獨逸 行政法院法上의 假救濟制度

高 永 訓*

차 례

Ⅰ. 假救濟制度의 意義
1. 假救濟의 개념
2. 豫防的 權利保護와의 구별
3. 憲法上의 根據
4. 假救濟制度의 種類

Ⅱ. 執行停止制度
1. 槪 說
2. 執行停止效가 인정되는 爭訟
3. 執行停止效의 發生
4. 執行停止效의 내용
5. 執行停止效의 時間的 範圍
6. 執行停止의 대상이 되는 行政行爲
7. 執行停止原則의 예외
8. 行政廳에 의한 執行停止命令 또는 執行停止效의 回復
9. 法院에 의한 執行停止命令 또는 執行停止效의 回復

Ⅲ. 假命令制度
1. 意 義

* 한국법제연구원 선임연구원, 법학박사

2. 適用領域
3. 假命令의 要件
4. 假命令의 內容
5. 假命令과 損害賠償
6. 訴訟類型과 假命令

Ⅳ. 맺음말: 우리나라 제도의 개선

Ⅰ. 假救濟制度의 意義

1. 假救濟의 개념

행정사건이 모든 행정쟁송절차를 거쳐 최종적으로 종결될 때까지는 많은 시간이 걸리는 것이 오늘의 현실이다.[1] 위법한 행정작용으로 인해 침해된 자신의 권리가 그렇게 오랜시간이 경과된 뒤에 救濟를 받는다고 하더라도 진정한 의미에서 권리구제가 되지 못하는 경우가 많다. 또한 위법한 행정행위라도 일단은 유효하기 때문에 그 위법성에도 불구하고 執行될 수가 있다. 이미 집행되어 버린 행정행위의 위법성이 나중에 법원에 의해 확정되더라도 이미 침해된 권리가 원상회복될 수 없는 경우도 많다. 假救濟(Vorläufiger Rechtsschutz)[2]라는 것은 국민의 권리를 효과적으로 보호하기 위

1) 독일의 경우 5년에서 10년까지 걸리는 것이 보통이라고 한다. Erichsen, Vorläufiger Rechtsschutz nach § 80 Abs.1-4 VwGO, Jura, 1984; 414.

2) '假救濟'라는 용어보다는 '臨時 權利救濟' 또는 '暫定的 權利救濟'라는 용어가 바람직하다고 생각되지만, 일단 通例에 따른다. 뒤에 나오는 '假處分', '假命令'의 경우도 마찬가지이다.

하여 어떤 事案에 대한 終局的인 결정이 내려질 때까지 原狀回復될 수 없는 결과가 초래 되지 않도록 함으로써 국민의 권리를 임시로 보호하는 것을 말한다.

2. 豫防的 權利保護와의 구별

假救濟는 豫防的 權利保護(vorbeugender Rechtsschutz)와는 다르다. 예방적 권리보호라는 것은 나중에 있을지도 모르는 자신의 권리침해를 예방하기 위하여 미리 자신의 권리를 보호받는 것을 말한다. 예를 들면 어떤 개인에게 영업허가 또는 건축허가가 날 경우에, 그 영업행위나 건축물로 인해서 자신의 권리가 침해받게 될 것이 확실한 이웃주민이 미리 쟁송을 제기하여, 그러한 허가가 나지 않도록 하는 것을 말한다. 이는 주로 행정청의 不作爲를 요구하는 쟁송이 된다. 이러한 쟁송은, 아직 현실적으로 침해되지 않은 권리를 미리 보호를 받으려고 하는 것인 만큼, 보다 엄격한 요건하에서만 인정된다.[3)]

이처럼 예방적 권리보호는 臨時的인 것이 아니며, 그 자체가 本案決定 내지는 判決로써 결정되는 것이다. 반면 가구제는 본안결정이나 판결이 확정되기 이전에, 그러한 본안심사까지 기다려서는 제대로 권리가 구제될 수 없을 경우에, 미리 임시적으로 권리를 보호 받고 최종적인 것은 본안심사에 맡기는 것을 말한다.

3. 憲法上의 根據

假救濟制度의 헌법적 근거는 기본법 제19조제4항이다. 이 조항은 국민의 권리가 公權力에 의해 침해된 경우 그 권리의 구제를 보장하고 있는 것으로서 法治主義를 구현하는 핵심조항이라고 할 수 있다. 그런데 여기서 권리구제를 보장한다는 것은, 법원에 소송을 제기하여 권리구제를 받을 수 있

---

3) 이에 관해서는 金鐵容, "豫防的 不作爲 請求訴訟", 金道昶 博士 古稀記念論文集, 1992, 511면 이하; Peine, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, Jura, 1983, S.285ff. 참조.

다는 의미의 '權利救濟의 可能性'만을 형식적으로 보장하는 것을 의미하는 것이 아니다. 국가는 그에 그치지 않고 국민에게 效果的인 權利救濟를 保障해야 한다는 것이다. 효과적인 권리구제를 위해서는 우선 국민의 권리를 침해하는 모든 행정작용에 대해 빈틈없고 철저하게 법원의 통제를 받을 수 있도록 해야 한다. 그런데 재판을 통한 권리구제를 통해서도 원상회복할 수 없는 결과가 남게 되는 경우에는 효과적인 권리구제라고 할 수 없다. 국가는 가능한한 그러한 결과가 초래되지 않도록 하여야 한다는 것이다.[4]

이처럼 국민에게는 효과적인 권리구제를 받을 수 있는 권리가 헌법적으로 보장되고 있다. 가구제제도는 바로 그러한 헌법적 요구에 따라 효과적인 권리구제를 위하여 도입된 것이며, 따라서 입법자는 가구제제도를 규율하는 데 있어서 이에 相應하도록 하여야 한다. 만일 침해된 권리가 통상의 구제절차에 의해서는 효과적으로 구제될 수 없는 경우에는 이를 예방하기 위하여 반드시 가구제를 인정할 수 있도록 입법을 하여야 한다.[5]

4. 假救濟制度의 種類

독일 行政法院法[6]에서 택하고 있는 假救濟의 종류는 두 가지이다. 그 중에서 어떠한 것이 적용되는지는 本案爭訟의 종류에 달려 있다.

그 하나는 取消爭訟이 제기될 경우에 당해 행정행위의 執行을 停止시킴으로써 회복할 수 없는 결과가 야기되는 것을 사전에 예방하여 당사자의 권리를 임시적으로 보호하는 것이다(執行停止制度: 행정법원법 제80조, 제80a조). 다른 하나는 취소쟁송 이외의 모든 쟁송의 경우에 관계인의 신청에 따라 본안법원이 내리는 假命令(einstweilige Anordnung)을 통해서 국민의 권리를 잠정적으로 보호해 주는 제도이다(假命令制度: 同法 제123조). 前者는 後者에 대하여 특별한 제도이며, 전자가 적용되는 경우는 후자는 적용되지 아니한다(同法[7] 제123조제5항).

---

4) BVerfGE 35, 263(274)

5) 우리나라에 있어서도 헌법 제27조(재판을 받을 권리)로부터 동일한 결론을 내릴 수 있을 것이다.

6) 아래에서는 연방행정법원법을 행정법원법이라고 略稱하기로 한다.

7) 아래에서는 달리 명시하지 않은 법조문은 행정법원법을 의미한다.

Ⅱ. 執行停止制度

1. 概 說

독일의 행정법원법 제80조제1항에 의하면 어떤 행정행위에 대해 행정심판이나 취소소송이 제기되면 그 행정행위의 집행이 정지된다. 이처럼 취소쟁송이 행정행위의 집행을 정지시키는 효과를 執行停止效(die aufschiebende Wirkung)라고 한다. 우리나라에서는 행정쟁송이 제기되더라도 당해 행정행위의 효력과 집행에는 아무런 영향을 미치지 아니하고, 행정심판법과 행정소송법에서 정하고 있는 요건을 충족시키는 극히 예외적인 경우만이 법원의 결정에 따라 그 집행을 정지시킬 수 있을 뿐이다(執行不停止의 原則). 그러나 독일에서는 취소소송이나 이의 사전절차인 행정심판의 청구가 있을 때는 自動으로 즉, 당사자의 신청 등과 같은 특별한 절차가 없어도 당해 행정행위의 효력이 정지되는 것이 원칙이다(執行停止의 原則).[8] 이 원칙이 적용되지 아니하는 예외적인 경우는 제80조제2항제1호 내지 제3호에 열거되어 있다. 물론 이 원칙이 적용되는 경우에도 행정관청은 행정행위를 즉시 집행할 수 있다. 이 때는 행정관청은 卽時執行을 해야 할 특별한 이익이 있는지를 증명해야 한다. 만일 그렇지 못하면 본안법원은 당사자의 신청에 의해 집행정지효를 회복시킬 수 있다. 그런데 당사자의 신청에 의해 법원이 집행정지를 시킨 행정행위가 나중에 본안판결에서 적법한 것으로 판단되더라도 그 신청인은 아무런 책임을 지지 아니하며, 마찬가지로 즉시집행을 한 행정청도 책임을 질 필요가 없다. 행정법원법 제123조제3항과 같은 조항이 제80조에는 없으며, 따라서 민사소송법 제945조는 적용되지 아니한다.[9]

---

8) 반면 후술하는 바와 같이 행정법원법 제123조에 의한 假命令은 반드시 당사자의 신청이 있어야 한다.

9) Vgl. Tschira/Schmidt Glaeser, *Verwaltungsprozeß recht*, 11. Aufl. 1992, Rdnr. 243; BVerwG v.9.8.90, BayVBl. 1991, S.26f.

2. 執行停止效가 인정되는 爭訟

집행정지효가 인정되는지의 여부는 쟁송의 종류에 달려 있다. 집행정지효는 행정행위의 취소를 구하는 行政審判(Widerspruch)과 取消訴訟(Anfechtungsklage)의 경우에만 인정된다. 독일에서는 행정소송의 事前節次로서 행정심판은 두 경우에 요구된다. 취소소송을 제기하는 경우와 청구된 행정행위가 거부된 때 그 행정행위를 할 것을 요구하는 義務履行訴訟(Verpflichtungsklage)을 제기하는 경우이다(제68조). 행정법원법 제80조제1항에는 '行政審判'이라고 되어 있지만 義務履行訴訟의 사전절차로서 제기되는 경우에는 집행정지효가 인정이 되지 아니하고, 행정행위의 취소를 구하는 행정심판의 경우에만 집행정지효가 인정되는 것이다. 집행정지라는 것은 그 내용상 적극적으로 존재하는 행정행위의 효력 내지는 집행을 잠정적으로 정지시키는 것이므로, 이미 존재하는 행정행위의 효력을 소멸시키는 것을 목적으로 하는 쟁송행위에 대해서만 인정되는 것이고, 행정으로 하여금 어떤 것을 적극적으로 이행할 것을 요구하는 일체의 행정쟁송에는 집행정지효라는 것이 인정될 수가 없음은 당연하다.

3. 執行停止效의 發生

執行停止效는 取消爭訟(取消審判 및 取消訴訟)을 제기함으로써 비로소 발생한다. 행정심판이 불필요한 경우에는(제68조제1항제2문) 행정소송을 제기할 때이다.[10] 취소쟁송을 제기함으로써 그와 동시에 취소쟁송의 대상이 된 행정행위의 효력은 자동으로 정지되고 특별한 조치는 전혀 필요하지 아니하다.

그런데 취소쟁송이 아무런 瑕疵없이 제기된 경우에 한해서만 집행정지효가 발생하는 것인지, 아니면 하자가 있더라도 쟁송이 제기되기만 하면 그러한 효과가 발생하는 것인지에 관해서는 다툼이 있다.

소수설에 의하면 집행정지효는 취소쟁송이 하자가 없이 제기된 경우에

10) 따라서 행정쟁송을 제기하기 전에는 특별한 절차 없이도 행정행위는 집행될 수 있다.

만 인정된다고 한다.[11] 예를 들면 쟁송제기기간이 지나서 제기된 경우에는 당해 행정행위는 不可爭力이 생겼기 때문에 집행정지효가 인정될 수 없다는 것이다. 이에 반해 통설은 집행정지효는 비록 취소쟁송에 하자가 있더라도 인정된다고 주장한다. 제기된 쟁송의 하자의 여부는 경우에 따라서는 깊은 검토를 거쳐야 하기도 하며, 쟁송의 하자 여부에 다툼이 있는 경우 그 결과에 따라 집행정지효의 여부가 결정되어서는 안되고, 더구나 쟁송제기의 형식적 요건에 하자가 있는 경우에는 그 치유가 가능하며(행정법원법 제70조, 제82조) 爭訟提起期限의 徒過時에도(同法 제70조, 제74조) 쟁송제기를 할 수 있는 경우가(同法 제60조) 있기 때문이라고 한다.[12] 또한 행정심판이 제기된 경우에 그 하자의 與否에 따라서 집행정지효의 여부가 결정되게 된다고 하면 하자의 여부에 대한 판단은 행정청이 하게 되는데, 이는 결국 집행정지효의 여부를 행정청이 판단하는 결과가 되어서, 행정청의 主導的인 결정권을 배제하여 효과적 권리구제를 보장하기 위한 집행정지제도의 취지에 反하게 된다고 한다. 그러나 모든 하자있는 쟁송의 경우에 집행정지효를 인정하면 쟁송제기가 濫用되는 결과가 초래될 수 있음은 당연하다. 따라서 하자가 명백하여 쟁송제기 자체가 허용될 수 없는 경우에는 집행정지효가 인정되지 아니한다.[13]

4. 執行停止效의 내용

통상 "執行"停止效라고 하는데 여기서의 "執行"이라는 것은 좁은 의미의 집행이라고 할 수 있는 '행정청이 행정행위의 내용을 실현하기 위해서 행하는 조치'만을 의미하는 것이 아니다. 공무원의 罷免과 같은 形成的 行政行爲(rechtsgestaltende Verwaltungsakte)나 確認的 行政行爲의 경우에는

---

11) Eyermann/Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1988, §80 Rdnr.14ff.

12) V. Mutius, VerwArch. 66(1975), S.405ff.; BVerwGE 13, 1(8f.); vgl. Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr.248.

13) Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr.248f.; Erichsen, a.a.O., Jura 1984, S.424ff.; Redeker/v.Oertzen, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 8. Aufl. 1985, §80 Rdnr.16.

특별한 집행이 필요없는 것이다.[14] 또한 第3者效가 있는 건축허가의 경우처럼 행정행위의 내용의 실현은 私人인 건축주가 하는 것이다. 따라서 여기서 "집행"은 廣義의 것으로 행정관청 · 법원 · 사인이 행정행위를 실현하여 그 사실적 · 법적 효과를 달성하는 것을 의미한다.[15] 집행을 이와 같이 이해할 때, 狹義의 집행과 관련이 없는 행정행위도 집행정지의 대상에 포함될 수 있게 되는 것이고, 입법취지에도 맞게 된다. 그리하여 파면된 공무원이 행정심판을 신청하면 파면처분을 더 이상 다툴 수 없게 될 때까지는 봉급을 받을 수 있게 된다.[16] 건축주는 자신에 대한 건축허가에 대해 제3자가 취소쟁송을 제기한 경우에는 건축을 착수할 수 없다.[17]

5. 執行停止效의 時間的 範圍

집행정지효가 시작되는 시점은 취소쟁송이 제기된 때가 아니고, 遡及하여 행정행위가 發해진 때이다.[18] 행정행위가 쟁송제기 이전에 이미 행정에 의해 집행되어 버렸거나, 상대방이 自發的으로 그에 應한 경우라도 마찬가지이다.[19] 쟁송제기전에 행정청에 의해 행해진 집행행위는 違法한 것이 되며, 原狀回復이 가능한 경우에는 그렇게 하여야 하고, 손해배상을 하여야 하는 경우도 있다. 행정청은 행정행위의 상대방이 쟁송제기기간 동안에는 언제라도 취소쟁송을 제기할 수 있다는 것을 고려하여야 하는 것이며, 그로 인한 위험부담은 행정청 스스로 져야 하는 것이다. 원칙적으로 모든 행정행

---

14) 이러한 행정행위의 구분에 관해서는 Erichsen/Martens, *Allg. VerwR.*, 9.Aufl. 1992, §11 Rdnr.23f. 참조. 특히 형성적 행위와 확인적 행위의 차이점에 관해서는 Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8.Aufl. 1992, §9 Rdnr.44ff. 참조.

15) Pietzner/Ronellenfitsch, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht*, 4.Aufl. 1983, §44 Rdnr.9ff. m.w.N.

16) Vgl. BVerwGE 18, 72(73)

17) Vgl. BVerwGE NJW 1969, 202(203); Finkelnburg/Jank, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 3.Aufl. 1986, Rdnr.645 m.w.N.

18) Kopp, VwGO, 1989, §80 Rdnr.32; Redeker/v.Oertzen, a.a.O. §80 Rdnr. 3.; Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr.254.

19) Finkelnburg/Jank, a.a.O. Rdnr.353; Redeker/v.Oertzen, a.a.O. §80 Rdnr.3.

위는 상대방에게 告知됨과 동시에 효력을 발생하게 되므로, 언제라도 집행이 가능한 것이다. 따라서 執行行爲는 당시에는 일단 適法한 것이다. 그러나 나중에 쟁송이 제기됨으로써 遡及하여 違法한 것이 되는 것이다. 만일 그 위법성을 소급하여 인정하지 아니하고 성급하게 행해진 집행을 그대로 존속시킨다면 제80조상의 가구제제도는 전혀 의미가 없는 것이 되고 만다.[20] 물론 즉시집행이 필요한 경우에 대해서는 이에 대한 예외로서 행정법원법 제80조제2항에서 따로 정하고 있다(後述).

집행정지효는 당해 행정행위가 확정적으로 더 이상 다툴 수 없게 될 때까지 중단없이 지속된다. 그 예로서는 행정심판 이후에 행정소송의 제기기간이 지난 경우나 법원의 확정판결로 인해 최종적으로 사안이 종결된 경우를 들 수 있다.[21]

6. 執行停止의 대상이 되는 行政行爲

가. 侵益的 行政行爲

집행정지의 대상은 침익적 내용을 갖는 모든 행정행위이다. 집행정지효가 인정되는 행정행위는 좁은 의미의 "執行"이 필요한 命令的 行政行爲(befehlende Verwaltungsakte)뿐만이 아니라, 집행과는 관계가 없는 형성적 행정행위와 확인적 행정행위도 포함된다. 따라서 행정법원법 제80조제1항제2문에 열거된 행정행위는 이러한 것을 강조하기 위해 例示的으로 열거한 것에 불과한 것이며, 그 밖의 행정행위도 취소쟁송의 대상이 될 수 있는 것은 원칙적으로 모두 집행정지효의 대상이 된다고 볼 수 있다.[22]

그런데 여기서 침익적 행정행위에 대한 집행정지효로 인하여 당사자에게 잠정적으로 법적지위가 보장될 수 있는지가 특히 문제가 된다. 예를 들면 甲이라는 사람이 자기가 하고자 하는 영업이 신고만 하면 된다고 생각하

---

20) Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr.258.

21) Stern, *Verwaltungsprozessuelle Probleme in deröffentlichen Arbeit*, 6.Aufl. 1987 §6, II, 1c; Erichsen, a.a.O. 424.

22) Erichsen, Vorläufiger Rechtsschutz nach §80 Abs. 1-4 VwGO, Jura 1984, 415.

고 영업을 開始함과 동시에 신고를 하였는데, 행정청은 허가사항이라고 생각하고 허가 받지 않은 그 영업행위를 금지시킨 경우에 이에 대해 취소쟁송을 제기한 경우를 생각할 수 있다. 이 때 그러한 금지처분에 대해 집행정지효가 생겨서 甲은 영업행위를 당분간 계속 할 수 있는지가 문제인 것이다. 집행정지효를 인정하고 있는 행정법원법 제80조의 취지는 국가의 국민의 자유에 대한 침해는 법원에 의해 확정적으로 결정된 뒤에야 비로소 최종적으로 효력이 발생한다는 것이다. 따라서 위 경우에 甲은 그 때까지 영업행위를 계속 할 수 있다. 그런데 그렇다고 한다면 국민은 집행정지효제도를 남용·악용할 수 있지 않겠는가 하는 의문이 제기됨은 당연하다. 그러나 그러한 위험성은 사실상 별로 없다. 왜냐하면 그러한 경우를 대비하여 행정법원법 제80조제2항제1호 내지 제4호에서는 집행정지원칙의 예외를 정하고 있는 것이다.[23] 또한 당사자의 주장이 명백하게 위법일 때에는 집행정지효가 인정되지 아니한다.[24]

나. 二重效果的 行政行爲

二重效果的 行政行爲는 그 상대방에게 授益的인 효과와 侵益的인 효과를 동시에 가져 오는 이른바 混合效 行政行爲(VA mit Mischwirkung)와[25] 상대방에게는 授益的이지만 제3자에게는 侵益的인[26] 제3자효 행정행위(VA mit Drittwirkung)로 구분된다.

a) 混合效 行政行爲

혼합효 행정행위의 대표적인 것으로서는 附款있는 수익적 행정행위를 들 수 있다. 그러한 행정행위의 부관에 대해 취소쟁송을 제기하는 경우 집

---

23) 이 경우에는 행정처분은 원칙적으로 유효하다는 원칙이 여전히 지켜지고 있는 것이다. 이 때는 당사자는 법원을 통해 집행정지효를 명하게 하거나 집행정지효를 회복시키도록 할 수 있다.

24) Vgl. Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr.260.

25) Vgl. Erichsen/Martens, *Allg. VerwR*. 9.Aufl. 1992, §15 Rdnr.6.

26) 예로서 건축허가를 들 수 있다. 물론 그 반대인 경우도 있다. 예를 들면 영업에 관한 거부처분은 경쟁자에게는 授益的인 것이다.

행정지는 전체 행위에 미치는 것인지, 아니면 부관에만 미치는 것인지가 문제이다. 행정행위의 수익적인 내용도 정지되는지의 여부는 그것이 부관과 갖는 관계에 달려 있다. 행정청이 부관 없이는 행정행위를 발하지 않았을 정도로, 행정행위의 수익적인 내용이 침익적인 부관과 不可分의 관계에 있을 경우에는, 집행정지효는 전체 행정행위에 미친다. 이에 속하는 부관으로는 일반적으로 期限(연방행정절차법 제36조제2항제1호), 條件(동법 제36조제2항제2호) 등이다. 반면 행정행위의 수익적인 부분과 부관이 불가분의 관계에 있지 않은 경우에는, 집행정지효가 전체에 미치지 아니하며, 수익적인 내용은 그대로 집행 내지는 실현될 수 있다.[27]

b) 第3者效 行政行爲

행정법원법 제80조제1항제2문은 집행정지효는 二重效果的 行政行爲(VA mit Doppelwirkung)에도 적용됨을 명시하고 있다. 그러나 여기서 二重效果的 行政行爲라고 함은 규율내용으로 볼 때 第3者效 行政行爲를 의미한다(제80a조).

예를 들면 행정청이 발한 건축허가가 이웃 주민의 권리를 침해한다고 주장하여 이웃 주민이 그 허가에 대해 취소소송을 제기한 경우가 있을 수 있다. 이 때는 당해 건축허가의 효력이 猶豫되고 건축주는 건축행위를 시작하거나 더이상 진행해서는 안된다.[28] 그러나 건축주의 입장에서 보면, 이웃 주민이 제기한 취소소송이 완전히 종결될 때까지 기다린 후에 건축을 계속할 수 있다고 한다면, 경제적으로는 물론이고 여러가지 면에서 커다란 손실이 초래될 수 있을 것이다. 그러한 경우에는 행정법원법 제80조제2항제4호에 따라 건축주는 행정청으로 하여금 건축허가를 즉시실현할 수 있도록 조치(卽時執行命令)할 것을 신청 할 수 있다(제80a조제1항제1호). 그와 같은

27) Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr.254.

28) 만일 建築主가 이를 무시하고 건축행위를 하면 그것은 위법한 것이 된다. 행정청은 공사의 중지를 명할 수 있다(§63 bwLandesbauO). 행정청이 그러한 처분을 하지 아니하면 이웃주민은 義務履行訴訟(Verpflichtungsklage)을 제기하여 이를 요구할 수 있다. 이 경우에도 義務履行訴訟의 종결 이전에 임시적인 조치를 취하도록 요구하여 假救濟를 받을 수 있다(§ 80a I Nr.2 i.V.m. Abs.III VwGO).

卽時執行命令에 대항해서 제3자(이웃주민)는 다시금 제80조제4항에 따라 즉시집행명령을 중지할 것을 행정청에 신청할 수 있다(제80a조제1항제2호). 바로 위의 두 경우에 법원도 건축주나 이웃주민의 신청에 따라 일정한 조치를 취하거나 행정청의 조치를 變更·廢止 할 수 있다(제80a조제3항).

第3者效 行政行爲에는, 위의 건축허가와는 정반대로, 행정행위의 상대방에게는 侵益的이면서도 제3자에게는 授益的인 것이 있다. 그러한 경우에는 상대방이 취소쟁송을 제기하면 집행정지효는 제3자에게도 미치게 된다. 이에 대해서는 제3자는 자신의 이익을 위해 제80조제2항제4호에 따라 행정청에 즉시집행명령을 신청할 수 있다(제80a조제2항). 그러한 신청이 받아들여지면 이에 대항해서 행정행위의 상대방은 즉시집행명령의 廢止나 變更을 구하는 소송을 법원에 제기할 수 있다(제80a조제3항).

7. 執行停止原則의 예외

집행정지원칙이 적용되지 아니하는 예외적인 경우는 행정법원법 제80조제2항에 열거되어 있는 것에 限하며, 그것은 행정목적의 효율적인 달성을 위한 것이라고 볼 수 있다.

가. 公課金과 公法上의 費用을 徵收하는 경우

행정법원법 제80조제2항제1호에 의하면 公課金과 費用을 징수하는 행정행위에 대해서는 취소쟁송이 제기되는 경우에도 執行停止效가 발생하지 아니한다. 이는 예산의 원만한 수립과 집행 그리고 행정과제의 이행을 위한 것이라고 할 수 있다.

a) 公課金

公課金(Öffentliche Abgaben)이란 일반적으로 租稅(Steuern), 手數料 및 使用料(Gebühren), 負擔金(Beiträge) 등을 의미한다. 租稅란 '특별한 給付에 대한 反對給付로서가 아니라, 公法上의 단체가 財政收入을 위하여 급부의무에 관하여 법률이 정하는 요건에 해당하는 모든 사람에게 부과하는 金錢給付義務'이다(租稅通則法 제3조제1항). 手數料 및 使用料는 공공단체가 특정인에 대하여 제공하는 인적 役務와 公共施設의 이용에 대한

반대급부로서 징수하는 金錢給付를 말한다. 負擔金이란 공공시설의 設置, 維持, 修繕, 擴張 등에 필요한 경비를 충당하기 위하여, 그러한 시설로부터 특별한 이익을 받는 자에 대하여 그 이익에 대하여 반대급부로서 징수하는 공법상의 금전급부를 뜻한다.[29] 또한 이들 전통적인 공과금에 속하지 않는 소위 "特別負擔金(Sonderabgaben)"도 그것이 財政收入을 위한 것인 경우에는 여기에 속한다.[30]

b) 公法上의 費用

여기서 비용이란 正式의 行政節次(行政審判節次 포함)의 진행으로 인해 발생된 비용으로서 당사자가 부담하는 手數料(Gebühr)[31] 및 支出(Auslage)[32]을[33] 말한다.[34] 또한 警察處分의 直接强制를 위한 비용도 여기에 포함된다. 그런데 비용의 부과행위가 執行停止原則의 예외가 되는 경우는, 그것이 하나의 독립적인 행정행위인 때이거나 어떤 행정행위가 단지 비용에 관해서만 다투어 지는 때이다. 어떤 행정행위에 종속하여 부과되는 비용은[35] 여기에 속하지 아니한다. 만일 이 경우에도 집행정지효가 인정되지 않는다고 한다면 결국 전체 행정행위의 집행정지효를 제한하는 결과가 되기 때문이다.[36] 또한 代執行의 비용이나 履行强制金 징수의 경우도 집행정지효

---

29) 공공단체가 징수하는 것이더라도 私法上의 법률관계에 근거한 수수료 및 사용료는 여기서 제외된다.

30) 이들 개념에 대해 자세한 것은 朴尙熙, 각종 負擔金制度의 分析과 改善方案硏究, 韓國法制硏究院, 1994, 15면 이하 및 167면 이하 참조.

31) 여기서 手數料는 위 公課金에 해당하는 手數料(Verwaltungsgebühr)와 성격이 다르다. 위 수수료가 행정이 제공하는 급부에 대한 반대급부인 반면에, 여기서 말하는 수수료는 행정이 국민의 요구를 거부하는 경우에도 징수된다. 예를 들면 建築許可申請의 拒否나 行政審判의 棄却결정의 경우에도 비용이 징수된다. 따라서 공과금으로서의 수수료 및 사용료에 해당되는 것을 제외한 것으로서 행정의 특별한 활동에 대해 국민이 부담하는 비용을 의미한다. (Erichsen, a.a.O. Jura, 1984, 419)

32) 예: 복사비, 우편요금, 여행경비 등

33) 聯邦行政節次法(VwVfG) 제63조 이하 및 제80조 참조.

34) Kopp, a.a.O. §80 Rdnr.37 m.w.N.; Erichsen, a.a.O. Jura, 1984, 419.

35) 예: 건축허가 수수료

36) Eyermann/Fröhler, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 1988, §80 Rdnr.19.

의 예외에 속하지 않는다. 이들은 원래 순수한 의미의 金錢給付가 主目的이 아니기 때문이다.[37]

나. 警察執行機關이 행하는 下命과 措置로서 卽時執行을 요하는 것

제80조제2항제2호에 의하면 일반경찰집행기관이 행하는 각종 下命과 措置로서 그 성격상 즉시 집행되어야 할 것에 대해서는 집행정지효가 인정되지 아니한다. 예를 들면 교통경찰의 指示와 信號, 集會의 解散命令 등이 이에 해당한다. 秩序行政官廳(狹義의 行政警察)의 행위는 여기에 속하지 아니한다.[38]

다. 聯邦法律이 정하고 있는 경우

제80조제2항제3호에 의하면 연방법률이 특별히 정하고 있는 경우에는 집행정지효는 인정되지 아니한다.[39] 여기서 연방법률이라는 것은 의회에서 제정한 법률만을 의미하고 법규명령은 제외된다.[40] 또한 행정법원법 제187조제3항에 의하면 州는 行政執行(Verwaltungsvollstreckung)에 관한 조치에 대해서 집행정지효를 배제하는 법을 제정할 수 있다.[41]

라. 行政廳 또는 法院이 특별히 卽時執行을 하도록 命한 경우

公益 또는 關係人의 이익을 위해 행정청이 당해 침익적 행정행위의 卽時執行(sofortige Vollziehung)을[42] 특별히 명한 경우에는 취소쟁송이 제기

---

37) Eyermann/Frhöler, a.a.O. m.w.N.

38) Redeker/v. Oertzen, a.a.O. §80 Rdnr.20; Stern, a.a.O. §6 II, 2. S.105.

39) 예: §35 Abs.1 Wehrpflichtgesetz; §30 Abs.4 Auβ enwirtschaftsgesetz, §49 Kreditwesensgesetz; §21 Abs.3 AuslG.

40) Redeker/v. Oertzen, a.a.O. §80 Rdnr.21; Kopp, Rdnr.39

41) 이에 근거한 州法의 예로서는 §12 bwVwVG; §12 Hess AGVwGO; Art. 38 IV 1 bayVwZVG 등을 들 수 있다.

42) 여기서도 卽時'執行'이라는 용어를 택하고 있지만, 이것 역시 집행과 관계없는 행정행위에도 해당되므로 '執行'의 개념을 넓게 이해할 필요가 있다.

되더라도 執行停止效는 발생하지 아니한다(제80조제2항제4호). 또한 법원도 제3자효 행정행위의 경우, 관계인의 신청에 따라 卽時執行을 명할 수 있다(제80a조제3항).

a) 卽時執行命令의 주체: 行政廳 또는 法院

행정행위의 즉시집행을 명할 수 있는 행정청은 우선 당해 행정행위를 發한 행정청 또는 행정심판의 裁決廳이다. 제3자효 행정행위의 경우에는 法院이 제80a조제1항제1호와 제2항에 근거한 행정청의 卽時執行命令을(後述) 변경하거나 취소할 수 있고 또한 즉시집행을 스스로 命할 수도 있다(제80a조제3항).

b) 卽時執行命令의 時期

卽時執行命令은 爭訟節次가 최종적으로 마무리 되기 전에는 언제라도 가능하고, 또한 행정행위를 發함과 동시에도 할 수 있다. 제3자효 행정행위의 경우에는 행정청은 단지 關係人의 申請이 있는 경우에만 할 수 있다(제80a조). 자신의 권리가 침해되었다고 주장하는 제3자가 행정쟁송을 제기한 경우에는 授益的 行政行爲의 상대방이 卽時執行을 신청하게 되고(제80a조제1항제1호), 반대로 侵益的 行政行爲의 상대방이 쟁송을 제기한 경우에는 제3자가 卽時執行을 신청하게 된다(제80a조제2항).

c) 卽時執行命令의 要件

행정청의 卽時執行命令은 公益이나 관계인의 우월한 利益을 위해 필요한 경우에 한해서만 허용된다.

여기서의 公益이란 단지 당해 행정행위를 發할 것을 요구하는 공익(Erla-ß interesse)만으로서는 충분하지 않고,[43] 행정행위를 당장 집행하지 않으면 안되도록 하는 특별한 執行利益(besonderes Vollzugsinteresse)을 의미한다. 그와 같은 특별한 이익에 대해서는 書面으로 그 근거를 명시하여

43) Vgl. BVerfGE 35, 385(402); Kopp, §80 Rdnr.52 m.w.N.

야 한다(제80조제3항제1문).[44] 특별한 집행이익의 여부는 행정행위를 執行하지 않고 現狀維持를 원하는 당사자의 權利救濟에 대한 利益(Rechtsschutzinteresse)과 즉시집행을 요구하는 공익을 比較衡量하여 판단하여야 한다.[45] 예를 들면 운전자가 운전하기에 부적합한 경우에는 운전면허취소의 즉시집행이익이 있다는 판례가 있다.[46] 이때 당해 행정행위가 당사자에게 집행되었을 경우 그 결과의 原狀回復可能性이나 행정쟁송의 勝訴可能性의 정도 등도 고려할 사항이다.[47] 행정행위의 適法性이 명백한 경우이거나, 爭訟提起의 濫用에 해당하는 경우에는 卽時執行의 이익이 있다고 할 수 있다.[48]

관계인의 이익이 고려되어야 하는 경우는 제3자효 행정행위가 문제되었을 때이다. 제3자효 행정행위의 경우에는 이를 즉시 집행할 것인지의 여부는 즉시집행을[49] 원하는 관계인(예: 建築主)과 그 반대를 주장하는 관계인(예: 이웃주민)간의 이익을 比較衡量하여 前者가 우월한 경우에만 즉시집행을 명할 수 있다.[50] 가령 건축허가에 대한 이웃주민의 취소쟁송이 棄却될 가능성이 매우 높고, 더이상 집행정지를 계속 시키는 것이 건축주에게 가혹할 때는 건축주의 집행이익이 우월하다고 볼 수 있다.[51]

---

44) 생명, 건강, 재산 등을 보호하기 위해 절박한 상황(예:洪水, 地震)에 취하는 非常措置의 경우는 예외(제80조제3항제2문).

45) Redeker/v. Oertzen, a.a.O. §80 Rdnr.23; Kopp, §80 Rdnr.54.

46) VG Braunschweig NJW 1973, 263, Vgl. Finkelnburg/Jank, a.a.O. Rdnr. 400 u. 403ff. m.w.N.

47) BVerWG, DVBl. 1974, 566; Kopp, §80 Rdnr.54.

48) 행정법원법 제80조제4항제3문 참조.

49) 사실 이 경우에는 私人이 행정행위를 실현하는 경우이므로 卽時"執行"이라는 표현보다는 卽時"實現"(sofortige Verwirklichung)이라고 해야 옳다.

50) Vgl. dazu Finkelnburg/Jank, a.a.O. Rdnr.413f.; Pietzner/Ronellenfitsch, *Das Assessorexamen im öffentlichen Recht*, 4.Aufl. 1983, §46 Rdnr.29ff.

51) Vgl. BVerwG, DVBl. 1966, 273(274); Finkelnburg/Jank, a.a.O. Rdnr. 414; Pietzner/Ronellenfitsch, §46 Rdnr. m.w.N.

8. 行政廳에 의한 執行停止命令 또는 執行停止效의 回復

執行停止效가 애초부터 인정되지 않는 경우나(제80조제2항제1호 내지 제3호의 경우) 행정청의 卽時執行命令에 의해 집행정지효가 소멸된 경우에도, 연방법에[52] 달리 정한 바가 없는 한, 행정청은 (관계자의 신청에 의해 또는 職權으로) 執行을 정지시킬(aussetzen) 수 있다(제80조제4항제1문).[53]

제3자효 행정행위의 경우에는 제80a조의 규정이 추가 적용된다. 제3자가 행정쟁송을 제기하였는데, 행정청이 授益的 행정행위의 受益者인 상대방의 申請에 의해 卽時執行을 命한 경우에는(제80a조제1항제1호), 행정청은 제3자의 신청에 의해 제80조제4항에 따라 다시 그 집행을 중지시키고, 제3자의 권리보호를 위한 임시조치를 취할 수 있다(제80a조제1항제2호).[54]

公課金과 費用을 부과하는 행정행위에 관해서는 특별한 규정이 있다. 즉 그 경우에는 이들을 징수하기 위한 保全措置를 취한 다음에는 그 집행을 정지할 수도 있다(제80조제4항제2문). 또한 쟁송의 대상이 된 행정행위의 적법성이 심히 의심스럽거나, 그 행정행위를 집행할 경우 납부의무자에게 가혹한 결과를 가져올 때는 그 집행을 정지해야 한다(제80조제4항제3문).[55]

---

52) 예: 연방급부법(Bundesleistunsgesetz) 제39조제2항.

53) 그런데 이것보다는 법원에 의한 執行停止命令이(後述) 優越하다. 또한 실제로 행정청에 의해서 집행정지효가 회복되는 경우는 별로 없고, 법원의 명령에 의한 경우가 대부분이다(Stern, *Verwaltungsprozessuelle Probleme in der öffentlichen Arbeit,* 6.Aufl. 1987 §6, II, 3).

54) 또한 법원은 그러한 행정청의 조치를 변경·폐지하거나, 그러한 조치를 스스로 취할 수도 있다(제80a조제3항).

55) 原文에는 "muß"가 아니라 "soll"이다. 이는 원칙적으로는 그렇게 하되, 반드시 그렇게 한다는 의미가 아니라 例外도 있을 수 있음을 의미한다. 그런데 그러한 特別規定은 공과금이나 비용의 경우(제80조제2항제1호)에만 국한시킬 필요가 없음에도 불구하고 행정법원법 제80조제4항제3문은 그와 같이 정하고 있다. 그러나 이는 제80조제2항제2호 내지 제4호의 경우에도 해당된다고 할 것이다(Eyermann/Fröhler, a.a.O. § 80 Rdnr.37).

9. 法院에 의한 執行停止命令 또는 執行停止效의 回復

위에서 본 바와 같이 행정법원법 제80조제2항제1호 내지 제3호의 경우에는 집행정지효가 인정되지 않는다고 법률이 정하고 있다. 그러한 경우에도 관계자의 신청이 있으면 本案法院은 집행을 정지시킬 수 있다. 또한 行政廳의 卽時執行命令에 의해 집행정지효가 소멸된 경우에도(제80조제2항제4호) 법원은 관계인의 신청에 따라 집행정지효를 復活시켜서 집행을 정지시킬 수 있다(제80조제5항제1문). 관계인은 그 신청을 취소소송의 제기 이전에 할 수 있지만(제80조제5항제2문), 논리적으로 행정심판의 제기 이후에만 그 신청은 가능하다.[56]

법률에 의해 원래 집행정지효가 인정되지 않는 것이 원칙임에도 불구하고 법원이 집행을 정지시키는 것은 관계인의 권리를 보호해야 하는 예외적인 상황에서만 허용된다. 또한 법원은 행정청의 즉시집행명령의 요건(우월한 공익이나 관계인의 이익의 보호)이 충족되지 않았다고 판단되는 경우에 당해 즉시집행명령을 취소하고 집행정지효를 회복 시키는 것이다. 그런데 이 경우에도 법원은 취소소송의 勝訴可能性도 고려하게 된다. 만일 소송의 대상인 행정행위의 違法性이 명백하면 우월한 공익을 인정할 여지가 없다고 할 것이다. 거꾸로 소송이 명백하게 이유없다고 판단 될 때에는 집행정지효를 다시 회복시킬 필요가 없다고 할 것이다.[57] 행정행위의 위법성이 심히 의심스럽거나, 그 집행이 관계자에게 苛酷한 결과를 가져올 경우에는 법원은 그 집행을 정지시켜야 한다는 판례도 적지 않다(제80조제4항제3문의 擴大·類推 解釋).[58] 법원은 집행을 정지시킬 경우 나중의 집행을 위한 保全措置를 취하거나 負擔을 부과하고, 期限을 정할 수도 있다(제80조제5항제4문, 제5문).

만일 행정행위가 이미 집행되었으면 그 집행을 取消하여 原狀回復 하도록 할 수도 있다(제80조제5항제3문).

---

56) Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr.279.

57) BVerwG, DVBl. 1974, S.566.

58) OVG Münster, NJW 1973, 1390f.; BayVGH, DVBl. 1988, 590ff.

제80조제2항제1호의 경우(公課金, 費用)에는 원칙적으로 먼저 행정청에 집행정지를 신청하여 거부된 경우에만 법원에 집행정지명령을 신청할 수 있다(제80조제6항).

법원은 집행정지명령 내지는 집행정지효의 회복에 관한 결정을 언제라도 변경 또는 취소 할 수 있다. 또한 관계자는 과실없이 처음에 주장하지 못한 사정이나 변경사항을 새롭게 주장하여 법원결정의 변경이나 취소를 신청할 수 있다(제80조제7항). 시급한 경우에는 집행정지명령 내지는 집행정지효의 부활에 관한 결정을 법원의 部(Kammer, Senat)의 長이 할 수도 있다(제80조제8항).

Ⅲ. 假命令制度

1. 意 義

상술한 執行停止의 原則은 取消爭訟의 경우에만 적용된다. 집행정지제도는 취소쟁송의 대상인 侵益的 행정행위가 상대방의 권리를 직접적으로 침해하는 효과가 있기 때문에, 상대방이 당해 행정행위의 瑕疵를 주장하여 쟁송을 제기할 경우 일단 그 침해적 효과를 중지시킴으로써, 권리침해가 원상회복 할 수 없게 되는 것을 未然에 방지하기 위한 것이다. 침익적 행정행위의 집행정지효는 취소쟁송이 제기됨으로써 자동으로 생기는 것이다. 반면에 假命令은 取消爭訟 이외의 訴訟이 제기된 경우에, 판결이 확정되기 전에 법원이 관계인의 申請에 따라 권리를 暫定的으로 보호하기 위하여 내리는 명령을 말한다.

2. 適用領域

假命令制度(행정법원법 제123조)는 상술한 執行停止制度(제80조, 제80a조)가 적용되지 아니하는 경우에 한해서 적용되는 임시권리구제제도이다. 取消訴訟 이외의 모든 소송의 경우에는 집행정지제도가 적용되지 않고 假命令制度(einstweilige Anordnung)가 적용된다(제123조제5항). 따

라서 가명령제도는 義務履行訴訟(Verpflichtungsklage), 一般履行訴訟(allgemeine Leistungsklage), 不作爲訴訟(Unterlassungsklage), 確認訴訟(Feststellungsklage), 機關爭議(organschaftliche Streitigkeiten) 등의 경우에 적용된다.[59] 효과적이고 실질적인 권리보호를 요구하는 헌법 제19조제4항에 따라 假救濟制度는 헌법에 의해 요청되고 보장되는 것이므로, 행정법원법 제80조, 제80a조로써 해결되지 않는 한, 그 밖의 모든 경우에 제123조상의 가명령제도가 補充的으로 적용되는 것이다.

3. 假命令의 要件

법원에 가명령을 신청하기 위한 요건은 본안소송의 제기요건과 거의 일치한다.[60] 假命令은 소송의 제기 이전에도 신청할 수 있다(제123조제1항제1문).

행정법원법 제123조제1항은 법원이 假命令을 發하는 경우로서 다음 두 가지로 정하고 있다. 첫째는 現狀況이 변하게 되면 申請人의 권리를 실현할 수 없게 되거나 또는 심히 어렵게 될 우려가 있을 경우이다(제1문). 이 경우의 假命令을 保全命令(Sicherungsanordnung)이라고 한다. 둘째의 경우는, 특히 지속적인 법률관계의 경우에, 다툼이 있는 법률관계와 관련된 잠정적인 상태를 규율하는 것이 중대한 손해를 방지하기 위하여, 目前의 威脅(drohende Gewalt)을 저지하기 위하여 또는 餘他의 이유로 필요할 때이다(제2문: 規律命令:Regelungsanordnung).[61]

그런데 위 두 경우를 명확하게 구분하기가 어렵고, 또한 중복되어 있는 경우도 많다. 그래서 법원도 통상 두 경우를 구분하지 않고 있다.[62] 따라서 두 경우의 요건을 종합하여 보면 다음과 같다.[63]

---

59) 또한 행정법원법 제47조제8항은 행정법원에 의한 規範統制의 경우에도 임시적 권리보호를 위해 법원은 가명령을 할 수 있도록 하고 있다.

60) Vgl.Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr. 31 u. 316; Stern, a.a.O. §6, III, 3, S.115.

61) 이 규정은 독일민사소송법 제935조와 제940조와 거의 일치한다.

62) Vgl. Stern, a.a.O. §6, III, 3, S.113 FN.89.

63) Vgl. Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr. 320.

첫째, 어떤 사실이 완성되면 신청인에게 중대하고 본질적인 손해가 야기되고, 그 손해는 위법한 것이며, 차후의 本案判決을 받더라도 권리가 효과적으로 보호될 수 있을지 의심스러울 경우이다.

둘째, 또한 가명령으로써 신청인이 보호받는 이익이 그에 相反되는 餘他의 利益(신청인에 상반되는 이해관계를 갖는 相對方, 제3자 또는 一般人의 이익)보다 우월하기 때문에, 신청인의 손해를 예방할 필요가 있어야 한다.

이러한 요건들의 충족여부를 판단하는데 있어서 첫째의 요건과 관련하여서는 우선 本案訴訟의 勝訴可能性을 고려하여야 한다.[64] 제기된 소송이 이유없음이 명백한 경우에는 상대방에게 위법한 손해가 발생할 가능성이 없으므로 가명령의 필요성은 이미 소멸된다. 반면 본안소송의 승소가능성이 높을 경우에는, 상대방에게 발생할 손해가 위법한 것일 가능성이 높다는 것이 되며, 나아가 그 손해가 본질적이고 중요하며, 본안판결을 통한 권리보호의 實效性이 의심스러운지의 여부를 심사하여야 한다. 둘째의 요건의 충족 여부는 단지 본안소송의 승소여부에 대한 판단이 어려울 때만 판단하면 되는 것이다.

행정법원법 제123조제1항제1문에는 법원은 위의 요건이 충족된 경우에 가명령을 "할 수 있다(kann)"고 되어 있다. 그러나 그러한 표현은 誤解의 餘地가 있다. 잠정적 권리구제는 上述한 바와 같이 기본법 제19조제4항이 요구하고 있다. 따라서 잠정적 권리구제를 위한 가명령을 할 것인지의 與否는 법관의 裁量事項이 아니다. 물론 위의 요건이 충족되었는지의 여부는 법관이 判斷 해서 결정하지만, 요건이 충족되었다고 판단되는 한 가명령을 發해야 하는(müssen) 것이다.[65] 假命令은 決定(Beschluß)의 형식으로 발해지며, 따라서 이에 대해서는 抗告(Beschwerde)를 제기할 수 있다(행정법원법 제146조 이하).

---

64) BVerwGE, 50, 134; Eyermann-Fröhler, a.a.O. §123 Rdnr.7; Kopp, a.a.O. §132 Rdnr.30f.

65) Vgl. Redeker/v.Oertzen, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 8. Aufl. 1985, §123, Rdnr.17; Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr. 320; Pietzner/Ronellenfitsch, *Das Assessorexamen im öffentlichen Recht*, 4.Aufl. 1983, §49 Rdnr. 8; a.A. Stern, a.a.O. §6 III 3.

4. 假命令의 內容

가명령의 내용이 구체적으로 어떠한 것이 될지는 확정할 수 없음은 물론이다. 가명령의 목적, 즉 효과적인 권리구제라는 목적을 달성하기 위하여 법원은 신청인의 상대방에게 作爲나 不作爲를 命하는 등, 裁量에 따라 그 내용을 결정하는 것이다(행정법원법 제123조제3항 및 민사소송법 938조).

그러나 가명령에는 일정한 한계가 있다. 가명령은 권리를 일단 保全하기 위한 것이지 권리를 완전하게 충족시키기 위한 것은 아니다. 즉 최종적인 것을 결정하기 위한 것은 아니다. 특히 本案判決에서 해야할 결정을 미리 해서는 안된다.[66] 그런데 여기에도 예외가 있다는 것이 널리 인정되고 있다. 본안소송의 판결이 너무 늦게 내려질 가능성이 대단히 높고, 본안소송에서의 승소가능성이 대단히 높으며, 假命令을 통해서 미리 결정하지 아니하면 신청인에게 발생할 손해가 대단히 가혹하여 受忍할 수 없을 정도이기 때문에, 가명령이 없이는 효과적인 권리구제가 불가능한 경우이다.[67] 이 경우에는 특히 본안소송의 승소여부를 면밀히 검토하여야 한다.[68] 가명령을 통한 본안의 事前決定이 어느 정도 허용될 수 있을 것인지는 당연히 事案마다 다르며, 특히 관련있는 이익의 比較衡量의 결과에 달려 있다고 할 것이다. 여기서 비교형량을 해야 할 이익이라 함은 가명령의 신청인의 이익과 그에 反하는 상대방, 제3자, 일반인 등의 이익이다. 이때 신청인의 이익의 切迫性과 重要性이 특히 고려되어야 한다. 예를 들면 정당이 선거에 직면하여 선거운동을 위해 후보자홍보판을 설치하려고 할 경우에, 시간이 경과하여 선거가 끝나버리면 그 의미가 상실되므로, 그 허용여부를 가명령을 통해 결정할 수 있는 것이다.[69]

---

66) 예를 들면 가명령으로써 건축허가를 해서는 안된다.

67) 通說. Vgl. nur BVerwGE 63, 110(111); VGH Mannheim, NVwZ 1985, 594f.; Kopp, VwGO, §123 Rdnr. 13 m.w.N.; Pietzner/Ronellenfitsch, a.a.O. §49 Rdnr.6; Stern, a.a.O. §6 III 3; Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr.323.

68) 通說. Vgl. nur BVerwGE 50, 122ff.; Stern, a.a.O. §6 III 3.

69) Vgl. VGH Bad.-Wrtt. v. 13.1.87, VBlBW 1987, S.310ff.

5. 假命令과 損害賠償

가명령이 원래부터 이유 없었던 것으로 본안소송에서 判明된 경우에는, 그 신청인은 가명령의 집행으로 인해 손해를 입은 상대방에 대해서 손해배상을 하여야 한다(행정법원법 제123조제3항 및 민사소송법 제945조). 예를 들면 가명령으로 인해 건축행위를 계속하지 못한 건축주는 가명령 신청인의 주장이 처음부터 잘못되었던 것으로 판명되었을 경우는 損害賠償請求權이 있는 것이다.[70]

6. 訴訟類型과 假命令

가. 義務履行訴訟

義務履行訴訟(Verpflichtungsklage)은 행정청으로부터 행정행위를 發할 것을 요구하는 소송이다. 이 경우의 假命令도 결국 신청인이 願하는 行政行爲를 하도록 하는 내용이 되는데, 이는 성질상 본안판결에서 결정되어야 할 것이다. 따라서 가명령으로서 행정청으로 하여금 행정행위를 발하도록 하는 경우는 상술한 것처럼 극히 예외적인 경우에만 허용된다. 일반적으로는 신청인의 法的地位를 잠정적으로 인정하는 경우가 많을 것이다. 예를 들면 留級된 학생이 進級을 허용할 것을 요구하는 소송을 제기한 경우 법원은 가명령으로써 진급을 허용할 수는 없지만, 잠정적으로 上級學年의 수업을 받을 수 있도록 할 수 있다.[71]

나. 確認訴訟

假命令은 확인소송에서 중요한 역할을 한다. 확인소송에서는 법원은 가

---

70) Tschira/Schmidt Glaeser, a.a.O. Rdnr.324; Kopp, VwGO, §123, Rdnr. 44; Redeker/v.Oertzen, §123, Rdnr.35.

71) Vgl. Tschira/Schmidt, a.a.O. Rdnr.324; Eyermann/Fröhler, a.a.O. §123, Rdnr.10 m.w.N.

명령을 통해 현상태가 변화되지 않도록 확정함으로써 추후에 본안판결을 통한 권리보호가 實效性이 있도록 하는 것이다. 예를 들면 地方自治團體(Gemeinde)의 長(Bürgermeister)이 의회의 同意없이 공공수영장의 이용료를 정하려고 할 때, 의회는 법원에 자치단체의 장은 그러한 경우에 의회의 동의를 받아야 한다는 것을 확인해줄 것을 요구하는 소송을 제기할 수 있다.[72] 이때 법원은 지방자치단체의 長은 본안판결이 있을 때까지 수영장 이용료를 확정하지 않도록 가명령을 할 수 있는 것이다.[73]

다. 一般履行訴訟

一般履行訴訟(allgemeine Leistungsklage)이란 행정청으로부터 행정행위가 아닌 소위 "單純行政作用(schlichtes Verwaltungshandeln)"으로서의 一切의 作爲·不作爲를 이행할 것을 요구하는 소송을 말한다. 따라서 이 경우에도 가명령으로써 권리를 잠정적으로 구제해야 할 경우는 대단히 많다. 예를 들면 데모가 예정되어 있을 때 그로 인한 피해를 예방하기 위해서 시민이 경찰의 보호를 요청하는 경우, 生計가 곤란한 공무원이 자신의 俸給이나 年金 지급을 청구한 경우에 법원은 가명령으로써 이들의 요구를 잠정적으로 들어 주도록 명할 수 있는 것이다.[74]

Ⅳ. 맺음말: 우리나라 제도의 개선

우리나라에서는 行政訴訟法 제23조에서 규정하고 있는 바와 같이 소위 '執行不停止의 原則'을 취하여, 비록 瑕疵있는 행정처분에 대하여 행정심판이나 소송이 제기되더라도 행정처분은 그대로 유효한 것으로 인정되고 집행이 되며, 극히 예외적으로[75] 엄격한 요건아래 執行停止決定을 통해서 국민

---

72) Vgl. §51 Ziff.10 hessGemO.

73) Vgl. Tschira/Schmidt, a.a.O. Rdnr.368.

74) Vgl. Tschira/Schmidt, a.a.O. Rdnr.397.

75) 약 8,500건에 달하는 假救濟 신청 가운데 480건만이 認容되었다고 한다(5.6%의 인용률). 반면 그 중에서 본안소송의 認容率은 약 40%에 달했다고 한다. (李尙圭, 改正

의 권리를 임시로 구제하여 주도록 하고 있다. 私法上의 법률행위와는 달리 행정처분은 집행력으로 말미암아 비교적 단시간 내에 執行終了되거나 後續節次가 速行될 수 있다. 따라서 집행부정지원칙을 취하고 게다가 假救濟를 인정하는데 있어서도 인색할 경우에는 권리침해상태가 旣成化되어 사실 原狀回復은 불가능하고 金錢的 賠償에 만족해야 하는 것이 현실이라고 할 수 있다.

執行停止原則과 執行不停止原則 중에서 어느 것을 취할 것인가는 국민의 권리보호라는 측면과 행정처분의 효력·집행의 持續性 보장 및 節次 용의 억제 등 원활하고 능률적인 행정운영이라는 측면을 고려하여 결정되어야 할 입법정책상의 문제인 것은 사실이다.[76] 그러나 上述한 바와 같이 효과적인 권리보호와 이를 위한 假救濟는 헌법에 의해 요구되는 것이고, 예외적인 것이라기 보다는 원칙적인 것이다. 어떠한 경우에 국민에게 假救濟를 해 주고, 어떠한 경우에 그렇지 않을 것인가는 헌법상 보장되고 있는 국민의 권리보호를 기준으로 판단할 것이지 단순한 입법정책적인 문제만의 것이 아니다. 즉 假救濟制度를 어떠한 방식으로 할 것인가는 입법자가 자유로이 결정할 것이지만 아니며 또한 법관의 재량사항이 아니다. 회복할 수 없는 결과가 초래되는 것을 예방하여 효과적인 권리구제가 되도록 하기 위하여 필요한 경우에는 반드시 假救濟를 보장하는 것은 국가의 의무인 것이지 국가가 베푸는 예외적인 혜택이 아니다. 행정의 능률을 중시하는 경향이 강하고 절차의 남용 가능성을 배제할 수 없는 것이 우리나라의 현실임을 감안하더라도 현행의 假救濟制度는 이러한 헌법적 요구에 비추어 "미흡하기 짝이 없는"[77]것이다. 행정의 迅速性·實效性과 국민의 권리보호 중에서 어느 것을 重視하거나 우선순위를 두어서는 안된다. 양자는 서로 잘 조화를 이룰 수 있도록 해야 하는 것이다. 위에서 본 독일의 가구제제도에 있어서도 국민의 권리구제에 못지 않게 행정의 능률성을 확보하기 위한 장치를 두고 있음을

行政訴訟制度의 내용과 문제점, 한국공법학회 제47회 학술발표회 -1994. 10. 22.- "행정소송제도의 개선과 권리구제," 24면: 발표자의 구두 설명)

76) 金南辰, 행정법 I, 1992, 721면; 홍준형, 행정구제법, 1993, 183면.

77) 李尙圭, 앞의 논문, 24면; 同人, 개정 행정소송제도의 내용과 문제점, 고시연구, 94. 5, 122면.

알 수 있다. 우리나라에서 집행부정지의 원칙을 취하더라도 가구제를 인정하는 데 있어서 빈틈없고 효과적인 권리구제라는 헌법적 요구에 상응하도록 하여야 한다. 침해된 권리가 통상의 사후적 구제절차에 의해서는 효과적으로 구제될 수 없을 경우에는 이를 예방하기 위하여 반드시 가구제를 인정할 수 있도록 입법적으로 개선을 하여야 할 것이다. 현행의 제도아래서도 법원은 집행정지결정을 통한 가구제의 인정여부를 판단하는 데 있어서, 효과적인 권리구제를 받을 권리는 국민의 기본권이지 법원이 주는 혜택이 아니라는 점을 인식하여 가구제의 인정에 인색하여서는 안 될 것이다.