

行政指導와 非定型的 行政作用

金昌奎*

차 례

I. 問題의 提起

II. 非定型的 行政作用의 內容

1. 非定型的 行政作用에 대한 學問的 論議의 背景
2. 非定型的 行政作用의 意義와 評價
3. 非定型的 行政作用의 類型
4. 非定型的 行政作用의 許容性과 限界

III. 行政指導와 非定型的 行政作用의 關係

1. 行政指導와 非定型的 行政作用의 類似性
2. 行政指導와 非定型的 行政作用의 異質性

IV. 結 論

* 韓國法制研究院 先任研究員

I. 問題의 提起

행정은 다양한 행위형식을 통하여 행정임무를 수행하고 있다. 이러한 다양한 행정작용들의 배후에 존재하는 각각의 공통된 법이론을 규명하여 각각 특별한 법적 규율을 받는 유형화된 행위로 파악하기 위한 전통적인 접근방법의 하나가 行政의 行爲形式論(Handlungsformenlehre)이었다. 즉, 행정활동의 복잡한 현실로부터 각각의 행위요소들을 추출하여 그 의미를 행위와의 관련하여 분석하고(Formung), 다시 이것을 유형화된 행위형식의 체계(Systemfolgen)에 위치시키는 것을 말한다.^{1) 2)}

행정의 행위형식론은 종래 독일행정법의 영향으로 권력적 행정작용, 특히 행정주체가 우월적 지위에서 국민에게 일방적으로 명령·강제하는 행정작용으로서의 行政行爲(Verwaltungsakt)를 중심개념으로 하여 발전하여 왔다. 따라서 전통적인 행정법학은 법치행정의 원리와 관련하여 행정의 다양한 행위형식 가운데 행정주체가 권력적 수단을 통하여 국민의 권익을 침해하는 행정작용을 중심으로 법적 행위로서 유형화하고, 그러한 행위형식에 대하여는 그 집행에 있어서 의회가 제정한 법률의 근거를 요함과 아울러 특별한 법적 효과를 부여하여 행정쟁송을 통한 구제가 가능하도록 하였다.

그러나 오늘날의 현대사회는 고도의 산업화·도시화·정보화로 인하여 행정기능이 확대되고, 이에 따른 행정의 행위형식이 더욱 다양화되고 있다. 이러한 시대적 배경하에서 종래의 전통적인 행정수단에 의한 행정의 행위형식은 한계에 봉착하게 되었고, 오늘날에는 급부행정 등의 영역(특히, 경제·환경·소비자보호영역)에서 행정주체가 일정한 행정목적 달성을 위하여 특정한 상대방의 협

1) Schmidt-Aßmann, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, DVBl(1989), S. 533.

2) 行政의 行爲形式論은 구체적으로 각각의 行爲에 어떠한 法的 效果와 爭訟手段 등을 결부시킬 것인가 하는 問題의 解決에 寄與할 뿐만 아니라 어떤 行爲形式이 特定の 行爲類型에 해당하지 않을 경우에 일종의 類推에 의하여 가장 근사한 公式의 行爲形式에 대한 法的 規律을 발견하여 그것에 適用할 수 있도록 한다는 實務的인 機能을 遂行함에 그 價値가 있다(홍준형, 행정법총론, 한울아카데미, 1993, 139~140면).

력을 유도할 의도아래 임의적·비권력적 방법으로 행해지는 다양한 행위형식이 등장하게 되었다. 즉, 사전절충·협상·타협·의사소통·경고·권고·정보제공 등의 행위형식이 바로 그러한 예이다.

이러한 행정작용에 대하여 일본에서는 일찍이 1965년경 부터 「行政指導」라는 행위형식으로 취급하여 왔고,³⁾ 미국은 규제행정의 전통적 행정활동형식(허가·명령 등) 이외에 경제활동통제에 대한 행정활동의 형식과 사인의 활동(주로 제정법의 해석에 관한)에 대한 助言의 形式으로 취급하여 왔으며,⁴⁾ 독일도 최근에 그 형식이나 절차 등이 법에 의하여 정해져 있지 않고 법적 구속력을 발생하지 않는 행정작용을 非定型的의 行政作用(informales od. informelles Verwaltungshandeln)⁵⁾ 이라는 행위형식으로 다루고 있다.⁶⁾ 우리나라는 1970년대 후반부터 교과서에 「行政指導」라는 행위형식을 소개한 이후로 많은 논의가 전개되었고,⁷⁾ 최근에는

-
- 3) 일본의 行政指導에 대한 대표적인 문헌으로는 「成田頼明, “行政指導”, 現代の行政, 岩波書店, 1966; 田中二郎, “行政指導と法の支配”, 司法權の限界, 弘文堂, 1976; 山内一夫, 行政指導, 弘文堂, 1977; 山内一夫, 行政指導の理論と實際, きょうせい, 1984; 千葉勇夫, 行政指導の研究, 法律文化社, 1987」 등을 예시할 수 있다.
- 4) Davis, Administrative Law, 1951, p.167. 특히, 일본의 行政指導를 미국에 소개한 논문으로는 「Michael K. Young, “Judicial Review of Administrative Guidance : Governmentally Encouraged Consensual Dispute Resolution in Japan”, Columbia Law Review, Vol.84 No.4(1984)」가 있다.
- 5) 독일의 「informales Verwaltungshandeln」 또는 「informelles Verwaltungshandeln」 이라는 行爲形式에 대하여 우리나라 學者들은 다양하게 翻譯·紹介하고 있다. 예컨대, 金南辰교수는 非公式行政作用으로, 徐元宇교수는 非正式的 行政作用으로, 朴秀赫교수는 非定型的의 行政作用으로 번역하고 있으며, 대체적으로는 非公式行政作用으로 翻譯하고 있다. 그러나 本稿에서는 法秩序에 이미 編入된 行政의 行爲形式, 즉 傳統的으로 法에 의하여 公式化되어 온 行政의 行爲形式인 行政行爲·公法契約 등을 定型的의 行政作用으로 이해하고, 이에 대응한 개념으로 法的으로 규율되지 않는 이러한 行政의 行爲形式을 非定型的의 行政作用으로 부르기로 한다.
- 6) 非定型的의 行政作用에 대한 독일의 대표적인 문헌은 최근에 소개된 Brohm교수의 논문 〈Brohm, “Rechtsstaatliche Vorgaben für informelles Verwaltungshandeln”, DVBL(1994)〉의 註(1)을 參照.
- 7) 이러한 경향에 대하여는 「徐元宇, 行政指導의 理論的 根據(上)/(下), 月刊考試(1982/2,3); 徐元宇, 行政指導의 功過와 評價(上)/(下), 考試研究(1983/6,7); 石琮顯, 行政指導, 考試界(1983/11); 李相敦, 行政指導에 관한 약간의 考察, 月刊考試(1989/10);

처음에 독일의 영향으로 「非定型的 行政作用」을 소개하는 수준의 논의가 전개되었지만,⁸⁾ 이제는 그 유형별 분석으로 까지 나아가고 있다.⁹⁾ 이러한 경향은 오늘날의 행정법학이 그 연구범위를 行政法上的 事實行爲(Realakt, tatsächliches Verwaltungshandeln)라는 행위형식으로 까지 확대되었으며,¹⁰⁾ 또한 그 연구성과가 사실행위를 극히 다양하고 이질적인 내용을 지닌 행위유형들을 총칭하는 일종의 집합개념으로 파악하여 다른 행정의 행위형식과 어떻게 다른가 하는 연구 단계를 넘어서서 그러한 사실행위를 다시 세분화하고, 그들 사실행위간의 이질성을 탐구하며, 그에 대한 법적 대응을 달리하는 문제로 까지 전개되고 있는 현실을 반영하고 있는 것이다.¹¹⁾ 그러나 사실행위로서의 행정지도 또는 비정형적 행정작용과 같은 행위형식은 행정주체와 사인간의 직접적인 법적 효과를 발생하지 않음에도 불구하고, 사인의 생활과 밀접한 법적 관련을 맺고 있으며,¹²⁾ 오늘날의 행정작용은 그 대부분이 이러한 사실행위로 이루어 지고 있고,¹³⁾ 또한 현대국가의 행정은 고권적 강제조치 보다는 개개 국민의 의사 및 동기에 영향을 미쳐 간접적·우회적 방법으로 행정목적의 달성을 하려는 방향으로 전환하고¹⁴⁾ 있음에 비추어 이

朴鈺炘, 行政指導 -그 實益과 問題點을 中心으로-, 考試界(1989/12); 朴鈺炘, 行政指導에 관한 研究, 慶熙法學 제24권제1호(1990); 徐元宇, 行政指導와 法治主義原則(上)/(下), 月刊考試(1992/8,10) 등을 參照.

- 8) 이러한 경향의 논문으로는 「金南辰, 非公式行政作用, 考試界(1989/8); 徐元宇, 非正式的 行政作用, 考試研究(1989/9); 朴秀赫, 行政法에 있어서의 協力の 原則, 考試界(1992/8)」 등이 있다.
- 9) 이러한 경향의 논문으로는 「吳峻根, 行政廳의 警告와 勸告, 成均館法學 제3호, 成均館大學校 法學研究所, 1990; 金南辰, 行政上的 警告·推薦·示唆, 月刊考試(1994/7)」 등을 예시할 수 있다.
- 10) 行政上的 事實行爲을 다룬 최근의 주요논문으로는 「徐元宇, 事實行爲와 行爲形式論, 考試界(1994/4); 洪準亨, 行政上 事實行爲와 當事者訴訟, 考試界(1994/4); 柳至泰, 事實行爲와 假救濟, 考試界(1994/4); 朴均省, 事實行爲와 國家賠償, 考試界(1994/4); 柳至泰, 事實行爲와 權利救濟, 司法行政(1992.11)」 등이 있다.
- 11) 金南辰, 前揭論文, 97~98면.
- 12) 朴鈺炘, 行政指導에 관한 研究, 慶熙法學 제24권제1호(1990), 85면.
- 13) 洪準亨, 行政上 事實行爲와 當事者訴訟, 考試界(1994/4), 28면.
- 14) 吳峻根, 前揭論文, 51~52면; Bauer, "Infomelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht", VerwArch(1987), S. 241ff.

러한·행위형식으로 인한 권익침해에 대한 구제가 중요한 문제로 대두되고 있다. 특히, 행정지도 또는 비정형적 행정작용과 같은 행위형식은 그 법적 근거의 유무에 불구하고, 이를 행하는 행정주체가 공권력의 주체로서의 지위에 있다는 점과 흔히 상대방에 대하여 경제적 이익 등의 부여를 교섭의 수단으로 한다는 점을 감안할 때에 실질적으로는 권력적인 규제행정의 경우에 못지 않게 국민의 권리·의무에 강제적 효과를 발생시킬 수 있다는 점에서 그 자체 중요한 기능을 수행함에도 불구하고 「법치행정의 원리」와 관련하여 국민의 권리를 침해할 위험성을 내포하고 있다고 할 것이다.¹⁵⁾

본인은 이러한 행정지도 또는 비정형적 행정작용이 논의되고 있는 현상 상황에서 상호관계에 대하여 강한 의문을 가지게 되었다. 우리나라 행정법학에서 이미 중요한 위치를 차지하고 있는 행정지도와 독일에서 논의되고 있는 비정형적 행정작용이 만약 동일한 행위형식이라면 굳이 새로운 행위형식으로서 비정형적 행정작용을 논할 이유가 있는 것인가, 아울러 양자간에 경미한 차이가 있음에 불과하다고 할지라도 종래의 행정지도라는 행위형식을 보완·발전시켜 이해하는 것이 타당하지 않는가 하는 생각이다. 이러한 문제를 해결하기 위해서는 우리나라에서 이용되고 있는 행정지도에 대한 정확하고도 구체적인 실태분석이 전제로 되어야 할 것이다. 그러나 이에 대한 연구성과는 아직 미흡한 상황임을 부인할 수 없다. 따라서 본고에서는 먼저 독일에서 논의되고 있는 비정형적 행정작용의 내용, 즉 그 의의·유형·허용성과 한계 등을 독일의 문헌을 통하여 정리·소개하고, 행정지도에 대한 기존의 연구성과에 기초하여 비정형적 행정작용과의 유사성 및 이질성을 규명하여 결론에 도달하고자 한다.

Ⅱ. 非定型的 行政作用의 內容

1. 非定型的 行政作用에 대한 學問的 論議의 背景

비정형적 행정작용이 오늘날 독일의 학문적 대상으로 논의되고 있는 가장 큰

15) 金明吉, 非權力的 行政作用에 관한 研究, 釜山大學校 大學院 博士學位論文(1989), 49면.

배경으로는 行政의 規制緩和(Deregulierung)現象과 法關係論(Rechtsverhältnisselehre)의 등장에 있다고 할 것이다.¹⁶⁾ 즉, 行政의 규제완화현상은 비정형적 행정작용의 증대를 촉진하였으며, 이러한 비정형적 행정작용의 하나의 이론적 해결모델로서 등장하여 최근에 주목받고 있는 이론이 바로 법관계론이다. 그러나 법관계론에 관한 논의는 독일의 법학계에서 아직 완전히 정착되지 못한 상태임을 여기에서 밝혀둔다.

(1) 規制緩和와 非定型的 行政作用

현대법치국가는 국가의 기능과 임무의 확대에 의하여 規範의 氾濫 내지 法律의 洪水(Normen-und Gesetzesflut)現象을 야기하였고, 현대사회의 새로운 「커뮤니케이션」질서와 「미디어」질서, 정치화된 「데이터」의 보호, 유전자「테크노로지」 등의 영역발달로 인하여 규범의 범람은 더욱 증대되고 있다.¹⁷⁾ 또한 독일의 「법률유보」에 관한 학설과 판례의 변화, 즉 기본권의 실현을 위하여 본질적인 결정은 입법자에게 유보한다는 이른바 '本質性理論'¹⁸⁾과 판례들¹⁹⁾의 형성은 결과적으로 종래의 침해유보설에 비하여 현저한 규범의 범람을 초래하게 되었다.

따라서 규범의 범람 내지 법률의 홍수로 인하여 다양하고도 복잡한 법률관계를 규율하는 관계법률에 의한 定型的(公式的) 行政의 法的 行爲形式이 한계에 부딪쳐 충분한 집행이 이루어지지 못하게 되었고(執行不全 : Vollzugsdefizit),

16) 일본의 大橋洋一教授는 非定型的 行政作用이 독일에 있어서 관심의 대상으로 되게 된 理由로서 ①1960년대·1970년대의 行政制度改革의 失敗로 인하여 法律의 執行이 행하여지지 않은 現實과 法規制의 非能率性 등이 밝혀지게 된 점, ②法律의 執行에 대한 이해의 변화로 인하여 行政過程의 實態分析에 대한 관심이 고조된 점, ③行政法學의 연구·교육방법의 재고로 인하여 종래의 연구·교육이 法規範의 解釋에 치중하였던 점을 반성하여 法現實(行政現實)에 대한 인식으로 전환된 점 등을 예시하고 있다(大橋洋一, 現代行政의 行爲形式論, 弘文堂, 1993, 107~108頁).

17) Becker, "Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung", DÖV(1985), S. 1003.

18) Ossenbühl, "Der Vorbehalt des Gesetzes und seine Grenze", in: Volkmar Götze/Hans Hugo Klein/Christian Starch(Hg.), *Die öffentliche Verwaltung zwischen Gesetzgebung und richterlicher Kontrolle*, 1985, S. 24.

19) BVerfGE 49, 89; BVerfGE 57, 295.

이러한 현실하에서 대두되어 온 규제완화의 견지에서 각종의 비정형적인 행정작용의 필요성이 증대되게 되었다.²⁰⁾ 즉, 규제완화정책은 오늘날 현대자본주의국가의 공통된 일반적인 현상으로서 정식의 법률 및 그 법률규정의 상세화 정도의 감소화를 위한 노력의 총칭으로 이해될 수 있는데,²¹⁾ 이러한 규제완화는 입법자 뿐만 아니라 판례에 의하여 형성되는 裁判官法(Richterrecht)과 행정에 의한 명령·개별조치의 증대억제를 강력히 요청하고 있다. 이것은 규제완화가 규율을 실현함에 있어서 법질서에 기초하여 구축된 전통적인 정형적 행위형식(행정행위·공법계약 등)에 의거하기 보다는 사전에 비정형적 행위형식인 협의 내지 합의에 의하여 실현됨이 타당한지의 여부를 심사할 의무가 정부 및 행정에게 부여되고 있다는 것을 의미하는데, 이러한 점에서 규제완화는 비정형적 행정작용의 증대를 촉진케 한 하나의 원동력이 되었다고 할 것이다.²²⁾

(2) 法關係論과 非定型的 行政作用

비정형적 행정작용의 현대행정에 있어서의 중요성에 착안하여 이것을 행정법학의 범위안으로 적극적으로 수용하여 그 법적 파악을 위한 이론적 시도의 하나로로서 탄생한 독일의 법이론이 법관계론이다.²³⁾ 이러한 법관계론에 대하여는 종래의 행위형식론이 가지고 있었던 난점을 극복하는 가능성을 나타내는 이론으로서

20) 홍준형, 행정법총론, 한울아카데미, 1994, 380면; 朴秀赫, 前掲論文, 156~157면.

21) Becker, *a.a.O.*, S. 1004.

22) 徐元宇, 非定式的 行政作用에 대한 法的 統制, 考試研究(1989/9), 28~29면.

23) 독일의 法關係論은 1969년의 獨逸法學者大會에서 처음으로 주창된 이론으로서 傳統的인 行政法學이 행정행위 등의 行爲形式에 중심을 두었던 사고를 전환하여 국민을 국가와 공동으로 책임을 지는 公法上的 權利主體로 인식하여 行政法關係를 行政法體系의 중심으로 볼 것을 주장한 이론이다. 이러한 法關係論은 이후 非定型的 行政作用에 관한 법적 문제를 法關係論으로 해결하려는 논의로 발전하였다. 이러한 독일의 法關係論에 대한 상세한 내용은 국내문헌으로는 「李鳴九, 給付行政과 權利關係論, 考試研究(1992/11); 徐元宇, 現代行政法學에 있어서의 法關係論, 考試研究(1993/4)」 등이 있고, 일본의 方法論과 비교하여 다룬 일본문헌으로는 「村上武則, “西ドイツにおける給付行政の法關係論について”, 伊藤滿先生喜壽記念, 比較公法學の諸問題, 八千代出版(株), 1990」이 있다.

적극적으로 평가하는 입장도 있지만,²⁴⁾ 반면에 이에 대하여 의문을 제기하는 입장도 있다.²⁵⁾

그러나 법관계론은 비정형적 행정작용에 대한 법적 지위부여에 있어서 전통적인 행위형식론이 내포하고 있는 결점을 보완할 가능성을 지니고 있는 새로운 이론틀로서 적극적 측면을 가지고 있음을 부인할 수 없다는 점에서 근래 주목받고 있다.²⁶⁾ 이러한 법관계론의 전개는 오늘날 비정형적 행정작용에 대한 학문적 논의의 깊이를 더하고 있는 하나의 배경이 되고 있다고 할 것이다.

2. 非定型的 行政作用의 意義와 評價

(1) 非定型的 行政作用의 意義

오늘날의 행정은 일정한 작위·부작위의 의무를 부과함이 없이 특정한 상대방의 의사형성에 영향을 줌으로써 상대방이 행정주체의 기대에 부응하는 행동을 유도하려는 의도를 가지고 있다. 이것은 현대법치국가가 수행하여야 할 기능과 임무가 확대되었으며, 행정주체와 국민간의 관계 또한 종래의 명령·복종관계에서 타협·협력의 관계로 변화되었다는 것을 의미한다. 이러한 시대적 배경하에서 그 중요성이 증대하고 있는 행정의 행위형식이 비정형적 행정작용임은 전술한 바와 같다.

이러한 비정형적 행정작용의 개념에 대하여는 아직도 일치된 견해를 보이지 않고 있다. 그 이유로는 독일에 있어서 비정형적 행정작용에 대한 논의가 아직은 불충분한 상태로 존재하고, 또한 비정형적 행정작용의 다양한 유형들을 포괄하는 개념정립의 어려움에 있는 것으로 생각된다. 여기에서 「비정형적(informal)」이라는 개념은 「정형적(formal)」에 대응하는 개념을 말하는데, 「정형적-비정형적」이라는 것은 행정의 행위형식과 관련하여 행정주체가 일정한 행정목적 달성을 위하여 법질서에 이미 편입된 행위형식에 의하는가 또는 법적으로 규율되

24) Bauer, a.a.O., S. 267f.

25) Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System*, 1982, S. 26~27.

26) 徐元宇, 前掲論文, 42~43면.

지 않은 사실행위에 의하는가에 따라 구분되는 개념이라고 할 것이다.²⁷⁾ 이러한 관점에서 비정형적 행정작용은 행정주체가 행정과제를 수행하는데 있어서 법적으로 규율된 절차적 활동과 법적 효과를 가져오는 결정 대신에 법적으로 규율되지 않는 활동을 하는 것을 말한다.²⁸⁾ 즉, 비정형적 행정작용은 법적으로 규율되지 않으며 구속력이 없고, 법적으로 규율된 행위형식에 대한 대안으로 행해지며, 교환원칙의 지배를 받는 것을 그 특징으로 하고 있다.

(2) 非定型的 行政作用의 有用性

현대법치국가는 행정의 전영역에 있어서 법치행정의 원리를 강조하고 있지만, 오늘날의 행정현실은 매우 복잡할 뿐만 아니라 유동적이므로 일의적인 개념으로 그것을 규정하기는 어려워지고 있으며, 이로 인하여 법령에 있어서의 불확정개념 내지 개괄조항을 통한 행정권한의 부여는 경찰법에 국한된 것이 아니라 행정의 전영역에 미치고 있는 실정이다.²⁹⁾ 이러한 경우에 비정형적 행정작용은 많은 유용성을 가지고 있다.

이러한 비정형적 행정작용의 유용성으로서는 비정형적 행정작용이 사전절차로서 행정주체와 국민간의 협력적 의사소통을 통하여 향후 집행상 발생될 법적 분쟁의 회피 내지 조기해결을 기할 수 있으며, 불확정개념 내지 재량조항이 다용되는 현행 법령하에서 상호간의 논의와 설명을 통하여 법적 불확실성을 제거할 수 있고, 승인의무가 있는 사업에 있어서 시간과 비용을 절감시키는 효율성과 실용성이 있으며, 또한 비정형적 행정작용은 행정행위 등과 같은 법적 효력을 갖지 않기 때문에 현실적인 입장에서 구속성과 비구속성의 회색지대에 위치하여 행정의 탄력성을 가지고 있다는 점 등이 예시되고 있다.^{30) 31)}

27) 독일의 Bulling은 「非定型的」이란 용어는 음모, 비밀스러움, 법적·도덕적으로 문제가 되는 실무와 연관되기 때문에, 非定型的 行政作用에 대하여 協同的인 行政作用이라는 용어를 쓸 것을 제안하고 있다(金連泰, 환경행정에 있어서 비공식적 행정작용으로서의 협상, 韓國公法學會 公法研究 제23집제3호(1995/6), 235면).

28) 金連泰, 前掲論文, 235면.

29) 金南辰, 行政法의 基本問題, 法文社, 1990, 306면.

30) 慎保晟, 行政法의 諸問題, 教學研究社, 1992, 260~263면.

31) 이에 대한 자세한 내용은 「Eberle, Arrangements im Verwaltungsverfahren, Die Verwaltung(1984), S. 439(441f.)」를 參照.

(3) 非定型的 行政作用의 危險性

행정법학에 있어서 근래 비정형적 행정작용에 대한 관심이 높아지고 있는 이유는 실제로 많이 행해지고 있는 그들 행정작용을 법치국가의 암실로부터 끌어내어 공개리에 법적 내지는 법학적 조명을 가해 보려는데 있다.³²⁾ 그 결과, 비정형적 행정작용은 전술한 여러가지 유용성을 가지고 있음과 아울러 그러한 유용성이 또한 위험성으로 전락할 가능성을 내포하고 있다.³³⁾

이러한 비정형적 행정작용의 위험성으로는 비정형적 행정작용이 행정주체와 국민간의 협력에 바탕을 둔 비정형적 의사소통을 통하여 법을 교환목적물로 전락시키고 행정활동에 대한 규범적 통제를 약화시키어 타협의 형태로 종결될 경우에 법률엄격성의 완화와 규율수준의 저하를 초래하여 법치행정의 원리를 후퇴시키고, 행정주체와 상대방의 관계에서 이루어지는 사전협의 등은 제3자의 권리와 이익을 경시 내지 무시할 위험성이 있으며, 비정형적 협력은 원칙적으로 법적 문서로 이루어지지 않을 뿐만 아니라 그 배경과 동기가 외부로 노출되지 않기 때문에 행정내부적 통제와 법원에 의한 통제의 실요성이 떨어지고, 특히 이 경우에 행정주체와 상대방간에 동맹이 성립할 때에는 이러한 행정작용을 다투는 제3자의 행정재판절차를 통한 효율적인 권리구제가 지장을 받게 되며, 또한 개발사업 등의 경우에 있어서 행정주체가 주민들과의 마찰을 피하기 위하여 법에 정해진 정형적 행정작용에 의하기 보다는 타협·협상 등을 바탕으로 하는 비공식적 행정작용의 방법으로 행정업무를 추진함으로써 행정의 능률적인 집행을 저해하게 될 위험성을 가지고 있다는 점 등이 예시되고 있다.³⁴⁾

3. 非定型的 行政作用의 類型

비정형적 행정작용의 유형 또는 현상형태에 관한 분류법은 학자에 따라 다양하다. 이것은 비정형적 행정작용에 대한 연구가 일천하고, 또한 그 유형 또는 현

32) Eberle, *a.a.O.*, S. 463.

33) 金南辰, 前掲書, 308면.

34) 朴秀赫, 前掲論文, 160~161면.

상형태가 다양하기 때문이다.³⁵⁾

독일의 경우, 오센블(Ossenbühl)교수는 비정형적 행정작용을 정형적 행정작용에 속하지 않는 모든 행정작용으로 파악하여 협상(Absprache), 이와 유사한 국가·국민간의 협동, 경고(Warnungen)·권고(Empfehlungen)·정보제공(Auskünfte) 뿐만 아니라 헌법상 규정된 입법절차를 거치지 않고 제정된 행정상의 일반·추상적 규율, 즉 규범(Normsetzung)정립도 포함한 개념으로 이해하고,³⁶⁾ 슈트(Schulte)교수는 행정과 사인간의 협력관계의 수단으로서 상호접촉, 의견소통, 협상, 조정, 사전해명, 일치, 타협, 신청, 사전협의, 예비교섭, 합의 등과 행정청의 일방적 수단으로서 경고, 화해, 권고, 호소, 정보제공 등을 비정형적 행정작용의 유형으로 파악하였다고 한다.³⁷⁾ 반면에 브롬(Brohm)교수는 규범의 발령을 대체하는 협상(normvertretende Absprache), 동의에 기초한 비정형적 행정작용(konsensuales informelles Verwaltungshandeln), 일방적인 비정형적 행정작용(einseitiges informelles Verwaltungshandeln)으로 분류한다.³⁸⁾

우리나라의 경우, 비정형적 행정작용의 유형화에 대한 구체적 연구는 미흡한 실정이다. 다만, 愼保晟교수가 “사전절충, 처분안 및 부관의 사전제시, 규범집행형 비공식합의, 규범대체형 비공식합의, 경고와 권고, 행정기관에 의한 기준정립”으로 유형화를 시도한 바가 있으며,³⁹⁾ 金連泰박사가 “행정청의 일방적인 비공식적 행정작용(예, 경고, 권고, 정보제공 등)과 행정청과 개인의 협력에 의한 비공식적 행정작용(예, 협상, 타협, 합의, 사전조정 등)”으로 분류하면서, 특히 ‘협상’을 “규범대체적 협상과 규범집행적 협상(특히, 환경법과 관련하여 규범집행적 협상을 사전협의를 환경개선협상으로 분류하고 있다)”으로 유형화하고 있다.⁴⁰⁾ 金南辰교수는 종전에 비정형적 행정작용의 개념을 설명하면서 오센블(Ossenbühl)교수의 견해를 소개하고(오센블교수의 개념을 광의의 비정형적 행정작용으로 파

35) 愼保晟, 前掲書, 254면.

36) Ossenbühl, "Informelles Hoheitshandeln im Umweltschutz", Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts(1987), S. 29f.

37) 朴秀赫, 前掲論文, 156면.

38) Brohm, a.a.O., S. 133f.

39) 愼保晟, 前掲書, 254~260면.

40) 金連泰, 前掲論文, 239면 이하.

약하고 있다), 협의의 비정형적 행정작용은 그 가운데 행정주체와 개인간의 합의를 통해서 형성된 것만을 의미하며, 이에 대하여만 고찰한다고 언급한 문헌⁴¹⁾과 최근에 일방적인 비정형적 행정작용의 유형에 속하는 경고·권고·시사를 행정상의 홍보작용으로 통칭하여 그 내용을 다루고 있는 문헌⁴²⁾에 비추어 비정형적 행정작용을 「행정청과 개인의 합의에 의한 비정형적 행정작용과 행정청의 홍보작용인 비정형적 행정작용(경고·권고·시사)」으로 대별하여 분류하고 있는 것으로 생각된다.

여기에서는 비정형적 행정작용이 행정의 실제에 있어서 새로운 현상이 아니라 종래부터 존재하던 것이고, 독일에 특유한 현상이 아니라 우리나라와 일본에서도 많이 행해지고 있는 유형이며;⁴³⁾ 단지 독일행정법학에 있어서의 발견과 논의만이 새로울 뿐이라는 인식하에⁴⁴⁾ 이상의 분류법을 종합하여 다음과 같이 유형화한다. 첫째, 행정청과 개인 상호간의 관계를 중심으로 행정청과 개인의 협력에 의한 비정형적 행정작용과 행정청의 일방적인 비정형적 행정작용으로 나눈다. 둘째, 행정청과 개인의 협력에 의한 비정형적 행정작용을 신청행위형(사전절충, 처분안 및 부관의 사전제시, 응답유보)과 직권행위형(규범집행형 비공식합의, 규범대체형 비공식합의)으로 나눈다. 셋째, 행정청의 일방적인 비정형적 행정작용을 경고, 권고, 행정청에 의한 기준정립으로 나눈다. 그러나 이러한 분류법이 모든 비정형적 행정작용의 유형을 포괄하는 것은 아니고, 단지 문헌에 나타나고 있는 대표적인 유형에 불과하다는 것을 밝혀둔다.

(1) 行政廳과 個人의 協力에 의한 非定型的 行政作用

행정청과 개인의 협력에 의한 비정형적 행정작용의 유형에 대하여는 상호간의 협력과정에 개인의 신청행위가 개입되는가 않는가의 여부에 따라 신청행위형 비정형적 행정작용과 직권행위형 비정형적 행정작용으로 나누어진다.

41) 金南辰, 前掲書, 305~306면.

42) 金南辰, 行政上の警告·推薦·示唆, 月刊考試(1994/7), 97면 이하.

43) 柳至泰, 行政法新論, 新英社, 1995, 242면.

44) 金南辰, 前掲書, 306면.

1) 申請行爲型 非定型的 行政作用

가. 事前折衝(Vorverhandlungen)⁴⁵⁾

사전절충은 허·인가의 권한을 가진 행정청과 상대방(신청자)이 상호 사전에 허·인가의 가능성 및 요건 등에 관하여 대화·교섭하는 행위를 말한다. 예컨대, 사립학교의 설립허가, 골프장건설허가 등과 같이 관계법령이 허가요건을 일의적으로 규정하고 있지 않기 때문에 행정청의 재량여지가 많이 부여되어 있는 경우에 허가신청자는 허가의 가능성 및 요건 등에 관하여 사전에 허가권자인 행정청과 의논하고자 할 것이다. 이러한 경우가 여기에서 말하는 사전절충에 해당한다.⁴⁶⁾ 따라서 허·인가의 행위 가운데 일정시절만 갖추면 당연히 허가가 부여되는 경우는 이러한 사전절충에 해당하지 않는다고 할 것이다. 이러한 사전절충은 신청처리절차를 원활하게 진행시키고, 사후의 분쟁을 회피하여 행정청과 개인 상호간의 비용과 노력을 절약하는 장점이 있다. 반면에 사전절충과정에서 실질적으로 행정청이 상대방에 대하여 감정까지도 요구하는 현상이 있으며, 또한 제3자의 참여배제로 인한 권리침해의 위험성이 있고, 사후에 행정청이 사전절충의 내용과 다른 처분을 하더라도 상대방(신청자)은 권리구제를 청구하지 못하는 단점이 있다. 그러나 독일의 경우에는 이러한 사전절충의 결과를 문서화하여 남기고 있다고 한다.⁴⁷⁾

나. 處分案 및 附款의 事前提示

처분안 및 부관의 사전제시는 허·인가의 권한을 가진 행정청이 처분을 행하기에 앞서 상대방(신청자)에게 처분안 및 부관을 송부하고, 상대방이 이에 찬성하면 행정청은 상대방에 대하여 사후의 소송포기를 요구하고, 상대방이 이에 반대하면 행정청이 처분안 및 부관을 재검토하게 되는 것을 말한다.⁴⁸⁾ 이러한 방법

45) 事前折衝의 상세한 내용은 「Bohne, Der informale Rechtsstaat, 1981, S.50~58.」을 參照.

46) 慎保晟, 前掲書, 255면.

47) 大橋洋一, 前掲書, 111頁.

48) Bohne, a.a.O., S. 59f.

은 일종의 先行的 異議申請節次(eine Art vorweggenommenen Widerspruchsverfahrens)로 이해되고 있다. 예컨대, 환경보전법에 정해진 공장 등의 배출시설의 설치허가 등과 같이 허가요건이 매우 복잡고 까다로운 경우에 행정청이 처분을 행하기에 앞서 처분안 및 부관의 내용을 상대방(신청자)에게 알려주는 행위 등이 여기에 해당한다.⁴⁹⁾

다. 應答留保(Duldung)

응답유보는 행정청이 상대방의 허가·계획책정의 신청에 대한 결정을 유보하고, 그 대신에 상대방(신청자)에 대하여 지도를 행하고자 하는 방법을 말한다. 예컨대, 독일의 경우에 화학공업사업자는 종래에 허가없이 폐수를 하천에 배출할 수 있었지만, 1957년 水管理法(Wasserhaushaltsgesetz)의 제정으로 인하여 허가없이 폐수를 하천에 배출할 수 없게 되었는데, 사업자가 허가를 신청한 경우에 행정청이 그 신청에 대한 결정을 유보한 채 사업자와 공동으로 공장을 시찰하고 폐수처리시설의 개선을 요구하는 한편 더 나아가 오염처리시설의 건설을 약속하게 하는 경우가 여기에 해당한다. 이러한 점에서 응답유보는 불허가처분의 의도적 회피라는 특색을 갖는다고 할 것이다.⁵⁰⁾

2) 職權行爲型 非定型的 行政作用

가. 規範執行型 非公式合意(normvollziehende informale Absprache)

규범집행형 비공식합의는 행정청이 허·인가의 취소 및 철회, 처분의 정지, 폐쇄조치 등의 직권에 의한 조치를 행함에 있어서 사전에 상대방과 협의하여 합의를 도출하는 비정형적 행정작용을 말하는데, 프로젝트관련형합의(projektbezogene Absprache)라고도 불린다.⁵¹⁾ 예컨대, 새로운 기술수준에 따를 수 없게 된 노후시설의 개선조치의 경우에 그 법적 수단으로 허가의 취소, 철거처분, 공법계약 등을 규정하고 있지만, 행정청은 이러한 법적 수단을 이용하지 않고 그에 갈음하여 상대방과 협의하여 합의에 도달하는 경우가 여기에 해당한다. 이러

49) 慎保晟, 前掲書, 255면.

50) Bauer, a.a.O., S. 248.

51) Kloepfer, *Umweltrecht*, 1989, S. 207.

한 규범집행형 비공식합의는 행정청과 상대방 상호간의 동의에 기초하고 있음에도 불구하고 공법계약과 같은 법적 구속력이 발생하지 아니하고, 사실상의 효력만을 가지기 때문에 행정청이나 상대방은 이러한 수단을 폭넓게 사용하게 된다. 아울러 행정청과 상대방은 사후에 경제사정 등의 사정변경이 있는 경우에 행정청은 법적 수단을 발동할 수 있고, 상대방은 합의를 파기할 수 있다. 그러나 행정청은 상대방이 합의를 위반할 경우에 상대방에 대하여 제재를 가할 수 있기 때문에 상대방에 대하여는 사실상의 구속력이 있다고 보는 것이 타당하고, 이러한 점에서 사전절충과 구별된다고 할 것이다. 다만, 여기에서의 제재는 법률상 규정된 행정청의 규제권한의 발동에 지나지 않기 때문에 규범집행형 비공식합의의 구속력을 법적 구속력으로 이해해서는 안되며, 또한 이 경우에 상대방이 행정청에 대하여 그 합의의 이행은 청구할 수 없지만 직무의무위반을 이유로 손해배상청구는 가능하다고 하겠다.⁵²⁾

이러한 규범집행형 비공식합의는 일반적으로 세가지의 유형으로 분류된다.⁵³⁾ 첫째, 和解型의 合意(Vergleichabsprache)이다. 이것은 행정청이 취하고자 하는 조치 그 자체에 대하여는 이의가 없고, 다만 그의 방법·기간 등에 관하여 협의하는 것을 말한다. 둘째, 법률상 또는 사실상의 요건에 관하여 다툼이 있음을 전제로 하여 행해지는 것으로 個別型의 合意(einfache Absprache)와 交換型의 合意(Austauschabsprache)가 있다. 여기에서 개별형의 합의는 하나의 행정조치에 관하여 행해지는 것으로 개선조치의 경제성, 불확정개념의 해석·적용 등에 관하여 행정청과 상대방 상호간에 협의가 행해지는 것을 말하고, 교환형의 합의는 복수당사자의 제행위를 교환의 대상으로 삼는 것을 말하는데, 예컨대 ① 어떤 시설을 개선하면 그 사업자의 다른 노후시설의 개선을 요구하지 않으며, ② 개선조치를 조건으로 벌금을 부과하지 않고, ③ 어떤 시설을 개선하면 신규시설에 대한 신청의 지연을 중단하고, ④ 어떤 시설을 개선하면 기준을 상회하는 배출시설의 설치허가를 부여한다는 등의 합의가 여기에 해당한다. 이러한 교환형의 합의는 노후시설개선 등의 조치와 신규시설허인가 등의 다른 행정작용과 결합되어 있는 점에 특색이 있는데, 만약 전자에 중점을 두면 규범집행형 비공식합의로 보게 되고, 후자에 중점을 두면 사전절충으로 보게 된다.⁵⁴⁾ 이것은 분류관점의 차이

52) Kloepfer, a.a.O., S. 212.

53) 慎保晟, 前掲書, 256면.

에서 비롯한 것이라고 할 것이다.

나. 規範對替型 非公式合意(normvertretende informale Absprache)

규범집행형 비공식합의가 정형적 개별처분에 대신한 비정형적 개별행정조치를 의미하는 반면에 규범대체형 비공식합의는 법률·법규명령 또는 조례 등의 규범정립행위의 유보·회피를 내용으로 하는 비정형적 행정작용이다. 독일에서는 이러한 유형이 환경법분야에서 많이 활용되고 있다. 이러한 유형은 사업자단체가 자유의사로 환경보호에 노력할 것을 약속하고, 이에 행정청이 당분간 규범의 정립을 유보하는 경우로서 규범집행형 비공식합의가 주로 행정청과 상대방(사업자) 상호간의 종속형의 합의인 것에 반하여 규범대체형 비공식합의는 사업자간의 자율적인 결정, 즉 대등형의 합의를 특색으로 하고 있다.⁵⁴⁾ 그러나 규범대체형 비공식합의는 규범제정의 의무를 내용으로 하는 것이 아니라 규범제정의 보류에 불과하기 때문에 행정청은 사후 경제사정 등의 사정변경이 발생하는 경우에 법규명령 등을 발할 수 있으며, 상대방(사업자) 또한 이러한 약속을 파기할 수 있다.

이러한 규범대체형 비공식합의의 유형으로는 독일의 廢棄物法(Abfallrecht) 분야에 있어서 음료제조업자·용기제조업자·음료판매업자와 행정청 상호간에 용기재이용시스템의 채용합의가 그 대표적인 예라고 할 것이다. 즉, 동 사안은 업자들이 그후 경제성이 없다는 이유로 용기재이용시스템의 채용합의를 폐기하고, 일회용용기시스템으로 바꾸어 버렸는데, 이러한 합의는 비정형적 행정작용으로 법적 구속력이 없었기 때문에 행정청은 업자의 이러한 일방적 폐기에 대하여 법적 제재를 가하지 못하고, 그 대신에 행정청은 이러한 경우에 적용할 수 있는 입법조치를 강구하게 된 경우이다. 이러한 예로서는 독일의 경우에 분무기의 프레온가스의 사용제한합의, 석면생산물의 석면함유량의 감소합의, 냉각제 등의 프레온가스 사용포기합의 등이 있었다.

(2) 行政廳의 一方的인 非定型的 行政作用

행정청의 일방적인 비정형적 행정작용의 유형에 대하여는 행정청의 집행작용

54) 大橋洋一, 前掲書, 118頁.

55) Kloepfer, a.a.O., S. 207f.

적 성격을 가지는지 규범정립적 성격을 가지는지의 여부에 따라 경고·권고와 행정청의 기준정립으로 나누어 진다.

1) 警告와 勸告(Warnungen und Empfehlungen)

행정청의 경고와 권고는 행정청이 어떤 정보를 상대방(개인 또는 단체)에게 알리는 행정작용이라는 공통성을 가지지만 상대방에게 미치는 행정청의 의도된 영향의 강도에 따라 경고와 권고는 구별되고, 또한 경고와 권고는 행정청이 바라는 일정한 방향으로 상대방을 유도하려는 목적을 가지고 행해진다는 점에서 단순히 어떤 사실(예, 대통령의 동정보도)을 알리는 행위와도 구별된다.⁵⁶⁾ 이러한 경고와 권고의 대표적인 예로서는 행정청이 일정한 물품을 구입·소비하는 국민에 대하여 경고 또는 권고를 행하는 경우를 생각할 수 있다. 예컨대, 행정청이 환경보호 등의 행정목적 달성을 위하여 환경보전에 유해하다고 인정되는 물품의 구입을 자제시킬 의도로 행하는 경고, 반대로 환경보전에 유익하다고 인정되는 물품의 구입을 장려할 의도로 행하는 권고가 여기에서 말하는 경고와 권고에 해당한다.

경고와 권고는 행정청이 환경보호 등의 행정목적 달성을 위하여 정형적 행정작용인 구체적 처분행위를 통하여 생산자에게 직접적으로 행해지는 것이 아니라 제3자인 국민(소비자)에게 제품의 유해성 또는 유익성을 알림으로써 간접적으로 행정목적 달성을 하는 행정수단이다. 이것은 제3자인 국민이 구체적인 행위를 취할 때에만 행정청이 의도한 행정목적 달성을 할 수 있는 것이지만, 국민은 일반적으로 행정청이 경고·권고를 통하여 의도한 바에 따라 행동할 가능성이 높기 때문에 사실상 행정청이 직접적으로 구체적인 처분행위를 생산자에게 발하여 얻게 되는 효과와 간접적으로 경고·권고를 국민에게 행하여 얻게 되는 효과는 동일하게 될 것이다. 다만, 행정청이 생산자에게 직접적으로 구체적인 처분행위를 발하기 위해서는 생산자의 제품생산이 위법한 경우에 경찰권의 발동으로 행해지지만, 행정청이 국민에게 간접적으로 경고·권고를 행하는 경우에는 생산자의 제품생산이 적법한 경우에도 행해진다는 점에 차이가 있다고 할 것이다. 이하에서는 경고와 권고의 구체적인 경우를 살펴보도록 한다.

56) 金南辰, 行政上の 警告·推薦·示唆, 月刊考試(1994/7), 99면.

가. 警告(Warnungen)

행정청이 행하는 경고의 구체적인 유형으로는 ①석회가 든 두부, 호르몬이 든 소고기, 공업용 유지를 사용한 라면 등과 같이 위법한 영업활동을 통하여 생산된 건강에 유해한 물품의 소비에 대하여 행정청이 경고를 하는 경우, ②1986년 「체르노빌」원전사고이후 서유럽국가가 국민에게 일정한 채소·민물고기 등의 섭취 자제를 요청한 경우와 같이 생산자와 무관한 재해발생을 통하여 건강에 유해하게 된 물품의 소비에 대하여 행정청이 경고하는 경우, ③독일의 연방환경청과 연방 보건청이 공동성명서를 통하여 국민들에게 화장실용방향제의 사용자제를 요청한 경우⁵⁷⁾와 같이 생산자가 적법하게 생산한 물품의 소비에 대하여 행정청이 경고를 하는 경우 등의 세가지 유형으로 나눌 수 있다.

여기에서 첫번째의 위법한 영업활동을 통하여 생산된 유해한 제품의 소비에 대하여 행정청이 경고하는 유형은 위험방지를 위한 전통적인 국가의 고유임무로서의 경찰권발동에 해당하고, 두번째의 적법한 영업활동을 통하여 생산된 제품이 생산자와 무관한 재해발생으로 인하여 건강에 유해하게 된 제품의 소비에 대하여 행정청이 경고하는 유형은 국민의 건강피해위험을 예방하기 위한 부득이한 행정청의 특별조치에 해당한다. 따라서 이러한 두가지의 유형은 전통적인 행정의 행위형식에 속하는 유형이다. 다만, 두번째의 경우는 관계자의 특별희생을 요구하므로 관계자의 재산손해에 대한 적절한 보상이 고려되어야 할 것이다.⁵⁸⁾ 그러나 세번째의 적법한 영업활동을 통하여 생산된 제품의 소비에 대하여 행정청이 경고하는 유형은 행정청이 법령에 근거한 금지조치 등을 통하여 환경보호의 행정목적 을 달성하는 것이 아니라 소비자(국민)의 의사형성에 영향을 주고, 이에 따른 소비자의 소비행태를 변화시켜 행정목적 을 달성하고자 하는 방법으로 전통적인 행정의 행위형식과는 그 성격을 달리하고 있다. 이러한 경우가 비정형적 행정작용

57) 동 共同聲明書의 警告內容을 간략히 紹介하면 다음과 같다. 즉, 「일반적인 化粧室用 芳香劑에는 악취를 억제하는 성분인 파라디클로르벤젠(Paradichlorbenzol)이 함유되어 있는 바, 이를 계속 사용할 경우에는 水資源과 大氣의 自然循環力을 損傷시킬 우려가 있으므로 環境保護를 위한 가장 적절한 措置는 化粧室用芳香劑를 사용하지 않는 것이다」라고 警告했다(Ossenbühl, *Umweltpflege durch behrdliche Warnungen und Empfehlungen*, 1986, S. 2ff.).

58) 吳峻根, 前揭論文, 54면.

의 일유형으로서의 경고에 해당한다고 할 것이다. 왜냐하면 경고는 이 경우에 적법한 제품의 생산과 관련되며, 직접적인 건강침해는 문제되지 않는다는 점을 그 특징으로 하기 때문이다.⁵⁹⁾

나. 勸告(Empfehlungen)

행정청이 행하는 권고의 구체적인 유형으로는 독일의 경우에 환경장관회의의장과 협의를 거쳐 연방내무부 장관이 임명하는 자와 란트대표로 구성되는 환경마크심의위원회가 '환경에 유해하다'는 문자를 새긴 「環境마크(Umweltzeichen)」를 일정한 제품에 부여하여 그 제품이 다른 제품에 비하여 유리한 지위를 갖도록 권고한 사례가 있다.⁶⁰⁾ 또한 이와 유사한 경우로 의약품의 품질표시를 통한 권고의 경우가 있다.⁶¹⁾

이러한 권고는 적법하게 생산된 제품에 대하여 직접적인 건강침해를 발생하지 않음에도 불구하고 행정청이 특정한 제품의 사용을 추천하는 점에서 경고와 성격상 공통점을 가지는 반면에 국민에게 미치는 영향의 강도는 경고보다 약하다고 할 것이다.

2) 行政廳에 의한 基準定立

오늘날 과학·기술영역의 법률은 그 내용의 전문성과 과학기술발전에 대한 신

59) Ossenbühl, a.a.O., S. 3ff.

60) Ossenbühl, a.a.O., S. 5ff.

61) 독일의 聯邦保健部·聯邦社會部·聯邦經濟部 長官들은 醫藥品價格의 下落을 유도함으로써 지속적으로 上昇되는 醫療費負擔을 줄이기 위한 대책을 마련하기 위하여 醫師·製藥會社·藥局·消費者 등으로 구성된 獨立된 委員會를 召集하였다. 同 委員會는 모든 醫藥품을 調査하여 그 品質을 比較·表示하는 임무를 부여받았다. 同 委員會가 작성하여 「醫藥品目錄」이라는 이름으로 발표한 圖表에는 각 醫藥品에 대한 타회사 제품과의 비교를 통한 동질성·용량·효용기간 등을 表示하도록 하였다. 同 「醫藥品目錄」은 모든 關係 醫療機關에 배부되었고, 醫·藥師들에게 일정한 약을 처방할 경우에는 「醫藥品目錄」을 참조하여 일정한 질병에 효용성이 있는 醫藥品이 여러 製藥會社의 다양한 價格으로 생산되는 경우에 가장 저렴한 價格의 製品으로 처방하도록 勸告하였다. 이러한 「醫藥品目錄」의 表示로 인하여 동종의 製藥보다 高價인 醫藥品은 醫·藥師에 의해 처방되지 않게 됨으로써 그 醫藥品의 生産者는 損害를 입게 되었다(BvewG, NJW 1985, S. 2774ff.).

속한 대응의 요청으로 인하여 불확정개념을 규정한 경우가 많다. 이러한 경우에 행정청이 실질적인 기준을 설정하거나 사인의 기술지침을 참조하여 행정업무를 처리하는 경우를 말한다.⁶²⁾ 예컨대, 독일의 경우에 오늘날 행정청이 과학·기술 영역의 업무를 大氣汚染防止技術指針(die technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft) 또는 獨逸技術者協會指針(die Richtlinien des Vereins Deutscher Ingenieure)에 의하여 수행하고 있는 것이 그 실례이다.

4. 非定型的 行政作用의 許容성과 限界

비정형적 행정작용은 행정청이 정형적 행정작용에 대한 법적 구속 및 법원의 통제로부터 벗어나기 위하여 의도적으로 선택하는 경우가 많기 때문에 법치국가 원리를 침해할 위험이 높고, 또한 그 행위의 불확실성으로 인하여 예측하기가 어려울 뿐만 아니라 그 행위의 가변성으로 인하여 법적 안전성이 침해될 위험성이 있다.

따라서 이러한 비정형적 행정작용은 허용되는가, 허용된다면 어떠한 방법(요건)으로 법치국가적 요청을 접목시킬 수 있는가 하는 것이 문제로 된다. 이러한 문제에 대한 해답은 각각의 행위유형에 따라 다르게 나타난다.⁶³⁾ 그러나 오늘날 독일에 있어서는 비정형적 행정작용의 허용성에 대하여는 별 문제가 제기되지 아니하고, 오히려 그 한계가 문제로 되고 있다.⁶⁴⁾

(1) 行政廳과 個人의 協力에 의한 非定型的 行政作用

전통적인 행정법은 '決定의 一方性(Einseitigkeit der Entscheidung)'을 특징으로 한다.⁶⁵⁾ 즉, 행정청은 상호간의 합의에 의한 계약에 의하여 갈등을 해소하는 것이 아니라 특별한 형식을 갖추거나 특별한 법적 절차에 의한 일방적인 결정, 예컨대 명령, 강제, 허가, 구속적 계획의 확정 또는 법규의 제정에 의하여 문

62) Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., 1988, S. 340.

63) 金連泰, 前掲論文, 237면.

64) 柳至泰, 前掲書, 244면.

65) Brohm, *a.a.O.*, S. 138.

제를 해결하는 것이다. 그러나 오늘날의 법률은 불확정개념을 규정하거나 명문으로 행정청에게 재량을 부여한 경우가 증대하고 있는데, 이러한 경우에 행정청은 법적 의무의 이행여부, 수단 등을 공정한 재량권의 행사에 의하여 결정할 수 있다. 이러한 행정현상은 행정청과 개인의 협력에 의한 문제해결의 정당성을 부여하고 있는 것이다.

1) 申請行爲型 非定型的 行政作用의 限界

신청행위형 비정형적 행정작용의 집행여부는 전적으로 행정청의 재량에 속하는 문제이므로 이러한 행정작용은 재량의 한계와 관련하여 허가·인가 등의 목적에 부합하는 범위내에서 행해져야 할 것이다. 따라서 특정한 법률의 목적 또는 전혀 법적으로 보호되지 않는 이익을 위하여 다른 법적 목적을 희생시키는 행위는 허용되지 않을 것이다. 예컨대, 행정청과 사업자가 환경보호의 목적을 무시하고, 단지 사업자의 비용절약적인 목적만을 고려하여 사전절충을 하였다면 이것은 법률적합성의 원칙과 비례의 원칙에 위반한 사전절충에 해당하여 허용되지 않는다.

2) 職權行爲型 非定型的 行政作用의 限界

규범집행형 비공식합의는 법률에 규정된 조치를 취하는 대신에 그 대안으로 활용되는 수단이기 때문에 합의의 내용이 필요한 조치를 취할 수 있는 권한을 부여한 법률규정의 목적에 부합하고, 재량의 한계를 벗어난 것이어서는 안되며, 그 내용에 증대하고 명백한 하자가 없어야 한다. 특히, 교환형의 합의의 경우에는 그 밖에 ①행정청은 법적으로 허용되는 급부, 그의 이행에 대한 법적 권한이 있는 급부만을 합의의 내용으로 할 수 있으며, ②행정청의 급부에 대하여 상대방의 청구권이 인정되는 경우에 그와 결부된 환경개선조치는 행정행위에 대한 부관의 대상이 될 수 있는 것이어야 하고, ③환경개선조치는 행정청의 급부와 물적 관련성을 가져야 하며, ④환경개선조치는 구체적 상황에 적합한 것이어야 한다.⁶⁶⁾

규범대체형 비공식합의는 법규명령의 법적 수권의 내용, 목적, 정도를 벗어나서는 안되며, 비례의 원칙에 위반해서도 안되고, 또한 이러한 합의를 하는 행정청은 그에 의하여 대체되는 법규명령의 제정에 대하여 정당한 권한을 가진 기관이

66) 金連泰, 前掲論文, 248면.

어야 한다. 따라서 이러한 합의의 내용이 기술적·경제적 여건으로 보아 기업의 자발적인 이행의 기대가능성이 없는 경우에는 허용되지 않는다.

(2) 行政廳의 一方的인 非定型的 行政作用

독일에 있어서 행정청의 일방적인 비정형적 행정작용에 대한 허용성과 한계의 논의는 주로 경고·권고와 관련되어 있다. 따라서 여기에서는 경고와 권고를 중심으로 고찰한다.

1) 警告·勸告와 基本權保護

경고와 권고는 행정청과 상대방간에 직접적인 법적 효과를 발생하지 않는 사실행위에 불과하지만, 제3자(소비자)를 매개로 간접적으로 관계자(생산자)의 기본권을 사실상 침해할 위험성이 높다. 이러한 행정청의 사실상의 침해를 '基本權侵害'로 볼 수 있는가 하는 것이 문제로 된다.

가. 獨逸의 '侵害性'概念的 變遷⁶⁷⁾

독일의 전통적인 침해개념은 법적 행위를 통한 고권적 작용의 직접성과 목적성을 그 인정요건으로 하고 있었다. 그러나 오늘날의 현대사회는 고도의 산업화·정보화·도시화로 인하여 행정기능이 확대되고, 이에 따른 행정의 행위형식이 더욱 다양화됨으로 인하여 전통적인 침해개념으로는 국민의 자유와 권리를 효과적으로 보장하기 어렵게 되었다. 따라서 전통적인 침해개념은 법적 행위의 성격을 갖지 않는 사실상의 침해행위에 대한 권익구제를 위하여 변천하지 않을 수 없게 되었다. 이러한 사실상의 침해행위에 대한 침해성의 인정을 위한 노력은 국가보상사건과 관련한 독일의 연방헌법재판소·연방법원·연방행정법원의 판결에서 보인다.

연방법원의 판례는 침해성의 인정요건으로서 '목적성'을 포기하고, 사실상의 침해와 심리적 강제를 침해성의 범위에 포함시키며, '직접성'을 여전히 국가책임

67) 侵害性 概念的 變遷에 관한 자세한 내용은 「吳峻根, 前掲論文, 57~60면; 朴尙熙, 公用侵害의 要件에 관한 研究, 고려대학교 대학원 박사학위논문(1993/6)」을 참조.

의 불가결한 요소로 인정하고 있음을 특징으로 한다.⁶⁸⁾ 반면에 연방헌법재판소와 연방행정법원은 침해성의 인정범위를 더욱 확대하여 전통적인 침해개념의 인정요건인 '목적성'과 '직접성'을 포기하고, 그 대신에 침해행위의 중대성 내지는 감당하기 어려운 정도, 그 효과에 대한 기대가능성을 침해성의 인정척도로 삼고 있다.⁶⁹⁾

나. 警告·勸告와 基本權侵害의 關係

경고와 권고는 사실행위이므로 법적 강제력을 수반하지 않음에도 불구하고, 상대방이 사실상 구속되게 되며, 이로 인하여 관계자의 기본권이 침해될 위험성이 높다. 예컨대, 독일연방환경청의 화장실용방향제의 소비자제에 대한 경고의 경우는 행정청의 소비자에 대한 영향력행사로 인하여 제품생산자의 기본권침해와 연결될 수 있다(직접성의 포기). 다만, 여기에서 사실적 침해로서의 경고와 권고는 그 방식 및 강도에 따라 피해자가 감당하기 어려운 정도의 일정한 강도에 도

68) 그 대표적인 判例로서는 「結核豫防注射로 인하여 발생한 損害賠償請求에 대한 判決」을 예시할 수 있다. 즉, 동 판결의 사건개요로서는 「독일의 경우, 法律上 結核豫防注射에 관한 의무규정이 존재하지 않기 때문에 國家의 高權의 強制는 행사될 수 없는데, 保健行政廳이 가능한 높은 성과를 달성하기 위해 학부형들에게 通知書를 발송하였다. 이 通知書에는 학부형들에게 結核에 대한 危險性을 주지시키고, 자녀들에게 結核으로 인한 危險性을 막아줄 豫防注射를 맞히도록 강력히 勸告하는 내용을 담고 있었다」는 것이다. 이에 대하여 연방법원의 판결은 「이 通知書는 만약 父母가 豫防接種을 기피함으로써 子女가 結核에 感染되는 경우에 그 父母를 良心의 呵責에 빠지게 하기에 충분한 것」이라고 하였다(BGHZ 24, 25ff.).

69) 대표적인 判例로서는 연방행정법원의 「醫藥品目錄에 관한 判決」을 예시할 수 있다. 동 판결은 「醫藥品目錄을 발간한 行政廳의 行爲가 國家의 高權의 強制를 수반하지 않고, 단순히 의사 및 약사들에게 그들의 결정을 돕는 작용만을 한다고 해서 그 基本權侵害性을 認定하지 못할 바는 아니다. 즉, 醫藥品目錄의 發刊行爲가 단순히 間接的으로만 그 效果를 드러내고, 醫藥品製造業者들에게 미칠 수 있는 經濟的인 損害가 제3자인 의사 및 약사들의 自發的인 行動에 의해 發生한다고 해서 그 基本權侵害性을 認定하지 못할 바는 아니다. 기본권보호가 고권적으로 개개인에게 직접적으로 작용되는 조치에 한정되어서는 안될 것이기 때문이다. 基本權保護者가 行政作用에 의해 事實上 影響을 받았다면 그 方式 및 強度에 따라 각각의 基本權의 고유한 保護機能을 참작하여 基本權侵害性을 認定하도록 하여야 할 것이다」라고 判示했다(BVerwGE 71, 138ff.).

달하여야 기본권침해로서 인정될 것이다. 또한 경고와 권고가 기본권침해성이 인정되기 위해서는 어떤 특정한 기본권의 보호영역과 관계되어야 한다.

따라서 오늘날의 침해성 개념과 관련하여 경고와 권고가 기본권침해로 인정되는 요건을 정립한다면, 경고와 권고가 특정제품의 판매감소와 같은 일정효과의 발생을 목적으로 의도적으로 행해질 것, 경고와 권고의 영향력으로 명백하게 관계자의 감당하기 어려운 중대한 효과가 발생할 것, 경고와 권고가 특정한 기본권의 보호영역을 침해할 것, 경고와 권고가 관계자의 적법한 영업행위임에도 불구하고 이루어질 것 등을 내용으로 한다고 하겠다.⁷⁰⁾

2) 警告·勸告와 法律適合性原則

행정의 행위형식에 정원이 존재하지 않는 이상 경고와 권고의 허용성도 일반적으로 인정되고 있다. 다만, 경고와 권고의 경우는 행정청과 상대방간에 직접적인 법적 효과를 발생하지 아니함에도 불구하고 제3자(소비자)를 매개로 간접적으로 관계자(생산자)의 기본권을 사실상 침해할 위험이 높기 때문에 법치주의원리와 관련하여 문제가 되고 있다.

오늘날 법치국가에 있어서 경고와 권고도 행정의 하나의 행위형식이므로 「법률우위의 원칙」에 따라 그 행사에 대한 법적 요건이 존재한다면 이를 충족하여야 한다. 따라서 경고와 권고는 권한없는 행정청에 의하여 행해지거나 법적 한계를 초과하여 국민의 권리를 침해한 경우에는 위법으로 된다. 그러나 경고와 권고는 사실행위의 일종이므로 「법률유보의 원칙」과 관련하여 문제가 되고 있다. 여기에 대하여 경고와 권고는 일반적으로 組織規範(임무규범)이 요구되지만, 특히 경고와 권고가 관계자의 기본권을 침해할 경우에는 組織規範(임무규범) 뿐만 아니라 授權規範(권한규범)도 요구한다고 일반적으로 해석하고 있다. 다만, 해당법률은 예견되는 기본권침해에 대응하여 어느 정도의 명확한 근거를 설정하여야 하는지가 문제로 된다. 이와 관련하여 경찰법의 영역에 있어서는 개팔조항도 경고와 권고의 수권규범으로 기능할 수 있다.⁷¹⁾

70) 吳峻根, 前揭論文, 63면.

71) 金南辰, 前揭論文, 105면.

3) 警告·勸告와 比例의 原則

경고와 권고는 비례의 원칙이 준수되어야 한다. 즉, 행정청이 경고와 권고를 행사함에 있어서 특히 국민의 기본권침해를 수반할 경우에는 그 수단이 목표달성에 적합한 것이어야 하며, 목표달성을 위하여 필수불가결한 것이어야 하고, 국가가 달성하고자 하는 목표와 국민의 침해된 권리간에 적당한 비례관계가 성립하여야 한다. 예컨대, 행정청이 환경보호 또는 의약품가격의 상승억제 등의 목표달성을 위한 수단으로서 경고와 권고를 행하였다면, 행정청은 먼저 경고와 권고가 이러한 목표달성을 위하여 적합한 것인가를 고려하여야 하고, 더 나아가 이러한 목적달성을 위하여 필수불가결한 것인가를 고려하여야 한다. 또한 이 경우에도 피해기업의 기본권침해를 최대한 억제하는 행위를 선택하여야 한다. 즉, 화장실용 방향제의 사용억제를 경고하는 경우에는 환경침해의 우려가 있는 유해성분을 명확히 표시하여 그러한 성분을 함유한 제품사용의 억제만을 경고하여야 하고, 그러한 성분을 함유하지 않은 제품으로까지는 그 영향이 미치지 않도록 행정청은 최대한 주의를 하여야 한다. 특히, 특정한 기업 또는 특정제품의 이름을 명기할 경우에는 행정청이 달성하고자 하는 목적과 관계자의 기본권침해간에 보다 엄격한 비교형량이 요구된다고 할 것이다.⁷²⁾

Ⅲ. 行政指導와 非定型的 行政作用의 關係

행정청이 일정한 행정목적 달성을 위하여 특정한 상대방의 협력을 유도할 목적으로 임의적·비권력적 방법으로 행하는 행위형식의 하나가 行政指導와 非定型的 行政作用이다. 이러한 행위형식의 일반적인 특징은 그 형식이나 절차 등이 법에 정하여져 있지 아니하고 법적 구속력을 발생하지 않는다는 점 등을 그 특징으로 하고 있다.

일본에서 형성·발전되어 온 행정지도는 현재 우리나라에서도 행정의 행위형식의 하나로서 정착된 개념이다. 또한 독일에서 형성·발전되어 온 비정형적 행

72) 吳峻根, 前掲論文, 67면.

정작용도 현재 우리나라에서 어느 정도 연구가 진척되어 가고 있는 실정이다. 그러나 행정지도와 비정형적 행정작용이라는 행위형식은 그 행위의 유사성에도 불구하고, 양자간의 차이점에 대한 논의가 미흡한 실정이다. 이것은 행정지도에 대한 실태분석의 미흡, 비정형적 행정작용에 대한 독일행정법학계의 일천한 연구역사에 기인한 것으로 평가된다. 이러한 사정으로 인하여 우리나라에서는 양자의 개념을 동일하게 파악하여 행정지도의 새로운 위치매김을 행하는 견해⁷³⁾가 있는 반면에 대다수의 학자는 행정지도와 비정형적 행정작용의 관계에 대한 언급은 없이 단지 비정형적 행정작용을 다루고 있는 실정이다. 따라서 여기에서는 미흡하지만, 이상의 논의를 기초로 하여 행정지도와 비정형적 행정작용의 관계를 밝혀보고자 한다. 이것은 우리나라 행정법학상의 행위형식으로서 비정형적 행정작용을 수용할 수 있는가, 수용한다면 행정지도와는 어떠한 관계설정이 필요한가, 그리고 그 통제방법은 무엇인가 하는 등의 문제해결을 위한 전제가 될 것으로 생각되기 때문이다.

1. 行政指導와 非定型的 行政作用의 類似性

비정형적 행정작용은 행정의 실제에 있어서 새로운 현상이 아니라 독일행정법학에 있어서의 발견과 논의만이 새로움에 불과하다는 것은 전술한 바와 같다. 이것은 전통적인 독일행정법학이 법치국가원리와 관련하여 행위형식론의 입장에서 정형적 행정작용, 즉 행정행위·공법계약 등을 중심으로 논의하여 왔지만, 오늘날은 행정청이 행정의 기능확대, 행위형식의 다양화에 대응하여 고권적 강제조치보다는 개개 국민의 의사 및 동기에 영향을 미쳐 간접적·우회적 방법으로 행정 목적을 달성하려는 방향으로 전환하고 있음에 비추어 독일행정법학이 이러한 행정작용에 관심을 갖게 되었다는 것을 의미한다.

이러한 경향에 따른 연구성과로 제시된 비정형적 행정작용의 유형들은 대부분 이미 우리나라와 일본에서도 발견되고 있는 것들이다. 예컨대, 첫째로 행정청과 개인의 협력에 의한 비정형적 행정작용의 경우와 비교하면, 우리나라에 있어서도 ①「폐기물처리시설설치촉진및주변지역지원등에관한법률」 제10조의 폐기물처리

73) 이러한 입장으로는 「徐元宇, 行政指導와 法治主義原則(上)/(下), 月刊考試(1992/8, 10)」를 參照.

시설설치계획의 결정전에 행정청과 설치지역의 주민들이 협의·협상을 통하여 폐기물처리시설의 설치 및 주변지역의 지원에 대한 합의를 도출하는 경우, ② 환경부장관이 배출허용기준을 초과한다고 인정되는 사업자에게 당해 배출시설 또는 방지시설의 개선, 대체 기타 필요한 조치를 명해야 한다고 규정하고 있는 「수질환경보호법」 제16조에 따라 행정청과 사업자가 환경개선협상을 통하여 합의에 도달하는 경우, ③ 국가 및 지방자치단체는 환경보전을 위한 법제상의 조치를 취하도록 「환경정책기본법」 제32조가 규정하고 있지만 개별기업 또는 단체가 자발적인 조치에 의하여 환경문제를 해결하겠다고 약속하고 이에 대응하여 행정청이 법규로 규율할 것을 잠정적으로 고려하지 않겠다고 약속하는 경우 등이 실무상으로 발견되고 있으며, 이것은 독일에 있어서의 비정형적 행정작용의 유형과 거의 동일하다고 할 것이다. 둘째로 행정청의 일방적인 비정형적 행정작용의 경우와 비교하면, 우리나라에 있어서도 소비자보호원은 소비자권익의 보호 및 정진을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 제품의 품질·안전성 등에 관하여 시험·검사 또는 조사를 실시하여 그 결과를 소비자에게 공포할 수 있도록 규정하고 있는데, 이 경우에 공포의 내용에 따라 독일의 비정형적 행정작용의 유형인 경고·권고에 해당하게 될 것이다. 또한 우리나라의 정부가 상품의 품질을 인정하여 주는 KS 마크제도는 독일의 권고와 거의 동일하고, 과학·기술영역 등에서 행정규칙의 형식으로 지침을 마련하여 행정업무를 수행하고 있는 현실은 독일의 행정청에 의한 기준정립의 경우와 유사하다고 할 것이다. 따라서 행정지도와 비정형적 행정작용은 그 행위형태에 있어서 상당한 유사성을 가지고 있다고 하겠다.

2. 行政指導와 非定型的 行政作用의 異質性

행정지도와 비정형적 행정작용은 행위형태에 있어서 상당한 유사성을 가지고 있는 반면에 서로 다른 차이점을 가지고 있다. 즉, 첫째로 우리나라의 행정지도는 일반적으로 법령의 직접적 근거에 의한 행정지도(예컨대, 모자보건법에 의한 수태조절지도, 농촌진흥법에 의한 지도사업, 생활보호법에 의한 피보호자에 대한 지도 등)·법령의 간접적 근거에 의한 행정지도·법령의 근거없는 행정지도로 구분되고 있는데, 비정형적 행정작용은 법령의 직접적 근거에 의한 유형이 보이지 않는다. 둘째로 우리나라의 행정지도는 일반적으로 행정청이 직접적으로 개인

또는 단체에 대하여 행하여 지는데, 독일에 있어서 행정청과 개인의 협력에 의한 비정형적 행정작용(사전절충·처분안 및 부관의 사전제시·응답유보·규범집행형 비공식합의·규범대체형 비공식합의)의 경우는 우리와 동일하지만, 경고·권고의 경우는 직접적으로 제3자(소비자)에게 행해지고, 이를 매개로 하여 간접적으로 관계자(생산자)에게 그 효력이 미치고 있다. 세째로 우리나라의 행정지도는 행정주체간의 지시를 포함하고 있지만, 독일의 비정형적 행정작용은 행정청과 개인간의 관계에 한정되고 있다. 그러나 우리나라에서도 행정지도의 범위에서 행정주체간의 지시를 제외하는 견해도 있다.⁷⁴⁾ 네째로 우리나라의 행정지도는 실무상 원칙적으로 문서를 요하지 않는데, 독일의 비정형적 행정작용은 결정된 내용이 문서화된다고 한다.⁷⁵⁾

IV. 結 論

행정지도와 비정형적 행정작용은 상당한 유사성을 가지고 있지만, 어느 정도 이질성을 가지고 있음이 이상의 논의에서 규명되었다. 그러나 독일의 비정형적 행정작용은 행정지도에 비하여 정당화근거와 합리성을 가지고 있다고 생각된다.⁷⁶⁾ 또한 독일의 비정형적 행정작용은 그 유형의 실태분석에 있어서도 상당한 연구의 진척이 있었다고 평가된다. 따라서 이러한 행위형식에 대한 연구결과를 우리나라 행정법학에서도 수용하고, 종래의 행정지도를 재평가하여 새로운 개념정립을 시도하는 방법도 의미가 있다고 생각한다. 다만, 현상황에서는 행정지도의 새로운 개념정립에 대한 연구과제를 향후의 과업으로 남겨두기로 하고, 여기에서는 비정형적 행정작용에 대한 통제와 관련한 우리나라의 몇가지 문제를 분석하고자 한다.

먼저, 실체법적인 측면에서 전통적인 행정구제방법은 비정형적 행정작용을 해결하기가 어렵다는 문제가 있다. 따라서 비정형적 행정작용에 대한 통제방법의 개발이 향후의 연구과제라고 할 것이다. 예컨대, 첫째로 행정청과 개인의 협력에

74) 下在玉, 行政法講義(I), 博英社, 1990, 315면.

75) 大橋洋一, 前掲書, 130頁.

76) 大橋洋一, 前掲書, 129頁.

의한 비정형적 행정작용의 경우는 행정청의 재량영역에서 행해지는 것이므로 전통적인 행정구제방법으로는 권익구제가 어렵기 때문에 비례의 원칙이 통제방법으로 중요한 역할을 수행할 것이고, 행정재량론의 재검토도 요청된다고 할 것이다. 둘째로 행정청의 일방적인 비정형적 행정작용의 경우도 사실상의 침해에 불과하므로 전통적인 행정구제방법으로는 권익구제가 어렵기 때문에 독일판례의 '침해성' 개념의 확장경향을 수용하고, 소송종류의 확대·발전이 요청된다고 할 것이다. 즉, 최근의 언론보도에 의하면, 보건복지부가 국내의 13개사 24개의 우유제품에 대한 항균물질검사를 국립보건원에 의뢰한 결과, 일부 우유제품에서 상당량의 항균물질이 검출되었다고 발표하였다.⁷⁷⁾ 보건복지부의 발표이후, 소비자들이 우유제품의 소비를 자제함으로써 무해하고 적법하게 생산된 타사의 우유제품의 판매량이 급속히 감소하였고, 이에 연세유업은 인체에 무해한 우유에 대하여 보건복지부가 소비자의 불안을 조장하고 있다면서 공개사과를 요구하였고, 보건복지부도 연세유업에 사과광고를 촉구하고 나섰다.⁷⁸⁾ 이러한 보건복지부의 발표는 결국 사실상 적법하게 무해한 우유제품을 생산하는 사업자의 재산적 손해를 발생하였다고 평가된다. 그러나 이러한 행정청의 행위형식은 사실행위에 불과하므로 사업자의 기본권을 사실상 침해하고 있음에도 불구하고 전통적인 행정구제방법으로서 구제가 어려울 것으로 생각된다. 따라서 우리나라의 판례도 독일의 '침해성' 개념의 확장경향을 수용하여 이러한 경우에 기본권침해를 인정할 수 있는 방향으로 나아가야 할 것이며, 그 보상체계 등의 소송구조가 필요하게 될 것이다.

다음으로, 절차법적 측면에서 전통적인 행정법학은 비정형적 행정작용에 대하여 관심이 없었다는 문제가 있다. 따라서 비정형적 행정작용에 대한 절차법적 통제방법이 고려되어야 할 것이다.⁷⁹⁾ 우리나라는 이와 관련하여 1987년의 행정절차법안(입법예고)의 제6장에서 행정지도의 방식(제67조), 의견제출(제68조) 등을 규정한 바가 있다. 또한 일본의 경우도 1993년 11월 12일에 제정·공포된 행정절차법의 제4장에서 행정지도의 일반원칙(제32조), 신청과 관련한 행정지도(제33조), 인허가 등의 권한과 관련한 행정지도(제34조), 행정지도의 방식(제

77) 한국일보 1995.11.19., 23면.

78) 중앙일보 1995.11.23., 21면.

79) 柳至泰, 前掲論文, 31면; 金南辰, 前掲論文, 106면.

35조), 복수자를 대상으로 하는 행정지도(제36조) 등을 규정하고 있다. 그러나 독일의 경우에는 비정형적 행정작용에 대하여 행정절차법의 청문규정, 문서열람 규정 등을 유추하여 적용하려는 견해⁸⁰⁾가 주장되기도 하였지만, 반면에 행정절차법의 유추적용은 비정형적 행정작용을 사실상 금지하는 것으로 된다고 반대하는 견해⁸¹⁾도 있었다.

80) Kloepfer, *a.a.O.*, S. 211.

81) Maurer, *a.a.O.*, S. 343.