

[청구인] ○○○

[피청구인] ○○구청장

[청구취지] 피청구인은 청구인에게 한 「건축법 위반 이행강제금부과처분」을 취소한다.

[주문] 청구인의 청구를 「각하」 한다.

이 유

1. 사건개요

청구인은 인천광역시 ○○구 ○○동 산 ○○-○○번지 상에 19○○. ○○.경 조립식철골과 샌드위치패널을 이용한 지상○○층 연면적 ○○○㎡의 건축물을 건축법에 의한 인허가를 득하지 아니하고 신축하여 사용하고 있었으나, 20○○. ○○. ○○.경 이 건축물에 화재가 발생하여 전소되었다.

청구인은 남은 구조체에 천막을 덮는 방식으로 건축물을 다시 축조하였다가 피청구인에게 건축법 위반 사유로 적발되었고, 피청구인은 청구인에게 시정명령 처분(철거)을 하였으나 청구인이 이를 이행하지 않자 이행강제금 부과처분을 위해 이행강제금 부과예고(이하, “이 사건 부과예고통지”라 한다)를 하였다.

청구인은 이행강제금 부과통지의 취소를 구하는 본건 행정심판을 청구하였다.

2. 청구인 주장

이에 청구인은 다음과 같이 주장한다.

가. 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제13조 관련 판례와 벌칙 규정을 보면, 개발 기존의 대지, 건축물, 공작물이 법령의 개정폐지나 대통령령이 정하는 사유로 인해서 법에 적합하지 아니하게 된 경우에는 그 설치를 허가할 수 있다고 규정되어 있다.

나. 건축법에서는 건축에 대한 정의, 건축신고로 허가받는 것으로 보는 의제사항, 건축법의 목적 대지의 조건, 구조와 재료 기준, 지역지구에서의 건축한계, 건축설비 등을 규정하고 있다.

다. 민법상 건물이란 최소한의 기둥과 지붕 그리고 벽으로 이루어진 구조물을 말하나 건축법상 건축물은 그 용도에 따른 건축물의 종류를 구체적으로 규정하고 있으므로 토지의 정착물인 건물이 항상 건축법상의 건축물인 것은 아니라 할 것이다.

라. 이 사건 건축물은 청구인이 지상 건물을 철거하고 새로이 이 사건 건축물을 지은 것이 아니라 청구인이 ○○년 전에 신축하여 소유·관리하여 오던 건축물이 화재로 인해 소실되었고, 이 건축물의 주요구조부 해체 없이 있는 그대로 이 사건 건축물의 철파이프 위에 천막을 씌운 것에 불과하다.

마. 종전 관행에 따라 건축법 위반 행위에 대한 벌금형의 상한을 현실화하거나 사후 허가가 가능한 경우를 위한 과태료 규정을 도입하는 방식으로 해결해야 한다.

바. 위와 같은 사정을 종합하여 참작할 때 청구인의 청구는 인용되어야 한다.

3. 피청구인 주장

피청구인은 다음과 같이 주장한다.

가. 이 사건 불법 건축물과 관련하여 청구인에게 건축법 위반에 따른 시정지시 및 고발알림, 시정촉구, 이행강제금 부과예고를 통지하였을 뿐, 이행강제금 부과 처분한 사실이 없으며, 건축법 80조 제3항 규정에 따른 이행강제금 부과예고는 행정심판의 대상이 되는 ‘처분’이 아니다. 따라서 이행강제금부과 처분의 취소를 구하는 청구는 부적법하다.

나. 해당 토지는 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 적용 지역이 아니며, 이 사건 건축물은 토지에 정착된 철파이프와 천막구조의 지붕과 기둥 또는 벽이 있는 창고 용도의 시설물로 건축법상 허가(신고)를 득해야하는 건축물이다.

다. 2008. 3. 21. 개정된 건축법에는 발생 시기에 관계 없이 행정처분이 가능하다고 규정되어 있으며, 이 사건 건축물의 신축 시점은 화재로 전소된 후 개량된 시점을 적용하여야 한다.

4. 관계법령

건축법 제79조, 제80조

행정심판법 제2조, 제3조, 제5조, 제43조

5. 인정사실

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

가. 청구인의 소유인 인천광역시 ○○구 ○○동 ○○-○○번지 상에는 파이프 천막 구조의 건축물(면적 ○○○㎡)이 존재한다.

나. 피청구인은 이 사건 건축물에 대해 건축법 제20조 위반 사유로 20○○. ○. ○○. 청구인에게 시정명령 사전통지 및 고발 알림통지를 하였고, 20○○. ○. ○○. 시정지시 하였으나 청구인은 시정기간 내에 시정하지 아니하였으며, 20○○. ○○. ○○. 시정촉구 하였으나 시정기간 내에 시정되지 아니하자, 20○○. ○○. ○○. 피청구인은 건축법 위반에 따른 이행강제금 부과예고 통지를 하였다.

라. 청구인은 20○○. ○○. ○○. 이행강제금 부과처분의 취소를 구하는 행정심판을 청구하였다.

6. 이 사건 심판청구의 적법 여부

가. 관계법령 등의 내용

행정심판법에 의하면 ‘처분’이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부, 그 밖에 이에 준하는 행정작용을 말하며(제2조), 행정청의 처분에 대하여는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다(3조)고 하고, 행정심판의 종류 중 취소심판은 행정청의 위법 또는 부당한 처분을 취소하거나 변경하는 행정심판으로 분류하고 있으며(제5조), 위원회는 심판청구가 적법하지 아니하면 그 심판청구를 각하(却下)한다(제43조)고 규정되어 있다.

나. 판단

1) 계고가 행정심판의 대상인 처분에 해당하는지에 대하여, 항고소송의 대상이 되는 행정처분은 행정청의 공법상 행위로서 특정사항에 대하여 법규에 의한 권리의 설정 또는 의무의 부담을 명하거나, 기타 법률상 효과를 발생하게 하는 등 국민의 권리 의무에 직접 관계가 있는 행위를 가리키는 것이고, 상대방 또는 기타 관계자들의 법률상 지위에 직접적인 법률적 변동을 일으키지 아니하는 행위는 항고소송의 대상이 되는 행정처분이 아니다(대법원 2002. 5. 17. 선고 2001두10578 판결 등 참조). 판례는 이행강제금을 부과하는 과정에서 이루어지는 계고는 건축법 제80조 제3항에 따라 이행강제금을 부과하기 전에 시정명령을 이행하지 아니할 경우 이행강제금을 부과 징수한다는 뜻을 미리 문서로써 알려 주는 것에 불과할 뿐 그로 인하여 원고에게 이행강제금을 납부할 의무가 생긴다거나 원고의 법률상 지위에 직접적인 변동을 초래하는 것은 아니므로, 이는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하지 않는다고 판단하고 있다(수원고등법원 2020. 11. 4. 선고 2020누12304 판결, 수원지방법원 2022. 11. 17. 선고 2021구합60527 판결). 한편, 행정대집행에서의 계고는 계고 후 대집행의 실행이 뒤따르게 되므로 대집행이 실행되기 전에 그 전 단계의 절차에 해당하는 계고에 대하여 항고소송으로 다툴 필요가 있지만, 이행강제금 부과 전 이루어지는 계고는 추후 실제로 이행강제금 부과처분이 있게되면 이에 대하여 항고소송을 제기하는 방법으로 충분히 불복할 수 있으므로 이를 행정대집행에서의 계고와 같이 볼 수는 없다(수원지방법원 2022. 11. 17. 선고 2021구합60527 판결).

2) 이 사건에서 제출된 주장과 증빙을 살펴보면 피청구인이 청구인에게 이행강제금 부과처분을 한 사실이 확인되지 않는다. 그렇다면 청구인은 존재하지 않는 처분에 대해 이 사건 심판청구를 한 것이므로 이 사건 심판청구는 심판요건을

갖추지 못하였다 할 것이다.

3) 가사, 청구인이 피청구인이 한 이행강제금 부과예고에 대해 취소처분을 구한 것이라 하더라도 위 관계 법령과 판례에 비추어 보면 이행강제금 부과예고는 행정심판의 대상이 되는 처분이라 할 수 없다.

4) 따라서 청구인의 이 사건 심판청구는 그 요건을 갖추지 못한 청구로서 부적법하다 고 할 것이다.

7. 결론

그렇다면 이 사건 심판청구를 각하하기로 하여 주문과 같이 재결한다.