

## 暫定的 行政行爲에 관한 小考

고 헌 환\*

### 목 차

- I. 서언
- II. 잠정적 행정행위의 의의
- III. 잠정적 행정행위의 요건과 법적성질
- IV. 잠정적 행정행위의 허용가능성과 한계
- V. 잠정적 행정행위의 행정절차와 권리구제
- VI. 결어

### 국문초록

행정행위는 구체적 사실에 대한 권력적 단독행위인 법집행적 행위이며, 나아가 행정 절차를 종결시키는 종국적 행위이다. 그러나 오늘날 행정행위는 많은 자료의 수집과 분석을 통하여 결정해야 하는 경우가 많아지고 있고, 또한 행정청의 업무처리 능력상의 한계나 불확실성으로 인하여 종국적인 규율을 행하기 어려운 경우가 많이 발생하고 있다. 따라서 본처분인 행정행위를 하기 이전에 그에 관한 사전적 행위를 통하여 행정상의 법률관계를 정하지 않을 수 없게 되었다. 이와 같은 행정행위의 현실을 감안해볼 때, 사전적 행정행위로서의 잠정적 행정행위의 중요성이 날로 부각되고 있음에 따라 행정행위의 효력요건을 구비한 경우에 있어서 법률 유보 하에 행정행위의 실효성을 위하여 잠정적 행정행위의 확대 방안을 검토할 필요가 있다. 그리고 잠정적 행정행위의 중요성으로 보아 이에 대한 연구가 아직 미흡한 실정이다. 따라서 본 연구에서는 잠정적 행정행위에 관하여 독자적 기능의 재론적 취지의 입장에서 유사 행정행위와의 관계, 법적성질과 그 한계 및 구제방법 등을 고찰해 보고자 한다.

주제어 : 잠정적 행정행위, 종국적 행정행위, 법률유보, 법률관계, 권력적 행위

논문접수일 : 2008.06.17 / 심사완료일 : 2008.07.21 / 게재확정일 : 2008.07.24

\* 제주대학교 법학부 강사

## 1. 序 言

오늘날 행정에 있어서 복잡하고 다양한 현실 문제를 해결하기 위해서 필요한 행정행위는 일반적으로 추상적이기 보다는 구체적임을 요한다. 즉, 행정행위는 처음부터 종국적인 효과를 예정하여 행해진다. 그러나 실제적으로 다양하고 복잡한 사회현상에 따라 나타나는 행정과제에 대하여 각종 법령의 문구 그대로 적용할 수 없으며, 모든 것에 대하여 급변하게 나타날 수 있는 모든 경우에 대하여 세세히 규정할 수 없고 빠르게 변하는 사회현상에 대응하여 법규내용을 시시각각 탄력적으로 변경·조정하는 것은 법의 제정·개정 등 입법 활동의 기술적 측면에서도 어려운 현실이며 한계가 있는 것이다.

따라서 이러한 행정현실을 감안할 때 중국적인 결정을 함에 있어서 어려운 상황이 종종 발생함에 따라 최종적인 결정의 내용을 사후에 행할 것으로 유보하면서 우선은 잠정적인 결정을 해야 할 필요성이 느끼게 된다. 이러한 필요성에 따라 논의되는 개념 중의 하나가 이른바 잠정적 행정행위이다.<sup>1)</sup>

잠정적 행정행위는 행정기관으로 하여금 행정행위를 융통성 있게 탄력적으로 하도록 하기 위한 수단으로서의 의미를 갖는 것이며, 행정기관은 이를 통하여 행정의 능률적인 수행이 보장되는 것이다.<sup>2)</sup>

잠정적 행정행위는 1983년 독일연방 헌법재판소가 보조금지급과 관련된 사건<sup>3)</sup>의 판결에서부터 그 개념이 논의되면서 상당한 연구가 진행되어 왔으나 아직까지는 초기적인 단계에 머물러 있다고 할 수 있다. 다만 다양한 형태로 발현되어지는 가변적인 행정수요를 감안 할 때 행정작용의 형태가 고정화 될 수 없고 이에 상응하여 다양한 모습으로 나타나게 되리라는 것을 충분히 예견할 수 있는 것이므로 현재 우리가 정형적인 것으로 이해하고 있는 행정작용의 모습은 지속적으로 도전 내지 행정수요의 다양성과 다변성이라는 새로운 영역의 확장을 받아들일 수밖에 없다. 따라서 이를 통하여 새로운 행정행위의 이론과 기존의 정형적인 이론과의 상관관계를 검토하는 일이 필요하다.

이러한 의미를 고려해볼 때 이하에서는 잠정적 행정행위의 유사행정작용과의 구별, 법적성질, 권리구제, 한계에 대하여 고찰함으로써 잠정적 행정행위의 확고한 행정행위성의 정립을 도모하고자 한다.

1) 최봉석, "잠정적 행정행위의 요건과 한계", 『월간고시』, 2006, 4, 85면

2) 김남진, 『행정법 I』, 법문사, 2006, 255면.

3) BverfGE 67, 99 "법률상 근거 없이 행하여진 보조금 지급결정에 대하여 당해 결정은 관계기업의 영업 상태에 대한 최종적 심사의 유보 하에 행하여진 잠정적 행정행위라고 판시하였다."

## II. 暫定的 行政行爲의 意義

### 1. 잠정적 행정행위의 개념

잠정적 행정행위(Vorläufiger Verwaltungsakt)란 중국적 행정행위가 있기까지, 즉 행정행위의 법적 효과나 구속력이 최종적으로 결정될 때까지 잠정적으로만 행정행위로서의 구속력을 가지는 행위를 말하며, 이를 가 행정행위라고도 한다.<sup>4)</sup> 잠정적 행정행위는 사실관계와 법률관계의 계속적인 심사를 유보한 상태에서, 당해 행정법 관계의 권리와 의무를 잠정적으로 확정하고 당해 법률관계를 외부적으로 형성하는 행위이므로 타 행정작용과 구분되는 특수한 행정행위라 할 수 있다.<sup>5)</sup> 또한 그 자체가 본체인 행정행위라는 점에서 본체인 행정행위에 부종되어 있는 부관<sup>6)</sup>과는 구별되는 개념이다. 이러한 잠정적 행정행위는 확정적 결정이 나올 때까지만 그 효력을 발한다. 중국적 행정행위는 일정사항에 관하여 중국적·확정적으로 법률효과를 발하는 행정행위이다.

우리나라에서는 부가자치세법, 특별소비세법이나 법인세법 등과 같은 조세법 영역에서 일찍이 관용되어 왔던 행위유형이라고 할 수 있으며, 납세신고에 의하여 일단 과세처분의 효과를 발생케 한 다음에 과세 행정청의 경정결정 등에 의해 세액을 확정짓는 경우 또는, 문화재청장이 사적·명승·천연기념물 또는 민속자료 중 중요한 것을 중요문화재로 지정하는 것,<sup>7)</sup> 물품수입에 있어서 일단 잠정세율을 적용하였다가 나중에 세율을 확정짓는 경우에서 이러한 잠정적 행정행위가 행해지고 있는 것을 볼 수 있다.

### 2. 유사 행정작용과의 구별

잠정적 행정행위는 잠정적인 판단에 불과하다는 점에서 그 자체 중국적인 판단에 해

- 4) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2003, 220면. ; 박규성, 「행정법강의」, 박영사, 2007, 403면.; 장경원, “급부행정에 있어서 가행정행위”, 행정법연구, 2000, 11, 295면. ; 예컨대 세무서장이 납세의무자에 대한 소득세액을 확정하기 전에 신고 된 소득액에 기하여 잠정적으로 소득세액을 결정하는 것과 같이, 행정청이 확정적인 행정행위를 하기 전에 잠정적으로 행하는 결정이 가행정행위이다.(조세법 제165조).
- 5) 이러한 행정행위는 부가가치세법, 특별소비세법이나 법인세법 등과 같은 조세법 영역과 보조금의 지급이나 가허가 등과 같은 일부 급부행정의 분야나 공무원법 등에서 일찍이 행해져 왔던 행위 유형이라 할 수 있다.
- 6) 법률행위의 효력의 발생 또는 소멸을 제한하기 위하여 부가되는 약관(約款), 즉 주된 의사에 종된 의사를 부과하여 주된 의사의 효과를 조종하는 것을 의미한다. 부관에는 이자약관(利子約款), 담보약관(擔保約款), 면책약관(免責約款) 등이 있다.
- 7) 문화재보호법 제14조 제1항

당하는 예비결정<sup>8)</sup>, 부분허가<sup>9)</sup>와 구별되고, 잠정적 행정행위는 본 행정행위와 동일한 효력이 발생한다는 점에서 특정 행정행위의 발령<sup>10)</sup>·불 발령<sup>11)</sup>에 대한 약속에 불과하고 행정행위의 효력이 발생하지 않는 확약<sup>12)</sup>과도 구분된다. 이러한 구분은 결국 잠정적 행정행위를 행정의 “특수한 행위형식”으로 볼 것인가 아니면 행정행위의 일종인 “특수한 행정행위”로 볼 것인가에 관한 문제라 할 수 있다.<sup>13)</sup>

## 1) 부관과의 구별

부관은 주된 행위에 부종되어 본체의 존재 없이는 부관의 존재 자체가 불가한데 대하여 잠정적 행정행위는 그 자체가 본체인 행정행위이며 예상 되어지는 종국적 행정행위에 부종되어 있는 것이 아니다.<sup>14)</sup>

### 가. 조건과의 구별

행정행위의 효력의 발생 또는 소멸이 장래의 불확실한 사실에 의존하는 정지 또는 해제 등의 조건과 달리 잠정적 행정행위는 잠정적인 것이나 그 행정행위의 효과는 이미 독자적으로 발생하고 있는 것이다. 다만 잠정적 행정행위는 종국적 행정행위가 있게 되면 종국적 행정행위에 의해 대체되고 효력을 상실한다.<sup>15)</sup>

### 나. 기한과의 구별

행정행위의 효력의 발생 또는 소멸이 장래의 확실한 사실에 의존하는 종적 규율인 기한은 불확실성의 요소가 없는데 대하여 잠정적 행정행위는 행위당시에 특정사실의

8) 예비결정이란 복잡한 최종적인 행정결정이 있기 전에 사전적 단계로서, 전체행정결정에 필요로 하는 형식적인 또는 실질적인 요건심사에 대한 종국적인 판단을 내리는 결정을 말한다. 이러한 예비결정의 예로서는 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 제12조에 의한 골프장업의 건설사업계획서에 대한 시도지사의 승인이 있다. 홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2006, 186면.

9) 부분허가는 일반적으로 장기간에 걸쳐 여러 시설 등을 요하는 허가(인가)에서 부분별, 단계별로 허가하는 경우를 말한다. 이를 부분승인이라고도 한다. (원자력법 제11조 제4항)

10) 행정심판, 행정소송 가능

11) 의무이행심판, 거부처분 취소소송, 부작위 위법 확인소송

12) 확약이란 행정청이 국민에 대해 특정 행정행위를 발령 또는 불발령할 것을 미리 약속하는 자기구속적 의사표시이다. 예컨대, 실무상 본인·허가의 발령 전에 미리 인·허가 발급을 약속하는 경우(내인가, 내허가)가 그 예에 해당한다. 윤양수, 「행정법개론」, 제주대학교출판부, 2007, 275면.

13) Tidemann, Der Vorläufiger Verwaltungsakt in der Leistungsverwaltung, 1981, S. 781.

14) 이상훈, “가행정행위에 대한 법적 고찰”, 「공법연구」, 제26집, 한국공법학회, 2007, 248면.

15) 이상훈, 상계논문, 248면.

불확실함으로써 행정행위의 효과가 잠정적 상태에 있게 되는 것이 서로 상이하다.<sup>16)</sup>

#### 다. 철회권의 유보와의 구별

행정행위에 부가하여 특정한 사실의 발생하는 경우 행정행위를 철회할 수 있는 철회권의 유보는 그 유보된 철회사유가 발생했다고 해서 행정행위가 반드시 철회되는 것은 아니고, 철회여부는 철회권자의 재량에 의해 결정되는 것이고 잠정적 행정행위는 종국적 행정행위가 있게 되면 종국적 행정행위에 의해 대체되고 소멸되는 점이 다르다.

#### 라. 부담 및 부담유보와의 구별

부담은 행정행위의 주된 내용에 결부하여 상대방에게 작위·부작위, 급부 등의 의무를 부과하는 부관인바 잠정적 행정행위는 그 자체가 하나의 행정행위로서 오로지 부관만인 성격을 갖지 않는 점에서 구별이 된다. 또한 행정행위에 대하여 부관으로서의 부담을 사후적으로 추가·변경·보충할 수 있는 권한을 미리 유보하는 부관을 부담유보라 할 때 잠정적 행정행위는 그 행위의 대체 내지 효력상실이 후속하는 종국적 행정행위에 의한 것이란 점에서 부담부 유보와 다르다.<sup>17)</sup>

## 2) 확약과의 구분

잠정적 행정행위는 행정기관이 자기구속을 할 의도로써 장래에 향하여 행정행위의 발급 또는 미 발급을 약속하는 의사표시로 정의되는 확약과는 구별되는 개념으로, 확약은 행정기관이 당사자에게 표시한 약속이므로 아직까지 일정한 법률관계를 형성하지는 않는 것이지만, 잠정적 행정행위의 경우는 비록 후속하는 본행정행위에 의해 대체될 잠정적인 것이기는 하나 당해 법률관계를 외부적으로 형성하는 행위라는 점에서 차이가 있으며, 확약과 잠정적 행정행위는 그 제도상의 의의에 있어서 유사하다.

확약의 기초가 되었던 사실 및 법상태가 사후적으로 변경되면 확약은 별도의 의사표시 없이도 효력을 상실한다.<sup>18)</sup> 이 점에서 확약의 구속력은 행정행위의 구속력보다 약하고 불 안정적이라고 할 수 있다.

16) 류지태, 「행정법신론」, 신영사, 2007, 143면.

17) 이상훈, 전제논문, 249면.

18) 홍준형, 「행정법총론」, 한울아카데미, 1997, 195면.

### 3) 가치분과의 구별

집행정지 등 가치분은 행정청이 결정하여 시행한 행정행위에 대하여 그 집행 또는 시행을 일시적으로 유보하는 것으로 행정청이 결정한 행정행위를 시행 또는 집행할 경우 상대방 등 제3자의 입장에서 되돌릴 수 없는 피해가 예상 되거나 사후 보상할 수도 있는 미래상황에 대하여 본안 논의 대상이 최종 확정될 때까지 처분을 유보할 수 있게 하는 것으로 잠정적 행정행위는 행정청이 하는 것에 비하여 가치분은 행정청이 행정행위의 상대자 또는 제3자가 제3의 행정청에 요구하는 점 등이 잠정적 행정행위와 구별된다.

### 4) 예비결정과 부분허가

예비결정은 단계화된 행정절차에 있어서 종국적인 결정의 유보 하에 이루어지는 행위이다. 따라서 예비결정은 신청자인 사인에게 어떠한 종국적인 행위를 허용하는 것은 아니라는 점에서 부분 승인과 구별된다.<sup>19)</sup> 예비결정과 부분허가는 비록 중간단계에서 행해지는 결정이기는 하지만 그 단계에서는 최종적인 법적 규율로서 행해지는 것이기 때문에 그 자체로서 행정행위의 성질을 가진다는 의미에서 잠정적 행정행위와 다르다.<sup>20)</sup>

## 3. 잠정적 행정행위의 입법례

잠정적 행정행위는 기술한 바와 같이 독일에서 발달한 이론으로 우리나라에서 그 적용되는 입법례를 살펴보면 부가가치세법, 특별소비세법이나 법인세법 등과 같은 조세법의 영역과 급부행정 분야의 보조금의 지급, 가 허가 분야에서 일찍이 행하여져 왔던 행정행위의 유형이다. 관세법 제7조는 과세대상 품목으로 정하여지지 않는 물품의 수입에 있어 납세신고에 의해 일단 잠정세율에 의한 과세처분을 행하고 추후 과세행정청의 경정결정 등에 의해 최종세액을 확정하게 하고 있다.<sup>21)</sup> 또한 먹는물 관리법 제9조 제2항은 환경영향조사서의 제출을 전제로 한 새물개발의 가 허가에 관해 규정하고 있다. 그리고 문화재청장이 사적·명승·천연기념물 또는 민속자료 중 중요한 것을 중요문화재로 지정하는 것 등이 있다.

19) 홍정선, 전계서, 186면.

20) 한건우, 「행정법(Ⅰ)」, 홍문사, 1997, 544~545면.

21) 이와 같은 유사한 규정으로 국세기본법 제45조 제2항이 있다.

#### 4. 잠정적 행정행위의 특성

잠정적 행정행위는 개념에 있어서 다음 세 가지 특징을 징표로 한다. 첫째, 종국적인 결정이 있을 때까지 단지 잠정적으로 규율하는 효과를 내용으로 하는 것이며,<sup>22)</sup> 둘째, 그 내용은 종국적인 결정을 위한 주된 절차에 종속된다는 점으로서, 따라서 잠정적 행정행위에 있어서는 행정행위의 존속력 중, 행정기관이 자신의 결정에 구속되는 이른바 불가변력이 발생하지 못하게 되며, 이때에 당사자는 이러한 종국적인 결정으로서의 대체에 대해 신뢰보호 원칙을 주장하여 대응하지 못하게 된다.<sup>23)</sup> 따라서 잠정적 행정행위에서는 행정행위의 존속력 중 행정기관이 자신의 결정에 구속되는 이른바 불가변력<sup>24)</sup>이 발생하지 못하게 되며, 이 때에 당사자는 이러한 종국적인 결정으로서의 대체에 의해 신뢰보호원칙<sup>25)</sup>을 주장하여 대응하지 못하게 된다. 셋째, 사실관계와 법률관계에 대한 개략적인 심사에 기초한다는 점이다.

### Ⅲ. 暫定的 行政行爲의 要件과 法的 性質

#### 1. 성립 요건과 범위

잠정적 행정행위는 종국적인 결정으로서의 행정행위의 존재를 전제로 하는 임시적 행정행위라 할 수 있으므로 무엇보다도 후속되는 종국적인 행정행위의 존재를 주된 요건으로 한다. 이는 행정결정상의 불완전성을 전제로 한 것인 만큼 특별한 예외가 인정되지 않는 한 종국적 행정행위가 요구하는 형식적·절차적 요건을 구성하여야 한다. 따라서 이러한 잠정적 행정행위는 종국적인 행정행위를 그대로 발생하게 되고 향후 후속하는 종국행정행위는 잠정적 행정행위를 그대로 대체하게 된다.<sup>26)</sup> 즉, 잠정적 행정행위도 행정행위에 유사한 성질을 가진다고 보는 한은 다음과 같은 요건을 충족해

22) 효과의 잠정성 : 잠정적인 효과를 규율한다.

23) 실질적이고 구체적인 행정검토를 통한 종국결정을 가능하게 함으로써 행정행위의 폐지(철회 내지 취소)를 제약할 수 있다.

24) 불가변력이란 일부의 행정행위에 대하여 처분청 스스로 당해 행위의 내용에 구속되어, 더 이상 취소·변경·철회 등을 할 수 없게 되는 구속력을 말한다.

25) 행정기관의 어떤 결정의 정당성 또는 존속성에 대한 국민의 보호가치 있는 신뢰는 보호되어야 한다는 원칙이다.

26) Maurer. Allgemeines Verwaltungsakt. 2000. S. 191.

야 한다. ① 잠정적 행정행위는 정당한 권한을 가진 행정청의 행위로서, 본행정행위를 할 수 있는 권한의 범위 내에서 행하여져야 하며, ② 잠정적 행정행위는 적법하고 실현 가능한 내용이어야 하고, ③ 본행정행위에 관하여 일정한 절차와 형식을 요구하는 경우에는 잠정적 행정행위에도 이러한 절차와 형식이 준용되어야 한다.<sup>27)</sup>

원래 잠정적 행정행위의 인정범위는 급부행정의 영역으로 제한되어 있었다. 특히 급부행정의 분야 중 사회보장행정의 분야는 국민의 생존 내지 생활과 직접적으로 연계되어 있고, 자산조사나 실사방문 및 재정분석 등에 비교적 많은 시간이 소요됨으로 인하여 잠정적 행정행위가 많이 이루어져 왔다. 이는 사안의 긴급성, 생존배려적 요청이 상황적 전제가 되었다.<sup>28)</sup> 그 밖에 통관절차상의 수입관세 부과처분의 예와 같이 일정한 행정행위를 필요적 전제로 하는 행정과정에서도 그 요건이 되는 행정행위의 충족을 위해 잠정적 행위가 인정되어 왔다. 따라서 상황의 긴급성이나 생존적 배려가 요청이 되지 않는 잠정적 행정행위는 인정되지 않는다.

## 2. 법적 성질

잠정적 행정행위가 전형적인 행정행위라는 입장과 행정청의 특수한 행위형식으로 보는 입장으로 나누어져 있는데, 독일의 판례<sup>29)</sup>와 통설은 직접적인 법적 효력을 목적으로 한다는 점에서 전형적인 행정행위라는 입장을 취하고 있다. 그러나 행정행위는 원칙적으로 구체적인 법적 상태에 대한 완결적 규율을 내용으로 하는 것이라는 점에서 보면, 잠정적 행정행위에 대한 행정행위성의 인정에는 다소 문제의 소지가 있다.

### (1) 학설

#### 1) 전형적 행정행위로 보는 견해(긍정설)

잠정적 행정행위는 그 내용에 있어서 당사자의 권리나 의무 또는 물건의 상태 등의 법률관계에 대하여 직접적인 변동을 가져 오거나 구속력을 가지고 확정하는 효과를

27) 상황의 긴급성이나 생존배려적 요청이 전제되지 않는 경우에는 원칙적으로 잠정적 행정행위는 인정되지 않는다고 하였다. Tiedemann, a.a.O., S. 791ff.

28) 대판 2000. 10. 27. 99두77579 “대법원은 이러한 생존배려적 요청 외에 중대한 공익상의 침해를 잠정적 행정행위 발령의 소극적 배제사유로 판시하고 있으나 이러한 중대한 공익상의 침해는 잠정적 행정행위에 국한되지 않고 재량행위 일반에 적용되는 재량위법사유에 해당한다고 할 수 있는 것인 만큼 이를 잠정적 행정행위에 특화된 배제사유로 정하는 데는 무리가 있는 것으로 보인다.”

29) BverfGE 67. 99



발생하는 것으로, 잠정적인 시간범위 내에서 라고 할지라도 그 한도에서는 종국적이고 최종적인 규율을 행하는 것이므로 전형적인 행정행위와 본질적으로 구별되는 독자적인 행정행위로 볼 수 없다는 것이다.<sup>30)</sup>

### 2) 특수한 행정행위로 보는 견해(부정설)

보통의 행정행위는 개별적·구체적인 경우에 있어서의 법적규율을 확정짓는 것이지만, 일정사항의 불확실성으로 인해 그 법적규율을 잠정적·임시적 상태를 두고 있는 점에 잠정적 행정행위의 특색이 있다고 보아 이는 특수한 행정행위로 보고 있다.<sup>31)</sup>

### 3) 검토

행정행위 개념을 행정기관이 공법영역에서의 개별적인 규율을 위하여 직접적인 외부적 효력발생을 목적으로 발령하는 고권적인 행위라고 보는 한, 이 때에 그 행위의 효력발생이 시간적으로 잠정적이라는 사실은 행정행위의 개념성립 자체를 배제할 정도의 장애가 되지 않는다고 보아 잠정적 행정행위를 전형적 행정행위의 성격을 갖는 것으로 보아야 할 것이다.

## N. 暫定的 行政行爲의 許容可能性과 限界

### 1. 행정효율과 법적 안정성간의 한계

행정행위의 발령에 있어 행정기관은 충분한 사실관계의 조사 내지 복잡하고도 다양한 상황분석 등에 기초하여 최종적인 내용으로 발령해야 함이 원칙임에도 불구하고, 행정현실에 있어서는 비록 최종적인 내용의 행정행위의 발령을 위한 전제조건들이 높은 개연성을 가지고 존재한다고 생각되더라도 사실관계 등의 조사 결과만으로는 최종적인 판단을 내릴만한 기초가 되지 못하는 경우가 있을 수 있다.

이와 같은 경우에는 사실관계 등의 조사나 상황 분석 등에 자칫 추가적으로 많은 시간이 소요될 수도 있으므로 당사자로 하여금 동 조사의 결과를 계속하여 기다리도록

30) 장경원, 전계논문, 303면.

31) 김남진 교수는 잠정적 행정행위에 대하여 일정사항의 불확실성으로 인하여, 그 법적 규율을 잠정적·임시적 상태에 두고 있는 점 등을 고려할 때 특수한 행정행위라고 한다. 김남진, 「행정법의 기본문제」, 법문사, 2000, 278면.

하는 것이 당사자의 효과적인 법익보호의 필요성에 반하게 되는데, 이러한 상황을 당사자에게 그대로 수인하도록 하는 것이 당사자의 권익보호 차원에서 불가 내지 어려울 경우에는 행정기관은 당해 행위의 근거법률의 목적을 아울러 검토하여 잠정적인 규율을 그 내용으로 하는 행정행위의 발령을 고려할 필요가 있게 된다.

이 경우 행정기관은 구체적인 상황에 비추어 절차를 신속하게 진행함으로써 달성되는 당사자의 권리보호라는 이해관계와 당해 대상에 비추어 필요한 철저한 조사를 함으로써 자신이 발령한 결정이 당사자의 법적 안정성보장 내지 신뢰보호라는 이해관계의 갈등에 처하게 되는데, 이러한 갈등상태에 있어서는 구체적인 상황에 비추어 전자의 이해관계 즉, 신속한 결정의 필요성이 다른 후자의 이해관계보다 우월할 경우에만 행정행위의 발령이 허용된다고 보아야 할 것이다. 따라서 개별적인 경우에 있어서 신속한 결정이 필요하나 종국적인 내용의 행정행위를 할 수 있는 여건이 존재하지 않는 경우에만 잠정적 행정행위가 발령될 수 있게 되는 것이다.

## 2. 법률유보의 한계

현실적으로 잠정적 행정행위는 직접적인 법률 규정에 근거하여 행해지는 경우보다는 법률의 직접적인 근거 없이 행해지는 경우가 더 많은바, 이와 관련하여 잠정적 행정행위의 발령에 법률의 근거를 요하는가 하는 문제가 발생하며, 어떤 종류의 행정작용이든 법률의 근거, 법률에 의한 수권 없이도 그것이 가능하냐 하는 법률유보의 문제는 통상 당해 행정작용이 침해 행정인가 급부 행정인가 또는 행정목적 달성인가, 국민 생활에 본질적이고도 필수적인가에 따라 결론이 다르게 도출 되곤 한다. 특히 법률유보 원칙과 관련하여 잠정적 행정행위는 행정작용의 잠정성을 어떻게 평가할 것인가와 맞물려 논란이 되고 있다.

잠정적 행정행위의 발령에 법률유보의 원칙을 적용할 것인가의 문제에 대해서는 부정설과 긍정설로 견해가 갈라진다. 부정설에 따르면, 그 대상이 급부행정인 경우에는 당사자를 위한 최종적인 결정이 행해지기 이전에 종국적인 결정을 유보한 조건으로나마 국가에 이하 급부를 먼저 이용할 수 있게 되는 것이므로 수익적인 성격만을 갖게 되어 법률유보 원칙을 적용할 필요가 없다고 주장한다.

그러나 잠정적인 내용이 수익적인 성격을 갖게 되는 행정행위라도 경우에 따라서는 자금지원 등에 있어서의 경쟁자와 같이 제3자에게 부담을 주는 내용이 존재할 수 있다는 점과 당사자에 대한 권리의 제한이 행해지게 되는 효과도 발생한다는 점 등을 고려할 때, 잠정적 행정행위의 발령에 있어서는 그 내용이 외형상 수익적 성격을 갖든, 부

담적 성격을 갖든 모두 법률 유보원칙이 적용된다고 해석하는 것이 타당하다고 본다.<sup>32)</sup> 그러나 잠정적 행정행위의 특성을 “잠정성(Vorläufigkeit)”에서 찾는다면 법률유보의 요청은 상대적인 것으로 잠정적 행정행위로부터 기인되는 각종의 법적 문제는 행정청의 재량행위에 의하여 해결할 수 있기 때문이다<sup>33)</sup> 따라서 잠정적 행정행위가 반드시 법률의 근거를 요한다고 할 수 없으며, 잠정적 행정행위의 특성상 법률유보의 원칙이 제한된다고 할 수 있다.<sup>34)</sup> 따라서 이상과 같은 논지에서 살펴볼 때 잠정적 행정행위의 허용기준은 행정행위가 수익적 행정행위인가, 침익적 행정행위인가에서 찾는 것이 아니라 기속행위인가 재량행위인가에서 찾아야 한다.<sup>35)</sup> 이상과 같이 잠정적 행정행위는 법률유보원칙의 제약으로부터 어느 정도 신축성을 가지며 특성의 배경에는 잠정성이라는 대체가능한 사후유보가 자리하고 있다. 따라서 잠정적 행정행위의 경우에 일반적인 행정행위에 대해 적용되는 각종의 위법사유에 대한 재검토가 필요하다.

### 3. 행정행위의 철회권 제한과의 관계

잠정적 행정행위는 사후에 발령되는 종국적인 행정행위에 의해서 대체되는 것인바, 이러한 과정에서 당사자의 신뢰보호의 관점에서 정당화되는 철회권 제한의 내용이 주장되지 못하는 문제가 발생할 수 있으므로 잠정적 행정행위는 허용될 수 없는 법 개념이라는 주장이 있다.

그러나 주로 수익적 행정행위에 있어 철회권 제한의 이념인 신뢰보호의 원칙이 모든 신뢰를 다 보호하는 것은 아니며, 그 신뢰가 보호할만한 가치가 있는 경우로만 한정되는 것인바, 잠정적 행정행위의 상대방은 행정기관이 현재는 불확실한 상태에 있는 청구의 전제조건들을 심사한 후 장래 종국적인 규율을 내용으로 하는 행정행위를 발령할 것이라는 사실을 그 발령시점에 이미 알고 있었던 것이므로, 그 후의 종국적 행정행위에 의해 잠정적 행정행위가 대체 되더라도 이 경우는 상대방이 신뢰보호를 주장할 수 없다고 보아야 할 것이다.

32) 류지태. “가행정행위의 개념”. 『월간고시』, 1993. 11. 85면.

33) 김남진. 전제서. 293면.

34) Kemper. Der Vorläufiger Verwaltungsakt. DVBl. 1989. S. 241. ; Fabio. Der Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissen Sachverhalt. 1998. S. 631.

35) 대법원을 포함한 고등법원과 지방법원의 하급심은 「먹는물관리법」 제9조 제2항의 가 허가여야 한다는 규정에 의한 가 허가를 기속행위가 아닌 재량행위에 해당하는 것으로 보아야 한다고 판시하고 있다. (대판2000. 7. 27. 99두7579. ; 서울고법 1999. 6. 11 99누3500. ; 춘천지법 1999. 2. 5 98구431.)

### 3. 권력분립적 한계

잠정적 행정행위는 행정부에 속하는 행정청의 행정행위이다. 따라서 이를 처분으로 보는 경우 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 범주 내부에 위치하여야 한다. 일반적으로 잠정적 행정행위가 인정되는 예를 살펴보면, 행정청의 재량권의 범위에 속하는 행정행위의 경우이거나 사안에 적용될 법규가 미비한 경우가 대부분이다. 이 경우 법규 역시도 행정부가 결정할 수 있는 행정입법에 해당하는 것이어야 한다. 따라서 행정청이 자신의 권한 내지 행정부의 범주를 벗어나는 법률의 제정 내지 개정을 전제로 잠정적 행정행위를 발령하는 것은 인정되지 않는다고 하겠다.

이는 헌법상의 권력분립의 원칙에 위반될 것일 뿐만 아니라<sup>36)</sup> 의회의 입법권에 직접적인 역할을 할 수 없는 행정청이 불명확한 미래를 전제로 행정행위를 발령하는 것으로서 무효에 해당하는 것이 된다.<sup>37)</sup>

## V. 暫定的 行政行爲의 節次 및 權利救濟

### 1. 행정행위의 절차 문제

잠정적 행정행위가 일반적인 행정행위로 본다면 행정절차의 문제가 제기된다. 이러한 행정절차는 종국적 행정행위를 전제로 한 사후 심사를 유보한 것으로 사실관계 및 법률관계에 대한 완전치 않은 심사에 의한 행정법관계의 권리와 의무를 확정하고 이에 기초하여 잠정적 행정행위의 발령을 지향하는 절차를 그 내용으로 한다. 따라서 이러한 행정절차는 잠정적 행정절차라고 할 수 있으며, 그 의미는 행정절차의 내용이 잠정적이라는 의미가 아니라 잠정적 행정행위의 발령에 필요한 사실관계 및 법률관계의 확정 그 자체가 종국적으로 하는 것을 의미한다. 다만 이러한 잠정적 행정절차는 종국적 행정절차와는 달리 심사의 내용에 있어서 완화되는 특성을 갖고 있다고 볼 수 있다.<sup>38)</sup>

36) 김남진 교수도 잠정적 행정행위의 허용성 여부에 관한 고려대상으로 권력분립적 요청을 제시하고 있다. 김남진, 전게서, 293면.

37) Peine, Der Vorläufiger Verwaltungsakt, 1986, S. 849.

38) 류지태, 전계논문, 98면.

## 2. 잠정적 행정행위의 권리구제

잠정적 행정행위는 확약과는 달리 잠정적인 효력성만 지니고 있으므로, 철회를 한다고 하더라도 신뢰보호의 원칙이 적용되지 않는다. 그러나 이러한 행위로 인하여 상대방에게 손해를 발생시킨 경우에는 손해전보를 요구할 수 있다. 특히 잠정적 행정행위의 효력존속기간 중에 발생한 제3자의 권리침해에 대해서도 손해전보의 책임이 인정된다. 잠정적 행정행위의 발령이 행정청의 법적 의무임에도 불구하고 그 의무를 이행하지 않는 경우에는 상대방은 의무이행심판이나 부작위위법확인소송 등의 행정쟁송을 통하여 그 의무이행을 구할 수 있다. 그리고 잠정적 행정행위가 위법한 경우에는 취소나 무효 등 확인소송을 제기할 수 있다.

잠정적 행정행위의 권리구제는 발령단계와 불 발령단계에 따라 다르기 때문에 이하에서는 잠정적 행정행위의 발령단계와 불 발령 단계로 나누어 고찰하기로 한다.

첫째, 잠정적 행정행위 발령으로 법률상 이익을 침해받은 자는 잠정적 행정행위의 취소심판이나 취소소송을 통해 구제받을 수 있다.<sup>39)</sup>

취소소송과 관련해서는 사인은 원칙적으로 부분허가의 구속력을, 예비적으로 신뢰보호의 원칙을 주장할 수도 있을 것이다. 그리고 잠정적 행정행위가 위법한 경우에는 취소나 무효 등 확인소송을 제기할 수 있다.

잠정적 행정행위에 대한 취소소송 계속 중 본 행정행위가 나온 경우의 협의의 소의 이익설<sup>40)</sup>은 잠정적 행정행위는 본 행정행위가 있게 되면 본행정행위에 의해 대체되기 때문에 이 경우 협의의 소의 이익이 없게 된다고 보는 견해도 있다.

둘째, 잠정적 행정행위의 불 발령이나 사인이 발령 신청을 하였으나 행정청이 정당한 이유 없이 신청을 불허 또는 부작위하는 경우 의무이행심판,<sup>41)</sup> 거부처분취소소송<sup>42)</sup>

39) 홍정선, 전거서, 187면.

40) 협의의 소의 이익이라 함은 처분이 취소된 경우에 현실적으로 법률상 이익이 회복될 수 있는 상태에 있는지 여부에 관한 것으로, 권리보호의 필요성이라고 할 수 있다.

41) 의무이행심판은 행정청의 위법 또는 부당한 거부처분 또는 부작위로 인하여 권익의 침해를 당한자의 청구에 의하여 일정한 처분을 하도록 하는 심판이다. 행정이 질적, 양적으로 확대되고 행정에 대한 국민생활의 의존도가 매우 높은 오늘날에는 적극적 행정작용뿐만 아니라 행정권의 소극적 자세로 인하여 국민의 권익이 침해되는 경우도 적지 않다. 따라서 이러한 소극적 행정작용으로 인한 국민의 권익 침해에 대한 쟁송수단이 필요한바, 의무이행심판, 의무이행소송이 그에 해당한다.

42) 행정청이 국민으로부터 어떤 신청을 받고서 한 거부행위가 행정처분이 된다고 하기 위해서는 국민이 행정청에 대하여 그 신청에 따른 행정행위를 하여 줄 것을 요구할 수 있는 법규상 또는 조리상의 권리가 있어야 하며, 이러한 근거 없이 한 국민의 신청을 행정청이 받아들이지 아니하고 거부한 경우에는 이로 인하여 신청인의 권리나 법적 이익에 어떤 영향을 주는 것은 아니므로 이를 행정처분이라고 할 수 없다.(대판 1995. 4. 28. 95누627). : 거부처분취소소송은 “처분 등을 취소하는 확정판결은 그 사

또는 부작위위법확인소송<sup>43)</sup>을 제기할 수 있다.<sup>44)</sup>

## VI. 結 語

지금까지 잠정적 행정행위에 대하여 살펴보았다. 행정행위는 구체적 사실에 관한 법집행행위이기 때문에 종국적으로 규율되어야 하는 것이 원칙이나, 행정행위를 함에 있어 행정청의 업무처리능력상의 한계나 업무의 불확실성 등으로 인하여 종국적인 법률을 행하기 어려운 경우가 많이 생기고 있기 때문에 이 경우 행정행위를 원하는 당사자는 본처분에 관한 경제적 이해관계 때문에 본처분의 가부에 대한 가측성을 필요로 하게 되며, 행정청의 입장에서 당해 본처분에 기한 사업시행으로 기대되는 사회적, 공공적 이익을 감안하여 당사자에게 본처분의 가측성을 제공할 필요가 있는 것이다. 따라서 본처분인 행정행위를 하기 이전에 그에 관한 사전적행위를 통하여 행정상의 법률관계를 정하지 않을 수 없게 되었으며, 이것은 현대 행정국가의 여러 가지 상황상 행정행위, 즉 처분을 하기 전에 미리 행정행위의 당사자에게 본 처분을 할 것인지에 대한 추정이 가능한 확약 등의 사전적 행정작용을 한다는 의미이다.

잠정적 행정행위는 행정에 대해 이른바 법치행정의 원리에 따른 각종의 한계를 유연화 하는 신축성을 특성으로 하는 특별한 양태의 행정행위라 할 수 있다. 그러나 이 역시 행정청의 행위인 만큼 권력분립의 원칙에 입각한 한계를 가지는데, 이에 대한 행정의 자의적인 이탈은 무효사유에 해당하는 위법한 것이 됨에 주목하여야 할 것이다. 잠정적 행정행위의 법리는 행정행위의 철회 내지 취소를 제약하는 법리를 완화하는 기능을 주로 가지고 있으며, 이와 함께 행정의 효율성을 확대하는 효과 또한, 가지고 있다고 하겠다. 더구나 행정영역 간 융복합화와 복잡화가 심화되어 가고 있는 현재의 행정 현실과 높아져 가고 있는 국민의 행정에 대한 기대수준을 고려할 때, 보다 유연하고 전향적인 잠정적 행정행위의 활성화는 더욱 긴요해지는 시대적 필요에 부응하는

건에 관하여 당사자인 행정청과 그 밖의 관계행정청을 기속한다." 취소판결의 기속력에 관하여 규정함으로써 취소판결의 실효성 확보를 위해 행정청이 판결에 따라 행동할 실체법적 의무를 지우고 있다.

- 43) 부작위 위법 확인소송은 행정청의 부작위가 위법하다는 것을 확인하는 소송이다. 법이 이를 인정하는 취지는 당사자의 신청에 대하여 행정청이 법률상 응답의무가 있음에도 불구하고 응답하지 아니하는 경우에 무응답이 위법하다는 것을 확인함으로써 행정청의 응답을 신속하게 하여 부작위 또는 무응답이라고 하는 소극적인 위법상태를 제거하는 것을 목적으로 하는 제도이다. 여기서 '부작위'는 신청·상당한 기간·일정한 처분·행정청의 의무·부작위를 개념요소로 한다.(행정소송법 2조1항2호)
- 44) 잠정적 행정행위로 인해 피해를 입게 된 경우에는 잠정적 행정행위 자체에 처분성이 인정되므로 그에 대해 취소소송을 제기할 수도 있다.

방안이라 해도 과언이 아닐 것이다.

예컨대 전통적 의미의 해제기한부 행정행위는 기한의 도래에 의하여 소멸하지만 잠정적 행정행위는 추후의 종국적 행정행위의 발급으로 인하여 소멸함과 동시에 종국적 행정행위로 대체된다는 의미에서의 그 잠재성이 오히려 유연하고도 탄력적인 행정작용을 가능하게 할 수 있음으로 행정행위의 실효성을 가져올 수 있다고 하겠다.

앞으로 잠정적 행정행위가 활발히 진행되고 있는 독일을 비롯한 외국의 법리를 충분히 참고하여, 우리나라의 행정법학계에서도 잠정적 행정행위의 의미와 가능성 및 독자적인 기능영역에 대한 논의를 통하여 빠르게 변화해 가는 새로운 행정현실의 요청에 부응하여야 할 것이다.

### 참고문헌

- 김남진, 「행정법 I」, 법문사, 2006.  
 김남진, 「행정법의 기본문제」, 법문사, 2000.  
 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2003.  
 류지태, 「행정법신론」, 신영사, 2007.  
 류지태, “가행정행위의 개념”, 「월간고시」, 1993.  
 박균성, 「행정법강의」, 박영사, 2007.  
 장경원, “급부행정에 있어서 가행정행위”, 행정법연구, 2000.  
 윤양수, 「행정법개론」, 제주대학교출판부, 2007.  
 이상훈, “가행정행위에 대한 법적 고찰”, 「공법연구」, 제26집, 한국공법학회, 2007.  
 한건우, 「행정법(I)」, 홍문사, 1997.  
 홍정선, 「행정법특강」, 박영사, 2006.  
 홍준형, 「행정법총론」, 한울아카데미, 1997.  
 최봉석, “잠정적 행정행위의 요건과 한계”, 「월간고시」, 2006.

- Kemper, Vorläufiger Verwaltungsakt, 1989.  
 Maurer, Allgemeines Verwaltungsakt, 2000.  
 Fabio, Vorläufiger Verwaltungsakt bei ungewissen Sachverhalt, 1998.  
 Tidemann, Vorläufiger Verwaltungsakt ih der Leistungsverwaltung, 1981.

[Abstract]

## A Study on the Provisional Administrative Action

Ko, Heon-hwan

*An Instructor, Faculty of Law, Cheju National Univ.*

The action is an administer justice of concrete reality facts, and it is a final administrative action finished to administrative process. but these days, the administrative action have should decide to increase through analysis and collect of data. or it hard to regulate to final administrative as uncertainty and imitations of duty

Accordingly before a final administrative action have should be decide to the law relation on administration through the provisional administrative action. As allow for such the actual of administrative action bring into relief of importance day by day, accordingly have need to review that a plan of extension the provisional administrative action, and do not sufficient a study on the provisional administrative action as importance of provisional administrative action.

In this study, those should be review to relation of similar concept, regal character, limitations, relief and so on at a situation rediscussional of individual ability for the provisional administrative action.

**Key words** : the provisional administrative action, the final administrative action, law reservation, law relation