

헌법과 행정법, 질서적 통합의 시작*

—독일 제3자소송 제소권에서 기본권 논의를 중심으로—

김용욱**

【목 차】

I. 서론 <ol style="list-style-type: none">1. 문제의 제기2. 헌법과 국민 사이에 법률의 개입으로 인한 변형의 문제3. 왜 행정법상 권리구제의 영역에서 헌법적 논의가 필요한가?4. 기존 보호규범론에 따른 행정소송 제소권 일반	III. 제3자소송에서 기본권의 역할 <ol style="list-style-type: none">1. “제3자효 행정행위에 의한 제3자 기본권 침해” 현상의 본질 규명2. 보호규범론과 비교할 때 기본권 직접원용설의 실익3. 보호규범론에 대한 전환점의 제시: “행정의 법률적합성 원칙”에서 “국가의 헌법적합성 원칙”으로
II. 행정법학에서 기본권의 소외 원인 <ol style="list-style-type: none">1. 역사적으로 형성된 구 견해의 고착화로 인한 문제의 본질 간과2. 기본권과 행정법상 공권을 별개로 볼 때 발생하는 소송적 모순의 간과3. 공법과 사법의 태생적 차이 간과4. 헌법상 권리보장수단의 성격에 따른 접근방식의 개별화 요청 간과	IV. 결론: 헌법재판과 행정소송의 질서적 통합

【국 문 요 약】

공법체계는 국가에 대항하는 천부인권적 자연권의 실정법화로서의 헌법상 기본권에서부터 행정법, 특별행정법까지로 세분화되었음에도 불구하고

* 존경하는 배병호 교수님의 정년퇴임을 진심으로 축하드리며, 앞으로도 교수님의 앞날에는 영광만이 가득할 것을 기원합니다.

** 법학박사, 변호사, 감사원

하고, 독일은 역사적으로 헌법에 대한 입법자의 가치를 비교적 높게 평가해온 까닭에 행정실무가 헌법과 다소 괴리된 현상이 발생하였다. 즉 국가의 최고규범인 헌법과 국민 사이에 법률이 개입함에 따라 국가와 국민간의 헌법관계는 법률관계로 변형을 맞게 되었고, 행정법에서는 “법률의 헌법적합성” 보다는 “행정의 법률적합성”이 더 각인되었다. 이는 행정법이 헌법과 다소 동떨어진, 하나의 공법체계에서 일종의 “헌법-행정법 이원주의”로 고착화되고, 이웃소송이나 경쟁자소송 등 소위 제3자소송 제소권의 근거로서 공권을 기본권이 배제된 행정법만의 법률상 공권으로 만들었다.

그러나 자유권적·방어권적 기본권은 국가의 침익행위에 대항하는 구체적 권리성을 가지고, 제3자효 행정행위에 의한 제3자 권리침해의 본질은 국가행위에 의한 기본권의 직접적 침해(기본권의 대국가효)이다. 그간 이 점이 간과된 채 과거의 보호규범론은 제3자소송 제소권의 근거로서 기본권을 소극적으로 인정해왔다. 이제는 제3자소송에서 법률상 이익이 없다고 각하하기보다는, 제3자 기본권의 “직접침해”를 이유로 제소권을 부여함이 타당하다. 또한 과거 “행정의 법률적합성 원칙”에서 탈피하여 “국가의 헌법적합성 원칙”으로의 전환을 맞이할 것을 염원한다. 양자의 통합은 “디오니소스적 고난(본능·원형·통합) → 아폴론적 해결(이성·개별화) → 디오니소스적 실체로의 회귀(재통합·단순화)”의 과정을 거쳐 행정법이 본래의 자신의 자리로 흡수되어져가는 과정의 표출이다. 또한 이에 따르면 헌법재판과 행정소송 모두 기본권을 근거로 시작되고 기본권의 실현을 궁극적인 목적으로 함이 그 자체로 증명되므로, 양자가 “우선적·보충적 관계”를 가지면서 동일선상에 나란히 서게 되는 질서적 통합으로 귀결된다. 공법학의 체계적 발전이란 결국 법률적 규율과 헌법적 규율 사이에서 적절한 균형점을 찾는 것이다. 행정소송이 헌법적 규율에 더 초점을 맞출 경우 행정소송과 헌법재판은 우선적·보충적 관계라는 차이만을 남긴 채 상호 근접하게 되고, 이는 논리적인 통합의 모습을 보여준다. 반대로 법률적 규율에 더 초점을 맞춘다면 독자적인 행정법학의 발전에 유리하겠지만 자칫 헌법과 괴리되어 창조의 목적을 상실할 우려가 있다.

I. 서론

1. 문제의 제기

과거 공법의 태동은 국가의 고권적 행위에 대해 국민이 어떻게 “방어”할 수 있는가라는 논증으로 시작하여, 오늘날 공법의 핵심은 복잡다기화, 사회국가·급부국가화된 현대사회에서 다양하게 존재하는 개인간 수많은 이해관계를 어떻게 조정할 것인가의 문제로 발전하였는바, 이는 오늘날 공법의 궁극적인 이념이기도 하다. 더이상 편면적·침익적 행정행위만으로는 국민과 국가 간의 관계를 명쾌히 설명할 수 없도록 만들었고, 이는 제3자효 행정행위(복효적 행정행위) 개념의 발전을 이끌었다. 개인간 이해관계의 대립은 일차적으로 국가가 입법정책적으로 조율하여야 하나,¹⁾ 입법자가 사익간 또는 공익과 사익간 다양한 이해관계의 비교형량 과정에서 비례원칙 등을 위반한 결과 피해를 받은 국민은 법원을 통해 사후적으로라도 구제를 받을 수 있어야 한다. 오늘날 이웃소송, 경업자소송, 경원자소송 등 “국민-국가-국민” 간 삼면관계에서 복효적 행정행위로 인한 분쟁이 행정법학의 중심에 놓임에 따라, 이해관계인이 행정소송을 제기할 수 있는 자격을 갖는지의 문제가 행정법학의 가장 중요한 쟁점 중 하나로 되었다.

그러나 국민이 행정소송을 제기하기 위해서는 “법률상 이익”을 소지해야 한다는 원칙으로 인해 복수의 이해가 대립하는 제3자 행정소송에서 권리구제의 가능성이 협소하게 되었다. 이러한 독일의 보호규범론은 한국과 일본에도 영향을 주었고, 이들 나라에서 권리구제의 폭을 넓히기 위한 지속적인 노력도 결국 독일 보호규범론의 도그마틱을 넘어서지 못하였다.

본고는 헌법상 기본권을 근거로 행정소송 제기권을 확대하려는 시도를 다룬다. 본고는 헌법과 행정법간, 기본권과 법률상 공권간의 상호관계에

1) 중요한 사회문제의 발생시 국가는 그 해결을 위해 여러 정책을 마련한다. 국가 예산과 자원은 한정되기에 모든 관계인이 혜택을 보는 완벽한 해결책은 현실적으로 존재할 수 없고, 하나의 입법정책은 필연적으로 반대 당사자의 이익을 제한할 가능성이 크므로 국가는 입법정책 마련시 모든 관계인의 이익을 조화롭게 해결하기 위해 신중히 노력해야 한다.

대한 역사적·본질적 분석을 통해 행정소송 제기권의 근거로서 기본권, 특히 국민-국가-국민 간 삼면관계(제3자소송)에서 제3자의 기본권 원용가능성에 집중하여 그 필연성을 논증한다.²⁾

2. 헌법과 국민 사이에 법률의 개입으로 인한 변형의 문제

한 국가의 규범체계 내에서 최고규범성을 가지는 헌법은 추상성·개방성을 특징으로 한다. 헌법은 법률로의 위임을 통해 헌법가치적인 목표를 보다 구체적으로 실현한다. 이에 법률은 헌법에 대비하여 구체적 규범으로 불린다. 즉, 헌법과 행정법은 공법이라는 하나의 틀 안에서 궁극적으로 같은 목표를 향해 동일선상에 순서대로 서게 된다.

그 목표란 결국 국가에 의한 모든 국민의 권리와 이익의 실현이고, 이는 헌법이 스스로에게 부여한 궁극적 가치다. 행정법의 목적은 헌법에 의해 헌법과 동일한 목적이 부여되고, 헌법의 위임을 받은 법률에 의해 그 목적은 실현된다.

의회가 제정한 법률이 헌법과 국민 사이에 개입하게 되고, 이로 인해 기존에 국가와 국민 간의 “헌법관계”는 일부 영역에서는 “법률관계”로 성격의 변형을 맞게 된다. 이러한 변형은 크게 네 가지 양상으로 정리된다.

첫째, 국가조직상 변형이다. 이는 헌법상 국가조직(헌법조직)과 법률에 의해 설립된 국가조직(행정조직) 간의 관계에 관한 것이다. 둘째, 국가와 국민 간의 상호작용 중 국민의 국가에 대한 권리에 관한 것이다. 이는 헌법상 기본권과 법률상 공권 간의 관계에 관한 것이다. 셋째, 국가와 국민 간의 상호작용 중 국가의 국민에 대한 개입에 관한 것이다. 이는 헌법상 금지는 반드시 법률상 금지로서 구체적으로 발현되어야 하는가, 아니면 헌법만으로도 직접 국민의 권리나 이익을 제한할 수 있는가에 관한 것이다. 넷째, 헌법의 영역에서 국가의 헌법적합의무가 행정법의 영역에서 행정의 법률적합의무로 전환되는가이다. 이러한 논의들은 다양한 이해관계가 대립되는 현대사회에서 헌법과 행정법의 관계정립을 보다 세련되게 정리하는데 도움을 준다. 본고는 이중 두 번째, 헌법상 기본권과 법

2) 그러나 이러한 논의는 헌법과 행정법간의 상호관계에서 지엽적인 하나일 뿐이다. 한편 본고는 주로 도그마틱적 논증으로 정당화근거를 제시하려는 것이며, 법정책학적 관점에서 다루려는 것이 아니다.

물상 공권 간의 관계에 대해서만 다를 것이다.

이러한 모든 문제는 근원적으로 헌법상 규정이 “프로그램적 규정”에 불과한지, 아니면 “직접적 효력”을 갖는지의 문제와 직·간접적으로 관련된다. 행정소송 제소권의 근거로서 기본권의 독자성은 헌법상 기본권을 구체적 권리로 보는 지점에서 시작되며, 당연히 이 지점에서는 논쟁이 있다. 또한 기본권의 성격에 관한 논의는 헌법상 기본권을 자유권적·방어권적 기본권과 그 밖의 기본권으로 구분하는 것과는 관련이 있다.

3. 왜 행정법상 권리구제의 영역에서 헌법적 논의가 필요한가?

행정소송에서 원고적격의 확대는 대상적격 확대의 문제와 마찬가지로 사법권의 행정권에 대한 개입의 확대를 의미하고, 이는 헌법상 권력분립의 원칙과 긴장관계에 있는 것으로 오인될 소지가 충분하기에,³⁾ 헌법을 토대로 한 법질서의 궁극적인 목적이 무엇인지, 그 실현을 위해 어떠한 수단과 방법을 언급하고 있으며 또 헌법해석상 도출될 수 있는지에 대한 검토가 필요하다.

4. 기존 보호규범론에 따른 행정소송 제소권 일반

오늘날 행정소송 제소권에 관한 입법례는, 크게 행정의 적법성 확보를 중시하는 입법례(객관소송), 개인의 주관적 권리의 구제를 중시하는 입법례(주관소송), 그 중간 지점에 존재하는 입법례(영국)⁴⁾로 구분할 수 있다. 독일에서는 기본법 제19조 제4항 및 행정법원법(VwGO) 제42조 제2항에 따른 주관주의적 소송관을 바탕으로 모든 소송의 시작을 위해서는 주관적 권리의 침해가 전제되어야 하며, 행정행위의 위법성만을 이유로

3) 이로 말미암아 국민 권리구제의 최후의 보루인 사법권은 그 헌법상 의무에 불구하고 국가 정책의 집행에 대해서는 관여를 상대적으로 자제해온 것이 사실이고, 또 사법부가 대통령 및 의회와 맺은 정치적 역학관계 그리고 사법부의 사회적 현안에 대한 비전문성도 그 근거로서 한몫을 했다.

4) 영국에서는 사법심사를 통한 사법적 통제를 위해서는 일종의 허가절차(leave procedure)가 요구된다. 영국의 판례법실무에 따라 우려가 인정되는 경우 존재하는 충분한 이익을 주장할 수 있는 사람은 제소가 허용된다. s. C. Sennekamp: in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2021, § 42 Rn. 49.

다룰 수 없다.⁵⁾ 19세기말 입헌군주정시대에서 O. Bühler에 의해 창설된 고전적 공권은 “강행규정(Zwingender Rechtssatz)”, “보호규범(Schutznorm)”, “법상의 힘(Rechtsmacht)”이라는 세 가지 징표로 구성되었는데,⁶⁾ 기본법 제정 이후 공권의 고전적 요건 중에서 이른바 보호규범론, 즉 “당해 법률이 개인의 이익보호를 의도하여야 한다는 요건” 밖에 남지 않았으며, 이는 결과적으로 권리 개념이 “법적으로 보호된 이익”으로 변화하였다는 것을 의미한다.⁷⁾ 그렇게 보호된 이익은 오늘날 기본법 제19조 제4항 때문에 여전히 “권리”라 하였다.⁸⁾

이에 반해 프랑스나 EU는 행정소송의 제소권 인정에 있어 독일보다 한층 완화된 기준을 가진다. 프랑스에서 독일의 취소소송에 해당하는 월권소송(recours pour excès de pouvoir)은 객관적 범규범을 근거로 위법성을 판단하는 객관소송이므로 제소권이 권리를 직접 침해당한 자로 한정되지 않는다.⁹⁾ 그러나 Conseil d'État에 따르면 객관적 입장에서 “침해된 이익(Intérêts lésés)”이 있어야 하므로,¹⁰⁾ 국민 누구나 검찰관이 되는 이른바 “Popularklage(actio popularis)”는 허용되지 않는다.

5) S. Kötters, in: Posser/Wolff, VwGO, 64. Aufl., 2019, § 42 Rn. 143. 따라서 개인은 주관적 권리의 침해 주장 없이 적법한 행정조치를 요구할 수 없다. vgl. Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2021, Rn. 43.

6) O. Bühler, Altes und neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 224, S. 269 ff.

7) U. Scheuner, FS für DJT, Bd. II, 1960, S. 255; O. Tschira/W. Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl., 1985, S. 87; C. H. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., 1987, S. 194.

8) O. Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 301 ff.

9) L. Duguit, Traité de Droit constitutionnel, 2e éd. 1923, p.418; R. Chapus, Droit du contentieux administratif, 13e éd. 2008, p.62; M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, 12e éd. 1933, p.396; G. Jèze, L'acte juridictionnel et la classification des contentieux, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 16e année, 1909, p.667.

J. M. Auby와 R. Drago는 객관소송을 적법소송(le contentieux de la legalite)으로, 주관소송을 권리소송(le contentieux des droits)으로 명명하였다(J. M. Auby et R. Drago, Traité de contentieux administratif, t. 2, 3e éd. 1984, p.81).

10) 물질적 침해뿐만 아니라 종교의 자유(C.E. 8. 2. 1908. Abbé Déliard)나 학교명(C.E. 13. 6. 1948. Société des amis de l'École polytechnique) 같은 정신적 침해도 포함된다.

유럽사법재판소에서는 주관적 공권 대신 “공동체법상의 주관적 자격 (subjektive Berechtigung des Gemeinschaftsrechts)”이라는 개념을 사용하여 규범의 보호목적에 관계없이 인정될 수 있고, 반사적 이익도 당해 규범에서 보호하려는 것이라고 인정되는 한 그 주관적 보호효과가 발생될 수 있다.¹¹⁾

이처럼 프랑스와 유럽연합법에서도 행정소송에 있어 무제한적인 민중소송이 인정되는 것은 아니므로, 개선책을 강구할 때에도 민중소송적 의미에서의 객관소송은 가정하기 어렵다. 이에 본고는 헌법상 인정가능한 범위 내에서 제소권을 최대한으로 확장하기 위해 “기본권의 원용가능성”에 초점을 둔 것이다.

II. 행정법학에서 기본권의 소외 원인

1. 역사적으로 형성된 구 견해의 고착화로 인한 문제의 본질 간파

① 프로그램적 규정으로서 기본권 : “군주의 지배권”과 “개인의 기본권 보장”간의 긴장관계로 특징되는 입헌군주정헌법 하에서는 기본권이 입법자에 대한 프로그램적·방침적·추상적 규정으로 간주되었다.¹²⁾ 기본권은 국가에 대한 주관적·구체적 권리성을 갖지 못하였으며, 국가권력이 스스로에게 한계를 부여하는 규범에 지나지 않는 것이었다.¹³⁾ 19세기부터 보호규범론은 헌법상 기본권이 추상적으로 기재된 반면, 개별법률상 권리는 비교적 명확하고 상세하게 기재되므로, 국가로부터의 방어권 확보를 위해서는 기본권보다 법률상 권리가 더 가치가 크다고 하였다.¹⁴⁾ 1919년 바이마르헌법 당시에도 법실증주의의 영향으로 말미암아 기본권은 법률의 범위 내에서만 인정되었다.¹⁵⁾ H. Kelsen과 G. Jellinek로 대

11) S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999, S. 385.

12) O. Tschira / W. Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl., 1985, S. 91.

13) C. F. Gerber, Über öffentliche Rechte, 1852, S. 77; G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 82; C. Bornhak, Preußisches Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1911, S. 255.

14) F. Giese, Die Grundrechte, 1905, S. 89.

표되는 법실증주의적 기본권관에 따르면 “실정법의 우월”과 “힘의 규범 정립적 기능” 또는 “사실의 규범적 효력”이 강조되었다. 그나마 헌법상 보장된 기본권조항조차도 개개의 기본권조항에 포함된 개별적 법률유보 하에서 결국은 프로그램적 기능밖에는 할 수 없었다.¹⁶⁾

② 자유권적·방어권적 의미에서 기본권 : 동시에 19세기 후반기에 들어와 기본권은 프로그램적 성격뿐만 아니라, 국가에 대한 소극적 권리의 의미도 갖게 되었다.¹⁷⁾ 당시에는 기본권을 개인의 일반적인 자유와 재산 권으로 도식화하여, 기본권은 행정의 법률적합성 원칙과 결합하였다.¹⁸⁾ 즉, 기본권의 본질은 헌법에 의하여 보장된 개인의 자유와 재산을 법률이 허용하는 것보다 더 많이 침해하는 행정행위에 대한 “부작위청구권”을 의미하였다.¹⁹⁾

바이마르헌법 초기에 일부 학자들은 입법부에 대한 기본권의 무력함을 비판하면서, 국가로부터 개인의 법적 지위를 강화하기 위해 입법자에 대한 광범위한 기본권기속을 주장하였다.²⁰⁾ 특히, C. Schmitt의 “법치국가적 배분의 원칙(Das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip)”에 따르면 국가에 선재하는 개인의 자유의 영역은 원칙적으로 무제한하며 이러한 영역에 대한 국가의 침해권한은 원칙적으로 제한된다. 즉, 침익적 행정행위에 의한 기본권 침해의 경우에는 실질적 자유의 배분에서 입법자 우선의 원칙이 제한된다.²¹⁾ 이러한 이론적인 변화와 더불어 비록 제한적이기는

15) Herb. Krüger, DVBl, 1950, S. 624; derselbe, GG und Kartellgesetzgebung, 1950, S. 12.

16) H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, ND, 1966, S. 155f; G. Jellinek, System der subjektiven öffentliche Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 94ff; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1928, ND, 1976, S. 420.

17) vgl. H. Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, 43 ff; Ramsauer, JuS, 2012, 769 (770).

18) G. Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, 1912, 96 ff.

19) G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 103; G. Anschütz, Deutsches Staatsrecht, Bd. 4, 7. Aufl., 1914, S. 89.

20) 바이마르헌법 초기에 현실의 새로운 문제의 해결에 있어 한계에 봉착한 법실증주의에 대한 대안으로 국법학의 방법론에 있어 철학적이고 윤리적인 방법(E. Kaufmann, VVDSTRL, 1927, S. 2 ff), 정치적 방법(C. Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl., 1970, S. 20 ff), 정신과학적 방법(R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S. 1ff), 사회과학적 방법(H. Heller, Die Krisis der Staatslehre, in: Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1971, S. 3ff) 등이 주장되었다.

하나 입법자의 기본권 기속사상이 관철되어졌고, 기본권의 핵심영역, 즉 본질적인 내용의 침해금지가 이루어졌다.

이러한 사상은 기본법 이후에도 계승되어 보호규범론은 침익적 행정행위에 대해서는 헌법상의 방어권 외에 행정법상의 고유한 방어권(관련법률의 이익보호방향)이 필요없다고 여겨졌다. 이렇게 침익적 행정행위의 수령자에게는 항상 제소권이 인정되는 것을 “수범자이론(Adressatentheorie)”이라고 한다.²²⁾ 그 근본배경은 기본법 제2조 제1항의 일반적 행동의 자유에 관한 연방헌법재판소의 판례였다.²³⁾

③ 제3자효 행정행위에 의한 제3자 권리침해에 있어 기본권의 보충적

지위의 확립 : 오늘날 침해행정영역에서의 보호규범론은 제3자의 권리로 초점이 이동되었으며, 제3자 권리의 확인을 위해서는 전통적인 보호규범론에 따라 관련법률의 “이익보호의 방향성”을 검토해야 한다는 것이 행정법학의 지배적인 견해이다.²⁴⁾

21) C. Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl., 1970, S. 126.

22) U. W. Erichsen, in: Erichsen, Allg. VerwR, 11. Aufl., 1998, S. 247; H. D. Jarass, NJW, 1983, S. 2844; P. Preu, subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, 1992, S. 30; R. Wahl, DVBl, 1996, S. 648; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl., 2022, § 42 Rn. 69; N. Achterberg, DVBl, 1981, S. 281 ff; BVerwG, NVwZ, 1993, 884.

23) 연방헌법재판소는 “Elfes” 판결에서 개인은 국가권력에 의한 자신의 자유에 대한 모든 침해에서 그것이 특별한 개별기본권에 의하여 보호되지 않는 한, 기본법 제2조 제1항상의 일반적 자유권을 보충적으로 원용할 수 있다고 판시하였다. BVerfGE 6, 32 (41). 또한, 연방헌법재판소는 모든 국민은 기본법 제2조 제1항에 따라 헌법질서에 근거하지 않은 불이익을 국가권력으로부터 받지 않을 기본권적 청구권을 갖는다고 판시하였다. BVerfGE 9, 83 (88); BVerfGE 19, 206 (215); BVerfGE 29, 402 (408). 기본법 제2조 제1항은 법률유보와 법률우위의 원칙을 주관화시켰다고 평가된다. W. Löwer, DVBl, 1981, S. 528.

24) S. Kötters, in: Posser/Wolff, VwGO, 64. Aufl., 2019, § 42 Rn. 151; P. Hanni, Die Klage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung, 1988, S. 206; Michael S. Greve, The Non-Reformation of Administrative Law: Standing to Sue and Public Interest Litigation in West German Environmental Law, Cornell International Law Journal, 1989, 200 ff; C. Sennekamp: in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2021, § 42 Rn. 50.

한편, 독일에서도 자연보호법(naturschutzrecht)에 의해 인정된 환경단체는 토지소유권과 같은 자신의 직접적 이익과 무관한 경우에도 공익침해를 근거로 한 이타적인 단체소송(altruistische Verbandsklage)의 의미에서 행정법원법 제42조 제2항상의 예외규정의 적용하에 제소권이 명시적으로 인정되나, 이는 오르후스협약(Aarhus-Konvention)과 유럽공동체법의 영향을 받은 판례 혹은 환경관련법령(z.B. Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz)에 의해 일종의 특

그러나 보호규범론은 구체적인 영역까지 해석의 기준을 마련할 수 없어 판례에 많은 부분을 의지하고 있으며, 연방행정법원은 개별사례나 영역마다의 해석기준을 마련하려는 것으로 보인다. 연방행정법원과 다수설에 따르면, 전체적으로 주관법적 제3자보호는 3단계과정으로 공식화된다. ㉔ 수직적 관계에만 국한되기보다는, 단순한 반사적 효력을 넘어, 주로 수평적 관계에서 충돌하는 사익간 이익조정을 목적으로 하는 객관법적 보호의 규범인가? 즉, 어떠한 규범이 주로 “객관법”적으로 제3자 관련성을 현출하는가? ㉕ 이러한 객관법적 보호의 실질적인 보호목적이 무엇인가? 즉, 그 안에서 객관법적 규율을 넘어 실질적인 관점에서 “주관법”적 요소에 대한 지향(제3자 지향성)이 있는가? ㉖ 최종적으로 구분가능한 인적범위가 표출되는 “특정된 범위의 개인”에 대한 보호목적(보호 가치 있는 이익에 대한 고려)이 있는가?²⁵⁾ 한편, 개인적 이익에 대한 고려는 오직 일반의 이익(공익)의 관점에서 집단의 이익을 통해서만 도출될 수 있다.²⁶⁾ 한편, 1970년대부터 독일 행정법학에서도 기본권은 해석을 통해 법률상 권리를 보완하며, 법률이 함결된 경우에는 공권을 창설한다고 하였다. 특히 다자간 공법관계에서 제3자의 권리는 법률에 대한

칙으로서 인정된 것일 뿐이고(vgl. BVerwGE 148, 155; Danwitz, NVwZ, 2004, 272; Ziekw, NVwZ, 2005, 263; Ekardt/Pöhlmann, NVwZ, 2005, 532; Gellermann, NVwZ, 2006, 7; Ekardt, NVwZ, 2006, 55; Schmidt-Preuß, NVwZ, 2005, 489; Calliess, NVwZ, 2006, 1; Seelig/Gründling, NVwZ, 2002, 1033; Berkemann, DVBl, 2011, 1253), 보호규범론의 근본적인 도그마틱은 여전히 유지되고 있다.

25) Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht. Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Loseblatt, Rn. 110-114; S. Kötters, in: Posser/Wolff, VwGO, 64. Aufl., 2019, § 42 Rn. 154; BVerwGE 52, 122; 67, 334; 82, 343; BVerwG, NJW, 1984, 138; BGHZ 92, 34 (52); 106, 323.

26) BVerwG, ZLW, 1978, 79. 예컨대 보험감독법에서, 보험시스템의 남용으로 인한 피해로부터 피보험자 공동체를 보호하는 것이지, 피보험자 개인을 보호하는 것이 아니다. 동일한 취지로 독일행정법원은 항공기인가규정(LuftVZO) 제43조 제1항의 제3자보호지향성을 부정하였다(BVerwG, ZLW, 1978, 49). 또한 금융감독의 상당 부분에서도 제3자보호는 공익에 대한 고려로 제한되어야 한다고 하였다(MüKoAktG/Kreße WpÜG, 4. Aufl., 2017, § 4 Rn. 25 ff; Hirte/v. Bülow/Giesberts, Kölner Kommentar zum WpÜG, 2. Aufl., 2010, § 4 Rn. 59 ff; OLG Frankfurt a. M. NJOZ 2003, 2180; 2004, 2327; DB 2003, 1371 m. Anm. Zschoke/Rahlf DB 2003, 1371; BVerfG, NJW, 2003, 501). 그러나 입법지침은 제소요건에서 어떠한 권리침해의 요건을 명시적으로 면제할 수도 있다.

기본권적 해석을 통해 보충된다. 즉, 1차적으로 법률에 대한 기본권적 해석을 통해 보호의 근거를 찾고, 이것이 어려울 경우 2차적으로 직접 기본권을 근거로 주장할 수 있다.²⁷⁾ 전자를 기본권의 “규범내부적 효력 (norminterne Wirkung)”, 후자를 기본권의 “규범외부적 효력 (normexterne Wirkung)”이라 한다. 규범내부적 효력에 따르면, 기본권은 일반법률로 구체화되지만 그 해석에 영향을 미침으로써 그 내용을 결정한다. 법률과 기본권이 충돌하는 경우에는 헌법합치적 해석을 통해 해결해야 하므로 입법자의 의사에 반해서도 법률에 주관적 권리성을 부여할 수 있다.²⁸⁾ 규범외부적 효력이란, 기본권을 직접 근거로 청구하는 것이다.²⁹⁾ 일반법률이 헌법상 기본권의 최소한의 보호에 부족하고 헌법합치적 해석도 배제될 경우 기본권의 직접적인 원용(회귀, Rückgriff)이 허용된다고 한다.³⁰⁾

한편, 기본법 제정 이후에 기본권이 직접 국가에 대한 권리성을 도출한다고 보는 “기본권 직접원용설”이 발전하여, 기본권은 직접적인 효력

27) O. Schlichter, NVwZ, 1983, S. 641 ff; O. Tschira/W. Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl., 1985, S. 91.

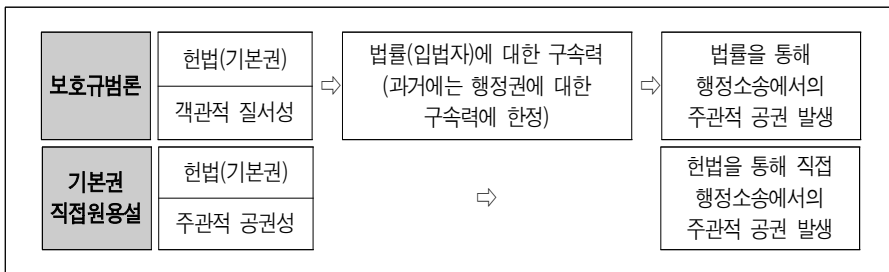
28) Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl. 2022, Rn. 119.

29) vgl. Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht. Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Loseblatt, Rn. 58; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl. 2022, Rn. 121.

30) Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl. 2022, Rn. 121; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, 53. Aufl., 2009, Art. 19 Abs. 4 Rn. 122-125; Schliesky, DVBl, 1999, 85; Schmitt Glaeser/Horn, VerwProzR, 16. Aufl., Rn. 157; Würtenberger/Heckmann, VerwProzR, 4. Aufl., 2018, Rn. 279; Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 2005, Rn. 566; Hufen, VerwProzR, 12. Aufl., 2021, § 14 Rn. 84. 한편, 수평적 법률관계에서는 기본권의 직접적인 원용이 배제된다는 견해도 있다. 이에 따르면 일반법률이 기본권의 최소기준을 충족하지 못하는 경우 결국 위헌으로 판명되어야 한다. 공권력의 침해에 대한 방어와는 달리 수평적 법률관계에서 사인의 침해에 대한 법률적 보호가 부족하다는 주장만으로는 기본권의 개입이 배제된다. Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht. Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Loseblatt, Rn. 61. Wahl과 Schütz는 파생적 참여권 (derivativen Teilhabeanspruch)에서 기본권을 실행권(Leistungsrechte)으로 직접 원용하는 것에 반대하였다. Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht. Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Loseblatt, Rn. 63; vgl. BVerwGE 27, 360 (362); 79, 154 (156).

이 있는 권리성을 갖지 못하고 단지 법률의 구체화과정을 통해서만 권리를 낳을 수 있다는 ”행정법상 공권론(고전적 공권론, 보호규범론)“³¹⁾과 대립하였으나,³²⁾ 기본권과 행정법상 공권의 명확한 교차점에 대한 모색이 난제로 남음으로 인해 공권은 여전히 행정법상의 제도로만 머물렀고 기본권은 흠결보충적인 기능만을 수행하게 되었다.³³⁾

<표 1> 행정소송 제소권의 근거에서 견해의 대립



④ **근본적 비판** : 국가와 제도의 성립 이전 인간의 자유와 권리는 모든 방면에서 무제한적이었는가? 그러한 무제한의 자유가 국가의 성립에 의해 제한되기 시작하였는가? 국가와 제도의 성립 이전 부족사회에서 개인은 어떠한 성질의 자유와 권리를 향유하였는가? 태곳적 인류집단체에서도³⁴⁾ 인

31) 행정법상 공권론에 따르면 기본권의 객관적 규범성 혹은 객관적 질서성을 중시하여 기본권은 일차적으로 입법자에 대한 구속력을 가진다. 나아가 바이마르헌법 당시만 해도 기본권이 입법자에 대한 구속력까지는 갖지 못하고 단지 ”행정에 대해 법률에 적합할 것을 요구할 권리만이 가능“하다는 견해도 있었으나, 오늘날 이러한 견해는 무의미하다. S. V. Knebel, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, 2018, S. 34; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 2014, § 3, Rn. 30.

32) H. Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre von subjektiven öffentlichen Recht, 1986, S. 130 ff.

33) M. Zuleeg, DVBl, 1976, S. 512; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, 53. Aufl., 2009, Art. 19 Abs. 4, Rn. 191.

34) 국가의 기원에 대해, Jellinek는 조직적이지 않은 사회는 역사상 존재한 적이 없으며 그 자신 위에는 어떤 단체도 가지지 않는 조직화된 모든 세속적인 사회가 국가라 하였다. 그러한 시초적 국가상은 역사에서 결코 결여된 일이 없었으며, 오늘날에도 여전히 최저의 사회생활을 하는 민족에서조차도 결여되어 있지 않다. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1928, ND 1976, Rn. 365. Spinoza도 인간은 대체로 야만인이든 문명인이든 어느 곳에서나 모두 서로 결합하고 있어 어느 정도 국가 상태를 이루고 있다고 하였다. 따라서 국가의 여러 원인과 그 자연적인 기초는 이성의 가르침 속에서 얻어지는 것이 아니고, 도리어 인간의 공동의 본성 또는 상태에서 찾아보아야 한다고 하였다. B. Spinoza, Tractatus

간의 자유와 권리는 존재함과 동시에 무제한적이지는 않았을 것이며 타인과의 관계 속에서 적절한 위치가 조율되었을 것이다. 그것은 관습적 유산을 통해 계승되어 온 암묵적 질서, 집단무의식과 집단의지, 부족장 등 강자의 의사 혹은 집단의사를 통해 결정되었다. 이러한 의미에서 인간의 기본적인 자유와 권리는 시대에 따라 약간의 차이점은 있겠지만 -예컨대, 사유재산과 재화의 분배, 가족, 종교, 생명과 신체 등- 국가와 제도 이전에도 존재하였고 또 공동체 속 타인과의 관계 속에 내재하는 한계점도 분명히 존재하였을 것이다. 국가와 제도 이전에 그 존재를 부정할 수 없는 태곳적부터의 인간의 자유와 권리를³⁵⁾ 국가가 제정하는 중간매개체인 법률을 통해서만 “주장”할 수 있다는 발상은 -그것이 법률을 통해서만 “제한”될 수 있다는 주장은 가능할지언정- 오늘날 납득이 어렵다. 입법자와 법률의 역할은 다양하게 대립하는 이해관계를 규범조화적으로 해결하려는 노력, 예컨대 오늘날 국가의 가장 중요한 역할 중 하나인 타인으로부터의 “기본권보호”, 법률에 의해 구체적인 내용형성이 필요한 기본권 형성적 법률유보, 제도적 보장 등의 영역에서 그 빛을 발하는 것이다. 이를 넘어 사회적 인간이 관련된 모든 법영역에서 법률의 역할을 주장할 경우 이는 국가를 전지전능한 일말의 오류도 없는, 마치 신에 대한 절대적 믿음으로 보는 것에 다름아니다. 어떠한 경우에도 헌법 위에 법률을 놓을 순 없다. 기본권은 실질적 내용이 없다는 식의 고전적 견해는 오히려 그러한 해석론이 헌법상 기본권을 공허한 권리로 만들었다. 독일 공법학계를 지배해온 역사적 습속으로 인해 헌법과 행정법 간에는 다소 괴리가 발생하게 되었고, 어찌보면 행정법은 헌법과는 괴리된 자신만의 독자영역을 구축하기를 바랬는지도 모

Politicus, 1677, Gephardt (1924, Heidelberg), Kap. 1 Abschn. 6. Kant도 국가는 선형적이라고 하였다. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre u Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre in Die Metaphysik der Sitten*, Kant Werke Bd. IV, Darmstadt, 1998, A164 f.

35) Spinoza는 신으로부터 태어난 자연물 역시 신이 그 본성에 따라 절대적인 자유를 향유하는 것처럼, 그 존재 및 활동에 대하여 힘을 가지고 있는 만큼의 권리를 자연적으로 가지는 것을 자연권이라 하였다. 즉, 신으로부터 비롯된 만물로 인하여 생겨나는 자연의 여러 법칙, 즉 자연의 힘인 자연권은 그 힘이 미치는 곳까지 존재하므로, 사람 각각이 자기 본성의 여러 법칙에 따라 행동하는 것은 모두 자연권에 따라 행동하는 것이고, 그 각각은 그의 힘으로 할 수 있는 만큼의 권리를 자연에 대하여 가지고 있는 것이다. B. Spinoza, *Tractatus Politicus*, 1677, Gephardt (1924, Heidelberg), Kap. 2 Abschn. 3 f.

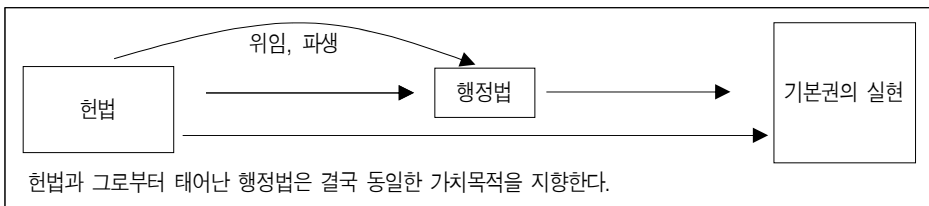
른다. 만약 기본권을 국민의 권리와는 무관한, 국가에 대한 일종의 “방침”이나 “프로그램적 규정”으로만 본다면 기본권의 권리로서의 조문형식부터 바꾸어야 할 것이다. 만약 보호규범론의 일부가 입헌군주정헌법을 지나 바이마르헌법, 기본법에 이르기까지 기본권과 행정법상 공권은 다르다고 주장해온 것이라면, 더 이상은 기본권을 “권리”로 불러서는 안될 것이다.

2. 기본권과 행정법상 공권을 별개로 볼 때 발생하는 소송적 모순의 간과

만약 기본권과 행정법상 공권을 별개의 영역으로 본다면, 오늘날 그들의 보호범위는 서로 어떠한 관계에 있는가? ① 양자는 서로 간섭없이 별개로 운용되는가, ② 행정소송 제소권의 관점에서, 법률상 공권이 인정되지 않을 경우에야 비로소 기본권의 규범에 대한 흠결보충적 기능으로서 기본권을 근거로 행정소송이나 헌법재판을 제기할 수 있는가, ③ 헌법재판 제소권의 관점에서, 개인의 이익이 침해되더라도 기본권의 보호범위에 포함되지 않으면 이는 법률상 권리에 불과하여 행정소송의 대상은 될지언정 헌법재판의 대상은 될 수 없는가? 이러한 영역의 구분은 결국 동일한 목적을 지향하는 공법체계에서 소송제도의 이원화와 결부되어 문제를 어렵게 한다.

즉, 하나의 공법체계에서 행정소송과 헌법재판, 소송제도의 이원화 문제도 보호규범론과 기본권 직접원용설 중 하나에 대해 근원적인 의문을 갖게 한다. 즉 헌법재판의 발전, 위헌법률심판 외에 행정행위에 대한 헌법소원이 기본권을 근거로 행해짐에 따라 이러한 이원화는 모순을 내포하게 되었다. 그것은 공법체계라는 하나의 틀 안에서 헌법재판과 행정소송은 헌법에 의해 “기본권의 실현”이라는 동일한 목적을 부여받았음에도, 헌법재판은 행정행위의 취소를 위해 기본권을 원용할 수 있음에도 행정소송은 그럴 수 없다는 “외형적인 모순”이다.

<표 2> 헌법과 행정법의 목적



3. 공법과 사법의 태생적 차이 간과

역사적인 관점에서 공법에서 민법상 권리개념의 무비판적인 채택은 문제가 없지 않았다. 사법관계에서 사인간의 권리와 의무는 상호 대칭적으로 성립되며 1차적으로 입법자에 의한 법률적 규율을 근거로 형성된다.³⁶⁾ 즉, 사법관계에서 재산권이나 가족권 등과 같은 사권은 규율의 복잡성으로 말미암아 민법 등의 법률을 통해 구체화되어야 권리·의무의 세부적인 내용을 확정지을 수 있다. 그렇지 않으면 법률관계 판단의 기준이 불명확하거나 해석자의 관점에 따라 자의적으로 될 소지가 있기 때문이다.³⁷⁾

그러나 기본권과 같은 공권은 원칙적으로 천부인권적 “자연권”을 성문화한 것이기에 이와 다르다. 매번 국가(입법자)가 만드는 법률을 통해야 한다면, 국민이 마땅히 향유해야 할 자연권을 성문화한 헌법의 실익이 사라질 것이다.

4. 헌법상 권리보장수단의 성격에 따른 접근방식의 개별화 요청 간과

보호규범론은 기본권 직접원용설에 대해, 국가에 대한 급부청구권이나 보호청구권 등은 기본권적으로 보장되어 있지 않기 때문에 법률 없는 기본권의 구체적 권리성은 타당하지 않다고 하였다.³⁸⁾ 또한 기본권의 개방성 및 입법자의 법치국가적이고 민주적 정당성을 가진 권리보호로서 기본권 형성적 법률유보를 근거로 기본권 직접원용설을 비판한다.³⁹⁾ 예컨대, 재산권은 건축관계법의 모든 규정이 제3자의 보호기능을 갖도록 요구하지 않는다. 오히려 입법자에게는 재산권의 한계 내에서 개개의 법규

36) Savigny는 그 자체로 사권의 범주인 주관적 권리를 법적으로 보장된 개인의 의지(Willen)의 행사로 이해하였다. Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, 1840, S. 7.

37) E. W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl., 1981, S. 218.

38) Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, 11. Aufl., 1999, S. 653; U. W. Erichsen, in: Erichsen, Allg. VerwR, 11. Aufl., 1998, S. 249.

39) K. H. Friauf, Jura, 1969, S. 11; J. Pietzcker, FS für Bachof, 1984, S. 138 ff, 145 ff; P. Preu, subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, 1992, S. 30; Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, 11. Aufl., 1999, S. 651 f; U. W. Erichsen, in: Erichsen, Allg. VerwR, 11. Aufl., 1998, S. 249 ff; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, 53. Aufl., 2009, Art. 19 Abs. 4, Rn. 120 ff; R. Wahl, DVBl, 1996, S. 641 ff; Breuer, DVBl, 1983, S. 436.

범을 강력하게 또는 제한적으로 제3자보호의 기능을 갖게 하거나 아예 제3자보호 없이도 형성할 수 있는 권한이 부여된다.⁴⁰⁾

그러나 이러한 비판은 ① 자유권적·방어권적 기본권, ② 법률에 의해 구체적인 내용형성이 필요한 기본권 형성적 법률유보, ③ 제도적 보장, ④ 제3자효 행정행위에 의한 제3자 기본권의 침해에 따라 각기 다른 접근방식이 필요함에도, 이들에 대한 체계적인 분류와 정리 없이 혼동한 결과이다. 헌법상 기본권마다의 본성에 따른 차별화된 접근이 필요하다. 기본권의 성질에 따른 체계적인 분류와 정리는 기본권 관련 논의를 할 수 없다. 예컨대, 기본권 직접원용설에 의하더라도 기본권 형성적 법률유보의 대상이 되는 재산권, 제도적 보장의 대상이 되는 사회국가적 제도보장에만 근거해서는 국가에 대한 급부청구가 법률 없이 가능하다고 볼 수 없다.⁴¹⁾

그렇다고 문제된 기본권이 예컨대, 생명·신체의 자유, 표현의 자유, 직업의 자유(영업의 자유)와 같은 자유권적·방어권적 기본권인 경우에는 법률의 매개가 불필요하고, 사회국가적 제도보장은 법률의 매개가 필요하며, 재산권은 그 중간정도라고 도식적으로 구분할 수는 없다. 사회분쟁은 매번 복잡한 양상을 띠기에 반드시 문제된 공법관계의 구체적인 유형과 특성을 먼저 고려해야 하며, 이는 결정적인 요소이다. 행정작용에 의한 기본권 침해의 “관련성(직접성)”과 “중대성”을 판단해야하기 때문이다. 예컨대 경업자소송보다 경원자소송에서의 영업의 자유가, 사업자의 영업권보다 인접주민의 환경권이나 주거권이 기본권 침해의 중대성이 더 클 것이다.

III. 제3자소송에서 기본권의 역할

1. “제3자효 행정행위에 의한 제3자 기본권 침해” 현상의 본질 규명

기본권의 효력은 기존의 대국가적 효력(수직적 효력, 직접적 효력, senkrecht, unmittelbare Wirkung)에서 동위의 국민에 대한 대사인적

40) O. Schlichter, NVwZ, 1983, S. 641 ff.

41) Wahl, NVwZ, 1984, 401 ff.

효력(수평적 효력, 간접적 효력, 제3자적 효력, horizontale, mittelbare Drittwirkung) 및 기본권 충돌의 개념으로까지 확장되어 오늘날 헌법학의 주요쟁점으로 다루어지고 있다.

그러나 제3자 행정소송에서 기본권의 원용가능성을 인정하더라도, 이것이 기본권의 제3자효를 의미하는 것은 아니다. 제3자효 행정행위에서 사인간 이해관계의 대립은 표면적이고, 그 실질은 사인 간의 법률관계에서 매개원인인 공권력으로서 행정행위, 그리고 이에 대한 기본권의 대국가적 효력이 전제된다. 따라서 제3자효 행정행위에 대한 제3자 행정소송은 기본권이 “간접 원용”되는 것이 아니라, “직접 원용”된다.

그러나 보호규범론에 따르면 제3자효 행정행위에 의한 제3자 권리의 침해 및 제3자 보호 문제를 기본권에 의해 형성되는 개인간의 “수평적 분쟁관계”에서의 문제로 본다.⁴²⁾ 이에 따르면 통상적으로 개인과 국가간의 수직적 관계에 우선적으로 고려되는⁴³⁾ 개별법률에 대한 기본권적 해석은 동시에 개인간 수평적인 이익충돌관계에서도 중요한 역할을 하고, 이는 일반법률에 대한 헌법합치적 해석뿐만 아니라 기본권적 가치의 구현에 관한 문제이다.⁴⁴⁾ 즉, 이를 헌법적으로는 “기본권의 제3자효(대사인효)”의 문제로 봄으로서 자유권적·방어권적 기본권과는 다른, 개인간의 수평관계에 개입해야 한다는 일종의 “기본권 보호의무”의 유형으로 본다. 그 결과 이를 “국가는 국민의 모든 권리를 항상 그들이 원하는 대로 형성, 보호할 수는 없다”는 입법자의 영역으로 이해하였고, 제3자보호영역에서 규범의 제3자보호성을 인정하려면 규범의 개별화요소로부터

42) S. Kötters, in: Posser/Wolff, VwGO, 64. Aufl., 2019, § 42 Rn. 87 ff.

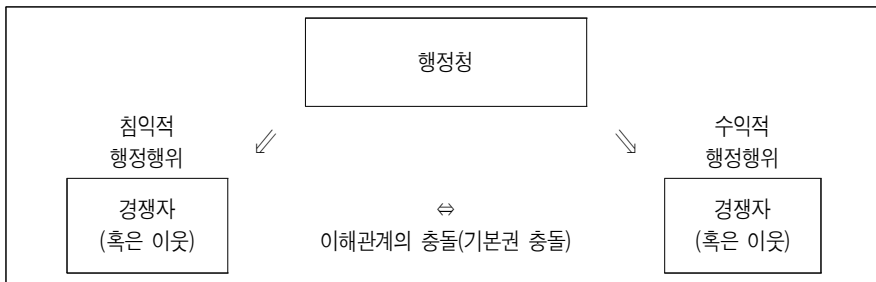
43) Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl. 2022, Rn. 83.

44) Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl. 2022, Rn. 83; Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Loseblatt, Rn. 58 f. 침해관계에서 기본권의 규범 외부적 효력은 기존의 규제 밖(außerhalb bestehender Regelungen)에서 개인의 기본권을 직접 침해하는 경우와 기본권의 사실상(간접적) 침해의 경우 모두 중요한 의미를 가진다. 기본권의 사실상(간접적) 침해의 범주는 국가조치가 비의도적이고 비직접적으로 기본권지위의 침해로 이어지는 경우를 목표로 한다. 행정행위 형태의 국가조치에 관한 한, 제3자가 간접적으로 영향을 받는지에 대해 의문이 제기된다. 이것은 단지 간접적인 사실상 침해에서 발생할 수 있다(vgl. BVerwG, NVwZ, 1998, 1180). 기본권에 관련된 사실상 침해는 단순한 반사적 권리(반사적 이익)와 구분된다(vgl. Murswiek, NVwZ, 2003, 1).

일반 대중과 구분되는 개인의 영역이 도출될 수 있어야 한다는 특수한 요건을 상정하기에 이르렀다.⁴⁵⁾

그러나 이는 일종의 “착오”로서 행정법상 공권이 기본권과 괴리된 주요 원인이 되었다. 국가가 수익적 행정행위의 직접수령자에게 부여한 이익에 의하여 간접적으로 불이익을 받는 것처럼 보이는 제3자도 결국 행정행위로부터 직접 영향을 받는다.⁴⁶⁾ 따라서 이는 법률적 내용형성이 필요한 사인간 사법관계가 아니라, 오히려 국가를 향한 “자유권적·방어권적 기본권”이나 “평등권”의 영역이다. 이는 국가의 행위를 1차적인 매개로 하여 사인간 이익의 충돌이 부수적으로 발생함에 불과하므로, 본질적으로 “국민 대 국민”의 관계가 아니라 “국민 대 국가”의 관계이며, “국가에 의해 제3자의 권리가 침해되었다”라는 사실은 그 자체로 명확하다. 그렇다면 이는 보호규범론에 따르더라도 특수한 보호영역이 아닌, 처음부터 예정된 보호범위에 속하는 것이다.

<표 3> 제3자효 행정행위에 의한 제3자 기본권 침해의 본질



이러한 관점은 “주관적 권리의 공법적 본성”과도 맞물린다. 독일 행정법원법 제42조 제2항은 침해된 권리가 공법적 성격의 권리일 것을 요구한다. 공법에 속하는 권리만이 행정행위나 그 부작위에 대해 이의를 제기할 수 있으며, 단순한 사적 권리 또는 법적 지위의 손상만으로는 충분

45) BVerwGE 130, 39 Rn. 11; 50, 282 (286); DÖV 1987, 296 (297); VG Frankfurt ZIP 2002, 1446 (1447); BVerwG NJW 1984, 138 (139); DVBl 1977, 722; BVerwGE 52, 122 (130).

46) 제소권을 인정하기 위한 유일한 결정적 요소는 반박되거나 요청된 행정행위의 방향성에서도 보호되는지 여부이지, 법이 개인에게 사익 또는 공익(대리자로서)을 주장할 권리를 부여하는지 여부는 무관하다는 견해로, s. hierzu, Masing: in Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1. Aufl., 2009, ff/2. Aufl., 2012, § 7 Rn. 119; M. Hong, JZ, 2012, 380 (384).

하지 않다.⁴⁷⁾ 따라서 건축주의 민법상 권리 주장은 계획승인절차에서 취소 또는 변경청구의 출발점에서 처음부터 배제된다.⁴⁸⁾

이와 관련하여, 기본권은 원칙적으로 제3자를 보호한다고 하면서 개인의 권리보호개념은 그것이 일반법률을 통해 구체화되고 형성되더라도 기본권 보호를 의도한다는 견해,⁴⁹⁾ 침익적 행정행위에서 개별법상 권리는 이제 기본권(자유권)으로 대체되었으며, 보호규범론은 사회적 급부영역 또는 정치적 참여영역에서나 비로소 그 존재가치가 있으며, 제3자는 건축관계 영역에서는 재산권(제14조 제1항), 경제행정영역에서는 일반적 인격권(제2조 제1항) 및 직업의 자유(제12조)를 근거로 직접 행정소송을 제기할 수 있다는 견해,⁵⁰⁾ 기본권은 단순히 입법자에게 구속력 없는 프레임워크 규율이 아니며 강행법이자 의심스러운 경우 우선하는 법으로서 주관적인 법적 지위를 확립하며 그 과정에서 일반법과 상호작용하고, 제소권을 인정받기 위해서는 기본권의 적용범위가 개방되어 있고 사실적 상황(Sachverhalt)과 관련된 주관적 권리가 기본권으로부터 도출된다는 점을 주장하면 충분하다는 견해⁵¹⁾ 등, 행정법상 공권의 확인에 있어 보충적·간접적이 아닌, 원칙적이고 직접적인 기본권의 영향을 인정하려는 견해들이 제시되어왔다.⁵²⁾

과거에 연방행정법원과 연방헌법재판소는 이웃소송(Nachbarklage)이

47) Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl., 2022, § 42 Rn. 81.

48) BVerwG - 4 B 200.93, NVwZ 1994, 682; VGH BW - 5 S 196/12, NVwZ-RR 2012, 340. 예컨대 건축주가 민법에 따라 이웃과 건축금지에 합의한 경우, 나중에 이웃이 합의에 반하여 신청한 건축허가에 대해 이 사건으로 대항할 수 없다. BVerwG - 4 B 200.93, NVwZ 1994, 682; 4 B 107.98, NVwZ 1999, 413. 그러나 일부 사건은 동시에 자유와 재산에 대한 침해에 대해 공법에 따라 보호된다는 점을 간과해서는 안된다. 예컨대 이웃은 독일 민법 제903조에 따른 주관적 권리로 건축허가에 반대할 수 없지만, 이웃의 재산을 보호하기 위한 공법적 규범에 따라서는 반대할 수 있다. C. Sennekamp: in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2021, § 42 Rn. 57.

49) S. Kötters, in: Posser/Wolff, VwGO, 64. Aufl., 2019, § 42 Rn. 190.

50) M. Zuleeg, DVBl, 1976, S. 509 ff, S. 515 ff; Sening, BayVBL, 1982, S. 428.

51) C. Sennekamp: in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2021, § 42 Rn. 69.

52) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, S. 129 ff; Mayer/Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985, S. 165; R. Bernhardt, JZ, 1963, S. 302 ff, S. 306.

나 경쟁자소송(Konkurrentenklage)과 같은 제3자소송에서 법률상 개인 보호가 규정되지 않은 경우라도 제소의 근거로서 기본권을 “침해의 중대성” 등의 조건하에 비교적 소극적으로 인정하였으나,⁵³⁾ 법률상 개인보호 규정이 없는 경우 기본권의 직접원용이 점차 확대되었다.

① **기본법 제14조** : 재산권에서 기본권의 외부적 효력은 전형화되었다. 기본법 제14조상의 재산권보호의 영역에서 관례는 보호영역의 -특히 사업계획⁵⁴⁾ 또는 이웃보호⁵⁵⁾ 등을 통한- 직접적 침해에 대한 제소권 확장의 효력을 기본법 제14조에 직접 근거하여 정당화하였고, 일반적으로 계획승인절차(Planfeststellungsverfahren)에서 객관적 적법성의 검증을 위한 형량결정(Abwägungsentscheidung)에 근거한 침해, 즉 객관적 권리의 침해 주장을 제14조를 통해 매개하였다.⁵⁶⁾ 또한 기본법 제14조를

53) 이전에는 경쟁자의 기본권보호는 공공영역의 활동으로 인해 사적 경제활동이 불가능하게 되거나, 적어도 부당한 제한이 가해지거나, 독립적 지위로 이어지는 경우를 전제로 하였다 (Grooterhorst/Törnig, DÖV, 2004, 687; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl. 2022, Rn. 151). 경쟁자소송에서 계획 또는 계획승인절차와 관련하여 기본법 제2조 제1항, 제12조, 제15조의 경제활동의 자유와 관련한 경쟁자의 제3자보호주장은 원칙적으로 배제된다. 원칙적으로 경쟁으로부터의 보호에 대한 주장은 승인요건의 해석이나 기본권에서 직접 파생되는 법적 지위의 틀에서 정당화될 수 없다(BVerfGE 11, 188 f). 관례는 많은 개별사안에서 이 원칙을 확인했는데, 경쟁자소송의 근거로 경쟁의 자유 기본권을 제한적으로만 승인했으며, 경쟁자에 대한 자의적인 우대로부터의 보호를 제한했다 (BVerfGE 30, 197; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl., 2022, Rn. 144). OVG Münster는 경쟁자에 대한 영업허가에 대해 소송을 제기한 기존의 택시회사는 기본법 제2조 제1항의 경쟁의 자유로 보호될 수 없다고 하였다(OVG Münster, NJW, 1980, S. 2323). 건축허가로 인해 이웃의 이익이 매우 중대하게 침해된 경우에는 직접 기본법 제14조 제1항의 소유권에 근거하여 이웃소송을 제기할 수 있다(BVerwGE 32, 173, 178).

54) BVerwG - 4 C 28.91, E 94, 151.

55) BVerwG - 11 A 53.97, E 107, 142 (144); BVerwG - 4 B 33.89, NJW 1989, 2766; 4 C 9.89, NVwZ 1993, 477; 4 C 9.91, NJW 1994, 1233 (1234); OVG NRW - 7 A 2994/91, NVwZ 1994, 696; BVerwG - 4 C 12.84, NJW 1988, 1228; BVerwG - 4 C 51.79, NJW 1983, 1626; BayVGH - 14 CS 90.1659, BayVBl. 1990, 755 (757); BayVBl. 2010, 652 (653); BVerwG - 4 B 92.92, Buchholz 406.19 Nachbarschutz Nr. 110; BayVGH - 1 CS 03.1785, NVwZ-RR 2004, 248; 2 CS 13.807, NVwZ 2013, 1622 mAnm Elzer; OVG NRW - 11 B 2967/90, NVwZ-RR 1992, 11; 7 A 2341/11, BauR 2014, 252; BVerwG - 4 C 1.86, DVBl. 1989, 356; 4 B 32.90, NVwZ 1990, 655; 4 C 20.85, NJW 1988, 3279 (3280); BVerwG - 9 A 24.18, NVwZ 2019, 1597; VGH BW - 5 S 2602/15, BauR 2018, 77; BGH - V ZR 328/17, NJW 2019, 1216; V ZR 116/15, ZMR 2016, 382.

통한 기본권적 보호는 일반적으로 상업경영의 설립 및 운영에 관한 권리에 인정된다.⁵⁷⁾ 같은 맥락에서 판례는 경제적 위협의 사례에서 공공도서에 대한 인접주민의 사용을 근거짓기 위해, 특히 출입보장⁵⁸⁾이나 상업적 이익의 침해⁵⁹⁾를 인정했다. 또한 이웃이 건축허가를 통해 내 부동산을 사용할 수 있게 된 경우에도 제소가 가능하다.⁶⁰⁾

② **기본법 제12조** : 연방헌법재판소는 두 개의 결정에서 경쟁자의 권리보호를 명백하게 확장시켰다.⁶¹⁾ 이에 따라 경쟁자의 방어소송(Abwehrklagen)이, 오로지 불만이 제기된 결정에 대해 특별하게 중대한 실체적 근거의 결함이 있는 경우와, 자의적 통제(Willkürkontrolle)에 따라야 하는 경우에만 허락된다면 기본법 제12조에 명시된 직업의 자유(Berufsfreiheit)에 위배된다고 하였다.⁶²⁾ 경쟁자 보호 또는 시장여건의 변화에 대한 헌법적인 보호가 없더라도 국가계획 및 자원의 분배와 관련이 있다면 현저한 경쟁상의 불이익을 초래하는 개인의 행위에 의한 경쟁적 변화는 기본법 제12조 위반이 될 수 있다. 이것과 기본법 제19조 제4항을 이유로 제3자 제소권이 뒤따를 수 있다. 연방헌법재판소는 병원계획에 포함되기 위한 경쟁자의 권리보호를 위해 이를 인정하였다.⁶³⁾

연방행정법원은 경쟁자에게 지급된 보조금에 의해 법률상 권리의 침해가 없을 경우 기본법상 경쟁의 자유(Wettbewerbsfreiheit) 침해를 주장할 수 있다고 하였으며,⁶⁴⁾ 유럽사법재판소(EuGH, ECJ) 판결⁶⁵⁾에 따라

56) BVerwGE 67, 78; 74, 109; BVerwG NVwZ 1999, 528; vgl. aber BVerwG NVwZ 1994, 688; 1996, 1011; 어장과 관련된 생계위협으로 제한된 것으로, OVG Lüneburg BeckRS 2010, 49117.

57) Hufen, VerwProzR, 12. Aufl., 2021, § 14 Rn. 84; BVerfGE 51, 193 (221); Kammer, NJW, 2005, 589.

58) BVerwGE 54, 1; vgl. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl., 2022, Rn. 135.

59) VGH München NVwZ-RR 1999, 549.

60) 예컨대, 미개발 부동산에 대한 건축허가 발급에 대한 소송은 향후 비상로로서 출입로가 자신의 부동산에 생겨야 한다면 기본법 제14조 제1항에 근거할 수 있다. BVerwG - 4 C 7.74, E 50, 282; 4 B 45.98, NJW-RR 1999, 165.

61) BVerfG NJW 2005, 273; BVerfG NZS 2004, 199.

62) BVerfG NJW 2005, 273 (274).

63) BVerfG NZS 2004, 199 (201); BVerfG NVwZ 2009, 977; BVerwGE 132, 64.

64) OVG NRW - 4 A 989/81, NVwZ 1984, 522 (523); BVerwG - 1 C 157.79, E 65, 167 (174). 기

연방재정법원(BFH)이 인정한 공공영역의 경제활동에 대해 경쟁자보호의 역할을 하는 공법상 경쟁자의 세금처리에 대한 정보공개요청권도 기본권에 직접 근거했다.⁶⁶⁾

③ **기본법 제12조와 평등원칙의 결합** : 연방행정법원은 시험에서 응시자는 기본법 제12조 제1항상의 기본권에 근거하여, 예컨대 시험결과에 영향을 미칠 수 있는 방식으로 기회균등의 원칙(der Grundsatz der Chancengleichheit)을 위반한 경우 시험결정이 시험절차에 근거하여 이루어지지 않았다는 청구권을 가진다고 하였고,⁶⁷⁾ 대학입학의 경우 기본법상 일반적 평등원칙(allgemeiner Gleichheitssatz, 제3조 제1항) 및 사회국가원리(Sozialstaatsgebot)와 결합한 기본법 제12조 제1항에 따라, 주관적 입학요건을 충족한 자에게 대학입학권이 기본권적으로 보장된다고 하였다.⁶⁸⁾

④ **기본법 제2조 제1항** : 연방행정법원은 본인부담의 병원환자는 위법한 연방요양비율령(Bundespflegesatzverordnung)에 근거한 요양급여액(율)(Pflegesatz)의 소급 인상에 대해 기본법 제2조 제1항에 따라 자신의 기본권을 주장할 수 있다고 하였고,⁶⁹⁾ 제3자에 대한 보호강화는 "사권형성적 승인유보(privatrechtsgestaltende Genehmigungsvorbehalte)"⁷⁰⁾와 관련해서도 존재하는바, 이 경우 기본법 제2조 제1항 및 계약의 자유에 대한 침해가능성에 의해 소송권이 발생한다고 하였다.⁷¹⁾

⑤ **기본법 제2조 제2항** : 연방행정법원은 기본법 제2조 제2항에 의해

본법 제2조 제1항을 근거로 보조금 경쟁의 자유를 도출한 것으로, BVerwGE 30, 191, 198.

65) EuGH DStR 2006, 1082 - Halle 화장협회 사건.

66) BFH DStR 2006, 2310; Kronthaler, DStR, 2007, 227.

67) VGH BW - 9 S 2275/13, Rn. 18 (juris)(Mannheimer Modell). 반면 시험법에서는 객관법적 의무(objektiv-rechtliches Gebot)로서 기회균등의 원칙의 준수에 대해 개별 수험생의 주관적 공권이 없다. BVerwG - 7 B 89.86, Buchholz 421.0 Prüfungswesen Nr. 232; 7 B 169.83, NVwZ 1984, 307; BFH - VII R 22/99, BFH/NV 2000, 94. 따라서 기본권에 직접 근거한다.

68) BVerwG - 7 C 93.77, E 60, 25 (29 ff). 이 권리가 실현될 수 있는지 여부는 다른 경쟁 상황과 마찬가지로 대학이 얼마나 많은 지원자를 수용할 수 있는지에 따라 달라진다.

69) BVerwG - 3 C 34.94, E 100, 230.

70) 사권형성적 승인유보란 개인간 사법관계에서 사권을 형성하는 당국의 사전승인 내지는 사전허가를 말한다.

71) BVerwGE 152, 355, mwN; BVerwG NVwZ 2018, 1234.

보호되는 생명신체와 같은 일신전속적 법익(höchstpersönliche Rechtsgut) 등에 대해서도 보호의무를 근거로 행정소송을 제기할 수 있다고 하였다.⁷²⁾

⑥ **기본법 제6조 제1항** : 연방행정법원은 외국인의 추방이 그의 부인(독일인)에게는 기본법 제6조 제1항에 따른 가족권의 침해가 된다고 하였다.⁷³⁾

⑦ **기본법 제4조** : 연방행정법원은 국내종교단체는 그들의 외국 종교 지도자에 대한 쉥겐(Schengen)정보시스템상의 입국거부통지에 확인소송(Feststellungsklage)으로 기본법 제4조 제1항, 제2항의 고유한 권리를 주장할 수 있다고 하였다.⁷⁴⁾

⑧ **기본법 제33조 제2항** : 연방행정법원에 따르면 공무원은 고용주에게 승진이나 취임을 신청할 권리가 있으며 기본법 제33조 제2항(공무담임 기회균등의 원칙)에 근거하여 실적주의(Leistungsprinzip)의 고려하에 자신의 신청에 대해 법적 하자 없이 결정해 줄 것을 청구할 수 있고, 고용주는 기본법 제33조 제2항에 따른 실적주의의 구속을 받는다. 기본법 제33조 제2항은 지원자에게 능력에 따라 후보자선정에 포함될 수 있는 기본권 유사의(grundrechtsgleich) 권리를 매개한다. 모든 공직지원자는 고용주가 실적주의에 근거해서만 지원자의 지원을 거부할 수 있다는 것에 관한 하나의 권리를 가진다[이른바 지원절차상 권리(Bewerbungsverfahrensanspruch)].⁷⁵⁾

⑨ **국제법** : 제소권은 국가의 기본권 외에도 유럽연합 기본권헌장(Grundrechte-Charta)상의 기본권⁷⁶⁾을 포함한 유럽연합법 및 유럽인권

72) BVerwGE 54, 211, 222; vgl. BVerwGE 62, 11; 55, 349 - 해외에서의 외교적 보호청구권; vgl. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl. 2022, Rn. 120.

73) BVerwGE 42, 141.

74) BVerwG - 1 C 35.00, E 114, 356.

75) BVerwG - 2 C 23.03, E 122, 147 (149); 2 C 37.04, E 124, 99 (102). 기본법 제33조 제2항에 의해 고용주에게 주어진 성과기준의 중요성결정에 대한 평가재량(Beurteilungsspielraum)이 0으로 수축하는 예외적인 경우, 즉 지원자가 분명히 가장 적합하다고 판단되는 경우에만 기본법 제33조 제2항은 지원자에게 선발절차에서의 성공을 주장할 수 있는 권리를 부여한다. 그것의 성공은 법적인 하자없는 과정의 경우 적어도 진지하게 가능해야 한다. BVerfG - 2 BvR 2457/04, NVwZ 2008, 194; 2 BvR 1846/07, NVwZ 2008, 69; BVerwG - 2 C 19.01, NVwZ-RR 2002, 620.

76) vgl. v.a. EuGH - C-617/10 (Akerberg Fransson), NVwZ 2013, 561; EuGH - C-390/12

규약(EMRK, ECHR)⁷⁷⁾ 등의 국제법에 근거할 수도 있다. 특히 연방행정법원은 유럽연합업무조약(AEUV) 제107조, 제108조를 근거로 국가원조에 관한 경쟁자의 제소권을 인정했고,⁷⁸⁾ 유럽사법재판소는 유럽공동체법상 1차법규범을 근거로 환경법, 경쟁자소송, 공공사업발주법 등의 영역에서 제3자의 제소권을 인정했다.⁷⁹⁾

(Pfleger), EuZW 2014, 597; s. hiergegen BVerfG - 1 BvR 1215/07, E 133, 277 (Rn. 91).

77) 유럽인권협약의 우선적 준수에 관해 BVerfG - 2 BvR 589/79 ua, E 74, 358 (370); BVerwG - 4 CN 9.98, NVwZ 2000, 810; BVerfG - 2 BvR 1481/04 - E 111, 307; BVerfG - 1 BvR 471/10 ua, NJW 2015, 1359 Rn.149. 유럽인권협약상의 보호가 해당 기본권의 보호보다 더 나아가거나 심지어 후자가 인권법상 보호와 상충하는 경우에만 인권은 독립적인 의미를 가지며, 이는 제소권과 관련하여 결실을 맺을 수 있다는 것으로, s. EGMR - 59320/00, EuGRZ 2004, 404; 이전 것으로 BVerfG - 1 BvR 653/96, EuGRZ 2000, 71; 이후 것으로 BVerfG - 1 BvR 1602/07, E 120, 180.

78) 유럽연합업무조약(AEUV) 제107조, 제108조에 따른 통지의무 있는 국가원조에 관한 한, 제108조 제3항 제3문에서 이미 경쟁자의 제소권이 도출된다. 이 조항은 단순한 절차규정이 아니라 행정법원법 제42조 제2항의 의미에서 경쟁자를 위한 보호규범이다. BVerwGE 138, 322; Rennert, EuZW, 2011, 576; Heidenhain/S. Kötters, HdB d. Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 57 Rn. 26; Pechstein, EuZW, 1998, 671 (672); Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht. Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Loseblatt, Rn. 302.

그러나 이것으로부터 국가원조의 수령자와 각기 동일하거나 동종의 시장에서 전국적으로 활동하는 모든 경쟁자에게 제소권이 도출되는 것은 아니다. 오히려 구체적인 경쟁관계가 있어야 하고(개별화) 눈에 띄는 경제적 불이익이 예상되어야 한다(자격부여). 개별화 및 자격부여를 위한 특별한 공간적 근접성은 필요하지 않으나, 관계된 시장에 따라 현저한 침해가 공간적으로 큰 영향을 미칠 수도 있다. vgl. EuGH Slg. 1986, 391 - Cofaz/Kommission = DVBl 1986, 553; Heidenhain/S. Kötters, HdB d. Europäischen Beihilfenrechts, 2003, § 57 Rn. 34.

79) 유럽사법재판소는 이미 예전부터 유럽공동체의 제1차적 법규범(Primärrecht)이 내용적으로 명확하게만 되어 있으면 이를 근거로 소송을 제기할 수 있다는 입장이다. EuGH, Slg. 1963, 1 (25 f)=NJW 1963, 974 Van Gend on Loos; EuGH, Slg. 1968, 216 (230)=NJW 1968, 2208L - Molkerei Zentrale; EuGH, Slg. 1974, 631 (652)=NJW 1975, 513 Reyners; EuGH, Slg. 1978, 629 (643)=NJW 1978, 1741 Simmenthal. 이후 재판소는 이를 제2차적 법규범(Sekundärrecht)에 의한 의무의 국내법적 이행, 특히 준칙(Richtlinie)의 국내법적 이행에도 적용하여, 준칙이 내용상 명확하게 구체화되어 있는 경우에는 그 적용대상자들이 해당 규정을 근거로 법원에 소송을 제기할 수 있게끔 국내법적으로 전환되어야 하며, 이를 통해 보호되는 자가 특정 개인인지, 일반 대중인지를 구분하지 않는다고 판시하였다. 일련의 환경법규정들과 관련하여 나타난 이러한 판례들을 통해 재판소는 회원국들이 준칙들을 기한 내에 국내법적으로 전환하지 않았다면 그로부터 “사실상 또는 법률상 불이익”을 받은 자는 누구나 직접 그것을 근거로 법원에 제소할 수 있다고 판시하였다. EuGH, Slg. 1982, 53 (71 f)=NJW 1982, 499 Bekker; EuGH, Slg. 1988, 4635 (4662)=NVwZ 1990,

그러나 기본권의 직접원용을 인정한다고 하여 보호규범론과 기본법 제 2조 제1항의 일반적 행동의 자유 및 제19조 제4항의 “효과적인 법적구제의 원칙”에서 도출된 기본권적 지위로부터 열거되지 않은 일반적 기본권의 외부적 효력이 획득된다고 볼 수는 없다.

2. 보호규범론과 비교할 때 기본권 직접원용설의 실익

19세기 입헌군주정시대에 정립된 공권개념은 이미 그 당시부터 이익개념의 다의성, 공익과 사익간 구분기준 등에 관하여 불확실하다는 비판이 있었으며,⁸⁰⁾ 보호규범론은 규범보호목적(관련규정의 이익보호방향)의 불안정성을 규정의 취지와 목적에 대한 사례별 해석을 통해 해결하려고 하였는데,⁸¹⁾ 현재까지도 끝없는 개별사례화, 개별사례 적용의 불확실성, 판단자의 자의성, 유사한 기준의 존재를 근거로 보호규범론에 대한 비판이 가해지고 있다.⁸²⁾ 기본권 직접원용설은 불완전한 개별법률은 더 이상 권리보호의 문제를 해결할 수 없으며, 전통적 공권의 기본권으로의 대체를 통해 보호규범론에 의하여 야기된 법적 불안정성을 피할 수 있고, 관련영역이 법률로 규율된 경우에만 소송을 제기할 권리를 갖는다는 모순적인 상황을 벗어날 수 있다고 하였다.⁸³⁾

353 Beentjes; EuGH, Slg. 1988, 4689 (4722) Moormann; EuGH, Sig. 1989, 1839 (1870)=NVwZ 1990, 649=EuZW 1990, 296L Constanzo/Stadt Mailand. 또한, 경쟁자보호 (Konkurrenzschutz)를 위한 경쟁자소송에서 유럽공동체법으로부터 직접 제소권의 확장이라는 결과를 도출하였고, 공공사업의 발주에 관한 준칙들에 대해서도 마찬가지로 판결이 있었다. EuGH, Slg. 1988, 4635 (4663)=NVwZ 1990, 353 Beentjes; EuGH, Slg. 1989, 1839 (1870)=NVwZ 1990, 649=EuZW 1990, 296L - Constanzo/Stadt Mailand; EuGH, Slg. 1982, 417 (428L) Transportroute.

80) 공권론의 창설자들 역시 그 문제점을 인식하였다. K. Binding, Die Normen und ihre Ubertretung, Bd. I, 3. Aufl., 1916, S. 362; G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S. 70; O. Bühler, Altes und neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 44 ff.

81) Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, 11. Aufl., 1999, S. 644.

82) vgl. Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl., 2018, Rn. 389; A. Randelzhofer, BayVBL, 1975, S. 576; K. Hailbronner, DVBl, 1979, S. 768; H. Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre von subjektiven öffentlichen Recht, 1986, S. 140 ff.

83) M. Zuleeg, DVBl, 1976, 509 ff, 515 ff; Sening, BayVBL, 1982, 428.

기본권 직접원용설의 주장자들 역시 민중소송의 위험 내지는 법원의 부담을 우려한 결과, 제3자의 제소권한을 제한하기 위해 이른바 “보호할 가치가 있는 이익(schutzwürdiges Interesse)”,⁸⁴⁾ 또는 “구체적 관련성(konkrete Betroffenheit)”⁸⁵⁾ 등의 개념을 제시하기도 하였다. 이는 헌법소원에서 기본권 침해의 중대성, 직접성과 동일한 개념으로 보아도 무방하다. 예컨대, 시험위원회(Prüfungsausschuss)의 구성을 결정하는 시험규정은 시험절차 및 시험응시자(Prüfungskandidaten)의 기본권에 대한 절차법적 보호만을 규정하는 것으로 시험관(Prüfer)의 권리를 근거짓는 것은 아니다.⁸⁶⁾

다른 한편, 보호규범론이든 기본권 직접원용설이든 실질적인 차이가 없다고 주장할 수도 있다. 양자는 “민중소송의 지양”이라는 제소권 제한 원리에서 유사하기 때문이다. 그러나 침익적 행정행위(부작위나 거부를 포함)로부터 보호되어야 할 영역이 애초에 없다고 보는 것과는 본안판단의 기회부여에 있어 다르다. 국가가 사인의 권리를 제한한다면 “기본권의 제한”이 되며, 이것이 “침해”로 되는지는 본안에서 다시 검토되어야 한다. 또한 기본권에 대한 직접적인 침해가능성이 없는 자는 제소권을 부여받지 못하므로 민중소송으로 발전할 위험성이 있는 것도 아니다.

3. 보호규범론에 대한 전환점의 제시: “행정의 법률적합성 원칙”에서 “국가의 헌법적합성 원칙”으로

19세기 말경 기본권의 공권적 성격을 인정한 견해에 따르더라도 입법권으로서 국가는 법질서에 예속되지 않는다고 보았기 때문에 주로 행정권을 대상으로 하였다.⁸⁷⁾ 결국 기본권은 “행정의 법률적합성 원칙”과 결합하였으며, 법률에 위반되는 고권적 행정작용의 폐지를 위한 일반적 청구권으로 나타났다.⁸⁸⁾ 행정의 법률적합성 원칙은 오늘날 법치주의의 핵

84) R. Bernhardt, JZ, 1963, 307.

85) M. Zuleeg, DVBl, 1976, 516.

86) VGH BW - 9 S 2089/04, VBIBW 2005, 147; VG Karlsruhe - 7 K 1803/04, Rn. 7 (juris).

87) S. V. Knebel, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, 2018, S. 34; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 2014, § 3 Rn. 30.

88) G. Anschütz, Deutsches Staatsrecht, Bd. 4, 7. Aufl., 1914, S. 90.

심이지만, 더 중요한 가치인 국가에 대한 법률초월적, 헌법적 구속에 대해서는 함구하게 되었다. 헌법에 위반되는 법률인 경우 법률적합성 원칙은 의미가 퇴색된다. 또한 자유권적·방어권적 기본권의 경우에도 입법을 기다려야 한다는 것은 가혹하다. 실정법률에만 너무 함몰되는 일이 없도록 “국가의 헌법적합성 원칙”을 행정법학에서도 염두에 둘 필요가 있다.

IV. 결론: 헌법재판과 행정소송의 질서적 통합

기본권 직접원용설은 새로운 의미에서의 창조가 아니다. 앞서 본바와 같이 헌법과 그 위임을 받은 행정법은 모두 기본권적 가치의 실현을 궁극적인 목적으로 같은 방향으로 나아간다. 행정법도 결국 헌법의 양분으로 자라는 헌법정신 발현의 한 형태일 뿐이다. 최초에 국가라는 하나의 근원에서 출발한 공법이 시간이 지남에 따라 모든 것을 나누고자 하는 충동인 “아폴론적 충동”⁸⁹⁾에 의해 헌법, 행정법 등 다양한 개체로 개별화되었고, 이를 통해 본질적 이해에 근접하게 되면서 다시 모든 것을 합치고자 하는 충동인 “디오니소스적 충동”⁹⁰⁾에 의해 재통합되기에 이른다. 결국 양자의 통합은 “디오니소스적 고난(본능·원형·통합) → 아폴론적 해결(이성·개별화) → 디오니소스적 실체로의 회귀(재통합·단순화)”의 과정을 거쳐 행정법이 본래의 자신의 자리로 흡수되어져가는 과정의 표출이다.⁹¹⁾

기본권과 행정법상 공권의 통합은 결국 “헌법재판과 행정소송의 질서적 통합”으로 귀결된다. 양자 모두 기본권을 근거로 시작되고, 기본권의 실현을 궁극적인 목적으로 함이 그 자체로 증명된 것이기 때문이다. 기

89) 아폴론적 충동은 개별화의 원리에 따라 독립된 개체의 형태를 만들고 인식하고자 하는 충동을 말한다.

90) 디오니소스적 충동은 일체화의 원리에 따라 독립된 개체를 통일시키하고자 하는 충동을 말한다.

91) 니체는 끝없이 솟아오르는 힘인 “근원적 일자(Das Ur-Eine)”에 있는 두 가지 요소인 아폴론적 충동과 디오니소스적 충동이 서로 모순·대립을 품고 있으므로 인간은 본질적으로 고통스러운 존재일 수밖에 없다고 하였다. 환희와 기쁨, 고통과 공포로서의 이 세계는 오직 근원적 일자의 디오니소스적 충동과 아폴론적 충동의 투쟁과 화해의 과정으로서만 해석될 수 있다.

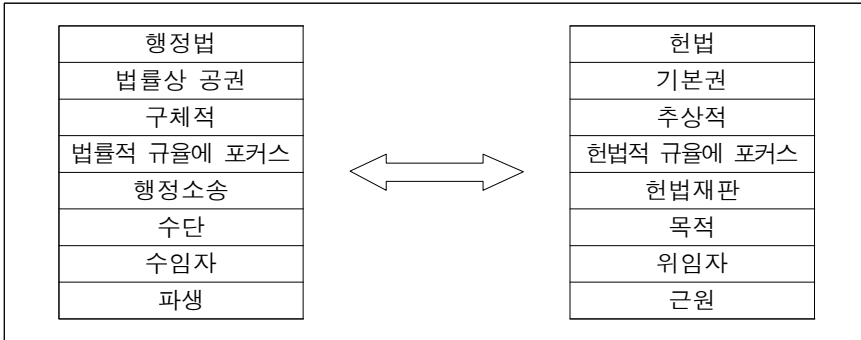
본권 실현은 다른 모든 국가기관과 마찬가지로 사법부의 궁극적 사명이다. 또한 오늘날 독일의 보호규범론이 기본권 직접원용설과 크게 동떨어져 있는 것도 아니다. 양자는 최소한 기본권이 보충적 효력을 가진다는 점에서는 공통분모를 가진다. 사실 이러한 논의는 독일보다는 현재의 대한민국에 귀감이 된다. 대한민국은 아직도 고전적 보호규범론에 가깝기 때문이다. 보호규범론이라는 행정법 고유의 도그마틱에도 불구하고 시대를 거듭할수록 “기본권과 행정법상 공권”, “헌법재판과 행정소송”은 기본권이라는 공통된 제소근거와 판단기준을 통해 -중국에는 “헌법과 행정법”이- 상호 접근·통합되어 갈 것이다. 그것은 단순화의 욕망이다. 오랜 기간 고전적 보호규범론이 너무 당연하게 받아들여지고 의문이 제기되지 않음으로 인해 약간의 지연을 초래한 것일 뿐이다.

다만 행정소송이 우선적 역할을 하고 헌법재판은 행정소송이 허용되지 않거나 법원의 재판이 헌법에 위반되는 경우에 보충적 역할을 한다는 차이가 있다.⁹²⁾ 또한 행정소송과 헌법재판은 사회국가제도와 같은 “제도적 보장”이나 재산권과 같은 “기본권 형성적 법률유보”의 영역에서는 두드러진 차이점을 가진다. 예컨대 재산권이 구체적 내용에 있어 법률의 내용에 전적으로 의존한다면, 법원은 법률상 내용의 테두리 내에서 판단해야 한다는 해석상 한계를 가진다. 법원이 입법자의 역할을 대신할 수 없기 때문이다. 반면, 헌법재판소는 당해 법률의 내용상 한계를 초월하여 당해 법률 자체 및 이에 근거한 국가행위가 헌법에 위반되는지를 판단하기 때문에 판단영역에서 법원보다 넓고 재량의 여지가 크다. 그러나 이러한 차이점들이 양자의 통합에 장애가 될 수는 없고, 오히려 양자가 “우선적-보충적 관계”를 가지면서 동일선상에 나란히 서있는 상황을 보여주므로 양자의 질서적 통합에 근거가 된다. 공법학의 체계적 발전이란 결국 법률적 규율과 헌법적 규율 사이에서 적절한 균형점을 찾는 것이다. 행정소송이 헌법적 규율에 더 초점을 맞출 경우 행정소송과 헌법재판은 우선적·보충적 관계라는 차이만을 남긴 채 상호 근접하게 되고, 이

92) 기본법 제93조에 따르면 헌법소원의 남용을 막기 위해 이를 하나의 보충적인 기본권 보호수단으로 규정하고, 원칙적으로 기본권 침해에 대한 모든 사법적 권리구제절차를 다 거치지 않고는 헌법소원을 제기할 수 없도록 하고 있다. vgl. BVerfGE 51, 130 (138 ff); BVerfGE 55, 244 (247).

는 논리적인 통합의 모습을 보여준다. 반대로 법률적 규율에 더 초점을 맞춘다면 독자적인 행정법학의 발전에 유리하겠지만 자칫 헌법과 괴리되어 창조적 목적을 상실할 우려가 있다.

<표 4> 행정소송 제소권의 근거에서 견해의 대립



(논문투고일: 2023.5.28., 심사개시일: 2023.6.12., 게재확정일: 2023.6.26.)



▶ **김용욱**

제3자소송, 경쟁자소송, 이웃소송, 기본권의 제3자효, 제3자효 행정행위, 법률상 공권, 법률상 이익

【참 고 문 헌】

I. 독일

단행본

- B. Spinoza, Tractatus Politicus, 1677, Gephardt (1924, Heidelberg)
- C. Schmitt, Verfassungslehre, 5. Aufl., 1970
- C. H. Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 9. Aufl., 1987
- C. F. Gerber, Über öffentliche Rechte, 1852
- C. Bornhak, Preußisches Staatsrecht, Bd. I, 2. Aufl., 1911
- C. Sennekamp: in Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2021
- E. W. Böckenförde, Gesetz und gesetzgeben Gewalt, 2. Aufl., 1981
- F. Giese, Die Grundrechte, 1905
- Fehling/Kastner/Störmer, Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2021
- G. Jellinek, System der subjektiven öffentliche Rechte, 2. Aufl., 1905
- G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 1928, ND, 1976
- G. Anschütz, Die Verfassungsurkunde für den preußischen Staat, 1912
- G. Anschütz, Deutsches Staatsrecht, Bd. 4, 7. Aufl., 1914
- H. Kelsen, Allgemeine Staatslehre, 1925, ND, 1966
- H. Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986
- H. Heller, Die Krisis der Staatslehre, in: Gesammelte Schriften, Bd. 2, 1971
- Hirte/v. Bülow/Giesberts, Kölner Kommentar zum WpÜG, 2. Aufl. 2010
- Hufen, VerwProzR, 12. Aufl., 2021
- Herb. Krüger, GG und Kartellgesetzgebung, 1950
- Heidenhain/S. Kötters, HdB d. Europäischen Beihilfenrechts, 2003
- J. Pietzcker, FS für Bachof, 1984
- Kant, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre u
Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre in Die

- Metaphysik der Sitten, Kant Werke Bd. IV, Darmstadt, 1998
- K. Binding, Die Normen und ihre Ubertretung, Bd. I, 3. Aufl., 1916
- K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995
- Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 28. Aufl., 2022
- Masing: in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, 1. Aufl., 2009, ff/2. Aufl., 2012
- MüKoAktG/Kreße, WpÜG, 4. Aufl., 2017
- Mayer/Kopp, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1985
- O. Bühler, Altes und neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Gedächtnisschrift W. Jellinek, 1955
- O. Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955
- O. Tschira/W. Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl., 1985
- P. Preu, subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, 1992
- P. Hanni, Die Klage auf Vornahme einer Verwaltungshandlung, 1988
- Pieroth/Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 2014
- R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928
- Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Band 1, 1840
- Schmitt Glaeser/Horn, VerwProzR, 16. Aufl.
- Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 2005
- Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, GG, 53. Aufl., 2009
- Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht. Verwaltungsgerichtsordnung, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, Loseblatt
- S. Kötters, in: Posser/Wolff, VwGO, 64. Aufl., 2019
- S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, Mohr Siebeck, Tübingen, 1999
- S. V. Knebel, Die Drittwirkung der Grundrechte und -freiheiten

- gegenüber Privaten, 2018
Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl., 2018
U. Scheuner, FS für DJT, Bd. II, 1960
U. W. Erichsen, in: Erichsen, Allg. VerwR, 11. Aufl., 1998
Württemberg/Heckmann, VerwProzR, 4. Aufl., 2018
Wolff/Bachof/Stober, VerwR I, 11. Aufl., 1999

논문

- A. Randelzhofer, BayVBL, 1975
Berkemann, DVBl, 2011
Breuer, DVBl, 1983
Calliess, NVwZ, 2006
Danwitz, NVwZ, 2004
E. Kaufmann, VVDSTRL, 1927
Ekardt/Pöhlmann, NVwZ, 2005
Ekardt, NVwZ, 2006
Grooterhorst/Törnig, DÖV, 2004
Gellermann, NvwZ, 2006
H. D. Jarass, NJW, 1983
Herb. Krüger, DVBl, 1950
K. Hailbronner, DVBl, 1979
Kronthaler, DStR, 2007
Kammer, NJW, 2005
K. H. Friauf, Jura, 1969
M. Hong, JZ, 2012
M. Zuleeg, DVBl, 1976
Murswiek, NVwZ, 2003
N. Achterberg, DVBl, 1981
O. Schlichter, NVwZ, 1983
Pechstein, EuZW, 1998
Rennert, EuZW, 2011

Ramsauer, JuS, 2012
R. Wahl, DVBl, 1996
R. Bernhardt, JZ, 1963
Schliesky, DVBl, 1999
Schmidt-Preuß, NVwZ, 2005
Seelig/Gründling, NVwZ, 2002
Sening, BayVBL, 1982
Wahl, NVwZ, 1984
W. Löwer, DVBl, 1981
Ziekow, NVwZ, 2005

II. 프랑스

G. Jèze, 「L'acte juridictionnel et la classification des contentieux, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger」, 16e année, 1909
J. M. Auby et R. Drago, 「Traité de contentieux administratif」, t. 2, 3e éd. 1984
L. Duguit, 「Traité de Droit constitutionnel」, 2e éd. 1923
R. Chapus, 「Droit du contentieux administratif」, 13e éd. 2008
M. Hauriou, 「Précis de droit administratif et de droit public」, 12e éd. 1933

III. 미국

Michael S. Greve, 「The Non-Reformation of Administrative Law: Standing to Sue and Public Interest Litigation in West German Environmental Law」, Cornell International Law Journal, 1989

Abstract

Verfassung und Verwaltungsrecht, der Beginn einer geordneten Integration

–Fokus auf die Rolle der Grundrechte in Klagebefugnis von Drittklage–

Kim Yong-wook

Trotz der Untergliederung des öffentlichen Rechts in Verwaltungsrecht und besonderes Verwaltungsrecht, ausgehend von dem Verfassungsrecht, die die Grundrechte als positive Verrechtlichung angeborener Menschen- und Naturrechte gegen den Staat festschreibt, wird in Deutschland der Stellenwert des Gesetzgebers gegenüber dem Verfassungsrecht historisch relativ hoch eingeschätzt, so dass es ein Phänomen gibt, dass die Verwaltungspraxis etwas von dem Verfassungsrecht losgelöst ist. Mit anderen Worten, indem das Gesetz zwischen die Verfassung, die höchste Norm des Staates, und das Volk eingriff, wurde das Verfassungsverhältnis zwischen Staat und Volk in ein Gesetzverhältnis umgewandelt. Im Verwaltungsrecht sei die „gesetzliche Eignung der Verwaltung“ stärker geprägt als die „verfassungsrechtliche Eignung des Rechts“. Hierdurch hat sich das Verwaltungsrecht von dem Verfassungsrecht etwas abgesetzt als eine Art „Verfassungs-Verwaltungsrechts Dualismus“ in einem öffentlichen Rechtsordnung verfestigt. Und als Grundlage von der Klagebefugnis für das sog. Drittklage, wie Nachbar- oder Konkurrentenklage, wurde das öffentliche Recht nur im Verwaltungsrecht zu einem gesetzlichen öffentlichen Recht gemacht, das die Grundrechte ausschließt.

Die Grundrechte wie Freiheitsrechte und Abwehrrechte haben jedoch die "Eigenschaften konkreter Rechte", um sich gegen staatliche Eingriffe zu

wehren, und unter Vernachlässigung dessen, dass es sich bei der Rechtsverletzung Dritter durch den Verwaltungsakt mit Drittwirkung um die “unmittelbare Grundrechtsverletzung” (Grundrechtswirkung auf den Staat) durch staatliches Handeln handelt, wird die Grundrechte von der Schutznormlehre nur mittelbare und ergänzende Wirksamkeit behauptet. Anstatt eine Drittklage wegen des Fehlen von gesetzlichem Interesse abzuweisen, ist es nun angemessener, dass die Klagebefugnis wegen unmittelbarer Verletzung der Grundrechte des Dritten einzuräumen. Zudem erhoffe ich eine Abkehr vom bisherigen „Grundsatz der gesetzliche Eignung der Verwaltung“ und den Übergang zum „Grundsatz der verfassungsrechtliche Eignung des Staats“. Die Integration der beiden ist lediglich Ausdruck des Prozesses der Aufnahme des Verwaltungsrechts an seinen ursprünglichen Ort durch den Prozess „dionysische Härte (Instinkt, Urform, Einigung) → apollinische Lösung (Vernunft, Individualisierung) → Rückkehr zur dionysischen Substanz (Wiedereinigung, Vereinfachung)“. Weil Darüber hinaus hiernach sowohl Verfassungsgerichtsbarkeit als auch Verwaltungsprozess auf der Grundlage der Grundrechte ansetzen, und es ist an sich bewiesen, dass die Verwirklichung der Grundrechte das letzte Ziel von Beiden ist, ergibt es sich eine geordnete Integration, bei der beide Seite an Seite auf einer Linie stehen und dabei eine „Primär-Komplementär Beziehung“ haben.



▶ Kim Yong-wook

Drittklage, Konkurrentenklage, Nachbarklage,
 Drittwirkung von Grundrechte,
 Verwaltungsakt mit Drittwirkung,
 gesetzliche öffentliche Rechte, gesetzliche Interassen