

手段의 轉用에 의한 義務履行強制

金 致 煥*

차 례

- I. 수단 轉用에 의한 의무이행강제의 의의
- II. 수단 轉用에 의한 의무이행강제의 유형
 - 1. 불이익처분의 일반적 간접강제수단으로서의 轉用
 - 2. 수익적처분의 간접강제수단으로서의 轉用
 - 3. 행정의 실효성확보수단의 轉用
 - 4. 형사상의 수단의 의무이행강제수단으로서의 轉用
- III. 수단 轉用에 의한 의무이행강제의 특징
 - 1. 효과의 목적에의 연결성
 - 2. 수단의 다중적 성격
 - 3. 제재수단의 轉用이라는 특징
 - 4. 심리적 압박을 통한 간접강제적 성격
 - 5. 상황논리의 특성
- IV. 수단 轉用에 의한 의무이행강제의 범위와 한계
 - 1. 허용성
 - 2. 수단의 轉용의 요건과 그에 따른 범위·한계
- V. 맺는 말

* 韓國法制研究院 副研究委員, 法學博士

I. 수단의 전용에 의한 의무이행강제의 의의

수단은 목적을 달성하기 위하여 존재한다. 그리고 일반적으로 하나의 수단에는 하나의 목적이 할당되는 것이 보통일 것이라 생각된다. 예를 들어 허가라고 하는 수단은 허가를 신청한 자에 대하여 이후 법의 테두리 안에서 마음껏 행동할 수 있는 자유를 부여하기 위한 목적을 지니고 있다. 이에 대하여 취소나 철회는 일정한 사유의 발생을 이유로 상대방의 행위의 자유나 권리를 합법적으로 박탈하기 위하여 존재한다. 따라서 만일 허가의 취소라고 한다면, 이는 일정한 사유의 발생을 이유로 상대방으로부터 마음껏 행동할 수 있는 자유를 박탈하기 위한 것이다. 이와 같이 어떠한 자유나 이익 또는 권리나 의무를 부여하는 것, 아니면 그러한 자유 등을 박탈하거나 면제하는 것이 행정법 영역에서 다용되고 있는 여러 가지 수단¹⁾의 본래적인 목적이라 생각된다.²⁾ 이들 목적은 구체적으로 개개의 사안들과 결합함으로써 보다 명확하게 인식될 수 있다. 즉, 유흥주점영업의 취소는 유흥주점영업을 더 이상 합법적으로 하지 못하게 하는 목적을 지니며, 운전면허의 취소는 더 이상 운전을 할 수 없게 하기 위한 것이다.

그런데 이들 목적은 결국 해당 수단이 지니는 효과에 다름 아니지 않는가 하는 생각을 하게 된다. 더 이상 합법적으로 마음껏 행동할 수 없도록 자유가 박탈되는 것은 허가취소의 효과인 것이기 때문이다. 그렇다면, 해당 수단에 의하여 달성하고자 하는 목적은 동시에 그 수단의 효과를 의미하는 것이라 할 수 있다. 이 논리를 확대하면 해당 수단이 발산하는 효과³⁾는 해당 수단에 의하여 달성할 것이 기대될 수 있는 목적이라고 할 수 있지 않을까 생각된다. 그리고 이 경우에 그러한 효과가 복수 존재한다고 한다면, 해당 수단에 의하여 달성할 것이 기대될 수 있는 목적도 또한 복수 존재하는 것이라고 할 수 있을 것이다. 수단의 전용에 의한 의무이행강제가 논의될 수 있는 것은 이상과 같이 하나의 수단이 복수의 효과(효용)를 가지는 데서 비롯되는 것이다. 수단이 본래 가지

1) 특히 행정행위의 경우를 상정한 경우에 그러하다.

2) 강화상 사용하고 있는 행정행위의 개념은 목적적 요소는 배제한 채 행위적 요소에 집중하여 형성된 개념이라 생각된다. 행정법 영역에 있어서 수단이라고 하면 이들 행정행위를 포함하여 행정지도, 행정계획, 계약 등 보다 다양하게 존재한다.

3) 그것이 법적 효과인지 아니면 그 밖의 사실상의 효과인지를 불문한다.

던 효과와는 별도의 효과를 발휘하는 때에 해당 수단을 본래의 용도에서 다른 용도로 전용하는 경우의 문제가 제기될 수 있는 것이기 때문이다.

한편, 수단에 대한 관점에서 목적이라는 개념을 엄두에 두는 경우에도 그 목적에는 등급의 차이가 있음을 지적할 수 있을 것이다. 예를 들어, 허가의 취소는 직접적으로는 상대방에 대하여 적법하게 행동할 수 있는 자유를 박탈하기 위한 것이지만, 허가의 취소에 의하여 달성하고자 하는 바는 단지 범위 반자로부터 그의 자유나 이익을 박탈하는데 그치는 것이 아니라 보다 거시적으로 사회질서를 유지 형성해가기 위한 목적을 지니고 있을 것이기 때문이다. 그렇다면 (허가의) 취소라는 행위수단의 목적에는 사회질서의 유지·형성이라는 목적과 범위반자의 자유나 이익의 박탈목적이라는 두 가지 목적이 함께 존재한다고 할 수 있다. 전자가 보다 거시적인 관점에서의 목적이라고 한다면 후자는 보다 직접적인 해당 수단의 목적이라고 할 수 있을 것이다. 이곳에서 검토하고자 하는 ‘수단의 전용’에서 말하는 수단과 목적의 관계는 일단 후자의 경우를 상정하고 있다고 전제한다. 다시 말하면 해당 수단의 직접적인 또는 본래적인 목적 내지 용도와는 관계에서 논의되는 부분이다. 해당 수단을 행사하는 또는 행사해야 하는 본래의 목적이 존재하지만 그와 동시에 해당 수단이 지니고 있는 다양한 효과가 인식되고, 그 가운데에서도 본래적 효과 이외의 것이 보다 중시된다고 인정될 때 수단은 본래의 목적과는 다른 목적을 달성하기 위하여 전용되고 있다고 볼 것이다. 본래는 의도하지 않았던 해당 수단의 효과(본래적 효과)가 점차 중시되면서 장래에 있어서는 해당 수단의 부수적인 효과가 보다 주도적인 평가를 받으며 이용될 때, 해당 수단은 다른 용도로 전환되고 있다고 할 수 있게 된다. 그리고 만일 이러한 사정이 보다 장기에 걸쳐 지속된다면 경우에 따라서는 종래 중된 위치에 있던 목적이 오히려 주된 위치로 올라서며 주객이 전도되는 현상도 초래될 수 있을 것이다. 이 경우에는 수단이 그 본래의 용도(효과, 목적)를 지닌 채 다른 용도(효과, 목적)로 돌려쓰는 수단의 전용이 아니라 수단의 의미나 용도 자체가 당초 지니고 있던 목적을 버리고 다른 목적을 위한 것으로 성격 변화를 경험하는 것이므로 수단의 의미전환 또는 수단의 변용으로 이해되어야 하는 것이라 생각된다.

이 과정에서 주의할 것은 통상 효과라 하면 해당 수단이 지니는 수단 그 자체의 원칙적인 효과만을 의미하지만 수단의 전용에서 말하는 효과에는 단순한 수단 자체가 지니고 있는 효과를 넘어서 해당 수단이 발동되는 상황적 요건에

따라 달리 나타날 수 있는 효과에 대하여도 시야에 넣고 있다는 점이다. 예를 들어, 행정행위의 철회는 그 자체로서는 장래에 향하여 행정행위의 효력을 소멸시키는 것을 의미하고 그것이 동시에 철회의 목적이자 효과라고 할 수 있지만, 그러한 철회가 만일 납세의무를 이행하지 아니한 상대방에 대하여 행하여진다고 하면, 그러한 상황하에서는 철회를 당하지 않으려면 납세의무를 이행하라고 하는 강력한 의무이행강제의 효과를 끌어낼 수도 있기 때문이다.

II. 수단의 전용에 의한 의무이행강제의 유형

1. 불이익처분의 일반적 간접강제수단으로서의 전용

사인의 경제활동에 대한 행정상의 감독수단으로서 직접적으로 위법활동의 시정을 명하는 외에 위반에 대한 제재로서의 영업정지, 영업허가의 취소나 철회 등을 법정하고 있는 경우는 매우 많다고 할 수 있다. 이 때에 영업정지나 영업허가의 취소 또는 철회 등의 불이익처분(수단)이 사후에 예정되어 있다고 하는 것 자체가 그에 선행하여 행하여지는 개선명령 등에 대하여 보다 상대방의 의무이행을 강제하는 효과를 기대할 수 있다고 지적된다.⁴⁾ 이것은 불이익처분이 실제에 있어 발동되지 않는다고 하더라도 그것이 사후적으로 예비되어 있다는 사실만으로 상대방은 법에 합치하는 행위를 명하는 행정청의 개선명령을 존중하도록 심리적으로 강제된다는 점을 전제로 한다. 영업의 정지나 허가의 취소 또는 철회라고 하는 행정수단이 그 본래적 목적인 상대방의 영업행위에 대한 직접적인 규제라는 목적을 넘어서 범위반에 대한 시정명령이 있는 경우 이를 준수하도록 압박하는 목적, 즉 간접강제의 목적으로도 활용될 수 있다고 하는 점을 지적하는 것이다.

다만, 이러한 의미에서의 수단의 전용은 행정청이 당해 수단을 적극적으로 다른 목적을 위하여 행사하는 것이 아니라 법정의 수단으로서 존재한다는 자체만으로 해당 수단의 본래의 목적 내지 기능과는 별도의 기능이 추가적으로 인식되고 발휘되는 것이라고 할 것이므로 이를 특별히 수단의 전용으로 볼 필요가 있는가 하는 의문은 남는다.⁵⁾ 그럼에도 불구하고 이러한 의미에서의 수

4) 藤田宙靖, 『行政法 I (總論) 第四版』, 青林書院, 2003, 276頁.

5) 수단의 전용은 어디까지나 원칙적인 모습이 아니라 예외적인 모습인 것이므로 본문에서와 같이 수단의 전용이 불이익처분을 규정하고 있는 법률일반의 공통적인 양상이라고 한

단의 전용이라는 관념을 인정한다면 법에서 위반시의 불이익처분에 관하여 규정하고 있는 모든 경우에는 이와 같은 의미에서의 수단의 전용이 기대될 수 있다고 하게 될 것이다.

또한, 공표제도에도 이와 유사한 기능을 기대할 수 있는 경우가 적지 않다. 공표는 단순히 일정한 사실을 불특정 다수인에게 알리는 행위에 불과하고 그로 인하여 누구에게 권리나 의무가 발생하거나 하는 법률관계의 변동을 초래하지 아니하는 행위이다. 그럼에도 불구하고 자신에게 불이익한 사실의 공표에는 매우 민감한 것이 현실이고 이에 따라 예를 들어 시정명령에 따르지 아니하는 경우에는 해당 사실이 공표될 수 있음이 예정되어 있는 경우에는 공표는 시정명령의 이행을 강력히 권고하는 간접적인 강제수단의 기능을 겸할 수 있다.

2. 수익적처분의 간접강제수단으로서의 전용

규제완화와 민영화를 비롯한 일련의 흐름이 작은 정부를 지향하게 하고 국가의 역할을 점차 필요최소한에 축소시켜 가고 있다고는 하지만 아직까지도 사인은 국가 등 행정주체에게 의지하지 않을 수 없는 경우가 적지 않다. 전통적인 급부행정의 영역은 여전히 사인의 행정의존도가 높은 분야라고 생각된다. 따라서 수도나 전기의 공급 등과 같은 생활편익을 제공받아야 정상적인 일상생활의 영위가 가능한 오늘날에 있어서는 이러한 생활편익의 제공을 의무의 이행과 결부시키는 경우에 상대방으로서는 행정청이 부과하는 명령에 따르지 않으면 아니되는 강한 심리적 압박을 받게 된다. 주지하듯이 건축법제69조 제2항의 경우가 그 전형적인 예이다. 동조항에 의하면, (i) 전기·전화·수도 또는 도시가스의 공급을 해당 공급사업자에게 의뢰하여 중단하게 하는 경우와 (ii) 위법건축물 내에서의 경제활동에 대한 허가 등을 해당 행정청에 의뢰하여 보류하게 하는 경우의 두 경우가 규정되어 있다. 이것은 생활편익의 제공과 허가의 부여와 같은 행정청에 의한 수익적인 행위를 별도의 분야에 있

다면 굳이 이를 수단의 전용이라 이론구성할 필요가 없다고도 할 수 있을 것이다. 무엇보다도 전용이라 하면 적극적인 전용행위, 즉 전용의 의도가 있어야 할 것인데, 영업의 정지 등의 제재조치가 법상 마련되어 있다는 사실만으로 이러한 적극적인 전용의 의사가 행정청에게 있다고 볼 수 있는가도 의문이라고 하지 않을 수 없다. 다만, 이와 같은 제재조치 즉 불이익처분으로 곧바로 나아갈 수 있음에도 불구하고 그에 앞서 시정명령을 먼저 발하는 것이라고 한다면 불이익처분(영업정지 등)에 대하여 간접적인 강제수단으로서 역할을 기대하는 행정청의 의사, 즉 전용의 의사가 추단될 수도 있다고 하겠다.

어서의 상대방의 의무위반의 시정을 위한 목적으로 사용하는 것이며 수단의 전용으로서의 모양새를 뚜렷이 보여준다.⁶⁾

참고로 일본의 경우에도 위법건축물에 대하여 관할 지방자치단체가 급수를 보류한 것이 문제된 유명한 사건이 있다. 이른바 토요나카시(豊中市) 위법건축물에 대한 급수거부사건(1981년7월16일 최고재판소 제1법정 판결)이 그것이다.⁷⁾ 우리의 경우는 위에서 언급한 바와 같이 위법건축물에 대한 수도 등의 공급거부가 실정법에 명문으로 규정되어 있음에 반하여 일본의 경우에는 법령상 그와 같은 명문의 규정이 마련되어 있지 않다. 사건은 관할시에서 수립하여 시행하고 있던 위반건축물에 대한 급수제한실시요강이라고 하는 행정내부의 지침 즉 행정규칙에 입각하여 급수가 거부된 경우이므로 급수거부는 법령에 입각하지 아니한 순수하게 행정지도에 의하여 이루어진 경우에 해당하였다. 결론에 있어서 관할시의 입장이 지지되어 위반건축물의 시정목적에서의 급수거부가 용인되고 있다.

본래의 경우라면 위법건축물을 시정하게 하기 위하여는 건축법제69조제1항에 의거하여 시정명령 등을 발하고 그래도 이에 따르지 아니하는 경우에는 동법제74조나 행정대집행법의 규정에 따라 대집행을 실시하는 것이 순리이다.⁸⁾

일본에 있어서는 수도의 공급뿐만 아니라 하수도의 이용금지도 위법건축물의 시정목적에서 기초지방자치단체에 의하여 다용되고 있는 것으로 보인다. 수도의 공급과 같은 생활기초적인 서비스의 제공은 평안하고 윤택한 생활환경을 마련해 주기 위한 목적에서 존재하는 것인데 이것이 위법한 행위의 시정을

6) 유의할 것은 소제목에 있어서는 '수익적행정처분'이라는 표현을 사용하였으나, 수도나 전기, 가스 등의 공급이 강학상 정의하는 권력적 공법행위로서의 행정행위의 개념에 해당하지 않음은 물론 쟁송법상에서 규정하고 있는 공권력의 행사나 그 거부 또는 그 밖에 이에 준하는 행정작용으로서의 처분개념에 포섭시키는 데에도 난점이 없지 않다. 나아가 수도는 차치하고라도 전기나 가스, 전화의 공급이 과연 오늘날 우리나라에 있어서 행정주체에 의하여 제공되는 행정서비스라고 할 수 있는가를 고려할 때 더더욱 문제가 아닐 수 없다. 따라서 이들을 포함하는 의미에서의 수익적행정처분의 표현을 사용하는 것은 정확하지 않은 기술이다. 다만, 본문에 있어서는 앞의 불이익처분과의 대비의 편의상 수익적 '행정처분'의 소제목을 내걸고 있는 점에 대한 양해가 필요하다.

7) 行政判例百選 I [第四版] No.124; 最高裁判所民事判例集35卷5号, 930頁 이하; 判例タイムズ450号, 70頁 이하 참조.

8) 일본의 경우에는 건축기준법제9조제1항에 다른 제거명령의 발령과 동조항제12호에 의거한 대집행을 실시하게 된다. 이와 같이 제도상의 행정의 실효성확보절차가 마련되어 있음에도 불구하고 일본의 행정청은 강제집행수단을 발동하기를 꺼리며 행정지도에 의하여 의무이행을 강제하고자 하는 방식을 취하는 경우가 많이 있음이 지적되고 있다. 藤田宙靖, 前掲書, 276頁.

목적으로 사용되고 있는 것이므로 전용이란 성격을 띠게 된다.⁹⁾

일본의 경우에서와 같이 행정지도의 방식에 의한 수단의 전용은 우리의 경우에도 건축법의 규정을 떠나서 원용될 여지가 충분히 있다. 예를 들어 법에 명시되어 있지 아니한 주민의 동의를 얻을 것을 조건으로 하여 행정청이 허가를 보류하고 있다고 한다면 이는 허가를 행정청의 행정지도에 따르도록 상대방에게 강권하는 수단으로 전용하는 것이라 이해하는 것이 가능할 것이기 때문이다.

3. 행정의 실효성확보수단의 전용

행정상 즉시강제제도를 실질적인 대집행을 위한 수단으로 사용하는 경우가 있다. 예를 들어, 토지수용재결이 내려졌음에도 불구하고 토지소유자가 해당 토지상의 건물에 거주하며 토지와 건물의 인도를 거부하는 경우에는 대집행에 의하여 토지와 건물의 인도를 달성하는 것은 곤란하다. 왜냐하면 사람이 건물이나 토지 등에서 퇴거하는 행위는 그 사람만이 할 수 있는 것이고 타인이 대신하여 행할 수 있는 성질의 것이 아니기 때문이다. 즉 비대체적인 성질을 띠므로 대체적 작위의무만을 대상으로 하여 행사될 수 있는 행정대집행의 수단이 무력하게 된다. 이 때, 방법론상으로 행정상 즉시강제가 가능한 상황을 인위적으로 초래한 후에 즉시강제에 의하여 토지상이나 건물 안에 거주하는 사람들의 퇴거를 실력에 의하여 달성하는 경우가 상정될 수 있다는 지적이 있

9) 일본의 하급심판례 가운데에는 도지사의 협력요청에 기초하여 전력회사가 위법건축물에 대하여 전기공급중단을 보류한 사건에 있어서 전기사업법 제18조제1항의 '정당한 이유' 중에는 공서양속에 위반한 경우도 포함된다고 하여 공급보류를 위법하지 않다고 한 사례가 있다(東京地判 1982년10월4일 判例時報1073号, 98頁). 그러나 일본의 경우는 수도의 공급과 하수도의 사용을 의무이행확보수단으로 전용하는 경우만이 아직까지는 주로 소개되고 있다. 우리의 건축법에서와 같이 전기를 비롯해서 가스, 전화에 이르기까지 일반적으로 확대시키는 입장을 취하는 예는 드물어 보인다. 이는 생계형 서비스를 행정질서의 유지와 연계시키는 형태의 수단의 전용으로서 의무의 이행을 생계유지에 연동되게 함으로써 막대한 의무이행강제의 효과를 기대할 수 있는 반면에 지극히도 원시적이며 행정편의적인 낙후된 사고가 아닌가 생각된다. 다만, 현실적으로 위법건축물의 소유주는 대부분의 경우 생계에 곤궁함을 느끼지 못하는 재력가인 경우가 다수라고 한다면, 설령 수도나 전기 등 그 자체로서는 기초생활에 필요한 서비스라고 하여도 위법건축물의 소유주에 대한 관계에 있어서는 그와 같은 생계형 서비스로서의 성격을 대개의 경우 상실할 것이므로 이와 같은 수단의 전용이 크게 문제되지 않을 수도 있을 것이다. 그러나 그렇다고 하여도 위법건축물임을 모른 채 입주한 선의의 주민들이 실제로 있어서는 급수거부 등 수단의 전용에 의한 피해를 입는 경우가 있다고 한다면 우리의 건축법제69조제2항의 규정은 몇몇하게 명문으로 법에 규정할 만큼 내세울 수 있는 제도는 아니며 여전히 문제점을 지니고 있는 것이라고 해야 하지 않을까 생각된다.

다.¹⁰⁾ 즉 위의 예에서 토지소유자 등이 퇴거를 거부하는 경우에 이를 무시하고 건축물의 철거를 감행하게 되면, 건물 안에 거하는 사람들에게 건물붕괴로 인한 급박한 신체상의 위험이 발생하게 되는데, 이러한 위해상황의 발생은 경찰관직무집행법상의 즉시강제권의 발동요건을 충족하게 되므로 이를 발동하여 실력에 의하여 건물 안에 거하는 사람들을 건물 밖으로 몰아내는 것이 가능하게 된다는 것이다.¹¹⁾ 매우 기교적이며 흥미로운 생각이라 하지 않을 수 없다.

본래라면 대집행에 의하여 달성하여야 할 행정목적의 실현을 행정상 즉시강제수단에 의하여 실질적으로 달성하는 것이므로 행정상 실효성확보수단으로서의 즉시강제를 또 다른 행정상 실효성확보수단인 대집행의 목적으로 전용하는 경우가 아닐 수 없다. 이를 다른 관점에서 보면 실효성확보수단으로서의 대집행이 안고 있는 기능상의 한계를 행정상 즉시강제수단이 보완하고 있는 것이라고 할 수 있다.

다른 한편으로 대집행은 의무불이행 내지 의무위반을 전제로 하여 행사되는 수단임에 반하여 행정상 즉시강제는 이를 전제조건으로 하지 않으므로 결과적으로 행정상 즉시강제에 의하여 의무의 이행을 강제한 것이 된다. 이것은 상대방의 신체에 실력을 가하여 의무의 이행을 강제한 것이므로 대집행의 목적과 행정상 즉시강제의 수단을 결합함으로써 실질적으로는 직접강제를 실현한 것이다. 여기에 현행법상 일반적으로 승인되고 있지 아니한 직접강제수단의 변칙적 활용의 문제가 야기된다.

4. 형사상의 수단의 의무이행강제수단으로서의 전용

형사상의 수단을 행정의 의무이행을 강제하기 위한 수단으로 활용하는 경우가 있다. 앞의 예에서와 같이 건물을 인도 받기 위하여 그 안에 거하는 사람들을

10) 藤田宙靖, 前掲書, 277頁.

11) 우리나라 경찰관직무집행법 제5조제1항은 인명 또는 신체에 위해를 미치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재, 사변, 공작물의 손괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 광견·분마(奔馬)류 등의 출현, 극단한 혼잡 기타 위험한 사태가 있을 때에는 경찰관은 다음의 조치를 할 수 있다고 하고, 그 가운데 “특히 긴급을 요할 때에는 위해를 받을 우려가 있는 자를 필요한 한도 내에서 억류하거나 피난시키는 것(제2호)”을 들고 있다. 또한 같은 법 제7조제1항은 경찰관에 대하여 제5조제1항·제2항 및 제6조제1항에 규정한 위험한 사태가 발생하여 인명·신체 또는 재산에 대한 위해가 절박한 때에 그 위해를 방지하거나 피해자를 구조하기 위하여 부득이 하다고 인정할 때에는 합리적으로 판단하여 필요한 한도 내에서 타인의 토지·건물 또는 선차(船車) 내에 출입할 수 있는 권한을 부여하고 있다.

퇴거시켜야 하는 경우가 그러하다. 이미 지적되었듯이 거주인의 퇴거는 대집행행에 친하지 않는 행위이기 때문이다. 이 때 해당 건물에 남아 건물의 인도를 방해하는 자에 대하여 형법상의 불퇴거죄를 적용하여 현행범으로 체포해버림으로써 건물을 소개(疏開)하고 그 인도를 실현한다고 하는 방법이 취해질 수 있다. 또한 대집행의 실행에 대하여 실력으로 저항하는 자에 대하여는 공무집행방해죄의 현행범체포의 형식으로 건물에서 몰아내어 대집행의 목적인 건물을 인도받는 방법도 고려될 수 있다.¹²⁾ 이는 범죄행위에 대한 처벌수단으로서 마련되어 있는 형사상의 수단을 실질적인 행정목적 실현하기 위하여 끌어온 것이므로, 형사상의 수단을 행정상 부과된 의무의 이행을 확보하기 위한 수단으로 전용한다는 모습을 띠게 된다. 이 경우도 앞서의 예와 마찬가지로, 형사상의 수단과 대집행의 목적을 결부시킴으로써 사람의 신체에 대하여 실력을 행사하여 의무의 이행을 강제하는 실질적인 직접강제를 실현하는 것이라고 할 수 있을 것이다.

Ⅲ. 수단의 전용에 의한 의무이행강제의 특징

수단의 전용으로 인정되는 이상의 유형들을 토대로 할 때 수단의 전용에 의하여 의무이행을 강제하는 여러 경우들은 다음과 같은 특징을 거의 공통적으로 지니고 있다고 생각된다.

1. 효과의 목적에의 연결성

수단의 전용은 해당 수단이 지니고 있는 효과를 의무의 이행을 강제하기 위한 목적에 연결시킴으로서 가능하게 된다. 수단의 전용에서 기대되는 효과는 당해 수단의 본래적 기능 외에 당해 수단에서 부수적으로 발생하는 힘이다. 대개의 경우에는 이러한 부수적인 힘은 미미하며 인식되지 못한다. 수단이 지닌 주된 효과, 주된 기능만이 인식되고 수단은 주된 효과 또는 주된 기능을 달성하기 위하여 행사된다. 그러나 일정한 상황하에서는 수단의 주된 효과보다 종래 미미하여 왔던 종된 효과들이 보다 빛을 발하는 경우가 있다. 그리고 주어진 상황에서 행정의 목적을 달성하기 위하여 그들 종된 효과들이 의무의 이행을 강제하기 위한 행정목적에 의식적으로 연결되는 경우가 있다. 무의식

12) 일본에서는 이와 같은 전용이 실제로 행사된 적이 있음이 알려져 있다. 김남진, 『행정법 I』, 법문사, 1998, 499면.

적으로 연결되는 경우에는 주체적인 전용의 모습을 띠지 못하고 우연에 의하여 종된 효과의 이득을 보는 것이므로 수단의 전용이라 이해하는 것은 곤란할 것이다. 의무의 이행을 강제하기 위한 수단의 종된 효과의 주된 목적(의무이행강제)으로의 전용은 명시적이든 아니면 묵시적이든 행정청에 의하여 의식적으로 기도되는 경우에 비로소 수단의 전용이라 이해될 수 있다.

2. 수단의 다중적 성격

앞서도 언급하였듯이 수단에는 본래 하나의 목적만이 부여되어 있는 것이라고 하여도, 수단은 보통 하나의 효과만을 지니고 있지는 않다. 법이 부여한 본래적 효과는 하나라고 하더라도 주어진 상황여건 등에 좌우되며 사실상 발생하게 되는 효과는 다수에 이를 것이기 때문이다. 뿐만 아니라 법이 부여한 효과는 법이 부여하였으므로 그 효과에 대한 법에 의한 제어가 기본적으로 가능하다고 이해되는 반면에 사실상 발생하는 효과는 법에 의한 제어로부터 기본적으로 자유롭다. 이러한 점이 수단이 다양한 성격으로 흐를 수 있게 하는 배경이 될 것이다. 이 점은 동시에 수단의 전용으로 인한 상대방의 권익침해의 가능성을 넓히는 측면이 있다.

그런데 이들 수단과 목적과의 관계를 생각할 때 그 목적이 미치는 효력범위가 어디까지인가 하는 것은 문제이다.

3. 제재수단의 전용이라는 특징

수단의 전용에 의하여 의무이행을 강제할 것이 기대되고 있는 수단은 제재적 성격의 수단이 많다고 할 수 있다. 의무이행을 강제하기 위하여는 이행을 강제할 수 있을 정도의 강력한 힘이 요구될 것인데, 그러한 힘은 해당 수단이 상대방이 처한 상황과 결합하여¹³⁾ 상대방에게 있어 심각한 불이익이 되는 것이 아니면 안될 것이기 때문이다. 이를 위하여 전용되는 수단은 상당한 정도 상대방에게 있어 제재로서의 무게를 가지는 것이라 할 수 있다. 불이익처분의 예비의 경우는 말할 것도 없고, 수익적 행위의 중단 또는 거부를 무기로 의무의 이행을 강제하는 경우에도 수익적 행위의 중단 또는 거부는 제재의 성격을 가진다. 공표도 그 자체로서는 단순히 객관적이고 중립적으로 일정한 사실을 알리는데

13) 이에 관하여는 후술하는 상황논리의 특성 참조.

불과하지만 사회일반인의 인식 또는 위반자가 사회 속에서 처한 상황에 따라 제재로서 기능하게 될 때, 공표의 의무이행강제효과가 인식될 수 있다.

행정상 즉시강제를 의무이행의 강제수단으로서 전용하는 경우나 형법에 마련되어 있는 범죄유형을 적용하여 현행범체포의 형태로 행정상 의무의 이행이 있는 것과 같은 상태를 실현하는 경우에도 그러한 행정상 즉시강제나 형법상의 현행범체포라는 행위는 결국 상대방의 신체에 대한 실력행사이며 불이익을 가하는 것이라는 점에서 불이익처분이나 수익적 행위의 전용의 경우와 있어서와 다르지 않다.

이와 같이 수단의 전용에 의한 의무이행강제는 제재의 부과를 대가로 하여 상대방의 의무의 이행을 끌어낸다는 점에서 이익의 제공을 대가로 하여 행정상 필요로 하는 상태를 달성하려는 유도적 수단¹⁴⁾들과 차이가 있다고 할 수 있다.

4. 심리적 압박을 통한 간접강제적 성격

앞서 본 침해적 처분의 사후예비의 경우와 수익적 행위의 사후철회의 경우는 모두 상대방의 의무의 불이행에 대하여 사후적으로 불이익이 가해질 것을 경고하거나 이행이 있을 때까지 실제로 불이익을 가함으로써 행정이 필요로 하는 상태의 실현을 도모하고자 하는 특징이 있다. 이것은 불이익으로부터 벗어나기 위하여는 의무의 이행을 하라는 심리적 압박에 의한 의무이행강제를 기도하는 것이다. 여기서는 가해질 또는 가해지는 불이익이 상대방에게 있어서 보다 치명적인 것일수록 의무이행의 간접강제로서의 기능은 보다 강하게 작용하게 된다.

다만, 이 경우에는 불이익이 해당 의무위반자 내지 의무불이행자에 대하여 직접 가해지는 것이어야 그 효과를 기대할 수 있다. 앞서 든 예에 있어서 불법건축물에 대한 위반사항시정을 위한 급수 등의 거부라는 불이익이 불법건축물을 생산한 소유주에게 직접 가하여지지 아니하고 그의 세입자에게 결과적으

14) 예를 들면, 가구당 보조금의 지급에 의한 주차장 건설지원, 아파트 분양권 지급에 의한 이주권유 등의 경우를 상정할 수 있을 것이다. 이들 경우는 명시적으로 의무를 부과하고 그 이행을 강제하는 것이라기 보다는 의무를 전제하지 않고 의무의 부과 이전에 의무이행이 있는 것과 동일한 상황(행정상 필요로 하는 상황)을 실현하려는 것이라는 점에서 제재적 수단으로의 전용에 의한 행정상 의무이행강제논의와는 다르다. 그러나 주차장의 건설이나 이주가 장차 의무로 부과될 성질의 것이라고 한다면 현재에 있어서는 의무이행강제가 아니나 장래에 있어서의 부과될 여지가 있는 의무의 이행을 강제하기 위한 유도적 의무이행강제라고 이해하는 것이 불가능하지는 않을 것이다.

로 가해지는 것이라고 하면 위반사항을 시정하여야 할 건물 소유주에 대한 간접강제의 효과는 매우 감소한다고 하지 않을 수 없다.

5. 상황논리의 특성

수단의 전용에 의한 의무이행강제에는 모든 경우에 일정한 상황과 결부된 현실적인 문제인식이 전제로 되고 있음을 발견할 수 있다. 예를 들어 급수거부는 급수가 건물입주자의 생활에 필수적이라는 상황적 요소가 전제로 되어 비로소 의미가 있으며 수도를 사용할 필요가 없는 단순한 물품적재창고로 이용하는 경우에 있어서는 급수거부는 행정이 기대하는 아무런 효과도 달성할 수 없을 것이다. 공표의 경우에도 공표는 단순히 일정한 사실을 대외적으로 알리는 행위에 불과하지만 그 공표에 의하여 범위반자의 대외적인 신뢰의 실추에 직접적인 영향을 초래하는 상황적 요소가 존재함으로써 비로소 공표의 의무이행강제로서의 효과도 기대될 수 있을 것이다. 또한 행정상 즉시강제수단의 전용의 경우에는 경찰상의 위해방지를 위한 즉시강제가 가능한 상황을 행정측이 의도적으로 만들어낸다고 하는 측면이 있다. 이와 같이 수단의 전용에 의한 의무이행의 강제문제는 각각의 수단이 날개로서 지니는 의미나 기능 또는 효과가 현실적인 일정한 상황적 요소와 결부됨으로써 본래에는 의무의 이행을 강제한다는 의미를 지니지 않던 것이 의무의 이행을 직접적으로(즉시강제수단의 전용, 형사상의 수단의 전용의 경우)¹⁵⁾ 또는 간접적으로(불이익처분 또는 수익적처분의 전용의 경우) 강제하게 되는 기능을 수행하는 경우라 할 수 있다.

IV. 수단의 전용에 의한 의무이행강제의 범위와 한계

1. 허용성

수단의 전용에 의한 의무이행강제의 범위와 한계에 관한 논의는 그와 같은 수단의 전용에 의한 의무이행강제가 허용된다는 것이 우선 전제로 된다. 현실적으로 수단의 전용에 의한 의무이행강제가 이루어지고 있다는 사실과 법체계

15) 그러나 이 경우에도 의무이행강제의 효과는 간접적으로 또한 결과적으로 나타나는 것이라 생각된다.

하에서 그와 같은 전용이 허용될 수 있는가는 별개의 문제이다.

결론부터 말하면 실정법에 있어서 수단의 전용을 명문으로 금지하고 있는 경우는 존재하지 않는다고 생각된다. 법령의 목적과 취지 또는 관련규정 자체가 해당 법령에서 마련하고 있는 수단에 대하여 단일한 목적만을 부여하고 다른 목적으로의 전용여지를 처음부터 차단하고 있는 경우에는 수단의 전용이 허용되지 않으며 그 강행이 위법을 형성하게 될 것은 말할 것도 없다. 그러나 실정법령에 의하여 명백히 수단의 전용을 금지하고 있는 경우가 아니라면 법규에 의한 제약은 존재하지 않으며 기본적으로 허용된다는 전제에서 그 범위와 한계에 대한 법리적 고찰이 요구되게 될 것이다.

2. 수단의 전용의 요건과 그에 따른 범위·한계

수단의 전용에 의한 의무이행강제가 금지되어 있지 않다고 할 때, 그와 같은 전용이 과연 어느 정도까지 가능할까 하는 문제가 제기된다. 엄밀히 보면, 범위와 한계는 별개의 관념이다. 범위는 ‘허용되는 적극적인 영역’임에 반하여 한계는 ‘허용되지 아니하는 소극적인 영역’이라고 하면 양자는 결국 같은 관점의 상이한 표현에 지나지 않는다고도 볼 수 있다. 그러나, 범위를 주로 양적 내지 범주적 측면에서의 관념이라 보고, 한계를 주로 법리적 측면에서의 관념이라 한다면, 수단의 전용이 허용되는 범위 안에서도 법리상의 한계를 찾아볼 수 있으므로 양자는 상이한 관념이라 할 수 있을 것이다. 다만, 그러한 엄밀한 구분이 아직 이론적으로 미숙한 현재의 상태에서 거론되기에는 역부족이므로 이하에서는 수단의 전용이 허용될 수 있는 요건의 관점에서 그 범위와 한계에 관한 일면을 도출해 보기로 한다.

(1) 전용의 의사

수단의 전용이 인정됨에 있어서는 전용의 의사가 존재하여야 하는가의 문제가 있을 수 있다. 전용의 의사가 존재하지 않는다면 수단의 전용이라고 볼 수 있는가. 단지 우연에 의하여 수단이 본래의 목적과는 다른 목적에 기여하게 되었다고 할 때에도 수단의 전용이라고 볼 수 있는가 의문이 제기될 수 있다. 이 문제는 수단의 전용을 결과론적으로 나타난 상황으로 이해할 것인가 아니면 적극적인 행정목적의 실현을 위한 형성적 행정행위의 한 모습으로 이해할

것인가에 차이가 있다고 생각된다. 이 가운데 적어도 논의의 필요성을 자아내는 것은 적극적인 행정목적의 실현을 위하여 시도된 수단의 전용이라고 해야 할 것이다. 행정청의 의도와는 상관없이 예기하지도 않은 수단의 전용과 같은 결과가 초래되는 것은 그러한 결과가 법의 테두리를 벗어나 상대방의 권익에 대한 중대한 침해로 작용하지 않는 한은 크게 문제삼을 것이 되지 못할 것이다. 따라서 경계하며 주시하여야 할 수단의 전용은 행정청에게 전용의 의사가 있다고 인정되는 경우라 할 것이다. 다만, 이 경우에도 그러한 전용의 의사는 대부분의 경우에 묵시적으로 이루어질 것이다.¹⁶⁾ 왜냐하면, 수단의 전용은 수단을 본래의 목적 이외의 곳에 사용하는 것이므로 떼뻗하지 않은 경우가 많을 것이기 때문이다. 묵시적인 의사로 이루어지는 이상 외관상으로는 전용의 의사를 발견함에 있어 어려움이 있다. 그리고 행정실체에 있어서는 이와 같은 전용에 의하여 달성하고자 하는 목적이 행정청의 본심이라고 하겠다.

(2) 전용의 목적

행정청이 수단의 전용을 시도하는 경우로는 여러 가지를 생각해 볼 수 있다. 행정목적의 실현하기 위하여 필요한 수단이 흠결되어 있기 때문에 다른 수단으로 그에 갈음하는 경우, 필요한 수단이 존재하기는 하지만 완전하지 못하기 때문에 다른 수단으로 그 부족부분을 보완하기 위하여 전용이 이루어지는 경우, 또는 행정목적의 달성하기 위한 본래의 수단이 엄연히 존재함에도 불구하고 본래의 수단이 지나치게 강력하여 그 행사를 꺼리고 본래의 수단을 강한 엄포용으로 전용하는 경우 등이 그러하다. 이들 목적은 기본적으로 정당한 행정목적의 달성하기 위하여 실정법에 의하여 예비되어 있는 수단의 한계나 문제점을 단력적으로 보완하기 위한 자구책이라 할 수 있으며 그 점에서는 건전하다고 평가하지 않을 수 없다. 그러나 수단의 전용에 의하여 행정목적의 달성하고자 하는 것이 만일 다른 부분에서의 행정목적에 결과적으로 부정적인 영향을 끼치게 된다면 수단의 전용을 시도함에 있어 그 부작용이 고려되지 않으면 아니될 것이다. 예를 들어 앞의 예에서 대집행의 제도적 결함을 보완하기 위하여 행정상의 즉시강제수단을 동원한 경우에 결과적으로 법에서 일반적으로 허용하고

16) 그러나 앞서 든 예에서 급수 등의 거부와 같은 경우는 오히려 전용의 의사가 전면에 나타나고 있고, 전면에 나타나서 보다 명확하게 의무이행강제의 기능을 수행하게 될 것이라 생각된다.

있지 않은 직접강제를 실현하는 것이 된다고 한다면 행정상 즉시강제수단을 동원하는 것의 허용여부는 보다 깊이 검토되지 않으면 안될 것이다.

(3) 전용의 주체

수단의 전용을 행함에 있어서 전용을 행할 수 있는 권한 있는 자는 누구이며 수단의 전용에 의하여 실질적으로 의도하는 목적을 달성하는 수익의 주체(행정청)는 누구인가 하는 문제가 제기된다. 우선, 수단을 행사할 수 있는 자는 당해 수단의 정당한 행사권한을 가진 자이므로 그 수단을 전용한다고 할 때에도 역시 당해 수단의 권한자만이 기본적으로 해당 수단을 전용하는 것이 가능하다고 할 것이다. 그렇다고 하면, 자신이 행사할 수 없는 다른 행정청 소관의 수단인 경우에는 수단의 전용을 행함에 있어서 다른 행정청에게 그 수단의 행사를 요청하는 방식에 의하지 않을 수 없을 것이다. 이 경우에 가령 수단의 전용을 시도하는 행정청이 그 수단의 소관청인 다른 행정청의 양해를 얻어 자신이 직접 수단을 행사하는 것이 허용될 것인가의 문제도 생각해 볼 수 있다. 그러나 이것은 법상 규정되어 있는 권한관계를 변경하는 것이 되므로 법에 의하여 위임·위탁 등이 허용되어 있지 않다면 용인되지 않을 것이라 생각된다. 다른 한편, 다른 행정청으로부터의 수단발동의 요청에 대하여 의뢰를 받은 행정청이 그에 반드시 따라야 하는가는 의뢰 받은 행정청의 재량에 달려 있을 것이라 생각된다. 다만 행정청간의 업무협조와 공동된 목적을 추구하는 행정의 통일성 등의 관점에서 보면, 수단행사의 요청은 대개의 경우 수락될 것이라고 하겠다.

수단의 전용에 의하여 달성하는 행정목적의 관점에서, 수단을 행사하는 자(행정청)와 그 행사(전용)에 의하여 소기의 행정목적(행정청)을 달성하는 자(행정청)가 위에서와 같이 불일치하는 경우에 그것이 허용되는가의 문제를 제기해볼 수 있다. 이 때 세부적으로는 행정목적은 다양하게 갈리는 것이지만 위로 갈수록 상위의 행정목적은 행정청의 구별을 두지 않고 공통영역을 넓혀간다고 보면, 당장에는 수단행사 행정청과 목적달성 행정청이 상이하다고 하더라도 행정권이라는 큰 카테고리 안에서 일치한다고 이해하지 못할 것이 없을 것이다. 그렇다고 하면, 이러한 차이는 수단의 전용을 인정함에 있어서의 커다란 장애요소는 되지 않을 것이라고 볼 수 있다. 그러나 수단은 보다 직접적인 목적을 달성하기 위하여 존재하는 것이라고 하면, 전혀 이질적인 목적에 수단을

전용하는 것은 허용되지 않는 경우가 있을 것이다.

(4) 전용되는 수단의 요건충족

수단이 전용되기 위하여는 그 전용되는 수단으로서의 요건을 갖추어야 함은 두말할 필요가 없을 것이다. 예를 들어, 행정상 즉시강제수단을 대집행을 보완하기 위한 목적으로 전용한다고 할 때에, 행정상 즉시강제수단의 발동요건이 충족되어 있지 않으면 아니된다. 뿐만 아니라 대집행을 보완하기 위한 목적에서의 전용이라고 한다면, 대집행 그 자체도 행사함에 적합한 요건을 모두 갖추고 있어야 할 것이라 생각된다. 다시 말하면, 대집행이 계고를 결하였다거나 대집행영장에 의한 통지를 누락하였다거나 하는 절차상의 하자를 내포하고 있는 경우에 그와 같은 불완전한 대집행에 대하여 행사되는 행정상 즉시강제수단의 전용은 대집행과 함께 위법한 수단의 행사임을 면하지 못한다고 할 것이다.

(5) 전용의 소극적 요건(제한요소)

1) 수단의 전용의 상대방과 불이익의 상대방의 불일치

수단의 전용에 의하여 상대방에 가하여지는 또는 가하여질 것이 예정되어 있는 불이익은 당해 수단이 전용의 직접적인 상대방에 대하여 발생하는 것이 아니면 아니될 것이다. 앞에서 이미 지적한 바와 같이 만일 수익적 행정행위(급수거부 등)의 철회나 중단을 의무이행을 강제하는데 전용하는 경우에 해당 수익적 행정행위의 철회 등으로 인한 불이익의 실제의 귀속이 위법을 야기한 불법건축물의 소유자가 아니라 이미 해당 건물에 입주하고 만 세입자라고 한다면, 함부로 수단의 전용이 허용될 것은 아니라고 생각된다. 수단의 전용에 의하여 행정목적의 달성과고자 하는 경우에는 당해 수단의 전용이 지니는 제재적 효력 내지 의무이행확보 효력이 당해 수단의 전용을 야기한 상대방에 대하여 직접적으로 가해지는 것이 아니면 아니되는 것이다. 또한 예를 들어 만일 단순한 공표를 의무이행의 확보를 위한 수단으로 이용한다고 하는 경우에 있어서 공표의 내용 가운데에 위반행위의 원인을 야기한 자에 관한 사실 외에 위반행위와는 무관한 자에 관한 사실이 함께 포함되어 있고, 그로 인하여 그 공표로 위반행위를 하지 아니한 자에 대하여도 오해나 부정적인 인식이 초래될 소지가 있다고 한다면 공표를 위반자에 대한 의무이행을 강제하기 위한 수단으로 전용

하는 것은 곤란하다고 보아야 할 것이다. 물론 공표내용에 있어서 위반과 무관한 자에 관한 사항을 분리하여 떼어낼 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

2) 부당결부와 전용제한

앞서 본 수단의 전용의 유형 가운데 급수거부 등을 의무이행확보를 위한 수단으로 전용하는 경우에 전형적으로 문제되고 있는 것이 부당결부금지의 원칙과의 관계이다.¹⁷⁾ 앞서 일본의 경우에는 하급심판례에 있어서 위법건축물에 대하여 전기의 공급을 보류한 것이 전기사업법상 전기공급을 거부할 수 있는 정당한 사유에 포함된다는 해석을 내린 것이 있었다. 그리고 우리나라의 경우에는 건축법에서 명문으로 전기나 수도 등의 공급거부를 위법건축물의 시정과 결부시키고 있으므로 이 양자를 결부시키는 것이 위법이 될 여지는 현행법의 규정상으로는 우선 존재하지 않는다.¹⁸⁾ 그러나 이러한 실정법상의 규정에 대한 해석을 떠나서 급수거부 등과 의무이행강제의 결부문제를 고찰할 때에는 반드시 위법하지 않다는 결론이 도출될 수 있는 것은 아니다. 부당결부금지의 원칙에의 해당여부가 궁극적으로는 결부되는 두 요소간에 실제적인 관련성이 있는가의 여부에 좌우되며 해석에 따라서는 급수 등의 거부와 위법건축물의 시정(의무이행강제)은 상호 이질적이며 실질적인 연관성이 없다고 이해될 수도 있기 때문이다.¹⁹⁾ 의무의 이행을 강제함에 있어 매우 효과적인 수단이라고 하여 의무이행강제목적과 수단간에 필연적으로 실제적인 관련이 인정되는 것은 아니기 때문이다.²⁰⁾

수단의 전용은 수단을 본래의 용도(목적)가 아닌 다른 용도(목적)로 사용하는 것이므로 본래의 용도와 다른 목적간의 인위적인 결합관계를 낳는 것이고, 그 결과 수단의 전용이 이루어지는 대부분의 경우에 있어서는 부당결부에 해당하는가의 여부에 대한 검증을 필요로 하지 않을까 생각된다. 다만, 전용의

17) 김남진, 전거서, 57면, 542면; 김동희, 『행정법 I (제10판)』, 56면; 김철용, 『행정법 I (제7판)』, 64면; 박균성, 『행정법론(상)』 제3판, 51면; 박윤훈, 『최신행정법강의(상)』 개정29판, 82면; 정하중, 『행정법총론(제2판)』, 67면 등.

18) 물론 해당 조항이 헌법에 위배되어 위헌으로 판단된다면 사정은 다르다.

19) 각주17)에서 소개한 문헌들은 건축법상의 급수 등의 거부에 관하여 부당결부의 문제가 제기될 수 있음을 언급하고 있으나 그 어느 것도 우리의 건축법상의 급수 등의 거부에 관한 규정이 부당결부금지의 원칙에 저촉되는가에 관한 명백한 입장을 밝히고 있지는 않다.

20) 부당결부의 반면은 권한남용을 형성하게 되지 않을까 생각된다.

의사가 수면하에서 음성적 내지 묵시적으로 이루어지고 전용에 의해 기대하는 효과가 당해 수단에 부수적이라도 부대하는 효과라고 한다면 부당결부의 문제가 전면에 등장하여 다투어지는 경우는 매우 드물 것이라 생각된다.

참고로 독일의 학설과 판례에 의하면, 사법상의 전기·가스 공급계약의 체결 내지 계속을 이용자의 주택관계법규의 준수에 의존시키거나, 식량관리시대에 있어서 경찰상의 의무위반자에 대하여 식권의 교부를 거부하는 것, 행정청에 대한 모종의 의무이행을 담보하기 위하여 여권 등 증명서의 교부를 거부하는 것은 부당결부금지의 원칙에 반하여 위법하다고 한다.²¹⁾

V. 맺는 말

수단의 전용에 의한 의무이행강제의 문제는 결코 새로운 수단의 개발에 의한 의무이행강제의 문제가 아니다. 단지 기존의 수단을 본래의 용도 내지 본래의 목적과는 다른 용도 내지 목적에 사용하는 경우이다. 이미 있던 수단을 이용하는 것인 한 새로운 것에 대한 연구가 아니므로 연구의 필요성에 의문이 제기될 수 있다. 그러나 같은 수단이라고 하여도 수단 그 자체에 대한 의미와 수단이 새로운 기능을 발휘하게 되는 전용에 대한 의미가 같은 것일 수는 없다. 또한 무엇보다도 수단의 전용이 상대방이 처한 상황과 맞물려 본래 의도하지 않던 강력한 의무이행강제의 효과를 발휘한다고 하면, 그와 같은 수단의 전용으로부터 국민의 권익이 부당하게 침해되지 않도록 경계하는 작업이 필요하다 할 것이다. 이 점에서 수단의 전용에 의한 의무이행강제에 관한 논의는 본래적으로 의무이행강제수단으로서 기능하던 수단들의 경우와는 별도로 고찰하기에 충분한 가치를 지녔다고 할 수 있다.

본고는 藤田宙靖 일본 최고재판소 재판관이 그의 저서에서 수단의 전용에 관한 이론을 적은 분량이기는 하나 종합적으로 전개한 것에서 착안한 것이다.²²⁾ 과거부터 줄곧 수단의 전용에 의한 의무이행강제는 이론적으로 의식을 하든 또는 하지 않든 행하여져 왔을 것이라 생각된다. 그것을 위의 저서에서 정면에서 수단의 전용이라는 통일된 관념 하에 정리한 것이다. 수단의 전용은 하나의 수단을 다양하게 활용한다는 점에서는 행정의 탄력성이나 융통성

21) 김남진, 전계서, 532면 이하.

22) 藤田宙靖, 前掲書, 276頁 이하.

등의 관점에서 바람직한 면을 분명히 지니고 있다. 그 반면에 수단의 본래적 목적 내지 용도를 전면에 두되 실제에 있어서는 부수적 목적 내지 용도를 실현하고자 하므로 수단의 상대방에게 있어서는 예측가능성을 침해하는 경우가 적지 않을 것이다. 또한 문제된 범위반사실과 전혀 직접적인 관련이 없는 수단을 위반사실의 시정에 동원하는 경우에는²³⁾ 부당결부금지의 원칙이라고 하는 기존의 이론은 말할 것도 없고, 행정권의 지나친 행사 즉, 권한남용의 법리도 고려될 수 있지 않을까 생각된다. 후자의 경우에는 범위반사실과 전혀 직접적인 관련이 없는 수단의 행사로 인하여 상대방이 입는 불이익과 달성되는 공간간에 비교형량하는 작업이 요구될 필요도 있을 것이라 생각된다.

그러나 수단의 전용에 의한 의무이행강제의 문제는 여전히 명확히 되어야 할 많은 과제를 안고 있다고 할 수 있다. 무엇보다도 본문에서 소개한 전용의 사례 내지 유형이 개괄적으로는 수단의 전용이라는 관념에 포함하여 이해함에 있어 거부감이 없으나 분석적으로 어떠한 전용이 이루어졌는가를 짚어 내는 것은 쉽지가 않다. 이것은 수단의 전용의 개념이 아직 명쾌하게 정립되어 있는 것은 아님을 보여준다고 할 수 있다. 이상에서 검토를 시도한 고찰이 많은 불명확한 점을 안고 있는 이유라 하지 않을 수 없다. 본고는 이상의 논의에 관하여 보다 많은 관심이 기울여지고 이론의 정세가 이루어져 행정편의적인 수단의 전용으로부터 국민의 권익을 보호하고 동시에 행정목적의 탄력적인 실현이라는 두 마리의 토끼가 모두 포획될 수 있는 논의의 단초를 제공하는 것으로 만족한다.

23) 이 경우는 수단의 전용이 아니라 유용(流用)이라는 표현이 보다 적확할 것이다.

Legal Study on the Administrative Compulsory Performance by Diverting Measures

Kim, Chi-Hwan*

“The administrative compulsory performance by measures-diverting” is to use the administrative measures to compulsion purpose which is not original purpose of those measures. All measures come into existence having their missions or uses. Diverting happens using the measures not for these original purpose (mission or use) but for another one that someone is compelled to do his duties.

The technique to use measures to another or unoriginal purpose is often very useful to realization of administratively needed state, in other words, a lawful state. But this is the usage on the part of public administration. There are some fear that the technique should give rise to excessive infringements on the private side.

I classify the measures-diverting into four types in this study. And I comment about its legal questions and future problems after inquiring into the range and limit of measures-diverting.

I could get five characteristics of the measures-diverting technique through this study, including the situational logic.

About the range and the limit of measures-diverting, I tried to investigate on the standpoint of requirements for diverting. I could point out two limits of the diverting at present.

The technique to use administrative measures for their unoriginal purpose (diverting) should be employed in a way of harmonizing private interests with public ones.

* Associate Research Fellow, Korea Legislation Research Institute, Ph.D in law