

독일 행정절차법 35주년 : 유럽지침과의 관계와 법정책학적 시각에서 본 독일행정절차법¹⁾

I. 서 언

독일 연방 행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz)은 1976년 5월 25일 제정되어 1977년 1월 1일에 발효되었다. 2002년 8월 21일의 행정절차 규정에 관한 개정 제3차 법률²⁾을 통해서 전자화(elektronische Kommunikation)에 관한 내용을 명시화하였고, 이때 새로 추가된 제3a조와 제37조 제4항을 기본조항으로 하여 전자정부, 특히 시민의 행정행위를 발하는 신청 등이 전자문서로 가능하게 되었다. 위와 같은 수차례의 개정과정을 거쳐 마지막으로 새로 개정된 연방 행정절차법은 2003년 2월 1일부터 시행되고 있다. 이러한 과정 속에 2011년 현재, 독일은 행정절차법 제35주년을 맞이하였다. 이를 계기로 독일 슈파이어 행정대학원(Deutsche Hochschule fuer

Verwaltungswissenschaften in Speyer)에서는 ‘독일 행정절차법의 발전과 비전’이라는 주제로 심포지엄이 열렸다.

본 글은 심포지엄에서 발표되고 논의된 주제 중 유럽지침의 독일법으로 전환 과정에서의 법전화 가능성 여부 등을 중심으로 한 “유럽지침의 독일법전으로의 전환과 법정책학적 관점”에 대해서 소개하고자 한다. 이 외에도 독일 행정절차법의 뜨거운 화두는 행정절차상의 화해와 조정절차의 실효성 문제, 급부행정과 허가절차의 신속화 문제 등이다. 행정절차상의 화해와 조정의 문제는 ‘Stuttgart 21(슈트트가르트 21)’ 프로젝트의 시행- 바덴뷔르텐주(Baden-Wuerttemberg)의 슈바르츠발트(Schwarzwald) 산맥을 통과하는 철도 개통-을 두고 벌어진 환경단체와 정부간의 논쟁에서 대두되었다. 슈트트가르트 21



1) 본 입법동향 소개 글은 독일 행정대학원 슈파이어에서 열린 독일행정절차법 제35주년 그 의미와 전망에 대한 하이델베르크 대학의 Wolfgang Kahl 교수 글을 일부 발췌하여 소개한 것이다. 따라서 직접적인 번역이 아니므로 이와 관련한 자세한 내용은 NVwZ, 8. 2011, 449 이하 참조

2) 첫 번째 개정법률은 소급효가 있는 보조금 결정과 여타의 이행결정의 철회 내지는 직권철회와 철회의 몇몇 결과규율에 관한 것이고, 두 번째는 컴퓨터로 작성된 문서의 공증(제33조)과 즉시 강제수락의 허가(제61조 제1항)에 관한 것이다.

의 문제는 정치적 문제를 넘어서 시민의 참여를 바탕으로 하는 행정절차법의 문제로서 깊이 있는 논의가 진행되고 있다. 이에 관한 소개는 다음에 하기로 한다.

II. 유럽법과 행정절차법과의 관계

1. 유럽법이 미친 영향으로 나타난 학문적 성과

유럽법원의 판결과 유럽법이 독일 행정절차법에 미친 영향은 다양한 모습으로 나타나는데 그 중 하나가 학문적인 요청이다. 즉, 독일에서는 유럽화가 가지고 온 여러 종류의 모델(이 중 하나가 ‘Von-Zu-Modellen’이다)이 존재하는데 이러한 모델에 대한 개념정리를 위하여 관련된

법적 개념들을 구체적으로 발전시키고자 하는 노력이 있다.³⁾ 또한 여전히 국내법, 또는 회원국 간의 법비교가 부족한 현실에서 유럽법을 독일 행정법으로 전환시키기 위하여 추가적으로 행정법 영역에서 기속적인 법 규정들과 유럽법의 기본원칙들 간의 비교가 활발히 이루어지고 있다. 이는 법전화 과정에서 문제가 되는 부분에 대하여 도그마적인 해결을 넘어서 실질적인 모델을 통한 연구를 진행함으로써 그 해결책을 얻으려고 하는 노력의 결과라고 할 수 있다.

2. 직·간접적인 유럽화의 매커니즘

유럽법의 독일법전화 과정은 직접적인 유럽화의 과정으로⁴⁾ 간접적인 유럽법의 영향으로 인한 국내법에서의 충돌을 피하기 위해서 애매모호한 평가들과 규정들을 현실화시키고자 직접적



3) 이 외에도 기관화, 재정립화와 국내법의 재구조화 사이에서의 국내적 관점에서 구분되어질 수 있다; *Eberhard Schmidt-Abmann*, *Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2008, § 27 Rn. 71면 참조; *Dieter H. Scheuing*, “Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht”, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann (Hrsg.), “Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns”, 1994, 289면 (298 이하, 331 이하); 동지로서 행정소송법의 관점에서의 예와 함께 *Friedrich Schoch*, *Impulse des Europäischen Gemeinschaftsrechts für die Fortentwicklung der innerstaatlichen Rechtsordnung*, VBIBW 2003, 297(301), 300면, “Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts”, in: *FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003, 507면 (513); 다른 개념설명으로 *Karl-Peter Sommermann*, *Europäisches Verwaltungsrecht oder Europäisierung des Verwaltungsrechts?*, DVBl. 1996, 889면 “Überlagerung, Durchdringung und Verdrängung der Normen des nationalen Verwaltungsrechts”.

4) 기본적인 내용은 *Karl-Peter Sommermann*, “Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss – Analyse aus deutscher Sicht”, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), *Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts*, 2008, 193 이하 면; 동지 *Matthias Ruffert*, “Europäisierung des Verwaltungsrechts”, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum (IPE)*, Bd. V, im Erscheinen, § 95, 40면.

으로 법문에 그 내용을(예를 들어, 유럽-업무지침) 적용시키고자 하였다.⁵⁾ 이러한 과정에서 실질적으로 강요된 법률적 현실화 욕구가 있었던 것은 아니다. 다만, 간접적인 유럽화의 영역에서는 사실상의 정치적인 압력이 크게 작용하기도 하는데, 이는 친유럽법적 해석이나 이로 인해서 결정된 사항들이 과도하게 유럽법적으로 변경되는 부작용을 불러일으키기도 한다. 이러한 효과 중 하나가 ‘spill-over’이다.⁶⁾ 독일 행정절차법 제40조와 제45조, 제46조는 유럽법의 현실화 과정 속에서 유럽법의 규정과 국내법 규정의 통일성을 위해서, 국내법의 2중 법적 체계의 혼돈을 막기 위해서 각각 요구되는 규정의 목적들을 비교하여 그 목적에 일치하도록 제정되었다.

3. 조화와 중앙집권적인 경향

위와 같은 유럽화의 진행과정을 살펴보면, 순수한 사법적 고려는 매우 축소된 편이다. 따라서 다음과 같은 점들이 유럽법의 독일법전화 과정

에서 간과되어서는 안 되는데, 첫째, 국내행정법의 원칙들과 이와 관련한 유럽재판소의 결정들 뿐만 아니라 유럽행정연합과 얽혀 있는 여러 분야에서 유럽기본권헌장의 내용을 강화시킬 필요가 있다. 특히, 유럽기본권 헌장 제41조(좋은 행정을 받을 권리)⁷⁾ 유럽 시민들에게 적용되는 좋은 행정실무를 위한 지침으로서, 유럽차원에서 (직접적) 집행의 원칙을 위한 법전화가 이루어지는 경우에 이 규정은 더욱 유효할 것으로 보인다. 이에 대해 Wolfgang Weiß는 ‘무시할 수 없는 청원(unhintergebares Petition)’이 발생할 수 있는 근거로서 이를 제시하기도 하였다.

위와 같은 좋은 행정을 위한 지침은 유럽국가들이 각국의 국민들을 위해 중요한 결정을 함에 있어서 상호 신뢰를 구축하게 하는 기본지침으로 여겨질 수 있는데, 실질적인 예로, 보상에 관한 것을 생각해 볼 수 있다. 보상을 실현하는 과정에서는 절차 또는 관례적이고 통상적인 판례의 통제가 따르게 되는데, 이때 나타날 수 있는 행정의 실질적·법적 결정의 문제에 있어서 ‘중



5) *Stefan Kadelbach*, “Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss”, 1999, 32·35면, 여기서 언급하고 있는 “체계다툼”이라 함은 서로 다른 법규범의 목적규정으로 인하여 국내법적으로 내부의 통일성 결여의 문제가 발생한다는 것이지 이것이 대립이나 충돌을 의미하는 것은 아니다. 따라서 이러한 체계다툼에 관한 해결은 체계들 사이를 이어주는 것을 통해서 또는 두 개의 하위체계에서 내부적인 법규정을 분할하는 것에 의해서 찾아질 수 있다.

6) *Matthias Ruffert*, Europäisierung des Verwaltungsrechts, in: Armin von Bogdandy/Sabino Cassese/Peter M. Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum (IPE), Bd. V, im Erscheinen, § 95 Rn., 41면

7) 포괄적인 내용은 *Kai-Dieter Classen*, “Gute Verwaltung im Recht der Europäischen Union”, 2008; *Kristin Pfeffer*, “Das Recht auf eine gute Verwaltung”, 2006.

은 행정을 받을 권리”가 고려되어 질 수 있다.⁸⁾ 자기구속적 행정은 행정법의 하나의 원칙으로서, 보상의 문제에 있어서 유럽 행정법의 일반 원칙으로서 작용하고, 이는 행정법의 법원칙의 서열에서 유럽법적인 문제를 해결하고자 하는 시도라고 보여진다.⁹⁾ 이러한 현상으로부터 판단여지, 재량, 계획재량 및 독일 행정절차법 제 46조 규제재량의 문제를 생각해 볼 수 있는데, 명백한 절차적 흠결이 있는 경우에 발생하는 결과는 항상 부정된다는 해석이 타당하다는 결론에 이른다.¹⁰⁾ 이러한 해석을 토대로 독일에서는 ‘규제재량’, ‘규제행정’ 또는 ‘독립행정’이 ‘절차화’라는 키워드를 가지고 유럽법과 조화를 이루고, 부분적인 중앙집권화의 경향으로 나타나고 있다.¹¹⁾ 더 나아가 유럽국가 간의 분쟁이나 충돌에 대한 해결책을 제시하기 위해서 개념정리를 새롭게 하고자 할 뿐만 아니라, 새롭게 정립한 개념을 분석하고 개별적인 상황을 고려하여 그 해결책을 찾으려고 하는 노력이 시작되고 있다.

4. (실질적) 유럽법으로서, (형식적) 국내법으로서의 행정절차법

오늘날 독일 행정절차법은 유럽법의 시각에서 본다면 전체적으로 광범위하게 인정될 수 있다. 왜냐하면, 유럽법 규정들이 행정절차법에 들어와 특히 판례법적인 유형으로 표현되고 있고, 또한 이러한 유럽법의 규정 내용들은 약 1980년대 중반부터 행정절차법에 들어와 이와 관련된 내용들을 새로운 틀로 전환하여 그 내용을 유지하고 있기 때문이다. 다시 말해서 이는 유럽법이 행정절차법의 내용을 단지 표면적으로 폭넓게 강화시켰다는 것을 의미할 뿐만 아니라 부분적으로도 깊이 있게 다루어 구조적인 면까지도 새롭게 형성하였다는 것을 의미한다.

행정절차법 탄생 35주년을 맞이하여 이를 의미 있게 평가해 본다면, 행정절차법이 비로소 실질적인 ‘유럽법’의 모습을 하게 되었다는 것이고, 이에 대한 장점을 언급한다면, 유럽화의 상대적 견고화¹²⁾를 들 수 있다. 그럼에도 불구하고



8) *Hanns Peter Nehl*, “Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung” 비교, 2002, 168 이하 면; *Eckhard Pache*, “Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum”, 2001, S. 397; *Jürgen Schwarze*, “Europäisches Verwaltungsrecht”, 제2판, 2005, 308·354면; 근본적인 문제에 대하여 *Rainer Wahl*, “Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Perspektive”, in: Hermann Hill/Rainer Pitschas (Hrsg.), “Europäisches Verwaltungsverfahrenrecht”, 2004, 357 이하 면.

9) *Jürgen Schwarze*, “Verfahren und Rechtsschutz im europäischen Wirtschaftsrecht”, DVBl. 2010, 1325 (1326, 1331면).

10) *Ulrich Stelkens*, “Der Eigenwert des Verfahrens im Verwaltungsrecht”, DVBl. 2010, 1078 (1085). 1084면

11) 유럽에서 회원국간의 협력과정에서 증가하는 목표합의 현상에 대하여 *Karl-Peter Sommermann*, “Europäisches Verwaltungsrecht als die großartigste Rechtsbildung der Weltgeschichte?” – Die Vision von Lorenz von Stein aus heutiger Perspektive, DÖV 2007, 859면(865).

12) 이와 관련하여 *Wolfgang Kahl*, “Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee”, Beiheft 10, Die Verwaltung 2010, 40면(42).

놀라운 사실 중 하나는 유럽-업무지침의 전환을 고려하지 않는다면, 현실화된 국내법¹³⁾으로서의 행정절차법이 사실상 그리 특별하거나 새로운 해답을 주는 것이 아니라¹⁴⁾ 단지 유럽법적인 전환의 과정에서 발생한 산물이라는 것이다. 왜냐하면 현실해결의 답은 전환된 행정절차법에 있는 것이 아니라 사법부, 특히 특별법의 해석에서 찾아지기 때문이다. 그럼에도 불구하고 더 나아가 유럽법의 행정절차법화되는 과정에서의 법전화의 가능성과 그 역할을 고려해 본다면,¹⁵⁾ 행정절차법은 유럽화 과정의 모습을 통해서 행정절차법 자신의 출구를 찾으면서, 합리화기능, 부담경감기능, 혁신과 개혁기능 및 투명성기능, 방

향성 기능과 안정성기능 등을 할 수 있을 것이고, 따라서 어떻게든 확실히 야심차게 기획된 법전화를 가능하도록 하게 할 수 있다.

Ⅲ. 유럽법의 영향력 행사에 따른 독일행정절차법의 전환

독일행정절차법 제8a조 이하, 제42a조, 제71a조 이하 규정들은 내용적으로 유럽지침을 성공적으로 법규범화시킨 예로 다루어진다 (*Utz Schliesky*¹⁶⁾). 이러한 새로운 규정들은 또한 ‘spillover’ 효과라고도 불리는데, 이는 유럽법으로써



- 13) *Friedrich Schoch*, Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrechts, in: Eberhard Schmidt-Abmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, 279면 참조.
- 14) 이에 유사한 비판은 *Burgi Martin Burgi*, Verwaltungsverfahrensrecht zwischen europäischem Umsetzungsdruck und nationalem Gestaltungswillen, JZ 2010, 107면: Das “oberste Gestaltungsziel” des VwVfG sei “offenbar die Nicht-Gestaltung”.
- 15) *Wolfgang Kahl*, “Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtswicklungen”, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann (Hrsg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 67면(89 ff.); 동지로서 *Martin Burgi*, “Übergreifende Regelung des Rechts der Regulierungsverwaltung – Realisierung der Kodifikationsidee?”, NJW 2006, 2439면 (2442); *Oriol Mir Puigpelat*, “Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrensrechts im Europäischen Verwaltungsverbund”, Beiheft 8, Die Verwaltung 2009, 177면(198 이하.); 최근에 더 발전된 내용은 *Wolfgang Kahl*, “Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee”, Beiheft 10, Die Verwaltung 2010, 56면.
- 16) 이하 *Utz Schliesky/Sönke E. Schulz*, §§ 8a 참조 VwVfG 개정법률 – “Die Europäische Verwaltungszusammenarbeit im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht”, DVBl. 2010, 601(603 이하, 608). 이에 대한 실질적 문제에 대해서는 *Franziska Kruse*, “Das Verwaltungsverfahrensgesetz und die Jahreszeiten – Die raison d’ être der Europäischen Verwaltungszusammenarbeit”, in: Hermann Hill (Hrsg.), “Verwaltungsmodernisierung”, 2010, 169면(184 이하.); *Lorenz Prell*, “Verwaltungszusammenarbeit im Binnenmarkt”, in: Martin Burgi/Klaus Schönenbroicher (Hrsg.), “Die Zukunft des Verwaltungsverfahrensrechts”, 2010, 48면(58면).

터 나온 추가적인 파급효과로서,¹⁷⁾ 유럽법적으로 강요된 기준을 넘어서 국내법에 자의적으로 그 지침의 내용을 적용할 수 있는지 여부를 요구하고 있다.

결론적으로 유럽 업무지침의 독일 행정절차법으로의 전환은 입법자의 입법능력을 시험하는 계기가 되었다.¹⁸⁾ 왜냐하면, 입법자는 21세기 현대 입법의 조건하에서 유럽법의 고려와 같은 폭넓은 입법에 대한 비판과 그 의미를 충분히 미래지향적으로 설계하여야 하며, 개념적으로 법전화하기 위한 노력을 게을리 하면 안 되기 때문이다. 특히 행정절차법의 전환은 규정된 내용의 범위를 벗어나 유럽법의 기본적 원칙에 충실하여 이루어졌는데, 이를 두고 행정절차법이 기본적인 방향을 제시하는 신호탄적인 역할을 하였

다고 하여, 이를 신호적 효력이라고 부른다. 이러한 신호적 효력은 기본적인 원칙으로부터의 전환으로 재생명화 또는 재유형화 기능¹⁹⁾을 수행하였다고 본다.²⁰⁾ 이를 계기로 행정절차법의 법전화에 대한 요구가 강해지고 있으며, 독일 입법자는 가능한 입법의 모델과 개별 규정의 수를 제한함과 동시에 원칙적인 규정을 제시하고자 한다. 이는 수많은 개별적이고 전문적인 법²¹⁾의 수정과 제정을 제한하는 효과와 예방적 탈규제화에 기여하기도 한다. 특히 특별법 영역(예를 들어, 상법)²²⁾에서 근본적인 규정과 유럽법의 전환으로 발생하는 명료한 근본 규정과 특별법과의 협력문제에 대한 해결은 많은 개별적인 규정 에 의하여 풀리는 것이 아니라 근본이 되는 원칙적 규정을 가지고 해결될 수 있다.



17) 이와 관련해서 *Martin Burgi*, "Verwaltungsverfahrenrecht zwischen europäischem Umsetzungsdruck und nationalem Gestaltungswillen", JZ 2010, 105 (108); *Karl-Peter Sommermann*, "Veränderungen des nationalen Verwaltungsrechts unter europäischem Einfluss – Analyse aus deutscher Sicht", in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), "Bestand und Perspektiven des Europäischen Verwaltungsrechts", 2008, 181면(195); 이에 관하여 *Karl-Heinz Ladeur*, "Supra- und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts" – eine Skizze, EuR 1995, 227(228) 참조, 이것과 관련하여 *Eberhard Schmidt-Abmann*, "Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund", in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Abmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), "Grundlagen des Verwaltungsrechts", 제1권, 2006, § 5 Rn. 34: "überwirkende Veränderungseffekte".

18) 유사한 견해로 *Heribert Schmitz/Lorenz Prell*, "Europäische Verwaltungszusammenarbeit – Neue Regelungen im Verwaltungsverfahrensgesetz", NVwZ 2009, 1121(1123).

19) *Jan Ziekow*, "Die Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Genehmigungsverfahrenrecht", GewArch 2007, 217면(224); "Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Verwaltungsverfahrenrecht", WiVerw 2008, 176면(180).

20) 같은 견해로 *Uechtritz* (Fn. 98), 65면; 비교 *Jens Kersten/Sophie-Charlotte Lenski*, Die Entwicklungsfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 42 (2009), 501면(533).

21) *Wolfgang Kahl*, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee, Beiheft 10, Die Verwaltung 2010, 72면.

22) Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht und in weiteren Rechtsvorschriften v. 17.7.2009, BGBl. I, 2091면 참조; 허가에 관한 내용은 § 6a GewO, § 10 Abs. 1 Satz 3 HandwO.

IV. 법적 관점에서 본 독일행정절차법이 나아가야 할 방향

위에서 살펴본 바와 같이 독일행정절차법에 적용되는 행정법은 과거 법률에 대한 이해와 이에 대한 미래지향적 적용가능성뿐만 아니라 갑작스럽게 변화하거나 형성되는 유럽법의 지침에 유연하게 대처할 수 있는 능력을 가져야 한다. 이러한 유연성을 위해서 법문에 법기술적으로 직접적으로 표현되지 않는 부분들은 부분적으로 '부수적 법규범'의 형성을 통해 유럽법의 내용형성을 유도할 수 있다. 이렇게 형성되는 법규범은 행정절차법 자체에서 나오는 것이 아니라,²³⁾ 입법자의 의도에 따라 법적 안정성을 토대로 하는 기본 원칙으로부터 형성되는 것이다. 따라서 입법자와 행정법학자는 포괄적이고 전체적인 관점에서 '행정절차법과 유럽법'과의 관계를 고려하여 어떻게 하면 좀 더 미래지향적으로 독일 행정절차법을 발전시킬 수 있을 것인가에 대하여 논의해야 할 것이다. 이를 위하여 다음과 같은 두가지 접근법이 제시될 수 있다.

1. 판례법과 특별법으로부터 "회피"를 통한 탈법전화의 확장

지금까지는 내용적인 확신과 실무적인 관점에서 실제로 채택한 내용을 가지고 조심스럽게 행정절차법의 유럽과 과정이 진행되고 있다. 이러한 접근법은 독일행정법원의 해석방법을 통해서, 더 나아가 개별적 사례를 통해서 발전할 수 있다. 왜냐하면, 경우에 따라서는 판례법이 기능적인 보충적 입법자로서 법률을 형성할 수 있고, 이렇게 형성된 법률이 유럽 법규의 원동력이 되며, 기술적으로도 유럽법에 일치하는 내용을 제시할 수 있다고 보기 때문이다.

이러한 접근법으로 본다면, 독일 행정절차법은 더 이상 법전화가 될 수 없고, 탈법전화²⁴⁾의 길로 들어서게 되는 것은 아닌가 하는 의문이 제기된다.²⁵⁾ 또한 부분적으로 영국의 법사상과 케이스법 모델이 짧게 또는 길게 유럽 내에서 더 '강하게' 실행되어지고, 독일의 도그마판례법적 법치국가 모델이 점차로 제한되는 것은 아닌가 하는 우려가 제기되기도 한다. 그럼에도 불



23) *Wolfgang Kahl*, "Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee", Beiheft 10, Die Verwaltung 2010, 73면. 이에 대한 비판적인 견해, *Klaus Ferdinand Gärditz*, in: Karl Heinrich Friauf/Wolfram Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattwerk (Stand: 1/2011), C Art. 20 (6. Teil), Rn. 94 참조.

24) *Wolfgang Kahl*, "Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee", Beiheft 10, Die Verwaltung 2010, 64면 이하.

25) *Franz Reimer*, "Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab", in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, § 9 Rn.; 특히 부분적으로 *Gregor Kirchhof*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, 47면 이하, 147 이하 참조.

구하고 단지 이를 공법적인 문제로만 그 의미를 축소하여 받아들이려고 하는데, 그 이유는 공법은 민법과 달리 구조적으로 법전화가 불가능하다는 것이다. 왜냐하면, 체계를 형성하는 주체가 민법과는 달리 다양한 영역 내에서 수직적인 법규범의 수범자가 되기 때문이다.²⁶⁾ 과연 공법영역에서의 법전화가 불가능한 것인지에 대한 논의는 다음의 접근법에서 해소될 수 있다.

2. 행정절차법에 연결된 유럽화 과정에서의 재법전화

탈법전화 개시에 다음과 같은 점들이 더불어 설명될 수 있다. 유럽법 규정의 가장 큰 부분은 확실하게 다른 법들과는 다르게 특별하다는 것이다. 즉, 유럽법의 원칙적인 부분들이 단지 특별한 전문법 영역에서만 정확히 맞아 떨어진다라는 것이다. 이것은 다시 말해, 특별히 전문법 영역에서 충분히 세분화, 규범화될 수 있다는 것을 의미한다. 또한 국내 법원을 통한 법형성에 관한 기준이 개별적인 법영역의 경우에 있어서 항상 필수

적으로 필요한 것은 아니다. 개별행정법 영역에서 요구되는 '사전 조정'의 명확성과 확실성 및 개별적 사례에서 요구되는 규범의 판례법적 '사후 조정' 이외에도 일반 행정법 영역에서도 학문적인 입안이 요구되고 있으며, 이에 대해 입법자는 기본적인 의도를 가지고 법전화를 가능하게 할 수 있다.²⁷⁾ 구체적으로 일반 행정법영역에서의 법전화는 장래에 그리고 지금 유럽화의 과정을 위한 하나의 중요한 기능을 함과 동시에 유럽 내에서 그리고 유럽의 영역을 넘어서서 독일 법규범의 '개념화와 체계화능력(Rainer Wahl)'²⁸⁾을 확보함에 그 중요한 의미가 있다. 또한 일반적으로 강화된 '법규정적 경쟁'의 관점도 함께 고려 되어질 수 있는데, 일반적인 영역에서의 법전화는 그 영역이 다른 영역에 미치는 연결능력과 규정능력을 통해서 필연적으로 개별법규정의 전문법화를 이끌어 낼 수 있다. 이는 법기술적으로 전문법을 다원화시키면서도 단편화시켜 규정할 수 있다는 것을 의미한다. 이러한 전제로부터 유럽행정법은 독일 행정절차법의 재법전화를 제안하는 계기로 이해되기도 한다.²⁹⁾



26) *Oliver Lepsius*, "Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts", Beiheft 10, Die Verwaltung 2010, 179면(194) 참조.

27) *Wolfgang Kahl*, "Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee", Beiheft 10, Die Verwaltung 2010, 43면; 동지로서 *Jens Kersten/Sophie-Charlotte Lenski*, "Die Entwicklungsfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts", Die Verwaltung 42 (2009), 528면 이하.

28) *Rainer Wahl*, "Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen", in: Hans-Heinrich Trute u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2009, 869면(883).

29) *Wolfgang Kahl*, "Die Europäisierung des Verwaltungsrechts als Herausforderung an Systembildung und Kodifikationsidee", Beiheft 10, Die Verwaltung 2010, 82 이하 면.

구체적으로 유럽법이 독일 행정절차법으로 법전화되는 과정에서 다음과 같은 점들이 고려되어야 한다. 첫째, 유럽연합의 회원국간의 문제를 체계적이고 통합적으로 해결하기 위한 노력의 반영으로 국내의 의회에서 제정되어 민주적 정당성과 법치국가적 안정성이 요구되는 연결기능을 해야 한다. 둘째, 유럽과 관계되어 행정절차법의 몇몇 부분의 개별 항목의 변경이 현실적으로 실현되어야만 하고, 이러한 변경은 법적 안정성과 법적 명확성을 근거로 이루어져야 한다. 셋째, 법정책적으로 바람직한 요구를 가지고 유럽법 내에서 충분히 규정될 수 있는 내용이 법전화되어야 하며, 이런 경우에도 탈집권화적인 조정을 보장할 수 있는 내용을 담보하기 위하여 필수적인 범위 내에서 최소한의 내용을 규정하는 법전화가 요구된다. 따라서 이러한 경우에 개별 항목의 변경은 개별규범들을 새롭게 이끌어 내거나, 아니면 별도의 장으로 구분하여 법전화시킬 수도 있다. 넷째, 법전화를 현실화시키는 요구는 반드시 유럽법의 지침을 만족시켜야 된다.

이러한 점을 고려한다면, 다음과 같은 예로 법전화가 이루어질 수 있다. 1) 보조금결정이나 행정절차법 제49조 제2항 제1문에 따르는 법적 상황에 대한 취소를 함에 있어서 행정절차법 제

48a조를 생각해 볼 수 있다. 2) 나아가 ‘국가간 유럽 행정법’이라는 타이틀을 가지고 추가적으로 8장이 시작될 수 있다(행정절차법 제94조 이하).³⁰⁾ 이 부분은 다시 3개의 절로 구성될 수 있는데, 다음과 같다. 제1절 ‘일반규정’, 제2절 ‘국제 행정법’, 제3절 ‘유럽 행정법’이다.³¹⁾ 이 장에서 핵심적으로 다루어야 할 것은 특히 유럽 행정법의 법전화에 있다.

따라서 제3절의 법전화가 원칙적으로 중요하게 규정되는 구조를 가지고 있으므로, 특히 유럽 행정법에 관한 장에서는 체계적이고, 독립된 법, 특히 다음과 같은 3가지의 목적이 달성되어야 하는데, (1) 협력행정(특히, 감독청의 협조, 행정응원), (2) 정보행정(특히, 개인정보의 수집, 개인정보의 전달, 개인정보보호), (3) 유럽 행정연합에서의 참여행정(특히 경계를 넘는 시설의 허가, 시민참여, 통합을 위한 협력권)을 위한 법을 만들어야 한다. 이때, 행정절차법 제8a조 역시 핵심적인 의미에서 위에 구성된 내용을 바탕으로 규정될 수 있다. 따라서 시기에 따라서는 행정절차법 제8a조 이하를 유럽행정법을 위한 장에 편입하는 범위 내에서 그 내용을 발전시켜야만 할지도 모른다. 이렇게 본다면, 현존하는 법문을 재형성하는 잠재력은 여전히 존재하는 것으로 이에 대한 논의도 동시에 병행되어야 한다.³²⁾



30) 지금까지의 제8장은 제9장(§§ 94-102 VwVfG)에 해당할 수 있다.

31) Matthias Ruffert, "Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts", in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 제1권, 2006, § 17 Rn. 143 이하 면.

32) Franziska Kruse, "Das Verwaltungsverfahrensgesetz und die Jahreszeiten – Die raison d' être der Europäischen Verwaltungszusammenarbeit", in: Hermann Hill (Hrsg.), Verwaltungsmodernisierung 2010, 187면.

V. 결 어

정리해 보면, 유럽의 행정법학은 유럽행정법의 문제로 국한하여 다루어지기 이전에 유럽연합의 헌법적인 문제, 나아가 유럽의 행정연합을 구속할 수 있는 행정법의 일반원칙을 구축하고, 이에 따라 각국의 국내법에 그 일반원칙을 규정할 수 있는 절차법적 법전화 과정을 통해서 행정법을 통일하고자 하는 일반 행정법학의 연구영역으로 다루어져야 할 것이다.³³⁾ 여기에 (독일과 유럽의) 행정소송법과 행정절차법을 동시에 같은 연결고리를 가지고 구체적인 문제가 발생한 경우에 이를 해결할 수 있는 행정법적 토대를 만들고자 한다.

이와 관련하여, 국내 행정청에 의한 고시가 아닌 외국, 크게는 유럽연합의 행정행위에 대한 고시가 어떠한 영향을 미칠 수 있는지에 대하여 생각해 볼 수 있다. 지금까지는 국내의 행정절차상의 고시에 국한하여 그 해결책을 생각하느바,³⁴⁾ 그 경계를 넘는 지침의 고시나 외국의 행정청이나 법원이 행하는 행정행위에 대하여 국가간 행

정행위의 존속력을 어떻게 이해할 수 있는지가 우선적으로 규명되어야 하며, 그 결과에 따라 권리구제 방법이 달라지게 될 것이다. 특히 이것은 도그마적으로 형성되어, 단계적이거나 혼합적인 결정이 될 수도 있다.³⁵⁾ 어떠한 경우에는 보조금법과 같이 당사자가 명확히 존재하지 않는 절차형성의 당사자 흠결의 문제가 발생할 수 있다. 이러한 문제들을 해결하기 위해서는 단순히 법전화의 문제를 언급하기 이전에 학문적인 해석을 병행해야 할 것이며, 이러한 해석을 법정책적인 면과 접목시켜야 할 것이다. 이를 위해서는 늘 그렇듯이 학문적인 대화와 실무적인 대화가 양방향으로 심도 있게 진행되어야 하며, 이러한 실질적 노력을 통해서만 완전한 유럽법의 행정절차법적인 전환을 이끌어 낼 수 있을 것이다.

이 지 희

(해외입법조사원, 독일 슈파이어 행정대학원)



33) 이와 관련한 기본적인 내용은 *Wolfgang Weiß*, *Der Europäische Verwaltungsverbund*, 2010, 152면 이하.

34) 이에 관해, *Christoph Ohler/Tobias Krüis*, "Die Bekanntgabe inländischer Verwaltungsakte im Ausland", *DÖV* 2009, 93 이하 면.

35) 이와 관련하여 *Rainer Pitschas*, "Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht und Handlungsformen der gemeinschaftlichen Verwaltungskooperation", in: Hermann Hill/Rainer Pitschas (Hrsg.), "Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht", 2004, 301 이하 면 및 *Rainer Priebe*, "Handlungsformen für Verwaltungskooperation im europäischen Staatenverbund", in: 위 논문집 337 이하 면 참조.