

오토 마이어와 독일 공법학

German Public Law and Otto Mayer

권영호*·권수진**
Kwon, Young-Ho·Kwon, Su-Jin

목 차

- I. 서론
- II. 오토마이어 행정법학의 연구방법론
- III. 오토마이어 행정법의 특징
- IV. 오토마이어 행정법학의 주요내용
- V. 결론

국문초록

오토마이어는 독일행정법의 아버지라고 불리며 그의 이론은 독일, 일본 더 나아가 우리나라의 행정법에도 영향을 미치고 있다. 오토마이어가 정립한 행정법학의 체계는 오늘날에도 그 기본적인 틀을 유지하고 있으며, 그에 의하여 정립된 법 개념들은 아직도 행정법 이론에서 중요한 지위를 차지하고 있다.

오토 마이어가 주장했던 행정법학에서 개인의 주관적인 권리라는 개념과 공법상의 계약이론은 오늘날 독일 공법상의 중재나 조정과 관련한 이론의 기반이 되고 있다. 19세기 독일의 형식적 법치국가를 전제로 성립하였던 오토마이어의 행정법 이론을 현대사회에서 그대로 적용되는 것은 물론 불가능하다. 그러나 오

논문접수일 : 2017.06.30.

심사완료일 : 2017.07.24.

게재확정일 : 2017.07.24.

* 제1저자 : 제주대학교 법학전문대학원 교수·법학박사

** 제2저자 : 성균관대학교 법학전문대학원 박사과정

토마이어의 이론에 대한 이해는 한국에서도 행정법에 대한 체계적인 지식을 쌓는데 있어 반드시 필요하다고 볼 수 있다. 이는 행정법과 헌법이론 간의 관계에 관한 연구에서도 두드러진다. 그는 헌법과 행정법과의 관계에 대하여 직접적인 언급은 한 적이 없다. 다만 “헌법은 사라져도 행정법은 남아있다.”라는 명제를 남기면서 행정법의 법원부분에서 헌법을 논하지는 않았다. 그러나 헌법상의 중요이론인 법률에 의한 지배 즉 법치주의 이론이나, 민주주의 이론의 행정법학에서의 구현은 오늘날에도 독일 공법학 이론에서 중요한 위치를 점하고 있다. 따라서 이 논문에서는 오토마이어의 이론과 이를 통하여 독일 행정법이 어떻게 구성되었는가를 살펴봄으로써 행정법에 대한 보다 깊은 이해와 바람직한 행정, 행정법의 나아갈 방향을 찾는 데 있어 지침을 얻고자 한다.

마이어의 행정법학은 그의 이론이 확립되었던 19세기 독일의 입헌국가라는 시대적 배경과 그의 이론에 대한 프랑크행정법의 영향, 마이어의 방법론적 특색을 전제로 하여 마이어 행정법학 전체에 흐르고 있는 형식적 법치국가의 관념과 국가 목적 수행을 위한 기업으로서의 국가의 활동을 중심개념으로 두고 출발하였다.

마이어 이론의 주안점은 다양한 영향 하에 성립된 자신의 고유한 방법론을 바탕으로 형식적 법치주의를 행정법에 적용시키는 것이다. 물론 마이어가 그 시대에 예상하지 않았던 새로운 행정영역이 국가기능으로 확대됨에 따라 행정국가화의 경향이 생겨나고 이러한 부분까지 마이어의 이론만으로 포섭하기는 불가능하지만 분명한 것은 마이어의 행정법학이 역사성을 가지는 이론이라는 점이며 마이어가 예정한 범주를 넘어서는 현재의 행정에 있어서도 타당성이 인정되는 마이어의 개념들은 개별적인 여러 요인에 의해 존속하고 있다는 것이다.

행정의 역할이 방대해지고 그 결과 나타나는 현대의 행정국가화 경향은 마이어의 ‘기업으로서의 국가’와 연결될 수도 있을 것이다. 물론 사회적 법치국가를 표방하는 지금의 행정국가와 기업으로서의 국가는 서로 상이하며 분명 차이가 존재한다. 그러나 기업으로서의 국가가 형식적 법치주의 사상 기반 위에서 성립된 법 개념들을 그 목적을 실현하기 위해 원용한 것처럼, 사회적 법치국가에서도 형식적 법치국가에서 성립한 개념들을 필요한 부분 수정을 거쳐 행정의 운영에 적용시킬 수 있을 것이다.

현대 행정법학에서는 마이어의 이론들을 극복하려는 시도가 계속되고 있다.

마이어의 이론들은 현재 그대로 적용하는 것은 무리가 있다. 대표적인 예로 마이어의 행정에 대한 일원적·공법적·공권력적 파악이 더 이상 타당하지 않게 것과 거기에서 유래하는 법 개념들 (공소유권론, 공기업의 특허, 영조물의 이용관계)도 여러 가지 면에서 한계를 노출한 것을 들 수 있다. 현대 공법학에서 마이어의 이론을 대체할 구체적 법 개념들이 완전하게 성립되지 않은 상황이고, 마이어 이론을 전면적으로 부정하는 것보다는 마이어 이론의 한계를 지적함과 동시에 마이어 행정법학이 담고 있던 가치들을 분석하고 마이어의 이론들과 법 개념들을 행정현실에 유용하게 적용시켜 나가야 한다.

마이어 행정법학에 대한 연구의 의의를 단순히 그의 행정법 이론을 분석하고 그의 이론이 현재의 경우에도 변동 없이 적용될 수 있는지에 대해서만 찾을 것이 아니라, 마이어 이론의 분석을 통해 행정법상 중요한 개념들의 올바른 이해와 전체 행정법 구조에 대한 관점을 형성해가는 노력을 하여야 한다. 이는 독일 행정법의 성립과정과 그 안의 제도들, 법 개념의 체계화 과정은 현실에서 바람직한 행정과 행정법의 방향을 제시하는데 도움이 될 것이다.

주제어 : 오토 마이어, 독일공법, 독일 행정법, 마이어의 행정법학, 마이어 행정법의 특징

1. 서론

오토마이어(Otto Mayer)¹⁾는 19세기 말 독일에서 행정법의 체제를 확립하고,

1) 오토마이어는 1846년 뉘른베르크(Nürnberg) 근처의 푸르스(Fürth)에서 태어났다. 엘저스의 뮐하우젠(elsässischen Mülhausen)에서 변호사로 활동했으며, 1886년 스트라스부르크(Strasbourg) 대학에서 교수로 재직하였고, 「프랑스 행정법의 이론(Theorie des französischen Verwaltungsrechts)」라는 저서를 간행하였다. 그는 이 저서를 통해 기존의 이론과 다른 법실증주의 영향 위에 성립시킨 그의 독자적인 법학적 방법론이 학계의 주목을 받게 되었다. 1895년 「독일행정법 1권(Deutsches Verwaltungsrecht Bd I)」이 출간되고 다음해 「독일행정법 2권(Deutsches Verwaltungsrecht Bd II)」이 간행되었다. 1903년 라이프치히(Leipzig)에서 새로운 연구를 시작하여 1914년 제2판이 발간되었고 1918년 강단을 떠나 하이델베르크(Heidelberg)로 옮겨와 1923년 제3판을 저술하기 시작, 이듬해에 발간하였고 그 해에 세상을 떠났다.

행정법을 법학분야에서 독자적 영역으로 이끌어냈다. 오토마이어는 독일행정법의 아버지라고 불리며 그의 이론은 독일, 일본 더 나아가 한국의 행정법에도 영향을 미치고 있다. 오토마이어가 정립한 행정법학의 체계는 오늘날까지 그 기본적인 틀을 유지하고 있으며, 그에 의하여 정립된 법 개념들이 지금도 행정법 이론에 중요한 지위를 차지하고 있다.²⁾

특히 오토 마이어가 주장했던 행정법학에서 개인의 주관적인 권리라는 개념과 공법상의 계약이론은 오늘날 독일 공법상의 중재나 조정에 관한 이론의 기반이 되고 있다.³⁾ 19세기 독일의 형식적 법치국가를 전제로 성립하였던 오토마이어의 행정법 이론을 현대사회에서 그대로 적용되는 것은 물론 불가능하다. 그러나 오토마이어에 의해 정립된 행정법 이론은 여전히 행정법의 근본원리로 작용하고 있으며, 오토마이어의 이론에 대한 이해는 한국에서도 행정법에 대한 체계적인 지식을 쌓는데 있어 반드시 필요하다. 이는 행정법과 헌법이론 간의 관계에 관한 연구에서도 두드러진다. 그는 헌법과 행정법과의 관계에 대하여 직접적인 언급은 한 적이 없다. 다만 “헌법은 사라져도 행정법은 남아있다.”라는 명제를 남기면서 행정법의 법원부분에서 헌법을 논하지는 않았다. 그러나 헌법상의 중요이론인 법률에 의한 지배 즉 법치주의 이론이나, 민주주의 이론의 행정법학에서의 구현은 오늘날에도 독일 행정법이론에서 중요한 위치를 점하고 있다. 따라서 이 논문에서는 오토마이어의 이론과 이를 통하여 독일 행정법이 어떻게 구성되었는가를 살펴봄으로써 행정법에 대한 보다 깊은 이해와 바람직한 행정, 행정법의 나아갈 방향을 찾는 데 있어 지침을 얻고자 한다.

II. 오토마이어 행정법학의 연구방법론

1. 오토마이어 행정법학의 태동

2) 그의 연구는 형식적 법치주의 국가사상의 기반 위에 이루어졌다. 그가 연구를 할 당시 독일은 격심한 정치적 혼란기를 거쳐 바이마르 헌법 체제로 변화하였다.

3) Christoph A. Stumpf, Alternative Streitbeteiligung im Verwaltungsrecht, Mohr Siebeck, 2005, S.292-293.

가. 프랑스행정법의 영향

(1) 자유주의적 권력분립

1886년 오토 마이어는 「프랑스행정법의 이론」이란 저서를 출간하였다.⁴⁾ 이 저서를 통하여 그는 선진화된 프랑스 행정법을 고찰하여 프랑스 행정법 개념들을 독일 행정법에 도입하려는 노력을 하였다.⁵⁾ 이러한 프랑스 행정법 개념들의 도입은 마이어가 독일 행정법학에 가져다 준 가장 큰 업적 중 하나라고 할 수 있다.

오토 마이어는 권력분립을 프랑스 행정법의 출발점으로 이해하였다. 그에게 행정법이란 행정주체인 국가와 시민과의 관계에서 규율을 하는 법이며 국가는 이러한 규율을 헌법질서로부터 이끌어 낼 수 있고, 이는 헌법의 근본개념으로 자리 잡고 있는 권력분립에 의하여 가능하기 때문이다.⁶⁾

마이어는 “권력분립은 국가권력에 내재하는 힘을 상호 견제하기 위하여 독립된 권리주체에게 이를 나누어 줌으로써 시민에 대한 국가의 전제를 막기 위한 것”이라고 하였다. 이에 대한 근거로 1789년 인권선언, 1791년의 프랑스 헌법에서 군주와 입법권을 가진 의회를 대치시킨 것, 그 이후 모든 헌법에 권력분립 원칙이 적용된 것을 예로 들었다. 이러한 권력 분립의 원리는 혁명을 거치면서도 일관되게 프랑스 헌법체제의 근본으로서 마이어가 관심을 가졌던 프랑스 행정법의 불가변성, 즉 계속된 혁명에도 불구하고 행정제도가 그대로 존속하고 행정법학도 그 위에 정립되어 왔다는 사실이 기반이 되었다. 그리고 그는

4) 이 시기에 오토 마이어는 스트라스불그 대학의 교수로 행정법의 연구에 전념하고 있었는데 대학이 소재한 엘사스 로렌 지방은 여전히 프랑스 행정법의 영향 하에 있었다. 이런 점에서 프랑스 행정법에 대한 마이어의 태도는 단순히 이론적 측면이 아닌 직접적인 체험에 기초한 것이라 할 수 있다.

5) 오토 마이어의 법치국가 이론은 ‘행정작용은 司法作用과 동일한 형식을 갖는 국가행위이므로 행정의 영역에서 법치국가 사상이 구현되기 위하여 司法權의 행사인 판결에 대응하는 법적 형식이 요구되는데, 그것이 바로 행정행위이라고 본다.’ 그러나 행정목적의 달성을 위해 소송 절차와 법률과의 관계는 행정행위에 전이되지 않는다. 특히 법률과의 관계에서 행정행위를 구성하는 본질은 법의 의사가 아닌 행정으로 활동하는 국가의 의사임을 명확히 한다. 또한 오토 마이어의 행정행위 개념은 行政司法, 프랑스의 “행정행위(acte administratif)”, 私法의 법률행위 개념 등으로부터 많은 영향을 받았다.

6) Mayer, a.a.(Anm. 3), S.1; in Hueber, Otto Mayer, Die juristische Methode im Verwaltungsrecht, 1981, S.77.

당시 독일에서의 새로운 통치구조와 이에 대응하는 행정제도가 프랑스와 마찬가지로 행정법에 있어서의 계속성을 유지하고 있는 기반이라고 판단하였다.⁷⁾ 따라서 오토 마이어의 권력분립이론은 프랑스의 권력구조를 모범으로 하고 있다고 볼 수 있다.

(2) 행정과 사법의 엄격한 분립

오토 마이어가 프랑스 행정법의 특질로 파악하여 독일에 도입하려고 시도했던 것은 행정부와 사법부의 엄격한 분립이었다. 프랑스에서는 예전부터 행정권과 사법권의 엄격한 분리가 시도 되었고 그에 따라 1872년 콩세이유 데타(le Conseil d'Etat)의 재판권이 확립되고 행정행위의 개념도 실정법상의 개념으로서 정립되어 행정재판제도가 성립되는 시기였다. 오토 마이어가 프랑스의 행정법 체제에 있어서 행정과 사법의 엄격한 분립에 관심을 갖고 독일로 도입하려고 한 개념은 “행정행위”이다. 즉 마이어가 관심을 가졌던 행정과 사법의 엄격한 분립은 행정행위가 사법행위와 동등한 가치를 가지는 것을 의미하기도 하는데 이는 행정이 사법과 유사한 형태를 취함으로써 가능해진다고 본 것이다. 이러한 의미에서 마이어는 행정행위를 “판결과 같은 가치를 가져야 하는 것”⁸⁾이라고 규정하고 그의 저서 「독일 행정법」에서 이에 대해 언급하고 있다.⁹⁾

7) 권력분립에 관한 마이어의 서술 : “권력분립의 목적은 그 시작에 있어서는 정치적인 것이었다. 영국헌법의 목적은 몽테스키외(Montesquieu)에 따르면 정치적인 자유이다. 국가권력의 두려운 힘은 시민과 상대해서는 안되며, 억제되고 완화되기 위하여 적당한 방법으로 상이한 권력주체에게 분배시켜야 한다. 이러한 요청을 실행하기 위하여 입헌군주제의 경우 집행은 군주에게 남겨두고 - 이 때 군주는 직접적으로 법률에 구속되고 있는 관료에 의해 어느 정도 그 권한이 억제되며 일정한 궤도 안에서 유지된다.- 입법은 참가를 인정받은 국민대표에 의해 실현한다. 공화제에 있어서는 모든 권력은 국민 내지 대표자인 의회에서 발생한다. 그러나 계속적으로 수행되어야 하는 행정활동은 그러한 국가사무를 담당할 특별한 권력주체에게 이양시켜야 하며, 그 정점에 정부가 법률에 따라 요청된 독립성을 가지고 존재하는 것이다. 따라서 여기에도 기본적 이념은 수행되는 것이다”(Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd.I, 3 Aufl., 1924, S.56f).

8) Mayer,a.a.O(Anm. 3), S.91; ders,a.a.O(Anm. 6), S.59, 62, 93.

9) 행정행위라는 개념은 법률에 의해 행정이 사법과 함께 존재하게 되었을 때 이미 묵시적으로 인정된 것이며 혁명 이전의 개념이 아닌 새로운 국가 질서와 그에 따른 권력분립의 결과로써 발생한 것이다. 행정행위의 개념은 행정에 있어 사법의 판결에 대응될 만한 것이고 사법과 행정이 동등해지기 위해서 없어서는 안 될 요소이다(Mayer, a.a.O., S.59).

프랑스 행정법이 오토 마이어 행정법학에 끼친 영향은 앞서 살펴본 바와 같이 매우 크다. 그의 첫 저작이 「프랑스 행정법의 이론」이었고 그의 저서에서 행정법학의 중요한 개념들을 프랑스 행정법을 근간으로 하여 정립시킨 것은 주목할 만한 일이다.

2. 연구방법론

오토마이어 행정법학의 분석을 위해서는 그의 연구방법론에 대한 고찰이 이루어져야 한다.¹⁰⁾ 그러나 오토 마이어의 방법론에 관한 명칭은 일치되어 있지 않으며 그 내용도 명칭을 부여한 학자의 의도에 따라 약간의 차이를 가진다.¹¹⁾ 어쨌든 그의 연구방법의 근본은 정치적 영역에서 분리된 법률적 소재를 출발점으로 하여 정립된 개념과 체계에서 역으로 하향하여 구체적 해결방안을 모색하는 것이다. 마이어의 방법은 단순히 이러한 면만 가진 것이 아닌 여러 가지의 면도 가지고 있는데 그것은 바로 마이어 행정법학이 사법적, 프랑스법적¹²⁾ 해결 철학적인 요소도 함께 가지고 있는데서 기인한다. 따라서 마이어의 방법론이 법실증주의와 국가학적 방법과 관련되어 어떻게 설명될 수 있는지 구체적으로 살펴보자.

가. 마이어의 방법론과 법실증주의 법학

마이어는 게르버·라반트 등의 법실증주의의 영향을 받아 정치적인 즉 법 외

10) 이는 그의 첫 저작인 「프랑스 행정법의 이론」이 법학계의 주목을 받은 이유는 그만의 독특한 법학방법론에 있었고 오토 마이어에 대한 학문적 평가는 방법론에 관한 논쟁이 중심이 되어 왔기 때문이다.

11) 마이어의 방법론에 관한 명칭은 학자마다 다양하며 대략적으로 분류하면 개념구성적 방법(Konstruktive Methode), 법학적 방법(Juristische Methode), 사법적 방법(Zivilistische Methode) 등으로 나누어진다.

12) Hueber는 마이어의 행정법 이론이 17·18세기의 근대국가적 요소와 19세기 독일의 법치국가적 요소를 모두 가진다고 본다. 특히 마이어의 방법론 중에서 사법적·프랑스법적 요소를 법치국가적 요소라고 보고 있는데, 이것은 당시의 독일공법질서가 갖는 흠결을 좀 더 완벽한 법 체계라고 할 수 있는 사법과 프랑스법에 의해 해결하고자 하는 마이어의 입장으로 이를 법치 국가적 사고의 반영이라고 이해하고 있다(Hueber, a.a.O.(Ann. 13), S.74ff).

적 요소를 행정법학의 고려대상에서 제외할 것을 주장하여 왔다. 게르버는 법학에 있어서 정치적·국가 철학적인 고려 대신에 법적 구조 즉 법적인 제도 (Juristische-Konstruktion)¹³⁾만이 적용되어야 하며¹⁴⁾, 헌법학은 순수하게 정치적 측면은 배제하고 오직 법적인 측면만을 고찰해야 한다고 주장하였다. 이러한 정치적 요소의 배제는 당시의 법실증주의 입장을 취하는 학자들이 신 칸트 (Kant)학파 철학에 따라 국가와 사회를 엄격히 구별하려고 하는 방법론에서 기인한 것이라 할 수 있다. 당시 라반트는 법규의 본질적인 징표로서 독자적인 의사영역 간 또는 법 주체간의 한계를 설정하는 기능을 강조하였고 국가영역 내부에 속하는 사항의 경우 법규상의 규율내용은 아니라고 보았다.¹⁵⁾¹⁶⁾

또한 마이어는 행정법상 법제도들의 기반을 자연법에서 구하지 않고 실정법의 정립을 통하여 구하려 시도하였다. 자연법사상의 부정이 법실증주의의 성립의 계기임을 인식한다면 마이어의 이러한 태도는 그가 법실증주의의 영향 하에 있음을 보여준다. 그 한 사례로 공소유권 법질서를 들 수 있다. 마이어는 공소유권의 법질서가 사법상 소유권 제도와 같이 법률로 명문화 되어 있지 않다는 점을 인정하면서 공소유권 법 제도를 ‘올바른 법(richtiges Recht)’으로 정립하려고 하였다.¹⁷⁾

13) 법적구성은 일반적 법 개념의 형성에 있어 목적, 기능 및 역사적 조건들을 모두 도외시하는 것이라고 한다(Heun, Der Staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer Republik, Der Staat, 1989, S.380; 계희열, “법실증주의적 헌법학방법론 소고”, 『안암법학』 1993, 31면 참고).

14) Geber, Über Öffentliche Rechte, 15852, S.9, S.22ff; 계희열, 위의 논문, 31면에서 재인용.

15) 이는 당시의 국가·사회 이원론의 입장에서 국가가 사회의 영역과 접촉 할 때에만 법적 규율의 대상이 된다고 파악하는 입장의 결과이다. 마이어가 행정조직에 관한 부분을 행정학의 영역에서 분리시킨 이유는 그 정치적 성격에 있다고 할 것이다. 마이어는 그의 저서에서 “행정조직법의 영역에서는 헌법에 있어서와 마찬가지로 정치적인 법이 되는 것이다.”라고 한 바 있다.

16) 이러한 정치적 법 외적 요소의 배제는 당시 법실증주의 입장의 학자들이 신칸트(Kant) 철학에 따라 국가와 사회를 엄격히 구별하려고 한 데서 출발한 것이라 할 수 있다. 라바트는 법규의 본질적인 징표로서 독자적인 의사영역 간 내지 법 주체들 간의 한계를 설정하는 기능을 강조하였다. 따라서 국가영역의 내부사항에 속하는 사항들은 법규의 규율내용이 아니라고 보았으며 당시의 국가, 사회 이원론의 입장에서 국가가 사회의 영역과 접촉할 때에만 법적 규율의 대상이 된다고 파악하고 있다(임현, 『초기독일행정법 연구』, 진원사, 2007, 31-33면).

17) 마이어는 저서에서 공소유권에 대하여 이렇게 언급하고 있다; “우리는 자연법의 존재를 믿지 않으며 이미 낡은 의미의 이성법의 존재도 믿지 않는다. 그러나 우리는 법이 이성적이고 합목적적이라는 요청을 방지할 수 없다. 공물은 우선 그 목적을 달성할 수 있어야 하며, 목적

이러한 법실증주의의 영향 아래서 마이어는 “법제도란 법학의 보조수단으로 그에 의해서 관찰되는 법 주체들의 법률관계를 조성하는 일체의 현상들을 분류하여 편성하는 것이다. 법제도는 그것에 의해 전체가 동질성을 갖는 몇 개의 통일체이며, 그리고 그 전체는 이 단일물들이 끊임없이 반복됨에 따라 성립하는 것이다.”라고 그의 「독일행정법」 제1판에서 정의하고 있다.¹⁸⁾ 라반트 역시 그의 저서 독일헌법학에서 “문제는 새로이 생긴 공법적 관계들의 분석과 그 법적 성격의 확정이며 그것들이 종속되어 있는 일반법 개념의 발견이다. 그러나 일반법 개념의 발견에서 완전히 임무가 다하는 것은 아니며 발견된 원리에서 생긴 결과 또한 발전되어야 한다. 그것들은 실제 존재하는 제도들과 법률의 실제규정과 상응하고 있는 것이 제시되어야 한다.”고 하였다. 마이어의 법제도와 행정법학에 관한 서술은 이러한 라반트의 입장을 행정법학에 반영한 것이라 할 수 있다.¹⁹⁾

그러나 마이어의 방법론에는 당시 법실증주의의 이론으로 포섭될 수 없는 내용도 포함되어 있었음을 유의하여야 한다. 예컨대 실정법규의 흠결이 있는 경우, 그 흠결의 보충에 대해 라반트와 마이어의 입장은 차이가 있다. 즉 라반트는 법체계상 단순한 논리적 조작에 의해 완결시킬 수 없는 부분의 보조수단이 사법상의 법 개념 이었던 것에 반해, 마이어는 그 기술적, 보조적 수단을 프랑스 행정법에서 구하고 있었다.

라반트는 사법상의 법 개념들을 이미 독일의 사법학 안의 오랜 역사 속에서 생성되고 외적·내적으로 확정된 것으로 보며, 이를 법의 일반원리로 공법학 상위에서 규정했을 경우 언제나 논리적 조작에 의해 이루어지며 주관적 요소는 배제되어야 한다고 주장하였다. 이에 비해 마이어는 자신이 보조수단으로 삼았던 프랑스 행정법의 개념을 그대로 독일 행정법에 도입할 수는 없었던 바, 개

달성에 무관한 사법질서는 배제되어야 하고, 이를 관리하는 행정기관은 그 모든 것이 목적에 적합하도록 규율하는 법질서에 따라야 한다. 공물의 법적운명은 모든 행정에 있어서와 마찬가지로 행정의 내부에서 계획적으로 규정되는 것이다.”

18) 오토마이어는 “행정법학은 국가와 시민과의 관계에서 공권력의 법적으로 규정된 부분을 연구하는 것이다.”라고 말한다. 그의 이러한 사고는 「독일행정법」 3판까지 그대로 이어지게 된다.

19) 이렇듯 법실증주의의 내용들은 마이어의 방법론에 큰 틀을 부여하고 있다. 따라서 마이어를 라반트와 함께 독일 공법학 상 법실증주의 계열로 분류하는 데 큰 무리가 없으며 이러한 법실증주의의 영향으로 마이어의 행정법학의 기반인 법치국가사상이 더욱 형식화 될 수 있었다.

개의 실정법에 내재하는 프랑스 행정법 상 법의 이념과 개념들을 독일 법에 편입시키려는 노력을 하였다. 즉 확정된 사법상 개념과는 달리 마이어의 행정법 이론에서는 논자의 주관성이 보다 강하게 나타날 수 있고 이것이 라반트가 훗날 마이어 방법론의 주관성을 지적하게 만든 점이였다.

나. 국가학적 방법으로부터의 탈피

마이어는 자신의 행정법학이 국가학적 방법으로부터 벗어나서 성립할 수 있도록 노력했다. 마이어의 국가학적 방법에 대한 태도는 「프랑스행정법 이론」에서 나타난다. 「독일행정법」 1판에서는 국가학적 방법의 역사적 존재이유를 인정은 하나, 공법으로서 행정법을 논하는데 있어 국가학적 방법의 행정학과 굳이 연결될 필요는 없으며 그것은 오히려 많은 폐해를 초래할 것이라고 하는 점이다. 마이어의 논리는 제2판 이후에는 초기의 국가학적 방법에 대하여 전혀 인정하지 않던 엄격한 태도가 약간은 완화되었다고 볼 수 있으나 이러한 태도만으로 마이어가 국가학적 방법의 의의를 높게 평가했다고 보기는 힘들다.

다. 헤겔철학의 영향

마이어 방법론의 특징 중 하나는 그의 행정법학이 헤겔(Hegel)의 영향을 강하게 받고 있는 점을 들 수 있다. 헤겔의 국가 및 법철학은 독일 공법학에 깊은 영향을 미쳤고 오토마이어의 이론도 헤겔의 영향을 많이 받았다.²⁰⁾ 헤겔의 국가와 사회를 분리하여 연구하는 이원론 사상이 독일 공법학에 결정적 영향을 준 것은 많은 학자들이 인정하고 있다. 마이어의 기업적 국가관은 헤겔의 윤리적 국가관에 근거한 이상주의적 국가·사회 이원론에 상당부분 의존하고 있으며, 게르버·라반트의 법실증주의가 마이어의 형식적 법치국가관의 성립에 영향을 미친 것에 비해 헤겔의 국가와 법철학은 마이어의 기업적 국가관에서 현저히

20) 마이어가 헤겔 철학의 영향을 강하게 받았다는 점은 이미 많은 학자들이 지적하고 있다; Vgl. Kaufmann, a.a.O(Anm. 45) S.380ff; Wittmayer, Otto Mayers Lebenswerk, Grunhutzeitschrift 42(1916), S.518, 523; Hueber,a.a.O(Anm. 4), S.161에서 재인용.

나타나고 있다.²¹⁾ 즉 마이어는 헤겔의 국가철학의 영향으로 당시 법실증주의의 지배적 견해이던 국가법인설과 차이를 갖는 기업적 국가관을 주장한다.²²⁾ 이러한 기업적 국가관은 국가목적의 실현이라는 합목적적 고려에 기여할 수 있었으며 ‘부분’보다는 ‘전체’를 ‘다양성’보다는 ‘통일’을 강조하였던 헤겔의 국가철학은 마이어의 이론에도 그대로 적용되었다.

또한 마이어는 헤겔의 변증법적·발전적 역사관의 영향으로 프랑스 행정법이 독일 행정법에 비해 선진화 된 것으로 판단하고 프랑스 행정법의 법 개념들을 보편화함으로써 독일 행정법에 적용시키려 하였다.²³⁾ 그리고 같은 맥락의 발전적 역사관의 입장에서 국가를 영주국가, 경찰국가, 법치국가 등 세 단계로 나누어 행정법의 발전과정을 설명하고 있다.

그러나 마이어에게서 헤겔과 일치하지 않는 면을 발견할 수 없는 것은 아니다. 마이어는 헤겔의 영향을 받고 있었으나 법실증주의 방법론이 마이어의 이론에 있어 근본으로 작용하는 바, 헤겔의 이론과 일치하지 않는 면도 존재한다.²⁴⁾

앞에서 살펴본 바와 같이 마이어는 그의 연구방법론에 있어 프랑스 행정법과 법실증주의의 영향을 많이 받았다고 볼 수 있다. 법실증주의의 입장에서는 국가학적 방법으로부터 벗어나 행정법을 법적 방법에 의해 구성하려는 노력이 있었으며, 헤겔의 법철학도 그의 방법론에 큰 틀을 부여하였다. 마이어 이론에 대하여 일부에서는 프랑스 행정법을 독일 행정법에 무비판적으로 이식하려 했다는 주장이 있으나 마이어가 그의 방법론을 통해 행정법이라는 독자적인 법 영역을

21) 마이어는 헤겔의 국가철학의 영향으로 당시 법실증주의의 지배적 견해이던 국가법인설과 차이를 갖는 기업적 국가관을 취하였다. 이러한 기업적 국가관은 국가목적의 실현이라는 합목적적 고려에 유용하게 기여할 수 있으며 ‘부분’보다는 ‘전체’를 이해관계의 ‘다양성’보다는 ‘통일’을 강조하였던 헤겔의 국가철학이 권위적이라는 비판은 마이어의 이론에서도 그대로 적용될 수 있다.

22) 마이어가 국가법인설과 완전히 대조적인 입장이라고 볼 수는 없다. 마이어도 국가를 법적 개념으로 이해하였으나 동시에 사실적 존재로서 파악하고 있는 것이다.

23) 행정행위, 공소유권 개념 등이 대표적인 예이다.

24) “헤겔의 개념구성은 법과의 관련성을 갖는다고 해도 그것은 실제로는 역사적인 구성이다. 국가와 법은 역사에 있어서의 정신의 발전과정에 맞춰지는 것이다. 따라서 헤겔의 국가의 구성은 법률을 초월한 것으로 행하는 것이며 그것은 법 개념의 체계화에 관련된 것이 아니다. 헤겔주의라 부를 수 있는 학자들 중 오토마이어만이 기술적 의미에 있어서의 법학적 구성을 시도하고 있다”(Triepel, Staatsrecht und Politik, 1927, S.27).

형성하고 행정법상 중요한 법 개념들을 정립한 점에서 그의 방법론은 충분한 가치를 갖는다.

Ⅲ. 오토마이어 행정법의 특징

1. 행정법의 정의와 법원

가. 행정법의 정의

오토 마이어에게 국가란 어떤 한 민족이 그의 독자성을 역사 속에서 발전시키고 세력을 획득하기 위해 조직된 공동체이고, 그는 이 공동체와 공동체의 목적 실현을 위하여 행해지는 여러 국가작용 전체를 ‘행정’으로 보았다. 그는 일반적 의미에서의 행정은 “국가가 그의 목적 실현을 위하여 행하는 국가작용”이라고 정의하고 있다.²⁵⁾

마이어는 행정법이란 행정에 관련된, 행정에 속하는 법으로 행정권을 가진 국가와 그 국가가 행정작용을 함에 있어 접촉하게 되는 시민과의 관계를 규율하는 법이라고 하였다.²⁶⁾ 또한 마이어는 행정법은 공법에 속하며 공법이란 공권력의 주체를 일방의 당사자로 하는 법률관계를 규율하는 법질서를 뜻한다고 하였다.²⁷⁾

나. 행정법의 법원

오토 마이어는 행정법의 법원을 법률, 명령, 자치법규, 관습법으로 나누어 설

25) 마이어의 행정개념에 대한 입장을 대부분의 학자들은 적극설, 소극설의 한 범주에 포함시켜 설명하고 있다. 즉 국가목적의 실현이라는 요소를 주된 견해로 파악하는 입장은 적극설에 포함시키게 되고, 국가작용 중 그 대상범위가 비교적 명확한 입법이나 사법작용을 제외한 나머지 국가작용만을 행정이라고 하는 경우 소극설로 이해하게 된다.

26) Mayer, a.a.O(Anm. 5), S.13.

27) 이상의 내용을 정리하면 행정법이란 “행정권을 가진 국가가 행정작용을 함에 있어 접촉하게 되는 시민과의 관계를 규율하는 행정의 고유한 공법”이다.

명하고 있다. 오토 마이어에게 법률이란 의회의 의결을 거쳐 제정된 법률을 의미하며, 이러한 법률은 법규를 창조할 수 있는 힘을 가진다고 보았다. 명령이나 자치에 관한 규정 중 법률의 수권을 통해 법규의 효력을 가지게 되는 명령을 법규명령 즉 법규의 효력을 가지는 행정명령(Verwaltungsordnung)이라 하고, 이와 구별되는 일반적 성질의 규정을 행정규칙(Verwaltungsvorschrift)으로 구분하였다.²⁸⁾

또한 마이어는 관습법의 법원성 여부에 대하여 소극적인 입장을 취하였다. 그에 의하면 법의 지배 원칙으로 인해 관습법에 의한 공적의무의 설정은 허용될 수 없으며 입법자가 성문법규에서 관습법을 허용하는 명문규정을 두지 않는 한 행정관습법이 존립할 수 없다고 한다. 그리고 행정행위는 사법행위와 달리 법규가 없는 곳에서도 존립할 수 있는바, 관습법이 필요하지 않다고 하고 있다.²⁹⁾

우리나라에서 행정법의 법원에 관한 논의는 마이어의 경우와는 설명을 달리 하고 있다. 먼저 행정법의 법원으로 우리나라에서는 가장 먼저 헌법을 들고 있는데 마이어는 헌법과 행정법의 관계에 대하여 “헌법은 사라져도 행정법은 남아있다.”라는 명제를 남겼을 뿐 행정법의 법원부분에서 헌법을 논하지는 않았다.³⁰⁾ 행정규칙의 법규성과 법원성의 문제는 현재도 논의가 이루어지고 있는 부분이고 마이어는 이에 대해 소극적인 입장을 취했던 것으로 보인다. 또한 행정법의 불문법원으로 관습법에 대해 마이어는 부정하는 입장이었으나 현재의 학설은 관습법의 존재와 필요를 인정하게 되었고 판례법과 조리를 중요한 행정법의 법원으로 보고 있다.

28) 이때 마이어는 행정규칙의 기속력은 법률의 수권을 통해서 발생하는 것이 아니라 개인의 행정예의 특별한 의존성, 즉 특별권력관계에 근거하는 것으로 보았다.

29) 사법은 일반적 규율에 따라 그 직무를 수행하여야 하며 ‘법규에 대한 갈망(Hunger nach Rechtssätzen)’이 있기 때문에 국가가 법률을 부여하지 않은 경우 사법은 민중사이 또는 국가기관 사이 종래부터 유지해 온 것을 법으로 삼을 수 있으나 행정은 성질상 법규에 대한 갈망이 없으며 그 자신이 합리적인 질서를 가지고 있으므로 그에 반하는 관습법의 성립은 배제되어야 한다는 것이다(Mayer, a.a.O(Anm. 5), S.88).

30) 행정법의 법원으로서의 법률이 합헌적인 법률일 것을 요구하고 있으나 그것은 법률이 헌법에서 정한 절차를 준수하여 제정될 것을 요구하는 형식적 의미이고 오늘날 논의되는 행정의 헌법적 합성과는 거리가 있다.

2. 헌법과 행정법의 관계

오토 마이어의 헌법과 행정법의 관계에 대한 이론을 연구하려고 할 때에는 언제나 “헌법은 사라져도 행정법은 남아있다.(Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht)”라는 그의 독일 행정법 제3판 머리말에 있는 구절이 가장 먼저 인용된다.³¹⁾ 오토마이어는 프랑스 행정법의 불가변성의 내용이 계속된 혁명에도 불구하고 행정제도가 그대로 존속하고 행정법학도 그 위에 정립되어 왔다는 사실에 주목했다. 독일의 경우도 독일혁명 후의 새로운 통치구조와 이에 대응하는 행정 제도를 살펴보았을 때 프랑스의 경우와 마찬가지로 행정법에 있어서의 계속성이 이어질 수 있었던 것이다.³²⁾³³⁾

행정의 기능이 확대되고 있는 오늘날의 사회국가, 행정국가에 있어서는 시민의 권리보호가 중요시되는 만큼 헌법과 행정법의 관계가 더욱 밀접해졌다. 비록 규범단계의 구조상 헌법이 행정법 외의 다른 모든 규범에 대한 근본이 되고, 행정법의 경우에 그 정도가 강하다 하더라도 독립된 법체계로서의 행정법의 독자성에 대한 인식은 당연히 요구된다.³⁴⁾ 구체적으로 명확한 개념정의를 하는 것은 쉽지 않으나 행정법의 일관성의 요구와 함께 행정의 기능과 역할이 방대해지면서 헌법의 구체화라기보다는 행정현실에 대응하기 위한 새로운 행정법상의 개념들(행정지도, 행정계획 등)이 생겨나게 되었고 그 중요성이 커지고 있는

31) 서정범, “경찰행정법의 새로운 이론체계의 구축을 위한 소고”, 『홍익법학』 Vol. 18 No. 1, 2017, 531면 이하 참조.

32) 그러나 마이어는 행정법의 계속성의 근원을 자유주의적 권력분립 이념에서만 찾았고 바이마르 헌법의 제정으로 새로운 헌법상의 기본원리로 대두된 민주주의적 요소는 고려하지 않았다. 이러한 점에서 마이어의 견해는 불완전한 것으로 볼 수 있다.

33) 일정한 정치체계·헌법체계 안에서 행정법은 헌법을 구체화하는 법으로서의 역할을 함과 동시에 정권의 교체에 무관한 일관성과 계속성의 유지를 위한 역할을 한다. 이에 관한 좋은 예로 공무원법을 들 수 있다. 우리 헌법은 제7조 제1항에서 공무원은 국민 전체에 대한 봉사자이고 국민에 대한 책임을 진다고 규정하고 있고 제2항에서 공무원의 정치적 중립성은 법률에 의해 보장된다고 규정하고 있다. 이러한 헌법 규정을 근본법으로 하여 일반법 규정들이 존재한다. 이러한 직업공무원제도는 정권교체에도 불구하고 행정의 일관성과 계속성을 유지하며 헌법과 법률에 의하여 보장하는 제도이다(류지태, 『행정법신론』, 신영사, 2007, 561면).

34) ‘행정법의 독자성’이라는 개념은 행정법의 모든 영역이 헌법으로부터 연역될 수 없고 모든 행정법상의 문제에 대한 답을 헌법으로부터 끌어낼 수 없는 것이라는 인식에서 출발한다(김남진, “행정법의 헌법구체화법론의 명암”, 『고시계』, 1992. 7. 참조).

며, 행정법의 독자성에 대한 인식은 당연하게 요구된다. 이러한 의미에서 마이어의 헌법과 행정법의 관계에 대한 명제를 단순히 표현 그대로 이해하기보다는 행정과 행정법의 독자성의 인식이라는 측면에서 새로운 해석으로 연결시키는 것이 더 바람직할 것으로 생각된다.

3. 법률에 의한 지배

마이어는 그의 저서에서 행정법 질서의 특징으로 법률의 지배를 가장 먼저 들고 있다. 법률의 지배란 권력분립을 보장하는 최대의 무기로 법률의 집행권에 대한 우위를 의미한다. 마이어는 구체적으로 법률의 법규창조력, 법률의 우위, 법률의 유보로 나누어 설명하고 있다.

가. 법률의 법규창조력과 법률우위의 원칙

마이어에게 법규란 일반적 징표로써 “각자에게 무엇이 법인가”에 관한 일반적 규율이고 그와 같은 법규를 창조할 수 있는 것이 법률의 고유한 능력이며 헌법에 의하면 이는 의회를 동반한 군주에 의하여, 의회만이 제정할 수 있는 특유한 것으로 보았다.

마이어는 법률의 형식으로 표현된 국가의사는 다른 모든 국가의사보다 우선 시된다. “법률은 법률에 의해서만 폐지되고 법률에 반하는 것을 스스로 폐지하거나 무효로 할 수 있다.” 이러한 법률 우위의 원칙은 행정의 영역에 있어 실제적 의미를 갖는다. 이때 법률의 개념에 대해 오늘날에는 마이어가 염두에 두었던 형식적 의미의 법률 뿐 아니라 넓은 의미의 법(불문법)까지 포함하는 것으로 실질적 법치주의 이념에 따라 형식적 절차의 정당성 뿐 아니라 그 내용의 합헌성까지를 요구하며 이는 ‘헌법에 적합한 법률의 우위’로 대체되어 이해되어야 한다.³⁵⁾

35) 류지태, 앞의 책, 48면.

나. 법률유보의 원칙

마이어에 따르면 법률은 특히 중요한 대상에 대하여 국가행위의 조건으로 형성되는 것이며 그 밖의 모든 경우 집행권은 그 자체가 자유라고 하였다. 이때 특별한 대상영역³⁶⁾에 있어서 집행권의 독립적인 행동을 배제하는 것을 법률 유보의 원칙으로 규정하였다. 마이어의 법률유보에 대한 내용은 현재의 분류에 따르면 침해유보설의 입장에 가깝다. 즉 행정의 개인의 자유나 권리를 제약하는 경우에는 법률의 수권을 필요로 하지만, 그 외의 영역에 있어서는 행정은 자유롭게 법률이 아닌 스스로의 힘에 의해 작용한다고 보기 때문이다.³⁷⁾

4. 행정행위와 행정소송

마이어는 행정행위를 개별사안에서 일반인에게 무엇이 법인지를 규정하는 행정기관의 선언으로 정의하고 그 모범은 법원의 판결이라고 하였다.³⁸⁾ 마이어는 행정행위의 판결에 대한 특색으로 자유재량(administratives Ermessen, freies Ermessen)³⁹⁾을 들었다. 마이어는 결정과 처분에 대하여 결정(Entscheidung)은

36) 마이어가 말하고 있는 ‘특히 중요한 대상’이란 시민의 자유와 재산에 대한 제약(Einriff, 한 국에서는 침해로 번역)을 의미한다.

37) 그런데 마이어의 법률유보이론의 검토를 통해 오늘날 침해유보론에서 그 의의를 찾을 수 있다 하더라도 앞에서 언급한 것처럼 법규개념에 자체에 있어 문제가 된다. 마이어는 라반트의 영향을 받아 국가는 자연인과 마찬가지로 인격주체이고 국가 대 타 인격 주체와의 관계만이 법규의 규율대상이며 국가 내부사항은 법규 규율대상서 제외된다는 이론을 주장하였고 이른바 특별권력관계와 이를 포함하는 행정의 내부관계는 행정권의 자유로운 규율에 따르며 특별권력관계 내부 구성원의 경우 권리가 제한되는 경우에도 법률유보 원칙이 적용되지 않는 등의 문제가 생기게 되었다.

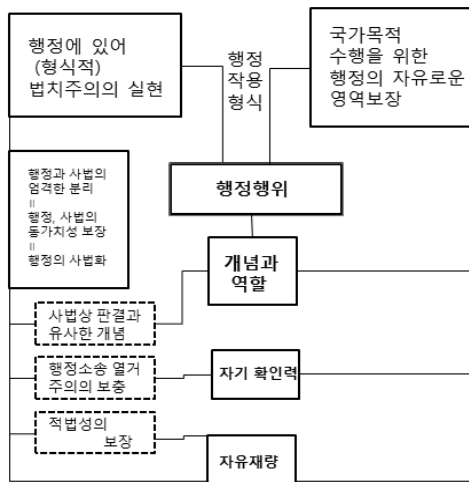
38) Mayer, a.a.O(Anm. 5), S.93.

39) 자유재량에 대하여 마이어는 두 가지 면에서 고찰하고 있다. 하나는 법원의 판결은 언제나 법률에 근거해서 이루어지지만 행정행위에는 법률의 유보가 적용되지 않는 경우가 있으며, 이에 해당하는 것으로 독립 행정행위를 들 수 있다고 하였다. (독립행정행위는 공적인 목적을 위해 국가의 후원을 확약하는 경우와 같이 국가가 사인에 대해 사인의 자유와 권리를 제한함이 없이 행정작용을 하는 경우 법률 유보의 원칙이 배제되는 것을 말한다.) 둘째로 마이어는 국가가 개인의 동의를 근거로 부담을 부과하고 자유를 제약하게 될 때 헌법상 법률유보 원칙이 배제된다고 하였다(동의를 근거한 행정행위로는 공적 근무관계, 특별권력관계에서 찾을 수 있다고 보았다).

법률에 따라서 법이 바라는 것을 명백히 함으로써 무엇이 법이어야 하는지를 선언하는 것이고, 이에 반해 처분(Verfügung)은 국가의 의사를 새로이 형성하는 것으로 행정관청은 단순히 법률의 해석을 하는 것이 아니라 공공복리, 정의, 합목적성에 대한 고려를 한다고 보았다. 이러한 마이어의 행정행위론은 독일 행정법학에 대한 마이어의 가장 큰 업적 중 하나로 평가된다.⁴⁰⁾⁴¹⁾

마이어는 행정소송이란 당사자절차에 의해 행정행위를 발령하기 위한 행정기관의 작용으로 보았다. 행정법원은 당사자절차에 의해 행정행위를 발령해야 할 의무를 갖는 행정의 조직에 속하는 기관이다. 또한 행정소송절차란 행정사건에 관한 당사자 절차이고 행정법원의 판결 역시 당사자절차에서 발생한 행정행위로 보았다.⁴²⁾ 마이어는 행정법원 판결의 기판력을 당사자의 권리로서 설명하고 있으며 이 때 피고인 행정기관은 당사자에 포함되지 않는다.⁴³⁾ 즉 마이어는 항

40) 아펠트는 행정법의 전 체계에 있어 행정행위의 중요성이 오토 마이어에 의해 가장 날카롭게 인식되었고 물론 마이어가 행정행위의 각각의 종류를 모두 세어가며 이를 체계적으로 구성하지는 않았으나 그는 행정행위 개념의 확정에 있어 명백한 기준을 부여하는 형식을 정립하였다고 평가하였다(Apelt, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, S.81).



41) 위의 표 <마이어의 행정행위론에 대한 도표정리> (임현, 앞의 책, 97면 참조).

42) Mayer, a.a.O(Anm. 5), S.138.

43) 기판력은 소송의 특유한 효과이며 소송에서 이루어진 행위가 그 행위의 대상인 당사자의 권리에 기속됨으로써 생기는 것이다. 마이어는 이것을 상대적 기판력(relative Rechtskraft)라 하였다.

고소송에 있어 행정기관이 당사자의 기능을 맡게 되나 진정한 의미의 당사자는 원고인 사인일 뿐이며 행정기관은 이러한 권한을 가지고 있지 않는 것으로 보았다.⁴⁴⁾

IV. 오토마이어 행정법학의 주요내용

1871년 연방주의 형태로 독일제국이 성립되면서 통일행정법을 제정할 필요성이 증대하였고, 이러한 시대적 요청에 따라 오토 마이어는 1886년 프랑스행정법의 이해, 그 후 독일 행정법이란 저서를 출간하였다. 오토 마이어는 법치국가를 기초로 하는 행정법학의 대상을 국민의 자유와 재산을 국가권력에 의해 침해하는 영역에만 한정시켰다.⁴⁵⁾ 이러한 오토 마이어의 행정법학의 모델에 적합한 부분은 경찰법분야였으며, 여기에 더 나아가 강제력, 의무, 허가 등의 작용 형태에도 변화를 가져와 재정법, 공물법, 특별채무관계법 등 다른 분야의 행정법체계에도 큰 영향을 끼쳤다. 이 장에서는 오토 마이어의 이론 중 행정법상의 특허 개념과 공법상의 계약이론에 대하여 구체적으로 알아보려고 한다.

1. 행정법상의 특허

가. 오토 마이어의 특허의 개념

특허는 어떤 행위를 할 권리와 의무를 행정청으로부터 발급받는 것을 의미하는데 그 발급여부가 행정기관의 권리인 경우를 말한다. 즉 오토 마이어는 사인에게 자기이름으로 행정의 임무를 수행할 권한을 특별히 허가하는 것을 특허라

44) 이 점에 대해 마이어는 형사소송과 행정소송의 유사성을 들어 설명하려고 했으나 법기술적 설명을 충분히 하지 않아 근거에 대한 법기술적 설명이 명확하지 않은 점이 있다. 엘리네크(W. Jellinek)는 이에 대해 국가적 공권 부인론의 입장에서 설명하고 있으나, 국가적 공권을 부인하는 플라이너(Fleiner)의 경우에는 행정기관의 당사자능력을 인정하고 있다(Fleiner, Institution des Deutschen Verwaltungsrecht, 8, Aufl, S.264).

45) 이기우, “독일공법학의 발전과 한국공법학”, 「아-태 공법연구」 Vol. 73, 1994, 204면.

고 본다. 우리나라의 다수견해에 의하면⁴⁶⁾ 협의의 특허로는 공기업특허, 광업허가 등과 같이 특정한 상대방을 위하여 새로이 권리를 설정하는 행위를 말하고, 광의의 특허로는 이와 더불어 공법인의 설립행위와 같은 능력을 설정하는 행위 및 귀화허가와 같은 법적 지위를 설정하는 행위를 포함한다. 즉 공물의 특별사용권에 대한 특허와 공기업에 대한 특허로 대별할 수 있다.

나. 공물의 특별사용권과 공기업에 대한 특허

오토 마이어에 의하면 공물의 특별사용권에 대한 특허는 공기업에 대한 특허와 같이 공적인 행정권의 일부가 이전된다는 논리를 펼친다. 이는 오토 마이어 당시 프랑스행정법에서는 공물과 공공서비스의 구별이 엄격하지 않았기 때문일 것이다. 오늘날에는 일반적으로 공물사용권에 대한 특허는 행정행위가 마치 개인이 자신의 재산권을 행사하는 형태로 나타난다. 다만 공적인 부분을 행하는 행정법의 차원이란 점이 다를 뿐이다.⁴⁷⁾

공기업의 특허에 관한 오토마이어와 오늘날 독일의 학설과는 많은 차이가 있다. 특허를 받은 자가 자신의 이름으로 공적인 임무를 행하는 독립된 행정주체가 된다는 조직법적인 측면에서의 공기업에 대한 특허의 개념은 오늘날 공무수탁사인이란 개념으로 대체되었다. 오토 마이어의 특허개념은 모든 민간위탁사무에 대한 것이 아니라 그 중에서 공무수탁사인이 공법상의 권리를 가지는 특별한 경우를 전제로 한 것으로 볼 수 있다.

2. 공법상의 계약

가. 공법상 계약의 개념

독일에서 공법상 계약이란 연방행정절차법 제54조 제1항의 개념을 말하고,

46) 송시강, “행정법상 특허 개념의 연혁과 현황”, 『홍익법학』 제10권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2009, 286면.

47) 송시강, 위의 논문, 289면.

이는 공법영역에서 권리관계를 발생·변경·소멸시키는 내용의 계약을 의미한다. 독일연방행정절차법은 공법상 계약을 당사자의 대등관계여부를 기준으로 대등한 행정계약과 종속적 행정계약으로 분류하고 있다. 프랑스에서 행정법원의 관할이 되는 행정계약이란 계약이란 측면보다는 행정행위라는 측면이 강조되어 사법상의 계약과는 다르게 발전되어 왔다. 우리나라에서는 공법상의 계약을 행정주체상호간의 또는 행정주체와 국민사이에 공법적 효과의 발생을 목적으로 체결되는 계약 내지는 공법적 법률효과의 발생을 목적으로 하는 복수의 당사자 사이의 서로 반대방향의 의사표시의 합치에 의하여 성립하는 법률행위로 정의하고 있다.⁴⁸⁾

나. 공법상 계약의 법적성질

오토 마이어의 이론에서 공법은 공권력관계의 법을 의미한다. 국민과 국가권력과의 관계는 고권관계 또는 복종관계가 되며, 이러한 법률관계에 국가권력은 일방적인 구속성을 가지며 작용하게 된다.⁴⁹⁾ 한편 계약은 일반적으로 사법상의 일정한 법률효과의 발생을 목적으로 하는 2인 이상의 당사자의 의사표시에 의하여 성립하는 법률관계이다. 오토 마이어는 공법영역에서 계약의 명칭을 가지고 있는 법률행위의 본질에 대한 의문을 제기하면서 프랑스법과 독일법에서 공법상 계약이라고 불리는 법률행위들은 결국 특수한 형태의 행정행위라고 본다. 즉 그의 관점에서 공법상 계약이란 상대방의 동의를 전제로 하는 즉 복종에 기반한 행정행위이다. 이러한 행정행위는 일종의 형성행위로서 그에 따른 권리와 의무는 행위 그 자체의 효력에 의하여 발생한다. 그리고 상대방의 동의를 필요로 한다.⁵⁰⁾

48) Franzius, Claudio, Modernisierung des subjektiven oeffentlichen Rechts, UPR 2016, S. 291f; 김남진·김연태, 「행정법 I(제15판)」, 법문사, 2011, 333면.

49) Mayer. Otto, Deutsches Verwaltungsrecht I, 1924, S.15ff.

50) 김효일, “오토 마이어의 공법상 계약이론에 관한 연구”, 「행정법연구」 제35호, 120-121면.

V. 결론

마이어의 행정법학은 그의 이론이 확립되었던 19세기 독일의 입헌국가라는 시대적 배경과 그의 이론에 대한 프랑스행정법의 영향, 마이어의 방법론적 특색을 전제로 하여 마이어 행정법학 전체에 흐르고 있는 형식적 법치국가의 관념과 국가목적 수행을 위한 기업으로서의 국가의 활동을 중심개념으로 두고 출발하였다.

마이어 이론의 주안점은 다양한 영향 하에 성립된 자신의 고유한 방법론을 바탕으로 형식적 법치주의를 행정법에 적용시키는 것이다. 마이어가 체계화한 행정법의 이론들은 그 실질적 내용이 19세기 입헌국가에 적합한 것이라 하더라도 그 근본적인 틀은 현재에까지 이어지고 있다. 물론 마이어가 그 시대에 예상하지 않았던 새로운 행정영역이 국가기능이 증대됨에 따라 행정국가화의 경향으로 생겨나고 이러한 부분까지 마이어의 이론만으로 포섭하기는 불가능하지만 분명한 것은 마이어의 행정법학이 역사성을 가지는 이론이라는 점이며 마이어가 예정한 범주를 넘어서는 현재의 행정에 있어서도 타당성이 인정되는 마이어의 개념들은 개별적인 여러 요인에 의해 존속하고 있다는 것이다.

행정의 역할이 방대해지고 그 결과 나타나는 현대의 행정국가화 경향은 마이어의 ‘기업으로서의 국가’⁵¹⁾와 연결될 수도 있을 것이다. 물론 사회적 법치국가를 표방하는 지금의 행정국가와 기업으로서의 국가는 서로 상이하며 분명 차이가 존재한다. 그러나 기업으로서의 국가가 형식적 법치주의 사상 기반 위에서 성립된 법 개념들을 그 목적을 실현하기 위해 원용한 것처럼, 사회적 법치국가

51) 마이어는 국가를 하나의 안쉬탈트 즉 공공시설로 파악하고 “군주는 각 란트를 통치하기 위해 인적·물적 수단들을 계획된 질서에 의해 마련해왔고 이것이 하나의 공공시설이며, 민족과 주민이 그 활동의 대상이 된다.”라고 하였다. 국가는 하나의 거대한 안쉬탈트이며 이러한 안쉬탈트적 국가관은 국가 법인설 성립 이전에 독일에서 전개된 학설 중의 하나이다. 마이어는 국가의 목적이 향해져 있는 민족은 개개의 국민이 아니라 역사적으로 위대한 민족으로 국가의 목적은 개인의 생명과 재산 보호가 아니라고 하고 있다. 국가의 목적은 바로 공적 목적으로 이는 행정의 운영과 연결될 수 있고 국가기능의 확대와도 연결된다. 이는 기업적 국가관으로 부르기도 하며 마이어 스스로도 안쉬탈트를 ‘지속적으로 계획되어지는 기업’이라고 설명한 바 있다(Mayer, Die juristische person, S.51).

에서도 형식적 법치국가에서 성립한 개념들을 필요한 부분 수정을 거쳐 행정의 운영에 적용시킬 수 있을 것이다.⁵²⁾

현대 행정법학에서는 마이어의 이론들을 극복하려는 시도가 계속되고 있다. 마이어의 이론들은 현재 그대로 적용하는 것은 무리가 있다. 대표적인 예로 마이어의 행정에 대한 일원적·공법적·공권력적 파악이 더 이상 타당하지 않게 것과⁵³⁾ 거기에서 유래하는 법개념들(공소유권론⁵⁴⁾, 공기업의 특허⁵⁵⁾, 영조물의 이용관계⁵⁶⁾)도 여러 가지 면에서 한계를 노출한 것을 들 수 있다. 현대 행정법학에 의한 마이어 이론의 극복은 한꺼번에 완전히 이루어질 수 있는 것은 아니다. 현재 마이어의 이론을 대체할 구체적 법 개념들이 완전하게 성립되지 않은 상황이고 따라서 마이어 이론을 전면적으로 부정하는 것보다는 마이어 이론의 한계를 지적함과 동시에 마이어 행정법학이 담고 있던 가치들을 분석하고 마이

52) 이에 관한 대표적 예로는 바호프(Bachof)가 사회적 법치국가의 목적을 형식적 법치국가의 법 개념의 수정을 통해 달성하려는 의도로 언급하였던 내용을 들 수 있다(Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12(1954), S.82ff). 대표적인 것으로 특별권력 관계의 부분적 해결, 사법적 형식의 행정에 대한 평등조항의 적용 등을 들 수 있다.

53) 이에 대한 논거로서 행정활동의 법적 형식의 다양성의 현실과 사이의 생활과 행정의 밀접한 관계의 인식은 행정에 대한 공법적 일원적 지배를 더 이상 타당하게 만들지 않는다고 한다 (Vgl. Wolff, Otto Bachof, Verwaltungsrecht, Ein Studienbuch, Bd, II, 4. Aufl., 1976, S.83).

54) 독일 행정법학에서 공소유권론은 마이어로부터 비롯된 것은 아니지만 확고한 개념규정은 마이어에 의해 정립된 것이다. 마이어는 공법상의 제도들의 특징은 모두 공권력과 관련되고 양 법주체의 불평등관계에서 형성되었다고 한다. 공소유권은 소유권의 속성으로 처분도 가능하나 공법의 형식과 조건으로 규율되고 사법상 매매에 관한 법(취득시효, 민법상 소유권에 관한 부담 및 제한 등의 법제도)은 배제되며 공법상 규정이라도 사인을 수취인으로 하는 법에는 적용되지 않는다. 따라서 공용수용 및 공법상의 소유권 제한 등의 제도들도 공소유권에는 적용될 수 없다. 공소유권에 대한 보호도 특수한 제도가 존재하며(공물경찰에 의한 보호) 사인은 행정의 점유에 관해서는 사법상 점유에 관한 소송이 아닌 행정소송으로 다룰 수밖에 없다(Mayer, a.a.O(Anm. 5), S.64).

55) 마이어는 공기업의 특허에 대해 특허는 하나의 행정행위를 의미하며 그에 따라 행정행위가 발령되는 상대방, 특허기업자는 행정의 일부를 행사할 힘을 부여받는다라고 규정했다. 마이어는 기업적 국가가 공기업관계에 있어 근본이 되며 사인에게 공기업의 특허를 부여하는 것은 특허 기업자에 대해 국가의 합목적적 고려를 위입하는 것이라고 정의했다(Mayer, a.a.O(Anm.34), S.243).

56) 마이어는 공영조물은 행정의 주체에 의해 특정한 공적목적에 따라 제공될 수 있도록 결정되어진 인적·물적 수단의 총합체라고 정의하였다. 마이어는 공영조물의 본질은 행정의 일부이며 영조물 이용관계를 공법관계로 구성하였다. 공영조물은 공공복리라는 목적에 따라야 하며 개인에게 이익을 줌으로써 목적에 도달한다 해도 공적 복지가 언제나 우선되어야 하고 이용관계를 사법적으로 파악하는 것은 바람직하지 않다고 하였다(Mayer, a.a.O(Anm. 5), S. 64).

어의 이론들과 법 개념들을 행정현실에 유용하게 적용시켜 나가야 한다.

마이어 행정법학에 대한 연구의 의의를 단순히 그의 행정법 이론을 분석하고 그의 이론이 현재의 경우에도 변동 없이 적용될 수 있는지에 대해서만 찾을 것이 아니라, 마이어 이론의 분석을 통해 행정법상 중요한 개념들의 올바른 이해와 전체 행정법 구조에 대한 관점을 형성해가는 노력을 하여야 한다. 이러한 노력은 독일 행정법의 성립과정과 그 안의 제도들, 법 개념의 체계화 과정을 통해 현실에서 바람직한 행정과 행정법의 방향을 제시하는데 도움이 될 것이다.

참고문헌

- 계희열, 「헌법학(상)」, 박영사, 1995.
 _____, “법실증주의적 헌법학방법론 소고”, 「안암법학」 창간호, 고려대학교 안암법학회, 1993.
 김남진, 「행정법 I」, 법문사, 2007.
 _____, “행정법의 헌법 구체화 법론의 명암”, 「고시계」, 1992. 7.
 김남진·김연태, 「행정법 I(제15판)」, 법문사, 2011.
 김효일, “오토 마이어의 공법상 계약이론에 관한 연구”, 「행정법연구」 제35호, 행정법이론실무학회, 2013.
 이기우, “독일공법학의 발전과 한국공법학”, 「아-태 공법연구」 Vol. 73, 1994.
 임 현, 「초기독일행정법 연구」, 진원사, 2007.
 류지태, 「행정법신론」, 신영사, 2007.
 _____, 「부당한 재량행위와 권리침해」, 고시계, 1993. 8.
- Apelt, Willibalt, Der Verwaltungsrechtliche Vertrag, 1964, Scientia Verlag.
 Bachof, Wolff Otto, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12, 1954.
 _____, Verwaltungsrecht, Ein Studienbuch, Bd, II, 4. Aufl., 1976.
 Fleiner, Fritz, Institution des Deutschen Verwaltungsrecht, 8, Aufl, 1928

- (neudruck 1995).
- Franzius, Claudio, Modernisierung des subjektiven oeffentlichen Rechts, UPR 2016.
- Heun, Sven-Erik. Der Staatsrechtliche Positivismus in der Weimarer Republik, Der Staat, 1989.
- Hueber, Otto Mayer, Die juristische Methode" im Verwaltungsrecht, 1981.
- Kaufmann, Erich: Otto Mayer, in: VerwArch 30, 1925.
- Mayor, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I-II, 3.Aufl, Heidelberg 1924, Nachdruck Berlin 1969.
- _____, Die juristische Person und ihre Verwerbarkeit im Öffentlichen Recht, in : Festgabe für Paul Laband, Bd, I, Tübingen 1908.
- Stumpf, Christoph A., Alternative Streitbeteiligung im Verwaltungsrecht, Mohr Siebeck, 2005.
- Triepel, Heinrich, Staatsrecht und Politik, 1927.

[Abstract]

German Public Law and Otto Mayer

Kwon, Young-Ho

Professor, Jeju National University Law School

Kwon, Su-Jin

Ph. D. Candidate, Law School, SungKyunKwan University

Mayer's science of administrative law started with the core concepts of the idea of formal constitutional state and with the state's activities as a corporation to perform national purposes on the premise of nation with a

constitution in the 19th century when his theory was established, of French administrative law's influence on his theory, and of Mayer's methodological characteristics.

The tendency of modern administrative nation as the role of administration becomes enormous can be associated with 'a nation as a corporation' of Mayer. Of course the administrative nation of today that claims social constitutional state is different from the nation as a corporation. Nevertheless, as a nation as a corporation quotes legal concepts established on the basis of formal constitutional ideology in order to realize the purpose, the social constitutional nation can apply the concepts established in the formal constitutional nation to administrative operation after getting through correction of necessary parts.

Rather than seeking the meaning of Mayer's administrative law research based on analysis of his administrative law theory and application of his theory in the current situation without change, we need to make efforts to understand important concepts of administrative law through analysis on Mayer theory and to form the perspectives about the overall structure of administrative law. Through establishing process of German administrative law, the institutions within the law and systematization of law concepts, we should try to help to suggest desirable administration and direction of administrative law in the real world.

Key words : Otto Mayer, German Public Law, German Administrative Law, Mayer's Administrative Law, The Character of Mayer's Administrative Law