

연구보고 95-2

# 行政執行法の 制定方向

- 行政上 強制執行制度의 現況과 改善方案 -

1995. 11.

연구자 : 朴尙熙(수석연구원)

金明淵(연구원)

**한국법제연구원**



## 發 刊 辭

행정상 강제집행제도에 대한 입법방식은 실효성의 확보라는 제도본연의 취지나 인권보장적 측면 등 제반사정을 고려하여 각 나라에 따라 다양한 유형으로 나타나고 있습니다. 우리나라의 행정상 강제집행제도는 대집행의 경우에는 행정대집행법으로, 강제징수에 관하여는 국세징수법으로, 그리고 직접강제와 집행별인이행강제금에 관하여는 몇몇 개별법으로 규율하는 방식을 취하고 있으며, 행정상 강제집행제도에 관한 통일적이고 체계적인 일반법은 두고 있지 않습니다. 따라서 이러한 규율방식에 의할 경우 개별 행정상 강제집행제도 사이에 체계적 연관성이나 통일적인 법집행에 있어서 문제를 야기할 수도 있고 개별법상 강제수단을 규율하지 못하는 입법적 흠결이 발생되어 집행결여의 문제를 일으킬 수도 있습니다.

그리고 개별 행정상 강제집행제도에 있어서도 이를 규율하는 실정법규정이 문제점을 가지고 있거나 입법적 흠결이 있어서 복잡 다양한 행정현상에 효율적으로 대처하는 기능을 제대로 수행하지 못하는 경우도 있습니다. 또한 최근에 공급거부, 공표, 과징금 등 새로운 의무이행확보수단이 등장하고 있으나 이러한 새로운 의무이행확보수단에 대하여 전통적인 행정상 강제집행제도로는 적극적으로 대처할 수 없는 경우도 발생하고 있습니다.

따라서 이러한 전통적인 행정상 강제집행제도의 문제점에 대한 인식을 토대로 본 연구원에서는 행정상 강제집행제도의 전반적인 문제점과 그 개선방안으로서 일반법인 행정집행법의 제정방안에 대한 연구를 수행하게 되었습니다.

본 연구보고서에서는 행정상 강제집행제도의 전반적인 현황을 현행 법령의 체계적인 분석을 통하여 살피고, 우리나라의 행정상 강제집행에 대한 입법체계의 개선을 위하여 필요하다고 인정되는 몇몇 주요국가의 행정상 강제집행제도에 대하여 개관하였으며, 이러한 행정상 강제집행제도의 전반적인 현황에 대한 체계적 분석과 주요국가의 행정상 강제집행제도에 대한 개관을 바탕으로 하여 현행 행정상 강제집행제도가 지니는 입법방식과 개별 제도상의 문제점을 도출하고 그 개선방안을 제시하였습니다.

특히 본 연구보고서에서는 현행 행정상 강제집행제도의 규율방식보다는 자족적인 완결구조를 취하는 입법방식, 즉 행정상 강제집행에 대한 일반법에 의한 규율방식이 그 필요성이나 타당성의 측면에서 보다 바람직하다고 보았습니다. 따라서 이러한 방향에서 개선방안으로서 일반법인 행정집행법의 제정의 필요성, 기본방향, 구체적 내용 등을 제시하여 보았습니다.

아무쪼록 본 연구보고서가 행정상 강제집행제도의 개선방향, 특히 일반법으로서의 행정집행법의 제정필요성과 그 구체적 방향에 대하여 학계와 관계기관에서 진지한 연구와 실무적인 작업이 이루어 질 수 있는 계기가 되어 행정상 강제집행제도가 실효성있게 집행될 수 있는 보다 합리적인 제도로서 발전할 수 있기를 기원하는 바입니다. 끝으로 이 연구가 진행되는 동안 여러가지로 협력하여 주신 관계자 여러분과 연구진에 대하여 심심한 감사를 드립니다.

1995년 9월 30일

韓國法制研究院  
院長 白南辰



# 目 次

## 第1章 序論

第1節 序說 .....	15
I. 行政上 强制執行의 問題狀況 .....	15
II. 行政上 强制執行에 대한 現行法의 態度 .....	16
III. 行政上 强制執行制度의 立法課題 .....	17
第2節 行政上 强制執行의 意義 .....	19
I. 意義 .....	19
1. 概念 .....	19
2. 民事上 强制執行과의 差異 .....	19
II. 行政上 强制執行의 類型 .....	21
第3節 行政上 强制執行의 法的 根據 .....	22
I. 論議의 實益 .....	22
II. 理論의 對立 .....	23
1. 序說 .....	23
2. 强制執行에 관한 別도의 授權規定이 필요없다는 見解 .....	24
3. 强制執行에 관한 別도의 授權規定을 요한다는 立場 .....	26
III. 結語 .....	27

## 第2章 行政上 强制執行制度의 現況

第1節 行政代執行制度 .....	33
I. 行政代執行의 現況 .....	33
1. 行政代執行의 意義 .....	33
2. 行政代執行의 重要性 .....	34

3. 行政代執行의 現況 .....	35
II. 代執行의 法律關係 .....	38
1. 代執行의 當事者 .....	38
2. 代執行의 法律關係 .....	39
III. 代執行의 要件 .....	41
1. 다른 手段으로써 그 履行을 確保하기 곤란할 것 .....	42
2. 그 履行을 방지함이 심히 公益을 해한다고 인정될 것 .....	46
3. 代執行과 行政廳의 裁量 .....	51
4. 代執行實行의 前提要件으로서의 不可爭力 .....	52
IV. 代執行의 節次 .....	53
1. 戒告 .....	53
2. 代執行令狀에 의한 通知 .....	56
3. 代執行의 實行 .....	57
4. 代執行費用의 徵收 .....	57
第2節 直接強制制度 .....	61
I. 直接強制的 意義 .....	61
II. 直接強制的 現況 .....	62
1. 營業場·事業場 등의 閉鎖 .....	62
2. 除去·消印의 表示·削除·封印 등 .....	63
3. 退去의 強制 .....	64
4. 押留·收去·廢棄·沒收 .....	65
III. 直接強制的 節次 .....	66
1. 書面에 의한 通知와 證表의 提示를 規定하고 있는 경우 .....	67
2. 意見陳述機會를 規定하고 있는 경우 .....	67
3. 書面에 의한 通知만을 規定하고 있는 경우 .....	68
4. 證表의 提示만을 規定하고 있는 경우 .....	68
5. 執行節次에 관한 規定을 두고 있지 않는 경우 .....	68
III. 直接強제를 手段으로 하는 即時強制 .....	69
IV. 直接強制에 관한 限界의 特則例 .....	70
第3節 履行強制金制度 .....	72
I. 履行強制金의 概念 .....	72

1. 履行强制金の 意義 .....	72
2. 履行强制金の 對象義務 .....	73
II. 履行强制金の 特質 .....	74
III. 履行强制金の 現況 .....	75
IV. 履行强制金の 限度額 및 算定基準 .....	77
V. 履行强制金の 賦課主體 .....	78
VI. 履行强制金の 賦課 · 徵收節次 .....	78
1. 履行强制金の 賦課節次 .....	79
2. 履行强制金の 徵收節次 .....	81
VI. 履行强制金の 賦課에 대한 不服節次 .....	82
第4節 行政上 强制徵收 .....	84
I. 行政上 强制徵收의 意義 .....	84
II. 行政上 强制徵收의 根據法 및 準用範圍 .....	84
1. 行政上 强制徵收의 基本법인 國稅徵收法 .....	84
2. 國稅徵收法의 準用範圍 .....	85
III. 行政上 强制徵收의 現況 .....	87

### 第3章 外國의 行政上 强制執行制度

第1節 序說 .....	97
第2節 獨逸의 行政上 强制執行法制 .....	99
I. 行政執行法의 多樣性과 그 原因 .....	99
II. 行政執行法의 外的 構造 .....	100
1. 對象法律 .....	100
2. 金錢給付와 그밖의 義務에 대한 行政執行을 위한 共通規定의 法典化 .....	101
III. 管轄과 職務 .....	102
IV. 執行要件 .....	104
V. 私法上의 請求로 인한 行政强制 .....	105
VI. 金錢債權에 대한 强制執行 .....	106
1. 要件 .....	106

2. 節次 .....	106
3. 權利保護 .....	106
VII. 強制手段 .....	108
1. 強制手段의 種類 .....	108
2. 強制節次 .....	112
3. 強制金の 程度 .....	114
4. 權利保護 .....	114
5. 即時執行과 直接施行 .....	114
第3節 오스트리아의 行政上 強制執行制度 .....	118
I. 強制執行의 管轄 .....	118
II. 強制執行의 要件 .....	118
III. 行政上 強制執行節次 .....	119
IV. 強制執行 手段 .....	120
1. 代執行 .....	120
2. 強制罰 .....	121
3. 直接強制 .....	122
4. 金錢給付의 徵收 .....	123
V. 費用의 徵收 .....	123
第4節 美國의 行政上 強制執行制度 .....	124
I. 美國의 行政上 強制執行制度의 特質 .....	124
II. 公的 不法妨害(public nuisance)의 除去 .....	125
III. 間接的 義務履行確保手段 .....	129
第5節 프랑스의 行政上 強制執行制度 .....	133
I. 行政上 義務履行確保의 基本體系 .....	133
II. 行政義務違反에 대한 刑事的 制裁 .....	134
III. 行政廳에 의한 強制執行 .....	135
1. 一般의 問題狀況 .....	135
2. 行政廳에 의한 強制執行의 判例法的 發展 .....	135
第6節 日本의 行政上 強制執行制度 .....	141

I. 明治憲法下の行政上強制執行制度	141
II. 現行의 行政上 強制執行制度	142
1. 日本憲法下에서의 制度改革	142
2. 日本憲法下에서의 基本的 法思想	143
II. 行政上의 強制執行의 具體的 手段	144
1. 代執行	144
2. 執行罰	146
3. 直接強制	148
4. 強制徵收	148

## 第4章 行政上 強制執行制度의 問題點

第1節 概說	153
第2節 行政上 強制執行制度의 一般의 問題點	155
I. 行政上 強制執行制度에 대한 立法方式의 問題點	155
II. 非代替的 作爲義務 또는 不作爲義務에 대한 一般 行政強制手段의 不足現象	156
III. 새로운 義務履行確保手段에 대한 法的 規律의 不完全性	157
IV. 行政義務履行의 民事的 方法에 의한 強制問題	158
第3節 個別 行政上 強制執行制度의 問題點	161
I. 代執行制度의 問題點	161
1. 代執行의 法的 性格上의 問題點	161
2. 代執行 主體의 問題點	165
3. 代執行 對象의 問題點	166
4. 代執行 要件上의 問題點	169
5. 代執行 節次上의 問題點	173
6. 代執行과 瑕疵의 承繼與否의 問題	177
II. 行政上 直接強制制度의 問題點	177
1. 序說	177
2. 他 強制手段과의 區別과 관련한 問題點	178

3. 直接强制의 手段上 問題點 .....	184
4. 直接强制의 節次上 問題點 .....	186
5. 直接强制에 있어서의 費用徵收問題 .....	187
6. 直接强制의 限界로서의 最後手段性에 대한 明確化 .....	188
III. 履行强制金(執行罰)制度의 問題點 .....	188
1. 序說 .....	188
2. 表現上의 問題點 .....	189
3. 對象義務와 관련한 問題點 .....	190
4. 手段選擇上의 問題點 .....	191
5. 履行强制金의 限度額 및 算定基準과 관련한 問題點 .....	192
6. 賦課 및 徵收節次와 관련한 問題點 .....	193
7. 不服節次와 관련한 問題點 .....	194
IV. 行政上 强制徵收制度의 問題點 .....	195
1. 强制徵收의 對象인 金錢給付義務와 관련한 問題點 .....	195
2. 國稅徵收法의 準用에 따른 問題點 .....	202

## 第5章 結 論 : 行政執行法의 制定方向

第1節 行政執行法 制定의 必要性 .....	207
I. 序說 .....	207
II. 行政執行法 制定의 必要性 .....	208
1. 行政上 强制執行에 대한 一般法이 필요하다는 立場 .....	208
2. 行政上 强制執行에 대한 一般法이 필요없다는 立場 .....	208
3. 結 語 .....	209
第2節 行政執行法의 制定方向 .....	211
I. 序說 .....	211
II. 代案의 長短點 .....	211
1. 첫 번째 代案의 長短點 .....	211
2. 두 번째 代案의 長短點 .....	212
3. 세 번째 代案의 長短點 .....	213
III. 結 語 .....	213

第3節 行政執行法の具體的 内容	215
I. 法制定의 基本方向	215
II. 具體的 内容	215
1. 構成	215
2. 總則	217
3. 個別 强制手段	222
4. 費用徵收	229
5. 附則	229
附錄 1: 獨逸『聯邦行政執行法』	233
附錄 2: 獨逸『聯邦執行公務員에 의한 公權力의 行使에 있어서 直接强制에 관한 法律』	238
附錄 3: 오스트리아『行政執行法』	244
參考文獻	248





# 第1章

## 序論



# 第1章 序論

## 第1節 序說

### I. 行政上 強制執行의 問題狀況

행정이 법을 집행하고 공익을 실현하는 과정은 대부분 그 상대방인 국민에 대하여 작위, 부작위, 급부, 수인 등의 일정한 의무를 부과하고 이에 대하여 국민은 그에게 부과된 일정한 의무를 이행하는 방식으로 이루어진다. 이 경우에 의무를 이행하여야 할 상대방인 국민이 의무를 이행하지 않거나 의무를 위반하는 경우에는 의무이행확보를 강제할 수 있는 수단이 마련되어야 한다. 이러한 수단은 행정상의 의무불이행에 대한 강제수단인 행정상 강제집행과 의무위반에 대한 제재수단인 행정벌로 크게 나누어 질 수 있다. 그밖의 실효성확보수단으로는 행정상 즉시강제, 행정조사 등의 수단과 최근 크게 증가하고 있는 공급거부, 공표 등의 새로운 의무이행확보수단 등이 있다.

본 연구보고서는 이러한 실효성확보수단 가운데 가장 골격이 되고 있고 중요하다고 여겨지는 행정상 강제집행제도를 연구의 대상으로 하고 있다. 이러한 행정상 강제집행제도는 전통적인 실효성확보수단으로서 법제도적으로 그리고 법현실적으로 다른 수단에 비하여 체계화되어 있다고 할 수 있으나, 그럼에도 불구하고 아직까지 다음과 같은 여러가지의 문제상황에 직면하여 있다.

첫째, 법제도적으로 행정상 강제집행에 대하여 그 각각의 수단에 대한 개별법적인 근거는 마련되어 있으나 이를 망라하는 일반법적인 근거는 마련되어 있지 않다는 점이다. 이는 본 연구보고서가 연구목적으로 삼고 있는 문제로서 행정상 강제집행의 문제상황을 하나로 집약할 수 있는 중요한 문제이다.<sup>1)</sup> 특히 현재 추

---

1) 행정벌, 특히 질서벌인 과태료제도의 경우에도 개별법으로만 규율되고 있고 일반법이 제정되어 있지 않은 바, 이에 대한 문제점에 대하여는 본원의 『과태료제도의 현황과 개선방안』(1994)에서 이미 살펴 본 바 있다.

진되고 있는 「행정절차법」의 시안에서 사전적 행정결정절차만을 행정절차법에서 규율하고, 이미 행하여진 행정을 집행하기 위한 행정집행절차에 관하여는 따로 법률로 정하도록 하고 있어서 행정절차법과 함께 행정상 강제집행에 대한 일반법이 마련되는 경우에는 양 법은 행정에 대한 일반적·통칙적 입법의 기능을 담당할 수 있을 것이다.

둘째, 법현실적으로 행정상 강제집행이 개별법상 제도적 장치가 이루어져 있음에도 불구하고 「집행의 결여」현상이 나타나고 있다는 점이다. 이는 집행인력이나 예산의 결여 등 현실적인 어려움에 기인하는 점도 없지 않지만 실효성확보의 전반적인 법체계나 개별 강제집행제도의 기능적인 한계에 기인하는 측면도 부인할 수 없다.

셋째, 입법정책적으로 입법자가 행정상 강제집행수단보다는 행정벌이나 새로운 의무이행확보수단을 선호하는 경향이 강하다는 점이다. 즉, 최근의 입법경향을 살펴 보면 의무의 '불이행'이 있는 경우에도 의무'위반'에 대한 강제수단인 행정벌을 채택하거나 아니면 과징금이나 부과금, 세제상의 수단 기타 새로운 의무이행확보수단을 도입하는 경향이 두드러진다. 이는 행정벌이나 새로운 의무이행확보수단이 지니는 강제력이 행정상 강제집행의 경우보다 크다는 인식에서 비롯되는 것으로 보이나, 현행 행정상 강제집행제도가 비현실적인 측면이 있기 때문이기도 하다고 볼 수 있다.

이러한 문제상황은 법적 측면에서 볼 때 결국 행정상 강제집행에 대한 일반법의 결여와 현재의 개별 강제집행제도의 기능적인 한계로 말미암은 것으로 축약해 볼 수 있다. 따라서 이를 극복하기 위하여는 행정상 강제집행에 대한 일반적 법적 근거를 마련하고 이를 토대로 개별 강제집행제도를 정비하여 양자를 상호 보완적인 관계로 유지시키는 것이 필요하다.

이하에서는 이러한 문제상황에 대한 인식을 바탕으로 하여 우선 행정상 강제집행에 대하여 현행법은 어떠한 태도를 보이고 있고, 앞으로 어떠한 입법적 과제가 있는지에 대하여 살펴 보기로 한다.

## Ⅱ. 行政上 強制執行에 대한 現行法の 態度

헌법은 국가가 의무자의 행정상 의무불이행에 대한 의무이행확보에 관하여

어떠한 방식을 취하여야 하는가에 대하여 명시적으로 규정하고 있지는 않다. 민주국가의 원리·사법국가의 원리 등의 기본원리를 채용하더라도 이것이 직접 구체적인 제도를 도출하는 것은 아니므로 행정상 강제집행제도에 있어서의 정당화 근거와 강제집행수단의 선택은 결국 입법자에게 위임되어 있는 것이다. 행정상 강제집행제도의 정당화의 근거에 관하여는 후술하겠지만, 행정상 강제집행에 대한 입법의 태도에 따라 행정상 강제집행제도가 개인의 인권에 대한 제도화된 폭력으로 작용할 위험이 존재할 수 있고 동시에 합목적성의 담보를 위한 권리주장자, 권리인정기관, 집행기관이 각각 분리된 민사상의 절차와 비교하여 상대방의 권리·이익의 위법한 침해를 초래할 우려도 있다. 이러한 점을 고려하여 현행 행정상 강제집행법제는 구행정집행령<sup>2)</sup>하에 있어서의 완결적인 행정강제시스템을 폐지하고 행정상의 강제집행제도에 관해서 법률 및 법률에 근거한 처분에 의하여 부과된 대체적 작위의무에 관해서만 일반법으로서의 행정대집행법을 제정하고, 조세에 관해서는 국세징수법 및 지방세법에 민사상의 강제집행과 병립하는 강제집행제도를 두고 있지만, 직접강제·집행벌은 개별법률이 특별히 정하고 있는 경우에 한하여 인정하고 있다. 또한 이른바, 즉시강제에 관해서도 경찰관직무집행법에서 경찰관의 직무활동에 대하여 종래의 방식보다 약화된 형식으로서의 일반적인 권한을 부여하는 것 이외에는 개별법령의 규정에 위임하고 있다.

즉, 현행법제상의 행정상 강제집행제도는 행정기관의 자력구제의 시스템이 관철되었던 구행정집행령의 그것과 비교하여 볼 때 확실히 적용범위가 축소되었다고 할 수 있다. 그리고 사법기관의 관여수단은 원칙적으로 취하여 지고 있지 않으며, 자력구제절차에 있어서도 일반적으로는 인권보호와 권리실현의 실효성 담보의 조정에 관한 새로운 방법이 채용되어 있지 않다고 할 수 있다. 다시 말하면 인권보장의 이념에 의하여 행정강제의 범위가 상당히 축소된 것이 현행법하의 행정상 강제집행제도라고 할 수 있다.

### Ⅲ. 行政上 强制執行制度의 立法課題

위에서 살펴 본 것처럼 행정상 강제집행에 대한 현행법의 입법태도는 행정주

2) 1914년 제령 제23호로 제정되었으며, 1948년 군정법령 제176호에 의하여 폐지되었다.

체의 행정상 의무이행의 확보는 행정 상대방과의 합의 내지는 그 승인에 기초한 것이 이상적이라는 점, 그리고 인권보장의 측면에서 행정상 강제집행의 범위를 가능한 한 축소하고 있다는 점이다. 그러나 환경행정의 경우에서 보는 것과 같이 최근에는 행정주체에게 부과된 임무의 확대에 의하여 행정목적은 신속하게, 그리고 행정목적에 합치한 형식으로 실현할 필요성이 점점 증대되고 있다. 또한 현행 행정상 강제집행제도는 새로운 행정현상에 대하여 적극적으로 대처하기에는 상당한 입법적 흠결을 가지고 있어서 위법성여부가 논란이 될 수 있는 새로운 의무이행확보수단을 양산하고 있다. 따라서 행정상 강제집행에 관한 현행법제의 입법태도를 그대로 견지하여야 하는지 아니면 보다 완결적인 행정강제시스템을 갖추는 것이 필요한지 여부를 판단하여 이를 입법적으로 반영하여야 하는 문제가 제기된다. 이 경우 국가·지방자치단체의 권리의 실현의 확보와 인권보장의 조정을 위하여 행정기관·사법기관을 어떻게 관련시킬 것인가, 상대방인 사인의 지위를 그 절차내부에서 어떻게 자리매김할 것인가 등이 가장 중요한 척도가 될 것이며, 이러한 관점에서 제도의 개선이 이루어질 때 비로서 행정상 강제집행제도의 질적 변혁이 이루어 질 것이다.

따라서 본 연구보고서에서는 이러한 관점에서 현행 행정상 강제집행제도의 현황, 문제점, 외국의 제도 등에 대하여 전반적으로 살펴 보고, 이를 토대로 행정강제제도에 대한 몇가지의 개선방안을 대안으로 제시하고자 한다. 이 경우에 특히 종래 구행정집행령에서 취하고 있고 독일 행정집행법이 취하는 행정강제의 자족적 완결구조인 하나의 일반법으로 행정강제에 관한 사항을 규율하는 입법방식, 즉 일반법으로서의 행정집행법의 제정의 필요성 및 타당성여부, 그리고 이것이 인정되는 경우에 있어서의 일반법에 포함되어야 할 사항, 즉 행정집행법의 규율범위에 대하여 중점적으로 검토하여 보기로 한다.

## 第2節 行政上 强制執行의 意義

### I. 意義

#### 1. 概念

현대행정은 국민생활의 다양한 영역에서 활동하며, 국민의 권리와 자유를 규제하는 영역 역시 다양하다. 따라서 부과되는 행정상 의무의 내용 및 이에 대한 행정규제의 수단 역시 법령과 법령에 근거한 행정행위 이외에 공법상 계약 등 비권력적 행위를 포함하여 다양하게 전개되고 있다.

이와 같은 방법으로 부과된 행정상의 의무는 본래 임의적으로 이행되는 것이 전제된다. 그러나 의무자가 이를 이행하지 않는 경우 그 이행을 강제하는 수단이 확보되어야 하는 바, 민사관계와는 달리 행정상의 법률관계에는 행정상의 강제집행제도를 중심으로 하여 직접적·간접적 의무이행확보수단이 마련되어 있다. 본 연구보고서에서 논의하는 것은 이러한 행정상의 실효성확보수단 가운데 행정집행법의 규율대상의 범위에 속하는 행정상의 강제집행이 주가 되므로 이하에서는 이러한 행정상의 강제집행에 관한 문제를 중심으로 하여 살펴 보기로 한다.

행정상의 강제집행(Verwaltungsvollstreckung)이란 행정상의 의무불이행에 대하여 행정청이 행정 스스로의 절차에 의하여 시민 또는 그밖의 권리주체의 공법상의 의무를 강제적인 방법으로 실행하는 것을 의미한다.<sup>3)</sup>

#### 2. 民事上 强制執行과의 差異

행정상의 강제집행제도의 의의는 시민이 민사관계에 관한 법적 다툼에 있어

---

3) H.Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.Aufl., 1994, S. 425; App, Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1989, S. 4. 한편 사법상의 청구권에 대해서도 행정상 강제집행을 인정할 수 있는지가 논란이 되고 있다. 독일의 경우에는 브레멘, 쾰른, 라인란트-팔츠, 자아르란트, 쉘레스비히-홀스타인 등 몇몇 주에서 이러한 사법상 청구권에 대한 행정상 강제집행을 인정하고 있다.

서 사용하고 있는 강제집행방식과 비교하여 볼 때 명확하게 나타난다. 민사상의 법률관계에 있어서 시민은 대체로 그의 청구권을 스스로 강제적인 방법으로 집행하는 것이 아니라, 법원과 국가의 집행기관에 도움을 청하여야 하며, 법원의 재판절차에서 시민이 주장하는 청구권이 법적으로 이유있는지 여부가 심사된다. 법원에서 이러한 청구가 이유있다고 인정되는 경우에는 시민에 대하여 채무명의에 근거하여 국가의 집행기관에 의하여 강제로 집행하도록 하는 판결이 행하여진다.

이에 반하여 행정청은 법원과 집행기관의 개입없이 그의 청구권을 스스로 집행할 수 있다.<sup>4)</sup> 행정청 스스로에 의한 집행도 채무명의를 전제하지만, 행정청은 행정행위를 발함에 의하여 필요한 채무명의를 스스로 창출할 수 있다. 따라서 행정행위는 행정상의 강제집행에 있어서도 중심개념이다. 행정청이 행정법상의 청구권을 행정행위에 의하여 정할 수 있는 권한이 있는 경우에만 행정법상의 집행이 인정될 수 있다. 구체적인 사안에서 이러한 권한이 결여된 경우에는 행정청은 시민과 마찬가지로 법원에 소송을 제기하고 집행력있는 판결을 얻어서 이러한 판결의 집행을 청구하여야 한다. 이는 특히 행정의 사법적 청구권, 행정계약에 의하여 설정된 청구권 및 행정주체 상호간의 관계에 있어서의 청구권에 대하여 적용된다.<sup>5)</sup>

그리고 행정상의 강제집행에 있어서도 행정행위의 형태로 명백한 권원이 근거지워져 있어야 하고, 또한 엄격한 절차규정의 준수하에 집행이 행해져야 하며, 마지막으로 집행요건으로서의 행정행위뿐 아니라 집행의 실행까지도 행정법원의 통제의 대상이 된다는 점에서 행정집행의 경우에도 법치국가적인 구속이 필

---

4) 독일의 경우에는 이러한 경우에 대한 예외로서 저당권등기, 강제경매절차, 파산절차의 개시, 대체강제구류명령 등은 법원이나 그밖의 사법기관에서 행하고, 집행행정청은 이에 대한 신청권만을 인정하고 있다. 그러나, 우리나라의 경우에는 강제징수에 대한 일반적 권한을 세입징수관이 행사하도록 하고 있다(세입징수관사무처리규칙 제31조, 제32조 참조).

5) 예컨대, 도시의 상수도공사는 사용자 B가 그의 수도요금 지급의무를 이행하지 않은 경우에 수도요금을 스스로 강제적인 방법에 의하여 징수할 수 있는가? 이는 이용관계의 형태가 어떠한가에 의하여 결정된다. 공법적으로 형성된 경우에는 상수도공사는 수도요금을 사용료로서 행정행위에 의하여 확정하고 이를 필요한 경우에는 집행할 수 있다. 그에 반하여 이용관계가 사법적 성격을 지닌다면, 수도요금은 사법상의 반대급부에 해당하므로 수도요금의 지급을 거부한 경우에는 다른 사법상의 채권과 마찬가지로 민사법원의 채무명의에 근거하여 민사소송상의 강제집행의 방법에 의하여 징수할 수 있다.



요하다고 할 수 있다.

권력이 국가에 독점되어 있으나 국가 또한 강제력의 행사에 있어서 법치국가의 요청에 구속된다는 점은 국가-사회적 발전의 산물이라 할 수 있다. 다른 한편 국가는 필요한 경우에 권리를 강제적으로 실행할 수 있는 바, 이 경우에 국가의 권리 뿐 아니라 개인 및 사회집단의 권리도 이에 포함될 수 있다.<sup>6)</sup>

## II. 行政上 強制執行의 類型

행정상 강제집행의 유형으로는 대집행, 행정상 강제징수, 집행벌, 직접강제 등이 있다. 이러한 강제집행의 유형 가운데 대집행이나 행정상 강제징수는 행정대집행법, 국세징수법 등의 일반법이 마련되어 있어서 일반적인 행정상 강제집행의 수단으로 활용되고 있으나 집행벌과 직접강제는 극소수의 개별법에서만 규정되고 있을 뿐 그 예가 많지 않다.<sup>7)</sup> 이러한 행정상의 강제집행의 유형을 분류하면 아래의 표와 같다.<sup>8)</sup>

〈행정상 강제집행의 유형〉

강제집행의 종류	집행대상이 되는 의무의 종류	준거법
행정대집행	대체적 작위의무	행정대집행법
행정상 강제징수	공법상 금전급부의무	국세징수법
집행벌	부작위의무, 비대체적 작위의무	개별 단행법
직접강제	대체적 작위의무, 비대체적 작위의무 부작위 · 수인의무	개별 단행법

6) 예컨대, A정당은 시위를 계획하고 있는 바, 정치적으로 다른 목표를 가진 B정당의 대표가 다수인에 의한 방해에 의하여 시위를 저지하였다. 이 경우에 국가(경찰, 가택권의 소지자 등)는 A정당의 기본권 행사를 보호할 의무가 있으며, 따라서 방해자를 조치하여야 한다.

7) 이들 행정상 강제집행수단의 선택은 각기 차별적으로만 허용되고 있으며, 어떤 특정한 의무 불이행에 대하여 허용되는 강제수단들 중 어느 것을 적용할 것인지는 그 집행을 담당한 행정청이 재량에 의하여 판단할 문제이지만, 이에 관한 행정청의 판단은 그로 인한 침해가 필요한 최소한에 그치는 방법을 택하여야 한다는 점에서 다시금 필요성의 원칙 및 협의의 비례원칙(Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit)의 제약을 받는다.

8) 이에 관한 자세한 내용은 제2장에서 살펴 보기로 한다.

### 第3節 行政上 強制執行의 法的 根據

#### I. 論議의 實益

행정이 그 상대방인 국민에게 발하는 명령권에는 그 속성으로 명령의 내용을 실현하기 위한 강제집행권이 포함된다는 원칙은 독일에서 전통적으로 승인되어 행정상 강제집행이론의 기초가 되어 왔으며, 프랑스에 있어서도 어느 정도 이와 유사한 견해가 전개되었는 바, 일본과 우리나라의 학설도 독일과 프랑스의 이러한 학설에 적지 않은 영향을 받아 온 것이 사실이다.

그런데 이러한 전통적인 원칙이 현재에도 행정상 강제집행이론의 기초가 될 수 있는지의 여부는 행정행위의 집행력을 행정행위의 본질에 고유한 것으로 이해하는가 아니면 행정행위의 내용이 강제집행에 의하여 실현되는 것이 법률상의 특별한 근거가 있는 경우에 법률에 의하여 인정되는 범위내에서만 행정행위에 부수하는 효력으로 인정될 수 있는가 하는 행정행위의 효력론과 관련하여 실제상의 문제로서 중요한 의미를 가진다.

일반적으로 행정행위의 집행 내지 집행력이란 용어는 반드시 일의적이지 아니하다. 협의의 의미에서의 행정행위의 집행력은 행정행위의 내용이 강제집행에 의하여 실현되는 것을 말하는 바,<sup>9)</sup> 행정상 강제집행 및 행정행위의 효력에 관한 논의에서 행정행위의 집행 내지 집행력을 말하는 경우 보통은 이러한 협의의 의미로 사용된다.<sup>10)</sup> 이러한 의미에서의 집행력은 마치 판결의 협의의 집행력<sup>11)</sup>이 급부판결에 대해서만 인정되고 확인판결과 형성판결에 대해서는 그 자체 권리관

9) 『Vollstreckung』나 『Vollziehung』은 모두 執行으로 번역되지만 일반적으로 후자가 광의의 의미로 사용되는 것에 대하여 전자는 특히 강제집행에 의하여 실현되는 경우인 협의의 의미로 사용된다. 그러나 양자의 용례는 반드시 엄격하게 구분되는 것은 아니다. 이러한 용어의 문제에 대해서는 E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 7 Aufl., S. 268 ff.

10) H. Maurer, a.a.O., S. 450; Sadler, Verwaltungsvollstreckungsgesetz, 2.Aufl., 1992, S.3 ff.; App, Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1989, S.23 ff.

11) 판결이 채무명의를 통한 강제집행에 의하여 실현되는 힘을 의미한다.

계의 확정 내지 법률관계의 형성으로 완결하여 강제집행의 여지가 없고 따라서 이러한 의미에서의 집행력이 인정되지 않는 바와 같이 적극적인 의무를 과하는 행정행위(하명이나 금지)에 대해서만 집행력이 인정되고, 확인적·형성적 행정행위에 대해서는 인정되지 않는다.<sup>12)</sup> 여기에서는 협의의 행정행위의 집행력을 고찰대상으로 하여,<sup>13)</sup> 이러한 행정행위의 집행에 있어서 그 선행의 행정행위를 발한 법적 근거이외에 별도로 행정상 강제집행에 대한 법적 근거도 필요한가의 문제를 살펴 보기로 한다. 이와 같은 논의가 중요한 이유는 만일 별도의 법적 근거가 필요하지 않다면 행정강제에 관한 법제정비를 운운할 아무런 실익이 없기 때문이다. 따라서 이러한 문제는 본 연구를 진행하기에 앞서 반드시 선결과제로서 해결하여야 할 문제이다.

이하에서 행정상 강제집행이론의 이론적 기초로서 나타나는 이러한 문제에 대하여 독일의 이론적 경향을 중심으로 하여 살펴보고자 한다.

## II. 理論의 對立

### 1. 序說

행정청이 행하는 명령적 행정행위에는 명령의 내용을 실현하기 위한 강제집행권이 그 속성으로 수반되며 따라서 행정행위의 집행력은 행정행위의 본질에 고유한 것이라는 견해는 종래 독일에 있어 『일반행정강제의 원칙』으로 전통적으로 유지되어 왔다. 즉, 행정권은 원칙적으로 사법권의 개입없이 그 명령을 직접 강제로 실현할 수 있고, 명령적 행정행위에는 명령에 대한 저항을 방지하기 위한 강제집행권을 수반한다는 원리가 경찰국가시대에 있어서의 행정관행과 법적 확신으로 유지되었으며, 이는 법치국가로 발전하면서도 그대로 유지되었다. 법치국가로 발전하면서 독일은 입법적으로 명령권을 가진 행정청에 대하여 작위·수

12) H.Maurer, a.a.O., S. 452.

13) 행정행위의 집행 내지 집행력이라는 용어를 보다 넓은 의미로 사용하는 경우에는 행정행위의 내용에 적합한 상태가 강제집행에 의하지 아니하고 실현되거나 또는 행정행위가 행정행위로서의 효력을 발생·지속하는 것을 의미한다.

인·부작위의 집행에 대해서는 대집행, 집행벌, 직접강제 등의 강제수단을 마련하였고, 금전급부의 집행에 대해서는 강제징수제도를 인정하여 행정적 명령권은 강제집행권을 수반한다는 경찰국가 이래의 원리를 실정법에 의하여 구현하게 되었다. 그러나 이에 대한 실정법상의 명문규정이 없는 경우에 대하여는 학설상으로 강제집행에 관한 별도의 수권규정이 필요없다는 견해와 강제집행에 관한 별도의 수권규정을 요한다는 입장의 대립이 있는 바, 이에 대하여 살펴 보기로 한다.

## 2. 強制執行에 관한 별도의 授權規定이 필요없다는 見解

이는 O.Mayer 이래 독일의 통설이었다. O.Mayer는 행정적 명령권이 집행력을 가지고 강제적으로 이를 실행할 수 있다는 것은 자명한 것으로 전제하고<sup>14)</sup> 다음과 같이 설명하였다. 즉, 『하명의 단순한 직접적 실행(die einfache geradlinige Durchsetzung des Befehls)이 문제되는 한에 있어서는 법률에 의한 별도의 근거를 요하지 않는다. 하명은 그 자체 자유에 대한 침해로서 법률의 근거를 필요로 하는 것이지만 하명이 행해진 이상 복종의무자에 대하여 다시 이를 행하도록 하는 것은 명령권의 근거규정에 의하여 보장된다. 다만 하명의 실행에 있어서 의무자에게 하명의 내용에 포함된 자유의 제한 이상의 것이나 또는 그 내용 이외의 것을 실행할 필요가 있는 경우에는 이에 대한 특별한 법률상의 근거가 필요하다』<sup>15)</sup>라고 설명하고 있다. 이 경우에 대집행, 단순한 실력사용, 압류 등과 같은 일정한 강제수단은 하명의 직접적 실행에 해당하므로 이는 그 전제가 된 명령권의 근거규정만으로 실행가능한 것이다. 따라서 이에 대한 별개의 근거규정은 필요하지 않으나, 그 절차를 정하는 특별한 법규가 있는 경우 이는 새로운 권한을 발생시키는 것이 아니라 기존의 권한을 규제하는 것으로 보고 있다.

Brunner는 일반행정강제의 원칙에 대하여 『일반행정강제의 원칙은 단지 프로이센적인 법관계의 역사적 발전에서만 설명될 수 있는 것은 아니며, 이것은 행

14) O. Mayer는 『경찰하명은 사인이 그 채무자에 대한 청구와는 달리 고권적인 것이다. 강제적 방법에 의한 경찰하명의 실현은 자명한 것이며, 행정청은 그 고유의 힘에 근거하여 사용할 수 있는 보조수단으로 이를 실현한다』고 한다(O. Mayer, a.a.O., 1 Aufl., S.327, 328).

15) O. Mayer, a.a.O., 3 Aufl., S.272.

정권이 통치권을 부여받아 구속력있는 명령 및 금지를 권리주체에게 발할 수 있는 모든 국가영역에서 타당한 것이다. 특별한 법규가 이를 폐기하는 경우에 한하여 이 원칙은 파기되는 것』<sup>16)</sup>이라 하면서 강제집행권을 高權的 命令權의 屬性으로 보고 있다. 또한 그는 명령권의 위임은 원칙적으로 강제집행권의 위임을 수반하며,<sup>17)</sup> 대집행이나 직접강제와 같이 명령에 근거한 기존의 의무를 그대로 실행하고 법적으로 더 큰 불이익을 초래하지 않는 것은 명령권이 인정된 이상 이에 대한 법률의 근거가 없더라도 당연히 인정된다는 것을 『일반행정강제원칙의 방사(Ausstrahlungen)』로서 인정된다<sup>18)</sup>고 하면서, 명령에 관한 수권규정이 있는 경우에는 強制執行에 관한 별도의 授權規定이 필요없다는 見解를 보이고 있다.

1953년의 연방행정집행법제정이후에도 이러한 견해가 부분적으로 나타나고 있는 바, 예컨대, Harry von Rosen-von Hoewel는 1953년의 연방행정집행법에 대하여 『행정강제의 실시에 있어서의 법치국가적 요구의 확보를 고려하여 이 영역을 연방법으로 규율하는 것이 필요하게 된 것으로 행정집행법상의 규정은 대부분 단순히 법적 확인의 성격을 가지는 것에 지나지 않는다』고 하면서 명령에 관한 수권규정이 있는 경우에는 強制執行에 관한 별도의 授權規定이 필요없다는 見解에 동조하고 있다.<sup>19)</sup>

또한 연방행정법원도 『법치국가에 있어서도 역시 일반행정법원칙에 따라 행정청이 受命者의 의무이행을 강제하는 권한이 있다』고 판시하여 Anschütz의 일반행정강제의 원칙을 긍정하였다.<sup>20)</sup>

16) K. Brunner, Die Lehre vom Verwaltungszwang, 1923, S.44.

17) K. Brunner, a.a.O., S.47~48. 다만 Brunner는 프로이센의 1883년의 일반주행정법 제132조와 같이 일정한 심급의 행정청에만 강제집행권을 인정하고 있는 경우에는 이에 열거되지 않은 하급청에 대한 명령권의 위임은 강제집행권의 위임을 포함하지 않으며, 하급청은 그 명령에 대한 불복종에 대하여 강제집행권이 인정된 상급청에 원조를 구하여야 한다고 한다.

18) K. Brunner, a.a.O., S.46.

19) Harry von Rosen-von Hoewel, Verwaltungsvollstreckungsgesetz und Verwaltungszustellungsgesetz, 1953, S.16, 26.

20) BVerwGE 28, 1.

### 3. 強制執行에 관한 별도의 授權規定을 요한다는 立場

위와 같은 견해에 대하여 행정청의 명령에 당연히 집행력이 있는 것은 아니며 법률상 명시적으로 승인된 경우에 한하여 행정상의 강제집행을 할 수 있다는 견해가 오늘날에 있어서는 독일<sup>21)</sup>을 비롯한 우리나라의 통설이다.

E.Forsthoff는 『적법하게 과하여진 행정상의 의무에 대한 불이행을 일반적으로 가벌적이라고 선언하는 형벌법규는 없으며 마찬가지로 모든 행정청이 행정상의 의무가 문제가 되는 모든 경우에 강제수단을 사용할 수 있다는 것을 인정하는 일반적인 행정법규도 없다. 일반적 하명·강제권은 존재하지 않는다. 강제작용의 모든 행위는 특별한 채무명의(Rechtstitel)를 필요로 한다. 따라서 모든 강제작용에 있어서 행정권은 법규에 의하여 그것을 수권받지 않으면 아니된다』<sup>22)</sup>고 하고 있다. 강제수단에 의한 행정행위의 실현은 강제집행절차가 소송절차에 대하여 가지는 것과 마찬가지로 독립성을 가진 절차이다. 즉, 특정 행정청에 부여된 고권적 처분권능에는 처분의 실현을 위한 강제수단이 포함되어 있지 않다. 그것에는 사물관련에서 유래하는 강제권같은 것은 존재하지 않는다. 그것은 헌법상의 행정의 법률에의 구속의 원칙(기본법 제20조제3항)<sup>23)</sup>에서 도출되는 것<sup>24)</sup>이라고 하며, 또한 『행정청은 관할 행정사무와 그 사무를 수행하기 위한 고권적 수단과는 구별하여야 한다. 후자도 역시 행정청으로부터 명시적으로 승인되지 않으면 아니된다. 특정의무를 위임받은 행정청은 그 의무의 수행을 위하여 필요한 고권적 수단도 직접 행사할 수 있다고 하는 초기 입헌주의시대의 일반적 견해는 이제는 타당할 수 없다』<sup>25)</sup>고 한다. 요컨대, E.Forsthoff는 행정적 명령권과 명령의 실현을 위한 강제집행권을 별개의 행위로 기본법이 규정하고 있는 행정

---

21) 독일의 경우 연방과 각주에서 대부분 행정집행에 관한 법률규정을 두고 있으므로 이러한 논의는 그 구체적 실익을 상실한 것으로 보고 있다(Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9 Aufl., 1991, S.330).

22) E.Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I Bd., 10 Aufl., 1973, S. 291.

23) 기본법 제20조제3항은 『집행권 및 사법은 법률 및 법(Gesetz und Recht)에 구속된다』고 규정하고 있다.

24) E.Forsthoff, a.a.O., S.264~265.

25) E.Forsthoff, a.a.O., S.394.

의 법률적합성의 원칙에 근거하여 행정상의 강제집행권은 명령권의 근거규정과 별개의 특별한 법적 근거를 요한다고 보고 있다.

그밖에 Kautz-Riewald는 『강제의 행사는 법률이 강제를 허용하고 있는 경우에만 허용된다. 따라서 행정강제절차 역시 법률에 근거하여 발하여진 다른 법규가 사용가능성을 인정하고 있는 경우에 한하여 허용된다. 행정강제절차는 행정명령(Verwaltungsanordnung)에 근거해서는 그 허용성이 인정되지 않는다』<sup>26)</sup>고 하여 강제징수가 가능한 금전채권은 법률에 의하여 인정되는 것에 한한다고 한다.<sup>27)</sup>

### Ⅲ. 結 語

지금까지 명령권과 강제권은 차원이 다른 것이며, 행정상 강제집행의 권한 내지 행정행위의 집행력은 행정적 명령권 내지 행정행위의 본질에 고유한 것이 아니며, 그 자체를 바탕으로 하는 실정법의 근거를 가짐으로써 비로소 존재하게 된다는 견해를 밝혔는 바, 적어도 현재의 실정법의 구조하에서 이렇게 해석하여야 하는 이유는 다음과 같다.

첫째, 행정적 명령권의 실현을 위하여 행정상 강제집행권을 인정하는가의 여부는 실정법제도의 문제이며,<sup>28)</sup> 명령권이 강제집행권을 수반하는가의 여부는 구체적 실정법제의 분석을 통하여 해명되어야 하는 바, 따라서 이러한 작업이 없이 도그마적인 명제로서 명령권은 강제집행권을 수반하다고는 말할 수 없다. K.Brunner는 행정적 명령권이 그 속성으로 강제권을 수반한다고 하는 이른바 일반행정강제의 원칙을 행정의 기능적 특질에 근거한 보편적 원칙이라고 하고,

---

26) 프로이센법으로는 Gesetz über die Zulässigkeit des Verwaltungsbefugnisse(1933) 제1조에 규정되어 있다.

27) Kautz-Riewald, Verwaltungszwangsverfahren zur Beitreibung von Geldbeträgen, 8 Aufl., 1955, S. 19, 402.

28) 행정상 강제집행권을 어느 정도 인정하는가, 행정벌 기타 사법권의 활동에 의거하여 행정상 명령의 실효성을 담보하는 방법을 어느 정도 인정하는가, 행정적 강제집행권과 행정벌의 관계를 어떻게 규율하는가 등에 대해서는 프로이센법제, 오스트리아법제, 프랑스법제, 바이에른법제, 미국법제 등이 각각 다르다.

이 원칙은 『행정권이 통치권(imperium)을 가지고 구속력있는 하명 및 금지를 법주체에 대하여 발할 수 있는 일체의 국가영역에서 타당하다』<sup>29)</sup>고 한다. 그러나 이것은 결코 타당한 것이 아니다. 국가의 통치권의 어떤 영역이 어떠한 행정영역에 속하는가는 국가의 실정법에 따라 다른 것이며, 구속력있는 명령을 발하는 권능이 행정권에 속한다고 하여 이에 의해 바로 그 명령의 내용을 강제적으로 실현하는 권능도 또한 행정권에 속한다는 것이 추론되는 것은 아니며, 후자는 원칙적으로 사법권에 유보되는 실정법구조도 존재한다는 것은 미국법제의 예에 의해서도 이해되는 바이다. K.Brunner의 주장은 처음부터 타당범위를 통치권 가운데 명령권능과 강제권능이 결합되어 행정권에 부여되어 있는 국가영역에 한정하고, 그러한 영역에 있어서 일반행정강제의 원칙이 타당하다고 한 동의반복으로 이해하는 경우에 한하여 승인될 수 있다.

우리나라 헌법은 사법국가체제를 취하고 사법권에 의한 법의 유지보장의 원리를 존중하고 행정활동의 적법성의 보장도 사법권의 기능에 의하도록 되어 있다. 이러한 원리하에서 권리주체간에 권리의무에 대하여 다툼이 있고 일방의 권리가 강제를 사용하여 실현되기 위해서는 원칙적으로 권리의 존재가 법원에 의하여 확정되어 사법권의 발동에 의존하지 않으면 아니되고 강제집행권능은 원칙적으로 사법권에 유보되어 있는 것으로 이해되고 있다. 행정상 강제집행은 명령의 복종에 관한 행정주체의 청구권이 행정권 스스로에 의하여 일방적으로 확인되어 행정권의 자력에 의한 강제가 행하여지는 것을 의미하기 때문에 위의 원칙에 대한 예외로써 특별히 법에 규정되어 있는 경우에 한하여 인정될 수 있다. 또한 우리 헌법은 국민의 기본적 인권이 실체적·절차적으로 존중되어야 한다는 것을 요구하고 있다. 행정권 독자의 강제집행은 의무의 내용을 시의적절하게 신속하게 실현한다는 관점에서는 요청되지만 이것은 다른 한편 행정권의 전단적인 남용으로 공정한 객관성을 상실할 위험이 있다. 이상과 같이 헌법적 질서의 요청상 행정상 강제집행권은 법이 명시적으로 특히 인정하는 경우에 한하여야 할 것이며, 명령권의 수권법규에서 이를 도출하는 것은 허용되지 않는다 할 것이다. 이러한 관점에서 보면 행정대집행법이 과거에 대집행·집행벌·직접강제를 포괄적으로 인정하여 온 행정집행령을 폐지하고 대집행만을 인정하며 『행정상의

---

29) K.Brunner, a.a.O., S.44.



의무이행확보에 관해서는 다른 법률의 정함이 있는 경우를 제외하고는 이 법률이 정하는 바에 의한다』고 규정한 것은 예를 들어 직접강제는 기존의 의무를 그대로 실현하는 것이기 때문에 명령권에서 직접강제의 권한을 도출하고자 하는 견해를 실정법적으로 배척하는 취지로 이해할 수 있다.

둘째, 명령권은 강제권을 포함한다는 학설의 배경에는 명령이 강제실현의 가능성이라는 요소가 없으면 명령으로서의 성질이 결여된다는 사상이 내재하고 있는 것으로 생각된다. 종종 강제권을 수반하지 않는 명령권은 『무의미하다』, 『그 가치를 상실한다』 또는 『행정강제에 관한 행정의 독자성을 승인함으로써 비로소 법을 실현하여야 하는 국가작용으로서의 행정은 그 고유한 의의를 발휘할 수 있다』고 한다. 확실히 명령은 강제적 요구로써 상대방의 의사를 구속한다. 그러나 명령이 강제적인 것으로서 상대방에게 의무를 지운다는 것과 의무가 이행되지 않는 경우에 그 신체·재산에 강제를 가하거나 또는 특별한 부담을 과함으로써 강제집행한다고 하는 것은 별개의 것으로 실정법이 강제집행을 인정하여 명령의 실효성을 담보하는 경우도 있고 그렇지 않는 경우도 있는 바, 후자의 경우에도 명령이 명령으로서의 성질이 없다고 할 수 없으며, 현실적으로 강제집행의 가능성은 반드시 명령의 개념에 본질적인 것이라고 생각할 수 없다.

세째, 독일의 학설과 그 영향을 받은 우리나라의 학설에서 행정행위를 판결과 같은 차원의 국가행위로 생각하여 판결이 집행력을 가진 것과 같이 행정행위도 당연히 집행력을 가진다고 보는 견해도 있다. 그러나 강제집행의 전제로서의 판결은 독립성이 보장된 법원이 係爭當事者로부터 독립한 제3자로서 판결의 집행의 결과 발생하는 이익에 의하여 영향을 받지 않는 지위에서 행하는 청구권확정이므로 객관적 공정성이 보장되는 반면에, 강제집행의 전제로서의 행정행위는 행정권 스스로가 행정주체의 청구권을 주장하여 스스로 확인하는 것이기 때문에 그 판단은 행정권측의 편의에 따라 좌우될 위험성이 있으며, 공정성이 보장될 수 없다. 따라서 강제집행의 전제로서의 법원의 판결과 행정행위는 그 내면적 본질에 있어 다르며, 법원판결이 채무명의로 될 수 있는 것과 같은 의미에서 행정행위도 당연히 채무명의로 될 수 있다는 견해는 정당하지 않다. 행정행위의 법적 정당성이 독립한 판결에 의하여 심사될 수 있는 제도가 확립되어 있지 않거나 그것이 불완전한 단계에서 행정행위가 법원의 판결과 더불어 국민의 권리의무를 공권적으로 결정하는 행위로서 판결과 동일하게 당연히 집행력을 가진다는 것은 행정소송상 개괄주의를 취하는 소송방식하에서 즉, 모든 행정행위에 대하여 그

법적 정당성을 법원의 판결을 통하여 확정하는 소송절차가 열려있는 제도하에서는 심사되어야 할 행정행위 그 자체가 이미 처음부터 법원의 판결과 같이 타당성을 가지고, 법규에 의한 승인이 없더라도 당연히 집행력을 가진다고 생각하는 것은 정당하지 않다.

네째, O.Mayer와 같은 이론구성은 행정적 명령권은 당연히 강제집행권을 수반한다는 독일의 전통적인 인식과 자유와 재산에 대한 침해는 법률의 근거를 요한다는 인식을 하명을 직선적으로 실현하는 경우에는 하명의 근거가 되는 법규에 의하여 동시에 기초지위지는 강제집행행위라는 개념적 범주를 사용하여 교묘하게 결합시킨 것이다. 이에 대하여 일본의 경우에는 O.Mayer적인 입장에 따라서 명령의 내용을 그대로 실현하는 강제집행행위(직접강제, 대집행 등)를 인정하여 명령권의 수권법규에 기초한 강제집행의 영역을 인정하고자 하였다.<sup>30)</sup> 그러나 명령권의 수권법규에 기초한 강제집행행위는 인정될 수 없는 것이다. 강제집행행위에는 집행벌과 같이 의무자의 의사에 대한 영향을 통하여 간접적으로 명령의 실현을 도모하는 것과 대집행 또는 직접강제와 같이 직접적으로 명령을 실현하는 것의 구별은 인정되지만 이 구별은 강제집행행위가 명령권의 수권법규에 기초한 것이지의 여부에 의한 구별은 아니다. 전자가 명령과는 다른 부담을 과한다는 것은 명백하지만 후자에 있어서도 受命者의 의사를 무시하고 그 신체·재산에 실력을 가하는 작용은 그것이 어떠한 형태로 이루어지든 명령에 따라 수명자가 자발적으로 일정한 태도를 취할 것을 의무지우는 것으로 자유제한의 태양을 달리할 뿐 이질적인 침해를 의미하는 바, 일체의 강제집행행위는 그 자신의 수권법규를 요한다고 하지 않을 수 없다. 다른 강제수단에 대해서는 법규의 근거를 요한다고 하면서 가장 가혹하여 최후의 수단으로만 인정되는 직접강제를 명령권에서 직접 도출하는 것은 지나친 형식논리라고 하지 않을 수 없다.

따라서 행정행위의 집행력은 행정행위의 본질에 고유한 것이 아니며, 행정이 그 자신의 명의로 강제를 사용하여 집행할 수 있다는 것을 인정하는 법규<sup>31)</sup>에 근거하여 법규가 인정하는 범위안에서 행정행위에 수반되는 효력이라고 하여야 할 것이다.

30) 美濃部達吉, 『日本行政法(上)』, 336면.

31) 이러한 법규는 예를 들어 행정대집행법과 같이 일반적인 것일 수도 있고, 또는 개별적인 것일 수도 있다.

## 第 2 章

# 行政上 强制執行制度의 現況



## 第2章 行政上 強制執行制度의 現況

### 第1節 行政代執行制度

#### I. 行政代執行의 現況

##### 1. 行政代執行의 意義

대집행(Ersatzvornahme)이라고 함은 의무자가 대체적 작위의무<sup>1)</sup>를 자발적으로 이행하지 않는 경우에 행정청이 그 의무를 스스로 행하거나(자주집행 : Selbstvornahme) 또는 제3자로 하여금 이를 행하게(타자집행 : Fremdvor-nahme)함으로써 의무의 이행이 있는 것과 같은 상태를 실현시킨 후 그에 관한 비용을 의무자로부터 징수하는 행정상의 강제집행을 말한다(행정대집행법 제2조).<sup>2)</sup> 즉, 대집행은 스스로 이행하도록 과하여진 의무에 대하여 제3자에 의한 이행의

---

1) 행정행위에 의하여 부과된 의무 외에 법령에 의하여 직접 부과된 의무도 포함된다(행정대집행법 제2조).

2) 독일의 행정집행법은 타집행만을 대집행이라고 하고, 자주집행은 그 비용을 행정청 스스로 부담하는 직접강제의 일종으로 규정하고 있다(독일행정집행법 제10조·제12조). 이에 대하여 우리나라의 행정대집행법이 자주집행의 경우까지 대집행으로 규정함으로써 이론상 직접강제와 구별이 모호하기 때문에 대집행개념의 새로운 정립이 요청되며, 입법론상 자주집행은 직접강제로 보아 요건과 절차를 정비함이 바람직하다는 견해가 있다(金南辰, 『行政法 I』, 444면; 李尙圭, 『新行政法論(上)』, 534면; 姜求哲, 『講義行政法(I)』, 586면; 朴圭河, “代執行의 要件·節次·不服”, 『考試研究』, 1994년 1월호, 100면). 또한 대집행과 직접강제의 구별은 애매하기 때문에 예컨대, 가옥철거를 보통의 방법이 아니고 소각·폭파하는 등 행정청이 대체적으로 집행한다는 한계를 넘어서 실현한다면 대집행이 아니고 직접강제로 보는 견해도 있다(朴鈞炳, 『行政法講義(上)』, 579면).

한편 독일의 경우도 바덴-뷔르템베르크행정집행법 제25조, 헝센행정집행법 제74조 제1항 등 州行政執行法은 대집행을 타자집행뿐만 아니라 행정청의 자주집행까지 확대함으로써 직접강제의 영역이 현저히 제한되었을 뿐만 아니라 대집행과의 구별도 애매하게 되었다는 비판이 있다(Maurer, a.a.O., S.458).

실현의 수인 및 이행과 관련한 비용의 부담이라는 새로운 의무로의 변경절차<sup>3)</sup>라고도 할 수 있는 바, 가령 위법건축물, 위법광고물의 철거나 폐기물을 법령에 위반하여 처리한 경우에 환경부장관 등이 발급한 조치명령을 불이행하는 때의 대집행이 이에 해당한다.

이러한 대집행은 금전급부의무 이외의 의무에 대한 일반적인 강제집행의 방법으로<sup>4)</sup> 종래에는 질서유지를 위한 소극적 목적의 차원에서 행하여졌던 것이 보통이나 최근에는 私有遊休地의 이용강제를 위한 代執行(代執行開發) 등 적극적으로 공공복지의 실현을 위해 활용되기도 한다.<sup>5)</sup>

## 2. 行政代執行의 重要性

주지하는 바와 같이 과거에는 행정목적의 권력적 수행만을 중시한 결과로 집행벌·직접강제와 같은 강력한 강제수단이 인정되었으나 개인의 기본권을 실질적으로 보장하는 헌법의 제정 이후로는 행정상 강제집행의 일반적인 수단으로 대집행만이 인정되고, 또한 국세채납처분제도가 금전상 강제에 관하여 실질적인 일반적 수단으로 되고 있을 뿐, 집행벌과 직접강제는 극히 일부의 개별법에 예외적으로 남아있는 외에는 일반적으로 폐지되었다. 그 결과 행정법상의 의무중에는 구체적인 경우에 행정상 강제집행의 방법에 의하여 강제하지 못하는 경우가 있다. 즉, 비대체적 작위의무와 부작위의무를 강제하기 위한 일반적인 방법은 없어졌고, 따라서 현재는 행정벌로서 이에 대처함으로써 간접적으로 의무이행을 기대하고 있는 형편이다.

이와 같이 오늘날 집행벌과 직접강제가 예외적인 행정상의 강제집행수단으로 전락하고 있고, 대집행과 행정상 강제징수가 행정상 강제집행의 일반적인 수단으로 인정되고 있기 때문에 행정법상 의무의 일반적인 강제이행수단으로서의 대집행제도는 날로 그 중요성을 더하여 가고 있다.

3) 磯野彌生, “行政上の義務履行確保”, 『行政法大系』, 제2권(有斐閣, 1984), 235면.

4) 行政代執行法 제1조는 『의무이행의 확보에 관하여는 따로 법률이 정하고 있는 것을 제외하고는 본법이 정하는 바에 의한다』고 규정하여 행정대집행법이 행정강제에 대한 일반법임을 명시하고 있다.

5) 대집행개발의 예로는 내수면어업개발촉진법 제6조제1항, 농지확대개발촉진법 제10조, 산림법 제14조제1항 등이 있다.

### 3. 行政代執行의 現況

대집행을 위해서는 의무를 명하는 법규와는 별도로 그 의무의 이행을 강제하는데 필요한 법적 근거가 필요한 바, 대집행에 관한 일반법으로 『행정대집행법』이 있다. 따라서 개별법에 행정대집행에 대한 규정이 없는 경우에도 행정대집행법이 정하는 요건을 충족하는 때에는 행정청은 행정대집행법에 근거하여 대집행을 할 수 있다. 그리고 대집행제도를 규정하고 있는 몇몇 개별법은 행정대집행법에 대한 특례를 정하고 있는 것도 있으나 단순히 행정대집행법이 정하는 바에 따라 대집행을 할 수 있다고 규정하는 법률이 대부분이다. 이와 같이 대집행에 대한 근거를 규정하고 있는 법률의 현황을 보면 다음과 같다.

#### ● 代執行을 규정하고 있는 법령

法律名	規定內容	관련조문
건축법	▶무허가·미신고건축물의 철거, 토지굴착부분에 대한 조치의무위반, 위반건축물에 대한 공사중지명령불이행 등	제74조
골재채취법	▶무허가골재채취에 대한 원상회복·시설철거 등에 대한 명령불이행	제33조제2항
공원구역내광물채굴허가사무처리규칙	▶조경사업의 미착수, 허가조건 불이행	제5조
공직선거및선거부정방지법	▶불법시설물 등에 대한 철거명령불이행	제271조제1항
국유철도재산활용에관한법률 시행령	▶占有權者의 원상회복에 필요한 조치불이행	제12조제2항
내수면어업개발촉진법	▶내수면관리자의 내수면개발지역안의 개발의무 불이행 또는 개발의사가 없음을 통보한 때의 개발의 대집행 ▶불가항력적 재해로 인한 농지개량시설의 본래의 목적에 중대한 지장이 발생할 것이 명백한 경우의 어업권자의 어업시설의 제거 기타 조치명령불이행	제6조제1항 제11조제4항

法律名	規定內容	관련조문
농지법	▶농지전용 등의 원상회복명령불이행	제46조제2항
농지의보전및이용에 관한법률	▶무허가농지전용·잡 및 경사15도이하의 田에의 다년생식물의 재배 등의 원상회복명령불이행	제15조제2항
지방자치법	▶위임사무에 대한 직무이행명령불이행	제157조의2
학교시설사업촉진법	▶학교시설사업시행지안의 분묘 등의 이장·이전명령불이행	제14조제2항
농지확대개발촉진법	▶농지개발실행계획에 포함된 지역에서의 개간의무불이행시 대집행개발 ▶토지개량제의 不試用	제10조·제12조 제1항 제52조
지력증진법	▶지력증진사업계획의 미시행	제9조
산림법	▶영림계획에 따른 사업요건을 위반한 사업시행 및 사업명령의 불이행 ▶산림경영계획서 및 산림이용계획서를 위반한 사업의 시행 및 미시행	제14조제1항 제112조제2항
산업입지및개발에 관한법률	▶공업단지내의 형질변경 등에 대한 원상회복명령불이행	제12조제3항
임시행정수도건설을 위한특별조치법	▶임시행정수도건설예정지역안에서의 무허가형질변경·시설물의 설치 등에 대한 원상회복명령불이행	제5조제5항
제주도개발특별법	▶무허가토지의 굴착·지하수의 이용 등에 대한 조치명령불이행	제26조제5항
주차장법	▶부설주차장의 용도변경사용에 대한 원상회복명령불이행	제19조의4
지역균형개발및지방 중소기업육성에관한 법률	▶개발계획이 고시된 지역에서의 형질변경·공작물의 설치 등에 대한 원상회복명령불이행	제15조제3항
택지개발촉진법	▶택지개발예정지구안에서의 형질변경·공작물의 설치 등에 대한 원상회복명령불이행 ▶분묘 등의 이장·이전명령불이행	제6조제3항 제15조제2항



法律名	規定內容	관련조문
시설물의안전관리에 관한특별법	▶공중의 이용에 미치는 영향이 중대하여 긴급한 조치가 필요하다고 인정되었 을 때의 시설물의 사용제한 등의 조치명령 불이행	제14조제4항
지하수법	▶지하수의 개발·이용지역의 원상회복 명령불이행	제9조제2항
토지수용법	▶起業者의 청구에 의한 토지 또는 물건 의 인도·이전의 대행 ▶의무를 불이행하거나 기간안에 완료할 가망이 없는 경우 및 의무를 이행하게 하는 것이 현저히 공익을 해한다고 인 정되는 사유가 있는 경우	제64조 제77조
먹는물관리법	▶먹는샘물개발지역의 원상복구 또는 시 설의 철거 등의 명령불이행	제37조제2항
오수·분뇨및축산폐 수의처리에관한법률	▶오수정화시설 또는 정화조의 내부청소 를 하지 아니하는 경우	제14조제2항
토양환경보전법	▶토양오염방지조치명령·오염토양개선 사업실시명령·토양오염물질의 제거명 령불이행	제24조
폐기물처리법	▶폐기물처리에 관한 조치명령불이행	제46조
폐기물의국가간이동 및그처리에관한법률	▶폐기물의 반입·반출명령불이행	제21조제1항
수도권신공항건설촉 진법	▶토지의 형질변경 등에 대한 원상회복명 령불이행	제5조제5항
항공법	▶토지의 형질변경·공작물의 설치 등에 대한 원상회복명령불이행	제93조제5항
항만법시행규칙	▶점용허가된 재산의 원상회복명령불이행	제17조제1항

## II. 代執行의 法律關係

### 1. 代執行의 當事者

대집행을 할 수 있는 자(대집행주체, 대집행권자)는 당해 행정청이다(동법 제2조). 여기서 「당해 행정청」이라 함은 대집행의 대상이 되는 작위의무를 명한 행정청(국가의 행정관청·지방자치단체의 장 등)을 말하며, 당해 행정청의 위임이 있으면 다른 행정청도 대집행의 주체가 될 수 있다.<sup>6)</sup>

그러나 대집행을 현실로 수행하는 자(집행대행자)는 반드시 당해 행정청이어야 하는 것은 아니다. 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다(동법 제2조). 전자를 자주집행, 후자를 타자집행이라고 한다. 대집행의 상대방은 대집행의 대상이 되는 의무를 부담하는 자이다.

행정대집행법은 대집행을 위와 같이 자주집행과 타자집행으로 구분하고 있지만 자주집행의 요건과 타자집행의 요건에 대해서는 아무런 언급이 없다. 또한 타자집행의 경우 집행대행자의 요건, 변경 등에 대해서도 아무런 규정을 두고 있지 않다.

한편, 대집행을 규정하고 있는 개별법 가운데는 집행대행자를 특정하고 있는 법률도 있고, 집행대행자의 요건·집행대행자의 변경 등을 규정하고 있는 법률도 있다.

#### ● 집행대행자에 대한 특례를 규정하는 입법례

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
산림법	▶ 국가시책상 필요한 경우로서 대통령령이 정하는 경우에는 시장·군수가 직접시행	제14조제1항

6) 『서울特別市·부산直轄市 및 區가 설치되어 있는 市의 區廳長은 建築法위반건물에 대한 撤去戒告處分과 行政代執行令狀을 발부할 권한이 없으나 권한의 위임을 규정한 建築法 제4조 제2항을 근거로 하여 상급관청의 위임이 있으면 區廳長도 그 권한이 있다』(大判 1971.11.30, 71 다 1980).

법률명	규정내용	관련조문
내수면어업개발촉진법	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶어업권자의 어업시설의 제거 등의 조치명령의 불이행에 의한 대집행의 경우 대집행권자는 수면관리자로 함</li> <li>▶개발대행자가 될 수 있는 자의 요건을 법정</li> <li>▶개발대행자가 개발사업의 이행을 대만히 하거나 사업실적이 현저히 불량한 경우 개발대행자를 변경할 수 있음</li> </ul>	제11조제4항  시행령제15조

## 2. 代執行의 法律關係

대집행으로 발생하는 법률관계는 자주집행의 경우와 타자집행의 경우로 나누어 볼 수 있다. 전자의 경우는 행정청과 의무자간의 대집행비용 및 비용징수에 관한 이면적 법률관계가 발생하는데 대하여 후자의 경우에는 행정청과 의무자 사이, 행정청과 제3자 사이 및 의무자와 제3자 사이의 삼면적 법관계가 발생한다.

타자집행의 법률관계에 대한 통설의 입장은 행정청과 작위의무있는 행정행위의 상대방 사이에 존재하는 법률관계는 공법적 성격을 지닌 반면에, 대집행의 확정과 함께 행정청과 대체적 작위의 실행을 위임받은 자 사이에 성립하는 법관계는 사법적 성격을 띠며, 제3자와 의무자 사이에는 대집행의 확정에 의하여 어떠한 직접적인 법관계도 발생하지 않는다는 것이다. 즉, 타자집행의 법률관계에서는 공법과 사법이 대집행이란 하나의 공법적 목적을 달성하기 위하여 서로 연결되어 있다.

### (1) 義務者와 第3者의 法律關係

의무자와 대행업자인 제3자간에는 아무런 직접적인 법률관계도 발생하지 않는다. 다만, 의무자는 제3자에 의한 대집행을 수인하지 않으면 안된다.<sup>7)</sup>

7) 洪井善, 앞의 책, 434면; 洪準亨, 『行政法總論』, 529면; 柳至泰, 『行政法新論』, 249면.

## (2) 行政廳과 第3者의 法律關係

행정청과 집행을 대행하는 제3자간에는 사법상의 계약(도급계약 또는 용역계약)관계가 존재한다고 보고 있다.<sup>8)</sup> 집행공무원은 계약의 이행을 감독하고, 제3자에 대한 의무자의 저항이 있는 경우에는 직접적인 강제력으로 제3자를 도울 수 있다. 제3자는 그 의무자가 아니라 사업상의 계약에 따라 행정청을 상대로 하는 費用支給請求權(Vergütungsanspruch)을 가진다.

한편 행정청과 집행대행자간의 법률관계는 위에서 본 바와 같이 사법상의 계약관계로 보기 때문에 행정대집행법은 집행대행자의 선정절차 등에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그러나 대집행을 규정하고 있는 법률 가운데는 집행대행자의 선정절차, 행정청과 집행대행자간의 관계 등에 대해 자세한 규정을 두고 있는 법률도 있다.

### ● 집행대행자의 선정절차 및 의무를 규정하는 법률

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
산림법	▶대집행자에게 대집행명령서의 교부 ▶대집행이 종료한 날로부터 30일이내에 대 집행결과보고서제출	시행령 제18조 제2항
내수어업개발촉진 법	▶개발대행자에게 대집행개발에 필요한 사항 의 통지	시행령 제15조

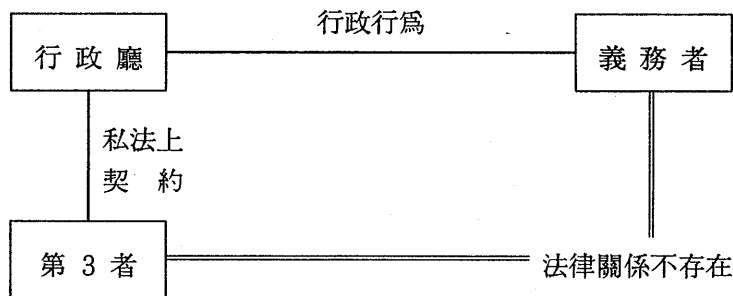
8) 타자집행에 있어서의 이중적 법률관계(행정청과 의무자간의 법률관계는 공법적 관계, 행정청과 대집행행위자간의 법률관계는 사법상 계약관계)는 최근 비판에 직면하고 있다. 즉, Burmeister는 이러한 이중적 법률관계에 반대하면서 통합적으로 동의를 요하는 직무행위로라고 한다(Jus, 1989, 256ff.). 그러나 이러한 견해에 대하여는 『임의적인 직무행위』라는 것은 친숙하지 못한 어색한 관념이라는 비판이 제기되고 있다. 이러한 견해에 의하면 개별적 사안에 있어서 대집행에 대한 내용에 대하여 행정청과 제3자 사이에 합의가 되고 이것이 계약에 의하여 확정되는 것이 반드시 필요하며, 최소한의 요청이라고 한다. 따라서 이는 일방적인 공법상의 직무행위가 아니라 공법상의 계약으로 보는 것이 타당하다고 한다(Maurer, a.a.O., S.458). 이에 대한 자세한 논의는 제4장 문제점에서 보기로 한다.

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
농지확대개발촉진법	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶대집행을 결정한 때에는 이를 공고하고, 토지소유자 및 이해관계인에게 통지</li> <li>▶대집행희망자는 공고가 있는 날로부터 20일 이내에 농림수산부장관에게 신청</li> <li>▶신청서를 접수한 날로부터 10일이내에 가부를 신청인에게 통지</li> <li>▶대집행자로 지정된 자는 통지를 받은 날로부터 30일이내에 개간허가신청서제출</li> </ul>	시행령제11조

### (3) 行政廳과 義務者의 法律關係

행정청이 제3자에게 부담한 비용은 궁극적으로 의무자가 부담하여야 한다. 따라서 행정청은 의무자에 대해 공법상 費用償還請求權(Erstattungsanspruch)을 갖는다. 이 공법상 비용상환청구권 역시 지급명령 또는 비용납부명령과 같은 행정행위를 통하여 행사될 수 있으며, 또한 행정상 강제집행에 의하여 강제징수될 수 있다.

#### ● 제3자에 의한 대집행에 있어서의 법률관계



### Ⅲ. 代執行의 要件

행정대집행법 제2조는 『……타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니한 경우 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불

이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는……』라고 규정하고 있는 바, 이 규정에 의하여 대체적 작위의무의 불이행이라는 사실이 있는 것만으로 곧 대집행을 할 수 있는 것이 아니라 그 외에 『다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고』 또한 『불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때』라는 요건이 구비되었을 때 비로소 대집행을 행할 수 있다. 이하에서 이러한 대집행의 요건중 논란이 될 수 있는 몇가지의 사항에 대하여 살펴 보기로 한다.

## 1. 다른 手段으로써 그 履行을 確保하기 곤란할 것

대집행은 대체적 작위의무의 불이행이 있다고 하여 곧 바로 실행되는 것은 아니며, 대집행은 다른 수단으로는 그 이행확보가 곤란한 경우 부득이한 수단으로써만 발동될 수 있다(보충성). 여기서 『다른 수단』이란 침익성이 더 경미한 수단을 의미하는 바, 다른 수단이 있는 경우에는 그에 의거하여야 한다(비례의 원칙). 이하에서는 이러한 원칙에 따라 여기서 말하는 『다른 수단』에는 어떠한 것이 있을 수 있는지에 대하여 살펴본다.

### (1) 直接強制·執行罰

직접강제 또는 집행벌은 행정대집행보다 가혹한 수단이라는 점에 대해서는 의견의 일치를 보고 있는 바, 직접강제나 집행벌은 여기서 말하는 다른 수단에 해당하지 않는다. 이 점은 종전의 행정의무이행확보수단을 정비하면서 직접강제와 집행벌을 폐지하고 행정대집행만을 일반적 강제수단으로 규정한 것에서도 알 수 있다.

### (2) 行政罰

간접적인 실질상의 이행강제수단에까지 요건을 확대하는 경우 행정벌을 생각할 수 있다. 현행법들은 일반적으로 행정벌을 통하여 간접적으로 의무이행의 확보를 도모하고 있으며, 대집행의 대상이 될 수 있는 의무위반은 대개의 경우 행정벌의 대상이 된다. 그러나 제재수단으로서의 행정벌은 강제수단으로서의 대집행과는 존재의의가 다른 것이며, 따라서 대집행과 병용될 수 있는 것이다. 또한 행정벌의 규정에 의한 간접적인 심리강제기능에 의하여 의무의 이행이 반드시

유효하게 확보될 수 있다는 보장이 없으며, 행정벌이 현실적으로 적용되더라도 그것은 심리강제의 효과에 지나지 않는다. 결국 행정벌에 의하여 의무이행을 확보할 수 있는지 여부를 객관적으로 인정하는 것은 곤란한 바, 행정벌은 대집행을 배제하는 『다른 수단』에 해당한다고 하는 것은 합리적이지 않다.<sup>9)</sup>

### (3) 民事上의 救濟手段

어떤 행정목적의 달성이 행정처분 및 그것에 근거한 대집행과 민사상의 구제 수단(민사소송, 그 판결에 근거한 민사상의 강제집행, 이를 본안소송으로 하는 가처분 등) 중 어느 것에 의해서도 가능한 경우가 있다. 예를 들어 하천부지를 불법점유하여 공작물을 설치한 경우에 행정청은 하천관리권에 근거하여 그 제거를 명하고, 의무위반자가 이에 응하지 않는 경우에 제거의 대집행을 할 수 있을 뿐만 아니라 다른 한편 公物主體인 國家는 하천부지에 대한 私法上의 所有權에 근거하여 토지인도·공작물제거의 민사소송을 제기하여 그 판결에 의한 강제집행 또는 이를 본안소송으로 하고 가처분을 구할 수도 있다.<sup>10)</sup> 그러나 이와 같이 민사상의 구제를 구할 수 있다고 하더라도 그 구제의 여부 및 구제수단은 법원의 심리·판단에 의하여 결정되는 것이며, 대집행의 요건을 판단함에 있어 이와 같은 민사상의 구제수단에 의하여 목적을 달성할 수 있을 것인지의 여부를 객관적으로 확정하는 것은 곤란할 것이다.

따라서 민사상의 강제수단은 대집행을 배제하는 『다른 수단』에 포함하는 것은 불합리하다고 할 것이다. 또한 공작물의 제거 및 이전명령에 근거한 공법상의 의무와 토지의 인도·공작물의 제거의 사법상의 의무는 그 이행에 의하여 같은 결과가 발생한다고 하더라도 관념적으로는 별개의 의무이며, 행정대집행법 제 2조의 『다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고』에 있어서의 『그 履行』은 공법상의 의무의 이행만을 의미한다는 文理解釋에 의하더라도 민사상의 구제수단을 『다른 수단』에 해당한다고 할 수 없는 것이다.

9) 廣岡隆, 『行政代執行法』(有斐閣, 1970), 112면.

10) 이 경우 대집행은 하천법의 목적을 달성하기 위하여 행하여지는 것에 대하여 민사소송은 소유권에 대한 방해의 배제를 목적으로 한다.

#### (4) 行政上の供給拒否・官許事業制限

최근에는 행정주체에 의하여 일반적으로 행하여지는 급부를 의무위반자에 대하여 거부하거나 또는 관허사업을 제한함으로써 간접적으로 의무이행을 강제하는 경우가 있다.<sup>11)</sup> 예를 들어 건축법제69조제2항은 『시장·군수·구청장은 허가 또는 승인이 취소된 건축물 또는 제1항의 규정에 의한 시정명령(위반건축물 등에 대한 시정조치)을 받고 이행하지 아니한 건축물에 대하여 전기·전화·수도 등의 공급자·도시가스사업자 또는 관계행정기관의 장에게 전기·전화·수도 또는 도시가스공급시설의 설치 또는 공급의 중지를 요청하거나 당해 건축물을 사용하여 행할 다른 법령에 의한 영업 기타 행위의 허가를 하지 아니하도록 요청할 수 있다. ……」고 규정하는 것이 이에 해당한다.<sup>12)</sup>

그러나 행정상의 공급을 거부하거나 관허사업을 제한함으로써 간접적으로 의무의 이행을 강제하는 경우에는 이행이 확보되어야 할 의무와 거부되는 급부간에 충분한 사물적 관련이 있고, 그와 같은 강제방법을 인정할 합리적인 근거가 있는 경우에는 몰라도 그렇지 않는 한 의무이행을 확보하기 위하여 행정상의 공급을 거부하거나 관허사업을 제한하는 것은 실질적 법치주의의 원리인 생존권에 커다란 위험을 가져 올 염려가 있다.<sup>13)</sup> 사실상 소형영세위반건축물의 경우는 영

11) 朴鉉炳, "行政法上 義務履行確保의 手段", 『現代公法の 理論』(金道稜博士 華甲記念論文集, 1982), 372면; 李尙圭, "行政上の 強制執行과 供給拒否 및 公表", 『月刊考試』, 1981년 5월호, 77~78면.

12) 기타 공업배치및공장설립에관한법률 제27조제1항, 대기환경보전법 제21조제2항 등에서도 규정하고 있다.

13) 수도법 제18조, 전기사업법 제14조, 공중전기통신공사법 제21조 등은 『정당한 사유』없이 공급 또는 청약을 거절할 수 없도록 규정하고 있는 바, 건축법상의 의무위반이 『정당한 사유』에 해당하는지 의문이다. 왜냐하면 여기서의 정당한 사유는 이행이 확보되어야 할 의무와 거부되는 공급간에 사물적 관련을 요구하는 것이며, 여기서의 『정당한 사유』는 이행이 확보되어야 할 의무와 거부되는 공급간에 사물적 관련을 요구하는 것으로 해석되고, 이러한 점에서 건축물이 건축법에 위반하지 않도록 하기 위하여 위반건축물에 대하여 급수 등을 중단하는 것은 부당한 결부로서 이해되며, 위반건축물에 사람이 거주하는 경우는 그 생활을 위협할 수 있다는 점에서 그 허용성에 대하여 중대한 의문이 있다. 이렇게 본다면 당해 공급관계상 사유 이외에 다른 법령에 의하여 부과된 의무의 불이행에 대하여 공급의 거부 또는 중단을 규정하는 건축법이나 공업배치 및 공장설립에 관한 법률은 위헌의 소지가 있는 것으로 볼 수 있다(洪準亨, 앞의 책, 549면).



세서민의 생활과 직결되어 사회정책적인 문제가 있고, 대형위반건축물의 경우는 막대한 경제적 손실의 문제가 되어 도리어 대집행보다 더 강한 강제수단으로 전락될 우려가 있다. 따라서 설사 공급거부가 의무의 이행확보를 위하여 유효한 기능을 하더라도 그것이 대집행에 우선하는 『다른 수단』으로는 허용되지 않는다.<sup>14)</sup>

#### (5) 便宜의 提供(助成的 措置)

의무자의 의무이행을 용이하게 하기 위한 조건의 정비로서 편의의 제공(조성적 조치)이 대집행 이외의 『다른 수단』으로 고려될 수 있다. 예를 들어 중소기업의 시설개선명령에 관한 용자, 불법으로 하천부지에 건물을 건축하여 주거지로 점유하고 있는 자에 대한 인도명령에 대한 주택의 알선·제공 등이 이에 해당한다.

생각컨대, 위와 같이 국가나 지방자치단체가 공물의 불법점유자를 위하여 편의를 제공하여야 한다는 의무를 부담하는 것은 아니기 때문에 이러한 편의의 제공이 일반적으로는 대집행에 선행하는 다른 수단에 해당한다고는 할 수 없는 것이다. 그러나 행정주체의 편의의 제공이 없이는 의무의 이행이 사실상 곤란하고 그 편의의 제공이 있는 경우에는 의무의 이행이 확실시 될 뿐만 아니라 그 편의의 제공이 상당히 용이한 특별한 사정<sup>15)</sup> 있음에도 불구하고 그 편의의 제공을 배려하지 아니하고 즉시 대집행을 행한 경우에는 구체적 사정에 비추어 『다른 수단』에 의하지 아니한 것으로 대집행의 요건을 흠결하였다고도 볼 수 있을 것이다. 이러한 의미에서 『다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란』한가의 여부를 판단함에 있어 의무의 이행을 용이하게 할 수 있는 편의의 제공을 고려밖에 두는 것은 타당하지 않다고 할 것이다.

14) 金鐵容, “行政代執行(2)”, 『法政』, 1977년 3월호, 87~88면; 朴圭河, 앞의 論文, 105면; 廣岡隆, 앞의 책, 115면.

15) 예를 들어 도로·하천부지를 불법점거하여 거주용으로 사용하는 위반건축물이 있는 경우 의무위반자가 진실로 곤궁한 자이어서 자력으로는 다른 곳에서 거주할 곳을 구할 수 없는 사정이 있고, 한편 행정주체는 용이하게 이러한 자에게 제공할 수 있는 시설이 있을 뿐만 아니라 그것을 제공함에 있어 특별한 지장이 없으며 또한 이를 제공함으로써 위반건축물의 자발적 제거가 확실시되는 때가 이에 해당한다.

## (6) 行政指導

의무불이행을 이행시킴에 있어 시간적 여유가 있는 경우, 강제수단에 호소하기 보다는 권고·설득 등의 행정지도를 통하여 자발적으로 의무를 이행하도록 하는 것이 바람직하다는 것은 당연한 것이다. 그러나 행정지도에 의하여 반드시 의무의 이행이 보장된다고는 할 수 없기 때문에 행정지도를 일반적으로 『다른 수단』에 해당한다고는 할 수 없으며, 설사 이를 『다른 수단』에 포함시킨다고 하더라도 행정지도의 결여를 이유로 대집행의 요건을 흠결하였다는 것은 실제상 거의 없을 것이다.

## (7) 『다른 手段으로 그 履行을 確保하기 곤란할 것』의 실제적 의미

위에서는 이 조가 말하는 『다른 수단』에는 구체적으로 어떠한 것들이 포함될 수 있는지에 대하여 검토하였으나 실정법상 다른 수단은 거의 찾아 볼 수 없는 바, 이 『다른 수단으로 그 이행을 확보하기 곤란할 것』이라는 요건은 실제상의 의미는 대집행을 함부로 하여서는 아니된다는 의미, 즉 대집행을 행함에 있어 행정상의 보충성의 원칙이나 비례의 원칙이 적용되어야 함을 강조한 의미로 해석하여야 할 것이다. 현재까지의 판례에 있어서도 『다른 수단』의 존재를 이유로 하여 대집행을 불허한 판례는 없다.<sup>16)</sup>

## 2. 그 履行을 방치함이 심히 公益을 해한다고 인정될 것

### (1) 意義

행정대집행법은 대집행에 『그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해한다고 인정될 것』을 그 요건으로 하고 있다. 대집행에 이와 같은 요건을 요구하고 있는 것은 공익상 부득이한 경우 이외에는 대집행을 행할 수 없도록 하겠다는 것이고, 이는 공공복리에 반하지 않는 한 국민은 국가권력으로부터 자유임을 선언한 것

16) 金文洙, “撤去執行의 要件”, 『판례연구』, 제20집(1988), 276면.

이다.<sup>17)</sup>

그러나 이 요건에 대하여 『그 불이행을 방치하는 것이 공익에 반하는 경우에 한하여 대집행을 할 수 있다는 것은 반면에 그 불이행을 방치하더라도 공익에 반하지 않는 의무가 있다는 것을 의미하는 것이며, 그 불이행을 방치하더라도 공익에 반하지 않는 의무라고 하는 것은 결국 공익상 과할 필요가 없는 의무라는 것을 의미하는 것이다. 따라서 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 경우가 아니면 대집행을 할 수 없다는 규정은 공익상 불필요한 경우에도 의무를 과하는 것은 무방하지만 강제집행만은 허용하지 않는다는 것으로 매우 단편적이고 무의미한 규정으로 단순히 자기존중이라는 외관을 갖추기 위한 것에 불과하다』는 비판이 있다.<sup>18)</sup>

생각컨대, 행정상 의무를 과하는 것과 그것을 강제적으로 실현하는 것과는 의무자의 자유의 침해에 있어서 異質的인 것일 뿐만 아니라 대집행은 단순히 의무의 부과보다도 더 한층 강한 침해이므로 대집행을 가능한한 제한하기 위하여 의무를 과할 때에 요구되는 공익상의 필요보다 한층 큰 공익상의 필요가 대집행을 함에 있어 요구되는 것이다. 따라서 이 요건은 의무의 불이행은 모두 공익을 해치는 것이지만 이익을 형량하여 사익보다 공익이 월등한 경우에 한하여, 즉 공익 위반이 현저한 경우에 비로소 대집행이 인정된다는 취지인 것이다.

## (2) 具體的 利益衡量

『그 이행을 방치함이 심히 공익을 해한다고 인정될 것』의 취지를 위와 같이 이해하는 경우에도 『심히 공익을 해한다』고 함은 추상적이고 불확정적 개념이기 때문에 그 내용은 구체적인 경우에 제반의 사정을 종합하여 결정할 수 밖에 없다고 할 것인 바, 이 점에서 대법원의 판례는 중요한 참고가 될 수 있을 것이다.

가. 심히 公益을 害하는 것으로 인정된다고 본 사례

① 대법원 1988. 12. 13. 선고 87누714 판결

불법건축물이 완공후에 단순히 도시미관상 월등이 좋아졌다하여 소관기관의

17) 金文洙, 앞의 論文, 276면.

18) 柳瀨良幹, “行政強制”, 『行政法講座』 제2권, 199면.

사전 철거명령에도 불구하고 그대로 방치한다면 불법 건축물을 단속하는 당국의 기능을 무력화하여 건축행정의 원활한 수행이 위태롭게 되고 건축법 소정의 제한규정을 회피하는 것을 사전 예방한다는 더 큰 공익을 해할 우려가 있다.

② 대법원 1989. 3. 28. 선고 87누930 판결

허가받은 시장건물의 후면벽과 공터 359평방미터에 철골의 기둥과 천정을 세워 그 위에 스투트 및 천막을 씌워 차양시설로써 건축물을 완성한 사안. 위(1)의 판결과 같은 이유로 공익을 해할 우려가 있다고 판시

③ 대법원 1989. 9. 26. 선고 89누824 판결

가설건축물의 존치기간을 지나서 피고청의 자진철거명령에도 불구하고 허가를 받아야만 가능한 건물을 건축한 사안. 위 (1) (2) 판결과 같은 이유에다가 공사초기부터 단속을 받았음에도 건물을 완공한 점은 범질서와 행정목적에 크게 무시하였다는 점을 들어 심히 공익을 해하는 것이라고 판시

④ 대법원 1989. 10. 10. 선고 88누11230 판결

도립공원으로서 자연환경 지구로 지정되어 있는 임야내에서 피고로부터 3회에 걸친 건축의 중지 및 시공부분 철거지시를 받았음에도 허가없이 65,650,000원 상당의 공사비를 투입하여 건축물을 건축하고 정원조성 공사까지 마친 사안.

철거할 의무가 있는 건축물을 그대로 방치하는 것은 심히 공익을 해하는 것이고 건축에 다액의 공사비가 투입되고 종전의 건축물보다 주위의 경관에 더 잘 어울린다고 하여 결론이 달라지는 것은 아니라고 판시

⑤ 대법원 1989. 12. 12. 선고 88누12097 판결

건물의 골조 및 외벽공사가 완료된 상태에서 시정명령을 받았고 주위 기존 건물보다 도시 미관이나 위생상으로 훌륭하며 철거로 인하여 원고가 상당한 재산적 손해를 입게 된다 하더라도 공익을 해칠 우려가 있다고 보아야 한다.

⑥ 대법원 1990. 1. 23. 선고 88누11889 판결

도립공원으로 지정·고시된 지역의 토지 위에 건축허가없이 23평, 10평, 25평가량의 주택 3동을 건축한 사안. 공원계획이 아직 수립된 바 없고 다액의 건축비가 투입되어 외관상 깨끗하고 견고하며 관계 당국으로부터 아무런 제재나 경고를 받지 않았더라도 불법건축물을 그대로 방치한다면 공익을 심히 해친다고 보아야 할 것이다.

나. 심히 公益을 害하는 것으로 인정되지 아니한다고 한 사례

① 대법원 1986. 11. 11. 선고 86누173 판결

원래 단층건물이었던 계쟁건물을 원고가 1965년경 무단 증축하였다가 1974. 10. 부터 1975. 4. 경까지 사이에 2층집으로 개조하였고, 1981. 11. 12. 피고 행정청으로부터 건물전면부분의 외장을 변경하라는 권유를 받고 1982. 4. 부터 1982. 5. 까지 공사를 시행하여 반듯한 2층 형태의 건물을 완공한 사안. 서울시장의 환경정비지구 지정공시가 해제됨으로 인하여 특정건축물 정리에 관한 특별조치법 소정의 절차에 따라 합법화될 가능성이 있게 되었다 할 것이므로 건축법 위반부분의 철거의무를 방치하는 것이 심히 공익을 해하는 것이라고는 볼 수 없다고 판시.

② 대법원 1987. 3. 10. 선고 86누860 판결

3층인 건물에 대한 대수선 및 구조변경 허가를 받고 공사를 시행함에 있어 건축법에 위반하여 3층을 33.04평방미터 정도 증축하였고, 지하실을 8.25평방미터 넓혔으며 지붕위에 물탱크를 보호하는 22.95평방미터의 블록조 옥탑을 새로 축조한 사안. 공사결과 건물 모양이 산뜻하게 되었고 건물의 안정감이 더하여진 반면 증평부분을 철거함에는 많은 비용이 소요되고 이를 철거한다해도 건물의 외관만을 손상시키고 쓰임새가 줄어들 뿐이라는 사실 등에 비추어 건축법 위반부분을 그대로 방치하더라도 심히 공익을 해한다고 인정되지 아니한다.

③ 대법원 1989. 7. 11. 선고 88누11193 판결

1, 2층에는 각 세입자가 살고 있고 3층에는 원고가 살고 있는 3층주택에 있어서 1층에는 화장실과 부엌이 따로 없어 생활에 심한 불편이 있자 건축허가없이 1층 출입문옆에 화장실 2.86평방미터와 아궁이가 있는 창고 9.02평방미터를 설치하고 원고의 가족이 많아 방이 부족하므로 허가 건물인 옥탑에 덧붙여 13.11평방미터의 주택용 방실 1개를 증축한 사안. 허가없이 증축한 부분이 외부로 돌출하지 아니하였거나 돌출하였더라도 크게 눈에 띄지 아니하며 옥탑부분은 지면에서도 잘 보이지 아니하는 등 당해건물이나 주위의 미관상으로 별다른 이상이 없고 철거할 경우 많은 비용이 소요되는 반면 철거를 한다 하더라도 위법건물을 철거하였다는 점 이외에는 세입자들의 생활에 막대한 불편을 초래하여 쓰임새가 줄어드는 건물을 만들게 되는 사실 등에 비추어 위법사항을 그대로 방치함이 심히 공익을 해하는 때에 해당한다고 할 수 없다.

④ 대법원 1990. 1. 23. 선고 89누6969 판결

기존건물의 4층 옥상 뒷편에 허가를 받지 아니하고 세면벽돌조 스크라브지붕 주택 55.44평방미터를 증축한 사안. 증축부분이 외부에 돌출되지 않고 지면에서 잘 보이지 아니하며 증축으로 인하여 주위의 경관을 해칠 우려가 없을 뿐만 아니라 철거할 경우 많은 비용이 소요되는 반면 공익에 아무런 도움도 되지 아니하여 공익을 심히 해한다고 볼 수 없다고 판시.

다. 行政廳의 具體的 利益衡量

이상의 판례들을 고찰하여 보면 판례들의 기본적이고 원칙적인 입장은 허가 없이 건축된 불법건축물에 대하여는 상당한 건축비가 소요되었고, 건축후 도시미관이나 위생 등의 주위환경이 좋아졌다거나 철거로 인하여 건축주에게 적지 아니한 손해가 발생하게 되리라는 점 등의 사유를 불문하고 불법건축물을 그대로 방치하는 것 자체가 불법건축물을 단속하는 당국의 권능을 무력화하여 건축행정의 원활한 수행을 위태롭게 하고 건축법 소정의 제반 제한규정을 회피하는 것을 사전 예방한다는 더 큰 공익을 해할 우려가 있는 것으로 보는 것 같으며 예외적으로 개별적인 특이한 사정이 있는 경우, 예컨대 앞서 본 판례들의 내용과 같이 불법건축물이 합법화될 가능성이 있을 때, 건축허가를 받긴 하였으나 공사시행중 허가범위를 다소 벗어남으로써 경미한 정도의 불법건축물이 발생하게 된 때, 생활의 불편이 막심하여 어쩔 수 없이 불법건축물을 축조하게 되었는데 그 정도가 경미한 때에는 철거대집행을 그대로 이행하는 것이 너무 가혹하다는 견지에서 심히 공익을 해할 우려가 없다는 견해를 알 수 있다.

그러나 위와 같은 기준의 설정도 결국 위법행위의 정도에 따른 추상적인 설명 밖에 될 수 없고 위법행위의 태양이 천차만별인 개개사건에 있어 일률적으로 적용할 수 있는 것이 아닌 만큼 건축행정의 원활한 수행이라는 공익목적의 달성과 국민의 민생문제에 따른 자유와 권리의 보호라는 양면을 모두 고려하여 합리적인 결론을 도출하여야 될 것으로 생각된다.

따라서 행정청은 대집행을 행할 것인가의 여부 및 언제 실행할 것인가를 결정함에 있어서는 대집행에 의하여 상대방이 받을 불이익 및 대집행을 행할 공익상의 필요에 대하여 구체적으로 고려하여 상대방이 받는 불이익을 고려하더라도 그 시점에서 대집행을 행하지 않으면 안될 공익상의 필요가 있다고 인정되는 경

우에 한하여 대집행을 할 수 있다. 특히 사람이 거주하거나 영업을 하고 있는 건축물을 철거하는 대집행에 대해서는 그것이 상대방의 생활권을 위협할 우려가 있기 때문에 공익을 판단함에 있어 상당히 신중을 기할 필요가 있다. 또한 행정청은 대집행권의 불행사로 인하여 제3자가 이익을 침해받는 경우도 충분히 있을 수 있으므로 공익을 판단함에 있어 상대방의 피침해이익뿐만 아니라 제3자의 이익도 동시에 고려되어야 할 것이다.

### 3. 代執行과 行政廳의 裁量

행정청은 상기의 요건이 갖추어진 때에는 대집행을 행할 의무가 있는지가 문제된다. 이에는 학설의 대립이 있다.

즉, 의무불이행의 방치가 『심히 공익을 해할 것』인지의 여부는 행정대집행 제2조가 문언상 『할 수 있다』고 규정하고 있음(가능규정:Kann-Vorschrift)을 근거로 이를 대집행주체인 행정청의 재량적 판단에 맡겨져 있다는 견해,<sup>19)</sup> 이 규정이 행정청의 자유재량을 허용한 것은 아니라는 견해,<sup>20)</sup> 이러한 요건의 존부에 관한 판단은 기속행위라는 견해,<sup>21)</sup> 그리고 이 규정은 『심히 공익을 해할 것』이란 불확정개념에 의한 것이므로 적어도 재량과 판단여지를 구별하는 입장을 취하는 한, 그 곳에서는 재량이 아니라 판단여지의 존부가 문제되고 있다 보아야 할 것이라는 견해<sup>22)</sup>가 제시되고 있는 것이다.

생각컨대, 행정대집행법의 문언이 가능규정의 형태를 취하고 있으나 전체적으로 볼 때 이것은 그러한 요건이 충족된 경우에 한하여 대집행이 허용된다는 취지이지 요건존부의 판단을 행정청의 재량에 맡기는 취지는 아니다.<sup>23)</sup> 반면 이 규정은 행정청의 재량을 인정하지 않고 불확정개념을 사용하고 있으나 그렇다고 판단여지의 성립을 전제해서는 안된다. 왜냐하면 판단여지란 제한된 예외적인

19) 朴鈇旿, 앞의 論文, 40면; 朴圭河, 앞의 論文, 107면; 金東熙, 『行政法 I』, 329면.

20) 金道稔, 『一般行政法論(上)』, 557면. 金道稔博士는 이를 『義務에 相當한 裁量(pflichtmäßiges Ermessen)』이라는 표현을 사용하신다.

21) 李尙圭, 앞의 책, 535면; 石琮顯, 앞의 책, 512면, 柳至泰, 앞의 책, 250면; 洪準亨, 앞의 책, 526면.

22) 金南辰, 앞의 책, 447면.

23) 洪準亨, 앞의 책, 526면.

경우에 한해서만 인정될 수 있는 것이기 때문이다.<sup>24)</sup> 행정법상 의무불이행의 강제적 실현을 의미하는 대집행의 요건의 판단에 관하여 판단여지가 인정될 수는 없다. 이러한 견지에서 결국 의무불이행을 방치함이 『심히 공익을 해』하지 않는 데도 대집행을 하면 위법임을 면할 수 없다는 결론이 나온다(羈束行爲說).

#### 4. 代執行實行의 前提要件으로서의 不可爭力

우리나라 행정대집행법은 의무를 과하는 행정처분의 불가쟁력을 대집행실행의 일반적 전제요건으로 하고 있지 않다.<sup>25)</sup> 따라서 우리 행정대집행법 아래에서는 의무를 과한 행정처분이 계쟁상태에 있는 경우에도 대집행을 할 수 있다. 그 결과 쟁송에 의하여 의무를 과하는 행정처분이 취소되더라도 쟁송을 하는 동안 집행정지결정이 없는 한 이미 대집행이 실행되어 원상회복불능상태로 되어 상대방은 손해배상을 청구하는 외에 다른 구제방법이 없게 된다. 이러한 점을 고려한다면 비록 법률상 제약이 없다고 하더라도 행정청은 구체적 사정을 고려하여 가능한 의무를 과하는 행정처분이 불가쟁적으로 된 다음에 비로소 대집행을 실행하도록 하여야 할 것이다. 더구나 상대방의 쟁송을 예상하여 행정청이 既成事實을 창출함으로써 상대방의 의도를 봉쇄하기 위하여 대집행을 서두르는 일이 있어서는 안될 것이다.

24) 불확정법개념에 대한 판단여지가 불확정개념의 본질로부터 범주적으로 인정된 것이라기 보다는 개개의 법규정의 해석을 통하여 도출되어 왔기 때문에 그 인정범위는 한정될 수 밖에 없다. 독일연방행정법원은 여전히 불확정법개념의 전면적인 심사가가능성을 기본적 입장으로 하고 있다는 점에 주의하여야 할 것이다(Götz, Diskussionsbeitrag, in: Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S.178). 독일행정법상 판단여지가 인정되는 경우는 학교교육분야나 공무원관계에서의 시험성적의 평가 및 시험과 유사한 평가결정, 전문적인 독립행정위원회에 의한 가치평가적 결정, 개별적이며 불확정법개념과 관련된 특히 행정정책적 성격을 띤 요인들에 의한 결정(공무원인사를 위한 인력수급계획의 결정), 그리고 미래예측결정과 환경법 및 경제법분야에서의 위험평가 등의 정도이다.

25) 독일 행정집행법 제6조제1항은 『물건의 교부나 작위의 실행 또는 수인이나 부작위를 지향하는 행정행위는 그것이 쟁송취소불가능한 것이나 또는 그것이 즉시집행이 명하여졌거나 또는 법적 수단에 아무런 정지효도 주어지지 아니하는 경우에 제9조에 따른 강제수단으로 실현된다』고 규정하여 행정강제의 허용성의 요건으로 불가쟁력을 명시적으로 규정하고 있다.



## IV. 代執行의 節次

대집행은 상대방이나 관계인의 이익에 미치는 영향이 크기 때문에 그 절차는 충분히 적정한 것이어야 한다. 행정집행법은 대집행의 절차로서 계고·대집행영장에 의한 통지·대집행의 실행 및 비용징수의 4단계를 규정하고 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 대한 특례를 규정하고 있다(동법 제3조). 그러나 행정대집행법은 대집행절차에 대하여 간략하게만 규정하고 있어 이것만으로 대집행절차의 적정을 확보할 수 있을지 의문이다. 따라서 법률이 정하는 사항외에도 상대방이나 관계인의 이익을 보호하고 또한 대집행의 실행을 원활하게 하기 위하여 필요하고 적절한 것으로 판단되는 사항에 대해서도 대집행을 실행함에 있어 충분히 배려할 필요가 있다.

### 1. 戒告

#### (1) 戒告의 意義 및 法的 性質

행정대집행법은 대집행을 함에 있어 『상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 문서로서 계고하여야 한다』고 규정하고 있다(동법 제3조제1항).

계고는 대집행영장에 의한 통지와 더불어 대집행의 사전절차로서 대집행이 행하여질 것이라는 것을 사전에 통지하여 의무의 이행을 독촉하는 기능을 한다. 계고 및 대집행영장에 의한 통지는 상대방에 대하여 대집행에 대한 예측가능성을 부여하는 것으로 대집행절차의 주요한 부분을 이루며, 필요적 전치절차다.<sup>26)</sup> 다만 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 당해 행위의 급속한 실시를 요하여 사전절차를 취할 여유가 없는 경우에 한하여 그 절차를 거치지 아니하고 대집

26) 건물철거의 대집행에 있어서 철거의 의무자인 건물의 소유자에 대하여 대집행의 계고를 행하는 것 외에 독립하여 당해 건물을 점유하고 있는 임차인 등에 대해서도 건물의 철거의 대집행을 행하려고 한다는 취지를 통지하는 등 이행관계있는 제3자가 있는 경우에는 제3자에 대해서도 대집행의 통지를 하여야 할 것이다.

행을 할 수 있다(동조제3항). 구체적인 경우에 있어서 긴급한 경우에 해당하는가의 여부는 객관적으로 공정한 판단에 근거하여 인정되어야 하는 것으로 그 인정을 잘못하여 필요한 사전절차를 하지 아니한 대집행은 위법이 된다.

계고는 행정청이 우월적 입장에서 행하는 대집행을 행한다는 통지행위이므로 준법률적 행정행위에 해당한다. 계고는 항고소송의 대상이 된다.<sup>27)</sup>

한편 행정대집행법 제2조에 규정된 요건은 계고를 행할 때 충족되어 있어야 한다. 그것은 계고가 상당한 기한까지 의무를 이행하지 아니할 때에는 대집행을 할 수 밖에 없다는 의사의 통지로서 장래 대집행을 한다는 것을 확실하게 나타내는 것이므로 계고를 할 때에 위의 요건충족이 선행될 필요가 있다고 해석되기 때문이다. 판례도 이러한 입장을 취하고 있다.<sup>28)</sup>

## (2) 戒告와 義務를 과하는 行政處分과의 結合可能性

대집행의 계고와 의무를 과하는 행정처분과의 결합이라고 함은 의무를 과하는 행정처분에 있어 그 의무의 불이행이 있는 때는 대집행을 한다는 취지를 동시에 계고할 수 있는가 하는 것이다. 독일의 행정집행법은 명문으로 대집행의 계고와 의무를 과하는 행정처분과의 결합가능성을 규정<sup>29)</sup>하고 있지만 우리나라의 행정대집행법은 양자의 결합에 관한 규정을 두고 있지 않다.

생각컨대, 앞에서 본 바와 같이 의무를 과하는 권한과 대집행의 권한은 그 차원을 달리 할 뿐만 아니라 우리나라의 행정대집행법은 의무의 불이행을 곧 바로 대집행으로 연결시키지 않고, 대집행을 위해서는 일층 강화된 요건의 충족을 요구하고 있으며, 또한 계고로서 『상당한 이행기한』을 주도록 하고 있는 바, 계고

---

27) 『대집행의 계고는 다른 수단으로써 이행을 확보하기 곤란하고 또 불이행을 방지함이 심히 공익을 해하는 것으로 인정되는 경우에 행정청이 그의 우월적 입장에서 의무자에게 상당한 이행기간을 정하고, 그 기간내에 이행을 하지 않으면 대집행을 한다는 의사를 통지하는 준법률적 행정행위이다』(大判 1966.10.31, 66 누 25).

28) 『행정대집행의 요건은 대집행절차의 일부인 계고에도 타당하며, 그 요건이 충족된 경우에 한하여 계고를 할 수 있다』(大判 1979.8.21, 79 누 1).

29) 독일행정집행법 제13조제2항: 『계고는 작위, 수인 또는 부작위를 명하는 행정행위와 결합될 수 있다. 즉시집행이 명해지거나 또는 법적 수단이 정지효를 동반하지 아니하는 경우에는 계고는 행정행위와 결합되어야 한다』.

는 원칙적으로 의무를 과하는 행정행위와 별개로 행하여야 할 것이다. 따라서 장차 대집행의 요건이 충족되면 대집행하겠다는 停止條件附의 戒告는 할 수 없으며, 또한 의무를 명함과 동시에 불이행시는 대집행하겠다는 계고도 할 수 없다.<sup>30)</sup>

그러나 법률에 다른 규정이 있거나 의무를 과하는 행정처분을 발급함에 있어 행정대집행법 제2조가 정하는 대집행의 요건을 충족할 것이 확실시되고, 또한 당해 행위의 시급한 실시에 대하여 긴급한 필요가 있는 경우에는 불가피한 조치로서 예외적으로 의무를 과하는 행정처분과 계고를 결합하는 것이 인정되어야 할 것으로 본다.<sup>31)</sup> 이는 『비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 당해 행위의 급속한 실시』을 요하여 계고절차를 취할 여유가 없는 때에는 그 절차를 거치지 아니하고 대집행을 할 수 있도록 하고 있는 규정(同法 제3조제3항)으로부터 유추할 수 있는 것이다. 판례 역시 이러한 입장을 취하고 있다.<sup>32) 33)</sup>

### (3) 상당한 履行期間

계고를 할 때에는 『상당한 이행기간』을 정하여야 한다. 어느 정도의 기간을 주는 것이 상당한 이행기간인가는 구체적 사안에 대하여 의무의 성질, 의무자의 구체적 사정 등을 고려하여 객관적·합리적으로 인정되어야 할 것이다. 즉, 계고는 계고를 할 시점에서 의무가 불이행되고 있다는 것을 전제로 하여 의무자로 하여금 의무의 이행을 독촉하는 의미를 가지는 것이기 때문에 『상당한 기간』은 적

30) 姜求哲, 앞의 책, 591면.

31) 朴鉉旿, 앞의 책, 584면; 金東熙, 앞의 책, 330면.

32) 『건물철거집행에 있어서 계고서에 일정기간내에 철거를 명하고 그 기간내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행을 할 뜻을 미리 계고한 것으로 볼 수 있는 경우에는 철거명령이 계고서라는 명칭의 문서 가운데 포함되어 있다고 하더라도 철거명령과 계고처분은 독립하여 있는 것이라고 할 것이다』(大判 1978.12.26, 78 누 114).

33) 이에 대해서는 의무자에게 주어진 추가적인 이행기간을 박탈하게 됨으로써 실질적으로 기한의 이익을 상실케 하고 다른 한편 계고의 요건인 『상당한 기간』의 부여에 흠이 있는 것이 될 것이라고 하여 반대하는 입장도 있다(李尙圭, 앞의 책, 537면; 金鐵容, “行政代執行의 節次·範圍 및 不服”, 『法政』, 1977년 7월호, 78면; 朴圭河, 앞의 論文, 109면).

그러나 약식의 대집행은 그 성질상 즉시강제와 유사한 것으로 독일의 행정대집행법 제13조 제2항제2문은 이러한 경우 반드시 계고와 행정처분을 결합하도록 규정하고 있는 것을 상기할 필요가 있을 것이다.

어도 계고의 시점에서 기산하여 그 만료까지 의무를 이행하는 것이 사회통념상 가능한 기한이어야 한다.

#### (4) 戒告의 內容 · 樣式

계고는 문서로서 하여야 하며 문서에 의하지 않은 계고는 무효이다.<sup>34)</sup> 계고에 함에 있어 의무의 표시는 선행하는 하명처분에서의 그것과 일치하여야 한다. 그리고 어떤 의무를 이행함에 있어 이행의 방법이 복수인 경우에는 계고시에 행정청이 선택하려는 구체적 방법을 적시하여 통지하여야 한다.<sup>35)</sup> 또한 계고는 준법률적 행정행위로서 행정쟁송의 대상이 되기 때문에 행정심판법 제42조에 의하여 계고에 대하여 불복이 있는 경우에는 행정심판을 제기할 수 있다는 고지를 하여야 하며, 토지수용법 제64조에 의한 대집행의 경우에는 기업자의 청구가 있기 때문에 대집행을 한다는 취지를 계고서에 기재하여야 할 것이다.

## 2. 代執行令狀에 의한 通知

의무자가 대집행계고를 받고 지정한 기한까지 의무를 이행하지 않을 때에는 당해 행정청은 대집행영장으로써 대집행을 할 시기, 대집행을 위하여 파견하는 집행책임자의 성명과 대집행에 요하는 비용의 概算에 관한 견적서를 의무자에게 통지하여야 한다(동법 제3조제2항). 다만, 법률에 다른 규정이 있거나 비상시 또는 위험이 절박한 경우에 통지를 할 여유가 없을 때에는 통지를 생략할 수 있다(同條 제3항).

행정대집행법이 계고 이외에 대집행영장에 의한 통지라고 하는 사전절차를 규정한 것은 대집행에 대한 상대방의 예측가능성을 보다 확실하게 함으로써 상대방에 대한 절차적 보호라는 의미를 가짐과 동시에 대집행의 실시에 대하여 구체적으로 통지함으로써 이는 유효한 심리적 강제 수단이며, 따라서 의무이행을 독촉하는 의미를 가진다. 행정의 실체에 있어서도 의무자가 대집행영장을 수령하고 나서 목전에 급박한 대집행을 피하기 위하여 의무를 이행하는 경우가

34) 朴圭河, 앞의 論文, 109면.

35) 廣岡隆, 앞의 책, 140면; 彌野生, 앞의 論文, 241면.

적지 않다.

한편 대집행을 할 시기와 대집행영장에 의한 통지 사이의 시차에 대해서는 법률의 규정이 없으나 그에 관한 판단은 행정청의 재량이라고 할 것이다. 사안에 따라서는 대집행의 실행의 직전에 대집행영장에 의한 통지를 하는 것도 무관하지만 사람이 거주하는 건물을 철거하는 경우에는 거주자가 동산을 당해 건물로부터 반출하여 퇴거함에 필요한 적당한 기간을 주는 것이 타당할 것이다. 또한 대집행영장에 의한 통지는 대집행의 계고와 같이 대집행을 할 것을 통지하는 준법률적 행정행위이다. 대집행을 할 시기, 집행책임자 및 비용의 概算에 의한 견적서가 통지되므로 대집행의 내용과 수인의무가 구체적으로 확정된다. 대집행영장에 의한 통지는 위에서 본 바와 같이 준법률적 행정행위로서 행정쟁송의 대상이 되기 때문에 행정심판법 제42조에 의하여 대집행영장에 대하여 불복이 있는 경우에는 행정심판을 제기할 수 있다는 고지를 하여야 한다.

### 3. 代執行의 實行

의무자가 대집행영장에 표시된 기한까지 의무를 이행하지 아니하는 경우에는 대집행이 실행된다. 즉, 행정청은 본래 의무자가 하여야 할 행위를 대신하여 직접하거나(자주집행) 또는 제3자로 하여금 이를 행하게 할 수 있다(타자집행). 어떠한 경우에도 집행책임자는 대집행의 사실행위에 대한 책임자로서 작업실행자에 대하여 필요한 지시를 하고, 또한 자기가 집행책임자라는 것을 표시한 증표를 휴대하여 상대방과 이해관계인의 요구가 있는 때에는 제시하여야 한다(동법 제4조).

대집행의 실행자는 집행책임자의 지휘하에 목적달성을 위하여 필요한 범위안에서 의무자의 주소나 토지에 출입하여 집행을 할 수 있으며, 의무자는 적법한 집행행위를 수인할 의무가 있다.

### 4. 代執行費用의 徵收

#### (1) 概說

대집행에 요한 일체의 비용은 행정청이 의무자로부터 징수한다(동법 제2조).

대집행비용에 대하여 행정청이 의무자에 대하여 가지는 비용청구권은 事務管理者의 被事務管理者에 대한 청구권이 아니라 행정집행법 제2조 및 기타 대집행에 관한 특별법이 정하는 바에 따라 인정되는 공법상의 청구권이다. 대집행의 실행을 위하여 행정청에 의하여 고용된 자 또는 작업을 청부받은 자는 의무자에 대하여 어떠한 직접적인 법률관계도 없는 바, 사무관리, 부당이득, 행정청에 의하여 중개된 계약 등을 이유로 임금 또는 비용을 의무자에게 직접 청구할 수 없다. 행정청이 의무자로부터 징수하여야 할 금액은 대집행의 수수료가 아니라 실제로 대집행에 요한 비용이다. 인부의 임금, 청부인에 대한 보수, 자재비, 제3자에 지급한 보상금 등은 포함되지만 의무위반의 확인을 위한 조사비는 포함되지 않는다.

대집행비용의 징수는 그 금액과 납부기일을 정한 문서(費用納付命令書)로 납부고지함으로써 한다(동법 제5조). 납부명령은 성질상 지급하명의 행정행위이므로 비용납부명령서에는 납부명령에 대하여 불복이 있는 경우에 행정심판을 제기할 수 있다는 고지를 하여야 한다. 독일의 행정집행법은 대집행의 비용을 대집행의 실행에 앞서 잠정적으로 견적하여 징수하고 대집행의 실행종료 후 과부족을 청산하는 것을 인정하고 있지만 우리나라의 행정대집행법은 대집행의 실행종료 후에 비용을 징수하는 것만을 인정하고 있다. 비용의 징수는 정하여진 기일까지 납부하지 않으면 국세채납처분의 예에 의하여 강제징수할 수 있으며(동법 제6조제1항), 행정청은 대집행비용에 대해서는 국세에 다음가는 순위의 先取得權을 가진다. 또한 대집행비용을 징수하였을 때에는 그 징수금은 사무비의 소속에 따라 국고 또는 지방자치단체의 수입으로 한다(동법 제6조제2항).

## (2) 代執行費用에 대한 特例

대집행의 비용은 위와 같은 원칙에 따라 부과·징수하는 것이나 대집행을 규정하고 있는 법률을 구체적으로 분석하여 보면 대집행비용과 관련하여 특례를 두고 있는 법률이 있다.

### 가. 代執行費用納付者의 明示

대집행에 필요한 비용은 당해 의무를 불이행한 자가 부담하는 것이 원칙이다. 이에 대하여 『대집행비용은 명령위반자로부터 징수한다』(土壤環境保全法 제

24조 등)고 규정하여 이 원칙을 확인하는 규정을 두고 있는 법률이 있다. 이러한 규정은 일반법인 행정대집행법의 규정이 그대로 적용된다는 것을 재차 확인하는 의미밖에 없고 법률상 특별한 의미는 발견할 수 없으며, 따라서 입법의 낭비에 지나지 않는다. 한편, 대집행을 규정하고 있는 일부법률은 대집행비용의 징수와 관련하여 위의 원칙과 반대로 대집행비용을 사업시행자가 부담하도록 하는 특례를 두고 있는 법률(학교시설사업촉진법 제14조제2항 등)도 있다.

● 대집행비용의 납부자를 명시하고 있는 입법례

법률명	규정내용	관련조문
학교시설사업촉진법	▶ 학교시설사업시행지안의 분묘 등의 이장·이전의 대집행시 그 비용은 사업시행자가 부담	제14조제5항
택지개발촉진법	▶ 택지개발사업시행을 위한 분묘 등의 이전·이장의 대집행비용은 시행자가 부담	제15조제5항
산림법	▶ 사업명령의 불이행·산림이용계획서를 위반한 사업 등의 경우의 대집행비용은 산림소유자가 부담	제14조제2항
토양환경보전법	▶ 토양오염물질제거·시설의 철거 등의 대집행비용은 명령위반자가 부담	제24조
폐기물의국가간이동및그처리에관한법률	▶ 폐기물의 반입·반출의 대집행비용은 당해 폐기물을 수출 또는 수입한자가 부담	제21조
폐기물관리법	▶ 폐기물처리에 대한 대집행비용은 폐기물을 처리한 자 또는 그 처리를 위탁한 자가 부담	제46조

나. 代執行에 대한 財政支援

대집행에 소요되는 일체의 비용은 행정청이 의무자로부터 징수하는 것이 원칙이나 대집행에 드는 비용을 특별회계나 기금에서 지원하도록 규정하는 법률이 있다. 이러한 경우에도 의무자의 대집행비용납부의무가 면제되는 것은 아니라는 것에 주의할 필요가 있을 것이다.

● 대집행에 대한 재정지원을 규정하고 있는 입법례

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
산림법	▶사업의 대집행에 대한 정부의 자금지원	령제108조의2
환경개선특별회계법	▶환경개선특별회계에서 폐기물의 반입·반출에 대한 비용의 지급	제4조제1항
도로법	▶도로에 관한 비용에 대집행비용을 포함시켜 자금지원	법제55조, 령제30조제1항
농어촌도로정비법	▶도로에 관한 비용에 대집행비용을 포함시켜 자금지원	법제22조, 령제13조제1항
하천법	▶하천에 관한 비용에 대집행비용을 포함시켜 자금지원	법제47조, 령제35조제1항

다. 代執行費用의 徵收

행정대집행법에는 대집행비용의 징수와 관련하여 대집행비용은 국세징수법의 예에 의하여 징수하며, 국세에 다음가는 순위의 선취특권을 가진다고 규정하고 있을 뿐(동법 제6조제1항·제2항), 비용의 분할이나 물납 등에 대한 규정이 없는 바, 대집행을 규정하고 있는 법률 가운데에는 비용의 분납 등 대집행비용의 징수와 관련한 특례를 두고 있는 법률이 있다.

● 대집행비용의 징수에 대한 특례를 규정하고 있는 법률

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
농지확대개발촉진법	▶농지의 대집행개발시 개발비용은 금전으로 분할징수하거나 개발농지로 징수할 수 있음	제12조제2항
산림법	▶사업의 대집행비용은 국세징수법에 의한 채납처분의 예에 의하여 그 비용을 징수하거나 산림소유자와 대집행자에게 사업대집행확인서를 교부함으로써 사업으로 발생한 수익을 분배하는 계약이 체결된 것으로 봄. 이 경우 산림소유자가 대집행자에게 지상권을 설정한 것으로 보며, 지상권설정등기를 할 수 있음	제14조제3항, 제15조, 제112조
공직선거및부정선거방지법	▶불법시설물에 대한 대집행비용은 기탁금에서 부담	제56조제2항



## 第2節 直接強制制度

### I. 直接強制的意義

직접강제란 행정법상 의무의 불이행이 있는 경우에 직접적으로 의무자의 신체나 재산 또는 양자에 실력을 가하여 의무의 이행이 있었던 것과 동일한 상태를 실현하는 행정상의 강제집행<sup>36)</sup>으로 정의되고 있다. 그리고 직접강제는 대체적 작위의무뿐만 아니라 비대체적 작위의무·부작위의무·수인의무 등 일체의 의무의 불이행에 대하여 행하여질 수 있다. 그런데 직접강제가 행정상 강제집행의 일종이라는 것에 대해서는 일반적으로 승인되고 있지만 그 구체적인 형태나 타 행정집행제도와의 구별, 집행절차 등에 대해서 명확한 설명을 하고 있는 문헌은 거의 찾아 볼 수가 없다. 이는 우리나라의 경우 무엇보다 그에 관한 일반법이 없으며, 개별법에 예외적으로 드물게 인정되고 있는 것에 기인하는 것으로 볼 수 있을 것이다.<sup>37)</sup>

직접강제를 행정상 강제집행의 일반수단으로 인정하는 독일의 경우와는 달리 직접강제를 특별한 경우에 한하여 예외적으로만 인정하는 것이 인권보장의 측면에서 더 나은 제도로 비칠 수 있다. 그러나 우리나라의 경우 일반적으로 직접강제가 인정되고 있지 않지만 현실적인 필요에 의하여 위법 내지 탈법적인 직접강제가 행하여지는 경우가 많고, 또한 개별법에 의하여 예외적으로 인정되기 때문에 그 절차에 있어 미비한 점이 많아 직접강제의 집행과정에서 인권을 침해하는 소지가 많다는 점을 고려할 때, 행정집행법의 제정 등을 통하여 그 요건과 절차

36) 金道稔, 『一般行政法論』(上), 563면; 朴鈺旿, 『最新行政法講義(上)』, 587면; 石琮顯, 『一般行政法(上)』, 518면; 洪準亨, 『行政法總論』, 538면.

37) 行政執行令은 直接強制를 일반적 행정집행수단으로 인정하였지만, 동법령 제5조제2항은 『다른 강제집행수단으로는 의무이행을 강제할 수 없을 때 또는 급박한 사정이 있는 경우에는 직접강제를 할 수 있다』고만 규정하여 직접강제라는 명칭만 사용하고 있을 뿐 그 구체적인 내용에 대해서는 명확한 규정을 두고 있지 않다. 다만, 직접강제를 프로이센일반행정집행법과 같이 직접시행을 포함하는 것으로 이해하고 있는 것이 특징적이다. 동법령은 軍정법령 제176호(1948년)에 의하여 폐지되었다.

를 엄격하게 하여 인권침해의 가능성을 배제하면서도 행정의 실효성확보를 위한 장치를 마련하는 것이 필요할 것으로 보인다.

## II. 直接强制의 現況

현행법상 직접강제의 수단 내지 태양에 대한 일반규정을 두고 있는 것은 없지만, 현행법상 직접강제로 볼 수 있는 행정상 강제집행을 분석하여 보면 직접강제의 수단으로 인정되고 있는 것으로 봉쇄·폐쇄·장애물의 제거·봉인·강제퇴거·압류·폐기·수거·소각몰수·영치·무기사용·강제수용 등을 들 수 있다.

### 1. 營業場·事業場 등의 閉鎖

#### [입법례 1] : 먹는물관리법 제38조제1항

환경처장관은 제18조제1항 내지 제3항의 규정에 위반하여 허가를 받지 아니하거나 등록을 하지 아니하고 영업을 하는 때 또는 제40조제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 허가 또는 등록이 취소되거나 영업정지명령을 받은 후에 계속하여 영업을 하는 때에는 관계공무원으로 하여금 그 사업장을 폐쇄하기 위하여 다음의 조치를 하게 할 수 있다.

1. 그 사업장의 간판 기타 영업표식물의 제거·삭제
2. 그 사업장이 적법한 사업장이 아님을 알리는 게시문의 부착
3. 그 사업장의 시설물 기타 영업에 사용하는 도구 등을 사용할 수 없게 하는 봉인

#### [입법례 2] 주요농작물종자법 제18조의2제1항

시장·군수·구청장은 제8조제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니하거나 허위로 신고하고 영업을 한 때 또는 제18조제1항의 규정에 의한 영업소의 폐쇄 및 영업정지명령을 받고도 계속하여 영업을 하는 때에는 당해 영업소를 폐쇄할 수 있다.

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
사행행위규제및 처벌특별법	▶무허가영업 및 허가의 취소 또는 영업정지 를 받은 후 영업을 계속하는 경우의 영업소 폐쇄	제24조제1항
식품위생법	▶무허가·미신고영업 및 허가가 취소되거나 영업소의 폐쇄명령을 받은 후에 영업을 계 속하는 경우의 영업소 폐쇄	제62조제1항
아동복지법	▶법령에 의한 명령·처분을 위반한 아동복지 시설이나 교육훈련시설의 폐쇄	제26조제1항
직업안정법	▶무허가·무등록사업 및 영업정지 또는 허가 취소의 명령을 받은 후에 사업을 계속하는 경우의 사업소·사무실 폐쇄	제37조제1항
학원의설립·운영 에관한법률	▶무등록·무인가 학원의 설립·운영 및 등록 취소 또는 인가취소를 받거나 休所중인 학 원이 계속하여 교습·학습장소로 제공되는 경우의 학원의 폐쇄	제16조제1항
관광진흥법	▶무허가영업 또는 카지노사업자가 허가취소 또는 사업의 정지명령을 받고 계속하여 사 업하는 때의 영업소 폐쇄	제18조의2 제1항
공중위생법	▶무허가·미신고의 영업 또는 제조업을 하거 나 허가취소·영업소의 폐쇄명령을 받고 계 속하여 영업을 하는 때의 영업소의 폐쇄	제25조제1항

## 2. 除去·消印의 表示·削除·封印 등

[입법례]: 계량및측정에관한법률 제42조

계량검사공무원은 수시검사에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 계량기에 대하여 그 證印의 제거 또는 소인의 표시를 하거나 대통령령이 정하는 바에 의하여 이를 파괴할 수 있다.

1. 제24조의 규정에 의한 등록을 하지 아니하고 제작 또는 수리한 것
2. 제29조 각호의 규정에 의하여 사용 또는 소지가 제한되는 것

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
계량및측정에관한 법률	▶정기검사에 불합격한 계량기에 검정증인 또는 정기검사증인이 있는 경우 이의 삭제 또는 消印의 표시	제38조제2항
옥외광고물등관리 법	▶법령위반 또는 안전도검사에 불합격한 광고 물에 대한 제거명령 불이행시의 제거	제10조제2항
음반및비디오물에 관한법률	▶불법음반 또는 비디오물 제작소의 봉인	제21조제1항

### 3. 退去의 強制

[입법례]: 출입국관리법 제46조

사무소장·출장소장 또는 외국인보호소장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 1에 해당하는 외국인을 대한민국의 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.

(이하 생략)

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
군사시설보호법	▶보호시설·군사시설에의 무허가출입자 또는 보호시설안에서의 금지사항의 행위를 한 자에 대한 강제퇴거	제9조
방어해면법	▶방어해면구역에의 무허가출입 또는 航行한 선박, 군사작전상의 필요에 따른 명령을 따르지 않는 선박, 제한·금지된 행위를 한 자 또는 선박에 대한 방어해면구역으로부터의 강제퇴거	제7조
해군기지법	▶해군기지수역안에서 있는 선박에 대한 퇴거의 강제	제7조

#### 4. 押留 · 收去 · 廢棄 · 沒收

[입법례 1]: 식품위생법 제56조 제2항

보건사회부장관, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 제22조제1항·제2항 및 제5항의 규정에 의하여 허가를 받아야 하는 경우 또는 신고를 하여야 하는 경우에 그 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 제조·가공·조리한 식품 또는 첨가물이나 이에 사용한 도구 또는 용기·포장 등을 관계공무원으로 하여금 압류 또는 폐기하게 할 수 있다.

[입법례 2]: 소비자보호법 제6조제4항

중앙행정기관의 장은 사업자가 제3항의 규정에 의한 수거·파기명령에 따르지 아니하는 경우 대통령령이 정하는 바에 따라 이를 직접 수거하여 파기할 수 있다.

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
공중위생법	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶이용업자 및 미용업자의 금지행위에 이용되거나 이용될 우려가 있는 시설·설비의 철거·폐기</li> <li>▶미등록·미신고로 제조한 위생용품의 압류 또는 폐기</li> <li>▶규격 또는 기준에 부적합한 위생용품으로 공중위생상 극히 해로운 것에 대한 압류 또는 폐기</li> </ul>	<p>제22조제1항</p> <p>동조제2항</p> <p>동조제3항</p>
먹는물관리법	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶규정에 위반되는 먹는 샘물 또는 수처리제나 그 용기·포장 등의 압류 또는 폐기</li> <li>▶무허가·미등록·미신고로 수입·제조한 먹는샘물 또는 수처리제나 그 용기·포장 등의 압류 또는 폐기</li> </ul>	<p>제39조제1항</p> <p>동조제2항</p>
비료관리법	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶법을 위반하여 생산·수입·수출 또는 판매하는 비료 및 그 원료의 압류·폐기</li> </ul>	제26조

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
식품위생법	▶영업을 하는 자가 규정을 위반하는 때에 그 식품첨가물, 기구 또는 용기·포장의 압류 또는 폐기	제56조제1항
사행행위등규제및 처벌특례법	▶규격 및 기준에 부적합하거나 검사를 받지 않고 판매되는 사행기구의 수거·폐기	제20조
식물방역법	▶법령을 위반하여 수입된 식물과 그 용기, 포장의 폐기, 법령을 위반하여 양도, 매매, 반출된 지정종묘의 폐기	제9조, 제14조
약사법	▶폐기명령을 이행하지 아니하는 때의 규정위반의 의약품의 폐기	제65조제2항
음반및비디오물에 관한법률	▶무등록자가 판매하는 음반 및 비디오물 등의 수거·폐기	제21조제1항
축산물위생처리법	▶미검사품의 폐기·압류 또는 수거	제17조제1항
향정신성의약품관리법	▶규정위반의 향정신성의약품의 폐기명령을 향정신성의약품취급자가 이행하지 않는 경우 당해 물품의 폐기	제34조제2항
가축전염병예방법	▶수입이 금지된 물품이 수입되거나 검역증명서를 첨부하지 아니한 지정검역물이 수입되는 때의 貨主에 대한 소각 또는 몰수명령이 이행되지 않거나 명령에 따르지 않는 경우 검역관이 직접 소각 또는 몰수	제22조제2항

### Ⅲ. 直接强制의 節次

직접강제에 대한 일반법이 없기 때문에 현행법상 통칙적으로 직접강제의 일반절차를 규정하고 있는 법률은 없을 뿐만 아니라 직접강제를 규정하고 있는 개별법률 가운데 그 절차에 대한 규정을 전혀 두고 있지 않는 법률이 상당수 있다 (방어해면법 제42조, 식물방역법 제9조·제14조, 소비자보호법 제6조 등). 또한 아래에서 보는 바와 같이 그 절차를 규정하고 있는 경우에도 그 절차는 전혀

통일되어 있지 못할 뿐만 아니라 단순히 서면에 의한 사전통지만을 규정하거나 (관광진흥법 제18조의 2 등), 권한을 나타내는 증표의 휴대와 제시만을 규정하는(음반및비디오물에관한법률 제21조, 약사법 제65조 등) 정도이다.

현행 법률상 직접강제의 절차에 대한 규정을 분석하여 보면 다음과 같다.

## 1. 書面에 의한 通知와 證表의 提示를 規定하고 있는 경우

[입법례]: 먹는물관리법 제38조제3항·제5항

③환경처장관은 제1항의 규정에 의한 조치를 하고자 하는 경우에는 미리 이를 그 사업을 하는 자 또는 그 대리인에게 서면으로 알려주어야 한다. 다만, 급박한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.

⑤제1항의 규정에 의하여 관계공무원은 그 권한을 나타내는 증표를 관계인에게 내보여야 한다.

- 사행행위등규제및처벌특례법 제20조의 폐기처분, 제24조의 폐쇄조치
- 식품위생법 제62조의 폐쇄조치
- 학원의설립·운영에관한법률 제6조의 폐쇄조치
- 공중위생법 제25조의 폐쇄조치

## 2. 意見陳述機會를 規定하고 있는 경우

[입법례]: 아동복지법 제26조제2항

②보건사회부장관, 도지사 또는 시장·군수는 제1항제3호 내지 제5호의 조치를 하고자할 때에는 그 사유를 문서로써 통지하고 그 의견을 진술할 기회를 주어야 한다.

### 3. 書面에 의한 通知만을 規定하고 있는 경우

[입법례]: 주요농작물종자법 제18조의2제2항

②제1항에 의한 폐쇄를 함에 있어서 미리 당해 판매업자나 그 대리인에게 서면으로 이를 알려주어야 한다. 다만 급박한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

- 관광진흥법 제18조의2의 폐쇄조치

### 4. 證表의 提示만을 規定하고 있는 경우

[입법례]: 직업안전법 제37조제2항

②제1항의 규정에 의하여 조치를 하는 관계공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

- 음반및비디오물에관한법률 제21조의 수거·폐기 또는 불법시설물의 봉인
- 공중위생법 제22조의 폐기처분
- 먹는물관리법 제39조의 압류 또는 폐기
- 비료관리법 제26조의 압류
- 식품위생법 제56조의 압류 또는 폐기
- 약사법 제65조의 폐기처분

### 5. 執行節次에 관한 規定을 두고 있지 않는 경우

- 계량및측정에관한법률 제42조의 證印의 제거·파기
- 군사시설보호법 제9조의 퇴거의 강제
- 방어해면법 제7조의 퇴거의 강제
- 해군기지법 제7조의 퇴거의 강제
- 식물방역법 제9조 및 제14조의 폐기처분



- 축산물위생처리법 제17조의 폐기처분
- 향정신성의약품관리법 제34조의 폐기처분
- 소비자보호법 제6조의 수거·파기
- 가축전염병예방법 제22조의 소각 또는 몰수

### Ⅲ. 直接强制를 手段으로 하는 即時强制

일반적으로 즉시강제라고 함은 행정법상의 의무를 전제함이 없이 目前의 급박한 장애를 제거하기 위하여 또는 그의 성질상 의무를 명함에 의해서는 목적을 달성할 수 없는 경우에 직접 사인의 신체 또는 재산에 실력을 가함으로써 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용으로 정의되고 있다. 그러나 즉시강제라는 행정작용을 인정하는 이론적인 근거에 비추어 행정행위에 의하여 구체적 의무를 명한 후에도 위험이 절박하여 강제집행절차 가운데 전부 또는 일부를 생략하고 즉시 집행하여야 할 긴급성도 충분히 상정해 볼 수 있는 것이며, 이와 같이 집행의 긴급성으로 인하여 집행절차의 전부 또는 일부를 생략하고 즉시 강제집행하는 것 역시 즉시강제의 한 유형으로 인정되어야 할 것이다.<sup>38)</sup> 이러한 전제에 의하는 경우 즉시강제는 의무를 전제하지 않거나 추상적인 의무를 전제로 하여 즉시 시행하는 것과 구체적인 의무를 전제로 하여 강제집행절차의 일부 또는 전부를 생략하고 즉시 강제집행되는 것의 두가지 유형으로 구별하여 볼 수 있다. 그리고 후자의 즉시강제는 긴급조치로서의 의무이행확보수단으로 기능하게 되며(강제집행적 즉시강제), 그 수단의 면에서 다시 대집행적 즉시강제와 직접강제적 즉시강제로 분류하여 볼 수 있다.

#### ● 직접강제적 즉시강제

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
먹는물관리법	▶ 급박한 사유가 있는 때의 통지를 생략한 사업장의 폐쇄조치	제38조제3항 단서

38) 이에 대한 자세한 것은 이 보고서 163~166면 참고.

법 률 명	규 정 내 용	관 련 조 문
사행행위등규제및 처벌특례법	▶급박한 사유가 있는 때의 통지를 생략한 영 업소의 폐쇄조치	제24조제3항 단서
식품위생법	▶급박한 사유가 있는 때의 통지를 생략한 영 업소의 폐쇄조치	제62조제3항 단서
주요농작물종자법	▶급박한 사유가 있는 때의 통지를 생략한 영 업소의 폐쇄조치	제18조의2 제2항 단서
학원의설립·운영 관한법률	▶급박한 사유가 있는 때의 통지를 생략한 영 업소의 폐쇄조치	제16조제2항 단서
관광진흥법	▶급박한 사유가 있는 때의 통지를 생략한 영 업소의 폐쇄조치	제18조의2 제3항 단서
액화석유가스의안전 및사업관리법	▶이 법 또는 이 법에 의한 명령을 위반하여 위해를 발생할 우려가 있는 경우의 사용시 설의 봉인 또는 임시영치	제29조제6항
비료관리법	▶압류된 비료처리에 긴급을 요하는 때의 압 류비료의 폐기	제26조제3항
공중위생법	▶규격 또는 기준에 적합하지 않는 위생용품 으로서 극히 공중위생에 해로운 것의 압류 또는 폐기	제22조제3항
약사법	▶법령을 위반하여 판매되는 약품의 국민보건 을 위하여 긴급한 경우의 폐기	제65조제2항
고압가스안전관리 법	▶명령에 위반하여 위해를 발생할 우려가 있 는 경우의 사용중지·시설봉인	제20조제6항

#### IV. 直接强制에 관한 限界의 特則例

직접강제는 강제집행수단 중에서 가장 강력한 수단이라고 할 수 있으므로 국민의 기본권을 침해할 가능성이 상당히 높은 것이 사실이다. 따라서 과잉금지원칙(광의의 비례원칙)의 준수하에 최후수단으로 활용되어야 한다.

이와 같은 직접강제의 한계와 관련하여 직접강제를 규정하고 있는 법률 가운데 일부 법률은 직접강제의 조치는 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다는 過剩禁止原則을 명문으로 규정하고 있는 법률(먹는물관리법 제38조제4항, 사행행위등규제및처벌특례법 제24조제4항, 식품위생법 제62조제4항, 학원의설립·운영에관한법률 제16조제3항, 관광진흥법 제18조의2제4항, 공중위생법 제25조제4항 등)도 있으며, 또한 봉인, 임시영치, 게시물의 부착·설치 등 직접강제를 실행한 경우 당해 행정청이 더 이상 그러한 조치가 필요없다고 인정하거나 영업자 또는 그 대리인이 영업을 계속하지 않을 확실한 의사표시를 하는 등 정당한 이유를 들어 직접강제의 해제를 요구하는 때에는 특별한 사유가 없는 한 행정청으로 하여금 이에 응하도록 하는 규정을 두고 있는 있는 법률(먹는물관리법 제38조제2항, 사행행위등규제및처벌특례법 제24조제2항, 식품위생법 제62조제2항, 학원의설립·운영에관한법률 제16조제4항, 관광진흥법 제18조의2제2항)이 있다.

이와 같이 직접강제의 한계로서의 과잉금지의 원칙을 개별법률에 규정하는 것은 당연한 것을 법제화한 것으로 주의적 규정에 지나지 않는다고 할 것이나, 직접강제가 의무위반자의 재산이나 신체에 직접 실력을 가하는 것이라는 점과 직접강제가 일반적으로 인정되지 않고 개별법에 의하여 예외적으로 인정되고 있다는 것을 생각할 때 직접강제의 한계로서 『과잉금지』를 각각의 개별법에 명문으로 규정하는 것은 바람직하다고 생각된다. 또한 직접강제가 더 이상 필요하지 않는 경우 이를 해제하도록 하는 것 역시 비례의 원칙상 당연한 것이며, 국민의 재산권을 보호하는 차원에서 바람직한 입법태도라고 할 수 있다.

## 第3節 履行强制金制度

### I. 履行强制金の概念

#### 1. 履行强制金の意義

대집행과 직접강제가 물리적 작용에 의하여 사물의 외형적 상태나 사람의 외면적 상태를 변경하여 의무에 적합한 상태를 야기하고 이를 의무자에게 수인시키는 것에 대하여, 집행벌(이행강제금)은 일정한 기한까지 의무를 이행하지 않을 때에는 일정한 금전적 부담을 과할 뜻을 미리 계고함으로써 의무자에게 심리적 압박(의무자의 의사에 대한 영향)을 주어 장래에 그 의무를 이행하게 하려는 간접적인 강제집행수단의 하나이다.

강제금(Zwangsgeld)이라는 용어는 1931년의 『프로이센경찰행정법』에서 처음으로 사용된 용어로서, 그 이전의 법률에서는 罰令(Strafbefehl), 과료(Geldbuße), 금전벌(Geldstrafe) 등의 용어를 사용하였으며,<sup>39)</sup> 법령상 이러한 명칭으로 사용된 강제수단은 학문적으로는 집행벌(Exekutivstrafe), 강제벌(Zwangsstrafe), 불복종벌(Ungehorsamsstrafe) 등의 용어를 사용하였으며, 이 중 집행벌의 용어가 가장 일반적으로 사용되었다. 그러나 독일의 경우 현재 실정법상으로는 대부분 강제금이라는 용어를 사용하고 있다.

39) 1808년의 『프로빈츠경찰및재무관청의개량설치에관한명령』 제84조는 『행정청은 집행절차에 있어서 100마르크이하의 금액 또는 4주간이하의 구류를 罰令(Strafbefehl)을 발할 수 있다』고 규정하고, 1872년의 Kreis조례 제79조는 강제수단으로 과료(Geldbuße)을 규정하고 동법 제82조에서는 이는 독일형법 제28조 및 제29조가 정하는 바에 따라 구류(Halt)로 전환할 수 있다고 규정하고 있었다. 또한 1876년의 『권한법』(Zuständigkeitsgesetz) 제33조·1880년의 『일반주행정의조직에관한법률』(Gesetz über die Organisation der allgemeinen Landesverwaltung) 제68조·1883년의 『一般州行政法』(Gesetz über die allgemeinen Landesverwaltung)은 강제수단으로서의 금전벌(Geldstrafe)을 인정하고 이는 형법 제28조 및 제29조가 정하는 바에 따라 구류로 전환할 수 있다고 규정하고 있었다.

우리나라의 경우에도 현재 이러한 여러가지 용어 가운데 이러한 제도를 규정하고 있는 현행법은 모두 이행강제금이라는 표현을 사용하고 있다. 따라서 이하에서는 이행강제금이라는 용어를 사용하기로 한다.<sup>40)</sup>

## 2. 履行強制金の對象義務

이행강제금은 비대체적 작위의무 또는 대체적 작위의무 및 수인의무나 부작위의무의 위반에 대하여 부과될 수 있다.<sup>41)</sup>

①작위, 수인 및 부작위의무는 어느 것이나 강제금에 의한 강제 대상이 될 수 있다. 작위의무 중 비대체적 작위의무<sup>42)</sup>는 대집행 대상이 될 수 없으므로 특히 강제금에 의한 강제가 기대된다. 그러나 강제금은 심리강제수단이므로 그 대상이 되는 작위는 『의무자의 의사에만 의존하는 것』, 즉 사실상 법률상 제3자의 협력을 필요로 하지 않고 의무자 스스로 행할 수 있는 것이어야 한다.<sup>43)</sup>

②수인의무(공공의 교통에 제공된 자기의 토지를 공중이 통행하는 것을 수인할 의무 등)나 부작위의무(금지에 따른 의무) 역시 강제금의 대상이 된다.

③한편 우리나라의 학설은 대체적 작위의무에 대해서는 대집행이 가능하고 따라서 그에 대하여 중복하여 이행강제금의 대상으로 할 필요가 없었기 때문에 이행강제금의 부과대상이 되는 의무를 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대해

---

40) 이러한 표현상의 문제점에 대하여는 제4장에서 자세히 살펴 보기로 한다.

41) 독일의 행정집행법은 강제금의 부과대상의무와 관련하여 『어떤 행위가 다른 사람에 의해서 이행될 수 없고, 그리고 그 이행이 의무자의 의사에만 의존하는 경우에는 의무자는 강제금(Zwangsgeld)을 통해 행위를 취하도록 요구될 수 있다. 대체적 작위의무에 있어서는 대집행이 행해지기 어려운 경우, 특히 의무자가 다른 사람에 의한 이행으로 인해 발생하는 비용을 부담할 능력이 없는 경우에 강제금이 과해질 수 있다』(동법 제11조제1항)고 규정하고 또한 『강제금은 의무자가 어떤 의무를 수인하거나 또는 부작위하여야 할 의무를 위반하는 경우에도 허용된다』(동조제2항)고 규정하고 있다. 그리고 Rheinland-Pflaz행정집행법 제64조제1항 및 제2항과 Nordrhein-Westfalen행정집행법 제60조 제1항 및 제2항도 같은 취지의 규정을 두고 있다.

42) 예컨대, 감정을 받을 의무, 문서제출의무, 보고를 위한 출두의무 등.

43) 따라서 분실된 운전면허증, 의무자가 점유하지 않고 의무자가 소송으로 점유를 획득하지 않으면 안되는 저당증권, 타인이 사용하는 물건 또는 제3자와 공동으로 보관하고 있는 문서 등의 인도 의무는 강제금이 대상이 될 수 없다.

서만 부과할 수 있는 것으로 이해되어 왔으나,<sup>44) 45)</sup> 이는 이행강제금제도의 본질에서 오는 제약이 아니다.<sup>46)</sup> 따라서 대체적 작위의무에 대하여도 이행강제금이 부과될 수 있다.

현행법상 건축법상의 이행강제금은 건축물의 철거·개축·증축 등의 대체적 작위의무에 대한 이행강제금의 부과를 인정하고 있다(동법 제83조).

## II. 履行强制金の特質

이행강제금은 앞에서 본 바와 같이 금전부담인 고통에 의한 심리적 압박을 가하여 의무자 스스로 의무를 이행하게 하는 기능을 수행하게 하는 것인 바, 이러한 의무이행강제의 기능은 행정벌에 의해서도 수행된다. 그러나 행정벌에 있어서의 이러한 기능은 행정벌의 직접적인 목적에 속하는 것이 아니며, 다만 그 간접적인 효과에 지나지 않는다. 행정벌의 직접적인 목적은 이미 행하여진 행위에 대하여 죄가 있기 때문에 그것을 처벌하는데 있으며, 행정벌은 과거의 위반에 대한 속죄로써 과거의 청산을 의미하는 것이다. 이에 대하여 이행강제금은 현재 존재하고 있고 장래에도 존속할 불복종을 타파하여 장래에 향하여 복종을 강제하는 것을 그 본래의 목적으로 하며, 의무의 이행강제가 그 직접적인 목적이다. 즉, 행정벌은 과거를 향한 작용인데 대하여 이행강제금은 장래를 향한 작용이다.<sup>47)</sup> 따라서 이행강제금은 순수한 의미에 있어서의 벌은 아니며, 강제집행수단에 속한다.<sup>48)</sup>

44) 金南辰, 『行政法の基本問題』, 383면.

45) 한편, 일본의 구행정집행법이나 구행정집행령 제5조제2호가 『강제될 행위로서 타인이 대신할 수 없을 때, 또는 부작위를 강제하고자 하는 경우에는 명령의 규정에 의하여 명령(조선 총독)이 정하는 바에 따라 25엔(원)이하의 과료에 처한다』고 규정하고 있었던 바, 여기서는 부작위의무나 비대체적 작위의무에만 이행강제금을 부과할 수 있도록 규정하고 있었다.

46) 이에 관하여 자세한 내용은 제4장의 이행강제금제도의 문제점에서 살펴 보기로 한다.

47) J.Hatschek, Lehrbuch des deut- und preuß - Verwaltungsrechts, S.428.

48) 벌의 개념에 대해서 광의로 이해하여 즉, 벌이라고 함은 불복종에 대하여 국가권력이 가하는 일체의 고통으로 『이행강제금은 현실적 벌(eine wirkliche Strafe), 즉 고통의 계고에 의한 심리강제수단』이라고 하고, 이러한 심리적 이행강제라는 목적요소는 행정벌이나 이행강제금에도 공통되는 것이기 때문에 이 점으로 양자의 구별의 표준을 구할 수 없다고 하고

따라서 ①행정형벌의 경우는 一事不再理의 원리가 적용되어 동일한 위반행위에 대하여 행정벌이 반복하여 부과될 수 없으나 이행강제금의 경우에는 이 원리가 적용되지 않아 동일한 의무위반에 대하여 의무이행이 있을 때까지 반복·증액하여 부과할 수 있다. ②이행강제금은 행정형벌과는 법적 성질을 달리 하기 때문에 동일한 의무위반에 대하여 행정형벌과 병행하여 부과될 수 있으며, 이러한 경우에도 이중처벌의 금지의 원칙에 반하지 않는다. ③행정형벌은 과거의 의무위반에 대한 제재로서 가하는 것이므로 그 의무위반이 현재 소멸한 경우에도 행정벌을 과할 수 있는 것에 대하여 이행강제금의 경우에는 현재 존속하고 있는 의무위반만을 대상으로 하며, 의무이행이 있는 때에는 설령 이행의 시기가 의무이행을 위하여 설정한 기한을 경과한 뒤라 하더라도 이행강제금을 부과할 수 없으며, 또한 의무자가 의무를 이행하지 아니한 경우에도 의무내용이 어떤 다른 방법으로 사실상 실현되었을 때에는 이행강제금은 부과될 수 없다. ④이행강제금은 행정형벌과는 달리 고의여부에 관계없이 부과되며, 요구된 작위 또는 부작위의 의무자의 의사에 좌우되고 그에게 법적으로나 사실적으로 불가능한 것이 아니라는 것을 전제로 한다.

### Ⅲ. 履行强制金の 現況

행정상 강제집행제도로써 일반적으로 대집행, 직접강제, 집행벌(이행강제금), 강제징수의 4종류가 있음은 일반적으로 인정되어 온 바이다. 그러나 실제로

---

이행강제금에 대하여 형법이 적용되지 않는다고 하는 것은 순개념적으로 이해될 것은 아니고 전적으로 역사적으로 형성된 독일의 국법상의 원칙에 근거한 것이라는 견해가 있었으며 (Anschütz, "Das Recht des Verwaltungszwangs in Preußen", Verwaltungsarchiv, Bd. I (1893), S. 453 f.) 또한 공법상의 의무실현을 담보하는 제도를 행정강제와 행정벌의 두개의 범주로 구별하는 경우 이행강제금은 후자의 범주에 속한다고 본 견해(T. Maunz, Verwaltung(1937), S.316)도 있었다. 그러나 고유한 의미에 있어서의 벌이라고 하는 것은 과거의 비난받을 행위에 대하여 제재를 가한다고 하는 보복목적의 것에 한정되고, 이행강제금의 개념본질적 목적은 일정한 행정청의 명령의 강제이며, 과거의 비행에 대한 보복은 아니기 때문에 고유한 의미에 있어서의 벌의 범주에 속하지 않고 순수한 강제집행수단의 영역에 속하는 것이다. 입법도 이와 같은 입장에서 벌과 구별하기 위하여 종래의 집행벌이라는 용어 대신 강제금이라는 용어를 사용하고 있는 것이다.

우리나라의 경우는 행정대집행법에 의한 대집행과 국세징수법에 근거한 강제징수만이 일반적 제도로써 실시되어 왔다.<sup>49)</sup> 직접강제는 특별법에 드물게 인정되어 오다가 최근에 점점 근거법규가 늘어나고 있는 경향에 있으며, 집행벌은 오랫동안 학문적으로만 논의되다가 1991년 건축법에서 이행강제금이라는 이름으로 최초로 도입된 이래 대덕연구단지관리법, 부동산실권리자명의등기에관한법률 및 농지법<sup>50)</sup> 등 4개의 법률에서 그 근거규정을 두고 있다.<sup>51)</sup> 현행법상 인정되고 있는 이행강제금의 부과요건과 부과금액을 보면 다음과 같다.

● 이행강제금제도의 현황

법률명	부과요건	부과금액	관련조문
건축법	건폐율·용적율초과 및 무허가·미신고의 건축물에 대한 시정명령불이행	과세시가표준액의 100분의 50에 상당하는 금액에 위반면적을 곱한 금액	제83조
	기타 위반건축물에 대한 시정명령불이행	과세표준표준액의 100분의 10의 범위안에서 위반내용에 따라 대통령령이정하는 금액	

49) 우리나라의 경우도 1948년 구행정집행령이 폐지(1948년 군정법령 제176호)되기 전까지 행정상 강제집행의 수단으로 대집행, 직접강제 및 집행벌이 일반적으로 인정되었다. 그러나 직접강제는 의무자의 신체·재산에 직접 실력을 가함으로써 자유권침해의 중대성과 가혹성으로 기본권보장을 중시하는 헌법정신에 합당하지 않다는 이유로, 집행벌은 그 부과금액이 낮았기 때문에 그 실효성이 비교적 적고 또한 집행벌과 같은 간접적인 의무이행을 위한 제도로써 행정벌이 각 영역에서 정비되어 있어 대부분 목적이 달성되고 있다는 이유로 정부수립 후 행정상 강제집행수단을 강구하기 위하여 일반법을 제정함에 있어 집행벌과 직접강제는 일반적으로 배제하고 대집행과 강제징수만을 인정하였다고 한다(김도창, 앞의 책, 554면 주 3). 한편 일본의 경우에도 우리와 같은 이유로 구행정집행법을 폐지하고 행정대집행법만을 제정하게 되었다고 한다(磯彌野生, 앞의 논문, 229·245면; 田中二郎, 『行政法總論』, 391~392면; 廣岡隆, “行政強制をめぐる問題點”, 『公法の理論(上)』, 497면).

50) 농지법은 1994년 12월 22일 법률 4817호로 제정되어 1996년 1월 1일부터 시행된다. 그러나 여기서는 이를 포함하여 논의한다.

51) 건축법상의 이행강제금이 도입되기 전에도 국세징수법상의 증가산금제(동법 제22조)를 집행벌의 성질을 가진다는 견해가 있었다(李尙圭, 앞의 책, 540면; 石琮顯, 앞의 책, 500명; 金元主, “執行罰”, 『月刊考試』, 1988년 11월호, 129면).



법률명	부과요건	부과금액	관련조문
농지법	농지소유자가 자기농지를 자기의 농업경영에의 미이용, 농지소유상한초과, 농지의 취득목적외사용	농지의 토지가격의 100분의 20에 상당하는 금액	제65조
대덕연구단지관리법	입주승인을 얻지 못하거나 입주승인이 취소된 자의 부지·시설·건축물의 처분(양도)명령의 불이행	2천만원이하	제19조
부동산실권리자명의등기에 관한법률	<ul style="list-style-type: none"> <li>▶ 명의신탁약정에 의하여 명의수탁자의 명의로 등기한 명의신탁자의 실명 등기의무불이행</li> <li>▶ 장기미등기자의 소유권 등기의무위반</li> </ul>	과징금부과일로부터 1년이 경과한 때에는 부동산가액의 100분의 10, 2년이 경과한 때에는 100분의 20분에 해당하는 금액	제10조

#### IV. 履行强制金の 限度額 및 算定基準

우리나라의 이행강제금을 규정하고 있는 법률은 이행강제금의 구체적인 부과금액에 대하여 법상으로 명시하여 행정청의 재량을 인정하지 않는 방식을 채택한 법률(건축법·농지법·부동산실권리자명의등기에 관한법률상의 이행강제금)과 구체적 사정에 따라 행정청이 量定할 수 있도록 규정하는 방식을 채택한 법률(대덕연구단지관리법상의 이행강제금)의 두 가지 유형으로 나누어져 있다. 전자의 경우에는 이행강제금의 한도액이 곧 이행강제금의 실질적인 부과금액이 된다.

##### ● 이행강제금의 부과금액

구분	법률명	부과금액
재량불인정	건축법(제83조제1항)	▶ 건폐율·용적율위반의 건축물 및 무허가·미신고건축물의 경우 과세표준액의 100분의 50에 위반면적을 곱한 액

구 분	법 률 명	부 과 금 액
		▶ 무허가개축·증축 등 기타 위반건축물의 경우 과세시가표준액의 100분의10의 범위 안에서 대통령령이 정하는 금액
	농지법(제65조제1항)	농지의 토지가격의 100분의20
	부동산실권리자등기에 관한 법률(제6조2항, 제10조3항)	과징금부과일로부터 1년 경과시 부동산가액의 100분의10, 2년경과시 100분의20
재량인정	대덕연구단지관리법(제19조제1항)	2천만원이하

## V. 履行强制金の 賦課主體

이행강제금은 당해 의무를 직접 부과한 행정청이 부과한다. 현행법상으로는 시장·군수·구청장이 부과주체가 되는 경우(건축법 제88조제1항, 농지법 제65조제1항, 부동산실권리자등기에 관한 법률 시행령 제3조)와 과학기술처장관이 부과주체가 되는 경우가 있다(대덕연구단지관리법 제19조제1항).

다만, 부동산실권리자등기에 관한 법률은 이행강제금의 부과절차에 대하여 과징금의 부과절차를 준용하도록 규정하고 있는 바(동법 제6조제3항), 동법이 과징금의 부과주체를 법률로 규정하지 않고 시행령으로 규정한 것은 입법상의 과오라고 하지 않을 수 없다.

## VI. 履行强制金の 賦課·徵收節次

이행강제금은 법률이 정하는 일정한 절차에 따라 부과된다. 독일의 행정집행법은 『상당한 이행기간을 정하여 서면으로 계고하고 강제금의 액수는 일정한도로 계고되어야 하며, 계고는 송달되어야 하고 또한 의무가 이행될 때까지 반복될 수 있을 뿐만 아니라 그때마다 증액될 수 있다』고 규정하고(동법 제13조), 강제금의 징수는 공법상이 금전채권의 강제징수에 관한 규정에 따라 징수하도록 규정하고 있다.

우리나라는 독일과 같이 행정강제에 대한 일반법이 없기 때문에 이행강제금의 부과징수절차는 기본적으로 같은 법이 규정하는 과태료나 과징금의 부과·징수절차를 준용하도록 하고, 이행강제금의 특질로부터 발생하는 특례에 대하여 약간의 표현의 방식은 다르지만 개별조문을 따로 두어 독일의 행정집행법이 정하는 부과절차와 유사한 절차를 규정하고 있다.

## 1. 履行强制金の 賦課節次

### (1) 戒告 및 納付告知

이행강제금의 부과주체는 이행강제금을 부과하기 전에 의무의 이행에 필요한 상당한 기한을 정하여 그 기간내에 의무를 이행하지 않을 때에는 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 문서로써 계고하여야 한다(건축법 제83조제2항, 농지법 제65조제2항, 대덕연구단지관리법 제19조제2항).

그리고 이행강제금을 부과하는 경우에는 이행강제금의 금액, 부과사유, 납부 기한 및 수납기관, 이의제기기관 등을 명시한 문서로서 하여야 한다.

### (2) 履行强制金の 反復賦課와 中止

#### 가. 履行强制金の 反復賦課

과태료와 같이 벌적 성질을 갖는 행정벌은 일사부재리의 원칙을 적용받게 되어 동일한 의무위반에 대해 반복부과될 수 없지만 순수한 복종수단으로서의 이행강제금은 동원칙의 적용을 받지 않기 때문에 동일한 의무위반사항에 대해서도 의무의 이행(시정명령의 이행)이 있을 때까지 반복하여 부과하여도 이중처벌의 문제를 가져오지 않는다.

이에 대하여 이행강제금을 규정하고 있는 법률은 반복부과의 횟수를 제한하여 1년에 2회의 범위안(건축법 제83조제4항, 대덕연구단지관리법 제19조제4항), 매년 1회(농지법 제65조제4항) 및 매년 1회씩 2차에 한하여(부동산실권리자명의등기에관한법률 제6조제2항) 반복하여 부과할 수 있도록 하고 있다. 이와 같이 법률이 반복횟수를 제한한 것은 무제한적인 반복은 의무자에게 과중한 부담이 될 뿐만 아니라 몇차례의 반복부과에도 불구하고 의무이행이 없는 경우에는

이행강제금이 당해 의무불이행에 대하여 실효성이 없는 것으로 판단하여 다른 이행확보수단에 의하는 것이 합리적이라고 할 것이기 때문이다.

그리고 이행강제금을 반복하여 부과할 경우에는 선행조치로서 계고와 관련하여 작위의 경우와 금지의 경우를 구별할 필요가 있다. 즉, 작위를 내용으로 하는 시정명령의 경우에는 반복부과할 때마다 새로운 계고가 선행되어야 할 것이나 금지를 내용으로 하는 시정명령의 경우에는 위반사항 각각에 대해 강제금이 부과된다는 취지의 계고가 있는 이상 그 계고를 전제로 위반이 있을 때마다 이행강제금의 부과·징수가 허용된다고 할 것이다. 그러나 위반의 각日到에 대해 이행강제금이 부과된다는 취지의 계고는 단순히 시간의 경과로 강제수단을 반복하는 것이 되어 허용되지 않는다고 본다.<sup>52)</sup>

한편, 우리나라의 경우는 이행강제금의 반복하여 부과하는 경우 그 금액의 증액에 대한 규정은 없다. 이는 독일의 경우와는 달리 이행강제금의 부과금액에 대하여 행정청의 재량이 인정되지 않고 법정되어 있기 때문이다. 그러나 대덕연구단지관리법상의 이행강제금의 경우는 행정청의 재량이 인정되므로 그 부과금액을 행정청의 재량에 따라 증액할 수 있을 것이다.

#### 나. 履行強制金の賦課의 中止

행정벌은 과거의 의무위반에 대한 제재로서 가하는 것이므로 그 의무위반이 현재 소멸한 경우에도 행정벌을 과할 수 있는 것에 대하여, 이행강제금은 과거의 불법에 대한 응징이 아니라 의무의 이행을 장래에 강제하는 제도이기 때문에 현재 존속하고 있는 의무위반만을 대상으로 하며, 의무이행이 있는 때에는 설령 이행의 시기가 의무이행을 위하여 설정한 기한을 경과한 뒤라 하더라도 이행강제금을 부과할 수 없다. 또한 의무자가 의무를 이행하지 아니한 경우에도 의무내용이 어떤 다른 방법으로 사실상 실현되었을 때에는 이행강제금은 부과될 수 없다. 이러한 이행강제금제도의 취지에 따라 이행강제금을 규정하고 있는 법률은 『이행강제금의 부과주체는 의무이행자가 의무를 이행하는 때에는 새로운 이행강제금의 부과를 즉시 중지하여야 한다』는 규정을 두고 있다. 다만, 『부동산실권리자명의등기에관한법률』은 이에 대한 규정을 두고 있지 않으나 이행강제금제도의

52) 廣岡隆, 앞의 책, 138면·139면; 鄭俊鉉, 앞의 論文, 27면.

취지상 비록 명문의 규정이 없더라도 의무이행이 있는 때에는 이행기간을 도과한 경우라도 더 이상 이행강제금은 부과할 수 없다고 할 것이다.

한편 독일에서의 학설은 이행강제금이 부과된 후에 의무가 이행되거나 또는 어떤 원인으로 의무불이행의 상태가 소멸된 경우에 이행강제금을 징수할 것인지에 대해서 이행되어야 할 의무의 성질에 따라 구별하여 『작위하명의 실현을 위하여 부과된 이행강제금의 경우에는 부과후 의무자가 하명에 복종하여 적극적 작위에 의하여 의무에 적합한 상태를 실현한 경우에는 징수할 수 없는 것에 대하여 금지의 실현을 위한 강제금의 경우에는 의무자가 금지에 복종하여 일단 의무에 적합한 상태를 실현하였다고 하더라도 다시 반복할 위험이 있는 경우에는 이에 대처하기 위하여 강제금을 징수할 수 있다』고 한다.<sup>53)</sup>

이 문제에 대하여 우리의 법률은 『이미 부과된 이행강제금은 이를 징수한다』고 하여 입법적으로 해결하고 있는 법률(건축법 제83조제5항, 농지법 제4항)도 있고 이에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않는 법률(대덕연구단지관리법상의 이행강제금, 부동산실권리자명의등기에관한법률상의 이행강제금)도 있다. 생각컨대, 독일의 경우와는 달리 우리나라는 이행강제금의 부과결정이나 부과금액에 대하여 행정청의 재량이 인정되지 않고 있는 점에서 해석론상 부과된 이행강제금은 행정으로서는 포기할 수 없는 국가청구권의 목적이 된다고 보는 것이 타당할 것으로 보인다.

## 2. 履行强制金の徴收節次

### (1) 履行强制金の徴收節次

부과된 이행강제금은 납부자가 이의를 제기하지 아니하고 납부기한내에 납부

---

53) O.Mayer는 『일단 결정된 강제금은 이미 행정청의 자유로운 처분에 따르지 않고 새로운 법률관계를 형성하며, 결정된 금액은 행정으로서는 포기할 수 없는 국가청구권의 목적이 된다』(O.Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, 2 Aufl., S.289)고 하고, 이에 반해 Hofacker는 『강제금은 행정의 재량에 속한다는 원칙에서 출발하여 기초가 되는 행정행위, 명령 및 강제가 행정의 재량에 속하는 한 그것은 개개의 부분에 대해서도 타당하게 된다』(Hofacker, "Verhältnis der Exekutivstrafen zu den kriminal Strafen nach dem geltenden Recht", Verwaltungsarchiv, Bd.14, S.453, 454)고 하여 징수여부에 대한 행정청의 재량을 인정하고 있다.

하지 아니할 때에는 공법상의 금전채권의 강제징수의 방법인 국세체납처분 또는 지방세체납처분의 예에 따라 징수하고, 구체적인 징수절차는 세입징수관사무처리규칙을 준용한다. 한편 부동산실권리자명의등기에관한법률상의 이행강제금은 그 금액이 1천만원 이상인 경우 물납이 허용된다(동법 제5조제3항).

## (2) 代替強制拘留

강제금납부의무의 이행을 실효성있도록 하기 위해 독일의 행정집행법은 대체 강제구류제도를 규정하고 있다(동법 제16조). 즉, 의무자가 강제금을 납부하지 않고 또한 강제금의 징수에 성과가 없는 경우에 강제금미납자에게 계속적으로 반복되는 강제금징수에 대체하여 1일 이상 2주 이하의 기간동안 구류하는 바, 이를 대체강제구류(Ersatzzwangshaft)라고 한다. 따라서 대체강제구류는 형벌수단은 아니며 강제수단일뿐이다. 이 때문에 형사법상 구류에 관한 규정은 적용할 수 없다. 독일의 경우 대체강제구류는 법원이 결정하며, 일정금액을 기준으로 구류기간이 결정된다. 집행은 법원의 결정으로 하게 된다.

## VI. 履行強制金の賦課에 대한 不服節次

현행법에서 이행강제금을 규정하고 있는 모든 법률은 이행강제금의 부과징수 절차에 대해서 같은 법에서 규정하고 있는 과태료 또는 과징금의 부과·징수절차를 준용하도록 하고 있기 때문에 이행강제금의 부과에 대한 불복절차 역시 과태료나 과징금에 대한 불복절차에 따르게 된다. 따라서 현행법상 이행강제금의 부과에 대한 불복은 두가지 유형이 있는 바, 과태료의 부과에 대한 불복절차유형과 과징금의 부과에 대한 불복절차유형이 그것이다.

과태료의 불복절차유형을 따르는 이행강제금은 이행강제금에 대한 사건이 비송사건이 되어 이행강제금의 부과처분의 고지를 받은 날로부터 30일 이내에 당해 부과권자에 대해 이의를 제기할 수 있으며, 이의제기가 있는 때에는 부과권자는 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의하여 재판을 하여야 한다(건축법 제82조제3항·제4항, 대덕연구단지관리법 제18조제4항·제5항, 농지법 제64조제4항·제5항). 한편 과징금의 불복절차유형을 따르는 이행강제금(부동산실권리자명의등기에관한법률

상의 이행강제금)은 일반행정쟁송절차에 의하게 된다.

지금까지 설명된 이행강제금제도의 부과·징수·불복절차를 이행강제금의 종류별로 비교하면 다음과 같다.

● 이행강제금의 부과·징수·불복절차의 비교

구 분	① 이행강제금	② 이행강제금	③ 이행강제금	④ 이행강제금
부과주체	시·군·구청장	시·군·구청장	과학기술처장관	시·군·구청장
금액재량	×	×	○	×
부과절차	과태료절차준용	과태료절차준용	과태료절차준용	과징금절차준용
계 고	○	○	○	×
납부고지	○	○	○	○
반복부과	1년 2회	매년 1회	1년 2회	1년1회 2차한함
증액부과	×	×	×	×
부과중지	○	○	○	×
부과된 금액징수	○	○	○	×
징수절차	지방세체납처분	지방세체납처분	국세체납처분	지방세징수예
세입징수 사무규칙	○	×	○	×
물 납	×	×	×	○
강제구류	×	×	×	×
불복절차	비송사건절차법	비송사건절차법	비송사건절차법	행정쟁송

[비교] ①: 건축법 ②: 농지법(1996년 1월 1일 시행) ③: 대덕연구단지관리법  
④: 부동산실권리자실명등기에관한법률

## 第4節 行政上 强制徵收

### I. 行政上 强制徵收의 意義

행정상 강제징수란 사인이 국가 또는 공공단체(지방자치단체 등)에 대하여 부담하는 행정법상의 금전급부 의무의 불이행이 있는 경우에 의무자의 재산에 실력을 가하여 의무의 이행이 있는 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다.<sup>54)</sup> 즉, 사법관계에 있어서는 채권자에게 자력구제가 금지되어 있으므로 채무자의 채무불이행이 있는 경우에는 민사소송을 제기하여 집행되어야 할 권리의 존재 확인을 구하고, 판결 등의 채무명의 내지 집행명의를 얻어 국가의 집행기관에 대하여 강제집행을 구하여야 한다. 그러나 공법상의 금전채권의 경우에는 행정청에 자력구제 내지 자력집행이 인정되어 권리관계의 존재에 대한 재판적 확정을 요하지 않으며, 그 집행도 행정 스스로 채무자의 재산을 압류·공매하여 채무에 충당할 수 있는 바, 이를 행정상 강제징수제도라고 한다.

이와 같이 행정상 강제징수는 공권력행사작용이기 때문에 반드시 법률의 근거를 필요로 하는 바, 강제징수의 전형적인 예는 국세(국세징수법)와 지방세(지방세법)가 있으며, 그 외의 경우에는 개별법률에 『국세(지방세)채납처분의 예에 의하여』 또는 『국세(지방세)징수의 예에 의하여』 징수한다고 하는 수권규정이 있는 경우에는 행정상 강제징수의 방법에 의하여 강제징수할 수 있다. 따라서 행정상 강제징수에 대한 수권규정이 없는 경우에는 행정법상의 금전채권이라고 하더라도 행정상 강제징수를 할 수 없으며, 민사적 강제집행에 의하여 그 채권을 실현하여야 한다.

### II. 行政上 强制徵收의 根據法 및 準用範圍

#### 1. 行政上 强制徵收의 基本法인 國稅徵收法

국세징수법은 국세징수에 관한 법이나 행정상 금전급부 의무를 규정하고 있는

54) 金南辰, 앞의 책, 444면; 朴鈞炳, 앞의 책, 590면; 姜求哲, 앞의 책, 596면.



법령에서는 그 징수에 관하여 『국세징수법의 예에 의한다』, 『국세징수법을 준용한다』 또는 『국세체납처분의 예에 의한다』라는 취지의 규정을 두어 그 금전급부의무의 성질에 반하지 않는 한 행정상 금전급부의 징수에 관하여 국세징수법의 규정을 전면적으로 준용하거나 또는 동법이 규정하는 체납처분에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다. 또한 지방세법 역시 지방세의 징수절차에 관하여 특별한 규정이 없는 사항에 대해서는 국세기본법과 국세징수법을 준용하도록 하고 있다(동법 제65조). 따라서 국세징수법의 적용범위는 조세를 포함한 행정상 금전급부의 징수 일반에 미친다고 할 수 있는 것으로 행정상 금전급부의무의 강제징수에 있어 기본법적인 지위를 가지고 있다. 이와 같이 국세징수법이 행정상 강제징수의 기본법이 될 수 있는 것은 획일적·대량적으로 발생하는 행정상 금전급부의 징수절차로서는 국세기본법이 규정하는 강제징수절차가 타당성과 합리성을 가지고 있기 때문이다. 다만, 관세에 대해서는 관세법이 우선적으로 적용되며, 동법에 규정이 없는 경우에 한하여 국세징수법이 적용된다(관세법 제23조제1항).

한편 공법상 금전급부의무의 강제징수와 관련하여 개별법에 국세징수법(지방세법)을 준용한다는 규정이 없는 경우 민사소송법상의 강제징수절차에 따라 집행하여야 한다는 견해<sup>55)</sup>와 공법상의 금전급부의무의 강제징수에 대하여 개별법이 흠결하고 있는 때에도 국세징수법이 유추적용된다는 견해<sup>56)</sup>가 대립하고 있는 바, 행정상 강제징수는 행정상의 강제집행으로 반드시 법률의 수권을 요한다는 점에서 전자의 견해가 타당한 것으로 생각된다.

## 2. 國稅徵收法의 準用範圍

행정법상 금전급부의무를 규정하고 있는 법령을 보면 그 표현은 통일되어 있지 않는 바, 『국세징수의 예에 의한다』(농촌근대화촉진법 제100조의 부담금 등), 『국세징수법의 예를 준용한다』(독점규제및공정거래에관한법률 제6조제5항의 과징금 등), 『국세체납처분의 예에 의한다』(경찰대학설치법 제10조의 학비 및 수당 등), 『국세징수법 중 체납처분의 규정을 준용한다』(공무원연금법 제

55) 朴鈞旿, 앞의 책, 591면; 卞在玉, 앞의 책, 467면; 姜求哲, 앞의 책, 597면.

56) 金南辰, 앞의 책, 454면.

31조제2항의 급여의 환수 등), 『국세징수의 예에 따른 체납처분에 의하여 징수한다』(별정우체국법 제30조제2항의 급여의 환수 등), 『지방세징수에 의하여 징수한다』(지방재정법 제84조제4항의 대부료 또는 매수대금 등), 『지방세체납처분의 예에 의하여 징수한다』(교육법 제164조제5항의 과태료 등), 『지방세법의 예에 따라 징수한다』(관광진흥법 제19조제3항의 과징금 등) 등의 다양한 표현방식으로 규정하고 있다. 그러나 규정방식에 있어서는 약간씩의 표현방식을 달리하고 있지만 『국세징수의 예에 의하는 것』, 『국세체납처분에 예에 의하는 것』, 『지방세징수의 예에 의하는 것』 및 『지방세체납처분의 예에 의하는 것』의 4 가지로 유형화할 수 있다.

한편, 지방세의 징수절차에 관하여 지방세법에 특별한 규정이 없는 사항에 대해서는 국세기본법과 국세징수법을 준용하도록 규정하고 있는 바(동법 제65조), 지방세의 강제징수절차인 체납처분에 관해서는 국세징수법이 준용되므로 『지방세체납처분의 예』는 『국세체납처분의 예』에 준하여 취급하고, 『지방세징수의 예』는 『국세징수의 예』에 준하여 취급하면 되게 된다. 따라서 행정법상의 금전급부의무의 강제징수는 내용적으로는 『국세징수의 예에 의하는 것』과 『국세체납처분의 예에 의하는 것』으로 대별되며, 이 양자는 내용적으로 국세징수법을 준용하는 범위가 다음에서 보는 바와 같이 상이하다.

### (1) 國稅徵收의 예에 의하는 경우

행정상 강제징수에 있어서 『국세징수의 예에 의한다』라 함은 행정상 금전급부의무의 성질에 반하지 않는 한 국세에 고유한 성질을 가진 것을 제외하고는 국세의 징수에 관하여 적용되는 조세법규를 일반적으로 준용하는 것을 의미한다.<sup>57)</sup> 여기서 징수라고 함은 광의로 사용하여 금전급부를 납부하는 절차 일반을 말하며, 협의의 징수, 즉 부과에 대응하는 개념으로 파악되지 아니하고 부과징수를 일체로서 포함하는 것으로 이해된다.

국세의 징수에 관하여 적용되는 조세법규 가운데 행정상 강제징수에 준용되는 것은 국세징수법과 국세기본법 중 국세의 확정·납부·징수, 제2차납세의무, 물적 납세의무, 납세담보, 국세우선권 및 불복절차 등에 관한 규정으로 해석된다.

57) 姜仁崖, 『國稅徵收法解説』(靑林出版, 1994), 32면.

## (2) 國稅滯納處分の 예에 의하는 경우

행정상 금전급부의무의 강제징수에 있어서 『국세채납처분의 예에 의한다』라 함은 국세징수법 제3장 채납처분의 규정을 준용한다고 함에서는 의문의 여지가 없으나, 그 외에도 금전급부의무의 성질에 반하지 않는한 국세징수법의 다른 규정과 국세기본법 중 징수절차에 관한 규정이 준용된다 할 것이다. 다만, 위 채납처분에 관한 규정 외에 행정상의 강제징수에 준용될 국세기본법과 국세징수법의 각 규정의 범위는 『국세징수의 예』의 경우보다는 좁다고 할 것이다. 국세징수법 중 채납처분에 관한 규정외에 행정상 강제징수에 적용될 기타규정의 범위를 살펴보면 징수순위에 관한 규정(동법 제4조), 독촉절차에 관한 규정(동법 제23조), 국세우선권에 관한 규정(국세기본법 제35조 내지 제37조) 등은 행정상 강제징수에 준용될 것으로 해석된다.

한편 『국세채납처분의 예』에 의하여 행정상 금전급부의무를 징수하는 경우에 그 채납처분에 대하여 불복하는 의무자는 국세기본법상의 불복절차(동법 제55조 내지 제81조)에 의할 것인지, 행정심판법에 의한 불복절차에 의할 것인지가 문제될 수 있다. 생각컨대, 행정상 금전급부의무의 징수에 관하여 국세채납처분의 예에 의하도록 규정한 개별법령에 그 불복절차에 관하여 달리 특별규정을 둔 경우를 제외하고는 국세기본법상의 불복절차에 의하여 불복할 수 없다고 해석할 것이다. 국세심판소의 심판결정례 역시 이러한 입장에 있다.<sup>58)</sup>

## Ⅲ. 行政上 強制徵收의 現況

현행법상 국민의 국가나 공공단체에 대한 금전채권을 행정상 강제징수의 대상으로 할 것인가에 대해서는 공사법의 구별의 문제와는 별개로 행정편의에 따라 개별입법정책의 문제로 취급되고 있음은 앞에서 본 바와 같은 바, 현행법률이 행정상 강제징수를 규정하고 있는 대표적인 분야는 각종 공과금(조세·수수료·사용료·부담금·사회보험료·특별부담금), 행정법령위반에 따른 제재금(과징금, 과태료), 준조세적 성격의 강제적 기부금(농수산물유통및가격안정에관한법

58) 國稅審判所 92.12.30 決定 92 중 2616.

를 제10조의4, 잠업법 제24조제3항 등), 각종 보조금의 환수(경찰대학설치법 제84조제4항, 공무원교육훈련법 제13조제5항, 보조금의예산및관리에관한법률 제33조 등),<sup>59)</sup> 허위 또는 부정한 방법에 의한 보상금·구조금이나 사회부조금의 환수(광주민주화운동관련자보상등에관한법률 제17조제2항, 범죄피해자구조법 제16조제2항, 전염방예방법 제54조의3), 환지청산금(농지확대개발촉진법 제42조제3항, 도시재개발법 제54조제2항) 등을 들 수 있다. 또한 현행법률 가운데는 순수한 사법상의 금전채권이라고 생각되는 금전급부의무의 불이행에 대해서도 행정상 강제징수를 규정하고 있는 법률(국유재산법 제51조)도 있다.

현행법률 가운데 행정상의 강제징수를 『국세징수의 예에 의하여 징수하는 것』, 『국세채납처분의 예에 의하여 징수하는 것』, 『지방세징수의 예에 의하여 징수하는 것』 및 『지방세채납처분의 예에 의하여 징수하는 것』으로 나누어 일람하여 보면 다음과 같다.

(1) 『國稅徵收의 예』에 의하여 징수되는 行政上 金錢給付義務

- 건설업법상의 과징금(제51조제5항)
- 광주민주화운동관련자보상등에관한법률상의 보상금(제17조제2항)
- 금융실명거래및비밀보장에관한긴급경제재정명령상의 과태료(제13조)
- 농수산물유통및가격안정에관한법률상의 과징금(제63조의2제2항)
- 농지확대개발촉진법상의 환지청산금(제42조의제3항)
- 농촌근대화촉진법상의 부담금(제100조제2항)
- 도로법상의 통행료·점용료 기타 부담금(제78조)

59) 보조금의예산및관리에관한법률 제2조제1호는 보조금에 대하여 『보조금이라 함은 국가의 의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 보조금(지방자치단체에 대한 것과 기타 법인 또는 개인의 시설자금이나 운영 자금에 대한 것에 대한 한한다)·부담금(국제계약에 의한 부담금을 제외한다) 기타 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금으로서 대통령령이 정하는 것을 말한다』고 하여 최협의의 보조금개념을 규정하고 있으나, 본 연구보고서에서의 보조금은 이러한 보조금뿐만 아니라 국공립대학의 학비의 보조, 공무원교육비의 보조 등을 포함한 넓은 개념으로 사용하였다(보조금개념에 대한 자세한 것은 吳峻根, “經濟行政法上 資金助成行政手段으로서의 補助金”, 『公法研究』, 제23권제3호(1995), 404면이하 참고).

- 도소매업진흥법상의 과징금(제23조제3항)
- 도시재개발법상의 청산금(제54조제2항)
- 독점규제및공정거래에관한법률상의 과징금(제6조제4항)
- 범죄피해자구조법상의 구조금의 환수(제16조제2항)
- 범죄피해자구조법상의 보조금(제16조제2항)
- 별정우체국법상의 환수금(제30조제2항)
- 삭도·궤도법상의 과징금(제16조의2제3항)
- 외국환관리법상의 과태료(제35조제5항)
- 의료보험법상의 과징금 등(제77조제3항)
- 자동차관리법상의 과징금(제61조제3항)
- 전염병예방방법상의 보상금(제54조의3)
- 철도소운송법상의 과징금(제17조의2제3항)
- 특정지역종합개발촉진에관한특별조치법상의 부담금(제26조)
- 항만운송사업법상의 과징금(제26조의2제2항)

(2) 地方稅徵收의 예에 의하는 경우

- 지방재정법상의 대부료 또는 매수대금(제84조제4항)
- 상공회의소법상의 회비(제29조제5항)
- 지방공기업법상의 요금(제22조제3항)
- 지방재정법상의 대부료 및 매수대금(제84조제4항)
- 주차장법상의 과징금(제24조의2제2항)
- 지방자치법상의 수수료·분담금(제131조)

(3) 『國稅滯納處分の 예』에 의하여 徵收되는 行政上 金錢給付義務

- 경찰대학설치법상의 학비 및 수당(제10조)
- 공무원교육훈련법상의 교육훈련에 소요된 경비(제13조제5항)
- 공유수면관리법상의 점용료 등(제7조제3항)
- 공중보건장학을위한특례법상의 장학금(제8조제2항)
- 관광진흥법상의 관광진흥개발기금에 납부할 납부금(제10조의4)
- 교육공무원법상의 특별연수에 소요된 경비(제40조제5항)

- 교통안전공단법상의 분담금(제19조의2)
- 국가공무원법의 장학금(제85조제2항)
- 국민연금법상의 연금보험료(제79조제3항)
- 귀속재산처리법상의 관리운영기간 중 취득한 이익과 임대료 및 손해금(제23조제2항, 제36조의2제2항)
- 남북협력기금법상의 기금지출목적외에 사용한 기금의 환수(제11조)
- 농수산물유통및가격안정에관한법률상의 수익이익금(제10조의4)
- 감사원법상의 변상책임(제31조제5항)
- 개발이익환수에관한법률상의 개발부담금(제19조)
- 개항질서법상의 과태료(제48조제5항)
- 건설기술관리법상의 과태료(제43조제5항)
- 건설공제조합법상의 과태료(제47조제4항)
- 건설기계관리법상의 과태료(제44조제5항)
- 건설업법상의 과징금, 과태료(제51조제2항, 제67조제4항)
- 건축법상의 과태료(제82조제5항)
- 결핵방지법상의 과태료(제43조제5항)
- 계량및측정에관한법률상의 과태료(제58조제6항)
- 고령자고용촉진법상의 과태료(제24조제5항)
- 고압가스안전관리법상의 과태료(제43조제7항)
- 고용보험법상의 보험료, 과태료(제65조, 제86조제7항)
- 고용정책기본법상의 과태료(제32조제5항)
- 골재채취법상의 과태료(제52조제5항)
- 공무원연금법상의 급여의 환수(제31조제2항)
- 공업배치및공장설립에관한법률상의 과태료(제55조제6항)
- 공유수면관리법상의 점용료, 사용료(제7조제3항)
- 공인노무사법상의 과태료(제29조제5항)
- 공중보건장학을위한특례법상 지급된 장학금 등의 환수(제8조제4항)
- 공중위생법상의 과태료(제44조제4항)
- 공산품품질관리법상의 과태료(제25조제5항)
- 공업발전법상의 과태료(제31조제6항)
- 과학관육성법상의 과태료(제24조제5항)

- 관광진흥법상의 과태료(제59조제5항)
- 교통안전법상의 과태료(제30조제5항)
- 국가유공자에우등에관한법률상의 보상금 등의 환수 및 과태료(제75조제2항, 제87조제4항)
- 국민연금법상의 각출금 기타 과징금(제79조제3항)
- 국토이용관리법상의 과태료(제33조의2제6항)
- 기술개발촉진법상의 과태료(제19조제5항)
- 농지법상의 농지조성비(제40조제5항)
- 담배사업법상의 과태료(제29조제3항)
- 대외무역법상의 과태료(제18조제5항)
- 대한석탄공사법상의 과태료(제18조제5항)
- 도로교통법상의 과태료(115조의2제5항)
- 도로법상의 과태료(제86조의2제5항)
- 도선법상의 과태료(제41조제5항)
- 도시가스사업법상의 과태료(제54조제7항)
- 도시재개발법의 청산금(제54조제2항)
- 독립유공자에우등에관한법률상의 보상금·장학금(제35조제3항)
- 모자보건법상의 과태료(제27조제5항)
- 발명장려보조금교부규정상의 보조금(제11조제3항)
- 방송법상의 과태료(제45조제5항)
- 방조제관리법상의 부담금(제9조)
- 법률구조법상의 과태료(제38조제5항)
- 병역법상의 과태료(제95조제5항)
- 사내근로복지기금법상의 과태료(제30조제5항)
- 사립학교교원연금법상의 부담금 및 환수금(제52조제3항)
- 사방사업법상의 수익자부담금(제18조제2항)
- 산림법상의 대집행비용·수입이익금(제19조제5항)
- 산업재해보상보험법상의 징수금(제74조)
- 석유사업법상의 수입·판매부과금(제17조의2제6항)
- 석탄산업법상의 부과금(제30조제5항)
- 선원보험법상의 보험료(제14조제4항)

- 수산업법상의 수익자부담금(제81조제2항)
- 신용관리기금법상의 출손금 및 연체료(제5조제4항)
- 오존층보호를위한특정물질의제조규제등에관한법률상의 가산금(제23조제4항)
- 외자도입법상의 채무불이행에 따른 담보물·배상금(제31조, 제32조)
- 원자력법상의 부담금(제85조의3제4항)
- 국가유공자예우등에관한법률상의 보상금(제75조제2항)
- 유료도로법상의 통행료(제8조제2항)
- 의료보험법상의 보험료(제56조제3항)
- 의사상자보호법상의 보상금 및 보호에 소요된 비용(제15조제2항)
- 일제하일본군위안부에대한생활안전지원법상의 생활안정지원금(제9조)
- 임대주택법상의 과태료(제25조제5항)
- 자동차손해배상보장법상의 부담금(제17조)
- 자동차운수사업법상의 과태료(제75조제5항)
- 자연공원법상의 부담금, 점용료, 사용료(제34조)
- 자연환경보전법상의 과태료(제41조제6항)
- 자원의절약과재활용촉진에관한법률상의 예치금·분담금·가산금(제18조제6항, 제19조제5항)
- 잠업법상의 수입이익금(제24조제3항)
- 장애인고용촉진등에관한법률상의 부담금 기타 징수금(제41조)
- 전기사업법상의 과태료(제73조제5항)
- 전기용품안전관리법상의 과태료(제34조제5항)
- 전기통신사업법상의 과징금(제64조제3항)
- 전문건설공제조합법상의 과태료·보증금(제48조제2항, 제55조)
- 전통건조물보존법상의 과태료(제15조제5항)
- 전파법상의 전파사용료·수수료(제74조의5제5항)
- 정기간행물의등록등에관한법률상의 과태료(제24조제5항)
- 정치자금에관한법률상의 보조금(제21조제1항)
- 제주도개발특별법상의 과태료(제50조제5항)
- 조수보호및수렵에관한법률상의 과태료(제30조제5항)
- 주택건설촉진법상의 분양대금 등(제40조)



- 증권거래법상의 과태료(제44조제5항)
- 증권투자신탁업법상의 과태료(제44조제5항)
- 지가공시및토지등의평가에관한법률상의 과태료(제36조제5항)
- 지방공무원법상의 장학금(제41조제2항)
- 지하수법상의 과태료(제24조제5항)
- 직업안정법상의 과태료(제49조제5항)
- 직업훈련기본법상의 부담금 기타 징수금(제34조제3항)
- 초지법상의 원상회복비용(제27조제2항)
- 축산법상의 수입이익금(제55조의2제3항)
- 택지소유상한에관한법률상의 부담금(제30조)
- 특정다목적댐법상의 부담금·납부금 등(제37조)
- 폐기물관리법상의 사후관리이행보증금(제48조)
- 한국방송공사법상의 수신료 등(제37조제3항)
- 항공법상의 소음부담금(제109조)

(4) 地方稅滯納處分の 예에 의하는 경우

- 공유토지분할에관한특별법상의 청산금(제42조제4항)
- 교육법상의 과태료(제164조제5항)
- 농어촌정비법상의 청산금(제50조제6항)
- 농지임대차관리법상의 과태료(제25조제3항)
- 농촌근대화촉진법상의 과징금, 청산금(제46조제1항·제2항, 제130조, 제142조제2항)
- 도시공원법상의 부담금, 점용료, 사용료(제18조)
- 방문판매등에관한법률상의 과태료(제31조제6항)
- 부동산중개업법상의 과태료(제39조제6항)
- 전염병예방방법상의 과태료(제56조의2제5항)
- 주민등록법상의 과태료(제20조제6항)
- 주차장법상의 과태료(제30조제6항)
- 토지구획정리사업법상의 부과금 또는 과태료(제29조제2항)
- 하수도법상의 사용료·점용료 기타 부담금(제38조제3항)



## 第 3 章

# 外國의 行政上 强制執行制度



### 第3章 外國의 行政上 強制執行制度

#### 第1節 序說

우리나라의 행정상 강제집행제도는 대집행과 강제징수에 대하여는 일반법으로서 행정대집행법과 국세징수법 등을 두고 직접강제나 집행벌(이행강제금) 등에 대하여는 일반법없이 극히 제한적으로 개별법에 이를 채택하는 방식을 취하고 있어서 행정상 강제집행제도가 자족적 완결구조를 갖추지 못하고 있다. 이러한 입법방식은 일본의 경우에도 마찬가지인 바, 우리나라의 경우 이러한 일본의 입법방식을 도입한 데서 그 연유를 찾을 수 있다.

행정상 강제집행제도는 모든 법제도가 그러한 것처럼 그 나라의 법질서의 토양과 문화적·역사적 전통이 반영되는 것이므로 행정상 강제집행의 입법방식도 각 나라에 따라 다양하게 나타나고 있다. 그러나 행정상 강제집행제도에 대한 입법적 태도는 크게 다음과 같은 네 가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 행정상 강제집행에 관한 일반법으로서 행정집행법을 제정하여 자족적 완결구조를 취하는 유형으로, 독일 및 오스트리아의 경우가 이러한 유형에 속한다.

둘째, 행정적 명령의 실효성의 확보를 주로 의무위반에 대한 형벌적 제재에 의하고 행정상 강제집행은 단지 제한적으로만 인정하는 경우로서, 프랑스법제와 같이 행정상 의무의 실현을 형사사법권의 힘으로 확보하는 『régime judiciaire』이 이러한 유형에 속한다.

셋째, 의무위반에 대한 형벌적 제재 또는 행정객체에게 의무이행을 명하는 재판을 청구하여 행정청이 제기하는 민사소송 등의 사법절차에 의하여 행정상 명령에 의한 의무의 실현을 확보하는 소위 사법적 집행을 원칙으로 하고 행정청 스스로의 집행은 매우 제한된 분야에서만 인정하는 유형으로, 미국의 경우가 그러하다. 이는 프랑스의 경우보다 더욱 순수한 의미에서 『régime judiciaire』라고 할 수 있다.

네째, 독일식의 방식을 따르나, 입법방식에 있어서는 자족적 완결구조를 갖추

지 못한 경우로서 우리나라와 일본의 경우가 그러하다.

이러한 각각의 제도는 장단점이 있으므로 이하에서는 이러한 독일, 일본, 오스트리아, 프랑스, 미국 등의 행정상 강제집행제도가 지니는 각각의 특질에 대하여 살펴 보고 이를 향후 우리나라의 행정상 강제집행제도의 정비에 있어서 참고하기로 한다.

## 第2節 獨逸의 行政上 強制執行法制

일반 행정절차법, 행정송달법과 대부분의 특별행정법과는 달리 독일의 행정상 강제집행법제는 연방각주에 따라 많은 구조적인 차이를 보이고 있다. 대부분의 연방각주가 연방의 행정집행법을 모범적인 것으로 보고 있지 않은 것이 그 원인이다. 여기에서는 연방행정집행법(VwVG)과 조세통칙법(AO)을 포함하여 연방 및 각주의 행정집행제도에 대하여 살펴 보기로 한다.

### I. 行政執行法의 多樣性和 그 原因

독일의 경우 공법상 의무의 집행에 관한 법적 근거는 매우 다양하게 이루어져 있는 바, 이는 우선 입법관할권에서 그 원인을 찾아 볼 수 있다. 즉, 행정소송법이 경합하는 입법권의 대상이고(기본법 제74조제1호) 따라서 연방법인 행정법원법(VwGO)에 의하여 연방전체에 공통하게 법전화될 수 있는 반면에, 주에 고유한 주법률(Landesgesetze)의 시행에 있어서는 행정절차법의 규율을 위한 연방의 관할권은 인정되지 않는다는 점이다. 주법의 시행에 있어서 행정절차의 규율을 위한 행정절차법은 연방에 의하여가 아니라 각주에 의하여만 제정될 수 있다. 행정절차에 관한 연방차원의 법규정이외에도 연방각주의 규정도 존재한다는 것이 이러한 예이다.

그러나, 입법관할권의 분배라는 이유에 의하여 행정집행법이 각주마다 다양한 이유가 충분히 설명되는 것은 아니다. 이밖에 행정집행법과 같은 기술적인 입법사항에 대하여 미처 예견하지 못한 주입법자의 안이한 태도도 행정집행법이 각주에 따라 다양성을 가지는 이유로 지적된다.<sup>1)</sup> 예컨대, 건설규제법도 주입법권에 속하지만 각주의 건설규제법이 비교적 통일적으로 구성되어 있는 것은 모범법률인 모범건설규제법이 잘 만들어져 있고 이를 주입법자가 충실히 따랐기 때문이다.

1) App, Die Struktur der Verwaltungsvollstreckungsgesetze, DÖV 1991, S. 415.

행정집행법의 영역에서도 연방행정집행법이 그러한 모범법률의 역할을 할 수 있으나, 실제로는 그러한 기능을 하지 못하고 있다. 베를린주만이 연방행정집행법을 받아 들이고 있으며 그밖의 주들은 연방행정집행법과 다른 입법방식을 취하고 있는 바, 이는 연방행정집행법이 몇 가지 흠을 가지고 있고 현대의 행정집행법에 요청되는 내용을 담고 있지 못하다는 것이 주된 이유로 지적되고 있다.<sup>2)</sup>

그밖에 행정집행법의 규정내용이 각주마다 상이한 것은 일정한 행정영역에 대한 연방에 공통한 규율이 특별법에 의하여 행해지고 있다는 점에서도 그 원인을 찾아볼 수 있는 바, 연방재무부 뿐 아니라 각주의 재무부에서도 적용되는 조세통칙법 제249조 내지 제346조, 연방집행공무원에의한공권력행사에있어서의 직접강제에관한법률, 연방경찰법규정 등이 그러한 특별법의 예이다.

## II. 行政執行法の外的構造

### 1. 對象法律

행정상 강제집행은 연방영역에 있어서는 행정집행법(VwVG)<sup>3)</sup>과 연방집행공무원에의한공권력행사에있어서의직접강제에관한법률(UZwG)<sup>4)</sup>에 의하여 규율된다. 연방의 각주는 그 관할구역내에서 이에 상응한 법률을 발한다. 일반적 행정집행법은 특별법에 의하여 보완되거나 대치되는 바, 외국인법 제49조 이하(국외추방), 경찰강제에 관한 각주의 경찰 및 질서법규정 등이 이러한 예에 속한다. 그러나 일반 행정절차법, 행정송달법과 대부분의 특별행정법과는 달리 독일의 행정상 강제집행법제는 연방각주에 따라 많은 구조적인 차이를 보이고 있다. 이는 전술한 것처럼 대부분의 연방각주가 연방의 행정집행법을 모범적인 것으로 보고 있지 않은 점에서 그 원인을 찾아볼 수 있다.

그리고 행정집행을 규율하는 입법의 방식도 각주에 따라 매우 다양하게 나타

---

2) 이러한 입장에 대하여 Sadler는 그의 행정집행법 주석서에서 연방행정집행법의 내용에 대하여 긍정적인 평가를 하고 있다(Sadler, Kommentar zum VwVG, 2 Aufl., 1992, Vorwort).

3) 1953년 4월 27일에 제정.

4) 1961년 3월 10일에 제정.



나고 있다. 예컨대 바이에른주는 주의 행정집행및행정송달법에서 행정집행법규정(제18조 내지 제41조)과 행정송달법규정(제1조 내지 제17조)을 자의적으로 결합시키고 있으나, 양자의 법률영역은 서로 독립적으로 존재하며 양자의 규율내용에서 내적인 관련이 있는 공통적인 규정은 찾아볼 수 없다. 조세통칙법과 슐레스비히-홀스타인 주 일반행정법은 한걸음 더 나아가 행정절차법을 포함하고 있고 그밖에 실체적 행정법의 개별내용을 담고 있는 전체규율체계내에 집행법의 내용을 규율하는 방식을 취하고 있다. 집행절차가 행정절차의 일부분이라는 것은 명백하기 때문에 이와 같이 행정집행법의 내용을 일반행정법에 포함시키는 입법방식은 바람직한 것으로 평가하고 있다.<sup>5)</sup> 이러한 점에서 집행법규정에 흠결이 있는 경우 법전체규정을 유추하여 해결할 수 있다는 것은 오해의 여지가 없는바, 이는 슐레스비히-홀스타인 주 일반행정법 자체에서 명시하고 있다(제194조 제2항, 제225조제1항, 제239조제1항). 니더작센 행정집행법은 반대의 방식을 취하고 있는 바, 동법에서는 작위, 수인과 부작위의 강제에 대하여 포괄적인 대강규정을 정하고, 개별적인 사항에 대하여는 공공의안녕과질서에관한법률(SOG)을 참조하도록 하고 있다(제70조제1항).

## 2. 金錢給付와 그밖의 義務에 대한 行政執行을 위한 共通規定的 法典化

행정집행법과 조세통칙법 모두 금전급부의 집행과 그밖의 작위, 수인 및 부작위의 집행을 구별하고 있다. 그밖에 두가지의 상반되는 방식이 존재하고 있는데, 하나는 양자의 집행유형을 서로 독립적으로 규율하고 단지 순수하게 외적으로만 이를 하나의 입법틀내에 담고 있는 경우이며, 다른 하나는 양자의 집행유형에 공통적으로 통용되는 규정을 마련하는 경우이다.

전자의 방식은 연방행정집행법, 노르트라인-베스트팔렌 행정집행법, 슐레스비히-홀스타인 주 일반행정법 등이 있으며, 후자의 방식으로는 조세통칙법과 대부분의 연방각주의 행정집행법이 있다.

후자의 경우에 있어서의 공통규정에는 다음과 같은 내용에 관한 규정을 담고 있다.

5) App, a.a.O., S. 416.

- 행정행위의 집행가능성(예:라인란트-팔쯔 행정집행법 제2조)
- 집행수단(예:라인란트-팔쯔 행정집행법 제5조)
- 집행채무자(예:라인란트-팔쯔 행정집행법 제6조)
- 이의신청시의 집행행정청의 권리와 의무(예:라인란트-팔쯔 행정집행법 제10조, 제11조)
- 권리구제(예:라인란트-팔쯔 행정집행법 제16조)
- 집행의 정지(예:라인란트-팔쯔 행정집행법 제14조)

첫번째 방식은 조세통칙법과 이러한 방식을 따르고 있는 각주법상의 공통규정상의 규율내용이 주로 금전급부집행의 영역에 대하여만 규율하고 있다는 점에 그 특징이 있다.<sup>6)</sup> 이러한 양자의 영역에 대한 엄격한 분리태도는 행정청의 구조에서도 나타난다. 왜냐하면, 언제나 특정 행정청은 금전급부의 집행만을 그 임무로 하거나(예:지방자치단체금고), 그밖의 작위, 부작위, 수인 등의 집행만을 임무(예:건축감독청, 영업감독청 등)로 하기 때문이다. 양자의 집행유형에 대하여 공통적으로 우선적 관할권을 가지는 행정청 자신은 이를 보통 다른 행정청에 이관하는 바, 예컨대 채무행정청은 계고와 조세체납으로 인한 강제금은 납세처분청에, 체납액에 대한 집행은 집행행정청에 이관한다. 법률상의 이러한 양자영역의 엄격한 분리에 의하여 각 행정청의 담당공무원은 다른 행정청에서 담당하기 때문에 자기와 이해관계가 없는, 집행의 영역에 적용되는 규정을 알 필요가 없게 된다. 이러한 면은 입법실무에서도 매우 중요한 바, 행정집행법의 규정은 바로 주로 비법률가에 의하여 적용되어지는 그러한 것이고, 그 때문에 이들이 이해할 수 있는 것이 필요하기 때문이다.

### Ⅲ. 管轄과 職務

작위, 수인, 부작위로 인한 행정집행의 영역에 있어서 집행은 원칙적으로 집행대상이 되는 행정행위를 발한 행정청에 그 권한이 있으며, 금전채권에 대한 집행의 경우에는 흔히 확정행정청과 집행행정청이 모두 권한을 가진다. 이는 첫째

6) 이에 대한 자세한 내용은 Busch, DVBl., 1990, S. 606 참조.

로 대부분의 행정청이 집행기구를 운영하기에는 너무 규모가 작고, 다른 한편으로 입법자가 사실관련성의 이유상 타 행정청이 이를 하는 것이 더 적합하고, 셋째로, 집행조치는 빈번히 확정행정청이 활동할 수 있는 장소적 관할권이 없는 곳에서 행해진다는 점에서 그 원인을 찾아볼 수 있다.

예컨대, 연방입법자는 연방 및 연방의 직접관할하에 있는 공법상의 법인의 공법상의 금전채권의 집행을 주세무서에 위임할 수 있다(행정집행법 제4조b호). 바이에른 자유시는 이러한 방식과는 다른 방식을 취하고 있는 바, 여기에서는 관할단체에 대한 금전채권의 압류권한이 민사소송법 제845조에 따른 가압류와 비교할 수 있는 보전조치에 국한되며(바이에른 행정강제집행법 제26조제4항), 크라이스없는 지방자치단체, 대 크라이스시, 란트크라이스, 관구만이 일정한 금전채권을 스스로 압류할 수 있도록 하고 있다(바이에른 행정강제집행법 제26조제5항). 그리고 제한은 물건압류의 가능성이 있는 경우에도 인정된다. 이를 제외하고는 바이에른시에서는 국가의 급부결정의 집행에 대하여 재무부서가 관할권을 가지며(바이에른 행정강제집행법 제25조제1항), 다른 고권력주체의 급부결정의 집행을 위하여는 보통법원이 관할권을 가진다(바이에른 행정강제집행법 제26조제2항).

확정행정청에 그 고유의 급부결정의 집행을 위한 권한이 없는 경우, 집행은 집행명령에 의하여 진행된다(예: 행정집행법 제3조제1항). 집행은 하명행정청이 집행행정청에 집행을 실행하도록 하는 위임이며, 집행채무자에 대한 행정행위가 아니다.<sup>7)</sup> 결국, 집행채무자는 두개의 서로 다른 행정청과 동시에 상대해야 하는 일이 빈번해진다. 관할이 각각에 있는 경우에 어떻게 집행대상이 되는 청구권에 대하여 사후의 이의에 의하여 처리할 것인지에 대한 규율도 필요하다. 그러한 규율을 바이에른 행정강제집행법이 담고 있는 바, 이에 의하면 집행할 청구권과 관련한 집행에 대한 이의에 대하여 하명행정청이 판단하며, 이 경우에 주장된 사유가 집행대상인 행정행위가 발해진 이후에 비로소 발생하였고 정식의 권리구제절차로는 더 이상 다룰 수 없게 된 경우에만 그러한 이의가 허용된다(제21조). 이러한 규율은 필요하지만, 그럼에도 불구하고 연방행정집행법과 같은 다른 법률에 위반되어서는 안된다.<sup>8)</sup>

7) BVerwG, DÖV 1961, S.182.

8) App, a.a.O., S. 418.

예컨대, 물건압류와 관련한 재무부서의 집행활동의 경우에 발생할 수 있는 하자있는 토지관할의 문제는 집행청원의 형식으로 처리된다(예: 조세통칙법 제 250조). 이 경우에 보충적으로 직무에 관한 각 행정집행법 또는 조세통칙법의 규정이 적용된다.

#### IV. 執行要件

행정집행법은 각 주법과 마찬가지로 금전채권에 대한 집행과 작위, 수인, 부작위의 강제를 구분하여 이러한 양자의 각각에 대하여 특별한 규율을 하고 있다(행정집행법 제1조 이하, 제6조 이하).

그러나 양자의 영역에 있어서의 집행을 위한 공통적인 요건은 집행권원으로서의 행정행위의 존재이다. 이 경우에도 물론 몇 가지의 보충적인 요건을 필요로 한다.

1) 명령적 행정행위, 즉 공과금납부결정, 경찰처분, 영업금지, 징집결정과 같이 명령이나 금지를 내용으로 하는 행정행위만이 집행의 대상이 될 수 있다. 확인적 및 형성적 행정행위는 법률상 당연히(ipso jure) 실현되고 따라서 이미 그 속성상 집행의 대상이 될 수 없고 집행할 필요도 없는 행정행위이다.

2) 명령적 행정행위도 실정법에 따라 불가쟁력을 가지거나 즉시 집행할 필요가 있는 경우에만 집행되어야 한다.<sup>9)</sup>

불가쟁력 및 즉시집행의 요건은 행정집행법에 의하여 정해지는 것이 아니라, 행정법원법에 의하여 정해진다. 행정행위는 쟁송기간이 경과하거나(행정법원법 제70조, 제74조) 확정력있는 판결에 의하여 확정된 경우에만 불가쟁력을 가진다. 행정행위는 법률에 정해져 있거나 행정청의 결정에 의하여 명령된 경우에만 예외적으로 즉시 집행될 수 있다.<sup>10)</sup> 행정집행법 제6조 제1항은 금전금부결정과 관계있는 것이 아니지만, 이에 대하여도 다른 규정이 없는 한 적용된다. 예컨대, 행정집행법 제3조제2항제c목에 따른 급부

9) 행정집행법 제6조 이하 참조.

10) 이에 관하여 자세한 내용은 행정법원법 제80조 이하 참조.

결정이 공고후 1주일이 경과후 집행될 수 있는 경우 급부결정은 대체로 즉시 집행될 수 있는 것으로 설명될 수 있다(행정법원법 제80조제2항제1호).  
3) 다른 한편 예외적으로 행정강제는 행정행위없이도 허용될 수 있는 바, 지체하면 위험한 경우(행정집행법 제6조제2항) 및 시민이 행정계약에 의하여 부담하는 의무는 즉시집행의 대상이 된다(행정절차법 제61조).

그밖에 어떠한 경우에는 행정집행이 공법적이지만 행정행위에 의하여 확정되지 않은 금전채권과 행정의 사법상의 금전채권에 대하여도 허용된다. 이는 체제상 위법이며 최소한 입법론적으로는 부인되어야 한다고 지적된다.<sup>11)</sup>

특별한 규율은 독일연방우편-통신국에 대하여도 통용된다.<sup>12)</sup> 독일연방우편-통신국과 전신전화시설에 대한 사용자와의 법관계는 사법적 성격을 지니지만, 독일연방우편-통신국은 그 사법상의 반대급부청구권을 행정집행법에 의한 강제집행의 방법으로 징수할 수 있으며, 물론 사용자가 이에 대하여 이의를 제기한 경우에는 집행이 정지되고 그 채권을 민사법원에서 소로써 다투어야 한다.<sup>13)</sup> 결국 그 이전의 모순되는 법상태는 이와 함께 시정될 수 있다.<sup>14)</sup>

## V. 私法上の請求로 인한 行政強制

몇몇 연방각주는 행정집행을 사법상의 청구로 인한 경우에도 허용하고 있다.<sup>15)</sup> 그러나, 이러한 사법상의 방법에 의한 강제집행은 법상 열기적으로 규정되어 제한적으로만 허용되고 있다. 헌법적으로 사법상의 청구로 인한 행정집행은 그것이 헌법합치적으로 형성된 경우에는 이의를 제기할 수 없으며, 이는 단지 집행채무자가 강제력을 동원할 수 있다는 것을 이끌 수 있다. 그럼에도 불구하고 이러한 강제력은 독촉결정이나 이에 따르는 집행결정에 의하여 마찬가지로 발생될 수 있다는 점을 고려하는 경우, 사법상의 청구로 인한 행정집행을 위하여 실제로

11) 이에 관하여 자세한 것은 Röber, DÖV 1982, 680 ff.; Sauthoff, DÖV 1987, 800 ff.; ders, DÖV 1989, 1 ff.

12) 1989. 6. 8의 체신구조법에 의한 전신전화법 제9조 참조.

13) 이에 관하여는 Statz, DÖV 1990, 241 ff.

14) BVerwGE 54, 314; Tettinger, JA 1978, 289 ff.

15) 이에 관하여 자세한 내용은 Sauthhof, DÖV 1987, S. 800, DÖV 1989, S. 1 f. 참조.

구체적인 필요가 존재하여야 한다. 그러나 대부분의 연방각주와 연방 스스로도 이러한 수단을 채택하고 있지 않다.<sup>16)</sup>

## VI. 金錢債權에 대한 強制執行

### 1. 要件

공법상의 금전채권(조세, 수수료 및 사용료, 부담금 등)의 집행은 집행명령에 의하여 개시된다. 이는 다음의 요건이 존재하는 경우(행정집행법 제3조제2항 및 제3항)에 허용된다.

- 1) 급부결정(공법상의 금전급부의무를 그 대상으로 하는 행정행위)
- 2) 급부의 이행기 도래
- 3) 급부결정의 고지 및 이행기도래 후 1주일의 기간경과
- 4) 채무자에 대한 집행명령전에 1주일의 지급이행기간을 주어 반드시 독촉이 있어야 한다.

### 2. 節次

집행명령에 근거하여 행정청 또는 그 위임에 의한 집행행정청과 집행법원은 집행을 실행한다. 집행명령과 집행위임은 연방행정법원의 판결<sup>17)</sup>에 따르면 행정행위가 아니며, 집행 자체는 조세통칙법의 규정<sup>18)</sup>에 의하여 정하여 진다. 이 경우에 집행의 대상이 동산인지 부동산인지 또는 채권인지 여부에 따라 현저한 차이가 있으나, 여기에서는 자세한 논의를 생략하기로 한다.

### 3. 權利保護

행정집행법은 권리보호에 대하여 어떠한 내용도 규정하고 있지 않으며 행정

---

16) Sauthoff, DÖV 1989, S. 1 ff.

17) BVerwGE NJW 1961, 332.

18) 이 규정 또한 민사소송법 규정을 차용하고 있다.

법원법도 이러한 영역에 대하여 허용되는 권리구제수단에 관하여 특별한 규율을 하고 있지 않다. 권리구제수단은 상이한 집행절차에 의하여 제약되고 있어서 매우 통일적이지 못하고 부분적으로는 결국 부조화한 모습을 보이고 있다. 개별적인 사안에 대한 문제해결은 문제가 된 집행조치와 그 실행기관에 따라 행해진다.

예컨대, 행정청에 의한 압류는 행정행위로서 행정소송으로 다투어 질 수 있으며,<sup>19)</sup> 이에 반하여 민사법원이나 법원의 집달관에 의하여 행해진 집행조치는 민사소송법상의 권리구제수단으로 다룰 수 있다.

그러나, 집행채무자가 행정행위가 발해진 이후에 비로서 발생한 집행의 대상이 된 채권에 대한 이의, 예컨대 채권이 그 사이에 지급되었거나 청산되었다는 이의는 어떠한 방법에 의하여 주장될 수 있는지가 다투어 질 수 있다.

이에 대하여 행정법원법 제173조와 민사소송법 제767조에 따른 행정법원에 의 집행반대의 소가 제기될 수 있다는 입장도 있으나, 다수설에 의하면 행정법원법상의 소송유형을 살펴보았을 때, 구체적으로 허용되는 소송유형에 대하여 또 다시 다음과 같은 견해의 차이가 나타날 수 있다는 것이다.

즉, 이에 대하여는 첫째, 집행할 청구권이 더 이상 존재하지 않는 것인지에 대한 확인 또는 행정행위로 인한 집행이 허용되지 않는 것인지에 대한 확인을 구하는 확인소송, 둘째, 개별집행조치에 대한 항고소송, 셋째, 집행이 허용되지 않는다고 선언하거나 집행을 제거한다는 일정한 행정청의 의사표시 및 집행의 근거가 된 행정행위의 철회에 관한 이행 및 의무화소송 등 세 가지 종류의 소송유형이 인정될 수 있는 바, 이러한 소송유형 가운데 어떠한 소송유형이 인정될 것이냐가 다투어 질 수 있다는 것이다. 이 가운데 확인소송이 장점이 있는 바, 특히 피고행정청에 대하여 급부결정에 대한 집행이 허용되지 않는다고 판시하는 예방적 확인소송이 이러한 경우에 적합한 소송유형이다.<sup>20)</sup>

---

19) BVerwGE NJW 1961, 332; BVerwGE 54, 314, 316.

20) 그러나 이 경우에도 주법상의 특수성은 고려되어야 한다. 예컨대, 바이에른 행정송달및행정집행법 제21조는 명령을 발한 행정청이 "집행할 청구권에 대하여 행해진 집행에 대한 이의에 관하여 결정한다"고 규정하고 있다. 이러한 이의가 이유가 있는 경우 집행의 근거가 된 행정행위로 인한 집행을 허용하지 않는 것으로 선언한다. 따라서 채무자는 청산이나 지급유예와 같은 이의를 주장하려는 경우에는 이에 상응한 결정(행정행위)을 신청하여야 하며, 이것이 받아들여지지 않은 경우 행정법원에 의무화소송을 제기할 수 있다.

개별적인 경우에 있어서의 권리보호에 대하여는 여기에서 자세한 논의는 생략하기로 하고, 다만 두가지의 중요한 논점에 대하여만 언급하기로 한다.

비록 권리보호의 실현에 관하여 여러가지의 의견이 나타날 수 있지만, 기본법 제19조제4항에 따라 어쨌든 충분한 권리보호가 보장되어야 한다는 점만은 확실하다고 할 수 있다. 더욱이 실체법적인 기본처분, 즉 지급의무를 확정하는 급부 결정과 절차법적인 집행조치 사이의 권리보호는 구별하여야 한다. 집행조치에 대한 법적 수단에 의하여는 기본처분의 위법성을 다룰 수는 없고 집행조치의 위법성만을 다룰 수 있다. 기본처분에 불가쟁력이 발생한 경우에는 이 조치에 대한 이의는 더 이상 인정될 수 없다. 기본처분에 대하여 여전히 다룰 수 있는 경우에는 그러한 이의는 경우에 따라서는 기본처분에 대한 법적 수단이 될 수 있다.<sup>21)</sup>

## Ⅶ. 强制手段

### 1. 强制手段의 種類

행정집행법은 강제수단의 법정의 원칙을 따르고 있으며, 강제수단으로서 강제금, 대집행, 직접강제를 규율하고 있다. 이러한 일반적인 수단 이외에 몇몇 주의 행정집행법에서는 민사소송법 제894조의 방식처럼 의제에 의한 강제도 인정하고 있는 바, 이 경우에는 의무자에 대하여는 행정행위를 발하는 시점에서 이리

---

21) 예: A는 1979년 3월 1일에 법적 수단에 대한 고지가 적시된 수수료결정을 통보받았다. 그가 이를 지급하지 않았기 때문에 1979년 5월 1일에 집행이 개시되었다. A는 집행조치에 대하여 수수료결정과 그에 따른 동 조치의 집행이 위법하다는 주장을 제기하였다. 이 경우 법 상태는 과연 어떠한가?

수수료결정은 불가쟁력이 발생하였고, 그 결정이 적법한지 위법한지 여부는 따라서 더 이상 별 의미가 없게 되었다. A는 이제 기간의 비준수와 같은 집행의 위법성 자체만을 주장할 수 있다. 물론 수수료결정이 명백하고 중대하게 위법이어서 무효인 경우에는 그렇지 않다. 왜냐하면, 집행은 비록 위법의 가능성이 있다 하더라도 일용 유효한 행정행위라는 것이 전제되기 때문이다. 그밖에 A는 이제는 수수료결정의 직권취소만을 바랄 수 있게 된다(BVerwGE 27, 141). 마지막으로 급부결정의 근거가 된 법규범에 대하여 원칙적 무효선언이 있는 경우에는 연방헌법재판소법 제79조제2항, 행정법원법 제47조제6항제3호, 제183조에 의한 집행 금지를 주장할 수 있다.



한 법효과에 대하여 명시적인 의사표시가 있어야 하며, 이러한 의사표시는 행정행위가 불가쟁력을 발생하는 시점까지 행해져야 한다. 이와 같은 의제에 의한 강제수단은 양당사자에게 부담을 주는 강제금절차를 생략할 수 있는 실용적이고 마찰이 없는 집행수단에 해당한다.

그밖에 일반적인 강제집행수단 이외에 강제구류제도가 있는 바, 이러한 강제구류제도는 헤센州를 제외한 그밖의 모든 주의 행정집행법이 이를 채택하고 있다. 그러나 강제구류제도는 법상 허용되고 있기는 하지만 실제의 적용에 있어서는 매우 제한적으로 행하여지며, 실제에 있어서는 그 대신에 직접강제에 의한 강제수단 등이 보다 빈번히 사용되고 있다.

### (1) 代執行(行政執行法 第10條)

의무자가 그에게 행정행위에 의하여 부과된 작위의무를 실행하지 않은 경우 행정청은 의무자의 비용으로 제3자에게 조치를 위임할 수 있다. 즉, 대집행은 행정청의 위임에 의하여 의무자의 비용으로 제3자가 집행하는 것이다. 대집행은 대체할 수 있는, 즉 타인에 의해서도 집행될 수 있는 작위에 대하여 허용되며, 일신전속적인 작위 및 부작위와 수인의 경우에는 허용되지 않는다.<sup>22)</sup>

행정청은 제3자와의 사이에 법적 관계를 정하는 사법상의 계약(도급계약, 고용계약)을 체결한다. 이 경우 계약을 체결할 것인지 여부를 제3자는 자유로이 결정할 수 있다.<sup>23)</sup> 행정청과 의무자와의 관계는 여전히 전적으로 공법적 성격을 지닌다. 의무자와 제3자와의 사이에는 직접적인 법적 관계는 성립하지 않으나, 의무자는 제3자에 의한 대집행(의무자의 토지에의 출입 등 이와 관련된 행위도 포함)을 수인하여야 한다. 제3자의 비용청구권은 의무자에 대하여가 아니라 사법상의 계약에 근거하여 행정청에 대하여 주장되며, 이 경우 행정청은 이에 상응한

22) 예: A는 행정행위에 의하여 그가 불법적으로 건축한 주말별장을 철거하도록 명령하였다. A가 이러한 행정행위를 이행하지 않은 경우 행정청은 기업자에게 건물의 철거를 집행하도록 위임할 수 있다. 이에 반하여 정집이나 심야의 안면방해행위는 대집행에 의하여 실행할 수 없다는 것은 지극히 당연하다.

23) 다만 시급하고 다른 방법으로는 제거할 수 없는 위협의 경우에는 제3자는 경찰상의 긴급상태라는 요건에 의하여 - 이 경우 계약에 근거하여가 아니라 일방적인 행정행위에 의하여 - 강제적으로 조치된다.

구상권을 의무자에 대하여 가진다. 이러한 구상권은 행정행위에 의하여 확정되고 행정집행의 방법으로 징수될 수 있는 공법상의 청구권이다.

대부분의 주행정집행법에 의하면,<sup>24)</sup> 대집행은 행정청이 제3자에게 위임한 경우(타자집행)에만 인정되는 것이 아니라, 행정청 스스로가 “대체적인 방법으로” 활동하는 경우(자주집행)에도 인정될 수 있다.<sup>25)</sup>

타자집행의 이중적 의의(행정청과 의무자사이에는 공법적 관계, 행정청과 기업자 사이에는 사법상 계약관계)는 최근에 비판에 직면하고 있다. Burmeister는 이 대신에 동의에 의한 행정행위에 의하여 수행되는 공법상의 직무행위로 이를 보고 있다.<sup>26)</sup> 그러나 이러한 견해에 대하여는 “임의적인 직무행위”라는 것은 친숙치 못한 어색한 관념이라는 비판이 제기되고 있다.<sup>27)</sup>

즉, 개별적인 사안에 있어서 대집행에 관한 내용에 대하여 행정청과 제3자 사이에 합의되고 이것이 계약에 의하여 확정되는 것이 반드시 필요하며 최소한의 요청이라고 말할 수 있으므로 이는 일방적인 공법상의 직무행위가 아니라, 공법상의 계약으로 보아야 한다는 것이다.<sup>28)</sup>

## (2) 强制金(行政執行法 第11條)

강제금은 일반적으로 비대체적인 작위, 수인 및 부작위의 경우에 인정되지만, 대체적인 작위의 경우에도 인정될 수 있다. 강제금은 형벌이 아니라, 복종수단,

---

24) 예컨대, 바덴-뷔르템베르크 행정집행법 제25조, 헤센 행정집행법 제74조제1항 등이 그러하다.

25) 예: 불법적으로 건축된 주말별장이 행정청의 위임에 의하여 사건설업자에 의하여 철거된 것이 아니라, 시건설국의 고용직 공무원에 의하여 철거되었다. 이러한 직접강제에 의한 경우 예로의 대집행의 확장은 특히 재정적인 이유에 의하여 행해지고 있다. 왜냐하면, 대집행비용은 의무자가 부담하나, 직접강제비용은 원칙적으로 행정청이 부담하기 때문이다. 그러나 몇몇 주에서는 그 동안에 직접강제조치의 경우에 있어서도 비용에 대한 의무자의 구상권이 인정되었다(Erdmann, Die Kostentragung bei Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs, 1987).

26) Burmeister, JuS 1989, S. 256 ff.

27) H. Maurer, a.a.O., S. 458.

28) 이러한 행정청과 위임인사이의 관계의 법적 성격에 대한 자세한 논의는 제4장에서 자세히 살펴 보기로 한다.

즉 이미 행해진 불법에 대한 제재수단이 아니라, 장래의 행위를 강제하기 위한 수단이다. 따라서,

- 강제금은 반복하여 부과될 수 있고 의무자가 이를 납부하지 않는 경우 금액을 상향부과할 수 있으며,
- 강제금은 의무자가 그의 의무를 이행한 경우에는 집행되지 않으며,
- 강제금은 몇몇 범죄형벌과 과태료에 부수하여 허용될 수 있다.

강제구류제도는 독립적인 강제수단이 아니며, 강제금이 징수될 수 없는 경우에 예외적으로 인정될 수 있는 제도이다. 그 때문에 행정집행법 제16조는 “대체 강제구류”로 표현하고 있는 바, 이는 적절한 표현이라고 생각된다. 강제구류 명령은 법관에 의하여 행해지며(기본법 제104조제2항), 행정집행법 제16조제1항에 의하여 행정법원이 관할권을 가진다. 대체강제구류는 실무에서는 실효성이 있는 제도로서 평가되고 있다.<sup>29)</sup>

### (3) 直接强制(行政執行法 第12條)

행정청은 최후적인 수단으로 의무자에게 직접적으로 작위, 수인, 부작위를 강제하거나 스스로 작위를 행할 수 있다. 이러한 직접강제는 신체나 물건에 대하여 물리력에 의하여 또는 물리력의 도움이나 무기를 사용하여 수행한다.<sup>30)</sup>

직접강제는 가장 가혹한 강제수단이며 따라서 최후수단(ultima ratio)으로서만 고려될 수 있다. 이러한 강제수단의 유형내에서도 필요성 및 비례성의 원칙이 준수되어야 한다. 특히 직접강제수단 중 총기사용은 매우 극한적인 상황에서

29) 이에 관하여는 다음의 판례참조. 바덴-뷔르템베르크 고등행정법원 VBIBW 1987, 336(존속력있는 철거처분권한내에서의 관계인의 입장은 중요하지 않다는 판례); VG Oldenburg NJW 1988, 580(연방국방 및 군수품대상에 대한 미제출로 인한 대체강제구류, 이 경우 의무자 스스로가 그 대상인 물품이 있는 곳을 알지 못할 가능성여부는 논의되지 않는다는 판례); Bay. VGH Bay BvI. 1988, 372(대체강제구류는 우선적 강제수단이 아니기 때문에, 이는 의무자가 강제금을 납부할 수 없거나 납부하지 않은 경우에도 즉시 명령되고 확정되어서는 안된다는 판례 등).

30) 이에 관하여는 직접강제법 제2조 참조. 예:트럭의 압류, 주택의 철거, 진압봉 및 물호수에 의한 불법집회의 해산, 인질극을 벌이는 자에 대한 무기사용 등.

만 허용된다.<sup>31)</sup>

직접강제는 대집행과는 대집행의 경우에는 제3자에게 행정청이 위임하여 행사하는 반면에, 직접강제는 행정청이 스스로 행사한다는 점에서 구별된다. 몇몇 주에서 대집행을 “자주집행”의 경우까지 확대하였으므로, 직접강제의 적용영역이 현저히 제한되었을 뿐 아니라, 대집행과의 구별도 애매하게 되었다. 따라서 아래와 같이 정리하여 볼 수 있다.

자주집행에 의한 대집행은 행정청이 의무자에게 부과한 대체적 작위를 그 기관에 의하여 행사하는 경우에 인정된다(예: 건물철거). 이에 반하여 직접강제는 행정청이 그의 활동에 의하여 의무자에게 그밖의 행위, 특히 비대체적 작위, 부작위 또는 수인을 하도록하는 경우에 인정된다(예: 집회해산을 위한 물호수사용).<sup>32)</sup>

언급한 (1), (2), (3)의 경우에는 행정청은 언급된 강제수단만을 행사하여야 한다. 다른 강제수단, 예컨대 공급의 거부, 공표 등은 허용되지 않는다.<sup>33)</sup> 어떠한 강제수단을 행사할 것인지는 행정청의 재량에 속한다. 그러나 이 경우에 필요성의 원칙과 비례성의 원칙이 준수되어야 한다(행정집행법 제9조제2항).

## 2. 强制節次

강제수단의 행사는 관계인의 보호를 위하여 엄격한 절차규정의 준수하에서만

---

31) 이에 관하여는 직접강제법 제9조이하 및 Götz, Allgemeines Polizei- und Ordnungsrecht, RN.317 ff.

32) Hoffmann, DÖV 1967, 296 ff.; Mertens, Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht, 1976, S. 22 ff.; Kirchhof, JuS 1975, S.510.

33) 예: 영업자 G는 영업법에 규정된 시장의 명령을 이행하지 않았다. 이에 대하여 시장은 명령을 이행할 때까지 영업자 G에 대한 수도공급을 중지하도록 시 상수도공사에 요청하였다. 이러한 강제수단은 허용되지 않는다. G가 수도요금을 납부하지 않은 경우는 이와 달리 판단하여야 한다. 왜냐하면, G는 요금을 지급한 경우에만 수도의 제공을 기대할 수 있고 요구할 수 있다.

영업체가 아니라, 가정의 수도제공이 문제된 경우에는 수도요금을 납부하지 않은 경우에도 수도공급의 거부는 허용되지 않는다. 왜냐하면, 수도공급은 생활에 필요불가결할 뿐 아니라, 위생보건적인 이유에서도 공익상 요청되기 때문이다.

행해져야 한다. 이러한 강제절차는 이하와 같은 세 단계의 절차로 진행된다(행정집행법 제13조 내지 제15조).

### (1) 戒告

강제수단은 사전에 의무자에 대하여 그 집행이 임의적으로 행해질 수 있는 일정한 기간을 정하여 문서에 의하여 계고된다. 계고는 - 대부분 실무에서는 - 집행의 대상이 된 행정행위와 결합되어 행해진다. 계고시에 일정한 강제수단이 명시되어지며, 강제집행의 내용이 정확히 표현되어야 하며(예: 강제금의 액수), 대집행의 경우처럼 비용명세도 포함되어야 한다.

### (2) 確定

행정행위가 일정한 기간내에 행해지지 않은 경우 강제수단은 특정한 행위에 의하여 확정된다. 확정은 내용상 계고와 일치하여야 하며, 이와 내용상 상이한 경우(예컨대, 더 높은 강제금액을 정한 경우)는 위법이 된다.

행정집행법 제14조와 베를린과 노르트라인-베스트팔렌주의 이와 상응한 규정이 그러하다. 그밖의 연방각주의 행정집행법에서는 강제수단의 공식적인 확정 은 강제금의 경우에만 정하고 있으며, 바이에른 및 라인란트-팔쯔 주의 경우에는 이에 관하여 전혀 규정을 두고 있지 않다. 강제수단의 공식적인 확정이 그럼에도 불구하고 행해졌고, 그것이 필요하지 않으나 허용되었다면, 이는 행정집행법 제14조의 경우처럼 행정행위이다.<sup>34)</sup>

### (3) 強制手段의 實行

확정이 행해짐에 따라 강제수단이 실행될 수 있다. 대집행이나 직접강제의 경우에 의무자가 이를 이행하였다면 강제수단의 실행은 행해지지 않는다.

---

34) 이에 관하여 OVG Kolblenz NVwZ 1986, 762 참조.

### 3. 强制金の程度

강제금의 범위는 각 연방에서 특별히 강화하고 있다(최소는 3~20마르크, 최대는 300~100000마르크).

### 4. 權利保護

계고에 대하여는 행정집행법 제18조제1항에 의하여 독립적으로 다룰 수 있다. 그때문에 이러한 한도에서 계고가 행정행위인지 여부(단순한 고지인지 법적으로 중요한 강제수단실행의 요건인지?)의 문제는 결정할 필요가 없다. 어쨌든, 이러한 문제는 행정행위와 마찬가지로 권리보호의 관점에서 다루어져야 한다. 그에 반하여 강제수단의 실행은 단지 사실행위이며 그 자체에 대하여 이행소송이나 확인소송으로 다룰 수 있다.

이 경우에도 다시 기본처분과 집행조치를 구별하여야 한다. 예컨대, 철거처분이 불가쟁력을 발생한 경우에 관계인은 이제는 단지 철거처분 자체의 위법성이 아니라, 집행행위의 위법성만을 주장할 수 있다.

대부분의 연방각주에서는 행정법원법 제187조제3항의 수권에 근거하여 집행행위에 대한 행정심판과 항고소송이 쟁송수단의 제기에 의하여 그 집행의 유예가 인정되는 집행정지적 효력을 가지지 않고 바로 집행될 수 있음을 규정하고 있다. 다만, 행정심판기관이나 행정법원이 집행정지적 효력을 명함에 의하여(행정법원법 제80조제4항, 제5항) 어느 정도의 조정이 행해지고 있다.

### 5. 即時執行과 直接施行

행정상 강제집행수단으로 언제나 부수적인 집행절차를 수반한 행정행위를 발함에 의하여는 시급한 위험상태를 제거할 수 없고 즉시조치를 취하여야 할 경우가 문제될 수 있다. 경찰이 순찰중 주거침입강도가 주거에 침입할 의사가 있는 것을 확인하였을 경우, 유조차의 전복에 의하여 지하수에 기름이 스며들 위험을 야기하고 있는 경우가 그러한 예이다. 이러한 경우에 경찰공무원은 즉시 또는 직접, 즉 행정행위를 전제함이 없이 필요한 강제조치를 할 수 있는 바, 침입자의 침

입을 조치하거나(직접강제의 경우), 사기업자에의 위임에 의하여 기름을 제거할 수 있는 것(대집행의 경우)이 그러한 예이다.<sup>35)</sup>

이 경우에 이에 대한 용어는 일부에서는 “즉각적 집행”(행정집행법 제6조제2항) 및 “즉시집행” 또는 “즉시강제”로, 일부에서는 “직접시행”으로 표현되고 있다. 경찰법모범초안 및 바이에른 경찰법은 조심스럽게 양자의 법개념을 구분하여 채택하고 있는 바, 이에 의하여 불필요하게 구별의 어려움에 봉착하고 있다.

양자의 경우에 경찰이나 그밖의 집행기관이 행정행위의 전제없이 즉각적인 활동을 할 수 있는 수권이 문제되고 있다는 점에서 동일하다고 할 수 있다. 다만 유조차의 전복에 의한 기름유출이 있는 경우 이의 제거를 위하여 경찰이 사기업자에 대하여 조치를 위한 즉각적인 위임을 행한 경우에 있어서의 토지소유자와 같이 관계인이 동의한 경우에도 직접시행은 경찰상의 조치로서 허용되는 반면에, 즉시집행은 의무자의 의사에 대하여만 강제수단으로서 조치될 수 있다는 점에서 양자의 개념은 구별된다. 그러나 이에 대한 구체적인 구별은 개별법규정에 따라 천차만별의 모습을 보이고 있다. 이하에서는 통일적으로 “직접시행”이라는 표현을 사용하기로 한다.

직접시행의 경우에는 특별한 법치국가적인 행정집행의 확보(집행권원, 집행절차)가 이루어지지 아니하거나 제한적으로만 이루어지므로 즉시집행의 법치국가적 요건과 한계는 매우 엄격히 준수되어야 한다. 즉시집행은

- 그 시급성으로 인하여 행정행위를 발할 필요가 없다는 법적 요건이 존재하여야 하며,
- 각 강제수단의 요건이 주어져야 하며,
- 시급성이 인정되어야 한다.

이러한 직접시행의 법적 성격은 다투어지고 있다. 이전의 다수설이고, 지금도 여전히 일부에 의하여 주장되고 있는 견해에 의하면, 집행의 대상이 되는 행정행위, 강제수단의 계고, 강제수단의 확정과 강제집행은 말하자면 하나의 행위에 속한다는 것이다. 즉, 직접시행은 결론적으로 또는 의제적으로 보아 이러한 모든

---

35) 행정집행법 제6조제2항 참조. 또한 각주의 경찰법의 상응한 규정 참조. Götz, a.a.O., RN. 300; Schenke, in: Steiner, Besonderes VR, RN. 200.

행위가 합해진 것이고 따라서 그 자체가 (합체적인) 행정행위라는 것이다. 이에 대한 권리보호는 항고소송 및 계속적 확인소송에 의한다고 한다. “행정행위에 대하여 일반적으로 부여되는 쟁송수단”이라고 표현된 행정집행법 제18조제2항도 이에 상응한 표현례라 한다.

그러나 직접시행을 행정행위로 보는 것에는 많은 문제점이 내포되어 있다. 왜냐하면, 관계인이 아직 인지하고 있지 않은 경우에는 대상없는 행정행위가 행해진 꼴이 되고, 행정행위는 추후에 관계인에게 고지됨에 의하여 비로소 효력을 발생하는 것이 되기 때문이다(행정절차법 제43조제1항 참조).

직접시행을 사실행위로서 보는 경우에 이러한 문제점은 해소될 수 있다. 이 경우에 권리보호는 더 이상 행정행위의 존재여부에 의하여 이루어지는 것이 아니기 때문에, 행정행위에 대하여 법원의 심사를 받을 수 있다는 이전의 입장은 더 이상 의미를 가질 수 없게 된다. 관계인은 이행소송(개별조치의 원상회복소송)이나 이것이 불가능한 경우 행정법원법 제43조제1항에 따른 확인소송을 제기할 수 있다. 집행대상이 되는 행정행위와 개별집행조치를 하나의 과정으로 보는 견해는 직접시행의 특색을 개관하는 데에는 가장 적합한 이론일지 모르나, 법도그마적으로는 이것이 행정행위로 인정될 수는 없다.<sup>36)</sup>

직접강제와 직접시행 또는 즉시강제는 서로 혼동되어서는 안된다. 직접강제는 일정한 강제수단에 해당하며, 직접시행 또는 즉시강제는 절차법적으로 통일된 시급조치(Eilmaß nahmen)이며, 이것이 실제로는 직접강제나 대집행조치에 의하여 행해지는 것이다.

많은 경우에 있어서 행정청이 비용결정이나 수수료결정을 발한 경우에 비로소 직접시행의 적법성의 문제가 현실적인 문제로 제기된다. 결정의 상대방은 그러한 경우에 이러한 결정에 대하여 소를 제기할 수 있으며, 그러한 경우에 직접시행의 위법성 뿐 아니라 그가 그 조치의 상대방이 된 것에 대하여도 다룰 수 있다.

---

36) 사실행위로 본 견해에 대하여는 Schenke, a.a.O., RN. 202; Oldiges, JuS 1989, 619; Hormann, Die Anwendung von Verwaltungszwang unter Abweichung vom Regelvollstreckungsverfahren, 1988, S. 168; 이에 반하여 행정행위로 본 견해에 대하여는 Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, S. 438 ff.; Rasch, Allgemeines Polizei-und Ordnungsrecht, 2 Aufl., 1982, S.69 f.



처분시점과 구체적인 상황을 보았을 때 규율집행절차의 실행이 아니라 행정 행위(기본처분)를 발하는 것이 가능한 경우에는 이에 대하여 행정집행법 제6조 제2항 자체는 적용되지 않는다. 그러나 행정청은 이러한 조치가 위협으로 인하여 시급하다고 본 경우에는 개별적인 집행절차행위를 생략할 권한이 있다.<sup>37)</sup>

---

37) H. Maurer, a.a.O., S. 465.

### 第3節 오스트리아의 行政上 强制執行制度

오스트리아의 행정상 강제집행법제는 독일의 경우와 마찬가지로 행정상 강제집행을 일반적 포괄적으로 인정하고 있다. 행정상 강제집행에 대한 일반법인 행정집행법(Verwaltungsvollstreckungsgesetz)은 1923년에 제정되어 1950년에 재공포되었으며, 동법은 금전급부의 집행·작위, 수인 또는 부작위의 무에 대하여 대집행(동법 제4조), 강제벌(동법 제5조·제6조), 직접강제(동법 제7조), 금전급부의 징수(동법 제3조)를 규정하고 있다.

#### I. 强制執行의 管轄

작위, 수인, 부작위로 인한 행정집행의 영역에 있어 집행은 원칙적으로 지구행정청(Bezirksverwaltungsbehörde)에 그 권한이 있다. 즉, 지구행정청은 그 자신과 당해 상급행정관청의 결정(재결·처분·판단(Entscheidungen, Verfügungen, Erkenntnisse))을 집행하는 외에 법률상 달리 정하는 바 없는 경우에는 연방 및 주의 행정청이 한 결정을 집행하며, 또한 자치단체행정청(Gemeindbehörden)<sup>38)</sup>이 한 결정을 당해 행정청의 요청에 의하여 집행한다(동법 제1조제1항 및 제2항). 그리고 공과와 공적부담 및 법률상 이와 유사한 금전급부는 특별한 규정이 없는 한, 공과의 수납·징수 그리고 보관에 관한 규정에 의거하여 이에 종사하는 기관이 이를 징수한다(동법 제1조제3항).

#### II. 强制執行의 要件

행정집행법은 금전급부에 대한 집행과 작위, 수인, 부작위의 강제를 구분하여 집행요건을 규정하고 있을 뿐 독일의 행정집행법 제6조와 같이 강제집행의 허용성에 대한 일반적 규정을 두고 있지 않다. 그러나 해석상 강제집행은 결정(행정

38) 다만 독자의 고유한 조례를 가진 시의 행정청은 제외한다(동법 제1조제2항제2호).

행위)이 형식적 확정력이 발생한 경우에 한하여 허용된다. 즉, 결정의 집행력은 원칙적으로 그 형식적 확정력이 발생함으로써 생기는 것으로 형식적 확정력이 발생하기 이전에 결정을 집행할 수 있는 경우는 법의 특별규정에 근거하여 재송에 정지적 효과가 없거나 또는 행정청의 선언에 의하여 명시적으로 정지적 효과가 배제되는 경우이다. 일반행정절차법에 의하면 재송의 제기는 원칙적으로 정지적 효과를 수반하지만(동법 제64조제1항) 행정청은 위험이 절박하여 당사자의 이익을 위하여 또는 공익을 위하여 즉시집행이 필요한 때에는 정지적 효과를 배제하는 선언할 수 있다(동조제2항).

### Ⅲ. 行政上 强制執行節次

집행절차에 대해서는 일반행정절차법 제1편 및 제4편의 행정절차의 일반규정과 권리구제에 관한 제규정, 그리고 법적 재송수단의 고지에 관해서는 동법 제58조제1항 및 제61조(재송에 대한 고지제도)의 규정을 준용한다(동법 제10조제1항). 그러나 행정상 강제집행과 관련한 처분에 대한 항고소원에는 일정한 제한을 받는 바, ①집행이 허용되지 않는 경우, ②집행처분이 집행할 결정과 합치되지 않는 경우, ③지시되거나 적용된 강제수단이 법률상 인정되지 않거나 또는 동법 제2조의 규정 즉, 비례의 원칙을 위반하는 경우에 한하여 항고소원을 제기할 수 있으며(동조 제2항), 항고소원은 집행정지의 효력을 발생시키지 않는다(동조제3항).

한편 집행청은 급부의무가 확정된 경우 또는 그 실재를 추정할 수 있을 때에는 의무자가 그 재산권의 대상을 처분함으로써 또는 제3자와 통모하여 기타의 조치를 취하여 급부를 면탈하고 그 집행을 불가능하게 하거나 위태롭게 할 우려가 있을 때에는 가처분을 할 수 있으며, 가처분은 즉시 집행할 수 있다. 그리고 집행청은 행정상 강제집행을 함에 있어 필요한 경우 공안기관 회의를 소집할 수 있으며, 지방자치단체는 집행청의 강제집행에 대하여 협력할 의무가 있고, 필요한 경우에는 집행청은 연방군대의 협력을 요구할 수 있다(동법 제9조).

## IV. 強制執行手段

행정집행법은 행정상 강제집행의 수단으로 금전급부의 집행 및 작위, 수인 또는 부작위의무에 대하여 대집행, 강제벌, 직접강제, 금전급부의 징수를 범정하고 있다. 집행청은 이와 같은 강제집행을 행사함에 있어 각 사안에 가장 관대하고 합목적적인 강제수단을 취하여야 하는 한계를 가진다(동법 제2조제1항). 이를 위반한 경우에는 의무자는 소원을 제기할 수 있다(동법 제10조제2항).

### 1. 代執行

행정집행법은 대집행에 관하여 『노무 또는 자연급부(Arbeits-oder Naturalleistung)』에 대하여 의무가 있는 자가 이 의무를 이행하지 않은 때, 불완전하게 이행하거나 또는 정당한 시간안에 이행하지 아니하는 때는 그 불이행의 급부는 사전에 계고를 한 후 의무자의 위협과 비용으로 불이행급부를 실현』(동법 제4조제1항)할 수 있다. 이 경우에 집행청은 의무자에게 사후에 청산할 비용의 사전납부를 명할 수 있으며, 이 비용예납명령은 집행력을 가진다(동조제2항).<sup>39)</sup>

대집행은 이와 같이 대체성이 있는 『노무 또는 자연급부』의 의무를 이행하지 아니하거나 또는 불완전하게 이행하는 경우 또는 정당한 기간안에 이행하지 않는 경우에 행정청이 직접 이를 행하거나 또는 제3자에게 위탁하여 행하도록 하고 그 비용을 징수하는 것이다.<sup>40)</sup> 대집행비용은 사후 청산을 유보하고 집행에 앞서 사전예납을 명하여 이를 징수할 수 있다. 대집행의 계고와 대집행의 실행 사이의 의무이행기간에 대해서는 동법은 어떠한 규정을 두고 있지 않지만 성질상

39) 노무 또는 자연급부라고 함은 금전급부를 제외한 작위 내지 노무제공으로 대체성이 있는 것을 말한다(D.Koropatnicki, Grundriß der Vollstreckung im öffentlichen Recht, S.134.).

40) 독일의 행정집행법은 대체적 작위를 행정청이 제3자에게 위탁하여 행하게 하는 것만을 대집행이라고 하고, 자주집행은 직접강제의 범주에 포함시키는 것에 대하여 오스트리아의 행정집행법은 『제3자에게 위탁한다』는 제한규정을 규정을 두고 있지 않기 때문에 행정청이 직접 집행하는 자주집행뿐만 아니라 제3자에게 위탁하여 행하는 타자집행 모두가 대집행이 된다. 이는 우리나라의 대집행과 같은 것이다.

적어도 의무자의 자기이행의 가능성을 보장할 수 있는 기한을 계고에 정하여야 하는 것으로 해석되고 있다.<sup>41)</sup>

## 2. 强制罰

행정집행법 제5조는 강제벌에 대하여 『수인 또는 부작위의무 및 사건의 성질상 제3자가 실현할 수 없는 의무에 대해서는 집행청은 의무자에게 금전벌 또는 구류의 제재를 가하여 그 이행을 강제한다』(동법 제5조제1항), 『집행은 위반 또는 해태시에 발생하는 불이익을 계고하고 개시하여야 한다. 계고한 강제수단은 최초의 위반시 또는 이행의 착수에 대한 약정된 기간을 도과한 후 즉시 집행되어야 하며, 집행청은 위반을 반복하거나 또는 계속되는 의무의 불이행을 강제하기 위하여 강도가 보다 높은 강제수단을 계고할 수 있다. 계고한 강제수단은 의무의 이행이 있으면 이를 집행할 수 없다』(동조 제2항), 『강제수단은 개개의 경우에 있어 금전의 경우는 10,000셸링(Shilling), 구류의 경우는 4주간의 기간을 초과할 수 없다』(동조제3항), 『강제수단으로서의 금전벌의 집행은 사단 및 공법상의 재단을 제외한 기타의 비자연인에 대해서도 인정된다』(동조제4항)고 규정하고 있다.

오스트리아 행정집행법상의 강제벌은 독일 행정집행법상의 강제금과 비교하여 금전의 부과 또는 구류를 내용으로 하는 간접적 심리강제수단이라는 점에 있어서는 같으나 오스트리아의 강제벌은 수인, 부작위 및 비대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우에 부과될 수 있는 것에 대하여 독일의 강제금은 대체적 작위의무의 불이행에 대해서도 부과될 수 있다는 점에서 차이가 있다.<sup>42)</sup> 그러나 강제벌은 ①행정벌과는 달리 과거의 위반에 대한 속죄가 아니라 장래에 향하여 의무를 이행시키기 위한 강제수단이기 때문에 일사불재리(ne bis in idem)원칙이 적

41) L.Petrin, *Österreichisches Verwaltungsrecht*, 1951, S.38.

42) 독일의 행정집행법에 있어 대체적 작위의무는 대집행의 대상이 될 뿐만 아니라 대집행이 불가능하거나 특히 제3자에 의한 집행으로부터 발생하는 비용을 의무자가 감당할 수 없는 경우에는 강제금에 의해서도 강제(독일행정집행법 제11조제1항)될 수 있어, 대집행과 강제금의 선택이 인정되는 것에 대하여, 오스트리아의 행정집행법은 대체적 작위의무에 대해서는 대집행만이 인정될 뿐 강제벌은 인정되지 않기 때문에 양 수단의 선택 내지 병용은 허용되지 않는다.

용되지 않는 점, ②의무의 이행이 있을 때까지 반복하여 또한 보다 강도를 높여 적용할 수 있지만, 의무의 이행이 있거나 또는 이행이 불가능하게 된 때에는 강제벌을 적용할 수 없는 점, ③행정벌의 경우는 합법주의가 지배하는 것에 대하여 강제벌은 편의주의가 지배하여 계고·결정된 강제벌을 행정청이 재량으로 이를 집행하지 않을 수 있는 점, ④금전벌인 강제벌은 자연인뿐만 아니라 법인(다만 지방공공단체 및 기타 공법인은 제외된다)에게도 과할 수 있는 점 등에 있어서는 독일의 법제와 동일하다.

한편, 오스트리아의 행정집행법은 강제벌과 행정벌의 병과의 가부에 대해서는 법률상 명문의 규정을 두고 있지 않는 바, 행정벌과 강제벌의 병과가 허용된다는 견해<sup>43)</sup>와 허용되지 않는다는 견해<sup>44)</sup>가 대립하고 있다.

금전벌의 부과로 징수된 금전은 집행청의 강제집행비용을 부담한 지역단체의 수입으로 한다(동법 제6조제1항). 강제벌인 구류는 강제집행법(Exekutionsordnung)이 정하는 구류에 관한 규정을 준용하여 집행하며, 의무자의 건강이 현저히 위험한 경우에는 이를 집행할 수 없다. 한편, 구류가 법원에 의해서 집행될 때에는 그에 관한 비용은 법원이 사법상의 형벌집행비의 징수에 관한 법규정에 따라 의무자로부터 이를 징수한다(동조제2항).

### 3. 直接強制

직접강제는 최후의 수단으로만 인정된다. 동법은 『직접강제의 적용』이라는 제목으로 『법률상 달리 정함이 없는 경우에는 결정에 합치한 상태는 직접강제의 적용으로 이를 실현할 수 있다. 다만, 직접강제는 다른 방법이 없거나 법률상 불가능한 경우에 한하여 적용된다』(동법 제7조)고 규정하여 직접강제의 최후수단

43) L.Petrin, a.a.O., S.38.

44) E.Mannlieher und E.Coreth는 행정벌의 규정이 있는 때에는 강제벌을 부과할 수 없다는 것을 명문으로 규정하고 있는 바이에른주 등의 南獨法制와 마찬가지로 오스트리아법제도 같은 의미로 이해하여야 한다고 한다. 즉, 행정벌은 적법주의의 원칙에 따라 법률이 정하는 객관적·주관적 구성요건이 존재하는 때에는 부과되며, 따라서 행정벌을 과할 수 있는 구성요건을 충족하는 사건에 대하여 강제벌을 부과하려는 것은 행정청의 전단적 재량을 인정하여 행정처분에 의하여 법률을 변경하는 것과 같기 때문이라고 한다(E.Mannlieher und E.Coreth, Das Verwaltungsverfahren, S.321~322).

성을 명시적으로 규정하고 있다. 즉, 직접강제는 사람(소환명령에 응하지 않는 자의 강제연행 등)<sup>45)</sup>이나 물건(위법한 건축을 실력으로 저지하는 것 등)에 대한 직접적인 물리력의 사용으로 다른 수단에 의해서는 목적을 달성할 수 없는 경우에 한하여 사용할 수 있다.

#### 4. 金錢給付의 徵收

금전급부는 집행청 스스로가 공과의 징수 또는 보관에 관한 규정을 준용해서 징수를 하거나 또는 법원이 사법상의 집행절차에 관한 제규정에 의거해서 이를 징수하며, 이 때 집행청은 독촉채권자인 권리자의 명의로 절차를 진행한다(동법 제3조제2항). 집행력을 저지하는 어느 심급에도 따르지 않고 있다는 증명, 결정청·처분청 또는 집행청이 행한 결정 및 미납잔고증명은 집행법 제1조가 집행명의로 하며, 집행법 제35조가 의미하는 청구 이외는 집행명의로 있는 경우에 신청하여야 한다(동조 제2항). 청구권자는 직접 관할법원에 금전급부청구를 신청할 수 있다. 행정수단에 의한 징수가 허용된 경우에는 공법상의 사단과 영조물법인에 대해서도 또한 허용된다(동조제3항).

그러나 금전급부의 강제징수는 의무자 및 그 법적 부양의무자의 최저생활을 위협하지 않는 한도안에서 허용된다(동법 제2조제2항).

#### V. 費用의 徵收

집행비용은 의무자의 부담으로 하며, 징수는 동법 제3조의 금전급부의 징수에 준하여 징수한다. 청구가 불능인 경우에는 집행비용은 자기 이익을 위해 행한 당사자로부터 징수한다. 이 때 집행청은 일반행정절차법의 제규정에 따라 결정하여야 한다(동법 제11조).

---

45) 소환명령에 응하지 않는 자의 강제연행에 대해서는 일반행정절차법에도 규정이 있다. 동법 제19조제3항은 질병·불구 기타의 정당한 장애에 의하여 출두할 수 없는 경우를 제외하고는 행정청의 소환에 응할 의무가 있으며, 그 의무의 이행을 위하여 강제벌을 부과하거나 또는 구인할 수 있다. 이러한 강제수단의 적용은 소환명령이 계고되고 소환명령이 본인에게 송달된 경우에 한하여 인정된다」고 규정하고 있다.

## 第4節 美國의 行政上 強制執行制度

### I. 美國의 行政上 強制執行制度의 特質

미국법제에서는 행정명령에 의하여 부과된 의무이행의 확보는 사법절차에 의하여 의무의 실현을 강제하는 사법강제가 원칙이다.

사법강제의 방법으로 가장 일반적인 것은 의무위반에 대한 법원에 의한 형벌적 제재이지만 그의 행정명령의 이행확보를 위하여 法廷侮辱節次(contempt proceedings)를 통한 소송을 제기하는 방법,<sup>46)</sup> 행정청이 사인과 동등한 입장에서 적극적으로 민사소송(이행명령(injunction)의 신청 기타)을 제기하여 상대방에게 특정의 의무이행을 명하는 재판을 청구하는 방법<sup>47)</sup> 등이 있다.

연방행정위원회의 규칙(rules, regulations) 내지 명령(orders)의 준수를 확보하기 위하여 개별법률에서 규정하고 있는 방법을 보면 위반에 대한 형벌적 제재 외에 행정위원회가 그 규칙 내지 명령에 대한 복종을 명하는 writs of mandamus를 법원에 신청하는 방법, 행정위원회의 청구에 의거하여 검찰총장이 writs of mandamus를 신청하는 방법, 행정위원회 또는 검찰총장이 『집행신청』을 하고 법원이 이에 근거하여 집행명령을 발하는 방법, 행정위원회가 『금지소송』(action to enjoin)을 제기하고 법원이 이에 근거하여 금지명령을 발하는 방법 등 다양한 소송형식이 있다. 또한 행정위원회에의 증인의 출두, 증언, 증거의 제출 등의 의무를 강제하기 위해서는 법정모욕절차를 통한 소송(상대방이 행정위원회의 소환장, 증언, 증거제출 등의 명령을 응하지 않는 경우에 행정위원회 또는 이해관계자가 법원에 원조를 구하여 법원이 출두, 증언, 증거제출 등을 명하는 경우에도 역시 복종하지 않는 때에는 법정모욕으로 처벌한다)을 제기하는 것을 규정하고 있는 것이 일반적이다.<sup>48)</sup>

46) 法廷侮辱節次라고 함은 행정적 명령에 대하여 상대방이 복종하지 않는 경우 행정청이 명령의 강제집행을 위하여 법원에 원조를 구하여 법원이 행정청의 명령에 따를 것을 명령하고 법원의 명령에 따르지 않는 경우에는 법정모욕으로 처벌하는 것을 말한다.

47) 재판판결에 대한 불복종은 법정모욕으로 벌금 또는 구금의 벌을 받는다.

48) 독일과 같은 법제하에는 이러한 종류의 의무이행의 확보를 위해서는 집행벌 내지 강제금이



이러한 사법강제는 행정권으로부터 독립한 공정한 제3자로서의 법원의 판단에 의하도록 하여 행정객체를 행정권의 전단으로부터 보호하는 것이 그 특징이다. 사법적 집행수단인 소송에 있어서는 민사소송이든 형사소송이든 상대방인 행정객체는 형식상 피고로서 수동적인 지위에 있지만 집행하려는 행정명령의 정당성을 다툴 수 있기 때문에 이러한 소송은 명령의 집행수단임과 동시에 방어적 구제수단 내지 수동적 구제수단으로 작용할 수 있으므로 행정객체가 형식상 원고로서 능동적인 지위에서 당해 명령의 법적 정당성을 다투는 소송과 마찬가지로 행정객체의 권리구제에 중요한 역할을 할 수 있다.

사전적인 사법적 승인을 요하지 않는 행정강제, 즉, 행정권의 약식권한(summary powers)은 공공수입을 확보하기 위한 압류절차를 제외하면 외국인의 추방, 위생·안전·질서에 대한 불법방해(nuisance)의 제거<sup>49)</sup> 등의 한정된 분야에서 인정되지만 행정상의 의무이행을 확보하는 방법으로는 예외에 속하는 것이다.

이와 같이 행정상 의무이행확보에 관한 미국의 법제는 프로이센적 법제의 『régime administratif』에 대하여 『régime judiciaire』으로서 특징이 있다.

## II. 公的 不法妨害(public nuisance)의 除去

행정상 의무이행확보수단으로 우리나라의 경우 행정강제와 행정벌이 있다. 전자는 행정기관에 의한 직접적인 실행행사이며, 후자는 법원의 판결을 통하여 실행의 행사가 이루어진다는 것은 주지하는 바와 같다.

이와 같은 우리나라의 의무이행확보시스템에 대하여 미국을 포함한 영미법계의 국가에 있어서는 기본적으로 집행은 사법부의 임무에 속한다. 따라서 행정기관의 하명에 대하여 상대방이 이를 이행하지 아니하는 경우 통상 소송절차(우리

---

가장 보편적인 수단이 된다. 미국법에 있어서의 법정모욕절차는 집행벌 내지 강제금에 상당하는 기능을 가진다고 할 수 있다.

49) 외국인의 추방에 대한 결정이 있는 경우 이러한 외국인은 검찰총장의 영장에 의거하여 체포·감금할 수 있고, 최종적인 추방명령이 검찰총장에 의하여 발하여진 때에는 그 날로부터 6개월 이내에, 추방명령에 대하여 사법심사가 행하여진 때에는 법원의 추방결정일로부터 6개월 이내에 추방되며, 검찰총장은 그 기간 동안 재량에 의하여 당해 외국인을 구금할 수 있다(U.S.C. 8: 1252).

나라의 경우 민사소송절차)에 의하여 의무를 실현한다. 그러나 행정하명의 성질에 따라 이러한 방식에 의해서는 의무의 실현을 도모하는 것이 적당하지 않는 경우도 있다. 따라서 의무이행확보를 위하여 일정한 제재를 상대방에게 부과하는 방식도 존재한다. 또한 이 제재 역시 법원이 부과하는 것을 원칙으로 하지만<sup>50)</sup> 경우에 따라 행정기관이 제재를 가하는 경우도 있다. 또한 행정기관이 실력을 사용하여 의무의 이행을 도모하는 경우, 즉 우리나라의 행정강제에 해당하는 경우도 있다.

다만 여기서는 미국법제상 예외적인 것에 속하는 행정기관에 의한 실력행사의 경우만을 고찰하기로 한다.

행정기관이 실력을 행사하는 경우는 두 가지의 유형으로 나누어 볼 수 있다. 첫째는 법원의 관여를 거친 후 행정기관이 실력을 행사하는 경우이며<sup>51)</sup> 두 번째는 행정기관만의 판단으로 실력을 행사하는 경우이다. 그리고 후자의 경우 사법권 본래의 집행기능을 행정권이 집행하는 것이기 때문에 略式節次(summary procedure)라고 한다. 또한 J.Hart는 약식절차를 행사하는 권능에는 광의와 협의의 두 가지가 있는 바, 광의로는 행정기관이 준사법권의 행사, 즉 일반적으로 적법절차에 의하여 요구되는 고지(notice)와 청문(hearing)을 생략하고 그 권한을 행사하는 것을 말하며, 협의에 있어서는 법원에 의하여 행하여진 결정이나 법원 또는 법원의 수권에 의한 결정의 집행의 어느 것에도 의하지 않고 행정기관이 결정을 하거나 또는 결정의 강제적 집행을 하는 경우의 권능을 말한다고 한다.<sup>52)</sup> 그리고 이와 같은 약식절차의 예는 公的 不法妨害(public nuisance)<sup>53)</sup>의 제거에서 찾을 수 있다.<sup>54)</sup>

---

50) 우리나라의 행정벌과 거의 유사하다.

51) 예를 들어 執行人(sheriff)에 의한 拘束狀의 執行과 같은 것이 이에 해당한다.

52) J.Hart, An Introduction to Administrative Law with Selected Cases, 2nd ed., p.548.

53) 공중일반의 공통의 권리에 대한 부당한 방해로 말한다. ①공공의 건강·안전·평온·안락·편의를 상당한 정도로 침해하는 행위 ②법률·조례·행정규칙에 의하여 금지된 행위 또는 ③침해행위가 계속적·영구적 또는 장기적으로 불편·불이익을 미치는 행위로서 행위자가 공공의 권리에 상당한 영향을 미치는 것을 알거나 알았어야 할 행위가 공적 불법방해에 해당한다. 예를 들어 소음·진동·악취·대기오염 등에 의하여 불특정다수인, 특정지역의 전체 주민 또는 불법방해(nuisance)을 발생시킨 활동의 범위 안에 있는 사람의 생활상의 권리·이익을 침해하거나 방해하는 것이 이에 해당한다.

이와 관련한 중요한 판례로 King v. Davenport사건<sup>55)</sup>을 들 수 있다. 이 사건에 관한 법규는 시의 防火指定區域 안에서 허가없이 방화재료 이외의 재료로 건물을 건축하거나 수리하는 경우 당해 건물 내지 수리한 부분은 불법방해로 간주하여 소유자에게 고지후 소유자가 당해 부분의 제거를 태만하는 경우 시장의 명령에 의하여 집행관(marshal)이 이를 제거한다고 규정하고 있다. 그리고 이 법이 건물소유자에게 적용되었기 때문에 소유자가 시장과 집행관에 대하여 不法妨害訴訟(trespass)을 제기한 것이 이 사건의 개요이다. 이에 대해 법원은 『당해 법규에 규정된 실행행사절차는 非防火材料使用禁止를 효과적으로 규제하기 위한 방법으로 이러한 행위의 태만은 위험을 초래하며, 벌금 등의 제재에 의해서는 그 위험을 제거할 수 없는 것이고 본건에 있어서 사용재료는 불법방해이며 법 또한 이러한 취지를 규정하고 있으므로 普通法상의 불법방해와 마찬가지로 경찰권에 의하여 제거할 수 있으며, 법규는 고지만을 요구하고 청문을 규정하고 있지 아니하는 바, 고지에 의하여 違法한 略式除去를 救濟할 수 있다』고 판시하였다.

다음으로 고지나 청문도 행하지 아니하고 행정기관의 실행행사가 행하여진 예로서 North American Cold Storage Co. v. Chicago사건<sup>56)</sup>을 들 수 있다. 1905년 시카고시 조례에 의하면 식품냉장업자는 식품을 위생적 상태로 저장하여야 하며, 식품검사관 및 시위생국의 권한있는 공무원은 언제라도 출입검사를 하여 비위생식품을 즉시 몰수·파기할 수 있다고 규정하고 있었다. 이 사건은 이 조례가 정하는 바에 따라 시의 검사관이 특정식품을 비위생식품이라고 하여 인도를 요청하였는 바, 상대방은 이를 거부하였다. 이에 검사관은 실행을 행하여 당해 식품을 몰수하여 파기하였다. 이러한 사실에 대하여 상대방인 업자는 본건의 경우 고지나 청문도 없이 식품을 파기할 긴급한 필요가 있는지의 여부를 문제삼았다. 이에 대하여 법원은 본건과 같은 경우 몰수·파기 이전에 청문을 행할 것인지의 여부는 입법권의 재량에 속하며, 시간을 요하는 청문은 공중위생상 위험을 발생시킬 수 있고 따라서 본건의 경우 사후구제수단이 인정되는 한 적법절차의 요구를 충족한다고 판시하였다.

54) 이러한 예는 우리나라에 있어 즉시강제 또는 대집행에 의하여 행정강제가 행하여지는 경우에 해당한다.

55) 98 III. 305, 38 Am. Rep. 89(1881).

56) 211 U.S. 306(1908).

이와 같이 불법방해의 제거를 위하여 행정기관의 실행행사를 인정한 예는 상당히 많다. 그리고 어떤 물건이 불법방해를 구성하는가의 여부는 보통법상 또는 제정법의 규정에 의하여 결정된다. 그리고 불법방해의 제거를 위한 실행행사는 이를 원칙으로 하면서 어느 정도 확장되고 있다. 즉, *Lawton v. Steele* 사건<sup>57)</sup>에서 본래의 성질에 있어서는 불법방해를 구성하지 않는 물건도 명백히 위법목적에 사용되고 당해 물건의 가격이 경미한 경우 법원은 이를 불법방해로 선언하여 약식제거를 인정한다. 따라서 통화위조기계 등은 본래적으로 위법목적에 사용되는 물건이기 때문에 불법방해를 형성하며, 청문을 거쳐 파기할 수 있다. 또한 위의 사건에 있어서의 漁網과 같은 것은 본래적 성질에 있어서는 불법방해를 형성하지 않는다. 그러나 어종보호를 위한 禁漁區域에서 이를 사용하는 한 또한 어망과 같이 가격이 저렴한 것인 한 불법방해가 된다. 그러나 예를 들어 자동차를 위법목적에 사용하는 경우에는 위와 같이 취급할 수 없고, 형사상의 범죄로 유죄여부를 심문하는 중에 당해 물건을 몰수하더라도 파기할 수 없다고 하여 불법방해로 선언되어 단지 제거명령만이 인정되는 재산과 이외의 것 사이에 한계를 인정하고자 한다.<sup>58)</sup>

이 밖에 행정권에 의한 실행행사를 인정하는 것으로 공적 수입확보에 관한 체납처분절차가 있다. 예를 들어 *McMillen v. Anderson* 사건에서 동사건에 관한 루이지애나州法은 조세를 납부기한까지 납입하지 않는 자에 대하여 徵稅廳은 10일 이내에 납입하여야 한다는 취지를 통보하고 만약 이 기간안에 체납조세전액을 납입하지 아니하는 경우 사법형식에 의하지 아니하고 재산의 압류절차를 개시할 수 있으며, 10일간의 공고후 당해 재산을 매각할 수 있다고 규정하고 있다. 그리고 이 절차를 적법절차조항에 반하기 때문에 위헌·무효라는 소송에 대하여 연방최고법원은 이 주장을 배척하였다.<sup>59)</sup> 또한 *Murray's Lessee v. Hobken*

57) 152 U.S. 133(1894). 뉴욕州法 중에 어업보호를 위한 금어구역에서 어망을 사용하는 경우 당해 어망은 公的 不法妨害(public nuisance)를 형성하며, 감시원은 이를 몰수·파기할 수 있고, 또한 감시원의 이러한 행위에 대하여 손해배상청구소송을 제기할 수 없다고 하는 규정이 있다. 그리고 본건은 위 법규를 적용한 것이며, 법원은 명백한 위법성과 보상청구소송의 비용에 대하여 당해 물건의 가격이 현저히 경미하다고 하여 위 법규를 지지하였다.

58) *McConnel v. McKillip*, 72 Neb. 712, 99 N.W. 505(1904).

59) 95 U.S. 37(1877). 본건에 관하여 연방최고법원은 조세절차는 그 성질상 신속하고 효과적인 것이 요구되며, 행정기관에 의한 약식절차는 약식이라는 이유로 전제·불공평·위법을 의미하는 것은 아니다. 적법절차는 반드시 법원의 절차만을 의미하는 것은 아니다라고 한다.

Land and Improvement Co.사건에서는 국고에 납입하여야 할 금전을 납입하지 아니한 징수관의 사유재산을 공적 수입확보를 위하여 사법절차에 의하지 아니하고 압류하는 것을 인정하였다.<sup>60)</sup>

요컨대, 행정기관에 의하여 실력행사를 인정하는 것은 주로 불법방해의 제거와 납세관계의 경우이며, 기타 경찰권의 행사에 근거한 재산의 가압류의 경우이다.

불법방해는 전술한 구체적인 예에 의해서도 알 수 있는 바와 같이 이를 제거하는 외에 예를 들어 벌금이나 위반책임자의 신병을 구금하는 것으로는 그 위험을 제거할 수 없는 경우이며 또한 이러한 제거조치를 신속하게 하여야 할 필요가 있는 경우이다. 그리고 어떠한 경우를 불법방해로 보는가, 다시 말하면 불법방해의 개념은 반드시 막연한 것은 아니며 보통법상 또는 제정법에 의하여 구체화되어 있다. 따라서 불법방해의 제거를 위한 행정기관의 실력행사는 법에 규정되어 있는 경우 이를 할 수 있다. 또한 불법방해의 제거를 위한 행위에 대하여 사후적으로 사법구제가 인정되는 것은 당연하다.

다음으로 징수관계에 있어서의 실력행사는 공적 수입의 확보에 대하여 신속한 결정이 요구되고 있다. 각 판례는 실력행사가 인정되는 설명을 자신의 선조가 수차의 혁명을 통하여 불법한 과세와 싸워왔다는 역사적인 관점에서 서술하고 이론적인 설명을 흠결하고 있지만 징수행위의 성질에 따라 각각의 입법례도 또한 이를 인정하고 있다.

### Ⅲ. 間接的 義務履行確保手段

행정상 의무이행확보수단으로 전술한 행정기관에 의한 강제 외에 일정한 제재를 과하는 방법도 있다. 여기서는 특히 사법재판에 의하지 아니하고 행정기관이 행정상의 의무이행확보를 위하여 가하는 제재를 검토한다.

이에 대해서는 일반적으로는 1946년의 행정절차법(the Administrative Procedure) 제2조 f항에 규정하고 있는 바 그 규정의 내용은 다음과 같다.

제재라고 함은 다음 각호의 1에 해당하는 행정청의 행위의 전부 또는 일부를 말한다.

60) 18 How. 272(1885).

- ①금지·요구·제한 및 각인의 자유에 영향을 미치는 기타의 조건
- ②구제의 제한
- ③형식의 여하를 불문하고 과태료(penalty) 또는 벌금(fine)의 부과
- ④재산의 파괴(destruction)·몰수(taking)·압류(seizure) 또는 유치(withholding)
- ⑤손해배상·상환·원상회복·보상·비용·요금·수수료의 부과
- ⑥인가의 신청요구·취소·정지
- ⑦기타 강제적 또는 제한적 행위

또한 이민·세입·공공사업 기타의 분야에서 행정상의 명령의 실효성을 확보하기 위하여 많은 제정법이 제재의 구체적인 방법을 규정하고 있다. 그리고 이러한 제재는 소위 배상적·민사적 제재이며 형사적 제재가 아니기 때문에 형사에 관한 절차법의 지배를 받지 아니하고 행정청에 의하여 부과되는 점에 특색이 있다. 그러나 이러한 제재는 통지(notice)와 청문(hearing)을 거친 후 제재가 부과되어야 하며, 행정청에 의한 인신의 구금(imprisonment)의 제재는 인정되지 않는다. 즉, 구금은 이른바 民事的 法院侮辱節次(civil contempt proceeding)의 경우를 제외하고 형벌이며, 전통적으로 사법절차에 속한다.<sup>61)</sup>

이하 각 분야에서의 행정적 제재에 대하여 고찰하여 보면 다음과 같다.

먼저 이민관계에 대해서 보면 1903년의 이민법은 외국인을 합중국으로 불법 입국시킨 汽船會社에 대하여 재무장관은 벌금을 가할 수 있다는 취지를 규정하고 있다. 이는 이민에 관한 전권능을 가지는 국회가 그 권능을 행정청에게 위탁한 것이기 때문에 법원이 사실을 결정하여 벌금을 부과한다는 적법조항은 이 경우 적용되지 않는다고 한다.<sup>62)</sup> 그리고 이러한 취지는 *Lloyd Sabaudo v. Elting* 사건에서도 승계되었다.<sup>63)</sup>

다음으로 세입관계를 보면 사실을 은폐하여 조세의 납입을 면하고 또한 의무

61) 다만, 연방대법원은 외국인추방에 관한 법을 집행하기 위한 일시적 감금 내지 억류는 유효하다고 판시하여 이민법상의 일시적 감금은 형벌이 아니라고 판시하였다(*Wong Wing et al v. United state*(163 U.S. 228(1896))).

62) *Oceanic Navigation Co. v. Stranahan*事件(214 U.S. 320(1909)).

63) 이 사건에서는 행정기관이 벌금을 부과한 경우 관련 사실이 유무를 법원에서 재심사할 기회가 부여되지 않는 경우는 적법조항에 위반된다는 주장을 기각하였다.

를 태만하여 조세를 납입하지 아니하는 때에는 세무직원은 납세의무자에게 제재를 가할 수 있다. 그리고 이 제재는 예를 들어 소득세의 신고와 납부관계 사실의 은닉에 대하여 가산세액형식을 취하고 있다. Helvering v. Mitchell사건에서 문제가 된 1928년의 세입법 제293조b항은 납부하여야 할 세액에 대한 부족액이 조세의 납부를 면하기 위하여 사실을 은폐함으로써 발생한 경우 당해 부족액의 50%의 액수를 가산할 수 있도록 규정하고 있다. 이에 대하여 50%의 가산은 조세가 아니라 형사벌이며 따라서 이러한 절차는 一事不再理(이중의 위험, double jeopardy)의 원칙에 따라 금지되어야 한다는 취지의 주장을 하였다. 그러나 법원은 이러한 과세세액을 형사적 제재가 아니라 어디까지나 민사적 제재로 보았다. 왜냐하면 정부는 소득세를 부과하는 경우 납세의무자에 의하여 과세기준이 된 사실이 정확한 것일 것을 기대한다. 그리고 이 사실의 발표는 매년 보고서의 형식으로 이루어진다. 충분하게 진실을 발표하고 조세회피의 목적을 방지하기 위하여 입법부는 제재를 用意한다. 이 制裁는 일차적으로 세입의 확보에 있으며 동시에 정부의 조사비용 및 납세의무자의 조세회피에 따른 損失의 填補로 用意되고 있다. 따라서 당해 제재는 형벌적 의미를 가지지 않으며 민사적 성질의 것이라고 할 것이다.<sup>64)</sup>

요컨대, 행정목적 달성을 위하여 제재를 가하는 것을 행정기관에 수권한 법을 제정할 수 있다. 그리고 여기서의 제재는 행정절차법 제2조에서 알 수 있는 바와 같이 우리가 일반적으로 이해하고 있는 것 보다 상당히 광범위하며, 다양하다. 또한 행정기관이 제재를 부과하는 경우 특히 주의하여야 할 점은 제재가 민사적 성질을 가지며 형사적 성질을 갖는 것이 아니라는 점이다. 즉, 행정기관은 형벌을 부과할 수 없다는 원칙이 있다. 형사피고인은 헌법 및 기타 법의 보호를 받으며, 형사재판절차에 의거하여 형벌이 부과되어야 하고 민사재판절차나 행정절차에서 형벌이 부과될 수는 없는 것이다. 이로 인하여 만약 행정기관이 부과한 제재가 형벌적 성질을 가지는 경우는 당해 행위는 물론 수권법규 역시 효력이 부정되게 된다. 따라서 제재가 형벌적인가 민사적인가의 구별은 상당히 중요하다. 제재가 금전의 납부를 요구하는 경우는 그 구별이 상당히 곤란하다. 미국법은 이

64) 303 U.S. 391. 제재의 액과 정부의 비용 사이에는 관계가 없다는 점을 논거로 이러한 법원의 견해에 대하여 의문을 제기하는 학자도 있다(Vgl. W. Gellhorn and C. Byse, Administrative Law, cases and comments(1954), p.143).

구별에 대하여 대륙법에서 보는 바와 같이 개념적 기준의 수립을 시도하지 않는다.<sup>65)</sup>

---

65) 미국의 민사금전벌에 대한 자세한 것은 한국법제연구원, 「과태료제도의 현황과 개선방안」(1994), 129~143면 참고.



## 第5節 프랑스의 行政上 强制執行制度

### I. 行政上 義務履行確保의 基本體系

독일의 행정상 의무이행확보제도와 프랑스의 행정상 의무이행확보제도는 완전히 대조적인 바, 이는 기본적으로 권력분립주의의 역사적인 발전배경의 차이에서 기인한다. 즉, 독일에 있어 행정권과 사법권의 분리는 국민의 자유를 보장하기 위한 논리적 요청에 기인한 것이 아니라 행정권을 중심으로 한 강력한 근대 국가의 건설이라는 정치적인 요청에 의한 것으로 이러한 정치적 요청에 의하여 일반적이고 포괄적인 행정상 강제집행제도가 발전하게 되었다. 이에 대하여 프랑스에 있어 권력분립의 원리는 혁명 이후 국민의 자유보장의 요구와 결부되어 발전하였는 바, 독일과 같은 일반적이고 포괄적인 행정상 강제집행제도는 국민의 권리영역의 침해에 대하여 행정권에 광범한 재량권을 인정하여 국왕의 官吏가 국민의 자유·재산에 대하여 拘束을 받음이 없이 침해를 가하였던 ancien régime의 그것과 유사한 것으로 이해하였다. 따라서 프랑스는 독일과 같이 일반적이고 포괄적인 행정상 강제집행제도를 정비하는 것을 회피하고, 행정상 의무위반에 대한 형벌적 제재(또는 형사판결의 부대판결에 의한 원상회복명령)에 의하여 의무이행을 확보하는 사법제도가 국민의 자유보장을 위하여 보다 우월한 것으로 인식하여 이 제도를 일반적으로 취하게 된 것이다. 즉, 프랑스에 있어서는 행정권의 활동은 원칙적으로 명령을 발하는 것에 한정되고,<sup>66)</sup> 행정상의 강제집행은 단지 특별법이 정하는 바에 따라 일정한 조건하에서 예외적으로 인정될 수 있을 뿐<sup>67)</sup> 일반적인 제도로는 인정되지 않으며, 또한 대집행, 직접강제, 강제

66) 프로이센에 있어서는 명령권을 가진 행정청은 동시에 명령의 내용을 강제적으로 실현할 수 있는 강제집행권 역시 동시에 가지는 것으로 이해되었다(이에 대한 자세한 논의는 이 보고서 제1장 제3절 참고).

67) 그 전형적인 예는 징집(requisition militaire)을 들 수 있는 바, 이에 관해서 1877년 7월 3일의 법률 제21조는 『징집명령(ordre de requisition)이 주민의 악의로 인하여 집행되지 않는 때에는 급부의 징수는 실력으로 확보할 수 있다』고 규정하고 있다. André Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1957, p.172.

징수 등의 개념적 구별도 명확하지 않고 특히 독일과 같은 집행벌제도는 전혀 인정하지 않는다.<sup>68)</sup>

## II. 行政義務違反에 대한 刑事的 制裁

프랑스는 위에서 본 바와 같이 독일과 같은 자기완결적인 일반적이고 포괄적인 행정강제제도는 국민의 자유보장을 위하여 바람직하지 않다는 인식에서 행정상의 의무이행확보를 형벌적 제재에 의하여 담보하고 있다.

형법은 행정적 명령을 위반하여 특히 공익을 해하는 행위를 범죄로 규정하여 이에 대한 형벌을 정하고 있을 뿐만 아니라 기타 각 개별법률 역시 행정명령의 위반에 대한 형벌을 규정하고 있다. 특히 동법 제471조 내지 제481조는 위경죄(contravention de police)에 대하여 1일 내지 5일의 금고 및 1프랑 내지 15프랑의 벌금을 부과할 수 있도록 규정하고 있으며, 동법 제471조제15호는 『행정청에 의하여 적법하게 제정된 규칙을 위반한 자 또는 1790년 8월 16~24일의 법률 제11장 제3조·제4조 및 1791년 7월 19~22일의 법률 제1장 제46조에 의하여 시군의 규칙 또는 처분을 위반한 자는 1프랑이상 15프랑이하의 벌금에 처한다』고 규정하여 행정적 명령준수를 일반적으로 형벌적 제재로 담보하고 있다.<sup>69)</sup>

한편, 형사소송법 제161조는 『피고인의 행위가 위경죄의 구성요건에 해당하는 것이 증명된 때에는 법원은 형벌을 언도하고, 청구에 대하여 같은 재판에서 원상회복 및 손해배상을 명한다』고 규정하고 있다. 이는 직접적으로는 일반국민에게 원상회복 내지 손해배상의 부대소송을 인정하는 규정이지만, 이 규정에 의하여 행정권 역시 원상회복 내지 손해배상의 청구권자로서의 국가나 공공단체를 대리하여 위경죄의 재판에서 경찰위반상태의 배제 및 원상회복에 필요한 작위, 부작위 또는 수인에 관한 부대판결을 청구할 수 있고, 경찰청은 이 부대처분을 집행할 수 있다. 그러나 행정권이 경찰위반상태를 제거하기 위해서는 법원의 판

68) 近藤昭三, “フランスにおける行政執行の特權と行政強制(一)”, 『法政研究』, 제30권 4~5합본호, 363면.

69) 위경죄의 재판은 치안판사와 보좌판사로 구성되는 경죄재판소(tribunal de police correctionnelle)가 행하며, 위경죄재판에 대한 항소는 지방법원이 최종심으로 재판한다.

결이 있어야 하기 때문에 행정적 자의를 방지할 수 있게 되는 것이다.

### Ⅲ. 行政廳에 의한 强制執行

#### 1. 一般의 問題狀況

특별법상 행정의무위반에 대한 형벌적 제재에 대한 규정이 없을 뿐만 아니라 또한 형법 제471조제15호의 적용대상도 되지 않는 경우가 있다. 즉, 破毀院(Cour de cassation)의 판례 및 일반학설은 형법 제471조제15호에 의하여 행정의무위반에 대한 형벌적 제재의 처벌을 할 수 있는 것은 오직 시군의 기관이 시군경찰과 관련하여 발한 처분에 한정되고, 장관과 지사(Prefér)의 처분은 동조의 적용대상이 되지 않는다고 본다.<sup>70)</sup> 또한 형벌적 제재를 과할 수 있는 경우에도 일정한 결과의 실현에 대한 긴급한 필요성으로 인하여 형벌적 제재에 의한 의무이행의 확보가 상당히 부적합한 경우도 있다.

이와 같이 형벌적 제재를 과할 수 없는 경우 및 긴급한 필요성에 의하여 형벌적 제재가 부적합한 경우에 행정상 의무이행의 확보를 위하여 법원의 승인을 거치지 않고 행정상 강제집행, 즉 행정권의 직접시행을 인정할 수 있는지의 여부가 문제된다.

#### 2. 行政廳에 의한 强制執行의 判例法的 發展

프랑스에 있어 행정상 강제집행의 법리는 주로 판례법으로 형성되었는 바, 행정상 강제집행을 적극적으로 인정하여 행정상 강제집행의 판례법적 발전의 기초가 된 대표적 판례가 1902년 12월 2일의 권한법원(Tribunal des conflicts)의 생쥐부동산회사사건의 판결 및 동사건에서의 꼬문정부위원의 논고이다.<sup>71)</sup>

70) 형법 제471조제15의 적용대상에 대해서는 학설상의 대립이 있는 바, 이에 대한 자세한 소개는 vgl. K.Brunner, Die Lehre von Verwaltungszwang, SS.78~79.

71) T.C. 2 déc. 1902, Société immobilière de Saint-Just, R.1902. 713; D. 1903.3. 41; S.1904,3.17. concl. Romieu, note Hauriou; G.A.43.

이 판례의 자세한 소개에 대해서는 近藤昭三, 앞의 論文, 351면 이하; 廣岡隆, 『行政强制と假の救済』(有斐閣, 1977), 26면 이하.

## (1) 事件의 概要

1902년 각의(Conseil des ministres)의 décret는 종교단체의 규제에 관한 1901년 7월 1일의 법률을 적용하여 인가를 받지 않은 종교단체시설(無認可學校施設)의 즉시폐쇄를 명하였는 바, décret나 근거법률은 종교단체원이 퇴거를 거부하는 경우에 있어 이를 강제하기 위한 형벌적 제재를 규정하고 있지 않았다. 이에 즉시폐쇄명령을 받은 종교단체원 등이 시설물로부터의 퇴거를 거부하였는 바, 지사는 7월 26일 내무종교장관의 명령에 근거하여 시설의 즉시인도 및 봉인을 명하고 경찰로 하여금 종교단체원 등을 강제퇴거시키고 시설을 봉인하였다. 생취부동산회사는 당해 건물의 소유자로서 봉인해제의 가치분을 민사법원에 신청하고 지사의 소환을 청구하였다. 이에 지사는 관할이 잘못 지정되었다는 이유로 이의신청을 제기하였는 바, 이의신청이 이유있는 것으로 인용되었다. 그러나 이에 대한 항소가 제기되어 항소법원은 관할에 잘못이 없다는 판결을 하였는 바, 이에 지사가 권한쟁의를 제기하여 권한법원에 係屬되게 된 것이다. 지사는 본건의 강제집행행위는 행정적 성격을 가진다고 주장하고, 부동산회사는 강제집행은 위법한 폭력행위이기 때문에 행정적 성격을 가지지 않는다고 주장하였다. 따라서 강제집행행위가 행정적 성격을 가지지 않는 폭력적 행위인지의 여부가 권한법원에서 판단되게 된 것이다.

## (2) 鈔문정부위원의 논고 및 판결의 내용

동법원에서 鈔문정부위원은 먼저 일반적인 전제로서 프랑스 공법의 기초원리는 『행정청이 직접 공권력행사의 집행을 무력으로 확보하기 위하여 공적인 실력을 행사할 수 없으며, 행정청은 우선 사법권에 소송을 제기하고, 사법권(법원)은 불복종을 확인하여 당해 위반을 처벌하며, 강제의 실질적 수단을 사용하는 것을 승인하는 것』이며, 공권력행위의 일반적인 집행방법은 『재판권에 의한 형벌적 제재』라는 것을 명백히 하였다.

그러나 鈔문정부위원은 공권력의 행사에 대한 시민의 복종을 재판에 의한 형벌적 제재로 확보한다는 공법상의 원리는 일정한 경우에는 불충분하거나 실효성이 없게 되는 바, 鈔문정부위원은 이에 대하여 다음과 같이 논고하고 있다. 『첫째, 안전, 위생, 선량한 질서에 대한 급박한 위협이 있는 경우이다. 이러한 경우

행정권은 잠정조치를 취하고, 직권으로 필요한 조치를 취할 권리가 있다. 개별법을 중에는 이를 명시적으로 규정하고 있는 것도 있으나, 이는 반드시 법률의 명시적 규정을 요하지 않는다. 公共의 自衛의 卽時的 利益(l'intérêt immédiate de la conservation publique)이 이를 요구하는 때에는 즉시 또는 소송절차를 거치지 않고 공권력을 행사하는 것이 행정역할의 본질이라는 것은 다툼의 여지가 없는 것이다.

둘째, 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 부과된 의무가 명백히 존재하지만 특별법이 당해 의무의 위반에 대하여 형벌을 규정하지 않고 또한 형법 제471조 제15호의 적용대상도 되지 않기 때문에 형벌적 제재를 부과할 수 없는 경우이다. 일부에서는 형법 제471조의 제재는 모든 공권력의 행정행위를 목적으로 한다는 견해가 있는 바, 이에 의하면 공권력의 행사인 행위의 위반에 대해서는 언제나 형벌적 제재를 부과할 수 있으며, 또한 행정권은 언제나 형벌적 제재수단에 의해서만 행정상 의무의 이행을 확보하여야 한다는 결론에 이르게 된다. 그러나 破毀院의 판례는 이 이론과 반대되는 입장을 명백히 하고 있다. 즉, 破毀院의 판례는 형법 제471조제15호가 규칙 또는 시군의 경찰과 관련하여 발하여진 처분이 아닌 행위까지를 그 적용대상으로 하는 것을 부인하고 있다. . . . 따라서 법률이나 또는 행정청의 일정한 명령이 공권력의 행사에 해당하는 경우에도 형벌적 제재가 없는, 다시 말하면 일반적이고 통상적인 강제수단을 흠결하고 있는 경우가 발생하게 되는 것이다. 이와 같이 긴급 내지 절박한 위협에 해당하지는 않지만 법률이 다른 집행방법을 규정하고 있지 않는 경우에 어떠한 방법으로 의무이행을 확보할 것인가가 문제』되는 바, 이에 대해서는 50문의 정부위원은 다음의 두 가지의 시스템이 가능하다고 한다.

제1의 시스템은 『법률이 불완전한 경우 이를 보완하는 권능은 없다. 만약 제재를 규정하지 않은 의무가 있다면 이는 입법자의 과실이다. 새로운 법률이 필요하며, 새로운 법률이 제정되지 않는 때에는 현행 법률은 집행될 수 없다. 행정상 강제집행이 가지는 폐해 즉, 전단적 부분을 회피하기 위하여 사적 자유 및 사인의 권리보장이 공익에 우선하지 않으면 아니된다』는 것이다. 이에 대하여 제2의 시스템은 『법률이 집행되지 않고 공권력에 복종하지 않는다는 것은 용인될 수 없는 것이며, 입법상의 과오나 입법자의 태만 등이 당해 규정을 실효성이 없는 것으로 할 수 없으며, 공권력과 개인 사이의 관계에 있어 의무와 강제는 불가분적으로 결합되어 있다. 권한있는 당국에 의하여 적법하게 발하여진 명령에 대한 복

종이 자발적으로 이루어지지 않는 경우에는 강제적으로 실현되어야 한다는 사상에서 출발한다. 그러므로 사적 이익 내지 개인의 권리는 법률이 집행되어야 할 필요성에 양보되지 않으면 안된다. 따라서 공권력을 보유하는 행정청은 일정한 경우 예외적으로 법관의 개입이 없이 그 명령 및 입법자의 명령의 실질적 집행을 직접 확보하기 위하여 공권력을 사용하는 것이 수권되어야 한다』고 한다.

꼬문정부위원은 『이 두 시스템은 각국의 전통, 정치적 사정, 법적 관행에 따라 어떤 시스템을 입법론적으로 채택할 것인가 결정되겠지만, 행정국가이며 중앙집권국가이고 또한 권력분립주의가 확립된 국가인 프랑스에 있어서는 제2의 시스템이 일반적으로 승인되어야 한다는 것에 대해서는 의문의 여지가 없다』고 하며, 따라서 『사법적인 정의실현에 관한 제정법규정의 흠결을 보완하기 위하여 다른 방법이 없는 경우, 법률에 대한 복종을 확보하기 위하여 적법·타당하다고 인정되는 경험적 수단에 의한 행정상 강제집행은 이를 특히 인정하는 실정법규의 근거가 없는 경우에도 가능하다』는 것을 명확히 하였다.

꼬문정부위원은 행정상 강제집행이 초래할 수 있는 위험성<sup>72)</sup>에 대해서 언급하면서 행정상 강제집행이 단순한 폭력행위가 되지 않기 위해서는 『행정상 강제집행은 엄격히 그것이 불가결한 경우에 유보하고, 그 범위가 명확하게 제한되며, 그 존재 자체의 조건이 정확히 확정되는 것이 필요』한 바, 행정상 강제집행의 조건으로 『①집행이 필요한 행정작용이 법률에 근거한 것일 것, ②법률 또는 공권력의 행사에 대한 저항의 결과로서 강제집행의 필요가 있는 것일 것, ③긴급한 필요 또는 형벌적 제재가 결여되어 있을 것, ④강제집행의 수단이 법률에 규정된 작용의 실현만을 오직 목적으로 하는 것일 것』을 들고 있다.

권한법원은 꼬문의 논고를 채용하여 본건 집행행위의 적법성, 즉 행정적 성격을 승인하고 콘세유테타에 관할권이 있음을 판시하였다.

### (3) 생취판결의 의의 및 행정상 강제집행의 요건

생취부동산회사사건에 관한 꼬문의 논고 및 판결의 의의는 프랑스에 있어서

72) 꼬문정부위원회는 행정상 강제집행의 문제점으로 행정상 강제집행을 방어할 수 있는 수단이 불충분한 점, 행정재판이 집행행위의 남용에 의하여 침해받은 국민의 권리를 유효하게 보장함에 있어 불충분한 점, 행정상 강제집행이 프랑스의 관행과 합치되지 않기 때문에 경우에 따라 전제를 조장하고 위험행위를 옹호할 위험이 있는 점을 들고 있다.

행정상 의무이행의 확보는 원칙적으로 형사사법권에 의하여야 한다는 것을 확인하고 예외적으로 행정상 강제집행이 허용된다는 것을 승인하여 행정상 강제집행의 요건을 정식화한 것이다. 생쥐판결이후 프랑스에 있어서의 행정상 강제집행은 이에 대한 부정적인 견해도 없지 않았으나 학설은 대체로 이 판결의 법리를 승인하였으며, 또한 동판결이후 많은 판례들에 의하여 확인되고 보완되었다.<sup>73)</sup>

이리하여 프랑스에 있어서 행정상 강제집행은 그에 대한 성문의 수권규정이 있는 경우<sup>74)</sup> 및 행정행위의 내용을 실현하기 위한 다른 수단(형벌적 제재, 민사소송, 동일한 결과를 실현할 수 있는 행정적 제재 등)의 흠결로 인하여 행정상 강제집행할 수 밖에 없는 경우 및 긴급한 필요가 있고 다른 방법에 의해서는 법률의 집행을 확보할 수 없는 경우<sup>75)</sup>에 인정되고 있다.

생쥐부동산회사사건의 판결이후 판례의 발전에 의하여 보충된 행정상 강제집행의 요건과 위법한 행정상 강제집행에 대한 구제를 간단히 정리하여 보면 다음과 같다.

● 行政上 強制執行의 要件 및 違法한 強制執行에 對한 制裁

1. 行政上 強制執行의 要件

가. 행정상 강제집행은 다음의 두가지 경우에 일반적으로 인정된다.

- ① 법률이 명시적으로 행정상 강제집행을 규정하고 있는 경우
- ② 긴급한 필요가 있는 경우

나. 법률의 규정이나 긴급성의 요건이 없는 때에는 행정상 강제집행은 다음의 요건이 충족하는 경우에 한하여 인정된다.

73) 생쥐부동산회사판결에 대한 학계의 논평 및 이후 판례의 동향에 대한 자세한 내용에 대해서는 廣岡隆, 『行政強制と假の救濟』(有斐閣, 1977), 52~71면 참고.

74) 의무위반에 대한 형벌규정과 행정상 강제집행의 수권규정이 경합하는 경우에도 강제집행은 적법하게 행할 수 있다.

75) 생쥐부동산회사사건에서 抄문정부위원의 논고가 긴급한 경우의 행정강제에 관하여 들고 있는 예를 보면, 우리나라의 통설이 말하는 즉시강제의 요건을 의미하는 것으로 볼 수 있지만 이후의 판례에서는 행정행위를 전제로 하는 강제집행을 긴급한 필요에 근거하여 승인하고 있다(André de Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 1957, p.173).

- ① 형벌적 제재, 민사소송, 기타 다른 행정적 수단이 존재하지 않을 것
- ② 집행이 필요한 행정작용이 법률에 명시적으로 근거한 것일 것
- ③ 상대방의 저항이나 또는 악의가 있어 강제집행이 필요한 것일 것
- ④ 강제집행의 조치가 법률에 규정된 작용의 실현만을 목적으로 하며, 법률의 준수를 확보하기 위하여 필요한 정도를 넘지 않을 것

## 2. 强制執行의 違法한 使用에 대한 制裁

가. 행정권은 적법한 요건에 의하여 강제집행을 하였으나 집행된 결정이 이후 월권으로 취소된 때에는 손해배상의 책임을 진다. 즉, 행정권은 자기의 위험부담으로 강제집행을 한다.

나. 행정권은 적법 또는 위법한 결정을 위법한 요건하에서 행정상 강제집행한 때에는 그로 인하여 발생한 손해배상의 책임을 진다. 계쟁의 조치가 재산권 또는 기본적 자유를 침해하지 않을 때에는 행정법원이 손해배상의 소를 관할하고, 재산권 또는 기본적 자유를 침해하는 때에는 폭력행위가 되며, 민사법원이 손해배상의 소를 관할한다.

다. 행정권이 법령의 적용과 명확하게 관련없는 결정을 강제집행하여 재산권 또는 기본적 자유를 침해한 때에는 폭력행위가 된다.



## 第6節 日本의 行政上 強制執行制度

### I. 明治憲法下の 行政上 強制執行制度

명치헌법하에서는 공법상 금전급부의무의 이행확보를 위한 국세징수법과 금전급부의무 이외의 행정상 의무이행확보를 위한 행정집행법에 의하여 일반적 포괄적으로 행정상 의무이행확보수단이 마련되어 있었기 때문에 행정상의 의무가 이행이 되지 아니하는 때에는 대집행, 집행벌, 직접강제, 강제징수의 수단에 의하여 모든 경우에 행정상의 강제집행을 할 수 있는 제도가 정비되어 있었다.

明治 33년에 제정된 행정집행법은 제1조(검속·임시영치), 제2조(가택침입), 제3조(강제진단·주거제한), 제4조(토지물건의 사용, 처분 또는 사용의 제한), 제5조(대집행·집행벌·직접강제)와 제6조 및 제7조의 비용 등의 강제징수·물건의 국가귀속에 관한 규정 등 전문개조로 구성되어 있었다.

행정집행법은 외관상으로는 행정관청 전반에 관한 법률로서 그 주체 역시 행정관청으로 규정하고 있지만 그 실체는 동법 제1조 내지 제4조의 규정 내용은 모두 경찰의 직무에 속하고 또한 제5조 역시 경찰이 가장 많이 적용하였기 때문에 실질적으로는 경찰행정관청을 위한 법률로 이해되었으며, 이 법률을 제정한 이유는 행정관청에 행정작용의 근거를 부여함과 동시에 종래 법의 명시적 규정이 없음으로 인하여 집행권한이 남용된 것에 비추어 명시적으로 권한행사의 주체와 절차 등을 정함으로써 권한행사에 대한 명백한 한계를 설정하고자 하는 것에 있었다고 한다.<sup>76)</sup>

명치헌법시대에는 프로이센법사상의 영향하에 있었기 때문에 행정행위에는 그 속성으로 자력집행력이 있고, 행정청에게 하명권을 부여한 때에는 동시에 그 내용에 관한 강제집행권도 수권하고 있는 하명권과 강제권을 일체적인 것으로 이해하였다.<sup>77)</sup> 따라서 법률의 규정이 없는 경우에도 하명·금지에 의하여 부과된 의무는 강제집행할 수 있었던 것이다. 그러나 이후 학설은 강제집행의 방법이

76) 關根謙一, “行政強制と制裁”, 『ジュリスト』 제1073호(1995.8), 62면.

77) 廣岡隆, 『行政上の強制執行の研究』(法律文化社, 1961), 269면.

집행되어야 할 의무의 내용을 그대로 실현하는 것인 경우에는 집행에 대한 법률의 근거를 요하지 아니한다는 것으로 변화하였다.<sup>78)</sup> 강제집행 가운데 기존의 의무를 그대로 실현하는 것은 직접강제가 이에 해당하며, 이 경우 행정집행법의 규정은 행정청이 당연히 가지는 권한을 제한한 제한규정으로 해석된 것이다.

한편 명치헌법시대에는 제도상으로는 일반적 포괄적인 강제집행수단이 정비되어 있었지만 집행벌은 거의 활용되지 못하고 오히려 간접강제의 수단으로 행정벌이 일반적으로 활용되었으며, 행정벌이 간접강제의 수단으로 규정되어 있는 의무불이행의 경우에는 즉시강제의 수단인 검속이나 즉결처분의 제도도 이용되었다.<sup>79)</sup>

## Ⅱ. 現行의 行政上 強制執行制度

### 1. 日本憲法下에서의 制度改革

일본헌법하에서 행정강제의 자유권침해의 중대성·가혹성이 인식되어 행정강제제도를 재평가하여 행정집행법을 폐지하고 이를 대신한 행정대집행법이 제정되었다.<sup>80)</sup> 행정대집행법은 의무의 이행확보에 관하여 『달리 법률에 정함이 있는 경우를 제외하고는 이 법률이 정하는 바에 의한다』(동법 제1조)고 규정하여 행정강제의 일반법인 지위를 규정하고 있다. 또한 동법은 『타인이 대신하여 할 수 있는 행위』(동법 제2조)에 관한 대집행만을 규정하여 일반적 강제수단은 그 대체적 작위의무의 범위에 한정하였다. 따라서 의무에 따라서는 그 불이행이 있는 경우에도 개별 법률이 달리 강제집행수단을 규정하고 있지 않는 한 민사절차 이외의 방법으로는 이행을 강제할 수 없고 오히려 사법판단인 형벌로 질서위반상태가 발생하는 것을 방지하는 것으로 되었다.

이와 같이 행정대집행법이 행정집행법 제5조가 행정의무이행확보수단으로 일

78) 美濃部達吉, 『日本行政法(上)』, 336면.

79) 명치헌법시대의 일본의 행정상 강제집행제도에 대한 구체적인 내용은 廣岡隆, 앞의 책, 267~308면 참고.

80) 따라서 실정법제도상 행정상의 강제집행은 행정대집행법과 금전상의 강제에 대하여 국세징수법 및 지방세법을 두게 되었다.

반적으로 규정하고 있었던 집행벌과 직접강제의 수단을 제외한 것에 대해서는 다음과 같이 설명되고 있다. 즉, 집행벌을 일반적 수단으로 규정하지 않은 것은 그 효용이 비교적 적을 뿐만 아니라 오히려 형벌에 의한 간접강제에 의하여 대부분 그 목적을 달성할 수 있고, 사람이나 재산에 직접 실력을 가라는 직접강제는 지나치게 인권의 침해우려가 있어 이를 일반적으로 인정하는 것은 타당하지 않기 때문이라고 한다. 그러나 직접강제 그 자체가 헌법위반이라는 것은 아니며 단순히 이를 일반적인 행정상 강제집행수단으로 인정하는 것이 타당하지 않다는 것이기 때문에 다른 법률이 구체적으로 직접강제의 수단을 규정하는 것은 가능하며, 이것까지를 배제하는 취지는 아니라고 한다.<sup>81)</sup> 따라서 직접강제와 집행벌에 대하여 개별법의 근거를 필요로 하는 한정적인 강제집행제도는 강제집행이 인권의 과도한 침해를 초래하기 때문에 인권보호·실현을 목적으로 하는 헌법의 이념에 합치하도록 하고자 한 입법자의 의사라고 할 수 있다.<sup>82)</sup>

## 2. 日本憲法下에서의 基本的 法思想

戰前에는 행정행위론을 포함한 행정법체계 전체를 지배한 기본적 법사상이 『하명권은 그 내용을 강제적으로 실현하는 권한을 포함한다』는 프로이센의 일반행정강제원칙에서 유래하는 행정권우위의 행정국가적 법사상이었다고 한다면 전후의 행정법체계 전체를 지배하는 법사상은 『개인적 인권의 존중』, 『적정절차의 보장』 및 『법률에 의한 행정의 원리』라는 신헌법에 근거한 사법국가적 법사상이다.

이와 같은 사상하에서는 戰前 明治憲法時代의 지배적인 견해이었던 일반행정강제의 원칙에서 유래한 견해가 부정되고, 『하명과 강제는 별개의 행위이며, 하명에 의하여 의무지워진 내용을 어떠한 수단으로 실시하는가는 강제 그 자체의 성질에 따라 개별적으로 고려하여야 하며, 하명권의 근거법이 당연히 강제권의 근거법이라고는 할 수 없다』<sup>83)</sup>로 대표되는 명령과 강제는 성질상 별개의 행위이며 양자는 자유에 대한 이질의 침해행위라고 하는 것이 지배적인 견해로 되었다.

81) 廣岡隆, 앞의 책, 19~20면; 關根謙一, 앞의 논문, 65면.

82) 磯野彌生, “行政上の義務履行確保”, 『現代行政法大系』, 제2권, 229면.

83) 田中二郎, 『行政法總論』, 381면.

즉, 행정행위의 본질은 권리주장행위에 지나지 않으며, 행정청은 행위의 적법성의 유권적 해석권을 가지는 것은 아니고, 자력집행력은 행정행위의 본질적 속성이라고 할 수 없고 공정력의 효력으로 통용력이 인정되는 것이 이론적 전제가 되는 개별 정책적으로 인정된 힘으로 그 권한은 행정상의 강제집행의 근거법규에 의하여 창설된 것으로 보게 된 것이다.<sup>84)</sup>

또한 이러 기본적 법사상의 변화는 행정상 의무이행확보수단으로 행정대집행법에 의하여 대체적 작위의무에 관한 대집행만을 승인하고, 비대체적 작위의무나 부작위의무에 관해서는 필요한 경우 개별입법으로 대응하도록 하면서도 그에 관한 입법을 함에 있어 ①가능한한 『형벌적인 제재』에 의하는 것을 원칙으로 하고, 형벌적 제재의외의 다른 수단을 규정하는 경우에도 ②사법적 판단이 개입할 수 있는 여지를 입법적으로 마련하여야 하며 ③행정상 강제집행은 불가피한 최소한의 범위에서 인정하고, 강제수단은 가능한한 온건한 수단이어야 하며, 신중한 강제절차를 마련할 것을 요청하고 있는 것에서도 잘 반영되고 있다.

### Ⅲ. 行政上의 强制執行의 具體的 手段

#### 1. 代執行

##### (1) 意義

금전급부의무 이외의 의무에 대하여 일본의 현행법제상 일반적으로 인정되고 있는 행정상 강제집행의 방법은 일본 행정대집행법에서 『행정상 의무이행확보에 관해서는 다른 법률에 정하는 것이 있는 경우를 제외하고는 이 법률이 정하는 바에 의한다』고 규정하고 있는 바와 같이 행정대집행법에 근거한 대집행만이 인정되고 있다. 대집행이란 동법 제2조에 규정하고 있는 바와 같이 행정상의 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 때, 행정청이 직접 의무자가 행하여야 할 행위를 행하거나 또는 제3자로 하여금 이를 행하도록 하고 이에 필요한 비용을 의무자로부터 징수하는 제도이다. 즉 대집행은 스스로 이행하도록 과하여진 의무에 대해

84) 廣岡隆, 앞의 책, 426면.

여 다른 자에 의한 이행의 실현의 수인 및 이행과 관련한 비용의 부담이라는 새로운 의무로의 변경절차라고도 할 수 있다.

## (2) 代執行의 要件

대집행을 실행하는 요건에 대하여 일본의 행정대집행법 제2조는 우리나라의 경우와 마찬가지로 『다른 수단으로 그 이행을 확보하기 곤란』하고 『그 불이행을 방지하는 것이 현저히 공익에 반한다고 인정되는 때』로 규정하고 있다. 이 두 요건 중 우선 『다른 수단』을 전통적인 행정상의 강제집행의 형식 즉, 직접강제 또는 집행별로 해석하는 경우에는 『다른 수단』을 대집행에 우선하도록 한다는 규정이 현재의 제도하에서는 불합리하다는 것은 일반적으로 일치된 견해이다.<sup>85)</sup>

다음으로 『불이행을 방지하는 것이 현저히 공익에 반하는』 경우에 한하여 대집행권을 발동할 수 있다는 것에 대하여 보면 위법상태 그 자체가 공익에 반하는 것이기 때문에 이 요건 역시 또한 확인적 규정에 지나지 않는다는 견해가 있다.<sup>86)</sup> 그러나 의무를 과하는 것과 이를 강제적으로 실현하는 것은 자유의 침해에 있어 이질적이며, 대집행은 단순한 의무의 부과보다도 더욱 중대한 자유의 침해이기 때문에 대집행을 가능한한 유보하기 위하여 의무를 부과하는 때에 요구되는 공익상의 필요보다도 더욱 큰 공익상의 필요를 대집행시에 요구되며, 의무의 불이행은 모두 공익에 반하지만 그 공익위반이 특히 현저한 경우에 비로소 대집행을 허가하는 취지로 위의 규정을 이해하는 것이 일반적 견해이다.<sup>87)</sup>

## (3) 代執行節次

### 가. 戒告

행정대집행법은 대집행을 행하는 때에는 『상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행하지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로 계고하여야 한다』(동법 제3조제1항)고 규정하고 있다. 계고의 법적 성질은 대집행의 제1단계

85) 柳瀨良幹, “行政強制”, 『行政法講座』 제2권, 202면.

86) 柳瀨良幹, 앞의 논문, 199면.

87) 廣岡隆, 앞의 책, 127면.

절차로서 대집행을 실행하기 전에 사전에 통지하여 상대방 의무자가 직접 의무를 이행할 것을 촉구하는 의미도 가지면서 강제집행수인을 요구하는 상대방에 대한 예고인 통지행위이다.

#### 나. 通知

이행기한까지 이행이 없는 경우에는 대집행영장으로써 대집행을 할 시기, 대집행의 책임자 및 대집행에 요하는 비용의 概算에 의한 견적서를 의무자에게 통지하여야 한다(동법 제3조제2항). 통지에 의하여 대집행의 시기와 내용이 정하여지고, 상대방의 수인의무가 확정된다.

#### 다. 實行

대집행영장에 표시된 시기까지 의무가 이행되지 아니하는 때에는 대집행이 이루어진다. 행정청이 스스로 의무자의 모든 행위를 하거나 또는 제3자로 하여금 이를 하게 할 수 있다(동법 제2조). 행정청이 직접(행정청소속의 직원 또는 고용된 인부) 행하는 경우나 제3자로 하여금 이를 행하게 하는 경우도 현장에 파견되는 집행책임자는 그 자가 집행책임자임을 표시하는 증표를 휴대하여 상대방과 관계인의 요구가 있는 때에는 이를 제시하여야 한다.

#### 라. 費用의 納付

대집행에 요한 일체의 비용에 대해 납부명령을 가하고, 납부자가 임의로 납부하지 않을 때에는 국세채납처분의 예에 따라 강제징수한다. 대집행에 요한 비용에 대해서는 행정청은 사무비의 소속에 따라 국세에 다음가는 순위의 선취특권을 가진다(동법 제6조).

## 2. 執行罰

일본의 구 행정집행법에서는 비대체적 작위의무와 부작위의무의 강제집행방법으로 집행벌을 규정하고 있었다(동법 제5조제1항제2호). 이러한 집행벌은 본래 그 성질상 대체적 작위의무에 대해서도 대응할 수 있는 것이지만 행정집행법은 타인이 대신하여 할 수 없는 의무에 대하여 한정하였다. 행정상의 강제집행을

한정적으로 운영하는 관점에서 행정집행법이 폐지된 것에 수반하여 일본의 현행 법에는 집행벌제도는 강제집행의 일반적인 제도로는 인정하지 않고 개별법률에 그 근거를 위임하는 것으로 하고 있다. 결국 현재에는 단지 구법시대부터 존치하였던 사방법 제36조에만 규정하고 있으나 이 거의 사문화된 상태에 있다.<sup>88)</sup>

집행벌제도를 규정하지 않은 이유는 앞에서 본 바와 같이 구법시대 그 부과금액이 낮았기 때문에 그 실효성이 낮았다는 것과 집행벌을 대신하는 것으로 집행벌과 같이 심리적 압박에 의한 간접적인 의무이행을 위한 제도인 행정형벌이 각 영역에 정비되어 대부분 목적이 달성되고 있다는 판단 때문이었다. 더구나 행정형벌은 형사소송절차에 의한 법원의 판단에 의하여 결정되는 것이기 때문에 현재의 헌법제도에 부합하는 제도로 생각되어 왔다.

그러나 최근에는 집행벌제도의 의의를 재평가 하고, 이를 적극적으로 도입하여야 한다는 견해가 있다. 즉, 행정형벌은 어디까지나 과거의 의무의 불이행에 대한 벌로서 불이행이라는 동일 사실에는 이중처벌금지가 적용된다. 따라서 실제로 불이행의 상태가 발생하게 되면 행정형벌은 이행강제의 의미를 가질 수 없는 것이다. 그리고 벌금형에 있어서는 종종 경제적 손실에 상응한 액이 아니며, 강제효과가 약하다고 할 수 있을 것이다. 이에 대하여 집행벌은 장래에 향하여 이행을 촉구하기 위한 제도이기 때문에 의무가 충분히 이행되지 아닌 한 이상 일정기간 동안 반복하여 집행벌을 부과할 수 있고, 의무를 이행하지 아니하는 한 누진적으로 그 금액이 증가한다. 그리고 무엇보다도 행정형벌이 검찰청의 협력 없이는 행할 수 없고 재판절차에 따라 부과되기 때문에 이행의 확보라는 관점에서 반드시 그 목적에 합치한 운영은 기대할 수 없다. 이와 대조적으로 집행벌은 행정의 일방적 판단으로 과할 수 있는 것이기 때문에 신속하고 실효성이 있는 제도라고 할 수 있는 가능성을 가지고 있다고 할 수 있을 것이다. 따라서 집행벌제도의 이러한 장점에 주목하여 특히 건축규제나 공해규제 등의 분야에서 적극적으로 도입이 요청된다고 한다.<sup>89)</sup>

88) 關根謙一, 앞의 論文, 66면.

89) 磯野彌生, 앞의 論文, 246~247면.

### 3. 直接強制

직접강제는 의무이행의 확보로서 가장 확실하고 유효한 수단이지만 사람의 신체 또는 재산에 직접 실력을 가하는 행위이며, 집행에 대하여 행정의 專斷을 배제하기 위해서도 엄격한 규제가 있어야 한다. 그러나 직접강제의 태양은 전제가 되는 의무의 종류와 상황에 따라 다르며, 그 한계를 일반적으로 확정할 수는 없다. 따라서 이것을 행정강제의 일반적 수단으로 규정하면 행정의 전단을 초래할 수 있으며, 직접강제의 가혹성 자체가 헌법의 인권보장의 견지에서 일반적 수단으로 인정하는 것을 부정한다. 따라서 일본의 현행 헌법하에서는 직접강제를 일반적 수단으로는 인정하지 않고 개별 법률이 정하는 바에 따라 인정하는 예외적인 제도가 되었다.

개별법률에 의하여 인정되는 직접강제는 불법입국 외국인의 퇴거강제(출입국관리법 제52조·제53조), 나병환자의 강제입원(나병예방법 제6조제3항) 등으로 거의 예가 없다. 이러한 직접강제 역시 긴급성이 요구되는 경우로써 오히려 즉시강제라고 할 수 있는 경우가 많으며, 입법자 역시 그 경계영역에서만 직접강제를 입법화하고 있다고 할 수 있다.<sup>90)</sup>

### 4. 強制徵收

조세채권을 비롯한 행정상의 금전채권에 대한 강제집행의 방법으로 강제징수 제도가 인정되고 있다. 일본 국세징수법이 강제징수의 절차원칙을 체납처분으로 규정하고 있지만 동법은 국세의 조세채권에 대하여 규정한 것이다. 그러나 조세채권만이 아니라 지방세법에서 지방세에 준용되며, 건강보험법에서 건강보험료, 국민연금법에서 국민연금, 공해방지사업비사업자부담금법에서 부담금, 공해건강피해보상법의 부과금에 대하여 국세징수법 또는 지방세법이 준용되고 있다. 이와 같은 준용규정에 의하여 공법상의 금전채권의 실질상의 강제징수절차법의 역할을 하고 있다. 국세 가운데 관세 등은 별도의 방법에 의하여 징수하며 그외

90) 磯野彌生, 앞의 論文, 248면.



법률에 정함이 없는 공영주택의 임대료, 국공립학교의 수업료 등의 채권은 강제징수할 수 없다.

강제징수를 법률이 정하는 취지는 강제징수가 조세채납처분에 대하여 인정되고 있는 바와 같이 국가와 공공단체에 있어 필요불가결한 재산을 신속하게 확보할 필요가 있는 경우에 확실하게 능률적인 징수를 행하기 위해서 이다.



## 第 4 章

# 行政上 强制執行制度의 問題點



## 第4章 行政上 強制執行制度의 問題點

### 第1節 概說

우리나라의 행정상 강제집행제도가 지니는 문제점에 대한 파악은 지금까지 살펴본 행정상 강제집행제도의 존재의의, 제도현황이나 외국의 제도분석 등을 통하여 이루어질 수 있다. 이 경우 문제점은 크게 두 가지 측면에서 접근하여 볼 수 있다. 우선, 행정상 강제집행제도의 전반적인 법체계가 지니는 문제점, 즉 입법방식이나 규율체계, 제도의 유형 등이 어느 정도 현실성이나 실효성, 타당성을 지니고 있는가 등이 검토되어야 한다. 그리고 이러한 법체계내에서 각 개별법으로 운용되고 있는 개별 강제수단이 실효성있고 타당성있게 기능하는 데 있어서 어떠한 문제점을 지니고 있는가의 여부가 검토되어야 할 것이다. 이러한 두 가지 측면에서의 문제점이 밝혀진 경우에 양자의 문제점을 조화롭게 해결할 수 있는 현실성있는 종합적인 행정상 강제집행제도의 개선방안이 마련될 수 있을 것이다. 따라서 이 장에서는 이러한 두 가지 측면에서 우리나라의 행정상 강제집행제도의 문제점에 대하여 검토하고자 한다.

우선, 행정상 강제집행제도에 대한 입법방식은 그 실효성확보나 인권보장적 측면 등 제반사정에 대한 고려, 각 나라가 처한 현실 등에 따라 다양하게 나타나고 있다. 우리나라의 행정상 강제집행제도는 대집행의 경우에는 행정대집행법이, 강제징수에 관하여는 국세징수법이, 그리고 직접강제에 관하여는 몇몇 개별법에서, 그리고 집행별에 관하여는 이행강제금이 건축법을 중심으로 최근에 새로이 등장하는 등 이에 관한 통일적이고 체계적인 일반법이 없이 각 개별수단에 대하여 개별법으로 규율하는 방식을 취하고 있다. 따라서 이러한 규율방식에 의할 경우 개별 행정상 강제집행제도 사이에 체계적 연관성이나 통일적인 법집행에 있어서 문제를 야기할 수 있다. 즉, 강제집행의 수단선택에 있어서 대집행의 대상이 되는 행정의무 불이행을 직접강제수단을 사용하거나 또는 그 반대의 경우 등이 나타날 수 있으며, 개별법상 강제수단을 규율하지 못하는 입법적 흠결을 야기하여 집행결여의 문제를 일으킬 수도 있다.

그리고 개별 행정상 강제집행제도에 있어서도 이를 규율하는 실정법규정이 문제점을 가지고 있거나 입법적 흠결이 있어서 복잡 다양한 행정현상에 효율적으로 대처하는 기능을 제대로 수행하지 못하는 경우도 있다. 또한 최근에 공급거부, 공표, 과징금 등 새로운 의무이행확보수단이 등장하고 있으나 이러한 새로운 의무이행확보수단에 대하여 전통적인 행정상 강제집행법제로는 적극적으로 대처할 수 없는 경우가 발생하고 있다.

따라서 이하에서는 이러한 현행 행정상 강제집행제도가 지니고 있는 일반적·개별적인 문제점에 대하여 구체적으로 살펴 보고, 이를 토대로 하여 행정상 강제집행제도의 개선을 위한 체계적인 대안을 마련하도록 하고자 한다.

## 第2節 行政上 強制執行制度의 一般的 問題點

### I. 行政上 強制執行制度에 대한 立法方式의 問題點

전술하였듯이 우리나라의 행정상 강제집행제도는 대집행의 경우에는 행정대집행법이, 강제징수에 관하여는 국세징수법이, 그리고 직접강제에 관하여는 몇몇 개별법에서, 그리고 집행벌에 관하여는 이행강제금이 건축법을 중심으로 최근에 새로이 등장하는 등 이에 관한 통일적이고 체계적인 일반법이 없이 각 개별수단에 대하여 개별법적으로 규율하는 방식을 취하고 있어서, 행정상 강제집행에 있어서 자족적 완결구조를 결여하고 있다.

이는 연혁적으로 볼 때 행정상 강제집행제도에 대하여 주로 일본법을 답습한 것에 기인한 것으로 보인다. 즉, 일본의 경우에 명치헌법하에서는 행정상의 의무가 이행이 되지 않은 경우에 대집행, 직접강제, 집행벌 등의 수단에 의하여 모든 경우에 행정상의 강제집행을 할 수 있는 제도가 정비되어 있었으나, 현행 헌법체제하에서는 행정강제의 자유권침해의 중대성, 가혹성이 인식되어 종래의 행정집행법을 폐지하고 이를 대신한 행정대집행법을 제정하였다. 우리나라의 경우에도 일제시대의 구 행정집행령(1914년 제령 제23호)은 행정상 강제집행수단과 행정상 즉시강제수단의 양자를 아울러 규정하였으며, 행정상 강제집행의 수단으로서 3종을 인정하였다. 그 중에서 대집행은 대체적 작위의무의 제1차적 강제수단으로 간주되고, 집행벌은 비대체적 작위의무 또는 부작위의무의 제1차적 강제수단으로 간주되었으며, 직접강제는 대집행이나 집행벌에 의하여 그 목적을 달성할 수 없는 경우에 예외적인 최후의 강제집행수단으로 인정되었다. 그런데 이 중에서 간접강제의 수단으로서의 집행벌은 강제수단으로서의 효용이 비교적 적고, 또 의무자의 신체·재산에 직접 실력을 가하는 직접강제는 기본권 보장을 중시하는 민주주의제도, 따라서 우리나라 헌법정신에 합당치 아니하다고 판단하였다. 그리하여 군정시대에 동령은 폐지되었으며(1948년 군정법령 제176호), 정부 수립 후, 행정의 필요상 행정상 강제집행수단을 강구하기 위하여 일반법을 제정함에 있어서도 위에 말한 이유에서 집행벌과 직접강제는 일반적으로 배제하고, 다만 대집행과 강제징수만을 인정하였다.

그러나, 이러한 연혁적인 이유에 의하여 행정상 강제집행제도에 대하여 개별적 규율방식을 취하고 있는 현행법제에 대하여는 찬반의 입장이 나누어지고 있는 바, 특히 이러한 규율방식에 의할 경우에 다음과 같은 문제점이 야기될 수 있다.<sup>1)</sup>

첫째, 행정상 강제집행에 대한 요건이나 절차, 주체, 대상, 수단 등에 대한 일반적인 사항을 정하는 일반법이 없는 경우에는 개별 강제수단이 개별법에 의하여 특정되므로 강제수단에 대한 선택에 있어서 탄력성이 없다. 따라서 어떠한 행정의무불이행이 있는 경우에 그 이행을 확보하기 위하여 필요하고 적합하며 가능한 한 가장 관계인에게 경미한 부담을 주는 수단을 사용하도록 하는 “비례의 원칙”이 적용될 수 없다.

둘째, 개별적인 규율방식을 취하는 경우 예상되는 모든 행정의무불이행에 대하여 개별적으로 이에 상응한 행정강제수단을 정하여야 하는 바, 이는 현실적으로 거의 불가능하기 때문에 행정강제수단에 대한 입법적 흠결을 초래하기 쉽다.

셋째, 행정상 강제집행에 대한 요건이나 절차, 주체, 대상 등에 대한 일반적인 사항을 정하는 일반법이 없는 경우에는 개별 강제수단 사이에 체계적 연관성이나 합리성이 결여될 수 있다. 예컨대, 더 경미한 행정의무불이행에 대하여 다른 법률에 정한 경우보다 더 가혹한 행정강제수단을 사용할 가능성이 있다.

## II. 非代替的 作爲義務 또는 不作爲義務에 대한 一般 行政強制手段의 不足現象

현행 행정상 강제집행제도는 대체적 작위의무나 금전상의 의무에 대하여는 대집행 및 강제징수제도가 일반적으로 인정되고 있으나, 비대체적 작위의무나 부작위의무에 대한 강제수단은 일반적으로 인정되고 있지 않고, 개별법으로 규정되고 있는 경우에 한하여 인정되고 있다. 그러나 지금까지의 입법태도는 이러한 의무에 대한 강제수단에 대하여 직접강제나 집행벌을 거의 인정하지 않고 그 의무이행을 주로 벌칙에 의하여 확보하는 방식을 채택하여왔다. 그러나 이러한

1) 이러한 현행입법방식의 장단점에 대한 분석과 일반법제정의 필요성여부에 관한 논의는 제 5장에서 살펴 보기로 한다.



벌칙에 의한 의무이행확보는 간접적·우회적 수단이기 때문에 실효성이 적고 위반자에 대한 법적용의 형평에 있어서 문제를 야기하고 있으므로 직접강제나 집행벌 등과 같은 직접적인 의무이행확보수단을 사용하는 것이 바람직하다는 지적이 있다.<sup>2)</sup> 이 경우에 직접강제나 집행벌제도를 개별법에서 선별적으로 확대하는 방식과 이를 일반법으로 규율하는 방식 가운데 어떠한 방식이 보다 타당하고 효율적인 것인가가 문제가 된다. 이 경우 전자의 방식, 즉 우리나라의 구행정집행령이나 독일의 행정집행법과 같이 일반적인 수단으로 도입하는 것은 바람직하지 못하고 각 개별법에서 구체적으로 강제수단의 형태와 절차를 명시하는 것이 바람직하다는 입장에 의하면, 일반적 수단을 도입하는 것은 불필요한 경우까지 직접강제수단이 쓰여지거나 그 구체적 수단이 명시되지 않음으로써 너무 가혹한 수단이 사용될 수 있어 문제가 있고, 어떤 경우에 어떤 형태의 직접강제수단을 발동할 것인가가 불분명하므로 실효성이 감소될 염려가 있다고 한다.<sup>3)</sup>

그러나, 직접강제나 집행벌제도를 일반적인 행정강제수단으로 도입하여 직접강제나 집행벌이 행사되어야 하는 경우에 대한 요건, 절차, 주체, 대상, 구제수단 등을 명확히 규율하는 것이 국민의 예측가능성이나 제도전반의 체계에 있어서의 균형, 집행주체의 집행력확보 등에 있어서 오히려 바람직할 것이다.

### Ⅲ. 새로운 義務履行確保手段에 대한 法的 規律의 不完全性

현재 새로운 의무이행확보수단으로 공급거부, 공포 등 간접적인 강제수단이 등장하고 있는 바, 이는 현행법제에 대한 일종의 탈법행위이지 않은가 하는 새로운 의무이행확보수단의 허용성 여부에 대하여 문제를 제기하는 경우도 있다.<sup>4)</sup> 그러나, 이러한 간접적 의무이행의 방법에 의한 새로운 의무이행확보수단은 개별법에 규정됨에 의하여 그 허용성에 대한 의문을 해소해 나가고 있다. 그러나, 전체적인 행정상 강제집행제도의 체계내에서 그 수단의 적합성, 필요성, 상당성 등 비례의 원칙에의 검증없이 개별법에 단편적으로 이를 규율하는 경우에는 전

2) 박윤훈, “행정법상의 의무이행확보수단”, 『고시계』, 1988년 4월호, 23면.

3) 박윤훈, 앞의 글, 23면.

4) 박윤훈, 『최신 행정법강의(상)』, 553면.

체적으로 행정상 강제집행제도가 불균형을 이루거나 왜곡될 염려가 있다. 그리고, 행정강제수단의 사용에 있어서의 중요한 원칙이라고 할 수 있는 행정권한부당결부금지의 원칙에 의하여 과연 이러한 새로운 의무이행확보수단이 행정목적의 강제와 실체적 관련이 있는 수단인지를 판단하여 수단이 행정강제목적달성을 위하여 실체적 관련이 없을 경우에는 이러한 수단은 사용하지 말아야 한다. 따라서, 이러한 새로운 의무이행확보수단을 개별법에 채택함에 있어서 그 일반적인 허용여부에 관한 원칙을 행정강제에 관한 일반법에 규율함으로써 전체적인 행정강제제도의 균형과 합헌성을 도모할 수 있을 것이다.

#### IV. 行政義務履行의 民事的 方法에 의한 強制問題

우리나라의 경우 전술한 것처럼 행정상 강제집행제도가 자족적 완결구조를 갖추지 못하고 있어서 행정상 의무불이행이 존재함에도 불구하고 이에 대한 행정상 강제집행수단이 없는 경우가 발생할 수 있다. 그러나 이러한 경우에도 그 집행을 포기할 수는 없는 것이므로 이에 대한 해결수단이 강구되어야 한다. 이 경우에 공법규정의 흠결 내지 공백에 대한 보충에 관한 일반론에 의하여 문제를 해결할 수 있다. 즉, 우선 이와 관련한 공법규정이 있을 경우에는 이를 준용할 수 있다. 그러나 준용할 법령이 없는 경우에는 사법규정을 활용할 수 있는가가 문제될 수 있다. 즉, 행정상의 의무이행확보의 수단으로서 민사상의 강제집행수단을 활용할 수 있는지가 문제된다.

그밖에도 행정상 의무의 이행확보에 대하여 행정상의 강제집행수단이 법정되어 있음에도 불구하고 이에 의하여 강제집행을 하지 않고 민사상 강제집행수단을 이용하여 강제집행할 수 있는지 여부 또한 문제되고 있다. 이에 대한 우리나라의 판례는 아직 발견할 수 없으나, 일본의 경우에는 이를 부인하고 있다.<sup>5)</sup>

5) 일본 최고재판소는 농업재해보상법 제87조의 2가 농업공제조합의 조합원의 공제부금 등에 대하여 행정상의 강제징수가 인정되어 있는 점을 언급하면서 「농업공제조합이 법률상 특히 이러한 독자적인 강제징수의 수단을 부여하고 있으면서도 그 수단에 의함이 없이 일반사법상의 채권과 마찬가지로 소를 제기하여 민사법상의 강제징수의 수단에 의해 이들 채권의 실현을 도모하는 것은 전시입법의 취지에 반하며 공공성이 강한 농업공제조합의 권능행사의 적정을 결하는 것으로 허용되지 않는 것이라 할 것이다」고 판시하여 민사적 방법에 의한 의무이행확보를 부인하고 있다.

이러한 문제를 해결하기 위하여는 다음과 같은 몇가지 측면에서 제기되는 문제점을 해결하여야 한다.

첫째, 현행법제의 연혁이나 해석론에 의할 경우 민사상의 강제집행수단이 행정강제를 위한 수단으로 활용될 수 있는지 여부이다. 현행법제의 연혁으로 볼 때 법률이 행정상의 강제수단을 인정하고 있는 때에는 민사집행을 소구하는 것을 부정하는 것으로 해석된다. 다만, 행정상 강제집행수단이 없는 경우에는 공법규정의 흠결 내지 공백에 대한 보충에 관한 일반론에 의하여 문제를 해결할 수 있다고 본다. 즉, 우선 이와 관련한 공법규정이 있을 경우에는 이를 준용하여야 하며, 준용할 법령이 없는 경우에 한하여 사법규정을 활용할 수 있다고 한다.

둘째, 법률이 행정강제라고 하는 지름길(by-path)을 마련하고 있는 경우에는 행정의 능률성, 신속성, 경제성을 기대하고 있는 것이므로 굳이 우회적인 민사집행절차에 의할 필요가 있는지 여부이다. 일반적으로 민사상의 강제집행수단보다 행정상 강제집행수단에 의하는 것이 훨씬 능률적이고 신속하므로 민사상의 강제집행수단을 인정할 필요성은 별로 없다. 다만 예외적으로 행정상 강제징수의 경우에 있어서 시효중단을 위해 필요한 경우, 대집행에 있어서 민사상의 수단이 오히려 능률적이고 신속한 경우가 있을 수 있다.<sup>6)</sup> 그러나 몇가지의 예외적인 경우에 의하여 이를 일반적인 수단으로 인정하는 것은 문제가 있다고 본다.

셋째, 행정상의 의무에 대한 민사집행을 허용하는 경우 법원은 소송 및 집행사건의 홍수에 빠질 수 있다. 특히 앞으로 행정법원이 설치되므로 굳이 행정상 강제집행을 일반법원의 판단에 의한 민사적 강제방법으로 행하는 것은 더욱 문제가 될 수 있다.

넷째, 행정주체측이 사법상의 권원을 가지는 경우에만 이것을 인정할 것인지 아니면 공법상의 권원을 가지고 있는 경우에도 인정할 것인지 여부가 문제된다. 행정주체측이 사법상의 권원을 가지는 경우에는 당연히 그 의무불이행에 대하여 민사상의 강제집행수단을 이용할 수 있으나, 공법상의 권원을 가지고 있는 경우에는 공법과 사법을 구별하고 이에 대한 쟁송수단을 달리하고 있는 현행법제하에서는 이에 대한 강제집행수단도 당연히 달리할 수 밖에 없다. 따라서 이 경우에는 민사상의 강제집행수단을 인정할 수 없다고 본다.

---

6) 이에 관하여 자세한 내용은 서원우, "행정의무의 민사적 강제", 「고시연구」, 1979.9. 75면 이하 참조.

그밖에도 형법상의 제재와의 관계, 행정청의 제1차적 판단의무와의 관계, 권력증대의 폐해문제, 출소권자, 간접강제의 배상액의 문제 등 이와 관련하여 해결되어야 할 문제가 많이 있다.<sup>7)</sup>

이상에서 살펴 본 것처럼 행정상의 의무불이행에 대하여 민사상의 강제수단을 사용하는 것은 많은 문제를 안고 있다. 따라서 행정상의 강제집행수단이 법상으로 인정되고 있는 경우에는 이에 의하여 해결하여야 할 것이며, 다만 법상 명문규정이 없는 경우에도 공법규정의 유추적용에 의하여 해결할 수 없는 극히 예외적인 경우에 대해서만 행정상 의무의 이행확보의 수단으로서 민사상의 강제집행수단을 활용할 수 있다고 본다.

---

7) 이에 대하여 자세한 것은 서원우, 앞의 글 참조.

### 第3節 個別 行政上 強制執行制度의 問題點

현행 행정상 강제집행제도는 일반법이 없이 개별제도에 대하여 각각의 개별 법으로 규율하고 있다. 이러한 각각의 규율방식이 지니는 문제점 이외에도 개별 법에 규정된 행정상 강제집행제도 자체에도 많은 문제점이 내포되어 있는 바, 이하에서 이에 대하여 살펴 보기로 한다.

#### I. 代執行 制度의 問題點

행정대집행에 대하여는 1954년 3월 18일에 제정된 행정대집행법이 일반법으로 제정되어 시행되고 있는 바, 40여년이 지난 지금까지 1984년의 행정심판법 제정에 의한 타법개정 이외에는 아직까지 이에 대한 개정작업이 이루어 지고 있지 않다. 그러나, 이는 행정대집행법 그 자체가 완전하여 개정할 필요가 없어서 그러한 것이 아니라, 법이 지니고 있는 여러가지 문제점에도 불구하고 대집행제도에 대한 연구와 관심이 미흡하고 또한 제도개선에 대한 노력의 부족 등 여러가지 복합적 요인이 작용하고 있는 듯하다. 따라서 이하에서 이러한 대집행제도가 지니는 문제점에 관하여 행정대집행법을 중심으로 하여 그 법적 성격, 대상, 주체, 요건, 절차 등을 중심으로 살펴 보기로 한다.

#### 1. 代執行의 法的 性格上의 問題點

##### (1) 法的 性格에 대한 通說의 立場

대집행의 법적 구조에 대한 통설의 입장은 행정청과 작위의무있는 행정행위의 상대방 사이에 존재하는 법적 관계는 공법적 성격을 지닌 반면에, 대집행의 확정과 함께 행정청과 대체적 작위의 실행을 위임받은 자 사이에 성립하는 법관계는 사법적 성격을 띄며, 제3자와 의무자 사이에는 대집행의 확정에 의하여 어떠한 직접적인 법관계도 발생하지 않는다는 것이다.

이에 따르면 행정청과 의무자 사이의 법관계는 특별한 집행법상의 적법요건을 필요로 하는, 행정행위의 발령과 함께 성립하는 '공법상의 법관계'의 범위내

에서의 고권적인 집행조치를 의미한다. 제3자의 보수청구권의 이행을 위한 대집행비용과 관련하여 행정청은 의무자에 대한 비용상환청구권이 귀속된다. 대집행에 위법성이 있는 경우에 행정청은 의무자에 대하여 비용상환청구권을 가지지 못하며, 행정청은 법률규정상 사무관리로 인한 비용상환청구권이나 부당이득청구권도 행사하지 못한다.

이에 반하여 대집행의 확정과 함께 나타나는, 의무자 대신에 요청되는 작위를 행하도록 하는 “제3자에의 위임”은 제3자와 행정청 사이의 사법상 계약의 체결로서 인정되며, 이는 대체로 고용계약이나 도급계약으로 이루어진다. 행정청에 대한 제3자의 보수청구권은 계약에 의하여 정해지며 사법적 성격을 지닌다.

위임받은 제3자와 의무자 사이에는 통설에 의하면 대집행에 의하여 어떠한 법적인 관계가 나타나지 않는다. 다만 행정청과 제3자 사이에 체결한 “위임계약”에서 대집행의 실행시 물건의 파손으로 인한 손해의 위험은 부수적인 책임보험의 가입에 의하여 해결하는 방식으로 제3자의 의무가 정해지는 예외적인 경우에 있어서는 제3자를 위한 계약을 인정하여, 의무자에게 제3자에 대하여 민법상의 보상청구권을 귀속시킬 수 있다고 하고 있다. 그러나 보통의 경우에는 제3자는 의무자에게 급부를 제공하지 않으며, 따라서 제3자는 사무관리로 인한 또는 부당이득으로 인한 의무자에의 보수청구권을 도출할 수 없다고 한다.

## (2) 法的 性格의 問題點

통설에서 주장하는 바와 같이 행정청과 작위의무있는 행정행위의 상대방 사이에 존재하는 법적 관계는 공법적 성격을 지닌 반면에, 행정청과 제3자, 즉 위임인 사이의 법관계는 사법상의 계약인 고용계약이나 도급계약인가 하는 것이 문제된다. 즉, 대집행의 법적 구조가 과연 공법적 구성요소와 사법적 구성요소로 분리되어 있는가 하는 점이다. 이는 쟁송수단구별, 행정의 행위도구성의 이해와 구분, 행정주체의 기능행사의 근거로서의 사법규정의 유추적용 등과 같은 부수적인 문제 이외에도 국가책임법, 손실보상법, 손해배상법, 결과제거청구법상의 문제에 관련될 뿐 아니라, 사인에 의한 행정과제의 이행이라는 도그마적인 근본 문제를 야기시키고 있다.<sup>8)</sup>

8) J. Burmeister, Die Ersatzvornahme im Polizei- und Verwaltungsvollstreckungsrecht, JuS 1989, S. 256 ff.

첫째, 자주집행과 타자집행을 동시에 인정하는 범구조에 의할 경우 예컨대, 위법한 대집행의 실행에 의하여 손해를 입은 의무자는 통설에 의하면 타자집행의 경우에는 국가배상청구권이 인정될 수 없으나, 자주집행의 경우에는 국가배상청구권이 인정될 수 있다. 즉, 타자집행의 경우에는 사법상의 근거에 의하여 행위한 수임인은 “공적 직무의 행사에 있어서” 직무주체로서 활동하고 있는 것이 아니기 때문에 이에 의하여 피해를 본 의무자는 사법상의 불법행위청구권만을 주장할 수 있으나, 자주집행의 경우에는 국가배상법 제2조에 의한 국가배상을 주장할 수 있고, 만일 직무를 행한 자의 책임을 입증하지 못한 경우에도 의무자는 수용유사적 또는 수용적 침해를 이유로 한 보상을 청구할 수 있다. 이와 같이 자주집행과 타자집행을 모두 인정하는 경우에 동일한 위법한 대집행이더라도 그 직무행사주체가 누구이냐에 따라 그 행위의 법적 성격이 달라지고, 따라서 이에 대한 의무자의 청구권의 성격도 달라질 수 있는 바, 이는 행정청과 제3자, 즉 위임인 사이의 법관계를 사법상의 계약인 고용계약이나 도급계약으로 보기 때문에 나타나는 문제의 하나이다.<sup>9)</sup>

둘째, 위험의 부담에 있어서도 자주집행과 타자집행의 경우에는 차이가 난다. 예컨대, 자주집행에 의한 대집행의 실행중에 행정청소유의 공용물에 손해를 입거나 직무수행공무원이 신체적 상해를 입은 경우의 위험의 귀속은 무제한적으로 그리고 비이전적으로 행정청이 부담한다. 즉, 이 경우에 있어서의 공용물의 손해는 국가의 조세수단, 즉 일반적 재정책임으로 되며, 직무상의 사고로 야기된 비용의 경우에도 마찬가지이다. 그러나, 타자집행의 경우에는 수임인은 사법상의 근거에 의하여 행위하였으므로 대집행의 실행에 의하여 입은 물건이나 신체에 대한 손해에 대한 위험을 전적으로 그가 부담하여야 한다.

셋째, 보다 본질적인 문제는 과연 행정청과 제3자, 즉 위임인 사이의 법관계가 사법상의 계약인 고용계약이나 도급계약인가 하는 것이다. 사인에 의한 행정과제의 이행의 양태와 형식을 가장 명확하게 방향설정하고 체계화시킨 Ossenbühl의 경우조차도, 행정주체와의 사법상 계약의 체결이 그에게 부과된 행정과제의 이행을 위한 수단으로서 사용되고 사기업자에 의한 계약상의 이행의무의 이행이 행정주체의 과제이행의 구성요소인 경우에 있어서 사법의 근거에 의하여 행위한

9) 이에 관하여 자세한 것은 Burmeister, a.a.O., S. 258.

독립적인 사기업자를 어떻게 공법상의 책임제도에 귀속시킬 수 있는가에 대하여는 별다른 해명을 하지 못하고 있다.<sup>10)</sup> 따라서, 행정청에 의하여 부과된 작위의무의 실행을 위한 제3자에의 위임을 통설의 경우처럼 사법상 계약으로 이해할 수는 없다. 행정청과 수임인 사이의 관계는 수임인에게 행정청의 고권적 권능으로부터 도출되고 이에 의하여 정해지는 강제 및 침해권능이 위임된다는 점에서 사법상의 계약으로 받아들이기는 어렵다. 즉, 사인에게는 위임에 의하여 “고권적 권능의 일부가 수탁”되고, 사인은 “의무자에 대하여 경찰법에 의한 경찰의 시민에 대한 강제조치시 경찰이 지니는 개별적인 고권력”과 동일한 권능을 행사하므로 의무자의 입장에서 보면, 강제집행조치의 실현을 위하여 가장 중요하게 영향을 미치는 자는 사기업자이다. 사기업자의 행위는 직접적으로 권리영역을 침해하며, 그에 대하여 관계인은 대집행의 수인을 위한 공법상의 의무를 진다. 위임받은 사인은 작위의무를 지는 권리영역에 개입하고 이 영역의 법익에 대한 정당한 침해를 할 수 있는 권한을 가진다.

따라서, 자유와 재산에 대한 침해와 그 전제가 되는 관념인 시민에 대한 강제 및 침해권능의 “배타적인 국가에의 귀속”이라는 법치국가적인 법률유보에 근거하여 볼 때 행정청이 사인에게 사법상 계약의 방식으로 고권적 법력을 부여하고 고권력 행사를 위하여 수권할 수는 없는 것이다. 결국, 행정청과 사인과의 법적관계는 행정과정의 이행목적을 위한 공법상 계약이라고 하여야 할 것이다.<sup>11)</sup> 수임인은 그 행사가 제3자에 대하여 공법상의 법적 관계를 근거지워줄 수 있는 고권적 침해권능을 부여받으며, 그러한 고권력의 부여는 공법적 행위에 의하여만 수행될 수 있다.

넷째, 현행 행정대집행법은 대집행주체에 관하여 “당해 행정청 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 행하는” 자주집행의 경우를 대집행에 포함시키고 있는 바, 이러한 자주집행의 법적 성격이 대집행에 해당하는 것인지 직접강제에 해당하는 것인지도 문제가 된다. 이러한 자주집행의 법적 성격에 관한 논의의 실익은 일반적으로 대집행의 비용은 의무자가 부담하나, 직접강제의 경우에는 그 비용을 원칙적으로 행정청이 부담하기 때문이다. 그러나, 우리나라의 경우 이러한 자주집행에 의한 비용도 의무자가 부담하도록 하고 있는 바, 이에 대한 법적 성격

10) F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 3 Aufl., 1983, S. 27.

11) Burmeister, a.a.O., S. 261.



을 분명히 할 필요가 있다.<sup>12)</sup>

## 2. 代執行 主體의 問題點

현행 행정대집행법은 행정대집행의 주체에 관하여 “당해 행정청” 또는 “제3자”가 행정대집행의 주체가 될 수 있음을 규정하고 있다. 이 경우 전술하였듯이 당해 행정청 스스로 대집행하는 경우에는 그 법적 성격이 논란이 되고 있으며, 그 이외에도 대집행주체와 관련하여 다음과 같은 문제점이 제기될 수 있다.

첫째, 행정청이 행할 수 있는 대집행(자주집행)과 제3자가 행할 수 있는 대집행 사이에 아무런 구별을 하고 있지 않아 행정청이 편의에 따라 이를 선택적으로 행사할 수 있도록 하고 있는 바, 이는 행정청 스스로 행하는 자주집행이 직접강제적 성격을 띤다는 면에서 양자 사이에 어느 정도 차별성을 두는 것이 바람직하다고 본다. 즉, 제3자에 의한 대집행이 불가능한 경우나 특히 행정청이 대집행할 필요가 있는 경우에만 행정청이 스스로 대집행을 할 수 있고 그밖의 경우에는 제3자에 의한 대집행을 원칙으로 하는 것이 바람직하다고 본다.

둘째, 행정대집행법 제2조는 대집행의 주체가 될 수 있는 제3자의 요건에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 일반적으로 대집행이 국민의 재산에 대한 침해적 작용이라는 점에서 침해의 주체가 되는 제3자에 대한 요건을 법으로 어느정도 구체화하는 것이 바람직하다고 본다. 개별법에 대집행주체인 제3자의 요건에 관하여 규정하고 있는 법률은 있다.<sup>13)</sup>

---

12) 독일의 경우에도 대부분의 주행정집행법에 의하면(예:바덴-뷔르템베르크 행정집행법 제 25조; 헤센 행정집행법 제74조제1항), 대집행은 행정청이 제3자에게 위임한 경우(타자집행)에만 인정되는 것이 아니라, 행정청 스스로가 “대체적인 방법으로” 활동하는 경우(자주집행)에도 인정하고 있다. 그러나 이러한 자주집행의 경우에는 그 법적 성격을 직접강제의 일종으로 보고 있다. 이와 같이 직접강제에 의한 경우에도 대집행의 범위를 확장한 것은 대집행비용은 의무자가 부담하나, 직접강제비용은 원칙적으로 행정청이 부담하기 때문이라는 재정적 이유에서 라고 한다. 그러나 몇몇 주에서는 직접강제조치의 경우에 비용에 대한 의무자의 구상권이 인정되었다(Erdmann, Die Kostentragung bei Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs, 1987).

13) 내수면어업개발촉진법 시행령 제15조, 농지확대개발촉진법 시행령제11조 등.

### 3. 代執行 對象의 問題點

행정대집행의 대상은 대체적 작위의무를 불이행한 경우이다. 이 경우에 대집행의 대상과 관련하여 문제가 되고 있는 경우는 다음과 같다.

#### (1) 高度의 技術을 요하는 作爲義務

작위의무일지라도 의무자가 스스로 이행하지 않으면 목적을 달성할 수 없을 정도의 일신전속적 내지 극히 고도의 전문기술을 요하는 작위의무는 대집행의 대상이 되지 못한다.

#### (2) 複數의 方法이 있는 作爲義務

작위의무에 있어서도 비교적 기술성이 상대적으로 높고 하나의 목적을 달성하기 위하여 복수의 기술적 방법이 있는 경우에는 그러한 정도의 기술성으로 인하여 의무가 대체성을 상실한다고는 할 수 없을 것이며, 행정청은 가장 『합리적이고 상대방에게 부당한 부담을 과하지 않는』 방법을 구체적인 대집행의 내용으로 하는 계고를 하여 그 기준이 충족되면 대집행할 수 있다고 해석하여야 할 것이다.<sup>14)</sup> <sup>15)</sup> 대집행의 가능성에 판단의 여지가 있는 경우에는 행정청이 대집행을 결정함에 있어 공정한 판단절차에 의하는 것도 대집행승인의 요건이 될 것이다. 무엇보다 이와 같은 경우에는 대집행이 가능하다고 생각되지만 제3자인 법원의 판단에 의하여 강제집행이 이루어지는 것도 충분한 합리성이 있다고 볼 수 있다.<sup>16)</sup>

14) 朴鈞炳, 앞의 책, 580면: 同人, “行政代執行의 對象과 節次”, 『警察考試』, 1983년 8월호, 46면: 金宗會, “現行 行政代執行制度의 問題點”, 『社會科學研究』, 제2집(慶尙大學敎, 1984), 45면.

15) 환경행정에서 환경기준을 위반한 경우의 개선명령에 따른 시설개선명령 등의 경우는 비록 대집행이 가능하다고 하더라도 시설개선을 실제로 대집행하는 것은 의무자의 사업경영의 자주성을 침해할 가능성이 많다. 따라서 이러한 경우에는 집행벌을 도입하면 그와 같은 문제가 있는 대집행에 갈음하는 강제집행방법으로 기능할 수 있을 것이다.

16) 磯野彌生, “行政上の義務履行確保”, 『現代行政法大系』, 제2권(有斐閣, 1984), 237면.

### (3) 代執行에 多額을 요하는 作爲義務

어떤 의무가 대체적 작위의무로 이해되는 이상 그 의무를 타인이 대신하여 행하면 의무자 스스로 행하는 경우에 비하여 다액의 비용이 소요된다하더라도 역시 대집행의 대상이 된다고 할 것이다.

### (4) 불완전하게 이행된 代替的 作爲義務

대체적 작위의무가 의무자에 의하여 부분적으로 또는 불완전하게 이행된 경우에 당해 행정청이 완전한 이행을 위하여 대집행을 할 수 있는가가 문제되는 바, 이에 대한 명문의 규정은 없지만 불완전이행도 법이 예정한 의무가 이행되지 아니하는 점에 있어서는 다름이 없으므로 일반적으로 대집행의 대상이 된다고 보아야 할 것이다.<sup>17)</sup>

### (5) 土地·物件의 引渡義務

토지·물건의 인도의무가 대집행의 대상이 되는지가 문제된다. 인도라 함은 물건의 점유를 타인에게 이전하는 것으로, 그 중에서 토지나 건물으로부터 존치 물건을 반출하고 사람을 퇴거시켜 그것을 타인에게 인도하는 것을 명도라고 한다. 인도 중에서 대체가능성이 있는 어떤 물건의 인도에 대해서는 반드시 의무자가 점유하는 물건을 그 점유를 풀어 인도할 필요는 없고 타자로 하여금 대체물을 급부시키고 의무자로부터 그 대가에 상당하는 금액을 징수하는 방법으로 대집행을 행할 수 있다고 할 것이다. 이러한 대체가능성있는 물건의 인도의무가 대집행의 대상이 됨은 독일에서도 일반적으로 인정되고 있다. 그러나 건물 기타 물건안에 있는 자가 현재 기거하면서 저항하고 있는 경우에 사람이 점유하고 있는 토지·물건 등의 인도는 실력으로 점유를 풀어 점유이전을 행하지 않으면 목적을 달성할 수 없으므로 대집행의 대상이 될 수 없다고 할 것이다.<sup>18)</sup>

17) 金鐵容, "行政代執行(1)", 『法政』, 1976년 12월호, 62면; 朴圭河, 앞의 論文, 103면.

18) 이에 대하여 『대집행은 의무내용의 강제적 실현을 도모하기 위하여 강제집행수단으로 인정되는 것이기 때문에 그 실효성의 확보를 위하여 대집행의 내용인 사실행위의 수행에 대한 저항을 배제하기 위하여 불가피한 최소한도에서 실력을 사용하는 것은 대집행에 수반하는 기

이와 관련하여 문제가 되는 것은 토지수용법 제64조의 규정이다. 즉, 토지수용법 제64조는 동법 제63조<sup>19)</sup>에 의거하여 『구·시·군의 장은 기업자의 청구에 의하여 토지 또는 물건의 인도나 이전을 대행할 수 있다』고 규정하고 있는 바, 물건의 이전이 대체적 작위의무로서 대집행의 대상이 될 수 있다는 것은 명백하지만 점유자가 인도를 거부하는 경우에는 신체에 대한 직접강제를 필요로 한다. 대집행은 본래 대체적 작위의무에 대해서만 가능하므로 토지·물건의 인도의무는 완전한 의미에서는 대집행에 적합하지 않다고 할 것이다. 따라서 인도의무자가 인도대상인 토지·건물을 신체로 거부하여 인도를 거부하는 경우에 그 신체에 실력에 의한 구속을 가함으로써 점유를 푸는 것이 필요하며, 그러한 작용은 직접강제에 속하고 대집행의 관념에는 포함되지 않는다고 할 것이며, 토지수용법 제64조의 규정이 그러한 작용까지 허용하는 것으로 볼 수 없다.<sup>20)</sup> 따라서 토지수용법 제64조에 의한 토지·물건의 인도대행은 직접강제가 되지 아니하는 범위내에서 가능하다고 할 것인 바, 수용의 대상인 토지·물건의 인도를 확보하기 위해서는 그 장애가 되고 있는 수용의 대상 외의 가재도구 등 물건을 대집행에 의하여 반출로써 점유를 풀어 인도대상인 토지·물건의 현실적 지배를 기업자에게 이전함으로써 그 목적을 달성할 수 있을 뿐이라고 해석하여야 할 것이다.<sup>21) 22)</sup>

#### (6) 不作爲義務의 代替的 作爲義務로의 轉換

법령이 특정사항에 관하여 절대적 금지를 한다든가 허가를 유보하여 상대적

---

능으로 인정된다』고 하여 저항의 배제에 대하여 명문의 규정은 없다고 하더라도 『조리상 인정된다고 해석하여야 한다』는 견해도 있다(廣岡隆, 앞의 책, 176면).

19) 同法 제63조는 『토지소유자 및 관계인 기타 수용 또는 사용할 토지나 그 토지에 있는 물건에 관하여 권리를 가진 자는 수용 또는 사용의 시기까지 기업자에게 토지나 물건을 인도하거나 이전하여야 한다』고 규정하고 있다.

20) 이러한 경우는 입법론적으로 명문의 규정으로 직접강제를 규정하거나 또는 필요한 경우 경찰상의 원조를 요청할 수 있다는 규정을 두는 것이 필요할 것으로 본다. 독일의 연방행정집행법과 주행정집행법은 대집행이나 직접강제에 대한 저항은 실력으로 타파할 수 있다는 것과 경찰의 직무원조의 요청을 명시적으로 규정하고 있다(독일 행정집행법 제15조제2항 참고).

21) 朴鈞炳, 앞의 책, 581면; 姜求哲, 앞의 책, 589면.

22) 引渡·明渡義務와 行政強制에 대한 자세한 것은 廣岡隆, “行政強制をめぐる問題點”, 『公法の理論』(有斐閣, 1977), 485~494면 참고.

금지를 하는 경우가 있는 바, 이와 같이 국민이 금지된 것을 행하거나 허가를 받지 않고 행할 때에는 부작위의무의 위반이 된다. 이러한 부작위의무의 위반에 대하여는 법률은 일반적으로 행정벌을 규정하고 있다. 그러나 금지규정의 위반으로 발생한 유형적 결과를 시정하기 위하여 직접 대집행을 할 수 있는지가 문제될 수 있는 바, 이것이 부작위의무의 대체적 작위의무로의 전환의 문제이다.

하천·도로·도시공원의 부지를 불법점유하여 공작물을 설치한 부작위의무의 위반의 경우에 곧바로 그 제거의 행정강제를 행하면 현행법이 인정하지 않는 직접강제가 되므로 하천법 제64조, 도로법 제74조, 도시공원법 제20조에 의한 제거를 명하여 부작위의무의 대체적 작위의무로의 전환을 행한 후에 그 작위의무의 불이행이 있을 후 비로소 대집행을 할 수 있도록 규정하고 있다.

생각컨대, 법치주의의 원리를 엄격하게 이해하는 이상 부작위의무가 있다고 하여 그 위반에 의하여 생긴 결과를 시정하기 위한 작위의무를 당연히 도출할 수는 없으며, 부작위의무를 규정한 법령조항에서 위반의 결과를 시정하기 위한 행정처분의 권한을 당연히 도출해 낼 수도 없다고 할 것이다. 따라서 어떤 행위의 금지(부작위)의무에 대한 위반으로 생긴 유형적 결과의 시정을 위해서는 부작위의무를 대체적 작위의무로 전환하기 위한 별도의 법률적 근거를 필요로 한다고 하지 않을 수 없다. 그러므로 음식점이나 유흥업의 경영자가 영업정지명령에 따르지 않을 경우에도 법률의 근거가 없는 한 대집행을 할 수 없다.

#### 4. 代執行 要件上의 問題點

행정대집행법은 행정대집행의 요건으로 「법률에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 않는 경우」이외에 「다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고」 또한 「그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때 . . . 할 수 있다」 라고 규정하고 있다. 이러한 행정대집행법상의 요건과 관련하여 문제가 될 수 있는 것은 다음과 같다.<sup>23)</sup>

23) 이에 대한 자세한 내용은 제2장 대집행의 현황에서 살펴 보았으므로 여기에서는 이를 토대로 그 개선이 반드시 필요한 사항을 중심으로 살펴 보기로 한다.

### (1) 「다른 手段으로써 그 履行을 확보하기 곤란하고」란 表現上 問題點

우선 「다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고」라는 요건에서 과연 '다른 수단'이란 무엇인가의 문제이다. 제2장의 대집행의 현황에서 살펴 본 것처럼 일반적으로 강제수단은 비례의 원칙상 관계인에게 최소한의 침해를 주는 수단을 사용하여야 하므로 여기에서 '다른 수단'이란 대집행이라는 수단보다 경미한 수단을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 직접강제나 집행벌은 여기에서 제외되며<sup>24)</sup> 간접적 강제수단도 대집행보다 가혹한 수단인 경우에는 제외된다. 따라서 여기에서의 다른 수단이란 강제집행수단보다는 오히려 의무자의 자발적인 의무이행을 가능하게 하는 수단인 행정청의 권유, 지도 등 비공식적 행정작용이 주가 된다고 할 수 있다.

그러나 대집행의 요건으로 명시하고 있는 '다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고'란 표현은 이러한 해석의 가능성에도 불구하고 그 표현의 불명확성으로 인하여 잘못된 해석의 소지가 있다. 즉, 문언상의 해석으로는 대집행 이외의 수단에 의한 집행이 비록 대집행이라는 수단보다 가혹하다고 하더라도 행사할 수 있다고 해석할 가능성이 있다. 따라서 '다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고'란 표현을 이러한 해석상의 오해의 소지가 없게 보다 명확하게 규정하는 것이 바람직할 것이다. 예컨대, 「대집행보다 경미한 수단에 의하여는 그 이행을 확보하기 곤란하고」라고 규정하는 것이 하나의 예가 될 것이다.

### (2) 「심히 公益을 害할 것으로 인정될 때」라는 不確定法概念의 解釋上 問題點

「그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때」라는 대집행의 요건에 있어서 “심히 공익을 해할 것으로 인정될 때”라는 불확정법개념을 사용하고 있는 바, 이러한 불확정법개념의 해석과 적용을 어떻게 할 것인가가 문제된다. 제2장 대집행의 현황에서 살펴 본 것처럼 행정상 의무를 과하는 것과 그것을 대집행에 의하여 강제적으로 실현하는 것과는 의무자의 자유의 침해에 있어서

24) 직접강제나 집행벌은 개별법률에 명시적으로 규정된 경우에만 인정되는 수단이므로 이러한 해석론이 아니더라도 당연히 행사될 수 없는 것이다.

異質的인 것일 뿐만 아니라 대집행은 단순히 의무의 부과보다도 더 한층 강한 침해일 수 있다. 따라서 대집행을 가능한 한 제한하기 위하여는 의무를 과할 때에 요구되는 공익상의 필요보다 한층 큰 공익상의 필요가 대집행을 함에 있어 요구됨을 명시하여야 한다. 따라서 대집행의 요건으로서 「그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때」라는 규정을 둔 것은 의무의 불이행은 모두 공익을 해치는 것이지만 이익을 형량하여 사익보다 공익이 월등한 경우에 한하여, 즉 공익위반이 현저한 경우에 비로소 대집행을 할 수 있다는 취지인 것으로 볼 수 있다.

그러나 이러한 규정상의 취지에도 불구하고 요건상에 “심히” 공익을 해친다는 표현을 사용하였는 바, 이러한 표현은 매우 주관적이고 애매하기 때문에 그 해석에 있어서 행정청의 자의적인 판단이 개입될 수 있다. 따라서 불이행을 방치하는 것이 공익을 해치는 정도의 경중에 대한 판단을 어느 정도 객관화할 수 있는 근거를 법상 명시하는 것이 바람직하다. 즉, 불이행을 방치함에 의하여 의무자가 가지는 사익, 대집행에 의한 공익, 이와 관련한 제3자의 이해관계 등 제반 사정이 고려될 수 있는 장치가 필요하다. 이 경우 비례의 원칙에 의한 비교형량 방법이 고려될 수 있다. 물론, 현 규정도 이러한 취지가 반영되었다고 볼 수 있으나 그 표현방법이 지나치게 주관적이고 애매하기 때문에 이를 보다 객관적이고 명확하게 할 필요가 있다는 것이다.

### (3) 「할 수 있다」는 可能規定의 解釋上 問題點

행정대집행법은 위의 요건이 충족되는 경우에 대집행을 「할 수 있다」는 가능규정을 사용하고 있는 바, 이 경우에 요건이 충족된 경우에도 대집행의 실행여부에 대하여 행정청에 재량이 인정되는지 아니면 요건이 충족된 경우에는 반드시 대집행할 의무가 존재하는지에 대하여 논란이 되고 있다.<sup>25)</sup> 그러나, 행정대집행법의 문언이 ‘할 수 있다’는 가능규정의 형태를 취하고 있으나 요건을 포함한 이 규정의 전체적인 취지로 볼 때 이것은 그러한 요건이 충족된 경우에 대집행을 하여야 한다는 취지이지 요건이 존재함에도 불구하고 그 실행여부를 행정청의 재량에 맡기는 취지는 아니다. 즉, 행정대집행법이 대집행의 요건으로 「다른 수단

25) 이에 관하여는 제2장의 대집행의 현황 참조.

으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고」 또한 「그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때」라는 매우 제한적인 요건을 두고 있는 것은 이러한 요건이 충족된 경우에는 반드시 대집행하여야 한다는 취지로 해석하여야 할 것이다. 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정됨에도 불구하고 법규정이 「할 수 있다」는 가능규정을 두고 있어서 대집행의 실행여부에 대하여 행정청이 재량을 가질 수 있다고 보는 것은 동 규정에 대하여 지나치게 고지식한 해석을 하는 것이다. 따라서 이러한 논란을 해소하기 위하여는 「할 수 있다」는 표현을 「하여야 한다」는 표현으로 고치는 것이 바람직하다고 본다.

#### (4) 代執行實行의 前提要件으로서의 不可爭力の 問題

우리나라의 행정대집행법은 대집행의 요건으로 그 의무불이행의 전제되는 행정행위가 불가쟁력을 발생하고 있어야 하는지 여부에 대하여 별다른 규정을 두고 있지 않아서 불가쟁력이 없는 행정행위, 즉 아직 쟁송수단에 의하여 다룰 수 있는 행정행위에 대하여도 대집행할 수 있는지 여부가 논란이 될 수 있다.<sup>26)</sup> 현행 행정대집행법이 이를 명시적으로 규정하고 있지 않으므로 법해석상 의무를 과한 행정처분이 계쟁상태에 있는 경우에도 대집행을 할 수 있다고 볼 수 있다. 그 결과 쟁송에 의하여 의무를 과하는 행정처분이 취소되더라도 쟁송을 하는 동안 집행금지결정이 없는 한 이미 대집행이 실행되어 원상회복불능상태로 되어 상대방은 손해배상을 청구하는 외에 다른 구제방법이 없게 된다. 이러한 점을 고려한다면 비록 법률상 제약이 없다고 하더라도 행정청은 구체적 사정을 고려하여 가능한한 의무를 과하는 행정처분이 불가쟁적으로 된 다음에 비로소 대집행을 실행하도록 하여야 할 것이다. 더구나 상대방의 쟁송을 예상하여 행정청이 既成事實을 창출함으로써 상대방의 의도를 봉쇄하기 위하여 대집행을 서두르는 일이 있어서는 안될 것이다.

결국 이러한 문제는 우리나라가 행정행위에 대하여 광범하게 공정력을 인정

26) 물론 이러한 문제는 행정상 강제집행수단의 하나인 대집행에 대하여 국한된 문제가 아니라 행정상 강제집행수단 전체에 걸친 문제이지만 행정집행에 대한 일반적 집행요건을 규율하는 일반법이 없으므로 여기에서 논의하기로 한다. 참고로 독일의 행정집행법 제6조는 행정집행의 허용성과 관련하여 일반적으로 행정집행을 할 수 있기 위하여는 그 대상인 행정행위가 불가쟁력을 발생하여야 한다는 점을 명시하고 있다.



하고 있고 또한 행정쟁송에 있어서 집행부정지를 원칙으로 하고 있는 점에서 그 이유를 찾을 수 있다. 그러나 대집행의 경우에는 이미 실행이 완료된 상태에서는 행정쟁송을 제기하더라도 회복되는 법률상 이익이 거의 없고 대집행에 의하여 의무자가 지는 불이익은 매우 크므로 독일의 경우처럼 불가쟁력이 아직 발생하지 않은 경우에 대한 대집행은 허용하지 않는 방안이 마련되어야 할 것이다. 이 경우에 행정쟁송상 집행부정지원칙을 완화하든지 직접 행정대집행법에 이를 명시하든지 하는 것이 고려될 수 있다.

## 5. 代執行 節次上의 問題點

대집행의 절차에 관하여 행정대집행법 제3조 내지 제6조에서 규정하고 있는 바, 이에 의하면 대집행은 계고, 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 비응징수의 4단계로 이루어져 있다. 따라서 이하에서는 이들 절차에 대하여 단계별로 그 문제점을 살펴 보기로 한다.

### (1) 제3자에 의한 代執行의 경우에 대한 節次規定의 未備

행정대집행법은 대집행의 주체로서 「행정청」과 「제3자」를 인정하고 있으나, 대집행의 절차에 관한 규정에서는 행정청이 대집행하는 경우에 대하여만 규정하고 있고 제3자가 대집행하는 경우에 대하여는 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 따라서 제3자가 대집행하는 경우에 대하여도 동일한 절차를 진행하는 것인지 아니면 이와는 다른 절차를 취할 것인지에 대하여 명확하게 규정할 필요가 있다. 개별법의 경우 제3자가 대집행하는 경우에 대한 절차규정을 두고 있는 예가 있다(농지확대개발촉진법 시행령 제11조).

### (2) 戒告上의 問題點

계고에 있어서 논란이 될 수 있는 문제는 계고와 의무를 과하는 행정행위가 결합할 수 있는가의 문제이다. 독일의 행정집행법은 명문으로 대집행의 계고와 의무를 과하는 행정행위와의 결합가능성을 인정하고 있으나, 우리나라의 경우에는 이러한 명문규정이 없다. 현행 행정대집행법은 의무의 불이행이 있더라도 대집행을 행하기 위한 별도의 요건을 규정하고 있으므로 계고는 원칙적으로 의무

를 부과하는 행정행위와는 별도로 판단하여야 한다. 즉, 계고는 의무를 명하는 행정행위와는 결합할 수 없다. 다만 법률에 다른 규정이 있거나(건축법 제53조의3) 의무를 과하는 행정행위를 할 때 대집행요건이 충족될 것이 명백하고 급속한 실시를 요하는 아주 긴급한 사유가 있을 경우에는 예외적으로 인정될 수 있다고 하고 있으나, 이에 대하여는 반대하는 입장도 있다.<sup>27)</sup> 따라서, 이는 입법적으로 해결하여야 한다고 본다.

그리고 「상당한 이행기간」을 정하여 계고하도록 규정하고 있는 바, 여기에서 '상당한'이라는 불확정법개념을 사용하고 있어서 그 해석에 있어서 논란이 될 수 있다. 일반적으로 '상당한 이행기간'이란 사회통념상 이행에 필요한 기간을 의미하는 것으로 해석하고 있는 바, 이러한 표현은 이에 맞게 보다 구체적으로 표현하는 것이 바람직하다고 본다.

### (3) 代執行令狀에 의한 通知上の 問題點

행정대집행법상 이와 관련하여 문제가 될 수 있는 것은 대집행할 시기와 대집행영장에 의한 통지 사이에 어느 정도 시간적 간격을 둘 것인가에 대한 명문규정이 없다는 점이다. 실제로 사람이 거주하는 가옥퇴거의 경우에는 거주자가 그 가옥에서 물건을 반출하여 퇴거하기 위하여 어느 정도 시간이 필요하므로 대집행할 시기와 대집행영장에 의한 통지 사이에 어느 정도 시간적 간격을 둘 필요가 있다.

### (4) 代執行實行에 있어서의 問題點

#### 가. 代執行에 대한 抵抗의 排除

적법한 대집행행위에 대하여 의무자는 이를 수인할 의무가 있다. 따라서 의무자가 수인을 거부하고 실력으로 저항하는 경우 그 저항행위가 형법상의 공무집행방해죄나 폭행죄의 구성요건에 해당하는 때에는 이에 의한 처벌이 가능하며, 또한 저항이 곧 행해질 것이 확실히 예상되는 경우 그 저항이 『인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있을 때』에는 경찰관직무집행법 제5조의 위험발생의 방지를 위한 피난 등의 조치에 의하여 저항이 배제될

---

27) 이에 관하여 자세한 내용은 제2장 대집행의 현황 참조.

수 있을 것이다. 그러나 대집행과 같은 의식적·계획적인 행정활동을 행함에 있어서 저항을 배제하기 위하여 불측의 천재·지변 등의 경우에 경찰관이 응급조치를 할 권한을 정한 경찰관직무집행법 제5조를 적용할 수 있을 것인가에 대해서는 의문의 여지가 있으며, 또한 상대방에게 경찰의 원조하에 대집행이 이루어진다는 인상을 줄 우려가 있다는 점에서도 반드시 적절한 조치라고는 할 수 없다.

여기서 위와 같은 조치와는 별도로 대집행의 실행에 대한 저항이 있는 경우에 대집행실행자가 대집행에 수반하는 기능으로서 실력으로 그 저항을 배제할 수 있는지가 문제될 수 있다. 독일의 행정집행법의 규정<sup>28)</sup>에서 처럼 저항행위에 대하여 실력에 의한 배제를 인정하는 규정이 있는 경우에는 문제가 없으나 이와 같은 규정이 없는 우리나라에서는 그 해석에 관하여 견해가 대립하고 있다. 적극설은 필요한 한도내에서 저항의 배제를 위한 부득이한 실력행사는 대집행에 수반되는 것으로 인정하여야 한다고 보아 실력적 배제행위가 대집행에 내재하는 당연한 기능으로 본다.<sup>29)</sup> 이에 대하여 소극설은 독일행정집행법 제15조와 같은 규정이 없는 우리나라에서는 실력에 의한 저항의 배제를 당연히 대집행기능으로 보기는 어려우며, 대집행은 의무의 대체적 실행에 그쳐야 하고 따라서 그와 같은 저항이 공무집행방해죄를 구성하는 것을 전제로 경찰관직무집행법(제5조)에 의한 즉시강제의 방법에 의지할 수 밖에 없다고 한다.<sup>30) 31)</sup>

생각컨대, 대집행은 의무내용의 강제적 실현을 위한 강제집행수단이라는 점에서 그 실효성을 확보하기 위하여 대집행의 내용인 사실행위의 수행에 대한 저항을 배제하기 위한 불가피한 최소한도에서의 실력을 사용하는 것은 대집행에 수반하는 기능으로 인정되어야 한다고 본다. 따라서 예를 들어 철거의 대상인 건물내의 거주자가 철거작업의 실시를 방해하는 경우에는 집행책임자의 판단으로

28) 독일행정집행법 제15조제2항은 『의무자가 대집행이나 직접강제에 저항을 하는 때에는 실력으로써 이를 배제할 수 있다. 경찰은 집행행정청의 요청에 따라 직무원조를 제공하여야 한다』라고 규정하고 있다.

29) 朴鈞旻, 앞의 책, 584면; 李鳴九, 『行政法原論』, 341면; 金鐵容, 앞의 論文, 68면; 金東熙, 앞의 책, 331면; 姜求哲, 앞의 책, 592면; 柳至泰, 앞의 책, 251면.

30) 金道稔, 앞의 책, 560면; 金南辰, 앞의 책, 307면; 李尙圭, 앞의 책, 538면; 石琮顯, 앞의 책, 513면; 朴圭河, 앞의 論文, 111면; 洪準亨, 앞의 책, 531면.

31) 警察力 등의 援助協力이 없으면 행하여질 수 없을 정도의 집행은 이미 代執行이 아니라 直接強制라는 의견이 있다(徐元宇, 앞의 책, 575면).

폭력행위가 아닌 가능한 한 온건한 방법으로 건물 밖으로 데리고 나가는 정도의 일은 허용된다고 할 것이다. 이 경우 대집행은 건물의 철거라는 대체적 작위를 실행하기 위한 대물적 강제이지만 이를 실행함에 있어 저항이 있는 경우 대집행의 실효성을 확보하기 위한 불가피한 조치로서 위와 같은 대인적 강제를 할 수 있는 것이다.<sup>32)</sup> 그러나 입법론상으로는 독일에서와 같이 한편으로는 실력에 의한 저항의 배제를 명시적으로 인정하고, 다른 한편으로는 이러한 실행행사의 요건과 절차를 명확하게 규정하는 것이 바람직하다 할 것이다. 그리고 민사소송법은 민사상의 강제집행에 대하여 『집행하는 경우에 저항을 받을 때에는 집달관은 경찰 또는 국군의 원조를 청구할 수 있다』(동법 제592조)고 규정하고 있는 바, 행정대집행에 있어서의 집행책임자에 대해서도 마찬가지로 권한을 인정하는 규정을 두는 것이 바람직하다고 할 것이다.

#### 나. 代執行에 따른 物件의 保管

대집행은 의무자에게 명하여진 의무를 대체적으로 실행하는 것이므로 집행책임자는 자기의 재산과 동일한 주의의무로 집행하여야 하며, 또한 대집행의 실행으로 발생한 대집행대상과 관련한 물건(가옥의 해체자재, 기타의 동산 등)을 보관하여 본인에게 반환하여야 할 의무가 있다.

대집행의 실행 중 집행책임자가 사실상 위의 물건을 점유하고 소유자가 이를 점유관리할 수 없는 사정이 있는 때에는 집행책임자에게 이의 보관책임이 있으며, 대집행책임자는 사무관리자로서의 주의의무를 가지고 보관하여야 한다. 그러나 소유자가 직접 점유할 수 있는 상태에 있음에도 불구하고 인수를 거부하거나 방치하는 경우에 대집행책임자는 어느 시기까지 이를 보관하여야 하는가에 대한 규정이 없어 문제이다. 법해석론상 대집행실행으로 생긴 물건에 대하여 소유자에게 그것을 인수할 것을 통지하고 소유자가 그것을 점유·관리할 수 있는 상태하에 두는 것을 조건<sup>33)</sup>으로 집행책임자는 그에 대한 보관책임을 면한다고

32) 독일의 경우에도 저항의 실력에 의한 배제의 규정이 없었을 때에도 실력에 의한 저항의 배제는 판례·학설에 의하여 인정되었다고 한다(廣岡隆, 앞의 책, 161면).

33) 집행책임자는 민법 제487조이 규정에 의거하여 물건을 공탁하거나 목적물이 공탁에 적합하지 아니할 때에는 민법 제490조의 규정에 따라 법원의 허가를 얻어 이를 경매하거나 시가로 放賣하여 그 대금을 공탁할 수 있을 것이다.

볼 수 있을 것이다.

## 6. 代執行과 瑕疵의 承繼與否의 問題

행정대집행은 계고, 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 비용징수의 4단계로 이루어지며 이러한 각각의 행위가 결합하여 대집행이라는 하나의 법효과를 완성시킨다. 이 경우에 선행행위, 예컨대 계고에 하자사유가 있는 경우 이러한 하자사유가 후행행위, 즉 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 비용징수 등에 승계되는지 여부가 문제될 수 있다. 통설은 선행행위와 후행행위가 결합하여 하나의 법효과를 완성시키는 경우에는 하자가 승계된다고 보고 있다. 이에 대하여 대법원은 「대집행의 계고, 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 대집행에 요한 비용의 납부명령 등은 타인이 대신하여 행할 수 있는 행정의무의 이행을 의무자의 비용부담하에 확보하고자 하는, 동일 목적을 위하여 단계적인 일련의 절차로 연속하여 행하여지는 것으로서, 서로 결합하여 하나의 법률효과를 발생시키는 것이므로, 선행처분인 계고처분이 하자가 있는 위법한 처분이라면, 비록 그 하자가 중대하고도 명백한 것이 아니어서 당연무효의 처분이라고 볼 수 없고, 대집행의 실행이 이미 사실행위로서 완료되어 그 계고처분의 취소를 구할 법률상의 이익이 없게 되었으며, 또 대집행비용납부명령 자체에는 아무런 하자가 없다고 하더라도, 후행처분인 대집행비용납부명령의 취소를 청구하는 소송에서 청구원인으로 선행처분인 계고처분이 위법한 것이기 때문에 그 계고처분을 전제로 행하여진 대집행비용납부명령도 위법하다는 주장을 할 수 있다고 보아야 할 것이다」<sup>34)</sup>고 판시하여, 이러한 통설의 입장을 따르고 있다.

## II. 行政上 直接強制制度의 問題點

### 1. 序說

직접강제가 행정상의 강제집행수단의 일종이라는 것은 일반적으로 인정되고

34) 대판 1993.11.9. 93 누 14271.

있으나, 이러한 직접강제가 타 행정강제수단과 어떻게 구별되는지 어떠한 절차에 의하여 행사되는지 그리고 어떠한 수단이 있는지, 어떠한 요건하에서 행사되어야 하는지 여부는 명확하지 않다. 이는 무엇보다도 직접강제가 일반법없이 개별법에 매우 예외적으로만 인정되고 있는 데 기인하는 듯하다. 이와같이 직접강제제도가 예외적으로만 인정됨으로써 비대체적 의무를 강제집행할 수 있는 수단이 결여되어 위법 내지 탈법적인 행정강제가 행해진다는 문제가 현실적으로 발생한다. 예컨대, 가옥 또는 토지의 인도에 대한 강제에 경우에 그러하다. 토지수용법은 행정강제의 방법으로 대집행만을 인정하고 있으나 “인도”는 대체성을 가지지 못하므로 이론상 이는 대집행의 대상이 될 수 없다. 그럼에도 불구하고 현실적으로는 직접강제 내지 즉시강제의 방법으로 그 인도의 강제가 행해지고 있다.

따라서 최근에는 이러한 문제점에 대한 인식하에 직접강제제도의 선별적 도입이 검토되고 있으며, 실제로 공중위생법(제25조), 식품위생법(제62조)에 도입된 “폐쇄조치”가 직접강제를 새로이 인정한 예이다. 그러나 이러한 직접강제수단이 일반법없이 단편적으로 규정됨에 의하여 절차적 미비 등 여러가지 문제점을 야기하고 있다. 따라서 앞으로는 직접강제에 대하여도 일반법으로 그 요건, 절차, 수단, 한계(최후수단성) 등을 명확히 규정하는 것이 오히려 직접강제가 개별법에 의하여 남발되는 것을 방지하고, 다른 강제수단과의 체계적 관련성도 지니게 될 것이다. 특히 직접강제의 경우 국민의 신체에 대하여 직접 실력을 행사하여 행정의무의 이행을 확보하는 것이므로 이러한 수단을 사용하는 요건을 다른 수단에 비하여 강화시키는 것이 필요하다고 본다. 즉, 직접강제를 행사하는 것은 다른 수단에 의하여 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 행사할 수 있도록 직접강제제도의 “최후수단성(ultima ratio)”을 강조하여야 할 것이다. 이러한 문제인식을 토대로 이하에서 이러한 직접강제제도가 지니는 개별적 문제점에 대하여 구체적으로 살펴 보기로 한다.

## 2. 他 强制手段과의 區別과 관련한 問題點

### (1) 直接强制와 代執行과의 區別

직접강제에 대한 일반적 정의에 의할 경우 직접강제, 행정대집행 및 즉시강제간의 개념상 구별이 명확하지 않게 된다. 우선 직접강제와 대집행을 보면 예를

들어 부작위의무의 위반이 있는 경우에 그 위반결과를 제거하기 위하여 행정청이 그 의무위반자에게 부작위의무의 위반으로 발생한 결과를 제거할 것을 명하는 경우가 많은 바, 이를 부작위의무의 작위의무로의 전환이라고 한다. 그런데 이 경우 의무위반자를 알 수 없는 경우에 작위의무를 명함이 없이 당해 행정청이 직접 실력을 사용하여 그 결과를 제거할 경우(하천법 제64조, 도로법 제74조, 해군기지법 제7조의2제3항 등)에 부작위의무의 작위의무로의 전환이 없었기 때문에 이를 부작위의무의 위반에 대한 직접강제라고 할 수 있는가하는 것이다. 또한 대체적 작위의무의 불이행이 있는 경우에 당해 행정청이 의무자를 대신하여 그 의무가 이행된 것과 같은 상태를 실현하는 것은 항상 대집행이라고 할 수 있는가하는 것이다. 예를 들어 약사법 제65조는 불량약품 등에 대하여 행정청이 폐기 등의 명령을 발하고 명령에 따르지 않는 경우 관계 공무원이 직접 폐기 등의 조치를 할 수 있다고 규정하면서 대집행법이 정하는 절차에 의한다거나 비용의 징수에 대해서는 아무런 규정을 두고 있지 않는 것이 이에 해당한다.

특히 대집행과 직접강제의 구별은 우리나라의 경우 행정청의 자주집행도 대집행으로 규정함으로써 양 개념의 구별을 더욱 모호하게 하고 있다. 왜냐하면 행정집행의 실행의 면에서 의무불이행자의 신체나 재산에 직접 실력을 가한다는 점에서 같을 뿐만 아니라 실행의 주체 역시 의무를 부과한 행정청이 직접 시행하는 것이기 때문이다. 또한 직접강제는 비대체적 작위의무뿐만 아니라 대체적 작위의무 등 모든 의무의 불이행에 대하여 적용될 수 있는 것으로 이해되고 있기 때문에 강제집행의 전제가 되는 의무의 종류에 의해서도 구별할 수 없는 것이다.

따라서 대집행과 직접강제의 구별은 행정청이 직접 시행하는 대집행을 직접강제로 포섭하여 우선 집행의 주체에 따라 의무의 불이행이 있는 경우 행정청이 스스로 이를 강제집행하는 것은 직접강제로 하고 제3자로 하여금 이를 행하게 하는 것은 대집행으로 보는 것이 바람직할 것으로 본다. 이렇게 구별하는 실익은 법률관계의 면에서 직접강제는 행정청과 의무위반자의 이면적 법률관계를 이루게 되는데 대하여 대집행은 행정청, 의무위반자, 대집행실행자라는 3면적 법률관계를 이루게 되어 그 법률관계를 명확하게 할 수 있으며, 또한 만약 일반법으로 행정집행법을 제정하는 경우 대집행에 대한 직접강제의 보충성을 명확하게 할 수 있을 것으로 본다.<sup>35)</sup>

35) 대집행은 대체적 작위의무(행정행위에 의하여 부작위의무가 작위의무로 전환된 것을 포함

한편 행정대집행법에 의하여 그 절차가 잘 정비되어 있는 대집행과 그렇지 못한 직접강제의 현실에서 착안하여 대집행과 직접강제를 집행절차나 비용의 징수<sup>36)</sup>에 의하여 구별하고자 하는 의견도 있을 수 있으나, 직접강제의 집행절차의 불비는 후술하는 바와 같이 문제점으로 지적될 사항이며, 또한 직접강제절차를 정비하는 경우에 있어서도 대집행이나 직접강제 모두 강제집행이라는 점에서 본질적인 차이가 있을 수 없다는 점을 생각할 때, 대집행과 직접강제를 구별할 근본적인 징표는 될 수 없다고 보며,<sup>37)</sup> 비용징수의 문제 역시 이는 입법정책상의 문제로서 대집행의 비용이나 직접강제의 비용 모두 의무의 불이행에 대한 집행의 과정에서 발생하는 비용이기 때문에 비용의 징수면에서 대집행과 직접강제에 차이를 있을 수 없으며 따라서 직접강제의 비용 역시 의무위반자가 부담하는 것이 바람직하다는 입장에 있는 경우 대집행과 직접강제를 구별할 수 있는 징표는 되지 못한다고 할 것이다.

## (2) 直接強制와 即時強制와의 區別

직접강제와 즉시강제와의 구별이 또한 문제된다. 통설은 즉시강제를 『행정법상의 의무를 전제함이 없이 目前의 급박한 장애를 제거하기 위하여 또는 그의 성질상 의무를 명함에 의해서는 목적을 달성할 수 없는 경우에 직접 사인의 신체 또는 재산에 실력을 가함으로써 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용』으로 정의함이 보통이다. 그리고 이 정의에 의할 경우 직접강제와 즉시강제는 행정상 필요한 상태를 실력으로 실현시키는 사실행위라는 점에서는 같으나 『先行義務의 存

---

하여)만을 대상으로 하므로 대체적 작위의무의 불이행의 경우는 법률이 정하는 바에 따라 대집행에 의하여 강제집행될 수 있을 뿐만 아니라 직접강제에 의해서도 강제집행될 수 있을 것이다. 이중 어떠한 강제집행수단을 선택할 것인가는 대상이 되는 의무의 종류에 따라 입법자의 재량에 의하게 될 것이며, 일반법인 행정집행법이 제정되는 경우는 행정청의 재량에 의하게 될 것이다.

36) 독일의 경우에는 전통적으로 비용의 징수여부에 의하여 직접강제와 대집행을 구분하여 왔다. 그러나, 최근에는 각주의 행정집행법이 종래에 직접강제로 보아왔던 자주집행의 경우도 대집행의 범위에 포함시킴으로써 이러한 비용징수여부에 의하여 대집행과 직접강제와의 구분을 시도하는 입장은 그 정당성을 잃고 있다.

37) 독일의 行政執行法은 代執行과 直接強制의 절차에 차이를 두지 않고, 동일하게 戒告, 確定, 強制手段의 施行이라는 3단계로 규정하고 있다(同法 제13조 내지 제15조).



否』에 의하여 구별된다.

확실히 대부분의 즉시강제는 선행의 의무를 전제하지 않고 상대방의 신체나 재산에 실력을 가하여 행정목적을 실현하는 것이 일반적이다. 그러나 현행법률을 분석하여 보면 법령에 의한 일반·추상적인 의무를 전제로 하는 즉시강제가 상당수 존재하고 있는 바, 예컨대, 액화석유가스의 안전 및 사업관리법 제29조제6항에 의하여 액화석유가스사용신고자가 이 법을 위반하여 危害를 발생하게 할 우려가 있다고 인정할 때에 액화석유가스의 사용을 봉인하거나 임시영치하는 경우나 도로교통법 제40조 내지 42조의2에 의하여 무면허운행의 금지, 酒醉중 운전금지, 과로한 때 등의 운전금지, 공동위험행위의 금지 등의 일반적 금지규정을 두고 위의 금지규정을 위반하여 운전하고 있다고 인정하는 때의 위험방지조치 등이 이에 해당한다. 여기서 봉인이나 임시영치 및 위험방지조치를 즉시강제로 볼 경우 이러한 즉시강제는 분명히 상대방의 행정법상의 의무의 불이행을 전제하고 있다고 할 수 있다. 따라서 행정법상의 의무의 존재유무는 즉시강제와 직접강제의 구별의 기준이 될 수 없다는 것은 명확하다.<sup>38)</sup>

따라서 최근에는 행정상 강제집행론의 재구성을 시도하면서 직접강제와 즉시강제의 구별에 대한 새로운 기준을 제시하는 견해가 있다. 이러한 견해는 다음의 두 가지의 범주로 나누어 볼 수 있는 바, 첫번째의 견해는 직접강제와 즉시강제의 구별은 『법령 또는 행정행위에 의한 구체적 의무』를 전제로 하느냐 않느냐하는 점에서 찾아야 한다고 한다. 이 견해에 의하면 직접강제와 즉시강제는 전자는 법령 또는 행정행위에 의한 선행의 구체적 의무를 전제로 하고 후자는 그와 같은 의무를 전제로 하지 않고 따라서 법령에 의한 일반적 추상적 의무를 전제함에 그치거나 혹은 선행의 의무를 전혀 전제하지 않고 행정상 필요한 상태를 강제실현하는 작용으로 개념상 구별한다. 다른 견해는 직접강제와 즉시강제의 구별의 징표는 행정법상의 의무의 존부 및 그의 불이행에서 찾을 것이 아니라 『義務를 부과하는 先行의 行政行爲의 存否』에서 찾아야 한다는 견해이다. 그리고 이 견해는 앞의 견해에 대하여 법령이 정한 국민의 의무는 일반·추상적 성질을 가지며, 행정행위를 통해서 구체화된 연후에 강제되는 것이 행정상의 강제집행이라고 보아야 하므로 『法令에 의한 義務의 存否』는 양자의 구별기준 내지는 행정상 강제

38) 金南辰, “直接强制·直接施行·即時强制”, 『月刊考試』, 1987년 4월호, 31면.

집행의 개념적 요소에서 제외시키는 것이 타당하다고 한다.<sup>39)</sup>

생각컨대, 위의 두 견해는 기본적으로 직접강제의 대상이 되는 의무는 구체적·특정적이어야 한다는 점에 있어서는 동일하다고 하겠다. 문제는 전자의 견해와 같이 법령에 의하여 부과되는 의무가 직접강제의 대상이 될 수 있을 정도로 구체적이고 특정적인 성질을 가질 수 있는가하는 점이다. 이 점에 대해서 보건대, 법령에 의하여 국민에게 부과하는 의무는 규범이 가지는 속성으로 인하여 일반적·추상적인 성질을 가지며, 따라서 법령에 기한 행정행위에 의하여 비로소 구체적·특정적인 의무가 국민에게 부과되는 것이 일반적인 경우이다. 설사 법령에 의하여 어느 정도 구체적이고 특정적인 의무가 부과되는 경우에도 의무자가 그 의무를 명확하게 인식하지 못하고 있는 경우가 많은 바, 자신이 구체적으로 어떠한 행위를 하여야 하는지를 명확하게 인식하지 못하고 있는 자에게 의무의 불이행을 이유로 직접강제를 하는 것은 지나치게 가혹한 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 이러한 경우에는 당해 의무를 행정행위에 의하여 구체적으로 특정하여 명확하게 하는 것이 필요할 것으로 본다. 다만, 예외적으로 처분법령에 의한 의무는 그의 구체화를 위한 행정행위 없이 구체적이고 특정적인 성질을 가지므로 직접강제의 대상이 될 수 있을 것이다. 따라서 법령에 의하여 직접적으로 구체적·특정적인 행위를 행할 의무를 부과하는 것은 극히 예외적인 것이며, 일반적으로는 행정행위에 의하여 비로소 구체적이고 특정적인 행위를 할 의무가 부과되는 것이기 때문에 실재상 직접강제의 대상이 되는 의무는 원칙적으로 행정행위에 의한 의무라고 할 수 있다.

그런데 중요한 것은 구체적 의무의 존부라는 하나의 기준만으로 직접강제와 즉시강제가 명확하게 구별되며, 따라서 직접강제와 즉시강제의 구별의 실익이 충족될 수 될 수 있는가 하는 점이다. 이 점은 종래부터 즉시강제라는 행정작용을 인정하게 된 이론적 근거 내지 배경을 생각할 때 구체적 의무의 불이행을 전제로 하는 즉시강제는 있을 수 없는가하는 점이다. 예컨대, 영업정지명령이나 영업소의 폐쇄명령을 발한 후 급박한 사유가 있어 서면에 의한 통지를 생략하고 바로 영업소를 폐쇄하는 경우(먹는물관리법 제38조제3항, 사행행위등규제및처벌특례법 제24조제3항, 식품위생법 제62조제3항 등)에 있어서의 폐쇄조치는 영업

39) 金南辰, 앞의 論文, 30~31면; 同人, 『行政法の 基本問題』, 348면.

정지나 영업소의 폐쇄라는 구체적 의무를 부과하는 하명의 행정행위가 있었기 때문에 이를 직접강제에 해당한다고 할 수 있는가 하는 점이다.

주지하는 바와 같이 즉시강제의 이론적 근거는 독일의 경우 국가의 일반긴급권(allgemeines Notrecht)에서 구하고 있다. 즉, 국가는 공공의 안녕질서를 유지하여야 할 자연법적 의무와 권리를 가지고 있으므로 공공의 안녕질서에 급박한 위해가 존재하는 경우에는 마치 자연법적인 자기보전의 원리에 의하여 정당방위나 긴급피난이 인정되는 것과 같이 공공의 안녕과 질서를 유지하기 위한 긴급권이 국가에 인정된다는 것이다. 이에 대하여 영미에서는 행정상의 즉시강제에 해당하는 약식집행(summary execution, summary proceeding)의 근거를 보통법상의 불법방해(nuisance) 및 자력제거(abatement)의 법리에서 구하고 있다. 즉, 사적 불법방해(private nuisance)로 인하여 권익을 침해당한 자에 대하여는 그 침해가 급박한 경우에 보통법상의 구제방법으로서 자력제거가 인정되는 것과 같이 공적 불법방해(public or common nuisance)가 존재하는 때에 공공의 안녕질서에 대한 급박한 장애를 제거하기 위하여 필요한 경우에는 행정청에 대하여도 자력제거로서의 약식집행을 인정하지 않을 수 없다는 것이다.<sup>40)</sup>

이와 같이 즉시강제라는 행정작용은 위의 이론적인 배경 내지 근거에서 보는 바와 같이 대륙법계나 영미법계를 불문하고 대상이 되는 의무의 존부 내지 대상 의무의 성질(추상성·구체성)에 관계없이 행정장애의 제거를 위한 긴급성에 의하여 정당화된다. 이러한 점에서 행정행위에 의하여 구체적 의무를 명한 후에도 위험이 절박하여 강제집행절차 가운데 전부 또는 일부를 생략하고 즉시 집행하여야 할 긴급성도 충분히 상정해 볼 수 있는 것이며, 이와 같이 집행의 긴급성으로 인하여 집행절차의 전부 또는 일부를 생략하고 즉시 강제집행하는 것 역시 즉시 강제를 인정하는 취지에 비추어 즉시강제의 한 유형으로 인정되어야 할 것이다.

따라서 직접강제와 즉시강제의 구별의 기준은 의무의 구체성여부뿐만 아니라 집행의 긴급성 역시 구별의 징표가 된다고 할 것이다. 즉, 직접강제는 구체적인 의무를 전제로 하여 법률이 정하는 강제집행절차에 따라 단계적으로 시행되는

---

40) 물론 이론상의 근거와 실정법적인 근거의 문제는 별개의 문제로서 오늘날과 같이 법치국가 원칙이 전면적으로 관철되는 이상 즉시강제가 실정법적인 근거에 의하여 뒷받침되어야 한다는 것은 당연한 것이다.

강제집행인데 대하여, 즉시강제는 의무가 전제되지 않는 경우(성질상 의무를 명하는 것으로는 목적을 달성할 수 없는 경우를 포함하여)뿐만 아니라 의무가 존재하는 경우에도 그것이 행정행위에 의한 구체적인 의무이든 법률에 의한 추상적인 의무이든 행정상 필요한 상태를 실현하기 위하여 강제집행절차의 전부 또는 일부를 생략하고 의무의 이행이 있는 것과 같은 행정상 필요한 상태를 즉시 실현하는 것에서 구별되어야 할 것으로 본다.

이와 같이 구별할 경우 즉시강제의 유형은 의무를 전제하지 않거나 추상적인 의무를 전제로 하여 즉시 시행하는 것과 구체적인 의무를 전제로 하여 강제집행절차의 일부 또는 전부를 생략하고 즉시 시행되는 것의 두 가지 유형으로 구별하여 볼 수 있는 바, 행정대집행법이 정하고 있는 약식의 대집행은 후자의 즉시강제의 유형에 해당하게 된다.<sup>41)</sup>

이와 같이 기존의 즉시강제의 범주를 확대하여 즉시강제론을 재구성하는 실익은 향후 일반법인 행정집행법의 제정시 강제집행수단을 체계화함에 있어 긴급조치로서 즉시강제의 수단이 필요하기 때문이다. 즉, 이 경우 즉시강제는 긴급조치로서의 의무이행확고수단으로 기능하게 되며, 즉시강제의 수단은 대집행적 즉시강제와 직접강제적 즉시강제가 있을 수 있는 것이다.

### 3. 直接强制의 手段上 問題點

#### (1) 手段의 選擇과 관련한 問題點

직접강제는 과거 일제하에서는 行政執行令에 의하여 일반적으로 인정되었으나 오늘날에 있어서는 일반적 강제집행수단으로는 인정되지 않고, 방어해면법 제7조, 군사시설보호법 제6조, 출입국관리법 제68조 등 극히 일부의 개별법에서만 예외적으로만 채택되고 있다는 것은 앞에서 설명한 바와 같다.

이와 같이 직접강제를 극히 예외적으로만 인정하고 있는 이유에 대하여는 직접강제는 개인의 신체 또는 재산에 직접 실력을 가하여 행정상 의무를 실현시키

---

41) 金南辰 教授는 독일의 용어례에 따라 첫번째의 유형을 廣義의 即時强制로서 直接施行이라고 하고, 두번째의 유형을 狹義의 即時强制로서 即時執行이라고 한다(金南辰, 『行政法 I』, 460면).

는 것이라는 점에서 그것은 매우 실효적인 것이기는 하나 동시에 개인의 자유와 권리의 침해적 성격이 매우 강한 것이기 때문에 현행 헌법하에서는 그것을 일반적으로 인정하는 것은 국민의 신체의 자유 및 재산권의 보장 등과 관련하여 문제가 있는 것으로 설명되고 있다.<sup>42)</sup> 이러한 사고에 의하여 현행법은 의무의 성질상 직접강제가 보다 적절한 수단임에도 불구하고 많은 경우 행정벌을 규정하여 간접적으로 의무이행을 확보하도록 함으로써 의무이행확보의 실효성을 저하시키기도 하고,<sup>43)</sup> 더러는 인허가의 거부나 수도 또는 전기의 공급거부 등의 수단을 사용하여 의무이행을 확보하고 있다(대기환경보전법 제52조, 수질환경보전법 제53조, 공업배치및공장설립에관한법률 제27조제1항 등). 그러나 이러한 수단은 정상적인 의무이행확보수단이라고 할 수 없으며, 어디까지나 일종의 편법적이고 간접적인 수단이기 때문에 그 실효성의 면에서도 문제가 있을 뿐만 아니라 또한 의무위반자인 국민에게도 직접강제의 비하여 반드시 유리한 것이라고는 할 수 없다.<sup>44)</sup> 또한 토지의 인도를 거부하고 신체로 저항하는 자에 대하여 경찰관직무집행법에 의하여 즉시강제를 행하는 등 대집행과 즉시강제의 명목으로 실질적으로 직접강제와 같은 강제집행을 하는 경우가 많은 바, 인권의 존중이라는 원칙에서 직접강제의 제도화에 소극적인 입법태도가 현재는 오히려 법치주의의 원칙에 반하는 사태를 발생시키고 있다.

한편, 직접강제에 대한 이러한 입법태도는 행정의 상대방인 개인의 보호에만 관심을 기울였으며, 직접강제에 의하여 확보되는 일반공중의 이익이나 사회질서에 대해서는 등한시하였다는 비판을 면할 수 없을 것이다. 이러한 점에서 강제에 의하여 실현되어야 할 법익과 강제에 대하여 수호되어야 할 법익을 비교형량하여 그 요건과 절차 및 수단 등을 명확히 규정하여 남용의 위험이 없도록 배려하면서 이를 인정하는 경우에는 직접강제의 수단이 반드시 가혹하여 인권을 침해

42) 朴鈞旻, “行政法上の義務履行確保手段에 관한 研究”(高麗大 博士學位論文, 1984), 82면 이하; 金東熙, 행정법 I, 335면.

43) 行政刑罰의 過剩化의 문제점에 대해서는 韓國法制研究院, 『過怠料制度의 現況과 改善方案』(1994), 158면 이하.

44) 특히 서비스의 공급거부는 최근 새로운 행정상 의무이행확보방법으로 부각되고 있으나, 생존배려행정, 복리행정을 추구하는 현대행정법의 이념에 비추어 그 정당성이 문제되지 않을 수 없으며, 특히 법치행정의 원리로부터 도출되는 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙과 관련하여 위헌성여부가 문제될 수 있다.

하는 것이라고는 할 수 없을 것이다.

최근에는 이러한 인식이 점차 보편화되면서 우리나라에 있어서도 직접강제를 규정하는 법률이 점점 많아지는 추세에 있는 바, 의무이행확보수단의 개선작업의 일환으로 안전관리분야, 식품제조분야, 의약품제조분야, 환경보전분야 기타 사회질서와 관련된 분야에서 직접강제를 도입하여 대처하기로 입법방침을 정하였다고 한다.<sup>45)</sup>

## (2) 手段의 類型化

직접강제를 함에 있어서 어떠한 수단을 사용할 것인가 하는 문제는 직접강제의 원인이 된 행정의무불이행의 형태에 따라 다양하게 나타날 수 있다. 현행법상 직접강제의 수단으로 인정되고 있는 중요한 것으로는 봉쇄·폐쇄·장애물의 제거·봉인·강제퇴거·압류·폐기·수거·소각·몰수·영치·무기사용·유치·체포·강제수용 등이 있다.

이러한 직접강제의 구체적 수단은 일반적인 원칙없이 개별법에 그때 그때의 필요에 따라 도입되고 있는 바, 이러한 구체적인 직접강제수단에 대하여 사용할 수 있는 수단의 종류를 유형화하여 이를 일반법에 특정하고 그 각각의 수단이 사용될 수 있는 요건을 명시하는 것이 인권보장적 측면에서 보다 바람직하다고 본다. 예컨대, 독일의 “연방공무원에의한공권력행사에있어서의직접강제에관한법률”에 의하면 무기사용이나 폭발물의 사용의 경우에 대하여 그 요건을 엄격하게 법으로 정하고 있다.

## 4. 直接强制의 節次上 問題點

직접강제는 직접적으로 의무자의 신체나 재산 또는 양자에 실력을 가하여 의무의 이행이 있었던 것과 동일한 상태를 실현하는 작용으로 현행 강제집행수단 중에서 가장 강력한 수단이기 때문에 국민의 기본권을 침해할 가능성이 매우 높다. 따라서 그 절차를 정비하여 권리침해가 없도록 충분한 사전절차를 마련하는 것이 매우 중요하다.

---

45) 1984년 10월 16일 法制處對國會業務現況, 17면 참고.

그러나 직접강제의 현황에서 살펴 보았듯이 직접강제에 대한 일반적인 절차 규정은 찾아볼 수 없으며 직접강제를 규정하고 있는 개별법률상의 절차적 규정도 매우 미흡하다. 즉, 직접강제를 규정하면서 아무런 절차적 규정을 두고 있지 않는 법률이 상당수 있으며, 절차를 두는 경우에도 단순히 서면에 의한 사전통지와 권한을 나타내는 증표의 휴대와 제시만을 규정하는 것이 고작이다. 이는 직접강제가 국민의 기본권을 과도하게 침해하기 때문에 일반적인 강제집행의 방법으로는 인정하지 않고 개별적으로 판단하여 반드시 필요한 분야에서 예외적으로만 인정한다고 하는 입법방침과도 모순되는 것은 아닌가 생각된다. 즉, 직접강제가 국민의 기본권을 과도하게 침해하는 것이라면 기본권침해의 최소화를 위하여 보다 철저하고 자세한 집행절차와 수단을 규정하여야 함에도 불구하고 대집행에서 일반적으로 인정되는 계고절차나 대집행영장에 의한 통지 등을 전혀 규정하지 않은 것은 이해할 수 없는 것이다.

직접강제에 있어서의 집행절차는 국민의 권리보호를 위한 절차로서도 중요한 뿐만 아니라 행정의 능률화에도 크게 기여를 한다. 즉, 계고절차를 거쳐 의무이행에 필요한 상당한 이행기간을 줌으로써 가능한한 의무불이행자가 직접 의무를 이행하도록 촉구함으로써 행정력의 낭비를 막을 수 있을 뿐만 아니라 집행절차에서 의무불이행자에게 의견진술의 기회를 부여함으로써 의무불이행자가 스스로 자신의 의무불이행이 위법임을 인식함으로써 직접강제의 집행과정에서 물리적 충돌의 발생을 상당부분 해소할 수 있을 것이다. 따라서 직접강제에 있어서는 무엇보다 불비된 집행절차를 정비하여 국민의 부당한 권리침해가 없도록 충분한 사전조치를 시급하게 마련하는 것이 요청된다고 하겠다.

## 5. 直接強制에 있어서의 費用徵收問題

직접강제를 규정하고 있는 개별법률에 의하면, 직접강제의 실행에 소요되는 비용을 누가 부담할 것인가에 대하여 명시적으로 규정한 예는 찾아보기 힘들다. 그러나 강제집행의 실행에 따른 비용의 문제는 현실적으로 매우 중요하고 분쟁의 가능성이 있으므로 이에 대하여 법적으로 명시적인 규정을 두는 것이 바람직하다.<sup>46)</sup> 일반적으로 대집행의 비용은 의무자가 부담하나, 직접강제의 경우에는

46) 우리나라의 경우 이에 대한 논의 또한 거의 찾아볼 수 없으나, 독일의 경우에는 주로 경찰

그 비용을 행정청이 부담하는 것이 원칙이라고 설명하고 있다.<sup>47)</sup> 그러나, 직접강제가 대집행과 마찬가지로 행정상의 의무불이행에 대한 행정청 스스로에 의한 집행이므로 대집행과 달리 집행비용을 행정청이 부담할 논리필연적인 이유는 없다.<sup>48)</sup> 따라서 직접강제의 경우에 대한 비용징수에 대하여도 대집행의 경우처럼 법상 명문화하는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

## 6. 直接强制의 限界로서의 最後手段性에 대한 明確化

직접강제의 경우 국민의 신체에 대하여 직접 실력을 행사하여 행정의무의 이행을 확보하는 것이므로 이러한 수단을 사용하는 요건을 다른 강제집행수단에 비하여 강화시키는 것이 필요하다. 즉, 직접강제를 행사하는 것은 다른 수단에 의하여 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 행사할 수 있도록 직접강제제도의 “최후수단성(ultima ratio)”을 강조하여야 할 것이다. 그러나 이에 대한 일반적인 규정은 없으며, 개별법에서 부분적으로 이러한 최후수단성을 명시하고 있는 실정이다.

## Ⅲ. 履行强制金(執行罰)制度의 問題點

### 1. 序說

현재 집행벌제도는 건축법상 이행강제금제도 등 극히 드물게 개별법에 의하여 규율하고 있으며 이에 대한 일반적인 입법은 없는 상태이다. 이는 전술하였듯이 행정상의 강제수단으로서의 효용성이 다른 강제수단에 비하여 적다는 이유에서 종래의 행정집행령에서 인정되었던 것이 폐지된 것에 연유한다. 즉, 집행벌제

---

에 의한 직접강제와 관련하여 많은 논의가 진행되고 있다. 이에 대하여 자세한 내용은 Erdmann, Die Kostentragung bei Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs, 1987, S. 1ff.

47) Erdmann, a.a.O., S. 9 ff.

48) 특히 대집행 중 자주집행은 직접강제적 성격을 지니나, 이에 의한 비용도 의무자가 부담하고 있는 예를 보면 더욱 명확해 진다.



도를 폐지하고 그 대신에 행정벌을 과함에 의하여 동 목적은 달성될 수 있다는 판단에 기인하고 있다. 그러나 집행벌제도는 행정벌제도와는 그 목적을 달리 하고 있으므로 양자를 병과할 수도 있다는 점에서 집행벌제도는 나름대로의 존재의의를 가진다. 그리고 드물기는 하지만 현재 인정되고 있는 집행벌(이행강제금)제도는 그 요건이나 절차에 대하여 건축법상의 이행강제금제도 이외에는 별 다른 규정을 두고 있지 않은 실정인 바, 이에 관하여 일반법에서 그 요건이나 절차에 관하여 명시적인 규정을 둬으로써 집행벌제도가 지니는 존재의의를 명확히 하고 그 활용도도 높일 수 있을 것이다. 이하에서 이러한 집행벌제도와 관련된 몇 가지 문제점에 대하여 살펴 보기로 한다.

## 2. 表現上의 問題點

일반적으로 행정상 강제집행수단의 일종으로 설명되는 집행벌은 구 행정집행령에서 이러한 용어가 사용된 이래 일반화된 표현으로 사용되고 있다. 그러나 현행법상 이러한 집행벌제도는 모두 이행강제금이라는 수단으로 행사되고 있다. 즉, 이러한 강제수단은 과거의 의무위반행위에 대한 제재라는 성질을 가진 고유한 의미에 있어서의 벌(Strafe)은 아니기 때문에 『Strafe』라는 용어를 피하는 것이 좋다는 의견<sup>49)</sup>에 따라 프로이센경찰행정법은 강제금(Zwangsgeld)이라는 용어를 사용하여 이것이 고유한 의미에 있어서의 벌과는 그 성질을 달리하는 순수한 강제수단이라는 것을 명확히 하였으며, 프로이센경찰법이 강제금이라는 용어를 사용한 이후부터 『강제금』의 용어가 일반적으로 정착되게 되었다.

그럼에도 불구하고 우리나라에서는 여전히 집행벌이라는 용어가 널리 사용되고 있는 바,<sup>50)</sup> 이는 최근까지 이러한 형식의 강제집행수단이 없었을 뿐만 아니라 일본의 舊行政執行法 및 舊行政執行令(1914년 제령 제23호)하에서의 용어를 그

49) Oehler-Albrecht, prluß isches Allgemeines Polizeirecht, 1930, S.63.

50) 金道稔, 『一般行政法論(上)』, 563면; 李尙圭, 『新行政法論(上)』, 540면; 卞在玉, 『行政法講義(1)』, 465면; 徐元宇, 『現代行政法論(上)』, 1988년, 580면; 朴銳炳, 『行政法講義(上)』, 586면; 金東熙, 『行政法(1)』, 334면; 姜求哲, 『行政法講義(1)』, 594면; 柳至泰, 『行政法新論』, 252면. 또한 執行罰과 強制金を 혼용하여 사용하기도 한다(金南辰, 『行政法(1)』, 442면; 石琮顯, 『一般行政法(上)』, 499면; 洪井善, 『行政法原論(上)』, 429면; 洪準亨, 『行政法總論』, 537면.

대로 답습한 결과인 것으로 보인다. 그러나 1991년 건축법에서 『이행강제금』을 도입한 이래 종전의 집행벌을 도입한 모든 법률에서 이행강제금이라는 용어를 일반적으로 사용하고 있다. 따라서 그 성질에 있어 혼란을 야기할 수 있는 집행벌이라는 용어보다는 실정법상의 제도인 『履行強制金』이라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다고 본다.

### 3. 對象義務와 관련한 問題點

우리나라의 경우 부작위의무나 비대체적인 작위의무의 이행강제에 대해서만 부과할 수 있는 것으로 이해되고 있지만 독일의 경우처럼 대체적 작위의무의 경우에도 이행강제금을 인정할 수 있지 않은가 하는 점이다.<sup>51)</sup> 예컨대, 최근 문제가 되고 있는 공해규제를 위한 개선명령이나 시설의 이전명령 등에 있어서 이를 불이행한 경우에 이것이 대체적 작위의무인 경우에 대집행이 이론상 불가능한 것은 아니지만, 사업경영의 전문성, 자율성을 고려할 때 반드시 바람직한 수단이라 할 수 없고 오히려 이 경우에는 소기의 목적을 달성할 때까지 이행강제금을 가하는 것이 강제집행의 방법으로서 보다 효과적이라는 집행벌재평가론이 대두되고 있다.<sup>52)</sup>

종래의 학설에서 이행강제금의 부과가 대체적 작위의무에 대하여 인정되지 않는다고 파악한 것은 일본의 구행정집행법이나 구행정집행령 제5조제2호가 『강제될 행위로서 타인이 대신할 수 없을 때, 또는 부작위를 강제하고자 하는 경우에는 명령의 규정에 의하여 명령(조선총독)이 정하는 바에 따라 25엔(원)이하의 과료에 처한다』고 규정하여 부작위의무나 비대체적 작위의무에만 이행강제금을 부과할 수 있도록 규정하고 있었던 점을 무비판적으로 답습한 데에서 연유하는 것으로 보인다. 그러나 부작위의무나 비대체적 작위의무에만 이행강제금을 부과하는 것이 이행강제금제도의 본질에서 나타나는 논리필연적인 귀결은 아니다. 위에서 본 예의 경우처럼 대체적 작위의무의 불이행에 대하여도 이행강제금을 부과하는 것이 더 실효성을 확보하는 방법이 되는 경우도 있다. 또한 대집행에 다대한 비용이 드는 경우, 앞에서 본 고도의 전문기술을 요하는 대체적 작위

51) 이에 관하여는 김남진, “집행벌, 강제금, 이행강제금”, 『월간고시』 1993년 3월호, 17면 참조.

52) 서원우, “행정강제법리의 제문제”, 『고시계』, 1984년 8월호, 73면 참조.

의무나 토지나 물건의 인도·이전의무의 경우는 대집행에 의한 강제보다는 이행 강제금의 부과에 의한 강제가 보다 합리적이라고 할 것인 바, 이러한 경우에 이행 강제금제도의 유효성이 있는 것이다.

한편 현행법상으로도 건축법상의 이행강제금은 위법한 건축물의 건축·개축·증축 등에 대한 철거 등의 시정명령을 불이행한 대체적 작위의무에 대한 이행 강제금의 수단을 규정하고 있는 것에 주의하여야 한다(동법 제83조).

#### 4. 手段選擇上의 問題點

독일의 경우에는 행정상의 강제집행에 대한 일반법이 제정되어 있어서 행정청이 개개의 경우에 행정행위에 대한 복종을 강제금의 계고에 의하여 담보할 것인지의 여부를 재량에 의하여 결정한다. 즉, 행정집행법은 행정청에 대하여 행정행위의 집행을 위하여 강제금을 계고·부과할 권한을 일반적으로 수권하고 있을 뿐이다. 다만 대체적 작위의무에 대해서는 독일의 행정집행법은 『의무자가 대집행비용을 부담할 자력이 없거나 대집행이 곤란한 경우에』 강제금에 의한 강제가 행해질 수 있도록 규정하고 있는 바, 강제금이 대집행에 대한 보충적 제2차적 강제수단으로 의미를 가진다.

그러나 우리나라의 이행강제금을 부과하고 있는 법률을 보면 이행강제금에 의한 강제집행이 다른 강제집행수단에 대한 1차적 수단으로 규정하고 있다. 즉, 이행강제금을 규정하는 모든 법률이 『……하는 경우에는 이행강제금을 부과한다』고 규정하여 이행강제금의 부과대상이 되는 일정한 의무불이행사실이 있는 경우에는 행정청은 기속적으로 이행강제금을 부과하여야 하는 것이다. 그러나 이러한 입법형식이 과연 타당한 것인지에 대해서는 의문의 여지가 있다. 왜냐하면 대체적 작위의무에 대하여 이행강제금을 규정하고 있는 건축법의 경우 사정에 따라서는 대집행이 보다 합리적이고 유효한 강제집행수단이 될 수도 있고, 이행강제금이 보다 합리적이고 유효한 강제집행수단이 될 수 있는 것이다. 따라서 이러한 경우에는 행정청에 강제집행수단의 선택에 재량을 인정하여 행정청이 가장 바람직하고 합리적이라고 생각되는 강제집행수단을 자유롭게 선택할 수 있도록 규정하는 것이 바람직할 것으로 본다.

그리고 이행강제금의 대체수단으로서 독일의 경우처럼 대체구류의 수단을 사용할 수 있지 않은가 하는 점이 검토되어야 할 것이다. 이러한 수단은 이행강제

금의 실효성을 확보할 수 있다는 점에서 긍정될 수 있으나, 개인의 자유박탈의 허용은 법관만이 결정할 수 있다는 헌법적 관념에 반할 수 있으므로 이에 대한 결정권은 법원이 가지도록 함에 의하여 이러한 문제점은 해소할 수 있다고 본다. 이러한 대체구류제도는 과거의 비행에 대한 반작용이 아니라 미래의 행위를 강제하기 위한 수단이라는 점에서 벌이 아니라 복종의 확보수단이며, 동시에 그것이 독자적인 강제수단이 아니라 강제금이 징수될 수 없는 경우에 과할 수 있는 부차적인 수단인 점에서 도입에 따른 법리적 문제점은 없다고 할 것이다.

## 5. 履行強制金の 限度額 및 算定基準과 관련된 問題點

이행강제금이 실효성을 가지기 위해서는 적정한 금액일 것이 요구된다. 즉, 이행강제금은 의무를 불이행한 자에게 심리적 압박에 의해 본인 스스로가 의무를 이행하도록 하는 제도인 바, 이행강제금의 금액이 적정하다고 하기 위해서는 부과된 이행강제금을 비용에 산입하여 조업·영업 등을 계속하는 것을 단념하도록 할 수 있을 정도로 심리적 압박에 의하여 의무를 이행하도록 할 정도의 금액일 필요가 있다.<sup>53)</sup> 그리고 이 경우 유사한 의무불이행에 대한 이행강제금액의 한도에 있어 헌법상의 원칙인 비례의 원칙이 적용되어야 할 것이다.

이에 대하여 독일의 행정집행법은 『강제금의 한도는 최소 3마르크에서 최고 200마르크로 한다』(동법 제11조제3항)고 규정하여 그 한도액을 규정하고, 그 구체적인 부과금액은 의무자의 재산상태, 의무위반자의 악의, 반항의 강도 등을 고려하여 행정편의에 따라 행정청이 재량권을 가진다.

그러나 우리나라의 이행강제금을 규정하고 있는 법률은 이행강제금의 구체적인 부과금액에 대하여 행정청의 재량을 인정하지 않는 법률(건축법·농지법·부동산실권리자명의등기에관한법률상의 이행강제금)과 구체적 사정에 따라 행정청이 量定할 수 있도록 규정하고 있는 법률(대덕연구단지관리법상의 이행강제금)이 혼재한다. 전자의 경우에는 이행강제금의 한도액이 곧 이행강제금의 실질

53) 이행강제금액의 한도를 정함에 있어 벌금과의 균형이 유지되어야 한다는 견해가 있다(阿部泰隆, “義務違反防止のための金錢の賦課”. 『行政法を學ぶ1』, 228면; 廣岡隆, 앞의 책, 62면). 그러나 앞에서 본 바와 같이 벌금과 이행강제금제도는 그 성질을 달리하는 것이므로 목적을 달리하는 제도간에 부과금액의 유지는 문제되지 않는다고 생각된다.

적인 부과금액이 된다.

생각컨대, 이행강제금의 부과에 있어 행정청의 재량을 전혀 인정하지 않는 것은 문제가 있다고 본다. 현행법과 같이 이행강제금의 산정기준을 정형화하는 것은 일선공무원에게 집행상의 부담을 경감하고 의무불이행자에게 예측가능성을 부여한다는 점에서는 장점이 있지만 구체적인 경우에 있어 실질적인 정의의 관점에서 형평성과 공정성을 기하는데 문제가 있을 것으로 보인다. 예컨대, 동일한 의무불이행이라고 하더라도 대형건축물과 소형건축물, 대기업과 중소기업간에 의무이행을 촉구함에 상당한 금액의 차이가 있을 수 밖에 없는 것이다. 따라서 의무불이행자의 재정부담능력, 사업규모, 사업지역의 특수성, 불이행행위의 정도와 횟수, 불이행의 동기와 결과 등을 참작하여 이행강제금의 부과금액을 가감할 수 있도록 규정하거나 적어도 건축법과 같이 하위법령에 의무불이행의 유형을 구체화할 필요가 있을 것으로 본다. 현행법상 과징금이나 과태료 등의 경우는 대부분 여러가지 요소를 참작하여 부과금액을 가감할 수 있도록 하거나 의무위반행위의 유형을 구체화하고 있다는 것에 유의할 필요가 있다(개발이익환수에 관한법률시행령 제22조제3항, 건설공제조합법시행령 제15조제3항, 관광진흥법시행령 제42조제3항 등). 이와 같이 이행강제금의 부과에 대하여 행정청의 재량을 인정하는 방향으로 나아가게 될 경우 재량권의 남용을 방지하기 위한 적절한 절차가 특히 요구된다.

## 6. 賦課 및 徵收節次와 관련된 問題點

우선 이행강제금의 액수에 대한 확정에 있어서 독일의 행정집행법은 이행강제금의 금액을 계고시 확정하도록 규정하고 있는 데 대하여, 우리나라의 경우에는 이를 계고이후 실제 이행강제금을 부과납부고지시에 확정하도록 규정하고 있다. 생각컨대, 이행강제금의 산정에 있어 대덕연구단지관리법에 의한 이행강제금의 경우를 제외하고는 행정청의 재량이 인정되지 않기 때문에 당장은 큰 문제는 없으나 향후 이행강제금제도가 확대도입되고 이행강제금의 산정에 있어 행정청의 재량이 인정될 경우에는 이행강제금의 실효성을 확보하기 위해서는 계고시에 부과될 이행강제금의 금액을 확정하는 것이 보다 바람직할 것으로 보인다.

한편 부동산실권리자명의등기에관한법률은 계고 및 납부고지에 대하여 아무런 규정을 두지 않고 다만 과징금의 부과절차를 준용하도록 하고 있는 바, 동법

제5조는 위반사실이 확인된 후 지체없이 과징금을 부과하도록 규정하고 동법시행령은 위반사실이 확인된 후 1개월 이내에 과징금납부고지를 하고, 납부기한은 납부고지일로부터 3개월으로 규정하고 있다(동법시행령 제3조제2항). 따라서 부동산실권리자명의등기에관한법률은 이행강제금의 부과에 있어 별도의 계고절차를 두지 않고 있다. 이는 동일한 위반행위에 대하여 과징금을 1차로 부과하고 그럼에도 불구하고 등기를 하지 아니하는 경우에 2차적으로 과징금부과일로부터 1년이 경과하는 때 이행강제금을 부과하는 것이기 때문에 굳이 계고의 절차가 불필요하다고 판단한 것이 입법자의 의도라고 이해된다. 그러나 여기서의 과징금은 의무위반에 대한 제재로 과하여지는 것에 대하여 이행강제금은 의무위반상태가 계속됨으로써 당해 의무불이행을 강제하기 위한 수단이라는 점에서 그 법적 성질을 달리 할 뿐만 아니라 행정강제에 있어 계고는 상대방에게 예측가능성을 부여하여 스스로 의무를 이행하도록 촉구하는 의미를 가지는 것으로 강제집행에 있어 가장 중요한 절차로 이해되고 있다. 또한 이행강제금을 규정하는 다른 법률이 그 부과징수에 대해서 과태료의 부과절차를 준용하면서도 별도로 계고에 관한 규정을 두고 있는 이유도 여기에 있는 것이다. 따라서 동법이 계고를 규정하지 않은 것은 입법상의 과오라고 하지 않을 수 없다.

## 7. 不服節次와 관련한 問題點

현행법상 이행강제금의 부과에 대한 불복은 과태료의 부과에 대한 불복절차 유형과 과징금의 부과에 대한 불복절차유형이 있는 바, 과태료의 부과에 대한 불복절차유형은 다음과 같은 문제점을 야기한다.

이행강제금의 부과처분에 있어 계고는 이행강제금의 부과절차에 있어 필수적인 절차로서 단순한 통지의 사실행위가 아니라 행정행위의 성질을 가지며, 또한 이행강제금의 납부고지 역시 그에 의하여 이행강제금의 금액이 확정되고, 의무불이행자는 이행강제금의 납부의무가 발생하게 되는 하명적 행정행위에 속한다.<sup>54)</sup> 따라서 이행강제금의 부과처분은 전형적인 행정처분이라고 할 것이다.

이러한 점에서 이행강제금의 부과처분에 대한 불복을 비송사건절차법에 따라

54) 독일 행정집행법 제18조제1항은 계고가 독립하여 행정쟁송의 대상이 될 수 있다는 것을 규정하고 있다.

비송사건으로 처리하는 것은 법이론상으로 뿐만 아니라 현실적으로도 다음과 같은 문제점이 있다.

첫째, 행정청의 이행강제금의 부과처분은 그 성질이 행정처분에 해당한다. 따라서 행정청의 이행강제금의 부과처분에 대하여 당사자가 이의가 있는 경우에는 먼저 행정심판을 제기하도록 하고 이에 대해서도 불복하는 경우에는 행정소송으로 이어지게 하는 것이 법이론상의 정합성에 일치한다.

둘째, 비송사건절차법의 편의성 때문에 이행강제금의 부과처분에 대한 이의 절차를 비송사건절차법에 의하도록 하고 있는 것으로 설명하고 있으나,<sup>55)</sup> 행정사건의 경우 간이·신속한 행정구제제도로 행정심판제도가 있고 이는 오히려 비송사건절차법 보다 더 간이·신속할 뿐만 아니라 행정청이 자신의 잘못된 행정처분에 대하여 스스로 시정할 수 있는 기회를 가질 수 있기 때문에 전혀 무관한 제3의 기관인 법원이 관여하는 것보다는 국민의 행정에 대한 신뢰를 높일 수 있을 것이다. 그리고 행정심판의 이행강제금부과처분의 대한 재결에 대해서도 불복하는 자는 상당히 진지하게 자신의 진실을 밝히고자 하는 자로 이해할 수 있을 것인 바, 이 경우에는 비송사건절차법에 따라 항고하는 것보다는 정식으로 법원에 의하여 재판을 받도록 하는 것이 국민의 권리보호에 더욱 충실할 수 있으며, 1998년에는 행정전문법원인 행정법원이 출범하게 되기 때문에 사건의 연속성의 측면에서도 행정소송으로 이어지게 하여야 할 것이다.

#### IV. 行政上 强制徵收制度의 問題點

##### 1. 强制徵收의 對象인 金錢給付義務와 관련한 問題點

###### (1) 行政上 强制徵收할 수 있는 金錢債權의 確定的 必要性

국민의 행정에 대한 금전급부의무의 불이행에 대하여 이를 민사집행에 의하는 경우와 행정상 강제징수에 의하는 경우는 국민의 입장에서 상당한 차이가 있다. 즉, 민사상의 집행에 있어서는 債務名義를 요하지만 행정행위의 집행력은 즉시 발생하며(未確定即時執行), 또한 국민이 이에 대하여 불복하여 심사청구나

55) 鄭準鉉, “履行强制金”, 『法制』, 제344호(1991.7.20), 29면.

행정소송을 제기한 경우에도 원칙적으로 당해 처분의 집행에는 아무런 효력을 미치지 아니하기 때문에 집행정지결정이 없는 한 집행되게 된다(執行不停止原則, 國稅基本法 제57조, 地方稅法 제58조제10항, 行政訴訟法 제23조).<sup>56)</sup>

이와 같은 미확정즉시집행의 원칙이나 집행부정지원칙은 행정청의 입장에서는 행정운영의 부당한 정체를 방지하고, 행정상 업무를 신속하게 수행하여 공익을 실현할 수 있는 장점이 있지만 반면에 직접 당사자인 국민에게는 장래에 승소하더라도 이미 공매된 영업자산이나 가옥을 원상회복하는 것이 곤란한 것과 같이 권리구제를 불완전하게 한다.

또한 납부의 불이행에 따른 연체금 내지 지연이자와 관련해서도 민사법상의 금전급부의무이행의 지체에 대해서는 법률의 규정이나 당사자간의 특약이 없는 경우에는 연 5%의 지연이자를 부과한다는 일반적 규정이 있는 것(민법 제379조)에 대하여 행정법상의 금전급부의무의 불이행에 대한 연체금·가산금 내지 지연이자에 대한 일반적 규정을 두고 있는 법률은 없다. 따라서 행정법상의 금전급부의무의 지체 내지 불이행에 대한 가산금·연체금 등에 대해서는 각 개별법에 별도의 비율을 정하고 있는 경우가 대부분이며(산업재해보상보험법 제60조, 장애인고용촉진등에관한법률 제39조, 공중보건장학을위한특례법 제8조 등), 경우에 따라서는 이에 대하여 전혀 규정을 하지 않거나 국세징수법의 가산금이나 증가산금을 준용하도록 하는 법률(국유재산법 제25조, 먹는물관리법 제28조, 석탄산업법 제30조 등)이 있다. 그런데 문제는 『국세(지방세)징수의 예에 의한 강제징수』와 『국세(지방세)채납처분의 예에 의한 강제징수』의 준용의 범위의 상이로 인하여 채납처분의 예에 의한 강제징수는 개별법이 정하는 바에 따라 연체금·가산금 등을 부과징수하고, 만약 법률의 규정이 없는 경우에는 연체금이나 가산금 등을 부과할 수 없지만, 국세(지방세)의 징수에 의한 경우에는 가산금이나 연체금 등에 대한 규정이 없는 경우에도 국세(지방세)징수에 대한 일반적 규

---

56) 다만 예외적으로 국세기본법에 의한 이의신청·심사청구 또는 심판청구가 계류중에 있는 국세의 채납으로 인하여 압류된 재산에 대해서는 그 신청 또는 청구에 대한 결정이 확정되기 전까지는 이를 공매할 수 없으며(국세징수법 제61조제3항), 지방세의 채납으로 인하여 압류된 재산에 대해서는 이의신청 또는 심판청구의 결정이 있는 날로부터 30일까지는 공매처분을 보류할 수 있다(지방세법 제58조제10항, 동법시행령 제46조제4항). 그러나 법률은 이의신청·심사청구·심판청구에 있는 경우에 한하여 공매처분을 정지하도록 규정하고 있을 뿐이므로 행정소송으로 이행된 때에는 공매처분을 할 수 있음은 물론이다.



정이 준용되어 결국 국세징수법과 지방세징수법이 정하는 가산금과 증가산금에 대한 규정이 준용되게 된다. 그리고 가산금과 증가산금은 조세채무의 이행에 대한 간접강제의 효과를 가지는 것이기 때문에<sup>57)</sup> 그 이율이 민사법상의 법정이자에 비하여 상당히 고율이다.<sup>58)</sup> 따라서 국민의 입장에서는 금전급부의무의 이행의 지연에 따른 연체금과 관련해서도 민사집행에 의한 경우보다 행정상 강제징수에 의하는 것이 불리하다고 하지 않을 수 없다.

이와 같이 행정상 강제징수는 행정주체에게는 신속하게 금전채권을 확보할 수 있는 유리한 제도라고 할 수 있겠지만 국민의 입장에 있어서는 민사집행에 비하여 상당히 불리한 제도라고 하지 않을 수 없는 바, 행정상 강제징수할 수 있는 금전급부의무의 대상을 확정하는 것은 상당히 중요한 의미를 가지게 된다.

## (2) 現行法の 態度

행정상 강제징수할 수 있는 것은 행정상 강제징수의 의의에서 본 바와 같이 행정법상의 금전채권이다. 따라서 행정상의 금전급부의무를 행정상 강제징수할 것인가 아니면 민사집행할 것인가는 기본적으로 당해 금전급부의무가 행정법상의 법률관계에 의하여 발생한 것인가의 여부에 의하여 판단되어야 한다. 따라서 행정법상의 법률관계는 행정상의 공법관계를 말하는 바, 공법상의 금전채권만이

57) 『국세징수법 제21조가 규정하는 가산금은 국세가 납부기한까지 납부되지 않는 경우, 미납분에 관한 지연이자의 의미로 부과되는 부대세의 일종으로서 과세권자의 가산금확정절차없이 국세를 납부기한까지 납부하지 아니하면 위 법규정에 의하여 당연히 발생하고 그 액수도 확정된다 할 것이고, 다만 그에 관한 징수절차를 개시하려면 독촉장에 의하여 그 납부를 독촉함으로써 가능한 것이고 그 가산금납부독촉이 부당하거나 그 절차에 하자가 있는 경우에는 그 징수절차에 대하여 취소소송에 의한 불복이 가능할 뿐이다』(대판 1990.5.8, 90 누 1168). 한편 가산금의 법적 성질에 대하여는 집행법적 성격을 가지는 것으로 보는 견해(李尙圭, 『新行政法論』, 523면)도 있다.

58) 가산금의 경우는 납부기한이 경과한 날로부터 체납된 국세(지방세)에 대하여 100분의 5에 상당하는 금액을 징수하며, 또한 체납된 국세를 납부하지 않을 때에는 납부기간이 경과한 날로부터 매 1월이 경과할 때마다 체납된 국세(지방세)의 1천의 12에 상당하는 가산금(증가산금)을 징수하는 것(국세징수법 제21조·제22조, 지방세법 제27조)에 대하여 민사집행의 경우에는 다른 법률의 규정이나 당사자의 특약이 없으면 년 5분의 법정이자에 가산되게 된다(민법 제379조).

행정상의 강제징수할 수 있다는 결론에 도달하게 되며, 이 문제는 결국 공사법의 구별이라는 실체법상의 문제로 귀착되게 된다.

그러나 행정상 강제징수를 규정하고 있는 현행법률을 보면 행정주체가 사경제의 주체로 등장하는 순수한 국고관계(국유재산법 제51조·지방재정법 제84조)인 사법관계에서 발생하는 금전채권에 대해서도 강제징수를 규정하고 있을 뿐만 아니라 동일하거나 유사한 법률관계에 의하여 발생하는 금전채권에 대하여 합리적인 근거도 없이 행정상 강제징수를 규정하고 있는 법률과 행정상 강제징수에 대해서 규정하고 있지 않는 법률이 혼재하고 있다. 예컨대, 동일한 국립대학의 학비 등의 보조금과 관련하여 경찰대학설치법상의 학비 및 수당은 국세채납처분의 예에 의하여 강제징수하는 것에 대하여(동법 제10조) 국립학교설치령에 의한 수업료나 학비의 보조에 대해서는 단지 징수할 수 있다고만 규정(동령 제16조의4·제38조)하여 민사상의 강제집행에 의하여 징수하도록 규정하고 있다. 또한 동일한 사회보장관계의 법률에서 전염병예방법상의 보상금(동법 제54조의3)·국민연금법상의 보험료(동법 제79조제3항)·선원보험법상의 보험료(동법 제14조제4항) 등에 대해서는 행정상 강제징수를 규정하고 있는 것에 대하여 생활보호법상의 보상비용(동법 제39조)·모자보건법상의 보조금(동법 제26조) 등에 대해서는 징수할 수 있다거나 징수에 대한 아무런 규정을 두지 않아 결국 민사집행에 의하여 징수하도록 하고 있는 것이다.

이러한 점에서 볼 때 현행법상 국민의 국가나 공공단체에 대한 어떠한 금전채권을 행정상 강제징수할 수 있는가의 문제는 공법과 사법의 구별의 문제와는 별개로 행정편의에 의하여 개별입법정책의 문제로 처리되고 있으며, 따라서 대등한 사법상의 관계라고 생각할 수 있는 분야에 있어서도 행정상 강제징수를 두고 있는 경우도 많다. 또한 지방자치법은 그 법률관계에 관계없이 『사용료·수수료 및 분담금은 지방세징수의 예에 의한다』(동법 제131조제2항)고 규정하여 지방자치단체의 사용료·수수료·분담금에 대한 일반규정을 두고 있다.

### (3) 새로운 基準의 確立

현행법률이 행정상 강제징수할 수 있는 금전급부의무를 공법과 사법의 구별이라는 실체법상의 문제와 관련시키지 않고 행정편의주의에 의하여 개별입법정책에 의하여 규정하고 있음은 위에서 본 바와 같다. 이는 기본적으로 행정상 강제징

수할 수 있는 금전급부의무에 대한 일반법적인 규정이 없기 때문에 발생하는 문제이기도 하나 우리나라의 행정법의 학설도 이러한 입법태도에 상당한 기여를 한 것으로 생각된다. 즉, 학설은 공법과 사법의 구별문제를 그 성질에 의하여 이론적인 타당한 기준을 설정하기 보다는 공법과 사법이 선험적인 이론에 의하여 구별하기는 어렵다는 이유로 실정법규가 행정상 강제집행 등의 특별한 규정을 두고 있는 때에는 이 규정들에 의하여 그 관계는 공법관계가 되는 것으로 본다.<sup>59)</sup>

그러나 실제적인 내용을 검토함도 없이 귀납적으로 법률이 행정상 강제징수를 규정하고 있는 때에는 그 관계를 공법관계로 파악하는 것은 당해 규정의 타당성이나 정당성에 대한 검토를 불가능하게 하는 법실증주의적 오류를 범하여 부당한 공권력의 우월성을 용인하는 결과를 초래하며, 국민으로 하여금 권리구제의 불완전성이나 연체금 등의 부당한 불이익을 감수하게 하고 있다.

생각컨대, 사법상의 국고작용에 대하여 예산회계법이나 국유재산법, 물품관리법 등과 같이 공정성담보의 견지에서 공법상의 일정한 규제와 제한을 가하고 있는 것은 사실이나 그렇다고 이로써 사법상의 국고작용이 공법적 성질을 띠게 되는 것이라고는 할 수 없다. 이것은 사법상의 행위에 관해서도 다양한 공법적 규제가 행하여지는 것(계약자유원칙의 수정)과 본질적으로 다를 것이 없기 때문이다. 따라서 실제법적인 내용이 사법관계인데 그로 인하여 발생하는 금전급부의무에 대하여 행정상 강제징수를 규정하는 규정이 있다고 하여 곧 그 관계가 공법관계로 전환될 수는 없는 것이다. 즉, 국유재산법이 잡종재산의 대부료 또는 사용료를 국세징수법의 체납처분의 예에 의하여 강제징수하도록 규정하고 있다

59) 판례 역시 이러한 입장에 있는 바, 『국가가 국민에게 공권력을 행사하는 것이 아닌 경제적 내용의 행위를 하더라도 그에 관하여 행정상의 강제징수에 관한 규정이 있으면 공법관계에 속한다』(대판 1964.9.8, 63 누 191)고 하며, 또한 『국유재산법 제51조제1항에 의한 국유재산의 무단점유자에 대한 변상금부과는 대부나 사용, 수입허가 등을 받은 경우에 납부하여야 할 대부료 또는 사용료 상당액 외에도 그 징벌적 의미에서 국가측이 일방적으로 그 2할 상당액을 추가하여 변상금을 징수하도록 규정하고 있으며 그 체납시에는 국세징수법에 의한 강제징수토록 하고 있는 점 등에 비추어 보면 그 부과처분은 관리청이 공권력을 가진 우월한 지위에서 행하는 것으로 행정처분이라 보아야 하고, 그 부과처분에 의한 변상금징수권은 공법상의 권리로서 사법상의 채권과는 그 성질을 달리한다고 보는 것이 당원의 판례로 하는 바이므로 원심이 민법상의 부당이득금의 범위에 관하여는 국유재산법 제51조제1항이 적용되지 않는다고 판단한 것도 정당하다』(대판 1992.4.14, 91 다 42197)고 하고 있다.

(동법 제25조·제51조)고 하여 그 대부관계나 사용관계가 공법관계로 되는 것은 아니다.

따라서 행정상 강제징수가 되는 금전급부의무는 본질적으로 행정법(공법)상의 금전급부의무이므로 현행 법률 가운데 국가 등 행정주체가 전적으로 사법상의 당사자로 볼 수 있는 관계에서 발생하는 금전채권(예컨대, 토지의 매각대금 등)에 대하여 행정상 강제징수를 규정하고 있는 법률은 부당하게 국민의 권익을 침해하는 것이며, 또한 행정상 강제징수는 공법상의 금전급부의무를 그 대상으로 한다는 개념정의와도 모순되는 것이므로 이를 정비하여 민사강제에 의하여 채권을 확보하는 방향으로 개선하여야 할 것으로 본다.

한편 공법상의 금전채권이라고 하여 이를 반드시 행정상 강제징수하는 것이 타당한가에 대해서도 검토할 필요성이 있다. 이 문제는 공법과 사법이 교차하는 행정사법관계에서 특히 문제될 수 있는 바, 현행 법률은 정책목적을 달성하기 위하여 용자·공영주택의 임대·우편이나 전신전화의 역무제공 등 행정사법관계에 발생하는 금전채권에 대해서도 대부분 행정상 강제징수를 규정하고 있다(별정우체국법 제30조제5항, 우편법 제24조, 한국방송공사법 제37조제3항, 주택건설촉진법 제40조, 수도법 제51조 등).

행정사법, 즉 행정주체의 행정사법적 활동이란 수도공급, 폐기물처리, 용자의 제공 등과 같이 주로 급부행정 및 경제유도행정의 분야에서 행정목적 수행하기 위하여 사법적 형식에 의하여 수행되는 행정활동으로서 일정한 공법적 규율을 받는 것을 말한다.<sup>60)</sup> 이것은 사회국가적 이념에 따라 현대행정의 기능이 확대됨으로써 초래된 행정의 행위형식의 다양화의 산물이라고 할 수 있는 것이다. 그러나 정의에서 보는 바와 같이 행정사법은 사법형식에 의하는 것이기는 하나 공행정임무를 수행하는 것이기 때문에 기본적으로 공법적 규율을 벗어날 수 없는 것이며, 따라서 일정한 공법적 구속을 받게 되는 바, 공법적 구속의 내용으로는 ①재산권의 보장·신뢰보호의 원칙·평등원칙·비례원칙 등과 같은 헌법적인

---

60) 일반적으로 사법적 형식에 의하여 행정과제의 직접적 수행을 행하는 활동으로 거론되고 있는 것은 ①교통 및 운수사업, 공급사업(전기·수도·가스), 제거사업(폐수·오물 등 쓰레기), 공영주택과 같은 공기업·공물에 의한 배려행정 ②자금지원에 의한 경제지도로서 행정처분에 의하여 의하지 아니한 용자·보조금·지불보증 및 ③유도행정분야에서 예컨대, 토지정책·경기대책·고용대책·수출진흥 등의 목적을 위하여 공공의 손이 직접(개입적 매수) 또는 간접(보상보험)으로 개입하는 경우 등이 있다(姜求哲, 앞의 책, 518면).

기속, ②공기업분야에서 의사표시에 대한 사법적 규정의 제한·수정, ③그 밖에 계약강제, 해약의 제한, 계속적 경영·급부의무, 계약내용의 법정 등과 같은 형태의 공법적 기속을 들 수 있다.<sup>61)</sup>

그러나 문제는 행정사법에 대한 이러한 공법적 제한은 『행정의 사법으로의 도피』를 방지하고자 하는 것에 일차적 목적이 있는 것이며, 따라서 이러한 공법적 규제는 특히 행정주체와의 관계에서 의미를 가지게 되는 것으로서 이것이 행정사법관계에서 발생하는 금전채권을 반드시 행정상 강제징수하여야 한다는 근거가 되는 것은 아니라고 본다. 즉, 행정사법은 법률관계의 내용이 공공의 이익과 밀접한 관련이 있기 때문에 공법적 규율이 가해지는 것이며, 그 본질은 기본적으로 사법관계라는 점에서 유의할 필요가 있을 것이다. 특히 이러한 점은 행정대집행법이 대집행의 요건으로 『심히 공익을 해할 것』(동법 제2조)을 요건으로 하고 있는 바, 행정상 금전급부의무는 대개의 경우 행정주체와 직접 상대방인 의무자와의 관계에서 문제될 뿐 직접 상대방 이외의 일반국민이 특정한 자의 행정법상의 금전급부의무의 불이행으로 인하여 불법건축물이나 유해한 의약품의 판매로 인하여 받는 것과 같은 불이익을 받는 등의 공익침해는 일반적으로 발생하지 않는다. 이러한 점에서 행정법상 금전급부의 불이행으로 인하여 공익을 침해하는 것은 다른 행정법상의 의무, 즉 대집행의 대상이 되는 행정법상의 의무나 직접강제의 대상이 되는 행정법상의 의무의 불이행에 의하여 공익을 침해하는 것 보다는 상당히 완화될 수 있을 것이다. 따라서 행정사법관계에서 발생하는 금전채권 중 국가나 공공단체에 있어 필수불가결한 재정을 신속하게 확보할 필요가 있는 등의 예외적인 경우(사회보험료 등)를 제외하고는 국민의 권익을 보다 두텁게 보호하기 위하여 행정상 강제징수하기 보다는 민사집행에 의하여 채권을 확보하는 것이 보다 타당할 것으로 생각된다.

한편 행정상의 강제징수가 언제나 행정측에게 신속하고 유리한 것이라고 일반화할 수는 없다고 본다. 현행 민사소송법은 채무자가 다름이 없을 것으로 예상되는 청구권에 대해서는 채권자로 하여금 통상의 판결절차보다 간이·신속·저렴하게 채무명의를 얻게 하는 支給命令制度(동법 제432조)를 두고 있다. 따라서 행정청은 이 간이한 청구수단인 지급명령제도를 활용함으로써 국민에 대한 행정법상의 금전채권을 상당부분 확보할 수 있을 것으로 보이는 바, 행정청은 이러한

61) 洪準亨, 앞의 책, 439면.

제도를 적절하게 활용함으로써 행정상 강제징수에 따른 행정력의 낭비를 보전할 수 있을 뿐만 아니라 국민간의 불필요한 충돌을 상당부분 해소할 수 있을 것으로 보인다.

이러한 점을 종합하여 볼 때 공익을 위하여 공금이 투여되기는 하나 원칙적으로 對價主義에 입각하는 금전채권(수도요금, 전화요금, 전기·가스요금 등)이나 공물·영조물 등의 이용관계에서 발생하는 금전채권(공영주택임대료, 국공립학교의 수업료 등) 및 보조금·용자·지불보증 등의 자금지원행정관계에서 발생하는 금전채권 등에 대해서는 행정상 강제징수보다는 민사집행이 보다 타당한 영역으로 생각된다.

특히 이 문제와 관련하여 독일의 행정집행법은 공법상의 금전채권이라고 하더라도 당사자소송방식으로 행정법원에서 주장되거나 또는 행정소송방식과 다른 소송(방식)이 정하여져 있는 공법상 금전채권의 경우에는 민사상 강제집행을 하도록 규정하고 있는 바(동법 제1조), 좋은 입법참고자료가 될 수 있을 것으로 생각된다.<sup>62)</sup>

## 2. 國稅徵收法의 準用에 따른 問題點

### (1) 準用의 一般的 問題點

공법상의 금전납부의무에 대한 불이행이 있는 경우 이에 대한 강제징수에 대하여는 국세징수법이 일반법의 역할을 하고 있다. 즉, 공법상의 금전채권에 대하여는 그 구체적인 사항을 국세징수법을 준용하고 있다.

이러한 법률의 준용은 대부분의 경우에 있어서 입법자의 부담을 줄여주고 법의 통일성을 위하여도 기여한다. 그러나, 입법자의 부담은 줄어드나, 이러한 부담은 법을 집행하는 행정청에 이전된다. 이 경우 현실적으로 법을 준용하여 집행하는 자는 대부분의 경우 거의 중간직급의 공무원이거나 숙련이 덜 된 하위직 공

---

62) 독일행정집행법은 행정상 강제징수가 가능한 금전채권에 대하여 『①연방과 연방 직접의 공법상 법인의 공법상 채권은 이 법률의 규정에 따라 행정처분방식으로 집행된다. ②당사자소송방식으로 행정법원에서 주장되거나 또는 행정소송방식과 다른 소송(방식)이 정하여져 있는 공법상의 금전채권의 경우에는 그러하지 아니하다. ③공과금법, 실업보험을 포함한 사회보험법과 사법징수법의 규정은 그대로 적용된다』고 규정하고 있다(동법 제1조).

무원들이므로, 이들은 법을 집행함에 있어서 준용방법에 익숙하지 못하여 현실적인 어려움에 부딪힐 수 있다.

예컨대, 동산을 압류할 수 있는지 여부를 판단하기 위한 경우에, 담당공무원은 그 근거가 되는 개별법률에서 단지 “국세징수법 제00조를 준용한다”는 것만을 찾아볼 수 있다. 또한 그 조문을 보면, 다시 “민사소송법 제000조를 준용한다”고 되어 있고, 그 적용가능성이 긍정되는 경우에는 계속하여 민법 제000조가 충족되는지 여부를 판단하여야 하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에 담당공무원은 법률전문가가 아닌 이상 이러한 모든 법조문에 대한 이해가 곤란할 수 있으며, 따라서 법조문에서 입법자의 편의나 법의 통일성이라는 관점에서 준용규정을 지나치게 사용하는 경우 이러한 법의 집행자인 담당공무원이 구체적인 법 적용을 함에 있어서 현실적인 어려움을 야기시킬 수 있다.

또한 관계법률이 비록 국세징수법을 준용하도록 했더라도 관행적으로 그것이 준용규정의 제정시점의 법문을 의미하는지 아니면 그 조문의 현재시점에서의 법문을 의미하는지 여부에 관하여 어떠한 명시적인 표현을 앓고 있다는 문제가 또한 나타난다.

## (2) 國稅徵收法 準用의 具體的 問題點

행정법상 금전금부 의무의 강제징수를 규정하고 있는 개별법령은 그 표현에 있어서 통일되어 있지 못하고 다양하게 규정되어 있으나, 크게 『국세징수의 예에 의하는 것』, 『국세체납처분에 예의 의하는 것』, 『지방세징수의 예에 의하는 것』 및 『지방세체납처분의 예에 의하는 것』의 4가지로 유형화할 수 있다.

이러한 네 가지의 유형은 행정상 강제징수의 현황에서 살펴 보았듯이 그 각각의 표현방식에 따라 구체적으로 준용의 범위가 달라지므로 그 표현에 있어서 정확한 용어례를 사용하여야 한다. 그러나, 개별법에 규정되어 있는 표현방식을 살펴보면, 정확하게 어떤 원칙이나 기준에 의하여 준용의 방식을 채택한 것으로는 보이지 않는다. 따라서 행정상 강제징수에 있어서 준용방식을 개별법에서 채택함에 있어서 이러한 각각의 준용유형이 지니는 의미를 정확하게 인식하여 이에 따른 적합한 준용방식을 취하여야 할 것이다.





## 第5章

## 結 論



## 第5章 結 論

### - 行政執行法の 制定方向 -

## 第1節 行政執行法 制定의 必要性

### I. 序說

앞의 장에서 살펴 보았듯이 우리나라의 행정상 강제집행제도는 대집행의 경우에는 행정대집행법이, 행정상 강제징수에 관하여는 국세징수법이 일반법으로 규율하고 있으며, 직접강제에 관하여는 몇몇 개별법에서, 그리고 집행벌에 관하여는 건축법 등의 몇몇 법률에 이행강제금이 최근에 새로이 채택되고 있으나 이러한 모든 행정강제수단을 통일적이고 체계적인 일반법으로 규율하고 있지는 않다. 따라서 이러한 규율방식에 의할 경우 개별적인 행정상 강제집행제도 사이에 체계적 연관성이나 통일적인 법집행에 있어서 문제를 야기할 수 있다. 즉, 강제집행의 수단선택에 있어서 대집행의 대상이 되는 행정의무 불이행을 직접강제수단을 사용하거나 또는 그 반대의 경우 등이 나타날 수 있으며, 개별법상 강제수단을 규율하지 못하는 입법적 흠결을 야기하여 집행결여의 문제를 일으킬 수도 있다.

그리고 개별 행정상 강제집행제도에 있어서도 이를 규율하는 실정법규정이 문제점을 가지고 있거나 입법적 흠결이 있어서 복잡 다양한 행정현상에 효율적으로 대처하는 기능을 제대로 수행하지 못하는 경우도 있다. 또한 최근에 공급거부, 공표, 과징금 등 새로운 의무이행확보수단이 등장하고 있으나 이러한 새로운 의무이행확보수단에 대하여 전통적인 행정상 강제집행제도로는 적극적으로 대처할 수 없는 경우가 발생하고 있다.

따라서 이하에서는 행정상 강제집행에 대한 일반법이 필요한지 여부와 그 필요성이 인정되는 경우에 어떠한 범위내에서 이러한 일반법으로서의 행정집행법을 제정하여야 하는지에 대하여 살펴 보기로 한다.

## II. 行政執行法 制定의 必要性

현행의 행정상 강제집행제도는 전술하였듯이 모든 강제집행수단을 하나의 일반법으로 규율하는 자족적 완결구조를 취하지 않고 그 각각을 개별법으로 규율하는 방식을 취하고 있다. 그리고 직접강제나 집행벌(이행강제금)에 대하여는 인권보장이나 그 효율성 등을 고려하여 매우 제한적으로만 개별법에서 이를 인정하고 있다. 이러한 입법방식에 대하여는 부정적인 입장과 긍정적인 입장이 대립하고 있는 바, 이하에서 이에 대하여 살펴 보기로 한다.

### 1. 行政上 強制執行에 대한 一般法이 필요하다는 立場

이러한 입장에 의하면, 집행벌(이행강제금)과 직접강제제도를 일반적으로 배제하고, 다만 대집행과 강제징수만을 인정하는 현행제도처럼 행정상 강제집행제도를 약화시키는 것만이 국민의 권리보호에 이바지 하는 것은 아니며, 오히려 행정권의 변칙적인 발동을 초래할 수 있다는 것이다. 예컨대, 토지수용법상 토지 또는 가옥의 인도의무가 있는 자가 이를 이행하지 않은 경우에 이에 대한 강제수단이 없어서 변칙적으로 경찰관직무집행법 및 형법을 발동하여 해결하는 것 등 행정권의 변칙적 발동의 예는 무수히 많다. 따라서 행정상 강제집행제도를 독일식의 일반법제정방식에 의한 자족완결구조로 정비하여 행정 및 법의 실효성을 확보할 필요가 있으며, 이처럼 법에서 행정상 강제집행의 요건이나 절차를 구체적으로 정하는 것이 국민의 권리보호에도 오히려 도움이 된다는 것이다.<sup>1)</sup>

### 2. 行政上 強制執行에 대한 一般法이 필요없다는 立場

이러한 입장에 의하면, 직접강제나 집행벌 등을 일반법에 의하여 규율하는 것은 인권보장이나 효용성면에서 바람직하지 않지만, 이러한 제도를 개별법에 선별적으로 도입하는 것은 필요하다고 한다.<sup>2)</sup> 즉, 직접강제수단을 도입하더라도

1) 김남진, "법의 실효성확보방안", 『자치행정』, 1990.7, 14면 참조.

2) 박윤훈, "행정법상의 의무이행확보수단: 그 현상과 개선방향을 중심으로", 『고시계』, 1988. 4, 22면 이하 참조.

구행정집행령이나 독일의 행정집행법처럼 일반적 수단으로 도입하는 것은 바람직하지 못하며, 각 개별법에서 구체적으로 강제수단의 형태와 절차를 명시하여 채택하여야 한다는 것이다. 일반적 수단으로 도입하는 경우, 불필요한 경우까지 직접강제수단이 쓰여지거나 그 구체적 수단이 명시되어 있지 아니하므로 너무 가혹한 수단이 사용될 수 있어 문제가 있고, 어떤 경우에 어떤 형태의 직접강제수단이 발동될 것인지 불분명하므로 실효성이 감소될 위험이 있다는 것이다. 이 경우에 각 개별법에서 직접강제수단을 도입할 분야로는 식품 또는 첨가물의 제조업 등 식품제조분야, 의약품의 제조업 등 의약품제조분야, 가스사업 등 안전관리분야, 산업처리물폐기업 등 환경보전분야, 음반제조업 등 그밖의 사회질서와 관련있는 분야 등을 들고 있다.

### 3. 結語

행정상 강제집행에 대한 일반법이 필요한지 여부에 관하여는 위에서 살펴본 것처럼 각각 그 장단점이 있기 때문에 이러한 일반법을 둘 것인지는 입법정책적으로 판단할 사항이라고 할 수 있다. 그러나, 개별법에 의하여 규율할 경우에 첫째, 일반적인 행정집행의 요건을 결한 경우, 즉 행정강제의 일반적인 대상이 될 수 없는 사항에 대하여도 개별법으로 행정강제수단을 채택할 위험이 있다. 그러므로, 행정강제수단은 행정의무의 존재를 전제로 하고 이러한 의무에 대한 불이행에 대하여 그 의무이행을 확보하는 수단이므로 우선, 행정강제의 전제인 행정의무의 불이행이 있었는지 여부를 체계적으로 파악할 수 있는 일반적인 행정강제수단의 집행에 위한 요건을 규정하고, 이러한 요건이 충족되는 경우에 이에 대한 강제수단을 어떠한 것을 사용할 것인지를 순서적으로 정하는 입법방식이 바람직하다고 본다. 즉, 일반적인 집행의 전제를 충족시킬 수 있는 총칙적 사항, 예컨대, 행정강제집행의 주체, 대상인 행위, 집행의 요건, 절차 등에 관하여 규율하고 이러한 요건이 충족되는 경우 이를 위하여 그 집행수단을 어떠한 것을 사용할 것인지를 각론적으로 규율하는 입법방식이 바람직하다고 본다.

둘째, 개별법으로 정하는 방식을 취하는 경우에는 새로운 의무이행강제수단에 대하여 탄력적으로 대처하기 어려워 만일 개별법으로 이러한 수단을 규율하지 않는 경우에는 새로운 의무이행확보수단은 그 법률적합성을 확보하기 어려울 것이다.

셋째, 직접강제나 집행벌(이행강제금)의 경우에 구 행정집행령에는 포함되었으나, 이를 폐지하고 개별법으로 규율하는 방식을 취한 것은 그 실효성이나 헌법적합성의 면에서 타당치 않다는 판단에서 연유하고 있다. 즉, 집행벌은 강제수단으로서의 효용이 비교적 적고, 또 의무자의 신체·재산에 직접 실력을 가하는 직접강제는 기본권 보장을 중시하는 민주주의제도, 따라서 우리나라 헌법정신에 합당치 아니하다고 판단하였던 것이다. 그러나, 직접강제의 경우에 이를 개별법으로 규율하는 것 보다는 그 일반적인 요건과 절차, 효과, 구제수단 등에 관하여 일반적인 사항을 정하고, 이러한 일반적인 사항을 충족시키는 경우에 한하여 직접강제를 인정하는 것이 국민의 입장에서 예측가능성을 보다 담보할 수 있고, 행정의 입장에서도 폭넓게 이러한 수단을 활용할 수 있다고 본다. 그리고, 집행벌의 경우에도 그 실효성에 의문이 제기되어 채택되지 않았으나 최근 건축법 등에서 이행강제금제도를 채택함으로써 이 제도를 단편적으로 도입하고 있으나, 이 경우에도 직접강제의 경우와 마찬가지로 일반법에 그 일반적인 요건과 절차, 효과, 구제수단 등에 관하여 일반적인 사항을 정하고, 이러한 일반적인 사항을 충족시키는 경우에 집행벌로서의 이행강제금을 부과하는 것이 제도의 활용측면에서 보다 실용적이라고 볼 수 있다.

넷째, 각 개별법으로 규율하고 있는 현행 법제의 방식에 의할 경우 실제로 강제집행수단의 흠결로 강제집행을 구체적으로 실행함에 있어서 문제가 발생하는 경우가 있다. 이러한 문제도 일반법을 마련하여 행정상 강제집행제도의 자족적 완결성을 갖출 경우에 해결될 수 있다고 본다.

## 第2節 行政執行法の 制定方向

### I. 序說

행정상 강제집행에 대한 일반법제정의 필요성이 인정되는 경우에는 일반법의 규율방식을 어떠한 방식으로 하고 그 규율범위를 어느 정도까지 확정하여야 하는가의 문제가 발생한다. 이는 현행 행정강제제도에 대한 전면적 수정을 의미하므로 매우 조심스럽게 접근하여야 할 문제이다. 이 경우 그 입법방향은 크게 다음과 같은 몇 가지의 대안으로 나타날 수 있다.

첫째, 모든 행정상 강제집행의 수단을 하나의 일반법에 포함시키는 방안이다. 이 경우 현재 개별법에 산재되어 있는 모든 강제집행수단은 이에 흡수되어야 한다. 따라서 이러한 방식에 의할 때 행정대집행법과 국세징수법상의 강제집행에 관한 규정이 이에 거의 대부분 흡수될 것이며, 개별법에 의하여 규율되고 있는 직접강제와 이행강제금에 관한 내용도 거의 모두 이에 흡수될 것이다.

둘째, 행정대집행법을 근간으로 하여 행정상 강제집행에 관한 일반적인 사항을 총칙에 규정하고 대집행, 직접강제와 집행벌 및 강제징수 등 개별 강제수단에 대한 요건과 절차 등을 각론에 규율하는 방안이다. 이는 독일의 행정집행법과 유사한 모델이 될 것이다. 이 경우에 개별적인 행정의무불이행에 대하여 특히 이러한 일반법에 정한 내용과 다른 내용을 규정할 필요가 있는 경우에는 개별법으로 이를 규율할 수 있다.

셋째, 둘째의 방안 가운데 행정상 강제징수는 이에서 제외시키는 방안이다. 이하에서 이러한 세 가지 대안의 장단점을 분석하여 보기로 한다.

### II. 代案의 長短點

#### 1. 첫 번째 代案의 長短點

##### (1) 長點

모든 행정상 강제집행의 수단을 하나의 일반법에 포함시키는 방안의 장점은

첫째, 행정상 강제집행수단이 하나의 법률에 망라적으로 규율되기 때문에 법 적용자나 그 상대방이 쉽게 이해할 수 있다는 점이다.

둘째, 행정상 강제집행수단이 하나의 법률에 포함되므로 행정상 강제집행제도가 모순없이 체계적으로 구성될 수 있다.

셋째, 행정상 강제집행수단이 하나의 법률에 망라적으로 규율되기 때문에 강제수단에 있어서 입법적 흠결을 해소할 수 있다.

## (2) 短點

첫째, 현재 개별법에 산재되어 있는 강제집행수단에 대한 제·개정작업이 너무 방대하므로 구체적인 실무작업에 있어서 많은 어려움이 발생한다.

둘째, 행정상 강제징수에 대하여 준용되는 국세징수법의 내용이 거의 동일하게 규정되므로 이러한 영역에 있어서 입법의 중복이 초래될 수 있다.

셋째, 직접강제나 집행벌의 구체적 적용례를 일일이 하나의 법률에 포함시키는 것은 현실적으로 거의 불가능하다.

## 2. 두 번째 代案의 長短點

### (1) 長點

행정대집행법을 근간으로 하고, 직접강제와 집행벌 및 강제징수에 대한 일반적인 요건과 절차 등을 이에 포함시키는 방안의 장점은 첫째, 행정상 강제집행수단이 하나의 법률에 포함되므로 행정상 강제집행제도가 모순없이 체계적으로 구성될 수 있다.

둘째, 행정상 강제징수나 직접강제, 집행벌 등에 대하여 그 일반적인 요건과 절차 등만을 정하고 구체적인 적용례는 개별법으로 정하도록 하기 때문에 입법의 중복도 피할 수 있고 현실적으로 입법작업에 있어서도 크게 문제될 수 없다.

셋째, 행정상 강제집행수단이 하나의 법률에 포함됨으로써 법 적용자가 강제집행수단을 선택함에 있어서 비례의 원칙에 따른 가장 효율적인 수단을 채택할 수 있다.



## (2) 短點

첫째, 직접강제와 집행벌이 일반적으로 인정됨에 의하여 강제집행수단이 지나치게 강화될 우려가 있다.

둘째, 일반적인 사항만을 규율하므로써 법적용자에게 지나치게 재량이 부여되어 강제집행의 남용의 폐단이 우려될 수 있다.

## 3. 세 번째 代案의 長短點

두 번째의 방안 가운데 행정상 강제징수는 이에서 제외시키는 방안의 장단점은 두 번째 대안의 장단점이 그대로 해당된다. 다만, 이 대안의 경우 행정상 강제징수의 경우를 제외시키므로 입법작업이 보다 쉬워질 수 있다.

## Ⅲ. 結語

위에서 살펴 본 바와 같이 각 대안은 나름대로의 장단점을 지니고 있다. 그러나, 첫 번째 대안인 모든 행정상 강제집행의 수단을 하나의 일반법에 포함시키는 방안은 개별법에 산재되어 있는 강제집행수단에 대한 제·개정작업이 너무 방대하므로 구체적인 실무작업에 있어서 많은 어려움이 발생하고, 직접강제나 집행벌의 구체적 적용례를 일일이 하나의 법률에 포함시키는 것은 현실적으로도 거의 불가능하다. 또한 행정상 강제징수에 대하여 준용되는 국세징수법의 내용이 거의 동일하게 규정되므로 이러한 영역에 있어서 입법의 중복이 초래될 수도 있다. 따라서 첫 번째 대안의 경우 행정상 강제집행수단이 하나의 법률에 망라적으로 규율되기 때문에 법적용자나 그 상대방이 쉽게 이해할 수 있고, 행정상 강제집행수단이 하나의 법률에 포함되므로 행정상 강제집행제도가 모순없이 체계적으로 구성될 수 있다는 장점에도 불구하고 전술한 구체적인 실무작업의 어려움으로 인하여 현실적으로 이러한 방안에 의한 행정집행법의 제정은 힘들다고 본다.

그리고 행정대집행법을 근간으로 하고, 직접강제와 집행벌 및 강제징수에 대한 일반적인 요건과 절차 등을 이에 포함시키는 두 번째 방안은 직접강제와 집행

별이 일반적으로 인정됨에 의하여 강제집행수단이 강화되고 또한 일반적인 사항만을 규율하므로써 법적용자에게 지나치게 재량을 부여되어 강제집행의 남용의 폐단이 우려되나, 행정상 강제집행수단이 하나의 법률에 포함되므로 행정상 강제집행제도가 모순없이 체계적으로 구성될 수 있고 행정상 강제징수나 직접강제, 집행벌 등에 대하여 그 일반적인 요건과 절차 등만을 정하고 구체적인 적용례는 개별법으로 정하도록 하기 때문에 입법의 중복도 피할 수 있고 현실적으로 입법작업에 있어서도 크게 문제될 수 없다. 또한 행정상 강제집행수단이 하나의 법률에 포함됨으로써 법적용자가 강제집행수단을 선택함에 있어서 비례의 원칙에 따른 가장 효율적인 수단을 채택할 수 있는 장점도 있다.

그리고 두 번째 방안 중 행정상 강제징수의 경우를 제외시키는 세 번째 방안은 강제징수에 관한 일반적인 사항, 즉 강제징수의 대상이 되는 공과금의 종류와 이에 대한 일반적 절차가 제외되는 폐단이 있으므로 두 번째 대안보다는 바람직하지 않다.

따라서, 법체계적으로 또한 입법실무적으로 가장 현실적이라 할 수 있는 두 번째 대안, 즉 행정대집행법을 근간으로 하여 행정상 강제집행에 관한 일반적인 사항을 총칙에 규정하고 대집행, 직접강제와 집행벌 및 강제징수 등 개별 강제수단에 대한 요건과 절차 등을 각론에 규율하는 방식에 따라 행정집행법이 규율하여야 하는 구체적인 내용의 범위에 대하여 살펴 보기로 한다.

## 第3節 行政執行法の 具體的 內容

### I. 法制定의 基本方向

첫째, 일반법에는 행정상 강제집행에 대한 총칙적인 사항, 즉 강제집행의 일반적 요건 등이 규율되어야 한다.

둘째, 개별 강제수단과 이에 대한 구체적인 집행요건과 절차 등이 규율되어야 한다.

셋째, 개별법상의 강제수단과의 관계를 명확히 하여야 한다.

이러한 기본원칙에 따라 이하에서 행정상 강제집행에 관한 일반법으로서의 행정집행법이 어떻게 구성되어야 하고, 어떠한 내용이 포함되어야 하는지에 대하여 구체적으로 살펴 보기로 한다. 다만 아직까지 이에 대한 논의가 미미한 실정이므로 이하에서는 조문화된 구체적인 법안을 소개하기 보다는 그 전단계라 할 수 있는 행정집행법이 규율하여야 할 내용적 틀만을 언급하기로 한다.

### II. 具體的 內容

#### 1. 構成

행정집행법은 총칙, 개별 강제수단, 비용징수, 경과규정으로 크게 나누어 구성할 수 있다.

총칙에서는 행정상 강제집행의 일반적 요건에 대하여 규율한다.

개별 강제수단에서는 대집행, 직접강제, 집행벌, 강제징수에 대한 주체, 일반적 요건, 절차, 방법, 구제수단 등에 대하여 규율한다.

비용징수에서는 비용징수의 원칙, 절차, 비용의 금액범위 등에 대하여 규율한다.

경과규정에서는 개별법과의 관계에 대한 사항을 규율한다.

이러한 행정집행법의 구성을 주요내용을 중심으로 살펴 보면 다음과 같다.

● 총 칙

- 법의 목적
- 행정상 강제집행의 대상
- 행정상 강제집행의 요건
- 행정상 강제집행의 수단
- 행정상 강제집행의 한계(비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙)

● 개별 강제수단

○ 대집행

- 대집행의 주체
- 대집행의 대상
- 대집행의 요건
- 대집행의 절차
- 대집행의 실행
- 구제수단
- 기타 (하자의 승계 등)

○ 직접강제

- 직접강제의 요건과 한계
- 직접강제의 수단
- 직접강제의 절차
- 구제수단

○ 이행강제금

- 이행강제금의 부과요건
- 부과 및 징수절차
- 이행강제금의 한도액
- 이행강제금의 산정기준
- 구제수단

○ 강제징수

- 강제징수의 대상
- 강제징수의 상대방

- 강제징수절차

● 비용징수

- 원칙
- 대집행
- 직접강제
- 이행강제금
- 강제징수

● 부칙

- 타법과의 관계

## 2. 總則

총칙에서 특히 규율하여야 할 사항은 행정상 강제집행의 목적, 대상, 요건, 수단 등 행정상 강제집행에 대한 일반적 사항에 관한 것이다. 행정집행법에서는 독일의 경우와 마찬가지로 금전채권에 대한 집행과 작위, 수인, 부작위의 강제를 구분하여 이러한 양자의 각각에 대하여 규율하는 방식을 취하는 것이 바람직하다. 그러나 양자의 영역에 있어서의 집행을 위한 공통적인 요건이 존재하는 바, 이는 집행권원으로서의 행정행위의 존재이다. 이 경우에도 물론 몇 가지의 보충적인 요건을 필요로 하는 바 이에 대한 규율이 필요하다. 이하에서 이러한 행정집행법의 총칙에 포함되어야 할 내용에 대하여 구체적으로 살펴 보기로 한다.

### (1) 法の目的

행정집행법의 입법목적은 “행정상의 의무불이행에 대하여 행정청이 행정 스스로의 절차에 의하여 시민 또는 그밖의 권리주체의 공법상의 의무를 이 법에서 정하는 강제적인 방법으로 실행함으로써 행정의 효율적 수행을 도모하는 것”이다.

이러한 입법의 목적을 법상 명시함에 의하여 다음과 같은 몇 가지의 사항이 명확해질 수 있다.

첫째, '행정상의 의무불이행'만을 대상으로 하므로 행정상의 의무위반에 대한 경우에 대한 실효성확보의 문제는 여기에서 제외된다.

둘째, 행정청 스스로의 절차에 의하여 강제집행을 하도록 명시하므로써 법원의 판결을 통하여 강제집행할 수 있는 일반 민사상의 강제집행의 경우와 명확하게 구분된다.

셋째, 시민 또는 그밖의 권리주체의 '공법상의 의무'를 그 대상으로 하므로 행정청과 시민 또는 그밖의 권리주체와의 사법상의 의무에 대한 불이행에 대하여는 이 법이 적용되지 아니한다.

넷째, '이 법에서 정하는 강제적인 방법'에 의한 실행만을 대상으로 하므로 행정집행법에서 정하고 있는 방법 이외의 수단에 의한 강제집행이 허용되지 않게 된다.

## (2) 行政上 強制執行의 對象

행정상 강제집행은 작위의무, 부작위의무, 수인의무, 급부의무 등의 행정상 의무에 대한 불이행이 있는 경우에 행하여 진다. 즉, 행정상 강제집행의 대상은 행정행위, 그 중에서도 특히 "명령적 행정행위"에 대한 "의무불이행"을 대상으로 한다. 이하에서 이에 대하여 구체적으로 살펴 보기로 한다.

첫째, 명령적 행정행위, 즉 공과금납부결정, 경찰처분, 영업금지, 징집결정과 같이 명령이나 금지를 내용으로 하는 행정행위만이 집행의 대상이 될 수 있다. 확인적 및 형성적 행정행위는 법률상 당연히 실현되고 따라서 이미 그 속성상 집행의 대상이 될 수 없고 집행할 필요도 없는 행정행위이므로 규율대상에서 제외한다. 따라서 법상으로는 굳이 명령적 행정행위라는 표현을 사용할 필요가 없을 것이다.

둘째, 행정상 강제집행은 '행정행위'에 대한 의무불이행만을 그 대상으로 하는지 여부가 명시되어야 한다. 즉, 행정행위 이외의 그밖의 행위형식, 특히 공법상 계약에 대한 의무불이행에 대하여도 이를 행정상 강제집행의 대상으로 할 것인지 여부가 명확히 표현되어야 한다. 이에 대하여는 학설상으로도 법률의 근거<sup>3)</sup>

3) 공법상 계약에 대하여도 강제집행을 할 수 있다는 법률상의 근거로 보조금의예산및관리에관한법률 제33조를 들고 있으나, 이는 계약에 의하여 상대방이 지는 의무의 불이행에 대하여 행정상 강제집행을 인정한 것이 아니고, 계약이 취소된 경우의 계약금반환의무의 불이행에 대하여 행정상 강제집행을 인정한 것이다.

또는 당사자간의 사전의 합의를 통하여 행정상 자력집행을 인정할 수 있다는 입장<sup>4)</sup>과 공법상 계약은 그 성질상 강제집행의 대상이 되지 아니한다는 입장<sup>5)</sup>이 대립하고 있다. 참고로 독일의 행정집행법 제1조는 공법상의 당사자소송의 대상이 되는 금전채권에 대하여는 이를 행정상 강제집행의 대상에서 제외하여 공법상 계약의 불이행에 의한 금전채권에 대하여는 이를 행정집행법상의 강제집행의 대상에서 제외시키고 있다.

생각컨대, 공법상 계약은 그 성질상 이를 행정상 강제집행의 대상으로 일반적으로 인정하는 것은 바람직하지 않다고 본다. 따라서 예외적으로 필요한 경우에만 한하여 개별법에서 이에 대한 강제집행을 특별히 인정하는 방식에 의하고, 이를 일반적인 강제집행의 대상에서는 제외하여야 할 것이다.

셋째, 행정상의 강제집행의 대상은 위와 같은 행정상 의무에 대한 “불이행”의 경우에 한정하여야 한다. 즉, 의무위반에 대한 제재의 수단으로 이러한 강제집행을 하여서는 아니된다. 그러나, 현실적으로 직접강제의 경우에는 제2장 행정상 강제집행의 현황에서 살펴 보았듯이 개별법상 의무위반에 대한 제재수단으로 활용되는 경우가 있으므로 행정집행의 대상에 대한 명문규정에서 이를 명확히 할 필요가 있다.

### (3) 行政上 强制執行의 要件

행정상 강제집행의 요건 또는 한계에 대하여 행정집행법에서 명시하는 것은 행정상 강제집행의 남용을 방지하고 행정의 자의적인 판단에 의한 집행을 사전에 예방할 수 있다는 의미에서 매우 중요하다고 할 수 있다. 요건에 해당하는 내용의 일부가 행정집행의 대상에서 규율되므로 특히 여기에서는 행정상 강제집행이 허용될 수 있는 허용요건에 대하여 명시하는 것이 바람직하다. 이 경우에 다음과 같은 내용이 허용요건으로 인정될 수 있는지 여부가 구체적으로 검토되어야 한다.

첫째, 행정상 강제집행의 대상이 되는 행정상 의무에 대한 조치가 실정법에 따라 불가쟁력을 가지거나 즉시 집행할 필요가 있는 경우에만 집행되어야 하는

4) 김남진, 행정법 I, 1995, 362면.

5) 박윤훈, 최신 행정법강의(상), 1991, 526면.

지 여부이다. 현행 실정법상(특히 행정대집행법) 이에 대한 명문규정이 없는 바, 이를 행정집행법에서 명확히 하여야 한다. 참고로 독일의 행정집행법 제6조제1항은 “물건의 교부나 작위의 실행 또는 수인이나 부작위를 대상으로 하는 행정행위는 그것이 더 이상 다룰 수 없거나 또는 이에 대한 즉시집행이 명해졌거나 또는 집행행정지적 효력이 부여되지 아니한 경우에 제9조에 따른 강제수단으로 실현된다”고 규정하므로써 행정상 강제집행의 허용요건으로 불가쟁력을 발생할 것을 요구하고 있다.

생각컨대, 현행법에서 불가쟁력이 발생하지 아니한 경우에도 행정상 강제집행을 인정하고 있는 것은 우리나라가 행정행위에 대하여 광범하게 공정력을 인정하고 있고 또한 행정쟁송에 있어서 집행부정지를 원칙으로 하고 있는 점에서 그 이유를 찾을 수 있다. 그러나 행정상 강제집행의 경우에는 이미 실행이 완료된 상태에서는 행정쟁송을 제기하더라도 회복되는 법률상 이익이 거의 없고 행정상 강제집행에 의하여 의무자가 지는 불이익은 매우 크므로 독일의 경우처럼 불가쟁력이 아직 발생하지 않은 경우에 대한 행정상 강제집행은 허용하지 않는 방안이 마련되어야 할 것이다. 따라서 행정집행법을 제정하는 경우 이를 명시하는 것이 고려되어야 할 것이다.

둘째, 예외적으로 행정상 강제집행은 행정행위없이도 허용될 수 있는 바, 지체하면 위험한 경우 및 시민이 행정계약에 의하여 부담하는 의무는 즉시강제의 대상이 될 수 있다. 이러한 예외적인 경우에 대하여도 보다 구체적으로 명시하여야 할 것이다. 즉, 우리나라의 경우 이러한 즉시강제에 대한 근거는 경찰관직무집행법 등의 개별법에서 규율하고 있는 바, 이를 행정집행법과 같은 일반법으로 그 법적 근거를 명시하는 것이 바람직하다고 본다. 참고로 독일의 행정집행법 제6조는 “형벌요건이나 금전벌요건을 실현하는 위법한 행위를 저지하기 위해 또는 급박한 위험의 방지를 위해 즉시집행이 필요하고, 이 때 행정청이 자신의 법상의 권한의 범위내에서 행위하는 경우에는 행정강제는 선행된 행정행위없이도 이용될 수 있다”고 규정하여 선행 행정행위없이 강제집행할 수 있는 경우(즉시강제)에 대한 법적 근거를 마련하고 있다.

#### (4) 行政上 強制執行의 主體

여기에서는 행정상 강제집행을 할 수 있는 주체에 관한 일반원칙 및 관할 등



이 명시되어야 할 것이다. 일반적으로 행정상 강제집행의 주체는 행정상 의무를 발한 행정청이 된다. 이 경우에 당해 행정청은 소속된 하급행정청에 개별적인 사안에 대하여 또는 일반적으로 그 집행을 위임할 수 있을 것이다. 다만 이 경우에 행정상 강제징수의 경우에는 이를 하나의 행정청에서 담당하는 것이 바람직하다고 본다. 이 경우에 국세청이 이를 관장할 수 있을 것이다.<sup>6)</sup>

그밖에 집행행정청의 토지관할과 관련하여 집행행정청의 관할구역이외의 곳에서 강제집행이 시행되어야 하는 경우에 관할구역내의 행정청이 집행 행정청이 원하는 경우에 행정강제를 실행하도록 하는 내용도 규정할 필요가 있다고 본다.

### (5) 行政上 強制執行의 手段

행정상 강제집행의 수단에 대하여는 행정집행법의 각칙에서 규율하지만, 그 일반적인 수단을 총칙에서 규율할 필요가 있다. 왜냐하면, 행정청이 행정상의 의무이행을 확보하기 위한 경우에도 가능한 한 비례의 원칙에 따라 관계인에게 가장 피해가 적은 수단을 사용하여야 하기 때문이다. 따라서 여기에서는 행정상 강제집행의 종류, 수단행사에 있어서의 한계로서의 비례의 원칙, 부당결부금지의 원칙 등이 그 내용에 포함되어야 한다.

첫째, 행정상 강제집행의 수단으로서는 기존의 대집행, 직접강제, 이행강제금, 강제징수 등이 명시될 수 있다. 다만, 이 이외에도 새로운 의무이행확보수단이 행정상 강제집행의 수단에 포함되어야 할 것인지가 검토되어야 할 것이다. 즉 시강제의 경우에는 행정상 강제집행의 요건 또는 한계에서 규율하므로 여기에서는 제외하는 것이 바람직하다.

둘째, 이러한 행정상 강제집행의 수단은 비례의 원칙에 따라 행사하여야 한다. 즉, 행정상 강제집행의 수단은 행정상 의무의 이행을 확보하기 위하여 가장 적합하고, 관계인에게 최소한의 침해를 주는 수단을 사용하여야 한다. 그리고 행정상 의무이행을 위하여 필요한 경우라도 행정상 강제집행에 따른 불이익이 강

---

6) 독일의 경우 행정집행법 제4조는 일반적인 집행행정청과는 달리 행정상 강제징수에 대하여는 달리 규율하고 있다. 즉, 행정상 강제징수의 경우에는 연방내무장관과의 협의하에 최상급 연방행정청에 의하여 정하여진 당해 행정청, 이에 의한 지정이 없는 경우 연방재무행정의 집행행정청을 행정상 강제징수의 주체로 규정하고 있다.

제집행에 의하여 초래되는 이익보다도 큰 경우에는 행정상 강제집행은 행해져서는 아니된다.

셋째, 행정상의 의무이행을 확보하기 위한 목적과 실제적인 관련이 없는 수단을 사용하여서는 아니됨을 법상 명시하여야 한다. 예컨대, 납세의무를 불이행한 자에 대하여 관허사업의 영업허가를 거부 또는 철회한다든지 하는 행정권한의 부당결부금지의 원칙에 반하는 행정상 강제집행수단을 사용하여서는 아니된다.

### 3. 個別 強制手段

#### (1) 代執行

##### 가. 基本原則

대집행에 관하여는 현행 행정대집행법의 내용을 거의 그대로 포함하면 될 것이다. 다만, 대집행법의 개별적 문제점에서 살펴 본 내용이 이에 반영되는 것이 바람직하다. 따라서 이러한 기본원칙에 따라 대집행에 관하여 행정집행법에서 규율되어야 할 구체적인 내용에 대하여 살펴 보기로 한다.

##### 나. 代執行의 主體

현행 행정대집행법은 행정대집행의 주체에 관하여 “당해 행정청” 또는 “제3자”가 행정대집행의 주체가 될 수 있음을 규정하고 있다. 즉, 현행 행정대집행법은 대집행주체에 관하여 “당해 행정청 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 행하는” 자주집행의 경우를 대집행에 포함시키고 있는 바, 이러한 자주집행의 법적 성격은 전술한 대집행제도의 문제점에서 살펴 보았듯이 그 법적 성격이 직접강제에 해당하는 것으로 볼 수 있다. 따라서 현행 행정대집행법이 행정집행법에 흡수되는 경우 이러한 자주집행의 경우는 대집행에서 제외하는 것이 바람직하다고 본다.

그리고 현행 행정대집행법 제2조는 대집행의 주체가 될 수 있는 제3자의 요건에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않고 있는 바, 제3자에 의한 대집행에 의하여 주로 국민의 재산에 대한 침해적인 작용이 이루어 진다는 점에서 침해의 주체가 되는 제3자에 대한 요건을 법에 명시하는 것이 바람직하다고 본다.

#### 다. 代執行의 要件

현행 행정대집행법은 행정대집행의 요건으로 「법률에 의하여 직접 명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 않는 경우」이외에 「다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고」 또한 「그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때 . . . 할 수 있다」 라고 규정하고 있다.

대집행의 문제점에서 살펴 보았듯이 이러한 대집행의 요건 가운데 「다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고」라는 표현은 해석상의 오해의 소지가 없게 「대집행보다 경미한 수단에 의하여는 그 이행을 확보하기 곤란하고」라고 규정하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 「그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때」라는 요건에서 “심히”라는 표현은 매우 주관적이고 애매하기 때문에 공익을 해치는 정도의 경중에 대한 판단을 어느 정도 객관화할 수 있는 표현으로 바꾸는 것이 바람직하다고 본다.

그리고 현행 행정대집행법은 대집행의 요건이 충족되는 경우에 대집행을 「할 수 있다」는 가능규정을 사용하고 있는 바, 요건을 포함한 이 규정의 전체적인 취지로 볼 때 이는 그러한 요건이 충족된 경우에 대집행을 하여야 한다는 취지이지 요건이 존재함에도 불구하고 그 실행여부를 행정청의 재량에 맡기는 취지는 아니다. 따라서 이러한 「할 수 있다」는 표현은 오해의 소지가 없게 행정집행법에서는 「하여야 한다」는 표현으로 고치는 것이 바람직하다고 본다.

#### 라. 代執行의 節次

현행 행정대집행법은 대집행의 주체로서 「행정청」과 「제3자」를 인정하고 있으나, 대집행의 절차에 관한 규정에서는 행정청이 대집행하는 경우에 대하여만 규정하고 있고 제3자가 대집행하는 경우에 대하여는 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그러나 행정집행법의 제정방향에서는 제3자에 의한 대집행, 즉 타자집행을 중심으로 대집행의 내용이 구성되므로 대집행의 절차도 이러한 타자집행을 중심으로 하여 구성되어야 할 것이다. 물론 이 경우에도 현행절차의 기본적인 틀은 그대로 유지될 것이다. 따라서 현행의 대집행절차에서 행정청이 아닌 사인에 의하여 행하여진다는 측면에서의 약간의 수정을 행하면 될 것이다.

그리고 행정집행법에서 해결하여야 할 개별적인 절차상의 문제로서 계고와 의무를 과하는 행정행위가 결합할 수 있는지 여부에 대하여 명문규정을 두고 있지 않는 바, 이에 대하여도 명시하여야 할 것이다.

또한 행정대집행법상 대집행할 시기와 대집행영장에 의한 통지 사이에 어느 정도 시간적 간격을 둘 것인가에 대한 명문규정이 없는 바, 이에 대한 일정한 시간적 간격을 명시하여야 한다.

#### 마. 代執行의 實行

대집행의 대상과 관련하여 대집행의 대상에 대한 실행에 대하여 의무자는 수인의무를 지나, 만일 대집행의 실행에 항거할 경우에 실력으로 그 항거를 배제하는 것에 대하여 현행 행정대집행법은 명문의 규정을 두고 있지 않다.

독일 행정집행법 제15조의 경우처럼 이에 대한 명문규정을 마련하는 것이 바람직하다고 본다.

#### 바. 代執行과 瑕疵의 承繼與否의 問題

행정대집행은 계고, 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 비용징수의 4단계로 이루어지며 이러한 각각의 행위가 결합하여 대집행이라는 하나의 법효과를 완성시킨다. 이 경우에 선행행위, 예컨대 계고에 하자사유가 있는 경우 이러한 하자사유가 후행행위, 즉 대집행영장에 의한 통지, 대집행의 실행, 비용징수 등에 승계되는지 여부가 문제될 수 있다. 그러나, 이러한 문제에 대하여 현행 행정대집행법은 아무런 규정을 두고 있지 않아서, 이에 대한 해결은 학설과 판례에 맡겨져 있다. 이에 대하여도 명시적 규정에 의한 해결이 필요하다고 본다.

### (2) 直接強制

#### 가. 基本原則

직접강제에 대하여도 행정법으로 그 요건, 절차, 수단, 한계(최후수단성) 등을 명확히 규정하는 것이 바람직하다. 이는 직접강제가 개별법에 의하여 남발되는 것을 방지하고, 다른 강제수단과의 체계적 관련성도 유지할 수 있다는 장점을 지니게 될 것이다. 특히 직접강제의 경우 국민의 신체에 대하여 직접 실력을 행

사하여 행정의무의 이행을 확보하는 것이므로 이러한 수단을 사용하는 요건을 다른 수단에 비하여 강화시키는 것이 필요하다고 본다. 즉, 직접강제를 행사하는 것은 다른 수단에 의하여 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 행사할 수 있도록 직접강제제도의 “최후수단성(ultima ratio)”을 강조하여야 할 것이다. 그리고 직접강제의 구체적 수단에 대하여도 사용할 수 있는 수단의 종류를 행정집행법에 특정하고 그 각각의 수단이 사용될 수 있는 요건을 명시하는 것이 인권보장적 측면에서 보다 바람직하다고 본다. 따라서 이러한 기본원칙에 따라서 행정집행법이 직접강제에 대하여 규율하여야 할 구체적 내용에 대하여 살펴 보기로 한다.

#### 나. 直接强制의 要件과 限界

기존의 직접강제에 관한 개념규정, 대집행 및 즉시강제 등 타강제집행수단과의 구별기준 등을 토대로 하여 직접강제의 요건을 규정하고, 이에 대한 한계로서의 최후수단성을 명시한다.

따라서 직접강제에 대한 요건으로서 「행정청은 법에 정하여진 작위·부작위·수인 등의 의무불이행이 있는 경우에 직접적으로 의무자의 신체나 재산 또는 양자에 실력을 가하여 그 의무의 이행이 있었던 것과 동일한 상태를 실현할 수 있다」는 정도로 규정할 수 있다. 이러한 규정에 의할 경우 의무의 구체적인 존재를 전제로 한다는 점에서 즉시강제와의 구별이 이루어진다.<sup>7)</sup> 그리고 의무자의 재산이나 신체에 대하여 「직접」 실력을 가한다는 점에서 대집행과 구별할 수 있다. 이 경우에 행정청 스스로에 의한 대집행의 경우가 행정집행법에서는 직접강제의 범주에 포함될 것이다.

그리고 직접강제에 대한 한계로서 위의 요건이 충족된 경우에도 「직접강제는 다른 행정상 강제집행수단에 의하여 그 목적을 달성할 수 없는 경우에만 행사되어야 한다」는 점을 그 한계로서 명시하여야 한다.

---

7) 이 경우에 구체적인 의무를 전제하나 그 긴급성으로 인하여 인정되는 즉시강제의 경우와의 구별이 문제되나, 이러한 구체적인 의무를 전제로 하지만 그 긴급성으로 인하여 강제집행절차의 일부 또는 전부를 생략하고 즉시 시행되는 즉시강제의 경우는 행정집행법의 총칙에서 규율한다.

#### 다. 直接强制의 手段

직접강제를 함에 있어서 어떠한 수단을 사용할 것인가 하는 문제는 직접강제의 원인이 된 행정의무불이행의 형태에 따라 다양하게 나타날 수 있다. 따라서 이러한 직접강제의 구체적 수단은 일반적인 원칙없이 개별법에 그때 그때의 필요에 따라 도입되고 있는 바, 이러한 직접강제수단의 남용을 방지하고 개인의 인권을 보장하기 위하여는 현재 개별법에서 규정하고 있는 구체적인 직접강제수단에 대하여 사용할 수 있는 수단의 종류를 유형화하여 이를 행정집행법에 특정하고 그 각각의 수단이 사용될 수 있는 요건을 명시하는 것이 바람직하다고 본다. 예컨대, 현행법상의 수단을 중심으로 보면 봉쇄·폐쇄·장애물의 제거·봉인·강제퇴거·압류·폐기·수거·소각·몰수·영치·무기사용·체포·강제수용 등이 직접강제수단으로서 유형화될 수 있는 예이다. 이러한 직접강제수단은 그 각각에 대하여 이러한 수단의 사용에 대한 요건을 정함이 바람직하다. 특히, 무기사용의 경우에는 그 법익침해의 정도가 매우 크므로 그 행사의 요건을 매우 엄격히 정하여야 할 것이다.<sup>8)</sup>

#### 라. 直接强制의 節次

직접강제의 절차는 국민의 권리보호를 위한 절차로서도 중요할 뿐만 아니라 행정의 능률화에도 크게 기여를 한다. 따라서 이에 대하여는 최소한 대집행의 절차 이상으로 이를 구체적으로 규정하여야 한다. 즉, 직접강제에 있어서도 계고, 직접강제영장에 의한 통지, 직접강제의 실행, 비용징수 등의 절차가 행정집행법에 명시되어야 한다.

#### 마. 直接强制에 대한 不服節次

직접강제에 대한 불복절차는 현행 행정대집행법의 예에 의하면 될 것이다. 즉, 직접강제에 대하여 불복이 있는 자는 당해 행정청 또는 직근상급행정청에 행정심판을 청구할 수 있으며, 또한 법원에 제소할 수 있다.

---

8) 독일의 “연방공무원에 의한공권력행사에있어서의직접강제에관한법률”에 의하면 무기사용이나 폭발물의 사용의 경우에 대하여 그 요건을 엄격하게 법으로 정하고 있다.

### (3) 履行强制金(執行罰)

#### 가. 基本原則

행정집행법에서 이행강제금(집행벌)의 요건이나 절차에 관하여 명시적인 규정을 둬으로써 집행벌제도가 지니는 존재의의를 명확히 하고 그 활용도도 높일 수 있을 것이다. 이하에서 이러한 기준에 따라 행정집행법에서 규율하여야 할 이행강제금의 내용에 대하여 살펴 보기로 한다.

#### 나. 履行强制金の要件

이행강제금의 요건에 있어서 우리나라의 경우 부작위의무나 비대체적인 작위의무에 대하여만 이행강제금에 의하여 의무이행을 강제할 수 있는 것으로 이해되고 있으나, 대체적인 작위의무에 대하여 이행강제금을 인정하지 않을 논리필연적인 이유는 없다. 따라서 이행강제금의 부과요건에서 대체적 작위의무에 대하여도 이행강제금을 인정한다는 점을 명시하는 것이 바람직하다. 즉, 이행강제금의 요건으로 「행정청은 법에 정하여진 작위·부작위의무를 의무자가 일정한 기간까지 이행하지 않는 경우에는 이행강제금을 부과할 수 있다」고 규정하는 것이 그 일례가 될 것이다. 이 경우에 이행강제금의 요건이 충족된 경우 「부과할 수 있다」라고 규정할 것인지 「부과하여야 한다」고 규정하여야 할 것인지의 문제가 발생한다. 그러나 대체적 작위의무에 대하여도 이행강제금을 인정하는 경우에는 대집행이 보다 합리적이고 유효한 강제집행수단이 될 수도 있고, 그 반대일 수도 있다. 따라서 이러한 경우에는 행정청에 강제집행수단의 선택에 재량을 인정하여 행정청이 가장 바람직하고 합리적이라고 생각되는 강제집행수단을 자유롭게 선택할 수 있도록 「할 수 있다」라고 규정하는 것이 바람직할 것으로 본다.

#### 다. 履行强制金에 대한 代替拘留制度

이행강제금의 대체수단으로서 독일의 경우처럼 대체구류의 수단을 행정집행법에 포함할 것인지 여부가 검토되어야 할 것이다. 전술하였듯이 이러한 수단은 이행강제금의 실효성을 확보할 수 있다는 점에서 긍정될 수 있으나, 개인의 자유박탈이라는 측면에서 그 도입에 대하여 신중을 기하여야 할 것이다. 다만, 이러한 대체강제구류에 대한 결정권을 법원이 가지도록 함에 의하여 이러한 문제점

은 어느 정도 해소할 수 있다고 본다.

라. 履行強制金の 限度額 및 算定基準

이행강제금의 액수는 그 상한선과 하한선에 대하여 정하고, 그 구체적인 부과 금액은 행정청의 재량에 의하도록 한다. 이 경우에 의무불이행자의 재정부담능력, 사업규모, 사업지역의 특수형, 위반행위의 정도와 횟수, 위반의 동기와 결과 등을 참작하여 이행강제금의 부과금액을 가감할 수 있도록 하는 규정도 두어야 할 것이다.

마. 賦課 및 徵收節次

이행강제금에 대한 부과 및 징수절차도 대집행절차의 예처럼 계고, 부과절차, 징수절차 등으로 절차를 구체적으로 정비할 필요가 있다. 그리고 이행강제금의 액수에 대한 확정에 있어서 개별법상 이를 계고 이후 실제 이행강제금을 부과납부고지시에 확정하도록 규정하고 있으나, 이행강제금의 실효성을 확보하기 위해서는 계고시에 부과될 이행강제금의 금액을 확정하는 방식이 보다 바람직할 것으로 보인다.

바. 不服節次

현행법상 이행강제금의 부과에 대한 불복은 과태료의 부과에 대한 불복절차 유형과 과징금의 부과에 대한 불복절차유형이 있는 바, 이를 과징금에 대한 불복절차의 예에 의하여 행정집행법에서 규율한다.

(4) 強制徵收

가. 基本原則

금전채권에 대한 강제징수의 경우 비록 국세징수법을 준용하더라도 법의 준용에 있어서 나타날 수 있는 일반적 문제점을 해소하고 강제징수의 일반적인 근거를 확보하기 위하여는 독일의 행정집행법의 경우처럼 어느 정도 강제징수의 요건을 일반법인 행정집행법에 명시하는 것이 필요하다. 따라서 이러한 기본원칙하에 행정집행법에서 규율할 행정상 강제징수의 구체적 내용에 대하여 살펴 보기로 한다.



#### 나. 強制徵收의 對象

행정상 강제징수의 대상은 공법상의 금전급부의무에 대한 불이행이다. 따라서 이러한 공법상의 금전급부의무의 구체적 내용이 여기에 포함되어야 한다. 이 경우에 공법상의 당사자소송의 대상이 되는 금전채권이나 국가의 사경제적 작용에 의한 금전채권은 이러한 행정집행법상의 강제징수대상에서 제외된다.

#### 다. 強制徵收의 相對方

행정상 강제징수의 상대방은 자기채무로서 급부에 대하여 책임을 지는 자, 타인의 채무에 대하여 급부에 대한 인적 책임을 지는 자 등이다.

#### 라. 強制徵收節次

강제징수절차에 관하여는 국세징수법의 규정을 준용된다. 이 경우에 준용되는 국세징수법의 구체적인 조문을 특정할 필요가 있다. 특히 국세징수법의 준용 방식에 있어서 「국세징수의 예에 의한다」는 방식을 취할 것인지 아니면 국세채납처분의 예에 의한다」는 방식을 취할 것인지 여부가 문제된다. 강제징수절차는 체납처분이외에 독촉절차도 포함되므로 「국세징수의 예에 의한다」고 표현하는 방식을 취하는 것이 바람직하다고 본다.

### 4. 費用徵收

행정집행법에 따른 집행행위에 의하여 소요되는 비용은 의무자가 부담한다. 직접강제의 경우에도 행정청이 부담할 논리필연적인 이유가 없으므로 예외적인 경우를 제외하고는 비용부담에 있어서 의무자부담의 원칙을 천명한다. 이러한 비용에 대한 구체적인 징수에 대하여는 국세징수법의 규정을 준용한다.

### 5. 附則

부칙에서 타법과의 관계에 대하여 규정한다. 즉, 다른 법률에 행정집행법의 내용과 달리 규정한 경우를 제외하고는 행정집행법의 내용이 적용된다.



# [附 錄]



## 附錄 1 : 獨逸 『行政執行法』

제1조(집행가능한 금전채권) ①연방과 연방직접의 공법상 법인의 공법상 채권은 이 법률의 규정에 따라 행정처분방식으로 집행된다.

②당사자소송방식으로 행정법원에서 주장되거나 또는 행정소송방식과 다른 소송(방식)이 정해져 있는 공법상 금전채권의 경우에는 그러하지 아니하다.

③공과금법, 실업보험을 포함한 사회보험법과 사법징수법의 규정은 적용되지 아니한다.

제2조(집행채무자) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 집행채무자로서 조치될 수 있다.

1. 자기채무로서 급부에 대하여 책임을 지는 자

2. 타인의 채무에 대하여 급부에 대한 인적 책임을 지는 자

②강제집행에 대하여 수인의무가 있는 자는 수인의무가 미치는 범위내에서 집행채무자와 동일하게 취급된다.

제3조(집행명령) ①집행은 집행채무자에 대한 집행명령에 의해 개시된다. 집행가능한 명의를 필요로 하지 아니한다.

②집행의 개시를 위한 요건은 다음과 같다.

a) 채무자가 급부하도록 명하는 급부결정

b) 급부의 만기

c) 급부결정의 통지 후 1주의 기간의 경과 또는 급부가 사후에 만기가 되는 경우에는 만기의 도래 후 1주의 기간의 경과

③집행명령에 앞서 채무자에게 1주의 지급기간을 부여하고, 독촉하여야 한다.

④집행명령은 청구권을 주장할 수 있는 행정청에 의해 발하여진다.

제4조(집행행정청) 다음 각호의 1이 집행행정청이 된다.

1. 연방내무장관과의 협의하에 최상급 연방행정청에 의하여 정하여진 당해 행정청

2. 제1호에 의한 지정이 없는 경우 연방재무행정의 집행행정청

제5조(적용할 집행규정) ①행정강제절차와 집행보호는 제4조의 경우에 조세통칙법의 규정(제77조, 제249조 내지 제258조, 제260조, 제262조 내지 제

267조, 제281조 내지 제317조, 제318조제1항 내지 제4항, 제319조 내지 제327조)에 따라 정하여 진다.

②집행이 직무원조의 방식으로 각주의 기관에 의하여 행하여지는 경우 이는 주법상의 규정에 따라 실행된다.

제6조(행정강제의 허용성) ①물건의 교부나 작위의 실행 또는 수인이나 부작위를 지향하는 행정행위는 그것이 쟁송취소불가한 것이거나 또는 그것의 즉시집행이 명해졌거나 또는(상소수단 등) 법적 수단에 아무런 정지효도 주어지지 아니하는 경우에 제9조에 따른 강제수단으로 실현된다.

②형벌요건이나 금전벌요건을 실현하는 위법한 행위를 저지하기 위해 또는 급박한 위협의 방지를 위해 즉시집행이 필요하고, 이 때 행정청이 자신의 법상의 권한의 범위 내에서 행위하는 경우에는 행정강제는 선행된 행정행위없이도 이용될 수 있다.

제7조(집행행정청) ①행정행위는 그것을 발한 행정청에 의해 집행된다. 그 행정청은 소원결정도 집행한다.

②하위의 행정단계의 행정청에 개별적으로나 일반적으로 집행이 위임될 수 있다.

제8조(토지관할)집행행정청의 관할구역이외의 곳에서 강제조치가 시행된 경우에는 원래 이를 시행해야하는 관할구역내의 당해 행정청은 집행행정청이 원하는 경우에 행정강제를 실행하여야 한다.

제9조(강제수단) ①강제수단은 다음과 같다.

- a) 대집행
- b) 강제금
- c) 직접강제

②강제수단은 그 목적과 상당한 관계에 놓여야 한다. 이 때 그 강제수단은 관제자와 일반공공이 가장 최소한으로 침해되도록 정해져야 한다.

제10조(대집행) 제3자에 의해서도 그 실행이 가능한 작위(대체적 작위)를 실행할 의무가 이행되지 아니하는 경우에는 집행행정청은 의무자의 비용부담으로 작위의 실행을 제3자에게 위탁할 수 있다.

제11조(강제금) ①작위가 제3자에 의해서는 실행될 수 없고 또한 그것이 오로지 의무자의 의사에 의존되는 경우에는 작위의 실행을 위해 의무자에게 강제금이 부과될 수 있다. 대집행이 불가능하거나 특히 제3자에 의한 집행으로부

터 발생하는 비용을 의무자가 감당할 수 없는 경우에는 대체적 작위의무에 있어서도 강제금이 부과될 수 있다.

②강제금은 의무자가 행위를 수인하거나 또는 부작위해야 할 의무에 위반한 경우에도 허용된다.

③강제금의 한도는 최소 3마르크, 최고 2,000마르크로 한다.

제12조(직접강제) 대집행 또는 강제금으로 목적을 달성할 수 없는 경우 또는 그것이 불가능한 경우에는 집행행정청은 의무자에게 작위, 수인 또는 부작위를 강제하거나 또는 스스로 행위를 실행할 수 있다.

제13조(강제수단의 계고) ①강제수단은 그것이 즉시 적용될 수 없는 경우에는 서면으로 계고되어야 한다. 이 때 의무의 이행을 위해 그 집행이 의무자에게 정당하게 수행될 수 있는 그러한 기간이 정해져야 한다.

②계고는 작위, 수인 또는 부작위를 부과하는 행정행위와 결합될 수 있다. 즉시집행이 명해지거나 또는 법적 수단이 정지효를 동반하지 아니하는 경우에는 계고는 행정행위에 결합되어야 한다.

③계고는 특정 강제수단과 관련되어야 한다. 복수의 강제수단의 동시계고와 집행행정청이 복수의 강제수단 중에서 선택을 유보하는 계고는 허용되지 아니한다.

④의무자의 비용부담으로 작위가 이루어지면, 계고에서 비용액수가 잠정적으로 견적되어야 한다. 대집행이 보다 많은 비용을 발생시킨 경우에도 추가청구의 권리에 영향은 미치지 아니한다.

⑤강제금의 액수는 일정한도로 계고되어야 한다.

⑥강제수단은 의무가 이행될 때까지 형벌이나 금전벌과 동시에 계고될 수 있고, 반복될 수 있으며, 또한 그때마다 증액되거나 또는 강제수단이 변경될 수 있다.

⑦계고는 송달되어야 한다. 계고가 근거된 행정행위와 결합되어 있으나 그 행정행위에 송달이 요구되지 아니하는 경우에도 또한 같다.

제14조(강제수단의 확정) 계고에서 정해진 기간 내에 의무가 이행되지 아니하는 때에는 집행행정청은 강제수단을 확정한다. 다만, 즉시집행의 경우에는 확정이 생략된다.

제15조(강제수단의 적용) ①강제수단은 확정된 바에 따라 적용된다.

②의무자가 대집행이나 직접강제에 대하여 저항하면, 이것은 권력으로 극복될

수 있다. 경찰은 집행행정청의 요청에 의거하여 직무원조를 제공하여야 한다.

③집행은 그 목적이 달성되면 즉시 중지되어야 한다.

제16조(대체강제구류) ①강제금이 징수되지 않은 경우 행정법원은 강제금에 대한 계고시 이를 통지하고 집행행정청의 신청에 따라 납부의무자에 대한 청문을 거친 후 결정으로 대체강제구류를 명할 수 있다. 기본법 제2조제2항제2문의 기본권은 이러한 범위내에서 제한된다.

②대체강제구류는 1일에서 2주의 범위내에서 명하여 진다.

③대체강제구류는 집행행정청의 신청으로 법무행정에 의하여 민사소송법 제904조 내지 제911조의 규정에 따라 집행된다.

제17조(행정청에 대한 집행) 행정청과 공법상의 법인에 대하여는 이에 관하여 특별한 규정을 두고 있지 않는 한 강제수단이 허용되지 아니한다.

제18조(쟁송수단) ①강제수단의 계고에 대하여 그 실행에 대하여 강제가 인정되는 행정행위에 대하여 허용되는 쟁송수단이 존재한다. 계고가 그 근거가 되는 행정행위에 구속되는 경우 행정행위가 이미 쟁송절차나 법원절차의 대상이 되지 않는 한 권리쟁송은 행정행위에도 미친다. 계고가 그 근거가 되는 행정행위에 구속되지 않고 이에 불가쟁력이 발생한 경우에는 계고는 권리침해가 계고자체에 의하여 이루어졌다고 주장되는 경우에만 다투어질 수 있다.

②강제수단이 전제가 되는 행정행위없이 적용된 경우에도 또한 행정행위에 대하여 일반적으로 주어지는 쟁송수단이 허용된다.

### 第3節 비 용

제19조(비용) ①이 법에 따른 직무행위에 대하여 그 비용(수수료 및 경상비)은 조세통칙법 제337조제1항, 제338조 내지 제346조에 따라 징수된다. 정보제공의무자, 감정인과 신탁자에 대한 보수의 보장에 대하여 조세통칙법 제107조와 제318조제5항이 적용된다.

②제3조제3항에 따른 독촉에 대하여는 독촉수수료가 징수된다. 이는 100도이취마르크의 범위내에서 독촉금의 100분의 1을 징수하며, 이 경우에 1.50도이취마르크에서 100도이취마르크의 범위내에서 가산금의 100분의 50을 징수할 수 있다. 독촉수수료는 10도이취페니 이상에 대하여 이를 산입한다.



#### 第4節 경과규정 및 종결규정

제20조(종전규정의 효력발생) 연방법상의 집행에 있어서 이 법과 달리 규정하고 있는 경우 연방행정청과 연방직접적인 공법상의 법인에 대하여 이 법상의 규정이 적용된다. 이 경우에 제1조제3항은 적용되지 아니한다.

제21조(베를린) 이 법은 1952년 10월 4일의 제3 경과법률 제13조와 제14조의 기준에 따라 베를린주에도 적용된다.

제22조(효력발생) 이 법률은 1953년 5월 1일부터 효력이 발생한다.

## 附錄 2 : 獨逸 『聯邦執行公務員에 의한 公權力의 行使에 있어서 直接強制에 관한 法律』

### 第1節 직접강제총칙

제1조(법적 원칙) ①연방의 집행공무원은 자신의 직무를 적법하게 행사함에 있어서 허용되는 직접강제를 적용할 경우에는 이 법률의 규정에 따라 처리하여야 한다.

② 다른 법률이 직접강제의 적용방법에 관하여 이 법률과 달리 정하고 있는 때에는 그 법률이 정하는 바에 의한다.

제2조(개념정의) ①직접강제라 함은 물리력, 물리력의 보조수단 및 무기를 통한 사람과 물건에 대한 영향력을 말한다.

② 물리력이라 함은 사람과 물건에 대한 일체의 직접적·물리적 영향력을 말한다.

③ 물리력의 보조수단이라 함은 특별한 속박, 방수차, 기술적 차단, 공용견, 公用馬 및 공용차량으로 한다.

④ 무기라 함은 직무상 허용된 도검류, 총포, 자극제 및 폭발물을 말한다.

제3조(기본권의 제한) 공권력의 행사에 있어서 적법하게 직접적강제가 적용되는 범위 안에서 독일연방공화국기본법 제2조제2항제1문과 제2문, 제13조제1항에 의하여 보호되는 생명, 신체의 불가침성, 신체의 자유 및 주거의 불가침성에 대한 기본권은 제한된다.

제4조(비례의 원칙) ①집행공무원이 직접강제를 적용할 경우에는 다수의 가능하고 적당한 조치중에서 개인과 공중에 대한 침해를 최소화하는 조치를 취하여야 한다.

② 직접강제조치를 통하여 예측되는 손해는 악의로 의도된 결과에 대해 비례에 반한 것임을 요하지 아니한다.

제5조(피해자구조) ①직접강제가 적용되는 경우에는 필요하고 상황이 허용하는 범위안에서 피해자에 대하여 원조를 제공하고 의료구호를 하여야 한다.

제6조(연방의 집행공무원) 이 법률에서 말하는 연방의 집행공무원은 다음 각호

의 1에 해당하는 자를 말한다.

1. 연방의 경찰집행공무원
2. 關稅國境職(국경감독직과 국경수하물발송직), 세관검사직, 경비직 및 護衛職의 공무원과 기타 집행임무를 부여받은 연방재무관서의 공무원
3. 철도경찰권을 가진 독일연방철도의 공무원
4. 유수 및 항행경찰권을 가진 聯邦水및航行官署의 공무원
5. 항공감독권을 가진 연방비행안전소의 공무원
6. 연방장거리화물운송소의 공무원. 다만, 당해공무원이 1952년 10월 17일의 자동차화물운송법 제54조 이하의 규정에 의해 조사임무를 위탁받은 경우에 한한다.
7. 연방법원과 집행임무 및 보안임무를 위탁받은 연방법무행정관서의 공무원
8. 제1호 내지 제7호에서 열거한 공무원의 임무를 소관관서에 의하여 위탁받은 기타의 자
9. 연방행정청의 직무권에 속하는 자로서 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeit)이 규정하고 있는 형사소추 또는 질서위반의 소추를 위탁받은 직원. 다만, 해당직원이 집행직무상의 이러한 활동의 행사중에 있는 경우에 한한다.

제7조(명령에 따른 행위) ①집행공무원은 그의 상관 또는 이에 관하여 권한있는 자가 명한 직접강제를 적용할 의무를 진다. 다만, 당해명령이 인간의 존엄성을 해하거나 직무상의 목적을 위하여 발하여진 것이 아닌 경우에는 그러하지 아니한다.

②그 명령에 따를 경우에는 범죄행위를 구성하게 되는 명령은 복종을 요하지 아니한다. 이에 불구하고 집행공무원이 당해명령에 따른 때에는 집행공무원이 당해명령의 복종이 범죄행위로 된다는 사실을 알았거나 집행공무원이 지득한 사정에 따르면 이러한 사실이 명백한 경우에 한하여 집행공무원은 책임을 진다.

③집행공무원은 사정에 따라 가능한 범위에서 명령권자에게 당해명령의 합법성에 대한 질의를 하여야 한다.

④1971년 7월 17일에 공포된 연방공무원법 제56조제2항과 제3항은 적용하지 아니한다.

## 第2節 속박 및 총포·폭발물 사용에 관한 특별규정

제8조(사람의 속박) 집행공무원의 유치하에 있는 자는 다음 각호의 경우에 속박한다.

1. 당해인이 집행공무원 또는 제3자를 공격하거나 저항할 우려가 있는 경우
2. 당해인이 도피하려 하거나 모든 사실, 특히 도피와 대립하는 인적관계와 사정을 평가할 때 당해인이 유치되지 아니할 우려가 있는 경우
3. 자살위험이 있는 경우

제9조(총포사용권자) 직접강제를 적용함에 있어 총포의 사용은 다음 각호의 자에 한하여 허용된다.

1. 연방의 경찰집행공무원
2. 국경감독직공무원, 국경감독직을 행하는 국경수하물발송직공무원, 세무검사직공무원, 경비 및 호위직공무원
3. 철도경찰공무원
4. 연방교통부장관의 구체적 지시에 의하여 流水 및 航行警察權을 가진 聯邦水 및 航行官署의 공무원
5. 연방교통부장관의 구체적 지시에 의하여 항공감독권을 가진 연방비행안전소의 공무원
6. 집행 및 보호임무를 위탁받은 연방법원의 공무원과 연방법무행정청의 공무원
7. 관할연방행정청으로부터 제1호 내지 제6호에서 열거한 공무원의 임무를 위탁받은 기타의 자
8. 연방행정청의 직무권에 복종하는 형사소추의 임무를 위탁받은 者. 다만, 당해자가 집행직무상의 이러한 활동의 행사중에 있는 경우에 한한다.

제10조(대인총포사용) ①개인에 대한 총포의 사용은 다음 각호의 1의 경우에 한하여 허용된다.

1. 사정상 총포 또는 폭발물을 사용하거나 휴대하여 범해질 것이 확실하거나 범하여질 중죄 또는 경죄로 되는 위법한 행위의 직접적으로 목전에 임박한 실행 또는 계속의 방지를 위한 경우
2. 도피를 통하여 체포 또는 자신의 신분의 탐색을 면하려고 하는 자를 유치하

기 위한 경우. 다만, 당해인이 다음 각목의 1에 해당하는 경우에 한한다.

가. 사정에 따르면 총포 또는 폭발물을 사용하거나 휴대하여 범하여진 중죄 또는 경죄로 되는 새로운 행위에 의한 위법행위가 발견된 때

나. 중죄의 유력한 혐의가 있는 때

다. 경죄의 유력한 혐의가 있고 당해인이 총포 또는 폭발물을 사용할 위험이 있는 때

3. 다음 각목의 1에 대하여 직권에 의하여 보호되거나 되어 있는 자의 도피를 무산시키거나 재체포하기 위한 경우

가. 처벌구금의 예외인 범행을 이유로 하는 자유형의 복역을 위한 경우

나. 보안감호소에 강제수용을 집행하기 위한 경우

다. 중죄의 유력한 혐의를 이유로 한 경우

라. 법원의 구금명령에 의한 경우

마. 기타 경죄의 유력한 혐의를 이유로 한 경우. 다만, 당해인이 총포 또는 폭발물을 사용할 위험이 있는 경우에 한한다.

4. 피수감자 또는 다음 각목의 1에의 강제수용이 명령된 자를 물리력으로 직권에 의한 보호로부터 면하게 하려는 자

가. 보안감호소(형법전 제66조)

나. 정신병원(형법전 제63조, 형사소송법 제126조의a)

다. 금단치료시설(형법전 제64조, 형사소송법 제126조의a)

②군중에 대한 총포의 사용은 폭력행위가 군중에 의하거나 군중에서 범하여지거나 직접적으로 임박해 있고 개인에 대한 강제조치로는 목적을 달성할 수 없거나 효과가 없음이 명백한 경우에 한하여 허용된다.

③이 경우에 다른 법률의 규정에 의한 총포사용권은 제한받지 아니한다.

제11조(국경업무상의 총포사용) ①제9조제1호, 제2호, 제7호 및 제8호에서 열거한 집행공무원은 국경업무에 있어서 정지 또는 신원, 휴대하고 있는 물건이나 운송수단에 대한 검사수인의 반복된 명령을 도피하여 면하려고 하는 자에 대하여도 총포를 사용할 수 있다. 구술명령을 이해할 수 없는 것으로 인정될 경우에는 경고사격으로 구술명령에 갈음할 수 있다.

②국경업무와 관련하여 제1항의 자에게 위임된 연방과 주의 업무를 실행하는 것도 국경업무로 본다.

제12조(총포사용에 관한 특별규정) ①직접강제의 다른 조치를 적용하는 것이

효과가 없거나 효과없는 것이 명백한 경우에 한하여 총포의 사용은 허용된다. 사람에게 대한 총포의 사용은 물건에 대한 총포위력으로써 그 목적이 달성될 수 없는 경우에 한하여 허용된다.

②총포사용의 목적은 항거불능 또는 도피불능을 위한 때에만 허용된다. 집행 공무원이 총포를 사용하게 될 경우 무고한 자가 위협을 받게될 고도의 개연성이 있는 때에는 발포가 금지된다. 다만, 군중에 대한 개입이 불가피한 때에는 그러하지 아니한다.

③외관상 청소년으로 보이는 자에 대한 총포의 사용은 허용되지 아니한다.

제13조(예고) ①총포의 적용은 예고되어야 한다. 경고사격의 발포는 예고로 본다. 군중에 대한 예고는 이를 반복하여야 한다.

② 군중에 대한 방수차와 公用車의 投入은 예고되어야 한다.

제14조(폭발물) 제9조 내지 제13조의 규정은 폭발물의 사용에 대하여 준용한다.

### 第3節 종결규정

제15조(긴급사태) ①연방정부가 독일연방공화국 기본법 제91조제2항에 따라서 어떠한 주 또는 다수주의 경찰을 연방정부의 지휘하에 두는 때에는 이 법은 연방정부의 지휘를 받는 경찰력에 대하여도 적용한다.

②제1항의 규정은 베를린주에 대해서는 적용하지 아니한다.

제16조(공무원법상의 통칙) 주의 집행공무원에 대하여는 주법으로 이 법 제7조의 원칙에 상응하는 규율을 정한다.

제17조(베를린주의 집행공무원) 이 법은 1957년 4월 26일의 “베를린주의행정 관서고용된직원의권리관계를규율하기위한법률”의 적용을 받은 집행공무원에 대하여 준용한다.

제18조(행정규칙) 연방내무부장관은 소관사항에 대하여 이 법에 대한 일반행정규칙을 발한다. 다른 부의 장관은 자신의 소관사항에 대하여 연방내무부장관의 동의를 얻어 일반행정규칙을 발한다.

제19조(베를린조항) 1952年 1月 4日의 第3次過度法律(Dritten Überleitungsgesetz) 제13조제1항이 정하는 바에 따라서 이 법은 베를린주에도 적용된다.

제20조(시행) ①이 법은 1961년 4월 1일부터 시행한다.

②1921년 7월 2일의 “제국재무행정의국경감독직원의무기사용에관한법률”은 이 법의 시행과 동시에 실효한다.

## 附錄 3 : 오스트리아 『行政執行法』

### 1. 일반원칙

제1조(행정집행) ①다음 사항은 이 법이 정하는 바에 따라 지구행정청의 소관으로 한다.

1. 지구행정청 자체 또는 그의 상급청이 행한 결정의 집행
2. 다른 법률에 의한 별도의 규정이 없는 때에는
  - (a) 연방 또는 주의 다른 행정청이 행한 결정의 집행
  - (b) 연방 또는 주의 행정청의 요청으로 행한 공공단체행정청-고유의 조례를 가진 시인 행정청을 제외한다-의 결정(재결·처분·판정)의 집행
3. 다른 법률이 정하는 바에 따라 행정수단에 의한 징수가 허용된 금전급부의 징수

②제1항제1호 및 제2호의 규정은 연방경찰관서에 대해서도 그 활동범위내에서 이를 적용한다.

③공과와 공적부담 및 법률상 이와 유사한 금전급부는 특별한 규정이 없는 한, 공과의 수납·징수 그리고 보관에 관한 규정에 의거하여 이에 종사하는 기관이 이를 징수한다.

제2조(강제권의 행사) ①이 법이 정하는 강제권의 행사는 각 사안에 가장 관대하고 합목적인 강제수단에 의하여야 한다.

②금전적 급부는 강제징수에 의하여 의무자 및 그 법적 부양의무자의 최저생활을 위협하지 않는 한도내에서만 이를 강제징수할 수 있다.

제3조(금전급부의 징수) ①금전급부의무는 집행청 스스로가 공과의 징수 또는 보관에 관한 규정을 준용해서 징수하거나, 또는 법원이 사법상의 집행절차에 관한 제 규정에 준거해서 이를 징수하는 것으로 한다. 이 때에 집행청은 독촉채권자인 권리자의 명의로 절차를 진행한다.

②집행력을 저지하는 어느 심급에도 따르지 않고 있다는 증명, 결정청·처분청 또는 집행청이 행한 결정 및 미납잔고증명은 집행법 제1조가 의미하는 집행명의로 한다. 집행법 제35조가 의미하는 청구이외는 집행명의를 있는 청에



출원해야 한다.

③ 청구권자는 직접 관할법원에 금전급부청구를 출원할 수 있다. 그와 같은 금전급부청구는 행정수단에 의한 징수가 허용된 경우에는 공법상의 사단과 영조물에 대하여서도 또한 허용된다.

## 2. 급부와 부작위의 강제

제4조(대집행) ① 노무공급 또는 현물급부의 의무가 있는 자가 당해 의무를 이행하지 않거나 완전하게 이행하지 않고 또는 정당한 시기에 이행하지 않을 때에는 미리 의무자의 위험부담과 비용으로 강제집행한다는 뜻의 계고를 행한 후에 급부를 강제적으로 실현할 수 있다.

② 집행행정청은 전항의 불이행급부를 실현하는 때에는 당해 의무자에 대해서 후일의 청산을 위한 비용을 예납할 것을 명할 수 있다. 비용예납명령은 집행력을 가진다.

제5조(강제벌) ① 수인 또는 부작위의무, 그리고 사건의 성질상 제3자가 실현할 수 없는 의무에 대해서는 집행청은 의무자에게 금전 또는 구류의 제재를 부과하여 그 이행을 강제한다.

② 전조의 집행은 위반 또는 해태시에 발생할 불이익을 계고하고 개시하여야 한다. 계고한 강제수단은 최초의 위반시 또는 행위의 착수에 대한 약정된 기간을 도과한 즉시 이를 실시하여야 한다. 위반을 반복하거나 계속하여 이행을 지체하는 경우는 점차 강화된 강제수단을 계고할 수 있다. 계고한 강제수단은 의무의 이행이 있으면 이를 집행할 수 없다.

③ 강제수단으로 금전은 매회 10,000실링, 구류는 4주간의 기간을 초과할 수 없다.

④ 강제수단으로서 금전형에 의한 집행은 사단 또는 기타 비자연인에 대해서도 적용한다. 다만, 공법상의 사단에 대하여서는 그러하지 아니하다.

제6조(강제벌의 비용) ① 제5조에 의하여 부과된 금전형은 집행청의 경비를 부담하는 지역단체의 수입이 된다.

② 구류형의 집행은 집행법 제36조 내지 제362조와 제365조의 규정을 준용한다. 구류형이 법원에 의해서 집행될 때에는 그에 관련한 비용은 법원이 사법상

의 형벌집행비의 징수에 관한 법규정에 따라 의무자로부터 이를 징수한다.

제7조(직접강제의 적용) 법률상 다른 규정이 없는 한 결정에 상당한 상태는 직접강제의 적용으로 이를 실현할 수 있다. 다만, 다른 방법이 없거나 법률상 불가능한 경우에 한한다.

제8조(가처분) ①급부의무가 확정된 경우 또는 그 실재를 추정할 수 있을 때에는 집행청은 급부보전을 위하여 가처분을 행할 수 있다. 다만, 의무자가 그 재산권의 대상을 처분함으로써 혹은 제3자와의 통모를 가지고 기타의 조치를 취하여 급부를 면탈하고 그 집행을 불가능하게 하거나 또는 위태롭게 할 염려가 있을 때에 한한다.

②가처분은 이 법의 규정에 의하여 즉시 집행할 수 있다.

제9조(집행기관) ①집행청은 이 법을 집행함에 있어 필요한 경우에는 공안기관을 소집할 수 있다. 집행청이 공안기관의 복무청이 아닌 경우는 이와 협의하여야 한다.

②공공단체는 협력의 의무가 있다.

③법률의 규정에 의한 전제조건하에 필요한 경우 집행청은 연방군대의 협력을 요구할 수 있다.

제10조(절차) ①집행절차에 대해서는 현행법상 별단의 결과를 가져오지 않는한 일반행정절차법 제1편 및 제4편의 제 규정, 그리고 법적 쟁송수단의 고지에 관해서 동법 제58조제1항 및 제61조의 규정을 준용한다.

②이 법에 의한 집행처분에 대한 항고소원은 다음 1의 경우에 한해서 제기할 수 있다.

1. 집행이 허용되지 않는 경우.

2. 집행처분이 집행할 결정과 합치하지 않는 경우.

3. 지시되거나 적용된 강제수단이 법률상 인정되지 않거나 또는 제2조의 규정에 저촉될 경우.

③항고소원은 정지적 효력을 발생시키지 않는다. 항고소원은 지방장관에게 제기하여야 하며, 주의 독립작용의 범위에 속하는 사무는 주정부에서 행한다. 이 규정에 따른 관리청은 소원사안을 종국적으로 재결한다.

제11조(비용) 집행비용은 의무자의 부담으로 하고 제3조에 의하여 징수한다. 청구불능한 경우에는 집행비용은 스스로 집행행위를 출원하고, 이를 자기 이익을 위해 행한 당사자로부터 이를 징수한다. 이 사항에 관해서는 집행청은 일

반행정절차법의 제규정에 따라 결정하여야 한다. 항고소원은 제10조제3항의 기준에 따라 관할권이 있는 행정청에 제기하고 당해 행정청이 사안을 종국적으로 재결한다.

### 3. 종결규정

제12조(특별강제권의 효과) 행정법규가 행정청에 부여한 특별강제권은 계속 그 효력을 가진다.

제13조(경과규정) ①이 법은 그 원 법문은 1926년 1월 1일부터 시행하고, 1948년의 행정절차법개정법률에 의한 제5조제3항의 변경된 법조문은 1948년 3월 28일부터, 1949년의 행정집행법개정법률에 의한 변경된 법조문은 1949년 7월 31일부터 시행한다.

②적용대상 없음.

③본법의 집행은 연방총리부에 위임한다.

## [參 考 文 獻]

### [國內文獻]

- 강구철, “행정강제제도에 관한 연구”, 『관동대논문집(인문·사회과학)』, 제14권(1986.1).
- 김광호, “강제퇴거의 현실대와 문제점”, 『법무자료』, 제19호(1992).
- 김남진, “직접강제·직접집행·즉시강제”, 『월간고시』, 1987년 4월호.
- \_\_\_\_\_, “집행벌·강제금·이행강제금”, 『월간고시』, 1993년 3월호.
- \_\_\_\_\_, “행정상의 강제집행과 즉시강제”, 『자치행정』, 1991년 5월호.
- \_\_\_\_\_, “행정강제의 신·구경향”, 『고시연구』, 1980. 8월호.
- \_\_\_\_\_, “법의 실효성확보방안”, 『자치행정』, 1990년 7월호.
- 김문수, “대집행의 요건”, 『판례연구해설』, 제9호(법원행정처, 1988).
- 김원주, “집행벌”, 『월간고시』, 1988년 11월호.
- 김이열, “행정상의 강제집행”, 『고시계』, 1982년 11월호.
- 김중희, “현행 대집행제도에 관한 문제점”, 『경상대 사회과학연구』, 제2권(1984. 12).
- 김중권, “공의무, 특히 철거의무 및 이행강제금 납부의무의 승계에 관한 고찰”, 『공법연구』, 제23권제2호(1995).
- 김철용, “서독의 행정집행법”, 『고시연구』, 1983년 6월호.
- \_\_\_\_\_, “행정법상의 의무이행확보수단”, 『건국대논문집(사회과학편)』, 제7집(1983).
- \_\_\_\_\_, “행정법상의 의무이행확보수단”, 『고시계』, 1983년 1월호.
- \_\_\_\_\_, “행정대집행 (1), (2)”, 『법정』, 1977년 2~3월호.
- 남기정, “실무강제집행법”, 『사법행정』, 1982년 3월호.
- 남승길, “행정상 즉시강제에 관한 연구”, 『경찰대논문집』, 제8집(1989.1).
- 박규하, “행정상의 대집행제도”, 『한국공법의 이론』(김도창박사고회논문집, 1993).
- \_\_\_\_\_, “대집행의 요건·절차·불복”, 『고시연구』, 1994년 1월호.

- 박윤훈, “행정대집행 : 대집행대상과 대집행요건을 중심으로”, 『고시계』, 1982년 8월호.
- \_\_\_\_\_, “행정법상의 의무이행확보수단”, 『고시계』, 1988년 4월호.
- \_\_\_\_\_, “행정법상의 의무이행확보수단”, 『공법연구』, 제12집(1984).
- \_\_\_\_\_, “행정상 강제집행”, 『고시계』, 1986년 5월호.
- \_\_\_\_\_, “행정법상의 의무이행확보수단에 관한 연구”(고려대 박사학위논문, 1984).
- 서원우, “강제집행법리의 제문제”, 『고시계』, 1984년 8월호.
- \_\_\_\_\_, “행정상의 즉시강제”, 『고시연구』, 1978년 4월호.
- \_\_\_\_\_, “행정의무의 민사적 강제”, 『고시연구』, 1979년 9월호.
- \_\_\_\_\_, “현대적인 행정의무확보수단: sanction적 유도작용을 중심으로(상·하)”, 『고시연구』, 1984년 11~12월호.
- 석종현, “행정상의 강제집행”, 『고시계』, 1988.4.
- 오준근, “경제행정법상 자금조성수단으로서의 보조금”, 『공법연구』, 제23권제 3호(1955).
- 이동과, “행정상의 즉시강제”, 『국가고시』, 1986년 4월호.
- 이명구, “대집행적 즉시강제”, 『고시연구』, 1985년 12월호.
- 이상규, “행정법상의 제재”, 『월간고시』, 1982년 10월호.
- \_\_\_\_\_, “행정상의 강제집행과 공급거부 및 공표”, 『월간고시』, 1981년 5월호.
- 이진우, “행정법상의 의무이행확보수단”, 『고시계』, 1985년 1월호.
- 전민기, “철거대집행계고처분의 요건으로서의 심히 공익을 해할 것으로 인정된 때에 관하여”, 『판례연구해설』, 제13호(법원행정처, 1990).
- 정준현, “이행강제금”, 『법제』, 제344호(1990.7.20).
- 제창석, “행정대집행”, 『고시연구』, 1982년 8월호.
- 정하중, “대집행의 요건과 절차”, 『고시연구』, 1995년 8월호.
- 차재명, “행정강제”, 『고시월보』, 1986년 5월호.
- 채창석, “행정대집행”, 『고시연구』, 1982년 8월호.
- 최세영, “행정법상의 강제집행론(상·하)”, 『사법행정』, 1984년 10~11월호.
- 홍준형, “행정대집행과 하자의 승계”, 『고시계』, 1994년 11월호.

## 〔日本文獻〕

- 藤谷豊松, “緊急代執行”, 『比較法制研究』, 제10호(1987.3).
- 廣岡隆, “行政強制をめぐる問題點”, 『公法の理論』(有斐閣, 1977).
- \_\_\_\_\_, 『行政代執行法』(有斐閣, 1970).
- \_\_\_\_\_, 『行政上の強制執行の研究』(法律文化史, 1961).
- \_\_\_\_\_, 『行政強制と假の救濟』(有斐閣, 1977).
- 高木光, “行政の實効性確保の手法: 強制及び制裁の概念を手がかりとして”, 『神戸大學法學雜誌』, 제36권 제2호(1986.9).
- \_\_\_\_\_, “實効性確保”, 『公法研究』, 제49호(1987).
- 宮崎良部, “行政法の實効性の確保: 行政法違反とその是正をめぐる問題點”, 『行政法の諸問題(雄川一浪先生獻呈論集)』, 上券(1990.4).
- 關根謙一, “行政強制と制裁”, 『ジュリスト』, 제1073호(1995.7).
- 阿部泰隆, 『行政の法システム(下)』(有斐閣, 1992).
- 原前尙彦, “行政權による緊急避難”, 『法學教室』, 제135호(1991.12).
- 折登美紀, “ドイツ行政法における強制金”, 『自治研究』, 제68권 제3호(1992.3).
- 磯彌野生, “行政上の義務履行確保”, 『現代行政法大系』 제2권(有斐閣, 1984).
- 細川俊彦, “公法上の義務履行と強制執行”, 『民商法雜誌』, 제82권 제5호(1980).
- ジュリスト 綜合特輯, 『行政強制』(有斐閣, 1977).
- 村上曆造, “行政廳による處罰”, 『ジュリスト』, 764호(82.4).
- 村上順, “代執行の要件”, 『行政法の争點(新版)』(ジュリスト증간호, 1990).
- 村上義弘, “直接強制・執行罰”, 『行政法の争點(新版)』(ジュリスト증간호, 1990).
- 鹽野宏, “操業停止と工場封印”, 『法學教室』, 1983년 6월호.
- 新井隆一, “行政上の即時強制と行政調査”, 『法學 세미나』, 제25권 제1호(1981.1).
- 吉田英法, “即時強制の概念に関する若干の考察(上, 下)”, 『警察公論』, 제35권 제8·12호(1980.8, 12).

[獨逸文獻]

- App, Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1989.
- App, Die Struktur der Verwaltungsvollstreckungsgesetze, DÖV 1991, S. 415 ff.
- Arndt, Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung, 1967.
- Burmeister, Die Ersatzvornahme im Polizei- und Verwaltungsvollstreckungsrecht, JuS 1989, S. 256 ff.
- Engdhardt/App, Verwaltungsvollstreckungsgesetz, Verwaltungszustellungs-gesetz, Kommentar, 3. Aufl., 1992.
- Erdmann, Die Kostentragung bei Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs, 1987.
- Gusy, Verwaltungsvollstreckungsrecht am Beispiel der Vollstreckung von Polizeiverfügungen, JA 1990, S. 296ff., 339ff.
- Hennecke, Verwaltungszwang mittels Zwangsgeld, Jura 1989, S. 7ff., 64ff.
- Hormann, Die Anwendung von Verwaltungszwang unter Abweichung vom Regelvollstreckungsverfahren, 1988.
- Knig, System des verwaltungsbehördlichen Vollstreckungsrecht, BayVBl. 1967, S. 262 ff.
- Knig, Anordnung, Vollzug, unmittelbarer Zwang im Verwaltungsrecht, BayVBl. 1981, S. 359 ff.
- Knöll, Rechtsprechung zur Zulässigkeit und Ausführung von Abschleppmaßnahmen durch Polizei- und Ordnungsbehörden, DVBl. 1980, S. 1027 ff.
- Krölller, Vollstreckungsschutz im Verwaltungszwangsverfahren, 1971.
- Rasch, Probleme des polizeilichen Zwanges (Zwangsgeld, Ersatzvornahme, Rechtsschutz), DVBl. 1980, S. 1017 ff.

Schenke/Baumeister, Probleme des Rechtsschutzes bei der Vollstreckung  
von Verwaltungsakten, NVwZ 1993, S. 1 ff.

Wind, Grundzüge des Verwaltungsvollstreckungsrechts, VR 1988,  
S. 133ff.



연구보고 95-2 行政執行法の 制定方向

---

1995년 11월 15일 印刷

1995년 11월 20일 發行

發行人 白 南 辰

發行處 **한국법제연구원**

印刷處 (주) 한국컴퓨터산업

서울특별시 종로구 신문로2가 1-103

전 화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-190호

---

本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©

값 7,000 원

