creative commons
COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학박사 학위논문

독일 행정법에 있어 '조종학적 방법론' 논의에 관한 연구

2022년 8월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

문 중 흠

독일 행정법에 있어 '조종학적 방법론' 논의에 관한 연구

지도교수 朴 正 勳

이 논문을 법학박사 학위논문으로 제출함

2022년 5월

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

문 중 흠

문중흠의 박사 학위논문을 인준함

2022년 7월

위 원 장 _____ (인)

부위원장 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

위 원 _____ (인)

국문초록

독일 행정법에 있어 '조종학적 방법론' 논의에 관한 연구

서울대학교 대학원

법학과 행정법전공

문 중 흠

본 논문은 행정법학의 방법론에 관한 비교법적 연구이다. 그중에서도 특히 독일 행정법에 있어 조종학적 방법론에 관하여 논한다. 조종학파는 21세기 무렵에 나타난 행정현실의 변화로 독일 행정법이 중대한 위기에 처했다고 진단하면서 전통적 행정법학의 개혁을 주장하고 있다. 1991년부터 2003년까지 진행된 학술대회에서 행정법 개혁논의를 진행하였는데, 행정법학을 행위주체인 행정을 조종하는 학문으로 이해하면서 조종학적 방법론을 주장하였다.

조종학적 방법론 논의는 민주를 주목하여 행정에게 자율성을 인정하고, 동시에 공익을 실현하는 행정활동의 한계를 객관법적으로 규율하고자 한다. 즉, 민주법치국가의 성숙한 행정법으로 나아가기 위해 노력한다. 이를 위해 행정법의 행위규범성과 행정활동의 전제조건인 조직, 절차 그리고 예산과 재정을 주목한다. 또한 순수한 규범과학적 관점만으로는 행정을 온전히 파악하고 규율할 수 없기 때문에 행정학을 매개로 하여 학제적 연구를 시도한다. 한편, 私化에 따라 행정임무 실현의 결과를 담보하기 위해 현실인식과 결과환류를 강조한다.

조종학적 연구 경향은 독일 내에서 유력한 견해로 부상하고 있다. 하지만

행정법학의 정체성의 상실과 법치국가 이념의 붕괴에 대한 우려를 근거로 많은 비판의 목소리가 존재한다. 전통적인 법학적 방법론은 주관적 권리구제를 강조하였다. 반면, 조종학적 방법론은 민주를 주목하여 국가공동체 속에서 모두가 주인으로 참여 · 협력하고, 더불어 살기 위해 법치의 객관적 측면을 조명하며, 이를 위해 행정법의 관점을 확장하여 종합과학으로 이해한다는 점에서 비교법적으로 중요한 의미가 있다.

조종학적 방법론 논의는 오늘날을 살아가는 우리에게 무엇보다 세 가지 차원에서 시사점을 제공한다. 기본관념의 차원에서 행정법을 모두가 주인이 되어 공동체를 이루어 조화로운 삶을 영위하기 위한 기준으로 이해하게 하고, 방법론의 차원에서 행정법학이 학제적 연구를 통해 종합과학으로 변화할 필요성을 생각하게 하며, 소송법의 차원에서 행정재판의 행정통제 기능과 공론의 장으로서의 역할을 주목하도록 한다.

주요어 : 조종학, 신행정법학, 방법론, 행정조직법, 행정절차법, 행정통제법, 민주법치국가, 종합과학

학 번 : 2015-30325

대 목 차

국문초록 ····· i
약어표 ····· xiv

연구의 목적 ····· 1
연구의 방법 및 범위 ····· 10

제1장 연혁적 고찰 ····· 12
제1절 개관 ····· 12
제2절 19세기 법치국가 이념과 법학적 방법론 ····· 15
제3절 20세기 사회국가 이념과 제도적 방법론 ····· 22
제4절 오늘날 보장국가 이념과 조종학적 방법론 ····· 27

제2장 기본관념 ····· 38
제1절 조종의 의의 ····· 39
제2절 민주법치국가 ····· 54
제3절 종합과학 ····· 69
제4절 소결 ····· 77

제3장 방법론 ····· 79
제1절 개관 ····· 79
제2절 행정에 관한 객관법적 규율 ····· 81
제3절 융합과 법비교 ····· 90
제4절 현실분석과 결과환류 ····· 101
제5절 소결 ····· 107

제4장 구체적 영역 ····· 109
제1절 행정조직법 ····· 109
제2절 행정절차법 ····· 141
제3절 행정통제법 ····· 165

제5장 평가 및 시사점 ····· 197
제1절 평가 ····· 197
제2절 시사점 ····· 222

제6장 요약 및 결어 ····· 246
제1절 요약 ····· 246
제2절 결어 ····· 250

참고문헌 ····· 252

Abstract ····· 265

목 차

국문초록 ····· i
약어표 ····· xiv

연구의 목적 ····· 1
연구의 방법 및 범위 ····· 10

제1장 연혁적 고찰 ····· 12
제1절 개관 ····· 12
Ⅰ. 방법론과 학문성 ····· 12
Ⅱ. 방법론과 시대적 배경 ····· 14
제2절 19세기 법치국가 이념과 법학적 방법론 ····· 15
Ⅰ. 시대적 배경 ····· 15
Ⅱ. 오토 마이어의 법학적 방법론 ····· 17
Ⅲ. 기여 및 한계 ····· 19
제3절 20세기 사회국가 이념과 제도적 방법론 ····· 22
Ⅰ. 변화된 시대상 ····· 22
Ⅱ. 포르스트호프의 제도적 방법론 ····· 24
Ⅲ. 기여 및 한계 ····· 25
제4절 오늘날 보장국가 이념과 조종학적 방법론 ····· 27
Ⅰ. 오늘날의 상황 ····· 27
Ⅱ. 보장국가 이념 ····· 30
1. 개념 ····· 30
2. 보장책임과 책임분배 ····· 31
3. 보장행정법 ····· 32
Ⅲ. 개혁논의로서 조종학적 방법론 ····· 33

제2장 기본관념 ····· 38
제1절 조종의 의의 ····· 39
Ⅰ. 조종개념 ····· 39
1. 사회과학적 조종이론 ····· 39
2. 법학에서의 조종개념 ····· 41
3. 평가 ····· 44
Ⅱ. 기능 ····· 45
Ⅲ. 유형 ····· 46
1. 주체에 따른 분류 ····· 47
(1) 국가조종 ····· 47
(2) 공동조종 ····· 48
(3) 자치행정 ····· 48
2. 프로그램 및 공익실현 모델에 따른 분류 ····· 49
3. 강도에 따른 분류 ····· 50
(1) 조종의 불행사 ····· 51
(2) 불완전한 조종 ····· 52
(3) 과잉조종 ····· 53
제2절 민주법치국가 ····· 54
Ⅰ. 민주 ····· 54
1. 법치의 근거로서 민주 ····· 54
2. 민주에 대한 조명 ····· 56
3. 민주적 정당성 ····· 58
(1) 주체 및 대상 ····· 58
(2) 방법 ····· 60
(3) 충분한 정당성 수준 ····· 61
Ⅱ. 참여와 협력 ····· 61
1. 체계요소로서 참여와 협력 ····· 61
2. 협력국가 ····· 62

3. 협력적 행정 ····· 64
Ⅲ. 법치의 객관성 ····· 65
1. 전통적인 주관적 법치 ····· 65
2. 법치에 있어 객관성의 강조 ····· 66
3. 권리구제에서 규제적 접근으로의 변화 ····· 67
제3절 종합과학 ····· 69
Ⅰ. 법에 대한 과학적 접근법 ····· 69
Ⅱ. 경험과학 ····· 70
1. 법규범의 현실성과 실효성 ····· 70
2. 실효성의 토대로서 충분한 법화 ····· 71
3. 실효적 법집행 ····· 72
Ⅲ. 가치과학 ····· 73
1. 법에 의거한 정의 실현 ····· 73
2. 실질적 정의의 문제로서 적실성 ····· 74
3. 실현양태로서 법정책 ····· 75
제4절 소결 ····· 77

제3장 방법론 ····· 79
제1절 개관 ····· 79
제2절 행정에 관한 객관법적 규율 ····· 81
Ⅰ. 행정의 자율과 통제 ····· 81
1. 행위주체로서 행정 ····· 81
2. 행위규범 ····· 82
3. 원리이론 ····· 83
Ⅱ. 행정활동의 전제조건에 관한 규율 ····· 85
1. 조직법적 규율 ····· 86
2. 절차법적 규율 ····· 87
3. 예산과 재정에 관한 법적 규율 ····· 88

제3절 융합과 법비교 ····· 90
Ⅰ. 융합 ····· 90
1. 학내성과 학제성 ····· 90
2. 학제적 연구의 방법론 ····· 92
3. 학제적 연구의 매개체 ····· 93
(1) 연결개념 ····· 93
(2) 모델 ····· 95
(3) 특별행정법 ····· 96
Ⅱ. 법비교 ····· 98
1. 필요성 ····· 98
2. 민사법에 있어 법권의 관념 ····· 99
3. 행정법 비교의 방법 ····· 100
제4절 현실분석과 결과환류 ····· 101
Ⅰ. 현실분석 ····· 101
1. 규범영역으로서 현실분석 ····· 101
2. 현실분석의 수단으로서 법실제연구 ····· 102
3. 법실제연구의 한계점 ····· 103
Ⅱ. 결과환류 ····· 103
1. 실효적 조종으로서 결과지향 ····· 103
2. 결과 반영을 위한 구조형성 ····· 105
3. 결과에 대한 관찰과 평가, 규범의 수정 그리고 학습 ····· 106
제5절 소결 ····· 107

제4장 구체적 영역 ····· 109
제1절 행정조직법 ····· 109
Ⅰ. 의의 ····· 111
1. 행정조직 ····· 111
(1) 전통적 관점 ····· 112

(2) 조종학적 관점 ····· 113
2. 행정조직법 ····· 116
(1) 전통적 관점 ····· 116
(2) 조종학적 관점 ····· 117
3. 기능 ····· 118
Ⅱ. 체계변화의 動因 ····· 119
1. 행정현실의 변화 ····· 119
2. 민주적 정당화 방식의 변화 ····· 120
3. 전통적 행정조직법 관념의 한계 ····· 121
Ⅲ. 법의 임무 ····· 122
1. 타당하고 실효적인 행정결정을 위한 대비 ····· 122
2. 조직편성 및 결정과정에 대한 규율 ····· 123
3. 임무에 적합한 조직형식의 제공 ····· 124
Ⅳ. 조직설계 ····· 126
1. 내부법관계의 규율 ····· 126
2. 정보관리와 조직학습 ····· 127
3. 계약 및 성과관리 ····· 128
Ⅴ. 참여 · 협력의 조직형식 ····· 129
1. 조직형식 선택 ····· 129
2. 위계조직 ····· 131
3. 참여 · 협력을 통한 조직형식의 확장 ····· 132
(1) 합의제 조직 ····· 132
(2) 전문가집단 조직 ····· 133
(3) 자치행정 조직 ····· 134
(4) 경제기업 조직 ····· 135
(5) 협력 조직 ····· 138
Ⅵ. 소결 ····· 140
제2절 행정절차법 ····· 141

Ⅰ. 의의 ····· 142
1. 전통적 관점 ····· 142
2. 조종학적 관점 ····· 145
Ⅱ. 체계변화의 動因 ····· 147
1. 행정현실의 변화 ····· 147
2. 행정절차와 행정재판의 기능적 관련성 ····· 148
3. 조종 지향의 절차 관념 ····· 149
Ⅲ. 법의 임무 ····· 150
1. 민주의 場으로서 행정절차 ····· 150
2. 동태적 행정과정에 대한 규율 ····· 152
3. 체계적 유형화 ····· 153
Ⅳ. 행정절차의 법화 ····· 154
1. 순기능 ····· 154
2. 역기능 ····· 155
3. 강도와 방식 ····· 155
Ⅴ. 참여 · 협력의 절차유형 ····· 157
1. 절차유형 확장의 필요성 ····· 157
2. 확장된 절차유형 ····· 157
3. 협력적 문제해결절차로서 조정 ····· 160
(1) 개관 ····· 160
(2) 재판절차 외에서의 조정 등 분쟁해결 절차 ····· 162
(3) 재판절차에서의 조정 ····· 163
Ⅵ. 소결 ····· 164
제3절 행정통제법 ····· 165
Ⅰ. 의의 ····· 167
1. 통제 개념 ····· 168
(1) 전통적 관점 ····· 170
(2) 조종학적 관점 ····· 171

2. 기능 ····· 172
Ⅱ. 체계변화의 動因 ····· 173
1. 행정현실의 변화 ····· 173
2. 의사소통 방식의 변화 ····· 174
3. 행정조종 방식의 변화 ····· 175
Ⅲ. 법의 임무 ····· 176
1. 민주법치국가의 요구로서 행정통제 ····· 176
2. 행정통제의 한계 설정 ····· 177
3. 행정통제의 체계화와 규범적 지향점의 제시 ····· 178
Ⅳ. 통제의 강도 ····· 180
1. 설계기준 ····· 180
2. 결정요인 ····· 182
3. 제약요인 ····· 183
Ⅴ. 통제의 방식 ····· 184
1. 재판통제 ····· 184
(1) 기여 ····· 184
(2) 한계 ····· 185
(3) 조종학적 관점의 인식 ····· 186
2. 통제 방식의 다각화 ····· 187
(1) 자율통제 ····· 188
(2) 재정통제 ····· 191
(3) 공개에 의한 통제 ····· 193
Ⅵ. 소결 ····· 196

제5장 평가 및 시사점 ····· 197
제1절 평가 ····· 197
Ⅰ. 독일의 논의 ····· 197
1. 비판 및 한계 ····· 198

(1) 기본관념 ····· 198
(2) 방법론 ····· 202
(3) 구체적 영역 ····· 207
2. 새로움에 대한 검토 ····· 211
3. 긍정적 평가 ····· 214
Ⅱ. 우리나라의 논의 ····· 215
1. 행정법에 대한 객관법적 인식 ····· 216
2. 행위주체로서의 행정과 행정법의 행위규범성 ····· 217
3. 방법론적 개방성과 다원성 ····· 218
Ⅲ. 종합적 평가 ····· 219
제2절 시사점 ····· 222
Ⅰ. 기본관념의 차원: 공동체의 조화로운 삶을 위한 행정법 ····· 223
1. 행정법 발전에 있어 우리나라의 현 상황 ····· 223
2. 궁극적 지향점으로서 공동체의 조화로운 삶을 위한 행정법 ····· 225
Ⅱ. 방법론의 차원: 종합과학 ····· 227
1. 행정법 연구방법 ····· 227
(1) 인접학문과의 학제적 연구 ····· 227
(2) 제도와 가치 ····· 228
(3) 입법과 정책 ····· 229
(4) 종합과학으로서의 성격 ····· 230
2. 구체적 방법론의 검토 ····· 231
(1) 경험과학 ····· 232
(2) 규범과학 ····· 235
(3) 가치과학 ····· 240
Ⅲ. 소송법의 차원: 행정통제 ····· 241
1. 공론의 장으로서 행정재판 ····· 241
2. 행정청 개념 확장의 필요성 ····· 243

제6장 요약 및 결어 ····· 246
제1절 요약 ····· 246
제2절 결어 ····· 250

참고문헌 ····· 252

Abstract ····· 265

약어표

a.a.O.	am angegebenen Ort (전게서 · 전게논문)
Aufl.	Auflage (판)
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter (법학잡지)
Bd.	Band (권)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (연방헌법재판소)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (연방헌법재판소 판결집)
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (연방행정법원 판결집)
ders.	derselbe (同人, 전게서 · 전게논문과 같은 저자)
DV	Die Verwaltung (법학잡지)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (법학잡지)
ebd.	ebenda (同人의 전게서 · 전게논문)
f., ff.	folgende Seite, fortfolgende Seiten (다음 면, 다음 면 이하)
Hg.	Herausgeber (편집자)
KJ	Kritische Justiz (법학잡지)
Rn.	Randnummer (옆번호)
RW	Rechtswissenschaft (법학잡지)
S.	Seite (면, 페이지)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (독일 국법학자대회 간행물)
VerwArch	Verwaltungsarchiv (법학잡지)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht (법학잡지)

연구의 목적

21세기 행정 내·외부에서의 환경이 급격하게 변화하고 있다.[1] 변화의 화두로 세계화, 디지털화, 이해관계의 다원화, 행정의 효율화 그리고 私化(Privatisierung)[2]에 따른 국가와 사회에 있어 책임분배의 변화 등이 언급된다. 최근 판례의 흐름을 살펴보더라도 이러한 변화를 반영한 듯 사법적 요소가 가미된 행정작용[3], 행정의 자율성에 대한 존중[4], 절차적 보장의 강화[5], 소의 이익의 확대[6] 및 세계화[7] 등과 관련된 사안이 다수 나타나고 있다. 행정법학[8]이 행정[9]을 법적 규율의 대상으로 삼고 있는 이상, 행정환경의 변화

---

1) 서원우, 행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제, 행정법연구 제7호, 2001, 2-4면; 이원우, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법연구 제48호, 2017, 86-96면 참조.

2) 민영화의 형태가 기업의 소유나 운영을 민간에 이양한다는 의미뿐만 아니라, 국가의 공임무에 사인이나 사법적 형식 등의 私的 요소가 가미됨으로써 국가책임의 변화 과정까지 포함하고 있음을 근거로, 민영화보다는 私化라는 용어가 적절하다는 견해는 타당한 것으로 보인다. 박정훈, 공·사법 구별의 방법론적 의의와 한계 - 프랑스와 독일에서의 발전과정을 참고하여, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 95-103면; 차민식, 국가임무의 기능私化와 국가의 책임, 2011, 10면; 박재윤, 독일 공법상 국가임무론과 보장국가론, 2018, 3면 등 참조.

3) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015두52395 판결(사법상 계약에 의거한 행정처분), 대법원 2016. 11. 24. 선고 2016두45028 판결(합의에 의거한 행정처분) 등 참조.

4) 대법원 2020. 9. 3. 선고 2020두34346 판결, 대법원 2017. 3. 15. 선고 2016두55490 판결(환경피해 우려 등 행정청의 예측적 판단에 대한 존중) 등 참조.

5) 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결(징계절차에 있어 변호사의 진술권 보장), 서울고등법원 2020. 9. 10. 선고 2020누38579 판결(징계절차에 있어 당사자의 열람·복사에 대한 권리 보장) 등 참조.

6) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2020두30450 판결(소의 이익에 있어 불분명한 법률문제에 대한 해명의 필요성 판단이 동일한 소송 당사자 사이로 한정되지 아니함) 등 참조.

7) 대법원 2018. 5. 15. 선고 2014두42506 판결(결혼이민자의 사증발급 거부처분에 대한 취소를 구할 법률상 이익), 대법원 2019. 7. 4. 선고 2018두66869 판결(결혼이민 체류자격의 요건으로서 혼인파탄에 관한 주된 귀책사유) 등 참조.

는 행정법학 체계와 과제의 변화를 야기한다는 점은 논리 필연적이다. 그렇다면 이와 같은 변화된 환경 속에서 행정법학은 어떻게 과제를 수행해야 할 것인가?

볼프(Hans J. Wolff)가 "법학은 체계적이어야 한다. 그렇지 않다면 아무것도 아니다."[10]라고 말한 것처럼, 행정법학이 임무를 수행하기 위하여 체계적이어야 한다는 것은 주지의 사실이다.[11] 그런데 행정법 체계의 근저를 형성하는 것은 방법론이고, 방법론은 또한 학문성의 핵심이다.[12] 따라서 행정법

---

8) 법에 관한 과학적 연구는 그 인식목표에 따라 가치과학, 규범과학 그리고 경험과학으로 나눌 수 있다. 이에 관하여 본서 제2장 제3절 (69면 이하)에서 자세히 논한다.

9) 행정 개념은 다양하게 정의된다. 적극적인 관점에서, 목적을 개념징표로 하여 국가목적 내지 공익을 실현하는 작용으로 이해하는 견해(목적설)와 실현의 양태를 개념징표로 하여 미래에 대한 계속적이고 사회형성적인 국가활동으로 이해하는 견해(결과실현설)가 있다. 소극적인 관점에서, 국가작용 중 순수한 입법작용과 사법작용을 제외한 나머지로 이해하는 견해(공제설)가 있다. 국가작용에 대한 법적 구속 및 사법심사의 확대에 기여할 수 있는 장점을 근거로 공제설이 다수설이다. 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 8-9면 참조. 주지하다시피 포르스트호프(Ernst Forsthoff)는 "행정은 정의할 수 없고, 단지 서술할 수밖에 없다."라고 한 바 있다. Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973, S. 1. 이는 순수한 규범과학적 관점만으로는 행정을 온전히 파악할 수 없다는 의미로 이해될 수 있다. Rainer Wahl, Herausforderungen und Antwort: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin 2006, S. 94 참조.

10) (Rechtswissenschaft zumindest ist systematisch oder sie ist nicht) Hans J. Wolff, Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 1952, S. 195-205 (205).

11) 체계화는 실무부담을 경감시키고, 구체적 법리를 제시하며, 법정책의 형성에 기여하고, 법의 발전에 대한 방향을 제시할 수 있다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 3-6; 김남진, 행정법총론의 기능과 관련 문제, 학술원통신 제334호, 2021, 5-8면 참조.

12) 박정훈, 행정법교육의 목표와 방향 - 행정법학의 여섯 가지 방법론과 관련하여, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 59-61면; Andreas Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht: Vorüberlegungen zu einem differenziert-

학에 있어 전통적 방법론을 변화된 행정현실에 맞도록 비판적으로 고찰하는 작업은 무엇보다도 중요하다. 예를 들어, 행정청이 토지형질변경허가[13]가 의제되는 사인의 건축허가 신청을 환경오염 내지 건축물 난립의 우려를 들어 거부할 수 있을 것인가? 이와 같은 실무적으로 빈번하게 발생하는 건축법 사례에서도 방법론적 접근시각에 따라 판단에 차이를 야기할 수 있다.

전통적으로 우리나라의 행정법학은 규범과학적 입장을 강조하여 왔다. 이는 1980년대 이후 권위주의 극복을 위해 도입한 독일의 자유주의 행정법에 기초한 것으로 평가되고 있는데, 그 영향으로 사법심사를 중심으로 연구되어 왔음을 완전히 불식시키기는 어렵다.[14] 부연하면, 독일 행정법은 전통적으로 '법학적 방법론'(juristische Methode)에 기초하고 있다. 즉, 법률을 기계적으로 집행하는 단일한 행정의 모습을 전제로, 개인의 자유와 재산을 침해하는 행정작용에 대하여는 재판을 통해 강도 높게 통제함으로써 개인적 권리구제를 이룩하는 방식이다.[15] 이를 통해 법치국가 이념의 확립과 권리보장의 강화를 도모하였다. 재판실무도 권리구제 관점을 강조하여, 앞서 든 사례에서 재산권과 건축의 자유 보장을 위해 행정청의 재량권을 좁게 인정하였고, 실무에 있어 원칙적으로 행정청의 건축허가 거부처분을 취소하여 왔다.[16]

그런데 최근 대법원은 행정의 재량적 판단을 존중할 필요성이 있다는 점을 강조하는 일련의 판결을 통해 종전 재판실무의 흐름을 변화시키고 있

---

integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Hartmut Bauer/Detlef Czybulka/Wolfgang Kahl/Andreas Voßkuhle (Hg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, S. 171-195 (172-176) 참조.

13) 토지형질변경허가는 필지단위의 도시계획으로서 재량행위로 이해된다. 김종보, 토지형질변경허가의 법적 성질, 행정판례연구 제11집, 2006, 396-406면 참조.

14) 이원우, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법연구 제48호, 2017, 85면; 이원우, 경제규제법론, 2010, 3-4면 참조.

15) Armin von Bogdandy/Peter M. Huber, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum Bd. Ⅲ Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Heidelberg 2010, § 42, S. 33-79 (51 f.) 참조.

16) 대구지방법원 2014. 4. 4. 선고 2013구합11156 판결, 대구지방법원 2013. 9. 13. 선고 2013구합347 판결 등 참조.

다.[17] 변화의 토대는 무엇인지 분석해 볼 필요가 있다. 규범, 즉 법령 그리고 법리는 종전과 동일하다. 그렇다면 무엇이 변화한 것인가? 이러한 변화는 행정현실 그리고 행정목적, 달리 말해 경험과 가치에 대한 이해를 바탕으로 하고 있다고 생각된다. 즉, 환경피해, 건축물의 난립과 같은 행정현실을 극복하기 위하여 환경과 도시계획에 대한 고려를 강화하는 방향으로 행정의 자율을 존중한 것이다. 하지만 역으로 재판통제가 형식화 · 형해화됨으로써 사법이 행정을 기계적으로 존중하게 될 위험은 없는가? 행정목적을 지나치게 강조함으로써 자유와 재산권 보장에 흠결을 야기하는 것은 아닌가? 따라서 자율적으로 활동하는 행정의 의사결정의 합리성을 담보하기 위해 어떻게 행정을 통제할 것인지가 관건이다.[18]

21세기 변화된 행정현실에 대한 대응책은 그 강조점에 따라 이미 다양하게 제시되어 왔다. 객관적 제도와 입법 설계를 강조하는 견해,[19] 정책 문제에 관심을 가져야 한다는 견해,[20] 사실상태의 분석, 효과 및 결과분석 등의 인접 학문의 연구결과를 활용하여야 한다는 견해,[21] 행정이 추구해야 할 가

17) 각주 4)의 행정청의 예측적 판단에 대한 존중에 관한 판결과 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결(건축물의 건축에 있어 대지에 건축이 허용되는 법적 성질에 대한 인식) 등 참조. 위 판결은 건축허용성 개념을 명시적으로 인정하여 체계적 제도 운용의 지평을 열었다는 평가로 김종보/박건우, 국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성 – 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결, 행정법연구 제64호, 2021, 63면. 나아가 위 판결은 건축허가가 재량행위라는 점을 사실상 확인하였다는 평가로 우미형, 건축행위 허가의 법적 성격 – 건축허가 요건에 관한 법령 규율 변화와 판례 이론의 전개, 강원법학 제62권, 2021, 381-382면.

18) 필자는 선행연구를 통하여 전체 행정과정에 대한 심사강도를 높이는 방향으로 행정에 대한 연구의 필요성이 있음을 인식하게 되었다. 拙稿, 개발행위허가가 의제되는 건축허가 거부처분에 대한 사법심사 기준 및 심사강도, 행정판례연구 제23-2집, 2018, 386-387면 참조.

19) 김종보, 행정법학의 개념과 그 외연 - 제도중심의 공법학방법론을 위한 시론, 행정법연구 제21호, 2008, 8면 이하; 박재윤, 협치시대에서 입법자의 역할 - 행정법학의 관점에서, 공법연구 제45집 제2호, 2016, 187-189면.

20) 최송화, 한국 행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 서울대 법학 제36권 제2호, 1995, 150-151면; 홍준형, 법정책의 이론과 실제, 2008, 40-41면.

치에 대한 연구가 필요하다는 견해,[22] 행정소송의 행정통제 기능에 의거하여 재판의 객관적 위법성 통제[23]의 기능에 주목하는 견해[24] 등을 예로 들 수 있다. 공통적으로 재판을 통한 개인적 권리구제라는 전통적 관점보다 상당히 확장된 관점을 취하고 있음은 분명하다. 앞서 본 재판통제의 사례에서도 행정현실과 행정이 추구하는 목적에 대한 이해 없이는 변화를 제대로 포착할 수 없음을 확인하였다. 더욱이 21세기 행정환경의 급격하고 광범위한 변화를 체계적으로 진단하고 적절한 처방을 내리기 위해서는 경험과 가치에 대한 연구가 불가피하다. 행정은 규범적 관점만으로 작동하는 것이 아니기 때문이다. 필자는 위 견해들과 같은 맥락에서 행정법학이 행정을 온전히 이해하고 행정이 옳고 타당한 결정을 내리는 데 기여하기 위해서는, 규범과학으로서의 확고한 토대를 기반으로 경험과학 그리고 가치과학과 만나야 한다고 생각한다. 다시 말해, 행정법학이 행정을 연구하는 종합과학으로 방법론을 확대하고 다양화할 필요가 있지 않을까?[25]

이 지점에서 우리나라의 행정법에 상당한 영향을 미친 독일 행정법의 상황이 중요한 의미를 갖는다. 독일에서도 21세기 무렵에 나타난 행정환경의 변화로 私化, 비용절감, 유럽화 · 국제화 그리고 디지털화 · 정보화가 대표적으로 언급되고 있다.[26] 이에 대하여 독일에서는 2007년 프라이부르크에서 개

---

21) 이원우, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법연구 제48호, 2017, 107면.

22) 이진수, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구 - 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론과의 비교를 중심으로, 법학박사논문, 2018, 177면.

23) 실무적으로 원고의 권리침해 여부는 원고적격 단계에서 판단될 뿐, 행정의 합법성 확보라는 관점에서 본안 단계에서 원고의 권리침해를 요하는 것으로 제한되지 아니한다. 同旨, 서울행정법원, 행정사건 판결 작성실무, 2016, 10면. 동 문헌에 의하면 4대강 사건 판결로 알려진 대법원 2015. 12. 10. 선고 2012두6322 판결을 이와 같은 입장이라고 설명하고 있다.

24) 최계영, 항고소송에서 본안판단의 범위, 특별법연구 제13권, 2016, 30면.

25) 이에 관하여 본서 제5장 제2절 Ⅱ. (227면 이하)에서 자세히 논한다.

26) Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅲ, 2. Aufl, München 2013, Vorwort zu

최된 국법학자대회에서 행정법의 과제를 논의한 바 있고,[27] 이를 주제로 한 일련의 교수자격논문[28]도 나타나고 있다. 특히 슈미트-아스만(Eberhard Schmidt-Aßmann), 호프만-림(Wolfgang Hoffmann-Riem), 슈페르트(Gunnar Folke Schuppert), 포스쿠울레(Anderas Voßkuhle) 등을 필두로 한 조종학파는 전통적 행정법학이 중대한 위기에 처했다고 진단하면서[29] 전통적 행정법학에 대한 개혁을 주장하고 있다.

조종학파는 1991년부터 2003년까지 10회에 걸쳐 개최된 학술대회에서 행정법 '개혁논의'(Reformdiskussion)를 진행하였는데 그 결과물이 『행정법 개혁 총서』(Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts)로 출간되었다.[30] 이후 이러한 논의를 자양분으로 하여 『행정법의 기초』(Grundlagen des Verwaltungsrechts)라는 세 권의 저작도 출간되었다.[31] 조종학파는 개혁논의를 통해 행정법학이 행위주체로서의 행정을 조종하는 학문, 즉 조종학(Steuerungswissenschaft)[32]으로 이해되어야 한다고 주장하였다. 특히 그러한 관점을 통

Band I, erste Aufl., S. 11 참조.

27) 압펠(Ivo Appel)은 조종학적 관점과의 정체성을 유지한 결합을 통해 전통적 행정법의 시야 확대가 필요하다고 주장하였다. Ivo Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 226-285 (276) 참조. 한편, 아이페르트(Martin Eifert)는 법학적 방법론이 포기될 수 없고, 다만 조종학적 단초를 통한 관점의 확장이 요구된다고 평가하였다. Martin Eifert, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 286-333 (329) 참조.

28) 대표적으로 Rainer Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007; Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016 등 참조.

29) 조종학파의 역사적 인식에 대한 비판적 견해로 Rainer Wahl, Herausforderungen und Antwort, Berlin 2006, S. 93 참조.

30) 이에 관하여 본서 제1장 제4절 Ⅲ. (33면 이하)에서 자세히 논한다.

31) Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Anderas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, Bd.Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013.

32) 'Steuerung'은 국내에서 '제어' 내지 '조종'으로 번역되고 있다. 행정 목적에 알

해 전통적 행정법학은 학문적 내지 이론적으로 구별되는 역사적 전환점을 맞이하였다고 자평하면서 조종학파의 행정법학을 '신행정법학'(Neue Verwaltungsrechtswissenschaft)[33]으로 표현하고 있다.[34] 그 핵심은, 전통적인 법학적 방법이 법적 행위와 재판규범에 집중하는 것과는 달리, 행정법의 임무를 행정을 조종하는 행위학문으로 파악하는 조종관점(Steuerungsperspektive)을 지향하는데, 법정립, 사실영역의 분석, 효과 및 결과에 관심을 가지고, 이를 위해서 학제적 연구를 시도하며, 키워드, 모델, 개별영역을 이용하여 작업을 하면서 법 외적인 관점을 행정법학의 연구영역에 편입하고자 하는 것이다.[35] 특히 새로운 것은 절차법, 조직법 그리고 예산법을 중요한 조종의 원천으로 부각시키고, 규범의 실현에서 비공식적이고 私法적이며 합의에 의한 방식을 강조한다는 점이다.[36] 포스쿠울레는 조종학으로서의 행정법학을 행정법과 행정학의 결합으로 표현하고 있다.[37] 요컨대, 독일 행정법학도 권리구제 중심의 행정법 연구의 한계를 받아들이고 있는 것으로 이해될

맞은 작용을 할 수 있도록 조절한다는 의미에서 제어로 번역함도 중요한 의미를 가지나, 독일에서 Steuerung이 국가라는 배를 다루어 부리는 조타 내지 핸들링에 비유되고 있고, 행위 주체의 측면을 강조한다는 의미에서 본서에서는 '조종'으로 번역하기로 한다.

33) 조종학적 관점에 대한 평가가 독일 내에서 엇갈리고 있고, 신행정법학이란 개념 사용 자체가 연구방법론에 대한 긍정의 의미를 표현할 수 있으므로, 조종학적 방법론 논의를 중립적 시각에서 접근하기 위하여 본서에서는 주장자들을 지칭할 때에는 '조종학파', 근본적 사고방법을 지칭할 때에는 '조종학적 관점', 구체적인 작업방법을 지칭할 때에는 '조종학적 방법'으로 칭하기로 한다.

34) 조종학적 방법론 논의에 관한 독일에서의 전반적 평가로 Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtswissenschaft: Problem oder Lösung, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103; Klaus Ferdinand Gärditz, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft": Alter Wein in neuen Schläuchen?, DV Beiheft 12, 2017, S. 105-145 참조.

35) 이에 관하여 본서 제3장 제3절 Ⅰ. (90면 이하)에서 자세히 논한다.

36) Walter Pauly, Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Deutschland, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum Bd. Ⅳ Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft, Heidelberg 2011, § 58, S. 41-80 (56 f.) 참조.

37) Andreas Voßkuhle, Verwaltungsrecht & Verwaltungswissenschaft = Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, BayVBl., 2010, S. 581-589 참조.

수 있다.[38]

이러한 논의에 대하여 독일 내에서도 평가가 일치하지 않는다. 무엇보다 도대체 새로운 것이 무엇인가 라는 근본적인 의문, 즉 조종학적 방법이 종래의 방법과 비교하더라도 차별화된 성과를 보이지 못하고 있고, 오히려 시민을 조종의 객체로 보아 자유권을 제한하는 근거로 사용되어 법치국가 이념에 대한 위협을 초래할 수 있는 부작용 등을 근거로 비판하는 견해[39]도 상당하고, 오늘날까지도 여전히 법학적 방법론[40]을 지지하는 입장이 지배적이다.[41] 따라서 이러한 논의는 객관적이고 중립적으로 살펴볼 필요가 있다. 하지만 재판을 통한 주관적 권리구제에 방점을 두던 독일 행정법이 행정과 입법 그리고 객관적 법질서로 주안점을 옮기려는 시도에 관한 논의를 비교법적으로 살펴보는 것은 그 자체만으로 중요한 의미가 있고, 우리나라의 행정법 체계와 방법의 토대를 돌아보고 좌표를 설정함에 있어서도 참고가 될 수 있다.

이러한 배경 하에서 본 논문은 우선 다음과 같은 세 가지 핵심 연구과제에 집중하여 독일 행정법에 있어 조종학적 방법론 논의를 개관해 보기로 한다. 첫째, 조종학적 방법론 논의의 기본관념은 무엇인가. 둘째, 그와 같은 기본관념을 구현하기 위한 구체적 연구방법은 무엇인가. 셋째, 구체적 영역인 행정조직법 · 행정절차법 · 행정통제법 분야에서의 발현형태는 어떻게 나타나는가.

---

38) 박정훈, 한국 행정법학 방법론의 형성 · 전개 · 발전, 공법연구 제44집 제2호, 2015, 177면 참조.

39) 이에 관하여 본서 제5장 제1절 Ⅰ. (197면 이하)에서 자세히 논한다.

40) 크렙스(Walter Krebs)는 법학적 방법론이 체계의 중심을 차지하고 있다고 표현한다. Walter Krebs, Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Methoden der verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 209-221 (213).

41) Dirk Ehlers, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen un sozialen Rechtsstaat, in: Dirk Ehlers/Hermann Pünder (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin/Boston 2016, §3 S. 184 참조

이러한 논의에 관하여 지금까지 국내에서 많은 연구가 진행되어 왔는데,[42] 개혁논의가 30년 가량 지난 현 시점에서 연구의 토대가 되는 기본관념, 방법론에 대한 전반적 분석 및 그 발현형태를 전체적으로 조망하고, 그에 대한 기여와 한계를 객관적으로 고찰할 필요가 있다. 이와 같은 독일의 이론적 논의를 비교법적으로 살펴보는 것은 우리나라의 행정법 개혁논의에 있어서도 의미가 있고, 이를 통해 행정법학 개혁의 좌표와 방향을 근본적으로 설정하며, 행정법 이론에 튼튼한 토대를 마련해 줄 수 있으리라 생각된다.

42) 주요 문헌으로 김남진, 제어학으로서 행정법학론, 법연, 2013; 박정훈, 한국 행정법학 방법론의 형성 · 전개 · 발전, 공법연구 제44집 제2호, 2015; 김성수, 오토마이어 - 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가, 공법연구 제45집 제2호, 2016; 박재윤, 협치시대에서 입법자의 역할, 공법연구 제45집 제2호, 2016; 우미형, 조종의 주체로서의 행정에 관한 연구 - 청탁금지법의 부작용으로서 행정과 사인의 소통 장애의 극복을 위하여, 행정법연구 제47호, 2016; 계인국, 현대 행정법학 방법론의 전개양상에 대한 소고 - 조종이론과의 접점을 중심으로, 고려법학 제87호, 2017; 김성수, 독일의 新思潮 행정법학 사반세기 – 평가와 전망, 강원법학 제51권, 2017; 이원우, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법연구 제48호, 2017; 홍준형, 한국행정법학의 반성, 법과사회 제56호, 2017; 문병효, 행정법 도그마틱의 변화에 관한 시론, 행정법 방법론, 2020, 1-18면; 정남철, 독일 행정법방법론의 발전과 변화 - 독일 행정법학의 성립부터 신행정법론의 등장까지, 저스티스 제181호, 2020 등 참조.

연구의 방법 및 범위

본 연구는 21세기 무렵의 독일 행정법에 있어 조종학적 방법론 논의를 중심으로 비교법적 연구를 시도한다. 20세기 후반부터 세계화, 정보화, 과학기술의 발전, 私化, 다원화 등 행정현실의 급격한 변화는 세계적으로 공통된 현상이다. 국가와 행정의 역할도 각국의 역사적 · 문화적 배경의 차이는 있을 수 있을지언정 현실 변화에 맞추어 변모하였을 것이므로, 그에 관한 학문적 연구도 어느 정도 세계적 보편성을 갖고 있을 것이다. 하지만 미국에서는 국가와 행정에 관한 연구가 사회현상을 연구하는 행정학 · 정책학을 중심으로 이루어져 왔고, 행정법학의 기여는 상대적으로 미약했다.[43] 이에 비하여 독일에서는 이러한 논의가 행정법학을 중심으로 있어 왔고, 규범과의 관련성 속에서 사회현상을 어떻게 규율할지에 관하여 연구되어 왔다. 또한 독일의 자유주의 행정법 이론을 직 · 간접적으로 계수한 우리나라의 행정법학을 비판적으로 고찰하기 위한 출발점으로 독일에서의 논의를 살펴보는 것은 특별한 의미가 있을 것이다. 그러므로 본 연구는 비교법의 대상을 독일로 정하기로 한다.

본 논문의 제1장에서는 독일 행정법학 방법론에 대한 역사적인 고찰을 시도하였다. 행정법학은 진리를 추구한다는 측면에서 보면 법진화[44] 내지 행정법학의 발전[45]에 대한 역사적 인식을 가짐으로써 완성될 수 있다. 특히 행

---

43) 이진수, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구, 법학박사논문, 2018, 160면 참조.

44) 법사회학에서 법진화 내지 법변동은 법이 어떠한 법칙에 의거하여 어떠한 방향으로 나아가는가에 관한 문제로 인식된다. 예들 들어, 노네트와 셀즈닉은 법의 유형을 권력에 봉사하는 억압적 법, 형식적 법률을 강조하는 자율적 법 그리고 실질적 정의를 강조하는 응답적 법으로 분류하면서, 근대법이 규제된 자율을 추구하는 특징을 지니는 응답적 법을 지향한다고 설명하고 있다. 양건, 법사회학, 2000, 221-249면 참조.

45) 근대 이후 행정법학의 발전과정을, 국가우월주의를 토대로 행정에 대한 수권을 강조하는 제1단계, 시민적 자유주의를 토대로 행정에 대한 제한을 강조하는 제2

정법학은 연구대상이 국가와 행정이라는 점에서 시대의 변화에 따른 변모는 필연적이고, 현재도 계속 발전하고 있다. 따라서 역사적인 고찰을 통해 행정법학이 어떠한 시대적 배경 속에서 어떠한 방법을 형성하여 왔는지를 검토하는 것은 행정법의 지향점 설정을 위하여 중요한 의미를 가진다고 할 수 있다.

제2장에서는 행정법학의 조종학적 이해에 있어 조종개념이 무엇을 의미하는지와 그 기능 및 유형을 개설하고, 조종학적 관점이 추구하는 민주법치국가에서의 종합과학이 무엇인지를 검토하였다. 이로써 구체적인 작업방법을 살펴보기에 앞서 조종학적 관점의 기본관념을 개관하고 조망하였다.

제3장에서는 조종학적 관점을 구현하기 위한 구체적 방법론을 다루었다. 조종학적 방법론이 강조하는 작업방법으로서, 중심적 규율대상인 행정에 대한 객관법적 접근방법, 융합과 비교의 연구방법 그리고 현실분석과 결과환류의 방법을 중점적으로 고찰하였다.

제4장에서는 조종학적 방법론 논의가 구체적 영역인 행정조직법, 행정절차법 그리고 행정통제법 분야에서 어떻게 구현되는지를 살펴보았다. 이를 통해 아직 완결되지 아니한 논의이지만 이러한 논의가 주요 분야에서 구체적으로 어떻게 발현되고 기여하는지를 고찰하고자 하였다.

제5장에서는 조종학적 방법론 논의를 평가하고 우리나라에서 갖는 시사점을 검토한다. 이러한 연구 경향은 독일 내에서 유력한 견해로 부상하고 있지만 비판적 견해도 상당하다. 따라서 균형 잡힌 시사점을 얻기 위해 비판과 한계점을 자세히 소개하고 검토하였다. 이를 토대로 우리나라에 있어 행정법 연구에 관한 기본관념의 차원, 방법론의 차원 그리고 소송법의 차원에서 시사점을 검토한다. 제6장에서는 조종학적 방법론 논의가 가지는 핵심적 의미를 요약하고, 이를 바탕으로 우리 행정법을 어떻게 연구해야 할지를 생각해 보는 것으로 마무리하고자 한다.

단계, 행정에 대한 통제와 자율성 보장을 동시에 추구하는 제3단계로 분류하여 설명하는 견해로 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 52-54면.

제1장 연혁적 고찰

제1절 개관

I. 방법론과 학문성

‘방법론’(Methodologie)은 학문의 방법을 이론적으로 고찰하는 것이다. ‘방법’(Methode)은 ‘길을 따라 간다’는 의미의 “meta ten hodon”이라는 고대 그리스어에 유래를 둔다. 누군가가 지나간 길을 따라간다는 말이다.[46] 거시적으로 학문의 ‘사고방법’(Denkmethode)을, 미시적으로 학문의 구체적인 ‘작업방법’(Arbeitsmethode)을 의미한다.[47] 다시 말해, 방법론은 법을 인식하고 사고하는 구조적 관점뿐만 아니라, 그러한 관점에 맞게 법을 발견하고 실현하는 구체적 방식까지 포괄하는 것이다.[48] 어원에서 알 수 있듯이 방법론 논의의 목적은 전통적인 것을 부정하고자 함이 아니다. 의식하지 못한 채 행하고 있던 방법을 자각함으로써 비판적으로 고찰하는 것이 핵심이다.[49] 예컨대, 압펠(Ivo Appel)은 행정법 발전을 공해상에서 운항 중인 선박에서의 작업에 비유한 바 있다.[50] 이를 통해 궁극적으로 우리 행정법이 어디로 가야

---

46) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Isensee, S. 339; 박정훈, 행정법과 법해석 - 법률유보 내지 의회유보와 법형성의 한계, 행정법연구 제43호, 2015, 163면 참조.

47) 박정훈, 비교법의 의의와 방법론 - 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가?, 법철학의 모색과 탐구: 심헌섭 박사 75세 기념논문집, 2011, 479-502면 (480면) 참조.

48) 남기윤, 법학방법론, 2014, 9면 참조.

49) 박정훈, 한국 행정법학 방법론의 형성 · 전개 · 발전, 공법연구 제44집 제2호, 2015, 163면 참조.

50) Ivo Appel, Das Verwaltungrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis

할지를 깨닫게 한다.

방법론 논의는 법학의 학문성 그 자체이다. 아리스토텔레스는 학문성을 존재하는 대상에서 방법을 통해 인식하는 것이라고 설명한 바 있다.[51] 법학이 학문성의 토대를 대상 그 자체에서 찾는다면 학문성이 인정되기 어렵다. 법률은 시간과 장소에 따라 가변적이기 때문이다.[52] 따라서 법학에서 학문성의 핵심은 방법론에서 찾아야 한다. 예컨대, 방법론을 "학문으로서의 법학의 요체"[53] 내지 "법학의 수준을 보여주는 자화상"[54]으로 표현하는 것도 이러한 관점에서 충분히 이해될 수 있다. 비슷한 맥락에서 조종학적 방법론의 주창자인 포스쿠울레(Andreas Voßkuhle)도 볼프의 표현에 빗대어 "법학은 방법론이다. 그렇지 않으면 아무것도 아니다."[55]라고 말한 바 있다. 요컨대, 법학에서 방법론은 학문으로서의 정체성에 있어 무엇보다도 중요한 것이다.[56]

---

und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 226-277 (277) 참조.

51) 아리스토텔레스, 최명관 역, 니코마코스 윤리학, 2011, 220면 이하 참조.

52) 일반적으로 대상은 학문성의 한계 기준이 아니라 연구영역의 구분을 위한 분류 기준으로 이해된다. 심헌섭, 법학의 학문성, 법학방법론, 2017, 18면 참조.

53) 법학은 궁극적으로 인문사회 · 자연과학과의 연관성을 탐구하여 '인간의 역사 속에서의 법'을 규명함으로써 학문성을 달성하여야 한다는 견해(박정훈, 행정법교육의 목표와 방향 - 행정법학의 여섯 가지 방법론과 관련하여, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 59-61면)는 행정법학이 종합과학으로서 이해될 필요가 있다는 점을 시사하고 있다.

54) 남기윤, 법학방법론, 2014, 31면.

55) (Rechtswissenschaft ist methodisch oder sie ist nicht) Andreas Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, S. 171-195 (173).

56) 반면, 라드부르흐(Gustav Radbruch)는 학문에서 방법론을 문제 삼는 것을 병리적 현상으로 진단하면서 법실증주의적 관점에서 법학방법론에 관한 연구를 경시하였다. Gustav Radbruch, Einführung in die Rechtswiessenschaft, 13. Aufl., Stuttgart 1980, S. 283 참조.

II. 방법론과 시대적 배경

법학방법론은 법에 대한 역사적 인식을 필요로 한다.[57] 학문이 진리를 추구하는 활동이라면 법의 과거, 현재 그리고 미래에 관한 연혁적 고찰은 필연적이다. 한편으로, 법학은 행정현실의 변화와 밀접한 관계를 가질 수밖에 없다.[58] 법은 실제와 항상 관계하면서 법의 가치를 실현할 때 의미를 가질 수 있기 때문이다.[59] 다른 한편으로, 특히 행정법학은 국가행정을 연구한다는 점에서 국가 이념과 밀접하게 관계하기 때문에, 국가의 역할과 기능의 변화 또한 필연적으로 법학의 변화를 야기한다.[60] 따라서 법학방법론은 시대적 배경에서 발현된 국가 이념과의 연결 속에서 고찰할 필요가 있다.

역사적으로 독일의 국가형태는 근대 이후 경찰국가(Polizeistaat)에서 법치국가(Rechtsstaat)와 사회국가(Sozialstaat)를 거쳐 조종국가(Steuerungsstaat) 내지 보장국가(Gewährleistungsstaat)로 변화하였다고 설명된다.[61] 18세기부터 19세기 전반까지의 경찰국가 시대에는 군주가 臣民에 대하여 절대권력을 행사하였다.[62] 당시의 학문적 경향은 소위 '관방학'(Kameralwissenschaft) 내지 '경찰학'(Polizeiwissenschaft)이라는 국가학적 방법이었는데, 개별 법률을 행정목적에 따라 분류하고, 내용을 해설하는 방식이었다.[63] 이는 법학적이라기보다 사회학적이었다.[64] 요컨대, 당시 법에 대한 관념은 법사회학적 관점에

---

57) 박정훈, 행정법교육의 목표와 방향, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 77면 참조.

58) Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966, S. 3 참조.

59) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 2면 참조.

60) Peter Badura, a.a.O., S. 5 참조.

61) 송석윤, 국가역할의 역사적 변천 - 근대국가의 미래와 관련하여, 국가와 헌법 Ⅰ, 2018, 62-72면 참조.

62) 박재윤, 독일 공법상 국가임무론과 보장국가론, 2018, 19면 참조.

63) Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht: Grundlegung einer Prinzipientheorie des Verwaltungsrechts als Methode der Verwaltungsrechts-dogmatik, Berlin 1999, S. 60 참조.

64) Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13.

서 행정법이 억압적 법으로서 행정에 대한 권한부여 임무에 머물렀음을 알 수 있다. 이후 법학적 방법론을 통해 행정법학의 정체성이 확립되었다고 평가되고 있고,[65] 조종학적 방법론 또한 이를 토대로 삼고 있으므로, 이하에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

제2절 19세기 법치국가 이념과 법학적 방법론

I. 시대적 배경

18세기 계몽사상의 발전, 프랑스 혁명 그리고 신성로마제국의 붕괴는 19세기 후반 시민계급의 자유주의 사상을 촉발시켰다.[66] 하지만 독일에서는 왕권과 시민계급과의 타협을 통하여 '外見적 입헌군주제'가 성립되었다. 이는 강력한 왕권은 유지됨을 전제로, 시민의 대표기관인 의회를 통해 왕권을 견제하는 구조이다.[67] 즉, 시민의 재산과 자유에 대한 제한은 의회 법률을 통한 수권을 요구한 것이다.[68]

Aufl., München 2017, S. 19 f. 참조.

65) Wolfgang Meyer-Hessemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 15-51; Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017, S. 9; Hermann Pünder/Dirk Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin/Boston 2016, §3 Rn. 98 참조. 18세기 말 증기선과 용광로가 최초로 운영되고 1804년 광산에 기관차가 투입되었으며 도시조명, 수도가 공급되었고 1850년 도로망과 철도망이 확장되는 등 기술적 발전을 배경으로 한 기술법에 관한 논의에서 행정법학의 시초를 찾는 견해로 Rainer Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007, S. 9.

66) 이원우, 독일 공법질서와 체계, 심익섭/M.치맥, 독일연방공화국 60년 - 1949~2009 분단국가에서 민주통일국가로, 2009, 201-230면 (209면) 참조.

67) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 29면 참조.

68) 최송화, 공익론 - 공법적 탐구, 2002, 68면 참조

시민계급은 왕권과 관료계급에 의한 후견과 간섭에서 벗어나고자 하였고, 행정활동을 소극적 경찰작용에 국한하고자 하였다.[69] 전형적으로 경찰 개념[70]의 변화에서 경찰국가에서 법치국가로의 발전이 잘 나타난다.[71] 특히 1882년 프로이센 고등법원은 '크로이츠베르크 판결'(Kreuzberg-Urteil)[72]을 통해 경찰은 공공복리가 아니라 안녕과 질서에만 봉사한다는 해석론을 개진함으로써 자유주의 분기점이 되었다.[73]

이 시대는 법치에 의거한 행정법의 성립단계로서, 법치는 형식적으로 인정되었지만 기능적으로 행정의 우월성을 유지한 시기로 평가되고 있다.[74] 다만, 행정은 법치국가 이념에 대한 기속을 위해 기계적으로 법률을 집행하는 단일한 모습으로 상정되었는데, 행정작용의 주된 모습은 예컨대, 경찰하명, 조세부과처분과 같은 고권적이고 침익적인 것이었다.[75] 다시 말해, 당시의

---

69) 국가의 임무는 경제영역에서는 감소한 반면, 다른 영역에서는 계속 확대되었다. 송석윤, 국가역할의 역사적 변천, 국가와 헌법 Ⅰ, 2018, 65-66면 참조.

70) 독일에서는 세 차례에 걸쳐 '탈경찰화'(Entpolizeilichung)가 진행되었다. '1차 탈경찰화'는 18세기 경찰 개념에서 '고전적 복지'(Wohlfahrt) 개념이 분화되는 과정을, '2차 탈경찰화'는 2차 세계대전 이후 각 위험방지 영역의 분리 과정을, 그리고 '3차 탈경찰화'는 '위험방지의 私化'(Privatisierung der Gefahrenabwehr) 경향을 의미한다. 이진수, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구, 법학박사 논문, 2018, 18면 참조.

71) 서정범, 경찰개념의 역사적 발전, 서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 2009, 1-15면 참조.

72) Urteil vom 14. 6. 1882., PrOVGE 9, 353 ff. 동 판결은 공공복리의 증진을 위한 경찰권 발동을 거절한 점, 경찰권 발동은 법률에 의거한 수권에 근거해야 한다는 점, 경찰 개념을 자유적 법치국가 이념과 합치되게 해석하여 헌법합치적 해석을 한 점 등에서 그 의의를 찾을 수 있다. 서정범, 전게논문, 11면 참조.

73) 19세기 후반 이른바 열기주의에 의거하여 행정소송의 대상은 제한적이었지만 바덴, 프로이센, 뷔르템베르크 등에 행정재판소가 설립된 점, 1871년 라이히 헌법의 제정되고 독일이 연방국가로 출발하면서 전국적으로 통용될 수 있는 일반 행정법의 필요성이 있었던 점 등은 당시 행정법학 발전의 원동력이 되었다. 최송화, 공익론, 2002, 67면 참조.

74) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 36면 참조.

75) Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat,

법치국가 이념은 시민의 자유와 재산권을 국가로부터 보호하는 것을 주된 목적으로 삼았던 것이다.[76] 이러한 측면에서 당시의 법치국가를 권리국가로 표현하는 국내 문헌도 있다.[77]

II. 오토 마이어의 법학적 방법론

오토 마이어(Otto Mayer)는 법학적 방법론을 통해 독일 행정법학의 토대를 마련하였다.[78] 그는 19세기 후반 자유주의 사상 확대의 속에서 자유주의적 법치국가 이념의 실현을 위한 행정법을 완비하는 것을 과제로 삼고,[79] 『독일 행정법』이라는 저작을 통해 私法질서와 다른 公法질서로서 행정법학의 정체성을 확립하였는데, 오늘날까지 이론과 실무에 영향을 미치고 있는 것으로 평가되고 있다.[80] 요체는 이성을 통해 개념, 제도 및 체계를 연역적으로 구성하고, 하향식으로 구체적인 법적 문제를 해결하는 것이다.[81]

오토 마이어가 독일 행정법학에서 갖는 의의는 다음과 같이 요약될 수 있

Tübingen 1966, S. 3 참조.

76) Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938, S. 1 참조.

77) 동 견해는 당시의 국가가 부르주아지의 자유와 재산을 그 권리로서 확보해 주는 데 관심을 가졌다는 점을 이유로 들고 있다. 이계수, 신자유주의의 세계화와 법치국가의 위기, 현대국법학의 과제: 청담 최송화 교수 화갑기념논문집, 2002, 954-970면 (959면) 참조.

78) Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, Berlin 1999, S. 1 참조.

79) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. Ⅰ, 3. Aufl., Berlin 1924, S. 58 참조.

80) Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017, S. 9; Hermann Pünder/Ehlers Dirk (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin/Boston 2016, §3 Rn. 98 참조.

81) 이상덕, Ernst Forsthoff의 행정법학 방법론 연구 - 급부행정론과 제도적 방법론을 중심으로, 법학석사논문, 2002, 7면 참조. 특히 오토 마이어의 행정법학에 의거한 행정행위 개념과 그 효력론 및 하자론 등의 개념과 제도, 특별행정법의 편제는 우리나라의 행정법학에도 많은 영향을 미쳤다. 김성수, 오토 마이어 – 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가, 공법연구 제45집 제2호, 2016, 232-241면 참조.

다. 첫째, 오토 마이어는 독일 최초로 행정법 총론을 완성하였다.[82] 각 란트별로 분산되어 있었던 행정법에서 공통의 체계를 추출함으로써 행정에 대한 법적 통제를 위한 기준과 원칙을 확립하였다.[83] 둘째, 오토 마이어는 법학적 방법에 의거하여 행정법을 연구하였다.[84] 전통적인 법학적 방법과 마찬가지로, 개념 형성을 통한 체계 확립을 강조함으로써[85] 산재한 개별법상 제도의 원리를 수립하고자 하였다.[86] 또한 명확성과 예측가능성을 담보하기 위해 형식을 강조하였는데, 이는 자유주의적 법치국가에 있어 법개념의 속성에 기인하는 것으로[87] 행정법학의 독자성 확립을 위한 불가피한 수단이었던 것으로 보인다.[88] 셋째, 민사법학과 프랑스 행정법학을 참조하여 독일 행정법학의 독자적 학문 분과로서의 정체성을 확립하였다.[89] 오토 마이어는 1923년『독일 행정법』제3판의 서문에서 "독자들이 우리의 독일 행정법이 이미 어떠한 하나의 학문 분과로 되었다는 인상을 가지고 싶다면, 기꺼이 기뻐해도 된다."라고 표현하면서 정체성 확립에 대한 자신감을 나타내었다.[90]

---

82) 이진수, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구, 법학박사논문, 2018, 109면 참조.

83) Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, Berlin 1999, S. 60 참조.

84) Alfons Hueber, Otto Mayer - Die "juristische Methode" im Verwaltungsrecht, Berlin 1982, S.17 참조

85) Wolfgang Meyer-Hessemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 20 참조.

86) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. Ⅰ, 3. Aufl., Berlin 1924, S. 21 참조.

87) Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966, S. 11 참조.

88) 이진수, 전게논문, 113-114면 참조.

89) 박정훈, 오토 · 마이어(1846-1924)의 삶과 학문, 행정법연구 제18호, 2007, 216-217면 참조.

90) Otto Mayer, a.a.O., Vorwort zur dritten Auflage.

III. 기여 및 한계

오토 마이어의 법학적 방법은 개념·제도를 확립하고 체계를 형성하는 방식으로 자유주의적 법치국가 이념을 실현하였다.[91] 구체적 특징으로, 첫째, 행정의 '법적 행위'(Rechtsakt)[92]에 집중하였다.[93] 즉, 행정이 행하는 다양한 실제 '행정활동'(Verwaltungshandeln) 중 법적으로 유의미한 것을 선별하고, 유형화된 '작용형식'(Handlungsform)[94]으로 편입시킴으로써 행정을 통제하는 것이다.[95] 그는 법치국가 이념을 행정을 가능한 한 '司法형식성'(Justiz-

---

91) Wolfgang Meyer-Hessemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 24 참조.

92) 붐케(Christian Bumke)는 행정법학의 방법론을 '법적 행위의 관점'(Rechtsakt-bezogener Ansatz)과 '행동의 관점'(Verhaltensbezogener Ansatz)이라는 개념으로 구분하여 설명한다. Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechts-wissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Methoden der Verwaltungs-wissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 73-130 (73 ff.) '법적 행위의 관점'은 법적으로 중요한 행정작용을 특정한 형식에 집중시키고, 이러한 형식에 대한 귀속판단을 이원론적 시각(공법/사법, 적법/위법)에 따라 판단하는 전통적인 입장이라 할 수 있는 반면, '행동의 관점'은 행정활동, 상호작용 그리고 활동의 목적에 맞추는 시각으로서, 행정결정의 사후적 판단이 아니라 사전에 완성하는 데 주안점을 두고 적극적인 행위 관념을 앞세우는 것이다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik: Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben, Tübingen 2013, S. 14 f.; 슈미트-아스만, 김현준 역, 행정법 도그마틱, 2020, 19-21면 참조.

93) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem /Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (5) 참조.

94) 'Handlungsform'은 'Form der Verwaltungshandlung'의 준말이고, 'Verwaltungs-handlung'은 일반적으로 '행정작용'으로 번역되므로, 'Handlungsform'을 본서에서는 '작용형식'으로 번역하기로 한다.

95) Martin Eifert, Das Verwaltungrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 286-329 (290) 참조.

förmigkeit)[96]을 가지도록 하는 것이라고 말하였는데,[97] 행정활동의 형식을 민주적 정당성이 부여된 법률을 통해 기속함으로써 개인의 자유 및 재산권을 보호하는 방식을 채택한 것이다.[98] 즉, 행정에 대한 법률구속의 실현을 위해 행정은 단순히 법률의 집행기관으로 파악되고 행정의 자율성은 부인되었는데, 이른바 행정의 단일성을 의미한다.[99]

둘째, 행정결정을 재판을 통해 엄밀하게 사후적으로 판단하는 것이 중심이 되었다. 관심사는 이분법적 관점[100]을 토대로 위법한 행정작용으로부터 개별적 권리구제를 하는 것에 한정되고, 행정활동에 전제인 사실적 요인과 행정활동의 결과를 등한시하고 그것을 제대로 통제하지 못하였다.[101] 또한 실체법만이 강조된 반면, 타당한 행정결정의 토대가 될 수 있는 절차와 조직 등의 문제는 소홀하게 취급되었다.[102] 예를 들어, 행정의 동태적 의사결정 과정, 조직, 인사, 설비 등의 전제조건은 관심사가 아니었던 것이다.[103]

셋째, 체계화를 통해 법률구속을 효과적으로 보장하였다. 체계를 통해 법률 상호간의 모순저촉을 방지하고, 합리성과 예측가능성을 확보하였다.[104] 하지만 법제정(Rechtsetzung)과 법적용(Rechtsanwendung)을 구별하여 법제정

---

96) 행정의 사법형식성은 행정이 사법의 형식을 가지는 것을 의미한다. 오토 마이어가 생각하는 법치국가의 모습은 행정이 일정한 법형식에 따라 행정작용을 수행하는 것 자체이지, 행정에 대한 사법의 통제가능성에 주안점이 있는 것은 아니었다. 최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 법학석사논문, 2004, 20-23면 참조.

97) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. Ⅰ, 3. Aufl., Berlin 1924, S. 62 참조.

98) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (5 f.) 참조.

99) Ivo Appel, Das Verwaltungrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 226-277 (237) 참조.

100) 국가와 사회의 준별을 기초로 한 공법과 사법의 구별, 내부법과 외부법의 구별 등을 기초로 하고 있다.

101) Ivo Appel, a.a.O., S. 237 참조.

102) Ebd., S. 237 참조.

103) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 6 참조.

104) Ivo Appel, a.a.O., S. 236 참조.

은 정책의 문제로 연구영역에서 배제하고, 법학적 방법을 통해 非정책적인 법적 문제에 집중하였다.[105] 그 귀결로 행정법이 행정의 형성적 기능에 대하여 기여하지 못한 것이다.[106]

요컨대, 법학적 방법은 법치국가 이념을 행정법 영역에 관철시킨 것은 큰 공적이다.[107] 다시 말해, 형식을 통해 행정작용을 법적으로 통제함으로써 시민의 자유, 재산권 보호를 신장시켰고, 규범학으로서 행정법학의 정체성을 확립하는 데 크게 이바지하였다.[108] 즉, 당시의 법치국가 이념은 국가로부터의 시민사회의 방패막 내지는 수호논리로 작용한 것이다.[109]

하지만 오늘날 행정의 자율성에 대한 승인으로 단일한 행정의 관념에 대한 포기가 요구되고 있는 점, 행정결정의 전제조건인 조직, 절차 그리고 예산 등에 대한 합리성 확보에 기여하지 못한 점, 행정활동의 동태적 · 시간적 고려에 미흡한 점, 연역적 방식을 통한 작업방식이 오늘날 실정법이 범람하는 상황에서 자리를 잃고 있는 점[110] 등의 한계점이 지적되고 있다. 또한 오토 마이어의 법학적 방법은 행정의 시민에 대한 우월적 지위를 인정함을 전제로 시민의 자유와 재산권의 보호를 강조하였다. 즉, 조화로운 공동체의 삶에 기여하는 성숙된 행정법학에 이르지는 못했던 것이다.

---

105) Ivo Appel, Das Verwaltungrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 226-277 (237) 참조.

106) 최송화, 공익론, 2002, 68면 참조.

107) Wolfgang Meyer-Hessemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 51 참조.

108) Martin Eifert, Das Verwaltungrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 286-329 (292) 참조.

109) 이계수, 신자유주의의 세계화와 법치국가의 위기, 현대국법학의 과제: 청담 최송화 교수 화갑기념논문집, 2002, 954-970면 (959면) 참조.

110) Martin Eifert, a.a.O., S. 291-293 참조.

제3절 20세기 사회국가 이념과 제도적 방법론

I. 변화된 시대상

20세기에 들어서면서 산업화, 도시화 및 기술의 발달은 인간 생활양식에 급격한 변화를 야기하였다. 예를 들어, 독일 인구는 19세기 초 약 2,500만 명에서 1910년 6,500만 명으로 폭증하였고, 전체 대비 도시 인구의 비중은 1871년 36.1%에서 1910년 60%로 인구의 편중 현상이 심화되었다.[111] 한편, 1929년부터 1939년까지 경제 대공황을 맞이하여 독일에서 약 600만 명의 실업자가 양산되었고, 1932년에는 국민의 약 36%가 공적인 수단에 의해 생계를 유지하는 상황이었다.[112]

이러한 사회변화는 인간이 지배적 생활공간에서 자급적으로 살아가기 어렵게 만들었고,[113] 인간을 유효적 생활공간의 '공동이용'(Appropriation)에 의존할 수밖에 없게 하였다.[114] 또한 노동자 계급은 유효적 생활공간을 공동으로 이용하고 생존을 위한 적정한 임금을 받기 위하여 투쟁할 수밖에 없는 상황에 처하게 만들었다.[115] 이러한 사회현실에서 포르스트호프(Ernst Forsthoff)는 '주도적인 기본원리'(leitendes Grundprinzip)로 '생존배려'(Daseinsvorsorge)를 제시하였다. 그는 생존배려를 '사회적 수요'(soziale Bedürftigkeit)[116], 즉 필

---

111) Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938, S. 4 참조.

112) 이상덕, Ernst Forsthoff의 행정법학 방법론 연구, 법학석사논문, 2002, 13면 참조.

113) Ernst Forsthoff, a.a.O., S. 5 참조.

114) 포르스트호프(Ernst Forsthoff)는 인간의 생활공간을 '지배적 생활공간'(beherrschter Raum)과 '유효적 생활공간'(effektiver Raum)으로 구분하여 설명한다. 그는 전자를 농장, 경작지, 주택 등과 같이 소유권을 가지고 있어 개인에게 전속적으로 속하는 생활공간으로, 후자를 에너지, 통신, 교통 등의 시설과 같이 지배적 생활공간을 넘어 인간이 실제로 생활을 영위하는 생활공간으로 각각 이해한다. Ebd., S. 4-6 참조.

115) Ebd., S. 6 참조.

수적이거나 필수적인 정도를 넘어 설 정도로 생활수단을 공동으로 이용 가능하게 하는 상태에 두기 위한 활동으로 파악하면서[117], 사회문제를 해결하기 위해 급부행정론을 주장하였다. 인간은 국가로부터의 자유를 추구하던 이전과는 달리, 국가 속에서 그리고 국가에 의해 살아가는 존재가 된 것이다.[118]

자유로운 경제행위로 인한 이러한 폐해를 극복하고자[119] '사회적 법치국가'(sozialer Rechtsstaat) 이념이 나타났다.[120] 1914년부터 1918년까지 제1차 세계대전으로 프로이센이 지배하던 독일제국(제2제국)이 붕괴된 이후 1919년 의회민주주의에 기초한 바이마르 공화국이 수립됨으로써 정치적으로 사회적 법치국가 이념이 구현될 수 있었다.[121] 사회적 법치국가 이념을 기반으로 한 행정법은 노동이 근저를 이루는 사회에서 행정과 개인 내지는 집단 사이에 관리와 급부의 법관계를 통해 복지를 실현하고자 하였다.[122] 국가에게 사회정의 실현의 역할이 기대되었는데,[123] 행정은 관리와 급부를 통해서 사회적 수요를 충족시키는 정책을 수행하고, 행정목적과 관계된 행정의 법형식에 관한 행정법이론이 나타났다.[124] 이러한 국가의 모습은 자유주의의 전형적인 모습은 아니었다.[125]

---

116) Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938, S. 5 참조.

117) Ebd., S. 6 참조.

118) Ernst Forsthoff, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, in: Ernst Forsthoff, Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964, S. 111-128 (113) 참조

119) 이계수, 신자유주의의 세계화와 법치국가의 위기, 현대국법학의 과제: 청담 최송화 교수 화갑기념논문집, 2002, 954-970면 (959면) 참조.

120) Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966, S. 12 참조.

121) 이원우, 독일 공법질서와 체계, 심익섭/M.치맥, 독일연방공화국 60년 - 1949~2009 분단국가에서 민주통일국가로, 2009, 201-230면 (212면) 참조.

122) Peter Badura, a.a.O., S. 3 참조.

123) Ebd., S. 14 참조.

124) Ebd., S. 3 f. 참조.

125) Ebd., S. 16 참조. 비슷한 시기에 행정재판권도 확대되었다. 예컨대, 1921년 함

II. 포르스트호프의 제도적 방법론

‘제도적 방법론’(institutionelle Methode)은 ‘제도’(Institution)를 분석의 수단으로 이용하여 법을 체계화하기 위한 다양한 시도들의 집합개념으로 정의된다. 이는 법소재를 체계화하고, 해석과 법형성에 기여하며, 헌법상 제도 및 기본권 보장을 위한 수단이 되고, 궁극적으로 법이 이론적으로 포착될 수 있도록 한다.[126] 예를 들어, 국가, 행정행위, 결혼, 계약 등은 모두 제도라 할 수 있다. 포르스트호프는 법질서를 여러 제도들의 의미 있는 구조로 인식하는데, 제도적 방법론을 통해 주도적인 기본원리와 현실의 측면에서 대상영역을 전체적 · 통일적으로 고찰함으로써[127] 법의 흠결을 보완하고 학문성을 추구하였다.[128] 요컨대, 법형식의 껍질 속에 기본원리와 현실이라는 알맹이를 부여하고자 한 것이다.

포르스트호프는 현실파악을 출발점으로 삼고 있다. 그 이유를 행정에 대한 관념에서 찾을 수 있다. 그는 행정을 단순히 기계적으로 법률을 집행하는 기관으로 치부하지 않았다. 법률에 기속되지만 자율성을 가진다고 인식하였다.[129] 이러한 관점에서 보면, 행정이 행정현실 속에서 자율적 활동을 하는 것이므로, 행정법 체계로 현실관계가 편입되어야 한다. 따라서 행정법은 행정현실과 밀접한 관계에 속에서 파악되어야 한다는 것이다.[130] 또한 법률과

부르크에서는 모든 행정작용에 대한 사법심사가 허용되었고, 1925년 통상법원에서 법률에 대한 합헌성 심사도 시작되었으며, 1960년 시행된 「행정법원법」(Verwaltungsgerichtsordnung)은 독일 기본법 제19조 제4항의 포괄적 권리보호조항에 의거하여 모든 유형의 행정작용에 대한 다양한 소송형태를 마련하였다. 이원우, 전게논문, 212면, 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 32면 참조

126) Dirk Paust, Die institutionelle Methode im Verwaltungsrecht, Göttingen 1997, S. 3 참조.

127) 이상덕, Ernst Forsthoff의 행정법학 방법론 연구, 법학석사논문, 2002, 61-62면 참조.

128) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., München 1973, S. 166 f. 참조.

129) Ebd., S. 56 참조.

더불어, 사회행정의 목표를 실현하고, 실제 현실을 지배하는 일체의 힘에 대한 이해를 바탕으로 행정법을 형성하고자 하였다.[131] 이를 위해 국가학적 방법의 관심사를 연구영역으로 편입시킨다.[132] 이러한 방식에 대하여, 현실 속에서 소위 '카주이스틱'(Kasuistik), 즉 사건의 개별적 해결책의 늪으로 빠질 위험성을 막기 위해 포르스트호프는 현실만이 아니라 그 현실을 규율할 수 있는 기본원리를 제시한다.[133]

III. 기여 및 한계

포르스트호프는 제도적 방법을 통해 행정법학에서 현실과 기본원리를 아울러 고려함으로써 행정작용의 법형식만을 대상으로 하는 형식주의의 문제점을 극복하고자 하였다.[134] 행정현실에 대한 천착을 통해 개념법학을 극복하고 행정법 발전의 계기를 제공한 것이다.[135] 그의 제도적 방법의 기여는 다음과 같이 요약될 수 있다. 첫째, 오토 마이어의 방법론이 법학적인(juristisch) 것임에 반하여 포르스트호프의 방법론은 사회학적(soziologisch)이다.[136] 이를 통해 자유권 보장의 전제조건인 사회행정을 구현하였고, 정책을

---

130) Ernst Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938, Vorwort 참조.

131) Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966, S. 17 참조.

132) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., München 1973, S. 56 참조.

133) Ders., Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959, S. 55 참조. 포르스트호프는 행정학이 행정법과 긴장관계에 있는 것이 아니라, 행정법 발전을 위한 필수불가결의 정당한 수단이라고 이해하면서, 행정학에서의 행정현실의 분석결과가 행정법 발전에 기여할 수 있다고 말한다. Ebd., S. 56 f. 참조.

134) 이원우, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법연구 제48호, 2017, 100면 참조.

135) 이원우, 독일 공법질서와 체계, 심익섭/M.치맥, 독일연방공화국 60년 - 1949~2009 분단국가에서 민주통일국가로, 2009, 201-230면 (213면) 참조.

136) Peter Badura, a.a.O., S. 22 참조.

행정법 영역으로 편입시켰다. 둘째, 사실적 측면에서 행정이 공익실현에 가장 적합한 존재라는 인식을 전제로 행정에게 자율성과 형성의 여지를 부여하였다.[137] 셋째, 제도적 방법은 현실과 기본원리에 대한 고려를 통해 법해석에도 기여한다. 이는 해석자가 자신이 의욕하는 법규범을 도출하기 위한 목적론적 해석과는 구별된다.[138]

하지만 제도적 방법론은 행정활동에 있어 법치국가 이념의 실현을 위한 행정행위(Verwaltungsakt)라는 통일적 작용형식에 위험요소로 작용할 수 있는 점,[139] 법적 규율 저변에 경험적 요소를 편입시킴으로써 규범적 논증을 대체하여 의도적으로 실정법으로부터 해방되는 결과를 가져올 수 있는 점,[140] 법적용자가 해석을 하는 과정에서 법률규정을 건드리지 않고 초법적인 가치질서를 편입시킴으로써 실정법을 왜곡할 수 있는 길을 마련해 줄 수 있는 점[141] 등의 비판이 제기되고 있다. 요컨대, 제도적 방법은 행정에 대한 통제와 자율성 보장을 동시에 추구하는 성숙한 단계의 행정법에 이른 것으로 보일 수도 있으나, 행정통제를 약화시킴으로써 행정에 대한 권한부여만이 강조되었다는 점을 불식할 수 없다.[142]

---

137) 제도적 방법은 제도 속에서 기본원리와 현실을 결합하려는 시도인데, 기본원리로 발생될 수 있는 자의의 개입 문제는 현실에서의 구체적 타당성 고려를 통해 제한하고자 하였다는 설명으로 이상덕, Ernst Forsthoff의 행정법학 방법론 연구, 법학석사논문, 2002, 70-71면 참조.

138) 이상덕, 전게논문, 74면 참조.

139) Peter Badura, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966, S. 23 참조.

140) Wolfgang Meyer-Hessemann, Methodenwandel in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Heidelberg/Karlsruhe 1981, S. 119 참조.

141) Dirk Paust, Die institutionelle Methode im Verwaltungsrecht, Göttingen 1997, S. 64 참조.

142) 포르스트호프의 제도적 방법론은 전통적 개념법학을 극복하고 새로운 방법론을 형성하고 발전시키는 계기를 제공하였지만, 이러한 논의는 나치체제의 정당화 수단으로 전락하였다고 평가하는 견해로 이원우, 독일 공법질서와 체계, 심익섭/M.치맥, 독일연방공화국 60년 – 1949~2009 분단국가에서 민주통일국가로, 2009, 201-230면 (213면).

제4절 오늘날 보장국가 이념과 조종학적 방법론

I. 오늘날의 상황

독일에서 21세기 무렵에 나타난 행정환경의 변화로 私化, 비용절감, 유럽화와 국제화 그리고 디지털화 · 정보화가 대표적으로 언급되고 있다.[143] 조종학파는 전통적 행정법이 1970년대 이래의 이러한 행정환경의 변화로 위기를 맞았다고 진단한다.[144] 예를 들어, 환경법, 경제법의 영역에서 허가, 금지 및 형사벌 등의 일방적 · 고권적 방식의 행정작용이 현실적합성을 상실하였다는 것이다.[145] 왜냐하면 종래의 규율방식은 규율대상을 완전하게 파악한 상태에서 규율이 환경에 미치는 결과 또한 예견 가능할 경우 제대로 작동될 수 있었는데,[146] 사회의 분화와 과학기술의 발전 등으로 한계가 있기 때문이라는 것이다.

근본적인 원인은 私化[147]에서 실마리를 찾을 수 있다. 오늘날 다양한 국가

---

143) Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl, München 2013, Vorwort zu Band I, erste Auflage, S. 11 참조.

144) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (9 ff.); Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Methoden der Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 73-130 (98 f.) 참조

145) 조종학파의 역사적 평가에 대하여 견해가 일치되어 있는 것은 아니다. 예들 들어, 봘(Rainer Wahl)은 당시 큰 위기가 있었다고 볼 수 없다고 분석한다. Rainer Wahl, Herausforderungen und Antwort, Berlin 2006, S. 93 참조. 한편, 펠링(Michael Fehling)은 위기는 환경법과 경제법 분야에 국한된 것으로 다른 분야로 일반화하는 것에 반대하면서, 조종학적 관점은 1980년대부터 1990년대의 '국가조종의 과부화'라는 위기극복보다는 '행정법학의 관점확장'으로 이해되어야 한다고 말한다. Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtswissenschaft: Problem oder Lösung, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (92) 참조.

146) 송석윤, 국가역할의 역사적 변천, 국가와 헌법 Ⅰ, 2018, 71면 참조.

임무에 직면하여 국가가 모든 임무를 직접 수행하는 것은 불가능하게 되었다. 또한 과학기술과 사회경제의 발전으로 사인이 더 효과적이고 효율적으로 임무를 수행할 수 있는 영역이 나타났다. 이러한 현실은 국가와 사회의 책임분배를 요청하고, 私化를 바탕으로 한 협력적 행정[148]으로 인도한 것이다.[149] 이러한 상황에서 오늘날 국가의 역할과 기능에 대한 모습으로서 보장국가(Gewährleistungsstaat)의 모델이 제시되고 있다. 조종학적 관점은 보장국가 이념을 바탕으로 임무의 더 나은 실현 내지 최적화를 지향하면서[150] 私

147) 私化의 모습은 다양하게 나타난다. 私化의 유형으로, 첫째, 작용형식의 私化(Handlungsformprivatisierung)는 행정과 사인 사이의 법관계가 私法적으로 형성되는 것이다. 둘째, 조직 私化(Organisationsprivatisierung) 내지 형식적 私化(formelle Privatisierung)는 국가가 행정임무를 수행하기 위하여 주식회사 등의 私法에 의거한 조직형태를 취하는 것이다. 셋째, 자산 私化(Vermögensprivatisierung)는 국가가 부동산이나 영리기업의 지분을 사인하는 매각하는 경우에 발생한다. 넷째, 임무私化(Aufgabenprivatisierung) 내지 실체적 私化(materielle Privatisierung)는 국가임무를 사회경제 영역에서 통용되는 경쟁원리에 의거하여 수행되도록 사인에게 완전히 책임을 인계하는 것이다. 마지막으로, 기능私化(funktionale Privatisierung) 내지 이행私化(Erfüllungsprivatisierung)는 임무이행의 주체와 이행책임의 변화 없이 임무의 수행방식이 변화하는 것으로 임무이행에 필수적인 실제행동이 사인에게 위임되는 것으로 이해될 수 있다. Won-Woo Lee, Privatisierung als Rechtsproblem, Köln/Berlin/Bonn/München 1997, 148 ff.; 박재윤, 독일 공법상 국가임무론과 보장국가론, 2018, 155-159면 등 참조.

148) '협력적 행정활동'(kooperatives Verwaltungshandeln)은 협의로는 실체법적 · 절차법적 규율이 없는 비공식적 협약(Absprache)을 의미하고, 광의로는 공법상계약 내지 행정계약이 포함되며, 최광의로는 참여를 포함하여 일체의 행정과 시민의 접촉활동을 모두 포함한다. 통상 협력적 행정활동은 광의의 의미로 사용되고, '협력적 행정'(kooperative Verwaltung)은 작용형식에다가 임무의 私化를 통해 공임무를 담당하게 된 私的 또는 公私혼합의 조직형태까지 포함한다. 박정훈, 행정법의 구조변화로서의 참여와 협력 - 독일에서의 이론적 논의를 중심으로, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 261-262면 참조. 참여와 협력에 관하여는 본서 제2장 제2절 Ⅱ. (61면 이하)에서 자세히 논한다.

149) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (9 f.) 참조.

150) Jan Ziekow, Gewährleistungsstaat und Regulierungsreform in Deutschalnd: From deregulation to smart regulation, 이화여대 법학논집 제19권 제4호, 2015, 81-111

化의 결과를 법적으로 어떻게 규율할 것인지를 중요한 과제로 삼는다. 다시 말해, 행정법을 '私化결과법'(Privatisierungsfolgenrecht) 내지 '보장(행정)법'(Gewährleistungsrecht)으로 받아들이고 私化에 의거하여 임무의 수행방식을 변화시켜 행정환경의 변화에 대처하는 것으로 이해된다.[151]

나아가 디지털화 · 정보화는 행정처리가 웹사이트를 통해 이루어지는 등 행정활동에 근본적 변화를 야기함과 동시에 연결망을 통한 행정관리와 행정정보의 중요성을 증대시키고, 국민들의 정책결정과정에 참여할 기회를 늘어나게 하고 직접 민주주의도 용이하게 하였다.[152] 다만, 비용절감의 관념이 법규범으로 지나치게 유입되는 현상에 대하여는 비판적 견해가 많다.[153] 법규범은 단순히 사경제적 서비스로 이해될 수는 없다는 것이다.[154] 법규범은 당위로서 사회가 추구하는 가치의 표현이기 때문이다.[155] 이러한 관점에서 프란치우스(Claudio Franzius)는 법규범이 공익과 조화되는 대안을 선별하고 행정과정에서 헌법적 가치를 실현할 수 있어야 한다고 말한다.[156]

한편, 유럽화와 국제화 또한 행정법 변화의 원인으로 분석된다. 왜냐하면

면 (90면) 참조

151) Rainer Wahl, Herausforderungen und Antwort, Berlin 2006, S. 91 참조.

152) 정용덕 외 21인, 현대국가의 행정학, 제3판, 2021, 135-136면 참조.

153) 조종학파는 신자유주의 사조의 영향으로 효율과 비용절감에 관하여 관심을 가지지만, 이를 조종학적 관점 전체로 일반화하는 것은 문제가 있다. 오히려 조종학파는 최적화를 추구한다는 점에서 행정이 추구해야 할 가치에 관하여 관심을 가진다고 보는 것이 타당하다.

154) 포스쿠울레는 "국가는 시민에게 많은 것을 제공하고 봉사하지만, 서비스를 제공하는 기업은 아니다."(Der Staat leistet viel und dienst dem Bürger, er ist aber kein Dienstleistungsunternehmen.)라고 말한다. Andreas Voßkuhle, Der Dienstleistungsstaat: Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, Der Staat 40, 2001, S. 495-523 (523).

155) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 35) 참조.

156) Ebd., Rn. 36 참조.

행정법 관계의 확장은 독일 행정법이 자국의 행정현실에서 발생하는 법문제 해결에 안주할 수 없게 하였기 때문이다.[157] 이는 유럽법과 국제법의 해석이라는 양적 측면에 영향을 주었을 뿐만 아니라, 이질적인 규율과 개념이 독일 행정법 연구영역으로 수용됨으로써 행정법 연구에 있어 질적 변화도 야기하였다. 환경감사, 제품안전법의 인증모델, 환경인증제 등을 대표적인 예로 들 수 있다. 입법에 있어서도 유럽법과 국제법이 주요한 기준으로 작용하게 된다.[158] 특히 유럽화는 주관적 권리 보장과 강한 재판통제를 중심으로 하는 독일 행정법에 대하여 질적 변화를 요구하고 있다.[159] 유럽법은 객관적인 행정통제 관념을 기반으로 하고 있기 때문이다. 이에 대하여 슈미트-아스만(Eberhard Schmidt-Assmann)은 독일 행정법 체계가 객관법을 지향하는 유럽 공동체법과 통합할 수 있을지에 관하여 의문을 제기하기도 한다.[160]

II. 보장국가 이념

1. 개념

'보장국가'(Gewährleistungsstaat)는 일반적으로 공공복리의 실현을 국가가 직접 이행하는 대신 사인이 일정한 역할을 하고, 국가는 이러한 임무수행이 제대로 이루어지도록 보장하는 국가 모습을 지칭한다.[161] 이는 국가의 임무

---

157) Hans-Heinrich Trute, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch, DV Beiheft 2, 1999, S. 9-31 (21-31) 참조.

158) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (16-19) 참조.

159) Eberhard Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 225 참조.

160) Ebd., S. 82 참조.

161) Claudio Franzius, Vom Gewährleistungsstaat zum Gewährleistungsrecht, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), der Gewährleistungsstaat: Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, S. 53-61 (53) 참조.

수행 방식의 본질이 보장책임에 있다는 점을 강조하는 표현이라 할 수 있다. 보장국가 개념은 이념적으로 최대국가(Maximalstaat)의 성격을 가지면서도 한편으로는 신자유주의에 기반을 둔 최소국가(Minimalstaat)에 근접하고 있는데,[162] 오늘날 행정현실의 변화 속에서 행정임무를 수행하는 모델을 제시하기 위해 양자의 변증법적 통합을 시도하는 것이다. 이러한 맥락에서 독일에서 보장국가는 "변화된 국가의 역할에 대한 암호"[163]라고 표현되는 것을 이해할 수 있다.

2. 보장책임과 책임분배

보장국가는 수직적 차원과 수평적 차원에서 논의될 수 있다.[164] 전통적으로는 수직적 차원에서 책임단계를 3단계로 구분하여 '이행책임'(Erfüllungsverantwortung), '보장책임'(Gewährleistungsverantwortung), '보충책임'(Auffangverantwortung)으로 논의하여 왔으나, 오히려 핵심은 수평적 차원에서 私化를 통해 나타나는 오늘날 협력적 행정에서 국가와 사회의 책임분배를 어떻게 할 것인지의 문제이다.[165] 보장국가 개념은 행정현실에서 발생하는 법체계 변화에 대한 분석의 틀이 된다는 점에서 분석적 기능을 수행하고, 이념형으로 제시되는 국가 모습의 당연한 귀결로서 국가개혁 모델을 제시한다는 점에서 정치적 기능을 아울러 가지는 것으로 설명되고 있다.[166]

보장국가에서는 사인이 공임무 전체 또는 일부를 이행하는 상황을 전제로,

---

162) Claudio Franzius, Vom Gewährleistungsstaat zum Gewährleistungsrecht, in: der Gewährleistungsstaat: Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, S. 53-61 (54) 참조.

163) Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), der Gewährleistungsstaat: Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, S. 89-108 (89).

164) 박재윤, 독일 공법상 국가임무론과 보장국가론, 2018, 243-246면 참조.

165) 문병효, 현대 행정법의 변화와 지배이념 - 이른바 보장국가의 가능성과 한계를 중심으로, 행정법 방법론, 2020, 33-35면 참조.

166) 박재윤, 전게서, 246-248면 참조.

제대로 된 임무수행을 담보하기 위하여 행정에 남아 있는 보장책임이 강조된다. 대표적 발현형태로 국가가 사인의 자기감시를 보충하고 관찰과 통제 등을 통하여 공적·사적 이해관계를 지속적으로 조정하는 감시(Überwachung), 사인이 공임무를 가능한 한 타당하게 실행할 수 있도록 조직과 절차의 적절한 법적 구조를 제공하는 규제(Regulierung)가 있다.[167] 한편, 보장책임의 일종으로 국가는 공익실현 책임이라는 행정활동의 한계를 설정하고, 사인들이 그 틀 안에서 공공복리와 조화되는 방향으로 이익조정을 할 수 있도록 할 국가의 책임, 소위 '틀설정책임'(Rahmenverantwortung)이 강조된다.[168] 국가는 사회가 자율적으로 활동할 수 있는 기준과 한계를 설정하고 이를 벗어나지 않도록 제도를 설정하는 역할을 하는 것으로 이해될 수 있다.

3. 보장행정법

보장국가에서 요구되는 법은 어떠한 역할과 기능을 수행할 수 있거나 수행해야 할지를 생각해 볼 필요가 있다. 이에 관하여 포스쿠울레(Andreas Voßkuhle)는 보장국가에서 사인의 참여를 기반으로 최적의 공공복리를 실현하기 위해 분업적 임무수행의 각 단계의 절차를 규율하는 '보장행정법'(Gewährleistungsverwaltungsrecht)이 필수적이라고 말한다.[169] 보장행정법을 통해 공임무 수행에 사회의 역량을 투입할 수 있게 되는데, 개별적 · 구체적 법관

---

167) 박재윤, 독일 공법상 국가임무론과 보장국가론, 2018, 142-146면 참조.

168) Eberhard Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 170 참조. 틀을 문제 또는 문제의 집합들이 형성되고 해석되며 해결되는 프레임으로 이해하는 견해로 정용덕 외 21인, 전게서, 143면. 즉, 틀은 가치문제를 담고 있고 틀 속에서 사회적 담론을 통해 바람직한 대안이 도출될 수 있다는 것이다. 예컨대, 환경정책에 있어 첫째, 환경보호를 위해서 강제와 명령을 통해 오염 발생을 낮출 수 있고, 둘째, 사인의 정보제공 내지 협력을 통해 오염을 저감할 수도 있을 것이다.

169) Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, 2003, S. 266-328 (304-306) 참조.

계에서 더 나아가 전체로서 보장구조를 형성함으로써, 공·사적 영역에서의 지식이 유용하게 결합될 수 있어야 한다는 것이다.[170]

그는 보장행정법의 구조요소로서 7가지의 핵심요소를 제시하고 있다. 첫째, 사인이 제공하여야 할 서비스의 수량과 품질을 담보하는 장치가 법적으로 마련되어야 하고, 둘째, 사인을 선발하기 위한 신뢰할 수 있는 자격요건이 설정되어야 하며, 셋째, 기본권보호에 있어 흠결의 우려를 불식시키기는 제3자의 권리보호를 위한 장치가 마련되어야 하고, 넷째, 국가의 조종과 통제를 가능하게 하는 조직법적·절차법적 안전장치가 마련되어야 하며, 다섯째, 평가와 학습을 위한 환류장치가 필요하고, 마지막으로 임무가 적절하게 수행되지 아니할 경우를 대비하여 국가가 사인의 참여를 종료시킬 수 있는 효과적인 수단이 마련되어야 한다는 것을 핵심적 구조요소로 언급한다.[171] 이러한 맥락에서 프란치우스(Claudio Franzius)는 조종학의 관점에서 보장행정법이 결과에 주목한다는 점에서 '결과지향법'(folgenorientiertes Recht)이라고 말한다.[172]

III. 개혁논의로서 조종학적 방법론

조종학파는 앞서 살펴본 바와 같은 변화된 환경 속에서 행정법학이 과제를 수행하기 위해 1990년대부터 행정법 개혁논의[173]를 통해 행정법학을 '조종

---

170) Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, 2003, S. 266-328 (307 f.) 참조.

171) Ebd., S. 310-326 참조.

172) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 77) 참조.

173) 조종학파는 1991년부터 2003년까지 10회에 걸쳐 개최된 학술대회에서 행정법 개혁논의를 진행하였다. 그 결과물은 『행정법 개혁총서』(Schriften zur Reform des Verwaltungsrechts)로 출간되었는데, 호프만-림, 슈미트-아스만, 슈페르트가 편집대표를 맡았다. 개혁총서는 총 10권의 시리즈로서 표제를 살펴보면, 관심 분야가 재

학’(Steuerungswissenschaft)으로 파악하여야 한다고 주장하였다.[174] 다시 말해, 전통적 관점이 재판에서의 법적용과 관련된 해석을 중심으로 한다는 점에 대한 반성적 고려에서, 조종학파는 ‘신행정법학’(Neue Verwaltungsrechtswissenschaft)[175]을 표방하면서 행위주체인 행정을 조종할 수 있도록 입법과

판을 통한 주관적 권리구제 중심의 전통적 입장과 상당히 다름을 알 수 있다.

권	표제	출판사	발간연도
1	일반행정법의 개혁 『Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts』	Baden-Baden	1993
2	행정활동에 있어 혁신과 탄력성 『Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandeln』		1994
3	상호보완질서로서 공법과 사법 『Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen』		1996
4	조종원천으로서 행정조직법 『Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource』		1997
5	행정법에 대한 도전으로서 효율성 『Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht』		1998
6	유럽행정법의 구조 『Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts』		1999
7	정보사회에서의 행정법 『Verwaltungsrechts in der Informationsgesellschaft』		2000
8	행정통제 『Verwaltungskontrolle』		2001
9	행정절차와 행정절차법 『Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz』		2003
10	행정법학 방법론 『Methoden der verwaltungsrechtswissenschaft』		2004

174) 한편, 같은 문제의식에서 행정학에서는 서구에서 ‘신행정국가화’ 현상이 전개되고 있다고 분석한다. 이는 첫째, 적극국가에서 규제국가로의 이행, 둘째, 복지혜택 공급자에서 시장 형성자로의 국가역할 전환, 셋째, 시민사회와 협력을 통한 네트워크 거버넌스의 확대를 특징으로 한다. 그러나 국가 권위의 축소를 의미하는 것은 아니라고 설명한다. 정용덕 외 21인, 현대국가의 행정학, 제3판, 2021, 150면 참조.

175) 독일 행정법에서 “Neue Verwaltungsrechtswissenschaft”이라는 표현은 붐케(Christian Bumke), 호프만-림이 변화된 방법론을 최초로 명명한 것에 그 연원을 두고 있다. Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: ders/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Methoden

정책 중심의 '활동학'(Handlungswissenschaft) 내지 '결정학'(Entscheidungswissenschaft)[176]으로 변화할 것을 주장하는 것이다.[177] 이를 위하여 행위규범, 조직, 절차 그리고 예산 등의 행정결정의 전제조건에 관심을 가진다.[178] 또한 행정법이 행정을 실효적으로 조종하는 본연의 기능을 실현하기 위해[179]

---

der verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 9-72 (13); Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Methoden der Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 73-130 (103) 참조. 포스쿠울레는 조종학적 방법은 하나의 요소에 불과하기에 방법론의 다양성이라는 측면에서 조종학적 관점으로 표현하는 것은 다소 협소하고, 전통적 관점과 구별되는 학문적 전환으로 이해된다는 점에서 신행정법학이라는 표현이 적절하다고 말한다. Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2012, §1 S. 1-63 (4) 참조. 이에 대하여 행정법학이 변화하였다기보다 변화된 행정현실에 대한 행정법학의 대응이 변화한 것에 불과하므로, 'N'의 대문자 표기는 과도한 표현이라는 비판이 있다. Rainer Wahl, Herausforderungen und Antwort, Berlin 2006, S. 89, 93 참조.

176) 포스쿠울래는 작업방법을 7단계로 나누어 서술하고 있다. Andreas Voßkuhle, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, S. 171-195 (179-181) 참조.

1. 동기분석: 문제를 어떻게 정의하는가, 그리고 무엇이 나의 인식적 관심 대상인가
2. 사실관계분석: 어떠한 사실들을 기초로 놓는가
3. 기존연구분석: 어떠한 해결책들이 과거에 그리고 현재 법학계 내에서 그리고 다른 학문 영역에서 논의되고 있는가
4. 대안분석: 그 해결책은 어떠한 사실적 그리고 이론적 전제들을 기초로 하고 있는가 그리고 그것들이 어떻게 방법론적으로 검증될 수 있는가
5. 체계분석: 어떠한 해결책들이 법에 합치되는가
6. 근거분석: 어떠한 기준들을 무슨 이유 때문에 각 결정 제안의 근거로 두는가
7. 행동분석: 그것으로부터 어떠한 행동이 따르는가

177) Georg Hermes, Folgenberücksichtigung in der Verwaltungspraxis und in einer wirkungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/ Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 359-385 (369); Eberhard Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 26 등 참조.

178) Andreas Voßkuhle, Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2012, §1 S. 1-63 (20) 참조.

규범외적 결정요인, 즉 경험적 요소의 합리화의 필요성을 강조하는 것이다.[180] 궁극적으로 조종학적 관점은, 행정법학은 행정이 민주적 정당성을 갖추면서 시민친화적이고, 법에 의하여 유지되고 운용되도록 객관적 법질서를 확립하며, 행정이 사회문제를 적정하게 해결함과 아울러 행정목적을 효과적으로 달성하는 데 기여하고자 한다.[181] 특히 실효적이고 적실성 있는 행정활동을 강조한다.[182]

즉, 조종학적 관점은 첫째, 한편으로, 민주를 주목하여 공익실현 책임을 수행하기 위해 내용을 채울 형성의 여지를 부여함과 동시에 행정활동의 한계를 설정하는데, 이러한 관점에서 법치국가의 객관성을 강조한다. 다른 한편으로, 참여와 협력을 체계요소로 받아들이면서 사인이 공공복리와 조화되는 방향으로 이익조정을 할 수 있도록 제도를 설정한다. 다시 말해, 자유주의 행정법에 머물러 있던 독일 행정법이 행정에 대한 권한부여와 제한을 동시에 추구하는 공동체의 조화로운 삶을 위한 행정법으로 나아가기 위한 노력을 하는 것이다.

둘째, 한편으로, 실효적 행정활동을 위해 규범외적 요소의 합리화를 주장한다는 점에서 경험과학과 연결된다. 특히 연구대상으로서 행정을 온전히 파악하기 위해 인접학문의 연구결과를 참조하는 것이다.[183] 다른 한편으로, 행

---

179) Walter Krebs, Die Juristische Methode im Verwaltungsrecht, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 209-221 (219) 참조.

180) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 2012, §1 S. 1-63 (21) 참조.

181) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft: Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (96 f.) 참조.

182) Martin Eifert, Das Verwaltungrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 286-329 (293 f.) 참조.

183) Eberhard Schmidt-Aßmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts: Reformbedarf und Reformansätze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-

정의 방향을 제시하는 조타의 역할을 한다는 점에서 가치과학과도 일맥상통한다. 행정을 조종한다는 관점에서 접근하면 재판규범으로서 '합법성'(Rechtmäßigkeit)[184]만으로 해결될 수 없는 부분이 생기고, '합목적성'(Zweckmäßigkeit)[185] 그리고 그 이상의 것을 포괄하는 옳고 그름이라는 '타당성'(Richtigkeit)[186]의 척도가 행정법의 연구대상이 될 수밖에 없기 때문이다.

요컨대, 조종학파는 민주법치국가에서의 성숙한 행정법을 추구한다. 또한 행정법을 규범과학과 더불어 경험과학 그리고 가치과학을 아우르는 종합과학으로 이해하는 것이다. 즉, 조종학적 방법론은 행정의 자율과 통제를 아울러 강조하면서 제3단계의 행정법을 추구하는 것으로 이해된다. 이러한 측면에서 국가우월주의를 토대로 행정에 대한 수권이 비교적 강조되고 법진화에 있어 억압적 법으로서의 특성이 주요하게 나타났던 19세기 법학적 방법론 그리고 20세기 제도적 방법론과 구별될 수 있다. 나아가 독일 행정법에 있어 법학적 방법론은 합법성을 강조하면서 행정을 단순히 법률의 집행기관으로 파악하여 왔고, 제도적 방법론은 합목적성을 추구하는 행정의 자율성에 치중하여 왔는바, 조종학적 관점은 양자에 대한 반성적 고려로 이해될 수 있다. 이하에서 조종학적 방법론 논의를 본격적으로 살펴보도록 한다.

Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 11-63 (15) 참조.

184) '법률적합성'(Legalität, Gesetzmäßigkeit)은 의회에서 제정한 법률, 또는 그 위임에 따라서 행정이 정립한 법규명령에 부합하는 상태를 말한다. 형식적 법치에 대한 반성으로 법의 범위에 헌법과 불문법이 포함되었다. '합법성'은 이러한 법에 부합하는 상태를 말한다. 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 31면 참조.

185) '합목적성'은 행정이 임무에 적합하게 활동하고 임무를 효과적으로 달성하였는지를 말한다. 그 판단에 있어 임무가 달성되었는지를 고려하여야 하므로 결과의 고려는 필수적이다. 예컨대, '효과성'(Effektivität), '효율성'(Effizienz), '適實性'(Sachgerechtigkeit), '투명성'(Transparenz), 수용성 등이 포함된다. 합목적성 개념이 입법되거나 법원리로 승인되는 경우 합법성의 내용이 되고, 경우에 따라 재량행사의 기준으로 작용한다.

186) 조종학적 관점이 행위주체로서 행정에서 출발한다는 점에서 '타당성'의 척도를 추구하게 되고, 이를 매개로 경험과학 그리고 가치과학과 연결된다.

제2장 기본관념

조종학으로서 행정법학의 기본관념은 무엇인가. 즉, 조종학적 관점이 법에 의거하여 추구하는 기본의미 내지 궁극목적은 무엇인가.[187] 조종학적 관점은 행정법이 체계요소로 참여와 협력을 받아들이고, 행정이 민주적 정당성을 갖추면서 시민친화적이며, 법에 의하여 유지되고 운용되도록 객관적 법질서를 확립하고, 행정이 사회문제를 적정하게 해결함과 아울러 행정목적을 효과적으로 달성하고자 한다.

요컨대, 조종학적 관점은 한편으로, 민주를 주목하여 행정에게 내용을 채울 형성의 여지를 부여함과 동시에 공익을 실현하는 행정활동의 한계를 법적으로 규율하는 민주법치국가에서의 성숙한 행정법으로 나아가기 위해 노력한다. 다른 한편으로, 행정의 실효성을 주목한다는 점에서 경험과학과 연결되고, 행정의 適實性을 주목한다는 점에서 가치과학과 연결되는데, 행정법을 전통적 규범과학에서 더 나아가 경험과학 그리고 가치과학을 아우르는 종합과학으로 이해한다.

이하에서는 조종학적 관점이 궁극적으로 추구하는 민주법치국가에서의 행정법과 종합과학으로서의 행정법의 내용을 고찰하고자 한다. 그 전제로 차용개념인 조종개념을 이해할 필요가 있으므로, 우선 조종개념의 의미를 살펴본 후 순차적으로 고찰한다.

187) Karl Larenz, Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979, S. 29 참조.

제1절 조종의 의의

조종개념은 사회과학적 조종이론에 그 연원을 두고 있으므로 그 이해를 위해 우선 사회과학에서의 논의를 검토할 필요가 있다. 나아가 조종개념이 행정법에 있어 어떠한 기능을 가지는지를 살펴보고, 조종개념을 보다 구체적이고 실질적으로 이해하기 위해 조종개념의 발현형태를 유형화해서 고찰하도록 한다.

I. 조종개념[188]

1. 사회과학적 조종이론

'조종'(Steuerung)은 무엇을 의미하는가. 조종은 추상적으로 이해하기보다 조종이 실질적으로 무엇에 기여를 하고, 어떻게 성취되는지를 통해 개념을 파악할 필요가 있다. 그렇지 않으면, 조종개념이 법이론을 형성하고, 법제 형성의 방향을 제시하며, 사회문제를 해결하는 정책을 입안하는 데 기여할 수 없기 때문이다.[189] 조종개념은 사회과학에서의 조종이론에 연원을 두고 있으므로,[190] 법적 개념으로서 조종을 이해하기 위해서는 먼저 사회과학에서의 논의를 살펴볼 필요가 있다.

---

188) 조종개념에 관한 내용은 拙稿, 독일 행정법학과 행정재판권의 개혁논의에 관한 소고, 외국사법연수논집 제40집, 2021, 146-150면을 수정 · 보완하여 정리한 것임을 밝힌다.

189) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (67) 참조.

190) Eberhard Schmidt-Aßmann, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 11-63 (15) 참조.

독일은 1960년대에 계획낙관풍조가 만연하였다. 그 후 정부 계획의 실패를 경험하게 되면서 사회과학은 1970년대부터 정치시스템의 외부 문제를 관심사로 두었다. 특히 사회환경을 정치적으로 조종하는 것이 가능한지, 그 전제조건은 무엇인지를 연구하였다. 이러한 정치적 조종개념은 1970년대 말경에 이르러 사회과학에서 확립되었다.[191]

정치적 조종에 관한 이론은 '체계이론'(Systemtheorie)[192]과 '행위에 초점을 맞춘 조종 접근법'(handlungsorientierter Steuerungsansatz)으로 나뉜다. 먼저, 체계이론은 사회기능이 분화됨에 따라 사회문제가 복잡하게 되고, 사회의 개별적 체계가 고유논리에 따라 반응하므로, 체계 내부를 외부에서 결정하는 것은 불가능하다고 설명한다.[193] 이는 행정법에 있어 문제가 복잡할수록 문제를 포착하고 해결하는 과정도 세분화되어야 한다는 함의를 가질 수는 있다.[194] 하지만 체계에 대한 외부적 개입의 가능성 자체를 부정하는 이상 법에 의거한 조종의 논의기초 자체가 상실된다. 또한 주체로서 국가 및 개인과 의회법률의 중요성을 부인하므로, 규범학으로서 행정법학이 이를 그대로 채택하는 것은 불가능하다.[195] 특히 급진적 체계이론을 관철할 경우 국가조종의 완전한 실패와 무정부 상태에 빠지게 된다는 비판도 있다.[196] 또한 현실적으로도 사회 체계에 대한 정치적 개입의 영향력이 완전

---

191) 조종개념은 인공두뇌학에서 유래한 것으로서 독일 사회과학에서 "control"이라는 영어 개념을 번역하면서 도입된 것으로 파악되고 있다. Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (21 f.) 참조.

192) 루만(Niklas Luhmann)의 체계이론에 관한 강의 내용으로 루만, 윤재왕 역, 체계이론 입문, 2014, 15면 이하 참조.

193) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 22 참조.

194) 박정훈, 행정법의 구조변화로서의 참여와 협력, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 256면 참조.

195) Oliver Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen 1999, S. 44-46, 48-51 참조.

196) Stephan Meyer, Fordert der Zweck im Recht wirklich eine »Neue Verwaltungsrechtswissenschaft«?: Zugleich ein Vorschlag zur Dogmatik des Verwaltungs-

히 배제되는 상황을 상정하기 어렵다. 이러한 이유로 독일 행정법학은 행위에 초점을 맞춘 조종 접근법을 참조한다. 따라서 이하에서 그와 같은 접근법에 의거한 조종개념에 관하여 살펴본다.

2. 법학에서의 조종개념

포스쿠울레(Andreas Voßkuhle)는 조종학파가 행위에 초점을 맞춘 조종 접근법에서의 조종개념을 참조한다고 말한다.[197] 조종은 키워드로서 일상 언어적 용법으로 배의 항해술을 의미하는데,[198] 법을 조타로 삼아 행정이라는 운항하는 배를 다루어 부리는 모습을 상정해 보면 법학에서의 조종개념을 직관적으로 이해할 수 있다. 조종개념은 조종주체(Steuerungssubjekt), 조종객체(Steuerungsobjekt), 조종목표(Stuerungsziel) 및 조종지식(Steuerungswissen)을 개념요소로 한다.[199] 즉, 행위주체로서 조종주체와 그 상대방으로서 조종객체를 상정하고, 조종을 통해 종국적으로 조종목표를 달성하기 위하여 조종도구와 그 결과 사이의 효력관계를 의미하는 조종지식이 필요하다는 것이다.

조종지식에는 조종필요성(Steuerungsbedürftigkeit), 조종가능성(Steuerbarkeit), 조종능력(Steuerungsfähigkeit)에 관한 정보가 포함된다. 조종필요성은 개별체계의 자율적 조종이 수용할 만한 결과를 산출하는지, 국가적 조종이 불필요

---

ermessens, DV 42, 2009, S. 351-377 (354) 참조.

197) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (23) 참조. 슈페르트(Gunnar Folke Schuppert)도 조종학으로서의 행정법학에 관한 논문에서 체계이론이 아닌 행위에 초점을 맞춘 조종 접근법에 기초하여 법학에서의 조종개념을 설명하고 있다. Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (68-70) 참조.

198) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 23) 참조.

199) Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 67 f. 참조.

하거나 유해한지에 관한 문제이다. 조종가능성은 조종주체가 가지고 있는 도구를 사용하여 개별체계 내부가 조종목표에 부합하도록 개입하는 것이 가능한지에 관한 문제로서, 조종수단(Instrument)과 조종매체(Medium)의 구체적 조건에 의하여 결정된다. 마지막으로 조종능력은 조종주체의 의지와 노하우 등 정치적 시스템의 역량으로 이해된다.

조종학적 관점은 사회과학에서의 논의와 달리 조종매체로서 법, 즉 일반행정법과 특별행정법을 강조한다.[200] 법은 단순히 도구적 성격에 머무는 것이 아니기 때문이다.[201] 위와 같은 이해를 행정법에 적용해 보면, 조종매체인 법을 중심으로, 조종주체로서 민주적 정당성을 가진 의회의 입법자, 조종객체로서 행정 그리고 행정활동을 조종개념에 의거하여 이해할 수 있다. 다만, 조종학파는 행정이 법으로 정해진 범위 내에서 사회영역을 형성하고 조종하는 권한을 가진다는 점에서 조종주체로서의 성격도 아울러 가진다고 설명한다.[202]

슈페르트(Gunnar Folke Schuppert)는 슈미트-아스만(Eberhard Schmidt-Aßmann)과 조종목표에 관한 견해를 같이 하면서 조종목표를 다음과 같이 서술하고 있다.

> "행정활동을 조종하는 행정법은 한편으로, 공행정의 영역에서 법치국가 이념과 민주에 관한 규정을 구체화하고 실현해야 한다. 이로써 행정활동을 법치국가의 통제 아래에 두고 유도하여 사회문제를 해결해야 함과 동시에 민주적 정당성을 매개하고 생성하도록 해야 한다. 다른 한편으로, 법에 의거하여 행정결정과 관계된 정보와 이해관계를 찾아내고 서로 결부시키며 제시하여, 공정한 절차 속에서 정당하게 조정될 수 있도록 하여야 한다."[203]

---

200) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (69) 참조.

201) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 21 참조.

202) Ebd., S. 20 참조.

203) Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 69 f.

조종필요성은 참조영역인 특별행정법에서 확인될 수 있다고 말하는데, 특별행정법은 행정임무의 방향을 설정하고, 일반행정법과의 상호작용을 통해 도그마틱과 체계를 형성하며, 이를 통해 조종필요성이 있는지를 확인할 수 있고, 조종수단이 구체적으로 발견될 수 있다는 것이다.[204]

위와 같은 이해를 바탕으로, 조종학파는 조종개념을 전체의 질서 · 체계 속에서 법에 의거하여 행정을 부려 어떠한 결과를 산출하는 것으로 이해한다.[205] 또는 법에 의거하여 행정이 추구하는 목표를 성취하도록 하고 원하지 않는 결과를 방지하는 것을 말한다.[206] 다시 말해, 법학적 관점에서의 규범적 귀속관계(Zurechnungszusammenhang) 그리고 법효과 관계로 이해될 수 있다.[207] 이러한 조종개념은 단순히 사회과학적 인과관계에 따라 사회현실을 서술하는 것에 그치지 아니한다는 점에서 사회과학에서의 조종개념과 구별된다.[208] 또한 행정임무를 강조하면서 일반행정법과의 연계를 통해 행정법을 연구하고,[209] 적실성을 추구하면서도 경험적 요소와 더불어 규범적 · 헌법적 고려를 하는 점에서, 백과사전식 나열이 아니라 규범적 공통원리를 추출하므

---

204) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 8 참조.

205) Martin Eifert, Das Verwaltungrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 286-329 (294).

206) Wolfgang Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat: Vom Nutzen der Governace-Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Governance-Forschung: Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, Baden-Baden 2006, S. 195-219 (209).

207) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (27).

208) Oliver Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, Tübingen 1999, S. 33 참조.

209) Rainer Wahl, Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 177-218 참조.

로 로렌츠 폰 슈타인(Lorenz-von-Stein)의 국가학적 방법[210]으로 회귀하는 것은 아니라고 설명한다.[211]

3. 평가

요컨대, 우선 조종개념은 도그마틱적 개념, 즉 문제해결을 위한 개념이 아니라[212] 문제해명적 개념으로 이해된다. 즉, 개념요소별로 현실을 인식하고, 그들을 상호관계와 효력관계를 포착하는 것이다.[213] 또한 조종목표를 통해 행정이 추구해야 할 가치에 관하여 관심을 가진다. 즉, 행정을 어떠한 방향으로 조종해야 하는가에 대한 대답으로, 합법성뿐만 아니라 행정의 가치로서 민주적 정당성 등을 연구한다. 궁극적으로, 조종개념을 통해 행정을 행위주체로 인식하고, 공정한 절차 속에 이해관계 등을 조정하고 사회문제를 해결할 수 있는 방향으로 법치국가 이념과 민주에 관한 규정을 실현하고자 한다.

다만, 조종학파 스스로도 조종학적 관점이 완결되지 않은 과제라고 말한다.[214] 따라서 주장자들 사이에도 연구 범위와 방향의 설정이 서로 달리 나타나고 있다. 예를 들어, 슈페르트[215]는 행정학을 중심으로, 슈미트-아스만[216]과 호프만-림(Wolfgang Hoffmann-Riem)은 일반행정법을 중심으로 연구

---

210) 국가학적 방법은 행정학의 체계를 이어 받은 것으로 행정의 분류와 체계에 맞추어 법률을 재편성하는 방법을 말한다. 이진수, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구, 법학박사논문, 2018, 101면 이하 참조.

211) Andreas Voßkuhle, Verwaltungsrecht & Verwaltungswissenschaft = Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, BayVBl., 2010, S. 581-589 (589) 참조.

212) 박재윤, 독일 공법상 국가임무론과 보장국가론, 2018, 108-110면 참조.

213) Eberhard Schmidt-Aßmann, Einige Überlegung zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2, 1999, S. 177-187 (178 f.) 참조.

214) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (14 ff.); Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 2 참조.

215) Gunnar Folke Schuppert, Verwatungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000, S. 44 ff. 참조.

하고 있다. 공통된 인식은, 행정법학을 법제정 및 정책을 지향하는 활동·결정학으로 이해함으로써 연구관점을 확장시키고자 한다는 것이다. 이를 위해 행정학과의 결합을 통한 학제적 연구를 시도한다.[217]

II. 기능

조종학파는 조종개념이 다음과 같은 문제해명적 기능을 가진다고 설명한다. 첫째, 점차 분화하고 복잡한 구조를 형성하는 현대 행정환경 속에서, 행정이 공익활동을 실현하는 복잡한 구조를 조종주체, 조종객체, 조종목표, 조종수단 등의 개념요소별로 나누어 분석하는 현실의 분석도구로서 기능한다.[218] 둘째, 개별요소들 사이의 상호관계와 작용관계를 체계적으로 분석함으로써 법의 실효성을 높인다.[219] 이러한 관점은 재판을 통한 개인적 권리구제의 범위를 넘는 객관적 법질서의 형성과 관계하는 것이다.[220]

예를 들어, 조종주체 개념을 통해 법으로 정해진 범위 내에서 공임무를 실현하는 국가행정의 다원성과 사인을 통한 자치행정을 이해할 수 있다. 조종매체 개념을 통해 법 이외에 시장, 재정, 인사 등을 포착하게 되고, 조종객체 개념은 시민, 기업, 단체, 관청 등의 고유한 이해관계를 연구하도록 한다.[221] 조종수단 개념은 고권적 방식뿐만 아니라 보조금 등 금전적 유인, 경고, 권고 내지 표시 등 정보제공도 연구하게 한다.[222] 또한 개별 조종수

---

216) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 11-63 참조.

217) Ders., Einige Überlegung zum Thema, DV Beiheft 2, 1999, S. 177-187 (179-181) 참조.

218) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (24) 참조.

219) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 19 참조.

220) Ebd., S. 21 참조.

221) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 25 참조.

단[223]의 장 · 단점, 조종 흠결에 대한 분석을 통해 얻은 조종지식은 조종능력의 개선을 위해 이용될 수 있다.[224] 나아가 상호작용 및 상호관계에 대한 인식은 법의 실효성을 높인다는 것인데, 이를 위해 학제적 연구를 승인한다.[225]

다만, 조종학적 관점도 선별적인 현실인식과 관찰에 기초함으로 말미암아 수많은 조종요소들이 배제된다는 점을 한계로 승인한다.[226] 특히 법은 헌법에 기초한 가치질서의 표현이고, 현실적 문제를 이유로 권리구제가 포기될 수는 없으므로, 법은 비판기능을 유지해야 한다고 말한다.[227]

III. 유형[228]

유형화는 조종개념을 구체적이고 실질적으로 이해하기 위해서 필수적이다. 조종은 주체, 프로그램과 공익실현 모델 그리고 강도를 기준으로 유형화할 수 있다. 이러한 유형화는 조종목표 달성에 최적화된 조종요소를 선택할 수

---

222) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (25) 참조.

223) 슈페르트는 법에 의거한 조종을 위계적 지시, 감독, 독재적 지도 등 제도적 조종, 법개념, 기속적 행정, 권리구제 등 규범적 조종, 자본조달, 예산안편성, 예산통제 등 예산조종, 인사, 교육, 자격, 관료제 등 인사를 통한 조종으로 분류한다. Gunnar Folke Schuppert, Verwatungswissenschaft, Baden-Baden 2000, S. 455 ff. 참조.

224) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 25 참조.

225) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 21 참조.

226) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 26 참조.

227) Ebd., S. 26 f.; Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 20 참조.

228) 조종유형에 관한 내용은 拙稿, 독일 행정법학과 행정재판권의 개혁논의에 관한 소고, 외국사법연수논집 제40집, 2021, 150-157면을 수정 · 보완하여 정리한 것임을 밝힌다.

있게 함으로써 궁극적으로 정책의 결정과 실현에 기여한다.[229] 또한 행정임무 수행에 있어 조직과 절차 등 법적 전제조건에 대한 형성과 준비를 생각하게 한다.[230] 이하에서는 슈페르트가 제시하는 조종의 유형을 중심으로 살펴본다.

1. 주체에 따른 분류

입법자가 입법에 의거하여 조종하는 것이 기본이 된다. 다만, 법으로 정해진 범위 내에서, 행정은 조종객체임과 동시에 조종주체라는 이중적 지위를 가지고, 시민도 현대 행정의 구조변화에 따라 다양한 형태의 참여와 사인과의 협력적 행정에 의거하여 부분적으로 조종주제의 지위를 가지게 되었다. 행정을 중심으로 참여 내지 협력의 정도에 따라서 국가조종, 공동조종 그리고 자치행정으로 분류될 수 있다.

(1) 국가조종

국가행정에 의한 조종은 침해강도에 따라, 제재와 금지를 통한 '직접적 행위조종', 유인 제공을 통한 '간접적 행위조종' 그리고 私的 급부제공이 충분하지 아니한 영역에서의 '급부제공'으로 나뉜다.[231] 합리적 인간상에 대한 불신, 강제적 정책에 대한 반감의 극복을 위해 부드러운 개입의 중요성이 커지고 있고, 다만 유인은 수범자가 규율 목적을 회피할 수 있다는 단점이 있다.[232]

---

229) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (77); 이승종, Theodore Lowi의 정책유형론, 오석홍 편저, 행정학의 주요이론, 제3판, 2017, 571-576면 참조.

230) Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 71 f. 참조.

231) Scharpf, Problem der politischen Aufgabenplanung, in: Handbuch der Verwaltung, Heft 2.3., 1974, S. 1-20; Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 71에서 재인용.

(2) 공동조종

‘공동조종’(kondominiale Steuerung)은 참여 내지 협력에 의거하여 국가와 시민이 함께 조종하는 방식이다. 예들 들어, 행정조직의 각종 위원회에 이익집단의 대표자나 전문가 등이 참여하는 것이 대표적이다.[233] 관계자가 보유한 정보와 전문지식을 활용할 수 있고, 관계자의 지원이 담보된다는 점이 장점이다.[234] 특히 공동조종의 형태로 조합주의(Korporatismus)[235]는 사회조직이 국가로부터 부여받은 지위와 권한의 범위 내에서 조종을 하는 것을 승인한다. 이로써 국가조종의 부담을 경감할 수 있고,[236] 다양한 이해관계를 고려할 수 있으며, 사회조직의 규제능력과 책임능력이 조종목표를 위하여 사용될 수 있다.[237]

(3) 자치행정

‘자치행정’(Selbstverwaltung)은 국가가 공공복리에 조화하는 방향으로 이익

---

232) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 45) 참조.

233) 사인이 과반수를 차지함으로써 행정권을 실질적으로 행사하는 경우 선출되지 아니한 권력이 공권력을 행사하게 된다는 점에서 의회 민주주의, 대의제 원리에 반하는 민주적 정당성과 관련된 문제가 야기된다는 비판이 있다. 김성수, 오토 마이어 선생님께 보내는 편지, 독일 행정법학의 최근 경향과 변화, 제40회 한국행정법학회 정기학술대회 자료집, 2019, 9면 참조.

234) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (89) 참조.

235) 조합주의는 사회 내에 존재하는 다양한 이익집단이 이익대표체계를 조직하여 공익을 대변함과 동시에 이익집단의 이해관계를 정책과정에 투입하는 방식이다.

236) Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 89 참조.

237) Ebd., S. 90 참조.

조정에 적합한 제도를 만들고, 해당 영역의 사인에게 공임무 수행을 일부 위임하는 방식이다.[238] 정치학이나 행정학은 국가로부터의 해방과 국가조종의 실패라는 측면에서 '자율조종'(Selbststeuerung)으로 표현한다.[239] 자치행정은 고권적 조종의 한계에 대한 대안적 조치로서, 현실적 이해관계의 반영을 통해 분쟁을 타당하게 해결하고, 이로써 국가조종은 경감될 수 있는데, 다만 고권적 국가개입을 완전히 포기하는 것은 아니다.[240] 핵심은 국가와 사회의 적절한 책임분배에 있고, 사회조직을 조종주체로 승인함으로써 사회 자체의 조종능력을 강화하고자 하는 것이다.[241]

2. 프로그램 및 공익실현 모델에 따른 분류

조종프로그램은 특정영역에서 행정활동의 구현을 위한 일련의 계획을 정하는 것이다. 행정활동에 적합한 조종양식과 조종수단을 찾을 수 있다는 점에서 분류의 실익이 있다.[242] 형식 내지 특성에 따라, 첫째, 명령, 금지, 신고 내지 허가의무를 수단으로 하는 '규제프로그램'(regulatives Programm), 둘째, 보조금, 조세, 사용료 부과 등의 적극적 · 소극적인 재정적 유인을 수단으로 하는 '유인프로그램'(Anreizprogramm), 셋째, 국가에 의한 서비스나 재화의 지원을 수단으로 하는 '급부프로그램'(Leistungsprogramm), 넷째, 정보 제공과 조언을 전형적인 수단으로 하는 '설득프로그램'(persuasives Programm), 다섯째, 참여권, 결정규율 그리고 틀에 관한 규정을 수단으로 하는 '절차프로그램'(prozedurales Programm)으로 분류될 수 있다.[243]

---

238) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (87) 참조.

239) Ebd., S. 86 참조.

240) Ebd., S. 87 참조.

241) 자치행정 조직에 관하여는 본서 제4장 제1절 Ⅴ. 3. (3) (134면 이하)에서 자세히 논한다.

242) Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 73 참조.

243) König/Dose, Klassifizierungsansätze staatlicher Handlungsformen. Eine stuerungs-

한편, 공익실현 모델은 행정임무를 이행하는 방법 내지 책략에 따라, 시장(Markt)모델, 관료제(Bürokratie)모델, 협상(Verhandlung)모델, 자율규제(Selbstregulierung)모델로 나눌 수 있다.[244] 첫째, 시장모델은 탄력적이고 신속한 적응과 비용절감이 장점이나, 시장성이 없는 재화는 경시될 수 있고, 비용의 외주화에 대한 우려가 단점이다. 둘째, 관료제모델은 명확하고 강제력이 있는 반면, 전문지식이 결여될 수 있고 수동적이며 행정낭비를 초래할 수 있다. 셋째, 협상모델은 정보와 권한의 결합이 가능하여 포괄적 문제인식이 가능하지만, 거부권, 탈퇴옵션 등으로 기반이 불안정하고 부패의 위험이 있다. 넷째, 자율규제모델은 문제 상황에 대한 접근이 용이하고 탄력적인 문제해결이 가능하며 의사결정비용을 절감할 수 있지만, 외부적 통제가 결여되어 있고 내부의 이해관계에 따라 의사결정이 편향될 위험이 있다.[245]

3. 강도에 따른 분류

조종주체가 조종객체를 조종하지 아니하거나 조종 결과로서 나타난 조종효과의 정도에 따라, 조종의 불행사, 불완전한 조종 그리고 과잉조종으로 분류될 수 있다.

---

theoretische Abhandlung, Speyer Forschungsberichte Nr. 83, 1989, S. 122; Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 72에서 재인용.

244) Fuchs/Rucht, Sozial- und Umweltverträglichkeit von technischen System als Regelungsproblem: Möglichkeiten und Grenzen des Rechts, in: Jahresschrift für Rechtspolitologie, Bd. 2., 1988, S. 167-191; Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 74 f.에서 재인용. 한편, 프란치우스(Claudio Franzius)는 국가모델(Staatsmodell), 시장모델(Marktmodell), 규제모델(Regelungsmodell)로 나누어 설명한다. Claudio Franzius, Gewährleistung im Recht, Tübingen 2009, S. 24-145 참조.

245) 이러한 논의에 바탕을 둔 확장된 조직형식의 법적 규율 문제에 관하여는 본서 제4장 제1절 Ⅴ. 2. 및 3. (131면 이하)에서 자세히 논한다.

(1) 조종의 불행사

‘조종의 불행사’(Nichtsteuerung)는 조종이 없는 상태로서, 조종주체가 일정 부분 결정권을 위임 내지 포기함으로써 조종하지 않는 것을 말한다. 불행사의 유형으로 ‘판단위임’(Entscheidungsdelegation), ‘판단포기’(Entscheidungspreisgabe), 형식적 규정에 의거한 ‘실질적 비판단’(materielle Nichtentscheidung)이 있다.

첫째, 판단위임은 입법자가 행정에게 재량과 판단여지를 부여하는 방식이다.[246] 규율밀도를 약화시킴으로써 책임과 결정권한을 행정에게 상당 부분 이전하는 것이다.[247] 예를 들어, 「통신법」(Telekommunikationsgesetz)에 의거하여 연방망규제청(Bundesnetzagentur)에게 부여되는 규제재량[248]이 대표적인 예이다.[249] 재량은 구체적 타당성의 확보, 판단여지는 전문성에 대한 존중과 사안밀접성에서 근거를 찾을 수 있다.[250]

둘째, 판단포기는 입법자가 조종객체의 판단에 대하여 별도의 심급으로 이

246) Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017, S. 148, 158 참조.

247) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (78) 참조.

248) 규제 개념은 광의와 협의로 이해할 수 있다. 협의로는 행정에 주안점을 두고 ‘행위나 과정에 대한 통제’라는 용례로 파악되고, 일반 언어관용과 규제분야에서의 일반적 학문적 용례에 부합하는 측면이 있다. 하지만 regulation의 라틴어 어원이 ‘regula’에 있는 점, 규제의 어감에 법령의 제정 또는 법령이라는 의미가 있는 점, 영국이나 미국에 행정입법의 한 형태를 지칭하는 법률용어로 regulation이 사용되는 점을 근거로, ‘법령’이라는 의미로 넓게 파악하는 것이 규제를 법적인 문제로 부각시키는 장점이 있다는 견해로 이원우, 경제규제법론, 2010, 182-184면 참조. 이러한 이해는 법치의 객관성과 그 맥을 같이 한다. 본서 제2장 제2절 Ⅲ. 3. (67면 이하) 참조.

249) BVerwGE 130, 39, 48 ff.; 131, 41, 62 ff. Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl., Heildelberg 2019, S. 272 f. 참조.

250) Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, a.a.O., S. 150, 158 참조.

의절차를 두었음에도 사실상 이의절차가 포기되는 경우에 발생한다. 이는 기술 관련 전문영역에서 주로 나타난다. 법률가는 기술자의 법률고문 역할을 하고, 법률은 기술의 공증기능을 수행하는 것이다. 예들 들어, 법률이 기술표준을 그대로 참조하는 경우 내지 불확정 법개념의 해석에서 있어 전문지식에 사실상 기속되는 경우 판단포기가 승인된다.[251]

셋째, 실질적 비판단은 형식적 기준의 설정을 통해 내용에 관한 판단을 하지 않는 것이다. 예를 들어, 예산을 정함에 있어 일률적으로 5%를 절감하는 방식, 즉 소위 '예초기-방법'(Rasenmäher-Methode)에서 나타난다. 이를 통해 결정시점에 정치적 부담을 줄이고, 실체적 프로그램을 결정할 필요가 없다는 장점이 있다.[252]

(2) 불완전한 조종

조종을 불완전하게 하는 요인은 다양하다. 첫째, 실체법 규율의 흠결에서 원인을 찾을 수 있고, 조직, 절차 등과 관련해서도 발생할 수 있다.[253] 예들 들어, 합의제 독립규제위원회는 전문성과 독립성이 강조되는 형태로 불완전한 조종이 발생한다.[254] 이는 규율대상과 이해관계를 같이하여 규제임무를 해태할 우려가 있으므로,[255] 이해관계가 적절하게 대표될 수 있도록 조직을

---

251) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (79) 참조.

252) Ebd., S. 79 f. 참조.

253) Ebd., S. 83 f. 참조.

254) 합의제 독립규제기관 등 행정조직의 구성과 운영에 관하여, 미국은 권력분립 문제를 중심으로 논의하여 온 반면, 독일은 행정의 민주적 정당성 문제를 주된 논의의 대상으로 삼아왔다. 서승환, 합의제 독립규제기관의 민주적 정당성에 관한 연구 - 금융규제기관을 중심으로, 법학박사논문, 2014, 62면; 유제민, 독립규제위원회의 판단에 대한 사법심사 기준 및 강도에 관한 연구 - 미국의 판례이론과 그 시사점을 중심으로, 법학박사논문, 2019, 116-162면 참조.

255) Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 81 참조.

구성하는 것이 중요하다.[256] 둘째, 규율구조가 적절하지 아니한 경우에 발생한다. 예를 들어, 유럽연합이 채택한 만장일치의 의사결정방식이 대표적이다. 표면적으로 구성국의 수평적인 의사결정을 추구하지만, 실질적으로 의사결정에 장애요인으로 작동할 수 있다.[257] 셋째, 프로그램의 결함에 의하여도 불완전한 조종이 나타난다. 예들 들어, 입법자가 목표를 설정하지 아니하여 분쟁이 발생하는 경우가 대표적이다.[258] 넷째, 집행부전(Vollzugsdefizit)은 법률집행에 있어 목표와 실현 사이의 괴리를 의미한다. 행정실무의 수행방식, 프로그램의 불충분성, 수범자의 성향과 반응을 그 원인으로 제시할 수 있다.[259]

(3) 과잉조종

'과잉조종'(Übersteuerung)은 과도한 규율로 부작용이 발생하는 상태를 의미한다. 예들 들어, 예산법과 공무원법의 경직성이 대표적이다. 그로 인하여 성과에 상응하는 보수가 지급되지 못하고, 공무수행에 있어 동기부여가 미흡하게 된다는 문제가 지적된다.[260] 과잉조종을 막기 위해 私化를 통해 私法적 형식이 이용될 수 있는데, 이를 통해 사경제 논리를 도입함으로써 경쟁력을 강화하고 효율성을 증대시킬 수 있다.[261] 하지만 사법형식으로의 도피는 공법적 가치를 고려함에 있어 흠결을 발생시킬 수 있다.[262]

---

256) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 266 참조.

257) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (81 f.) 참조.

258) Ebd., S. 82 참조.

259) Ebd., S. 83 참조.

260) 독일에서는 연방철도와 연방우체국 조직의 개혁과 관련하여 논의되었다. 이원우, 독일의 체신업무 민영화 - 제2차 우편개혁을 중심으로, 법과 사회 제11호, 1995, 178-198면 참조.

261) Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 84 참조.

262) 이원우, 항고소송의 대상인 처분의 개념요소로서 행정청, 저스티스 제68호,

제2절 민주법치국가

이상에서 조종개념을 살펴보았다. 조종학적 관점이 조종개념에 의거하여 궁극적으로 추구하는 목적은 무엇인가. 조종학적 관점은 민주법치국가에서의 행정법을 지향하는데, 한편으로, 민주[263]를 조명하면서 행정법의 체계요소로 참여와 협력을 받아들이고, 다른 한편으로, 행정이 법에 의하여 유지되고 운용되도록 객관적 법질서를 확립하고자 한다. 즉, 민주의 의미를 법치의 근거로 좁게 이해하지 아니하고 새로이 조명하며 법치의 객관성을 강조하는 것이다. 이하에서 구체적으로 살펴보기로 한다.

I. 민주

1. 법치의 근거로서 민주

행정법은 민주와 이를 뒷받침하는 법치라는 헌법원리에 의거하여 지탱된다.[264] 법치국가(Rechtsstaat)는 법이 행정의 활동을 규율하고, 집행권의 행사에 대한 한계를 설정하는 안전장치를 제공하는 국가이다.[265] 그 핵심은 행정의 '법률적합성'(Gesetzmäßigkeit)인데, 그로부터 법률우위의 원칙[266], 법률유

2002, 164-167면 참조.

263) '민주주의'(Demokratie)는 군주와 대비되는 주권자인 국민 모두가 주인이라는 의미를 강조하기 위해 '민주'라는 용어로 사용하고, '법치국가'(Rechtsstaat) 또한 사람이 아닌 법이 지배하는 국가라는 의미를 나타내기 위해 맥락에 따라 '법치'라는 용어로 사용하기로 한다. 이러한 견해로 박정훈, 행정법과 민주의 자각 - 한국 행정법학의 미래, 행정법연구 제53호, 2018, 4면.

264) 박정훈, 행정법의 구조변화로서의 참여와 협력, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 243면 참조.

265) Armin von Bogdandy/Peter M. Huber, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum Bd. Ⅲ Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Heidelberg 2010, § 42 S. 33-79 (46) 참조.

보의 원칙[267]이 도출된다. 법치는 전제군주제 국가에 대립되는 개념으로서, 법에 의거한 공권력의 순치(Domestizierung)와 합리화(Rationalisierung)를 의미한다.[268]

역사적으로 독일 행정법은 법치에 주목하였다. 19세기 후반 외견적 입헌군주제를 기반으로 독일에서는 형식적 법치가 확립되었다. 법률에 의거하여 시민의 자유와 권리를 침해하는 국가권력을 구속하는 것에 주안점을 둔 것이다. 예를 들어, 오토 마이어는 '법률의 지배'(Herrschaft des Gesetzes)라는 표제로 법치를 논한 것을 통해서도 확인된다.[269] 국가·사회의 준별과 법화(Verrechtlichung)[270]는 권력 보장의 도구로 이용된 측면이 있다.[271] 2차 세계대전 이후 바이마르 헌법에 대한 반성적 고려로 실질적 법치가 확립된다.[272] 즉, 독일「기본법」(Grundgesetz)은 입법권, 행정권 및 사법권이 기본권에 구속

---

266) 법률우위의 원칙은 19세기 법치국가의 헌법에서 관철되었던 '법률의 지배'(Herrschaft des Gesetzes)의 본질적인 구성요소로서 집행권이 법률에 기속된다는 것을 의미한다. Fritz Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. Ⅴ, 3. aufl., Heidelberg 2007, S. 183-221 (184) 참조.

267) 법률유보의 원칙은 헌법적으로 권한(Kompetenz), 즉 입법과 행정 사이에 작용영역의 한계를 설정하는 것으로서, 행정으로부터 분리된 자치적 규율의 영역과 대상을 설정하므로 권력분립(Gewaltenteilung)과 관계한다. Ebd., S. 188 참조.

268) Armin von Bogdandy/Peter M. Huber, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum Bd. Ⅲ Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Heidelberg 2010, § 42 S. 33-79 (46) 참조.

269) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. Ⅰ, 3. Aufl., Berlin 1924, S. 64 ff. 참조

270) 법화에 관하여는 본서 제2장 제3절 Ⅱ. 2. 및 제4장 제2절 Ⅳ. (71, 154면 이하)에서 자세히 논한다.

271) Michael Stolleis, Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Öfentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996, S. 41-61 (60 f.) 참조.

272) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 31면 참조.

되고(제1조 제3항), 행정이 형식적 의회법률(Gesetz) 뿐만 아니라 법(Recht)[273] 에 구속되며(제20조 제3항), 누구든지 공권력에 의해 권리가 침해된 자에게 재판을 통한 권리구제가 보장(제19조 제4항)됨을 명시한 것이다. 하지만, 민주의 실현은 나치불법국가에 대한 경험으로 지체되어 왔다.[274] 요컨대, 독일의 전통적 관점은 역사적 경험으로 말미암아 의식적으로 민주를 소홀히 취급하여 법치의 배경 또는 의회를 매개로 한 법률의 효력요건으로만 치부하여 온 것이다.[275]

2. 민주에 대한 조명

조종학적 관점은 민주를 새롭게 조명한다.[276] 민주는 국민의 자기지배로서, 국가권력을 창설하고 작용하도록 하는 지도원리이다.[277] 전통적 관점이 시민에게 행정의 상대방으로서 소극적 지위만을 인정하는 것은 민주법치국가에서 타당하지 않다는 비판적 인식을 토대로, 조종학적 관점은 행정에 대한 민주적 통제를 논한다.[278] 즉, 행정의 독자성(Eigenständigkeit)과 민주적 행정통제의 문제를 주된 논의의 대상으로 삼고 있다.[279]

---

273) 법은 자연법 내지 초실정법을 의미하기보다 헌법상 명문으로 규정된 기본권과 헌법원리로서 헌법에 수용된 규범적 가치를 의미한다는 것이 일반적 견해이다. 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 31면 참조.

274) 박정훈, 공 · 사법구별의 방법론적 의의와 한계 - 프랑스와 독일에서의 발전과정을 참고하여, 공법연구 제37권 제3호, 2009, 90면 참조.

275) 박정훈, 행정법과 민주의 자각, 행정법연구 제53호, 2018, 4면 참조.

276) Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtwissenschaft, DV Beiheft 12, 2017, S. 70 참조.

277) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, S. 59 참조.

278) Armin von Bogdandy/Peter M. Huber, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum Bd. Ⅲ Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Heidelberg 2010, § 42 S. 33-79 (73 f.) 참조.

279) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee,

조종학적 관점은, 첫째, 행정에게 사회를 조종하고 공익을 실현하는 조종 주체로서의 지위를 부여한다.[280] 민주의 관점에서 접근하면, 행정은 아래와 같이 민주적 정당성을 보유하고 있고, 법적 테두리 안에서 법적용의 권능을 가지면서 형성의 여지를 가진다. 동시에 행정권의 남용을 막기 위해 행정통제, 특히 행정의 내부통제 내지 자율통제가 강조된다.

둘째, 자율과 참여를 체계요소로 승인한다.[281] 즉, 민주적 정당성은 선거에 의거한 대의제뿐만 아니라, 공적 의사결정이 자율적으로 이루어지고, 이해관계자가 참여를 통해 의사결정에 기여함으로써 획득될 수 있다는 것이다. 예를 들어, 자치행정과 규제된 자율규제가 바로 그것이다. 나아가 슈미트-아스만은 행정의 민주적 방식, 즉 민주가 조직의 정당화 문제뿐만 아니라, '행정의 운영방식'(Verwaltungsführung)과 '행정의 스타일'(Verwaltungsstil)을 결정함에 있어서도 작용할 수 있다고 말한다.[282]

셋째, 정당화 방식의 다각화를 승인한다. 즉, 의회와 연결을 유일한 정당화의 방식으로 보는 전통적 관점에서, 충분한 정당성 수준을 지향하는 관념으로 방향을 돌리고 있다.[283] 이로써 행정조직, 행정활동 그리고 행정결정에 변화가 야기된다. 예를 들어, 공개성, '정보를 숙지하고 있는 대중'(informierte Öffentlichkeit)의 관념, 협력적 행정 그리고 '수용성'(Akzeptanz) 개념이 주목받고 있다.[284]

---

2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 198-237 참조.

280) Ebd., S. 20 참조.

281) Patrice Chrétien, The Legitimacy of Administration: German Ideas and how they are Received in France, in: Mattias Ruffert, Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstrunction, 2011, S. 235-249 (243) 참조.

282) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 101; Patrice Chrétien, a.a.O., S. 248 참조.

283) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 87 ff. 참조.

284) Ebd., S. 60 참조.

3. 민주적 정당성

조종학적 관점은 민주를 조명하고 있고, 특히 행정의 정당성 문제는 민주의 핵심이므로,[285] 구체적으로 살펴볼 필요가 있다. 행정이 적법하게 조직되고 활동해야 함은 당연하다. 하지만 합법성만으로 행정조직과 행정활동의 정당성(Legitimität)이 담보될 수 없고, 합법성 영역의 끝자락에서부터 정당성 논의가 시작되는데,[286] 실마리는 먼저 독일 기본법 제20조 제2항 전문에서 찾을 수 있다. 위 규정은 "모든 국가 권력은 국민으로부터 나온다."라고 규정하여 정당화의 주체, 대상을 말하고 있다.

(1) 주체 및 대상

정당화의 주체는 국민이다. 전통적 관점은 형식적 · 위계적 방식의 일원적 입장으로, 국민은 형식적 의미의 국적에 의거하여 선거권을 가지고 있는지 여부를 기준으로 결정된다.[287] 이러한 입장에 대하여 연방국가 구조에서 법률제정과 책임 사이에 괴리가 발생할 수 있는 점, 지방자치단체의 경우 인적 정당성이 의회로부터 도출되지 않는 점, 유럽연합의 행정에 대한 정당성을 설명하기 어려운 점 등의 비판이 있다.[288] 반면, 치자와 피치자의 동일성을 매개 없이 직접 실현하는 것은 법질서 파괴의 위험이 있다는 비판 또한 존

---

285) Eberhard Schmidt-Aßmann, Legitimacy and Accountability as a Basis for Administrative Organisation and Activity in Germany, in: Mattias Ruffert, Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstrunction, 2011, S. 49-57 (51) 참조.

286) Mattias Ruffert, Comparative Perspectives of Administrative Legitimacy, in: Mattias Ruffert, Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstrunction, 2011, S. 351-360 (355) 참조.

287) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 52 참조.

288) Thomas Gross, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999, S. 184-190 참조.

재한다.[289]

조종학적 관점은 자율성에 방점을 두는 다원적 · 절차적 관점에 주목한다. 법률에 의거하여 행정을 완벽하게 규율할 수 있다는 관념, 소위 '입법완벽주의'(Rechtsetzungsperfektionismus)에 대한 포기를 근거로 하는 것이다.[290] 예를 들어, 공공주체에 의거하여 공임무가 수행되는 경우 구성원 참여를 통해 의사결정 과정을 합리화하고, 적절한 절차와 공개를 통하여 의사결정의 합리성을 담보하는 방식이다.[291] 일원적 입장은 정당성 부여의 근거를 헌법상 선거권에서 찾고, 다원적 관념은 입법설계의 문제로 인식하면서 입법자에게 이해관계가 적정하게 표출될 수 있는 구조를 형성할 의무를 부여한다.[292]

정당화가 필요한 대상은 모든 국가권력이다. 즉, 입법, 사법, 행정, 즉 국가의 모든 기능을 포함한다. 행정 내부의 영역뿐만 아니라 규칙 정립도 포함되는데,[293] 독일 연방헌법재판소는 정당화가 필요한 국가권력을 '결정으로서의 성격을 가지는 모든 공무 활동'(alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter)으로 판시하였다.[294]

---

289) Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, S. 60 참조.

290) Thomas Gross, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999, S. 181 참조.

291) Konrad Hesse, a.a.O., S. 62 f. 참조.

292) Eberhard Schmidt-Aßmann, Legitimacy and Accountability as a Basis for Administrative Organisation and Activity in Germany, in: Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstrunction, 2011, S. 49-57 (53) 참조.

293) Ebd., S. 52 참조.

294) BVerfGE 93, 37, 68. 서승환, 합의제 독립규제기관의 민주적 정당성에 관한 연구, 법학박사논문, 2014, 67면 참조.

(2) 방법

정당성은 어떻게 달성될 수 있는가? 기본법 제20조 제2항 후문은 "국가권력은 선거와 투표, 그리고 입법, 행정, 사법기관을 통해 국민에 의하여 행사된다."라고 규정하고 있다. 위 규정에 의거하면, 주체로서 국민과 대상으로서 행정이 서로 연결될 것이 요구된다.

구체적 방법으로 첫째, 조직적 · 인적 정당화 모델, 둘째, 실질적 · 내용적 정당화 모델이 제시되고 있다.[295] 전통적 조직적 · 인적 정당화 모델은 소위 '정당성 고리'(Legitimationskette)에 기초한다. 따라서 국민으로부터 민주적 정당성을 부여받는 자, 즉 구체적인 권력을 행사하는 공무수행자에 이르기까지 정당성 고리가 형식적으로 단절되지 않도록 하는 것이 중요하게 된다.[296]

반면, 조종학적 관점은 실질적 · 내용적 정당화 모델에 주목함으로써 결정 자체에 내용적으로 영향력을 행사하고자 한다. 즉, 행정을 법률에 구속시키고 정부가 의회에 대하여 책임을 지게 하는 것이다. 이를 위한 지시, 감독, 통제 소환 등의 수단적 요소가 포함된다. 여기에서 법률은 행위규범뿐만 아니라 조직규범, 절차규범, 예산 등을 포함한 모든 법률을 의미한다.[297] 예를 들어, 행정에게 법률준수 의무를 부여하고, 행정을 예산을 통해 통제하며, 장관의 구속적 지시를 통해 민주적 정당성을 부여하는 방식이다.[298]

---

295) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. Ⅱ, 3. Aufl., Heidelberg 2004, S. 429-496 (436-445) 참조.

296) 다만, 실제 행정결정과 사이에 괴리가 생길 여지는 있다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Legitimacy and Accountability as a Basis for Administrative Organisation and Activity in Germany, in: Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstrunction, 2011, S. 49-57 (54) 참조.

297) Hans-Heinrich Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Anderas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §6 S. 341-435 (Rn. 10-13) 참조.

298) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 54 참조.

(3) 충분한 정당성 수준

위에서 본 조직적 · 인적 정당화 모델과 실질적 · 내용적 정당화 모델은 택일적 관계에 있는 것은 아니고, 전체로서 '충분한 정당성 수준'에 이르면 족하다. 이와 관련하여 조직의 법적 기초, 법적 절차 그리고 활동양식이 숙고될 필요가 있다.[299] 특히 독일 연방헌법재판소는 조직적 · 인적 정당성이 결여된 기능적 자치행정 조직의 민주적 정당성에 관하여, 임무와 권한이 미리 법률로써 규정되고, 인적 정당성을 갖춘 공직자의 감독 하에 국가권력이 행사됨으로써 실질적 · 내용적 정당성을 유지하고 있다면 자치행정을 통해 국가권력을 행사할 수 있다고 판시하였다.[300] 요컨대, 주권자 국민이 공권력 행사에 '효과적인 영향'(effektiver Einfluss)을 미칠 수 있는 상태, 즉 공권력의 행사가 주권자의 국민의 의지에 소급될 수 있고 공권력 행사의 주체는 그 행위에 관하여 국민에게 책임을 질 수 있도록 하는 일정한 정당성 수준이 요구되는 것이다.[301]

II. 참여와 협력

1. 체계요소로서 참여와 협력

1960년대부터 참여 관념이, 1990년대부터 협력 관념이 각각 나타났다. 이러한 관념으로 시민을 행정의 상대방으로서 소극적 지위로 인식하던 전통적 관점이 변화하게 된다.[302] 조종학파도 같은 맥락에서 참여와 협력을 행정법

---

299) Eberhard Schmidt-Aßmann, Legitimacy and Accountability as a Basis for Administrative Organisation and Activity in Germany, in: Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstrunction, 2011, S. 49-57 (55) 참조.

300) BVerfGE 107, 59, 92 ff. 서승환, 합의제 독립규제기관의 민주적 정당성에 관한 연구, 법학박사논문, 2014, 72-75면 참조.

301) BVerfGE 83, 60, 71 ff.; BVerfGE 93, 37, 66 f. 서승환, 전게논문, 63면 참조

체계로 수용하고 있다.[303] 예를 들어, 슈미트-아스만은 참여와 협력을 행정법 체계형성의 주요 요소로 삼으면서[304] 행정의 다원성을 승인한다.[305] 슈페르트도 조종학적 관점의 기본관념으로 시민친화적 행정활동을 말하고 있고,[306] 호프만-림 또한 의회를 매개로 한 정당성 부여만으로는 민주의 요청이 허상이 될 위험이 있고,[307] 참여 등의 절차적 · 조직적 장치를 통하여 보완되어야 하며, 특히 기능적 자치행정에 있어서도 민주적 정당성의 문제가 중요하다고 말한다.[308]

2. 협력국가

협력국가(kooperativer Staat)는 행정의 조종객체에 불과하던 시민을 행정의 참여자, 협력자로 받아들이는 것을 의미한다.[309] 이는 민주적 요소의 보완

---

302) 참여가 확대되어 협력으로 발전되고, 참여 속에 이미 협력적 요소가 포함되어 있다는 점에서 일응 유사하다. 하지만 참여는 국가와 사회의 준별을 전제로 행정결정의 최종적 주체가 행정인 반면, 협력은 행정과 시민이 대등한 지위에 놓이게 된다는 점에 차이가 있다. 박정훈, 행정법의 구조변화로서의 참여와 협력, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 244-262면 참조.

303) 행정조직법과 행정절차법 영역에 있어 참여와 협력에 의거한 확장된 유형에 관하여는 본서 제4장의 제1절 Ⅴ. 및 제2절 Ⅴ. (129, 157면 이하)에서 자세히 논한다.

304) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 104 ff. 참조.

305) Ders., Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 166-168 참조.

306) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (96 f.) 참조.

307) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource: Perspektiven der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (376) 참조.

308) Ebd., S. 385 참조.

309) 김대인, 행정계약에 관한 연구, 법학박사논문, 2006, 1-2면 참조.

또는 강화에 초점을 맞추는 조종학적 관점과 맥을 같이 하는데, 협력국가는 협상국가(Verhandlungsstaat)로 표현되기도 한다.[310]

슈페르트는 협력국가에서 일반적으로 법의 효력이 약화되는 모습이 나타난다고 설명하면서 7가지의 특징을 말한다.[311] 먼저, 위계적인 법에서 양면적 · 다면적으로 합의된 법으로 변화하고, 이것이 협력국가에 있어 법구조의 핵심이라고 말한다. 둘째, 고권적 법집행에서 설득적 · 권유적 전략으로의 변화, 셋째, 법적 구속에서 비공식적 행정활동과 같은 사회규범적 구속으로의 변화, 넷째, 경성법(starres Recht)에서 제재력이 없는 법, 자연채무, 관습법과 같은 연성법(weiches Recht)으로의 변화, 다섯째, 법적으로 완결된 조종에서 전제조건이 되는 제도를 확정하고 행동을 유도하는 방식의 부분적 조종으로의 변화, 여섯째, 영속적인 법의 관념에서 한시적 법의 관념으로의 변화, 마지막으로, 완전한 법적용에서 불완전한 법적용으로의 변화가 각각 관찰된다는 것이다. 이러한 협력국가에서 나타나는 법의 효력 약화의 모습은 조종학적 관점에도 영향을 미치고 있다. 예를 들어, 법의 실효성 확보를 위한 결과환류의 방법론적 요소, 특히 관찰과 평가를 통한 수정 그리고 학습하는 법과 행정의 관념에서 확인될 수 있다.[312]

---

310) 협력국가에 대한 평가는 일치되어 있지 아니하다. 21세기 법치국가에서 시민의 협력과 참여를 보장하는 것이 핵심이고, 앞으로 행정법의 당면 과제는 이를 어떠한 방식으로 수용하는 것이라고 말하면서 협력국가를 지지하는 견해가 있다. 김성수, 개별행정법 - 협력적 법치주의와 행정법이론, 2004, 92-95면. 하지만 비판적 입장도 상당하다. 예들 들어, 협력국가에서의 부패의 위험성 등을 지적하면서 협력에 관해서는 신중한 태도가 필요하다는 견해로, 박정훈, 행정법의 구조변화로서의 참여와 협력, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 276-279면; 김남진, 공사협력과 행정법상 주요문제, 학술원통신 제269호, 2015, 35면. 협력국가에서 외견상 국가권력에 참여할 자유를 확대하는 모습이 나타나지만 실질은 자본의 자유를 확대하려는 것이라는 점을 들어 비판하는 견해로 이계수, 신자유주의의 세계화와 법치국가의 위기, 현대공법학의 과제: 청담 최송화 교수 화갑기념논문집, 2002, 954-970면 (961면).

311) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (91 f.) 참조.

312) 이에 관하여 본서 제3장 제4절 Ⅱ. (103면 이하)에서 자세히 논한다.

3. 협력적 행정

참여와 협력의 관념은 행정의 작용형식뿐만 아니라 私化에 의거하여 행정의 조직형태까지 변화시킴으로써 협력적 행정으로의 변화를 야기하고 있다.[313] 전통적인 법집행 관념은 강제와 제재라고 할 수 있다. 예들 들어, 행정은 행정상 강제집행 절차를 통해 시민에 대하여 공법상 의무를 강제로 집행하였고, 행정벌 등의 행정제재를 통해 행정법상 의무를 관철하였다. 법원은 이러한 행정활동을 법치국가 이념에 의거하여 강도 높게 통제하는 것이다.[314] 행정의 법집행에 대한 법률구속을 관철하기 위해 관료적 · 위계적 행정조직 형식을 전제로 한 단일한 행정의 모습을 상정한다. 반면, 협력국가에서 행정의 조직형식과 활동방식에 변화가 나타난다. 조종학적 관점은 비공식적인 행정활동에 관심을 두고, 협상을 통한 법집행을 조명한다.[315] 나아가 행정임무의 복잡화와 행정현실의 변화에 탄력적으로 대응하기 위하여 행정에게 선택지를 부여하고,[316] 私化를 통해 공임무의 수행을 담당하는 私的 내지 公私혼합적 조직형식에도 관심을 가진다.[317]

---

313) 협력적 행정의 개념에 관하여는 본서 제1장 제4절 Ⅰ. (28면) 참조.

314) Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017, S. 559-576 참조.

315) Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016, S. 246 참조. 협상은 환경 분야에서 일반조항 내지 불확정 법개념, 법규과잉, 환경 기준의 비현실성 등으로 인한 執行不全을 극복하기 위한 수단으로 도입되었으나, 법집행이 행정과 시민의 공동책임이라는 근본적 인식의 변화와 함께 행정영역 전반의 법집행 수단으로서 주목받고 있다. 박정훈, 행정법의 구조변화로서의 참여와 협력, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 270면 참조.

316) Wolfgng Hoffmann-Riem, Ermöglichung von Flexibilität und Inovationsoffenheit in Verwaltungsrecht: Einleitende Problemskizze, in: Wolfgng Hoffmann-Riem /Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden 1994, S. 9-66 참조.

317) 이에 관하여 본서 제4장 제1절 Ⅴ. (129면 이하)에서 자세히 논한다.

III. 법치의 객관성

1. 전통적인 주관적 법치

> "국가가 법치국가이어야 한다는 것은 표어이자 새로운 시기에 전개되는 움직임이다. 국가는 자신의 활동 궤도와 한계 그리고 국민의 자유 영역을 법으로 명확하게 규정하고 불가침을 보장하여야 한다."[318]

19세기에 슈탈(Friedrich Julius Stahl)은 법치국가를 위와 같이 정의한 바 있다. 즉, 이미 19세기 독일에서도 주관적 권리와 객관적 법질서가 밀접한 관계임을 인식하고 있었던 것을 확인할 수 있다. 주관적 권리는 객관적 법통제 없이 상정할 수 없고, 주관적 권리는 부분적으로 객관적 법통제를 포함하는 것이다.[319]

그럼에도 독일의 전통적인 통설적 견해는 법치국가를 주관적 측면에서 파악하여 오로지 주관적 권리 내지 이익을 위해 봉사하는 것으로 이해하여 왔다.[320] 즉, 법치국가를 '재판국가'(Rechtswegestaat)로 이해함으로써 주관적 권리보장에 흠결이 발생하는 경우 법원이 재판을 통해 엄밀하게 심사하고[321] 시민의 자유와 권리를 강하게 보호하였다. 하지만 이를 위해 투입된 조직적이고 절차적인 수단과 같은 객관적 측면은 제대로 포착될 수 없었던 것이다.[322]

---

318) Friedrich Julius Stahl, Die Philosophie des Rechts, Bd. Ⅱ, 3. Aufl., 1856, § 36.; Albert Bleckmann, Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts Ⅰ, 1. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 73에서 재인용.

319) Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: Festschrift für Christian Friedrich Menger zum 70. Geburstag, Köln 1985, S. 191-210 (191) 참조.

320) Albert Bleckmann, a.a.O., S. 67 참조.

321) 재판국가 원리는 개인의 권리구제와 더불어 법치국가의 객관적 체계보장에도 기여한다는 견해로, Ebd., S. 79 참조.

2. 법치에 있어 객관성의 강조

객관적 법통제는 국가의 조화로운 법질서의 수호, 즉 법적으로 정당한 국가결정의 산출을 추구한다. 이를 위해 권리의무와 관계된 외부법 관계뿐만 아니라, 조직내부의 법관계도 연구대상으로 편입되고, 국가와 시민의 사이의 행정결정뿐만 아니라 조직내부에서의 의사결정 과정까지 연구할 필요가 있다.[323] 다만, 객관적 접근을 사법심사까지 관철한다면 재판부담의 가중과 적극적이고 형성적인 행정활동에 대한 장애요인이 될 여지는 있다.[324]

전통적 관점은 개인의 권리구제에 주안점을 두면서 법치의 객관성, 즉 행정의 조종과 효과성에 관한 측면을 소홀히 하였다.[325] 이에 대한 반성적 고려로 조종학파는 법치의 객관성을 강조한다. 예를 들어, 슈미트-아스만은 행정법학을 조종학으로 이해하면서 연구대상으로서 행정을 주목하고,[326] 행정법이 개별 결정을 형성하는 것에서 더 나아가, 전체 체계에서 그들 상호간의 관계를 조화롭게 고찰함으로써 전체 법질서를 형성하여야 한다고 말하면서 객관적 측면을 강조한다.[327] 호프만-림 또한 행정조직법에 있어 법의 객관적 기능을 강조하면서 주관적 권리구제와 결부시키기보다 통제관계가 중요하다고 말한다.[328]

---

322) Albert Bleckmann, Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts Ⅰ, 1. Aufl., Baden-Baden 1999, S. 70 참조.

323) Walter Krebs, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: Festschrift für Christian Friedrich Menger zum 70. Geburstag, Köln 1985, S. 191-210 (192) 참조.

324) Ebd., S. 193 참조.

325) Armin von Bogdandy/Peter M. Huber, Staat, Verwaltung und Verwaltungsrecht: Deutschland, in: Handbuch Ius Publicum Europaeum Bd. Ⅲ Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Heidelberg 2010, § 42 S. 33-79 (74) 참조.

326) Eberhard Schmidt-Aßmann, Einige Überlegung zum Thema, DV Beiheft 2, 1999, S.177-187 (178 f.) 참조.

327) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2004, S. 18 참조.

328) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource,

개혁논의의 관심사를 살펴보면 이러한 측면은 더욱 분명하다. 조종학파는 개혁논의에서 행정조직, 행정절차, 행정통제 등의 주제로 학술대회를 진행하고 개혁총서를 발간하였는데, 그 주제들은 권리구제 관점보다 연구대상으로서의 행정에 주목하고 있다.[329] 특히 1993년에 발간된『일반행정법의 개혁』(Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts)이라는 개혁총서는 '행정과 행정법의 임무종속성', '공공정보질서로서 일반행정법', '내부법과 외부법' 등을 쟁점으로 다루고 있는바, 개혁논의는 시작부터 행정에 대한 법적 규율에 관심을 보인 것이다.[330]

3. 권리구제에서 규제적 접근으로의 변화

1990년경부터 독일 행정법에 있어 규제 개념[331]이 중심적 지위를 차지하였다. 이러한 맥락에서 조종학적 관점은 재판을 통한 권리구제를 중심으로 하는 전통적 관점에 얽매이지 아니하고, 입법을 통한 행정에 대한 규제에 주목한다.[332] 독일 행정법에 있어 규제 개념[333]의 명확한 정의는 합치되어 있

---

in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (395) 참조.

329) 자세한 내용은 본서 제1장 제4절 Ⅲ. (33면 이하) 참조.

330) Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Banden 1993 참조. 권한규정이 침익적 처분의 근거로서 권리와 밀접하게 관계된 것이라면, 임무규정은 행정활동의 객관적 범위로서 객관적 측면에 주목하는 것이다. 이원우, 민영화에 대한 법적 논의의 기초, 한림법학포럼 제7권, 1998, 224면 참조. 공공성이라는 '최종목적'에 의거하여 공공임무, '수행담당자'가 누구인지에 의거하여 국가임무로 구분될 수 있다. 행정임무는 국가임무 중 그 수행이 행정에게 맡겨진 임무이다. 박재윤, 독일 공법상 국가임무론과 보장국가론, 2018, 94-100면 참조.

331) 여기서의 규제 개념은 '법령'이라는 광의로 이해될 수 있다. 규제 개념의 정의에 관하여는 본서 제2장 제1절 Ⅲ. 3. (1) (51면) 참조.

332) Martin Eifert, Conceptualizing Administrative Law: Legal Protection versus Regulatory Approach, in: Hermann Punder/Christian Waldhoff, Debates in German Public Law, 2014, S. 203-217 (204-206) 참조.

지 아니하지만,[334] 아이페트트(Martin Eifert)는 규제 개념이 행정법의 근본체계를 재판중심적 사고로부터 행정과 입법의 관점으로 이전시켰다고 평가하고 있다.[335] 이러한 관점에서 행정법은 공익을 실현하는 행정에게 법적 제도를 제공하고, 자유권 보장을 위해 공권력을 규율하는 역할을 수행하여야 한다는 것이다.[336] 다만, 양자의 관점은 양립 불가능한 것은 아니고, 상호보완적으로 이해되어야 한다고 말한다.[337] 예컨대, 연구의 목적에서 제시한 건축법 사례를 권리구제의 관점에서 접근하면 건축허가 발령 여부를 심사함에 있어 건축의 자유와 재산권 보장이라는 개인적 관점만이 포착된다. 하지만 공익실현을 위한 규제적 관점에서는 법에 의거하여 건축을 통해 야기될 수 있는 인근 주민에 대한 환경피해 우려, 도시계획적 고려 또한 아울러 포착될 필요가 있는 것이다.

---

333) 규제의 범위를 '행정주체가 私的 활동에 대하여 공익이라는 목표달성을 위하여 개입하는 것'으로 설정하면 개입하는 주체와 개입되는 객체 및 그 대상활동을 전제로 관리 · 변경 · 통제 · 유도 · 제한 등의 다양한 작용형식을 포함하게 된다. 다만, 그 대상활동 자체가 개입에 의하여 대체되지 않을 것을 전제로 하므로, 예컨대, 국가, 지방자치단체, 영조물법인 및 공공조합의 개입이 아닌 경우, 정부의 자기규제, 의도하지 아니한 개입, 다른 행정주체가 어떠한 행정 활동 자체를 떠맡는 경우 등은 규제의 범위에서 벗어난다. 이원우, 경제규제법론, 2010, 10-13면 참조.

334) Andreas Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, 2003, S. 266-328 (304) 참조.

335) Martin Eifert, Conceptualizing Administrative Law, in: Debates in German Public Law, 2014, S. 203-217 (207) 참조.

336) Ebd., S. 211 참조.

337) Ebd., S. 215 참조.

제3절 종합과학

I. 법에 대한 과학적 접근법

법을 대상으로 한 과학적 연구는 그 인식목표에 따라 가치과학, 규범과학 그리고 경험과학으로 나뉠 수 있다. 먼저, 가치과학은 옳고 타당한 법이 무엇인지를 묻는 법적 정의의 문제이다. 둘째, 규범과학은 전통적 관점으로 법의 의미 내용과 법적용의 문제를 다룬다. 마지막으로, 경험과학은 법이 현실생활 속에서 어떻게 존재하는지를 기술하고 설명한다.[338] 전통적 관점은 행정법에 대한 규범과학적 이해에 기반을 두고 있음은 주지의 사실이다.

반면, 호프만-림은 조종학적 관점이 법의 '실효성'(Wirksamkeit)과 법에 의거한 문제해결의 '適實性'(Sachgerechtigkeit)을 추구한다고 말한다.[339] 실효성은 법규범이 사회생활 속에서 어떻게 실현되는지의 문제를 다룬다는 점에서 경험과학과 연결되고, 적실성은 법에 있어 실질적 정의 문제를 다룬다는 점에서 가치과학과 연결된다. 같은 맥락에서 슈페르트는 조종학적 관점에 의거하여 행정학과 행정법학 상호간의 경계를 허물고,[340] '통합과학'(Integrationswissenschaft)으로 나아갈 것을 주장한다.[341] 따라서 조종학적 관점은 행정법에 대한 규범과학적 이해를 토대로, 경험과학 그리고 가치과학을 아우르는 종합과학을 추구한다고 봄이 타당하다. 이하에서는 조종학적 관점이 주목하는 경험과학과 가치과학적 접근법을 중심으로 살펴본다.

---

338) Manfred Rebinder, Rechtssoziologie, München 2007, S. 1;M. 레빈더, 이영희/최종고 역, 법사회학, 1984, 1면 참조.

339) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (374) 참조.

340) Gunnar Folke Schuppert, Die Verwaltungswissenschaft als Impulsgeberin der Verwaltungsrechtsreform, in: Wolfgang Hoffamnn-Riem, Offene Rechtswissenschaft: Ausgewählte Schriften und Begleitende Analysen, S. 1041-1073 (1047-1049) 참조.

341) Ders., Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2000, 44 f. 참조.

II. 경험과학

1. 법규범의 현실성과 실효성

법규범은 생활 속에서 실현되었을 때 비로소 의미를 가진다. 경험과학은 이러한 법규범의 현실성의 문제를 다룬다. 조종학적 관점은 법치행정에 의거하여 모든 법규범이 실제 효과를 내고 있는 상태, 즉 법의 실효성[342]을 추구한다는 점에서 경험과학을 지향한다. '실효성'은 사회 · 경제적 여건 속에서의 목표 달성의 정도를 나타내는 '효과성'(Effektivität)의 다른 표현이다. 조종학적 관점은 執行不全(Vollzugsdefizit)에 대한 반성적 고려라 할 수 있다.

구체적으로 첫째, 조종개념이 법과 행정의 상호관계 및 작용관계를 체계적으로 분석하는 현실의 분석도구로 기능하는 점, 둘째, 조종학적 관점이 행정절차, 행정조직 그리고 예산 등 행정의 전제조건에 대한 설계에 관심을 가지고, 특히 행정절차와 행정재판의 기능적 견련성을 인식하는 점, 셋째, 조종학적 관점이 법적용의 결과에 대한 연구를 주된 관심사로 설정하는 점이 이를 뒷받침한다.[343]

슈미트-아스만은 실효성이 법치의 핵심개념인 법률적합성 원칙으로부터 도출되는 헌법상 요청이라고 말한다.[344] 실효성을 담보하기 위해서는 개별 법

---

342) 호프만-림은 '법적 형식'(Rechtsform), '작용형식'(Handlungsform) 그리고 '실현형식'(Bewirkungsform)을 구별한다. 예를 들어, 행정행위, 행정계약 등의 법적 형식은 우리에게 친숙하다. 작용형식은 법적 형식에 이르지는 못한 단순행정활동(schlichtes Verwaltungshandeln), 비공식적 행정활동(informales Verwaltungshandeln)이 대표적이다. 마지막으로 실현형식은 조종목표를 달성하기 위한 다양한 형식들의 협력작용의 문제인데, 실효성 문제와 연결된다. Wolfgang Hoffmann-Riem, Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, §33 S. 943-1023 (Rn. 99-29); 김남진, 행정상의 법적 형식 · 작용형식 · 실현형식의 구별, 학술원통신 제323호, 2020, 2-6면 참조.

343) 자세한 내용은 본서 제2장 제1절 Ⅰ. 2. 및 제3장 제2절, 제3절, 제4절 (41, 81, 90, 101면 이하) 참조.

규정과 제도에 대한 해석뿐만 아니라, 법실현의 전제조건, 예컨대, 조직, 절차, 예산 등을 연구하여야 하고, 개별요소가 전체 체계 속에서 조율될 수 있어야 한다고 말한다.[345] 실효성은 우선 외부적으로 법규범이 준수되고 있는지를 관찰함으로써 확인될 수 있고, 법규범이 준수되지 않았을 경우 제재를 가하거나, 내부적으로 법규범의 준수와 적용에 적절한 동기부여를 함으로써 실효성을 높일 수 있다고 설명한다.[346] 실효성을 담보하기 위해 첫째, 충분한 법화(Verrechtlichung)[347], 즉 행정활동을 위한 법규범이 충분히 마련되어야 하고, 둘째, 법집행을 위해 적절한 수단을 제공하여야 한다고 말한다. 이하에서 구체적으로 살펴본다.

2. 실효성의 토대로서 충분한 법화

슈미트-아스만은 실효성을 담보하기 위해 실체적 프로그램을 충분히 마련할 것을 요구한다. 이를 통해 해당 영역의 이해관계가 적절하게 규율되어야 한다는 것이다. 실체적 프로그램은 법률, 헌법 원리와 같은 법적 척도 내지 법규명령, 조례 등과 같은 행정의 자율적 프로그램의 형식으로 나타난다. 후

---

344) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 56.

345) 홍준형, 한국행정법학의 반성, 법과사회 제56호, 2017, 201면 참조.

346) Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg/München 1992, S. 31-34 참조.

347) “Verrechtlichung”은 국내에서 ‘법령화’, ‘법규화’, ‘법제화’, ‘입법화’, ‘법률유보의 강화’ 등으로 다양하게 번역되고 있다. 이는 생각 등을 포함한 모든 것을 법규정으로 바꿀 수 있다는 인식을 토대로 한다. 조종학적 관점이 정당화의 대상으로 행정의 내부규칙 뿐만 아니라 행정의 운영방식 내지 스타일을 포함시키고 있는 점, 법은 제도의 형식에 이르지 아니한 다른 형태도 포섭하는 점, 권리와 직접적으로 관계되지 아니하는 행위규범, 절차규범, 조직규범 등이 모두 포함되는 점과 더불어 표현 자체가 갖는 함축성 등을 고려하여, 본서에서는 ‘법화’로 번역하기로 한다. 법화의 기능에 관하여는 본서 제4장 제2절 Ⅳ. (154면 이하)에서 자세히 논한다.

자의 방식을 통해 행정실무가 투명하고 균등하게 운영될 수 있고,[348] 의회법률의 조종능력 한계를 보완할 수 있다고 말한다.[349] 다만, 법률유보에 의거하여 본질적인 내용은 의회법률로 정해져야 할 것인데, 규율에 적합한 법적 형식은 상황에 따라 구체적 타당성을 고려하여 선택되어야 하고, 관련된 이해관계를 합리적으로 조정할 수 있는지 여부가 기준이 된다고 말한다.[350]

한편, 법화의 강도(Intensität)로서 규율밀도는 상이하게 나타날 수 있다. 규율밀도를 결정하는 요인은 좁게 보면 실체적 프로그램에 한정된다. 그러나 그는 절차법, 예산법 및 조직법 또한 간접적으로 규율밀도를 결정할 수 있다고 말한다.[351] 또한 법화가 자기목적적인 것이 아니라 합리적 행정활동을 담보하기 위한 수단이라는 점을 한계로 설정한다.[352] 즉, 법화의 강화만이 능사는 아니고, 오히려 과도한 법적 조종이 조종목표를 해할 수 있다는 것이다.[353] 예를 들어, 시장실패를 시정하기 위한 규제가 경직성으로 인하여 오히려 시장경제의 원리를 해하는 상황을 생각해 볼 수 있다.

3. 실효적 법집행

유럽공동체법은 초창기부터 회원국이 유럽공동체법을 실효적으로 집행할 것을 가장 중요한 요소로 요구해 왔다. 즉, 유럽화는 독일 행정법이 실효적 법집행의 문제에 관심을 가지도록 요구하는 것이다.[354] 슈미트-아스만은 실효적 법집행을 위해 법률의 구성요건이 명확하게 표현되어야 하고, 행정활동에 적합한 조직과 충분한 인력의 확보가 필요하므로, 법집행에 대한 법실제

---

348) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 57 참조.

349) Ebd., S. 58 참조.

350) Ebd., S. 59 참조.

351) Ebd., S. 59 참조.

352) Ebd., S. 57 참조.

353) Ebd., S. 57 참조.

354) Ebd., S. 59 참조.

연구가 중요하다고 말한다.[355] 또한 행정목적만이 강조되어서는 아니 되고, 행정결정의 상대방에 대한 수용성을 높이기 위한 노력도 필요하다고 말한다.[356] 그는 실효적 법집행이 적시실현이라는 시간적 요소와도 결부되어 있다고 설명한다.[357] 행정현실에 있어 시간적 요소와 행정임무의 성패가 상관관계를 가지는 경우가 많기 때문이다.[358] 요컨대, 실효적 법집행 문제는 조직내부의 원천에 대한 연구를 요구하는 것이다.[359] 즉, 행정법은 행정과 시민을 일방적으로 법집행을 통해 강제하기보다 행정법이 실효적으로 집행되기 위한 전제조건을 제도로 마련할 필요가 있음을 시사한다.[360]

III. 가치과학

1. 법에 의거한 정의 실현

가치과학은 법규범이 어디를 향해야 하고, 왜 그곳을 향해야 하는가 라는 법의 正義에 관한 문제를 다룬다. 조종학적 관점이 경험과학에 의거한 현실인식을 기반으로 실질적 정의의 문제로서 適實性을 다룬다는 점, 행정법학이 '정책수행의 발목을 잡는 학문'(Bedenkenträger-Wissenschaft)에서 벗어나야 한다는 비판[361]에 대한 반성적 고려를 통해 법정책에 관심을 두는 점에서 조종학적 관점은 가치과학을 추구한다. 특히 슈미트-아스만은 행정법을 질서이념(Ordnungsidee)으로 이해하고 있는 점에서도 이를 확인할 수 있다.[362]

---

355) 법실제연구에 관하여는 본서 제3장 제4절 Ⅰ. (101면 이하)에서 자세히 논한다.

356) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 60 참조.

357) Ebd., S. 61 참조.

358) 임도빈, 정부조직과 시간관리, 2009, 3-6면 참조.

359) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 62 참조.

360) Ebd., S. 62 참조.

361) 이원우, 민영화에 대한 법적 논의의 기초, 한림법학포럼 제7권, 1998, 213면 참조.

362) 예컨대, 서가에 책을 꼽는 작업에 있어서도 어떠한 아이디어에 따라 그 방식이

다시 말해, 행정법에 의거하여 가치 사이의 순서를 정하고 이에 맞추어 정돈한다는 점에서 가치과학과 연결되는 것이다.

2. 실질적 정의의 문제로서 적실성

적실성은 실질적 정의(Gerechtigkeit)의 문제이다. 피켄처(Fikentscher)에 의하면, 정의는 '형식적 정의'(Gleichgerechtigkeit)와 적실성(Sachgerechtigkeit)으로 나누어 설명될 수 있다.[363] 형식적 정의는 모든 사람의 행위가 동일한 규칙에 의하여 규율되고 적용될 것을 요구하는 것으로서, 자의적 이중기준의 적용은 정의롭지 못한 것이 된다.[364] 하지만 형식적 정의는 정의의 내용에 관하여 말하지 않기 때문에, 정의에 있어 핵심은 적실성이라 할 수 있다. 조종학적 관점은 적실성을 행정활동의 기준으로 강조한다.[365] 이러한 측면에서 조종학적 관점은 행정법이 행정에게 활동의 한계를 설정하는 브레이크 기능뿐만 아니라 그 활동의 방향을 제시하는 조타의 역할을 수행해야 한다는 것이다.

적실성은 규율되는 생활관계에 적합하고 알맞은, 사리에 맞는 기준을 설정할 것을 요구한다.[366] 또한 모든 당사자 및 사회집단의 이해관계를 정당하게 고려하여야 하고, 자신의 이익만을 관철하려 하여서는 아니 된다는 요청을

달리 나타난다. 슈미트-아스만은 행정법을 정돈하는 기준을 다음의 두 가지 아이디어에서 착안한다. 첫째, 민주법치국가를 구체화하는 헌법적 결정, 둘째, 오늘날 행정임무를 대표할 수 있는 영역, 즉, 환경법, 사회법 그리고 경제법과 같은 특별행정법이 바로 그것이다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, Vorwort 참조.

363) Wolfgang Fikentcher, Methoden des Rechts, Bd. 4, 1975-1977, S. 188 ff.; Karl Larenz, Richtiges Recht, München 1979, S. 38에서 재인용.

364) Ebd., S. 39 참조.

365) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (374) 참조.

366) Karl Larenz, a.a.O., S. 40 참조.

내포하고 있다.[367] 따라서 적실성을 추구하기 위해서는 정확한 현실파악이 전제되어야 하므로 학제적 연구는 불가피하다.[368] 즉, 현실에 대한 면밀한 이해가 수반되지 아니한 법이론은 사회문제를 해결하는 제대로 된 해결책을 제시할 수 없으므로, 행정법학에 대한 경험과학으로서의 이해는 필수불가결한 것이다.

예를 들어, 호프만-림은 타당한 행정결정의 척도로 합법성(Rechtmäßigkeit)의 척도뿐만 아니라, 최적성(Optimalität), 수용성(Akzeptabilität) 그리고 실현가능성(Implentierbarkeit)을 제시한다.[369] 이러한 척도를 통해 법적으로 허용된 범위 내에서 행정에게 내용을 채울 형성의 여지를 부여하고, 행정이 이해관계를 적절하게 고려할 수 있도록 함으로써, 행정의 관점에서 사회문제의 해결에 기여하고자 한다.[370] 즉, 조종학적 관점은 법규범 배후의 가치개념을 연구하고, 가치과학적 성격을 가지는 것으로 평가할 수 있다.

3. 실현양태로서 법정책

법정책(Rechtspolitik)은 법과 정책의 결합어이다. 이는 규제목표의 구체적인 내용을 법으로 결정하는 것으로 정의될 수 있다.[371] 정책은 지배의 문제보다 내용에 관심을 가지고 현실문제의 해결을 위한 처방적 성격을 지닌다는 점에서 정치와 구별된다.[372] 독일에서는 정책(Politik)이 학문적 · 체계적으

---

367) Karl Larenz, Richtiges Recht, München 1979, S. 41 참조.

368) 이원우, 경제규제법론, 2010, 4면 참조.

369) Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 9-72 (46-50); ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (361) 참조.

370) Ebd., S. 360 참조.

371) 이원우, 전게서, 13면 참조.

372) 윤영진, Lennart Lundquist의 행정학의 연구경향, 오석홍 편저, 행정학의 주요이론, 제3판, 2017, 9-19면 (11면); 홍준형, 법정책의 이론과 실제, 2008, 35면 참조.

로 연구되어 왔다기보다, 사회정책, 경제정책 등 개별 행정 분야에 초점을 맞춘 실용적 관점 즉, 개별 행정영역에서 국가가 달성해야 할 규제목표를 제시하고 이를 달성하기 위한 수단을 탐구하는 관점에서 연구되어 왔다.[373] 전통적 관점은 해석을 정책 내지 입법 문제와 엄격하게 구별하면서, 당위로서 규범과 존재로서 현실의 구별을 통해 정체성을 확립하였다. 하지만 이러한 준별이 해석과 정책 내지 입법 상호간의 학제적 연구를 어렵게 하였던 것이다.[374]

반면, 조종학적 관점은 내용으로서 정책에 관심을 둔다. 예를 들어, 모델의 제시를 통해 행정이 추구해야 할 가치를 지도한다.[375] 또한 법에 의거하여 행정임무에 알맞게 조직편성 및 행정과정을 규율하고자 한다.[376] 특히 조종학적 관점은 법제정과 정책결정을 강조한다는 점에서 법정책에 대한 관심을 잘 표현하고 있다. 관련하여 포스쿠울레는 법제정을 위한 7단계 작업방법을 제시하였다.[377] 나아가 입법영향평가에도 관심을 가진다.[378] 입법을 통해서 뿐만 아니라, 행정, 법원 및 私的 행위주체도 법정립에 관여할 수 있으므로, 무엇보다 기능적 · 조직적 · 절차적 측면에서 가장 적절하게 규범을 정립할 수 있는 여건과 환경이 누구에게 조성되어 있는지가 중요하다.[379]

---

373) 홍준형, 법정책의 이론과 실제, 2008, 5면 참조.

374) Ivo Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 226-276 (233); Michael Fehling, Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtswissenschaft, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (68) 참조.

375) 이에 관하여 본서 제3장 제3절 Ⅰ. 3. (2) (95면 이하)에서 자세히 논한다.

376) 이에 관하여 본서 제4장 제1절 Ⅲ. (122면 이하)에서 자세히 논한다.

377) 구체적인 내용은 제1장 제4절 Ⅲ. (35면) 참조.

378) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 85) 참조.

379) Ivo Appel, a.a.O., S. 257-259 참조.

제4절 소결

이상의 논의를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 조종개념은 법에 의거하여 행정이 추구하는 목표를 성취하도록 하고 원하지 않는 결과를 방지하는 것으로 이해된다. 즉, 조종개념은 조종주체로서 법이 조종객체인 행정의 활동을 조종하여 행정목표를 달성하는 모습을 상정하고, 조종주체, 조종객체, 조종목표 그리고 조종지식으로서 조종필요성, 조종가능성, 조종능력을 개념요소로 삼는다. 사회과학적 개념에 연원을 둔 조종개념을 차용하여 사회문제를 분석하고, 개념요소에 의거하여 상호관계와 작용관계를 이해하는 문제해명적 기능을 가진다. 조종은 주체, 프로그램과 공익실현 모델 그리고 강도를 기준으로 유형화할 수 있는데, 이러한 유형화는 조종개념을 구체적으로 이해하고 조종목표 달성에 최적화된 조종요소를 선택하는 데 도움을 줌으로써 정책의 결정과 실현에 기여한다.

둘째, 조종학적 관점은 민주법치국가에서의 행정법을 지향하는 것으로 평가된다. 한편으로 민주를 조명하면서 참여와 협력을 받아들이고, 다른 한편으로 행정이 법에 의하여 유지되고 운용되도록 객관적 법질서를 확립하고자 하는 것이다. 즉, 민주의 의미를 법치의 근거로 좁게 이해하지 아니하고 새로이 조명하며 법치의 객관성을 강조하는 것이다. 먼저 민주의 관점에서 행정에게 사회를 조종하고 공익을 실현하는 행위주체로서의 지위를 부여한다. 자율과 참여를 체계요소로 승인하면서 공적 의사결정이 자율적으로 이루어지도록 하고 이해관계자의 참여를 장려하며 행정의 운영방식과 스타일도 관심을 가진다. 나아가 충분한 정당성 수준을 지향하면서 공개성, 수용성 개념 등을 주목한다. 한편, 조종학적 관점은 국가의 조화로운 법질서의 수호하고 법적으로 정당한 국가결정을 도출한다는 법치에 있어 객관성을 강조한다. 같은 맥락에서 재판을 통한 권리구제를 중심으로 하는 전통적 관점에 얽매이지 아니하고 입법을 통한 행정에 대한 규제를 주목하는 것이다. 즉, 공동체의 조화로운 삶을 위해 법치의 객관적 측면을 조명하는데, 공동체 속에서 참

여 · 협력하면서 조화롭게 살아가기 위해서는 개인의 주관적 권리만이 강조될 수는 없을 것인바, 독일 행정법에 있어 전통적 권리구제 중심의 연구에 대한 반성적 고려로 이해된다. 이러한 관점은 행정에 대하여는 수권과 제한의 근거로, 시민에 대하여는 권리와 의무의 근거로 이중적으로 기능할 수 있을 것이다.

셋째, 법을 대상으로 한 과학적 연구는 그 인식목표에 따라 가치과학, 규범과학 그리고 경험과학으로 나뉠 수 있는데, 전통적 관점은 행정법에 대한 규범과학적 이해에 기반을 두고 있음은 주지의 사실이다. 하지만 행정을 온전히 이해하고 공동체의 조화로운 삶을 규율하기 위해서는 규범과학적 접근만으로 한계가 있다. 이러한 반성적 고려에서 조종학적 관점은 법의 실효성과 법에 의거한 문제해결의 적실성을 추구함으로써 행정법을 규범과학과 더불어 경험과학 그리고 가치과학을 아우르는 종합과학으로 이해하고 전통적 관점의 확장을 시도하는 것이다. 요컨대, 조종학적 관점은 전통적 입장인 주관적 권리구제의 관점에서 상당히 벗어난 것으로 평가된다. 즉, 조종개념에 의거하여 국가의 법질서 전체를 생각하고, 행정에 대한 민주적 · 객관적 통제에 주목함으로써 공동체의 조화로운 삶을 위한 성숙한 단계의 행정법으로 거듭나기 위하여 노력하는 것이다.

제3장 방법론

제1절 개관

조종학파는 1991년부터 2003년까지 10회에 걸친 학술대회에서 개혁논의를 진행하였다.[380] 대미를 장식하는 주제는 행정법학 방법론이었다. 이는 방법론의 중요성을 생각하면 결코 우연이 아니다.[381] 조종학적 관점이 궁극적으로 행정법학을 민주법치국가에 있어 종합과학으로 이해한다면, 그와 같은 이념을 구현하기 위해 구체적 작업방법을 필요로 할 것임이 분명하다.

조종학파는 행위주체인 행정을 주목하면서 행정에 관한 객관법적 규율[382]을 방법론적 요소로 삼고 있다. 예컨대, 포스쿠울레(Andreas Voßkuhle)는 행정을 조종하기 위해 입법과 정책 결정을 지향하면서 방법론의 개방성과 다양성을 강조한다.[383] 또한 슈미트-아스만(Eberhard Schmidt-Aßmann)은 행정의 관점에서 법을 구체화하는 작업방법을 언급하고[384] 호프만-림(Wolfgang Hoffmann-Riem)도 행정을 법적용 주체로 인식하면서 행정의 법적용을 위한

---

380) 자세한 내용은 본서 제1장 제4절 Ⅲ. (33면 이하) 참조.

381) Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, Vorwort, 7면 참조.

382) 전통적 관점은 국가로부터 개인의 권리와 자유를 보호하는 소위 주관적 법치의 관점을 주목하였다. 그러나 조종학적 관점은 소위 객관적 법치, 즉 국가 공동체의 합리적인 구성과 운영을 위해 전체 법질서의 확립을 강조하고 있는 바, 이러한 법치의 객관적 성격을 강조하기 위해 '객관법적 규율'로 표현하였다.

383) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (21) 참조.

384) Eberhard Schmidt-Aßmann, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft: Perspektiven der Systembildung, ders./Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 387-413 (405-412) 참조.

방법을 논한다.[385]

한편, 행정법학 방법론을 주제로 한 개혁논의에서 조종학적 관점의 구체적 작업방법이 논의되었는데, 그 논의 주제는 행정이 법을 적용하고 결정을 도출하는 방법, 학제적 연구와 법비교의 방법, 행정실무와 행정법학에 있어서의 결과고려 방법 등으로 요약된다.[386] 또한 『행정법의 기초』(Grundlagen des Verwaltungsrechts)의 첫 번째 장에서 조종학적 관점의 방법론을 소개하고 있는데, '조종이론의 접근방식', '현실분석', '효력지향과 결과지향', '학내성, 다학문성, 교차학문성 그리고 학제성', '키워드와 모델을 통한 작업', '개별영역에서의 작업'을 핵심적 방법요소로 제시한다.[387]

요컨대, 조종학적 관점은, 첫째, 법을 적용하고 정책을 생산하는 행위주체인 행정을 주목하면서 행정에 대한 객관법적 규율을 강조하고, 둘째, 이를 위해 법학 분과 사이의 학내적 연구와 인접학문과 사이의 학제적 연구에 의거한 융합의 방법 그리고 법비교의 방법을 통해 연구하며, 셋째, 실효적이고 타당한 문제해결을 위해 현실분석과 결과환류를 주목하는 것이다. 이하에서 구체적으로 살펴보기로 한다.[388]

---

385) Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 9-72 (16-19) 참조.

386) 방법론에 관한 개혁논의에서의 세부 주제는 ① '적용을 지향하는 행정법학의 방법론', ② '독일 연방공화국에 있어 행정법학 방법의 발전', ③ '행정법학에서의 역사적 지식', ④ '유럽연합 구성국에 있어 행정법학 방법', ⑤ '행정법에 있어 법학적 방법론', ⑥ '인식수단으로서 키워드, 유형 그리고 모델과 법도그마틱과의 관계', ⑦ '인접학문을 통해 정보가 제공되고 숙고된 행정법학: 교류규칙 그리고 교류경향', ⑧ '행정법적 결정을 도출하고 서술하는 방법', ⑨ '불확실성을 다루는 방법', ⑩ '행정실무와 효력을 지향하는 행정법학에서의 결과고려', ⑪ '행정법학 방법론: 체계형성의 관점에서'이었다. Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004 참조.

387) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (21-41) 참조.

388) 이하의 방법론에 관한 내용은 拙稿, 독일 행정법학과 행정재판권의 개혁논의에

제2절 행정에 관한 객관법적 규율

조종학적 관점은 한편으로 민주를 주목하여 행정에게 자율적으로 내용을 채울 형성의 여지를 부여한다. 다른 한편으로, 공익을 실현하는 행정활동의 한계를 법적으로 규율하고 통제하기 위해 노력한다. 이를 위해 행위주체인 행정에 관한 법질서의 확립, 즉 객관법적 규율을 강조하는 것이다.

부연하면 첫째, 행정법의 행위규범성에 주목한다.[389] 이는 행정법을 행정의 정책 결정과 그 실현 과정인 행정과정에서 준수되어야 할 규범으로 이해하는 것이다.[390] 둘째, 실효적 행정활동의 전제조건으로서 조직, 절차 그리고 예산과 재정의 문제를 주목하면서, 개인적 권리구제 중심의 전통적 관점을 보완하고자 한다.[391] 요컨대, 국가 공동체 속에서 모두가 주인으로 공익과 조화되는 삶을 영위할 수 있도록 법적 제도를 마련하고자 하는 것이다.

I. 행정의 자율과 통제

1. 행위주체로서 행정

전통적 관점은 조건규범을 기반으로 한다. 이는 인과관계를 단선적으로 설계하고, 복잡한 사실관계를 단순화하며, 법효과를 완결적으로 규정하는 방식

관한 소고, 외국사법연수논집 제40집, 2021, 169-202면을 기초로 수정 · 보완하여 정리한 것임을 밝힌다.

389) Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, Vorwort, S. 8 참조.

390) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 20면 참조.

391) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 52, 55) 참조.

이다. 조건규범은 법치국가 이념의 산물로 평가되는데,[392] 단일한 행정이 기계적으로 조건규범을 집행하는 방식으로 자의를 배제할 수 있고, 부당한 정치적 압박으로부터의 보호기제로 작동할 수 있다는 장점이 있다.[393]

반면, 조종학적 관점은 행정을 자율적 행위주체로 승인한다. 그 배경은, 첫째, 오늘날 과학기술 발전과 사회분화로 행정현실에 있어 불확실성이 증가하였다는 점이다. 둘째, 환경법, 경제법 영역에서 불확정 법개념과 목적적 프로그램의 증가로 규범에 의거하더라도 공익을 실현하는 행정에게 형성의 자유가 인정되고,[394] 그 과정에서 입법목적을 최적화할 수 있는 요소들 상호간의 형량(Abwägung)이 핵심이 된다는 점이다.[395] 셋째, 행정은 독일 기본법에 의거하여 민주적 정당성을 부여받은 주체라는 점에 대한 자각 또한 그 바탕이 된다.

즉, 조종학적 관점은 행위주체로서 행정에서 출발한다. 따라서 행정법을 행위규범으로 이해하고, 합법성 척도뿐만 아니라 합목적성이라는 가치 문제 그리고 현실에서의 집행 문제를 포괄하는 옳고 그름의 문제로서 '타당성'(Richtigkeit)을 추구한다. 이는 유일한 타당한 결정은 없다는 관념에 의거하여 행위규범을 통해 행정활동을 합리화하고자 하는 것이다.[396]

2. 행위규범

조종학적 관점은 행정법의 행위규범(Handlungsnorm)적 성격을 강조한다.[397] 즉, 행정법을 행정의 정책 결정과 그 실현 과정인 행정과정에서 준수

---

392) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 14) 참조.

393) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 195 참조.

394) Ebd., S. 196 참조.

395) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 18 참조.

396) Ebd., Rn. 19 참조.

되어야 할 규범으로 이해하는 것이다. 따라서 행정법은 진정한 담론을 통해 타당한 행정결정이 도출될 수 있도록 수범자에게 목표를 달성할 수 있는 선택지를 제공하고 이해관계를 고려하여 최적의 선택지를 택할 수 있는 구조와 기준을 제공해야 한다.[398] 그 형태는 반드시 형식적 의미의 법률에 한정되지 아니하고, 행정규칙, 행정관행 등을 포함한 다양한 형태로 나타날 수 있다.

행정법이 여러 가지 정책을 제시한다는 성격을 강조하는 관점은 법질서가 정책 결정과 실현을 위해 충분히 탄력적인지, 다양한 이해관계를 충분히 조율할 수 있는지, 사회문제를 정확하게 분석하고 적절하게 해결할 수 있는 대안을 제공하여 타당한 행정결정에 기여하는지를 관심사로 삼는다. 이를 위해 행정과정에서 정보와 지식이 가공되고, 행정 내부와 외부에 산재하는 정보와 지식을 서로 연결시키고자 한다.[399] 즉, 행정법은 행정에게 활동의 방향을 제시하는 소위 '법의 수단제공 기능'(Bereitstellungsfunktion des Rechts)을 수행해야 한다는 것이다.[400]

3. 원리이론

호프만-림은 타당한 행정결정의 요건으로 '합법성'(Rechtmäßigkeit), '최적성'(Optimalität), '수용성'(Akzeptabilität) 그리고 '실현가능성'(Implementier-

---

397) Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, Vorwort, S. 8 참조.

398) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 31); Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtwissenschaft, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (93) 참조.

399) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 33 참조.

400) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (96 ff.) 참조.

barkeit)을 제시한다.[401] 그 중 최적성 척도는 원리이론(Prinzipientheorie)[402]과 연결된다.[403] 조종학적 관점은 합법성의 척도가 미치지 못하는 영역에서 법에 의거한 조종능력을 확보하기 위해 원리이론에 관심을 가진다.[404] 원리 내지 법원리(Rechtsprinzip)[405]는 적법 · 위법의 이분법적으로 접근하는 규칙(Regel)[406]과 구별된다.[407] 원리는 법적 · 사실적 가능성을 상대화하고, 가능한 한 고도의 실현을 추구한다. 원리충돌은 상호모순된 원리들의 비중을 고려하여 원리형량을 하게 할 뿐 어느 일방의 원리를 무효화시키지 않는데, 최적화 실현을 지향하는 것은 각 원리가 형량능력과 형량필요가 있다는 의미이다. 이로써 법적용은 형량과정이 된다.[408] 요컨대, 조종학적 관점은 규칙이

---

401) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden- Baden 1997, S. 355-395 (361) 참조.

402) 행정법에 있어 原理理論은 어떤 법원리를 후퇴시키려면 이와 충돌하는 다른 법원리의 실현이 그만큼 중요하여야 한다는 형량원칙을 기본이념으로 한다. 이러한 형량원칙을 개별 사안에 적용하는 것은 형량요소 및 우월조건의 추출을 통해서 이루진다. 이를 숨김없이 드러내고 실질적으로 논증하는 것이 원리이론의 방법론적 핵심이다. Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht, Berlin 1999, S. 287 ff.; 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 42-50면 참조.

403) Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 9-72 (48 f.) 참조.

404) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 9) 참조.

405) 원리는 요건과 효과가 추상적이며 그 상호간에 규범내용이 충돌하더라도 어느 일방의 효력을 상실하지 않고 어떤 사안에서는 일방이 우선할 수 있지만 다른 사안에서는 타방이 우선할 수 있다.

406) 규칙은 법규범 가운데 요건과 효과가 명확히 정해져 있어 그와 상충하는 내용의 법규범과 충돌하면 상위법 · 신법 · 특별법 우선의 원칙에 의해 어느 일방이 완전히 효력을 상실하지 않으면 아니 되는 것이다.

407) Jeong Hoon Park, a.a.O., S. 9 f. 참조.

408) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 7-9 참조.

미치지 아니하는 곳에서 원리이론에 의거한 진정한 담론을 통해 법의 조종 능력을 회복하고자 한다.[409] 이러한 측면에서 무엇보다 진정한 담론의 전제를 마련하는 절차적 보장 장치의 중요성이 강조된다.[410]

II. 행정활동의 전제조건에 관한 규율

전통적 관점은 행정과 시민 사이의 외부법 관계에 주안점을 두었다. '국가 인격의 불침투성'(These von der Impermeabilität der Staatsperson) 이론에 의거하여 행정조직의 내부구성과 행정과정은 법적 규율의 대상이 되지 않았고,[411] 행정절차법 또한 필수적인 것이 아니고 실체법에 대한 봉사라는 부차적 의미로 인식되었다.[412] 반면, 조종학적 관점은 실효적 행정활동의 전제조건으로서, 조직, 절차 그리고 예산과 재정에 관한 법적 규율을 강조한다. 그 배경은 다음과 같다. 첫째, 오늘날 행정현실에 있어 불확실성이 증가함으로써 실체법에 의거한 단일한 대안의 모색이 어려워졌다.[413] 둘째, 보장국가 내지 협력국가에서 私化에 의거하여 국가임무의 구체적 수행방식이 다양화됨으로써 그에 대하여 국가의무에 직접적으로 구속시키는 것이 어려워졌는데, 이러한 흠결을 행정활동의 전제조건에 관한 법적 규율을 통해 보완하는 것이다.[414] 요컨대, 행정활동의 전제조건을 규율하고 구조를 설정함으로써

---

409) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 10-12) 참조.

410) 이에 관하여는 본서 제4장 제2절 Ⅲ. (150면 이하)에서 자세히 논한다.

411) Rainer Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007, S. 239; 선정원, 새로운 행정조직모델과 중앙행정조직개편의 방향, 행정법의 개혁, 2020, 106-107면 참조.

412) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Perspektiven der Systembildung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2003, S. 429-473 (451) 참조.

413) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 50 참조.

궁극적으로 실효적이고 타당한 행정활동을 추구하고, 이를 통해 전통적인 개인적 권리구제 중심의 관점을 보충하는 것이다.[415]

1. 조직법적 규율

조종학적 관점은 행정활동이 행정조직과 밀접한 관계에 있음을 승인한다.[416] 첫째, 행정임무의 실효적 성취는 조직구성원 상호간의 의사소통, 협력 그리고 조정에 의존한다는 것이다.[417] 이를 반영하여 트루테(Hans-Heinrich Trute)는 조직을 "집단화된 행위주체로서 구성원 상호간에 유의미한 의사소통과 행위를 형성하고 유지시키는 행위결합체 또는 의사소통체계"[418]로 정의하면서 조직으로서의 행정을 주목한다.[419] 둘째, 타당한 행정활동을 위해 행정임무에 적합한 조직형태가 요구된다는 것이다.[420] 관련하여 슈페르트(Gunnar Folke Schuppert)는 협력국가에 있어 국가와 사회의 교착현상으로 나타나는 책임분배를 타당하게 규율할 수 있는 조직형식과 조직구조에 관한 연구의 필요성을 말한다.[421]

---

414) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 59) 참조.

415) Ebd., Rn. 52, 55 참조.

416) 조직법적 규율에 관하여는 본서 제4장 제1절 (109면 이하)에서 자세히 논한다.

417) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 59a 참조.

418) Hans-Heinrich Trute, Funktionen der Organiztion und ihre Abbildung im Recht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 249-295 (254).

419) Hans-Heinrich Trute, Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlichen Entscheidungen, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S 293-325 (302-308) 참조.

420) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 60 참조.

421) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114

요컨대, 조종학적 관점은 행정이 공익을 실현하기 위해 실효적 행정활동의 전제조건으로서 조직을 법에 의거하여 규율하고자 하는 것이다.[422] 이와 관련하여 프란치우스는 조직에 대한 법적 규율의 기능을 다음과 같이 말한다.[423] 첫째, 행정활동의 전제조건인 조직내부의 이해관계와 상호작용관계를 파악함으로써 실체법에 의거한 조종을 보완한다. 둘째, 공익을 실현하는 公法·私法적 형식의 행정주체를 구성하고 조종함으로써 국가와 사회를 연결한다. 셋째, 행정에게 민주적 정당성을 부여하고, 법치국가 이념에 부합하는 행정활동을 가능하게 한다.

2. 절차법적 규율

조종학적 관점은 절차법적 규율을 강조한다.[424] 그 배경은, 첫째, 불확실한 행정현실은 실체법적 규율의 흠결을 보충하기 위해 절차를 통한 현실인식의 필요성을 크게 한다는 것이다.[425] 둘째, 행정과정에서의 진정한 담론은 타당한 행정결정을 발견에 기여한다는 것이다. 행정결정이 합리성에 바탕을 둔 이성에 의거한 추론에서 도출된다는 관념을 불신하게 되면서, 행정결정의 내용이 절차 속에서의 진정한 담론을 통해 탐구될 필요가 있음을 승인하였기 때문이다.[426] 셋째, 참여와 협력 의거한 절차는 행정결정의 민주적 정당성을 높인다는 점이다. 예컨대, 유럽법에 있어 '정보를 숙지하고 있는 대중'(infor-

---

(112) 참조.

422) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 59) 참조.

423) Ebd., Rn. 63 참조.

424) 절차법적 규율에 관하여는 본서 제4장 제2절 (141면 이하)에서 자세히 논한다.

425) Ivo Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 226-277 (271 f.) 참조.

426) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 54, 59 참조.

mierte Öffentlichkeit)[427]을 통한 통제 관념이 대표적인 예이다. 이러한 이유로, 조종학적 관점은 절차에 관한 법적 규율이 관계자의 이해관계를 적절하게 표명하고 조정할 수 있도록 하고, 행정내부, 행정 상호간 그리고 행정과 사인과의 협력을 통해 정보를 생산하고 조사하는 데 기여하는 것으로 인식한다.[428] 특히 행정절차와 행정재판의 기능적 견련관계를 주장하고,[429] 공익실현을 위해 행정절차를 유형화할 필요성이 있다고 말한다.[430]

3. 예산과 재정에 관한 법적 규율

조종학적 관점은 조종의 원천으로서 예산과 재정[431]을 새로이 인식한다.[432] 전통적 관점은 예산법을 의회가 행정을 조종하는 수단으로 이해하고, 행정의 지출방식을 감시하는 소극적 관점이었다. 하지만 조종학적 관점은 예

---

427) 1985년 「환경영향평가지침」(UVP-Richtlinie)에서 시작하여 점차 확대 시행되었는데, 민주적 통제를 위한 회원국에서의 공개(Öffentlichkeit)의 강화와 공개를 통하여 공동체법의 실효성 있는 집행을 위한 통제권능을 확보하는 것을 목표로 한다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2003, S. 429-473 (442 f.) 참조.

428) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (108-111); Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 448-450 참조.

429) Ebd., S. 451-453 참조.

430) Ivo Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 226-277 (273 f.) 참조.

431) 예산은 전대(纏帶)·혁대(革帶)를 의미하는 라틴어 'bulga'에서 유래한 것으로 독일 기본법 제110조에 의거하여 연방의 모든 수입과 지출은 예산안으로 편성되고 법률로 확정되어야 하는 소위 예산법률주의의 대상이 된다. 한편, 재정은 행정활동이나 공공정책을 시행하기 데에 필요한 자금을 조달하고 관리하며 운용하는 경제활동을 의미한다는 점에서 예산과 구별된다.

432) 이와 관련된 재정통제는 본서 제4장 제3절 Ⅴ. 2. (2) (191면 이하)에서 논한다.

산을 조직 및 절차와 더불어 행정활동을 조종하는 중요한 원천으로 파악한다.[433] 예를 들어, 경영학에서의 비용편익 분석적 관점, 시장경제적 요소의 공행정 영역으로의 유입 등으로 점차 적극적 예산조종의 관점이 인식되고 있다.[434]

한편, 특히 '신조종모델'(Neues Steuerungsmodell)에 의거하여 재정에 관한 인식이 강화되었다. 이는 각 행정단위별로 고유한 권한과 책임을 부여함으로써 분권화하고, 시민을 서비스를 제공받는 고객으로 생각하는 것을 핵심 관념으로 한다.[435] 독일「연방과 각 주의 예산법 원칙에 관한 법률」[436]은 신조종모델의 핵심요소를 도입하여 법적 개념으로 승인하였다(제6a조[437]). 이는 부처별 그리고 사안별로 예산을 부여함으로써 재정에 있어 권한과 책임을 일치시키고, 예산항목을 유연화하며, 성과지향적으로 예산항목을 관리함으로써 비용을 절감하고 경영개선을 도모하는 것이다. 더불어 '경제성 원칙'(Gebot der Wirtschaftlichkeit)이 법적으로 승인되었다(제6조[438]).[439]

---

433) Wolfgang Hoffmann-Riem, Finanzkontrolle der Verwaltung durch Rechnungshof und Parlament, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 73-88 참조.

434) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 64) 참조.

435) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (Rn. 53-56) 참조.

436)「Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder」(Haushaltsgrundsätzegesetz, HGrG)

437) 제6a조 제1항은 "수입과 지출, 채무부담행위는 각 조직 단위별 책임 범위 안에서 계상할 수 있고, 동시에 예산위임에 따라 재정책임은 부처와 사안에 책임이 있는 해당 조직 단위에 이관된다. 적절한 정보 및 조정기구에 의하여 개별 단위 사업이 사용 가능 총액한도를 넘어서지 않도록 한다. 그러한 기구의 업무수행의 종류와 범위는 다른 법률 또는 예산으로 정한다."고 규정하고 있다.

438) 제6조 제1항은 "예산을 제출하고 집행함에 있어서는 경제성과 절약의 원칙을 준수한다."라고 규정하고, 독일「기본법」제114조 제2항 제2항은 "사법적 독립성을 가지는 구성원으로 조직되는 연방회계검사원은 연방의 결산과 예산 및 경제 집행의 경제성과 합법성을 심사한다."라고 규정하고 있다.

제3절 융합과 법비교

융합은 서로 섞이거나 조화되어 하나로 합쳐지는 것을 의미한다. 즉, 전통적 관점은 법학의 다른 분과 및 인접학문을 행정법학과 엄격히 구별하여 왔는데, 조종학적 관점은 국가 법질서의 조화로운 형성의 관점에서 이를 극복하고 협업을 승인한다는 점에서 융합의 방법을 채택하고 있다고 평가할 수 있다. 특히 인접학문과의 대화를 위한 매개체로서 인접학문 내지 행정실무에서 사용되는 연결개념과 모델에 관심을 가지고, 개별 행정영역에 관한 특별행정법의 연구를 강조하는 것이다. 더 나아가 자국의 범주를 넘어서 외국법과의 대화를 위해 법비교의 방법에 관심을 가지는데, 무엇보다 유럽화에 따라 독일 행정법에 있어 법비교는 불가피하게 되었다. 이하에서 살펴보도록 한다.

I. 융합

1. 학내성과 학제성

조종학적 관점은 연구방법에 있어 '학내성'(Intradisziplinarität)과 '학제성'(Interdisziplinarität)을 채택하고 있다.[440] 먼저 학내성은 법학의 분과 상호

---

439) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 65) 참조.

440) 역사적으로 보더라도 학제적 내지 학내적 연구 방법은 승인되어 왔고, 다만 조종학적 관점이 이를 비교적 강조하고 있는 것으로 보아야 할 것이다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 22 참조. 최근 학제성, 학내성 그리고 공사법의 교착현상에 관하여 독일 국법학자대회에서 주제로 채택되어 논의된바 있다. Hans Christian Röhl/Andreas von Arnauld, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74, 2015, S 7-87;

간의 개방을 의미한다. 조종학파는 독일에 있어 민법, 공법, 형법과 같은 법학 분과를 서로 준별하는 전통은 극복되어야 한다고 주장한다.[441] 중요한 것은 기능적 측면에서 접근하여 법질서 전체의 관점에서 각 분과에 산재하는 조종수단의 총체를 이용하여 조종목표를 달성하는 것이라고 말한다.[442] 즉, 각 부분 법질서는 기능적 등가물을 통해 '상호보완'(Auffangordnung) 기능을 가지므로 학내적 연구가 필요하다는 것이다.[443] 예를 들어, 환경법에서의 규제수단이 제대로 작동하지 아니하는 경우 私法상 손해배상청구 내지 형벌을 통해 수범자의 행동에 대한 조종이 가능할 수 있다.

학제성은 한편으로 인접학문의 연구결과를 이용하거나 비법학적 방법을 통하여 그러한 연구결과를 스스로 생산하는 것을 의미한다. 다른 한편으로, 학문들 상호간의 협업을 의미한다.[444] 조종학적 관점이 학제적 연구를 채택하고 있다는 근거는 다양한 측면에서 확인된다. 첫째, 조종학적 관점은 행정법학을 행정법과 행정학의 결합으로 인식한다는 점이다.[445] 둘째, 조종개념

Alexander Somek/Julian Krüper, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, VVDStRL 79, 2020, S. 7-99; Klaus-Dieter Drüen/Sabine Schlacke, Verschränkungen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Regime im Verwaltungsrecht, VVDStRL 79, 2020, S. 127-216 참조.

441) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (33) 참조.

442) Ebd., S. 34 참조.

443) Alexander Somek, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, 2020, S. 7-38 (19-22); Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 294-296 참조.

444) Hans Christian Röhl, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74, 2015, S. 7-32 (27-32) 참조.

445) 포스쿠울레는 연구과제로 첫째, 행정임무의 사인으로의 이양, 둘째, 시민과 행정 사이의 강화된 의사소통, 셋째, 유럽화와 국제화 층위에서의 거버넌스 연구라는 세 가지 테마를 제시한 바 있다. Andreas Voßkuhle, Verwaltungsrecht & Verwaltungswissenschaft = Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, BayVBl., 2010, S. 581-589 (587-589) 참조.

그 자체가 사회학적 조종개념에 기반을 둔 것으로서, 이를 이용하여 개념요소별로 분절하여 행정현실을 분석하고 그 상호간의 관계를 고찰한다는 점이다. 셋째, 보장국가에서 법을 私化결과법 내지 보장행정법으로 이해하므로 경험적 연구결과를 통한 결과에 대한 고려와 통제가 불가피하다는 점이다.[446]

조종학적 관점은 인접학문과의 교류가 일회적 사건에 그치지 않도록 학제적 연구 방법을 행정법의 체계 속으로 편입시키고자 한다.[447] 예를 들어, 경영학, 사회학, 심리학, 지리학, 조직이론, 정보학 그리고 역사학을 행정학을 매개로 행정법 연구영역으로 받아들이고,[448] 예측적 판단을 위해 행동심리학과 행동경제학에서의 연구결과가 최근 강조되고 있으며, 빅데이터와 관련하여 수학과 통계학도 강조되고 있다.[449]

2. 학제적 연구의 방법론

슈미트-아스만은 인접학문의 연구결과를 여과 없이 그대로 법학으로 수용할 수는 없다고 말한다.[450] 예를 들어, 법개념인 수인가능성 판단에 있어 공학도의 분석을 참조하더라도 궁극적으로 법적 판단이 요구되는 점, 기업회계의 손익 인식시기와 세법상 권리의무 확정주의의 차이 등을 생각해 볼 수 있다. 포스쿠울레는 학문 고유의 정체성을 잃어서는 아니 되고, 다양한 학문

---

446) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (33) 참조.

447) Gunnar Folke Schuppert, Die Verwaltungswissenschaft als Impulsgeberin der Verwaltungsrechtsreform, in: Offene Rechtswissenschaft, Tübingen 2010, S. 1041-1073 (1047-1049) 참조.

448) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 34 참조.

449) Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtwissenschaft DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (98 f.) 참조.

450) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 23 참조.

의 분화된 관점을 규범적 관점에서 통합하는 것을 강조한다.[451]

그렇다면 구체적으로 어떻게 인접학문과 교류할 것인가?[452] 우선 조종학적 관점은 특별행정법에서의 구체적 규율에서 연결점을 찾는다.[453] 나아가 교류방법을 구조화하는 메타이론으로서 '교류규칙'(Verkehrsregel)이 필요하다고 말한다.[454] 교류규칙은 인접학문의 연구결과를 오류 없이 가공하고 수용함으로써 문제해결을 위한 도그마틱을 형성하기 위한 방법이다. 이를 위해 교류방법은 첫째, 투명하고 공정하며, 둘째, 각 분야의 이론 내지 개념을 이전하기 위한 논증이 필요하고, 셋째, 교류가 지나치게 비생산적이게 될 경우를 대비한 수용을 거부할 수 있는 보호메커니즘이 필요하다고 말한다.[455] 궁극적으로 시행착오를 통해 경험을 축적함으로써 수용메커니즘과 장애물을 구체적으로 확인할 수밖에 없을 것이다.[456]

3. 학제적 연구의 매개체

(1) 연결개념

'연결개념'(Verbundbegriff) 내지 '가교개념'(Brückenbegriff)[457]은 학제적 연

---

451) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (35) 참조.

452) 우리나라의 논의에 관하여는 본서 제5장 제2절 Ⅱ. (227면 이하)에서 자세히 논한다.

453) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 23 참조.

454) Thomas Vesting, Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft: Verkehrsregeln und Verkehrsströme, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Methoden der verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 253-292 (275-280) 참조.

455) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 35 f. 참조.

456) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 23 f. 참조.

457) 'Verbundbegriff', 'Brückenbegriff'는 국내에서 연계개념, 연결개념으로 번역되고 있다. 본서에서는 인접학문과의 대화를 매개하는 개념으로서의 성격과 원어의

구를 위한 도구개념이다.[458] 특히 '키워드'(Schlüsselbegriff)[459]는 그 중 모델로 삼을 만한 개념을 말하는데,[460] 이를 포스쿠울레는 법제도와 규율모델에 관한 전통적 관념을 변화된 현실여건의 속에서 성찰하고 발전시키기 위한 필수적 관념이라고 표현한다.[461] 예를 들어, 행정책임(Verwaltungsverantwortung)[462], 결정(Entscheidung), 의사소통(Kommunikation) 등이 연결개념으로, 효율성(Effizienz), 정보(Information), 보장국가(Gewährleistungsstaat), 공개성, 수용, 私化 등이 키워드로 언급되고 있다.[463] 연결개념은 도그마틱적 개념, 즉 문제를 해결하는 개념에는 이르지 못하였다고 평가된다.[464] 하지만 첫째,

---

뉘앙스를 가급적 살리기 위해 '연결개념', '가교개념'으로 번역하기로 한다.

458) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 24 참조.

459) 'Schlüsselbegriff'는 국내에서 핵심개념, 중심개념 등으로 번역되고 있다. Langenscheidt 등 독영사전을 보면 Schlüsselbegriff는 keyword로 번역되어 있고, 키워드는 이미 우리말에 친숙한 외래어이므로 Schlüsselbegriff를 '키워드'로 번역하기로 한다.

460) Gunnar Folke Schuppert, Schlüsselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, DV Beiheft 2, 1999, S. 103-125 (109) 참조. 한편, 키워드 분석에 의하면 우리나라의 행정학과 행정법학은 민영화, 공기업, 규제, 지방자치 등을 공통의 연구대상으로 삼고 있는 것으로 나타나고, 민주, 참여, 법치, 효율 등에 관한 연구가 학제적 연구의 대상이 될 수 있을 것이라는 분석으로 이진수, 행정학과 행정법학의 대화 재조명 – 행정법학과 행정학의 학제적 연구의 관점에서, 행정법연구 제58호, 2019, 17면 참조.

461) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (37) 참조.

462) 행정책임은 국가와 사인 사이의 협력을 해명하는 개념이다. 이는 규범적 귀속관계와 권한을 조정하는 개념이고, 결정에 영향을 미치는 사실적 책임을 표현하는 개념이다. Hans Christian Röhl, Verwaltungsverantwortung als dogmatischer begriff?, DV Beiheft 2, 1999, S. 33-55 (33-37) 참조.

463) Andreas Voßkuhle, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform: Eine kritische Bestandsaufnahme, VerwArch 92, 2001, S. 184-215 (196-215) 참조.

464) Susanne Baer, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-

학제적 담론을 가능하게 하는 의사소통기능, 둘째, 현실을 정확하게 분석함으로써 설명하고 해석하는 기능, 셋째, 다양한 관점을 모으고 사고의 방향을 제시하는 기능을 가지는 것으로 설명되고 있다.[465]

(2) 모델

'모델'(Leitbild)[466]은 일종의 이상형 또는 모범의 제시 내지 사고의 프레임으로 정의된다. 포스쿠울레는 도그마틱적 성격에 이르지 못하였고 분석도구로서도 한계점을 가진다고 평가한다.[467] 하지만 문제해결의 방향과 윤곽을 제시하는 효과를 가지는 것으로 설명된다.[468]

모델은 독일 연방정부의 개혁을 위한 정책수단으로 이용되어 왔다.[469] 예를 들어, 1960년대 국가 황금기의 '능동국가'(aktiver Staat), 1970년대 정부실패 극복을 위한 私化, 관료주의의 탈피, 탈규제 및 행정 간소화에 기반을 둔 '감량국가'(schlanker Staat), 1990년대 행정 현대화를 위해 제시된 '신공공관리'(New Public Management)[470] 그리고 2000년경 쉬뢰더 정부가 추진한 행

Baden 2004, S. 223-251 (225) 참조.

465) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (36) 참조.

466) 'Leitbild'는 국내 문헌에서 '본보기', '지도상', '전범' 내지 '모델' 등으로 번역되고 있다. Langenscheidt 등 독영사전을 보면 Leitblid는 Model로 번역되어 있고, 모델은 이미 우리말에 친숙한 외래어이므로 Leitbild를 '모델'로 번역하기로 한다.

467) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 38; Susanne Baer, a.a.O., S. 232 f. 참조.

468) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 23) 참조.

469) 독일에서 입법영향평가(Gesetzesfolgenabschätzung)의 발전과 그 궤를 같이 하여 왔다. 윤광진/정창화, 입법영향평가제도 - 교차국가사례 비교연구, 한국법제연구원, 2012, 100-106면 참조.

470) 신공공관리론은 행정을 효율적이고 소비자 중심적으로 변화시키기 위한 개혁전

정개혁 프로그램에서 제시된 '촉진국가'(aktivierender Staat)[471]가 대표적이다.

모델은 고도로 추상화된 관념을 이용하는데,[472] 지향점을 제시하고, 변화를 위한 동기를 제공하기 위함이다.[473] 나아가 규율의 배경을 조명하게 하고, 법이 침묵하는 부분을 담론하게 한다.[474] 이러한 개념의 성패는 문화적 요인과 밀접하게 결부되는데,[475] 모델의 제시를 통해 논증부담을 전가할 수 있고 이로써 주도권을 확보할 수 있다.[476]

(3) 특별행정법

조종학적 관점은 행정법 연구에 있어 개별 행정영역, 소위 '참조영

략을 말한다. 1970년대와 1980년대의 사경제에 있어 현대화 경험을 공행정에 이식하려는 노력이었다. Andreas Voßkuhle, a.a.O., Rn. 50-51 참조. 우리나라에서는 개방형 직위, 실적평가와 성과급제 도입을 통한 인사제도의 유연화전략 그리고 인력감축을 핵심으로 하는 공무원 인사제도의 개혁과 관련하여 시행되었다. 이에 대하여 헌법상 직업공무원제의 취지가 몰각되어서는 아니 된다는 비판이 있다. 홍준형, 신공공관리론의 공법적 문제 - 공무원인사제도개혁을 중심으로, 행정논총 제37권 1호, 1999, 102-107면 참조.

471) 감량국가와의 차이점은 국가의 개념이 관리(Management) 개념이 아닌 거버넌스 개념에 기초한다는 것이다.

472) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (38) 참조.

473) Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Methoden der verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 9-72 (24) 참조.

474) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 25) 참조.

475) Susanne Baer, Susanne Baer, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 223-251 (242) 참조.

476) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 17 참조.

역'(Referenzgebiet)을 강조한다.[477] 참조영역은 각 특별행정법 영역을 의미하는데, 법령만이 아니라 행정규칙, 판례를 포괄하지만 모든 분야를 망라하는 것은 아니고 이해관계를 대표할 수 있는 분야를 선별하는 것이 중요하다고 말한다.[478] 예를 들어, 경찰법, 지방자치법, 건축법, 공무원법 등이 전통적 참조영역이다. 최근 환경법, 사회법, 경제법, 정보법, 학문법, 이민법 분야가 새로이 자리매김하고 있다.[479]

참조영역은 다양한 기능을 수행한다. 첫째, 무엇보다 학제적 연구의 출발점이 된다. 왜냐하면 개별법 분야의 개념과 제도는 인접학문과의 대화를 매개할 수 있기 때문이다. 둘째, 참조영역에서 행정임무와 조종수단을 구체적으로 파악할 수 있고,[480] 일반행정법에 구체적 사례를 제공한다.[481] 이를 통해 일반행정법이 인접 분야에서 발생하는 유사문제에 대한 해결책을 제시하고,[482] 평가 모순 방지에 기여함으로써,[483] 일반행정법과 특별행정법이 상호작용하고 상호 학습할 수 있다.[484] 셋째, 형량요소를 추출할 수 있다. 왜냐하

---

477) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (39); Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (97 f.); 김남진, 행정의 임무와 주요 참조영역, 학술원통신 제266호, 2015, 2-5면 참조.

478) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 9 참조.

479) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 40 참조.

480) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 9; Gunnar Folke Schuppert, a.a.O., S. 97 f. 참조.

481) 특별행정법 서술분야로 지방자치법, 경찰법, 공공경제법, 건축법, 환경법, 공무원법, 도로법을 제시하고 있다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht und Allgemeines Verwaltungsrecht: Zusammenwirken und Lerneffekte, in: Friedrich Schoch (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München 2013, S. 6 참조.

482) Ebd., S. 10 참조.

483) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 39 참조.

484) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 1 참조.

면 형량에 있어 결정적인 요소는 당해 개별 행정영역의 특수성, 특히 구체적이고 개별적인 행정목적과 행정수단에서 발견될 수 있기 때문이다.[485] 마지막으로, 법정책의 토대가 된다.[486] 특별행정법 속에서 제도와 행정 현실이 만날 수 있기 때문이다.

II. 법비교

1. 필요성

유럽화는 독일 행정법에 있어 '법비교'(Rechtsvergleichung)[487]를 불가피하게 만들었다. 이러한 맥락에서 슈미트-아스만은 행정법에 있어 미래 지향적 방향의 제시는 더 이상 법비교의 토대 없이 이루어질 수 없게 되었다고 말한다.[488] 묄러스(Christoph Möllers)는 법비교의 필요성이 증가하는 원인을 다음과 같이 분석한다.[489] 첫째, EU 고유행정법의 발전이 법비교적 인식을 촉구하고 있다는 점이다. EU 고유행정법이 다양한 국가모델의 비교평가에 기반을 두고 있으므로 법비교적 인식 없이는 EU 고유행정법에 대한 정확한 이해가 불가능하기 때문이다.[490] 둘째, EU 내에서 발생하는 회원국 법질서

---

485) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 46면 참조.

486) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, 8 ff. 참조.

487) 프랑스, 미국에서 비교법(comparative law, droit comparé)은 민사법, 형사법, 공법 등과 같은 법학영역의 하나라는 뉘앙스를 가진다. 반면, 독일에서는 법비교, 즉 법의 '비교'(Vergleichung)라는 요소가 강조됨으로써 법학의 한 방법에 불과하다는 의미가 강조된다. 박정훈, 비교법의 의의와 방법론, 법철학의 모색과 탐구: 심헌섭 박사 75세 기념논문집, 2011, 479-502면 (481면) 참조.

488) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 25 참조.

489) Christoph Möllers, Methoden, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts (Hg.), Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §3 S. 123-178 (Rn. 41) 참조.

들의 수평적 교차 현상 또한 법비교를 필요로 한다. 한편, 초국가적 효력을 가지는 행정결정과 국가 사이의 조약이 증가하고, 국가 사이의 행정 협업과 네트워크 현상이 나타나며, 국제기구가 내린 결정이 회원국의 영토고권에 대하여 영향력을 미치는 국제화 현상에 직면하여, 최근 '국제행정법'(internationales Verwaltungsrecht)이 주목을 받고 있다.[491]

2. 민사법에 있어 법권의 관념

법비교에 있어서 '법권'(Rechtskreis)의 관념이 흔히 원용된다. 예컨대, 영미법권, 대륙법권 등이 대표적이다. 이는 민사법에서 유래를 둔 것이다.[492] 슈미트-아스만은 법권 관념을 행정법 비교에 그대로 원용하는 것은 무리가 있다고 말한다.[493] 왜냐하면 공법의 경우 다음과 같은 특수성이 있기 때문이다. 첫째, 민사법과 달리 공법은 사회, 종교, 언어, 역사 등의 법외적 요소가 우위를 차지한다. 둘째, 공법은 정치적 내용을 담고 있는 관계로 빈번히 변화한다. 셋째, 공법은 사법보다 일반성이 미약하고, 개별 제도 또는 특정 부분 영역과 관계한다. 넷째, 성문법과 불문법이 상대적으로 혼재되어 나타난다. 다섯째, 판례법이 비교적 더 중요하게 인식되고, 가치 개념이 빈번하게 사용된다.[494]

---

490) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 25 참조.

491) Christoph Möllers, Internationales Verwaltungsrecht, in: Christoph Möllers/ Andreas Voßkuhle/Christian Walter (Hg.), Internationales Verwaltungsrecht: Eine Analyse anhand von Referenzgebieten, Tübingen 2007, S. 2 f. 참조.

492) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 26 참조.

493) Ebd., S. 26 참조.

494) Carl-David von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, Baden-Baden 2015, S. 292-299 참조.

3. 행정법 비교의 방법

행정법 비교에는 다양한 위험이 내재되어 있다. 예를 들어, 법비교의 소재 선택에 있어서의 자의성, 법치국가적 정당성의 결여, 무분별한 비교의 위험성, 선택기준의 성급한 확정으로 인한 위험성, 용어의 유사성으로 발생하는 위험성 등이 바로 그러한 것들이다.[495] 이러한 위험성을 극복하기 위해, 슈미트-아스만에 의하면, 법비교는 해결해야 할 문제의 유사성에서 출발하고, 규제 또는 제도의 선택에 있어서는 법비교의 동기 내지 목적에 대한 논증이 필요하다고 한다.[496] 이로써 법비교는 '상호 학습과정'(gegenseitiger Lernprozess)이 되고, 이를 통해 얻은 다채로운 인식은 행정법 발전에 기여한다는 것이다.[497]

---

495) Carl-David von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, Baden-Baden 2015, S. 537-586 참조.

496) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 27 참조. 법비교의 방법으로 담론적 방법이 제시된다. 이는 자국 법질서의 원리와 관점을 분석한 후, 자국과 외국의 해결방법의 장 · 단점을 기능적 · 문맥적으로 비교하고, 취사선택해야 하며, 가능한 한 외국법의 현실상황까지도 모두 참작하여야 한다는 것이다. Carl-David von Busse, a.a.O., S. 587-590 참조.

497) Eberhard Schmidt-Aßmann/Stéphanie Dagron, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen: Zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen, ZaöRV, 2007, S. 395-468 (397) 참조.

제4절 현실분석과 결과환류

현실분석은 행정활동의 토대이자 전제요건이다.[498] 즉, 법의 실효성의 측면에서 법규범이 사회생활 속에서 어떻게 실현되는지가 중요하므로, 행정법의 경험과학으로서의 성격과 직결되고, 실질적으로 정의로운 적실성 있는 정책 수립을 위한 바탕이 된다는 점에서 가치과학과 연결된다.[499] 나아가 오늘날 협력국가 속에서 법의 효력이 약화되는 모습이 나타나고,[500] 私化에 따라 행정법이 私化결과법 내지 보장행정법으로 받아들여지고 있는바,[501] 공임무 실현의 결과를 확인하고 환류하는 작업이 무엇보다 중요하게 되었다. 따라서 조종학적 관점은 현실분석과 결과환류를 핵심적인 방법론적 요소로 삼고 있다. 이하에서 살펴보도록 한다.

I. 현실분석

1. 규범영역으로서 현실분석

조종학적 관점은 행정활동에 있어 적실성과 실효성을 추구하면서 현실분석을 강조한다. 예컨대, 포스쿠울레는 현실영역에 대한 분석이 조종학적 관점의 기초라고 말하고,[502] 호프만-림은 행정의 법적용을 위해 규범을 현실영역과 연결하는 작업을 규범프로그램의 영역으로 편입시키고 있다.[503] 즉, 조

---

498) Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13. Aufl., München 2017, S. 407 참조.

499) 자세한 내용은 본서 제2장 제3절 (69면 이하) 참조.

500) 자세한 내용은 본서 제2장 제2절 Ⅱ. 2. (62면 이하) 참조.

501) 자세한 내용은 본서 제1장 제4절 Ⅱ. (30면 이하) 참조.

502) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd.Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (27) 참조.

503) 호프만-림은 규범영역을 법소재영역, 규범현실영역, 결과고려영역 그리고 선택지

종학적 관점은 현실영역에 대한 분석을 강조할 뿐만 아니라 필수적인 요소로 수용하고 있는 것이다.[504]

2. 현실분석의 수단으로서 법실제연구

포스쿠울레는 '법실제연구'(Rechtstatsachenforschung)[505]가 현실영역 인식의 수단이 될 수 있다고 말한다.[506] 이는 개별 법규와 그것의 효력이 발생하게 하는 사회적, 정치적 그리고 제반 사실조건을 체계적으로 연구하는 것이다.[507] 법실제연구는 두 가지 방향에서 접근할 수 있다. 첫째, 사회학적 접근은 법을 포함한 사회현상에 대하여 경험적 분석과 설명에 주안점을 두는 것이다. 둘째, 법학적 접근은 법적으로 중요한 현실관계에 대한 연구를 통해 법의 현실관계를 고양시키는 실효성 측면에 주안점을 두는 것이다.[508] 법실제연구는 예들 들어, 판결분석, 사법부 연구, 집행연구, 입법이론 등 다양한 형태로 나타난다.[509]

영역으로 나누고 있다. Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 9-72 (34-40) 참조.

504) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (20 f.) 참조.

505) 국내에서 '법사회학적 실제연구', '법사실연구' 등으로 번역되고 있다. 법사회학적 실제연구는 순수한 실제에 대한 파악이 아니라 사회학적 관점이 투영되어 있다는 점에서 타당하지 아니하고, 법의 사회생활 속에서의 실현의 문제를 다룬다는 점에서 '법실제연구'로 번역하기로 한다.

506) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 27 참조.

507) Ders., Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung: Eine Problemskizze, VerwArch 85, 1994, S. 567-585 (568) 참조.

508) Ebd., S. 569 f. 참조.

509) Ebd., S. 571-579 참조.

3. 법실제연구의 한계점

포스쿠울레는 법실제연구의 현실은 구조적 한계에 직면하고 있다고 말한다. 특히 행정과 행정법 연구에 필요한 경험적 연구의 절대적인 수가 부족하다는 것이다.[510] 그 원인으로 재정지원의 부족, 자료 확보에 있어 어려움, 사회학자와 법학자 사이의 협업에 있어 어려움 등을 제시한다.[511] 한편, 실무적으로 기술법, 환경법 또는 경제법 등의 전문 영역에서 전문가 감정에 의거하여 전문지식을 수용하는 경우가 빈번하다.[512] 하지만 인접학문 내부에서도 현실분석에 대한 다양한 설명이 공존할 수 있다는 점을 유의할 필요가 있다. 학문적 인식은 특정한 관점을 통한 선별에 의해 생성되고, 불확실한 가정, 개인적 선이해, 외부적 요인이라는 변수 또한 영향을 줄 수 있기 때문이다.[513]

II. 결과환류

1. 실효적 조종으로서 결과지향

조종학적 관점은 실효적 법실현을 목표로 한다. 따라서 법실현의 전제조건에 관심을 가지고,[514] 궁극적으로는 규범적으로 의미가 있는 결과를 확인하

---

510) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (28) 참조.

511) Ders., Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung, VerwArch 85, 1994, S. 567-585 (579-584) 참조.

512) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 22 참조.

513) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (29) 참조.

514) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 18 참조.

는 작업이 필수적이다.[515] 다만, 포스쿠울레는 결과고려를 위한 구체적 방법이 불완전하고 결과예측에 대한 구체적 연구결과 또한 모호할 수 있다는 한계를 지적한다.[516] 슈미트-아스만은 실효성을 내부절차의 관점과 실효성 평가의 관점에서 분석하는데,[517] 결과측정의 지표로 경영학에서의 산출, 영향 그리고 성과 개념이 참조되고 있다.[518]

예를 들어, 실정법상 제도로 기술영향평가, 입법영향평가 그리고 환경영향평가 등이 있다.[519] EU법은 중요한 절차하자가 존재하는 경우에 행정결정을 취소한다는 점(EU기능조약 제263조 제2항)에서 결과고려는 필수적이다.[520] 특히 사인을 통한 행정임무의 실현이 증가됨으로써 결과고려와 통제가 중요

---

515) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §1 S. 1-63 (29) 참조.

516) Ebd., S. 31 참조.

517) 첫째, 내부절차의 관점에서, 사안과 관련된 이해관계를 모두 파악하고 중립적으로 형량이 이루어질 수 있도록 하는 절차적 규율이 중요하다. 둘째, 실효성평가의 관점에서, 평가기준을 법규정에서 도출하고 그 구체적 지표는 경험적 요소의 선별을 위해 인접학문의 인식을 참조하여 신뢰할 수 있는 형량을 통해 평가되어야 한다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 30 f. 참조.

518) 먼저 '산출'(Entscheidungsergebnis; Output)은 행해진 조치에 대한 즉각적 · 구체적 결과를 의미한다. 행정조치의 결과를 경영학에서의 제품 내지 서비스로 이해하는 것이다. 나아가 '영향'(Impact)은 행정활동의 수범자와 관련된 지표로서, 목표집단의 행위에 대한 효과를 의미한다. 이는 단기적 효과인 '미시적 결과'(Mikrofolge)를 의미한다. 규범적인 결과와의 관련성을 확정하는 것, 즉 법적으로 중요하고 고려할 만한 결과를 선별하고 상호간의 관계를 정립하는 것이 중요하다. 한편, '성과'(Outcome)는 사회 · 경제 그리고 주변환경에 대한 장기간에 걸친 효과로서, 장기적인 '거시적 결과'(Makrofolge)를 의미한다. 이러한 결과는 행정활동의 수범자를 상대로 한 결과로 제한되지 아니한다. Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 30; Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 70-75) 참조.

519) Ebd., Rn. 67a 참조.

520) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 123 참조.

하게 되었다. 이러한 관점에서 프란치우스는 보장행정법을 “결과를 지향하는 법”[521]이라고 말한다. 한편, 그는 결과의 선별과 반영 기준이 우선적으로 입법을 통해 결정됨으로써 집행과정에서의 부담을 경감할 필요가 있다고 말한다.[522] 나아가 실무적으로 목적론적 해석, 재량하자의 판단, 정책 결정 등에 있어 결과가 중요하게 고려된다.[523]

2. 결과 반영을 위한 구조형성

프란치우스는 결과를 적절하게 반영하도록 하는 규범구조의 형성이 중요하다고 말한다.[524] 예를 들어, 기술영향평가, 환경영향평가, 입법영향평가 등이 대표적이다. 나아가 이를 위한 절차와 조직에 관한 법적 규율도 중요하게 된다.[525] 한편, 행정은 공익실현의무를 부담하고 있기 때문에 선택지의 선택권자로 정당하게 지정될 수 있다. 하지만 사인이 결정주체로 승인되기 위하여는 공익실현을 담보하기 위한 추가적인 법적 규율이 필요하다.[526] 요컨대, 법을 통해 타당한 선택을 할 수 있고, 그 선택이 자격을 갖출 수 있도록 하는 규범구조를 만들어야 한다는 것이다.[527]

---

521) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 77).

522) Ebd., Rn. 76 참조.

523) Georg Hermes, Folgenberücksichtigung in der Verwaltungspraxis und in einer wirkungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 359-385 (361-363) 참조.

524) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 82 참조.

525) Ebd., Rn. 83 참조.

526) 보장행정법에 관한 자세한 내용은 본서 제1장 제4절 Ⅱ. 3. (32면 이하) 참조.

527) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 85 참조.

3. 결과에 대한 관찰과 평가, 규범의 수정 그리고 학습

조종은 종국적으로 타당한 결정을 위해 잠정적으로 결정을 내리는 일련의 과정으로 이해될 수 있으므로, 내려진 결정의 결과를 관찰하는 사후조종 또한 조종에 포함된다.[528] 이러한 관점에서 프란치우스는 행정의 관찰책임(Beobachtungsverantwortung)을 강조한다. 행정은 전문지식이 부족한 상태에서 결정을 내릴 수밖에 없는 상황이 증가하고 있기 때문이다.[529] 사후조종을 위한 제도로 법률상 보고의무와 평가조항[530]을 예로 들 수 있다. 또한 그는 입법 기술적으로 규범 자체가 수정가능성을 가질 필요가 있다고 말한다.[531] 예들 들어, 법규정에 기한을 설정하는 방법이 대표적이다. 이는 평가의무[532]와 연결되고, 실무상 정치적 타협의 산물로 빈번히 나타난다.[533]

한편, 그는 지식과 정보의 유한성과 결과예측에 있어 불확실성으로 말미암아 법에 있어 학습의 관념이 승인되고 있으므로[534] 학습을 행정활동의 고유한 단계로 승인하여야 한다고 주장한다.[535] 체계적 학습을 통해 결정의 합리성을 높일 수 있고, 통제 효과를 달성할 수 있다는 것이다.[536] 이러한 관점

---

528) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 88) 참조.

529) Ebd., Rn. 90 참조.

530) 독일 「연방각부공통직무규칙」(Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, GGO) 제44조 제7항은 “법률안의 제안이유에서는 의도되는 작용이 성과를 낳는가의 여부, 비용이 효과에 대하여 적당한 비율에 있는가의 여부 및 발생할 가능성이 있는 부차적인 영향의 조사여부와 조사 시기에 관하여 주무연방행정부서가 확정하여야 한다.”라고 규정하고 있다.

531) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 93 참조.

532) 2002. 1. 9. 개정된 독일 「테러방지법」(Terrorismusbekämpfungsgesetz) 제22조 제3항은 “새로운 규율이 설정된 기한을 경과하기 전에 평가되어야 한다.”라고 규정하고 있다.

533) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 94 참조.

534) Ebd., Rn. 98 참조.

535) Ebd., Rn. 99 참조.

에서 호프만-림이 “좋은 행정은 학습하는 행정이고, 좋은 법은 학습하는 법이다.”[537]라고 말하는 것을 이해할 수 있다. 예를 들어, 정보제출의무[538]는 이러한 관념을 반영한 것이다. 프란치우스는 학습의 중요성이 행정법을 정보질서로 이해되도록 하고 있다고 말한다.[539]

제5절 소결

이상의 논의를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 조종학적 관점은 한편으로, 민주를 주목하여 행정을 자율적 행위주체로 승인하면서 형성의 여지를 부여한다. 다른 한편으로, 공익을 실현하는 행정활동의 한계를 법적으로 규율하고 통제하기 위해 행정에 관한 객관법적 규율을 강조한다. 우선 행정법의 행위규범성을 주목하는데, 이는 행정법을 행정의 정책 결정과 그 실현 과정인 행정에서 준수되어야 할 규범으로 이해하는 것이다. 또한 합법성의 척도가 미치는 못하는 영역에서 법에 의거한 조종능력을 확보하고 타당한 행정결정을 위해 원리이론에 관심을 가진다. 나아가 행정활동의 전제조건으로서 조직, 절차 그리고 예산과 재정에 관한 법적 규율을 강조하는데, 행정활동의 전제조건을 규율하고 구조를 설정함으로써 궁극적으로 실효적이고 타당한 행정활동을 추구하고, 이를 통해 전통적인 개

---

536) Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §4 S. 179-257 (Rn. 98) 참조.

537) Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 9-72 (44 f.) 참조.

538) 독일 「유전자기술법」(Gentechnikgesetz – GenTG) 제10조 제2항 제5문은 유전자기술에 관한 시설에 대한 허가를 신청하기 위해서 제6조 제1항에 따른 위험평가에 관한 서류 등을 제출하도록 하고 있다.

539) Claudio Franzius, a.a.O., Rn. 101 참조.

인적 권리구제 중심의 관점을 보충하는 것이다.

둘째, 조종학적 관점은 국가 법질서의 조화로운 형성을 위해 법학의 다른 분과 및 인접학문과의 협업을 승인하는 융합의 방법을 채택하고 있다. 각 부분 법질서가 기능적 등가물을 통해 상호보완 기능을 가진다는 점에 착안하여 학내성을 받아들이고, 행정법학을 행정법과 행정학의 결합으로 인식하면서 인접학문과의 교류가 일회적 사건에 그치지 않도록 학제적 연구방법을 행정법 체계로 편입시키고자 한다. 특히 인접학문과의 대화를 위한 매개체로서 연결개념과 모델에 관심을 가지고, 개별 행정영역에 관한 특별행정법의 연구를 강조한다. 나아가 유럽화는 법비교를 불가피하게 만들었고, 행정법에 대한 미래지향적 방향의 제시를 위해 조종학적 관점은 법비교의 방법을 채택하고 있다. 법비교에 있어 법권의 관념이 흔히 원용되는데, 이는 민사법에서 유래를 둔 것으로 행정법 비교에 그대로 원용하는 것은 무리가 있고, 공법적 특수성이 고려되어야 한다고 말한다.

셋째, 조종학적 관점은 행정활동의 토대이자 전제요건인 현실분석을 강조한다. 현실분석은, 법의 실효성의 측면에서 법규범이 사회생활 속에서 어떻게 실현되는지가 중요하다는 점에서 경험과학으로서의 성격과 직결되고, 실질적으로 정의로운 적실성 있는 정책 수립을 위한 바탕이 된다는 점에서 가치과학과 연결된다. 현실영역 인식의 수단으로 법실제연구가 강조되는데, 법실제연구는 경험연구의 절대적인 수가 부족하고, 인접학문 내부에서 나타날 수 있는 견해의 불일치 등 다양한 구조적 한계도 가지고 있다고 설명한다. 나아가 오늘날 협력국가 속에서 법의 효력이 약화되는 현상과 더불어 私化에 따라 공임무 실현의 결과를 확인하고 환류하는 작업이 중요하게 되었다. 따라서 실효적 조종을 위해 결과를 지향하고, 법적으로 유의미한 결과를 반영하기 위한 구조를 형성하며, 결과에 대한 관찰과 평가하고 규범을 수정하며 학습하는 과정이 중요하다고 말한다.

제4장 구체적 영역

이상에서 조종학적 방법론이 추구하는 기본관념과 구체적 방법을 살펴보았다. 먼저, 조종학적 관점은 민주를 주목하여 행정에게 내용을 채울 형성의 여지를 부여함과 동시에 공익을 실현하는 행정활동의 한계를 법적으로 규율하는 자율과 통제에 의거한 행정법으로 나아가기 위해 노력한다. 이를 위해 조종학적 관점은 민주법치국가에서 입법과 행위주체인 행정의 정책결정에 기여하는 종합과학으로 거듭나고자 작업방법을 의식적으로 확장하고 다양화하는 것이다.

그렇다면 이러한 논의가 구체적 영역에서 어떻게 발현되는지 살펴볼 필요가 있다. 조종학파는 행정조직법과 행정절차법을 중요한 조종원천으로 강조하고, 행정통제법을 민주법치국가에서 행정이 공익을 실현하는 활동의 핵심이라 말한다. 또한 개혁논의에서 위 각 분야를 주제로 삼아 구체적으로 논의된 바 있다. 이러한 점을 고려하여, 이하에서는 행정조직법, 행정절차법 그리고 행정통제법 영역을 중심으로 구체적 발현형태를 살펴본다.

제1절 행정조직법

슈미트-아스만(Eberhard Schmidt-Aßmann)은 조종학적 관점이 애초부터 행정조직법의 조종임무에 관한 논의라고 표현한다.[540] 이는 개혁논의의 시작부터 시장모델, 관료제모델, 협상모델 그리고 자율규제모델이라는 공익실현 모델이 논의되었던 점에서 확인된다.[541] 전통적 관점은 관료제 이념형에 의거

540) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 137 참조.

한 행정조직 모델에 대한 법적 통제를 하였다. 이를 토대로 조종학적 관점은 오늘날 변화된 행정환경에 맞게 새로운 행정조직법의 구조를 마련하고자 하는데,[542] 슈미트-아스만은 특히 조직학(Organisationswissenschaft), 행정임무 그리고 헌법 · 유럽법에 착안하고 있다.[543]

행정조직법이 일반행정법의 독자적 영역으로 주목받은 것은 오래되지 않았다. 예컨대, 포르스트호프(Ernst Forsthoff)는 1973년 교과서에서 "행정조직법이 지금까지 행정법 체계에서 확고한 자리를 차지한 바 없다."[544]라고 표현하였다. 오늘날 행정조직법은 일반행정법 교과서에 편입되어 행정주체(Verwaltungsträger), 행정청(Behörde), 공공단체(Körperschaft), 공무수탁사인(Beliehene) 등의 법적 형식이 논의되고 있다.[545] 이로써 전통적 관점은 관할, 감독권 그리고 소송법적 지위와 같은 법적 문제를 해명하고 책임귀속을 명확하게 함으로써 법치국가 이념을 실현하였다.[546]

하지만 21세기 행정환경에 있어 새로운 변화가 도래하고 있다. 첫째, 행정주체가 다원화되고 행정 내부조직이 분화되고 있다. 둘째, 公私의 행위주체가 서로 협력하고, 그들의 행정활동이 상호 영향을 미치고 있다. 셋째, 규제국가의 성격이 강화되고, 경제적 고려가 중요해지고 있다. 넷째, 행정 상호간

---

541) 자세한 내용은 본서 제2장 제1절 Ⅲ. 2. (49면 이하) 참조.

542) Eberhard Schmidt-Aßmann,Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 138 참조.

543) Ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource: Einleitende Problemskizze, in: ders./Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (33-43) 참조.

544) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973, S. 431.

545) Martin Burgi, Verwaltungsorganisationsrecht, in: Dirk Ehlers/Hermann Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin/Boston 2016, S. 256-323; Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017, S. 577-677 참조.

546) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 137 f. 참조.

의 네트워크 형성과 유럽화 및 국제화 현상이 나타나고 있다.[547] 다섯째, 시민의 민주적 참여요구가 증가하고 있고, 정보화 · 디지털화를 기반으로 행정과 시민의 소통 방식이 변화하고 있다.[548] 이러한 변화는 특별행정조직법과 대비되는 일반행정조직법 연구의 필요성을 시사한다.[549]

I. 의의

행정조직법은 대상으로서 '행정조직'을 규율하는 '법'으로 정의될 수 있다. 각 개념요소에 관하여 살펴보자.

1. 행정조직

행정조직은 행정(Verwaltung)과 조직(Organisation)을 개념요소로 한다. 먼저, 행정은 국가의 구성부분으로서 집행권을 의미한다(독일 기본법 제20조 제2항 제2문).[550] 유럽연합, 독일 연방과 주의 행정청, 공법상 법인, 공영조물 그리고 공법상 재단이 포함된다.[551] 한편, 독일 연방행정절차법 제35조는

---

547) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §16 S. 1067-1162 (1099 ff.) 참조.

548) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 138 참조.

549) Jeong Hoon Park, Rechtsfindung im Verwaltungrecht, Berlin 1999, S. 41-45 참조.

550) 제20조 제2항은 "모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 그것은 국인에 의해 선거와 투표를 통해 행사되고, 입법 · 행정 및 사법의 특별기관에 의해 행사된다."라고 규정하고 있다.

551) 다만 私法적 형식의 법인을 포함하는지는 명확하지 아니하다. Thomas Groß, Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §13 S. 905-952 (Rn.

‘행정행위’(Verwaltungsakt)를 “행정청이 공법의 영역에서 개별사안의 규율을 위해 내리는 처분, 결정 또는 그 밖에 고권적 조치”로 정의하는데, 행정청은 같은 법 제1조 제4항의 행정청을 의미하고, 국가 · 지방자치단체뿐만이 아니라 공공단체 또는 영조물을 포함한다.[552] 따라서 私化에 의거하여 공임무를 수행하는 공공단체의 경우에도 법률상 행정권한의 위임 또는 위탁과 관계없이 독립된 행정주체로 인정되고 연방행정절차법상 행정청 개념을 충족하므로, 재판을 통한 행정통제의 대상이 된다.[553]

나아가 조직은 학문분과에 따라 다양하게 정의된다. 예컨대, 사회학에서는 조직이 ‘목표를 지속적으로 추구하는 형식적 구조를 제시함으로써 구성원들이 목표를 추구하는 활동을 하도록 하는 사회적 형상물’로 정의되는데, 사회체계의 일부로서 구성원의 상호작용을 통해 생명력을 가지고 사회체계의 다른 부분체계와 상호작용한다고 설명된다.[554] 즉, 경험적 관점에서 조직 내 · 외부의 작용 원리 내지 구조를 해명한다. 이러한 이해는 법에 의거하여 실효적으로 문제를 해결하기 위한 토대가 될 수 있다.[555]

(1) 전통적 관점

전통적 관점은 베버(Max Weber)의 관료제 이념형에 기초한다. 관료제는 법치국가 이념을 확립하기 위한 조직구조이다. 조직을 법에 의거하여 위계적으로 질서가 부여된 구조로 이해하고,[556] 조직 내부관계 뿐만 아니라 조직

6-9) 참조.

552) Ulrich Ramsauer (Hg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 20. Aufl., München 2019, §35, Rn. 65-68 참조.

553) 이 점에 있어 우리와는 차이가 있다. 이에 관하여 본서 제5장 제2절 Ⅲ. 2. (243면 이하)에서 자세히 논한다.

554) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 246 참조.

555) Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009, S. 56 f. 참조.

외부와의 상호관계에 있어서도 마찬가지다. 이는 공권력의 자의적 행사를 방지하고 예견가능성을 담보할 수 있다는 장점이 있지만,[557] 국가 행정조직의 우월성을 지나치게 강조하고, 조직 내의 인적 · 물적 요인과 이해관계를 경시하는 점에서 비판받고 있다.[558] 또한 행정이 임무를 수행함에 있어 필요한 지식과 정보 그리고 재정의 부족이라는 현실적 한계에 직면하고 있다.[559]

조종학적 관점도 기본적으로 관료제에 기초한다.[560] 법치국가 이념의 실현을 위한 토대이기 때문이다. 다만, 변화된 행정현실에 맞추어 지시적 · 위계적 방법에 의거한 조직합리성을 보완하자는 것이다.[561] 즉, 행정조직을 기계적으로 법을 집행하는 단일한 모습으로 상정하는 전통적 관점은 조직 내부, 公 · 私적 행위주체의 상호작용 관계 그리고 의사결정 과정을 소홀히 하였는 바, 이에 대한 반성적 고려로 이해된다.

(2) 조종학적 관점

트루테(Hans-Heinrich Trute)는 조직을 "집단화된 행위주체로서 구성원 상호의 행위와 의사소통을 형성하고 유지하는 행위결합체 또는 의사소통체계"[562]로 정의한다. 이러한 견해는 조직이 외부적 자극을 고유의 메커니즘에

---

556) Rainer Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007, S. 236 f. 참조.

557) 김성수, 행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성 - 국가물관리위원회 제도설계를 중심으로, 법학연구 제58권 제2호, 2017, 6면 참조

558) 김석준, Max Weber의 관료제 이념형, 오석홍/손태원/이창길 편저, 조직학의 주요이론, 제5판, 2019, 10면 참조.

559) Wolfgang Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat, in: Governance-Forschung, Baden-Baden 2006, S. 195-219 (204) 참조

560) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (25 ff.) 참조.

561) 김성수, 전게논문, 2면; 윤영진, Lennart Lundquist의 행정학의 연구경향, 오석홍 편저, 행정학의 주요이론, 제3판, 2017, 12-14면 참조.

의거하여 가공한다는 점을 승인함으로써 조직의 독자성(Eigenständigkeit)을 강조한다.[563] 즉, 행정의 의사결정이 조직내부의 인사, 재정 및 시간 등의 조종원천 그리고 조직구조에 의존한다는 점을 받아들이는 것이다.[564]

조종학적 관점은 상호작용 관계에도 관심을 가진다. 연결개념인 '거버넌스'(Governance)[565] 내지 '네트워크'(Netzwerk)[566]를 통해 협력관계로 변화하는 행정현실을 이해한다. 부연하면, 국가와 사회를 형식보다는 실질적 의사소통관계에 의거하여 파악하고 연결망으로 구조화하는 것이다.[567] 이는 소통

---

562) Hans-Heinrich Trute, Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 249-295 (254).

563) 체계이론에 의거하면, 자기생산체계는 환경의 영향을 받아 결정되지 않고, 환경은 항상 체계에 의존하여 존재한다. 따라서 행정임무의 실효성, 수용성을 높이기 위해 규제된 자율규제 등을 통해 조직의 자율성을 받아들일 필요성이 있는 것이다. 정창화, 독일의 규제체계 특성분석에 관한 연구 - Luhmann의 자기생산체계 이론적 시각에서, 한국행정연구 제28권 제2호, 2019, 33-35면 참조

564) Hans-Heinrich Trute, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2, 1999, S. 9-31 (16 f.) 참조.

565) 거버넌스 개념이 복합적 의미를 내포하고 있는 점, 분권적 내지 민주적 의미를 살릴만한 단어가 마땅치 않은 점 등을 이유로 일반적으로 국내 문헌에서 "governance"를 그대로 옮겨 번역하고 있다. 協治로 변역하는 견해가 있다. 이명석, 거버넌스 신드롬, 2017, 25-31면. 하지만 'collaborative governance'라는 용어가 있는 점에서 구별이 필요하다. 한편, 종교집단의 용어 사용례에 착안하여 전반적인 질서 및 행정수요의 관리를 지칭하는 治理로 번역하는 견해가 있다. 정용덕 외 21인, 현대국가의 행정학, 제3판, 2021, 454면. 그 문제의식에 공감하고, 다만 본서에서는 '거버넌스'로 번역하기로 한다.

566) 거번넌스 개념은 최광의로 다양한 公的 · 私的 문제의 사회적 조율양식을, 광의로 그 중 사적 문제를 제외한 公的 문제의 사회적 조율양식, 즉 시장, 계층제 그리고 네트워크를 의미한다. 나아가 협의로는 公的 문제의 사회적 조율양식의 특정한 유형, 즉 시장과 계층제의 대안으로서 네트워크에 한정된다. 이명석, 전게서, 145-146면 참조. 한편, 우리나라의 경우 서구와 달리 발전국가라는 역사적 제도화 과정에 있어 국가 부분이 중요한 역할을 한 점을 고려하여, 거버넌스를 "공공정책 결정 및 집행에 있어 국가를 중심에 두고 시장 및 시민사회와의 협력이 이루어지는 과정의 총체"로 정의하는 견해로 정용덕 외 21인, 전게서, 460면.

관계와 수평적이고 협력적인 관계를 강조하는 점에서[568] 조종학적 관점보다 더 나아간 것으로 이해된다.[569] 다만, 조종학파는 국가공동체 자체를 부인하는 것은 아니다. 즉, 규범적으로 국가의 중심적 지위를 승인하면서 참여와 협력을 가미하는 것이다. 최근에 독일 「경쟁제한방지법」(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB) 제50a조는 "유럽 경쟁행정청의 네트워크에서의 협력"이라는 용어로 네트워크 개념을 성문화하였다.

특히 슈페르트(Gunnar Folke Schuppert)는 거버넌스 연구를 강조한다.[570] 거버넌스는 규율구조(Regelungsstruktur) 속에서 활동하는 주체들을 연구하는데, 이는 다수의 公·私적 행위주체들이 문제를 조율하고 협력을 통해 이를 해결하는 과정을 설명한다.[571] 그는 규율구조를 조율구조(Koordinationsstruktur)를 형성하는 마법주문[572]으로 표현한다. 이는 국가와 사회, 국내와 외국이라는 이분법적 논리에 의거하지 않고, 위계질서에 의거하지 않으면서도 문제를 해결하는 조율관계를 표현하는 것이다.[573] 이로써 사실적 연결관계가 행정의 작용구조 속으로 편입될 수 있다는 것이다.[574]

반면, 슈미트-아스만은 전통적 관점이 계서적 질서를 지나치게 강조하여

---

567) Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009, S. 202 참조.

568) Wolfgang Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat, in: Governance-Forschung, Baden-Baden 2006, S. 195-219 (207) 참조

569) 김성수, 행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성, 법학연구 제58권 제2호, 2017, 3면 참조

570) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Schuppert, S. 336 f. 참조.

571) Klaus Ferdinand Gärditz, a.a.O., S. 203-206 참조.

572) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Schuppert, S. 337.

573) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 139 참조.

574) Klaus Ferdinand Gärditz, a.a.O., S. 206 참조.

조율구조를 소홀히 한 반면, 거버넌스 관점은 행정주체의 역할을 지나치게 간과하는 것으로 평가한다.[575] 그는 거버넌스 논의가 신뢰와 협력을 바탕을 둔 관계를 인식하게 한다고 말하는데,[576] 예컨대, 합의제, 전문가집단을 통한 조율구조와 협상, 네트워크, 시장 모델에 의거한 의사결정구조의 분석틀을 제공한다는 것이다.[577]

2. 행정조직법

행정조직법은 광의로는 행정조직의 창설, 조직의 구조 그리고 상호간의 관계, 절차와 공무원과 관련된 법적 규율로 이해된다. 한편, 협의로는 조직 내 행정기관의 지위, 기관의 설치, 변경 및 폐지 등과 관련된 법규의 총체로서 행정주체를 구성하고 그 기능과 상호관계를 규율하는 것으로 설명된다.[578] 슈미트-아스만은 행정조직법 발전이 조직구성원과 행정실무를 자양분으로 삼고 있지만, 그 방향이 헌법의 가치를 훼손한다면 입법자가 교정하여야 한다고 말한다.[579]

(1) 전통적 관점

전통적 관점은 형식화(Formalisierung)와 구조화(Strukturierung)를 통해 책임귀속(Zurechnung) 관계를 법적으로 규율하는 것을 강조하여 왔다.[580] 직접

---

575) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 148 참조.

576) Ebd., S. 140 참조.

577) Ebd., S. 148 참조.

578) 우미형, Hans J. Wolff의 행정조직법 이론에 관한 연구 - 공법상 법인 및 기관 이론을 중심으로, 법학박사논문, 2016, 136면 참조.

579) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 245 f. 참조.

580) Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche

적 국가행정과 간접적 국가행정으로서 지방자치단체 등에 관한 논의가 상당 부분을 차지하고, 행정주체, 행정청, 공공단체, 공무수탁사인 등과 같은 법적 형식에 주안점을 두었던 것이다.[581] 조종학적 관점이 전통적 관점을 배척하는 것은 아니다.[582] 슈미트-아스만은 전통적 관점이 책임소재를 명확하게 하여 법치를 확립하였고, 구체적으로 관할, 감독권 및 소송법적 지위 등의 법적 문제를 명확하게 해명하였다고 평가한다.[583]

(2) 조종학적 관점

슈미트-아스만은 행정조직법 연구의 새로운 지평을 위한 착안점을 조직학의 연구결과, 행정임무 그리고 독일 기본법과 유럽법에서 찾고 있다.[584] 행정조직법을 최광의로 '조직법적 편성'(organisationsrechtliches Arrangement)으로 이해하면서, 조직구성, 직무편성 및 관할에 관한 규율뿐만 아니라, 행정조직의 실효적 구성요소인 행정절차법, 공무원법, 예산법을 서로 연결시켜 연구한다. 이를 위해 조직구조, 조직관리, 조직 내의 인간, 조직문화 등에 관한 조직학의 연구결과를 참조할 필요가 있다는 것이다.[585] 예컨대, 인사, 재정, 예산, 정보, 참여 그리고 계약관리 등 경

Systembildung, Tübingen 2009, S. 202 참조.

581) Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017, S. 577-677 참조.

582) Matthias Jestaedt, Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012, §14 S. 953-1004 참조.

583) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 137 f. 참조.

584) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2004, S. 245-250 참조.

585) Ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungs-organisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (19 ff.) 참조.

험적 전제조건을 연구영역으로 포함시킨다.[586]

3. 기능

행정조직법은 다양한 기능을 가지는 것으로 설명된다. 먼저 법을 통해 행정의 임무, 권한, 책임 및 조율의 형식적 구조를 형성하고, 행정 내부의 인적 · 물적 요소를 배치하는 소위 구성기능을 수행한다.[587] 나아가 조종기능을 수행하는데,[588] 이는 행정과정을 규율하고 의사결정에 간접적으로 영향을 미침으로써 유도하는 것이다.[589] 구체적으로 살펴보면, 첫째, 현실인식의 필터로 기능한다. 즉, 법이 정한 인식관심과 인식과정에 의거하여 행정현실을 파악하는 것이다.[590] 둘째, 행정의 의사결정 과정을 정함으로써 국가의사를 형성하고 실현한다.[591] 셋째, 조직구조와 행위주체 그리고 책임귀속관계를 정함으로써 행정결정을 정당화한다. 넷째, 의사소통의 방식과 한계를 정하고, 편향된 이해관계가 조직내부로 침투할 수 없도록 하는 소위 상호의존 및 거리두기 기능을 가진다.[592] 다섯째, 실체법 규정을 보완하는 기능을 수행하고,[593] 여섯째, 私化로 인한 기본권보장의 흠결을 보완한다.[594] 일곱째, 공익

---

586) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (43 ff.) 참조.

587) Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009, S. 85 참조.

588) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 239 참조.

589) Thomas Groß, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999, S. 10-25 참조.

590) Klaus Ferdinand Gärditz, a.a.O., S. 83-84 참조.

591) Ebd., S. 81-83 참조.

592) Ebd., S. 86-87 참조.

593) Ebd., S. 85-86 참조.

594) Ebd., S. 88-89 참조.

을 구체화하고 관계자의 이해관계가 조율되도록 한다.[595] 마지막으로 지식과 정보를 획득하고 혁신을 창출하는 기능을 가진다.[596]

II. 체계변화의 動因

1. 행정현실의 변화

행정조직법 체계 변화는 행정현실의 변화를 토대로 한다. 대표적인 변화는 첫째, 비공식적 · 분권적 · 수평적인 네트워크와 협력관계로의 변화이다.[597] 예컨대, 사전표결(Vorabstimmung), 협약(Absprache), 협의(Arrangement)와 같은 비공식적 행정활동이 빈번히 나타났다.[598] 사회문제의 복잡화, 불확실성의 증가 그리고 자원의 부족 현상은 협력적 작용형식에 의거한 고권적 · 일방적 행정작용에 대한 보충을 요구하였다.[599] 또한 국가와 사회의 책임분배를 통한 '규제된 자율규제'(regulierte Selbstregulierung)가 나타났다.[600] 이와

---

595) Klaus Ferdinand, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009, S. 89-90 참조.

596) Ebd., S. 90-91 참조.

597) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 242 참조.

598) 비공식적 행정활동은 적극적으로 '법적 규율이 없는'(Nicht-Relgelung) 상태를 통하여 아무런 법적 효과가 발생하지 않도록 하는 개념이다. Martin Schulte, Schlichtes Verwaltungshandeln: Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts, Tübingen 1995, S. 25-28; Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden- Baden 1997, S. 355-395 (368 f.) 참조.

599) Ebd., S. 369 참조.

600) 私的 영역의 전문지식, 사인의 참여와 이해관계를 공익실현을 위한 조종원천으로 활용할 수 있다. Ebd., S. 371 참조. 한편, 분권화, 국가와 사회의 협업, 참여, 사회적 이해관계의 통합, 국가부담경감 그리고 훈육수단의 기능을 수행한다. Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2000, S.

관련하여 호프만-림(Wolfgang Hoffmann-Riem)은 힘의 균형과 다양한 행위주체의 이해관계 조정을 위한 私절차법(Privatverfahrensrecht)이 필요하다고 말한다.[601] 둘째, 행정조직법의 조종원천으로서의 인식이 강화되었다.[602] 즉, 행정조직법은 행정이 임무를 타당하게 수행하기 위해 적합한 조직형식과 조직편성을 제공하여야 한다는 것이다.[603] 셋째, 국가재정의 악화로 비용절감 관념이 공행정으로 유입되었다. 특히 '신공공관리론'(New Public Management, NPM)에 의거하여 사경제 영역에서의 현대화 경험이 공행정으로 이식되었는데, '신조종모델'(Neues Steuerungsmodell)로 구체화되었다.[604] 이로써 행정조직이 산출과 성과를 지향하고,[605] 행정활동에 있어 효율성의 잣대가 중요하게 되었다.[606]

2. 민주적 정당화 방식의 변화

전통적 관점은 소위 정당성 고리에 의거한 민주적 정당화 방식을 토대로 한다.[607] 하지만 오늘날 '기능적 자치행정'(funktionale Selbstverwaltung)에 있어 이러한 대의제적 방식만으로는 정당화에 흠결이 생길 위험이 있다.[608] 따

598-602 참조.

601) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (372) 참조.

602) Ebd., S. 370 참조.

603) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (96 ff.) 참조.

604) 자세한 내용은 본서 제3장 제2절 Ⅱ. 3. (88면 이하) 참조.

605) 다만, 사적자치에 의거하여 영리를 지향하는 경영학적 사고는 민주적 내지 사회적 법치국가 이념에 의거한 조율이 필요하다. Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 373 f. 참조.

606) Ebd., S. 374 f. 참조.

607) 자세한 내용은 본서 제2장 제2절 Ⅰ. 3. (58면 이하) 참조.

라서 절차적 · 조직적 장치를 통하여 보완되어야 한다는 것이다.[609] 예컨대, 자치행정 조직에게 결정권이 이양되더라도 절차를 통해 민주적 정당성이 보완되어야 하고,[610] 조직구조를 통해 공익이 담보될 수 있도록 국가에게 보장책임이 남아 있게 된다.[611] 즉, 정당화의 요청을 충족시키기 위해 행정조직법의 중요성이 더욱 커진 것이다.[612]

3. 전통적 행정조직법 관념의 한계

조종학적 관점은 전통적 관점이 내부법 관계와 행정과정에 대한 규율을 소홀히 하였다고 분석한다.[613] 예컨대, 행정단위의 법적 형식에 주안점을 둔 도그마틱을 형성함으로써 탄력적 행정활동에 미흡하였고, 내부법 관계의 연구에 소홀하였다.[614] 즉, 행정이 어떠한 인적 · 물적 자원을 가지고 어떠한 과정을 통해 의사결정을 내리는지를 적절하게 규율하지 못하였다는 것이다.[615] 나아가 법률구속의 관철을 위해 직접적 · 위계적 국가행정에 주안점을 두어 왔던 것으로 평가한다.[616] 이러한 연구방법에 의해, 행정이 실제로 법적으로 제대로 구속되고 있는지에 관한 연구가 부족했고, 관료는 실제 중립

608) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (376) 참조.

609) Ebd., S. 385 참조.

610) Matthias Schmidt-Preuß, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56, S. 160-234 (175 f.) 참조.

611) Ebd., S. 181 f. 참조.

612) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 376 참조.

613) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 240 참조.

614) Ebd., S. 241 참조.

615) 선정원, 행정법의 개혁, 2020, 175-176면 참조

616) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 241 참조.

적 집행기관이 아니고 정보의 수용 · 가공에 고유한 이해가 반영될 수 있음을 간과하였다. 또한 위계적 모델에 기반을 둔 연구로 인해 피드백, 네트워크 구조에 대한 숙고가 부족했고, 비공식적 행정작용을 포착하기 위한 법형식이 제대로 마련되지 못했던 것이다.[617]

III. 법의 임무

1. 타당하고 실효적인 행정결정을 위한 대비

호프만-림은 행정조직법에 의거하여 행정이 각각의 임무 영역에서 타당하고 실효적인 행정결정을 행정조직을 통해서 내릴 수 있도록 조직 내부구조를 편성하고, 의사결정과정을 규율하며, 임무에 알맞은 조직형식을 제공해야 한다고 말한다.[618] 그는 타당성의 구체적 척도로 합법성, 최적성, 수용성 그리고 실현가능성을 제시한다.[619] 예컨대, 관계자가 쉽게 수긍할 수 있는 행정결정의 경우 실현가능성이 높다고 할 것이므로, 이를 위해 관계자의 참여 확보를 위한 조직설계가 중요하다는 것이다.[620] 더불어 수용성은 참여, 투명성 그리고 공개성과 더불어 중요한 민주적 요소이다.[621] 요컨대, 조직내부에 작동하는 이해관계를 규명하고, 협업이 가능하도록 탄력적이고 신뢰할 수 있는 제도를 마련해야 한다는 것으로 이해될 수 있다.[622] 이와 관련하여 슈미

---

617) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 242 참조.

618) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (380) 참조.

619) Ebd., S. 361 참조.

620) Ebd., S. 361 참조.

621) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (39) 참조.

트-아스만은 실효적 조종의 성공은 행정조직법에 의거한 조직형식의 타당한 선택과 조직편성에 달려 있다고 말한다.[623]

한편, 호프만-림은 먼저 행정조직법적 규율을 위한 기준으로 '과소금지원칙'(Untermaßverbot)을 제시한다.[624] 원래 기본권보장의 영역에서의 척도이지만 국가임무수행의 영역에도 유용하다는 것이다.[625] 나아가 행정조직 및 행정절차의 하자에 관한 재판상 권리구제의 범위설정 문제에 대한 판단기준을 독일 기본법 제19조 제4항[626]에서 찾는다. 법원이 세부적인 사항에 관하여 포괄적인 심사권을 갖도록 하는 것은 권력분립에 역행할 수 있다는 점이 법원의 심사강도를 결정함에 있어서 고려되어야 한다고 말한다.[627] 핵심은 행정조직법이 조종요소로서 규정, 절차구조 그리고 인적 · 물적 원천의 실효적 이용에 기여하는가 하는 문제라고 할 것인데, 기본권보장과 포괄적 권리구제의 맥락에서는 제대로 포착되기 어려운 측면이 있다고 말하면서, 이러한 이유로 "전통적 권리구제 체계가 행정법개혁의 시험대에 있다."[628]라고 표현한다.

2. 조직편성 및 결정과정에 대한 규율

슈미트-아스만은 법에 의거한 타당한 조종을 위해 조직법상 절차, 감독 그리고 예산법은 하나의 묶음으로 결부시켜 편성되어야 한다고 말한다.[629] 호

---

622) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 244 f. 참조.

623) Ders., Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 174 참조.

624) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (388) 참조.

625) Ebd., S. 382 참조.

626) 제19조 제4항은 "공권력에 의해서 그 권리를 침해당한 자에게는 소송의 길이 열려있다.…"라고 규정하고 있다.

627) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 389 f. 참조.

628) Ebd., S. 395.

629) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource,

프만-림도 행정조직법이 조직편성을 위한 틀을 마련한다는 점을 승인하고, 특히 다원적 행위주체, 다양한 행정목적 그리고 행정임무에 기여하여야 하고, 이를 위해 가능한 한 다양하게 편성되어야 한다고 말한다.[630] 이를 위해 사회, 문화 및 기술적 요소에 대한 고려가 필요하고, 이질적 구성요소가 연결될 수 있다는 것이다.[631] 예컨대, 사법적 조직요소가 공법 체계로 이식될 수도 있다.

나아가 행정의 의사결정 과정에 주목한다. 조직의 인적 요소, 조직과 환경과의 관계, 조직 구조에 관심을 가지고, 의사결정방식을 연구하는 조직학의 연구결과를 참조한다는 점을 이를 뒷받침한다.[632] 즉, 행정현실의 복잡화와 전문화로 인하여 외부의 정보를 어떻게 받아들이고 내부 정보를 어떻게 관리할 것인가를 숙고하기 위해 행정을 정보관리체계로 파악하고, 조직의 권력구조, 메커니즘 그리고 의사결정에 영향을 미치는 환경적 요소를 연구대상으로 삼는다.[633] 이를 통해 궁극적으로 민주적 내지 사회적 법치국가 이념을 실질적으로 구현하고자 하는 것이다.[634]

3. 임무에 적합한 조직형식의 제공

부기(Martin Burgi)는 “행정조직은 국가발전의 한 부분으로서 역사적으로

---

in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (20) 참조.

630) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (378 ff.) 참조.

631) Ebd., S. 379 참조.

632) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 246 f. 참조.

633) Ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (37 f.) 참조.

634) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 378 참조.

행정임무의 수행과 결부되어 발전해왔다."[635]라고 말한다. 이러한 맥락에서 조종학적 관점은 행정조직이 법에 의거하여 행정임무에 알맞게 설계되어야 한다고 주장한다.[636] 즉, 조직구조는 임무수행에 알맞고 충분히 탄력적이어야 하고, 조직형식은 작용형식과도 어울려야 한다는 것이다.[637] 이러한 작업을 위해 행정현실에서의 정책유형 및 조직유형에 대한 이해는 불가피하다.[638]

행정임무는 임무영역에 대입시켜 보면 쉽게 이해될 수 있다. 임무영역은 임무분야, 수행양식 그리고 국가, 시장 및 사회의 책임분배를 통해 특정된다.[639] 임무분야는 예를 들어, 안전, 사회, 환경, 경제, 교통분야 등을 연상할 수 있다. 수행양식은 전형적인 작업공정과 작업관계가 기준이 된다. 예컨대, 집행, 계획 및 통제임무 내지는 결정, 실행 및 재정조달임무로 구분할 수 있다.[640] 책임분배는 행정임무의 수행양식을 결정한다는 점에서 무엇보다도 중요하다.[641]

---

635) Martin Burgi, Verwaltungsorganisationsrecht, in: Dirk Ehlers/Hermann Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin/Boston 2016, §10 S. 305.

636) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (377); Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (41-43) 참조.

637) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 377 참조.

638) 이승종, Theodore J. Lowi의 정책유형론, 오석홍 편저, 행정학의 주요이론, 제3판, 2017, 571-576면; 김윤호, Theodore J. Lowi의 정부기관 유형론, 오석홍/손태원/이창길 편저, 조직학의 주요이론, 제5판, 2019, 44-52면 참조.

639) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 248 참조.

640) Ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (41 f.) 참조.

641) Ebd., S. 42 참조.

IV. 조직설계

1. 내부법관계의 규율

호프만-림은 조종원천인 행정조직법의 객관법적 기능을 강조하면서 주관법적 권리관계보다 통제관계(Controllingbeziehung)가 중요하다고 말한다.[642] 따라서 행정조직 내부의 법관계에 관한 연구가 요구된다는 것이다.[643] 전통적 관점은 국가인격의 불침투성 이론에 의거하여 행정의 내부영역에 입법 및 사법이 개입하는 것을 차단하여 왔다. 이는 행정주체의 개념을 법인격과 연결시키는 私法적 시각과 연결된다. 하지만 '완전한 권리능력'(Vollrechtsfähigkeit)과 '부분적 권리능력'(Teilrechtsfähigkeit)이 구분됨을 전제로,[644] 최근 공법영역에 있어 실정법이 누구를 관련법규의 적용대상으로 삼고 있는지로 결정되어야 한다는 견해가 유력하다.[645] 즉, 권리능력은 독자적인 권리·의무를 부여하는 것인 점, 법질서가 권리능력을 부분적으로 부여하고 있다면 공법상 법인의 기관 상호간에도 법질서가 예정하고 있는 범위 내에서는 법관계가 존재하는 것인 점을 근거로 한다.[646] 이로써 조직법관계가 법인 상호간의 외부관계뿐만 아니라, 기관 상호간의 관계도 포함하게 된다. 예컨대, 기관 상호간의 분쟁, 합의제 기관 내에서의 분쟁 등이 대표적이다.[647]

---

642) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (395) 참조.

643) Ebd., S. 394 참조.

644) 오토 바호프(Otto Bachof)의 개념정의에 연원을 둔다. Otto Bachof, Teilrechtsfähige Verbände des öffentlichen Rechts, AöR 83, 1958, S. 208-279 (263 f.); Rainer Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007, S. 248 에서 재인용.

645) Ebd., S. 248; 우미형, Hans J. Wolff의 행정조직법 이론에 관한 연구, 법학박사 논문, 2016, 102-103면 참조.

646) Rainer Schröder, a.a.O., S. 249 f. 참조.

647) Ebd., S. 250-252 참조.

나아가 원고적격과 관련하여 기관의 내부법적 권한과 주관적 권리 사이의 관계 설정이 문제된다. 형식적으로 권한은 주관적 권리가 아님이 분명하다. 하지만 행정결정의 효과를 행정주체에게 종국적으로 귀속시키는 목적은 외부적 관계에서 관할과 책임의 문제에 관한 고정적인 작용 및 결정단위를 만들어 내려는 것이므로 조직의 내부법 관계에서는 달리 적용될 필요가 있다는 견해가 유력하다.[648] 외부법과 관계된 이익개념을 조직 내부에 그대로 이식하는 것은 애초부터 불가능하다.[649] 오히려 이익개념은 내부법 관계에 있어 주관적 권리와 관계없는 법질서에 의해 형성되는 법적 지위로 파악될 필요가 있다는 것이다. 즉, 권한행사자의 관점에서 권한이 규범에 의거하여 독자적 책임을 수반하고, 수범자에게 집단적 의사형성에 영향을 주는 법적 힘을 부여하고 있는 경우 원고적격을 인정하여야 한다는 것이다.[650]

2. 정보관리와 조직학습

전통적 관점은 지시적 · 위계적 국가감독, 즉 합법성 감독, 타당성 감독, 직무감독 그리고 예산감독을 통해 행정의 의사결정을 점검하는 모습이다.[651] 하지만 私化에 따른 국가와 사회의 책임분배로 인해 행정임무가 사인에게 이양된 자치영역에서는 지시적 · 위계적 국가감독이 실효적이지 않거나 수용성이 높지 않은 한계가 있다. 호프만-림은 자치영역에서 통제(Controlling) 관념이 중요한데, 그 핵심은 보고제도에 의거한 정보관리(Informationsversorgung)라고 말한다.[652] 이로써 장기적으로 정책을 조종하고 평가 · 개선하

---

648) Rainer Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007, S. 252 참조.

649) Ebd., S. 252 f. 참조.

650) Ebd., S. 254 f. 참조.

651) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (390) 참조.

652) Ebd., S. 390 f. 참조.

고, 단기적으로 구체적 의사결정의 교정에 기여할 수 있기 때문이다.[653] 한편, 지식정보화는 계층제 조직에 큰 변화를 가져왔다. 왜냐하면 관료제 조직은 정보 우위를 중요한 존립근거로 삼는데, 사회분화로 외부적 전문지식에 대한 의존이 커지고 과학과 지식에 대한 신뢰가 상실되고 있으며 지식 자체가 분권화되고 있기 때문이다.[654] 따라서 조종학적 관점은 행정조직을 설계함에 있어 지식과 정보를 체계화하고, 지속적 개선과정에 이용될 수 있도록 절차적 · 조직적 장치가 마련되어야 한다는 것이다.[655]

3. 계약 및 성과관리

호프만-림은 조직설계의 요소로서 계약 및 성과관리를 강조한다. 예컨대, 신조종모델에 있어 핵심은 목표와 성과에 대한 합의와 그것의 달성을 위한 계약관리이다.[656] 목표는 위계적 방식이 아닌 협력을 통해 합의될 수 있는데, 이로써 사인은 공임무를 협력적으로 수행하고, 국가는 서비스의 품질을 관리하고 통제한다. 따라서 계약을 통해 공임무가 구체화되고 임무수행의 품질이 결정되므로 법적 규율이 필요하다는 것이다.[657] 즉, 협력적 작용의 한계는 없지만 법적 한계는 지켜져야 한다고 말한다.[658] 특히 목표와 성과의 내용, 제3자에게 법원에 대한 제소권을 부여할지 여부, 제3자의 협력 또는 참여를 가능하게 할 것인지 여부가 중요한 규율사항이므로,[659] 법치의 확립

653) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (391) 참조.

654) 지식정보화 상황에서 조직구조가 개방적으로 설계되고, 구성원이 정보를 선별 · 가공 · 판단할 수 있는 능력을 가질 것이 요구된다. 권기헌, Donald F. Kettl의 학습관료제론, 오석홍/손태원/이창길 편저, 조직학의 주요이론, 제5판, 2019, 537-542면 참조.

655) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 392 참조.

656) Ebd., S. 386 참조.

657) Ebd., S. 386 f. 참조.

658) Ebd., S. 369 참조.

을 위해 사전에 충분히 숙고되어야 한다는 것이다.[660] 또한 그는 양적 지표에 의존하는 임무수행의 품질 측정은 오류가 있을 수 있다고 지적한다.[661] 즉, 상품지향적 사고는 양적 지표를 통해 법적 규율이 효과적으로 작동하고 있는 것으로 오인시킬 위험이 있다는 것이다.[662] 특히 불확정개념 내지 재량권의 일탈남용의 판단에 있어 경제적 고려를 명분삼아 다른 목적이 경시되지 않도록 유의하여야 한다고 말한다.[663]

V. 참여·협력의 조직형식

조직형식의 법적 규율에 있어 법적 형식의 선택과 실현형식의 문제가 중요하다.[664] 슈미트-아스만은 행정조직법이 구조조종의 방식에 의거하므로 개별요소를 조종목적을 위해 어떻게 배치할 것인지의 문제로서 실현형식을 특히 강조한다.[665] 나아가 위계조직을 기초로 삼고 참여와 협력을 체계요소로 받아들여 전통적 조직형식을 확장하고 있다.

1. 조직형식 선택

행정조직의 법적 형식은 행정단위의 법적 지위와 내부적 결정구조를 규율

---

659) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 355-395 (387) 참조.

660) 포스쿠울레(Andreas Voßkuhle)가 설명하는 보장행정법에 관하여는 제1장 제4절 Ⅱ. 3. (32면 이하) 참조.

661) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 372-374 참조.

662) 비용절감 관념에 관하여는 본서 제1장 제4절 Ⅰ. (29면) 참조.

663) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 389 참조.

664) 법적 형식, 작용형식 그리고 실현형식의 구별에 관하여는 본서 제2장 제3절 Ⅱ. 1. (70면) 참조.

665) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 82 f. 참조.

한다.[666] 일반적으로 법적 형식의 선택에 있어 자유가 인정된다.[667] 이는 개인의 자유라기보다는 법적 권한의 성격을 가진다.[668] 다만, 조직법상 공법인으로 인정된다는 것은 작용형식에 있어 공법적 형식을 사용하는 것과는 구별된다.[669]

독일 기본법은 조직형식에 관한 규정을 두고 있다. 예컨대, 제87조 제1항은 연방직접적 행정대상을, 제2항은 연방간접적 행정대상을 규정하고 있다.[670] 제87e조 제3항[671]은 연방철도는 私法적 형식으로 운영되어야 함을 규정한다. EU법 또한 독일의 조직형식 결정에 있어 한계 및 지침으로 점점 중요해지고 있다.[672] 나아가 슈미트-아스만은 명문규정이 없더라도 집행권이 보유해야 할 핵심적 고유책임 영역은 제한될 수 없다고 한다.[673] 즉, 私法적 형식의 조직은 충분한 국가적 조종수준 및 통제수준을 담보할 수 있는 경우에 허용된다. 나아가 혼합적 형태도 원칙적으로 가능하나 조직의 법적 형식이나 그 요소 중 일부가 서로 결부됨으로써 헌법상 한계가 은폐되거나 관할

---

666) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 174 참조.

667) '행정의 형식선택 자유의 원칙'(Grundsatz der Wahlfreiheit der Verwaltung)을 인정하는 것이 독일의 판례와 통설이다. 이원우, 공기업의 의의와 공법적 통제의 법적 과제, 공법연구 제45집 제3호, 2017, 288면 참조.

668) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 175 참조.

669) 박재윤, 행정조직형태에 관한 법정책적 접근 - 독일 조종이론적 관점에서, 행정법연구 26호, 2010, 266면 참조.

670) 제87조 제1항은 "외교사무, 연방재무행정 및 제89조에 따른 연방수로 및 선박항해행정은 연방자신의 하급행정조직을 갖춘 연방직접행정으로 수행된다.…"라고 규정하고, 제2항은 "관할구역이 한 주의 영역을 넘어서는 사회보험자는 공법상의 연방 직할단체로서 운영된다. 그 관할구역이 하나의 주를 넘지만 3개의 주에 미치지 아니하는 사회보험자는 1문에도 불구하고 관계 각 주에 의해 감독주(州)가 결정되는 경우에는 주 직속 공법단체로 한다."라고 규정하고 있다.

671) 제87e조 제3항은 "연방의 철도는 私法적 형태의 경제적 기업으로 경영된다.…"라고 규정하고 있다.

672) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 176 참조.

673) Ebd., S. 175 f. 참조.

권에 혼선을 초래할 경우 부정되어야 한다는 것이다.

한편, 조종학적 관점은 조직형식의 선택에 있어 소극적 한계를 기술하는 데 그치지 아니 하고, 조직형식의 타당한 선택에도 기여하고자 한다.[674] 예컨대, 슈페르트는 적정한 조직유형을 선택하는 과정을 첫째, 행정수준의 결정, 둘째, 영역의 결정, 셋째, 조직유형의 결정으로 구분하고 있다. 즉, 행정수준은 초국가적 조직, 연방, 주, 광역지방자치단체, 기초지방자치단체 등으로 나뉘고, 영역은 공적 영역, 사적 영역 및 제3의 영역으로 나뉘며, 이러한 단계를 거쳐 마지막으로 법적 형식을 포함한 구체적 조직형식을 결정하는 방법을 제시한다.[675] 나아가 슈미트-아스만은 6가지 유형의 대표적 조직형식과 그 구성요소를 예시하고 있으므로, 이하에서 구체적으로 살펴보도록 한다.

2. 위계조직

위계조직은 기본이 되는 조직형식이다. 이는 직접적 국가행정뿐만 아니라 자치행정과 예컨대, 영조물, 시설과 같은 서비스를 제공하는 조직의 내부에서도 나타날 수 있다. 슈미트-아스만은 이를 세 가지 유형으로 나눈다. 즉, 지시로 조종되는 위계조직, 목적을 통해 조종되는 위계조직 그리고 현실서비스를 제공하는 위계조직이다.[676] 지시를 통한 위계조직은 전통적 모델로서 민주적 정당성의 보장을 위하여 중요하다.[677] 그는 위계조직을 설계함에 있어 포함되어야 할 요소로 조직권한, 법적 지위, 정보질서, 통제조직 그리고

674) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 177 참조.

675) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2000, S. 610 ff. 참조.

676) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (48 f.) 참조.

677) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2004, S. 259 f. 참조.

조직의 상호관계를 제시한다.[678] 특히 정보질서에는 네트워크와 차단규율(Abschottungsregelung)이, 통제조직에는 내 · 외부적 통제조직, 통제척도, 제재 및 학습과정에 대한 조직이 각각 포함된다. 한편, 국가행정 조직이더라도 위계적 지시로부터 독립성의 보장이 필요할 수 있다. 이해관계의 균형 잡힌 조정을 위해 결정주체가 정치적 영향으로부터 벗어날 수 있는 거리를 확보하는 것이다. 이는 '거리를 두는 탈결합화'(Distanzschffende Entkoppelung)로 표현되고 있다.[679] 독일 기본법 제88조[680]에 의한 유럽중앙은행이 대표적인 예인데, 통화정책이 정치적 영향력에 따라 좌우되지 않기 위함이다.[681]

3. 참여 · 협력을 통한 조직형식의 확장

(1) 합의제 조직

합의제(kollegial) 조직은 다양한 조직유형의 구성단위가 될 수 있다.[682] 이로써 私的 전문지식과 이해관계를 의사결정에 편입시킬 수 있다.[683] 예컨대, 의회, 자문위원회, 평가 · 시험 · 통제위원회 등이 대표적이다. 구성원의 참여적 요소가 결여된 점에서 기능적 자치행정과 구별되는데,[684] 이러한 정당화

678) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (49) 참조.

679) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2004, S. 259 f. 참조.

680) 제88조는 "연방은 연방은행으로서 통화 및 발권은행을 설립한다. 그 임무와 권한은 유럽연합의 범위 내에서 유럽중앙은행에 이양할 수 있으며, 유럽중앙은행은 가격안정의 확보라는 우선적 목적에 따라야 한다."라고 규정하고 있다.

681) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 259 참조.

682) Ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (50 f.) 참조.

683) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2004, S. 264 참조.

근거의 분리는 결정의 질을 실질적으로 저하시킬 수 있다.[685]

슈미트-아스만은 법적 규율에 있어 구성원 지위의 정당성 문제가 중요하고, 정보유입 방식과 정보공개에 관한 설계가 필요하며, 내부절차에 있어 편파성을 방지하기 위한 장치가 마련되어야 하고, 절차하자의 법적 효과의 문제 또한 검토되어야 한다고 말한다.[686] 나아가 합의제 조직은 공권력을 행사하는 행정의 일부라는 점에서 사법통제의 대상이 되고, 특히 전문가나 이익집단의 대표자의 참여에 있어 이해관계가 다원적으로 고려될 수 있어야 하는데, 이는 '적합성 원칙'(Adäquanzgebot)으로 표현되고 있다.[687]

(2) 전문가집단 조직

전문가집단(wissenschaftlicher Sachverstand) 조직은 오늘날 특히 중요해지고 있다. 행정결정에 있어 전문지식에 대한 의존도가 높아지고 있기 때문이다.[688] 즉, 민주적 행정통제에 있어 경제적 · 기술적 전문지식으로 인해 현실적 한계점이 드러났고, 위계적 지시에서 자유로운 전문가집단 조직이 필요하게 된 것이다.[689] 예컨대, 기술법에 있어 私的 표준을 법규범에 수용하는 방법, 전문가 자문조직을 두거나 외부적으로 구성된 전문가위원회를 두는 방법이 있다.[690]

---

684) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 264 참조.

685) Ebd., S. 265 참조.

686) Ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (50 f.) 참조.

687) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 266 참조.

688) Ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (51) 참조.

689) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 260 f. 참조.

슈미트-아스만은 우선 제도적 법률유보, 본질성 이론에 기초한 법률유보 및 '연방장관책임원칙'(Ressortprinzip)에 기초하여 조직의 권한이 법적으로 규율되어야 하고, 법적 지위와 관련하여 위계적 지시에의 구속 여부, 국가감독 내지는 자율통제의 문제에 대한 규율이 필요하다고 말한다. 나아가 의사결정 구조와 관련하여 구성원, 제안 및 선택권 행사의 정당성 문제, 행정결정에 있어 감정(鑑定)의 허부 문제가 결정되어야 하고, 청문, 결정안의 공포 여부, 전문가집단의 공정성 문제 등에 관한 조직 내부절차를 결정해야 한다는 것이다.[691] 한편, 전문가의 활동에 있어 고유의 특별이익이 표출될 위험이 있으므로, 조직구성에 있어 전문지식과 더불어 객관성과 중립성이 담보될 수 있어야 하고, 이해관계의 편향성에 대한 우려를 불식시킬 수 있어야 한다고 말한다.[692]

(3) 자치행정 조직

자치행정 조직은 직접적 국가행정과 더불어 전통적인 조직형식이다. '의도적인 탈결합화'(bewußte Entkoppelung), 즉 실질적인 독립성 내지는 자율성을 가지는 점을 특징으로 한다.[693] 지방자치단체는 독일 기본법 제28조 제2항에 의거하여 법률의 범위 내에서 조례제정을 통한 자치권이 보장된다. 이는 제도적 보장임과 동시에 주관적 권리의 보장으로 설명되고 있다.[694] 나아

690) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (51) 참조.

691) Ebd., S. 52 참조.

692) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2004, S. 261 참조.

693) Ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (52 f.) 참조.

694) Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017, S. 631 참조.

가 기능적 자치행정은 고유의 공임무를 스스로 수행함으로써 기능에 있어 국가행정의 부담을 경감한다.[695] 예컨대, 경제 분야의 상공회의소, 직능 분야의 변호사협회 등이 대표적이다.[696] 이러한 단체는 법률을 통해 공임무를 부여받고 권리능력을 가지며 의사결정을 하는 구성원을 보유하는 회원제적 요소를 특징으로 한다.[697] 슈미트-아스만에 의하면, 기능적 자치행정은 이해관계가 동일한 범위 내에서 구성됨으로써 다수결을 통한 의사결정이 가능하여야 하고, 의사결정은 정당성이 뒷받침되는 구성원의 범위 내에서 이루어져야 하며, 관계없는 제3자가 의사결정에 관여하는 것은 헌법적으로 허용되지 아니한다고 한다.[698]

(4) 경제기업 조직

슈미트-아스만은 경제기업 조직으로서 공기업[699]을 행정조직법의 조직형식에 포함시킨다.[700] 이로써 사경제 논리의 조직합리성 기준을 이용할 수 있다. 다만, 공기업의 행정조직법으로의 편입이 행정청과 행정주체에서 적용되

695) Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017, S. 632 참조.

696) Ebd., S. 652-655 참조.

697) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 262 참조.

698) Ebd., S. 263 f. 참조.

699) 독일에서 공기업 개념은 실정법상으로나 학설상으로 존재하지 않고, 다만 논의의 취지나 목적에 따라 상이하게 사용된다. 하지만 공기업은 일반적으로 “소유권, 참여지분, 정관 혹은 기업의 활동을 규율하는 기타의 규정에 근거하여 공공주체가 직접 혹은 간접으로 지배적인 영향력을 행사할 수 있는 모든 기업”으로 정의되고, 공기업에서의 ‘공’은 공공주체의 기업에 대한 지배적 영향력 행사의 가능성의 표현으로 파악된다. 이원우, 공기업의 의의와 공법적 통제의 법적 과제, 공법연구 제45집 제3호, 2017, 280-283 참조.

700) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (54 f.) 참조.

던 규율논리를 공기업에 그대로 이식하는 것은 아니라고 말한다.[701] 공기업에 있어 공공성의 확보 문제가 핵심이라 할 것인데, 이와 관련하여 독일에서는 공기업의 활동이 공공목적과 보충성 원리에 의거하여 허용될 수 있는지의 문제, 공기업이 수행할 임무가 무엇인지의 문제 그리고 공기업에 대한 민주적 통제와 조종력 확보는 어떻게 달성할 것인지의 문제라는 세 단계로 구성되어 논의되고 있다.[702]

1) 공법형식

법인격을 가지지 않는 조직형식으로 설계가 가능하다. 이른바 자영기업(Eigenbetrieb)과 관영기업(Regiebetrieb)의 형태이다. 슈미트-아스만은 자영기업은 회계의 독립을 통해 조직적, 재정적으로 독립성을 가지고 중요한 정책결정을 독립적으로 내릴 수 있음에도[703] 정치적으로 강한 구속을 받는다고 말한다.[704] 한편, 법인격[705]을 가지는 조직형식으로 첫째, 공익목적을 위한 인적 결합체로서 공법상 단체, 둘째, 공익목적을 위해 제공된 물적 결합체로서 공법상 재단, 셋째, 공익목적으로 위한 인적 · 물적 결합체로서 공법상 영조물법인이 있다.[706]

---

701) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 268 참조.

702) 유상현, 독일 행정법상 공기업에 대한 연구 – 공공성 확보를 위한 법리를 중심으로, 법학박사논문, 2018, 8면 참조.

703) 회계처리의 편의, 고용의 유연화 등의 방식으로 기업운영을 탄력적으로 할 수 있다. 박재윤, 행정조직형태에 관한 법정책적 접근, 행정법연구 제26호, 2010, 271면 참조.

704) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 267-269 참조.

705) 법인격 인정 여부는 공법상 권리의무와 법적 효과의 귀속주체와 관련된다는 점에서 구별의 실익이 있다.

706) 공법상 단체는 구성원의 의사에 따라 의사결정이 이루어지기에 자율성이 높지만 물적 요소가 취약한 반면, 공법상 재단은 공공성이 강한 급부를 지속적으로 제공하는 데에는 적합하지만, 변화에 대한 탄력적 대응이 상대적으로 어렵고, 기업성이 강한 업무수행에는 부적합하다는 단점이 있다. 나아가 공법상 영조물

2) 私法형식

공기업은 경제성을 추구하는 私法상 조직형식으로도 설계가 가능하다.[707] 다만, 행정주체로 인정되기는 어렵다.[708] 예컨대, 독일 기본법에 의거하여, 연방철도는 私法형식의 경제기업으로 운영되어야 하고(제87e조 제3항 제1문), 항공교통은 선택가능성이 부여되어 있으며(제87d조 제1항 제2문), 연방우편은 일정한 제약 내에서 주식회사의 형태로 조직될 수 있다(제87f조).[709] 슈미트-아스만은 私法형식의 공기업은 독립성이 강하지만 공법적 제약요소는 존재한다고 말한다.[710] 다만, 위계적 방식의 법적 규율을 그대로 모사하는 것은 실효적이지 않고, 기업활동의 행위표준을 연구해야 한다고 말한다. 따라서 회사법상 실효적인 수단에 대한 연구가 필요하고, 이를 통해 공공성을 확보하고, 투명성을 높일 수 있다는 것이다.[711]

3) 규율방식

슈미트-아스만은 공기업의 조직형식 또한 기본권 보장, 법치행정의 요구 그리고 충분한 정당화 수준의 관철이 필요하고, 다만 공임무 수행에 있어 경제활동이 가능한 조직형식을 형성할 수 있다는 점에 차이가 있는 것이라고 말한다.[712] 즉, 私法형식의 공기업의 경우 사경제주체로서 활동의 자유를 완

법인은 영조물이용관계를 발생시키는 절충적인 모델로서 경제활동에 적합할 뿐만 아니라 자율성도 부여함으로써 양자의 장점을 모두 이용할 수 있다. 이원우, 공기업의 의의와 공법적 통제의 법적 과제, 공법연구 제45집 제3호, 2017, 286-287 참조.

707) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 266 참조.

708) 박재윤, 행정조직형태에 관한 법정책적 접근, 행정법연구 제26호, 2010, 269면 참조.

709) 인사관리의 유연화, 자금조달의 용이, 인수 · 합병 등 탄력적 조직변경, 예산법적 통제로부터의 해방 그리고 시장성에 대한 높은 적응성 등의 장점이 있다. 이원우, 전게논문, 288면 참조.

710) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 269 참조.

711) Ebd., S. 268 참조.

전히 제약할 수는 없지만, 국가는 조종단초를 체계화하고 충분한 정당화 수준을 확보하기 위해 노력해야 하는데, 대상영역에 적합한 정당성 수준을 확보하는 것이 중요하다는 것이다.[713]

(5) 협력 조직

슈미트-아스만은 협력의 구체적 상황에 따라 조직형식이 결정되어야 하고, 공 · 사법이 상호보완적으로 작동해야 한다고 설명하는데,[714] 협력 조직의 유형으로 세 가지 조직형식을 제시하고 있다. 첫째, '공무수탁사인'(Beliehene)이다. 이는 "특정한 행정임무의 고권적 수행을 위탁받은 私法적 주체"로 정의된다.[715] 기능私化의 수단으로써 비대한 정부기능을 사적 영역으로 이양하는 데 주안점이 있다.[716] 위탁(Beleihung)은 법적 근거를 필요로 한다. 이를 통해 사인은 기본권주체성을 상실하지 아니한 채 행정청의 지위를 부여받는다. 다만, 임무의 수행방식이 변경되는 것에 불과하므로 임무 그 자체는 여전히 행정의 영역에 남아 있다.[717] 즉, 모든 행정임무를 공적 주체가 직접 수행할 필요는 없고, 적정한 수행을 보장 · 감독하는 것으로 충분하다는 사고에 기초하는데,[718] 따라서 임무수행 질적 저하로 기본권 보장이 약화되는 경우 공권력 발동이 요구된다.[719] 이러한 유형은 전문법 영역에서 많이 이용된다.[720]

---

712) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 267 참조.

713) Ebd., S. 268 f. 참조.

714) Ebd., S. 271 참조.

715) Martin Burgi, Verwaltungsorganisationsrecht, in: Dirk Ehlers/Hermann Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin/Boston 2016, S. 255-323 (316).

716) 이상덕, 공무수탁사인의 개념에 관한 연구 - 개념 굴곡의 역사와 현대적 과제, 국가와 헌법 1, 2018, 1243면 참조

717) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 272 참조.

718) 이상덕, 전게논문, 1244면 참조

719) 이원우, 공기업 민영화와 공공성확보를 위한 제도개혁의 과제, 공법연구 제31집 제1호, 2002, 41-42면 참조.

둘째, ‘중간조직’(intermediäre Organisation)이다. 기능적 자치행정과 명확한 구별은 어렵지만 국가와 사회의 중간영역에서 작동하는 조직으로 이해된다. 학문법 및 기술적 규범정립에서 많이 나타난다.[721] 예컨대, 막스플랑크협회(Max-Planck-Gesellschaft), 독일연구협회(Deutsche Forschungsgemeinschaft)와 같은 학술연구조직이 대표적인 예이다.[722] 슈미트-아스만은 국가행정에는 속하지 아니하지만 국가가 협회에 출석해서 의사형성에 참여할 수 있다는 점에서 정당화 근거를 찾는데, 국가는 이해관계에 적합한 조직구조와 의사결정 구조를 형성해야 할 의무가 있다고 말하면서, 적절하게 이해관계를 고려함과 동시에 거리와 중립성을 유지하는 것을 강조한다.[723]

마지막으로, ‘혼합경제기업’(Gemischt-wirtschaftliches Unternehmen)이다. 시장성을 지향하는 협력 상대방과의 서로 다른 목표를 조직내부에서 조율해야 하는 협력영역에 속한다. 슈미트-아스만은 지배정도에 따라 행정이 지배권을 가지고 있는 경우 공기업의 규율논리가 유효하게 적용될 수 있다고 말한다.[724] 연방헌법재판소는 州가 주식 72% 지분을 보유하고, 사인이 나머지를 보유하고 있는 공임무를 수행하는 주식회사의 기본권주체성을 부인한 바 있다.[725] 하지만 슈미트-아스만은 사인이 지배적 영향력을 행사하고 있는 경우 기본권 주체성이 인정되고(독일 기본법 제19조 제3항[726]), 정당화에 관한 국

---

720) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 272 참조.

721) Ders., Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, in: Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997, S. 9-63 (55) 참조.

722) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 273 참조.

723) Ebd., S. 274 참조.

724) Ebd., S. 274 참조.

725) BVerfG, NJW 1990, 1783. 국가가 지분참여 형태로 공기업(혼합경제기업 포함)의 조직형식을 통해 공임무를 수행하는 경우 이를 행정주체와 동일하게 파악하는 것에는 문제가 있고, 직접적으로 기본권의 효력이 미친다거나 일률적으로 기본권주체성을 부인해야 하는지도 의심스럽다는 견해로 박재윤, 행정조직형태에 관한 법정책적 접근, 행정법연구 제26호, 2010, 270면.

가책임의 확보는 회사법적 수단을 통해 이행되어야 한다고 설명한다.[727]

VI. 소결

이상의 논의를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 조종학적 관점은 조직학의 연구결과인 조종이론, 거버넌스 관점을 참조함으로써 행정조직 내부와 행정조직 내외부의 상호작용 그리고 행정과정에 관심을 가진다. 이를 토대로 행정조직을 통해 헌법의 가치가 실효적으로 구현되고, 행정이 타당하게 임무를 수행할 수 있는 전제조건을 마련하고자 하는 것이다. 이를 위해 행정조직법은 타당하고 실효적 행정결정을 위해 조직편성과 결정과정을 규율하고, 행정임무에 적합한 조직형식을 제공할 임무가 있음을 인식한다.

둘째, 참여와 협력에 대한 승인을 통해 행정임무 수행을 위해 조직형식을 다양하게 유형화한다. 즉, 전통적 위계조직뿐만 아니라, 합의제 조직, 전문가 집단 조직, 자치행정 조직, 경제기업 조직 그리고 협력 조직으로 조직형식을 다각화한다. 다만, 조종학적 관점이 국가의 중심적 지위와 위계조직의 중요성을 부인하는 것은 아니다. 핵심은 민주적 정당화의 요청을 충족시킬 수 있고, 행정이 타당하게 임무를 수행할 수 있는 조직형식이 마련되어야 한다는 것이다.

셋째, 조종학적 관점은 행정조직법에 있어 주관적 권리관계보다 객관적 통제관계를 중요시한다. 이러한 전환은 주관적 권리와 관계되지 아니한 행정조직 내부의 법관계를 포착하게 함으로써 객관적 법질서를 확립할 수 있도록 한다. 나아가 정보관리와 조직학습, 계약 및 성과관리에 관하여 관심을 가지고 최적성의 관점에서 행정활동이 이루어질 수 있도록 한다. 다만, 비용절감

726) 제19조 제3항은 “기본권은 그 본질에 따라서 적용할 수 있는 내국법인에게도 적용된다.”라고 규정하고 있다.

727) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 275 참조.

의 관념이 지나치게 유입됨으로 말미암아 법규범을 통해 사회가 추구하는 가치를 실현하는 데 있어 걸림돌로 작동하여서는 아니 됨을 유의할 필요가 있다는 것이다.

제2절 행정절차법

독일에서 행정절차법은 전통적으로 실체법에 대한 '봉사 기능'(dienende Funktion)을 가질 뿐이라고 인식되어 왔다.[728] 즉, 행정결정의 법적 정당성은 연역적 추론을 통해 획득되므로, 행정절차는 부차적인 것에 불과하다는 것이다. 예컨대, 포르스트호프(Ernst Forsthoff)의 1973년 교과서의 편제를 보더라도 행정절차가 독립적인 章 내지 節로 나타나지 않고 하자 있는 행정행위의 내용에 부수하여 서술되고 있음이 확인된다.[729] 요컨대, 전통적 관점은 행정결정이 내려지는 동태적 과정과 전제조건을 관심영역에서 배제하였고,[730] 그 결과 타당한 결정의 발견에 대한 행정절차의 고유한 기여와 행정절차의 민주적 기능을 제대로 포착하지 못하였다.[731]

조종학파는 이러한 전통적 절차 관념에 근본적인 의문을 제기한다.[732] 즉,

---

728) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 356 참조.

729) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973, S. 235 ff. 참조.

730) 박정훈, 행정소송과 행정절차(1) - 비교법적 고찰 및 네 개의 접점문제, 행정소송의 구조와 기능, 2008, 560면 참조.

731) Thomas Würtenberger, Das Verhältnis zwischen Verwaltungsprozeßrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 서울대 법학, 제45권 제1호, 2004, 363-384면 (369면) 참조. 동 문헌의 번역으로 박정훈, 행정소송과 행정절차(2) - 독일법과 유럽공동체법, 행정소송의 구조와 기능, 2008, 587-611면 참조.

732) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: Einleitende Problemskizze, in: ders./Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Verwaltungs-

21세기 무렵 私化, 비용절감, 유럽화와 국제화, 디지털화와 정보화라는 행정환경 변화 속에서 행정법이 임무를 수행하기 위해 행정절차가 타당한 행정결정의 발견에 기여할 수 있고, 특히 수용성, 공개성, 참여와 같은 민주적 요소를 가미하여 행정결정의 정당성을 높일 수 있다는 점에 대한 인식이 필요하다는 것이다.[733] 요컨대, 행정절차를 일련의 행정결정 내지 정책결정을 내리는 동태적 · 과정론적 시각에서 접근하는 것으로 이해된다.[734] 이러한 관점에서 슈미트-아스만은 개혁논의에서의 새로운 인식이 행정절차법 영역에서 실무적으로 가장 잘 구현될 수 있다고 말한다.[735] 이하에서 구체적으로 살펴보기로 한다.

I. 의의

1. 전통적 관점

독일 「연방행정절차법」[736]은 1976년 5월 25일 제정 · 공포되어 1977년 1월 1일부터 시행되었다. 쉐퍼(Jan Philipp Schaefer)는 전통적으로 행정절차 관념이 1990년대 이전까지 독일 기본법 제19조 제4항[737]의 그늘 속에 가려져 있었다고 표현한다.[738] 이러한 표현에서 알 수 있듯이 전통적 관점은 행정절차

---

verfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (10) 참조.

733) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 101-110 참조.

734) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 12 참조.

735) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 429-473 (429) 참조.

736) 「Verwaltungsverfahrensgesetz」, VwVfG

737) 제19조 제4항은 "공권력에 의해서 그 권리를 침해당한 자에게는 소송을 길이 열려있다.…"라고 규정하고 있다.

738) Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016,

의 권리구제에 대한 봉사 기능에 주목하였고, 실체법적 통제를 전면에 두었다.[739] 조종학파는 전통적 관점이 행정을 기계적으로 법률을 집행하는 모습으로 상정하므로, 행정절차는 부차적인 것으로 인식될 수밖에 없었고[740] 동법 또한 이러한 전통적 관점에 토대를 두고 있다는 것이다.[741] 즉, '결과의 타당성'(Ergebnisrichtigkeit)에 초점을 맞추고,[742] 행정에게 재량이 부여된 영역에서의 다양한 행정활동에 대하여는 기여하지 못하였다고 비판한다.[743] 이는 전통적으로 독일 행정재판의 심사강도가 강했던 점도 작용한 것으로 설명된다.[744]

예컨대, 동법이 소송경제와 권리남용 방지를 우선시하여 절차적 하자만을 이유로 한 행정행위의 취소를 인정하지 않는 점(제46조),[745] 자국의 영역에

S. 178.

739) 슈미트-아스만은 전통적 관점이 정보화, 협력, 유럽화라는 행정현실의 변화를 겪고 있는 오늘날에도 그 의미를 부인할 수 없고, 여전히 중요하다고 평가한다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 357 참조.

740) Hans Christian Röhl, Ausgewählte Verwltungsverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 30 S. 731-798 (733) 참조.

741) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 429-473 (432) 참조.

742) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (13, 22) 참조.

743) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 356 f. 참조.

744) Hans D. Jarass, 박정훈 역, Besonderheiten des französischen Verwaltungsrechts im Vergleich, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 466면 참조.

745) Thomas Würtenberger, Das Verhältnis zwischen Verwaltungsprozeßrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 서울대 법학, 제45권 제1호, 2004, 363-384면 (365-366면) 참조. 제46조는 "제44조의 규정에 의하여 무효로 되지 아니한 행정행위는 위반사실이 결정에 실체적으로 아무런 영향을 미치지 않았음이 명백한

서(제4조 내지 제8조)의 고권적 행정을 규율하면서(제1조 제1항), 행정청이 구속적 · 개별적 · 일방적 방식으로 내린 대외적 결정, 특히 행정행위에 초점을 맞추는 점(제9조[746]), 제54조 제2문), 단순한 행정활동, 사실행위, 규범정립, 공 · 사의 협력 작용, 비공식적 해명, 私法적 작용형식 등의 규율에 흠결이 있고, 행정절차의 범주가 좁게 설정되어 있는 점[747]에서 이러한 인식이 확인된다는 것이다.[748]

이러한 인식을 바탕으로 조종학파는 동법이 변화될 필요가 있다고 주장하는데, 첫째, 형식과 권한 및 절차의 상호관계, 행정의 규범정립, 私法 형식의 행정활동과 단순행정활동에 관한 절차, 협력적 의사결정 그리고 행정의 내부절차 등의 문제, 즉 동태적인 행정과정을 포착해야 한다고 말한다.[749] 둘째, 오늘날 복잡한 행정환경에서 행정의 의사결정에 있어 정보가 중요하므로 정

경우 절차 · 형식 또는 토지관할에 관한 규정을 위반하여 성립되었다는 이유만으로 그 취소를 청구할 수 없다."라고 규정한다.

746) 제9조는 "이 법에서 말하는 행정절차는 행정행위의 요건심사, 준비 및 발령 또는 공법상의 계약체결을 위한 대외적으로 효력을 미치는 행정청의 활동을 말한다.; 이는 행정행위의 발령 또는 공법상 계약의 체결을 포함한다."라고 규정하고 있다. 다만, 제54조 제2문에 의하면 동법이 규율하는 공법상 계약은 협력적 행적계약이 아닌 행정행위를 대신하는 성격을 가진 것으로 이해된다.

747) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (21 f.) 참조.

748) 한편, 연방행정절차법은 직권탐지 원칙(제24조 제1항)을 선언하면서 절차참가자에게 협력의무(제26조 제2항)를 부과하는데, 이러한 모델은 위계적으로 활동하는 국가의 모습을 전제로 한 것이다. 이에 대하여 호프만-림은 이해관계를 파악함에 있어 능력의 차이, 권력의 불균형 그리고 사실상 정보독점의 문제를 제대로 규율하고 있지 못하고 있다고 비판한다. 오늘날 행정이 사인의 정보에 의존하는 현실을 고려하면, 직권탐지의 허상 속에 힘의 불균형으로 야기되는 불합리가 은폐되고 있다는 것이다. 예컨대, 환경영향평가법 등에서 사인의 정보제공을 통한 정보조사의 과정이 순수한 직권탐지주의 모델의 자리를 채워가고 있음에도 동법은 이러한 협력적 조사 방식을 제대로 규율하고 있지 못하다. Ebd., S. 42 f. 참조.

749) Ebd., S. 12 참조.

보관리 문제를 법적으로 규율할 필요가 있고, 국내 문제를 넘어선 국제적 행정 교류의 문제를 법적으로 규율해야 한다는 것이다.[750] 셋째, 이를 위해 동법의 단편적 개편이 아니라 행정절차에 대한 전통적 관점의 근본적 변화가 필요하다고 주장한다.[751] 요컨대, 조종학적 관점은 현대의 결정이론에 의거하여 타당한 행정결정이 행정과정을 통해 발견될 수 있고 정당화될 수 있다는 점[752]에 착안하여, 동법을 통해 행정 내부의 의사결정 절차[753], 즉 행정결정의 '도출과정'(Herstellungsprozess)을 법적으로 규율하고자 하는 것으로 이해될 수 있다.[754]

2. 조종학적 관점

슈미트-아스만은 위와 같은 인식에 기초하여 행정절차를 "행정주체의 책임영역에서 이루어지는 계획적인 정보의 수집 · 처리 과정"으로 정의한다.[755] 이러한 인식은 행정의 내부에서 이루어지는 의사결정과정을 동태적으로 포착하기 위한 것으로 볼 수 있다.[756] 이로써 행정의 입법 및 집행 활동, 사실

---

750) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden- Baden 2002, S. 429-473 (431) 참조.

751) Ebd., S. 432 f. 참조.

752) Hartmut Maurer/Christian Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017, S. 526 참조

753) Hermann Hill/Mario Martini, Normsetztung and andere Formen exekutivischer Selbstprogrammierung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 34 S. 1025-1126 (1034 f.) 참조.

754) Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016, S. 180 참조.

755) Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 27 S. 495-555 (497) 참조.

행위, 협약, 단순한 행정활동의 과정까지 포섭되고, 공기업과 같은 행정의 경제적 활동까지 행정절차에 포함된다. 한편, 조종학적 관점은 오늘날 변화된 행정환경 속에서 행정법학이 임무를 수행하기 위해 분화된 행정절차 유형이 마련되어야 한다고 말한다.[757] 사회 문제의 실질적 해결을 위해 다양한 행정임무에 상응하는 분화된 절차유형이 필요하다는 것이다.[758]

이러한 인식을 바탕으로 조종학파는 행정절차가 다음과 같은 기능을 가진다고 설명한다.[759] 첫째, 조종원천으로서 정보를 수집 · 유통 · 가공하여 정보의 질을 높일 수 있다. 둘째, 다원적 이해관계의 파악이 필요한 영역, 예컨대, 계획확정 절차, 규범정립 절차에서 이해관계가 충분히 대변되고 조정될 수 있도록 하는 이익집적 기능을 가진다. 셋째, 이를 바탕으로 행정결정의 타당성을 높일 수 있다. 넷째, 참여와 협력을 통해 민주적 정당성을 확보할 수 있고, 행정결정의 수용성이 높아짐으로써 실현가능성도 높아진다.

---

756) 행정학에서의 의사결정에 관한 대표적인 이론인 Simon의 의사결정이론에 의하면, 의사결정은 첫째, 의사결정을 필요로 하는 사건에 관한 정보를 수집하는 정보활동 단계, 둘째, 가능한 대안들을 나열 · 개발 · 분석하는 설계활동 단계, 셋째, 가능한 대안들 중에서 특정대안을 선택하는 선택활동 단계를 거쳐 이루어진다. 김종순, Herbert A. Simon의 의사결정이론, 오석홍/손태원/이창길 편저, 조직학의 주요이론, 제5판, 2019, 129면 참조.

757) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (29) 참조. Theodore J. Lowi는 정부기관 유형론에서 정책 유형이 행정기관 유형으로 이어질 수 있다는 전제에서, 행정기관을 규제기관 모형, 분배기관 모형, 재분배기관 모형, 국가/정부고객기관 모형으로 유형화하고 있다. 김윤호, Theodore J. Lowi의 정부기관 유형론, 오석홍/손태원/이창길 편저, 조직학의 주요이론, 제5판, 2019, 44-52면 참조. 이는 행정조직의 구성 부분이라 볼 수 있는 행정절차를 설계함에 있어서도 행정임무 유형을 고려한 행정절차의 설계가 필요하다는 점을 시사한다.

758) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 429-473 (448) 참조.

759) Ebd., S. 448-453; Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 28 f. 참조.

II. 체계변화의 動因

1. 행정현실의 변화

조종학적 관점은 私化, 비용절감, 유럽화 · 국제화 그리고 디지털화 · 정보화라는 21세기 행정환경의 변화에 기초하고 있다.[760] 이러한 변화 속에서 행정임무, 이해관계 그리고 절차참가자가 다양해지고 복잡해지고 있으므로, 전통적 절차 관념에 의거한 연방행정절차법상 절차유형만으로 한계가 있고, 행정현실과 행정임무를 반영한 새로운 절차유형이 필요하다는 것이다.[761] 특히 유럽화는 행정절차가 행정결정의 타당성 확보에 기여한다는 점을 인식하게 하였다. 유럽공동체법은 행정절차를 통해 타당한 법적 결정이 발견된다는 절차 관념에 기초하는데,[762] 독일 또한 유럽화로 인하여 이에 동화되고 있고 직접적으로 적용되지 않는 영역에서도 변화가 요구되고 있기 때문이다.[763]

나아가 디지털화 · 정보화는 국민의 정책결정과정에 대한 참여뿐만 아니라 직접민주주의 또한 용이하게 하고 있다. 예컨대, 행정의 의사결정 과정이 인터넷을 통해 단계별로 공개되고, 국민이 담당자와 수시로 의사소통하는 상황을 생각해 볼 수 있다. 한편, 정보 기술을 바탕으로 행정이 전자적 방식으로 의사결정 네트워크를 형성하게 하는 '전자정부'(E-Government)가 연구되고, 이와 관련하여 '정보보호법'(Datenschutzrecht)과 '정보교류법'(Informationsverkehrsrecht) 분야가 중요한 연구 분야가 되었다.[764]

---

760) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (16 ff.) 참조.

761) Ebd., S. 29 참조.

762) Thomas Würtenberger, Das Verhältnis zwischen Verwaltungsprozeßrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 서울대 법학, 제45권 제1호, 2004, 363-384면 (363면) 참조.

763) Thomas Würtenberger, 전게논문, 377면 참조.

764) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 45 참조.

2. 행정절차와 행정재판의 기능적 관련성

전통적 관점은 적법한 행정결정이 실체법에 의거한 연역적 추론을 통해 행정법 질서에서 도출됨을 전제로 행정절차에 보조적 기능만을 부여하였고, 행정재판을 통해 결정내용의 합법성을 포괄적으로 통제하였다.[765] 행정실무에 있어 중립성 유지를 위한 거리가 강조됨으로써 행정이 관계자와 서로 의사소통하고 담론을 나누며 상호작용하고 응답하는 행정절차의 기능이 경시되었다.[766]

반면, 조종학적 관점은 타당한 행정결정의 발견 내지 실현을 추구하면서 행정절차의 기능을 새로이 주목한다. 즉, 행정절차는 실체법에 대한 봉사와 더불어 타당한 행정결정의 도출을 지향해야 하고,[767] 법치뿐만 아니라 민주와도 밀접하게 관계한다는 것이다.[768] 이러한 맥락에서 슈미트-아스만은 행정절차와 행정재판의 '기능적 관련성'(funktionaler Zusammenhang)을 강조한다.[769] 즉, 행정재판과 행정절차가 타당한 법적 결정이라는 동일한 목표를 추구하고 있기 때문에 기능적으로 상호 관련된 절차로서 서로 분리하여 고찰할 수 없다는 것이다. 그는 행정재판에서 높은 심사강도를 유지하는 태도가 행정절차의 행정결정에 대한 고유한 기여와 실효성을 상실시킬 수 있다

765) Thomas Würtenberger, Das Verhältnis zwischen Verwaltungsprozeßrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 서울대 법학, 제45권 제1호, 2004, 363-384면 (364면) 참조.

766) Helge Rossen-Stadtfeld, Beteiligung, Partizipation und Öffentlichkeit, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 29 S. 663-729 (679) 참조.

767) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz: in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (21-23) 참조.

768) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 429-473 (453 f.) 참조.

769) Ebd., S. 451-453 참조.

고 비판한다.[770] 이러한 전제에서 행정절차는 재판절차를 완전히 대체할 수는 없지만, 재판절차에서의 광범위한 사실인정의 부담을 덜어줄 수 있다고 설명한다.[771]

3. 조종 지향의 절차 관념

호프만-림은 행정절차를 "구체적인 사회 문제의 해결을 목표로 하는 법적 관점에서의 現實構成(Wirklichkeitskonstruktion)의 과정"으로 파악한다.[772] 이를 위해 행정절차에 있어 법적 하자를 최대한 회피하겠다는 방식의 소극적 관점뿐만 아니라 행위주체인 행정의 활동을 지향하는 적극적 관점이 요구된다고 설명한다.[773] 즉, 조종학적 관점이 행정을 조종하는 조타의 역할을 강조하면서 타당한 행정결정을 내리는 것을 추구한다는 점에서 행정절차도 이와 같은 관점에 적합하게 설계될 필요성이 있다는 것이다. 이러한 관점에서 슈페르트(Gunnar Folke Schuppert)가 법이 '수단제공 기능'(Bereitstellungsfunktion)을 수행해야 한다고 말하는 것 또한 이해될 수 있다.[774]

조종학파는 이러한 관점에서 행위규범을 강조하면서,[775] 규범외적 요소,

---

770) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 429-473 (452) 참조.

771) Ders., Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, DVBl., 1997, S. 281-289 (288) 참조.

772) 구성주의는 절대불변의 진리가 존재함을 전제로 하는 객관주의의 대조적 관점이라 할 수 있는데, 호프만-림은 현실의 영역을 규범프로그램의 영역으로 편입시키고, 행정절차를 통해 현실이 포착되는 것으로 이해한다. Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 9-72 (36 ff.) 참조.

773) Ders., Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (39) 참조.

774) Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (111 ff.) 참조.

예컨대, 행정문화, 관례 등도 행정활동에 영향을 미치므로 마땅히 다루어야 한다고 말한다.[776] 또한 행정절차는 법적으로 중요한 이해관계를 보호하고 파악하기 위한 장치로 이해되어야 한다고 말한다.[777] 즉, 이해관계의 정확한 파악이 법적 사고의 중심이 된다고 이해하는 것이다.[778] 한편, 추구하는 목표를 성취하고, 원하지 않는 결과를 방지한다는 조종의 관점[779]에서는 결과에 대한 고려가 필수적이므로,[780] 행정절차에 있어서도 이를 위한 대비가 중요하게 된다.

III. 법의 임무

1. 민주의 場으로서 행정절차

조종학적 관점은, 첫째, 행정절차를 통해 민주적 정당성을 보완하고자 한다.[781] 예컨대, 기능적 자치행정 조직과 같이 조직적 · 인적 정당화가 결여된 경우 행정절차를 통해 국민이 공권력 행사에 대해 효과적인 영향을 미칠 수 있기 때문이다.[782] 특히 조직 내부의 감독 및 통제절차를 통해 충분한 정당

---

775) 자세한 내용은 본서 제3장 제2절 Ⅰ. 2. (82면 이하) 참조.

776) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (39) 참조.

777) 슈페르트는 이러한 관점에서 행정을 정보와 이해관계를 가공하고 결정을 내리는 체계로 파악한다. Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993, S. 65-114 (98) 참조.

778) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 146 참조.

779) 자세한 내용은 본서 제2장 제1절 Ⅰ. (39면 이하) 참조.

780) 자세한 내용은 본서 제3장 제4절 Ⅱ. (103면 이하) 참조.

781) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 429-473 (453) 참조.

782) 자세한 내용은 본서 제2장 제2절 Ⅰ. 3. (3) (61면 이하) 참조.

화수준이 확보될 수 있다는 것이다.[783] 슈미트-아스만은 이를 위해 행정 내부에서의 감독·통제 절차, 예산집행 절차 그리고 행정 내부에서의 선거 절차에 관한 법적 규율을 강조한다.[784]

둘째, 조종학파는 행정절차를 통해 행정결정의 내용적 타당성을 확보하고자 하는데,[785] 행정절차가 실체법의 적용에 영향을 미친다는 점을 전통적 관점에 기반을 둔 행정절차법이 체계적으로 다루지 못하였다고 비판한다.[786] 즉, 행정절차법은 이해관계를 포착하고 구체적으로 평가하며 방안 마련에 기여해야 한다는 것이다.[787] 예컨대, 호프만-림은 행정절차법이 대안을 모색하고 대안의 장점과 단점을 비교하며 선택 후의 대안교체를 위한 장치를 마련해야 한다고 말한다.[788]

셋째, 수용성, 참여 그리고 공개성 또한 공익실현의 민주적 방식과 관계한다.[789] 수용성은 행정과정의 투명성, 행정의 중립성, 적절한 정보공개, 의사소통을 통해 확보될 수 있다.[790] 나아가 참여는 행정결정에 관계자가 특정한 방식으로 참가하는 것을 의미한다. 예컨대, 도시계획 내지 대규모 시설허가 절차에서 정보교환, 공청회를 통해 공익실현을 민주적 방식으로 구체화할

---

783) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. Ⅴ, 3. Aufl., Heidelberg 2007, S. 521-557 (541) 참조.

784) Ders., Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 429-473 (453 f.) 참조.

785) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (48) 참조.

786) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 305 참조.

787) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 48 참조.

788) Ebd., S. 43 f. 참조.

789) 자세한 내용은 본서 제2장 제2절 Ⅰ. 2. (56면 이하) 참조.

790) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. Ⅴ, 3. Aufl., Heidelberg 2007, S. 521-557 (542) 참조.

수 있는 것이다.[791]

2. 동태적 행정과정에 대한 규율

조종학적 관점은 행정결정이 내려지는 동태적 행정과정을 법에 의거하여 규율하고자 한다. 예컨대, 슈미트-아스만은 행정 내부 또는 행정청 상호간의 정보수집 절차, 해명 절차 그리고 감독 절차를 포함하는 행정과정을 강조하고,[792] 호프만-림 또한 행정절차를 사실관계, 행위주체와 관계인의 이해관계와 규범으로 수용된 가치와 목표를 포함하는 가치평가 그리고 결정의 선택이라는 구성요소가 상호작용하는 동태적인 과정으로 인식한다.[793]

나아가 호프만-림은 행정 내·외부의 절차요소를 통합하여 고찰할 필요가 있다고 말한다.[794] 이는 행정활동에 있어 비공식적 교섭 등을 통해 내·외부적 행정절차의 구별이 별다른 의미를 가지지 못하게 된 점, 궁극적으로 타당한 행정결정을 추구하면서 내·외부의 관점이 통합될 것이 요구되고 있는 점, 전자정부를 통한 의사소통 네트워크의 형성이 절차 관념에 있어 내·외부의 분리를 무너뜨리고 있는 점 등이 이유로 제시되고 있다.[795]

---

791) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren, in: Handbuch des Staatsrechts Bd. Ⅴ, 3. Aufl., Heidelberg 2007, S. 521-557 (543) 참조.

792) Ders., Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 429-473 (447) 참조.

793) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (41) 참조.

794) Ebd., S. 40 참조.

795) Ebd., S. 40 f. 참조.

3. 체계적 유형화

조종학적 관점은 연방행정절차법의 절차유형이 충분하지 아니하고, 개별법에 산재되어 있는 절차를 체계화할 필요가 있다는 이유로, 표준적 절차유형이 새로이 제시될 필요가 있다고 주장한다.[796] 이를 위해 행정임무에 관한 통찰이 중요한데,[797] 포스쿠울레(Andreas Voßkuhle)는 이를 토대로 '분배절차'(Verteilungsverfahren), '품질보증절차'(Qualitätssicherungsverfahren), '리스크절차'(Risikoverfahren)라는 새로운 절차유형을 제시한다.[798]

한편, 슈미트-아스만은 행정법학이 中間領域으로서 개별법에 산재된 절차를 평가하고 체계화하는 데 기여하여야 한다고 주장한다.[799] 특히 절차법적 규율에 있어 중립성을 강조하는데, 不偏不黨(Unparteilichkeit)을 민주적 법치국가 이념으로부터 도출되는 필수불가결한 '거리'(Distanz)의 표현으로 설명한다.[800] 한편, 행정절차에 있어 공개성이 담보되어야 하고, 그 대상에는 절차의 개시와 결과에 관한 공개, 유권해석의 공개, 서류열람 그리고 협상과정의 공개가 포함된다. 이로써 투명성과 중립성이 확보될 수 있다는 것이다.[801]

---

796) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (30) 참조.

797) Ebd., S. 31 참조.

798) 이에 관하여 본서 제4장 제2절 Ⅴ. 2. (157면 이하)에서 자세히 논한다. 이러한 작업에 대하여, 호프만-림은 유익한 구성요소를 도출하였다고 평가하고 있다. Ebd., S. 35 참조. 슈미트-아스만 또한 유형화 이론에 기여하였다고 평가하고 있다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 368 참조.

799) Ebd., S. 368 참조.

800) 중립성에 대한 요청은 다양한 형태로 나타난다. 예컨대, 직무담당자의 인적 중립성은 연방행정절차법에서 제척 등(제20조, 제21조)에 의거하여, 조직적 중립성은 관할규정에 의거하여 확보하고 있다. 관할의 기능적 분리를 통해 역할이 중복되지 않도록 할 것이 요청된다. Ebd., S. 370 참조.

801) Ebd., S. 371 참조.

IV. 행정절차의 법화

조종학파는 연방행정절차법상 규율의 흠결과 행정환경의 변화에 대한 해법으로 법화(Verrechtlichung)[802]를 논의한다.[803] 다만, 호프만-림은 법률에 의거한 규율의 밀도를 적절하게 설정하는 작업은 쉽지 않다고 말한다.[804] 기존의 축적된 법리와 단절될 수 있고, 이러한 경우 도그마틱을 제로베이스에서 새로이 형성해야 할 수 있기 때문이다.[805] 구체적 규율밀도는 일률적으로 결정될 수 있는 없음은 분명하다. 다만, 카알(Wolfgnag Kahl)은 법화의 순기능과 역기능을 자세히 설명하고 있는바, 이하에서 살펴보도록 한다.

1. 순기능

첫째, 행정절차의 체계화와 통일적 규율에 기여한다.[806] 둘째, 공통적인 사항에 대한 체계적 규율을 통해 탈규제(Deregulierung)에 기여한다.[807] 셋째, 현재 규율상황에 대한 인식토대로 작용하여 법의 체계적 발전에 기여할 수 있다.[808] 넷째, 수범자가 법을 더 쉽고 명확하게 이해하도록 함으로써 수용

---

802) 자세한 내용은 본서 제2장 제3절 Ⅱ. 1. 및 2. (71면 이하) 참조.

803) Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016, S. 182 참조.

804) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (63) 참조.

805) Hans Christian Röhl, Hans Christian Röhl, Ausgewählte Verwltungsverfahren, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 30 S. 731-798 (737 f.) 참조.

806) Wolfgang Kahl, Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 67-134 (89 f.) 참조.

807) Ebd., S. 90 참조.

성과 투명성을 높이고, 축적된 경험을 정리하고 다른 규율의 기준점으로 기능한다.[809] 다섯째, 행정활동의 부담을 경감시키고, 학문적 연구 그리고 도그마틱 발전에 기여함으로써 이론과 실무가 발전할 수 있다.[810]

2. 역기능

첫째, 일반화된 법적 규율에 의해 개별행정법의 규율 맥락과 전문 분야로부터 괴리, 즉 '단절의 위험'(Zerschneidungsgefahr)이 생길 수 있고, 이로써 오히려 법의 수용성이 약화된다는 것이다.[811] 둘째, 내용적으로 이질적인 것들이 무리하게 일반화됨으로써 '평준화의 위험'(Nivellierungsgefahr)이 있다.[812] 셋째, 법화에 의하여 규율의 탄력성과 유연성을 잃을 수 있을 수 있는 '고착화의 위험'(Zementierungsgefahr)이 생길 수 있다. 예컨대, 유럽공동체법과의 모순 저촉의 문제가 대표적이다.[813] 넷째, 오늘날 기술의 발전과 정보의 홍수 속에서 '과부화의 위험'(Überholungsgefahr)도 나타날 수 있다. 즉, 과도한 법화는 법의 효력을 유약하게 만들 수 있는 것이다.[814]

3. 강도와 방식

호프만-림은 행정절차가 타당한 행정결정에 기여해야 하므로,[815] 법화는

---

808) Wolfgang Kahl, Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden- Baden 2002, S. 67-134 (91) 참조.

809) Ebd., S. 91 ff. 참조.

810) Ebd., S. 93 ff. 참조.

811) Ebd., S. 99 참조.

812) Ebd., S. 99 참조.

813) Ebd., S. 99 참조.

814) Ebd., S. 100 참조.

815) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz,

자기목적적일 수 없다고 말하면서, 그 강도와 방식은 첫째, 법화가 의무사항인지, 둘째, 법화가 유용한지라는 두 가지 관점에서 접근한다.[816] 먼저 행정절차에 있어 법화가 강제되는지는 법률유보(Gesetzesvorbehalt)를 기준으로 삼는다.[817] 예컨대, 행정절차가 사인의 권리를 직접적으로 침해하거나 협력의무를 발생시키는 경우 법화의 대상이 된다는 것이다. 하지만 침익적 행정결정을 내리는 행정절차, 기능 私化와 관련하여 행정임무를 수행하는 사인의 행위로 제3자에 대한 침익적 효과가 발생하는 경우의 행정절차가 법률유보의 대상인지는 논의가 필요하고,[818] 특히 중립성, 투명성 그리고 기회부여의 동등성 등에 관한 사항이 법화의 대상인지와 그러한 사항에 대한 입법 흠결이 입법자의 위법한 부작위에 해당되는지는 '과소금지 원칙'(Untermaßverbot)과 관련하여 논의될 수 있다고 말한다.[819]

나아가 그는 법화가 강제되지 않은 영역에서의 절차적 규율의 방식과 강도에 관하여 법률로 규정할 것인지, 법규명령 내지 행정규칙으로 규정할 것인지를 선택할 수 있고,[820] 법도그마틱의 변용, 법이론을 통한 재구성 그리고 실무운용의 변화를 통해 보장할 수도 있다고 말한다.[821] 즉, 개별 영역별로 요구되는 절차적 안정성과 탄력성의 정도에 따라 다양한 절차적 보장이 가능할 수 있다는 것이다.[822] 무엇보다 중요한 것은 절차법에 선택지가 마련되어야 하고, 수정을 대비한 방책이 마련되어야 하며,[823] 절차학습이 법적으로 가능하도록 설계될 필요가 있지만, 모든 당면 과제를 법화를 통해 해결하

---

in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (62) 참조.

816) Ebd., S. 63 참조.

817) Ebd., S. 63 참조.

818) Ebd., S. 63 f. 참조.

819) Ebd., S. 64 참조.

820) Ebd., S. 64 f. 참조.

821) Ebd., S. 64 참조.

822) Ebd., S. 64 참조.

823) Ebd., S. 66 참조.

려고 하는 것은 지양해야 한다고 말한다.[824]

V. 참여·협력의 절차유형

1. 절차유형 확장의 필요성

조종학파는 연방행정절차법이 마련하고 있는 표준적 행정절차 유형이 충분하지 않다고 평가한다.[825] 따라서 행정임무와 행정현실을 반영하여 전통적 절차유형이 확장될 필요성을 승인하면서 새로운 절차유형을 제시하고자 한다.[826] 하지만 절차유형에 관한 명확한 합치가 있는 것은 아니다.

2. 확장된 절차유형

포스쿠울레는 행정임무를 기준으로 세 가지의 전통적 절차유형과 세 가지의 새로운 절차유형을 제시하면서 각 유형별로 기능, 적용영역 및 구조요소 등을 상술한다. 전통적 유형으로 '단순 위험방지'(schlichte Gefahrenabwehr) 절차, '사인의 자유활동에 대한 통제'(Kontrolle privater Freiheitsbetätigung) 절차, '대규모 시설설치 허가'(Anlagenzulassung) 절차를 제시한다.[827]

첫째, 전통적인 단순 위험방지 절차는 구체적 위험을 효과적으로 방지하는

---

824) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (65) 참조.

825) Wolfgang Kahl, Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 67-134 (132) 참조.

826) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 30 참조.

827) Andreas Voßkuhle, Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 277-347 (286-290) 참조.

기능을 수행한다. 예컨대, 경찰상의 처분이 대표적이다. 이러한 절차에서는 경찰상 장해를 야기한 처분의 상대방인 수범자와 경찰행정청이라는 양극적 결정상황이 나타난다. 통상 절차는 실체법적 결정에는 거의 영향을 미치지 않고, 종국적 개별결정의 발령으로 절차가 종료된다.[828]

둘째, 사인의 자유활동에 대한 통제 절차는 추상적 위험을 예방하기 위한 절차이다. 예컨대, 난민절차에서의 난민인정에 관한 허가가 대표적이다. 전통적 위험방지 절차와 달리 행정결정이 시민의 신청과 그의 이해관계에 기반하여 내려진다는 점에서 구별된다.[829]

셋째, 대규모 시설설치 허가 절차는 계획확정 절차에서와 같은 대규모 시설을 통해 야기되는 환경오염과 도시계획적 분쟁을 방지하는 것을 목표로 삼는다. 이러한 절차에서는 분쟁상황과 이해관계가 복잡한데, 행정청과 허가를 받는 사인 사이의 사전적 의사소통, 공개적 참여, 집중효 등이 절차법적 요소로 중요하게 된다.[830]

한편, 새로운 절차유형으로 '분배절차'(Verteilungsverfahren), '품질보증절차'(Qualitätssicherungsverfahren), '리스크[831]절차'(Risikoverfahren)를 제시한다. 첫째, 분배절차는 경쟁 상황에서 부족한 물자를 타당하게 분배하고, 기본권을 보장하는 기능이 중요하다.[832] 예컨대, 대학 정원 분배, 택시 면허 수여,

---

828) Andreas Voßkuhle, Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 277-347 (287) 참조.

829) Ebd., S. 288 참조.

830) Ebd., S. 289 f. 참조.

831) '위험'(Gefahr)은 독일법상 전통적인 경찰행정법의 기본개념으로서 '공공의 안전 · 질서에 대한 장해가 발생할 것이 충분한 개연성을 가짐'을 의미한다. 반면, '리스크'(Risiko)는 환경행정법에서 '사전대비'와 관련하여 새로이 정립된 개념으로 '사전', 즉 위와 같은 위험이 없는 상태에서 장래의 리스크에 대비한다는 의미이다. 구별 실익은 인근주민의 사익보호성, 원고적격의 인정 여부에 있다. 리스크의 경우 원고적격이 부정되므로 행정소송 이외에 행정감독적 · 정치적 · 사회적 통제에 의해 준수를 담보하여야 한다. 박정훈, 취소소송의 원고적격(1), 행정소송의 구조와 기능, 2008, 201면 참조.

독일 「통신법」(Telekommunikationsgesetz, TKG) 상의 허가 및 주파수 경매 등이 대표적이다.[833] 핵심적 절차요소로 이해관계와 자격기준에 대한 정보공개, 중립성의 확보, 공정한 경쟁의 토대를 마련하기 위한 교육, 기본적 자격검증 절차와 선택결정 절차의 구별 그리고 합리적 선발기준을 들 수 있다.[834]

둘째, 품질보증절차는 사인의 일정한 품질수준을 지속적으로 담보할 수 있도록 고권적으로 보장하는 것을 목표로 한다.[835] 예컨대, '생산물안전법'(Produktsicherheitsrecht)과 「전자서명법」(Das Gesetz zur digitalen Signatur)의 '인증'(Zertifizierung) 절차, '인정'(Akkreditierung) 절차[836] 그리고 환경보호 및 정보보호와 관련된 '감사'(Audit) 절차가 대표적이다.[837] 핵심적 절차요소로 자율적 절차참여, 독립적 집행기관으로서 외부의 권한 있는 감정인, 책임분배의 명확화, 공법과 私法의 膠着(Verzhnung) 그리고 공시제도와 등록제도가 제시된다.[838] 이는 私化로 행정과 사인의 강화된 협력관계가 행정절차로 수용된 것으로 이해될 수 있다.[839]

셋째, 리스크절차는 오늘날 불확실한 행정환경 속에서 행정이 결정을 내리기 위한 절차이다.[840] 예컨대, '유전공학법'(Gentechnikrecht) 분야가 대표적

---

832) Andreas Voßkuhle, Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 277-347 (291 ff.) 참조.

833) Ebd., S. 293 ff. 참조.

834) Ebd., S. 306 ff. 참조.

835) Ebd., S. 309 f. 참조.

836) '인정'(Akkreditierung)의 경우 중요한 공공 기관이나 私的 기관이 인정받은 사람이나 기관이 일정한 임무를 이행할 능력이 있음을 공식적으로 인정하는 것이고, '인증'(Zertifizierung)은 규격화된 기준에 따른 심사증이나 검사증의 발급을 표현한 것이다. 김중권, 행정법집행에서의 민간전문가의 참여, 공법연구 제40집 제1호, 2011, 420면 참조.

837) Andreas Voßkuhle, a.a.O., S. 310 ff. 참조.

838) Ebd., S. 327 ff. 참조.

839) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 429-473 (443) 참조.

이다.[841] 핵심적 절차요소로 정보의 편중을 시정하기 위한 리스크 유발자에 대한 포괄적인 조사의무, 기록의무 그리고 표시의무를 통한 사실관계의 해명, 합의제를 통한 외부의 전문지식 유입, 행정결정의 可逆性(Reversibilität), 리스크에 관한 지속적인 의사소통 그리고 중심적인 정보관리가 제시된다.[842]

3. 협력적 문제해결절차로서 조정

(1) 개관

조종학파는 개혁논의를 통해 비공식적 행정활동의 일환으로 행정절차에 있어 '조정'(Mediation)을 논하여 왔다. 조정은 분쟁 해결을 위한 대표적인 규제된 자율규제라 할 수 있다.[843] 1990년대 절차신속화의 논의와 관련하여 행정절차에서의 조정이 화두로 토론되기 시작하여 근래까지 계속 논의되고 있다.[844] 슈미트-아스만은 조정에 있어 무엇보다 당사자의 의사합치를 촉진하고 협상결과를 안정화하며 비공식적 절차에서의 신뢰를 높이고 조정자(Mediator)의 편파성을 배제할 수 있는 제도의 설계가 중요하다고 말한다.[845] 행정절차법의 절차보장은 조정절차에도 마찬가지로 적용된다.[846]

---

840) Andreas Voßkuhle, Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 277-347 (330 ff.) 참조.

841) Ebd., S. 333 ff. 참조.

842) Ebd., S. 340 ff. 참조.

843) Ivo Appel, Privatverfahren, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 32 S. 851-940 (918) 참조.

844) Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016, S. 267 참조.

845) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 355 참조.

846) Ivo Appel, a.a.O., S. 935 참조.

행정과 시민은 조정 절차에서 결론을 열어놓고 타당한 결론을 모색하게 되는데, 조정을 통해 행정결정의 사회적 수용성을 높이고, 집행실패를 완화할 수 있으며, 시간과 비용을 절감하고, 절차적 부담을 덜어주는 기능이 수행될 수 있다.[847] 대규모 사업계획 등과 같이 복잡한 이익형량이 요구되는 분야에서 뿐만 아니라 통상의 행정활동에서도 이용되고, 행정임무가 私的 영역으로 이양된 경우 조정은 私的 절차로 진행된다.[848] 조정의 핵심은 조정자라고 할 수 있다.[849] 조정자는 절차를 주재하고 분쟁의 조정하는 역할을 하지만,[850] 스스로에게 결정권이 있는 것이 아니라 당사자들을 중재하는 것이다.[851] 조정의 목표는 실무적으로 다극적이고 복잡한 이해관계를 고려하고, 상호간의 이해관계 해명을 보다 쉽게 하며, 절차의 공정성과 타당성을 높이고, 포괄적인 분쟁해결을 돕는 데에 있다고 할 수 있다.[852]

한편, 독일에서 조정은 확고한 위치를 차지해 가고 있는데,[853] 특히 EU지침[854]의 국내법 전환이행으로 2012. 7. 26.「조정과 기타 재판외적 분쟁참가절차의 촉진에 관한 법률」[855]이 시행됨에 따라 행정재판 절차에서의 조정과 재판 외에서의 조정 등이 법적 근거를 명확하게 가지게 되었다.[856] 즉, 위

---

847) Ivo Appel, Privatverfahren, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 32 S. 851-940 (919 f.) 참조.

848) Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016, S. 269 참조.

849) Ebd., S. 270 참조.

850) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2002, S. 9-66 (57) 참조.

851) Jan Philipp Schaefer, a.a.O., S. 270 참조.

852) Ebd., S. 272 f. 참조.

853) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 57 참조.

854) Richtlinie 2008/52/EG(ABl. EU vom 24. 5. 2008 L 136/3)

855)「Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung」(BGBl. I 2012 S. 1577)

856) 독일에서는 동법이 시행되기 이전에도 '수소법원'의 조정이 인정되었다. 행정법원법 제173조는 민사소송법 제278조 제1항을 준용하는데, 법원은 절차의 모든

법률에 의거하여, 신설된 독일 「민사소송법」 제278조 제5항[857]과 제278a조[858]를 행정재판에 준용하도록 독일 「행정법원법」 제173조 제1문이 개정되고, 재판절차 외에서의 조정에 관한 일반법으로서 독일 「조정법」(Mediationsgesetz, MediationsG)이 최초로 제정된 것이다.

(2) 재판절차 외에서의 조정 등 분쟁해결 절차

조정 또는 재판절차 외에서의 화해적 분쟁해결 절차는 법원 내의 수소법원 또는 '화해담당판사'(Güterrichter)[859]에 의한 화해적 분쟁해결의 대안으로서, 법원 외에서 이루어지는 화해적 분쟁해결 방식이다. 민사소송법 제278a조에서는 재판절차 외에서 조정 등의 근거와 그에 따른 재판절차를 규정하고, 조정법은 조정의 개념(제1조), 조정자의 의무(제2 내지 4조), 조정자에 대한 교육과 연수(제5조) 그리고 조정자에 대한 재정적 지원(제7조)과 평가(제8

단계에서 소송이나 개별적인 쟁점의 화해적인 해결을 위해 노력하여야 하는 점, 행정법원법 제87조 제1항은 구두변론 이전에 취할 수 있는 조치의 하나로 화해적 분쟁해결의 권고를 규정하고 있고, 제106조는 소송상 화해를 규정하고 있는 점, 행정법원법 제104조는 계쟁사건에 관하여 당사자와 토론하여야 한다고 규정하고 있는데, 이는 조정적 요소를 포함하는 것인 점과 석명의무를 규정한 제86조 제3항 등을 그 근거로 한다. 최계영, 행정소송에서의 조정 - 비교법적 고찰을 중심으로, 행정법연구 제27호, 2010, 203면 참조.

857) 제278조 제5항은 "법원은 당사자들을 화해변론 및 그 밖의 화해시도를 위해 지정된 재판권한이 없는 판사(화해담당판사)에게 보낼 수 있다. 화해담당판사는 조정을 포함하여 분쟁해결을 위한 모든 수단을 사용할 수 있다."라고 규정하고 있다.

858) 제278a조 제1항은 "법원은 당사자들에게 조정 또는 재판 외의 다른 분쟁해결절차를 제안할 수 있다."라고 규정하고, 제2항은 "당사자들이 조정 또는 법원 밖의 다른 분쟁해결절차를 실행하려고 결정을 하면, 법원은 소송절차의 중지를 명한다."라고 규정하고 있다.

859) 국내에서 조정판사, 화해담당판사 등으로 번역되고 있으나, 조정을 포함하여 분쟁해결을 위한 모든 수단을 사용할 수 있다는 점 등을 고려하여, 본서에서는 화해담당판사로 번역하기로 한다.

조) 등에 관한 내용을 규율하고 있다. 조정법은 법원 외 분쟁해결 절차인 조정을 촉진하는 데 목적이 있는데, 민사, 상사 그리고 공법상의 분쟁 등 법적 성격과 관계없이 모든 조정에 적용된다.[860] 하지만 동법은 일반법적 성격으로 인해 행정절차에 있어 조정의 특수성을 충분히 반영하고 있지 못하다는 비판이 있다.[861] 이러한 이유로 조정은 조정법의 규율에 더하여 행정절차의 특수성을 반영한 규율이 행정절차법에서 추가적으로 이루어져야 할 필요가 있다는 것이다.

(3) 재판절차에서의 조정

독일에서 조정을 통해 행정재판의 부담이 경감될 수 있는지, 행정재판에서 조정제도의 장점이 수용될 수 있는지 등에 관한 많은 논의가 있었고,[862] 민사소송법 제278조 제5항의 준용을 통해 법원 내 조정절차가 명시적으로 도입되었다.[863] 최근 행정재판 실무 또한 조정을 통한 분쟁해결을 확대하고자 하는 추세에 있다.[864] 하지만 공법에서의 조정은 행정이 법률과 공익에 기속된다는 점에서 민사법보다 비교적 좁게 인정된다.[865] 행정재판 절차에서도 분쟁의 당사자들이 독립적이고, 결정권이 없는 제3자인 화해담당판사의 도움으로 비공개의 친밀한 협상을 통해 상호간의 이해에 기초하여 고유의 책임

860) Ivo Appel, Privatverfahren, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 32 S. 851-940 (922) 참조.

861) Ebd., S. 933 참조.

862) Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl., Heidelberg 2019, S. 6 참조.

863) 제278조 제5항 제2문에서의 조정은 독일 조정법상의 조정은 아니라고 평가된다는 견해로 윤찬영/서용성, 조정제도의 합리적 운영을 위한 조정구조 개선방안에 관한 연구, 사법정책연구원, 2022, 133면 참조.

864) 독일 행정재판에 있어 조정의 실무적 운용에 관한 자세한 내용은 拙稿, 독일 행정법학과 행정재판권의 개혁논의에 관한 소고, 외국사법연수논집 제40집, 2021, 218-226면 참조.

865) Ivo Appel, a.a.O., S. 916 참조.

하에 합의적으로 분쟁을 종국적으로 해결하는 방식으로 조정절차가 진행된다. '화해'(Vergleich)는 분쟁의 해결을 위해 당사자들이 도달한 합의 그 자체를 의미하고, 제3자의 개입 없이 당사자 쌍방의 협상만으로 도달될 수 있다는 점에서 화해와 구별된다.[866]

근본적인 배경은 전래적 · 권위적인 재판절차에서 수동적으로 법관의 판단을 받는 것보다 더 적극적으로 분쟁해결에 참여하는 변화된 시민의 지위에 기초하고 있다.[867] 조정을 통해 당사자들이 스스로 분쟁을 해결함으로써 미래지향적으로 법률관계를 형성하고, 분쟁을 빠르고 효과적으로 해결할 수 있다. 또한 비공개로 친밀하게 협상할 수 있고, 재판비용을 절감할 수 있으며, 특히 분쟁 발생의 원인이 된 배후관계에 대한 근본적인 고찰을 통해 분쟁을 포괄적으로 해결할 수 있다는 장점이 언급되고 있다.[868]

VI. 소결

이상의 논의를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 조종학적 관점은 행정절차법이 실체법에 대한 봉사 기능을 가질 뿐이라고 인식하였던 전통적 관점과 달리, 행정절차가 타당한 행정결정의 도출과 행정결정의 민주적 정당성을 높이는 데에 고유한 기여를 할 수 있음을 승인한다. 이러한 인식에 기초하여 행정절차를 행정주체의 책임영역에서 이루어지는 계속적인 정보의 수집 · 처리과정으로 이해함으로써 행정의 의사결정과정을 동태적으로 포착하고자 한다.

둘째, 조종학적 관점은 행정절차와 행정재판의 기능적 관련성을 강조한다. 즉, 행정재판과 행정절차가 타당한 법적 결정을 추구한다는 점에서 기능적으

866) 최계영, 행정소송에서의 조정, 행정법연구 제27호, 2010, 198면 참조.

867) Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl., Heidelberg 2019, S. 6 참조.

868) https://www.vgh.bayern.de/verwaltungsgerichtsbarkeit/mediation/

로 결부될 수 있다는 것이다. 나아가 행정절차를 민주의 장으로 설계하고, 동태적 행정과정을 법적으로 규율하며, 행정임무와 행정환경의 변화를 반영하여 행정절차의 새로운 유형을 제시하고자 한다. 분배절차, 품질보증절차 그리고 리스크절차를 대표적인 새로운 절차 유형으로 제시하고 있고, 협력적 문제해결절차로서 조정 절차 또한 강조하는 모습이다.

셋째, 조종학적 관점은 연방행정절차법상 규율의 흠결과 행정환경 변화에 대한 해법으로 법화를 논의한다. 하지만 법화의 방식과 강도를 설정함에 있어 법화의 순기능과 역기능을 아울러 고려할 필요가 있고, 일률적으로 결정될 수는 없다고 말한다. 다만, 의무사항인지 여부, 유용한지 여부의 관점에서 개별 영역에서 요구되는 절차적 안정성과 탄력성의 정도를 고려하여 결정되어야 한다는 것이다.

제3절 행정통제법

행정통제(Verwaltungskontrolle)는 독일의 전통적 행정법에 있어서도 그 위상과 중요성에 관하여는 논란의 여지가 없다. 행정상 의무이행확보가 국민에 대한 행정법질서 준수의 담보 수단이라면, 행정통제는 행정에 대한 행정법질서 준수와 의무이행의 담보 수단으로 설명된다.[869] 전통적으로 권력분립의 작동원리와 구조, 재판을 통한 행정통제, 행정의 내부적 통제 그리고 외부적 감독이 주로 논의되어 왔고,[870] 특히 외부통제로서 재판통제가 강조되었다. 그럼에도 재판통제 외의 분야가 선호되는 연구영역이 되지는 못했다.[871] 예컨대, 일부 교과서[872]를 제외한 대부분의 독일 교과서에서 행정통제를 비중

869) 이원우, 현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점, 행정법연구 제29호, 2011, 106-107면 참조.

870) Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, Vorwort, 5면 참조.

871) Simon Kempny, Verwaltungskontrolle, Tübingen 2017, S. 6 참조.

있게 다루지 않고 있다는 점이 이를 뒷받침한다.[873]

반면, 조종학적 관점은 행정통제를 주목한다.[874] 조종학파의 2000년도 학술대회에서 개혁논의의 주제는 행정통제였고,[875] 이러한 논의를 체계화하여 발간된『행정법의 기초』제3권에는 행정통제에 관하여 '행정과 행정활동에 대한 통제'라는 목차로 상세하게 서술되어 있다.[876] 특히 슈미트-아스만(Eberhard Schmidt-Aßmann)은 행정통제가 민주법치국가에서 '행정이 공익을 실현하기 위하여 행하는 활동'(Verwalten)의 핵심이라 표현한다.[877]

인간의 활동으로서 행정이 임무를 수행하는 과정에서 하자의 발생을 완전히 배제하는 것은 사실상 불가능하다.[878] 그렇기 때문에 민주법치국가에서 공권력을 행사하는 행정이 행정법질서를 준수하고 임무를 적절히 수행하는 것을 담보하는 통제장치를 마련하는 것이 중요한 것이다.[879] 또한 21세기에

---

872) 예를 들어, Hans J. Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober/Winfried Kluth, Verwaltungsrecht Ⅱ, 7. Aufl., 2010 München.

873) Wolfgang Kahl, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 47 S. 459-591 (Rn. 1) 참조.

874) Simon Kempny, Verwaltungskontrolle, Tübingen 2017, S. 6 참조.

875) 세부 주제로, ① 사회학과 행정학의 관점에서 본 행정통제, ② 공공영역에 있어 재정통제의 새로운 발전, ③ 통제심급으로서 행정재판권, ④ 공개의 통제기능, ⑤ 유럽공동체 체계 속에서 행정통제, ⑥ 경제적 관점에서의 행정통제, ⑦ 복합적인 행정구조로서 행정통제와 행정척도, ⑧ 행정에 대한 공법적 통제의 협업이 논의되었다. Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001 참조.

876) 세부 목차로 ① 통제의 개념, 기능 그리고 콘셉트, ② 행정의 자율적 통제, ③ 공개를 통한 통제, ④ 재판을 통한 행정통제로 나누어 서술되어 있다. Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 47-50 참조.

877) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle: Einleitende Problemskizze, in: ders./Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (36) 참조.

878) Simon Kempny, a.a.O., S. 1 참조.

879) Ebd., S. 3 참조.

私化, 비용절감, 디지털화 그리고 유럽화 및 국제화라는 개념으로 표상되는 행정환경의 변화가 나타나고 있다.[880] 이러한 점을 고려하여, 조종학적 관점은 민주법치국가에 있어 행정을 조종하기 위해 실효적 행정통제 체계를 구축하고자 한다.[881] 즉, 21세기 행정환경의 변화 속에서 행정을 실효적으로 조종하려면 개별 사건에 대한 재판통제 중심의 관점만으로 한계가 있다는 것이다. 따라서 예컨대, 재정통제, 공개성통제 등으로 통제방식이 확장될 필요가 있고, 행정이 다양한 이해관계 속에서 자율적으로 목표를 달성할 수 있도록 하는 구조를 마련하는 것이 중요하며, 다양한 통제수단의 '기능적 견련성'(funktionaler Zusammenhang)을 생각해야 한다고 말한다.[882] 이를 통해 궁극적으로 '충분한 통제수준'(hinreichendes Kontrollniveau)에 도달하고자 한다.[883] 이하에서 구체적으로 살펴본다.

I. 의의

행정을 통제하는 주체는 의회, 법원, 행정 등을 포괄한다.[884] 예컨대, 의회는 법률을 통해, 법원은 재판을 통해 각각 행정의 결정을 통제할 수 있고, 행정 또한 자율적 통제를 통하여 내지는 국가행정이 기능적 자치행정은 물론이고, 행정임무를 수행하는 사인을 통제하는 모습을 생각해 볼 수 있다. 나아가 객체는 기능적 측면에서 접근하여 무엇보다도 행정의 '의사결정'(Entscheidung)이 되고, '업무실적'(Realleistung)도 포함되는데, 이로써 행

880) Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, Vorwort zu Band I, erste Auflage, S. 11 참조.

881) Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, Vorwort, S. 5 참조.

882) Ebd., S. 5 참조.

883) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 213 참조.

884) Ebd., S. 223 참조.

정의 더 나은 의사결정을 담보할 수 있게 된다.[885] 객체는 더 나아가 절차, 행위지침, 체계 그리고 조직적 배열로 넓게 이해될 수 있다.[886]

한편, 법은 '통제척도'(Kontrollmaßstab)의 문제와 결부된다. 척도는 통제에서 필수적 규범요소이다.[887] 하지만 조종학적 관점은 법화의 단순한 확대를 주장하는 것은 아니고, 오히려 전체적으로 적정한 통제의 수준에 이르고자 한다.[888] 예컨대, 행위시에 피통제자에게 알려져 있고 행정활동을 지도할 수 있다면 실무관행 등도 기능적 관점에서 통제척도에 포함된다는 것이다.[889] 이하에서는 핵심 개념요소인 통제 개념을 살펴보기로 한다.

1. 통제 개념

'통제'(Kontrolle)[890]는 독일에서 국가 기능의 작동을 설명하는 키워드로 받아들여지고 있다.[891] 하지만 통제가 법학에서 구체적으로 무엇을 의미하는지는 분명하지 않다.[892] 통제라는 단어는 18세기에 "contre-rôle"의 결합어인

---

885) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (11) 참조.

886) Ebd., S. 11 참조.

887) Ebd., S. 12 참조.

888) Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, Vorwort, 5면 참조.

889) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 12 참조.

890) 정보조직 그리고 보고조직을 통한 중점적 정보관리를 의미하는 신조종모델에서의 핵심 개념인 '콘트롤링'(Controlling)과는 구별된다. Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle: Perspektiven, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (336 f.) 참조

891) Wolfgang Kahl, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 47 S. 459-591 (Rn. 1) 참조.

892) Jens-Peter Schneider, Verwaltungskontrollen und Kontrollmaßstäbe in komplexen Verwaltungsstrukturen, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 271-290 (273) 참조.

프랑스어 “contrôle”를 차용한 것으로 설명된다.[893] 즉, 과거 양피로 만든 두루마기에 내용을 기재하고 이를 정기적으로 대조하여 확인한 것에서 유래된 것이다. 통제는 일반적으로 이러한 어원에 기초하여 설정된 기준과 현실을 서로 비교하여 관찰(Beobachtung)하고 검사하여 평가(Prüfung)하는 것을 핵심요소로 하는데, 광의로 파악하는 입장에서는 보고(Berichtigung)를 부가적인 개념요소로 포함시키기도 한다.[894]

이러한 개념요소를 종합하면, 통제는 통제자가 피통제자의 의사결정을 ‘관찰’하여 ‘보고’하고 ‘평가’하여 결정의 타당성을 높이는 방향으로 불일치를 ‘시정’하는 환류적 개선과정으로 정의될 수 있다.[895] 이로써 예방적으로 행정활동의 합리성을 담보하는 기능도 가지게 된다.[896] 즉, 행정통제는 행정의 의사결정이 도출되는 전체의 과정을 합리화함으로써 궁극적으로 의사결정의 실질적 타당성을 향상시키기 위한 일련의 과정으로 이해된다.[897]

독일에서는 전통적으로 통제를 위해 통제자와 피통제자와 사이의 ‘일정한 거리’(Distanz)가 필수적으로 요구된다고 설명되고 있는데, 조종학파도 기본적으로 동일한 입장에서 거리를 통제의 핵심 개념요소로 받아들인다.[898] 이는 대상을 대응되는 입장에서 고찰하고 평가하는 것을 핵심으로 한다.[899] 슈미트-아스만은 거리 확보를 통해 피통제자의 결정을 재차 숙고하고, 그러한

---

893) Wolfgang Kahl, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 47 S. 459-591 (Rn. 3) 참조.

894) Ebd., Rn. 4, 5 참조.

895) Ebd., Rn. 6 참조.

896) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (11) 참조.

897) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2004, S. 212 참조.

898) Ders., Verwaltungskontrolle in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (10 f.); Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (327) 참조.

899) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 212 참조.

과정 속에서 학습하며, 궁극적으로 결정의 타당성을 높일 수 있는데, 만약 거리가 상실된다면 통제가 아닌 '공동결정'(Mitentscheidung)에 불과하다고 설명한다.[900]

(1) 전통적 관점

독일에서의 전통적인 통제 관념은 전통적 법치국가에서의 법에 대한 관념을 기초로 한다.[901] 즉, 조건규범을 통해 위계적으로 작동하는 행정으로부터 사회의 경계를 설정하여 국민의 자유권과 재산권을 보장하는 법치국가적 안전장치로 작동하는 것이다.[902] 그 귀결로 행정이 규범을 기계적으로 집행하여 내린 최종적 · 개별적인 법적 결정에 관심을 두었고, 권리구제를 위한 재판중심의 통제 관념이 형성되었다.[903] 하지만 21세기에 국가와 사회의 경계가 불분명해지고 다원화되고 서로 의존하게 되면서 국가로부터의 소극적 보호 관념이 잠식되고 있고,[904] 전통적 관점이 주관적 권리구제와 관계가 없는 행정법 영역을 경시한다는 한계점이 언급되고 있다.[905]

나아가 전통적 통제 관념은 위계적 조직구조를 가진 행정과 피통제자와 사이의 형식적 거리를 둔 관념을 상정한다.[906] 즉, 외부적 통제를 주된 통제 형태로 삼은 것이다. 하지만 행정의 자율성이 승인되고 다원화되고, 국가와 사회가 협력하는 구조 속에서 이해관계가 서로 얽히게 되며, 통제를 위한 거리를 형식적으로 유지하는 것이 쉽지 않게 되었다.[907] 한편, 전통적 관념은

---

900) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (10) 참조.

901) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (327) 참조.

902) Ebd., S. 328 참조.

903) Simon Kempny, Verwaltungskontrolle, Tübingen 2017, S. 7 참조.

904) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 329 참조.

905) Simon Kempny, a.a.O., S. 7 참조.

906) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 332 참조.

당위와 존재의 비교를 특징으로 한다.[908] 하지만 규범의 평가작업 자체도 쉽지 않게 되었다. 즉, 법규범에 합목적성 내지 타당성의 척도까지 편입되면서 법규범의 실현이 현실적인 전제조건, 예컨대, 조직, 절차, 재정 등에 의존할 수밖에 없게 되었고, 통제를 위한 비교가 더욱 어려워지고 있다는 것이다.[909]

(2) 조종학적 관점

이러한 한계를 극복하기 위해 조종학적 관점은 행정절차와 재판절차를 상호 조력관계로 설정한다.[910] 다시 말해, 재판절차는 권리구제를 통해 개인적 이해관계의 보호에 주안점을 두고 객관적 법질서의 조화로운 형성에는 취약하므로, 대립적 사고를 극복해야 한다는 것이다.[911] 따라서 행정절차가 행정결정의 타당성에 기여할 수 있음을 승인하고,[912] 법적 결과와 더불어 전체의 결정과정에 관심을 가진다.[913] 또한 조종학적 관점은 기본법과 개별 법률에 의거하여 행정에게 독자성, 즉 고유한 공익실현기능과 그에 기초한 책임을 승인하고 있다.[914] 이러한 전제 위에 행정통제의 체계가 설계되어야 한다고 말한다.[915]

---

907) Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016, S. 391 참조.

908) Wolfgang Hoffmann-Riem, Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (328) 참조.

909) Ebd., S. 330 참조.

910) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 221 참조.

911) Ebd., S. 222 참조.

912) Simon Kempny, Verwaltungskontrolle, Tübingen 2017, S. 8 참조.

913) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 335 참조.

914) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 198-212 참조.

915) Ders., Verwaltungskontrolle in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (35) 참조.

한편, 조종학적 관점은 협력국가 속에서 행정의 다원성을 인정하면서 통제자가 피통제자와 교류하고 협력하는 것을 승인하지만,[916] 동시에 통제를 위한 거리 상실의 위험을 아울러 말하고 있다.[917] 다만, 이를 보완하기 위하여 기능적 측면에서 접근하고, 일정한 수준의 통제 목표를 달성하기 위하여 통제대상을 행정결정에 영향을 미칠 수 있는 행정절차, 행위지침, 조직 내지 의사결정의 구조로서 체계 그리고 조직편성[918]까지 넓히고 있다.[919] 특히 행정통제에서 재정통제, 공개를 통한 통제에 중요한 의미를 부여하고,[920] 체계통제와 내부통제(Eigenkontrolle) 내지 자율통제(Selbstkontrolle)를 통해 외부통제를 보완하고자 한다.[921]

2. 기능

행정통제는 다음과 같은 다양한 기능을 수행한다고 설명된다.[922] 첫째, 법적 척도에 대한 신뢰를 담보하는 장치로서의 역할을 수행한다. 이는 통제의 예방적 기능을 의미하는 것으로 이해된다. 둘째, 정보를 획득하고 의사소통하는 기능을 수행한다. 광의의 통제는 관찰, 평가 그리고 보고까지 개념요소로 받아들이고 있는바, 통제를 통제자와 피통제자와 사이의 상호작용 과정으로 이해하는 것이다. 셋째, 책임의 관철을 담보한다. 즉, 통제는 억지적 기능을 가진다는 것이다. 넷째, 피통제자가 통제를 통해 의사결정의 결과를 학습

916) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (11) 참조.

917) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (334 f.) 참조.

918) 자세한 내용은 본서 제4장 제1절의 Ⅰ. 2. (2) 및 Ⅲ. 2. (117, 123면 이하) 참조.

919) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 11 참조.

920) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 328 참조.

921) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 42 참조.

922) Wolfgang Kahl, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 47 S. 459-591 (Rn. 8) 참조.

할 수 있고, 다섯째, 통제는 피통제자를 지원할 수 있는 장치로 작동할 수도 있다. 나아가 집행권의 권력행사의 한계를 설정하는 기능이 언급된다.[923] 요컨대, 행정통제는 권력행사의 한계를 설정함과 동시에 행정활동의 합리성을 보장하는 기능을 수행하는 것으로 이해될 수 있다.[924]

II. 체계변화의 動因

1. 행정현실의 변화

행정통제법 체계의 변화에 대한 주된 원동력은 변화된 행정현실이다. 개혁논의의 출발점이 21세기 변화된 행정환경이 전통적 행정통제에 어떠한 영향을 미칠 것인지에 대한 고찰이기 때문이다.[925] 조종학파는 21세기의 행정현실 변화의 키워드로 私化, 비용절감, 디지털화 그리고 유럽화 및 국제화라는 4가지 개념을 언급한다.[926] 특히 私化로 국가의 영역에 있던 임무가 사회의 영역으로 이양됨으로써 그에 대한 통제의 상당 부분이 사회의 영역으로 분배되고 통제 방식 또한 변화하였다.[927] 통제는 책임과 상관관계에 있으므로 당연한 귀결이라 할 것이다.[928]

---

923) Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016, S. 388 참조.

924) Jens-Peter Schneider, Verwaltungskontrollen und Kontrollmaßstäbe in komplexen Verwaltungsstrukturen, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 271-290 (273) 참조.

925) Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, Vorwort, S. 5 참조.

926) Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, Vorwort zu Band I, erste Auflage, S. 11 참조.

927) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (29-31) 참조.

928) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle,

나아가 이러한 행정현실의 변화는 公·私의 네트워크화로 통제자와 피통제자 사이의 거리를 상실시킴으로써 재판통제로 대표되는 전통적 행정통제를 약화시킨 반면, 새로운 조종수단과 용이한 정보접근을 허용함으로써 새로운 행정통제의 길을 열었다.[929] 즉, 재정통제, 정보보호에 대한 감사, 통제수단의 탄력적인 배열 그리고 공개를 통한 통제 등 새로운 행정통제의 영역에 관심을 가지게 하였다고 말한다.[930]

2. 의사소통 방식의 변화

행정현실의 변화는 행정의 의사소통 방식 또한 변화시킨다. 조종학파는 대표적인 변화로 절차화, 비공식화[931], 정보 및 커뮤니케이션 기술의 발전 그리고 공개화라는 4가지 변화를 언급하고 있다.[932] 첫째, 법률 속에 불확정개념이 증가함으로써 법치국가에서 요구되는 합리성을 담보하기 위해 불가피하게 절차적 규율이 강화될 수밖에 없다는 것이다.[933] 또한 행정절차가 의사결정의 타당성을 높이는 데 고유한 기여를 한다는 점도 승인되었다.[934] 둘째, 오늘날 행정실무에 있어 비공식적 행정활동이 빈번하게 이용된다는 점이다. 대표적인 예가 협약인데, 규제적 성격보다는 간접적으로 영향을 미치고, 정보를 핵심적 조종요소로 한다는 점에 특징이 있다.[935] 셋째, 정보기술의

Baden-Baden 2001, S. 325-366 (338-344) 참조.

929) Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, Vorwort, S. 5 참조.

930) Ebd., S. 5면 참조.

931) 다만, 통제의 전제인 거리를 상실하게 하고, 통제를 위한 행정활동의 체계적 조망을 어렵게 한다는 문제점이 지적되고 있다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (26) 참조.

932) Ebd., S. 24-26 참조.

933) Ebd., S. 24 f. 참조.

934) Simon Kempny, Verwaltungskontrolle, Tübingen 2017, S. 8 참조.

935) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 25 참조.

발전은 행정이 정보를 쉽게 구하고 처리할 수 있도록 한다는 점이다.[936] 이로써 정보보호와 정보의 품질에 관한 통제가 중요하게 된다.[937] 마지막으로, 공개성은 오늘날 행정 의사소통의 키워드로 언급된다.[938] 공개를 통해 자율적 통제가 촉진되고, 의사결정을 할 때 사회와 소통할 수 있다는 것이다.[939]

3. 행정조종 방식의 변화

조종 관념과 통제 관념은 서로 밀접하게 의존한다. 예컨대, 의회가 먼저 법률로 행정을 조종하고, 법원이 법적 척도에 의거하여 행정을 통제하는 사례를 생각해 볼 수 있다.[940] 만약 법률을 통한 조종이 제대로 작동하지 않는 경우 내부적 행정통제와 재판을 통한 행정통제에 의거하여 이를 해소하는 것이다. 이러한 관점에서 슈미트-아스만은 조종과 통제를 서로 학습하는 단계적 절차로 이해하면서, 통제절차를 사후조종(Nachsteuerung)으로 조종 과정에 포섭한다.[941]

한편, 이른바 '신조종모델'(Neues Steuerungsmodell)로 대표되는 행정조종 방식으로의 변화는 통제 관념에도 변화를 요구하였다.[942] 특히 '계약관리'(Kontraktmanagement)가 핵심이 되는데, 그것을 통해 서비스를 특정하고 비용을 계산하며 인사를 관리하고 조직구조를 설정한다.[943] 다만, 신조종모델이 법적 통제를 대체하는 것은 아니고, 재정통제, 자율통제 그리고 공개를

---

936) 다만, 개인정보의 남용, 정보의 품질 담보의 어려움과 같은 문제점이 지적되기도 한다. Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (25) 참조.

937) Ebd., S. 26 참조.

938) Ebd., S. 26 참조.

939) Ebd., S. 26 참조.

940) Ebd., S. 27 참조.

941) Ebd., S. 27 참조.

942) 신조종모델에 관하여는 본서 제3장 제2절 Ⅱ. 3. (88면 이하) 참조.

943) 계약관리에 관하여는 본서 제4장 제1절 Ⅳ. 3. (128면 이하) 참조.

통한 간접적 통제가 중요한 의미를 가지게 되는데, 이에 대하여 슈미트-아스만은 신조종모델이 통제의 관점에서 투명성을 강조하면서도 구속과 거리의 상실이라는 상반된 가치를 가진다고 평가하면서, 변화하는 행정조종의 방식에 따라 통제 관념이 새로이 변화할 필요가 있다는 점을 말한다.[944]

III. 법의 임무

1. 민주법치국가의 요구로서 행정통제

조종학적 관점은 행정이 민주적 정당성을 구비하고, 고유한 공익실현 기능을 가지고 있다는 점을 근거로 행정의 자율성을 승인하면서 고유한 책임을 부여하고 있다.[945] 이와 동시에 행정권의 남용을 막기 위하여 행정에 대한 통제를 하고자 하는데,[946] 이는 민주법치국가의 필수적 요청으로 평가된다.[947] 또한 권력분립의 관념을 기능적으로 측면에서 접근하여 단순히 권력을 나누고 제한하는 것만이 아니라, 행정기능이 효과적으로 작동할 수 있도록 권한을 귀속시키고, 무엇보다 행정의 내부통제 내지 자율통제를 중요하게 받아들인다.[948] 즉, 조종학적 관점은 민주법치국가에서 행정통제를 통해 피통제자에 대한 독립성을 승인함과 동시에 규범을 통해 지향점 내지 한계를 설정하는 상반된 요구를 충족시키고자 한다.[949]

---

944) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (28) 참조.

945) Ebd., S. 35 참조.

946) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2004, S. 212 참조.

947) Simon Kempny, Verwaltungskontrolle, Tübingen 2017, S. 3 참조.

948) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (37) 참조.

949) Ebd., S. 38 참조.

2. 행정통제의 한계 설정

슈미트-아스만은 통제구조의 형성에 있어 상한과 하한을 설정하는 두 가지 원칙을 제시한다.[950] 첫째, 국가행정이 자치단체의 독자성을 지속적으로 침해하는 방식의 통제는 부당한 개입으로서 '개입적 감독 금지'(Verbot der Einmischungsaufsicht) 원칙이 적용되어야 한다고 말한다. 즉, 법을 통해 승인된 행정의 고유한 영역은 보호되어야 한다는 것이다.[951] 예컨대, 정보에 대한 제약, 행정절차에의 개입, 자치행정 조직에 대한 타당성 감독[952]에 의거한 지시 등을 통해 부당하게 개입하는 경우를 들 수 있다. 이는 '기관 상호간 존중의 원칙'(Grundsatz der Organtreue)에 의거하여 의회, 법원의 행정에 대한 관계에 있어서도 마찬가지로 적용되고,[953] 또한 통제를 위해 거리 확보의 필요성이 있고, 행정통제는 실질에 있어 타당하게 행사되어야 하는 점을 고려하면, 예컨대, 유인, 경쟁을 통한 협력적 행정뿐만 아니라 공개를 통한 통제의 영역에 있어서도 적용되어야 한다고 말한다.[954] 둘째, 통제는 통제의 목표를 효과적으로 달성할 수 있는 강도와 지속성을 요구하는데, 소위 '충분한 통제효과의 원칙'(Gebot hinreichender Kontrolleffektivität)이라 한다.[955] 슈미트-아스만은 통제수준을 설정하기 위해서는 목표 달성의 실효성과 관계되는 법적 내지 사실적인 전제조건에 대한 분석과 연구가 필요하고,[956] 법실제연구와 조직학에서의 연구결과를 참조할 필요가 있다고 말한다.[957]

---

950) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (38-41) 참조.

951) Ebd., S. 38 참조.

952) 'Fachaufsicht'는 국내에서 전문성 감독, 합목적성 감독, 타당성 감독 등으로 번역되고 있다. 실질적으로 위법뿐만 아니라 부당함도 통제한다는 의미인데, 본서에서는 '타당성 감독'으로 번역하기로 한다.

953) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 39 참조.

954) Ebd., S. 39 참조.

955) Ebd., S. 40 참조.

956) Ebd., S. 40 참조.

957) Ebd., S. 40 f. 참조.

3. 행정통제의 체계화와 규범적 지향점의 제시

통제 형태는 다양하게 조합될 수 있다. 예컨대, 아이히혼(Peter Eichhorn)과 프리드리히(Peter Friedrich)는 통제 형태를 아래 표와 같이 유형화하여 예시하였다.[958] 슈미트-아스만은 수많은 통제유형을 열거하는 것이 중요한 것이 아니라, 규범을 통해 이들을 관통하는 지향점을 제시할 수 있어야 한다고 말한다.[959] 이를 위하여 반드시 법률로 규정하는 것만이 능사는 아니지만, 재판 중심의 개별적이고 도그마틱적 시각만으로 해결하기에는 충분하지 않다는 것이다.[960]

<표: 아이히혼과 프리드리히의 통제유형>

분류 기준	구체적 예시
대상(Gegenstand)	결과통제, 절차통제, 체계통제
관점(Ansatz)	계획통제, 결정통제, 실현통제
척도(Maßstab)	합법성, 경제성, 효과성, 시민에의 접근성, 합목적성, 기술적 특성
단계(Phasenbezug)	사전적 통제, 동시적 통제, 사후적 통제
시기(Bezugszeitraum)	단기적 · 장기적 통제, 개별적 · 계속적 통제, 즉흥적 · 주기적 통제
주체(Akteur)	국가통제, 사회적 통제; (국가내부에 대하여) 의회통제, 행정통제, 재판통제
주도권(Initiative)	자율적 통제, 외부적 통제, 자동적 통제
통제수단 (Kontrollinstrument)	정보획득 수단에 따라, 기록요구, 신고 내지 보고의무, 동의권의 유보, 회계감사, 線形計畫法, 대립기관

---

958) Peter Eichhorn/Peter Friedrich, Verwaltungsökonomie, Bd. 1, 1976, S 252 ff.; Wolfgang Kahl, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 47 S. 459-591 (Rn. 35)에서 재인용.

959) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 229 참조.

960) Ders., Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (41) 참조.

분류 기준	구체적 예시
범위(Umfang), 정밀도(Genauigkeit)	전면적 통제, 부분통제, 정밀통제, 얼개통제
통제조직 (Kontrollorganisation)	중앙적 통제, 분권적 통제, 통합적 통제, 분야별 통제
제재(Sanktion)	보고, 이의, 취소, 대집행, 자기개입; 국가배상법적, 징계법적, 형사법적 효과; 국가 관리자의 투입
체계 (Systemzusammenhang)	조직 내지 의사결정의 구조에 대한 통제

조종학적 관점은, 행정활동의 척도로 합법성뿐만 아니라 경제성, 효과성, 투명성, 수용성 등을 포함시키고 있다.[961] 궁극적으로 옳고 타당한 행정활동을 지향하기 때문이다.[962] 이러한 척도는 개별 사안에서의 중요성, 전문지식 그리고 척도 사이의 상성에 의거한 교합을 고려하여 조합되어야 한다고 말한다.[963] 나아가 개별적 통제보다는 체계 통제에 주안점을 두고, 기능적으로 접근하고 있다.[964] 예컨대, 적정한 행정절차를 통해 사전심사가 제대로 이루어졌다면 재판을 통한 통제의 강도는 약화될 수 있다는 것이다. 요컨대, 조종학적 관점은 행정현실에서 나타나는 다양한 통제유형을 규범적 관점에서 체계화하고 효과적인 통제가 가능한 구조를 제시함으로써, 각각의 통제임무에 부합하는 기능적으로 충분한 '통제수준'(Kontrollniveau), 즉 규범적 지향점을 모색하고자 하는 것으로 이해될 수 있다.[965] 나아가 통제를 통해 행정을 조종할 수 있다는 점을 인식하고, 통제를 행정조종에 통합시키고자 한

961) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (42); Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (344) 참조.

962) Ebd., S. 359 참조.

963) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 42 참조.

964) Ebd., S. 43 참조.

965) Simon Kempny, Verwaltungskontrolle, Tübingen 2017, S. 10; Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 44; Wolfgang Kahl, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 47 S. 459-591 (Rn. 213) 참조.

다.[966] 따라서 통제강도의 구체적인 설정이 중요한 의미를 가진다.

IV. 통제의 강도

호프만-림(Wolfgang Hoffmann-Riem)은 행정통제의 최근 경향에 대하여 세부사항을 포괄적으로 조종하거나 통제하지는 않지만, 그 대상이 확대되고 있다고 분석한다.[967] 통제의 강도를 결정하는 요소로 효율성, 시점, 폭, 깊이, 제약 요인, 문화적 요인, 수단, 기능적 등가관계, 선별 그리고 거리 등 다양한 요소가 제시될 수 있다.[968] 그는 통제강도의 설정 문제는 효율성, 효과성을 고려하여 최적의 수준을 결정하는 작업으로서, 부여된 임무와 책임에 의거하여 결정되어야 한다고 말한다.[969] 구체적 행정통제의 모델을 설계하기 위해서는 통제강도의 설정이 핵심적 문제라 할 수 있으므로, 이하에서는 호프만-림의 설명하는 행정통제의 설계기준, 결정요인 그리고 제약요인을 중심으로 살펴보기로 한다.

1. 설계기준

호프만-림은 행정통제는 효율적으로 설계되어야 한다고 말한다.[970] 조종학적 관점은 타당한 행정활동의 요소로 법원리로서 효율성[971]을 포함시키고

---

966) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (366) 참조.

967) Ebd., S. 344 참조.

968) Ebd., S. 345-358 참조.

969) Ebd., S. 350 참조.

970) Ebd., S. 345 참조.

971) 호프만-림과 슈미트-아스만은 '효율성'(Effizienz)과 '효과성'(Effektivität)을 구별한다. 효율성은 수단(Option)을 선택함에 있어 일정 정도의 목표달성을 위해 최대한 절약하여 자원을 투입하는 것을 의미하고, 투입되는 자원의 종류에 따라 재정의 효율성, 조직의 효율성, 절차의 효율성, 인사의 효율성, 정보의 효율성

있는 점[972]에서 당연한 귀결이다. 행정통제를 함에 있어서도 재정, 인사 그리고 조직적 자원을 효율적으로 투입할 것이 요구되고, 조직구조, 조직문화, 의사소통 문제를 감안해야 하며, 인적 자원의 관리에 있어 동기부여, 창의성 그리고 능력 문제도 중요하게 된다.[973] 그는 적정한 통제조합(Kontrollmix)은 최대한 부담이 적고 완화된 통제요소로 구성할 것을 요구하는데,[974] 통제유형의 구체적 선택은 효율적으로 통제의 목표를 실현할 수 있다는 전제 하에서 최대한 약한 강도의 통제수준을 설정해야 하고, 다만 통제의 가능성이 있는 것 그 자체만으로 규범을 준수하는 방향으로 피통제자의 행위에 영향을 미칠 수 있다는 점을 인식하여야 한다고 설명한다.[975] 예컨대, 자치행정 조직에 대하여는, 공익실현이라는 목표 달성을 저해하지 않고 부작용을 양산하지 않는 범위 내에서 최대한 통제강도가 낮게 설정될 필요가 있다.[976]

한편, 조종학적 관점은 통제의 수단과 형식을 선택함에 있어 기능적 관점에서 접근한다.[977] 기능적 등가관계에 의거하여 통제가 추구하는 임무와 효

등으로 나뉜다. 반면, 효과성은 주어진 사회적 · 경제적 여건 속에서의 목표달성(Zielerreichung)에 이른 정도를 의미한다. Wolfgang Hoffmann-Riem, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht: Einleitende Problemskizze, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998, S. 11-57 (17-19, 28-30); Eberhard Schmidt-Aßmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht: Perspektiven der verwaltungsrechlichen Systembildung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998, S. 245-269 (249) 참조. 그 중 재정의 효율성은 경제성(Wirtschaftlichkeit) 내지 절약성(Sparsamkeit)을 의미한다. 박정훈, 행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로, 한국공법이론의 새로운 전개, 2005, 2017-236면 (219-222면) 참조.

972) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 38 참조.

973) Ders., Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (345 f.) 참조.

974) Ebd., S. 353 참조.

975) Ebd., S. 354 참조.

976) Ebd., S. 346 참조.

977) Helmuth Schulze-Fielitz, Zusammenspiel von öffentlich-rechtlich Kontrollen der

과에 따라 다양한 통제의 형태와 유형이 구성될 수 있다는 것이다.[978] 예컨대, 옴부즈만 제도와 같은 통제수단도 이용 가능하고,[979] 공개를 통해 투명성을 확보함으로써 자율통제의 노력을 절감할 수 있으나, 다만 로비의 통로로 이용되는 부작용이 발생할 수 있다고 말한다.[980] 또한 그는 다양한 통제척도의 조합에 있어서도 무엇보다 중요한 것은 상호의존성을 인식하고, 서로 충돌하지 않도록 관리하는 것이라고 말한다.[981]

2. 결정요인

호프만-림은 통제시점을 사후적 결과통제로 제한하지 않는다. 즉, 통제는 결정이 내려지는 전체의 과정에서 가능하고, 사전적이고 동시적인 통제가 가능하다고 말한다. 이러한 통제 방법이 자기시정의 기회를 제공하고 사후적 통제를 불필요하게 하며 저항감이 적다는 장점이 있고, 궁극적으로 통제를 통해 학습할 수 있다는 것이다.[982] 나아가 전통적인 합법성 통제뿐만 아니라 합목적성 통제, 집행통제 그리고 효력통제까지 통제의 폭을 넓힌다.[983] 합목적성 또한 개별규정 내지는 일반규정으로 성문화되는 경우 합법성 통제가 가능하게 되고, 내려진 행정결정이 최대한 자발적으로 이행될 수 있어 집행에 적합한지, 관계자, 대중에 수용성이 높은지의 문제도 결정적이라고 설명한다.[984] 합목적성 요소가 재량행사의 기준으로 채택되는 경우 재판통제에

Verwaltung, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 291-323 (302-305); Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (352) 참조.

978) Helmuth Schulze-Fielitz, a.a.O., S. 305-318 참조

979) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 354 참조.

980) Ebd., S. 353 참조.

981) Ebd., S. 348 참조.

982) Ebd., S. 346 f. 참조.

983) Ebd., S. 347 참조.

있어 재량통제의 기준으로 작동할 수 있다.[985] 한편, 통제깊이는 개별 임무의 영역, 제도적 한계 그리고 규정된 통제의 방식에 의거하여 결정될 수 있다.[986] 예컨대, 신조종모델처럼 부분적 자치활동이 보장된 경우 정밀통제(Detailkontrolle)는 원칙적으로 허용되지 않는다. 다만, 경우에 따라 주관적 권리보장을 위해 정밀통제가 포기되어서는 아니 된다는 것이다.

3. 제약요인

호프만-림은 통제에 있어 제약 요인을 규범적 요소와 사실적 요소로 구별하고 있는데, 예들 들어, 임무프로그램 등을 통해 자치적 활동이 보장된 영역의 경우 제약이 있을 수 있다는 것이다.[987] 나아가 사실적 제약 요인으로 불신과 같은 심리적 요인, 지식의 부족과 같은 인지적 요인 그리고 시간 및 자원 부족이 제시된다.[988] 한편, 어떠한 문화적 환경 속에서 통제활동을 하는지도 통제의 효과에 영향을 미칠 수 있는데, 예컨대, 협력과 협상을 통한 통제는 수용성을 높일 수 있으나 통제를 위한 거리를 상실하고 부패의 위험성을 가지고 있다고 설명한다.[989]

---

984) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (347) 참조.

985) 이원우, 현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점, 행정법연구 제29호, 2011, 113면 참조.

986) Wolfgang Hoffmann-Riem, a.a.O., S. 348 참조.

987) Ebd., S. 349 참조.

988) Ebd., S. 350 참조.

989) Ebd., S. 350 f. 참조.

V. 통제의 방식

독일 기본법에 의거한 행정통제의 방식으로 외부통제로서 의회를 통한 통제, 재판을 통한 통제, 회계검사원을 통한 통제와 행정의 내부통제가 제시되고 있는데, 합법성 기준에 의거한 재판을 통한 통제가 독일 행정통제법에서 여전히 중심적 위치를 차지하고 있다.[990] 다만, 조종학적 관점은 타당성 척도를 받아들이면서 보충적으로 체계를 확장시키고 있다. 예들 들어, 내부통제, 재정통제 그리고 공개성통제 등을 통하여 충분한 통제의 수준에 도달하려고 하고자 한다.[991] 이하에서는 독일 행정통제법에 있어 기초가 되는 재판통제를 먼저 살펴본 후 조종학적 관점을 통해 주목받고 있는 내부통제, 재정통제 그리고 공개를 통한 통제를 중심으로 고찰하기로 한다.

1. 재판통제

(1) 기여

독일 행정법에 있어 행정통제는 전통적으로 재판을 통한 통제에 주안점을 두었다. 법원은 법규범의 내용으로 된 척도에 의거하여 주관적 권리를 침해당한 관계자가 소송을 제기한 경우에 행정활동의 합법성을 엄밀하게 심사하는 방식으로 작동하는 것이다.[992] 실효적 권리구제를 명하는 독일 기본법 제19조 제4항[993]에 의거하여, 행정에게 최종결정권이 부여된 경우, 예컨대, 재

990) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (21) 참조.

991) Ders., Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2004, S. 213 참조.

992) Jost Pietzcker, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 89-116 (115) 참조.

량, 판단여지 등을 제외하고, 기본적으로 재판을 통한 전면적인 법적용 통제를 인정하는 것이 지배적 견해이다.[994] 즉, 법원이 개념 정의, 사실관계 확정 그리고 포섭에 이르기까지 법적·사실적 관점에서 행정결정에 대한 심사를 인정하는 높은 통제강도를 설정한 것이다.[995] 이러한 통제방식은 개인의 권리구제에 탁월한 성과를 나타내는 장점을 나타낸 것으로 평가된다.[996]

(2) 한계

하지만 전통적 재판통제 모델에 대하여는 한계점 또한 언급되고 있다. 첫째, 예컨대, 행정의 내부법과 관계된 영역, 제3자의 권리침해와 관계되지 아니한 위법한 보조 활동, 그 밖에 주관적 권리와 관계되지 아니한 행정활동과 같은 영역에서는 행정통제가 제대로 작동하지 아니한다는 것이다.[997] 둘째, 실체법에 의거한 소송이 제기된 경우에만 행정통제 장치가 작동될 수 있고, 이해관계자에 의한 소송, 단체소송이 포함되지 아니한다는 것이다.[998] 셋째, 법적으로 규율되지 아니한 것은 재판을 통한 통제장치가 작동할 수 없고,[999] 행정에게 최종결정권이 부여된 영역에 대하여는 심사강도가 약해지게 됨에 따라 법원이 스스로 개선하는 방식으로 행정결정을 대체할 수는 없다는 것이다.[1000] 마지막으로, 무엇보다도 행정에게 고유한 책임이 부여된 영역을 인정하지 아니함으로써 행정의 자율성을 위협할 수 있다는 것이다.[1001]

---

993) 제19조 제4항은 "공권력에 의해서 그 권리를 침해당한 자에게는 소송의 길이 열려있다.…"라고 규정하고 있다.

994) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 215 참조.

995) Ebd., S. 215 f. 참조.

996) Ebd., S. 217 참조.

997) Jost Pietzcker, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 89-116 (115 f.) 참조.

998) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 214 참조.

999) Ebd., S. 219 참조.

1000) Ebd., S. 220 참조.

(3) 조종학적 관점의 인식

조종학적 관점은 재판통제의 한계점만을 강조하는 것은 아니고, 재판을 통한 권리구제의 강화는 또한 장점으로 될 수 있다고 말한다.[1002] 슈미트-아스만은 기본법 제19조 제4항에 의거하여 법원의 주관적 권리보호 임무뿐만 아니라 객관적 통제임무 또한 도출하면서, 법원과 행정을 대립적 관계가 아닌 상호간 조력자의 관계로 설정하고 있다.[1003] 호프만-림 또한 같은 맥락에서 법원의 재판과 행정절차를 기능적 관점에서 파악하면서, 재판통제가 행정절차의 행정결정 타당성 확보에 대한 고유한 기여를 후퇴시키는 방향으로 운용되는 것은 적절하지 아니하다고 말한다.[1004]

다만, 슈미트-아스만은 재판통제의 보완책으로 첫째, 재판 집중형 통제모델이 행정결정의 내용적 타당성에 대한 행정절차의 고유한 기여를 제대로 파악하지 못하였다고 말하면서, 특히 예산절차법(Haushaltsverfahrensrecht)에 관심을 기울이고 재정통제와 재판통제가 조율될 필요가 있다고 설명한다.[1005] 둘째, 법원이 행정활동에 대한 규범적 지향점을 제시해야 하는데, 이를 위하여 행정소송법은 경제적 · 사회적 그리고 재정적 이해관계의 적절한 고려를 위한 길을 열어주어야 하고 기본법 제19조 제4항이 이를 제약하는 것은 아니라고 말한다.[1006] 예컨대, 법률에 의거하여 단체소송, 이해관계자에 의한 소송이 도입될 수 있는 것이다. 셋째, 무엇보다도 재판절차는 중립적인 입장에

1001) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 217 참조.

1002) Jost Pietzcker, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit als Kontrollinstanz, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 89-116 (116) 참조.

1003) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 221 참조.

1004) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (363) 참조.

1005) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 223 참조.

1006) Ebd., S. 226; 이원우, 시민과 NGO에 의한 행정통제 강화와 행정소송, 법과 사회 제23호, 2002, 172-176면 참조.

서 이해관계를 해명하고 관계자와 전문가 등이 의사소통하는 場이 되어야 한다는 것이다.[1007] 요컨대, 법원은 전통적인 주관적 권리보호뿐만 아니라, 다양한 행정활동에 대하여 규범적 지향점을 최종적으로 제시하여야 한다는 점에서 여전히 무엇보다 중요하게 자리매김하고 있다.[1008]

2. 통제 방식의 다각화

조종학적 관점은 재판통제의 한계점을 보완하고 충분한 통제수준을 설정하기 위하여 행정통제 방식의 다각화를 시도한다.[1009] 예컨대, 위계적 통제구조를 가지는 전통적 국가감독을 협력적 통제구조의 편입을 통해 보완하고, 고권적 의사결정뿐만 아니라 공공서비스 생산의 품질을 확보하고, 공기업[1010]을 조종하는 방식으로 다각화하는 것이다. 하지만, 호프만-림은 통제의 다각화로 인하여 통제의 중첩 현상이 발생함으로써 그 자체로 행정에 대한 통제가 강화될 위험을 야기할 수 있음을 유의하여야 한다고 말한다.[1011]

특히 과정에 대한 통제를 통한 보완을 강조하는데, 구체적으로 첫째, 예컨대, 행정청의 내부영역 내지 공공서비스를 위한 독립된 행정단위에서 내부통제가 중요하고, 행정조직법과 공무원법은 중요한 조종원천이 된다는 것이다.[1012] 둘째, 개별 구체적 사건에 관한 행정결정보다는, 행정이 의사결정을

1007) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 226 f. 참조.

1008) Ebd., S. 223 f. 참조.

1009) Ebd., S. 233 참조.

1010) 공기업은 첫째, 조직형식에 따라 당해 조직의 의사결정, 기능 및 목적에 차이가 있음을 고려하여 적절한 조직형식을 채택할 필요가 있고, 둘째, 경영진의 경영권 남용을 엄격하게 통제함과 동시에 책임경영을 위해 그 전문성과 자율성을 존중할 필요가 있음을 고려하여 통제 구조를 설계할 필요가 있다는 견해로, 이원우, 공기업의 의의와 공법적 통제의 법적 과제, 공법연구 제45집 제3호, 2017, 306면 참조.

1011) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (353) 참조.

1012) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 233 참조.

내리는 전체 과정을 포착하여 '포괄적인 학습과정'(übergreifender Lernprozess)[1013]으로 이해함으로써 구조적 · 체계적 통제에 주안점을 두고 있다.[1014] 마지막으로, 공개를 통한 자기성찰적 통제가 증가하고 있다는 것이다.[1015] 이하에서는 이러한 인식을 기초로 행정의 내부통제(Eigenkontrolle) 내지 자율통제(Selbstkontrolle), 재정통제(Finanzkontrolle) 그리고 '공개에 의한 통제'(Öffentlichkeitskontrolle)[1016]에 대하여 살펴본다.

(1) 자율통제

행정통제는 외부통제와 내부통제 내지 자율통제로 나눌 수 있다. 슈미트-아스만은 그 기준을 권력분립의 원칙에서 찾고 있다. 예컨대, '직무감독'(Amtaufsicht), '관청감독'(Behördenaufsicht), '공법상 단체에 대한 감독'(Körperschftsaufsicht) 등은 내부통제로, 의회통제, 재판통제 그리고 회계검사원에 기한 재정통제는 외부통제로 분류하는 것이다.[1017] 외부통제는 통상적이고 핵심적인 행정통제의 전통적 방식이라 할 수 있는데, 통제주체가 통제대상으로부터의 독립성 내지 거리를 확보함으로써 편파적이지 않고 고유의 이해관계로부터 자유로울 수 있기 때문에, 효과적이고 효율적인 통제가 가능하다는 장점이 있다.[1018]

1013) Helmuth Schulze-Fielitz, Zusammenspiel von öffentlich-rechtlich Kontrollen der Verwaltung, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 291-323 (322) 참조.

1014) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 234 참조.

1015) Ebd., S. 234 참조.

1016) 여기에서의 '공개에 의한 통제'는 정보공개 자체로 달성될 수 있는 통제라는 좁은 의미의 '공개에 의한 통제'와 더불어, 일반인이 공개된 정보를 보고 말함으로써 통제한다는 '공중에 의한 통제'라는 의미를 모두 포함하는 넓은 의미로 이해될 수 있다.

1017) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (18-21) 참조.

1018) Wolfgang Kahl, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: Grundlagen des

조종학적 관점은 자율통제를 외부통제를 보완하는 중요한 장치로 인식한다. 자율통제는 감독권자에게 보고가 제대로 이루어지고 관계 서류가 제대로 제출될 것에 대한 신뢰를 바탕으로 하고 있는데, 신뢰 상실에 대한 위험이 상존한다는 점에서 '다모클레스의 칼'(Damoklesschwert)[1019]에 비유된다.[1020] 또한 자율통제는 예컨대, 사회국가 원칙, 환경보호, 기본권 보장 등과 같은 헌법의 목표가 아닌 조직의 이해관계에 따라 작동할 수 있다는 비판적 시각도 존재하는 것이 사실이다.[1021] 하지만 자율통제는 고유의 임무와 책임을 일치시킴으로써 동기를 부여하고 창의성을 향상시키며,[1022] 외부통제보다 더 정밀한 통제가 가능하다는 장점이 있다.[1023] 또한 자율통제를 통해 행정조직의 민주적 정당성 확보에도 기여할 수 있다.[1024] 따라서 조종학적 관점은 자율통제를 주목하는 것이다.

자율통제는 직접적 국가행정에 대한 감독으로서 직무감독, 관청감독과 간접적 국가행정에 대한 감독으로서 공법상 단체, 공법상 영조물 및 공법상 재단에 대한 감독으로 나눌 수 있다. 첫째, 직무감독은 공직에 종사하는 개인에 대한 근무태도를 통제대상으로 삼는다.[1025] 즉, 직무담당자가 직무(Amt)

Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 47 S. 459-591 (Rn. 37) 참조.

1019) 기원전 4세기 시칠리아 시라쿠사의 僭主인 디오니시오스 2세의 신하였던 다모클레스가 디오니시오스의 행복을 과장하여 떠들어대자, 디오니시오스가 다모클레스를 초대해 천장에 실 한 올로 매달아 놓은 칼 밑에 있는 왕좌에 앉힌 일화에 그 유래를 두고 있다.

1020) Wolfgang Kahl, a.a.O., Rn. 43 참조.

1021) Ebd., Rn. 42 참조.

1022) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (344) 참조.

1023) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 9-44 (34) 참조.

1024) 자세한 내용은 본서 제4장 제2절 Ⅲ. 1. (150면 이하) 참조.

1025) Stephanie Schiedermair, Selbstkontrollen der Verwaltung, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 48 S. 593-664 (Rn. 15) 참조.

를 제대로 수행하고 있는지를 감독하는 것이다. 직무질서의 확립은 인적 정당화를 위한 전제가 되고,[1026] 직무담당자가 공익을 위해 활동하게 하는 장치가 된다는 점에서 중요하다.[1027] 통제의 척도는 합법성 감독, 타당성 감독, 직무감독이 모두 가능한데, 공식적 통제 수단뿐만 아니라 감독자와의 간담회와 같은 비공식적 통제 또한 정보의 교환을 통해 정보의 비대칭 현상을 시정한다는 측면에서 유용하다.[1028]

둘째, 관청감독은 상급관청의 하급관청에 대한 감독을 의미한다. 직무감독과 달리 하급관청에 대한 포괄적인 감독을 실시한다는 점에 특징이 있는데, 관청감독은 행정에 대한 법률구속의 확보를 목적으로 삼는다는 점에 있어 직무감독과 동일하다.[1029] 관청감독은 작무감독과 달리 포괄적으로 직무감독을 실시하는데, 다만 주안점은 상급관청의 하급관청에 대한 합법성 감독과 타당성 감독에 있다.[1030] 타당성 감독에 있어 하급관청에 대한 지시(Weisung)가 핵심적 수단이라 할 수 있다. 특히 행정에 대한 정치적 조종의 관점에서 내각의 결정을 관철하기 위한 '내각의 감독'(Ministerialaufsicht)이 중요한데, 이는 독일 기본법 제65조[1031]에 의거한 '연방장관책임원칙'(Ressortprinzip)에서 근거를 찾을 수 있다.[1032] 즉, 장관은 이를 통해 행정 내부에서 위계적 질서가 유지되도록 조종할 수 있고, 의회에 대한 그의 책임을 이행할 수 있는 것이다.

셋째, 간접적 국가행정에 대한 감독으로서 공법상 단체, 공법상 영조물 및

1026) 자세한 내용은 본서 제2장 제2절 Ⅰ. 3. (2) (58면 이하) 참조.

1027) Stephanie Schiedermair, Selbstkontrollen der Verwaltung, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 48 S. 593-664 (Rn. 15) 참조.

1028) Ebd., Rn. 17 f. 참조.

1029) Ebd., Rn. 21 참조.

1030) Ebd., Rn. 22 참조.

1031) 제65조는 "연방수상은 정책계획의 국정방향을 결정하고 이에 대한 책임을 진다. 각 연방장관은 이 지침 내에서 그 소관 사무를 자주적으로 그리고 자기 책임 하에서 처리한다.…"라고 규정하고 있다.

1032) Stephanie Schiedermair, a.a.O., Rn. 23 참조.

공법상 재단에 대한 감독은 행정의 분권화와 국가에 대한 의존성이라는 긴장관계 속에 있는데, 독립성의 정도에 따라 감독의 강도가 정해진다.[1033] 공법상 단체에 대한 감독은 조직의 유형과 법적 규율에 의거하여 결정되는데, 예컨대, 지방자치단체의 경우 합법성 감독에 의거하는 반면, 국가임무를 수행하는 단체의 경우 타당성 감독 아래 놓이게 된다.[1034] 공법상 영조물에 대한 감독은 권리능력이 있는 영조물법인의 경우 그 법인이, 권리능력이 없는 영조물의 경우 영조물의 소유자가 감독조치의 상대방이 되는데, 영조물이 국가의 권한을 행사하는 경우 타당성 감독을 받고 영조물의 독립성의 정도는 기본권 주체성과 관계하기 때문에 감독권 설계에 있어 중요한 고려요소가 된다.[1035] 마지막으로 공법상 재단에 대한 감독은 원칙적으로 합법성 감독에 놓이게 되는데, 이는 법률이 정한 목적과 재단의 목적을 준수하기 위한 것으로서 주된 감독 수단은 유관기관에 대한 연례적 예산안의 제출을 통한 재정감독이다.[1036]

(2) 재정통제

재정통제는 독일에서 합법성 통제와 더불어 행정통제의 양대 축을 형성하는 것으로 평가되고 있다.[1037] 재정통제는 회계검사(Rechnungsprüfung) 제도를 통해 이루어지는데, 신조종모델에 의거하여 재정을 통한 조종방식이 유입됨에 따라 재정통제의 중요성이 더욱 증대되었다.[1038]

독일 「연방과 각 주의 예산법 원칙에 관한 법률」[1039]에 의하면, 회계검사

1033) Stephanie Schiedermair, Selbstkontrollen der Verwaltung, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013, § 48 S. 593-664 (Rn. 25) 참조.

1034) Ebd., Rn. 26 참조.

1035) Ebd., Rn. 27 참조.

1036) Ebd., Rn. 28 참조.

1037) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 234 참조.

1038) 신조종모델에 관한 내용은 본서 제3장 제2절 Ⅱ. 3. (88면 이하) 참조.

원(Rechnungshof)은 국가행정의 예산 및 재정운영 전반에 대한 감사권을 가지는데(제42조), 특별재산과 간접적 국가행정, 자치행정, 공기업 그리고 국가예산을 받는 기관이 포함되고(제43조), 국가행정이 직간접적으로 관여하는 사기업도 그 대상이 된다(제44조). 한편, 독일 「연방예산법」[1040]에 의하면, 회계검사원은 감사 결과에 기초하여 연방의회, 연방정부 등에 자문할 수 있는데(제88조 제2항), 이로써 자문기관으로서의 역할도 수행한다.

척도는 '경제성'(Wirtschaftlichkeit)과 '합법규성'(Ordnungsgemäßigkeit)이다. 합법규성에는 독일 기본법 제20조 제3항[1041]에 의거하여 '합법성'(Rechtmäßikeit)이 포함되고,[1042] 그밖에 회계적 정확성(Rechnungstechnische Ordnungsmäßigkeit) 등도 포함된다.[1043] 경제성 척도는 주어진 목적을 달성함에 있어 최소한으로 수단을 투입하는 것(극소화의 원칙, Minimalprinzip)과 주어진 수단을 가지고 최대한의 성과를 내는 것(극대화의 원칙, Maximalprinzip)을 의미한다. 다만, 극대화의 원칙에서 목적에 대한 평가가 이루어짐으로써 정치적 합리성이 개입되므로, 회계검사원이 이에 대한 전면적 검사를 하는 것은 허용되지 아니하는 것으로 이해되고 있다.[1044] 빌란트(Joachim Wieland)는 외부통제로서의 이러한 한계점을 근거로 회계검사원을 통한 외부통제와 더불어 행정내부에 콘트롤링의 방식의 재정통제 제도가 삽입될 필요가 있다고 제안한다.[1045]

1039) 「Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder」 (Haushaltsgrundsätzegesetz, HGrG)

1040) 「Bundeshaushaltsordnung」(BHO)

1041) 제20조 제3항은 "입법은 헌법질서에 구속되고, 집행권과 사법은 법률과 법에 구속된다."라고 규정하고 있다.

1042) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 235 참조.

1043) 이진수, 독일의 행정통제 척도에 관한 연구, 공법연구 제47집 제4호, 2019, 72-73면 참조.

1044) Eberhard Schmidt-Aßmann, a.a.O., S. 235 참조.

1045) Joachim Wieland, Neuere Entwicklungen im Bereich der öffentlichen Finanzkontrollen, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.),

슈미트-아스만은 회계검사원을 통한 통제의 성패는 '독립성'(Unabhängigkeit)과 '전문성'(Professionalität)에 달려있다고 말한다.[1046] 그는 전문성이 공개를 기초로 한 객관적이고 명확한 정보의 확보를 통해 달성될 수 있고, 이로써 부당한 정치적 압박으로부터 보호될 수 있다고 설명한다. 또한 독립성은 피통제자로부터의 거리를 견고하게 확보함으로써 담보되는데, 예컨대, 자문기관으로서의 활동은 독립성을 해하는 측면이 있다고 말한다. 무엇보다도 그는 회계검사원에 의한 통제와 재판통제를 대립적 구도로 설정하는 전통적 시각은 문제가 있다고 말한다.[1047] 왜냐하면 회계검사원이 판결에 드러난 행정실무의 개별적 문제점을 참조하여 전체적 시각에서 수용하여 행정실무를 통제한다면 상호보완의 관계로 승화될 수 있기 때문이라는 것이다.

(3) 공개에 의한 통제

독일은 전통적으로 행정 정보에 대한 시민의 접근을 구상함에 있어 법치에서 그 토대를 찾아 왔다.[1048] 즉, 실체법적인 주관적 권리와 결부시켜 시민의 주관적 공권을 실현하기 위한 절차법적 토대를 마련한다는 점에 방점을 두고 접근하였던 것이다. 이러한 측면에서 독일이 종래 행정이 보유하고 있는 정보를 직무상 비밀로 생각하고 공개되어서는 아니 된다는 소위 관청비밀주의를 강조하여 왔던 것을 이해할 수 있다.[1049]

Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 59-71 (70 f.) 참조.

1046) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 235 참조.

1047) Ebd., S. 236 참조.

1048) Christoph Gusy, Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 23 S. 235-320 (Rn. 81) 참조.

1049) 무분별한 정보공개 청구로 행정업무가 마비될 수 있는 점, 정보공개는 정보보호와 충돌하는 결과를 초래할 수 있는 점, 인터넷 등을 통한 다양한 방식으로

반면, 조종학적 관점은 정보공개의 토대로서 민주를 강조하면서 변화를 모색한다. 즉, 시민이 행정을 통제하고 민주적 정당화를 실현하기 위해 필요한 충분한 정보를 제공한다는 점에서 접근하는 것이다.[1050] 이러한 관점에서 접근하면 공개에 의한 통제는 한편으로, 행정통제를 위한 정보를 생산하고, 평가하며, 교환 그리고 가공하는 의사소통 내지 상호작용과정으로,[1051] 다른 한편으로, 공개에 의한 능동적인 참여에 대한 허용(aktive Beteiligten-öffentlichkeit)으로 이해될 수 있다.[1052] 슈미트-아스만은 공개에 의한 통제의 가능성을 포기할 수 없다고 말한다. 예컨대, 대규모 시설설치 허가의 행정절차를 위해 마련된 환경영향평가를 통해 공중이 행정청과 서로 의사소통하는 모습이 나타나고,[1053] 또한 행정의 공보제도(öffentliches Berichtswesen)로서 보조금 안내 등이 대표적이다. 공개를 통해 공론화가 달성될 수 있고, 의회에 의한 통제의 한계점을 보완할 수 있는데,[1054] 특히 공개는 통제의 개시를 위한 단초가 된다는 점에서도 의미를 찾을 수 있다.[1055] 행정의 투명성은 행정의 부정부패를 막을 수 있는 장치가 된다.[1056] 다만, 호프만-림은 로비의 통로로 이용되는 부작용이 발생할 수 있다고 말한다.[1057]

사실상 정보에 대한 접근이 보장되는 점 등이 정보공개에 대한 소극적 입장을 뒷받침하는 논거로 제시되어 왔다. 서정범, 정보공개법제에 관한 비교법적 연구 – 독일, 한국법제연구원, 2015, 19-23면 참조.

1050) Christoph Gusy, Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 23 S. 235-320 (Rn. 81) 참조.

1051) Helge Rossen-Stadtfeld, Kontrollfunktion der Öffentlichkeit: ihre Möglichkeiten und ihre (rechtlichen) Grenzen, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 117-203 (146) 참조.

1052) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg 2004, S. 236 참조.

1053) Ebd., S. 237 참조.

1054) Ebd., S. 237 참조.

1055) Ebd., S. 237 참조.

1056) Christoph Gusy, a.a.O., Rn. 91 참조.

독일에서는 정보공개에 관한 일반법인 「정보자유법」(Informationsfreiheits-gesetz, IFG)[1058]이 제정되어 2006. 1. 1.부터 시행되고 있다. 동법은 누구나 공법상의 행정임무를 수행하는 행정청에게 정보공개를 청구할 수 있다는 것을 일반적 원칙으로 삼고 있다(제1조). 즉, 정보공개를 청구함에 있어 법적 이해관계가 있을 것을 요구하지 않는 것이다.[1059] 또한 정보를 찾는 것을 용이하게 하기 위해 행정청이 보유하고 있는 정보의 목록을 작성하여 전자적 방식으로 접근할 수 있도록 하는 의무를 부과하고 있다(제11조). 한편, 동법은 정보공개를 거부할 수 있는 사유를 다양하게 규정하고 있다. 예컨대, 공적 관심사 내지 공공의 안녕의 보호 등과 같은 절대적 거부사유(제3조), 제3자의 개인정보 내지 영업비밀 보호 등과 같은 상대적 거부사유(제5조, 제6조) 등이 대표적이다. 구시(Christoph Gusy)는 독일에 있어 시민의 정보에 대한 권리보장이 법치적 관점에서 민주적 관점으로 넘어가는 과도기에 있다고 평가한다.[1060] 그는 동법이 전통적 관점보다 일면 진보한 측면은 있지만 정치적 타협의 결과로 한계가 있다고 비판하는데,[1061] 수많은 공개 거부사유와 형량을 필요로 하는 개념으로 인하여 법적 이해관계와 관계없이 정보공개를 청구할 수 있다는 정보자유의 원칙이 흔들리게 되었다는 것이다. 즉, 정보공개 청구인의 법적으로 보호받는 이익과 공적 내지 私的 관심사의 형량은 위 원칙을 주관적 공권의 부속물로 전락시켰다고 평가한다.

1057) Wolfgang Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001, S. 325-366 (353) 참조.

1058) 정식명칭은 「연방 정보에의 접근에 관한 법률」(Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes)이다. 한편, 우리나라의 경우 독일보다 앞서 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」이 제정되어 1998. 1. 1.부터 시행되고 있다.

1059) Christoph Gusy, Die Informationsbeziehungen zwischen Staat und Bürger, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012, § 23 S. 235-320 (Rn. 83) 참조.

1060) Ebd., Rn. 82 참조.

1061) Ebd., Rn. 89 참조.

VI. 소결

이상의 논의를 요약하면 다음과 같다.

첫째, 조종학적 관점은 민주적 정당성을 가진 행정에 대한 독자성과 자율성을 승인한다. 그 귀결로 행정통제는 자율성을 해하지 않는 범위로 제한되고, 자율통제를 중요하게 인식한다. 나아가 행정통제의 설계에 있어 형식적 거리를 강조하는 전통적 입장과 달리 기능적 관점에서 접근하고 있다. 예컨대, 행정과 법원의 관계, 법원과 회계검사원의 관계를 객관적 법질서를 형성한다는 시각에서 접근함으로써 대립 관계가 아닌 상호 조력하는 관계로 설정하고 있다.

둘째, 조종학적 관점은 행정통제의 척도로 타당성, 즉 무엇이 옳은가라는 관점을 추구함으로써 법적 관점뿐만이 아니라 비법적 관점을 수용하고 있다. 나아가 개별적 · 형식적 통제보다 조직 내지 의사결정 구조에 대한 통제를 강조하면서 충분한 통제수준을 설정하고자 한다. 다만, 행정통제에 있어 최대한 부담이 적고 완화된 통제요소의 조합을 통해 효율적이고 효과적인 통제를 실현하고자 한다.

셋째, 조종학적 관점은 전통적 재판통제를 여전히 중요하게 인식한다. 다만, 재판통제의 한계를 보완하고 충분한 통제수준을 설정하기 위해 행정통제의 방식을 다각화하고자 한다. 자율통제는 동기를 부여하고 창의성을 향상시키며 정밀한 통제가 가능하다는 장점이 있고, 민주적 정당성 확보에도 기여한다는 점에서 조종학적 관점은 자율통제에 관심을 가진다. 나아가 신조종모델을 통해 재정통제가 강조되고, 공개를 통해 행정의 의사결정 과정에 국민이 적극적으로 참여함으로써 민주적 의사형성을 고양시킬 수 있다는 점에서 공개에 의한 행정통제도 주목하고 있다.

제5장 평가 및 시사점

제1절 평가

이상에서 조종학적 방법론 논의를 통해 조종학파가 추구하는 기본관념과 방법론 그리고 그것을 토대로 한 행정조직법, 행정절차법 및 행정통제법 분야에서의 발현형태를 살펴보았다. 이러한 연구 경향은 독일 내에서 유력한 견해로 부상하고 있다. 하지만 비판적 견해도 상당하고, 오늘날까지 여전히 법학적 방법론을 지지하는 입장이 지배적임은 분명하다. 이하에서는 우리나라 행정법에 있어 시사점을 얻기 위하여 독일과 우리나라에서의 조종학적 방법론 논의에 관한 평가를 고찰하고, 종합적으로 평가해 보기로 한다.

I. 독일의 논의

독일의 지배적 견해는 사회과학 분야에 연원을 둔 이질적인 조종개념이 행정법에 이식됨으로써 다양한 부작용이 발생할 수 있다고 비판한다. 무엇보다 규범학으로서의 정체성 상실, 개인의 자유와 재산권 보장의 흠결에 대한 우려를 강조한다. 이러한 비판은 조종학적 방법론 논의가 전제하는 기본관념, 방법론 그리고 구체적 발현형태의 측면에서 다각적으로 나타나는데, 경청할 필요가 있다. 또한 조종학적 관점이 독일 내에서 행정법 연구영역의 확대에 기여하였다는 점에 대하여는 승인되고 있는 것으로 보인다. 하지만 과연 그 기여가 전통적 관점과 질적으로 구별되는 완전히 새로운 것인지에 대하여는 검토가 필요하다. 이러한 문제의식에 기초하여 이하에서 독일 내에서의 논의를 살펴보도록 한다.

1. 비판 및 한계

(1) 기본관념

1) 조종개념이 내포하는 행정권 강화의 시각

조종개념은 행정의 행위에 초점을 맞추고 규범에 의거하여 어떠한 결과를 산출하고자 한다.[1062] 이러한 시각은 행정을 조종주체로 승인하고 시민을 조종의 객체로 인식시킴으로써 조종에 대한 수권의 뉘앙스가 강하게 내재되어 있다는 것이다. 즉, 행정에 대한 수권을 강조하고 적절한 통제가 되지 아니함으로써 시민을 경찰국가 시대의 臣民의 지위로 회귀시킨다고 비판한다. 부연하면, 조종개념이 治者와 被治者의 프레임을 설정하여 시민을 조종객체로 당연시함으로써 시민의 자유와 재산권의 보호가 약화될 수 있는 우려를 지적하는 것이다.

예들 들어, 조종개념은 자유권을 제한하는 뉘앙스를 가지면서, 행정이 조종주체로서 시민을 조종객체로 여기고, 시민에 대한 지배를 마치 당연히 승인하는 것처럼 인식하게 할 수 있다는 견해[1063], 조종학적 관점이 전체론적 시각으로 접근하면서 행정법을 수단으로 행정목적을 강조하면서 시민을 조종대상으로 인식하게 할 위험성을 가지고 있다는 견해[1064], 조종수단을 통한 최적화된 효율의 관점에서 행정목적의 극대화를 추구함으로써 개인의 자유영역에 대한 존중은 후순위로 될 수 있다는 견해[1065] 등이 주장되고 있다.

1062) 자세한 내용은 본서 제2장 제1절 Ⅰ. 2. (41면 이하) 참조.

1063) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Lepsius, S. 350 참조.

1064) Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009, S. 183; Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtwissenschaft, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (75) 참조.

1065) Stephan Rixen, TAKING GOVERNANCE SERIOUSLY: Metamorphosen des Allgemeinen Verwaltungsrechts im Spiegel des Sozialrechts der Arbeitsmarkt-

하지만 21세기 행정환경의 변화 속에서 국가의 규제 없이 개인의 자유와 권리에 대한 실질적 보장이 어려워지고 있다.[1066] 이러한 측면에서 보장국가 이념은 법이 국가 개입으로부터의 수호기능뿐만 아니라 국가를 통한 기본권의 실현기능을 수행하는 것으로 상정하는 것을 이해할 수 있다.[1067] 그럼에도 조종개념에 내재된 피통치자의 뉘앙스를 통해 국가의 우월성이 자연스럽게 승인되고 시민의 지위가 격하될 수 있음은 경계할 필요가 있다. 또한 조종개념을 분석적 개념에서 더 나아가 법적 개념으로 수용할 필요가 있는지에 대하여는 의문이 있다.

다만, 조종학적 관점은 조종개념을 통해 행위주체로서 행정을 인식하고 행정법의 행위규범성을 자각하게 하였다. 행정임무의 효과적 실현을 위한 조종원천으로서 행정절차, 행정조직 그리고 행정통제를 강조하면서 행정법의 객관법적 측면을 인식하게 하였다.[1068] 또한 효율성 등 행정의 가치에 대한 연구와 인접학문에서의 경험적 연구결과의 참조를 통해 행정법 연구를 종합과학으로 인식하게 하는 토대를 마련하였다. 무엇보다 협력적 법, 규제된 자율규제 등 논의를 통해 자유주의 행정법에서 공동체의 조화로운 삶을 위한 행정법으로 발전시키고자 하였다.[1069] 이러한 노력은 유의미한 것으로 평가된다.

2) 법치국가 이념에 대한 위협

조종학적 관점은 행정활동의 적실성을 추구하면서 결과를 중요하게 고려하고 행정목적을 강조한다.[1070] 전통적 관점은 이러한 고려를 통해 역사적

---

regulierung, DV 42, 2009, S. 309-338 (334) 참조.

1066) Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtwissenschaft, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (75) 참조.

1067) Wolfgang Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Der Gewährleistungsstaat, Baden-Baden 2005, S. 89-108 (92-95) 참조.

1068) 자세한 내용은 본서 제3장 제2절 (81면 이하) 참조.

1069) Michael Fehling, a.a.O., S. 76 참조.

경험을 토대로 쟁취하고 확립한 법치국가 이념에 대한 중대한 위협이 야기될 수 있다고 비판한다.

예들 들어, 조종학적 관점이 법외적 요소를 고려함으로써 행정의 법률구속에 대한 위험을 야기한다는 견해[1071], 행정활동의 적실성을 측정하는 효율성과 결과의 질이라는 척도에 대한 충분하고 구체적인 해명이 이루어지지 않고 있다는 견해[1072], 법질서가 행정활동을 합리화하는 기능을 상실하게 만들고, 인접학문이 행정결정을 합리화하는 데 결정적으로 기여하게 된다는 견해[1073], 가치로서 행정목적과 경험과 현실에 대한 고려는 행정법이 현실에 대한 비판기능을 유지할 수 있는 거리를 상실하게 하여 정치화를 야기한다는 견해[1074] 등이 주장되고 있다.

이에 대하여 조종학파는 전통적인 법학적 방법을 포기하는 것은 아니라고 해명한다. 법률을 통해 행정활동의 틀을 마련하고, 법적 통제가 미치지 않는 곳에서 법외적 인식에 대한 고려를 통해 행정활동을 합리화하는 방식으로 법학적 방법을 보충하겠다는 것이다. 예를 들어, 재량고려사항 및 목적론적 해석을 통해 실무적 기여를 할 수 있고, 정보제공을 담보함으로써 더 나은 결정과 법형성에 또한 기여할 수 있다는 것이다.[1075]

1070) 자세한 내용은 본서 제2장 제3절 (69면 이하) 참조.

1071) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Stark, S. 334 f. 참조.

1072) Bernd Grzeszick, Anspruch, Leistungen und Grenzen steuerungswissenschaftlicher Ansätze für das geltende Recht, DV 42, 2009, S. 105-120 (115-117) 참조.

1073) Shu-Perng Hwang, Richtigkeit als Rechtsbegriff?: Eine Überlegung zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts aus rechtsmethodologischer Perspektive, VerwArch 101, 2010, S. 180-204 (195-197); Hans Peter Bull, Die Krise der Verwaltungstheorie: Vom New Public Management zum Governance-Ansatz-und wie weiter?, VerwArch 101, 2010, S. 1-30 (18-20) 참조.

1074) Klaus Ferdinand Gärditz, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“, DV Beiheft 12, 2017, S. 105-144 (119) 참조.

1075) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Eifert,

하지만 앞서 본 바와 같은 우려를 완전히 떨쳐버리기 어렵다. 법치국가 이념에 대한 우려는 충분히 경청할 가치가 있다. 인접학문의 개념이 부지불식간에 스며들게 됨으로써 법적 통제의 형식화를 야기할 수 있기 때문이다. 이를 방지하기 위해서는 인접학문에서의 연구결과를 그대로 수용하는 것이 아니라 행정현실에 대한 정확한 이해를 바탕으로 법률과 헌법적 가치를 실현하는 방향으로 법개념화를 위한 노력이 필요할 것으로 생각된다.

3) 협력적 행정의 부작용

조종학파는 참여와 협력을 행정법 체계 형성을 위한 중요한 요소로 받아들이고 있다.[1076] 21세기에 이르러 전통적 모델인 정당성 고리를 통한 민주적 정당화 방식에 대한 보완이 필요하게 되었고, 정보화로 인해 시민이 정책결정 과정에 참여할 수 있는 기회가 늘어났으며, 정보 유통과 처리가 용이해짐으로써 직접적 민주주의의 요청도 강화되고 있다. 다만, 조종학적 관점이 국가와 시민을 완전히 대등한 관계로 설정하는 것은 아니다. 예컨대, 슈미트-아스만(Eberhard Schmidt-Aßmann)은 독일 기본법[1077]이 국가와 시민의 관계를 대등하게 설정하고 있지 않다는 점에서 근거를 찾는다.[1078] 즉, 진정한 의미의 협력은 국가와 시민이 대등한 지위에 있음을 전제로 하는데, 규범적으로 국가와 시민은 완전히 대등한 관계로 설정될 수 없다는 것이다.

나아가 협력적 행정에 대하여는 동시에 다양한 부작용의 우려가 있다.[1079]

S. 356 ff. 참조.

1076) 자세한 내용은 본서 제2장 제2절 Ⅱ. (61면 이하) 참조.

1077) 제1조 제1항은 “인간의 존엄은 불가침이다. 그를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 임무이다.”라고 규정하고, 제3항은 “이하의 기본권은 직접적 효력을 갖는 권리로서 입법 · 집행 및 사법을 구속한다.”라고 규정하며, 제20조 제2항은 “모든 국가권력은 국민으로부터 나온다. 그것은 국민에 의해 선거와 투표를 통해 행사되고, 입법 · 행정 및 사법의 특별기관에 의해 행사된다.”라고 규정하고 있다.

1078) Eberhard Schmidt-Aßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl., 1989, S. 533-541 (538 f.) 참조.

대표적인 우려는 다음과 같다. 첫째, 합의적 해결이 행정결정의 수용성이 높을 수 있지만, 국가가 행정결정에 대한 최종적 책임을 자의적으로 처분하여 법치국가 이념이 사실상 잠식될 우려가 있다. 둘째, 행정절차법이 협상에 적합한 구조가 아니고, 비공식적 행정활동은 법률이 예정하고 있는 조치의 효력을 불신하게 함으로써 입법을 통한 문제해결 노력을 저해할 수 있다. 셋째, 다극적 이해관계가 공개된 국회에서 투명하게 논의되는 것이 아니라 폐쇄된 행정 속에서 이루어지게 됨으로써 밀실행정과 부패의 위험이 증가할 수 있다. 넷째, 私的으로 처분할 수 없는 공익도 존재하는 것을 고려하면 협상을 통한 문제해결이 항상 타당한 것은 아니다. 마지막으로, 독일 기본법 제19조 제4항이 권리보호보장을 명시하고 있음에도 협력적 행정활동은 정식의 권리구제 수단을 포기하게 만들 수 있고, 제3의 관계자와 관련하여 문제가 발생할 경우 더 복잡한 문제가 생길 수 있다는 것이다.

(2) 방법론

조종학적 관점은 규범과학을 토대로 개방적이고 다원적인 연구방법을 도입함으로써 종합과학으로 관점을 확대하였다. 하지만 방법론에 있어 이러한 융합적 성격으로 또한 전통적 관점으로부터 비판을 받고 있다.

1) 당위 · 존재 문제의 혼화에 의한 학문적 정체성 상실의 우려

조종학적 관점은 행정학을 매개로 인접학문의 연구결과를 참조하고 인접학문과 대화하고자 한다.[1080] 이로 인해 당위와 존재 문제의 구별을 소홀히 함으로써 행정법학의 정체성을 상실시킬 우려가 있다는 비판이 있다. 예를 들어, 인접학문의 연구결과에 대한 참조는 규범학으로서 법학적 관점에 허용

1079) Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016, S. 282-286 참조.

1080) 자세한 내용은 본서 제3장 제3절 Ⅰ. (90면 이하) 참조.

되지 아니하는 정치적 관점의 유입을 야기할 수 있다는 견해[1081]가 대표적이다. 다만, 조종, 거버넌스와 같은 키워드가 규범학에 있어 친숙하지 아니한 점에서 기인하는 측면도 있을 수 있다.[1082] 이러한 비판은 법치국가 이념에 대한 위협이라는 문제점을 규범학으로서의 학문적 정체성의 측면에서 접근한 것이다.

하지만 법은 인간생활에 있어 실제의 모습으로 나타나고 사회현실의 구성부분이므로, 사회에서 발생하는 문제를 적절하게 해결하기 위해서는 정확한 현실인식이 필요하고,[1083] 오히려 당위와 존재를 엄격히 나누는 것은 생산적이 못하다. 또한 당위와 존재의 준별은 법적용에 있어 정치적이지 않고 가치로부터 자유로운 법구체화가 가능하다는 허상에 불과하고, 모든 결정에는 선택지와 개방성이 내재되어 있다는 점을 간과하는 것일 수 있다.[1084]

이러한 측면에서 조종학적 관점은 정확한 현실인식을 위해 경험과학을 강조하고, 법형성과 법정책에 대한 기여를 통해 가치과학으로 거듭남으로써 궁극적으로 행정법학을 종합과학으로 파악하는 것으로 평가된다.[1085] 다만, 법형성과 법정책에 대한 연구 요청은 마땅히 법학의 연구영역이므로,[1086] 조종학적 관점이 이를 강조하는 것은 독일의 전통적 관점에 대한 반성으로 이해된다. 나아가 조종학적 관점이 학제적 연구에 있어 법학적 방법을 포기하는 것은 아니다. 무엇보다 강조하는 것은 비법학적 요소가 여과 없이 법적 판단에 무의식적으로 흘러들어가는 것을 막아야 한다는 것이다.

1081) Stefan Haack, Läuterung der Verwaltungsrechtstheorie: Aufgaben und Methoden der Wissenschaft vom Recht der Verwaltung, RW 4, 2013, S. 418-447 (423 ff.) 참조.

1082) Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtwissenschaft, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (77) 참조.

1083) Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 73-130 (80) 참조.

1084) Michael Fehling, a.a.O., S. 78 참조.

1085) 자세한 내용은 본서 제2장 제3절 (69면 이하) 참조.

1086) Michael Fehling, a.a.O., S. 79 참조.

2) 학제적 연구를 매개하는 개념의 법적 성격과 내용에 관한 의구심

조종학적 관점은 인접학문과의 대화를 위한 공통의 관심사로서 연결개념과 일종의 이상형의 제시를 통해 사고의 프레임을 설정하는 정책적 수단으로서 모델을 학제적 연구의 매개체로 사용한다.[1087] 이는 전통적 관념을 변화된 현실 속에서 다시 성찰하여 개선하고, 문제해결의 방향성과 틀을 제시하기 위한 것이라 할 수 있다. 다만, 이러한 개념 사용에 대하여 조종학파 스스로도 법개념으로서 한계를 시인하고 있다. 예를 들어, 슈미트-아스만은 연결개념 속에 법규적 · 비법규적 성격이 혼재되어 있다는 점을 인정하면서, 그 대책으로 개별영역에 있어서의 법개념에 인접학문의 연구결과를 구속시키는 작업을 통해 비규범적 언명이 스며드는 부작용을 보완하고자 한다.[1088]

전통적 관점은 무엇보다 연결개념과 모델의 법적 성격, 실질적 내용에 대하여 비판적 태도를 보이고 있다. 예를 들어, 연결개념이 실질적인 내용이 없는 '빈껍데기 말'(Worthülse)에 불과하다는 견해[1089], 모델은 행정임무를 묘사한 것으로 법적 개념 내지 산물임에도 법 이전에 존재하는 구조 내지 국가 개념으로부터 도출되는 것처럼 과도하게 이념적으로 접근하고 있다는 견해[1090], 이들 개념이 법규적 성격과 비법규적 성격이 혼재되어 있기에 법학적 개념으로 보기 어렵다는 견해[1091] 등이 주장되고 있다.

하지만 오늘날 행정현실 속에서 이들 개념이 통용되고 있음은 분명하다. 예들 들어, 모델은 독일 연방정부의 개혁을 위한 정책수단으로 빈번히 이용되어 왔다. 조종학적 관점은 그에 대한 법적 가공을 위해 노력하는 것으로

1087) 자세한 내용은 본서 제3장 제3절 Ⅰ. 3. (93면 이하) 참조.

1088) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S 1-63 (24 f.) 참조.

1089) Hubert Treiber, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft: eine Revolution auf dem Papier?, KJ 41, 2008, S. 48-70 (69) 참조.

1090) Klaus Ferdinand Gärditz, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft", DV Beiheft 12, 2017, S. 105-144 (129-131) 참조.

1091) Christoph Möllers, Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch 93, 2002, S. 22-61 (46) 참조.

이해된다. 예들 들어, 붐케(Christian Bumke)는 이들 개념이 행정현실을 분석하는 기능을 가지고, 함축적 의미를 통해 지향점을 제시하며, 법적 단초와 비법적인 단초의 결합을 통해 전체를 아우르는 인식을 가능하게 한다고 말한다.[1092] 다만, 행정법학은 이러한 개념 속에서 헌법가치를 실현하고 규범목적이 제대로 발현될 수 있게 하는 역할을 수행해야 한다. 즉, 행정법이 이러한 개념으로 말미암아 정부 정책과 행정목적의 대변인으로 전락하고, 규범의 가치가 몰각되는 방향으로 나아가서는 아니 될 것이다.

3) 학제적 연구에 있어 구체적 성과와 방법론의 결여

학제적 연구의 필요성은 일반적으로 승인되고 있다. 조종학적 관점 또한 특히 현실분석과 결과환류를 위해 학제적 연구를 강조하고 있다.[1093] 인접학문의 개념과 이론의 수용은 법비교의 작업에 비견된다.[1094] 숙고의 과정이 법이식(法移植)의 과정과 유사하기 때문이다. 하지만 인접학문의 연구결과 중 무엇을, 어떻게, 어느 정도로 수용할지에 관하여는 견해가 일치되어 있지 아니하고, 비판적 견해가 존재한다.

우선 조종학적 관점이 재판실무상 법적용과 권리구제의 관점을 소홀히 하고 있다는 비판이 있다. 예를 들어, 학제적 연구를 통해 입법에 대한 기여에 관심이 있을 뿐 실무에 적용될 수 있는 도그마틱과 재판을 통한 권리구제의 관점을 소홀히 하고 있다는 견해[1095]가 대표적이다. 조종학적 방법론 논의가 아직 실무에 직접적으로 기여하는 바는 많지 아니하다. 예를 들어, 법원의

1092) Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 73-130 (127) 참조.

1093) 자세한 내용은 본서 제3장 제4절 (101면 이하) 참조.

1094) Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtwissenschaft, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (82) 참조.

1095) Wolfgang Durner, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in Verwaltung und Wirtschaft, DV 48, 2015, S. 203-231 (213); Klaus Ferdinand Gärditz, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“, DV Beiheft 12, 2017, S. 105-144 (126 ff.) 참조.

판결에서 조종학적 방법론 논의에 있어서의 주요 개념과 기초문헌이 일부 참조되고 있지만[1096] 구체적 도그마틱에 대한 기여는 아직 두드러지지 않고 있다. 다만, 기초이론이 주석서를 통해 실무에 투입되기 전까지 비교적 오랜 기간의 숙고를 필요로 하는 점, 실무에 대하여는 기초이론을 통한 관점 전환보다는 개별 특별행정법에 대한 해설을 통한 기여가 클 수 있는 점 또한 고려될 필요는 있다.[1097]

한편, 학제적 연구의 현실적 한계를 비판하는 견해가 있다. 예를 들어, 법적 규율이 제대로 성과를 내고 있는지를 확인할 수 있는 실증적 연구가 결여되어 있음에도 외견상 정보가 제공되어 있는 것으로 오인될 위험이 있다는 견해[1098]가 대표적이다. 다만, 조종학파도 학제적 연구의 현실적 한계는 인정하고 있다. 즉, 현실적인 한계로 인하여 법학에서 필요로 하는 법실제연구의 수가 절대적으로 부족하다는 것이다.[1099] 특히 핵심적인 문제는 인접학문의 연구결과를 어떻게 선별하고 규범적으로 체계화할 것인지라 할 수 있다.[1100] 그럼에도 조종학적 관점이 인접학문의 개념, 이론 등에 관한 연구결과를 선별하고 가공하기 위한 구체적 방법을 제시하지 못하고 있다는 비판이 있다. 예들 들어, 전체적인 안목이 결여된 상태에서 인접학문의 연구결과

1096) 2017. 2. 15.자 Juris 리서치에 의하면, 행정법원 판결에서 '신행정법학'의 검색결과는 나타나지 아니하지만, 보장책임 122회, 규제된 자기규제 13회, 조종 2942회 언급된 것으로 나타난다. 신행정법학에 관한 기초 문헌인 Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. Ⅰ, München 2012, Bd. Ⅱ, München 2012, Bd. Ⅲ, München 2013은 행정법원에서 57회, 사회법원에서 10회, 재정법원에서 2회, 헌법재판소에서 14회에 걸쳐 판결에 인용된 것으로 타나난다.

1097) Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtwissenschaft, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (80) 참조.

1098) Stephan Rixen, TAKING GOVERNANCE SERIOUSLY, DV 42, 2009, S. 309-338 (312) 참조.

1099) 자세한 내용은 본서 제3장 제4절 Ⅰ. (101면 이하) 참조.

1100) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Engel, S. 351 참조.

를 부분적이고 우발적인 선별을 통하여 참조하고 있고, 실증적 연구에 기초한 이론과 규범이 조화되지 아니할 수 있으며, 인접학문 내부에서도 이론이 서로 상이하거나 충돌이 있을 수 있다는 견해[1101]가 대표적이다.

생각건대, 집단지성의 축적을 통해 해결될 수밖에 없을 것이다. 즉, 행정법 연구자가 개별 연구를 통해 경험을 축적함으로써 일정한 기준이 설정되고, 점차 배후에 대한 탐구가 불필요하게 되며, 인접학문의 연구결과를 참조함으로써 재검증하는 방식이다.[1102] 인접학문의 연구결과를 선별하고 가공하기 위한 일반적 기준은 제시되고 있다. 예들 들어, 연구방법이 투명 · 공정하고 각각의 이론 또는 개념이전에 논증이 필요하며 적용영역이 명확하게 제시되어야 하고 보호메커니즘[1103]이 설계되어야 한다는 것을 내용으로 하는 교류규칙이 대표적이다.[1104] 하지만 법의 대상이 되는 생활영역이 포괄적인 점을 고려하면 이러한 일반적 기준만으로 학제적 연구에 있어 발생하는 문제를 모두 해결할 수는 없을 것이다.[1105]

(3) 구체적 영역

1) 법과잉 및 실무에 대한 기여 결여

조종학적 관점은 행위주체인 행정에서 출발한다. 행정활동에 있어 적법 · 위법이라는 합법성 척도에서 더 나아가 타당성 척도를 관심사로 둔다.[1106] 행정에게 선택지를 부여하지만 동시에 법률 해석과 재량권 행사 등과 관련

1101) Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtwissenschaft, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (84) 참조.

1102) Ebd., S. 84 f. 참조.

1103) 외부적 지식도입으로 인하여 복잡성이 커져 오히려 비생산적으로 될 경우 인접학문의 인식 도입을 부분적으로 폐쇄하는 것을 허용하는 것이다.

1104) Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl., München 2012, §1 S 1-63 (35 f.) 참조.

1105) Michael Fehling, a.a.O., S. 85 참조.

1106) 자세한 내용은 본서 제1장 제4절 Ⅲ. (37면) 참조.

된 '법화'(Verrechtlichung)[1107]를 강화하는 모습이다.[1108] 예를 들어, 행정통제의 강도를 약화시킴과 동시에 행정에게 내부규율의 정립 내지 컨셉의무를 부과하는 방식이다.[1109] 또한 행정조직의 설계에 있어 정보관리와 조직학습, 계약관리에 관심을 가지고,[1110] 행정절차와 관련하여 절차유형을 세분화하며,[1111] 행정통제에 있어서도 자율통제, 재정통제 등으로 다각화하는 모습인데,[1112] 그 발현형태는 적어도 행정의 내부규정 등으로 구체화될 것임이 분명하다. 이러한 상반적인 모습에 대하여, 내부규정은 최소한 내부적으로 법적 구속력을 가지고 감사와 징계의 대상이 될 수 있으므로 법과잉이라는 비판이 있다.[1113] 이러한 문제는 일률적으로 해결될 수 있는 문제로 보이지 않는다. 다만, 행정실무와 재판례 등의 축적을 통해 규율 강도를 정해 나가야 하고, 행정 내부의 기준도 법학적 관심과 고려가 필요하다는 점을 시사한다.

한편, 조종학적 관점이 정치를 통한 법정립, 즉 입법에 기여할 뿐 실정법 적용에 있어 기여하지 못한다는 비판이 있다.[1114] 조종학적 관점이 법적용에 있어 주석서 등을 통해 구체적인 해결책을 제공하지 못하고 있는 점은 독일 내에서 승인되고 있다.[1115] 또한 재량고려 및 목적론적 해석 등을 통해 실무

1107) 자세한 내용은 본서 제2장 제3절 Ⅱ. 2. 및 제4장 제2절 Ⅳ. (71, 154면 이하) 참조.

1108) Michael Fehling, Die neue Verwaltungsrechtwissenschaft, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103 (72 f.) 참조.

1109) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Meyer, S. 354 f. 참조.

1110) 자세한 내용은 본서 제4장 제1절 Ⅳ. (126면 이하) 참조.

1111) 자세한 내용은 본서 제4장 제2절 Ⅴ. 2. (157면 이하) 참조.

1112) 자세한 내용은 본서 제4장 제3절 Ⅴ. 2. (187면 이하) 참조.

1113) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Starck, S. 334 참조.

1114) Stephan Rixen, TAKING GOVERNANCE SERIOUSLY, DV 42, 2009, S. 309-338 (316) 참조.

1115) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Kahl,

적으로 기여한다는 것은 조종학적 관점의 기여만으로 단정할 수 없기 때문이다. 다만, 조종개념을 통한 문제해명적 기능에 의거하여 행정현상에 대한 분석틀을 제공하고 문제해결을 위한 실마리를 제공하는 측면이 있음은 분명하다.[1116]

2) 행정과정에 대한 통제의 한계와 비현실성

조종학적 관점은 행정절차, 행정조직 그리고 예산 및 재정을 중요한 조종원천으로 인식한다.[1117] 이는 실체법적 통제의 한계를 극복하기 위해 행정결정이 내려지는 구조를 통해 간접적으로 통제하는 방식이다. 그러나 행정과정은 통제할 수 있지만 행정이 내린 궁극적 행정결정, 즉 결과를 통제하지 못한다는 관념은 비현실적이라는 비판이 있다.[1118] 부연하면 자유와 권리를 보장하기 위해서는 결과로서 행정결정에 대한 통제가 필수적이라는 것이다. 실무상 행정절차 속에 다양한 이해관계가 표출되고 정치적 압력이 상존하기 때문에, 행정결정의 타당성을 완전히 담보하기 어렵기 때문이다. 요컨대, 행정절차법적 위법이 없더라도 행정결정이 현저히 부당한 경우가 있다는 의미로 이해될 수 있다. 이러한 견해는 경청할 필요가 있다. 왜냐하면 협력적 행정에서 발생할 수 있는 부패의 위험을 통제하기 위해서는 결과에 대한 통제장치는 필수적이기 때문이다.[1119] 따라서 행정과정을 통한 통제의 중요성이 커지고 있지만, 종국적 행정결정에 대한 결과통제 그리고 재판통제 또한 여전히 중요하다.

---

w., S. 335 f. 참조.

1116) 박재윤, 독일 공법상 국가임무론과 보장국가론, 2018, 231면 참조.

1117) 자세한 내용은 본서 제3장 제2절 Ⅱ. (85면 이하) 참조.

1118) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Waechter, S. 347 참조.

1119) 박정훈, 행정법의 구조변화로서의 참여와 협력, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 276면 참조.

3) 거버넌스 개념의 법질서와의 부조화

슈페르트(Gunnar Folke Schuppert)는 규율구조를 연구하는 거버넌스 개념을 강조한다.[1120] 하지만 거버넌스 개념은 법질서와 조화를 이루기가 어려워 행정조직법으로 그대로 수용될 수 없다는 비판이 상당하다. 우선, 공법적 지배력을 부인한다는 점이다. 따라서 공익의 실현이 어렵고,[1121] 극단적으로 국가의 고권적인 개입 그 자체를 부정하게 된다. 즉, 무정부상태를 추구하는 것이다.[1122] 둘째, 형식성을 결여하고 있다는 점이다. 거버넌스는 조직형식의 경계를 뛰어넘는 관계를 포착하는데, 탄력적인 대응이 가능한 반면, 형식을 통하여 행정을 규율하고 법치를 확립하고자 하는 전통적 행정조직법 관념에 적합하지 아니하다는 것이다.[1123] 셋째, 개별화에 한계가 있다는 점이다. 거버넌스는 연결망 구조를 통해 전체의 관계를 조망할 수 있지만, 개별화하지 아니하여 귀속관계가 분명하지 않다. 이로써 행정결정의 안정성과 자유권 보장의 기초가 흔들리게 된다.[1124] 즉, 거버넌스는 법규범적 귀속판단을 하지 않는 것이다.[1125] 특히 행정학 내부에서도 거버넌스는 계층제적 통제를 통한 책임성 확보가 어렵고, 자발적 협력과 신뢰를 전제로 하기 때문에 지나치게 낙관적이고 비현실적이라는 비판은 계속하여 지적되고 있다.[1126]

1120) 자세한 내용은 본서 제4장 제1절 Ⅰ. 1. (2) (113면 이하) 참조.

1121) Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009, S. 209-211 참조.

1122) Jan Philipp Schaefer, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016, S. 289 참조. 이에 대하여 고권적 조종수단에만 의존하는 것은 그동안 승인되어 온 국가가 공임무 수행시 가장 적합한 형식을 선택할 수 있다는 '형식선택의 자유'를 부정하는 것이라는 비판적 견해로 정호경/황지혜, 국가핵심기반 정비에 대한 민간 참여에 관한 연구 - 네트워크 이론과 민관협력의 관점을 중심으로, 행정법연구 제61호, 2020, 10면.

1123) Klaus Ferdinand Gärditz, a.a.O., S. 211-214 참조.

1124) Ebd., S. 214-216 참조.

1125) Eberhard Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013, S. 147 참조.

1126) 이명석, 거버넌스 신드롬, 2017, 39면 참조.

2. 새로움에 대한 검토

‘신’(Neu)행정법학이 과연 새로운 것인가? 조종학파는 조종학적 관점을 통해 전통적 행정법학과는 학문적 내지 이론적으로 구별되는 역사적 전환을 맞이하였다고 자평하면서 신행정법학을 표방하고 있다. 따라서 전통적 행정법학의 방법론에 비추어 얼마나 새로운 기여를 하고 있는지를 살펴볼 필요가 있다. 하지만 조종학파의 연구방법이 전통적 행정법학의 방법에 비추어 완전히 새롭다고 평가될 수 있는지에 관하여 독일 내에서도 의견이 합치되지 않고 있다. 새로움은 조종학적 관점이 전통적 행정법학의 질적 변화에 실질적으로 기여하였는지 여부를 기준으로 판단해야 할 것이나, 아래와 같은 점을 고려하면 전통적 관점의 개혁이라기보다는 전통적 관점의 확장으로 봄이 타당하다.

먼저 차용개념인 조종개념의 법개념으로서의 성과에 관하여 살펴보자. 사회학에 있어 조종개념은 경험적 개념으로서 ‘결과의 실현’(Bewirken von Wirkungen)으로 정의된다.[1127] 이를 통해 인접학문에서의 경험적 연구결과에 대한 참조의 길이 열리는 것이다. 하지만 좀 더 구체적으로 고찰하면 그 성과는 크지 않다는 것이 확인된다. 법실제연구는 경험적 연구의 부족 등의 구조적 한계를 드러내고 있고, 인접학문의 연구결과를 통해 규범학으로서 행정법학의 관심사에 대한 실질적 대답을 얻지 못하는 경우가 빈번하다. 오히려 행정실무를 직접적으로 참조하는 것이 더 유용하다는 견해도 있다.[1128] 한편, 규범학에 있어 조종개념은 규범적으로 ‘어떠한 결과를 산출하는 것’(etwas zur Folge haben sollen)으로 정의된다. 이에 대하여 본질적으로 종래의 합목적성 개념과 다른 점이 무엇인가라는 비판이 있다.[1129] 예를 들어, 조종학적

1127) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Waechter, S. 345 참조.

1128) Ebd., S. 345 f. 참조.

1129) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und

관점은 법적 조종개념에 의거하여 타당한 행정결정에 기여하고자 하지만, 타당성의 지표로서 적실성, 효율성 등의 개념이 전통적 개념인 합목적성으로 충분히 설명되어 왔다는 것이다.

둘째, 조종학적 관점은 행위주체로서 행정에 대한 행정법의 행위규범성을 강조하면서 정책적 기여를 하고자 한다. 하지만 행정법이 재판규범과 행위규범으로서 양면성을 가진다는 것은 전통적으로 승인되어 왔고, 법과 정책의 경우 정도의 차이만이 있을 뿐 전통적 행정법학이 이를 완전히 배제하여 왔다고 볼 수 없다는 견해[1130]가 있다. 예컨대, 역사적으로 보더라도 포르스트호프는 행정이 공익 실현을 위한 가장 적합한 존재임을 승인하고 행정에게 자율성과 형성의 여지를 부여한 바 있다.[1131] 요컨대, 이러한 측면에서도 조종학적 관점이 전통적 관점과 완전히 새롭다고 보기 어렵다.

셋째, 조종학적 관점은 행정이 타당한 결정을 내리는 것에 기여한다고 주장한다. 타당성의 척도로 합법성, 최적성, 수용성 그리고 실현가능성을 제시하면서, 합법성에 의거한 법적 척도를 보충함으로써 '결정의 도출'(Herstellung der Entscheidung) 내지 '결정발견'(Entscheidungsfindung)을 관심사로 둔다고 말하는 것이다.[1132] 하지만 이젠제(Isensee)는 전통적 방법론 또한 합법성과 합목적성을 구분하면서 합목적성도 또한 연구하여 왔으므로, 조종학파의 주장은 타당하지 않다고 비판한다. 즉, 전통적 관점은 재판통제를 통해 합법성을 확보하였고, 합목적성을 담보하기 위해 행정의 내부통제, 공개 그리고 회계통제를 하여 왔으며, 공공복리와 복무선서 등 행정의 행위규범도 연구하여 왔으므로, 조종개념을 굳이 차용할 필요가 없고, 오히려 전통적 국가학적 방

---

steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Waechter, S. 346 참조.

1130) Klaus Ferdinand Gärditz, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft", DV Beiheft 12, 2017, S. 105-144 (131 f.) 참조.

1131) 자세한 내용은 본서 제1장 제3절 (22면 이하) 참조.

1132) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Scherzberg, S. 348 참조.

법에서 이러한 연구방법을 이미 채택하여 왔다는 것이다.[1133]

넷째, 조종학적 관점은 법적용의 영역을 넘어선 입법을 포함한 법정립의 분야에서 경험적 요소의 고려를 가능하게 함으로써 법실현에 기여하였다고 주장한다.[1134] 이에 대하여 전통적 관점은 전통적 방법 또한 경험적 요소를 고려하여 왔다고 비판한다. 예를 들어, 행정법학은 종래에도 입법절차에 기여하였고, 재량권 행사와 관련된 영역에서 경험적 요소를 충분히 반영하여 왔다는 견해[1135], 계획법의 영역에서 종래부터 형량명령 등의 심사기준을 통해 법을 적용 내지 실현하여 왔고, 조종학적 관점이 이와 명확히 구별되는 기여를 하였다고 볼 수 없으므로 새롭다고 평가하기 어렵다는 견해[1136] 등이 주장되고 있다. 요컨대, 경험적 요소에 대한 고려 없이 법규범을 적용하는 것은 상정하기 어렵다. 또한 실무에 있어서도 재량고려요소 내지는 감정결과 등을 통해 자연스럽게 반영되고 있다. 따라서 이러한 사유만으로 조종학적 관점이 전통적 관점과 완전히 다른 것으로 평가하기는 어렵다.

마지막으로, 조종학적 관점은 단순히 법해석에 그치는 것이 아니라 행정결정이 실제로 효과내기 위한 전제조건에 대한 연구를 강조한다. 하지만 실효성의 요청은 법치국가의 당연한 요청이고, 실효성을 담보하기 위하여 효과분석, 목적론적 해석이 통용되고 있으며, 효과 분석을 반영하기 위하여 사후개선의무를 부과하는 규정이 실정법에 이미 도입되어 있다.[1137] 또한 전통적

1133) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Isensee, S. 338 f. 참조.

1134) Ivo Appel, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 226-285 (260-262) 참조.

1135) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Stark, S. 334 f. 참조.

1136) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Geis, S. 339 f. 참조.

인 법학적 방법론을 확립한 오토 마이어의 방법론은 폐쇄적이거나 배타적이지 않았다. 다만, 행정법학의 독자성과 정체성을 확립하기 위해서 부득이하게 당시 국가학적 방법론과의 차이점을 부각시켜 강조할 수밖에 없었던 것이다.[1138] 오히려 오토 마이어는 로렌츠 폰 슈타인의 연구를 '다채로운 법명제의 집합체'(Konglomerate verschiedenartiger Rechtssätze)로 평가하면서[1139] 학제적 연구방법을 받아들이고 있었다. 이러한 점을 고려하면 조종학적 관점은 전통적 관점과 비교하여 새로운 것이 아니라고 평가될 수 있는 것이다.[1140]

3. 긍정적 평가

조종학적 관점은 기계적으로 법률을 집행하는 단일한 행정의 모습을 상정하고 위법한 행정의 활동으로 야기된 개인의 자유와 재산권 침해를 재판을 통해 구제하는 독일의 전통적 관점을 확장하기 위해 노력하였다. 예를 들어, 슈미트-아스만은, 전통적 관점이 유럽화와 국제화 속에서 행정이 내리는 다양한 결정을 제대로 포착할 수 없다고 평가하면서 조종학적 관점의 필요성을 역설하였는데,[1141] 행정법의 임무를 행정활동을 위한 제도와 목적을 제공하는 것으로 파악하였다.[1142] 호프만-림의 70세 기념 논문집의 표제는 '열린

1137) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Scherzberg, S. 349 참조.

1138) 이진수, 오토마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구, 법학박사논문, 2019, 144면 참조.

1139) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht Ⅰ, 3. Aufl., Berlin 1924, S. 19.

1140) Klaus Ferdinand Gärditz, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft", DV Beiheft 12, 2017, S. 105-144 (125) 참조.

1141) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Schmidt-Aßmann, S. 340 참조.

1142) Ebd., S. 341 참조.

법학'(Offene Rechtswissenschaft)인데, 그는 법학 연구에 있어 법학 분과 상호간의 개방뿐만 아니라 법실무 그리고 다른 인접학문에 이르기까지 연구관점을 확장한 것으로 평가받고 있다.[1143] 포스쿨울레(Andreas Voßkuhle)는 조종학적 관점이 전통적 방법론을 되돌아보고, 환경법 분야 등 새로운 연구영역에 대한 관심을 불러일으키며, 방법론의 개방성과 다원성을 추구하는 것을 중심과제로 삼았다고 말한다.[1144] 한편, 슈페르트는 거버넌스 연구를 강조하는데, 현대 행정의 문제는 公私협력 속에서 발생하고 있으므로, 규율구조와 그 속에서 행위주체의 행태에 대하여 행정법이 기여해야 한다는 것이다.[1145] 이러한 조종학파의 전통적 연구영역의 확대에 대한 기여는 대체로 승인되고 있다.[1146]

II. 우리나라의 논의

우리나라 행정법 학계의 주류적 견해는 독일에서 전개된 조종학적 방법론 논의를 긍정적으로 평가하고 있다. 다만, 신자유주의가 자본의 자유를 극대화하려고 하는 정치적 이념에 불과하고, 협력국가의 본질은 신자유주의에 따른 법치국가의 내용 수정에 불과하다는 관점에서 비판하는 견해[1147]도 존재

1143) Wolfgang Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft, Tübingen 2010, Vorwort 참조.

1144) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Voßkuhle, S. 343 f. 참조.

1145) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Schuppert, 336 f. 참조.

1146) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Kahl, W., S. 335; Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Pernice, S. 342 등 참조.

한다. 즉, 조종학적 관점은 협력적 행정법 모델에 기반하여 행정법이 국가와 사회의 관계를 조정하는 매개체가 되어야 한다고 주장하지만, 이는 이른바 '탈규제국가론'과 맥락을 같이 하는 것으로 규제를 필요로 하는 이들이 대개 사회적 약자들임을 고려할 때 그들의 지위가 어렵게 될 우려가 있다는 것이다.[1148]

하지만 조종학적 관점이 공해상에서 운항하는 배에서의 작업에 비유되는 것처럼 전통적 관점을 전면적으로 부정하는 것은 아니다. 조종학적 관점이 신자유주의의 영향을 받아 효율성, 경제성에 관하여 관심을 가지는 것은 사실이나, 이는 21세기 사회 · 경제 · 과학기술 등 제 분야의 발전으로 인한 국가와 사회의 변화 또한 영향을 미쳤다고 볼 것이고, 오히려 조종학적 관점이 최적화를 추구한다는 측면에서 행정이 추구해야 할 가치에 관하여 관심을 가진다고 보는 것이 적절할 것이다. 따라서 조종학적 방법론 논의를 특정 이념의 영향으로만 평가하는 것은 완전히 수긍하기는 어렵다.

이하에서는 조종학적 관점에 관한 우리나라 행정법 학계의 주류적 평가를 살펴본다. 대부분 긍정적인 평가를 내리고 있지만 그 키워드 내지 강조점에 따라 다양한 평가가 있는데, 그 내용을 정리하면 다음과 같다.

1. 행정법에 대한 객관법적 인식

독일 행정법이 재판을 통한 개인적 권리구제의 관점에서 행정절차, 행정조직 그리고 행정통제와 같은 객관법적 연구로 방향을 설정하였다고 평가한다.

예들 들어, 독일에서 '행정법의 개혁'의 일환으로 주장되고 있는 조종학으로서의 행정법학은 결국 실지인 행정학 영역을 수복하자는 것이고, 행정법의

1147) 이계수, 신자유주의의 세계화와 법치국가의 위기, 현대공법학의 과제: 청담 최송화 교수 화갑기념논문집, 2002, 954-970면 (957-959면).

1148) 이계수, 규범과 행위 - 국가법인설의 극복과 행위중심적 행정법 이론의 구축을 위한 시론, 공법연구 제29집 제1호, 2000, 45-46면.

초점을 행정통제로 바꾼다는 부분에서 독일의 주류 행정법학도 이제는 권리구제 중심에서 벗어났다는 것으로 평가하는 것이다.[1149] 또한 조종학적 방법론 논의는 독일 체계이론의 영향을 받았지만, 법에 의거한 조종능력의 결여라는 한계를 극복하고, 실용적인 관점에서 법을 유용한 조종수단으로 인식하면서 그 효력을 위한 조건과 개선책을 탐구하는 것을 방법론의 요체로 삼고 있다고 평가되기도 한다.[1150] 나아가 조종학적 관점은 전통적 법도그마틱을 보완할 수 있는 설득력 있는 이론으로서, 행정과 관련하여 법의 지배의 외연을 확대할 수 있고, 실체법적 프로그램에 기반을 둔 조종에 덧붙여 효율성의 관점을 추가할 수 있으며, 전체 법질서에 초점을 둔 객관법적 성격을 가진다고 평가되고 있다.[1151] 한편, 조종학적 관점은 구체적 사안에 기초하여 귀납적인 방식으로 접근하면서 경험과학인 인접학문을 참조하고, 절차나 조직을 중시함으로써 행정법에 있어 객관법적 사고의 지평을 확장하였으며, 특히 법학적 방법론에 대해 방법론적 다원화라는 도전장을 던졌다고 평가받기도 한다.[1152]

2. 행위주체로서의 행정과 행정법의 행위규범성

전통적 관점이 행정법을 법관 중심의 재판규범으로 이해하고 연구한 것을 비판하면서, 조종학적 방법은 행위주체로서의 행정과 행정법의 행위규범성을 강조함으로써 새로운 방법론적 기여를 하였다고 평가한다.

예들 들면, 조종학파가 행정법을 행정의 행위규범으로 이해하면서 행정을

1149) 박정훈, 한국 행정법학 방법론의 형성 · 전개 · 발전, 공법연구 제44집 제2호, 2015, 177면.

1150) 박재윤, 협치시대에서 입법의 역할 - 행정법학의 관점에서, 공법연구 제45집 제2호, 2016, 189면.

1151) 우미형, 조종의 주체로서의 행정에 관한 연구, 행정법연구 제47호, 2016, 97-104면.

1152) 계인국, 현대 행정법학 방법론의 전개양상에 대한 소고, 고려법학 제87호, 2017, 32면.

조종 · 제어하는 역할로 방향을 전환하였는데, 이는 행정법 연구자의 갈망사항으로 행정법학을 행위규범학 또는 제어 · 조종학으로서 구축할 필요가 있다고 평가된다.[1153] 즉, 조종학적 관점은 자유주의에 기반을 둔 도그마틱 중심의 행정법이 21세기의 행정현실의 변화 속에 한계를 드러냈고, 이를 극복하기 위해 행정법을 행정을 일정한 방향으로 조종하는 조종학으로 이해하는 것인바, 이는 행정현실을 조종하고 선도하는 방향으로 새로운 이론적 틀을 제시하였다는 것이다.[1154] 같은 맥락에서 조종학적 관점을 오토 마이어의 법학적 방법론에 기반을 둔 법관의 관점에서 바라보는 행정법에서 벗어나 입법과 행정의 관점에서 행정법을 체계화하려는 시도로 평가한다.[1155] 한편, 조종학적 관점은 법학이 현실적인 학문이라는 점에서 완전히 새로운 것은 아니더라도 법실증주의에 기초한 해석론 중심의 방법론에서 탈피하여 행정의 다원성과 복잡성, 행정의 조직법적 문제 등의 현실적 문제를 해결할 수 있는 변곡점이 될 것이라고 평가되기도 한다.[1156]

3. 방법론적 개방성과 다원성

전통적인 법학적 방법론은 법실증주의에 기반을 두어 인접학문의 관점이나 행정현실을 등한시하였다고 비판하면서, 조종학적 관점은 그 반성적 고려로 방법론적 개방성과 다원성을 특징으로 한다고 평가한다.

예를 들어, 조종학적 관점은 21세기 행정환경의 변화에 따른 문제에 봉착하여 사실관계분석, 효과분석 내지 결과분석, 학제적 연구 등 다원주의적 방법론을 도입함으로써 행정법학의 위기를 극복하고 독일 행정법학의 새로운 부흥기를 맞게 하였다고 평가된다.[1157] 즉, 조종학적 관점은 인접학문 등과

1153) 김남진, 행정법총론 개혁의 과제, 고려대 법학논집 제31집, 1995, 141, 150면.
1154) 문병효, 행정법 도그마틱의 변화에 관한 시론, 행정법 방법론, 2020, 15-16면.
1155) 김환학, 이민행정법의 구축을 위한 시론, 행정법연구 제32호, 2012, 196면.
1156) 정남철, 독일 행정법학방법론의 발전과 변화, 저스티스 제181호, 2020, 71-72면.
1157) 이원우, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법연구 제48

의 개방적 협력과 그 연구결과의 반영이 필요하다는 점에 주의를 환기시킴으로써 법률학적 행정법학의 한계를 극복하기 위한 중요한 거점이 되었고, 신뢰할 수 있고 실천적 적실성과 문제해결에 적합한 행정법을 지향하도록 함으로써 행정법학을 방법론적 · 인식론적으로 확장시켰다는 것이다.[1158] 이러한 측면에서 조종학파가 행정법학의 방법론과 기능에 대하여 새로운 시각을 제시하였기에 조종학파의 행정법학을 "新思潮 행정법학"으로 긍정적으로 번역하면서, 조종학적 관점이 행정법학의 외연을 확장함과 동시에 법적용 중심의 해석학을 넘어선 고유한 방법론을 지향하는 것으로 평가받기도 한다.[1159] 다만, 조종학적 관점은 규범과학과 경험과학을 연계한다는 점에서 바람직한 측면도 있지만, 행정법학이 법학으로서의 독자성을 상실할 우려가 있고, 조종 개념은 독일의 행정법학과 행정학의 관계에서 주장되는 것이므로 우리나라에 수용함에 있어서는 맥락적인 고려가 필요하다고 말하기도 한다.[1160]

III. 종합적 평가

앞서 본 한계를 고려하면 독일에 있어 조종학적 방법론 논의가 전통적 관점과 본질적으로 다른 완전히 새로운 것으로 평가하기는 어렵다. 오히려 오늘날 변화하는 행정현실 속에서 행정임무를 수행하기 위해 전통적 관점의 강조점을 이동하는 것 내지 법학적 방법론의 외연 확장으로 표현되는 것이 적절하다.[1161] 조종학파는 법학적 방법론의 보충 내지 보완을 강조하면

호, 2017, 102면.

1158) 홍준형, 행정법학의 반성, 법과사회 제56호, 2017, 203-205면.

1159) 김성수, 독일의 新思潮 행정법학 사반세기, 강원법학 제51권, 2017, 323, 325면.

1160) 이진수, 오토마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구, 법학박사논문, 2018, 165-166면.

1161) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Meyer, S. 354 참조.

서[1162] 전통적 행정법학의 연구관심에서 소외되어 있었고 실효적으로 행정법의 통제가 미치지 않았던 영역으로 연구의 외연을 확장하고, 특히 종래의 외부적 권리관계에서 더 나아가 행정 내부를 법에 의거하여 규율하고자 한다.[1163] 즉, 전통적인 법학적 방법론을 토대로 한다는 점에서 보면 완전히 새로운 방법론으로 평가받기는 어렵다. 하지만 방법론은 시대맥락에 의존하는 시대적 산물이다.[1164] 따라서 현대 행정현실의 변화에 적응하여 변화하고, "실지(失地)인 행정학 영역을 회복"[1165]하고자 하는 방법론적 접근을 강조하면 완전히 새롭다고 볼 수도 있다. 조종학파는 실효적이고 체계를 갖춘 행정법을 추구하는데, 전통적 관점의 도그마틱적 기여를 토대로 행정환경의 변화에 대하여 감수성을 가지면서 방법론을 변화시키려는 것이다.[1166] 이러한 맥락에서 조종학적 관점은 "새로운 잔에 담긴 오래된 와인"[1167]에 비유되기도 한다.

그렇다면 조종학적 관점이 가지는 방법론적 의의는 무엇인가. 아무런 의미도 없는가. 조종학적 관점이 가지는 전통적 관점에 대한 기여는 두 가지 측면으로 이해될 수 있다. 첫째, 민주법치국가에서의 성숙한 단계의 행정법을 추구한다는 점이다. 조종학적 관점은 오늘날 구조변화로서 참여와 협력을 체계요소로 편입시킨다. 행위주체인 행정의 자율성을 승인하고, 제도와 가치를 연구함으로써 행정을 객관법적으로 규율하고자 한다. 독일 행정법은 이로써 20세기 중반까지 개인의 자유와 권리를 중시한 자유주의 행정법에서 탈피하여 행정에 대한 수권과 제한을 동시에 추구하는 공동체의 조화로운 삶을 위

1162) Klaus Ferdinand Gärditz, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft", DV Beiheft 12, 2017, S. 105-144 (109) 참조.

1163) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Meyer, S. 354 참조.

1164) Klaus Ferdinand Gärditz, a.a.O., S. 119 참조.

1165) 박정훈, 한국 행정법학 방법론의 형성 · 전개 · 발전, 공법연구 제44집 제2호, 2015, 117면.

1166) Klaus Ferdinand Gärditz, a.a.O., S. 144 참조.

1167) Ebd., S. 144.

한 행정법으로 한 단계 더 나아가기 위해 노력하는 것이다.[1168] 둘째, 조종학적 관점은 규범과학과 더불어 가치과학 그리고 경험과학을 아우르는 종합과학을 지향한다는 점이다. 이를 위해 다원적이고 개방적인 방법을 채택한다. 행정법의 실효성과 적실성에 초점을 맞추는데, 현실영역과 결과를 분석하기 위해 인접학문의 연구결과를 활용하고, 행정실무에 대해 정책적 기여를 하고자 하는 점[1169]에서 종합과학을 추구하고 있음이 확인된다. 독일의 전통적 관점이 역사적 경험으로 행정법의 경험과학 그리고 가치과학적 성격을 의식적으로 경시하여 왔다는 점을 생각해 보면, 조종학적 관점은 전통적 관점의 지평 확대에 기여한 것이다. 하지만 확장된 관점이 주관적 권리 보호라는 독일의 전통적 관념과 어떻게 조화될 수 있을지는 여전히 과제로 남아 있다.[1170]

다만, 우리는 독일 행정법에서의 조종학적 논의를 참고함에 있어 균형 잡힌 시각을 견지할 필요가 있다. 주지하다시피 독일 행정법은 개념과 체계를 바탕으로 정교하게 구성되어 이론적으로 우수한 측면이 있다. 하지만 독일의 이론 역시 독일 고유의 역사적 경험에 바탕을 둔 것이다. 즉, 조종학적 방법론이 전통적 방법의 민주법치국가적 측면에서의 후진성을 극복하기 위한 노력이었다는 점을 확인하였다. 또한 유럽화에 따라 독일, 프랑스 등 유럽연합 회원국의 행정법이 서로 참조되고 있는데, 그 과정에서 독일의 전통적 행정법이 많은 비판과 수정의 대상이 되고 있다. 이를 극복하기 위해 조종학적 관점이 비교법적 방법을 중요하게 인식하고 있는 것이다. 따라서 독일의 조

1168) 박정훈, 행정법교육의 목표와 방향, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 77-78면 참조.

1169) Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Lege, S. 344 f. 참조.

1170) 조종개념을 앞세우기보다 私法과는 다른 행정법 고유의 특성을 천착함으로써 행정법의 체계와 방법론을 개선하는 것이 더 적절하다는 비판적 견해로 Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, Aussprache, Lepsius, S. 349 f. 참조.

종학적 방법론 논의에서 배울 수 있는 점이 많지만, 논의의 대상이 독일에 편중되어서는 아니 될 것이다. 즉, 법비교에 있어서도 다원적인 방법을 견지할 필요가 있다. 이러한 측면에서 최근 우리나라의 법학 연구에 있어 영어권 중심으로 기울어지고 있는 현상은 또한 우려되는 점이 있다.

제2절 시사점

지금까지 독일 행정법에 있어 조종학적 방법론 논의, 즉 조종학적 방법론의 기본관념, 방법론 그리고 구체적 영역에서의 발현형태를 살펴보았다. 이러한 논의는 아직 완결되지 않았고 현재에도 진행 중인 논의이지만, 21세기 행정환경의 급격한 변화에 직면한 독일 행정법이 변화를 위해 노력하는 것으로 평가할 수 있다. 이를 위해 조종학적 관점은 민주법치국가에서의 행정법을 지향한다. 따라서 국가공동체 속에서 모두가 주인으로 참여 · 협력하고 더불어 살기 위해 법치의 객관적 측면을 조명한다. 나아가 행정법을 규범과학과 더불어 경험과학 그리고 가치과학을 아우르는 종합과학으로 이해함으로써 전통적 관점의 확장을 시도하는 것이다. 이러한 논의는 동시대에 살고 있는 우리나라에 있어서도 시의성을 가진다고 할 수 있다.

그렇다면 조종학적 방법론 논의를 통해 얻을 수 있는 우리나라에 대한 시사점은 무엇인가. 방법론 논의의 일반론적 성격상 여러 가지 시사점이 도출될 수 있겠지만, 본 장에서는 다음과 같은 세 가지 측면에 집중하여 살펴보기로 한다. 첫째, 기본관념의 차원에서 우리 행정법이 추구해야 할 궁극적 지향점을 행정법 발전의 단계에 관한 이론 내지 법사회학에서의 법진화에 관한 이론에 비추어 살펴본다. 둘째, 방법론의 차원에서 21세기 변화된 행정현실에 직면하여 우리나라에서 제시되어 온 방법론적 대응책을 분석하고 행정법학을 종합과학으로 이해하여야 할 필요성과 그 구체적 방법론을 모색해 본다. 마지막으로, 소송법의 차원에서 우리나라 항고소송의 구조와 기능이

원고의 권리구제에 한정되는 것이 아니라 행정의 합법성 통제에 본질이 있음을 인식하고, 私化가 진행되는 상황 속에서 그 토대로서 행정청 개념의 확대 필요성에 관한 논의를 살펴본다.

I. 기본관념의 차원: 공동체의 조화로운 삶을 위한 행정법

1. 행정법 발전에 있어 우리나라의 현 상황

법사회학에 있어 법진화에 관한 이론에 의거하면, 권력에 봉사하는 억압적 법에서 형식적 법률을 강조하는 자율적 법을 거쳐 실질적 정의와 규제된 자율을 강조하는 응답적 법으로 나아간다고 설명된다.[1171] 또한 비교법적 연구결과에 의거하면, 행정법은 일반적으로 성립단계, 발전단계 그리고 성숙단계라는 3단계의 발전과정을 거친다고 분석된다.[1172] 즉, 제1단계는 행정에 대한 수권과 행정의 우월성을 강조하는 시기이다. 제2단계는 시민적 자유주의에 의거하여 행정에 대한 법적 구속을 최대한 확대하고 행정의 우월성을 제거하는 데 치중하는 시기로서, 행정에 대한 의회와 법원의 통제권한의 확대를 특징으로 한다. 제3단계는 공익을 실현하는 행정의 자율성을 인정하되 법치국가적 통제와의 조화를 도모하는 시기로 설명된다.

독일의 경우 19세기 말 오토마이어에 의해 확립된 자유주의 행정법이 억압적 법 내지 제1단계의 행정법의 특징을 상당 부분 가지고 있었다. 2차 대전 이후 과거의 역사적 경험에 대한 반성과 사법권을 토대로 최근까지 자율적 법 내지 제2단계의 행정법에 머물렀다. 하지만 1990년대부터 조종학적 관점을 통해 민주를 주목하고 행정에게 내용을 채울 형성의 여지를 부여함과 동시에 공익을 실현하는 행정활동의 한계를 법에 의거하여 규율하고 있

1171) 양건, 법사회학, 2000, 221-249면 참조.

1172) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 36-39, 52-54면 참조.

다. 즉, 독일 행정법은 '응답적 법'(reflexives Recht) 내지 제3단계의 성숙한 행정법으로 한 단계 더 나아가고자 노력하고 있는 것이다.[1173] 특히 절차법, 조직법 그리고 예산법을 중요한 조종원천으로 부각시키고, 공익과 사익의 적정한 조율을 위해 행정을 객관법적으로 규율하는 모습이다.

우리나라도 상황은 비슷하다. 최근 대법원은 행정의 재량적 판단을 폭넓게 존중해야 한다는 취지의 일련의 판결을 통해 행정통제의 강도를 상당히 완화하고 있다. 예컨대, 연구의 목적에서 제시한 건축법 사례처럼 재산권과 건축의 자유 보장을 위해 행정청의 건축허가에 관한 재량권을 좁게 인정해 오다가, 최근 환경피해와 건축물의 난립과 같은 행정현실을 극복하기 위해 환경보호와 도시계획적 고려를 강화하는 방향으로 행정의 자율을 존중하고 있지만[1174] 행정 의사결정의 구조와 과정에 관한 고려 내지 논증이 나타나지 않는 한계가 있다. 다만, 절차적 보장을 강화하는 방향으로 변화하고 있는 점[1175]을 고려하면, 재판실무 역시 응답적 법 내지 제3단계 행정법을 추구하고 있다고 평가된다.[1176] 요컨대, 우리나라는 1980년대 후반부터 권위주의를

1173) 조종학적 관점이 추구하는 민주법치국가에서의 행정법에 관한 자세한 내용은 본서 제2장 제2절 (54면 이하) 참조.

1174) 김종보/박건우, 국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성, 행정법연구 제64호, 2021, 59-63면은 건축허가에 관한 대법원 판례의 변천 과정을 3단계로 분석한다. 즉, 제1단계에서 토지재산권과 건축자유권을 보장을 위해 건축허가를 엄격한 기속행위로 파악하다가, 제2단계에 이르러 토지형질변경허가를 수반하는 건축허가를 재량행위에 해당된다고 판시하게 되는데, 제3단계에서 위 판결을 통해 도시계획의 핵심기능으로서 건축허용성 개념을 명시적으로 받아들임으로써 체계적 제도 운용의 지평을 열었다는 것이다. 동 문헌은 판례 변천에 있어 1단계가 행정법 발전의 단계에 관한 이론에 있어 2단계와 비슷한 특징을 지닌다고 평가한다.

1175) 대법원 2018. 3. 13. 선고 2016두33339 판결(징계절차에 있어 변호사의 진술권 보장); 서울고등법원 2020. 9. 10. 선고 2020누38579 판결(징계절차에 있어 당사자에의 열람 · 복사에 대한 권리 보장); 서울고등법원 2022. 1. 13. 선고 2020누52759 판결(징계절차에 있어 공정한 재판을 받을 권리에 의거한 증인신문권 보장) 등 참조.

1176) 대법원 2018. 11. 29. 선고 2015두52395 판결(계약에 의거한 행정처분), 대법원 2016. 11. 24. 선고 2016두45028 판결(합의에 의거한 행정처분) 등은 사인과

극복하고 민주화를 이룩하기 위해 도입한 독일의 자유주의 행정법에 의거하여 자율적 법 내지 제2단계의 행정법이 확립되었고, 더 나아가 제3단계의 행정법을 지향하고 있다.[1177] 하지만 개인의 권리구제를 중심으로 하는 재판 중심의 행정법 연구라는 문제 상황을 완전히 불식하기는 어렵다.

2. 궁극적 지향점으로서 공동체의 조화로운 삶을 위한 행정법

그렇다면 제3단계 행정법에 의거하여 추구하고자 하는 우리나라 행정법의 궁극적 지향점은 어디인가. 이는 헌법 규정에서 그 단초를 찾을 수 있다. 대한민국 헌법 제1조 제1항은 "대한민국은 민주공화국이다."라고 규정하고 있다. 근본적으로 우리 행정법은 독일과 달리 민주공화국의 헌법 체제를 기반으로 하고 있으므로, 권위주의 체제에 기반을 둔 행정법이론을 답습하는 것은 합당하다고 할 수 없다.[1178] 통설은 공화국을 군주제의 부정이라는 소극적 의미로 해석하고 있으나, 공화국이 라틴어 어원인 공동체를 의미하는 "res publica"에 연원을 두고 있는 점에서 민주공화국은 국민 모두가 주인이 되어 공동체를 이루어 사는 것이라는 실질적 의미를 가질 수 있다.[1179] 토마(Richard Thoma)의 공화국에 대한 정의를 통해 그 내용이 구체적으로 확인된다.

> "모든 시민이 지분을 가지고 참여하는 공동체로서 그 공동체 내에서는 모든 권력은 구성원에 봉사하고, 모든 구성원은 전체에 봉사하여야 하는 공동체를 의미한다."[1180]

행정의 관계를 위계적 관계로 설정하는 전통적 법치국가 이념만으로는 그 설명에 있어 어려움이 있다.

1177) 이원우, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법연구 제48호, 2017, 102면 등 참조.

1178) 최송화, 한국행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 서울대 법학 제36권 제2호, 1995, 151면 참조.

1179) 박정훈, 행정법과 민주의 자각, 행정법연구 제53호, 2018, 7면 참조.

1180) Gehard Anschütz/Richard Thoma, Handbuch des deutschen Staatsrechts,

따라서 대한민국 헌법 제1조 제1항은 국가와 국민 모두에 대하여 이중적 기능을 수행한다고 봄이 타당하다. 행정에 대하여는 수권과 제한의 근거로, 국민에 대하여는 권리와 의무의 근거로 작동하는 것이다.[1181] 즉, 공동체 속에서 공익과 사익이 조화롭게 발현될 것이 요구되는 것이다.[1182] 이를 위해 행정법은 공동체 속에서 모두가 참여 · 협력하면서 조화롭게 살아가기 위한 토대를 마련해 주어야 하고, 개인의 주관적 권리만을 강조하여서는 아니 될 것임이 분명하다. 조종학적 관점이 추구하는 민주법치국가에서의 행정법 또한 같은 맥락에서 공동체의 조화로운 삶을 추구하는 것으로 이해된다. 왜냐하면, 조종학파는 행위주체로서 행정의 공익수행기능을 인정함과 동시에 행정의 정당성 확보를 중요하게 연구하는 점, 국민의 공임무 수행에 대한 참여와 협력을 행정법의 체계로 수용하고 있는 점, 법치국가 이념의 객관적 성격을 주목하면서 행정통제에 주안점을 두고 있고, 특히 사인들이 공공복리와 조화되는 방향으로 이익조정을 함으로써 공익을 실현할 수 있도록 하는 객관법적 제도를 마련하는 국가의 책임을 강조하는 점 등에서 그 근거를 찾을 수 있기 때문이다.[1183] 요컨대, 궁극적으로 행정법을 공동체의 조화로운 삶을 위한 기준으로 이해한다면 1차적으로 공익을 실현하는 책임을 부여받은 행정의 자율성을 인정함과 동시에[1184] 행정통제가 중요하게 되고, 특히 행정법에 의거하여 공익과 사익을 조화시킬 수 있는 제도를 설계하며, 공익과 사익을 구체화하고 형량할 수 있는 기준을 마련할 수 있는 구체적인 방법론을 제시하는 것이 핵심이 될 것이다. 이하에서 살펴보도록 한다.

Tübingen 1998, S. 186 f.; Won-Woo Lee, Privatisierung als Rechtsproblem, Köln/Berlin/Bonn/München 1997, S. 80 참조.

1181) 이원우, 경제규제법론, 2010, 41면 참조.

1182) 우미형, Hans J. Wolff의 행정조직법 이론에 관한 연구, 법학박사논문, 2016, 210면 참조.

1183) 자세한 내용은 본서 제2장 제2절 (54면 이하) 참조.

1184) 박정훈, 한국 행정법학 방법론의 형성 · 전개 · 발전, 공법연구 제44집 제2호, 2015, 178면; 우미형, 전게논문, 210면 참조.

II. 방법론의 차원: 종합과학

조종학적 관점은 21세기 행정환경의 변화를 맞이하여 개방적이고 다원적인 방법론을 도입함으로써 전통적 관점에 의해 야기되는 문제점을 극복하고자 한다. 즉, 개별적인 주관적 권리구제 중심의 행정법에서 벗어나, 행정의 행위규범과 실효적 행정활동의 전제조건으로서 조직, 절차 그리고 예산을 주목하면서 행정에 관한 객관법적 규율을 중시하고, 이를 위해 학제적 · 학내적 연구방법과 비교법적 연구방법을 시도하며, 특히 현실분석과 결과환류를 강조하는 것이다.[1185]

우리나라의 상황도 독일과 비슷하다. 전통적으로 행정법학이 규범과학적 입장을 강조하여 왔기 때문이다. 그와 같은 관점이 완전히 불식되었는지의 문제는 차치하고, 우리 행정법학계에서도 이미 21세기가 도래하기 전부터 계속하여 전통적 관점이 행정환경의 변화에 적절하게 대응하고, 공익의 관점에서 공동체적 문제를 해결하는 데 있어 협소하다는 점을 계속하여 지적해오고 있다.[1186] 따라서 연구방법 확장의 필요성이 있다는 점에 대하여는 큰 이견이 없는 것으로 보인다. 즉, 학제적 연구를 통한 종합적 연구를 강조하는 면에서 동일하다고 평가할 수 있다. 다만, 그 대안을 키워드 내지 강조점에 따라 다음과 같이 정리할 수 있다.

1. 행정법 연구방법

(1) 인접학문과의 학제적 연구

행정법학이 현실인식을 연구의 토대로 삼고 있음을 전제로, 행정법학의 경

1185) 방법론에 관한 자세한 내용은 본서 제3장 (79면 이하) 참조.

1186) 최송화, 한국행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 서울대 법학 제36권 제2호, 1995, 150면; 최송화, 법과 정책에 관한 연구 – 시론적 고찰, 서울대 법학 제26권 제4호, 1985, 88면 참조.

험과학적 측면을 강조하여 인접학문과의 학제적 연구를 통한 연구방법의 다양화가 필요하다는 것이다. 예컨대, 규범과학인 행정법학은 법학적 방법론에 의거하여 연구하고 경험과학인 행정학은 사회과학적 방법론에 의거하여 연구하는 점에서 차이가 있지만, 행정법 연구에 있어 행정현실과 행정의 효율성을 무시할 수 없고 행정학에 있어서도 행정의 합법성은 중요하므로, 상호 긴밀한 관계에서 연구될 필요가 있다.[1187] 또한 오늘날 사회현상은 동태적이면서 다양하고, 국가활동이 광범위한 결과를 야기하므로, 법현상에 대한 학제적 연구방법론이 필요하다는 것이다.[1188] 나아가 행정법은 사회관리나 사회경영을 위한 임무를 수행해야 하고 적극적인 질서형성 및 조정의 기능 또한 가지므로, 행정법현상에 실체관계에 대한 사회과학적 연구성과를 참조하기 위해 학제적 관점이 요구된다.[1189] 다시 말해, 법학은 정책형성 내지 입법과정에서부터 행정부에 의한 법집행, 사법심사 등에 이르는 전 과정을 연구대상으로 하므로, 사실상태의 분석, 효과 및 결과분석, 입법학, 경제학, 정치학, 심리학 등과의 학제적 연구 등 연구방법을 다양화하는 것이 필요하다는 것이다.[1190] 더불어 행정법의 새로운 변화를 이해하고 법치에 있어 문제점을 제대로 파악하기 위해 행정법에 있어 행정학의 기초에 대한 교육도 필요하게 된다.[1191]

(2) 제도와 가치

행정법학은 그 연구대상으로서 제도와 가치를 강조하여야 한다고 말한다. 이는 행정법학의 가치과학적 측면을 주목하는 것으로 이해될 수 있다. 예컨

1187) 박균성, 행정법론(상), 제19판, 2020, 11면.

1188) 최송화, 법과 정책에 관한 연구, 서울대 법학 제26권 제4호, 1985, 88-91면.

1189) 김유환, 행정법과 규제정책, 2012, 3-4면.

1190) 이원우, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법연구 제48호, 2017, 107면.

1191) 박정훈, 행정법교육의 목표와 방향, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 71면.

대, 행정법학은 개인적 권리구제 중심의 재판준거법에 의거하여 포착하기 어려운 각종의 공법상 제도들을 체계적으로 연구하여야 하므로, 연구대상을 객관적 제도로 확장할 필요가 있고 이로써 행정법각론에 대한 연구를 촉진할 수 있다는 것이다.[1192] 또한 행정법학은 정체성과 독자성을 지키는 범위 내에서 방법론적 개방성을 모색하여야 하는데, 가치와 제도 중심의 연구가 그 해법으로 제시될 수 있고 현실 문제의 해결을 위해서도 중요하다고 설명된다.[1193]

(3) 입법과 정책

행정법 연구의 발현형태 내지 결과의 측면에서 입법과 정책에 대한 연구를 강조하고 있다. 이는 가치과학으로서 행정법학이 투영된 결과 내지 모습으로 이해된다. 예컨대, 행정법의 실제 모습은 개인적 권리구제 위주라기보다는 공공성 및 공익성의 관점에서 공동체의 문제를 해결하는 모습으로 더욱 중요하게 나타나므로, 행정법학은 입법과 정책에 대한 관심을 기울이는 것이 불가피하다는 것이다.[1194] 또한 행정법 이론은 행정활동의 법치적 규율과 그 소송법적 귀결뿐만 아니라 행정의 정책결정이나 법제도 설계에도 법규범에 의거하여 판단기준을 제공해야 하고,[1195] 행정법의 연구대상인 행정은 정책현상과 관계하므로, 행정법학은 정책 중심의 법학방법론을 수용함으

1192) 김종보, 행정법학의 개념과 그 외연, 행정법연구 제21호, 2008, 5-12면.

1193) 이진수, 오토마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구, 법학박사논문, 2018, 194-195면. 나아가 각 학문은 각자의 고유한 영역을 고유한 방법론에 의거하여 연구하되, 그 연구결과를 서로 공유하는 것이 방법론의 무리한 결합보다 나을 수 있다고 제언한다. 이진수, 행정학과 행정법학의 대화 재조명, 행정법연구 제58호, 2019, 19면 참조.

1194) 최송화, 한국행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 서울대 법학 제36권 제2호, 1995, 150-151면.

1195) 즉, 우선되어야 할 공익의 결정, 공익의 결정 주체와 방법 그리고 공익을 실현할 주체나 수법 등의 문제를 행정법이론이 결정할 수 있어야 한다는 것이다. 서원우, 행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제, 행정법연구 제7호, 2001, 2면.

로써 정책 문제와 법제도에 대하여 학문적 역량을 강화해야 한다고 설명된다.[1196] 이와 관련하여 행정법학이 현실문제를 해결하기 위해서는 내용의 문제인 정책에 관심을 가져야 하고, 해석을 정책 내지 입법 문제와 준별하는 전통적 관점은 해석과 정책 내지 입법 상호간의 학제적 연구를 어렵게 함을 인식할 필요가 있다.[1197] 입법은 종래 실무와 사회과학적 연구방법론에 기반을 두고 있었는데, 법학이 이제 규범학으로서 입법에 기여할 시기가 되었다는 것이다.[1198]

(4) 종합과학으로서의 성격

행정법학은 다양한 학문이 종합적으로 융합되어 있다는 성격에 착안하여 과감하게 종합과학으로 표현되기도 한다. 이는 행정을 온전히 이해하기 위해서는 행정법학의 규범과학적 성격뿐만 아니라 경험과학 그리고 가치과학적 성격도 인식하여야 한다는 것으로 이해된다. 예컨대, 행정법학은 행정법규범의 해석에 그치는 것이 아니라 그 성립에 이르는 행정과정이나 성립된 규범의 실효성 또는 입법정책 등의 분석을 포괄하므로, 행정기능과 행정과정을 연구함에 있어 행정과학 전체의 협동과 종합과학화가 필요하다는 것이다.[1199] 즉, 행정현상의 복잡성이 증가함에 따라 다양한 분석시각을 통합한 행정과학의 확립이 요청되는데, 특히 행정학에서의 연구결과가 행정법학의 당면과제를 해결하는 데 유용하게 기여할 수 있다는 시각에서 행정학과 행정법학이 대화와 협력함으로써 종합과학으로서의 행정과학이 확립될 수 있다는 것이다.[1200] 특히 행정법학은 행정을 연구대상으로 하는 행정학과 만나

1196) 문상덕, 현대의 행정 변화와 행정법학 방법론 연구 – 전통적 행정법학의 방법론 분석과 그 보완을 위한 시론, 행정법연구 제14호, 2005, 145면.

1197) 홍준형, 법정책의 이론과 실제, 2008, 5-41면 참조.

1198) 박재윤, 협치시대에서 입법의 역할, 공법연구 제45집 제2호, 2016, 187면.

1199) 김도창, 일반행정법론(상), 제4전정판, 1993, 176면.

1200) 서원우, 행정학과 행정법학의 대화, 고시연구 제24권 제4호, 1997, 31-46면; 서원우, 행정학과 행정법학의 대화, 전환기의 행정법이론, 1997, 24-37면.

야 하고, 행정학을 매개로 다양한 학문방법과 만나게 됨으로써 종합적 행정과학으로 발전해야 하며,[1201] 규범뿐만 아니라 규범을 둘러싼 가치와 현실 그것들의 사회적 의미까지도 규명해야 하므로, 규범해석학과 사회과학의 경계를 허무는 종합 행정법학으로 나아가야 한다는 것이다.[1202]

2. 구체적 방법론의 검토

앞서 본 논의 상황을 분석해 보면, 행정법을 사법심사에 있어 재판규범이라는 관점에서 접근하는 방법론보다 확장된 관점을 채택하고 있음을 알 수 있다. 행정법을 행정의 정책수립과 그 실현과정에 초점을 맞추어 행정과정에서 준수되어야 할 규범으로 이해하는 것이다. 즉, 재판규범에 의거한 연역적 판단의 문제보다 행정이 어떠한 과정을 통해 의사결정을 내리고 어떻게 실현하는지를 강조한다. 따라서 무엇보다 행정현실에 대한 이해가 중요하게 되므로 학제적 연구를 필요로 하게 되고, 행위주체로서 행정에서 출발하므로 합법성의 문제뿐만 아니라 합목적성 그리고 그 이상의 것을 포괄하는 타당성의 문제를 연구하는 것이다. 나아가 행정이 타당한 정책결정을 내리고 그 결정을 실현할 수 있도록 객관적 제도를 마련하는 것이 중요하게 되고, 행정의 정책과 입법에까지 연구영역을 확장한다. 조종학적 관점은 또한 같은 맥락에서 행정학과 행정법학 상호간의 경계를 허물고 통합과학으로 나아가고자 한다. 즉, 법의 실효성과 문제해결의 적실성을 추구함으로써 경험과학 그리고 가치과학을 아우르는 종합학문으로 거듭나고자 하는 것이다. 이를 위해 특히 학제적 연구방법을 채택하고 강조하는 모습이다.[1203] 요컨대, 이러한 확장된 관점에서는 행정법을 단순히 규범과학적 접근만으로 설명하기는 어

1201) 박정훈, 한국 행정법학 방법론의 형성 · 전개 · 발전, 공법연구 제44집 제2호, 2015, 177면.

1202) 이계수, 행정법과 법사회학, 행정법연구 제29호, 2011, 135면.

1203) 조종학적 관점의 종합과학적 성격과 학제적 방법론에 관하여는 본서 제2장 제3절과 제3장 제3절 Ⅰ. (69, 90면 이하) 참조

렵고, 경험과학 그리고 가치과학을 아우르는 종합과학으로 이해해야 할 필요가 있다. 궁극적으로 공·사익이 조화할 수 있는 객관적 법질서를 마련하고 공동체의 조화로운 삶을 위한 행정법을 추구하기 위한 다양한 방법을 강조점을 달리하여 표현한 것으로 이해되고, 해당 연구에서 요구되는 목적을 고려하여 적절한 방법을 채택할 수 있을 것이다. 그렇다면 무엇보다 중요한 것은 이러한 확장된 관점을 실현하기 위한 구체적인 작업방법을 제시하는 것이라 할 수 있다. 이하에서는 경험과학, 규범과학 그리고 가치과학의 측면에서 구체적 작업방법을 제시해 보도록 한다.

(1) 경험과학

1) 사회과학적 조사방법론과 학제적 연구

법은 인간생활 속에서 실제의 모습으로 나타날 때 진정한 의미를 찾을 수 있다.[1204] 행정법 또한 마찬가지이다. 행정법은 행정현실 속에서 그 가치를 실현할 수 있어야 하는 것이다. 하지만 역사적으로 이론과 실제의 불협화음은 수시로 있어 왔음을 알 수 있다. 예컨대, 독일의 제도적 방법론, 조종학적 방법론은 행정법이 당시의 행정현실로부터 유리되었다는 점에 대한 자각을 바탕으로 이를 극복하기 위해 방법론을 발전시킨 것이다.[1205] 따라서 행정현실, 즉 행정실무 그리고 행정환경 등에 대한 진지한 성찰은 행정법 발전에 있어 무엇보다 중요하다. 특히 오늘날처럼 이해관계가 복잡하고, 전문화, 다원화된 사회에서는 더욱이 그러하다.

행정현실은 실무자와 직접 교류함으로써 이해할 수 있고, 행정법학이 인접학문의 경험적 연구결과를 참조하고 인접학문과 대화하는 것도 중요하다.[1206] 같은 맥락에서 조종학적 관점 또한 학제적 연구를 강조하고 있지만

1204) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 1면 참조.

1205) 자세한 내용은 본서 제1장 제3절 및 제4절 (22, 27면 이하) 참조.

1206) 뤼데만(Jörn Lüdemann)은 법학에 있어 학제적 연구방법을 방법론적 자족성을

구체적 연구방법에 관하여는 합일점을 찾지 못하고 있다.[1207] 이러한 연계의 관점은 원칙적으로 타당하다. 다만, 규범과학과 경험과학의 연계는 행정법학이 그 분석력과 비판력을 상실하게 할 수 있다는 우려도 있다.[1208] 따라서 학제적 연구는 각 학문이 각자의 고유 영역에서 고유의 방법론에 의거하여 연구되어야 할 필요가 있다.[1209] 즉, 공통의 연구대상을 여러 학문이 다양한 방법으로 연구하고 그 결과를 공유하는 것이 무리한 융합보다 더 좋은 결과를 산출할 수 있는 것이다.

하지만 대화를 나눔에 있어 상대방에 대한 기본적 이해가 필요하듯 학제적 연구를 함에 있어서도 사회과학적 조사방법론에 대한 기본적 이해는 필요하다고 생각된다. 예컨대, 세법을 연구함에 있어 분개 등 회계원리에 대한 기초적 이해가 필요한 것과 마찬가지이다. 그 목적이 법률가가 기장을 하거나 세무신고를 하는 데 있지 아니하다. 마찬가지로 법학자가 행정에 대한 조사방법론을 공부하는 목적은 행정현상에 관한 경험적 연구를 독자적으로 수행하고자 함이 아니다. 행정학 분야에서 이루어진 경험적 연구의 과정과 결과를 이해하는 데 목적이 있다.[1210] 즉, 인접학문의 연구결과를 해독하기 위해서는 그 연구에 사용된 기법과 그러한 기법을 사용하게 된 맥락에 대한 이해가 필요하고, 이러한 지식을 갖출 때 그 연구결과의 중요성과 의미를 제대로 평가할 수 있는 것이다.[1211]

중시하는 자립모형(Abstinenz Modell), 사회과학의 방법론을 받아들이는 수렴모형(Konvergen Modell) 그리고 인접학문의 연구결과를 활용하는 분산모형(Divergenz Modell)으로 나누어 설명하는데, 포스쿠울레의 7단계 작업방법(본서 제1장 제4절 Ⅲ. 176면 참조)이 대표적인 분산모형에 해당된다. 이진수, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구, 법학박사논문, 2018, 168-171면 참조.

1207) 법실제연구의 필요성과 한계에 관하여는 본서 제3장 제4절 Ⅰ. (101면 이하) 참조.

1208) 박정훈, 행정법과 법철학, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 94면 참조.

1209) 이진수, 행정학과 행정법학의 대화 재조명, 행정법연구 제58호, 2019, 19면 참조.

1210) 남궁근, 행정조사방법론, 제6판, 2021, 31-32면 참조.

1211) 남궁근, 전게서, 머리말 참조.

2) 행정실무와 재판실무와의 교류

행정법학은 실무와 교류하고 대화하여야 한다.[1212] 응용과학인 행정법학이 실제성을 유지하기 위해서는 법현상의 실제와 끊임없는 교류가 필요하기 때문이다.[1213] 법학은 실무를 모르는 상태에서 법이론만으로 정답을 찾기 매우 어렵다. 따라서 실무에 흥미를 가지고 실무적 감수성을 유지하는 자세는 좋은 법학자 내지 법률가가 되기 위한 덕목이라 할 수 있다.[1214] 다만, 법학과 실무는 서로 대화하고 교류하여야 하지만 양자의 혼동은 유의할 필요가 있다.[1215]

우선 행정실무에 대한 이해를 위해서는 법령뿐만 아니라, 예규, 고시 그리고 질의회신 등에도 관심을 가질 필요가 있다. 행정실무에서 법을 정책의 수단으로 인식하는 경향이 있고, 행정학 등도 행정법의 규범으로서의 성격보다는 행정의 효율성을 강조하는 경향이 있다.[1216] 따라서 행정법은 이러한 실무에 대한 이해를 바탕으로 법학적 방법론에 의거하여 행정의 목적론적 해석에 대한 적절한 통제를 할 수 있어야 하고,[1217] 위법에 이르지 않더라도 행정의 운영방식과 스타일을 결정함에 있어 헌법적 가치가 실현될 수 있도록 하여야 한다.[1218]

나아가 재판실무에 대한 이해 또한 중요하다. 재판실무에 있어 하급심 재판례가 그대로 확정되는 경우가 적지 아니하다. 그 이유는 원고의 상소 제기에 있어 현실적 어려움, 행정청의 상소 포기 등 다양하다. 이러한 재판례는 민사 사건과는 달리 행정실무에 있어 행위기준이 된다는 점에서 중요하다.

1212) 박정훈, 행정법교육의 목표와 방향, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 60면 참조.

1213) 최송화, 한국행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 서울대 법학 제36권 제2호, 1995, 156면 참조.

1214) 김종보, 행정법 입문, 제2판, 2019, 행정법을 공부하기 전에 참조.

1215) 박정훈, 헌법과 행정법 – 행정소송과 헌법소송과의 관계, 서울대 법학 제39권 제4호, 1999, 83면 참조.

1216) 박정훈, 행정법교육의 목표와 방향, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 61면 참조.

1217) 이진수, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구, 법학박사논문, 2018, 176면 참조.

1218) 자세한 내용은 본서 제2장 제2절 Ⅰ. 2. (56면 이하) 참조.

특히 행정청이 그 재판례를 받아들여 그대로 확정된 경우는 더욱이 그러하다. 또한 재판례 속에서 재량행위에 있어서의 공익판단과 이익형량이 구체화된다.[1219] 예컨대, 연구의 목적에서 제시한 건축법 사례에서 법원은 환경오염 유발시설과 인근 마을과의 거리, 마을에 거주하는 주민의 수, 입지 및 유사시설의 분포, 주변의 지형지물, 시설의 규모 및 형태, 오염물질 처리방법 등을 구체적으로 심사하고 이익형량을 실시하고 있다. 이러한 심리사항에 대한 이해가 없이는 심사기준과 심사강도에 대한 실질적 이해가 어려울 수 있는 것이다.

(2) 규범과학

1) 헌법 및 특별행정법의 중요성

조종학적 관점은 행정을 조종함에 있어 헌법과 특별행정법을 특히 강조하고 있다. 즉, 헌법적 가치로서 민주를 주목하면서, 행정에게 공익을 실현하는 조종주체로서의 지위를 부여하고, 자율과 참여를 체계요소로 승인하고 민주적 정당성을 부여하는 방식을 다각화하며, 행정의 운영방식과 스타일까지 관심을 가지고 있다.[1220] 또한 참조영역으로서 특별행정법을 강조하는데, 이로써 학제적 연구의 토대를 마련할 수 있고, 행정임무와 조종수단을 파악할 수 있다는 것이다.

우리 행정법 연구에 있어서도 헌법과 특별행정법의 중요성은 계속하여 강조되어 왔다. 헌법은 행정법과 더불어 공법관계에 대한 이론체계로서 서로 밀접한 관련을 가지므로, 행정법학은 헌법학과 긴밀한 유대관계를 가져야 한다.[1221] 그 이유는 다음과 같다. 첫째, 헌법은 행정작용의 요건과 효과에 관한 법규범으로서, 사법심사의 직접적인 척도로 적용된다. 또한 행정이 입법

1219) 최송화, 공익론, 2002, 193-196면 참조.

1220) 헌법적 가치로서 민주에 관한 내용은 본서 제2장 제2절 Ⅰ. 2. (56면 이하) 참조.

1221) 최송화, 한국 행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 서울대 법학 제36권 제2호, 1995, 151면 참조.

과 사법 그리고 헌법에 대한 관계에서 갖는 자율성과 형성의 자유에 관한 범위를 결정하는 법규범으로도 중요한 역할을 한다.[1222] 예컨대, 권리구제의 흠결을 막기 위해 조리[1223]에 의거하여 신청권을 확대 인정하거나[1224], 연구의 목적에서 예시한 건축법 사례에서와 같이 헌법상 환경권(제35조 제1항)을 논거로 삼아 환경보호를 하는 방향으로 행정의 재량적 판단을 존중하여 사법심사 강도를 약화하는 사례 등이 대표적이다. 둘째, 헌법소송은 행정소송이 불가능한 공행정작용에 대해 기본권 침해 여부를 심리함으로써 사법심사의 척도를 확대하여 행정법을 확대하였고, 행정소송의 확대와 더불어 헌법과 행정법의 합치를 촉진하였다.[1225] 마지막으로, 행정법이 궁극적으로 공동체의 조화로운 삶을 지향한다면 민주, 법치, 그리고 사회국가 이념 등의 가치에 대하여 진지하게 성찰해야 할 필요가 있다.[1226] 따라서 행정법 연구에 있어 헌법적 감각은 필수적인데, 이는 개인의 기본권만을 강조하는 것이 아닌 행정의 공익실현에 있어 책임과 권한도 아울러 고려할 수 있는 헌법적 시각이어야 할 것이다.[1227]

한편, 일반행정법은 행정법 분야의 관계 법령을 분석해 낼 수 있는 능력을 배양하는 데 그 목표가 있다.[1228] 즉, 일반행정법을 배우는 이유는 특별행정법을 정확하고 체계적으로 파악하는 데 있고,[1229] 그 자체로 자족적인 것은 아니다. 그 동안 특별행정법의 연구가 충분하지 않았던 근거를 법학교육 위

1222) 박정훈, 행정법의 법원, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 134면 참조.

1223) '조리상' 신청권은 법률 및 하위법규에는 신청권을 인정할 만한 규정이 없지만 '헌법'에 비추어 신청권을 인정할 수 있는 경우를 의미한다는 견해로 박정훈, 행정법원의 임무와 역할, 행정소송의 구조와 기능, 2008, 51면 참조.

1224) 대법원 2017. 6. 15. 선고 2013두2945 판결(주민등록번호가 의사와 무관하게 유출된 경우 조리상 주민등록번호의 변경을 요구할 신청권을 인정한 사안) 등 참조.

1225) 박정훈, 헌법과 행정법, 서울대 법학 제39권 제4호, 1999, 98-99면 참조.

1226) 이계수, 헌법재판과 행정법이론, 공법연구 제37집 제2호, 2008, 173면 참조.

1227) 박정훈, 행정법원의 임무와 역할, 행정소송의 구조와 기능, 2008, 52면 참조.

1228) 박정훈, 행정법교육의 목표와 방향, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 63면 참조.

1229) 김종보, 행정법 입문, 제2판, 2019, 행정법을 공부하기 전에 참조.

주의 학문체계에서 찾기도 하는데,[1230] 또한 광범위한 행정법 관계 법령에 상응하는 연구자 수의 부족도 한 원인이 될 수 있을 것이다. 실제 행정재판에 있어 소송이 소송요건 판단, 즉 각하 판결을 통해 종결되는 사례는 많지 아니하다. 즉, 사법심사에 있어서도 핵심은 사법심사의 척도와 강도에 관한 특별행정법 영역에 대한 실체법적 연구인 것이다.[1231] 그럼에도 실무에 있어 법령 이외에 참조할 수 있는 연구문헌이 충분하지 않은 것이 현실이다. 나아가 특별행정법에서 행정목적, 행정임무 그리고 이를 구현하기 위한 제도와 구체적 수단을 확인할 수 있고, 특별행정법에 대한 연구는 인접학문과 대화를 통한 학제적 연구를 가능하게 하며, 법정책의 기반이 된다.[1232] 따라서 재판준거법의 관점에서 뿐만 아니라 객관적 제도의 관점에서 접근하는 방식으로 특별행정법을 연구하는 것이 중요하다.[1233]

1230) 최송화, 한국 행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 서울대 법학 제36권 제2호, 1995, 151면 참조.

1231) 박정훈, 행정법에 있어서의 이론과 실제, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 21-22면 참조.

1232) 특별행정법의 기능에 관하여는 본서 제3장 제3절 Ⅰ. 3. (3) (96면 이하) 참조. 예컨대, 연구의 목적에서 제시한 건축법 사례에 비추어 살펴보면, 「건축법」은 건축물로부터 발생하는 위험을 방지하는 것을 주된 목적(제1조)으로 하는데, 제11조 제1항에서 건축허가 제도를, 제11조 제5항에서 인허가의제 제도를 각각 규정하고 있다. 한편, 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」은 도시내 토지의 효율적인 이용과 도시의 원활한 기능유지를 주된 목적(제1조)으로 하는데, 위 인허가의제 제도에 의거하여 의제되는 제56조는 개발행위허가 제도를 규정하고, 제56조 제1항은 건축물의 건축 또는 공작물의 설치(제1호)를, 토지의 형질변경(제2호) 등을 허가대상으로 삼고 있다. 다만, 제1호의 건축허가는 필수적 의제사항이고 제2호의 형질변경허가는 선택적 의제사항으로 이해된다는 견해(김종보, 건설법의 이해, 2013, 128면)가 주장되어 왔는데, 판례는 그 견해를 명시적으로 채택하였다(대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결 참조). 제58조, 같은 법 시행령 제56조 [별표 1의2]는 성질변경과 형상변경에 관한 구체적 기준을 정하고 있다. 이러한 제도적 관점에 의거하면 처분의 직접 근거 이외에 행정의 조직구조, 의사결정 과정 그리고 구체적 판단기준을 아울러 분석할 수 있다.

1233) 김종보, 행정법학의 개념과 그 외연, 행정법연구 제21호, 2008, 12면 참조.

2) 법비교와 학내적 연구

조종학적 관점은 유럽화로 인해 독일 행정법에 있어 법비교의 방법을 불가피한 것으로 승인하고 있다. EU 고유행정법이 다양한 국가모델의 비교평가에 기반을 두고 있고, EU 회원국 사이의 법질서 또한 서로 교차하고 있으며, 초국가적 효력을 가지는 행정결정과 조약이 나타나고 있기 때문이다.[1234] 정보기술과 과학기술의 발전으로 인한 세계화는 오늘날 공통의 현상이고, 법관계도 자국에 한정되지 아니하고 있는바, 우리나라에 있어서도 법비교는 불가피한 것으로 이해된다. 실무상 각종 입법과 제도 설계뿐만 아니라 정책결정에 있어 광범위하게 다른 나라의 유사 사례를 참조하고 있다. 재판에 있어서도 마찬가지이다.[1235] 법비교의 구체적 방법은 민사법과 차이가 있고, 다양한 위험성도 혼재하고 있지만, 궁극적으로 다원적 법비교는 우리 행정법의 좌표를 확인하고 발전방향을 가늠할 수 있게 함으로써 법률가로 하여금 비판적 시각과 세계적 안목을 기를 수 있게 한다.[1236] 다만, 유의할 점은 행정

1234) 법비교의 구체적 방법과 위험성에 관하여는 본서 제3장 제3절 Ⅱ. (98면 이하) 참조.

1235) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두48846 판결(체류자격 변경허가의 법적 성격을 근거 법령의 문언, 내용 및 형식, 체계를 기초로 재량행위로 인정한 사안), 대법원 2018. 5. 15. 선고 2014두42506 판결(결혼이민자의 원고적격 판단에 있어 상호주의원칙을 고려한 사안), 대법원 2019. 7. 4. 선고 2018두66869 판결(결혼이민자 체류자격의 요건 판단), 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2013헌바196 전원재판부 결정(외국인 보호제도의 위헌성 판단에 있어 비교법적 논거를 제시한 사안) 등 참조. 최계영, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치 – 미국의 전권 법리의 소개와 함께, 국가와 헌법 Ⅰ, 2018, 1153-1173면 (1172면)은 2015두48846 판결이 재량행위 논증에 있어 주권에 대한 언급 없이 일반 재량행위와 동일한 심사기준을 적용함으로써 인도주의적 관점에 기초한 판단이 가능하였다고 평가한다. 또한 2018두66869 판결은 법령 해석에 있어 주권행사적 접근에서 벗어나 인도적이고 사회통합을 고려하는 방향으로 나아간 것으로 평가된다. 拙稿, 출입국관리법 해석을 통한 외국인노동자, 결혼이민자의 보호 – 행정소송상 재판례 및 쟁점을 중심으로, 사법논집 제60집, 2016, 96면 참조. 이러한 점에 비추어 보면, 출입국관리법 분야에 있어서도 공동체의 조화로운 삶을 위한 행정법으로 나아가고 있음을 확인할 수 있다.

1236) 박정훈, 행정법교육의 목표와 방향, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 75-76면 참조.

법에 있어 법비교가 특정국가에 편중되어서는 아니 되고 다원적 법비교를 추구해야 할 것이다.

한편, 조종학파는 독일 행정법에 있어 민법, 공법, 형법과 같은 분과를 서로 준별하는 전통적 관점의 극복을 주장한다. 즉, 각 분과는 각 분과에 산재하는 조종수단의 총체를 이용하여 조종목표를 달성하는 데 있어 상호보완적 기능을 수행할 수 있으므로, 학내적 연구가 필요하다는 것이다.[1237] 민주법치국가에 있어 행정법은 행정의 권한과 의무, 개인의 권리와 의무를 규율할 뿐만 아니라 국가공동체의 조화로운 법질서를 확립하는 데 기여하여야 한다.[1238] 이러한 관점에서 이해하면 법학의 각 분과는 상호배타적 관계라거나 서로 준별되어서는 아니 될 것이다. 예컨대, 형사소송에 있어 행정행위의 위법성 판단,[1239] 행정재판과 형사재판에 있어 사실인정 입증의 정도[1240]와, 절차보장의 차이 등의 사례를 학내적 연구를 필요로 하는 대표적 사례로 들 수 있다. 특히 私化로 인하여 私法상 형식, 예컨대 주식회사 등을 통해 공적 급부를 제공하는 형태로 전환되고 있는바, 행정법에 있어 회사법 연구가 중요하게 되었다. 또한 공익을 수행하는 私的 행위주체들을 규율한다는 의미에서 '私행정법'(Privatverwaltungsrecht) 개념까지 대두되고 있다.[1241]

1237) 학내적 연구에 관하여는 본서 제3장 제3절 Ⅰ. 1. (90면 이하) 참조.

1238) 박정훈, 행정법교육의 목표와 방향, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 74면 참조.

1239) 박정훈, 협의의 행정벌과 광의의 행정벌, 행정법의 체계와 방법론, 2007, 351면 참조. 대법원은 형사소송에서 독자적으로 행정행위의 위법성을 판단할 수 있다는 입장이다. 대법원 2020. 5. 14. 선고 2020도2564 판결(행정청의 시정명령이 위법하다고 인정되는 경우 그 위반죄의 성립을 부정한 사안) 등 참조.

1240) 대법원 2018. 4. 12. 선고 2017두74702 판결(지도이념과 증명책임, 증명의 정도 등에서 서로 다른 원리가 적용되므로, 징계사유인 성희롱 관련 형사재판에서 공소사실에 관하여 무죄가 선고되었다는 사정만으로 행정소송에서 징계사유의 존재를 부정할 것은 아니라고 판시한 사안) 등 참조.

1241) Hans-Heinrich Trute, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2, 1999, S. 9-31 (11 f.) 참조.

(3) 가치과학

1) 제도 설계

행정법학은 새로운 사회문제 내지 사회현상에 직면하여 법개념을 기반으로 헌법적 가치를 실현하는 법제도를 구성하는 데 있어 가장 적임자라 할 수 있다.[1242] 예컨대, 포르스트호프는 산업화, 도시화 및 기술의 발달로 야기된 현실변화와 사회문제에 대한 치밀한 인식을 토대로 생존배려라는 기본원리를 제시하고 제도적 방법론에 의거한 급부행정론을 전개한 바 있다.[1243] 즉, 행정법학은 학제적 연구와 비교법 연구를 통해 문제상황을 인식하고, 헌법적 가치가 실현될 수 있도록 법개념과 제도를 마련함으로써 사회문제를 해결할 수 있는 역량을 보유하고 있는 것이다. 이와 관련하여 조종학적 관점은 오늘날에는 행정이 공익을 실현하는 활동의 한계를 설정하고 사인들이 제도 속에서 공공복리와 조화되는 방향으로 이익조정을 할 수 있도록 제도를 마련해야 한다고 말한다. 특히 오늘날 보장국가에 있어서는 사회의 역량을 공임무 수행에 투입하고 임무 수행의 결과를 담보할 수 있도록 하는 것이 중요하다는 것이다.[1244] 이를 위해 행정법학은 객관법적 관점에서 행정활동의 전제가 되는 조직, 절차 그리고 예산 등에 대하여 관심을 가지고, 사회문제를 타당하게 해결하기 위해 관계자의 이해관계를 파악하고 정보를 수집하며, 행정임무에 적합한 수단, 즉 조직과 절차의 형식, 내부 편성 등과 관련된 대안을 제공할 수 있는 능력을 함양해야 할 것이다.

2) 입법과 정책

조종학적 관점은 행정법학이 정책수행의 발목을 잡는 학문에서 벗어나야 한다는 비판에 대한 반성적 고려에서 법정책에 관심을 둔다. 예컨대, 모델의

1242) 이진수, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구, 법학박사논문, 2018, 185면 참조.

1243) 자세한 내용은 본서 제1장 제3절 (22면 이하) 참조.

1244) 보장행정법에 관한 자세한 내용은 본서 제1장 제4절 Ⅱ. 3. (32면 이하) 참조.

제시를 통해 행정이 추구해야 할 가치를 지도하고, 특히 법정립과 행정의 정책결정을 강조한다.[1245] 이러한 문제의식은 우리나라 행정법에 있어서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 행정법은 국가공동체의 문제를 해결하고 국가공동체의 조화로운 법질서를 확립하는 역할을 할 수 있다.[1246] 그럼에도 실제로는 당해 분야에 실질적으로 종사하는 전문가에 의해 입법이 설계되거나,[1247] 행정학, 경제학, 정치학 등의 인접 사회과학이 주로 담당하여 왔다.[1248] 이는 행정법이 소송법적 관점을 중심으로 연구되어 온 점, 입법이 시장의 이해관계와 관계하는 것인 점, 법학이 종래 정책수행에 한계를 정하는 역할을 수행해 온 점, 행정법과 관계하는 분야가 방대함에도 연구자의 수가 그에 미치지 못하는 점 등을 그 이유로 제시할 수 있을 것이다. 하지만 로스쿨 제도의 도입으로 다양한 전문분야의 경험을 가진 법조인 양성의 토대가 마련되었다. 또한 법률가의 활동 영역이 다양한 국가 공공기관으로 확장되고 있다. 따라서 행정법학을 종합과학으로 이해한다면 입법과 정책의 문제 또한 소홀히 하여서는 아니 되고, 구체적 입법안과 정책안의 마련에 관한 실무적 교육도 필요할 것이다.

III. 소송법의 차원: 행정통제

1. 공론의 장으로서 행정재판

대법원은 2000년대 이래 분쟁의 조기 · 실효적 해결, 국민의 법적 불이익이나 불안을 제거시켜 주기 위한 구제수단의 필요성의 관점에서 항고소송의 대상인 처분성을 넓게 인정하고,[1249] 환경권에 의거하여 인근 주민의 원고적

1245) 자세한 내용은 본서 제2장 제3절 Ⅲ. (73면 이하) 참조.

1246) 최송화, 한국 행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 서울대 법학 제36권 제2호, 1995, 150면 참조.

1247) 김종보, 행정법학의 개념과 그 외연, 행정법연구 제21호, 2008, 8면 참조.

1248) 최송화, 전게논문, 150-151면 참조.

격 인정범위도 또한 확대하는 추세에 있다.[1250] 특히 행정처분의 효과가 소멸한 경우에 있어 예외적으로 소의 이익을 인정하는 범위를 확장하였고,[1251] 행정재판 실무상 본안에서 처분이 객관적으로 위법한지만을 심리하고 원고의 권리침해 여부는 심리하지 아니하고 있다.[1252] 요컨대, 대법원은 행정의 합법성 통제를 그 본질적인 목적으로 삼고 있는 것으로 이해되고, 나아가 일응 행정재판이 공론의 장으로서의 역할을 수행하기 위한 토대를 마련하기 위해 노력하여 온 것으로 평가된다.

행정법이 공익과 사익을 조율하는 조화로운 공동체의 삶을 지향한다면, 이를 위해 행정재판은 당해 사건에 관한 공익과 사익을 해명하고 이를 형량·조정·조화하기 위한 공론의 장으로 설계될 필요가 있다.[1253] 즉, 행정작용에 관련된 법적 분쟁을 해명하고 해결하는 것에 주안점을 두고, 평화적 토론장 내지 민주포럼으로서의 역할을 강조하는 것이다.[1254] 오늘날 행정법 문제에 있어서도 점점 더 분쟁의 합의적 해결이 요구되고 있고, 유일하고 적법한

1249) 대법원 2021. 2. 10. 선고 2020두47564 판결(내부규정에 의거한 경고조치의 처분성을 인정한 사안) 등 참조.

1250) 대법원 2018. 8. 1. 선고 2014두42520 판결(지역협의체 자격요건으로서 일정 범위 내에 거주하는 지역주민에게 원고적격을 인정한 사안) 등 참조.

1251) 대법원 2020. 12. 24. 선고 2020두30450 판결(불분명한 법률문제에 대한 해명의 필요성 판단 기준을 동일한 소송 당사자 사이로 한정하지 아니한 사안) 참조.

1252) 同旨, 서울행정법원, 행정사건 판결 작성실무, 2016, 10면. 동 문헌에 의하면 4대강 사건 판결로 알려진 대법원 2015. 12. 10. 선고 2012두6322 판결을 이와 같은 입장이라고 설명하고 있다. 2022년도 공법소송실무 법관연수 자료 중 '일반 행정소송 사건의 주요 쟁점' 50-51면 또한 독일 행정법원법은 취소소송에서 위법성 견련성을 명문으로 규정하고 있으나 우리 대법원 판례는 위법성 견련성을 요구하지 않는다는 점을 근거로 대법원의 입장이 객관소송설에 가깝다고 설명한다. 이를 지지하는 견해로 박정훈, 취소소송의 성질과 처분개념, 행정법의 구조와 기능, 2008, 160-165면; 최계영, 항고소송에서 본안판단의 범위, 특별법연구 제13권, 2016, 30면. 비판적 견해로 김중권, 제3자가 제기한 취소소송에서의 위법성견련성에 관한 소고, 특별법연구 제13권, 2016, 87-88면; 홍정선, 행정법원론(상), 제29판, 2021, 1071-1072면; 홍준형, 행정법, 제2판, 2017, 894면 등 참조.

1253) 박정훈, 행정법원의 임무와 역할, 행정소송의 구조와 기능, 2008, 46면 참조.

1254) 박정훈, 행정법과 민주의 자각, 행정법연구 제53호, 2018, 17면 참조.

결정을 확인하는 것이 아니라 논증을 통해 타당한 결론을 모색하는 것이 주안점이 되고 있다. 같은 맥락에서 조종학파는 시민이 권위적 절차에서 수동적으로 판단을 받는 것이 아니라 더 적극적으로 분쟁해결에 참여하는 역할을 할 수 있음을 승인한다. 이러한 인식에 의거하여 재판절차에 있어서 조정 제도의 도입을 논의하여 왔고,[1255] 전통적 권리구제 중심의 재판통제의 한계를 인정하면서 행정통제 방식을 다각화하고 있다.[1256]

이러한 변화 속에서 더욱 중요한 의미를 가질 수 있는 것이 공개된 법정에서의 변론 그리고 재판이라 할 것이다. 우리 행정재판 제도 내지 실무는 어떠한가. 우리 행정재판의 경우 합의부 사건의 경우에도 1건당 10분 내외의 변론시간이 부여되고 있는 것이 현실이므로,[1257] 분쟁에 있어 관계자의 합의적 해결을 모색할 만큼 충분한 변론시간이 확보되고 있는 것으로 보기 어렵다. 또한 주관소송을 채택하고 있는 독일 행정재판에 있어서도 조정 제도가 도입되어 시행되고 있음에도 우리 행정소송에서는 아직 조정 제도가 도입되지 못하고 있다. 이러한 실무상 여건을 고려하면, 우리 행정재판이 공론의 장으로 완전히 안착하였다고 평가하기에는 한계점이 있다. 따라서 법정이라는 공정한 장에서 실질적인 구두변론을 통해 분쟁에 대한 타당하고 종국적인 해결책을 모색할 수 있도록 제도적 변화가 요구된다.

2. 행정청 개념 확장의 필요성

오늘날 다양한 국가임무에 직면하여 국가가 모든 임무를 직접 수행하는 것은 불가능하고 합목적적이지도 않다. 이러한 상황 속에서 보장국가의 모델

1255) 독일의 조정 제도에 관한 자세한 내용은 본서 제4장 제2절 Ⅴ. 3. (160면 이하) 참조.

1256) 자세한 내용은 본서 제4장 제3절 Ⅴ. (184면 이하) 참조.

1257) 실무적으로 독일 행정재판에 있어서 대부분의 행정사건이 1회 변론기일에 종국되고, 통상 사건당 1시간 정도의 변론시간이 배정되고 있다고 하는데, 월 평균 처리 사건 수는 우리나라의 절반 내외로 나타나고 있다. 拙稿, 독일 행정법학과 행정재판권의 개혁논의에 관한 소고, 외국사법연수논집 제40집, 2021, 240-241면 참조.

이 제시되면서 국가와 사회의 책임분배가 요청되고, 私化와 규제된 자율규제가 중요한 문제로 부상하였다. 하지만 다양한 자치행정의 영역들을 사적 자치에만 일임할 수는 없다. 따라서 이러한 영역에서도 공익과 사익을 조화하는 공법적 규율이 관철될 수 있도록 재판통제의 영역으로 편입시킬 필요가 있다. 私化에 의거하여 자치행정의 영역이 더욱 광범위하게 나타나고 있으므로, 재판을 통한 행정통제가 속빈 강정이 되어서는 아니 되기 때문이다. 같은 맥락에서 조종학적 관점 또한 재판절차를 이해관계를 해명하고 관계자와 전문가 등이 의사소통하는 場으로 이해하고 있다.[1258]

특히 관심을 가져야 할 것은 특별법에 의해 설립된 공공단체의 소송법상 행정청 자격 부여의 문제이다. 오늘날 私化에 따라 행정임무가 위계적 조직 형식이 아니라 사법적 요소가 가미된 다양한 형식을 통해 수행되고 있다. 이러한 이유에서 조종학적 관점은 합의제 조직, 전문가집단 조직, 자치행정 조직 그리고 경제기업 조직의 형식 제공에 관하여 논의하고, 변화된 조직형식을 통한 행정임무의 수행을 행정법에 의거하여 실질적으로 통제하고자 연구의 대상으로 삼고 있다.[1259] 독일 연방행정절차법 제35조는 '행정행위'(Verwaltungsakt)를 "행정청이 공법의 영역에서 개별사안의 규율을 위해 내리는 처분, 결정 또는 그 밖에 고권적 조치"로 정의하는데, 여기의 행정청은 연방행정절차법 제1조 제4항에서 규정하는 행정청을 의미하고, 국가 · 지방자치단체뿐만이 아니라 공공단체 또는 영조물을 포함하므로, 따라서 공공단체의 경우 법률상 행정권한의 위임 또는 위탁과 관계없이 독립된 행정주체로 인정되고 연방행정절차법상 행정청 개념을 충족한다.[1260] 즉, 조직형식이 공공단체로 변화하더라도 공공단체가 내린 고권적 조치에 대하여는 재판통제가 당연히 담보될 수 있고, 이를 바탕으로 조종학적 관점은 공임무 수행에 적합한 다양한 조직형식에 관하여 논하는 것이다.

반면 우리의 경우 사정이 다르다. 우리나라 행정소송법 제2조 제2항은 "이

1258) 자세한 내용은 본서 제4장 제3절 Ⅴ. 1. (3) (186면 이하) 참조.
1259) 자세한 내용은 본서 제4장 제1절 Ⅴ. 3. (132면 이하) 참조.
1260) 자세한 내용은 본서 제4장 제1절 Ⅰ. 1. (111면 이하) 참조.

법을 적용함에 있어서 행정청에는 법령에 의하여 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다."라고 규정하고 있는데, 대법원은 위 조항의 공공단체를 해석함에 있어 법령에 의하여 권한을 위임받은 경우에만 위 규정상의 행정청으로 인정하고 있다.[1261] 따라서 우리의 경우 조직형식이 공공단체로 변화될 경우 행정재판의 대상에서 배제될 가능성이 커진다. 그러나 행정권한을 부여받았는지 여부는 본안의 문제로서 처분의 요건인 행정청 자격 판단에 있어 고려되어서는 아니 되므로, 법률에 의거하여 공공단체로 설립된 이상 행정권한이 별도로 부여되었는지 여부와 관계없이 행정청으로 인정하여 행정소송에 의거한 행정통제의 대상이 될 수 있다.[1262] 더군다나 행정소송의 재판례는 개별적 분쟁해결에서 더 나아가 행정청의 행위준칙으로서의 역할을 수행할 수 있고, 공법적 감수성을 가진 행정재판을 담당법관에 의해 심리됨으로써 민사사건으로 심리될 때와는 다른 결론이 도출될 수도 있으므로, 현실적 의미도 가진다. 무엇보다 오늘날 행정현실 속에서 私化에 의거하여 행정임무 수행을 위한 행정조직의 형식이 다양화되고 있고, 행정소송은 공익과 사익을 조정하기 위한 최후의 보루인 점을 아울러 고려하면, 이러한 행정현실을 포착하기 위해 대법원 입장은 변화될 필요가 있다.

1261) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2010두6700 판결(한국철도시설공단법에 의거하여 설립되고 준정부기관으로 지정된 한국철도시설공단이 낙찰적격심사 감정조치를 한 사안) 등 참조

1262) 이원우, 항고소송의 대상인 처분의 개념요소로서 행정청, 저스티스 제68호, 2002, 198-199면; 박정훈, 공공기관과 행정소송 – 공공기관의 행정청 자격에 관한 대법원판례의 극복을 위해, 행정법연구 제60호, 2020, 11-13면; 박재윤, 행정조직형태에 관한 법정책적 접근, 행정법연구 제26호, 2010, 270면; 장기적 관점에서 국가의 제도, 공공의 제도 등이 가급적 넓게 소송통제의 영역으로 편입되어야 한다는 견해로 김종보, 행정법학의 개념과 그 외연, 행정법연구 제21호, 2008, 17면 등.

제6장 요약 및 결어

지금까지 독일 행정법에 있어 조종학적 방법론 논의를 살펴보았다. 독일 행정법학 방법론이 역사적으로 어떻게 전개되었는지를 개관하고, 차용개념인 조종개념의 의미에서부터 조종학적 관점이 궁극적으로 추구하는 민주법치국가에서의 종합과학이 무엇인지, 그 관점을 구현하기 위한 구체적 방법은 무엇인지 그리고 행정조직법, 행정절차법 및 행정통제법에서의 구체적 발현형태는 어떠한지를 검토하였다. 이러한 행위주체인 행정 중심의 연구 경향은 독일 내에서 유력한 견해로 부상하고 있지만 비판적 견해도 상당함을 알 수 있었다. 또한 이러한 논의가 동시대를 경험하고 있는 우리 행정법에 있어서도 기본관념, 방법론 그리고 소송법의 차원에서 참고가 될 수 있음을 확인하였다.

이제 지금까지 살펴본 논의들을 종합하면서 독일의 조종학적 방법론 논의가 가지는 핵심적 의미를 되짚어 보고, 이를 바탕으로 우리 행정법을 어떻게 연구해야 할지를 생각해 보는 것으로 본 논문을 마무리하고자 한다.

제1절 요약

조종개념은 법에 의거하여 추구하는 목표를 성취하고, 원하지 않는 결과를 방지하는 것으로 이해된다. 조종주체, 조종객체, 조종목표 그리고 조종지식으로서 조종필요성, 조종가능성, 조종능력을 개념요소로 한다. 사회과학적 개념인 조종개념을 차용하여 사회문제를 분석하고, 그들의 상호관계와 작용관계를 이해하고자 하는 것이다. 이러한 개념에 의거한 독일 행정법에 있어 조종학적 방법론 논의가 전통적인 법학적 방법론과 구별되는 특징은 어디서 찾

을 수 있는가.

조종학적 관점의 핵심은 행정을 민주적 정당성을 가진 행위주체로 인식한다는 점이다. 따라서 행정에게 내용을 채울 형성의 여지를 부여함과 동시에 공익을 실현하는 행정활동의 한계를 객관법적 규율에 의거하여 설정하는 것이 중요하게 된다. 나아가 법은 재판규범으로서의 합법성뿐만 아니라 행위규범으로서의 합목적성 그리고 그 이상의 것을 포괄하는 옳고 그름의 문제로서 타당성의 문제를 규율할 것이 요청된다. 이를 위해 행정법학은 규범과학에서 더 나아가 경험과학 그리고 가치과학과 연결되어야 하고 종합과학으로 발전할 필요가 있는 것이다. 즉, 조종학적 관점은 행정에 대한 민주적 · 객관적 통제에 주목함으로써 공동체의 조화로운 삶을 위한 성숙한 단계의 행정법으로 거듭나기 위하여 노력하는 것이다.

조종학적 관점은 위와 같은 기본관념을 실현하기 위해 어떠한 방법을 제시하고 있는가. 조종학적 관점은 행위주체인 행정이 정책결정과 법정립을 통해 타당한 행정활동을 할 수 있도록 행정에 관한 객관법적 규율을 강조한다. 행정법의 행위규범성에 주목하면서 전체의 행정과정을 규율하고, 특히 실효적 행정활동의 전제조건으로서 조직, 절차 그리고 예산 및 재정을 주목한다. 그런데 순수한 규범과학적 관점만으로는 행정을 온전히 파악하고 규율할 수 없기 때문에 조종학적 관점은 방법론을 의식적으로 개방하고 다양화한다. 그 매개는 행정학이 되는데, 포스쿠울레가 조종학으로서의 행정법학을 행정법과 행정학의 합으로 표현하고 있는 점에서도 알 수 있다. 그 논리적 귀결로서 인접학문과의 학제적 연구를 중요하게 인식하고, 나아가 법학 분과 상호간의 기능적 보완관계를 승인함으로써 학내적 연구방법을 채택하며, 유럽화로 인하여 법비교를 필수불가결한 것으로 받아들이고 있다. 한편, 私化에 따라 행정임무 실현의 결과를 담보하고 환류하여 시정하는 것이 중요하게 됨에 따라 현실인식과 결과환류를 강조하는데, 이러한 의미에서 보장행정법은 私化결과법으로 표현되고 있다.

조종학적 방법론 논의가 특징적으로 발현되는 분야는 특히 행정조직법, 행

정절차법 그리고 행정통제법 분야라고 할 수 있다. 이는 조종학파가 행정조직법과 행정절차법을 중요한 조종원천으로 강조하고, 행정통제법을 민주법치국가에서 행정이 공익을 실현하는 활동의 핵심이라고 말하는 데에서 확인할 수 있다. 조종학적 관점은, 먼저 행정조직법과 관련하여 조종이론과 거버넌스 관점을 참조함으로써 조직내부와 행정조직 내외부의 상호작용 그리고 행정과정에 관심을 가지는데, 조직편성과 결정과정을 규율하고, 행정의 공익실현 활동에 적합한 조직형식을 제공하고자 한다. 나아가 행정절차법과 관련하여 행정절차가 행정결정의 타당성과 민주적 정당성 확보에 기여할 수 있다는 사실을 인식하고, 행정절차와 행정재판의 기능적 관련성을 강조한다는 점이 특징적이다. 마지막으로 행정통제법과 관련하여 무엇보다 재판통제를 중심으로 하는 개인적 권리구제의 관점에서 구조와 체계에 대한 통제로 주안점을 옮기고 있는데, 행정통제에 있어서도 예컨대, 행정과 법원, 법원과 회계검사원의 관계를 설정함에 있어 기능적 상호보완 관계를 인정하고, 자율통제, 재정통제 그리고 공개에 의한 통제 등으로 행정통제의 방식을 다각화하고 있다.

조종학적 연구 경향은 독일 내에서 유력한 견해로 부상하고 있다. 하지만 비판적 견해도 상당하다. 조종개념은 시민을 행정의 조종대상으로 당연시하는 어감을 가지고 있는 점, 행정목적이 지나치게 강조됨으로써 법치국가 이념을 위협할 수 있는 점, 협력적 행정은 공익을 사인간의 합의에 의거하여 처분할 수 있고 밀실행정의 우려가 있는 점, 당위와 존재의 구별을 소홀히 함으로써 법학의 정체성을 상실할 우려가 있는 점, 연결개념과 모델이 실질적 내용이 없고 비법규적 성격이 혼재되어 부작용이 큰 점, 무엇보다 학제적 연구의 성과가 미미하고 구체적 작업방법이 결여되어 있는 점 등이 주된 논거로 제시되고 있고, 오늘날까지도 여전히 법학적 방법론을 지지하는 입장이 지배적이다. 따라서 이러한 논의는 중립적으로 살펴볼 필요가 있고, 비판적 견해도 경청할 필요가 있다. 조종학적 방법론 논의가 전통적 방법과는 완전히 다른 것인지의 문제는 차치하더라도, 재판을 통한 주관적 권리구제에 방점을 두던 독일 행정법이 민주를 주목하여 국가공동체 속에서 모두가 주인

으로 참여 · 협력하고, 더불어 살기 위해 법치의 객관적 측면을 조명하며, 이를 위해 행정법의 관점을 확장하여 경험과학 그리고 가치과학을 아우르는 종합과학으로 이해한다는 점에서 비교법적으로 중요한 의미가 있다.

이상의 조종학적 방법론 논의를 통해 얻을 수 있는 우리나라에 대한 시사점은 무엇인가. 이와 관련하여 본 논문에서는 크게 기본관념의 차원, 방법론의 차원 그리고 소송법의 차원과 관련된 시사점으로 나누어 검토하였다. 우선 대한민국 헌법 제1조 제1항은 "대한민국은 민주공화국이다."라고 규정하고 있는바, 권위주의 체제에 기반을 둔 독일식 행정법이론을 그대로 답습하는 것은 합당하지 아니하다. 즉, 국민 모두가 주인이 되어 공동체 속에서 조화롭게 살기 위해서는 공동생활의 규칙을 세우는 행정법이 필요하고, 개인의 주관적 권리만이 강조되어서는 아니 될 것이다. 조종학적 방법론 논의 또한 같은 맥락에서 이러한 공동체의 조화로운 삶을 위한 행정법을 추구하는 것이다.

방법론적으로는 이미 21세기가 도래하기 전부터 규범과학적 측면을 강조하는 전통적 관점이 공익의 관점에서 공동체적 문제를 해결하는 데 있어 협소하다는 점이 지적되어 왔다. 학계에서도 연구방법 확장이 필요하다는 점에 대하여는 큰 이견이 없는 것으로 보이고, 우리 행정법학이 학제적 연구를 통해 종합과학으로 탈바꿈할 필요성을 강조하는 면에서 동일하다고 평가할 수 있다. 구체적 방법은 다양하게 제시될 수 있지만 무엇보다 대화의 전제로서 사회과학적 조사방법론에 대한 기본적 이해가 필요하고, 행정실무 및 재판실무와의 교류가 필수적이며, 헌법 및 특별행정법에 대한 관심이 필요하고, 제도, 정책 그리고 입법 또한 행정법 연구영역임을 인식하여야 할 것이다.

마지막으로 소송법적으로는 행정법을 공익과 사익을 조율하는 조화로운 공동체의 삶을 위한 기준으로 이해한다면, 행정재판은 공익과 사익을 해명하고 이를 형량 · 조정하기 위한 공론의 장으로 설계될 필요가 있다. 오늘날 행정법 문제에 있어 분쟁의 합의적 해결이 요구되고 있고, 유일하고 적법한 결정을 확인하는 것이 아니라 논증을 통해 타당한 결론을 모색하는 것이 주안

점이 되고 있기 때문이다. 대법원은 2000년대 이래 행정소송의 행정통제 기능에 주목하고 행정재판이 공론의 장으로서의 역할을 수행하기 위한 토대를 마련하기 위해 노력하였다. 다만, 행정재판에 있어 변론시간이 충분하지 아니하고, 행정재판에 있어 조정 제도가 도입되지 못하고 있는 점은 개선될 필요가 있다. 나아가 오늘날 私化에 의거한 행정임무 수행을 위한 행정조직형식의 다양화 현상과 행정소송이 공익과 사익을 조정하기 위한 최후의 보루인 점 등을 고려하면, 행정권한이 별도로 부여되었는지 여부와 관계없이 특별법에 의해 설립된 공공단체의 경우 행정청 자격이 인정되는 방향으로 대법원 판례의 입장이 변화될 필요가 있다.

제2절 결어

본 논문은 행정법학의 방법론에 관한 비교법적 연구이다. 방법은 어원상 누군가가 지나간 길을 따라간다는 의미이다. 어원에서 알 수 있듯이 방법론 논의는 그동안 걸어온 길을 부정하고 함이 아니다. 과거 없이는 현재도 없고 당연히 미래도 있을 수 없다. 요컨대, 행정법 방법론 논의의 목표는 행정법 연구에 있어 우리가 그동안 걸어온 길을 비판적으로 고찰하고 현재의 우리의 좌표를 명확하게 인식하며 미래의 행정법 연구의 방향을 설정하는 데 있는 것이다.

돌이켜보면 우리 행정법학은 해방 이후 학문적 불모지로부터 길지 않은 역사 동안 행정법학의 기틀을 마련하였다. 또한 1980년대 이후 권위주의 극복을 위해 독일의 자유주의 행정법을 도입하여 법치국가 이념을 확립하고 많은 성과를 내었다. 행정법학이 행정현실과 맞닿은 응용과학인 이상 오늘날의 행정현실의 변화에 따른 방법론 변화는 불가피하고 필수적이다. 하지만 오늘날의 복잡한 행정현실은 방법론 논의에 호의적이지만은 아니하다. 즉, 오늘날에는 사회문제를 진단하고 확정하는 것조차 어려운 실정이다. 따라서

문제를 해결하는 방법 내지 혜안을 제시하는 것은 더욱이 말할 것도 없다.

독일에 있어 조종학적 방법론 논의는 우리나라의 행정법 체계와 방법의 토대를 돌아보고 좌표를 설정하는 중요한 의미가 있다. 하지만 그대로 답습하는 것은 경계하여야 한다. 비록 우리가 동시대에 살고 있을지라도 방법론은 우리가 지나온 길을 우리의 역사적 경험과 현 상황을 바탕으로 고찰할 때 살아있는 방법론으로 거듭날 수 있기 때문이다. 예컨대, 누에가 뽕잎을 먹고 완전히 소화시켜 아름다운 비단실을 뽑아낼 때 그 진가가 발휘되는 것이다. 이러한 과정을 통해 비로소 의식하지 못한 채 행하여 왔던 우리의 전통적 방법을 비판적으로 고찰할 수 있는 것이다.

나아가 우리가 법비교를 하는 궁극적 목표를 다시 한 번 상기해 본다면 독일에 편중된 연구에 그쳐서는 아니 될 것이다. 우리 행정법의 좌표와 방향을 명확하게 설정하기 위해서는 편면적 법비교만으로 한계가 있기 때문이다. 따라서 우리 행정법의 좌표를 입체적으로 설정하기 위해서는 다원적 법비교가 전제되어야 하는 것이다. 즉, 독일 또한 법비교를 위한 여러 국가 중 하나에 불과하다는 점을 인식하고 논의되고 참조될 필요가 있다.

> “오늘을 위하여 다리를 놓은 분들에게 그 다리를 건너 미래로 전진하는 이들은 손을 흔들어야 한다.”[1263]

방법론은 마치 다리와 같은 것이라 생각된다. 본 논문의 토대를 마련해 준 선학에게 경의를 표하고, 본 논문 또한 미래로 전진하는 이들에게 자그마한 디딤돌이 되기를 희망한다.

1263) 최송화, 한국 행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 서울대 법학 제36권 제2호, 1995, 158면.

참고문헌

1. 국내문헌

(1) 단행본

김도창, 일반행정법론(상), 제4전정판, 1993.

김성수, 개별행정법 - 협력적 법치주의와 행정법이론, 2004.

김유환, 행정법과 규제정책, 2012.

김종보, 건설법의 이해, 2013.

_____, 행정법 입문, 제2판, 2019.

남궁근, 행정조사방법론, 제6판, 2021.

남기윤, 법학방법론, 2014.

문병효, 행정법 방법론, 2020.

박균성, 행정법론(상), 제19판, 2020.

박재윤, 독일 공법상 국가임무론과 보장국가론, 2018.

박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2007.

_____, 행정소송의 구조와 기능, 2008.

서울행정법원, 행정사건 판결 작성실무, 2016.

손재영, 경찰법 - 경찰법의 기본체계와 이론적 기초, 2012.

서원우, 전환기의 행정법이론, 1997.

서정범/김연태/이기춘, 경찰법연구, 2009.

서정범, 정보공개법제에 관한 비교법적 연구 – 독일, 한국법제연구원, 2015.

선정원, 행정법의 개혁, 2020.

심익섭/M.치맥, 독일연방공화국 60년 - 1949~2009 분단국가에서 민주통일국가로, 2009.

심헌섭, 법학방법론, 2017.

아리스토텔레스, 최명관 역, 니코마코스 윤리학, 2011.

양건, 법사회학, 2000.
오석홍 편저, 행정학의 주요이론, 제3판, 2017.
오석홍/손태원/이창길 편저, 조직학의 주요이론, 제5판, 2019.
윤광진/정창화, 입법영향평가제도 - 교차국가사례 비교연구, 한국법제연구원, 2012.
이명석, 거버넌스 신드롬, 2017.
이원우, 경제규제법론, 2010.
임도빈, 정부조직과 시간관리, 2009.
정용덕 외 21인, 현대국가의 행정학, 제3판, 2021.
차민식, 국가임무의 기능사화와 국가의 책임, 2011.
최송화, 공익론 - 공법적 탐구, 2002.
홍정선, 행정법원론(상), 제29판, 2021.
홍준형, 법정책의 이론과 실제, 2008.
_____, 행정과정의 법적통제, 2010.
_____, 행정법, 제2판, 2017.

(2) 논문

계인국, 현대 행정법학 방법론의 전개양상에 대한 소고 - 조종이론과의 접점을 중심으로, 고려법학 제87호, 2017, 1-40면.
김남진, 행정법총론 개혁의 과제, 고려대 법학논집 제31집, 1995, 139-159면.
_____, 제어학으로서 행정법학론, 법연 2013, 26-30면.
_____, 행정의 임무와 주요 참조영역, 학술원통신 제266호, 2015, 2-5면.
_____, 공사협력과 행정법상 주요문제, 학술원통신 제269호, 2015, 2-5면.
_____, 행정상의 법적 형식 · 작용형식 · 실현형식의 구별, 학술원통신 제323호, 2020, 2-6면.
_____, 행정법총론의 기능과 관련 문제, 학술원통신 제334호, 2021, 5-8면.
김대인, 행정계약에 관한 연구, 법학박사논문, 2006.
김성수, 오토 마이어 - 행정법의 아이콘인가 극복의 대상인가, 공법연구 제

45집 제2호, 2016, 231-255면.

_____, 독일의 新思潮 행정법학 사반세기 – 평가와 전망, 강원법학 제51권, 2017, 321-353면.

_____, 행정조직법상 거버넌스와 민주적 정당성, 행정의 책임성 - 국가물관리위원회 제도설계를 중심으로, 법학연구 제58권 제2호, 2017, 1-29면.

김종보, 토지형질변경허가의 법적 성질, 행정판례연구 제11집, 2006, 383-422면.

_____, 행정법학의 개념과 그 외연 - 제도중심의 공법학방법론을 위한 시론, 행정법연구 제21호, 2008, 1-22면.

김종보/박건우, 국토계획법상 토지형질변경허가와 건축허용성 – 대법원 2020. 7. 23. 선고 2019두31839 판결, 행정법연구 제64호, 2021, 45-73면.

김중권, 행정법집행에서의 민간전문가의 참여, 공법연구 제40집 제1호, 2011, 389-431면.

_____, 제3자가 제기한 취소소송에서의 위법성견련성에 관한 소고, 특별법연구 제13권, 2016, 53-90면.

김환학, 이민행정법의 구축을 위한 시론, 행정법연구 제32호, 2012, 193-221면.

문상덕, 현대의 행정 변화와 행정법학 방법론 연구 – 전통적 행정법학의 방법론 분석과 그 보완을 위한 시론, 행정법연구 제14호, 2005, 115-146면.

문중흠, 출입국관리법 해석을 통한 외국인노동자, 결혼이민자의 보호 – 행정소송상 재판례 및 쟁점을 중심으로, 사법논집 제60집, 2016, 91-204면.

_____, 개발행위허가가 의제되는 건축허가 거부처분에 대한 사법심사 기준 및 심사강도, 행정판례연구 제23-2집, 2018, 353-401면.

_____, 독일 행정법학과 행정재판권의 개혁논의에 관한 소고, 외국사법연수논집 제40집, 2021, 133-252면.

박재윤, 행정조직형태에 관한 법정책적 접근 - 독일 조종이론적 관점에서, 행정법연구 제26호, 2010, 261-280면.

_____, 협치시대에서 입법자의 역할 - 행정법학의 관점에서, 공법연구 제45집 제2호, 2016, 181-209면.

박정훈, 헌법과 행정법 – 행정소송과 헌법소송과의 관계, 서울대 법학 제39권 제4호, 1999, 81-105면.

_____, 행정의 효율성과 법치행정 - 독일에서의 논의와 원리이론적 분석을 중심으로, 한국공법이론의 새로운 전개, 2005, 217-236면.

_____, 오토 · 마이어(1846-1924)의 삶과 학문, 행정법연구 제18호, 2007, 199-230면.

_____, 공 · 사법 구별의 방법론적 의의와 한계 - 프랑스와 독일에서의 발전 과정을 참고하여, 공법연구 제37집 제3호, 2009, 83-110면.

_____, 비교법의 의의와 방법론 - 무엇을, 왜, 어떻게 비교하는가?, 법철학의 모색과 탐구: 심헌섭 박사 75세 기념논문집, 2011, 479-502면.

_____, 한국 행정법학 방법론의 형성 · 전개 · 발전, 공법연구 제44집 2호, 2015, 161-191면.

_____, 행정법과 민주의 자각 – 한국 행정법학의 미래, 행정법연구 제53호, 2018, 1-24면.

_____, 공공기관과 행정소송 – 공공기관의 행정청 자격에 관한 대법원판례의 극복을 위해, 행정법연구 제60호, 2020, 1-24면.

서승환, 합의제 독립규제기관의 민주적 정당성에 관한 연구 - 금융규제기관을 중심으로, 법학박사논문, 2014.

서원우, 한국법에 있어서의 법화문제, 서울대 법학 제37권 제1호, 1996, 1-16면.

_____, 행정학과 행정법학의 대화, 고시연구 제24권 제4호, 1997, 31-46면.

_____, 행정시스템의 변화와 21세기 행정법학의 과제, 행정법연구 제7호, 2001, 1-10면.

송석윤, 국가역할의 역사적 변천 - 근대국가의 미래와 관련하여, 국가와 헌법 Ⅰ, 2018, 58-74면.

우미형, Hans J. Wolff의 행정조직법 이론에 관한 연구 - 공법상 법인 및 기관 이론을 중심으로, 법학박사논문, 2016.

_____, 조종의 주체로서의 행정에 관한 연구 - 청탁금지법의 부작용으로서 행정과 사인의 소통 장애의 극복을 위하여, 행정법연구 제47호, 2016, 91-116면.

_____, 건축행위 허가의 법적 성격 – 건축허가 요건에 관한 법령 규율 변화와 판례 이론의 전개, 강원법학 제62권, 2021, 359-389면.

유상현, 독일 행정법상 공기업에 대한 연구 – 공공성 확보를 위한 법리를 중심으로, 법학박사논문, 2018.

유제민, 독립규제위원회의 판단에 대한 사법심사 기준 및 강도에 관한 연구

- 미국의 판례이론과 그 시사점을 중심으로, 법학박사논문, 2019.

이계수, 규범과 행위 - 국가법인설의 극복과 행위중심적 행정법 이론의 구축을 위한 시론, 공법연구 제29집 제1호, 2000, 29-57면.

_____, 신자유주의의 세계화와 법치국가의 위기, 현대국법학의 과제: 청담 최송화 교수 화갑기념논문집, 2002, 954-970면.

_____, 헌법재판과 행정법이론, 공법연구 제37집 제2호, 2008, 173-200면.

_____, 행정법과 법사회학, 행정법연구 제29호, 2011, 135-152면.

이상덕, Ernst Forsthoff의 행정법학 방법론 연구 - 급부행정론과 제도적 방법론을 중심으로, 법학석사논문, 2002.

_____, 공무수탁사인의 개념에 관한 연구 - 개념 굴곡의 역사와 현대적 과제, 국가와 헌법 1, 2018, 1228-1272면.

이원우, 독일의 체신업무 민영화 - 제2차 우편개혁을 중심으로, 법과 사회 제11호, 1995, 178-201면.

_____, 민영화에 대한 법적 논의의 기초, 한림법학 FORUM 제7권, 1998, 207-232면.

_____, 시민과 NGO에 의한 행정통제 강화와 행정소송, 법과 사회 제23호, 2002, 163-200면.

_____, 공기업 민영화와 공공성확보를 위한 제도개혁의 과제, 공법연구 제31집 제1호, 2002, 21-59면.

_____, 항고소송의 대상인 처분의 개념요소로서 행정청, 저스티스 제68호, 2002, 160-199면.

_____, 현대적 민주법치국가에 있어서 행정통제의 구조적 특징과 쟁점, 행정법연구 제29호, 2011, 105-133면.

_____, 공기업의 의의와 공법적 통제의 법적 과제, 공법연구 제45집 제3호, 2017, 277-312면.

_____, 21세기 행정환경의 변화와 행정법학방법론의 과제, 행정법연구 제48호, 2017, 83-112면.

이진수, 오토 마이어의 행정법학 방법론에 관한 연구 - 로렌츠 폰 슈타인의 국가학적 방법론과의 비교를 중심으로, 법학박사논문, 2018.

_____, 독일의 행정통제 척도에 관한 연구, 공법연구 제47집 제4호, 2019, 59-87면.

_____, 행정학과 행정법학의 대화 재조명 – 행정법학과 행정학의 학제적 연구의 관점에서, 행정법연구 제58호, 2019, 1-26면.

정남철, 독일 행정법방법론의 발전과 변화 - 독일 행정법학의 성립부터 신행정법론의 등장까지, 저스티스 제181호, 2020, 45-79면.

정창화, 독일의 규제체계 특성분석에 관한 연구 - Luhmann의 자기생산체계 이론적 시각에서, 한국행정연구 제28권 제2호, 2019, 31-58면.

정호경/황지혜, 국가핵심기반 정비에 대한 민간 참여에 관한 연구 - 네트워크 이론과 민관협력의 관점을 중심으로, 행정법연구 제61호, 2020, 1-27면.

최계영, 오토 마이어의 행정행위 이론, 법학석사논문, 2004.

_____, 행정소송에서의 조정 - 비교법적 고찰을 중심으로, 행정법연구 제27호, 2010, 197-225면.

_____, 항고소송에서 본안판단의 범위, 특별법연구 제13권, 2016, 3-32면.

_____, 출입국관리행정, 주권 그리고 법치 – 미국의 전권 법리의 소개와 함께, 국가와 헌법 Ⅰ, 2018, 1153-1173면.

최송화, 법과 정책에 관한 연구 – 시론적 고찰, 서울대 법학 제26권 제4호, 1985, 81-95면.

_____, 한국 행정법학 50년의 성과와 21세기적 과제, 서울대 법학 제36권 제2호, 1995, 134-158면.

홍준형, 신공공관리론의 공법적 문제 - 공무원인사제도개혁을 중심으로, 행정논총 제37권 1호, 1999, 93-110면.

_____, 한국행정법학의 반성, 법과사회 제56호, 2017, 189-214면.

2. 외국문헌

(1) 단행본

Alexy, Robert, Begriff und Geltung des Rechts, Freiburg/München 1992.

Anschütz, Gehard/Thoma, Richard, Handbuch des deutschen Staatsrechts, Tübingen 1998.

Armin von Bogdandy/Peter M. Huber (Hg.), Handbuch Ius Publicum

Europaeum Bd. Ⅲ Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, Heidelberg 2010.

_____, Handbuch Ius Publicum Europaeum Bd. Ⅳ Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft, Heidelberg 2011.

Badura, Peter, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, Tübingen 1966.

Bleckmann, Albert, Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts Ⅰ, 1. Aufl., Baden-Baden 1999.

Carl-David von Busse, Die Methoden der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht als richterliches Instrument der Interpretation von nationalem Recht, Baden-Baden 2015.

Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Berlin/Boston 2016.

Forsthoff, Ernst, Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart/Berlin 1938.

_____, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959.

_____, Rechtsstaat im Wandel, Stuttgart 1964.

_____, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973.

Franzius, Claudio, Gewährleistung im Recht, Tübingen 2009.

Gärditz, Klaus Ferdinand, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, Tübingen 2009.

Gross, Thomas, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, Tübingen 1999.

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Offene Rechtswissenschaft: Ausgewählte Schriften und begleitende Analysen, Tübingen 2010.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schuppert, Gunnar Folke (Hg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Baden-Baden 1993.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandeln, Baden-Baden 1994.

_____, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, Baden-Baden 1996.

_____, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden 1997.

_____, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, Baden-Baden 1998.

_____, Verwaltungsrechts in der Informationsgesellschaft, Baden-Baden 2000.

_____, Verwaltungskontrolle, Baden-Baden 2001.

_____, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, Baden-Baden 2003.

_____, Methoden der verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004.

Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅰ, 2. Aufl., München 2012.

_____, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅱ, 2. Aufl., München 2012.

_____, Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. Ⅲ, 2. Aufl., München 2013.

Hueber, Alfons, Otto Mayer - Die “juristische Methode” im Verwaltungsrecht, Berlin 1982.

Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hg.), Handbuch des Staatsrechts Bd. Ⅱ, 3. Aufl., Heidelberg 2004.

_____, Handbuch des Staatsrechts Bd. Ⅴ, 3. Aufl., Heidelberg 2007.

Kempny, Simon, Verwaltungskontrolle, Tübingen 2017.

Larenz, Karl, Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979.

Lepsius, Oliver, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlametarismuskritik, Tübingen 1999.

Lee, Won-Woo, Privatisierung als Rechtsproblem, Köln/Berlin/Bonn/München 1997.

Maurer, Hartmut/Waldhoff, Christian, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl., München 2017.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht Bd. Ⅰ, 3. Aufl., Berlin 1924.

Meyer-Hessemann, Wolfgang, Methodenwandel in der Verwaltungsrechts-wissenschaft, Heidelberg/Karlsruhe 1981.

Möllers, Christoph/Voßkuhle, Andreas/Walter, Christian (Hg.), Internationales Verwaltungsrecht: Eine Analyse anhand von Referenzgebieten, 2007.

Park, Jeong Hoon, Rechtsfindung im Verwaltungsrecht: Grundlegung einer Prinzipientheorie des Verwaltungsrechts als Methode der Verwaltungsrechtsdogmatik, Berlin 1999.

Paust, Dirk, Die institutionelle Methode im Verwaltungsrecht, Göttingen 1997.

Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswiessenschaft, 13. Aufl., Stuttgart 1980.

Ramsauer, Ulrich (Hg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 20. Aufl., München 2019.

Rebinder, Manfred, Rechtssoziologie, München 2007(이영희/최종고 역, 법사회학, 1984).

Schenke, Wolf-Rüdiger, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. Heidelberg 2019 (강현호 역, 행정소송법, 2018).

Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungs-rechts, Baden-Baden 1999.

_____, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee: Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl., Berlin/ Heidelberg 2004.

_____, Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, Tübingen 2007.

_____, Verwaltungsrechtliche Dogmatik: Eine Zwischenbilanz zu Ent-wicklung, Reform und künftigen Aufgaben, Tübingen 2013(김현준 역, 행정법 도그마틱, 2020).

Schröder, Rainer, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007.

Schaefer, Jan Philipp, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, Tübingen 2016.

Schoch, Friedrich (Hg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München 2013.

Schulte, Martin, Schlichtes Verwaltungshandeln: Verfassungs- und verwaltungsrechtsdogmatische Strukturüberlegungen am Beispiel des Umweltrechts, Tübingen 1995.

Schuppert, Gunnar Folke, Verwatungswissenschaft: Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Baden-Baden 2000.

Voßkuhle, Andreas/Bauer, Hartmut/Czybulka, Detlef/Kahl, Wolfgang (Hg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002.

Wahl, Rainer, Herausforderungen und Antwort: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin 2006.

Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried, Verwaltungsrecht Ⅱ, 7. Aufl., München 2010.

_____, Verwaltungsrecht Ⅰ, 13. Aufl., München 2017.

(2) 논문

Appel, Ivo, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67, 2008, S. 226-285.

Bull, Hans Peter, Die Krise der Verwaltungstheorie: Vom New Public Management zum Governance-Ansatz-und wie weiter?, VerwArch 101, 2010, S. 1-30.

Chrétien, Patrice, The Legitimacy of Administration: German Ideas and how they are Received in France, in: Mattias Ruffert, Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstrunction, 2011, S. 235-249.

Drüen, Klaus-Dieter/Schlacke, Sabine, Verschränkungen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Regime im Verwaltungsrecht, VVDStRL 79, 2020, S. 127-216.

Durner, Wolfgang, Die Wissenschaft vom Öffentlichen Recht in Verwaltung und Wirtschaft, DV 48, 2015, S. 203-231.

Eifert, Martin, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischen Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL

67, 2008, S. 286-333.

_____, Conceptualizing Administrative Law-Legal Protection versus Regulatory Approach, in: Punder, Hermann/Waldhoff, Christian, Debates in German Public Law, 2014, S. 203-217.

Fehling, Michael, Die neue Verwaltungsrechtswissenschaft: Problem oder Lösung, DV Beiheft 12, 2017, S. 65-103.

Franzius, Claudio, Vom Gewährleistungsstaat zum Gewährleistungsrecht, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), der Gewährleistungsstaat: Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, S. 53-61.

Grzeszick, Bernd, Anspruch, Leistungen und Grenzen steuerungswissenschaftlicher Ansätze für das geltende Recht, DV 42, 2009, S. 105-120.

Gärditz, Klaus Ferdinand, Die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“: Alter Wein in neuen Schläuchen?, DV Beiheft 12, 2017, S. 105-145.

Haack, Stefan, Läuterung der Verwaltungsrechtstheorie: Aufgaben und Methoden der Wissenschaft vom Recht der Verwaltung, RW 4, 2013, S. 418-447.

Hoffmann-Riem, Wolfgang, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hg.), der Gewährleistungsstaat: Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, S. 89-108.

_____, Governance im Gewährleistungsstaat, in: Schuppert, Gunnar Folke (Hg.), Governance-Forschung, 2006, S. 195-219.

Hwang, Shu-Perng, Richtigkeit als Rechtsbegriff?: Eine Überlegung zur Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts aus rechtsmethodologischer Perspektive, VerwArch 101, 2010, S. 180-204.

Krebs, Walter, Subjektiver Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: Festschrift für Christian Friedrich Menger zum 70. Geburstag, Köln 1985, S. 191-210.

Meyer, Stephan, Fordert der Zweck im Recht wirklich eine »Neue Verwaltungsrechtswissenschaft«?: Zugleich ein Vorschlag zur Dogmatik des Verwaltungsermessens, DV 42, 2009, S. 351-377.

Möllers, Christoph, Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch 93, 2002, S. 22-61.

Rixen, Stephan, TAKING GOVERNANCE SERIOUSLY: Metamorphosen des Allgemeinen Verwaltungsrechts im Spiegel des Sozialrechts der Arbeitsmarktregulierung, DV 42, 2009, S. 309-338.

Röhl, Hans Christian, Verwaltungsverantwortung als dogmatischer begriff?, DV Beiheft 2, 1999, S. 33-55.

Röhl, Hans Christian/Andreas von Arnauld, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, VVDStRL 74, 2015, S 7-87.

Ruffert, Mattias, Comparative Perspectives of Administrative Legitimacy, in: Mattias Ruffert, Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstrunction, 2011, S. 351-360.

Schmidt-Aßmann, Eberhard, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl., 1989, S. 533-541.

_____, Die Kontrolldichte der Verwaltungsgerichte: Verfassungsgerichtliche Vorgaben und Perspektiven, DVBl., 1997, S. 281-289.

_____, Einige Überlegung zum Thema: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, DV Beiheft 2, 1999, S. 177-187.

_____, Legitimacy and Accountability as a Basis for Administrative Organisation and Activity in Germany, in: Mattias Ruffert, Legitimacy in European Administrative Law: Reform and Reconstrunction, 2011, S. 49-57.

Schmidt-Aßmann, Eberhard/Dagron, Stéphanie, Deutsches und französisches Verwaltungsrecht im Vergleich ihrer Ordnungsideen: Zur Geschlossenheit, Offenheit und gegenseitigen Lernfähigkeit von Rechtssystemen, ZaöRV, 2007, S. 395-468.

Schmidt-Preuß, Matthias, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56, S. 160-234.

Schuppert, Gunnar Folke, Schlüsselbegriffe der Perspektivenverklammerung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft, DV Beiheft 2, 1999, S. 103-125.

Somek, Alexander/Krüper, Julian, Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?, VVDStRL 79, 2020, S. 7-99.

Treiber, Hubert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft: eine »Revolution auf dem Papier«?, KJ 40, 2007, S. 328-346, KJ 41, 2008, S. 48-70.

Trute, Hans-Heinrich, Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Einige Leitmotive zum Werkstattgespräch, DV Beiheft 2, Berlin 1999, S. 9-31.

Voßkuhle, Andreas, Verwaltungsdogmatik und Rechtstatsachenforschung: Eine Problemskizze, VerwArch 85, 1994, S. 567-585.

_____, Der Dienstleistungsstaat: Über Nutzen und Gefahren von Staatsbildern, Der Staat 40, 2001, S. 495-523.

_____, Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform: Eine kritische Bestandsaufnahme, VerwArch 92, 2001, S. 184-215.

_____, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62, 2003, S. 266-328.

_____, Verwaltungsrecht & Verwaltungswissenschaft = Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, BayVBl., 2010, S. 581-589.

Wolff, Hans J., Typen im Recht und in der Rechtswissenschaft, Studium Generale 1952, S. 195-205.

Würtenberger, Thomas, Das Verhältnis zwischen Verwaltungsprozeßrecht und Verwaltungsverfahrensrecht, 서울대 법학 제45권 제1호, 2004, 363-384면(박정훈 역, 행정소송과 행정절차(2) - 독일법과 유럽공동체법, 행정소송의 구조와 기능, 2008, 587-611면).

Ziekow, Jan, Gewährleistungsstaat und Regulierungsreform in Deutschalnd: From deregulation to smart regulation, 이화여대 법학논집 제19권 제4호, 2015, 81-111면.

Zusammenfassung

Eine Studie über die Diskussion von der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methode als Steuerungswissenschaft im deutschen Verwaltungsrecht

MOON, JUNG HEUM

Seoul Nationale Universität

Bei der vorliegenden Arbeit geht es um eine Studie über die verwaltungsrechtswissenschaftliche Methode. In erster Linie steht die verwaltungsrechtswissenschaftliche Methode als Steuerungswissenschaft im deutschen Verwaltungsrecht. Im 21. Jahrhundert befindet sich die Verwaltungsrechtsdogmatik in einer Phase großer Herausforderungen wie Privatisierung, Ökonomisierung, Digitalisierung und Europäisierung. Ihre Systematik und Methode wurde am Ende des 19. Jahrhunderts von Otto Mayer begründet. In den Jahren 1991 bis 2003 haben zehn Tagungen zur Reform des Verwaltungsrechts stattgefunden. Die Reformdiskussion zielte darauf, das Verwaltungsrecht an der Steuerungsperspektive auszurichten.

Ausgangspunkt der sog. stuerungswissenschaftlichen Methode ist die Eigenständigkeit der Verwaltung. Sie führt dazu, das Verwaltungsermessen als

umgreifende Handlungs- und Abwägungskompetenz zu gewähren. Und die Grenzen des Vewaltungshandelns sollen durch Rechtsnormen geregelt werden. Die Rechtsetzungsorientierung, Realbereichsanalyse, Wirkungs- und Folgenorientierung im Umgang mit dem Recht, Bereitschaft zur Interdisziplinarität sowie das Arbeiten mit Schlüsselbegriffen, Leitbildern und Referenzgebieten werden als zentrale methodische Elemente genannt. Besonders neu ist die Anerkennung des Verfahrens-, Organistions- und Haushaltsrecht als wichtige Steuerungsressourcen.

Es gibt Gefahren für die rechtstaatliche Bindung der Verwaltung an das Gesetz und die Identitätsverlust der Rechtswissenschaft. Aus diesem Grund is es viel kritisiert worden. Trotzdem werden Befürworter der steuerungswissenschaftlichen Methode zunehmend im deutschen Verwaltungsrecht. Die sog. juristische Methode betont den Schutz der individuellen Rechte durch die Gerichte. Im Gegenteil strebt die Steuerungsperspektive den demokratischen Rechtsstaat als Gemeinschaft an, in der alle Bürgerinnen und Bürger in Harmonie mit einem Gefühl der Eigenverantworung leben. Dazu erkennt sie die Verwaltungsrechtswissenschaft als Integrationswissenschaft an.

Die Diskussion von der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methode als Steuerungswissenschaft im deutschen Verwaltungsrecht regt uns zum folgenden Nachdenken an. Erstens wird das Verwaltungsrecht als Regel des Zusammenlebens verstanden, damit alle Bürgerinnen und Bürger in der Gemeinschaft harmonisch zusammenleben können. Zweitens sollte dazu das Verwaltungsrecht durch interdisziplinäre Forschung zu einer Integrationswissenschaft werden. Drittens ist die Funktion der Verwaltungskontrolle durch Gerichtsverfahren wichtig, und die Verhandlung vor Gericht sollte ein Forum für öffentliche Debatten werden.

Schlüsselwörter: Steuerungswissenschaft, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, Methode, Verwaltungsorganisationsrecht, Verwaltungsverfahrensrecht, Recht der Verwaltungskontrolle, Demokratischer Rechtsstaat, Integrationswissenschaft

Student Number **: 2015-30325**