

# 公共葛藤과 行政法學\*

## － 保障國家에서의 갈등해결형 행정법 序說 －

김 현 준\*\*

### 목 차

- I. 머리말
- II. 행정상 법률관계의 변화 : 새로운 國家像으로서 保障國家
  - 1. 국가역할의 변화
  - 2. 행정상 법률관계에서 私人의 위상변화
  - 3. 보장국가에서의 행정법학
- III. 갈등해결형 행정작용법
  - 1. 공법상 계약
  - 2. 비공식 행정작용
  - 3. 협상
  - 4. 조정
  - 5. 행정계획
  - 6. 행정절차법
- IV. 갈등해결형 행정조직법
  - 1. 갈등해결형 행정조직법 관계
  - 2. 행정조직법과 관련한 새로운 논의
- V. 갈등해결형 행정구제법
  - 1. 서
  - 2. 행정쟁송에서의 조정
  - 3. ombudsman 제도
  - 4. 행정소송에서 사법접근성 보장
- VI. 맺음말

\* 이 논문은 2006년도 정부재원(교육인적자원부 학술연구조성사업비)으로 한국학술진흥재단의 지원을 받아 연구되었음 (KRF-2006-332-B00490)

\*\* 영남대 법학전문대학원 교수

## I. 머리말

사회현실의 변화속도가 전례 없이 빠른 시대를 살고 있다.

해석론에 큰 비중을 두고 있는 전통적인 법학에서 이러한 신속한 변화에 적시에 대응하는게 그리 쉬운 일은 아니겠지만, 감당해야 할 과제인 것만은 분명하다. 행정의 조직, 작용, 구제에 관한 법인 행정법에서도 마찬가지이다. 국가의 역할이 변화하고 있고, 국가 등 행정주체에 대응하는 사인의 위상이 변화하고 있다. 이러한 달라진 여건을 인식하지 못하고 종래의 행정상 법률관계, 행정작용, 행정조직, 행정구제를 고집한다면 어떤 결과가 나타날까?

바로 葛藤이다. 葛(葛)과 등나무(藤)가 서로 복잡하게 뒤얽혀 있다는 의미의 葛藤은 일이나 인간관계에서 복잡하게 뒤얽혀 풀기 어려운 상태나, 인간 내면의 상충되는 생각 때문에 고민하는 심리적 상태를 말한다. 서양어의 갈등을 나타내는 conflict는 라틴어 conflictus의 과거분사 형인 comfligere에서 유래된 com(together)+fligere(to strike)라는 의미로서, 서로 때리거나 부딪치는 상황을 형상화한 말이다.<sup>1)</sup> 행정상 법률관계의 양당사자인 행정주체와 그 상대방간에도 서로 때리거나 부딪치는 상황이 발생하고 있는 것이다. 충돌상황이 때로는 서로 복잡하게 뒤얽혀 풀기 어려운 상태로 되어 엄청난 국가적 손실을 초래하기도 하는 것이 최근 우리나라에서 공공갈등현실이 되었다.

‘공공기관의 갈등 예방과 해결에 관한 규정’<sup>2)</sup> 제2조1호에서는, 葛藤이란 법령의 제정·개정, 각종 사업계획의 수립·추진을 포함하는 공공정책을 수립하거나 추진하는 과정에서 발생하는 이해관계의 충돌이라고 규정한다. 이러한 갈등을 ‘公共葛藤’이라고 정의할 수 있다.

공공갈등의 문제는 다양한 학문영역에서 그 해결방안을 논할 수 있지만, 무엇보다 행정상 법률관계를 다루는 법인 행정법학이 다루어야 한다. 역설적으로

1) 지속가능발전위원회 편, 『공공갈등관리의 이론과 기법(상)』, 2005, 72쪽 이하.

2) 2007.2.12. 대통령령 제19886호로 제정된 ‘공공기관의 갈등 예방과 해결에 관한 규정’의 주요내용은 갈등영향분석제도, 갈등조정협의회의 구성·운영, 갈등관리연구기관 지정·운영 등을 내용으로 하고 있다. 노무현 정부 당시 대통령자문 지속가능발전위원회에서 갈등해결에 관한 분과가 만들어져, 2005년 5월 정부가 ‘공공기관의 갈등관리에 관한 법률(안)’을 국회에 제출한 바가 있지만, 국회에서 통과되진 못했다. 결국 대통령령의 형태로 동 규정이 만들어졌는데, ‘공공기관의 갈등관리에 관한 법률(안)’과 거의 같은 내용을 가지고 있다.

행정상 법률관계 당사자간의 갈등이 그 해결책을 찾지 못하고 있다면, 이는 행정법학이 제 역할을 못하고 있는 셈이다.

‘갈등해결형 행정법’은 변하고 있는 행정상 법률관계의 현상을 행정법학이 미처 따라가지 못하고 있지 않는가 하는 문제의식에서 출발한다. 그 이론적 기초로서 새로운 국가의 역할에 역점을 둔 이른바 ‘보장국가의 법리’를 주목하며, 보장국가에서 재정립된 행정주체 및 사인의 역할과 조화를 이루는 방법을 행정법학의 틀에서 찾고자 한다.

행정상 법률관계 전반에 걸쳐 공공갈등이 발생할 수 있어 공공갈등해결을 위한 행정법인 갈등해결형 행정법은 행정법학 전반에 걸친 방대한 영역이 될 것이다. 그 가운데 서설적 검토인 이 글에서는 갈등해결형 행정법의 전체 체계와 방향제시를 목적으로 공공갈등과 관련된 행정법학의 주요 쟁점을 조망한다는데 그 목적을 두고 있다.

## II. 행정상 법률관계의 변화 : 새로운 國家像으로서 保障國家

### 1. 국가역할의 변화 - 지식정보사회와 保障國家

오늘날 사회를 ‘정보사회’, ‘지식사회’, ‘지식정보사회’(knowledge-information society)<sup>3)</sup>로 부르고 있다. 디지털방식으로 이루어지는 웹사이트 등 각종 정보매체는 새로운 정보경제(Informationsökonomie)를 출현시켰고, 컴퓨터산업 등에서와 같은 지식에 집중투자하는 지식경제(Wissensökonomie), 이들을 종합적으로 연결한 네트워크망을 중심으로 하는 네트워크경제(Netzwerkökonomie) 등이 등장하고 있다.

이와 같은 글로벌한 성격을 가지는 지식정보사회로의 이행이라는 환경변화에서 국가의 모습(Staatlichkeit)의 변화도 살펴볼 수 있다. 그 가운데 특히 주목이 되는 것은 최근 다수의 독일문헌에서 등장하고 있는 ‘보장국가’(Gewährleistungsstaat)

3) 김민호·김정준, “지식정보사회에서 행정법학의 새로운 패러다임 모색”, 『공법학연구』 제8권3호, 2007, 443쪽 이하. 동 문헌에서는 지식정보사회에서 행정법학의 기본이념으로서 ① 사회적 형평성 추구, ② 민주적 절차 중시, ③ 고객지향적 행정, ④ 효율성과 책임성 제고, ⑤ 조정·통합 및 협력 증대를 들고 있다.

라는 國家像이다.<sup>4)</sup> ‘제어국가’, ‘규제국가’ 등의 용어를 함께 쓰기도 하지만, 이제 는 어느 정도 정착된 용어로 ‘보장국가’를 쓰고 있는 것으로 보인다.

생존배려(Daseinsvorsorge)에 대한 개혁차원에서 이야기되는 보장국가는<sup>5)</sup> 대체로 종래와는 다른 ‘작은 국가’를 지향하고 있다. 그러나, 작은 국가라고 하더라도 私經濟에 대한 국가의 간섭은 국가의 법적 수단의 다양성에서 볼 수 있는 바와 같이 오히려 더 증대되었음을 주시할 필요가 있다. 즉, 작은 국가라고 해서 국가의 법적 책임(juristische Verantwortung)이 없어지는 것이 아니라, 새로운 형태로 될 뿐이다. 종래 급부국가적 이행책임(leistungsstaatliche Erfüllungsverantwortung)이 새로운 형태의 보장책임(Gewährleistungsverantwortung)으로 전환된다. 이 보장책임을 制御責任(Steuerungsverantwortung), 기반시설책임(Infrastrukturverantwortung), ‘국가와 시장간의 책임분리(Verantwortungsteilung)’라고도 부른다.<sup>6)</sup> 보장책임을 기초로 파악한 국가가 바로 보장국가이다. 보장국가에서는 국가가 스스로 모든 일을 행하는 것이 아니라, 보다 슬기롭고 섬세하게 사인이 이행할 수 있도록(ermöglicht) 해야 한다.<sup>7)</sup> 그 대표적인 예로 우편·통신사무의 자유화과정을 들 수 있다. 가령 비교적 최근에 개정된 독일 기본법 제87f조<sup>8)</sup>에서 이러한 보장국

4) 다수의 문헌 가운데 이 논문에서 주로 참조한 문헌만 들자면, Schuppert, “Der Gewährleistungsstaat - modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit”, in: Schuppert(Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat - Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, Nomos, 2005; Schoch, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?”, *NVwZ* 2008, 241 ff.; Vesting, “Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat”, in: Hoffmann-Riem Schmidt-Aßmann(Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 101(113 f); Waechter, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, Mohr Siebeck, 2008; Baer, *Der Bürger im Verwaltungsrecht*, 2005, S. 93 ff.; Franzius, “Der Gewährleistungsstaat” ([www.claudio-franzius.de/FranzC/texts/gewaehrleistungsstaat.pdf](http://www.claudio-franzius.de/FranzC/texts/gewaehrleistungsstaat.pdf) 2009. 5.28. 방문).

5) Knauff, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, 2004.

6) Vesting, a.a.O., S. 101(113 f).

7) Franzius, a.a.O., S. 1 f.

8) 독일 기본법 제87f조(郵便행정과 電信행정) : ① 연방참사원의 동의를 요하는 연방법률의 내용에 따라 연방은 우편과 전신의 영역에서 전국적으로 제공되는 적당하고도 충분한 업무수행을 보장한다. ② 제1항의 의미에서의 업무수행은 독일연방우편의 특별재산으로부터 出捐된 기업에 의해, 그리고 다른 私의 희망자에 의해 사경제활동으로서 수행된다. 우편과 전신의 영역에서의 고권적 임무는 연방고유행정으로 수행된다. ③ 제2항 제2문과는 상관없이 연방은 연방직속의 공법상 영조물의 법적 형태로 독일 연방우편의 특별재산으로부터 출연된 기업과 관련한 임무를 연방법률의 내용에 따라 수행한다(콘라드 헷세/게회열 역, 『독일헌법원론』, 박영사, 2001, 524쪽에서의 번

가의 모습을 찾아 볼 수 있다. 동법 제87f조1항에 따르면 연방은 우편·통신영역에서 적정하고도 충분한(abgemessen und ausreichend) 서비스를 ‘측면에서’ 보장해야 한다. 또한 동법 제87f조2항에 의하여 과거 국가가 운영했던 우편·통신사무를 사인이 운영하게 된다. 운영은 사인이 하게 되지만, 시장구조에 대한 법적 틀을 만들 의무는 국가에게 있다.<sup>9)</sup>

보장국가는 누구라도 자기에게 유리한 이익을 향유하고, 동등한 자격으로 공동체에 참여할 수 있도록 보장해야 한다. 이를 위한 급부를 국가 스스로 창출하고 분배하는 것이 아니라, 사인에게 맡길 수도 있다. 여기서 保障이란 국가가 일종의 支給保證(Ausfallbürgschaft)을 하는 것이다. 사인이 그에게 주어진 공적 임무를 잘 수행할 수 있도록 보살펴주는 것이다. 만일 사인이 이러한 임무를 제대로 수행하지 못할 경우에는 국가는 사인에게 영향력을 행사해서라도 임무가 제대로 수행될 수 있도록 해야 한다. 이러한 영향력으로도 제대로 임무수행이 이루어지지 않는다면, 사인에게 위탁된 임무가 다시 국가의 임무로 되돌아 올 수도 있다(이른바 脫민간화, Entprivatisierung).<sup>10)</sup>

보장국가에서의 국가의 임무와 민영화된 사인의 임무를 구분하여 정리하면 다음과 같다.

#### <표 1> 임무유형과 책임영역<sup>11)</sup>

	保障責任	執行責任	財政責任
국가의 핵심임무	국가의 책임		
국가의 보장임무	국가의 책임	국가 또는 사인의 책임	
사인의 핵심임무	사인의 책임		

보장국가는 다음과 같은 점에서 복지국가 및 신자유주의를 바탕으로 한 ‘날씬한 국가’ 내지 ‘작은 국가’와도 구분된다.<sup>12)</sup>

역문 참조).

9) Vgl. BVerfGE 108, 370(392 f.).

10) Waechter, a.a.O., S. 278.

11) Schuppert, a.a.O., S. 39.

12) Vgl. Schuppert, a.a.O., S. 23 ff.

첫째, 국가영역, 사적 영역, 제3영역간의 변화된 역할분배에서 구분된다. 종래 생산하는 국가(Produzierender Staat)에서와 다른 새로운 역할을 보장국가에서 담당한다. 생산하는 국가는 ‘계획 및 공공서비스의 실시·통제의 독점’을 했지만, 보장국가는 계획가(Planer), 주도자(Initiator), 조율자(Koordinator), 기반시설조성자(Infrastruktur-Bereisteller), 브로커(Makler), 동기부여자(Motivator), 민주적인 유도자(demokratischer Steuerer) 등으로서의 역할을 하게 된다. 이러한 점에서 생존배려에 기초한 복지국가와 구분된다.

둘째, 국가임무에 대한 새로운 이해에서 구분할 수 있다. 보장국가에서는 국가나 행정의 임무 그 자체가 변하는 것이 아니라, 임무를 어떻게 이해할 것인가에 대한 인식이 변한다. 즉, 임무수행방법이 변한다. 국가임무를 종래에는 행정청이나 그 소속 공무원이 직접수행하는 형태였다면, 보장국가에서는 기본적으로 사인이 행하도록 하면서, 국가는 이를 활성화(aktivieren) 내지 보장함으로써 공공복리친화적인 임무수행이 이루어지도록 하는 것이다. 따라서 국가가 종래의 활동영역을 축소하는 것이 아니라, 대강설정자(Rahmensetzer) 또는 규제자(Regulierer)의 역할을 하게 된다.<sup>13)</sup> 따라서, 작은 국가 내지 최소국가(Minimal Staat)와도 차이가 있다.

국가 등 행정주체와 행정상대방인 사인간에 발생하는 갈등으로서 공공갈등은 이처럼 변한 국가의 모습을 잘못 인식할 때 생겨날 수 있다. 이러한 흐름을 읽지 못하고 행정주체가 종래의 사고에서만 머물고 있다면, 또는 글로벌한 성격을 가진 신자유주의의 거센 물결가운데 강조되고 있는 ‘작은 정부, 큰 시장’의 논리에서 이른바 ‘미약한 협상국가’, ‘날썩한 국가’에만 편중되어 있다면 어떻게 될 것인가? 오늘날 사인의 위상은 행정주체가 생각하고 있는 그것과 이미 달라져 있다면 어떠한 상황이 나타날 것인가? 이것이 바로 공공갈등을 낳고 있는 않을까?

초점을 국가에서 私人으로 돌려보자.

13) Schuppert, a.a.O., S. 15 ff.

## 2. 행정상 법률관계에서 ‘私人’의 위상변화

이상과 같은 배경에서, 시대에 따라 변모하는 국가 및 이에 대응하는 사인의 像을 분류하고 있는 Baer 교수의 분석은 흥미롭다.<sup>14)</sup> 동 교수는 변천하는 국가상에 따라 정립된 사인의 모습을 다음과 같이 나누어 설명하고 있다.

첫째, 官憲國家(Obrigkeitsstaat)의 경우이다. 리바이어턴으로 상징되는 이 당시의 국가는 수직적 패러다임으로 특징지어졌다. 이러한 관헌국가에 대한 사인의 모습은 臣民(Untertan)의 수준이었다.

둘째, 자유국가이다. 이러한 국가와 대응하는 私人은 부르조아계급인 市民으로 나타난다.

셋째, 급부국가(Leistungsstaat) 내지 복지국가(Wohlfahrtsstaat)의 경우이다. 사회국가(Sozialstaat)가 동의어로 쓰이기도 한다. 여기서의 사인은 ‘약한 급부수령자’(schwache Leistungsempfänger)인 소비자(Konsumenten)로서의 위상을 가지고 있다.

넷째, ‘약한 협상국가’(schwache Verhandlungsstaat)이다. 여기서 사인은 여전히 약한 존재이지만, 그렇다고 국가가 일방적으로 법을 집행하는 관계에 있는 것은 아니다. 그리고 국가와 대응하는 사인은 상대적으로 강한 사인, 주로 경제계가 된다.

다섯째, ‘날씬한 국가’(schlanker Staat)이다. 이 국가상은 많은 영역에서 종래 그의 임무를 내어놓고, 민영화한다. 즉 과거 국가가 수행했던 임무를 사적 영역에 맡기게 된다. 이른바 신자유주의가 지배하는 사회이다. 여기서 국가와 대응하는 사인은 경제인(Wirtschaftsbürger)이다. 주로 이 경제인과 협상을 하게 되고, 경제인들에게 공적 임무를 맡긴다. 경제인으로서의 사인은 국가의 도움이 없이도 이러한 종래의 국가임무를 수행한다. ‘작은 정부, 큰 시장’이라는 말은 여기에서 특히 의미를 가진다.

마지막으로 드는 것이 바로 보장국가이다. 이러한 국가상은 종래의 국가작용에 대한 고정관념을 깨트리고 있다. 보장국가 역시 날씬하게 공적 서비스를 행한다. 그러나 날씬한 데에서 그치는 것이 아니다. 활성화시키고(aktivierend), 가능하게 하는(ermöglichend) 국가이다. 보장국가에 대한 사인의 모습은 顧客

14) Baer, a.a.O., S. 93 ff.

이다. 수동적인 고객이 아니라 행위자(Akteure)의 역할까지 겸하는 고객이다.

### <표 2> 변천하는 국가와 사인의 모습

국가	私人
① 관현국가	臣民
② 자유국가	市民(bourgeois)
③ 급부국가=복지국가=사회국가	약한 급부수령자로서의 고객
④ 약한 협상국가	경제계
⑤ 날선한 국가	경제인
⑥ 보장국가	고객

현 정부 들어 특히 강조되고 있는 것이 ④ 또는 ⑤의 유형이 아닌가 생각된다. 국가의 주된 파트너로서의 사인은 주로 경제계에 정향되는 경우가 많지 않았나 생각된다.

국가 등 행정주체의 작용은 큰 틀에서 올바르게 결정될 필요가 있다. 오늘날 바람직한 국가의 모습은 보장국가가 되어야 한다고 보면서, “국가의 다른 쪽 당사자로서 私人의 모습은 고객으로서의 사인으로 잡아가야 하지 않을까”, “이미 이러한 인식이 오늘날 행정의 상대방 속에 뿌리 내려져 있지만, 그 상대방인 행정주체가 이를 인식하지 못하고 있는 것은 아닐까”, “종래 명령·강제를 키워드로 하는 권력관계 중심의 행정상 법률관계도 이제 변화가 필요하지 않을까” 등을 생각하게 된다.

이미 고객으로서의 위상을 가진 私人을 여전히 급부수령자로서의 소비자로만 바라보거나, 시장경제의 중심이 되어 있는 경제인들에게만 행정의 주된 방향을 맞추게 된다면 갈등이 여기에서 싹틀 수밖에 없을 것이다. 공공갈등의 해결을 지향하는 갈등해결형 행정법은 고객으로서 사인의 모습을 전제로 하는 보장국가론을 바탕으로 이루어져야 할 것이다.

## 3. 보장국가에서의 행정법학

보장국가로서 새로이 국가상을 정립하고, 그에 대응하는 사인의 모습을 고객으로 설정했다면, 이러한 보장국가와 고객간의 법률관계인 행정상 법률관계를



어떻게 구성해야 할 것인가?

우선, 보장국가와 고객으로서의 사인간에는 협력에 바탕을 둔 관계설정이 필요하다. 공익실현을 목적으로 항해하고 있는 국가라는 큰 배를 제어함에 있어서 협력은 핵심적 역할을 하게 된다(Kooperation als staatlicher Steuerungsmodus). 최근 행정법학에서도公私協力(Public-Private-Partnership, PPP)이 강조되고 있는 점도 같은 맥락에서 이해할 수 있다.

또한, 사인의 역할이 증대되고 있다고 해서, 국가의 '규제'역할이 빛을 잃게 되는 것이 아님을 알아야 한다. 이 점이 신자유주의적 사고와 차이가 나는 점이다. 즉, 신자유주의에서는 민영화와 脫規制(Deregulierung)가 결부되어 나타나지만, 민영화가 이루어진 경우에도 규제를 포기하지 않는 것이 보장국가의 입장이다. 따라서, 보장국가에서는 오히려 규제가 중요한 역할을 하며, 규제를 보장국가의 중심개념으로 보고 있다.<sup>15)</sup> 보장국가행정법을 다른 말로 규제법(Regulierungsrecht)이라고 부르는 것도 그 때문이다. 요컨대, 보장국가에서는 자유를 제한할 뿐만 아니라, 자유를 보호하고, 가능하도록 하는 것이다. 다만, 다의적으로 쓰일 수 있는 규제의 개념을 제대로 이해할 필요가 있는바, 여기서 말하는 '규제'란 개별사례를 넘어 선 특별한 질서목표(Ordnungszweck)를 추구하는 사회적·경제적 과정에서의 모든 의도된 국가의 영향력을 뜻한다.<sup>16)</sup>

### III. 갈등해결형 행정작용법

이러한 보장국가론을 바탕으로 행정법학의 주된 작용, 절차, 조직, 구제에 관한 사항들을 점검함으로써 갈등해결형 행정법학을 모색하고자 하는바, 먼저 갈등해결을 위한 행정작용법을 행정절차법을 포함하여 살펴본다.

#### 1. 공법상 계약

공법상 계약은 '행정주체 상호간 또는 행정주체와 사인간에 공법적 효과의

15) Schoch, a.a.O., 241.

16) Ebenda.

발생을 내용으로 하는 계약'으로 정의할 수 있다.<sup>17)</sup> 행정작용의 일종이면서도 민법상 계약과 마찬가지로 의사의 합치(Willenseinigung)와 법적 구속력의 의사(Rechtsbindungswille)를 중요한 요소로 하는 공법상 계약은 갈등해결의 행정법에서 빼놓을 수 없는 행정의 행위형식이다. 그 일반법적 규정이 없는 우리나라에서는 그리 많이 활용되고 있진 않지만, 독일의 경우에는 도시건축법, 경제행정법, 환경법 분야 등 행정실무의 많은 분야에서 빈번히 이용되고 있고, 오늘날 행정환경의 변화로 인한 문제해결 대안으로 부각되기도 한다.<sup>18)</sup> 독일에서 공법상 계약이 많이 활용되고 있는 이유는 연방행정절차법 제54조가 “공법영역에 속하는 법률관계는 법에 반하지 않는 한 계약에 의해 발생, 변경 또는 소멸될 수 있다.”라는 규정 등 동법 제54조에서 제64조에 걸친 공법상 계약에 대한 명문규정을 두고 있기 때문이다. 공법상 계약은 종래 행정행위를 통한 국가작용을 계약이 대신하는 것이다. 보장국가와 고객으로서의 사인간에는 일방적인 행정처분보다는 상호 대등한 입장에서 이루어지는 계약이 선호될 수밖에 없다.

우리나라에서도 공법상 계약이 허용된다고 보는 것이 학설의 일반적인 경향이다.<sup>19)</sup> 따라서 현재 상태에서도 공법상 계약을 활용할 여지도 있겠지만, 제대로 활용하기 위해서는 그 허용성 여부뿐만 아니라, 성립요건, 계약의 전형적인 종류, 제3자와의 관계, 위법한 계약의 효과, 계약의 실행 등을 명확하게 할 필요가 있다. 이러한 공법상 계약에 관한 규정은 행정절차법 개정을 통하여 이루어져야 할 것이다.<sup>20)</sup>

공법상 계약이 갈등해결의 행정법에서 중요한 의미를 가지는 또 다른 이유는 후술하는 協商(negotiation)이나 調停의 결과를 구체화하는 작업을 ‘계약’이 담당하는 경우가 많기 때문이다. 최근 우리 사회에서 발생하고 있는 갈등상황을 보자면, 협의되어 결정한 약속을 지키지 않는 경우를 자주 볼 수 있다. 이러한

17) 송동수, “행정계약의 현대적 재조명”, 『토지공법연구』 제10집, 2000, 269쪽 이하. 행정계약에 관한 상세한 연구로는 김대인, 『행정계약법의 이해』, 경인문화사, 2007.

18) 송동수, 앞의 논문, 269쪽.

19) 김동희, 『행정법 I』, 2008, 224쪽; 김철용, 『행정법 I』, 2009, 319쪽; 정하중, 『행정법개론』, 2009, 326쪽; 홍정선, 『행정법특강』, 2009, 332쪽.

20) 우리나라 행정절차법이 제정되기 전에, 공법상 계약의 허용성, 서면형식, 제3자의 동의, 계약의 해제 및 타법과의 관계 등을 중심으로 이를 포함한 행정절차법안이 제시된 바 있다(홍준형·김성수·김유환, 『행정절차법제정연구』, 법문사, 1996).

점에서 공법상 계약은 유용성이 있다. 즉, 공법상 계약은 갈등관리를 마무리할 수 있는 행정작용이다.

## 2. 비공식 행정작용

계약과 함께 협력적 사고에 바탕을 둔 행정의 행위형식으로서 비공식적 행정작용의 중요성이 높아지고 있다.

非公式的 行政作用(informelles Verwaltungshandeln)이란 그의 요건·효과·절차 등이 법에 정해져 있는 ‘公式的 行政作用’이 아닌 행정작용을 총칭하는 개념이다.<sup>21)</sup> 행정주체와 사인간의 타협 및 협력관계를 기초로 하는 비공식적 행정작용은 행정청의 일방적인 비공식 행정작용(경고, 권고, 시사 또는 정보제공 등)과 행정청과 개인의 협력에 의한 비공식 행정작용(교섭, 비구속적 합의, 사전절충, 사전조정, 규범대체적 협약 등)으로 나눌 수 있다. 갈등해결의 행정법에서 보다 의미를 가지는 것은 후자의 경우인 협력에 의한 비공식작용이다.<sup>22)</sup> 즉, 합의적·협력적 행정작용(konsensual-kooperatives Verwaltungshandeln)인 비공식 행정작용은 갈등해결형 행정법에서 중요한 역할을 할 수 있다. 최근에 많이 이루어지고 있는 자발적 환경협약에서 그 예를 찾을 수 있다.

협력에 바탕을 둔 비공식적 행정작용은 앞서 본 공법상 계약과 공통점이 있지만, 구속력의 유무에서는 차이가 있다. 행정청의 입장에서 볼 때 私人の 遵守를 통하여 재판까지 할 소지를 피할 수 있는 이른바 법적 평화(Rechtsfrieden)를 확보할 수 있는 점에서 양자는 마찬가지이다. 공법상 계약과 비공식작용 가운데, 합의결과를 안정적으로 이끌 수 있다는 점에서는 前者가 有利하고, 구체적인 상황에 있어서 융통성 있고, 신속하게 진행될 수 있는 점에서는 후자가 유용성이 있다. 행정청의 입장에서는 구체적 상황에 따라 갈등해결에 보다 유

21) 김남진·김연태, 『행정법 I』, 2006, 343쪽; 정하중, 앞의 책, 346쪽; 한건우, 『행정법강의』, 2008, 475쪽; 홍정선, 앞의 책, 338쪽.

22) 이를 좁은 의미의 비공식적 행정작용이라고도 한다(김남진·김연태, 앞의 책, 349쪽; 한귀현, “協同的 行政作用으로서의 行政과 私人間的 協商의 法理”, 『법제연구』 제29호, 2005, 211쪽 이하). 협력적 비공식 행정작용 외에 행정청의 일방적인 비공식 행정작용 역시 갈등해결의 행정법에서 그 역할이 없는 것은 아니다. 가령 ‘권고’와 같은 행정의 행위형식은 우리나라에서도 국민권익위원회, 국가인권위원회 등에서 ‘시정권고’의 형태로 행해지고 있다.

리한 수단을 선택할 수 있을 것이다.<sup>23)</sup>

### 3. 協商(negotiation)

(1) 판단모델(Entscheidungsmodell)에서 담론모델(Diskursmodell)로의 변화

행정법의 영역에서 협상<sup>24)</sup>은 아직은 친숙하지 않은 개념이다. 사실 법치국가원리를 주된 축의 하나로 삼고 있는 행정법학에서 협상은 행정의 행위형식으로 와 닿지 않는 면도 있기 때문이다. 그러나, 보장국가에서는 행정법학이 변해야 한다. 전통적인 판단모델이 행정법상 담론모델로 바뀌어야 한다는 것이다.

담론모델은 단순한 협력차원을 넘어 선 것이다. 담론(Diskurs, 대화, 논변)의 한 형태인 협상(negotiation, Verhandlung)은 ‘목적지향적’ 내지 ‘이익지향적’으로 행해진다는 특징을 가진다. 이러한 담론모델인 협상은 후술하는 調停의 단초를 제공하기도 한다.<sup>25)</sup>

협상의 기본적인 원칙으로 ①문제로부터 이해당사자들을 분리시킬 것, ②협상당사자의 입장이 아니고 서로의 이해관계에 초점을 맞출 것, ③먼저 상호이득을 가져오는 대안들을 적극적으로 개발할 것, ④객관적인 기준에 의해 협상내용이 결정될 것 등을 들 수 있으며, 이러한 원칙을 유지하면서 협상과정에서 사회의 구조적 특성을 고려할 필요도 있다.<sup>26)</sup>

(2) 협상과 행정작용

협상은 행정법의 어떠한 영역에서 그 역할을 발휘할 수 있을까? 협상은 모든

23) 김현준, “자발적 환경협약”, 『환경법연구』 제29집1호, 2007, 11쪽 참조.

24) 여기서 협상이란 영어로 negotiation, 독일어로 Verhandlung으로 나타내고 있는 용어이다. 학자들간에 번역상 차이가 있을 수 있는데, 가령 영어의 (voluntary) agreement, 독일어의 Absprache로 불리는 ‘협약’ 또는 ‘자발적 협약’의 의미를 ‘協商’으로 나타내는 경우도 있다(김연태, “환경행정에 있어서 비공식적 행정작용으로서의 협상”, 『공법연구』 제23집 제3호, 1995, 233쪽 이하; 한귀현, 앞의 논문, 211쪽 이하).

25) Ortloff/Riese, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, *Kommentar zum Verwaltungsgerichtsordnung*, 17. Ergänzungslieferung 2008, Vorbemerkung § 81, Rn. 37.

26) 노정현, “갈등관리로서의 협상”, 『도시정보』 No. 307, 2007/10, 2쪽.

행정작용에서 일어날 수 있다는 지적도 있지만,<sup>27)</sup> 구체적인 작용에 따라 차이가 있을 것이다. 또한 협상은 담론적 성격의 행정작용으로서 협상이라는 독자적인 행위형식으로도 가능하겠지만, 다른 행정작용과 결부되어 나타나는 경우가 많을 것이다.

먼저, 협상은 공법상 계약 및 비공식 행정작용과 같은 협력적 사고에 바탕을 둔 행정작용과 밀접하게 관련된다. 공법상 계약의 체결을 위한 전단계로서 협상이 이루어질 수 있고, 협상을 통하여 공법상 계약이나 비공식 행정작용이 이루어질 수도 있다.

아울러, 행정입법과 결부될 수도 있다. 그 예로서, 미국행정법상에서 볼 수 있는 ‘협상에 의한 규칙제정’(negotiated rulemaking)을 들 수 있다. 비공식 행정작용으로서의 규범대체적 협정(normvertretende Absprachen)<sup>28)</sup>도 같은 취지에서 이해할 수 있다. ‘협상에 의한 규칙제정’은 ‘규제협상’(Regulatory Negotiation)이라고도 하며, 규제기관이 공식적인 정책결정에 들어가기 이전에, 규제에 의해 영향을 받는 이해관계자들과의 상호논의와 협상을 통해 규제내용에 대한 합의를 도출하고 이 과정을 통해 작성된 정책대안을 규제기관이 수용하는 규제정책의 결정방식이다.<sup>29)</sup> 이는 행정기관의 규제에 의해 영향을 받는 이해관계자들이 참여하는 협상을 통해 규제내용에 대해 합의를 도출하고 행정기관은 이것을 바탕으로 규칙을 제정하는 제도이다. 즉, 전통적인 하향식 규칙제정과는 구별되는 일종의 상향식 의사결정방식으로서 규칙 내용의 결정과정에 사회집단의 참여가 직접 이루어진다. 모든 이해관계인들과 처분청이 규칙안을 제정하기 위하여 협력하게 된다. 20~25명 정도의 대표들이 협상테이블에 앉아 행정청과 함께 필요한 규칙을 입안한다. 만일 당사자들간에 합의가 도출되면 전통적인 고지 및 의견서제출절차에 회부되어 APA 제553조의 절차를 거치게 되지만, 협상에 의한 규칙이 최종규칙으로 되고, 이해관계인들에 의해 그 규칙이 이미 논의되어 합의에 도달하였기 때문에 법원에서 다투어지지 않을 것으로 추정된다. 이 협

27) Ortloff/Riese, a.a.O.

28) 미국의 협상에 의한 규칙제정과 독일의 규범대체적 협정을 비교분석한 문헌으로 Schnöckel, *Negotiated Rulemaking in den USA und normvertretende Absprachen in Deutschland - Eine rechtsvergleichende Analyse kooperativen Verwaltungshandelns*, 2005.

29) 지속가능발전위원회 편, 앞의 책, 288쪽.

상에 의한 규칙제정의 근거법으로서는 ‘협상에 의한 규칙제정에 관한 법률’(Negotiated Rulemaking Act)이 있다. 동법에 의한 절차는 ①협상에 의한 규칙제정을 사용하기 위한 결정, ②협상에 의한 규칙제정위원회 소집절차, ③규칙안에 대한 협상, ④합의로 이루어진다.<sup>30)</sup>

행정행위와도 결부될 수 있다. 행정행위의 부관과 관련하여, 최근 우리 대법원이 “수익적 행정처분에서는 법령에 특별한 근거규정이 없다고 하더라도 그 부관으로서 부담을 붙일 수 있고, 그와 같은 부담은 행정청이 행정처분을 하면서 일방적으로 부가할 수도 있지만 부담을 부가하기 이전에 상대방과 협의하여 부담의 내용을 협약의 형식으로 미리 정한 다음 행정처분을 하면서 이를 부가할 수도 있다.”<sup>31)</sup>고 판시하고 있는 점은 이와 관련하여 주목할 만하다.

이와 같이 행정법상 담론모델로서의 협상은 갈등을 해소하면서 서로에게 이익을 줄 수 있도록 활용할 수 있다. 갈등해결형 행정법학에서 협상에 관심을 가지는 이유이다.

#### 4. 調停

##### (1) 공공갈등 해결수단으로서의 조정

행정상 법률관계에서 발생하는 이른바 공공갈등의 해결기제로서 특히 주목을 받고 있는 것은 ADR(alternative dispute resolution)수법이다. 이러한 ADR은 법학의 영역에서 새로운 연구대상이 되고 있지만, 주로 민사상 법률관계를 규율하는 사법영역에서 논의되어 왔고 법치행정을 기본으로 하는 행정상 법률관계에서는 그다지 활용되지 못한 면이 있다. 그러나 최근 공공갈등이 심화되면서 행정법영역에서의 ADR 역시 관심의 대상이 되고 있다.

대표적인 ADR수법인 조정은 중립적 지위에 있는 제3자가 분쟁당사자들이 쉽게 협상하여 분쟁을 해결할 수 있도록 도와주는 분쟁해결방법이다. 중립적인 제3자의 위치에 있는 조정인에게는 결정권한이 없고 단지 당사자들의 협상을

30) 협상에 의한 규칙제정에 대한 상세는 박수현, “미국행정법상의 협상에 의한 규칙제정에 관한 고찰”, 『공법연구』 제30집1호, 2001, 329쪽 이하 참조.

31) 대법원 2009. 2.12. 선고 2005다65500 판결.

도울 권한만 인정된다는 특징을 가진다.

우리나라에서도 최근 들어 공공갈등 해결 차원에서 조정의 활용을 많이 주장하고 있다.<sup>32)</sup> 다만, 사후분쟁해결로서의 조정은 갈등해결의 행정구제법에서 후술하게 되므로, 여기서는 행정작용과 관련된 조정, 그 중에서도 선행연구와의 중복을 피하여, ‘법치행정과의 조화’ 및 ‘변호사의 조정인으로서의 역할’에 대해서만 살펴보고자 한다. 행정법상 조정에서도 우선 보장국가에서 달라진 행정주체와 사인간의 관계가 바탕에 자리잡고 있음은 물론이다.

## (2) 행정법상 조정과 법치행정

법치행정과의 조화와 관련하여 헌법상 협력국가원리라든가 민주주의원리 등을 통하여 이를 적극적으로 볼 수 있다는 주장도 있다.<sup>33)</sup> 그러나, 행정법상 조정에서 법치행정과의 조화가 어려운 문제이기도 하지만,<sup>34)</sup> 조정의 경우에도 이는 지켜져야 한다.<sup>35)</sup> 다만, 행정법상 조정과 민사상 조정의 구조적 차이는 인정되어야 하므로, 행정법에서 조정의 활용은 구체적인 경우에 따라 구분하여 판단할 필요가 있다.<sup>36)</sup>

우선, 무효의 성질을 가지는 행정행위나 행정계약은 조정이라는 수단을 통해서도 정당화될 수는 없다.<sup>37)</sup>

또한, 법률이 당해 행정작용을 기속행위로 규정하고 있는 경우에는 조정이

32) 김용섭, “행정법상 분쟁해결수단으로서의 조정”, 『저스티스』, 제37권 제5호(통권 제81호), 2004/10, 6쪽; 김유환, “공공갈등관리를 위한 제도정비방향”, 『공법연구』 제33집제1호, 2004, 639쪽 이하; 김남철, “갈등관리수단으로서의 공법상의 조정”, 『공법연구』 제34집4호2권, 2006, 209쪽 이하; 한귀현, “독일행정법상 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 가능성과 한계”, 『법제연구』 제31호, 2006, 199쪽 이하.

33) 김용섭, 앞의 논문, 8쪽. 동 견해에서는, 다만 공법영역에 있어서의 행정조정은 특히 법률적합성의 원칙에 따라야 하기 때문에 조정위원회의 구성이나 위원자격, 조정절차등에 관하여 법률에 근거를 두고 운영하는 것이 바람직하다고 덧붙여 이야기한다.

34) 독일 학자들도 이 부분이 어려운 문제임에 동감을 하고 있다. Ortloff, “Mediation und Verwaltungsprozess”, in: Haft/Schlieffen, *Handbuch Mediation*, 2002, Rn. 64.

35) Pitschas, “Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor”, *NVwZ* 2004, 396(399).

36) Ebenda.

37) Ortloff, a.a.O., Rn. 62 f.

개입될 여지가 그다지 없을 것이다. 불확정법개념의 해석문제에 있어서도 조정을 통하여 결론이 달라질 수 없으리라 생각된다.

이렇게 볼 때, 행정법상 조정과 관련하여 특히 관심 있게 볼 영역은 재량행위나 계획상 형성의 자유(계획재량)가 인정되는 행정작용이다.<sup>38)</sup> 가령, 원칙적으로 기속행위의 성격을 띠는 건축허가(건축법 제11조1항)가 예외적으로 위락시설이나 숙박시설에 해당하는 건축물의 건축을 허가하는 경우 그 허가는 재량행위가 된다. 즉, 해당 대지에 건축하려는 건축물의 용도·규모 또는 형태가 주거환경이나 교육환경 등 주변 환경을 고려할 때 부적합하다고 인정하면 건축법 등에도 건축위원회의 심의를 거쳐 건축허가를 하지 아니할 수 있다(건축법 제11조4항). 이른바 리브호텔을 규제하기 위한 이 규정과 관련된 문제에서, 단순히 건축위원회의 심의만으로 처리하기보다는 건축주와 인근주민들간에 조정을 함으로써 갈등이 유발될 소지를 예방할 수 있을 것이다.

### (3) 변호사의 조정인으로서의 역할

오늘날 미국, 독일 등에서는 다양한 형태의 갈등 조정의 매개자 역할을 하는 조정인 양성프로그램이 많이 생겨나고 있으며, 그것은 법학, 경영학, 경제학, 행정학, 심리학, 인류학, 교육학 등이 결부된 학제적 프로그램으로 이루어지기도 한다. 그 대표적인 것으로 미국 하버드로스쿨이 주축이 되어, MIT, Tufts대학이 컨소시엄의 형태로 운영되고 있는 협상프로그램(Program on Negotiation, PON)을 들 수 있다.<sup>39)</sup>

여기서 지적하고 싶은 것은 이때 법률전문가, 특히 변호사가 이러한 교육과정을 거쳐 이른바 변호사조정인(AnwaltMediator)<sup>40)</sup>이 될 경우 매우 효율적인 조정이 이루어질 수 있다는 점이다. 그 이유는, 우선, 법치행정과의 조화문제를 특히 잘 살펴야 하는 공공갈등의 경우에는 다른 어떠한 직역보다는 행정법에

38) Vgl. Voß, in: *Münchener Anwaltshandbuch, Verwaltungsrecht*, §3 Die Mediation im Verwaltungsrecht, 2003, Rn. 35 ff.

39) 그 상세는 <http://www.pon.harvard.edu/> (2009. 6.1 방문) 참조.

40) 독일의 변호사들은 변호사협회(DAA)나 Hagen원격대학(FernUni.)과 같은 교육기관에서 최소한 90시간의 교육을 거쳐 이러한 변호사로서 활동하고 있다(Voß, a.a.O., Rn. 63).



정통한 법률전문가가 조정인으로서 필요하기 때문이다. 둘째, 조정의 결과가 계약서와 같은 문서로 이루어지는 경우가 많다. 경우에 따라서는 매우 복잡한 이해관계가 합의된 내용이 계약내용으로 포함될 수 있고, 때론 공증이 필요할 수도 있어 법률지식에 정통한 변호사가 조정인이 되면 순조로운 조정이 진행될 수 있다. 셋째, 조정이 본격적으로 활성화될 경우 조정인이 유급으로 활동하지 않을 수 없을 텐데, 변호사 이외의 조정인은 변호사법 위반과 관련된 활동제약이 있을 수 있다.<sup>41)</sup>

그러나, 특정 이익의 대변자로서 주로 활동하는 변호사가 중립성·不偏不黨性을 핵심으로 하는 조정인이 되는 것이 쉬운 일은 아니며, 또한 법률지식만이 아닌 전문적인 조정기술에 대한 교육이 필요할 것이다. 새로운 블루오션이 필요한 변호사영역에 조정인으로서의 변호사의 역할은 여러 측면에서 필요할 것이며, 이로써 공공갈등해결에 긍정적인 기여하는 결과도 가져올 수 있으리라 생각된다.

## 5. 行政計劃

행정계획은 그에 관한 법인 계획법의 규범구조적 특질상 이미 갈등해결의 요소를 담고 있다. 즉, 공공사업 등을 계획하는 과정에서 사업과 관련된 다양한 공익과 사익간, 그리고 공익 및 사익 상호간을 형량해야 하기 때문이다. 이렇게 계획권자의恣意를 막고자 하는 행정계획은 이미 그 개념자체에서 갈등해결형 행정법을 구성하고 있는 것이다.

갈등해결의 행정법을 위한 행정계획의 요소를 계획형량, 행정계획절차, 전략적 환경영향평가로 나누어 살펴보자.

먼저, 계획법에서의 衡量命令의 확립은 공공갈등 해결을 위해 매우 중요하다. 공공갈등의 많은 부분이 대규모 국책사업을 통해서 나타나며, 이는 곧 계획법의 문제이기 때문이다. 갈등해결 차원에서 독일 건설법전(BauGB) 제1조7항의 규정과 같은 형량명령을 명문화하자는 견해도 있지만, 법치국가원리상 명문이 없더라도 형량명령이 인정된다는 점을 생각하면 명문화가 반드시 필요한 것은

41) Vgl. Voß, a.a.O., Rn. 65 f.

아니다. 우리 대법원도 계획상 형성의 자유를 통제하기 위한 형량명령의 필요성을 인정하고 있다.<sup>42)</sup> 형량명령을 국토의계획및이용에관한법률과 같은 계획법제에 일종의 간판효과를 위하여 명문화하는 것도 생각할 수 있다.

계획법상의 형량명령이 계획주체의 형성의 자유를 실체적으로 통제함으로써 갈등해소를 기여하는 것이라면, 계획주체의 형성의 자유가恣意가 되지 않도록 절차적으로 통제하는 것이 행정계획절차라고 할 수 있다. 독일 행정절차법의 계획확정절차(Planfeststellungsverfahren)가 모델이 될 것인데, 우리의 경우 절차의 경계를 함께 고려할 필요도 있을 것이다.

전략환경평가(Strategic Environmental Assessment, SEA)란 의사결정의 상위단계인 정책(Policy), 계획(Plan), 프로그램(Program)이라는 이른바 3P 단계에서부터 환경영향을 고려하는 전략적 접근을 뜻한다. 이는 계획법과 환경법이 교차하는 영역에 해당된다고 할 수 있는데, 전략환경평가를 ‘계획-환경평가’(Plan-UVP)라고도 부를 수 있다. 공공갈등의 많은 부분을 차지하는 것이 환경갈등인 점을 생각한다면 사업의 실시계획단계보다 앞선 단계인 계획단계에서 환경영향평가를 실시하는 전략환경평가제도는 갈등해결의 행정법에서 빼놓 수 없는 제도이다. 주민참여규정 등이 보장되어 2006년 이후 시행되는 환경정책기본법상 사전환경성검토제도를 두고 우리나라에서도 전략환경평가제도를 도입하였다고 보기도 하고, 이러한 환경정책기본법상 제도와 환경영향평가법의 환경영향평가제도의 통합을 추진하기도 한다.<sup>43)</sup> 제대로 된 환경영향평가, 특히 계획이나 프로그램단계에서 미리 환경영향을 미리 평가하는 전략환경평가제도는 절차적 성격을 가진 중요한 갈등해결형 행정작용이 될 것이다.

## 6. 행정절차법

행정절차법은 갈등해결형 행정법의 전초기지가 될 수 있는 영역이다.

공법상 계약, 조정, 행정계획 등 갈등해결을 위한 행정의 행위형식은 공히 행정절차법의 틀에서 조화가 이루어져야 한다. 그 외에도 전통적인 처분절차 역시 갈등해결에 크게 기여할 수 있다. 참여와 협력을 위한 제도는 결국 행정절

42) 대법원 2007.01.25 선고 2004두12063 판결; 대법원 2006.09.08 선고 2003두5426 판결 등

43) 양 제도를 통합한 법안이 2009년 5월 현재 국회에 제출된 상태에 있다.

차법에서 실현될 수 있기 때문이다.

광의의 행정절차법으로서 정보공개법 역시 마찬가지로 역할을 할 수 있다.

갈등해결을 위한 제도개선과 관련하여 ‘참여적 의사결정방법’이 많이 논의되고 있다. 가령, ‘공공기관의 갈등 예방과 해결에 관한 규정’ 제15조에서는 ‘참여적 의사결정방법의 활용’이라는 제목 하에 “①중앙행정기관의 장은 제13조제5호에 따른 갈등영향분석에 대한 심의결과 갈등의 예방·해결을 위하여 이해관계인·일반시민 또는 전문가 등의 참여가 중요하다고 판단되는 경우에는 이해관계인·일반시민 또는 전문가 등도 참여하는 의사결정방법을 활용할 수 있다. ②중앙행정기관의 장은 공공정책을 결정함에 있어 참여적 의사결정방법의 활용결과를 충분히 고려하여야 한다.”는 규정을 두고 있다.

여기서의 참여적 의사결정방법의 예로서 합의회의, 시민배심원, 시나리오 워크숍, 공론조사, 규제협상 등을 들 수 있다.<sup>44)</sup> 이러한 참여적 의사결정방법은 실정법에서 구체적으로 규정된 것이 아닌, 일종의 임의적 방법인데, 이러한 의사결정방법을 규범의 틀에서 수용하는 것은 갈등해결의 행정절차법의 과제라고 할 것이다.<sup>45)</sup>

## IV. 갈등해결형 행정조직법

### 1. 갈등해결형 행정조직법관계

공공갈등은 주로 행정주체와 행정의 상대방간에 발생하기 때문에 행정조직법보다는 행정작용법에서 많이 문제가 된다. 그러나, 보장국가시대에 맞는 행정조직의 편성도 필요하다고 생각된다. 이는 기본적으로 행정학의 차원에서 다루어질 사안이겠지만, 행정조직법의 차원에서 원론적인 몇 가지만 살펴본다.

첫째, 고기능의 행정조직이 필요함이 지적되고 있다. 국가의 임무가 변하고 있다는 점이 행정조직구조의 변화를 통해서 나타나야 한다는 것이다.<sup>46)</sup>

44) 그 상세는 지속가능발전위원회 편, 앞의 책, 281쪽 이하.

45) 이러한 참여적 의사결정방법의 필요성을 이야기하는 김유환, 앞의 논문, 656쪽 참조.

46) Vgl. Schuppert, 앞의 논문, 44쪽 이하. 그밖에도 우리나라 현실에서 기관위임사무의 문제, 지방자치행정조직간의 분쟁조정장치의 필요성 등을 갈등해결형 행정조직법의 과제가 될 수 있을 것이다.

둘째, 보장국가에서 행정은 ‘이행책임에서 보장책임으로’(Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung) 그 역할의 변화가 나타나야 하므로, 일종의 문쩌귀(Scharnier)와 같은 조직의 필요성이 강조되고 있다. 행정은 감독책임 내지 규제책임(Aufsichts- und Regulierungsverantwortung)을 지게 되며, 이를 위해 세심한 규제제도의 설계가 필요하다. 보장국가는 실무적으로 단지 규제국가로서만 기능할 수 있기 때문이다. 다른 한편, 책임분배적 행정국가에서 국가감독의 재설정(Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat)이 필요하다. 이를 보장감독(Gewährleistungsaufsicht)이라고도 한다.<sup>47)</sup>

## 2. 행정조직법과 관련한 새로운 논의

기존의 행정조직법 틀을 넘어서는 논의로 나아가 보자.

이른바 ‘자율규제’라는 용어가 이미 여러 영역에서 거론되고 있다.<sup>48)</sup>

행정주체와 행정객체를 준별하는 전통적인 행정상 법률관계에서 행정객체에 의한 자율규제라는 것은 행정법학의 영역이 될 수 없었다. 왜냐하면, 행정법학의 고찰대상의 범위를 정하는 기준으로 ‘권력성’과 함께 ‘행정주체성’의 요소가 있었기 때문이다.<sup>49)</sup> 즉, 행정법의 고찰대상이 되기 위해서는 반드시 법률관계의 한쪽 당사자는 행정주체성이 있어야 하며, 사인이라도 최소한 공무를 수탁 받은 자(Beliehne)가 법률관계의 당사자가 되어야만 행정법영역이 될 수 있었

47) Schuppert, 앞의 논문 45쪽 이하.

48) 황승흠, “인터넷 콘텐츠 규제에 있어서 법제도와 사업자 자율규제의 결합에 관한 연구”, 『공법학연구』 제9권 제4호, 2008, 261쪽 이하; 이원우, “규제개혁과 규제완화 - 올바른 규제정책 실현을 위한 법정책의 모색”, 『저스티스』 通卷106號, 2008, 355쪽 이하; 김성수, “금융감독법상 자율규제에 관한 연구”, 『공법연구』 제34집 제1호, 2005, 343쪽 이하.

49) 原田大樹, 『自主規制の公法學的研究』, 2007, 15頁 以下. 동 문헌에서는, ‘행정주체성’과 함께 ‘권력성’을 또한 자율규제가 행정법의 대상이 될 수 없었던 이유로 들고 있다. 권력성이란 사인의 입장에서 본 행정법의 특색으로서, 전통적 이론에 있어서는 수평적인 사법관계에 대하여 공법관계를 수직적·종속적 관계로 파악하는 입장이다, 행정행위의 공정력으로 대표되는 국가의사의 발동의 우월성의 입장이 지배적이었지만, 戰後 행정법학의 여러 업적으로 이러한 권력과의 사고는 수정되고 동시에, 행정법학의 대상이 급부행정에까지 확대한 것을 이어받아, 현재는 민주정 프로세스에 의해 제정된 법규범의 구체화로서 상대방의 의사와는 무관하게 법적 상태를 변동 내지 확정시키는 행위에 ‘권력성’을 인정하는 이해가 유력하다고 한다.

던 것이다.

그러나, 이른바 자율규제로 나타나는 다양한 법현상은 이 전통적인 도식으로만 설명하기 곤란한 것이다. 거버넌스나 책임성(accountability)을 강조하는 입장에서 행정주체론을 재검토하려는 사고방식이 제시되고 있으며, 단체자율모델, 단체참여모델, 감사인증모델, 유도모델 등으로 체계화될 수 있는 다양한 형태의 자율규제에 대한 공법적 관심도 생겨나고 있다.<sup>50)</sup>

전통적인 행정주체에만 지나치게 얽매일 수 없다는 점은 행정정보공개법상 정보공개 의무기관으로서 행정주체의 기관에만 한정하는 것이 아니라 넓은 의미의 공공기관의 개념을 사용하고 있는 점에서도 찾아볼 수 있다. 즉, 동법에서 공공기관이라 함은 국가기관, 지방자치단체, 정부투자기관 그 밖에 대통령령이 정하는 기관으로서 사립학교를 포함한 각급 학교까지 여기에 해당한다(동법 제2조3호 및 동법시행령 제2조<sup>51)</sup>). 이와 관련하여 대법원판례가 “정보공개 의무기관을 정하는 것은 입법자의 입법형성권에 속하고, ..... 정보공개 의무를 지는 공공기관의 하나로 사립대학교를 들고 있는 것이 모법인 구 공공기관의 정보공개에 관한 법률의 위임 범위를 벗어났다거나 사립대학교가 국비의 지원을 받는 범위 내에서만 공공기관의 성격을 가진다고 볼 수 없다.”<sup>52)</sup>라고 판시하고 있는 점도 주의깊게 볼 필요가 있다.

종래 행정주체성이 있는 조직이 행했던 임무를 민간으로 이동하는 과정에서, 가령 檢査, 檢定業務인 공권력 행사에 해당하는 사무를 민간에 위임하는 경우에 이른바 ‘기능적 규제’의 사고방식이 나타나고 있는 점도 주목할 만하다.

행정과 사인이 공공선의 실현을 위해 협력하는 공사협동이라는 현상과 관련해서도, 행정조직이 담당했던 임무가 행정주체성이 없는 조직에 의해 실시되는 경우에 있어서 한계나 규범적 요청에 대한 검토가 필요할 것이다. 이러한 모든 논의를 갈등해결형 행정조직법의 차원에서 살펴볼 수 있다고 생각된다. 어떠한

50) 原田大樹, 앞의 책, 186쪽 이하 및 123쪽 이하.

51) 동법시행령 제2조에 의하면, 초·중등교육법 및 고등교육법 그 밖에 다른 법률에 의하여 설치된 각급학교, 지방공기업법에 의한 지방공사 및 지방공단, 정부산하기관관리기본법의 적용을 받는 정부산하기관, 특별법에 의하여 설립된 특수법인, 사회복지사업법 제42조제1항의 규정에 의하여 국가 또는 지방자치단체로부터 보조금을 받는 사회복지법인과 사회복지사업을 하는 비영리법인에 여기에 해당한다.

52) 대법원 2006.8.24. 선고 2004두2783 판결.

경우에도 법치국가원리와 민주주의원리가 행정조직법에서도 바탕이 되어야 함은 두말할 나위가 없지만, 전통적인 행정주체에만 얽매이지 말고, 보다 열린 관점으로 非행정주체가 행하는 활동에 대해서도 관심을 가질 필요가 있으리라 생각된다.

## V. 갈등해결형 행정구제법 - 행정쟁송법을 중심으로 -

### 1. 서

행정구제법은 그 본래적 의미에서 이미 공공갈등해결을 지향하는 것이라 할 수 있다.

그러나, 전통적인 구제에서 흔히 볼 수 있는 이른바 ‘全部 또는 全無’(all or nothing)식의 해결이 아니라, 행정상 법률관계 양 당사자 상호간에 相生(win-win)을 도모할 수 있는 구제가 이루어져야 한다. 이러한 취지의 갈등해결형 행정구제법으로서, 조정의 적절한 활용, 갈등해결기제로서의 옴부즈만제도의 활성화를 생각해 보았다. 아울러 반드시 이러한 相生的 방안은 아니지만 행정재판에서 사법접근성을 보장하는 것도 넓은 의미에서 갈등해결에 기여할 수 있다고 보아, 이를 갈등해결의 행정구제법의 차원에서 함께 살펴본다.<sup>53)</sup>

### 2. 행정쟁송에서의 調停(mediation)

행정쟁송에서의 조정을 갈등해결을 위한 수단으로 빼놓을 수 없다.<sup>54)</sup> 민사소

53) 갈등해결을 위한 행정구제법은 매우 광범위한 내용이 될 것이다. 그중 손실보상법은 갈등해결을 위해 매우 중요한 영역으로, 특히 간접보상, 생활보상의 문제는 공공갈등을 유발하는 대표적인 것이어서 그 정비가 공공갈등해결을 위해 반드시 요청된다. 또한 이른바 비선호시설의 입지와 관련하여 헌법 제23조3항이 규정하는 ‘정당한 보상’을 어떻게 구현할 것인가는 갈등해결의 행정법학에서 중요하게 다루어야 할 주제이다. 그러나 그 상세한 논의는 갈등해결의 행정법의 서설적 검토를 하는 이 글에서는 논외로 한다. 즉, 갈등해결을 위한 행정쟁송법을 이 글에서는 주로 다룬다.

54) 앞서 갈등해결형 행정작용법 차원에서도 조정을 살펴보았는데(이 논문 III. 4.), 행정구제를 넓은 의미로서 사전적 구제까지 포함한다면, 앞서 본 조정도 갈등해결형 행정구제법에 포함될 수 있을 것이다. 그러나, 여기서는 행정쟁송에서의 조정을 중심으로 살펴보게 되므로 구분될 수 있다.

송에서는 이미 조정이 폭넓게 이루어지고 있음은 주지의 사실이다. 행정심판이나 행정소송의 조정도 마찬가지로 활용될 필요가 있다. 이때 법치국가원리와와의 조화가 문제로 될 수 있는데, 이는 행정작용으로서의 조정에서 살펴본 내용들이 마찬가지로 적용될 수 있을 것이다.

행정쟁송제도로서 조정을 활용하는 방안은 크게 둘로 나눌 수 있다.

첫째, 기존의 행정심판, 행정소송에서 조정을 적극 활용하는 방안이다.<sup>55)</sup>

둘째, 행정심판, 행정소송과는 별도의 공공갈등해결을 위한 별도의 조정제도를 생각할 수 있다. 비교법적으로 이에 해당하는 대표적인 예는 미연방정부의 규제, 인허가, 공공사업 등 각종 행정행위를 둘러싸고 벌어지는 분쟁을 효율적으로 해결하기 위해 제정된 행정분쟁해결법(act of administrative dispute resolution)에 의한 행정분쟁해결제도이다.<sup>56)</sup> 우리나라에서도 현행법상 환경분쟁조정제도 등 다양한 분쟁조정제도가 시행되고 있지만, 이는 대부분 사인 대 사인간에 발생하는 것이 대부분으로 행정주체와 사인간의 공공갈등을 위한 제도로서는 부족한 면이 있다. 오히려 공공갈등해결을 위한 조정제도의 가능성은 후술하는 옴부즈만제도에서 찾을 수 있으리라 생각된다.

### 3. 옴부즈만제도

한국형 옴부즈만제도로서 우리나라에서 시행되고 있는 고충처리제도는 공공갈등해결을 위해 매우 중요한 역할을 할 수 있다. ‘민원사무처리에 관한 법률’에 그 법적 근거가 있었던 고충처리제도는 2005. 7. 29. ‘국민고충처리위원회의 설치 및 운영에 관한 법률’(법률 7650호)의 제정을 통하여 독자적 근거법률을 가지고 오던 중, 현 정부가 들어서면서, ‘부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률’(법률 제8878호, 2008. 2. 29. 제정)에 따라 종래 국민고충처리위원회와 국가청렴위원회, 국무총리 행정심판위원회 등의 기능을 합친 국민권

55) 여기에 대해서는 김남진, “행정소송상의 화해 및 조정 - 그의 허용성을 중심으로”, 『고시연구』, 2006/3, 15쪽 이하; 정남철, “대체적 분쟁해결수단으로서 행정소송에서의 조정”, 『사법행정』, 2005/4, 6쪽 이하; 박정훈, “행정소송에서 소송상 화해”, 『인권과 정의』, 1999/11, 8쪽 이하 참조.

56) 미국의 행정분쟁해결법에 대해서는 서순복, 『거버넌스 상황에서 갈등관리를 위한 대체적 분쟁해결제도』, 아산재단 연구총서 제172집, 2005, 188쪽 이하.

익위원회가 만들어져, 고충처리는 국민권익위원회의 임무 중 하나가 되었다.<sup>57)</sup>

국민권익위원회는 과거 국민고충처리위원회와 국가청렴위원회, 국무총리 행정심판위원회가 해 왔던 기능들을 그대로 수행하고 있는 바, ①고충민원의 처리와 이와 관련된 불합리한 행정제도 개선, ②공직사회 부패 예방·부패행위 규제를 통한 청렴한 공직 및 사회풍토 확립, ③행정쟁송을 통하여 행정청의 위법·부당한 처분으로부터 국민의 권리를 보호가 그것이다. 이 가운데 ①의 고충처리제도가 이른바 한국형 옴부즈만제도이다.

고충처리업무 가운데 갈등해결과 관련하여 주목이 가는 것은 ‘부패방지 및 국민권익위원회의 설치와 운영에 관한 법률’ 제44조(합의의 권고) 및 제45조(조정)의 규정이다.

국민권익위원회는 조사 중이거나 조사가 끝난 고충민원에 대한 공정한 해결을 위하여 필요한 조치를 당사자에게 제시하고 합의를 권고할 수 있다(동법 제44조). 또한, 국민권익위원회는 권익위원회는 다수인이 관련되거나 사회적 파급효과가 크다고 인정되는 고충민원의 신속하고 공정한 해결을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 당사자의 신청 또는 직권에 의하여 조정을 할 수 있다. 조정은 당사자가 합의한 사항을 조정서에 기재한 후 당사자가 기명날인하고 권익위원회가 이를 확인함으로써 성립한다. 이러한 조정은 「민법」상의 화해와 같은 효력이 있다(동법 제45조).

행정상 법률관계 당사자간의 갈등에 대하여 합의를 권고하며, 공공갈등해결을 위한 조정을 하는 調停者로서의 역할을 여기서 읽을 수 있다. 여기서의 조정의 효력이 ‘재판상 화해’가 아닌 ‘민법상의 화해’와 같은 효력으로 되어 있어, 구속력이 없는 조정의 효력으로 인한 실효성의 문제가 없지 않다. 그러나, 진정한 옴부즈만으로서의 성격을 발휘하여, 구속력 없는 조정수단을 통하여 공공갈등을 해결하는 운영의 묘를 살리는 것이 보다 중요할 것이다. 앞서 본 공법상 계약을 잘 활용함으로써 공공갈등의 당사자가 합의한 내용의 구속력을 담보할 수 있는 방안도 가능하리라 생각된다.

57) 통합의 취지는 과거 3개의 위원회에서 행하던 고충민원처리, 부패방지 및 행정심판 기능이 나뉘어져 있어 국민에게 혼란과 불편을 초래함에 따라 이를 통합함으로써 국민의 권익 구제 창구를 일원화 하고 신속하고 충실한 원스톱 서비스 체제를 마련한 것이라고 한다(국민권익위원회 홈페이지 참조(<http://www.acrc.go.kr/acrc/index.do> 2009. 6.1. 방문)).



그밖에도 고충처리제도가 가지는 고충민원의 조사와 처리, 고충민원과 관련된 시정권고 또는 의견표명, 제도개선과 관련된 업무 등을 통하여 갈등해결을 위한 행정구제의 역할을 할 수 있으리라 생각된다. 즉, 한국형 ombudsman제도로서의 국민권익위원회의 고충처리제도를 통해, 행정상 법률관계의 양 당사자간의 갈등을 해결하고 관리할 수 있다는 것이다. 요컨대, 갈등해결의 행정쟁송법에서 한국형 ombudsman제도로서의 고충처리제도는 매우 중요한 역할을 담당할 수 있고, 또한 담당해야 한다고 생각된다.

#### 4. 행정소송에서 司法接近性 보장

갈등해결은 ADR만으로 할 수 있는 것은 아니다. 사안에 따라 정식 행정재판 절차가 갈등해결을 위해 필요할 수도 있다. 이를 위해서는 국민의 司法으로의 접근성(access to justice)이 보장되어야 한다. 누가 옳고 그른지는 본안문제로 다투면 된다는 기본적 인식에 바탕을 둘 필요가 있다.

우선, 항고소송의 원고격판단에 있어서 ‘법률상 이익’을 적극적으로 해석하려는 노력은 이와 관련하여 필요할 것이다. 또한, 갈등해결형 행정법에서는 공정력에 바탕을 둔 행정주체의 우월적 지위를 전제로 하는 행정처분만이 아니라公私協力에 바탕을 둔 다양한 행정작용을 중시하게 된다. 이들로 인하여 분쟁이 생기는 경우에는 행정소송은 이용가능 해야 한다. 따라서 항고소송중심주의에 사로잡혀 취소소송 등 항고소송만을 고집할 경우 행정소송 대상을 제대로 넓히기도 힘들 뿐만 아니라, 행정행위론을 중심으로 이루어진 행정법체계를 흔들릴 수 있다. 이들간에 역할분담이 필요하다. 즉, 처분성이 있는 작용에 대해서는 항고소송으로, 그렇지 않는 작용에 대해서는 당사자소송, 특히 확인소송형 당사자소송을 적극 활용할 필요가 있다.<sup>58)</sup> 즉, 국민들의 재판받을 권리를 최대한 보장할 수 있는 행정소송법의 해석론이 갈등해결 차원에서 요청된다.

공공갈등 가운데 환경갈등이 많은 비중을 차지하고 있는데, 환경법상 단체소송의 도입이 주장되는가 하면, 이른바 ‘자연의 권리’를 주장하며 가령 동물의

58) 김현준, “처분성 없는 행정작용에 대한 행정소송으로서의 확인소송”, 『공법연구』 제37집3호, 2009, 335쪽 이하 참조.

원고적격성을 주장하기도 한다. 이러한 현상 모두 공공갈등과 관련하여 사인의 사법접근성의 보장이 필요한 경우이다. 따라서, 환경법상 단체소송의 도입과 같은 사법접근성 보장을 위한 입법론을 모색할 필요가 있다.

요컨대, 국민들의 사법접근성을 보장함으로써 공공갈등해결을 도모하는 행정소송법의 해석론(de lege lata) 및 입법론(de lege ferenda)이 필요하리라 생각된다.

## VI. 맺음말

오늘날 바람직한 국가상을 보장국가로 보면서, 보장국가와 그에 대응하는 고객으로서의 사인간의 행정상 법률관계는 그에 걸맞은 행정법학을 요구하고 있다. 그렇지 못할 때 갈등이 생기게 되며, 이러한 공공갈등이 빚고 있는 폐단을 우리는 이미 경험하고 있다.

이러한 요구에 부응하는 행정법을 여기서 갈등해결형 행정법이라고 부르면서, 그 내용을 행정작용법, 행정조직법, 행정구제법이라는 행정법의 기본틀에 맞추어 구성해 보았다. 종래 행정법학이론과 전혀 다른 방법론이라기보다는 ‘공공갈등해결’이라는 관점으로 행정법학 내용을 재점검해 본 것이다. 갈등해결형 행정법의 이론적 기초로서 오늘날 행정상 법률관계에 있어서 차지하는 私인의 위상변화를 현대국가의 기능변화와 함께 이해할 필요가 있다는 점과 행정주체와 사인간에 발생하는 다양한 갈등상황에 대한 해결방안으로 제시되는 행정학, 정치학 등에서 논의되는 새로운 학문적 과제들을 행정법학의 체계에서 정리할 필요가 있다는 점도 확인할 수 있었다. 우리 사회에 커다란 문제로 되어 있는 공공갈등해결의 문제는 다른 어떤 학문영역보다 행정법학적 해결방안이 모색되어야 함을 다시 한번 강조하며, 이 글을 통해 행정법학이 공공갈등을 적극적으로 다루어야 한다는 인식이 확대될 수 있기를 기대한다.

[논문투고일 : 2009. 6. 8, 논문심사일 : 2009. 6. 18, 게재확정일 : 2009. 6. 19.]



주제어

공공갈등, 갈등해결형 행정법, 보장국가, 조정, 협상

# ■ 참고문헌 ■

- 김남진·김연태, 『행정법 I』, 법문사, 2006
- , “행정소송상의 화해 및 조정 - 그의 허용성을 중심으로”, 『고시연구』, 2006/3
- , “갈등관리수단으로서의 공법상의 조정”, 『공법연구』 제34집4호2권, 2006
- 김대인, 『행정계약법의 이해』, 경인문화사, 2007
- 김동희, 『행정법 I』, 박영사, 2008
- 김민호·김정준, “지식정보사회에서 행정법학의 새로운 패러다임 모색”, 『공법학연구』 제8권3호, 2007
- 김성수, “금융감독법상 자율규제에 관한 연구”, 『공법연구』 제34집 제1호, 2005
- 김연태, “환경행정에 있어서 비공식적 행정작용으로서의 협상”, 『공법연구』 제23집 제3호, 1995
- 김용섭, “행정법상 분쟁해결수단으로서의 조정”, 『저스티스』, 제37권 제5호(통권 제81호), 2004/10
- 김유환, “공공갈등관리를 위한 제도정비방향”, 『공법연구』 제33집제1호, 2004
- 김철용, 『행정법 I』, 박영사, 2009
- 김현준, “자발적 환경협약”, 『환경법연구』 제29집1호, 2007
- , “처분성 없는 행정작용에 대한 행정소송으로서의 확인소송”, 『공법연구』 제37집3호, 2009
- 노정현, “갈등관리로서의 협상”, 『도시정보』 No. 307, 2007/10
- 박수현, “미국행정법상의 협상에 의한 규칙제정에 관한 고찰”, 『공법연구』 제30집1호, 2001
- 박정훈, “행정소송에서 소송상 화해”, 『인권과 정의』, 1999/11
- 서순복, 『거버넌스 상황에서 갈등관리를 위한 대체적 분쟁해결제도』, 아산재단 연구총서 제172집, 2005
- 송동수, “행정계약의 현대적 재조명”, 『토지공법연구』 제10집, 2000
- 이원우, “규제개혁과 규제완화 - 올바른 규제정책 실현을 위한 법정정책의 모색”,

- 『저스티스』 通卷106號, 2008
- 정남철, “대체적 분쟁해결수단으로서 행정소송에서의 조정”, 『사법행정』, 2005/4
- 정하중, 『행정법개론』, 법문사, 2009
- 지속가능발전위원회 편, 『공공갈등관리의 이론과 기법(상)』, 2005
- 콘라드 헛세/계희열 역, 『독일헌법원론』, 박영사, 2001
- 한견우, 『행정법강의』, 신영사, 2008
- 한귀현, “協同的 行政作用으로서의 行政과 私人間の 協商의 法理, 『법제연구』 제29호, 2005
- , “독일행정법상 행정절차에서의 조정을 통한 갈등해결의 가능성과 한계”, 『법제연구』 제31호, 2006
- 홍정선, 『행정법특강』, 박영사, 2009
- 홍준형·김성수·김유환, 『행정절차법제정연구』, 법문사, 1996
- 황승흠, “인터넷 콘텐츠 규제에 있어서 법제도와 사업자 자율규제의 결합에 관한 연구”, 『공법학연구』 제9권 제4호, 2008
- 原田大樹, 『自主規制の公法學的研究』, 有斐閣, 2007
- Baer, *Der Bürger im Verwaltungsrecht*, 2005
- Franzius, “Der Gewährleistungsstaat”  
([www.claudio-franzius.de/FranziusC/texts/gewaehrleistungsstaat.pdf](http://www.claudio-franzius.de/FranziusC/texts/gewaehrleistungsstaat.pdf) 2009. 5.28. 방문)
- Knauff, *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, 2004
- Ortloff, “Mediation und Verwaltungsprozess”, in: Haft/Schlieffen, *Handbuch Mediation*, 2002
- Ortloff/Riese, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, *Kommentar zum Verwaltungsgerichtsordnung*, 17. Ergänzungslieferung 2008, Vorbemerkung § 81
- Pitschas, “Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor”, *NVwZ* 2004, 396 ff.
- Schnöckel, *Negotiated Rulemaking in den USA und normvertretende Absprachen in*

*Deutschland – Eine rechtsvergleichende Analyse kooperativen Verwaltungshandelns*, 2005

Schoch, “Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?“, *NVwZ* 2008, 241 ff.

Schuppert, “Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit“, in: Schuppert(Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, Nomos, 2005

Vesting, “Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat“, in: Hoffmann–Riem Schmidt–Aßmann(Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 101 ff.

Voß, in: *Münchener Anwaltshandbuch, Verwaltungsrecht*, §3 Die Mediation im Verwaltungsrecht, 2003

Waechter, *Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat*, 2008



## Zusammenfassung

### Konfliktbewältigung und Verwaltungsrechtswissenschaft

Hyun-Joon Kim

(Professor, Law school, Yeungnam University)

Konfliktsprobleme im Spannungsfeld zwischen Verwaltungsträgern und Bürgern sind hierzulande immer häufiger, komplexer und schwerwiegender geworden. Um dieses Problem auszulösen, ist m.E. erforderlich, dass sich das Verwaltungsrecht an der Konfliktbewältigung orientiert, da das bestehende rechtliche Instrumentarium für die Bewältigung des Konflikts nicht geeignet ist. In diesem Zusammenhang ist von Wandel von Staatlichkeit die Rede, also von dem Gewährleistungsstaat. Unter dem Gewährleistungsstaat versteht man einen Wandel von der unmittelbaren staatlichen Gemeinwohlbewirkung zu einer eher durch mittelbare Einwirkungen steuernden Gemeinwohlsicherung. Um an der Konzeption des Gewährleistungsstaates anzupassen, soll das Paradigma der Verwaltungsrechtswissenschaft gewechselt werden. Dazu soll die vorliegende Arbeit einen Anstoß geben und zugleich vorführen, wie unsere Verwaltungshandlungen, Verwaltungsorganisation und Rechtsschutz zur Konfliktbewältigung funktionieren und zwar hierbei handelt es sich um das an der Konfliktbewältigung orientierte Verwaltungsrecht.

Die vorliegende Arbeit ist wie folgt aufgeteilt:

- Einleitung (I)
- Staatlichkeit im Wandel (II)
- die zur Konfliktbewältigung dienenden Verwaltungshandlungen (III)

- die zur Konfliktbewältigung dienenden Verwaltungsorganisation (IV)
- die zur Konfliktbewältigung dienenden Verwaltungsprozess und Widerspruchsverfahren (V)
- Schlußwort (VI)

▶ Key words    Konflikt im öffentlichen Bereich, das an der Konfliktbewältigung orientierte Verwaltungsrecht, Gewährleistungsstaat, Mediation, Verhandlung