

위법 건축물에 사람이 살고 있다면 행정대집행법에 따라 철거할 수 있을까?

Can illegal building which people reside be demolished in accordance with the administrative vicarious execution act?



박시준 | 정부법무공단 변호사

건축법상 행정청인 건축허가권자는 건축물이 건축법 또는 건축법에 따른 명령이나 처분에 위반되면 그 건축물의 건축주 등에게 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거 등을 명할 수 있다. 행정대집행이란 이와 같이 대체적 작위의무의 불이행의 경우에 당해 행정기관이 의무자가 행할 의무를 스스로 이행하거나 제3자로 하여금 이를 행하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것을 말한다. 행정대집행에 관한 일반법으로 행정대집행법이 있으며, 개별법인 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률, 폐기물관리법, 국유재산법 등에서도 행정대집행법을 준용하는 형식 등의 관련 규정을 두고 있다. 건축되어져서 철거될 때까지 법의 규율을 받는 점은 태어나서 죽을 때까지 법과 함께하는 사람과 마찬가지로 같다. 그런데 정부법무공단 변호사로 행정청에서 이러한 행정대집행과 관련하여 질문이 많이 들어오는 몇 가지 점이 있어 이와 관련된 내용을 소개하고자 한다.

첫 번째, 철거되어야 할 건축물에 사람이 살고 있는 경우 건축물 철거를 위하여 행정대집행법에 따라 명도 또는 퇴거하게 할 수 있는지 또는 그 건축물에 있는 물건의 반출은 가능한 것인지와 관련된 문제다. 이는 국유재산에 무단으로 위법 건축물을 짓고 살고 있는 경우, 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률에 따라 지장물 보상을 받은 건축물 거주자가 건축물에서의 퇴거를 거부하는 경우에 많이 문제된다.

일반적인 생각과는 다르게 할 수 없다는 것이 답이다. 행정청이 행정대집행법의 규정에 의하여 이행을 확보할 수 있는 행정상의 의무는 '타인이 대신하여 행할 수 있는 의무' 즉 대체적 작위의무에 한정되는 것이고, 작위의무라고 하더라도 건물의 명도 또는 퇴거와 같은 비대체적인 것은 대집행의 대상이 될 수 없으며, 존치물건의 반출은 건물의 명도 또는 퇴거의무의 이행에 수반하는 필연적인 행위이고 그것 자체가 독립하여 의무 내용을 이루는 것이 아니므로 건물의 명도 또는 퇴거에 대한 대집행이 허용되지 아니하는 이상 그것만이 독립하여 대집행의 대상이 될 수 없기 때문이다 (대법원 1996. 10. 11. 선고 95누10020 판결 참조). 따라서 위법한 건축물에 사람이 살면서 건물을 인도하지 않는 방식으로 철거를 거부하는 경우 행정청으로서 행정대집행법 또는 행정대집행법을 준용하는 개별법에 따른 간이한 절차를 사용할 수는 없고, 건물인도 및 건물철거소송 등의 소송절차를 이용할 수밖에 없다.

두 번째, 위법한 건축물은 모두 철거되어야 하는 것이냐는 문제다.

이와 관련된 답은 반드시 그러한 것은 아니라는 것이다. 행정대집행은 그 의무불이행의 방치가 심히 공익을 해하는 것인 경우에만 가능하다. 다만 이에 관한 판단은 일률적으로 규정할 수는 없고, 결국 구체적인 사안과 행정처분의 근거가 되는 법령의 취지 및 목적에 따라 합리적으로 판단되어질 수밖에 없는데, 일반인이 이를 판단한다는 것은 매우 어려우므로 이와 관련한 법원의 입장을 소개하면 다음과 같다.

우선 심히 공익을 해하지 아니한다고 본 사례로는 관계기관의 권유가 무단증축의 원인이 되었고, 그 무단증축부분이 증축 이전부분과 결합하여 본래의 용도로 사용되는데 안전성을 더하게 되었으며, 증축부분의 철거에 많은 비용이 들고 건물의 외관을 손상시키는 경우, 허가제한으로 인하여 개축이 불가능하였던 관계로 붕괴의 위험이 발생하여 증축하였고, 기존건물과 같은 곳에 위치하여 도시미관과 위생상 해롭지 않은 경우 등이 있었다. 그리고 심히 공익을 해한다고 본 사례로는 수차례에 걸친 불법증축 및 대수선을 한 경우, 건축 도중 수회에 걸쳐 건축의 중지 및 시공부분의 철거지시를 받았음에도 공사를 강행하여 건축물을 완공한 경우, 대형소방차의 출입을 위한 소방도로의 개통 등을 위하여 계고처분을 받은 경우, 도로부지 8평을 침범하여 건축된 경우, 개발제한구역 내의 토지소유자가 부정한 방법으로 건축을 증축한 후 관계 공무원을 기망하여 준공검사까지 받은 경우 등이 있었다. ㉮

필자는 고려대학교 법학과를 졸업하고 동대학원 석사과정 졸업 후 박사과정을 수료하였다. 제43회 사법시험을 합격하였으며, 2007~2008년 정부법무공단 설립준비단, 2010년 법무부 국가승무정 보시스템 개선사업 기술 평가위원, 2010년부터 공정거래위원회 정보공개심의회 위원을 맡고 있다. 현재 정부법무공단 변호사 및 기획홍보팀장이다.