청구인에게 민원을 제기하였다.

그러자 피청구인(○○동 행정복지센터 친환경과 클린건축팀 주무관 유○수)은 이 사건 영업소 내부에 이 사건 설치물을 설치하는 것이 「건축법」 위반에 해당된다고, 2020. 6. 5. 청구인에게 이 사건 처분을 하였다.

피청구인은 이○○의 민원제기로 확인 차, 2020. 4. 14.부터 같은 해 5. 18.까지 10차례나 이 사건 영업소에 출장을 나와 위반사항 여부를 점검하였다.

2) 이 사건 처분의 위법성

가) 청구인은 새로 신축한 이 사건 영업소 내부에 이 사건 설치물을 설치하기 전에 설치회사인 (주)태○이앤지 측에 「건축법」 위반여부에 대하여 충분히 상담한 후, 「건축법」 위반이 아니라는 확인을 받고 설치하였다.

나) 청구인이 이 사건 영업소 내부에 설치한 이 사건 설치물은 산업통상자원부 국가기술표준원에서 발행한 ‘KS산업용 랙 표준규격서’ 및 국토교통부 건축정책관 발행 ‘건축행정 길라잡이(2013년 12월)’에 근거하여 설치되었다.

다) 피청구인은 이 사건 설치물의 설치가 「건축법」 위반이 아니라는 사실을 잘 알고 있으면서도 악성민원인 이○○으로부터 시달림을 받을 것을 두려워한 나머지 면책용으로 계고장을 교부하였다는 취지로 말하였다. 그러면서 청구인이 경기도 행정심판위원회로부터 심판청구를 받아오면 이○○도 더 이상 「건축법」 위반으로는 민원제기 하지 않을 것이라고 하여 청구인은 이 사건 심판청구를 하게 되었다.

라) 상기와 같은 점을 고려할 때, 이 사건 처분은 너무나 가혹하여 재량권의 범위를 일탈, 남용한 위법이 있다고 할 것이므로, 청구인은 이 사건 처분의 취소를 구하기 위하여 이 사건 심판청구에 이른 것이다.

【보충서면 1】

3) 이 사건 처분 절차의 위법·부당함

가) 현장출입조사서 등 「행정조사기본법」 제11조(현장조사보고서, 조사원 증표제시 의무), 제17조(사전통보), 제21조(의견 제출권), 제24조(조사결과통보)를 위반

피청구인은 절차에 하자가 없다는 취지로 주장하지만, 「행정조사기본법」에 관하여 아래 사항을 준수하지 않아 행정행위의 투명성 등 「행정조사기본법」을 무력화하였다. 이는 위반건축물의 현장조사에 관하여 「행정조사기본법」을 준수하여야 한다는 취지의 국민권익위원회의 입장 내지 태도(국민권익위원회 제특행심 2012-06, 2012. 4. 23.)와도 상충된다.

「행정조사기본법」 제11조제1항은 조사원이 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우에는 피청구인은 청구인에게 조사목적 조사기간과 장소, 조사원의 설명과 직위, 조사범위의 내용, 제출자료, 조

사거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함), 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항이 기재된 현장출입조사서 또는 법령 등에서 현장조사 시에 제시하도록 규정하고 있는 문서를 조사대상자에게 발송하여야 한다.

또한 같은 법 제11조제3항은 현장조사를 하는 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다고 하고 있으며, 같은 법 제17조는 현장출입조사에 관하여 조사 대상자에게 최소 7일전에 사전통지를 하여야 한다고 규정하고 있다. 아울러 같은 법 제21조는 의견 제출권 및 반영의무를, 같은 법 제24조는 행정조사의 결과를 조사대상자에게 최소 7일 내로는 통보하도록 되어 있다. 현장조사 후 조사내용에 대해 피조사자가 그 내용을 확인하여 서명하는 것도 필요하다.

그러나 피청구인은 위의 의무들을 흠결하였다. 이로써 행정의 공정성, 투명성, 국민권익보호를 목적으로 하는 「행정조사기본법」을 무력화시킨 부당 내지 위법행위를 하였다.

나) 부당결부금지원칙 내지 자의의 금지원칙에 위배

피청구인은 일련의 악성민원을 원인으로 하여 이 사건 처분을 한 것은 아니라는 취지로 주장하나 이는 사실과 다르다. 이 사건 처분을 한 당시 담당 주무관 유○수는 상당히 구체적이고 신빙성 있는 진술을 하였으며 청구인 사건의 처리 중 타 지자체 또는 타기관으로 전보(2020년 6월)한 상태이다.

유○수는 청구인에 대해 10여 차례 악성민원을 해오고 있는 이○○으로부터 더 이상 시달림을 받을 것을 두려워 한 나머지 면책용으로 계고장을 교부 하였다는 취지로 청구인 측에게 진술하였고, 이 사건 설치물이 「건축법」 위반이 아니므로 행정심판 인용 결정을 받게 되면 이○○도 민원제기를 못 할 것이라고 하였다.

아직까지도 피청구인 측은 비공식적으로 청구인에게 이 사건 심판에서 이 사건 설치물에 대해 유연한 적용으로 인용결정이 있기를 바란다고 하였으며 「건축법」은 전문적인 분야여서 사실 잘 모른다는 태도를 취하고 있다.

이렇게 피청구인은 행정처분이라는 행정행위를 함에 있어서 그것과 실질적 관련성이 없는 청구인의 반대급부(청구인의 다른 위반: 주차장기능 미유지, 소방법위반판정 등 각종 위반결정)를 직접적 원인으로 하여 이 사건 설치물에 대한 철거 및 원상복구의무라는 결과를 부담시켰다.

「대한민국 헌법」 제37조는 질서유지, 공공복리 등을 위해 필요한 경우 국민의 자유와 권리를 제한하더라도 반드시 법률에 의하여야 한다고 하고 있다. 피청구인은 「건축법」 위반 및 원상복구명령이라는 처분을 하였으나 실질적으로는 청구인의 행위가 적법이라는 나름 판단을 가지고 있으면서도 이 사건 처분을 한 것이다.

부당결부금지원칙 위반 내지는 자의적 공권력 행사를 막아 주길 바란다.

(관련판례: 대법원 2009. 2. 12. 선고 2005다65500 판결, 대판 1992. 9. 22., 91누8289, 대판1995. 11. 26, 95누8850, 대판2000. 9. 26, 2000두5425, 대판 1992. 11. 27, 92누10364, 대판 1997. 3. 11, 96다4965)

4) 물류 보관 및 유통을 위한 공간임

피청구인이 이 사건 설치물이 사람이 상주하여 작업하기 위한 목적으로 개조된 사무공간이므로 바닥 면적이 늘어난 위반건축물이라고 하여 청구인은 현재 일단 사무공간 주장에 대한 시정명령을 이행하여 피청구인에게 그 이행을 확인·인정받은 상태이며 물류의 수령 및 공급에 큰 지장을 받고 있는 상태이다.

그러나 피청구인 주장처럼 이 사건 설치물 바닥의 전체 또는 상당 부분을 소위 사무실로 쓴 것이 아니다. 작은 일부 공간에 컴퓨터 2대 및 바코드 등 유통 정보화 관련 장치를 설치하였었고, 물류의 유통을 위한 정보화 용역을 위하여 필요시에만 간헐적으로 운영했었다.

이는 청구인이 ○○시 △△구의 전통재래시장(△△종합시장)에서 100여 평 가량의 도·소매업을 운영하면서 114개의 시장 내 상점들과 △△구민들 및 ○○시민들 등을 대상으로 하는 대규모 물류의 원활한 보관

및 배송 등 신속하고 안전한 물류유통을 위해 필수불가결한 최소한의

【유통산업발전법】

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2013. 3. 23., 2015. 2. 3.>

1. “유통산업”이란 농산물·임산물·축산물·수산물(가공물 및 조리물을 포함한다) 및 공산품의 도매·소매 및 이를 경영하기 위한 보관·배송·포장과 이와 관련된 정보·용역의 제공 등을 목적으로 하는 산업을 말한다.
13. “물류설비”란 화물의 수송·포장·하역·운반과 이를 관리하는 물류정보처리활동에 사용되는 물품·기계·장치 등의 설비를 말한다.

물류정보화 설비이다.

피청구인의 주창처럼 사람이 상주하거나 이 사건 설치물을 사무용으로 개조한 바도 없다. 물류 전산화 및 정보화의 용역 시에 보관 또는 이송 될 물류의 바코드 전산입력 및 물류이동 정보관리들의 정확하고 집중력 있는 물류정보화를 위해 물류들 옆에 소위 이동용 칸막이인 파티션이란 것을 두었던 것을 두고 이 사건 설치물을 사무용으로 개조였다고 주장하는 것은 사실의 오인 내지 왜곡이다.

청구인은 공산품 등의 도·소매 및 이를 경영하기 위한 물류의 보관, 배송, 포장을 위해 물류와 관련된 정보 및 용역의 제공을 목적(「유통산업발전법」 제1조)으로 컴퓨터와 바코드 관리 등 유통 정보화 물류설비가 필요했던 것이다.

피청구인은 청구인의 도·소매업이 유통산업이라는 것을 이해하고 있지 못하고, 그에 따라 물류의 보관 및 판매 등 도·소매 경영을 위한 물류의 보관이 법으로 보호되고 장려되며, 산업통상부장관과 지자체가 「유통산업발전법」 제3조에서 유통산업의 보호 및 장려를 위한 유통산업보호의 선진화 및 유통기능의 촉진, 유통산업에서의 소비자 편의의 증진, 유통산업의 종류별 균형발전, 유통산업에서의 공정한 경쟁여건의 조성할 의무를 규정하고 있음에도 존중하고 있지 않다.

즉 피청구인은 「유통산업발전법」 제2조제1항이 유통산업에 청구인의 도매업, 소매업을 포함시키고 있으며 그 경영을 위한 물류보관 등과 관련된 정보와 용역의 제공도 아울러 포함시키고 있다는 점, 같은 법 제2조제10항이 유통표준코드 제도를 마련하고 있고, 같은 법 제21조에서 산업통상부장관이 유통표준코드 및 유통 전자문서 등 유통정보화의 촉진 제도를 마련하고 있는 점, 같은 법 제5조제7항이 중소유통기업의 구조개선 및 경쟁력 강화방안 시행의무를 규정하고 있는 점, 같은 법 제5조제8항은 대규모점포와 중소유통기업의 건전한 상거래 질서의 유지방안 시행의무 등을 규정하고 있음도 간과하고 있다.

5) 이 사건 설치물이 기존 건축물에 지지하고 있다고 파악한 사실의 오인과 사실왜곡

피청구인은 청구인에게 이 사건 처분을 하면서 의견회신서도 함께 보냈다. 그 의견회신서에서 피청구인은 이 사건 설치물 ‘기둥과 난간’ 일부가 기존 건축물 기둥에 지지하고 있다고 주장하며 이 사건 설치물은 더 이상 구조물이 아니라 기존 건축물과 일체화 되고 영속화 된 건축물(복층)에 해당한다고 주장하고 있다. 그러나 이는 완전히 사실의 오인 내지 왜곡이다. 이 사건 설치물의 기둥 및 난간 일부는 물론이고 어느 부분도 전혀 기존 건물에 지지하고 있지 않다. 입증자료로 분리되어 있음을 증명하는 사진을 첨부하며, 경기도 행정심판위원회의 진실파악을 위한 조사도 간절히 바란다.

이 사건 설치물은 ㈜태○이앤지에서 설치하였다. ㈜태○이앤지는 ○○시가 소상공인보호와 유통의 활성화를 위해 지자체 지원금 예산을 편성 및 집행하여 모 업체에 청구인과 동일한 적층랙 ○형을 설치한 업체로서 일산의 MBC드림센터에도 동일 적층랙(해당 관공서 에서 설치가 합법임을 확인받았다함)을 설치하였던 업체이다.

㈜태○이앤지 설치팀에게 필수준수 및 검사보고 사항을 통하여 적층랙 설치 시에 기존 건축물에 절대 지지되지 않도록 하고 있으며, 이는 이 사건 설치물의 설치에도 완벽히 준수되어졌으며, 그 누구라도 방문하여 육안으로 면밀히 보지만 한다면 명쾌히 확인할 수 있는 매우 명확한 사실이다.

그러나 피청구인은 최초 현장 조사시 면밀한 사실 확인을 하지 못하여 이 사건 설치물이 기존 건물에 지지되어져 있다고 파악한 후 상급자 내지 결재권자에게 내부 출장보고를 하였다. 그리고 얼마 후, 다른 악성 민원 건으로 이 사건 영업소를 재방문하게 되었다가 우연히 이 사건 설치물과 기존 건축물과의 접촉 내지 지지여부를 다시 살피게 되었는데 그때는 피청구인이 “아! 붙어 있는 게 아니네... 떨어져 있구나.” 라고 피청구인의 사실오인을 시인하였다.

그러나 피청구인의 당시 담당 주무관 유○수는 청구인의 사건을 담당하던 중 돌연 타 지자체 내지 타 기관으로 전보 보내졌고 담당 후임자에게 인수인계 시, 사실오인을 전하지 않은 것으로 보인다.

이에 청구인 측은 2020. 9. 15. 오후에 피청구인 측에게 이 사건 설치물은 얼핏 그냥 보면 기존 건물에 지지하고 있다고 착각할 수도 있으나, 전혀 어떤 곳도 접촉 내지 지지하고 있지 않으니 다시 방문하여 그 사실 확인을 해 줄 것을 신청하였다. 그러나 아직도 피청구인은 그에 대한 사실 확인을 응하지 않고 있다. 피청구인은 청구인에게 건축물 무단증축 행위라는 불법을 행하였다고 이 사건 처분을 하여 이루 감당할 수 없는 고통과 불이익을 주고 있다.

따라서 피청구인의 청구인에 대한 권리침해 처분에 대한 입증책임은 불이익을 받게 된 청구인이 아닌 불이익을 부과한 피청구인에게 있다고 할 것이며, 이 사건 처분의 주요 근거가 된 사실관계(이 사건 설치물의 기존 건축물과의 지지 여부)가 청구인의 권리에 중대한 영향을 끼치는 주요 요인인 만큼 매우 신중하고 엄격한 사실관계 조사 및 처분의 적법성을 수궁할 수 있는 입증을 하여야 함에도 불구하고 오히려 사실의 오인과 왜곡 그리고 사실 확인의 신청에도 부작위 내지 거부까지 하고 있다. 또한 기존 건축물에 접촉, 지지, 연결된 것이 전혀 없으므로 「건축법」 제2조(건축물의 정의)상 건축물에 해당 되지도 않는다. 피청구인은 해당 건물 옥상의 물탱크 부분을 신고 받아 현장 조사 시에도 바닥의 둘레가 벽이나 기둥 등으로 완전히 에워 쌓여 있지는 않으므로 위반건축물이 아니라 판정하였다[관련판례: 서울고등법원 74구86(1980. 9. 30.), 대법원 1984. 7. 24. 선고, 84누124판결].

그러므로 이 사건 처분은 중대히 위법한 것이며 이러한 공권력의 자의적 행사는 행정심판위원회에 의해 무효 또는 취소되어야 마땅하다.

- 6) 청구인이 영위하고 있는 도·소매업은 유통산업이며, 피청구인은 이 사건 설치물에 대해 법치행정을 거스른 위법·부당·자의적인 해석을 함.

가) 청구인이 도매와 소매업을 겸하고 있으며 유통산업에 속함(「유통산업발전법」 제2조가 도·소매업이 유통산업이라 명시하고 있음)

- (1) 피청구인은 이 사건 설치물이 지게차를 사용하지 않으며 주로 소비자에게 판매를 목적으로 하는 제2종근린생활시설(소매점)에서 사용됨으로 'KS산업용 랙 표준규격서'상의 '산업용 랙'의 적용범위에 속하지 않는다고 주장한다. 그러나 피청구인 스스로가 직접 국토부에 질의[제1종근린생활시설(마트)에서 적층랙 설치가 가능한지 여부]를 하였고, 이에 국토부는 적층랙은 건축물이 아닌 조립·이동·분리·해체가 가능한 건축설비이므로 마트에도 그 설치가 허용된다는 취지의 태도를 취하였다. 다만 구체적인 판단은 현지상황 및 건축법령의 취지를 고려해 허가권자가 결정할 사안이라 하였고 이에 피청구인은 지게차를 쓰지 않고 상품을 소비자에게 판매하는 용도의 소매업에는 적층랙이 부적합하다는 취지의 결정을 하였다.

그러나 이 사건 영업소는 국토부에서 이해하는 마트와 다르게 해석할 이유가 없는 마트이다. 또한 국토부는 물류시설 등에만 적층랙의 허용을 하고 있지 않다고 명시적으로 답을 주고 있다.

이를 두고 피청구인이 부적합의 이유로 이 사건 영업소가 소비자에게 물건을 판매하는 곳이므로 적층랙 설치가 부적합하다는 주장은 전혀 수궁하기 어렵다. 마트는 소비자에게 물건을 판매하는 곳이다. 국토부는 소비자에게 물건을 판매하는 마트에 적층랙의 설치가 일반적으로 합법이라고 하는 반

면, 피청구인은 이 사건 영업소가 소비자에게 물건을 판매하는 마트라서 불법이라고 주장하는 궤변을 펼치고 있다.

더구나 엄연히 「유통산업발전법」 제2조 및 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」에서 청구인의 도·소매업은(청구인의 사업자등록증에 소매업뿐만 아니라 도매업, 주류 면허권 명시) 피청구인이 이해하고 있듯이 단순한 판매업이 아니라 명실상부한 “유통산업”이라 명시되어 있고 유통산업진흥, 경영의 현대화, 지역상권 활성화를 도모하고 있다. 청구인과 같은 전통시장 내 상인에 관하여 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」 제40조는 「건축법」 제11조에 대해 건축허가의 의제제도를 마련하고 있으며, 「전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법」 제51조 및 제29조에서는 용적률의 완화를, 같은 법 제52조는 건폐율의 완화를 규정하고 있다.

피청구인은 유통의 중요성과 현대화 요구, 이마트와 같은 대기업형 거인에 맞서서 전통시장을 보호하여 지역 상권을 지켜내려는 사회 통합적 가치와 그 특별법을 존중하기는커녕 국토부의 입장까지 무시하고 있는 부당한 처분을 한 것이다.

【유통산업발전법】

제1조(목적) 이 법은 유통산업의 효율적인 진흥과 균형 있는 발전을 꾀하고, 건전한 상거래질서를 세움으로써 소비자를 보호하고 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

【전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법】

제1조(목적) 이 법은 전통시장과 상점가의 시설 및 경영의 현대화와 시장 정비를 촉진하여 지역상권의 활성화와 유통산업의 균형 있는 성장을 도모함으로써 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 한다.

나) 이 사건 설치물에 대해 법치행정을 거스른 위법·부당·자의적인 해석

이제 피청구인이 이 사건 설치물은 기술적으로 산업용 랙이 아니라는 주장을 살피겠다.

KS 즉 한국산업표준(KS: Korean Industrial Standards)은 「산업표준화법」에 의거하여 산업표준심의회 심의를 거쳐 국가기술표준원장 및 소관부처의 장이 고시함으로써 확정되는 국가표준이다.

살피면 「산업표준화법」은 제1조(목적)에서 산업표준에 대하여 단순화를 규정하고 있다. 또한 KS 즉 한국산업표준은 고시(告示)라는 일종의 법규명령을 통해 효력을 발생하게 된다.

한편 피청구인은 한국산업표준의 KS 산업용 랙 표준규격서 상의 ‘산업용 랙’에 대한 적용범위에서 “이 표준은 산업용으로 적용되는 랙 중 주로 지게차를 사용하여 팔레트에 적재된 물품을 보관하는 랙에 대해서 규정한다.”고 되어있으므로 지게차를 사용하지 않고 제1종근린생활시설에서 소매점을 통해 판매 활동을 하는 것이 산업이라 보기 어려우므로 이 사건 설치물은 이에 해당하지 않는다는 취지를 주장하고 있다.

그러나 피청구인은 위 산업용 랙 규정이 팔레트 및 지게차를 반드시 사용하여야 하는 팔레트 랙 및 지게차 진입 랙 외에도 꼭 사용하지 않아도 되는 나머지 랙들 즉 적층랙, 이동랙, 회전랙, 유동랙, 수평회전랙을 비롯하여 적층랙 ○형과 같은 세부 랙들에 대해서까지도 모두 총망라하여 규정하고 있다는 것을 간과하였다.

「산업표준화법」의 제1조의 취지상 KS 내지 그 표준규격서는 단순화를 목적으로 하며, 비록 고시이기는 하나 구체적인 특정 랙에 대한 설명이 아니라 산업용 랙 전체에 대한 단순화 된 설명이 필요하므로 당연히 내용상으로는 포괄적이고 입법기술상으로는 압축적인 규정으로 표현될 수밖에 없다.

더욱이 이 사건 설치물은 한국산업표준원에 의해 그 안전성과 기능성이 공식적으로 인증된 건축설비임은 피청구인도 부정하지 않고 있다. 고기능, 고성능, 고안전의 청구인 건축설비 적층랙이 국토부가 합법의 취지로 허용하는 태도를 보이는 유통산업인 청구인은 제1종근린생활시설(도·소매점)에서 유독 그 사

용이 배제되어져야 할 어떠한 법령 조항도 없다. 법치행정을 거스른 자의적 결정으로서 중대한 위법에 해당한다.

이는 마치 법령에서 특별히 금지하는 조항이 없음에도 불구하고 국가가 고성능 컴퓨터라 하여 가정에서 사용하지 못하게 하는 이치이며, 고도로 안전성이 입증된 의료용 마스크라 하여 일반인이 착용을 금지하는 것과 다를 바가 없다. 또한 이 사건 설치물이 팔레트 랙 또는 지게차 진입 랙처럼 꼭 지게차와 팔레트를 활용하여 대규모로 물류의 운반과 보관이 이뤄져야 한다는 규정은 피청구인이 답변서에 첨부한 해당 산업표준규격서 어느 곳에도 없다.

7) 이 사건 설치물은 건축물이 아닌 건축설비이므로 건축물에 해당한다고 보아 무단증축으로 이 사건 처분을 한 것은 중대한 위법이 있다.

가) 피청구인이 국토부에 직접 질의하여 받은 회신에 의하면 국토부는 적층식 랙(KS T 2027)을 건축물이 아닌 물류설비로 보고 있으며, 위에서 언급한 바와 같이 「유통산업발전법」 제2조제13호에서 물류설비를 정의하고 있다.

나) 이 사건 설치물에 대해 피청구인은 기존 건축물에 지지하고 있다고 사실오인을 하여 건축설비가 아닌 건축물로 보아 이 사건 처분을 하였으나, 청구인은 위에서 언급한 바와 같이 이 점에 대하여 피청구인이 사실오인 내지 왜곡을 하고 있음을 철저히 해명하였고, 입증사진도 제출하였으며, 피청구인이 사실확인 신청을 부작위하거나 거부하고 있기에 행정심판위원회의 해당 사실여부에 대한 진실조사를 다시 한 번 탄원하는 바이다.

다) 국토부는 적층랙에 대해 물류센터에만 한정하여 설치하도록 규정하고 있지 않고 있다.

국토부는 「건축법」의 실질적 행정입법에 관한 최상위 기관으로서 「건축법」의 실질적인 제정·개정·유지·「건축법」준수에 대해 「지방자치법」 제166조(지방자치단체의 사무에 대한 지도와 지원), 제167조(국가사무나 시·도사무 처리의 지도·감독), 제168조(중앙행정기관과 지방자치단체 간 협의의 조정), 제169조(위법·부당한 명령·처분의 시정), 제170조(지방자치단체의 장에 대한 직무이행명령)에 의해 일선 지자체에 대한 감사권 및 이행명령, 지침 등을 행할 수 있는 기관이다.

피청구인의 재량권이 국토부의 적층랙에 대한 건축물 해당 여부에 대한 해석과 정반대로 배치될 정도로 독립된 자치사무 내지 독립사무라 보기 어렵다. 또한 국무총리실 산하 경제조정회의에서 일선 지자체가 적층랙을 위반건축물로 보아 기업경쟁력의 효율을 저해시키는 행위는 시정되어야 될 것이라고 하는 지침과 규제개혁위원회 및 행정안전부의 지자체규제개혁 가속화 정책을 피고 있는 상황을 피청구인도 존중하여야 할 것이다. 코로나19로 인한 청구인을 비롯한 중소기업들의 기업경쟁력 위기가 심각하다.

무엇보다 피청구인은 건축물에 속하지 않는 이 사건 설치물에 대하여 그것이 기존 건축물에 지지하고 있지 않음에도 불구하고 지지하고 있다고 오인 내지 왜곡하여 건축설비(적층랙)를 건축물로 경정하여 무단증축으로 처분하고 있다. 이는 법치행정을 중대히 위반한 위법이라 할 것이다.

8) 결론

위와 같이 피청구인의 사실의 오인과 왜곡, 각종 자의적 행정행위, 법치행정의 위반 등은 그로 인해 청구인이 감당해야 할 고통과 불이익을 감안하면 그 공권력의 행사가 매우 부당하거나 위법하다.

【보충서면 2】

9) 이 사건 처분에 있어 피청구인의 현장조사 등 절차적 하자가 없다는 주장에 대하여

가) 피청구인은 행정조사 목적을 사전에 전화로 알렸다고 주장하나, 사실과 다르다. 위반건축물 여부에 대한 조사목적 등 행정조사의 목적을 일체 사전 전달한 바가 없다. 「행정조사기본법」 제24조에도 불구하고 청구인에게 현장조사의 결과를 통보한 적도 없다. 피청구인은 이○○으로부터 계속하여 민원이

들어와 옥상, 주차장, 이 사건 설치물을 살피러 온다고만 전화로 통보하였고, 이에 청구인은 그 방문을 거부하지 않았을 뿐이며, 다만 그 방문날짜에 대해서 피청구인과 협의해 주었을 뿐이다.

피청구인이 보충서면을 통해 제시한 판례들 2개는 모두 하나의 동일 사건으로서 담당공무원이 전화로 행정조사의 목적을 설명하여 무단증축 등 위반건축물에 관한 조사라고 투명하게 밝히며 행정조사에 대한 자발적 협조를 요청했었고, 이에 원고가 순수하게 이해 내지 수긍하였으며, 방문 일을 정하였고, 현장조사 시에도 원고가 적극적으로 스스로 자신의 「건축법」 위반행위를 자인하였던 사건이다. 원고는 위반에 이르게 된 경위 및 상황에 대하여 의견을 개진하기도 하였던 사안으로, 서울고등법원과 대법원이 「행정조사기본법」 제17조의 예외에 대해서만큼은 절차에 있어 위법함이 없었다고 판단한 사안이다. 그러나 이 사건은 피청구인의 행정조사 목적에 대한 제시가 일체 이루어지지 않았으며, 영문도 모르고 단순히 방문날짜에 대해 응해주었다는 이유로 해당 행정조사에 대해 자발적 협조가 있었다고 보는 것은 위법 내지 부당하다.

요컨대 「행정조사기본법」 제17조는 행정청이 자발적 협조를 얻어 사전통지의 예외적용을 받아 행정조사를 할 때에도 자발적 협조를 구할 때에는 분명 행정조사의 목적을 알려야 한다고 하고 있다. 그러나 피청구인은 행정조사의 목적을 알린 바도, 자발적 협조를 구한 바도 일체 없으므로 결코 자발적 협조가 이루어졌다고 볼 수 없다.

또한, 같은 법 제20조 규정에서는 사전에 조사대상자가 조사자로부터 행정조사목적을 분명히 알 수 있도록 하여 조사를 당할 때, 전문가로 하여금 사실오인 내지 오해가 없는 조사가 이루어지게 조력하거나, 의견진술을 통해 방어권을 간접적으로 행사할 수 있도록 국민에게 권리를 부여하고 있으나, 청구인은 피청구인이 행정조사 목적을 알리지 않은 위법으로 말미암아 청구인으로서 그 권리도 박탈당하게 되었다. 더불어 같은 법 제21조제1항에서는 ‘조사대상자는 제17조에 따른 사전통지의 내용에 대하여 행정기관의 장에게 의견을 제출할 수 있다’고 규정되어 있으나, 청구인은 같은 법 제11조가 규정하는 현장조사서 사전통보제도(조사개시 1주일 전까지 같은 법 제11조 각 호의 사항이 기재된 현장출입서 등)의 권리를 박탈당하게 됨으로써 현장조사에 대한 의견 제출의 기회마저 박탈당하였다.

나) 피청구인은 현장방문 시에도 이 사건 설치물이 위반건축물 내지 무단증축 등 법적으로 문제됨을 일체 전달한 바가 없으며, 다만 “이 사건 설치물이 건물기둥에 붙어있네.”라고 혼잣말을 하고 나갔을 뿐이다. 피청구인이 이 사건 처분을 통해 나름 주장하는 건축위반면적(무단증축면적) 및 그에 따른 이행강제금(해마다 약 5,200만원)이 과연 어떻게 측정 내지 산출된 것인지도 의문이며 신뢰하기 어렵다.

다) 피청구인은 현장조사 후 위반내용, 위반면적 등 현장조사에 대한 조사내용 등 「행정조사기본법」 제24조를 청구인에게 일체 보여주거나 확인시켜준 바도 없다.

즉, 피청구인은 같은 법 제24조 및 같은 법 시행령 제12조를 전혀 준수하지 않았다.

라) 피청구인은 「행정조사기본법」 제11조제3항을 전혀 준수하지 않았다.

마) 소결

「행정조사기본법」은 입법 및 제정된 후로 국민권익보호의 실질 및 강화를 위하여 행안부와 국회를 통해 수차례 뼈아픈 발전적 개정을 거듭하여 왔다.

행정의 공정성과 투명성을 위하여도 꼭 필요한 법으로, 현장조사는 국민 불이익 처분에 사실관계 지정 등을 통해 막대한 영향을 미치는 첫 단추이자 사실과게가 처분의 이유 및 근거의 모든 뿌리 됨을 볼 때 마지막 단추이기도 하다. 그 현장조사가 제대로 이루어졌다면 청구인이 이토록 고통에 시달리지 않게 되었을 수도 있다.

피청구인이 도무지 어떠한 목적으로 현장을 조사하려고 했는지, 그 조사 내용과 결과는 과연 무엇이었는지(「행정조사기본법」 제24조), 조사 시에 어떠한 방법을 사용하고 구체적으로 어느 대상들을 조사했는지, 어떠한 근거로 위법한 행위를 했다고 보고하였는지 등을 조사대상자로서는 「행정조사기본

법」에 의하여 알권리가 있고 현장조사 당시 대응할 권리가 있으며 현장조사의 결과도 통지 받을 권리가 있다.

청구인은 「행정조사기본법」이 추구하는 그 어떠한 권리도 박탈당하였으며, 이 사건 처분의 위법·부당함을 부디 바로 잡아주길 바란다.

10) 처분이유 및 근거가 「건축법」 제11조, 제79조라는 피청구인 주장에 관하여

피청구인은 이 사건 처분일인 2020. 6. 5.과 같은 날에 청구인에게 처분에 대한 의견답변서를 동시에 작성 및 발송하였다. 피청구인의 처분에 대한 근거와 이유를 제시하는 것은 「행정절차법」 제23조와 제27조의2의 제2항에 따라 시행한 피청구인의 법적 의무이다.

처분과 같은 날에 이뤄진 의견답변서에서 처분의 주요 이유 중 하나로 ‘이 사건 설치물이 기존 건물에 지지하고 있음으로 「건축법」상 건축물에 해당하여, 사전에 허가를 득한 후에 건축물을 건축하여야 했으나 허가를 득하지 않고 건축하여 위반건축물(무단증축)에 해당한다(「건축법」 제11조, 같은 법 제79조).’라는 것을 들고 있다.

반면 피청구인은 이 사건 처분 이후에는 입장을 바꾸어 보충서면을 통하여 “육안으로 직접 확인하여 이 사건 설치물이 기존 건축물에 지지되고 있지 않음을 2020. 7. 8.의 답변서를 통해 명시하였다.”고 하고 있다.

즉, 현장조사 시는 이 사건 설치물이 기존 건축물에 지지(支持)되고 있다고 보여 건축물로 보았으나, 추후 육안으로 확인하여 지지(支持)되고 있지 않음을 명시적으로 확인하였다고 하고 있는 것이다. 처분당시에 이 사건 설치물을 기존 건축물에 지지되고 있다고 잘못 파악하여 「건축법」상 건축물로 판정하고 건축물에 적용될 수 있는 「건축법」 제11조 및 제 79조를 처분의 주요 이유 및 처분의 직접 근거법률로 삼았던 것은 중대한 위법행위이다.

11) 이 사건 처분의 이유가 이 사건 설치물이 「건축법」상 건축물에 속했는지와는 무관했으며, 처분의 이유는 판매시설에는 이 사건 설치물이 부적합해 보였다고 주장하는 피청구인의 입장전환 취지에 대하여, 처분의 근거를 처분 후 변경하거나 변형한 태도에 대하여 다음과 같이 반박한다.

기존의 처분이유 내지 근거를 사실상 변형하거나 추가 또는 삭제 내지 은폐시키는 행위를 함은 「행정절차법」 제23조 내지 제27조의2에 대한 재량권 일탈 남용의 중대 위법행위이자, 애초 원처분의 위법성 내지 부당성에 대한 스스로의 인정이 아닐 수 없다.

그럼에도 불구하고 피청구인이 보기에 판매시설에는 이 사건 설치물이 부적합해 보인다고 주장하는 것에 대하여 가사 양보하여 피청구인의 나름 판단을 존중 한다고 할지라도 이는 이 사건 설치물이 건축물로서가 아니라 물류설비(장치)로서의 이용목적(국토부는 적층랙을 물류설비로 규정)이 피청구인이 보기에 판매시설에는 부적합해 보인다는 주장을 할 때에 존중할 수 있을 뿐이다. 그러나 피청구인이 답변서 및 보충서면을 통해 명백히 인정하고 있듯이 이 사건 설치물이 기존 건축물에 지지되고 있지 않은 이상 전혀 건축물이 아니다.

따라서 피청구인이 처분의 근거로서 「건축법」 제11조 및 같은 법 제79조로 삼았던 행위를 살필 때, ① 이 사건 설치물이 국토부와 산업통상자원부에 의하여 KS등이 공식 인정되는 적층랙이며, ② 피청구인과 위①에 대하여 다툼이 없고, ③ 국토부의 각종 지침과 회신 등에 의해 청구인의 적층랙(KS T 2027)이 건축물이 아닌 물류설비로 해석되고 있음을 볼 때, 굳이 이 사건 설치물을 문제 삼기 위해서는 피청구인 내지 권한 있는 다른 고유한 허가권자 등이 처분의 근거로서 건축물에 대한 것이 아닌 물류설비 등에 관한 기타 법령을 처분근거로 삼았어야 했다.

따라서 처분대상이 건축물이 아닌 물류설비(장치)에 대하여, 단순히 그 이용목적이 부적합해 보인다고 나름 판단하여 물류설비(장치)와는 관련이 없는 건축물에 대한 위반을 처분의 근거로 삼은 것은 위법한 처분으로서 취소되어야 마땅하다.

12) 이 사건 처분은 국토부의 지침 및 **건축법**령 상 취지와도 부합한다는 주장에 관하여

가) 피청구인은 보충서면에서 국토부와 **건축법**령이 마차 판매시설에 대하여 적층랙이 부적합하다는 태도를 취하고 있다는 취지의 주장을 하고 있으나 사실과 정면으로 역행한다.

살피면, 다른 것도 아닌 피청구인이 청구인의 사건으로 말미암아 직접 국토부에 질의하여 답변 받은 회신서(국토부 건축정책과 국민신문고 답변일 2020. 5. 29.)에 따르면, 국토부는 피청구인의 보충서면 주장과는 정반대로 지자체에 대한 기존 지침(국토부 건축행정 길라잡이 건축기획과-2259, 2013. 7. 5. 건축기획과-22167, 2008. 7. 3. 적층랙에 대한 국토부 2010. 11. 30. 유권해석)에서 적층식 랙(KS T 2027)은 건축물이 아닌 물류설비(장치)로서 바닥면적의 산업에서 제외시키라는 지침보다도 더 적극적으로 적층랙 장려의 태도를 보이고 있다.

즉 국토부는 적층랙이 비단 물류센터에만 허용된다고는 한정할 수 없으며, 제1종근린생활시설인 마트(판매시설)라 하여 적층랙을 금지하는 규정이 없는 만큼 적층랙이 금지될 수 없다고 하고 있다. 또한 국토부 등 관련기관 지침 및 회신서의 말미에서 통상 일반적으로 “다만 구체적인 사항은 허가권자의 판단을 살피어야 한다.”고 하고 있으나, 그 허가권자에 대하여 ‘**건축법**’상 허가권자’라고 결코 특정하거나 적시하고 있지 않다.

나) 국토부가 이 사건 건축물을 건축물이 아님을 강조하며 물류설비(장치)라고 규정하고 있고 따라서 바닥면적의 산정에서 제외시키라고 하고 있는 만큼 국토부가 표현한 허가권자란, 물류설비(장치)허가권자 내지 소방시설 허가권자 또는 기타 산업안전에 대한 허가권자 등을 뜻함을 배제하지 못한다. 또한 지침 및 회신서의 법령적 성격상 행정 안정성을 위해 ‘허가권자’라는 일반적이고 포괄적인 용어로 표현한 것을 두고 피청구인의 주장 취지처럼 오로지 건축물 허가권자만을 특정 한다고 보기는 매우 어렵다.

다) 국토부 국무총리산하 중앙규제개혁위원회 그리고 지방규제개혁위원회 등도 적층랙을 건축물이 아닌 물류설비로 보아야 하고 “적층식 랙의 활용도와 효율성을 더 이상 저해시키는 일이 없도록 하여, 기업의 생산 활동을 위해 국민들(건축주)들의 불편에 최소화할 수 있도록 조치하길 바람”이라고 기재하여 문서로 지자체에 하달하고 있으며, 기획재정부도 2008년 6월 정책조정국 정책조정총괄과를 통한 보도자료(2150-4510)를 통해 기업경영활동 지원을 위한 적극적인 조치 및 규제완화를 특정세력에게 부여하지 말고 균형 있게 지속적으로 추진하라고 밝히고 있다.

그리고 ①이마트 등 대기업의 대형마트에 대한 독점화에 맞서서 중소기업들을 보호하기 위한 국회의 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법 제1조에서 경영의 현대화와 지역경제의 활성화 및 유통산업의 균형 있는 성장도모를 강하게 추진하고 있고, ②물류의 활성화와 경제부흥을 위한 「유통산업발전법」 제2조에서 청구인이 속한 도매점과 소매점이 같은 법 제2조 조문을 통하여 명확히 유통산업에 속한다고 명시되어 있으며, ③그에 따라서 유통물류보호법안의 보호대상임이 분명하다. ④다름 아닌 피청구인이 직접 국토부에 “판매시설(마트)에 관한 국토부의 적층랙 허용입장”을 질의한 것에 국토부도 허용 가능하다고 입장을 밝히고 있다.

라) 소결

위와 같음에도 피청구인이 이 사건 영업소와 같은 판매시설(마트)에는 이 사건 설치물이 부적합하다고 해석 및 처분하는 것은 이 사건 설치물에 대한 사회경제적 통합가치의 필요성에 대해서는 물론 정부의 정책들과도 정면으로 배치되고 있다.

13) 「**건축법** 시행령」 제119조제1항제9호는 층의 구분이 명확하지 아니한 건축물에 대해 그 건축물의 높이 4미터마다 하나의 층으로 보고 그 층수를 산정하므로, 청구인은 5.9미터라는 높은 층고를 이용하여 무단 증축을 하였다는 피청구인 주장에 관하여

가) 피청구인은 또 다시 이 사건 처분 후에, 처분 시에는 없었던 처분이유나 처분법령 및 처분근거를 주장하고 있다. 이는 「행정절차법」 제23조, 제27조의2를 무시한 위법·부당한 행위이다.

이 사건 처분이 대규모 시설에 대한 철거를 요구하고 해마다 2회의 범위 내에서 이행강제금 약 5,200만원씩을 부과하는 중대·심각한 사안임을 볼 때, 이는 상당히 청구인의 방어권 행사 및 행정의 투명성을 저해하는 위법·부당한 공권력 행사이다.

나) 양보하여 피청구인이 보충서면을 통해 위 새로운 처분이유와 처분근거를 제시함을 인정하더라도 아래와 같이 그 내용을 살필 때, 청구인에게 결코 적용될 수 없는 재량권 일탈·남용의 위법한 처분이유와 근거이다.

「건축법 시행령」 제119조제1항제9호에 따라 피청구인의 주장처럼 높이 4미터마다 하나의 층으로 보고 그 층수를 바닥면적에 산정시키기 위해서는 ①이 사건 설치물이 「건축법」 상 건축물에 속하면서 「건축법」 상 ‘층’에 해당하여야 하고, ②층이 바닥면적에 산정되기 위해서는 「건축법」 상의 건축물에 대한 바닥면적의 산정규정에 포함될 수 있어야 하며, ③건축물 내의 층(들)의 구분이 명확하지 아니하여야 한다.

위 ①과 ②에 대하여 살피면 건축물 내부에 선반 형태 또는 조립식 시설물을 설치한 것을 바닥면적의 증가로 판단하기 위해서는 「건축법」 제2조제1항제2호 및 「건축법 시행령」 제2조제2호의 규정에 따라 이 사건 설치물이 ‘건축물’, 즉 토지에 정착하는 공작물로서 지붕이나 기둥 또는 벽이 있는 것에 해당되어야 할 것이다.

그런데 이 사건 설치물은 지붕이나 기둥 또는 벽이 없을뿐더러 국토부에 의해 건축물이 아닌 건축설비(장치)로 규정된 (KS T 2027) 적층식 랙이다. 즉, 위 ‘건축물’에 관한 「건축법」 정의 규정에 부합하지 않는다. 따라서 이 사건 설치물을 바닥면적에 포함시키는 것은 불가능하며 무엇보다 국토부도 (KS T 2027) 적층식 랙은 바닥면적의 산입에서 제외하라고 지자체에의 지침 등을 통해 수차례 강조하고 있다. 또한 「건축법」 제84조에서 ‘건축물의 대지면적, 바닥면적, 높이, 처마, 천 장, 바닥 및 층수의 산정방법은 대통령령으로 정한다.’라고 규정하고 있고, 같은 법 시행령 제119조 제1항제3호에서 ‘바닥면적을 건축물의 각 층 또는 그 일부로서 벽, 기둥, 그 밖에 이와 비슷한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적으로 한다.’고 규정하고 있으므로 이 사건 설치물을 이러한 개념이 적용될 수 없다.

이제 위③에 대해 살피면, 위 법령조항 중 피청구인이 주장하는 법령 제목 및 문구는 ‘층의 면적’이 아니라 ‘층의 개수 산정’을 위한 것이다(갑 제20호증).

‘층의 개수 산정’을 위해 건축물의 이용이나 형태 등 경험적 상, 일반적인 층으로 보기는 어렵거나 건축물이 부분에 따라 층의 높이가 달라 층의 개수를 몇 개로 보아야 할지 불분명한 경우 ‘층의 개수 산정’에 대한 기준을 규정한 것이다. 해당 법령 문구는 층의 구분이 명확하지 아니한 건축물이라고 기술하고 있을 뿐 구체적이거나 명확한 기준을 위임하거나 제시하고 있지는 않은바, 전문건축사들이 블로그 등의 해당 예시나 사회경험적을 살필 때, 층의 구분이 명확하지 않다함은 영화관, 공연장, 행사장 등에서 관람객들 관람을 위한 좌석배치를 위해 수직이 아닌 비스듬한 사선의 형태로 주로 낮거나 일정치 않은 높이의 계단형태들이 위로 연속하여 형성된 경우이며, 이 경우 층에 대한 개수의 설정이 모호함으로 4미터마다 하나의 층으로 산정한다는 것이다.

다) 소결

이 사건 설치물은 건물 층고 5.9미터내의 건물바닥으로부터 3미터의 높이에 수평의 각도를 모두 평행하게 준수하여 일정하고 균일하게 설비된 물류설비(장치)이다. 피청구인이 높이 3미터의 이 사건 설치물을 높이 4미터로 간주시켜 4미터마다의 층 규정을 적용시키고, 또한 건축설비를 건축물로 자의적으로 확정하여 마치 「건축법 시행령」 제199조제1항제9호에 해당되어 층의 개수가 새로 형성된 것으로서 바닥면적에 산입되어야 한라는 처분 근거는 이유 없다.

이 사건 설치물은 산업통상자원부 국가기술표준원에서 발행한 KS산업용 랙 표준 중 (KS T 2027) 적층식 랙 ○형을 준수하였다. 피청구인은 국토부가 건축물로 보지 말고 건축설비(장치)로 규정한 지침을

무시하고 있다.

14) 이 사건 처분이 정당하다는 피청구인의 주장에 대해

가) 피청구인은 00판매업체에 대해서는 청구인과 같은 (KS T 2027) 적층식 랙 ○형에 대하여 물류의 보관 및 유통 외에도 ‘물건의 판매를 위한 진열과 실제 판매가 적층랙에서 이뤄지도록’ 피청구인의 예산까지 적극 투입하여 적층랙을 설치 및 장려하고 있다.

반면에 위 00업체와 동일한 (KS T 2027) 적층식 랙 ○형을 설치한 청구인은 이 사건 설치물에서 소비자에게 직접 판매행위 없이 물류의 보관 및 유통만을 하고 있는 것에 대하여도 청구인의 업이 판매업체이기 때문에 이 사건 설치물이 부적합하다고 주장하는 것은 행정원칙상 자기구속원리에 위반하는 스스로의 모순이자 헌법상 평등원칙에 위배이기도 하다.

나) 또한 피청구인은 청구인이 오로지 소매업이라는 취지로 주장하나, 청구인은 ○○△△전통시장 동료 상인들에게 도매도 하고 있는 도매업자이기도 하며, 이는 청구인이 위원회에 제출한 사업자 등록증에도 명시되어 있다.

다) 다른 지자체가 MBC 등 방송시설들, 군부대 시설, 대기업 등에는 이 사건 시설물을 건축물이 아닌 건축설비(장치)로서 인정하여 별도의 건축허가 없이 설치 및 운영을 장려하는 반면에, 피청구인은 청구인에 대하여 이 사건 처분을 함으로써 평등의 원칙에 위배가 있다고 할 것이다.

라) 과잉처분금지의 원칙 및 비례의 원칙위반

만약, 피청구인은 이 사건 처분이 위법하지도 부당하지도 않은 정당한 결정이었다고 일단 수긍하더라도, 피청구인이 이 사건 설치물을 해체시켜 얻으려는 이익과 비교할 때 청구인이 감당해야 할 막대한 피해와 고통을 살핀다면 어느 때보다 상당성과 보충성의 원칙이 엄격히 지켜져야 할 바이다.

「**건축법**」 제79조는 헌법과 행정법의 상당성과 보충성, 비례성을 존중하여 ‘해체’라는 극단적인 시정 명령만을 강제하고 있지는 않으며 해당 공익과 사익을 형량 하여 행정효율과 더불어 사익도 보호할 수 있도록 개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다.

그러나 피청구인은 이 사건 시설물에 대한 「**건축법**」 위반의 확신 내지 근거를 마땅히 제시하고도 있지 못한 가운데 청구인의 생업의 특성상 사형선고와도 같은 최후의 극단적 처방인 ‘해체’를 명하고 있다.

15) 결론

코로나19로 인하여 우리 같은 중소상인들로서는 기업 및 소비자 경제의 침체로 그 고통을 표현하기 어렵다. 대기업 쿠○이나 ○마트 및 기타 대자본의 새벽배송 물류시스템으로 우리 같은 경우 살아남기가 매우 어렵다. 15명의 저회 직원들도 나름 가정에서의 가장들이나 피청구인의 주장이 정당하다고 받아들여질 경우 청구인의 물류유통의 축소나 폐지로 물류를 담당하는 상당 직원들이 일자리를 잃게 될 가능성이 높다. 거의 평생 우리 고향 ○○시 △△동에 거주해 오며 상당량의 은행대출을 받아가며 우리의 △△시장 ○마트를 노부모인 아버지, 어머니와 새벽부터 자정까지 일 년 중 거의 하루도 휴일 없이 일구어 왔다. 우리 ○○시 △△동의 지역민들과 △△시장 내의 상인들에게 신속하고 저렴한 양질의 물류를 공급할 수 있도록 노력해왔다고 자부한다.

피청구인은 위와 같이 현장조사결과를 통보하지 않는 등 이 사건 처분에 대한 절차의 하자가 있음은 물론, 국토부에 의해 건축설비(장치)로 규정된 이 사건 설치물을 처분 당시 기존 건물에 지지되고 있다고 주요사실을 오인하여 건축물로 간주하고 건축물에 대한 규정인 「**건축법**」 제11조 및 제79조로 처분하여 공권력의 남용을 행사하고 있다.

무엇보다 피청구인 자신이 상급청인 국토부에 질의하여 얻은 회신서에서도 제1종근린생활시설 마트에 대하여 적층랙을 금지할 수 는 없다는 답변을 받고도, 피청구인은 지침 및 회신서에서 명확하게 부여받거나 명시되지 않은 허가권자로서의 지위를 스스로 쟁탈하였고, 이 사건 시설물의 본 건축물예의 지지여부 등

중대한 사실관계까지 오인하여 건축물이 아닌 것에 대해 「건축법」 위반을 적용하는 자의적 공권력 행사를 하고 있다.

이와 같이 피청구인의 각종 재량의 일탈과 남용으로 인한 위법·부당한 행위가 중대하거나 심각함이 상당함으로 피청구인의 처분은 마땅히 취소되어야 마땅하다.

나. 피청구인 주장

1) 이 사건 처분의 개요

건물현황		건축법 위반내역			
위치	규모	위치	소유자 (행위자)	위반내용	면적 (㎡)
△△동 79-8외 2필지	· 지하1층, 지상5층 · 연면적: 1,137.56㎡ · 구조: 철근콘크리트조	청운빌딩 101호	(주) □□□신타 [김◆◆ (청구인)]	· 위반사항: 무단증축(복층) · 구조: 철골 · 용도: 근생(사무실, 창고)	121㎡

가) 사건의 원인이 된 건축물 현황

나) 사건의 경과

- (1) 2020. 4. 20. 민원 신고에 따라 현장 출장하여 확인한바, 청구인이 이 사건 영업소의 1층 내부에 철골 구조로 무단 증축(복층)하여 사용하는 사실이 확인되어 「건축법」 제79조에 따라 위반건축물 시정명령 처분 사전통지를 하였다.
- (2) 이에, 청구인은 1층 내 철골 구조는 복층이 아닌 적층 랙의 합법적 설치라고 주장하며 산업통상자원부 국가기술표준원에서 발행한 ‘KS산업용 랙 표준규격서’와 국토교통부 건축정책관이 발행한 ‘건축행정 길라잡이’를 근거자료로 제시하여 의견제출 하였다.
- (3) 피청구인은 2020. 6. 4. ○○소방서로부터 이 사건 영업소의 1층 내 복층에 대한 「건축법」 위반사항 알림 공문을 받았다.
- (4) 2020. 6. 5. 청구인의 의견제출서에 대해 현지 현황 및 건축법령의 취지와 국토교통부의 질의답변서를 종합적으로 검토한 결과, 이 사건 영업소 1층에 설치된 이 사건 설치물은 적층랙 ○형과 형태는 유사하나 구조와 이용목적이 산업용 선반이 아니라 사람이 상주하여 작업하고 활동하기 위한 공간으로 개조된 것으로 판단됨에 따라 청구인에게 「건축법」 상 바닥 면적이 늘어난 건축행위라는 내용으로 의견 제출에 대한 회신과 함께 이 사건 처분을 하였다.

2) 청구인의 주장에 대한 반박 및 이 사건 처분의 정당성

가) 청구인이 랙 설치를 위해 상담 받은 상대는 랙 설치 회사인 (주)태○이엔지이며, (주)태○이엔지는 건축물의 허가를 내주거나 위반건축물을 적발하는 허가권자와는 무관하므로, 청구인이 이로부터 확답을 받고 설치하였다 하여 이 사건 설치물이 합법적 건축물이라 할 수 없다.

나) 청구인의 의견 제출에 따라 피청구인이 국토교통부에 질의하여 회신 받은 바에 의하면 “적층식 랙이 화물의 보관 및 유통가공 등을 위해 필요한 물류설비(장치)로서 KS T 2027 관련 지침에 적합한 경우 바닥면적의 산입에서 제외하도록 할 수 있을 것으로 사료되나, 해당시설의 구조, 형태, 이용목적 등이 상기규정 등에 부합되는지 등에 대하여는 구체적인 현지 현황 및 건축법령의 취지 등을 종합적으로 검토하여 허가권자의 사실판단이 필요한 사항”이라는 답변을 받았다.

다) 허가권자인 피청구인은 이 사건 설치물이 산업통상자원부 국가기술표준원에서 발행한 ‘KS산업용 랙 표준규격서’의 산업용 랙 종류 중 적층랙 ○형으로 단일 기둥을 지주로 하며, 상부 전면에 층 선반을 설치한 구조물 형태인 것은 사실이나, ‘KS산업용 랙 표준규격서’의 적용범위에 따르면 이 표준은 산업용으로 제공되는 랙 중 주로 지게차를 사용하여 팔레트에 적재된 물품을 보관하는 랙에 대해서 규정한다고

기재되어 있는바, 피청구인이 불법증축이라고 판단한 이 사건 설치물은 상품을 소비자에게 판매하는 용도의 제1종근린생활시설(소매점)에 적용하기에는 관련지침 및 질의회신 취지에 부합하지 않다고 판단하였다.

라) 또한 피청구인은 청구인에게 이 사건 설치물에 대하여 청구인이 판단한 의견 및 행정처분이 피청구인과 법리해석에 차이가 있어 행정청의 행정처분에 대해 불복하는 경우 이의를 제기할 수 있는 절차가 있음을 안내하였을 뿐 악성민원과 별개의 사항이며, 이 사건 설치물의 현지 현황 및 건축법령의 취지 등을 종합적으로 검토하고 판단하여 한 이 사건 처분을 재량권의 범위를 일탈하거나 남용하였다고 할 수 없다.

마) 건축물을 증축하려는 자는 「건축법」 제11조(건축허가)에 의거 허가를 받아야 한다. 이 사건 설치물의 경우 건축물 1층의 층고가 높은 것을 이용하여 복층 구조물을 만들어 바닥면적 121㎡이 늘어난 증축행위로 허가를 받아야하나 이를 허가받지 않고 무단 증축하여 사용하고 있으므로 위반사항이 명백한바 이 사건 처분은 적법하므로, 이 사건 심판청구는 이유가 없으므로 기각되어야 한다.

3) 결론

가) 피청구인은 민원신고를 받고 이 사건 영업소를 확인한 결과, 청구인은 이 사건 영업소의 1층 층고가 높은 것을 이용하여 이 사건 설치물을 설치하고 바닥면적을 늘려 사용하고 있었다. 청구인은 이를 합법적인 구조물이라고 주장하나, 이 사건 설치물은 현지 현황 및 건축법령의 취지 등을 종합적으로 검토해 볼 때 구조, 형태, 이용목적 등이 규정에 부합되지 않으므로, 이는 허가·신고 절차 없이 「건축법」을 위반하여 무단 증축한 것으로 판단하였다.

나) 이에 따라 「건축법」 제11조(건축허가) 위반으로 같은 법 제79조제1항 및 「행정절차법」 제21조 규정에 의거 소유자에게 시정명령 처분 사전통지, 시정 계고를 고지한 것으로 이는 「건축법」에 적합한 행정 처분이며 청구인의 청구는 이유가 없는 것이므로 기각되어야 한다.

【보충서면】

4) 청구인의 주장에 대한 반박 및 이 사건 처분의 정당성

가) 「행정조사기본법」 제17조제1항에 의하면, 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제9조에 따른 출석요구서, 제10조에 따른 보고요구서·자료제출요구서 및 제11조에 따른 현장출입조사서(이하 “출석요구서 등”이라 한다)를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 하되, 그 예외 사유로 제3호에서 ‘제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다’고 규정하고 있다.

현장조사에 앞서 청구인에게 조사의 목적 등을 알리면서 조사일정을 조율하였는바, 현장조사는 자발적인 협조를 얻어 실시한 경우라고 할 것이므로, 이 사건 처분에 앞서 이루어진 행정조사에 「행정조사기본법」을 위반한 위법이 있다고 할 수 없다(서울고등법원 2016. 5. 11. 선고 2015누49728, 대법원 2016. 10. 27. 선고 2016두41811 판결 등 참조).

나) 이 사건 설치물은 “KS산업용 랙 표준규격서(KS T 2027)”의 산업용 랙 종류 중 적층랙 ○형과 유사한 형태 및 구조로 기존건축물에 지지 되지 않았음을 육안으로 확인하여 행정심판 답변서(2020. 7. 8.)에 명시한 바 있다.

또한, 국토부 질의에서 적층랙이 건축물의 바닥면적의 산입에서 제외하도록 규정할 때 건축법상 물류창고에만 한정하여 설치하도록 규정하고 있지 아니하나, 해당시설의 구조, 형태, 이용목적 등이 KS T 2027의 규정 등에 부합되는지에 대하여 구체적인 현지현황 및 건축법령의 취지 등을 종합적으로 검토하여 허가권자의 사실 판단이 필요한 사항이라고 답변되어 있다. 이에 따라 피청구인은 적층랙 자체만으로 토지에 정착하거나 구조적으로 기존 건축물에 영속적으로 일체화 되는 구조물로 볼 수 없는 경우

라 할지라도, 국토부의 적층식 랙 바닥면적 산정지침(건축기획과-2216, 2008. 7. 3) 및 **건축법**령의 취지에 적합하지 않아, 건축물 바닥면적 및 층수 산입의 대상이 된다고 판단하였다.

이 사건 영업소의 층고는 5.9m로 건축되어, 「**건축법**」 상 층고 높이에 대한 별도 규정은 없으나, 같은 법 시행령 제119조(면적 등의 산정방법) 층수기준에 따른 층의 구분이 명확하지 아니한 건축물의 경우 높이 4m마다 하나의 층으로 보는 규정과 비교할 때 일반적인 단층건축물의 층고에 비해 높이를 높게 건축하고 판매시설 내부에 적층 랙을 이용해 복층을 만들어, 사용 승인된 1층 바닥면적 326.4㎡ 보다 바닥면적 121㎡를 늘려 사용한 증축행위임이 분명하다.

5) 결론

피청구인은 이 사건 영업소의 층고가 높은 것을 이용하여 이 사건 설치물을 설치하여 바닥면적을 늘려 사용하였고, 「**건축법**」 제11조(건축허가)에 따른 건축허가를 득하지 않고 무단 증축하였기에 이는 같은 법 제79조제1항에 따른 행정처분이며 청구인의 청구는 이유가 없는 것이므로 기각되어야 한다.

3. 이 사건 처분의 위법·부당 여부

가. 관계법령

【**건축법**】

제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 다만, 21층 이상의 건축물 등 대통령령으로 정하는 용도 및 규모의 건축물을 특별시나 광역시에 건축하려면 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 한다. <개정 2014. 1. 14.>

제16조(허가와 신고사항의 변경) ① 건축주가 제11조나 제14조에 따라 허가를 받았거나 신고한 사항을 변경하려면 변경하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 허가권자의 허가를 받거나 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항의 변경은 그러하지 아니하다. <개정 2014. 1. 14.>

제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등) ① 허가권자는 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반되는 대지나 건축물에 대하여 이 법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자(이하 "건축주등"이라 한다)에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 해체·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다. <개정 2019. 4. 23., 2019. 4. 30.>

④ 허가권자는 제1항에 따른 시정명령을 하는 경우 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건축물대장에 위반내용을 적어야 한다. <개정 2013. 3. 23., 2016. 1. 19.>

제84조(면적·높이 및 층수의 산정) 건축물의 대지면적, 연면적, 바닥면적, 높이, 처마, 천장, 바닥 및 층수의 산정방법은 대통령령으로 정한다.

【**건축법** 시행령】

제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

2. "증축"이란 기존 건축물이 있는 대지에서 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이를 늘리는 것을 말한다.

제12조(허가·신고사항의 변경 등) ① 법 제16조제1항에 따라 허가를 받았거나 신고한 사항을 변경하려면 다음 각 호의 구분에 따라 허가권자의 허가를 받거나 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. <개정 2009. 8. 5., 2012. 12. 12., 2014. 10. 14., 2017. 1. 20., 2018. 9. 4.>

1. 바닥면적의 합계가 85제곱미터를 초과하는 부분에 대한 신축·증축·개축에 해당하는 변경인 경우에는 허가를 받고, 그 밖의 경우에는 신고할 것

2. 법 제14조제1항제2호 또는 제5호에 따라 신고로써 허가를 갈음하는 건축물에 대하여는 변경 후 건축물의 연면적을 각각 신고로써 허가를 갈음할 수 있는 규모에서 변경하는 경우에는 제1호에도 불구하고 신고할 것
3. 건축주·설계자·공사시공자 또는 공사감리자(이하 "건축관계자"라 한다)를 변경하는 경우에는 신고할 것

② 법 제16조제1항 단서에서 "대통령령으로 정하는 경미한 사항의 변경"이란 신축·증축·개축·재축·이전·대수선 또는 용도변경에 해당하지 아니하는 변경을 말한다.

제119조(면적 등의 산정방법) ① 법 제84조에 따라 건축물의 면적·높이 및 층수 등은 다음 각 호의 방법에 따라 산정한다.

3. 바닥면적: 건축물의 각 층 또는 그 일부로서 벽, 기둥, 그 밖에 이와 비슷한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적으로 한다. 다만, 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에는 각 목에서 정하는 바에 따른다.
 - 라. 승강기탑(옥상 출입용 승강장을 포함한다), 계단탑, 장식탑, 다락[층고(層高)가 1.5미터(경사진 형태의 지붕인 경우에는 1.8미터) 이하인 것만 해당한다], 건축물의 외부 또는 내부에 설치하는 굴뚝, 더스트슈트, 설비덕트, 그 밖에 이와 비슷한 것과 옥상·옥외 또는 지하에 설치하는 물탱크, 기름탱크, 냉각탑, 정화조, 도시가스 정압기, 그 밖에 이와 비슷한 것을 설치하기 위한 구조물과 건축물 간에 화물의 이동에 이용되는 컨베이어벨트만을 설치하기 위한 구조물은 바닥면적에 산입하지 아니한다.
4. 연면적: 하나의 건축물 각 층의 바닥면적의 합계로 하되, 용적률을 산정할 때에는 다음 각 목에 해당하는 면적은 제외한다.
 - 가. 지하층의 면적
 - 나. 지상층의 주차용(해당 건축물의 부속용도인 경우만 해당한다)으로 쓰는 면적
 - 다. 삭제 <2012. 12. 12.>
 - 라. 삭제 <2012. 12. 12.>
 - 마. 제34조제3항 및 제4항에 따라 초고층 건축물과 준초고층 건축물에 설치하는 피난안전구역의 면적
 - 바. 제40조제3항제2호에 따라 건축물의 경사지붕 아래에 설치하는 대피공간의 면적

【주차장법】

제19조의4(부설주차장의 용도변경 금지 등) ① 부설주차장은 주차장 외의 용도로 사용할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. <개정 2014. 3. 18.>

1. 시설물의 내부 또는 그 부지(제19조제4항에 따라 해당 시설물의 부지 인근에 부설주차장을 설치하는 경우에는 그 인근 부지를 말한다) 안에서 주차장의 위치를 변경하는 경우로서 시장·군수 또는 구청장이 주차장의 이용에 지장이 없다고 인정하는 경우
2. 시설물의 내부에 설치된 주차장을 추후 확보된 인근 부지로 위치를 변경하는 경우로서 시장·군수 또는 구청장이 주차장의 이용에 지장이 없다고 인정하는 경우
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 경우

② 시설물의 소유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자는 해당 시설물의 이용자가 부설주차장을 이용하는 데에 지장이 없도록 부설주차장 본래의 기능을 유지하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 시장·군수 또는 구청장은 제1항 또는 제2항을 위반하여 부설주차장을 다른 용도로 사용하거나 부설주차장 본래의 기능을 유지하지 아니하는 경우에는 해당 시설물의 소유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자에게 지체 없이 원상회복을 명하여야 한다. 이 경우 시설물의 소

유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자가 그 명령에 따르지 아니할 때에는 「행정대집행법」에 따라 원상회복을 대집행(代執行)할 수 있다.

④ 제1항 및 제2항을 위반하여 부설주차장을 다른 용도로 사용하거나 부설주차장 본래의 기능을 유지하지 아니하는 경우에는 해당 시설물을 「건축법」 제79조제1항에 따른 위반 건축물로 보아 같은 조 제2항 본문을 적용한다.

【행정조사기본법】

제5조(행정조사의 근거) 행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다. 다만, 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다.

제11조(현장조사) ① 조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우에는 행정기관의 장은 다음 각 호의 사항이 기재된 현장출입조사서 또는 법령등에서 현장조사시 제시하도록 규정하고 있는 문서를 조사대상자에게 발송하여야 한다.

1. 조사목적
2. 조사기간과 장소
3. 조사원의 성명과 직위
4. 조사범위와 내용
5. 제출자료
6. 조사거부에 대한 제재(근거 법령 및 조항 포함)
7. 그 밖에 당해 행정조사와 관련하여 필요한 사항

② 제1항에 따른 현장조사는 해가 뜨기 전이나 해가 진 뒤에는 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 조사대상자(대리인 및 관리책임이 있는 자를 포함한다)가 동의한 경우
2. 사무실 또는 사업장 등의 업무시간에 행정조사를 실시하는 경우
3. 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 행정조사를 실시하는 경우에는 조사목적의 달성이 불가능하거나 증거인멸로 인하여 조사대상자의 법령등의 위반 여부를 확인할 수 없는 경우

③ 제1항 및 제2항에 따라 현장조사를 하는 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다.

제17조(조사의 사전통지) ① 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제9조에 따른 출석요구서, 제10조에 따른 보고요구서·자료제출요구서 및 제11조에 따른 현장출입조사서(이하 "출석요구서등"이라 한다)를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 행정조사의 개시와 동시에 출석요구서등을 조사대상자에게 제시하거나 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다.

1. 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우
2. 「통계법」 제3조제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우
3. 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우

② 행정기관의 장이 출석요구서등을 조사대상자에게 발송하는 경우 출석요구서등의 내용이 외부에 공개되지 아니하도록 필요한 조치를 하여야 한다.

제21조(의견제출) ① 조사대상자는 제17조에 따른 사전통지의 내용에 대하여 행정기관의 장에게 의견을 제출할 수 있다.

② 행정기관의 장은 제1항에 따라 조사대상자가 제출한 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 행정조사에 반영하여야 한다.

제24조(조사결과와 통지) 행정기관의 장은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정조사의 결과를 확정된 날부터 7일 이내에 그 결과를 조사대상자에게 통지하여야 한다.

【유통산업발전법】

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. <개정 2013. 3. 23., 2015. 2. 3.>

- 1. "유통산업"이란 농산물·임산물·축산물·수산물(가공물 및 조리물을 포함한다) 및 공산품의 도매·소매 및 이를 경영하기 위한 보관·배송·포장과 이와 관련된 정보·용역의 제공 등을 목적으로 하는 산업을 말한다.
- 13. "물류설비"란 화물의 수송·포장·하역·운반과 이를 관리하는 물류정보처리활동에 사용되는 물품·기계·장치 등의 설비를 말한다.

【전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법】

제40조(다른 법률의 허가 등의 의제) ① 사업시행자가 사업시행인가를 받았을 때(시장·군수·구청장이 직접 정비사업을 시행하는 경우에는 사업시행계획서를 작성하였을 때를 말한다. 이하 이 조에서 같다)에는 다음 각 호의 허가·인가·승인·신고·심사·동의·지정·해제 및 협의(이하 "인·허가등"이라 한다)가 된 것으로 보고, 사업시행인가가 고시되었을 때에는 다음 각 호의 관계 법률에 따른 인·허가등의 고시·공고 등이 된 것으로 본다. <개정 2010. 5. 31., 2011. 4. 14., 2011. 8. 4., 2014. 1. 14., 2014. 6. 3., 2016. 1. 19.>

- 1. 「주택법」 제4조에 따른 주택건설사업 등의 등록 및 같은 법 제15조에 따른 사업계획의 승인
- 2. 「건축법」 제11조에 따른 건축허가 및 같은 법 제20조에 따른 가설건축물의 건축허가나 축조신고
구 【○○시 사무위임 조례】 (2020. 10. 12. 경기도○○시조례 제3601호로 일부개정되어 2020. 10. 12. 시행되기 이전의 것)

제2조(위임사항) ② ○○시장(이하 “시장”이라 한다)의 권한에 속하는 사무 중 동장에게 위임하는 사항은 별표 1과 같다. <개정 2016. 5. 30.>

④ 제2항에 따른 수입동장의 사무처리 관할구역은 「○○시 행정동의 설치 및 관할구역에 관한 조례」에 따른다. <신설 2016. 5. 30.> <전문개정 2019. 5. 20.>

[별표 1] <개정 2020. 1. 1.>

시 사무의 동 위임사항(제2조제2항 관련)

소관 부서	위임사무명	단위사무명	근거 및 적용법규
건축 허가과	2. 건축행정업무에 관한 사항	나. 위반건축물에 대한 조치 등	•「건축법」 제79조
		바. 이행강제금	•같은 법 제80조
건축 관리과	1. 위반건축물 관리	바. 위반건축물 조사 및 정비	•같은 법 제79조
		자. 위반건축물의 건축물대장 등재 및 해제	
	2. 위반건축물 공개 공지 단속	나. 행정지도 및 이행강제금 부과	•같은 법 제79조, 제80조

나. 판 단

1) 인정사실

이 사건 청구서 및 답변서, 집합건축물대장, 출장보고서(2020. 4. 16. 및 같은 해 4. 20.), 현장사진, 처분의 사전통지서, 의견서, ○○소방서 「건축법」 적합여부 확인요청서, 이 사건 처분서, 국토교통부 건축행정

길라잡이(2013년), 국토교통부 민원마당 전자민원공개(2019. 5. 30.) 등에 의하면 다음과 같은 사실이 인정된다.

- 가) 청구인은 ○○시 △△로 143번길 17 1층에서 ○-Mart라는 상호로 슈퍼마켓을 운영하는 자로, 이 사건 영업소의 건축물 소유자는 (주)□□□신탁이다.
- 나) 피청구인은 2020. 4. 16. 및 같은 해 4. 20. 민원신고에 따라 이 사건 영업소를 방문하여 아래와 같이 주차장에 물건이 적치되어 주차장기능을 미유지한 사항과 이 사건 영업소를 복층으로 증축한 사항을 확인하였다.

(사진 1) 주차장기능 미유지(물건적치)	(사진 2) 복층 증축 1
(사진 3) 복층 증축 2	(사진 4) 복층 증축 3

다) 피청구인은 2020. 4. 22. 청구인과 (주)□□□신탁에 위 가)항의 행위에 대하여 「주차장법」 제19조의4 및 「건축법」 제79조에 따라 원상복구 시정 명령하고자 처분의 사전통지를 하였다.

라) 청구인은 2020. 4. 28. 피청구인에게 “이 사건 영업소에 설치된 적층랙(○형, KS T 2027-2009)은 산업통상자원부 국가기술표준원에서 발행한 ‘KS산업용 랙 표준규격서’, 국토교통부 건축정책관 발행 ‘건축행정 길라잡이(2013년 12월)’에 근거하여 설치되었으며 관련내용을 제출한다.”라는 의견서를 제출하고 위 근거자료 일부를 같이 제출하였다.

이에 피청구인은 2020. 6. 5. 청구인에게 “이 사건 영업소에 설치된 복층 구조물이 적층형 ○형과 형태는 유사한 것으로 보이나, 기둥과 난간 일부가 선반이 아닌 기존 건축물 기둥에 지지하고 있어 기존 건축물과 일체화된 구조물로 판단되며, 일부 공간을 사무용 공간으로 사용하는 등 본래 고유 목적과 다르게 사용되고 있으므로 이는 산업용 선반이 아니라 사람이 상주하여 작업하고 활동하기 위한 공간으로 개조된 것으로 「건축법」 상 연면적이 늘어난 증축행위로 판단된다.”라고 회신하였다.

마) 피청구인은 2020. 6. 5. 청구인과 (주)□□□신탁에 이 사건 영업소에 대하여 청구인이 주차장 기능 미유지(물건 적치), 무단증축(복층)을 하였음을 사유로 같은 해 7. 10.까지 자진 시정하라고 하면서 아래와 같이 「건축법」 제79조에 따라 위반건축물 시정 계고를 하였다.

위치	소유자 (사용자)	위반현황			
		위반사항	구조	용도	면적
△△로 143번길17 (△△동 79-8) 1층 ○마트	(주)□□□신탁	주차장기능 미유지 (물건적치)	-	-	2면×12㎡
		무단증축 (복층)	철골	근생 (사무실, 창고)	121㎡

바) 한편, 피청구인은 2020. 6. 8. 위 마)항의 위반내용을 건축물대장에 등재하였고, 같은 해 6. 15. 주차장 기능 미유지에 대한 부분은 해제되었다.

사) 한편, ○○소방서장은 2020. 6. 3. 피청구인에게 이 사건 영업소에 ① 지상 1층 복층사용, ② 옥상층 가설건축물의 「**건축법**」 위반사항이 있다는 것을 알리며, 확인 후 적의 조치해달라는 통보를 하였다.

국토교통부건축행정 길라잡이 (2013년) (질의) 공장, 물류창고 내 설치하는 조립식 시설물이 건축물에 해당하는지 여부	(회신) ○ 질의의 구체적인 현황은 알 수 없으나, 적층식 랙(KS T 2027)의 경우, 화물의 보관 및 유통가공(포장, 해체, 재포장 등) 등을 위한 물류설비(장치)로서 토지에 정착하거나 구조적으로 기존 건축물과 기존 건축물과 일체화되는 구조물이 아니며, 필요에 따라 기존 건축물에 구조적 영향 없이 설치·해체·이전 등이 가능함에 따라 건축물의 바닥면적의 산입에서 제외하도록 하고 있다. ○ 따라서 질의시 시설이 상기 적층식 랙에 해당되어 KS T 2027(품질, 강도, 안전, 구조, 치수 및 재료)과 관련 지침(국토해양부 건축기획과-2216, 2008. 7. 3.)에 적합한 경우에 바닥면적의 산입에서 제외할 수 있을 것으로 사료되나, 이에 적합한지 여부 등에 대하여는 현황 및 관련 법령 등을 종합적으로 검토하여야 할 것임.
국토교통부 민원마당(전자민원 처리공개, 2019. 5. 30.) (질의)건물 물류창고內 적층랙 설치시 건축허가 대상여부	(회신) ○ 기업의 생산활동을 위해 건축법령을 운영함에 있어 창고 내 설치하는 적층식 랙(KS T 2027, KS A 2163)이 물품의 보관 및 유통가공(포장·해체·재포장 등) 등 물류업무 수행에 필요한 물류설비(장치)이고, 필요에 따라 기존 건축물에 구조적 영향 없이 설치·해체·이전 등이 가능하며, 적층식 랙 자체만으로 토지에 정착하거나 구조적으로 기존 건축물에 영속적으로 일체화 되는 구조물로 볼 수 없는 경우에는 건축물의 바닥면적으로 산정하지 않는 것으로 하고 있다. ○ 따라서, 상기 기준에 적합한 적층식 랙에 해당되는 경우라면 증축허가(또는 증축신고) 없이 사용 가능할 것이나, 질의의 경우가 이에 해당되는지 여부 등 개별 건축물의 면적산정 등에 관한 보다 구체적인 사항은 도면 등 관련 자료를 구비하시어 해당지역 시장, 군수, 구청장 등 허가권자에게 문의하여 주시기 바란다.

아) 한편, 국토교통부는 적층식 랙(KS T 2027)이 건축물에 해당하는지, 건축허가 대상인지에 대해 다음과 같이 회신한 바 있다.

- 2) 「**건축법**」 제11조제1항, 제16조제1항, 제79조제1항에 따르면 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 하고, 건축주가 제11조나 제14조에 따라 허가를 받았거나 신고한 사항을 변경하려면 변경하기 전에 대통령령으로 정하는 바에 따라 허가권자의 허가를 받거나 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 하며, 허가권자는 대지나 건축물이 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분에 위반되면 이 법에 따른 허가 또는 승인을 취소하거나 그 건축물의 건축주·공사시공자·현장관리인·소유자·관리자 또는 점유자에게 공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명할 수 있다.

「**건축법** 시행령」 제2조제2호에 따르면 ‘증축’이란 기존 건축물이 있는 대지에서 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이를 늘리는 것을 말하고, 「**건축법**」 제84조, 그 위임에 따른 같은 법 시행령 제119조 제1항제3호라목 및 제4호에 따르면 ‘연면적’은 하나의 건축물 각 층의 바닥면적의 합계로 하며, ‘바닥면적’은 건축물의 각 층 또는 그 일부로서 벽, 기둥, 그 밖에 이와 비슷한 구획의 중심선으로 둘러싸인 부분의 수평투영면적으로 산정하되, 승강기탑(옥상 출입용 승강장을 포함한다), 계단탑, 장식탑, 다락[층고(層高)가 1.5미터(경사진 형태의 지붕인 경우에는 1.8미터) 이하인 것만 해당한다], 건축물의 외부 또는 내부에 설치하는 굴뚝, 더스트슈트, 설비덕트, 그 밖에 이와 비슷한 것과 옥상·옥외 또는 지하에 설치하는 물탱크, 기름탱크, 냉각탑, 정화조, 도시가스 정압기, 그 밖에 이와 비슷한 것을 설치하기 위한 구조물과 건축

물 간에 화물의 이동에 이용되는 컨베이어벨트만을 설치하기 위한 구조물은 바닥면적에 산입하지 아니한다고 규정하고 있다.

「행정조사기본법」 제5조 본문에서는 행정기관은 법령 등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다고 규정하고, 같은 조 단서규정에서 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 그러하지 아니하다고 규정하고 있다. 같은 법 제11조제1항에 따르면 조사원이 가택·사무실 또는 사업장 등에 출입하여 현장조사를 실시하는 경우에는 행정기관의 장은 조사목적, 조사기간과 장소 등이 기재된 현장출입조사서 또는 법령 등에서 현장조사시 제시하도록 규정하고 있는 문서를 조사대상자에게 발송하여야 하며, 같은 조 제3항에 따라 현장조사를 하는 조사원은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다. 또한, 같은 법 제17조제1항에 따라 행정조사를 실시하고자 하는 행정기관의 장은 제9조에 따른 출석요구서, 제10조에 따른 보고요구서·자료제출요구서 및 제11조에 따른 현장출입조사서를 조사개시 7일 전까지 조사대상자에게 서면으로 통지하여야 하고, 같은 항 단서에서 행정조사를 실시하기 전에 관련 사항을 미리 통지하는 때에는 증거인멸 등으로 행정조사의 목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우, 「통계법」 제3조제2호에 따른 지정통계의 작성을 위하여 조사하는 경우 또는 제5조 단서에 따라 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사의 경우에는 행정조사의 개시와 동시에 출석요구서등을 조사대상자에게 제시하거나 행정조사의 목적 등을 조사대상자에게 구두로 통지할 수 있다고 규정한다.

한편, 구 「○○시 사무위임 조례」(2020. 10. 12. 경기도○○시조례 제3601호로 일부개정되어 2020. 10. 12. 시행되기 이전의 것) 제2조제2항 및 [별표 1]에 의거 ○○시장의 권한에 속하는 사무 중 「건축법」 제79조에 따른 위반건축물에 대한 조치 등은 동장에게 위임되었다.

- 3) 이 사건 설치물이 건축물의 증축에 해당하는지 여부에 대하여 살피건대, 「건축법 시행령」 제2조제2호는 “증축”이란 기존 건축물이 있는 대지에서 건축물의 건축면적, 연면적, 층수 또는 높이를 늘리는 것을 말한다고 규정하고 있는바, 먼저 이 사건 설치물로 인하여 이 사건 영업소 건물의 층수가 증가하여 건축물의 연면적이 증가하였는지 여부를 살펴보아야 할 것이다.

살피건대, 청구인이 이 사건 영업소에 설치한 이 사건 설치물은 산업통상자원부 국가기술표준원에서 발행한 ‘KS산업용 랙 표준규격서’의 산업용 랙 종류 중 적층랙 ○형인 점, 적층랙이 화물의 보관 및 유통가공 등을 위해 필요한 물류설비이기는 하나, 「건축법」상 물류창고에만 한정하여 설치하도록 규정하고 있지는 않은 점, 이 사건 설치물은 이 사건 영업소 건물의 기둥과 벽에 지지하고 있지 않을 뿐만 아니라 이 사건 영업소 건물에 구조적 영향 없이 설치·해체가 가능하며, 이 사건 설치물이 구조적으로 이 사건 영업소 건물에 영속적으로 일체화되는 건축물이라고 보기는 어려운 점 등에 비추어 보면, 청구인이 이 사건 영업소에 이 사건 설치물을 설치함으로써 이 사건 영업소 건물의 층수가 증가하여 건축물의 연면적이 증가하였다고 보기 어렵다.

- 4) 피청구인은 이 사건 설치물이 사람이 상주하여 작업하기 위한 목적으로 개조된 사무공간이므로 바닥 면적이 늘어난 위반건축물이라고 주장하므로 살피건대, 비록 청구인이 이 사건 설치물 중 일부 공간에 컴퓨터와 책상 등을 설치하였으나, 이는 이 사건 설치물 중 일부를 용도대로 사용하지 않은 것일 뿐이고, 이후 청구인은 컴퓨터와 책상 등을 정리한 점, 청구인은 이 사건 설치물을 원래 용도인 물품 적치용으로 주로 사용하고 있는 점 등에 비추어 보면, 이 사건 설치물로 인하여 이 사건 영업소 건물의 층수가 증가하여 건축물의 연면적이 증가하였다고 보기 어렵다.

4. 결 론

그렇다면 청구인의 주장을 인정할 수 있으므로 청구인의 청구를 받아들이기로 하여 주문과 같이 재결한다.