

獨逸行政法上 行政節次에서의 調停을 통한 行政葛藤解決의 可能性과 限界

韓 貴 鉉*

차 례

- I. 서 설
- II. 특별행정절차로서의 계획확정절차
 - 1. 계획확정절차의 의의
 - 2. 전래적인 절차의 단점
- III. 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 의의
 - 1. 행정법과 조정
 - 2. 행정절차에서의 조정의 의의
 - 3. 행정절차에서의 조정의 요건
 - 4. 갈등조정경의 경과
- IV. 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 허용성
 - 1. 행정절차에서의 조정의 허용성
 - 2. 행정절차에서의 외부조정인 활용의 허용성
- V. 행정절차에서의 조정결과의 전환
 - 1. 참가자의 구속
 - 2. 전환의 방식
 - 3. 사법적 통제
- VI. 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 법적 한계
- VII. 결 어

* 順天大 法學科 助教授, 法學博士

I. 서 설

‘인간은 갈등적 존재이다’(homo conflictus)라고 하는 표현이 시사하는 바와 같이 갈등은 어느 사회에나 어느 때나 존재하는 것이며, 또한 갈등의 존재 자체는 불가피한 긴장을 상징하며 변화와 발전을 촉진하는 요소가 된다. 그러나 최근 들어 우리 사회에서는 각계각층에서 다양한 형태로 공공(행정)갈등이 분출되고 있을 뿐만 아니라, 그러한 갈등을 법적인 절차에 의하여 합리적으로 또는 원만하게 해결하기 보다는 이익집단의 세력화를 통하여 정치적으로 혹은 물리적으로 자신의 이익을 관철시키려고 하는 경향이 현저하다. 따라서 우리 사회는 공공갈등의 해결에 관련하여 미증유의 전환, 그리고 끊임없는 변용에 직면하고 있다.

한편에서, 우리들의 소송문화(Streitkultur)는 「권리를 위한 투쟁」(Kampf ums Recht)에 의해서 각인되어 있고 다른 한편에서는, 행정청과 법원은 규범의 홍수 및 그에 상응하는 소송의 범람(Prozessschwemme)에 빠질 것만 같은 상황에 놓여 있다. 특히 다극적이고 다면적인 갈등의 해결에 있어서 국가는 행할 수 있는 것의 한계에 부딪치고, 또한 부가적으로 과부하를 받고 있음을 여실히 보여주고 있다.¹⁾

이에 공공갈등 내지 행정갈등의 해결에 관련하여서는 종래의 갈등(분쟁)해결을 위한 법제도가 한계에 직면함에 따라 최근에는 이른바 「대안적 분쟁해결제도」(alternative dispute resolution: ADR)가 주목을 받고 있는 바, 이에 관해서는 우리나라에서도 어느 정도 활발한 논의가 전개되어 오고 있다.²⁾ 대안적인 갈등해결절차로서의 합의에 기초한 행

1) H. Pünder, “Kooperation statt Konfrontation -Möglichkeiten und Grenzen der Mediation bei Planfeststellungsverfahren-”, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 33.

2) 이에 대해서는 金南澈, “갈등관리수단으로서의 공법상의 조정 -독일과 한국의 공법상 조정제도의 비교를 중심으로-”, 「公法研究」 第34輯 第4號 第2卷 (2006), 209면 이하; 金容燮, “行政法上 紛爭解決手段으로서의 調停”, 「저스티스」 通卷 第81號 (2004), 5면 이하; 金裕煥, “공공갈등관리를 위한 제도정비방향”, 「公法研究」 第33輯

정갈등해결, 즉 행정조정(Verwaltungsmediation)의 활용분야는 행정법의 많은 영역에서 발견되지만, 특히 행정절차에서의 조정의 활용은 사전적·예방적 갈등해결을 가능하게 한다는 점에서 그 의의가 크다고 할 것이다. 요컨대 사후적 갈등해결이라 할 수 있는 행정소송에서의 조정의 활용 내지 제도화를 모색하는 것도 의미가 없는 것은 아니지만, 행정갈등의 예방이라는 관점에서는 오히려 행정절차 단계에서 조정이 이루어질 수 있도록 하는 것이 보다 중요한 의미를 가진다. 행정절차에서의 갈등조정(Konfliktmittlung)에 의해 복잡한 결정형성의 과정으로서의 행정절차가 촉진되고 또한 절차를 종결하는 행정결정의 수용이 보장된다. 이와 같이 행정법상 조정을 통한 갈등해결은 이른바 참여민주주의로의 변화 내지 협조적 법치국가(kooperativer Rechtsstaat)에 기초하여 시민의 지위가 「행정의 파트너」(Verwaltungspartner)로 전환되어 가고 있음을 의미한다.³⁾

한편 최근 독일에서도 전래적인 행정절차를 통한 갈등해결의 가능성이 신뢰를 받고 있기 보다는 분쟁해결(Streitbeilegung)의 대안적인 방

第1號 (2004), 639면 이하; 대통령자문 지속가능발전위원회, 「갈등관리시스템 구축 방안 연구보고서」, 지속가능발전위원회 자료집(2003. 12. 31); 李熙貞, “法の 支配와 行政法上 裁判外紛爭解決制度 -美國의 경우를 中心으로-”, 「서울대학교 대학원 박사학위논문」(2004. 8); 한귀현, 「행정상의 갈등해소를 위한 법제개선방안 연구」, 연구보고 2004-03, 한국법제연구원, 2004; 동인, “행정분쟁해결과 재판외분쟁해결법제의 최근 동향 -일본의 경우를 중심으로-”, 「土地公法研究」 第26輯 (2005), 475면 이하 참조.

3) 협동의 기능 및 이른바 「협동적 국가」에 관련한 논의에 대해서는 vgl. A. Benz, *Kooperative Verwaltung - Funktionen, Voraussetzungen und Folgen*, 1994, S. 41 ff., 305 ff.; M. Knauff, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, 2004, S. 71; G. Lübke-Wolff, “Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht - Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits”, *NuR* 1989, S. 295 ff.; H. Pünder, “Überlegungen zur angemessenen Gestaltung von Verwaltungsverfahren”, *NuR* 2005, S. 71 ff.; H.-W. Rengeling, *Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht*, 1988; H.-J. Schneider, “Kooperative Verwaltungsverfahren - Problemebenen der Kooperation in multilateralen Interessenstrukturen, aufgezeigt am Beispiel von Nachvollziehender Amtsermittlung, Vorhaben- und Erschließungsplan sowie Konfliktmittlung”, *VerwArch.* 87 (1996), S. 38 (46 f.); Zilleßen, “Das politische, gesellschaftliche und rechtliche Umfeld für Umweltmediation in Deutschland - Theoretische Erkenntnisse und praktische Ansätze”, in: ders. (Hrsg.), *Mediation - Kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik*, 1998, S. 48 (52).

식이 추구되고 있는 것은 결코 놀라운 일이 아니다. 높은 복잡성과 중대한 잠재적 갈등(Konfliktpotential)을 가진 결정의 경우에 갈등조정은 매우 유효할 수 있는 바, 이것은 특히 계획확정(Planfeststellung)이 선행하는 사업계획에 있어서 타당하다.⁴⁾ 따라서 본고에서는 독일행정법상 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결, 특히 일정한 대규모사업계획을 대상으로 하는 계획확정절차에서의 조정의 활용 가능성과 한계에 초점을 맞추어 검토함으로써 우리 법제에의 시사점을 얻고자 하는데 그 목적이 있다.

II. 특별행정절차로서의 계획확정절차

1. 계획확정절차의 의의

행정계획의 책정에 있어서는 행정청에게 폭넓은 계획수립상의 형성의 자유, 즉 계획재량과 그에 따른 이익형량의 권한이 부여될 수밖에 없다. 바로 이러한 점에서 행정계획과정을 투명하게 하고 최대한으로 민주화시켜서 이해관계인을 참가시키는 절차적 보장이 강하게 요청된다. 특히 다수의 국민의 이해관계에 중대한 영향을 미치는 행정계획에 대해서는 특별한 계획확정절차를 거치도록 할 필요가 있는 바, 독일연방행정절차법 제72조 내지 제78조에서는 이른바 계획확정절차를 정식행정절차(förmliches Verwaltungsverfahren)와 더불어 특별행정절차의 하나로서 규정하고 있다.

요컨대 계획확정절차(Planfeststellungsverfahren)란 「특정한 행정계획을 공격·사적 이해관계인의 참여를 통하여, 행정청의 허가등 모든 행정처분을 집중하고, 민사상의 방해제거청구소송등 모든 분쟁가능성을 배제하여, 계획과 관계된 이해관계인의 다양한 법률관계를 법구속적으로 확정짓는 결정을 내리는 절차」를 말한다. 이러한 계획확정절차

4) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 1.

는 원자력발전소 및 핵폐기물처리장의 설치, 철도, 도로, 운하, 공항 등과 같이 법규에서 계획확정절차를 거치도록 규정하고 있는 경우에 한하여 적용된다(연방행정절차법 제72조 제1항).⁵⁾

계획확정은 다른 행정절차보다 더욱 강하게 정식화되어 있다. 특히 계획확정을 위한 청문절차(Anhörungsverfahren)는 계획행정청이 아닌 별도의 청문행정청에 의하여 실시되며, 이 경우 청문행정청은 절차의 공정성의 원칙(Grundsatz der Verfahrensfairneß)을 충족시킬 수 있는 기관이어야 한다. 또한 계획으로 인하여 자신의 이익에 영향을 받는 모든 사람은 청문행정청에 대해 계획에 대한 이의를 신청할 권한을 가지는 바(동법 제73조 제4항),⁶⁾ 청문은 구술심리(mündliche Verhandlung)로 행해지지 않으면 안 된다(동법 제73조 제6항). 여기에서 사업계획에 대한 모든 이의가 검토되고, 상반되는 이해관계가 조정된다.

한편 계획확정결정(Planfeststellungsbeschluss)은 계획확정행정청에 의해서 행해지는 바(동법 제74조 제1항), 이는 사업계획의 허용성을 확정하고, 그 밖의 필요한 모든 결정을 대체하며, 또한 사업계획의 주체와 관계인들 간의 모든 공법적 관계를 권리형성적 효력으로써 규율하는 행정행위이다(동법 제75조 제1항).⁷⁾ 요컨대 계획확정절차는 갈등해결기능(Konfliktbewältigungsfunktion)을 가지고 있다.⁸⁾

5) Vgl. § 17 Abs. 1 S. 1 FStrG, § 18 Abs. 1 S. 1 AEG, § 1 Abs. 1 MBPlG, § 8 Abs. 1 S. 1 LuftVG, §§ 28 Abs. 1 S. 1, 41 Abs. 1 PBefG, § 31 Abs. 2 S. 1 WHG, § 14 Abs. 1 S. 1 WaStrG, § 41 Abs. 3 FlurbG, §§ 9a Abs. 3 S. 1, 9b Abs. 1 S. 1 AtG, § 31 Abs. 2 S. 1 KrW-/AbfG, § 52 Abs. 2a S. 1 BBergG.

6) 또한 청문행정청은 계획으로 인하여 그 업무영역이 저촉되는 다른 행정청에 대하여 입장표명(Stellungnahmen)을 요청하여야 하는 바(동법 제73조 제2항), 이를 통하여 청문행정청은 계획의 확정으로 인하여 영향을 받는 공적 이익을 확인하고, 이를 배려할 수 있게 된다.

7) 즉 계획확정결정에 대해서는 확정효, 집중효, 권리형성효 및 배제효 등과 같은 법적 효과가 부여된다. 특히 계획확정결정의 집중효(Konzentrationswirkung)에 대해서는 한귀현, “獨逸行政法上の 集中效에 관한 研究”, 「법제연구」 통권 제26호, 한국법제연구원, 2004, 249-276면 참조.

8) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 2.

2. 전례적인 절차의 단점

그러나 가령 공항, 도로, 발전소 및 폐기물처리장의 건설과 같이 환경과 관련된 사업계획의 경우에는 물론 쇼핑센터, 양로원 또는 장애 자시설의 설치와 같이 국지적으로 다툼이 있는 그 밖의 프로젝트의 경우에도 갈등이 전통적인 행정절차로써는 역시 극복될 수 없다.⁹⁾ 이는 합의의 추구가 전형적으로 법적으로 보호된 지위에만 국한되며, 또한 상황이 격화된 경우에만 합의의 추구가 시작된다는 데 무엇보다 그 원인이 있다. 관계인들은 때때로 신청인과 행정청간에 이미 조정되어 있는 사업계획에 직면하고 있는 바, 청문이 밀약에 기초하여 대안에 대한 개방성 없이 실시된다는 의심을 가진다. 이러한 불신은 다음과 같은 전략적인 행동을 유발한다. 즉, 극단적인 입장(Extrempositionen)을 취하게 되고, 또한 자신의 지위를 약하게 할 수 있는 사실들은 숨겨진다. 이익조정(Interessenausgleich)을 추구하는 경향은 드물게 존재할 뿐이다. 게다가 행정결정을 사법심사 없이 받아들일 용의는 감소한다. 시민의 항의에 반하는 결정을 관철하는 것이 시도된다면, 이것

9) Vgl. Barbian, "Die Neuartigkeit umwelt- und technologiepolitischer Entscheidungsverfahren - eine erste vergleichende Fallbewertung", in: Zilleßen/Dienel/Strubelt (Hrsg.), *Die Modernisierung der Demokratie*, 1993, S. 300 ff.; W. Brohm, "Beschleunigung der Verwaltungsverfahren - Straffung oder konsensuales Verwaltungshandeln?", *NVwZ* 1991, S. 1025 (1027 ff.); Caspar, "Schlichten statt Richten - Möglichkeiten und Wege außergerichtlicher Streitbeilegung", *DVBl.* 1995, S. 992 (993); H. Gaßner/B. Holznagel/U. Lahl, *Mediation - Verhandlungen als Mittel der Konsensfindung bei Umweltstreitigkeiten*, 1992, S. 7 ff.; W. Hoffmann-Riem, *Konfliktmittler in Verhandlungen*, 1989, S. 41 ff.; B. Holznagel, *Konfliktlösungen durch Verhandlungen*, 1990, S. 80 ff.; D. Kostka, "Öffentliches Konfliktmanagement", *Die Verwaltung* 26 (1993), S. 87 ff.; O. Passavant, "Mittlerunterstützte Kooperation im komplexen Verwaltungsprojekten", *DÖV* 1987, S. 516 (522); H. Schulze-Fielitz, "Der Konfliktmittler als verwaltungsverfahrenrechtliches Problem", in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 2, 1990, S. 55 (62 ff.); Siegel, "Mediation in der luftverkehrsrechtlichen Planfeststellung", *NuR* 2002, S. 79 (80); Th. Würtenberger, "Akzeptanz durch Verwaltungsverfahren", *NJW* 1991, S. 261 ff.; Zilleßen, "Die Modernisierung der Demokratie im Zeichen der Umweltproblematik", in: ders./Dienel/Strubelt (Hrsg.), *a.a.O.*, S. 17 (32).

은 현저한 지연 및 높은 정치적·재정적 비용을 초래하며, 사업계획은 전주민의 저항에 부딪쳐 수포로 돌아갈 수도 있다.¹⁰⁾

Ⅲ. 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 의의

1. 행정법과 조정

행정조정은 이러한 의미에 있어서 시민사회와의 국가적 책임공동체 (staatliche Verantwortungsgemeinschaft)의 산물이라 할 수 있다.¹¹⁾ 협동적인 국가가 합의적 행정법 즉, 사인과의 계약 또는 협동적인 법제정의 그 밖의 형식으로 귀착하는 법적용의 교섭과정(Aushandlungsprozesse)에 근거하지 않으면 안 되는 한도에서는, 무엇보다도 다극적 이해상황에서 그리고 이른바 대규모절차에 있어서 경제성이라는 압박하에 행정과 시민간의 합의도출을 위해서는 경우에 따라서는 있을 수 있는 이해갈등(Interessenkonflikte)의 해결을 위한 중립적인 제3자의 활용이 필요하다. 협의(Verhandeln)와 갈등조정을 통해 복잡한 결정형성의 과정

10) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 2 f.

한편 독일에 있어서 전래적인 절차들(herkömmliche Verfahren)이 커다란 단점을 가지고 있다는 것에 대한 인상적인 예의 하나는 바로 프랑크푸르트 공항의 서쪽 이륙용활주로(Startbahn West)의 건설이다. 이 사안의 개요는 다음과 같다. 계획확정의 신청은 1965년에 행해졌으며 1968년 3월 26일에 계획확정이 행해졌다. 이 결정이 형식법적인 이유에서 폐지된 후, 1971년 3월 23일 헤센 경제성의 두 번째의 계획확정결정이 내려졌다. 1980년 7월 22일 당시의 경제장관 Hans Herbert Karry는 -헤센 행정법원의 중구판결을 기다리지 않고서- 즉시집행 및 건설조치의 개시를 지시하였다. 1981년 가을에는 경찰의 보호하에 마침내 서쪽 이륙용활주로의 건설이 시작되었으며, 1984년 4월 12일에 조업이 개시되었다.

이 사안에서는 다수의 소송절차, Rhein-Main-Region에서의 심각한 정치적 거부, 그리고 격렬한, 부분적으로는 폭력적인 대결이 진행되었다. 게다가 두 명의 경찰공무원이 사망하였을 뿐만 아니라 계획확정결정에 대해서 권한이 있는 경제장관 Hans Herbert Karry는 암살로 희생이 되었다.

11) 요컨대 행정법상의 조정제도는 한편으로는 협동적 국가(kooperativer Staat)에 있어서의 행정의 기능변화와 관련되고, 다른 한편으로는 시민사회의 관점에 있어서의 사법의 현대화와 밀접히 관련되어 있다(R. Pitschas, "Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor", *NfWZ* 2004, S. 396).

으로서의 행정절차는 촉진되고 또한 절차를 종결하는 행정결정의 수용이 보장된다. 이러한 배경으로 인하여 현대 행정법은 원칙적으로 조정의 활용을 반대하지 않는다. 다만 동반자적 법치국가(partnerschaftlicher Rechtsstaat)로 변화된 행정법의 구조에서도 행정청의 전속적인 결정권한, 행정결정과 행정절차의 법적 통일성, 그리고 행정의 절차지배의 원칙(Grundsatz der Verfahrensherrschaft der Verwaltung)은 유지되고 있기 때문에, 조정의 경우에도 일정한 한계가 존재한다고 할 수 있다.¹²⁾

한편 대안적 분쟁해결절차로서의 조정의 활용분야는 행정법의 많은 영역에서 발견되는 바, 여러 가지의 인가절차, 계획확정절차 및 건축계획절차에서부터 집행적인 규범정립을 넘어서 지방자치단체지역 및 그 밖의 지역개혁(Regionalreformen)에까지 미친다. 독일의 실정법에서는 특히 환경법과 계획법을 둘러싼 갈등해결과 관련하여서는 건설법 전 제4b조, 환경영향평가법 제5조 및 연방토양보호법 제13조 제3항·제4항 등에서 보는 바와 같이 명시적으로 조정의 활용을 예정하고 있는 경우도 있다.¹³⁾

2. 행정절차에서의 조정의 의의

행정법상 조정은 시간적 관점에서 크게 사전적 조정으로서 행정절차에서의 조정과 사후적 조정으로서 행정소송에서의 조정으로 대별되는 바, 행정절차에 있어서의 조정이란 행정청이 내리는 결정의 전단계로서 조정인이 등장하여 갈등을 완화하고 행정결정을 용이하게 하는 분쟁예방메커니즘을 말한다. 이와 같이 행정절차에서의 조정의 활용은 행정갈등의 예방 내지 완화에 크게 이바지하는 점에서 그 중요성이 재인식되고 있으며, 따라서 행정절차 단계에서의 조정은 확대·강화되어야 할 것으로 본다.

12) R. Pitschas, *a.a.O.*, S. 398 f.

13) 이에 대해서는 한귀현, 「행정상의 갈등해소를 위한 법제개선방안 연구」, 100면 참조.

행정절차는 절차로서의 특성상 조정에 매우 적합한 행위양식으로 이해될 수 있다. 우선 재량의 적용 및 불확정법개념의 해석과 관련하여 교섭(Verhandlung)을 통한 모든 형태의 법집행, 그리고 단지 단순한 법의 구체화조차도 규범해석을 공통적 이해조정(Interessenausgleich)의 기반 위에서 형성하기 위한 여지를 참가자들에게 충분히 허용하고 있다. 행정절차가 조정적 행위를 위한 법률상의 수권을 용의하고 있지 않음에도 불구하고 행정절차는 조정을 위해 적절한 장소와 틀을 제공하고 있다. 이 한도에서는 행정절차에 있어서의 조정은 명시적인 법적 근거를 요하지 아니한다. 독일연방행정절차법 제10조의 규정은 특정한 형식에의 기속을 요구함이 없이 행정절차를 “합목적적으로” 행할 것을 요청함과 더불어 행정청의 절차재량(Verfahrensermessen)에 행정조정의 활용을 위임하고 있다. 따라서 행정절차의 참가자들은 고유한 행정청의 사실관계조사의 시작 전에 조정의 실시에 관하여 합의를 하는 것과 교섭을 통해서 합의를 도출하는 것에 있어서 자유롭다.¹⁴⁾

그렇지만 행정조정은 기회에 있어서 정당한 이익교환을 위한 만병통치약으로 간주되지도 않을 뿐만 아니라, 복잡한 행정절차에 있어서 행정청이 내린 결정의 수용의 유도를 위한 만병통치약으로도 간주되지는 아니한다.¹⁵⁾ 따라서 시민과 행정 간에 단순히 초래된 분쟁들은 절차의 실시에서 조정적 요소들의 강조가 동반자적 법치국가를 촉진하는지, 그리고 비용이 드는 조정의 연속을 피할 수 있을 것인지를 숙고해야 할 것이다. 시민은 협조적 법치국가 및 사회국가에 있어서 「절차의 파트너」(Verfahrenspartner)로서 행정을 대하기 때문에, 행정절차의 조정적인 요소들은 특히 절차원칙들(Verfahrensgrundsätze)의 틀 내에서 행정이 시민과 협조하는 경우에 작동할 수 있게 된다. 이러한 의미에서 절차원칙들도 상응하게 적용되어야 하는 바, 특히 직권탐지주의(Untersuchungsgrundsatz, 동법 제24조·제26조), 청문(동법 제28조)

14) R. Pitschas, *a.a.O.*, S. 399; K.-M. Ortloff, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), *Hdb. Mediation*, 2002, Rn. 44.

15) W. Hoffmann-Riem, *a.a.O.*, S. 75.

및 정식행정절차의 실시에 있어서의 구술심리(동법 제67조 제1항)가 중요한 의미를 가진다.¹⁶⁾ 가령 직권조사주의와 직권탐지주의는 동반자적인 이해관계 속에서 참가자에 의한 협동적인 사실관계의 조사 및 전개를 지향한다. 따라서 개별적인 참가자들에게 실질적으로 매우 중요한 상황들과 특히 동기를 파악할 수 있게 해주며, 또한 그것에 기초하여 개별화되고 최적화된, 말하자면 합의를 추구하고 소여의 갈등을 해결할 裁斷된(maßgeschneidert) 결정을 내릴 수 있게 해 준다. 청문은 공동정보공개(Mitinformation)를 통한 공동형성을 가능하게 하는 바, 청문이 이러한 의미에서 실시된다면 그것은 또한 잠재적 갈등의 조사 및 그러한 갈등의 회피를 위해서도 이바지하게 된다. 또한 정식행정절차에서의 구술심리의 실시는 (단순한) 청문을 넘어 이론이 있는 관점에 대한 내용상의 토의, 즉 토론 내지 대화와 논증을 목적으로 하는 바, 따라서 구술심리는 토의기일(Erörterungstermin)로서 확정된다. 요컨대 구술심리의 실시에는 원칙적으로 중요한 갈등조사가능성 및 갈등회피가능성이 있다.

3. 행정절차에서의 조정의 요건

행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결, 즉 중립적인 갈등조정인 (Konfliktmittler)의 도움으로 달성되는 합의에 기초한 갈등해결에서는 행정결정의 더 높은 수용성이 기대되고 있다. 행정절차는 단축되고, 법적 분쟁은 회피되며, 또한 비용은 절약된다.¹⁷⁾ 요컨대 행정절차에

16) 행정절차에서의 조정적 요소에 대해서는 金南澈, 전제논문, 219면; R. Pitschas, *a.a.O.*, S. 401 f.

17) 1998년에 시작되었던 프랑크푸르트 공항의 재차의 확장에 관한 조정의 기초에도 모든 참가자들이 수용할 수 있는 분쟁의 해결에 대한 기대가 있었지만, 1년 6개월 후에 완결된 절차는 실패로 끝나고 말았다. 한편에서는, 확충을 위한 일정한 변형을 합의에 기초해서 확정하는 것은 완전히 포기되었으며, 그 밖의 점에 관하여 일치가 있었던 것도 즉시 깨졌다. 이에 대해서는 Ewen, "Anatomie der Konfliktregelung - Das Mediationsverfahren zur Zukunft des Frankfurter Flughafens", in: Wörner (Hrsg.), *Das Beispiel Frankfurt Flughafen - Mediation und Dialog als institutionelle Chance*, 2003, S. 65 ff.

있어서의 효과적인 갈등조정을 위해서는 관련된 모든 집단들이 조정에 참가하여야 하고, 교섭의 동기와 타협의 여지가 존재하여야 한다.

(1) 관련된 모든 집단의 참가

우선 관련된 모든 집단들이 교섭의 테이블에 대표로서 출석하고 있을 것이 기본적 전제조건이다.¹⁸⁾ 이와 같이 관계인들을 포괄적으로 포함시킬 필요성은 다음과 같은 실제적인 이유들로부터 나온다. 즉, 조정에 참여하지 않은 자들이 도출된 타협을 사법적으로 공격하고 또한 갈등조정은 비용의 이점도 시간의 이점도 가져다 주지 않는다는 위험에 부딪칠 수밖에 없다. 참가자의 범위가 너무 확대되어서는 안 되지만 시민운동단체와 환경단체의 정치적인 잠재적 저항을 과소평가하는 것은 위험할 수도 있기 때문에, 대표자에 더하여 이들을 조정에 참가시키는 것이 바람직할 것이다. 아울러 머릿수를 채우기보다는 이해관계를 결집시키는 것이 관건이다.¹⁹⁾ 물론 이 때 「진정한」, 다시 말하면 그 기반에 의해서 정당화된 대표자들과, 실제로 누군가를 대표하고자 하는 것이 아니라 「귀양지에서의 왕」(Könige im Exil)으로서 행세하며 단지 소송만을 즐기고 프로필화를 추구하는 자기지명되고 동시에 대개 목소리가 큰 대표자들을 구별하는 곤란이 극복되지 않으면 안 된다.

(2) 교섭동기의 불가피성

조정에는 교섭의 동기(Verhandlungsanreize)를 전제로 한다. 교섭의 동기는 참가자들이 교환의 힘(Tauschmacht)을 가지고 있는 경우에 주어져 있다. 교환의 힘은 법적 지위에 의거하기는 하지만 정치적인 압박 장치에도 의거할런지도 모른다.

18) 프랑크푸르트 공항조정의 경우에 있어서 환경단체들과 시민운동단체들은 조정의 결과의 공개성(Ergebnisoffenheit)에 의심을 가지고 있었기 때문에 참가를 거부하였다.

19) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 7 f.; H. Gaßner/B. Holznagel/U. Lahl, *a.a.O.*, S. 38.

(3) 타협을 위한 여지

조정에 있어서 타협을 위한 여지는 필요불가결하다. 계획확정의 경우에는 행위의 선택(Handlungsoptionen)과 사실관계의 복잡성이라는 관점에서 게임이론(Spieltheorie)의 개념 내에서는 모든 참가자들이 적어도 부분적으로는 성공이라 할 수 있는 타협이 있는 이른바 윈-윈 상태가 존재하기 때문에, 타협을 위한 여지는 대개 주어져 있다고 해도 좋을 것이다.²⁰⁾ 한편, 분쟁을 회피하는 노력이 진퇴양난에 빠져 있다는 사실은 오히려 조정의 성공가능성을 높일 수도 있다. 왜냐하면 갈등당사자들이 다른 방책을 더 이상 해볼 수 없는 경우 그것이 긴급성에 대한 지각능력을 촉진하기 때문이다.²¹⁾

4. 갈등조정의 경과

조정이 성과를 거두기 위해서는 우선 참가자의 (법적) 지위와 그것에 더하여 그들의 이해관계가 논의되어야 한다. 의사소통의 장애들(Kommunikationsstörungen)은 해소되어야 한다. 많은 사람들은 그렇지

20) 다만 대결이 제로섬-게임(Nullsummen-Spiel)의 의미에 있어서의 근본적인 가치충돌(Wertekonflikt) 때문에 전부 또는全无로 수렴되는 경우에는 사정이 다르다. 이른바 견해의 충돌(Meinungskonflikte)에 대해서는 vgl. Köster, “Mediation in der Bauleitplanung?”, *DVBl.* 2002, S. 229 (231); M. Ronellenfitsch, “Konfliktmittlung aus Anlass von Genehmigungs- und Planfeststellungsverfahren”, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 2, S. 197.

21) 한편 성공적인 조정을 위해서는 무엇보다도 조정인의 역할이 중요한 바, 조정인(Mediator)의 과제는 참가자들의 동일하지 않은 교섭의 경험, 표현능력 및 일반적인 사회적 권한을 조정하는 것이다. 이 경우에, 갈등조정인은 단지 의사전달능력(kommunikative Talente)만을 신뢰해서는 안 되고, 조정의 기법을 숙지하고 있지 않으면 안 된다. 또한 정련된 법지식이 포기될 수는 없으며, 경우에 따라서는 법률가와 그 밖의 직업군의 대표자와의 공동조정(Co-Mediation)도 의미가 있다. 그렇지만 최대한의 노력조차도 모두를 완전히 만족시키는 결과가 되지는 않을 것이기 때문에, 해결안은 이익집단의 참여하지 않는 구성원에게 면밀하게 설명되어야 한다. 아울러 공동으로 진전시킨 갈등해결책이 법적으로 또는 정치적으로 책임 있는 자에 의해서 진지하게 받아들여지는 것이 불가결하다. H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 11 f.

않음에도 불구하고 자신의 지위와 이익을 동일하다고 생각한다.²²⁾ 복잡한 갈등의 해결은 참가자의 이해가 전혀 알려져 있지 않은 시점에 해결에 관하여 논의함으로써 인해 종종 실패하는 바, 따라서 다음으로는 이해의 조사(Interessenerforschung)와 해결의 대안(Lösungsalternativen)에 관한 전개는 엄격히 분리되어야 한다. 그러나 이와 같은 두 번째의 단계에서는 각각의 의견들은 아직 평가되어서는 안 되고, 철저하게 구속력이 없이 수집되어지기만 해야 한다. 그 경우에, 일반적으로는 이전에 아무도 가능하다고 생각하지 않았던 제안들이 제시되며, 또한 심지어 반대자들에 의해서조차 공동으로 전개된다. 이른바 『님비』에 의한 결정의 봉쇄조차도 해제될 수 있다. 대안의 평가를 위해서는 세 번째의 단계로 이행하여야 할 것인 바, 이 때 무엇이 실행가능한 것인지가 숙고되어야 한다. 그 경우에 목표는 이른바 제로-섬 게임을 회피하는 것이다. 즉 그것 대신에 최선의 상태로 하는 것, 다시 말하면 지위의 변경을 통해서 상이한 이해들을 가능한 한도에서 만족시키는 것이 중요하다.²³⁾ 네 번째의 단계에서는 해결안의 세목을 만들어 내는 것이 관건이다. 그 경우에 사업계획주체는 비판자의 우려와 절충할 수 있는 바, 가령 법적으로 요구되는 것을 넘는 보호조치를 약속하거나 또는 인접토지의 가치의 손실의 보상을 의무질 수 있다. 또한 정책적 차원에서 가령 침해된 지역의 인프라에 대한 조치 또는 도시계획상의 재평가를 통해서 부담이 조정되어질 수 있다.²⁴⁾

22) Vgl. F. Haft, *Verhandeln: die Alternative zum Rechtsstreit*, 1992, S. 107; W. Hoffmann-Riem, "Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung", *ZRP* 1997, S. 190 (194 f.).

23) Vgl. A. Benz, *a.a.O.*, S. 150 ff.; W. Hoffmann-Riem, *ZRP* 1997, S. 190 (195); H.-J. Schneider, *VerwArch.* 87 (1996), S. 38 (44).

24) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 9 f. 조정절차(Mediationsverfahren)의 실시의 단계에 대한 상세는 Ch.A. Stumpf, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, 2006, S. 304 f.

IV. 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 허용성

1. 행정절차에서의 조정의 허용성

조정이란 합의에 기초한 갈등의 해결(einvernehmliche Konfliktbeilegung)을 가리킨다. 물론 협정(Vereinbarung)은 계획확정결정을 대체할 수는 없지만, 이것은 교섭의 과정이 허용되지 않는다는 것을 의미하는 것은 아니다. 우선 행정절차에서의 조정, 즉 합의에 기초한 갈등해결은 법률상으로도 시사되어 있다. 가령 연방행정절차법 제74조 제2항 제1문에 의하면 토의절차(Erörterungsverfahren)에서 제기된 이의에 관해서는 청문행정청에서 어떠한 합의도 도출하지 못한 경우에만 계획확정행정청이 고권적으로 결정할 수 있으며, 또한 동법 제55조의 행정계약법은 상호간의 양보를 통해 불확실성이 제거될 수 있음을 보여주고 있다. 아울러 전술한 바와 같이 동법 제10조의 합목적성이라는 절차원칙(Verfahrensgrundsatz der Zweckmäßigkeit)도 조정을 위한 근거가 된다. 왜냐하면 합목적성은 결정의 대안을 제시하고, 전문가의 전문적 지식을 참작하며, 또한 집약적인 의사소통을 통해서 합의에 기초한 해결을 용이하게 하기 때문이다. 그 밖에, 헌법상의 과잉조치금지, 청문의 원칙(Anhörungsgrundsatz) 및 절차의 공정성은 합의에 기초한 해결을 추구할 것을 요구하고 있을 뿐만 아니라, 헌법상의 자치행정의 보장(기본법 제28조 제2항)에 근거하여 관련된 자치단체의 포함도 마찬가지이다. 끝으로, 행정상의 갈등조정과 결부되어 있는 절차의 촉진(Verfahrensbeschleunigung)은 적절하게 작용하며, 이것은 법치국가원리의 요소로서 인정되고 있다.²⁵⁾

25) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 16. Vgl. M. Bullinger, "Bescheinigung von Investitionen durch Parallelprüfung und Verfahrensmanagement", *JZ* 1993, S. 492 (493 ff.) m. w. Nachw.

2. 행정절차에서의 외부조정인 활용의 허용성

교섭의 과정은 그것이 절차의 객관성과 공정성을 위한 보증인으로서 중립적인 제3자에 의해서 관리되고 있는 경우에 특별히 성공할 가능성이 높다고 할 수 있다.

(1) 국가기관에 의한 갈등조정의 비합목적성

계획확정절차의 경우 청문행정청과 결정행정청 간에 구별되어 있기 때문에 이 요건은 그 자체로서 원래 주어져 있다(연방행정절차법 제 73조·제74조). 행정공무원은 전문교육, 경력 및 정년직에 기초하여 사적인 조정인보다 더 많은 인적 독립성을 가지고 있을 것이라는 이유에서 일부 논자는 갈등조정을 쓸데 없는 것으로 간주하거나 또는 국가의 조정기관의 활용을 고려하고 있다.²⁶⁾ 그렇지만 사업계획의 비판자들은 과연 중립적인 직무수행이 의무지워져 있기는 하지만 때때로 자신의 -가령 도시계획상의- 이익도 추구하는 행정청을 대개 중립적인 기관으로는 생각하지 않는다. 게다가 갈등조정인에게 결정권능이 부여되어 있지 않는 것은 바로 조정철학의 이점이다. 참가자들은 통상 나중에 자신에게 불리하게 이용될 우려가 없는 경우에만 자신의 고유한 이익을 밝힐 준비가 되어 있다. 때문에 조정인은 계획확정행정청의 직원이 아니어야 함은 물론 청문행정청의 직원이어서는 아니 된다.²⁷⁾ 요컨대 행정절차에서의 조정과 관련하여 조정인은 절차의 객관성과 공정성을 담보할 수 있는 중립적인 제3자로서의 외부조정인으로 하여야 할 것이다.

26) Vgl. A. Benz, a.a.O., S. 329 ff.; W. Brohm, *NVwZ* 1991, S. 1025 (1032 f.); M. Fehling, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgaben*, 2001, S. 419 ff.; H. Steinberg, "Kritik von Verhandlungslösungen", in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 1, 1990, S. 306 ff.; Th. Würtenberger, *NJW* 1991, S. 257 (261).

27) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 20 f.

(2) 고권적 과제로서의 교섭의 관리

우선 조정인에게는 어떠한 내용상의 결정권한도 주어져서는 안 된다. 오히려 조정인은 참가자들 간의 갈등해결을 조절적으로만 용이하게 하여야 하며, 뿐만 아니라 중재인과는 달리 하물며 내용상의 해결을 제안하여서는 안 된다. 물론 최종행정결정뿐만 아니라 절차의 형성과 사실관계의 조사도 고권적 과제이며 또한 이것에 대한 국가의 최종책임이 의문시되어서는 안 된다는 것은 정당하다.²⁸⁾ 이른바 공권의 위임으로서의 외부의 갈등조정인에의 교섭의 관리(Verhandlungsleitung) 권한의 이양은 명시적인 법률상의 수권을 필요로 한다.²⁹⁾ 그렇지만 청문행정청에 의한 -권한규정(Zuständigkeitsordnung)에 저촉되지 않는- 갈등조정인에의 전권부여는 허용된다.³⁰⁾ 또한 모든 참가자의 동의로써 조정인에게 위탁된 경우, 행정청은 전체적인 재정책임(Finanzierungslast)을 질 필요는 없을 것이지만, 조작의 의심을 일소하기 위해 계약관계가 명확히 밝혀져야 할 것이다.³¹⁾

(3) 갈등조정 시점

요컨대 갈등조정 시점을 위한 적당한 시점은 단지 개별적인 경우에 있어서만 결정되어질 수 있다. 우선 외부의 조정인은 토의기일 중

28) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 21 f.

29) W. Brohm, "Verwaltungsverhandlungen mit Hilfe von Konfliktmittlern?", *DVBl.* 1990, S. 321 (328); Caspar, *DVBl.* 1995, S. 992 (997); W. Hoffmann-Riem, *Konfliktmittler in Verwaltungsverhandlungen*, S. 50; H. Gaßner/B. Holznapel/U. Lahl, *a.a.O.*, S. 66; B. Holznapel, *a.a.O.*, S. 210; Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *VwVfG*, 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 232.

30) 그 경우에 조정인의 법적 지위에 관해서는 절차관리상, 위탁행정청의 지시에 따라야 하는 이른바 행정보조인(Verwaltungshelfer)으로 보는 견해(Vgl. H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 22; E. Schmidt-Aßmann, "Konfliktmittlung in der Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts", in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 2, S. 26 f.; H. Schulze-Fielitz, *a.a.O.*, S. 63)가 있는 반면에, 행정대리인(Verwaltungssubstitution)으로 이해하는 견해도 있다(R. Pitschas, *a.a.O.*, S. 400).

31) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 21 f.

이라도 활동할 수 있는 바, 참가자들이 이것에 관해서 합의하고 있다면 새로운 청문을 하지 않아도 되기 때문에 그것은 비용상 이점을 가지고 있다. 게다가 토의기일까지 적시에 제기되지 않은 이의는 실질적으로 배제되어 있기 때문에(연방행정절차법 제73조 제4항 제3문), 관계인에 대해서는 협력의 의무(Mitwirkungsobliegenheit)가 발생한다.³²⁾ 또한 법적으로는 토의기일 이전의 갈등조정은 물론 계획확정절차의 개시 이전에도 갈등조정은 행해질 수 있다. 조정을 앞쪽으로 당길 경우 토의기일은 효과적으로 완결된 교섭과정에 참가하지 않았거나 또는 그 결과에 따르려고 하지 않는 반대자를 위한 보충행사(Auffangveranstaltung)가 될 수 있는 장점이 있다. 그러나 갈등조정을 토의기일 후에 하는 것도 고려할 만한 바, 이것은 이의절차(Einwendungsverfahren)를 통해 반대자의 범위가 결정되어 있다는 이점을 가질 수 있을 것이다.³³⁾

V. 행정절차에서의 조정결과의 전환

1. 참가자의 구속

행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 성부는 교섭결과의 전환가능성 여하에 달려 있다고 할 수 있다. 만약 그것을 결여하고 있다면, 아무도 시간과 노력을 투입하고자 하지 않을 것이다.

우선 교섭결과가 행정청을 구속하는지 여부와 관련하여서는 계약상의 구속이 문제가 되는 바, 이에 관련하여 원칙적인 이의는 존재하지

32) 그렇지만 법률상 규정되어 있는 기일이 합의(Verständigung)의 단초를 실제로 제공할 수 있는지 여부는 의문시될 수 있을런지도 모른다. 가령 많은 기초적 문제들이 참가자들 사이에 이미 해결되어 있기 때문에, 합의에 기초한 갈등해결에 있어서는 그 기일은 때때로 너무 늦은 상태에 있다. 과연 조정은 이익들이 아직 형성되어 있지 않을 정도로 앞당겨져서는 안 되지만, 토의기일에 지위들이 이미 경화되어 원래의 타협의 용의(Kompromissbereitschaft)가 문제시될 수 있다. 또한 대중집회로서의 토의기일은 대표를 통한 합의적 결정에는 거의 적합하지 않다. H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 23.

33) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 23 f.

아니한다. 물론 협정은 행정청의 인가를 대체할 수 있기는 하지만 계획확정결정을 대체할 수는 없다. 행정청은 법률상의 행위형식명령(Handlungsformgebote)을 무시해서는 안 되는 바,³⁴⁾ 전술한 바와 같이 계획확정에 대하여 법률은 계획확정결정을 규정하고 있다(연방행정절차법 제74조 제1항 제1문). 아울러 이른바 처분계약(Verfügungsvertrag)은 무효가 될 것이다.³⁵⁾

요컨대 현행법상 계획확정결정의 발령에 대한 행정의 법적 의무화의 가능성은 제한되어 있다. 그렇지만 이것이 절대적으로 필요한 것은 아니며, 계획확정행정청이 교섭의 결과에 의해서 사실상 구속되어 있다면 그것으로 충분하다.³⁶⁾ 다만 토의기일 이전의 사전구속(Vorabbindungen)은 나중의 포괄적이고 구속되지 않는 형량과 대립하기 때문에 그 자체 문제가 있다고 할 것이다. 그러나 이른바 연방행정법원의 판유리판결(Flachglasurteil)에 의하면, 사전구속이 『사물적으로 정당화되어 있고』, 법률상의 권한의 유지하에 성립되어 있으며, 또한 정당한 형량에 관하여 『내용적으로 이의를 주장할 수 없는』 경우, 이와 같은 형량의 결여(Abwägungsdefizit)는 조정되어질 수 있다.³⁷⁾ 따라서 조정의 결과가 이해의 정당한 형량을 위한 원칙들에 상응하고 또한 특히 조정에 참가하지 않았던 자의 이익도 고려하고 있다는 것이 결정적으로 중요하다.

한편 행정은 교섭의 결과에 언제나 사실상으로만 구속된다는 것은 사업계획주체로 하여금 행정 및 그 밖의 참가자들에게 법률상 요구되는 것을 능가하는 조치를 할 의무가 있다는 것, 즉 『불완전한 교환계약』을 체결한다는 것을 배제하지 않는 바, 이 경우에는 부당결부의 금

34) Vgl. H. Pünder, "Zur Verbindlichkeit der Kontrakte zwischen Politik und Verwaltung im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells", *DÖV* 1998, S. 63 (68 f.).

35) Vgl. VwVfG § 59 Ab. 1.

36) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 25; Sünderhauf, *Mediation bei der außergerichtlichen Lösung von Umweltkonflikten in Deutschland*, 1997, S. 261.

37) BVerwGE 45, 309 (321).

지(Koppelungsverbot)가 적용되어야 할 것이다. 조정인에 의해서 보호된 교섭에 의한 해결의 경우에는 그와 같은 힘의 남용(Machtmissbrauch)이 있어서는 안 될 것이다. 왜냐하면 조정인은 당사자들이 자신의 견해들을 동등하게 주장할 수 있도록 배려하여야 하기 때문이다.

통상의 경우에 사업계획주체는 자신의 조치를 다른 참가자의 반대급부에 종속시킬 것이다. 교환물로서는 우선 시설의 설치에 대한 이익의 청구권의 사법적 관철을 계약에 의해 포기하는 것을 고려할 수 있지만, 정치적 저항을 중단하는 것의 의무화도 고려될 수 있을 것이다. 다만 이것에 대해서는 광범위한 한계가 존재한다.³⁸⁾ 시민을 절차의 주체로서 정말로 받아들인다면 계약의 자유는 공적 영역에도 미치는 바, 시민이 행정과 사업계획주체에게 양보하는 경우 시민은 기본권을 사용한다.³⁹⁾

2. 전환의 방식

조정결과의 전환의 방식은 조정의 시점에 따라 다르다. 가령 조정이 계획확정절차보다 선행하는 경우, 신청이 조정의 결과와 모순된다면 사업계획주체에게 그 신청을 수정할 것을 권유하여야 한다. 또한 갈등조정이 신청 후에, 그러나 토의기일 전에 행해지는 경우 조정의 결과는 청문절차에 포함시켜야 할 것이다.⁴⁰⁾ 끝으로, 계획확정결정에 있

38) 소의 포기 내지 권리구제의 포기에 대해서는 vgl. BGHZ 28, 45 (48 f.); BGHZ 38, 254 (258); BGH, NJW 1982, S. 2072 (2073); BGHZ 79, 131 (135 ff.); H. Gaßner/B. Holznapel/U. Lahl, a.a.O., S. 74 f.; W. Hoffmann-Riem, *Konfliktmittler in Verwaltungsverhandlungen*, S. 62 f.; B. Holznapel, a.a.O., S. 230 ff.; P. Kunig, "Alternativen zum einseitig-hoheitlichen Verwaltungshandeln", in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 1, S. 46 ff.

39) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 27 f. Vgl. H. Maurer, "Der Verwaltungsvertrag - Probleme und Möglichkeiten", *DVBl.* 1989, S. 798 (805). 물론 기본권의 포기는 임의성과 함께 포기결과의 객관적 책임성을 전제로 한다.

40) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 28; E. Brandt, "Umsetzung von Ergebnissen informeller Aushandlungen in formelle Entscheidungen", in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 1, S. 250; Siegel, *NuR* 2002, S. 79 (86).

어서는 부관(Nebenbestimmungen)을 통해서 타협이 고려되어질 수 있으며,⁴¹⁾ 교섭에 의한 해결이 이미 인가된 것에 영향을 미치는 경우에는 이러한 결정의 철회가 고려된다.

3. 사법적 통제

원칙적으로 사업계획주체는 침익적 부관에 대해서는 취소소송⁴²⁾ (내지 제한이 없는 계획확정에의 의무이행소송(Verpflichtungsklage))을 제기할 수 있다. 또한 연방행정절차법 제74조 제2항 제2문·제3문에 의하여 사업계획에 의해서 권리가 침해된 조정의 참가자들은 보호조치청구권(Anspruch auf Schutzvorkehrungen) 및 적절한 금전배상청구권을 가질 뿐만 아니라, 의무이행소송 및 경우에 따라서는 취소소송도 제기할 수 있다.⁴³⁾

한편 계획확정절차에 있어서는 대개 대규모프로젝트들이 관련되어 있기 때문에, 모든 관계인들이 조정에 참가하게 되는 경우는 드물다고 할 수 있으며, 이 한도에서 항상 제3자의 소송(Klagen Dritter)이 고려되지 않으면 안 된다. 물론 제3자도 조정참가자와 마찬가지로 원칙

41) 특히 부담과 조건이 고려된다. 가령 계획확정행정청은 사업계획의 주체에게 「공공복리를 위해서 또는 타인의 권리에 대한 불리한 영향의 회피를 위해서 필요한」 「안전조치 또는 시설의 설치 및 유지」를 과할 수 있으며, 그러한 안전조치 또는 시설이 실행불가능하거나 또는 사업계획과 양립하지 않는 경우, 사업계획에 의한 불리한 관계인은 적절한 금전보상청구권을 가진다(동법 제74조 제2항 제2문·제3문). 그렇지만 제3자의 권리가 관련되어 있는 것이 아니라 사업계획이 공공복리에 반하며 또한 당해 불이익이 부관에 의해서 조정될 수 없는 경우에는 계획확정은 거부되어야 한다. Vgl. E. Brandt, *a.a.O.*, S. 252 ff.; H. Gaßner/B. Holznapel/U. Lahl, *a.a.O.*, S. 58 ff.

42) BVerwG, *NVwZ* 2001, S. 429.

43) 다만 사업계획주체가 조정의 범위내에서 계약에 의해 명령에 동의한다고 표명하였다면, 물론 소송은 성공의 가망이 없을 것이다. 또한 관계인들이 조정의 범위내에서 자신의 청구권의 사법적 관철을 법적으로 유효하게 포기한 경우, 이러한 소송에는 권리보호필요성(Rechtsschutzbedürfnis)이 없다. Vgl. F. Hufen, *Verwaltungsprozessrecht*, 5. Aufl., 2003, § 23 Rn. 14; D. Ehlers, in: F. Schoch/E. Schmidt-Aßmann/R. Pietzner (Hrsg.), *VwGO* (Loseblatt), Bd. 1, Vorb. § 40 Rn. 110; H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 28 f.

적으로는 보호조치에 관하여 계획확정결정의 보충청구권(Anspruch auf Ergänzung des Planfeststellungsbeschlusses)만을 가지며,⁴⁴⁾ 만약 계획보충이 불가능하다면 계획확정의 취소가 고려된다.⁴⁵⁾

VI. 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 법적 한계

행정절차에서의 조정의 활용은 복잡한 결정형성의 과정으로서의 행정절차를 촉진하고 또한 절차를 종결하는 행정결정의 수용의 보장을 가져오는 이점이 있다. 행정절차는 절차로서의 특성상 조정에 매우 적합한 행위양식으로 이해될 수 있는 바, 행정절차에 있어서 조정제도를 활용할 것인지의 여부는 연방행정절차법 제10조에 근거하여 원칙적으로는 행정청의 재량적 판단에 맡겨져 있다고 할 수 있다.

그러나 행정절차에서의 조정, 즉 교섭의 과정은 규범적 준칙이 회피되고, 공중과 제3자의 이익이 경시되며, 또한 민주적·법치국가적 보장이 침해된다는 위험을 내포하고 있다. 뿐만 아니라 적지 않은 경우에 이것은 「법치국가적 혐오」(rechtsstaatliche Schaudern)를 유발한다.⁴⁶⁾ 그 때문에 행정절차에서의 조정의 활용과 관련하여서는 법적 한계가 항상 고려되지 않으면 안 된다.

44) Vgl. VwVfG § 74 Abs. 2 S. 2.

45) 한편 사업계획이 협정에 상응하지 않게 실현된 경우에는 책임의 문제가 발생할 수 있다. 행정이 계획을 약속했던 것처럼 확정하지 않고 또한 책임협정(Haftungsvereinbarung)이 맺어져 있었던 경우, 계약상의 손해배상청구권이 특히 행정에게도 귀속할 수 있다. 행정청이 예외적으로 계약에 의해서 계획확정결정을 발령할 의무를 지고 있는 경우, 사업계획주체는 의무이행소송을 제기하고 지체손해(Verzögerungsschaden)의 배상을 청구할 수 있을 뿐만 아니라, 경우에 따라서는 계약을 취소하고 이행 대신에 손해배상도 청구할 수 있다(동법 제62조 제2문). 조정의 결과가 참가자의 리스크영역에 귀속시킬 수 없는 사유로 전환되지 않은 경우, 계약당사자들은 해제조건의 개시에 의해서(동법 제62조 제2문) 또는 행위기초(Geschäftsgrundlage)의 장애라는 이유로(동법 제60조) 더 이상 구속되지 아니한다. 사업계획주체는 이미 제공된 급부의 반환을 요구할 수 있다. H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 31.

46) W. Hoffmann-Riem, *AöR* 115 (1990), S. 400 (423).

이와 관련하여 우선 행정절차에서의 조정이 소관 행정청의 최종책임(Letzverantwortung)을 공허하게 하여서는 안 된다. 기본법 제20조 제2항의 민주주의원리에 비추어 볼 때 관계인들의 참가와 동의는 정식으로 권한이 부여된 기관의 민주적 정당성을 보충할 수 있기는 하지만 그것을 대체할 수는 없다.⁴⁷⁾ 따라서 계획확정행정청은 교섭에 협력하여야 하며, 그것을 통해서 계획확정행정청은 전체협정을 포괄하는 책임을 떠맡는다.⁴⁸⁾ 계획확정행정청의 책무는 공공복리를 고려하는 것인 바, 따라서 협동에 의해서 비용이 외부화되는, 즉 참가하지 않은 제3자 특히 장래세대에도 이전되는 위험이 방지되고, 「참가자의 귀족 지배」(Aristokratie der Engagierten)⁴⁹⁾가 저지된다. 이것은 조정의 성공을 위해서도 유익하다고 할 수 있는 바, 관철력이 약한 참가자에게 위하력이 전달됨으로써 행정청의 포괄적 책임(Auffangverantwortung)은 상이한 이익을 균형잡히게 하는 데 기여할 수 있기 때문이다.⁵⁰⁾

다음으로는, 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 경우에도 실제적인 기준을 고려하여야 한다. 그것은 타협을 위한 지도선(Leitlinie)이지 타협의 대상은 아니다. 경제적인 고려조차도 강행적인 법률상의 기준을 상대화할 수는 없다. 재량여지 및 형량여지를 합의에 기초해서 수행하는 경우 이는 실체법의 목적설정과 조화를 이루어야 한다. 유연한 절차(soft Procedure)라고 하여 강행규정으로부터 자유로울 수는 없다.⁵¹⁾ 물론 (이익최적화(Interessenoptimierung)의 의미에 있어서의) 국가적 조치의 내용적 정당성은 종종 제한적으로만 실제적인 기준에 의해서 확정되어 있거나 또는 확정될 수 있을 뿐이다. 특히 계획확정행정청에는 다양한 결정의 가능성이 주어져 있다. 무엇보다도 기술적

47) Vgl. W. Brohm, *DVBl.* 1990, S. 321 (327); H. Hill, "Integratives Verwaltungshandeln - Neue Formen von Kommunikation und Bürgermitwirkung", *DVBl.* 1993, S. 973 (977).

48) Vgl. E. Schmidt-Abmann, "Zur Gesetzesbindung der verhandelnden Verwaltung", in: *FS Brohm*, 2002, S. 557.

49) D. Kostka, *a.a.O.*, S. 87 (108).

50) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 17 f.

51) P. Kunig, *a.a.O.*, S. 58.

평가에 있어서 전문가의 견해가 일치되어 있지 않은 경우에는 적어도 결정과 법률의 일치만으로는 수용을 담보하는데 충분하지는 않기 때문에, 실체법을 보충하기 위한 「절차화」(Prozeduralisierung)의 구상은 폭넓은 지지를 얻고 있다.

이것은 결정에의 도달의 절차에 주목하게 한다. 곤란한 결정의 수용 및 보충적인 민주적 정당성은 그것이 투명하고 공정하게 진행된 경우에만 성립된다. 바로 그 때문에 합의에 기초한 갈등해결에 있어서는 법률상의 절차규정, 특히 절차를 통한 기본권의 실현(Grundrechtsverwirklichung durch Verfahren)이라는 슬로건 하에 전개된 척도를 구체화하는⁵²⁾ 청문 및 참가권(Anhörungs- und Beteiligungsrechte)이 무력화되어서는 안 된다. 비록 교섭의 과정이 원래의 절차 밖에서 행해지거나 또는 그 이전에 행해질지라도 절차규정이 고려되어야 한다.⁵³⁾ 전술한 바와 같이 행정은 교섭의 결과에 적어도 사실상으로는 구속되어 있기 때문에, 바로 법형식의 절차 이전에 협동과 결부되어 있는 절차상의 기회균등(Verfahrenschancengleichheit)의 위태화(이익고려의 선택, 간격의 불균형한 해체, 힘의 경사의 이용)⁵⁴⁾에 대해서는 반대행동을 취하여야 한다. 끝으로, 연방행정절차법 제10조에 의하면 교섭의 노력은 합목적성의 원칙에 상응하여야 하며 또한 신속한 결정에의 도달에 방해가 되어서는 안 된다.⁵⁵⁾

요컨대 동반자적 법치국가로 변화된 현대 행정법의 구조도 행정청의 전속적인 결정권한, 행정결정과 행정절차의 통일성, 그리고 행정의

52) Vgl. BVerfGE 49, 90 (141 f. - “Kalkar I”), E 53, 30 (57 f. und 66 - “Mülheim-Kärlich”).

53) Vgl. E. Bohne, “Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes”, *VerwArch.* 75 (1984), S. 343 (352 ff.); W. Hoffmann-Riem, *Konfliktmittler in Verhandlungen*, S. 60; Henneke, “Informelles Verwaltungshandeln im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht”, *NuR* 1991, S. 267 (275); Siegel, *NuR* 2002, S. 79 (84).

54) Vgl. W. Hoffmann-Riem, “Selbstbindungen der Verwaltung”, *VVDStRL* 40 (1982), S. 187 (206 ff.) m. w. Nachw.

55) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 19.

절차지배의 원칙을 유지하고 있기 때문에, 행정절차에서의 조정에도 민주적·법치국가적 이유에서의 일정한 한계가 존재한다. 따라서 행정절차에서의 조정의 전환, 즉 조정결과의 행정작용에의 채용 내지 그 행위형식이 법률상의 규준의 회피로 귀결되어서는 안 된다. 동반자적 법치국가에 있어서도 공행정은 기본법 제20조 제3항에 의해 법률과 법에 기속되어 있으므로, 행정절차에서의 조정의 경우에도 이러한 범위 안에서 이루어져야 하고, 어떠한 경우에도 법령에 위반하거나 타인의 권리를 침해하지 않도록 하여야 한다. 아울러 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 경우에도 최종결정에 대한 책임은 행정에 있기 때문에, 이러한 의미에서 조정인에게는 어떠한 결정권한도 인정되어서는 안 된다.

VII. 결 어

최근 들어 우리 사회에서는 공공(행정)갈등이 각계각층에서 다양하게 분출되고 있는 바, 21세기의 변화된 행정환경에 맞추어 갈등해결 시스템도 변화되지 않으면 안 된다. 그러한 갈등의 해결을 위한 제도적 장치로서 이른바 행정조정이 주목을 받고 있다. 특히 행정절차에서의 조정은 사전적·예방적인 갈등해결을 가능하게 한다는 점에서 의의가 크다고 할 것이다. 행정갈등의 조정은 대규모사업계획의 경우와 같이 높은 복잡성과 중대한 잠재적 갈등을 가진 결정의 경우에 특별히 유효하다.

요컨대 다극적이고 다면적인 갈등을 해결함에 있어서 국가는 빈번히 행할 수 있는 것의 한계에 부딪치고 또한 부가적으로 과도하게 요구되고 있다는 것에 대한 인식은 행정갈등의 해결시스템에 관련하여 사고의 전환을 요구한다. 결정의 수범자로서만 나타나는 시민의 용의는 점점 더 감소하며, 전래적인 수단들은 복잡한 사업계획에 있어서 수용되는 조정을 하기 위해서는 충분하지 않다. 새로운 소송문화에

있어서는 갈등의 당사자들은 갈등의 해결에 협력한다. 또한 행정도 「협동적인 조절」(kooperative Arrangements)은 특별한 가치를 가지고 있다는 것, 다시 말하면 일방적인 명령보다 종종 더 빨리 그리고 더 좋게 목표에 도달한다는 것을 부가적으로 인식하고 있다. 요컨대 제어방법론적으로 말하면 중요한 것은 더 많은 「거버넌스」(governance)와 더 작은 「정부」(government)이다.⁵⁶⁾

행정절차에서의 효과적인 조정을 위해서는 관련된 모든 집단이 조정에 참가하여야 하고, 또한 교섭의 동기와 타협의 여지가 존재하여야 한다. 아울러 중립적인 제3자를 조정인으로 선임하는 것이 관건이 된다. 특히 행정의 힘의 남용이 있어서는 안될 뿐만 아니라 시민을 진정한 절차의 파트너로 받아들이는 것이 중요하다고 할 것이다.

한편 우리나라에서는 행정갈등의 해결에 관련하여 지금까지는 공익에 관한 결정은 행정이 독점한다는 사고가 뿌리깊게 존재하고 있는 것과 같은 사정 등에 의하여 행정기관에 의한 갈등해결이 중심적 존재로 되어 왔음을 부인할 수 없다. 그러나 갈등의 성질상 특히 행정절차에서의 조정의 활용을 법제도적으로 그리고 행정실무적으로 자리매김함으로써 예방적인 갈등해결시스템을 확립하는 것이 긴요하다고 본다. 이를 위해서는 우선 행정절차에서의 조정이 적극적으로 활용될 수 있도록 행정절차법 및 관련 법률에 조정적 요소를 강화할 것이 요구된다. 또한 효과적인 조정을 위해서는 무엇보다도 관련된 모든 집단 내지 이해관계인의 참가가 보장되어야 한다는 점에서 볼 때 이해관계인 내지 공중의 참가가 실질화될 수 있도록 하여야 할 것이다. 끝으로, 조정은 해결불능의 갈등사례들을 위한 기적의 무기로서가 아니라 재래의 절차의 계속적 발전으로서의 타개책을 제시하는 것이라고 할 수 있는 바, 이 점에서 본다면 독일행정절차법에서와 같이 기본적으로 갈등해결기능을 가지고 있는 계획확정절차를 도입함으로써

56) H. Pünder, *Die Verwaltung* 38 (2005), S. 33 f.; ders., *NuR* 2005, S. 78 f.

중대한 잠재적 갈등을 가진 일정한 대규모사업계획에 관련한 행정갈등을 법제도적으로 예방할 필요가 있는 것으로 생각된다.

요컨대 21세기의 변화된 행정환경은 행정갈등해결시스템의 변화를 요구하고 있다. 특히 참여민주주의로의 전환 및 협조적 법치국가로의 변화에 맞추어 행정갈등해결시스템도 행정절차에서의 조정을 최대한 활용함으로써 예방적 갈등해결시스템을 구축하여야 할 것이다. 행정갈등의 해결에 있어서도 바로 대결보다는 참여와 협동이 긴요하다고 할 것이다.

주제어 갈등조정, 갈등조정인, 계획확정절차, 교섭의 과정, 행정절차에서의 조정, 행정갈등해결, 행정조정

Moeglichkeiten und Grenzen der Verwaltungs– konfliktbewaeltigung durch Mediation im deutschen verwaltungsrechtlichen Verfahren

Han, Kwi - Hyeon*

Die Einsatzfelder der Verwaltungsmediation als alternative Konfliktlösungsverfahren befinden sich in vielen Bereichen des Verwaltungsrechts, und sind insbesondere von Bedeutung, da der Einsatz der Mediation im Verwaltungsverfahren vorbeugende bzw. präventive Konfliktbewältigung ermöglicht. Durch die Konfliktmittlung im Verwaltungsverfahren wird das Verwaltungsverfahren als Prozess komplexer Entscheidungsbildung gefördert, und auch die Akzeptanz der Verwaltungsentscheidung gewährleistet, die das Verfahren beschließt.

Es ist doch kein Wunder, dass in der letzten Zeit im Deutschland das Konfliktbewältigungspotential der herkömmlichen administrativen Verfahren nicht mehr beachtet wird, sondern alternative Formen der Streitbeilegung angestrebt wird. Bei Entscheidungen von hoher Komplexität oder großem Konfliktpotential kann Konfliktmittlung durchaus sinnvoll sein, wobei insbesondere dies bei der Vorhaben, die Planfeststellung voraussetzen, gilt.

Das Planfeststellungsverfahren besitzt prinzipiell eine Konfliktbewältigungsfunktion. Im Planfeststellungsverfahren wäre erwünscht, dass die Vorhaben betreffenden Verwaltungskonflikte durch den Einsatz der Konfliktmittlung besser bewältigt werden. Um vom Verwaltungsverfahren erfolgreiche Mediation abzuleiten, müssen alle betroffenen Gruppe beteiligen, und auch Verhandlungsanreize bzw. Einsatz der Mediation bestehen. Im Verwaltungsverfahren ist der Einsatz der Mediation zwar erlaubt, aber der prozeduralen und materiellen Grenzen unterliegen. Schließlich ist nötig, dass Machtmissbrauch der Verwaltung nicht entstehen soll, dass die Bürger als Verfahrenspartner ernst angenommen werden.

KEY WORDS Aushandlungsprozesse, Konfliktmittler, Konfliktmittlung, Mediation im Verwaltungsverfahren, Planfeststellungsverfahren, Verwaltungskonfliktbewältigung, Verwaltungsmediation

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