

행정대집행절차상 의무자의 권리보호 확장 가능성에 관한 연구

권 오 희*

I. 들어가며

지난 2009년 1월 20일 서울시 용산 재개발사업의 보상대책에 관한 마찰을 빚고 마침내 철거민과 경찰이 대치하던 중 화재로 인해 20여 명의 사상자가 발생하였는데, 이 사건을 “용산참사”라 일컫는다.¹⁾ 이뿐만 아니라, 우리사회는 지금도 전국의 어느 곳에 각종의 공익사업의 시행으로 말미암아 끝내 협의취득의 불발로 부득이 수용재결로 이어져 수용절차가 종료되고 수용개시일이 지났는데도 수용대상 건물의 철거나 토지의 인도가 절차대로 이루어지지 않는 등 소소한 분쟁이 여전히 발생하고 있다.

이처럼 주거환경의 정비와 개선, 더 나은 도시발전계획의 과정에서 일어나는 여러 보상갈등의 분쟁도 있지만, 또한 다수의 공간환경을 침해한 행위를 제거하고 공동의 생활권을 유지하기 위하여 그와 같은 행위를 초래한 의무자에게 직접 수거나 철거를 명하고 그 의무의 불이행이 있을 때 비로소 행정청이 대신 공권력을 행사하여 의무를 이행하는 경우에 발생하기도 한다. 예컨대, 노상의 불법 적치물이나 공작물의 설치, 그리고 그린벨트 내 불법 건축물 조성, 나아가 허가 없이 건물을 대수선하여 소방법 등의 관련 법률을 위반한 건조물 등이 그것이다. 즉 이러한 것들이 공동체의 위험과 불편을 가져옴으로써 결국 철거나 제거의 대상이 될 때, 통상 수인의무 대신에 저항으

* 경북대학교 법학연구원 연구원, 법학박사.

1) 네이버(naver), <https://terms.naver.com/likeMeaning.naver?query=88240016> 2023. 5. 22. 조회.

로 맞서 격한 대립과 마찰을 낳는 경우가 적지 않다는 것이다.

한편으로는 행정법관계에서 의무불이행에 대한 그 의무의 강제수단으로 공권력의 행사에서, 갈등과 분쟁은 어찌면 피할 수 없는 사회현상의 일부로 치부(置簿)될 수 있지만, 그렇다고 이를 최소화하거나 완화할 수 없는 것도 아닐 것이다.

그러한 관점에서 출발하여 먼저 제도적인 접근으로 그 대안을 모색하는 것이 가장 효율적일 수 있다는 인식에 따라, 우선 현재 행정대집행과 관련한 일반법으로서 행정대집행법(이하 ‘법’으로 약칭 함)이 규정한 절차상의 요건과 문제점을 확인하고, 만약 개선할 부분이 있다면 그 보완책을 강구하는 것이 그와 같은 갈등을 어느 정도 유연하게 하는데 이바지하리라고 본다.

따라서 이러한 논지(論旨)의 바탕에서, 행정대집행법이 규정한 절차, 특히 대집행 계고(戒告)와 대집행의 실행(實行)에서 의무자의 권리제한 내지 침해의 소지가 되는 사안이 무엇이며, 또한 행정상 잠정적 권리구제 방법으로 거론되는 가구제(假救濟)로서 가처분의 허용 가능성에 대하여 알아본다. 나아가 현행 행정대집행법에서 의무자의 인권보호조치로 규정한 것 외에 추가로 고려되어야 할 사항이 어떤 것이 있는지도 살펴봄으로써, 중국에는 행정대집행절차에 있어서 의무자의 실질적인 권리보호 확장 가능성의 길을 탐색하고자 한다.

Ⅱ. 일반적인 행정대집행의 요건과 절차

1. 행정대집행법의 법적 지위

위에서 언급한 바와 같이, 행정대집행의 근거법이면서 일반법으로서의 지위를 가지는 행정대집행법은 행정대집행에 대한 개별법상의 근거규정이 없는 경우에도 행정대집행법이 정하는 요건을 충족하는 때에는 이에 근거하여

대집행을 실행할 수 있다.²⁾ 따라서 실제 개별법에 행정대집행을 위한 그 구체적인 요건을 규정하지 않는 이상은 다음의 아래에서 실시한 행정대집행법상 대집행의 요건이 일반적인 행정청의 의무불이행을 강제하기 위한 한 방법으로서 대집행의 요건이 될 것이다.

한편, 개별법에서도 행정대집행을 규정하고 있는데, 이것은 그 법이 규정된 고유한 목적을 실효적으로 달성하기 위하여 특별법의 지위로서 대집행을 행사하는 것이다. 그 대표적인 법률로는, 「건축법」 제85조와 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제89조가 있고, 따라서 여기에 해당하는 조항(條項)이 행정대집행의 특례조항이 된다.

2. 행정대집행의 요건

1) 대집행의 의의

일반적으로 대집행은 의무를 부과할 수 있는 권한을 가진 행정청이나 관할행정청이 대체적 작위의무의 불이행의 제재로서, 당해 행정청이 그 의무를 스스로 하거나 제3자로 하여금 이를 이행하게끔 한 후, 그 비용은 의무이행을 불이행한 당해 의무자로부터 징수하는 일체의 행위를 대집행이라고 한다(법 제2조). 즉 다른 사람이 대신할 수 있는 작위의무에 대한 강제집행 수단으로서, 의무자가 대체적 작위의무를 이행하지 않는 경우에 행정청이 의무자가 할 일을 스스로 행하거나 또는 제3자로 하여금 이를 행하게 함으로써 의무의 이행이 있었던 것과 같은 상태를 실현시킨 후 그 비용을 의무자로부터 징수하는 행정작용을 말한다.³⁾

이러한 행정대집행법 제2조에 규정된 대집행의 요건을 조금 더 구체적으로 살펴본다면 아래와 같이 분설(分說)할 수 있을 것이다.

2) 박균성, 「행정법론(Ⅰ)」 제19판, 박영사, 2018, 569면.

3) 김남진·김연태, 「행정법Ⅰ」 제15판, 법문사, 2011, 484면.

2) 대집행의 요건

(1) 행정법관계에서 대체적 작위의무의 불이행

행정청의 상대방인 의무자에게 부과된 의무(예, 불법 건조물의 철거명령 등)는, 법령에 의하여 직접 부과된 것과 법령에 기한 행정청의 처분에 의하여 부과된 것을 모두 포함하는 것으로, 주로 행정처분에 의하여 부과된 의무가 그 대상이 되는 경우가 많은데,⁴⁾ 이때에 그 처분의 상대방인 의무자의 불이행이 있는 것을 말한다. 그리고 여기에서 의무는 대체적 작위의무를 전제로 하므로, 대체성이 없는 작위의무는 대집행의 의무가 될 수 없다. 따라서 부작위의무는 성질상 대체적 작위의무가 될 수 없기 때문에 결과적으로 대집행의 요건이 되는 의무가 아니다.

(2) 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란할 것

이것은 행정청이 막연히 그 상대방의 대체적 작위의무의 불이행이 있다고 하여, 언제든지 바로 대집행을 발령할 수 있다거나, 또한 대집행을 아무렇게나 하여서는 안 된다는 함의를 가지고 있다. 즉 “다른 수단으로써 이행을 확보하기 곤란할 것”은, 곧 최소 침해의 원칙을 규정한 것으로서, 가령 의무자가 자발적 이행을 약속하고 연기를 진지하게 요청하였음에도 불구하고 행정청이 이를 무시하고 대집행을 강행한다면 그것은 위법한 대집행이 될 수 있다는 의미로도 해석될 수 있다는 것이다.⁵⁾

다시 말해서 이 경우의 “다른 수단”은, 행정대집행에 있어서 의무자의 권익이 행정대집행으로 달성하고자 하는 목적에 비하여 결코 가볍게 다루어서는 안 된다는 것으로서, 실제 대집행보다 만일 의무자의 권익이 덜 침해되는 또 다른 의무이행의 확보수단이 있다면 행정청은 그 방법을 선택하여 행사

4) 김동희, 「행정법 I」 제24판, 박영사, 2018, 471면.

5) 박균성, 앞의 책, 574면.

하는 것이 바람직하다는 것이다. 바꾸어 말하면, 행정기본법상의 비례의 원칙으로서 ‘필요성의 원칙’ 내지 ‘보충성의 원칙’이 행정대집행에도 그대로 적용된다고 할 수 있다.

(3) 불이행을 방치함이 심히 공익을 해(害)할 것으로 인정될 때

이 요건은 현재 의무불이행의 사실에만 국한하여 판단하여서는 안 되고, 상대방의 의무불이행을 방치하는 것이 결과적으로 공익을 침해하는 것과 연결될 때, 비로소 대집행의 절차로 나아갈 수 있다는 의미이다. 따라서 공익의 해함이 단순하고 경미한 사안일 때에는 대집행의 발령을 마땅히 주저해야 하며, 그것 외의 다른 방도의 규제를 강구해야 한다는 의미를 내포하고 있다.

그런데 이에 대한 행정청의 재량의 여지가 문제되는 바, 즉 공익성 요청의 판단에 대한 행정청의 재량 여부에 관하여 현재 학설은 견해가 나뉘지만,⁶⁾ 판례는 대체적으로 재량을 인정하고 있다.⁷⁾ 사건으로는, “의무불이행을 방치함이 심히 공익을 해치느냐”의 판단 여부는, 한편으로 행정청이 공익상의 필요와 합목적성에 따른 공익재량의 영역과 무관치 않아 보인다. 그렇다면 결국 그것은 자유재량에 속하는 것이므로, 행정청은 대집행에 앞서 가능한 비권력적 사실행위를 통하여 의무자가 스스로 이행하게끔 유도하는 것이 바람직할 것이다.

한편, 이와 관련한 대법원은, “무허가증축부분으로 인하여 건물의 미관이 나아지고 위 증축부분을 철거하는 데 비용이 많이 소요된다고 하더라도 위 무허가증축부분을 그대로 방치한다면 이를 단속하는 당국의 권능이 무력화되어, … 토지의 경제적이고 효율적인 이용을 도모한다는 더 큰 공익을 심히 해할 우려가 있다.”⁸⁾고 함으로써, 공익상 요청이 인정된 사례가 있는가 하면, 반대로, “관할관청의 허가를 받지 아니하고 기존건물의 4층 옥상 뒷편에

6) 긍정설의 견해 - 김남진·김연태, 앞의 책, 488면; 부정설의 견해 - 박균성, 앞의 책, 575면. 등

7) 대법원 1967. 11.18. 선고 67누139판결.

8) 대법원 1992. 3. 10. 선고 91누4140 판결.

세멘벽돌조 스라브지붕 주택 55.4평방미터를 증축하였더라도 그 증축부분이 외부에 돌출되지 않고 지면에서 잘 보이지 아니하여 주위의 미관을 해칠 우려가 없을 뿐만 아니라 이를 대집행으로 철거할 경우 많은 비용이 소요되는 반면에 공익에 아무런 도움이 되지 아니한다.”⁹⁾고 하여, 공익을 해할 것으로 보지 않은 부정한 사례도 있다.

3. 행정대집행의 절차

행정상 의무이행을 강제하기 위한 한 방법으로서의 행정대집행의 절차는 크게, ① 대집행의 계고(戒告), ② 대집행영장의 통지, ③ 대집행의 실행, ④ 비용징수라는 4단계의 과정으로 진행되는 것이 일반적이다. 이 중에서 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 당해 행위의 급속한 실시를 요하여 수속을 취할 여유가 없을 때에는, 대집행의 계고(戒告)와 대집행영장의 통지 절차를 생략할 수 있다(법 제3조 제3항). 여기서는 본 연구의 주제인 의무자의 권리보호 문제와 주로 관련된 절차로서 “대집행의 계고”와 “대집행의 실행”을 중심으로 그 개괄적 내용을 알아본다.

1) 대집행의 계고

행정청은 대집행의 요건이 구비되면, 본격적인 대집행실행을 하기 전에 선행적 조치로서 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로써 통지하는데(법 제3조 제1항), 이는 곧, 그 계고서에 의무이행을 독촉하는 의미가 포함되어 있다는 것을 가리킨다. 가령, 불법건조물을 의무자가 스스로 철거할 것을 명하고, 만약 정해진 상당한 이행기한까지 스스로 철거하지 아니하면 적절한 때에 행정청이 철거하겠다는 사실을 알리는 행위이다.

9) 대법원 1990. 1. 23. 선고 89누6969 판결.

이처럼 계고서에는 의무자가 이행해야 할 의무의 내용이 본지(本紙)라면 그와 같은 의무의 내용에는, 이행하여야 할 행위와 그 의무불이행시 대집행 할 행위의 내용과 범위가 구체적으로 특정되어 있어야 한다.¹⁰⁾ 그리고 여기서 의무를 실현하기 위한 기간으로서 ‘상당한 이행기간’이란, “사회통념상 의무의 이행에 상응하는 정도의 필요한 기간”을 의미한다.¹¹⁾

그런데 이러한 행정대집행의 계고는 본래의 의무를 과하는 내용을 담고 있는 행정청의 행정처분, 이른바 하명(下命)과 동시에 행할 수도 있다고 보는 것이 판례¹²⁾의 취지이다. 이를테면 철거명령의 행정처분과 대집행의 계고를 1장의 계고서로 일괄하여 행할 수 있음을 나타내고 있다. 하지만 이러한 판례의 취지에 다소 부정적인 입장의 견해도 있다.¹³⁾ 여하튼 대집행의 요건은 계고서에 완성되어 있을 때에만 대집행절차로 나아갈 수 있는 점에 비추어 볼 때, 본래의 의무를 명하는 행정처분과 동시에 바로 계고를 하는 것은 행정청의 상대방에게 적절한 방어 기회 침탈할 수 있고, 나아가 공권력의 과잉행사로 비취질 소지가 다분하므로, 쉽게 판례의 태도에는 공감할 수 없을 것 같다. 따라서 이와 관련하여 한층 더 세밀한 검토는 본론의 IV. 1.에서 다시 후술(後述)하기로 한다.

한편, 행정대집행의 첫 번째 절차로 진행되는 계고는, 성질상 행정처분의 상대방인 의무자에게 특정한 사항으로서 이행하여야 할 의무의 내용과 그리고 그 의무를 이행하지 않을 때 대집행을 한다는 뜻을 사전에 알리는 준법률 행위적 행정행위 중 ‘의사의 통지’에 해당한다는 것이 통설과 판례¹⁴⁾의 경향이다. 따라서 만일 의무자가 계고서를 받고도 그 지정기한까지 의무를 이행하지 아니할 때에는, 당해 행정청은 대집행영장으로써 대집행을 할 시기, 대

10) 김남진·김연태, 앞의 책, 490면; 김동희, 앞의 책, 475면.

11) 대법원 1990. 9. 14. 선고 90누2048 판결.

12) 대법원 1992. 6. 12. 선고 91누13564 판결.

13) 김남진·김연태, 앞의 책, 490면.

14) 대법원 1962. 10. 18. 선고 67누117판결.

집행을 시키기 위하여 파견하는 집행책임자의 성명과 대집행에 요하는 비용의 개산에 의한 견적액을 의무자에게 별도로 다시 통지하는 후행의 절차를 진행한다(법 제3조 제2항). 이 역시도 계고와 마찬가지로 대집행을 하겠다는 의사를 구체적으로 통지하는 준법률행위적 행정행위로서, 그로 인하여 의무자는 수인의무를 지고, 반대로 행정청은 대집행실행권의 효과가 생긴다.¹⁵⁾

2) 대집행의 실행

행정처분, 즉 하명의 상대방인 의무자가 지정된 기한까지 의무이행을 하지 않으면 당해 행정청은 공권력의 행사에 의하여 스스로 또는 제3자로 하여금 대체적 작위의무를 이행시키는 대집행실행을 할 수 있다. 그리고 이때의 집행을 행정청이 스스로 하는 경우는, 곧 담당부서의 소속공무원이 자기집행으로서 실행하는 것을 의미하고, 다만 제3자가 하는 경우에는 공공단체 또는 사인에게 대집행의 행위만을 계약에 의하여 위탁하는 것일 뿐, 여전히 당해 행정청의 감독과 책임 하에 대집행이 행해지는 것으로 볼 수 있다.¹⁶⁾

그러한 즉, 대집행의 실행행위는 수인하명(受認下命)과 사실행위가 결합된 합성행위로서 권력적 사실행위의 성질을 가진다고 할 것이다.¹⁷⁾ 특히 여기서 수인하명은, 원래 대집행실행의 의무자가 계고처분에서 정한 이행기일이 경과한 후에 그 의무의 불이행에 따라 수인의무가 발생한 것이므로,¹⁸⁾ 계속하여 계고처분 이후의 본집행절차인 대집행실행에서도 잇달아 수인의무가 동반된다고 볼 수 있을 것이다. 그러므로 의무자는 대집행실행에 있어서도 부득불 이를 감내할 수밖에 없다.

그리고 대집행의 실행에 앞서 본집행을 하기 위하여 현장에 파견된 집행

15) 김동희, 앞의 책, 475면.

16) 同旨, 박균성, 앞의 책, 571면.

17) 同旨, 홍정선, 「기본행정법」 제10판, 박영사, 2022, 252면; 김남진·김연태, 앞의 책, 375면. 김동희, 앞의 책, 476면.

18) 김동희, 앞의 책, 474면.

책임자는 그가 집행책임자라는 것을 표시한 증표를 휴대하여 대집행시에 이해관계인에게 제시하여야 한다(법 제4조). 그러면 대집행의 의무자는 자연스럽게 이를 수인하고, 실행에도 응해야 하지만, 만약 그러하지 않고 집행에 저항할 때에는 행정청은 실력을 가하여 그 저항을 배제하는 것이 대집행의 권한에 포함되는지가 문제될 수 있다. 이는 결국 대집행권한의 연장선으로 볼 수 있느냐의 문제로 귀일(歸一)되는 바, 현재 이와 관련한 근거규정이 없고, 또한 학설¹⁹⁾과 판례²⁰⁾도 일치하지 않는다. 따라서 이에 관한 조금 더 세심한 검토는 본론의 IV. 2.에서 다시 다루기로 한다.

Ⅲ. 대집행의 처분성과 의무자의 지위

1. 대집행의 처분성(處分性) 여부

대집행절차에서 계고는 행정처분의 상대방인 의무자가 의무의 내용과 범위가 포함된 구체적인 의무의 내용을 상당한 기간 내에 이행하지 아니하면 대집행을 한다는 의사를 미리 알리는 준법률행위적 행정행위 중 ‘의사의 통지’에 해당한다는 점은 이미 전술(前述)한 바 있다. 따라서 대집행계고는 독립한 행위로서 그 자체로 독자적인 법률효과를 가져오기 때문에, 이러한 계고에 의하여도 불이행시, 행정청이 다음의 절차인 대집행영장을 발령할 수 있는 효과가 생긴다.

그런데 계고는 그 작용에 있어서 의무자에게 적극적으로 행위를 할 것을 부과하는 ‘작위하명’의 효과도 발생하므로, 근본적으로는 ‘준법률행위적 행정행위’라는 개념에 재검토가 필요하다는 이견(異見)²¹⁾도 있으나, 어쨌든 계고

19) 긍정설의 견해 - 홍정선, 앞의 책, 252면; 부정설의 견해 - 박균성, 앞의 책, 579면. 등

20) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결.

21) 김남진·김연태, 앞의 책, 490면.

의 효과로 생긴 대집행영장의 통지와 같이 준법률행위적 행정행위이라는 것이 사실상 통설적 견해이다.

그러므로 대집행의 계고와 대집행영장에 의한 통지는 통설과 판례의 견해에 따라 행정청이 특정인에게 특정한 사실을 알리는 준법률행위적 행정행위 중 ‘의사의 통지’로서 독립한 법률효과를 발생시키는 처분성이 있다고 할 것이다. 따라서 이들은 행정심판법과 행정소송법상의 처분에 해당하고, 만일 그 통지행위에 하자(瑕疵)가 있다면 행정쟁송의 대상이 되는 데는 이설이 없고, 판례도 또한 그와 같은 입장이다.²²⁾

그리고 이어지는 절차로서 대집행실행은, 행정청이 물리력을 가하여 의무자가 이행한 것과 같은 상태로 실현하는 행위를 말하는데, 여기서 대집행실행의 정의(正義)를 다시 소환하는 것은, 그 실행이 공법상의 사실행위에 있어서 비권력적인 것이 아닌, 권력적인 사실행위인 점을 인식할 필요가 있기 때문이다. 즉 대집행실행은 행정청의 의사표시를 전제로 하는 것이 아니라, 사실로서의 어떠한 상태, 이른바 의무자가 하여야 할 의무의 내용, 곧 ‘작위 의무’에 의한 사실상의 상태 실현이라는 결과 내지 효과를 목적으로 하는 행정작용인 것이다.

따라서 대집행실행은 공법의 규율에 근거하여 일정한 사실상의 상태를 실현하기 위해 행정청이 스스로 우월적인 지위에서 명령적·강제적인 공권력 행사로 의무자가 이행한 것과 같은 사실의 상태를 실현하는 권력적 사실행위로서 행정작용이 된다. 그리고 이러한 ‘권력적 사실행위’ 또한 처분²³⁾으로서의 성질을 가진다는 견해에 대하여는 이의가 없다.²⁴⁾ 판례도 권력적 사실

22) 법원 1962. 10. 18. 선고 62누117 판결.

23) 실정법상 처분의 개념이 ‘행정행위’와 비교하여 동일한 개념인지 아니면 더 넓은 개념인지 여부에 관하여 학설의 다름은 있지만, 실무상 판례는 대체적으로 같은 개념으로 보고 처리하고 있는 것 같다. 어쨌든 이 경우에 있어서 행정행위의 개념에 관해서는 일반적으로 최협의의 행정행위의 개념인, “행정청이 구체적인 사실에 관한 법집행으로서 행하는 권력적 단독행위”로 보는 것이 통설적인 견해이다.

24) 신봉기, 「행정법 개론」, 삼영사, 2012, 288면; 김동희, 앞의 책, 479면; 김남진·김연태, 앞

행위를 행정소송법상 처분으로 본다.²⁵⁾ 그렇다면, 행정청의 불법건조물에 대한 철거집행은 대집행실행을 통한 행정처분의 행사에 해당하는 것이다. 따라서 의무자가 위법한 대집행의 실행으로부터 법익침해를 받게 되면 침해된 그 권리를 구제받기 위한 방식으로 행정심판에 의하거나 행정소송을 통하여 권리회복이 가능하게 된다. 이는 바로 권력적 사실행위로서의 처분이, 또한 행정심판·행정소송의 대상(對象)이 된다는 것을 의미한다. 그 결과, 같은 연장선에서 행정대집행법 제7조와 제8조에서 이를 명문으로 규정하여 분명히 하고 있다.

이것으로 비추어, 대집행절차, 즉 대집행계고·대집행영장에 의한 통지, 그리고 대집행실행은 행정심판법 제2조 제1호 및 행정소송법 제2조 제1항 제1호상의 “법집행으로서의 공권력 행사”로서 ‘처분’에 해당된다는 점에는 학설·판례가 의견이 다르지 않다는 점을 알 수 있다.

결과적으로 말해서, 대집행절차는 수인하명이 결합된 법령의 집행행위로서 처분이므로, 만약 그 절차를 구성하는 각기 처분의 형태가 개별적이고 구체성을 띠는 경우 (예를 들어, 아래 표의 ①에 해당)에는 그것은 곧 특정인에게 하는 특정사건으로서, 이른바 행정청이 구체적인 사실에 관한 법집행으로서 행하는 처분으로 작용한다는 것이다.

〈표〉 : 처분의 유형

| 구율사건 관련자의 범위 | 구 체 적 | 추 상 적 |
|-----------------|--------|-------|
| 개 별 적 | ① 처분 | ④ 처분 |
| 일 반 적 | ② 일반처분 | ③ 법규범 |

출처 : 홍정선, 「행정기본법 해설」 제2판, 2021, 40면 참조.

의 책, 375면; 박균성, 앞의 책, 532면; 홍정선, 앞의 “기본행정법”, 191면.
25) 대법원 1979. 12. 28. 선고 79누218 판결.

이로써, 행정청의 위법한 대집행에 대하여 그 특정의 상대방은 행정기관에 의한 구제방식인 취소심판 또는 법원에 취소소송을 제기하여 권리구제를 받을 수 있다. 다만, 이 중에서 특히 권력적 사실행위로서 대집행의 실행은 비교적 단기간에 실시되어 그 집행이 종료되는 경우가 많은 것이 사실이므로, 설령 이러한 권리구제가 인정된다고 하여도 사실상 심판청구의 이익이나 소(訴)의 이익이 없어 실제 내용적으로는 계속적인 성질을 갖는 권력적 사실행위인 경우에 더 실질적 의미가 있을 것이다.²⁶⁾

2. 행정대집행절차상 의무자의 지위

행정대집행법상의 의무자는 법률, 법규명령, 지방자치단체의 조례에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의하여 의무를 부과 받은 자를 말한다. 다시 말하면, 이는 대집행을 결정하고 이를 실행할 수 있는 권한을 가진 대집행의 주체자인 당해 행정청의 상대방으로서 작위 의무를 부담하는 자가 된다(법 제2조의 해석상).

그리고 이 경우의 의무자는 원칙적으로는 당해 행정청이 행정처분으로 발령한 특정한 사실로서 구체적인 의무의 내용에 기속되는 특정인으로서의 의무를 부담하는 자의 지위를 가진다. 또한 그 의무의 불이행이 있을 때에는 당해 행정청이 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 이를 하게 할 수 있는 대체성(代替性)이 있는 의무자라는 것이다. 그렇기 때문에 대집행의 종료 후 그 비용을 의무자에게 징수할 수 있다(법 제5조, 제6조).

이와 같이 의무자가 개인적 공의무(公義務)를 부담함에도 불구하고 의무의 불이행이 있을 때에는 당해 행정청이 그 의무자를 대신해 공권력을 행사할 수 있는 것은, 이미 법령 또는 법률에 의한 행정청의 명령적 행위로서 하

26) 김동희, 앞의 책, 204-205면.

명에 기한 작위의무를 발령하였기 때문이다. 이리하여 상대방은 특정한 사실로서 일정한 행위를 하여야 할 의무를 부담하게 된다. 한편 이와 같은 ‘의무자의 지위’를 사법(私法)상의 시각에서 본다면, 즉 민사집행법상 대체집행(동법 제260조)의 채무자에게 적용하는 법리와 전적으로 동일하다고는 볼 수는 없으나, 최소한 국가의 강제력을 배경으로 하여 권리객체에 대한 권리주체의 청구권의 만족을 도모하기 위한 법제도인 점에서는 공통점이 있다고 할 것이다.²⁷⁾ 또한 그 권리의 실행방식도 원래는 의무자(사법상, 채무자)가 해야 할 의무의 이행(사법상, 급부)을 행정청 스스로(사법상, 채권자 자신) 또는 제3자가 실행하고 그에 소용된 비용은 의무자(사법상, 채무자)에게 부담하는 강제이행의 방식(민법 제389조 제2항의 효과)인 점에서도 동일하다. 이는 사법상 대체집행이 ‘하는 채무’를 전제로 실현할 수 있는 점에 비추어, 행정상 대집행은 ‘작위 의무’를 전제로 그 불이행이 있는 때에 본집행인 대집행실행으로 나아갈 수 있는 점도 같은 논리로 읽을 수 있다. 물론 둘 다 ‘대체성이 있는 의무’라는 것도 같다.

그런데 행정상의 대집행이 있기 전 행정처분으로 대물적 하명에 의해 부과된 공의무, 이른바 위법 건축물의 철거의무는 승계에 관한 합의나 법률의 근거가 없어도 물건의 승계인에게 자동적으로 승계된다고 한다. 가령, 폐기물관리법(동법 제17조 제6항, 제7항) 등 실정법령에서 공익상의 목적에 의하여 공법상 권리·의무의 승계를 규정하고 있는 경우가 적지 않으며,²⁸⁾ 또 판례도 이와 동일한 취지에서 판시(判示)하고 있다.²⁹⁾ 그렇다면 이와 같은 경우에 사법상의 법률관계를 매개로 한 대상의 승계인에게도 동일한 법리에 의한 같은 결과가 도출되는지는 별도로 따져 봐야하겠지만, 어찌되었건 이후 절차상 의무자가 위법한 대집행으로 인해 법익침해가 있으면, 즉 그 권리회

27) 김남진·김연태, 앞의 책, 482면.

28) 박균성, 앞의 책, 161면.

29) 대법원 2005. 8. 19. 선고 2003두9817, 9824(병합) 판결.

복을 위한 당해 처분의 취소 또는 변경을 구할 법률상 보호이익³⁰⁾이 있는 때에는 행정심판의 청구인이 되고, 또는 행정소송의 원고적격의 지위를 가진다는 점에 대하여는 의문이 없다.

IV. 대집행절차상 의무자의 권리보호에 관한 문제와 인권 보호를 위한 과제

대집행절차를 구성하는 각각의 개별절차는 처분성이 있으며, 아울러 그 처분이 위법할 때에는 비록 행정상 의무이행을 부담하는 자라도 권리보호의 대상이 된다는 점에는 이론과 실무의 견해가 다르지 않다는 것을 알 수 있었다. 그렇다면 보다 더 구체적으로 대집행절차의 해석상 의견대립이 있는 사안을 중심으로, 중국에는 의무자의 권리보호 확장의 견지에서 나름의 대안을 찾아보는 것도 유의미한 일이 될 것이다.

1. 선행의 행정행위(하명)와 대집행 계고를 1장의 문서로 결합할 수 있는지 문제

1) 1장문서로 본래의 행정처분(하명)과 계고를 결합할 수 있는지 여부

여기에서 다시 거슬러 올라가 이미 기술(記述)한 바대로 행정대집행법상 계고는 대집행의 실행에 앞서 의무자에게 하여야 하는 선행적 절차이다(법 제3조). 이처럼 본집행으로서 대집행실행 전에 계고처분을 하도록 법이 명정(明正)한 것은 그 자체로서 절차상의 실익이 있거나, 또는 다른 법익 침해를 미연

30) 일반적으로 범규(公법상 강행범규)가 오로지 공익만을 목적으로 하는 것이 아니라 적어도 사익보호, 즉 개인의 이익보호도 목적으로 하고 있다면, 개인적 공권이 성립한다. 이때 사익보호목적 존부의 판단기준에 관하여는 그 처분의 근거가 되는 범규의 취지 외에 관련 법률의 규정과 취지, 나아가 기본권까지 고려하는 견해가 타당하다(同前, 홍정선, 앞의 “기본행정법”, 45-46면).

에 차단하려는 목적에서 비롯된 것이라는 나름의 존재이유를 추론할 수 있다.

그래서 대집행 계고를 하려함에 있어서 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로써 계고 하도록 하고 있으며(법 제3조 제1항 전단), 그 결과 계고서에는 의무자가 이행하여야 할 행위와 만일 의무불이행이 있을 때 대집행할 행위의 내용 및 범위가 구체적으로 특정된 내용이 포함되어 있어야 한다.³¹⁾ 그런데도 의무자가 이러한 계고서에 표시된 지정기한까지 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당해 행정청은 대집행을 할 시기, 집행책임자의 성명과 대집행의 비용견적액을 의무자에게 대집행영장으로써 통지하도록 함으로써, 다음의 후행절차로 자연스럽게 진행되는 과정을 구성하였다(법 제3조 제2항).

이처럼 행정대집행법이 엄격하게 그 절차규정을 명문화 해놓고 있음에도 불구하고 이와 달리 본래 의무자에게 한 행정행위, 즉 하명으로써 직접 의무의 이행을 명하는 행정처분을 당해 의무자에게 하고, 동시에 그 의무를 명한 행정처분과 결합하여 1장의 문서로써 대집행의 계고처분을 할 수 있는지가 문제점으로 제기된다는 것이다.

2) 행정기본법상 비례의 원칙에 의거한 권리보호의 필요성

원래 대집행은 사실행위를 대상으로 한 행정행위, 즉 하명이 먼저 행해지고 그리고 이 하명에 의거하여 발생한 대체성이 있는 작위의무를 이행하지 않을 시, 강제집행의 한 방식으로 행하는 침익적 처분이다. 이것을 단순화해서 다시 말한다면, 대집행은 선행의 행정행위인 하명을 전제로 행한다는 것이다. 그 결과로 부과된 공의무의 불이행이 있을 때 비로소 대집행의 계고처분이 행해지는 것이다.

이것으로 비추어, 선행의 하명과 대집행의 계고처분은 명확히 형식상 · 내

31) 대법원 1997. 2. 14. 선고 96누15428 판결.

용상으로는 그 시기와 효과를 달리하는 별개의 처분으로 보이는데도, 당해 행정청은 이를 하나의 문서에 결합하여 의무자에게 통지할 수 있다는 지배적 견해가 있고, 그 반대의 견해도 있어 학설은 일괄되지 않는다.

먼저 이를 긍정하는 쪽의 논거를 보면, 원칙적으로 의무를 명하는 행정처분과 계고는 별도로 행하여야 하지만, 현행 행정대집행법이 긴급시에는 계고 절차를 생략할 수 있기 때문에, 즉시 대집행을 행할 긴급한 필요가 있고, 그리고 행정처분에서 상당한 자진이행기간을 주고 있는 경우에는, 설사 그러한 사실에 바탕을 두고 행하여도 의무자에게 큰 불이익으로 여겨지지 않는다면 가능하다고 보는 입장이다.³²⁾ 반면에, 극히 예외적인 경우를 제외한, 가령 다른 법률의 직접적인 규정(건축법 제85조)이 있거나, 또 법률 등에 의하여 직접 명령된 행위에 따른 의무를 대집행하는 경우에는 그 계고처분 대상의 특성상 불가피하게 그 결합성을 인정할 수는 있으나, 원칙적으로는 대집행의 요건은 계고를 할 때에 충족되어야 하기 때문에, 의무를 과하는 행정행위(하명)와 계고는 결합할 수 없다는 입장인 부정설의 견해도 있다.³³⁾ 이와 관련하여 대법원은, “계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기한 내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이다. 그리고 이 경우 철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 그 기간 속에는 계고시에 필요한 ‘상당한 이행기간도 포함되어 있다’고 보아야 할 것이다.”³⁴⁾라고 함으로써, 긍정설의 견지에서 판시하고 있다.

이 사안에 있어, 학설은 양쪽으로 견해가 갈리지만, 다만 예외적인 사항이

32) 박균성, 앞의 책, 576면; 김동희, 앞의 책, 47-475면.

33) 김남진·김연태, 앞의 책, 490면.

34) 대법원 1992. 6. 12. 선고 91누13564 판결.

존재할 때, 예컨대 “비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 당해 행위의 급속한 실시를 요하여 대집행계고를 규정한 수속을 취할 여유가 없을 때(법 제3조 제3항)”에는 그 절차를 생략할 수 있다는 점에 대해서는 대체적으로 동의를 함께 하는 것 같다. 판례도 또한 마찬가지로의 태도를 보인다. 그래서 행정대집행법 제3조 제3항의 규정과 판례의 내용을 찬찬히 들여다보면, 한마디로 말해서 사안이 긴급할 때, 게다가 이미 철거명령의 하명 시 상당한 자진이행기간을 준 경우라면 아예 계고처분 자체도 생략할 수 있기 때문에, 그 결과 하명의 행정처분으로 발령된 지정의 기한 내에 자진이행이 없다면 대집행할 뜻을 이때에 계고한 것이나 다름없다는 논리를 전개한 것으로 풀이된다. 다시 말해서, 사안이 비상시 또는 위험이 절박한 경우와 같은 긴급한 때에는 계고처분 자체를 생략하고 바로 대집행의 실행으로 옮길 수 있으므로, 당연히 하명의 행정처분을 할 때 계고와 결합된 1장의 문서로 통지할 수 있다는 결론에 도달한다는 것으로 이해된다.

이와 같은 학설과 판례의 취지를 종합하여 볼 때, 대집행의 절차를 규정한 행정대집행법 제3조 제3항의 해석론에 입각한 판단은 어느 정도 논리적 일관성의 귀결(歸結)로, 일응 수긍할 수 있다. 그러나 문제는 그 전제(前提)에 해당되는 “비상시 또는 위험이 절박한 경우”인 ‘긴급시’가 구체적으로 어떤 경우에 해당되는지를 부기하지 않아 모호(模糊)할 뿐만 아니라, 또 그러한 판단은 오직 당해 행정청의 재량으로만 판단할 수 있어 결과적으로는 그 상대방인 의무자가 적절히 대응할 수 있는 반대의 절박한 시간적 기회를 오히려 더 잠식(蠶食)하는 것은 아닌지 의구심을 떨쳐낼 수가 없다는 것이다. 무엇보다 대집행의 요건은 계고시에 완성되어있을 때에만 대집행의 절차를 밟을 수 있는 점을 감안한다면, 설령 원래 행정처분인 하명을 할 때에 일괄하여 의무의 이행을 할 상당한 기간을 통지하였다 하더라도 그 요건심사의 완성 여부는 결국 계고시에 판단하는 것이므로,³⁵⁾ 그러한 절차를 무시하고

35) 同旨. 김남진·김연태, 앞의 책, 490면.

바로 1장의 문서로 결합하여 통지하는 것은 지나친 행정작용으로서 과잉의 공권력 행사로 비취질 개연성이 충분하다고 아니할 수 없다. 따라서 대집행의 절차에서 비록 의무자의 지위에 있다고 하더라도 가장 법익이 적게 침해되는 또 다른 의무이행의 확보수단을 선택하거나 강구하여야만 하는, 소위 침해의 최소성 원칙(행정기본법 제10조 제2호)으로서 비례의 원칙에 부합하여야 한다는 것이다. 이것은 비단 계고절차를 생략할 만큼의 매우 긴급한 상황에 맞닥뜨리더라도, 혹여 그와 같은 급박한 위협을 제거해야할 정도의 행정상 즉시강제에 준하는 상황에 처하더라도 결코 간과할 수 없는 실체법상의 원리임을 주지할 필요가 있다. 따라서 만약 계고와 결합된 하나의 행정처분이 비례의 원칙에 상응하는 처분이었다는 사실을 입증하지 못한다면, 그것은 사법심사의 대상을 면할 수 없고, 결국 위법한 행정작용이 될 것이다.

그러한 관점에서 한 걸음 더 나아가, 비록 현행 건축법 제85조와 같이 절차생략 규정에 따른 특례로 계고절차를 하지 않고 바로 대집행실행을 진행했을 때에 그에 따른 부작용의 결과로 발생한 행정력 낭비 등의 사회적 손실과, 본집행 전에 미리 최소한의 안정적 의무이행기간을 담은 계고서를 발하여 스스로 이행을 유도하고 그래도 불이행이 있다면 그때 실행으로 나갔을 경우의 사회적 비용과 비교했을 때, 결코 전자가 더 적다고는 말할 수 없을 것이다. 따라서 대집행의 특례를 규정한 사항에 있어서도 비례의 상당성 원칙은 절대 도외시될 수 없는 법원칙임을 유의할 필요가 있다. 그래서 이와 관련하여 한때 의원입법(의안번호 986호)의 시도가 있었으며, 또 그와 병행하여 2020. 12. 24.자 국가인권위원회의 결정³⁶⁾도 있었던 바, 여전히 그 결

36) 행정대집행법은 계고절차에서 의무이행의 최소기간을 구체적으로 정하지 않은 채 행정청의 판단에 따라 설정할 수 있도록 하고 있어서, 안정적인 의무이행의 확보가 충분하지 않아 거주민의 주거의 안정적 보장이 저해될 가능성이 존재한다. 이와 같은 상황에서, 정부가 행정대집행법상 계고 시 의무자의 최소 이행기한을 10일, 주거이전이 필요한 경우에는 30일 이상이 되도록 규정하는 것을 내용으로 전부개정법률안(의안번호 986호)을 2020. 6. 25. 국회에 제출하였다(국가인권위원회, 「강제퇴거 등에 관한 의견표명 및 권고」, 2020. 12. 24. 자 결정 참조).

정의 효력은 유효하다고 할 것이다.

그러므로 선행의 행정행위(하명)와 대집행계고를 1장의 문서로 결합할 수 있는지 그 여부에 대해서는 원칙적으로 부정되어야 한다. 만일에 극히 예외적인 경우의 급박한 상황이 생겨, 계고절차를 생략할 수밖에 없는 사정에 놓이더라도 당해 행정청은 최종 실체법상의 ‘비례의 원칙’을 바탕으로 의무자의 권리침해가 가장 최소화하는 방안을 선택·결정하여야 할 것이다.

2. 대집행의 실행에 있어서 저항배제를 위한 실행행사를 할 수 있는지 문제

1) 대집행의 실행과정에서 의무자의 저항배제를 위한 실행행사 가부

대집행절차의 계고처분과 대집행영장에 의한 통지에도 불구하고 의무자가 자진해서 의무이행을 하지 않으면, 그 작위의무를 행정청이 대신해 스스로 행하는 본집행 절차로서 대집행실행을 행하게 된다. 이러한 실행행위의 성질은 통설의 견해에 따라 사실행위에 수인하명을 포함하는 권력적 사실행위라는 점은 이미 기술한 바 있다.

그렇다면 대집행의 실행과정에서 의무자는 그러한 수인하명에 따라 행정작용의 목적이 달성되도록 적극적으로 협조할 의무는 부담하지 않는다고 할 것이나, 대신에 소극적으로는 그 실행행위에 대하여 수인의무는 진다고 보아야 한다.

하지만, 실상은 대집행의 실행과정에서 유무형의 크고 작은 저항이 있는 것이 대체적인 모습이라고 할 수 있는데, 그러면 실제 이러한 저항이 있을 때 당해 행정청은 물리적인 실력을 가하여 그 저항을 배제하고 대집행실행을 계속 할 수 있는지가 문제된다. 바꾸어 말하면 의무자의 수인의무 위반에 대한 제재로서 직접 현장에서 물리력을 행사하여 저지할 수 있느냐의 문제이다.

2) 법치행정의 원리에 의거한 권리보호의 필요성

권력적 사실행위로서 대집행의 실행은 일반적으로 의무자의 수인하명을 포함하고 있다는 것이 다수설이므로, 본집행의 실행과정에서 의무자는 수인 의무를 지게 된다. 그러나 의무자가 이를 위반하여 저항할 때, 당해 행정청이 실력으로 그 저항을 배제하는 것이 대집행의 권한에 포함되는지에 대하여는 행정대집행법이 이를 규정하고 있지 않기 때문에 학설과 판례의 판단에 의지할 수밖에 없다.

먼저 학설상 이를 증명하는 설(說)의 논거로서, 부득이한 경우에 폭력에 이르지 않는 필요한 최소한의 범위 안에서 저항을 배제하는 것은 대집행의 내재적 기능으로 자연스레 가능하다는 것이다. 이러한 긍정설이 현재의 다수설이다.³⁷⁾ 반대로 부정설의 견해는, 신체에 대한 물리적 행사는 그 명문의 규정이 있을 때에만 가능하다고 본다.³⁸⁾ 그러나 판례는, 건물철거에 따른 퇴거조치에 대한 저항을 실력으로 배제하는 것이 대집행의 권한에 포함되는 것으로 판단함으로써 결과적으로는 긍정설의 입장과 그 궤(軌)를 같이 한다.³⁹⁾

이상의 학설과 판례의 취지를 정리하면, 현재 다수의 견해는 일반적으로 폭력에 이르지 않을 정도의 최소한의 실력행사는 대집행에 수반되는 권한 내의 기능으로서, 오히려 그렇게 하는 것이 대집행의 의미에 더 접근하는 것으로 보는 것 같다. 그러나 이와 같은 긍정설의 견해는 다음과 같은 이유에서 쉽게 수긍할 수 없다.

현행 행정기본법 제30조 제1항은, “행정청은 행정목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 법률로 정하는 바에 따라 필요한 최소한의 범위에서 … 조

37) 신봉기, 앞의 책, 340면; 김남진·김연태, 앞의 책, 491면. 김동희, 앞의 책, 476면; 홍정선, 앞의 “기본행정법”, 252면.; 김세규, “행정대집행에 관한 소고”, 「공법학 연구」 11(3), 한국 비교공법학회, 2010, 197면.

38) 박균성, 앞의 책, 579면; 김연태, “행정상 강제집행제도의 입법적 개선에 관한 고찰”, 「법학 연구」 제27권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2016, 135면.

39) 대법원 2017. 4. 28. 선고 2016다213916 판결.

치(행정상 강제)를 할 수 있다.”고 규정함으로써, 이른바 행정상 강제에 있어서 법정주의를 선언하고 있다.⁴⁰⁾ 따라서 대집행은 그 행정상 강제집행의 한 방법인 점을 고려한다면 당연히 법치행정의 원리가 지배한다고 볼 것이다. 거듭 말하지만, 행정대집행법은 이것을 규정하지 않기 때문에, 만일 긍정설과 판례의 취지에 따라 대집행실행에 있어 신체적 저항을 배제하기 위하여 물리력을 행사하여 저지하고서 계속 대집행을 실행한다면, 이는 ‘법률유보의 원칙’에 정면으로 반하는 행정작용이 될 수 있다. 왜냐하면, 기본적으로 행정대집행은 의무자의 작위의무를 대상으로 그 불이행이 있을 때, 행정청이 대신하여 행하는 물적(物的) 집행이 그 본질임을 명심할 필요가 있기 때문이다. 다시 말하면, 사람의 신체에 대한 집행은 직접강제의 대상은 될 수가 있어도 최소한 행정대집행의 영역은 아니라는 것이다.⁴¹⁾ 그러므로 법률의 근거 없이 저항배제를 위한 물리력의 사용은 가혹한 공권력 행사에 의한 권한남용으로 비취질 수 있으므로, 법치행정의 원리에 역행하는 빌미를 제공하기에 충분하다는 비판이 존재할 수 있다.

따라서 이러한 까닭에, 우리와 법체계가 동일한 독일과 일본의 입법례를 잠시 살펴보면, 먼저 독일은 연방행정집행법 제15조 제2항에, “대집행이나 직접강제 등의 강제집행의 실행에 대하여 의무자가 저항할 경우 행정청은 공권력을 동원할 수 있다.”고 규정하여 그 근거를 분명히 하고 있다.⁴²⁾ 다음으로 일본의 행정대집행법 제3조는 우리의 행정대집행법 제3조의 조문과 사실상 같은 정도로 동일한 내용을 규정하고 있지만, 마찬가지로 저항을 배제

40) 홍정선, 앞의 “행정기본법 해설”, 215면.

41) 이와 관련하여, 직접적으로 의무자에게 실력을 행사하는 것은 직접강제의 성질을 갖는 것으로, 대집행의 한계를 벗어나는 것이라고 한 견해가 있다. 즉 대집행의 실행은 저항의 배제가 아닌 의무자의 의사에 관계없이 집행함에 있어서 발생하는 불가피한 정도의 강제에 그쳐야 하므로, 따라서 이때에는 대집행을 불능처리하고 직접강제를 실시하는 방향으로 운영하여야 한다는 것이다(김연태, 앞의 논문, 135면).

42) 송동수, “행정상 강제집행제도의 비교법적 검토 : 독일과 한국을 중심으로”, 『토지공법연구』 제64집, 한국토지공법학회, 2014, 268면.

하기 위한 물리적 사용을 인정하는 규정은 없다.⁴³⁾ 이러한 경우에 우리와 일본은 실무상 공무집행방해죄(형법 제136조)의 현행범으로 또는 경찰관직무집행법 제5조에 의한 위협방지조치의 일환에 따라 저항을 배제시키고 대집행을 계속 속행할 수 있다고 한다.⁴⁴⁾

하지만 이는 다른 보호법익(예컨대, 국가 또는 공공기관의 기능 보호 등)에 의한 우회적인 처리방식으로서 직접적인 근거규정에 의한 경찰권 행사가 아니다. 그러므로 입법적으로 이를 직접 원조⁴⁵⁾하는 근거규정을 마련하는 것은, 대집행의 신뢰성 확보에 의한 법치행정을 구현하는 것이며, 나아가 그로 인한 법적효과는 곧 대집행실행 의무자의 권리보호와 직결된다고 할 것이다.

3. 대집행에서 의무자의 권리보호를 위한 가구제(假救濟)로서 가처분의 적용 문제

1) 대집행절차에서 가구제(假救濟)로서 가처분을 적용할 수 있는지 여부

지금까지 대집행을 실현하는 과정에서 개별절차를 구성하는 각각의 절차는 처분성이 인정되고, 따라서 당해 행정청의 위법한 처분에 기한 행정작용은 의무자의 권리구제를 위한 행정쟁송의 대상이 된다는 명제를 확인하였다.

그렇지만 이러한 행정쟁송절차로서 취소심판이나 취소소송이 제기되었다고 해도 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행은 아무런 영향을 받지 않고 정지되지 않는다. 이른바 ‘집행부정지원칙’의 선언이다. 그런데 행정쟁송절차가 끝나기도 전에 이미 위법한 행정처분이 완료되면, 보호이익이 사라

43) 宇賀克也, 「行政法」, (株)有斐閣, 2012, 125頁.

44) 박균성, 앞의 책, 579면; 일본의 하급심 판례, 札幌 地判 昭和 54·5·10 松月 25券 9号 2418頁.

45) 참고로, 사법상 강제집행의 근거법인 민사집행법 제5조 제2항에서는, “집행을 하기 위하여 필요한 경우에 저항을 받으면 집행관은 경찰 또는 국군의 원조를 요청할 수 있다.”라고 규정하여 직접 경찰권의 지원을 요청할 수 있는 법적 근거를 구성하고 있다.

저 각하될 뿐만 아니라, 설령 최종 심판청구가 인용(認容)되거나 승소(勝訴) 하더라도 집행이 종료됨에 따라 회복할 수 없는 손해⁴⁶⁾가 발생하게 되고, 결국 권리구제를 위한 심판청구나 소제기의 효과가 줄어들게 된다.

이 때문에, 잠정적 권리보호 조치로서 집행정지와 가처분으로 구분되는 가구제의 존재이유가 지지를 받는 것이다. 따라서 대집행의 의무자가 그와 같은 보호이익을 지켜야 하는 급박한 상황에 놓이면 우선 현재의 상태로 동결하려는 의도에서 집행정지를 신청하거나, 그것으로도 목적을 달성할 수 없을 때에는 그 이상의 필요한 임시처분이나 임시적 지위를 부여받아 잠정적 권리관계를 형성한 후 행정심판위원회나 본안소송에서 그 실제관계의 위법·부당함을 가리는데 최선의 결과를 얻으려고 할 것이다. 하지만 우리의 쟁송절차에서는 ‘집행정지’(행정심판법 제30조, 행정소송법 제23조)와 ‘임시처분’(행정심판법 31조)은 규정하면서도, 특히 행정소송법은 ‘가처분(假處分)’에 대하여는 아무런 언급이 없다. 그러한 의문에서 시작하여 행정대집행절차에서 의무자의 권리보호 수단으로 본안의 행정소송 전(前) 가처분이 허용될 수 있느냐가 문제된다는 것이다.

2) 행정대집행에 대한 가처분의 허용(인정)과 의무자의 권리구제 확장의 필요성

대집행의 절차에 대한 실효적인 권리구제 수단은 사실상 집행종료를 전제로 한 손해배상의 청구보다는 현재의 위법한 대집행절차에 대해서는 취소소송으로 불복하는 것이 더 현실적이다. 즉 대집행의 전제가 된 의무부과의 행정처분에 대한 불이행이 있을 때 행정청은 차례대로 계고, 대집행영장의 통지, 실행이라는 과정으로 대집행절차를 진행한다. 이때에 그 각각의 처분에

46) 여기서 “회복하기 어려운 손해”라 함은, 특별한 사정이 없는 한 금전으로 보상할 수 없는 손해를 말하고 이는 금전보상이 불능인 경우뿐만 아니라 금전보상으로는 사회관념상 행정처분을 받은 당사자가 참고 견딜 수 없거나 또는 참고 견디기가 현저히 곤란한 경우의 유형·무형의 손해를 일컫는다(대법원 1987. 6. 23. 선고 86두18 판결).

위법성이 있다면, 의무자는 행정심판임의주의(行政審判任意主義)에 따라 바로 행정소송을 제기하여 구제받을 수가 있다.

그런데도 통상 행정소송은 판결이 선고될 때까지 장기간이 소요됨에 따라, 그로 인하여 원고의 법익침해는 불가피하고, 설사 소송에서 승소하더라도 이미 위법한 처분의 집행종료로 인한 돌이킬 수 없는 손해가 발생하여 결국 원고는 권리회복을 하지 못하고 승소의 의미가 사라지게 된다.⁴⁷⁾ 그래서 현행 행정소송법은 잠정적 권리보호 조치로서 집행정지를 규율하지만(행정소송법 제23조), 이는 어디까지나 소극적으로 침익적 처분의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행을 정지시키는 데에 실익이 있을 뿐, 적극적으로 법원이 임시처분을 행사하거나, 그 이상의 지위를 형성시키는 효력이 없으므로 임시적 권리보호 제도로서 또 다른 한계를 가지고 있다고 할 것이다.

따라서 자연히 원고는 민사집행법 제300조⁴⁸⁾에서 규정한 가처분에 대한 신청을 고려해볼 수 있는 바, 현행 행정소송법은 이와 관련하여, “행정소송에 관하여 이 법에 특별한 규정이 없는 사항에 대하여는 법원조직법과 민사소송법 및 민사집행법의 규정을 준용한다.”고만 할 뿐(동법 제8조 제2항), 명시적으로 가구제(假救濟)로서 가처분을 규정하고 있지는 않는다. 또 그렇다고 해서 그 적용을 완전히 배제하는 규정도 없다.

그리하여 행정소송에서 가처분의 허용 여부에 관하여 학설상 여러 견해가 나뉘는데, 이는 곧 행정소송법 제8조 제2항의 준용 여부에 관한 견해와 직결된다고 해도 무방할 것이다. 그러한 연장선에서 가처분을 허용하지는 적극설은, 현재 행정소송법이 가처분을 배제하는 명문규정이 없고, 오히려 그 준용

47) 대법원 1999. 6. 8. 자 92두14 결정.

48) 제300조(가처분의 목적)

① 다툼의 대상에 관한 가처분은 현상이 바뀌면 당사자가 권리를 실행하지 못하거나 이를 실행하는 것이 매우 곤란할 염려가 있을 경우에 한다.

② 가처분은 다툼이 있는 권리관계에 대하여 임시의 지위를 정하기 위하여도 할 수 있다. 이 경우 가처분은 특히 계속하는 권리관계에 끼칠 현저한 손해를 피하거나 급박한 위험을 막기 위하여, 또는 그 밖의 필요한 이유가 있을 경우에 하여야 한다.

규정을 적극적으로 해석하여 허용하는 것은 위법한 행정작용으로부터 국민의 권익구제라는 목적에 더욱 근접하는 것으로서, 법치행정주의를 확보하려는 사법의 본질에도 어긋나지 않는다는 논거를 든다.⁴⁹⁾ 반대로 소극설은, 행정소송법 제23조 제2항의 집행정지가 사실상 이 가치분의 특별한 규정에 해당되기 때문에 준용할 수 없고, 나아가 가치분은 원래 취소소송과 친하지 않은 구제수단인 점에서 집행정지만으로 충분히 행정처분의 상대방 보호에 미흡하지 않다고 한다.⁵⁰⁾ 그리고 이 두 견해의 절충적인 관점에서 본 제한적 긍정설은, 실제 권리보호의 확대와 가치분의 잠정적 성격 등을 고려하면 가치분을 인정하는 것이 의미 있는 일이 될 것이나, 이미 집행정지라는 제도를 두고 있기 때문에 이러한 집행정지라도 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 제한적으로 가치분을 인정하여 행정처분에 따르는 불이익을 잠정적이거나 배제할 필요가 있다는 견해를 밝힌다. 물론 이때에는 가치분의 내용이 본안소송의 범위를 넘어설 수는 없다는 점을 분명히 하고 있다.⁵¹⁾

한편 관례는, “본조(本條)가 무제한으로 준용한다는 취지가 아니고 그 성질이 허용되는 한도에서만 민사집행법의 규정을 준용한다는 취지로 해석하여야 할 것인바, 항고소송에 대하여는 민사집행법 중 가치분에 관한 규정이 적용된다고 인정할 수 없을 뿐만 아니라,⁵²⁾ 나아가 “민사상 가치분으로써 어떠한 행정처분의 금지를 구하는 것은 허용될 수 없다.”⁵³⁾고 함으로써, 원칙적으로 소극설과 같은 부정적인 태도에 확고하게 서 있다.

검토하건대, 공법관계의 행정소송에서 가치분의 허용 여부에 관한 제 학설

49) 이상규, 「신행정법론(상)」, 법문사, 1997, 860면; 이국현, “행정소송법상 집행정지에 관한 몇 가지 문제”, 「법학연구」 제25집 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2022, 159-160면.

50) 김동희, 앞의 책, 795-796면; 박균성, 앞의 책, 1376-1377면; 이철환, 「행정구제법 강의」 제3판, fides 도서출판, 2016, 377면; 조성제, “행정소송법상 준용규정과 민사집행법상 가치분”, 「법학논총」 제34권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2017, 39면.

51) 김남진·김연태, 앞의 책, 791면; 홍정선, 「행정법원론(상)」 제27판, 박영사, 2019, 1146면; 신봉기, 앞의 책, 597면.

52) 대법원 1961. 11. 20.자 4292행항2 결정; 대법원 1980. 12. 22.자 80두5 결정.

53) 대법원 1992. 7. 6.선고 92마54 판결.

의 주장과 판례의 취지에는 나름 공감할 수 있는 부분이 적지 않다. 하지만 일부 쉽게 납득할 수 없는 점도 있는 것이 사실이다. 예를 들면, 판례를 포함한 소극설은, 특히 행정소송법 제23조 제2항⁵⁴⁾의 집행정지가 이 가치분의 특별규정에 해당되기 때문에 그것으로도 권리보호에 충분하다는 논지를 제시한다. 그와 같은 맥락에 따라 대집행절차에서도 공권력 행사로서 행정청의 처분을 저지하기 위해서는 집행정지에 의해서만 가능하고, 민사상의 가치분을 하는 것은 인정되지 않는다고 한다.⁵⁵⁾ 그러나 이 규정이 가치분에 해당하는 내용을 담고 있는 특별규정이라고 하더라도 잠정적으로 의무자의 완전한 권리구제에는 미치지 못한다는 것이다. 왜냐하면 집행정지는 당해 처분의 현상유지만의 소극적 효과를 목적으로 하는 것이지, 적극적으로 행정청의 처분 변경이나 취소를 구할 본안소송에서의 지위를 그대로 의무자에게 부여하는 것은 아니기 때문이다. 조금 더 구체적으로 다시 말하면, 처분의 취소소송을 제기하면서 그 이전에 잠정적 권리의 보호를 위한 가령 ‘철거금지가처분’을 신청하려고 해도(판례는 명확히 부정), 그와 같은 취소소송에 준하는 가치분 신청권자의 지위가 집행정지신청권자에게는 인정되지 않는 한계가 있다는 점이다. 또한 적극설은, 비록 가치분을 인정하는 명문의 규정이 없어도 권리구제의 확대차원에서 준용하는 것이 바람직하다고는 하나, ‘3권분립’이라는 원칙의 틀에서 행정상 상급의 관리감독청이 아닌 법원이 본안의 실제적 판단을 하기도 전에 대집행의무자의 권리보호를 위한 임시처분을 부과하거나 그 이상의 지위를 부여하는 것은 국가권력의 경계를 넘은 권한행사로써 종국에는 여타의 행정법관계의 영역을 깨뜨릴 수 있다는 비판의 여지를 면할

54) 행정소송법 제23조(집행정지)

② 취소소송이 제기된 경우에 처분등이나 그 집행 또는 절차의 속행으로 인하여 생길 회복하기 어려운 손해를 예방하기 위하여 긴급한 필요가 있다고 인정할 때에는 본안이 계속되고 있는 법원은 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 처분 등의 효력이나 그 집행 또는 절차의 속행의 전부 또는 일부의 집행정지를 결정할 수 있다.

55) 김아름, “국민의 권익보장을 위한 행정대집행에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2015, 191면.

수 없을 것이다.

그러므로 집행금지만으로는 의무자의 권리보호의 목적을 달성할 수 없는 예외적인 경우에는 가처분을 통하여 위법한 대집행절차에 의해 발생할 수 있는 손해를 잠정적으로 제거할 필요가 있다는 점에서 ‘제한적 긍정설’이 더욱 설득력 있게 다가온다.⁵⁶⁾ 나아가, 이와 같은 관계에서 특히 대집행에 대한 사전적 구제수단으로 예방적 금지소송이나, 대집행실행 자체가 아예 불가능하다는 취지의 확인을 구하는 예방적 확인소송을 무명항고소송의 하나로 도입하여 대집행실행 전에도 권리구제의 실효성확장의 측면에서 가처분을 인정하여야 한다는 의견에 동의할 뿐더러,⁵⁷⁾ 더군다나 취소확정판결의 기속력에 따른 재처분의무나 결과제거의무를 고려하면 가구제의 부종성으로 인해 적극적 가처분이 불가능하다고 보기 어렵다는 견해를 또한 경청하지 않을 수 없다.⁵⁸⁾

여기서 한 걸음 더 나아가, 설령 가처분이 행정처분의 취소소송에는 친하지 않다고는 하나, 원처분으로서 행정상 하명(下命)의 대상이 된 목적물이 간혹 여러 변수가 작용하는 목적물이 있을 수 있다는 것이다. 예컨대, 사법상의 법률관계에 기인한 현재 목적물의 점유자가 소유권을 갖지 아니하여 결국 그 목적물을 철거해야 할 대상이 되는 경우이다. 이때의 점유자는 그 철거 대상물의 불법점유자라도 여전히 목적물을 인도(철거)할 때까지는 점유권을 가지므로 가처분으로 그 방해의 예방이나 그 밖의 조치를 청구할 수 있다는 것이 판례의 경향이다.⁵⁹⁾ 그렇다면, 이 경우에 임차인은 사법상의 법률관계에 기인하더라도 그 침해의 불이익에 따른 진정한 권리보호의 필요성이 있을 때에는, 적극적으로 ‘철거금지가처분’으로 대항하여 이후 있을 본안소

56) 이로써, 줄고, “행정대집행의 실행상 가구제(假救濟)의 허용에 관한 소고”, 금구논총 제25집, 2022(경북과학대학교), 13-16면의 내용상 일부 오류와 견해를 수정한다.

57) 박균성, 앞의 책, 1377면; 홍정선, 앞의 “행정법원론(상)”, 716면.

58) 이국현, 앞의 논문, 159면.

59) 대법원 1967. 2. 21. 자 66다2635 결정; 사법연수원, 「법원실무제요 민사집행(V)」, 2020, 58면.

송의 지위에 상응하는 점유권자로서의 임시적 지위를 부여함으로써, 실질적인 권리구제를 받을 수 있도록 하는 것이 ‘국민의 권익보호’라는 사법의 본질에 보다 더 근접하는 것이 될 뿐만 아니라, 기본적으로 헌법상 재판청구권의 보장에도 부합할 것이라는 견해를 조심스럽게 개진해 본다.

이로써, 가처분의 신청이 단지 처분의 집행을 지연시켜 현재의 위기를 모면하려고 하는 의도에서의 신청은 당연히 부정되어야 하고, 다만 처분의 취소사유에 해당하는 흠결의 유무에 대한 위법성의 ‘예비적 심사’를 거쳐 나름의 특유한 타당성이 있을 때에는 집행정지의 한계를 넘어 그 이상의 수단으로서 가처분이 고려될 수 있다고 본다. 궁극적인 처분의 ‘위법성 판단’은 법원의 고유한 기능이자 직분(職分)이므로 사전의 잠정적 권리구제 수단으로서 가처분 발령의 요건으로서 그 예비적 심사도 가능할 것으로 생각된다.

4. 대집행절차에서 인권보호를 위한 과제

원처분인 하명은 대집행절차와는 별개의 행위로서 각각 그 법적 구성체계를 달리한다.⁶⁰⁾ 이러한 두 행정행위에서 특히 의무자의 인권침해 소지와 관련한 처분은 하명이 비록 대집행절차의 전제가 되기는 하지만, 실제 대집행절차가 주류를 이룰 것이고, 또 그중에서 대집행실행이 사실상 문제가 될 것이다. 이미 그러한 시각에서 우선 “대집행의 실행과정에서 저항배제를 위한 실력행사 가부”라는 작은 논제(論題)를 이미 앞(IV. 3.)에서 정리하였다.

무엇보다 대집행실행에서 인권보호를 위한 조치로 행정대집행법 제4조가 명시적으로 열거하여 의무자도 그러한 보호조치를 받을 인권의 주체임을 간접적으로 선언하고 있음을 알 수 있다. 이것은 비단 행정상 의무자로서 뿐만 아니라 민사법관계에서도 사회권의 주체(경제적 약자의 실질적 보호)가 된다는 것이다. 따라서 권리자도 아닌데 무슨 의무자가 인권의 주체가 될 수 있

60) 박균성, 앞의 책, 569면.

느냐의 물음은 답할 가치가 없는 문제제기일 뿐이다.⁶¹⁾

따라서 그러한 관점을 확대하여 동법 제4조의 내용을 찬찬히 들여다보면, 그 제1항은, 원칙적으로 일출(日出) 전, 일몰(日沒) 후에는 대집행실행을 할 수 없음을 분명히 하였고, 다음의 제2항은, 대집행 과정에서의 안전 확보를 위하여 현장에서 필요한 긴급 의료장비나 시설 등의 안전조치를 마련할 것을 명확히 하고 있다. 그리고 마지막으로 제3항은, 집행현장에 파견된 집행 책임자의 증표 휴대와 대집행시 이해관계인에게 제시할 것을 규정하여 행정청의 소속 공무원의 입회하에 인권침해를 감시하고 사전에 철저한 관리와 책임을 밝혀 규율하고 있음을 알 수 있다.⁶²⁾

이는 유엔 경제적, 사회적 및 문화적 권리위원회(UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights)의 사회권규약위원회 일반논평 7호(General Comment No. 7) 「개발로 인한 퇴거와 이주에 관한 기본 원칙과 지침」에서 규정한 내용을 대부분 그대로 받아들여 표방한 것으로 보인다.⁶³⁾ 이렇게 하여 강제철거로 일어날 수 있는 인권침해 사례를 미연에 차단하려는 의지를 법문(法文)으로 구성하여 강제한 합의의 산물이라고 할 수 있을 것이다. 이를 조금 더 세부적인 측면에서 긍정적으로 평가한다면, 강제철거에 앞서 당해 행정청의 의무부과권에 비례한 대집행의 주체자에게 사전보호조치의 일환으로 야간집행의 금지나 안전조치의 확보, 그리고 집행책임자의 입회 의무를 뚝으로써 강제퇴거나 강제철거를 둘러싼 ‘국가의 사회권 보호의무’⁶⁴⁾로서, 즉 국가의 인권보호를 위한 노력을 비교적 구체화하였다는 점에서 높이

61) 同旨. 양천수, 「민사법질서와 인권」, 집문당, 2013, 155면.

62) 일본의 민사집행법에서, 일부 이와 유사한 조항이 있어 소개한다면, 휴일 또는 야간집행의 원칙적 금지규정(동법 제8조), 신분증명서등의 휴대 규정(동법 제9조)이 그것이다(福永有利, 民事執行法·民事保全法, 有斐閣, 2011, 206頁).

63) 국가인권위원회, 「주거권 국제기준 자료집」, 2020, 29-34면, 58-71면 참조.

64) 국가가 인간다운 생활을 보장하기 위한 헌법적인 의무를 다하였는지의 여부가 사법적 심사의 대상이 된 경우에는, 국가가 생계보호에 관한 입법을 전혀 하지 아니하였다든가 그 내용이 현저히 불합리하여 헌법상 용인될 수 있는 재량의 범위를 명백히 일탈한 경우에 한하여 헌법에 위반된다고 할 수 있다(헌재 1997. 5. 29. 94헌마33).

평가된다.

한편, 사회권규약위원회 일반논평 7호(General Comment No. 7)의 제시된 기준에 의거해 위와 같은 입법조치로서 규정된 사항 이외에 더 주목할 사항이 있다. 이른바 동절기(冬節期)나 혹서기(酷暑期) 그리고 악천후(惡天候)와 같은 부적절한 시기에는 의무자의 동의가 전제되지 않을 때에는 대집행 실행을 원칙적으로 금지할 것과 아울러 대집행실행 전(前)의 계고서에 현장 상황에 맞는 충분한 자진이행기간이 담보된 사전최고 기간의 부여를 명시한 사항이다. 하지만 현행 행정대집행법은 이 두 내용을 담은 조항이 구성되어 있지 않다.⁶⁵⁾ 결과적으로 말하면, 이것은 현행 행정대집행법상의 인권보호조치 규정이 여전히 미완의 과제로 남았다는 것이다.

생각건대, 이 경우에 대집행의 의무자라고 하더라도 그들은 사회권 내지 복지권의 주체자로서 인권의 보편성과 근본성에 따라⁶⁶⁾ 처리되어야 할 의무자라는 사실을 굳이 언급하지 않더라도, 이미 규율한 야간집행의 금지규정과 함께 이 두 조항의 의미는 대집행실행의 과정에서 갈등을 최소화 할 수 있는 수단이 될 뿐만 아니라, 인권침해를 불러올 화근을 미리 제거할 수 있는 가장 예방적 보호조치가 아닐 수 없다.

V. 나아가며

행정법관계에서 행정상 의무불이행이 있을 때, 그 행정의 실효성 확보수단으로 강제집행이 행해진다. 이때의 행정권은 여러 행위형식에서 주로 처분으로서 행정행위가 그 중심이 될 것이지만, 때로는 그것과 결합한 공법상 사실행위로서 공권력이 행사될 수도 있다. 그러한 전형적 모습의 하나가 바로 행

65) 물론, 대집행의 대표적인 특례조항인 「건축법」 제85조와 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제89조에도 이와 같은 인권보호를 위한 안전조치를 규정하지 않고 있다.

66) 이준일, 「인권법 : 사회적 이슈와 인권」, 홍문사, 2021, 7-8면, 391면.

정대집행이라는 것은 본론에서 언급한 대로 그 절차의 진행과정을 통하여 자연스럽게 인식할 수 있었다. 그런데 이때에 권력적 사실행위로서 공권력의 행사는 행정목적으로서, 이른바 공익이 먼저 전제되어야 함은 두 말할 나위 없는 이념적 기초가 아닐 수 없다.

그러나 행정대집행은 이러한 공익이라는 이념적 기초가 그 근저(根柢)에 있다고 하더라도 무조건적으로 의무자의 입장(사익)을 도외시 할 수는 없다. 왜냐하면 행정대집행절차가 진행되는 과정에서 구체적으로 그 의무자가 처한 상황을 고려하여 최대한 반영하고 헤아려서 자진이행을 유도하는 것이 오히려 대집행실행으로 바로 나아갔을 때보다 행정력 낭비와 사회적 비용을 덜 들이고 행정목적의 달성할 가능성이 더 크기 때문이다. 그래서 행정대집행의 대상에 대한 본질은 물적집행(物的執行)이지 인적집행(人的執行)이 아니라는 점을 분명히 이해할 필요가 있다.

그러한 견지에서, 이미 본론에서 대집행절차상 의무자의 권리침해를 최소화하는 법령과 법문언의 해석을 통하여 공익과 사익(권리보호의 대상으로서 의무자)의 상당성에 따라 그 확장 가능성에 관한 필자의 견해를 나름 상술(詳述)하였다.

따라서 결론으로서 여기에다 한 가지를 덧붙인다면, 행정대집행절차상의 대집행실행은 최후적 수단인 방법으로 검토되어야 한다는 점이다. 즉 이는 대집행실행에 앞서 의무자와 충분한 사전조율과 대화의 시도로 스스로 자진이행을 권유하거나 촉구하는 것이 바람직하다는 것이다. 이와 같이 행정지도를 하였음에도 또 불이행이 있다면, 그때는 한두 번 정도의 이행강제금 부과를 고려해볼직도 또 다른 한 방법이 될 수 있을 것이다.⁶⁷⁾ 이러한 행정청의 임의적 조치(措處)는 현행 행정대집행법 제2조의 해석상 ‘재량선택’의 여지가 충분히 있다는데 근거한다. 한편 그러고도 도저히 그 이행확보가 어렵고 또한 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해하는 바의 엄격한 구성요건을 충

67) 현재 2004. 2. 26, 2001헌바80·84·102·103, 2002헌바26(병합).

족할 경우,⁶⁸⁾ 그때서야 대집행의 실행을 착수할 수 있을 것이다. 이 경우, 실행에 착수함에 있어 행정청은 의무자가 비록 의무이행의 하명을 거부한 자라 하더라도 최소한 인간으로서 향유할 주거생활권 등을 뒷받침하는 복지대책의 행정조치를 강구하는 것은 또한 기본이다. 이리하여 궁극적으로는 행정대집행절차의 과정에서 공익과 인권이 고려된 사익의 적절한 조화를 바탕으로 한 원만한 행정법관계가 구축되길 기대한다.

68) 同旨. 김세규, 앞의 논문, 204면.

〈참고문헌〉

- 김남진·김연태, 「행정법 I」 제15판, 법문사, 2011.
- 김동희, 「행정법 I」 제24판, 박영사, 2018.
- 박근성, 「행정법론(I)」 제19판, 박영사, 2018.
- 사법연수원, 「법원실무제요 민사집행(V)」, 2020.
- 신봉기, 「행정법 개론」, 삼영사, 2012.
- 양천수, 「민사법질서와 인권」, 집문당, 2013.
- 이상규, 「신행정법론(상)」, 법문사, 1997.
- 이준일, 「인권법 : 사회적 이슈와 인권」, 홍문사, 2021.
- 이철환, 「행정구제법 강의」 제3판, fides 도서출판, 2016.
- 홍정선, 「행정법원론(상)」 제27판, 박영사, 2019.
- _____, 「행정기본법 해설」, 박영사, 2021.
- _____, 「기본행정법」, 박영사, 2022.
- 국가인권위원회, 「주거권 국제기준 자료집」, 2020.
-
- 김세규, “행정대집행에 관한 소고”, 「공법학 연구」 11(3), 한국비교공법학회, 2010.
- 김연태, “행정상 강제집행제도의 입법적 개선에 관한 고찰”, 「법학연구」 제27권 제2호, 충북대학교 법학연구소, 2016.
- 김아름, “국민의 권익보장을 위한 행정대집행에 관한 연구”, 박사학위논문, 고려대학교 대학원, 2015.
- 이국현, “행정소송법상 집행정지에 관한 몇 가지 문제”, 「법학연구」 제25집 제4호, 인하대학교 법학연구소, 2022.
- 송동수, “행정상 강제집행제도의 비교법적 검토 : 독일과 한국을 중심으로”, 「토지공법연구」 제64집, 한국토지공법학회, 2014.
- 조성재, “행정소송법상 준용규정과 민사집행법상 가처분”, 「법학논총」 제34권 제4호, 한양대학교 법학연구소, 2017.
-
- 宇賀克也, 行政法, (株)有斐閣, 2012.
- 福永有利, 民事執行法·民事保全法, 有斐閣, 2011.

【국문초록】

행정대집행절차상 의무자의 권리보호 확장 가능성에 관한 연구

권 오 희*

행정대집행절차, 즉 대집행계고·대집행영장에 의한 통지, 그리고 대집행 실행은 행정재송의 대상이 되는 “구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력 행사”로서 ‘처분’에 해당된다는 점에 대하여는 특별한 이설이 없다. 따라서 절차상의 위법한 대집행으로 법익침해가 있으면, 그 처분의 상대방은 비록 개인적 공의무를 부담하는 자라고 하더라도 그 권리회복의 주체가 될 수 있다.

그러한 견지(見地)에서 대집행의 절차상, 특히 의무자의 권리침해 소지와 관련하여 논의 중인 사안, 예컨대 ① 1장문서로 본래의 행정처분(하명)과 계고를 결합할 수 있는지의 여부와, ② 대집행의 실행과정에서 의무자의 저항 배제를 위한 실행행위 가부의 문제에 관해서는 원칙적으로 부정하는 것이 의무자의 권리보호의 측면에서 바람직하다는 점을 분명히 하였다. 나아가 ③ 위법한 대집행절차의 잠정적 권리구제 수단으로서 집행정지만으로는 의무자의 권리보호의 목적을 달성할 수 없는 예외적인 경우에는 권리보호 확장의 차원에서 가처분의 허용을 고려할 필요가 있다는 견해를 제시하였다. 그리고 이에 더하여 ④ 대집행의 의무자는 인권의 주체자로서 의문이 있을 수 없으므로, 현행 행정대집행법 제4조에 열거된 것 외에, 동절기나 악천후 등의 부적절한 시기의 원칙적 집행금지과 함께 충분한 자진이행기간을 계고서에 반영할 것을 입법조치의 방안으로써 제안하였다.

* 경북대학교 법학연구원 연구원, 법학박사.

이로써, 대집행절차의 과정에 있어서 언제나 그 바탕에는 상당성이 담보되면서, 중국에는 공익과 인권이 고려된 사익의 적절한 조화를 기본으로 원만한 행정법관계가 구축되길 기대한다.

주제어: 행정대집행절차, 행정상의 의무자, 가처분, 권리보호, 인권

【ABSTRACT】

A Study on the Possibility of Extending
the Protection of the Rights of Obligor in
Administrative proxy execution

Kwon, O-Hee*

There is no special objection to the administrative proxy execution procedure, that is, notification by proxy execution warning and the warning of proxy execution, and execution of proxy execution are "exercise of public power as law enforcement on specific facts" subject to administrative disputes. therefore, if there is an infringement of legal interests due to illegal proxy execution in procedures, the other party to the disposition can be the subject of the restoration of the rights, even if it is a person who bears personal public obligations.

From that point of view, it was clear that it is desirable to deny in principle the issue of the procedure of proxy execution, especially in the issue under discussion possibility of infringement of the rights of the obligor, so-called about ① whether the original administrative disposition (disposition of command) and warning can be combined with the Chapter 1 document, also ② the question of whether or not the obligor can exercise his or her ability to exclude resistance in the course of execution of proxy execution. Furthermore, ③ It was suggested that it is necessary to consider allowing provisional disposition in order to expand the protection of rights in exceptional cases where the purpose of protecting the rights of the obligor cannot be achieved only by stop of execution as a provisional

* Ph.D. in Law, Researcher, Law Research Institute of Kyungpook National University.

remedy for illegal proxy execution procedures. And in addition to this ④ since Obligator of proxy execution is there can be no question as a subject of human rights, In addition to what is listed in Article 4 of the current Administrative Agency Execution Act, it was proposed as a legislative measure to reflect a sufficient period of voluntary execution in the warning book along with a principle prohibition of execution in inappropriate times such as winter or bad weather.

As a result, by the basis is always guaranteed of proportionality in the process of the proxy execution procedure, it is hoped that a smooth administrative legal relationship will be established based on an appropriate harmony between the public interest and the private interests considered human rights in the end.

Keywords : Administrative proxy execution, Obligator of administrative,
Provisional disposition, Protection of rights, Human right

