

환경행정법상 새로운 행정작용형태

-독일법상 협상을 중심으로-

宋東洙*

목차

- | | |
|----------------------|----------------------|
| I. 문제의 제기 | 1) 사전절충의 개념 |
| II. 협력적 행정작용의 개념과 범위 | 2) 사전절충의 긍정적 기능 |
| 1. 협력적 행정작용의 개념 | 3) 사전절충의 법적 문제점 |
| 2. 협력적 행정작용의 범위- | 4) 사전절충의 한계 및 보완책 |
| 협상과의 관계 | IV. 시설물 개선에 있어서의 협상 |
| (1) 협의설 | 1. 연방이미시온방지법상의 시설물 개 |
| (2) 광의설 | 선-추가명령 |
| 3. 협상의 형태 | 2. 추가명령을 대신하는 개선협상 |
| III. 시설물 허가단계에서의 협상 | 1) 개선협상의 개념 |
| 1. 연방이미시온방지법상의 시설물허가 | 2) 개선협상이 선호되는 이유 |
| (1) 허가대상 시설물 | 3) 개선협상의 형태 |
| (2) 허가요건-기본의무준수 | 4) 개선협상의 문제점 |
| (3) 허가절차의 형태 | 5) 개선협상의 대안으로서의 개선 |
| (4) 허가절차과정 | 계약 |
| 2. 사전절충 | V. 결 론 |

I. 문제의 제기

현대국가에서 환경보호는 피할 수 없는 시대적 운명적 과제이다¹⁾. 그리하여 환경보호의 문제가 제기된 이래 지금까지 수많은 환경보호를 위한 관련 법규가 제정되었다. 그러나 환경보호의 성공여부는 단순히 법제정에 의해

* 본 논문은 1999년 한국환경법학회 춘계학술대회에서 발표된 것임.

** 법학박사, 단국대학교 법대 강사

1) Breuer, Strukturen und Tendenzen des Umweltschutzrechts, Der Staat 20(1981), 393.

이루어지는 것이 아니라 그러한 법이 현실에서 얼마나 효율적으로 잘 집행(Vollzug)되는지 여부에 달려 있는 것이다. 지금까지 법의 집행수단으로는 상하복종관계를 바탕으로 한 일방적 고권적 행정작용인 행정행위가 그 주축을 이루고 있었다. 그러나 현대국가가 다양화되고 복잡해지면서, 특히 환경법에 있어서 행정청의 결정의 전제가 되는 사안자체가 전문기술적으로 복잡해지면서 행정행위의 집행효력에 의문이 제기되었다. 독일 환경법의 母法역할을 하고 있는 연방이미시온방지법(BImSchG)²⁾ 역시 그 집행효력에 있어 많은 문제점들이 제기되고 있는데(집행결함, Vollzugs-defizite), 다음의 두 가지 사안을 통해 그 심각성 정도를 알 수 있을 것이다.

첫째, 막대한 자본이 소요되는 화학공장 및 부속 소각장의 설립허가와 관련해 행정절차의 개시 이전에, 즉 허가신청을 하기 전에 이미 행정청과 구체적인 허가조건(특히 오염물질의 배출허용치) 및 그 허가여부 등을 사전절충(Vorverhandlungen)하는 경우이다. 이 경우 정상적인 행정행위인 허가와 그의 공식적인 허가절차과정은 “사전절충”이라는 비정형적 행정작용의 결정내용에 의해 조작될 가능성이 크고 경우에 따라서는 허가절차가 행정적인 요식행위로 전락될 위험성도 크다. 또한 극단적인 경우 사전절충을 믿고 사업을 실행한 사업자 역시 큰 불이익을 당할 수 있다. 즉 사업자가 행정청과의 사전절충을 믿어 계획을 확정하고 허가신청을 하였는데, 그 과정에서 인근 주민들이 소각장설치를 반대하는 시위를 계속하여 행정청이 사업자에게 사전절충에서의 결정과는 다른 행정처분을 내려 사업자로 하여금 실질적으로 사업을 포기하게 하는 결과를 초래하는 경우이다.

둘째, 화학공장 및 부속 소각장이 허가를 받았다 할지라도 한번의 허가로 인해 그 의무 이행이 끝나는 것이 아니라 지속적인 시설정비의무가 요구되어 진다. 즉 사전배려의무(Vorsor-gepflicht)에 근거해 행정청은 끊임

2) Gesetz zum Schutz vor schädlichen Umwelteinwirkungen durch Luftverunreinigungen, Geräusche, Erschütterungen und ähnliche Vorgänge(Bundes-Immissionsschutzgesetz-BImSchG)는 1974년 3월 15일 공포되었으며 그 동안 수 차례의 개정이 있었다.

없이 사업자에게 오염배출방지를 위한 개선시설을 요구할 수 있는 것이다. 연방이미시온방지법은 이러한 의무이행의 대표적 규제수단으로 제17조에 추가명령(nachträgliche Anordnungen)을 규정하고 있는데, 문제가 되는 것은 이러한 추가명령 대신 행정청이 사업자와 그에 대한 개선조치를 구두로 합의(개선협상 : Sanierungsabsprache)하는 경우가 빈번하다는 것이다. 이러한 개선협상은 법적 구속력이 없기 때문에 사업자가 이행하지 않아도 행정청이 이를 강제할 수 없다. 따라서 행정청은 원래의 규제수단인 추가명령을 다시 발해야 하는 처지에 놓이게 된다. 결과적으로 행정청은 시간만 낭비한 셈이 되고 환경에 이중적 피해를惹起시킨다.

위의 사안에서 공통적인 현상은 법률에 규정된 정형적인 행정행위의 양식(시설허가, 추가명령)이 존재함에도 불구하고 그에 앞서 또는 그에 대체하여 비정형적인 행정작용들이 이용되고 있다는 점이다. 이러한 현상은 독일에서 80년대 중반 이후 빈번히 나타나기 시작하여, 90년대 이르러 유럽연합(EU)의 탄생과 맞물려 국제경쟁력 강화라는 슬로건 아래 경제적 논리가 법적 논리를 앞지르는 분위기 속에서 증폭되었다. 그리하여 많은 행정법 문헌에서 이에 관한 우려와 法的 限界性 등을 다루기 시작하였는바, 본 논문에서는 그 범위를 독일 환경법의 母法역할을 하고 있는 연방이미시온방지법으로 한정하여 다음과 같은 문제점을 검토해 보고자 한다³⁾.

1) 비정형적 행정작용(informelles Verwaltungshandeln)과 협력적 행정작용(kooperatives Verwaltungshandeln)의 개념정립에 관한 문제이다. 독일의 많은 문헌에서 협력적 행정작용, 비정형적 행정작용, 협상(Absprachen), 계약(Verträge) 등의 용어가 무분별하게 사용되고 있어 혼란을 야기시키고 있기 때문에 그 개념정립이 우선적으로 요구되어지고 있다.

3) 새로운 행정작용형태로서의 협력적 행정작용은 그 대상에 따라 법규대체적(normvertretendes) 협력작용과 법규집행적(normvollziehendes) 협력적 행정작용으로 구분되는바 본 논문에서는 후자인 법규집행적 협력적 행정작용을 그 연구대상으로 하고 있다. 법규대체적 협력적 행정작용의 대표적 형태로는 “자주규제형 협상”(Selbstbeschränkungsabkommen)을 들 수 있다.

2) 비정형적 행정작용과 관련하여 발생하는 법적 문제점에 대한 代案이 무엇인가 하는 점이다. 많은 연구조사 결과에 따르면 독일 환경행정 실무에서 비정형적 행정작용은 광범위하게 실행되고 있고, 대부분의 학자들 역시 그 존재가치에 대해 한정적으로 인정하고 있다. 하지만 비정형적 행정작용은 법치행정의 원칙과 근본적으로 배치되기 때문에, 행정의 능률성이라는 측면하에 무조건적으로 수용될 수 없는 것이다. 본 논문에서는 그 대안으로서 공법상 계약을 제시하고 있다. 공법상 계약이란 독일 연방행정절차법 제54조 이하에 규정된 정형적 행정작용이면서 동시에 협력적 행정작용이기 때문에 행정행위와 비정형적 행정작용의 단점을 모두 보완할 수 있는 유일한 행정작용이기 때문이다.

II. 협력적 행정작용의 개념과 범위

1. 협력적 행정작용의 개념

환경행정실무에서 행정행위를 보완하는 과정에서 일방적이 아닌 협력적인 행정작용의 필요성이 인정되고 실용화되고 있으나, 협력적 행정작용의 개념에 있어서는 아직 학문적으로 일원화되어 있지 않다. 일반적으로 협력적 행정작용은 일방적-고권적 행정작용인 행정행위에 대한 복합적인 반대개념으로 사용되고 있다. 여기서 협력(Kooperation)이라는 개념은 자율적인 양자적 합의도출, 컨센스 등의 의미를 갖는 것으로 환경법의 일반원칙인 협력의 원칙에 그 근원을 두고 있다⁴⁾. 즉 “환경보호는 국가의 일방적인 과제가 아니고 경제와 사회구성원의 총체적 참여와 협력 속에 이루어져야 한다”는 협력의 원칙에 그 뿌리를 두고 있다⁵⁾.

4) 환경법의 기본원칙으로는 협력의 원칙 외에도 사전배려의 원칙, 원인자 부담의 원칙 등을 들 수 있다. 이에 대한 국내문헌으로는 홍준형, 환경법, 1994, 44쪽 이하; 한귀현, 환경법의 기본원리, 1997참조.

5) BT-Drucks. 7/5684, Tz. 8.

한편 협력적 행정작용이라는 용어가 환경법 뿐만 아니고 행정법 전반에 걸쳐 일반적 통용될 수 있는 용어인지에 대해서는 의견이 일치되어 있지 않다. 협력의 원칙이라는 것이 아직 행정법상의 일반원칙으로 정착되어져 있지 않고 다만 환경법상의 하나의 원칙으로 인정되고 있는 현실에서는 협력적 행정작용이라는 용어를 행정법 전반에 걸쳐 통용시키는 것은 무리가 따르리라고 생각된다.

2. 협력적 행정작용의 범위-협상과의 관계

협력적 행정작용의 개념과 관련하여 일차적으로 떠오르는 문제점은 그 범위이다. 학설은 크게 협력적 행정작용과 비정형적 행정작용을 동일시하는 견해와 협력적 행정작용의 범위를 비정형적 행정작용뿐만 아니라 공법상 계약을 포함하는 넓은 의미로 파악하는 견해로 나누어진다.

(1) 협의설(비정형적 행정작용과 동일시하는 설)

1981년 처음으로 문제제기를 한 Bohne교수는⁶⁾ 협력적 행정작용을 비정형적 행정작용과 동일하게 보고 있는데, 여기서 비정형적 행정작용이란 행정집행의 절차와 결정에 있어서의 법적 효력이 아닌 사실적 효력만을 갖는 총체적 작용을 말한다. 그는 그 당시 연방이미시온방지법의 집행결함의 여러 형태들을 조사하는 과정에서 법률에 형식과 절차가 규정되어져 있는 정형적인 행정작용(formelles Verwaltungshandeln) 이외의 행정작용들이 사용되고 있음을 발견하고 이를 통칭하여 비정형적 행정작용(informelles Verwaltungshandeln)이라고 하였다. 즉 非定型的의 行政作用이란 법에 그 형식이나 절차가 정해져 있지 않은 行政作用을 말한다. Bohne교수는 그 당시 비정형적 행정작용이라는 용어만 사용하였고 협력적 행정작용이라는

6) Bohne, Der informale Rechtsstaat, 1981.

용어를 사용하지는 않았으나 그 이후 많은 학자들이⁷⁾ Bohne교수가 주창한 비정형적 행정작용을 협력적 행정작용과 동일시하며 양자를 혼용하여 사용하고 있다.

	정형적 행정작용	비정형적 행정작용
일방적·고권적 행정작용	행정행위	국가정보행위
협력적 행정작용	공법상 계약	협상

하지만 위의 도표⁸⁾에서 보는 바와 같이 비정형적 행정작용을 협력적 행정작용과 동일시하는 협의설은 타당치가 않다. 行政作用은 먼저 그것이 행정청의 權力的 單獨行爲인지 여부에 따라 一方的·高權的 行政作用(einseitighoheitliches Verwaltungsgshandeln)과 協力的 行政作用(kooperatives Verwaltungshandeln)으로 구분되는데 양자의 차이는 一方的·高權的 行政作用이 행정의 결정과 그 집행에 초점을 맞추는 것에 비해 協力的 行政作用은 우선적으로 당사자간의 합의도출을 그 목적으로 한다는 점이다. 즉 협력적 행정작용이란 일방적·고권적 행정작용에 대한 반대개념이고, 비정형적 행정작용이란 정형적 행정작용에 대한 반대개념으로 양자는 처음부터 그 궤를 달리하고 있으며 상호 동일개념이 아닌 것이다.

상위개념인 비정형적 행정작용은 다시금 개인의 협력여부에 따라 협력에 의한 비정형적 행정작용과 일방적인 비정형적 행정작용으로 구분되어진다. 일반적으로 비정형적 행정작용이라는 용어는 협력에 의한 비정형적 행정작용이라는 의미로 사용되고 있으며 “협상”(Absprachen)라는 용어도 대체되고 있다⁹⁾. 하지만 비정형적 행정작용이면서도 일방적인 행정작

7) Vgl. Lübbe-Wolff, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht—Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?, NuR 1989, 295ff.; Dose, Kooperatives Recht, Die Verwaltung 27 (1994), 91ff.; Kloepper, Umweltschutz zwischen Ordnungsrecht und Anreizpolitik: Konzeption, Ausgestaltung, Vollzug, ZAU 1996, 55ff., 200ff.

8) 이 도표는 Benz, Verhandlungen, Verträge und Absprachen in der öffentlichen Verwaltung, Die Verwaltung, Bd. 23(1990), 85에서 인용한 것이다.

용이 존재할 수 있는 바, 그 대표적인 것이 경고(Warnungen), 추천(Empfehlungen) 등의 국가정보행위(staatliche Informationsakte)이다¹⁰⁾.

(2) 광의설

이는 협력적 행정작용의 범위를 넓혀 비정형적 행정작용(협상)과 연방행정절차법 제54조 이하에 규정되어 있는 공법상 계약¹¹⁾까지 포함시키는 견해로¹²⁾, 계약이란 무릇 당사자들의 양자적 합의에 의해 이루어진다는 논거에 그 기초를 두고 있다. 협력적 행정작용의 핵심적 특성이 양 당사자간의 합의 도출이라는 것을 감안하여 볼 때 정형적 행정작용인 공법상 계약 역시 협력적 행정작용으로 포함시키는 것이 타당하다고 생각된다. 합의 없이 이루어지는 계약이란 그 개념상 있을 수 없기 때문이다. 따라서 公法上 契約은 協力的 行政作用이라는 점에서 非定型的 行政作用인 협상과 같으나 定型的 行政作用이라는 점에서 협상과 구분된다. 이러한 시각에서 보면 협

9) 독일의 많은 문헌에서 非定型的 行政作用이라는 용어 대신 協商(Absprache)이라는 용어를 公法上 契約과 대비시켜 사용하고 있다. Vel, *Burmeister*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), 190ff.; *Krebs*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), 248ff.; *Hill(Hrsg.)*, Verwaltungshandeln durch Verträge und Absprachen, 1990; *Kunig*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, DVBl. 1992, 1193ff.

10) 독일에서 경고(Warnungen)에 관한 문제는 관할 행정청이 특정 약품과 면직물에 대해 소비자보호 측면에서 언론에 공표·경고하면서 발생하였는데, 이는 실질적으로 사업자에게 행정행위 이상으로 재재효과가 있고 막대한 피해를 발생시키기 때문에 법률에 명문 근거(법률유보)가 있어야 한다고 한다. 이에 대한 자세한 논의는 *Böhm*, Information, Empfehlung und Warnung als Instrumente des Umweltrechts, JA 1997, 794ff. 참조.

11) 연방행정절차법상의 公法上 契約은 “公法上”이라는 용어사용에도 불구하고 여기서의 公法上은 오직 “行政法上”을 의미하며 기타의 다른 공법영역(국제법상의 國家간의 契約 또는 헌법상의 憲法機關간의 契約)을 뜻하지는 않는다. 따라서 이러한 용어의 혼란을 피하기 위해 公法上 契約을 아예 “行政法上 契約(Verwaltungsrechtlicher Vertrag)” 또는 “行政契約(Verwaltungsvertrag)”으로 칭하기도 한다. 독일의 대부분의 교과서들은 연방행정절차법상의 공법상 계약을 설명하면서 개념의 혼란을 피하기 위해 아예 그 제목을 公法上 契約이라 하지 않고 “行政法上 契約” 또는 “行政契約”으로 칭하고 있다.

12) 우리의 행정절차법은 공법상 계약을 규율대상에서 배제하고 있어 공법상 계약 역시 협상과 마찬가지로 비정형적 행정작용으로 보아야 할 것이다.

력적 행정작용은 비정형적 행정작용보다 광의의 개념이 되는 것이다. 즉, 모든 협력적 행정작용이 비정형적인 것은 아니지만, 비정형적 행정작용(협상)은 모두 협력적인 것이다.

3. 협상의 형태

비정형적인 행정작용인 협상의 경우 행정집행과 관련하여 크게 준비협상(vorbereitungsabsprachen)과 대체협상(Vermeidungs- bzw. Ersatzabsprachen) 형태로 나타난다. 준비협상이란 행정절차의 과정에서 행정처분을 준비하는 형태의 협상으로, 그 대표적인 것이 사전절충(Vorverhandlungen)이다. 이와 반대로 대체협상이란 행정처분 자체를 대신하거나 제지하는 협상으로 연방이미시온방지법 제17조의 추가명령(nachträgliche Anordnungen)에 갈음하여 행해지는 개선협상(Sanierungsabsprachen)이 그 대표적인 것이다.

Ⅲ. 시설물 허가단계에서의 협상

1. 연방이미시온방지법상의 시설물허가

(1) 허가대상 시설물

독일에 있어서 대부분의 산업시설물은 설치하고 가동하기에 앞서 관할 행정청에 연방이미시온방지법상의 허가를 받아야 한다. 연방이미시온방지법 제4조에 의하면 유해한 환경영향 또는 공중이나 인근주민에게 위험, 중대한 불이익 및 중대한 미혹을 야기하는 시설의 설치 및 운전(조업, 가동)에는 허가를 받아야 한다고 규정하고 있다. 어떤 시설물이 이미시온방지법상의 허가대상이 되는지에 관해서는 동법 4번째 시행령(4. BImSchV)인 “허가가 필요한 시설물에 관한 법규명령”에 자세히 규정되어 있다. 이에 따르면 허가를 받아야 할 시설물은 에너지, 석재, 철강, 화학, 목재, 폐기물

처리 등 산업시설물의 거의 전 분야를 포함하고 있다. 이러한 시설허가를 받을 경우 集中效果(Konzentrationswirkung)때문에 예외적인 경우¹³⁾를 제외하고는 기타의 다른 許可(예컨대 建築許可)를 받지 않아도 된다¹⁴⁾.

한편 이미시온방지법상의 허가를 받아야 할 경우는 신규시설물을 새로 설치하는 경우는 말할 것도 없고, 이미 허가 받은 기존시설물을 중대하게 변경하는 경우도 해당된다. 즉, 이미 허가를 받은 시설물이라 할지라도 주위의 환경에 유해하게 영향을 줄 수 있는 중대한 변경이 있을 경우 또 다시 허가를 받아야 하는 것이다. 실제로 독일의 연방이미시온방지법상의 허가에서 이러한 시설물의 중대한 변경으로 인한 허가가 차지하는 비율이 전체 허가의 약 70%정도를 차지하고 있다¹⁵⁾.

(2) 허가요건—기본의무준수

연방이미시온방지법상 허가를 함에 있어서 實體法的으로 가장 중요한 요건은 同法 제5조에서 규정하고 있는 사업자의 위험방지의무(Schutzpflicht), 사전배려의무(Vorsorgepflicht) 등의 基本義務(Grundpflichten)이다. 이러한 基本義務의 요건이 충족될 경우에만 산업시설물이 허가되는 것이기 때문이다. 물론 이 경우 사업자가 허가를 받았다고 해서 끝나는 것이 아니고 허가 후에도 이 기본의무를 지속적으로 준수해야 한다. 만일 허가를 받은 기존시설물이 이 기본의무를 제대로 이행하지 않으면 관할 행정청은 추가명령(nachträgliche Anordnungen) 또는 영업금지(Betriebsuntersagung)를 내릴 수 있다. 다시 말

13) 연방이미시온방지법 제13조에 따르면 집중효과에 계획확정, 광산법상의 사업계획의 인용, 원자력법상의 행정청의 결정, 수질관리법상의 허가 등은 포함되지 않는다.

14) 이러한 집중효과를 인정하는 이유는 사업자가 각종 허가신청을 분리하여 행정청에 개별적으로 제출할 경우 행정절차과정이 복잡해지고 소요시간이 많이 걸리기 때문이다. 즉 집중효과는 일종의 One-Stop 행정서비스인 셈이다. 집중효과에 대해서는 Fluck, Die Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung und ihre Grenzen, NVwZ 1992, 114ff.; Laubinger, Der Umfang der Konzentrationswirkung der Planfeststellung, VerwArch 77(1986), 77ff. 참조.

15) Vgl. Moomann, Die Änderung des BImSchG durch das Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren, UPR 1996, 413.

해 연방이미시온방지법 제5조의 기본의무는 허가를 받기 위한 一時的義務가 아니라 허가 후에도 지속적으로 준수해야 하는 繼續的義務(Dauerpflicht)인 것이다¹⁶⁾. 이런 점에서 사업자의 存續保障(Bestandschutz)은 크게 제한된다.

基本義務의 특징은 그 내용이 고정되어 있는 것이 아니라는 점이다. 위험방지의무가 전통적인 경찰법에서 발전된 기본의무인 것에 반하여 사전배려의무는 환경법의 특수성을 고려한 현대적 의미의 진보된 의무이다. 위험이 발생한 다음에 治療하기보다는 위험의 가능성이 존재할 경우 미리 예방한다는 취지로 성립된 사전배려의무는 특히 그 내용이 신축적이다. 즉 사전배려의무는 “기술수준(Stand der Technik)”에 비례해 그 내용이 정립되는 것으로¹⁷⁾ 사업자의 측면에서는 항상 시설물을 개선해야 한다는 부담을 가져다주는 의무이다.

(3) 허가절차의 형태

연방이미시온방지법은 허가절차에 대해 形式的許可節次(förmliches Genehmigungsverfahren)와 單純한許可節次(vereinfachtes Genehmigungsverfahren)로 양분하고 있다. 형식적 허가절차는 公共參與(Öffentlichkeitsbeteiligung)가 이루어지는 절차이고 단순한 허가절차는 公共參與가 필요치 않은 절차이다. 형식적 허가절차는 다시금 환경영향평가(Umweltverträglichkeitsprüfung)가 필요한 경우와 필요치 않은 경우로 나뉘어 진다. 따라서 연방이미시온방지법상의 허가절차는 ① 환경영향평가를 거쳐야 하는 형식적 허가절차, ② 공공참여만 전제되는 형식적 허가절차, ③공공참여가 배제되는 단순한 허가절차 등으로 나뉘어 진다¹⁸⁾. 다음에서는 환경영향평가를 거치지 않는 형식적 허가절차를 중심으로 하여

16) Feldhaus, BImSchR, § 5 BImSchG Anm. 2.

17) 그런 점에서 사전배려의무는 개입기준으로 상황에 종속되지 않는 수준(situationsunabhängiger Standard)을 설정하고 있다.

18) Jarass, Grundstrukturen des Gesetzes über Umweltverträglichkeitsprüfung, NuR 1991, 203.

그 허가절차과정을 살펴보기로 한다.

(4) 허가절차과정

연방이미시온방지법상의 허가는 신청(Antrag)에 기하여 행해지는 협력을 요하는 행정행위(mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt)이다. 따라서 정식허가절차는 사업자의 서면신청 그 순간부터 시작되는 것이다. 사업자는 서면 신청시 허가결정심사에 필요한 각종 도면, 설명서, 기타 서류를 첨부하여야 한다¹⁹⁾. 허가신청이 접수되면 행정청은 관련행정청에 의견개진을 요청하거나²⁰⁾ 전문가의 감정평가를 구하는 동시에 시설물 사업신청 접수사항을 관보에 공고하여야 한다. 보통 이렇게 사업공고가 남으로써 인근 주민들은 그때서야 본인들의 권익과 사업과의 관련성을 알아차리게 된다.

공고가 나면 모든 사람(jedermann)은 1달 동안 사업허가신청서와 관련 서류를 열람하고 복사할 수 있으며, 열람기간 종료 후 2주내로 시설물의 사업계획에 대해 서면으로 異議(Einwendung)를 제기할 수 있다. 異議를 제기하는 사람은 시설물의 사업계획으로 인해 자신의 權利와 利益이 침해당한다는 것을 증명할 필요는 없다. 즉 여기서 말하는 異議란 시설물의 사업계획을 저지하려고 하는 사실적 근거에 바탕을 둔 단순한 반대의사를 의미하는 것이다.²¹⁾

이의가 제기되면 이의를 제기한 사람과 시설물의 허가를 신청한 사람이 자리를 같이 하여 이의사항에 대해 서로 토론하는 討論會(Erörterungstermin)가 개최되어야 한다. 이러한 토론회는 허가행정청에 의해 주도되며²²⁾, 비공개를 원

19) 허가절차과정에 대해서는 연방이미시온방지법 제10조와 9번째 시행령인 “허가절차에 관한 법규 명령”에 상세히 규정되어 있다.

20) 관련 행정청이 1달 이내에 의견개진을 하지 않으면 이미시온방지법상의 허가신청이 관련 행정청이 관할하는 특별한 이익에 반하지 않고 따라서 의견을 개진할 의사가 없는 것으로 간주한다.

21) BVerwGE 60, 297 (300).

22) 이 점에 대해 Jarass교수는 토론회의 공정한 진행을 위해서는 토론회가 허가행정청에 의해 주도

칙으로 한다. 이러한 토론회를 개최하는 이유는 행정청의 차후의 결정에 대해 관련 當事자가 불복하고 行政審判 또는 行政訴訟으로 가는 것을 방지하기 위함이다. 다시 말해 행정청의 결정에 受容(Akzeptanz)을 높이기 위함이다. 이 모든 과정을 거친 후 행정청은 공정하게 판단하여 허가여부를 결정해야 한다.

2. 사전절충

1) 사전절충의 개념

사전절충(Vorverhandlungen)이란 허가신청 이전 단계에서 허가의 가능성 및 그 형식적, 실질적 요건에 관해 관할행정청과 사업계획자(Vorhabenträger)가 상호 접촉하여 협상하는 행위를 말한다. 사전절충의 대표적 특징은 법적 구속력 없다는 것이다. 사전절충이라는 용어와 관련하여 독일문헌에서 사전대화(Vorgespräche), 양해(Verständigung), 사전정화(Vorabkläungen)등의 용어가 사용되고 있는 바 이는 언어표현만 틀릴 뿐 사전절충과 동일한 개념이다.

2) 사전절충의 긍정적 기능

(1) 리스크방지

사업계획자에게 사전절충이 갖는 가장 큰 의미는 형식적 허가절차과정에서 발생할 수 있는 리스크를 극소화시킨다는 것이다²³⁾. 산업시설물의 경우 대부분 그 부지선정, 시설물 설치와 가동, 전문인력고용 등에 막대한 예산이 소모되는데 사업계획자가 허가신청 이전에 당해 시설물이 허가를 받을 수 있는지 여부와 그 구체적 기준을 스스로 판단하는 것이 거의 불가능하다. 따라서 사업계획자가 이에 대해 관련 행정청과 미리 접촉하여 협의

되어서는 안되고 독립적인 기관에 의해 주도되어야 한다고 주장한다. Vgl. Jarass, BlmSchG, § 10 Rn. 67.

23) Lübke-Wolff, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht—Rechtsgrundsatz oder Deckmantel des Vollzugsdefizits?, NuR 1989, 297.

하는 것은 너무나 당연한 일이다. 이러한 사전절차를 통해 사업계획자는 때로는 자신의 잘못된 법적 판단예측을 알아차려서 투자자체를 포기하기도 하며, 경우에 따라서는 사업계획을 수정하기도 한다.

(2) 허가절차의 촉진

사전절충이 갖는 또 다른 기능은 절차의 촉진(Beschleunigung)기능이다. 사업계획자의 입장에서 허가신청을 통해 시작되는 정식허가절차과정 이 최대한 빨리 진행되어 빠른 시일 안에 허가가 나오기를 기대하는 것은 당연하다. 하지만 지금까지 독일의 행정실무에서 허가절차의 기간은 그 기간이 아주 오래 소요되었으며, 특히 사안이 기술적으로 복잡한 경우 몇 년 씩 소요되는 경우도 허다하여, 사업계획자 측은 시설물허가의 지연으로 인한 경쟁력 상실의 경험을 여러 번 겪었었다²⁴⁾. 이런 연유로 대부분의 사업 계획자는 사업을 계획하는 단계에서 그 허가 여부와 기준을 미리 관련 행정청과 상의하고 합의함으로써, 그 이후의 형식적인 허가절차를 아주 신속히 진행시키려는 부수적 효과를 기대하고 있다²⁵⁾. 허가절차의 촉진화 문제는 특히 유럽연합(EU)의 탄생 이후 독일뿐만 아니라 전체 유럽 국가들에게 있어서 경쟁적 강화라는 측면에서 중요한 문제로 등장하였다. 이런 연유로 독일의 경우 1996년 연방행정절차법과 연방이미시온방지법을 개정하여 절차에 소요되는 시간을 줄이는데 총력을 기울이고 있다.

(3) 사안조사를 위한 정보획득기능 행정청의 입장에서 사전절충은 허가 절차에 있어서의 사안조사(Sachverhaltsermittlung)를 위해 큰 의미가 있다. 오늘날 기술이 고도화되고 전문화되면서, 특히 최첨단 기술을 담고 있

24) 이에 대해서는 *Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen*, 1994, S. 49f.

25) 절차의 촉진이라는 사전절충의 긍정적 측면에 대해 *Bauer*교수는 오히려 사전절충이 행정활동의 장애물이 된다고 부정적인 견해를 제시하고 있다. *Bauer, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, *VerwArch* 78 (1987), 256.

는 환경행정에서 관련 사업계획자의 도움 없이 행정청의 독단으로 그 사업 계획을 정확하게 판단한다는 것은 현실적으로 불가능하다²⁶⁾. 특히 연방이 미시은방지법이 신속한 과학기술에 대응하기 위한 방편으로 광범위한 불확정개념을 사용하고 있어 사업계획자의 정보제공 없이는 그 구체적인 법 해석을 내리기가 무척 어려운 실정이다. 따라서 사전절충과정에서의 사업 계획자로부터 획득한 정보는 결과적으로 불확정개념의 적용 및 행정청의 최종결정을 내리는데 결정적인 역할을 하게 되는 것이다.

3) 사전절충의 법적 문제점

사전절충의 문제점으로는 사전절충의 효력과 그로 인한 제3자의 참여가능성배제라는 측면에서 야기되는 법치주의 원칙의 제한에 그 초점에 맞추어지고 있다. 법치주의 원칙의 열매인 행정절차의 여러 원칙, 즉 행정의 투명성, 공정성 그리고 각 개인의 기본권보호 등의 원칙이 행정절차가 시작되기 전에 이미 사전절충되는 것으로 인해 큰 제한을 받게 되기 때문이다.

사전절충의 문제점은 사전절충의 법적 효력이 이율배반적인 성격을 갖는 데서 근본적으로 시발된다. 사전절충은 원래 정식 행정절차가 시작되기 전에 사업계획자와 관할행정청과의 사업에 대한 의사교환으로, 설령 구체적인 사안이 서로 합의되었다 하더라도 그것은 외부적 법률효력을 갖지 않는 것이 원칙이다. 즉 행정청에게는 항상 새로운 사실에 대한 사안조사의 의무가 주어져 있기 때문에(행정절차법 제24조), 궁극적으로 정식행정절차가 시작되어 최종결정이 있을 때까지 사전절충에 영향을 받지 않아야 한다. 하지만 사업계획자의 측에서는 전혀 그 생각이 다르다. 사전절충이 단순히 의견교환 정도로만 끝날 것이라면 굳이 많은 투자를 해가며 행정청과 줄다리기를 할 필요가 없기 때문이다. 사업계획자의 입장에서는 궁극적으

26) Vgl. Henneke, Informelles Verwaltungshandeln im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, NuR 1991, 272.

로 행정청의 최종결정에 사전절충에서의 합의사항을 최대한으로 많이 반영하겠다는 숨은 뜻이 담겨져 있는 것이다. 이처럼 사전절충은 형식적으로는 외부적 효력을 갖지 않는 단순한 사실적 효력을 갖는 것에 불과한 것이지만, 실질적으로 행정청이 사전절충의 영향력 아래에 놓일 수밖에 없는 이중성을 갖고 있는 점이 그 근본적 문제점이 되고 있다²⁷⁾.

사전절충이 단순한 사실적 효력이 아닌 실질적 외부적 법률효력을 갖는다는 문제점은 구체적으로 정식행정절차과정에서 그 진가가 발휘된다. 앞에서 본 바와 같이 시설물허가의 정식절차과정에서 행정청은 사업자의 관련 신청서류를 일반에게 열람하게 하고, 이에 대한 제3자의 이의신청을 받아야 하며, 이의사항에 대한 토론회를 열어 공정하게 판단하여 허가여부를 결정하여야 한다. 하지만 이러한 정식행정절차과정에서 사업계획자와 행정청이 사전 절충한 내용이 제3자의 이의가 있다해서 변경되거란 현실적으로 여간 어렵지가 않다. 이미 상당 부분을 투자한 사업계획자 측은 말할 것도 없고 행정청 역시 인적자원 및 시간의 부족으로 인하여 사전절충에서 합의한 내용과 다른 결정을 내린다는 것이 현실적으로 거의 불가능하기 때문이다. 그런 점에서 정식행정절차과정 후 발령되는 행정청의 결정은 새롭게 창설되는 것이 아니라 이미 결정된 것을 표현한 것에 불과한 것이 된다²⁸⁾. 결국 행정절차의 꽃이라고 할 수 있는 제3자의 참여가 형식적인 要式行爲로 전락될 위험이 아주 커지게 된다²⁹⁾. 물론 행정청의 입장에서는 사전절충이라는 것이 법률효력이 아닌 단순한 사실적 효력만을 가지며 사전절충의 내용에 문제가 있을 경우 이는 정식 허가절차과정에서 교정된다고 주장한다. 하지만 이러한 평가는 현실상황을 오도하고 있는 평가이다. 사전절충은 실질적으로 법률효력이 있는 것과 같아 행정청은 그에 구속되고 있으며, 제3자의 이의신청으로 사전절충의 내용이 교정된다는 것이 거

27) Jarass, BImSchG, § 10 Rn. 17.

28) Kloepfer, Umweltrecht, 1989, § 4 Rn. 268.

29) Vgl. Mayntz, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik, S. 318, 346.

의 불가능하다는 것이 여러 실태조사를 통하여 명백히 증명되고 있기 때문이다³⁰⁾.

한편 그러한 사전절충 그 자체는 형식적으로 법률효력이 아닌 사실적 효력만 있기 때문에 허가절차의 하자가 문제시되지 않는 한 사전절충 그 자체만으로는 사후 행정소송의 대상이 되지 않는다. 따라서 사전절충으로 인한 제3자 피해는 그 구제가 어렵게 된다.

4) 사전절충의 한계 및 보완책

따라서 능률성의 측면에서 커다란 장점이 있는 사전절충 그 자체를 부정할 수는 없지만, 그렇다고 사전절충을 무제한으로 인정할 수도 없으며 다음과 같은 한계와 보완책을 정해야 할 것이다.

(1) 사전절충의 내용적 한계

법치주의의 내용인 법률우위(Vorrang des Gesetzes)의 원칙은 연방이미시온방지법상의 허가절차과정에서도 당연히 적용된다. 허가절차란 궁극적으로 연방이미시온방지법이 갖는 실체적인 입법목적에 구체화시키는 하나의 과정이기 때문에, 어떤 식으로든지 환경보호, 인근주민보호 등의 실체적 보호의무가 소홀히 다루어져서는 아니 된다.

따라서 사전절충의 내용은 허가에 필요한 형식적 및 절차적 요건을 조인해주는 것으로 그쳐야지, 배출허용치과 같은 허가의 실체적 요건을 완화시켜 주는 내용을 포함해서는 아니 될 것이다³¹⁾. 사전절충의 내용이 실체적 허가요건에 적합하여야 한다는 점에서 행정청에 또 다른 직무의무가 주어지는 셈이다.

30) Vgl. *Bohne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, S. 53; *Hill/Weber*, Vollzugserfahrungen mit umweltrechtlichen Zulassungsverfahren in den neuen Ländern, 1996, S. 103; *von Wedemeyer*, Kooperation beim Vollzug des Umweltrechts, 1991, S. 67ff.

31) *Rengeling*, Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht, 1988, S. 150.

(2) 행정절차관계의 사전절충과정으로의 확대

사전절충이 갖는 실질적 외부적 효력의 문제점을 어떻게 해결할 것인가? 이 문제와 관련해 제시되는 대안으로 떠오르는 것이 행정절차관계의 확대 해석이다³²⁾. 행정절차의 근본적인 취지가 충분한 사안조사의 확보 및 제3자 보호라는 것을 감안하여 볼 때, 지금까지 공시적인 허가신청 이후에 제3자를 참여시키지 말고 아예 사전절충단계에서부터 제3자를 참여시키자는 것이다. 이 경우 제3자의 참여범위는 무한정으로 허용되어서는 아니 되고 연방이미시온방지법의 목적과 관련해 행정청이 재량으로 결정해야 할 것이다. 물론 이러한 주장이 실현되기 위해서는 「잠자고 있는 개를 굳이 깨울 필요가 없다」는 식의 행정편의주의적 사고가 먼저 극복되어야 할 것이다³³⁾.

한편 이러한 주장에 대해 반대의 소리 또한 크다³⁴⁾. 이에 따르면 사전절충에 행정절차를 확대 적용하여 제3자를 참여시킨다는 것은 사전절충이 갖는 비정형적 특성을 정형화시키는 결과를 초래하며 이는 결국 사전절충이 갖는 근본적인 의미와 배치한다고 한다. 결국 이렇게 되면 정형화된 사전절충에 앞서 또 다른 사전절충이 필요하게 되는 기현상이 발생할 것이라고 주장한다³⁵⁾.

이처럼 서로 대립되는 주장에 대한 올바른 판단은 국가와 국민의 관계를 어떻게 해석해야 하는지에 달려 있다. 전통적인 행정법이론은 국가와 국민

32) 행정절차법의 제 규정을 사전절충과정에서 확대 적용해야 한다고 주장하는 학자로는 Hoffmann - Riem, Selbstbindung oder Verwaltung, VVDStRL 40(1982), 220f., 224.; Bohne, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, VerwArch 75(1984), 352f.

33) 독일에서도 많은 행정관료들은 행정편의주의에 익숙해 있어 굳이 불필요한 일을 먼저 나서서 개선하려고 하지 않고 있다. 이에 대해서는 다음의 행정관료들과의 인터뷰내용 자료를 참조. von Wedemeyer, Kooperation beim Vollzug des Umweltrechts, 1991, S. 53f.

34) Vgl. Bauer, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, VerwArch 78(1987), 256ff.; Breuer, Verhandlungslösungen aus der Sicht des deutschen Umweltschutzes, in: Hoffmann - Riem/Schmidt - Almann(Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 1990, S. 242.

35) Vgl. Dreier, Informales Verwaltungshandeln, StWissStPrax 1993, 663.

의 관계를 최종적인 행정청의 결정에 초점을 맞추어 설명하려고 하였다. 그러나 80년대 이후 등장한 새로운 법관계설(Rechtsverhältnislehre)³⁶⁾은 최종적인 행정청의 결정 그 자체뿐만 아니라, 시간적으로 광범위하게 펼쳐져 있는 실체적, 절차적 효력요소들을 복합적으로 고려하고 있다. 즉 새로운 법관계설에 따르면 국민의 권리와 의무는 단순히 행정결정 그 순간에 한정 격리된 지위에서가 아니라, 상호 호환적인 효력범위 안에서 결정지어지는 것이라고 한다. 이러한 새로운 법관계설에 따르면 당연히 행정절차관계 역시 단순히 형식적인 행정절차과정뿐만 아니라 그 앞 단계에서도 적용된다고 보아야 할 것이다. 따라서 행정청은 사전절차단계에 제3자를 참여시켜야 한다.

IV. 시설물개선에 있어서의 협상

1. 연방이미시온방지법상의 시설물개선-추가명령

앞서 살펴 본바와 같이 연방이미시온방지법 제5조의 기본의무는 허가를 받기 위한 一時的 義務가 아니라 허가 후에도 지속적으로 준수해야 하는 繼續的 義務(Dauerpflicht)이다. 특히 위험이 발생한 다음에 治療하기 보다는 위험의 가능성이 존재할 경우 미리 예방한다는 취지로 성립된 사전배려의무는 특히 그 내용이 신축적이다. 즉 사전배려의무는 “技術水則(Stand der Technik)”에 비례해 그 내용이 정립되기 때문에, 사업자로 하여금 한번 시설물에 대한 허가를 받았다고 안심하고 있을 수 없게 만든다.

이런 이유로 관할행정청은 시설물에 대한 허가 이후 지속적인 사후 감독을 한다. 감독을 통하여 총량 또는 배출한계치 (Immissions- oder Emissionsgrenzwert)가 적정하게 규율되지 않았다거나, 새로운 정화기술

36) 법관계설을 최초로 제창한 이론가는 *Achterberg*이다. 그의 저서 *Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung*, 1982 참조.

이 발견되어 대중화되어 있다거나, 과거에 확인되지 않은 새로운 오염물질이 발견되었다거나 등의 사실이 밝혀지면³⁷⁾ 행정청의 그에 대한 개선조치(Sanierungsmaßnahmen)를 명한다.

이러한 시설물에 대한 개선조치는 보통 행정행위인 追加命令(nachträgliche Anordnungen)을 통해 내려지는데, 발동근거상황에 따라 자유재량으로 발동될 경우도 있고, 기속재량으로 발동될 경우도 있다. 단순한 사전배려의무의 위반인 경우에는 행정청은 자유재량을 가져, 개선조치를 위한 추가명령을 발동할 것인지 말것인지의 결정재량(Entschiebungsermessen)과 발동하기로 결정한 경우에 어떠한 방법과 수단을 동원할 것인지의 선택재량(Auswahlermessen)을 가지게 된다. 이에 반해 유해한 환경영향으로 인해 공중이나 이웃주민들이 충분히 보호되지 못하는 경우, 즉 위험방지의무의 위반인 경우 행정청은 원칙적으로 추가명령을 발동해야 한다(Soll-Vorschrift)³⁸⁾. 이 경우 행정청은 추가명령의 발동에 대해 구체적인 자세한 이유를 附記할 필요도 없다. 따라서 위험방지의무의 위반인 경우 행정청의 재량은 영으로 수축된다. 실제로 독일에서 대부분의 추가명령은 이러한 위험방지의무의 위반으로 인한 것이고, 아주 특수한 경우에 한해 자유재량의 행위가 나타날 뿐이다.

이처럼 연방이미시온방지법상의 기본의무를 강제키 위한 수단으로 쓰이고 있는 추가명령이 그렇다고 무한정으로 발동될 수는 없는 것이다. 사업자가 끊임없이 추가명령으로 인한 개선조치를 해야 한다는 것이 현실적으로 불가능하기 때문이다. 그리하여 연방이미시온방지법 제 17조 제2항은 추가명령의 발동한계를 “비례의 원칙(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)”을 명문으로 규정하고 있다³⁹⁾. 이에 의하면 추가명령은 추가명령에 의한 개선조치를 함으로써 드

37) 개선조치가 필요한 여러 상황이유에 대해서는 다음을 참조 Jarass, Reichweit des Bestandsschutzes industrieller Anlagen gegenüber umwelt-rechtlichen Maßnahmen, DVBl. 1986, 314f.

38) 연방이미시온방지법의 일반행정규칙인 TA-Luft Nr. 4.1.4에는 위험방지의무위반의 경우 추가명령은 “지체없이” 발동되어야 한다고 규정되어 있다.

39) 비례의 원칙에 대한 일반적 설명은 Wolff/Bachoff/Stober, Verwaltungsgesrecht I, 1994, § 30 Rn.

는 비용(Aufwand)과 추가명령이 추구했던 성과(Erfolg) 사이에 비례성이 없는 한 발동될 수 없다고 한다. 여기서 비용측면에서는 시설물의 감가상각의 정도, 잔여사용가능성의 정도, 생산조건 등이 고려되고⁴⁰⁾, 성과측면에서는 시설물에서 배출되는 오염의 종류, 양, 위험성 등이 기준치로 고려된다. 이처럼 비용과 성과의 양자를 비교형량하여 비례성의 여부를 판단하게 되는데, 통상 경제적 대체성(wirtschaftliche Vertretbarkeit)이 있다고 판단되면 비례성이 있는 것으로 보고 있다. 왜냐하면 1985년 연방이미시온방지법이 개정될 때까지 추가명령의 한계로 비례성의 원칙보다 더 엄격한 개념으로 경제적 대체성의 개념이 사용되었기 때문이다. 하지만 그 당시 경제적 대체성으로 판단되는 경우란 그렇게 쉽지 않았고 결과적 환경오염피해의 방지를 위한 추가명령의 발동이 제한되는 결과를 가져왔기 때문에, 법개정을 통하여 좀 더 완화된 비례성의 원칙이 도입되었던 것이다.

2. 추가명령을 대신하는 개선협상

1) 개선협상의 개념

개선협상(Sanierungsabsprachen)이란 행정청이 기존의 시설물에 대한 개선조치를 추가명령을 통해 발하지 않고 그 대신 동일한 내용을 사업자와 구두로 합의하는 것을 말하는 것으로 법적 구속력이 없는 비정형적 행정작용이다. 이러한 개선협상은 행정행위를 준비하는 과정에서 나타나는 사전절충과는 달리 행정행위인 추가명령을 대체하는 기능을 가지고 있다. 독일 환경실무에서 개선협상은 추가명령을 앞 설 정도로 빈번히 이용되지는 않으나 점점 수요가 증가되고 있다⁴¹⁾.

8 m.w.N.

40) BT-Drucks. 10/1862, S. 11.

41) 구 동독지역을 대상으로 최근에 조사한 자료로는 Hill/Weber, Vollzugserfahrungen mit umweltrechtlichen Zulassungsverfahren in den neuen Ländern, 1996.

2) 개선협상이 선호되는 이유

행정청이 기존 시설물에 대한 개선조치수단으로 추가명령을 엄연히 법률에 규정하고 있는데도 굳이 개선협상을 하는 이유는 무척 복합적이다. 우선 “기술수준”과 같은 불확정 개념의 해석에 있어 행정청이 완전히 자유롭지 못하기 때문이다. 행정청이 추가명령을 발하기 위해서 새로운 기술수준이 투입 가능하다는 것을 증명해야 하는데 실제로 투입가능 여부에 대한 경계가 불분명한 경우가 아주 많기 때문이다⁴²⁾.

또한 행정청의 추가명령 결정에 대해 행정심판과 행정소송이 광범위하게 보장되고, 법원의 최종판결이 날 때까지 추가명령의 효력이 정지되는 전통적 행정행위이론은 환경문제 해결에 큰 딜레마를 가져다주기 때문이다⁴³⁾. 일반적으로 소송이 수년간 진행되고, 소송의 승패에 관계없이 추가명령의 집행정지효력기간 동안 환경 오염물질은 계속 방출되고 환경상태는 계속 악화되기 때문이다. 결국 환경보호라는 공익과 사익 모두 피해를 보게 되는 셈이다. 따라서 행정청의 입장에서는 행정행위인 추가명령이 그러한 소송으로 전개되는 것을 꺼리는 것이 너무나 당연하다. 행정청은 오히려 양쪽 당사자 모두를 충족시킬 수 있는 내용을 담으면서도, 사업자가 순순히 受容(Akzeptanz)하는 평화적인 방법을 모색할 것이다⁴⁴⁾.

마지막으로 영업세를 주채원으로 하고 있는 지방자치단체가 스스로 환경오염물질의 방출에 대한 엄격한 법집행을 실업자증가와 관련해 망설이

42) Mayntz, Vollzugsproblem der Umweltpolitik, 1978, S. 410; Felthaus, Entwicklung und Rechtsnatur von Umweltstandards, UPR 1982, 138.

43) 행정소송법 제80조에 규정된 소송의 집행정지효력(aufschiebende Wirkung)은 최종판결시까지 인정되었으나, 그 피해의 심각성이 너무 커 1997년 그 내용이 대폭적으로 개정되었다. 새로운 규정에 따르면 투자와 일자리조달을 위한 행정행위에 대한 소송의 경우 집행정지효력이 인정되지 않으며(제80조 제2항 3번), 일반적인 취소소송의 경우에는 제1심 종결 후 항소체제기간 만료 후 3개월까지만 집행정지효력이 인정된다(제80b조). 이러한 새로운 내용은 기존의 독일 행정법의 대폭적인 전환을 의미하는 것으로 그 헌법적합성 여부가 논의되고 있다.

44) 사업자의 입장에서 일방적-고권적 행정작용인 추가명령보다는 대등한 당사자로 서로 의견을 교환할 수 있는 협상에 대해 공평함을 더 느끼며 따라서 그 受容(Akzeptanz)정도가 커진다는 것이다. 受容의 중요성에 대해서는 Benz, Kooperative Verwaltung, 1994, S. 61.

고 있다는 점이다. 엄격한 범집행을 통해 추가명령을 발동할 경우 때로는 영업자체의 존립이 흔들려 시설물이 폐쇄되고 실업자를 양산되는 경우도 발생하게 되는데, 그러한 결과를 지방자치단체가 현실적으로 무시할 수 없다는 점이다. 즉 지방자치단체가 경제(Ökonomie)와 환경(Ökologie)이라는 두 가지 목적 사이에서 갈등하고⁴⁵⁾ 많은 경우에 경제의 편에 설 수밖에 없는 현실적 이유에서 추가명령이 자제된다는 것이다.

3) 개선협상의 형태

독일 환경실무에서 개선협상은 아주 다양한 형태로 등장하고 있는바, 시설물의 연계여부에 따라 ① 개선조치를 받아야 할 기존 시설물에 대한 일반형 개선협상, ② 개선조치를 받아야 할 기존시설물과 신규허가가 필요한 시설물을 연계하는 연결형 개선협상(Koppelungsabsprachen), ③ 개선조치를 받아야 하는 서로 다른 기존시설물 사이의 배출량 거래를 허락하는 상계형 개선협상(Kompensationsabsprachen) 등으로 크게 나뉘어진다.

연방이미시온방지법상의 시설물의 허가는 그 시설물의 허가요건 충족여부에 달려 있는 것이기 때문에 기존의 다른 시설물과 연계시켜 허가여부를 결정하는 것은 허용되지 않는다. 따라서 기존시설물의 개선을 독려하기 위해 빈번히 사용되고 있는 연결형 개선협상은 원칙적으로 허용되지 않는다(부당결부금지, Koppelungsverbot). 또한 배출량의 거래를 허락하는 상계(kompensation)는 1990년 연방이미시온방지법 제3차 개정에서 명문화되었기 때문에 더 이상 비정형적 행정작용의 형태로 볼 수 없게 되었다. 따라서 추가명령과 관련된 비정형적 행정작용으로는 다른 시설물과의 연관성이 없는 일반형 개선협상만이 합법적인 것이며 고려될 수 있는 것이다.

사업자에게 일방적인 추가명령을 발하는 것 대신 협상으로 대체하기 위해서는 그를 먼저 협상태이블로 끌어 와야 하는데, 이를 위해 행정청은 사

45) Martens, Immissionsschutzrecht und Polizeirecht, DVBl. 1981, 598.

업자에게 이득이 될 수 있는 어떠한 수익적 조건을 제시하는 것이 보통이다. 일반형 개선협상에서 행정청은 주로 개선조치의 “기한”을 조건으로 삼아 사업자와 협상을 벌인다. 사업자가 일정한 기한 내에 개선조치를 취할 것을 약속할 경우, 행정청이 그 일정한 기간동안 시설물의 위법한 상태를 受忍(Duldung)해 준다는 것이다⁴⁶⁾. 물론 이러한 소극적인 受忍은 추가명령을 발동해야 할 조건이 모두 구비되어 있으나 의도적으로 추가명령을 발동하지 않는 적극적인 受忍과 구별된다⁴⁷⁾.

이러한 기한의 적법성여부에 대해서는 찬반 양론으로 나뉘어져 있으나, 목적적합적이고 비례성을 지닌 범위 내에서 이러한 개선조치의 시간적 유예는 허용된다고 보아야 할 것이다. 개선조치의 목적이 가시적인 시간 안에 달성된다는 것이 확실한 한 어느 정도의 단기적인 유예는 허용될 수 있기 때문이다.

4) 개선협상의 문제점

비정형적인 개선협상은 추가명령이 갖지 못하는 유연성(Flexibilität)을 갖고 있다는 장점이 있으나 법적 구속력이 없다는 점에서 그 실효성에 커다란 문제점을 안고 있다. 대부분 구두로 체결되는 개선협상은 사실적 효력만 있지 법적 구속력이 없기 때문에 사업자가 협상내용을 불이행할 경우 특별한 강제집행방법이 없다. 사업자가 협상내용을 이행하지 않아도 법적 의무위반이 되지 않기 때문이다⁴⁸⁾. 행정청은 개선협상이 없었던 원점으로 돌아가 사업자에게 추가명령을 발할 수 있을 뿐이다. 따라서 극단적인 경우 사업자는 시간을 벌기 위해 행정청과 惡用性 개선협상을 체결할 수도

46) *Breuer*, Verwaltungsrechtlicher und strafrechtlicher Umweltschutz, JZ 1994, 1085; *Heider*, Die Bedeutung der behördlichen Duldung im Umweltrecht, NuR 1995, 336.

47) 대부분의 학자들은 적극적인 수인에 대해 부정하고 있다. 이에 대해서는 *Fleck*, Die Duldung des unerlaubten Betriebes genehmigungsgedürftiger Anlagen, NuR 1990, 198 참조.

48) *Burmeister*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, WVDStRL 52 (1993), S. 236f.; *Kunig*, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, DVBl. 1992, 1197.

있다.

실제로 독일의 DLW회사와 Stuttgart시는 DLW회사의 난방장치에서 발생하는 황산화물과 질소산화물을 대기기술지침(TA-Luft) 수준으로 줄이기로 서로 합의하였으나, 개선협상 후 DLW회사가 약속을 실행하지 않는 바람에 Stuttgart시가 다시 추가명령을 발해야만 했다⁴⁹⁾. 물론 그 사이에 피해를 본 것은 오염방출로 인한 인근주민과 대기 그 자체였다. 이처럼 개선협상을 사업자가 이행치 않을 경우, 개선협상을 통해 추구하였던 신속한 환경보호라는 행정청의 목적은 물거품이 되고 결국 행정인력손실만 입게 된다. 물론 행정의 능률성이라는 면 역시 더 이상 존재하지 않는다.

5) 개선협상의 대안으로서의 개선계약

개선협상은 앞에서 본 바와 같이 많은 장점을 지니고 있지만, 법적 구속력이 없다는 점에서 효과적인 법치국가의 제도로 정착하기에 많은 어려움이 있다. 따라서 행정청은 추가명령에 갈음하는 협력적 행정작용을 할 경우, 가능한 한 개선협상 대신 법적 구속력이 있는 개선계약(Sanierungsverträge)으로 체결하여야 한다. 필수 부득이 개선협상으로 체결해야 할 경우에는, 구두로 체결하지 말고 서면 작성하여 그 이행의 강제성을 확보하여야 할 것이다.

이처럼 행정행위의 대체물로서 비정형적인 행정작용인 개선협상 대신 공법상 계약을 제시하는 이유는 公法上 契約⁵⁰⁾이 행정절차법 제 54조 이하에 규정된 정형적 행정작용이면서도 行政行爲와는 달리 개별적이고 구체적인 사건에 신축, 탄력적으로 적용가능하여 양 당사자 모두에게 법적 만족감을 줄 수 있기 때문이다⁵¹⁾. 다시 말해 行政行爲는 그 성질상 “全部 아

49) 이에 대해서는 *Bulling, Kooperatives Verwaltungshandeln in der Verwaltungspraxis*, DÖV 1989, 283ff.에 자세히 소개되어 있다.

50) 契約內容을 기준으로 하여 公法上 契約를 구분할 경우 수많은 종류가 있을 것이나, 和解契約과 交換契約이 실질적으로 가장 많이 사용되는 유형이기 때문에 연방행정절차법은 이에 대해 특별 규정을 두고 있다(제55-56조). 독일 행정절차법상의 공법상 계약에 대해서는 송동수, 단국대학교 법학논총 20 (1994), 229쪽 이하 참조.

니면 無”의 극단적 방법을 취하고 있어 중간적 조화점을 도출하기 어려우나 公法上 契約은 그 신속, 탄력성으로 인해 많은 경우에 적절한 해결책이 될 수 있기 때문이다⁵²⁾. 또한 공법상 계약인 개선계약의 경우 개선협상이 안고 있는 불이행으로 인한 악용가능성이 원천적으로 배제되기 때문에 그 실효성에 있어서도 의문이 없다.

V. 결론

환경법이 가지고 있는 역동성, 복잡성, 과학기술성 등의 특성으로 인해, 전통적인 일방적 행정작용인 행정행위는 환경보호라는 현대국가의 숙명적 과제를 수행하는데 적절치 않은 경우가 있다. 특히 환경보호라는 국가의 목적이 국가의 일방적인 노력에 의해 성취될 수 없고, 사회와 국민의 협조 아래에서 가능하다는 점을 고려할 때, 행정행위만이 유일한 환경행정작용이라는 주장은 설득력이 없어진다. 최소한 환경법의 영역에서만큼은 협력적 행정작용의 존재를 인정하여야 할 것이다. 문제는 협력적 행정작용의 실용성이 인정된다 하더라도 그로 인해 야기되는 법률적 문제점을 어떻게 최소화시킬 것인가에 모아진다.

협력적 행정작용의 일종인 협상은 때로는 행정행위를 준비하는 단계에서 나타나기도 하며, 때로는 행정행위 그 자체를 대체하기도 하는데, 이 모든 경우에 협상내용은 법 우위의 원칙에 엄격히 적용되어야 할 것이다. 또한 불이행으로 인한 문제점을 극복하기 위해서는 법적 구속력이 없는 협상보다는 공법상 계약으로 대체하는 것이 타당할 것이다.

51) Vgl. Krebs, Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52(1993). 252.

52) Bartscher, Der Verwaltungsvertrag in der Behördenpraxis, 1997, S. 298f.