

行政法學의 改革論

金昌奎*

차 례

I. 問題의 提起

II. 行政法學改革論의 背景

1. 行政行爲 形成過程의 變化
2. 環境影響評價制度의 導入
3. 申告制度의 多用化
4. 情報獲得에 있어서 職權探知主義의 變化
5. 行政規則의 外部法化
6. 非定型的 行政作用의 登場
7. 計劃間調整을 위한 事前交渉節次
8. 行政契約·行政協定의 多用
9. 紛爭調停者로서 『프로젝트매니저』制度의 導入
10. 誘導型的 行政手段(補助金支援·租稅減免措置, 品質保證表示)
11. 計劃策定權限과 條例
12. 非拘束的 行政計劃의 多用

III. 行政法改革論의 主要內容

1. 公法上 契約의 許容性 問題
2. 法關係論의 許容性 問題

IV. 結 論

* 韓國法制研究院 先任研究員

I. 問題의 提起

오늘날의 현대국가는 다양하고 유연한 행정수단을 활용하고 있다. 이것은 현대국가가 나날이 변화·증대하고 있는 행정수요에 대처하고, 복잡·다양한 행정과제를 완수하기 위하여 그 임무 및 기능의 변화를 모색할 수 밖에 없었기 때문이다.

현대국가의 이러한 근본적인 기능 및 구조의 변화에 대응하여,¹⁾²⁾ 오늘날의 행정법학계에서는 행정법학도그마틱의 근본적인 개혁 내지 수정의 필요성이 제기되고 있다.³⁾ 예컨대, 독일에 있어서는 ①법치국가원리 내지 행정의 적법성의 원리에 관한 문제, 특히 비정형적 행정작용의 허용성을 둘러싼 문제, ② 행정법관계에 있어서의 국가(행정권)와 시민의 관계에 관한 문제, ③공법과 사법의 구별을 전제로 한 공권개념의 유효성을 둘러싼 문제, ④공법상 계약의 의의에 관한 문제 등에 그 논의가 집중되고 있다. 이러한 논의는 1970년대 초반부터 시작되었다. 이것은 1971년의 독일공법학자대회에서 독일의 바호프

1) Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, 1995, S.1.

2) 현대행정의 질적 변화와 양적 성장에 대하여 설명하고 있는 독일문헌으로는 『Grimm, *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats*, in : ders. (Hrsg.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, 1990, S.291, 297. ; ders., *Die Zukunft der Verfassung*, 1991, S.411ff.; ders., *Die sozialgeschichtliche und verfassungsrechtliche Entwicklung zum Sozialstaat*, in : ders., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, 1987, S.138ff. ; Stolleis, *Die Entwicklung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht*, *ZNR*(1989), 129ff. ; Bull, *Zum Wandel öffentlicher Aufgaben und Staatsfinanzen*, in : Hesse/Zöpel (Hrsg.), *Der Staat der Zukunft*, 1990, S.31ff. ; Wahl, *Staatsaufgaben im Verfassungsrecht*, in : Ellwein/Hesse(Hrsg.), *Staatswissenschaften : Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?*, 1990, S.29, 41.』을 참조.

3) 전통적인 행정법학도그마틱의 개혁 내지 수정의 필요성을 주장하고 있는 독일문헌으로는 『Dreier, *Merkl's Verwaltungsrechtslehre und die heutige deutsche Dogmatik des Verwaltungsrechts*, in : *Adolf J. Merkl-Werk und Wirksamkeit*, 1990, S.55, 84; Faber, *Verwaltungsrecht, 2.Aufl.*, 1989, S.158ff., 331ff. ; Hoffmann - Riem, *Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe -Ansätze am Beispiel des Umweltschutzes-*, *AöR*(1990), S.400, 402, 404ff. ; Krause, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, 1974, S.11ff., 380ff. ; Meyer - Hesemann, *Methodenwandel in der Verwaltungswissenschaft*, 1981, S.121ff.』을 참조.

(Bachof)와 브롬(Brohm)이 『행정의 현대적 과제에 직면한 행정법의 도그마틱(Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung)』이라는 제목으로 발표한 보고문에 잘 나타나고 있다.⁴⁾⁵⁾ 여기에서 바호프(Bachof)는 독일의 전통적인 행정법학에 대한 비판으로서 ①행정법학도그마틱의 사법도그마틱에 대한 후진성, ②행정법의 헌법의존성에 대한 고찰의 후진성, ③행정법학상 도구의 입헌군주적 요소 - 군주주의적 관헌국가적 요소, ④일면적인 자유주의적 법치국가적 경향, ⑤법학적 방법의 행정현실 및 관련제과학과의 관련성 결여, ⑥행정법도그마틱의 형식성, 개념구성적 성격, 목적괴리성, ⑦체계에 있어서 법-행위형식에의 편중, ⑧새로운 문제(자금교부행정, 계획, 교육제도 등)에 관한 파악의 결여 등의 8가지를 예시하면서, 행정법학의 향후 과제로서 이론체계의 신축이 아니라 지속적인 개축, 지속적인 비판적 검토가 필요하고, 중전의 행정행위 개념에 대신한 ‘법관계(Rechtsverhältnis)’ 개념(특히, 계속적 법관계), 행정내부관계법과 행정조직법, 독일행정법과 유럽공동체의 정합성 유지 등이 중요하다고 지적하고 있다. 또한 브롬(Brohm)도 종래의 행정법이론은 침해행정에 대하여 전개되어온 행정행위 개념이 공권력 표상으로 존재하고 있으며, 이로 인하여 행정의 합법성과 개인의 권리보호문제에 중점이 두어져 있었는데, 이제는 행정의 형식적인 기능을 중시하여 행정결정과정의 종국점으로서의 행정행위만을 파악할 것이 아니라 행정결정과정의 프로세스 전체의 파악이 필요하고, 특히 절차법적 관점의 권리보호가 중요하다고 지적하고 있다.

또한 독일공법학에 있어서는 1970년대에 연방행정절차법의 제정작업이 진행되었고, 이와 더불어 행정결정과정에 대한 시민참가문제와 공법상 계약의 절차법적 규정(행정절차법에 규정여부)에 대한 논의가 활발하게 전개되었다. 특히, 공법상 계약에 대한 논의는 연방행정절차법 제54조 이하에 법정화되어 입법적으로 해결되었음에도 불구하고, 행정과 시민의 합의형성을 통한 다양한 형태의 행정활동이 빈번하게 활용됨으로써 이러한 논의는 지금까지도 계속되고 있다.⁶⁾⁷⁾ 1980년대에 이르러 바호프(Bachof)가 중전에 발표한 ‘행정행

4) Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, *VVDStRL30*(1972), S.193~244.

5) Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, *VVDStRL30*(1972), S.245~312.

6) Burmeister, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und

위' 그 자체 보다도 행정행위에 의하여 형성·변경·소멸하는 '법관계' 그 자체의 중시가 필요하다는 주장을 수용한 독일의 악텔베르그(Achterberg)와 바우어(Bauer) 등에 의하여 '법관계론(Rechtsverhältnistheorie)'이 주장되었다. 이와 동시에 보네(Bohne) 등에 의하여 비정형적 행정작용에 대한 논의가 활발하게 전개되었다. 더 나아가 1990년대에 이르러 일반행정법에 대한 '개혁론'이 슈미트-아스만(Schmidt-Aßmann), 슈페르트(Schuppert), 호프만-림(Hoffmann-Riem) 등에 의하여 제창되게 되었는데, 이러한 개혁론은 슈페르트(Schuppert)와 같이 오늘날의 행정법학을 '법해석학'이 아니라 행정활동의 '관리학(Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft des Verwaltungshandelns)'으로 신축할 필요가 있다는 주장과 원칙적으로 '법관계론'에 입각하여 행정과 사인의 분쟁에 대하여 교섭을 통한 극복(Konfliktbewältigung durch Verhandlungen)의 필요성을 주장하는 견해가 등장하고 있다.

우리나라에 있어서도 이러한 사정은 동일하다. 예컨대, 기존의 행정법이론과는 다른 새로운 이론들이 전개되고 있으며(공법과 사법의 구별론, 법률유보 원칙의 적용범위, 법규명령과 행정규칙의 구별론, 행정행위의 부관론 등), 또한 전통적인 행정수단의 질적 변화 뿐만 아니라 새로운 유형의 행정수단이 빈번하게 활용되고 있는 실정이다. 이러한 상황에서 일반행정법의 새로운 이론구축의 필요성은 높다고 할 것이다. 그러나 현재로서는 일반행정법의 새로운 이론모델을 제공하기에는 어려움이 존재하기 때문에 여기에서는 독일의 논의 상황을 소개하는 정도에 머물기로 한다. 따라서 본고에서는 먼저 이러한 행정법학의 개혁론이 등장하게 된 배경으로서 현대국가에 있어서 행정수단의 변화 모습을 묘사하고, 그에 대한 법이론적 대응으로서 독일에서 다양하게 전개되고 있는 행정법학개혁론의 내용 가운데 최근에 주목받고 있는 '공법상 계약' 및 '법관계론'과 관련한 문제에 한정하여 고찰하고자 한다.

Privaten, *VVDStRL52*(1993), S.190~247.

7) Krebs, Diskussionsbeitrag zum Thema >Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten<, *VVDStRL52*(1993), S.350~351.

II. 行政法學改革論의 背景

오늘날의 현대국가는 새로운 합의형성형 행정수단의 활용 뿐만 아니라 전통적인 행정수단, 특히 행정행위 등과 같은 전통적인 행정수단도 질적 변화를 하고 있다. 이것은 현대국가가 새로운 합의형성형 행정수단의 수용과 동시에 전통적인 행정수단의 변용을 맞이하고 있음을 의미한다. 이로 인하여 현대의 행정법학은 전통적인 행정법학과는 그 전제를 달리하는 복합적인 변화에 직면하고 있다. 이하에서는 행정법개혁론의 배경을 이루는 현대국가의 이러한 행정수단의 복합적인 변화모습을 구체적으로 살펴보도록 한다.

1. 行政行爲 形成過程의 變化

오늘날에는 전통적인 행정법학의 중심개념인 행정행위에 대하여 비판이 제기되고 있다. 예컨대, 전통적인 행정법학에 있어서의 행정행위는 일방적 행위로서의 성질이 강조되기 때문에 그 성질상 시민의 권리와 의무를 일방적으로 확정하게 된다. 이것은 시민의 의사가 반영되지 못하고 무시되는 행정수단이라든지, 또는 행정행위는 일련의 행정과정을 거쳐 산출되는 최종적 결정에 불과한 것이므로 전통적인 행정법학에 있어서의 행정행위는 행정의 결정과정 내지 그것을 둘러싸고 있는 제요소(조직, 인적 구성, 재정 등)에 대하여는 전혀 관심을 두지 않고 오로지 최종적 결정으로서의 행정행위에만 관심을 집중시키고 있는 행정수단이라는 비판이 그것이다.⁸⁾ 그러나 이러한 비판에도 불구하고 행정행위가 오늘날에도 행정법학의 중심적인 지위를 점하고 있는 것은 사실이다.⁹⁾ 그것을 이해하기 위해서는 행정행위가 현대행정에 있어서도 적합할

8) 독일의 브롬(Brohm) 교수도 “현대행정의 특질(행정의 형성적 기능과 그 다원화)을 중심으로 새로운 도그마틱을 지향한다”는 관점에서 『전통적인 도그마틱은 행정행위개념에 의하여 어떤 결정과정의 종극점(Endpunkt)만을 파악하고, 그 과정자체를 파악하지 않았다. 더욱이 그것은 행정행위를 개인에 대한 규율로서 독립적으로(isoliert)만 고찰하고, 행정행위가 자주 전개하는 광범한 효과 및 행정행위가 다양하게 존립하는 행위관련(Handlungszusammenhängen)중에서 고찰되지도 않았다. 그 한도내에서 전통적인 도그마틱은 도처에서 공간적·시간적 차원(die räumliche und die zeitliche Dimension)을 결하고 있다』고 하여 전통적인 행정행위론을 비판하고 있다(Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL30(1972), S.255 ff).

9) 兼子 仁, 西ドイツの行政行爲論, 成文堂, 1987, 35頁. 또한 일본의 小早川光郎 교

수 있도록 그 기능을 변화시키고 있다는 점을 유의하는 것이 필요하다.¹⁰⁾

이러한 행정행위의 기능변화는 독일행정법학에 있어서는 교섭을 내재한 행정행위, 다단계형(분절형) 행정과정에 있어서의 행정행위, 복합적 행정행위의 유형으로 설명되고 있다.

(1) 交渉을 內在한 行政行爲

오늘날 독일의 행정실무상 행정행위가 일방적인 행정수단임에도 불구하고, 그 발령을 행하기에 앞서 사전에 행정청과 사인간에 의견교환을 거치고, 그것에 의존하여 행정행위를 발하는 경우가 자주 발견된다. 우리나라와 일본에 있어서도 행정청이 행정행위를 발령하기에 앞서 사전에 사인의 준수가능한 명령을 교섭하는 경우가 발견된다.

최근 독일행정법학계에서는 이러한 행정행위가 『교섭을 내재한 행정행위(der ausgehandelte Verwaltungsakt)』라는 (전통적인 입장에서 보면 모순되는) 개념으로 논의되고 있다.¹¹⁾ 이것은 전통적인 행정행위의 개념이 ‘합의형성의 요소’를 결여하였다는 비판을 극복하고 있으며, 오늘날의 행정행위와 합의형성형의 수단(예컨대, 행정계약) 상호간에는 호환관계가 성립하고 있다는 것을 의미한다. 따라서 이러한 『교섭을 내재한 행정행위』는 실정법상의 조언 또는 정보제공(독일행정절차법 제25조)과 동일한 개념으로 해석해서는 안되고, 오히려 계속적이고 상호적인 권리의무관계의 묶음으로서 교섭관계를 배경으로 하는 특별한 카테고리로서 인정하는 것이 바람직하다.¹²⁾ 다만, 이러한 행정행위에는 교섭참가자의 이해가 이미 고려되어 있으므로, 비참가자의 이익이 충분히 고려되도록 배려하는 것이 중요하다.

또한 이와 관련하여 주목할 만한 것은 독일실정법 가운데 이러한 사전교섭

수도 『행정법에 있어서 형성되어온 행정행위의 관념은 취소소송의 동기(시작)로서의 소송법적인 기능을 가지고, 동시에 그 권한 및 절차규율의 총체가 행정의 적정한 운영을 전체로서 보장한다는 형태로 그 중에 제도적인 자기통제장치를 내장하고 있는 것이다』고 전제하고 『행정행위의 관념이 가지는 일체적인 권리보호기능을 개별의 권리 내지 법률관계로 완전히 이전하는 것은 곤란하다』고 한다(小早川光郎, 『行政訴訟の構造分析』, 東大出版會, 1983, 201~202頁).

10) Maurer, *Der Verwaltungsvertrag*, DVBl(1989), S.806.

11) Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10.Aufl., 1995, S.358.

12) 金南辰, “行政法總論의 改革論”, 玄齋 金英勳教授華甲紀念論文集, 法文社, 1995, 26면.

에서 보여지는 거래과정을 입법화한 것이 발견된다는 것이다. 예컨대, 독일의 연방임미시온방지법(BImSchG) 제7조제3항은 “복수의 시설을 가진 사업자에 대하여 그 자가 가진 시설전체가 총량으로서 규제치의 범위내에 머문다면, 규제치를 초월한 개별시설은 허용한다”는 규정이 그것이다. 이것은 사인에게 경제적인 측면에서 착수하기 쉬운 시설부터 개선을 촉진시키고자 하는 점에서 일종의 경제적인 인센티브를 중시한 행정수단이라고 말할 수 있으며, 그 교섭과정이 법제도화된 점에서 주목을 끄는 『법화』의 하나의 사례라고 할 것이다.

(2) 多段階型(分節型) 行政過程에 있어서의 行政行爲

독일의 브롬(Brohm) 교수도 지적한 바와 같이 전통적인 행정행위는 시간적·공간적 차원에서 부분적인 행정수단으로서 오늘날의 행정에 대처하기에는 한계를 가진다는 비판이 최근에는 오히려 장점으로 지적되고 있다. 예컨대, 원자력발전소 등의 대규모산업시설을 건설하는 경우에는 그 행정과정이 상당히 복잡적으로 행하여지지 않을 수 없는데, 그 과정이 복잡한 만큼 어느 정도는 그 행정수단의 단순화를 요망하는 점에서도 이 사실은 확인된다. 이것은 독일의 과학기술법분야에서 현실적으로 예비결정(Vorbescheid)·부분허가 또는 부분인가(Teilgenehmigung) 등의 행정수단이 빈번하게 활용되고 있는 점에서도 확인된다.¹³⁾

이러한 행정과정의 다단계형(분절형) 문제는 원자로의 건설 등 과학기술의 발전에 따른 리스크에 대한 법적·재판적 통제와 관련하여 발생한 것이다.¹⁴⁾ 즉, 복잡한 행정과정을 투명하게 함과 동시에 관련 법률적 문제를 조기에 해결·확정하고자 하는 의도에서 도출된 것인데, 여기에서 ‘관련 법률적 문제를 조기에 해결·확정한다’는 의미는 이해관계자로 하여금 조기에 쟁송을 제기하

13) 金海龍 교수는 『단일한 행정결정의 사전적 표시제도인 행정상 요약 및 가행정행위와 여러 단계의 행정절차를 거치며 부분적인 결정을 내리고 그것들 전체가 하나의 총체적인 행정결정을 이루는, 소위 엄밀한 의미에서의 다단계행정절차상의 사전결정(예비결정) 및 부분허가제도들은 모두 어떠한 사안에 대한 행정정의 결정이 단계적인 검토과정을 통하여 연계적으로 이루어지는 제도의 산물이라는 점에서 다단계행정절차상의 행정행위의 범주에 묶어 볼 공통점을 가진다』고 지적하고 있다(金海龍, “段階的 行政決定에 관한 法理”, 『考試界』, 1994/4, 94면).

14) 다단계형행정과정에 관한 일본문헌으로는 『山下龍一, “西ドイツ原發設置許可の多段階的構造(一)”, 『法學論叢』 125卷 2號, 1989, 99頁 이하; 同人, “西ドイツ原發設置許可の多段階的構造(二)”, 『法學論叢』 126號 1號, 1989, 58頁 이하』 등을 참조.

여 구제방법을 강구할 수 있게 한다는 것과 기업가·투자자의 위험부담을 경감시킨다는 것이다. 우리나라의 경우에도 발전용 원자로 및 관계시설을 건설하고자 하는 자는 과학기술처장관의 허가를 받아야 하고(원자력법 제11조제1항), 또한 과학기술처장관은 발전용 원자로 및 관계시설을 건설하고자 하는 자가 건설허가신청 전에 부지에 대한 사전승인을 신청하는 경우에 이를 검토한 후 승인할 수 있다(동법 제3항). 여기에서 “부지에 대한 사전승인”이 『발전용 원자로 및 관계시설의 건설허가』의 일부분으로서 학문상 ‘예비결정’에 해당한다고 볼 수 있다.¹⁵⁾

(3) 複合的 行政行爲

오늘날의 현대행정에 있어서는 하나의 행정행위가 각종의 허인가를 일체화하여 포괄적으로 승인하는 (이른바 집중효가 승인되는) 행정수단의 인정이 불가피하다. 이것은 대규모산업시설의 설치절차와 같은 고도의 복합적인 구조에 적합하다.¹⁶⁾

독일의 계획확정절차¹⁷⁾과정에 있어서의 계획확정결정(Planfeststellungsbeschuß)이 그러한 행정수단의 하나이다. 독일의 행정절차법은 제73조 이하에서 계획확정절차에 대하여 규정하고 있는데, 특히 제75조제1항은 “계획과 관련한 모든 공공의 이해를 고려하고 기타의 시설에 대하여 필요한 후속조치를 포함하여 계획의 허용성이 확정된다. 계획확정에 부가하여 다른 관청의 결정, 특히 공법상의 허가·인가·승인·동의 및 계획확정은 필요하지 않다. 계획확정으로 인하여 계획의 주체와 계획에 관련된 당사자간의 모든 공법상의 관계는 권리설정적으로 제정된다”고 규정, 『계획확정결정의 법적 효과』로서 ‘집중효’(Konzentrationswirkung)¹⁸⁾와 ‘형성효’(Gestaltungswirkung)¹⁹⁾

15) 李鳴九, “科學技術的 危害의 裁判的 統制”, 『考試研究』, 1994/10, 58면.

16) 대규모산업시설의 설치절차와 관련한 자세한 내용은 山田 洋, 『大規模施設設置手續の法構造 -ドイツ行政手續論の現代的課題-』, 信山社, 1995를 참조.

17) 계획확정절차는 행정절차의 특수한 형태로서 “행정주체가 일정한 공간을 차지하는 도로, 항만, 공항 등의 시설설치를 계획하고, 이를 위한 일련의 절차를 행하여 최종적으로 그 계획을 결정하는 것”을 말한다(Hoppe/Schlarman, *Rechtsschutz bei der Planung von Straßen und anderen Verkehrsanlagen*, 1981, Rn.11.).

18) 計劃確定決定의 集中效(Konzentrationswirkung)는 “계획확정결정과 관련되는 다른 모든 행정처분은 계획확정절차의 종료와 동시에 그 효력을 상실하는 것”을 말하는데, 이것은 쟁송법적으로도 의미가 있는 바, 계획확정절차와 관련한 여타의 행정행위에 불복하는 자는 오직 계획확정결정이라는 준사법적 행정행위에 대하여만 행정

를 인정하고 있다. 이러한 행정수단의 활용과 더불어 오늘날의 현대행정에 있어서 행정행위의 카테고리는 현저한 변화를 보이고 있는 것이다.

2. 環境影響評價制度의 導入

오늘날 현대국가에 있어서 도입되고 있는 환경영향평가제도(Environmental Impact Assessment : EIA, Umweltverträglichkeitsprüfung : UVP)는 사전배려 또는 예방의 원칙에 배경을 둔 효과적인 환경보전수단의 하나이다. 환경보호법제²⁰⁾가 아무리 잘 정비되어 있다고 할지라도 환경에 대하여 침해적인 영향을 미치는 요인들을 사전에 파악하여 통제할 수 있는 방법이 마련되어 있지 않으면 결국 실효적인 환경보전을 가져오기보다는 불필요한 시간과 노력의 낭비를 초래할 뿐이다. 이러한 견지에서 환경영향평가제도는 환경에 대한 위해요인을 사전에 예측·평가하여 저지 또는 완화방안을 강구할 수 있는 효과적인 수단이라고 할 수 있다.

우리나라 환경영향평가법(1997년)²¹⁾은 ‘환경영향평가’에 대하여 『환경영향

쟁송을 제기할 수 있다. 이러한 집중효의 내용과 범위에 대하여는 종래 독일의 학설과 판례는 심한 의견의 대립을 보였는데, 특히 문제로 되었던 것은 계획확정절차를 거쳐 계획확정결정이 내려지면 이와 관련되는 다른 모든 행정행위가 계획확정결정에 포섭되는데, 이 때에 계획확정절차를 주관하는 행정관청은 다른 행정행위의 근거가 되었던 법령의 강행규정에 구속되는가의 여부였다. 이것에 대하여 일부 학설은 계획확정결정이 내려지면 주무관청은 더 이상 다른 행정행위의 근거법에 기속되지 않는다는 견해를 제시하기도 하고, 판례도 이를 추종하는 경향이 있지만, 현재의 통설과 판례는 단지 절차규정만에 대한 집중효가 인정됨에 머물고 주무관청은 타법령상의 강행규정에 전면적으로 기속된다고 보고 있다(BVerwGE 70, 163(164).; 洪準亨·金性洙·金裕煥, 『行政節次法制定研究』, 法文社, 1996, 42면).

19) 計劃確定決定의 形成效는 “계획확정절차를 통하여 특정시설의 설치가 확정되는 동시에 이 계획을 둘러싼 사업주체와 모든 이해관계인들의 공법적인 법률관계가 창설적으로 규율되는 것”을 말하는데, 특히 계획확정결정의 형성효는 당해 시설이 입지하는 장소에 대하여 제기되는 모든 사법상의 권리주장을 배제함으로써 사실상 특정토지에 대한 수용결정으로 되는 것을 ‘수용의 사전효’(Enteignungsvorwirkung)라고 한다(Hoppe/Schlarman, *aa.O.*, Rn.41ff.).

20) 우리나라 환경법제의 문제점과 개선방향에 대한 자세한 내용은 金昌奎, “環境法制의 問題點과 改善方向”, 『본』 제11집, 漢陽大學校, 1995/2을 참조.

21) 우리나라 환경영향평가제도의 연혁을 살펴보면 다음과 같다. 우리나라의 환경영향평가제도는 1977년 환경보전법이 제정되면서 미국의 제도를 모방하여 도입되었다. 그러나 당초 이 제도는 주로 정부사업의 추진에 있어서 관련부처가 보사부와 협의하도록 하는 정도에 불과했고, 그나마 관계부처의 이해부족으로 사문화되다시피 하다

평가대상사업의 사업계획을 수립함에 있어서 당해 사업의 시행으로 인하여 환경에 미치는 해로운 영향(“환경영향”)을 미리 예측·분석하여 환경영향을 줄일 수 있는 방안(“환경영향저감방안”)을 강구하는 것』을 말한다고 정의하고 있다(동법 제2조제1호). 이것은 1969년 미국의 『국가환경정책법(National Environmental Policy Act : NEPA)』에서 도입된 대표적인 사전예방원칙(precautionary doctrine)에 의한 제도²²⁾로서 개발계획의 수립 또는 공사시행에 앞서 개발자로 하여금 미리 당해 개발이 환경에 미치는 영향을 조사·평가하게 하여 이를 인허가조건으로 삼는 것을 내용으로 하고 있다. 독일도 1985년 6월 27일 의결된 『일정한 공적·사적 사업에 있어서 환경영향평가에 관한 유럽공동체평의회 지침(Die Richtline des Rates über Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten)²³⁾』을 국내에 실시하기 위한 전환규범으로서 1990년 2월 12일 제정된 법률에 의하여 기본법(Stammgesetz)으로서 환경영향평가법(UVPG)

가, 1979년에 발족된 환경청의 활동을 통하여 1981년 『환경영향평가서 작성에 관한 규정』이 만들어져 1982년부터 시행되기 시작하였다. 미국의 경우, 당초 소극적이었던 환경보호청(EPA)의 태도에도 불구하고 이 제도가 주로 환경단체들의 영향력행사와 이를 배경으로 한 의회의 이니셔티브에 의하여 도입됨으로써 정부규제적 측면 외에도 주민참여 또는 공공참여의 측면이 강조될 수 있었던 것에 비하여 우리나라의 경우에는 당초 정부주도에 의하여 주로 행정규제적 목적하에 도입·시행되다가 여소야대정국에서 우여곡절을 거친 끝에 1990년에 이르러서야 비로소 주민참여가능성을 부여하는 방향으로 정비되게 되었다. 환경영향평가제도는 1993년 2월 환경정책기본법상의 환경영향평가와 관련된 조항을 분리·흡수하여 대폭 개선한 내용을 담은 환경영향평가법이 정부에 의하여 단행법으로 입안·추진되어 1993년 6월 11일 법률제 4567호로 제정됨으로써 독자적인 근거법을 갖추게 되었다(홍준형, 환경법, 한울아카데미, 1994, 96~97면). 또한 환경영향평가법은 최근 『각 시·도는 환경영향평가 대상사업의 범위에 해당하지 아니하는 사업에 대하여도 필요시 환경영향평가를 실시할 수 있도록 하고, 환경영향평가서의 전문적 검토 등을 위하여 한국환경정책평가연구원을 설립하는 한편 현행제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완한다』는 취지하에 법률제5302호(1997.3.7)로 일부 조항이 개정되었다(동법의 시행일은 공포후 6월이 경과한 날부터이다).

22) 미국의 환경영향평가제도에 관한 자세한 내용은 Irving J. Sloan, *Environment and the Law*, Oceana Publication, 1979, p.2 이하를 참조.

23) 이 지침에 관한 자세한 내용은 W. Erbguth und A. Shink, *Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung(Kommentar)*, 1992; 細野 宏, “ヨーロッパ共同體の環境アセスメントに關する理事會命令について”, 『環境研究』 80號, 1990, 117頁 이하 등을 참조.

이 성립되어 환경영향평가제도가 실시되게 되었다. 그러나 독일의 환경영향평가제도는 독립된 평가절차제도를 형성하지 못하고, 종래의 연방 및 각 란트에 이미 존재하는 행정절차의 일부로서 구성되었다. 즉, 연방법 및 란트법상 환경영향평가에 관한 특별한 규정이 없는 경우에만 환경영향평가법(UVPG)이 보충적으로 적용되며, 이에 따라 환경영향평가는 동법 부속규정에 제한적으로 열거된 각종 사업의 인허가 등을 위한 사전적 행정절차로서 실시되는 것이다. 또한 영향평가는 입지선정절차·노선결정절차(및 그것들과 관련한 공간정서절차) 등의 거시적인 수준의 행정절차로 도입되기도 하고, 지구상세계획책정절차·계획확정절차 등의 미시적인 수준에서 이용되기도 하는 등 사업의 진척상황 및 성숙도에 따라 2단계로 실시되었다.

이러한 환경영향평가제도의 도입은 허인가절차의 중요한 변화를 일으키고 있다. 즉, 환경영향평가제도는 허인가시에 광범한 조기의 시민참가를 유도하고, 이것을 통하여 보다 많은 환경관련 사실이 수집되며, 이로 인하여 허인가를 행할 때의 고려사항으로서 환경이 보다 더 중요한 위치를 점하게 되는 것이다. 여기에서 주목을 끄는 것은 미국법에서 형성된 환경영향평가제도의 법기술이 대륙법계국가에서도 널리 수용·보급되고 있다는 사실이다. 이것은 대륙법과 영미법체계의 근접화, 행정수단의 국제화가 형성되고 있으며, 이러한 변화는 다른 행정수단에서도 발견되고 있다는 것이다.

3. 申告制度의 多用化

오늘날 현대행정의 또 하나의 특징은 전통적인 행정수단의 중심개념을 이루는 허가절차보다는 신고절차를 규정한 법률이 증대하고 있다는 사실이다.

전통적인 행정법학론에 따르면, 법률효과를 중심으로 할 때에 직접적인 법효과의 발생을 수반하는 ‘허가’와 그러한 효과를 초래하는 정보제공의무를 부과함에 머무는 ‘신고’는 엄격하게 구분되고 있었다. 그러나 허가와 신고의 기능적인 측면에서 보면, 사업활동에 대한 사전규제를 의미한다는 점에서 행정실무상 동일하게 취급되는 것이 많은 것도 사실이다. 이러한 기능적 유사성으로 인하여 오늘날에는 입법자들이 법률을 제정함에 있어서 신고절차를 선호하고 있다. 특히, 오늘날의 규제완화정책은 더욱 더 신고제도의 다용화를 초래하고 있다. 신고제도가 빈번하게 활용되는 이유로서 일반적으로 신고방법의 간이성과 신속성, 시민의 부담감이 적은 점이 지적되고 있지만,²⁴⁾ 시각에 따

라서는 신고의 법효과가 없다는 점도 무시할 수 없을 것이다.

우리나라에 있어서도 규제완화정책의 일환으로서 종전의 허가절차를 신고절차로 전환한 실정법규가 다수 존재한다. 예컨대, 일정규모 이하의 고압가스를 제조하고자 하는 경우에 신고하도록 한 규정(고압가스안전관리법 제4조제2항), 해외건설업자가 해외공사를 수행하고자 하는 경우에 해외공사수행계획을 미리 신고하도록 한 규정(해외건설촉진법 제11조) 등이 그러한 예이다.

4. 情報獲得에 있어서 職權探知主義의 變化

전통적인 행정법(학)에 있어서 정보의 수집은 행정책임으로 행해지는 것이 원칙이다. 이것은 직권탐지주의(Untersuchungsgrundsatz)로 표현되고 있다. 예컨대, 독일의 연방행정절차법 제24조는 『①행정청은 사실관계를 직권으로 조사한다. 행정청은 조사의 종류와 범위를 정하고, 참가자의 제출이나 증거신청에 구속되지 않는다. ②행정청은 개별경우에 있어서 중요하거나 참가자에게 이익이 되는 모든 상황을 고려하여야 한다. ③행정청은 신고와 신청이 당해 사건에서 허용되지 않는다고거나 근거없는 것이라는 이유로 자신의 권한영역내에 들어오는 신고서와 신청서의 수령을 거부할 수 없다』고 규정하여 ‘직권탐지주의’를 명문으로 규정하고 있다.

그러나 전통적인 국가의 정보수집의무(직권탐지주의)는 오늘날의 현대행정에서 (정보의 획득방법에 대하여) 두방향의 변화를 맞이하고 있다. 첫번째는 환경법영역에서 환경파괴를 초래한 사인에게 정보제공의 의무를 부담시킨다는 원인자책임원칙(Verursacherprinzip)의 확립이고, 두번째는 행정청 자신이 아니라 사인에게 감독 및 정보제공의 임무를 부담시키는 사인의 자기관리를 중시하는 제도의 보급이 그것이다. 후자의 경우에 있어서는 환경보호수탁자(관리자)의 구체적인 임무로서 허인가의 조건 및 부담에 대한 준수여부의 감독, 개선조치의 제안, 환경영향평가에 관한 정보제공, 보고서의 작성 등이 주어지고, 또한 환경수탁자에게 기업간부와 접촉할 수 있도록 권한을 부여할 뿐만 아니라 감독임무의 원활한 수행을 위하여 환경수탁자가 기업내에서 불이익한 취급을 받지 않도록 보완조치가 강구되고 있다.²⁵⁾²⁶⁾

24) Hoppe/Beckmann, *Umweltrecht*, 1989, S.139.

25) Hoppe/Beckmann, *aa.O.*, S.143. 이것은 경영조직의 변혁을 통하여 내부적인 압력을 강화하기 위한 것으로서, 국가와 사회의 이원적 대립관계를 초월하여 사회

5. 行政規則의 外部法化

전통적인 행정법체계는 행정의 활동영역을 ①시민과 행정의 대외적 관계를 내용으로 하는 외부법, ②행정기관 상호간의 대내적 관계를 내용으로 하는 내부법으로 구분하고, 주로 외부법에 주목을 집중하고 있었다. 그로 인하여 행정내부에서 발하여지는 훈령·예규 등의 행정규칙은 법적 논의의 대상에서 거의 제외되고 있었다.

그러나 오늘날의 현대국가에 있어서는 행정실무상 행정활동의 준칙으로서 훈령·예규 등의 행정규칙이 법령보다도 오히려 우월적인 지위를 점하고 있다. 이러한 상황하에서 행정과 시민의 관계에 있어서 행정규칙의 법규성을 인정하고자 하는(전통적인 행정법학에 입각하면 모순으로 생각되는) 법리가 학설 및 판례에 의하여 형성되고 있음은 주지의 사실이다(이것은 일반적으로 '행정규칙의 법규성' 또는 '행정규칙의 외부법화'현상이라고 한다).²⁷⁾ 이것은 현대행정에 있어서 실무상 행정기준에 의하여 규율되고 있는 법현실을 법이론상으로 무시할 수 없다는 상황을 반영한 것이다. 따라서 현대국가의 『법화』를 논함에 있어서 '규범의 홍수 내지 범람'현상과 더불어 훈령·예규 등의 행정규칙이 증대하고 있는 사실에도 주목하여야 한다.

6. 非定型的 行政作用의 登場

우리나라와 일본에 있어서는 종래 사실행위의 일유형으로서 행정지도에 관

내부에서 환경관리를 활성화시키는 수단이라고 할 수 있을 것이다. 그러나 환경보호수탁자는 공적인 기관은 아니다. 또한 기업이 내부적 자기감독을 위하여 이러한 環境保護受託者(Umweltschutzbeauftragte)를 선임하여야 한다고 규정하고 있는 개별법률은 상당히 많다. 예컨대, 독일의 수관리법의 경우에도 『하루에 750M3 이상을 배수하는 기업은 1인 내지는 복수의 환경보호수탁자를 선임하여야 한다(동법 21a조 제1항). 선임은 서면형식에 의하여 소관의 행정기관에 신고하여야 한다(동법 제21c조 제1항). 기업에 의한 환경보호수탁자의 선임철회는 이유를 기재한 서면으로 한다』고 규정하고 있다(Breuer, Umweltschutzrecht, in : Schmidt-Aßmann(Hrsg.), *Besondere Verwaltungsrecht*, 10.Aufl., 1995, S.521.).

26) 자세한 내용은 『金昌奎, 環境法上 協同原則에 관한 小考, 襄俊相教授停年紀念論文集, 法元社, 1997』을 참조.

27) 乙部哲郎, “行政の自己拘束の法理”, 『民商法雜誌』 71卷5號, 1975, 22頁 이하; 平岡久, “行政規則の法的拘束性(一)”, 『法學雜誌』 26卷3·4號, 1980, 67頁 이하; 平岡久, “行政規則の法的拘束性(二)”, 『法學雜誌』 27卷1號, 1980, 1頁 이하.

한 연구가 활발하였다. 또한 이러한 행정지도는 최근까지도 『유교적 전통에 기초한 것』 내지 『일본과 같은 종적 사회에 특유한 것』으로 인식되고 있었다.

그러나 외국의 행정실무에 대한 실증적 연구를 통하여 1980년대에 이르러 법치국가의 대표적인 예로 인정되는 독일에 있어서도 행정지도와 유사한 행정 활동이 발견되었고, 이에 대한 활발한 연구와 더불어 ‘법과 행정의 관계’, 즉 법규범과 집행의 괴리현상을 동양적인 문화적 특성으로 이해하던 종래의 행정 지도에 대한 견해는 비판을 받게 되었다.²⁸⁾ 독일에서는 행정지도와 유사한 이러한 행정수단을 『非定型的 行政作用(Informelles/Informales Verwaltungshandeln)』으로 받아들여 취급하고 있다.²⁹⁾ 여기에서 주의해야할 점은 다음과 같다. 첫째로, 독일에 있어서 ‘비정형적 행정작용’은 새로이 등장한 행정수단이 아니라 이전부터 존재한 것이지만, 최근에 발견되어 주목을 받고 있다는 점이다. 이것은 종래의 독일법학자들이 행정현실에 대하여 무관심하였던 연구자세에 기인한 바가 크다고 할 것이다. 둘째로, 현대행정에 있어서 비정형적 행정작용의 논의가 활발하게 된 이유는 법원의 분쟁처리기능에 한계가 나타났고, 또한 행정과 시민의 합의형성형행정이 중시되게 된 현대행정의 환경변화에도 그 원인이 있다고 할 것이다. 셋째로, 오늘날의 과학기술 법 및 토지법 등은 그 내용이 복잡하여 전문가조차도 그 법률의 전 내용을 파악하기 곤란하다. 이로 인하여 이러한 법영역에 있어서는 행정과 시민의 교섭 메카니즘이 선호되는 것이다. 넷째로, 행정과 사인의 법관계가 (전통적인 행정법학이 상정한 일회·한정적인 법관계와 달리) 계속적·지속적인 경우에 있어서는 행정실무상 그 관계의 유지가 강하게 의식되기 때문에 어느 정도 지장이 있을지라도 엄격한 행정수단이 아니라 유연한 비정형적 행정수단을 통한 대화로 해결하고자 하는 경향이 많다는 것이다. 다섯째로, 독일에서 논의되고 있는 비정형적 행정작용의 범위는 광범하다는 것이다. 이것은 행정과 사인의 교섭과정에 있어서 행정행위 등의 개별조치 뿐만 아니라 법규명령 등의 행정 입법도 그 대상에 포함하고 있다는 것이다.³⁰⁾

28) 이러한 측면에서 ‘행정지도’에 대한 외국인의 시각에서 분석한 대표적인 문헌으로서는 Michael K.Young, “Judicial Review of Administrative Guidance : Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan”, *Columbia Law Review* Vol.84 : 923-983(1984)이 있다.

29) 자세한 내용은 金昌奎, “行政指導와 非定型的 行政作用”, 『法制硏究』 제9호, 韓國法制硏究院, 1995/12을 참조.

7. 計劃間調整을 위한 事前交渉節次

오늘날의 현대행정에 있어서는 복수행정기관 상호간에 프로젝트에 대한 사전교섭절차의 행정수단이 빈번하게 활용되고 있다. 독일에 있어서도 이러한 행정수단이 중요한 위치를 점하고 있는데, 일반적으로 空間整序節次(Raumordnungsverfahren)라고 한다.

독일의 공간정서(국토정비)절차는 각 란트의 행정실무에서 이전부터 정착, 활용되고 있다가 1989년 7월 19일에 聯邦空間整序法(Bundesraumordnungsgesetz : BROG)에 의하여 공인되었다.³¹⁾ 특히, 專門計劃節次³²⁾에 속하는 고속도로의 노선결정, 비행장·발전소·대형단지건설 등의 사업추진에 있어서 입지선정 등에 대하여 복수의 행정기관 및 사적 단체가 참가하여 대체안의 타당성을 포함한 토의를 계속하면서 다양한 교섭·타협을 도모함으로써 하나의 결정을 도출한다. 이러한 결정은 사실상의 효력밖에 갖고 있지 않음에도 불구하고, 실무상 대단한 통용력을 가지며, 또한 이러한 사전교섭절차단계에서 전술한 거시적인 환경영향평가가 일반적으로 실시되고 있다. 이것은 전통적인 행정수단의 유형도 아니고, 그 성격도 일종의 전문가감정적 의견에 불과하지만, 행정실무상으로는 그 유용성이 높게 평가되고 있는 행정수단이라고 할 것이다.

8. 行政契約·行政協定の 多用

현대행정의 또 하나의 특징으로서는 행정과 시민간에 체결되는 행정계약이 빈번하게 활용되고 있다는 사실이다. 예컨대, 독일의 토지법분야에서 활용되

30) 법규명령의 제정에 있어서 행정과 시민의 합의형성이 이루어지는 경우는 우리나라에서도 발견된다. 예컨대, 『법령안입법예고에 관한 규정(대통령령 제1113호)』에 의하여 실시되고 있는 입법예고제가 그에 해당한다(金南辰, 前掲論文, 27면). 이것은 최근에 제정된 행정절차법 제4장에서도 규정되고 있다.

31) Krantzenberg, Die Novelle zum Raumordnungsgesetz, NVwZ(1989), S.1129ff.

32) 空間整序計劃은 일정한 지역을 총체적인 대상으로 하는 綜合計劃(Gesamtplanung)과 도로, 항만, 공항, 핵발전소 부지확정과 같은 특정한 사업(Projekt)을 대상으로 하는 專門計劃(Fachplanung)으로 구분되는데, 독일법상 전문계획작용을 포괄하는 통일법령은 존재하지 않고, 그 입법관할권도 독일기본법(GG)상 해당 사업분야에 따라 상이하게 배분되어 있다(오준근·김명연, 『地方自治와 計劃關係法體系の 整備에 관한 研究』, 韓國法制研究院, 1996, 262~263면).

고 있는 지구상세계획책정계약, 토지구획정비계획, 지구시설정비계약으로서 사업위탁계약과 부담금면제계약, 개발비용부담계약, 주차장설치의무이행계약 등이 그 예이다. 일본에 있어서도 토지법분야에서 그 계약의 효력에 있어서 독일보다는 덜 엄격하지만, 건축협정, 녹화협정, 개발지도요강에 근거한 개발 부담금제도가 활용되고 있음이 발견된다.³³⁾ 우리나라에 있어서도 전문직 공무원의 채용에 있어서 행정계약의 행위형식이 빈번하게 활용되고 있다.

이러한 행정계약 내지 행정협정과 같은 합의형성형의 행정수단이 빈번하게 활용되고 있는 사실에 비추어 현대행정이 전통적인 규제수단의 한계를 인식하여 사인의 여론에 의존하고자 하는 경향을 발견하게 된다.

9. 紛爭調停者로서 『프로젝트매니저』制度的 導入

오늘날의 현대국가는 시민의 권리보장을 위한 소송제도의 완비를 계속적으로 추구하여 왔다. 행정소송제도가 철저한 독일에 있어서는 시민의 권리보장이 강한 반면, 소송의 빈번한 제기로 인하여 공공프로젝트수행의 지연이 새로운 문제로 지적되게 되었다.

이러한 행정소송제도의 단점을 해결하기 위한 방법으로 최근에 독일에서 구상된 것이 분쟁조정자로서의 ‘프로젝트매니저제도’이다.³⁴⁾ 이것의 도입방법에는 두 가지 유형이 있다. 하나는 미국법의 유형과 같이 행정과 사인 상호간의 분쟁조정자로서 사인을 이용하는 방법이고, 다른 하나는 프랑스법의 유형과 같이 분쟁조정자로서 특정한 행정관에게 이러한 임무를 일임하여 처리하는 방법이다. 독일에 있어서 전통적인 공무원제도의 존재, 행정임무수행에 대한 민주적 정당화의 문제 등을 고려할 때에 미국식의 사인에 의한 분쟁처리제도의 도입은 어렵다. 예컨대, 독일의 바덴-뷔르템베르그(Baden-Württemberg)주에 있어서는 행정관에 의한 프로젝트매니저제도가 현실적으로 구체화되었다.

10. 誘導型的 行政手段(補助金支援·租稅減免措置, 品質保證表示)

오늘날의 현대행정에 있어서는 전통적인 규제수단보다는 시민에 대하여 보

33) 大橋洋一, 『行政法學의 構造的變革』, 有斐閣, 1996, 11頁.

34) Böckel, Projektmanagement in Verwaltungsverfahren, DÖV(1995), S.102ff., 105ff.

조금지원 및 조세감면조치 등의 경제적 인센티브를 제공함으로써 시민의 일정한 행동을 유도하여 행정목적을 달성하고자 하는 유도형의 행정수단이 빈번하게 활용되고 있다.³⁵⁾

또한 금전지원 등을 통한 방법은 아니지만, 행정청이 시민에 대하여 일정제품에 대한 품질보증표시를 제공함으로써 시민의 일정한 행동을 유도하여 행정 목적을 달성하고자 하는 유도형의 행정수단이 활용되고 있다. 예컨대, 독일에 있어서 행정청이 시민에 대하여 『이 제품은 환경에 우수하다』는 의미의 환경마크(Umweltzeichen)를 제공하는 제도가 그것이다. 우리나라에 있어서 정부가 상품의 품질을 보증하는 의미에서의 ‘KS마크’를 부여하는 것 또한 이러한 효과를 가진 제도이다. 이러한 제도를 행정청이 빈번하게 활용하는 이유에는 시장에서 유리한 지위를 차지하고자 하는 사업자의 『마크』획득노력을 이용한 측면도 있다고 할 것이다.

11. 計劃策定權限과 條例

독일에 있어서는 『게마인데(Gemeinde)』의 計劃策定權限(Planungshoheit)을 인정하고 있다.³⁶⁾ 이것은 『게마인데』의 조례(Satzung)형식으로 확정·

35) 보조금교부행정에 대한 자세한 내용은 金昌奎, “補助金交付行政의 法的 性質”, 『雨田 李炳泰教授華甲記念論文集』, 漢陽法學 제6집, 漢陽法學會, 1995; 오준근·신유균·김정순, “보조금제도 관련법제의 현황과 개선방안”, 한국법제연구원, 1994을 참조.

36) 독일에 있어서 지방자치행정권의 보유수행자(Träger kommunaler Selbstverwaltung)로서는 ①게마인데(Gemeinde), ②게마인데조합(Gemeindeverbände), ③란트크라이스(Landkreis), ④특별게마인데조합(Gemeindeverbände höherer Art), ⑤복합게마인데조합(Kommunale Zweckverbände) 등이 인정되고 있다. 국가행정과 자치행정의 구분을 모르는 특별도시를 제외하면, 자치행정은 란트(Land)가 제정하는 자치법(Gemeindeordnung, Kreisordnung)에 의하여 규율된다. 그 중에서 기본적인 자치단체인 게마인데(Gemeinde)는 공법상 사단(보다 정확히는 지역적 사단)으로서 그 지방에 거주하는 자연인으로 구성되고, 그 자연인에는 주민(Einwohner)과 유권시민(Bürger)이 있으며, 주민은 그 지방자치단체(Gemeinde)의 공공시설을 이용할 뿐만 아니라 지방자치단체의 각종 부담을 진다. 또한 게마인데(Gemeinde)의 자치행정권은 법률에 따른 지역공동체의 모든 사무를 고유한 책임으로 처리하는데, 그 사무에는 재산, 기업, 도로, 물, 전기, 가스, 소방, 문화, 보건, 사적 기념물 등의 설치·유지·보호 등이 포함되며, 또한 조직고권(Organisationshoheit)과 근무주체능력(Dienstthermfähigkeit)을 포괄한다. 이러한 독일의 게마인데(Gemeinde)조직은 브레멘하벤(Bremenhaben)·헤센(Hessen) 등의 이사회형(Magistratsverfassung), 자르란트(Saarlant)·라인란트-팔쯔(Rheinlantpfalz) 등의 시장형(Bürgermeisterverfassung), 바덴-뷔르템베르그(Baden-Württem-

행사되고 있기 때문에(독일 건설법전(Baugesetzbuch) 제10조),³⁷⁾ 오늘날의 독일에 있어서는 『게마인데』의 조례가 중요하게 인식되고 있다.

이러한 행정수단은 시민의 참가기회를 확대하고 있으며, 그 내용의 투명성이 높고, 또한 종합적인 시책의 실시가능성이 높은 『게마인데』의 수준에서 이루어진다는 장점으로 인하여 종래에는 국가의 법규명령형식으로 발령될 내용도 『게마인데』의 조례형식으로 위임하는 경향이 증가하고 있다고 한다.³⁸⁾

12. 非拘束的 行政計劃의 多用

오늘날의 현대행정에 있어서 행정계획은 다양한 형식으로 발하여지고 있다. 이러한 행정계획중에는 법적 구속력을 갖고 있지 않음에도 불구하고, 실질적으로 시민에 대하여 강한 사실상의 효과를 미치는 것이 많다. 예컨대, 독일에 있어서 도로, 항만, 공항, 핵발전소 부지확정 등의 특정한 사업을 대상으로 하는 전문계획(Fachplanung)에는 법형식을 구비하고, 법적 구속력을 가지는(förmliche-rechtsverbindliche) 행정계획, 법형식은 구비했지만 법적 구속력이 없는(förmlich-unverbindliche) 행정계획, 법형식을 구비하지 않고, 법적 구속력도 없는(nicht-förmliche-unverbindliche) 행정계획 등이 활용되고 있다. 이 중에서 법형식은 구비했지만 법적 구속력이 없는 행정계획, 법형식을 구비하지 않고, 법적 구속력도 없는 행정계획이 그러한 경우이다.

독일에 있어서 전자의 경우로는 자연경관보호계획(Landschaftsschutzplanung)과 산림기본계획(forstliche Rahmenplanung) 등이 예시된다. 예컨대, 자연경관보호계획은 연방자연보호법과 각 란트자연보호법의 규정에 따라 각 란트자연경관프로그램, 각 권역자연경관프로그램, 각 지방자치단체의 녹지계획(Grünordnung)의 3단계로 이루어지고 있지만,³⁹⁾ 이러한 계획들은 계획확정절차를 거치지 않으며, 법규의 형식을 갖추지 않고 있기 때문에 다른

berg)·바이에른(Bayern) 등의 남독일의회형(Süddeutsche Ratverfassung), 니더작센(Niedersachsen) 등의 북독일의회형(Norddeutsche Ratverfassung)으로 구분되고 있다고 한다(洪井善, 『行政法原理』, 博英社, 1990, 397~401면).

37) 독일의 건설법전(Baugesetzbuch)은 건축상세계획(Bebauungsplan)을 해당 지방자치단체의 조례로 확정하도록 하고(동법 제10조), 또한 건축상세계획에 대하여 주민참여를 보장하기 위한 상세한 절차적 규정을 두고 있다(동법 제3조).

38) 大橋洋一, 前掲書, 12~13頁.

39) Stich, Die Rechtsbeziehungen zwischen örtlicher Landschaftsplanung und Bauleitplanung, UPR(1983), S.177ff.

계획의 확정에 있어서 각 관계이익 및 조치를 비교형량할 때에 고려되어야 하는 정도의 효과를 미칠 뿐, 반드시 준수하여야 할 구속력을 미치지 않는다.⁴⁰⁾ 또한 후자의 경우로는 교통량규제를 위한 교통계획, 시가지내의 토지재이용계획, 환경계획, 사회계획 등이 해당한다. 예컨대, 지방자치단체가 장차의 사회형성 발전정책을 효과적으로 준비하고, 수행하기 위하여 입안하는 사회계획으로서의 유치원설치프로그램, 양로원설치프로그램 등과 같이 장차 실현할 개별조치를 위한 일차적 준비단계를 말하는데, 이것은 일반적으로 행정규칙으로 이해되기 때문에 시민 뿐만 아니라 행정청 자신에 대하여도 법적 구속력을 미치지 않는다.⁴¹⁾ 그러나 오늘날의 현대행정에 있어서는 이러한 행정수단, 즉 법적 구속력이 인정되지 않음에도 불구하고, 사실상의 규제력·유도력을 발휘하고 있는 전문계획들의 중요성이 증대하고 있으며, 또한 빈번하게 활용되고 있는 실정이다.

Ⅲ. 行政法改革論의 主要內容

1. 公法上 契約의 許容性 問題

(1) 序 說

독일에 있어서 ‘계약’이라는 개념이 행정법체계에 수용되는지의 여부, 특히 행정청과 사인이 체결하는 ‘공법상 계약’에 대한 허용성의 문제는 1980년대 이후부터 활발하게 논의되었다. 예컨대, 전통적인 행정법학에 있어서는 “계약은 법주체간의 대등관계를 전제로 하지만, 공법은 국가의 우월성을 특징으로 하므로 공법영역에서 계약은 존재할 수 없다”는 오토 마이어(Otto Mayer)의 명제⁴²⁾에 입각하여 부정적이었다. 반면에 그 당시에도 ‘행정계약’ 내지 ‘공법상 계약’이라는 용어의 사용은 없었지만, 학설상으로는 ‘계약’이 광범위하게 승인되고 있었다고 한다.⁴³⁾ 특히, 공무원임용의 법적 성질에 대하여 ‘계

40) Brohm, Die Planung der Bodennutzung, *JuS*(1986), S.779ff.

41) Ossenbühl, Welche normativen Anforderungen stellt der Verfassungsgrundsatz des demokratischen Rechtsstaats an die planende staatliche Tätigkeit?, *Gutachten für den 50. Deutschen Juristentag*, 1974, S. 199ff.

42) Mayer, Zur Lehre vom öffentlich-rechtlichen Verträge, *AÖR*(1883), S.42.

약'으로 보는 사고는 광범위하게 승인되고 있었다.

그러나 전통적인 행정법학의 입장을 고수하여 행정법이론체계를 행정행위 중심으로 구성한다면, 공무원임용의 (행정계약적) 행위는 쌍방적 행정행위 (der zweiseitige Verwaltungsakt)로 된다. 독일에 있어서는 1946년 이후에 행정행위에 대한 법이론의 정치화가 도모되고, 또한 행정소송제도상으로도 행정행위에 대한 취소소송형식이 중요한 역할을 담당하고 있었기 때문에 행정계약에 관한 이론의 발전은 보이지 않았다. 다만, 1960년대에 이르러 연방행정법원법이 제정됨으로써 행정행위의 존재와 무관한 공법상의 법적 분쟁에 관한 소송방법이 광범위하게 개방되고 있었다(예컨대, 취소소송과 같은 형성소송 뿐만 아니라 의무화소송과 같은 급부소송·확인소송이 인정되었다). 따라서 본래 행정계약으로 평가될 수 있는 행정활동이 그 당시에는 '상대방의 동의를 요하는 행정행위', '사법상 계약', '법적 구속력이 없는 합의'의 형태로 구분되게 되었다. 특히, 그 당시의 연방재정법원은 행정계약의 허용성을 단호히 부정하면서도 세무조사단계에 있어서 사실평가에 대한 세무행정청과 납세자간의 합의에 대하여는 신의칙에 근거하여 그 법적 구속력을 승인하고 있었던 것은 주목할 만한 사실이다.⁴⁴⁾ 이러한 상황하에서 행정법영역에 있어서는 계약적인 행위가 실제로 행하여지고 있었으며, 또한 연방행정절차법초안의 작성과정에서 공법상 계약의 허용성에 대한 논의가 성행하게 되었다.

(2) 獨逸行政法學의 論議狀況

공법상 계약의 허용성에 대하여 부정적인 학자로서는 불링거(Bullinger)가 대표적이다. 예컨대, 그는 연방행정절차법초안에 공법상 계약을 수용하고자 하는 것에 대하여 “고권적 행위에 의한 보증보다 계약적 보증방법이 더욱 큰 구속력을 가지고, 부담부행정행위보다도 계약이 법률에 근거없이 수익적 행정활동에 관한 사인의 반대급부를 획득하기 용이하며, 행정행위에 있어서의 일방적 집행에 대하여 계약에서는 재판상의 출소가 필요하고, 정당한 결정에 대한 행정청의 단독책임이 행정청과 사인의 공동책임으로 전환되며, 법률의 규

43) Maurer, Der Verwaltungsvertrag-Probleme und Möglichkeiten, *DVBl* (1989), S.799ff.

44) 과세요건사실의 조사단계에서 세무행정청과 납세의무자간에 교섭되어진 사실에 관한 합의(tatsächliche Verständigung)에 법적 효력을 인정하는 견해는 오늘날에도 연방재정법원의 판례에서 유지되고 있다.

정범위 밖에서 계약적인 결정에 의하여 행정청과 사인이 계획적인 공동이익을 확보할 가능성이 있고, 계약당사자로서의 행정청이 일반적인 법=거래의 법규율로 취급한다”는 이유로 비판하고 있다.⁴⁵⁾ 이러한 비판은 만약 계약이라는 형식이 취하여지면, 그 법적 구속력이 행정청에 대하여 보다 강하게 작용하고, 행정청은 행정상의 강제적 수단을 취할 수 없게 되기 때문에 오히려 행정청에게 불리한 결과를 초래할 우려가 있으며, 또한 사인의 측면에서도 법률의 근거없이 과도한 부담을 지게 되기 때문에 오히려 사인에게도 불리한 결과를 초래할 우려가 있다는 것이다. 결국, 공법상 계약의 허용은 행정활동에 대한 행정청의 책임소재를 완만하게 하고, 또한 법치행정의 원리가 침해될 우려가 있다는 것이다.

이러한 비판에도 불구하고 독일에 있어서는 1976년에 연방행정절차법이 제정됨으로써, 공법상 계약의 일반적 허용성은 입법적으로 인정되게 되었다.⁴⁶⁾ 그러나 독일연방행정절차법의 제정이후에도 여전히 공법상 계약의 허용성에 대하여는 찬반양론의 대립이 보여지고 있다.⁴⁷⁾ 예컨대, 독일의 뤼트너(Püttner)는 공법상 계약의 제도에 대하여 다음과 같이 비판을 가하고 있다. 첫째, 공법상 계약에 관한 규정이 설정된 이후에도 (재판의 예와 같이) 계약은 건설법 관련사항에 한정되고 있기 때문에 법이 예정하고 있는 일반적 제도로 되지 못하고 있다. 둘째, 행정행위에 대신하여 체결되게 되는 ‘종속적 계약(Subordinationsvertrag)’은 사인의 계약주체성을 부정하므로 논리모순이다. 셋째, ‘계약은 준수되어야 한다’는 계약법상의 대원칙에 비추어 보면, 계약체결 이후에 법개정이 발생할지라도 행정청은 계약에 구속되어야 하기 때문에 결과적으로 법치행정의 원리에 위반하는 상황이 발생한다. 넷째, 법치행정의 원리에 비추어 보면, 행정청에게 위임되어 있는 처분권의 여지는 광범위하지 않기 때문에 계약체결의 여지는 거의 없다. 따라서 그는 결론적으로 공법상 계약의

45) Bullinger, Zur Notwendigkeit funktionalen Umdenkens des Öffentlichen und privaten Vertragsrechts im leistungsintensiven Gemeinwesen, *Gedächtnisschrift für H. Peters*, 1967, S.667ff.

46) 독일연방행정절차법 제54조는 「공법영역에 있어서의 법률관계는 법령의 규정에 위반하지 않는 한, 계약에 의하여 성립, 변경, 소멸될 수 있다. 특히, 행정청은 행정행위를 행할 수 있는 경우에도 행정행위에 대신하여 공법상 계약을 체결할 수 있다.」고 규정하고 있다.

47) Püttner, Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger, *DVBJ*(1982), S.122ff.

제도는 폐지되어야 한다고 주장하고 있다. 이러한 주장에 대하여 헤벌라인(Heberlein)은 판례에 등장하지 않는 계약, 합의도 다수 존재하고, ‘종속적 계약’이라는 표현에 있어서도 계약의 개념은 성립할 수 있고, 또한 현행 헌법의 기본원리하에서도 행정청과 사인은 함께 법에 복종하는 존재이기 때문에 그러한 의미에서는 계약주체로서는 대등함이 인정된다는 이유로 반론을 제기하고 있다.⁴⁸⁾

1992년의 독일공법학자대회에서 부르마이스터(Burmeister)는 공법상 계약, 특히 ‘종속적 계약’에 대한 비판을 행하고 있다. 그의 보고는 공법상 계약 뿐만 아니라 행정청과 사인간의 다양한 협상(Absprache)에 대한 문제의 지적을 포함하는 내용의 것인데, 특히 공법상 계약에 대하여는 다음과 같이 비판을 가하고 있다. 예컨대 첫째로, 행정법은 각각 일정한 행정활동에 대하여 법형식을 정하고 있기 때문에, 행정이 법적 형식(행정행위와 계약과 같은 법이 예정하고 있는 정형의 활동형식)과 법외적인 활동형식간의 선택의 자유를 가지는 것은 아니다. 둘째로, 법형식에 대하여 행정이 선택의 재량을 가질 지라도 행정행위보다 계약을 우선하여야 할 이유는 없으며, 일반적으로 행정행위에 대신하는 계약으로서의 ‘종속적 계약’은 개념구성에 있어서 시정을 요한다. 셋째로, 행정과 사인간의 계약에 대한 법관계의 본질을 설명하기 위한 사고로서 ‘협력(Kooperation)’을 이용하는 것은 유용하지 않다. 넷째로, 행정과 사인간에는 법적 대상성이 결여되어 있기 때문에 행정행위에 대신하여 강제적으로 체결되는 계약은 진정한 계약으로는 생각되지 않는다고 하는 것이다. 이러한 부르마이스터(Burmeister)의 견해중에서 주목되는 것은 ‘사회법 영역에 있어서 계약은 배제되고 있다’는 것이다. 예컨대, 독일의 사회법전 제 53조는 법률의 규정에 따른 사회급부에 대하여는 어떠한 계약도 체결할 수 없다고 규정하고 있는데, 부르마이스터(Burmeister)의 견해에 입각하면 이러한 규정은 사회국가원리로부터 유래한 것이기 때문에, 사회국가원리하에서 시민은 권리없는 물건의 수령자로서의 지위에서 법률에 의하여 확고한 급부청구권을 가진 권리자로서의 지위로 승격하게 되었고, 따라서 행정은 그 임무를 수행함에 있어서 이러한 경우에 공법상 계약이라는 형식을 이용하여 교섭·합의하는 것이 금지된다는 것이다.⁴⁹⁾

48) Heberlein, Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag?, DVBl(1982), S.763ff.

이러한 견해에 반대하여 제2보고자로서 보고한 크렘스(Krebs)는 공법상 계약을 적극적으로 평가하고 있다. 예컨대, 그는 공법상 계약의 제도는 오늘날의 상황하에서 단순히 도시건설법영역 뿐만 아니라 사회복지법영역, 환경법영역, 세법영역 등에서도 다양하게 이용되고 있으며, 이미 완전한 제도로서 정착하였다. 또한 공법상 계약은 일방적·고권적 행위로서의 행정행위에 의한 규율을 보완·보충하는 중요한 역할을 담당하고 있으며, 행정결정은 상대방의 이해·동의를 의하여 용이하게 수용가능하게 되었다. 따라서 크렘스(Krebs)는 현대국가를 ‘협력국가(kooperativer Staat)’로 파악하며, 국가는 조직된 것이든 미조직된 것이든 사회 제세력의 자발적인 협력(freiwillige Mitwirkung) 없이는 그 임무를 수행할 수 없게 되는데, 공법상 계약은 결국 이러한 자발적 협력을 도출하기 위한 중요한 수단으로 된다고 한다.⁵⁰⁾ 또한 독일의 마우러(Maurer)도 공법상 계약의 장점을 제시하면서 적극적으로 평가하고 있다.⁵¹⁾ 예컨대, 그는 공법상 계약의 장점을 다음과 같이 지적한다. 첫째로, 공법상 계약에 의하여 행정결정과정에 시민참가가 이루어지고, 비정형적인 사안에 대하여 유연하고 적절한 해결에 도달될 수 있다. 둘째로, 시민의 입장에서 시민의 동의가 없이는 행정결정이 성립될 수 없으므로 그 한도에서 행정결정에 영향을 미칠 수 있고, 행정의 입장에서는 구체적 사안에 통달하고 있는 시민의 지식과 경험을 이용할 수 있다. 셋째로, 오늘날의 복잡한 모든 관계는 행정이 시민에게 의존할 뿐만 아니라 시민도 행정에 의존하고, 또한 오늘날의 복잡한 사실관계 및 법률관계는 계약에 의하여 다양한 관점에서 다양한 해결 가능성이 탐구되므로, 이러한 프로세스가 결정의 수용을 촉진하고, 계약준수를 용이하게 한다는 점을 예시하고 있다.

(3) 評 價

이상에서 살펴본 바와 같이 오늘날의 독일에 있어서 ‘공법상 계약’의 허용성에 대한 새로운 행정법체계이론의 사고는 크게 두 방향으로 나아가고 있음을 발견하게 된다.

예컨대, 그 하나는 행정의 다양한 전개, 특히 그 형성적인 역할에 주목하여 행정권을 권력의 담당자가 아니라 (행정과 개인의 협력에 의하여 사회질서를

49) Burmeister, *aa.O.*, S.190ff., 224f.

50) Krebs, *aa.O.*, S.250ff., 255.

51) Maurer, *aa.O.*, S.805f., 807.

형성하는) 사회의 관리자로서 보는 견해인데. 이러한 견해에 입각하면 공법상 계약의 허용성을 적극적으로 인정할 뿐만 아니라 행정과 개인의 합의·협력에 의한 법관계의 형성과 법적 분쟁의 해결을 중시하고, 또한 절차적 통제이든 재판적 통제이든 행정에 대한 ‘과잉의’ 법적 통제를 배제하고자 하는 경향을 보이고 있다. 다른 하나는 행정이 다양한 전개를 수행할지라도 행정권을 기본적으로 권력의 담당자로 이해함으로써 법치행정의 원리와 행정권에 대한 개인의 권리보호가 중요하다고 보는 견해인데, 이러한 견해에 입각하면 공법상 계약의 허용성을 소극적으로 평가할 뿐만 아니라 행정과 개인의 합의·협력을 위한 법제도보다 행정권에 대한 개인의 권리보호를 위한 제도를 중시하는 경향을 보이고 있다. 즉, 현대국가는 ‘협력국가’이고, 시민의 협력없는 국가도 이미 그 임무를 수행하지 못한다는 크랩스(Krebs)의 견해와 시민은 이미 행정의 객체(Objekt)가 아니라 행정의 주체이며 또한 파트너라고 하는 마우러(Maurer)와 헤벌라인(Heberlein)의 견해가 전자의 경우에 속하고, 공법상 계약의 허용성을 소극적으로 평가하는 불링거(Bullinger), 뤼트너(Püttner)와 부르마이스터(Burmeister) 등이 후자의 경우에 속한다고 할 것이다.

그러나 독일에 있어서는 무엇보다도 공법상 계약에 대한 법적 근거가 입법에 의하여 부여되었고(연방행정절차법 제54조), 현실적으로도 공법상 계약이 체결되고 있으며, 공법상 계약과 관련한 행정소송이 다양하게 제기되고 있는 실정이다. 특히, 오늘날의 현대국가에 있어서 개인은 더 이상 단순한 통치의 대상만이 아니라 독자적인 권리주체로서, 또한 행정의 파트너로서 행정에 관하여 공동의 책임을 나누어야 할 지위도 갖고 있다. 따라서 오늘날에 있어서 공법상 계약은 행정의 중요한 행위형식의 하나이다. 우리나라에 있어서도 법규상 직접·간접으로 인정하는 규정이 있거나 또는 법규상 특별히 금지하는 규정이 없는 경우에는 법령에 위배되지 않는 범위내에서 공법상 계약을 허용하는 것이 일반적인 입장이다.

2. 法關係論의 許容性 問題

(1) 序 說

행정은 다양한 행위형식을 통하여 행정임무를 수행하고 있는데, 이러한 행정작용들의 배후에 존재하는 각각의 공통된 법이론을 규명하여 각각 특별한

법적 규율을 받는 유형화된 행위로 파악하기 위한 전통적인 접근방법의 하나가 ‘행정의 행위형식론(Handlungsformenlehre)⁵²⁾’이다. 즉, 행정활동의 복잡한 현실로부터 각각의 행위요소들을 추출하여 그 의미를 행위와의 관련하에 분석하고(Formung), 다시 이것을 유형화된 행위형식의 체계(System-folgen)에 위치지우는 것을 말한다.⁵³⁾ 전통적인 행정법학에 있어서 이러한 행위형식론은 권력적 행정활동, 특히 행정주체가 우월적 지위에서 국민에게 일방적으로 명령·강제하는 행정작용으로서의 행정행위(Verwaltungsakt)를 중심개념으로 하여 발전하여 왔다. 따라서 전통적인 행정법학은 법치행정의 원리와 관련하여 행정의 다양한 행위형식 가운데 행정주체가 권력적 수단을 통하여 국민의 권익을 침해하는 행정작용을 중심으로 법적 행위로서 유형화하고, 그러한 행위형식에 대하여는 그 집행에 있어서 의회가 제정한 법률의 근거를 요약과 아울러 특별한 법적 효과를 부여하여 행정쟁송을 통한 구제가 가능하도록 하고 있었다.

이러한 행정의 행위형식론은 결국 다양한 무정형의 행정활동으로부터 전형화되는 행정활동의 단면을 추출함으로써 복종하여야 할 법적 요청과 발생하여야 할 법적 효과를 도출하는 것에 그 의의와 기능이 있다.⁵⁴⁾ 예컨대, 행정청의 어떠한 행위가 행정행위에 해당한다면, 그 행위는 사전에 행정절차법상의 청문을 거쳐야 하는 등의 다양한 규정에 복종하게 되는데, 이러한 기능을 ‘창고기능(Speicherfunktion)’이라고 한다.⁵⁵⁾ 또한 행정청의 어떠한 활동이

52) 『행정의 행위형식론』에 관한 문헌으로는 Ossenbühl, Die Handlungsformen der Verwaltungshandeln, *JuS*(1979), S.681f. ; Schmidt-Aßmann, Die Lehre von Rechtsformen des Verwaltungshandeln, *DVB*(1989), S. 533. ; König, Rechtliche und tatsächliche Formen des Verwaltungshandeln, *Verwaltungs-rundschau*(1990), S.401ff. ; Becker-Schwarze (Hrsg.), *Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht*, 1991.을 참조.

53) 『행정의 행위형식론』은 구체적으로 각각의 행위에 어떠한 법적 효과와 쟁송수단 등을 결부시킬 것인가하는 문제의 해결에 기여할 뿐만 아니라 어떤 행위형식이 특정 행위유형에 해당하지 않을 경우에 일종의 유추에 의하여 가장 근사한 정형적 행위형식에 대한 법적 규율을 발견하여 그것에 적용할 수 있도록 한다는 실무적인 기능을 수행함에 가치가 있다(홍준형, 『행정법총론』, 한울아카데미, 1993, 139~140면).

54) Schmidt-Aßmann, *aa.O.*, S.533.

55) Schmidt-Aßmann, *aa.O.*, S.533.; Pauly, Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht, in : Becker-Schwarze(Hrsg.), *Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht*, 1991, S.35f.

어떠한 법적 요청에 복종하는가 하는 점이 명확하게 됨으로써 행정청은 그 임무를 실효적이며 사항에 적합한 형태로 법에 적합하도록 수행하는 것이 가능하고, 그 결과 행정청의 자의가 방지되게 되는데, 이러한 기능을 ‘합리화기능’이라고 한다.⁵⁶⁾ 이러한 행위형식론의 ‘창고기능’과 ‘합리화기능’은 시민의 권리·이익의 보호에 있어서 유익한 효과를 초래하는 것으로 지적되고 있다.⁵⁷⁾ 또한 행정의 행위형식론은 오늘날의 독일행정법학에 있어서도 널리 지지되고 있으며, 전통적인 행정법학에 있어서는 그 이론적 체계로서 중핵을 차지하고 있다.⁵⁸⁾

그러나 전통적인 행위형식론은 오늘날 현대국가에 있어서 빈번하게 활용되고 있는 비정형적 행정작용에 대응한 법이론으로서는 한계에 봉착하게 되었다. 이러한 행위형식론의 한계에 대응하여 새로운 이론적 체계의 하나로서 모색되고 있는 것이 ‘법관계론(Rechtsverhältnislehre)’이다. 이러한 ‘법관계론’은 법률관계를 포괄하여 중심적인 질서범주로 이해하고, 법률관계에 대하여 행정법에 있어서의 지배적 지위를 인정하는 것이며, 기능적 사고방법에 의하여 행위형식론에서 중심적 지위를 점하고 있던 행정행위 대신에 법률관계를 행정법학의 중심에 놓고 행정과 시민의 그때 그때의 전법률관계의 포괄적인 기초범주를 기준으로 하여 스스로를 방향지우는 것이지만, 그렇다고 하여 행위형식을 구축하여 버리는 것이 아니라 이러한 행위형식에 대하여 행정법도 그마틱(Dogmatik)에 있어서의 별개의 지위로서의 가치(Stellenwelt)를 배분하는 것을 특색으로 하고 있다.⁵⁹⁾ 환언하면, 비정형적 행정작용의 현대행정

56) Ossenbühl, *aa.O.*, S.681f.

57) Schmidt-Aßmann, *aa.O.*, S.533f.

58) Schmidt-Aßmann, *aa.O.*, S.533.; Ossenbühl, *aa.O.*, S.682.

59) 독일에 있어서 행정법학개혁론을 제창하는 학자들도 부정하지 않듯이 오늘날에도 행정행위를 중심으로 한 전통적인 행정법이론 그 자체의 중요성은 적어도 감소되지 않았다. 이것은 ‘법학적 방법’에 기초한 오토 마이어의 행정법이론은 그 이전의 이른바 ‘국가학적 방법’에 기초한 행정법이론과 비교할 때에 행정의 활동을 행정행위라는 개념을 그 매개로 포착하여 행정활동에 대한 법적 통제구조를 구축하는데 성공함으로써 그 나름의 합리적 이유가 있기 때문이다. 또한 법치국가원리가 지배하는 행정법관계는 법적 규범에 의하여 규율되는 것이 기본원칙이라는 관점에서도 그러하다. 예컨대, 행정권의 행사는 실정법에 의한 수권이 필요할 뿐만 아니라 그 권한의 행사는 실정법규에 구속되어야 하고, 또한 행정권이 위법하게 행사되어 시민의 권리와 이익이 침해된 경우에는 국가배상청구소송 등을 포함한 행정쟁송의 방법에 의하여 법적 구제가 부여되어야 한다는 기능은 오늘날에도 중요한 위치를 차지하고 있기 때문

에 있어서의 중요성에 착안하여 이것을 행정법학의 범위안으로 적극적으로 수용하여 그 법적 파악을 위한 이론적 시도의 하나로써 탄생한 독일의 법이론이 법관계론(Rechtsverhältnislehre)이다.⁶⁰⁾ 이것은 전통적인 행정법학이 지나치게 행정행위개념을 중심으로 하여 그 이론적 해명에 전념하여온 바, 그러한 사고의 반성으로 제창된 이론이다.⁶¹⁾ 즉, 전통적인 행정법학의 행위형식론

이다(宮崎良夫, “行政法關係における參加・協動・防禦”, 兼子 仁・磯部 力(編), 手続法的行政法學の理論, 勁草書房, 1995, 69頁).

60) 법관계론에 대한 대표적인 독일문헌으로는 『Bachof, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL30(1972), S.230~233. ; Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982 ; Henke, Allgemeines Verwaltungsrecht als Rechtsverhältnisordnung, NVwZ(1983), S.534f. ; Häberle, Das Verwaltungsrechtsverhältnis - eine Problemskizze, in : ders., Die Verfassung des Pluralismus, 1980, S.248~285. ; D. Ehlers, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVB(1986), S.914f. ; Friedrich E. Schnapp, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, DVB(1986), S.813f.; T. Fleiner-Gerster, Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung, VVDStRL 45(1987), S.153f.』 등을 참조. 독일의 법관계론을 상세하게 검토한 국내문헌으로는 李鳴九 “給付行政과 權利關係論”, 『考試研究』, 1992/11, 33~42면; 李鳴九, “給付行政에 있어서의 權利關係에 관한 研究 - 給付的 債務關係의 內容과 特色을 中心으로-”, 『玄齋 金英勳教授華甲紀念論文集』, 法文社, 1995, 139~148면; 徐元宇, “現代行政法學에 있어서의 法關係論”, 『考試研究』, 1993/4, 39~56면 등을, 또한 일본문헌으로는 村上武則, “西ドイツにおける給付行政の法關係論について”, 伊藤滿先生喜壽記念 『比較公法學の諸問題』, 八千代出版(株), 1990, 159~184頁; 山本隆司, “行政上の主觀法と法關係(一)”, 『法學協會雜誌』 第110卷第10號, 1993, 21~101頁; 同人, “行政上の主觀法と法關係(二)”, 『法學協會雜誌』 第110卷第11號, 1993, 26~117頁; 同人, “行政上の主觀法と法關係(三)”, 『法學協會雜誌』 第112卷第10號, 1995, 59~127頁; 入見 剛, “ドイツ行政法學における法關係論の展開とその現状”, 『東京都立大學法學會雜誌』 第32卷第1號, 1991, 105~132頁 등을 참조.

61) 일본의 ‘入見 剛’교수는 독일에 있어서의 법관계론의 형성배경에는 어떤 의미에서 상호 밀접하게 연관된 제요인이 존재하고 있다고 지적하면서, 그 요인으로서 ①제2차대전 이후의 법치국가사상의 고조기류 가운데에서도 (특별권력관계 등의 내부관계로 이해되어 왔던 제관계도 포함하여) 국가·시민관계의 권리·의무관계 및 그 대등성의 강조, ②행정법원에 의한 일반급부소송과 확인소송의 법정화와 그 발전, ③행정행위 이외의 행위형식, 즉 공법계약, 계획, 또한 인포밀한 행정활동의 증대라고 하는 행정활동의 다양화, ④급부행정의 발전에 따라 행정행위 등의 행정작용에 의하여 일회적 국소적으로 처리되지 않는 계속적 법관계의 증대, ⑤제3자이해관계인을 수반하는 행정작용의 증대에 따른 ‘다각적 또는 다극적 행정관계(polygonale oder mehrpolige Rechtsverhältnis)’의 현재화』 등을 제시하고 있다(入見 剛, 前掲論文, 113頁).

은 ①계약과 단순고권행정활동의 법적 해명에 소홀하였다는 점,⁶²⁾ ②시민의 고려관점이 불충분하였다는 점,⁶³⁾ ③시간적 차원의 파악이 불충분하였다는 점,⁶⁴⁾ ④다극적인 법관계의 파악이 불충분하였다는 점⁶⁵⁾ 등의 비판을 받게 되었고, 이러한 상황을 극복하기 위하여 새로이 주장되고 있는 것이 법관계론이다.⁶⁶⁾ 그러나 종전에 주장되던 전통적인 행위형식에 대체하여 법관계가 완전히 새로운 행정법질서를 형성한다는 사고⁶⁷⁾에 대하여는 엄격한 비판이 있

62) Bauer, Verwaltungsrechtslehre im Umbruch? Rechtsformen und Rechtsverhältnisse als Elemente einer zeitgemäßen Verwaltungsrechtsdogmatik, *Die Verwaltung* 25 (1992), S.312f.

63) Ehlers, *aa.O.*, S.914f.

64) Bachof, *aa.O.*, S.231.

65) Ehlers, *aa.O.*, S.915.; Bauer, *aa.O.*, S.314.

66) 독일에 있어서 법관계론의 내용은 학자에 따라 다양하다. 예컨대, 법관계론의 주요한 제창자로서 예시되고 있는 악텔베르그(Achterberg)와 바우어(Bauer)의 경우를 살펴보면, 악텔베르그(Achterberg)가 행정법이론의 체계적 구성으로서 법관계의 개념을 중시하고 있음에 대하여 바우어(Bauer)는 ‘공권’개념의 재검토에서 법관계론을 전개하고 있다.

67) 이러한 입장의 대표적인 학자로는 바호프(Bachof)·악텔베르그(Achterberg)·헤벌레(Häberle)를 예시할 수 있다. 예컨대, 독일의 바호프(Bachof)는 법관계론에 대하여 1971년의 독일공법학자대회에 있어서의 보고문에서 『행정법체계의 중심개념(Zentralbegriff)은 행정행위였고, 오늘날에도 부분적으로는 그러하다. 그것은 제2차대전후, 행정행위를 중심으로 한 권리보호의 규율시대에 적합하였다. … 그러나 행정행위는 발전하는 관계의 단순한 하나의 스냅사진(Momentaufnahme)에 불과하다는 생각, 즉 행정행위가 법관계를 형성·변경·소멸시키지만, 이 법관계가 실체법상의 관점에서는 행정행위 보다도 더욱 중요하다. 특히, 행정행위 이외의 방법에 의하여 형성·변경·소멸되어지는 수 많은 법관계가 있다는 생각이 배제되고 있는 것이다. 이것만으로도 법관계는 행정행위 보다도 한결 포괄적인 제도임이 명백할 것이다. 만일, 하나의 개념, 하나의 제도가 지배적인 중심적인 지위를 행정법에서 가질만한 가치가 있다면, 그것은 법관계라고 할 것이다. 이렇게 이해할 때에 비로소 다른 제도 및 행위형식은 도그마틱(Dogmatik)중에 정당한 지위를 찾아볼 수 있다. 그리고 그것은 행정의 과제에 적합하기 위하여 행정법이 필요로 하는 바와 같은 유연성을 가지고 전개될 것이다. … 물론, 행정행위를 행정법 또는 급부행정으로 부터 만이라도 방출해 버려야 한다고 말하는 것은 아니다. 다만, 올바른 관계가 여기에서의 문제인 것이다』고 주장하였다(Bachof, *aa.O.*, S.230~233.). 또한 악텔베르그(Achterberg)는 자신의 행정법교과서에서 『법관계가 법질서에 있어서 차지하는 중요한 의미는 오토 마이어(Otto Mayer)이래로 행정행위가 행정법의 학문적인 설명에 있어서 차지하여온 중심적인 지위가 현대에 있어서는 이전과 같은 정도로 정당화될 수 없다는, 즉 현대행정에 있어서 행정행위가 현저하게 그 중요성을 상실하기 시작하였다고 하는 바로 행정법상의 중요한 인식에 있다. 행정행위는 관현적 활동의 고

고,⁶⁸⁾ 오히려 최근에는 위와 같은 행위형식론의 결점에 대하여 보충하는 역할을 법관계론에서 도출하는 것이 일반적이다.⁶⁹⁾ 바우어(Bauer)는 특히 법관계의 발생요건에서 법관계론의 보충적 역할을 발견한다.⁷⁰⁾ 즉, 법관계의 발생이 행정행위와 계약, 사실행위라는 전통적인 행위형식으로는 파악할 수 없는 경우의 것, 예컨대 ①법률에 의하여 직접 법관계가 발생하는 것, ②신청과 공적 시설의 이용이라는 시민의 일방적인 행위에 의하여 발생하는 것⁷¹⁾ 등을 고찰의 범위에 포함할 수 있다는 것에서 법관계론의 유용성을 발견하고 있는 것이다. 이하에서는 전통적인 행위형식론이 그 중심에 두었던 행정행위와 법관계론, 그리고 법관계론의 일반행정법체계상의 지위와 관련한 독일의 논의상황을 살펴보도록 한다.

전적 법제도였지만, 사회국가에 있어서 넓은 여지를 차지하고 있는 단순고권행정은 종종 행정행위없이 행하여진다. 대량행정활동(예컨대, 연금지급)은 행정행위를 그 적절한 활동제도로 생각되지 않게 된다. 이것들은 행정소송상의 이유 때문에 행정행위로 해석할 필요가 없다. 왜냐하면, 행정소송법은 행정행위에 대한 취소소송과 행정행위의 거부 또는 부작위에 대한 행정행위의 발급을 구하는 의무화소송, 그 밖에도 행정행위의 발급이 아닌 행정활동을 구할 수 있는 급부소송과 법률관계의 존부의 확인을 구할 수 있는 확인소송 등의 소송유형을 광범하게 마련하고 있기 때문에 시민의 권리보호는 행정행위가 없더라도 소멸되는 일은 없기 때문이다.』고 한다(Achterberg, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2.Aufl., 1986, S.382.). 헤벌레(Häberle)도 『행정법관계는 사회적 기본권국가에 있어서의 행정책임을 수행한다. 아마도 (그것은) 이상적이기는 하지만, 적어도 양적으로는 (극히) 현실적이며, 그것은 정말 정규의 형식이라는 것이 분명해지고 있다. 행정법관계는 그것이 시민과 행정의 ‘특별한 강도의 이익결합’ 속에서 상대하는 헌법적 관계를 적극적으로 표현한 것인 한, 기본법하에서의 행정법의 새로운 알키메데스의 거점(archimedischer Bezugspunkt)이 될 수 있다. 이러한 발전은 (방어적) 권리보장의 측면에서 뿐만 아니라 행정기능의 변천에 의해서도 파악되어야 한다.』고 주장하고 있다(Häberle, *aa.O.*, S.250.).

68) 이러한 입장의 대표적인 학자로서 마이어(H.Meyer)는 『나는 법관계론은 행정법의 그 어떤 아르키메데스의 거점이 될 수 없을 뿐만 아니라 단순한 ‘Münchhausen의 상투(Zopf)’라는 불쾌한 인상을 가졌다.』고 한다(H.Meyer, *VVDStRL45*(1987), S.272.). 여기에서 ‘Münchhausen의 상투(Zopf)’란 이른바 『거짓말쟁이 남작』으로 유명한 『Münchhausen男爵』의 상투적인 말을 묘사한 것이다(入見 剛, 前掲論文, 129頁).

69) Bauer, *aa.O.*, S.315.; Ehlers, *aa.O.*, S.915.

70) Bauer, *aa.O.*, S.320f.

71) Hill, *Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung*, *NJW*(1986), S. 2608.

(2) 獨逸行政法學의 論議狀況

(가) 行政行爲와 法關係論

법관계론은 생활실태의 전체적인 고찰의 중요성을 표시하여 법관계가 권리의무관계일지라도 관련부대요소 및 쌍방적 성격의 고려필요성을 강조하고 있으며, 법관계의 상대성과 행정조직내부에 있어서의 다면적 관계 및 행정조직과 다른 범주체간의 다면적 관계에 대한 분석의 계기를 부여하였고, 법적 규율에 영향을 미치는 사실관계의 구조에 주목하고 있으며, 정태적인 고찰에 대하여 동태적인 고찰의 중요성을 표시하여 법적 규율에 있어서의 시간적인 요소를 파악하고 있다는 것이 법관계론의 중요한 의미라고 할 것이다.⁷²⁾ 특히, 이러한 법관계론은 전통적인 행정법학의 행위형식론이 그 중심에 두었던 행정행위를 행정법학으로부터 타당한 위치로 이동시키고자 한다.

그러나 이러한 법관계론의 시도는 독일의 1986년 독일공법학자대회에서 많은 비판을 받았다. 예컨대, 오늘날의 현대행정에 있어서 행정행위의 의의가 결코 부정되지 않는 이유로서 ①행정행위는 법관계를 순간적(스냅사진적)으로 설정하여 강제집행능력이 있는 법적 명의로 될 수 있을 뿐만 아니라 대량으로 행해지는 행정에 있어서도 불가결한 것이기 때문에 행정행위는 법률적합성원칙을 실현하고, 제3자의 이익도 고려하며, 또한 권리보호에 대한 정형적이고 명백한 수단을 제공할 수 있다는 것이고,⁷³⁾ ②행정행위는 부관, 부분인허, 단계적 절차 등에 의하여 유연성을 가질 수 있으며,⁷⁴⁾ 또한 행정절차법 제정후에는 시민참가권을 인정하는 등의 시간적 요소도 고려되고 있다는 것이 지적되고 있다.⁷⁵⁾⁷⁶⁾ 또한 행정행위는 동태적인 행정과정을 국소적으로 밖에 파악

72) Schmidt-Aßmann, Die Lehre von Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl(1989), S.540.

73) Haverkate, VVDStRL45(1987), S.262f.

74) Battis, VVDStRL45(1987), S.264.

75) Breuer, VVDStRL45(1987), S.274. 특히, 브로이어(Breuer)는 법관계에 의해서도 대체할 수 없는 행정행위의 중요한 기능으로서 법률의 구체화작용, 그 존속력에 의한 공익의 확보, 명확성·안정성이라는 법치국가기능, 행정절차에 의한 보장을 제시하고 있다.

76) 또한 급부행정과 관련한 행정행위의 의의에 대하여 독일의 괴츠(Götz)는 『행정행위는 그 연원이 경찰처분과 조세결정이기 때문에 행정법의 일반적 제도로서 급부행정에 있어서 결코 적합하지 않다는 것은 오랜 기간의 상투어였지만, 이것은 옳지 않다. 우리들은 행정절차법, 사회법전, 조세기본법이 행정행위를 규율의 출발점으로 하

할 수 없다는 법관계론의 비판에 대하여 반론이 제기되고 있는데, 예컨대 마이어(H.Meyer)는 『행정행위는 국소적 도구라고 지금도 생각하고 있는 사람은 분명히 행정절차법, 조세기본법, 사회법전을 읽지 않았던 것이다. 즉, 행정절차법 제9조에 의하면, 행정행위는 우선 시간적인 관계를 형성하고 있으므로 결코 국소적인 효과에 한정되고 있는 것은 아니다』라고 주장하고 있다.⁷⁷⁾

따라서 최근에는 행정행위와 법관계는 양자택일의 관계가 아니라 상호 보충적인 개념이라는 주장이 지지를 받고 있다.⁷⁸⁾

(나) 一般行政法과 法關係論

법관계론이 일반행정법체계상의 개념으로서 위치지워질 수 있는가의 문제에 대하여는 명확하지 않다. 예컨대, 바티스(Battis)는 종래의 ‘행정법관계’라는 표제 아래 기껏하여야 행정법상의 권리·의무에 있어서의 권리능력, 행위능력, 권리의 승계 등과 같은 몇가지의 문제를 취급함에 불과하였다는 부정적인 입장을 취하였다.⁷⁹⁾

그러나 일반행정법 교과서에 있어서의 일반적 행정법관계의 다양한 기준에 기초한 분류는 체계개념으로서 일정한 기여를 하고 있으며, 특히 행정법관계의 하위형태로서의 ‘행정법상의 채무관계’ 또는 ‘다극적·다면적 행정법관계’와 같은 개념이 법도그마틱(Dogmatik)상의 도구개념으로서 커다란 기대의 대상이 되어질 수 있다는 것도 충분히 이해된다. 다만, 바로 그러한 이유로 인하여 행정법관계는 총론보다는 오히려 각론의 영역에서 더욱 의미가 있다고 생각한다.⁸⁰⁾ 예컨대, 마우러(Maurer)는 『생각컨대, 존재하는 것은 일정한 행정법관계가 아니라 여러가지로 다양하게 규율되며 형성된 행정법 제관계 뿐이라는 것(비록 그들이 행정법관계라고 하는 집합개념 아래에 포섭된다고 할 지라도)이 명확해진다. 바로 행정법관계가 그와 같이 매혹적인 것, 즉 그때

고 있다는 것을 인식하여야 한다. 이것에는 중대한 이유가 있다. 행정행위는 법관계의 형성을 위해서만 존재하는 것이 아니라 행정행위는 그 존속력의 발생을 통하여 사람들이 파악할 수 있는 결정이 전개되어지는 행위이다』라고 평가하고 있다(Götz, *VVDStRL*45(1987), S.266f.).

77) H. Meyer, *VVDStRL*(1987), S.272.

78) Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7.Aufl., 1990, S.140.; Battis, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1985, S.72.

79) Battis, *aa.O.*, S.73.

80) 入見 剛, 前掲論文, 127頁.

그때의 구체적 상황을 고려하여 발전적으로 분화된다는 것이 일반행정법의 기초개념으로서의 그 적성을 의문케 하는 것이다. … 이러한 점은 행정법관계가 행정법의 각론의 경우에 있어서 보다 많은 고려를 요하는 것이지만, 총론에 있어서는 기껏하여야 약간의 확장된 기본구조가 전개되어질 뿐이라는 것을 시사하고 있다⁸¹⁾』고 하여 법관계론을 일반행정법체계의 중심개념은 아니지만, 각론부분에서는 의미가 있다고 한다.

(다) 評 價

이상의 고찰을 통하여 오늘날의 법관계론이 행정법의 도그마틱을 위하여 어떠한 구체적 의의를 가질 수 있는지의 여부는 불명확하며, 이것에 대하여는 오히려 회의적인 견해가 우세한 경향이 있음도 사실이다.

그러나 법관계론의 비판론자가 일반적으로 제시하고 있는 비판의 중점은 법관계론에 의한 행정행위 개념에 대한 지나친 논박 또는 법관계론 개념에 대한 지나친 기대에 집중되고 있다는 것과 법관계론의 장점, 즉 사회실태에 대한 전체적·구조적 파악, 권리·의무의 관련성·쌍방성 또는 다양한 제관계의 개별적 분석의 중시, 동태적 고찰 등을 고려할 때에 법관계론은 오늘날의 현대행정법학을 위하여 기여할 수 있다는 사실을 부정할 수 없다. 또한 현대국가에 있어서의 행정기능 내지 행정수단의 질적 변화에 대응하기 위한 이론적 체계로서 등장한 법관계론은 구체적 실체법관계의 문제가 행정행위라는 추상적 개념 속에 매몰되어 버리는 전통적 행위형식론에 대한 반성에 의한 것이고, 구체적 규정의 취지·목적, 구체적 법관계, 행위의 구체적 검토를 중시함으로써 추상적 공익을 위한 추상적·연혁적인 행정법학에 대한 결별이라는 점에서도 그 중요성은 부인할 수 없다. 다만, 바호프(Bachof)가 주장한 바와 같은 ‘법관계와 행위형식 중에서 어느 방향이 중심개념인가 하는 양자택일식의 문제설정은 종래의 행정행위 편중의 행정법학을 전제로 하여 이해되어져야 할 것이며, 그에 대한 안티테제 이상의 것으로 수용할 수는 없기 때문에 행정행위론의 발전이 법관계론의 발전을 저해하는 것은 아니며, 양자의 발전은 현대행정법의 향후 발전을 위하여 상호보완의 관계에 있다고 이해하여야 한다.⁸²⁾ 특히, 헤벌레(Häberle)와 같이 독일기본법이 규정한 사회국가에 있어서 법관

81) Maurer, *aa.O.*, S.138f.

82) 入見 剛, 前掲論文, 131~132頁.

계론을 국민이 국가에 근접하는 수단으로 취급한다면,⁸³⁾ 비정형적 행정작용의 이론적 체계로서 법관계론의 역할이 제고되게 된다. 즉, 법관계는 실제법적 요소와 절차법적 요소로 구분되는데, 절차적 요소에 의하여 국민은 국가에 접근할 수 있는 것으로 되며, 이 절차적 요소에 의하여 법관계중에 협력적 요소가 존재하게 되고, 또한 법관계 중에 헌법원칙이 수용되며, 행정법의 해석에 있어서 법관계론은 의미를 가지게 되는 것이다.

IV. 結 論

이상으로 오늘날의 현대국가에 있어서 행정수단의 변화모습과 이에 대응하여 최근 독일에서 논의되고 있는 행정법학의 개혁론에 대한 일단면을 묘사하였다. 그러나 이러한 행정법학의 개혁론은 아직 몇몇 학자들에 의한 시론의 단계에 머물고 있는 실정이다. 따라서 행정법학의 새로운 이론체계구축은 향후의 과제로 남겨두고, 여기에서는 독일의 행정법개혁론에 대한 간략한 본인의 생각을 제시함으로써 결론을 맺고자 한다. 예컨대, 독일에 있어서 행정법개혁론의 사고는 크게 두 방향으로 전개되고 있는데, 그 하나는 행정의 다양한 전개, 특히 그 형성적인 역할에 주목하여 행정권을 권력의 담당자가 아니라 (행정과 개인의 협력에 의하여 사회질서를 형성하는) 사회의 관리자로 보는 견해이고, 다른 하나는 행정이 다양한 전개를 수행할지라도 행정권을 기본적으로 권력의 담당자로 이해함으로써 법치행정의 원리와 행정권에 대한 개인의 권리보호가 중요하다고 보는 견해이다.

오늘날의 현대국가에 있어서 빈번하게 활용되고 있는 새로운 행정수단, 특히 비정형적 행정작용을 적극적으로 평가하기 위해서는 전자의 견해가 유용하지만, 행정과 시민의 과도한 대등성의 강조는 현실적으로 행정이 권력의 담당자라는 사실에 비추어 곧 바로 수용하기는 어려울 것으로 생각된다. 따라서 향후 행정법학의 새로운 이론체계는 개인의 권리와 이익보호를 위한 방어형의 법제도를 근간으로 하여 현대행정의 특색을 반영하는 방향으로 나아가야 할 것이다.

83) Häberle, *aaO.*, S.248ff., 270.