

유럽통합의 공법적 영향에 관한 연구: 유럽통합이 독일행정법에 미친 영향을 중심으로*

홍준형

서울대학교 행정대학원 부교수

유럽통합의 진전에 따라 진행된 법의 유럽화(Europäisierung) 현상은 다소 뒤늦게 일반행정법분야에서도 시작되었다. 유럽행정법의 국제화를 가져온 계기는 유럽공동체 소속기관들의 실무를 통해 주어졌다. 그러나 유럽사법재판소(EuGH)의 판례와 문헌에서 단일한 유럽행정법의 요소들로 추상화되었던 회원국들의 법체계들로부터 단일한 공동체 고유의 행정법이 생성되는 과정은 10여 년 전부터는 법통일의 그것과는 상반된 방향으로 전개되고 있다. 그 결과 유럽행정법이란 개념을 유럽공동체기관들을 통한 단일한 행정법이라는 의미로는 더 이상 사용하기 어렵게 되었고, 오히려 공동체관련 사안에 적용가능한 개별국가의 행정법을 포함하는 의미로 외연이 확대되게 되었다. 역사적 근원을 존중하여 유럽공통의 행정법(gemeineuropäisches Verwaltungsrecht)을 이야기할 경우 그것은 이 두 가지의 발전방향을 뜻하는 것으로 이해된다. 법리적 측면에서 유럽법의 영향은 직접적 효력(Direktwirkung)과 법원리적 계수(prinzipiengeleitete Rezeption)라는 두 가지 상이한 경로를 통해 독일법에 영향을 미치고 있다. 유럽통합이 독일행정법에 미친 영향을 이해하지 않고서는 더 이상 독일 행정법의 형성 및 작동원리를 정확하게 파악할 수 없게 되었다고 해도 지나친 말은 아니다. 특히 독일의 국내행정법과 함께 독일에서 국내법과 동등하게 적용되는 또 다른 유럽행정법의 형성과 규범적 내용(Hypothese von der Zweiteilung des öffentlichen Rechts)을 이해하는 것은 독일행정법으로부터 적지 않은 비교법적 자양분을 공급받아온 우리나라 행정법의 이론과 실천에 있어 매우 중요한 의미를 가진다. 유럽행정법의 영향을 제대로 반영하지 않은 독일행정법에 대한 비교법적 참조는 이제 더 이상 적실성을 상실하게 된 것이다. 이러한 관점에서 유럽행정법의 발전이 독일행정법에 끼친 영향을 범형식론(법원론과 행위형식론을 포함), 주관적 공권론, 판단여지 및 재량 이론, 행정규칙론 등의 문제영역에 초점을 맞추어 분석, 평가하였다.

I. 서 론

유럽에서 진행되어 온 유럽통합이 우리의 관심을 끈다면 그 과정에서 공법, 특히 행정법이 수행해 온 역할과, 그것이 유럽연합의 회원국의 법질서에 미치는 영향, 나아가 그러한 법적 변화가 유럽의 개별국가들 뿐만 아니라 초국가적 국가연합체로서 유럽연합을 상대해야 하는 우리나라의 입장에서 어떠한 함축과 시사점을 주는지를 밝히는 것도 중요한 관심사가 아닐 수 없다. 본 연구는 유럽통합이 독일행정법에 미친 영향을 중심으로 유럽통합의 공법적 영향을 탐구함으로써 그

와 같은 관심에 부응하고자 한다. 그러나 그 동안 유럽통합과정에서 행정법이 수행한 역할이나 유럽통합이 회원국의 공법·행정법에 미친 영향에 관해서는 주변적으로 언급되거나 부차적으로 지적되었을 뿐 이렇다 할 본격적인 연구는 이루어지지 못했다. 이러한 배경에서 이 글은 유럽통합과정에서 공법, 특히 행정법이 수행해온 역할과 기능을 이해하고 아울러 독일행정법에 대한 유럽연합법의 영향을 분석함으로써 유럽통합의 공법적 영향의 단면을 파악할 수 있는 유용한 지식정보를 제공하고자 한다.

II. 유럽통합과정에서 유럽공동체법이 독일행정법에 미친 영향

1. 개관

유럽통합의 진전에 따라 법의 유럽화(Europäisierung)도 꾸준히 진행되어 왔다. 거의 모든 분야의 법들이 이제는 유럽판(europäische Version)을 가지게 되었고, 새로운 공통법의 비전을 가진 “유럽법학”(Europrudenz)이라는 이상이 학문적 프로그램의 목표가 되었다.¹⁾ 일반행정법분야에서도 약간 뒤늦게나마 이러한 발전이 진행되었다. 사실 행정법은 사법의 경우와는 달리 법통일을 목표로 한 국제적 협약의 대상이 되지는 못했고, 유럽공동체의 관세법전(Zollkodex)²⁾이 제정되기 전까지만 해도 유럽공동체 입법기관들의 법통일을 위한 노력은 미미한 수준에 그쳤다. 유럽행정법의 국제화를 가져온 계기는 유럽공동체 소속기관들의 실무를 통해 주어졌다. 그러나 유럽사법재판소(EuGH)의 판례와 문헌에서 단일한 유럽행정법의 요소들로 추상화되었던 회원국들의 법체계들로부터 단일한 공동체 고유의 행정법이 생성되는 과정은 10여년 전부터는 법통일의 그것과는 상반된 방향으로 전개되고 있다. 그 결과 유럽행정법이란 개념을 유럽공동체기관들을 통한 단일한 행정법이라는 의미로는 더 이상 사용하기 어렵게 되었고, 오히려 공동체관련 사안에 적용 가능한 개별국가의 행정법을 포함하는 의미로 외연이 확대되게 되었다.³⁾ 역사적 근원을 존중하여 유럽공동 행정법(gemeineuropäisches Verwaltungsrecht)을

1) 법학의 유럽화를 주장하는 견해로는 Coing, NJW 1990, 937f.; Schulze, in: ders.(Hg.), Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte, S.3; Zimmermann, JZ 1992, 8; Janssen, FS Böckenförde, 151 등이 있다.

2) Verordnung (EWG) Nr.2913/92 des Rates v.12.10.1992 zur Festlegung des Zollkodex der Gemeinschaften, ABl. Nr. L302/1. 이 관세법은 당시까지 가장 큰 규모의 유럽행정법의 법전화에 해당하는 것이었다고 평가된다(Kadelbach, Stefan, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Mohr Siebeck, 1999, 2 Fn.12).

3) 이는 Gassener, DVBl. 1995, 16에서 말하는 것과 동일한 의미이다. 이 개념이 이중적 의미로 사용되는 것은 “국제행정법”(Internationales Verwaltungsrecht)이란 개념이 일면 국제적인 행정공동체, 국제행정기구의 법 또는 국제법상의 조약에 의해 만들어진 집행

이야기할 경우 그것은 이들 두 가지의 발전방향을 뜻하는 것으로 이해된다.

개별 국가의 행정법으로부터 분출되고 있는 유럽통합의 에너지는 그 동안 문헌들부터 충분히 주목을 끌었고 행정법의 교과서들을 새로 써야 한다는 목소리를 크게 하는 요인이 되었다. 일례로 1993년 독일 마인츠에서 열린 국법학자대회(Staatsrechtslehrertagung)에서 포겔(Vogel), 헤벌레(Häberle) 같은 학자들이 그러한 의견을 표명하였고,⁴⁾ 바두라(Badura)같은 학자는 유럽사법재판소(EuGH)를 “신종의 오토마이어”(eine Art neuer Otto Mayer)라고 부르기도 하였다.⁵⁾ 이와 같이 행정법의 개방화과정이 뒤늦게 시작된 데에는 몇 가지 원인이 있겠지만, 특히 각국의 행정법이 상대적으로 다른 법질서에 대한 관계로부터 절연되어 독자성을 유지해왔다는 사실, 즉 공법 특유의 자기완결성(Abgeschlossenheit)이 그 대표적인 원인으로 꼽히고 있다.⁶⁾ 특히 각 국의 공법이 생성된 정치적, 역사적 제약이 극히 다양하기 때문에 개개의 규율모델을 그 생성기반으로부터 추출, 분리하여 다른 역사와 체계를 가지고 있는 다른 법질서에 해석론적 대안으로 적용하는 데에는 많은 난점이 따를 수밖에 없다.

그러나 이러한 행정법의 독자성도 유럽공동체의 법이 발전함에 따라 그대로 유지될 수는 없게 되었다. 회원국들의 주권이 제한되고 그 존속여부가 초국가적인 조건하에 놓이게 되었다.⁷⁾ 공동체법의 법규범들은 가변적인 조건에 따라 직접 적용되며 또 국내법에 우선하여 적용되는 지위(Anwendungsvorrang)를 요구할 수 있게 되었다. 프랑스에서는 1988년에 이미 행정기관의 약 80% 정도가 공동체법의 집행문제를 다루고 있는 것으로 추정된 바 있다.⁸⁾ 유럽공동체의 법규정들은 특별행정법의 거의 모든 분야를 관통하고 있다. 그러나 이들은 이른바 ‘제한적 수권의 원칙’(Grundsatz der begrenzten Ermächtigung)에 따라 부문별로 제한되어 있고 따라서 각각의 체계이념에 상응하여 분산되어 있다. 법전화작업같은 범통일 작업은 그 내용도 목적도 아니다.⁹⁾

유럽공동체의 법적 행위뿐만 아니라 그것을 해석·적용하는 유럽사법재판소의 판결들까지도 회원국들의 다양한 법적 사유로부터 영향을 받기 때문에 이를 통해 서서히 유럽행정법(europäisches Verwaltungsrecht)이 독자적인 법으로서 생성되기 시작하였다.¹⁰⁾ 그 결과 구속적 효력에 대한 주장을 수반하는 법해석론

법이라는 의미로 이해되고 있고, 타면 오늘날 보다 더 일반적으로 법적용법(Rechtsanwendungsrecht)이란 의미 즉 ‘섭외적 행정법’이라는 의미로 사용되고 있는 것과 매우 유사하다.

4) VVDStRL 53(1994), 241; 245.

5) VVDStRL 53(1994), 244.

6) Kadelbach, S.6.

7) MacCormick, MLR 1993, 1ff.는 유럽공동체 회원국들은 더 이상 주권적(souverän)이지 않다고 한다.

8) Carnelutti, R.F.D.A. 1988, 8.

9) Götz, V., JZ 1994, 265f.

10) Grabitz, Europäisches Verwaltungsrecht - Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze

적 체계문제들이 독일법과는 다른 방향으로 심판되는 경우가 드물지 않게 발생하게 되고 나아가 독일의 일반행정법의 중심적 구성요소들에 대하여 영향을 미치게 되었다.¹¹⁾ 유럽공동체법은 독일의 법도그마틱이 발전시킨 법리와 제도를 재구성하거나 전적으로 포기하도록 요구하는 한편, 부분적으로는 국내법에 종래 알려지지 않았던, 따라서 기존의 법체계에 있어 이질적인 요소로 여겨진 제도와 원리들을 도입하도록 강요하는 입법 및 법제도적 영향을 미치기도 하였다.¹²⁾

유럽공동체법은 사인간의 법률관계만을 규율하는 경우가 아니라면 행정적으로 집행되어야 한다. 이것은 주로 회원국 집행부의 소임이다. 공동체 자체에게 부여된 집행기능은 매우 취약한 수준에 머무르고 있다.¹³⁾ 여기서 구별해야 할 것은 공동체 고유의 공동체법 집행과 그 보다 훨씬 더 중요한 회원국에 의한 공동체법의 집행이다. 공동체가 그 법집행을 회원국들에게 의존하고 있다는 것은 동시에 유럽법의 회원국 행정법에 대한 영향의 본질적 토대이기도 하다.

유럽법이 독일법에 영향을 미치는 또 다른 경로는 개인이 직접 공동체의 법규범을 근거로 권리를 주장할 수 있는 경우이다. 그 직접적 효력은 개인에게 국내법의 상반되는 규범에 대한 관계에서 유럽공동체법을 원용함으로써 법충돌의 문제를 제기하고 그에 대해 자기에게 유리한 심판을 구할 수 있는 지위를 부여해 준다. 따라서 공동체법에 의해 규율되는 사항과 관련성을 지닌 사안의 경우 잠재적인 법충돌 현상이 전형적으로 나타나게 된다. 이처럼 개인의 권리를 보호하는 것 외에 개인에게 그 권리를 행사할 수 있는 제도적 통로를 보장해줌으로써 공동체법의 현실적 유효성을 달성하고자 하는 것이기 때문에 그러한 법도그마틱의 문제영역들이 각각 유럽행정법이 독일의 행정법에 진입하는 입구(Einfallstor)가 된다. 개인의 소송제기를 통해 현실화되는 규범갈등(Normenkonflikte)을 공동체법 조화적인 방법으로 해결해야 한다는 요구야말로 바로 행정법의 유럽화(Europäisierung des Verwaltungsrechts)를 초래하는 원동력이 되는 것이다. 그와 같은 개인이 제소를 통해 개입하게 되는 빈도는 유럽공동체법의 규율밀도(Relegungsdichte)와 인식이 제고됨에 따라 계속 증가하고 있다.¹⁴⁾

법리적 측면에서 유럽법의 영향은 직접적 효력(Direktwirkung)과 법원리적 계

des Verwaltungsverfahrens, NJW 1989, 1776-1783; Zuleeg/Rengeling, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht - wechselseitige Einwirkungen, Referate mit Diskussion, VVDStRL 53(1994), 154ff. 등을 참조.

11) Peine, F.-J., Allgemeines Verwaltungsrecht, 5.Aufl., 2000, Rn.59a ff.

12) 이러한 변화들을 체계조화적으로(systemkonform) 해결하고 이에 대한 국내법에서의 이론적 토론을 촉발시키기 위한 연구로는 Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. 1996, S. 186ff.을 참조. 그 밖에 Scheuing, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann(Hg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden, 1994, S.289-354, S.343ff.를 참조.

13) Schweitzer/Hummer, Europarecht, Rn. 425, S.125.

14) Kadelbach, S.12.

수(prinzipiengeleitete Rezeption)라는 두 가지 상이한 경로를 통해 독일법에 영향을 미치고 있다고 볼 수 있다.¹⁵⁾ 그 과정은 다시 두 가지 측면에서 설명할 수 있다. 그 첫번째 요인은 공동체와 회원국간의 권한배분에서 비롯된다. 공동체가 어떤 규범을 제정하면 이것은 국가적 수준에서 제정되어 있는 동일한 사항에 관한 그와 상반되는 내용의 법규범을 배척하는 결과가 된다. 제정법의 경우 주로 특별행정법분야에서 발생하는 이 같은 직접적 법충돌(direkte Kollision)은 공동체법의 우선적용(Anwendungsvorrang)에 의해 해결된다. 그러나 공동체가 입법권을 가지고 있지 않거나 가지고 있더라도 그 권한을 행사하지 아니한 분야에 관한 국내법이 공동체의 이해관계와 부합되지 않는 경우 그 국내법은 배척되는 것이 아니라 최대한으로 공동체법과 조화될 수 있도록 조율을 거치게 된다. 이러한 간접적 법충돌(indirekte Kollision)은 공동체법을 집행하기 위하여 국내법으로서 일반행정법을 사용하여야 하는 경우에 발생하게 된다.

두 번째 요인은 국내법의 규준을 이루는 공동체법규범의 추상화정도(Abstraktionsgrad)의 차이에 따른 효과, 즉 법의 충돌에 있어 우위(Vorrang)와 원칙효(Prinzipienwirkung)의 구별과 그에 따른 결과에서 비롯된다. 법규범간의 직접적 충돌이 생길 경우 공동체법은 스스로 그에 관한 법적 결과를 판정한다. 이 법적 결과는 국내법에 의한 대립되는 법적 결과를 배척시킬 수 있다. 이 두 가지 법적 결과들은 따라서 그 구체화정도에 있어 동일한 단계(Konkretisierungsstufe)에 있다고 볼 수 있다. 반면 간접적 충돌의 경우 공동체법에 의해서는 단지 결과적으로 볼 때 어떤 법적 상태가 공동체의 이해관계에 반한다는 점을 확인할 수 있을 뿐이다. 유럽법 자체가 상반되는 국내법을 배척하고 대신 적용할 수 있는 법규정들을 보유하고 있지 않기 때문에 국내법이 공동체법상 승인된 동기를 따르는 것인지 여부를 판단할 수 있도록 해주는 일반적인 법원칙들(allgemeine Rechtsgrundsätze)을 끌어와야 한다. 이들 법원칙들은 개개 사안의 해결책에 대해서는 아무 것도 말해주지 않지만, '원칙효,' 즉 그것을 규율할 규범을 제시해 주는 효과를 발휘한다. 이들 원칙들은 주로 범형성을 위한 법원칙들을 발전시킬 책무를 지닌 유럽사법재판소의 법관법(Richterrecht), 즉 판례법으로부터 생성·발전되고 있다.

2. 입법 및 법제도적 측면에서의 영향

유럽연합의 법은 입법과 법제도의 측면에서 독일행정법에 다양한 영향을 끼치고 있다. 그 대표적인 경우로는 공동체법과 회원국의 국내법 사이에 발생하는 법충돌에 있어 공동체법이 우선적용되는 경우와 공동체의 준칙에 따라 회원국들이 입법 의무를 이행하는 경우를 들 수 있다. 먼저, 법충돌에 있어 공동체법은 유럽연

15) Kadelbach, 485.

합이 특별행정법분야에서 입법권을 행사하여 그와 상반되는 국내법과의 충돌, 즉 직접적 법충돌(direkte Kollision)이 있어 공동체법의 우선적용(Anwendungsvorrang)을 관철시키거나, 공동체법이 국내법과 직접 충돌하지는 않지만, 그 집행을 위하여 회원국의 국내법, 즉 일반행정법의 도움을 받아야 하는데 당해 국내법이 공동체의 이해관계와 부합되지 않는 경우, 즉 간접적 법충돌(indirekte Kollision)이 있어 해당 국내법을 공동체 조화적인 해석을 통해 조율하는 방식으로 독일행정법에 입법·법제도적 영향을 미친다. 직접적 충돌의 전형적 예로는 경쟁법의 예를 들 수 있다. 공동체조약(EGV)은 제85조 제1항에서 회원국간의 상거래를 침해할 우려가 있다고 인정되는 담합행위를 금지하고 같은 조 제3항에서 위원회에 그 금지를 면제해 줄 수 있는 권한을 부여하고 있다. 독일의 경우, 경쟁제한법(Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: GWB) 역시 국내시장에서의 행위에 대하여 그와 비교할만한 금지규정들(§§ 1, 2 & 103ff.)을 두고 있고, 또 일정한 유형의 결정과 계약들의 허용가능성을 규정하고 있다. 만일 독일 시장 밖에서 국가간 경쟁이 문제되고 어떤 거래당사자간의 합의와 같은 행위가 한 나라의 법질서에서는 금지되나 다른 나라의 법질서에서는 금지되지 않는 경우 법충돌이 발생하게 된다. 간접적 법충돌은 가령 보조금지금이 부적법한 것으로 판명된 경우 회원국들이 지는 공동체법상의 상환청구의무와 행정절차에 있어 법적 안정성 및 신뢰보호에 관한 국내법 규정의 충돌이 발생하는 경우에 발생한다. 다만 이에 관한 상세한 설명은 생략한다.¹⁶⁾

둘째, 유럽연합은 회원국들에 대하여 국내법적 전환의무를 수반하는 준칙을 제정함으로써 일정한 입법의무를 부과할 수 있다. 이와 같은 준칙을 통해 유럽연합이 독일행정법에 입법·법제도적 변화를 가져오는 현상은 경제, 사회, 정치 등 거의 모든 분야에 걸쳐 나타나고 있다. 그 가장 현저한 예로는 환경법 분야에서의 법적 변화를 들 수 있다. 가령 유럽연합의 환경영향평가준칙(UVP-Richtlinie)과 그에 따라 제정된 독일의 환경영향평가법(UVPG)의 예에서 볼 수 있는 바와 같이, 독일법 뿐만 아니라 프랑스, 미국의 입법례에 의해 영향을 받아 형성된 공동체의 환경법이 다시 독일의 환경법에 변화를 가져오는 사례들이 적지 않다. 1994년 독일에서 제정된 환경정보법(UIG)은 유럽연합(EU) 수준에서의 환경보호를 위한 노력과 더불어 유럽연합이 준칙을 제정하여 회원국들의 국내법에 직접적인 영향력을 행사한 결과 만들어진 산물이었다.¹⁷⁾

16) 법충돌의 예에 관하여는 Kadelbach, 25이하를 참조.

17) 이 법률은 『환경정보에 대한 자유로운 접근에 관한 1990년 6월 7일 유럽연합이사회 지침 90/313/EWG을 이행하기 위한 법률』(Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 90/313/EWG des Rates vom 7. Juni 1990 über den freien Zugang zu Informationen über die Umwelt(v.8.Juli 1994: Bundesgesetzesblatt 1994, I S.1490))에 의해 제정되어 1994년 7월 16일부터 시행되었다. 이에 관하여는 홍준형, “독일환경정보법의 제정에 관하여”, 『環境法研究』 제16권(1994), 61-90 및 같은 곳에 게재된 동법률의 전문번역; Sabine Frenzel,

준칙은 회원국들에 대하여 이를 효과적으로 국내법으로 전환시킬 의무를 부과한다. 준칙의 전환은 법규범에 의하여 이루어져야 한다(법규범유보: Rechtsnormvorbehalt). 다시 말해 전환의무의 이행은 회원국의 국내법질서에서 구속력을 가지는 법령을 통해서 이루어져야 하며 단순한 행정실무상의 관행(Verwaltungspraxis)이나 행정규칙만으로는 부족하다. 이 점은 유럽사법재판소가 이미 독일 환경법과 관련한 판례에서 분명히 확인한 바 있다. 여기서 재판소는 가령 이미씨온보호법(Immissionsschutzrecht)과 원자력법(Atomrecht) 등 규범해석적 행정규칙(norminterpretierende Verwaltungsvorschriften)과 규범구체화적 행정규칙(normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften)의 성격을 둘러싼 논란에 들어가지 않고 행정규칙에 있어서는 법원과 개인에 대한 구속력이 명백하게 보장되어 있지 않기 때문에 준칙의 전환형식으로는 적합하지 아니하다고 판시하였다.¹⁸⁾

이와 같이 공동체가 준칙을 통해 독일법에 영향을 미침에 있어 준칙의 법적 효력, 특히 그 직접적 효력의 인정여부가 문제되었다. 이에 관하여 유럽사법재판소는 1979년이래 준칙이 소정 기한 내에 전환되지 못한 경우에는 그 전환기한 후에는 일정한 요건 하에 직접 국내법적 효력을 발하게 된다고 판시해 왔다.¹⁹⁾ 이것은 개개의 사안에 한하여 인정되는 효력이라는 점에서 회원국들이 시행법을 제정하여 준칙을 전환시킨 경우에 발생하는 공식적인 국내법으로서의 일반적 효력(innerstaatliche Geltung)과는 다르고, 또 그러한 효력의 발생이 시행법제정을 통한 전환의무를 대체하는 것은 아니지만 준칙이 국내법에 대해 직접적 효력을 미칠 수 있다는 점에서 중요한 의미를 지니는 것이라고 볼 수 있다. 준칙이 그 전환기한 후에 직접적 효력을 발휘하기 위한 요건은 첫째, 당해 준칙이 정해진 기간이 경과했음에도 불구하고 국내법으로 전환되지 않았고, 둘째, 준칙이 그 내용면에서 개별 사례에 적용될 수 있을 만큼 무조건적이고 충분히 특정되어 있어야 한다는 것이다. 이러한 요건이 충족되면 개인은 회원국에 대하여 그에게 유리한 준칙규정을 원용할 수 있게 된다. 물론 그 경우 준칙은 하나의 회원국에 대한 관계에서만 효력을 발할 수 있고 제3자에 대해서는 효력을 가지지 못한다. 즉 제3자에 대해서는 수직적으로만 효력을 발하고 개인과 개인간의 관계, 즉 수평적 관계에서는 효력을 발하지 못한다.²⁰⁾ 유럽사법재판소는 이와 같은 공동체법의 규범들이 최적의 효력(optimale Wirkungskraft)을 부여받아야 한다는 이유에서 준칙의 직접적 효력을 인정하고 있다. 만일 어느 한 회원국이 개인들에 대하여 공동체법상의 의무를 이행하지 않는다는 것을 주장할 수 있도록 한다면 이는 모순이기 때문이라는 것이다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 유럽사법재판소의 판례를 ‘허용

Zugang zu Informationen der deutschen Behörden, Speyerer Arbeitshefte 131(2000)을 참조.

18) Vgl. EuGH Slg. 1991 I, S. 2567 und 2607.

19) Ratti, 148/78 Slg. 1979, 1629.

20) EuGH Slg. 1994 I, S. 3325.

되는 법형성으로'(als zulässige Rechts- fortbildung) 승인한 바 있다.²¹⁾

그러나 반면 공동체법이 독일법에 대하여 그와 같은 입법·법제도적 영향을 미침으로써 두 법질서간의 구조적 갈등이 생기는 경우도 없지 않았다. 그 대표적인 예로는 계획확정에 관한 규율태도상의 차이를 들 수 있다. EU의 회원국들 가운데는 일종의 목적명제에 따라 계획작용을 수행하는 행정에 대하여 전통적으로 광범위한 정치적 책임을 수반하는 형성의 여지를 인정하고 있는 반면, 독일법은 주로 조건명제로 설정된 영업법적 요건을 중심으로 한 시설과 관련된 엄격한 이용규칙과 인·허가규범만을 알고 있기 때문에 그와 같은 법적 접근방식의 차이가 반드시 조화될 수 없는 것은 아닐지라도 독일의 국내법질서의 통합능력에 대하여 매우 곤란한 시련을 가져오는 경우가 있었다. 그밖에도 통합적 환경보호프로그램(IPPC - Richtlinie)²²⁾에 대한 유럽연합의 준칙을 둘러싼 독일과 유럽공동체와의 인식의 차이,²³⁾ 유전자공학법분야에 있어 공동체의 행위중심적 사고와 독일의 시설중심적 사고의 차이 등 적지 않은 분야에서 공동체와 독일간 법적 인식 및 시각의 차이가 노정된 바 있었다.

3. 판례법상의 영향

(1) 유럽사법재판소의 판례발전

유럽사법재판소는 유럽공동체조약들에 의해 만들어진 제도체계 내에서 매우 중요한 지위를 차지하고 있다. 그 임무는 일면 개개의 공동체기관들의 권한들간의, 타면 공동체에 위양된 권한들과 회원국이 보유하고 있는 권한들간의 한계를 확정하는 데 있다. 그 사법적 통제기능을 행사함에 있어 유럽사법재판소는 헌법적 성질을 지닌 문제와 경제적 중요성이 큰 문제들을 심판하게 되는 경우가 많다. 실제로 유럽사법재판소는 교통문제에 관한 판결(AETR, 1971)²⁴⁾에서 회원국들은 더 이상 제3자 국가(비회원국)들과 공동체법규범들을 저해하는 내용의 의무를 부담하는 협정을 맺어서는 아니 된다고 판시함으로써 대외관계의 영역에 있어 공동체권한들을 진화적으로(evolutiv) 해석해야 한다는 원칙을 수립한 바 있다.

유럽의회가 새로운 권한을 확대해 나감에 발맞추어 재판소 역시 그 관할권을

21) BVerfGE 75, 223.

22) Integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung(ABl. 1993 C311/6). 1996년 9월 24일의 준칙 96/61/EG(ABl. L257/6)의 최종안은 이 안과는 많은 점에서 상이한 내용으로 되어 있으나 제3조 lit. a 에 있어 계속 갈등의 소지를 가지고 있다.

23) Appel, DVBl. 1995, 399ff.; Becker, Einführung in Inhalt, Bedeutung und Probleme der Umsetzung der Richtlinie 96/61/EG des Rates der Europäischen Union vom 24. September 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung, DVBl. 1997, 588-595.

24) AETR-Entscheidung vom 31. März 1971(Slg. 1971, S. 263ff.).

확대해 나갔다. 재판소는 마스트리히트조약(Vertrag von Maastricht)에서 그러한 관할권이 명시적으로 규정되기 전인 1990년 이른바 체르노빌 사건 판결(Tschernobyl-Urteil, 1990)에서 이미 유럽의회가 행한 특정한 종류의 법적 행위들은 유럽사법재판소에서 소송을 통하여 다투어질 수 있으며 반대로 유럽의회 또한 다른 공동체기관들이 한 법적 행위들이 ‘기관간의 상호대등’ 원리(das interinstitutionelle Gleichgewicht)에 저촉되는 경우 이들을 제소할 수 있다고 판시하였다. 나아가 재판소는 「회원국에 있어 공동체법의 직접 적용」(die unmittelbare Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten) 및 「국내법에 대한 공동체법의 우위」(der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht)라는 두 가지 핵심원칙을 확립함으로써 공동체를 하나의 법공동체(Rechtsgemeinschaft)로 확인시키는데 결정적으로 기여하였다.²⁵⁾

재판소가 형성·축적시켜온 판례 중 특히 주목되는 것은 공동체의 기관이나 회원국 정부뿐만 아니라 회원국의 국민, 기업 등 개인에게 제소권을 인정함으로써 이들의 제소와 그에 대한 재판을 통한 역동적인 판례형성을 가능케 하였다는 점이다. 공동체법의 직접적 효력(direct effect)에 의거한 개인의 제소는 공동체법의 준수를 확보함에 있어 유럽공동체의 기관이나 회원국 정부의 노력 못지 않게 핵심적인 역할을 수행하고 있다.²⁶⁾ 그러한 예를 살펴보면 다음과 같다.²⁷⁾ 우선 Van Gend en Loos(1963),²⁸⁾ Costa/ENEL(1964),²⁹⁾ Simmenthal(1978)³⁰⁾ 등 일련의 사건 판결³¹⁾을 통해 확립된 판례에 따라 유럽공동체의 시민들은 각국의 국내법원에 공동체조약, 명령 및 준칙들을 원용하여 소송을 제기하고 가령 자신들에게 공동체법에 합치되지 아니 하는 국내법령의 규정을 적용하지 말 것을 요구할 수 있게 되었다. 재판소는 그 밖에도 다수의 판례를 통해 공동체법이 각 회원국의 국내법에 우선하여 직접적으로 적용된다는 법리를 거듭 확인함으로써 공동체법의 규범력을 현저히 강화시켰다.³²⁾

25) <http://europa.eu.int/cj/de/pres/cjieu.htm>.

26) 이에 관하여 상세한 것은 Boch, Christine, The Iroquois at the Kirchberg: or, some Naïve Remarks on the Status and Relevance of Direct Effect(On the Occasion of the 30th Anniversary of the Europa Institute, University of Edinburgh), Harvard Jean Monnet Working Paper 6/99를 참조.

27) 이에 관하여 상세한 것은 Richter/Schuppert/Bumke, Casebook Verwaltungsrecht, 3.Aufl., C.H.Beck, 2000, 16ff.를 참조.

28) EuGH Slg. 1963, 5ff.

29) EuGH Slg. 1964, 1255.

30) EuGH Slg. 1978, 629.

31) 이들 판례에 관하여는 Pieper/Schmollmeier/Krimphove, Europarecht, Das Casebook, 2. Aufl., 2000, 108-121(Fall 16-18)을 참조.

32) Cassis de Dijon 사건판결(1979.2.20. Rewe-Zentral-AG/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein(Cassis de Dijon), 120/78 Slg. 1979, 649; Schweitzer/Hummer, Europarecht(5.Aufl., 1996, Lucherhand), Rn. 1128 - 1140); Gravier 사건판결(EuGH, 13.2. 1985 -

(2) 독일연방헌법재판소의 관례변천

유럽통합의 진전은 독일의 연방헌법재판소의 관례에 대해서도 지대한 영향을 미쳤다. 이미 앞에서 본 바와 같은 범층돌시 공동체법과 독일법간에 어느 것을 우선 적용할 것인지, 법적용의 우열을 판단하는 문제라든가 공동체법에 의한 입법 의무의 이행 여부, 불이행시의 법적 판단 등과 같이 공동체법의 국내적용문제가 관할사건으로서 제기되었기 때문에 연방헌법재판소의 관례형성을 통하여 공동체법은 독일법에로의 진입로를 구축할 수 있었다. 따라서 이러한 관례를 통해 공동체법이 사법적 경로를 통해 독일행정법에 전달되고 영향을 미쳐온 양상을 파악할 수 있다. 그 획기적인 이정표가 된 몇 가지 주요 관례들로는 ‘Solange II’ 결정³³⁾과 이른바 ‘마스트리히트 판결’(Maastricht-Entscheidung)³⁴⁾ 그리고 Euro 판결³⁵⁾ 등을 들 수 있다. 상세한 설명은 생략한다.

III. 유럽공동체법의 독일행정법에 대한 법리적 영향

1. 개설

유럽공동체법이 독일 행정법과 행정법도그마틱에 미친 영향은 여러 가지 기준과 관점에 의하여 설명될 수 있다. 가령 공동체법상 행정절차의 기본원칙을 중심으로 하여 유럽행정법의 형성을 설명하고 이를 바탕으로 개별 회원국의 행정절차에 있어 공동체법이 어떠한 영향을 미쳤는지를 분석한 Grabitz의 논의³⁶⁾나 행정소송중심으로 행정법의 유럽화경향을 분석한 Classen의 논의³⁷⁾ 그리고 유럽공동

Gravier/Stadt lüttich, 293/83 Slg.1985, 593); Bosman 사건판결(EuGH, 15.12. 1995 - Union royale belge des sociétés de football association ASBL u.a./Bosman, C-415/93 Slg.1995, I-4921(NJW 1996, 505)); Stauder 사건 판결(Slg. 1969, S. 419); Francovich 사건판결(Slg. 1991 I, S. 5337; Ari Afilalo, How Far Francovich? Effective Judicial Protection and Associational Standing to Litigate Diffuse Interests in The European Union, 1998 Jean Monnet Papers No.1/98(<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/98/98-1-.rtf>). 그 밖에도 Boch, Christine, The Iroquois at the Kirchberg; or, some Naïve Remarks on the Status and Relevance of Direct Effect(On the Occasion of the 30th Anniversary of the Europa Institute, University of Edinburgh), Harvard Jean Monnet Working Paper 6/99 등을 참조.

33) BVerfG, Beschluß vom 22.10.1986. -2 BvR 197/83- (BVerfGE 73, 339 - Solange II).

34) BVerfG, Urteil vom 12.10.1993. - 2 BvR 2134, 2159/92 -(BVerfGE 89, 155).

35) 2 BvR 532/98 vom 22.6.1998(BVerfGE 97, 350: NJW 1998, Heft 2).

36) Granbitz, Eberhard, Europäisches Verwaltungsrecht - Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens, NJW 1989, 1776ff.

체법이 독일의 일반행정법에 미친 영향을 행정법도그마틱의 주요문제영역 중심으로 분석하여 교수자격을 획득한 Kadelbach의 논의³⁸⁾ 등이 그러한 예들이다. 여기서는 이 문제에 대한 상대적으로 가장 최근에 나온 본격적 연구논문이라고 할 수 있는 Kadelbach의 분석을 중심으로 하여 논의를 진행시키기로 한다.

Kadelbach에 따르면 행정법을 유럽공동체법에 조율시키는 일은 각국의 국내법적 개념과 법리의 범위 안에서 이루어지는데, 그 영향은 법형식론(법원론과 행위형식론을 포함), 주관적 공권론, 판단여지 및 재량 이론 등 세 가지의 측면에서 나타나고 있다고 한다.

그는 행정법도그마틱(Verwaltungsrechtsdogmatik)의 변화는 각각 쟁점이 되고 있는 제도들을 어떠한 실현양식에 귀속시킬 것인지에 결정적으로 의존하는 것이라고 지적한다. 법형식론 역시 마찬가지로 규칙의 우위(Regelvorrang)와 원칙의 구속력(Prinzipienbindung)의 영향 하에 놓여 있다. 우선, 주관적 공권론은 우선 법적용의 우위를 인정하기 위한 요건과 불가분의 관련을 맺고 있지만, 특히 효과적인 권리보호의 원칙(Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes)에 따라 유럽적인 이익설(europäische Interessenlehre)의 의미에서 그 수정이 불가피하게 요구되고 있다. 한편 판단여지설과 재량이론은 법도그마틱의 수준에서가 아니라 형량과정의 형성 자체를 통해 따라서 직접 법의 일반원칙들이 발하는 원칙으로서의 구속력(Prinzipienwirkung)에 의하여 영향을 받고 있다. 이를 구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

2. 행정의 법형식론(Rechtsformenlehre)

행정의 법형식(Rechtsform)이란 행정이 그 목적을 달성하는 과정에서 수단으로 사용하게 되는 법적 틀을 말한다. 법형식은 법원(法源)(Rechtsquelle)과 행위형식(Handlungsform)의 상위개념에 해당한다.³⁹⁾ 행정에 적용되는 모든 법원은 반드시 어느 하나의 법형식을 통해 가시화된다. 반면 행위형식이란 실정법상의 개념이나 법이론적 개념이 아니라 행정법도그마틱의 외형적 체계에 관한 개념범주로서 행정작용의 종류, 즉 행정이 그 목적을 달성하기 위하여 사용하는 일정한 법적 성질을 지닌 활동유형을 말한다.⁴⁰⁾ 이러한 의미의 법형식론에서 유럽공동체법이 독일의 행정법도그마틱에 미친 영향을 살펴보면 다음과 같다.

37) Classen, Claus Dieter, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1996, J.C.B. Mohr(Paul Siebeck).

38) Kadelbach, Stefan, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Mohr Siebeck, 1999.

39) Pauly, in: Becker-Schwarze/Köcker(Hg.), Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, Stuttgart u. a. 1991, 31ff.; Schmidt-Aßmann, DVBl. 1989, 533f.

40) Kadelbach, aaO, 297.

(1) 법원(Rechtsquelle)

법형식론(Rechtsformenlehre)은 공동체가 달성하고자 하는 결과를 기존의 형식들에 통합시키는 임무를 부여받고 있다. 이 과정에서 공동체법은 독일 행정법상 법형식론에 직접 영향을 미치게 된다. 이와 관련하여 법률, 법규명령 및 조례 등과 같은 법원들이 공동체법에 의해 규율된 내용을 포함한 규범들로서 종래 국내법에서 수행해 왔던 기능들을 상실하고 공동체법에 부수하는 집행형식들로 변질되어 가고 있다는 관측이 나올 만큼,⁴¹⁾ 공동체법의 영향이 점점 더 커지고 있다.

(2) 행정의 행위형식(Handlungsform der Verwaltung)

행정이 그 목적달성을 위해 사용하는 단순한 사실작용에서 행정에 의한 법정립에 이르는 다양한 법형식들을 총칭하여 행위형식이라 부른다. 이들 다양한 활동형식에 대해 구조와 체계를 부여하는 작업이 '행정의 행위형식론'(Handlungsformenlehre)의 과제이다. 행위형식론에 있어 유럽법의 독일행정법에 대한 영향은 다양하게 나타나고 있다. 먼저, 일반추상적인 행위형식에 있어 공동체법의 원칙들은 부분적으로 형식금지(Formenverbot)로 귀결되고 있다. 이에 따라 가령 개인의 권리구제와 관련된 영역을 행정규칙의 형식으로 규율하는 것이 금지되고, 다만 권리보호와 관계없는 영역에 한해서만 행정규칙 형식에 의한 규율이 허용되는 결과가 되었다. 그 결과 법규명령의 유용성이 커지게 된 것은 당연한 결과였다. 이에 반하여 기술규범(technische Normen)⁴²⁾의 계수는 그 규범의 출처를 불문하고 독일과 유럽의 법 모두가 각기 평행적인 대안에 의한 해결이 요구되는 유사한 법적 문제들을 안고 있다는 점에서 공동체의 규범적 수단들이 국내법적 수단들을 대치하는 경향을 보이는 대표적인 사례가 되고 있다. 가령 제품의 안전성(Produktsicherheit)이나 환경보호 분야의 경우 국내법상의 기술규범들이 비관세적 무역장벽(nichttarifäre Handelshemmnisse)으로 작용할 수 있기 때문에 각회원국들의 다양한 기술규범들로 인한 폐단을 최소화하기 위하여 범공동체적 수준에서 기술규범이 필요하게 되며, 그 결과 안전성에 관한 최소한의 기본적 요건들을 채택하도록 하거나 기술

41) Kadelbach, aaO, 299ff., 490.

42) 여기서 '기술규범'이란 가령 독일의 경우 독일규격기구(Deutsches Institut für Normung e.V.: DIN)처럼 공인된 규격제정기관(Normungsorganisation)에 의해 반복적으로 적용할 목적으로 이해관계인들이 쉽게 접근할 수 있는 공개된 문서를 통해 공표되는 비구속적인 기술적 규격들(unverbindliche, technische Spezifikationen)을 말한다(이에 관하여는 Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, S.40ff.; Denninger, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 130ff.; Breulmann, Normung, S.31; Peglau, ZUR 1995, 21; Rönck, Technische Normen, 21ff. 등을 참조).

규범을 조화시킴에 있어 준수해야 할 일반적 지침을 받게 된다. 환경법의 경우 EU 환경감사령(EG-Verordnung über das Umwelt-Audit) 제12조는 환경경영감사에 개별국가, 유럽 또는 국제적 기술규범들을 심사대안으로 사용하는 것을 허용하고 있다. 문제는 CEN, CENELEC 등 유럽수준의 비정부국제기구들에 의해 제정된 기술규범들의 경우, 그 구속력을 원용하는 규범들이 일반조항식으로 규정되어 있어 결국 이들 기구의 기술규범관련 활동이 입법과 유사한 성질을 띠게 되는 것이 아니냐 하는데 있다. 앞으로 이들 유럽차원의 기술규범들이 국내법상의 기술규범을 대치 또는 축출할 것인지는 미지수지만 그 같은 유형의 행정적 행위 지침들에 대한 문제제기가 계속될 것임은 분명하다.⁴³⁾

구체적인 행위형식 가운데 행정행위(Verwaltungsakt)는 범유럽적으로 통용되는 형식에 해당한다. 그럼에도 불구하고 행정행위는 다양한 측면에서 국내법적 절차를 넘는 절차종결적 의미를 가지게 되어 그 요건이 더욱 풍부해지고 있다. 부분적으로 행정행위는 사인에 의해 진행된 절차를 종결시키며, 부분적으로 계획화된 행위(planifizierte Akte)로서 복합적인 결정발견과정에서 행해지기도 한다. 이러한 결정형식은 재판상 권리보호에 대하여 새로운 요구를 부과한다. 이 점은 다양한 협력적 행정행위 형식들의 경우에도 마찬가지로 타당하다.

한편, 엄밀히 말해 전혀 새로운 행위형식이라고는 할 수 없지만, 행정법의 유럽화를 향한 중요한 수단으로 활용되고 있는 행정행위의 유형으로 ‘초국가적 행정행위’(transnationaler Verwaltungsakt)를 들 수 있다. 문헌상 새로운 범형식론상의 제도로 소개되고 있는 ‘초국가적 행정행위’란 유럽공동체 회원국들이 공동체 법적 이유에서 다른 회원국들에서도 승인을 받아 통용되어야 하는 제품의 허가, 시험의 합격 또는 사업의 승인에 관하여 발하는 행정행위를 말한다. 공동체가 제정한 일련의 준칙들은 각 회원국들의 행정기관들이 다른 회원국들의 행정결정을 자신의 발한 것과 마찬가지로 승인하도록 의무화하고 있는데, 이러한 준칙에 의거하여 행해진 행정행위들은 이른바 승인의 원칙(Anerkennungsprinzip)에 의하여 다른 회원국들에서도 승인되어 효력을 발휘하게 된다. 초국가적 행정행위는 행정법의 유럽화현상을 보여주는 단적인 예로 주목되고 있다.⁴⁴⁾

승인의 요건이 충족된 경우 독일 행정법이 위와 같은 규범적 삼각관계에 대하여 취할 법적 조치는 의무에 합당한 법적용의 포기(pflichtgemäßer Anwendungsverzicht)이다. 반면 독일법상 인허가요건이 구비된 경우에는 행정행위의 형태로 별도의 인허가처분이 행해지게 된다. 그 경우 인허가행위의 공간적 효력이 달라지기 때

43) Kadelbach, 325.

44) Neßler, Der transnationale Verwaltungsakt - Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts, NVwZ 1995, 863; ders., Der transnationale Verwaltungsrecht - Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts, NVwZ 1995, S.863-866; Schmidt-Aßmann, Europäische Rechtsschutzgarantien. Auf dem Wege zu einem kohärenten Verwaltungsrechtsschutz in Europa, in: FS Bernhardt, 1995, S.1283-1303, S. 1302f.

문에 종래에는 제기되지 않았던 행정절차의 문제, 가령 유럽공동체 시민의 제3자 참가(Drittbeteiligung)나 공고절차와 관련한 행정절차상의 문제가 제기될 수 있다. 어떠한 행정절차의 실시과정에서 고려해야 할 대상주민의 범위가 현저히 확대되는 결과가 되지만, 법적인 측면에서는 아무런 영향이 없기 때문에 이를 새로운 범형식이라고 할 수는 없을 것이다.⁴⁵⁾

한편, 행정사법적 작용(Verwaltungsprivatrechtliches Handeln)의 경우 분야별로 공·사법의 구별을 이미 시대낙후적인 것으로 여기는 경향이 나타나고 있다. 행정사법과 관련하여 일부 유럽화된 분야에서 국가에 대한 구속이 강화되는 경향도 없지 않지만 이는 어디까지나 범형식 자체에 영향을 미치지 않는 준수 의무(Beachtungspflicht) 수준의 것에 지나지 않는다. 나아가 종래 공권력에 의해 수행되던 권한들이 탈국가화되는 경향과 함께 나타난 범형식의 변화를 확인할 수 있다. 이러한 변화는 물론 유럽공동체법에 의해 시작된 것은 아니지만 그것에 의해 가속화되고 있다. 그 결과 행정법과 나란히 사법이 행정을 위한 동등한 법적 자원(gleichberechtigte Rechtsmasse)으로 등장하게 된다.⁴⁶⁾

한편 행정사법(行政私法)에 있어 공공기관의 수익활동은 급부행정의 경우와 마찬가지로 유럽경쟁법을 준수하지 않으면 안 된다. 또한 보조금법 역시 유럽공동체법의 직접적인 영향하에 놓여있다. 즉 보조금문제는 공동체의 보조금감독에 의하여 중첩적 규제를 받고 있다. 공동체조약은 제92조 제1항 및 제87조 제1항에서 보조금지(Beihilfeverbot) 또는 보조금금지(Subventionsverbot)를 원칙으로 하되, 필요적 예외와 임의적 예외를 인정하는 규정을 두고 있다(Art. 92 II, III/87 II, III EGV). 이 재정보조작용들은 부분적으로 공법적 성격을 띠는 절차와 권리보호 기준에 의하여 구속을 받고 있다. 특히 공동체법의 영향은 사기업에 대한 공공사업의 발주·계약을 규율하는 공동체의 각종 조달지침(Vergaberichtlinien)과 관련한 법적 변화를 통해 두드러지게 나타났다. 이 지침들은 경쟁제한법(§§ 106ff. GWB)에 편입된 1996년 8월 26일의 조달법개정법률(Vergaberechtsänderungsgesetz)에 반영되었다.⁴⁷⁾

전체적으로 보아 범형식론 자체는 근본적인 변화는 없으나 그 내용적 의미가 변화되는 양상을 보이고 있다. 공동체법의 내용과 회원국 국내법의 형식의 공생(Symbiose)이 이루어지는 경향도 빈번히 나타나고 있다. 물론 이러한 과정은 계속 변화를 겪고 있으나, 유럽화된 범형식론이 국내법상의 범형식론과는 달리 별도의 발전을 보이고 있다.⁴⁸⁾

45) Kadelbach, 328.

46) Kadelbach, 367.

47) 이에 관하여는 Pietzcker, Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR 162(1998) S. 427ff.; Schneevogel/Horn, Das Vergaberechtsänderungsgesetz, NVwZ 1998, 1242ff.를 참조.

48) Kadelbach, 368.

3. 주관적 공권론(Subjektive öffentliche Rechte)

주관적 공권은 유럽공동체법의 영향이 가장 심각하게 나타난 문제영역이다. 독일에 있어 이 문제는 특히 개인이 법원에 소송을 제기함에 있어 충족되어야 하는 요건, 즉 행정법원법(VwGO) 제42조 제2항 이하, 재정법원법(FGO) 제40조 제2항, 사회법원법(SGG) 제54조 제2항 등에서 규정되어 있는 사실심전제요건(Sachentscheidungs voraussetzung)의 하나로서 소권(Klagebefugnis)의 인정여부를 좌우한다는 점에서 결정적인 중요성을 가진다. 아울러 이 문제는 국가배상에 있어 제3자 관련성(Drittbezogenheit)이라든지, 국가의 사법적 활동에 대한 책임에 관하여 규정하고 있는 민법 제823조에 의한 권리의 인정여부, 보호규범의 조사문제 등과 관련하여 파장을 미친다.

(1) 독일행정법상 주관적 공권론

주지하는 바와 같이 독일 행정법에 있어 주관적 공권의 문제는 공권의 성립요건에 관한 보호규범이론(Schutznormtheorie)에 의해 지배되어 왔다. 보호규범이론에 따르면 공권이 성립하려면 일반적으로 첫째, 공법상 법규가 국가 또는 그 밖의 행정주체, 즉 구체적으로는 행정청에게 일정한 의무를 부과하는 강행법규이고(強行規範性), 둘째, 이 강행법규는 공익뿐만 아니라 적어도 사익을 아울러 보호하는 규범일 것(私益保護規範性) 등 두 가지 요건이 충족되어야 한다. 법적 힘(法力: Rechtsmacht)⁴⁹⁾ 즉 소구가능성(gerichtliche Durchsetzbarkeit)이 더 이상 주관적 공권의 요건으로 다루어지지 않고 있는 점을 제외하면, 기본적으로 일찍이 뵐러(O. Bühler)에 의해 최초로 정식화된 주관적 공권의 이론⁵⁰⁾이 여전히 답습되고 있는 셈이다. 그러나 독일행정법상 이 보호규범이론에 따른 주관적 공권의 법리에 전혀 변화가 없었던 것은 아니었다. 우선 뵐러의 공식중 제3요소, 즉 소구가능성(gerichtliche Durchsetzbarkeit)의 문제는 보호규범이 취한 개별적 보호방향의 당연한 결과(notwendige Folge der individuellen Schutzrichtung)라는 이유에서 주관적 공권의 요건에서 배제되었고, 나아가 제1요소, 즉 국가나 기타 행정주체의 행정청에게 일정한 법적 의무를 부과하는 법규범이 존재하여야 한다는 명제 역시 무하자재량행사청구권이 주관적 공권으로서 인정된 이래 그 의미

49) 이것은 권리의 개념에 관한 권리법력설에서의 “법적 힘”을 의미하는 것은 아니다. 이에 관해서는 H.Bauer, *Geschichtliche Grundlage der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht*, 1986, S.138 Fn.63을 참조.

50) Ottmar, Bühler, *Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung*, 1914. 뵐러는 이후 자신의 이론을 재확인했다. O.Bühler, *Altes und neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte*, in: GS W.Jellinek, 1955, S.269ff.(274, 285f.).

를 상실하게 되었다. 그 결과 ‘침해되었다고 주장하는 범규범이 적어도 사익도 아울러 보호하려는 목적을 지닌다고 인정되면 주관적 공권이 성립한다’는 일원적 정의가 실무 상 통용되기에 이르렀다.⁵¹⁾ 이러한 공식은 국가와 시민간의 양면 관계에서는 물론 이웃관련소송이나 경쟁자소송과 같은 3면 관계에서도 마찬가지로 통용됨으로써 결국 사인이 원용하고자 하는 범규정의 내용여하가 주관적 공권의 성립을 좌우하게 되고 그 경우 당해 범규정의 해석방법(Auslegungsmethode)이 결정적 의미를 가지며 또한 기본권을 원용하여 보호규범의 존재를 주장함에 있어 당해 법률이 문제된 일정한 기본권을 구체화하고 있고 그 기본권의 방사효과(Ausstrahlungswirkung)의 효력으로써 사익보호규범의 존재를 논증하는 문제가 관건이 되는 결과가 되었다. 이와 같은 기본권 법리를 배경으로 하여 범규범이 주관적 권리를 보호하는데 대한 일종의 추정이 성립하여 의심스러운 때에는 개인에게 권리를 인정하는 방향으로 당해 범규범을 해석하는 경향이 나타났다. 다시 말해 그와 같은 경우 제소권의 인정에 대한 일종의 추정(Vermutung zugunsten der Klagebefugnis)이 성립하게 된 것이다.

(2) 유럽공동체법에 있어 주관적 공권

주관적 공권의 개념은 유럽공동체 수준에서도 제소요건으로서 중요한 역할을 수행하고 있다. 그러나 부분적으로는 유럽공동체법상의 주관적 공권은 독일 행정법에서의 그것과는 상이한 기능을 가지고 있다. 독일의 경우 주관적 공권이 개인의 권리보호를 위한 실체적 제소요건을 구성하는데 비하여 유럽공동체에 있어서는, 다른 대다수 회원국들의 국내법에서도, 객관적 법을 관철시키기 위한 소송의 길을 열어주는 역할을 하고 있기 때문이다.⁵²⁾ 다시 말해, 유럽공동체법에 있어 주관적 공권은 행정법도그마틱(Verwaltungsrechtsdogmatik)의 제도로서 공동체법의 관철에 기여할 임무를 부여받고 있다.⁵³⁾ 주관적 공권과 이에 의거한 소송을 통해 모든 회원국에서 공동체법이 완전한 실효성을 발휘하도록 한다는 것이다.

한편 유럽사법재판소에서는 주관적 공권이란 개념대신 ‘공동체법상의 주관적 자격’(subjektive Berechtigung des Gemeinschaftsrechts)이란 개념을 사용해 오고 있다. 이것은 독일행정법에서 특히 항고소송에 있어 소권의 인정여부를 좌우하는 주관적 공권의 개념보다는 상대적으로 프랑스행정법에서 발전된 ‘제소의 이익’(intérêt pour agir)에 더 가까운 개념으로 이해된다.⁵⁴⁾ 주관적 공권과 공동

51) BVerwG, Urt.v. 6.10.1989, 4C14.87, BVerwGE 82, 343(344).

52) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2000, § 11 Rn.15a.

53) Kadelbach, Stefan, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Mohr Siebeck, 1999, S.491.

54) 물론 Kadelbach(S. 384)가 지적하듯이 이 개념은 프랑스행정법상의 객관소송에서 통용되는 제소의 이익에 비하여 주관적인 측면이 두드러지게 나타나므로 양자를 동일시

체법의 주관적 자격(subjektive Berechtigung des Gemeinschaftsrechts)은 객관적인 법적 통제의 요소로서 후자가 지니는 보조기능에 상응하여 후자가 사정거리가 더 넓다는 점, 다시 말해 더 널리 인정될 수 있다는 점에서 구별된다. 양자의 가장 주된 차이는 주관적 자격이 주관적 공권의 창출이 보호목적(Schutzzweck), 즉 규범의 목적 또는 효과여야 하는지 여부를 불문하고 인정될 수 있고, 따라서 반사적 이익(Rechtsreflex)도 당해 규범에서 보호하려는 것이라고 인정되는 한 그 주관적 보호효과(Schutzwirkung)를 발생시킬 수 있다는 점이다.⁵⁵⁾ 즉 일반적인 개인관련성(allgemeiner Individualbezug)이 인정되고, 특정한, 행정청의 재량이 인정되지 않는 조치를 요구할 수 있는 신청권이 내용적으로 구체화되어 있으며 또한 당해 조치와 관련하여 신청인이 가지는 이해관계가 사실상 당해 규범의 적용영역에 속한다는 사실만으로도 법원에 직접 소송을 제기할 주관적 자격이 인정되는 것이다.⁵⁶⁾

유럽사법재판소는 이미 1960년대부터 유럽공동체의 제1차적 법규범(Primärrecht)이 내용적으로 명확하게만 되어 있으며 이를 근거로 소송을 제기할 수 있다는 판례를 견지해 왔다.⁵⁷⁾ 이후 재판소는 이 판례를 제2차적 법규범(Sekundärrecht)에 의한 의무들의 국내법적 이행, 특히 준칙(Richtlinie)의 국내법적 이행에 대해서도 적용하여, 준칙들이 내용상 명확하게 구체화되어 있는 경우에는 그 적용대상자들이 해당 규정을 근거로 법원에 소송을 제기할 수 있게끔 국내법적으로 전환되어야 하며, 그 경우 그를 통해 보호되는 자가 특정 개개인인지 아니면 일반 대중인지를 가리지 아니 한다고 판시하였다. 일련의 환경법규정들과 관련하여 나타난 이러한 판례들을 통해 재판소는 회원국들이 준칙들을 특히 기한 내에 국내법적으로 전환하지 아니 하였다면 그로부터 사실상 또는 법률상 불이익을 받은 자는 누구나 직접 그것을 근거로 법원에 제소할 수 있다고 판시하였다.⁵⁸⁾ 또한 공공사업의 발주에 관한 준칙들에 포함된 일정한 규정들에 대해서도 마찬가지로 판례가 나오고 있다.⁵⁹⁾

하는 것은 잘못이다.

55) Kadelbach, 385.

56) Maurer, § 11 Rn.15a.

57) EuGH, Slg.1963, 1(25f.)=NJW 1963, 974 - Van Gend en Loos 이래 확립된 판례이다. EuGH, Slg. 1968, 216(230)=NJW 1968, 2208L - Molkerei-Zentrale; EuGH, Slg. 1974, 631(652)=NJW 1975, 513 - Reyners; EuGH, Slg. 1978, 629(643)=NJW 1978, 1741 - Simmenthal 등을 참조.

58) EuGH, Slg.1982, 53(71f.)=NJW 1982, 499 - Bekker; EuGH, Slg. 1988, 4635(4662)=NVwZ 1990, 353-Beentjes; EuGH, Slg. 1988, 4689(4722) - Moormann; EuGH, Slg. 1989 1839(1870)=NVwZ 1990, 649=EuZW 1990, 296L - Constanzo/Stadt Mailand.

59) EuGH, Slg. 1988, 4635(4663)=NVwZ 1990, 353-Beentjes; EuGH, Slg. 1989 1839(1870)=NVwZ 1990, 649=EuZW 1990, 296L - Constanzo/Stadt Mailand; EuGH, Slg. 1982, 417(428L) - Transportroute.

이와 같이 규범의 무조건성(Unbedingtheit)과 명확성(Bestimmtheit)을 요건으로 반사적 이익을 침해당한 자에게도 제소권을 인정하는 판례가 나온 배경에는 사적 이익을 활용하여 공동체법의 실효를 기하려는 법정책적 고려(Indienstnahme von Privatinteresse für den *effet utile*)가 있었던 것으로 이해된다.⁶⁰⁾

(3) 유럽공동체법상 주관적 공권의 법리가 독일행정법에 미친 영향

앞에서 본 바와 같이 공동체법의 주관적 자격의 법리에 따르면, 하나의 강제적 법규범(eine zwingende Rechtsnorm)에 의해, 직접적이고 개인적으로(unmittelbar und individuell) 이해관계에 영향을 받은 자에게는 제소권이 인정된다. 이러한 제소권의 확장은 독일 행정법원에 제기되어 직접 또는 간접적으로 공동체법의 위반여부를 다투는 소송에 대해서도 동일하게 준수되어야 한다고 이해되고 있다.⁶¹⁾ 그러나 이러한 법리가 독일 행정법상의 주관적 공권 자체를 확장시키도록 강요하는 것은 아니며 공동체법에 의해 요구되는 제소권은 오히려 독일 행정법원법 제42조 제2항에 규정된 “다른 법률에 특별한 규정이 없는 한”이라는 조건(Soweit-Satz)을 통해 적용될 수 있다.⁶²⁾ 또 주관적 자격의 법리가 독일 행정법의 기존 체계 모든 부문에 대해 변화를 가져온 것도 아니었다. 가령 통상의 법에 의하여(einfachrechtlich) 보장된 법적 지위의 기본권관련성(Grundrechtsbezogenheit)에 의해서 또는 고전적인 보호규범설이 그 동안 이미 손상을 입은 법해석론 분야에서는 오히려 양자의 수렴 내지 접근현상이 관측되고 있다.⁶³⁾ 후자의 경우 분야에 따라 양자의 소송상 차이가 그다지 현저하게 나타나지 않는 경우가 많다. 자기자신의 사적 이익을 위하여 행동하는 개인이 동시에 일반 대중의 공익을 실현하는 것이기도 하다는 사고방식도 독일법에 있어 낯설지 않으므로 행정소송의 제기요건으로서 주관적 공권의 침해를 요구한다고 하여 제소권을 근본적으로 제한하는 결과를 가져오는 것은 아니기 때문이다. 특히 독일 행정소송상 이른바 수범자이론(또는 상대방이론: Adressatentheorie)이 적용되는 한도 내에서는, 주관적 공권과 주관적 자격 사이에 별다른 차이가 생기지 않으며 오히려 공통성이 더 뚜렷이 나타난다. 수범자이론에 따르면 공동체법을 위반한 조치에 의하여 불이익을 받은 자는 누구나 재판상의 권리구제를 받을 수 있게 된다. 이 이론은 어떤 행정행위로 인하여 불이익을 받았다는 사실(Faktum nachteiliger Betroffenheit) 만으로도 제소권을 인정받을 수 있고 이를 바탕으로 원칙적으로 집행지효(aufschiebende

60) Kadelbach, S. 385.

61) Maurer, § 11 Rn.15a.

62) Maurer, aaO.

63) 양자의 잠재적 수렴경향에 관하여는 Masing, Johannes, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, Berlin 1997, S. 181ff.

Wirkung)의 혜택을 얻을 수 있게 된다. 준칙의 직접적 효력에 관하여 유럽사법재판소가 내린 거의 모든 판결들이 침해에 대한 방어가 문제되는 한도내에서 바로 이러한 다툼에 관한 것들이었다. 그러한 법률관계의 경우에는 공동체법에 의하여 규율되는 사안들이라고 하여 다른 법적 판단을 내릴 여지가 없기 때문에 주관적 공권의 법리를 적용하는 경우와 별반 다를 바 없다.

그러나 삼면적인 행정법관계의 경우에는 주관적 자격의 법리는 기존의 주관적 공권에 의한 제소권 인정범위와 관련하여 중요한 차이를 가져올 수 있다. 그 대표적인 경우가 경쟁자관계이다. 경쟁자보호(Konkurrenzschutz)가 문제되는 경쟁자관계에 있어서는 독일 행정법상의 주관적 공권의 법리와 달리 공동체법으로부터 직접 제소권의 확장이라는 결과가 나오기 때문이다. 반면, 이웃보호(Nachbarschutz)의 경우에는 이러한 결과가 환경법에서 일반적으로 행위형식으로 선택되는 준칙(Richtlinie)의 성질로 말미암아, 그리고 그 직접적 효력이 배제되기 때문에 그 정확한 시행규범으로의 전환이 이루어졌을 때 비로소 그와 같은 효과가 생긴다. 그와 같은 전환이 이루어지기 전에는 그런 종류의 권리구제의 결함을 보정하는 기능을 가지는 공법상의 손해전보법의 문제로 전환되게 된다.

이와 같이 공동체법의 주관적 자격의 법리가 독일 행정법상 주관적 공권의 법리 자체에 직접적 영향을 미친 것은 아니지만, 공동체법에 의해 보장된 법적 지위들이 그 동안 내용적 측면에서 정치적, 방어적, 급부적, 통제 및 절차적 권리를 포함하는 것으로 확대된 것은 부정할 수 없는 사실이다. 특히 통제 및 절차에 관한 권리들 가운데 일부는 실질적으로 국내법적 수준을 벗어나고 있다. 이렇게 볼 때, 이미 부분적으로 제소권의 확장이라는 효과가 나타나고 있고 또 장기적으로는, 특히 기존의 전통적인 보호규범설에 대한 비판이 재연되고 있는 이상, 독일 행정법상의 주관적 공권에 중대한 영향을 미칠 것이라는 것이 더 설득력 있는 전망으로 보인다.⁶⁴⁾

4. 판단여지 · 재량 이론

(1) 개설

불확정법개념(unbestimmte Gesetzesbegriffe)에 대한 판단여지와 재량의 문제는 행정의 최종결정권과 사법심사의 한계를 결정하는 문제이다. 판단여지와 재량의 근거규범은 행정이 평가행위를 통해 완성시킬 수 있고 동시에 완성시켜야 할 결정권(Entscheidungsprärogative)을 창출하며, 동시에 권리구제의 범위와 요건을 구성하기 때문이다. 그러나 재량과 판단여지의 관계 또는 그 구별에 관한 문제는 아직도 미해결상태에 머물고 있고 또 계속적인 논란의 대상이 되고 있다.⁶⁵⁾

64) Maurer, aaO.

65) 불확정법개념과 효과재량의 구별은 일면 양자를 포함하는 포괄적 · 통일적 재량개

국내법에 의하여 보장된 판단여지는 공동체법의 효력에 따라 그 범위가 제한되거나 완전히 배제되는 결과에 이를 수 있다. 특히 간접적 집행에 있어 가능한 최대한의 법적 통일성(größtmögliche Rechtseinheit)에 대한 이익이 판단여지의 축소를 초래하고 있다. 재량이론은 원칙에 의해 지도된 법 적용의 본래적 무대라 할 수 있다. 공동체법의 기준을 준수하지 않을 경우 재량의 부당행사(Ermessensfehlgebrauch), 즉 재량의 법률상 한계일탈이라는 평가를 면할 수 없게 된다. 한편 행정행위의 취소와 철회의 경우 필요한 이익형량은 재량행사 이전에 이미 시작된다. 취소 및 철회조항들의 법적 결과로서 본래적 의미의 재량이란 공동체법의 법적 원칙들에 의해 배제되어 있다. 이러한 감축은 원칙에 의해 향도된 이들 조항들의 적용을 통하여 이루어지고 있다.

(2) 판단여지이론

1) 독일 행정법에서의 학설전개

일반적으로 전후 독일의 바호프(Bachof)와 울레(Ule) 등에 의하여 주장된 불확정법개념의 해석·적용에 대한 행정청의 권한 및 그에 따른 제한된 사법심사가능성을 주장하는 견해들을 총칭하여 판단여지론(Lehre des Beurteilungsspielraums)이라 부른다.⁶⁶⁾ 이 이론은 미국법에 있어 증거법칙의 하나인 「실질적 증거법칙」(rule of substantial evidence)과 유사하다. 판단여지가 인정되는 경우 사법심사는 절차상 하자, 적용법의 오인, 기초적 사실관계의 부정확성, 일반적으로 통용되는 평가척도의 위배 또는 타사고려 등의 유무에 국한된다.⁶⁷⁾

념에 의하여 부정되거나, 타면 양자를 구별하면서도 그 결과면에서 상호접근을 인정하는 입장에 의하여 상대화되고 있다. 이에 관하여 상세한 것은 Hong, J.-H., Die Klage zur Durchsetzung von Vornahmepflichten der Verwaltung, Schriften zum Prozessrecht Bd.108, 1992, Duncker & Humblot, S.166f.을 참조.

66) 학설에 관하여는 Bachof, JZ 1955, 97ff.; ders., JZ 1972, 641ff.; Ule, GS Jellinek, 309ff.; Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, § 31 I c; Koch/Rubel, Allgemeines Verwaltungsrecht, V/51ff., VIII/60 등을 참조. 한편 독일의 경우 “판단여지”(Beurteilungsspielraum)란 그 의미내용에 비추어 볼 때 반드시 적절한 표현이라고는 볼 수 없다고 지적되고 있다. 사실 평가 또는 판정에 있어 문제가 되는 것은 그 “여지”(Spielraum)라기 보다는 전문적으로 타당성 있는 평가를 내릴 수 있는 권한이기 때문이다. 따라서 판단여지란 표현보다는 오히려 “평가 또는 판정수권”(Beurteilungsermächtigung), “평가특권”(Einschätzungsprärogative)이란 표현이 더 적합한 것이라 할 수 있다. 반면 2인의 채점관이 시험답안을 점수제로 평가하되 그 결과가 불일치하면 양자의 평균점수를 채택하도록 하는 시험규정의 경우를 생각한다면 “여지”란 개념도 일리가 없는 것은 아니다. 이로써 시험성적의 평가규정이 진정한 「평가여지」(Bewertungs-Spielraum)에 입각하고 있음을 분명히 알 수 있다(V.Götz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3.Aufl., S.91f.).

67) Wahl, NVwZ 1991, 414ff.

판단여지설은 사실 전후 독일행정법에서 지배적인 지위를 차지해 왔고 또한 일부 판례에 의해 지지를 받기도 하였다. 그러나 불확정법개념에 대한 판단여지가 불확정개념의 “본질로부터” 범주적으로 인정된 것이라기보다는 개개의 법규정의 해석을 통해 도출되어 왔기 때문에 당초 기대했던 것과는 달리 그 인정사태가 극히 제한될 수밖에 없었다.⁶⁸⁾ 독일행정법상 ‘판단여지’(評價授權: Beurteilungsermächtigung, Einschätzungsprärogative)가 인정된 경우는, 특히 학교교육분야나 공무원관계에서의 시험성적의 평가 및 시험과 유사한 평가결정, 전문적인 독립행정위원회에 의한 가치평가적 결정, 개별적이며 불확정법개념에 관련된, 특히 행정정책적 성격을 띤 사항에 관한 결정, 그리고 미래예측결정(Prognosenentscheidung)과 환경법 및 경제법분야에서의 위험평가 등에 머무르고 있다.

그 동안 대다수의 문헌이 판단여지설에 동조해 왔지만 점차 불확정법개념의 존재만으로는 불충분하며, 전면적 사법심사가 불가능하다는 의미에서 판단여지란 오히려 당해 법률이 행정청에게 종국적인 결정권을 수권한 경우 또 그 한도 내에서만 인정될 수 있다는 주장(이른바 규범적 수권이론: normative Ermächtigungslehre)이 제기되어 왔다. 그러나 이와 같이 논거를 보다 법이론적 또는 실무지향적인 것에서 규범적인 것으로 바꾸었다고 해서 그 결론이 달라지는 것은 아니다. 법률상의 수권은 반드시 명시적으로 주어져야만 하는 것이 아니라 개개의 법규정의 해석을 통해서도 인정될 수 있기 때문이다. 따라서 다시금 과연 불확정법 개념이 사용되고 있는지, 그리고 어떤 관계에서 사용되고 있는지가 특히 문제되게 되며 다만 이 경우 그 규범적 맥락이 더욱 강하게 고려되어야 할 뿐이다. 나아가 판단여지설을 지지하는 다수의 문헌들은 다음과 같은 이유에서 보다 근본적인 문제점을 지니고 있다고 비판되었다. 즉 이들 문헌은 판단여지설의 당초 주장이 판단여지를 예외적인 경우에 한하여 인정하는 데 있었다는 점을 충분히 고려하지 못했던 것이다. 또한 이들중 일부의 학설은 판단여지를 포섭(Subsumtion), 즉 개별적 사례에서의 법적용을 넘어서 (추상적인) 불확정법개념의 해석에까지 확장하려고 시도하였다는 점에서 비판되고 있다.⁶⁹⁾ 파피어(J. Papier)는, 이러한 판단여지의 확장은, 일반추상적인 법규범의 해석, 그리고 거기에 포함된 불확정(법률)개념의 해석은 사법권의 본원적 기능이므로, 옳지 않다고 비판하고 있다.⁷⁰⁾

68) Götz, Diskussionsbeitrag, in: Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle, 1985, S.178. 또 판단여지 또는 평가수권이 인정되는 경우를 ‘한계적 사례’(Grenzfälle)라고 부르는 데서도(Ule) 그 배경을 엿볼 수 있다.

69) Maurer, § 7 Rn.33, S.120.

70) 그밖에 판단여지설의 전개에 관하여는 洪準亨, “行政法上 不確定法概念과 判斷餘地の 限界”, 『行政論叢』 제33권 제1호, 1995를 참조.

2) 유럽공동체법의 영향

공동체법에서도 판단여지론에 상응하는 법리가 인정된다는 점은 이미 일찍부터 확인되어 왔다.⁷¹⁾ 공동체 자체내에서의 법집행(Eigenvollzug)의 경우 공동체의 행정청의 판단여지는 반복하여 인정되어 왔다. 가령 공동체 소속 공무원의 선발 및 승진에 관한 공무원법상의 결정에 있어 유럽사법재판소는 시험 및 승진위원회에게 광범위한 “재량의 여지”(Ermessensspielraum)를 인정해왔다.⁷²⁾ 또한 경쟁법 분야의 경우 집행위원회에 대한 통제를 강화하려는 재판소의 의도에도 불구하고 복잡한 경제적 사실관계에 대한 집행위원회의 다양한 판단권을 시인해왔고, 복합적인 기술적 판단의 경우에도 마찬가지로 결과를 인정해왔다.⁷³⁾ 또한 EGKS 조약처럼 명시적으로 집행위원회 결정에 대한 재판소의 통제사유를 재량남용으로 한정하는 경우도 있다(§ 33 I). 이와 같은 판단여지의 행사는 수권규범의 범위와 목적, 성실한 사실조사의 의무, 절차규정 및 공동체법의 일반원칙들에 의하여 재판상 통제가능한 방식으로 제한된다고 보는 것이 공동체법의 판단여지법리라고 볼 수 있다.⁷⁴⁾ 이 같은 판단여지론에 있어 재판상의 통제밀도(Kontrolldichte)가 전체적으로 독일법의 그것보다 더 낮은 것인지 아니면 높은 것인지는 그 심사의 강도가 분야별로 상이할 뿐만 아니라 한 범영역 내에서도 가변적이므로 단언하기 어렵다. 하지만, 행정청에게 재판적 통제로부터 벗어난 최종결정권이 인정되는지 여부가 더 중요한 관건이 된다.

공동체의 직접적 법집행(unmittelbarer Vollzug)에 있어서는 불확정법개념을 공동체법과 회원국들의 국내법 중 어느 것에 입각하여 해석해야 할지가 문제될 수 있다. 그 경우 공동체법의 통일성을 저해하지 않기 위하여 공동체법상의 요건 규정들을 통일적 기준에 의해 해석하는 것이 원칙이므로 판단여지에 대해서도 일정한 영향을 미치게 된다. 가령, 직접 집행 가능한 공동체법의 규정을 한 회원국의 국내 행정기관에게 판단여지를 부여하는 취지로 해석할 수 있는 경우, 그 규정의 통일적 법적용에 관한 법익의 보장을 제1차적 임무로 삼는 유럽사법재판소는 그 한도내에서 판단의 여지를 가능한 한 최대한 감축시키게 될 것이다. 이러

71) 가령 v.Simson, in: Zehn Jahre Rechtsprechung des EuGH, 396ff.; Bleckmann, EuGRZ 1979, 487ff.; Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht I, 287ff.; Classen, Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 175ff. 등을 참조.

72) EuGH, Urt. v. 25. 4. 1978, Rs.74/77, Slg.1978, 977(985) - Magdalena Allgeyer/Europäisches Parlament; v. 3.12. 1981, Rs.280-80, Slg.1981, 2887(2898) - Bakke d'Aloja/Rat.

73) EuGH, Urt.v.21.11.1991, Rs.269/90, Slg. 1991-I, 5469(5499) - HZA München-Mitte/TU München. 이 사건의 쟁점은 제3국에서 수입되는 학술기기에 대한, 공동체내에서 “동일한 학술적 가치를 가진 기기”(Geräte von gleichem wissenschaftlichen Wert)가 생산되지 않는 때에만 부여되는, 관세면제(Zollbefreiung)였다.

74) Kadelbach, 446.

한 경향은 관세법(Zollrecht)과 관련하여 이미 여실히 나타난 바 있다.⁷⁵⁾ 결국 장기적으로는, 특히 동일한 법규정이 공동체 소속기관 뿐만 아니라 회원국 국내 행정기관에 의해서도 적용되어야 할 경우에도, 공동체 소속기관의 행위가 상대적으로 더 엄격한 통제를 받게 되는 결과가 될 것이다.⁷⁶⁾ 이와 같은 판단여지의 행사에 대한 공동체법상의 규율 결과, 행정의 판단이 공동체법에 기인한 사유로 위법하게 될 수 없는 이상 그 한도 내에서 회원국 법원들의 통제권도 감소되게 된다. 물론 그것이 반드시 사법에 대한 행정의 지위 강화를 수반하는지는 미지수지만, 독일 기본법상의 권력배분에 비추어 볼 때 입법권자가 보다 구체적인 법령을 제정할 의무를 지게 되는 결과가 된다고 볼 수 있다. 공동체법 또한 권리행사에 본질적인 중요성을 지닌 영역에 있어서는 공식적인 법규(Rechtssatz)를 요구하는 방향을 보이고 있다. 이와 같이, 공동체법규정의 직접집행에 있어서는 범충돌이 발생할 여지가 없고 따라서 통일적인 규범들을 집행함에 있어 각각의 개별 사례에서 공동체법원칙들을 어떻게 고려할 것인가가 문제된다는 점에 있어서는 공통적이다.

반면 공동체법의 간접집행(mittelbarer Vollzug)에 있어서는 가능한 최대한의 법적 통일(größtmögliche Rechtseinheit)을 기해야 한다는 법익이 판단여지의 축소를 초래하고 있다. 공동체법의 간접집행에서는 관계이익들의 보호방향이 다양한 규범에 기인하기 때문에 회원국 국내법규정에 의하여 부여된 판단여지를 행사함에 있어 다양한 규범들간의 충돌이나 대립을 조정해야 하는 경우가 많다. 그 결과, 평가특권의 인정이 아예 공동체법에 의해 배제되거나 기존의 판단여지가 감축되는 경우가 생기게 된다.

먼저 전자의 경우 문제상황이 행정규칙에 의한 준칙의 전환문제와 매우 유사하다. 행정청이 개인의 이익을 보호하는 준칙규정의 적용영역에서 국내법상 판단여지를 가지는 경우, 개인의 권리실현이 재판상 더 이상 심사될 수 없는 행정의 임의적 판단에 맡겨지는 결과가 초래된다면 준칙의 전환이 적합하게 이루어졌다고 볼 수 없다. 이는 단지 확정성(Bestimmtheit)의 문제만이 아니라 권리실현 일반의 문제이기도 하다. 갈등은 공동체법상의 원칙들이 국가의 집행상 자율성(Vollzugsautonomie)을 배제하고 있는데도, 국가에게 그러한 자율성을 인정하는데 있다. 행정은 그와 같은 판단의 범위에 속하지 않는 관점들을 비교판단의 대상으로 삼을 수 있다. 이 경우, 법이론적으로 볼 때, 권리보호에 민감한 영역에서 원칙들간의 충돌을 방지하기 위하여 규범을 전환시키는 경우와 마찬가지로 실효성(Effektivität)의 원칙과 효과적인 개인 권리 보호의 원칙(Gebot wirksamen Individualrechtsschutzes)을 결합하는 문제가 중요성을 띠게 된다. 이들 법원칙들은 모두 국내법적 전환의 재량을 감축시키며, 이에 따라 행정은 자신의 독자적인 평가를 통해 공동체법상의 규범프로그램을 저해할 수 있는 어떠한 가능성도 박탈

75) Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht I, 479.

76) Kadelbach, 447.

당하게 된다. 행정법상의 판단여지이론은 규범구체화적 행정규칙의 문제에서와 유사한 상황에 놓여 있다. 그 적용범위는 공동체법 뿐만 아니라 헌법에 의해서도 감축되고 있다.⁷⁷⁾ 다시 말해 공동체법에 의해서 보호되는 개인적 이익뿐만 아니라 기본권에 의하여 행정의 최종결정권(Letztentscheidungsbefugnisse)은 제한되거나 배제되게 되기 때문이다. 이들 두 가지 요소들은 규범의 해석적용에서 요구되는 형량과정에서 법원칙으로서 효력을 발휘하게 된다.

한편 위와 같이 준칙이나 기타 공동체법에 의해 부여된 공백을 메우기 위한 제한들에 해당되지 않는 경우에는, 판단여지의 행사가 허용될 수 있다. 그 경우 헌법 및 관계된 공동체법규범들의 목적을 기준으로 하여 그 공백을 보충하고, 요구되는 법률상의 판단수권을 공동체법에 적합하게(gemeinschaftskonform) 해석하여야 한다. 예컨대, 유럽공동체 비회원국인들이 특정활동을 개시하기 전에 거치도록 요구할 수 있는 적성검사는 통상적인 시험관의 재량에 속할 뿐만 아니라, 이를 기본적 자유(Grundfreiheiten)의 목적과 제1차적 법규범을 구체화하는 제2차적 법규정들에 부합되게 실시되었는지 여부에 관하여 통제할 수 있다.⁷⁸⁾

(3) 재량이론

재량이론은 유럽공동체의 다른 회원국의 경우와 마찬가지로 독일 행정법의 핵심적 구성부분을 이루고 있다. 이에 따르면 법규의 해석상 어떤 법규정이 행정청에게 행위여부나 행위의 내용에 관하여 넓은 의미에서의 선택의 여지를 부여하고 있다고 판단될 경우, 행정청은 재량권 또는 재량의 여지를 가진다고 한다. 재량행위를 이 같이 이해하고 행정행위를 법에 의한 기속 여하에 따라 기속행위와 재량행위로 나누는 전통적 분류법은 독일 행정법이나 유럽공동체법에서 공통적으로 통용되고 있다. 재량이 자유롭지 않으며 그 재판상 통제밀도(richterliche Kontrolldichte)가 제한되는 점, 재량의 일탈·유월(Ermessensüberschreitung), 재량의 남용(Ermessensmißbrauch), 재량의 불행사(Ermessensnichtgebrauch), 재량행위에 의한 기본권 및 행정법의 일반원리에 대한 침해 등이 재량하자, 즉 재량행위를 위법하게 만드는 사유로 인정되는 점 또한 독일법⁷⁹⁾이나 공동체법 모두에게 공지의 사실에 속한다.⁸⁰⁾

반면 독일 행정법에서는 지배적이라 할 수 있는 재량과 판단여지의 구별은 유럽공동체에서 일반적으로 받아들여지지 않는 것으로 보인다. 따라서 독일 행정법상의 재량개념은 그 한도 내에서 다른 나라에서 통용되는 재량개념과는 일

77) 독일연방헌법재판소의 판례변천에 관하여는 홍준형, 1995. “行政法上 不確定法概念과 判斷餘地の 限界.” 『行政論叢』, 제33권 제1호를 참조.

78) Kadelbach, 450.

79) Maurer, § 7 Rn.11ff.

80) Kadelbach, 451ff.

단 차이가 있다고 할 수 있다. 양자는 법규의 해석과 구체적 사실의 확정, 그리고 포섭(Subsumtion)을 통해 일정한 법적 효과의 산출에 이르게 되는 법적용과정에 있어 위상을 달리 한다. 즉, 독일 행정법에 있어 재량과 판단여지는 통상 전자가 법률효과 측면에서 결정의 여지를 인정하는 것인데 비하여 후자는 법률요건 측면(Tatbestandsseite)에서 결정여지(Entscheidungsspielraum)를 인정하는 것이라는 점에서 구별되고 있다.⁸¹⁾ 따라서 객관적 법원칙은 해석의 지침(Auslegungsleitlinie)이 아니라 형량의 준칙(Abwägungsmaximesn)으로서 작용한다.⁸²⁾ 이와 같이 법원리에 의한 형량을 통해 법적용이 이루어지는 본래적 무대가 바로 재량 이론이라 할 수 있다.

독일 행정법상 재량이론에 있어 공동체법의 영향은 재량행사과정에서 공동체법의 원리들이 형량의 준칙으로서 작용하는 과정에서 두드러지게 나타난다. 즉, 회원국의 행정기관들이 공동체법의 원리들에 의해 구속을 받으며 따라서 이들 법원리들을 형량과정에서 고려해야 한다. 그 같은 공동체법의 기준을 준수하지 않을 경우 재량의 부당행사(Ermessensfehlergebrauch), 즉 재량의 법률상 한계일탈이라는 평가를 면할 수 없게 된다. 또 법원은 공동체법상의 재량한계가 준수되었는지 여부를 심사할 수 있다. 이에 관한 한, 독일공법학에서는 그 법해석론적 이론 구성상 미묘한 뉘앙스가 없진 않지만,⁸³⁾ 광범위한 합의가 이루어지고 있는 것으로 판단된다.⁸⁴⁾

5. 행정규칙론(Verwaltungsvorschriften)

독일 행정법은 이른바 「뵐」판결(WhyI-Urteil)이래로 행정규칙이 예외적으로 대외적 구속력을 가질 수 있음을 인정해 왔다. 1985년 12월 19일 연방행정법원(제7부)은 “배출공기 또는 지표수를 통한 방사능유출량에 대한 일반적 산출기준은 규범구체화적 지침으로서 또한 행정법원들을 구속한다”고 판시함으로써 행정규칙의 예외적 법규성 인정을 향한 판례발전의 길을 열어 놓았다(BVerwGE 72, 300, 301).⁸⁵⁾ 이 지침은 단지 규범해석적(norminter-pretierende) 행정규칙과는

81) 이에 대한 비판적 견해로는 Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessen, 101ff.를 참조.

82) Kadelbach, 451.

83) 이에 관하여는 Kadelbach, 453-457을 참조.

84) 이에 관하여는 Schweitzer, DV 17(1984); Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht I, 463f., 486f.; Grabitz, NJW 1989, 1782; Streinz, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), HStR VII, § 182 Rn.26; Rengeling, GS Sasse I, 231f.; Ress, in: Burmeister(Hg.), Verwaltung, 213 등을 참조.

85) 이 판결의 내용에 관하여 상세한 것은 최정일, “法規範具體化行政規則의 法的 性質 및 效力.” 『判例月報』, 264호, pp.34이하; 1995. “獨逸에서의 行政規則의 法的 性質 및 效力 - 특히 規範具體化行政規則을 중심으로 -.” 서울대학교 법학박사학위논문.

달리 규범에 의해 설정된 한계 내에서 행정법원을 구속한다는 것이다. 행정법원은 오로지 이 지침이 자의에 의한 조사에 근거한 것인지 여부와, 허가관청이 이러한 산출기준을 적용함에 있어, 그와 같은 방식으로 정해진 방사선피폭량(노출기준치)를 기초로, 개개의 변수에 관해 현존하는 불확정성에도 불구하고 충분히 수용가능한 평가를 내릴 수 있다고 볼 수 있는지 여부에 관해서만 심사할 수 있다는 것이다. 이 결정을 계기로 이른바 규범구체화적(normkonkretisierende) 행정규칙이란 개념이 탄생되었지만 그 법적 실체의 근거나 적용한계는 여전히 불명확한 상태에 머무르고 있었다. 이 문제에 대하여 연방헌법재판소는 매우 제한적이고 초연한 태도를 표명하였던 반면,⁸⁶⁾ 문헌상 압도적인 지지를 받은 이 판결을 과연 일반화할 수 있는지 여부, 그리고 어떤 범위에서 일반화할 수 있는지가 여전히 문제로 남아 있었다. 연방행정법원은 이후 일련의 판례를 통해 Why1 판결에서 표명된 규범구체화적 행정규칙의 범리에 대하여 소극적인 태도를 보이기도 하였다.⁸⁷⁾

이렇게 볼 때 아직까지는, 규범구체화적 행정규칙이라는 예외적인 범리가 독일의 법원체계에서 인정될 수 있는지, 그리고 그것에 어떠한 법적 효과가 결부될 수 있는지에 관해서 법해석론상 완전히 규명된 것은 아니지만,⁸⁸⁾ 이 규범구체화적 행정규칙의 범리는 유럽사법재판소에 의하여 유럽공동체법의 국내법적 전환의 형식으로서 수용되지 못했다. 유럽사법재판소는 독일의 환경법이 문제되었던 두 건의 절차에서 행정규칙의 경우에는 법원과 개인에 대한 구속력이 명백히 보장되지 못한다는 이유로 준칙의 시행법을 행정규칙으로 정하도록 한 것은 위법하

pp.193이하를 참조.

86) 연방헌법재판소는 규범구체화적 행정규칙을 원자력법상 허가의 “특수한 사례”라고 지적하거나(BVerfGE 78, 214), ‘이 범리가 헌법적으로 유지될 수 있는지 여부 및 그 범위는 이 사건에서는 문제삼지 않는다’는 식으로 문제를 정면에서 다루지 않으려는 태도를 보였다(BVerfGE 80, 257, 265).

87) ‘TA-Luft’에 관하여 연방행정법원은 이를 법률의 근거에 의해 발해진, 연방이미씨온보호법 제1조, 제3조 및 제5조의 요건들을 구체화하기 위한 행정규칙에 해당하는 것으로 보기는 했지만, 그 밖의 다른 주장에 대해서는 명백히 후퇴하는 태도를 보였다(BVerwG, NVwZ 1988, 824, 825). 그 밖에도 BVerwG NVwZ 1988, 824(이미씨온방지법상의 허가 관련); BVerwGE 77, 285, 290(연방원격도로에서의 소음방지에 관한 연방교통부장관의 지침). 이에 관한 판례, 학설에 관하여는 Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12.Aufl., 1999, § 24 Rn. 25a를 참조.

88) Hill, Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften, NVwZ 1989, 402. 한편 이와 관련하여 Kadelbach, 1999, 307은 TA Luft와 같은 지침들이 사용되고 있는 환경법의 다른 영역에 있어서는 판례상 분명한 입장이 나타나지 않고 있고, 엄격히 말해 TA Luft를 ‘예상된 전문가 감정의견’(antizipiertes Sachverständigengutachten)으로 보는 기존의 판례도 번복된 것은 아니며(Vgl. BVerwG, Urt.v.18.12.1990, 4N6.88, DVBl. 1991, 442(444)) 부쉬하우스(Buschhaus: Beschl.v.28.2.1985, 7B64/84, NVwZ 1985, 357f.)판결과 별판결에 있어 통일된 규범구체화적 행정규칙의 관념이 표명되었는지 여부도 의심스럽다고 한다.

다고 판시하였다. 준칙(Richtlinie)은 이를 시행하기 위한 효과적인 시행법, 즉 국내법으로 전환(umsetzen)되어야 하지만, 이를 행정규칙의 형식으로 전환하는 것은 허용되지 않는다는 것이다. 이로써 유럽사법재판소는 가령 이미씨온보호법(Immissionsschutzrecht)과 원자력법의 경우처럼 규범해석적 행정규칙과 규범구체화적 행정규칙의 성질을 둘러싼 논란에 말려들지 않은 채 시행법이 외부적 효력을 가지는(außenrechtswirksam) 법규범이어야 한다는 점을 분명히 하였다.⁸⁹⁾ 이 판결이 나온 이래 준칙의 시행법은 법규범이어야 한다는 원칙이 유지되고 있다(Rechtsnormvorbehalt der Umsetzung von Richtlinien).

IV. 결론: 독일행정법에 대한 유럽행정법의 영향과 그 시사점

40여 년 전에 출범한 유럽공동체는 이제 성숙기(Reifephase)에 접어들고 있다. 1993년의 마스트리히트조약의 발효로 유럽공동체는 이제 정치적 연합을 향하여 전진하고 있다. 그 과정에서 진행되고 있는 법통합 내지는 법적 상호작용은 괄목할만한 것이었다. 이제 유럽통합이 독일행정법에 미친 영향을 이해하지 않고서는 더 이상 독일 행정법의 형성 및 작동원리를 정확하게 파악할 수 없게 되었다고 해도 지나친 말은 아니다. 특히 독일의 국내행정법과 함께 독일에서 국내법과 동등하게 적용되는 또 다른 유럽행정법의 형성과 규범적 내용(Hypothese von der Zweiteilung des öffentlichen Rechts)을 이해하는 것은 독일행정법으로부터 적지 않은 비교법적 자양분을 공급받아온 우리나라 행정법의 이론과 실천에 있어 매우 중요한 의미를 가진다. 유럽행정법의 영향을 제대로 반영하지 않은 독일행정법에 대한 비교법적 참조는 이제 더 이상 적실성을 상실하게 된 것이다.

그러나 유럽통합의 독일행정법에 대한 영향에 관심을 가지는 더 중요한 이유는 유럽통합이 행정법분야에서 비교법 또는 비교법정책의 임상실험실을 제공해주고 있다는 데 있다. 유럽통합과정에서 진행되어 온 범질서의 통합 및 상호작용은 행정법제도나 법리의 역사적 구속성과 아울러 행정법제도들 최소한의 공분모를 찾을 수 있다는 사실을 실증해 보임으로써 어느 경우보다도 더 구체적으로 행정법의 통일 또는 국제적 표준화의 현실적 가능성을 확인시켜 주었다. 이처럼 우리는 유럽통합이 독일행정법에 미친 영향을 탐구함으로써 지역통합 또는 국가 간 협력을 위한 법제도적 조율을 위한 지식과 경험의 보고에 접할 수 있다. 이러한 지식과 경험은 상거래, 교역 등 경제적 이해관계뿐만 아니라 나날이 ‘국경 없는 공간으로 변해 가는’(going borderless) 국제사회에서 정치·사회적, 법적 교류와 협력을 위한 상호이해의 공유를 가능케 해 준다. 나아가 유럽통합이 독일행정법에 미친 영향을 이해함으로써 우리는 남북통일 이후의 행정법제도 통합방향과 관련해서도 대단히 귀중한 시사점을 얻을 수 있을 것이다.

89) EuGH Slg. 1991 I, S. 2567 und 2607; NVwZ 1991, 866, 868.

◆ 참고 문헌 ◆

- 이창훈·이종원·김대순. 2000. 『EU - 정치·경제·법 -』. 삼영사.
- 최정일. 「法規範具體化行政規則의 法的 性質 및 效力」. 『判例月報』 264호.
- _____. 1995. 「獨逸에서의 行政規則의 法的 性質 및 效力 - 특히 規範具體化行政規則를 중심으로 -」. 서울대학교 법학박사학위논문.
- 홍준형. 1995. 「行政法上 不確定法概念과 判斷餘地の 限界」. 『行政論叢』 제33권 제1호.
- Afilalo, Ari. 1998. *How Far Francovich? Effective Judicial Protection and Associational Standing to Litigate Diffuse Interests in The European Union*. Jean Monnet Papers. No.1/98.
- Becker, Bernd. 1997. "Einführung in Inhalt, Bedeutung und Probleme der Umsetzung der Richtlinie 96/61/EG des Rates der Europäischen Union vom 24. September 1996 über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung." DVBl. S.588-595.
- Beutler, Bengt/Bieber, Roland/Pipkorn, Jörn/Streil, Jochen. 1993. *Die Europäische Union*. 4. Auflage.
- Bleckmann, Albert. 1997. *Europarecht*. 6. Auflage.
- Blumenberg, Hildegard. 1992. *Die Umwelt-Informationen-Richtlinie der EG und Ihre Umsetzung in das deutsche Recht, Natur + Recht*. Heft 1, 816ff.
- Boch, Christine. 1999. *The Iroquois at the Kirchberg; or, some Naïve Remarks on the Status and Relevance of Direct Effect(On the Occasion of the 30th Anniversary of the Europa Institute, University of Edinburgh)*. Harvard Jean Monnet Working Paper 6/99.
- Burgi. 1996. *Verwaltungsprozeß und Europarecht*. München
- Classen, Claus Dieter. 1995. "Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht." NJW. 2457ff.
- _____. 1996. *Die Europäisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit*. J.C.B. Mohr(Paul Siebeck)
- _____. 1998. "Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des europäischen Gemeinschaftsrechts." DV Bd.31. 307ff.
- v. Danwitz. 1996. *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*. Tübingen
- Dauses, Martin(Hrsg.). 1997. *Handbuch des EG Wirtschaftsrechts* (Loseblatt, Stand: Dezember).
- Ehlers. 1991. "Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht." DVBl. 605ff.
- Emmert, Frank. 1996. *Europarecht*. München
- Everling. 1987. "Auf dem Weg zu einem europäischen Verwaltungsrecht."

- NVwZ. 1ff.
- Engel. 1992. "Die Einwirkungen des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Verwaltungsrecht." DV 25. 437ff.
- Grabitz, Eberhard. 1989. "Europäisches Verwaltungsrecht –Gemeinschaftsrechtliche Grundsätze des Verwaltungsverfahrens." NJW. 1776-1783.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.). 1998. *Kommentar zur Europäischen Union. 2 Bände, Loseblatt, Stand: Mai.* München
- Halfmann, Ralf. 2000. *Entwicklungen des deutschen Staatsorganisationsrechts im Kraftfeld der europäischen Integration.* Duncker & Humblot.
- Haller, Robert. "Unmittelbare Rechtswirkung der EG-Umweltinformations-Richtlinie im nationalen deutschen Recht." UPR 1994/3. pp.88-93.
- Haratsch, Andreas/Oppermann, Thomas. 1999. *Europarecht.* 2. Auflage.
- Hegele, Dorothea. 1993. "Unmittelbare Wirkung der EG-Umweltinformationsrichtlinie." ZUR. pp.284-287.
- Herdegen, Matthias. 2000. *Europarecht.* 3. Auflage.
- Huber, P. 1996. *Recht der Europäischen Integration.*
- Hummer, Waldemar/Streinz, Rudolf. 2001. *Europarecht.* 5. Auflage.
- Ipsen, Hans Peter. 1972. *Europäisches Gemeinschaftsrecht.*
- Kadelbach, Stefan. 1999. *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Mohr Siebeck.*
- Kahl, Wolfgang. 1996. "Hat die EG die Kompetenz zur Regelung des Allgemeinen Verwaltungsrecht?" NVwZ, 865ff.
- _____. 1996. "Europäisches und nationales Verwaltungsorganisationsrecht." DV Bd. 29, 341ff.
- Klein, Eckert. 1994. "Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten." Der Staat Bd. 33, 39ff.
- Koenig, Christian. 1998. *Europarecht.* 2. Auflage.
- Koenig/Pechstein(Hrsg.). 1998. *Entscheidungen des EuGH, Studienauswahl.*
- Maurer, Hartmut. 2000. *Allgemeines Verwaltungsrecht.* 13. Aufl.
- Neßler, Volker. 1994. *Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht.* Berlin.
- _____. 1995. "Der transnationale Verwaltungsrecht – Zur Dogmatik eines neuen Rechtsinstituts." NVwZ, S.863-866.
- Oppermann, Thomas. 1999. *Europarecht.* 2.Aufl.
- Pechstein, Matthias/Koenig, Christian. 1998. *Die Europäische Union.* 2. Auflage.
- Peine, F.-J. 2000. *Allgemeines Verwaltungsrecht.* 5.Aufl.
- Richter/Schuppert/Bumke. 2000. *Casebook Verwaltungsrecht.* 3.Aufl., C.H.Beck.
- Röger, Ralf. 1994. "Zur unmittelbaren Geltung der Umweltinformationsrichtlinie",

- Natur + Recht.* pp.125-128.
- Rohde, Christian. 1995. *Europarecht Schnell erfaßt.*
- Scheuing. 1994. in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann(Hg.). *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, Baden-Baden.* S.289-354, S.343ff.
- Schmidt, Reiner. 1999. *Europäisierung des öffentlichen Wirtschaftsrechts in Deutschland und sein Strukturwandel im Zeitalter der Globalisierung.*
- Schmidt-Aßmann. 1995. *Europäische Rechtsschutzgarantien. Auf dem Wege zu einem kohärenten Verwaltungsrechtsschutz in Europa,* in: FS Bernhardt. S.1283-1303.
- Schoch. 1995. "Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts." JZ, 109, 111f.
- Schwarze. 1988. *Europäisches Verwaltungsrecht.* 2 Bde.
- _____. 1996. "Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten," DVBl. 881ff.
- Schwarze(Hrsg.) 1996. *Das Verwaltungsrecht unter eruopäischem Einfluß.*
- Schweizer/Hummer. 1996. *Europarecht.* 5. Aufl. 1996.
- Schweizer, Michael. 1994. *Die Rechtshandlungen der Europäischen Gemeinschaften und ihre Wirkung in den Mitgliedstaaten.* in: *Steuerrecht, Verfassungsrecht · Finanzpolitik,* FS für Franz Klein(Hg.), Verlag Dr. Otto Schmidt. pp.85-102.
- Siedentopf, Heinrich. 1999. *Europäische Integration/Modernisierung des Staates, Speyerer Arbeitshefte* 127.
- Somek, Alexander. *On Supranationality, European Integration online Papers* (EIoP) Vol. 5(2001) N°3(<http://eiop.or.at/eiop/texte/2001-003a.htm>).
- Streinz, Rudolf. 2001. *Europarecht,* 5. Aufl.
- von Schwandenflügel, Matthias. 1993. "Die Richtlinie über den freien Zugang zu Umweltinformationen als Chance für den Umweltschutz." DÖV. pp. 95-102.
- Wegener, Bernhard. 1992. "Umsetzung der EG-Richtlinie über den freien Zugang zu Umweltinformationen, Zum Referententwurf des BMU." IUR. pp.211-218.
- _____. 1993. "Die unmittelbare Geltung der EG-Richtlinie über den freien Zugang zu Umweltinformationen." ZUR. pp.17-21.
- _____. 1994. "Wie es uns gefällt oder ist die unmittelbare Wirkung des Umweltrechts der EG praktisch?" ZUR. pp.232-236.
- Zuleeg/Rengeling. 1994. "Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht - wechselseitige Einwirkungen, Referate mit Diskussion." VVDStRL 53. 154ff.

Impact of the European Integration on the German Administrative Law

Joon-Hyung Hong

Associate Professor, Graduate School of Public Administration
Seoul National University

Impact of the European Integration on national public laws of member states turns out to be unique and remarkable, which this article analyzes with its influence upon the German Administrative Law. European Administrative Law, which emerged originally as a discrete body of those special laws governing the organs of the European Community encompasses now broader elements like public laws of each member state to be applied to the Community relevant issues and cases as well as those public laws formed by various instances of the European Union like the Commission, Court of Justice of the European Communities etc. It exercises great influence upon the German administrative law primarily through the direct effect (*Direktwirkung*) and principle-guided reception of european laws and legal doctrines (*prinzipiengeleitete Rezeption*). At this moment it is almost impossible to understand the German administrative law without comprehending the influence of the European Integration upon it. So long as German administrative law plays a role as a reference model for Korean Administrative law, still in many ways, the changes in its legal doctrines and theories brought about by the European integration need to be correctly reviewed and analyzed with its current status of development. This article reviews those changes, especially in those legal doctrines and theories regarding legal forms of administrative activity (*Rechtsformenlehre*: including source of law and forms of administrative acts: *Rechtsquellenlehre and Handlungsformenlehre*), subjective public rights (*subjective öffentliche Rechte*), administrative discretion (*Beurteilungsspielraum und Ermessen*) and Administrative Guidelines and Standards (*Verwaltungsvorschriften*).

홍준형. 서울대학교 행정대학원 부교수.

서울시 관악구 신림동 산 56-1 서울대학교 관악캠퍼스 57-408.

Tel: (02) 880-5621(O). E-mail: joonh@snu.ac.kr