

〈특 집〉

행정소송법과 행정절차법의 관계*

Thomas Würtenberger**

朴正勳譯***

삼권분립의 국가에서는 예로부터 행정소송과 행정의 관계가 논란되어 왔다. 행정결정이 어느 범위에서 법원의 통제를 받게 되는지,¹⁾ 그리고 행정의 고유한 형성여지를 인정함으로써²⁾ 행정소송의 기능적인 법적 한계를 설정할 것인지³⁾가 쟁점들이다. 또한 행정절차상의 하자가 행정소송에서 어떠한 효과를 갖는지에 관한 문제도 이러한 논제에 속한다.⁴⁾

행정소송법과 행정절차법은 동일한 목표, 즉 법적으로 정당한 결정의 발견 내지 실현을 추구한다. 이러한 임무가 행정절차와 행정소송에 어떻게 분배되는냐의 문제는 여러 상이한 모델에 따라 달라진다. 한편으로 특히 영국의 규율모델과 유럽연합의 초국가적인 규율모델에 따르면, 행정절차가 정당한 법적 결정을 찾는 데 중요한 기여를 하는 것으로 여겨지고, 그리하여 “절차에 의한 정당성 담보”로 말미암아 절차상 하자는 원칙적으로 행정결정의 취소로 귀결되며, 법원의 통제는 무엇보다 곧 절차에 대한 통제를 의미한다. 다른 모델, 특히 독일의 모델에 따르면, 실제법적으로 정당한 행정결정은 일차적으로 행정법질서에서 도출되고, 절차

* 이 논문은 2002년 10월에 서울대학교 근대법학교육 백주년 기념관 소강당에서 개최되었던 서울법대와 프라이부르크 법대 간의 공동심포지움(Symposium zwischen den juristischen Fakultäten der Uni. Freiburg und Seoul)에서 발표된 것이다.

** 독일 프라이부르크대학교 교수

*** 서울대학교 법과대학 副教授

1) Würtenberger, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1998, Rn. 20 ff. 및 거기에 소개된 포괄적인 사법심사와 제한적 사법심사의 영역에 관한 문헌들을 참조.

2) Maurer, Schnapp, “Der Verwaltungsvorbehalt,” *VVDStRL* 43 (1985), S. 135 ff., 172 ff.; Schmidt, “Der ‘Verwaltungsvorbehalt’ — ein neuer Rechtsbegriff?,” *NfWZ* 1984, 545 (546 ff.).

3) Schuppert, “Self-restraint der Rechtsprechung,” *DVBl.* 1988, 1191 (1197 ff.).

4) 행정절차의 기능에 관한 기본적인 것은 Wahl, *VVDStRL* 41(1983), S. 153 ff 참조.

는 법적으로 정당한 결정을 식별하기 위한 보조적 기능을 하는 것으로서, 절차적 하자가 있더라도 그로 인해 실체법적으로 정당 내지는 상당한 결정이 위법하게 될 수 없으며, 그리하여 절차적 하자에 대한 법원의 통제는 현저하게 제한된다.⁵⁾ 이는 결과적으로 행정소송에 의해서 내용에 대한 통제가 포괄적으로 이루어진다는 의미이다. 이 두 개의 모델은 어디에서도 완전하게 실현되고 있지 않다. 양자가 중첩되는 현상은 다음과 같은 반비례 공식(Je-desto-Formel)으로 표현될 수 있다. 즉, 절차적 통제가 강할수록 내용적 통제는 약해지고, 거꾸로 내용적 통제가 강할수록 절차적 통제는 약해진다. 이러한 공식은 절차에 의해 구체화되어지는 법에 관해 다음과 같이 변형될 수 있다. 즉, 행정결정에 대한 법적 기준이 불명확할수록 법을 구체화하는 임무는 점점 더 절차로 이전되고, 법이 행정결정의 내용을 명확하게 규정할수록 법적 정당성에 대해 절차가 갖는 중요성은 점점 줄어든다. 주지하다시피 이에 관해 앞의 모델에 대표적인 것은 초국가적인 유럽연합의 모델이고, 뒤의 모델에 대표적인 것은 독일법이다. 양 모델 중 어느 것을 선호할 것인지는 법을 구체화하는 데 있어 절차가 갖는 임무와 이에 대한 재판의 기능을 어떻게 이해하는가에 달려 있다.

I. 行政節次上 節次的 瑕疵의 治癒

관할규정, 절차규정 혹은 형식규정을 위반하면 행정행위는 형식적으로 위법한 것이 되어 이로써 행정소송에서 취소되어진다. 그러나 이에 관해 독일 행정절차법에 너무 많은 예외가 있기 때문에 오히려 거의 다음과 같은 원칙이 있다고 말할 수 있다. 즉, 형식적 하자가 있더라도 위법한 행정행위가 되지 않는다.⁶⁾

1. 行政節次法 제45조 제1항, 제2항에 의하여

행정절차법 제45조 제1항 및 제2항⁷⁾에 의하면, 절차규정이나 형식규정에 위반

5) 이에 관해 “Wahl, Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeßrecht in europäischer Sicht,” *Typoskript* 2002, S. 6 참조.

6) 즉, 절차적 하자 또는 형식적 하자의 치유를 통해 위법한 행정행위가 적법한 행정행위로 되는데, 이러한 효과는 통설에 의하면 행정행위의 발급 당시로 소급된다고 한다. Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl. 1995, § 58 Rn. 16 및 거기에 소개된 문헌들을 참조.

7) 동일한 취지의 조항으로는 조세기본법(Abgabenordnung) 제126조 및 사회법전 제10편

하더라도, 특히, 필요한 이유제시가 나중에 행해지거나(제2호), 관계인에 대한 필수적인 청문이 추후에 이루어진 경우(제3호), 행정행위 발급을 위해 반드시 필요한 다른 행정관청의 협력이 추후에 이루어진 경우에는(제4호), 취소사유가 되지 않는다. 행정절차법 제45조 제2항에 의하면, 이러한 절차적 하자의 치유는 행정소송이 종료될 때까지, 다시 말해, 상고심의 구두변론 종결시까지 절차적 행위를 추완함으로써 이루어질 수 있다.

실무상 절차적 하자가 매우 많은 경우에 치유될 수 있지만, 모든 절차적 하자가 치유될 수 있는 것은 아니다. 절차규정에 대한 위반이 행정행위의 무효를 초래하는 경우에는, 절차에 적합한 행정행위가 새로이 행해져야 한다. 또한 행정절차법 제45조에 의하면, 토지관할 및 사물관할에 관한 규정이나 절차상 제척·기피에 관한 규정(행정절차법 제20조 및 제21조)을 위반한 경우에는 하자가 치유될 수 없다.

2. 行政節次法 제46조에 의하여

행정절차법 제46조⁸⁾에 의하면, 절차·형식 또는 토지관할에 관한 규정을 위반하여 행정행위가 이루어진 경우에도, 그 위반으로 인해 당해 결정에 실체적으로 아무런 영향을 미치지 않았음이 명백한 때에는 그 위반만을 이유로 행정행위의 취소를 청구할 수 없다. 이 규정이 담고 있는 법관념은, 행정행위가 실체적으로 적법하기 때문에 곧 다시 동일한 행정행위가 발급되어야 한다면 형식적 하자만을 이유로 행정행위의 취소를 요구하는 것은 소송경제에 위배되고 또한 권리남용이 된다는 것이다.

행정절차법 제46조는 행정절차법 제45조 제1항에 규정된 형식적 하자보다 적용범위가 넓다. 행정절차법 제46조에 따르면, 가령 행정행위의 발급에 행정절차법 제20조 및 제21조에 의해 제척·기피되는 자가 관여한 경우에도 행정행위의 취소를 청구할 수 없게 된다. 단지 사물관할, 다시 말해, 임무배정에 관한 규율에 위반한 경우에만 행정절차법 제46조가 적용되지 않는다.⁹⁾

(Sozialgesetzbuch-X) 제41조가 있다.

- 8) 동일한 취지의 조항으로는 건설법전(BauGB) 제214조 제3항 및 조세기본법(Abgabensordnung) 제127조가 있다.
- 9) 사물관할에 대한 위반은 치유될 수 없다는 것은 유럽연합의 모든 회원국 및 초국가적 유럽연합법에서 법원칙으로 되어 있다. 이에 관해 Ladenburger, *Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsrecht*, 1999, S. 160 ff. 참조.

행정절차법 제46조의 본질적인 기준은 대체불가능성과 그로 인한 인과관계의 흠결이다. 즉, 형식적 하자가 결정에 실제로 영향을 미치지 않았음이 명백하여야 한다. 이러한 인과관계의 흠결은, 행정행위가 근거하고 있는 법규정이 행정청에게 재량이나 판단여지 또는 계획여지를 일체 허용하지 않는 경우에 인정된다. 그렇지 않은 경우에는 원칙적으로 형식적 하자가 재량결정 또는 계획결정에 영향을 미쳤다는 점을 배제할 수 없다. 그러나 재량이 영으로 수축되거나¹⁰⁾ 또는, 좀처럼 없는 예외적인 사안이겠지만, 형량 영역에 있어 계획적 형성여지가 없는 경우에는, 형식적 하자는 실제로 당해 결정에 대한 원인이 되지 않는다. 또한 형식적 하자는 가령 재량 영역의 경우 흠결된 청문이 이루어졌더라도 행정청의 결정을 위한 근거를 전혀 추가시킬 수 없었을 때에도 역시 당해 결정에 영향을 미치지 않는 것으로 된다. 그러나 이러한 경우 그러한 하자를 범하지 않았더라도 실제로 동일한 결정에 이르게 되었을 것이라는 점에 관해 합리적인 의심이 배제되어야 한다는 요건이 타당하게 주장되고 있다.¹¹⁾

3. 行政訴訟上 處分事由의 追加·變更을 통하여

처분사유의 추가·변경(Nachschieben von Gründen)에 관한 문제는 행정행위의 발급 당시 이미 존재했었지만 행정청에 의해 주장되지 않았던 사실적 또는 법적인 사유가 이제 법원의 재판에서 고려될 수 있는가에 관한 것이다. 처분사유의 추가·변경은 계쟁 행정행위에 관해 행정절차법 제39조에 따라 행정청의 관점에서는 충분한 이유가 제시되었으나 소송과정에서 그 이유제시가 내용적으로 잘못된 것임이 판명된 경우에 문제된다. 이러한 처분사유의 추가·변경은 행정절차법 제45조 제1항 제2호 및 제2항에 따라 누락된 이유제시를 추완하는 것과 구별된다.¹²⁾

행정소송상 처분사유의 추가·변경은 원칙적으로 허용된다. 행정법원은 추가·변경된 하자 없는 이유(예컨대, 새로 제시된 사실관계, 새로운 법적 근거)를 고려해야 하는데, 법원은 계쟁 행정행위에 관해 적법성을 빠짐 없이 심사해야 하기 때문이다. 여기서 행정소송의 직권탐지주의(행정법원법 제86조 제1항)와 행정 및

10) BVerwGE 62, 108 (116); BVerwG NVwZ 1988, 525.

11) 행정절차법 제46조에 대한 헌법합치적 제한 해석에 관해 Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 6. Aufl. 2000, § 49 Rn. 51 ff. 참조.

12) Würtenberger, *Verwaltungsprozeßrecht*, Rn. 617 ff.; Schoch, NVwZ 1984, 401; Rupp, *Nachschieben von Gründen in verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, 1987; Schenke, NVwZ 1988, 1; Horn, *Die Verwaltung* 25 (1992), 203.

司法의 법률에 대한 기속(기본법 제20조 제3항)은 법원으로 하여금 행정청이 제시하지 않았지만 계쟁 행정행위를 정당화시켜 줄 가능성이 있는 사유들도 반드시 참작하도록 요구한다.¹³⁾ 마지막으로 소송경제의 원칙은 행정청이 새로운 또는 변경된 이유에 기해 즉시 발급하여야 할 행정행위를 법원의 판결로써 취소하는 것을 금지한다.

재량 영역에서는 처분사유의 추가·변경은 제한된다. 행정법원법 제114조 제2문에 의하면, 행정청은 행정소송절차에서 행정행위에 관한 재량고려사항을 단지 보충할 수만 있다.¹⁴⁾ “보충”(ergänzen)이라는 말은 전혀 새로운 재량고려사항을 추가하는 것은 허용되지 않음을 의미한다. 다시 말해, 이미 제시된 재량사유가 그 핵심에 있어 교체되어서는 아니 된다. 뿐만 아니라 재량이 최초로 행사되어서도 아니 된다.¹⁵⁾ 이와 같이 행정소송상 재량고려사항의 보충에 한정함으로써 본질적으로 새로운 재량고려사항의 추가로 인해 원고의 권리방어가 현저히 침해되는 것을 방지할 수 있다고 한다.¹⁶⁾

II. 節次上 瑕疵의 非重要性은 독일이 法治國家 및 法官國家로 이행하는 과정에서 생긴 結果物이다.

행정소송에서 절차상 하자가 중요하게 취급되지 않는 것은 독일이 법치국가 및 법관국가(Richterstaat)로 이행하는 과정에서 나타난 결과물이다. 이는 독일의 정치적·법적 문화의 전통에 깊이 뿌리 박혀 있다.¹⁷⁾ 독일에 특유한 법치국가로

13) Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 4. Aufl. 2000, § 24 Rn. 22.

14) 새로 도입된 행정법원법 제114조 제2문에 대한 비판으로 Redeker, *NVwZ* 1997, 625 (627 ff.).

15) Eyermann/Rennert, § 114 *VwGO* Rn. 89; Determann, *Jura* 1997, 350 (351).

16) 절차적 하자의 치유는 소송비용에 관해 다음과 같은 법적 효과를 갖는다. 즉, 주장된 절차적 및 형식상 하자가 그동안 치유되었다는 이유로 행정심판청구가 기각되는 경우에는 행정절차법 제80조 제1항 제2문의 비용에 관한 규율이 적용된다. 이에 따르면 행정심판 청구인은 권리주장을 위한 필요적 비용을 상환받게 된다. 행정소송에서도 마찬가지이다. 당초에는 이유 있는 것으로 보이던 소송이 형식적 하자의 치유로 인해 이유 없게 된 때에는 행정법원법 제155조 제4항에 의해 행정청에게 비용이 부과된다. 즉, 행정청은 자신의 책임으로 그 절차적 하자를 범한 것이기 때문에, 절차의 비용을 행정청에게 부과시킬 수 있다. 이는 원고가 동법 제92조 제1항에 따라 소를 취하하는 경우와 더불어 당사자 쌍방이 일치하여 절차적 하자의 치유 이후 법적 분쟁이 종결되었음을 선언하는 경우에도 마찬가지이다.

의 이행과정¹⁸⁾이 바로 영국 그리고 또한 프랑스와 비교하여 행정절차와 행정소송상 권리구제에 관한 관념이 상이하게 된 본질적 이유를 이룬다.¹⁹⁾ 19세기와 20세기 초 독일에서 법치국가 개념과 법치국가를 실현시키는 정치적 질서가 발전되었는데, 외국에는 이와 유사한 법치국가 논의가 없었던 것이다.²⁰⁾ 이러한 법치국가의 관념은 결정의 법적 정당성은 절차를 통해서가 아니라 오히려 法原理로부터의 연역을 통해 획득된다는 이념을 바탕으로 한 것이다. 18세기 말 이래로 정착된 이러한 관념의 대표적인 예는 比例原則을 통한 법의 형성²¹⁾과, 19세기에 격렬하게 논의되었고 1950년대 이후 헌법적으로 세분화되었으며, 또 특히 입법과 행정에 대한 사인의 신뢰보호²²⁾도 포괄하는 法的 安定性의 이념이다.

이러한 전통은 18세기 말의 자연법까지 거슬러 올라가는 것으로, 독일이 법국가로 발전하게 된 要因이 되었다. 이성이 모든 법과 법원리의 최후 보루라는 古來의 원칙은 18세기 말 자연법에 이르러 정치적·법적 질서의 변화를 목표로 하는 새로운 공격방향을 갖게 되었다. 이 새로운 질서는 예컨대 같은 시기의 프랑스에서와 같이 민주주의적인 입법에 의해 만들어지는 것이 아니라 理性의 주도에 따라 자유주의적인 법질서를 실현시키고자 하는 것이었다. 주지하다시피 칸트와 관념론 철학이 그러한 이성과 법원리에 정향된 정치적·법적 질서의 정신적 토대를 제공하였다. 칸트는 한 사람의 자유가 다른 사람의 자유와 더불어 함께 존재할 수 있고²³⁾ 외적인 한계 내에서 자유가 최대한 만족되도록²⁴⁾ 자유의

17) 이하의 설명에 관해 Würtenberger, *VVDStRL* 58 (1999), S. 141, 147 ff. 및 거기에 소개된 문헌들을 참조.

18) Würtenberger, "Zu den Wurzeln des Rechtsstaates in Deutschland," in: Rill (Hg.), *50 Jahre freiheitlich-demokratischer Rechtsstaat*, 1999, S.15 ff. 유럽연합의 회원국들의 헌법질서의 기초로서의 법치국가에 관하여 Schwarze (Hg.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000, S.479 ff. 참조. 프랑스와 독일의 법치국가 발전의 비교에 관해서는 Würtenberger, "Konvergenzen oder Dominanz nationaler Rechtstraditionen in Deutschland und Frankreich?," in: *Frankreich-Jahrbuch* 2001, S. 151, 155 ff. 참조.

19) Ladenburger (Fn.9) 참조.

20) 이는 영국법상 '법의 지배'(rule of law)의 실현에 관해서도 마찬가지이다. 이에 관해 Brinktrine, *Verwaltungsermessen in Deutschland und England*, 1998, S. 169 ff. 참조.

21) 이에 관해 Remmert, *Verwaltungs- und verfassungsgeschichtliche Grundlagen des Übermaßverbots*, 1995 참조.

22) Würtenberger/Jeanerod, "Vertrauen in den Gesetzgeber in Frankreich und in Deutschland," in: Würtenberger u.a. (Hg.), *Wahrnehmungs- und Betätigungsformen des Vertrauens im deutsch- französischen Vergleich*, 2002, S. 153 ff.

영역을 확정하는 것이 법의 임무라고 규정하였는데, 이는 오늘날 「실천적 정합성」²⁵⁾ (praktische Konkordanz) 또는 「자유의 비례적 배분」과 같은 도그마틱적 명제에 계승되고 있다. 법원리의 최후 보루는 민주적 공동결정이 아니라 理性이라는 테제²⁶⁾는 헌법과 행정법의 논증방식을 발전시킨 정신적 토대를 이룬 것인데, 이러한 논증방식은 법치국가적 합리성 요청과 더불어 오늘날에도 독일에 현존하고 있다. 독일의 법치국가는 민주주의적인 자유의지와 무관하게, 그리고 절차법을 통해 시민들과 대화함이 없이, 理性의 주도에 따라 자유의 최적 질서를 실현함을 목표로 하는 것으로서, 민주주의의 결여와 행정절차 요청의 결여를 보상하고자 하는 것이다.

이러한 노선으로 말미암아 독일에서는 행정절차를 통한 법적 정당성 실현이라는 이념이 오랫동안 전개되지 않았던 것이다. 법적으로 정당한 결정은 법원리에서 도출되는 것이므로, 절차의 정당성이나 절차적 정의를 필요로 하지 않는다. 행정결정의 법치국가적 정당성을 감시하는 것은 오히려 행정소송의 임무인데, 행정소송은 독일에서 오래 전부터 특별히 높은 호응을 누려 왔다. 법원을 통한 자유 보호는 19세기 후반 이후, 언제나 중심적이고 그리고 성공적으로 실현된 관심 사이였다.²⁷⁾

20세기 1950년대 이후 기본법 제19조 제4항의 권리구제보장과 실질적 법치국가 개념에 의거하여 점점 더 행정결정의 내용적 정당성에 대한 법원의 통제가 강화되었다. 법률유보 이론에 의해 입법자는 기본권과 관련된 영역에 있어 행정결정의 내용을 가능한 한 최대한으로 규정하여야 한다. 예컨대 사업허가는 독일

23) Kant, *Metaphysik der Sitten I*, 2. Einl., § C; hierzu Zippelius, *Geschichte der Staatsideen*, 9. Aufl. 1994, Kap. 16 c.

24) Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (1784), “Fünfter Satz”.

25) Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Neudruck der 20. Aufl., 1999, Rn. 317 ff.

26) Stolleis, *Geschichte des Öffentlichen Rechts in Deutschland*, 2. Bd., 1992, S. 167 ff., 404.

27) 이와 관련하여 프로이센 일반란트법 제17편 제2항 제10조를 문언에 반해(*contra legem*) 해석함으로써 법치국가적 경찰법의 기초를 마련한 크로이쯔베르크(Kreuzberg) 판결(PrOVGE 9, 353; Koeschell, VBIBW 1993, 268)을 상기할 수 있다. 또한 특징적인 것은 독일에서 행정재판제도를 도입할 때 의도적으로 프랑스 체제와는 반대로 행정법적 개념들의 결정 권한을 행정부(행정재판소)에게 부여하였다는 점이다. 이에 관해 상세한 것은 Hahn, *Rudolf von Gneist 1816-1895*, 1995, S. 184 ff. 참조.

의 관념에 따르면 기속행위이다. 반면에 유럽연합의 초국가적 영역에 적용되는 환경법은 단지 목적규정만을 갖고 있어 행정에게 명백한 형성여지와 최적화여지를 부여하고 있는데,²⁸⁾ 이는 독일의 사업허가법에 그대로 편입될 수 없는 것이다. 오직 하나뿐인 정당한 법적 결정은 모든 경우에 법적 기준의 정확한 적용을 통해 발견될 수 있다는 것은 독일에 특유한 幻想(Illusion)으로서,²⁹⁾ 이에 의거하여 행정법원의 포괄적인 통제가 이루어졌다. 1950년대 이후 행정소송을 통해 불확정개념의 적용이 통제되어 왔고,³⁰⁾ 비례원칙과 평등원칙에 의거한 재량통제가 증가하였으며, 또한 1960년대 말 이후 계획결정의 통제를 위한 법적 척도가 개발되었고, 특히 헌법적 기준에 의한 행정소송의 심사강도의 강화가 정당시되기에 이르렀다.³¹⁾ 이러한 법치국가 관념 하에서는 법치국가에서 국가의 지배권을 제한하는 법의 내용과 범위를 정하는 데 결정적인 역할을 하는 것은 法的 理性的 擔持者로서의 법원과 법률가이다.³²⁾ 법원과 법률가들은 행정에 대해 법치국가와 법을 요구하였던 것이다.

III. 長點과 批判

독일에서 행정소송상 형식적 하자가 광범위하게 치유되고 또한 독립적인 취소 사유가 되지 않는 것은 강력한 비판에 부딪히고 있다. 이러한 비판은 또한 입법자가 최근 점점 더 형식적 하자의 법적 중요성을 부인함으로써 더욱 더 유발되었다.

1. 批判

(1) 憲法的 批判

헌법적 비판은 법치국가 원리,³³⁾ 인간의 존엄성 보장, 그리고 절차를 통한 기본권 보호의 경시³⁴⁾라는 관점에서 제기되는 우려를 주된 무기로 하여 행해진다.

28) 이에 관한 문헌은 Würtenberger, *VVDStRL* 58 (1999), S. 139, 160 ff. 참조.

29) 이는 Dworkin의 원리사상(Prinzipiendenken)의 기초를 이루는 것이다. 이에 관해 Alexy, *Recht, Vernunft, Diskurs*, 1995, S. 212 참조.

30) *BVerwGE* 94, 307, 309; Schulze-Fielitz, *JZ* 1993, 772.

31) 이에 관한 문헌은 Würtenberger (Fn.28) S.150 참조.

32) Chevallier, *LEtat de droit*, 2. Aufl. 1994, S. 65 ff., 147 ff.

33) Sodan, *DVBl.* 1999, 729 (738); Hatje, *DÖV* 1997, 477 (483 ff.); Bracher *DVBl.* 1997, 534 ff.; Niedobitek, *DÖV* 2000, 761 (767 f.).

*Sachs*에 의하면,³⁵⁾ 형식적 하자를 중요하게 취급하지 않는다는 것은 행정청이 위험부담 없이 절차규정을 소홀히 할 수 있고 그로써 법치국가적 법률 구속을 회피할 수 있게 됨을 의미한다고 한다. 게다가 소송 중에 비로소 이루어지는 청문은 실제적으로 무의한 것인데, 경험적으로 볼 때 청문을 통해 새로운 사실이 드러나더라도 행정청은 한 번 내린 행정결정을, 그것도 행정소송에서 비로소, 수정하고자 하지 않기 때문이라고 한다.³⁶⁾ 만일 행정청이 절차법적 의무, 특히 시민에 대한 청문 의무를 사실상 면탈하게 된다면, 이는 법치국가원리에 대한 위반이고,³⁷⁾ 또한 기본법 제1조 제1항의 인간존엄성 보장에 대한 위반도 될 것이다. 왜냐하면 이 양 원리에 따르면 행정절차에서 시민은 주체적 지위로 존중되어야 하고 따라서 그의 의견이 청취되어야 하며, 행정은 행정결정에 내리기 전에 시민의 주장과 희망을 신중히 고려해야 하기 때문이다. 또한 적정한 절차의 정비를 통해 기본권 보호가 확보되어야 한다는 원칙은 시민이 중대한 기본권 침해를 받은 후가 아니라, 최소한 받기 전에 청문의 기회를 가질 수 있을 것을 요구한다.

이상과 같은 헌법적 문제제기는 확실히 진지하게 받아들여져야 한다. 그러나 그것은 타당하게도 지배적 견해로 관철될 수 없었다.³⁸⁾ 절차법은 바로 기본법으로부터 직접 도출될 수 없기 때문이다. 오히려 민주적 정당성을 가진 입법자가 절차법을 정립함에 있어 하자의 효과를 어떻게 규율할 것인가에 관해 광범위한 형성의 여지를 갖는다. 이 점을 차치하고서도, 위와 같은 헌법적 비판은 절차법적 의무의 중대한 위반은 직무감독적 조치를 통해 막을 수 있고 그렇기 때문에 행정청이 절차적 규정을 결코 아무런 위험부담 없이 무시할 수는 없다는 점을 충분히 고려하고 있지 않다.

(2) 行政節次의 機能에 대한 잘못된 評價

입법자가 형식적 하자를 점점 더 중요하지 않은 것으로 파악하고 있는데, 이는

34) Sodan (Fn. 33), 729 (738).

35) Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Aufl., 2001, § 45 Rn. 114 ff.

36) Redeker, *NfWZ* 1996, 126 (131).

37) Knemeyer, "Rechtliches Gehör in Gerichtsverfahren," in: Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VI, 1989, § 155 Rn. 59.

38) Sachs (Fn. 35), §46, Rn.3 m.N.w.; Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2000, §10 Rn. 42 f.

행정절차의 기능을 잘못 평가하는 데 기인한다. 재량이 부여되어 있는 한, 또한 형량여지가 인정되는 계획 절차 및 허가 절차에 있어서, 행정은 상당한 법적 형성여지를 가지며 특별한 절차책임을 지고 있다. 이러한 행정절차의 주요과제는 법률의 집행이라기보다는 다양한 법적인 목적들을 고려하면서 다면적인 분쟁상황을 해결하는 것으로서, 따라서 행정에 의한 법의 형성이라고 할 것이다. 여기서 행정은 절차참가자와 관계인들이 모두 수궁할 수 있는 법적 결정을 찾아야 한다. 이와 같이 행정절차가 더 이상 단지 법발견에 봉사하는 데 그치는 것이 아니라 통합적, 분쟁해결적 그리고 법창조적인 기능을 할 수 있도록 하기 위해, 법질서는 결정을 위한 명확한 기준을 제공할 수 없고 오직 행정절차의 정비를 통해서만 필요한 법적 구제가 보장될 수 있다는 점이 주장되고 있다.³⁹⁾ 따라서 시민이 법적으로 정당하거나 내지는 상당한 결정을 구하는 데 있어 능동적인 절차상 지위를 인정받아야 한다고 한다.⁴⁰⁾

이러한 행정절차의 새로운 방향은 節次的 正義에 관한 규율을 준수할 것을 요구한다. 이러한 규율에 해당하는 것으로는, 행정과 시민 사이에 법과 사실상태에 관한 상세한 대화가 행해지는 것, 기술적·자연과학적 전문지식들이 절차에 동원되는 것, 행정절차에서 전문가들의 담론이 이루어지는 것, 한 마디로 말해, 모든 절차참여자들 사이에 개방된 토론이 가능해지는 것이다. 독일의 전통적인 법치국가적 행정은 중립성을 유지하기 위해 관계인에 대해 거리를 두는 것을 행정의 신조로 삼았으나, 이제 이러한 영역에서는 시민을 행정절차의 주체로 존중하는 민주적 행정으로 개방되어야 한다. 이와 같이 영국의 절차존중 문화로 접근하는 것은 행정소송의 관념에도 영향을 미치지 않을 수 없다. 행정절차와 소송절차의 기능적 관련성이 새로이 강조되고 있다. 즉, 절차적 통제가 전면에 대두되고 내용적 통제는 오히려 부차적인 것이 된다.

이러한 점이 아직 독일에서 입법자에 의해 완전히 수용되지 않고 있다. 행정에게 법적으로 부여된 계획여지와 형성여지를 대화를 통해 구체화하기 위한 틀을 마련하는 절차를 규율하는 데 주목하지 않고 오히려 관대한 절차적 하자의 치유를 규정함으로써 담론적·참여적 절차를 형성할 행정의 책임을 적절히 고려하지

39) Hufen, *Fehler im Verwaltungsverfahren*, 4. Aufl. 2002, Rn. 8 ff., 586 ff.

40) 행정절차에서 시민을 편입시킴으로써 행정결정에 대한 시민의 수궁 가능성과 협력적 법구체화를 도모하는 새로운 실무에 관해 Schmidt-Abmann, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, S. 80 ff.; Würtenberger, *Die Akzeptanz von Verwaltungsentscheidungen*, 1996, S. 98 ff., 120 ff. 및 거기에 소개된 문헌들을 참조.

않고 있는 것이다.⁴¹⁾

2. 形式的 瑕疵를 고려하지 않는 것의 長點

(1) 羈束的 決定의 경우 形式的 瑕疵를 고려하지 아니함

형식적 하자를 고려하지 않는 것에 대하여 많은 비판이 있지만, 그럼에도 형식적 하자가 사후에 어떤 역할도 하지 못하는 영역이 분명히 존재한다.

행정행위 혹은 다른 법적인 규율이 법에 의해 명확히 정해져 있는 경우에는 만일 단지 행정청이 규정된 형식을 지키지 않았다거나 절차를 올바르게 수행하지 못했다는 이유만으로 법률상 기속적으로 규정된 조치를 행정소송에서 취소한다면 불합리하고 무의미한 것이 된다. 설사 관계인이 행정소송에서 형식적으로 위법한 행정의 조치를 취소시키는 데 성공할 수 있다 하더라도 결국 그에게 아무런 이득이 되지 못한다. 왜냐하면 행정청은 동일한 조치를, 하지만 이제는 관할규정, 절차규정 및 형식규정을 준수하면서, 다시 행해야 하기 때문이다.⁴²⁾ 뿐만 아니라, 형식적 하자에 대한 치유규정과 취소청구권 배제는 권리남용의 금지에서 근거를 찾을 수 있다. 어떤 결과를 얻더라도 아무런 쓸모가 없음을 알면서도 그러한 결과를 얻고자 하는 것은 권리남용이다.⁴³⁾ 따라서 형식적 하자의 치유와 취소청구권의 배제는 권리남용적인 재판청구의 금지 및 권리보호이익에 관한 절차법적 규율에 지나지 않는다고 할 것이다.

마지막으로 이는 또한 소송경제의 원칙에 의해 요청되는 바이다. 이 원칙은 법원을 통한 권리구제라는 資源은 무한한 것이 아니라는 점, 권리구제를 구하는 개인들은 신속하고도 당해 사건에 적합한 법치국가적 절차를 제공받아야 한다는 점에서 헌법적으로 정당화될 수 있다.⁴⁴⁾ 그렇다면 행정소송에서 형식적 하자를 이유로 행정조치가 취소되더라도 행정의 법적 구속으로 말미암아 동일한 조치가 다시 내려지지 않을 수 없음이 예상되는 경우에는 행정소송절차가 요구되어서는

41) 同旨 Schenke, *NJW* 1997, 81 (86 ff.); Redeker, *NIwZ* 1996, 521 (522 ff.).

42) 同旨 Bettermann, in: *FS für Ipsen*, S. 275 f.; 프랑스 행정절차법에서도 동일하게 평가되고 있는데, 이에 관해 Ladenburger (Fn. 9), S. 164 ff. 및 거기에 소개된 문헌들을 참조.

43) 同旨 입법이유제안서 BT-Drs. 7/910, S. 66; BT-Drs. 13/1445, S. 7; Schenke, *DÖV* 1986, S. 305, 314.

44) Würtenberger, “Die rechtsprechende Gewalt — ökonomisch betrachtet,” in: *FS für Brohm*, 2002, S. 631, 637.

아니 된다. 상술한 하자의 치유규정과 취소청구 배제규정은 소송요건이 아니어서 원칙적으로 소의 적법성과는 무관한 것이긴 하지만, 사실상 이러한 규정들로 말미암아 행정절차법 제45조 및 제46조의 요건들이 충족되는 한 소송이 제기조차 되지 못하게 된다.

하지만 이에 대하여, 법적으로 기속된 결정에 있어서도 그 결정 이전에 시민의 의견을 청취하는 것이 의미 있는 일이라고 반박할 수 있을 것이다. 왜냐하면 기속결정의 경우에도 사전의 청문이 행정결정에 대한 시민의 수궁 가능성을 제고할 수 있고 그리하여 소송을 예방할 수 있기 때문이다. 더욱이 사실관계의 기초가 보다 넓게 확보될 수 있는데, 이는 당해 기속결정의 내용을 정확히 결정하는데 중요한 의미를 가질 수 있다. 예컨대, 시민에 대한 사전의 청문을 통해 비례 원칙에 의거한 고려가 행해짐으로써 행정청으로 하여금 기속결정의 경우에도 통상적인 법적 효과를 법적인 근거 하에서 수정할 수 있는 여지가 생길 수도 있을 것이다.

이러한 반론은 분명히 타당한 것이기는 하지만, 기속결정의 경우 형식적 하자를 무의미한 것으로 파악한 입법자의 결단과 정면으로 배치되는 것은 아니라고 할 수 있다. 즉, 이 문제에 관해 궁극적으로 절차경제 및 행정의 효율성이라는 요청이 기속행위의 경우에도 행정절차의 준수를 통해 법적 정당성을 제고하고자 하는 요청과 충돌하는 것이다. 이러한 충돌을 형량을 통해 해결하고자 한다면 절차경제 및 소송경제의 관점에 우월한 비중을 인정하는 것이 훨씬 타당하다고 할 것이다.

(2) 節次促進 論據의 상반된 의미

입법자는 1996년 행정절차상 형식적 하자의 치유가 가능한 시기를 소송절차 종료시까지 확대하고 또한 행정절차법 제46조의 적용범위를 확대하였는데, 그 목적은 다음과 같은 것이었다. 즉, 행정절차와 특히 허가절차가 촉진되어야 한다는 것이다. 이것이 독일의 경제적 상황을 안정시키는 데 기여한다는 것이다.⁴⁵⁾ 허가를 요하는 시설의 경영자들을 위하여 행정절차상의 하자로 인해 절차가 지연되지 않도록 하여야 하며, 따라서 절차적 하자의 의미를 축소시켜야 한다는 것이다.

45) Schoch, "Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrechts," in: Schmidt-Abmann (Hg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, S. 279, 288 ff.; Hufen, *JuS* 1999, 313 f.

이러한 목적이 실제로 달성될 수 있는지는 의심스럽다. 왜냐하면 입법자는 절차에 참여하여 의견진술의 기회를 충분히 갖지 못했다고 느끼는 관계인들은 모두 사업허가처분에 대해 소송을 제기하게 되고 그 결과 투자효과의 실현에 현저한 지연을 초래한다는 점을 간과하였기 때문이다. 뿐만 아니라 행정절차의 실제에 관한 경험적 분석에 따르면, 행정절차에서 이의와 불만들이 상세히 개진되고 논의되면 소송제기 의사가 현저히 줄어들고 재판이 개시되더라도 그 부담이 경감되고 확실히 재판절차가 단축될 수 있다고 한다.⁴⁶⁾ 이와 같이 투자효과의 신속한 실현은 정밀하고 공정한 행정절차를 통해 이루어질 수 있는 것이며, 절차규정을 무시하는 것으로는 불가능하다.

IV. 유럽공동체법에서의 形式的 瑕疵의 重要性

유럽공동체 회원국들의 국내법질서는 점차 유럽공동체법에 동화되지 않으면 아니 된다. 공동체법이 적용되지 않는 영역에서도 공동체법은 상당한 혁신의 추진력을 제공한다. 가령 공동체법에서 새로운 규율 관념이 정립되면 그것이 전통적인 재래의 국내법보다 우수한 것이 아닌가라는 의문이 제기되는 것이다. 이러한 혁신의 추진력은 “유럽통합에 참여할 자격”(europafähig)을 유지하거나 획득하여야 할 필요 때문에 가속화되고 있다. 특히 공동체 법질서의 형성에 어떤 국가의 법질서가 영향을 미치는가라는 경쟁관계가 나타나게 되었다. 이와 결부된 행정절차법·행정소송법의 유럽화 문제는 현재 행정법학에서 매우 활발하게 논의되고 있는 주제이다.⁴⁷⁾

공동체법상 절차상 하자를 취급함에 있어서는 다음과 같은 점을 구별하여야 한다. 한편으로 유럽공동체의 “고유행정법”(Eigenverwaltungsrecht), 다시 말해, 공동체의 기관과 행정청을 통해 공동체법을 집행하기 위한 행정법이 있다. 다른 한편으로 회원국의 행정청이 자신의 행정활동에 있어 공동체법을 집행하는 경우 적용되는 국내 규정이 있다. 다음과 같은 고찰이 어떠한 인식관심을 갖는가는 다

46) 이에 관해서는 Würtenberger (Fn. 40) 및 거기에 지적된 행정결정의 수궁가능성 제고의 필요성과 이를 위한 행정지침의 초안을 참조.

47) Schmidt-Aßmann, “Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts,” in: ders. (Hg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999, S. 9, 34 ff.; Schoch, ebd., S. 279 ff.; Sommermann, *DÖV* 2002, 133 ff.; Schwarze (Hg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996.

함을 요하지 않는다. 첫째, 공동체의 고유행정법이 절차적 하자의 효과에 관해 독일 행정절차법과는 다른 규율체제를 따르고 있는가 그렇다면 어느 정도인가라는 문제이다. 둘째, 독일 국내 행정청이 공동체법을 집행하는 경우에도 절차적 하자의 효과에 관한 독일의 규율들이 여전히 적용될 수 있는가라는 문제이다.⁴⁸⁾

1. 유럽공동체의 固有行政法에서 形式的 瑕疵의 취급

특별한 규정들이 존재하지 않는 한, 유럽공동체조약 제230조가 공동체법상 절차적 하자의 효과에 관한 규율체제를 설명하는 데 출발점을 이룬다. 공동체조약 제230조 제1항에 의하면, 유럽법원이 제3자에 대해 법적 효과가 발생하는 이사회(Rat; Council) 및 집행위원회(Kommission; Commission)의 행위의 적법성을 감독한다. 이 영역에서는 유럽법원이 회원국, 이사회 또는 집행위원회가 관할위반, 본질적 형식규정의 위반, 공동체조약 및 동 조약의 집행을 위해 적용되는 법규범의 위반 또는 재량권남용을 이유로 제기하는 소송에 관해 관할권을 갖는다(공동체조약 제230조 제2항). 뿐만 아니라 개개의 자연인 또는 법인은 자신에게 내려진 결정에 대하여 소송을 제기할 수 있다. 이러한 규정에 의하면, 유럽공동체의 법적 행위는 관할위반과 본질적 형식규정 위반의 경우에 취소된다. 독일에서와 같은 일반적 치유규정이나 취소청구 배제규정은 존재하지 않는다. 이는 공동체법이 절차에 강하게 지향되어 있음을 의미한다. 하지만 중요한 부분영역에서는 독일법과 내용적으로 일치하는 점이 있다.

(1) 管轄違反

우선 관할위반은 유럽공동체의 법적 행위의 취소사유가 된다는 규정을 살펴보기로 한다. 이는 단체관할(Verbandszuständigkeit)의 위반, 다시 말해, 규율대상이 공동체의 관할영역에 속하지 않는 경우와 더불어 상대적 관할의 위반, 즉 예컨대 공동체의 한 기관이 다른 기관의 관할영역에 속하는 행위를 하는 경우를 포괄하는 것이다. 그밖에 공동체의 조치가 규정에 위반하여 공동체 외부 지역에게까지 영향을 미치는 것은 지역적 관할위반으로 일컬어진다.⁴⁹⁾ 사물관할의 하자가 항상

48) 이하의 설명에 관해 기본적으로 Wahl (Fn. 5), S.8 ff. 및 거기에 소개된 풍부한 문헌들을 참조.

49) Cremer, in: Calliess/Ruffert, *Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag*, 2. Aufl. 2002, Art. 230 Rn. 70 m. Nw.; König/Sander, *Einführung in das EG-Prozessrecht*,

취소사유가 된다는 점에서는 독일 행정절차법 제45조 및 제46조 규정에 상응한다. 그러나 공동체법상 권한 없는 기관의 행위 또는 지역적 관할위반의 효과는 국내법상 행정청의 관할위반 행위의 효과와 거의 비교할 수 없을 정도로 다른 것이다. 즉, 국내법은 조직적으로 세분되어 있긴 하지만 하나의 행정 내부에서의 관할위반을 규율하는 것인 데 반하여, 공동체법에서는 헌법 기관 사이의 권한 분배가 문제되는 것이다. 이러한 기관의 관할을 규율함에 있어서는 제한적인 개별적 수권 원칙(Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung)이 적용되는데, 이 원칙에 의거하여 관할규율의 엄격한 적용이 요구되는 것이다.⁵⁰⁾ 특히 행정절차법 제45조 및 제46조는 단지 회원국 국경 내부에서의 지역적 관할에 대한 위반을 다루는 것인 반면, 공동체법은 국경을 넘어 공동체 내부에 대한 관할 규정을 위반하는 것을 문제삼는다.

(2) 形式規定의 違反

공동체법상으로 어떠한 형식규정이 본질적인 것으로 그리고 어떠한 형식규정이 비본질적인 것으로 평가되는지 명확한 규정이 없다. 오히려 동일한 형식규정이 상황에 따라 본질적인 것으로서 계쟁 조치의 취소를 정당화하기도 하지만, 또한 비본질적인 것으로서 취소가 이루어지지 않는 경우도 있다.⁵¹⁾ 무엇이 본질적 형식규정인가를 해명하는 데 행정절차법 제46조의 법관념이 활용될 수 있다. 즉, 그 규정을 준수하였더라도 어떤 다른 결과로 되지 않을 경우에는 비본질적인 규정이다.⁵²⁾ 공동체법상 형식규정에 속하는 것으로는 국내법에서와 마찬가지로 공동체 기관과 회원국의 참여권 및 청문권이다. 임의적 청문이 결여된 경우에는 법적으로 규정되지 아니한 청문이 이루어진 경우와 마찬가지로 계쟁 조치의 적법성에 영향을 미치지 않는다. 또한 공동체의 제1차법(공동체조약 제88조 제2항)과 가령 카르텔법과 같은 제2차법에서 공동체의 법적 행위에 관계되는 개인의 청문권이 규정되어 있다. 그밖에도 유럽법원의 판례에 의하면, 개인이 계쟁 법적 행위에 의해 특별히 손해를 입은 경우 법적 청문권을 보장할 의무가 있다고 한

1997, Rn. 315 ff.

50) 즉, 제한적인 개별수권 원칙을 강행규정으로 정립하고 있는 공동체조약 제5조 및 제7조 제1항에 의해 단체권한과 기관권한의 준수가 요구되고 있다. 이에 관해 Schwarze, in: ders. (Hg.), *EU-Kommentar*, 2000, Art. 230 EGV Rn. 5 참조.

51) Cremer (Fn. 49), Art. 230 Rn. 71.

52) Classen, *Die Verwaltung* 31 (1998), 307 (327 ff.).

다.⁵³⁾ 독일법과는 달리 흠결된 청문은 추완될 수 없다.⁵⁴⁾ 하지만 유럽법원의 판례에서는 이러한 청문권에 대한 하나의 특별한 예외가 인정되어 있다. 즉, 흠결된 청문이 결정의 결과에 어떠한 영향도 미치지 않았음이 명백한 때에는 무효가 되지 않는다.⁵⁵⁾ 이 점에 관한 한 독일의 규율과 공동체조약 제230조의 규율 사이에 완전히 상반된 차이는 없다. 결정이 취소되기 위해서는 형식적 하자가 그 결정에 영향을 미쳤어야 한다는 행정절차법 제46조의 법관념은 역시 공동체법에서도 완화된 형태로 발견된다.

(3) 理由提示義務에 대한 違反

유럽공동체의 법적 행위에 대한 이유제시 의무는 공동체조약 제253조 및 예컨대 카르텔법 또는 공무원법과 같은 다수의 제2차법에 규정되어 있다. 이러한 이유제시의무는 독일에서의 이유제시의무와 마찬가지로 조치에 관련된 사람의 이익을 위해서이지만, 공익을 위한 측면도 있다. 즉, 바로 법적 행위에 대해 이유를 제시하는 기회에 당해 조치를 발하는 기관의 내부적 자기 통제가 이루어지는 것이다.⁵⁶⁾ 이유제시는 관계인으로 하여금 행정이 내린 법적·사실적 평가를 검토하여 자신의 권리구제 가능성을 가늠할 수 있도록 한다. 또한 이유제시는 법원으로 하여금 용이하게 당해 조치를 심사할 수 있도록 한다.⁵⁷⁾ 동시에 절차장제를 위하여 공동체 기관들이 지나치게 광범위한 이유제시로 인해 과도한 부담을 받아서는 아니 된다고 한다.

이유제시의무의 위반은 예외 없이 공동체조약 제230조 제1항에 따른 본질적인 형식규정의 위반으로 간주된다.⁵⁸⁾ 이유제시의 흠결 또는 양적으로 부족한 이유제시, 그리고 하자 있는, 자체 모순인 이유제시의 경우에는 당해 법적 행위가 취소된다. 하지만 이러한 원칙은 유럽법원에 의해 철저히 고수되는 것은 아니다. 때때로 유럽법원은 형식적으로 위법하지만 실제적으로는 적법한 결정의 경우, 이를

53) Cremer (Fn. 49), Art. 230 Rn. 74 및 거기에 소개된 문헌들을 참조.

54) Classen (Fn. 52), 307 (324). 오직 EuGH Slg. 1979, 461 (513) 판결만이 다른 취지이었으나, 이 판결은 그 후 유럽법원의 판례에서 인용되지 않고 있다.

55) EuGH Rs 301/87 Slg. 1990, I-307, Rn. 31 (Frankreich/Kommission).

56) Calliess, in: Calliess/Ruffert, Art. 253 EGV Rn. 4 ff.

57) Calliess (Fn. 56), Art. 253 EGV Rn. 8; Classen (Fn. 52), 307 (324) 및 각각 거기에 소개된 문헌들을 참조.

58) Calliess (Fn. 56), Art. 253 EGV Rn. 25.

취소하더라도 행정청이 이제는 이유제시의무를 준수하여 동일한 결정을 내릴 것이 예견되는 때에는 이를 취소하지 않는다는 생각을 한 것이 발견된다.⁵⁹⁾ 그러나 *Calliess*가 지적하는 바와 같이 이 점에 관하여 명확한 유럽법원의 판례는 없다.⁶⁰⁾ 이와 같이 유럽법원의 판례가 동요되며 통일되지 못하는 것을 보면, 실제적인 정당성과 형식적 하자 사이에 존재하는 충돌의 해결이 독일법과는 다른 출발점에서 시작되지만 그와 전혀 다른 결론으로 이루어지는 것이 아님을 알 수 있다.

2. 독일의 행정에 의해 공동체법이 집행되는 경우 행정절차법 제45조 및 제46조의 적용가능성

독일의 행정에 의해 공동체법이 집행되는 경우에는, 그로 인해 공동체법의 효율성이 침해되거나 차별금지원칙에 위반되지 않는 한, 회원국(즉, 독일)의 절차법이 적용된다.⁶¹⁾ 최소한 기속행위에 관해서는 공동체법을 집행하는 경우에도 아무런 문제없이 행정절차법 제45조 및 제46조를 적용할 수 있다. 왜냐하면 실제적으로 정당한, 공동체법에 의거한 행정행위 기타 조치들이 단지 절차적 하자 때문에 봉쇄되지 아니하면 오히려 공동체법의 효율적인 적용이 강화되기 때문이다. 또한 국내법의 집행과 공동체법의 집행에 동일하게 행정절차법 제45조 및 제46조를 적용하는 것이기 때문에 차별금지원칙에 위반하는 것도 아니다. 공동체법이 행정절차에 관한 독자적인 규정을 갖고 있는 경우에는, 개별 사안에서 그 절차규정의 위반이 행정절차법 제45조 및 제46조에 의해 치유되거나 또는 취소청구가 배제되지 않는지 여부가 검토되어야 한다.⁶²⁾ 독일의 실무와는 반대로, 환경영향평가에 관한 유럽법 규정의 위반이 행정절차법 제46조에 따라 취소사유가 되지 않는 것으로 볼 수 없을 것이다. 유럽법상 절차적 기준들은 절차지향적 규율모델을 따르는 것으로서, 이 모델은 무엇보다도 절차참여를 통한 수궁가능성의 확보와 최적의 법실현을 목표로 하고 있기 때문이다.⁶³⁾

59) 공무원법에 관한 판례인 EuGH Slg. 1984, 2323 (2339); 1985, 1005 (1110) 참조.

60) *Calliess* (Fn. 56), Art. 253 EGV Rn. 26.

61) EuGH Slg. 1971, 49 (58); 1107 (1116); zum Folgenden *Classen* (Fn. 52), S. 307 (322 ff.).

62) *Sachs* (Fn. 35), § 45 Rn. 186 ff., 공동체법을 적용함에 있어 회원국이 갖는 절차법적 자율성의 한계에 관하여 *Rodríguez Iglesias*, *EuGRZ* 1997, 289 ff. 참조.

63) 유럽법에 규정된 환경영향평가가 흠결된 경우 행정절차법 제46조에 따라 취소청구가

V. 맺음말

끝으로 특히 두 가지 점을 강조하고자 한다.

행정결정의 형식적 하자를 소송상 어떻게 취급할 것인가에 관하여 독일법과 유럽공동체법은 서로 다른 출발점을 갖고 있다. 이는 양 법질서의 논리에 기인한다. 즉, 공동체법은 결정을 단지 그 목적에 관해서만 규정하는 경우가 많기 때문에 절차관념과 절차적 하자의 중요성이 지배적이다. 독일법에서는 통상 행정결정의 요건에 관해 상세히 규정되어 있기 때문에 절차적 하자는 오히려 부차적일 수 있다. 그러나 이러한 상이한 단초들은, 독일법상 치유가 불가능한 일련의 절차적 하자가 있으며 공동체법상으로도 일련의 절차적 하자는 무효를 초래하지 않고 따라서 공동체 조치가 취소되지 않는다는 점에서는, 서로 합치된다. 모든 경우에 내용적 정당성을 결정적인 것으로 보는 원리와 절차적 정당성을 결정적인 것으로 보는 원리가 상호 대립하지만, 이에 관해 위와 같이 중요한 예외가 있기 때문에, 분명히 일정한 일치점들이 있다고 말할 수 있다. 이러한 일치점들은 상술한 바와 같이 독일의 행정법학에서 절차적 하자에 대한 광범위한 치유와 취소청구배제에 대하여 노골적인 비판이 제기되고 있음으로 인해 더욱 확대될 것이다.

이러한 일치점들만 보더라도 유럽공동체의 절차 관념과 독일법의 절차 관념 사이에 완전히 상반된 차이가 있다고 말하는 것은 의문이라고 생각된다. 뿐만 아니라 다음과 같은 점을 추가하고자 한다. 행정절차상 하자의 효과를 규율하는 독일의 모델은 필요에 따라 어떤 경우에는 보다 더 내용적 정당성을 지향하고 어떤 경우에는 보다 더 절차적 정당성을 지향할 수 있을 만큼 충분히 탄력적이다. 실무상 무엇보다도 특히 계획절차와 허가절차에 있어 행정절차와 소송절차의 연관성이 새롭게 강조되고 있다. 즉, 법의 안정화 및 구체화라는 행정절차법의 임무가 실무상 존중되고 강조되면 될수록 행정소송의 최후적 결정 권한을 부정하는 것이 더욱 더 정당화된다.⁶⁴⁾ 계획결정이나 시설허가결정이 신청인, 관계인, 그리고 공익의 담당자들의 참여 하에 이루어진 것으로서, 담론적 정당성의 이념을 충족시키는 결정이라면, 그 정당성에 대한 행정법원의 심사는 필요 없게 된다.⁶⁵⁾

배제될 수 있는가 라는 문제에 관해 극히 의견이 대립되고 있는데, 이에 관해 Wahl (Fn. 5), S. 18 f. 및 거기에 소개된 문헌들을 참조.

64) Hierzu Schmidt-Aßmann, *DVBl.* 1997, 281 (287).

그리하여 행정소송에서는 지속적으로 다투어져온 쟁점들이 행정절차에서 관계인들과의 대화를 통해 설득력 있고恣意 없이 해결되었는가라는 점만을 사후적으로 검토하면 된다.⁶⁶⁾ 독일 행정절차의 실무가 이와 같이 이루어진다면 그 실무는 유럽공동체의 행정절차와 동일한 것이 될 것이다. 하지만 다음과 같은 차이점은 여전히 남게 될 것이다. 즉, 공동체 영역에서는 형식적 하자가 있는 경우 법원은 원칙적으로 본안판단을 하지 않고 행정으로 하여금 제대로 된 행정절차를 거칠 수 있도록 계쟁 법적 행위를 취소하게 될 것이다. 반면에 독일 행정절차법에 의하면 원칙적으로 법원이 본안판단을 내릴 수 있도록 절차적 하자의 補正이 이루어질 것이다. 이러한 단초가 모든 세부적인 비판에도 불구하고 장점을 갖는다는 것은 행정절차의 전문가라면 누구에게든지 자명한 사실이다. 즉, 계획결정이나 허가결정이 내려지기까지 절차관계인들이 여러 해 동안 시간과 돈을 투자하였는데, 이를 단지 이유제시의 하자나 청문의 흠결을 이유로 취소하는 것이 정당할 것일 수 있겠는가?

65) Würtenberger (Fn. 17), S. 139, 169 f.

66) 지도관념으로서의 “사후적 검토”(Nacharbeiten)에 관해 *BVerfGE* 85, 26 (58) 참조. 담론지향적 행정절차에 상응하는 행정소송의 담론지향적 모델에 관하여 Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner, Vor § 113 VwGO Rn. 20 참조. 또한 Schmidt-Abmann, *DVBl.* 1997, 281 (288) 참조.