

대 법 원

제 2 부

판 결

사 건	2019두38830 시정명령취소청구
원고, 피상고인	원고 소송대리인 법무법인(유한) 대륙아주 담당변호사 김정은 외 2인
피고, 상고인	남양주시장 소송대리인 법무법인 이현 담당변호사 강경필 외 3인
원 심 판 결	서울고등법원 2019. 4. 5. 선고 2018누68089 판결
판 결 선 고	2020. 3. 26.

주 문

원심판결을 파기하고, 사건을 서울고등법원에 환송한다.

이 유

상고이유를 판단한다.

1. 사건의 개요와 쟁점

가. 원심판결 이유와 원심이 적법하게 채택한 증거에 의하면, 다음과 같은 사정을 알 수 있다.

(1) 소외 1은 1972. 3. 5. 피고로부터 영업소 명칭을 '○○○', 소재지를 남양주시(주소 생략)(이하 통틀어 '이 사건 토지'라고 한다), 영업의 종류를 일반음식점영업으로 하여 영업허가를 받았는데(이하 '이 사건 영업'이라고 한다), 당시 이 사건 토지에 있던 1층 건물(이하 '제1건물'이라고 한다)의 건축물대장상 건축면적은 28.80㎡였다(그 후 일반음식점에 관한 식품위생법상 규제 제도가 1981. 7. 3. 영업신고제로, 1984. 4. 13. 다시 영업허가제로, 1999. 11. 13. 다시 영업신고제로 각 변경되었다).

(2) 소외 1은 1998. 11.경 제1건물을 철거한 후 그 자리에 지상 1층 규모의 건물을 신축하였고, 1999. 7.경 그 건물에 2층을 증축하여 그 연면적이 149.22㎡(= 1층 99.66㎡ + 2층 49.56㎡)가 되었다(이하 '제2건물'이라고 한다).

(3) 원고는 2015. 12.경 소외 1로부터 실제로는 제2건물에서의 영업을 양수하고서도, 2015. 12. 10. 피고에게 마치 제1건물에서의 이 사건 영업을 양수하여 영업소 명칭만을 '△△△'으로 변경하는 것처럼 영업자 지위승계 신고 및 영업소 명칭 변경신고를 하였다. 그 후 원고의 남편 소외 2는 제2건물을 철거하고 그 자리에 연면적 140.75㎡(= 1층 80.33㎡ + 2층 60.42㎡) 규모의 단독주택 용도의 건물을 건축하여 2016. 5. 13.경 사용승인을 받았다(이하 '제3건물'이라고 한다). 원고는 그 무렵 피고에게 마치 제1건물에서의 이 사건 영업을 계속하면서 그 영업소 명칭만을 다시 '□□□□'로 변경하는 것처럼 영업소 명칭 변경신고를 한 다음, 제3건물에서 일반음식점영업을 시작하였다.

(4) 이 사건 토지는 수도법 제7조에 따른 상수원보호구역 및 상수원관리규칙 제14조에 따른 환경정비구역으로 지정되어 있다.

(5) 남양주시 식품위생감시원은 2017. 2. 28. 제3건물에서의 일반음식점 영업장 면적이 최초 영업허가된 이 사건 영업의 면적보다 대폭 증가한 사실을 확인하였다. 피고는 2017. 5. 2. 원고에 대하여 이 사건 영업을 양수한 후 영업장 면적이 변경되었음에도 이를 신고하지 않아 식품위생법 제37조 제4항을 위반하였음을 이유로 식품위생법 제71조 제1항에 따라 그 시정을 명하는 이 사건 시정명령을 하였다.

나. 이 사건의 쟁점은, 이 사건 시정명령 당시를 기준으로 원고에게 제3건물에서의 일반음식점영업에 관하여 식품위생법 제37조 제4항에 따른 영업장 면적 변경신고 의무가 있는지 여부이다.

2. 영업장 면적 변경신고 의무가 있는지 여부

가. 관련 규정과 법리

(1) 식품위생법 제37조 제4항, 식품위생법 시행령 제25조 제1항 제8호, 제26조 제4호에 따르면, 신고대상인 일반음식점영업을 하고자 하는 때와 해당 영업의 영업장 면적 등 중요한 사항을 변경하고자 하는 때에는 이를 시장 등에게 신고하여야 한다고 규정하고 있다. 식품위생법 제71조 제1항은 영업자가 같은 법을 지키지 아니한 경우 필요한 시정을 명하여야 한다고 규정하고 있고, 식품위생법 제75조 제1항 제7호 및 제79조 제1항은 위와 같은 신고의무를 위반하여 신고하지 아니하고 영업을 하는 경우에는 영업소 폐쇄를 위한 조치를 할 수 있도록 규정하고 있으며, 변경신고 의무를 위반한 경우에는 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있도록 규정하고 있다.

위 신고의무 조항 및 시정명령 또는 영업정지, 영업소 폐쇄 등 조항의 취지는 신고대상인 영업을 신고 없이 하거나 해당 영업의 영업장 면적 등 중요한 사항을 변경하

였음에도 그에 관한 신고 없이 영업을 계속하는 경우 이에 관하여 시정명령 또는 영업 정지 등 제재처분을 할 수 있도록 함으로써 그 신고를 강제하고 궁극적으로는 미신고 영업을 금지하려는 데 있다.

(2) 식품위생법 제39조 제1항, 제3항에 의한 영업양도에 따른 지위승계신고를 행정청이 수리하는 행위는 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 영업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 양도자에 대한 영업허가 등을 취소함과 아울러 양수자에게 적법하게 영업을 할 수 있는 지위를 설정하여 주는 행위로서 영업허가자 등의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위이다(대법원 2012. 1. 12. 선고 2011도6561 판결 등 참조). 따라서 양수인은 영업자 지위승계 신고서에 해당 영업장에서 적법하게 영업을 할 수 있는 요건을 모두 갖추었다는 점을 확인할 수 있는 소명자료를 첨부하여 제출하여야 하며(식품위생법 시행규칙 제48조 참조), 그 요건에는 신고 당시를 기준으로 해당 영업의 종류에 사용할 수 있는 적법한 건축물(점포)의 사용권원을 확보하고 식품위생법 제36조에서 정한 시설기준을 갖추어야 한다는 점도 포함된다.

영업장 면적이 변경되었음에도 그에 관한 신고의무가 이행되지 않은 영업을 양수한 자 역시 그와 같은 신고의무를 이행하지 않은 채 영업을 계속 한다면 시정명령 또는 영업정지 등 제재처분의 대상이 될 수 있다(대법원 2014. 3. 13. 선고 2012두18882 판결 등 참조).

(3) 한편 건축법 제2조 제2항, 제19조 제2항 제1호, 같은 법 시행령 제3조의5 및 [별표 1] 제4호 자.목, 제14조 제5항에 따르면, 일반음식점은 건축물의 용도가 제2종 근린생활시설이어야 하고, 단독주택(주거업무시설군)에 속하는 건축물의 용도를 제2종

근린생활시설(근린생활시설군)로 변경하려면 시장 등의 허가를 받아야 한다. 따라서 일반음식점영업을 하려는 자는 용도가 제2종 근린생활시설인 건축물에 영업장을 마련하거나, 제2종 근린생활시설이 아닌 건축물의 경우 그 건축물의 용도를 제2종 근린생활시설로 변경하는 절차를 거쳐야 한다. 미리 이러한 건축물 용도변경절차를 거치지 않은 채 단독주택에서 일반음식점영업을 하는 것은 현행 식품위생법과 건축법 하에서는 허용될 수 없다.

(4) 그런데 수도법 제7조 제4항 제1호, 같은 법 시행령 제13조 제1항 제2호, 제2항, 상수원관리규칙 제13조에 따르면, 상수원보호구역에서 건축물의 신축, 증축, 개축, 재축, 이전, 용도변경 또는 제거 등의 행위를 하려는 자는 상수원보호구역의 지정목적에 지장이 없다고 인정되는 일정한 경우에만 시장 등의 허가를 받아 그 행위를 할 수 있을 뿐이고, 특히 건축물의 용도변경은 오염물질의 발생 정도가 종전의 경우보다 높지 아니한 범위에서만 허용되며, 주택을 일반음식점으로 변경하는 것은 건축물의 용도변경이 허용될 수 있는 경우로 규정되어 있지 않다. 나아가 상수원관리규칙 제15조 제2호는 상수원보호구역 중 일부가 환경정비구역으로 지정된 경우 예외적으로 행위제한을 완화하고 있는데, 이 경우에도 기존 주택을 일반음식점으로 용도변경하려는 경우에는 일반음식점 용도의 건축물 연면적이 100m^2 이하이어야 하고[라.목 1]), 기존 일반음식점 용도의 건축물을 증축하는 경우에도 기존 면적을 포함하여 연면적 100m^2 이하로 증축하는 것만 허가할 수 있다고 규정하고 있다[라.목 2]). 따라서 상수원보호구역에서는 건축물의 용도를 주택에서 일반음식점으로 변경하는 것은 원칙적으로 허용되지 아니하나, 환경정비구역으로 지정된 경우에는 일반음식점 용도로 사용하고자 하는 건축물의 연면적 100m^2 이하인 경우에 한하여 허용된다.

나. 이 사건에 관한 판단

앞서 본 사실관계를 이러한 관련 법령의 규정 내용과 법리에 비추어 살펴보면, 다음과 같이 판단할 수 있다.

(1) 원고는 2015. 12.경 소외 1로부터 실제로는 제2건물에서의 영업을 양수한 것일 뿐, 제1건물에서의 이 사건 영업을 양수한 것이 아니다. 원고가 양수한 제2건물에서의 영업을 적법하게 계속하고자 한다면, 원고가 양수한 영업이 제1건물에서의 영업이 아니라 제2건물에서의 영업임을 밝히면서 제2건물에서 적법하게 식품위생법상 일반음식점영업을 할 수 있는 요건을 모두 갖추었다는 점을 소명하여 영업자 지위승계 신고와 영업장 소재지 및 영업장 면적 변경 신고를 하였어야 하고, 피고의 신고 수리를 통해 제2건물에서 적법하게 영업할 수 있는 지위를 설정받았어야 한다. 그런데 원고는 제2건물에서의 영업을 양수하였다는 점을 신고한 것이 아니라, 마치 제1건물에서의 이 사건 영업을 양수하여 영업소 명칭만을 변경하는 것처럼 영업자 지위승계 신고 및 영업소 명칭 변경신고를 하였으므로, 피고가 이를 수리하였다고 하더라도 이는 피고가 제1건물이 이미 멸실된 사정을 알지 못한 채 원고에게 제1건물에서 이 사건 영업을 계속할 수 있는 지위를 설정해준 것일 뿐이어서, 피고의 신고 수리를 통해 원고가 제2건물에서 적법하게 일반음식점영업을 할 수 있는 지위를 취득한 것은 아니다.

(2) 마찬가지로 원고가 2016. 5.경부터 제3건물에서 적법하게 일반음식점영업을 하고자 한다면, 원고가 하고자 하는 일반음식점영업이 제1건물에서의 영업이 아니라 제3건물에서의 영업이라는 점을 밝히면서 제3건물에서 적법하게 식품위생법상 일반음식점영업을 할 수 있는 요건을 모두 갖추었다는 점을 소명하여 영업장 소재지 및 영업장 변경 신고를 하였어야 하고, 피고의 신고 수리를 통해 제3건물에서 적법하게 영업할

수 있는 지위를 설정받았어야 한다. 그런데 원고는 그 무렵 제3건물에서 영업을 한다는 내용의 변경신고를 한 것이 아니라, 마치 2015년에 소외 1로부터 양수한 제1건물에서의 이 사건 영업의 영업소 명칭만을 변경하는 것처럼 영업소 명칭 변경신고를 하였으므로, 피고가 이를 수리하였다고 하더라도 이는 피고가 여전히 제1건물이 이미 멸실된 사정을 알지 못한 채 원고에게 제1건물에서 변경된 명칭으로 이 사건 영업을 계속할 수 있는 지위를 설정해준 것일 뿐이어서, 피고의 신고 수리를 통해 원고가 제3건물에서 적법하게 일반음식점영업을 할 수 있는 지위를 취득한 것은 아니다.

(3) 2015. 12. 10. 영업자 지위승계 신고 및 영업소 명칭 변경신고를 통해 제1건물에서 이 사건 영업을 계속할 수 있는 지위를 취득한 원고가, 2016. 5.경부터 제3건물에서 일반음식점영업을 시작함으로써 영업장 소재지와 영업장 면적을 변경하고서도 이를 피고에게 신고하지 않음으로써 식품위생법 제37조 제4항의 변경신고 의무를 이행하지 아니하였으므로, 원고의 제3건물에서의 영업은 식품위생법 제71조 제1항에 따른 시정명령의 대상이 될 수 있다.

(4) 한편 제3건물은 건축물 용도가 단독주택이므로 일반음식점영업을 할 수 없는 곳이다. 원고가 제3건물에서 적법하게 일반음식점영업을 하고자 한다면 건축법상 제3건물의 건축물 용도를 단독주택에서 제2종 근린생활시설로 변경하기 위한 허가를 받아야 한다. 그러나 제3건물이 위치하고 있는 이 사건 토지는 상수원보호구역 및 환경정비구역으로 지정되어 있는 상태이므로, 일반음식점 용도로 사용하고자 하는 건축물의 연면적 100㎡ 이하인 경우에 한하여 건축물 용도변경이 허용될 수 있다. 제3건물은 연면적이 140.75㎡이므로 건축물 용도를 주택에서 일반음식점으로 변경하기 위한 허가를 받을 수 있는 경우에 해당하지 아니한다. 따라서 설령 원고가 제3건물 전부에서 일반

음식점영업을 하겠다는 취지로 영업장 면적 변경신고를 하더라도 피고는 이를 수리할 수 없다. 결국 원고가 영업장 면적 변경신고 의무를 위반하였음을 이유로 한 이 사건 시정명령은 적법하다.

다. 그런데도 원심은 그 판시와 같은 사정만으로 원고가 이 사건 영업의 영업장 면적을 변경하였더라도 변경신고 의무가 없다는 취지로 판단하였다. 이러한 원심 판단에는 식품위생법상 영업자 지위승계신고, 영업장 소재지 및 영업장 면적 변경신고에 관한 법리를 오해하여 판결에 영향을 미친 잘못이 있다. 이를 지적하는 상고이유의 주장은 이유 있다.

3. 결론

그러므로 원심판결을 파기하고, 사건을 다시 심리·판단하게 하기 위하여 원심법원에 환송하기로 하여, 관여 대법관의 일치된 의견으로 주문과 같이 판결한다.

재판장	대법관	김상환
-----	-----	-----

	대법관	박상옥
--	-----	-----

주 심	대법관	안철상
-----	-----	-----

	대법관	노정희
--	-----	-----