

현안분석 2008-

비교법제 연구 08-06

# 유럽화된 독일 행정절차법에 관한 연구

김 중 권



한국법제연구원  
KOREA LEGISLATION RESEARCH INSTITUTE

# 유럽화된 독일 행정절차법에 관한 연구

German administrative procedural law  
under the influence of the EU-law

연구자 : 김종권(중앙대학교 교수)  
Kim, Jung-Kwon

2008. 9. 30.

## 국문 요약

유럽공동체법은 독일행정절차법에 대해 현저한 범위에서 영향을 미친다. 그러나 이것은 실체적 행정법의 유럽화의 필연적 결과이다. 비록 유럽공동체법상론 절차법에 대해서 독일의 경우보다는 약간 더한 중요성이 부여되긴 하지만, 양법질서가 절차법의 기능과 개개의 내용에서 광범한 유사성을 지닌다. 이런 기조는 특히 유럽최고법원에 의해 전개된 일반적 법원칙을 통해 견지된다. 그럼에도 불구하고 유럽공동체법질서가 독일법질서와 비교되는 두드러진 특징인, 실체적 조종능력의 저하로 인해, 유럽행정법은 절차적 통제를 강조할 수밖에 없다. 독일의 절차하자효과론과 관련하여 기왕의 논의가 절차간소화를 기치로 더욱 심화되는 경향에 즈음하여, 유럽법질서와 독일법질서 간의 현격한 편차는 하자효과체제에서 존재한다. 그리고 이런 편차는 궁극적으로 가령 청문의무의 경우처럼 개인의 지위가 행정의 지위와 비교해서 매우 강하다는 것에서 기인한다. 이때 유럽최고법원은 실용적인 자세를 견지하면서 사안에 접근하였다.

독일 행정절차법과 관련해선, 개혁필요(요구)가 맨 먼저 일단은 유럽공동체법과 관련이 있는 사안에서 발견된다. 그러나 그것은 이에 머물지 않고, 실제로 현저한 파급효과(spill-over-Effekte)를, 가령 다른 행정법으로 생산적인 모델효과와 각인효과를 펼칠 것이다. 독일의 공법학으로선, 유럽화로 인해 비롯된 개혁요구(강제)에 개방적인 자세를 취하면서(이론적-체계적으로 설득력 있을 뿐더러 실제적으로 유용하기도 한) 건설적인 대답을 강구할 수밖에 없다. 독일에서 법질서의 유럽화에 즈음하여 동질화체제가 대세인 것처럼, 이미 독일행정절차법은 유럽화의 경향에 동조하여 나아가고 있다. 유럽연합 자체가 法共同體(Richtsgemeinschaft)이듯이, 불원간 유럽행정절차법은 물론 유럽행정법의 공통분모가 등장할 것이다.

법질서의 유럽화의 문제는 비단 독일은 물론 유럽 諸國의 차원에 국한되지 않는다. 유럽화로 마친 전체 독일 공법학은 제2의 국면을 맞이하고 있다는 일각 평가를 감안하면, 그것은 다름 아닌 새로운 시대적 요청이자 도전인 셈이다. 우리 행정법학이 대륙법계, 특히 독일 법을 기반으로 한다는 점에서, 법질서의 유럽화영향은 마치 나비의 날개짓마냥 우리에게도 당연히 미친다. 이미 우리의 행정법학의 기본 패러다임의 초기조건은, 그 본연을 유지할 수 없을 정도로 심각한 내·외부적 변화를 겪고 있으며, 그에 따라 행정법도그마틱의 기능부전은 곳곳에서 표출되고 있다. 가령 규제완화, 탈규제가 강조되면서 이에 수반되는 절차의 간소화는, 정반대의 명제인 절차에 의한 권리보호와 결정적으로 상충한다. 절차하자를 실체하자로 바로 연계하는 논증을 墨守하는 한, 이런 대립상황에 대한 설득력 있는 해결책을 고안할 수가 없다. 1996년에 제정된 행정절차법이 10여년이상 시행되어 왔다. 절차를 통한 권리보호를 전적으로 앞세웠던 태도에 성찰이 필요하다. 특히 이상에서 본 節次瑕疵論은 방향추가 된다. 나아가 순전히 형식적, 절차적 내용만으로 담은 행정절차법을, 실체적 내용까지 담아 그것을 행정법의 기본법으로 격상시키는 노력이 필요하다.

※ 키워드 : 독일행정법·행정절차법의 유럽화, 유럽공동체법의 우위, 충성스런 협력의 원칙, 유럽공동체법의 시행, 유럽공동체법의 일반적 법원칙, EC-고유행정법, 공동체행정법, 유럽행정결합체, 유럽공동체의 다차원시스템, 독일행정법과 유럽행정법에서의 절차사고, 有效性의 命令, 統一適用의 原則, 節次簡素化, 節次瑕疵論, 유럽법위반한 국가적 보조금의 반환, 절차재심사

## Abstract

EU-law has an effect on German administrative procedural law to a great degree as a consequence of substantive administrative law's acceptance. EU procedural law is more influential than German procedural law, although there are also a lot of common principles. EU Supreme Court also has been reconfirming these common principles at the form of ruling.

In spite of those similarity, there are not a few differences, e.g. the low capability of substantive control power. For this reason, EU law stresses on procedural control.

German administrative law try to change their principles according to EU law as the position of open door policy. This change can cause spill-over effect as well.

This trend means after all making common EU administrative law on substantive and procedural, which is the reflection of the EU community's character itself.

The dominating effects of EU law in Germany are not the restricted one of all european countries.

As the German public law has been experiencing great change, so Korean administrative law also will be affected by the change of German law, which is mainly due to the German origin of Korean administrative law.

Korean administrative law's paradigm already has been shifting fundamentally from the core principles, which also has been bringing about malfunctioning of administrative order.

※ Key Words : German administrative procedural law, the influence of the EU-law, primary sources of EU-law, secondary sources of EU-law, general principles of EU-law, European Convention on Human Rights (ECHR), Regulations, Directives, Decision, Rights of the defence, reasoning, european Subsidies, European Court of Justice, direct effect, the doctrine of supremacy of EU-law, the basic principles of equivalence and effectiveness

# 목 차

국문요약 .....	3
Abstract .....	5
제 1 장 서 론 .....	11
I. 연구의 목적 .....	11
II. 연구의 범위와 방법 .....	13
제 2 장 유럽행정법에 관한 기초적 이해 .....	15
I. 유럽연합에서의 행정법 .....	15
1. 유럽연합법의 구성 - 제1차적, 제2차적, 제3차적 공동체법 ...	15
2. 유럽공동체법의 행정집행 .....	18
3. 유럽공동체법의 일반적 (행정적)법원칙 .....	22
II. 유럽이사회의 규율을 통한 행정법 .....	32
1. 절차에 의한 인권보호 .....	32
2. 유럽이사회의 결의와 권고 .....	33
III. 회원국 국내법에 대한 유럽공동체법의 우위 .....	35
1. 유럽공동체법의 우위의 의의 .....	35
2. 유럽공동체법의 우위의 양태(협회의 우위와 광의의 우위) ...	39
3. 협회의 유럽공동체법우위의 요건 .....	40
4. 협회의 유럽공동체법우위의 효력(효과) .....	44

5. 국내 개별행위에 대한 유럽공동체법 우위의 문제 .....	50
IV. 유럽공동체법의 회원국에서의 시행 .....	52
1. 시행의 양태 .....	52
2. 법정립에 의한 시행 .....	53
3. 법적용에 의한 시행 .....	61
제 3 장 독일행정법과 유럽행정법에서의 절차사고 .....	71
I. 논의의 기초: 행정절차법, 행정소송법, 실체법의 상관관계 ...	71
II. 행정법에서 절차적 사고의 전개 .....	73
III. 독일 행정절차법의 위상에 관한 개관 .....	74
1. 독일행정법의 법원지향성의 음지에 위치한 행정절차 .....	74
2. 1976년 독일 행정절차법의 구상상의 한계 .....	76
IV. 행정절차법의 유럽적 차원 .....	79
1. 유럽공동체에서의 절차의 원칙적인 위상 .....	80
2. 유럽공동체의 다차원시스템에서의 행정절차의 의의 .....	82
3. 다른 유럽국가의 절차법-특히, 영국, 프랑스, 스페인 .....	84
V. 유럽행정절차법과 독일행정절차법의 차이점 .....	88
1. 절차본질에 관한 상이한 이해 .....	88
2. 유럽공동체(EG)-고유행정법과 국내법간의 개별규율상의 차이점 .....	91
3. 절차이해에서의 시스템적 차이-공동체행정법과 국내법간의 단절 .....	92



제 4 장 독일행정절차법과 유럽화의 문제 .....	97
I. 대립된 테제-자율테제와 동질화테제 .....	97
1. 자율테제: 국내절차법의 무관의 주장 .....	97
2. 동질화테제 .....	99
II. 독일행정절차법에 대한 유럽공동체법적 영향의 개별적 측면 .....	101
1. 자국 행정청의 조직과 권한(관할) .....	101
2. 방어권 .....	102
3. 사인의 그 밖의 참가 .....	107
4. 기타에서 행정절차의 실시 .....	107
5. 기 간 .....	108
6. 절차결정의 이유제시 .....	111
7. 독립된 정보권 .....	112
III. 절차하자과 유럽화의 문제 .....	113
1. 구조적 충돌에 관한 개관 .....	113
2. 개별조항상의 충돌(개별사안에서의 충돌) .....	119
IV. 행정행위의 취소와 유럽화의 문제 - 공동체법위반인 국가적 보조금의 반환을 중심으로 - .....	122
1. 유럽공동체의 보조금법제에 관한 개관 .....	123
2. 독일 행정절차법 제48조와 제49조의a에 따른 공동체법 위반인 국가적 보조금의 반환청산 .....	127
V. 유럽공동체법과 독일행정절차법간의 수렴(융합)경향 .....	148
1. 유럽 회원국들과 유럽연합에서의 접근경향 .....	148
2. 독일에서의 접근경향 .....	150

제 5 장 결론: 우리 행정법을 개혁하기 위한 시사점 .. 153

참 조 조 문 ..... 155

참 고 문 헌 ..... 161

# 제 1 장 서 론

## 1. 연구의 목적

독일법질서의 유럽화에 관한 논의와 기술이 백과사전의 규모에 달한지가 오래되었다. 일찍이 Otto Mayer가 1924년에 모순을 고려할 필요 없이, “헌법은 사라져도, 행정법은 남는다”(Vefassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht)고 확인하였다.<sup>1)</sup> 그러나 지금 유럽화의 진전에 따른 성문헌법의 상대적인 안정성을 감안한즉, Otto Mayer의 언명은 역전된 감이 든다. 즉, 오늘날에는 Otto Mayer로선 이 유명한 언명을 한정할 수밖에 없을 것이라고 지적된다.<sup>2)</sup>

독일 국내법에 대한 유럽공동체법적 침투는 “다양한 효과발생국면과 강도단계로” 행해진다. 그리하여 행정법의 지구력이 유럽통합의 과정으로 인하여 중요한 분야에서 동요하였다. 환경법, 의약품법, 경제법처럼, 특별행정법의 일정한 부분영역은 결정적으로 유럽적 기준에 의하여 특징이 지워진다. 그리고 행정법의 일반이론은 물론, 행정절차법 역시 유럽공동체법의 강력한 영향력 아래에 놓여있다. 그리하여 유럽법을 집행하기 위해 유럽공동체의 회원국의 내국 행정절차법은 유럽법적 기준의 지배를 받는다. 이들 기준은 오랫동안 논의된, 절차법의 개개 규정의 수정에 국한되지 않는다. 이런 수정의 경우, 유럽최고법원(EuGH)은<sup>3)</sup>이 유럽법의 효과적인 적용의 원칙으로부터 도출한 것이다. 유럽공동체의 입법자 역시 최근에 유럽법의 회원국집행을 위

1) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 1924, Vorwort,

2) Suerbaum, Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts am Beispiel der Rückabwicklung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen, VerwArch 2000, S.169(170).

3) 통상 “EuGH”를 유럽사법재판소로 옮기는데, 본서에선 유럽최고법원으로 옮기기로 하고, EuG는 유럽1심법원으로 표기한다. 그리고 본서에서 특별한 부가어를 붙이지 않더라도 독일의 법률과 제도에 해당한다는 점을 밝혀둔다.

한 강화된 절차법칙을 만들었다. 여기서 제시된 절차법칙은, 고립된-개별국가적 집행이라는 전통적 구상을 넘는다. 당연히 독일 행정절차법으로선, 이에 따른 유럽법적 영향을 피할 수가 없다.

유럽법상의 집행구조와 회원국 내국 행정절차법에 대한 유럽법적 영향미침은, 일단 혼란스런 다양성의 인상을 남긴다. 독일 도그마틱상 작용형식론과 특히 행정행위가 오랫동안 행정법적 시스템형성에서 핵심으로 성립하였다. 현재 일련의 개혁노력이 작용형식론과 일정한 작용형식의 이런 지배적 틀을 극복하는 데 모아지지만, 그것은 여전히 기왕의 행정법적 시스템형성의 착안점에 머물 뿐이다. 왜냐하면 기왕의 행정법시스템의 역할 즉, 구체적인 법적 해결책의 집합과 저장이 결코 포기될 수 없기 때문이다. 따라서 독일 내국법과 유럽법이 버무려진 지금의 혼성상황을, 결코 개별규율을 둘러싼 수습불능인, 통찰불가인 착종이라 여길 순 없다. 일반적 제도를 마련함으로써, 비로소 독일 내국법과 유럽법의 교집합부분을 위한 법적 법칙이 가능될 수 있고, 또한 비판될 수 있다고 한다. 그러나 논의의 홍수에 빠진 것같이 관련 문헌의 정리가 쉽지 않을 정도인 독일과는 대조적인 현황이 보여주듯이,<sup>4)</sup> 행정법적 차원의 유럽화 문제는 그다지 별반 주목을 받지 못하고 있다. ‘한미 FTA’에 이어 유럽연합과도 FTA가 추진되고 있다. 우리네 법제가 더 이상 우리네 것에 머물지 않는다. 우리식의 것을 내세운 항변은 설자리를 잃게 된다. 당연히 상대를 설득시킬 수 있는 법과 제도의 마련이 관건이다. 따라서 독일 행정절차법의 유럽화의 문제는 앞으로 우리와 유럽연합과 FTA에 따른 법제적 문제로도 전화될 수 있다. 따라서 여기서의 논의내용은 우리네 절차법은 물론, 실체법의 변화의 원동력이 될 것이다.

---

4) 행정법적 차원에서 유럽화를 주제로 삼은 주요 참고문헌: 홍준형, 유럽통합과 독일행정법의 변화, 행정법연구 제12호, 2004.10., 215면 이하; 정남철, EU계획법의 현황 및 법적 쟁점, 토지공법연구 제37집 제1호, 2007.8., 439면 이하.

## 2. 연구의 범위와 방법

독일에서 법질서의 유럽화에 즈음하여 동질화테제가 대세인 것처럼, 이미 독일행정절차법은 유럽화의 경향에 동조하여 나아가고 있다. 유럽연합 자체가 法共同體(Richtsgemeinschaft)이듯이, 불원간 유럽행정절차법은 물론 유럽행정법의 공통분모가 등장할 것이다. 따라서 본 연구를 통해서, 유럽화된 독일 행정절차법의 차원에서 독일 행정절차법에 대한 유럽법적 영향과 아울러 (독일 행정법원법의 골간인) 개인적 권리보호의 메카니즘에 대한 결과까지 살펴보고자 한다. 행정절차법이 그저 절차적 차원에 머물지 않듯이, 절차법의 유럽화의 문제를 통해서 실체법의 유럽화의 문제에 더욱 효과적으로 접근할 수 있다.

그리하여 본 연구는 독일에서 활발히 개진된 관련 논의를 중심으로 연구를 진행하는데, 효과적인 연구수행을 위해서 특히 독일 실정법과 유럽법의 개개의 法源은 물론, 유럽최고법원의 판례에 관한 심도 있는 분석을 병행하고자 한다. 본 연구는 궁극적으로 독일행정절차법의 유럽화를 통해 추출된 착안점을 궁극적으로 부단히 우리 네 법체에 적용시키려는 것이 그 목적이다.<sup>5)</sup>

---

5) 필자는 법제연구원의 2008년 ‘비교법제연구사업’과 관련한 EU연구분과 제2차 워크숍(2008.6.18.)에 발표한 기초적 성과를 정리하여 관심제고를 위하여 “獨逸 行政 節次法의 유럽화에 관한 小考”의 제명으로 법조 2008.11(통권 제626호)에 게재하였음을 밝힌다. 본서에선 이런 기초적 성과를 저변에 두고서 더욱 많은 문헌을 참조하여 주제에 대한 심화된 접근하였다.

## 제 2 장 유럽행정법에 관한 기초적 이해<sup>6)</sup>

### I. 유럽연합에서의 행정법

#### 1. 유럽연합법의 구성 - 제1차적, 제2차적, 제3차적 공동체법

‘유럽철강석탄공동체창설조약’(EGKSV), ‘유럽경제공동체창설조약’(EWGV), ‘유럽원자력공동체창설조약’(EAGV)에 의해 성립한 유럽공동체는, 나름의 고유한 권능과 고유한 법질서를 발전시켜 왔다. 유럽연합조약(EU-Vertrag) 소위 마스트리트조약(Maastrichter Vertrag, 1992. 2. 7.)을<sup>7)</sup> 통해서 경제연합과 통화연합을 포함한 유럽연합의 목표가 확정되었다.

이밖에도 이를 통해서 공동의 대외·안보정책과 내국·법정책의 협력을 위한 근거가 마련되었다. 이후엔 유럽경제공동체조약(EWG-Vertrag)은 다름 아닌 유럽공동체조약(EG-Vertrag)을 뜻하는 것이 되고, 유럽경제공동체는 유럽공동체가 되었다.

1997.10.2.의 암스테르담조약과 2001.2.26.의 니스조약을 통해서 공동체를 구축하는 데 있어서 지속적인 제도적, 내용적 진전이 이루어 졌다.

독일에선 국제기관에 고권(자주권)을 이전시킬 연방의 권능이(기본법 제24조) 맨 먼저 유럽공동체를 위한 헌법적 근거가 되었다.<sup>8)</sup> 그 뒤 마스트리트조약이 계기가 된 유럽연합에로의 진전과 관련하여 1992.

6) 이하의 내용은 Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 7.Aufl., 2008, *Zweiter Teil, Einleitung VIII Rn.67-102*를 중심으로 논의를 전개한다. 유의할 점은 여기서의 행정법은 법집행의 당부(위법, 적법)를 판단하는 척도가 된다는 의미에서의 法源的 접근이다.

7) 이는 아직 도처에서 비준되지 않아서 여태 발효하지 않았다.

8) 이에 관해선 Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl., 1984, S.512ff. 다른 유럽국가의 법질서에 관해선 vgl. Schroeder, in: *Depenheuer/Dogan/Can(Hrsg.), Deutsch-Türkisches Forum für Staatsrechtslehre*, Bd. 3, Berlin 2006, S.115ff., und Sachs, ebda, S.55ff.

12. 21.의 개헌<sup>9)</sup>을 통해서, 독일 헌법과 유럽법간의 새로운 연결부분으로 기본법 제23조가 새로이 만들어졌다. 독일 연방헌법재판소의 관점에선<sup>10)</sup> 유럽연합조약은 역동적 전개에 좌우되는 유럽의 國家結合體 (Staatenverbund)를 성립시킨다. 이런 국가결합체는 회원국에 의해서 떠받쳐지되, 그 회원국의 국내적 정체성을 존중한다. 그것은 超國家的 組織體 (supernationale organisation)로서 유럽연합에서의 독일과 관계를 맺지만, 독일을 유럽국가(europäischer Staat)에 속하도록 만들진 않는다. 유럽공동체조약을 통해서 통상의 국제조약과는 구별되게 공동체법으로써 超國家的 法秩序가 만들어졌다.<sup>11)</sup> 이런 법질서의 여러 규범은 발효하면서 회원국의 법질서의 구성부분이 될 수 있으며, 경우에 따라선 회원국의 행정청과 법원에 의해 적용되어야 한다. 여기서 유럽최고법원은 유럽공동체를 법공동체로 특징을 지우고 그에 의거해서 구체적인 법 효과를 도출한다.<sup>12)</sup> 한편 유럽연합조약에 의거해서 공동의 대외/안보정책(GASP)과 형사사법공조(PJZS)의 범위에서 행위형식이 추가되는데(동 조약 제12조 및 제34조 제2항 제1목), 여기서의 작용형식은 원칙적으로 (일반적인) 국제법적 원칙에 따라 판단이 내려져야 한다.<sup>13)</sup> 따라서 가능한 법적 행위가 대저 구속력이 있다 하더라도, 그것이 회원국내에 직접적으로 유효하지는 않다<sup>14)</sup> 창설조약, 특히 부

9) BGBl I 2086.

10) BVerfGE 89, 155(181ff.).

11) 그것의 法源性에 관해선 vgl. Nettesheim, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, 737ff.; Wolker, Die Normenhierarchie im Unionsrecht in der Praxis, EuR 2007, 32ff.

12) EuGHE 1990, I-3365 = NJW 1991, 2409(2410); Zuleeg, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, 545ff.; Burgi, Verwaltungsprozeß und Europarecht, 1996, S.1ff., 3ff., 4ff..

13) Vgl. Streinz, Europarecht, Rn.5, 473ff., 그러나 그는 이를 연합의 제2차법(Unionssekundärrecht)이라고 말한다.

14) 독일 연방헌법재판소가 이를 강조하지만(BVerfGE 113, 273(298ff.)), 유럽최고법원은 Pupino사건에서 공동체법합치적 해석을 대강결정으로 확대하였다(EuGHE 2005, I-5285). 이에 대한 비판으로 vgl. Unger, Pupino: Der EuGH vergemeinschaftet das intergouvernementale Recht, NVwZ 2006, 46ff. 이에 관한 일반적 논의로 Schroeder, Neues

속서, 의정서를 포함한 유럽공동체조약 및 (부분적으로)<sup>15)</sup> 유럽연합조약과, 유럽최고법원에서 비롯된 행정법의 일반법원칙이, 1次的 공동체법(Primäres Gemeinschaftsrecht)에 해당한다.<sup>16)</sup>

그리고 유럽공동체조약 제249조 제2항에 따른, 직접적으로 포괄적으로 구속력이 있는 命令(Verordnung: Regulation)<sup>17)</sup> 및 유럽공동체조약 제249조 제3항에 따른 指針(Richtlinien)<sup>18)</sup>은 2次的 공동체법(Sekundäres Gemeinschaftsrecht)에 해당한다.<sup>19)</sup>

끝으로 유럽집행위원회(Kommission)는 합당한 수권, 유럽공동체조약 제202조 세 번째 줄(SpStr)에 의거하여 유럽공동체조약 제211조 네 번째 줄(SpStr, 또는 제4호) 등에 따라 유럽이사회(Rat)가 발한 규정을 시행하기 위한 추상적-일반적 규율(예: 회원국 승인청에 의한 의약품승인의 변경절차를 규율한 시행령(EG) Nr. 1084/2003)을 발할 수 있다.

자문단절차(Komitologieverfahren)를 거쳐 제정된 이런 시행입법(Durchführungsgesetzgebung)을 3次的 공동체법(tertiäres Gemeinschaftsrecht)이라 표현한다.<sup>20)</sup>

---

vom Rahmenbeschluss -ein verbindlicher Rechtsakt der EU, EuR 2007, 349ff.

15) Vgl. Streinz, Europarecht, Rn.2.

16) Oppermann, Europarecht, 3.Aufl., 2005, Rn.482ff., 486; Ehlers, in: Erichsen/Ehlers(Hesg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13.Aufl., 2006, §3 Rn.13ff. 한편 Streinz, Europarecht, Rn.7, 412 ff.는 내용적 성질을 목표로 삼는다.

17) 이를 종종 ‘규칙’으로 옮기는데, 이는 중대한 오해를 빚는다. 왜냐하면 통상 규칙은 (대외적 구속력을 의미하는) 법규적 성질의 부재를 전제로 하는 행정규칙을 의미하기 때문이다.

18) 그것의 구속력은 차별적으로 고찰되어야 한다.

19) 최근의 것으로 vgl. v. Danwitz, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH. JZ 2007, 697ff. 유럽공동체조약 제249조 제5항에 따른 비구속적 권고(Empfehlungen)와 견해표명(Stellungnahmen)에 관해선, Streinz, Europarecht, Rn.425, 469f.

20) 상세는 vgl. Mollers, in Schmidt-Aßmann/Schondorf-Haubold(Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, 293ff.; Riedel, Die Durchführungsrechtsetzung nach Art. 211, 4. Sp. EG - zwei Arten tertiärer Kommissionsakte und ihre dogmatischen Fragestellungen, EuR 2006, 512. 자문단절차(Komitologieverfahren)에 관해선 vgl. Groß, Exekutive Vollzugsprogrammierung durch tertiäres Gemeinschaftsrecht?, DÖV 2004, 20ff.; Fuhrmann,



## 2. 유럽공동체법의 행정집행<sup>21)</sup>

### 1) 유럽공동체법의 적용우위와 그에 따른 행정집행의 양상

유럽공동체법은 전체적으로 회원국의 국내법보다 앞선다.<sup>22)</sup> 그것의 적용우위(Anwendungsvorrang)를 둘러싼 다툼은<sup>23)</sup> 그 사이 해소되어 독일연방헌법재판소에 의해서도 그것은 널리 인정되고 있다.<sup>24)</sup> 적용우위의 맥락에서, 특히 지침의 경우에는 공동체법합치적 해석이 국내법의 적용불가를 대신한다고 여겨진다.<sup>25)</sup> 한편 독일 연방헌법재판소는 공동체법이 통용되기 위해서는, 유럽공동체의 법적 행위가 조약상의 수권과 일치하여야 하며,<sup>26)</sup> 그것의 내국적 통용력이 조약법률의 합헌성에 의존할 것<sup>27)</sup>을 요구한다.

---

Neues zum Komitologieverfahren, DÖV 2007, 464ff.

21) 이에 관해선 제2장 III에서 상술하기로 하고, 여기선 개관에 그친다.

22) EuGHE 1978, 629; EuGHE 1986, 3513; EuGHE 1991, I-297; EuGHE 1998, 6307; EuGHE 1989, 1838; EuGH, DVBl 2007, 1167(1169); BVerfGE 85, 191(203ff.); v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, 109ff.; Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, 52ff.; Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999, 54ff.; Niedobitek, Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht, VerwArch 2001, 58ff.

23) 그를 둘러싼 다툼양상에 관해선 vgl. Zuleeg, VVDStRL 53(1994), S.154, 159ff., 164. 수용불가의 규율흡결이 존재할 때 일시적인 우위붕괴의 문제에 관해선 vgl. OVG Münster NVwZ 2006, 1078ff. 이에 대한 비판으로 Terhechte, Temporäre Durchbrechung des Vorrangs des europäischen Gemeinschaftsrechts beim Vorliegen "inakzeptabler Regelungslücken"?, EuR 2006, 828ff.

24) BVerfGE 106, 275(295); Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Aufl., 2007, Art.23 Rn.42.

25) 이에 관한 일반적 논의는 vgl. Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 1994, 261ff.

26) BVerfGE 58, 1(30f.); 89, 155(188).

27) 종전엔 기본법 제24조에 관해서이고(BVerfGE 75, 223, (240)), 지금은 기본법 제23조 제1항의 문제이다. 이에 관해선 Streinz, in: Sachs(Hrsg.), Grundgesetz, 4. Auflage 2007, Art.23 Rn.86ff.

초국가적 기관(특히 집행위원회) 및 공법의 공동체직접적인 法人에 의한 공동체법의 自己執行은<sup>28)</sup> - 그것이 공동체의 역내영역을 넘어서 효력을 미치는 곳에선 - 예외에 해당한다.<sup>29)</sup> 그것은 완전히 공동체법적 규율을 따르며, 관련한 권리보호는 공동체법원에 의해 보장된다. 원칙적으로 공동체법은 회원국에게 공동체법의 행정집행을 시행하도록 과한다(소위 他者的 行政執行). 이는 종종 집행위원회와의 협력에서도 나타나는데,<sup>30)</sup> 실은 여러 가지 수단으로써 동 위원회로부터 영향을 받을 수 있다. 이런 他者執行은 다음의 두 가지의 變種으로 나타날 수 있다. 첫 번째가 회원국이 공동체법으로 내용상으로 정해져 있는 국내법을 적용하는 것이고, 다른 하나는 회원국이 2차적 공동체법을 직접 전환하는 것이다. 이때 회원국은 1차적 공동체법으로부터 비롯된 제 원칙을 준수하여야 한다.<sup>31)</sup> 한편 연방과 주의 행정청에 의한 공동체법의 독일내의 행정집행을 위해선, 독일 기본법 제83조 이하에 따른 권한배분이 상응한 공동체의 법적 행위의 규정에 맞는 시행을 가능케 하는 한.<sup>32)</sup> 이런 권한배분은 의미에 맞게 통용된다.<sup>33)</sup>

28) 이에 관한 상세는 vgl. Uerpmann AöR 2000, S.551.

29) Streinz, Europarecht, Rn.534f.

30) 유럽공동체의 범주에서의 행정협력에 관한 일반적 논의로 vgl. Schmidt-Abmann, Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1996, 270ff.; Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, S.171.

31) 국내적 행정집행의 공동체법적 조종의 전반에 관해선 vgl. Hatje, S.111ff.; Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S.131ff., 157ff.; Ehlers, DV 2004, 255(256ff.).

32) EuGHE 1992, I-5589 = NJW 1993, 315(316); König, Bedürfen die Bundesländer einer institutionalisierten Hilfestellung beim Verwaltungsvollzug von Europäischem Gemeinschaftsrecht?, DVBl 1997, 581ff. 는 주행정청이 아무런 도움이 없이 유럽공동체요청을 이행할 수 있을지 의문을 제기하였다, 연방주의개혁이후엔 기본법 제104조a 제6항이 초국가적인 의무화를 위반할 때의 부담을 규정한다.

33) BVerwGE 102, 119(125f.); Dittmann, in: Sachs(Hrsg.), GG, Art.83 Rn.20; Suerbaum, Die Kompetenzverteilung beim Verwaltungsvollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts in Deutschland, 1998; Nitschke, Harmonisierung des nationalen Verwaltungsvollzugs von EG-Umweltrecht, 2000, S.27ff.; Fisahn, Probleme der Umsetzung von EU-Richtlinien im

따라서 - 공동체법의 특별한 규율이나 충분히 구체적인 일반법원칙의 언명이 중요하지 않는 한 -, 독일의 연방과 주의 행정절차법은 적용되어야 한다.<sup>34)</sup>

비록 독일 행정청의 행위가 공동체법에 바탕을 두더라도, 그것은 독일의 소송법에 따라 사법적으로 심사가 가능하다; 독일 법원은 유럽공동체조약 제234조에 따라 유럽최고법원에 사전결정을 제청할 수 있거나 경우에 따라선 제청하여야 한다.<sup>35)</sup> 그밖에도 유럽공동체법은 행정재판에 대해서 다양한 방법으로 영향을 미친다.<sup>36)</sup> 그렇지만 공동체법적 규율이 없을 경우에는, 회원국의 재판의 구조와 절차가 전적으로 국내법적 사항이 되, 유럽공동체법상의 효과성의 원칙과 등가성의 원칙이 준수되어야 한다.<sup>37)</sup>

---

Bundesstaat, DÖV 2002, 239ff.

34) 공동체법상의 특별규율에 관해선 Ehlers, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, DVBl. 1991, S.605(611).

35) Ehlers DVBl 1991, 605(613); EuGHE I 1990, 4003 Rn.16ff. = NJW 1991, 1470.

36) 행정소송에 대한 유럽화의 영향에 관해선 vgl. Schmidt-Abmann, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner(Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2007, Einl. Rn.100ff., 108ff.; Dorr, in: Sodan/Ziekow(Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., 2006, Europäischer Verwaltungsrechtsschutz, Rn.176ff.; Schoch, Individualrechtsschutz im deutschen Umweltrecht unter dem Einfluß des Gemeinschaftsrechts, NVwZ 1999, 457ff.; P. Stelkens, Aktuelle Probleme und Reformen in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2000, 155ff.; Gundel, Rechtsschutzlücken im Gemeinschaftsrecht?, VerwArch 2001, 81ff.; Dunchheim, Verwaltungsprozeßrecht unter europäischem Einfluß, 2003, 20ff.; Ehlers, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, DVBl 2004, 1441ff.; Kwanka, Die Einwirkungen des Europarechts auf den vorläufigen Rechtsschutz im nationalen Verwaltungsprozess, 2006.

37) EuGHE 1999, I-240 Rn.32. - 국내 절차법이 공동체법집행을 위하여 어느 정도로 유용한지 혹은 그때그때의 적용사건에서 수정되어야 할지를 판결을 내리는 - 유럽최고법원은 여기서 점차 회원국의 相違를 인정하는 데서 인정의 한계설정으로 무게중심을 이동시켜, 효과성원칙을 강화하는 경향으로 나아갔다. Scheuing, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abman(Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, S.289(308). 그러나 공동체의 다차원적 체계에서 국내법과 초국가법의 공동작업에서 출현할 수 있는 곤란함으로 말미암아, 자율의 한계(조정)공식은 종종 비판되고 있다. 결정적인 문제제기는, 바로 등가원칙과 효과성원칙으로써 나타난 핵심개념이 다루기 곤란할 정도로 불확정성을 갖는다는 점이다. 따라서 유럽최고법원이 조정공식을 다루는 데 항상 동요하며, 그로 인해 회원국 법질서상으로 현저한 법적 불안

## 2) 유럽행정법제로의 토대구축

초국가적 법제정과 - 유럽최고법원의 관례에 의거한 - 그것의 공동체와 회원국에서의 적용은, 임무부여와 유럽공동체와 유럽연합 및 유럽경제지역(EEA)의 지도사과의 범위에서, 두 배로 영향을 미친다. 그리하여 이를 통해서 (유럽적 차원과 국내적 차원간에 교호적 효과를 지닌) 유럽행정법제로의 발전을 위한 토대가 마련된다.<sup>38)</sup> 한편 유럽공동체조약 제10조상의 “충성스런 협력의 원칙”(der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit)에 의해서, 회원국과 공동체기관은 다 함께 의무를 진다. 즉, 회원국은 공동체법의 통용과 유효성을 보장하기 위한(효과성의 원칙) 일체의 적합한 조치를 발할 의무를 지고,<sup>39)</sup> 다른 한편 공동체기관 역시 공동체의 기능적합성과 독립성을 훼손하는 필연적 이유가 방해되지 않을 것이라면 회원국과의 관계에서 그러해야 한다.<sup>40)</sup>

---

정성이 유발되기도 한다는 점이, 놀랄 일은 아니다. 그리하여 Schmidt-Aßmann는 조정공식의 양 원칙(등가원칙, 효과성원칙)은 오로지 전체결산의 방법으로만 평가척도로써 활용될 수 있다고 주장한다. Ders., Die Europäisierung des Verwaltungsrechts, S.487(490).

38) 독일 행정절차법의 유럽화와 유럽에서의 행정절차법의 동화에 관한 문헌: Batts, Verwaltungrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht, DÖV 2001, 988ff.; Scheuing Verwaltung 2001, 107ff.; Hill, Verwaltungskommunikation und Verwaltungsverfahren unter europaischem Einfluss, DVBl 2002, 1316ff.; Schmidt-Aßmann, Festgabe 50 Jahre BVerwG, 2003, 487ff.; Siedentopf/Speer, Europäischer Verwaltungsraum oder Europäische Verwaltungsgemeinschaft?, DÖV 2002, 753ff.; Sommermann, Konvergenzen im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten, DÖV 2002, 133ff.; Breuer, Zur Lage der deutschen Verwaltungsrechtswissenschaft, DV 2003, 271ff.; Ruffert, Die Europäisierung der Verwaltungsrechtslehre, DV 2003, 293ff.; Wahl, Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, DVBl 2003, 1285ff.; Kahl, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, VerwArch 2004, 1ff.; Hill/Pitschas (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004; Sydow, Europäisierte Verwaltungsverfahren, JuS 2005, 98ff., 202ff. 이하의 논의는 이들 문헌을 중심으로 전개한다.

39) EuGHE 1989, 2965= NJW 1990, 2245; EuGHE 2006, 2266. 독일 신속화입법(Beschleunigungsgesetzgebung)의 유럽환경법상의 요청과의 일치성에 관해선 vgl. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Komm., § 1 Rn.26.

40) EuGHE 1990, I-3365 = NJW 1991, 2409f.

이런 원칙은 차별금지를 통해 보완이 되는데,<sup>41)</sup> 이에 의하면 공동체법의 적용은 동종의 국내법과 비교해서 차별이 없이 행해져야 한다. 이에 더해서, 유럽공동체조약 제94조 이하(제100조 이하도 비슷하게)에 따른 法同化義務(Pflicht zur Rechtsangleichung)를 이행함에 있어서, 지침에 의거하여 일반적인, 특별한 국내행정법이 개별경우에 통일화된다. 요컨대 이런 전개의 토대가 되는 지도사고는, 통일적인 - 경우에 따라선 협력적인 데 불과하다더라도 - 교역 · 통화 · 농업 · 교통 · 에너지 · 환경정책 및 연구 · 기술발전정책을 통해서, 네 가지의 기본자유(상품/사람/서비스/자본의 거래 · 교통의 기본자유)<sup>42)</sup>에 근거를 두고서, 역내시장을 목표로 한 공동시장의 구축하려는 것이다.<sup>43)</sup> 종종 경계를 넘어서야 해결될 수 있는 제반 문제점이, 통일된 유럽행정절차법을 촉진하도록 야기한다고 하겠다.<sup>44)</sup>

### 3. 유럽공동체법의 일반적 (행정적)법원칙

유럽공동체법의 일반적 (행정적)법원칙들은 - 유럽공동체법의 자기집행과 타자집행에서 - 공히 독일 행정청에 의해서도 준수되어야 한다. 이들 제 원칙은 일부는 제1차법의 시스템 그 자체 내에서 만들어졌으며,<sup>45)</sup> 다른 일부는 회원국의 법질서에 공통되며(유럽공동체조약 제288조 제2항), 특히 공통의 헌법전승에서 생겨난다(유럽연합조약 제6조 제2항). 이들 제 원칙의 내용은 개별경우에 있어서 유럽최고법원이 행

41) EuGHE 1983, 2633. 한편 차별금지를 등가성의 원칙(Äquivalenzprinzip)으로 표현하기도 한다: EuGHE 2006, 2266. 광범한 균일성의 원칙(Uniformitätsprinzip)에 관해선 vgl. Schroeder, Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung, AöR 2004, 3(15ff.).

42) 유럽공동체조약 제23조, 제39조, 제43조, 제49조, 제56조 제1항.

43) 이들 개개에 관해선 Behrens, EuR 1992, 145ff.

44) Schmidt-Aßmann, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht DVBl 1993, S.924(934); ders., Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1996, S.270(293ff.).

45) Hobe, Rn.136.는 이런 측면을 강조한다.

하는 평가적 비교를 통해서 확인하다.<sup>46)</sup>

### 1) 유럽기본권헌장제정이전

특히 중요한 것이 기본권에 관한 공동기준이다.<sup>47)</sup> 실정적 규율의 결여로 인해, 이것은 유럽최고법원의 판결상으로 전개되어 점차 널리 펼쳐졌다.<sup>48)</sup> 이런 전개를 고려한즉, - 유럽기준의 준수가 유럽최고법원에 의해 감사되는 한 -<sup>49)</sup> 독일 연방헌법재판소는 그 사이 공동체법 및 (그에 받침을 둔) 독일 부서(기관)의 법적 행위를 기본법의 기본권의 척도에 기하여 심사하는 것을 포기하기에 이르렀다. 즉, 그때그때 불가결한 것으로 요구되는 기본권보호가 유럽법적 근거에서 일반적으로 보장되어 있을 땐, 그것으로 충분하다고 하는 입장을 견지한다.<sup>50)</sup> 유럽공동체법원의 해당 판결에서 특히 중요한 것이, - 자유로운 직업선

46) Vgl. Ehlers, in: Erichsen(Hrsg.), Allg. VerwR, §3. 개개의 사항에서의 법질서상의 차이점에 관해선 Everling, Auf dem Wege zu einem europäischen Verwaltungsrecht, NVwZ 1987, S.1(2ff.).

47) 이에 관해선 vgl. Pernice, Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990, 2409ff.; Hilf, Ein Grundrechtskatalog für die Europäische Gemeinschaft, EuR 1991, 19ff.; Zuleeg, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S.545(546); Kokott, Der Grundrechtsschutz im europäischen gemeinschaftsrecht, AöR 1996, 599ff.; Kingreen, Die Gemeinschaftsgrundrechte, JuS 2000, 857ff.

48) 유럽최고법원의 판결에 관한 개관으로 Gornig/True, Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht JZ 2000, S.501(505ff.).

49) 독일 연방헌법재판소의 판례의 이런 전개에 관해선 vgl. BVerfGE 37, 271(277) - Solange I -; BVerfGE 73, 339(375f.) - Solange II -; Stern, Staatsrecht I, S.544f.; Scholz, Wie lange bis "Solange III"?, NJW 1990, 941ff.; Pernice/Kadelbach, Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, DVBl 1996, 1100(1110f.); Zuck/Lenz, Verfassungsrechtlicher Rechtsschutz gegen Europa - Prozessuale Möglichkeiten vor den Fachgerichten und dem BVerfG gegen Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft, NJW 1997, S.1193(1194ff.).

50) 이를 분명히 한 것으로 BVerfGE 102, 147(161ff.). 한편 Nettesheim, Die Zulässigkeit von Verfassungsbeschwerden und Richtervorlagen nach Art. 23 GG, NVwZ 2002, 932ff.는 이런 종합적 고찰방식이 실무적, 도그마틱적, 헌법이론적 관점에서 문제가 있다고 판명되었다는 점을 들어, 그것을 구분된 심사프로그램으로 대체할 것을 주장한다.

택과<sup>51)</sup> 직업수행<sup>52)</sup>에 관한 권리를 지닌 직업의 자유 및 재산권적 기본권<sup>53)</sup>처럼 - 경제와 관련한 기본권이다. 나아가 경제자유<sup>54)</sup>의 분야에는 상거래의 자유<sup>54)</sup> 및 일반적인 경제자유<sup>55)</sup> 역시 포함된다. 그런데 그동안 특별한 경제생활영역을 넘어서 다음과 같은 기본권이 판례에서 인정되었다: 집회의 자유,<sup>56)</sup> 언론의 자유,<sup>57)</sup> (도서거래,<sup>58)</sup> 출판,<sup>59)</sup> 방송<sup>60)</sup>과 같은 특수분야의 보호를 포함한) 언론정보의 자유, 부부와 가족에 관한 권리,<sup>61)</sup> 사·개인적 영역의 보호,<sup>62)</sup> 종교자유,<sup>63)</sup> 일반적 활동의 자유,<sup>64)</sup> 생명과 신체불훼손에 관한 권리,<sup>65)</sup> 주택의 존중,<sup>66)</sup> 이주의 자유,<sup>67)</sup> 집회의 자유<sup>68)</sup> 등. 유럽공동체조약의 명시적인 차별금지

---

51) EEUgHE 1986, 2519 Rn.27.

52) EuGHE 1986, 2897 Rn.14; 1987, 2289 Rn.22; 1989, 2237, 2267 Rn.15; 1995, I-4921 Rn.94; 1997, I-4475 Rn.71ff.

53) EuGHE 1974, 491 Rn.13; 1975, 533 Rn.44; 1979, 3727 Rn.14; 1980, 1979 Rn.22; 2005, I-3785 Rn.119ff.; Jarass, Der grundrechtliche Eigentumsschutz im EU-Recht, NVwZ 2006, 1089ff.

54) EuGHE 1970, 1125 Rn.3; 1974, 491 Rn.14; 1985, 531 Rn.12.

55) EuGHE 1985, 2857 Rn.13f.; 1991, I-534 Rn.72ff.; 1991, I-1693 Rn.15ff.

56) EuGHE 1974, 917 Rn.14/16; 1995, I-4921 Rn.79f.

57) EuGHE 1984, 19 Rn.34; 1988, 2124 Rn.40; 1989, 4304 Rn.16; 1991, I-2951 Rn.41ff.; 1991, 4088 Rn.30; 1991, I-4035 Rn.23; 1991, I-4685 Rn.30ff.; 1991, I-4733; 1992, I-502 Rn.35ff.; 1994, I-4824 Rn.23; 1997, I-3709 Rn.18, 25f.

58) EuGHE 1984, 19 Rn.34

59) EuGHE 1989, 4304 Rn.16.

60) EuGHE 1991, I-2951 Rn.44

61) EuGHE 1984, 3199ff.; 1985, 567ff.; 1986, 1573ff.; 1989, 1263ff.; 상세는 Tettinger/Geerlings, Europäische Union, Europäische Menschenrechtskonvention und Verfassungsstaat EuR 2005, 411ff.

62) EuGHE 1982, 1575 Rn.18ff.; 1989, 2859 Rn.17; 1989, 3181 Rn.14ff.; EuGHE I 1992, 2575 Rn.23; EuGHE I 1994, 4737 Rn.17; EuGHE I 1994, 5173 Rn.29ff.; EuGH DVBl 2003, 185.

63) EuGHE 1976, 1589 Rn.10/11.

64) EuGHE 1987, 2334 Rn.15.

65) 유럽최고법원은 이를 단지 간접적으로 명시저긴 인정을 하지 않은 채 견해를 표명하였다. EuGHE 1989, 216 Rn.10, 14ff.; 1992, I-2601 Rn.10.

66) EuGH, Slg. 2002, I-9039 Rn.29.

67) EuGHE 2002, I-7091= EuZW 2002, 765 Rn.84.

68) EuGHE 1999, I-4539 Rn. 137; Sachs, in: Stern, Staatsrecht, Bd. IV/1, 2006, S.1190.

넘는, 일반적인 평등원칙을 유럽최고법원은 일찍이 60년대에 인정하였다.<sup>69)</sup> 공동체법의 기본원리에 속하는<sup>70)</sup> 일반적인 평등원칙과 관련하여 특히 중요한 대상이, 바로 유럽공동체조약 제141조상의 조약상의 근거로 인해 성별의 동등한 권리이다.<sup>71)</sup>

## 2) 유럽기본권헌장제정 이후

유럽인권협약(Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK)과 유럽인권법원(EGMR)에 의한 동 협약의 감시 역시 共同體基本權(Gemeinschaftsgrundrecht)을 위하여 매우 중요하다. 하지만 동 협약에로의 EG의 가입(입회)이 아무런 어려움 없이 당장 가능하진 않으며, 포괄적인 기본권보호를 보장하기 위하여 결코 충분한 대안도 아니다.<sup>72)</sup> 이런 범영역의 맞물림은 그 사이 유럽연합조약 제6조 제2항으로 통해서 명시적으로 선언되었다. 아무튼 그 사이 유럽기본권헌장(Charter der Grundrechte der EU)<sup>73)</sup>이 통과되었고, 유럽헌법조약(EUV)의 일부로서의 그것의 장래의 의의나 이와 무관한<sup>74)</sup> 의의도 기대된다. 기본권헌장은 그것의 제51조 제1항에 따라 유럽연합의 조직과 기관에 대해서, 그리고 (회원국이 전적으로 그의 권한의 범위에서 연합법을 시행할 경우에) 회원국에 대해서 통용되어야 한다. 따라서 기본권헌장의 적용영역은 공동체법의 자기집행과 타자집행을 포함한다 하겠다.

69) EuGHE 1962, 653, 692f.; 최근의 것으로 EuGHE 2000, I-2737= EuGRZ 2000, 524.

70) EuGHE 1977, 1753 Rn.7; 1984, 4057 Rn.19; 1986, 3477 Rn.9; 1994, I-103 Rn.43ff.; 1996, I-2143 Rn.18ff.

71) 이에 관해선 Kokott, Zur Gleichstellung von Mann und Frau - Deutsches Verfassungsrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht, NJW 1995, 1049ff.

72) Losch/Radau, Grundrechtskatalog für die Europäische Union, ZRP 2000, 84(86); Magiera, Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, DÖV 2000, S.1017(1019).

73) Vgl. ABIEG C 364 v. 18. 12. 2000, S.1, 이에 관한 문헌으로: Jarass, EU-Grundrechte, 2005; Meyer, Grundrechte-Charta, 2.Aufl. 2006; Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, 2006.

74) 헌장에로의 연계(적용준용, Bezugnahmen)를 이미 유럽최고법원은 긍정한다. EuGHE 2002, II-313 Rn.48, 57; 2001, II-729ff.; 2002, II-2365 Rn.42, 47; 2003, II-1 Rn.122; 2003, II-2553; 2005, II-2793.



특히 기본권헌장 제41조에 규정된, “좋은 행정에 관한 권리”가 행정 절차를 위하여 특별히 중요하다.<sup>75)</sup> 그것의 내용은 여러 많은 곳에서 이미 인정된 일반적 법원칙에 연계되어 있다. 이에 의하면, 모든 이는<sup>76)</sup> 자신의 일이 연합의 조직과 기관에 의해 不偏不黨하게, 적합하게 그리고 상당한 기한내에 처리되는 것에 관한 권리를 갖는다. 이런 권리는 제2항에 의하면 특히 사전청문, 문서접근 그리고 결정의 이유제시를 포함한다. 만인의 권리(Jedermann-Rechte)로서 공동체조직과 그 직원의 직무활동으로 인한 손해배상청구권(제3항), 조약언어로 연합조직에 대해 이의제기하고 합당한 대답을 받을 권리(제4항) 역시 보장되고 있다. 유럽연합시민과 회원국에 주거소를 둔 모든 사람을 위하여, 기본권헌장 제42조는 유럽연합조직의 서류에 대한 접근권을 규정한다. 이에 더해서 강조되어야 할 것이, 만인에게 보장된 공평한 기준에 의한 효과적인 권리보호에 관한 권리(소송비용보조에 관한 필요자의 청구권을 포함한)이다(기본권헌장 제47조).

요컨대 특히 다음과 같은 법치국가적 상태를 위한 기본원리(Prinzipien der Rechtsstaatlichkeit)가 기본권보호의 물음과 事物的(實體的) 근사에 의거하여, 기본권헌장에서 받아들여진 공동체법의 일반적 법원칙에 들어간다고 하겠다(다만 이 가운데 기본권헌장 등을 통해 성문화된 것도 있다).<sup>77)</sup>

---

75) 이에 관한 최근의 문헌으로 Galetta: Inhalt und Bedeutung des europäischen Rechts auf eine gute Verwaltung, EuR 2007, 57ff. 한편 이것과 관련해서 “Good Governance”(좋은 협치) 개념이, 유럽적, 국제적 영역에서 종종 사용하는데, 이는 본래 경제학에서 유래하였다. 1980년대에 성립하였던 “Good Governance”의 구상은 -가령 세계은행을 통한- 신용공여에서 국가가 고려하여야 할 요건으로서 규제활동과 행정활동의 인프라상의 법치국가적, 제도적 요청의 총체를 나타낸다. 그것의 통일적인 개념정의는 존재하지 않는다. 종종 투명성, 능률성, 참여, 책임성, 시장경제, 법치국가, 민주주의와 정의 등이 좋은 원칙에 들어간다. “Good Governance”는 최근 행정윤리에 관한 구상의 범주에서도 받아들여진다. Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Komm., §1 Rn.26ff.

76) 비록 5장 “시민권(Bürgerrechte)에 위치하지만, 이것은 연합시민(Unionsbürger)에 국한하지 않는다.

77) Kokott, AöR 1996, 599(616ff.); v. Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und euro

- 행정의 적법성의 원칙, 1차적, 2차적 공동체법에의 구속을 통한
- 법적 안정성의 원칙<sup>78)</sup>
- 법적 안정성의 원칙과 밀접히 연관된 - 특히 취소와 철회에서의 - 신뢰보호의 원칙,<sup>79)</sup>
- 개별수권과 보충성의 원칙(유럽공동체조약 제5조),<sup>80)</sup>
- 명확성의 원칙,<sup>81)</sup>
- 평등원칙,<sup>82)</sup>
- 비례원칙(유럽공동체조약 제5조 제3항의 권한과 관련한 보충성의 원칙과 상관관계에서도),<sup>83)</sup>
- 공정성의 원칙과 무기대등의 원칙,<sup>84)</sup>
- 소관조직이 모든 관련 관점을 면밀하고 불평부당하게 조사할 의무,

---

päische Integration, S.163ff.; Haibach, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, 456ff.; Kadelbach, All. VerwR unter europäischem Einfluss, S.108ff.; Gornig/True, Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum europäischen Verwaltungsrecht, JZ 2000, S.395(403ff., 446ff., 501ff.).

78) EuGHE 2000, I-10 465 Rn.22 = NJW 2001, 741(742); 2004, I-837 Rn.24.

79) EuGHE 1997, I-1809 Rn.25; BVerwGE 74, 357(360f.); 95, 213(224, 225); 신뢰보호에 관한 상세는 vgl. Triantafyllou, Zur "Europäisierung" des Vertrauensschutzes (insbesondere § 48 VwVfG) - am Beispiel der Rückforderung staatlicher Beihilfen, NVwZ 1992, 436ff.; Kokott, AöR 1996, 599(626ff.); Gornig/True, JZ 2000, 503f. 공동체법위반인 보조금의 반환에 관해선 본서 제4장 제3절 참조.

80) 이에 관해선 vgl. Moschel, Zum Subsidiaritätsprinzip im Vertrag von Maastricht, NJW 1993, 3025ff.

81) EuGHE 1989, 2859 Rn.19; Alber, in: Tettinger/Stern(Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommmentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, Art.49 Rn.6.

82) EuGHE 1996, I-2143 = NJW 1996, 2421.

83) EuGHE 1980, 1979, 1997; 1989, 2237, 2269; Lange, Die Anwendung des europäischen Kartellverbots auf staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen, EuR 2008, 3ff.; Gornig/True, JZ 2000, S.446(451, 501f.); Kischel, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, 380; Emmerich-Fritsche, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000; Koch, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003. 이는 기본권헌장 제52조 제1항 제2문에 수용되어 있다.

84) Gassner, Rechtsgrundlagen und Verfahrensgrundsätze des Europäischen Verwaltungsverfahrensrechts, DVBl 1995, S.16(23); Pache, Das europäische Grundrecht auf einen fairen Prozess, NVwZ 2001, 1342ff.

- 청문의 의무<sup>85)</sup>와 문서열람의 보장,<sup>86)</sup>
- 명령, 지침과 결정에서의 이유제시의무(유럽공동체조약 제253조)<sup>87)</sup>
- 대리와 조언의 가능성,<sup>88)</sup>
- 사법통제의 원칙-(제한적이지만) 재량과 불확정법개념의 경우에도-<sup>89)</sup>
- 유럽연합조직과 그 직원의 직무활동의 행사로 인한,<sup>90)</sup> 그리고 회원국의 공동체법위반으로 인한<sup>91)</sup> 손해배상청구권

한편 이상의 법원칙은 관련한 사람에게 유리하게 지향된 것인데, 이 밖에도 공동체법으로부터 신속성과 능률성의 원칙도 도출된다. 이 원칙은 국내의 (입법부의, 집행부의, 법원의) 조직에 대해서, 경제의 경쟁력을 보장하기 위하여 국내법과 그것의 집행을 이들 원칙에 적응시킬 것을 요구한다.<sup>92)</sup>

---

85) EuGHE 1980, 2033; EuGHE 1991, I-5469 Rn. 14= NVwZ 1992, 358, 359; Gassner, DVBl 1995, 16(17ff.); Classen, Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des europäischen Gemeinschaftsrechts, DV 1998, S.307(310).

86) EuGHE 1992, II-2667 Rn.39. 이는 기본권현장에 수용되어 있다.

87) EuGHE 1985, 809 Rn.19ff. = NJW 1985, 2887(2888); 1994, 1829 = NJW 1994, 3341; 1996, 5151 Rn.22 = NVwZ 1997, 475(477); Kokott, AöR 1996, S.599(621f.); Lenaerts, Sanktionen der Gemeinschaftsorgane gegenüber natürlichen und juristischen Personen, EuR 1997, S.17(45ff.); Classen, DV 1998, S.307(316f.); Gornig/True, JZ 2000, S.446(452); Muller-Ibold, Die Begründungspflicht im europäischen und im deutschen Recht, 1990, S.53ff.

88) Gassner, DVBl 1995, S.16(22); Classen DV 1998, S.307(311). 현재 이는 기본권현장 제47조 제2항 제2문에 수용되어 있다.

89) 현재 이는 기본권현장 제47조에 수용되어 있다. 상당한 기한내에서의 권리보호에 관해선 EuGHE 1998, I-8417 Rn.20f.; Alber, in: Tettinger/Stern, Grundrechte-Charta, Art.47 Rn.69.

90) 현재 이는 기본권현장 제41조 제3항에 수용되어 있다. Vgl. EuGHE 1971, 337; EuGHE 1982, 3057.

91) EuGHE 1991, I-5357; 1996, I-1029; Weber, Neue Konturen des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Konle, NVwZ 2001, 287ff.; Kluth, Die Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftswidrige höchstgerichtliche Entscheidungen-Schlussstein im System der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, DVBl 2004, 393ff.

92) 가령 독일 행정절차법 제48조를 위한 EuGHE 1997, 1591 = DVBl 1997, 951. 일 반론으론 Kokott, AöR 1996, S.599(622f.).

## 3) 개별경우에서의 특히 지침에 의한 행정법적 적응

특별한 행정법과 행정절차법의 개개의 법적 영역에선 명령의 직접 효에 의해서 점진적인 법동화가 야기된다. 아울러 이런 법동화는 지침과 비구속적인 권고에 의거해서도 이루어진다.<sup>93)</sup> 이상의 일반적 법원칙을 통해 유럽법에 지대한 영향을 미치는 다양한 (회원국의) 국내 법질서가 중요하다는 점에서, 이때 아무튼 부분적으로 - 경우에 따라선 언어적 이유에서 - 다른 법시스템을 출발점으로 삼는다는 점<sup>94)</sup>과 독일의 기준이 다른 국가의 기준에 비해 관철될 수 없다는 점을<sup>95)</sup> 고려하여야 한다. 독일 행정(절차)법은 이제 이런 유럽의 발전에 맞춰야 하는데,<sup>96)</sup> 이제까지 독일의 행정집행은 유럽적 요청을 이행할 문제점을 갖고 있다.

지침의 전환에서 회원국 특히 (법원을 포함한) 회원국에서의 일체의 공권력주체는 유럽공동체조약 제249조에 따라, 규정된 목표를 실현할

93) 유럽공동체조약 제94조는 유럽이사회가 공동체시장의 설립이나 기능에 직접 영향을 미치는 동화지침을 집행위원회의 제안에 따라 유럽의회 등의 청문을 거쳐 제정할 수 있다고 규정한다.

94) 유럽공동체에서의 행정협력의 문제점에 관해선 vgl. Schmidt-Aßmann, EuR 1996, 270ff.. 프랑스 모형에 따른 法源論F에 관해선 Sonnenberger, in FS Lerche, 1993, S. 545; 이탈리아 절차법의 이해에 관해선 Masucci, AöR 1996, 261; Rn.141;

95) 가령 지침이 전환되지 않았을 때, 독일 행정행위와 관례의 준속력과 기관력에 대한 개입에 관해선 Stadie, Unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien und Bestandskraft von Verwaltungsakten, NVwZ 1994, 435ff.; 독일 행정법원법 제80조 제1항의 잠정적 권리보호. 집행정지, 원칙-예외관계에 관해선 EuGH NVwZ 1991, 460 m. Anm. Gornig JZ 1992, 93; EuGH NJW 1996, 1333 = EuZW 1995, 837 m. Anm. Burmeister, Miersch; OVG Munster NJW 1996, 3291; Classen, Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht- Konflikt oder Bereicherung?, NJW 1995, 2457ff.; Ehlers/Punder, Vorläufiger Rechtsschutz im Geltungsbereich des Zollkodex, EuR 1997, 74ff.; Schoch und P. Stelkens in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner(Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Loseblattausgabe, Stand: 14. Lieferung, Februar 2007, Vorb §80 Rn.16ff., §80 Rn.19, 267ff.

96) 가령 초국적 행정행위에 관해선 Stelkens/ Bonk/ Sachs, VwVfG Kommentar, §35 Rn. 255ff.

형식과 수단의 자유로운 선택에서 꼭 필요한 일반적, 특별한 조치를 행할 의무를 갖는다.<sup>97)</sup> 국내법이 지침에 적응하게 되면, 집행에 국내의 본문이 통용된다. 지침은 의문의 여지없는 구속력을 지닌 강행규정에 의해 전환되어야 하는데, 아무튼 행정규칙의 경우 그것에 외부효가 결여되어 있다는 점에서 원칙적으로 전환을 위하여 불충분하다.<sup>98)</sup> 또한 경과규정을 통해 전환의무를 행하지 않는 것 역시 허용되지 않는다.<sup>99)</sup> 지침상으로 정해진 전환기한의 경과이전에는, 그 지침으로부터 아무런 권리가 도출될 수 없다.<sup>100)</sup>

지침이 아직 전환되어 있지 않는 한에 있어서, 그 지침은 원칙적으로 회원국과 시민과의 관계에서의 행정활동에 대해서 영향을 미치지 아니한다. 하지만 국내법의 지침합치적 해석의무를 성립시킬 수 있다.<sup>101)</sup> 또한 시민은 법정에서 회원국이 지침의 목표를 달성하기 위한 조치를 유럽공동체조약 제249조 제3항에 반하여 발하지 않았다는 점

97) EuGHE 1996, I-5403, Rn.55 = NVwZ 1997, 473(475); DVBl 2007, 374 f.

98) EuGHE 1991, 2567 Rn.20 = NVwZ 1991, 866(867f.): “공동체법의 지침을 전환하기 위한 충분한 형식으로 파악하기 위해 꼭 필요하다고 할 수 있는, 규범적 외부효가 독일법에 따르면 여지껏 일반적으로 행정규칙에 대해선 인정되지 아니 한다”; EuGHE 1991, 5019 = NVWZ 1992, 459(460). 이는 규범구체화규칙을 통한 전환가능성의 문제이기도 하다. 이를 기화로 독일의 규범구체화 규칙이 위축되었다고 일부에서 평해지나, 많은 문헌들은 동 판결이 독일 규범체제를 대한 몰이해에서 비롯되었다고 공박하여, EuGH 판결의 구속력을 문제 삼아 지침전환에 규범구체화규칙을 이용하는 데 아무런 문제가 없다고 주장한다. 나아가 도리어 이를 계기로 독일 행정규칙의 직접적 구속효를 인정할 수 있는 개선(특히 공포의 문제)을 촉구한다. Vgl. Danwitz, Die Nichtumsetzung von EG-Recht durch die Legislative. NWVBl 1997, 7ff.; Giesberts/Hilf, EG-rechtliche und verfassungsrechtliche Zulässigkeit normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften: Die LAGA-Abfallliste auf dem Prüfstand, UPR 1999, 168ff.; Sa uerland, Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen, 2005, S.481ff.; R. Wahl, Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts, in: Festgabe 50 Jahre BVerwG, 2003, S.571(589ff.).

99) EuGHE 1994, 3717 Rn.17 = NVwZ 1994, 1093. 경과규정이 무효인 경우, 독일 연방행정법원은 다른 요건이 존재하는 한 지침을 바로 적용하기도 한다. BVerwG NVwZ 1996, 788.

100) BVerwG NVwZ 1992, 1093.

101) EuGHE 1996, I-5403 = EuZW 1997, 318; EuGH (GK) NJW 2006, 2465, LS 4; Schliesky, Die Vorwirkung von gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien., DVBl 2003, 631ff.

을 주장할 수 있다.<sup>102)</sup> 지침의 전환이 지연되면, 회원국은 지연에 대한 과실여부와는 무관하게 시민에 대해서 손해배상의무를 질 수 있다.<sup>103)</sup> 그런데 예외적으로 다음과 같은 경우에는 지침의 직접적 외부효가 인정될 수 있다. 즉, 지침의 내용이 충분히 구체화되어 있는, 가령 명료하고, 일의적이며 무조건적이어서, 결코 별도의 설명행위를 필요로 하지 않는 경우와,<sup>104)</sup> 회원국이 규정된 기한내에 완전하거나 부분적인 전환을 지연하는 경우가<sup>105)</sup> 바로 그 예외적 상황이다. 한편 직접적으로 효력이 발생하는 지침의 경우, 시민에게 전적으로 유리하도록 효과를 미친다. 따라서 개개인을 위하여 권리를 성립시킬 수 있을 뿐, 그에게 결코 의무를 성립시킬 순 없다.<sup>106)</sup> 한편 그런 지침의 적용에서 고려되어야 할 점은, 그것의 징표가 독일의 법개념에 비해 구별된 개념내용을 가질 수 있다는 것이다. 여지가 존재하는 한에 있어서, 청구권은 전환에 대해서 강행적으로 주어진 범위에서만 성립된다.<sup>107)</sup>

102) EuGHE 1996, I-5403 = NVwZ 1997, 473(475); 문제현황에 관한 상론 vgl. Renke, EG-Richtlinien und verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, 1998.

103) EuGHE 1991, I-5357 = NJW 1992, 165; 1993, I-6911 = NJW 1994, 921; 1996, I-4845=NJW 1996, 3141; Jarass, Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger, NJW 1994, 881ff. 1차적 공동체법을 위해서도 그러하다. v. Danwitz, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten, DVBl 1997, 1ff.

104) EuGHE 1990, I-3313 = NJW 1991, 3086; 1991, I-5357 = NJW 1992, 165; 1994, I-483 Rn.8ff. = NVwZ 1994, 885; BVerfGE 75, 223(235ff.) = NJW 1988, 1459(1460); 85, 191(203ff.) = NJW 1992, 964; 100, 238(240ff.) = NVwZ 1996, 788; Fischer, Zur unmittelbaren Anwendung von EG-Richtlinien in der öffentlichen Verwaltung, NVwZ 1992, 635ff.

105) Winter, Direktwirkung von EG-Richtlinien, DVBl 1991, 657ff.; Haneklaus, Direktwirkung von EG-Richtlinien zu Lasten einzelner?, DVBl 1993, 129ff.; Ehlers, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, DVBl 1991, S.605(607).

106) 유럽최고법원 역시 사인간의 효력에 대해선 반대이다. EuGH NJW 1996, 1401.

107) VGH Kassel NVwZ 2007, 348.

## II. 유럽이사회의 규율을 통한 행정법

### 1. 절차에 의한 인권보호

이상의 공동체적 규범과 함께, 유럽행정법으로의 발전에 대해 널리 영향을 미치는 것이, 유럽이사회(Europarat)의 규율이다.<sup>108)</sup> 특히 유럽인권협약(Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK)과 같은 협약,<sup>109)</sup> 유럽사회헌장(die europäische Sozialcharta),<sup>110)</sup> 유럽거주협정,<sup>111)</sup> 데이터보호협약,<sup>112)</sup> 혹은 법/직무구조에 관한 합의서<sup>113)</sup> 가 이에 해당한다. 특히 인권과 기본자유 보호를 위한 유럽인권협약<sup>114)</sup>은 독일에서 직접적으로 통용되는 법에 해당한다; 즉, 그것은 인권보호를 위한 국제법적 조약으로서의 특별한 성격의 관점에서 해석되어야 한다. 이때 이들 규정들은 그것이 구체적으로 작용가능하고 유효하다는 것을 의미한다 하겠다.<sup>115)</sup>

한편 유럽헌법조약(EUV) 제6조 제2항을 통해서 이들 권리는 유럽연합의 유럽법에 들어갔다.<sup>116)</sup> 여기서 이들 권리들은 기본권헌장의 의의

---

108) 이에 관해선 Ehlers, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, DVBl 1991, 605; Schmidt-Abmann, Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrecht, in: FS Lerche, 1993, S.513(515).

109) Streinz, Europarecht, Rn.72.

110) BGBI 1964 II 1261; 1965 II, 1122.

111) BGBI 1959 II 997.

112) BGBI 1985 II 539.

113) 이에 관해선 Jellinek, Die Europäischen Übereinkommen über Amts- und Rechtshilfe, NVwZ 1982, 535ff.

114) BGBI 1952 II 685. 1994.5.11.자 부속서(Protokoll) 제11호(G v. 24. 7. 1995, BGBI I I 578)의 감시메카니즘의 새로운 형성에 관해선 Borchmann, Die Bundesgesetzgebung zu internationalen Abkommen in den Jahren 1995 und 1996, NJW 1997, S.101(105f.).

115) 판례상의 유럽인권협약에 관해선 NJW 1991, 3079, 3081.

116) Kokott, AöR 1996, 599(602f.). 국내법에 대한 유럽인권협약의 관계에 관해선 Lippold, Der Richter auf Probe im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW 1991, S.2383(2386ff.) 유럽인권협약의 제 결정의 내국적 구속력에 관해선 BVerfGE 111, 307(315ff.).

를 위해서도 함께 영향을 미친다.<sup>117)</sup>

특히 다음과 같은 요소에서 인권이 행정절차법의 형성에 영향을 미친다고 드러난다.<sup>118)</sup>

- 절차에 의한 인권보호-절차에 의한 기본권보호,
- 절차재량에서도 자의금지,
- 공정한 절차에 관한 권리,
- 완전한 정보, 청문, 절차에서의 자신의 견해의 고려에 관한 관련인의 권리,
- 권리구제수단을 위한 상당한 기한,
- 절차의 장기적 지속으로 인한 ‘사실상의 결정(de-facto-Entscheidung)’의 금지.

## 2. 유럽이사회의 결의와 권고

이밖에 행정절차법의 개개물음에 관한 결의(Entschießungen)와 유럽이사회의 권고(Empfehlungen)가<sup>119)</sup> 유럽행정절차법을 위한 기준에 해당한다. 이들은 공동의 가치를 근거로 법통일화의 의미에서 개인보호를 위하여 가결되었다. 즉, 회원국에서의 공통된 최소기준을 만들기 위하여, 장관위원회(Ministerkomitee)가 행정청의 행위에 대한 개인보호에 관한 결의를 가결하였다.<sup>120)</sup>

---

117) Grabenwarter, in: Tettinger/Stern, Kolner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, 2006, B III Rn.3ff.

118) 재판절차를 위한 유럽인권협약 제6조의 의의에 관해선 Vgl. Stelkens/Bonk/ Sachs, VwVfG Komm., §1 Rn.73; 기본법적으로 보장된, 상당한 기간에서의 권리보호의 문체에 관해선 BVerfG(K) NJW 1992, 2472; BayVGH NJW 1991, 2895 m. w. N.; Schmidt-Aßmann und P. Stelkens, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner(Hrsg.), VwGO Komm. 2007, Einl Rn.141f., §1 Rn.10; Sachs in: ders., GG, 4. Auflage 2007 Art. 19 Rn.144; Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG Komm., §10 Rn.5f.; §24 Rn.75f.

119) 이들의 구속력에 관해선 vgl. Wittinger, Der Europarat: Die Entwicklung seines Rechts und der “europäischen Verfassungswerte”, 2005, S.202ff.

120) Entschließung Nr. (77) 31 vom 28. 9. 1977 (s. Dritter Teil B II Nr. 7). 이 결의는



이에 의하면 국내 행정절차법은 다음의 5가지 원칙을 준수하여야 한다.

- 청문청구권(Anspruch auf Gehör),
- 문서열람청구권(Anspruch auf Akteneinsicht),
- 행정절차에서 조언을 받고 대리시킬 수 있는 것에 관한 시민의 청구권,
- 행정행위의 이유제시의무,
- 불복고지에 관한 부가의무

후속적으로 유럽이사회는 다음과 같은 행정절차적 의의를 담은 계속적인 권고를 발하였다.

- 행정청의 재량행사에 관한 1980.3.11.자 권고 Nr. R[80]2 (§40 R.3)<sup>121)</sup>:  
Dritter Teil B II Nr.8.
- 다수인과 관련한 행정절차에 관한 1987.9.17.자 권고 Nr. R[87]16<sup>122)</sup>:  
Dritter Teil B II Nr.11.
- 데이터보호영역에서의 권고, 예: 1987.9.17.자 경찰분야에서의 인적 데이터의 사용을 규율하는 것과 관련한 권고 Nr. R[87]16<sup>123)</sup>: Dritter Teil B II Nr.14.
- 잠정적 권리보호에 관한 권고(1989.9.13.자 권고 Nr. R[89]8: Dritter Teil B II Nr. 12.
- 행정제재에 관한 권고(1991.2.13.자 권고 Nr. R[91]1: Dritter Teil B II Nr.13.

---

후에 유럽이사회의 여러 회원국에서, 합당한 절차규율을 발하거나 절차를 합당하게 형성하는 계기가 되었다. 아울러 동구국가가 유럽이사회의 회원국이 된 후에는, 그곳에서도 합당한 노력이 강구되었다. Vgl. Hill/Pitschas, Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004, S.13ff. 스페인의 경우에는 vgl. Mir Puigpelat, Das Verwaltungsverfahren in Spanien: Eine Einführung, DÖV 2006, 841ff.

121) Vgl. Jellinek, Veröffentlichung von verwaltungsinternen Ermessensrichtlinien, NJW 1981, 2235ff.

122) 독일 판으로 NVwZ 1988, 708.

123) Vgl. Wurst, Europa 1992, JuS 1991, S.448(450).

### III. 회원국 국내법에 대한 유럽공동체법의 우위

- 행정결정과 행정법원의 판결의 강제집행에 관한 권고(권고 Nr. R [2003]16(2003.9.9.): Dritter Teil B II Nr.20.
- 행정조치의 사법통제에 관한 권고(권고 Nr. R [2004]20(2004.12.15.): Dritter Teil B II Nr.21.

## III. 회원국 국내법에 대한 유럽공동체법의 우위<sup>124)</sup>

### 1. 유럽공동체법의 우위의 의의

#### 1) 우위의 내용과 그 근거

유럽공동체법과 회원국의 국내법은, 서로 구속적으로 병존하되, 분리된 양대 法圈域을 형성한다.<sup>125)</sup> (이들의) 위계관계 및 대저 유럽공동법과 국내법간의 관계와 관련해서, 유럽최고법원은 유럽공동체법이 결정적인 기준이 된다는 입장을 견지한다.<sup>126)</sup> 즉, 일찍이 동 법원은 국내법에 대한 유럽공동체법의 優位(Vorrang)를 판결하였다. 비록 경쟁법이 경쟁문제를 규율하기 위한 수권을 유럽공동체조약상으로 성립시키긴 해도<sup>127)</sup> 유럽공동체조약 그 자체에서 이를 위한 명시적 규율을 담고 있지 않다. 그렇지만 유럽최고법원은 그 자신이 자세히 기술한 독립된 자율적 유럽공동체법의 성격에서 유럽공동체법의 우위를 끄집어내어, 유럽공동체법의 기능적합성을 위하여 그 우위가 불가피하다는 점에 바탕을 둔다. 즉, 유럽공동체법의 “통일적 적용”은 “공동

124) 이하는 H. Jarass/S. Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, 1ff.을 중심으로 논의를 전개한다.

125) EuGH, Slg. 1964, 1251(1269f.); BVerfGE 37, 271(277f.) = NJW 1974, 1697; BVerfGE 73, 339(368) = NJW 1987, 577.

126) 리딩판결로 EuGH, Slg. 1964, 1251(1269f.); 1970, 1125 Rn.3; EuGH, Slg. 1990, I-2433 Rn.20.

127) EGV Art. 83 II lit. e.

체법질서의 기본요청”이라고 판시하였다.<sup>128)</sup>

그런데 국제법의 영역에선 사정이 다르다. 국제법의 경우 국제법적 조약의 시행의 종류와 방법 및 위계의 물음까지도 조약국가의 내국법에 맡겨진다. 국제법의 우위가 말해지기도 하지만, 그렇다고 하여 이것이 국제법주체의 무한적 구속을 의미하진 않는다. 즉, 국제법의 우위의 문제가, 유럽공동체법에서의 해당 경우처럼, 규범충돌의 해결을 위한 메카니즘에 결코 해당하지 않는다.<sup>129)</sup> 요컨대 통일된 유럽공동체법적 해결책이 모색되는 경우엔, 유럽공동체법의 의의가 모든 회원국에서 동일하게 여겨지고 그리하여 차이점이 배제되어 있다는 점이, 유럽공동체법과 국제법의 결정적인 차이점이다.<sup>130)</sup>

유럽공동체법의 우위는 매우 넓게 미친다. 그것은 모든 국내법에 대해서, 모든 유럽공동체법에 주효하다. 그것은 1차적 유럽공동체법, 2차적 유럽공동체법에 공히 인정되고, 국내법의 모든 규범 - 형식적 법률이든, 법규명령이든, 조례이든, 행정규칙이든 - 에 대해서 영향을 미친다. 국내 헌법조차 상위의 유럽공동체법에게 길을 비켜 주어야 한다. 이를 넘어서 유럽최고법원은, 국가의 개별행위에 대해서 이미 존속력이 발생하였다 하더라도 그것에 대한 (유럽공동체법의) 우위가 통용된다는 점을 분명히 하였다.<sup>131)</sup> 끝으로 유럽공동체법은 나중에 발해진 국내법에 대해서도 관철된다. 즉, 신법우선의 법칙이 통용되지 않는다. 마찬가지로 국내법이 특별한 성격을 갖더라도 유럽공동체법에 저촉되는 한, 그것은 물러서야 한다. 즉, 특별법우선의 원칙도 마찬가지로 통용되지 않는다.<sup>132)</sup> 요컨대 유럽공동체법의 우위는 전통적인 법

128) EuGH, Slg. 1964, 1251(1270); Slg. 1991, I-415 Rn.26; Slg. 1996, I-1029 Rn.33 = NVwZ 1996, 677 L.

129) Vgl. Niedobitek, Kollisione zwischen EG-Recht und nationalem Recht, VerwArch 2001, 67ff.

130) Vgl. EuGH, Slg. 1964, 1251(1270).

131) EuGH, Slg. 1999, I-2517 Rn.21-34 = NVwZ 1999, 977 L.

132) EuGH, Slg. 1964, 1251(1269f., 1271); 1978, 629 Rn.17f., 21, 23; Slg. 1998, I-6307

해석의 원칙 가운데, 신법우선의 원칙, 특별법우선의 원칙(*lex-posterior-und lex-specialis-Regel*)을 배제하게 한다.

## 2) 유럽공동체법의 우위에 대한 독일 연방헌법재판소의 입장

유럽최고법원이 확정한 유럽공동체법의 우위는, 독일 판례상으로도 수용되었다. 독일 연방헌법재판소는, 유럽공동체법의 적용우위가 기본법과 원칙적으로 일치한다고 여러 차례 확인하였다.<sup>133)</sup> 나아가 유럽공동체법조약에 관한 동의법률상의 국내적인 “법적용명령”을 목표로 할 경우, 유럽공동체법의 우위에 관한 논거는 더 강력한 국내법적 성격을 갖는다.<sup>134)</sup> 하지만 이때 문제가 되는 것은, 일정한 유럽공동체의 규정과 관련한 적용이 아니라, 유럽공동체조약에 따라 가능한 모든 규율의 적용이다. 그리하여 “독일의 배타적인 지배요구는 축소되고, 다른 원천으로부터 법의 직접적 통용과 적용가능성에 대해서 국가적 지배영역내에서 여지가 주어진다”는 독일 연방헌법재판소의 판시가<sup>135)</sup> 더 타당할 수도 있다고 주장되기도 한다.<sup>136)</sup>

한편 유럽공동체법의 우위에 관한 논거상의 착안점과는 무관하게, 독일 연방헌법재판소는 나름대로 국내적 유보를 두기 위하여 우위원칙의 수용상의 한계를 제시하고, 이에 구별된 결과를 연계시켰다.<sup>137)</sup> 즉, 우위원칙의 기초를 견지하되, 기본적인 국내의 헌법적 구조와 기

---

Rn.20f. 신법·특별법우선의 원칙에 관해선 vgl. Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S.1ff.

133) BVerfGE 73, 339(375) = NVwZ 1987, 314 L; 75, 223(244) = NVwZ 1988, 621 L; 85, 191(204) = NJW 1992, 964.

134) Vgl. BVerfGE 31, 145(173f.) = NJW 1972, 1072 L; 75, 223(244) = NVwZ 1988, 621 L; 89, 155(190).

135) BVerfGE 37, 271(280) = NJW 1974, 1697; 58, 1(28) = NJW 1982, 507; 73, 339(374) = NVwZ 1987, 314 L.

136) H. Jarass/S. Beljin, NVwZ 2004, 1(2).

137) BVerfGE 37, 271 - Solange I = NJW 1974, 1697; 73, 339 - Solange II = NVwZ 1987, 314 L; 89, 155.

본권기준들이 유럽공동체법에 의해서 폐지되어선 아니 된다는 데. 그 원칙의 수용상의 한계가 있다.

하지만 유럽공동체법의 우위의 한계를 이처럼 설정한 것과 달리, 그로부터 - 유럽공동체행위에 대한 국내의 기본권보호와 관련해서든, 가능한 “벗어난 유럽공동체행위”에 관한 권한심사와 관련해서든 - 실제적으로 의미로운 결과가 생겨나진 않았다.

독일 연방헌법재판소는, 바나나시장판결(Bananenmarkt-Entscheidung)에서 유럽공동체행위에 대한 자신의 기본권심사를 위한 더 좁은 한계를 다음처럼 이중적 측면에서 제시하였다.<sup>138)</sup> 첫 번째로, 독일 연방헌법재판소는, 유럽공동체차원에서 보장된 기본권보호가 기본법에 의해 무조건적으로 요구된 기준을 일반적으로 보장하면 이에 충분하다고 강조한다.

기본권기준이 모든 개개경우에 일치하는 것은 불가결하지 않다. 두 번째로 독일 연방헌법재판소는 특별한 허용요건을 정함으로써, 이를 통해 헌법소원심판과 법원의 헌법재판소에 대한 제청에 대해 허용성의 장애물을 높이 설정한다.

즉, Solange II-판결의 출현 이후, (유럽최고법원의 판례를 포함한) 유럽의 법발전이 필요한 기본권의 보호기준에 하회하였다는 이유가 제시되지 않은 경우엔 헌법소원심판과 법원의 헌법재판소에 대한 제청은 처음부터 허용되지 않는다고 하였다.<sup>139)</sup>

---

138) BVerfGE 102, 147 (164) = NJW 2000, 3124. 일반적 기준의 원용은 이미 다음의 판결에서 행해졌다. BVerfGE 89, 155(174f.) = NJW 1993, 3047. 동지의 입장으로 Reich, Brauchen wir eine Diskussion um ein Europäisches Kompetenzgericht?, EuZW 2002, 257. 그러나 Vögler, EuZW 2000, 448ff.는 연방헌법재판소의 이런 입장이 유럽우호적이지(“europafreundlich”) 않다고 반대하기도 한다.

139) BVerfGE 102, 147(164) = NJW 2000, 3124; BVerfG, NJW 2001, 1267f. = NVwZ 2001, 669 L.

## 2. 유럽공동체법의 우위의 양태(협의의 우위와 광의의 우위)

유럽공동체법적 우위는 두 가지 범주로 구분할 수 있다. 첫 번째로, 국내법과 유럽공동체법간에 충돌이 발생할 때, 우위원칙이 통용됨으로써 유럽공동체법이 국내법을 적용불가하게 만드는 방식이다. 여기선 우위가 적용우위의 모습으로 가동되고, 유럽공동체법의 직접적인 적용을 요건으로 하며, 국내법의 비적용을, 경우에 따라선 공동체법의 직접적 적용을 초래한다(후술). 이런 적용우위는 협의의 의미에서의 우위이라고도 할 수 있다. 여기선 다음과 같은 물음으로 이해된 우위가 문제 된다. 즉, “두 가지의 서로 모순되는 법규범의 병존의 물음이다. 여기서 이들 양 법규범은 내국 법질서상으로 그 통용을 요구하는 바, 어떤 법규범은 조약에 담겨져 있거나 공동체기관에 의해 발해지고, 다른 법규범은 국가기관에 의해 정해져 있다.”<sup>140)</sup> 그렇지만 공동체법의 직접적 적용의 의무는 적용우위의 배타적인 법효과가 아니고, 회원국의 시행의무로부터도 도출된다.

한편 이런 식의 적용우위 말고도, 광의의 의미에서의 우위가 존재한다. 여기선 규정된 법효과가 발생하지 않고, 또한 유럽공동체법의 직접적인 적용이 부여될 것을 조건으로도 하지 않는다. 그것은 유럽공동체법합치적 해석의 제도에서 분명해진다. 이 제도는 마찬가지로 유럽공동체법의 우위의 과생이다.<sup>141)</sup> 그렇지만 유럽공동체법합치적 해석의 제도는 적용우위의 법효과(협의의 의미에서의 우위)를 발생시키지 않는다. 왜냐하면 유럽공동체법합치적 해석은 국내의 해석법칙이 그것을 허용하는 한에 있어서 가동될 수 있기 때문이다.<sup>142)</sup> 이에 더해서

140) EuGH, Slg. 1964, 1251(1285).

141) Beljin, Die Zusammenhänge zwischen dem Vorrang den Instituten der innerstaatlichen Beachtlichkeit und der Durchführung des Gemeinschaftsrechts, EuR 2002, 351(358f.).

142) EuGH, Slg. 1984, 1891 Rn.28; 1984, 1921 Rn.28.

유럽공동체법합치적 해석은 유럽공동체법의 직접적 적용을 조건으로 하지 않는다. 이는 유럽최고법원이 직접적 효과의 거부에 연계하여 회원국의 해석의무를 지정한 데서 비롯한다.<sup>143)</sup> 그리하여 일부는 유럽최고법원의 판시 역시 이상의 광의의 우위와 협의의 우위간의 구분을 시사한다고 지적한다.<sup>144)</sup>

### 3. 협의의 유럽공동체법우위의 요건

협의의 의미에서의 우위(적용우위)는, i) 유럽공동체법과 국내법의 해당 규범이 공히 효력을 발생하고, ii) 유럽공동체법적 규범이 내국적으로 적용가능하며, iii) 유럽공동체법과 국내법간에 충돌이 발생하여야만, 가동된다.

#### 1) 유럽공동체법과 국내법의 유효성과 적용가능성

유럽공동체법의 우위는 먼저 유럽공동체법과 국내법의 유효성(통용력)을 요건으로 한다. 유럽공동체법과(또는) 국내법의 규범이 당시의 고유한 법권역에서의 이유로 무효(nichtig)이거나 적용불가하면, 유럽공동체법과 국내법간의 불일치를 해소할 필요가 없다. 유럽공동체법의 문제의 규정과 관련해선, 동 규정은 유럽공동체와 회원국간의 권한분배를 준수하면서 발해되어야 한다. 유럽공동체에게 단체권한(Verbandkompetenz)이 결여될 경우, 유럽공동체가 자신의 권한을 초과하면, 이는 전체 유럽공동체법의, 또는 유럽공동체의 법적 행위의 개별행위가 무효라는 결과를 초래한다. 이것은 유럽공동체 제231조 제1항과 결합한 제230조 제2항(“무권한”, “무관할”)으로부터 생겨난다. 그렇지만 유럽공동체법의 권한합치성의 요건은 대개는 주어진다. 왜냐하면 유럽공동체의 규율권한은 널리 미치기 때문이다. 이밖에 유럽공동체법은

143) EuGH, Slg. 1999, I-1103 Rn.47f.; Slg. 1996, I-1281 Rn.21f.; Slg. 1994, I-3325 Rn.25f.

144) Beljin, EuR 2002, 351(355).

기타의 이유 -가령 절차하자로, 1차적 유럽공동체법에 대한 2차적 유럽공동체법에 의한 실체적 위반으로 - 에서 무효가 되어선 아니 된다.

그러나 우위를 위한 요건으로서 유럽공동체법의 권한합치성의 실제적 의의는 현저히 상대화된다. 왜냐하면 오로지 유럽최고법원만이 유럽공동체법이 무효인지 여부를 확인할 수 있기 때문이다.<sup>145)</sup> 이 점이 우위를 배제하는 무효성에 대해서 아무런 것도 변화시키지 않는다. 그러나 실은 국내 법적용자는 유럽공동체법을 유럽최고법원의 판결이 내리기까지 유효한 것으로 다루어야 한다. 회원국으로선, 비록 현행의 유럽공동체법이 1차적 법에 반하고 그래서 위법이라 하더라도, 동법을 시행할 의무를 갖는다. 유럽최고법원이 법적 행위를 유효하지 않은 것으로 판시하지 않은 한, 유럽공동체-법적 행위의 적법성에 의문이 드는 경우라도, 그것의 시행을 간과하는 것이 회원국에게 인정되지 않는다. 배제권한(*Verwerfungszuständigkeit*)은 전적으로 유럽최고법원에 대해서만 인정된다. 왜냐하면 유럽공동체법에 대해선 그것이 배제될 때까지 우위가 부여되기 때문이다. 하지만 유럽최고법원의 판결까지 잠정적인 권리보호를 부여할 가능성은(경우에 따라선 의무가) 존재한다.<sup>146)</sup> 위법한 2차적 유럽공동체법에 관한 이런 판례는, (유럽공동체법위반의 국내법에서 국내 법원과 행정청이 심사의무와 비적용의무를 져야 한다는 의미에서) 적용우위와는 현격한 대조를 보인다. 하지만 유럽공동체-법적 행위가 예외적으로 법적으로 존재하지 않을, 즉 “非行爲”(Nicht-Akt)로 분류되어야 할 때만, 그 사정이 다르다. 명백히 (유럽공동체법질서가 도저히 용인할 수 없을) 중대한 하자가 있는 법적 행위는, 원칙적인 효력(통용력)추정(*Gültigkeitsvermutung*)-공정력-에 반하여 아무런 법효과를 발생시키지 않는다.<sup>147)</sup> 그런 드문 경우엔 국내 기관으로선 그 법적 행위를 즉시 적용하지 않고 내버려 둘 수 있다.

145) EuGH, Slg. 2000, I-8419 Rn.60.

146) EuGH, Slg. 1990, I-2433; Slg. 1991, I-415; Slg. 1995, I-3761; 문제상황의 개관에 관해선 *Beljin*, EG-Recht in der Fallbearbeitung, JuS 2002, 993ff.

147) EuGH, Slg. 1994, I-2629 Rn.48-50.



## 2) 유럽공동체법의 직접적 적용

그밖에 협의의 의미에서의 우위는 유럽공동체법의 당해 규정이 국내적으로 (직접적으로) 적용가능할 때만 성립할 수 있다.<sup>148)</sup> 유럽최고법원은 “조약규정과 공동체기관의 직접적 통용되는 법적 행위”를 우위에 선다고 분류하면서, 분명히 2차법에 대해서만 이것을 판시하였다.<sup>149)</sup> 하지만 1차법이라고 하여 2차법의 경우와 다르게 통용될 순 없다. 왜냐하면 유럽공동체법과 국내법의 적용간의 충돌은, 유럽공동체법이 회원국을 위한 의무를 확정할 뿐만 아니라, 회원국에서의 법적용차원에 직접 도달하는 경우에만 생겨날 수 있기 때문이다. 그렇지만 그것은 회원국에게 알린 1차법의 규범을 위해서만 실제적 의의를 갖는다. 왜냐하면 “시민”에게 알린 규범(가령 유럽공동체조약 제81조-제85상의 카르텔법)은 자동적으로 직접적으로 회원국에서 통용되기 때문이다. 끝으로 지적할 필요가 있는 점은, 유럽공동체법이 국제법이 통용되는 경우보다 한층 더 간단하게 내국적 의의를 발휘한다는 점이다.

## 3) 유럽공동체법과 국내법간의 충돌의 존재-직접적, 혹은 간접적 충돌

유럽공동체법적 우위의 요건의 핵심은, 유럽공동체법과 국내법간에 충돌이 존재하는지 여부의 물음이다. 국내법의 적용이 유럽공동체법의 적용과 모순, 불일치에 처해야 한다. 따라서 먼저 확인되어야 할 점은, 유럽공동체법이 회원국에게 유리한 명시적, 묵시적 유보를 결코 담고 있지 않아야만 한다. 만약 유럽공동체법이 회원국에게 유리한 명시적, 묵시적 유보를 담고 있으면, 유럽공동체법의 위반은 결코 존재하지 않는다. 이유는 회원국이 유럽공동체법로부터 벗어날 가능성을 행사하기 때문이다.

148) Niedobitek, VerwArch 2001, S.58(67).

149) EuGH, Slg. 1978, 629 Rn.17f.

한편 다른 측면에서 충돌을 두 가지로 구분할 필요가 있다:

i) 유럽공동체법과 회원국법이 동일한 사안을 규율할 경우, 항상 우위의 물음이 제기된다. 이를 직접적 충돌이라고 말할 수 있다. 즉, 유럽공동체-법적 행위와 국내의 법적 행위가 사안의 동일한 물음이나 사안 전체를 위하여 구별된 법효과를 규정함으로써 인해 양 규정의 동시적 적용이 논리적으로 불가능할 때, 직접적 충돌이 존재한다.<sup>150)</sup> 유의하여야 할 점은, 충돌의 대상이 일반적-추상적 법규범만이 아니라, 구체적-개별적 법적 행위도 해당한다는 점이다. 충돌하는 유럽공동체-규범이 어떤 사안을 적극적으로 규율한다는 점이 불충분하게 지적된 것은 필수적이지 않다. 유럽공동체-법적 행위로 인해 국내 법적 행위의 일정한 내용 또는 법적 행위의 발함 그 자체가 금지되는 곳에서도, 국내의 법적 행위나 그것의 발함이 유럽공동체-법적 금지에 반하면, 직접적 충돌이 존재한다. 내용적 위반의 중요한 적용영역에 해당하는 것이, - 유럽공동체조약 제12조의 일반적인 차별금지처럼 - 유럽공동체 - 법적 차별금지와, - 유럽공동체조약 제28조이하의 상품거래의 자유, 제43조 제1항 제1문상의 거주이주의 자유, 제49조 제1항상의 서비스제공의 자유처럼 - 금지를 전제로 한 기본적 자유(Grundfreiheit)이다. 이 뿐만 아니라, 국내 규율의 발함 역시 그 내용에 상관없이 충돌을 초래할 수 있다. 그 같은 예에 해당하는 것이, 유럽공동체조약 제88조 제3항의 보조금감독절차의 위반인데, 규정된 절차를 사전에 지키지 않고서 기술적 규정을 발하는 것 역시 그렇다.<sup>151)</sup>

ii) 유럽공동체법의 우위가 직접적 충돌의 경우에 한하지 않는다는 점이 특히 강조되어야 한다. 왜냐하면 독일과 같은 연방국가에선 연방법의 우위의 형상이 부분적으로 직접적 충돌의 경우에 한정하기 때

150) Niedobitek, VerwArch 2001, S.58(73).

151) 전자에 관해선 EuGH, Slg. 1997, I-1591 Rn.22 = NVwZ 1998, 45. 후자에 관해선 EuGH, Slg. 1996, I-2201 Rn.40ff. = NJW 1997, 1062 L.

문이다.<sup>152)</sup> 간접적인 충돌은, 국내의 법적 행위로 인해 유럽공동체법의 유효성이 훼손되는 기타 모든 경우에 존재한다. 이것은 국내법의 다른 규율대상의 실제적 법적 행위에 의해서, 그리고 - 국내규정에 의한 유럽공동체의 법적 의무의 시행을 방해하는 경우엔 - 국내의 행정법과 소송법에 의해서도 발생할 수 있다. 유명한 예에 해당하는 것이, 행정절차법으로 인해 빚어진, 유럽공동체법위반인 보조금의 반환요구에서의 규범충돌이다.<sup>153)</sup> 직접적, 간접적 충돌은 동일한 정도로 유럽공동체법의 우위를 발생시킨다. 그럼에도 불구하고 양 충돌의 양태를 구분하는 것은 중요하다. 왜냐하면 - 이미 제시된 것처럼 - 우위의 기준이 구별되게 집약적으로 발생하기 때문이다. 그렇지만 양 충돌의 종류의 구분은 불확실성을 띠며, 관련 규정의 해석에 맞춰 구별되게 발생할 수 있다.<sup>154)</sup> 간접적 충돌의 특징은, 양 법적 행위가 전체적으로 동일한 사안을 포착하거나 하나의 사안의 동일한 물음을 규율하는 것이 아니라, 구별된(다른) 측면을 규율하는 것이다. 즉, 간접적 충돌의 경우 그 규율대상은 합동이지 않다.

#### 4. 협의의 유럽공동체법우위의 효력(효과)

##### 1) 적용우위의 의의와 그 범위

###### (1) 적용우위의 의의

오늘날 인정되듯이, 유럽공동체법의 우위는 통용(효력)우위로서가 아니라, 적용우위로서 효력을 미친다. 이는 충돌하는 국내 규정이 사전의, 사후의 유럽공동체법규범으로 성립하였는지 여부에 상관없이

---

152) 그래서 독일에선 간접적 충돌이 우위의 표제가 아니라 親聯邦의 행위의 표제하에 다루어진다.

153) 상세는 본서 제4장 제4절 참조.

154) Niedobitek, VerwArch 2001, 58(73-76, 80); Kadelbach, in: Danwitz(Hrsg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, S.133 Fußn.15.

주요하다.<sup>155)</sup> 이에 맞춰, 유럽공동체법원은 유럽공동체법과 국내법이 충돌할 경우에 그 국내법의 무효를 판결할 권능을 갖지 않는다.<sup>156)</sup>

다시 말해, “적용우위”가 의미하는 바는, 상위적 유럽공동체법이 (그와) 배치된 국내규정의 무효를 가져다주는 것이 아니라, (단지) 유럽공동체법과의 충돌이 발생하는 한, 배치된 그 국내규정을 적용하지 않도록 강제한다는 것이다. 국내규범은 계속 통용되며, 공동체관련성이 없는 사안에 대해선 적용된다.<sup>157)</sup> 규범은 일부만 적용되지 않을 수도 있다. 적용할 수 없는 국내의 규정 대신에, 포섭 가능한 유럽공동체법과 그밖에 기타의 국내법이 적용된다.

비록 실제적인 결과상으론 적용불가의 효과가 무효에 못하지 않지만, 그럼에도 불구하고 적용우위와 통용우위간의 구별은 매우 중요하다. 국내규범이 유럽공동체법에 위반함에도 불구하고, 그것은 내국상으론 변함없이 발효한 상태에 있다.

나아가 회원국의 법제정차원으로선 (일부의) 적용불가의 규범을 변경할 의무를 진다. 유럽공동체법에 배치된 국내법을 발효하지 않도록 만든 경우에는, - 명확성의 이유에서 국내규정의 개정이 꼭 필요하다 - 고 여기는 경우가 아니라면 - 이런 변경의무와 같은 것은 불필요할 것이다.<sup>158)</sup> 끝으로 적용우위는 통용우위보다 더 넓게 효과를 발휘한다. 왜냐하면 그것(적용우위)은 통용우위가 문제될 수밖에 없는 간접적 충돌까지 포함하기 때문이다. 더해서 그것(적용우위)은 법규범의 충돌에 국한하지 않고, 단순한 적용상의 충돌까지도 포함한다.

---

155) 이를 분명히 한 것으로 EuGH, Slg. 1998, I-6307 Rn.18ff. = NJW 1999, 201.

156) EuGH, Slg. 1984, 483 Rn.6.

157) 적용우위의 넓은 이해에 관해선 vgl. Niedobitek, VerwArch 2001, S.58(63-66).

158) Niedobitek, VerwArch 2001, S.58(65 Fußn. 43).

## (2) 적용우위의 범위

적용우위의 수범자와 관련해서, 국내 법원만이 아니라, - 게마인테와 기타의 지역단체의 행정청을 포함하여 - 행정청 역시 우위를 준수하여야 한다.<sup>159)</sup> 회원국의 법원과 행정청은 국내법을 유럽공동체법의 합치성에서 심사하여야 하고, 충돌의 경우엔 적용하지 않도록 하고, 경우에 따라선 그 대신 직접 유럽공동체법을 적용하여야 한다. 이때 우위는 일반적으로 직권으로 준수되어야 하고, 단지 개인이 유럽공동체법을 주장하는 경우에 한하지 않는다. 비적용 및 직접적용의 의무처럼, 내국 기관은 직권으로 공동체법합치적 해석의 의무를 따라야 한다. 이에 따르면, - 국내법이 맞추어 해석되어야 할 기준이 되는 - 유럽공동체법규정을 어느 누구도 별도로 원용할 필요가 없다. 이와 구분해야 할 물음이, 사안조사에서 회원국의 법에서 통용되는 當事者提出原則(*partei-Beibringungsgrundsatz*)이 직권조사원칙에 어느 정도로 후퇴하는지 하는 것이다.

## 2) 적용우위의 내용

### (1) 국내법비적용의 의무, 유럽공동체법의 직접적용의 의무

적용우위에서 맨 먼저 요구되는 것은, 국내법에 대해 그것이 유럽공동체법과 일치하는지 여부이다(심사의무). 양자가 불일치하다고 확인될 때, 적용우위로부터 생겨나는 것은 공동체법의 통용과 적용이 충돌과는 무관하다는 점이다. 반면 국내법은 적용외에 놓인다.<sup>160)</sup> 이런 점에서 (국내법의) 배제의무, 좀 더 바람직하게는 비적용의무라 말할

159) EuGH, Slg. 1999, I-2517 Rn.30 = NJW 1999, 2355; Slg. 1989, 1839 Rn. 32; 한편 행정청의 경우엔 중대하고 명백한 위반에 국한하려고 하는 입장이 있다: Kahl, in: Calliess/Ruffert(Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl., 2002, Art.10 EG Rn.43.

160) EuGH, Slg. 1978, 629 Rn. 17f., 21, 23; Slg. 1997, I-1431 Rn. 18=EuZW 1997, 574; Kahl, in: Calliess/Ruffert(Hrsg.), Art.10 EG Rn.31, 43.

수 있다. -가령 내국의 헌법재판소에 배제권한을 설정하는 식으로 - 통용력의 심사와 비적용을 일정한 기관에 유보시킨 내국 절차는 가동되지 못한다. 포섭 가능한 유럽공동체법이 현존하는 한, 그 유럽공동체법은 - 그것의 내용이 적합하다는 것을 조건으로 하여 -<sup>161)</sup> 배제(배척)된 국내법을 대신하여 적용된다. 그밖에는 남은(잔존한) 국내법이 가동된다. 그리하여 직접적으로 적용될 수 있는, 포섭가능한 유럽공동체법이 없더라도, 즉, 적용불가의 국내법에 대신하여 무엇이 통용되어야 할지에 관하여 그 어떤 유럽공동체법규정도 적극적이고 분명한 언명을 발하지 않았더라도, 적용우위는 원칙적으로 주효하다. 따라서 적용우위에 따라, 유럽공동체법은 i) 의문스러운 국내법만을 배척할 수 있거나, ii) 동 국내법을 적용불가하게 만들고 추가로 스스로 직접적으로 적용에 도달할 수 있다.<sup>162)</sup> 그리하여 유럽공동체법의 우위의 구체적 결과는 이런 두 가지의 가능성이 존재한다. 한편 유럽공동체법의 직접적용의 의무는, 유럽공동체법의 우위뿐만 아니라, 상론할 회원국의 법적용의 시행의무에서도 비롯된다. 그래서 유럽공동체조약 제249조 제2항에 따른 명령규정은, - 명령규정과 국내의 규정간의 충돌을 요건으로 하지 않는 채 - 직접적으로 적용되어야 한다.

## (2) 비적용의무의 한계

그런데 비적용의무에 대해선 어느 정도의 한계가 설정되어 있다. 비적용으로 인해 수인할 수 없는 법률상의 흠결(Gesetzeslücke)이 성립한다고 하면, 유럽공동체법의 우위가 주효할 수 없다. 이에 관한 유럽최고법원의 분명한 언명은 없다. 그러나 동 법원은 다수의 판결에서, 특히 회원국이 집행위원회에 이의제기를 할 수 있다는 이유에서, 결코 수인할 수 없는 법률상의 흠결(Gesetzeslücke)이란 성립하지 않는다고

161) Beljin, JuS 2002, 989.

162) EuGH, Slg. 2000, I-4941 Rn.38(Generalanwalt Saggio)에선 이것이 대체효과와 배제효과로 표현되어 있다.

입증하기 위하여 노력을 한다.<sup>163)</sup> 비적용의무에 관한 그런 제한은 유럽공동체법의 관점으로부터도 중요하다. (그것이) 없으면 아무런 결정이 내려질 수 없는 그런 규정이 문제될 경우, 유럽공동체법으로선 유럽공동체법위반한 규정의 적용불가가 그것의 적용의 경우보다 더 도움이 되지 않는다. 왜냐하면 집행제지적 규범이 없고선 본안(실체)결정이 발해될 수 없을 것이어서, 그 집행제지적 효과가 제거될 수 없을 것이기 때문이다. 수인불가한 법률흠결의 개재에 대해선, 다른 한편으로 높은 요청이 설정되어야 할 수도 있다. 유럽최고법원은 임박한 흠결을 그 사이 스스로 매우거나 -가령 유럽공동체법위반인 授益의 불법유치(억류)의 경우에 불이익을 입은 사람이 동일한 수익을 수익자처럼 가지도록 요구함으로써 - 그런 흠결이 결코 일어나지 않도록 한다.<sup>164)</sup>

### 3) 간접적 충돌의 경우에서의 우위의 문제

#### (1) 우위원칙의 통용 여부

간접적 충돌의 경우에는 일반적으로 적용우위를 발생시키는 데 적합하지 않다고 종종 주장된다. 즉, 유럽공동체법과 국내법이 동일한 대상을 적극적으로 규율하고, 유럽공동체법이 그래서 대체규율을 마련하고 있을 때만, 적용우위가 주효하다고 한다.<sup>165)</sup> 그러나 이것은 가령 유럽공동체법위반의 보조금결정의 취소를 위한 국내기한의 적용불가에 관한 유럽최고법원의 판례와 일치하지 않는다.

부당이득(Bereicherung)의 멸실에 따른 항변 역시 유럽공동체법적으로 요구된 반환요청을 실제로 불가능하게 만들 것이기에 고려되지 않을 수밖에 없을 것이다. 그리하여 동 법원은 유럽공동체법위반을 위

163) Etwa EuGH, Slg. 1986, 89 Rn.16; Slg. 1995, I-673 Rn.17; Slg. 1996, I-2201 Rn. 53 =NJW 1997, 1062 L.

164) EuGH, Slg. 1999, I-345 Rn.57 = EuZW 1999, 380.

165) Streinz, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HdbStR VII, 1992, §182 Rn.27; Burgi, Verwaltungsprozess und Europarecht, 1996, S.23, 47.

한 국가책임을 배제하는 국내 요건이란 적용될 수 없다고 판시하였다.<sup>166)</sup> 추가로, 유럽공동체법이 무엇이 통용되어야 할지를 아무런 적극적인 언명을 발하지 않은, 직접적 충돌의 다수 경우가 존재한다.

그럼에도 불구하고 적용우위가 주효하다. 예가 되는 것이, 유럽공동체법적으로 규정된 절차에 반해서 발해진 국내 기술적 규범의 적용불가이다.<sup>167)</sup> 유럽공동체법적 차별금지는 부담부과의 경우에 背馳된 국내의 규범내용을 대체물 없이 제거한다.<sup>168)</sup> 그리하여 간접적 충돌의 경우라 하더라도, 적용우위를 발생시킬 수 있다는 점은 정당하다.<sup>169)</sup>

## (2) 우위원칙의 통용범위

간접적 충돌에서 적용우위가 인정될 수 있다손 치더라도, 이런 우위는 직접적 충돌에서와 동일한 방법과 정도로 성립할 필요는 없다. 사실상 간접적 충돌의 경우에서의 우위는, 이것이 효과성과 등가성의 기준에 따라 요구되는 경우에만 주효하다.<sup>170)</sup> 하지만 이런 기준을 충돌개념의 (성립)징표로서 분류할지<sup>171)</sup> 아니면 간접적 충돌이 수용될 수 있는 한계로서 분류할지 여부는 불확실할지 모른다.<sup>172)</sup> 이로부터 실체적 차이점은 빚어지지 않는다. 이런 배경에서 유럽최고법원의 판례는 - 유럽공동체법은 충돌시에 항시 제한 없이 관철되어야 한다는 -

166) 처음으로 EuGH, Slg. 1997, I-1591 Rn.27-38 = NVwZ 1998, 45. 두 번째로 EuGH, Slg. 1998, I-4767 Rn.36 = EuZW 1998, 603. 세 번째로 EuGH, Slg. 1996, I-1029 Rn.68, 71f. = NVwZ 1996, 677 L.

167) EuGH, Slg. 1996, I-2201 Rn.54 = NJW 1997, 1062 L; Slg. 1998, I-3711 Rn. 10 = NSTZ 1999, 141; Slg. 2000, I-7535 Rn.44 = NJW 2001, 1847 L.

168) Niedobitek, VerwArch 2001, S.58(68).

169) Jarass/Beljin, NVwZ 2004, S.1(5); Niedobitek, VerwArch 2001, 58(76); Kadelbach, in: Danwitz(Hrsg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, S.133f.

170) EuGH, Slg. 1976, 1989. 다툼이 있는 판례로 EuGH, Slg. 1998, I-7141 Rn. 18 = EuZW 1999, 256 L; Slg. 1999, I-579 Rn.25 = NVwZ 1999, 633.

171) 이런 방향으로 Jarass, Konflikt zwischen EG-Recht und nationalem Recht vor den Gerichten der Mitgliedstaaten, DVBl 1995, S.954(960).

172) 이런 방향으로 Schoch, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000, S.20.



이전의 판례로부터 종종 벗어나기도 한다. 그러나 실은 이는 오래 전부터 간접적 충돌에 관한 유럽최고법원의 판례의 기초, 즉 효과성이나 등가성이 견지되지 않는 경우에만 적용우위를 주효하게 한다는 입장에 부합하다고 하겠다. 직접적 충돌의 경우에 판례가 취하는 입장 - 유럽공동체법의 일반적, 제한 없는 우위에 관한 엄격한 태도 - 에도 아무런 변화가 일어나지 않았다. 유럽최고법원은 이런 판례를 오늘날에도 항상 동원하고 있다.<sup>173)</sup>

한편 간접적 충돌의 분야에서의 판례의 경향을 견주어, 심지어 강화를 시사(암시)한다고 할 수 있다.<sup>174)</sup> 유럽최고법원은, 효과성과 등가성의 기준을 간단히 언급하는 것이 아니라, 그것들에 내용을 채워 넣고, 국내법을 이에 맞춰 가늠하는 것으로 바뀌었다.<sup>175)</sup> 다른 한편 동 법원은, 최근 판례에서 이런 저런 경우 국내의 절차법과 기타의 시행법에 대해서 어찌면 결과적으로 많은 자제를 행사하였다.<sup>176)</sup> 국내법에 대해서 이제까지 발생하고 지속된 영향미침에서 이런 판결의 기초가 바뀌지 않고 있다.

## 5. 국내 개별행위에 대한 유럽공동체법 우위의 문제

유럽공동체법의 적용우위는 존속력있는 행정행위까지도 미친다.<sup>177)</sup> 이로써 유럽최고법원으로선, 중전의 판례기조를 버리지 않으며, 행정행위의 존속력에 대해서 의문을 시사하지도 않는다. 전술한 바대로,

173) EuGH, Slg. 1998, I-6307 Rn.20 = NJW 1999, 201; Slg. 1993, I-4287 Rn. 9.

174) Kahl, in: Calliess/Ruffert(Hrsg.), Art.10 EG Rn.24, 59; Kadelbach, KritV 1999, 381.

175) 판례의 전개에 관해선 vgl. Danwitz, DVBl 1998, 423-429.

176) Vgl. Schwarze, Europäische Rahmenbedingungen für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2000, S.241(249).

177) EuGH, Slg. 1999, I-2517 Rn.29-33=NJW 1999, 2355. 이와 구별되어야 할 물음이, 모든 규범상의 충돌의 경우에 유럽공동체법위반인 규정에 의거한 행정행위가 과연 행정절차법 제44조 제1항상의 무효에 해당하는지 여부이다. 그러나 독일 연방행정법원은 이를 부인하였다. BVerwG, NVwZ 2000, 1039.

오래 전부터 직접적 충돌과 간접적 충돌에 관한 두 가지 분리된 판례 라인이 존재한다. 간접적 충돌에서 개별행위에 대한 소의 범주에서 국내의 기간과 기간경과로 비롯된 존속력의 적용가능성이 문제될 때, 효과성과 (또는) 등가성이 침해되는지 여부와 그 침해의 정도가 바로 미터이다. 그런데 유럽최고법원으로선, 해당 국내 기간규율과 존속력 규율을 효과성과 등가성에 관한 유럽공동체법적 기준에 의거하여 가늠할 계기가 항상 존재하진 않는다.

만약 유럽최고법원이 사건을 간접적 충돌이 아닌 직접적 충돌로 접근하면, 이런 식의 가늠이 없더라도 무방하다.<sup>178)</sup> 이런 맥락에서, 동 법원은 당초의 법분쟁이 “행정행위의 법적 운명”과 무관하다고 강조하고, (유럽공동체의 법원에 소속된) 특별검찰관(Genenalanwalt)의 고찰 - 이에 의하면 취소소송의 배제기한의 유럽공동체적 적법성이 문제되지 아니 한다 - 을 연계시켰다.<sup>179)</sup> 이런 배경에서, 관련 절차에서 유럽공동체법과 국내의 존속력 규율간의 충돌의 물음이 제기되지 않았다. 충돌상황의 판단에서 존속력은, 유럽최고법원이 유럽공동체법의 적용에 유리하게 후퇴시켰던 요소는 아니었다. 만약 사정이 달랐더라면, 판결은 아마도 마치 잘못 배달된 우편물인양, 종전의 판례에 들어가지 못하고 나중의 판결로 상대화되어 버렸을 것이다. 아무튼 우선적으로 회원국의 절차적 자율과 우위와의 충돌이 문제되지 않는다. 왜냐하면 회원국의 자율의 물음은 오로지 간접적 충돌의 경우에만 제기되기 때문이다. 유럽최고법원이 언제 그리고 어떤 이유로 직접적 충돌을 출발점으로 삼으며, 언제 그리고 어떤 이유로 간접적 충돌의 경우를 받아들이는지의 물음은 전적으로 불확실하다. 직접 충돌로 분류하는 것과 구별되어야 할 것이, 과연 문제되는 것이 직접적 차별인지

178) Jarass/Beljin, NVwZ 2004, 1(6); Niedobitek, VerwArch 2001, 78f.

179) EuGH, Slg. 1999, I-2517 Rn.25, 40 = NJW 1999, 2355.

아니면 간접적 차별인지 여부의 물음이다. 구별이 국적이 아닌 주소에 연계할 땐 간접적 차별에 해당한다.<sup>180)</sup>

#### IV. 유럽공동체법의 회원국에서의 시행<sup>181)</sup>

##### 1. 시행의 양태

유럽공동체법은 정도가 구별된 시행을 필요로 하기에, 법규정이나 개별사건적 결정이 필수적일 수 있다. 전자는 규범적(입법적) 시행이고, 후자는 행정적, 사법적 시행(집행 내지 법적용을 통한 시행)이다.<sup>182)</sup> 양 차원에서 공히 공동체기관과 회원국의 기관이 활동한다. 그래서 그때그때 공동체적 시행과 회원국적 시행이 구분될 수 있다. 그런데 비록 “유럽공동체법의 우위”가 의심의 여지없이 독립된 법제도에 해당하지만, “유럽공동체법의 시행”에선 그것(유럽공동체법의 우위)이 진정한 법제도에 해당하는지 아니면 법적으로 관련이 있는 사안을 단지 표현한 것으로 여겨져야 할지 그 여부가 불확실하다. 독일 문헌들은 유럽공동체법의 우위를 진정한 법제도적 성격에서 접근하는 반면, 영국의 문헌상으론 그런 접근을 위한 근거점이 매우 낮다.<sup>183)</sup> 아무튼 앞으로의 발전(전개)의 추체는 당연히 법제도의 방향으로 갈 것으로 추정된다. 이하에서 제시되듯이, 시행의 전체 영역을 위한 법적 기준선이 존재한다.

또한 유럽연합-기본권헌장 제51조 제1항에 따른 유럽공동체적 기본권의 적용은, 포괄적 의미에서의 유럽공동체법의 시행에 구속된다. 유

180) EuGH, Slg. 1999, I-2517 Rn.13f., 20f.= NVwZ 1999, 977 L.

181) 이하는 H. Jarass/S. Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, S.1(6ff.)을 중심으로 논의를 전개한다.

182) 여기서의 시행(Durchführung)은 규범제정을 포함하기에, 규범집행으로서의 집행(Vollzug)보다는 넓은 개념에 해당한다.

183) Vgl. Beljin, EuR 2002, 372.

럽연합-기본권헌장 제51조 제1항외에, 유럽공동체법조약 제159조 제1항 제문과 제211조 제4줄(Spst)상으로도 “시행”의 개념이 나타난다. 그렇지만 여러 상이한 용어상의 개념형성이 다양하다.<sup>184)</sup> 이것이 차이점을 시사하는지 번역의 우연에 기인하는지 여부는 여기서 미확정인 채 내버려둘 수밖에 없다.

## 2. 법정립에 의한 시행

### 1) 지침전환

#### (1) 지침전환의무

가장 중요한 규범적 시행은 지침에서 행해진다. 지침은 내국의 법질서로 전환되어야 한다. 유럽최고법원은 유럽공동체조약 제249조 제3항, 제10조, 또는 지침 그 자체에 의거하여 전환의무를 뒷받침하였다.<sup>185)</sup> 국내의 법정립(법제정)은 - 국내법이 어차피 지침규율을 담고 있지 않는 한 - 내국적인 법을 만들고 변경할 의무를 진다. 즉, 지침의 내용적 기준이 회원국의 법질서상으로 포괄적으로 발견될 수 있어야 한다. 일종의 병렬적 입법(Parallelgesetzgebung)이 존재하는 셈이다. 따라서 지침전환이 지연될 때 반드시 강구되어야 할 것이, 유럽공동체의 차원에서 기한연장을 실현하는 것이다.<sup>186)</sup>

지침전환기간이 진행되기 전이라 하더라도, 지침전환의무는 법정립 차원을 위해 어떠한 의무를 발생시킬 수 있다: 소위 “사전효과”(Vorwirkung).<sup>187)</sup> 즉, 회원국으로선 기간이 진행되기 전에는 전환을 할 의무

184) 영어와 이탈리아어 판예선, 독일어 판처립, 통일된 개념이 사용되지만, 프랑스, 스페인 등 다른 언어 판예선 두세 가지의 개념이 사용된다. 각국의 용례에 관해선 vgl. Jarass/Beljin, NVwZ 2004, S.1(6), Fn.87.

185) EuGH, Slg. 1991, I-5357 Rn.39; Slg. 1996, I-4845 Rn.26 = NVwZ 1997, 157 L; Slg. 1997, I-7411 Rn.40 = NJW 1998, 2809 L; Slg. 1999, I-1103 Rn.48.

186) EuGH, Slg. 1996, I-4845 Rn.54 m. Nachw.= NVwZ 1997, 157 L;

187) EuGH, Slg. 1997, I-7411 Rn.43-50.

를 지진 않지만, 기간이 진행하면 지침위반의 법상태가 초래될 수도 있는 그런 규정은 발하여선 아니 된다. 완전하고 최종적인 전환으로 여겨지고 적시에 변경될 수 없는, 지침위반인 규정의 경우가 이에 해당한다. 이에 반해, 기간의 진행으로써 지침상의 규정 목표가 필시 문제되지 않는다는 점이 보장되는 한, 잠정적인 전환규정은 허용된다. 새로운 지침들은 게다가 국내의 전환행위상으로 그 연원인 지침을 적시하도록 의무를 지우고 있다. 이것은 국내 규정이 완전히 내용상 이미 유럽공동체법에 일치하는 경우에도 해당하는 것 같다. 왜냐하면 이미 유럽최고법원은 - 문제된 회원국이 내세운 국내규정이 지침의 내용을 전환하였는지 여부에 좌우됨이 없이 - 지침적시의 결여를 전환의 무위반을 위하여 충분하다고 하였다.<sup>188)</sup> 동 법원이 그렇게 멀리 나갈 것 같으면, 그것은 회원국의 전환의무에 중요한 영향을 미칠 것이다. 다수의 개별전문법률(가령 환경법)에서의 규정에 의해 전환되는 지침의 경우에는 적시의무의 집적이 초래될 수 있을 것이다. 또한 전환은 행정절차규정처럼, 항상 새로운 특별규율과 현행 일반법률의 협력을 요구할 수 있다.

## (2) 비지침적 규범의 전환

유럽공동체법의 규범적 시행이 지침의 경우만 요구되는 것은 아니다. 유럽공동체조약의 규범은 회원국에 대해 개별적 규율을 맡기기도 하지만, 그로 인해 그 사이 매우 드물게 시행규정이 꼭 필요하게 된다. 가령 유럽공동체조약 제109조는 회원국으로 하여금, 그들 법규정을 늦어도 중앙은행의 유럽시스템이 (그 사이 행해졌다) 설치될 때까지 유럽공동체법과 일치하게 만들 의무를 지웠다.<sup>189)</sup> 그리고 유럽공동

188) Vgl. EuGH, Slg. 1997, I-6749 Rn.8; Slg. 1997, I-7337 Rn.13; Slg. 1997, I-7351 Rn.15.

189) 유럽공동체조약의 원래 내용에는 시행의무가 더 빈번하였다. Vgl. Jarass, DVBl 1995, 955; Streinz, in: Isensee/Kirchhof, §182 Rn.3.

체조약 제249조 제2항에 따라 직접적으로 통용되는 명령(Verordnung)의 경우조차도 종종 국내 법제정자로 하여금 활동에 나서도록 요구한다. 그 예가 바로 환경사전심사명령(Umwelt-Audit-Verordnung)이다. 동명령 제4조에 의하면, 회원국으로선 독립된 환경감정인의 허용과 그들의 활동의 감독을 위한 시스템을 만들 의무를 진다.<sup>190)</sup> 명시적인 하명규정이 없더라도, 법제정자에 대해서, 명령의 제한 없는 적용을 확고히 하는, 꼭 필요한 적합한 내국적 조치를 발하도록 촉구할 수 있다. 물론 적어도 명령상의 합당한 근거점은 필요하다.<sup>191)</sup>

한편 명령의 경우, 규범적 시행에 대해 분명히 한계가 설정되어 있다. 유럽공동체조약 제249조 제2항에 의하면, 명령은 공보상의 공포와 동시에 직접 모든 회원국에서 통용된다. 따라서 국내법으로의 전환은 필요치 않다. 이를 넘어서 유럽최고법원은, 유럽공동체조약 제10조 제2항에 따라 회원국은 명령의 직접적 통용을 위태롭게 하는 모든 것을 행하지 않아야 한다는 점을 견지하였다.<sup>192)</sup> 이에 따라 국내법의 규정에 유럽공동체법의 명령규정을 반복하는 것은 살펴볼 필요도 없이 허용되지 않는다.<sup>193)</sup> 그리하여 명령은 원칙적으로 실시(집행)차단(Ausführungssperre)을 본보기로 정하는 셈이다. 명령이 발해지면, 국내법은, 내용이 같더라도 역시 원칙적으로 폐지되어야 한다. 다시 말해, 내용적으로 동일한 국내 규정은 발해져선 아니 된다. 다만 명령이 보충을 필요로 하고, 국내 규정이 내적 상관관계의 이유에서, 그리고 수범자에 대한 더 나은 이해의 목적으로 유럽공동체법의 일정한 사항을 반복할 경우엔, (명령의) 시행차단이 주효하지 않는다.<sup>194)</sup>

190) Verordnung (EG) Nr. 761/2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) v. 19. 3. 2001, ABIEG Nr. L 114, S.1.

191) EuGH, Slg. 1986, 1219 L 2.

192) EuGH, Slg. 1973, 101 Rn.16f.

193) Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art.249 EG Rn.41.

194) EuGH, Slg. 1985, 1057 Rn.27; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art.249 EG Rn.41.

유럽최고법원은 유럽공동체조약 제10조에 따라 국내법을 유럽공동체법에 조응시킬 의무를 지속적으로 강조한다. 이 의무는 회원국의 법정립의무의 하위 경우 내지 특별경우로 여겨진다. 국내법이 직접 적용 가능한 유럽공동체법을 위반한 경우에, 이 의무가 성립한다. 이 경우에 국내법이 적용되지 않을 수 있지만, 그것의 효력이 불발생으로 되는 것은 아니다. 법적 명료성을 조성하기 위하여, 회원국으로선 유럽공동체법위반인 국내법을 폐지하거나 변경할 의무를 진다. 유럽최고법원은 조약규정, 명령법, EG-법의 일반적 법원칙에서의 이런 의무를 지적하였다.<sup>195)</sup>

## 2) 지침전환의(그리고 다른 법제정의무의) 형식과 내용상의 요청

### (1) 전환형식 · 수단에 관한 회원국의 선택여지

지침은 유럽공동체조약 제249조 제3항에 의해 형식과 수단의 선택을 회원국의 국내기관(부서)에 맡긴다. 이를 통해 회원국으로선, 회원국규정의 내용적 형성과 법형식의 선택에서 광범한 여지를 갖는다. 이런 방향에서 유럽최고법원 역시, “전환은 회원국에서 입법자의 활동을 불가결하게 요구하진 않으며, 명시적인 특별 규정에 의해 공식적으로 문어적으로 반드시 행해져야 할 필요도 없고, 일반적인 법적 맥락으로도 충분할 수 있다”고 확인하였다.<sup>196)</sup> 그리하여 이미 현존한 국내규정이 지침의 완전한 적용을 보장하는 한, 그 국내규정은 일반적인 법적 범주를 의미한다.<sup>197)</sup> 개괄조항의 경우에도 지침에 의해 추구된 목적이 실제적으로 실현되는 것이 보장되는 한, 그것으로 충분하다.<sup>198)</sup>

195) EuGH, Slg. 2001, I-541 Rn.22f., 33 = NJW 2002, 813 L; Slg. 1991, I-4193 Rn.12; Slg. 1991, I-2903 Rn.13.

196) EuGH, Slg. 1999, I-5051 Rn.33 = NJW 2000, 648 L; Slg. 1997, I-1653 Rn.35 = NJW 1998, 2202 L; Slg. 2001, I-3541 Rn.17= NJW 2001, 2244.

197) Fischer, EuropaR, 3. Aufl. (2001), §7 Rn.1.

198) EuGH, Slg. 1983, 3273 Rn.9.

그러나 전환상의 요청은 이런 개략적인 범주에 국한하지 않는다. 지침의 적용이 완전하게 그리고 충분한 명료성과 정확함이 있게 보장되어 있어야 한다. 다른 상관관계에서처럼, 가령 유효성(효과성)의 기준이 유럽공동체법의 적용에서 핵심적 역할을 한다. 한편으로 유럽최고법원은 “지침의 완전한 적용이 사실상으로(tatsächlich) 보장되어 있는 것”을 요구한다.<sup>199)</sup> 다른 한편으로 동 법원은 단순한 실무로는 충분하지 않다고 여긴다. 즉, 지침의 준수(유의)는 반드시 법적으로 그리고 사실적으로 확고하여야 한다.<sup>200)</sup> 요컨대 유럽최고법원은 상향된 전환요청을 설정하거나, 지침의 높은 규율강도의 경우에는 개인의 주관적 권리/의무 혹은 매우 중요한 보호이익이 관련되어 있다는 것으로써 그것(상향된 전환요청)을 근거지운다(후술).

## (2) 전환의 형식상의 요청

내국의 전환행위의 형식과 관련해서, 단순한 내국의 (행정상의) 실무로는 전환에 충분하지 않다. 행정활동과 행정에 맞는 묵인(甘受, Duldung)<sup>201)</sup> 말고도 유럽최고법원은, 지침의 잠정적 적용을 위한 또는 국내법의 비적용을 위한 장관의 회람 등등이 충분치 않다고 본다.<sup>202)</sup> 전환은 구속력이 있는 규정에 의해 행해져야 한다. 즉, “지속적인 판

199) EuGH, Slg. 1991, I-2567 Rn.15; Slg. 1999, I-5051 Rn.33 = NVwZ 1999, 1214 .

200) Kahl, in: Calliess/Ruffert, Art.10 EG Rn.23.

201) 독일의 경우 행정청의 침묵을 둘러싼 논의가 활발하다. 그리하여 시민이나 다른 행정청의 행한 활동에 대한 甘受(수인, Duldung)에 대해서, 전통적인 입장은 그로부터 아무런 법적 결과가 생겨나지 않음을 근거로 소극적인 반면, 일부에선 그것을 행정의 독립된 작용형식으로 전개하고자 시도한다(Randelzhofer/Wilke, Die Duldung als Form flexiblen Verwaltungshandlens, 1981, S.58ff.). 이에 대해 Peine는 그들 행정절차법 제38조의 확인제도에 포섭되기에, 甘受行政行為(處分)(Duldungsverwaltungsakt)가 생길 여지는 없다고 주장한다. Ders., Allg. VerwR, Rn.347. 행정청의 침묵과 관련해서 줄고, 행정처분의 의의와 종류, 조해현 편집대표, 행정소송(I), 한국사법행정학회, 2008, 508면 참조.

202) 지시여부에 관계없이 그렇다. EuGH, Slg. 1997, I-1489 Rn.12, 14; Slg. 1997, I-1653 Rn.38= NVwZ 1998, 48.



례에 의하면, 국내법의 공동체규정과의 불일치성은 ... 궁극적으로 (변경될 규정과 동일한 법적 위계를 갖는) 구속적인 국내 규정에 의해서만 제거될 수 있다. 더해서 지침은 의문의 여지없이 구속적이고 (법적 안정성의 원칙을 충족시킬 정도로) 구체적이고, 특정화되고 분명한 규정으로써 전환되어야 한다.”<sup>203)</sup>

회원국은 “지침의 완전한 적용을 법적인 측면에서 그리고 사실적 측면에 한하지 않게 ... 보장하여야 한다.”<sup>204)</sup> 그래서 私人이나 기타 기관이 만든 소위 “기술적 규정집”(technische Regeln)이나 그 유사한 것은, 그것이 법규정으로 통해서 연계되지 않는 한, 충분한 전환에 해당하지 않는다고 한다.<sup>205)</sup> 더욱이 사인의 협약(협정)은 - 지침 자체가 그런 식의 행위에 의한 전환을 규정하지 않는 한 - 전환에 충분하지 않다.<sup>206)</sup>

### (3) 지침의 내용에 따른 전환형식의 문제

지침이 (개인의) 주관적 권리를 규정할 경우, 유럽최고법원은 전환법의 外部效의 필요성을 강조한다. 즉, 개인은 자신의 권리를 알게 될 수단(가능성, “공표”Publizität)과 사법적 주장의 수단(가능성) 가져야 한다는 것이다. 이것은 “지침이 다른 회원국의 구성원에게 권리를 부여하는 것을 목표로 할 때”, 특히 중요하다.<sup>207)</sup>

그러면 “명확한 법률적 범위(테두리)” 내지 “강행규정” 역시 필요하다.<sup>208)</sup> 회원국의 법원이 국내규정을 지침합치적으로 해석하는 것만으론 충분하지 않다.<sup>209)</sup> 유럽최고법원은 외부효의 결여를 이유로, 행정규칙이나 (단지 행정적 지시로 적용되는) 고용규정에 의한 전환을 결

203) EuGH, Slg. 1999, I-4927 Rn.11; Slg. 1997, I-1489 Rn.14f.

204) EuGH, Slg. 1999, I-2023 Rn.27; Slg. 1991, I-825 Rn.8; Slg. 1990, I-851 Rn.25.

205) EuGH, Slg. 1987, 4045 Rn.30.

206) EuGH, Slg. 1999, I-2023 Rn.27; Slg. 1997, I-1489 Rn.12, 14= EuZW 1997, 511.

207) EuGH, Slg. 1991, I-2567 Rn.15; Slg. 1991, I-2607 Rn.18; Slg. 1991, I-4983 Rn. 13.

208) 진자의 표현으로 EuGH, Slg. 1995, I-1589 Rn.10f.; Slg. 1991, I-2567 Rn.24. 후자의 표현으로 EuGH, Slg. 1991, I-2567 Rn.16, 20; Slg. 1991, I-2607 Rn.19.

209) EuGH, Slg. 2001, I-3541 Rn.21= NJW 2001, 2244.

코 수용하지 않았다.<sup>210)</sup> 반대로 지침이 개인에 대한 의무의 발생을 예정하고 있을 때에도, 사정은 동일하다. 왜냐하면 개인은 자신이 어떤 권리를 갖는지를 알아야 할 뿐만 아니라, 어떤 의무를 어느 범위까지 지는지도 알아야 하기 때문이다.<sup>211)</sup> 결론적으로 이를 통해서 法規留保(Rechtssatzvorbehalt)가 성문화되는 셈이다. 그리하여 독일에선 사실상 지침전환이 형식적 법률이나 법규명령에 의해서 행해진다.

그러나 시민을 위하여 아무런 직접적 관련성을 갖지 않으며, 시민에게 권리를 주거나 의무를 과하지도 않으며, 금지도 담고 있지 않으며, 그리고 자세하고 상세한 규율도 담고 있지 않는 지침규정의 경우엔, 상황이 다르다. 여기서 종전의 판례에 의하면, 외부효가 없는 규준에 의한 전환도 충분할 수 있는데, 그 전제는 관련한 물음이 여지껏 외부효를 지닌 규정에 의해서 규율되지 않아야 한다. 가장 일찍이 유럽공동체와 회원국간의 관계에서의 절차업무(가령 유럽공동체에 대한 회원국의 통지의무)에서 이런 것을 받아들일 수 있다. 여기서 행정규칙에 의한 전환도 충분하다 할 수 있다.<sup>212)</sup>

#### (4) 전환의 내용상의 요청

전환법의 내용상의 요청은 결정적으로 당시의 지침내용에 의거한다. - 전환요청은 지침의 “그때그때의 내용에 따라” 판단이 내려져야 한다는 - 유럽최고법원의 지속적인 판시는 이런 방향을 가리킨다.<sup>213)</sup> 전환법의 적용영역이 지침의 적용영역보다 하회하여선 아니 된다.<sup>214)</sup> 뿐만 아니라 전환법의 넓게 표시된 적용영역은 문제점을 유발할 수 있다. 상호인정의 지역에선 국내법이 그런 확장을 알려야 한다. 왜냐하면 그렇지 않으면 다른 회원국의 법상황에 관한 혼란이 초래될 수 있기

210) EuGH, Slg. 1995, I-2303 Rn.20; Slg. 1991, I-2567 Rn.20; Slg. 1991, I-2607 Rn. 23.

211) EuGH, Slg. 1991, I-4983 Rn.13f.; Slg. 1991, I-2607 Rn.23, 28.

212) Jarass, Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, S.53f.

213) EuGH, Slg. 1991, I-825 Rn.6; Slg. 1991, I-2567 Rn.15; Slg. 1991, I-2607 Rn.18.

214) EuGH, Slg. 1991, I-2567 Rn.18f.

때문이다.<sup>215)</sup> 국내의 경과규정이 지침에 규정된 시행일의 연기(유예)가 되어 버릴 땐, 전환기간의 진행이후엔 국내의 경과규정이 허용되지 않는다.<sup>216)</sup> 끝으로 회원국은, 유럽공동체법의 위반에 대해선 국내법의 비견한 위반의 경우와 비슷한 사물적, 절차법적 법칙에 따라서 별해진다는 점을 배려하여야 한다. 즉, 그 제재가 유효하여야 하고, 비례적이어야 하고, 위협적이어야 한다.<sup>217)</sup> 만약 지침이 권리부여를 목표로 하면, 법률상의 규정에서 지침내용을 적용지시(*Verweisung*)<sup>218)</sup> 하는 것만으론 불충분하다.<sup>219)</sup>

특히 내용을 위하여, 또한 전환행위의 형식을 위해서도 중요한 규율강도를 위해서, 다음이 통용된다.<sup>220)</sup> 즉, - 통상적인 상황인 - 지침내용이 매우 자세히 되어 있으면, 전환규범의 명확성은 지침의 명확성의 정도보다 하회하여선 아니 된다. 그리하여 지침내용이 자세하고 상세하면 할수록, 국내 전환법의 내용에 관한 명확성의 요청은 더욱더 높게 된다. 이에 따라, 회원국으로선 자세하고 상세한 규정으로 인해 금지, 허가와 감시절차와 상관관계가 있는 규율을 발할 의무를 진다. 즉, 지침상의 명시적 금지는 국내법상(보다 자세히 말하자면 범형식의 규정상의)의 명시적 금지를 요구한다.<sup>221)</sup> 그리하여 허가유보부 국내적 금지(*nationales Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*)로는 충분한 전환을 충족시키지 않으며, 허가의 단순한 거부 역시 불충분하다. 오히려 명시적 금지가 선언되어야 한다.<sup>222)</sup>

215) EuGH, Slg. 2002, I-10797 Rn.36.

216) EuGH, Slg. 1994, I-3717 Rn.19.

217) EuGH, Slg. 1997, I-2195 Rn.24f., 27, 29 = NJW 1997, 1839; EuGH, Slg. 1994, I-2435 Rn.55; Slg. 1994, I-2479 Rn.40.

218) 다른 법규범의 적용·준용지시에 관해선 출처. 행정법기본연구 I, 2008, 157면 이하 참조.

219) EuGH, Slg. 1997, I-1653 Rn.35f.= NVwZ 1998, 48.

220) Jarass/Beljin, NVwZ 2004, 1(9f.).

221) EuGH, Slg. 1991, I-825 Rn.7, 19; Slg. 1990, I-851 Rn.35f.; Slg. 1988, 2243 Rn.18f.

222) EuGH, Slg. 1991, I-825 Rn.37f.

### 3. 법적용에 의한 시행

#### 1) 회원국에 의한 직접적, 간접적 집행

개별경우에 유럽공동체법의 적용은 공동체나 회원국에 의해서 일어날 수 있다. 전자를 종종 “공동체고유집행”(gemeinschaftseigener Vollzug)이라 표현하고, 후자를 “회원국집행”(mitgliedstaatlicher Vollzug)이라 표현한다.<sup>223)</sup> 그리고 이런 집행양태를 감안하여, “EG-고유행정법”과 “공동체행정법”이 운위된다. 전자는 유럽공동체-기관(조직) 특히 집행위원회에 의한 유럽공동체법의 자기집행의 영역에서 법적 기준의 총체를 위하여 존재하며, 후자는 국내행정청에 의한 유럽공동체법의 타자집행(indirekter Vollzug)의 경우에 회원국 행정절차에 영향을 미치는, 유럽공동체의 법적 기준의 총체를 위한 표현이다.<sup>224)</sup> 집행(Vollzug)이란 용어 대신 적용이란 용어도 사용되는데, 왜냐하면 시행 역시 회원국의 법에 의해서도 일어나기 때문이다.<sup>225)</sup> 예외적 사례인 유럽공동체고유집행의 경우 또 구별이 행해질 수 있다: 공동체내부집행(예: 인력

223) 전자를 自己執行(direkter Vollzug)으로, 후자를 他者執行(indirekter Vollzug)으로 부를 수도 있다. 여기서 ‘direkter Vollzug’를 문언 그대로 ‘직접집행’이라 옮길 수도 있지만, 후술할 직접집행(unmittelbarer Vollzug)과 구별하기 위하여 ‘자기집행’이라 옮기고, 동시에 ‘indirekter Vollzug’을 ‘타자집행’이라 옮긴다. 요컨대 집행주체의 직·간접성과 집행근거규범의 직·간접성을 구분하기 위함이다.

224) 유럽공동체-고유행정법과 공동체행정법을 구별하기 위한 개념특징에 관해선 E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidea, 2.Aufl., 2004, Kap.1 Rn.51; Kap.7 Rn.14, 17; ders., Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht - Wechsel seitige Einwirkungen, DVBl. 1993, S.924(925). 보통 공동체법에 따라 회원국에서 또는 회원국을 위해 결정적 기준이 되는 행정법적 규율을 담고 있는 공동체행정법의 개념의 대칭개념으로 사용된다.

225) 한편 W. Schroeder는 직접적용이 가능한 공동체법 역시 회원국에 의해 직접적으로 시행되기에, 자기집행과 타자집행의 용어사용은 문제가 있다고 지적하면서, 이에 상응하여 ‘집중적 시행’과 ‘분산적 시행’으로 나눈다. Ders., AöR 2004, S.3(10f.). 다만 여기서 시행(Durchführung)의 용어사용과 관련해선, 용어상론 개별사건과 관련한 ‘적용’(Anwendung)을 법률상의 ‘시행’과 구분하는 것이 바람직하다.

업무, 예산)과 공동체외부집행(가령 카르텔법, 보조금감독법, 반덤핑법, 무역정책). 이런 공동체외부집행에서 회원국의 국내 기관은 단지 일련의 보조의무와 관계할 뿐이다. 즉, 회원국의 국내기관에 의한 보조의무의 이행이 없으면, 집행위원회로선 공동체고유한 집행을 할 수가 없을 것이다(가령 정보제공의무). 이런 것은 특별법상의 규정 또는 유럽공동체조약 제10조에 따라 충성스런 협력을 할 상호의무로부터 생겨난다.<sup>226)</sup> 이런 규정에 의하면, 회원국으로선, 집행위원회에 대해서(유럽공동체법의 적용을 배려하는 데 그 본질이 있는) 그의 임무의 이행에 편의를 줄 의무를 갖는다.<sup>227)</sup>

“공동체행정법”에서 즉, 회원국의 집행,<sup>228)</sup> 더 나은 말로 회원국의 적용의 안에서, 두 가지의 하위경우를 구분할 수 있다: 국내 행정청과 법원이 직접 유럽공동체법을 적용하거나, 또는 유럽공동체법의 규범적 시행을 위해 발한 국내법을 적용하는 경우이다. 전자를 “직접집행”(unmittelbarer Vollzug), 두 번째를 “간접집행”(mittelbarer Vollzug)이라 부른다.

혹은 “직접 적용가능한 공동체법의 집행”과 “간접적으로 통용되는 공동체법의 집행”으로 구분한다.<sup>229)</sup> 간접집행 내지 간접적용 역시 유럽공동체법에 의해 영향을 입는다. 이것이 유럽공동체법의 간접집행의 범주이다. 국내법의 적용에서 간접집행이 존재한다. 허나 그 배후에 있는 유럽공동체법이 여전히 중요하다. 일반적으로 국내의 법적용자로선, 효과적인 집행을 할 의무를 진다.<sup>230)</sup> 효과적인 권리보호를 보

226) Streinz, in: Isensee/Kirchhof, §182 Rn.4.

227) EuGH, Slg. 2002, I-2357 Rn.88; Slg. 2000, I-6417 Rn.16.

228) 일종의 분산집행적 구상(dezentraler Vollzugskonzept)이기도 한, 이런 간접집행의 구상은 집행상의 연방주의(Vollzugsföderalismus)의 개념을 특징으로 한다. 이는 독일 헌법에서 유래하여 그동안에 집행의 연방주의(*fédéralisme d'exécution*)로서 유럽법의 문헌에 도입되었다.

229) Scheuing, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts. Zum mitgliedstaatlichen Vollzug des EG-Rechts am Beispiel der gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen, DV 2001, S.107(108).

장하여야 할 법원의 의무는 그 하위경우에 해당한다.<sup>231)</sup> 그리고 행정은 “공동체법의 유효성에 관한 일체의 훼손을 저지할” 의무를 진다.<sup>232)</sup> 국내 행정청은 유럽공동체조약 제5조에 따른 회원국의 협력의 의무에 의거해서 공동체법의 효력과 유효성을 훼손하여선 아니 된다.<sup>233)</sup> 동시에 “유럽공동체법의 통일적 적용의 필요성”이 통용된다.<sup>234)</sup> 회원국의 국내 법원을 위하여 유럽최고법원은 다음의 입장을 고수하였다: “자신의 관할에서 호출된 국가의 법관은, 공동체법을 무한으로 적용하고, 공동체법이 개인에게 부여한 권리를 보호할 의무를 진다. 그리고 자신의 소관의 범위에서 공동체법을 적용하여야 할 국가적 법원은 이들 규범의 완전한 유효성을 비려할 의무를 진다.”<sup>235)</sup>

## 2) 회원국 국내법의 보충적 적용

많은 분야에서 유럽공동체법은 실체적 규정 말고도 시행을 위한 종류와 방법에 관해 널리 광범하게 규율하고 있다. 그래서 관세규정집(Zollkodex) 제217조 이하에 회원국 관세청의 행정절차를 위한 규율이, 농업법의 여러 가지 명령에 반환의무가 존재한다. 이런 명령법에 담겨진 절차규율은 직접적용이 가능한 유럽공동체법으로서 국내 절차법보다 선행한다. 유럽공동체법이 직접이든 간접이든 규율을 포함하고 있지 않는 한, 간접시행과 직접시행에서 공히 순전히 국내법이 성립하게 된다. 이는 법적용의 행정청 부분은 물론 法院 부분에도 통용된다. 유럽최고법원은 최근의 관례에서 - 특히 i) 유럽공동체법위반인 국가의 지급(보조금과 수출반환)의 반환과 관련해서, ii) 유럽공동체법위반인 조세의 징수와 반환과 관련해서, iii) 유럽공동체법위반에 대한

230) Vgl. Kahl, in: Calliess/Ruffert(Hrsg.), Art.10 EG Rn.23 (행정에 대해), 31 (법원에 대해).

231) EuGH, Slg. 1991, I-3757 Rn.24; Slg. 1987, 4097 Rn.14.

232) EuGH, Slg. 1994, I-2283 Rn.19.

233) EuGH, Slg. 1996, I-389 Rn.52.

234) EuGH, Slg. 1998, I-2975 Rn.49; Slg. 1995, I-4069 Rn.26; Slg. 1983, 2663 Rn.17.

235) EuGH, Slg. 1978, 629 Rn.21, 23 u. 24; Slg. 1998, I-6307 Rn.14 = NJW 1999, 201.

회원국의 국가책임과 관련해서 - 구별된 판시으로써 이런 원칙을 적시하였다.<sup>236)</sup>

### 3) 한계로서의 효과성(유효성)과 등가성

간접집행에 따른 국내법의 적용으로 인해 법상황이 회원국과 회원국간에 달라지는 결과가 빚어질 수 있다.<sup>237)</sup> 이런 식의 차이는 불가피한즉, 원칙적으로 받아들여야 한다. 그러나 그 차이가 너무나 클 때, 유럽공동체법제정자의 임무가 바로 이런 차이를 해소하는 규정을 발하는 것이다. 이를 넘어서 유럽최고법원은 두 가지의 직접 주효하는 한계를 전개하였다. 먼저 국내 규정은 순전히 내국적인 사안보다 더 불리하게 형성되어 있거나 적용되어선 아니 된다. 이를 “등가성의 원칙”(Grundsatz der Gleichwertigkeit)이라고 한다. 약간 덜 타당하게 “비차별의 원칙”(Grundsatz der Nichtdiskriminierung)이나 “동등성의 원칙”(Äquivalenzgrundsatz)이라고도 한다. 더해서 국내법은 유럽공동체법의 적용을 실제적으로 불가능하게 만들거나 과도하게 곤란하게 만들어선 아니 된다. 이것이 “효과성의 원칙”(Grundsatz der Effektivität) 혹은 “최소효과성의 원칙”(Gebot der Mindesteffektivität)이다.<sup>238)</sup>

이런 한계는, 회원국의 규정을 이용하여 유럽공동체법이 회원국상으로 적용되는 것이 관건일 때 일반적으로 통용된다. 국내 규정이 이 두 가지 원칙을 위배하면, (간접적인) 충돌이 존재한즉, 그로부터 비롯된 국내법을 위한 결과는 이미 전술한 바 있다. 때때로 유럽최고법원

236) i)에 관한 것으로 EuGH, Slg. 1998, I-2975 Rn.35 i.V. mit 37; ii)에 관한 것으로 EuGH, Slg. 1998, I-6307 Rn.25= NJW 1999, 201; iii)에 관한 것으로 EuGH, Slg. 1998, I-1531 Rn.111 = EuZW 1998, 721.

237) EuGH, Slg. 1999, I-579 Rn.24=NvWZ 1999, 633; Slg. 1998, I-7141 Rn.17 = EuZW 1999, 256; Slg. 1983, 2633 Rn.21.

238) 사법적 권리보호와 관련해서 EuGH, Slg. 1999, I-579 Rn.25= NVwZ 1999, 633; Slg. 1998, I-7141 Rn.18 = EuZW 1999, 256 L. 행정청의 활동과 관련해서 EuGH, Slg. 1998, I-2661 Rn.15 = EuZW 1998, 499; Slg. 1996, I-389 Rn.52, 63.

은 그것을 그에게 과해진 효과성과 등가성의 한계에 맡기지 않고, 고유한 유럽공동체법적 요건을 정하곤 한다. 즉, (2차적) 유럽공동체법의 통용력이 문제되면, 국내 법원앞에서도 잠정적 권리보호의 보장을 위한 유럽공동체법적 요건이 성립하면서, 가명령적 권리보호의 보장이 통일화된다. 마찬가지로 유럽최고법원은 유럽공동체법위반에 따른 회원국의 책임을 위하여 (회원국이 다른 요건을 추가하여선 아니 될) 요건을 정하였다.<sup>239)</sup>

오랫동안 효과성과 등가성의 기준은 단순한 거명을 넘어 광범한 의의를 거의 갖지 못하였고, 매우 억제되어 행사되었던 것이 사실이다.<sup>240)</sup> 그러나 지금 당초의 이런 상황은 변하였다. 유럽최고법원의 공식은 변함이 없이 동일하게 견지되되, 사람들은 효과성의 원칙의 범위안에서 “과도하게 곤란하게 함”의 추가를 포기한다. 그러나 실은 그것의 형성과 관련해서, 요청의 엄정화와 강화의 의미에서 방향성변천이 만들어진다.<sup>241)</sup> 이를 통해서 간접적용의 범위에선 회원국의 여지에 대해 더 좁은 한계가 설정되었다.

효과성의 판단에서 유럽최고법원은 우선 사실적 측면에 초점을 맞춘다. 동 법원은 국내 규정이 유럽공동체법의 실현을 “실제적으로”(praktisch), “현실상으로”(in der Praxis), “사실상으로”(tatsächlich) 불가능하게 만들거나 과도하게 곤란하게 하는지 여부를 탐문한다. 유럽공동체법이 성립하지 않을 정도이면, 국내 규정은 뒤로 물러야 한다. 그렇지만 국내법적용상의 방해의 정도가 최대한 얼마나 높을 수 있는지는 불확실하다. 아무튼 경우의 群안에서 유럽공동체법에 불리하게 원칙·예외의 일의적 관계가 알아 볼 수 있을 때에, 그것은 유럽공동체법적

239) 판례를 들어 설명하는 것으로 vgl. Beljin, JuS 2002, 993f.

240) Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, S.349,

241) Streinz, in: Isensee/Kirchhof, § 182 Rn.26; Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, S.352-354.



요청을 충족하지 않는다. 이밖에 사실상의 유효성에서 벗어나 법적 관점이 결정적이다. 기본적인 유럽공동체법적 원칙이나 국내법적 원칙이 국내 규정을 정당화시키면, 이것을 효과성의 판단에서 고려해야 한다. 여기서 중요한 예가 법적 안정성이다-유럽최고법원은 국가배상 청구권과 유럽공동체법위반인 조세의 반환을 위한 국내규정상의 기간을 판단함에 있어서 분명히 제시하였듯이.<sup>242)</sup> 유럽공동체법의 실현이 사실상으로 널리 혹은 완전히 배제되더라도, 이는 통용된다.

한편 독일 국내 행정절차법이 효과성과 등가성에 위반하는지 여부는, “전체 절차에서의 이들 규정의 위치(위상), 절차의 진행, 상이한 국내 기관앞에서의 절차의 특수성을 고려하여” 심사되어야 한다. 이때 경우에 따라선 국내의 권리보호시스템이 토대로 삼는 제 원칙(가령 방어권의 보호, 법적 안정성의 원칙, 절차의 규정에 맞는 진행의 원칙)을 고려해야 한다고 한다.<sup>243)</sup> 등가성의 원칙의 적용이 덜 어려움을 준다. 아무튼 차별취급이란 일반적으로 배제되어 있진 않다. 차별취급이 객관적으로 정당화되는 한, 그것은 허용된다. 나아가 유럽최고법원은, 등가성의 원칙이 (회원국으로 하여금) 임의적인 범영역의 유익한 내적 규율을 유럽공동체법적 관련성을 지닌 전체 사안으로 확대하는 것을 요구하진 않다고 분명히 하였다.<sup>244)</sup>

#### 4) 적용의 예: 권리보호와 기간의 문제

국내법의 보충적 적용의 한계가 보조금분야에서 매우 중요한 역할을 하였다. 이는 문헌에서 많은 주목을 끌었다. 이외에 유럽최고법원

242) 국가배상과 관련해선 EuGH, Slg. 1997, I-4025 Rn.28 = NJW 1997, 2588 L. 조세와 관련해선 EuGH, Slg. 1997, I-6783 Rn.48 = NVwZ 1998, 833; Slg. 1998, I-4951 Rn.20, 35= NJW 1999, 129; Slg. 1999, I-579 Rn.26= NVwZ 1999, 633.

243) EuGH, Slg. 1995, I-4599 Rn.14; Slg. 1995, I-4705 Rn.19; EuGH, EuZW 2003, 249 Rn.56.

244) EuGH, Slg. 1998, I-5025 Rn.29; Slg. 1998, I-7141 Rn.20; Slg. 1999, I-579 Rn.27 = NVwZ 1999, 633.

은 권리보호의 분야에서의 국내적 제한을 위한 광범한 요청을 수립하였다. 그렇지만 사실상황은 결코 통일적이지 않다. 그리하여 권리주장을 위한 기간이 여러 차례 군소리 없이 변함없이 그대로였다. 상당한 기한은 유럽공동체법적으로도 인정된 법적 안정성의 원칙에 이바지하고, 그래서 행정결정이 유럽공동체법위반한경우에도 그것의 불가쟁력에 대해선 아무런 변화가 생기지 않는다.<sup>245)</sup> 다수의 판결에서 오늘날에서도 유럽최고법원은 이에 따라 국내의 기간에 대해 이의를 제기하지 않았다.<sup>246)</sup> 동 법원은 국내법상 일반적으로 통용되는 기간보다 혹은 다른 규율분야에서의 국내기간보다 더 짧은 기간의 경우도 - 이렇게 짧은 기간이 전적으로 유럽공동체법적 경우에만 사용되지 않는 한 - 수용하였다.<sup>247)</sup> 다른 한편 국내의 60일 기한은 - 비록 그것에 원칙적으로 이의가 제기될 수 없더라도 - 내국 절차의 특수성에 따라서 유럽공동체법위반으로 분류하여야 할 수도 있다 가령 유럽공동체조약 제 234조에 따라 제청권이 있는 국내 법원의 어느 한 법원도 기간의 경과로 유럽공동체법과의 일치성을 심사할 기회를 갖지 못한 경우가, 그러하다.<sup>248)</sup> 이런 이유에서, 관련인이 보호가치가 있는 신뢰를 갖고 착오로 기한만료를 환기시키는 아무런 통보를 얻지 못했을 때, 60일 기간의 적용 역시 개별경우에 유럽공동체법위반이 된다.<sup>249)</sup> 기간이 이런 상황에 정당화될 수 있는지 여부와 어떤 조건인지에 관해선 미확정이다.<sup>250)</sup> 제청가능성의 물음에 상관없이도, 그 같은 유럽공동체법의

245) 최근의 것으로 EuGH, Slg. 2000, I-3201 Rn.31.

246) EuGH, Slg. 2000, I-3201 Rn.34; Slg. 1999, I-579 Rn.26 = NVwZ 1999, 633; Slg. 1998, I-7141 Rn.19.

247) EuGH, Slg. 1999, I-579 Rn.28=NvWZ 1999, 633; Slg. 1998, I-7141 Rn. 21 = EuZW 1999, 256 L. 유럽최고법원은, 회원국이 유럽공동체법위반의 책임을 위한 고유한 시효규정을 정할 수도 있으며, 1년의 소멸시효가 효과성원칙에는 저촉되지만, 등가성원칙에 위반하진 않는다고 판시한다. EuGH, Slg. 1997, I-4025 Rn.8, 12, 28f., 32-39 = NJW 1997, 2588 L.

248) EuGH, Slg. 1995, I-4599 Rn.16-20.

249) EuGH, EuZW 2003, 249 Rn.54f., 60 = NVwZ 2003, 709.

250) 이에 관해선 Oexle, Einwirkungen des EG-Vorabentscheidungsverfahrens auf das nat

해석은 국내 기간의 불일치성을 초래할 수 있다. 그래서 -유럽최고법원이 소위 AGB-지침을 위하여 강조하였듯이 -, 그 같은 해석이 유럽공동체법은 무한의 보호를 요청한다고 나타내면, 2년의 국내 배제기간은 효과성원칙을 위반한다.<sup>251)</sup> 개인에게 유럽공동체법위반하게 징수된 조세를 요구할 모든 가능성을 (소급적으로) 빼앗는 국내 기간 역시 유럽공동체법위반이다.<sup>252)</sup> 이런 판결이 분명히 한 점은, 특히 기간의 분야에서 판단이 기간에 따라 변할 수 있음을 분명히 한다. 이와 결부된 문제점은 실제적으로 매우 중요하다(가령 독일 연방임미시온방지법(BImSchG) 제10조 제3항 제3문과 같은 다수의 실제적 배제규범을 위하여).<sup>253)</sup>

끝으로 유럽최고법원은 지침에서 규정된 권리와 관련한 국내 제소기간을 위하여, 다음과 같이 판시하였다: “회원국은 지침의 규정에 맞는 전환시까지 소의 늦음을 원용할 수 없다, 국내의 제소기간은 규정에 맞는 지침전환이후에 비로소 진행이 개시될 수 있다”.<sup>254)</sup> 그 후 동법원은 이런 일반적인 언명을 다음의 두 가지 측면에서 제한하였다. 우선 원고에게 제소기한의 경과로 지침에 의거한 청구권을 주장할 일체의 가능성이 사라진 경우와 같이 특별한 상황에서만 그 언명은 통용된다.<sup>255)</sup> 즉, 시민의 권리가 “그 본질에서 저촉되어선” 아니 된다.<sup>256)</sup> 기간개시의 변위(옮김)는 그 원인이 지침의 특별한 성질에 있다. 그리하여 두 번째로 지침의 직접적 효과에 의거하지 않고, 조약결

---

ionale Verfahrensrecht, NVwZ 2002, S.1328(1330f.).  
251) EuGH, EuZW 2003, 27 Rn.34-37 = NVwZ 2003, 594 L.  
252) EuGH, Slg. 2002, I-6325 Rn.29, 33, 40.  
253) 이에 관해선 Danwitz, Umweltrechtliche Präklusionsnormen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzgarantie, UPR 1996, S.323(327).  
254) EuGH, Slg. 1991, I-4269 Rn.17-23. 이에 관해선 Ruffert, in: Calliess/Ruffert, Art. 249 EG Rn.102-105.  
255) EuGH, Slg. 1998, I-7141 Rn.41; Slg. 1997, I-6783 Rn.51= NVwZ 1998, 833; Slg. 1994, I-5483 Rn.26.  
256) EuGH, Slg. 1996, I-389 Rn.64.

정이나 다른 직접적용이 가능한 유럽공동체의 활동의 위반에 의거한 청구권의 경우에는, 그것(기한개시의 변위)의 효과가 나지 않는다.<sup>257)</sup>

---

257) EuGH, Slg. 1997, I-4263 Rn.48f.; Slg. 1997, I-4085 Rn.52f.

### 제 3 장 독일행정법과 유럽행정법에서의 절차사고<sup>258)</sup>

#### I. 논의의 기초: 행정절차법, 행정소송법, 실체법의 상관관계<sup>259)</sup>

행정절차법은 독립되게 고찰되어선 아니 된다. 그 이유는 그것이 전체 행정법의 결정적인 구성요소이기 때문이다. 그래서 일련의 내적 상관관계를 유의할 필요가 있다. 행정절차법의 경우, 이하의 네 가지 이유에서 그것을 다루는 것이 까다로우면서도 복잡한 주제이다.

i) 행정절차는 그 자체로서 다양하다. 하나의 행정절차가 존재하는 것이 아니라, 다수의 종류와 유형이 존재한다. 행정절차법은 비정형적 절차의 주된 유형으로써 (특별행정절차법을 통해선 제공되지 않는) 통일성을 이룬다. 이런 식으로 행정절차법을 구분하는 실무로 인해 유럽화의 주제 역시 다양하게 된다.

ii) 행정절차법은 홀로(독립되게) 존재하는 것이 아니라, 행정소송법과 체계적, 많은 후속결과를 초래하는 상관관계에 선다, 소송애호적인 독일에서조차 얼마 전부터 비록 소수긴 해도 모든 결정이 재판절차로 귀결되지 않는다.<sup>260)</sup> 체계상의 측면에서 행정절차와 사법적 권리보호를 내용으로 한 전체시스템을 고찰의 기본지평으로 삼아야 한다. 이런 관점에서 앞에서 논한 본질의 물음이 제기된다. 즉, 절차가 고유가

258) 이하는 E. Schmidt-Aßmann, §27 Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts II, 2008, S.461ff.; ders., Verwaltungsverfahren und Verwaltungskultur, NVwZ 2007, S.40ff. 를 중심으로 논의를 전개한다.

259) Wahl, Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, DVBl. 2003, S.1285(1286f.).

260) 사법절차에서도 변화를 간취하게 하는 예가 조정의 경우이다. 이에 관해선 정남철, 대체적 분쟁해결수단으로서 행정소송에서의 조정, 안암법학 21호(2005.11) 60면 이하 참조.

치(독립가치, Eigenwert)나 독립된 의의(가령 권리보호<sup>261</sup>)를 갖는지 아니면 행정절차가 단독적으로 판결내리는 재판절차를 위한 일종의 시험상의 진행에 불과한가? 또는 행정절차를 先取되나 불완전한 사법구제(Gerichtsschutz)로 이해하여야 하는가 아니면 행정절차는 고유한 권리보호임무를 갖는가?

iii) -복잡성이 항상 불충분하게 서술되어 있기에 - 유의해야 할 점은, 행정결정을 위해서든 후속 판결을 위해서든 절차법과 실체법간의 상관관계가 존재한다는 점이다. 여기선 다음과 같은 근본적 물음 즉, 체계의 물음이 제기된다. 법질서가 결정의 올바름의 보장을 무엇에 의존시키는가? 바른 절차이나 바른 결론을 위한 노력이나? 어떤 법질서도 결정적이고 유일한 답을 주지 않기에, 진실로 문제되는 것(관건)은, 절차와 절차권의 형성에 의해서 또는 실체법과 그것의 통제를 향한 노력에 의해서 올바름의 보장이 어느 정도로 추구되는지 하는 것이다.

iv) 종국적으로 현재의 문제상황에 상응하면서 불가결한 복잡성의 수준에 도달하기 위해선, 비교법적 차원을 주목하여야 한다.<sup>262</sup> 몇 년 전과는 달리 오늘날엔 더 이상 자국의 내부적 시야로 고유법만을 중시하여선 아니 되고, 행정절차법에서도 -유럽통합과 경제·사회의 사실상의 동반성장이 가져다 준 - 원칙적인 관점교체를 옳은 입장에서 취해야 한다. 법사고의 外部指向性(Außenorientierung)이 요구된다.<sup>263</sup>

---

261) 상세는 Wahl, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, VVDStRL 41(1983), S.151ff.

262) 다양한 회원국의 법질서의 원천으로부터 빚어진 유럽공동체법질서의 성립을 통해서, 비교법의 고찰의 필요성이 고양된다. 이미 -유럽공동체법이든, 부분적으로 그것의 이면에 있는 다른 회원국의 법전통이든 - “낯선 법(他者法)”과의 조우는 법실무상으로 오래 전에 일상적 현상이 되어 버렸다. 그래서 독일의 경우에도 비교법적 접근은 오늘날 더 이상 이론적인 흥미에서가 아니라, 자국에서 적용되는 법을 이해하기 위한 실제적인 필요에서 강구된다. Sommermann, *Konvergenzen im Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten*, DÖV 2002, S.133(136f.)

263) 일찍이 Wahl은 이런 변화를 1949년 이후의 공법의 첫 번째 국면의 전개에 이은 두 번째 국면의 전개로 표현하였다. Ders., *Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts*

## II. 행정법에서 절차적 사고의 전개

행정절차는 정보의 획득과 처리의 정연된 과정이다. 그것은 행정으로 하여금 합리적 방법으로 활동할 수 있게 하여야 한다. 절차란 반드시 구체적인 법형식의 결정으로써 종결될 필요는 없다. 단순한 행정활동(행정사실행위), 행정내부의 의견동조, 계기와 무관한 보고의무 역시 절차대상과 절차목표에 해당할 수 있다. 특히 행정법적 시스템 형성을 위하여 정보와 소통(커뮤니케이션)의 의의를 강조하면,<sup>264)</sup> 과정(Prozess)과 결정의 사이에 엄격한 中間休止는 없어진다. 즉, 결정이 “과정화되고(prozeduralisiert)” 어느 정도로 절차에 받아들여진다. 사실 절차개념은 행정적 정보관계의 심화에 대응한다고 하겠다.

다시 말해, 절차란 행정과 시민간에 그리고 행정단위간에 및 행정단위안에 존재하는 작용구조와 상호작용의 전형을 형성한다. 그것은 법적으로 조종된 實事로서 그리고 질서모델(Ordnungsmodell)로서 여겨질 수 있다. 실사를 위해선, 절차법칙의 바른 적용이 중요하다-그것을 권한·참가·통지의 규정에서 법률이 담고 있는 것처럼. 이런 규정은 일상의 실제적 행정업무를 조종하고, 항상 사법적 논의의 대상이 된다. 시스템적으로 마찬가지로 중요한 것이, 행정절차를 질서모델로 고찰하는 것이다. -국면에 특유한 모습을 띤 과정으로서- 절차는 정보 처리의 節點을 나타내고, 이런 과정에 대한 영향미침을 위한 착안점적 위치를 형성하며, 또한 -행정적 활동의 필요한 합리성, 적법성, 중립성 그리고 능률성을 보장하기 위한- 규율필요에 대한 주의를 환기시킨다.

---

in Deutschland, Der Staat, 1999, S.495(496ff.).

264) Vesting, §20 Information und Kommunikation, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßman/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des VerwR II, Rn.5.

### Ⅲ. 독일 행정절차법의 위상에 관한 개관

#### 1. 독일행정법의 법원지향성의 음지에 위치한 행정절차

절차형성의 내용은 실체법의 적용에 영향을 미친다. 이처럼 절차형성이 실체법을 고양된 개인권리보호의 의미에서 조종할 수 있으며, 그래서 독립된 의의를 가진다는 것은, 독일에서도 오래 전 19세기의 공용수용법에서 입증되었다 한다.<sup>265)</sup>

그러나 독일 행정법은 그 뒤에 - 다른 유럽의 법질서와는 달리 - 절차위반효과에서 극히 머뭇거리면서 특유의 결론을 취하였다.<sup>266)</sup> 이와 관련해서 일찍이 E. Forsthoff는 Wien에서 개최된 1958년의 국법학자 대회에서의 토의에서 다음과 같이 말하였다: “영국법과 독일법을 비교하면, 영국의 판례법은 절차에서의 권리의 보장을 제공한다. 그로 인해 영국법에선 *due-process of law*가 결정적인 역할을 한다. 반면 대체적으로 보아 추상적-일반적 규범으로써 작동하는 독일법은 먼저 실체

---

265) Frenzel, *Herkunft und Entwicklung des rechtstaatlichen Verfahrensgedankens am Beispiel des Enteignungsrechts*, Der Staat, 1979, S.592ff.

266) 독일에선 이미 19세기 초엽에 행정재판(권)의 골간을 구축함에 있어서, 이미 결정이 내려졌다고 한다. Otto von Sarwey의 영향으로 - Rudolf von Gneist에 의해 결정적인 영향을 입은 프로이센식의 대안구상에 대해서 - 개인적 권리보호의 우월성의 의미에서 남독일적 해결책이 주장되었다. 독일 기본법은 국가사회주의시대의 반작용으로 이런 구조결정을 더욱더 구축하였다. 또한 기본법은 그런 기초에 대해, 기본법 제19조 제4항 제1문과 그로부터 파생된, 흠결없이 사실상으로 효과적인 사법통제에 관한 청구권으로써 왕관을 씌었다. 독일에서 50년대와 60년대의 절차에 대한 경시는 이런 헌법규범의 논리적 결과일 따름이다. 그 결과 신화로까지 단순하게 표현된 사법부독립성에 대해선 거의 무한적인 신뢰가 주어지는 반면, 소송이 풀린 집행부에 대해선 거의 무한적인 불신이 조성되었다. Kahl, *VerwArch* 2004, 1(4), 은 이런 불신이 행정절차와 관련해서, 독일 연방공화국의 법치국가의 첫 번째 국면에 영향을 주었다고 한다. 즉, 기능적인, 절차적인 측면은 의회중심적, 사법부중심적인 권력분립/통제의 모델의 범주에선 어울리지 않다는 것이다. 한편 Kahl은 - 비록 역행과 상대화의 시대가 뒤따랐지만 - 70년대와 80년대의 절차중시의 경향을 두 번째 국면으로, 90년대 중반의 신속화법률이후에 시도된 절차의 주변화를 세 번째 국면으로 설정하였다.



법에 연계된 법실현의 사고에 토대를 두고 있다”.<sup>267)</sup> 이런 인식을 바탕으로 한 법질서에선, 당연히 절차가 영미에서와 동일한 의의를 갖지 않는다. 독일 기본법 역시 동법 제19조 제4항의 사법적 권리보호에 강하게 집중하는 것을 그 내용으로 하기에, 행정절차에 대한 독일 행정법의 태도는 지극히 자연스럽기도 하다.

절차사고는 절차 그 자체에 독립된 가치를 부여한다. 그것의 핵심구상은 바로 올바른 결론(결과)이 아니라, 공정한 절차이다. 정연한, 공정한 절차의 준수와 모든 참여자를 위한 설명·논증의 기회의 제공을 통해서 기대하는 것은, 올바른 결론을 위한 가장 중요한 보장이다. 다른 한편 절차사고의 裏面에는, 올바른 또는 정당한 결론의 도달가능성에 대한 현저한 懷疑가 자리를 잡고 있다. 그리하여 절차사고에 의하면, 타당성과 공평성은 절차와 무관하게 달성될 수 없으며, 아울러 그 실현여부를 절차적 관련성을 배제하면서 고립적으로 판단할 수도 없다. 그러나 항상 독일에선 - 입법은 물론 관례에서도 - 절차법의 봉사적 기능의 공식이 지배하고 있으며,<sup>268)</sup> 그에 따른 절차법의 後位的 위상은 변함이 없다. 결론과 관련한 사고를 특징으로 하는 이런 입장을 극명하게 나타내는 것이, 바로 독일 행정절차법 제46조이다.<sup>269)</sup> 그것은 기계론적인 법률집행의 사고를 그 출발점으로 삼는 독일식의 “절차철학”을 극명하게 나타낸다. 행정결정에 관한 사법통제가 실체에

267) Ders., VVDStRL 17(1959), S.222.

268) Vgl. BVerwGE 105, 348(354)=NVwZ 1998, 395; 92, 258(261)=NVwZ 1993, 890.

269) 특히 절차간소화의 경향에 맞춰 동조가 절차 및 그것의 하자의 의의가 더욱 약해지는 식으로 1996년에 개정되었다. 즉, 제소불가요건으로 과거의 “본안에 있어 다른 결정이 행해질 수 없는 경우”가 “위법사실이 결정에 실제적으로 영향을 미치지 아니하였음이 명백한 경우”로 바뀌었다. 여기서 지적할 점은, 독일에서 절차완화와 불고려·치유·배제규정의 확대를 통해서 행정절차를 신속화하고 절차하자의 법효과를 축소하려는 입법자의 노력이, 그들이 견지하는 행정절차의 봉사적 기능에 부합한다는 점이다. 절차하자에 대해서 과도한 비중을 부여하는 것과 탈규제화는 서로 相馳되는 현상이다. 우리의 경우 이 문제가 그다지 조명을 받지 못한 채 과도한 절차중시적 경향이 지배하고 있다. 이에 관한 상세는 vgl. Dolde, *Verwaltungsverfahren und Deregulierung*, NVwZ 2006, S.857ff.

주된 초점을 두고서 행해진다는 점에서, 사법통제의 陰地에 행정절차가 위치한다는 것이 확인된다. 하지만 그동안 EU법의 일치화 효과로 인해, 다른 나라 행정절차와 대비되는 독일 행정절차의 차이점이 다소간 해소되었다(후술).

## 2. 1976년 독일 행정절차법의 구상상의 한계

이런 전통에서 성립한 1976년 연방행정절차법 및 그에 맞춰 성립한 각주의 행정절차법은 다음과 같은 구상상의 특징을 지니며, 동시에 그에 따른 취약점을 드러낸다.<sup>270)</sup>

i) 행정의 바탕이 되는 원칙적 유형은 고권행정이다. 이들 행정활동을 위한 전형적인 공법적 활동만이 행정절차법의 대상이다(동법 제 1조 제1항). 사법형식의 행정의 중요한 영역, 가령 협의와 광의의 행정사법작용과 관련해선, 절차적 보장, 가령 기피제척과 중립성의 규정을 통한 그것의 정렬의 문제에 대해서 동법은 아무런 언급을 하지 않는다. ii) 행정절차법은 좁은 의미에서 결정지향성을 가지며, 권리형성적 결정이 문제된다. 행정절차법상 규율의 주된 대상이 행정행위와(공법계약의 의미로서의) 행정계약이듯이, 행정절차는 행정의 외적 권리형성적 발현에 이바지한다. 따라서 새로운 조종모델에서 바탕이 되는 “내적 절차적” 사고가 들어있지 않다. iii) 행정결정 중에서도 행정절차법이 중심에 두는 것은 개별결정이다(동법 제9조). 즉, 포착된 행정활동은 주로 집행활동이어야 한다. 행정적 규범정립(법규명령과 행정규칙)은 구체화와 자가프로그래밍의 형식으로 의회법률과 개별집행행위의 사이에 출현하는데, 이들은 동법률의 체계에 결코 자리를 잡지 못하고 있다. 전통적 구상을 따르는 기존의 행정법의 교과서 역시

270) Schmidt-Aßmann, §27 Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des VerwR II, Rn.13f.; ders., NVwZ 2007, S.40(41ff).

대개 조례, 법규명령과 행정규칙을 “法源論”에서 다룬다.<sup>271)</sup> iv) 행정의 집행결정에선 일방적 규율이 지배하는데, 그 중심 법제도가 행정행위이다. 행정계약 역시 마찬가지로 인정을 받는다. 그러나 행정절차법은 특히 행정행위를 대체하는 (중속적인) 계약에 대해선 고조된 관심을 갖지만(동법 제54조 제2문), 대등적 계약과 그로 인한 상황에 대해선 그렇지 않다. 나아가 협력적 행정의 요청은 기껏해야 착안점의 차원에서선 포착되지만, 그런 민관협력관계를 법률에 도입하려는 노력은 아직까지 실효를 얻지 못한다. 이유는 그것이 기왕의 법률체계를 넘기 때문이다.<sup>272)</sup> v) 법률은 실체법에 대한 절차법적 규율의 봉사적 기능을 출발점으로 한다(동법 제46조). (실체법과 절차법의) 충돌경우에 결정적인 것은 “결과적 타당성”이어야 한다. 중요한 절차작용은 추가로 사법절차에서도 追完될 수 있다(동법 제45조). 이런 배경에는 행정결정에 관한 특별한 타당성의 이해가 자리를 잡고 있다. 그것은 작용지향성보다 통제지향성을 더 강하게 가지며, 사법통제에 대해 중심적 위상을 부여한다. vi) 시민과 행정간의 커뮤니케이션관계가 밀착된 (확고한) 역할을 지닌 법(권리)관계로 정의된다. 시민은 어떤 식으로 가능한 경우에만 자신의 개인적 권리를 추구한다. 행정은 법구속적이지만, 공공복리를 위하여 궁극적으로 전적인 책임을 진다. 이 점은 가령 행정절차법 제24조에서 직권탐지주의를 채택한 데서 분명히 드러

271) 반면 그것들을 행정의 작용형식으로 포착하고 그에 알맞은 절차규칙을 정렬하는 문헌으로 vgl. Erichsen/Ehlers(Hrsg.), Allg. VerwR, §§18, 19.

272) 독일 연방정부는 “현대국가-현대행정” 이란 정부프로그램안에 행정과 사인간의 파트너적 공동작업의 주제를 포섭하였다. 그 프로그램의 하나로서, 2005.6.30.에 “공사협력관계의 전환촉진과 법률적 대가조건(한정조건)의 향상을 위한 법률”(PPP-Beschleunigungsgesetz, PPP촉진법)이 제정되었다. 그러나 이것으로써 법적 충돌의 문제를 해소하지 못하였다. 대체적으로 동법은 완성된 PPP-成文化에 해당하는 것이 아니라, 관련 법률을 개정·보충하는 조항을 담고 있을 뿐이다. 아울러 “행정법적 제휴관계”에 관한 규율을 행정계약을 바탕으로 행정절차법상으로 채용하는 것도 논의되고 있다. Vgl. Reicherzer, Die gesetzliche Verankerung von Public-Private-Partnership, DÖV 2005, 603ff.; Häfner, Aspekte einer Normierung von Public Private Partnerships, LKV 2005, 340ff.

난다. vii) 행정절차법의 표상에 의하면, 시민의 관심사는 특히 일단 받은 수익의 존속유지를 목표로 한다. 그와 관련해서 법적 안정성, 존속력, 그리고 신뢰보호가 중심역할을 한다(동법 제43조, 제48조, 제59조). 사실 신뢰보호가 행정절차법제정에서 중심화두가 되었다. 행정은 자신의 행위의 적법성에 전적으로 책임을 지고, 수익자는 소위 맹목적으로 그것을 믿는다고 추정된다는 사고에 의해, 신뢰보호원칙의 토대가 만들어 졌다. 이런 논증은 단순한 관계에선 통할지 모르지만, 소위 세계적 활동영역을 갖는 기업이 관련된 경우엔, 그것은 잘못된 기준이다. 그리하여 유럽최고법원은 적절하게 공동체법위반의 보조금의 반환요구에 관한 자신의 판례로써, 독일 행정절차법 제48조 제2항과 제4항의 강조된(과장된) 신뢰보호에서 약간 벗어났다(후술). viii) 활동하는 행정은 폐쇄된 단위체 자체로 상정되고 있다. 문서비밀유지의 원칙이 지배하며, 그것은 절차참여자의 문서열람권에 의해서만 상대화된다(동법 제29조). 행정내부적인 자료흐름은 독립된 법문제로 포착되지 않는다. 오늘날 행정문화를 특징 지우는 주제인 데이터보호, 정보자유 그리고 정보전송은 행정절차법에서 고려되지 않고, 고유한 개별법에 맡겨져 있다. 종종 그것들의 규율이 일반 행정절차법과 일치하지 않곤 한다. ix) 내국지향성이다. 동법 제4조 내지 제8조의 빈곤한 행정응원(직무보조)규율이 증명하듯이, 행정절차법은 국제적 행정교류의 일을 자신의 관심사로 보지 않는다. 행정관계의 증가하는 국제화가 전적으로 행정절차법 밖에 놓여있는 셈이다.

이상에서 본 대로, 독일 행정절차에서 전체적으로 바탕이 되는 구상은, 바로 고전적인 법률집행적 행정이다. 이 구상은 오늘날에도 다툼의 여지가 없다. 즉, 경찰, 건축 등의 다수의 행정결정이 매일 이 모델에 따라 발해진다. 그렇지만 공공발주제도, 행정적 계획, 정보행정과 리스크행정과 같은 중요한 행정분야가 여전히 행정절차제도에서

배제되고 있듯이, 행정절차의 기능적 다양성이 제공하는 조종가능성이 전혀 활용되고 있지 않다. 그리하여 Schmidt-Aßmann은, 비록 독립된 절차적 법사고까지 들어가진 않더라도, 행정과 행정법이 오늘날 논의하여야 할 도전에 응하기 위해선, 구상적인 차원에서 절차법적 사고가 요구된다고 강조한다. 그는 오늘날 독일 행정절차법이 직면한 현재의 도전이자 요청으로, i) 국가와 사회간의 책임분배(보장행정의 절차법), ii) 학계와 기술적 현실화의 새로운 요청(행정과 관리에서의 탄력성과 혁신을 가능케 하는 절차), iii) 새로운 정보·커뮤니케이션의 형식(정보사회의 절차법), iv) 국제적, 초국적, 월국적 행정청협력의 새로운 형식(국가초월적 연계망의 절차법)을 든다.<sup>273)</sup> 이들의 動因과 契機는 국내적, 유럽적, 국제적 영역의 차원에 존재한다. 이로부터 비롯된 자극이 그 효과마냥 쉽게 분리될 수 없기에, 독일행정법, 유럽행정법, 국제행정법은 相生(유착)한다고 하겠다. 요컨대 행정절차법은 이런 움직임의 선두에 있다.

#### IV. 행정절차법의 유럽적 차원

독일법의 경우 - 직접적으론 유럽공동체법에 의해서, 간접적으론 비교법적 인식의 영향에 의해서 - 유럽의 발전과의 상관관계에서 절차법적 사고의 강화를 경험하고 있다.<sup>274)</sup> 즉, 유럽행정결합체 그 자체가 고도의 절차결합체(Verfahrensverbund)이다.<sup>275)</sup> 이에 더해서 유럽헌법본문, 유럽연합조약의 제1차법, EMRK가 뚜렷한 절차적 요소를 담고 있다(전술). 끝으로 모든 유럽 법질서에는 기본적인 절차보장의 공통된 總和가 존재한다. 요컨대 비록 이제까지 전체적인 “절차철학”이 결코

273) Schmidt-Aßmann, NVwZ 2007, S.40(42).

274) 유럽법발전의 상관관계에 관해선 vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, Kap.1 Rn.64ff.

275) Röhl, §30 Ausgewählte Verwaltungsverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des VerwR II, Rn.50.

만들어지지 않았고, 회원국과 유럽공동체법조차도 오히려 절차법적 의의를 구별되게 평가하고 가령 절차하자의 취급에서 다소간 동요하더라도, 절차법적 사고가 공동의 유럽행정법의 기본형식에 해당하는 것으로 모아진다.<sup>276)</sup> 다시 말해, 유럽공동체의 통합공동체에서 다양한 회원국의 법질서는, 유럽적 법제정과 판례와 같은 중재장치를 통해서 지속적이고 긴밀한 대화를 서로 나눈다고 하겠다.<sup>277)</sup>

### 1. 유럽공동체에서의 절차의 원칙적인 위상

유럽공동체법에서도 절차법은 대체적으로 두 가지 기능을 이행한다. 그것은 효과적인 권리관철과 개인의 권리보장에 이바지한다. 유럽행정절차법 역시 독일행정절차법과 마찬가지로, 우선 행정적 활동의 합리화와 개인적 권리보호의 보장을 목적으로 한다.<sup>278)</sup> 유럽공동체조약 제230조는 특히 “본질적인 형식규정”의 위반을 이유로 한, 공동체의 법적 행위의 무효소송을 허용하고 있다. “형식규정”의 표현은 매우 좁으며, 본질적으로 형식과 절차상의 질책의 문제이다. 유럽최고법원은 절차요건의 준수를 엄격히 심사한다. 왜냐하면 유럽공동체법은 전체적으로 세밀함과 규율밀도에서 비교적 낮아서, 해당 기관에게 매우 광범한 재량여지가 부여되기 때문이다. 그리하여 행정기관이 재량을<sup>279)</sup> 행사할 수 있는 모든 경우에, 실체적 권리침해의 물음만으로 해당 조치의 통용(효력)을 가늠할 수가 없다. 이 점에서, 유럽공동체법이 취하는 절차에 관한 엄격한 감시의 입장은, 유럽공동체법의 축소된 실체적 조종능력과 -비록 경향에 불과하고 실체영역의 특성에 따른

276) Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 2005, S.1135ff.

277) Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßman/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des VerwR II, §27 Rn.15; Kahl, VerwArch 2004, 1(3, 28ff.); Schmidt-Preuß, Gegenwart und Zukunft des Verfahrensrechts, NVwZ 2005, S.489(493).

278) Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, S.170ff.

279) 유럽공동체법에서의 재량은 재량여지, 판단여지 그리고 계획여지를 위한 상위개념으로 보아야 한다.

것이긴 해도 - 축소된 사법통제밀도를 위한 보완(보충)으로 기능한다.

이런 대강의 여건을 감안한즉, - 결정적으로 목적프로그램과 성질기준을 목표로 한 - 유럽공동체의 환경법이 “참여적 절차법적 수단을 지속적으로 확장하는 것”을 그 특징으로 하는 것이 결코 놀랍지 않다. 특히 이런 분야에선, - 프로젝트와 관련한 환경영향평가(UVP), 생태사 전심사(Öko-Audit)의 예들이 보여주듯이 - 개인은 실질적으로 향상된 정책결과를 가져다 줄 매개체로서 기능하기에, 개인적인 권리방어와 공공복리실현간의 한계가 흐릿해진다. 유럽보조금법(유럽공동체조약 제87조 제3항)에서도 유럽집행위원회가 광범한 재량을 행사하는데, 이를 유럽최고법원은 복잡한, 역동적인, 경제적, 사회적 사안을 평가할 불가피성으로 근거를 지웠다.<sup>280)</sup> 그리고 사법통제는 절차·이유제시의 규정이 준수되었는지 여부, 집행위원회가 바른 사안을 근거로 삼았는지 여부, 동 위원회가 사안을 분명히 하자있게 판단하였는지 여부, 재량남용이 확인될 수 있는지 여부의 심사에 국한되었다.<sup>281)</sup> 유럽의 공공발주법(Recht der öffentlichen Auftragsvergabe) 역시 전통적인 독일법에 비하면 절차권의 고양된 의의를 강조한다. 1995.8.11.자 판결로써<sup>282)</sup> 유럽최고법원은, 독일 공공발주법이 제공자의 보호에 이바지하는 절차규정의 통제의 가능성을 전혀 규정하지 않고, 행정규칙으로 분류될 공사규정(Verdingungsordnung)에 편입하는 식으로 공공발주지침을 전환하는 데 만족하였다고 비판하였다.

요컨대 절차사고에 대해 - 독일법질서와 유럽법질서상으로 - 비견가능한 기능이 부여되긴 하지만, 실은 전적으로 구별된 위상이 설정되어 있다고 하겠다.<sup>283)</sup>

280) EuGH, Slg. 2000, I -6857 Rn.67.

281) EuG, Slg. 1998, II-1 Rn.148; Slg. 1999, II-2881 Rn.46.

282) EuGH, Slg. 1995, I-2303 Rn.19ff.

283) Kahl, VerwArch 2004, S.1(12).

## 2. 유럽공동체의 다차원시스템에서의 행정절차의 의의

유럽통합의 진전에 따라 집행위원회, 유럽행정청과 회원국행정청간의 행정결합이 등장하였다. 행정결합체(Verwaltungsverbund)은 통일적으로 이용 가능한 정보를 총합적으로 가진 확고한 조직체를 의미하지 않는다. 여기서 행정은 국내적 주체와 유럽적 주체간의 (부분적으로 완화되고 부분적으로 강화된) 공동협력형식으로 행해진다. 사실 유럽적 행정결합은 후술할 공동체법의 他者執行이 행해지는 유럽적 행정구조의 현재 상태를 은유적으로 표현한 것이지, 규범적 개념은 아니다. 즉, 그것은 통상 생기는 일정한 구조요소(집행분배와 집행착종)를 서술하고, 이런 구조의 일정 기능에 관한 분석적인 사고를 전달한다. 이 같은 용어로 얻어지는 利點은 유럽적 집행실무의 특징적인 요소에 관한 분명한 모습을 간취할 수 있다는 데 있다. 유럽연합에서 행해지는 초국가적 행정청과 국내적 행정청간의 결합으로 인해, 지금의 현황을 기왕의 분리체계(자기집행과 타자집행)로선 더 이상 적절하게 포착할 수가 없다. 행정결합의 사고는 이제까지 제도화된 행정협력(공동작용)을 넘어선다. 행정협력은 행정결합의 두 번째 요소인 집행착종의 중요한 구성요소이긴 하나, 본래 그것은 대등한 관계를 상정한 것이다. 반면 행정결합은 대등한 관계는 물론, 위계관계적 요소까지도 포섭할 수 있다.

요컨대 행정법의 절차관련성과 절차법적 중요성의 획득은, 유럽공동체차원에서 보자면, 다차원시스템의 행정적 특수성과 관련이 있다. 유럽공동체차원의 행정의 경우, 통일적으로 가용한 총체적 정보를 지닌 그 자체 확고한(완결한) 조직체(행정단위)가 활동하는 것이 아니라, (부분적으로 완화되고 부분적으로 강화된) 국내적 주체와 유럽적 주체



가 서로 협력하는 양상을 띤다.<sup>284)</sup> 쌍방적인 보고, 동조와 공통적 결정의 추구가 예외적 현상이 아니라 통상의 상황이다. 그리하여 집행위원회고문단(komitology)·쌍방적 직무보조·감독의 절차가 유럽행정결합체의 핵심요소이다. 가령 보조금감독법, 경쟁감독법 그리고 구조기금관리법은 광범한 절차규율로 이루어지는데, 여기서 특히 필수적 행정청간의 공동협력을 조직화하는 것이 관건이다.

결합체(Verbund)는 무엇보다도 수직적, 수평적 행정관계의 정보연합체이다. 고유한 절차의 광범한 다채로움이 없는 연합공간의 행정은 견지될 수 없다. 따라서 다음처럼, 유럽공동체법은 고유한 절차규율을 제공할 뿐만 아니라, 회원국의 행정절차법에 대해서도 관심을 가져야 한다.

i) 동법은 적어도 국내 행정을 통한 그것의 효과적인 집행을 위한 기본요청을 확립하여야 한다. 이를 위한 유럽공동체절차법이 조성되지 않는 한, 국내행정은 (실체적) EG법을 국내행정의 고유한 절차법의 척도에 의거하여 집행한다. 그들은 조직적 측면에서 그리고 절차적합의 측면에서 자율을 누린다. 그렇지만 이것(자율)은 EG 법에 의해 유럽최고법원의 “병렬(조정)공식”의 의미에서의 등가성/효과성의 원칙에 따라 제한되고 整流된다.<sup>285)</sup>

ii) 개개의 정책영역에서 가령 환경법에서 유럽공동체법은 이를 넘어서 국내 행정절차법에 관한 고유한 내용적인 형성상의 요청 - 이는 실체적인 정책목표의 실현에 이바지한다 - 까지도 규정한다. 이것의 배경에는, 특별한 실체목표 가령 자원절약의 촉진, 시장투명성의 조성 과 정책신뢰의 제공을 위한 절차의 특별한 조종적합성이 존재한다.

284) Schmidt-Aßmann, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des VerwR I, § 5 Rn.16ff.; Britz, Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund?-Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn-, EuR 2006, 46ff.

285) Schmidt-Aßmann, in: Festgabe 25 Jahre BVerwG, 2006, S.487ff., und Schoch, ebda., S. 507ff.; Pünder, Verwaltungsverfahren, in: Erichsen/Ehlers(Hrsg.), Allg. VerwR, §12 Rn.18f.

### 3. 다른 유럽국가의 절차법-특히, 영국, 프랑스, 스페인

비록 유럽국가의 행정전통이 상이하더라도, 절차법적 규율이 증가하고, 행정절차법이 중요성을 획득한다는 점은 여기서도 다양하게 입증된다.<sup>286)</sup> 여기서 두 가지 경향이 드러난다. 하나는, 절차법의 중요한 범위를 법률적으로 즉, 사정에 따라선 심지어 헌법적으로 규율하려는 경향이고, 다른 하나는, 법치국가적 핵심보장을 넘어서 투명성/참여규정을 마련하고, 그로써 행정절차에 국가적 커뮤니케이션의 사고를 널리 발휘하려는 경향이다.

#### 1) 영 국

오랜 절차적 전통을 가진 나라가 영국이다. 완고한 규범적 핵심은 보통법에 내재한 자연적 정의의 사고에 기인한다.<sup>287)</sup> 이는 실체적 요소는 물론, 절차적 요소도 담고 있다.<sup>288)</sup> 특히, 결정주체의 편견배제(*nemo iudex in re sua*)와 법적 청문의 원칙(*audi alteram partem*)이 절차를 위한 기준에 해당하는데, 최근 공정한 절차의 원칙(*duty to act fairly*)이 강력히 부각되었다. 법관에 의해 사법적 통제를 위한 기준으로 우위를 점한다고 하지만, - 도시건축법과 같은 많은 특별대상을 제외하고선 - 일반적인 절차법은 아직 성문화되지 않고 있다. 대저 행정청의 일상적 실무를 위해선, 협의의 의미에서의 법도그마틱적 이론보

286) Pünder, in: Erichsen/Ehlers(Hrsg.), Allg. VerwR, § 12 Rn.22f.

287) P. Craig, Procedures and administrative decision-making, in: REDP/ERPL(Revue Européenne de Droit Public/European Review of Public Law), Sonder Heft, 1993, S.55ff.; F. Ridley, Länderbericht Großbritannien: England ist anders?, in: Hill/Pitschas(Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahren, 2004, S.205(213ff.).

288) Bergner, Grundrechtsschutz durch Verfahren, 1998, S.176ff.; Phillips/Jackson/Leopold, Constitutional and Administrative Law, 8.Aufl., 2001, Rn.31-; Herdegen, Länderbericht Großbritannien, in: A. Frowein(Hrsg.), Die Kontrollpflicht bei der richtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993, S.38(47f.).

다는 오히려 실용적 법칙, 관리이론, 행동지침(codes of conduct)이 더 중요하다고 한다.<sup>289)</sup> 즉, 영국의 행정실무는 다른 국가에서보다 덜 제정법에 의해 정해져 있다고 하겠다. 그렇지만 이런 덜 규범화된 현실로 인해, 영국의 경우 새로운 절차적 정렬 말고도 전통적인 형식을 발전시켜 실험을 강구할 수 있게도 한다. 가령 다극적 문제의 해결의 경우, 본래 전형적인 재결절차에 걸맞지 않을 수 있으며, 조정이나 중재를 통해서 더 좋게 접근할 수 있다고 한다. 그리하여 특히 영국은 특히 무엇이 행정절차이어야 할지를 숙고하게 하는 자극을 주는 국가이다. 해서 유럽공동체법의 형성에 대한 영국의 영향은 현저하다고 여겨진다.

## 2) 프랑스

프랑스에서 행정절차법은 70년대까지 주로 법관법적으로 정해져 있었다. 이후에 프랑스 절차법에 오늘날과 같은 형상을 부여하는 입법화가 시작되었다.<sup>290)</sup> 이때 입법자는 이제까지의 법관법을 단순히 확인하는 데 그치지 않고, 오히려 부분적이거나 새로운 규율을 시도하였다. 그러나 기왕의 상황보다 더 나아간 일반적 규정은 항상 예외적인 것이었는데, 그래서 1979년에 부담적 행정행위를 위한 이유제시의무가, 1983년에 청문원칙이 도입되었다. 최근의 중요한 법률이 “시민과 행정과의 관계에 있어서의 시민의 권리에 관한 법률”(“loi relative aux droits des citoyens dans leur relations avec les administrations”)이다.<sup>291)</sup> 행정절차의 중요한 원칙으로 투명성, 철저함(정확함), 불편부당성, 신속성, 주지성(공공연함)이 운위된다.<sup>292)</sup>

289) Ridley, Länderbericht Großbritannien, S.210f.

290) Landenburger, Verfahrensfehlerfolgen im deutschen und französischen Verwaltungsrecht, 1999, S.23ff.

291) Loi no. 2000-321 du 12 avril 2000, Le Journal officiel de la République française v.13.April 2000, S.5646.

292) Fromott, Länderbericht Frankreich, in: Hill/Pitschas(Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahren, S.73ff.

절차권의 의의는 재판통제에서 절차하자를 다루는 데서 추구될 수 있다. 프랑스법에서도 독일법처럼 폐지가능성(annulable)과 무효(nullité)가 구분된다. 폐지사유는 형식적 하자과 실체적 하자이다. 형식적 하자에 무관한, 절차하자, 형식위반이 들어간다. 이들은 원칙적으로 행정활동의 폐지를 초래한다.

그러나 이런 원칙에서 다수의 예외가 존재한다. 즉, “기속권한에 있어서 효과 없는 주장 이론”(théorie des moyens inopérants en cas de compétence liée)에 따라 기속결정의 경우엔 폐지가 고려되지 않는다. 그 밖에 폐지가 고려되지 않는 중요한 예외가, 결과에 대해 추상적인 관련성을 갖지도 않을 뿐더러 관련인을 위한 절차보장도 담고 있지 않는 “비본질적인 형식”(formalités non substantielles)이다. 또한 중요하지 않은 형식/절차규정의 위반은 재량결정의 경우라 하더라도, 폐지가 초래되지 않는다고 한다.<sup>293)</sup>

이런 분류를 위한 기준으로, 구체적인 결정관련성과 다른 방도를 통한 목적 실현 여부를 들 수 있다. 그렇지만 소위 절대적 절차하자는 폐지를 초래하는데, 이런 절차하자는 가령 계획절차에서의 공람의 결여의 경우처럼 대형프로젝트를 위한 계획결과와 상관관계가 있을 때 받아들여져야 한다.<sup>294)</sup>

한편 절차하자는 치유될 수 없다.<sup>295)</sup> Clemens Ladenburger는 그의 기본연구에서, 프랑스법은 독일법보다 절차하자를 현저히 더 엄격하게 정하지만, 실은 법원이 엄격한 하자제재와 행정능률간의 목표충돌을 절차법의 “탄력적인” 개별경우와 관련한 해석을 통해서 균형을 가져다준다는 점도 고려되어야 한다고 결론을 내렸다.<sup>296)</sup>

---

293) Landenburger, Verfahrensfehlerfolgen, S.159ff.; Sonnenberger/Autexier, Einführung in das französische Recht, 3.Aufl., 2000, S.81.

294) Landenburger, Verfahrensfehlerfolgen, S.211ff.

295) Fromott, Länderbericht Frankreich, S.82.

296) Landenburger, Verfahrensfehlerfolgen, S.476.

## 3) 스페인 등

스페인 역시 주목할 만한 절차법적 전통과 19세기로 소급되는 성문화의 역사를 갖고 있다.<sup>297)</sup> 동시에 스페인은 포르투갈, 핀란드와 비슷하게 행정절차의 주제를 오늘날 헌법 그 자체에서 규율하는 나라이다. 그래서 1978년의 헌법 제103조는 행정의 공공복리구속과 입법구속을 확립하고, 행정에 대해선 특히 객관성과 효과성을 향하도록 의무를 지운다.

제105조는 입법자에게 법규명령의 발함 이전에 시민의 청문을, 행정정보에의 시민의 접근을, 행정행위를 발하기 위한 절차를 규율할 것을 명한다.

공통된 행정절차를 규율할 권한은 중앙국가에 속한다(제149조 제18호). 이런 헌법규정을 충족시키면서, 1992.11.26. 법률 제30호/1992<sup>298)</sup>는 가장 중요한 절차성문법에 해당한다.

동법은 광범한 청문권, 정보제공·조언권, 행정행위를 위한 이유제시의무를 인정한다.<sup>299)</sup> 절차하자는 법규명령의 경우에는 원칙적으로(통상) 무효를 초래하고, 반면 행정행위의 경우엔 원칙적으로 결코 폐지가능성을 초래하지 않는다(제62조 제2항).

최고법원은 - 문헌상의 증가하는 비판에도 불구하고 - 이런 완고한 도그마틱에서의 예외를 제한적으로 다룬다. 그리하여 프랑스의 경우, 청문하자가 사법절차에서도 치유될 수 있는 등, 소송경제적 고려가 우세하다고 하겠다.<sup>300)</sup>

297) Mir Puigpelat, Das Verwaltungsverfahren in Spanien: Eine Einführung, DÖV 2006, 841ff.

298) Mir Puigpelat, Das Verwaltungsverfahren in Spanien, 843ff.

299) Mir Puigpelat, Das Verwaltungsverfahren in Spanien, 845f.

300) Mir Puigpelat, Das Verwaltungsverfahren in Spanien, 847f.

## V. 유럽행정절차법과 독일행정절차법의 차이점<sup>301)</sup>

### 1. 절차본질에 관한 상이한 이해

#### 1) 상이한 절차이해의 원인

절차이해가 상이한 법질서에서 실현된 기본적인 선택은 다름 아닌, 절차의 본질에 관한 상반된 접근의 소산이다. 즉, 한 입장은 절차가 봉사적 기능을 가지며, 이를 위해 전형적으로 실체법을 출발점으로 삼는다(이를테면 節次奉仕說). 이런 법제에서 법과 그것의 실현으로부터 우선 기대하는 바는, 바른 내용적 결론을 실현하는 것이다. 전체적으로 이런 이해를 바탕으로 한 선택은, 결과지향적 사고를 특징으로 한다. 그 반대의 입장에서 절차에 대해 고유가치(독자가치, Eigenwert)를 부여한다(이를테면 節次固有價值說). 이런 사고의 핵심구상은 바른 결론이 아니라, 공평한(fair) 절차이다. 정연한 공평한 절차의 유지, 모든 참여자를 위한 서술/논증의 기회의 공개로부터, 바른 결론을 위한 가장 중요한 보장을 기대한다. 다시 말해, 이런 사고는 “바른”(richtig) 혹은 적합한 결론의 실현가능성에 대한 현저한 懷疑를 전제로 한다. 법의 임무와 가능수단은, 가능한 한 바른 절차형성을 통해 간접적인 방법으로(이나마) 결정발견을 위한 최선을 행하였다는 점에 있다. 이런 사고에 의하면, 타당성(올바름)과 정의는 절차와 무관하게(내지 맥락만으로) 실현될 수가 없으며, 또한 이런 절차관련성을 벗어나 고립적으로는 판단이 내려질 수가 없다.

301) 이하의 내용은 Wahl, Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, DVBl. 2003, 1285ff.를 중심으로 논의를 전개한다. 한편 후술할 독일 행정절차법의 유럽화의 구체적 내용과 약간의 중첩을 면할 수 없음을 밝힌다.

## 2) 상이한 절차이해의 영향미침

해당 절차이해의 중요성은 하자효과(결과)론에서 가장 강하게 드러난다. 여기서 법질서가 절차규정을 얼마나 중요하게 여기는지에 관한 태도가 형성된다. 절차에 대해서 고유가치를 부여하는 입장을 출발점으로 삼으면, 하자는 원칙적으로 결정의 위법성에 영향을 미치고(즉, 그것은 원칙적으로 고려할만하고), 그 하자는 원칙적으로 치유불가능하다. 반면 실체법의 우위에 출발점을 두는 법질서는, 절차하자의 효과를 달리 규율한다. 여기서 절차하자의 불고려의 인정은, 결론이 바르고 바른 것으로 심사된 경우에는 당연하다. 가령 독일적 사고에 의하면 자명한 점은, 규율의, 지침의 전체목표는 우선 목표·목적에 적합한 결과의 실현에 있다.

그런데 Wahl 등에 의하면, 독일과 같은 법질서가 다른 법질서에 비해 절차권에 대해 상대적으로 낮은 의의를 둔다는 점만을 이유로, 그런 법질서를 부정적으로 평가하려는 것은 성급하다고 한다. 즉, 실체법과 단순한 절차법과의 상관관계의 의미에서, - 다른 나라에 비해 상대적으로 - 집중적인(심도있는) 실체적 통제가 행해진다는 점이 고려되어야 한다. 사실 이런 실체적 통제는 절차하자의 낮은 비중과 균형을 맞추는 데 적합할 수 있다. 또한 그것은 절차법과 실체법의 총합적 의의에서 보면, 행정작용과 위법한 행정작용을 위한 제재상의 요청에 대해 상당한 높은 수준에 도달할 수 있다.

이런 점은 심지어 유럽최고법원이 취하는 주지의 공식인 효과성의 원칙(국내법은 공동체법의 실현이 실제적으로 불가능하게 되도록 하여선 아니 된다)에서도 드러난다.

비록 국내 행정절차법이 유럽공동체법적으로 절차권을 관철하는 데 그다지 도움을 주지 않더라도, 실은 - 대부분 유럽공동체에 의해 정해

지고 규정된 - 실체법을 통해 심도 있는 통제가 행해졌으며, 그리하여 유럽공동체법의 전체목적이 실제로 실현되도록 도움을 주는 경우에는, 공동체법의 실현이란 실제로 가능하고 평균적으로 아주 확실하다. 따라서 공동체법의 효과성의 원칙과 관련해서, 절차법의 좁은 영역을 목표로 삼아야 하는지 아니면 절차법과 실체법 총체를 목표로 삼아야 하는지 여부에 물음이 제기된다. 아무튼 확인할 수 있는 점은 기본공식이 처음부터 절차법에만 국한되어선 아니 된다는 것이다. 이 점은 실체적 내용이 중요한 유럽공동체법의 그런 법규정에 추가로 통용된다. - 환경영향평가의 경우에서처럼 - 유럽공동체법이 절차권에 우선적 가치를 부여하는 경우에만 이 점이 문제된다. 그곳에선 독일적 구상이 사실상 기능장애에 겪는다. 즉, 독일법으로선, 기왕의 입장과 구별되게 답하고 대응하지 않으면 곤란을 겪을 것이다.

### 3) 절차법과 실체법의 보완(보충)의 관계

이상의 고찰에서 드러난 점은, 법질서가 절차규정을 대저 행정법의 총체에 어떻게 편입시킬지의 문제는, 선택가능성을 염두에 두고서 답이 내려질 수 있는 물음이다. 이런 점에서 절차법과 실체법의 보완/보충의 관계를 유의하지 않고선, 중국적으로 판단이 내려질 수가 없다. 법질서는, 절차에 관한 이해만이 아니라, 실체법의 의의와 행정재판에서의 실체법의 심사의 강도에 관한 이해도 형성하였다. 이 점은 논의를 처음부터 협소하게 행하지 않기 위하여 강조되기도 한다. 절차법과 실체법에서의 통제밀도를 함께 바라보고, 소위 합산하고 그리하여 통제의 총체가 상당한지 아니면 극단의 해로움에 해당하는지 여부의 물음을 제기할 때, 절차법과 실체법의 보충적 상관관계가 관건이 된다. 두 가지 요소를 동시에 극대화시킬 수 없다. 사법구제에 관한 모든 경험에서 보건데, 엄격한 절대적인 하자효과체제와 행정결정에 관한 밀도 있는 실체적 통제, 이 양자를 결합시킬 순 없다. 사실 독일



공법도그마틱으로선 행정결정에 관한 완전한 실체적 통제가 이미 의문의 여지가 없는 理想과 宗旨(教條)로 격상되어 있다.

## 2. 유럽공동체(EG)-고유행정법과 국내법간의 개별규율상의 차이점

### 1) 유럽행정법질서의 일부로서의 유럽공동체(EG)-고유행정법

유럽적 행정절차법은 완전히 다툼의 여지가 없는 권한법적 토대에 의거하여, 유럽공동체조직(기관)의 자기집행을 위하여 전개되었다. 당연히 그것은 이런 활동을 위하여 법칙(규칙)을 제공할 수 있으며, 또한 제공하여야 한다. 또한 이들 법칙은 당연히 유럽적 차원에서 법정립과 유럽최고법원의 판례를 통해서 독립되게 전개될 수 있다. 유럽공동체의 명시적 규정이 결여되면, 법관의 범형성의 방법으로 -보다 자세히는 회원국의 공통된 헌법전통으로부터 - 법칙을 전개하는 것이 유럽최고법원의 본질이다. 이런 점에서 자기집행의 분야에서의 제도·규정은 개별 회원국의 규율과 비교해서 완전히 거리가 있다거나 생소하진 않는다. 하지만 그것은 전형 그대로 개별 회원국의 법칙에 합치하지도 않는다. 그래서 독일법과 관련해서, 특별한 상황이 만들어진다. 유럽공동체의 고유한 결정(법제도)과의 相違가 나타난다고 예상할 수 있으며, 예상하여야 한다. 그런 차이점은 대저 눈에 띄는 것이 아니라, 예상할 수 있다. 다만 완전하거나 광범한 일치가 놀랄 것이다. 즉, 행정절차법과 같은 범영역에서 유럽공동체의 몇몇 법질서 또는 모든 법질서간에 원칙적인 일치가 존재한다고 확인된다손 치더라도, 이것이 개별적 물음에서 차이가 존재한다는 점을 결코 배제하진 않는다.<sup>302)</sup>

302) 이런 차이는 비교법의 측면에서 대저 문제가 되지 않는다. 균일성이 존재할 필요는 없다. 전체적인 법원칙을 바탕으로 하여, 세부적 규율이 인정되고 실행되는 것이 바람직하다.

## 2) 유럽공동체법의 일반적 절차원칙과 독일법에서의 그것의 대응물

개개의 규정과 절차제도에서와는 달리, 유럽공동체법의 일반적 절차원칙의 경우에는, 그것이 독일법에서 대응물을 갖는지 여부에 관한 물음이 제기될 법하다. 사실상 독일법은 오늘날 주된 범영역에서 일반적 법원칙의 범주를 이전 시대보다는 한층 덜 나타낸다. 1949년 이후엔 독일의 도그마틱에서 행정법, 경찰법, 환경법의 일반적 법원칙이 한층 덜 언급되고 있지만, 여전히 개개의 도그마틱적 학설을 구축하고 향도하고 있다. 그것은 독일법에선 헌법의 차원에서 변형되었기에, 그 존재는 헌법에서 찾아야 한다. 헌법상으로 특히 (행정)절차법을 위한 법치국가원리와 그것의 하위범주에서, 헌법적 원칙과 “규준”을 발견한다. 청문의무, 이유제시의무, 직권조사원칙 등은 법치국가원리를 그렇게 각인한 것이다. 이에 따라 유럽법에서 사용된 일반원칙(“질서있는 행정”, “좋은 행정운영”)이<sup>303)</sup> 독일법에서도 유사한 것이 있는지 여부에 대해서 물음이 제기될 때, 독일 국내법질서에서 인정된 법치국가원리적 절차의 원칙에서 그 답을 신속히 발견할 것이다.<sup>304)</sup> 유럽기본권헌장 제 41조에 규정되어 있는 “좋은 행정운영”의 원칙이 이 점을 입증한다.

## 3. 절차이해에서의 시스템적 차이-공동체행정법과 국내법간의 단절

### 1) EG-고유행정법과 공동체행정법에서의 하자효과체제

EG-고유행정법과 공동체행정법, 이들 양법질서의 관계에선, 개개 법칙(규율)과 제도에서의 차이점만이 아니라, 시스템상의 차이점 역시

303) 최근 국제적으로도 자주 사용되는 “좋은 정부”(good governance)의 구상이 급속히 퍼졌다. 하지만 이것은 “좋은 정부와 행정시행”의 거대영역이 아니라, 개별결정의 미시적 차원에서 주효하다.

304) Gornig/Trübe, JZ 2000, S.395(403).

존재한다. 그것은 절차의 이해, - 그렇게 하고자 하면 - 당시의 절차이념에 기인한다. 이런 구별된 이해가 하자효과규정에 표현되고, 다시금 후자(하자효과규정)를 통해서 전자(구별된 이해)가 도출될 수 있다. 주지하듯이, 독일 행정법은 (독일식의 절차이해를 명료하게 설명하는) 행정절차법 제45조와 제46조에서 행정절차하자의 광범한 치유가능성과<sup>305)</sup> 포괄적인 불고려의 가능성을 열어 놓았다.<sup>306)</sup> 행정절차법 제46조에 의하면, 절차규정의 위반으로 성립하게 된 행정행위의 폐지는, 위반이 결정에 본질적으로(실체적으로) 영향을 미치지 않는다고 명백할 경우(인과성의 결여)엔 요구할 수가 없다.

EG-고유행정법 그 자체는 절차하자를 달리 다루었다. 절차하자의 치유를 고려한즉, 그것의 극단적인 억제를 특징으로 한다고 여겨진다. Gornig와 Trüte는 이를 지도원칙(주지)인양 표현하여, “공동체법적 행정절차에서의 하자는 독일 행정법에서보다 더 중요한(심각한) 결과를 얻는다.”고 기술한다.<sup>307)</sup> 이런 절차이해의 결과, 통상 유럽연합의 법정립기관이 행정결정의 이유제시의무나 법적 청문을 위반하여 결정을 내린 경우, 그 결정은 유럽최고법원에 의한 폐지에 처하게 된다.<sup>308)</sup> 문서열람에서의 가능한 절차하자는 결정을 발한 이후에는 더 이상 치유될 수 없다. 유럽공동체법의 자기집행에서 유럽행정청이 불충분한 사안석명을 하면, 유럽최고법원은 조사미진을 추론하는 것이 아니라,

305) 행정절차법 제45조 제1항, 제2항에 의하면, 참가자의 청문이나 이유제시 등과 같은 요구된 활동이 추후에(사법절차가 종료할 때까지) 추완되는 한, 몇 가지 열거된 절차하자는 치유가능하다

306) 치유/불고려의 규정은 최근에 행정절차법 제45조와 제46조를 넘어서 확대되었다. 즉, 행정절차법 제45조, 제46조의 반절차적 기본경향에 편승하여, 건설법전 제214조 이하의 물론 기타 자치조례의 발함에서의 절차하자의 효과에 관한 규정과 같은 개별영역상의 특별규율이 역시 그에 따른다: §5 Abs. 4 HessGO, §6 Abs. 4 GO Nds., §7 Abs. 6 GO NRW.

307) Gornig/Trüte, JZ 2000, S.395(397).

308) 법적 청문에 관해선 EuGH, NVwZ 1992, 358; EuZW 1994, 603: 이유제시의무의 위반의 경우로 EuGH, NVwZ 1997, 475.

그 발해진 결정을 폐지한다. 여기서 완전히 다른 절차이해가 드러난다. 즉, 이에 의하면 절차규율이 실체법의 효과적인 관철에 이바지할 뿐만 아니라 동시에 행정결정의 타당성을 위한 어느 정도의 보장을 제공한다고 한다.<sup>309)</sup> (절차에 대해) 낮은 독립된 권리보장기능만을 인정하여야 하는 독일 행정절차법과는 대조적으로, 유럽최고법원의 판례상으로 절차법은 독립된 가치를 얻는다.<sup>310)</sup> 즉, 절차법은 실현될 수 없는 실체적 타당성을 절차적 바름(Verfahrensnichtigkeiten)을 통해서 보완하고자 하는 데 있다고 한다.

- 가령 명령이나 국내적으로 직접 효과를 미치는 유럽공동체지침결정이 적용될 경우인 - 타자적 직접집행의 형식이든 - 지침을 국내법으로 전환시키는 (독일법의) 규정이 해당하는 - 타자적 간접집행의 형식이든, 유럽공동체(행정)법이 집행될 때 회원국 국내 법질서의 하자효과체제가 작동되는 것은, 유럽공동체와 회원국간의 집행권한의 원칙적인 분배에 부합한다. 이에 따라 즉, 유럽공동체법의 타자집행에서 공동체통일적인 규정이 없을 땐, 당해 회원국의 집행법이 적용된다. 그렇지만 이런 적용은, 당해 회원국의 집행법이 (경제참여자의 차별대우를 피하기 위해 보장될 필요가 있는) 공동체법의 통일적 적용의 필요성(요청)과 일치하는 경우에만 주효하다.<sup>311)</sup> 이는 구체적으로 다음의 점을 의미한다. 즉, 국내법의 적용이 차별적으로 영향을 미쳐서도 아니 되며, 공동체법적 규율의 실현이 “실제적으로 불가능하게” 되어서도 아니 된다는 것이다.<sup>312)</sup>

---

309) Hirsch, VBIBW 2000, 71(74).

310) Schmidt-Aßmann, Aufgaben- und Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit vor dem Hintergrund der Verwaltungsentwicklung, VBIBW 2000, S.45(49).

311) EuGHE 1983, 2633(2665): EuGH, EuZW 1993, 574.

312) EuGHE 1983, 2666: EuGH, EuZW 1995, 92(93).

## 2) 공동체행정법을 위한 유럽적 절차이해의 의의

재차 강조하건대, 회원국 국내법과 유럽법간에는 통일적 관계가 존재하는 것은 아니며, 후자의 경우엔 EG-고유행정법과 공동체행정법(타자집행의 법)간에 일관되게 구별되어야 한다. 유럽공동체의 EG-고유행정절차법이 독일 행정절차법과 구분된다는 점에서, 분리된 양 법질서의 (한편으론 바람직하진 않지만 법적으로 아무런 결과가 없는) 병립이 초래된다. 이에 반해 타자집행의 경우 공동체법질서와 국내법질서는 법적으로 상호 牽聯되며, 종내 위계화된다. 왜냐하면 자주 언급한 바대로, 회원국 국내법이 공동체법의 집행을 실제로 불가능하게끔 만들어선 아니 되기 때문이다. 독일 행정절차법과 EG-고유행정법간의 相違는, 이런 상관관계에서 회원국 국내법이 집행을 방해하고 저해할 수 있을 것이라고 하는 혐의를 시사한다.

독일 행정절차법 제46조상으로 규정된 폐지청구권의 배제가 특히 시험대에 오른다(후술). 이런 배제로 인해, 절차법적 요청의 무시가 행정결정의 존속(현존)에 아무런 영향을 미치지 않아서 지침에 확정된 절차법적 요청이 실제로 공허해 지는 결과가 초래된다. 그리하여 독일식의 불고려규정의 무한적용은 유럽공동체법의 중요한 절차규범의 시스템상의 제재부재로 귀결된다.<sup>313)</sup> 그러나 이것은 유럽공동체법의 효과적인(효율적인) 전환의 명령(원칙)<sup>314)</sup>과 일치하지 않는다. 유럽공동체법적 규율의 효력(효과성)은, 회원국의 국내행정청이 그것을 준수하지 않더라도 아무런 결과가 초래되지 않을 수 있으면, 당연히 약화된다. 그래서 瑕疵效果(Fehlerfolgen)의 규율에서 다음의 두 가지 점이 맞닥친다. 즉, 한편으론 독일법과 유럽공동체법에서의 구체적 규범간

313) 실제적으로 가장 중요한 것이 환경영향평가를 불실했던 경우이다.

314) 이것의 裏面에 해당하는 것이 “실제적 불가능성”의 공식이다.

의 차이, 다른 한편으론 그것의 배경으로 절차법 및 절차법의 의의에 관한 구별된 構想(Konzept). 전자, 즉, 실정법상의 (다른) 법칙은 빙산의 일각에 불과하고, 表象이 중요하다. 다시 말해, 가시적인 규정의 뒤나 밑에 숨겨진 부분이 결정적이다. 원칙적인 법이해와 역사적인 전통에 의해 이런 숨겨진 부분이 형상화되고, 또한 그 숨겨진 부분이 특별한 법과 절차의 문화를 정한다.

## 제 4 장 독일행정절차법과 유럽화의 문제

### I. 대립된 테제-자율테제와 동질화테제<sup>315)</sup>

#### 1. 자율테제: 국내절차법의 무관의 주장

자율테제(Autonomiethese)의 주장자들은 결정적으로 유럽의 행정법을 - 두 가지의 분리된 法層(Rechtsschichten)으로 - EG-고유행정법과 공동체행정법으로 이분하는 것을 환기시킨다.<sup>316)</sup> 이런 점에서 분리테제(Separationsthese)라고도 말해진다.

통상적인 경우인 타자집행의 영역에선, 공동체법적 규율이 없어서 원칙적으로 국내 행정절차법과 행정소송법의 규정이 가늠잣대가 된다.<sup>317)</sup> 하지만 회원국의 제도적인, 절차상의 자율의 원칙은,<sup>318)</sup> 무한적으로 적용되진 않는다. 등가성의 원칙, 효과성의 원칙에 의해서 설정된 한계를 주의하여야 한다.<sup>319)</sup> 이에 의하면, 특히 적용우위가 부여된 유럽공동체법의 실제적 유효성이<sup>320)</sup> 분산집행의 범주에서, 또한 (마치 공동체법원으로서 기능하는 국내 법원에 의한) 통제의 범주에서 훼손되어선 아니 된다. 즉, 국내법의 적용이 공동체법에 의해 부여된 권리의 행사를 실제로 불가능하게 만들거나 과도하게 곤란하게 만들어선 아니 된다.<sup>321)</sup> 그리하여 독일법이 원칙적인 결정잣대가 되는 영역에서

315) 이하의 내용은 Wolfgang Kahl, VerwArch 2004, 1ff.을 중심으로 논의를 전개한다.

316) Hegels, EG-eigenverwaltungsrecht und Gemeinschaftsverwaltungsrecht, 2001, S. 34ff., 48ff., 86ff., 152.

317) Ehlers, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, DVBl. 1991, S.605(611ff.).

318) EuGH, Slg. 1976, 1989 Rn.5; Slg. 1980, 617 Rn.12; Danwitz, Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht, DVBl. 1998, 431ff.

319) EuGH, Slg. 1998, 4951 Rn.35f.; Slg. 1998, I-7141 Rn.19ff; Slg. 1999, I-223 Rn. 32

320) EuGH, Slg. 1964, 1251(1270f.); BVverfG, BVerfGE 85, 191(204).

321) EuGH, peterbroeck, Slg. 1995, I-4599 Rn.12; Slg. 1998, 4951 Rn.19.

조차 유럽공동체법과의 충돌(소위 간접적 충돌)이 가능하다. 국내법과 유럽공동체법이 충돌하면, 우선적으로 공동체법합치적 해석과 법형성의 제도를 통해 국내법의 수정과 전환이 일어나고, 보충적으로(2차적으로) 유럽공동체위반인 국내규정을 배척할 의무를 통해서 국내법의 제한적용이 일어난다.

아직 널리 밝혀지지 않은 것이, 효과성의 원칙과 연관해서 적용된 기준(실제적 불가능성, 과도한 곤란함)이 어떻게 더 구체화될 수 있는지 하는 것이다.<sup>322)</sup> 유럽최고법원과 유럽최고법원은 EG-고유행정법과 관련해선, (모순이 없지 않은, 그러나 상대적으로 촘촘하고 튼튼한) 연계망을 - 절차권과 절차하자의 처리를 위한 - 개별규준에 연계시켰다. 하지만 공동체행정법에선 이와 관련한 규율이 널리 존재하지 않는다.<sup>323)</sup> 이에 연결된 물음이. 것처럼 공동체행정법적 규율이 부재하는 경우에 고유행정법상의 규준을 차용하는 것이 허용되는지 아니면 심지어 꼭 필요한지 여부이다.

자율테제의 입장에서선, EG-고유행정법상의 절차에 통용되는 원칙을, 타자집행의 영역에서 답을 구하기 위하여, 원용하는 것이 금지된다. 정확한 규준이 없거나, 엄밀성/규율밀도/모순이 없지 않음으로 인해, 아무런 분명한 답이 제공되지 않는 한, 전적으로 국내법이 결정적 기준이 된다.<sup>324)</sup> 이런 EG-고유행정법의 원용금지를 근거지우기 위하여, 구별된 이익상황이 지적된다. 공동체행정법은 회원국에 의한 실질적 공동체법의 효과적인, 통일적인 적용을 보장할 임무를 갖는다. 이것은 법차원의 관철메카니즘상의 특별한 요청을 의미한다고 한다. 공동체

---

322) Nettesbeim, Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, in: GS Grabitz, 1995, S.447ff.

323) Kahl, VerwArch 2004, S.1(15).

324) Schoch는 착안점에서 EG-고유행정법과 공동체행정법의 기능적 구별에 대해 찬동하되, 부분적으로 그로부터 벗어나기도 한다.



행정법의 특징은 국내적 분화시스템에 비해서 (국내법질서들의) 분명히 낮은 구조적인 통일성이다. 절차에 의한 권리보호와 관련한 자율테제의 주창자들은 당연히 다음과 같은 결론에 이른다. 즉, 공동체행정법에선 절차하자를 제재하기 위한 명확하고 구체적인 기준이 없기에, 행정절차법 제45조 이하가 전적으로 아무런 변경 없이 적용가능하다고 한다.<sup>325)</sup> 또한 그것이 추상적으로 실제적 유효성의 원칙에 의해 중첩되긴 하나 - 개별측면은 제외하고서 - 실은 그런 중첩이 구체적으로 주효하지 않다고 한다. 자율테제의 입장에 따르면, 국내 절차법의, 특히 국내 절차하자론의 구조적 중첩은 부인되어야 한다.

## 2. 동질화테제

자율테제는 다수의 비판적 반론에 처해졌다. 맨 먼저 물음이 던져진 것은, 법의 통일성·일치·정합성을 위하여, 특히 유럽연합(공동체)처럼 연방주의적 단체 내지 정치적 다차원시스템을 위하여, 원칙적인 법치국가원리적 평가를 유사하게 만드는 것을 포기할 수 있는지 여부이다. 이때 동질성(균질성, Homogenität)을 균일성(획일성, Uniformität)으로 오해해선 아니 된다. 정당하게 강조되는 점이, 고유행정법을 위하여 발견된 해결책이 분산적 집행에 도식으로 넘겨질 순 없다는 것이다.<sup>326)</sup> 하지만 유럽최고법원은 판단기준으로서의 유럽공동체법의 일반적 법원칙을 타자집행의 영역에게도 넘김으로써,<sup>327)</sup> “유럽행정법의

325) 이런 의미로 BVerwG, UPR 1995, 450(451). Papier, Direkte Wirkung von Richtlinien der EG im Umwelt- und Technikrecht, DVBl. 1993, S.809(814) 는 국내절차법의 기준성으로 인해 행정절차법 제46조의 해석의 (공동체법적) 수정이 필수적이진 않다고 여기며, 동조가 공동체지침보다 우선하다고 평가를 한다. 그밖에 이런 입장을 취한 문헌의 현황(Hien, Schmidt-Preuß, Gellermann 등)은 vgl. Kahl, VerwArch 2004, S.1(16), Fn.108.

326) Classen, Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts, DV 1998, S.307(317).

327) 특히 국가책임과 잠정적 권리구제의 영역에서 분명해진다. EuGH, Slg. 1996,

두 가지의 층을 위한 공통의 법적 테두리를 만들었다.” 그리하여 동법원은, “원칙적으로 동일한 기본적인 평가가 결정적이어야 한다 (sollen)”고 분명히 판시하였다. 일부에선, 심지어 유럽최고법원이 타자집행을 위한 기준의 전개에서 이미 자기집행에서 수립된 해결책을 적용시켜야 할 원칙적인 구속을 받는다고도 한다.<sup>328)</sup> 해당 유럽최고법원 판례는 - 헌법상의 차원에서 공동체기관에게 불리하게 - 1차적인 공동체법에 의해서 요구된 절차의무와 관계가 있으며, 그래서 국내행정청의 공법적 행정활동에서의 절차하자에 대해선 이행될 수 없다고 하는 반론도 제기될 수 없다고 한다.

요컨대 유럽행정법의 광범한 동질성의 테제(주장)가 자율테제에 선행하여야 한다는 것이다. M. Nettesheim나 E. Schmidt-Aßmann이 주장하는 동질화테제에 의하면,<sup>329)</sup> EG-고유행정법이나 공동체행정법에 해당하는지 여부는 부차적으로 중요하다. 실제적 유효성의 기준을 충족하기 위해선, 결정적으로 EG-고유행정법의 영역을 위하여 전개된 기준이 목표가 될 수 있다. - 공동체행정법의 물음이 결코 (이형적인 특별경우의 인정을 정당화하는)<sup>330)</sup> 특별한 사물법칙성을 나타내지 않는 한 - EG-고유행정법의 제 원칙들은 공동체행정법을 위해서도 원칙적인 모델·규준적 효과를 발휘하는 것으로 본다. 동질화테제의 바탕에서 출발점으로 삼을 수 있는 점은, 유럽행정법의 통일적인 하자효과체제의 개요를 밝혀내는 것이 가능하다는 것이다. 왜냐하면 절차적 기본권보호에서의 기준이 자기집행은 물론 타자집행을 위하여 핵심에서 공히 동일하기 때문이다. 분명한 점은, 절차에 의한 기본권보호차원에서의 유럽적 법발전과 무관하게 독일 법 발전을 성공적으로 이끌

I-1029 Rn.42, 51ff.; Slg. 1991, I-415 Rn.18f.;

328) Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, S.383.

329) Nettesheim, Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, S. 459f.; Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht, Kap.7 Rn.24.

330) 그러나 절차에 의한 기본권보호를 위하여 이형적인 특별경우를 받아들일 순 없다.

어 나갈 수 없을 땐, 적어도 후술할 충돌분야에서 절차사고를 실감케 하는 평가절상이 모색될 것이다.

## II. 독일행정절차법에 대한 유럽공동체법적 영향의 개별적 측면<sup>331)</sup>

유럽공동체에서의 법형성과정과 유럽공동체법의 우위에 의해, 다른 법질서의 사고와 제도가 유례없는 방식으로 고유법에 유입되고, 또한 그것을 형성한다. 본래 국내행정의 고유법인 독일행정절차법의 경우 벌써 이런 영향에 이미 들어가 있다고 하겠다.<sup>332)</sup>

### 1. 자국 행정청의 조직과 권한(관할)<sup>333)</sup>

회원국이 유럽공동체법을 집행하는 한, 동법은 회원국으로 하여금 (집행에) 합당한 행정청을 만들고 관할(권한, 소관)을 정할 것을 의무 지운다. 하지만 유럽공동체가 직접적으로 국내 행정청을 설립하는 것은 있을 수 없다. 유럽공동체는 오로지 일반적인 구조에 관한 규범적 법칙만을 발할 수 있다. 따라서 유럽공동체법이 국내법에 따른 감독권과 내부직무지시권의 수행에 영향을 미치지 않는 것은 타당하다. 이에 반하는 견해는 유럽최고법원의 언명을 과잉 해석한 소치이다.<sup>334)</sup> 그렇지만 유럽공동체법은 상이하게 다음을 규정한다. 즉, 국내 기관(부처)의 원칙적인 소관의 경우에도 일정한 (예외적) 결정은 궁극적으로 오로지 집행위원회에 의해서 - 동위원회가 외부관계에서 권한을 갖

331) 이하는 Classen Das nationale Verwaltungsverfahren im Kraftfeld des Europäischen Gemeinschaftsrechts, DV 1998, 307ff. 를 중심으로 하여 논의를 전개한다. 다만 절차하자과 신뢰보호의 문제는 제3절과 제4절에서 별도로 논의한다.

332) 이를 위한 좋은 예가 공동체법위반인 자금조성의 반환요구에 관한 유럽최고법원의 판례이다(후술).

333) 국내 행정조직에 대한 유럽공동체법의 영향에 관해선 vgl. Kahl, Europäisches und Nationales Verwaltungsorganisationsrecht, DV 1996, 341ff.

334) 상세는 vgl. Suviranta, VerwArch 1996, S.439(452f.).

든, 또는 국내 결정이 (내부적으로 발해질) 집행위원회의 동의를 필요로 하든(그리하여 이 경우는 외부적 관할이 아니라 행정절차와 관련이 있다) - 발해질 수 있다고 하는 것이다. 끝으로 일정한 요건하에 다른 회원국의 결정 역시 국내 행정청의 조직 등에 어느 정도 구속효를 발휘한다.<sup>335)</sup>

## 2. 방어권

개인의 고유한 청문권은 1차적인 공동체법과<sup>336)</sup> 2차적 공동체법에<sup>337)</sup> 존재한다. 이를 제외하고선, (관련인에 대한 부담적 조치로 귀결될 수 있는) 모든 절차에서의 연합시민의 불문의 청문권이 인정된다.<sup>338)</sup> 이를 바탕으로 -뿐만 아니라 분명히 이를 넘어서 - 유럽최고법원은 일련의 소위 “방어권”(Verteidigungsrechte)을 일반적 법원칙으로 발전시켰다. 유럽기본권헌장 제41조 제2항은 “좋은 행정에 관한 권리”의 일환으로 사전청문제를 제도화시켰다. 개별법에 해당 규율이 없더라도, 사전청문은 유럽공동체의 근본원칙으로 보장되어야 한다. 따라서 이들은 핵심에서 회원국에 대해서도 구속을 가져다주는 기본적 성격을 제시한다. 청문명령(원칙)의 위반은 절차하자있게 성립한 결정의 무효를 초래한다. 이유는 그것이 공동체조약 제230조상의 본질적인 절차에 해당하기 때문이다.<sup>339)</sup> 이처럼 절차하자의 치유가능성이 완전히 배제된다 하더라도, 청문구속의 범위, 가령 청문의무의 예외는 여전히 불명료하다. 그렇지만 일반적 법원칙이란 그 예외를 허용한다는 점만은 확실하다. 이런 이유에서 유럽공동체법적 원칙은 전체적으로

335) 이것은 일부 명시적으로 제2차법적 행위(Sekundärrechtsakten)에서 생겨나지만, 유럽최고법원에 의해 기본자유로부터 도출된다. EuGH, Slg. 1987, 1227(1274); Slg. 1992, I-3351(3241).

336) Art.88 Abs.2 EGV.

337) Art.87 Beamtenstaut, Art. 19 Abs. 1, Kartell-Verordnung (VO Nr. 17).

338) EuGH, Slg. 1986, 2263 Rn.27; Slg. 1990, I-307 Rn.29.

339) EuGH Slg. 1997, I-1/20.

독일국내법의 그것과 대비된다고 한다. 왜냐하면 회원국의 청문구속이 공동체의 청문구속보다 더 멀리 미치지 않기 때문이다.

### (1) 권리의 내용

원칙적으로 관련인에게 불이익한 결정이<sup>340)</sup> 내려지기 전, 그에게서 聽聞을 하여야 한다. 이때 요구되는 바는, 타당성, -독일행정절차법 제28조에<sup>341)</sup> 관한 실무를 넘어서 -<sup>342)</sup> 사실과 증거의 중요성을 위하여 나름의 입장을 적절하게 주장할 수 있는 可能性이다.<sup>343)</sup> 행정으로선, 독일 행정절차법 제28조 제2항에서처럼 청문이 규정되어 있지 않더라도 통상적으로 재량에 의하여 청문을 실시할 수 있기 때문에, 독일 국내법과 유럽공동체법 사이에 있음직한 충돌은 별 문제없이 고려될 수 있다. 독일행정절차법 제28조 제3항상의 소위 聽聞權(Anhörungsrecht)의 한계는 종내 공동체법과 유사성을 띄기에,<sup>344)</sup> 결국 어려움이 마찬가지로 예상되진 않는다. 유럽최고법원은 나아가 청문권의 결과로서 文書閱覽權(Recht auf Akteneinsicht)을 판시하였다.<sup>345)</sup> 동 권리는 원래

340) 독일행정절차법 제28조 제1항은 개입적(부담적) 행정행위를 대상으로 하기에 문제가 발생한다(후술).

341) 독일행정절차법 제28조: ①참가인의 권리를 개입하는 행정행위가 발동되기에 앞서서, 참가인에게는 결정에 중요한 영향을 미치는 사실에 관하여 의견을 표시할 수 있는 기회가 부여되어야 한다. ②개개의 상황으로 보아 요구되지 아니한 경우에는 청문을 하지 않을 수 있다. 특히 다음의 경우가 그렇다. 1. 지체의 위험이 있거나 공익상 꼭 필요하다고 판단됨으로 인하여 즉각적인 결정을 하여야 할 때, 2. 청문으로 말미암아 결정의 기준이 되는 기간의 준수 여부가 의문시 될 때, 3. 참가인이 신청 또는 진술에서 행한 사실관계에 대한 내용이 참가인에게 불리하도록 변경됨을 피하여야 할 때, 4. 행정청이 일반처분이나 동종의 다수인에 대한 행정행위 또는 자동장치를 이용한 행정행위를 발령하고자 할 때, 5. 행정상 강제집행의 조치를 취하고자 할 때. ③ 청문이 불가피한 공공의 이익과 배치되는 때에는 청문이 행해지지 아니 한다.

342) BVerwGE 66, 184(189f.); Bonk/Kallerhoff, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, §28 Rn.34ff.

343) EuGH; Slg. 1991, I-3187(3241). Slg. 1987, 4393(4415f.).

344) 그래서 청문권이 결정의 유효성을 훼손하여선 아니 된다: EuGH, Slg. 1989, 2859 (2933).

(행정이 자신의 결정을 뒷받침하고자 하였던) 문서만을 대상으로 하였는데,<sup>346)</sup> 유럽최고법원은 이런 입장을 바꾸어, - 다른 이의 직무비밀, 기타의 신뢰성 있는 정보나 행정청의 이익과 관련이 없는 한 - 절차의 모든 문서에 관한 열람권을 판시하였다.<sup>347)</sup> 그리하여 여기선 (열람의) 부담을 면하는 문서에 관한 바른 해석이 심사될 수 있다. 일반적으로 방어권의 한계를 갖고서 방어권의 본질적 내용을 제거하는 식으로 해석하여선 아니 된다. 해결책은 개별경우의 구체적 상황의 형량에서 찾아야 한다.<sup>348)</sup> 여기서도 독일법과의 충돌은 생각할 수 없다고 한다.<sup>349)</sup> 끝으로 이런 상관관계에서 유럽최고법원이 판시한, 변호사조력에 관한 권리의 경우에도 마찬가지로 볼 수 있다.<sup>350)</sup>

## (2) 적용영역

한편 선행하는 절차에의 참가는 유럽공동체조약 제230조 제4항상의 개인적 관련성을 시인하기 위하여 질적으로 중요한 기준으로 여겨진다. 이때 원고는 심지어 제3자의, 특히 절차에 참가하는 회원국의 절차권의 위반을 주장할 수도 있다.<sup>351)</sup> 이런 방어권의 보장이 적용되는 영역을 정하기란 매우 어렵다. 집행위원회 이전의 행정절차의 맥락에서, 일부에선 방어권이 명백히 유럽공동체조약 제173조 제4항에 따른 개인의 원고적격(제소권)을 목표로 삼아서 국내차원으로론 이전될 수가 없다고 한다.<sup>352)</sup> 마찬가지로 유럽최고법원이 종종 사용하는 용어인

345) EuGH, Slg. 1995, I-865(888).

346) EuGH, Slg. 1984, 19(59).

347) EuG, Slg. 1992, II-2667(2683).

348) 한편 신뢰성을 보호하기 위하여 문건을 면밀히 심사하고, 목록을 작성할 필연성은, 문서열람에 배치되지 않는다. EuGH, Slg. 1985, 849(868 ff.); EuG, Slg. 1995, II-1775(1814, 1819).

349) Classen, DV 1998, S.307(311).

350) EuGH, Slg. 1982, 1575(1610); Slg. 1989, 2859(2924) 특히 변호사와의 관계의 신뢰성을 드러나게 보호하는 것이 최고로 주목할 만하다.

351) 이에 관한 예가 특히 보조금감독법, 반덤핑법, 카르텔법 및 환경법에 있다.

“방어권”과 관련해서, 비록 공동체법에서 그것의 가장 중요한 적용례가 분명히 제재절차이긴 해도, 오로지 그것만을 의미하는 식이 되어선 덜 유익하다. 동 개념은 프랑스법에서 유래한 것이다. 프랑스에선 “개인과 관련한 이유”에서 발해진 모든 불이익한 결정이 내리기 전에, - 나아가 청구권이 존재하는 이익이 거부되는 경우에도 - 반드시 관련인에게 청문을 하여야 한다.<sup>353)</sup> 유럽공동체법의 법상황은 비슷하다. 즉, 최근 유럽최고법원은 거부처분에 대해서 청문이 요구된다고 판결하였다.<sup>354)</sup> 그러나 독일에서의 상황은 다르다. 판례와 소수설은 행정절차법 제28조의 문리해석에 치중하여 청문대상이 관련자의 권리에 개입하는 부담적 행정행위에 국한된다고 주장한다.<sup>355)</sup> 그러나 문헌상 통설은 규율목적에 초점을 맞추어 특히 그것의 법치국가원리적 본지에 비추어, 기본법 제103조 제1항을 직접 적용시켜 (수익적 행정행위의) 거부처분의 경우에도 청문의무가 성립한다고 주장한다.<sup>356)</sup>

유럽최고법원은 이런 방어권의 인적 적용범위를 통상적으로 “관련인(Betroffenen)” 개념으로 표현한다.<sup>357)</sup> 그리하여 동 법원은, 공동체법에 따른 실제적 주관적 권리의 물음과의 상관관계에서도 사용한 이런 용어를 사용한다. 구체적인 포섭을 위하여, 특히 소송법에서 프랑스법의 본보기기능으로부터 도출되는 것은, 규율에 관한 순전히 사실적인

352) EuGH, Slg. 1991, I-3187(3241).

353) Chapus, Droit administratif général, Band 1, 6.Aufl. 1992, Rn.1133ff.; Vedel/Deivolvé, Droit administratif, Band 2, 12.Aufl. 1992, S.284.

354) EuGH, Slg. 1991, I-5469(5501); Slg. 1984, 3623(3638).

355) BVerwGE 66, 184 (186); Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, §28 Rn.26,

356) 대표적으로 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8.Aufl., 2003, §26a. 우리의 경우 이 문제는 행정절차법 제21조상의 처분의 사전통지에 건취 논의된다. 판례는 (특별한 사정이 없는 한) 신청에 대한 거부처분이라 하더라도 직접 당사자의 권익을 제한하는 것은 아니어서 그 거부처분은 당사자의 권익을 제한하는 처분에 해당하지 않는다고 판시하였다(대법원 2003.11.28. 선고 2003두674판결). 그러나 거부처분 역시 권익을 제한한다는 논거로 강력한 반대가 개진된다. 참고문헌: 윤희환, 사전토지의 대상과 흠결의 효과, 행정판례연구, 제10집, 2005, 219면 이하; 최계영, 거부처분의 사전통지, 행정법연구 제18호, 2007, 269면 이하.

357) EuGH, Slg. 1986, 2263(2289); Slg. 1986, 2321(2348f.)

관련성으로 충분하다는 점이다.<sup>358)</sup> 법관철을 위하여 개인이 流動化된다. 그러나 사실은 동 법원은 규범적 차원에서도 규율의 목적이 관련된 개인의 이익의 보호에 있어야 한다고 요구한다. 그래서 원칙적으로 독일법에 따른 주관적 권리의 정의에서와 비슷한 관점이 통용된다고 하겠다. 즉, 종전과는 달리, 새로운 판례에 의하면,<sup>359)</sup> 유럽공동체 조약 제230조 제4항의 범주에서의 원고적격을 인정하기 위해선, 제3자의 단순한 절차참가만으론 더 이상 충분하지 않되, 절차참가가 추가적으로 헌법상으로 규정되어 있는 경우엔 절차참가와 개인의 제소권이 널리 상관관계에 있다고 하겠다. 단지 유럽최고법원으로선, 목표 설정의 개인관련성의 특수한 성질에 대해 전적으로 그리 엄격하지 않는 요청을 설정할 뿐이다.<sup>360)</sup> 그리하여 동시에 “누가 독일 행정절차법이 참가자에게 부여한 권리를 행사하여야 하는가?”의 물음에 대해서 대답이 내려진다. 독일 행정절차법 제13조 제1항에 의하면, 절차의 개시가 법형성적 영향(효과)을 미칠 수 있는 자를 위하여, 그런 지위에 관한 청구권이 성립한다. 그리하여 유럽공동체법의 집행의 차별금지의 원칙에 따라, 통상 유럽공동체법에 의해 부여되거나 요구된 (이런 의미상의) 주관적 권리에 대한 개입도 평가할 것을 요구할 수도 있다. 相違를 정당화하는 사물적(실체적) 이유를 수용(공정)하는 태도는,<sup>361)</sup> 전술한 원칙의 본지를 간과할 수 있다고 한다.<sup>362)</sup>

---

358) Masing, Die Mobilisierung des Burgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 37 ff.; KoKott, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, DV 1998, S.335(348, 356f.).

359) EuG, Slg. 1999, II-179 Rn.50f.

360) Classen, Der Einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts?, VerwArch 1997, S.645(658ff.).

361) Kokott, DV 1998, S.335(350f.).

362) Classen DV 1998, S.307(313).



### 3. 사인의 그 밖의 참가

유럽공동체법은 전술한 “방어권”을 넘어서 사인의 일정한 參加,<sup>363)</sup> 일부에선 심지어 公衆의 參加를<sup>364)</sup> 다양하게 규정하고 있다. 그런데 이들 수단은 독일에서와 마찬가지로 행정법의 고전적 수단에 속한다.<sup>365)</sup> 문헌상 환경영향평가(UVP)에 대한 공중의 참가의 경우를 위하여, 공동체법적 규율과 그것의 국내적 전환간의 충돌이 나타난다. 후자에 대해선 권리보호적 기능이 부여되는 반면에, 전자는 정보베이스의, 절차투명성의, 결과수용의 향상을 목표로 한다. 이 점은 - 유럽공동체법은 독일법과 비교해서 객관적인 법관철에 대해선 더 강력하게 요구하고, 개인적 권리보호의 경우엔 덜 보장한다는 식의 - 널리 유포된 사고에 일치한다. 그러나 이런 견해는 설득력이 없다고 하겠다. 한편으론 독일법 역시 오로지 정보제공적 성질을 갖는 萬人の 異議提起를 항상 인식하였으며, 다른 한편으론 유럽공동체법이 권리보호적 측면도 나타낸다. 왜냐하면 환경영향평가지침(UVP-RL) 제6조 제2항에 따르면, 公衆에게 전체적으로 알리긴 해도 관련한 公衆만이 이의제기의 기회를 가지며, 또한 제9조에 따라 발해진 결정이 (그에게) 통보되어야 한다.<sup>366)</sup>

### 4. 기타에서 행정절차의 실시

행정절차를 시행하기 위해선 그밖에 개별적으로만 일반원칙이 존재한다. 그래서 - 독일법에서도 친숙하듯이 - 사안을 면밀히 심사하고, 모

363) EuGH, Slg. 1987, 5429(5460f.) 이런 사람들에게는 그에 맞춰 사법적 권리보호에 관한 권리가 존재하지 않는다.

364) 이것은 환경영향평가지침(UVP-RL)상으로 의무적으로 규정되어 있다.

365) Schmitt Glaeser, in: Lerche/Schmitt Glaeser/Schmidt-ABmann, Verfahren als Staats- und verwaltungsrechtliche Kategorien, 1984, S.53ff.

366) BayVGfH, UPR 1991, S.157(158); Weber/Hellmann, Das Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung(UVP-Gesetz), NJW 1990, S.1625(1630).

든 관련 사정을 직권으로 조사할 의무가 존재한다.<sup>367)</sup> 이런 조사의무가 사안에서 요구되는 한, 국내 행정청은 집행위원회와 공동작업(협력)하여야 한다.<sup>368)</sup> 越境的 사안을 위해선, 기본적 자유에 의해서, 특히 외국의 규율, 심사, 통제 등의 등가성을 심사할 것이 요구된다.<sup>369)</sup> 일부에선 가령 환경영향평가지침(UVP-RL)에서처럼, 개개인의 중요한 협력의무 역시 성립된다. 나아가 유럽최고법원은 “시간적 요소”에 대해서, 특히 정확성추구가 특징인 독일 실무에서보다 더 큰 중요성을 부여하고 있다.<sup>370)</sup>

## 5. 기 간<sup>371)</sup>

법치국가에서 기간의 존재는 자명한 이치이다. 그것은 국내법에서든 유럽공동체법에서든 法的 安定性에 이바지한다. 유럽공동체법이 기간을 명시적으로 규정하는 한, 실무상으로 아무런 문제가 생기지 않는다. 왜냐하면 통상적으로 이것이 독일법에 의할 때보다 더 짧게 설정되어 있진 않기 때문이다. 유럽최고법원의 견해에 따르면, 어느 정도의 제한이 있더라도 국내의 기간 역시 원칙적으로 정당하다.<sup>372)</sup> 문제가 된 첫 번째 경우는, 자금조성의 반환요구의 맥락에서 독일행정절차법 제48조 제4항과 관련이 있다.<sup>373)</sup> 더 큰 과급효과를 지닌, 두 번째 경우는 - 국내법에서 지침의 전환이 늦음으로 인해, 지침에 담겨진

367) EuGH, Slg. 1964, 271(292); Slg. 1980, 1743(1759); Slg. 1991, I-5469(5500).

368) EuGH, Slg. 1991, I-3365(3372 f.); Slg. 1991, I-935(994); EuG, Slg. 1996, II-921(946)

369) EuGH, Slg. 1983, 2445(2464f.); Slg. 1985, 3887(3905f.); Slg. 1988, 547(575f.); Slg. 1993, I-1663(1697f.); Fastenrath, Die veränderte Stellung der Verwaltung und ihr Verhältnis zum Bürger, DV 1998, S.277(301f.).

370) 상세에 관해선 Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S.83ff.

371) 기간의 문제는 후술할 신뢰보호에서 다시 상술한다.

372) EuGH, Slg. 1976, 1989(1998); Slg. 1976, 2043(2053); Slg. 1997, I-4085(4157f.).

373) EuGH, Slg. 1997, I-1591(1619) - Alcan; Classen, JZ 1997, S. 724 ff.; Fastenrath, DV 1998, S.277(291f.).

청구권을 주장할 가능성이 배제되어버리는 결과를 낳은 - 국내의 기간 규정과 관련이 있다.<sup>374)</sup> 유럽최고법원의 견해에 따르면, 지침에 의해 부여된 청구권의 실제적 효력은 그것이 주장되어야 보장되는 것이 아니다. - 지침이 전환 이전에도 직접적 효력을 발휘하였다는, 청구권은 기한에 맞춰 제기될 수 있었을 것이라는 식의 - 항변에 대해서, 동 법원은 전환결여와 결부된 법적 불안정성을 들어, 특히 관련인으로서 이런 가능성을 확실하게 알지는 못한다는 점을 들어 반론을 제기하였다.

비전환지침의 경우에 행정행위의 존속력이 원칙적으로 배제될 것이라는 우려가, 동 판결을 통해서 해소되었다.<sup>375)</sup> 그러나 나중의 유럽최고법원의 판결은 이런 우려가 근거가 없다는 점을 나타내었다. 이전에 논의된 기간규율은, 문제된 권리가 지속적으로 상실되어 버렸다는 특수성을 나타낸다. 이와는 대조적으로 권리를 시간적으로 제한하는데 그 효력을 한정시키는 기간규율은 전적으로 허용된다.<sup>376)</sup> 그리하여 독일법과의 충돌은 널리 배제되어 버린다. 독일 행정법에 의하면, 독일 행정절차법 제48조, 제49조에 따른 (미래효를 갖는) 행정행위의 철회는 원칙적으로 언제든지 가능하다. 유럽공동체법은 현존 재량을, 신규결정의무의 의미에서 축소한다. 이런 점에서 독일 행정절차법 제51조 제3항만이 그 중요성을 상실한다. 독일 행정절차법 제48조, 제49조는 제3자의 신뢰보호가 훼손되는 곳에 한계를 두고 있다. 그러나 이런 문제점은 전술한 경우엔 들어나지 않는다. 인용된 유럽최고법원의 판결의 전제는, 지침이 국내법으로 잘못 전환되었다는 것이다. 이 경우 지침은 어차피 개인에게 유리하게만 법적 효력을 발휘하지, 결코 그 개인을 불리하게는 발휘하지 않는다.<sup>377)</sup> 따라서 제3자에게 불이익한 결정은, 지침이 국내법으로 맞게 전환되었을 때에만 비로소 고려

374) EuGH, Slg. 1991, I-4269(4299)-Emmott.

375) Stadie, Unmittelbare Wirkung von EG-Richtlinien und Bestandskraft von Verwaltungsakten, NVwZ 1994, 435ff.

376) EuGH, Slg. 1993, I-5475(5502ff.); Slg. 1994, I-5483(5510f.); Slg. 1997, I-4263(4287).

377) EuGH, Slg. 1990, I-495(525f.).

된다. 그러나 그렇다면 관련인은 필경 독일행정절차법 제51조에 따라 사건(경우)을 새롭게 재개하는 것에 관한 청구권(재심사청구권)을 갖는다.<sup>378)</sup> 이 경우 제3자에게 불리한 결정 역시 가능한 한에 있어서,<sup>379)</sup> 법상황이 변화한다. 이런 식의 사고는 앞서 표명된 주장을 입증한다. 즉, 전환의 경우에 독일행정절차법 제51조에 따른 청구권이 존재하면, - 비록 위법한 전환지연으로 인해 철회를 곤란하게 만든 것이 바로 국가라 할지라도 - 관련인으로선 이런 청구권을 주장할 수 있는 전환을 기다려야 한다는 것은 헛일일 것이다.

유럽최고법원은, - 행정절차에서 기왕에 제시되지 않았던 관점을 재판절차에서 주장하는 것을 거부하는 - 국내적 규율에 대해서, 유럽공동체법적으로 보장된 권리를 심하게 곤란하게 만든다고 평가하였다.<sup>380)</sup> 이런 판결이 무제한적으로 통용되도록 요구될 것 같으면, 가령 독일 연방임미시온방지법 제10조 제3항 제3문과 같은 실체적인 배제 규정은 문제가 있게 될 것이다. 그렇지만 유럽최고법원이 - 구체적인 행정절차의 특수성과 제3자의 중요성(관심사)에 연계된 - 차별적 규율을 수용한 점은 배제되지 않는 것 같다.

---

378) 한편 유럽최고법원은 법적 안정성을 EU법상으로 인정된 일반적 법원칙으로 보고서, 행정결정의 존속력(불가쟁력)을 긍정한다. 그에 의하면, 존속력이 발생한 행정결정의 경우, EU법상으로 행정청은 취소할 의무를 원칙적으로 지지 않지만, 예외적으로 절차재심사(재개)가 인정된다. 즉, 동 법원은 EGV 제10조상의 협력원칙으로 행정청은 부담적 행정행위를 EU법위반으로 추후관시한 유럽법원의 판례를 고려하기 위하여, - 일정한 요건이 충족하면 - 신청에 기하여 존속력이 발생한 행정결정을 심사할 의무가 있다고 판시하였다. Vgl. EuGH, NVwZ 2004, 459=JuS 2004, 516. 우리의 경우 行政行爲의 再審의 法理를 원천 부정하는 썸인 대법원 1997. 9. 12. 선고 96누6219 판결과 1999. 12. 7. 선고 97누17568 판결의 기조에 전혀 변화가 없으며, 문체제기 역시 드물다. 이에 대한 문체인식으로 좇자, 행정법기본연구 I, 87면 이하; 『새만금간척사업判決의 問題點에 관한 小考』, 법률신문(제3338호), 2005.2.14.; 『‘새만금판결’의 행정법적 의의에 관한 소고』, 법률신문(제3456호), 2006. 5. 18. 참조.

379) 하지만 이런 것은 지침에 바탕을 두고선 불가능하다.

380) EuGH, Slg. 1995, I-4599(4622f.) - Peterbroeck; Danwitz, Umweltrechtliche Präklusionsnormen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzgarantie, UPR 1996, S.323ff.

## 6. 절차결정의 이유제시

국내차원에서 효과적 권리보호에 관한 유럽공동체법적 청구권에 관한 판결에 연계하여,<sup>381)</sup> 유럽최고법원은 개인의 권리에 개입하는 국내적 법적 행위에 대해서도 이유제시를 요구한다.<sup>382)</sup> 1차적 공동체법(유럽공동체조약 제190조)에 따라 공동체의 모든 법적 행위에 대해서 요구된 이유제시의무는, 독일 행정절차법 제39조와 실제적으로 동일하게 전개되었다.<sup>383)</sup> 이유제시에 관한 보장은 크게 두 가지의 기능을 갖는다. 즉, 그것은 개인에게 자신의 권리의 방어를 가능케 하고, 동시에 법원에 의한 법적 행위에 관한 효과적인 적법성 심사를 위한 요건(조건)을 제공한다고 한다.<sup>384)</sup> 그런데 최근에 독일 국내 차원에서 이런 요청은 오로지 개별결정에 대해서만 통용되고, 결코 공동체 차원에서와는<sup>385)</sup> 달리 규범행위에 대해선 결코 통용되지 않는다는 점이 분명해졌다. 이와 반대되는 견해는 적어도 대부분의 회원국의 실

381) EuGH, Slg. 1986, 1651(1682).

382) EuGH, Slg. 1987, 4097(4117); Slg. 1991, I-2357(2385).

383) 제39조(행정행위의 이유제시) : ① 문서에 의한 또는 문서로 확인된 행정행위는 서면으로 그 이유를 제시하여야 한다. 이유를 제시함에 있어서는, 행정청으로 하여금 그런 결정을 하게끔 한 중요한 사실상 및 법률상의 이유가 통지되어야 한다. 재량결정의 이유제시는 행정청이 재량을 행사하는 데 있어서 근거가 되었던 관점을 인식할 수 있게 하여야 한다. ② 다음 각호의 경우에는 이유제시를 아니할 수 있다. 1. 행정청이 신청을 따랐거나 또는 선언을 따랐고, 행정행위가 타인의 권리를 침해하지 아니한 때, 2. 행정행위의 상대방 또는 행정행위로 인하여 자신의 권리에 영향을 받는 자가 실체관계 및 법률관계에 대한 행정청의 의견을 이미 알고 있거나 또는 문서로 그 이유를 제시하지 아니하더라도 바로 알 수 있을 때, 3. 행정청이 동종의 행정행위를 대량으로 발하거나 행정행위를 자동장치를 이용하여 발하고, 개별경우의 상황에 비추어 이유제시가 요구되진 않을 때, 4. 법규상으로부터 이유제시의 생략이 생겨날 있을 때, 5. 일반처분이 공고된 때.

384) EuGH, Slg. 1970, 263(283); Slg. 1982, 3159(3183); Slg. 1981, 1805(1833); Slg. 1986, 2321(2347); Muller-Ibold, Die Begründungspflicht im europäischen Gemeinschaftsrecht und im deutschen Recht, 1990, S.13ff.; Lücke, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S.37ff. 줄저, 행정자동절차에 관한 법적 고찰, 고려대학교 대학원, 1993, 189면 이하.

385) EuGH, Slg. 1997, I-3395(3431)

무와 전적으로 불일치할 것이다. 언급한 도그마틱적 도출을 감안한즉, 그런 해결책은 추가로 규범에 대한 권리보호에 관한 권리를 조건으로 할 것이다. 그러나 이것은 至難하다고 하겠는데, 특히 이유인즉 그런 권리는 유럽공동체법적 차원에서 존재하지 않기 때문이다. 끝으로 이 판결로 중요하게 확인할 수 있는 것은, 유럽최고법원 역시 유럽공동체법적 해결책을 국내 차원으로 圖式的으로 이전, 대입시키진 않는다는 점이다.<sup>386)</sup>

한편 필요한 이유제시의 범위에 관해선, 특히 (유럽공동체조약 제 190조와 관련하여) 최근의 유럽최고법원의 판결상으로 분명해진 점은, 개별사건의 사정이 결정적인 기준이 된다는 것이다. 그리하여 회원국이 법적 행위를 발하는 것에 관한 논의에 참가하고 그래서 모든 배경을 알거나,<sup>387)</sup> 또는 심판제기자가 주어진 지적을 곧바로 검토할 수 있을<sup>388)</sup> 때는, 이유제시가 짧고 대충이라도 무방할 수 있다. 이런 점에서 독일법의 경우 심지어 이유제시의무의 예외를 두고 있다(독일행정절차법 제39조 제2항 제2호). 유럽최고법원으로선, 형식의 보장 그 자체를 위하여 이유제시를 요구하지 않고, 오히려 그것의 기능의 이행을 확고히 하는 것이 관건인 셈이다.

## 7. 독립된 정보권

유럽공동체법은 환경정보권으로써 가히 완전히 새로운 것을 만들었다. 즉, 독일법에선 이제까지 문서열람이 오로지 절차법적 지위를 갖고서(독일 행정절차법 제29조), -독일 행정절차법 제13조의 참가자의 개념이 보여주듯이 - 통상 실체법을 관철하기 위한 테두리에서만 존재하였다. 이에 따라 절차결정을 독립하여 폐지한다는 것은 널리 불허

386) Classen, DV 1998, 307ff.

387) EuGH, Slg. 1993, I-3399(3424); Slg. 1995, I-3081(3111).

388) EuGH, Slg. 1995, I-2611(2647); Slg. 1996, I-5863(5922).

된다(독일 행정절차법 제44조의a). 이밖에 유럽최고법원은, 이런 원칙을 유럽기관의 절차법적 결정에 대해서도 판시하였다.<sup>389)</sup> 그리하여 일부에선 문서열람권을 시스템붕괴와 異物質로 평가하고 있다.<sup>390)</sup> 그렇지만 독일법으로선 오래 전부터 청원권의 형식으로 (이를 이용하여) 개인이 고유한 실체적 주관적 권리에서 벗어나 행정, 즉 기본법 제17 조상의 “소관부처”를 통제할 수 있는 수단을 내포하고 있는 데, 이 점이 종종 무시되었다고 한다.<sup>391)</sup> 판단을 위하여 결정적인 것이 그런 것(문서열람권)의 신중의 성질일 순 없다. 전통적인 규율구조가 더 이상 유지될 수 없을 정도로 독일법과의 충돌이 성립하는지 여부와 충돌의 정도가 오로지 관건이 된다. 그러나 그런 물음은 명료하게 그리고 상이한 전환부전의 제거의 경우를 위해서도 기대될 수 없다.<sup>392)</sup>

### Ⅲ. 절차하자와 유럽화의 문제<sup>393)</sup>

#### 1. 구조적 충돌에 관한 개관

유럽공동체법의 국내절차법에 미치는 영향을 반박하지 않는 저자들에게, 유럽공동체법과 국내법간에 구조적인 상위(다름)가 존재한다는 주장이 지배한다. 이 주장은 두 가지의 엄격히 상반된, 그래서 원칙적으로 양립할 수 없는 구상이 충돌한다는 생각을 바탕으로 한다. 한편으론 독일의 법원지향적 모델이 존재한다. 이 모델은 실증주의적 포

389) EuGH, Slg. 1981, 2639(2652); Slg. 1986, 1965(1990) -Akzo Chemie; EuG, Slg. 1994, II-285(301). 독일의 규범상황에 대한 비판으로 Wahl, *Verwaltungsverfahren zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzauftrag*, VVDStRL 41(1983), S.151(181).

390) Erichsen, *Das Recht auf freien Zugang zu Informationen über die Umwelt - Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben und nationales Recht*, NVwZ 1992, S.409(418f.); Danwitz, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996, S.273, 278.

391) Masing, *Die Mobilisierung des Burgers*, S.165ff.

392) Schwarze, in: ders.(Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996, S.123(172f.).

393) 이하의 내용은 Kahl, *VerwArch* 2004, S.1(19ff.)을 중심으로 논의를 전개한다.

섭의 믿음에서 주된 관심을, 하나의 바른 -가능성에 의해 조건적으로 프로그램화된 - 실체결정에 둔다. 이에 따라 절차권에 대해선 단지 상대적인 봉사적 기능만이 부여된다. 다른 한편으론 공동체법의 모델이 존재하는데, 여기서선 앵글로색슨적 법전통과<sup>394)</sup> 특히 프랑스적 법전통<sup>395)</sup>에 의해 그 특징이 형성되었다. 그리하여 공평한 결정과정의 타당성보장기능을 신뢰하고서 절차권을 강조한다. 또한 권리구제의 구상과 관련해서도, 독일식의 구상은 보호규범론의 의미에서 주관적 권리방어에 의존하는 실체적 피침소송을 바탕으로 하는 반면, 공동체법적 구상은 1차적으로 객관적인 법통제의 목표를 지향함으로써, 공공복리목표달성을 위한 개인의 이익을 流動化한다.<sup>396)</sup>

한편 하자효과체제와 관련하여 유럽최고법원은 실용적인 자세를 취한다. 절차법은 유럽최고법원으로서도 봉사법인 셈이다. 해서 동 법원은 절차하자에 대해서, 가령 포괄적인 합법성을 목표로 하는 강력한 프랑스법에서 그것에 부여되는 중요정보다는 현저히 낮은 중요성을 부여한다. 그렇다고 해서 유럽최고법원이 -절차법의 봉사적 성격을 출발점으로 삼을 뿐만 아니라, 이를 넘어서 실체법을 포괄적으로 확실히 하는 사법통제의 전제에 토대를 두며, 결과적으로 절차법으로부터 일체의 실체적 의의를 제거하는 셈인 - 독일식의 착안점을 따르지도 않는다. 즉, 유럽최고법원은 현실에 적합한 고찰을 근거로 삼아 중간방도를 취하는 셈이고, 이는 사법통제에서도 그렇다.<sup>397)</sup>

---

394) Epiney, Primär-und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRl 61 (2002), 362(377ff., 385f.).

395) 벨기에, 그리스, 룩셈부르크, 포르투갈 등은 프랑스식 권리보호의 전통을 따른다.

396) Halfmann, Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes in Deutschland, Frankreich und Europa, VerwArch. 2000, S.74(82f., 97ff.)

397) Classen, DV 1998, S.307(334).



(1) 독일 행정절차법 제45조<sup>398)</sup>

동조와 관련해선, 확인해야 할 점은, 유럽최고법원이 특히 형식적 하자의 치유의 최근의 판례에서 매우 자제하면서 대처한다. 유럽판례에 의하여, 절차규정의 실제적 유효성이 - 보조금법상의 통지의무처럼 - 그로 인해 훼손되는 경우엔, 추완된 절차작용은 결코 소급효적 힘을 갖지 못한다.<sup>399)</sup> 절차하자는 원칙적으로 행정절차에서 치유될 수 있긴 하나,<sup>400)</sup> 실은 결코 더 이상 재판절차에선 치유될 수가 없다.<sup>401)</sup> 재판절차에서의 치유불허용성의 원칙은 특히 엄격히 이유제시상의 하자에서,<sup>402)</sup> 그리고 청문하자에서<sup>403)</sup> 통용된다. 아무튼 이런 절차권을 고려한즉, 행정절차종료이후의 원칙적인 불치유의 원칙은, 판례상의 일체의 동요에도 불구하고, 그사이 - 유럽공동체조약의 적용영역에서 배치되는 국내법을 배척하는 효과를 불러일으키기에 -<sup>404)</sup> 내용상으로 충분

398) 독일행정절차법 제45조: ① 절차규정이나 형식규정의 위반은, 그 위반사항이 제 44조의 규정에 따라 행정행위를 무효로 만드는 경우를 제외하고는 다음 각호의 경우에 고려되지 아니 한다(논외로 한다) 1. 행정행위의 발동에 필요한 신청을 사후에 제출한 경우, 2. 필요한 이유제시가 사후에 이루어진 경우, 3. 필요한 참가인의 청문이 사후에 추완된 경우, 4. 행정행위의 발동을 위하여 참여하여야 할 위원회의 의결을 사후에 행한 경우, 5. 다른 행정청의 필요한 협력이 사후에 추완된 경우 ② 제1항에 따른 행위는 행정소송절차의 종결시점까지 추후에 추완될 수 있다. ③ 행정행위에 필요한 이유제시가 결여되어 있거나 참가인의 필요한 청문이 행정행위의 발령 전에 행해지지 아니하였고, 이로 인해 적시에 행정행위의 취소소송을 제기할 수 없었던 경우에는 제소기간의 지연에 따른 책임을 지지 않는다. 제32조 제2항에 따른 절차의 재개기간을 위하여 기준이 되는 사항은 부작위의 대상인 절차행위가 추완된 시점에 발생한다.

399) EuGH, Slg. 1991, I-5505, Rn.16f.; Slg. 1996, I-3547 Rn.67; Slg. 1983, 3151 Rn. 29; Slg. 1987, 3259 Rn.10

400) EuGH, Slg. 1983, 3151 Rn.29; Slg. 1987, 3259 Rn.10;

401) EuGH, Slg. 1979, 321 Rn.6ff.; Slg. 1996, I-5151 Rn.48; EuG, Slg. 1995, II-1775 Rn.98, 103.

402) EuGH, Slg. 1958/59, 89(115f.); Slg. 1967, 99(125); Slg. 1981, 1805 Rn.26f.; T. Müller-Ibold, Die Begründungspflicht, S.113;

403) EuGH, Slg. 1979, 321 Rn.6 ff.; Slg. 1980, 3333 Rn.37; Slg. 2001, I-5281 Rn.31 f.,

404) 마찬가지로 자기집행영역에서의 치유에 관한 원칙을 타자집행에 이전할 수 있

히 구체적이고 확고해졌다. 그 결과, 행정절차법 제45조 제2항과 결합하면서 동조 제1항 제2호와 제3호에 의한 치유의 가능성이 공동체법의 적용영역에선 가령 유럽공동체법의 자기집행과 타자집행의 경우에는 제외되게 되었다. 독일행정절차법 제45조와 유럽공동체법의 충돌은 독일의 하자효과규정의 부분적인 유럽공동체 범위만을 초래하진 않는다.<sup>405)</sup> 오히려 목적론적 축소의 의미에서의 공동체합치적 해석 내지 법형성이 우선적으로 적합하다. 이에 의하면 (적어도 청문하자와 이유제시하자에선) 치유가 오로지 전심절차의 종결까지만 허용된다고 하겠다.

## (2) 독일행정절차법 제46조<sup>406)</sup>

동조와 관련해서, 유럽공동체법은 다음의 점을 요구하지 아니 한다: 공동체법이 절차권을 부여하는 한, 모든 절차하자는 실체상의 영향미침과는 무관하게 해당 행정결정의 폐지를 초래하여야 한다. 유럽최고법원 역시 자기집행을 위한 유럽공동체조약 제230조 제2항의 범주에서 다음의 점을 출발점으로 삼는다: 절차하자가 법적 행위의 내용을 영향을 미치는 데 적합하였고, 그래서 인관관계가 성립하는 경우에만 그 절차하자가 동조항의 의미에서 “본질적”이다.<sup>407)</sup> 독일법에서와 같은 이런 “無害過失의 原則”(harmless error principle)에 의하면, 절차규정에 대해선 결코 자율적인 기능이 아니라, 행정적 조치의 내용적 적

---

는 것을 위하여, Sachs는 공동체법적 절차요청의 무조건적 통용요청을 추가적으로 요구한다. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, §45 Rn.169.

405) F. Schoch, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit vor den Herausforderungen der jüngeren Rechtsentwicklung, VBIBW 2000, 41.

406) 독일행정절차법 제46조: 제44조의 규정에 의하여 무효로 되지 아니하는 행정행위의 경우, (절차규정 등의)위반이 결정에 대해 실체적으로 아무런 영향을 미치지 아니하였다는 점이 명백한 때에는, 절차나 형식 또는 토지관할에 관한 규정을 위반하여 성립되었다는 이유만으로 그것의 폐지를 요구할 수 없다.

407) EuGH, Slg. 1965, 717 (739); Slg. 1970, 661 Rn.48/52; Slg. 1971, 297 Rn.12f.; Slg. 1980, 2229 Rn.26.

법성을 보장하는 보충적·도구적 기능이 인정된다. 그래서 가령 사용될 관용어(Amtssprach)에 관한 규정을 위반한 경우, 그래도 관련자가 본문을 이해하였고 그래서 자신의 방어권상으로 아무런 방해를 받지 않았을 땐, 결코 절차규정의 본질적인 위반을 갖지 않는다.<sup>408)</sup> 또한 관련 사실이 다른 방법으로 관련 회원국에게 알려지고 그래서 그 회원국이 태도를 취할 수 있었을 경우엔, 법적 청문의 불찰은 아무런 결과가 낳지 않는다.<sup>409)</sup> 그리고 사건의 다른 사정, 특히 좋은 행정의 원칙에 대한 명백하고 중대한 위반 때문에, 청문조차도 소관 공동체 기관으로 하여금 발한 조치의 시의성에 관한 자신의 견해를 바꾸도록 할 수 없을 경우에도 마찬가지이다.<sup>410)</sup> 무해과실의 원칙에 관한 관례는, 법적 이유에서 다른 실체적 결론이 배제될 법한 경우(법적 대체가능성의 결여)에만 해당하진 않는다.<sup>411)</sup>

즉, 비록 발한 결정이 행정청의 재량여지에 들어가긴 하나, 실은 그 종류에 비추어 생각할 수 있는 모든 관점을 고려하더라도 절차위반이 -결정이 사실상의 이유에서 다를 수가 없어서(사실상의 대체가능성의 결여 내지 결여된 구체적 인과관계)- 실체결정에 대해서 아무런 영향을 미칠 수가 없었던 경우엔, 독일의 법도그마틱에서와 마찬가지로 그 절차위반은 논외가 되어 버린다.<sup>412)</sup>

독일문헌상의 다수의 견해가 유럽최고법원의 이런 관례로부터 독일적 구상과 유럽적 구상이 절차하자의 인과관계와 관련해서 전반적으로 합동이라고(동일하다고) 도출하는 데 대해서, Kahl은 다음의 논거로 반론을 편다.<sup>413)</sup>

408) EuGH, Slg. 1970, 661 Rn.48/52.

409) EuGH, Slg. 1986, 2263 Rn.30; Slg. 2002, I-265 Rn.32.

410) EuGH, Slg. 2001, I-5281 Rn.33ff.

411) 다른 견해로 Classen, DV 1998, S.307(328).

412) EuGH, Slg. 1976, 1415 Rn.10f.; Slg. 1986, 2263 Rn.30; Slg. 1990, I-307 Rn.31.

413) Kahl, VerwArch 2004, S.1(23ff.).

i) 유럽공동체의 법적 행위를 발함에 있어서 활동이 행해지지 않아야, - 그것이 행정절차법 제45조 제1항에 기재되어 있는 것과 같이 - 통상 위반의 중대성(본질성)을 출발점으로 삼을 수 있다. 따라서 통상적으로 무해과실의 원칙이 적용되지 않는다. 이런 점이 청문하자<sup>414)</sup>와 이유제시하자<sup>415)</sup>에서 어느 정도 확실하게 판명된다. 이런 실무에서 정당하게 간취되는 것이, 바로 공동체차원에서 “도구적인 절차목적에 불리하게 개인보호적 절차목적을 특별히 강조하기 위한 가장 분명한 특징”이다. 이에 반해 독일에선 절차위반을 위한 결과제재와 관련해서 원칙-예외의 관계가 역전된다. 이처럼 절차하자에 엄격하지 않는 독일의 기조는 - 절대적인 절차규칙을 받아들이기 위해선, 관련인의 보호를 위해 그 규정이 발해졌다는 것으로 충분하다는 - 유럽공동체법과는 분명히 맞지 않는다.<sup>416)</sup>

ii) 유럽최고법원이 절차위반의 소소함을 근거로 하여 판시한 사건을 본즉, 의견상으로 즉, 절차진행과 서류상황을 간단히 보아 실체결정을 위한 명백한 인과관계의 부재가 드러난다.<sup>417)</sup> 이에 반해 행정절차법 제46조에 따른 절차하자의 결과관련성의 기여는 “명백하여야” 한다. 즉, 결과(결론)에 아무런 영향을 미치지 않았다는 것이 어렵지 않게 그리고 의문의 여지없게 확인될 수 있어야 한다. 이처럼 假定的인 행정청의 의사를 목표로 삼음으로써, 유럽공동체법과는 대조적으로 행정청의 결정과정의 내부영역이 (법원에 의해서 어렵게 재구성될 수 있는) 기준으로 승격된다.<sup>418)</sup> 하자의 원인성의 기여는 일반적으로 문서나 기타의 입증수단을 이용하여 객관적으로 즉, 주관적인 동기추적(탐구) 없이 일의적으로 입증되어야 한다. 결정에 대한 (구체화가능

414) EuGH, Slg. 1991, I-2283 Rn.21; Slg. 1991, I-2257 Rn.17; Slg. 1992, I-3525 Rn.20.

415) EuGH, Slg. 1985, 849 Rn.31; Slg. 1996, I-5151 Rn.38, Slg. 1998, I-1719 Rn.74.

416) EuGH, Slg. 1984, 1451 Rn.17ff

417) EuGH, Slg. 1974, 1099 Rn.20ff

418) 그래서 이에 대해 Hufen, Maurer, Schöbener 등은 비판을 가한다.

한) 영향미침이 없을 때 명백성을 대충 시인함으로 인해 빚어진 결과, 즉 절차하자가 실재론 일반적인 혹은 거의 일반적인 소소함을 지닌다고 하는 것은, 유럽공동체법의 규준과 더욱 일치할 수가 없다.<sup>419)</sup>

iii) 인과관계와 관련해서 독일적 이해에서 원고에게 과해진 - 유럽 공동체법이 상정하지 않은 - 진술책임은<sup>420)</sup> 문제가 있다.

요약하자면, 행정절차법 제46조의 독일 도그마틱은 상이한 구조적 측면에서 유럽공동체법적 하자효과론을 넘어선 것이다.<sup>421)</sup> 유럽공동체법적 수준을 초과한 독일의 논의(불고려)규정은 유럽공동체법의 적용 영역에선 상위의 유럽공동체법에 의해 배격된다. 그리하여 유럽공동체조약 제10조에 의해 공동체법합치적 해석이 필요하다. 왜냐하면 그렇지 않는다면, 행정절차법 제46조가 부분적으로 유럽공동체법위반일 것이기 때문이다.<sup>422)</sup>

## 2. 개별조항상의 충돌(개별사안에서의 충돌)

### (1) 독일행정절차법 제45조

독일과 유럽공동체의 절차하자효과체제의 개별조항적, 구체적-개별적 충돌은 유럽의 보조금감독의 분야에서 명백해진다. 유럽공동체조약 제88조 제3항 제1문에 따라 보조금은 원칙적으로 집행위원회에게 통보되어야 한다. 이에 맞는 것이 유럽공동체조약 제88조 제3항 제3

419) 이런 의미에서 동지의 것으로 M. Ruffert, Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter Einfluß des Gemeinschaftsrechts, DVBl. 1998, S.69 (74f.).

420) BVerwG, DVBl. 1994, 763(764).

421) Classen은 유럽최고법원판례의 바탕이 된 사법통제의 기능적 한계를 독일의 판례는 무시하였다고 말하였다. Ders., DV 1998, S.307(329).

422) 그래서 일부에선 독일 행정절차법 제45조와 제46조의 적용으로 유럽적 절차권의 유효성이 무색하게 되어 버릴 경우엔, 이들 규정 전체를 적용하지 말 것을 주장한다(Kokott, DV 1998, S.335(367f.)). 또 일부에선 독일법 역시 치유가능성과 불고려의 규정에 대해 한계를 설정하되, 경우에 따라 공동체법의 적용영역에서의 개별사건에선 한층 엄격한 한계가 그어져야 한다고 지적한다(Classen, DV 1998, S.307(326f.)).

문에 따른 (직접적 효과가 인정되는) 시행금지이다.<sup>423)</sup> 이런 강행적 절차규정에 위반하여 발해진 국내 자금조성결정에 대해선, 경쟁자로선 국내 행정법원에 취소심판과 취소소송을 제기할 수 있다.<sup>424)</sup> 취소에 필수적인 주관적 공권은, - 경쟁자가 보조금수령자(수익자)에 비해 자신의 경쟁적 지위가 훼손당하였다고 주장하는 한에 있어서 - 유럽공동체조약 제88조 제3항 제3문으로부터 도출된다.<sup>425)</sup> 그렇지만 이때 유의할 점은, 집행위원회의 추후적 협력에서 보조금의 실제적인 공동체법일치성이 확인되더라도, 이것 역시 원래의 통보부작위를 더 이상 치유할 수 없다는 것이다. 오히려 하자는 필연적으로 보조금수령자의 반환(상환)의무로 귀결된다. 유추적용의 대상이 되는 행정절차법 제45조 제1항 제5호는 여기서 다음과 같이 공동체법합치적으로 제한되어야 한다. 즉, 먼저 번에 통보되지 않은 보조금을 집행위원회가 나중에 다루는 경우는 동호에는 들어가지 않도록 하는 것이다.<sup>426)</sup>

## (2) 독일행정절차법 제46조

행정절차법 제46조와 관련한 개별조항적 충돌은 “UVP-지침의 하자 있는 전환”이란 타이틀을 사용한다. 독일에선 - UVP-지침의 전환기간의 경과이후에 그러나 지침을 나중에 전환한 UVP-법률의 발효전에 개시된 - 허가절차에선 UVPG(환경영향평가법률) 제22조에 따라 환경영향평가를 시행할 필요가 없었다. 그러나 UVPG 제22조의 경과규정은 유럽최고법원에 의해 공동체법위반이라 판시되었다.<sup>427)</sup> 그 결과 이 시점에 발해진 허가는 절차하자를 띄게 됨으로써, 그런 절차하자가 어떤 효과(결과)를 낳는지의 물음이 제기된다. 지배적인 특히 연방행

423) EuGH, Slg. 1991, I-5505 Rn.11; Slg. 1992, I-6613 Rn.26.

424) EuGH, Slg. 1991, I-5505 Rn.12; Slg. 1992, I-6613 Rn.26f.

425) Zivier, Grundzüge und aktuelle Probleme des EU-Beihilfenrechts unter Berücksichtigung der Bezüge zum deutschen Verwaltungsrecht, Jura 1997, S.116(121 f.).

426) Kokott, Nationales Subventionsrecht im Schatten der EG, DVBl. 1993, S.1235(1238).

427) EuGH, Slg. 1994, I-3717 Rn.16ff.(20).

정법원이 주장하는 관점방식에 의하면, 하자는 통상 아무런 결과가 없는 채 그대로이다.<sup>428)</sup> 이에 의하면, UVP(환경영향평가제)는 형량과정을 구조화하는 데 이바지하는 순전한 절차도구로서 여겨진다. 결여되거나 하자있게 시행된 UVP는 허가결정이나 계획결정에서의 다른 모든 절차하자처럼 다루어진다.<sup>429)</sup> UVP와 관련한 지연은 그 자체로서 형량하자를 초래하지 않는다, 그것은 실체적(내용적)으로 타당하지 않음을 위한 증빙으로 결코 작동하지 않는다. 결정적인 기준이 되는 것은 전적으로 구체적 인과관계의 확인이다. 절차의 지식생산적 기능은, 추후에 타당하다고 인정된 결정을 대저 비로소 전개하는 것 및 결정의 합리성을 증진하는 것에 이바지하는 데 있다. 따라서 앞서의 완고한 공리적 관점은 절차의 이런 기능을 간과한다고 하겠다.<sup>430)</sup> 이미 VGH München 과 OVG Koblenz는 절차에 의한 “타당성보장”의 이런 구상을 정당하게 강조하였다.<sup>431)</sup> 양 법원은 정당하였다. 왜냐하면 행해지지 않은 UVP의 경우에 (절차하자의) 원칙적 추정은 형량의 하자를 찬성하기 때문이다. UVP시행에서 다른 결정이 본안에서 발해졌어야 하는지 여부의 물음은 UVP의 추완 없이는 결코 답해질 수가 없다. 왜냐하면 公衆參加의 결여로 결정적인 형량요소를 행정청으로선 결코 알 수 없기 때문이다. - 통설에<sup>432)</sup> 반해 - 친환경성심사 내지 절

428) BVerwGE 98, 339 (361f.); 100, 283(247, 252); 100, 370(376); Kadelbach, Verwaltungskontrollen im Mehrebenen System der Europäischen Gemeinschaft, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Verwaltungskontrollen, 2001, S.205(236).

429) R. Schmidt, Neuere höchstrichterliche Rechtsprechung zum Umweltrecht, JZ 1997, S. 1042(1044). 한편 대법원은, 구 환경영향평가법상 환경영향평가를 실시하여야 할 사업에 대하여 환경영향평가를 거치지 아니하였음에도 승인 등 처분을 한 경우에, 그 행정처분은 당연무효가 된다고 판시하였다(대법원 2006.6.30. 선고 2005두14363 판결). 이로 인해 마치 환경영향평가절차는 유럽법상의 본질적 절차에 해당하는 셈이 되었다.

430) D. Grimm, Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, NVwZ 1985, S.865(871).

431) BayVGH, DVBl. 1994, 1198(1199); 부인하는 것으로 K.-H. Ladeur, Konflikt und Kooperation zwischen dem europäischen Umweltrecht und dem allgemeinen Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten, JbUTR 2001, S.221(244 f.).

432) BVerwGE 100, 238 (252); BayVGH, BayVBl. 1993, 436(437).

차에의 관여(UVP-지침 제2조, 제3조)에 관한 주관적 권리를 타당한 방식으로 시인하거나, - 통설과 마찬가지로 - 적어도 관련 공중의 표명권(UVP-지침 제6조 제2항, UVPG 제9조)에 대해서 제3자보호적 성격을 인정하면,<sup>433)</sup> - 가능한 환경적 영향미침에 관한 조기의, 허가이전에 내려져야 할 판단에 나타나는 - UVP-지침의 유효성(der effet utile)은 독일 연방행정법원의 판례에 의해 실제로 불가능하게 되어버린다. 보조금 감독절차는 행정절차법 제46조와 유럽공동체법의 개별충돌을 위한 더 많은 예를 제공한다. 유럽최고법원의 판례에 의하면, 유럽공동체조약 제88조 제3항 제3문의 위반으로 인한 국내 보조금승인의 형식적 위법성이 행정절차법 제45조 제1항 제5호에 따른 치유가능성의 배제로 귀결되진 않는다,<sup>434)</sup> 대신 형식상의 하자는 그 자체로서 행정절차법 제46조상의 고려될 하자를 성립시키며, 그리하여 결과관련성과는 무관하게 항상 승인결정의 폐지를 요구한다. 이 점은 비록 집행위원회가 추후에 보조금의 실제적 적법성을 확인하더라도 마찬가지로 통용된다. 요컨대 여기서 행정절차법 제46조는, 유럽공동체법의 규준에 의해서, 구체적으로 회원국의 통보의무의 실제적 유효성을 보장할 필요성에 의해서 배척된다.<sup>435)</sup>

#### IV. 행정행위의 취소와 유럽화의 문제 - 공동체법위반인 국가적 보조금의 반환을 중심으로 -<sup>436)</sup>

공동체법위반인 국가적 보조금의 반환의 문제점에 즈음하여, 유럽최고법원은 효과성원칙과 차별금지원칙으로부터, 경우에 따라선 특별한 공동체법적 규정으로부터, 회원국 국내 행정절차법에 대해 어떠한 영향이 생길지를 광범한 판례상으로 구체화하였다.<sup>437)</sup> 그것의 잠정적인

433) BVerwGE 100, 238(252)

434) EuGH, Slg. 1991, I-5505 Rn.11, 16f.; Slg. 1996, I-3547 Rn.67.

435) Kokott, DVBl. 1993, S.1235(1238f.,1240).

436) 이하는 Joachim Sauerbaum, VerwArch. 2000, 169ff. 을 중심으로 논의를 전개한다.



정점이 비로 논란이 되는 Alcan II-판결이었다.<sup>438)</sup> 이하에선 동 판결을 중심으로 논의를 전개하겠다.

## 1. 유럽공동체의 보조금법제에 관한 개관

### (1) 개 요

유럽공동체조약은 제87조에 실체적 규정을 담고 있으며, 제88조에선 보조감독을 규율하고 있다, 유럽공동체조약 제87조에 의하면, 국가적 보조금이나 국가적 재원에서<sup>439)</sup> 제공된 (이정한 기업이나 품종에 수익을 줌으로써 유럽의 역내시장의 경쟁을 저하하고 있거나 (임박하여) 저하할 우려가 있는 종류의) 보조금<sup>440)</sup> 모두는 부인된다. 보조금금지의 예외가 유럽공동체조약 제87조 이하이외에선 조약상으로 규정되어 있을 수 있다. 나아가 유럽공동체조약 제87조 제2항은 일정한 범정에 외를 담고 있다. 유럽공동체조약 제87조 제3항에 의하면, 보조금은 재량에 속하는 평의회(lit. e) 내지 집행위원회에 의해서 공동체시장과 일

437) 단행논문으로 Richter, Die Rückforderung staatlicher Beihilfen nach §§ 48, 49 Vw VfG bei Verstoß gegen Art. 92ff. EGV, 1995; Sinnave, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, 1997.

438) EuGH, Urteil vom 20. 3. 1997, Rs. C-24/95 (Rheinland-Pfalz/Alcan Deutschland GmbH)-Alcan II-, Slg. 1997, I-1591ff.; Happe, Rückforderung von Zuwendungen nach negativer Kommissionsentscheidung im Beihilfverfahren, NVwZ 1998, 26ff.; Scholz, Zum Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahren - Zur Rechtsprechung des EuGH im Fall "Alcan"- DÖV 1998, 261ff.; R. Winkler, Das "Alcan"-Urteil des EuGH - eine Katastrophe für den Rechtsstaat?, DÖV 1999, 148ff.

439) 여기서 국가적(staatlich) 개념은 연방과 주 이외에 간접적 국가조직 및 게마인테와 게마인테조합을 포함한다. 보조금이 공적, 사적 기관의 개재하여 이루어졌는지 여부에 좌우됨이 없이, 그것이(보조금) 국가에 귀속가능한 행동양식의 결과이면 족하다. EuGH, Slg. 1988, 2855(2872 Tz.12).

440) 1차법적으로, 2차법적으로 정의가 되어 있지 않는 (광의의) 보조금개념에 관해선 EuGH, IStR 1999, 382(383 Tz.15):“당원의 지속적 판례에 의하면, 보조금개념은 자금조성과 같은 적극적 급부는 물론 다양한 형식으로 - 기업이 통상 저야 하기에 본문의 엄격한 의미에서의 보조금에 해당하진 않지만 그 종류와 효과에 비추어 보조금을 닮은 - 부담을 저지하는 조치도 포함한다.” 비슷한 것으로 EuGH, EuZW 1999, 530(532 Tz.34); EuGH, EuZW 1999, 506(507f. Tz.19ff.).

치하는 것으로 간주될 수 있다. 제3항에 규정된 면제재량으로부터 도출되는 것이, 유럽공동체조약 제87조 제1항상의 보조금금지 는 직접 적용될 수 없다고 하는 것이다.<sup>441)</sup> 끝으로 집행위원회는 명령<sup>442)</sup>에 의해서 일정한 분야에서 집단면제명령을 발 수 있다. 유럽공동체조약 제88조는 단체에 걸맞게 공동체와 (이를 위한) 집행위원회에 대해서 국가적 보조금의 제공을 감독하는 것을 수권한다. 유럽공동체조약 제88조를 위하여 평의회는 1999.3.22.에 유럽공동체조약 제89조에 따라 집행위원회의 제안에 의거하여 유럽의회와 경제사회위원회의 견해표명이 있는 다음에 절차명령(Vf.-Verordnung)<sup>443)</sup>을 발하였다.

유럽공동체조약 제88조 제3항 제1문에 의하면, 회원국은 원칙적으로<sup>444)</sup> 보조금의 의도적인 도입이나 변경 모두, 가령 “새로운 보조금”을 집행위원회에게 통보하여야 한다. 유럽공동체의 보조금감독을 위태롭게 하지 않기 위해서 그리고 집행위원회의 권한을 무시하지 않기 위하여, 회원국의 견해에 비추어 유럽공동체조약 제87조와 일치하거나 예외요건에 해당하는 보조금의 경우까지도 통보되어야 한다. 이에 의거해서 집행위원회는 동조 제3항 제2문에 따른 사전심사를 시행하는데, 이 절차는 私人的 참가권이 없이 집행위원회와 회원국사이의 절차로 형성되어 있다.<sup>445)</sup> 집행위원회가 보조금제공에 대한 의문이 성립하지 않는다고 결론에 이르면, 이는 해당 결정부분에<sup>446)</sup> 대해선 본

441) EuGH, Slg. 1964, 1251(1273); Richter, Rückforderung gemeinschaftrechtswidriger Subventionen nach §48 VwVfG, DÖV 1995, S.846(848f.).

442) 1998.5.7.자 VO(EG) 994/9866.

443) 동 명령의 내용은 대체적으로 보아 집행위원회의 종래의 실무와 이를 위해 행하여진 유럽최고법원의 판례를 수정한 것이다.

444) 소위 “최소기준의 법칙(de minimis Regel)”에 따른 약소한 보조금의 경우와, - 집행위원회가 1998.5.7.자 명령에 의거하여 취할 수 있는 - 집단적 면제를 행한 경우에는 통보의무의 예외가 존재한다. 그러나 단순한 통지가 충분한지는 다투어졌다.

445) Kruse, Die Rechtsstellung Dritter im Beihilfekontrollverfahren, EuR 1999, S.19(122).

446) 절차명령(Vf.-Verordnung)에 의하면, 집행위원회가 보조금이 존재하지 않는다고나 보조금에 별 의문이 없다고 확인하더라도, 결정이 행해진다. 반면 집행위원회는 이제까지 기와의 통설에 따라 일체의 경우에 (구 유럽공동체조약 제189조 제4항상

심사절차가 행해지지 않는다는 명시적, 묵시적<sup>447)</sup> 표시이다. 이런 점에서 보조금수령자와 경합하는 제3자가 직접적으로 개인적으로 관련이 될 수 있으며, 그 결과 경우에 따라선 유럽공동체조약 제230조에 따라 요구되는 제소권이 그에게 인정된다. 반면 집행위원회가 유럽공동체조약 제87조에 대한 위반이 존재한다는 견해에 이르면, 집행위원회로서 지체없이 유럽공동체조약 제88조 제2항에 따른 본심사절차를 개시한다. 최종결정이 내리기까지 의도적인 보조금에 대해선, 유럽공동체조약 제88조 제3항 제3문에 따른 집행(시행)금지가 통용된다.<sup>448)</sup>

1999.3.22.의 절차명령이 제11조 제1항에서 명시적으로 입증하는 것과 마찬가지로, 집행위원회는 잠정적인 중지명령을 발할 수 있다.<sup>449)</sup> 절차명령의 발효이후에 추가로, 집행위원회는 일정한 요건하에<sup>450)</sup> 결정으로써 회원국에게도 - 당 위원회 자신이 보조금의 일치성여부를 결정내릴 때까지 - 보조금을 일시적으로 반환요구를 할 것을 명할 수 있다. 보조금이 공동체법위반으로 입증되면, 집행위원회는 유럽공동체조약 제88조 제2항에 따라 결정으로서 회원국에게 조치를 변경하거나 폐지할 것을 의무지운다. 동조 제3항에 반하여 보조금이 이미 제공되었으면, 결정은 “국내행정청을 향한 보조금반환이란 하명처분의 형식”을 채택할 수 있다.<sup>451)</sup> 이런 하명처분을 받은 회원국이 그 반환요구의

---

의) 정식적 결정을 내릴 의무를 지지 않았다. W. Schroeder, *Rechtsprobleme der Beihilfenkontroll durch die EU-Kommission*, ZIP 1996, S.2097(2103).

447) 그리하여 형식적 결정이 없더라도, 회원국에 대한 (보조금의 공동체시장과의 일치성에 관한) 결정이 소송대상으로 여겨진다. EuG, Slg. 1997, II-2529(2546 Tz.52)

448) 일찍이 법률에 의해 새로이 도입된 보조금에 대한 영향미침에 대해서, Ossenbühl은 유럽공동체조약 구 제93조 제3항 제3문에 따른 차단효과를 충족하기 위해, 법률의 성립을 명시적으로 정지할 것을 요구하였다. Ders., *Europarechtliche Beihilfenaufsicht und nationales Gesetzgebungsverfahren*, DÖV 1998, 811ff.

449) EuGH, Slg. 1990, I -307(356 Tz.19f.).

450) 절차명령 제11조 제2항에 의하면, 회원국의 청문이외에 요구되는 것이, 보조금 성격과 관련한 현재의 실무에 비추어 발한 조치에 아무런 의문이 존재하지 않는 것, 활동에 나섬이 요구되는 것, 경쟁자에 대한 현저한 회복될 수 없는 손해가 심각하게 우려될 수 있는 것이다.

451) EuGH, Slg. 1987, 921(927 Tz.24); Slg. 1973, 813(829 Tz.13)

무를 따르지 않으면, 집행위원회는 유럽공동체조약 제88조 제2항에 따라 제226조와 제227조(구 제169조, 170조)에 벗어나서 직접 유럽최고법원에 대해 제소할 수 있다.

## (2) 보조금반환요구에서의 국내법의 원칙적인 적용

유럽화의 물음, 가령 국내법의 부분적인 배척, 중첩, 수정이나 변경된 해석은 회원국법이 원칙적으로 적용되는 경우에 한하여 제기될 수 있다. 그래서 공동체고유한 집행의 전체 영역은 처음부터 유럽공동체법적 규준에 의거하기에, 국내절차법의 중첩의 문제가 생기지 않는다. 그래서 예외적으로 공동체고유한 집행이 행해지는 한, 유럽공동체의 기관은 전속적으로 (일반적 법원칙을 포함한) 유럽공동체법을 즉, 소위 유럽공동체의 고유행정법(Eigenverwaltungsrecht)을 적용한다. 그러나 보조금의 반환과 관련하여 거의 예외 없이 국내 행정청이 관장하는 점에 변함이 없다. 보다 자세히 말하면, 그것이 유럽공동체법적 근거에서 제공되거나 유럽공동체재원으로부터 조달된 보조금에 해당하더라도 그렇다. 이에 맞춰 유럽최고법원은 기본적인(기초적인) Deutsch Milchkontontor-판결에서 한정공식(Soweit-Formel)에 바탕을 두고서,<sup>452)</sup> 유럽공동체명령에 의거하여 유럽공동체재원으로 국내 기관이 제공한 보조금을 위하여 처음으로 다음의 점을 확정하였다. 즉, 적용 가능한 유럽공동체법이 결여되면, 반환요구는 국내법에 의하되, 그 국내법은 차별금지와 효과성원칙을 준수하여야 한다고 판시하였다.<sup>453)</sup>

유럽최고법원은 이 판결의 적용영역을 단계적으로 확장하여, 마침내 그것의 법률적 근거가 (현존하는 한) 국내적 연원이고, 국내재원으로부터 조달된 보조금의 경우까지도 확대하였다. 그리하여 유럽공동체법적으로 유일한 연결점은, 국가적 보조금의 제공에서 유럽공동체조

452) EuGH, Slg.1983, 2633(2665 Tz.17); 동지: BVerwGE 74, 357(260); 88, 278(282f.).

453) EuGH, Slg.1983, 2633(2665 Tz.19, 22f.).

약 제87조 이하를 준수할 필요가 있다는 점에 있다. 여기서도 보조금의 반환이란 - 비로소 - 원칙적으로 국내법에 따라 행해지는 점엔 다툼이 없다.<sup>454)</sup> 그렇지만 문헌상으로 이런 고찰이 국내법과 관련하여 공동체법적 한계를 성립시키기 위해 충분하지 여부가 비판적으로 의견이 표명되었다. 허나 이미 1990년의 BUG=Alutechnik-판결에서 유럽최고법원은, 상세한 근거를 제시하지 않은 채 유럽공동체재원의 보조금을 위하여 형성된 원칙들이 유럽공동체법위반인 국내재원의 보조금의 반환의 경우에도 통용되어야 한다고 확인하였다.<sup>455)</sup>

그리하여 공동체법위반인 보조금의 반환을 위하여 이처럼 국내법이 원칙적으로 결정적인 기준이 되는 점은 여전히 견지된다. 심지어 유럽연합의 이사회(Rat)가 유럽공동체조약 제89조의 근거에서 집행위원회의 제안에 의거하고 유럽의회와 경제사회위원회의 견해표명이후에 유럽공동체조약 제88조의 적용을 위한 절차명령을 발한 다음에도 그러하다. 이런 점을, 동 명령의 13번째 고려이유(근거) 및 - 회원국에 향한 반환요구의 경우에 그 회원국으로 하여금 “당시의 법질서상으로 동원가능한 필요한 모든 단계(잠정적 단계를 포함한)를” 행할 의무를 지게 한 - 제14조 제3항이 분명히<sup>456)</sup> 한다.

## 2. 독일 행정절차법 제48조와 제49조의a에 따른 공동체법위반인 국가적 보조금의 반환청산

### (1) 행정행위의 위법성

유럽공동체법과 국내법의 특별규정이 없는 통상적 경우에, 독일 행정절차법 제48조이하의 일반 행정절차법적 규정의 적용이 견지된

454) EuGH Slg.1990, I-959(1019 Tz.61; Slg. 1990, I-3437(3457 Tz.12); BVerwGE 92, 81(820); 106, 328(332).

455) EuGH Slg. 1990, I-3437(3457 Tz.12); “유럽공동체법위반인 국내 보조금의 반환에 대해서도 동일한 것이 통용되어야 한다”

456) 제3문은 “반환요구는 국내법의 절차규정에 따라 행해질 수 있다”고 규정한다.

다.457) 즉, 행정법적 자금조성으로서의 보조금이 행정행위에 의해서 교부되었던 한에 있어서, 독일 행정절차법 제48조가 취소를 위한 수권근거이고, 반환은 독일 행정절차법 제48조 제2항 제5문-제8문을 대신하는 독일 행정절차법 제49조의a<sup>458)</sup>에 의한다. 독일 행정절차법 제48조 제1항 제1문에 의하면, 취소의 필요요건은 폐지될 행정행위의 위법성이다. 특히 1차적 혹은 2차적 유럽공동체법의 직접 통용되는 규정의 위반 역시 위법성을 가져다준다. 자금조성이 행정행위에 의해

---

457) 독일행정절차법 제48조 ① 위법한 행정행위는 불가쟁력이 발생한 후에도 장래를 향한 또는 소급적인 효력으로 그 전부 또는 일부를 취소할 수 있다. 권리 또는 중대한 법률상의 이익을 성립시키거나 확인한 행정행위(수익적 행정행위)는, 제2항 내지 제4항의 제한하에서만 취소될 수 있다. ② 위법한 행정행위로서, 1회 또는 계속적인 금전급여 또는 가분적 물적 급여를 제공하거나 또는 그를 위한 전제가 되는 행정행위는, 수익자가 행정행위의 존속을 신뢰하고 그의 신뢰가 취소에 따른 공익과 형량하여 보호가치가 있다고 인정되는 때에는, 취소하여야 아니 된다. 수익자가 제공받은 급부를 소비하였거나, - 돌이킬 수 없거나 또는 도저히 감당할 수 없는 불이익을 감내하여야만 취소할 수 있는 - 재산적 처분을 하였을 때에는, 그 신뢰는 원칙적으로 보호가치가 있다. 수익자는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 신뢰를 주장할 수 없다. 1. 악의적인 사기 또는 강박이나 뇌물에 의하여 행정행위를 하게끔 한 때, 2. 본질적인 관계에서 부정 또는 부실한 기재를 함으로써 행정행위를 하게끔 한 때, 3. 행정행위의 위법성을 인식하였거나 중과실로 인해 인식할 수 없었던 때. 이들 제3문의 각호에 해당하는 행정행위는 원칙적으로 과거에 소급하여 취소된다. ③ 제2항에 해당되지 아니하는 위법한 행정행위를 취소한 경우, 당사자가 행정행위의 존속을 신뢰하였기에 입은 재산상의 불이익에 대해서, 행정청은 그 신뢰가 공익과 형량하여 보호가치가 있는 한, 신청에 따라 보상하여야 한다. 제2항 제3문이 적용되어야 한다. 재산상의 불이익은 당사자가 행정행위의 존속으로 받게 되는 이익에 상당하는 금액을 초과하여 보상될 수 없다. 보상될 재산의 불이익은 행정청이 결정한다. 청구권은 1년 내에만 행사할 수 있다; 기간은 행정청이 당사자에게 이에 관하여 고지한 때로부터 진행된다. ④ 행정청이 위법한 행정행위의 취소를 정당화하는 사실의 존재를 알게 된 경우에는, 이를 알게 된 날로부터 1년 내에만 취소가 허용된다. 제2항 제3문 제1호에 해당하는 경우에는 적용되지 아니한다. ⑤ 행정행위의 불가쟁력이 발생한 이후의 취소에 관해선, 제3조의 규정에 따른 소관 행정청이 결정을 내린다; 취소하여야 할 행정행위가 다른 행정청에 의하여 발동되더라도 마찬가지이다.

458) 이는 1996년의 행정절차법규정의 개정법률(이른바 신속화입법, Beschleunigungsgesetzgebung)에 의해 도입되었다. 이에 관해선 Suerbaum, Widerruf und Erstattung bei Geld- und Sachleistungsverwaltungsakten nach der Novellierung des Verwaltungsverfahrenrecht, VerwArch. 1999, 361ff.

서 제공되면, 승인결정의 위법성은 결과적으로 유럽공동체적 보조금법의 위반으로부터 생겨날 수 있다.

1) 단순한 형식적 위법성의 폐지가능성

보조금이 유럽공동체조약 제88조 제3항에 따른 통보의무를 위반하고서 이미 제공되었던 경우, 그것의 반환이 일어날 수 있는지 여부가 다투어진다.<sup>459)</sup> 분명하게도 집행위원회는 이제까지 회원국에게 실체적으로 유럽공동체조약 제87조와 일치하는 보조금을 통보절차의 불준수를 이유로 반환할 것을 요구하지 않았다. 이런 태도는 압도적인, 특히 유럽최고법원에 의해 입증된 견해에 합치한다. 이에 의하면, - 유럽공동체조약 제88조 제3항에 따른 - 통보의 결여하자는 치유되지 않지만,<sup>460)</sup> 집행위원회의 반환요구는 - 유럽공동체조약 제87조에 따른 - 실체적 공동체법위반을 필요로 한다.<sup>461)</sup> 사실 통보의무란 집행위원회에 의도적 보조금에 관하여 보조금감독을 위해 필수적인 지식(정보)을 전달한다는 의미에서 봉사적 기능을 발휘한다. 또한 유럽공동체시장의 지속적인 경쟁훼손을 종결시킨다는 반환요구의 실체적 근거 역시, 유럽공동체조약 제87조의 사실상의 위반의 경우에만 주효하다.

---

459) Jestaedt, Das Rückzahlungsrisiko bei "formell rechtswidrigen" Beihilfen, EuZW 1993, S.49(51f.); Ehlers, Rechtsprobleme der Rückforderung von Subventionen, GewArch. 1995, S.305(307).

460) EuGH, Slg. 1991, I -5505(5529 Tz.16f.).

461) EuGH, Slg. 1990, I -307(357 Tz.22f.). Dickersbach, Die Entwicklung des Subventionsrechts seit 1993, NVwZ 1996, S.962(967); Kahl, Die Rückabwicklung europarechtswidriger Beihilfen, JA 1996, S.857(857) Stober, Anmerkung (zu OVG Rh.-Pf., Urteil vom 2.6.11. 1991, JZ 1992, 1084), JZ 1992, S.1087(1087); Triantafyllou, Zur "Europäisierung" des Vertrauensschutzes (insbesondere §48 VwVfG)- am Beispiel der Rückforderung staatlicher Beihilfen, NVwZ 1992, S.436(438); ders., Europäisierte Privatrechtsgestaltung im Bereich der Beihilfenaufsicht, DÖV 1999, S.51(57); Zivier, Jura 1997, S.116(120), Kokott, Nationales Subventionsrecht im Schatten der EG- Das Beispiel der Rückforderung von Subventionen-, DVBl. 1993, S.1235(1238f.).

이런 통설적 입장에 대해 제기되는, - 그렇게 되면 유럽공동체조약 제88조(구 제93조) 제3항이 거의 공동화될 우려가 있다는 - 異議는 다음의 세 가지 이유에서 유효하지 않다.<sup>462)</sup> i) 승인되지 않는 보조금의 잠정적 증지를 명할 권리가 집행위원회에게 인정된다. ii) 유럽공동체조약 제88조제3항에 대한 위반은 유럽최고법원의 판결에 의하면 신뢰보호의 분쇄를 통해서 가혹한 제재를 띄었다(후술). iii) 유럽최고법원의 관례에 의하면, 잠정적 권리보호를 구한 경쟁자에 의해서 간청을 받은 국내 법원은, - 통보가 이례적 사정에서 사물적합하지 않는 경우가 아니라면 - 집행위원회가 보조금을 통보받지 않은 경우엔, 보조금의 (잠정적) 반환을 요구하여야 한다.<sup>463)</sup> 이런 중간 국면에서 회원국의 권능은 유럽최고법원의 판결에 따라 집행위원회의 권능보다 더 널리 미친다. 더해서 경쟁자권리보호에 우호적인 입장이, 개인을 공동체법관철의 도구로 만드는 일반적 경향에 일치한다.<sup>464)</sup>

## 2) 위법성의 성립요건적 징표를 위한 집행위원회결정의 의의

이에 따라 집행위원회결정을 위한 심사규준은 보조금의 실체적 공동체위법성이다. 집행위원회는 부정적인 출발의 경우에, 유럽공동체조약 제87조에 위반이 존재한다고 결정을 통해서 확인한다. 동 결정에 존속력이 발생하면, 보조금의 공동체위법성은 궁극적으로 확정되고, 그 결과 모든 회원국의 기관(부처)은 특히 승인결정의 폐지와 배상(반환)결정을 관할하는 행정청은 동 결정에 구속된다. 설령 동 결정의 수

462) Sauerbaum, VerwArch. 2000, S.169(183f.).

463) EuGH, Slg. 1996, I -3547(3598 Tz.71); EuGH; EuZW 1999, 530(532 Tz.31)는, “국내 법원은, - 집행위원회에 보조금을 통보할 - 유럽공동체조약 제88조 제3항에 따른 의무(화)를 위반할 때, 개인의 권리의 보장에 관해 감시한다”고 판시하였다.

464) 주관적 공권의 인정에 대한 공동체법적 영향미침에 관해선 vgl. Classen, Der Einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts?, VerwArch. 1997, 645ff. Schoch, Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens-und Verwaltungsprozessrechts, in: Schmidt-Abmann/Hoffmann-Riem, Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S.279(311 Fußn. 187).



범자가 아니긴 해도, - 그에게 가능한 권리구제방도를 취하지 않았거나 별효과를 얻지 못한 - 보조금수령자로서도 동 보조금결정이 공동체법적으로 합치한다는 점을 더 이상 주장할 수가 없다.<sup>465)</sup> 왜냐하면 집행위원회결정이 구성(성립)요건적 효과(Tatbestandswirkung)를 발휘하기 때문이다.<sup>466)</sup> 이런 구성요건적 효과는 찬동을 얻는다. 왜냐하면 그것은 회원국의 행정청과의 관계에서 유럽공동체조약 제88조(구 제93조) 제2항에 따른 - 보조금의 유럽공동체조약 제87조와의 일치성을 결정내려야 하는 - 일의적인 1차적 권한에 바탕을 두기 때문이다. 보조금수령자의 관점에서도 그것은 받아들여져야 한다. 왜냐하면 종국적인 보조금반환과 관련해서, 유럽공동체조약 제230조에 따른 무효소송을 위한 원고적격(제소권)이 보조금수령자에게 인정되기 때문이다.<sup>467)</sup>

## (2) 재량

독일 행정절차법 제48조 제1항 제1문은 행정행위의 취소를 행정청의 재량에 둔다. 부당하게 제공된 보조금은 반환되어야 한다는 것이 여러 차례 규범화되지만, 독일 행정절차법 제48조와 특히 동조 제2항을 배척하는 규율은 발해지지 않는다. 따라서 합당한 특별 규율이 없으면, 독일 행정절차법 제48조 제1항 제1문에서 열려진 취소재량은 공동체법의 기준과 관련해서 영으로 축소된다.<sup>468)</sup> 그렇지만 지속적인 취소결정의 인정이, 보조금수령자와의 관계에서 집행위원회결정의 효과

465) EuGH, Slg. 1994, I -833(853ff. Tz.17,26).

466) BVerwGE 92, 81(83); Happe, Zur innerstaatlichen Wirkung von Beihilfentscheidungen gem. Art. 93 II EWGV, NVwZ 1993, S.32(34).

467) EuGH, Slg. 1987, 921ff.; Slg. 1994, I -833(852 Tz.14); BVerwGE 74, 357ff.; 88, 278(282f.); 95, 213(223, 225).

468) BVerwGE 92, 81(87); OVG NW NVwZ 1993, 79(81); Fischer, Zur Rückforderung von unter Verstoß gegen Art. 92, 93 EWGV gewährten nationalen Beihilfen, DVBl. 1990, S.1089(1094); Pache, Rechtsfragen der Aufhebung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfebescheide, NVwZ 1994, S.318(326); Zivier, Jura 1997, S.116(121). 재량 영으로의 축소에 관해서, 줄저, 행정법기본연구 I, 2008, 212면 이하 참조.

로부터 도출될 수가 없다. 즉, 그것의 내용은 처음에는 보조금의 공동체법위법성의 -전술한 것처럼- 기속적인 - 확인에 한정된다. 두 번째로 집행위원회는 -보조금이 이미 제공되어 버린 한에 있어서- 회원국에 대해 반환요구를 명할 수 있다. 보조금절차를 위한 새로운 절차명령은 기속적 결정으로써 종전의 재량을 대체한다, 이에 따르면, 단지 회원국의 반환요구의무가 성립하지, 보조금수령자가 반환할 직접적인 의무가 성립하는 것은 아니다.

유럽최고법원은 동법원이 반환요구를 공동체법위반성의 확인의 “논리적 결과”로 여긴다는 점을 반복하여 강조하였다.<sup>469)</sup> 따라서 유럽공동체와 회원국과의 관계에서 반환요구의무에 대한 異議는 별반 관철되지 않는다. 동 법원은 반환요구결정의 바른 집행(시행)이 “절대적으로 불가능한” 경우에만 예외를 인정한다.<sup>470)</sup> 그러나 시행상의 불가능이 국내법의 법적 장애(지장)를 의미하진 않는다. 동 법원의 지속적 판례에 의하면, 회원국은 공동체법으로부터 비롯된 의무를 간과하는 것을 정당화하기 위하여, 그 자신의 내부적 법질서의 규정, 관례나 상황을 주장할 수가 없다. 그리하여 반환요구가 절대적 불가능한 경우는, 실무상으로 관련 기업의 완전한 파산의 경우<sup>471)</sup>에만 생각할 수 있다.

회원국에 대해 실제로 예외없이 부과되는 반환요구의무(화)는 공동체법의 관통효로 인해 회원국의 모든 기관(부서)에 미치며, 또한 시민과의 관계에서 취소재량의 영으로의 축소를 야기한다. 이것은 독일 행정절차법 제48조의 공동체법합치적 해석으로부터 도출된다. 왜냐하면 가능한 한, 국내법은 유럽공동체와의 관계에서 성립한 의무가 이행될 수 있도록 해석되어야 하기 때문이다.

469) EuGH, Slg. 1997, I-135(162 Tz.47); Slg. 1993, I-3131(3150 Tz.16); Slg. 1990, I-959(1020 Tz.66)

470) 회원국은 조약위반절차에서의 방어권을 위하여, 결정을 바르게 시행하기란 완전히 불가능하였다고만 주장할 수 있다.

471) 원칙적으로 파산의 경우에도 반환요구가 생길 수 있다. EuGH, Slg. 1994, I-4103(4170 Tz.80).

### (3) 신뢰보호

따라서 반환요구의무의 이행을 위한 장애물로서, 취소가능성의 한계만을 들 수 있을 것이다. 독일 행정절차법 제48조 제1항 2문, 제2항-제4항은 폐지가능성의 신뢰보호와 기간과 관련하여 취소가능성의 한계를 설정한다. 이에 의하면, 사물급부행정행위와 금전급부행정행위로서의 보조금결정을 위해선, 기간이후엔 제2항에 의한 한계가 통용된다. 독일 행정절차법 제48조 제2항에 제1문에 의하면 위법한 금전/사물급부행정행위는, 수익자가 행정행위의 존속을 신뢰하고 그 신뢰가 취소상의 공익을 형량한즉, 보호가치가 있는 한 취소되어선 아니 된다.

#### 1) 국내의 신뢰보호규율의 원칙적인 고려가능성과 부당이득반환에 대한 항변

한정공식(Soweit-Formel)에 맞춰서, 금전급부나 사물급부의 반환은 공동체법규율이 없는 한, 국내법에 의한다. 이미 Deutsche Milchkontor-판결에서 유럽최고법원은 이에 관해 다음과 같이 명시적으로 확인하였다. 즉, 이런 것(한정공식)이 원칙적으로 반환요구의 배제를 위하여 신뢰보호, 부당한 이득의 멸실, 기한의 경과 혹은 (행정이 의문스런 보조금을 부당하게 제공하였다는 점을 의식하였거나 중과실로 의식하지 못하였던) 상황과 같은 기준을 목표로 삼는 국내 규정에 대해서도 통용된다고 판시하였다.<sup>472)</sup> 국내 법규정의 적용에서 동종의 순전히 국내적인 절차와의 차이가 결코 만들어져선 아니 되고, 공동체의 이익이 완전한 범위에서 고려될 것을 요건으로 한다.<sup>473)</sup> 유럽최고법원은 이유로, 공동체법 스스로 신뢰보호와 법적 안정성의 원칙을 담고 있으며, 그리하여 합당한 국내법의 적용에 원칙적으로 배치되지 않는다고 들었다.<sup>474)</sup>

472) EuGH, Slg. 1983, 2633(2669f. Tz.33).

473) EuGH, Slg. 1983, 2633(2669 Tz.32).

474) EuGH, Slg. 1983, 2633(2669 Tz.30); Slg. 1990, I -3437(3456f. Tz.13); Slg. 1997,

## 2) 신뢰보호의 공동체법적 결정인자

보조금감독의 분야에서, 유럽최고법원의 판례는 국내의 신뢰보호적 관점을 가능한 광범하게 배제하는 것과 공동체법적 기준을 결정적 기준으로서 대체하는 것을 그 목표로 하였다.

### ① 일반적 법원칙의 경우

그렇지만 이런 목표는 일반적 법원칙의 동원을 통해서만 달성될 수가 없다. 일부에선 일반적 법원칙이 회원국의 집행에 대해 적용되지 않는다고 본다. 반면, 다수의 견해에 의하면, 최소수준의 결정(규정)을 위한 의의가 일반적 법원칙에 대해 부여된다.<sup>475)</sup> 따라서 공동체법의 법적 안정성과 신뢰보호이란 일반적 법원칙을 원용하더라도, 그것(일반적 법원칙)은 국내 신뢰보호기준을 저하시키기 위한 유용한 근거로서 고려되지는 않는다.<sup>476)</sup>

### ② 집행위원회의 반환요구결정의 경우

유럽공동체법적 기준에 의해서 국내 신뢰보호규율을 배척하는 것은 집행위원회결정의 법 효과로부터 생겨날 수 있다. 그래서 반환요구결정이 보조금수령자와의 관계에서도 직접적으로 효력을 발휘한다는 문제가 주장되었다.<sup>477)</sup> 집행위원회가 반환요구를 조건 없이 下命하면,

---

I -1591(1617 Tz.25).

475) Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S.417.

476) Papier, Die Einwirkungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auf das nationale Verwaltungs- und Verfahrensrecht, in: Kloepfer(Hrsg.), Die Bedeutung der Europäischen Gemeinschaften für das deutsche Recht und die deutsche Gerichtsbarkeit, 1989, S.51(57f.); E. Klein, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten, Der Staat 1994, S.39(45). (차별금지과 효과성의 원칙에 의해 제한받은) 국내법의 적용가능성의 문제점이 제기되지 않았을 것이라는 이유에서, 유럽최고법원 역시 일반적 법원칙에 의거한 국내법의 배척을 실행하지 않았다.

477) Ehlers, Die Vereinbarkeit der "Alcan"-Rechtsprechung des EuGH mit dem deutschen Verfassungsrecht, DZWIR 1998, S.491(493).

결정의 존속력의 발생과 동시에 확정되는 사항이, “보조금수령자가 절차법 제48조 제2항 제1문의 의미상으로 보호가치가 있지 않고, 승인결정의 취소가 신의성실의 원칙에 배치되지 않고, 수익자가 부당이득의 멸실을 주장할 수 없다”는 것이다. 따라서 집행위원회는 보조금수령자와의 관계에서도 신뢰보호의 제공에 관하여 최종적으로 결정을 내리는 셈이다.

그런데 이런 식의 논증은 유럽공동체법위반의 보조금의 반환청산에서의 집행구조와 일치하지 않는다. 왜냐하면 그것은 한편으론 EG/회원국, 다른 한편으론 회원국/보조금수령자인 법관계의 필요한 분리를 견지하지 않기 때문이다. 집행위원회결정은 보조금의 위법성의 확인 이외에 회원국을 위한 반환요구의무만을 규정할 수 있다.<sup>478)</sup> 보조금수령자에 대한 보조금의 반환청산-승인결정의 취소, 상환청구권의 주장-을 위하여, 집행위원회로선 권한(관할)도 없고, 필요한 수권근거를 행사할 수도 없다.<sup>479)</sup> 이 점은 특히 “소관 회원국행정청과 국내법의 인정된 원칙적인 기준성에 의한 집행위원회결정의” 시행필요성에 표현된다. 이에 맞춰 집행위원회는 유럽공동체조약 제88조 제2항에 따른 결정의 범주내에서 반환요구를 위한 공동체법적 요건이<sup>480)</sup> 회원국에 존재하는지 여부도 심사하지만, 국내 규정은 집행위원회의 심사권한 밖에 놓인다.<sup>481)</sup> 이를 인정하면서, 유럽최고법원은 - 예외적으로 - 보호할 만한 신뢰의 고려를 판단하는 (국내 기관의) 권한을 명시적으로 강조한다. 요컨대 회원국을 수범자로 한, 존속력이 있는 보조금반환요구의 하명으로부터는, 국내 신뢰보호규율의 배제가 도출될 수가 없다.

478) Niedobitek, Rezension Sinnaeve, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, DVBl. 1998, S.410(411)

479) 그리하여 “반환요구결정을 직접 집행위원회의 결정에 의거하게” 하는 Sommermann의 제안(DVBl. 1996, S.889(894))으로부터도 아무런 것이 도출될 수 없다.

480) 절차명령 제14조 제1항 제2문이 명시적으로 입증하듯이, 공동체법의 일반적 법원칙의 준수가 이에 들어간다.

481) 이에 맞춰 유럽최고법원은 국내 법원에 대해서 사법적 심사권한을 부여한다. EuGH Slg. 1990, I -3437(3457 Tz.16).

③ 유럽공동체조약 제88조 제3항의 경우

따라서 국내법에 대해 공동체법적 신뢰보호제한을 통용시키기 위한 결정적인 규범적 착안점이, 바로 유럽공동체조약 제88조 제3항이다. 동조 제3항 제1문에 의하면, 회원국만이 통보할 수 있다. 그러나 유럽 최고법원은 직접적용이 가능한 유럽공동체조약 제88조 제3항 제3문의<sup>482)</sup> 현상유지적(stand-still) 의무화로부터, 보조금수령자가 제공이전에 통보요청의 준수를 확인할 책무(Obliegenheit)를 도출한다. 그러나 주의 깊은 경영자로선 규정된 절차의 준수를 확인하기란 통상 가능하기에, 그는 원칙적으로 유럽공동체조약 제88조 제3항의 준수에서의 규정합치성을 전적으로 믿을 수 있다.<sup>483)</sup>

비록 유럽공동체조약 제88조 제3항의 위반의 효과(보호가치가 있는 신뢰의 배제효과)가 원칙으로 통용되어야 한다 하더라도, 이로써 열려진 예외의 가능성은 - 회원국에 의해 만들어진 신뢰성립요건이 문제되는 한에 있어서 - 여태 이론적 성격에 머물렀다.<sup>484)</sup> 가령 연방행정법원은 Alcan-재판에서 유럽최고법원에 대해, 다음의 물음을 제청하였다. 소관 행정청이 위법성(취소원인)과 관련해서 수익자에게 신의성실의 위반으로 여겨질 정도로 책임이 있다 하더라도, 존속력이 발생한 집행위원회의 반환요구결정으로 때문에 소관 행정청으로선 취소하여야 할 의무가 성립하는지 여부가 그것이다, 즉, 1983년 Rheinland-Pfalz에서의 주의회선거가 있는 해에, 사업주가 현저한 전기요금인상 이후에 알루미늄공장을 폐쇄하고 종업원을 해고하겠다고 알린 다음에, 보조

482) EuGH, Slg. 1964, 1251(1273); Slg. 1973, 1471(1483 Tz.8); Slg. 1991, I -5505(5528 Tz.14).

483) EuGH, Slg. 1990, I -3437(3457 Tz.14); Slg. 1997, I -135(163 Tz.51); Slg. 1997, I -1591(1617 Tz.25).

484) 이에 반해 유럽최고법원은 공동체조약 구 제93조 제3항 제3문을 위반하여 제공된 보조금의 반환요구가 배제된 것으로 판시하였다. 이유인즉, 결정이 현저하게 지연되게 발해졌다는 것이다.

금수령자인 그 사업주에 대해서 연방정부의 동의하에 교부한 임시원조금이 거진 강요되다시피 하였다. 유럽최고법원은 보조금수령자의 이런 이의도 유럽공동체조약 제88조 제3항을 통해서 차단하였다. 즉, 통보요청의 준수를 확인할 의무를 과하는 것은 행정청의 행위에 좌우될 수 없기에, 보조금수령자는 유럽공동체조약 제88조 제3항의 위반시엔 결코 보조금의 규정합치성에 대한 정당한 신뢰를 향유하지 못한다고 판시하였다. 유럽최고법원은 보조금수령자의 책무를 흡사 공리적으로 행정청의 행위와 무관하게 설정하여, 국내의 보조금의 제공에서 회원국과 수익자가 하나의 상황에 놓인 것으로 간주된다. 즉, 행정청이 공동체법을 의식적으로<sup>485)</sup> 위반하였을 때, 보조금을 수령자에게 맡기는 것이 행정청에게 유리하다. 반면 독일 행정절차법 제48조는 대립된 이익의 조율을 목표로 한다. 그리하여 한편으로 회원국과 보조금수령자간의 충돌의 가능성이 처음부터 배제되리라는 점을 분명히 목도하면, (신뢰보호상의) 엄격한 요청은 공감할만하다. 다른 한편으로 신뢰보호의 고려와 관련해서 반환요구가 행해질 수 없는 사례는 적게 여겨진다고 한다.

총체적으로 고찰하면, 유럽공동체법은 반환요구와 관련해서 유럽공동체와 회원국의 관계를 지배할 뿐만 아니라, 내용상으로 유럽최고법원의 판례에 의해 국내 행정청과 보조금수령자의 관계에서의 신뢰보호심사를 위한 중요한 기준을 담고 있다. 공동체법의 집행구조와 결여된 수권규범을 고려한즉, 존속력이 발생한 집행위원회결정과 관련해서 국내의 신뢰보호관점이 보조금수령자에게 차단된다고 해서, 이런 법관계의 분리가 따들려져선 아니 된다. 그러나 국내 행정청으로선 취소와 (경우에 따라선) 상환의 적법성요건을 심사함에 있어서, 직

---

485) Kadelbach, Allg. Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, S.465. 는, 회원국이 유럽공동체조약 구 제92조, 제93조의 위반시에 항상 - 혹은 아무튼 전형적으로 - 의식적으로 이익을 제공한다는 점을 명백히 출발점으로 삼는다.

접적용이 가능한 유럽공동체조약 제88조 제3항의 기준을 맨 처음에 유의하여야 한다. 유럽최고법원은, 보호가치가 있는 신뢰의 광범한 배제로 귀결되는 이런 해석을 통해서, 취소를 제지하는 상황의 고려가능성에 대해서 간접적으로 지속적인 영향을 미친다. 두 번째로 국내법은 효과성원칙으로 통해서 그어진 한계를 지켜야 한다. 이에 따라 국내(절차법상의) 신뢰보호규율의 적용이 반환요구를 실제적으로 불가능하게 만들어선 아니 되고, 그리고 그것(국내 신뢰보호규율)은 특히 공동체이익이 완전한 범위에서 고려되는 것을 확고히 해야 한다.<sup>486)</sup>

3) 독일 행정절차법 제48조 제 2 항에 따른 신뢰보호심사에서의 공동체법적 기준의 이식

독일 행정절차법 제48조 제2항에 대해 공동체법합치적 해석에서 접근하기 위해선, 유럽공동체조약 제88조 제3항과 효과성원칙의 기준을 규범적용에 이식시킬 수밖에 없다. 행정절차법 제48조 제2항 제1문에 의하면, 수익자가 행정행위의 존속을 신뢰하고 그의 신뢰가 취소상의 공익을 형성하여 보호가치가 있는 한, 위법한 사물급부/금전급부의 행정행위는 취소되어선 아니 된다. 동조 동항 제3문에 의하면, 수익자는 제1호-제3호에 해당하면 신뢰를 주장할 수 없다. 이에 반해 동조 동항 제2문에 따른 신뢰는 수익자가 받은 급부를 소비하거나 재산처분을 행하였던 경우엔 통상적으로 보호가치가 있다. 유럽공동체조약 제88조 제3항에 따른 통보요청의 위반이 보호가치가 있는 신뢰를 통상적으로 배제한다는 공동체법적 평가가, 이에 따라 심사의 여러 위치(장소)에서 고려될 수 있다.

행정절차법 제48조 제2항 제3문과 관련해서 맨 처음으로 숙고하여야 할 것이, 제3문의 소극적 요건이 (유럽공동체조약 제88조 제3항의 위반에 바탕을 둔) 제4호로 확대되어야 할지 여부이다.<sup>487)</sup> 행정절차법

486) EuGH, Slg. 1989, 175(192 Tz.12); Slg. 1997, I-1591(1616 Tz.24).

487) Fastenrath, Anmerkung (zu OVG NW, JZ 1992, 1080), JZ 1992, S.1082(1084).



제48조 제2항 제3문은 보호가치가 있는 신뢰를 강제적으로(필연적으로) 배제하기 때문에, 이것은 수익자에 대해서 통보가 결여된 모든 경우에 신뢰보호의 제공을 차단할 것이다. 하지만 본문에 반하여, 제3문의 범주를 확대하는 식의 엄격한 해결책은, 공동체법상으로 요구되는 정도를 초과한다. 왜냐하면 유럽공동체조약 제88조 제3항에 관한 유럽최고법원의 엄격한 판례조차도, 통보하지 않았음에도 불구하고 예외적으로 신뢰보호가 제공될 수 있다는 점을 인정하기 때문이다. 그리하여 현존한 배제요건의 공동체법합치적 해석이 우선시될 만하다. 그래서 제3호에 의해 요구된, 행정행위의 위법성을 안다거나 중대과실로 모른다가나 하는 점이, 수령자가 통보절차의 준수를 확인하지 않은 경우에는 광범한 견해에 의하면 항상 받아들여져야 한다고 한다.<sup>488)</sup> 공동체법으로 인해 유럽공동체조약 제88조 제3항의 직접적 효과에 의거하여, (규정에 맞는 통보를 심사할) 책무가 성립한다. 그러나 실은 주의위반의 인정이 곧바로 관련인이 주의의무를 특히 심대할 정도로 위반하였다는 인정을 정당화시키지 않는다(가령 사회법전 제45조 제2항 제3문). 단지 관보를 읽지 않은 것만으로 그런 가중된 의무위반을 성립시킬 수 없을 것이며, 그리하여 보조금수령자의 불순한 신뢰(Bösgläubigkeit)가 집행위원회의 일반적인 경고통지의 공포로부터 도출될 수 없다. 이에 반해서 결정적인 기준은 기업체의 규모와 보조금의 액수이다. 기업체가 보조금법상으로 - 보조금수령자이든, 권리보호를 구하는 경쟁자이든 - 경합된다고 여겨져야 할 경우엔, 특히 중대한 주의의무위반이 인정되어야 한다.

그럼에도 불구하고, 보조금수령자의 주의의무위반이 중과실로 여겨질 수 없는 경우는 일체의 기준이 여전히 동원된다. 그러나 그 경우

488) Ehlers, GewArch 1999, S.305(317), 는 유럽최고법원의 Alcan II-판결이 결코 수령자의 일반적인 불순한 신뢰를 인정한 것이 아니라, 이유에서 결정적으로 공동체조약 제88조 제3항의 위반으로 인한 보호가치 있는 신뢰의 결여를 목표로 삼는다는 것을 지적하였다.

단순한 과실의 주의의무위반은 (공동체법합치적으로 해석된 절차법 제 48조 제2항 제1문, 제2문에 따라 행해져야 할) 형량결정의 범위안에서 고려될 수 있다. 형량결정을 위하여 행정절차법 제48조 제2항 제2문의 원칙적 추정을 출발점으로 삼아야 할지 여부는 의문스럽다. Alcan의 사건에서 OVG NW는, “규범은 전체적으로 배척되는데, 왜냐하면 그렇지 않으면 제공된 지불의 취소와 그로 인한 반환은 불순한 신뢰의 경우에만 일어날 수 있을 것이고, 나머지의 경우엔 공동체법의 실현이 허용되지 않게 실제적으로 불가능하게 되는 일이 생기기 때문이다”고 주장하였다.<sup>489)</sup> 그렇지만 이런 착안점에 대해선 많은 문헌들이 동조하지 않는다. 특히 공동체법의 기준을 행정절차법 제48조 제2항 제3문의 해석의 범위에서 고려할 전술한 가능성과 관련해서 그렇다.

비록 행정절차법 제48조 제2항 제2문의 규율효과를 출발점으로 삼더라도, - 유럽최고법원이 유럽공동체조약 제87조, 제88조로부터 전개한 기준을 토대로 삼는 한에 있어서 - 이익형량은 급부의 소비나 비가역적 처분의 경우에도 대부분 수령자에게 불리하게 끝날 것이다. 왜냐하면 통보요청의 준수를 문의하지 않았던 보조금수령자의 행위가 중과실로 평가될 수 없는 경우에도, 유럽공동체조약 제88조 제3항에서 비롯된 책무의 위반은 여전히 성립하기 때문이다. 그리하여 한편으론 형량에서 취소를 저지하는 (수익자의) 사적 현존이익이 국내의 통상경우에 비하면 저하되어 있고, 다른 한편으론 취소상의 공익의 범주에 공동체이익이 고려되어야 한다. - 유럽최고법원이 공동체법의 효과성과 관련해서 필수적이라 여기는 - 공동체이익의 완전한 고려가 결정적인 기준을 의미하진 않는다. 보조금이 유럽공동체조약 제87조에 위반하여 제공되었던 한에 있어서, 순전히 국내영역에서의 금전급부/사물급부의 행정행위에서와는 달리, - 입법자의 유형화 의사에 의하

---

489) OVG NW, NVwZ 1993, 79(80).

면 행정절차법 제48조 제2항 제2문의 요건하에 예외적으로만 관철되는 - 공재원의 잘못된 급부를 피하는 소위 재정적 이익만이 존재하진 않는다. 오히려 공동체시장안에서의 경쟁의 계속적인 질저하를 종결하는 이익이 취소를 위하여 다투어진다.<sup>490)</sup> 그리하여 형량토포스의 비중이 유럽공동체조약 제87조, 제88조의 규준에 의해서 바뀌면, (실체적으로 공동체시장과 일치하지 않는) 규정에 맞춰 통보되지 않은 보조금의 수령자의 존속이익은 극히 드물게 관철될 수 있다. 그리하여 결과적으로 유럽공동체조약 제87조, 제88조의 적용영역에선 원칙이 예외가 되어버리고, 행정절차법 제48조 제2항 제2문의 효력은 구멍이 나버린다.<sup>491)</sup>

#### (4) 1년 기간

수익적 행정행위의 취소는 행정절차법 제48조 제1항 제2문과 결합한 제4항에 의해 1년 기간에 구속된다. 1984년의 연방행정법원의 전원합의체(Großer Senat)의 다툼의 여지가 있는 판결의 원칙에 따라,<sup>492)</sup> 여기서의 기간은 처리기간이 아닌, 결정기간에 해당한다. 그것은 재량행위를 포함한 취소결정을 위해 관련이 있는 모든 사실을 알게 됨과 함께, 비로소 개시한다. 이런 점을 바탕에 두면, 행정절차법 제48조 제4항의 공동체법적으로 중요한 사안에의 적용과, 특히 공동체법위반인 보조금결정의 취소는 별다른 어려움 없이 가능한 것 같다. 행정절차법 제48조 제4항상의 사실에 행정행위의 위법성도 들어가고 그래서 규범이 법적용상의 하자도 포함하면,<sup>493)</sup> 보조금의 공동체법위반 역시 중요한 사정에 들어간다.<sup>494)</sup> 집행위원회의 결정이 공동체법위반의 확

490) BVerwGE 92, 81(86)

491) Sauerbaum, VerwArch 2000, S.169(193f.).

492) BVerwGE 70, 356ff.

493) BVerwGE 70, 356(362).

494) OVG NW, NVwZ 1993, 79(81).

실한 숙지를 - 취소를 관할하는 - 행정청에게 전달한다. 그러나 행정의 재량을 축소하는, 보조금반환을 요구할 회원국의 의무는 궁극적으로 집행위원회결정의 존속력과 함께 확정되기 때문에, 1년 기간은 일러야<sup>495)</sup> 이 시점부터 진행한다.<sup>496)</sup> 따라서 유럽최고법원에서의 회원국이나 보조금수령자의 소송의 경우에도, 1년 기간은 취소와 상환청구권에 배치되지 않는다. 행정절차법 제48조 제4항은 공동체법의 실현을 일반적으로 실제적으로 불가능하게 만들진 않는다. 회원국에 대한 집행위원회의 일체의 반환요구명령과 관련해서도 폐지가 가능한데, 다만 시간적으로 무한적이지 않을 뿐이다.<sup>497)</sup> 이런 점에서 행정절차법 제48조 제4항은, - 그 적용에서 국내법과 유럽법간의 맞물림이 고려될 수 있는 - 규범의 전형적 예로 여겨진다.<sup>498)</sup>

그런데 연방행정법원의 제청에 의거하여 유럽최고법원은 Alcan II-판결에서, 비록 국내행정청이 국내법에 의해 성립한 배제기간(절차법 제48조 제4항)을 흘러가게 만들었다 하더라도, 국내행정청은 집행위원회의 존속력이 있는 반환요구결정이후에 (보조금결정을) 취소할 의무를 진다고 판시하였다.<sup>499)</sup> 그렇지만 동 법원은 실제적 불가능의 금지에 대해서 어떠한 범위가 주어져야 할지 기본입장에 대해선 관심을 보이지 않는다. 그 대신 동 법원은 1년 기간의 적용불가를 보조금의 특수성으로써 근거지우고자 한다. 법적 안정성의 원칙은 반환요구에 배치되지 않는다고 한다. 왜냐하면 공동체법위반인 보조금의 수령자는 (기

495) 이로써 집행위원회의 반환요구에 대해서 회원국으로선 시행이 예외적인 방법으로 절대적으로 불가능하다고 주장할 수 있는 사정이 고려된다. OVG BW, NVwZ 1998, 87(89).

496) 반대로 Stober JZ 1992, S.1087(1088), 는 행정절차법 제48조 제4항의 적용을 이익형량에 좌우되게 한다. OVG Rh.-Pf., JZ 1992, 1084(1086).

497) 회원국이 그의 반환요구 의무를 따르지 않는 한에 있어서 생길 기간저지는 국내법과 공동체법의 연결점이 없더라도 무방하다.

498) Hoppe, NVwZ 1993, S.32(34),는 - 행정절차법 제48조 제4항을 내용상으로 바꾸지 않으면서 - 실제적인 관철에 대한 유럽최고법원의 요청을 고려할 좋은 가능성을 연방행정법원의 판례에서 보았다.

499) EuGH, Slg, 1997, I-1591(1619 Tz. 38).

한이 경과한 후엔 법적 안정성을 위하여 종료될 필요가 있는) 취소의 결과에 관해서 잘 알지 못하는 상태에 있기 때문이라고 한다.<sup>500)</sup> 이 점은, 집행위원회의 반환요구결정이후엔 회원국에게 재량이 인정되지 않는 사실에서도 도출된다.<sup>501)</sup> 이에 더해서 1년 기간의 중요함과 관련해서도 지적되는 것이, 보조금수령자가 통보의 기여로 정당한 신뢰를 갖지 않는다고 한다.<sup>502)</sup>

그런데 이런 논증은 여러 이유에서 문제점이 지적된다.<sup>503)</sup> 반환요구가 공동체법적 원칙인 법적 안정성의 원칙과 일치한다는 것을 입증하고자 하는 유럽최고법원의 착안점에 대해선, 그런 식의 입증은 행정절차법 제48조 제4항의 적용불가를 근거지우는 데 유용하지 않다는 이의제기에 봉착할 수밖에 없다. 문제가 되는 것은, 행정절차법 제48조 제4항의 규율이 최소기준으로서의 법적 안정성을 유지하기 위한 취소제한으로 요구되는지(필수적인지) 여부가 아니라, 현존 규범의 적용이 공동체법상으로 수용가능한지 여부이다. 두 번째로 유럽최고법원이 만든, 기간구속성과 재량의 동시조항(Junktim)은 존재하지 않는다고 한다. 이 점은 이미 - 행정행위의 폐지가능성을 기속결정의 경우에도 기간준수에 연계시킨 - 행정절차법 제48조, 제49조가 증명한다. 입법자가 맨 먼저 위법한 결정을 수정할 행위의무를 성립시킨 곳에서도, 입법자는 그에 맞춰 일정한 시점이 지난 후에 법적 안정성의 이익에 우위를 부여할 수 있다. 세 번째로 취소의 기간구속은, - 비록 일반적으로 통보요청의 위반<sup>504)</sup> 및 기여된 취소재량과 관련해서 반환청산을 하지 않음에 대해서 보호가치가 있는 신뢰가 배제된다 하더라도-

500) EuGH, Slg, 1997, I-1591(1619 Tz. 35 f.).

501) EuGH, Slg, 1997, I-1591(1619 Tz. 34).

502) EuGH, Slg, 1997, I-1591(1618 T1 mit 1617 Tz. 25); Zuleeg, Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht-wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), S.154 (186).

503) Sauerbaum, VerwArch 2000, S.169(195f.).

504) EuGH, Slg, 1997, I-1591(1617f. Tz. 25, 30f.).

극복될 수가 없다.<sup>505)</sup> 왜냐하면 절차법 제48조 제4항은, 법적 안정성의 보호에 이바지하고 그리하여 아무튼 궁극적으로 신뢰보호까지도 가져다주긴 하지만, - 성립요건적 적용요건으로서 보호가치가 있는 신뢰의 존재를 규율함이 없이 - 기간의 통용을 일반적으로 명하기 때문이다. 이것이 입법적 과오가 아님을, 행정절차법 제48조 제4항 제2문<sup>506)</sup>이 입증한다. 이에 반해 다른 모든 경우엔, 입법자가 보호가치가 있는 신뢰를 강제적으로 배제하는 한(제2항 제3문 제2호, 제3호), 1년 기간의 적용은 여전히 견지된다. 그리하여 이와 동시에, 유럽공동체법의 관점에서 존재하는 보조금수령자의 보호가치성을 공동체법합치적 해석으로 통해서 행정절차법 제48조 제4항에 있다고 해석할 가능성이 사라진다.

그리하여 문헌상으로, 행정절차법 제48조 제4항의 배척이 직접적용 가능한 공동체법규정에 의해 정당화될 수 있는지 여부의 물음이 던져진다. 유럽공동체조약 제88조 제2항은 연결점으로 논의이다. 왜냐하면 동 조항은 중간에 개재하는 집행위원회의 결정을 감안한즉, 직접적으로 효과를 발생시키지 않기 때문이다.<sup>507)</sup> 이에 반해 다툼의 여지없이 직접적용이 가능한 것이 유럽공동체조약 제88조 제3항 제3문이지만, 동 규범은 현상유지적(stand-still) 의무를 준수하지 않은 행정활동의 위법성을 성립시키고, 공동체법위반인 보조금제공의 결과를 규율하지 않는다. 특히 그것은 결코 - 보조금수령자에 대한 반환청산의 요건을 규범화한 - 직접적용이 가능한 규정을 담고 있지 않다. 행정절차법 제48조 제4항의 부분폐지를 위한 구체적인 착안점으로서 집행위원회결정의 존재가 여전히 견지된다. 이따금 동 결정에 대해선, - 그것이 유

505) EuGH, Slg. 1997, I-1591(1619 Tz. 34 ff.).

506) 이는 단지 제2항 제3문 제1호의 경우를 1년 기간의 통용에서 제외한다.

507) 반면 Koenig, JZ 1997, S.941(941), 은 심사절차중에 잠정적인 반환요구가가능성과 관련한 유럽최고법원의 판례로부터, - 규정에 맞게 통보된 보조금의 경우와는 달리 - 집행위원회의 재량이 성립하지 않는다는 점을 도출할 수 있다고 주장한다.

유럽공동체조약 제88조 제3항 제3문의 (직접적용이 가능한) 규정을 대신 한다는 이유로 - 국내의 반환청산법의 배척을 위한 의의가 부여된다. 그러나 현상유지적(stand-still) 의무가 심사종료까지 임시조치금지(Interimsverbot)를 규범화하면서 전적으로 형식적 측면에 연계시키는 것은, 이런 移轉에 배치된다. 이에 반해 집행위원회의 결정은 특히 오로지 절차위반에만 의존하는 것이 아니라, 전술한 바대로, 실제적 공동체법 위반성을 전제로 한다. 집행위원회결정의 직접적 효과(효력)과 그래서 유럽공동체조약 제88조 제3항 제3문의 효력으로부터 도출될 수가 없다. 집행위원회가 이미 제공된 보조금에 대한 - 절차명령의 발효이후엔 명하여야 하는 - 반환요구는 오로지 관련 회원국만을 향한다. 그래서 한편으론 유럽공동체와 회원국의 관계에서의 반환요구할 의무와, 다른 한편으론 이 의무를 - 경우에 따라선 공동체법합치적으로 해석된 - 국내법에 따라 승인결정의 취소와 상환청구권의 주장을 통하여 이행할 可能性 간에는 구별을 하여야 한다. 유럽공동체적 보조금법과 보조금절차의 특수성 역시 절차법 제48조 제4항의 배척을 정연하게 설명할 순 없다.

끝으로 기간규정의 공동체법위반성은 또한, 1년 기간이 개별경우에 행정청 쪽에서의 의식적인 경과방치로 남용될 수 있다는 고찰에서 도출될 수 없다. 이에 더해 이런 남용논거는 전적으로 유럽공동체에 대한 회원국의 관계-공동체에 대해서 회원국으로선 유럽공동체조약 제 10조에 따라 규정에 맞는 집행을 할 의무를 진다.와 관련이 있다. 이런 의무위반의 제재 가령 소위 효과성원칙의 위반으로 인한 행정절차법 제48조 제4항의 비적용은 전적으로 시민에 대해서만 관련이 있을 것이다. 따라서 논증은 지침의 직접효에 관한 유럽최고법원의 판례와 분명히 모순된다. 판례상으로 동 법원은 규정에 맞게 전환되지 않은 지침의 예외적인 직접효를 지연하는 회원국의 의무위반에서 도출한다

(유럽공동체조약 제10조, 제249조 제3항<sup>508</sup>). 그리하여 시민에게 부담적인 (그것의) 직접적 적용과<sup>509</sup>) 비전환지침의 사인간의 수평적 직접효를 거부한다.<sup>510</sup>) 따라서 1년 기간의 비적용은, 공동체법의 실현을 실제적으로 불가능하게 만드는 일반적 금지를 개별사건과 관련하여 이해할 필요가 있다. 이 점을 받아들이면, “마술공식”인 효과성의 원칙의 범위는 잠재적으로 무한적이다.

### (5) 부당이득반환에 대한 抗辯(Entreicherungseinwand)

끝으로 마지막 항변으로 부당이득의 滅失이 견지된다.<sup>511</sup>) 행정행위가 소급적으로 취소되면, 제공된 급부의 반환(상환)은 행정절차법 제49조의a 제2항 제1문 - 이는 종전의 제48조 제2항 제5문-제8문을 대신하였다 - 을 따른다.<sup>512</sup>) 행정절차법 제49조의a 제2항 제1문에 의하면, 이자를 예외로 한 상환의 범위에 대해서 (부당이득반환에 관한) 민법

508) 지침의 직접효의 규범적 근거에 관해선 vgl. EuGH, Slg. 1998, 4689(4722 Tz. 22).

509) EuGH, Slg. 1987, 3969(3985f. Tz. 9f); Slg. 1986, 72 (749 Tz. 48); Slg. 1987, 2545(2570 Tz. 19); Slg. 1996, I-4705(4729 Tz. 36f.).

510) EuGH, Slg. 1986, 723(749 Tz. 48); Slg. 1994, I-3325(3356 Tz. 24); Slg. 1996, I-1281(1303 Tz. 17).

511) 이를 통해서 보조금수령자로서 급박한 반환급부의무를 면하길 기대한다.

512) 독일행정절차법 제49a조(반환, 이자의 부과 Erstattung, Verzinsung): ① 행정행위가 과거를 향하여 소급적으로 취소되거나 철회되거나 해제의 효력을 가지는 조건의 성취로 효력을 잃는 경우, 이미 제공된 급부는 반환되어야 한다. 상환되어야 할 급부는 문서에 의한 행정행위를 통해 확정되어야 한다. ② 이자의 부과를 제외한 반환의 범위에 대하여는 부당이득의 반환에 관한 민법전의 규정이 준용된다. 수익을 받은 자는, 그가 취소, 철회 또는 행정행위의 실효를 야기하는 상황을 알았거나 중과실로 알 수 없었던 경우에는, 부당이득의 부존재를 주장할 수 없다. ③ 반환되어야 할 금액에 대해선, 행정행위가 효력을 잃은 시점부터 매년 기본이율에 5%를 가한 이자를 지급하여야 한다. 특히 수익을 받은 자가, 취소, 철회 또는 행정행위의 실효를 야기한 상황을 주장할 필요가 없고, 변상하여야 할 금액을 행정청이 확정된 기간 내에 납부한 경우에는, 이자청구권의 주장을 하지 아니할 수 있다. ④ 급부가 지불된 즉시 일정한 목적을 위하여 사용되지 아니한 경우에는, 목적에 적합한 사용의 시점까지의 기간에 대해선 제3항 제1문에 따른 이자를 청구할 후 있다. 다른 수단이 뒤편에 따라 또는 우위적으로 동원되어야 하더라도, 급부가 요구되는 한, 준용된다. 제49조 제3항 제1문 제1호는 이에 영향을 받지 아니한다.



의 규정이 준용된다. 독일법상으로 꼭 필요한 것이, 승인결정의 취소와 행정절차법 제49조의a에 따른 반환청구권의 분리이다. 하지만 유럽최고법원은 모든 반환청산상의 장애를 극복하기 위한 공통된 해결책을 강구한다. 여기서도 관건은 신뢰보호원칙인데, 부당이득멸실에 관한 독일적 규율이 다른 아닌 동 원칙의 발현으로 여겨진다.<sup>513)</sup> 그리하여 유럽최고법원은 국내 신뢰보호관점의 고려와 관련해서 취하는 기조에 맞춰, - 수익자가 보조금을 통보요청에 대한 위반으로 받은 한 - 수익자에 대해서 부당이득반환의 항변 역시 원칙적으로 차단한다.<sup>514)</sup>

규정상의 보조금통보를 알지 못한 수령자의 행위가 유럽공동체조약 제88조 제3항과 관련해서 전술한 기준에 따르면 (적어도) 중과실로 보아야 하는 한, 공동체법적 기준은 별다른 문제없이 고려되어야 한다. 행정절차법 제49조의a 제2항 제2문에 의하면, 수익자로선 - 그가 (행정행위의 취소로 귀결되었던) 사정을 알았거나 중과실로 알지 못하였던 한에 있어서 - 부당이득의 멸실을 어차피 주장할 수가 없다. 표명된 - 양방이 아는 경우에는 민법 제817조 제2문이 반환청구권에 배치될 수 있으며, 그리하여 동 청구권은 공동체법적으로 배척될 수밖에 없다는 - 우려 역시 이 점에서 근거가 없다. 민법규정을 대상으로 한, 행정절차법 제49조의a 제2항 제1문에서의 법효과의 적용지시(Verweisung)는 명시적으로 반환(상환)의 범위의 결정에 국한된다. 반면에, - 수령자가 엄격한 공동체법적 요청을 고려하더라도 선의자로 여겨져야 하지만, 행정절차법 제48조 제2항에 따른 형량이 취소의 공익에 유리하게 행해지는 - 드문 경우엔, 부당이득반환에 대한 抗辯의 거부가 의문스럽다. 민법 제818조 이하와 결합하여 행정절차법 제49조의a 제2항 제1문은 부당이득의 멸실 주장을 합당한 규범요건을 통해 보호가치가 있는 신뢰의 존재에 실정법적으로 연계시키지 않고 있다. 따라서 공동체법

513) EuGH, Slg. 1997, I-1591(1622 Tz. 48).

514) EuGH, Slg. 1997, I-1591(1622 Tz. 49 f. mit 1617 Tz. 25).

적 신뢰보호가 도출될 수 있는 연결점이 존재하지 않는다. 유럽최고법원이 요구하는 부당이득반환의 통상적인 불고려는 (공동체법의 실현을 실제적으로 불가능하게 만드는) 일반적 금지에만 의거할 수 있다.<sup>515)</sup>

## V. 유럽공동체법과 독일행정절차법간의 수렴(융합)경향

전술한 유럽공동체법과 독일행정절차법간의 구조적, 개별조항적 충돌에도 불구하고, 절차구상과 - 더 큰 맥락에 있는 - 양 권리보호모델은 얼마 전부터 서로서로 강력하게 접근하고 있다. 양측에서의 현하의 법발전을 바라보면, 이것은 점진적인 수렴(융합)의 테제를 정당화시킨다. 독일의 행정법질서와 유럽의 행정법질서의 의도적인 단계적인 접근을 주목함으로써, 유럽공통행정법(유럽행정법통론)의 형성이 성립할 수 있을 것이다.<sup>516)</sup>

### 1. 유럽 회원국들과 유럽연합에서의 접근경향

유럽연합과 유럽 제국에서 독일식의 권리보호모델로의 접근경향을 도외시할 수 없다.<sup>517)</sup> 유럽최고법원장이 자신의 법원이 독일의 보호규범이론을 받아들였다고 언급하기도 한다.<sup>518)</sup> 이런 평가는 유럽연합 내 최대 회원국인 독일에 대한 과장된 예의로 여겨지기도 한다.

515) 타당하게도 EuGH, Slg, 1997, I-1591(1622f. Tz. 50ff.).

516) 엄청난 관련 문헌은 Kahl, VerwArch 2004, S.1(28), Fn.190 참조. Sommermann, Konvergenzen im Verwaltungsverfahrens-und Verwaltungsprozessrecht europäischer Staaten, DÖV 2002, 133ff.; Schröder, Die Verwaltung unter europäischem Einfluss, DV 1998, 256ff.; Groß, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union, DV 2000, 415ff.

517) Schwarze, Die gerichtliche Kontrolle der verwaltung in England, DÖV 1996, 771 ff.

518) 유럽최고법원의 국가책임법리와 관련해선 vgl. EuGH G, C. Rodriguez Iglesias, Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, S.1(7 in Anm. 55); Hölscheidt, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht?, EuR 2001, S.376(386).

하지만 - 일부 독일 문헌에서 주장되듯이 - 실은 주관적 공권에 관해 유럽최고법원이 만든 기준들이 실제로 독일 도그마틱과 전혀 동떨어지지 않는다. 그래서 “일반화하는” 보호규범이론, 혹은 “유럽화된” 보호규범이론이 운위된다. 이에 의하면, 주관적 공권의 인정요건은, 개인적 이익이 법적으로 보호되는 부분적 공익-국민보건, 소비자보호, 공정한 경쟁-에 속하는지 여부 혹은 원고가 이런 이익과의 특유한 관련성을 제시할 수 할 수 있는지 여부이다. 이를 위해선, 통상 - 일정한 절차의 준수를 통해서 개인의 개인적 법익(가령 건강)이 보호될 것인 한 - 개인이 일정한 유형을 유의하면서 행정의 결정발견에 참가하는 이익을 가지면 충분하게 된다.

한편 다른 측면에서 유럽공동체법 역시 - 보조금법에 관한 최근의 판례가 입증하듯이 - 결코 순전히 절차우호성만을 간직하지 않는다. 이에 따라 법적 청문에 관한 청구권은 모든 절차단계가 아니라 주된 심사국면에서만 주효하다.<sup>519)</sup> 이밖에 - 주된 심사국면의 개시에 규정된 - 관계자에게 그의 표명권을 알리는 것을 개별적으로 행할 필요는 없고, 상응한 고지를 관보상으로 행한 것으로도 충분하다.<sup>520)</sup> 보조금수령자, 경쟁자, 기타 제3자에 대해서 최근에 (오래전부터 근본원칙으로 회원국에게 인정되어 온) 법적 청문에 관한 청구권이 부인되는 것이 더 한층 중요하게 평가된다. 그래서 기타의 참가자(관계자)는, 결과적으로 유럽공동체조약 제88조 제2항에 따른 절차의 범주에서 “집행위원회를 위한 단순한 정보원”으로 되어 버린다.<sup>521)</sup> 이들은 개별경우의 사정을 고려하면서 절차에 적당하게 참가하는 권리만을 행사할 수 있다.<sup>522)</sup> 그런 적당한 참가의 형성에 대해선, 결코 높은 요청이 설정되지 않는다.

519) EuG, Slg. 1998, II-3713 Rn.52, 144.

520) EuG, Slg. 1998, II-2405 Rn.59; Sgl. 2000, II-4055 Rn.88.

521) EuG, Slg. 1998, II-2405 Rn.59; Slg. 2000, II-4005 Rn.89.

522) EuG, Slg. 1998, II-2405 Rn.60; Slg. 2000, II-4055 Rn.89;

이 점은 내용적 측면은 물론, 시간적 측면에도 통용된다. 즉, 내용적으로 문서열람권이 성립하지 않으며,<sup>523)</sup> 단지 매우 제한된 통보권이 성립한다.<sup>524)</sup> 집행위원회가 참가자에게 관보로 보조금사업의 중요한 측면을 알리면, 집행위원회로선 자신의 통보를 -자신이 의문을 품은- 사업의 요점으로 확장시킴으로써 만족할 수 있다.<sup>525)</sup> 집행위원회가 관련 회원국으로부터 얻었던 정보가 직업비밀에 해당하지 않더라도, 이런 정보를 기타의 참가자에게 전달할 (집행위원회의) 권리만 존재하지, 의무는 존재하지 않는다.<sup>526)</sup> 시간적 측면에서 제3자의 聽聞權은 주된 심사국면개시에서의 견해표명에만 관계가 있다. 다른 절차단계 (유럽공동체조약 제88조 제3항에 따른 사전심사절차, 유럽공동체조약 제88조 제1항에 따른 계속절차)에선, 법적 청문에 관한 제3자의 권리란 존재하지 않는다.<sup>527)</sup>

이런 배경에서 보자면, 유럽보조금법에서 “제3자보호적 절차보장의 가치절하”가<sup>528)</sup> 운위되는 것과, 제3자의 節次權을 성문화하고 강화하기 위해 입법정책적 제안이 반복적으로 제출되는 것이, 그다지 놀라운 일은 아니다.

## 2. 독일에서의 접근경향

수렴체제가 유럽공동체법과 유럽 제국 쪽에서 의도적으로 독일의 권리보호구상을 향해 움직이는 데서만 비롯되진 않는다. 그것은 독일에서도 확인될 수 있는, 객관적-절차적 적법성보장의 모델에의 접근에도 바탕을 둔다. 그래서 독일 연방행정법원은, 최근 동법원의 판례에

523) EuG, Slg. 2000, II-4055 Rn.90.

524) Gem. Art. 88 Abs. 2 Satz 1 EGV, Art. 6 VO (EG) Nr. 659-99(Fußn.73).

525) EuG, Slg. 1998, II-2405 Rn.62.

526) EuG, Slg. 1998, II-2405 Rn.90.

527) EuG, Slg. 1999, II-17 Rn.230; Slg. 1999, II-179 Rn.48f.;

528) 이것은 유럽최고법원에 의해 인정된, 절차에서 그리고 절차에 의한 기본권보호의 원칙과 일치하지 않는다고 한다.

서 보호규범이론을 본질적으로 유럽최고법원의 착안점에 근사하도록 매우 넓게 판시하였다.

상세한 학문적 연구는, - 양 통제구상의 실제적 영향미침과 관련해서 - 자주 거론되는 독일과 프랑스의 양 “대척점”간의 간극이<sup>529)</sup> 과대평가되어선 아니 된다는 점을 증명하였다. 독일의 소송법적 문헌에선, 절대적 절차권과 순전히 객관적인 절차규범간의 이원론을<sup>530)</sup> 낱아빠진 것으로 여기고, 소위 상대적 절차권이란 제3자의 범주를 인정하는데 찬동하는 견해가 증대한다. 약화된 주관적 법적 효과를 지니되, 한편으로 - 절차가 유효화를 목표로 하는 - 실제적 권리와 협력하여 원고적격을 부여하는 식의 절차권이 이런 표현에 포섭된다. 예로 들 수 있는 것이 원자력절차법, 연방임미시온방지법(BImSchG) 제10조, 동법명령(BImSchV) 제4조의e, 제8조 제2항 제9문이다.

동일 시점에 독일에선, 통제밀도를 축소하고 그로써 독일적 권리보호를 유럽에서의 지배적 모델에 접근시키는 것이 필수적이라고 - 정당하게 - 보는 견해가 유포되었다. 일부에선 법원의 접근은 이미 일어났으며, 임박한 확대에 즈음하여 그런 전개가<sup>531)</sup> 심지어 불가피하다고 여긴다.<sup>532)</sup> 독일법조인에게 항상 충분하게 현존하진 않는, 법원접근과 통제밀도간의 기능적 상관관계를 장차 더 강력하게 강조할 필요가 있다고 한다. 이런 점에서도 비교법은<sup>533)</sup> 유익하게 효과를 미칠 수 있다. 전체 유럽 제국에선 법원접근과 통제밀도간의 역비례적(je-desto)

529) Dadenburger, Verfahrensfehlerfolgen im französischen und im deutschen Verwaltungsgericht, 1999; Woehrling, Die deutsche und die französische Verwaltungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, NVwZ 1998, 462ff.

530) 예로 OVG NRW, NVwZ 2000, 336(337).

531) 여기서의 포체어가 단체소송, 경쟁자소송, (개별권리보호의 기능화의 의미에서의) 보호규범이론의 확대(가령: 사전배려원칙의 제3자보호적 상격), 공개원칙(정보접근에 관한 국제적 萬人權), 외국인을 위한 사법접근의 공개 등이다.

532) E. Franßen, (Un)bestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff, in: FS Zeidler, Bd. 1, 1987, S.429(443f.).

533) 비교법의 의의에 관해선 Sommermann, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des staats-und Verwaltungsgerichts in Europa, DÖV 1999, 1017ff.;

상호연관성(Konnexität)이 통용된다. 즉, “법원은 이제 결코 만인의 제기에 의거해서 모든 것을 심사할 수 있기 때문에, - 입법자가 더 이상 만인에게 소를 허용하지 않든지(이 방법은 나로선 유럽적, 국제적 기준에 비추어 졸렬하게 여겨진다), 입법자가 법원의 심사가능성을 내용적으로 제한하든지 - 제한이 있어야 한다.” 따라서 독일에서도 당시의 실체영역의 특성을 고려하는, 신중하고 정도가 지나치지 않는 사법통제밀도의 억제(축소)는 전적으로 사실적 요구(강제)에 부합한다고 주장된다. 그러나 그것은 권리구제의 기능발휘가능성, 신속한 권리보호, 행정의 독립성을 보장하는 헌법적 제 원칙의 법적 결과에 해당하기도 한다. 그리하여 일각에선 독일은 극대화전략의 의미에서 법치국가적 선도자(시범기수) 역할을 할 수 있다고 주장하여선 아니 된다고 지적한다. 즉, 지속적인 추가찬양을 하는 식의 전략은, 이미 비난받고 있는 기능장애적 전개를 더한층 “법조국가(Justizstaat)”와 “법원의 과부하”의 방향으로 강화할 우려가 있다고 한다.

서술한 유럽적 권리보호기준에로의 독일의 접근경향은 국제법적 기준에 의해서 더욱 강화된다. 여기선 국제법적으로 구속력이 있는 Aarhus 협정(협약)과 관련해서 국경을 넘는 정보접근이 지적되곤 한다.<sup>534)</sup> 국제적인 절차적인 환경인권 역시 더욱더 많이 찬동자를 얻는다. 환경과 발전에 관한 리오선언(1992)의 10대 원칙에 연계하여 이것은 환경관련정보에의 접근에 관한 초국적 권리, 행정의 환경관련결정에 대한 참가권, (법적으로 보호되는 이익에서의 모든 관련자와 환경단체를 위한) 법원 또는 법원유사기관에의 상당한 접근에 관한 권리를 담고 있다.

---

534) NVwZ-Beilage III/2001.

## 제 5 장 결론: 우리 행정법을 개혁하기 위한 시사점

유럽공동체법은 현저한 범위에서 독일행정절차법에 대해서 영향을 미친다. 그러나 이것은 실체적 행정법의 유럽화의 필연적 결과이다. 비록 유럽공동체법상론 절차법에 대해서 독일의 경우보다는 약간 더한 중요성이 부여되긴 하지만, 양법질서가 절차법의 기능과 개개의 내용에서 광범한 유사성을 지닌다. 이런 기조는 특히 유럽최고법원에 의해 전개된 일반적 법원칙을 통해 견지된다. 그럼에도 불구하고 유럽공동체법질서가 독일법질서과 비교되는 두드러진 특징인, 실체적 조종능력의 저하로 인해, 유럽행정법은 절차적 통제를 강조할 수밖에 없다. 독일의 절차하자효과론과 관련하여 기왕의 논의가 절차간소화를 기치로 더욱 심화되는 경향에 즈음하여, 유럽법질서와 독일법질서 간의 현격한 편차는 하자효과체제에서 존재한다. 그리고 이런 편차는 궁극적으로 가령 청문의무의 경우처럼 개인의 지위가 행정의 지위와 비교해서 매우 강하다는 것에서 기인한다. 전술한 것처럼, 이때 유럽 최고법원은 실용적인 자세를 견지하면서 사안에 접근하였다.

독일 행정절차법과 관련해선, 개혁필요(요구)가 맨 먼저 일단은 유럽공동체법과 관련이 있는 사안에서 발견된다. 그러나 그것은 이에 머물지 않고, 실제로 현저한 파급효과(spill-over-Effekte)를, 가령 다른 행정법으로 생산적인 모델효과와 각인효과를 펼칠 것이다.<sup>535)</sup> 독일의 공법학으로선, 유럽화로 인해 비롯된 개혁요구(강제)에 개방적인 자세를 취하고 이에 기하여 (이론적-체계적으로 설득력 있을 뿐더러 실제적으로 유용하기도 한) 건설적인 대답을 주는 것을 비껴갈 수 없다. 이런 맥락에서, Schmidt-Aßmann은 유럽화를 (비록 의당 그렇다 하더라도

535) Ladeur, *Supra-und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts-eine Skizze*, EuR 1995, S.227(239).

도) 오로지 회원국법의 변경과 국내적 해결책의 배경만으로 여겨선 아니 되고, 대신 공동발전의 기회로 삼아야 한다고 강조하였다.<sup>536)</sup> 독일에서 법질서의 유럽화에 즈음하여 동질화테제가 대세인 것처럼, 이미 독일행정절차법은 유럽화의 경향에 동조하여 나아가고 있다. 유럽연합 자체가 法共同體(Richtsgemeinschaft)이듯이, 이는 유럽행정절차법은 물론 유럽행정법의 공통분모가 불원간 등장하리라는 징조가 된다.

법질서의 유럽화의 문제는 비단 독일은 물론 유럽 諸國의 차원에 국한되지 않는다. 유럽화로 마치 전체 독일 공법학은 제2의 국면을 맞이하고 있다는 일각 평가를 감안하면, 그것은 다름 아닌 새로운 시대적 요청이자 도전인 셈이다. 우리 행정법학이 대륙법계, 특히 독일법을 기반으로 한다는 점에서, 법질서의 유럽화 영향은 마치 나비의 날개짓처럼 우리에게도 당연히 미친다. 이미 우리의 행정법학의 기본 패러다임의 초기조건은, 그 본연을 유지할 수 없을 정도로 심각한 내·외부적 변화를 겪고 있으며, 그에 따라 행정법도그마틱의 기능부전은 곳곳에서 표출되고 있다. 가령 규제완화, 탈규제가 강조되면서 이에 수반되는 절차의 간소화는, 정반대의 명제인 절차에 의한 권리보호와 결정적으로 상충한다. 절차하자를 실체하자로 바로 연계하는 논증을 墨守하는 한, 이런 대립상황에 대한 설득력 있는 해결책을 고안할 수가 없다. 1996년에 제정된 행정절차법이 10여년이상 시행되어 왔다. 절차를 통한 권리보호를 전적으로 앞세웠던 태도에 성찰이 필요하다. 특히 이상에서 본 節次瑕疵論은 방향추가 된다. 나아가 순전히 형식적, 절차적 내용만으로 담은 행정절차법을, 실체적 내용까지 담아 그것을 행정법의 기본법으로 격상시키는 노력이 필요하다.

---

536) ders., Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrensrechts, S.488.



## 참 조 조 문

### 독일행정절차법

#### 제28조(참가인의 청문: Anhörungen Beteiligter)

①참가인의 권리를 개입하는 행정행위가 발동되기에 앞서서, 참가인에게는 결정에 중요한 영향을 미치는 사실에 관하여 의견을 표시할 수 있는 기회가 부여되어야 한다.

②개개의 상황으로 보아 요구되지 아니한 경우에는 청문을 하지 않을 수 있다. 특히 다음의 경우가 그렇다

1. 지체의 위험이 있거나 공익상 꼭 필요하다고 판단됨으로 인하여 즉각적인 결정을 하여야 할 때
2. 청문으로 말미암아 결정의 기준이 되는 기간의 준수 여부가 의문시 될 때
3. 참가인이 신청 또는 진술에서 행한 사실관계에 대한 내용이 참가인에게 불리하도록 변경됨을 피하여야 할 때
4. 행정청이 일반처분이나 동종의 다수인에 대한 행정행위 또는 자동장치를 이용한 행정행위를 발령하고자 할 때
5. 행정상 강제집행의 조치를 취하고자 할 때

③청문이 불가피한 공공의 이익과 배치되는 때에는 청문이 행해지지 아니 한다.

#### 제39조(행정행위의 이유제시: Begründung des Verwaltungsaktes)

①문서에 의한 또는 문서로 확인된 행정행위는 서면으로 그 이유를 제시하여야 한다. 이유를 제시함에 있어서는, 행정청으로 하여금 그런 결정을 하게끔 한 중요한 사실상 및 법률상의 이유가 통

지되어야 한다. 재량결정의 이유제시는 행정청이 재량을 행사하는 데 있어서 근거가 되었던 관점을 인식할 수 있게 하여야 한다.

②다음 각호의 경우에는 이유제시를 아니할 수 있다.

1. 행정청이 신청을 따랐거나 또는 선언을 따랐고, 행정행위가 타인의 권리를 침해하지 아니한 때
2. 행정행위의 상대방 또는 행정행위로 인하여 자신의 권리에 영향을 받는 자가 실체관계 및 법률관계에 대한 행정청의 의견을 이미 알고 있거나 또는 문서로 그 이유를 제시하지 아니하더라도 바로 알 수 있을 때
3. 행정청이 동종의 행정행위를 대량으로 발하거나 행정행위를 자동장치를 이용하여 발하고, 개별경우의 상황에 비추어 이유제시가 요구되진 않을 때
4. 법규상으로부터 이유제시의 생략이 생겨날 있을 때
5. 일반처분이 공고된 때

제45조(절차형식하자의 치유: Heilung von Verfahrens-und Formfehlern)

①절차규정이나 형식규정의 위반은, 그 위반사항이 제44조의 규정에 따라 행정행위를 무효로 만드는 경우를 제외하고는 다음 각호의 경우에 고려되지 아니 한다(논외로 한다)

1. 행정행위의 발동에 필요한 신청을 사후에 제출한 경우
2. 필요한 이유제시가 사후에 이루어진 경우
3. 필요한 참가인의 청문이 사후에 추완된 경우
4. 행정행위의 발동을 위하여 참여하여야 할 위원회의 의결을 사후에 행한 경우
5. 다른 행정청의 필요한 협력이 사후에 추완된 경우

②제1항에 따른 행위는 행정소송절차의 종결시점까지 추후에 추

완될 수 있다.<sup>537)</sup>

③ 행정행위에 필요한 이유제시가 결여되어 있거나 참가인의 필요한 청문이 행정행위의 발령 전에 행해지지 아니하였고, 이로 인해 적시에 행정행위의 취소소송을 제기할 수 없었던 경우에는 제소기간의 지연에 따른 책임을 지지 않는다. 제32조 제2항에 따른 절차의 재개기간을 위하여 규준이 되는 사항은 부작위의 대상인 절차행위가 추완된 시점에 발생한다.

제46조(절차·형식하자의 효과: Folgen von Verfahrens-und Formfehlern)

제44조의 규정에 의하여 무효로 되지 아니하는 행정행위의 경우, (절차규정 등의) 위반이 결정에 대해 실체적으로 아무런 영향을 미치지 아니하였다는 점이 명백한 때에는,<sup>538)</sup> 절차나 형식 또는 토지관할에 관한 규정을 위반하여 성립되었다는 이유만으로 그것의 폐지를 요구할 수 없다.

제48조(위법한 행정행위의 취소: Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes)

① 위법한 행정행위는 불가쟁력이 발생한 후에도 장래를 향한 또는 소급적인 효력으로 그 전부 또는 일부를 취소할 수 있다. 권리 또는 중대한 법률상의 이익을 성립시키거나 확인한 행정행위(수익적 행정행위)는, 제2항 내지 제4항의 제한하에서만 취소될 수 있다.

② 위법한 행정행위로서, 1회 또는 계속적인 금전급여 또는 가분적 물적 급여를 제공하거나 또는 그를 위한 전제가 되는 행정행위는,

537) 이는 1996. 9. 12. 신속화입법(Beschleunigungsgesetzgebung)에 따라 개정된 것이다. 종전의 것은 “제1항 제1호 내지 제5호에 따른 행위는 행정소송을 제기할 때까지 또는 진심절차가 필요한 경우에는 이것의 종료시까지만 추완될 수 있다”고 규정하였다.

538) 이는 역시 1996.9.12. 신속화입법(Beschleunigungsgesetzgebung)에 따라, 종래의 것-“실체상으로(in der Sache) 다른 결정이 내려질 수 없었던 때에는”-이 개정된 것이다.

수익자가 행정행위의 존속을 신뢰하고 그의 신뢰가 취소에 따른 공익과 형량하여 보호가치가 있다고 인정되는 때에는, 취소하여선 아니 된다. 수익자가 제공받은 급부를 소비하였거나, -돌이킬 수 없거나 또는 도저히 감당할 수 없는 불이익을 감내하여야만 취소할 수 있는 - 재산적 처분을 하였을 때에는, 그 신뢰는 원칙적으로 보호가치가 있다. 수익자는 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 신뢰를 주장할 수 없다.

1. 악의적인 사기 또는 강박이나 뇌물에 의하여 행정행위를 하게끔 한 때
2. 본질적인 관계에서 부정 또는 부실한 기재를 함으로써 행정행위를 하게끔 한 때
3. 행정행위의 위법성을 인식하였거나 중과실로 인해 인식할 수 없었던 때.

이들 제3문의 각호에 해당하는 행정행위는 원칙적으로 과거에 소급하여 취소된다.

③제2항에 해당되지 아니하는 위법한 행정행위를 취소한 경우, 당사자가 행정행위의 존속을 신뢰하였기에 입은 재산상의 불이익에 대해서, 행정청은 그 신뢰가 공익과 형량하여 보호가치가 있는 한, 신청에 따라 보상하여야 한다. 제2항 제3문이 적용되어야 한다. 재산상의 불이익은 당사자가 행정행위의 존속으로 받게 되는 이익에 상당하는 금액을 초과하여 보상될 수 없다. 보상될 재산의 불이익은 행정청이 결정한다. 청구권은 1년 내에만 행사할 수 있다; 기간은 행정청이 당사자에게 이에 관하여 고지한 때로부터 진행된다.

④행정청이 위법한 행정행위의 취소를 정당화하는 사실의 존재를 알게 된 경우에는, 이를 알게 된 날로부터 1년 내에만 취소가 허용된다. 제2항 제3문 제1호에 해당하는 경우에는 적용되지 아니한다.

⑤ 행정행위의 불가쟁력이 발생한 이후의 취소에 관해선, 제3조의 규정에 따른 소관 행정청이 결정을 내린다; 취소하여야 할 행정행위가 다른 행정청에 의하여 발동되더라도 마찬가지이다.

제49a조(반환, 이자의 부과 Erstattung, Verzinsung)

① 행정행위가 과거를 향하여 소급적으로 취소되거나 철회되거나 해제 효력을 가지는 조건의 성취로 효력을 잃는 경우, 이미 제공된 급부는 반환되어야 한다. 상환되어야 할 급부는 문서에 의한 행정행위를 통해 확정되어야 한다.

② 이자의 부과를 제외한 반환의 범위에 대하여는 부당이득의 반환에 관한 민법전의 규정이 준용된다. 수익을 받은 자는, 그가 취소, 철회 또는 행정행위의 실효를 야기하는 상황을 알았거나 중과실로 알 수 없었던 경우에는, 부당이득의 부존재를 주장할 수 없다.

③ 반환되어야 할 금액에 대해선, 행정행위가 효력을 잃은 시점부터 매년 기본이율에 5%를 가한 이자를 지급하여야 한다. 특히 수익을 받은 자가, 취소, 철회 또는 행정행위의 실효를 야기한 상황을 주장할 필요가 없고, 변상하여야 할 금액을 행정청이 확정된 기간 내에 납부한 경우에는, 이자청구권의 주장을 하지 아니할 수 있다.

④ 급부가 지불된 즉시 일정한 목적을 위하여 사용되지 아니한 경우에는, 목적에 적합한 사용의 시점까지의 기간에 대해선 제3항 제1문에 따른 이자를 청구할 후 있다. 다른 수단이 뭇에 따라 또는 우위적으로 동원되어야 하더라도, 급부가 요구되는 한, 준용된다. 제49조 제3항 제1문 제1호는 이에 영향을 받지 아니한다.

## 독일민법

### 제818조

- ③ 반환 또는 가액상환의 의무는 수령자가 더 이상 이득하지 아니한 한도에서 배제된다.

## 참고문헌

### 국내문헌

- 김남진/김연태, 행정법 I, 2008.
- 김동희, 행정법 I, 2008.
- 김철용, 행정법 I, 2008
- 김성수, 개별행정법, 2004.
- 류지태, 행정법신론, 2006.
- 박균성, 행정법론(상), 2007.
- 박송규, 행정심판법, 1998,
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005.
- \_\_\_\_\_, 행정소송의 구조와 기능, 2006.
- 오준근, 행정절차법, 1998.
- 정하중, 행정법총론, 2006.
- 홍정선, 행정법원론(상), 2008.
- 정남철, EU계획법의 현황 및 법적 쟁점, 토지공법연구 제37집 제1호, 2007.8.
- 홍준형, 유럽통합과 독일행정법의 변화, 행정법연구 제12호, 2004.10.
- 김중권, 行政法基本연구 I, 2008.
- \_\_\_\_\_, 행정자동절차에 관한 법적 고찰, 고려대학교 대학원, 1993.

## 참고문헌

- \_\_\_\_\_, 『行政介入請求權의 認定과 관련한 法的 問題點에 관한 小考』, 저스티스 제86호, 2005.8.
- \_\_\_\_\_, 『새만금간척사업判決의 問題點에 관한 小考』, 법률신문 제 3338호, 2005.2.14.
- \_\_\_\_\_, ‘새만금판결’의 행정법적 의의에 관한 소고, 법률신문 제3456호, 2006.5.18.

## 외국문헌

- Blanke, Vertrauensschutz im deutschen europäischen Verwaltungsrecht, 2000.
- Burgi, Verwaltungsprozeß und Europarecht, 1996.
- Danwitz, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996.
- Ericksen/Ehlers(Hrsg.), Allg. VerwR, 2006.
- Hill/Pitschas(Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahrensrecht, 2004.
- Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßman(Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994.
- Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßman/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. I, 2006.
- Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßman/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. II, 2008.
- Jarass/Pieroth, GG Komm. 9.Aufl., 2007.
- Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluss, 1999.



- Kopp/Ramsauer, VwVfG Komm. 8.Aufl., 2003.
- Maurer, Allg. VerwR, 16.Aufl., 2006.
- Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Strukturen des europäischen Verwaltungsrechts, 1999.
- Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem(Hrsg.), Verwaltungskontrollen, 2001.
- Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004.
- Schmidt-Aßmann/Schondorf-Haubold(Hrsg.), Der Europäische Verwaltungssverbund, 2005.
- Sodan/Ziekow(Hrsg.), VwGO Komm. 2.Aufl., 2006.
- Stelkens/Bonk/Sachs(Hrsg.), VwVfG Komm. 7.Aufl., 2008.
- Battis, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Gemeinschaftsrecht, DÖV 2001, 988ff.
- Beljin, Die Zusammenhänge zwischen dem Vorrang den Instituten der innerstaatlichen Beachtlichkeit und der Durchführung des Gemeinschaftsrechts, EuR 2002, 351ff.
- \_\_\_\_\_, EG-Recht in der Fallbearbeitung, JuS 2002, 993ff. Britz, Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? -Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn-, EuR 2006, 46ff.
- Broß, Bundesverfassungsgericht-Europäischer Gerichtshof, VerwArch 92 (2001), 425ff.

- Classen, Das nationale Verwaltungsverfahren, im Kraftfeld des Europäischen Gemeinschaftsrecht, DV 31(1998), 307ff.
- \_\_\_\_\_, Der Einzelne als Instrument zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts?, VerwArch 1997, S. 645ff.
- \_\_\_\_\_, Strukturunterschiede zwischen deutschem und europäischem Verwaltungsrecht- Konflikt oder Bereicherung?, NJW 1995, 2457ff.
- Danwitz, Umweltrechtliche Präklusionsnormen zwischen Verwaltungseffizienz und Rechtsschutzgarantie, UPR 1996, S.323ff.
- \_\_\_\_\_, Die gemeinschaftsrechtliche Staatshaftung der Mitgliedstaaten, DVBl 1997, 1ff.
- \_\_\_\_\_, Rechtswirkungen von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH. JZ 2007, 697ff.
- \_\_\_\_\_, Die Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten für die Durchführung von Gemeinschaftsrecht, DVBl. 1998, 431ff.
- Dolde, Verwaltungsverfahren und Deregulierung, NVwZ 2006. 857ff.
- Ehlers, Die Einwirkungen des Rechts der Europäischen Gemeinschaften auf das Verwaltungsrecht, DVBl 1991, 605ff.
- \_\_\_\_\_, Rechtsprobleme der Rückforderung von Subventionen, GewArch. 1995, 305ff.
- \_\_\_\_\_, Pünder, Vorläufiger Rechtsschutz im Geltungsbereich des Zollkodex, EuR 1997, 74ff.
- \_\_\_\_\_, Die Vereinbarkeit der “Alcan”-Rechtsprechung des EuGH mit dem deutschen Verfassungsrecht, DZWir 1998, 491ff.

- \_\_\_\_\_, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, DVBl 2004, 1441ff.
- Epiney, Primär-und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDSt Rl 61 (2002), 362ff.
- Fastenrath, Die veränderte Stellung der Verwaltung und ihr Verhältnis zum Bürger, DV 31(1998). 277ff.
- Fengler, Die Anhörung im europäischen Gemeinschaftsrecht und deutschen Verwaltungsverfahrenrecht, 2003. 92ff.
- Fisahn, Probleme der Umsetzung von EU-Richtlinien im Bundesstaat, DÖV 2002, 239ff.
- Fischer, Zur Rückforderung von unter Verstoß gegen Art. 92, 93 EWGV gewährten nationalen Beihilfen, DVBl. 1990, 1089ff.
- \_\_\_\_\_, Zur unmittelbaren Anwendung von EG-Richtlinien in der öffentlichen Verwaltung, NVwZ 1992, 635ff.
- Frenzel, Herkunft und Entwicklung des rechtstaatlichen Verfahrensgedankens am Beispiel des Enteignungsrechts, Der Staat, 1979, 592ff.
- Funke, Der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts, DÖV 2007, 733ff.
- Galetta: Inhalt und Bedeutung des europäischen Rechts auf eine gute Verwaltung, EuR 2007, 57ff.
- Gassner, Rechtsgrundlagen und Verfahrensgrundsätze des Europäischen Verwaltungsverfahrenrechts,, DVBl 1995, 16ff.
- Gornig/True, Die Rechtsprechung des EuGH und des EuG zum Europäischen Verwaltungsrecht JZ 2000, 501, 505ff.

참 고 문 헌

- Grimm, Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, NVwZ 1985, 865ff.
- Groß, Konvergenzen des Verwaltungsrechtsschutzes in der Europäischen Union, DV 2000, 415ff.
- \_\_\_\_\_, Exekutive Vollzugsprogrammierung durch tertiäres Gemeinschaftsrecht?, DÖV 2004, 20ff.
- Gundel, Rechtsschutzlücken im Gemeinschaftsrecht?, VerwArch 2001, 81ff.
- Häfner, Aspekte einer Normierung von Public Private Partnerships, LKV 2005. 340ff.
- Haibach, Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, 456ff.
- Happe, Rückforderung von Zuwendungen nach negativer Kommissionsentscheidung im Beihilfeverfahren, NVwZ 1998, 26ff.
- Hill, Verwaltungskommunikation und Verwaltungsverfahren unter europaischem Einfluss, DVBl 2002, 1316ff.
- Hölscheidt, Abschied vom subjektiv-öffentlichen Recht?, EuR 2001, 376ff.
- Jarass, Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger, NJW 1994, 881ff.
- \_\_\_\_\_, Beljin, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtssetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, 1ff.
- \_\_\_\_\_, Der grundrechtliche Eigentumsschutz im EU-Recht, NVwZ 2006, 1089ff.

- Jellinek, Veröffentlichung von verwaltungsinternen Ermessensrichtlinien, NJW 1981, 2235ff.
- Jestaedt, Das Rückzahlungsrisiko bei “formell rechtswidrigen” Beihilfen, EuZW 1993, 49ff.
- Kahl, Europäisches und Nationales Verwaltungsorganisationsrecht, DV 29(1996). 341ff.
- \_\_\_\_\_, Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, VerwArch 2004, 1ff.
- Kingreen, Die Gemeinschaftsgrundrechte, JuS 2000, 857ff.
- Kischel, Die Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Europäischen Gerichtshof, EuR 2000, 380ff.
- Klein, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten, Der Staat 1994, 39ff.
- Kluth, Die Haftung der Mitgliedstaaten für gemeinschaftswidrige höchstrichterliche Entscheidungen-Schlussstein im System der gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftung, DVBl 2004, 393ff.
- Kment, Die Stellung nationaler Unbeachtlichkeits-, Heilungs-, Präklusionvorschriften im europäischen Recht, EuR 2006. 201ff.
- Kokott, Nationales Subventionsrecht im Schatten der EG, DVBl. 1993, 1235ff.
- \_\_\_\_\_, Der Grundrechtsschutz im europäischen gemeinschaftsrecht, AöR 1996, 599ff.
- \_\_\_\_\_, Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, DV 1998. 335ff.

참 고 문 헌

- König, Bedürfen die Bundesländer einer institutionalisierten Hilfestellung beim Verwaltungsvollzug von Europäischem Gemeinschaftsrecht?, DVBl 1997, 581ff.
- Ladeur, Konflikt und Kooperation zwischen dem europäischen Umweltrecht und dem allgemeinen Verwaltungsrecht der Mitgliedstaaten, JbU TR 2001, 221ff.
- Lange, Die Anwendung des europäischen Kartellverbots auf staatliche Eingriffe in das Marktgeschehen, EuR 2008, 3ff.
- Lippold, Der Richter auf Probe im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, NJW 1991, 2383, 2386ff.
- Magiera, Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, DÖV 2000, 1017ff.
- Mir Puigpelat, Das Verwaltungsverfahren in Spanien: Eine Einführung, DÖV 2006, 841ff.
- Möllers, Durchführung des Gemeinschaftsrechts - Vertragliche Dogmatik und theoretische Implikationen -, EuR 2002, 483ff.
- Nettesheim, Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, AöR 1994, 261ff.
- \_\_\_\_\_, Der Grundsatz der einheitlichen Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts, in: GS Grabitz, 1995, 447ff.
- \_\_\_\_\_, Normenhierarchien im EU-Recht, EuR 2006, 737ff.
- Niedobitek, Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht, Verw Arch 92(2001), 58ff.

- Pitschas, in: Hill/ders.(Hrsg.), Europäisches Verwaltungsverfahren, 2004. 301ff.
- Reicherzer, Die gesetzliche Verankerung von Public-Private-Partnership, DÖV 2005, 603ff.
- Ruffert, Dogmatik und Praxis des subjektiv-öffentlichen Rechts unter Einfluß des Gemeinschaftsrechts, DVBl 1998, 69ff.
- \_\_\_\_\_, Die Europäisierung der Verwaltungsrechtslehre, DV 2003, 293ff.
- Scheuing, Europarechtliche Impluse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßman(Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 289ff.
- \_\_\_\_\_, Die Europäisierung des Verwaltungsrechts. Zum Mitgliedstaatlichen Vollzug des EG-Rechts am Beispiel der gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen, DV 34(2001), 107ff.
- Schmidt-Aßmann, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht, DVBl. 1993. 924ff.
- \_\_\_\_\_, Die Europäisierung des Verwaltungsverfahrenrechts, in: Festgabe 25 Jahre BVerwG, 2006, 487ff.
- \_\_\_\_\_, Verwaltungsverfahren und Verwaltungskultur, NVwZ 2007. 40ff.
- \_\_\_\_\_, §27 Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßman/Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. II, 2008.
- Schoch, Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, JZ 1995, 109ff.

참 고 문 헌

- \_\_\_\_\_, Die Europäisierung des Verwaltungsprozessrechts, in: Festgabe 25 Jahre BVerwG, 2006, 507ff.
- Scholz, Zur Verhältnis von europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Verwaltungsverfahrensrecht, DÖV 1998, 261ff.
- Schroeder, Nationale Maßnahmen zur Durchführung von EG-Recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung, AöR 2004, 3ff.
- Suerbaum, Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts am Beispiel der Rückabwicklung gemeinschaftswidriger staatlicher Beihilfen, VerwArch 2000, 169ff.
- Sydow, Die Vereinheitlichung des mitgliedstaatlichen Vollzugs des Europarechts in mehrstufigen Verwaltungsverfahren, DV 2001. 517ff.
- \_\_\_\_\_, Europäisierte Verwaltungsverfahren, JuS 2005. 97ff., 202ff.
- \_\_\_\_\_, Strukturen europäischer Planungsverfahren, DÖV 2003. 605ff.
- Vesting, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63(2004). 41ff.
- Walzel/Becker, Grundzüge der Richtlinienrechtsprechung des EuGH, JUR 2007. 653ff.
- Wahl, Das Verhältnis von Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozessrecht in europäischer Sicht, DVBl 2003. 1285ff.
- \_\_\_\_\_, Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland: Die Europäisierung des öffentlichen Rechts, Der Staat, 38(1999), 495ff.
- Winkler, Das "Alcan"-Urteil des EuGH-eine Katastrophe für dem Rechtsstaat, DÖV 1999. 148ff.