

協同的 行政作用으로서의 行政과 私人間의 協商의 法理

韓 貴 鉉*

차 례

- I. 서 설
- II. 협동적 행정작용으로서의 협상의 개념
 - 1. 비공식적 행정작용의 개념
 - 2. 협상의 개념
- III. 협상의 유형
 - 1. 수평적 협상과 수직적 협상
 - 2. 조절적 협상과 사업관련적 협상
 - 3. 교환협상과 화해협상
 - 4. 규정대체적 협상과 규정준비적 협상
 - 5. 수익적 협상, 부담적 협상 및 제3자부담적 협상
- IV. 협상의 발생원인과 실제적 조건
 - 1. 협상의 발생원인
 - 2. 협상을 위한 실제적 조건
- V. 협상에 관련한 법적 쟁점
 - 1. 서
 - 2. 협상과 법률관계
 - 3. 국가적 결정으로서의 협상
 - 4. 협상의 허용성과 한계
- VI. 결 어

* 順天大 法學科 助教授, 法學博士

I. 서 설

현대국가는 다양하고도 광범위한 과제를 떠맡게 됨에 따라 행정의 기능 역시 양적 증대와 질적 다양성의 경향을 현저히 나타내고 있다. 이와 같은 행정 기능의 변화는 한편에서는 이른바 행정과 국민(개인)간의 협동적 행정작용을 불가피하게 하고 있으며, 다른 한편에서는 행정의 작용형식 내지 행위형식의 다양화를 초래하고 있다.

특히 환경보호 등과 같은 새로운 국가과제에 있어서는 환경에 관련하는 모든 생활영역에서 현대국가가 일방적 결정을 위한 완수능력을 상실하고 있을 뿐만 아니라 필요한 기술적 전문지식이 제1차적으로는 사회적·경제적인 분야에 존재하고 있으며 또한 집행결여(Vollzugsdefizit)의 문제를 해소하기 위하여 국가는 다양한 협동의 형식을 이용하고 있는 것은 주지의 사실이다. 나아가 협동의 원칙(Kooperationsprinzip)은 환경법의 기본원리의 하나로 자리매김하고 있다.¹⁾

또한 현대복지국가에 있어서 행정기능의 양적·질적 확대에 인하여 전통적인 행정의 행위형식, 즉 '명령·강제'만으로는 그 목적을 달성할 수 없게 되었으며, 이에 따라 이른바 비공식적(비정형적) 행정작용(informales od. informelles Verwaltungshandeln)²⁾이 행정의 실제에 있어서 광범위하게 활용되는 경향을 나타내고 있다. 이러한 행위형식의 변화는 현대국가가 수행하여야 할 과제가 확대되었으며, 행정주체와 국민(개인) 사이의 관계가 명령·복종의 관계에서 타협·협동의 관계로 변화되었음에 그 원인을 찾을 수 있다. 권위주의적인 국가에서 민주적·협동적인 국가로 넘어간 현대국가에 있어서 전통적인 명령·강제의 수단은 더 이상 새로운 행정과제를 수행하는 데 적절하지 않음으로 인해 새로운 행위유형이 자주 활용되게 된 것이다.³⁾

1) 한귀현, 『환경법의 기본원리』, 세종출판사, 1997, 35면 이하; 동인, 『독일환경법론』, 한국법제연구원, 2002, 54면 이하 참조.

2) 이에 대한 국내의 주요문헌으로는 김남진, “비공식 행정작용”, 『고시계』 통권 390호, 1989. 8, 89면 이하; 서원우, “비정식적 행정작용에 대한 법적통제”, 『고시연구』 제16권 제9호, 1989. 9, 23면 이하; 박수혁, “행정법에 있어서의 협력의 원칙”, 『고시계』 통권 426호, 1992. 8, 151면 이하; 김세규, “비공식행정작용의 문제점 - 독일의 경우를 중심으로 -”, 『공법연구』 제22집 제3호, 1994. 6, 325면 이하; 김창규, “행정지도와 비정형적 행정작용”, 『법제연구』 통권 제9호, 1995, 190면 이하; 김연태, “환경행정에서 비공식적 행정작용으로서의 협상”, 『공법연구』 제23집 제3호, 1995. 6, 233면 이하 참조.

3) 김연태, 전계논문, 234면.

요컨대 행정의 새로운 행위형식 내지 작용수단과 관련하여 주목되는 것은 첫째는 협동에 대한 경향이고, 둘째는 “비공식적” 또는 “비정형적” 작용의 발전이다. 이 두 가지의 진전이 교차하는 곳에 비공식적 협상이 행정과 사인간의 비공식적 협동수단으로서 존재하는 바, 행정과 사인간의 협상(Absprachen)은 협동적 행정작용의 전형이라 할 수 있다. 이에 본 연구는 현대행정의 새로운 행위형식이자 협동적 행정작용으로서의 행정과 사인간의 협상에 대한 검토를 통하여 그 허용성과 한계를 명확히 함과 아울러 행정의 능률성 및 탄력성 제고에 이바지함을 그 목적으로 한다.

II. 협동적 행정작용으로서의 협상의 개념

1. 비공식적 행정작용의 개념

비공식적(비정형적) 행정작용의 개념은 아직 명확하지는 않지만 일반적으로는 “그의 형식이나 절차 등이 법에 의해 정해져 있지 않으며, 법적 구속력을 발생하지 않는 일체의 행정작용”⁴⁾ 또는 “법적으로 규정되지 않은 절차작용 및 법적으로 규정되어 있는 행위형식 밖에서 행해진 공행정의 본안결정(Sachentscheidungen)”⁵⁾ 등으로 정의되고 있다. 이러한 비공식적 행정작용은 우선 행정청의 일방적인 비공식 행정작용(경고, 권고, 시사 또는 정보제공 등)과 행정청과 개인의 협력에 의한 비공식 행정작용(교섭, 비구속적 합의, 사전절충, 사전조정, 규범대체적 협상 등)으로 나눌 수 있지만, 좁은 의미로는 행정청과 상대방의 협력에 의한 비공식적 행정작용만을 의미한다.⁶⁾

현대행정에 있어서 비공식적 행정작용이 다용화되게 된 배경에는 현대법치 국가 및 사회국가가 야기케 한 규범의 범람 내지 법률의 홍수는 다양하고도 복잡한 법률관계를 규율하는 관계법률의 충분한 집행을 곤란하게 함으로써 행정활동의 정체를 초래케 하였으며, 이러한 현실하에서 대두되어 온 규제완화(Deregulierung)의 견지에서 각종의 비공식적인 행정작용의 필요성이 증대되게 되었다. 이러한 점에서 규제완화는 비공식적 행정작용의 증대를 촉진케 한

4) 김남진, 전계논문, 90면; 박수혁, 전계논문, 156면.

5) S. Kautz, *Absprachen im Verwaltungsrecht-Zulässigkeit, Grenzen und Folgen*, Berlin, 2002, S. 39.

6) 김남진·김연태, 『행정법 I』, 법문사, 2004, 349면.

하나의 원동력이 되었다고 할 것이다.⁷⁾ 즉, 행정법의 영역에서는 전통적으로 ‘결정의 일방성’(Einseitigkeit der Entscheidung)으로 특징지어져 왔으나 현대행정과제의 복잡성·전문성, 이해관계의 다양성으로 인해 행정목적의 효과적 달성을 위해서는 구체적 상황에 적합한 탄력적 수단의 활용이 불가피하게 되었을 뿐만 아니라, 현대국가가 권위주의적 국가에서 민주적·협동적인 국가로 이행함에 따라 행정과 개인의 협동·합의에 의한 문제해결이 절실하게 요구된 것이다.

한편, 오늘날 비공식적 행정작용이 이루어지고 있는 범영역은 환경보전 및 경제행정 분야를 포함하여 매우 광범위하게 미치고 있으며 앞으로도 더욱 확대될 경향을 나타내고 있다. 어쨌든 비공식적 행정작용은 법적 불확실성의 제거, 법적 분쟁의 회피, 효율성과 실용성, 그리고 탄력성의 제고 등과 같은 유용성이 인정되는 반면에, 법규범적 규율의 상대화, 제3자 지위의 위험부담, 통제와 효과적 권리보호의 곤란성, 그리고 활발하고 효율적인 행정활동에의 장애 등이 그 위험성으로 지적되고 있다.⁸⁾

2. 협상의 개념

비공식적 협상(informale Absprachen)은 상당히 다양한 방식으로 존재하고 있으며 또한 매우 상이한 범영역에 산재해 있다. 협상은 “무엇이 협상되는 경우”에 존재하며, 따라서 개념적으로는 “무언가”를 서로 협상하는 적어도 두 사람의 당사자가 필요하다. 그러므로 협상은 당사자 간의 협동이라 할 수 있다. 협상의 대상은 어떠한 것도 가능하지만 본고와의 관련에서는 그 대상이 행정법 영역에 있는 경우에만 협상이 의미가 있음은 물론이다. 협상의 개념은 대부분의 경우 비공식적 행정작용에 속하며 또한 계약과는 구별되는 독자적인 협동적 작용수단을 말한다. 요컨대 협상이란 “법적으로 비구속적인 급부교환(Leistungsaustausch)의 약속”이라고 개념정의할 수 있다.⁹⁾

(1) 법적으로 비구속적인 협동으로서의 협상

1) 합의

무언가를 협상한다는 것은 서로 의견의 일치를 보는 데 합의하는 것을 목적

7) 서원우, 전제논문, 26~29면 참조.

8) 박수혁, 전제논문, 158~161면 참조.

9) S. Kautz, a.a.O., S. 45.

으로 하며, 따라서 협상은 합의적 행정작용(konsensuales Verwaltungshandeln)이라고 할 수 있다.¹⁰⁾ 이 의견의 일치는 가장 넓은 의미에서는 당사자들의 앞으로의 행동을 어떻게 할 것인가를 목적으로 하며, 그 경우에 각 당사자들은 다른 당사자들도 어느 정도 양보를 하기 때문에 어떤 특정한 것에 대해 양보한다. 이러한 각 당사자들의 협상의 결과로서의 양보는 다소간 의존관계(do ut des: 나는 당신이 나에게 무언가를 줄 것을 기대하며 준다)에서 있다. 따라서 교환원칙(Tauschprinzip)은 협상에 있어서 고유한 것이라고 할 수 있다.¹¹⁾

2) 법적 비구속성

우선 행정이 사적 계약당사자와 협력하여 법률효과를 발생시키는 행위형식으로서 행정계약(Verwaltungsvertrag)이 있다. 계약은 법적으로 구속적이며 계약으로 인한 의무는 법적 수단을 통해서 이행되어질 수 있다. 계약은 계약당사자가 계약을 상호간에 그리고 특정한 내용으로 체결하겠다는 일치된 의사를 밝힘으로써 성립되는 것이다. 이러한 의사표시는 계약내용에 의한 법률효과와 함께 그 계약의 체결을 목적으로 하며, 따라서 법적인 구속을 받겠다는 의사(Rechtsbindungswille, Rechtsfolgewille)를 전제로 한다. 참가당사자들은 행정계약이 상황에 적절한 행위형식이라 생각할 때 비로소 체결하게 된다.¹²⁾

한편, 참가당사자들이 계약을 체결하지 않고 그 대신에 협상을 한다면 그 이유는 행정계약의 법적 효과를 원하지 않기 때문일 것이다. 즉, 협상을 할 경우 참가당사자들에게는 법적인 구속을 받겠다는 의사가 결여되어 있는 것이다. 그럼에도 불구하고 협상을 한다는 것은 참가당사자들이 법적 비구속성에도 불구하고 (바로 그 점 때문에) 그 협상 결과의 시행에 관심을 가지고 있다는 것을 보여준다. 따라서 협상은 단지 “법적으로 비구속적인 계약”일 뿐만 아니라 계약에 대하여 하나의 독자적인 작용수단인 것이다.¹³⁾

협상의 결과들을 제대로 이행하지 않은 자는 법적 의무를 위반한 것이 아니

10) Vgl. W. Brohm, "Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens - Straffung oder konsensuales Verwaltungshandeln?", *NVwZ* 1991, 1025 (1029); W. Spannowsky, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, Berlin, 1994, S. 69.

11) S. Kautz, a.a.O., S. 43. 이 점에서는 협상과 행정법상의 계약 간에는 서로 공통점이 있다.

12) Vgl. V. Schlette, *Die Verwaltung als Vertragspartner*, Tübingen, 2000, S. 197 ff.

13) S. Kautz, a.a.O., S. 45. 또한 협상은 확인(Zusage) 및 확약(Zusicherung)과도 구별되는 바, 확인 및 확약은 법적으로 구속을 받겠다는 의사를 요건으로 하며 또한 법적으로 구속적이기 때문이다.

라 단지 그 자 스스로 협약한 (사실상의) 기대되는 자세 내지 행동을 위반한 것이 된다.¹⁴⁾ 협상을 이행하기 위해서 소송이나 행정상의 강제 같은 법적 수단을 사용할 수는 없다.

(2) 협상과 비공식성

비공식성(Informalität)이 협상의 정의적 징표는 아니며, 협상은 법률과 법규 명령에서 이미 개별적으로 규정되어 있다. 독일의 경우 협상의 부분적 공식화로서는 가령 제9 연방이미시온방지법시행령(BImSchV) 제2조 제2항과 연방행정절차법 제71c조 및 제71e조에서의 협의규정(Beratungsregelung), 환경영향평가법 제5조의 스코핑(Scoping)절차, 그리고 순환경제·폐기물법(KrW-/AbfG) 제25조 제1항의 목표확정 등을 그 예로 들 수 있다.¹⁵⁾

“비공식적”이라는 것은 그 정의에 따라 단지 법적으로 규정되지 않은 행위를 의미하므로 이전에는 비공식적이었던 행위가 법규정에 의해서 공식화되거나 아니면 적어도 부분적으로 공식화되어 있고, 따라서 그 한도에서는 더 이상 “비공식적” 행정작용이라고는 할 수 없을 것이다. 그러나 그러한 법규정들은 단지 협상의 요건과 대상을 규율할 뿐 그 효력(Wirkungsweise)에 관해서는 규정하고 있지 않기 때문에 공식화된 협상은 여전히 법적으로 비구속적이다. 환언하면 비공식성은 협상의 정의적 징표도 아니며 협상의 특성도 아니다.¹⁶⁾

Ⅲ. 협상의 유형

협상은 매우 다양한 상황에서 여러 가지의 목적을 가지고 행해진다. 따라서 각각의 상황과 목적에 적합한 여러 형태의 협상이 있다. 이러한 여러 형태의 협상은 마찬가지로 여러 가지 기준에 따라 유형화될 수 있다. 상이한 협상유형은 서로 배제하는 것이 아니라 오히려 하나의 구체적인 협상은 전체적으로 상이한 협상의 유형에 부가될 수 있다.¹⁷⁾

14) P. Kunig, “Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten”, *DVBl.* 1992, 1193 (1197).

15) S. Kautz, a.a.O., S. 45 f.

16) S. Kautz, a.a.O., S. 50.

17) 협상의 유형에 대한 이하의 서술에 대해서는 S. Kautz, a.a.O., S. 50 ff.

1. 수평적 협상과 수직적 협상

협상은 둘 또는 그 이상의 사인 사이에서, 사인과 행정 사이에서, 그리고 오로지 행정청들 사이에서 행해질 수 있다. 더욱이 행정이 사법상의 조직형태를 가지고 협상에 참가하는 것도 가능하다. 협상은 참가한 협상대상자에 따라 수평적 협상과 수직적 협상으로 나눌 수 있다.

(1) 수평적 협상

수평적 협상(horizontale Absprachen)이란 동서열관계에서 행해지는 협상을 말한다. 여기에서는 상이한 행정청 사이의 협상과 사인간의 협상이 문제된다. 행정과 사인간의 동서열관계(Gleichordnungsverhältnis)에서의 협상은 동서열관계에 있어서 행정과 사인간의 행정계약만큼이나 이론적으로도 생각하기 어렵다.¹⁸⁾

사인간의 수평적 협상은 원칙적으로 사법영역 내에서만 행해질 수 있으며 따라서 여기에서는 큰 의미를 가지지 아니한다. 그러나 국가도 마찬가지로 참가하는 자기제한협정(Selbstbeschränkungsabkommen)은 예외를 이룬다. 또한 상이한 행정청 사이의 수평적 협상도 일반적으로 외부에 대해서는 효과를 발생시키지 않기 때문에 여기에서는 고려의 대상이 되지 아니한다.

(2) 수직적 협상

수직적 협상(vertikale Absprachen)은 행정과 사인 간에 종속적 관계에서 행해지는 협상을 말한다. 수직적 협상에 있어서 국가는 참가한 사인을 종속적 관계에서 직접적으로 대한다. 수직적 협상에 있어서는 협상의 합의적이며 일견 임의적인 성격에도 불구하고 행정은 국가로서 협상에 참가하며 고권을 행사한다. 따라서 행정이 협상을 행하는 경우에는 일반적인 법치국가적 구속하에 있다.

2. 조절적 협상과 사업관련적 협상

협상은 일반적·추상적인 대상에 관련되어 있는지 아니면 개별적·구체적인

18) 동서열관계에서의 행정법상의 계약에 대해서는 V. Schlette, a.a.O., S. 389.

대상에 관련되어 있는지 여부에 따라 구분될 수 있는 바, 규범대체적 협상, 규범준비적 협상 및 규범집행적 협상 내지는 조절적 협상과 사업관련적 협상의 개념이 이것에 해당한다.

(1) 규범대체적 협상, 규범준비적 협상 및 규범집행적 협상

협상은 종종 범규범의 공포를 회피하기 위해서 행해지는 바, 이러한 협상을 규범대체적 협상(*normersetzende Absprachen*)이라고 한다. 가령 독일의 경우 연방정부(연방보건부)가 담배생산업자들이 담배의 텔레비전광고를 중단하지 않을 경우 생필품법(*Lebensmittelgesetz*)에 담배의 텔레비전광고를 금지하도록 개정할 것임을 먼저 알리고 난 후 담배생산업자들이 텔레비전에서의 담배광고를 하지 않기로 서로 합의한 협상은 그 예이다.

규범준비적 협상(*normvorbereitende Absprachen*)은 규범공포의 전단계에서 행해진다.¹⁹⁾ 또한 건축상세계획(*Bebauungsplänen*)의 전단계에서도 규범준비적인 협상은 널리 보급되어 있다.²⁰⁾

아울러 협상에는 규범의 집행에 있어서 행해지는 이른바 규범집행적 협상(*normvollziehende Absprachen*)이 있다. 이 협상에 있어서는 대개 구체적인 개별사례와 관련된 협상이 중요하다.

한편, Bohne 교수는 연방이미시온방지법상의 규범대체적이면서도 규범집행적인 요소를 가진 협상(부하지역의 협상(*Belastungsgebietsabsprachen*))의 한 방식을 서술하고 있지만,²¹⁾ 이러한 특정된 경우 외에도 모든 명령대체적인 협상은 기본적으로 규범대체적이면서도 규범집행적인 성격을 가진다. 왜냐하면 이 명령대체적인 협상은 한편으로는 범규명령을 대체하면서도 또 다른 한편으로는 명령을 발할 수 있는 권한을 부여한 법률의 집행에 있어서 행해지기 때문이다.

19) 규범준비적 협상의 한 예로서는 2001년 6월 11일 독일 연방정부와 핵발전사업자 간에 성립한 이른바 “원자력합의”(Atomkonsens)를 들 수 있는 바, 여기에서 양측은 특히 원자력법을 개정하는 내용에 의견의 일치를 보았다. 한편, 원자력합의의 협상의 성질(Absprachequalität)에 대해서는 Ch. Langenfeld, “Die rechtlichen Rahmenbedingungen für einen Ausstieg aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie”, *DÖV* 2000, 929 (936 ff.); F. Schorkopf, “Die „vereinbarte“ Novellierung des Atomgesetzes”, *NVwZ* 2000, 1111 (1112 f.).

20) Vgl. BVerwGE 45, 309 (316 ff.).

21) E. Bohne, “Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes”, *VerwArch.* 75 (1984), 343 (368 f.).

(2) 조절적 협상과 사업관련적 협상

규범대체적 협상과 규범준비적 협상의 대상은 회피되어진 규범(법률 또는 법규명령)과 유사하게 일반적·추상적이다. 그러한 협상은 규범정립의 차원에서 진행된다(조절적 협상(regulative Absprachen)). 그러나 협상은 개별적·구체적인 대상, 예를 들면 시설의 인가 또는 개선이라든지 보조금의 승인 등과 같이 구체적인 사업계획과도 관련될 수 있다. 이러한 협상은 구체적인 사업계획과 관련되므로 사업관련적 협상(projektbezogene Absprachen)이라고 한다.²²⁾ 이러한 협상은 대개 규범집행의 차원에서 행해지며 따라서 일반적으로 규범집행적인 성격을 가진다. 그러나 규범정립의 차원에서도 사업관련적 협상은 이루어지는 바, 주로 건축계획법의 영역에서 구체적인 사업계획으로서 행해진다.

(3) 구별의 실익

규범정립의 차원에서 행해지는 협상과 규범집행의 차원에서 행해지는 협상을 구별하는 의의는 협상이 어떠한 법체계하에 있는가 하는데 있다. 즉, 규범준비적 협상과 규범대체적 타협의 경우 일견 상응하는 규범공포에 적용되는 법규가 어떠한 방법으로든 역할을 해야 한다. 그것은 조절적 협상의 경우 입법의 차원(법률대체적 협상과 법률준비적인 협상)에서는 헌법이며 그 외에도 법규명령의 차원에서는 수권법률이다. 규범집행적인 협상은 집행되어야 할 규범과 상위법에 종속된다.²³⁾

3. 교환협상과 화해협상

상호간의 양보의 방식(Art)에 따라 협상은 행정계약과 유사하게 교환협상과 화해협상으로 구분될 수 있다.

22) S. z.B. M. Kleopfer, "Alte und neue Handlungsformen staatlicher Steuerung im Umweltbereich", in: K. König/N. Dose (Hrsg.), *Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, Köln u.a. 1993, S. 329 (333 f.); vgl. J. Fluck/T. Schmitt, "Selbstverpflichtungen und Umweltvereinbarungen – rechtlich gangbarer Königsweg deutscher und europäischer Umweltpolitik?", *VerwArch.* 89 (1998), 220 (225).

23) S. Kautz, a.a.O., S. 54.

(1) 교환협상

교환협상(Austauschabsprachen)에 있어서 참가자들은 급부의 교환을 약속한다. 그 경우에 급부는 단지 상대방의 반대급부를 위해서 이행되므로 참가자들은 서로 급부와 반대급부의 관계에 놓여 있다. 급부와 반대급부는 가장 광의의 의미로 이해되어야 하며 참가자들에 의해서 열망된 상호간의 모든 행위양식이 포함될 수 있다. 예컨대 전술한 담배광고협상의 경우 급부는 담배생산업자들의 텔레비전광고중단이고, 연방정부의 반대급부는 법률개정안의 상정을 단념하는 것이다.²⁴⁾

요컨대 교환원칙은 그 정의에 의해서 협상에 고유하다는 것으로부터 모든 협상은 교환적 성격을 가지며 따라서 모든 협상은 교환협상이라는 것을 도출할 수 있다.

(2) 화해협상

협상에는 그것에 항상 주어져 있는 교환적 성격과 더불어 협상당사자의 의사에 따라 부가적으로 화해의 성격이 더해질 수 있다. 화해협상(Vergleichsabsprachen)은 사실상태 또는 법적 상태에 대한 분쟁의 해결에 기여한다.²⁵⁾ 가령 “현재의 기술수준”(연방이미시온방지법 제5조 제1항 제2호)이 도대체 무엇인가에 대한 불명확성이 존재하며 그리고 행정청과 사업자들이 무한도인 것은 아니지만 어쨌든 주어진 개념의 해석대안을 통해서 사업자들은 즉시 개선조치를 취한다는 데 의견의 일치를 본 경우에 화해협상이 고려된다.

(3) 구별의 실익

교환협상과 화해협상의 구별은 두 유형에 있어서 교환계약과 화해계약의 차이에 상응하게 부분적으로 다른 문제상황이 발생하기 때문에 의의가 있다. 즉, 순수한 교환협상의 경우에는 오로지 급부교환이 문제인 반면에 화해의 성격을

24) 담배광고협상에서 이 협상을 제대로 이행하기 위해 각각의 생산업자들이 어떻게 행동해야할지를 명확하게 정한 반면 교환협상에서는 추상적인 목표를 정한다. 즉, 이 경우에 있어서 업계가 전체적으로 어떠한 목표점에 도달해야 하는지가 협상되었을 뿐이지 개별 기업이 구체적으로 어떠한 기여를 해야 하는지는 이 협상의 구성요소가 아니다. S. Kautz, a.a.O., S. 55.

25) E. Bohne, *Der informale Rechtsstaat*, Berlin, 1981, S. 75.

가진 협상의 경우에는 부가적으로 사실상태 또는 법적 상태에 대한 불확실성이 한 가운데 놓여 있다.

4. 규정대체적 협상과 규정준비적 협상

협상은 그것을 통해서 법률효과의 결정(Rechtsfolgeentscheidung)이 준비되는지 아니면 대체되는지에 따라 규정준비적인 협상과 규정대체적인 협상으로 나누어진다.

(1) 규정대체적인 협상

협상을 통해서 법적 규정들이 대체(회피)될 수 있는 바, 이것은 전술한 협상을 통해서 법규범이 대체되는 규범대체적 협상인 경우이다. 그러나 또한 행정행위나 행정계약을 통해서도 개별규정이 대체될 수 있다. 이 경우에는 행정행위대체적인 협상이 상당히 중요한 바, 이 협상에 있어서 행정행위의 중지는 마치 행정청이 행정행위를 통해서 사인에게 법구속적으로 지시한 것과 같이 사인으로 하여금 “임의로” 행동하게 하기 위한 행정청의 반대급부이다.

이러한 규정대체적인 협상(regelungsersetzende Absprachen)은 수범자에게 부담을 지우는 전형적인 조치에 관련한다. 가령 이미시온방지법의 영역에서 연방이미시온방지법 제17조 제1항에 따른 사후적 지시(nachträgliche Anordnung)를 하기보다는 시설개선의 종류와 범위에 관하여 사업자와 협상을 한다(이른바 시설개선협상(Sanierungsabsprachen)). 또한 건축법의 영역에서도 건축법위반행위에 대한 반응으로서 비공식적 협상이 존재한다.²⁶⁾

또한 협상을 통해 단지 어떤 규정의 일부만이 대체될 수도 있는 바, 그 예로서는 협상을 통해서 인가에 관한 부관(Nebenbestimmung)의 대체를 고려할 수 있을 것이다.

(2) 규정준비적인 협상

협상은 어떤 법규정을 준비하기 위해서도 행해질 수 있다. 전술한 규범준비적인 협상을 제외하고 이러한 규정준비적인 협상(regelungsvorbereitende Absprachen)은 특히 인가와 같이 수범자에게 이익을 주는 전형적인 조치에 관련한다.

26) W. Hoppe/S. Grotefels, *Öffentliches Baurecht*, München, 1995, §15 Rn. 74.

이러한 협상은 순수하게 절차상의 문제에만 한정시킬 수도 있다(절차관련적 협상). 그러나 이 협상이 순수하게 절차상의 문제에만 국한되는 경우는 드물고 대부분의 경우는 내용상의 문제를 다루며 심지어 내용까지도 확정한다.²⁷⁾ 가령 (사전)신청심의(Antragskonferenz)에 있어서 신청시 요구되는 필요사항들을 논의할 경우 이 논의는 순수한 형식적 필요사항에 대해서만 국한시킬 수 있다. 그러나 이 협상에서 신청의 내용에까지 확대하여 논의할 수 있으며 심지어는 더욱 나아가 시설 그 자체에 대한 법적 필요사항까지도 관련지을 수 있다(이른바 사전협의(Vorverhandlungen)). 표면적으로 순수하게 절차관련적인 협상은 실제에 있어서 이미 시설에 대한 법적 요구사항에까지 영향을 미친다.²⁸⁾

협상을 통해서 준비되어지는 규정에 따라 구체적인 차원에서는 행정행위대체적인(인가대체적인, 금지대체적인 등등) 협상, 행정계약대체적인 협상, 그리고 규범대체적인(법률(법규명령, 조례)대체적인) 협상으로 구별할 수 있다.²⁹⁾

(3) 구별의 실익

규정준비적 협상과 규정대체적 협상은 준비되어지거나 대체되어지는 법률상의 효과의 결정에 적용될 법규정들이 회피되어진다는, 즉 “비공식적으로의 도피”(Flucht in die Informalität)라는 공통의 위험을 가지고 있다. 양자간의 차이는 규정준비적 협상의 경우에는 또 하나의 (공식적인) 법률상의 효과에 대한 결정이 뒤따르는 반면에 규정대체적 협상의 경우에는 그것이 법률상의 효과에 대한 결정을 대신한다는데 있다. 따라서 규정준비적 협상에 있어서는 공식적인 법률상의 효과에 대한 결정과 협상이 서로 어떠한 관계에 있는가 라는 문제가 제기된다. 규정대체적인 협상의 법률적합성의 관점에 있어서는 공식적인 법률상의 효과에 대한 결정이 행해지지 않아도 좋은지 여부가 중요한 문제이다.³⁰⁾

27) R. Mayntz u.a., “Vollzugsprobleme der Umweltpolitik”, in: Hrsg. vom Rat der Sachverständigen für Umweltpolitik, *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, Stuttgart, 1978, S. 321; E. Bohne, *Der informale Rechtsstaat*, S. 52 f.

28) S. Kautz, a.a.O., S. 58.

29) 그 밖에도 법규정과 무관한 협상, 즉 “공식적인” 법률상의 효과에 대한 결정을 준비하지도 대체하지도 않는 협상을 생각해 볼 수 있는 바, 이러한 협상은 협상된 행위가 행정의 측면에서 법률상의 효과에 대한 결정이 아니라 하나의 사실행위에 관련하는 경우에 존재하게 된다. 예컨대 숲이나 초지의 소유자가 군의 담당자와 함께 계획된 기동훈련 시에 자신의 토지에 전차 등이 운행하지 않도록 협상할 수 있을 것이다.

30) S. Kautz, a.a.O., S. 59.

5. 수익적 협상, 부담적 협상 및 제3자부담적 협상

협상은 행정행위에 있어서의 통상적인 구별에 준거하여 누구에 대하여 수익적으로 작용하는지 또는 부담적으로 작용하는지 여부에 따라 유형화될 수 있다.

(1) 수익적 협상, 부담적 협상 및 이중효과적 협상

협상에 참가한 사인들에게 (사실상의) 이득을 주는 협상을 수익적 협상(begünstigende Absprachen)이라고 할 수 있다. 수익은 협상을 근거로 해서 사인에게 예를 들면 인가와 같은 것이 주어지는 경우에 존재할 수 있다. 행정이 규제처분(Ordnungsverfügung)을 발하는 것을 단념한다면 이것 역시 그렇지 않았을 경우 자기의 이익에 반하는 규제처분을 받았을 사인에 대한 수익을 의미한다. 또한 사인이 예컨대 “임의적으로” 특정한 시설개선조치를 취하는 것과 같은 어떠한 급부를 약속한 사실 그리고 이것이 그에게 부담이 된다는 사실이 행정처분의 중지라는 수익적 효과를 전혀 바꾸지 않는다.

이 예는 사인이 급부를 약속했으므로 협상은 항상 사인의 부담도 포함하고 있다는 것을 시사하고 있다. 어떤 시설의 사업자에게 예를 들어 시설의 개선을 위한 기한이 주어진 경우, 당해 시설을 개선하겠다는 그 사인의 약속은 그에게 있어서 부담이 되고 주어진 기한은 수익이 될 것이다. 또한 기존시설(Altanlage)의 개선을 전제로 해서 신규시설의 인가를 해 주기로 하는 내용의 협상이 행해진 경우, 사인의 시설개선에 대한 약속(Sanierungszusage)은 부담이고 행정청의 신규시설에 대한 인가의 약속은 수익이다. 요컨대 협상은 그 정의에 부합하여 급부의 교환을 목표로 하므로 그것은 항상 참가한 사인들에게 있어서는 이중효과(Doppelwirkung), 즉 수익적이기도 하며 부담적이기도 하다.

(2) 제3자부담적 협상(제3자효협상)

제3자부담적인 협상(drittbelastende Absprachen)은 협상에 참가하였던 사인에 대해서 뿐만 아니라 협상에 참가하지 않았던, 따라서 종종 그 협상에 대해서 전혀 알지 못하는 제3자에 대해서도 부담적 효과를 미친다는 특이성을 가지고 있다. 예컨대 인가행정청이 이웃의 권리에도 해당될 수 있는 인가의 부여를 신청인에게 약속하는 인가준비적인 협상이 행해진 경우 이러한 협상은

이웃들에 대한 부담을 포함한다. 또한 시설사업자에게는 이행기한의 보장을 통해서 수익적이지만 이웃들에게는 부담적인 시설개선협상의 경우에도 마찬가지로 타당하다.³¹⁾

(3) 구별의 실익

협상에 의해서 사인이 부담을 지게 되는 경우에는 거기에 침해가 있는지 여부 및 그것이 정당한 것인지 여부가 문제된다. 관계인 자신이 협상에 참가한 경우, 이 질문에 답을 하기 위해서는 특히 협상에 대한 동의가 협상의 틀 안에서 침해를 정당화하거나 또는 부담의 침해적 성격을 제거하기에 적합한 것인지 여부가 중요하다. 협상에 참가하지 않은 제3자가 부담을 지게 되는 경우에는 그것에 의해서 제3자의 참가권(Beteiligungsrechte)이 침해된 것은 아닌지 여부가 문제된다. 또한 수익적인 협상의 경우에는 주어지는 수익이 객관적으로 법질서의 범위내에 속해 있는지 여부가 문제된다.³²⁾

IV. 협상의 발생원인과 실제적 조건

여기에서는 협상이 작용수단으로서 대두되게 된 추상적인 요인이 되는 원인들이 무엇인지를 검토함과 아울러 구체적인 사례에 있어서 협상이 이루어지게 되는 중요하고도 실제적인 조건들에 관해서 살펴보기로 한다.

1. 협상의 발생원인

행정의 실제에서는 여러 가지 작용의 가능성이 고려되는 바, 여기에는 행위자들이 의도하는 바를 이루려한다는 특정한 목적이 있다. 그러나 목적은 다양한 방식으로 성취될 수 있다. 이것을 위해 행위형식이 각각의 특정된 (법적) 결과와 효과들을 가진 “규격화된 규정복합체”(konfektionierte Regelungskomplexe)³³⁾

31) Vgl. OVG Berlin, NVwZ 1985, 756 ff. („Fall Sonnenschein“)

32) 협상의 유형에 관련하여서는 이밖에도 예를 들면 사전협외, 결정초안의 우선송부 (Vorabzuleitung von Entscheidungsentwürfen), 수인협상(Duldungsabsprachen), 자기제한 협정, 시설개선협상, 보조금협상(Subventionsabsprachen), 조정과 (신사)협정의 구별 등이 행해지고 있다. 그러나 이것들은 전술한 협상의 유형으로 분류될 수 있기 때문에 독자적인 인식가치는 없다고 할 것이다. 다만 이것들에 대해서는 Vgl. S. Kautz, a.a.O., S. 61 ff.

33) F. Ossenbühl, “Die Handlungsformen der Verwaltung”, JuS 1979, 681 (687).

로서 있으며, 행위자는 이 중에서 적합한 것을 고른다. 어떠한 행위형식이 선택 되느냐는 각각의 구체적인 상황하에서 행위자, 그 중에서도 특히 행정청의 요구에 따르게 된다.

고려할 수 있는 전통적인 모든 행위형식들의 특성이 행위자들, 즉 참가한 행정청과 사인이 판단하기에 그 중에서는 그들의 요구를 만족시킬만한 행위형식이 없을 경우에는 새로운 행위형식들에 대한 요구가 생기게 마련이다. 새로운 행위형식은 실제에서도 생겨날 수 있으며 지금까지 앞서 공식화되어 존재해 온 행위형식의 집합체를 보충한다.³⁴⁾ 이 새로운 행위형식이 법질서에 의해서 아직 규정되어 있지 않는 동안은 그것은 아직 법적 행위형식이기보다는 단지 행정작용의 사실상의 (경험적) 현상형태(Erscheinungsformen)일 뿐이다.³⁵⁾

이러한 새로운 행위형식은 행위자들이 구체적인 행위상황과 결정상황에서 갖게 되는 특정한 실제적인 요구에서 생겨났으므로 행위자들의 요구를 충족시키는 특성을 가지게 된다. 따라서 협상의 특성은 전형적인 작용수단으로서 협상이 각인되어 나오게 된 상황에 달려 있다.

이 상황은 과잉요구(Überforderung)라는 개념에 근거하는 바, 그 경우에 행정청에게보다는 전통적인 작용수단과 결정절차 자체에 과도하게 요구되었다. 이 과잉요구는 우선 사실상의 관계들, 말하자면 행정이 처리해야 할 사실관계의 복잡성이 증가함으로 인해 야기되었다. 이것은 새로운 그리고 증폭되는 잠재적 위험(Gefahrenpotential)과 잠재적 재난을 수반하는 신기술(핵에너지, 유전자기술 등)을 만들어낸 기술적 진보와 또한 피해가 더욱 급속도로 확산되게 하는 상당히 조밀해진 사회구조로 인해 조건지워졌다.³⁶⁾

아울러 법의 복잡성도 증가하였는바, 이것은 증가한 사실관계들의 복잡성에 대한 반작용으로서 어느 정도까지는 불가피한 측면이 있다.³⁷⁾ 이는 역설적으로 느껴지는 이중적 방식으로 나타난다. 즉, 한편에서는 규제의 정도에 있어서 규정의 폭발적 증가(Regelungswut), 과도규정화(Überreglementierung), 규범의 홍수(Normenflut) 등으로 일컬어질 만큼 수적으로 크게 증가하였으며, 다른 한

34) Vgl. F. Ossenbühl, a.a.O., 681 (682 f.).

35) S. Kautz, a.a.O., S. 69.

36) S. Kautz, a.a.O., S. 70.

37) Vgl. W. Berg, "Vom Wettlauf zwischen Recht und Technik", *JZ* 1985, 401 (406); R. Lukes, "Technik und Recht", in: R. Scholz (Hrsg.), *Wandlungen in Technik und Wirtschaft als Herausforderung des Rechts*, 1985, S. 40 (43); E.-H. Ritter, "Der kooperative Staat", *AöR* 104 (1979), 389 (391).

편에서는 법이 너무 복잡하게 된 결과 - 특히 환경법의 몇몇 분야에서 - 각각의 현행법에 대해 “개관할 수 있게끔 유지하거나 또는 그것을 가능하게 하는 것”³⁸⁾은 하나의 특별한 능력이 되었다. 그 밖에도 법의 대상은 대상에 이질적인(materiefremd) 규정들로 포화되었으며 규정들이 서로 일관되지 못하는 것은 드문 경우가 아니다.

행정이 그 집행능력을 상회하는 규정들에 의해서 과도하게 요구되어진다면, 그리고 행정이 그들의 작용이 마비되는 것과 행정활동이 중지되는 것을 방지하기 위해서는 행정은 부득이하게 규정들을 부분적으로 무시할 수밖에 없는 상황에 놓인다. 과도한 규범화의 결과는 행정의 강화된 기속이 아니라 사실은 행정의 새로운 독자성으로 귀결된다.³⁹⁾

요컨대, 점점 더 많고 점점 더 세밀한 법률이 존재함에도 불구하고, 환언하면 점점 더 많은 규범들이 행정에 의해서 고려됨에도 불구하고 개별 사례에 있어서의 구체적인 결정은 이 규범들에서 종종 확실하게 도출되지 않는다. 즉, 규범들은 더욱 많아짐과 아울러 또한 더욱 개방적인 바, 요컨대 행정의 개별결정을 더 적게 한정한다. 이것은 규범들이 재량여지 또는 판단여지의 형식으로 행정에 최종결정여지(Letztentscheidungsspielräume)를 인정하고 있는 경우뿐만 아니라 법원에 의해서 완전히 재심사가능하며 그 의미나 뜻에 다른 관점들이 생길 수 있는 이른바 불확정법개념(unbestimmte Rechtsbegriffe)이 사용되어 있는 경우에도 마찬가지로 타당하다. 규범의 이러한 개방성(Offenheit)은 사인에게는 물론 행정측에도 법적 불안정성을 증가시키는 결과를 초래한다. 그렇다면 행정이 법률에 의거하였다는 것만으로는 어떤 결정에 대한 정당성으로 더 이상 충분하지 않으며 오히려 행정은 정당화와 정당화에 대한 관심을 다시 결정에서 찾을 수 있도록 개별사례의 특이성과 당해 사인에게 더욱 적절하게 관심을 기울여야 할 것이다. 충분한 수용을 결하는 경우에는 이의신청(Rechtsbehelfe)의 증가라는 결과를 가져온다. 이것은 한편에서는, 이의절차(Widerspruchsverfahren)에 의해 행정이 부가적으로 부담을 지게 되고 다른

38) E. Franßen, “Vollzugsprobleme durch ständiges Drehen des Gesetzgebers an der Regulierungsschraube”, *DVBZ.* 1995, 337 (339).

39) J. Isensee, “Mehr Recht durch weniger Gesetze?”, *ZRP* 1985, 139 (141); E. Schmidt-Aßmann, “Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive”, in: J. Burmeister (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit*. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München, 1997, S. 745 (747 f.); vgl. A. Voßkuhle, “Duldung rechtswidrigen Verwaltungshandelns?”, *Die Verwaltung* 29 (1996), 511 (519).

한편에서는, 이의신청의 차단효(Suspensiveeffekt)에 근거하여 법률의 집행이 지연되기도 한다. 즉시집행의 가능성을 고려에 넣었을 때조차도 불충분한 수용으로 인하여 법률의 이행은 더욱 어렵게 되며, 모든 행정결정들이 강제적으로 집행되어야 한다면 그것은 국가에게 과도한 부담이 될 것이다.⁴⁰⁾

이러한 진전으로부터 결과된 행정의 부담은 행정이 이행해야만 하는 과제의 증가로 인해 부가적으로 증가된다. 그 경우에 과제의 양만이 증가되는 것이 아니라 새로이 부가되는 과제는 흔히 새로운 성질(Qualität)을 가진다는 것이다.⁴¹⁾ 또한 이른바 글로벌화를 통해 더 격해진 사경제에 있어서의 경쟁압력은 시간이라는 요소를 사인에게는 하나의 매우 중요한 자원으로 만들었다. 즉, 그들은 수익적 결정은 가급적 빨리 받기를 원하고 부담적 결정의 집행은 가급적 지연시키려고 하는 바, 이것은 또한 행정에 대한 부가적인 압력을 초래한다.

2. 협상을 위한 실제적 조건

(1) (교섭)행위여지의 필요성

진술한 바와 같이 교환원칙은 협상에 고유한 원칙이다. 즉, 모든 참가자들은 법적 구속의 의사 없이 반대급부를 얻기 위한 급부를 약속한다. 따라서 실제적인 관점에서 협상은 양 당사자가 무언가를 제공해야만 하고(교섭군집(Verhandlungsmasse)), 또한 그들은 요컨대 교환가능성 또는 압박가능성(Tausch- oder Drohpotential) 내지 교섭의 여지를 가진다는 것을 전제로 한다.⁴²⁾ 그 경우에 하나의 협상이 실제적으로 성립하기 위해서는 참가자들이 제공된 행위를 실제적으로 할 수 있는 상황에 있으면 그것으로 충분하며, 따라서 양쪽 참가자에게 실제적인 교섭군집(행위여지(Handlungsspielraum))이 주어지지 않으면 안된다. 이와 반대로 참가자들이 법적으로도 교환가능성과 압박가능성을 가지는 것이 허용되는지 여부는 하나의 협상이 실제적으로

40) Vgl. N. Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1996, Rn. 105; J. Braun, "Recht und Moral im pluralistischen Staat", *JuS* 1994, 727 (728 f.).

41) 그 예로서는 위험방지(Gefahrenabwehr)라는 국가활동으로부터 신기술의 잠재적 위험에 대한 국가의 반작용이면서도 고양된 환경의식의 표현이라고 할 수 있는 리스크사전배려(Risikovorsorge)라는 국가활동으로 국가활동의 시점을 앞으로 옮기는 것을 들 수 있다.

42) Vgl. S. Kippes, *Bargaining - Informales Verwaltungshandeln und Kooperation zwischen Verwaltungen, Bürgern und Unternehmen*, Köln u.a. 1995, S. 45.

성립하는 데는 중요하지 않으며⁴³⁾ 협상의 적법성에 관한 문제에 있어서 비로소 의의를 가지게 될 것이다.⁴⁴⁾

(2) 압박가능성과 교환가능성

이 교환군집(Tauschmasse)과 압박군집(Drohmasse)은 여러 가지 방식으로 양측에 주어질 수 있다. 예컨대 개별적인 사례 여하에 따라서 공적으로 주목을 받는다는 것은 양측에게 이득이 될 수 있다.⁴⁵⁾ 게다가 행정은 환경법상의 자신의 환경감시업무를 수행하기 위해서는 종종 전형적으로 새로운 환경유해 기술을 개발하고 적용하는 사인들이 가지고 있는 매우 특수한 전문지식에 의존하지 않을 수 없는 바, 이러한 정보우세(Informationsvorsprung)는 사인에 있어서 교환가능성이라고 할 수 있다.⁴⁶⁾ 또한 부담적 행정행위의 수범자인 사인은 통상의 경우 연기효(aufschiebende Wirkung)를 가지는 이의신청을 통하여 이 부담적 행정행위를 다룰 수 있다. 이러한 방법으로 사인은 환경개선의 명령의 실제적인 전환을 사정에 따라서는 장시간 지연시킬 수 있다. 사인이 이의신청을 포기하거나 또는 그것을 단념하고 또한 이것이 하나의 반대급부로서 행정청에게 주어질 수 있다는 것으로부터 사인에게는 마찬가지로 교환군집이 생긴다.⁴⁷⁾ 심지어 사인이 이의신청을 한 경우에도 종종 행정은 우선 협상을 하기 위한 준비를 한다. 더욱이 사인을 위한 교환군집은 행정청이 자기지역에서의 공업지구와 일자리에서 가지는 이익으로부터 생긴다.⁴⁸⁾ 또한 사인은 예를 들면 특히 행정측에 선거직공무원이 참가하고 있는 경우에는 정치적 압력을 통해서 압박할 수 있다.⁴⁹⁾

한편, 행정측에 있어서는 일방적인 조치를 발할 가능성으로부터 교환가능성과 압박가능성이 생긴다.⁵⁰⁾ 또한 행정이 가령 행정절차 내에서 인가를 좀 더

43) S. Kippes, a.a.O., S. 157, 158, 218 ff.

44) S. Kautz, a.a.O., S. 99.

45) S. Kippes, a.a.O., S. 227 f.; I. Lamb, *Kooperative Gesetzeskonkretisierung*, Baden-Baden, 1995, S. 194.

46) Vgl. N. Dose, *Die verhandelnde Verwaltung*, Baden-Baden, 1997, S. 87; I. Lamb, a.a.O., S. 191.

47) Vgl. P. Kunig, a.a.O., 1193 (1194); W. Spannowsky, a.a.O., S. 51.

48) Vgl. N. Dose, a.a.O., S. 90 ff.; S. Tomerius, *Informelle Projektabsprachen im Umweltrecht*, Baden-Baden, 1995, S. 65.

49) Vgl. S. Kippes, a.a.O., S. 200 f., 205, 221.

50) Vgl. S. Tomerius, a.a.O., S. 52; S. Kippes, a.a.O., S. 232.

빨리 부여하거나 또는 규제처분을 한층 나중에 발할 수 있는 한에서는 행정절차의 기간과 관련하여서도 행정은 사실상 교환군집을 가진다. 그 경우에 행정의 교섭지위는 시설개선조치의 경우에 있어서보다는 인가의 경우에 있어서 더욱 강하다고 할 수 있는 바, 사인은 시설개선조치에 대해서는 스스로 봉쇄가능성과 지연가능성을 가지고 있는 반면에 전형적으로는 신속한 인가에 훨씬 더 큰 관심을 가지고 있기 때문이다.⁵¹⁾ 그 밖에도 행정을 위한 교섭군집은 행정이 행정절차에 있어서 사실관계조사의 종류와 범위를 의무에 합당한 재량에 따라 스스로 결정한다는 것으로부터도 발생한다. 뿐만 아니라 행정은 사인에게 인가신청이나 보조금신청의 성공가능성에 관해서 상당히 명확하게 해 줄 수 있으며 또한 법적 장애를 제거하는 데 기여할 수 있다.⁵²⁾

V. 협상에 관련한 법적 쟁점

1. 서

행정과 사인에게는 고도로 복잡한 사실관계들과 법들을 소화해 내고 행정의 부담을 덜게 하며 절차를 촉진시키고 참가한 사인들의 수용성을 더욱 높이며 또한 소여의 법적 불안정성을 줄이는 것을 가능하게 하는 그런 작용수단이 중요하다. 이것은 한편으로는 모든 행위자들이 처분의 토대(Dispositionsgrundlage)를 가지고 있다는 신뢰성을 요구하고, 또 다른 한편으로는 여러 가지의 상황을 참작할 수 있고 변화와 새로운 지식에 대해 반응할 수 있도록 유연성도 요구한다. 그러나 전통적인 작용수단은 이런 것들을 위해서는 단지 조건적으로 적절할 뿐이다.⁵³⁾

한편, 합의에 기초한 법비구속적인 작용수단, 즉 법적으로 비구속적인 협상은 실제에 있어서의 필요와 요구를 광범위하게 충족시킬런지도 모른다. 즉, 참

51) N. Dose, a.a.O., S. 58.

52) S. Kautz, a.a.O., S. 101; M. Schulte, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, Tübingen, 1995, S. 42.

53) 가령 행정행위는 양극의 당사자에 적용되는 행위형식으로서 고도로 복잡한 상황에서 과도하게 부담을 진 경향이 있으며, 제3자효행정행위(Verwaltungsakt mit Drittwirkung)에서 계획확정결정에 이르기까지의 특별한 각인들은 이러한 결함들을 제거할 수 없다. 반면에 행정계약은 다극의 법률관계를 조정하기에 원칙적으로 더 적절할 것이지만, 이것 또한 일반적으로 양방적으로만 다를 뿐이다. 행정계약은 모든 계약당사자들의 합의를 요구한다는 데 그 이유가 있다. 요컨대 행정행위와 계약에 공통되는 법적 기속력을 근거로 이 두 가지는 시간적인 차원에서 비교적 유연하지 못하다. 그리고 법규명령과 법률은 더욱 유연하지 못하다. S. Kautz, a.a.O., S. 73 f.

가자들이 협상된 결정을 수용한다는 것은 이미 합의적·타협적 성격으로부터 비롯되며 그 때문에 모든 참가자들이 그것으로부터 이득을 가질 수 있게 된다.⁵⁴⁾ 그러한 합의가 원칙적으로 양극적이라는 것은 합의가 법적으로 비구속적인 경우 하나의 장점으로 바뀔 수 있다. 그것의 타협적 성격으로 인해 이러한 작용수단은 한편으로는, 쌍방적 관계에서 처분의 토대를 만들어 내고 또한 결정을 물적으로, 시간적으로 또는 인적으로 분절화시키는데 즉 다수의 부분 결정으로 나누는데 적합하다. 다른 한편으로는, 협상의 법적으로 비구속적인 성격으로 인해 그것은 결정을 이 쌍방적인 관계에 해당하는 관점에 제한하는, 요컨대 다른 관점을 위한 결정은 열어 놓을 만큼 충분히 유연하다.⁵⁵⁾

이하에서는 협상에 관련한 법적 쟁점, 특히 협상이 어떠한 기속효과를 가지는지, 그리고 국가적 작용으로서의 협상의 성격 및 그 허용성과 한계에 관하여 검토하기로 한다.

2. 협상과 법률관계

(1) 출발점으로서의 법률관계론

전통적인 행위형식론은 행정법에 대한 새로운 도전과 요구를 극복하고 충족시킬 수 없기 때문에 새로운 착안점으로서 그리고 심지어 행정법의 “새로운 아르키메데스의 선회점”이라고 일컬어지는 행정법관계론(Lehre vom Rechtsverhältnis)이 제시되고 있는 바,⁵⁶⁾ 이는 그 행정법관계론이 행위형식의 흠결들을 극복하기 때문이다. 그 경우에 행위형식론과 행정법관계는 행정작용의 설명을 위한 틀로서 서로 배제하는 것이 아니라 오히려 “보완적인 인식의 출발점”(komplementäre Erkenntnisansätze)으로서 서로 보충한다.⁵⁷⁾

일반적으로 법률관계는 법규범에 근거하여 하나의 구체적인 사실관계에서

54) Vgl. H. Rossen-Stadtfeld, “Gesetzesvollzug durch Verhandlung”, *NVwZ* 2001, 361 (365).

55) S. Kautz, a.a.O., S. 74.

56) 독일의 법률관계론(Rechtsverhältnislehre)은 1969년의 독일법학자대회에서 처음으로 주장된 이론으로서 전통적인 행정법학이 행정행위 등의 행위형식에 중심을 두었던 사고를 전환하여 국민을 국가와 공동으로 책임을 지는 공법상의 권리주체로 인식하여 행정법관계를 행정법체계의 중심으로 볼 것을 주장한 이론이다. 이러한 법률관계론은 이후 비공식적 행정작용에 관한 법적 문제를 법률관계론으로 해결하려는 논의로 발전하였다.

57) E. Schmidt-Aßmann, “Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandeln”, *DVBl.* 1989, 533 (540); H. Bauer, “Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?“, *Die Verwaltung* 25 (1992), 301 (325 f.).

발생하는 최소한 둘 이상의 법주체간의 법적 관계, 즉 “둘 이상의 주체들간의 법규범에 의해 형성된 관계”를 말한다. 법률관계는 항상 법규범에 의해 형성되어진다는 것이 의미하는 바는 법률관계의 형성과 종료 그리고 그 내용은 최소한 법규범에 의해 결정된다는 것을 의미한다. 참가주체에 의한 자율적 형성(“자율적 결정”)은 법률관계가 법규범을 통해 이미 정해지지 않은 한에서, 요컨대 법이 참가자에게 적절한 형성의 여지(Gestaltungsspielraum)를 허용하고 있는 경우에만 가능하다.⁵⁸⁾ 참가자들이 이 여지를 넘을 경우 그것은 규범위반이며 따라서 위법하게 된다.

한편, 행정법관계는 행정 또는 시민의 사실적 행위(Tathandlungen), 예를 들면 협상 등을 통해서도 성립될 수 있다고 종종 주장된다.⁵⁹⁾ 그러나 사실행위(Realakt)가 법률관계에 있어서 직접적으로 본질적이거나 구성적이라든지 그 내용이 될 수 있다는 것을 의미한다면 이것은 부정되어야 한다. 왜냐하면 법률관계의 형성이 하나의 법률효과이고 그러나 사실행위는 그러한 법률효과를 목적으로 하고 있지 않기 때문에 사실행위는 법률관계의 발생, 내용 및 종료에 있어서 직접적으로 본질적이거나 구성적이지는 않다. 따라서 사실행위를 통해서 법률관계가 (자율적으로) 형성될 수는 없다.⁶⁰⁾

그러나 물론 사실행위를 통해서 법규범의 구성요건이 충족되어지고 또한 그로 인해 법률관계의 형성에 내재하는 그 법률상의 효과가 발생하는 것은 가능하다. 법률관계의 형성에 있어서 본질적·구성적인 것은 사실행위가 아니라 법규범이다. 사실행위는 단지 규범의 구성요건적 징표일 뿐이며 따라서 법률관계를 형성하기에는 간접적(타율적)으로만 적합할 뿐이다. 이러한 행정법관계가 어떠한 내용을 가지는가는 직접적으로는 참가자의 의사가 아니라 오직 규범의 법률상의 효과에 따른다.

(2) 협상의 기속효과

협상은 단지 순수한 사실상의 기속효과만을 가진다는 тезис는 두 가지 방면에서 공격을 받고 있다. 즉, 한편에서는 협상에 법적 구속성이 있다는 것이고,

58) N. Achterberg, *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung*, Berlin, 1982, S. 65.

59) So etwa E. Vosniakou, *Beiträge zur Rechtsverhältnistheorie*, Frankfurt a.M. u.a. 1992, S. 45 f.; H. Hill, “Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung”, *NJW* 1986, 2602 (2608); K. Windthorst, “Staatshaftungsrecht (Fortsetzungsaufsatz, 7. Teil: Das öffentlichrechtliche Schuldverhältnis)”, *JuS* 1996, 605 (607).

60) S. Kautz, a.a.O., S. 79.

다른 한편에서는 협상의 사실상의 기속효과조차도 부정하는 것이다.

1) 법적 비구속성

협상은 법적으로 비구속적이라는 것은 이미 전술하였는바, 참가자들은 협상에 법률상의 효과를 부여하려고 하지 않고, 즉 법률관계가 아닌 단지 하나의 사실적 (사회적) 관계만을 형성하려고 한다. 따라서 협상은 원칙적으로 법적 제재를 통해서 관철될 수는 없다.

그러나 협상의 법적 비구속성에 관련하여서는 협상에 법적 기속효과를 부여하여야 한다는 주장⁶¹⁾이 있는 바, 이는 참가한 사인이 협상에 기초해서 종종 중요한 조치를 행한다는 사실에 근거를 두고 있다. 사인은 물론 행정청도 자기 행위의 법적 위험을 최소화하는 데 관심이 있다고 한다. 어떠한 경우에도 사인은 확실히 법적 비구속성을 원하지 않는다고 한다. 게다가 E. Bohne의 정의에 따르면 협상은 공식적 행정작용에 대하여 대안관계(Alternativverhältnis)에 있다는 것이 부가된다.⁶²⁾ 따라서 협상은 단지 “개별사례에 있어서 추상적 법률의 구체화”라는 하나의 동일한 목적을 실현하기 위한 또 다른 수단이라고 한다. 결과적으로 협상은 “행정행위나 공법상의 계약에 뒤쳐져 있어서는 안된다”라고 한다. 따라서 협상의 법적 효과에 관한 문제에 답하기 위해서는 행정행위의 효과 또는 공법상 계약의 효과를 다시금 검토하여야 하는 바, 이 두 행위형식은 그러나 법적으로 구속적이라고 한다. 목적이 동일하므로 협상에도 동일한 효과를 부여할 것이 요구된다고 한다. 그러므로 참가한 행정청은 협상의 결과에 구속되며, 그 밖에도 협상에는 제3의 행정청에 의해서 고려되지 않으면 안되는 합법화의 효과(Legalisierungswirkung)도 주어져야 한다고 한다. 비공식적 행정작용은 경감된 절차의 진행에 이바지하기는 하지만 목적에 대하여 비구속적인 것은 아니라고 한다.⁶³⁾

그러나 위의 견해에 대해서는 다음과 같은 반론이 있다. 우선 행정청과 사인의 의사표명이 법적 구속의 의사를 가지고 행해지는지 아니면 법적 구속의 의사 없이 행해지는지 여부가 개별사례에 있어서의 합의(Vereinbarung)의 해

61) D. Gorny, “Haftungsfragen bei der Kooperation von Behörden und Unternehmen im Lebensmittelrecht (Produkthaftung, Gefährdungshaftung, Amtshaftung)”, *ZLP* 1993, 283 (290 ff.).

62) E. Bohne, *VerwArch* 75 (1984), 343 (344).

63) S. Kautz, a.a.O., S. 81 f.

석시 문제가 된다. 그 경우에, 한편에서는 사인은 상황에 따라서는 협상에 기초해서 중요한 조처를 행한다는 것이 철저히 고려되어야 하며, 다른 한편에서는 또한 사인은 법적 구속 없이 언제든지 협상으로부터 벗어날 수 있다는 것에도 관심을 가질 수 있다. 그 밖에도 오히려 사인에게는 아마도 법구속적인 계약이 훨씬 바람직할 수도 있음에도 불구하고 그는 법비구속적인 협상에 만족하는 것도 하나의 근거가 될 수 있다. 행정청이 그 자신은 (어떠한 이유에서든) 계약을 체결할 의사가 없다고 사인에게 알렸다면 어떠한 경우에도 그 의사표명을 계약체결을 목적으로 한 의사표시라고 해석할 수는 없을 것이다. 그 경우에 협상은 그것의 사실상의 기속효과에 기초해서 사인에게 합의 이상의 어떤 것을 가져다주는 것은 아니다.⁶⁴⁾

그리고 혹시 있을 수 있는 목적의 동일성으로부터 효과의 동일성까지 추론해서는 안된다. 위의 견해에 따라서 대안관계가 비공식적 행정작용의 정의적 징표(Definitionsmerkmal)가 아니라는 것을 도외시하면 행위자가 동일한 상황에서 생각할 수 있는 행정행위 또는 행정계약처럼 협상을 통해서 실제적으로 동일한 목적을 추구한다는 것은 의문이다. 왜냐하면 행위자들은 마찬가지로 가능할 수 있음에도 불구하고 왜 계약이나 행정행위를 선택하지 않느냐라는 질문이 제기될 수 있기 때문인 바, 그것은 행위자들은 각각의 상황에 적절한 행위형식을 선택하기 때문이라는 것이 적절할 것이다. 즉, 행정행위나 행정계약 대신에 행위자들이 협상을 선택한다면 그것은 행정행위나 행정계약이 그들에게는 (바로 그 법적 구속성 때문에) 그 상황에 적절치 않은 것으로 생각되었기 때문일 것이다. 따라서 행정행위와 행정계약간의 목적의 동일성은 이 쪽에 있고 협상은 다른 쪽에 있는지 여부의 문제에 있어서는 “개별사례에 있어서 추상적 법률의 구체화”(말하자면 “추상적 원거리목적”)만을 고려하여서는 안 된다. 오히려 특정한 작용수단의 적용은 그 특유의 결과를 발생시키기 위한 목적을 가진다. 따라서 행정계약 대신에 협상이 행해진다면 추구되는 목적은 다른 어떤 것, 즉 (“구체적 근접목적”으로서) 바로 법적 구속의 회피인 것이다. 목적되었던 절차진행의 간이화가 선택된 작용수단의 법적 비구속성이라는 지레를 통해 추구되는 한도에서 비공식적 행정작용은 철저히 법적 비구속성이 그 목적이다.⁶⁵⁾

끝으로, 협상은 제3의 행정청에 의해서 고려되지 않으면 안되는 합법화의

64) S. Kauz, a.a.O., S. 82.

65) S. Kautz. a.a.O., S. 83.

효과를 가지고 있다는 주장은 그 논지가 순환적이기 때문에 협상이 법적 기속효과를 가지고 있다는 것의 근거로서는 적합하지 아니하다. 즉, 이러한 합법화의 효과는 참가자에 있어서 뿐만 아니라 제3의 행정청에 있어서도 협상의 법적 구속성을 전제로 한다. 요컨대 합법화의 효과는 협상의 법적 구속성의 결과이지 원인은 아닐 것이다.⁶⁶⁾

따라서 협상이 법적으로 구속적이라는 견해는 타당하다고 할 수 없을 것이며 그것은 부정되어야 한다.

2) 사실상의 기속효과

물론 협상에 참가한 각자는 자기 스스로 협상의 결과들을 지켰을 때에만 다른 사람도 협상의 결과를 준수할 것을 기대할 수 있다. 게다가 양측은 장래에 있어서도 신뢰할 수 있는 협상당사자로서 남기 위해 협상의 필수적 토대인 신뢰관계를 파괴하지 않는 데 관심을 가진다. 아울러 협상의 모든 불이행은 그 실현을 위해서 투하된 시간적·경제적인 교섭비용들을 무용지물로 만들어 버린다. 그리하여 협상의 불이행은 비법적 제재를 초래할 수 있다.⁶⁷⁾ 요컨대 협상은 비법적인, 즉 사실상의 기속효과(faktische Bindungswirkung)를 가진다.⁶⁸⁾

그러나 이에 대해서는 협상의 사실상의 기속효과조차도 종종 특히 행정에 의해서 부정된다는 견해가 있다.⁶⁹⁾ 이러한 견해는 부분적으로는 사실상의 기속효과의 긍정은 다소간 위법적이라는 판결결과를 피할 수 없을 것이라는 우려에 그 원인이 있음이 명백하다. 즉, 협상은 법적 기속효과를 가지지는 않지만 그러나 사실상의 기속효과를 가진다는 “비난”에 노출되어 있다는 것이다. 행정청이 이러한 전제 아래에서 사실상의 구속을 부인하는 것은 이해할 만하다. 그러나 이 비난이 협상의 사실상의 기속효과에 관한 견해와 결부되지 않는다는 것도 강조되어야 하며, 오히려 완전히 가치판단으로부터 자유로운 관

66) S. Kautz, a.a.O., S. 83 f.

67) W. Hoffmann-Riem, “Selbstbindungen der Verwaltung”, *VVDStRL* 40 (1982), 187 (200 f.).

68) S. Kautz, a.a.O., S. 80; R. Mayntz u.a., a.a.O., S. 341 ff.; E. Bohne, *VerwArch* 75 (1984), 343 (349, 361); J. Becker, “Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung”, *DÖV* 1985, 1003 (1010); H. Bauer, “Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaft”, *VerwArch* 78 (1987), 241 (253); BVerfG, *NVwZ* 2002, 585 (589).

69) Vgl. G. v. Wedemeyer, *Kooperationen beim Vollzug des Umweltrechts*, Diss. Augsburg 1991, S. 67 ff.

찰이 중요하다고 할 수 있다.⁷⁰⁾

사실상의 기속은 극복하기 어려울 것이라는 전제는 적절하지 않다. 참가자들이 비법적인 제재를 감수하든지 또는 이탈의 불가피성을 개별 사례에 있어서의 다른 참가자들에게 확신시켜서 비법적인 제재를 회피하든지 함으로써 참가자들이 사실상의 기속을 극복할 수 있는 경우에도 또한 사실상의 기속이 있다고 할 수 있다.⁷¹⁾

따라서 협상이 사실상의 기속효과를 가지는지 여부의 평가에 있어서는 사인은 물론 행정청도 협상으로부터 이탈할 입장에 있지 않다는 점, 행정청 측에서의 모든 이탈은 사인들의 저항을 받을 수밖에 없고 (반대의 경우도 마찬가지다) 그 결과 그러한 이탈은 아주 드물다는 점, 그리고 협상에 참가한 사인에 대한 관련제3자(Drittbetroffene)는 약한 지위를 가진다는 사실이 결정적이다.⁷²⁾ 그리고 법적 의무가 상이한 정도의 제재를 가지고 있듯이 사실상의 기속도 상이한 강도를 가지고 있다.

요컨대 협상은 법적으로는 비구속적이지만 사실상의 기속효과를 가진다. 협상의 이러한 특성은 한편에서는 법적 불안정성을 없애고, 다른 한편에서는 법위반 없이 협상으로부터 유연하게 이탈할 수 있게 하는데 적합하다. 이로써 협상은 전술한 참가자의 필요를 충족시키기에 한편으로는 충분히 유연하고 또 다른 한편으로는 또한 충분히 신뢰할 만하다.⁷³⁾

한편, 사실상의 기속은 법적인 메카니즘이 아니라 사실상의 메카니즘에 의거한다는 점에서 법적 기속과 차이가 있다고 할 수 있는 바, 압박효과는 법적인 것이 아니라 사실상의 것이다. 협상의 압박효과는 상황에 따라서는 관련자를 법적인 효과보다 덜 압박할 수도 있지만 또한 더 압박할 수도 있다.⁷⁴⁾ 따라서 사실상의 효과와 기속은 법적 기속처럼 적어도 지속적인 수 있다는 결론을 내릴 수 있다.⁷⁵⁾ 게다가 협상의 과탄으로 인한 사실상의 효과는 협상이 적

70) S. Kautz, a.a.O., S. 84.

71) R. Mayntz u.a., a.a.O., S. 343 f.

72) G. v. Wedemeyer, a.a.O., S. 67 ff., 72.

73) S. Kautz, a.a.O., S. 85.

74) Vgl. T. Ellwein, "Norm, Normalität und das Anormale - Entwurf einer Problem- und Forschungsskizze", in: A. Benz/W. Seibel (Hrsg.), *Zwischen Kooperation und Korruption*, Baden-Baden, 1992, S. 19 (29).

75) W. Spannowsky, "Rechtsprobleme im Spannungsfeld zwischen städtebaulichen Verträge und Satzungen", *GewArch.* 1998, 362 (366); W. Hoffmann-Riem, a.a.O., 187 (222 f.); BVerwGE 45, 309 (318).

법한 것인지 또는 위법한 것인지 여부와는 관계없이 발생하기 때문에 협상의 지속효과는 그것의 적법성과는 무관하다. 요컨대 법적 지속효에 대하여 사실상의 지속효과는 단점이 아니라 다른 것일 뿐이다.⁷⁶⁾

(3) 간접적인 법효과

참가자들이 협상을 통해서 법률관계를 형성하려고 하지 않는다는 것은 협상이 간접적인 법적 효과도 가질 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. 즉, 법적 구속의 의사가 결여되어 있다는 것은 단지 협상에 법률상의 효과가 설정되지 않는다는 것을 의미할 뿐이다. 다른 사실행위를 통해서와 마찬가지로 협상을 통해서 어떤 규범의 구성요건이 실현되고 또 그리하여 그 법률상의 효과가 (타율적으로) 발생하게 되는 경우 이것은 참가자의 의사와는 무관한 것이다.

결정을 분절화시키는 협상의 목적에 상응하게 협상은 후속하는 법적 형식을 띤 결정(또는 그 부작위)에 영향을 줄 수 있다는 것을 우선 생각할 수 있으며, 그 밖에도 반환청구권과 손해배상청구권이 고려될 수 있다.⁷⁷⁾

3. 국가적 결정으로서의 협상

전술한 바와 같이 비공식적 행정작용이란 법적으로 규정되어 있는 행위형식 밖에서 행해지는 공행정의 절차작용 또는 본안결정을 의미하는 바, 따라서 비공식적 협상에서는 그것이 절차작용으로 행해지든지 아니면 본안결정으로 행해져야 한다. 협상이 본안결정을 포함한다든지 또는 순수하게 절차관련적 협상으로서 어쨌든 간접적으로 본안결정에 영향을 준다는 것은 협상의 결정적인 특성이며, 이 점에서 협상은 순수한 사실적 행위로서 결정을 포함하지 않는 그 밖의 사실행위와는 구별된다.⁷⁸⁾ 이하에서는 우선 순수하게 개념적으로 형성된 인식에 대하여 고찰하기로 한다.

76) S. Kautz, a.a.O., S. 87; P. Kunig, a.a.O., 1193 (1197); W. Spannowsky, *Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, S. 128 f.; A. Helberg, *Normabwendende Selbstverpflichtungen als Instrumente des Umweltschutzes*, Sinzheim, 1999, S. 212 f.; G. Hucklenbruch, *Umweltrelevante Selbstverpflichtungen - ein Instrument progressiven Umweltschutzes?*, Berlin, 2000, S. 203.

77) S. Kautz, a.a.O., S. 87.

78) Vgl. J. Burmeister, "Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten", *VVDStRL 52* (1993), 190 (235).

(1) 협상의 결정적 성격(Entscheidungscharakter)

1) 순수한 절차관련적 협상

협상이 단지 행정절차에만 관련되어 있는 경우, 즉 그것이 절차작용에 해당하는 한도에서는 협상은 본안에 관한 결정을 포함하고 있지 않다.⁷⁹⁾ 이러한 협상은 규제처분의 내용에 직접적으로 관련되는 것이 아니라 규제처분에 관한(내용적으로 올바른 결과를 가진) 결정을 제시한다는 목적을 가진 절차에 단지 간접적으로 관련될 뿐이다. 그 점에서는 각각의 절차에 영향을 준다는 것은 절차를 종료시키는 본안결정의 내용에도(잠재적으로) 영향을 준다는 것이며 따라서 그것은 규정준비적이다. 협상의 사실상의 기속효과는 본안결정의 내용 그 자체에 관련되는 것이 아니라 단지 각각의 절차작용에만 관련될 뿐이다.⁸⁰⁾

2) 사항관련적이며 규정준비적인 협상

다른 협상은 절차에만 관련이 있는 것이 아니라 결정의 내용 자체에도 관련이 있다. 본안결정의 내용은 협상을 통해서 부분적으로는 사실상 이미 확정되는 바, 이것은 복잡한 결정들을 분절화시키는 협상의 기능에 상응한다. 행정청은 협상으로부터 이탈하는 경우에는 다른 내용의 처분을 내릴 수 있을 것이지만, 그러나 행정청은 협상의 사실상의 기속효과로 인해 그렇게 하지는 않는다. 따라서 규제처분의 내용은 협상을 통해서 적어도 공동으로 정해진다.⁸¹⁾

규정준비적 협상은 법적 형식을 띤 결정의 내용을 정한다. 실제의 결정은 규정이 공포될 때가 아니라 이미 협상에서 내려지며,⁸²⁾ 따라서 시간적으로 그리고 내용적으로 앞으로 옮겨져 있다. 이 점에서 공식적 행정절차는 이미 행해진 비공식적 결정의 전환을 목적으로 한다고 지적되고 있다. 협상은 정식결정(förmliche Entscheidung)을 통해 어떤 의미에서는 단지 승인될 뿐이다.

79) 규제처분을 받기 위한 행정절차에서 특정한 입증방법(Beweismittel)의 사용이 가능함에도 불구하고 그것을 사용하지 않기로 협상할 수 있는데 이것이 그 예가 될 수 있다. 이러한 협상에서 합의적으로 절차작용에 관한 결정, 즉 특정한 입증방법을 포기하도록 하는 결정이 이루어질 수 있으며, 이 협상의 사실상의 기속효과에 근거해서 사실관계를 조사할 때 실제적으로 그 입증방법이 포기되어진다.

80) S. Kautz, a.a.O., S. 88.

81) S. Kautz, a.a.O., S. 89. 건축지도계획에 있어서의 유사한 상황에 대해서는 BVerwGE 45, 309 (316 ff).

82) W. Brohm, a.a.O., S. 1025 (1029).

3) 규정대체적 협상

반면에 규정대체적 협상은 후속하는 공식적 결정의 내용에 관련되는 것이 아니라 이 공식적 결정을 바로 대체한다. 그러한 협상은 대체된 공식적 행위가 가졌을 내용과 동일한 내용을 가질 필요는 없다. 그러나 규정대체적 협상은 동일한 대상에 관련되며 또한 그것에 관한 내용적, 실질적 결정을 포함한다. 이러한 의미에서 규정대체적인 협상은 규정준비적인 협상이 규정대체적인 협상과는 달리 후속하는 공식적 행위에 의해서 더 이상 전환되지 않듯이 본안 결정을 포함하고 있다.⁸³⁾

4) 결정의 효력범위

협상에 의해서 내려진 결정은 그 효력이 물적으로 상이하게 미치며 또한 상이한 강도를 가지고 있다.

가. 물적 효력범위

계획결정에서 뿐만 아니라 복잡한 결정상황에서는 하나의 결정절차를 시작하기 위해서 대개 두 개 이상의 결정대안(Entscheidungsalternativen), 즉 결정하기 위해 선택할 수 있는 대안이 선택의 대상이 된다. 이와 같이 다수의 관점과 또한 각각의 선택가능성으로부터 전체적으로 다수의 고려되어야 할 결정대안이 생긴다.

가령 허가결정(Genehmigungsentscheidungen)은 상이한 결정의 관점에 관련되기 때문에 허가결정을 여러 단계로 구분 짓는 협상은 상이한 효력범위(Reichweite)를 가질 수 있다. 허가결정이 다른 관점에 관해서는 미결정의 상태인 반면에 협상은 이 부분적 관점에 관한 결정을 포함하고 있다. 하나의 협상은 결정의 개별적 관점들을 선취할 수도 있고 또는 개별적인 결정대안들을 배제할 수도 있다. 그러나 협상은 후에 발해될 행정행위의 구체적인 내용을 세부적으로 미리 다루든지 또는 규정대체적인 협상으로서 상당히 구체적인 행위기대를 포함할 수도 있다. 따라서 예를 들면 시설개선협상에서는 구체적인 시설개선조치와 구체적인 기한을 포함하는 시설개선계획이 논의될 수 있다.⁸⁴⁾

83) S. Kautz, a.a.O., S. 90.

84) S. Kautz, a.a.O., S. 91.

나. 기속의 강도

협상에의 사실상의 기속을 참가자들이 절대적이며 확고부동한 것으로 여기는 경우는 드물며, 오히려 상황이 변화하거나 새로운 사실을 인식하게 되고 또한 결정이 다른 관점에서 행해질 수 없는 경우 참가자들은 이미 협상으로부터 이탈할 준비가 되어 있다.

물론 이러한 상황 또는 사실인식이 가지는 중요성에는 차이가 있는 바, 바로 여기에 협상이 가지는 기속의 강도(Bindungsintensität)를 쟁 수 있는 척도가 있다. 기속의 강도는 상황(예컨대 협상의 성공을 위해서 들인 비용 또는 양측에 있어서의 사안의 중요성)과 협상에서 이미 결정된 관점에 달려 있다. 이 한도에서 기속의 강도는 협상의 물적 효력범위에 의존한다. 단지 극단적인 경우에만 중요한 새로운 사실인식에도 불구하고 참가자들은 협상을 지켜나간다.

(2) 국가적 작용으로서의 협상의 성격

1) 행정결정과 관련되는 협상

전술한 바와 같이 수직적 협상은 종속적 관계에서 행해지는 바, 이것은 행정의 수직적 협상을 행할 때 이미 국가적 권력을 행사한다는 것을 의미하며, 이것은 또한 협상은 결정의 성질(Entscheidungsqualität)을 가진다는 것으로부터 더욱 명확해진다. 왜냐하면 이 결정이 행정작용(대부분의 경우 행정행위이거나 법규범)에 관련(준비하거나 대체하거나)되어 있으므로 협상은 행정에 속한다. 따라서 협상은 준비되거나 대체된 법적 행위와 마찬가지로 하나의 고권적 결정 즉 고권적 권력의 행사이다. 협상은 각각의 다른 고권적 작용과 마찬가지로 법치국가적 기속하에 있다.⁸⁵⁾

2) 협상과 민주주의원리

민주주의원리는 협상을 하나의 결정으로서 국가에 귀속시킬 것을 요구한다. 협상은 이론의 여지없이 합의적으로 성립되는 바, 이와 관련하여 우선 합의적 행정작용의 민주적 정당성에 관하여 검토하기로 한다. 협상에 참가한 사인은 의문의 여지없이 결정에 영향을 미치기는 하지만 행정결정에의 모든 사적 영향이 민주주의원리에 위배되는 것은 아니며, 또한 동시에 국가의 최종책임의

85) S. Kautz, a.a.O., S. 93.

보장은 합의의 쌍방성(Zweiseitigkeit des Konsenses)에 있다. 이것은 합의적으로 성립된 결정을 국가적 결정으로 간주하는 것과 집행권에게 책임이 있다는 사고를 정당화한다.⁸⁶⁾ 그 경우 집행권은 합의내용의 적법성에 대한 책임을 협상에 참가한 사인과 나누어 질 수 없다는 결론과 함께 합의의 내용은 집행권에 귀속되어야 한다. 이러한 관점에 따르면 민주주의원리는 (부가적인) 적법성의 판단기준이 아니라 책임귀속의 원칙(Zurechnungsprinzip)이다. 그것은 오히려 합의적으로 도출된 결정을 집행권의 국가적 결정으로 귀속시키고 따라서 일방적·고권적으로 결정이 행해진 것과 완전히 동일한 적법성의 판단기준에 종속시키는 역할을 한다.⁸⁷⁾

다음으로, 협상에 참가한 사인이 우월한 교섭의 지위에 기초하여 협상의 내용을 사실상 일방적으로 행정에 대하여 받아쓰게 할 수 있는 - 행정은 법적으로는 합의를 헛되게 할 수 있지만 사실상 그렇지 못할 때 - 극단적인 경우도 있을 수 있는 바, 이와 같이 집행권이 협상에 비임의적으로 참가하게 되었을 경우 민주주의원리에 위배되는지 여부가 문제된다. 요컨대 국가적 결정에 있어서 임의성(Freiwilligkeit)은 관건이 아니다. 국가 혼자 내린 것이든 사인과의 합의에 의해서 내린 것이든 모든 결정은 따라서 국가의 결정으로서 국가에 귀속된다. 또한 우월한 교섭력에 기초하여 사인에 의해서 국가에게 어떤 결정이 강요되었을 경우에도 민주주의원리에 의해 국가는 국가를 구속하는 당해 적법성의 판단기준은 그러한 결정에도 적용된다는 결론과 함께 그것에 대한 책임을 진다. 결정이 이 기준에 부합하면 적법하며 또한 가령 그 결정이 사인에 의해 국가가 받아쓰기를 하였을 경우에도 적법하다. 요컨대 협상은 참가한 사인의 공동결정에도 불구하고 국가의 작용으로서 귀속되어야 하며 그 결과 국가적 결정에 있어서 유효한 적법성의 요건들은 협상에도 적용된다.⁸⁸⁾

4. 협상의 허용성과 한계

법치국가원리는 입법자와 법의 집행자의 권한의 분리를 요청하며, 행정작용의 법에의 기속을 특히 강조한다. 그러나 행정이 법률에 기속되는 범위와 정

86) Vgl. Ch. Gusy, "Kooperation als staatlicher Steuerungsmodus", *ZUR* 2001, 1 (5); P. Kunig/S. Rublack, "Aushandeln statt Entscheiden?", *Jura* 1990, 1 (9); I. Lamb, a.a.O., S. 222 ff.

87) S. Kautz, a.a.O., S. 97.

88) S. Kautz, a.a.O., S. 98.

도는 법적 규율의 유형과 내용에 따라 상이하게 나타난다. 법률규정이 목적과 그의 달성을 위한 수단을 강제적으로 규정한 경우에 행정청은 그에 엄격히 기속되지만, 목적을 달성하기 위한 수단을 확정하고 있지 않은 경우에 행정청에게는 수단의 선택에 있어서 재량이 부여되는 것이다. 더 나아가 법률규정이 행정청에게 권한만을 부여하고 있는 경우에 행정청에게는 독자적으로 법률목적의 구체화하고 실현시킬 가능성이 열려 있는 것이다. 이러한 경우에 행정청은 상황에 적합한 법발견을 위한 권한이 있는 것이므로 탄력적인 행정활동은 허용될 뿐만 아니라 법률목적의 실현하기 위하여 요구되는 것이다.⁸⁹⁾

따라서 비공식적 행정작용으로서의 행정과 사인간의 협상 그 자체는 원칙적으로 허용된다는 점에 대해서는 의문의 여지가 없다고 할 것이다. 즉 법률의 홍수현상에서 오는 법집행의 결여로 인하여 생기는 행정활동의 정체를 방지하고 가변적인 행정수요에 탄력적으로 대응하기 위한 방안으로 등장한 행위형식의 하나인 협동적 행정작용으로서의 협상을 부정할 필요는 없다고 본다.

그러나 법규의 제정과 법규의 집행이 협상의 대상이 된다면, 이것은 평등의 원칙과 관련하여 문제가 될 수 있다. 비공식적 행정작용으로서의 협상의 경우 법적인 절차규정이 없기 때문에 모든 사람에게 동일하게 협상의 과정에 참여할 기회가 보장되지 않는다. 그리고 법률에 그 내용이 확정되어 있지 않으므로 협상과정에서 반대급부를 제공할 수 있는 능력이 많은 자는 그 만큼 자기의 이익을 관철시킬 수 있는 반면에 협상의 능력이 부족하거나 또는 협상에 전혀 참여하지 못한 자의 이익은 소홀히 취급될 우려가 있다. 그러나 평등의 원칙을 이유로 비공식적 행정작용 즉 협상의 허용성을 일반적으로 부정해서는 안되며, 다만 평등의 원칙은 구체적인 경우에 비공식적 협상의 한계로서 적용되는 것이다.⁹⁰⁾

특히 협상과 관련하여서는 협상에 참가하지 못한 제3자의 권리보호가 중요한 의미를 가지는 바, 따라서 관련제3자의 이해를 이미 협상 시에 적절히 고려하는 것이 필요하게 된다.⁹¹⁾ 또한 제3자의 결정의 수용가능성을 높이고 또한 법적 구제수단이 취해지는 것을 저지하기 위해 관계인들을 이미 가결정(Vorentscheidung)의 단계에서 절차에 참가시키는 것이 유용할 것이다.⁹²⁾ 이

89) 김남진·김연태, 전거서, 352면.

90) 김세규, 전거논문, 340~341면; 김연태, 전거논문, 238~239면.

91) E. Bohne, *Der informale Rechtsstaat*, S. 240 f.

92) S. Kautz, a.a.O., S. 351.

와 같은 제3자의 법적 권능은 협상의 사실상의 효과에 대한 “체계내재적 한계”(systemimmanente Grenze)인 바, 이러한 체계요건의 변경을 통해 비공식적 작용을 하고자 하는 욕구를 줄이거나 또는 비공식적 교섭과정을 법률조화적 결과로 이끌 가능성을 높일 수 있을 것이다.⁹³⁾

끝으로, 비공식적 협상 역시 행정의 행위형식의 하나이기 때문에 행정법의 일반원칙에 의한 구속을 받는다.⁹⁴⁾ 실체법적 규범과 절차법적 규범에서 행정이 활동하여야 할 행위형식을 규정하고 있을 때에는 먼저 그에 따라야 하며, 그러한 법규적 제약을 벗어나는 협상은 허용되지 않는다고 할 것이다. 따라서 규범집행적 협상은 법률에 규정된 조치를 취하는 대신에 그 내안으로 활용되는 수단이기 때문에 협상의 내용이 필요한 조치를 취할 수 있는 권한을 부여한 법률규정의 목적에 부합하고, 재량의 한계를 벗어난 것이어서는 안되며, 그 내용에 중대하고 명백한 하자가 없어야 한다. 또한 규범대체적 협상은 법규명령의 법적 수권의 내용, 목적, 정도를 벗어나서는 안되며, 비례의 원칙에 위반해서도 안되고, 또한 이러한 협상을 하는 행정청은 그에 의하여 대체되는 법규명령의 제정에 대하여 정당한 권한을 가진 기관이어야 한다.

VI. 결 어

오늘날 행정기능이 양적·질적으로 증대되고 또한 다양화됨에 따라 행정의 행위형식의 다양화는 현대행정의 일반적인 추세가 되고 있다. 행정의 새로운 작용수단과 관련하여 특히 주목되는 것은 한편으로는 협동에 대한 경향이고, 다른 한편으로는 이른바 비공식적 또는 비정형적 작용의 발전이다. 이 두 가지의 진전이 교차하는 곳에 행정과 사인간의 비공식적 협동수단으로서 비공식적 협상이 존재한다. 요컨대, 행정과 사인간의 협상은 협동적 행정작용의 전형이라 할 수 있다.

협상이란 급부의 교환을 위한 법적으로 비구속적인 약속을 의미하며 따라서 교환원칙은 협상의 고유한 속성이라고 할 수 있다. 따라서 협상은 당사자가 교환가능성 또는 압박가능성 내지 교섭의 여지를 가진다는 것을 전제로 한다. 또한 협상은 매우 다양한 상황에서 여러 가지의 목적을 가지고 행해지

93) E. Bohne, *Der informale Rechtsstaat*, S. 239 ff.; S. Kautz, a.a.O., S. 351.

94) 김남진, 전계논문, 96면.

는 바, 따라서 여러 가지 기준에 따라 유형화될 수 있다. 또한 협상에 의해서 내려진 결정은 그 효력이 물적으로 상이하게 미칠 뿐만 아니라 상이한 강도를 가지고 있다.

끝으로, 협상은 참가한 사인의 공동결정에도 불구하고 국가적 결정으로서 귀속되어야 하며 따라서 협상은 그 밖의 고권적 작용과 마찬가지로 법치국가적 기속하에 있다. 다만, 합의적 행정작용으로서의 비공식적 협상에 관련하여서는 비법적인 사실상의 제재를 통한 국민의 권익침해와 아울러 특히 제3자의 권리보호가 중요한 의미를 가진다. 따라서 협상 시에 관련제3자의 이해를 고려하는 것이 필요할 뿐만 아니라 이미 가결정의 단계에서 절차에 관련제3자를 절차에 참가시키는 것이 유용할 것이다. 요컨대, 비공식적인 협동적 행정작용으로서의 협상이 계속적으로 그 기능을 다하기 위해서는 행정의 필요성과 법치국가적 요청의 조화가 긴요하다고 할 것이다.

주제어 교환원칙, 급부교환, 비공식적 행정작용, 사실상의 기속효과, 압박가능성, 행위여지, 협동적 행정작용, 협상

Legal Theories on the Negotiation between Administration and Private as a Cooperative Administrative Action

Han, Kwi-Hyeon*

The traditional 'Order · Enforcement' is not the effective method in accomplishing the purpose of the administration in Modern States any longer. Especially the diversity of the administrative action's forms is general trend in current administration.

The two trends are to be noted in relation to the new trend. First, cooperative actions and second, the development of informal and irregular actions. And the two trends meet at the crossroad of informal negotiating action as the informal cooperative method between administrative agent and a private persons. That is to say, the negotiation between administration and private is the typical type of the cooperative administrative action.

The negotiation is binding promise for the exchange of benefits. It means the exchange is the core conception of the negotiation. Negotiations are performed for various purposes in various situations to be grouped based on the lots of standards. The decision resulted by a negotiation has its specific effects.

The result of the negotiation should be reverted to the decision of the State, which means that negotiation is under the control of rule of law as well as the other enforcing power of the State. Yet, we should be careful not to ignore the peoples' rights problem resulted by the actual restraints of the State and especially that of the third parts' right matters in the informal negotiation as a agreed administrative action.

KEY WORDS Actual Binding Effect, Cooperative Administrative Action, Exchange of the Benefits, Negotiation

* Professor, College of Law, Suncheon National Univ., Ph. D. in law