

원자력행정에 있어서 재량의 절차적 통제

박 효 근*

< 차 례 >

- I. 행정재량론의 전개
- II. 과정의 통제와 다단계적 행정절차
- III. 재량론에 있어서의 행정절차론과 공공성론의 발전
- IV. 결 론

I. 행정재량론의 전개

독일에서의 재량론은 효과면에서의 재량—불확정개념의 해석·적용에 있어서의 판단여지—기속행위라는 유형으로 구별함에 의거하고 있으며 이 구별이 판례상 정면으로 부정되는 경우는 없었다. 다른 한편 일본에서는 재량을 요건면과 효과면으로 구별하지 않고 재량의 廣狹에 의해 유연한 재판적 통제를 하고 있으며 이 점에서 독일과 일본의 재량론의 내용은 다르다고 말할 수 있다.

형성적 행정분야에 있어서 행정권이 행하는 법적용행위와 행정재판권이 행하는 법적용행위와의 이질성이 강조되어 왔으나, 법관이 행하는 법적용행위가 창조적인 성격을 갖는다는 이유로 근래에는 공통의 인식을 하고 있으며 1960년대에 행정행위에 대하여 엄격한 재판적 통제가 이루어져야 함을 주장한 것도 이러한 맥락에서이다. 따라서 법적용행위에 대한 법적 이해라고 하는 점에 대해서는 1960년대의 학설이 후의 학설에 커다란 영향을 주었다고 말할 수 있겠다.

예컨대, H. H. Lupp는 행정권이나 행정재판권이 행하는 법적용행위가 창조적인 인식행위라는 점을 강조하였으며, 국민—행정관계에 있어서 행정의 법창조기능이 인정되지 않는

* 한양대학교 교수

다는 전제가 변경되어 행정에 의한 단계적 법창조를 인정하는 입장으로 轉化된다고 하였다.¹⁾ 그리고 R. Scholtz의 재량론도 위의 입장을 채용한 것에 지나지 않는다.

R. Scholtz는 「추상적·일반적인 법은 포섭에 기한 인식으로 집행되며, 구체적·개별적 법은 사실관계에 대한 결정으로 창조되는 것이다. 이와 같은 구체적인 법창조에 의해 전체로서의 법형성의 과정이 종결된다」라고 말함으로써 형성적 행정전체를 전제로 하는 재량론의 구축을 주장²⁾하고 있으며, 그의 이론에 있어서 단계적 법창조라고 하는 관념을 기초로 하고 있다는 것을 알 수 있다.

위에서 본 법적용행위에 대한 이해는 행정의 법창조기능의 승인과 결부됨으로써 행정결정의 조직, 절차, 과정에 대한 통제의 관점을 갖게 되는 것이라고 할 수 있다. 더욱이 독일의 입법과 관례에서는 행정절차·과정에 대한 재판적 통제의 적극적인 면을 결과적으로 후퇴시키는 입장을 취하는 경향이 있다. 그러나 위의 경향에 비판적인 최근의 학설에서는 법적용행위론의 관점에서 이 비판을 이론화하고자 하는 시도가 이루어지고 있다. 즉, 독일 행정절차법 제46조는 「사안에 있어 별개의 결정이 이루어질 가능성이 없는 경우」에는 절차의 하자가 독립한 취소원인이 되지 않는다는 것을 정하고 있다. 이 규정에 대해서는 독일에서 제정당시부터 활발한 논의가 있어왔으며, 근래의 절차적 권리보호중시의 경향으로 이 규정이 다시금 논의의 초점의 하나로 부각되고 있다.

예컨대 W. Krebs는 기속행위에는 절차적 하자는 독립한 취소원인이 되지 않는다고 하는 생각에 근거하여 동 규정이 제정된 것을 비판하며 “이 규정이 법률에 의해 완전히 구속된 행정행위를 상정하고 있다고 보는 견해는 틀린 것이다. 왜냐하면, 행정결정은 행정의 매개적 행위를 통하여 최초로 이루어지기 때문이다. 一義적인 결정도 결정과정을 통하여 사후적으로 선택의 여지가 없는 것으로 되는데 지나지 않는다.”고 하였다.³⁾ 이와 같이 생각한다면 행정절차법 제46조는 최초의 결정권자, 즉 행정권과 두 번째의 결정권자, 즉 행정재판권과의 권한분배에 관한 규정이라고 말할 수 있다.

환언하면, 이 규정의 취지는 법원이 최종적 결정권한을 가질 경우에 행정절차의 하자가 문제로 되지는 않는다는 것이다. 또한 법원의 최종적 결정권의 근거를 재판절차 속에서 구할 수 있기 때문에, 하자있는 행정절차가 재판절차에 의해서 대체됨으로써 이 규정이 정당

1) H. H. Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1987, S. 197f.

2) R. Scholz, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 161f.

3) W. Krebs, Kompensation von Verwaltungsverfahrensfehlen durch gerichtlichen Rechtsschutz, DVBl. 1984, 109, 111ff.

화될 수 있다. 단, 행정절차와 재판절차는 질적으로 다르며 양 절차가 同義的(äquivalent)이라고 생각하는 것은 불가능한 이상, 재판절차에 의한 대체라는 생각은 자제할 필요가 있다」라고 설명하고 있다. 위와 같은 생각은 W. Schenke⁴⁾, F. Hufen⁵⁾, H. Hill⁶⁾ 등도 주장하고 있다. 더욱이 이들 학설이 말하는 「법원이 최종적 결정권을 갖는 행위」란 종래의 학설에서의 기속행위와 거의 같다고 생각할 수 있으며 그 의미에 있어 이들 학설은 기속행위에 대한 이론적 설명방식이 변경된 것에 지나지 않는다고 생각하는 견해도 성립될 수 있다. 그러나 위의 논의 속에, 행정, 법원을 포함한 국가기관의 결정과정에 대한 절차적 보장이라고 하는 관점에 입각하여 이것을 강화하고자 하는 사고를 파악할 수 있으며 또한 위의 이론이 1970년 이래의 행정이론, 특히 재량이론의 발전과 같은 맥락에서 주장되어졌다는 것을 잊어서는 안 된다.

II. 과정의 통제와 다단계적 행정절차

1. 과정의 통제

독일의 재량론에 있어서 1970년이래 과정의 통제와 다단계적 행정절차라고 하는 두 가지의 주목할 만한 이론이 형성되었다. 독일에서는 과정의 통제에 기한 건설관리계획에 대한 재판적 통제를 제한하고자 하는 입법을 함헌으로 인정한 연방행정재판소의 판결에 대하여 H. J. Koch가 비판적인 평석을 분명히 한 이래⁷⁾, 그가 제시한 『과정의 통제』에 대하여 여러 논의가 있어 왔다.

그는 그때까지의 이론이 『과정의 통제』라고 하는 통제방식을 그 절차적 측면에서만 이해해 온 것에 반하여, 과정의 통제가 실제적 통제의 성격을 갖고 있다는 점을 강조하였다. 즉, 법원이 계획의 적법성을 심리하는 경우에, 계획수립시 행정이 실제로 행한 여러 고려나 형량을 기초로 하여 계획이 적법여부를 심리하는 통제방식이 『과정의 통제』인 반면, 법원 스스로가 계획의 내용상 적법임을 기초짓는 작업을 행하여 그 시도에 성공한 경

4) W. Schenke, Probleme der Bestandskraft von Verwaltungsakten, DÖV 1983, 320, 324ff.

5) F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 1986, S. 410ff.

6) H. Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 110ff.

7) H. J. Koch, Das Abwägungsgebot im Planungsrecht, DVBl. 1983, 1125f.

우 그 계획의 적법을 승인한다고 하는 통제방식이 『결과의 통제』이다. 그는 이와 같은 이해에 기하여 과정의 통제가 결과의 통제와 더불어 실체적 통제의 성격을 갖는 것이며, 또한 전자가 후자보다도 적극적인 통제방식이라고 주장하였다.

그리고 그는 이 2종류의 실체적 심리방식이 병존하는 경우에 있어서의 양자의 상호관계를 검토하여 다음과 같이 서술하였다. 즉, 현실적인 재판단에 기초하여 이루어진 결정은 법원에 있어서도 항상 그 판단의 기초가 될 수 있는 것이다. 다시 말하면 과정의 통제에 있어 적법한 것으로 인정된 결정에 새로이 결과의 통제를 시도할 필요는 없다는 것이다. 따라서 이들 2종류의 통제방식을 구태여 병존시키고자 한다면 결과의 통제는 과정의 통제에 있어 위법으로 된 행정결정을 적법한 것으로 유지하는 기능밖에 할 수 없다. H. J. Koch는 이와 같은 설명 후에, 절차상의 하자의 효과를 제한하는 관점으로서의 『결과에 대한 영향』을 문제시 하는 입장은 행정행위에 있어 재량이 인정되는 경우에는 채택되지 않았지만, 결과에 대한 통제를 과정의 통제와 애써 병존시키고자 하는 것은 과정의 통제의 의의를 현저히 약화시켜 법치국가의 관점에서 보아 커다란 문제가 있다고 하였다.

위와 같은 H. J. Koch의 주장은 『과정의 통제』가 실체적 통제의 성격을 갖는 것임을 단적으로 주장하는 것으로서 흥미깊은 것이라 할 수 있다. 즉 그의 주장은 그 후 R. Alexy⁸⁾나 H. F. Funke⁹⁾에 의해 지지되게 된다.

더욱이 그가 주장한 『과정의 통제』라는 생각은 판례가 채용하고 있는 통제방식과 완전히 일치하는 것은 아니다. 그의 이론에 대하여 비판적 입장을 취하는 이론들은 『과정의 통제』와 『결과의 통제』는 현실의 재판에 있어서는 그가 설명한 것 같은 관계가 없음을 문제로 하고 있다. 예컨대 W. Erbguth는, 과정의 통제에 관한 적법성판단의 기준시는 게마인데의회 의결시점인데 반하여, 결과의 통제에 관한 판단의 기준시는 계획의 공시시점이라고 주장한다. 따라서 그에 의하면 판단의 기준시가 다른 이상, 『과정의 통제』와 『결과의 통제』가 병존하여도 양자의 독자적 의의가 상실되는 일은 없다고 한다.¹⁰⁾

더욱이 W. Erbguth는, 종래의 학설이나 판례에 의할 때 형량의 부존재가 과정의 통제에만 관련되는 기준이라는 관념을 배제하고 과정의 통제의 판단기준과 결과의 통제의 판단기준과는 원칙적으로 동일한 것이라고 생각한다. 그러나 논리적으로 보아 형량과정의 적정

8) R. Alexy, Ermessensfehler, JZ 1986, 701ff.

9) H. F. Funke, Die Lenkbarkeit von Abägungsvorgang und Abwägungsergebnis zugunsten des Umweltschutzes, DVBl. 1987, 511f.

10) W. Erbguth, Neue Aspekte zur planerischen Abwägungsfehlerlehre?, DVBl. 1986, 1230, 1232f.

을 판단하는 기준은 형량의 동태적 요소에 한정해야 한다. 따라서 그와 같은 기준에 해당하는 것은 비교형량의 부존재, 비교형량의 불비, 비교형량상의 평가의 과오뿐이다. 이에 반하여 이익의 균형은 결과에만 관련된 것이기 때문에, 비교형량이 불균형은 형량과정의 기준이 되지 않으며, 형량결과의 적정을 판단하는 기준은 형량의 동태적 요소에 관한 다른 기준은 형량의 결과에 관한 판단기준으로는 될 수 없기 때문에 비교형량상의 이익의 불균형뿐인 것이다.

이 점에 관하여 H. F. Funke는, 형량결과의 적정에 대한 판단은 그 결과가 적정한 형량의 결과로서 파악되는지 여부와 관련하며, 역으로 과정의 적정에 대한 판단이 결과에 비추어 도출되는 경우도 있다고 주장한다.¹¹⁾ 즉, W. Erbguth와 같이 과정의 통제와 결과의 통제를 완전하게 분리하는 것에 그는 반대하고 있다고 할 수 있다.

이상의 논의에서는 다음의 점을 확인할 수 있다. 즉 과정의 통제에 어느 정도의 역할을 부여하는가에 대해서는 이해의 차이가 있으며, 이 통제방식이 실제적 통제의 기능을 갖고 있다는 점에 대해서는 위의 학자들 사이에 일치점이 존재하고 있는 점이다. 더욱이 위의 학자들 사이에서도 과정의 통제에 대하여 어떠한 기능을 기대할 수 있는가에 대해서는 의견의 일치가 없다. 앞에서 과정의 통제에 대한 일정한 의의를 확인하면서도 그 적극적인 면을 제한하려고 하는 경향이 법원이나 의회측에 있는 것을 보았다. 학설에서도 그 경향을 채용하면서 과정의 통제에 적극적인 역할을 맡기는 것은 법치국가의 요청이 아님을 주장하는 것이 있다. 예컨대 Ch. Heinze는, 이제까지의 과정의 통제에 관한 잘못된 이해에 의해 행정절차법상 행정행위에 대한 이유부기의 경우에서의 엄격한 요건이 현실의 계획수립과정에 적용되어 온 것을 지적하며 이 점을 비판한다.¹²⁾ 그에 따르면, 행정절차의 위상이나 이유부기의 방법에 있어서 법치국가의 원리로부터 특정의 요청을 이끌어내지는 못한다고 한다. 따라서 적정한 형량결과가 존재하는 경우에도 현실의 형량과정상의 문제가 결과의 효과를 좌우하는 것은 행정절차법 등의 입법이 특별히 인정하는 경우 외에는 없다고 한다. 그는 이와 같은 입장에서 형량과정상의 하자가 계획의 효력에 영향을 주는 범위를 적어도 행정절차법상 행정행위에 대해 부과되는 이유부기와 같은 수준까지 제한해야 한다고 한다.¹³⁾

그의 구체적 제안은 우선 결과를 좌우하지 않는 과정의 하자를 재판적 통제의 대상으로 하지 않는 것이며, 다음으로 형량과정의 이유부기는 중대한 경우에만 계획의 효력에 영향

11) H. F. Funke, a. a. O., 512f.

12) Ch. Heinze, Das planungsrechtliche Abwägungsgebot, NVwZ 1986, 87f.

13) Ch. Heinze, a. a. O., 88ff.

을 미치는 것으로 할 것이며, 사후의 이유부기의 추완도 인정되어야 한다. 또한 형량과정의 이유부기의 내용은 의회의 의결에 제시될 필요는 없고 기타의 적절한 증명수단에 의해 제시되어지면 충분하다고 한다. 그는 논문의 다른 곳에서 과정의 통제는 절차법상의 문제라고 서술하고 있다.¹⁴⁾ 더욱이 그가 과정의 통제를 행정행위에 대한 이유부기와 같은 것으로 보고 있는 것에 비추어 본다면, 과정의 통제가 실제적인 것이라고 파악하는 학설과 다른 견해를 채용하고 있다고 할 수 있다.¹⁵⁾ 그러나 그의 이론은 과정의 통제의 적극적인 면을 제한하려고 하는 판례나 입법의 자세를 취하여 그것을 해명하려고 하는 것임이 틀림없다는 의미에서 그의 주장은 주목할만한 것이라고 생각된다.

독일에서 과정의 통제의 재판상 자리매김에 관하여 여러 모색과 제언이 행해져왔으며, 과정의 통제의 역할을 상당히 한정적으로 파악한 것이 Ch. Heinze의 주장이지만, 그의 주장도 여러 판례 속에 내재하는 과정의 통제에 대한 소극적 이해를 보다 명확하게 부각시킨 것이라고 생각할 수 있다. 사실 그는 자기의 주장을 전개할 때에 그의 이론을 뒷받침하는 몇 가지의 판결을 인용하고 있다. 그러나 과정의 통제의 적극적인 면을 평가하는 입장에서 과정의 통제가 세부적인 행정과정의 결과로서의 행정판단에 대한 재판권의 개입을 승인하는 것은 아닌 점에 유의하지 않으면 안 된다. 많은 경우에 과정의 통제는 행정판단의 명확한 잘못을 점검하는데 그쳐야 한다고 할 수 있다. 예컨대, 현재의 재판실무에 있어서 관계인의 주관적 이익뿐만 아니라 이 이익에 관련되지 않은 공익 등에 대해서도 그 평가의 과오가 형량하자의 원인이 됨을 인식하여야 한다. 그러나 다른 한편으로 이들 이익에 관해서도, 형량시에 중요성을 가지며 재판적 보호에 버금가는 것이라는 합리적 제한이 해석상 설정되어 있다. 즉 형량상의 여러 가지 하자가 최종적 행정결정의 위법을 도출하는 것은 아니라는 것이다. 결국, 과정의 통제가 적극적인 실체통제의 측면을 갖는 점에서 이 통제방식의 적극적인 면을 살리면서 행정판단에 대한 과잉개입을 야기하지 않기 위하여 합리적인 범위를 확정하는 노력이 현재 독일에서 행하여지고 있는 것이다.

2. 원자력시설허가와 다단계적 행정절차

독일에서는 1959년의 기본법 제74조의 입법사항의 보충 및 원자력법의 제정을 통하여

14) Ch. Heinze, a. a. O., 89f.

15) 그러므로 그의 주장은, 과정의 통제에 관한 H. J. Koch의 이론을 기본적으로 지지하는 H. F. Funke에 의해 엄격히 비판되었다(H. F. Funke, a. a. O., 512f.).

연방단계에서의 원자력의 평화적 이용의 법적 기초가 확립되었지만, 州수준에서는 이미 暫定法에 의해 원자력발전소의 설치허가절차가 개시되어, 다단계절차는 독일 최초의 원자력발전소의 설치에 채용되었다. 그러나 사업자는 처음부터 허가를 부분적으로 받으려고 생각했던 것은 아니었다. 즉 1970년대 중반부터 원자력발전소의 설치반대운동이 활발하여, 정치적으로는 「원자력발전소 제대로 보기」 논쟁이 일어났다. 정치상황의 변화는 행정실무에도 영향을 미쳐, 행정은 안전기술상의 문제를 유난히 신중하게 다루게 되었다. 그 결과 사업자는 보다 상세한 자료를 제출하지 않으면 안되었으며, 또한 허가행정청에 의한 심사기간의 장기화에 수반하여 건축비는 증대하여 갔다. 그러므로 사업자는 일부의 허가만이라도 얻어 될 수 있는 대로 조기에 공사에 착공하기 위하여 할 수 없이 다단계절차에 따랐던 것이다.

다단계행정절차의 의의는 ①행정과정에 대한 파악가능성이 높아짐에 따라 관계인에 대한 행정절차나 재판상의 권리보호의 실효성의 확보, ②절차의 초기단계에서 중요한 쟁점이 확정되기 위해 이해관계인에 대한 조기의 권리보호의 기회부여 등에 있다고 생각되고 있다.

이와 같이 실무에서 먼저 취급되어 온 다단계허가절차는 실정법제도로서는 어떻게 성립하였을까? 원자력법 제7조는 원자력시설의 설치·운전에는 허가가 필요하다고 하여 허가요건을 정하고 있지만, 거기에는 「허가(Genehmigung)」라고 하는 문언이 사용되고 있을 뿐이다. 이로 인하여 법률상으로는 한 번으로 모든 활동을 허가하는 전체허가(Vollgenehmigung)를 수권하고 있는데 지나지 않음에도 불구하고, 일부만을 허가하는 部分許可가 인정되는가가 문제로 된다. 그러나 이 점에 관해서는 「행정청이 최종결정(Endentscheidung)에 대하여 권한을 갖는 한, 법률상의 개별적인 수권이 없어도 구속적인 단계결정(Abschnittsentscheidung)은 적법하다고 생각된다」라고 언급되고 있으며, 또한 독일연방행정법원도 「법치국가다운(rechtstaatlich) 행정절차의 원칙 및 란트법상의 법률규정이 타당하지 않는 한 행정청은 합목적적으로 절차를 형성할 수 있다」라고 하여 다단계절차의 채용을 인정하고 있다.

다단계절차는 사업자가 州행정청에 부분결정의 신청을 하는 것으로부터 시작된다(원자력법 제24조 2항16)). 부분결정에는 부분허가와 예비결정의 두 가지 결정형식이 있으며, 양

16) 신청 후 행정내부에서는 연방내무장관에 대한 통지·허가청에서의 심사·관계관청의 참가(원자력법 제7조 4항) 등이 행해지는 한편, 외부와의 관계에서는 계획의 공시(원자력법절차령 제4조)·자료의 공람(同令 제6조)·이의신청이 있는 경우에는 聽聞(同令 제8조)이 이루어진다. 결정과정은 청문을 거쳐 허가청에 의한 결정, 신청인 및 이의신청인에 대한 결정문서의 송달(同令 제15조)에 의해 종료된다. 이 과정은 원칙적으로 모든 부분허가에서 되풀이 행해진다.

자의 다른 점으로 예비결정은 부분허가와 달리 입지나 구상(Konzept)의 적법성을 확인할 뿐 설치나 운전을 인정하는 것은 아니라는 점과, 신청인이 불가쟁력이 생긴 후 2년 이내에 허가를 신청하지 아니하면 효력을 상실하는데 있다(원자력법 제7a조 1항 2문). 한편 양자 모두 행정행위로 생각되어지고 있으며 또한 요건으로써 각기 원자력법 제7조, 제7a조에 규정된 요건 외에, 원자력법절차령 제18조의 이른바 잠정적·긍정적 전체판단이 요구되어진다. 법률은 허가에 앞서 예비결정(동법 제7a조)에서 허가에 관한 개별문제의 적법성—주로 입지가 원자력발전소의 설치에 적합할 것—이 확인된 후에 부분허가의 신청이 되어질 것을 예정하고 있지만, 실제로는 처음부터 부분허가의 신청을 하는 경우가 많다(최초의 부분허가를 제1차 부분허가라고 하며, 이하로는 제2차, 제3차…로 계속됨).

부분허가의 대상은 원칙적으로 사업자의 신청에 의하여 결정되며 원자력발전소마다 다르다. 일반적으로는 제1차 부분허가에 의해 기초공사가 시작된다. 그 후에 몇 가지의 부분(설치)허가에 의하여 원자력발전소 전체가 건설된 후에 운전이 개시되지만, 운전단계에서도 몇 가지의 부분(운전)허가로 나누어 출력이 단계적으로 이루어져 최종적으로 완전출력에 이르게 되어 있다. 부분허가의 數도 원자력발전소에 따라 다르다.

이미 서술한 바와 같이 다단계절차는 허가행정청에 의한 안전성의 요구와 신청인의 조기 착공요구와의 타협의 산물이지만, 이를 안정화기능과 유연화기능이라는 점에서 보면 다음과 같이 된다.

원자력발전소와 같은 대규모시설의 경우에는 허가절차나 건설에 많은 시간이 걸린다. 그만큼 그 사이에 예컨대 과학기술의 수준이 향상될 가능성이 크다. 시설의 안전성의 측면에서 고려해 보면, 과학기술수준의 향상에 따라 끊임없이 허가에 요구되어지는 안전성이 향상될 필요가 있다. 다단계행정절차에 있어서는 한 번으로 설치·운전의 모든 것을 허가하는 것은 아니며, 각 단계에서 일부분의 설치나 운전만을 허가하고 남은 부분의 그것은 나중 단계에서 허가하는 것으로서, 허가행정청은 허가시점에서의 과학기술수준을 기준으로 하기 때문에 최신의 과학기술수준의 도입을 용이하게 하는 것이다.

즉, 다단계절차는 과학기술의 발전을 부분허가마다 계속적으로 받아들임으로써 유연성을 갖게 되는 것이다. 더욱이 사업자에 있어서도 한 번으로 설치·운전의 허가를 구하는 것보다 허가의 대상을 시설의 일부의 설치에 한하여 허가를 구하는 경우가 제출해야할 자료도 적어지고 그 결과 자료작성에 드는 비용이나 시간의 양면에서 편리하다.

그러나 다른 한편 최초의 단계에서 시설의 일부의 설치밖에 허가하지 않을 경우에는 다음과 같은 불편한 점이 발생한다. 우선 원자력발전소의 건설에는 막대한 비용이 들며, 또

한 원자력발전소는 도로 등과는 달리 최종단계까지 허가되어야 의미를 갖는 시설이기 때문에, 최초의 단계에서 전체로서 허가될 수 있는 계획인지 분명하지 못한 채 허가되는 것은 국민경제상 문제가 될 것이다. 또한 인근주민과 관련하여, 시설의 일부설치의 안전성에 대해서만 심사한다면 운전시의 위험성 등 많은 문제를 남긴 채 원자력발전소의 건설이 개시되어지게 된다. 더욱이 다단계절차에서 사업자는 부분허가를 얻을 때마다 부분적으로 설치·운전에 대한 투자를 하게 되며, 그 결과 운전단계까지 와서 안전하지 못하다는 이유로 허가를 얻지 못하게 된다면 이제까지의 투자가 쓸모 없게 되어버리는 우려가 있는 것이다.

이와 같은 문제를 인식해서인지 판례는 「허가를 얻고자 하는 시설은 운전이 담보되는 경우에 한하여 설치된다」라는 이유로, 허가행정청이 운전상의 위험을 미리 설치허가의 단계에서 심사하지 않으면 안 된다고 생각해왔다. 이러한 생각을 구체화한 것이 1977년 원자력법절차령 제18조이며, 이것은 잠정적·긍정적 전체판단을 부분허가의 요건으로 한다. 同令 제18조 1항은 「잠정적 심사에 따라 시설전체의 설치 및 운전에 대한 허가요건을 갖추고, 부분허가의 부여에 대한 상당한 이익이 있는 경우 신청에 따라 부분허가를 줄 수 있다」라고 규정하고 있다.

Büdenbender와 Mutschler는 「명령제정자의 의도는 필연적으로 많은 투자를 요하는 상세계획 및 건설작업이 개시되기 전에 계획주체를 위하여 원칙적인 점에 있어서 명확하게 해두는 데 있었다」라고 하여, 잠정적·긍정적 전체판단의 투자보호기능을 중시하고 있다. 또한 연방헌법재판소는 원자력법절차령 제18조가 「이미 시설의 계획화나 설치단계에서 필요한 보호예방조치(Schutzvorkehrungen)가 고려되는 경우에 한하여 위험에 대한 효과적인 보호가 적절하게 보장된다」라고 하여 잠정적·긍정적 전체판단의 권리보호기능을 중시한다.¹⁷⁾

더욱이 Ossenbühl은 위험에 대한 조기의 그리고 유효한 권리보호와 투자위험으로부터의 보호(die Absicherung von Investitionsrisiken) 중 투자위험의 회피(die Vermeidung von Investitionsrisiken)만이 잠정적·긍정적 전체판단의 제일의 목적이며 그 이유는 시설의 위험에 대한 보호는 설치 후에도 더욱 유효하게 실현되어지는 데 반해, 투자는 시설이 설치되어진 후에 안전한 운전이 안 된다고 한다면 확정적으로 쓸모 없게 되기 때문이라고 한다. 즉 잠정적 심사시에는 …… 복잡한 시설전체의 평가에 의해 후속단계에서 원칙적인

17) BVerfG vom 20. 12. 1979, NJW 1980, 759, 760.

또는 구상상의 이유로 후속건설이 중지되거나 운전이 정지되는 일은 없을 것이 先決되어진다.

사업자측에서 보면 잠정적·긍정적 전체판단의 인정은 허가행정청이 사업자의 계획의 적법성을 일단 인정하는 것을 의미하며, 사업자는 이후 인정된 계획에 따라 계획을 구체화해나가면 원칙상 또는 構想上의 이유에서 부분허가를 거부당할 위험성이 적어진다. 이 위험성은 사업자가 최초의 단계에서 제출한 잠정적·긍정적 전체판단에 관계되는 자료가 보다 광범위하고 구체적이면 그만큼 적어진다. 더욱이 잠정적·긍정적 전체판단은 잠정적으로 사업자가 제출한 계획을 통하여 행하지만, 계획을 추진하는 최초의 단계에서 허가행정청이 허가할 수 있다고 생각하고 있는 전체계획의 이미지를 사업자에게 나타낸다고 하는 의미도 갖고 있다.

이와 같이 부분결정에는 잠정적·긍정적 전체판단이 요건으로 되어 있지만, 다단계절차가 본래 결정대상을 몇 개의 부분으로 나누어 결정하는 것이라면, 시설전체의 설치·운전에 대한 요건을 잠정적이라고는 하나 심사를 하는 잠정적·긍정적 전체판단은 다단계절차 본래의 체계에는 어울리지 않는 것이라고 할 수 있다. 그러나 법령상 부분허가에는 시설의 일부의 설치에 대한 요건과, 시설전체의 설치·운전에 대한 요건이 심사된다. 단 법령상 명확한 것은 이것뿐이며, 여기에서 이루어진 판단이 후속부분허가에 대하여 어떠한 의미를 갖는가는 명확하지 않다. 많은 학자들은 「다단계절차의 장점이 유지되는 것은 개개의 절차단계가 그 서술내용이나 구속력에 있어서 명백히 확정되는 경우이다」라고 설명한다.

그러나 다단계적 행정절차이론에도 몇 가지의 문제점이 있다. 그것은 우선 계획과정의 선행적 제단계를 법적으로 파악하는 일에 한계가 있을 뿐 아니라, 소송수행권을 특정하는 것은 출소의 부담을 주는 것이 된다는 점이다. 따라서 이러한 견해에 대해서는, 현재의 법시스템에서는 정식의 계획확정절차에 따라 계획의 최종적 내용이 정해지는 구조가 있다고 하는 반대론이나, 이들 결정은 행정의 내부절차에 지나지 않는다는 견해가 다수의 학자들에 의해 주장되고 있다. 더욱이 독일연방행정법원의 판결도, 현재까지의 이들 결정은 인근주민의 소송의 대상으로 되지 않는다는 입장을 유지하고 있다.¹⁸⁾ 이와 같은 입장에서는 부문계획에 있어서의 다단계적 행정절차와 원자력법상의 절차와의 상이점을 강조하게 된다.¹⁹⁾ 그러나 특히 독일항공법상의 허가에 있어서는 이해관계를 갖는 사인에게 직접 소송

18) 연방원거리도로법상의 결정에 관하여, BVerwG, Urt. v. 14. 2. 1975, BVerwGE 48, 56 (60) ; BVerwG, Urt. v. 26. 6. 1981, BVerwGE 62, 342 (343ff.). 항공법상의 인가에 관하여, BVerwG, Urt. v. 22. 3. 1974, DÖV 1974, 418f.

19) H. Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, 1986, S. 288f.

제기의 기회를 인정해야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있어 향후 학설·판례의 전개가 주목되고 있다.

3. 과정의 통제이론과 다단계적 행정절차와의 관련성

과정의 통제이론이나 다단계적 행정절차의 논의는, 행정결정과정에 대한 재판적 통제의 실효성을 높이기 위한 논의로서 1970년대이래 등장하여 온 것이다. 여기에서는 이 두 개의 이론의 관련에 대하여 검토하고자 한다.

우선, 과정의 통제라고 하는 사고방식은 계획재량에 대한 재판적 통제방식으로서 형성되어진 것에서 명확히 된 바와 같이, 건설관리계획이라고 하는 특정한 행정결정이 내려지는 단계에 착안한 것이다. 이에 반하여 다단계적 행정절차론은 행정결정의 과정 전체를 복수의 결정단계로 나누어 결정내용이나 결정과정의 파악가능성을 높이고자 하는 이론이다. 이 경우, 도시건설계획행정에서 보는 바와 같이 행정결정의 행위형식은 행정행위형식에 한정되지 않는다. 즉 다단계적 행정절차론은 행정행위론의 정치화(精緻化)라고 하는 작업과 병행하여 계획 이외의 행위형식론을 심화시키는 것으로 보다 풍부한 내용이 부여된다. 이와 더불어 E. Schmidt-Aßmann은, 학설이 행위형식에 얽매이지 않음으로써 복잡한 행정결정 과정에 안정화와 파악가능성이 주어지는 것에 대하여 강한 기대를 표명하고 있다.²⁰⁾

다른 한편, 과정의 통제는 단계적인 결정구조에 따라 내려지는 행정판단을 각 단계에 있어 구체적인 절차를 갖추어 절차적·실체적인 통제를 해나가는 통제방식으로서 활용할 수 있다. 즉, 선행하는 결정단계에서 다음의 결정단계로 넘어갈 때의 행정판단의 합리성을 확보하는 수단으로서 과정의 통제가 기능하게 된다. 반대로, 과정의 통제의 실효성을 높이기 위해서는 복잡한 결정과정의 파악가능성을 높이는 다단계적 행정절차론이 유효할 것이다. 그러한 의미에서 양자는 상호보완적인 관계에 선다고 해도 좋을 것이다. E. Schmidt-Aßmann은 행위형식론과(과정의 통제포함) 절차적 사고와의 상호보완적인 관계를 지적하고 있다.²¹⁾ 이 상호관계의 실례를 다단계적 행정절차론과 과정의 통제라고 하는 생각의 틀 안에서 찾아볼 수 있는 것이다.

20) Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System und System, S. 57. 근래의 행위형식론의 전개에 대해서는 vgl. E. Schmidt-Aßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1989, 533.

21) E. Schmidt-Aßmann, a. a. O., S. 27f., 52ff.

Ⅲ. 재량론에 있어서의 행정절차론과 공공성론의 발전

1. 序

행정절차와 행정소송과의 관계의 고찰방향에 관하여는 독일에서 비교적 일찍 논의되어 왔으며, 1970년 이후 행정결정의 과정 내지 절차에 주목한 재판적 통제론의 제창과 더불어 이 문제가 다시금 주목받게 되었다. 행정절차에 의한 代償的(kompensatorisch) 내지 補充的(komplementär) 권리보호에 관한 논의가 그것이다. 더욱이 1980년을 전후하여 절차적 권리보호를 중시하는 독일연방헌법재판소의 결정들이 내려졌으며, 이 결정들에 부응하여 새로운 절차보장론이 학설에서도 전개되기에 이르렀다. 따라서 이하에서는 행정절차에 의한 대상적 권리보호의 문제에 관한 논의를 다루면서 행정절차와 행정소송과의 관계를 고찰하고자 한다.

2. 代償的(補充的) 권리보호기능

1960년대에 H. Ehmke가 적법절차의 충실에 의한 권리보호를 강력히 주장하였고,²²⁾ 1970년을 전후하여 R. Brohm이 행정절차의 권리보호기능을 높이 평가하였다.²³⁾ 더욱이 이들과 거의 동시기에 행정절차에 의한 권리보호기능을 강조한 학자로서 P. Häberle를 들 수 있는데 그는 공익개념을 검토하는 논문 속에서 재량론을 말하면서 절차를 통한 재량통제가 중시되어야 한다고 강조하였다.²⁴⁾ 예컨대, 판례분석을 통하여 그는 이유부기나 청문 의무의 부여에 의한 절차적 보호를 법원이 중시하고 있는 점을 분명히 하여, 적정한 절차에 의해 결정된 재량적 행위는 재량의 하자가 없으므로 수용해야 한다고 서술하였다. 그에 의하면 절차의 의미는 이에 그치는 것이 아니다. 즉, 현대의 재량권 행사에 있어서 고려하여야 할 公益은 미리 주어져 있다고 볼 수 없고 오히려 공익의 내용은 절차를 통하여

22) H. Ehmke, "Ermessen" und "unbestimmter Rechtsbegriff" in Verwaltungsrecht, in: Beiträge zur Verfassungstheorie und Verfassungspolitik, Monographien zur rechtswissenschaftlichen Forschung, 1981, S. 187, 193ff.

23) W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, 1972, S. 245.

24) P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 595ff., 599f., 616f., 627ff., 657ff.

처음으로 구체화된다고 생각된다. 그러므로 행정에 의하여 구체화되어야 할 공익은 형식이 갖추어진 절차에 의해서만 명확하게 된다. 이를 위하여 재량권의 행사에 있어서 사실관계를 충분히 고려하여 실질적인 심리를 하여야 한다는 말이나, 법률의 취지·목적에 따른 적절한 형량(衡量)을 기초로 한 판단을 하여야 한다는 주장 등은 모두 절차적 성격을 갖는 것이다.

더욱이 P. Häberle는 현대급부국가에 있어서의 기본권의 위상을 설명한 논문 속에서 절차가 갖는 권리보호기능을 강조하며, 법률의 유보에 대신하는 것으로서 ‘절차의 유보’라는 논리를 주장하고 있다.

또한 J. Schwarze도 절차적 권리보호와 재판적 권리보호가 수행할 역할을 기능론적으로 고찰하여, 양자의 기능분담이 최적화되는 상태를 행정법학이 주목해야 한다고 주장하고 있다.²⁵⁾

이들에 이어 1970년 이후에 전개된 재량론 중에는 행정절차에 의한 권리보호를 강조하는 경향이 현저하다. 특히 재판적 권리보호가 충분히 기능하지 않는 분야에서 행정절차가 유효한 권리보호를 수행한다는 점을 강조하고 있다. 이들 입장을 대표하는 것으로서 R. Scholz²⁶⁾, E. Schmidt-Aßmann²⁷⁾, P. Badura²⁸⁾ 등을 들 수 있다. 그러나 재판적 권리보호가 기능하지 않는 영역에 있어서 행정절차가 代償的 내지 補充的 권리보호기능을 갖는다는 논의에 대해서는 다음과 같은 사항을 주의할 필요가 있다.

우선 첫째로, 위의 논의에서는 절차적 권리보호의 한계도 논해지고 있다는 사실이다. 예컨대, E. Schmidt-Aßmann은 절차의 충실로 인하여 행정재판이 필요없게 되는 일은 없으며, 절차적 통제를 강화함으로써 인하여 그 내용의 심리를 현저히 한정하는 것에 찬성할 수 없다고 주장하였다. 또한 R. Scholz도 참가의 관념을 헌법적 본질에서 파악한다면 실효적 권리보호=선행적 권리보호, 선행적 권리보호=참가라고 하는 도식은 성립되지 않으며, 절차적 권리보호에는 한계가 있다는 점을 지적하고 있다.

E. Schmidt-Aßmann은 절차적 권리보호에 한계가 있다는 주장의 이유로서 절차의 형식주의화, 행정의 경직화, 재판적 권리보호의 지연 등의 발생을 들고 있다. 또한 K. Redeker

25) J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1974, S. 44ff.

26) R. Scholz, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 212ff.

27) E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34, 1976, S. 264ff.

28) P. Badura, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 1988, §38 III.

는 절차적 권리보호의 한계의 이유로서 ①참가에 의해 의회의 권한과 행정의 권한관계에 영향이 없으며, ②행정절차와 효율이 종종 모순되는 점 등을 들고 있다.

더욱이 W. Brohm은 그의 다단계적 행정절차론을 전개함에 있어 행정절차에 의한 권리보호에는 한계가 있다고 하는 문제의식을 그 출발점으로 하고 있다.²⁹⁾ J. Schwarze도 대규모산업계획에 있어서 절차적 권리보호가 중요한 역할을 담당한다는 점을 인정하면서도, 절차의 종료 후에 부분적 하자를 이유로 하여 절차 전체가 반복되는 것은 곤란하다는 점을 지적하면서 다단계적 절차가 갖는 중요성을 주장하고 있다.³⁰⁾ 독일의 학설이 계획행정, 형성적 행정에 있어서의 국민의 권리보호의 도모라는 점에서 행정절차에 커다란 기대를 걸면서도, 그 한계를 자각하고 있는 것이다. 그리고 이 자각을 통하여 절차의 한계를 보완하기 위한 여러 이론의 출현으로까지 이어지고 있는 것이다.

또한 둘째로, 독일의 학설에서 절차적 통제를 말할 경우 그 통제개념 속에는 과정의 통제에 대비될 수 있는 실체적 통제의 관점이 내포되어 있는 경우가 많다고 하는 점이다. 이 점은 앞에서 본 P. Häberle의 고찰내용에서도 확인할 수 있다. 즉, 그는 절차규정의 형식적 준수에 관해서만이 아니라 결정의 동기부여과정 자체를 재판적 통제하에 두고자 하는 입장을 견지하고 있다. 이러한 의미에서 그도 과정의 통제에 의한 적극적인 실체심리를 긍정하는 입장을 취하고 있다고 할 수 있다.³¹⁾

이상의 점 등에 비추어 본다면 기본적으로 독일의 재량론은 다음과 같은 방향을 지향하고 있다고 생각된다. 즉 행정절차를 통한 권리보호를 중시하는 한편, 재판적 통제에 있어서는 절차적 규율의 준수에 관한 심리에 한정하지 않고 과정의 통제나 다단계적 행정절차 등을 통하여 행정결정과정에 대한 절차적·실체적 통제를 해나간다고 하는 방향이다.³²⁾

재판적 권리보호와 행정절차에 의한 권리보호 등을 포괄하는 권리보호체계 전체가 위와 같은 재판적 통제를 통하여 적극적으로 작용하는 것이 기대되고 있다.

더욱이, 독일의 재량론이 전체적으로 위와 같은 방향으로 가고 있다고 말할 수 있어도, 행정절차를 통한 논의의 전체적인 파악을 위해서는 새롭게 문제를 검토할 필요가 있다. 다음에서 설명할 '절차에 의한 정당화(Legitimation durch Verfahren)'에 관한 논의나 절차법

29) W. Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30, 1972, S. 245, 279ff.

30) J. Schwarze, a. a. O., S. 70ff.

31) P. Häberle, a. a. O., S. 87f.

32) 같은 취지로 주장한 학자로는, H. Goerlich, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981, S. 284f.

이 실체법에 종속한다고 하는 관념에 대한 비판, 새로운 논의로서 행정절차와 공공성과의 관련성 등에 대한 논의가 그것이다.

3. 절차에 의한 정당화

행정결정의 과정 내지 절차에 대한 통제라는 관점이 필요하다고 하는 사고방식이 보급됨에 따라 독일에서의 행정재량·행정절차론 중에서 『절차에 의한 정당화』의 측면에서의 논의가 종종 나타나는데 그 양상은 다양하다. 예컨대, W. Schmitt Glaesser나 F. Ossenbühl은 이 문제를 의회민주주의와의 관계 속에서 논하고 있다.³³⁾ 이들에 의하면 직접적인 국민의 참가에 의한 '보충적 정당화'는 의회제를 채용하는 헌법에 반하게 되어 그런 의미에서 행정절차에 의한 정당화기능이 부정된다. 다른 한편 J. Schwarze는 행정절차의 정당화기능은 재판적 권리보호가 충분하지 않은 계획 등의 분야에서 기능한다고 서술하여 행정절차에 따른 정당화의 문제를 재판적 권리보호에 대한 행정절차의 代價的 권리 보호와의 관계에서 고찰한다.³⁴⁾

이에 관하여 N. Luhmann 자신은 재판절차, 선거, 입법절차, 행정절차의 문제를 병렬적으로 상세히 검토하고 있지만, 이들 절차 상호간의 관계에 대해서는 아주 간단하게 고찰하는데 그치고 있다.³⁵⁾ 행정절차와 재판절차 상호간의 관계에 대한 그의 고찰도 간결한데 이 점에 대해서는 다음과 같이 생각할 수 있다. 즉, N. Luhmann은 행정절차에 있어서 행정결정의 합리화와 효율화가 중시되어야 한다는 입장을 견지하고 있다. 따라서 행정절차에 정당화기능을 요구하는 것은 행정절차의 과중부담을 낳게 되며, 행정결정의 효율화와 합리화가 저해된다고 주장하였다. 그러므로 그의 주장 속에는 행정소송과의 관계에서 행정절차의 정당화기능이 문제가 될 여지가 없었다고 생각할 수 있다.

이와 같은 N. Luhmann의 입장에 대해서는 유력한 비판이 행하여졌다. 앞에서 본 J. Schwarze의 생각에서도 재판적 통제가 미칠 수 없는 범위에 있어서 행정절차에 의한 결정의 정당화기능이 달성하는 역할에 강한 기대를 거는 것이라 할 수 있겠다. 그 후 R.

33) W. Schmitt Glaesser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31, 1973, S. 179ff.; F. Ossenbühl, Welche normativen Anforderungen stellt der demokratischen Rechtsstaates an die planende staatliche Tätigkeit?, 1972, S. B124.

34) J. Schwarze, Der funktionale Zusammenhang von Verwaltungsverfahrensrecht und verwaltungsgerichtlichem Rechtsschutz, 1972, S. 66f.

35) N. Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 1969, S. 219ff.

Wahl은 대규모산업시설에서의 입지선정·결정작업의 필요성을 여론의 형성이나 정당성의 부여라는 관점에서 이론구성을 하고 있다.³⁶⁾ 이들의 작업은 절차에 의한 정당화기능에 착안한 새로운 절차보장론의 일환으로 간주할 수 있는 것이며, 행정법학에서의 이러한 새로운 동향은 독일의 민사소송법학에 있어서의 절차보장론의 전개와 궤를 같이하고 있다. 따라서 이 문제는 행정법학뿐만 아니라 현대법학에 공통적으로 존재하는 절차보장론의 새로운 경향의 하나로 고찰되어야 될 성격의 것이라고 할 수 있다.

4. 절차법과 실체법과의 관계

행정결정과정에서의 절차보장을 중시하는 입장에서 행정절차가 행정실체법에 종속한다고 하는 전통적인 생각에 대한 비판적 자세가 강하게 나타난 것은 흥미로운 일이다. 예컨대 H. Hill은 절차법은 실체법과의 관계에서 제2차적인 것이라는 이해나, 행정절차는 실제 결정과의 관계에서 '봉사적 기능'밖에 갖지 않는다는 종래의 견해를 엄격하게 비판하고 있다.³⁷⁾ 그의 주장의 요지는 실체법은 절차를 통하여 구체화되어지며, 실체법은 결정에 있어서의 복수의 전제조건 중의 하나일 뿐만 아니라 다른 전제조건으로서 절차법이 존재하고 있다는 것이다. 또한 절차법은 실체법과 더불어 독립적인 기능을 담당하고 있다. 특히 절차법은 사실상태·법률상태가 시간적으로 변화하는 와중에 행정활동을 정연한 형태로 이끈다고 하는 어려운 기능을 담당하고 있다. 이상의 이유에서 실체법이 우월하다는 주장은 곤란하다고 한다.

실체법의 우월이라는 관념에 대해서는 F. Hufen도 예리한 비판을 가하고 있다.³⁸⁾ 더욱이 H. Hill 자신은 실체결정이 올바른 것이었다는 사실이 명백할 경우에 절차의 하자가 독자적 의미를 갖지 않는다는 것을 인정하고 있으며 그 밖의 학자들도 절차의 하자가 독자적 의미를 갖지 않는다는 것을 인정하고 있다.³⁹⁾ 그러나 독일의 행정법학계에서 절차보장의 의미를 다시 살리고자 하는 움직임을 주목할 필요가 있다.⁴⁰⁾

36) R. Wahl, Das Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag, VVDStRL 41, 1983, S. 153, 182.

37) H. Hill, Das fehlerhafte Verfahren und seine Folgen im Verwaltungsrecht, S. 201ff., 211ff. 더욱이, 절차법이 실제적 결정의 올바름을 보장하는 기능을 갖는 것은 부정할 수 없는 사실일 것이다. 문제는, 행정절차의 의미를 이 기능에 한정할 수 있는지 여부이다. 그리고 H. Hill이 비판하는 학자들에게서도 행정절차에 그 외의 기능이 있음을 부정하고 있지는 않다.

38) F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 1988. S. 391ff.

39) H. Hill, a. a. O., S. 203, 401ff., 479ff.

이와 같이 여러 가지 영역에서의 각각의 행정절차유형에 대해서 개별적으로 그 정당화 기능을 음미하여 재판절차와의 적절한 기능분배를 고찰하려는 시도는 시작단계에 지나지 않는다고 하여도 과언은 아니다. 예컨대, 행정절차에 있어서의 하자의 효과에 관하여 포괄적인 연구를 행한 H. Hill의 논문에서도 위에서 언급한 제언은 추상론의 영역을 넘지 않았다. 또한 건설관리계획에 대한 재판적 통제의 분야에 있어서도 행정절차에 따른 권리보호와 행정재판에 따른 권리보호와의 균형을 어떻게 잡는가에 대해서는 입법·학설·판례상 각양각색의 이론과 시행착오가 겹겹이 쌓여 있는 것이 現狀이라고 할 수 있겠다. 따라서 이 분야에서의 연구가 어떻게 진전되는가를 주의깊게 지켜 볼 필요가 있다.

그러나 여기에서 유의할 점은 과정의 통제나 다단계적 행정절차에 의한 통제에서 볼 수 있는 바와 같이 재판적 통제의 방법 자체가 최종적 행정결정에 도달하는 행정판단과정의 진행을 따라 행하여지는 형태를 취하고 있다는 점이다. 따라서 최종적 처분내용의 당부에만 초점을 두어 이루어지는 재판심리의 형태와는 실체심리의 방식자체가 현저히 다르다고 할 수 있다.⁴⁰⁾ 즉, 구체적 판단과정의 일면에 있어서의 행정판단에 간과하기 어려운 잘못이 있는 경우나, 후행의 행정결정이 선행의 행정결정에 모순된 경우에 법원은 이 점을 지적하여 당해 판단의 상황·결정단계에 있어서의 결정과정의 시정을 명할 수 있다. 따라서 이후의 결정과정을 진행하는 권한과 책임이 다시금 행정측에 맡겨지게 되므로 이와 같은 재판심리방식은 최종적 결정내용에 관하여 법관 스스로가 확정적 판단을 내리는 방식에 비하여 행정청의 최종적 판단을 존중하는 심리방식이다. 여기에서 최종적 결정에 이르기까지의 행정판단과정에는 많은 점검사항이 있다. 과정의 통제를 적극적인 실체심리방식이라고 생각하는 이유는 여기에 있다. 그리고 최종적 결과에 관한 결정권이 법원에 속하는 경우에서도 행정결정에 대한 과정의 통제의 적용을 생각할 수 있다.

재판적 권리보호와 절차적 권리보호와의 기능분담이라는 문제를 생각할 경우에, 재판적 권리보호 자체가 절차적 권리보호의 충실과 더불어 변화되는 것을 고려할 필요가 있다. 행

40) 행정절차법에 대한 행정실체법의 우월이라고 하는 관념에 대한 비판과 관련하여, 행정실체법과 절차법은 상호의존관계에 있다고 하는 주장도 근래 유력하게 주장되고 있다. z. B. H. Hill, a. a. O., S. 203f. ; H. H. Rupp, Bemerkungen zum verfahrensfehlerhaften Verwaltungsakt, in: Festschrift für O. Bachof, 1984, S. 151, 163f. 절차보장론의 새로운 발전 속에서, 실체법이 절차·조직법에서보다 큰 영향을 받는 일이 널리 승인되어져 왔다고 할 수 있다.

41) 여기에서는 다음의 지적을 주의하지 않으면 안 된다. 첫째, 전통적 재량론에서도 처분의 동기에 관한 통제 등과 같이 행정판단의 과정을 문제시 하는 관점이 존재하고 있다는 것이다. 둘째로는, 행정판단과정의 통제, 다단계적 행정절차라고 하는 생각도 구체적 사실관계를 전제로 하는 개인의 권리구제라고 하는 전통적인 재판적 권리보호에 입각하고 있다라는 것이다. 그러한 의미에서 근래의 이론을 전통적 이론의 연장선상에서 다룰 수 있을 것이다.

정절차에 따른 정당화라고 하는 문제가 논의되는 경우에, 재판적 통제 그 자체가 행정절차의 충실과 더불어 억제적인 인상을 줄 수 있지만 이것은 정확한 것은 아니다.

5. 행정절차와 공익론

계획의 초기단계에서의 행정판단이나 보조금행정에 있어서의 행정재량 등, 행정판단에 대한 재판적 통제가 느슨한 영역에서는 행정판단의 공익성을 확보하는 차원에서 행정절차가 달성하는 역할은 개인의 권리보호기능과 함께 중요한 것이라 하겠다.

절차를 통한 공익의 구체화라고 하는 생각은 P. Häberle가 갖고 있었는데⁴²⁾, 이른바 전통적으로 공공성의 개념은 공개성의 원리와 밀접하게 관련되어 있으며, 행정결정의 공공성 확보를 위해 행정절차가 갖는 공개성의 기능에 기대하려고 하는 입장이 점점 유력화되고 있다. 예컨대, 보조금교부에 있어서 공익에 합치된 행정판단을 확보하기 위하여 보조금교부에 공개성과 투명성의 부여가 필요하다고 주장되고 있다. 예컨대 K. H. Friauf는 보조금의 포괄적 통제에는 회계감사원·의회 등의 통제의 개혁이나 독자적인 통제기관의 창설이 필요하다고 지적하고 이것들의 통제 및 민주적 공개를 통한 보조금제도의 비판적 관찰이 가능하기 위해서는 공개성과 투명성이 보조금행정의 각 단계에서 강화될 것이 필요하며, 그것은 법치국가원리 및 경영자의 평등권의 요청이기도 하다고 주장하고 있다.⁴³⁾ 따라서 행정절차는 개인의 주관적 권리가 미치지 않는 영역에서의 행정판단의 공익성에의 적합성을 확보하기 위한 수단으로서 기대되고 있다고 할 수 있다.

IV. 結 論

행정권이나 행정재판권이 행하는 법적용행위의 이론적 파악에 대해서는 1960년대의 학설과 1970년대 이후의 제학설 사이에 법적용행위의 창조성에 대한 인식에 있어 뚜렷한 유사점을 찾아볼 수 있다. 또한 이러한 사고방식이 행정절차론과 결합되어 행정과정에서의

42) P. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, S. 43ff., 121ff.

43) K. H. Friauf, Ordnungsrahmen für das Recht der Subventionen, Gutachten für den 55. Deutschen Juristentages, Bd. II. 1984, S. M8, 32ff., 43f.

절차보장을 중시하는 새로운 이론을 창출하고 있다.

또한 다단계적 행정절차와의 관련에 있어 부분계획에 대한 조기의 권리보호의 문제와 과정의 통제와 다단계적 행정절차와의 긴밀한 관계가 중요하다. 즉, 대규모산업시설의 허가나 계획행정 등 복잡한 행정과정에 있어서 행정절차나 과정의 통제를 통한 재판적 통제 만으로는 행정판단의 합리성을 유효하게 통제할 수 없는 경우가 많아진다. 또한 기성사업의 진행에 따른 권리보호의空洞化를 피하기 위해서는 조기의 권리보호수단을 관계인에게 인정하는 것이 필요하게 된다. 그리하여 복잡한 행정결정과정을 복수의 단계로 나누어, 결정과정을 파악가능성을 제고함과 동시에, 조기의 권리보호를 위한 수단의 부여가 요청되는 것이다. 이것이 다단계적 행정절차의 존재이유이다. 이 경우, 과정의 통제는 선행하는 단계에서의 결정에 기한 후행의 행정결정이 내려지는 단계에서의 행정판단의 합리성을 감시하는 기능을 하게 되는 것이다. 이상 서술한 과정의 통제와 다단계적 행정절차와의 관계 속에, 행정의 행위형식론과 절차적 사고와의 상호의존관계의 일례를 찾아볼 수 있는 것이다.

또한 독일의 재량론에서는 1970년대 이래 재판적 통제의 한계가 의식되면서 행정절차에 代償的인 권리보호기능을 기대하는 논의가 전개되었으며, 그 후, 위의 행정절차와 재판과의 관계는 행정과정에서의 절차보장을 충실하게 하고자 하는 새로운 시도에 있어서도 고찰의 대상으로 삼고 있다. 이 문제에 있어서 우선 독일에서는 절차에 따른 代償的 권리보호에도 한계가 있다는 자각이 생겨 이 자각이 과정의 통제나 다단계적 행정절차의 제창의 하나의 계기가 되었던 것이다. 더욱이, 절차적 권리보호의 문제가 논의되는 경우에는 과정의 통제에 따른 재판적 권리보호의 문제와 함께 논의되는 점을 잊어서는 안 된다. 그리고 1980년대에 들어서면, 행정절차론과 결합된 형태로서 행정과정에서의 절차보장을 바로잡으려고 하는 새로운 이론이 유력하게 제창되어 왔다. 더욱이 이러한 움직임이 실체법을 중시하는 독일의 전통적 사고방식에 대항하여 어떠한 전개를 보이는가에 대하여는 앞으로의 추이를 지켜 볼 필요가 있다. 그리고 절차에 따른 정당화라고 하는 관점을 포함하여 재판적 권리보호와 절차적 권리보호와의 합리적 배분을 고찰할 경우에, 재판적 통제방식 자체의 형태가 변화하고 있다는 사실을 유념하여 검토가 이루어지지 않으면 안 된다. 행정절차에 의한 정당화라고 하는 관점에서 행정절차와 재판적 통제와의 관계가 검토되는 경우에, 이 고찰이 재판적 통제의 완화와 연결되어 다루어지지 쉽지만, 재판적 통제의 형태 자체가 변화하는 것은 반드시 통제의 완화에 연결되어지는 것은 아니라고 생각된다.

더욱이, 개인의 권리보호를 목적으로 하는 재판적 통제가 충분히 미치지 않는 영역에서 공익에 적합한 행정판단을 확보하기 위한 기능을 행정절차가 갖고 있다고 생각된다. 절차

를 통한 공익실현이라는 생각 속에 이와 같은 기대를 찾아 볼 수 있다. 구체적 개인에 대한 권리보호기능 외에, 공익성의 확보를 위한 행정절차가 달성하는 역할을 경시할 수는 없다고 생각한다.

주제어 : 재량론, 과정의 통제, 다단계적 행정절차, 대상(代償)적 권리보호기능,
절차법과 실체법, 공익론

【Abstract】

A Procedural Control of Discretion in the Atomic-Administration

Park, Hyo-Keun

As modern society becomes more diverse and complicated, the need of administrative law which is more professional and technical than the legislative law is required. The enlargement and technicalization of the administrative function has made not only that the legislative law cannot carry an effective deed but also that it is not appropriate to be dealt in the administrative work.

In the case of the violation of restrictive discretion, than activity is illegal. But free discretion activity is not an object of judicial review. According to the deviation and abuse of the administrative powers, the legislative body looks for a principle of law relating to the same activity of administrative power and has to make extentions for individual understanding.

And the limits of administrative discretion are not related to unification, so the administrative powers need to be restrained by procedural control and public good. For guaranting efficient administrative activity and security of the individual rights at the same time, administrative discretion will admit that proper discretion will be used in all matters no matter small or seemingly insignificant the scope may be.

And within the limits of administrative discretion, pertinent administrative powers will be exercised and then the efficiency of administrative and democratization of administration will be established.