

행정상 강제수단의 관계와 체계화 방안

신 상 민*

< 목 차 >

- I. 서론
- II. 행정상 강제수단의 분류 및 선택 기준
- III. 행정상 강제수단 사이의 관계
- IV. 행정상 강제수단의 체계화 방안
- V. 결론

I. 서론

오늘날과 같이 다양한 가치관과 문화가 상존하는 다원화·민주화된 사회에서는 특정한 행정 목적을 실현하는 데 있어 반대의 목소리에 부딪치는 경우가 많다. 어떠한 정책을 실현함에 있어 국민의 의견을 폭넓게 수렴하는 것은 중요함은 아무리 강조해도 지나치지 않으나, 행정기관이 충분한 이익형량을 거친 후 사익보다 우선시되는 공익을 위하여 의무 위반자에게 실력을 가하는 강제력 행사가 필요한 경우도 있음을 부인할 수 없다. 이러한 행정상 강제수단에 대하여 전통적으로 행정법학계에서는 대집행, 강제징수, 이행강제금, 직접강제, 즉시강제, 그 밖의 새로운 의무이행확보수단 등으로 분류하여 논의해 왔다. 하지만 각각의 강제수단 별로 의의·근거·내용 등을 검토하는 것을 넘어, 이들 강제수단 사이의 관계나 적용 순위 등이 어떠한지, 즉 강제수단 전반의 체계화에 관한 종합적인 검토는 상대적으로 많지 않았다.

이러한 배경 하에, 이 글은 국민의 권리 보호와 공익 실현을 모두 달성하기

* 법무법인 민후 변호사, 고려대학교 대학원 법학과 박사과정 수료.

위해 어떠한 강제수단이 해당 사안에 가장 적합하고 또한 행정법상 일반원칙을 준수한 것인지, 즉 강제수단의 관계와 체계화에 관하여 살펴보는 데 목적이 있다. 이에 대한 보다 깊이 있는 논의를 위하여, 우리의 행정상 강제수단에 대한 기존의 논의와 해외 입법례 등을 참조하면서 각각의 행정상 강제수단의 선택 기준(Ⅱ) 및 강제수단들 사이의 관계(Ⅲ)를 살펴봄으로써 특정한 사안에 가장 적합한 강제수단이 무엇인지, 즉 행정상 강제수단 간의 체계화(Ⅳ)를 도모해 본다(Ⅳ). 그 과정에서 강제수단에 관한 체계를 일반법 체계로 정비해야만 하는 것인지, 현행 체계를 유지하면서도 개별 법령의 정비를 통해 체계화를 기할 수 있는 것인지 등의 입법적 개선방안(Ⅳ)도 검토해 보도록 하겠다. 이러한 논의는 여러 행정상 강제수단들 간의 관계를 체계적으로 이해하여 적법하고 수용 가능성이 높은 행정을 실현하는 데에 기여할 수 있을 것이다.

Ⅱ. 행정상 강제수단의 분류 및 선택 기준

1. 일반적 분류

행정상 강제수단은 전통적으로 ‘행정상 강제집행’, ‘즉시강제’로 분류되어 왔지만, 오늘날에는 ‘그 밖의 새로운 의무이행확보수단’도 등장하고 있다.

1) 행정상 강제집행

행정상 강제집행이란 행정법상의 의무(작위·부작위·급부·수인의무)의 불이행이 있는 경우 행정주체가 의무자의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 장래에 향하여 그 의무를 이행하도록 하거나 이행이 있는 것과 동일한 상태를 실현하는 작용을 말한다. 전통적으로 행정상 강제집행은 ‘대집행’, ‘강제징수’, ‘이행강제금’, ‘직접강제’로 구분되어 왔다.

(1) 대집행

대집행이란 타인이 대신하여 행할 수 있는 대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우 행정기관이 그 의무를 스스로 행하거나 제3자로 하여금 이행하게 하고 그

비용을 의무자로부터 징수하는 것을 말한다. 대집행에 관한 일반법은 행정대집행법이며, 개별법¹⁾에도 행정대집행법상 절차를 준용하거나 특례를 규정하고 있는 규정이 존재한다. 대집행은 공법상 의무의 불이행이 있을 것, 불이행된 의무가 대체적 작위의무일 것, 다른 수단으로 이행을 확보하기 곤란할 것(보충성), 공익상 요청이 있을 것을 실체적 요건으로 한다(행정대집행법 제2조).

대집행의 대상인 대체적 작위의무의 대표적 예는 위법건축물의 철거의무를 들 수 있겠다. 토지나 건물의 인도의무는 행정기관의 직접적인 실행행사가 필요한 의무이지 대체적 작위의무에 해당하지 않으므로 대집행이 불가능하다.²⁾ 관할청의 허가 없이 어떠한 행위를 하면 안 된다는 등의 부작위의무를 위반한 경우 철거명령 등을 통해 작위의무로 전환시켜야만 대집행의 대상이 될 수 있는데, 이에 관한 법적 근거인 전환규범³⁾이 없다면 대집행을 할 수 없다.

(2) 강제징수

강제징수는 사인이 국가 또는 지방자치단체에 대해 공법상 금전급부의무를 부담하면서도 이를 불이행한 경우에 행정기관이 강제적으로 그 의무가 실행된 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다. 강제징수에 관한 일반법으로는 국세징수법이 있다. 국세징수법은 원래 국세의 징수에 관한 법률이나, 여러 법률에서 강제징수에 있어서는 국세징수법을 준용하고 있어, 일반법적 지위를 갖는다고 볼 수 있다.⁴⁾ 국세징수법에 따른 강제징수는 ‘독촉→압류→매각→청산’의 절차를 거쳐 진행된다.

(3) 이행강제금

이행강제금은 의무 불이행에 대해 일정한 금전이 부과될 것을 의무자에게 미리 계고함으로써 의무이행을 확보하는 수단으로서 대체적·비대체적 작위의무, 부작위의무, 수인위무 등 모든 의무위반의 경우 적용이 가능한 제도이다. 과거

1) 건축법 제85조(행정대집행법 적용의 특례), 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제89조(대집행), 폐기물관리법 제49조(대집행), 도로법 제74조(행정대집행의 적용 특례) 등.

2) 대법원 1998.10.23. 선고 97누157 판결; 대법원 2005.8.19. 선고 2004다2809 판결.

3) 건축법 제79조(위반 건축물 등에 대한 조치 등), 골재채취법 제33조(원상복구 명령 등), 도시공원 및 녹지 등에 관한 법률 제25조(원상회복), 옥외광고물 등 관리법 제10조(위반에 대한 조치) 등.

4) 홍정선, 「행정법특강(제10판)」, 박영사, 2011, 425면.

에는 대체적 작위의무는 대집행을 통해 행정강제가 가능하므로 이행강제금은 허용되지 않는다고 설명하는 견해가 있었다. 하지만 오늘날 일반적 견해 및 판례는 대체적 작위의무의 경우에 대집행 외에 이행강제금도 가능하다고 보고 있다.⁵⁾ 이행강제금은 침익적 처분의 성격을 갖는 것이므로 당연히 법적 근거를 갖추어야 한다. 현행법 체계상 이행강제금에 관한 일반법은 없으며, 개별법⁶⁾에서 행정목적 달성의 필요성 여부에 따라 개별적으로 규정되어 있다.

(4) 직접강제

직접강제란 의무자가 대체적·비대체적 작위의무, 부작위의무, 수인의무를 불이행한 경우 행정기관이 직접 의무자의 신체나 재산에 실력을 가하여 의무자가 직접 의무를 이행한 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다. 직접강제는 국민에 대한 즉각적이고 직접적인 침해수단이기 때문에 법률유보 원칙이나 비례 원칙이 엄격히 준수되어야 한다. 현재 직접강제에 관한 일반법은 없는 상황이며, 개별법⁷⁾ 차원에서 규율되고 있다.

<표 1> 의무의 종류에 따른 행정상 강제집행의 분류

의무		강제집행의 종류
작위의무	대체적	대집행, 이행강제금* 직접강제
	비대체적	이행강제금, 직접강제**
	금전금부의무	강제징수, 이행강제금
부작위의무		이행강제금, 직접강제
수인의무		이행강제금, 직접강제

* 전통적 견해는 대집행이 가능하므로 이행강제금은 허용되지 않는다고 설명하였으나, 현재의 유력설과 판례는 대체적 작위의무에도 허용될 수 있다고 함
 ** 전문지식의 발표의무와 같이 비대체적 작위의무의 성질상 직접강제가 불가능한 경우도 존재함

5) 자세한 내용은 아래 “Ⅲ. 1. 대집행과 이행강제금의 관계” 부분에서 검토한다.
 6) 건축법 제80조(이행강제금), 주차장법 제32조(이행강제금), 농지법 제62조(이행강제금), 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제6조(이행강제금), 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제30조의2(이행강제금), 옥외광고물 등 관리법 제10조의3(이행강제금) 등.
 7) 식품위생법 제72조(폐기처분 등), 공중위생관리법 제11조(공중위생영업소의 폐쇄등), 어린이제품 안전 특별법 제34조(판매중지등의 명령 등), 출입국관리법 제46조(강제퇴거의 대상자), 건강기능식품에 관한 법률 제30조(폐기처분 등), 산업표준화법 제21조(표시제거 등의 명령) 등.

<표 2> 행정상 강제집행의 종류에 따른 의무의 범위

강제집행	대상이 되는 의무의 종류
대집행	대체적 작위의무
강제징수	금전급부의무
이행강제금	대체적 작위의무, 비대체적 작위의무, 부작위의무, 수인의무
직접강제	대체적 작위의무, 비대체적 작위의무, 부작위의무, 수인의무

2) 즉시강제

행정상 즉시강제란 목전의 급박한 행정상 장애를 제거할 필요가 있는 경우, 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 경우, 그 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적달성이 곤란할 경우 등에 있어, 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용을 말한다. 전통적으로 즉시강제는 법령 또는 행정처분에 의한 선행의 구체적 의무의 존재와 그 의무 불이행을 전제로 하는 행정상 강제집행과 구별된다고 보아 왔다.

그런데 ‘의무의 존재’ 여부로 강제집행과 즉시강제를 구분하는 견해⁸⁾에 대해서 의문을 제기하면서, ‘의무를 부과하는 행위의 존재’ 여부로 양자를 구분해야 한다는 견해가 유력설로 대두되고 있다. 법령에 의한 일반·추상적인 의무를 전제로 하는 즉시강제가 있을 수 있어 즉시강제가 반드시 의무가 부존재하는 경우만 상징하는 것은 아니므로 ‘의무를 부과하는 선행 행정행위의 존부’를 양자의 구분 징표로 보는 견해⁹⁾나 즉시강제도 수범자의 책임이 수반되는 강제인데 의무가 없는 책임은 인정하기 어려우므로 즉시강제의 개념적 징표는 의무 자체가 없는 것이 아니라 의무를 부과하는 선행의 절차들이 생략된 것으로 보아야 한다는 견해¹⁰⁾ 등이 바로 그것이다. 생각건대, 대부분의 행정강제는 수범자의 의무(구체적·추상적 불문)를 전제로 하는 것이므로 ‘의무’의 존부를 기준으로 할 것이 아니라 ‘의무 부과행위’의 존부를 기준으로 강제집행과 즉시강제를 구분하는 것이 타당하다.

8) 헌법재판소도 불법게임물의 수거·폐기조치에 관한 위헌법률심판에서 ‘의무의 존재와 그 불이행’의 유무를 기준으로 강제집행과 즉시강제를 구분하고 있다(헌법재판소 2002.10.31. 선고 2000헌가12 결정).

9) 김남진, 「행정법의 기본문제(제4판)」, 법문사, 1994, 377면.

10) 백창현, “경찰상 즉시강제로서의 출입에 관한 연구”, 「한국경찰연구」 제13권 제2호, 한국경찰연구학회, 2014, 15면.

즉시강제는 구체적 의무부과행위이자 사실행위로서의 실행행위인 동시에 그것에 대한 수인의무도 발생시키는 행위로서 사실행위와 법적 행위가 결합된 합성행위이므로,¹¹⁾ 법률유보의 원칙이 적용된다. 즉시강제에 관한 포괄적인 일반법은 없으나, 경찰관의 직무집행에 관해서는 경찰관직무집행법이 일반법으로서의 지위를 갖고 있다. 그 밖에는 수많은 개별법¹²⁾에서 즉시강제에 관한 규정을 두고 있다.

3) 그 밖의 새로운 의무이행확보수단

오늘날 전통적인 강제집행이나 즉시강제 등으로 변화하는 행정현실에 충분히 대처할 수 없는 점을 반영하여 개별법에서 새로운 강제수단들이 등장하고 있다. 금전상 제재수단으로서 ① 행정상 의무위반행위로 인하여 얻은 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과되는 과징금, ② 행정상 급부 의무의 불이행에 대해서 과해지는 가산금, ③ 조세법상 의무위반에 대한 제재의 일종인 가산세, ④ 도로교통법을 위반한 범칙자가 통고처분에 의하여 국고에 납부해야 하는 범칙금 및 과태료 등이 있다. 또한, ⑤ 행정상 의무 위반자에 대하여 일정한 행정상의 서비스나 재화의 공급을 거부하는 행정조치인 공급거부, ⑥ 국세 체납 등의 의무위반자에 대해 관련 또는 무관한 사업의 허가·인가·면허·등록 등을 내어주지 않는 관허사업의 제한, ⑦ 행정상 의무위반의 경우에 그 성명이나 위반사실 등을 공중에 공개하여 의무이행을 간접적으로 강제하는 수단인 공표 등이 있다.

2. 행정상 강제수단의 선택 기준

지금까지의 논의를 정리하면, 행정상 강제수단은 대상의무 부과행위가 존재하는지 및 그 의무의 성격이 어떠한지에 따라 선택할 수 있다.

먼저 구체적인 '의무 위반 및 의무 부과행위'가 존재하는 경우 행정상 강제집행이 적용된다. 그 중 대체적 작위의무 위반에 대해서는 대집행, 이행강제금,

11) 홍정선, 앞의 책, 433면.

12) 소방기본법 제27조(위험시설 등에 대한 긴급조치), 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제42조(감염병에 관한 강제처분), 가축전염병 예방법 제15조(검사·주사·약물목록·면역요법 또는 투약 등), 가정폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률 제9조의4(사범경찰관리의 현장출동 등), 마약류 관리에 관한 법률 제47조(부정 마약류의 처분) 등.

직접강제를 선택적으로 적용할 수 있다. 비대체적 작위의무·부작위의무·수인의무 위반에 대해서는 이행강제금, 직접강제를 활용할 수 있다. 금전납부가 필요한 금전급부의무 위반이 문제되는 경우 강제징수, 이행강제금이 적용된다. 다음으로 의무 위반과 의무 부과행위가 존재하지 않지만 급박한 행정상 장애를 제거할 필요가 인정되는 경우 비례성 원칙을 충족함을 전제로 즉시강제를 적용할 수 있다. 아울러 과징금, 관허사업의 제한, 공급거부, 공표 등의 새로운 의무 이행확보수단도 해당 사안의 성격에 따라 사용될 수 있다. 이상의 행정상 강제수단들은 법치주의 및 법적 안정성의 원칙상 모두 법적 근거를 갖춰 실행되어야 할 것이다.

이와 같이 행정상 강제수단을 분류할 수 있는데, 아래에서는 강제수단 별로 구별기준, 적용순서 등에 대해 구체적으로 고찰해 보기로 한다. 이러한 강제수단 사이의 구체적인 관계에 관한 논의는 강제수단 전반의 체계화를 위한 논의의 기초가 될 수 있을 것이다.

Ⅲ. 행정상 강제수단 사이의 관계

1. 대집행과 이행강제금의 관계

1) 대상의무에 따른 구별

대집행은 대체적 작위의무 위반이 문제될 경우에 한하여 가능하다. 대체적 작위의무의 대표적 예로는 위법건축물의 철거의무를 들 수 있으며, 그 외에도 자동차의 견인의무, 산림의 식재의무, 청소의무, 교통장애물의 제거의무 등이 있다.¹³⁾ 이행강제금이 비대체적 작위의무(예: 증인의 출석의무, 토지의 인도의무), 부작위의무(예: 특정 시설물에 대한 출입금지 의무), 수인의무(예: 자신의 토지에 타인이 통행하는 것을 수용할 의무) 위반이 있는 경우 적용된다는 점은 앞서 살펴본 바와 같다.¹⁴⁾ 이행강제금이 대체적 작위의무의 경우에도 적용할

13) 김세규, “행정대집행에 관한 소고”, 『공법학연구』 제11권 제3호, 한국비교공법학회, 2010, 186면.

14) 참고로, 공해 관련 법령에 기초한 공장의 시설개선명령에 따른 시설 개선의무는 그 성질

수 있는지에 관해서는 항을 바꿔서 논한다.

2) 대체적 작위의무 위반의 경우 택일적 활용

대체적 작위의무에 대한 강제집행수단에 관하여, 종래에는 대집행이 가능하므로 이행강제금은 별도로 허용되지 않는다는 견해도 있었으나, 오늘날의 유력설과 헌법재판소 판례는 대체적 작위의무도 이행강제금의 대상이 될 수 있다고 보고 있다. 헌법재판소¹⁵⁾는 “전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행수단으로 이해되어 왔다. 그러나 이행강제금을 행정상 강제집행의 일반적 수단으로 채택하면서 비대체적 작위의무, 수인의무, 부작위의무뿐만 아니라 대체적 작위의무를 이행강제금 부과대상으로 하고 있는 입법례(독일 행정집행법 제11조)를 찾아볼 수 있듯이, 종래 부작위의무나 비대체적 작위의무만이 이행강제금의 대상이 된다고 보아온 것은 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약은 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과될 수 있다.”고 판시한 바 있다.¹⁶⁾ 따라서 양 제도는 병행 가능한 제도라 할 수 있다. 다만, 이때 병행 가능하다는 것은 하나의 사안에 양 제도를 중복하여 부과할 수 있다는 의미는 아니고, 대집행이나 이행강제금 중 하나를 ‘선택’하여 활용할 수 있다고 볼 것이다. 건축법에 근거한 건물 철거 상황을 예로 들자면, 이행강제금으로 건물 철거라는 중국적 행정 목적을 달성할 수 있다면 문제가 없지만, 의무자가 철거를 거부하는 경우 철거할 때까지 수 회 이행강제금을 부과한 뒤 중국적으로 행정대집행을 통해 건물을 강제로 철거한다면, 의무자에게 이중처벌은 아니더라도 과잉처벌을 한 것이라는 비난을 피할 수 없을 것이다.¹⁷⁾ 따라서 양자를

상 대체적 작위의무로 분류되나, 이에 대해서 시설개선의 고도의 기술성 및 선택의 다양성을 이유로 행정기관이 특정 방법을 선택하여 실행하는 대집행이 적절하지 않고 이행강제금이 보다 적절한 방법이라는 견해가 있다(김동희, 「행정법 I(제13판)」, 박영사, 2007, 432면).

15) 헌법재판소 2004.2.26. 선고 2001헌바80·84·102·103, 2002헌바26(병합) 결정.

16) 이 사건에서 청구인은 “건축법 제69조의 의무위반이 대체적 작위의무로서 행정대집행이 가능하다는 점에서 이행강제금을 부과할 대상이 아니고, 위 이행강제금은 행정법 체계를 이탈한 것으로서 국민의 재산권을 침해하며, 행정대집행이라는 수단이 있음에도 불구하고 이행강제금을 부과하는 것은 중첩적인 제재로서 수단의 적합성에 반한다.”고 주장하였으나, 헌법재판소는 이러한 주장을 배척하였다.

17) 정훈, “한국의 행정제재 현황과 문제점”, 「법학논총」 제33권 제3호, 전남대학교 법학연구

중복 부과하는 것은 행정목적 달성을 위한 과도한 조치임과 동시에 의무자의 권익보호 측면에서 타당하지 않다.

현행 건축법은 제79조 제1항에 따른 시정명령¹⁸⁾을 위반한 경우 제85조에 따른 ‘대집행’을 할 수 있고 제80조에 따른 ‘이행강제금’을 부과할 수 있다고 규정하여, 철거의무와 같은 대체적 작위의무에 양 제도가 택일적으로 적용될 수 있음을 규정한 대표적 입법례이다. 위 헌법재판소 결정에서도 “대집행은 위반 행위자가 위법상태를 치유하지 않아 그 이행의 확보가 곤란하고 또한 이를 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에 행정기관 또는 제3자가 이를 치유하는 것인 반면, 이행강제금은 위반행위자 스스로가 이를 시정할 수 있는 기회를 부여하여 불필요한 행정력의 낭비를 억제하고 위반행위로 인한 경제적 이익을 환수하기 위한 제도로서 양 제도의 각각의 장단점이 있다. 따라서 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정 의지 등을 감안하여 행정기관은 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있다.”고 판시하였다. 결국 헌법재판소도 대체적 작위의무 위반에 대해 대집행과 이행강제금을 모두 활용할 수 있지만, 중복 적용이 아닌 선택적 적용이 가능하다고 보고 있다고 할 수 있다.

3) 적용 순서

이렇게 대집행과 이행강제금이 병행 가능한 영역에서 강제수단을 적용하는 경우 그 순서가 문제된다. 생각건대, 기본적으로는 문제된 상황에 가장 적합한 강제수단을 선택해야 하겠지만 일반론적인 기준을 세워본다면, 보다 직접적이고 신속한 행정강제로서 기능하는 대집행을 먼저 고려한 후, 대집행 요건을 갖추지 못하였거나 사건의 성질상 대집행이 곤란하다고 인정되는 경우에 한하여 이행강제금을 적극적으로 활용하는 것이 타당하다. 대집행을 통해 행정목적은 보다 직접적이고 신속하게 실현할 수 있음에도 불구하고 이행강제금을 통해 금전제재를 가한다면, 집행시일의 지체 등으로 인해 또 다른 공익을 침해하는 문제가 발생할 수도 있다. 또한, 앞서 본 바와 같이 이행강제금을 먼저 부과한 뒤에 중국적으로 대집행으로 행정 목적을 달성할 수밖에 없는 사안이라면 의무자

소, 2013, 285면.

18) 건축법은 시정명령을 “공사의 중지를 명하거나 상당한 기간을 정하여 그 건축물의 철거·개축·증축·수선·용도변경·사용금지·사용제한, 그 밖에 필요한 조치를 명”하는 것으로 규정한다.

에게 과중한 제재로 작용할 수도 있다. 적용 순위를 이렇게 보는 것은 이행강제금 제도가 도입된 경위에 비추어 볼 때에도 이해될 수 있다. 왜냐하면 이행강제금은 포괄적인 대집행이 곤란한 영역을 보충하기 위해 개별법에 등장하게 된 것이기 때문이다.¹⁹⁾

하지만 상황에 따라 이행강제금을 먼저 적용하는 것이 바람직한 경우도 있다. 예를 들어, 의무자가 어느 정도 재력이나 사회적 지위가 있어 몇 차례의 이행강제금 부과가 이루어지면 자발적인 의무이행이 가능할 것으로 충분히 예상되는 경우라면, 행정기관 또는 제3자에 의한 물리적 집행에 의하는 것보다 효과적인 방식이라고 볼 수 있다. 다만, 이러한 경우라도 이행강제금 부과로 인해 지연되는 의무이행의 지체로부터 초래되는 공익 침해가 과도하다면(예: 불법 건축물로서 철거해야 함이 법령상 명백하고 그 부지에 공공보건소 등 공공시설을 지을 예정인데 의무자가 철거를 거부하고 있는 경우) 보다 신속하게 집행을 할 수 있고 비용징수도 용이한 대집행이 타당할 수도 있다.

결론적으로 사안의 성질에 따라 유동적이기는 하지만 이행강제금은 대집행과의 관계에서 보충적으로 적용되어야 하며, 대집행으로 침해되는 이익을 금전부과를 통해 상쇄할 합리적·비례적 상황이 인정될 경우에 한하여 우선적으로 활용할 수 있는 제도라 하겠다.

2. 대집행과 직접강제의 관계

1) 대상의무에 따른 구별

집행절차 면에서 행정대집행은 ‘작의의무부과→불이행→계고처분→대집행영장 통지→실행→비용징수’ 순으로 행하고 직접강제는 ‘의무부과→불이행→실행’의 순서로 이루어지는바,²⁰⁾ 비용징수 절차 정도를 제외하고는 외양상 유사하다고 볼 수 있다. 하지만 양자는 적용되는 대상의무의 성격에서 차이점을 발견

19) 행정대집행법(1954년 제정)에 의한 대집행과 국세징수법(1949년 제정)에 의한 강제징수 및 행정벌 만으로는 행정목적은 효과적으로 달성하는 데 어려움이 발생하여, 1948년 일제강점기 법령인 구 행정집행령이 폐지된 이후 40년 이상 현행법에서 존재하지 않았던 이행강제금 제도는 1991년 건축법에서 도입되면서부터 우리 현행법 체제에 모습을 나타내기 시작했다고 한다(이동찬, “현행법상 이행강제금의 문제점과 개선방안”, 『토지공법연구』 제50집, 한국토지공법학회, 2010, 243면 참조).

20) 정훈, 앞의 글, 287면.

할 수 있다. 직접강제는 대체적·비대체적 작위의무²¹⁾, 부작위의무, 수인의무 등 모든 의무의 불이행에 대해 적용되기 때문에 대체적 작위의무의 위반 또는 불이행만을 대상으로 하는 대집행과 구분된다. 판례²²⁾도 도시공원 내 매점의 점유반환을 목적으로 매점운영자의 퇴거와 매점 내 물건의 반출을 명하는 대집행 계고처분을 한 사안에서 “매점에 대한 원고의 점유를 배제하고 그 점유이전을 받는 의무는 그것을 강제적으로 실현함에 있어 직접적인 실행행사가 필요한 것인지 대체적 작위의무에 해당하는 것은 아니어서 직접강제의 방법에 의하는 것을 별론으로 하고 행정대집행법에 의한 대집행의 대상이 되는 것은 아니다.”라고 판시하여, 비대체적 작위의무의 경우 직접강제는 가능하나 대집행은 불가능함을 명백히 하였다.

2) 대체적 작위의무 위반의 경우 택일적 활용

그런데 대체적 작위의무 불이행이 문제되는 경우 대집행과 직접강제 중 어떤 것을 적용하는 것이 타당한지 판단함에 있어 어려움이 발생한다. 일반적으로 대집행은 제3자로 하여금 이행하게 할 수 있지만 직접강제는 그렇지 않은데, 그 결과 행정기관이 스스로 물건에 대한 강제에 나서는 경우 대집행과 직접강제를 명확히 구분할 수 없는 것이다.²³⁾ 또한, 행정기관으로부터 위탁받은 제3자가 가옥철거를 하는 경우라도 제3자가 통상적인 방법을 넘어 소각 또는 폭파하는 등 대체적인 집행으로서 한계를 벗어나거나 의무자가 대집행을 거부하고 저항한 경우 실효로서 그 저항을 배제하는 것은, 대집행이 아니라 직접강제로 보아야 한다는 견해가 있다.²⁴⁾ 이렇게 대체적 작위의무를 대상으로 하는 사안으로서 대집행과 직접강제가 모두 가능하여 선택적 적용이 문제될 경우, 일반법상 절차규정에 의해 좀 더 권리보장이 되고 인권침해 소지가 적은 대집행을 원칙으로 하되, 예외적으로 직접강제를 활용하는 것이 바람직하다. 나아가 대집행은 다른 수단으로는 그 이행확보가 곤란할 것을 요건으로 하고 있는데, 여기서의 다른 수단에 직접강제가 포함된다고 보아서 안 될 것이다. 다른 수단이

21) 다만, 앞서 언급한 바와 같이 비대체적 작위의무 중 전문지식의 발표의무와 같이 성질상 직접강제가 불가능한 경우도 존재한다.

22) 대법원 1998.10.23. 선고 97누157 판결.

23) 홍정선, 앞의 책, 413면.

24) 김세규, 앞의 글, 201면.

란 대집행보다 침익성이 적은 행위, 예를 들어 행정지도나 비권력적 사실행위 등을 의미하기 때문이다.

이에 덧붙여, 문제되는 사안에서 행정강제의 종국적 목적을 고려하여 양자 중 보다 적합한 강제수단 방법을 선택하는 것이 필요하다. 예를 들어, 영업소의 간판 제거는, 이론상 간판제거의무(대체적 작위의무)를 부과한 후 불이행 시 대집행을 할 수도 있겠으나, 현실적으로 간판제거만을 목적으로 하는 경우는 거의 없고 영업정지나 취소를 명한 뒤 의무자가 이에 불응하여 계속 영업을 한 경우(부작위의무 위반)에 그 불이행을 제거하는 강제조치가 행해지는 경우가 많은데, 이때에는 직접강제에 의하는 것이 효율적일 수 있을 것이다.²⁵⁾

이렇듯 대체적 작위의무에 관해 대집행과 직접강제가 모두 문제되기 때문에 양자가 중복 문제되는 경우를 이론상 상정할 수 있겠으나, 현행법에서 이에 관한 직접적 근거를 찾기는 어려운 상황이다. 즉, 현행 법률에서 직접강제수단은 대개 폐기·폐쇄·퇴거 등의 형식으로 규정되고 있는데, 이는 대부분 비대체적 작위의무 또는 부작위의무 위반에 관한 것일 뿐 대체적 작위의무 위반에 대해 직접적으로 직접강제수단을 규정한 조항은 없는 것으로 판단된다.

3. 직접강제와 즉시강제의 관계

1) 적용범위 확정이 모호한 영역의 존재

직접강제와 즉시강제는 행정상 구체적인 의무 부과행위 및 그에 대한 의무불이행이 있었는지 여부에 따라 구분되는데, 그 구분이 쉽지 않은 영역이 존재한다. 예를 들어, 통상 즉시강제에 관한 일반법으로 언급되는 경찰관직무집행법의 일부 규정인 물건의 영치(제4조 제3항), 최루탄의 사용(제10조의3), 무기의 사용(제10조의4)에 대하여, 경찰하명을 전제로 하여 그에 대한 불응 시 사용되는 직접강제라고 보는 견해가 있다.²⁶⁾ 또한, 현행법상 즉시강제의 입법례로 인용되고 있는 사례들(감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 제49조에 의한 격리조치, 소방기본법 제24조에 의한 국민에 대한 소방활동 종사명령 등)은 즉시강제가 아

25) 정훈, 앞의 글, 288면.

26) 박규하, “행정상의 강제집행제도에 관한 연구”, 『외법논집』 제8집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2000, 23면.

니라 직접강제의 근거 법률이거나 아니면 즉시강제를 위한 명확한 법적 근거가 결여되어 있는 경우라고 주장하는 견해도 있다.²⁷⁾

생각건대, 직접강제와 구분되는 즉시강제의 요건으로 급박성과 공공의 이익 침해의 개연성이 요구되고 있으나, 급박한 장애나 침해되는 공익의 정도는 1에서 10까지의 단계와 같이 명확히 확정할 수 있는 개념은 아니다. 그러므로 즉시강제를 급박성이 인정되는 경우까지는 아니지만 어느 정도의 긴급성이 요구되는 직접강제와 일도양단으로 구분 짓기는 힘들다. 또한, 공공의 이익을 위해 직접적인 행정강제가 필요한 상황에서는 의무 부과행위를 한 후 강제조치를 취하는 것(예: 화재발생 시 인근 주민에게 불을 끄도록 명령한 후 그에 응하지 않은 주민에게 강제로 불을 끄게 하는 상황)과 의무 부과행위를 생략하고 바로 강제 조치를 취하는 것(예: 화재발생 시 인근 주민에게 바로 불을 끄게 하는 상황)이 경우에 따라 모두 가능하기 때문에, 의무 부과행위와 그 불이행의 존재 여부를 기준으로 양자를 구분하는 것은 상대적이라는 한계가 있다 할 것이다. 하지만 이러한 중첩적인 영역이라 할지라도 직접강제와 즉시강제 모두 아래에서 보는 비례성 원칙을 준수해야 하는 제한이 따른다는 점에서는 동일하다고 볼 것이다.

2) 비례성 원칙의 준수

행정상 강제수단은 행정상 강제집행을 원칙으로 하며, 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고 기본권 침해의 소지가 큰 권력 작용인 즉시강제는 어디까지나 예외적인 강제수단이라고 할 것이다. 따라서 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서 이루어져야 하고, 행정상의 장애가 목전에 급박하고 다른 수단으로는 행정목적 달성을 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다.²⁸⁾ 이러한 비례원칙의 준수는 즉시강제보다는 다소 긴급성이 덜 하고 권리침해 가능성이 적기는 하지만 여전히 국민의 신체와 재산에 직접적인 행정조치가 취해지는 직접강제의 경우에도 당연히 적용된다고 볼 것이다.

27) 정하중, “한국의 행정상 강제집행제도의 개선방향”, 『공법연구』 제24집 제3호, 한국공법학회, 1996, 110면.

28) 헌법재판소 2002.10.31. 선고 2000헌가12 결정.

행정권에 의한 과도한 권리침해 방지를 위해 영장주의를 행정상 즉시강제에도 적용해야 하는지에 관해서는 논란이 있는데, 헌법재판소는 행정상 즉시강제는 상대방의 임의이행을 기다릴 시간적 여유가 없을 때 하명 없이 바로 실력을 행사하는 것으로서 그 본질상 급박성을 요건으로 하고 있어 법관의 영장을 기다려서는 그 목적을 달성할 수 없다고 할 것이므로, 원칙적으로 영장주의가 적용되지 않는다고 보고 있다.²⁹⁾ 직접강제에 관한 법원이나 헌법재판소의 명시적인 판례는 아직 없지만, 직접강제의 경우에도 위 헌법재판소 결정과 같이 영장주의를 원칙적으로 요구할 수는 없다고 생각한다. 왜냐하면 신체의 구속 등 형사절차에 준하는 조치가 취해지는 것이 아닌 한, 행정권과 사법권 간의 권력분립 원칙을 고려해야 하기 때문이다.

아울러 직접강제와 즉시강제는 모두 국민의 신체 또는 재산에 직접 실력을 가하는 수단이기 때문에 수범자가 이에 저항할 경우 공무집행방해죄 성립 여부가 문제될 수 있다. 이때 실력행사를 제어할 수 있는 명시적 법적 근거가 없다면 불법적인 공무집행이 되고 이에 대한 저항은 공무집행방해죄가 성립하지 않을 것이다. 다만, 대부분의 경우 위법한 강제조치는 이미 종료되어 버릴 것이므로, 이에 대한 행정쟁송은 실질적으로는 ‘즉시강제의 결과로서의 상태(예: 강제 수용, 물건의 영치 등)의 취소 또는 무효를 구하는 소송’의 모습을 띠 것이다.³⁰⁾ 이것이 힘들다면 이미 종료된 행위로 인해 손해를 입은 자는 사후 국가배상청구를 통해 구제를 받을 수밖에 없는데, 이는 국가배상법상의 배상요건(고의·과실, 상당인과관계)이 모두 충족되어야 한다는 제한이 따른다.³¹⁾ 그러므로 직접강제나 즉시강제가 실행되기 전에 효과성 원칙, 비례성 원칙 등을 준수한 강제조치인지 충분히 숙고한 후 실행하는 것이 중요하다.

4. 즉시강제와 대집행의 관계

앞서 본 바와 같이 즉시강제와 행정상 강제집행의 일종인 대집행은 의무 부과행위 및 그 불이행의 준부를 기준으로 구분된다는 점에서, 적용 국면이 다른 강제수단이다. 따라서 양자가 중첩되는 영역은 없다고 보아도 무방할 것이다.

29) 헌법재판소 2002.10.31. 선고 2000헌가12 결정.

30) 김남진·김연태, 「행정법 I (제14판)」, 법문사, 2010, 496면.

31) 이기춘, “행정상 즉시강제에 관한 연구,” 「공법연구」 제39집 제4호, 한국공법학회, 2011, 305면.

참고로, 즉시강제가 의무를 부과하는 선행 행정행위를 전제함이 없이 이루어지는 제도로서 일종의 절차를 생략하는 간이 강제수단이라는 관점에 입각하면, 즉시강제는 대집행과 구분되는 것이 아니라 결합될 수도 있는 제도라는 견해가 있다. 즉, 의무자가 이행하여야 할 의무의 실질이 대집행기관이 실행해야 할 행위와 동일하고 긴급한 필요가 있어 관련 절차를 생략해야 하는 상황에 ‘즉시강제로서의 대집행’이 가능하다는 것이다.³²⁾ 이 견해는 행정대집행법 제3조 제3항에서 긴급한 경우 계고처분 등 절차를 생략할 수 있음을 규정하고 있는 것이 이를 뒷받침하는 근거가 되고 있다고 한다.

5. 금전상 제재수단 간의 관계

금전상 제재수단으로는 금전납부의무 위반에 대한 강제징수와 주로 작위의무·부작위의무 위반에 대한 이행강제금, 과징금, 벌금, 과태료, 범칙금 등이 있다. 아래에서는 이들의 법적 성격, 절차보장 및 구제수단, 병과 여부 등에 대해 살펴본다.

1) 법적 성격(재량성)

금전상 제재수단이 기속행위인지 재량행위인지에 관하여, 벌금이나 과태료는 기속행위이나, 과징금이나 이행강제금 등은 재량행위로 보는 것이 일반적이다.³³⁾ 그런데 일부 법률³⁴⁾에서는 “부과한다”와 같이 기속행위임을 의도한 듯한 형식을 취하거나 재량의 여지없이 일정액·일정 부과율의 금액을 획일적으로 부과하도록 규정하는 경우도 발견할 수 있다. 대법원³⁵⁾도 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 및 시행령상 명의신탁자에 대하여 과징금을 부과할 것인지 여부는 기속행위에 해당한다고 판시한 사례가 있다.

32) 이기춘, 앞의 글, 310면. 반면, 의무자가 이행하여야 할 의무의 실질이 집행기관의 행위와 동일하지 않고 다른 것이면서 긴급하게 강제가 이루어져야 하는 경우에는 ‘즉시강제로서의 직접강제’가 가능하다고 한다.

33) 과징금에 관한 대표적 법률인 독점규제 및 공정거래에 관한 법률은 “과징금을 부과할 수 있다”고 규정(제6조, 제17조, 제22조, 제24조의2, 제28조, 제31조의2, 제34조의2)하여 재량행위임을 명백히 하고 있다.

34) 농지법 제62조(이행강제금) ① 시장·군수 또는 구청장은 ... 그 처분명령을 이행하지 아니한 자에게 해당 농지의 토지가액의 100분의 20에 해당하는 이행강제금을 부과한다.

35) 대법원 2007.7.12. 선고 2005두17287 판결.

생각건대, 금전제재수단은 의무자에 자산상황에 직접 영향을 미치는 것으로서 경제적 활동과 재산가치가 중요한 오늘날에는 강력한 제재로 기능할 수 있으므로, 법률에서 일률적으로 금액을 정해놓는 것이 바람직한지 의문이다. 의무 위반의 사실관계나 정도 사안마다 다를 수 있으므로 그러한 구체적 사정을 반영하여 부과금액을 조정할 필요가 있을 수 있기 때문이다. 그렇기 때문에 근거 법률에서 부과액을 획일적으로 정할 것이 아니라 부과권자에게 재량을 부여하여 금액의 상한을 두는 방식으로 규정하는 것이 타당하다고 생각한다.³⁶⁾ 물론 하위법령에서 세부기준을 정하여 법적 안정성의 제고를 꾀할 수도 있을 것이다. 결론적으로, 금전상 제재수단은 가급적이면 재량행위로 규정하고, 실제 운영에 있어 합리적인 재량을 행사하여 적용하는 것이 바람직하다.

2) 절차보장 및 구제수단

금전상 제재수단의 절차보장에 관하여, 이행강제금의 경우 의무를 이행하지 않으면 이행강제금이 부과된다는 것을 의무자가 충분히 인지할 수 있도록 해야 하는데 의무자에게 의견제출의 기회를 부여하고 있는 현행 법률이 많지 않아 문제된다는 지적이 있는바,³⁷⁾ 입법개선 측면에서는 경청할 만하다. 다만, 개별 법에 명문의 규정이 없더라도, 이행강제금 부과행위는 행정절차법 적용대상인 처분(제2조 제2호) 개념에 해당하여 같은 법 제21조, 제22조의 의견청취에 관한 규정을 적용할 수 있으므로, 전체적인 법체계상으로 보면 절차보장에 큰 문제가 없다고 판단된다.

금전상 제재수단의 구제수단을 보면, 과징금은 행정처분으로 인정되므로 행정소송에 의한 권리구제가 가능하다.³⁸⁾ 범칙금은 관할 행정기관에 의한 통고처분에 대한 이의제기로 형사소송 절차에 의하게 된다. 과태료는 의무자가 그 부과에 대해 이의를 제기하면 질서위반행위규제법상 절차에 따라 권리구제를 받게 된다. 그런데 이행강제금에 관해서는 현재 입법 형식이 통일되어 있지 않

36) 예를 들어, 부과금액을 일률적으로 “200만원”으로 정할 것이 아니라, “200만원의 범위 내” 등 재량을 부여하는 형식으로 규정하는 방안을 생각해볼 수 있다(이동찬, 앞의 글, 265면 참조).

37) 이동찬, 앞의 글, 263면(이 글에 따르면, 논문 작성 당시를 기준으로 이행강제금을 규정하는 24개 법률 중 5개 법률에서만 의견제출 기회에 대해 규정하고 있다고 한다).

38) 실제 과징금부과처분에 대해 다수의 취소소송이 제기되고 있고 처분입을 전제로 위법 여부 가 다투어지고 있다(대법원 2014.2.13. 선고 2012두10772 판결 외 다수).

다.³⁹⁾ 이행강제금의 불복방법에 관하여, 입법론적으로 행정쟁송절차에 따르면 처분의 즉시 집행력 발생 및 집행부정지의 원칙상 미리 납부하고 다투어야 하고 시간이 오래 걸린다는 점 등을 들어 행정쟁송이 아닌 비송사건절차에 따라는 것으로 통일해야 한다는 견해도 있다.⁴⁰⁾ 하지만 이행강제금 부과행위는 공권력의 행사로서 국민의 권리·의무에 영향을 미치는 처분으로서 성격을 갖고 있다는 점에서 처분 개념에 포함되며, 의무자는 행정쟁송절차에서 집행정지를 활용하여 부담을 덜 수도 있으므로, 행정심판 또는 행정소송 제기를 통해 구제를 받게 하는 것이 타당하다.⁴¹⁾

3) 병과 여부

과징금을 다른 금전상 강제수단과 병과하여 부과할 수 있는지 문제되는데, 과징금이 주로 불법이득을 환수하는 성격을 갖는다고 본다면 불법행위에 대해 책임을 지는 부분은 여전히 남게 되므로 다른 금전상 제재(행정형벌도 포함)를 병과하더라도 이중처벌금지 원칙에 반하지는 않는다고 볼 수는 있다. 하지만 수범자의 입장에서는 하나의 행위에 대해 명칭만 달리하여 중복으로 금전납부 의무를 지게 되므로 병과 가능성을 인정하는 것이 실질적으로 정당한지는 의문이 있다.⁴²⁾ 현행 법률상으로도 과징금과 과태료의 병과에 관하여, 건강기능식품에 관한 법률 제48조는 “제47조의 과태료에 관한 규정을 적용할 때 제37조에 따라 과징금을 부과한 행위에 대해서는 과태료를 부과할 수 없다”고 규정하고 있으며, 여객자동차 운수사업법 제95조, 식품위생법 제102조 등도 ‘과태료에 관한 규정 적용의 특례’에 관한 규정을 두고 과징금과 과태료의 병과를 부정하는 명문의 규정을 두고 있다.

39) ① 과태료 재판에 관한 절차를 준용하도록 한 입법례로, 농지법 제62조 제7항이 있다. ② 반면, 불공정무역행위 조사 및 산업피해구제에 관한 법률 제14조와 같이 이행강제금 부과에 대해 이의신청, 행정심판, 행정소송을 제기할 수 있다고 명문으로 규정한 입법례도 존재한다. ③ 또한, 이의절차에 대해 아무런 규정을 두고 있지 않은 입법례로, 건축법 제80조, 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률 제6조 및 제10조 제4항, 옥외광고물 등 관리법 제10조의3 등이 있다.

40) 전극수, “이행강제금 도입법에 대한 비판과 개선방안”, 「공법연구」 제37집 제2호, 한국공법학회, 2008, 333-334면.

41) 실제로 건축법은 이행강제금 부과에 대한 불복절차를 비송사건절차에서 행정쟁송절차로 변경한 바 있다.

42) 정준현, “한국에서의 질서위반법 도입 -행정상 금전제재와 그 실효성 확보방안”, 「법조」 제53권 제10호, 법조협회, 2004, 114면.

생각건대, 각종의 금전상 제재수단은 도입배경 또는 법적 성격이 조금씩 다르기는 하지만, 하나의 행정상 의무불이행 행위에 대하여 중복하여 금전제재를 과하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 형식논리에 비추어 보면 행정상 강제 수단으로서의 금전제재는 모두 헌법 제13조 제1항의 이중처벌 금지의 원칙에서 말하는 ‘처벌’로 볼 수는 없지만, 개별 사정을 고려하여 의무위반의 정도에 비해 제재 또는 불이익 처분의 내용이 과다한 경우에는 실질적인 이중처벌로 보아⁴³⁾ 허용해서는 안 되기 때문이다. 헌법재판소⁴⁴⁾도 구 건축법상 형벌을 받은 자에게 위법건축물에 대한 시정명령을 위반하여 과태료를 부과하는 동법 제56조의2 제1항에 대한 위헌법률심판 사건에서, “헌법 제13조 제1항에서 말하는 ‘처벌’은 원칙으로 범죄에 대한 국가의 형벌권 실행으로서의 과벌을 의미하는 것이고, 국가가 행하는 일체의 제재나 불이익처분을 모두 그 ‘처벌’에 포함시킬 수는 없다.”고 하면서도 “다만, 행정질서벌로서의 과태료는 행정상 의무의 위반에 대하여 국가가 일반통치권에 기하여 과하는 제재로서 형벌(특히 행정형벌)과 목적·기능이 중복되는 면이 없지 않으므로, 동일한 행위를 대상으로 하여 형벌을 부과하면서 아울러 행정질서벌로서의 과태료까지 부과한다면 그것은 이중처벌금지의 기본정신에 배치되어 국가 입법권의 남용으로 인정될 여지가 있음을 부정할 수 없다.”고 판시한 바 있다. 이는 행정제재의 병과의 경우에도 구체적인 사정에 따라 이중처벌금지 원칙의 적용범주에 포함될 여지도 있음을 암시한 판례라고 평가된다.

이렇게 과징금과 과태료 간의 병과를 가급적 지양해야 한다고 보면, 후속적으로 어떠한 경우 과징금으로 규정하고 어떠한 경우 과태료로 규정할지에 관한 구분 기준을 설정하는 검토가 필요하다. 먼저 과태료는 행정법규 위반 정도가 비교적 경미하고 행정목적 달성에 간접적으로만 장애를 주는 정도의 의무태만에 대해 부과하는 것이므로,⁴⁵⁾ 그러한 사항에서 의무부과 조항의 실효성을 확보하기 위해 필요한 경우에 규정할 수 있다. 반면에, 과징금은 의무자가 행정목적 위반으로 인해 부당한 경제적 이익을 얻어 그에 대한 환수가 필요하고 사회적으로 비난 가능성이 크다고 인정되는 경우에 규정하는 것이 타당하다. 아울러 과징금의 유형 중 영업정지 등에 갈음하는 과징금이 있는데, 이렇게 영업정

43) 같은 취지로 강운산, “건설업체에 대한 중복 처벌의 문제점과 개선방안 - 입찰참가자격 제한 처분의 개선을 중심으로”, 「건설이슈포커스」, 한국건설산업연구원, 2011, 12면.

44) 헌법재판소 1994.6.30. 선고 92헌바38 결정.

45) 법제처, 「법령입안심사기준」, 법제처 법제도선진화담당관실, 2012, 510면.

지 등 처분에 같음하여 부과하여야 하는 사항에서는 과태료가 아닌 과징금으로만 규정하여야 할 것이다.

6. 새로운 의무이행확보수단과 다른 강제수단의 관계

오늘날 전통적으로 인정되어 온 강제수단인 대집행·강제징수·이행강제금·직접강제·즉시강제 외에 새롭게 등장하는 행정수요를 충족시키기 위해 공급거부·관허사업의 제한·위반사실의 공표·과징금 등 새로운 의무이행확보수단의 도입 필요성이 강조되고 있고, 실제 이러한 수단들을 반영한 입법이 적지 않다. 현대 행정에 있어 행정권한의 양적 증대 및 행정상 의무불이행을 제거하기 위한 수단의 융통성·다양성으로 인하여 새로운 이행의무확보수단을 다각도로 활용하는 것이 불가피하기는 하나, 법치주의, 행정의 예측가능성, 법적 안정성, 인권존중 등의 가치를 고려하여 그 한계를 설정할 필요가 있다.⁴⁶⁾

새로운 의무이행확보수단은 주로 금지된 행위를 한 경우(부작위의무 위반)와 해야 할 행위를 하지 않은 경우(작위의무 위반)에 부과 여부가 문제될 수 있으므로, 행정상 강제집행이 고려되는 상황에서 행정목적상 필요한 경우에 적용될 수 있을 것이다. 공급거부나 관허사업의 제한 등과 전통적 강제수단의 관계에 관하여, 전자는 부당결부금지의 원칙에 위반될 소지가 크기 때문에, 대집행·이행강제금을 고려한 뒤 엄격한 요건과 절차 하에 최종적인 수단인 직접강제를 활용하는 것이 행정의 실효성확보와 예측가능성 측면에서 더 바람직하다는 견해가 있다.⁴⁷⁾ 하지만 새로운 의무이행확보수단은 전통적인 강제수단만으로 효과적인 행정이 곤란한 경우에 대비하여 등장한 제도라는 점에서, 단순히 부당결부금지 원칙 등을 이유로 이를 가급적 활용하지 않아야 한다는 주장은 타당하지 않다고 생각한다. 전통적 강제수단과 새로운 강제수단을 각각 가장 효율적·효과적인 상황에 적절하게 활용하면 되는 것이지, 양 제도를 반드시 원칙·예외의 관계로 확정할 필요는 없기 때문이다. 따라서 행정목적 달성에 가장 적절한 수단을 선택하여 새로운 강제수단을 적용하기로 한 경우라면, 이행이

46) 박규하, 앞의 글, 9면.

47) 위의 글, 18면. 오늘날 행정편의를 위해 과징금, 인·허가사업의 제한 등과 같은 새로운 수단에 지나치게 의존하여 법집행의 왜곡현상까지도 야기되는 실정이라는 비판도 존재한다(박재윤, “행정집행에 관한 통일적 규율의 가능성과 한계”, 『공법연구』 제40집 제1호, 한국공법학회, 2011, 439면).

확보되어야 할 의무와 거부되는 공급이나 사업의 인·허가 사이에 실질적 관련성이 있는지 여부를 검토하여 부당결부금지의 원칙에 반하지 않게 강제수단을 실행하면 될 것이다.

Ⅳ. 행정상 강제수단의 체계화 방안

1. 행정상 강제수단의 체계적 이해

지금까지 논의한 강제수단 간의 관계에 관한 검토를 전제로 하여 현행 강제수단들의 선택기준이나 적용순위 등을 체계화시켜 보면 다음과 같다.

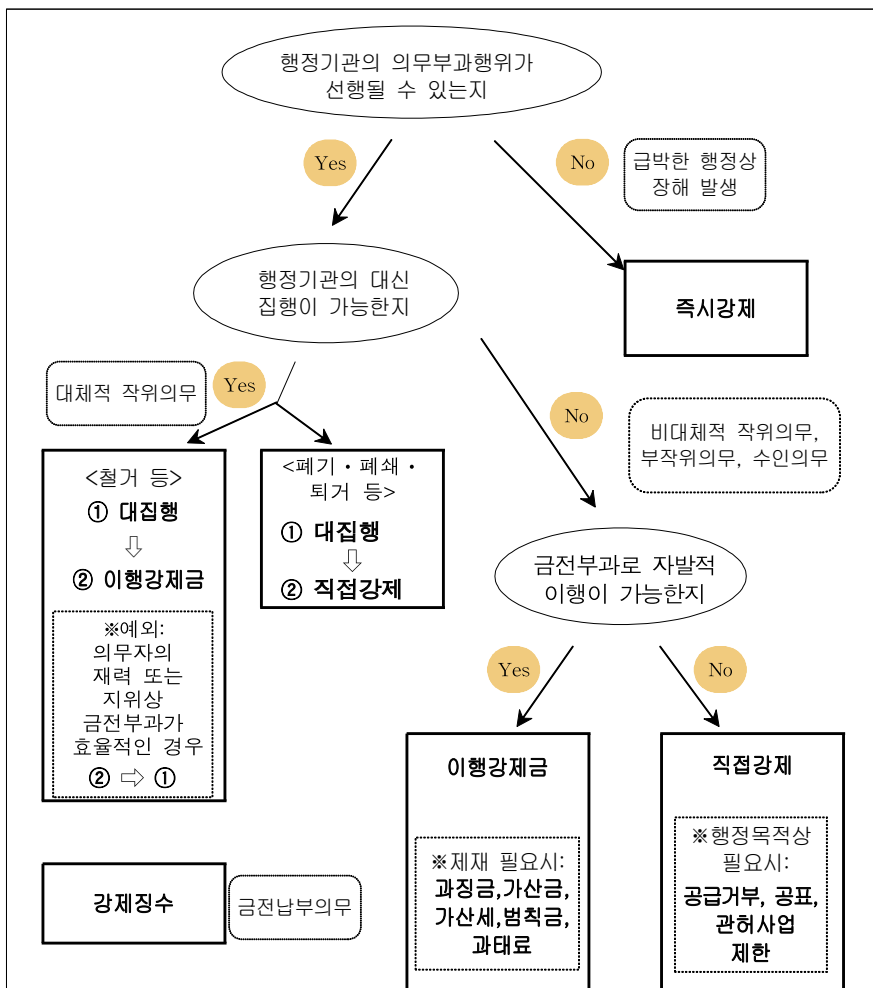
먼저 특정한 행정목적 달성하기 위한 사안에서 수범자가 이를 따라야 할 의무가 존재하는 경우가 많을 것이므로, 행정기관은 일단 의무를 부과하는 명령을 발하는 것이 필요하다. ① 행정기관이 대신 집행할 수 있는 대체적 작위의무에 관하여, 철거 등이 문제되는 경우 의무부과행위에 대해 의무자가 따르지 않는다면 우선 권익 침해의 정도가 가장 경미하고 절차보장의 정도가 높은 대집행을 고려한 후, 이행강제금을 보충적으로 적용해야 한다. 다만, 의무자가 상당한 재력과 사회적 지위 등이 있는 관계로 실력행사보다 금전부과를 통한 이행확보가 보다 바람직한 경우가 있을 수 있으므로, 이 경우에는 이행강제금 부과를 먼저 고려할 수 있다. ② 만일 금전부과 등의 간접적 의무부과보다 폐기·폐쇄·퇴거 등의 직접적 강제행위가 필요한 경우 대집행을 먼저 고려한 뒤 엄격한 절차준수 하에 직접강제를 고려해야 한다. ③ 비대체적 작위의무·부작위의무·수인의무의 경우에는, 금전부과로 자발적 이행이 예상된다면 이행강제금으로, 그렇지 않고 직접적인 실력 행사가 필요하다면 직접강제로 집행해야 할 것이다. ④ 금전납부의무 위반에 대해서는 국세징수법에 근거한 강제징수가 적용된다.

다음으로, 행정기관의 의무 부과행위를 기다릴 여유가 없는 급박한 상황에서 현저한 공익 침해를 방지하기 위하여 불가피한 경우에는 행정기관의 선행적인 의무 부과행위를 상정할 수 없다. ⑤ 이 경우에는 비례의 원칙을 준수하면서 즉시강제를 활용해야 할 것이다. 즉시강제는 나머지 행정상 강제집행과 적용국면이 다르기는 하지만 전체적인 강제수단들 간의 관계에서 볼 때에도 최후수

단으로 고려하는 것이 바람직하다.

아울러 새로운 의무이행확보수단은 필요에 따라 선택적으로 활용하면 된다. ⑥ 작위의무나 부작위의무 위반에 대해 금전부과를 통해 제재할 필요가 있는 경우에는 과징금, 가산금, 가산세, 범칙금, 과태료 등을 활용할 수 있다. 그리고 직접적 강제가 필요한 경우에는 해당 법령의 입법목적 및 집행의 효율성 등을 고려하여 공급거부, 관허사업의 제한, 공표 등을 선택할 수 있다.

<그림 1> 행정상 강제수단의 체계화



* ①, ②는 적용순서를 의미함(①의 적용을 먼저 고려한 뒤 ②의 적용을 고려)

2. 행정상 강제수단에 관한 일반법 제정의 필요성 검토

1) 문제의 소재

이상에서 검토한 바와 같이, 여러 법률에 각각 규정된 강제수단 간의 비교·검토 작업을 통해 해석상으로 현행 행정상 강제수단의 체계화가 가능하다. 그런데 입법 형식의 측면에서 강제수단들 간의 적용순위나 요건·절차 등을 하나의 법률에 일거에 규정하게 되면 보다 체계화된 규율이 가능할 수 있다는 문제제기가 꾸준히 있어 왔는바, 바로 행정상 강제수단에 관한 일반법을 제정하여야 하는지에 관한 문제이다.

2) 현행 개별법 체계에 대한 문제제기

우리는 행정상 강제수단에 관한 법체계는 대집행에 관해서는 행정대집행법이, 강제징수에 관해서는 국세징수법이 각 일반법으로서 자리하고 있으나, 이행강제금·직접강제·즉시강제·그 밖의 새로운 의무이행확보수단은 모두 개별법에서 규정하는 체계를 갖고 있다. 이러한 개별법 중심의 규율체계에 대해, 개별 강제수단 간의 체계적 연관성이나 합리성이 결여되어 오히려 가장 필요하고 적합하며 경미한 수단을 사용해야 한다는 비례원칙이 적용되지 못한다는 이유로 일반법 제정방식으로 정비하여 실효성을 확보하여야 한다는 견해가 적지 않다.⁴⁸⁾ 이를 통해 수범자가 쉽게 이해할 수 있게 되고 강제수단에 있어서 입법적 흠결이 해소될 수 있다는 것이다. 또한, 단일한 행정집행법을 제정하여 헌법상 비례원칙 또는 보충성의 원칙에 따라 ‘과태료(또는 이와 동시에 이행강제금의 계고)→대체집행(불가능 시)→강제구금의 계고→법원에 판결에 의한 강제구금’ 또는 ‘과태료(또는 이와 동시에 과징금 부과)→대체집행(불가능 시)→강제구금의 계고→법원에 판결에 의한 강제구금’으로 강제수단 체계를 구축해야 한다는 견해⁴⁹⁾도 일반법 체계를 채택하자는 견해의 일종이라 할 수 있다.

현행법 체계는 법집행에 있어서 입법적 공백이 발생할 수 있고 각 소관부처의 이익에 따라 개별적으로 입법이 이루어짐으로써 체계성이 떨어진다는 비판

48) 대표적인 글로 최봉석, 앞의 글, 256-257면 참조.

49) 정준현, 앞의 글, 162면.

을 부인할 수는 없겠다. 하지만 특정 영역에 대한 일반법을 제정하는 것이 언제나 선(善)인지는 한 번 더 생각해볼 필요가 있다. 보다 진전된 검토를 위해 해외 입법례를 통해 법체계의 정립과정 및 제도의 내용을 살펴본 후 우리에게 주는 시사점을 발견해 보도록 하겠다.

3) 해외 입법례 검토

(1) 일본

우리의 행정상 강제수단은 일본의 법제와 유사하다고 볼 수 있다. 일본은 전쟁 이후 일반법으로서의 행정집행법을 폐지하고, 일반법으로서 대체적 작위의무 위반에 대해 적용되는 행정대집행법 및 금전상 강제에 관한 국세징수법 및 지방세법을 두고 있다. 이행강제금·직접강제는 개별법에서 예외적으로만 인정하며, 즉시강제는 경찰관직무집행법 등을 통해 분리하는 체계를 갖고 있다.⁵⁰⁾ 이러한 강제수단의 개별법 산재화(散在化) 현상에 대해 일본 학계에서는 공권력에 의한 강제조치의 폐해를 줄이고 인권보호에 기여하였다고 평가하고 있다.⁵¹⁾

이러한 법체계는 아래에서 보는 독일의 ‘일반적 행정강제의 원칙’에 따르지 않으면서 행정의 집행권은 강제집행에 관한 근거법규에 의해 창설된 것으로 보는 일본 행정법학계의 통설에 이론적 근거를 둔 것으로서, 가능한 한 형벌적 제재에 의하는 것을 원칙으로 하되, 그 외의 강제수단에 의하는 경우 사법적 판단이 개입할 수 있는 여지를 입법적으로 마련함과 동시에 불가피한 최소한의 범위에서 강제수단을 사용해야 한다고 보고 있다.⁵²⁾

(2) 독일

반면, 독일은 각각의 강제수단을 통일법으로서 일반적으로 규율하는 법제를 갖고 있다.⁵³⁾ 독일이 일반법으로서 규율하게 된 것은 행정의 강제집행권한은

50) 박규하, 앞의 글, 3면.

51) 須藤陽子, “即時強制”の系譜, 『立命館法學』, 2007年 第4号, 立命館大學法學會, 2007, 18頁以下(이기춘, 앞의 글, 311면 재인용).

52) 최봉석, “행정강제의 정당화 근거와 한계”, 『공법연구』 제38집 제4호, 한국공법학회, 2010, 254면.

53) 독일 행정집행법에 대한 이하의 설명은 박규하, 앞의 글, 12-13면; 송동수, “행정상 강제 집행제도의 비교법적 검토”, 『토지공법연구』 제64집, 한국 토지공법학회, 2014, 260-272면 참조.

행정에 내재하는 권리로서 특별한 법적 수권이 없어도 행사할 수 있다는 이른바 ‘일반적 행정강제의 원칙(Prinzip des allgemeinen Verwaltungszwang)’을 배경으로 한다.⁵⁴⁾ 독일은 연방영역에서는 ‘연방행정집행법(BVwVG)’⁵⁵⁾과 ‘연방집행공무원에 의한 공권력행사에 있어서의 직접강제에 관한 법률(UZwG)’⁵⁶⁾에 의해 규율되며, 16개 주는 각각의 행정집행법을 두고 있다.⁵⁷⁾ 독일은 행정상 강제집행을 ‘금전급부의무에 대한 강제집행(제1장)’과 ‘작위·부작위·수인의무에 대한 강제집행(제2장)’의 2가지로 구분하여 규정하고 있으며, 후자에 대집행(Ersatzvornahme, 제10조⁵⁸⁾), 이행강제금(Zwangsgeld, 제11조⁵⁹⁾), 직접강제(Unmittelbarer Zwang, 제12조⁶⁰⁾)가 각 규정되어 있다. 즉시집행(Sofortiger Vollzug, 제6조⁶¹⁾)도 긴급한 위협의 존재를 요건으로 하여 규정되어 있다.

54) 다만, 이와 달리 오늘날의 독일의 통설은, 행정기관의 명령에 당연히 집행력이 있는 것은 아니며 법률에 의해 승인된 경우에 한하여 행정상 강제집행이 가능하다고 보고 있다고 한다(최봉석, 앞의 글, 240면).

55) Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes. 이는 1953. 4. 27. 제정되었고, 2009. 7. 29. 최종 개정되었다(송동수, 앞의 글, 260면).

56) Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes. 이는 1961. 3. 10. 제정되었고, 2006. 10. 31. 최종 개정되었다(송동수, 앞의 글, 260면).

57) 그런데 독일에서 연방행정집행법을 받아들이고 있는 주는 베를린 주 밖에 없으며 그 밖의 다른 주들은 연방행정집행법과 다른 입법방식을 취하고 있다고 하는데(최봉석, 앞의 글, 245-246면), 실질적으로 일반법으로서의 지위를 갖는다고 할 수 있는지 의문을 제기할 여지도 있다.

58) 제10조(대집행) 다른 사람에 의해서도 이행이 가능한 행위(대체가능한 행위)를 이행할 의무가 실현되지 않는 경우에는, 행정청은 의무자의 부담으로 다른 사람(제3자)에게 그 행위의 이행을 위탁할 수 있다.

59) 제11조(이행강제금) ① 어떤 행위가 다른 사람에 의하여 이행될 수 없고 그리고 그 이행이 의무자의 의사에만 의존하는 경우에는, 이행강제금을 통한 행위의 이행이 의무자에게 부과될 수 있다. 다만, 대체될 수 있는 행위의 경우에는 대집행이 불가능한 경우, 특히 의무자가 제3자에 의한 이행에 의해 발생한 비용을 부담할 능력이 없는 경우에는, 이행강제금이 부과될 수 있다.

② 의무자가 행위를 수인 또는 부작위해야 할 의무를 위반한 경우에도 이행강제금을 부과할 수 있다.

③ 이행강제금의 상한은 25,000 EURO까지이다.

60) 제12조(직접강제) 대집행이나 이행강제금으로 목적을 달성할 수 없는 경우 또는 그것이 불가능한 경우에는, 행정청은 의무자에게 작위·수인·부작위를 강제하거나 스스로 행위를 이행할 수 있다.

61) 제6조(행정강제의 허용성) ② 형벌 구성요건 또는 벌금(과태료) 구성요건을 실현한 위법한 행위를 저지하게 위해 또는 긴급한 위협을 방지하기 위한 즉시강제가 필요한 경우이고, 그에 따라 행정청이 자신의 법적 권한 범위 내에서 행할 경우에는, 행정강제는 선행하는 행정행위 없이 이용될 수 있다.

독일에서의 대집행은 타인에 의해 행해질 수 있는 대체적 작위의무의 경우에만 가능하고 비대체적 작위의무·부작위의무·수인의무의 경우에는 적용할 수 없다. 독일의 학계에서는 직접강제는 강제집행 수단 중 가장 가혹한 수단으로 최후적으로 고려해야 하며, 그 행사에 있어 필요성과 비례성의 원칙이 반드시 준수되어야 한다고 보고 있다.⁶²⁾ 아울러 행정청 자신에 의한 대집행은 직접강제의 한 내용으로 규정하고 있다. 그리고 이행강제에 관하여 납부이행의 실효성을 확보하기 위하여 대체강제구류(Ersatzwangshaft, 제16조) 규정을 두고 있는 것이 특징이다. 대체강제구류제도란 의무자가 이행강제금을 납부하지 않고 강제금 징수에 별다른 성과가 없는 경우 반복적인 부과에 대체하여 1일 이상 2주 이하의 기간 동안 구류에 처하는 제도로서, 구류 결정은 법원이 하게 된다.

(3) 프랑스

독일이 행정권의 보장을 위해 자기완결적·포괄적인 행정상 강제집행 체계로 발전한 것과 달리, 프랑스는 행정권의 재량권을 축소하고 국민의 자유보장을 위하여 행정상 의무위반에 대한 형벌적 제재에 의하는 것을 기본으로 하고 있다.⁶³⁾ 행정적 명령을 위반하여 공익을 해하는 행위에 대해서는 국사원령(Décrets en Conseil d'Etat) 제R. 610-5조⁶⁴⁾ 또는 제R. 642-1조⁶⁵⁾의 위경죄(contravention de police)로 처벌이 가능하며, 개별 법률에서도 형벌을 규정하고 있다.⁶⁶⁾ 그리고 법원은 형사소송법 제529조부터 제530-4조에 따라 행정명령

62) H.Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., C.H.Beck, 2009, § 20 Rn. 17(송동수, 앞의 글, 171면에서 재인용).

63) 최봉석, 앞의 글, 251-253면.

64) 제R. 610-5조(경찰명령 등의 위반) 치안에 관한 경찰명령 및 규칙에 의한 금지나 의무위반은 제1급 위경죄에 대한 벌금에 처한다.

65) 제R. 642-1조(사범·행정기관의 요청불응) 정당한 이유 없이 직무에 종사하는 사법관이나 사법경찰관이 발하는 요청 또는 공공질서에 대한 침해, 저해 기타 사람이 위험에 처하여 있는 상황에서 적법한 권한을 가지는 행정기관의 요청에 응하는 것을 거부하거나 이를 무시하는 행위는 제2급 위경죄에 대한 벌금에 처한다.

66) 프랑스 형법전은 법률편(Partie Législative)과 명령편(Partie Réglementaire)으로 구성된다. 이렇게 형법전이 두 가지의 편으로 나뉜 것은 형법 제111-2조에 제1항에서 “법률은 중죄와 경죄를 규정하며 이러한 범죄를 지은 범죄자에게 적용할 형벌을 결정한다”고 규정하고, 동조 제2항에서는 “국사원 명령은 위경죄를 규정하며 법률에 의해 정해진 범위 내에서 위경죄 위반자에게 적용할 형벌을 결정한다”라고 규정되어 있기 때문이다. 이에 따라 프랑스 형법전의 명령편은 법률편에 연이어서 위치하며 일반적 형법규정에 대한 보다 구체적인 세부지침(제1권부터 제5권)과 위경죄목록(제6권)으로 구성되어 있다(법무부,

위반행위에 대해 벌금, 범칙금, 배상금 등을 부과한다.⁶⁷⁾

정리하면 프랑스는 행정권에 의한 강제수단을 최소화하면서 사법기관의 개입을 통해서 강제가 이루어지는 법체계를 띠고 있다고 볼 수 있다.

(4) 미국

미국은 행정명령에 의하여 부과된 의무이행의 확보에 관하여 사법절차에 의해 의무실현을 강제하는 사법강제를 원칙으로 하고 있다.⁶⁸⁾ 일반적인 방법으로, 법원에 의한 형벌제재 부과 방법, 법정모독절차(contempt proceedings)를 통해 행정기관이 의무자에게 법원에 출석·증거제출 등을 요구하고 이에 따르지 않는 자를 법원이 처벌하는 방법, 행정기관이 사인과 동등한 입장에서 민사소송을 제기하는 방법 등이 활용되고 있다.

이러한 법원의 판결을 통한 실행행사의 예외로, 주로 공적인 불법방해(public nuisance)의 제거, 납세관계, 경찰권의 행사에 근거한 재산의 가압류 등에 있어 행정기관에 의한 직접적인 실행행사가 인정되고 있다. 이는 사법권 본래의 집행기능을 행정권이 집행하는 것으로서 약식절차(summary procedure)라고 하는데, 이때 일반적으로 요구되는 행정절차인 통지(notice)와 청문(hearing)을 생략하고 강제집행을 하는 것도 허용된다.⁶⁹⁾

(5) 비교법적 검토

이상의 해외 입법례 검토를 우리의 규율체계와 비교해 보도록 한다. 우리의 법체계는 행정상 의무불이행에 대해 행정상 강제로 처리하는 측면에서는 일본 및 독일과 유사하나, 일반적·자기완결적 구조를 채택하고 있는 독일과는 구별된다. 아울러 법원의 개입을 통한 사법적 강제를 중심으로 구성되어 있는 프랑스 및 미국 구분되면서도, 행정강제에 관한 일반법이 없다는 측면에서도 유사하다고 할 수 있다. 우리와 유사한 체계를 갖는 일본은, 유일하게 일반법 체계

「프랑스 형법」, 법무부 검찰국, 2008, 3-4면).

67) 프랑스 형사소송법 조문에 관한 상세는 법무부, 「프랑스 형사소송법」, 법무부 검찰국, 2011 참조.

68) 이하 미국의 법제에 대한 설명은 최봉석, 앞의 글, 247-251면 참조.

69) 식품검사관이 식품냉장업자에 대한 출입검사 시 비위생식품을 몰수·파기한 사안에서, 통지나 청문이 없이 식품을 파기한 긴급한 필요가 있다는 이유로 해당 강제권 행사의 적법성을 인정한 판례로 *North American Cold Storage Co. v. Chicago*, 211 U.S. 206(1908) 참조. 이는 우리법 체계에서는 직접강제 또는 즉시강제로 분류할 수 있을 것이다.

를 갖는 독일의 법체계를 계수하였지만, 과거 일반법 규율체계를 취하다가 현재는 인권보호의 신장 등을 이유로 개별법 규율체계로 전환한 바 있다.

4) 개별법 규율체계의 유지가 타당

법체계가 전체 법질서와 여러 법령 간 관계에 있어서 불일치되거나 모순되지 않아야 한다는 입법상 체계정당성⁷⁰⁾을 고려한다면, 일반법적 지위에 있는 법률에 의해 포괄적으로 규율하는 것이 일응 타당한 측면이 있다. 또한, 행정상의 무불이행에 대한 강제수단의 입법적 공백이 존재하는 것을 방지한다는 측면에서도 일반법 규율체계가 필요할 수도 있다. 하지만 체계정당성을 갖추는 것이 필요하다고 하기 위해서는 그것을 통해 행정강제에 있어 국민의 권리 침해가 최소화됨과 동시에 행정의 실효성도 증대되어야 할 것인데, 그러한 목적은 반드시 일반법 규율체계에 의해서만 달성될 수 있는 것은 아니라고 생각한다. 앞서 검토하였듯이, 일본과 우리는 2차 세계대전 종결 전후로 모든 유형의 행정상 강제수단을 규정한 일반법 규율체계가 행정강제에 의한 국민의 자유권 침해 측면에서 적절하지 않다는 고려 하에 일반법이 아닌 개별법 중심의 체계로 전환한 역사가 있다. 또한, 프랑스와 미국은 인권 보호 측면에서 포괄적인 행정권에 의한 강제가 아닌 사법기관에 의한 개별적 강제를 원칙으로 하고 있다. 이러한 입법의 역사나 해외 입법례에 따르면 오히려 개별법 규율체계가 권익보호에 부합하는 측면도 부인할 수 없다 할 것이다.

나아가 모든 강제수단을 담고 있는 일반 행정집행법에 의해 규율되는 경우, 해당 사안에 비추어 불필요함에도 수범자에게 보다 가혹한 직접강제나 즉시강제가 사용되어 행정개입 범위의 확대 등의 또 다른 문제를 낳을 수 있다. 다시 말하면, 행정기관이 일반규정을 근거로 그 적용범위를 과도하게 확장함으로써 오히려 강제수단이 남용될 수 있는 것이다. 개별법 중심의 규율체계에 대해 행정법상의 의무 불이행에 관한 입법적 공백이 존재한다는 문제제기가 있을 수 있지만, 반대로 명시적·구체적인 입법 근거가 없는 상황에서 국민의 신체·재

70) 체계정당성의 제고를 위해서는 새로운 법률을 제정하는 경우에 가능한 한 기존 법질서의 체계 속에 편입하도록 하여야 하고, 주기적으로 법전 전체를 정비하여 실효성 없는 법률을 개폐하는 작업이 필요하다(법제처, 「행정특별법의 현황·문제점 및 개선방안」, 법제처 연구용역 보고서, 2012, 71면).

산에 실력을 가하는 행정강제가 이루어지는 것은 법치국가 원칙에 반할 소지가 있다는 점을 상기할 필요가 있다. 행정강제 제도는 기본적으로 국민에게 침익적인 행위를 하는 것을 주된 목적으로 하는 것이기 때문에 일반규정으로 규율하는 것보다는 개별적 규율체계에 따라 도입 여부를 개별적으로 판단하는 것이 타당할 수 있는 것이다.⁷¹⁾ 따라서 각각의 행정목적이 상이한 개별 법률에서 이행강제금·직접강제·즉시강제 등 강제수단을 사용하는 것을 허용하는 입법적 결단이 있는 경우에만, 그러한 강제수단을 활용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다고 생각한다. 다양한 행정목적과 개별 법령들의 구체적 적용국면을 고려하기 어려운 일반법 체계가 언제나 능사가 될 수는 없다.

이와 관련하여, 일반법적 지위에 있는 법률이 현실적으로 실효성을 갖고 기능하고 있는지도 생각해볼 필요가 있다. 우선 1998년부터 시행된 행정에 있어서 절차준수에 관한 일반법적 지위에 있는 행정절차법은 행정부 내에서 어느 정도 일반적인 규율체계로 자리 잡은 것으로 판단된다. 그런데 행정절차의 범주에 속하는 행정조사의 요건·절차를 명확히 하여 국민의 예측가능성을 높이기 위해 제정된 행정조사기본법(2007년부터 시행)이나 과태료 부과·징수절차에 통일성을 기하기 위해 제정된 질서위반행위규제법(2008년부터 시행) 등 일정 분야에서의 일반법들이 그 제정의도에 맞게 실효성을 갖고 운영되고 있는지의 의문이다. 실례로, 행정조사기본법 제11조는 현장조사 시 현장출입조사서를 제시하고 현장조사원의 증표를 보여야 하는 규정을 두고 있지만, 개별 법령에서 이미 명문의 규정을 두고 있었던 경우⁷²⁾가 아닌 경우 제대로 지켜지지 않는 사례도 적지 않게 발견된다. 이러한 현상의 원인은 현장 공무원들에 대한 충분한 교육 및 홍보가 이루어지지 않은 데 기인한다고 볼 수 있다. 이렇듯 법체계의 체계성과 통일성을 기한다는 목적 하에 일반법을 도입하더라도, 이미 시행되고 있는 개별법과의 모순, 일선 행정 공무원들의 소극적인 도입 노력 등의 현실적 문제로 인하여 행정의 실효성이 제고되지 않는 결과를 낳을 수도 있는 것이다.

71) 이러한 점에서 아래에서 보는 행정절차법과 같이 기본적으로 행정의 자의를 방지하고 국민의 권익 보호에 주된 목적이 있는 영역에서 일반법을 도입하는 것에 정당성이 부여되는 것과는 구분할 수 있다.

72) 식품위생법 제22조(출입·검사·수거 등), 산업표준화법 제20조(시판품조사 등) 등.

3. 개별 입법 정비를 통한 개별법 규율체계의 보충

이상과 같이 행정상 강제수단의 체계화를 위해서 반드시 일반법을 제정하는 것이 필수적으로 요청된다고 보기는 어렵다고 본다. 현재 행정법 학계에서의 강제수단의 구분 및 분류 논의와 더불어, 앞서 검토한 강제수단 간의 적용순위 및 관계에 관한 사항을 보다 구체화하는 작업을 통해서도 행정상 강제수단의 체계적 이해가 가능하기 때문이다.

다만, 행정상 강제수단에 관하여 개별법 중심의 규율체계가 바람직하다고 주장하였다 하여, 현행 개별법들이 완결된 형태로 입법되어 개선의 여지가 없다고 보는 것은 아니다. 앞서 검토한 바와 같이 대체적 작위의무 위반에 있어서는 원칙적으로 대집행을 먼저 고려한 후 이행강제금을 부과해야 하므로, 대집행과 이행강제금을 동시에 규정하고 있는 법률의 경우 양자의 적용 순서에 대해 명문의 규정을 두어 수범자의 예측 가능성을 제고하는 것이 필요하다. 또한, 대집행과 직접강제 간, 직접강제와 즉시강제 간에 구분이 불분명한 영역이 존재하므로 문제되는 상황에 어떠한 강제수단을 사용하는 것이 더 해당 법률의 목적에 비추어 적절한지 고찰하여 입법화하여야 할 것이다. 그리고 이행강제금 등의 금전상 제재수단은 재량행위의 성격을 가짐을 명시하고, 동일한 사안에 중복적인 금전제재(예: 과징금과 과태료)를 부과하지 않도록 어느 하나를 부과하는 경우 다른 것은 부과하지 않는다는 명문의 규정을 마련하는 것이 바람직하다. 아울러 모든 강제수단에 있어서, 사회변화에 발맞춰 의무이행확보수단이 행정목적의 강제와 실체적 관련이 있는 수단인지 고려하는 부당결부금지의 원칙을 적용하여 보다 정치하고 수용가능성이 높은 규율이 가능하게 개선하는 노력을 게을리 하지 않아야 할 것이다.

4. 소결

결론적으로, 모든 행정상 강제수단을 아우르는 일반법을 제정하는 데에서 얻을 수 있는 체계성 및 예측 가능성의 제고도 간과할 수 없는 가치이기는 하나, 법령에 직접 근거한 행정권의 실행으로 인한 국민의 권리 보호, 다양한 분야의 행정목적의 잘 반영하여 소관 개별법에 필요한 강제수단을 마련하여 적재적소에 활용한다는 실효성 측면에서 현재의 개별법 규율체계를 유지하는 것이 더

바람직하다고 생각한다. 물론 각 개별법의 내용에 관하여 용어의 정리, 적용순서의 명시, 중복제재의 방지, 구체적 집행절차의 추가 등의 입법개선 작업을 병행해 나가는 것이 중요하다.

V. 결론

행정정책 실현에 정당한 목적이 인정되고 그것의 집행을 통해 공공의 이익의 향상을 도모할 수 있음에도 의무 위반자나 공익에 위협을 초래하는 자에게 그 이행을 강제할 수 없다면, 의무를 준수하는 자나 공공의 위협을 초래하는 행위를 하지 않는 자에게 오히려 불이익을 가져다주는 역차별적 결과가 초래될 수 있다. 반면에, 행정목적 실현이라는 명목으로 사익을 비례원칙에 위반하여 과도하게 침해함으로써 위법한 공권력 행사가 자행될 우려도 배제할 수는 없다. 이렇게 행정상 강제수단은 행정목적의 실효성 있는 실현과 국민의 권익 보호 사이에 긴장관계를 형성하여 이루어질 수밖에 없는 행정작용이라 할 수 있다.

현행 행정상 강제수단을 체계화하여 볼 때, 먼저 행정기관의 의무 부과행위가 선행되는 경우가 있다. 철거 등이 문제되는 경우 대집행을 우선적으로 적용하고 이행강제금을 보충적으로 적용한다(대체적 작위의무). 폐기·폐쇄·퇴거 등이 필요한 경우 대집행을 먼저 고려한 뒤 직접강제를 적용한다(대체적 작위의무). 금전부과로 자발적 이행이 예상된다면 이행강제금이, 직접적인 실력 행사가 필요하다면 직접강제가 적용된다(비대체적 작위의무, 부작위의무, 수인의무). 필요 시 강제징수도 활용될 수 있다(금전납부의무). 다음으로 행정기관의 의무 부과행위를 기다릴 여유가 없는 급박한 상황에서 현저한 공익 침해를 방지하기 위하여 불가피한 경우에는 최후수단으로 즉시강제를 적용한다. 아울러 새로운 의무이행확보수단도 행정목적에 따라 선택적으로 활용할 수 있다(작위의무, 부작위의무).

법치국가 원리와 국민의 권리의식이 어느 정도 확립된 오늘날에는 행정상 강제수단은 법적 근거에 따라 이루어져야 한다는 사실은 명확하다. 따라서 이러한 법률유보 원칙을 전제한 뒤, 개별법에서 각기 다른 모습으로 규정하고 있는 다양한 행정상 강제수단 사이의 관계를 명확히 하고, 하나의 일반법이 아니더라도 체계적 연관성 하에 필요한 상황에 강제수단을 적재적소에 적용할 수 있는 입법적 개선 노력을 병행하는 것이 필요하다고 볼 수 있다. 앞으로도 행정

상 강제수단을 분류화·체계화하는 노력을 지속함으로써 보다 효과적이고 효율적인 행정의 실효성 확보수단 체계를 구축해야 하겠다.

투고일 : 2016.04.04. / 심사완료일 : 2016.06.07. / 게재확정일 : 2016.06.20.

[참고문헌]

- 김남진, 「행정법의 기본문제(제4판)」, 법문사, 1994.
- 김남진·김연태, 「행정법 I (제14판)」, 법문사, 2010.
- 김동희, 「행정법 I (제13판)」, 박영사, 2007.
- 법제처, 「법령입안심사기준」, 법제처 법제도선진화담당관실, 2012.
- 홍정선, 「행정법특강(제10판)」, 박영사, 2011.
-
- 강운산, “건설업체에 대한 중복 처벌의 문제점과 개선방안 - 입찰참가자격 제한 처분의 개선을 중심으로”, 「건설이슈포커스」, 한국건설산업연구원, 2011.
- 김세규, “행정대집행에 관한 소고”, 「공법학연구」 제11권 제3호, 한국비교공법학회, 2010.
- 박규하, “행정상의 강제집행제도에 관한 연구”, 「외법논집」 제8집, 한국외국어대학교 법학연구소, 2000.
- 박재운, “행정집행에 관한 통일적 규율의 가능성과 한계”, 「공법연구」 제40집 제1호, 한국공법학회, 2011.
- 백창현, “경찰상 즉시강제로서의 출입에 관한 연구”, 「한국경찰연구」 제13권 제2호, 한국경찰연구학회, 2014.
- 송동수, “행정상 강제집행제도의 비교법적 검토”, 「토지공법연구」 제64집, 한국 토지공법학회, 2014.
- 이기춘, “행정상 즉시강제에 관한 연구”, 「공법연구」 제39집 제4호, 한국공법학회, 2011.
- 이동찬, “현행법상 이행강제금의 문제점과 개선방안”, 「토지공법연구」 제50집, 한국토지공법학회, 2010.
- 전극수, “이행강제금 도입법에 대한 비판과 개선방안”, 「공법연구」 제37집 제2호, 한국공법학회, 2008.
- 정준현, “한국에서의 질서위반법 도입 - 행정상 금전제재와 그 실효성 확보방안”, 「법조」 제53권 제10호, 법조협회, 2004.
- 정하중, “한국의 행정상 강제집행제도의 개선방향”, 「공법연구」 제24집 제3호, 한국공법학회, 1996.
- 정 훈, “한국의 행정제재 현황과 문제점”, 「법학논총」 제33권 제3호, 전남대학교 법학연구소, 2013.
- 최봉석, “행정강제의 정당화 근거와 한계”, 「공법연구」 제38집 제4호, 한국공법학회, 2010.

법무부, 프랑스 형법, 법무부 검찰국, 2008.

_____, 프랑스 형사소송법, 법무부 검찰국, 2011.

법제처, 행정특별법의 현황·문제점 및 개선방안, 법제처 연구용역 보고서, 2012.

[국문초록]

행정상 강제수단의 관계와 체계화 방안

신 상 민*

이 글은 사익과 공익의 조화를 위하여 특정 상황에 어떠한 행정상 강제수단이 가장 적합하고 행정법상 일반원칙을 준수한 것인지에 관하여 살펴보는 데 목적이 있다. 이러한 논의는 여러 행정상 강제수단들 간의 관계를 체계적으로 이해함으로써 행정의 적법성과 수용가능성을 제고하는 데에 기여할 수 있을 것이다.

현행 행정상 강제수단의 관계 및 체계화에 관하여 검토해 보면 다음과 같다. 먼저 행정기관의 의무부과행위가 선행되는 경우이다. 철거 등이 문제되는 경우에는 대집행을 우선적으로 적용하고 이행강제금을 보충적으로 적용한다(대체적 작위의무). 폐기·폐쇄·퇴거 등이 필요한 경우 대집행을 먼저 고려한 뒤 직접강제를 적용한다(대체적 작위의무). 금전부과로 자발적 이행이 예상된다면 이행강제금이, 직접적인 실력 행사가 필요하다면 직접강제가 적용된다(비대체적 작위의무, 부작위의무, 수인의무). 필요 시 강제징수도 활용될 수 있다(금전납부의무). 다음으로 행정기관의 의무부과행위를 기다릴 여유가 없는 급박한 상황에서 현저한 공익 침해를 방지하기 위하여 불가피한 경우에는 최후수단으로 즉시강제를 적용한다. 아울러 새로운 의무이행확보수단도 행정목적에 따라 선택적으로 활용할 수 있다(작위의무, 부작위의무).

행정상 강제수단의 체계화 방안으로서 일반법 제정 여부가 논의되고 있으나, 법률유보 원칙을 준수하고 각각의 행정목적을 구체적으로 실현하는 데 보다 실효성이 있는 현행 개별법 규율체계를 유지하는 것이 바람직하다. 나아가 강제수단 간의 체계적 이해를 전제로 개별법령의 미비점을 보완하는 입법 개선작업을 지속하는 것도 필요하다.

주제어 : 행정상 강제수단, 대집행, 이행강제금, 직접강제, 즉시강제, 일반법

* 법무법인 민후 변호사, 고려대학교 대학원 법학과 박사과정 수료.

[Abstract]

A Study on the Relation and Systematization of the Administrative Compulsions

Shin, Sang-Min*

This article aims to review what Administrative Compulsion is appropriate for a specific situation and whether it is satisfied the general Principles of the Administrative Law for pursuing the harmonization of private rights and public interests. Such an examination can be contributed to enhance legitimacy and acceptability of the administration by understanding the relation of several Administrative Compulsions systematically.

The relations and systematic understandings concerning current Administrative Compulsions are as follows. First of all, there are some cases that an administrative agency's imposition of duties is preceded. In case of a demolition, the Execution should be applied preferentially, and the Enforcement Fine should be considered complementally(Alternative duty to act). In case of a discard, closure and ejection, the Execution should be considered first, and after that the Direct Compulsion should be selected(Alternative duty to act). When a voluntary performance of duties is anticipated the Enforcement Fine can be applicable, but in case that a direct use of force is needed the Direct Compulsion should be applied(Irreplaceable duty to act, Omission duty, Duty to endure). If necessary, the Compulsory Collection can also be considered (Duty to pay). In the second place, In case of urgent circumstances that can not afford to wait an administrative agency's imposition of duties along with inevitable situations to protect noticeable public interests, the Immediate Compulsion should be applied as a last measure. Also newly emerged Methods to secure performance of duties will be used selectively in accordance with those administrative purposes

* Attorney at Law, law firm Minwho.

(Duty to act, Omission duty).

Some has said that the General Legislation is required for the systematization of the Administrative Compulsions. However it is reasonable to maintain current Individual Legislation regulation system, because current system can ensure observing the Doctrine of Statutory Reservation and seems to be more effective measure to accomplish individual administrative purposes specifically. Furthermore, it is also necessary to continue the improvement works to supplement some deficiencies of current individual legislations on the ground of systematic understandings concerning the Administrative Compulsions.

Key words : Administrative Compulsion, Execution, Enforcement Fine,
Direct Compulsion, Immediate Compulsion, General Legislation