

행정절차법 개정방안 연구

Measures for Amendment of the
Administrative Procedures Act

2001. 11.

연구자 : 오 준 근(연구위원)

한 국 법 제 연 구 원

발 간 사

행정절차법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 1996년 12월에 제정되어 1998년 1월부터 시행되고 있는 비교적 새로운 법률입니다.

이 법률이 시행되기 시작한지 이제 4년차가 되었습니다. 그러나 이 법률의 제정의 필요성이 1990년대 중반에 처음 제기된 것은 아니었습니다. 이 법률은 이미 1970년대부터 한국공법학회를 중심으로 그 초안이 제출되기 시작하여 지난 30여년간 각계 각층이 입법을 꾸준히 촉구하여 온 오랜 연혁을 가지는 법률입니다. 이 법률을 학계와 국민들이 기다려 온 이유는 이 법률의 제정 목적에 잘 드러나 있는 바와 같이 국민의 행정 참여에 따른 행정의 민주화를 도모하기 위하여 행정의 기본절차를 규정하는 법률이었기 때문이었습니다.

행정절차법이 오랜 기간 동안의 진통 끝에 어렵게, 많은 국민들의 여망을 힘입어 탄생하였음에도 불구하고, 이 법률은 제정된 직후부터 개정이 필요하다는 의견에 둘러싸여 있습니다.

한국법제연구원이 행정절차법의 개정방안연구를 행정절차법의 제4차년도를 맞는 2001년에 수행한 것은 중요한 의의가 있다고 생각합니다. 행정절차법이 시행된 후 그 동안 어떻게 정착되었는가 및 어떠한 문제를 드러내었는가를 판단하려면 적어도 3년 정도의 시행 기간은 가져야 할 것이기 때문입니다.

이 연구보고서의 작성을 위하여 연구자는 행정절차법의 운용현황을 실무현장의 구체적인 조사를 통하여 파악하였습니다. 장기적인 개정방안을 도출하기 위하여 주요 외국의 행정절차법을 일정한 비교법적 기준을 설정하여 비교·검토하였습니다. 위와 같은 과정을 기초로 행정절차법의 개정방안을 장기 및 단기적 개정방안으로 나누어 제시하였습니다. 연구를 충실히 수행한 연구자를 치하하는 바입니다. 아울러 이 연구보고서의 작성과정에서 훌륭한 조언과 자료제공을 해주신 법제처의 관계자 여러분 그리고 여러

자문위원 여러분께 깊이 감사드립니다.

행정절차법이 가지는 중요성에 비추어볼 때, 행정절차법의 개정방안에 관한 2001년의 연구는 하나의 작은 출발점으로 자리매김하여야 할 것이라 생각합니다. 행정법의 총칙에 해당하는 실체적 규정의 도입, 행정계획의 확정절차 및 행정계약절차와 같은 새로운 행정절차의 도입, 행정입법절차의 실질화와 같은 행정절차법의 보완 등 다양한 과제가 해결되지 못한채로 남아있기 때문입니다. 이와 같은 과제는 대한민국의 연구분야와 법조계와 행정기관을 아우르는 실무분야가 서로 합심하여 오랜 기간의 집중적인 연구를 통하여 해결되어 나가야 할 것이라 생각합니다.

이 연구보고서가 단기적으로 행정절차법의 개정방안을 확립하며, 장기적인 개정의 방향을 정하는데 기여할 수 있기를 기대합니다.

2001. 11.

韓國法制研究院
院長 徐承完

목 차

제 1 장 문제의 제기	9
1. 연구의 필요성 및 연구목적	9
2. 연구내용·범위 및 방법	11
제 2 장 행정절차법의 운용현황	13
1. 행정절차제도 운용현황조사 개관	13
가. 조사의 필요성과 조사방법	13
나. 조사의 경과	13
다. 조사결과의 기본적 평가	17
2. 처분절차의 운용현황	18
가. 조사의 경과	18
나. 처분기준의 설정·공표제도	19
다. 사전통지절차	20
라. 이유제시제도	21
마. 의견청취절차	21
3. 행정상 입법예고절차의 운용현황	24
가. 조사의 경과	24
나. 국가입법의 입법예고현황과 그 평가	25
다. 자치입법의 입법예고현황과 그 평가	31
4. 행정예고절차의 운용현황	34
가. 조사경과	34
나. 조사결과	35
다. 평가 - 문제점과 개선방안	36
5. 행정지도절차의 운용현황	37
6. 행정절차관련 판례의 동향	38
가. 개관	38
나. 행정절차법의 적용제외 범위와 행정절차규정의 적용	39

다. 처분의 사전통지	42
라. 처분의 이유제시	45
마. 청문의 실시여부	48
바. 청문요건의 판단	53
사. 행정상 입법예고절차	61
아. 신고절차	69

제 3 장 행정절차법의 정비를 위한 비교법적 고찰

1. 비교법적 고찰의 필요성과 비교기준	73
2. 오스트리아 행정절차법	76
가. 오스트리아 행정절차법의 연혁과 그 구성	76
나. 오스트리아 행정절차법의 비교법적 특성	78
3. 미국의 연방행정절차법	81
가. 미국 연방행정절차법의 연혁과 그 구성	81
나. 미국 연방행정절차법의 비교법적 특성	84
4. 독일의 연방행정절차법	90
가. 독일 연방행정절차법의 연혁과 그 구성	90
나. 독일 연방행정절차법의 비교법적 특성	98
5. 일본의 행정절차법	109
가. 일본 행정절차법의 연혁과 그 구성	109
나. 일본 행정절차법의 비교법적 특성	111
6. 각국 행정절차법의 종합	116
7. 대한민국의 행정절차법	117
가. 대한민국행정절차법의 연혁과 그 구성	117
나. 현행 행정절차법의 구성과 내용적 특성	135
다. 행정절차법의 비교법적 특성	137

제 4 장 행정절차법의 개정방안

1. 개 관	143
--------------	-----

2. 단기적 개정방향	144
가. 개 관	144
나. 전자정부법의 실행과 행정절차법	145
다. 실무상의 문제점 해결	148
3. 장기적 개정방향	148
가. 개 관	148
나. 실체적 규정의 도입	149
다. 새로운 행정절차의 도입	152
4. 행정절차법 개정안	162
가. 개 관	162
나. 제1장 총칙	163
다. 제2장 처분	174
라. 제3장 신고	187
마. 제4장 행정상 입법예고	190
바. 제6장 행정지도	192
사. 제7장 보칙	193
제 5 장 요약 및 결론	195
부록 행정절차법 개정안	201
참고문헌	211

제 1 장 문제의 제기

1. 연구의 필요성 및 연구목적

『행정절차법』은 “행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함”을 목적으로 하는 법률이다. 따라서 이 법률은 모든 행정절차의 기본이 되는 법률이며, 행정의 절차적 정당성 여부를 판단하는 기준이 되는 중요한 법률이다.

이 법률이 가지는 중요성에도 불구하고 이 법률은 1996년 12월 31일에야 법률 제5239호로 제정·공포되었고, 1년간의 유예기간을 거쳐 1998년 1월 1일부터 시행되고 있다. 따라서 2001년은 행정절차법 시행 제4차 년도가 된다. 그렇지만 행정절차법은 1996년을 전후로 하여 갑자기 제정된 것은 아니다.

행정절차법의 제정을 위한 논의는 이미 1970년대 이전부터 있어 왔다. 행정절차법에 담겨 있는 내용도 결코 행정청과 국민 모두에게 생소한 내용이 아니다. 우리 행정현실 속에서 이미 각 개별법령 가운데 규정되어 있는 내용들이 “행정절차법”의 이름으로 일반화되어 있는 것들이 대부분이다. 그럼에도 불구하고 행정절차법이 제정되기까지는 20여 년의 논의과정이 요구되었고, 입법에 있어서도 많은 어려운 관문을 통과해야 했다. 이렇게 어렵게 제정된 행정절차법이지만 그 내용을 놓고 행정기관과 민간단체, 학자들 상호간에 상당한 비판적 의견이 제시되곤 하였다.

비판적 의견은 대개 다음의 세 가지 입장으로 요약될 수 있다.

첫째 입장은 행정 공무원의 편의에 중점을 두는 입장이다. 이는 행정절차법이 “행정청을 너무 구속한다” 즉 “행정기관이 절차에 묶이게 되어 행정의 효율성이 크게 떨어지게 될지도 모른다는 우려”로 요약된다¹⁾.

1) 행정절차법 제정에 관련된 공청회 과정에서 건설교통부 기획관리실장은 위와 같은 맥락에서 발언한 후, 공청회안의 완화를 요구하였다. 예컨대 신고제도에 관한 행정절차법안에 대한 이의를 제기하고 그 재검토를 요구하였으며, 처분의 사전통지 및 행정예고절차에 관한 완화를 요구하기도 하였다. 이와 아울러 계획확정절차의 입법화에 대한 반대

둘째 입장은 국민 권익보호의 극대화에 중점을 두는 입장이다. 이는 “행정절차법이 너무 행정편의 위주로 제정되어 있고 알맹이가 없다”, 또는 “행정의 다양한 측면에 대한 절차적 규제가 가해져서 국민의 권익이 보호되어야 하나, 행정절차법의 제정범위 및 제정내용을 살펴보면 많이 미흡한 입법이 되었다”는 비판²⁾으로 요약된다.

셋째 입장은 두 가지 입장을 절충하여 모두 수용하는 경우이다. 즉 “이 법률이 행정청에게도 걸림돌이 되고, 일반국민에게도 그다지 호응을 받지 못하는 입법이 되어 앞으로 과연 제대로 실효성을 발휘할 것인가가 의심된다”는 회의로 요약된다.

행정절차가 가지는 중요성과 그 비중에도 불구하고 행정절차법은 다수의 공무원들의 부담과 많은 학자들의 비판 속에서 출범되었다. 특히 행정절차법이 시행된 후 1년 정도밖에 경과하지 아니한 1999년 추미애 의원 등 일부 국회의원이 이 법률의 개정을 요구하는 의견을 제시하였다.

행정자치부는 이 의견에 부응하여 2000년 3월 31일 행정절차제도 개선제도분과위원회를 구성하여 행정절차제도의 개선을 위한 정부차원의 대응 방안을 모색하고 있다.

행정자치부의 제도개선방안은 구체적으로 행정절차법의 개정으로 이어져야 하며, 이 경우 법률의 개정으로 이어지려면 그 개정방안에 대한 심층적인 연구가 요구된다.

이와 같은 요구가 있음을 인식하고 행정자치부는 한국법제연구원에 “행정절차제도의 개선방안연구”를 2001년의 연구과제로 추천하였다.

제도개선의 핵심은 법률의 개정으로 연결되어야 하므로 제도개선방안이 어느 정도 구체화되는 2001년도의 연구과제로 그 필요성과 적절성이 있다고 판단되어 이 연구가 채택되었다.

의사를 분명히 하였다. 총무처 조직국 제도1과, 행정절차법안 심의위원회·공청회 회의록, 1996, 511쪽 이하 참조.

2) 행정절차법 제정에 관련된 공청회 과정에서 경실련 시민입법위원은 “축소지향적인 일 본법보다도 더 소극적이고 수세적인 법안이다”고 비판을 가하고 있다. 특히 행정계획의 확정절차와 공법상 계약절차를 행정절차법안에 포함시키지 아니한 점, 적용제외규정, 이해관계인의 범위, 청문의 예외사유 등에 문제점을 지적하고 그 개선을 요구하였다. 총무처 조직국 제도1과, 행정절차법안 심의위원회·공청회 회의록, 1996, 513쪽 이하 참조.

따라서 이 연구는 행정절차제도의 정착 현황을 파악하고, 그 동안 제시되어온 문제점을 보다 구체화하며, 그 개선을 위하여 법률의 개정이 필요한 경우 법률의 개정방안을 제시함을 그 목적으로 한다.

2. 연구내용 · 범위 및 방법

이 연구의 내용과 범위는 크게 다음의 3가지 부분을 포괄한다.

첫째 부분은 행정절차제도 운용에 관한 실태를 조사하여 행정절차법의 정착현황과 그 정도, 문제점 및 개선의견을 면밀히 분석하는 것이다.

행정절차제도의 운용에 관한 실태조사는 전국의 지방자치단체와 지방환경청 및 식품의약품안전청 등 처분담당부서를 상대로 행정자치부와 합동으로 실시되었다. 그 결과를 행정절차법의 적용범위에 따라 처분절차, 행정입법의 예고절차, 행정예고절차, 신고절차 및 행정지도절차로 나누어 구체적으로 구분하여 분석하는 방법론을 채택하였다.

실태조사와 함께 중요한 의미를 지니는 것은 행정절차법이 시행된 이후에 축적된 판례를 비교·분석하는 일이다. 판례는 현실에서 나타난 문제점에 행정절차법의 개별적인 조문을 적용하는 것이므로 행정절차법의 정착여부, 문제점 및 그 개선방안을 도출하는데 있어서 필수적으로 검토하여야 할 사항이다. 이러한 점에서 운용현황의 조사에 판례의 분석을 포함시켰다.

둘째 부분은 행정절차법의 정비를 위한 국제적인 기준의 확립을 위하여 비교법적인 고찰을 실시하는 것이다.

종래 주요 외국의 행정절차법에 대한 단편적인 소개는 있어 왔지만, 일정한 체계와 기준을 수립하고, 이를 기초로 하여 분석을 실시한 예는 거의 없었다. 행정절차법의 비교법적 분석은 특히 행정절차법에 실제적 규정을 도입할 것인가의 여부, 행정절차법의 적용범위를 어디까지 할 것인가의 여부 등을 둘러싸고 매우 중요한 의미를 지닌다.

이러한 점에서 미국, 독일, 일본과 2001년부터 행정절차법을 시행하기 시작한 대만의 행정절차법을 일정한 기준에 따라 비교·분석한다.

우리나라의 경우 행정절차법은 1970년대부터 그 시안이 제출되었다. 각각의 시안이 서로 다른 입법적 특성을 지니고 있는 만큼 이에 대한 비교법

제1장 문제의 제기

적 분석 또한 필요하다. 이와 같은 점에서 우리 나라의 경우 각각의 연혁 단계별로 제출된 법률안에 대하여 외국의 입법례에서 적용한 기준과 같은 기준을 적용하여 비교법적 분석을 실시하였다.

마지막 부분은 위에서 검토한 현황자료와 비교법적 분석자료를 토대로 하여 행정절차법의 개정 방향을 구체화하는 일이다.

행정절차법의 개정방향은 다양한 기준 및 시각에서 제시될 수 있다.

먼저, 시기적인 측면에서 개정방향을 구분할 수 있다.

행정절차법을 4년 동안 시행하면서 문제가 노정되어 즉각적인 개정이 요구되는 부분이 있을 수 있다. 이 부분은 조속히 개정안을 확정하여야 할 것이다.

그 반면에 비교적인 중·장기적 연구를 통한 개정안의 마련이 필요한 부분이 있을 수 있다.

다음으로, 내용적인 측면에서 개정방향을 구분할 수 있다. 이는 특히 중·장기적인 개정안 마련과 관련하여 더욱 의미가 있다.

내용적 측면에서는 행정절차법의 적용범위, 실제적 규정의 도입방향, 신청에 의한 처분절차와 민원사무처리에 관한 법률의 통합 방향, 계획확정절차의 도입방향, 행정계약절차의 도입방향, 행정입법절차 및 행정예고절차의 실질화 방향 등으로 구분될 수 있다.

연구의 방법은 실태조사, 문헌조사, 법제조사, 판례분석, 비교법적 고찰 등이 사용된다.

이 연구를 통하여 예상될 수 있는 기대효과는 다음과 같은 점을 들 수 있으리라 생각된다.

첫째, 우리 행정절차법의 정착현황을 파악·분석함으로써 현 위치를 점검한다.

둘째, 우리 행정절차법이 가지는 비교법적 위치 분석함으로써 국제수준과의 비교·평가가 가능하도록 한다.

셋째, 즉각적인 개정이 필요한 부분을 찾아내어 실질적인 개정안을 마련·제시한다.

제 2 장 행정절차법의 운용현황

1. 행정절차제도 운용현황조사 개관

가. 조사의 필요성과 조사방법

행정절차제도의 운용현황을 살펴보는 방법은 여러 가지가 있을 수 있다.

첫째, 행정절차제도를 시행하는 기관에 대하여 관련 자료의 제출을 요구하고, 제출된 자료를 통하여 그 운용현황을 살펴보는 방법이 있을 수 있다.

둘째, 행정절차제도를 시행하는 기관을 방문하여 현지에서 담당공무원에게 질문하고 각종 자료를 직접 열람하는 방법이 있을 수 있다.

셋째, 두 가지 방법을 모두 실시하는 것도 가능하다. 즉 한편 모든 행정기관에 대하여 관련자료의 제출을 요구하고, 자료의 제출을 받은 기관 중 몇몇 기관을 표본으로 정하여 해당 기관을 방문하고 현지조사를 하는 방법이 그 것이다.

행정절차법 제54조는 “행정자치부장관은 이 법의 효율적인 운영을 위하여 노력하여야 하며 필요한 경우에는 그 운영상황과 실태를 확인할 수 있고, 관계 행정청에 대하여 관련자료의 제출 등 협조를 요청할 수 있다”고 규정하고 있다.

행정자치부의 행정절차법 담당 부서인 정책제도과는 이 규정에 근거하여 행정절차제도의 운영현황을 조사할 권한과 의무를 지닌다.

나. 조사의 경과

행정자치부는 1999년부터 첫째 방법에 의한 행정절차제도 운용현황 조사를 실시하여왔다. 그러나 조사가 행정기관의 내부자료 축적을 위하여 단편적으로만 이루어졌으며, 조사결과도 공표되지 아니하였다.

행정절차제도개선위원회가 구성된 이후, 제도개선의 실질적인 근거를 마련하기 위하여 행정자치부는 2000년 12월과 2001년 3월의 두 차례에 걸쳐 셋째 방법에 의한 조사, 즉 자료의 제출과 현지 점검을 병행하는 방식의 조사를 실시하였다.

제1차 조사는 다음과 같은 조사계획에 의거하여 실시되었다.

[표 : 행정절차 현지조사계획]

(출처 : 행정자치부 행정제도과)

행정절차제도 현지확인 조사계획	
1. 목 적	<ul style="list-style-type: none">○ 각급 행정기관(지방자치단체, 특별지방행정기관)의 행정절차제도의 이행상태에 대한 현지확인을 실시하여○ 확인결과 이행이 미흡한 사항에 대한 보완 및 개선방안을 마련하여 행정절차제도의 정착을 도모하고자 함※ 행정절차분과위원회 위원들을 점검반에 합동편성함으로써 절차제도 운영현황의 객관적 점검 및 합리적인 개선방안 도출 도모
2. 근 거	<ul style="list-style-type: none">○ 행정절차법 제54조(운영실태 확인)
3. 세부추진계획	<ul style="list-style-type: none">○ 기간 : 2000. 12. 4(월)~12. 14(목)○ 대상기관 : 10개 기관<ul style="list-style-type: none">- 지방자치단체(8)<ul style="list-style-type: none">· 광역자치단체 : 경기도, 강원도, 충청남도, 경상남도· 기초자치단체 : 경기 오산시, 강원 속초시, 충남 천안시, 경남 창원시- 특별지방행정기관(2)<ul style="list-style-type: none">· 경인지방환경관리청, 서울지방식품의약품안전청○ 조사방법<ul style="list-style-type: none">- 법무담당 공무원 및 점검대상 행정처분 담당공무원에 대한 면담- 청문장 설치현황 등에 대한 현장확인- 운영실태 관련 문서 등 자료 점검○ 조사방법<ul style="list-style-type: none">- 법무담당 공무원 및 점검대상 행정처분 담당공무원에 대한 면담- 청문장 설치현황 등에 대한 현장확인- 운영실태 관련 문서 등 자료 점검

- 주요 점검사항
 - 행정처분절차 운영실태
 - 사전통지(청문통지), 의견청취, 처분이유제시 등 행정처분절차 전반에 대한 이행상황
 - 청문주재자 선정현황, 독립적인 청문장 운영 여부 등
 - 의견청취에 있어서 정당한 의견의 반영 여부
 - 행정상 입법예고 운영실태(운영현황, 예고방법, 의견반영 실적 등), 행정예고 운영실태, 행정지도 운영실태 등
 - 행정절차제도 운영상의 문제점, 애로사항 등

- 4. 향후 추진일정
 - 점검반 회의 : 2000. 12. 2
 - 운영실태 점검 : 2000. 12. 4~12. 14(기관사정에 따라 변경가능)
 - 12. 4.(월)~5.(화) : 경기도, 오산시
 - 12. 6.(수)~7.(목) : 강원도, 속초시
 - 12. 8.(금)~9.(토) : 경인지방환경관리청, 서울지방식품의약품안전청
 - 12. 11.(월)~12.(화) : 충청남도, 천안시
 - 12. 13.(수)~14.(목) : 경상남도, 창원시
 - 점검결과 보고 : 2000. 12.
 - 행정절차제도 운영지침에 반영·통보 : 2000. 1

- 5. 대상기관 협조사항
 - 점검실시에 따른 자료준비
 - 점검대상기관에서는 별첨 2~4의 자료를 작성·준비
 - ※ 특별지방행정기관의 경우는 별첨 3 제외
 - 각 실과의 자료를 법무담당 부서에서 취합·정리
 - ※ 별첨
 1. 세부 점검사항
 2. 행정처분절차 운영현황 작성양식
 3. 행정상 입법예고 운영현황 작성양식
 4. 행정예고 운영현황 작성양식

[별첨 1] 세부 점검사항

분 야	세 부 점 검 사 항
행 정 처 분 절 차	<ul style="list-style-type: none"> ○ 행정처분전 사전통지서(청문통지서) 발송 현황 ○ 청문절차 운영현황 <ul style="list-style-type: none"> - 청문주재자 선정현황 - 청문장 설치·운영현황 - 청문조서의 작성 현황 등 ○ 의견청취 후 의견반영 현황 ○ 처분시 이유제시 이행상황
행 정 상 입 법 예 고	<ul style="list-style-type: none"> ○ 행정상 입법예고의 방법 및 기간 ○ 행정상 입법예고 미실시시 미실시 사유 ○ 의견제출·반영 현황 및 당사자에 통지여부
행 정 예 고	<ul style="list-style-type: none"> ○ 행정예고의 방법 및 기간 ○ 의견제출·반영 현황 및 당사자에 통지여부
행 정 지 도	<ul style="list-style-type: none"> ○ 행정지도 실시현황 ○ 서면교부요구현황 등
기 타 사 항	<ul style="list-style-type: none"> ○ 행정절차제도 운영상 애로사항 및 건의청취 ○ 행정절차관련 제도개선사항

위의 계획표에서 보는 바와 같이 조사대상기관은 모든 광역자치단체와 각 광역자치단체의 기초자치단체 각각 2곳, 특별지방행정기관으로서의 지방환경관리청, 지방식품의약품안전청으로 하였다.

조사대상기관 대한 점검반을 행정자치부 행정제도과의 담당자와 행정절차분과위원회의 위원을 합동으로 편성하였다. 연구자도 점검반의 일원으로 편성되어 조사대상기관의 절반 이상을 함께 점검하였다.

조사방법은 ①법무담당 공무원 및 점검대상 행정처분 담당공무원에 대한 면담, ②청문장 설치현황 등에 대한 현장확인, ③운영실태 관련 문서 등 자료 점검 등을 채택하였다.

주요 점검사항에는 행정절차법의 제정범위에 해당하는 사항이 전반적으로 고려되었다.

첫째, 행정처분절차의 운영실태에 관한 사항으로서 다음의 사항이 점검되었다.

①사전통지(청문통지), 의견청취, 처분이유제시 등 행정처분절차전반에 대한 이행상황을 점검하였다.

②청문주제자 선정현황, 독립적인 청문장 운영 여부 등이 점검의 대상이 되었다.

③의견청취에 있어서 정당한 의견의 반영 여부를 점검하였다.

둘째, 행정상 입법예고제도의 운영실태에 관한 사항으로써 운영현황, 예고방법, 의견반영 실적 등을 점검하였다.

셋째, 행정예고제도의 운영실태에 관한 사항으로써 운영현황, 예고방법, 의견반영 실적 등을 점검하였다.

넷째, 행정지도제도의 운영실태에 관한 사항으로써 지도현황, 지도방법, 행정지도에 있어 행정절차법의 준수 상황등을 점검하였다.

다섯째, 총체적으로 행정절차제도 운영상의 문제점, 애로사항 등에 관한 문답이 이루어졌다.

다. 조사결과의 기본적 평가

연구자는 행정자치부의 정책자문위원으로서 점검반에 합동으로 편성되어 과반수의 현지점검에 참여하였다. 그 결과, 지방자치단체마다 차이는 있지만, 행정절차제도가 어느 정도 정착되고 있다는 인상을 받았다.

그 이유는 다음과 같은 점에서 찾을 수 있다.

첫째, 행정공무원들이 전반적으로 행정절차법의 존재를 알고 있었다는 점

둘째, 행정절차에 대한 교육과 확인이 지속되고 있다는 점,

셋째, 행정절차를 담당하는 공무원이 배치되어 있다는 점,

넷째, 행정심판 및 행정소송을 대비하여 행정절차를 갖추려는 노력을 하고 있다는 점

위와 같은 점들은 행정절차법이 사문화되거나 정체되는 것이 아니라 점차 활성화되고 보다 긍정적으로 뿌리를 내릴 수 있는 기틀로 작용한다고 생각하였다.

위와 같은 행정기관의 현황과 함께 행정절차법의 정착에 긍정적인 평가를 가능하게 하는 또 다른 요인은 법원의 판결이다. 행정절차법의 위반여부는 모든 행정사건에 있어서 가장 먼저 검토해야 하는 요소로 판단되고 있기 때문이다.

소송실무상 행정사건의 경우 당사자 및 변호사의 입장에서 가장 손쉽게 또 분명히 판단할 수 있는 사항이 행정절차법의 위반여부로 인식되고 있다. 행정절차법의 위반이 입증되는 경우 일단 행정소송에서 승소할 수 있다. 바로 이러한 점 때문에 어느 지방자치단체의 경우에는 행정절차법의 위반이 행정소송의 쟁점이 된 경우 바로 직권으로 처분을 취소하고 행정절차를 밟아서 재처분을 하며, 담당직원을 인사조치하고 있다는 보고를 한 바 있다.

행정절차가 위와 같이 정착되고는 있지만 그 반면에 개별 구체적인 절차적 요소 하나 하나를 놓고 볼 때에는 시행과정에서 여러 가지 제도상의 미비점이 제시되고 있다.

2. 처분절차의 운용현황

가. 조사의 경과

처분절차의 운용현황조사를 위하여 행정자치부는 다음과 같은 도표의 작성을 조사대상기관에 요구하고, 작성된 도표를 제출한 후, 질문에 응하도록 하는 방법을 채택하였다.

[표 : 행정처분절차 이행상황]

법령명	① 행정 처분명	처분일	행정절차 이행여부					
			② 사전통지 (청문통지)	③의견청취			④ 이유 제시	⑤ 의견 반영
				의견 제출	청 문	공 청 회		
⑥계								
공중위생 관리법 제7조	이용사 면허취소	2000. 10.7	2000. 9.20		2000. 10.4		○	×
식품위생법 제58조	식품접객업 영업정지	2000. 11.30	2000. 11.15	2000. 11.24			×	○

- ※ 기재요령 : 각 해당 실과별·법령별로 작성(2000.10.1~11.30(처분일 기준))
- ① 행정처분명 : 허가·등록·인가·면허 등의 취소, 영업·정지, 과징금 부과처분 등 불이익 처분명 날짜를 기재
 - ② 사전통지(청문통지) : 사전통지서 또는 청문통지서를 발송한 날짜를 기재
 - ③ 의견청취 : 의견청취의 3가지 유형중 실제 접수·집행한 것의 날짜를 기재
 - ④ 이유제시 : 처분시 이유제시를 했는지의 여부 기재(○,×)
 - ⑤ 의견반영 : 의견청취후 예정처분보다 감경되었는지 여부(○,×)
 - ⑥ 계 : 행정처분명 하단은 총처분수, 사전통지·의견제출·청문·공청회는 각각의 총수, 이유제시·의견반영은 ○의 수

행정절차법은 신청에 의한 처분절차와 직권에 의한 불이익처분절차를 모두 규정하고 있다.

이 중 신청에 의한 처분절차에 관하여 행정절차법은 원칙규정만을 두고 있고, 상세한 절차는 “민원사무처리에관한법률”에 위임되어 있다.

불이익처분절차는 다음과 같은 세 가지 부분으로 나뉘어진다.

처분기준의 설정·공표제도와 처분의 사전통지 및 이유제시제도 및 의견청취절차이다.

나. 처분기준의 설정·공표제도

처분기준의 설정·공표제도는 분야별로 그 정착정도가 많은 차이를 보이고 있다.

신청에 의한 처분의 경우 “민원사무처리에관한법률”은 민원사무처리편람을 작성하여 처분기준을 수록하도록 규정하고 있다. 행정자치부는 매년 3월 1일 편람을 관보형식으로 공표하고 있다. 관보에 공표되는 편람은 민원사무의 목록과 법령에 규정된 민원사무처리의 기준 및 처리기간을 간략하게 요약하는 수준으로 되어 있다.

각 실무 부서는 이 편람에 근거하여 자신의 부서에서 처리하는 민원사무를 보다 구체화한 편람을 작성하여 민원인에게 제시하여야 한다. 사무 담당 부서마다, 또 지방자치단체마다 추가적인 편람의 작성 및 공표에 상당한 편차를 보이고 있다.

불이익처분의 경우 시행령 또는 시행규칙에 처분기준이 별표의 형식으로 구체화되는 것이 일반적이다. 처분기준에 해당하는 시행령(규칙) 별표는 청소년보호법의 경우 1년에 2~3 차례 개정되는 등 비교적 자주 개정되는 편이다.

이 경우 불이익처분 담당 부서는 변경된 처분기준의 해설자료를 만들고 교육을 실시하는 등, 국민에게 알리기 위한 노력이 있어야 한다. 이 점 또한 처분 담당 부서 및 지방자치단체마다 상당한 편차를 보이고 있다.

다. 사전통지절차

불이익처분전에 의견제출 및 청문실시 등 의견청취를 위한 사전통지는 행정절차법에 따라 가장 철저히 이행되고 있다고 평가되는 사례에 해당된다.

특히 경기도와 충청남도 이외의 모든 기관에서 조사대상기간에 이루어진 대상처분 중 100% 사전통지가 실시되었다고 조사되었다.

경기도의 경우 비료관리법상 영업정지, 대기환경보전법·수질환경보전법상 개선명령의 경우를 제외한 모든 처분에 사전통지를 실시하였다고 보고하고 있다. 위의 미실시처분의 경우는 행정절차법시행령 제13조(사전통지의 예외사유)중 제2호, 즉 “법령 등에서 준수하여야 할 기술적 기준이 명확하게 규정되고 그 기준에 미치지 못하는 사실을 이유로 처분을 하는 경우로서 그 사실이 실험, 계측 기타 객관적인 방법에 의하여 명확히 입증된 때”에 해당하여 사전통지를 실시하지 아니하였음을 그 이유로 제시하고 있다.

충청남도의 경우 주택건설촉진법에 의한 주택관리사 자격취소를 제외한 모든 처분에 사전통지제도를 실시하였다고 보고하였다. 위의 미실시 처분의 경우는 행정절차법 제21조(처분의사전통지) 제4항제2호에 의한 의견청취 예외사유, 즉 “법령등에서 요구된 자격이 없거나 … 사실이 법원의재판 등에 의하여 객관적으로 증명된 때”에 해당하여 사전통지를 실시하지 아니하였음을 그 이유로 들고 있다.

위와 같이 일부 예외적인 사유를 제외하고는 거의 모든 기관에서 사전통지의 방식은 서면으로 이루어지고 있었고 사전통지공문에 처분사전통지서(행정절차법시행규칙 별지 제8호서식)·청문통지서(시행규칙 별지 제9호

서식) 및 의견제출서(시행규칙 별지 제11호 서식)를 첨부하여 통지함으로써 처분의 사전통지제도는 거의 완전한 정착을 보이고 있다고 판단된다.

라. 이유제시제도

행정절차법이 규정하는 “이유제시”라 함은 행정청이 처분을 함에 있어서 처분의 사실상의 이유와 법률적 근거를 제시함을 의미한다.

그러나 실태조사 결과 이유제시제도에 대하여는 그 의의조차도 처분담당 공무원이 이해하지 못하고 있는 경우가 많았다. 그러나 처분의 상대방이 의견을 제시하는 것을 “이유제시”로 받아들이는 경향이 있음이 지적되었다.

처분의 법적 근거와 사실상의 이유는 장차 행정심판 및 행정소송에 있어 다툼의 대상이 되는 핵심사항이다. 가능한 한 처분시에 빠짐없이 이유제시가 이루어져야 한다. 그러나 실무현장에서는 처분의 중요사유가 된다고 생각하는 사항을 처분의 사전통지서 또는 청문통지서에 기록하여 당사자에게 제시하는 정도로 가볍게 다루어지고 있어 그 시정이 필요함이 지적되었다.

마. 의견청취절차

(1) 개 관

의견청취절차에 관하여 행정절차법은 “의견제출”, “청문”, “공청회” 등의 세 가지 절차가 규정되어 있다.

의견제출을 받고 제출된 의견을 반영하여 처분을 하는 행정절차는 처분담당 부서 및 지방자치단체마다 다양한 편차를 보여주고 있었다. 특히 시행령 또는 시행규칙에 규정된 불이익처분기준을 해석하지 못하고 기계적으로 적용하는 경향 때문에 의견청취절차가 형식에 그치고 마는 경우가 많았다.

청문의 경우도 역시 편차가 많았다.

몇몇 지방자치단체 및 지방환경청 등 처분담당 행정청의 경우 청문과 단순한 의견제출절차를 혼동하고 있었다. 과태료부과와 같은 비교적 사소한 불이익처분에 대하여도 청문을 실시한다고 당사자에게 통지하고, 실제적으로는 처분담당 공무원이 당사자 등에게 의견진술을 받는 방식으로 청문제도를 시행하는 경우도 종종 발견할 수 있었다.

(2) 청문장 설치현황

별도의 청문장을 설치하여 운영하는 것은 청문제도의 정착을 위하여 매우 중요한 요소에 해당한다. 청문을 실시하면서 별도의 청문장이 없이 특히 처분부서의 사무실을 사용하는 경우 청문의 공정성이 저해될 것이 명백하기 때문이다.

청문장 설치의 중요성에도 불구하고 그 이행 상황은 매우 미흡한 것으로 평가되었다. 점검결과 ①독립적인 상설청문장을 설치·운영하고 있는 기관, ②상설청문장이 설치되어 있지 아니하지만 예비군 중대본부 사무실과 같은 빈사무실 등을 임시방편으로 이용하고 있는 기관, ③처분부서의 사무실을 사용하는 기관 등이 골고루 나타났기 때문이다. 특히 처분부서의 사무실에서 청문을 실시하고 있는 경우는 청문의 공정성을 현저히 저해하는 사유에 해당하여 그 시정이 요구되었다.

(3) 청문주재자의 선정현황

청문주재자 선정의 공정성을 확보하는 것은 청문의 공정성 확보와 직결된다.

확인결과 청문주재자 선정은 다음과 같은 세 가지 유형이 섞여서 사용되고 있는 것으로 조사되었다.

첫째, 처분 부서의 공무원이 청문주재자가 되는 경우이다. 이는 처분의 공정성을 확보할 수 없는 최악의 경우에 해당된다. 이 경우에 해당하는 것으로 조사되는 기관도 상당수에 이르렀다. 이들 기관에 대하여는 시정이 요구되었다. 조사 결과 행정절차법의 개정을 통하여 처분 부서의 공무원이 청문의 주재자가 됨을 금지하여야 한다는 의견이 제시되었고, 이 의견은 폭 넓은 공감대를 형성하였다.

둘째, 제3의부서 직원을 청문주재자로 지정하는 경우이다. 이는 행정청의 소속 직원 중에서 청문주재자를 선정하되, 법무담당관실의 직원, 기획감사실의 직원 등의 가운데서 청문주재자를 정하는 경우와 같이 그 공정성을 확보하기 위하여 노력하는 경우에 해당한다.

셋째, 행정청의 내부 직원 및 외부 전문가 중에서 청문의 공정성의 확보할 수 있는 인력의 풀을 구성하고 이들 중에서 가장 적합한 자를 정하여 청문주재자를 선정하는 경우이다. 이 경우는 가장 모범적인 사례에 해당한다.

조사대상 기관 중 서울지방식품의약품안전청, 경상남도 및 창원시 등이 인력풀에 관한 내부 규칙을 제정하고, 일부분 실시하거나 그 실시를 준비중이었다.

예컨대 서울식품의약품안전청의 경우 “청문주재관 운영지침”을 근거 규정으로 제정하고, 전직 공무원 1인을 포함한 외부 전문가 5인으로 청문 주재자 인력 풀을 구성하되, 이들 인력 풀의 구성원은 관련단체에게 추천을 의뢰하고, 그 추천을 받은 자중에서 위촉하는 방식으로 실시하고 있었다.

경상남도의 경우 근거규정으로 “경상남도청문주재자선정및운영에관한규정”을 제정하고, 인력풀을 구성하고 있다. 구성방법은 청문대상 업무를 14개 분야 45개 업무로 구분하고 85명의 인력풀을 구성하되 이들 중 공무원을 70명(본청 65, 교육원 1, 기타 4) 민간인을 15명(변호사 1, 언론인 1, 협회의 전문가 13)으로 할당하고 있었다.

이와 같은 인력풀의 구성이 가장 모범적인 사례이기는 하지만, 외부전문가를 청문주재자로 선정할 경우 및 그에 대한 일당 및 여비의 지급 등에 관하여 행정절차법 및 행정절차법의 시행령이 명문의 규정을 두지 아니함이 문제점으로 지적되었다. 그 이유는 지방자치단체 및 중앙행정기관의 지방행정청의 경우 외부 전문가를 청문주재자로 선정하고 그에 대한 여비와 일당을 지급하고자 할 경우 별도의 예산을 책정하여야 하나, 그 책정 근거가 미비되어있기 때문이다. 따라서 행정절차법에 이에 관한 규정을 도입하고, 지방자치단체가 그 개별적인 내용을 조례로 정하도록 함으로써 인력풀 제도를 확산하여 청문주재자 선정의 공정성을 확보해 나가도록 하여야 함이 요구되었다.

(4) 의견청취 결과의 반영현황

의견청취결과에의 반영현황은 기관마다 매우 편차가 많은 것으로 조사되었다.

예컨대 제1차 조사대상이었던 10개 기관의 의견청취가 이루어진 416건 처분중 40%인 166건이 의견이 반영된 것으로 보고되었다. 이들의 사례조사 결과 제출된 의견이 처분의 이유가 된 사실을 시인하고 단순히 선처를 요청한 사례들도 포함되어 있고, 영업정지와 과징금을 선택적으로 부과할 수 있는 경우들도 포함되어 있어 의견청취 결과반영으로 보기 어려운 경우도 있어 그 객관적인 성과를 판단하기에는 많은 어려움이 있었다.

의견청취 결과반영의 주요사례를 제시하면 다음과 같다.

- 기술인력 미확보 등 등록기준이 미달된 경우 의견청취 후 일정기간 처분을 유예해 준 경우
- 국세체납의 이유로 한 등록말소 처분을 의견청취후 일정기간 유예기간을 주고 처분을 보류한 경우
- 법령상 규정된 기술인력의 교육불참에 따른 경고 및 과태료 처분과 관련 의견청취결과 fax에 의한 문서통보가 당사자에게 종업원 파업이 있어 접수되지 아니한 이유로 처분을 하지 아니한 사례

의견청취결과의 반영과 관련하여 불이익처분을 하고자 하는 경우 청문·의견제출 등 의견청취 결과를 반영할 수 있도록 한 행정절차법 관련규정도 불구하고 각 개별법령(주로 시행규칙)에 규정된 처분기준 때문에 의견청취 결과반영을 기피하는 사례가 많다는 점이 제시되었다.

이와 같은 점으로 인하여 개별 법령상의 입법상 조치(처분감경 조항 신설) 및 처분기준의 해석에 변화가 필요함이 지적되었다.

3. 행정상 입법예고절차의 운용현황

가. 조사의 경과

『행정상입법예고』제도는 “국민의 일상생활과 직접 관련되는 법령안의 내용을 입법에 앞서 국민에게 예고함으로써 국민의 입법참여기회를 확대하여 입법의 민주화를 기하고, 법령의 실효성을 높여 국가정책수행의 효율화 정도도 포함을 목적으로 하는 제도”이다.

행정상 입법예고의 대상이 되는 법령은 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령등이다.

행정상 입법예고제도에 대한 조사는 두 가지로 나뉘어 실시하였다.

첫째, 정부입법에 대한 행정상 입법예고제도의 조사를 실시하였다. 정부입법에 대한 행정상 입법예고제도의 주무부서는 법제처이다. 법제처가 1998년 행정절차법에 따라 행정상 입법예고제도를 실시한 이후, 2000년 말까지의 행정상 입법예고결과를 도표로 축약하는 방식을 채택하였다.

둘째, 지방자치단체의 자치입법에 대한 행정상 입법예고제도의 조사를 실시하였다. 자치입법에 대한 행정상 입법예고제도의 주무부서는 행정자치부이다. 행정자치부가 행하였던 실사의 범위에 조례의 입법예고현황을 포함시켰다.

나. 국가입법의 입법예고현황과 그 평가

(1) 입법예고비율

국가입법의 범주에는 법률, 대통령령, 총리령 및 부령이 포함된다³⁾.

행정절차법이 대상으로 하는 법률의 범위에는 “행정부가 입안하여 국회에 제출되는 법률”만이 포함된다. 중앙행정기관이 관장하는 법령의 입법예고는 다음 도표에서 보는 바와 같이 78% 내지 80%가 입법예고되고 있다.

즉 1998년에는 공포법령 1393건 중 1086건이 입법예고되고, 307건의 예고가 생략되어 78%의 예고율을 나타내었고, 1999년에는 공포법령 1346건 중 1058건이 입법예고되고 288건의 예고가 생략되어 79%의 예고율을 보였고, 2002년에는 공포법령 1001건 중 801건이 입법예고되고 200건의 예고가 생략되어 80%의 입법예고율을 보였다.⁴⁾

이와 같은 입법예고율은 행정절차법 제41조가 정한 요건을 준수하여 충실히 이행한 결과라 평가된다.

3) “국가입법”이라는 용어는 지방자치단체가 행하는 “자치입법”과의 구분을 위하여 사용한 것이다. “국가입법”의 범위에는 정부입법과 국회입법, 법원 및 헌법재판소 등 헌법기관의 규칙 제정 등 중앙행정기관, 입법기관, 사법기관의 국가차원의 입법을 모두 망라한다.

4) 1983년부터 1997년까지의 입법예고 통계와 그 분석 및 평가에 관하여는, 조정찬, 입법예고제 운영현황, 문제점 및 개선방안, 국민의 입법참여와 입법예고제, 한국법제연구원 학술회의 자료집, 1992, 76쪽 이하; 최정일, 행정입법절차의 정착방향, 법제연구 제13호, 1997, 64쪽 이하; 오준근, 행정절차법, 213쪽 이하 등 참조.

[표 : 정부입법의 입법예고비율]

구 분	공포법령	예고법령	입법 예고율	예고 생략법령
1998년도	1393	1086	78%	307
1999년도	1346	1058	79%	288
2000년도	1001	801	80%	200

(2) 입법예고기간

행정절차법 제43조는 입법예고기간에 관하여 “예고기간은 예고할 때 정하되, 특별한 사정이 없는 한 20일 이상으로 한다”고 규정하고 있다.

입법예고기간의 현황을 보면 1998년의 경우 예고법령 1086건 중 898건이 20일 이상 입법예고를 한 반면, 188건이 20일 미만의 기간동안 입법예고를 하여 17%의 예외사례가 나타났고, 1999년의 경우 예고법령 1058건 중 938건이 20일 이상 입법예고를 한 반면, 120건이 20일 미만의 기간동안 입법예고를 하여 11%의 예외사례가 나타났으며, 1999년의 경우 예고법령 801건 중 709건이 20일 이상 입법예고를 한 반면, 92건이 20일 미만의 기간동안 입법예고를 하여 11%의 예외사례가 나타났다.

20일 미만의 기간 동안 입법예고를 하는 것은 국민에게 의견제출을 위하여 필요한 기간을 너무 짧게 줌으로써 의견제출의 기회를 사실상 봉쇄하게 되므로 입법예고의 실효성에 문제가 있는 것으로 지적되어 왔다. 이와 같은 단기간의 입법예고는 지극히 예외적인 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 실시되어야 하며, 가능한 한 최대한 회피되어야 한다. 그러나 10% 이상의 법령에 대하여 20일 이내의 입법예고가 실시되었다는 것은 문제점이라 지적된다.

[표 : 정부입법의 입법예고기간]

년 도 구 분	예고건수 A	20일미만		20일이상	
		건수 B	비율 B/A	건수 D	비율 D/A
1998년도	1086	188	17%	898	83%
1999년도	1058	120	11%	938	89%
2000년도	801	92	11%	709	89%

(3) 입법예고방법

행정상 입법예고의 방법은 정부입법의 경우 관보나 신문·방송·홈페이지 공고, 이메일 등의 방법으로 널리 공고하여야 하며, 필요하다고 인정되는 단체에 대하여 개별적으로 통지할 수 있다.

입법예고의 실시현황을 조사해 보면 아래 표에서 보는 바와 같이 관보에 의지하는 경우가 대부분이다. 1998년의 경우에는 입법예고된 법령 1086건을 모두 관보에 입법예고하였다. 그러나 관보 이외의 매체를 사용한 건수는 매우 미미하다. 특히 공청회가 38건밖에 개최되지 아니하였으며, 일간신문에 예고한 건수도 23건에 지나지 아니한다.

이와 같은 사정은 1999년에도 마찬가지이다. 입법예고건수 1058건 중 공청회는 36건을 개최하여 1998년보다 오히려 줄어들었고, 일간신문에 예고한 건수도 28건으로 그다지 변화가 없다.

2000년의 경우에는 공청회의 건수가 54건으로 비록 미미하기는 하지만 증가세를 보이고 있다. 일간신문의 예고건수도 42건으로 1999년에 비하여는 매우 나아졌다고 할 수 있다. 그러나 전체적인 입법예고건수를 비교하여 보면 그 비율이 미미하기는 마찬가지이다. 이 점은 문제점이라 지적된다.

한가지 고무적인 것은 각 부처 홈페이지 등 인터넷에 입법예고를 하는 사례가 급증하고 있다는 것이다. 1998년에는 12건에 그쳤던 홈페이지 입법예고는 1999년에는 246건, 2000년에는 399건으로 급증하고 있다. 이는 전자정부법의 실시를 대비하여 본격적인 행정업무의 전산화 작업을 준비하면서 이룩한 성과라 생각된다. 2001년 7월부터 전자정부법이 시행될 경우 인터넷 홈페이지에 입법예고를 하는 예고율이 관보의 게재건수와 같아질 수 있기를 기대한다.

[표 : 정부입법의 입법예고방법]

연 도	입법예고건수 (관보)	관보이외의 매체					
		공청회	개별통지	부처간행물	부처 홈페이지 등 인터넷	관련단체 기관지	일간신문 (법제처)
1998	1086	38	26	7	12	·	23
1999	1058	36	72	6	246	·	28
2000	801	54	66	21	399	22	42

(4) 의견반영결과

입법예고가 이루어지면 예고된 입법안에 대하여 의견이 있는 자는 의견을 제출하고, 입법주관기관은 그 의견을 반영하는 절차를 밟게 된다. 당해 입법입법안에 대하여 의견이 제출된 경우 행정청은 특별한 사유가 없는 한 이를 존중하여 처리하여야 한다.

정부입법에 대한 입법예고실시의 결과를 보면 국민이 예고된 입법안에 대하여 의견을 제시하는 건수도 많고 그 참여가 점점 적극적으로 되어 가는 것을 볼 수 있다.

아래 도표에서 보는 바와 같이 1998년의 경우 1086건의 법령에 대한 입법예고를 실시한 결과 제출된 의견이 2762건이었다. 1999년의 경우 1058건의 법령에 대하여 입법예고를 실시한 결과 1998년보다 현격히 증가한 6669건의 의견이 제출되었다. 2000년의 경우 801건의 법령에 대한 입법예고를 실시한 결과 5854건의 의견이 제출되었다고 보고되고 있다. 이는 입법예고법령 1건당 평균 7건 이상의 의견이 제출된 것으로서 1998년의 평균 2.5건에 비하면 상당히 증가한 것이다.

의견반영비율도 매년 현격히 증가하고 있다. 1998년에는 제출된 2762건의 의견 중 864건의 의견만이 반영되어 반영율 31%를 보이고 있다. 1999년의 경우 제출된 6669건의 의견중 2488건의 의견이 반영되어 반영율은 37%로 높아졌다. 2000년의 경우 5854건의 의견이 제출된 가운데 3104건의 의견이 반영되어 반영율은 53%로 현격히 높아졌다.

이와 같이 의견제출 건수와 반영율이 매년 현격히 증가하고 있는 것은 입법예고제도 실시의 결과 입법과정에서 행정청과 국민간에 공감대가 확산되고 있는 것을 보여주는 것으로서 매우 고무적이라 평가된다.

[표 : 정부입법의 의견제출 및 반영현황]

구분 연도	의견제출(건)			의견반영(건)			미반영	반영률 (B/A)
	계(A)	개인	단체	계(B)	전부	일부		
1998	2762	378	2384	864	465	399	1898	31%
1999	6669	1820	4849	2488	1485	1003	4181	37%
2000	5854	1743	4111	3104	1403	1701	2750	53%

정부입법의 의견제출 및 반영현황을 부처별로 집계한 결과는 다음과 같다.

[표:부처별 정부 입법의 의견제출 및 반영현황]

부처명	구분	의견제출(건)			의견반영(건)			미반영	반영률
		계	개인	단체	계	전체	일부		
재정경제부		74	1	73	39	23	16	35	52.7%
교육인적자원부		162	61	101	39	31	8	123	24.1%
법무부		64	57	7	29	18	11	35	45.3%
국방부		19	8	11	9	8	1	10	47.4%
행정자치부		269	22	247	136	91	45	133	50.5%
과학기술부		92	11	81	58	41	17	34	63.0%
문화관광부		29	1	28	24	20	4	5	82.8%
농림부		38	7	31	21	5	16	17	55.3%
산업자원부		146	9	137	71	43	28	75	48.6%
정보통신부		33	5	28	23	12	11	10	69.7%
보건복지부		64	1	63	23	16	7	41	35.9%
환경부		36	2	34	13	11	2	23	36.1%
노동부		30	4	26	11	3	8	19	36.6%
여성부		2	0	2	0	0	0	2	0%
건설교통부		275	49	226	104	44	60	171	37.8%
해양수산부		27	4	23	24	8	16	3	88.9%
국무조정실		24	0	24	16	6	10	8	66.6%
공정거래위원회		20	0	20	7	5	2	13	35.0%
국가보훈처		11	11	0	0	0	0	11	0%
계		1415	253	1162	647	385	262	768	45.7%

또한 입법예고 제출의견을 반영한 사례를 몇 가지 들어보면 다음과 같다⁵⁾.

5) 위의 도표에 나타난 사례는 국민이 제시한 입법의견을 전부 반영한 대표적 사례에 해

[표 : 입법예고 제출의견을 반영한 사례]

법령명	입법예고안	제출의견	처리결과
건축법(입법예고: 2000.8.4, 공포 : 2001.7.17)	건축법에 의한 공사감리를 한 경우에는 전력기술관리법에 의한 공사감리를 한 것으로 보도록 하여 건축주의 선택에 따라 통합하여 공사감리를 할 수 있도록 함	전문성의 측면에서 확연히 구분되는 일반건축 및 전기설비분야를 통합하여 감리하도록 하는 제도는 건축물의 안전성 확보측면에서 문제가 있으므로 각각의 감리제도를 존치하는 것이 바람직함	감리분야별 전문성 및 특성을 인정하여 공사감리 분리제도를 존치함
책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률 시행령(입법예고: 2001.11.28, 공포 : 200.12.30)	국립국악원을 책임운영기관으로 지정함	순수예술분야에 대하여 경제논리로만 판단할 수 없는 것이므로 국립국악원을 책임운영기관으로 지정하여서는 안됨	전통예술의 발전에 미치는 영향을 고려하여 국립국악원을 책임운영기관에서 제외함
국민건강보험법 시행규칙(입법예고: 2000.12.2, 공포:2000.12.30)	요양급여비용중 본인부담액을 정액 또는 상한액을 정함	의원급의 경우 요양급여비용총액의 일정액 이하인 경우 본인부담을 정액으로 하고, 그 이상인 경우 일정비율로 정하도록 함	요양급여비용이 12,000원 이하인 경우 본인부담액을 정액으로 정하고, 그 이상인 경우 30%로 정함.

(5) 문제점

정부입법에 대한 입법예고는 위와 같이 나뉘므로 충실해지고 있다. 그러나 문제가 있는 것은 국회의원의 의원입법의 경우이다.

당함. 행정상 입법예고제도에 관하여 이 보고서에 작성되어있는 각종 도표는 법제처의 안상현 사무관에게 자문을 의뢰하여 김태웅 서기관 등 관계자의 협의하에 작성된 것임.

국회의원이 의원입법의 형태로 국회에 직접 제출하는 법률은 비록 행정 권한에 대한 사항을 담고 있다고 하더라도 “행정입법”에 해당되지 아니하므로 입법예고의 대상에서 제외된다.

의원입법에 대한 입법예고에 관하여 국회법은 “위원회는 심의대상인 법률안에 대하여 그 입법취지·주요내용 등을 국회공보 등에 게재하여 입법예고할 수 있다. 입법예고의 방법·절차 기타 필요한 사항은 국회규칙으로 정한다”고 규정하고 있다(국회법 제82조의2). 국회법상의 입법예고규정은 1994년 6월 국회법개정을 통하여 도입되었다.

그러나 2001년 9월까지도 입법예고의 방법·절차 기타 필요한 사항을 정하는 국회규칙이 제정되지 아니하고 있으며, 국회차원의 입법예고는 단 한건도 이루어지지 아니한 실정이다.

위와 같이 국회에서 의원입법을 하는 경우는 입법예고의 사각지대에 놓여있는 바 이는 문제점이라 지적된다. 특히 국회법에 입법예고규정을 국회규칙으로 제정하도록 규정하고 있음에도 불구하고 법률 제정후 7년이 경과한 오늘까지 국회입법예고규칙을 제정하지 아니하고 있는 것은 입법기관이 스스로 법률을 위반하고 있는 것으로서 그 문제는 자못 심각하다 할 것이다. 입법예고에 관한 국회규칙이 조속히 제정되어야 할 것이다.

국회규칙의 제정과 함께 고려되어야 할 것은 국회법상 입법예고의 대상이 되는 법률안의 범위에 대한 조정이 필요하다는 것이다. 입법예고의 대상이 되는 법률안도 위원회의 심의대상인 법률안에 한정되어 있다. 위원회의 심의일정이 그다지 길지 않다는 점을 고려할 때 위원회의 심의대상이 된 입법안에 대한 입법예고만을 허용하는 것은 입법예고가 형식에 그쳐 버릴 염려가 있다고 할 것이다. 위원회에 입법예고를 거쳐 접수되도록 하는 배려가 요구된다.

다. 자치입법의 입법예고현황과 그 평가

(1) 조사경과

행정상 입법예고절차의 운용현황조사를 위하여 행정자치부는 다음과 같은 도표의 작성을 조사대상기관에 요구하고, 작성된 도표를 제출한 후, 질

문에 응하도록 하는 방법을 채택하였다.

[표 : 행정상 입법예고절차 이행상황]

제·개정한 조례·규칙명	입법예고실시					입법예고 미실시 사유
	예고 기간	방법	의견 제출	의견 반영	결과통지 여부	
○○○○○○○ 에관한조례	20일	관보,신문	15건	5건	○	상위법령 단순집행
○○○○○○○ 에관한조례						

※ 작성대상 : 2000.1.1~11.30 제개정된 자치법규
 미실시사유 예시 : 긴급을 요함, 성질상 불필요, 상위법령 단순집행, 공익에 불리한 영향, 기타예고누락 등

(2) 자치법규 입법예고 실시현황

자치법규에 대한 입법예고의 실시현황은 2000.1.1~11.30 까지의 기간을 단위로 하여 이루어졌다. 그 조사결과는 아래 표와 같다.

[표 : 자치법규에 대한 입법예고의 실시연황]

(대상기간 : 2000. 1. 1. ~ 11.30)(단위 : 건)

제·개정된 자치법규	예고 실적	예고기간	예고방법	의견 제출	반영여부	
					반영	미반영
657	199 (30%)	· 20일미만 : 14건(7%) · 20일이상 : 185건(93%)	· 도보 68건 · 도보·게시:51건 · 인터넷 등 기타방법: 80	290	56 (19%)	234 (81%)

(3) 평가 - 문제점과 개선방안

위 도표에서 보는 바와 같이 자치법규에 대한 입법예고는, 지방자치단체마다 편차를 보이고는 있으나, 그 이행상황이 상당히 미흡한 것으로 평가된다.

입법예고의 비율이 전체 제·개정 자치법규의 30%를 넘지 아니하는 정도에 지나지 아니한다.

입법예고의 비율이 위와 같이 저조한 이유로는 상위법령의 단순집행의 경우가 많기 때문이라는 해명이 있었다.

미 실시 사유로 제시된 것은 상위법령의 단순집행(229건, 제·개정 법규의 35%), 성질상 불필요(220건, 33%), 긴급을 요함 등 기타(9건) 등이었다. 위와 같은 사유는 행정절차법 제41조 제2항의 입법예고 예외사유에 해당하는 것이어서 표면적으로는 위법성이 인정되지 아니한다. 그러나 위와 같은 예외사유는 엄격히 해석될 필요가 있다. 지방자치단체의 경우 실제적으로는 자치입법과정에서의 주민참여라는 점에서 적극적인 입법예고 필요성에 대한 인식이 부족한 결과일 것이라는 자평이 있었던 만큼 가능한 빠짐없이 입법예고가 이루어질 수 있도록 개선되어야 할 것이다.

특히 지방의회 의원발의 조례와 자치단체의 장이 발하는 규칙에 대한 입법예고는 거의 사각지대에 놓여있다고 할 수 있는 정도이다. 지방의회에서 발의하는 조례의 경우는 주민의 의견을 수렴하여 발의되었다는 사유로 입법예고가 거의 이루어지지 않는 것으로 판단된다. 그러나 지방의회의원의 주민대표성이 인정된다 하더라도, 지방의회의원이 발의하였다는 이유로 주민의 폭넓은 의견이 수렴되었다고 말할 수는 없다. 지방의회의원 발의조례에 대하여 주민전체의 의견반영 등 적극적인 입법예고의 실시가 필요하다 할 것이다.

입법예고기간은 예고기간은 대부분 행정절차법상 원칙적 기간인 20일 이상이었으며 예외적인 20일 미만 예고사례(14건, 7%)도 있었다.

입법예고가 이루어지는 경우, 예고된 입법안에 대한 주민의 적극적인 의견 개진이 이루어지지 아니하고 있다.

입법예고 건수에 비하여 제출된 의견이 많지 않았다.

위의 도표에 적시된 의견제출 사례 290건중 157건이 “충청남도부동산중개수수료및실비의기준과한도등에관한조례중개정조례”에 관한 것이라는 점을 감안하면 실제적으로 의견이 제출된 건수는 134건 정도에 지나지 아니하기 때문이다.

의견이 활발히 제시되지 아니한 이유로는 주민 측에서의 적극적인 참여가 없다는 점에서 찾을 수도 있겠지만, 그 반면에 입법예고기간이 충분치 아니하고, 공보에만 예고하는 등 예고 매체가 국한되어 있고, 적극적인 홍보가 이루어지지 아니하는 등 형식에 흐르는 경향이 있기 때문이라는 평가가 지배적이었다.

특히 지방자치단체의 공보에만 게시한 사례가 68건(총 예고 건수의 34%)이라 제시되었는 바 이에 대한 개선이 요구된다. 최근 인터넷을 통한 예고사례가 늘어나는 것은 고무적인 현상으로 평가되는 바, 위와 같이 보다 다양한 매체를 활용하여 보다 적극적인 입법예고를 할 것이 요구된다 할 것이다.

주민이 의견을 제출한 경우 지방자치단체의 장은 의견제출자에 대하여 제출된 의견의 반영결과를 통지하여야 할 의무를 진다. 그러나 실제로 이를 이행하지 않은 사례들이 발견되어 그 주의가 촉구되었다.

4. 행정예고절차의 운용현황

가. 조사경과

행정예고제도는 국민생활과 밀접한 관련있는 정책·제도등의 수립·변경 및 시행에 앞서 국민에게 미리 알려 이에 대비할 수 있는 시간적 여유를 제공함과 아울러, 국민의 의견을 수렴하여 제도의 타당성 및 실효성을 제고하는 제도를 의미한다.

행정예고제도는 행정예고를 통하여 국민의 행정참여의 기회를 제공함으로써 행정의 예측가능성, 절차의 적정성, 집행의 공정성, 행정의 민주성을 도모하여, 정책의 타당성과 신뢰성을 확보하고, 국민의 권리·이익을 보호하며, 국민생활의 안정에 기여함에 그 의의와 필요성을 가진다.

행정예고절차는 특정한 법령, 계획에 국한되지 아니하고, 구체적인 사안에 대한 사회·경제·기술적 정책을 총체적으로 결정하기 위하여 의견을 수렴하는 절차이다. 행정청이 국민생활과 밀접한 관련이 있는 사안에 대하여 일정한 정책 또는 제도를 수립하고자 할 경우, 일반적으로는 “구체적인 제도를 어떻게 새롭게 구성하거나 변경시켜 나갈 것인가”라는 사회·경

제·기술적 입장에서 총체적으로 접근하는 방식을 취하게 된다. 이 경우 행정입법, 행정규칙의 제정, 행정계획 등 다양한 수단을 복합적으로 사용하게 된다. 행정예고제도는 위와 같은 구체적 정책 또는 제도의 수립을 행정청이 국민에게 예고한다는 점에서 다른 제도와 구분되는 특징이 있으며 그 중요성이 인정된다.

이와 같은 중요성을 인식하여 행정자치부는 행정상예고절차의 운용현황 조사를 실시하였다. 조사의 방법으로 다음과 같은 도표의 작성을 조사대상 기관에 요구하고, 작성된 도표를 제출한 후, 질문에 응하도록 하는 방법을 채택하였다.

[표 : 행정예고절차 이행상황]

정책·제도·계획명	예고기간	방 법	의견제출	의견반영	공청회개최여부

※ 작성대상 : 2000년에 수립·시행·변경한 정책·제도·계획으로서 행정예고를 실시한 것

나. 조사결과

행정상 입법예고제도가 가지는 중요성에도 불구하고 행정예고에 대한 인식도 부족하고 그 실시현황도 저조한 것으로 평가되었다.

조사의 대상이 된 지방자치단체의 행정예고 실시현황은 2000. 1.1~11.30까지의 기간을 단위로 하여 이루어졌다. 그 조사결과는 아래 표와 같다.

[표 : 행정예고의 현황(대상기간 : 2000. 1. 1. ~ 11. 30.)]

(단위: 건)

예고실적	의견제출	반영여부			공청회실시
		반영	미반영	검토중	
97	262	30	28	204	3

각 조사대상기관에서 제출한 행정예고의 실적은 많은 편차가 있었다. 기관 중에는 행정예고 실적을 전혀 제시하지 못한 경우도 있고 비교적 많은 행정예고 실적을 제시한 기관의 경우 단순한 법개정 홍보·제도소개 및 세금고지서 공시송달 등도 포함한 경우가 있었다.

다. 평가 - 문제점과 개선방안

이상의 결과를 종합할 때, 전국의 광역지방자치단체와 기초자치단체를 대상으로 행정예고실적을 요구한 결과는 매우 미흡하다고 평가된다.

그 가장 현저한 이유는 특히 지방자치단체 및 처분 부서 공무원들의 행정예고제도에 대한 인식이 매우 부족하기 때문이라 판단된다. 행정예고의 대상은 국민생활에 중요한 영향을 미치는 정책, 제도, 계획 등이므로 비정형적이다. 따라서 담당 공무원들의 적극적인 인식과 이 제도의 실천의지가 매우 중요하다. 그러나 인식부족과 실천의지의 부족으로 인하여 행정예고 제도가 실천되지 아니하고 있다는 평가다.

행정예고에 있어서 의견수렴을 위한 공청회의 활용이 거의 없는 것으로 파악되고 있다.

행정절차법상 행정예고의 취지를 살릴 수 있도록 행정예고를 적극적으로 활용하며, 예고방법을 다양화하고, 공청회 등을 통한 다양한 의견수렴이 필요하다 할 것이다.

이를 위하여 교육과 홍보를 강화할 것이 요구된다.

특히 도시계획, 화장장 설치계획 등과 같이 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 계획을 수립하는 경우 행정예고가 반드시 실시되도록 공감대를 확산할 것이 요구된다.

지방자치단체 차원의 행정예고의 요건과 방법을 구체화하는 조례의 제정을 장려하고, 조례의 적극적 집행을 통하여 열린 행정을 실현할 수 있도록 하여야 할 것이다.

5. 행정지도절차의 운용현황

“행정지도”라 함은 “행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정 목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용”이라 정의된다.

행정지도는 현재 우리나라에서 빈번히 행해지고 있는 행정작용중의 하나이다.

행정지도는 법령의 근거의 유무에 따라 구분할 때, “전혀 법령에 근거하지 아니한 행정지도”, “법령의 간접적인 근거에 의한 행정지도”, “법령의 직접적인 근거에 의한 행정지도”가 모두 가능하다.

행정지도는 행정기관이 그 권한 범위내에 속하는 사항에 대하여 아무런 직접 또는 간접의 법령의 근거가 없이도 발할 수 있다.

행정기관은 법령에 처분에 관한 근거규정이 있고, 행정지도에 관한 직접적인 규정을 두고 있지 아니한 경우, 처분권한을 배경으로 하여 일차적으로 행정지도를 먼저 실시할 수 있다. 이러한 경우가 법령의 간접적 근거에 따른 행정지도로 분류된다.

실제적으로는, 행정지도는 법령에 근거하여 이루어지는 경우가 대부분이다. 법령의 근거는 일정한 행정청에게 행정지도의 권한을 부여하는 조직규범의 형태로 부여되기도 하고, 개별적인 행정지도에 관한 법령의 근거를 직접 부여하는 작용규범의 형태로 부여되기도 한다.

현행법령상 행정지도는 권고 (265건의 법령에서 사용중임), 경고 (93건의 법령에서 사용중임), 지도(661건의 법령에서 사용중임), 조언(36건의 법령에서 사용중임), 정보제공(56건의 법령에서 사용중임) 등의 다양한 용어로 1000여건의 법령에서 사용되고 있다.

행정절차법은 행정지도의 원칙만을 규정하고 있다.

“행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다. 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다(제48조)”.

“행정지도를 행하는 자는 그 상대방에게 당해 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 한다. 행정지도가 구술로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 기재한 서면의 교부를 요구하는 때에는 당해 행정지도를 행하는 자는 직무수행에 특별한 지장이 없는 한 이를 교부하여야 한다(제49조)”.

먼저 행정지도에 있어 증표 및 신분의 제시 등 행정지도의 방식과 관련된 원칙은 잘 준수되고 있는 것으로 평가된다.

그러나 원칙의 준수여부에 대한 이행상황의 점검결과는 이중적인 측면을 보여주고 있다.

법령상 행정청의 제1차 경고와 같이, 다음에 영업정지처분의 전 단계로 이루어지는 행정지도가 규정된 경우 “지도처분”으로 행정지도가 이루어지고 있었다.

예컨대 환경영향평가법시행규칙상 평가대행자의 기술인력을 정당한 사유 없이 법 제28조에 의한 교육에 불참하게 한 때 1차 : 경고, 2차: 업무정지 1월, 3차: 업무정지 3월, 4차: 업무정지 6월의 처분을 내리도록 규정한다. 이 경우 제1차 경고는 행정지도임에도 불구하고 경고 처분으로 활용되고 있다.

이와 같은 행정지도는 행정절차법에 따른 행정지도와 무관한 처분절차의 일종으로서 사전통지, 의견제출 등이 체계적으로 이루어지고 있었다.

이와 같은 1차 처분으로서의 행정지도는 매우 활성화되고 있다고 평가된다.

그 반면에 기술지도, 영농지도 등 순수한 의미의 행정지도는 최근 매우 위축되고 있다는 평가가 있었다. 실무적으로 공무원의 책임문제와 연관되면서 임의적인 사실행위로서의 행정지도가 그 의미를 잃어가고 있다는 평가의견도 제기되었다.

6. 행정절차관련 판례의 동향

가. 개 관

이상에서 행정절차법을 행정실무현장에서 운용하는 현황을 살펴보았다. 행정절차의 운용현황과악에 있어 주목하여야 할 또 다른 요인은 행정절차

법 시행이후의 법원의 판결의 동향을 파악하는 일이다. 그 이유는 행정절차법의 준수여부가 얼마나 자주 재판의 전제가 되었으며, 또 법원은 이에 대하여 어떻게 판단하고 있는지를 살펴보는 것이 행정절차의 운용현황파악의 중요한 척도가 되기 때문이다.

판례종합정보를 제공하는 인터넷 사이트를 검색하면 행정절차에 관한 법원의 판결은 대략 30개 정도가 검색된다⁶⁾. 그렇게 많은 양은 아니다. 그러나 주목할 것은 특히 대법원이 행정청의 행정절차법의 준수를 매우 엄격한 기준으로 삼고 있다는 점이다.

행정절차법의 시행이후 이 법의 위반여부는 모든 행정사건에 있어서 가장 먼저 검토해야 하는 요소로 판단되고 있다. 또한 소송실무상 행정사건의 경우 당사자 및 변호사의 입장에서 가장 손쉽게 또 분명히 판단할 수 있는 사항이 행정절차법의 위반여부로 인식되고 있다. 행정절차법의 위반이 입증되는 경우 일단 행정소송에서 본안의 실체적 요건에 대한 구체적인 검토를 거치지 아니하고도 승소할 수 있기 때문이다. 바로 이러한 점 때문에 어느 지방자치단체의 경우에는 행정절차법의 위반이 행정소송의 쟁점이 된 경우 바로 직권으로 처분을 취소하고 행정절차를 밟아서 재처분을 하며, 담당직원을 인사조치하고 있다는 보고를 한 바 있다.

이 연구보고서는 행정판례의 사실적인 보고를 한다는 점에서 행정절차법 시행이후의 행정절차에 관한 법원의 판결을 행정절차법의 장절의 편성에 따라 요약하여 제시하고 이에 대한 간단한 평석을 붙이는 방식을 채택하였다.

나. 행정절차법의 적용제외 범위와 행정절차규정의 적용

행정절차법 제3조는 행정절차법의 적용범위에 관하여 규정하고 있다. “처분·신고·행정상 입법예고·행정예고 및 행정지도의 절차에 관하여 다

6) 판례종합정보를 제공하는 인터넷사이트는 매우 많다. 사법기관이 직접 제공하는 공식적인 판례정보 사이트로 대법원의 판례종합정보사이트(www.scourt.go.kr)와 헌법재판소의 판결사이트(www.ccourt.go.kr)를 들 수 있다. 이들이 제공하는 정보를 다시 가공하여 운용하는 민간의 판례종합정보사이트로는 로앤비(www.lawnb.com), 넷로(www.netlaw.co.kr), 콜리스(www.kolis.co.kr) 등 매우 많다. 이 장에 수록된 판례의 출처는 대법원, 헌법재판소 및 로앤비를 검색한 판례를 기본골격으로 하고, 서울행정법원의 판례종합시디를 추가로 검색하여 자료를 마련하였다.

른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정절차법이 적용”될 것을 규정한다. 아울러 제2항에서는 행정절차법이 적용되지 아니하는 사항을 나열하고 있다. 즉 제2항에서 나열한 사항에 해당하는 경우에는 행정절차법이 원칙적으로 적용되지 아니한다. 그러나 행정절차법의 적용이 제외된다고 하여 행정절차가 전혀 생략되는 것은 아니다. “대법원 2001. 5. 8, 2000두10212 시정명령등취소”판결은 이 점을 분명히 하고 있다.

(1) 판례의 요약

이 판례의 행정절차관련 판시사항은 다음과 같이 요약된다. “①구 독점규제및공정거래에관한법률 제49조 제3항 및 제52조 제1항 소정의 절차적 요건을 갖추지 못한 공정거래위원회의 시정조치 또는 과징금납부명령의 적법 여부, ②공정거래위원회의 시정조치 및 과징금납부명령에 행정절차법 소정의 의견청취절차 생략사유가 존재하는 경우, 공정거래위원회가 행정절차법을 적용하여 의견청취절차를 생략할 수 있는지 여부”등이 그 것이다.

이 판례의 판결요지는 다음과 같다.

구 독점규제및공정거래에관한법률(1999. 2. 5. 법률 제5813호로 개정되기 전의 것) 제49조 제3항은 공정거래위원회로 하여금 법 위반사실에 대한 조사결과를 서면으로 당해 사건의 당사자에게 통지하도록 규정하고, 같은 법 제52조 제1항에 의하면 공정거래위원회가 같은 법 위반사항에 대하여 시정조치 또는 과징금납부명령을 하기 전에 당사자에게 의견을 진술할 기회를 주어야 하고, 같은 조 제2항은 당사자는 공정거래위원회 회의에 출석하여 그 의견을 진술하거나 필요한 자료를 제출할 수 있다고 규정하고 있는 한편, 같은 법 제55조의2의 위임에 따라 공정거래위원회가 같은 법 위반사건의 처리절차를 정하여 고시한 ‘공정거래위원회의회의운영및사건절차등에관한규칙’(1998. 10. 1. 공정거래위원회 고시 제1998-10호)은 위 각 규정을 반영하여, 위반사항의 조사 및 심사를 담당하는 심사관은 피조사인에게 심사보고서상의 행위사실 및 심사관의 조치의견을 수락하는지 여부에 대하여 문서로 의견을 구하여야 하고(제28조 제1항), 사건이 회의에 상정되면, 피심인에게 심사보고서(조치의견은 제외)를 송부하면서 상당한 기간을 정하여 이에 대한 의견을 문서로 제출할 것을 통지하여야

하고(제29조 제6항), 심사보고서에 위반사실 등과 함께 피심인이 심사관의 조치의견을 수락하는지 여부를 기재하여 이를 회의에 제출하여야 하며(제26조, 제29조 제1항), 회의의 의장은 피심인의 의견서가 제출된 것을 원칙으로 하여 사건을 심의에 부의하고(제31조), 회의 개최 5일 전까지 피심인에게 서면으로 회의개최를 통지하여야 하며(제33조 제1항), 피심인은 회의에 출석하여 심사관의 심사보고서에 의한 심사결과 진술에 대하여 자신의 의견을 진술할 수 있고(제38조), 심의절차에서 질문권(제39조 제2항), 증거신청권(제41조 제1항)을 행사할 수 있으며, 의장은 심의를 종결하기 전에 피심인에게 최후진술권을 주어야 하는바(제43조 제2항), 이들 규정의 취지는 공정거래위원회의 시정조치 또는 과징금납부명령으로 말미암아 불측의 피해를 받을 수 있는 당사자로 하여금 공정거래위원회의 심의에 출석하여 심사관의 심사결과에 대하여 방어권을 행사하는 것을 보장함으로써 심사절차의 적정을 기함과 아울러, 공정거래위원회로 하여금 적법한 심사절차를 거쳐 사실관계를 보다 구체적으로 파악하게 하여 신중하게 처분을 하게 하는데 있다 할 것이므로, 같은 법 제49조 제3항, 제52조 제1항이 정하고 있는 절차적 요건을 갖추지 못한 공정거래위원회의 시정조치 또는 과징금납부명령은 설령 실체법적 사유를 갖추고 있다고 하더라도 위법하여 취소를 면할 수 없다.

행정절차법 제3조 제2항, 같은 법시행령 제2조 제6호에 의하면 공정거래위원회의 의결·결정을 거쳐 행하는 사항에는 행정절차법의 적용이 제외되게 되어 있으므로, 설사 공정거래위원회의 시정조치 및 과징금납부명령에 행정절차법 소정의 의견청취절차 생략사유가 존재한다고 하더라도, 공정거래위원회는 행정절차법을 적용하여 의견청취절차를 생략할 수는 없다.

(2) 평 석

이 판례는 행정절차법 제3조를 반대해석하여 행정절차에 관하여 다른 법률의 규정이 있는 경우에는 그 법률에 의한다는 원칙을 분명히 한 것이라 생각된다. 이 해석은 행정절차법의 적용제외범위에 대하여도 똑 같이 적용된다는 것이다. 즉 행정절차법의 적용제외범위에 해당하는 사항이라 하더라도 당해 처분의 근거가 되는 다른 법령에 의하여 의견청취절차 등

행정절차를 시행하여야 하는 경우에는 그 근거법령에 의한 의견청취절차가 반드시 실시되어야 한다. 행정절차법의 적용제외범위를 규정한 제3조 제2항은 행정절차의 완전한 생략을 규정한 것이 아니다. 행정절차법상의 강행규정의 구속을 받지 아니한다는 것일 뿐이다. 처분의 근거법률이 다른 행정절차를 규정한 경우에는 그 법률에 따른 절차는 반드시 밟아야 한다. 이와 같은 대법원의 판결은 행정절차가 행정의 “공정성, 투명성 및 신뢰성”을 확보하기 위한 법적 장치임을 분명히 한 것으로서 매우 타당한 것이라 평가된다.

여기서 주목할 것은 행정절차법의 적용제외범위를 규정한 제3조 제2항의 문제점이다. 이 규정의 내용이 너무 광범위하게 되어 있다는 점이다. 이 점에 대하여는 뒤에서 개정방향을 논하면서 보다 자세히 언급하기로 한다.

다. 처분의 사전통지

처분의 사전통지는, 특히 불이익처분에 있어서 본질적인 절차적 요소에 해당한다. 이 제도는 당사자에게 처분사실을 알리고, 변명의 기회 내지는 권리구제의 기회를 부여하는 출발점이 된다는 점에서 그 필수성이 인정된다.

행정청이 사전통지의 예외사유에 해당하지 아니함에도 불구하고, 또는 사전통지의 예외사유를 불합리하게 넓게 판단하여 사전통지를 하지 아니하고 처분을 행한 경우, 처분은 절차상 위법한 처분으로서 취소의 대상이 된다고 해석된다.

처분의 사전통지를 하지 아니하여도 되는 경우는 행정절차법이 정한 처분의 사전통지의 예외사유에 해당하는 경우이다.

대법원 2000. 11. 14, 99두5870 지하수개발이용신고수리취소및원상복구명령취소판결도 의견청취절차의 예외사유에 대한 또 하나의 판단기준으로서 매우 의미 있다고 생각된다.

(1) 판례의 요약

이 판례의 행정절차관련 판시사항은 “행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 당사자에게 행정절차법상의 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니한 경우, 그 처분이 위법한 것인지 여부”이다.

이 판례의 판결요지를 요약하면 다음과 같다.

“행정절차법 제21조 제1항, 제4항, 제22조 제1항 내지 제4항에 의하면, 행정청이 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 이에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법 등의 사항을 당사자 등에게 통지하여야 하고, 다른 법령 등에서 필요적으로 청문을 실시하거나 공청회를 개최하도록 규정하고 있지 아니한 경우에도 당사자 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하되, 당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우 등에는 처분의 사전통지나 의견청취를 하지 아니할 수 있도록 규정하고 있으므로, 행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 당사자에게 위와 같은 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니하였다면 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기회를 주지 아니하여도 되는 예외적인 경우에 해당하지 아니하는 한 그 처분은 위법하여 취소를 면할 수 없다.

행정청이 온천지구임을 간과하여 지하수개발·이용신고를 수리하였다가 행정절차법상의 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니한 채 그 신고수리처분을 취소하고 원상복구명령의 처분을 한 경우, 행정지도방식에 의한 사전고지나 그에 따른 당사자의 자진 폐공의 약속 등의 사유만으로는 사전통지 등을 하지 않아도 되는 행정절차법 소정의 예외의 경우에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 그 처분은 위법하다고 한 사례”이다.

(2) 평 석

이 판례는 처분의 사전통지의 예외사유의 판단기준을 분명히 제시하였다는 점에서 타당한 판결이라 생각된다.

처분의 사전통지의 예외사유의 판단기준은 행정절차법 제21조 제4항이 규정하고 있다. 이에 해당하는 사항은 다음과 같다.

- ① 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우
- ② 법령 등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재

판 등에 의하여 객관적으로 증명된 때

③당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우

이와 같은 사항에 해당하는가의 판단은 매우 엄격하게 이루어져야 한다.

특히 제3호와 관련하여서는 행정절차법시행령 제13조가 입법적으로 해석규정을 두고 있다.

행정절차법시행령 제13조는 “사전통지의 예외사유”라는 제목하에 “법 제 21조제4항제3호에서 “당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우”라 함은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 포함하는 것으로 본다”고 규정한 후, “①의견청취의 기회를 줌으로써 처분의 내용이 미리 알려져 현저히 공익을 해하는 행위를 유발할 우려가 예상되는 경우, ②법령등에서 준수하여야 할 기술적 기준이 명확하게 규정되고 그 기준에 미치지 못하는 사실을 이유로 처분을 하려는 경우로서 그 사실이 실험, 계측 기타 객관적인 방법에 의하여 명확히 입증된 때, ③법원의 판결 등에 의하여 처분의 전제가 되는 사실이 객관적으로 증명되어 처분에 따른 의견청취가 불필요하다고 판단되는 경우, ④외국에서 행하여지는 내국인(단체 등을 포함한다)에 대한 처분에 대하여 의견청취의 절차를 인정하지 아니하고 있는 경우 행정청이 외국인(단체 등을 포함한다)에 대하여 같은 종류의 처분을 행하는 경우, ⑤법령등에서 일정한 요건에 해당하는 자에 대하여 금전급부를 명하는 경우 행정청의 금액산정에 재량의 여지가 없거나 요율이 명확하게 정하여져 있는 경우” 등 다섯 가지를 예시하고 있다. 이와 같은 요건들은 모두 행정처분의 성질에 비추어 의견청취가 불필요한가의 여부를 판단하는 것이며 단순한 절차적 요건은 이에 포함되어 있지 아니하다.

이와 같이 처분의 사전통지의 예외사유는 대법원이 밝힌 바와 같이 처분의 법적 성질을 가지고 판단하여야 하며, 단순한 절차적인 이유만으로 판단하여서는 아니 될 것이다.

다만 이 판례가 아쉬운 점은 “신고”의 법적 성질에 관한 언급이 없었던 점이다. 이 사례의 신고는 사실상 허가에 해당한다. 이 점에 관하여는 뒤의 신고 부분에서 보다 상세히 언급하기로 한다.

라. 처분의 이유제시

처분의 이유제시는 처분의 사전통지와 함께 행정절차의 본질적 요소 중의 하나이다. 이유제시의 대상이 되는 처분은 사전통지의 대상이 되는 처분과는 달리 모든 처분이다. 불이익처분과 신청에 의한 처분이 모두 이유제시의 사유에 해당한다.

이유제시의 내용으로는 행정절차법은 처분의 근거와 이유를 들고 있다. 근거와 이유가 무엇인가는 법률상으로 분명히 드러나 있지 아니하다. 사전통지의 사유로는 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거를 들고 있으므로 근거와 이유는 처분의 법적 근거와 처분의 원인이 되는 사실을 포함하는 것으로 해석할 수 있다.

처분하고자 하는 원인이 되는 사실은 당사자들이 처분의 이유가 되는 실제적 사실을 분명히 알 수 있도록 육하원칙에 입각하여 제시되어야 한다. 누가, 언제, 어디서, 무엇을, 어떻게 하였음으로 인하여 처분이 이루어지게 되었는가를 당사자 등이 알 수 있어야 할 것이다. 이 경우 처분의 원인이 되는 모든 사실이 구체적으로 기록될 필요는 없고, 처분의 원인이 되는 사실 중 처분의 본질적 원인이 된 중요한 사실이 기록되면 충분하리라 생각된다.⁷⁾ 처분의 법적 근거는 유·도선사업법 제9조(행정처분), 제12조(유선사업자들의 안전운항의무) 제4항 제6호 및 제7호 등과 같이 처분의 근거가 되는 법령의 명칭, 근거법조문과 그 제목, 해당 항목, 호수 등을 상세히 제시되어야 한다.

처분의 이유제시와 관련하여 주목할 만한 판례로서 다음의 두 가지 판결을 들 수 있다.

(1) 판례의 요약

첫째, 서울행정법원 1999. 2. 26, 98구1115 정기간행물등록신청반려처분취소판결을 들 수 있다.

7) 독일연방행정절차법 제39조는 ‘중요한’ 또는 ‘본질적인’ 등으로 해석될 수 있는 ‘wesentliche’라는 용어를 법률에 명문으로 규정하고 있다. 총무처, 행정절차업무편람, 제75쪽은 유선사업의 영업정지처분을 사전통지하는 경우를 예로 들면서 처분의 원인이 되는 사실의 예로서 1998년 4월 6일 유람1호 선내에서의 가무행위 방치, 1998년 4월 13일 유람2호의 선내 주류반입 및 음주행위 방치등을 들고 있다. 이러한 구체적인 지적은 타당한 방향이라고 생각된다.

이 판례의 판시사항은 “행정청이 처분을 함에 있어 행정절차법 제23조 제1항, 제24조 제1항 소정의 이유 제시의무를 위반한 경우, 처분의 위법 여부”에 관한 것이다.

판결의 내용을 요약하면 다음과 같다. “행정절차법 제23조 제1항, 제24조 제1항”은, 행정청이 처분을 하는 때에는 신청내용대로 처분하는 경우, 단순·반복적인 처분, 긴급한 경우 등을 제외하고는 원칙적으로 당사자에게 문서로 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 규정하고 있다. 이와 같이 처분사유를 명시하도록 한 것은 행정청으로 하여금 신중한 조사와 판단을 하여 정당한 처분을 하게 하고, 그 정당성의 근거를 제시하도록 하기 위한 것으로서, 처분의 상대방에게 이를 알려 불복신청에 편의를 주고 나아가 이에 대한 사법심사에 있어서 심리의 범위를 한정함으로써 결국 이해관계인의 신뢰를 보호하고 절차적 권리를 보장하기 위한 것으로서, 이러한 이유제시의무에 위반한 경우 그 내용의 적법성 여부를 떠나 그 자체로 위법하게 된다. 이 사건에서, 피고가 이 사건 처분을 함에 있어서 원고의 위정기간행물등록신청이 “정간법 제2조 제7호 및 제6조 제3항의 규정에 의한 통신으로 등록할 대상이 아닌 것으로 판단된다.”는 내용으로 이유를 제시하였음은 앞서 본 바와 같고, 뒤에서 보는 바와 같이 정간법 제2조 제7호는 ‘통신’이라는 용어를 정의한 규정이고, 같은 법 제6조 제3항 제3호에서는 통신을 발행하고자 하는 자가 갖추어야 할 시설요건에 관한 규정이므로, 피고가 밝힌 처분사유의 문언상 그 내용이 정간법상의 ‘통신’의 요건에 해당되지 아니한다는 구체적 설명의 기재가 없어 다소 불명확한 점이 있다고 하더라도, 이 사건 처분의 상대방인 원고로서는 처분사유에 기재된 근거법령과 그 이유를 종합하여, 원고의 신청내용이 정간법 제2조 제7호의 ‘통신’에 해당되지 아니하고 또 그 등록에 필요한 시설도 갖추지 아니하였기 때문에 신청을 반려한다는 것임을 충분히 알 수 있었다고 할 것이고, 이에 대하여 원고가 그 신청내용이 ‘통신’에 해당되고 그 등록요건도 갖추었음을 주장하여 불복하는 데에 별다른 지장을 초래하였다고 보이지 아니하므로, 이 사건 처분이 처분사유가 충분히 제시되지 아니하여 위법하다는 취지의 원고 주장은 받아들일 수 없다”

둘째, 서울행정법원 2000. 2. 17. 99구24382, 면허자격정지처분취소판결을 들 수 있다.

이 판결의 내용을 요약하면 다음과 같다.

“행정절차법 제23조가 행정청에 대하여 처분의 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있는 취지는, 행정청으로 하여금 자의를 배제하고 신중하고도 합리적인 처분을 행하게 함과 동시에, 상대방에게 처분의 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거를 상세히 알려서 불복 여부의 결정 및 그 불복신청에 편의를 주려는 데 있다 할 것이다. 따라서 행정청이 처분을 함에 있어서 제시한 이유가 지나치게 추상적이거나 불명확하여 도대체 어떠한 위반행위에 대하여 처분이 행해졌는지를 알기 어려운 경우에는 그러한 처분은 위법하다고 보아야 할 것이다. 그렇지만, 처분서등에 기재된 처분사유가 다소 추상적이거나 함축적인 용어로 되어 있다 할지라도, 상대방이 자신의 경험이나 지식 또는 처분의 전체 과정을 통하여 그 의미하는 바를 명확히 인식할 수 있어 불복 여부를 결정하고 불복 대상을 확정하는 데 별 지장이 없는 경우라면, 이를 가리켜 위법하다고 할 수는 없다 할 것이다. 돌이켜 이 사건의 경우를 보건대, 이 사건 처분서(갑1의 2)의 기재에 의하면 피고는 원고가 의료법 제19조의2를 위반하여 태아 성감별행위를 한 혐의로 서울지방법원에서 벌금 500만원의 선고유예 판결을 선고받았음을 처분의 원인 사실로 적시한 사실이 인정되는바, 비록 위 처분서 자체가 위반행위의 일시·대상·장소 등을 구체적으로 특정하고 있지는 않지만, 원고에 대한 형사사건에서의 범죄사실을 처분사유로 원용하고 있는 이상, 원고로서는 어떠한 위반행위에 대하여 행정처분을 받게 되었는지를 명확히 인식할 수 있었다 할 것이므로, 원고의 이 부분 주장은 이유 없다.

(2) 평 석

위의 두 건의 판결은 행정처분의 이유제시에 관한 행정절차법의 규정이 행정청에 대한 강행규정이며, 처분의 절차적인 본질적인 요소가 됨을 확인하였다는 점에서 긍정적으로 평가된다. 특히 “행정청이 처분을 함에 있어서 제시한 이유가 지나치게 추상적이거나 불명확하여 도대체 어떠한 위반행위에 대하여 처분이 행해졌는지를 알기 어려운 경우에는 그러한 처분은

위법하다고 보아야 할 것이다”고 한 것은 행정절차에 관한 매우 정확한 판단이라 할 것이다.

이유제시의 내용과 관련하여 “처분서등에 기재된 처분사유가 다소 추상적이거나 함축적인 용어로 되어 있다 할지라도, 상대방이 자신의 경험이나 지식 또는 처분의 전체 과정을 통하여 그 의미하는 바를 명확히 인식할 수 있어 불복 여부를 결정하고 불복 대상을 확정하는 데 별 지장이 없는 경우라면, 이를 가리켜 위법하다고 할 수는 없다 할 것이다”고 쓴 점도 일응 그 타당성이 인정된다.

다만 이유제시를 하였으나 그 이유제시가 불충분한 경우의 쟁송상의 처리방법에 대한 구체적인 지적이 없는 점은 아쉽다. 처분의 사실상의 이유와 법적 근거는 당사자가 행정처분의 위법성을 다투는데 직접적인 근거가 된다. 행정청이 불충분한 이유와 근거를 제시한 경우, 당사자는 행정소송을 제기함에 있어 행정청이 처분시에 제시한 불충분한 이유와 불충분한 근거를 기초로 할 수밖에 없다. 이 경우 행정청은 불명확하게 제시하였던 근거와 이유를 행정소송의 과정에서 구체화해 나가게 된다. 이 때 당사자가 불리한 것은 자명한 일이다. 행정청이 불명확하게 제시하였던 근거와 이유를 어느 정도 구체화할 수 있는지, 그 범위와 방법 행정청에게 미치는 영향 등에 대한 법원의 판단이 필요하다 할 것이다.

마. 청문의 실시여부

청문의 대상인 경우에는 반드시 청문이 실시되어야 한다.

법률상 청문의 대상에 해당됨에도 불구하고 청문을 전혀 실시하지 아니한 경우에는 처분은 위법하며 그 취소를 면할 수 없다.

문제가 되는 것은 청문통지를 하였음에도 불구하고, 당사자가 청문기일에 출석하지 아니하였기 때문에 청문을 실시하지 아니하고 바로 처분을 한 경우 그 처분이 위법 한가이다.

이에 대하여는 대법원 2001. 4. 13, 2000두3337 영업허가취소처분취소 판결이 좋은 사례가 된다고 생각한다. 특히 이 대법원판결은 제1심인 서울 행정법원 1999. 8. 17. 선고 99구4630 판결을 그대로 인용한 서울고등법원 2000. 4. 12. 선고 99누11099 영업허가취소처분취소의 판결을 파기환

송한 것이어서 주목된다.

이 판례를 요약하여 정리하면 다음과 같다.

(1) 판례의 검토

(가) 사실관계

원고 서동호는 1998. 10.경 소외 송병진으로부터 서울 종로구 청진동 92에 있는 “새서울 오락실”을 양수하여, 1998. 10. 15. 피고에게 영업자 지위승계신고를 한 다음 위 “새서울 오락실”에 아케이드 이큅먼트 40대를 설치하여 놓고 유기장업을 운영하여 왔다.

피고 종로구청장은, ‘원고가 위 오락실에서 아케이드 이큅먼트 40대를 설치하여 손님들로 하여금 사행행위를 하게 하였다’는 이유로, 구 공중위생법(1999. 1. 21. 법률 제5654호로 개정되기 전의 것) 제12조 제2항 제3호 가목, 제23조, 같은법시행규칙 제41조 [별표 7] (행정처분기준) 1. 일반기준의(2), (3)항 및 2.업종별 기준의(5) 유기장업 중 (사)항을 각 적용하여, 1999. 1. 25. 원고에 대하여 영업허가를 취소하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.

종로구청장은 위의 처분을 함에 있어 원고 서동호에게 청문통지서를 위 오락실 및 원고의 주소지로 2회에 걸쳐 우편으로 발송하였으나 수취인 부재 및 수취인 미거주로 각각 반송되어 오자 1998. 12. 28. 청문통지서를 공보에 공시송달하였다. 공시송달된 청문통지서에 청문일시를 1999. 1. 21.로 예정하였으나, 서동호가 청문일시에 출석하지 아니하자 청문을 실시하지 아니하고 바로 영업허가의 취소처분을 하였다.

(나) 제1심과 항소심의 판단

원고는, ①이 사건 처분 이전에 피고로부터 청문통지서를 수령하지 못하여 충분한 변명과 유리한 자료를 제출하지 못하였을 뿐만 아니라, ②구 공중위생법(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정된 것) 제24조 제1호는 같은 법 제23조 제1항의 규정에 의한 영업허가취소처분을 하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다고 규정하고 있고, 행정절차법 제22조 제1항

제1호는 ‘다른 법령등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우’에는 청문을 실시하도록 규정하고 있으므로, 행정청은 이 사건 처분과 같은 영업허가취소처분을 함에 있어서는 행정절차법 제28조 내지 제35조에 규정된 바와 같은 청문주제자를 선정하여 증거조사를 하여 청문조서를 작성하는 등 청문을 실시하여야 함에도 그와 같은 절차를 거친 바 없는 이 사건 처분은 위법하다고 주장한다.

이에 대하여 항소심은 “피고는 청문통지서를 위 오락실 및 원고의 주소지로 2회에 걸쳐 발송하였으나 수취인부재 및 수취인 미거주로 각각 반송되어 오자 1998. 12. 28. 청문통지서를 공시송달한 사실을 인정할 수 있다”고 전제한 후, “위 인정사실에 의하면 ①비록 원고가 청문통지서를 현실적으로 수령하지 못하였다고 할지라도 행정절차법 제15조 제2항의 규정에 의하여 위 청문통지서는 1999. 1. 12.경 원고에게 도달하였다고 할 것이므로, 원고의 위 주장은 이유없고, ②한편 이 사건 기록에 의하면 피고가 이 사건 처분을 함에 있어 행정절차법 제28조 내지 제35조에 규정된 바와 같은 청문주제자를 선정하여 증거조사를 하여 청문조서를 작성하는 등 청문절차를 거치지 아니한 사실은 인정되나, 앞에서 본 사실관계에 의하면 원고에 대한 청문통지서가 2회에 걸쳐 수취인부재 및 수취인 미거주로 각각 반송되어 온 사실이 인정되므로, 이와 같은 사유는 행정절차법 제21조 제4항 제3호 소정의 ‘의견청취가 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우’에 해당한다고 보아야 할 것이어서, 행정청은 행정절차법 제22조 제4항의 규정에 의하여 의견청취(청문)를 아니할 수 있는 것이므로, 원고의 위 주장도 이유 없다”고 판단한다.

특히 제1심인 서울행정법원은 “행정절차법 제1조는 “이 법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 공정성, 투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있고, 그 제2조 제5호는 “청문이라 함은 행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자들의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차를 말한다”라고 규정하고 있음에 비추어, 행정절차법 소정의 청문(聽聞)은 행정처분의 상대방으로 하여금 의견을 진술하고 증거를 제출할 수 있는 기회를 부여함으로써 행정절차에 일반 국민들의 참여를 보장하는 것

을 그 주된 목적으로 하고 있다 할 것이므로, 행정처분의 상대방이 청문장소에 출석하지 않았을 경우 행정청이 청문을 실시하지 않고 행정처분을 하였다 하더라도 그러한 처분에 어떠한 하자가 있는 것이라고 볼 수는 없다. 따라서, 원고의 이 부분 주장 역시 이유 없다”고 판단하고 있다.

(다) 대법원의 판단

대법원은 “구 공중위생법(1999. 2. 8. 법률 제5839호 공중위생관리법의 제정으로 폐지되기 전의 것) 제24조 제1호, 행정절차법 제22조 제1항 제1호, 제4항, 제21조 제4항 및 제28조, 제31조, 제34조, 제35조의 각 규정을 종합하면, 행정청이 유기장업허가를 취소하기 위하여는 청문을 실시하여야 하고, 다만 행정절차법 제22조 제4항, 제21조 제4항에서 정한 예외 사유에 해당하는 경우에는 청문을 실시하지 아니할 수 있으며, 행정청이 선정한 청문주재자는 청문을 주재하고, 당사자 등의 출석 여부, 진술의 요지 및 제출된 증거, 청문주재자의 의견 등을 기재한 청문조서를 작성하여 청문을 마친 후 지체 없이 청문조서 등을 행정청에 제출하며, 행정청은 제출받은 청문조서 등을 검토하고 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 청문결과를 적극 반영하여 행정처분을 하여야 하는바, 이러한 청문절차에 관한 각 규정과 행정처분의 사유에 대하여 당해 영업자에게 변명과 유리한 자료를 제출할 기회를 부여함으로써 위법사유의 시정 가능성을 고려하고 처분의 신중과 적정을 기하려는 청문제도의 취지에 비추어 볼 때, 행정청이 침해적 행정처분을 함에 즈음하여 청문을 실시하지 않아도 되는 예외적인 경우에 해당하지 않는 한 반드시 청문을 실시하여야 하고, 그 절차를 결여한 처분은 위법한 처분으로서 취소 사유에 해당한다고 보아야 할 것이다(대법원 1983. 6. 14. 선고 83누14 판결, 1991. 7. 9. 선고 91누 971 판결, 2000. 11. 14. 선고 99두5870 판결 등 참조). 그리고 행정절차법 제21조 제4항 제3호는 침해적 행정처분을 할 경우 청문을 실시하지 않을 수 있는 사유로서 “당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우”를 규정하고 있으나, 여기에서 말하는 ‘의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는지 여부’는 당해 행정처분의 성

질에 비추어 판단하여야 하는 것이지, 청문통지서의 반송 여부, 청문통지의 방법 등에 의하여 판단할 것은 아니며, 또한 행정처분의 상대방이 통지된 청문일시에 불출석하였다는 이유만으로 행정청이 관계 법령상 그 실시가 요구되는 청문을 실시하지 아니한 채 침해적 행정처분을 할 수는 없을 것이므로, 행정처분의 상대방에 대한 청문통지서가 반송되었다거나, 행정처분의 상대방이 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 실시하지 아니하고 한 침해적 행정처분은 위법하다고 하지 않을 수 없다.

그럼에도 불구하고, 원심은 두 차례에 걸쳐 발송한 청문통지서가 모두 반송되어 온 것이 행정절차법 제21조 제4항 제3호에 정한 청문을 실시하지 않아도 되는 예외 사유에 해당한다고 단정하여, 원고가 청문일시에 불출석하였다는 이유로 청문을 거치지 않고 이루어진 이 사건 처분이 위법하지 아니하다고 판단하고 말았으니, 여기에는 청문절차에 관한 법리를 오해한 위법이 있고, 이는 판결에 영향을 미쳤음이 분명하다. 상고이유 중 이 점을 지적하는 부분은 이유 있다.”고 판단하고 있다.

(라) 평 석

이 사건의 경우 제1심과 항소심의 판단은 청문을 실시하지 아니하여도 되는 사유에 대한 판단을 잘 못하였으므로 위법하다. 행정절차법 제21조 제4항 제3호가 규정하는 청문예외사유로서 “당해 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우”에 해당하는가는 당해 행정처분의 성질에 비추어 판단하여야 하는 것이기 때문이다. 앞서 언급한, 행정절차법 제21조제4항제3호의 입법해석을 규정한 행정절차법시행령 제13조를 참고할 경우 제1심과 항소심의 판단이 잘못되었고, 대법원의 법률해석이 올바른 것이었음이 드러난다.

이 사례를 놓고 지적된 쟁점은 당사자가 적법한 송달을 받고도 청문기일에 출석하지 아니한 경우 행정청 입장에서 언제까지 기다려야 하는 가라는 문제였다.

행정절차법시행규칙은 청문통지서에 청문기일에 출석하지 아니하는 경우의 처리방법을 정하여 당사자등에게 통지하도록 규정하고 있다. 그러나 이

처리 방법에 대하여 법령에 분명한 규정을 두고 있지 아니하다. 이 점은 입법상의 불비라 생각된다. 다른 절차의 예를 참고하여 예컨대 제1회 청문 기일에 불출석한 경우, 제2회의 청문기일을 정하여 다시 통지하고, 제2회의 청문기일에도 출석하지 아니하는 경우 청문주재자가 청문조서를 작성하고 청문을 종결하는 방식을 취하도록 하는 등의 절차적 규정의 보완이 필요하다고 생각된다.

현행행정절차법, 동시행령 및 동시행규칙의 체계 아래에서는 행정청은 청문주재자를 공정하게 선정하고, 청문기일을 정하여 반드시 청문을 실시하도록 하여야 한다. 청문기일에 당사자와 처분담당공무원을 소환하였으나, 처분담당공무원만이 출석하고 당사자는 출석하지 아니한 경우 청문주재자가 직권으로 사실관계 등을 조사하고, 청문조서를 작성한 후 청문을 종결하는 절차를 밟아야 할 것이라 생각된다.

행정현장을 실사한 결과, 2001년 상반기까지는 청문과 단순한 의견청취가 혼동되고 있고, 청문절차의 엄정성도 지켜지지 아니하고 있다. 즉 과태료의 부과와 같은 단순한 의견제출의 대상에 대하여도 청문통지서를 발송하고 있는 경우가 많고, 그 반면에 정작 청문은 처분담당공무원이 직접 청문의 주재자가 되어 형식적으로 운용하고 있는 경우가 많다는 점이 지적되고 있다.

청문은 허가의 취소등 당사자에게 중대한 법적 효과를 미치는 불이익처분을 하고자 할 경우에 구두변론 및 증거조사 등의 방식에 의한 사전절차를 거치도록 하는 정식행정절차로서 운영되어야 한다. 이와 같은 점을 감안할 때, 청문절차의 엄정성은 보다 강조가 되어야 할 것이라 생각한다.

바. 청문요건의 판단

행정절차법은 청문절차를 재판절차에 준하는 준사법적 정식 행정절차로 구성하고 있다. 청문이 실시되는 이상 청문의 주재자는 당사자들에게 자기에게 유리한 사실을 충분히 증언하고 증거를 제출할 기회를 주어야 한다. 행정절차법에 따른 청문이 실시되어 나갈 경우 개별적인 청문절차상의 각종 요소들의 준수여부가 청문의 흠의 여부를 판단하는데 있어 어느 정도의 비중으로 다루어질 것인가는 학설 및 판례를 통하여 축적되어야 할 과제가

되리라 생각된다.

행정절차법 시행 이전에는 청문의 구체적 요건에 관하여 개별법령에 있어서 조차도 상세한 규정을 두지 아니하였다. 따라서 의견청취의 과정으로서의 청문을 거칠 것이 요구되었고, 청문의 개별적 요건이 중시되기보다는 당사자에게 충분한 의견제출의 기회를 주었다고 판단할 만한 절차적 과정이 있었는가가 중시되었다. 대법원이 건설업 면허취소처분과 관련하여 청문절차의 각종 요소의 준수여부에 관한 판단을 하면서 행정청이 당사자에게 충분한 의견제출의 기회를 주었다고 판단할 만한 절차적 과정이 있었으면 청문절차를 거쳤다고 판단하였던 점은 이를 단적으로 드러내고 있다⁸⁾.

행정절차법이 청문절차를 준수법적인 정식행정절차로 규정하고, 청문절차의 개별적 요소를 강행규정으로 규정한 이상, 종래와 같은 판례의 입장은 수정되어야 하리라 생각된다.

행정쟁송을 담당하는 기관은 청문절차와 관련하여 ①청문절차가 실행됨에 있어 개별적 요건이 준수되었는가, ②개별적 요건이 준수되지 아니한 점이 인정되는 경우, 개별적 요건을 준수하지 아니함으로 인하여 청문이 현저히 공정성을 잃었는가의 여부를 판단하여야 할 것이라 생각된다. 행정청이 개별적 요건을 준수하지 아니함으로 인하여 청문의 공정성을 현저히 저해함으로써 사실상 청문절차를 실행하지 아니한 경우와 동일한 효과를 가져왔다고 판단되는 경우에는 처분이 취소되어야 할 것이다.

첫째, 청문은 공정하게 진행되어야 하나, 청문주재자의 선정에 흠이 있는 경우에는 공정한 청문의 진행을 기대할 수 없다. 따라서 이 경우에는 절차상의 흠이 있으며, 이 흠은 청문이 실시되지 아니한 경우의 흠과 동일하게 다루어져야 하리라 생각된다.

둘째, 청문의 통지의 요건을 어긴 경우, 특히 청문서의 도달 기간을 준수하지 아니한 경우, 청문서가 당사자에게 도달하지 아니한 경우 등에는

8) 대법원 1983.11.22. 82 누 95 판결에서는 “이 사건 면허취소처분 전에 원고가 피고(서울특별시)의 청문을 위한 출석요구를 받고 시청에 출두하여 관계공무원에게 이 사건 건설면허취득경위 등을 진술하고 기술능력이 미비 되었으나 기술자를 추가로 보완했다는 취지의 경위서를 작성 제출하였다면 이로써 피고는 건설업법 제42조 소정의 청문절차를 거쳤다고 볼 수 있다”고 하고 있다.

절차상의 흠이 인정된다. 다만 행정청이 청문절차를 이행함에 있어 청문서도달 기간을 다소 어겼지만 영업자가 이의하지 아니한 채 청문일에 출석하여 의견을 진술하고 변명하는 등 방어의 기회를 충분히 가진 경우에는 그 하자가 치유된다.

셋째, 청문주재자가 당사자 등에게 자신에게 유리한 법률상 또는 사실상의 내용을 진술할 기회를 봉쇄하거나, 증거를 제출할 기회를 봉쇄한 경우와 같이 청문이 불공정하거나 불충분하게 진행된 경우에는 청문의 진행은 흠이 있으며, 이 경우에도 청문을 실시하지 아니한 경우에 준하는 중대한 흠이 있다고 판단된다.

넷째, 행정청이 청문결과를 불충분하게 반영한 경우에는 절차상의 흠이 있다고 판단된다. 청문조서에 불이익처분을 하지 아니할 사정, 증거 등이 제시되어 있거나, 청문주재자가 불이익처분에 대한 부정적 의견을 제시한 경우 등은 행정청이 불이익처분을 하지 아니하거나 처분을 경감할 상당한 이유가 된다.

위와 같은 상당한 이유가 청문조서 기타 관련서류에 제시되어 있음에도 불구하고 행정청이 청문조서 등에 제시된 상당한 이유를 반복할 만한 중대한 이유를 제시하지 아니한 채 불이익처분을 행한 경우에는 청문을 실시하지 아니한 경우에 준하는 중대한 흠이 있다고 판단된다.

행정청이 청문결과를 반영함에 있어 청문을 위하여 제출된 증거 등 각종 자료는 청문의 근거가 되는 불이익처분의 범위 안에서 사용되어야 한다. 청문과정에서 당사자가 자신의 이익을 위하여 잘못된 자료를 제출하였다 하여도 청문을 위하여 당사자에게 통지되지 아니한 보다 강한 불이익처분을 한 경우에는 불합리한 처분으로서 취소의 대상이 된다.

다섯째, 행정청이 다른 법령에 문서열람 및 복사청구를 거부할 아무런 규정이 없음에도 불구하고 문서열람 및 복사를 거부하였고, 이 문서열람청구의 거부가 당사자의 방어를 현저히 저해한 경우에도 당해 청문절차의 위법성이 인정되어야 할 것이다. 행정청이 다른 법령에 규정된 문서열람거부사유를 자신의 편의를 위하여 불필요하게 넓게 해석한 경우에는 재량권행사의 내적 한계인 과잉금지원칙을 위반한 것으로서 역시 청문절차의 위법성을 인정하게 하는 사유가 될 수 있으리라고 생각된다.

(2) 판례의 검토

위와 같은 여러 요건이 참작되어야 한다는 점에 비추어 볼 때, 서울행정법원 1999.10.14. 99구22119(도매시장법인지정취소처분취소) 판결은 청문요건과 관련된 이유로 제시하는 내용에 어느 정도 문제가 있다고 생각한다.

(가) 사실관계

원고는 농수산물유통및가격안정에관한법률(이하 법이라 한다) 제17조에 의하여 피고로부터 구리농수산물도매시장의 도매시장법인으로 지정(지정유효기간 1997. 3. 10. ~ 2000. 3. 9.) 받은 회사이다.

나. 피고는 1999. 7. 10. 원고가 ①1999. 1. 13., 1999. 2. 20., 1999. 3. 2. 현재 미지급한 출하대금이 각 180,557,200원, 64,444,020원, 34,678,220원에 이르렀고, ②1999. 1/4분기 운전자금을 확보하지 않았으며, ③1999. 2. 4.까지 납부하여야 할 보증금 36,842,110원을 납부기한 내에 납부하지 않았다는 이유로, 법 제21조, 제34조, 제63조, 구리농수산물도매시장행정처분규칙 제3조의 규정을 각 적용하여, 원고의 도매시장법인지정을 취소하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.

이 사건 처분에 이르게 된 구체적인 경위는 다음과 같다.

피고는 1998. 3. 30. 최초로 원고에 대하여 행정처분을 한 이래 같은 해 12.까지 10여 차례에 걸쳐 출하대금 미지급, 운전자금 미확보, 보증금 미납 등을 이유로 행정처분을 하였는데, 그 구체적인 내역은 아래와 같다.

① 출하대금 미지급

- ㉠ 1998. 3. 30. 주의
- ㉡ 1998. 4. 20. 경고
- ㉢ 1998. 5. 16. 업무정지 7일(이후 과징금 30,105,600원으로 변경)
- ㉣ 1998. 8. 14. 업무정지 1월(이후 과징금 100,000,000원으로 변경)
- ㉤ 1998. 11. 28. 업무정지 3월(이후 과징금 100,000,000원으로 변경)

② 운전자금 미확보

- ㉠ 1998. 4. 20. 주의

- ㉠ 1998. 6. 13. 경고
- ㉡ 1998. 8. 20. 업무정지 7일(이후 과징금 30,105,600원으로 변경)
- ㉢ 1998. 11. 28. 업무정지 3월(이후 과징금 100,000,000원으로 변경)

③ 보증금 미납 : 1998. 8. 29. 경고

관리공사는 1999. 1. 15. 원고가 앞서 본 바와 같이 수 차례에 걸쳐 행정처분을 받았음에도 자금 부족으로 발생한 운영자금 미확보 등의 문제들이 해결되지 않자, 피고에게 원고의 도매시장법인 지정을 취소하여 줄 것을 의뢰하였다. 이에 피고는 1999. 1. 22. 원고에게 청문통지서를 발송하여 1999. 2. 9. 제1회 청문기일을 진행하였고, 이어서 1999. 2. 19. 제2회 청문기일을 진행한 다음 청문절차를 종료하였다. 그 이후 청문절차가 재개되어 1999. 3. 11. 제3회 청문기일이 진행되었고 당일 청문이 종결되었다.

위와 같이 청문절차가 종결된 이후 원고가 1999. 3. 22. 자구노력의 일환으로 정상화 계획서를 제출하고, 1999. 4. 7. 및 1999. 5. 14. 정상화 계획 실천사항을 보고하자, 피고는 원고에 대한 행정처분을 일시 보류하였다. 그러나, 청문종료일을 기준으로 감소하였던 원고의 미지급 출하대금이 1999. 6. 28.을 기준으로 423,073,280원에 이르는 등 크게 증가하고, 1999. 7. 현재 4억 이상의 시장사용료와 임대관리비 등을 관리공사에 변제하지 못하는 등 원고의 정상화 계획이 가시적인 성과를 보이지 않자, 피고는 1999. 7. 10. 원고의 도매시장법인 지정을 취소하는 내용의 이 사건 처분을 하였다.

(나) 이 사건 처분의 형식 및 절차상의 위법 여부에 대한 판단

첫째, 처분이유 제시 의무를 위반하였는지에 대하여 본다.

원고 주장의 요지는 다음과 같다.

이 사건 처분서에는 원고가 법 제21조 및 제34조를 위반하였다고만 기재되어 있어, 구체적으로 어떠한 위반행위를 하였다는 것인지를 알 수 없다.

인정사실은 다음과 같다.

이 사건 처분서(갑 제3호증)에는 원고가 법 제21조 및 제34조 규정을 위반하여 구리농수물도매시장관리공사로부터 도매시장법인 지정취소 의뢰

가 있어 행정절차법 제21조 규정에 의거 청문을 실시하고 법 제63조 및 구리농수산물도매시장행정처분규칙 제3조 규정에 의거 도매시장법인 지정을 취소한다라고만 기재되어 있다. 그런데, 관리공사가 행정처분을 의뢰함과 동시에 원고에게 송달한 행정처분 알림(갑 제37호증)에는 행정처분을 의뢰하게 된 구체적인 사유로 ①1999. 1. 12. 현재 출하대금 180,000,000원 미지급, ②운전자금 316,000,000원 미확보, ③출하변제보증금 45,087,460원 미납을 적시하고 있다.

한편, 피고는 1999. 1. 22. 청문통지서(갑 제40호증의 2)를 발송할 때에는 그 처분사유로 출하대금 미지급, 운전자금 미확보만을 적시하였지만, 원고를 상대로 3회에 걸쳐 청문을 실시할 때에는 이 사건 처분의 구체적인 처분사유를 ①1999. 1. 13., 1999. 2. 20., 1999. 3. 2.을 기준일로 한 출하대금 미지급, ②1999. 1/4분기 운전자금 미확보, ③1999. 2. 4.을 납부기한으로 한 보증금 미납으로 보아 위 처분사유에 대해 청문을 진행하였다. 또, 원고의 임직원들도 청문기일에 출석하여 위 구체적인 처분사유에 대해 처분사유별로 상세한 의견을 개진하였다(을 제1, 2호증의 각 1, 2).

이에 관하여 다음과 같이 판단한다.

행정절차법 제23조가 행정청으로 하여금 처분을 하는 때에는 그 근거와 이유를 제시하도록 규정하고 있는 것은, 행정처분의 상대방에게 처분 이유를 알려줌으로써 그 처분의 내용을 이해할 수 있게 하는 한편, 그에 대한 불복의 기회를 보장하도록 하는 데에 그 취지가 있다. 따라서, 의견진술절차, 청문절차 등을 거쳐 행정처분이 이루어짐으로써 처분의 상대방이 당해 행정처분의 구체적인 사유와 그 근거를 알 수 있는 경우에는, 처분서 자체에 처분사유가 상세하게 기재되지 않았다 하더라도 그러한 처분이 위법하다고 볼 수는 없다.

그런데 이 사건의 경우, 관리공사가 1999. 1. 15. 당시의 상태를 기초로 하여 행정처분을 의뢰함과 동시에 원고에게 그 구체적인 내용을 통지함으로써 원고도 청문절차가 개시된 이유를 알고 있었던 것으로 보이는 점, 이후 시간의 경과에 따라 처분의 근거되는 사실에 일부 변동이 발생하자 변동된 처분사유에 대해서도 청문절차에서 충분한 의견진술이 이루어진 것으로

로 보이는 점, 특히 최종 청문기일인 1999. 3. 11.에도 원고의 임직원들이 구체적인 의견을 개진하는 등 이 사건 처분의 구체적인 처분사유와 그 근거를 알고 있었던 것으로 보이는 점등에 비추어 보면, 이 사건 처분서에 구체적인 처분사유를 기재하지 않은 채 법조항만을 특정하여 행정처분을 하였다 하더라도 이 사건 처분이 위법한 것이라고 볼 수는 없다.

둘째, 청문절차의 독립성 여부에 대하여에 본다.

원고 주장의 요지는 다음과 같다.

이 사건 처분의 청문절차는 청문주재자에 의하여 독립적으로 진행된 것이 아니라, 이 사건 처분을 한 피고 스스로 청문절차에 깊이 관여하고 더 나아가 청문절차를 직접 진행함으로써 행정절차법 소정의 청문절차에 관한 규정을 위배하였다.

이에 관하여 판단한다.

청문은 행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자 등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차이지, 제3의 기관에 의해 진행되는 준사법적 절차가 아니다. 따라서, 행정청으로부터 독립한 자가 청문을 주재하여야 함을 전제로 한 원고의 위 주장은 받아들일 수 없다(행정청은 소속 직원 또는 대통령령이 정하는 자격을 가진 자를 청문주재자로 선정하여 그 절차를 진행하게 할 수 있다, 행정절차법 제28조 제1항).

셋째, 재청문을 실시하지 않은 것 등이 위법한지 여부에 대하여에 본다.

원고 주장의 요지는 다음과 같다.

이 사건 처분은 청문종결인인 1999. 3. 10.부터 1999. 7. 5. 지정취소 예정통보일까지의 법규위반을 그 대상으로 한 것이다. 그렇다면, 피고로서는 다시 청문을 실시한 후 행정처분을 하였어야 함에도 불구하고, 청문을 실시하지 않은 채 1999. 7. 5. 17:00에 지정취소 예정통보를 하고, 2일의 여유밖에 없는 1999. 7. 8.까지 의견서를 제출할 것을 요구한 후, 전격적으로 1999. 7. 10. 이 사건 처분을 함으로써 원고의 의견진술권을 침해하였다.

이에 관하여 판단한다.

이 사건 처분의 구체적인 처분사유는 청문종결일 이전의 사유이고, 청문종결일 이후에 발생한 사유들은 정상참작 사유로 봄이 상당하다. 따라서,

청문종결일 이후의 사항에 대해 다시 청문절차를 진행하지 않았다 하더라도 어떠한 위법이 있다고 볼 수 없다.

한편, 피고가 이미 청문절차를 실시한 사안에 대해 다시 의견제출의 기회를 부여한 것은 법률상 강제되는 것은 아니지만, 청문종결일로부터 상당한 기간이 경과하였다는 점을 고려하여 그 이후의 사항에 대해 의견을 진술할 수 있는 기회를 부여한 것에 불과한 것으로 보이는 점, 피고가 이 사건 청문종결일로부터 4개월여 가량 원고에게 정상화계획을 추진할 수 있도록 유예기간을 허용하였던 점, 이러한 특수한 사정이 있는 이 사건의 경우에는 원고가 부여받은 2일의 기간이 지정취소 처분에 대해 자신의 의견을 개진할 수도 없을 정도로 불합리한 기간이라고 보기는 어려운 점 및 원고에 대한 행정처분이 지연될 경우 미지급 출하대금이 누중되어 위탁출하자들의 피해가 증가될 개연성마저 있었던 점(1999. 6. 28.을 기준으로 423,073,280원이었던 미지급 출하대금이 1999. 7. 9.을 기준으로 511,806,220원으로 늘어났다) 등을 종합하여 보면, 의견제출기한이 촉박하였다는 점을 들어 이 사건 처분이 위법하다고 볼 수는 없다.

결론적으로는 이 사건 처분의 구체적인 처분 사유 중 1999년도 1/4분기 운전자금 미확보 부분은 그대로 인정되고, 출하대금 미지급 부분은 1999. 1. 13., 1999. 2. 20., 1999. 3. 2.을 기준일로 한 원고의 미지급 출하대금이 각 148,568,670원, 7,396,870원, 20,019,980원에 이르렀다는 범위 내에서만 인정되며, 보증금 미납 부분은 인정되지 않는다.

그런데, 행정청이 수 개의 처분사유를 종합적으로 고려하여 어떠한 행정처분을 하였을 경우, 수 개의 처분사유 중 일부가 인정되지 않는다 하더라도 인정되는 나머지 처분사유만으로도 당해 행정처분이 정당하다고 인정되는 경우에는 그 처분을 유지하여야 할 것이다.

(다) 평 석

서울행정법원은 이 판결의 판단부분에서 “청문은 행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자 등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차이지, 제3의 기관에 의해 진행되는 준사법적 절차가 아니다”고 단정하고 있다. 그러나 이와 같은 판단은 비록 행정절차법과 그 시행현실을 바로 반영한

것이기는 하지만 그럼에도 불구하고 문제가 있다고 생각된다.

청문이 준수법적 절차에 해당함을 각 행정기관이 인식하고, 법률상 청문 요건에 해당하는 사유 및 이에 준하는 중대한 사항의 경우에 한하여 청문을 실시하되 그 절차적 공정성을 높이겠다는 인식이 필요하며, 이 점에 대한 지적이 있어야 할 것이라 생각하기 때문이다.

청문의 절차적 공정성을 높이는 제1차적 과제는 청문주재자 선정의 공정성 확보이다. 처분을 직접 담당하는 공무원이 청문의 주재자가 되어서는 아니 된다. 행정절차법을 개정하여 청문주재자의 제척사유에 “당해 처분을 담당하는 소속직원”을 포함시키는 행정절차법개정안이 준비되고 있다. 아울러 각 지방자치단체마다 청문장을 설치하도록 하고, 청문주재자의 공정성을 확보하기 위한 조례 또는 규칙을 제정하여 외부 및 내부 전문가 중에서 청문주재자 풀을 만들어서 시행하도록 장려되고 있다. 이와 같이 청문의 공정성을 높이고자 하는 행정기관의 노력은 여러 차원에서 더욱 북돋아져야 하리라 생각된다.

사. 행정상 입법예고절차

행정절차법은 행정입법절차에 있어 행정상 입법예고절차에 관한 규정만을 두고 있다. 행정절차법의 시행이후 헌법재판소는 입법절차에 관한 몇 가지의 결정을 하고 있다. 이 들 중 주목할만한 결정예로서 다음의 두 가지 사례를 들 수 있으리라 생각된다.

(1) 판례의 검토

첫째, 헌법재판소 2001. 2. 22. 99헌마613, 세무대학설치법폐지법률위헌확인에 관한 결정예를 들 수 있다.

판시사항 중 행정절차에 관한 사항은 특히 “국회가 이 사건 폐지법을 제정하는 과정에서 별도의 청문절차를 거치지 않았다는 이유만으로 헌법 제 12조의 적법절차를 위반한 것인지 여부”로 요약된다.

결정의 내용 중 행정절차와 중요한 연관을 가지는 사항은 다음과 같다.

“정부는 이 사건 폐지법률안을 국회에 제출하기에 앞서 행정절차법 제41

조와 법제업무운영규정 제15조에 따라 입법예고를 통해 이해당사자는 물론 전 국민에게 세무대학 폐지의 의사를 미리 공표하였으며, 헌법 제89조에 따라 국무회의의 심의를 거치는 등 헌법과 법률이 정한 절차와 방법을 준수하였다. 따라서 국회가 이 사건 폐지법을 제정하는 과정에서 별도의 청문절차를 거치지 않았다고 해서 그것만으로 곧 헌법 제12조의 적법절차를 위반하였다고 볼 수는 없다”.

특히 입법과정의 하자과 적법절차 위배 여부와 관련하여 “정부는 1998. 11.부터 1999. 2.까지 전 정부부처(17부·4위원회·2처·16청) 및 19개 민간전문기관이 참여하는 경영진단조정위원회를 구성하여 정부조직 경영진단을 실시하였다. 정부는 이 과정에서 세무대학 폐지와 관련한 이해관계인들의 의견을 수렴하였으며, 1999. 3. 8.에는 세무대학 폐지방안을 포함한 ‘21세기 지식·정보사회에 대비한 정부운영 및 조직개편 방안’에 대한 공청회를 개최하는 등 각계의 의견을 수렴한 바 있다. 정부는 이를 토대로 1999. 3. 경영진단조정위원회와 기획예산위원회가 마련한 세무대학의 폐지 방침을 정부안으로 결정하여, 1999. 6. 3.부터 같은 달 22.까지 행정절차법 제41조와 법제업무운영규정 제15조에 따라 입법예고를 통해 이해당사자는 물론 전 국민에게 세무대학 폐지의 의사를 미리 공표하였으며, 이 사건 폐지법률안을 국회에 제출하기에 앞서 헌법 제89조에 따라 국무회의의 심의를 거치는 등 헌법과 법률이 정한 절차와 방법을 준수하였다. 따라서 국회가 이 사건 폐지법을 제정하는 과정에서 별도의 청문절차를 거치지 않았다고 해서 그것만으로 곧 헌법 제12조의 적법절차를 위반하였다고 볼 수는 없다”는 것이다.⁹⁾

9) 헌법재판소는 아울러 처분법률 또는 개별사건법률의 형식에 관하여도 판단한다. 즉 “이 사건 폐지법은 세무대학설치의 법적 근거로 제정된 기존의 세무대학설치법을 폐지함으로써 세무대학을 폐교하는 법적 효과를 발생하는 것이므로, 동법은 세무대학과 그 폐지만을 규율목적으로 삼는 처분법률의 형식을 띤다. 그러나 이와 같은 처분법률의 형식은 폐지대상인 세무대학설치법 자체가 이미 처분법률에 해당하는 것이므로, 이를 폐지하는 법률도 당연히 그에 상응하여 처분법률의 형식을 띤 수밖에 없는 필연적 현상이다. 한편 어떤 법률이 개별사건법률 또는 처분법률의 성격을 띠고 있다고 해서 그것만으로 헌법에 위반되는 것은 아니다(헌재 1996. 2. 16. 96헌가2등, 판례집 8-1, 51, 69). 따라서 아래에서 보는 바와 같이 정부의 조직 및 기능 조정을 위해 세무대학을 폐지해야 할 합리적 이유가 있는 것이므로 이 사건 폐지법은 그 처분법률의 성격에도

둘째, 헌법재판소 1998. 5. 28. 96헌가1, 의료보험법제33조제1항위헌제청에 관한 결정예를 들 수 있다.

이 결정의 판시사항은 의료보험 요양기관 지정의 취소를 규정하고 있는 의료보험법 제33조 제1항이 헌법 제40조, 제75조, 제95조 등에 위반되는지 여부이다. 헌법재판소는 “의료보험요양기관의 직업수행의 자유를 제한하는 그 지정취소의 경우, 국회는 그 취소의 사유에 관하여 국민들의 정당한 의료보험수급권의 보호·보험재정의 보호 및 의료보험 수급질서의 확립이라는 공공복리 내지 질서유지의 필요와 그 지정취소로 인하여 의료기관 등이 입게 될 불이익 등을 비교형량하여 일반 국민이 그 기준을 대강이라도 예측할 수 있도록 법률로서 명확히 정하여야 하고, 하위 법령에 위임하는 경우에도 그 구체적인 범위를 정하였어야 한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항에서는 그 지정취소 사유의 대강이라도 예측할 수 있게 규정하지 아니한 채 보건복지부장관에게 포괄적으로 백지위임하고 있으므로, 이는 헌법상 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반되고, 나아가 우리 헌법상의 기본원리인 권력분립의 원리, 법치주의의 원리, 의회입법의 원칙 등에 위배된다고 할 것이다”고 하고 있다.

이 결정의 이유 가운데 행정절차와 관련하여 특히 주목할 만한 점은 다음과 같다.

“법 제29조 제2항, 제32조는 의료보험의 요양급여는 부득이한 경우를 제외하고는 요양기관(보험자 또는 보험자단체가 지정한 보건기관·의료기관 또는 약국이나 보험자단체가 설치·운영하는 의료기관)만이 할 수 있도록 규정하고 있으며, 법 제35조는 요양기관만이 그 요양급여비용을 청구할 수 있고 요양급여 또는 분만급여에 관한 비용은 보건복지부장관이 심의위원회의 심의를 거쳐 정한 기준에 의하여 산정한 금액으로 하도록 규정하고 있다.

따라서 전국민을 상대로 의료보험이 실시되고 있는 우리나라의 의료보험 체계하에서(법 제4조, 다만, 공무원및사립학교교직원의료보험법에 의한 피보험자와 그 피부양자, 의료보호법에 의하여 의료보호를 받는자, 독립유공자예우에관한법률 및 국가유공자등예우및지원에관한법률에 의하여 의료보

불구하고 헌법적으로 정당하다 할 것이다”고 한다. 이 부분은 처분법률과 관련한 것으로서 중요한 논점에 해당하지만, 이 보고서에서는 이에 관한 논의를 생략한다.

호를 받는자 등은 법의 적용대상은 아니나, 그들 역시 위 법률 등에 의하여 의료의 수혜자가 된다) 의료기관으로서는, 요양기관의 지정이 취소되고 일정기간동안 재지정이 금지되면, 의료보험환자의 진료와 치료 등을 하지 못하게 됨으로써 막대한 수입의 감소를 가져와 그 운영에 큰 지장을 초래하게 되므로, 요양기관지정의 취소는 의료기관 개설자에게는 막대한 불이익을 주는 제재적 처분으로서 헌법이 보장하고 있는 직업선택의 자유의 한 내용인 직업수행의 자유를 제한하는 것이라 할 수 있다.

그런데 문제는 이 사건 법률조항이 직업수행의 자유를 제한하는 요양기관의 지정취소 사항을 모두 직접 법률로 규정하지 아니하고 입법위임을 하고 있으며, 그 위임입법의 형식도 “대통령령”, “총리령” “부령” 등과 같이 구체적으로 위임할 하위법령을 특정하지 아니하고 다만 “보건복지부장관이 정하는 바에 따라”라고만 불분명하게 규정하고 있을 뿐이어서, 문언만으로는 보건복지부령으로 정하라는 것인지 보건복지부의 내부 행정규칙으로 정하라는 것인지 분명하지 아니하다는데 있다.

그러므로 이 사건에서 핵심적인 쟁점이 되는 것은 이 사건 법률조항과 같은 불분명한 형식의 위임입법으로 직업수행의 자유를 제한하는 것이 위임입법의 한계를 일탈하는 것이 아닌지 여부로서, 결국 이 사건 법률조항이 헌법 제40조, 제75조, 제95조 등에 위배되는지의 여부라 할 것이다.

우리 헌법 제40조는 “입법권은 국회에 속한다”라고 규정하면서, 아울러 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”, 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”고 각 규정함으로써 행정기관으로의 위임입법을 인정하고 있는데, 우리 헌법 제40조의 의미는 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적이고 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다는 것이다.

한편 현대국가의 특질의 하나로서, 국회의 입법기능이 저하되고 이와는 상대적으로 행정부에 의한 입법기능이 확대·강화되고 있다는 지적은 어제 오늘의 일이 아니고 우리나라에서만 한정된 문제가 아니라 각국의 공통된

현상이기도 하다. 그러나 위임입법의 양적증대와 질적고도화라고 하는 정치수요의 현대적 변용에 대한 제도적 대응이 불가피하다고 하더라도, 권력분립이라는 헌법상의 기본원리와의 조정 또한 불가피하다. 따라서 위와 같은 정치적·행정적 수요에 발맞추어 위임입법을 허용하되 그와 함께 권력분립의 원리를 구현하기 위하여나 법치주의의 원리를 수호하기 위하여 위임입법에 대한 통제도 필요하다. 위임입법의 수요가 강하면 강할수록 그에 비례하여 위임입법에 대한 통제의 필요성 또한 강하게 요구되는 것이다.

외국의 위임입법에 관한 입법례 및 운용현실을 보더라도, 대체적으로 입법부가 기본적으로 본질적인 정책을 결정하여 그에 관한 중요한 기준이 되는 것은 직접 규정하고, 기술적·세부적인 사항이나 긴급한 대처를 필요로 하는 사항 등은 그에 대응함에 적합한 행정부로의 위임입법을 허용하되, 그 행정입법절차는 입법부의 입법절차에 비견되는 절차를 요구·반영하고 있으며 아울러 행정입법을 하기에 앞서 입법부에서 통제할 수 있는 수단을 나라마다 광협의 차이는 있을지라도 다양하게 마련하여, 권력분립의 원리, 법치주의의 원리, 민주주의의 원리와의 조화를 도모하고 있다.

그런데 과거 우리나라는 행정부 주도로 경제개발·사회발전을 이룩하는 과정에서 국회는 국민의 다양한 의견을 수렴하여 입법에 반영하는 민주·법치국가적인 의회로서의 역할수행이 상대적으로 미흡하여 행정부에서 마련해 온 법률안을 신중하고 면밀한 검토과정을 소홀히 한 채 통과시키는 사례가 적지 않았고, 그로 말미암아 위임입법이 양산된 것이 헌정의 현실인데, 이에 대하여는 다수의 학자들이 “법률에 의한 행정”이라기 보다 “행정규칙에 의한 행정” 또는 “행정규칙으로의 도피”라고 많은 비판을 하고 있기도 하다.

한편 행정절차법은 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령 등을 제정·개정 또는 폐지하고자 할 때에는 당해 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 하고(제41조), 누구든지 예고된 입법안에 대하여는 의견을 제출할 수 있으며(제44조), 행정청은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있도록(제45조) 규정하고 있으나, 고시나 훈령 등 행정규칙을 제정·개정·폐지함에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니한다. 법규명령과 행정규칙의 이러한 행정절차상의 차이점 외에도 법규명령은 법제처의 심사를 거치고(대통령령은 국무회의에 상정되어 심의된다) 반

드시 공포하여야 효력이 발생되는데 반하여, 행정규칙은 법제처의 심사를 거칠 필요도 없고 공포 없이도 효력을 발생하게 된다는 점에서 차이가 있다. 또한 우리나라에서는 위임입법에 대한 국회의 사전적 통제수단이 전혀 마련되어 있지 아니하다. 이상과 같은 여러 가지 사정을 종합하면 법률이 입법위임을 할 때에는 “대통령령” “총리령” “부령” 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 이 사건 법률조항처럼 다만 “보건복지부장관이 정하는 바에 따라”와 같은 형식으로 입법위임을 함으로서 법규명령에 위임한 것인지 행정규칙에 위임한 것인지 분명하지 아니하도록 하여서는 아니 될 것이고, 그렇게 위임한 경우에는 그 법률의 위임입법의 한계 일탈여부를 판단함에 있어 보다 엄격하게 심사하여야 할 것이다.

우리 헌법 제75조의 규정 취지는 사실상 입법권을 백지위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임은 의회입법과 법치주의를 부인하는 것이 되어 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문에, 위와 같은 결과를 사전에 방지하고자 함에 있다. 따라서 법률의 위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 한다. 다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 위임된 법규명령 등으로 규제될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 법규명령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하고(헌재 1991.7.8. 91헌가4, 판례집 3, 336, 341 참조), 이 경우에 있어 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 1994.7.29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53, 59; 헌재 1995.7.21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 165-166 참조). 이 사건 법률조항은 그 성질이 위에서 살펴본 바와 같이 직업선택의 자유 제한에 관한 것이고, 요양기관 지정취소의 문제는 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상되는 등 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요가 있는 경우도 아니므로 입법위임은 보다 엄격한 형식에 의한 것이어야 한다. 그런데 관

런 법조항을 유기적·체계적으로 살펴보아도 위임된 법규명령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수가 없다.

즉, 요양기관 지정의 취소 사유에 관련된 법조항으로는 법 전체의 입법 목적을 규정한 법 제1조와 보건복지부장관의 보험자 또는 보험자단체에 대한 감독규정인 법 제33조 제2항이 있을 따름이다. 그런데 법 제1조는 “이 법은 국민의 질병·부상·분만 또는 사망 등에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장의 증진을 도모함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있을 뿐이므로 위 법조항만으로는 보험자 또는 보험자단체가 어떠한 경우에 요양기관의 지정을 취소할 수 있는지 예측할 수 없고, 다만 감독규정인 법 제33조 제2항에 규정된 사유로서 위임된 법규명령 등에 규정될 취소사유를 일부 예측할 수 있을 뿐이다. 법 제33조 제2항은, 보건복지부장관은 요양기관이 “1.제35조의 규정에 의한 요양급여나 분만급여의 비용의 청구에 있어서 부정이 있을 때, 2.제76조 제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 허위보고를 하거나 관계공무원의 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 때”의 하나에 해당할 때에는 그 요양기관의 지정을 취소할 것을 보험자 또는 보험자단체에 명할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 보험자 또는 보험자단체가 요양기관의 지정을 취소할 수 있는 사유로 상정할 수 있는 것으로는 위 사유들 외에도 요양기관으로 지정받은 의료기관 등이 폐업된 때, 의료법 또는 약사법에 의하여 업무정지, 폐쇄 또는 개설허가취소를 받은 때, 의료기관 등의 개설자가 면허자격정지 또는 면허취소 처분을 받은 때, 의료기관의 개설자가 법인의 대표가 아닌 경우로서 고령 또는 건강상의 이유로 환자진료에 현저히 지장을 초래할 우려가 있다고 인정될 때, 기타 지정을 받은 요양기관이 지정의 제한, 이종지정금지 등의 관련법조항에 해당되었음이 확인된 때 등이 있을 수 있다(실제로도 보건복지부장관이 정한 의료보험요양기관 관리규정에는 이러한 사유들을 요양기관지정의 취소사유로서 규정하고 있으며, 제청신청인은 본인 부담금 수납대장을 비치하지 아니하였다는 사유로서 요양기관의 지정이 취소되었다). 또한 위에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법률조항은 보험자 또는 보험자단체의 요양기관지정취소에 관한 일반적 규정이고 법 제33조 제

2항은 보건복지부장관의 보험자 또는 보험자단체에 대한 감독규정이므로 그 취소 사유를 정하는데 있어서 감독규정인 법 제33조 제2항의 사유가 전적인 기준이 될 수도 없다.

따라서 이 사건 법률조항은 위임입법의 한계를 일탈한 것이다. 즉, 의료보험요양기관의 직업수행의 자유를 제한하는 그 지정취소의 경우, 국회는 그 취소의 사유에 관하여 국민들의 정당한 의료보험수급권의 보호·보험재정의 보호 및 의료보험 수급질서의 확립이라는 공공복리 내지 질서유지의 필요와 그 지정취소로 인하여 의료기관 등이 입게 될 불이익 등을 비교형량하여 일반 국민이 그 기준을 대강이라도 예측할 수 있도록 법률로서 명확히 정하여야 하고, 하위 법령에 위임하는 경우에도 그 구체적인 범위를 정하였어야 한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항에서는 그 지정취소 사유의 대강이라도 예측할 수 있게 규정하지 아니한 채 보건복지부장관에게 포괄적으로 백지위임하고 있으므로, 이는 헌법상 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반되고, 나아가 우리 헌법상의 기본원리인 권력분립의 원리, 법치주의의 원리, 의회입법의 원칙 등에 위배된다고 할 것이다”.

(2) 평 석

위의 두 가지 헌법재판소 결정에는 행정상 입법예고의 의의와 기능을 매우 비중 있게 다루고 있다는 점에서 긍정적으로 평가된다.

다만 그 내용은 상반된 결과를 빚고 있다. 첫째, 헌법재판소 2001.2.22. 99헌마613, 세무대학설치법폐지법률위헌확인에 관한 결정에는 “행정상 입법예고절차를 거친 경우 국회가 이 사건 폐지법을 제정하는 과정에서 별도의 청문절차를 거치지 않았다고 해서 그것만으로 곧 헌법 제12조의 적법절차를 위반하였다고 볼 수는 없다”는 내용이였다.

둘째, 헌법재판소 1998.5.28. 96헌가1, 의료보험법제33조제1항위헌제청에 관한 결정에는 법규명령과 행정규칙의 경중을 비교함에 있어 행정상 입법예고절차를 비중있게 다루고 있다. 즉 법률이 입법위임을 할 때에는 “대통령령”, “총리령”, “부령” 등 법규명령에 위임함이 바람직하다. 그 이유

는 행정상 입법예고절차를 거쳐야 하고, 관보에 공포되어야 하기 때문이다. 그 반면에 행정규칙의 경우에는 그 절차적 통제가 불가능하다. 따라서 이 사건 법률조항처럼 다만 “보건복지부장관이 정하는 바에 따라”와 같은 형식으로 입법위임을 함으로서 법규명령에 위임한 것인지 행정규칙에 위임한 것인지 분명하지 아니하도록 하여서는 아니 될 것이고, 그렇게 위임한 경우에는 그 법률의 위임입법의 한계 일탈여부를 판단함에 있어 보다 엄격하게 심사하여야 할 것임을 선언하고 있다.

결론적으로 말해서 위에서 언급한 둘째 결정에는 행정상 입법예고절차가 행정입법의 절차적 통제기능을 적극적으로 평가하였다는 점에서 매우 타당한 결정이라 할 것이다.

아. 신고절차

행정절차법은 신고절차를 “법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우”라고 규정하고 있다(행정절차법 제40조). 따라서 행정절차법이 규정하는 신고절차는 위에서 언급한 신고절차의 종류 중 신고의 시점에 따른 구분과 관계없이 사전 신고절차와 사후신고절차를 모두 포함하지만, 신고의 효과에 따른 구분에 있어서는 자기완결적 행위로서의 신고만을 포함할 뿐, 행정요건적 행위로서의 신고는 포함하지 아니한다. 그것은 행정요건적 행위로서의 신고는 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 것이 아니라, 신고의 수리라는 행정청의 별개의 행위를 전제로 하기 때문이다.

앞에서 처분의 사전통지를 설명하면서 언급한 대법원2000. 11. 14, 99두5870 지하수개발이용신고수리취소및원상복구명령취소판결은 자기완결적 신고와 행정요건적 신고가 각각 존재하며, 행정요건적 신고의 경우 허가에 준하게 취급하여야 함을 분명히 하고 있는 판례라 생각되어 여기서 반복적으로 인용한다.

(1) 판례의 요약

이 판례의 행정절차관련 판시사항은 “행정청이 침해적 행정처분을 함에 있어서 당사자에게 행정절차법상의 사전통지를 하지 않거나 의견제출의 기

회를 주지 아니한 경우, 그 처분이 위법한 것인지 여부”이다.

이 판례의 판결요지를 신고에만 국한시켜 요약하면 다음과 같다.

“행정청이 온천지구임을 간과하여 지하수개발·이용신고를 수리하였다가 행정절차법상의 사전통지를 하거나 의견제출의 기회를 주지 아니한 채 그 신고수리처분을 취소하고 원상복구명령의 처분을 한 경우, 행정지도방식에 의한 사전고지나 그에 따른 당사자의 자진 폐공의 약속 등의 사유만으로는 사전통지 등을 하지 않아도 되는 행정절차법 소정의 예외의 경우에 해당한다고 볼 수 없다는 이유로 그 처분은 위법하다고 한 사례”이다.

(2) 평 석

대법원의 이 판결은 행정절차법이 “법령 등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고제도를 규정하고 있는 경우에는”이라고 규정하여 신고절차의 대상이 되는 신고를 법률적으로 한정함으로써 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고제도와 그러하지 아니한 신고제도가 구분되어 운용될 수 있는 길을 터 준 현실을 그대로 비판없이 반영한 것이다. 법의 해석에 충실하고 입법론적인 관점을 언급하지 아니한 것은 대법원이 가지는 본질적인 기능과 그 한계상 어쩔 수 없었던 것으로 보인다. 그러나 행정절차법상의 신고제도의 불완전한 규정을 통하여 행정기관에서 규제완화된 형태의 신고절차로 법령에 그 이름은 정해 놓고, 다른 한편으로는 허가제도로 운용하는 편법을 사용해 온 관행을 계속할 수 있는 길을 열어준 현실을 대법원이 그대로 아무런 비판없이 수용하였다는 점은 매우 유감스러운 일이라 할 것이다.

행정절차법에 신고제도가 도입된 것은 행정규제완화와 국민의 권익보호를 위하여는 상당히 획기적인 일이라 생각된다. 그러나 신고절차가 바르게 정착되기 위하여는 신고절차를 행정절차법에 도입한 의의가 구현되는 방향으로 제도의 개선 및 운영이 이루어져야 할 것이다. 그 이유는 신고제도의 본래적 취지는 허가, 인가 등으로 되어 있던 규제사항을 완화하여, 행정청에 신고함으로써 일정한 경제활동을 바로 시작할 수 있도록 하는 제도가

며, 따라서 신고제도는 행정규제완화를 위한 핵심사항 중의 하나에 해당되나, 규제완화를 위하여 허가제도를 신고제도로 명칭만 변경한 후, 신고사항의 심사기준 및 수리절차를 설정하여 사실상 신고제도를 허가제도와 동일하게 운용하는 편법을 허용하고 이를 방지할 경우 행정의 투명성을 결하게 되며, 더불어 공정성과 신뢰성에도 영향을 미치기 때문이다.

이는 문제점이라 지적된다. 이 문제점에 대한 개선방안은 제4장에서 보다 구체적으로 언급하기로 한다.

제 2 장 행정절차법의 운용현황

제 3 장 행정절차법의 정비를 위한 비교법적 고찰

1. 비교법적 고찰의 필요성과 비교기준

비교법적 고찰의 필요성은 행정절차법의 정비를 위한 국제적인 기준의 확립을 위함이다.

종래 주요 외국의 행정절차법에 대한 단편적인 소개는 있어왔지만, 일정한 체계와 기준을 수립하고, 이를 기초로 하여 분석을 실시한 예는 거의 없었다. 행정절차법의 비교법적 분석은 특히 행정절차법에 실체적 규정을 도입할 것인가의 여부, 행정절차법의 적용범위를 어디까지 할 것인가의 여부 등을 둘러싸고 매우 중요한 의미를 지닌다.

행정절차의 입법화 경향을 비교법적으로 고찰하는 방식은 여러가지가 있을 수 있다.

이 중에서 우리와 연관이 있는 국가들(예컨대 미국, 영국, 프랑스, 독일, 일본 등)이 행정절차에 관하여 어떠한 방식으로 규정하고 있는가를 살펴보는 방식¹⁰⁾, 각국의 입법례를 조사하여 “행정절차법”이라는 일반법을 제정하고 있는가를 살펴보고 해당국가의 일반행정절차법을 상호간에 비교하는 방식 등을 대표적인 방식으로 들 수 있을 것이다¹¹⁾.

“행정절차”에 관한 법규정을 전혀 포함하지 않는 행정에 관한 입법체계는 존재하기 어렵다. 행정청이 행정활동을 함에 관한 근거를 법률에 둘 경우, 각각의 행정활동에 대한 실체적 근거만을 두는 것은 아니다.

행정활동을 국민에게 알리는 방법, 집행하는 방법, 행정활동에 이의가 있는 국민과의 분쟁해결방법등에 관한 방법 등 행정과정에서의 절차적 요소에 대한 규정은 필수불가결하다. 정도의 차이는 있지만 이들 행정절차적 요소는 세계각국의 개별적인 실정행정부령 가운데에 여러가지 형태로 포함

10) “홍준형·김성수·김유환, 행정절차법 제정연구, 8쪽 이하”는 “각국에 있어 행정절차의 발달”이라는 제목으로 영국, 미국, 대륙법계국가, 일본 등으로 구분하여 “행정절차”에 관한 입법화 경향에 관하여 언급하고 있다.

11) 『한국행정과학연구소』는 1980년에 영국, 미국, 오스트리아, 스위스, 독일의 행정절차법과 일본의 행정절차법초안을 조사하여, “행정절차법제정연구”라는 제목으로 연구 보고서를 발간한 바 있다.

되어 있다. 이들 개별 실정법령에 도입된 행정절차의 요소를 일일이 비교하는 것은 기술적으로 어려움이 있다. 개별법령에 포함된 행정절차의 요소는 투명하게 드러나지 아니하고, 산발적으로 흩어져 있기 때문이다. 또 “행정절차법”이라는 일반법의 구체적 의의와 내용을 설명하기 위한 자료로서 적합하지도 아니하다.

행정의 공정성과 투명성을 담보하고 국민의 행정참여를 도모하기 위한 『행정절차법』의 이념은 『행정절차에 관한 일반법』의 제정을 필요로 한다. 세계 각국의 행정절차 입법화 경향을 분석하는 경우 『행정절차에 관한 일반법』을 제정한 나라의 법률만을 골라서 분석하여야 할 것이다. 따라서 행정절차에 관한 규정을 산발적으로 가지고는 있지만 아직 “일반 행정절차법”을 제정하지 아니한 국가는 비교법적 고찰의 대상에서 제외된다.

이를 일반 행정절차법 중에서 행정절차의 입법화 경향을 비교법적으로 분석함에 있어 아래 도표와 같은 기준들이 사용될 수 있다.

[표 : 행정절차의 입법화경향에 관한 비교법적 분석기준]

- | |
|---|
| <ol style="list-style-type: none">(1) 어느 범위의 행정 과정까지 행정참여절차로서의 행정절차를 도입하였는가(2) 행정과정에 대한 기본원칙들을 실체적 규정으로 도입하고 있는가(3) 절차적 규정에 준수법적 요소를 어느 정도 까지 도입하였는가(4) 행정절차법의 적용범위가 어떤 방식으로, 얼마나 폭넓게 규정되어 있는가 |
|---|

위 기준에 관하여 보다 자세히 언급해 보고자 한다.

첫째로 어느 범위의 행정과정까지 행정참여절차로서의 행정절차를 도입하였는가가 비교기준이 될 수 있다.

“행정과정에서 국민의 행정참여를 도모하는 절차”로서의 “행정절차”를 어떤 행정과정에 도입할 것인가는 각국의 입법정책에 따라 달라진다. 앞서 언급한 바와 같이 행정절차를 “행정청이 행하는 활동의 과정에 관한 모든 절차”로서 넓게 파악할 때, 이 행정절차에는 행정내부의 의견수렴절차, 행정입법절차(법규명령 및 자치법규의 제정 및 개정절차), 행정시책의 수립절차, 행정계획절차, 행정처분절차, 행정계약절차, 행정지도절차, 행정집행절차, 즉시강제절차, 행정처벌절차 등이 모두 포함될 수 있다. 그러나 행

정절차를 “행정과정에서 국민의 행정참여를 도모하는 절차”로 좁게 파악할 경우, 『과연 어느 행정과정에 행정절차를 도입하여야 할 것인가』는 각국의 행정현실에 따라 입법정책적으로 고려되어야 할 것이기 때문이다.

둘째로 행정과정에 대한 기본원칙들을 실제적 규정으로 도입하고 있는가가 비교기준이 될 수 있다.

“행정절차법”을 순수한 “행정과정에 대한 절차법”으로 파악하여 행정절차법에 사전통지, 기준제시, 이유부기, 청문, 공청회 등 순수한 『절차적 규정』만을 포함시킬 수 있다.

위와 달리 행정절차법에 “행정과정에 대한 기본법”의 성격을 부여하여, 행정과정에 관한 각종 기본원칙들을 실제적 규정으로 포함시킬 수 있다.

행정절차법이 가지는 “행정절차에 관한 일반법”이라는 성격상 절차규정을 정하면서 어느 정도 행정과정에 있어서의 일반원리를 함께 법에 포함시키고자 하는 입법적 요청을 무시하기는 어렵다. 입법과정에서 실제적 규정을 어느 정도 법에 포함시키고자 할 때 어느 단계의 행정과정에 대하여 어느 정도의 실제적 원칙 규정을 둘 것인가는 또 각국의 입법정책에 따라 달라지게 된다.

셋째로 절차적 규정에 준수법적 요소를 어느 정도 까지 도입하였는가가 비교기준이 될 수 있다. 행정절차의 주체자에게 어느 정도의 중립적 위치를 부여할 것인가, 변론절차, 증거조사절차등에 있어 당사자들의 참여장치를 어느 정도 확보해줄 것인가, 행정절차를 거친 결과를 처분, 행정입법등에 어느 정도 구속력 있게 반영할 것인가는 각국의 입법정책에 따라 달라지기 때문이다.

그 밖의 비교법적 기준으로서 행정절차법의 적용범위가 어떤 방식으로, 얼마나 폭넓게 규정되어 있는가 등을 검토할 수 있다. 일반행정절차법을 제정하면서, 행정절차법의 적용을 받지 아니하는 특별한 관청이나, 직무범위를 정하는 것은 나라마다 다르다. 행정절차법에 대한 예외의 정도에 대한 비교법적 고찰은 그 나라의 행정절차법의 일반성을 평가하는 척도로 활용될 수 있기 때문이다.

일반행정절차법을 제정하여 시행하고 있는 국가는 현재 약 20개국에 이른다. 행정절차법을 일반법인 단행법률로 제정하여 시행한 최초의 기록은

1925년의 오스트리아 일반행정절차법이다. 오스트리아에 이어 폴란드가 1928년에, 체코슬로바키아가 1928년에, 유고슬라비아가 1933년에 행정절차법을 제정하였다. 2차 세계대전 후 1946년에는 미국이, 1957년에는 헝가리가, 1958년에는 스페인과 이스라엘이, 1967년에는 스위스가, 1968년에는 스웨덴이, 1976년에는 독일이, 1992년에는 네델란드가, 1994년에는 일본이 행정절차법을 제정하였으며, 1996년에는 대한민국 행정절차법이, 2000년에는 타이완 행정절차법이 제정되었다.

이들 국가 중에서 1925년부터 제정·시행되어 오고 있는 오스트리아 행정절차법과 우리 행정절차법의 모범으로 작용한 미국·독일 및 일본 등의 행정절차법을 위의 기준에 따라 비교해 보고자 한다. 이들 나라를 채택한 이유는 오스트리아는 행정절차법을 가장 먼저 시행하기 시작한 나라 중의 하나로서, 미국은 영미법 국가의 표본으로서, 독일은 대륙법 국가의 표본으로서, 일본은 우리와 인접한 유사한 입법례를 가진 나라라는 점에서 그 대상으로 채택되었다.

스페인과 남미 여러나라 및 대만과 중국의 행정절차법안을 입수하기는 하였지만 자료의 입수 및 번역이 지체되어 연구기간 중에 작업이 종료되지 아니한 관계로 다음의 연구로 이들 법안의 분석은 미루기로 하였다.

2. 오스트리아 행정절차법

가. 오스트리아 행정절차법의 연혁과 그 구성

오스트리아의 일반행정절차법은 1925년에 제정, 공포되었다¹²⁾. 이는 성문으로 제정된 최초의 일반행정절차법으로서 행정절차법을 비교법적 고찰함에 있어 중요한 의미를 가진다¹³⁾.

12) 이 법률은 1950년 재 공포되었다. 오스트리아 행정절차법의 성립연혁에 관하여는, 김이열, 오지리연방행정절차법 해설; 행정절차법연구, 한국행정과학연구소 연구보고서 1980, 83번 이하 참조.

13) 1965년에 제정되어 1969년부터 시행되고 있는 스위스의 연방행정절차법도 오스트리아 행정절차법과 그 규정범위가 관할권의 확정 및 처분절차에 국한되어 있는 점, 실제적 규정이 포함되어 있지 아니한 점, 청문절차, 증거조사절차 및 결정절차 등에 있어

오스트리아의 행정절차법은 아래와 같이 총 6편 80개조로 구성되어 있다.

제1편 일반규정(Allgemeine Bestimmungen) 제1장은 행정청(Behörden)을 제목으로 하며, 관할, 사물관할, 토지관할, 관할의 경합, 관할의 변경, 행정기관의 제척 등 7개의 조문(제1조 내지 제7조)으로 구성되어 있다.

제2장은 이해관계인과 그 대리인(Beteiligte und deren Vertreter)을 제목으로 하며, 이해관계인·당사자, 권리능력과 행위능력, 대리인, 법원 선임대리인, 준용규정 등 5개의 조문(제8조 내지 제12조)으로 구성되어 있다.

제3장은 행정청과 이해관계인의 교섭(Verkehr zwischen Behörden und Beteiligten)을 제목으로 하며, 신청, 조서, 조서의 증거능력, 문서 기록, 기록의 열람, 처리, 소환, 공직자의 소환 등 8개 조문(제13조 내지 제20조)으로 구성되어 있다.

제4장은 송달(Zustellungen)을 제목으로 하며, 송달의 방법, 송달의 장소, 대리송달, 직접송달, 송달증명, 특별한 경우의 규정, 송달의 하자 등 11개 조문(제21조 내지 제31조)으로 구성되어 있다.

제5장은 기간(Fristen)을 제목으로 하며, 기간의 계산, 특별한 경우의 기간 등 2개의 조문(제32조 및 제33조)으로 구성되어 있다.

제6장은 질서벌과 자행벌(Ordnungs- und Mutwillensstrafen)을 제목으로 하며, 질서벌, 자행벌 및 법적 쟁송수단 등 3개조문(제34조 내지 제36조)으로 구성되어 있다.

제2편 조사절차(Ermittlungsverfahren) 제1장은 조사절차의 목적과 과정(Zweck und Gang des Ermittlungsverfahren)을 제목으로 하며, 조사절차의 통칙, 조사절차의 진행, 구두심사, 구두심사기일, 기일의 고지, 구두심사방법, 심사조서작성 등 8개 조문(제37조 내지 제44조)으로 구성되어 있다.

제2장 증거(Beweise)는 증거에 관한 통칙, 증거능력, 문서, 증언의 거부, 증언, 이해관계인의 심문, 감정인, 감정인의 기피, 검증, 간접적 증거조사 와 기타의 조사 등 11개 조문(제45조 내지 제55조)으로 구성되어 있다.

엄격한 준수법적 규정을 두고 있는 점에서 동일한 특성을 가지고 있다. 따라서 스위스의 연방행정절차법에 대한 별도의 설명은 생략하기로 한다. 스위스 행정절차법에 관하여는, 허경, 스위스연방행정절차법(Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren): 한국행정과학연구소편, 행정절차법연구, 139쪽 이하 참조.

제3장 행정절차법의 정비를 위한 비교법적 고찰

제3편 결정(Bescheide)은 결정에 의한 발령, 결정의 내용과 형식, 결정의 방법, 결정의 이유, 결정에 대한 항고, 결정의 형식 등 7개 조문(제56조 내지 제62조)으로 구성되어 있다.

제4편 권리보호 제1장 항고소원(Berufung)은 항고소원, 항고소원의 효력, 항고소원의 고지, 특별규정, 준용규정등 5개 조문(제63조 내지 제67조)으로 구성되어 있다.

제2장 기타 결정의 변경(Sonstige Abänderung von Bescheiden)은 직권에 의한 변경과 취소, 재심의 출원, 재심출원의 처리, 원상회복, 원상회복의 청구 등 5개조문(제68조 내지 제72조)로 구성되어 있다.

제3장 결정의무(Entscheidungspflicht)는 재결의무에 관한 1개 조문이 규정되어 있다.

제5편 비용(Kosten)은 이해관계인의 비용, 행정청의 비용, 비용의 부담, 수수료, 행정공과금, 비용징수 등 6개 조문(제74조 내지 제79조)으로 구성되어 있다.

제6편은 종결규정(제80조)이다.

나. 오스트리아 행정절차법의 비교법적 특성

오스트리아 행정절차법의 비교법적 특성은 위에서 개관하면서 언급한 공통적 기준에 비추어 볼 때 다음 표와 같이 요약될 수 있다.

[표 : 오스트리아 행정절차법의 비교법적 특성]

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">• 행정절차법의 제정범위 : 행정처분절차에 국한되어 있음• 실체적 규정의 포함여부 : 포함되어 있지 않음• 준사법적 절차의 채택여부 : 처분을 위한 조사절차, 증거채택절차, 결정절차 등에 있어 폭넓게 준사법적 절차를 채택하고 있음. |
|---|

이상의 특성에 관하여 보다 상세히 언급하고자 한다.

(1) 행정절차법의 제정 범위

오스트리아 행정절차법의 제정범위는 행정청의 관할권을 중심으로한 행정내부절차 관련 규정을 제외할 경우 행정처분절차에 국한되어 있다고 판단된다.

행정입법절차, 행정계획의 확정절차, 행정계약절차, 행정지도절차 등은 일반행정절차법의 제정범위에서 제외되어 있다. 행정집행절차에 관하여는 “행정집행법”이라는 별개의 법률이, 행정처벌절차에 관하여는 “행정처벌법”이 별개의 법률로 제정되어 있다¹⁴⁾

행정내부절차에 관하여는 먼저 행정청의 관할권에 관하여 규정하고 있다. 행정청의 관할(Zuständigkeit)은 법령상 부여된 사무범위(Sachliche Zuständigkeit(사물관할) 및 행정청의 관할영역(Örtliche Zuständigkeit(토지관할)등에 관한 법률 및 행정규칙에 따라 정해진다. 오스트리아일반행정절차법은 법률에 관할에 관한 특별한 규정이 없는 경우 일반적으로 정해진 사물관할 및 토지관할에 관한 일반원칙을 규정하고 있다. 관할이 경합할 경우 행정청의 협의로 해결하여야 하며, 협의가 성립하지 아니할 경우에는 사물관할상의 공통상급행정청이 관할권을 가진다. 관할의 조정이 필요한 경우 사물관할상의 공통상급행정청이 조정권을 가진다¹⁵⁾.

행정절차의 참여자(Beteiligte)는 “행정청의 상대방이 되는 자로서 행정청의 행위를 요구하는 자 또는 행정청의 행위에 관계하는 자”이다¹⁶⁾.

행정처분절차는 행정청에 대한 신청절차, 서면신청 또는 구두신청의 경우의 처리절차, 신청인의 소환이 필요한 경우 그 소환절차, 서류의 송달절차, 기간의 계산방법, 조사절차, 증거수집절차, 결정절차 등에 관하여 규정하고 있다.

행정청에 대한 신청은 서면으로 행함을 원칙으로 하되, 사건의 성질상 지장이 없다고 인정되는 경우에는 구두로서도 할 수 있음을 규정하고 있

14) 오스트리아 일반행정절차법의 부속법률로서 행정절차법의 적용범위등을 정한 행정절차법시행법(Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen)이 제정되었다. 이 법률은 행정절차법과 이후에 제정된 행정처벌법(Verwaltungsstrafgesetz) 및 행정집행법(Verwaltungsvollstreckungsgesetz)을 행정절차에 관한 법률로서 함께 규정의 대상으로 하고 있다. 비록 행정절차법에는 포함되어 있지 아니하나, 행정절차법시행법의 정신에 비추어 본다면 행정처벌법 및 행정집행법도 행정절차관련입법에 포함되어 있는 셈이다. 행정절차법 시행법 및 행정처벌법과 행정집행법의 내용에 관하여는 한국행정과학연구소, 행정절차법연구, 123쪽 이하 참조.

15) 법 제1조 내지 제7조 참조. 참고자료 : 한국행정과학연구소, 행정절차법연구, 93쪽 이하.

16) 오스트리아 행정절차법은 제2장 제8조 내지 제12조에서 이해관계인의 정의 외에도 권리능력과 행위능력을 별도의 규정이 없는 한 민법의 규정에 의하여 판단할 것, 대리인을 선임할 수 있음 등에 관하여 규정하고 있다.

다. 구두로서 신청할 경우에는 조서에 기록되어야 한다. 서류의 원본은 우편으로 송달됨을 원칙으로 한다¹⁷⁾. 조사절차는 행정사건 처리의 기준이 되는 사실관계를 인정하고, 당사자에 대하여 그 권리와 법률상 이익을 주장할 수 있는 기회를 주는 것을 목적으로 진행된다. 행정청은 처분에 필요한 선결문제를 스스로 판단할 수 있다. 조사절차의 기본원칙으로서 합목적성(Zweckmäßigkeit), 신속성(Raschheit), 간이성(Einfachheit), 비용절감(Kostenersparnis) 등이 고려되어야 한다. 조사과정에서 필요한 경우 구두심사를 행한다.

(2) 실체적 규정의 포함 여부

오스트리아 행정절차법은 행정처분 등의 일반원칙을 정하는 실체적 규정을 포함하고 있지 아니하다.

(3) 준사법적 절차의 채택 여부

행정처분절차에 있어서 조사절차, 증거수집절차 및 결정절차 등에는 소송절차에 준하는 엄격한 준사법적 절차규정을 채택하고 있다.

준사법적 규정으로는 구두변론절차를 엄격히 하여 당사자에게 자신의 법률상 이익을 주장할 충분한 기회를 주도록 한 점, 증거수집 및 증거채택 절차를 폭넓게 인정한 점, 결정을 함에 있어 구두변론 및 증거수집의 결과를 반드시 그 이유에 언급하도록 한 점, 결정결과에 대한 이의신청(Beschwerde) 및 재심(Rekurs)의 기회를 상대방에게 부여고 있는 점 등을 들 수 있다¹⁸⁾.

(4) 행정절차법의 적용 범위 등

오스트리아 행정절차법시행법은 행정절차법의 적용대상 행정청을 일일이 나열하는 방식으로 그 적용범위를 규정하고 있다.

17) 제13조 내지 제20조 참조.

18) 기타 상세한 내용에 관하여는 김이열, 오스트리아 행정절차법 해설, 한국행정과학연구소편, 행정절차법 연구, 83쪽 이하 참조.

적용범위에 포함되는 행정청으로는 연방내각, 주에 있는 일반행정관청, 고유한 조례를 보유하고 있는 시행행정청, 통계국, 문서국, 연방경찰청, 안전관리청, 교육청, 문화재관리국, 세무서, 중재위원회, 직업훈련원, 광산감독청, 우체국, 전신국 등 22개의 행정을 규정하여 사실상 거의 모든 행정기관을 망라하고 있다.

행정절차법의 적용대상이 되지 아니하는 사안을 나열하고 있는 바, 이에 해당하는 사안으로는 ①공법상단체, 공공시설, 공재단 등에 대한 보조금의 지급결정 절차 ②국가기관 및 공공단체와 그 근로자간의 고용관계정립절차 ③의회 및 주의회 의원 등 직업적·법적 대표를 선출하는 절차와 국민발안, 국민투표 등의 실시절차 ④징계절차 ⑤특정한 전문분야 종사자의 지식을 평가하기 위한 시험절차 ⑥공공질서나 안전을 담당하는 국가행정관청, 연방검찰청 등이 그 직무상 발생하는 긴급한 위협에 대응하기 위하여 그 기준을 정하고 행정집행법의 예외에 속하는 강제권을 행사하는 절차 등을 규정하고 있다.

3. 미국의 연방행정절차법

가. 미국 연방행정절차법의 연혁과 그 구성

제2차 세계대전 직후인 1946년에 미국연방행정절차법이 제정되었다¹⁹⁾.

미국의 연방행정절차법은 1946년 제정당시 전문 12조로 되어 있었는데 그 후 법전화되었다. 이 법률은 미국법전 제5편 제5장을 중심으로 편제되어 있다²⁰⁾. 행정절차라 명명되어 있는 제5장은 제1절 일반규정(Subchapter I -

19) “박윤훈, 미국행정절차법의 성립과 내용; 한국행정과학연구소, 행정절차법연구, 41쪽 이하”에 따르면 “미국행정절차법은 행정위원회의 발달과 그에 대한 사법적 통제의 필요성간의 타협의 산물이다. 준입법, 준사법 및 집행의 3기능을 동시에 행사하는 행정위원회에 대처하기 위하여 ①행정부에 부여한 위임입법권에 통제를 가하는 것과 이해관계인에게 입법에 참여할 기회를 주는 방법 ②재산권에 제약을 가하는 행정처분의 사전절차를 사법절차에 접근시키는 방법 ③행정청의 행위에 사후적 구제를 주는 사법심사를 확립하는 방법 등을 입법적으로 도입한 것이다. 미국행정절차법의 제정단계는 3단계로 나누어지는 바, 제1기는 미국 법조협회가 행정법에 관한 일반법 제정에 동의한 1936년의 『법조협회 행정법특별위원회』의 보고서까지이며, 제2기는 행정절차에 관한 법무장관위원회의 최종보고서가 상원에서 발표된 1941년 1월까지이며, 제3기는 1946년의 행정절차법의 제정시까지이다”.

20) 참조 United States Code, Title 5 - Government Organization and

General Provisions) 제2절 행정절차(Subchapter I - Administrative Procedure) 제3절 미국행정위원회(Subchapter III - Administrative Conference of the United States) 등 3개의 절로 구성되어 있다. 제5장 중에서도 “행정절차”라 명명되어 있는 제2절이 행정절차법에 해당한다. 제7장(Chapter 7)은 사법심사(Judicial Review)라고 명명되어 있으며 행정처분에 대한 사후적 심사 및 구제제도를 포함하고 있다.

“행정절차”편이라 명명되어 있어 미국연방법전상 고유한 의미의 행정절차법에 해당하는 제5장 제2절은 아래의 11개 조문을 포괄하고 있다.

- 제551조 정의
- 제552조 행정청의 규칙·의견·처분·기록 및 절차의 공개
- 제552a조 개인에 관하여 작성된 기록
- 제552b조 공개회의
- 제553조 규칙제정
- 제554조 재결
- 제555조 보칙
- 제556조 청문, 청문주재관, 권한과 의무, 입증책임, 증거, 결정의 기초로서의 기록
- 제557조 제1차적 결정, 확인, 관청에 의한 심사, 당사자에 의한 제출, 결정의 내용, 기록
- 제558조 제재, 허가신청에 대한 결정, 허가의 정지, 취소 및 실효
- 제559조 다른 법률에 대한 효력, 차후에 제정되는 법규의 효력.

이와 아울러 그 부속조문으로서 제3105조 행정법판사의 임명²¹⁾, 제

Employees, Chapter 5 - Administrative Procedure.

21) 1948년도 법제정시에는 제3105조이하는 “청문심사관(hearing examiner)”이라는 명칭으로 불리워졌고, 조문의 제목도 위와 같았다. 1978년의 법 개정으로 청문심사관의 명칭은 행정법판사(administrative law judge)로 개정되었다. 그러나 명칭의 개정이 있었을 뿐 그 임명절차나 보수의 지급 등에 관한 개정은 없었다. 조문의 취지에 비추어 볼 때 “행정법판사”란 행정청이 임명하는 청문심사관의 다른 명칭이며, “사법부”에 소속되는 엄밀한 의미의 “판사”는 아니다. 이 점에서 명칭만으로 우리나라 및 다른나라의 법제와의 수평적 비교를 하는 것은 곤란하리라 생각된다. 참고자료 USCA, Title 5, 1995 Supplementary Pamphlet(Covering years 1978 to 1994), p.295 이하.

7521조 면직, 제5372조 행정법관사, 제3344조 세부사항, 행정법관사, 제1305조 행정법관사 등을 포함하고 있다.²²⁾

제5장 외에도 사법심사에 관하여 규정한 제7장을 미국행정절차법의 범주에 포함시키기도 한다. 제7장은 제701조 적용·정의, 제702조 심사청구권, 703조 소송의 형식 및 토지관할, 제704조 심사대상이 되는 행위, 제705조 가구제, 제706조 심사의 범위 등 6개 조문으로 구성되어 있다²³⁾.

제7장은 사후구제절차로서의 사법심사제도를 규정하고 있는 것이므로 좁은 의미의 행정절차에는 포함되지 아니한다. 위에서 언급한 바와 같이 좁은 의미의 행정절차는 “행정기관과 국민간에 공감대를 형성하기 위하여 행정과정에서 국민의 행정참여를 도모하는 절차”이며 따라서 사전적 절차이지, 사후적 구제절차가 아니기 때문이다.

1980년의 법개정으로 미국연방법전 제5편에는 제6장이 추가되었다. 제6장은 규제업무의 분석(The analysis of regulatory functions)라는 제목하에 행정청이 행하는 규제기능과 관련된 기존의 행정입법 및 장차 제정될 입법안에 대한 통제절차를 포함하고 있다.

제6장은 미국법전의 장절의 편제상 행정절차편에 포함되어 있지 아니하

22) 위에서 번역된 제5장 제2절 각 조문의 영문 명칭은 아래와 같다. §551 - Definitions, §552 - Public Information; agency rules, opinions, orders, records and proceedings, §552a - Records about individuals, §552b - open meetings §553 - Rule making, §554 - adjudications, §555 - Ancillary matters, §556 - Hearings; presiding employees; power and duties; burden of proof; evidence; record as basis of decision, §557 - Initial decisions; conclusiveness; review by agency; submissions by parties; contents of decisions; record, §558 Imposition of sanctions; determination of application for licenses; suspension, revocation, and expiration of licenses, §Effect on other laws; effect of subsequent statute, §3105 - Appointment of Administrative Law Judges, § 7521 - Removal, § 5372 - Administrative Law Judges, §3344 - Details; Administrative Law Judges, §1305 - Administrative Law Judges; 참조자료 USCA, Titel 5, p. 46 이하 및 USCA, Title 5, 1995 Supplementary Pamphlet(Covering years 1978 to 1994), p.295 이하.

23) 위에 번역되어 있는 제7장의 각 조문제목의 영문명칭은 아래와 같다. §701 - Application; definitions, §702 - Right of Review, §703 - Form and venue of proceeding, §704 - Acitions reviewable, §705 - Relief pending Review, §706 - Scope of Review, 참조자료 USCA Title 5, p.398 이하.

다. 그 내용은 규제행정분야에 국한된다. 규제행정을 위한 행정상 입법 및 장래의 입법을 함에 있어, 그 규제의 합리성을 심사하는 절차를 규정함이 이 장의 핵심을 구성하고 있다. 이러한 점에 비추어 제6장을 미국의 [일반]행정절차법의 일부로 분류하기는 어렵다는 문제점이 지적될 수 있다. 그러나 제6장은 비록 규제분야에 국한되기는 하지만 행정절차상 행정입법 과정에 대한 실질적 심사절차를 규정하고 있는 점에서 넓은 의미의 행정절차의 일부로 포함될 수 있는 요소를 지니고 있다.

제6장은 제601조 용어의 정의, 제602조 규제일정, 제603조 초기규제신축성분석, 제604조 최종규제신축성분석, 제605조 중복분석 또는 불필요분석의 방지, 제606조 타법에 대한 효력, 제607조 분석의 준비, 제608조 완성의 포기 또는 지연의 절차, 제609조 비평수집절차, 제610조 규정의 정기적 심사, 제611조 사법적 재심, 제612조 보고 및 관여권 등 12개의 조문으로 구성되어 있다²⁴⁾.

나. 미국 연방행정절차법의 비교법적 특성

미국 행정절차법의 비교법적 특성은 위에서 설정한 공통적 기준에 비추어 볼 때 다음표와 같이 요약될 수 있다.

[표 : 미국 행정절차법의 비교법적 특성]

24) 위에서 번역된 제6장 각 조문의 영문 명칭은 아래와 같다. §601 - Definitions, §602 - Regulatory agenda §603 - Initial regulatory flexibility analysis §604 - Final regulatory flexibility analysis §605 - Avoidance of duplicative or unnecessary analysis, §606 - Effect on other law, §607 - Preparation of analysis, §608 - Procedure for waiver or delay of completion, §609 - Procedure for gathering comments, §610 - Periodic review of rules §611 - Judicial review, §612 - Reports and intervention rights, 참조자료 USCA, Title 5, 1995 Supplementary Pamphlet(Covering years 1978 to 1994), p.440 이하.

- 행정절차법의 제정범위 : 행정입법절차와 행정처분절차를 포함함
- 실체적 규정의 포함여부 : 포함되어 있지 않음
- 준사법적 절차의 채택여부 : 행정입법 및 처분을 위한 청문절차, 증거채택절차, 결정절차 등에 있어 폭넓게 준사법적 절차를 채택하고 있음.

(1) 행정절차법의 제정 범위

미국연방법률상 “행정절차법”이라고 명명되어 있는 실정법률의 제정범위는 행정입법절차와 행정처분절차에 한정되어 있다.

행정계획의 확정절차, 행정계약절차, 행정지도절차, 행정집행절차 등은 행정절차법의 제정범위에서 제외되어 있다.

미국연방행정절차법상의『행정입법절차』는 미국법상 행정부가 제정하는 일반적 규칙의 제정절차(Rule making procedure)이다.

동법이 의미하는 행정입법으로서의 『규칙(rule)』은 우리나라의 경우와 그 개념에서부터 구분된다. 개념정의를 규정하고 있는 제551조 제4항은 “규칙이란 법률(Law) 또는 행정청의 정책(Policy)을 보충, 해석 또는 묘사하기 위하여 및 행정청의 조직·절차·실무적 요건 등을 정함을 목적으로 하는 행정청의 의사표시의 전부 또는 일부로서 일반적으로 또는 특정사실에 대하여 적용되고 그 효력이 장래에 미치는 것을 의미한다”.

이 정의에 비추어 볼 때 미국법상의 행정입법절차는 법률 뿐만아니라 정책의 묘사를 포함하고 있다는 점에서 우리 행정절차법상의 행정입법절차와 행정예고절차 및 처분 등을 위한 일반적 기준의 설정절차를 포함한 절차라 할 수 있다.

행정입법절차에는 이들 규칙(rule)을 제정, 개정 또는 폐지하는 행정청의 절차를 의미한다.

규칙제정절차에는 제안된 규칙안에 대한 일반적 통지절차, 이해관계인의 참여절차가 포함되어 있다.

규칙안에 대한 일반적 통지는 연방관보에 의하여 행해져야 하며, 법률이 정한 특별한 경우에는 개별적 통지를 하여야 한다. 통지가 행해진후 행정청은 이해관계인에 대하여 구술에 의한 의견진술의 기회와 더불어 따로이

문서에 의한 참고자료, 의견 또는 변론의 제출에 의하여 규칙제정에 참여할 기회를 부여하여야 한다(제553조).

1980년의 법개정으로 도입된 제6장은 행정입법중 특히 규제관련된 입법에 관한 특별 통제절차를 규정하고 있다.

행정규제를 일정한 법규에 도입하고자 할 경우 입법예고를 하여야 하는바, 그 경우 사전에 초기규제신축성분석서를 작성하여 공중이 비평을 할 수 있도록 하여야 한다. 이 분석서는 규정안의 예고시 연방관보에 공표하여야 한다. 이 분석서에는 ①규제에 관한 규정을 도입하고자 하는 이유의 설명 ②제안한 규제규정의 목적 및 법적 근거의 요약 설명 ③제안한 규정이 적용될 중소기업 등 소단체의 범위와 그 대략적 수치 ④제안한 규정과 중복되거나 충돌할 우려가 있는 모든 관련 연방규정의 표시등이 언급되어야 한다(제603조).

이 분석은 일반에게 공표되어야 하며, 일반공중의 비평을 받아 각 소단체에의 경제적 영향을 최소화시키기 위한 각 주요대안이 최종적 규제신축성분석(final regulatory flexibility analysis)의 형태로 기술되어야 한다²⁵⁾. 최종규제신축성분석서에는 ①규정의 필요 및 목적의 요약설명서 ②초기규제신축성분석서에 대한 공중비평에 의하여 제기된 문제점의 요지 ③이러한 문제점에 대한 기관의 평가요지 ④이와 같은 비평으로 인하여 규정안에 가해진 변경사항의 요약 ⑤규정의 소단체에 대한 경제적 영향을 최소화시키기위한 각 주요대안의 기술 ⑥또는 각 대안을 기각한 이유의 설명 등이 언급되어야 한다(제604조).

기존에 시행중인 규제규정에 대하여는 중소기업 등 각 소단체에 중대한 경제적 영향을 주거나 주게될 규정에 대한 정기적 재심계획을 세워 이를 공표하여야 한다. 규정의 재심에 있어서 상당수의 소단체에 대한 규정의 중대한 경제적 영향을 최소화하기 위하여 ①규정의 계속적 필요성 ②규정에 관하여 공중으로부터 받은 고충(complaints) 이나 비평의 성질, ③규정의 복잡성 ④규정이 다른 연방규정 및 가능한 범위안에서 주 및 지방자치단체의 규정과 중복되거나 충돌하는 정도 ⑤규정을 심사한 때로부터의

25) 미국연방행정절차법 제601조 내지 제609조 참조.

기간 및 규정에 영향을 받는 지역에서 기술, 경제적 조건 기타 요인에 변화된 정도 등이 다루어져야 한다. 규정을 담당하는 각 기관은 매년 12월 중에 재심에 포함되어야 할 규정의 목록을 연방관보에 공표하여야 하며, 이러한 목록에도 각 규정의 요약설명서, 규정의 필요성 등을 포함시키고 규정에 대한 공중의 비평을 구하여야 한다(제610조).

행정처분절차에는 행정정보의 공개절차, 통지절차, 청문절차, 증거조사절차, 재결절차 등이 규정되어 있으며, 불이익처분에 해당하는 각종 제재, 허가등의 거부, 정지 및 취소등에 관한 특별절차를 규정하고 있다.

행정청은 중앙 및 일반행정기관의 조직, 일반인이 정보를 얻고 신청등을 행할 장소, 행정청의 사무처리 및 결정의 통상적 경로와 방법, 절차에 관한 규칙, 행정청의 일반적 정책 또는 법률해석 등에 관한 설명에 관한 정보를 공개하여야 하며, 기록된 문서인 경우 그 열람과 복사가 가능하도록 제공하여야 한다(제552조).

행정처분을 위한 정식재결절차는 통지, 청문 및 결정의 3단계로 이루어진다. 이 정식재결절차는 모든 행정처분절차에 적용되는 것은 아니다. 제554조는 “법률상 청문의 기회를 부여한 후 그 기록에 의하여 재결을 행하도록 규정된 경우에” 한하여 적용된다²⁶⁾.

행정청은 청문절차가 개시되는 경우 청문의 일시, 장소, 성질, 관할행정청, 사실상 및 법률상의 문제등을 통지하여야 한다. 청문의 일시 및 장소를 정함에 있어서는 당사자 또는 그 대표자의 편의와 필요를 충분히 고려하여야 한다.

행정청은 모든 이해관계인에게 사실·변론·해결안·조정안 등을 행정청에게 제시할 기회를 주어야 한다. 청문절차는 당사자가 합의로 분쟁을 해결함을 원칙으로 한다. 당사자가 합의에 의하여 분쟁을 해결할 수 없는 경우, 이를 통지하고, 이 통지에 따라 청문과 그에 따른 결정의 기회가 주어져야 한다.

26) 제554조는 청문절차가 진행되지 아니하는 예외에 대한 규정을 두고 있다. 이 예외에 해당하는 경우에 관하여는 아래의 적용제외와 관련한 항목에서 상세히 설명하기로 한다. 미국행정절차법상 재결절차에 관한 해설은, 박윤훈, 미국행정절차법의 성립과 내용; 한국행정과학연구소, 행정절차법연구, 41쪽 이하 참조.

행정청이 국민에게 불이익한 각종 제재권한은 관할권있는 행정청이 법률에 그 권한이 규정된 경우에 한하여만 행사할 수 있다. 법률이 정하는 허가에 대한 신청이 행해진 경우에는 행정청은 이해관계인 또는 허가에 의하여 불이익을 받을 자의 권리 또는 특권에 대하여 정당한 고려를 행하고, 가능한 한 신속하게 행정절차법이 정하는 재결절차를 수행하고 결정을 내려야 한다. 허가의 철회·정지·취소·무효선언등을 행하기 위하여는 이를 위한 행정청의 절차가 개시되기 전에 ①행정청이 당해 처분의 근거가 되는 사실 또는 행위에 대하여 서면으로 피허가자의 주의를 촉구하고 ②피허가자에게 변명의 기회를 부여하여야 한다(제558조)²⁷⁾.

(2) 실체적 규정의 포함 여부

미국연방행정절차법전 해당되는 제5편 제5장 및 제7장은 오스트리아 행정절차법의 경우와 마찬가지로 행정처분 등의 일반원칙을 정하는 실체적 규정을 포함하고 있지 아니하다²⁸⁾.

(3) 준사법적 절차의 채택 여부

규칙제정절차 및 행정처분절차에 있어서 청문절차가 포함되는 정식행정절차에 해당하는 경우에는 소송절차에 준하는 엄격한 준사법적 절차규정을 채택하고 있다.

당사자에 의하여 원용되고 또한 신빙력 및 증명력이 있고 실체적 증거에 의하여 지지된 기록을 고려한 경우가 아니면 규칙을 정하거나, 처분을 행해서는 아니된다. 당사자는 인적증거 또는 증거서면에 의하여 공격 및 방어를 행하며 반증을 제출할 수 있고, 진실을 명백히 하기 위하여 필요한

27) 다만 제558조는 변명의 기회를 부여하지 아니하는 예외를 인정하고 있다. 이에 해당하는 경우로는 당사자가 고의가 있거나 또는 공중위생, 공공의 이익이나 안전을 위하여 불가피한 경우이다. 참조자료 USCA, Title 5, p.558 이하.

28) 다만 불이익처분절차에 관하여 규정한 제558조가 제b항에서 “행정청이 국민에게 불이익한 각종 제재권한은 관할권있는 행정청이 법률에 그 권한이 규정된 경우에 한하여만 행사할 수 있다”고 선언한 것은 불이익처분의 법률유보원칙을 선언한 것으로서 실체적 규정으로 분류할 수도 있으리라 생각된다. 이러한 실체적 규정도 이 항목에 그치고 있다.

상호심문을 행할 권리를 가진다. 규칙을 제정하는 경우 및 보조금의 청구 또는 신규허가에 대한 신청에 대하여 결정을 행하는 경우에는 행정청은 당사자의 이익을 해하지 아니하는 한, 증거의 전부 또는 일부를 서면의 형식으로 제출하는 절차를 채택할 수 있다(제556조 및 제557조).

청문절차는 행정청, 당해 행정청을 구성하는 합의체의 1인 또는 수인의 구성원 또는 특별히 임명된 1인 또는 수인의 청문심사관이 주재한다. 각 행정청은 청문절차를 위하여 필요한 수만큼의 청문심사관인 행정법판사(administrative law judge)를 임명하여야 한다(제556조). 행정법판사는 가능한 한 교체하여 사건에 할당되어야 하며, 청문심사관으로서의 직무와 책임에 반하는 직무를 수행하여서는 아니된다(제3105조). 행정법판사는 인사위원회가 정한 급여를 받는다(제5362조).

(4) 행정절차법의 적용 범위

미국연방행정절차법은 그 용어의 정의에서 행정청(agency)을 합중국정부의 각 기관을 의미한다고 정의한 후, 행정청에 포함되지 아니하는 기관을 열거하는 방식으로 그 적용범위를 정하고 있다²⁹⁾. 이에서 더 나아가서 규칙제정절차 및 청문절차의 예외가 되는 사안에 관하여 개별적으로 규정하는 방식도 병행하고 있다.

적용범위의 예외에 해당하는 기관으로는 의회, 합중국의 법원, 합중국의 준 주(territory) 혹은 속령(possession), 콜롬비아특별구의 정부, 스스로 결정하여야 할 사건의 당사자의 대표, 군법회의와 군사위원회, 전시에 전쟁이나 점령지에서 실현되는 육·해·공군의 권한 등을 들고 있다.

규칙제정절차의 예외로는 ①합중국의 육·해·공군 및 외교상의 직능 ②행정청의 내부관리·인사·공공재산·대부금·보조금·부조 또는 계약에 관련된 사항 등이 규정되어 있다.

청문절차의 예외로는 ①법원에서 새로이 법률문제 및 사실문제에 대한 재판이 행하여질 사안 ②이 장 제3105조에 의하여 임명된 청문관을 제외

29) 제551조 제1항 참조.

한 공무원의 선임 또는 재직조건 ③전적으로 검사, 시험 또는 선거에 의하여 결정이 내려지는 절차 ④육·해·공군 또는 외교상의 사무의 수행 ⑤ 관청이 법원의 대리권한으로 행동하고 있는 사건 ⑥근로자대표의 증명이 규정되어 있다.

4. 독일의 연방행정절차법

가. 독일 연방행정절차법의 연혁과 그 구성

(1) 독일연방행정절차법의 연혁

독일연방행정절차법은 1976년 5월 25일에 제정되었다³⁰⁾. 독일의 연방 행정절차법은 1976년 이전까지 개별법령에 흩어져 규정되어 있었던 행정 절차를 통일적으로 규정함으로써 행정절차에 관한 투명성과 효율성을 확립하고자 하는 데 법 제정의 1차적 목표가 있었다. 그러나 다른 한편으로는 연방의 행정절차법이 행정청이 행정과정을 함에 있어 준수하여야 할 절차를 통일적인 법률에 규정함으로써 행정청이 행정작용에 대한 절차에 있어서의 적법성과 정당성을 확보하도록 하여, 행정과정에 있어서의 국민의 권익을 보다 보호하도록 하는 데 기여하였다.

독일의 연방행정절차법은 헌법의 구체화법으로써 법치국가성의 확보 특히 행정의 법률적합성의 확보, 법적 안정성과 신뢰보호원칙의 구현, 국민의 법앞의 평등의 원칙의 행정과정에서의 실현, 민주국가원칙의 행정과정에 있어서의 구체화, 국민의 기본적 인권의 효율적 보호요청의 행정과정에서의 실현 등에 다각적으로 기여하였다고 평가되고 있다³¹⁾.

이와 같은 연방행정절차법의 이념이 보존되도록 하기 위하여 독일의 연

30) “김철용, 독일의 행정절차법; 한국행정과학연구소, 행정절차법 연구”, 161쪽 이하는 독일행정절차법의 제정연혁을 19세기 말의 행정법의 법전화의 시도에서부터 추적하고 있다. 현행 행정절차법은 1963년의 모범초안(Musterentwurf)에서 기원하며, 1970년에 1차로 의회에 제출되었으나, 연방의회 회의 해산으로 무산되었고. 1973년 다시 의회에 제출되어 2년여의 심의를 거쳐 1976년 의결· 공포되었다.

31) 독일연방행정절차법의 의의 및 그 헌법적 근거 등에 관하여는 Kopp, VwVfG, Vorbem. §1, Rdn. 3 ff. 참조.

방행정절차법은 1976년 2월 7일 입양법(Adoptionsgesetz) 제7조제4호에 따라(BGBI. I. S. 1749) 제20조 제척규정에서 제척되어야 할 인물의 범위가 약간 달라진 것 외에는, 1990년 독일의 통일이 이루어지기까지 전혀 개정되지 아니하였다.

독일연방행정절차법은 연방의 각종 행정작용에 대한 표준적 절차를 규정한 법률이다. 독일은 연방국가이며, 주의 행정에 관하여는 원칙적으로 주의 법률이 적용된다³²⁾. 따라서 각 주의 행정을 위한 행정절차에 관하여는 주의 행정절차법이 적용된다. 연방행정절차법이 제정된 후 각 주에서는 빠짐없이 주행정절차법을 제정하였다³³⁾

독일의 통일에 따라 구동독에 속해 있다가 새로운 독일의 연방주로 편입되게된 5개 주에서는 행정절차법을 제정할 때까지 주의 행정을 위한 행정절차에 연방행정절차법이 적용되도록 독일통일조약에 명시되었다. 독일통일조약은 새로운 주가 행정절차법을 신속히 제정하도록 강제하기 위하여 연방행정절차법이 1992년 12월 31일 까지만 적용되도록 규정하였다. 이에 따라 새로운 5개주는 1992년 중으로 모두 행정절차법을 제정하였다³⁴⁾.

1976년부터 1990년까지 24년동안 연방행정절차법이 시행되는 동안, 연

32) 독일기본법 제70조는 “기본법이 연방에 대하여 입법권을 부여한 경우를 제외하고는 주가 입법권을 가진다”고 규정하여, 주의 행정에 관하여는 원칙적으로 각 주가 입법권을 가짐을 명백히 하였다. 각 주에서 주 행정의 집행을 위하여 필요한 행정절차에 관하여는 연방행정절차법이 적용되는 것이 아니라 각 주의 행정절차법이 적용된다. Jarass/Pieroth, GG, 3. Aufl., Art. 70, Rdn. 1 ff; Maunz-Dürig, GG, Art. 70, Rdn. 1 ff.

33) 바덴뷔르템베르크주(Baden-Württemberg)는 1977년 6월 21일에, 바이에른주(Bayern)는 1976년 12월 23일에, 베를린주(Berlin)는 1976년 12월 8일에, 브레멘주(Bremen)는 1976년 11월 15일에, 함부르크주(Hamburg)는 1977년 11월 9일에, 헤센주(Hessen)는 1976년 12월 1일에, 니더작센주(Nieder-Sachsen)는 1976년 12월 3일에, 노르트라인베스트팔렌주(Nordrhein-Westfalen)는 1976년 12월 21일에, 라인란트팔츠주(Rheinland-Pfalz)는 1976년 12월 23일에, 자아르란트주(Saarland)는 1976년 12월 15일에 각각 행정절차법을 제정, 공포하였다. Satorius, VwVfG 100, 각주(1) 참조.

34) 브란덴부르크주(Brandenburg)는 1993년 2월 26일에, 메켈른부르크-포아폼머른주(Mecklenburg-Vorpommern)는 1993년 4월 12일에, 작센주(Sachsen)는 1993년 1월 21일에, 작센-안할트주(Sachsen-Anhalt)는 1993년 8월 18일에, 튀링겐주는(Türingen) 1991년 8월 7일에 각각 행정절차법을 제정, 공포하였다.

방행정절차법이 행정의 예견가능성 및 투명성을 확보하는 데 기여한 것은 분명하나, 다른 한편으로는 연방행정절차법은 행정청이 행정을 수행함에 있어 행정의 신속성을 저해하고, 더 나아가 행정의 효율성을 저해하는 측면이 있다는 점에서 특히 계획확정절차를 중심으로 그 수정이 요구되어왔다³⁵⁾.

1990년 10월 3일 독일의 통일이 이루어지면서 독일의 정치, 경제, 사회, 문화의 모든 분야는 급격한 변혁을 겪게 되었다. 이 변혁의 과정에서 행정의 신속한 대응이 요청되었다. 구동독의 국영기업들은 신속히 민영화 되어야 했으며, 부족한 도로, 공항, 항만, 철도등 기반시설은 보다 신속히 설치되어야 했다. 이를 위하여 건설법전 등 실체법 분야에 많은 손질이 가해졌다. 더 나아가 도로의 건설, 각종 산업시설의 설치 등을 위하여는 신속한 허가 절차가 요구되었다³⁶⁾.

독일의 통일로 인하여 급격히 변화한 정치적, 사회적 및 경제적 여건은 실체적 분야의 행정법뿐만 아니라 연방행정절차법에도 상당한 영향을 미칠 수밖에 없었다. 독일의 통일 이전부터 가져온 경제적 위치를 공고히 하고, 허가절차를 촉진하며, 규제를 완화하고, 국가임무를 민영화하며, 행정법을 간소화하고 통일화 하기위하여는 연방행정절차법의 변혁이 필수적으로 요청되었다.

1990년 이전의 연방행정절차법관계의 기초를 뒤흔들었던 첫 번째 조치는 연방건설법전 제214조 제3항의 개정이었다. 이에 따르면 형량과정의 흠은 그 흠이 형량의 결과에 중대한 영향을 미치는 경우에 한하여만 의미가 있다는 것이었다. 이는 1990년 5월 17일의 연방건설법전조치법 제9조에 의하여 독일통일후 새롭게 편입된 5개주에 보충적으로 반영되었다³⁷⁾. 이는 계획 결정의 흠의 법적 중대성에 관한 상당한 변경을 의미했고, 계획법 분야의 행정소송법상의 판결에도 상당한 수정을 가져오는 것이었다.

종래의 구조를 뒤흔든 두 번째의 변경은 1991년 12월 16일에 제정된,

35) 독일 행정절차법의 의의와 기능에 관하여는, 오준근, 공정행정구현을 위한 행정절차법의 제정방안, 한국법제연구원 현안분석, 1995 참조.

36) 독일의 통일에 따른 법제정비에 관하여는 법제처, 독일통일관계법 연구 I, II, (1991, 1992); 법무부, 독일 법률·사법통합개관, 1992; 통일독일·동구제국 물수재산처리개관, 1994 등에 소개되어 있다.

37) Baugesetzbuchmaßnahmengesetz vom 17.5.1990, BGBl. I. 926.

독일의 통일로 새로 편입된 주들에 있어서 도로, 철도, 수로 등의 건설과 그 추진을 위한 교통로계획촉진법이다³⁸⁾.

이러한 경향은 1993년 6월 26일의 『계획간소화법』에 의하여 보충되고 확대되었다. 이 법률은 종래의 계획확정절차와 이 절차가 적용되는 전문계획법률들에 대하여 적용되어 계획확정절차의 내용에 대한 수정을 가져오도록 제정된 것이었다³⁹⁾.

1993년의 『계획간소화법』에 이르기까지 행정절차적 규정은 각 개별법령에서 많은 변혁을 겪었다⁴⁰⁾. 그러나 이와 같은 변혁은 연방행정절차법 그 자체의 변혁에까지 이르지는 못하였다.

독일의 통일 이후 연방행정절차법의 일부조문의 개정이 전혀 없었던 것은 아니다. 1990년 9월 12일 후견법(Betreuungsgesetz) 제7조에 따라(BGBl. I. S. 2002) 행위능력에 관한 제12조와 법정대리인에 관한 제16조가 일부 개정되었으며, 1994년 9월 14일 우편구조혁신법(Postneuordnungsgesetz) 제12조 제5항에 따라(BGBl. I. S. 2325) 적용범위의 예외로서 독일연방의 우편관청의 작용을 포함시켰던 제2조 제3항 제4호가 삭제되었다.

1996년 5월 2일 행정절차관련규정의개정법률(Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften), (BGBl. I. S. 656) 제1조는 연방행정절차법에 보다 많은 변혁을 가했다. 이 법률은 행정행위의 취소와 철회에 관한 행정절차법의 내용에 상당한 변혁을 가하고 있다⁴¹⁾.

38) Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz vom 16.12.1991, BGBl. I. 2174.

39) Planungsvereinfachungsgesetz vom 26.9.1993 BGBl. I. 2123 이들 법률들에 의하여 수정된 내용은 아래와 같이 요약될 수 있다. 1. 시민과 행정청 모두에 대한 이의신청 및 소제기 기간의 단축 및 사전절차와 소송절차에 있어 상대적으로 강력한 제척효과 ; 2. 특정한 사소한 계획에 대하여 많은 시간을 요하는 계획확정절차 대신에 계획허가절차라는 간소한 절차의 도입 ; 3. 형량의 하자로 인한 계획결정의 취소가능성의 제한 ; 4. 통일 후 새로 편입된 주에 있어서의 소송절차의 단축 및 집중.

40) 각 행정절차에 관한 개별법령속에서 이루어진 행정절차간소화법제의 내용과 문제점에 관하여는 김성수, 행정절차간소화법제의 내용과 문제점 - 폐기물처리시설설치를 위한 절차촉진의 입법적 과제 -, 공법연구, 제25집 제4호, 1997, 327쪽 이하에 소개되어 있다. 이 논문은 투자간소화및택지조성법, 계획간소화법의 내용을 상세히 소개하고 있다.

41) 이 규정의 내용에 관하여는, 오준근, 독일연방행정절차법의 변혁, 한국법제연구원, 1997 참조.

연방행정절차법에 보다 근본적인 변혁을 가져온 입법은 1996년에야 이루어졌다. 특히 1996년 9월 12일에 제정된 “허가절차촉진법”⁴²⁾은 1996년 10월 9일에 제정된 “환경보호법적허가절차의촉진과단순화를위한법률”⁴³⁾과 1996년 11월 1일에 제정된 “행정소송법과다른법률의개정을위한제6차법률”⁴⁴⁾과 더불어 연방행정절차법과 개별법령에 따른 행정절차에 근본적인 변혁을 가하였다.

허가절차촉진법은 교통로계획촉진법 및 계획간소화법에 의하여 시작된 계획절차의 촉진 및 간소화조치를 행정절차 전체에 확대하는 입법이다⁴⁵⁾. 이 법률로 인하여 종래의 독일 행정절차의 구조에는 근본적인 변혁을 가져오게 되었다.

허가절차촉진법은 다음의 다섯 개의 영역으로 구분된다.

1. 신속성의 원칙의 도입 : 연방행정절차법 제10조의 개정을 통하여 신속성의 원칙(Zügigkeitsprinzip)이 도입되었다.
2. 집단절차에 있어서의 공시가능성의 간소화 : 집단절차에 해당하는 이해관계인의 수를 300인에서 50인으로 하향조절하여 개별적인 고지, 소환, 송달등을 공통적인 사항으로 함으로써 행정청의 부담을 줄이고

42) Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz(GenBeschlG) vom 12.9.1996, BGBl. I. 1354.

43) Das Gesetz zur Beschleunigung und Vereinfachung immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren vom 9.10.1996, BGBl. I. 1498.

44) Das Sechste Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und andere Gesetze(6. VwGOÄndG) vom 1.11.1996, BGBl. I. 1626.

45) 허가절차촉진법의 주요내용에 관하여는 Bonk, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz, NVwZ 1997, S. 323 ff.; Bracher, Nachholung der Anhörung bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens?, DVBl. 1997, S. 534 ff.; Hatje, Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozeß als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, DÖV 1997, S. 477ff.; Holle, Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren / Deregulierung, UPR 1996, S. 377 ff.; Schmitz, Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz - Neue Regelung im Verwaltungsverfahrensgesetz und der Wirtschaftsstandort Deutschland, NVwZ 1996, S. 955 ff.; Stür, Die Beschleunigungsnovellen 1996, DVBl. 1997, S. 326 ff.; Szeckalla, Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren - Deregulierung, ZG 1996, S. 284 ff. 등 참조.

자 연방행정절차법 제17조, 제67조, 제69조, 제73조, 제74조 등을 개정하였으며, 절차에 대한 참여자에 대하여 부분적으로 새로운 제척 규정을 도입하였다.

3. 절차 및 형식상의 하자에 대한 치유 가능성의 확장 : 연방행정절차법 제45조의 개정을 통하여 행정행위의 하자 치유시점을 연장하고, 제46조의 개정을 통하여 행정행위의 취소사유가 되는 절차 및 형식상의 흠을 제한하였다⁴⁶⁾.
4. 경제적 기업행위에 대한 허가절차의 촉진 : 연방행정절차법 제5부 제1a절을 신설하여 제71a-e조가 추가되었다. 이 절은 경제적 기업활동에 대한 절차상의 특수성을 감안하여 허가절차를 특별히 촉진하고자 도입되었다.
5. 계획확정절차의 개정 : 계획허가절차의 도입으로 인하여 계획확정절차에 관한 법규정이 개정되었다. 제척효과를 가진 단축된 기간의 도입으로 절차를 간소화하고, 형량의 하자로 인한 계획결정에 대한 재판상의 취소요건을 엄격하게 하였다⁴⁷⁾.

(2) 독일 연방행정절차법의 구성

독일연방행정절차법은 아래와 같이 8개부 103개 조문으로 구성되어 있다.

46) 이 규정은 제6차 행정소송법개정법률에 의하여 보완되었다. 그 내용은 제87조, 제94조, 제114조 등에 반영되어 있다.

47) 독일행정절차법의 변혁에 대한 구체적인 내용은, 오준근, 독일연방행정절차법의 변혁, 한국법제연구원, 1997 참조. Bonk, Strukturelle Änderungen des Verwaltungsverfahrens durch das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz, NVwZ 1997, S. 323 ff.; Bracher, Nachholung der Anhörung bis zum Abschluß des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens?, DVBl. 1997, S. 534 ff.; Hatje, Die Heilung formell rechtswidriger Verwaltungsakte im Prozeß als Mittel der Verfahrensbeschleunigung, DÖV 1997, S. 477ff.; Holle, Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren / Deregulierung, UPR 1996, S. 377 ff.; Schmitz, Das Genehmigungsverfahrenbeschleunigungsgesetz - Neue Regelung im Verwaltungsverfahrensgesetz und der Wirtschaftsstandort Deutschland, NVwZ 1996, S. 955 ff.; Stür, Die Beschleunigungsnovellen 1996, DVBl. 1997, S. 326 ff.; Szcakalla, Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren - Deregulierung, ZG 1996, S. 284 ff. 등 참조.

제1부 적용범위·토지관할·직무원조(Anwendungsbereich, örtliche Zuständigkeit, Amtshilfe)는 적용범위 및 그 예외, 토지관할, 직무원 조의무와 그 요건 및 한계, 행정청의 선정, 직무원조의 실시 및 그 비용 등 8개 조문(제1조 내지 제8조)으로 이루어져 있다.

제2부 행정절차통칙(Allgemeine Vorschriften über das Verwaltungsverfahren) 제1절은 절차의 원칙(Verfahrensgrundsätze)을 제목으로 하며, 행정절차의 개념, 행정절차의 무형식성, 참가자격, 행위능력, 참가인, 대리인 및 보좌인과 그 선임, 동일한 이해관계가 있는 참가인들의 대표, 제척, 기피, 절차의 개시, 관용어, 조사의 원칙, 자문, 정보제공, 증거방법, 참가자의 의견청취, 참가자의 기록열람, 비밀유지 등 22개의 조문(제9조 내지 제30조)으로 구성되어 있다.

제2절은 기간·기일·절차의 재개(Fristen, Termine, Wiedereinsetzung)를 제목으로, 기일 및 기간과 전단계의 절차의 재개 등 2개 조문(제31조 및 제32조)으로 구성되어 있다.

제3절은 공적 인증(Amtliche Beglaubigung)을 제목으로 하며, 등본·복사·인쇄 및 사진원판의 공증 및 서명의 공증 등 2개 조문(제33조 및 제34조)으로 구성되어 있다.

제3부 행정행위(Verwaltungsakt) 제1절은 행정행위의 성립(Zustandekommen des Verwaltungsaktes)을 제목으로 하며, 행정행위의 개념, 부관, 행정행위의 명확성 및 형식, 확약, 행정행위의 이유제시, 재량, 행정행위의 통지, 행정행위의 명백한 오류 등 8개의 조문(제35조 내지 제42조)으로 구성되어 있다.

제2절은 행정행위의 효력(Bestandskraft des Verwaltungsaktes)을 제목으로 하며, 행정행위의 효력, 행정행위의 무효, 절차 및 형식상의 흠의 치유, 절차 및 형식상의 흠의 효과, 흠있는 행정행위의 전환, 위법한 행정행위의 취소, 적법한 행정행위의 철회, 권리구제절차에 있어서의 취소 및 철회, 절차의 재심, 문서 및 물건의 반환 등 10개의 조문(제43조 내지 제52조)으로 구성되어 있다.

제3절은 행정행위의 시효(Verjährungsrechtliche Wirkung des Verwaltungsaktes)를 제목으로 하며, 행정행위로 인한 시효의 중단

(제53조)에 관하여 규정하고 있다.

제4부 공법상 계약(Öffentlich-rechtlicher Vertrag)은 공법상 계약의 내용, 화해계약, 교환계약, 서면형식, 제3자 및 행정청의 동의, 공법상 계약의 무효, 특별한 경우에 있어서 계약의 조정과 해지, 즉시집행에의 복종, 법조문의 보충적용 등 9개 조문(제54조 내지 제62조)으로 구성되어 있다.

제5부(besondere Verfahrensarten) 제1절은 정식행정절차(Förmliches Verwaltungsverfahren)를 제목으로 하며, 정식행정절차에 관한 규정의 적용, 신청형식, 증인 및 감정인의 협력, 이해관계인의 의견청취, 구두심리, 구두심리의 진행, 결정, 결정의 취소, 위원회에서의 정식절차에 관한 특별규정 등 9개 조문(제63조 내지 제71조)으로 구성되어 있다.

제1a절은 허가절차의 촉진(Beschleunigung von Genehmigungsverfahren)을 제목으로 하며, 적용범위, 허가절차의 신속성, 자문과 정보, 별표절차, 신청회의 등 5개조문(제71a조 내지 제71e조)으로 구성되어 있다.⁴⁸⁾

제2절은 계획확정절차(Planfeststellungsverfahren)를 제목으로 하며, 계획확정절차에 관한 규정의 적용, 청문절차, 계획확정재결, 계획확정의 법적 효과, 계획실행전의 계획변경, 계획확정재결의 폐기, 계획의 경합(제72조 내지 제78조)등에 관하여 규정하고 있다.

제6부 권리구제절차(Rechtsbehelfsverfahren)는 행정행위에 대한 권리구제, 전치절차의 비용보상 등 2개의 조문(제79조 및 제80조)으로 구성되어 있다.

제7부 명예직활동 및 위원회(Ehrenamtliche Tätigkeit, Ausschüsse) 제1절은 명예직활동(Ehrenamtliche Tätigkeit)을 제목으로 하며 명예직활동에 관한 규정의 적용, 명예직활동의 의무, 명예직활동의 행사, 비밀엄수의무, 실비변상, 면직, 질서유지 등 7개 조문(제81조 내지 제87조)으로 구성되어 있다.

제2절(Ausschüsse)은 위원회를 제목으로 하며, 위원회에 관한 규정의 적용, 회의질서, 의결능력, 의결방법, 위원회에 의한 선거, 회의록 등 6개

48) 이 절은 허가절차촉진법의 제정에 따라 도입된 것이다. 이 절의 내용에는 적용범위, 허가절차의 신속성, 자문과 정보제공, 별표절차, 신청회의 등을 포함하고 있다. 이 절의 구체적인 내용에 대하여는, 오준근, 독일연방행정절차법의 변혁, 한국법제연구원 1997 참조.

조문(제88조 내지 제93조)으로 구성되어 있다.

제8부 종결규정(Schlußvorschriften)은 지방자치단체임무의 이관, 방위사무에 관한 특칙, 경과규정, 행정소송법의 개정, 연방국도법의 개정, 연방공해방지법의 개정, 주법률상의 규정, 도시주(Stadtstaaten)규정, 효력발생등 9개 조문(제93조 내지 제103조)으로 구성되어 있다.

나. 독일 연방행정절차법의 비교법적 특성

독일 연방행정절차법의 비교법적 특성은 위에서 설정한 공통적 기준에 비추어 볼 때 다음표와 같이 요약될 수 있다.

[표 : 독일 행정절차법의 비교법적 특성]

- 행정절차법의 제정범위 : 행정내부절차, 행정행위절차, 공법상계약절차, 계획확정절차 등을 포함하고 있음
- 실체적 규정의 포함여부 : 행정행위 및 공법상계약에 관한 통칙적 규정을 다수 포함하고 있음
- 준사법적 절차의 채택여부 : 일반적 행정절차는 무형식, 간결성이 원칙임. 특별 절차로서 “정식행정절차”와 “계획확정절차”를 도입하고 이 경우에 한하여 엄격한 준사법적 절차를 채택함

(1) 행정절차법의 적용 범위

독일의 연방행정절차법의 제정범위는 행정청의 관할권, 직무응원등을 중심으로한 행정내부절차와 행정행위절차, 공법상계약절차 및 계획확정절차 등을 폭넓게 포함하고 있다.

다만 독일의 연방행정절차법은 행정입법절차를 포함하고 있지 아니하며, 행정지도절차에 관하여도 침묵하고 있다. 행정집행절차에 관하여는 “행정집행법”이라는 별개의 법률로 제정되어 있다.

행정내부절차에 관하여는 먼저 행정청의 관할권에 관하여 규정하고 있다. 독일 연방 행정절차법은 법률에 관할에 관한 특별한 규정이 없는 경우 일반적으로 정해질 토지관할(Örtliche Zuständigkeit)에 관한 일반원칙과

관할이 경합할 경우에 관한 해결방안을 아울러 정하고 있다(제3조)⁴⁹⁾.

독일연방행정절차법은 행정내부절차로서 행정청상호간의 직무공조의무와 그 요건, 실행방법, 비용부담 등에 관하여 규정하고 있다. 행정청은 특정한 행정사무를 처리함에 있어 법적 근거의 미비, 인적자원 또는 물적 장비의 부족, 정보의 부족 등으로 그 사무를 처리하기 어려운 경우 다른 행정청에 직무의 원조를 구할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 행정청은 법률상 명시된 예외적 사항에 해당하지 아니하는 한, 그 직무의 보완을 위한 원조를 하여야 한다(제4조 및 제5조).

행정행위절차는 행정행위의 요건심사, 준비 및 그 결정등에 관한 대외적으로 효력을 가지는 행정청의 활동을 의미한다.

행정절차는 특별한 규정이 없는 한, 특정한 형식에 구속되지 아니하며, 간단하고 합목적적으로 실행되어야 함을 원칙으로 한다(제10조). 행정절차의 개시여부 및 개시시기에 관하여는 행정청이 의무에 적합한 재량(nach pflichtgemäßem Ermessen)으로 결정한다⁵⁰⁾. 행정청은 직권으로 사실을 조사한다. 이해관계인의 권리를 침해하는 행정행위를 행하기에 앞서 행정청은 이해관계인에게 의견을 진술할 기회를 주어야 한다(제28조). 행정청은 이해관계인에게 당해 절차와 관계있는 기록의 열람을 허용하여야 한다(제29조). 서면으로 행해지거나 서면으로 확인된 행정행위는 서면으로 그 이유를 부기하여야 한다(제39조). 행정행위는 상대방이나 이해관계인 또는 그 대리인에게 통지하여야 한다(제41조).

공법상계약절차는 공법의 영역에 속하는 법률관계를 계약으로서 설정·변경 또는 소멸시키는 절차를 의미한다. 행정청은, 법령에 위반하지 아니하는 한, 행정행위를 발하는 대신에 행정행위의 상대방이 될 자와 공법상 계약을 체결할 수 있다(제54조). 공법상 계약은, 법령이 다른 형식을 규정하지 아니하

49) 제3조는 관할권이 경합할 경우의 신속한 해결을 위하여, 공통의 감독권을 가지는 상급행정청이 관할의 지정을 하지 아니하는 한, 최초로 사안을 접수한 행정청이 결정권을 가지도록 하고, 관할권의 지정이 필요한 경우에 대한 요건을 구체적으로 정하고 있다.

50) 다만 법령이 행정청이 직권으로 또는 신청에 따라 행정절차를 개시할 의무를 규정하고 있거나, 신청에 의하여서만 절차의 개시를 할 수 있음을 규정한 경우에는 예외로 한다(제22조).

는 한, 서면으로 체결하여야 한다. 제3자의 권리를 침해하는 공법상의 계약은 제3자가 서면으로 동의한 경우에 한하여 효력이 있다(제58조).

계획확정절차는 법령이 이 절차를 거칠 것을 명문으로 규정하고 있는 경우에 한하여 개시된다. 계획확정절차는 도로건설, 폐기물처리장의 건설 등 다수의 이해관계인에게 구속적 영향력을 미치는 대규모사업계획을 이해관계인의 집중적 참여하에 결정하는 절차로서 특수한 행정처분절차에 해당된다⁵¹⁾. 계획의 담당자는 청문을 주관하는 행정청에 계획안을 제출하여야 한다. 청문행정청은 계획안을 열람하도록 제공하고, 공고, 통지 등을 통하여 이 사실을 널리 알려야 한다. 이해 관계인은 계획안에 대하여 이의를 신청할 수 있다. 계획확정권을 가진 행정청은 계획담당자와 이해관계인간에 분쟁이 있는 사안에 관하여 결정한다. 이 경우 예방조치, 보상 등을 계획담당자에게 명할 수 있다. 계획확정결정은 사업계획과 관련된 모든 허가, 인가, 동의 등을 포괄한 집중적 허가의 성격을 띤다. 계획확정결정이 행정소송기간의 경과 등으로 불가쟁력을 가지게 된 경우에는 사업의 중지 등의 청구권이 배제된다(제72조 내지 제78조).

(2) 실체적 규정의 포함 여부

독일연방행정절차법은 행정행위 및 공법상계약과 관련하여 다수의 실체적 규정을 포함하고 있다.

행정행위에 관하여는 “행정행위(Verwaltungsakt)라 함은 행정청이 공법의 영역에서 개별적인 사항을 규율하기 위하여 행하는 모든 처분(Verfügung), 결정(Entscheidung) 또는 다른 고권적 조치(andere hoheitliche Maßnahme) 이며 직접적인 법적 효력을 위하여(auf unmittelbare Rechtswirkung) 대외적으로(nach außen) 지향하는 것이다. 일반처분(Allgemeine Verfügung)이라 함은, 일반적인 특성에 따라 정하여 지거나 또는 특정가능한 인적 범위를 대상으로 하거나 또는 어떤 사물의 공법적인 특성 또는 그의 일반인에 의한 이용에 관련된 행정행위를 말한다”(제35조)고 직접적으로 정의하고 있다.

51) 이 점에서 단순한 계획수립절차와는 구분된다. 계획확정절차의 의의와 내용에 관하여는 Kopp, VwVfG, §72, Rdn. 1 ff.

행정행위의 부관(Nebenbestimmungen)에 대하여는 “행정행위는, 국민이 이를 청구할 수 있는 성질의 것인 경우(auf den ein Anspruch besteht), 법규에 부관이 허용되어 있거나 행정행위의 법률상 요건이 충족됨이 부관으로 확보되어야 할 경우에만, 부관을 붙일 수 있다”고 규정하여 부관의 가능성과 한계를 규정하고 있다(제36조)⁵²⁾.

행정행위의 특정성 및 형식(Bestimmtheit und Form)에 대하여는 “행정행위는 반드시 내용적으로 충분히 특정되어 있어야 한다(muß inhaltlich hinreichend bestimmt sein)”고 규정한 후, “행정행위는 문서, 구두 또는 기타의 형식으로 할 수 있다”고 규정하여 불요식행위가 원칙임을 선언하고 있다⁵³⁾(제37조).

확약(Zusicherung)에 대하여는 “특정한 행정행위를 추후에 발동하거나 발동하지 아니할 것을 내용으로 하여 관할행정청이 행하는 확약이(Zusage), 그 실효성을 가지기 위하여는 서면의 형식을 필요로 한다. 확약에 따른 행정행위를 행하기에 앞서 참가인의 의견청취와 다른 행정청 또는 위원회의 협력이 법규상 요구되는 경우에는, 의견청취 또는 행정청이나 위원회의 협력을 먼저 거친 후에야 확약을 발할 수 있다”고 규정하여 확약의 가능성과

52) 제36조 제2항은 “의무에 적합한 재량에 따른 행정행위(Verwaltungsakt nach pflichtgemäßem Ermessen)는 제1항의 규정에도 불구하고 다음 각호에 의하여 부관을 붙여 발령될 수 있다”고 규정한 후 그 요건에 해당하는 사항으로서 1.이익의 제공 또는 부담의 부과가 특정한 시점에 시작되고, 종료하거나 일정한 기간동안만 유효하다는 규정(기한 Befristung) 2.이익의 제공 또는 부담의 부과가 장래 불확실한 사실의 발생에 따라 성립하거나 소멸한다는 규정(조건 Bedingung) 3.철회권의 유보(Vorbehalt des Widerrufs) 4.수익자에게 작위(Tun), 수인(Dulden) 또는 부작위(Unterlassen)를 명하는 규정(부담 Auflage) 5.사후에 부담을 추가하거나, 변경하거나 보충함에 대한 유보 등을 열거한 후, 제3항에 부관은 행정행위의 목적에 반대되어서는 아니됨을 명시하고 있다.

53) 다만 “구두에 의한 행정행위는 이에 대하여 정당한 이익이 있고 또한 당사자가 이를 즉시 요청한 경우에는 서면으로 확인하여야 한다. 문서에 의한 행정행위는 이를 발한 행정청을 식별할 수 있어야 하고, 또한 행정청의 책임자, 대리인 또는 수입자의 서명이 있거나 성명이 표기되어야 한다. 자동장치를 이용한 문서에 의한 행정행위는 제3항의 규정에 불구하고 서명과 성명표기를 하지 아니할 수 있다. 행정행위의 대상이 된 또는 행정행위와 관련을 가지는 자가 침부된 설명에 의하여 행정행위의 내용을 명백하게 알 수 있을 경우에는 내용표시를 위하여 부호를 사용할 수 있다” 등을 규정하여, 불요식성에 대한 보완장치를 두고 있다.

요건을 규정하고 있다. 다만 “확약이 부여된 후 실체적 또는 법률적 상황이 변화한 경우, 그 변화의 정도가 행정청이 확약 이후에 발생한 위와 같은 변경을 알았더라면 그 확약을 하지 아니하였거나 또는 법률적 근거에 비추어 확약을 하여서는 아니되는 경우에 해당하는 경우, 행정청은 더 이상 확약에 구속되지 아니한다”고 규정하여 사정변경에 따라 행정청이 유연성을 확보할 수 있는 장치를 두고 있다.

재량(Ermessen)에 대하여는 “행정청이 자신의 재량에 따라 행할 권한을 가진 경우에는, 행정청은 그 재량을 수권의 목적에 상응하게 행사하여야 하며 재량의 법제한계를 준수하여야 한다”고 규정하여 재량권행사의 원칙을 정하고 있다(제40조).

행정행위의 효력(Wirksamkeit)에 대하여는 “행정행위는 행정행위의 상대방 또는 행정행위로 인하여 영향을 받을 자에게 고지된 때부터 효력이 발생한다. 행정행위는 고지된 내용에 따라 효력을 발한다. 행정행위는 취소되거나(zurückgenommen), 철회되거나(widerrufen), 다른 방법으로 폐지되거나(anderweitig aufgehoben) 또는 기간만료나 기타방법으로 실효되지 아니하는 한 효력을 지속한다. 무효의 행정행위는 효력을 발하지 아니한다”고 규정하고 있다⁵⁴⁾(제43조).

54) 행정행위의 무효의 기본적 요건은 “특별히 중대한 하자가 있고, 또한 그 하자가 관련한 제반사정으로 판단하여 명백한 경우”이다.

위와 같은 기본적 요건의 존재여부를 불문하고 무효로 하는 경우는 다음과 같다.

1. 문서로 한 처분으로서 처분청을 알 수 없을 때
2. 법규상 일정한 증서의 수여를 통하여만 발하여질 수 있는 행위이나, 그 형식이 충족되지 못한 때
3. 행정청이 관할범위 밖에서 아무런 수권을 받지 아니하고 행한 행정행위
4. 사실상의 이유로 누구라도 행할 수 없는 행정행위
5. 형벌 또는 과태료의 구성요건을 실현하는 것을 요구하는 행정행위
6. 미풍양속에 어긋나는 행정행위

다만 행정행위가 무효가 됨으로 인하여 법률효과가 불확정하게 되는 경우가 빈발함을 방지하기 위하여 아래와 같은 사유가 존재하는 경우에는, 그와 같은 흠이 있다는 이유만으로는 무효가 되지 아니함을 명백히 하고 있다.

1. 행정청이 단순히 토지관할권에 관한 규정을 준수하지 아니한 경우, 제척되는 자를 참여시킨 경우
2. 법규에 의하여 협력이 요구되는 위원회가 행정행위의 발동을 위하여 규정된 의결을 하지 아니하였거나 의결능력을 가지지 못한 경우
3. 법규에 의하여 요구되는 다른 행정청의 협력이 이루어지지 아니한 경우

행정행위의 하자의 치유(Heilung von Verfahrens- und Formfehlern)에 관하여는 “절차 또는 형식법규의 위반은, 그 위반사항이 제44조의 규정에 따라 행정행위를 무효로 만드는 경우를 제외하고는, 다음 각호에 해당될 때 이를 문제로 삼지 아니한다”고 규정하여 실제적으로 타당한 행정행위가 절차 및 형식규정의 위반만으로 취소당하는 경우가 줄어들 수 있는 방법을 행정청에게 열어주고 있다. 이에 해당하는 사유로는 “1.행정행위의 발동에 필요한 신청을 사후에 제출한 경우 2.요구되는 근거제시가 사후에 이루어진 경우 3.요구되는 참가인의 의견청취가 사후에 보완된 경우 4.행정행위의 발동을 위하여 참여하여야 할 위원회의 의결을 사후에 행한 경우 5.필요로 하는 다른 행정청의 협력이 사후에 보완된 경우”등을 들고 있다. 위의 흠의 치유를 위한 행위는 행정소송절차의 종결시점까지 추후에 보완될 수 있다⁵⁵⁾. 이 규정과 더불어 “무효로 되지 아니하는 행정행위는 위법사실이 결정에 실제적으로 영향을 미치지 아니하였음이 명백한 경우 절차나 형식 또는 토지관할권에 관한 규정을 위반하여 성립되었다는 이유만으로 그 폐지를 요구할 수 없다”고 규정하여 절차의 준수요청과 실제관계의 정확성 확보요청간의 갈등에 대한 완충장치를 두고 있다(제46조). 이에서 더 나아가 “하자있는 행정행위는, 동일한 목표를 지향하고 있고, 처분청에 의하여 이미 이루어진 절차상의 방법과 형식으로도 적법하게 발동될 수 있었고, 행정행위의 발동을 위한 요건이 충족되어 있는 경우에는, 다른 행정행위로 전환될 수 있다”고 규정하여 행정행위의 전환가능성을 열어주고 있다⁵⁶⁾.

“행정행위의 일부만이 무효인 경우, 무효인 부분이 없었던들 행정청이 그 행정행위를 하지 아니하였을 만큼 무효인 부분이 본질적인 때에는, 행정행위의 전부가 무효이다” “행정청은 언제든지 직권으로 무효를 선언할 수 있다; 신청인이 이에 관하여 정당한 이익을 가지는 경우에 신청이 있으면 그 무효를 선언하여야 한다”등을 규정하고 있다. 독일행정절차법 제44조 참조.

55) 제45조 제2항은 종래 “제1항 제1호 내지 제5호에 따른 행위는 행정소송을 제기할 때까지 또는 예비절차(전치절차)가 필요한 경우에는 이의 종료시까지만 보완될 수 있다”고 규정되어 있었던 것이 1996년 9월 12일 “허가절차촉진에관한법률”에 따라 개정된 것임. 이 부분에 대하여는 뒤에 허가절차촉진에관한법률의 해당부분에서 보다 상세히 설명되어 있음.

56) 다만 “하자있는 행정행위가 전환되었을 행정행위가 처분청의 인식가능한 의도와 모순되거나, 그 법적 효과가 하자있는 행정행위보다 당사자에게 불리한 경우에는 제1항의 규정이 적용되지 아니한다. 하자있는 행정행위가 취소되어서는 아니될 경우에는 그 전

위법한 행정행위의 취소(Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes)에 대하여는 “위법한 행정행위는 불가쟁력이 발생한 후에도 장래를 향한 또는 소급적인 효력으로 그 전부 또는 일부를 취소할 수 있다”고 규정하여 위법한 행정행위에 대한 행정청의 직권취소가능성을 규정한 후, 다만 권리 또는 중대한 법률상의 이익을 설정하거나 확인한 행정행위는(수익적 행정행위) 일정한 제한 아래에서만 취소할 수 있음을 규정한 후 그 제한으로서 다음과 같은 사항을 규정하고 있다. “위법한 행정행위로서, 1회 또는 계속적인 금전급여 또는 분할가능한 물적급여의 제공을 보장하거나 또는 그를 위한 전제가 되는 행정행위는, 수익자가 행정행위의 존속을 신뢰하고 있고 그의 신뢰와 취소에 따르는 공공의 이익을 저울질할 때 그의 신뢰가 보호할 가치가 있다고 인정되는 때에는, 이를 취소할 수 없다. 신뢰는(Das Vertrauen), 수익자가 지급받은 급여를 사용하였거나, 재산의 처분을 하였고, 그 처분이 돌이킬 수 없거나 또는 도저히 감당할 수 없는 불이익을 감내하여야만 취소할 수 있는 경우에 해당하는 때에는, 원칙적으로 보호할 가치가 있다. 다만 1.악의적인 의한 사기 또는 강박이나 뇌물에 의하여 행정행위를 하도록 한 때 2.중요한 관계에 관하여 부정 또는 부실한 기재를 함으로써 행정행위를 하도록 한 때 3.행정행위의 위법성을 인식하였거나 또는 중대한 과실로 인하여 그 위법성을 인식할 수 없었던 경우 등에 해당하는 경우에는 행정청에 대한 신뢰를 주장할 수 없다. 행정청에 대하여 신뢰를 주장할 수 없는 경우에 해당하는 행정행위는 원칙적으로 과거에 소급하여 취소된다⁵⁷⁾(제48조).

적법한 행정행위의 철회(Widerruf eines rechtmäßigen Verwalt-

환은 허용되지 아니한다. 법률에 구속된 결정만이 가능한 결정은 재량결정으로 전환될 수 없다”고 규정하여 자의적 전환의 한계를 설정하고 있다.

57) 위법한 행정행위를 취소한 경우에, 당해행정청은 신청에 따라, 당사자가 행정행위의 존속을 신뢰하였고, 그 신뢰가 공익과 비교할 때 보호가치있는 것일 경우에는, 그 재산상의 불이익을 보상하여야 한다. 보호가치있는 신뢰에 대하여는 보상될 수 없다. 재산상의 불이익은 당사자가 행정행위의 존속으로 받게 되는 이익에 상당하는 금액을 초과하여 보상될 수 없다. 보상될 재산의 불이익은 행정청이 결정한다. 청구는 1년내에만 할 수 있다; 기간은 당해 행정청이 당사자에게 이에 관하여 고지한 때로부터 진행된다. 행정청이 위법한 행정행위의 취소를 정당화하는 사실의 존재를 알게 된 경우에는, 이를 알게된 날로부터 1년내에만 취소가 허용된다.

ungsaktes)에 관하여는 “적법한 비수익적 행정행위는, 불가쟁력이 발생한 후에도, 그 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다, 다만 동일한 내용의 행정행위를 다시 발하여야 하거나 또는 다른 사유로 철회가 허용되지 아니하는 경우는 예외로 한다”고 규정하여 적법한 행정행위에 대하여도 철회할 수 있는 가능성을 행정청에게 열어주고 있다. 다만 적법한 수익적 행정행위에 대하여는 행정절차법이 다음과 같이 요건을 특정한 경우에 한하여 철회할 수 있음을 규정하고 있다. 그 요건으로는 “1.철회가 법규에 의하여 허용되었거나 또는 행정행위안에 유보된 경우 2.행정행위와 부담으로 연결되어 있고, 수익자가 그 부담을 이행하지 아니하거나 그에게 부과된 기간내에 이행하지 아니한 경우 3.행정청이 추후에 발생한 사실을 근거로 한다면, 행정행위를 하지 아니할 권한이 있고, 철회를 하지 아니한다면 공공의 이익이 위협에 처할 우려가 있는 경우 4.행정청이 개정된 법규에 근거한다면 행정행위를 하지 아니할 권한이 있고, 수익자가 수익내용을 아직 이용하지 아니하였거나 행정행위에 근거한 급부를 아직 받지 못한 경우에 해당하며, 철회를 하지 아니한다면 공공의 이익이 위협에 처할 우려가 있는 경우 5.공공복리에 대한 중대한 불이익을 방지하거나 제거하기 위한 경우”를 열거하고 있다.

행정행위의 철회는 장래를 향하여만 효력을 가짐이 원칙이다. 그러나 “1회 또는 계속적인 금전급여 또는 분할가능한 물적급여를 특정한 목적을 위하여 보장하거나 또는 그를 위한 전제가 되는 행정행위는, 불가쟁력이 발생한 후에도, 그 전부 또는 일부를 소급적 효력의 부여를 포함하여 철회할 수 있는” 경우가 있음을 규정하고 있다. 그 요건으로는 “1.급여가 사용되지 아니하거나, 제공된 직후 사용되지 아니하거나, 행정행위에 특정된 목적에 더 이상 사용되지 아니하는 경우 2.행정행위가 부관에 연결되어 있고, 수익자가 이를 이행하지 아니하거나 그에게 부과된 기간내에 이행하지 아니한 경우” 이다⁵⁸⁾(제49조).

행정행위가 과거를 향하여 소급적으로 취소되거나 철회되거나 해제의 효

58) 철회의 소급효를 규정한 제49조 제3항은 1996년 5월 2일의 “행정절차적 규정의 개정에 관한 법률”에 따라 새로이 삽입되었다. 이 규정의 상세한 내용에 관하여는, 줄저, 독일행정절차법의 변혁, 한국법제연구원, 1997 참조.

력을 가지는 조건의 성취로 효력을 잃는 경우, 이미 제공된 급부는 변상되어야 함을 규정하고 있다. 다만 변상되어야 할 급부는 서면으로 인한 행정행위에 확정되어 있어야 한다(제49a조).

행정행위는 시효를 중단시키는 효과도 가진다. “공법상 권리보유자의 청구권의 실현을 위하여 발하여진 행정행위는 청구권의 시효를 중단시킨다. 시효중단은 행정행위가 불가쟁력을 발생할 때까지 또는 행정행위의 발동에 기여하는 행정절차가 다른 방법에 의하여 완료될 때까지 계속한다”고 규정한 제53조가 그 것이다.

공법상계약에 대하여는(Öffentlich-rechtlicher Vertrag) “공법역역에 있어서의 법률관계는, 법규에 위반되지 아니하는 한, 계약에 의하여 발생, 변경 또는 취소될 수 있다”고 규정하여 그 가능성을 열어놓고 있다. 특히 “행정청은, 행정행위를 대신하여, 행정행위를 발하여야 할 당사자와 공법상의 계약을 체결할 수 있다”(제54조)고 규정하여 특별히 행정행위에 같은 공법상계약의 가능성을 명시적으로 규정하고 있다.

공법상계약의 유형으로서 화해계약, 교환계약에 관하여도 그 가능성을 규정하고 있다.

화해계약(Vergleichsvertrag)에 관하여는 “실체관계나 법률관계를 적절히 평가함에 있어 존재하는 불확실성을 상호간에 양보하여 제거하고자 하는(화해) 공법상 계약은, 행정청이 화해의 체결이 불확실성의 제거를 위하여 합목적적이라고 그 의무에 적합한 재량에 따라 판단할 경우, 체결할 수 있다”고 규정하고 있다(제55조).

교환계약(Austauschvertrag)에 관하여는 “계약의 상대방이 행정청에 대하여 반대급부를 제공할 의무를 지는 공법상의 계약은, 반대급부가 특정한 목적을 위하여 계약상 체결되어 있고 행정청의 공적 임무의 이행에 기여하는 경우에, 체결될 수 있다. 반대급부는 전체적 상황에 비추어볼 때 적절하여야 하며, 또한 행정청의 계약상의 급부와 실제적인 관련성을 가지고 있어야 한다. 행정청의 급부를 요구할 수 있는 청구권이 존재하는 경우에는, 행정행위를 발동함에 있어 제36조에 의한 부관의 내용이 될 수 있는 경우에 한하여, 위와 같은 반대급부를 합의할 수 있다”(제56조)고 규정하고 있다.

공법상계약의 형식 및 그 요건에 대하여는 “공법상의 계약은 법규에 다른 형식이 규정되어 있지 아니하는 한 서면으로 하여야 한다(제57조). 제3자의 권리를 침해하는 공법상의 계약은, 제3자가 서면으로 이에 동의한 때, 비로소 효력을 발생한다. 행정행위를 발함에 있어 법규에 따라 다른 행정청의 허가, 동의 또는 합의가 요구되는 행정행위 대신에 공법상의 계약이 체결되는 경우에는, 다른 행정청이 법규에 규정된 형식대로 협력한 이후에야 비로소 효력이 발생한다(제58조)”고 규정하고 있다.

공법상 계약의 무효에 관하여는 “공법상의 계약은 민법전 규정을 적용할 때 무효가 되는 경우에는 무효이다”고 규정하여 무효의 원칙을 선언한 후, 제54조 제2항이 의미하는 공법상의 계약이 행정행위와의 관련하여 무효가 되는 특칙을 따로 규정하고 있다. 그 특칙의 내용으로는 “1.상응하는 내용의 행정행위가 무효일 경우, 2.상응하는 내용의 행정행위가 제46조가 의미하는 절차상 또는 형식상의 하자를 이유로 하여서만 위법하게 되는 것이 아닌 것과 그 사실이 계약당사자에게 알려진 경우, 3.화해계약의 체결을 위한 요건이 존재하지 아니하며, 또한 상응되는 내용의 행정행위가 제46조가 의미하는 절차상 또는 형식상의 하자를 이유로 하여서만 위법으로 된 것이 아닌 경우, 4.행정청에게 제56조에 따라 허용되지 아니하는 반대급부를 약속하도록 한 경우”등을 정하고 있다⁵⁹⁾(제59조).

특별한 경우 공법상계약이 조정 또는 해지될 수 있는 가능성(Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen)에 관하여는 “계약내용의 결정에 기준이 된 관계가 계약체결후 너무 본질적으로 변경되어, 일방 계약당사자에 대하여 원래 계약상의 규정을 이행하여 줄 것을 요구할 수 없게 된 경우, 이 계약당사자는 변경된 관계에 맞추어 계약 내용을 조정하여 줄 것을 요구하거나, 조정이 불가능한 때 또는 다른 계약당사자에게 그 조정을 요구할 수 없는 때, 계약을 해지할 수 있다. 행정청은 공공복리에 대한 중대한 불이익을 방지하거나 제거하기 위하여도 계약을 해지할 수 있다”고 규정하여 그 길을 열어놓고 있다(제60조)⁶⁰⁾.

59) 계약의 일부무효에 관하여는 “계약의 일부만이 무효인 경우, 당해계약이 무효의 부분이 없었다면 체결되지 아니하였으리라고 인정될 경우에는, 그 계약은 전부 무효로 한다”고 규정하고 있다.

(3) 준사법적 절차의 채택 여부

독일연방행정절차법은 일반적 행정절차와 특별절차를 엄격히 구분하고 있다.

일반적 행정절차는 위에서 언급한 바와 같이 특정한 형식에 구속되지 아니하며, 간단하고 합목적적으로 실행되어야 함을 원칙으로 한다. 이에는 사실조사, 기록열람, 이유부기, 통지, 의견진술의 기회부여 등 간편한 절차만이 해당될 뿐, 준사법적 요소는 포함되지 아니한다.

독일연방행정절차법은 제5부에 “특별절차”를 따로 마련하여 “정식행정절차”와 “계획확정절차”에 관한 규정을 두고 있다.

“정식행정절차”(Förmliches Verwaltungsverfahren)는 법령이 이 절차를 행하도록 규정한 경우에 한하여 개시된다. 정식행정절차가 신청을 요건으로 하는 경우에는 서면 또는 조서의 기재로 행정청에 제출되어야 한다. 이해관계인에게는 반드시 의견진술의 기회가 부여되어야 한다. 증인 및 감정인에게는 증언 및 감정의 의무가 부여되며, 이 경우 이해관계인에게 입회의 기회가 부여되어야 한다. 행정청은 구두변론을 행한 후에 결정을 내려야 한다. 구두변론절차는 재판절차에 준하는 엄격한 절차를 밟아야 한다. 결정이 있는 경우 이에 대한 사법심사는 행정심판없이 바로 행정소송절차로 이행된다(제63조 내지 제70조).

“계획확정절차”도 정식행정절차에 준하는 엄격한 절차로 진행된다.

계획확정절차는 법령이 이 절차를 거칠 것을 명문으로 규정하고 있는 경우에 한하여 개시된다. 계획확정절차는 도로건설, 폐기물처리장의 건설 등

60) 그 밖에도 공법상 계약에 대한 특칙으로서 “모든 계약체결자는 공법상 계약에 따른 즉각적인 집행에 복종시킬 수 있다”고 규정하여 즉시집행에 복종시킬 수 있음을 규정하고 있다. “이 경우에 행정청은 행정청의 책임자, 그의 일반적 대표자 또는 법관직의 자격을 가진 공무원 또는 독일법원법 제110조 제1문의 요건을 충족하는 공무원에 의하여 대행된다. 즉시집행의 복종은 계약체결행정청의 관할감독행정청으로부터 허가를 받은 경우에만 그 효력을 발생한다. 이 허가는 연방최상급행정청 또는 주최상급 행정청으로부터 선언되었을 때에는 필요하지 아니한다(제61조). 공법상의 계약은 행정과정과 관련되므로, 공법상계약의 규정과 모순되지 아니하는 한, 행정절차법의 기타규정이 적용된다. 계약에 관한 민법전의 규정은 보충적으로 적용된다(제61조 및 제62조).

다수의 이해관계인에게 구속적 영향력을 미치는 대규모사업계획을 이해관계인의 집중적 참여하에 결정하는 절차로서 특수한 행정처분절차에 해당된다. 계획의 담당자는 청문을 주관하는 행정청에 계획안을 제출하여야 한다. 청문행정청은 계획안을 열람하도록 제공하고, 공고, 통지 등을 통하여 이 사실을 널리 알려야 한다. 이해관계인은 계획안에 대하여 이의를 신청할 수 있다. 계획확정권을 가진 행정청은 계획담당자와 이해관계인간에 분쟁이 있는 사안에 관하여 결정한다. 이 경우 예방조치, 보상 등을 계획담당자에게 명할 수 있다. 계획확정결정은 사업계획과 관련된 모든 허가, 인가, 동의 등을 포괄한 집중적 허가의 성격을 띤다. 계획확정결정이 행정소송기간의 경과 등으로 불가쟁력을 가지게 된 경우에는 사업의 중지 등의 청구권이 배제된다(제72조 내지 제78조).

(4) 행정절차법의 적용 범위

독일연방행정절차법은 행정절차법의 적용대상이 되는 행정청을 열거하는 방식으로 그 적용범위를 규정하고 있다.

적용범위에 포함되는 행정청으로는 연방, 연방직속의 공법상의 사단법인·영조물·사단과 연방법을 연방의 위임으로 집행하는 주·지방자치단체 및 주의 감독하에 있는 공법인 등이 해당된다(제1조). 교회와 종교단체 및 이념단체의 활동은 연방행정절차법이 적용되지 아니한다.

연방행정절차법의 적용대상이 되지 아니하는 사안을 나열하고 있는 바, 이에 해당하는 사안으로는 ①세법에 따른 연방 및 주 재정행정청의 절차 ②형사소추, 질서위반의 소추절차와 외국에서의 형사 및 민사공조절차 ③특허청 및 특허심판소의 절차 ④사회보장, 직업훈련, 장애자보호, 청소년보호, 전쟁희생자보호 등에 관한 절차 ⑤부담조정절차 ⑥손해전보절차 등이다(제2조)⁶¹⁾.

5. 일본의 행정절차법

61) 독일연방행정절차법은 그 밖에도 이 법률이 제한적으로 적용되는 경우에 관하여도 규정하고 있다. 제한적으로 적용되는 경우로는 법원행정청의 행정절차와 시험, 검사 등에 있어서의 행정절차 등이 열거되고 있다. 제2조 제3항 참조.

가. 일본 행정절차법의 연혁과 그 구성

일본 행정절차법(行政手續法)은 1993년 11월에 제정되었다. 일본의 행정절차법 제정을 위한 논의 및 시도는 1952년의 국가행정운영법안의 상정, 1953년의 국가행정운영법요강안의 작성, 1964년의 제1차 임시행정조사의 답신 및 행정절차법초안의 작성 등 전후 직후부터 1993년 11월 행정절차법이 제정될 때까지 수차례 걸쳐 이루어져 왔다. 일본행정절차법은 1993년 11월 12일 제정·공포되었고 정령에 따라 1994년 10월 1일부터 시행되고 있다. 일본은 행정절차법의 시행에 수반하여 360건에 달하는 법률에 대하여 행정절차법의 규정과 중복되는 규정의 삭제 등 필요한 규정정비를 행하고 행정절차법에 규정한 적용제외 조치에 관하여 정하고자 “행정절차법의시행에따른관계법률정비에관한법률”을 함께 제정·공포하여 시행하고 있다⁶²⁾.

일본의 행정절차법은 아래와 같이 6개장, 38개의 조문과 부칙으로 구성되어 있다.

제1장 “총칙”은 제1조 목적, 제2조 용어의 정의, 제3조 적용제외, 제4조 국가기관등에 대한 처분등의 적용제외등 4개의 조문으로 구성되어 있다.

제2장 “신청에 대한 처분”은 제5조 심사기준, 제6조 표준처리기간, 제7조 신청에 대한 심사, 응답, 제8조 이유의 제시, 제9조 정보의 제공, 제10조 공청회의 개최등, 제11조 복수의 행정청이 관여하는 처분등 7개의 조문으로 구성되어 있다.

제3장 “불이익처분” 제1절 “통칙”은 제12조 처분의 기준, 제13조 불이익처분을 하는 경우의 절차, 제14조 불이익처분의 이유 제시 등 3개의 조문으로 구성되어 있다.

제2절 “청문”은 제15조 청문의 통지방식, 제16조 대리인, 제17조 참가인, 제18조 문서등의 열람, 제19조 청문의 주제, 제20조 청문기일에 있어서의 심리방법, 제21조 진술서등의 제출, 제22조 속행기일의 지정, 제23

62) 일본행정절차법의 입법경과에 관하여는, 오준근 등, 일본의 행정절차법과 우리 행정절차법의 제정방향, 한국법제연구원 현안분석 94-1, 1994.3. 9면 이하 참조.

조 당사자의 불출두등의 경우의 청문의 종결, 제24조 청문조서 및 보고서, 제25조 청문의 개시, 제26조 청문을 거쳐 발급하는 불이익처분의 결정, 제27조 불복신청의 제한, 제28조 임원등의 해임등을 명하는 불이익처분을 하고자 하는 경우의 청문등의 특례 등 14개 조문으로 구성되어 있다.

제3절 “변명기회의 부여”는 제29조 변명기회의 부여방식, 제30조 변명기회부여의 통지방식 등 제31조 청문에 관한 절차의 준용등 3개의 조문으로 구성되어 있다.

제4장 “행정지도”는 제32조 행정지도의 일반원칙, 제33조 신청과 관련한 행정지도, 제34조 인허가등의 권한과 관련한 행정지도, 제35조 행정지도의 방식, 제36조 복수자를 대상으로 하는 행정지도등 5개의 조문으로 구성되어 있다.

제5장 “신고”는 제37조 “신고”의 한 개 조문으로 구성되어 있다.

제6장 보칙은 제38조 “지방공공단체의 조치” 1개 조문으로 구성되어 있다. 일본의 행정절차법이 시행된 후 8년이 경과하고 있는 2001년 시점에서 일본의 행정절차법의 시행결과에 대하여, “이 법에 따른 표준처리기간이나 심사기준, 처분기준의 설정이 착실하게 진행되고, 지방자치단체에 있어서의 행정절차조례의 정비도 거의 종료하는 등, 행정절차법은 일단 정착을 보았다고 할 수 있다고 할 수 있다. 물론, 공정하고 투명성이 높은 행정스타일의 확립이라고 하는 목표의 달성에 어느 정도까지 이 법이 기여할 수 있었는가를 평가하기에는 아직 상당한 세월을 필요로 한다. 예상대로, 이 법과 실무와의 마찰은, 현재로서는 오로지 인허가신청 등과 관련된 행정지도분야에서 현저하게 나타나고 있고, 무엇보다 법에 없는 주민의 동의서의 제출을 요구하며 신청의 수리를 거부한다고 하는 사례가 다수 보고되고 있다. 장년에 걸친 행정의 관행을 기본적으로 수정하기에는 8년의 기간은 충분하다고는 할 수 없는 것으로, 법제정이 실무에 가한 임팩트에 관해서도 최종적인 평가는 시기상조라고 할 것이다.”⁶³⁾

63) 이 평가는 山田 洋, 행정절차법의 과제, 한국법제연구원 워크샵 자료집, 2001. 11. 참조. 그 밖에도 일본의 행정절차법의 평가에 관하여는 兼子 仁/磯部 力, 手續法の行政法學の理論, pp. 12; 佐藤英善, 行政手續法, pp. 10; 小早川光郎(編), 行政手續法逐條研究, pp. 15; 室井 力/芝池義一, 行政手續法·行政不服審査法, pp. 20; 塩野 宏/高

나. 일본 행정절차법의 비교법적 특성

일본행정절차법의 비교법적 특성은 위에서 설정한 공통적 기준에 비추어 볼 때 다음 표와 같이 요약될 수 있다.

[표 : 일본행정절차법의 비교법적 특성]

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">• 행정절차법의 제정범위 : 행정처분절차와 행정지도절차만을 포함함• 실제적 규정의 포함여부 : 거의 포함하고 있지 않음• 준사법적 절차의 채택여부 : 청문절차에 있어 준사법적 요소를 채택함 |
|---|

(1) 행정절차법의 제정 범위

일본행정절차법의 제정범위는 행정처분절차와 행정지도절차에 국한되어 있다.

행정입법절차, 행정계약절차, 행정계획절차, 행정집행절차 등에 관하여는 침묵하고 있다.

행정처분절차는 행정처분을 “신청에 대한 처분”과 “불이익처분”으로 구분하고 이에 관한 절차를 각각 별개의 장에서 규정하고 있다.

이 법은 “처분”을 “행정청의 처분 기타 공권력의 행사에 해당하는 행위”라고 넓게 정의하고 있다.

“신청”이란 “법령에 근거하여 행정청의 허가, 인가, 면허 기타 자기에겐 어떤 이익을 부여하는 처분을 구하는 행위로서 당해 행위에 대하여 행정청이 승낙의 여부를 응답하여야 하는 행위”를 말한다(제2조). 행정청은 신청으로 구하여진 인허가 등을 할 것인가의 여부를 판단하기 위하여 필요한 [심사기준]을 정하여야 한다. 행정청은 신청에 대한 처분을 할 때까지 소요되는 표준처리기간을 정하고자 노력하고 이를 정한 때에는 적당한 방법

木 光, 條解 行政手續法, pp. 10; 宇賀克也, 行政手續法の理論, pp. 14; 宇賀克也, 行政手續・情報公開, pp. 15; 椎名愼太郎, 行政手續法と住民參加, pp. 16 등 참조

으로 공표하여야 한다. 신청이 행정청에 도달한 경우 지체없이 신청의 심사를 개시하여야 하며, 신청자의 청구에 따라 심사의 진행사항 및 예상처분시기, 기타 필요한 정보를 제공하고자 노력하여야 한다. 인허가등을 거부하는 처분을 할 때에는 그 이유를 제시하여야 한다.

“불이익처분”이란 “행정청이 법령에 근거하여 특정한 자를 당사자로 직접 이자에 대하여 의무를 과하거나 또는 그 권리를 제한하는 처분”을 말한다⁶⁴⁾.

행정청은 불이익처분의 여부 및 불이익처분의 선택을 위하여 필요한 기준을 정하고, 이를 널리 알리는 노력을 하여야 한다.

행정청이 불이익처분을 하고자 하는 경우에는 불이익처분의 예정당사자에 대하여 이 법률이 정한 요건에 따라 청문 또는 변명의 기회를 부여하여야 한다. 불이익처분에 대하여는 그 당사자에게 당해 처분의 이유를 제시하여야 한다.

일본 행정절차법은 특수한 행정처분절차의 유형으로서 신고에 관한 규정을 두고 있다. 신고가 신고서의 기재사항에 불비함이 없고, 신고서에 필요한 서류가 첨부되어 있으며, 기타 법령이 정하는 신고의 형식상의 요건에 적합한 경우 당해 신고가 법령상 신고의 제출처인 기관의 사무소에 도달한 때에 당해 신고를 하여야 할 절차상의 의무가 이행된 것으로 간주된다(제37조).

“행정지도”란 “행정기관이 그 임무 또는 소관업무의 범위 내에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정한 자에게 일정한 작위 또는 부작위를 구하는 지도, 권고, 조언 기타의 행위로서 처분에 해당하지 아니하는 행위”를 말한다.

당해기관의 소관범위내에서만 이루어져야 하며, 당사자의 임의의 협력에 의하여만 실현되고, 당사자가 이에 따르지 않았음을 이유로 불이익처분을 할 수 없다(제32조). 신청 및 인허가와 관련된 행정지도에 있어서 행정지도를 통하여 당사자의 권리를 방해해서는 안되며, 행정지도를 강제로 따르

64) 그러나 “사실상의 행위 및 사실상의 행위를 함에 있어 그 범위, 시기 등을 명확하게 하기 위하여 법령상 필요한 절차로서의 처분, 신청에 의하여 구하여진 인허가 등을 거부하는 처분 기타 신청에 근거하고 당해 신청을 한 자를 당사자로 하는 처분, 예정당사자의 동의하에 행하는 처분, 인허가 등의 효력을 상실하게 하는 처분으로 당해 인허가 등의 기초가 된 사실이 소멸하였다는 취지의 신고가 있는 것을 이유로 행하는 처분등은 행정절차법상의 불이익처분의 범위에서 제외된다. 제2조 제4호 참조.

게 해서는 아니된다.

행정지도에 관계하는 자는 당해 행정지도의 취지, 내용 및 책임자를 분명하게 제시하여야 한다. 행정지도가 구술로 이루어지는 경우 당사자가 서면의 교부를 요구하는 경우 이를 교부하여야 한다(제35조). 동일한 행정 목적을 실현하기 위하여 일정한 조건에 해당하는 복수의 자를 대상으로 행정 지도를 하고자 하는 때에는 행정기관은 미리 사안에 따라 이러한 행정 지도에 공통되는 내용의 사항을 정하고 또한 행정상 특별한 지장이 없는 한 이를 공표하여야 한다(제36조).

일본의 행정절차법의 제정범위에 대하여는, “일본의 행정절차법은 실현 가능한 곳부터 입법화를 서두른다고 하는 입법의 기본방침에 따라 제정된 것으로, 아직 더 많은 문제가 금후의 과제로서 남아 있다. 물론, 입법화된 조문에 관해서도, 입법과정 등에 있어서 비판이 있는 점은 적지 않아, 해석 나아가서 법개정에 의한 문제해결의 여지는 있을 것이다”는 언급이 있다. 특히 제3자의 행정절차에의 참가문제, 계획확정절차의 도입, 행정입법 절차의 도입 등 새로운 과제에 대한 대응의 필요성이 지적되고 있다. 이에 대하여 “이러한 새로운 과제에의 대응은, 이 법의 입법과정에 있어서도, 그 필요성은 의식되면서도, 아직 입법의 시기가 성숙되어 있지 않다고 해서 훗날로 미루어지는 결과가 되었다. 그리고, 현재 아직 이러한 방향으로 이 법 자체의 개정을 지향하는 구체적인 움직임은 보이지 않는다. 그러나, 이 법의 제정으로부터 오늘날까지의 사이에, 이러한 이해조정절차의 제도화를 향한 커다란 새싹이 될 수 있는 무시할 수 없는 제도개혁이 꾸준히 실현되고 있다”는 점이 보고되고 있다⁶⁵⁾.

(2) 실체적 규정의 포함 여부

일본행정절차법은 행정절차의 일반원칙, 행정처분의 요건 등에 관한 실체적 규정을 거의 규정하지 아니하고 있다⁶⁶⁾.

65) 이 평가는 山田 洋, 행정절차법의 과제, 한국법제연구원 워크샵 자료집, 2001. 11. 참조. 특히 계획확정절차의 도입에 관하여는 山田 洋, 大規模施設設置手續の法構造, pp. 10 참조

66) 일본 행정절차법은 제1조에서 목적을 “행정청의 처분, 행정지도 및 신고 절차에 관하

(3) 준사법적 절차의 채택 여부

일본행정절차법은 청문절차에 있어 준사법적 절차를 채택하고 있다.

청문은 아래의 요건을 충족하는 경우에 행한다. ①인허가 등을 취소하는 불이익처분을 하고자 하는 때 ②당사자의 자격 또는 지위를 직접 박탈하는 불이익처분을 하고자 하는 때 ③당사자가 법인인 경우 그 임원의 해임을 명하는 불이익처분, 당사자의 업무에 종사하는 자의 해임을 명하는 불이익처분 또는 당사자의 회원인 자의 제명을 명하는 불이익처분을 하고자 하는 때 ④그 밖에 행정청이 상당하다고 인정하는 때(제13조).

행정청은 청문을 행함에 있어 예정당사자에게 서면으로 통지하여야 한다. 당사자는 대리인을 선임할 수 있으며, 행정청에 대하여 당해 불이익처분의 원인이 되는 사실을 증명하는 자료의 열람을 청구할 수 있다. 당사자는 청문기일에 출두하여 의견진술, 증거서류의 제출을 할 수 있다. 청문의 주재자는 청문심리의 결과를 작성한 조서를 작성하고, 당해 조서에 불이익처분의 원인이 되는 사실에 대한 당사자 및 참가인의 진술의 요지를 명확하게 제시하여야 한다(제15조 내지 제24조).

(4) 행정절차법의 적용 범위

일본행정절차법은 행정절차법의 적용제외대상이 되는 행정작용을 열거하는 방식으로 그 적용범위를 규정하고 있다.

행정절차법의 적용대상이 되지 아니하는 사항은 다음과 같다. 의회의 의결을 거쳐 행하는 처분, 재판에 의하거나 재판의 집행으로 행해지는 처분, 국회의 동의나 승락을 얻어 행하여야 하는 처분, 검사관회의에서 결정하여야 하는 처분, 형사사건에 관하여 검찰직원 또는 사법경찰관이 하는 처분

여 공통된 사항을 정함으로써 행정운영에 있어서의 공정성의 확보와 투명성의 향상을 도모하고 국민의 권리·이익의 보호에 기여함을 목적으로 한다”고 규정하고, 투명성의 정의를 “행정상의 의사결정의 내용 및 그 과정이 국민의 입장에서 명확한 것을 말한다”고 정의하고 있다. 그러나 이 정의규정외에는 별도의 실체적 규정을 발견할 수 없다. 일본의 행정절차법의 내용과 그 평가에 관하여는 오준근 등, 일본의 행정절차법과 우리 행정절차법의 제정방향, 한국법제연구원 현안분석 94-1, 1994.3. 19면 이하 참조.

및 행정지도, 국세청직원, 증권거래소직원, 금융선물거래 범칙사건에 관하여 재무부 직원이 하는 처분 및 행정지도, 학교·강습소·훈련소·연수원 등에서 그 학생에 대한 처분 및 행정지도, 교도소등에서 수용의 목적으로 행하는 처분 및 행정지도, 공무원의 직무 및 신분과 관련된 처분 및 행정지도, 외국인의 출입국에 관한 처분 및 행정지도, 학식등에 관한 시험에 관한 처분, 이해의 조정을 위한 재정 기타 처분 및 행정지도, 공중위생등에 관한 경찰관, 환경보안관등의 처분 및 행정지도, 정보수집을 위한 처분 및 행정지도, 심사청구·재결처분 등이다(제3조).

6. 각국 행정절차법의 종합

이상에서 각국의 행정절차법의 비교법적 특성을 구체적으로 살펴보았다. 이들 특징을 한 눈에 파악할 수 있도록, 비교 기준에 따라 도표로 표시하면 아래와 같다.

●도표 : 각국 행정절차법의 입법화경향과 비교법적 특성●

구분 국명 (제정연도)	행정절차법 제정범위	실체적규정 포함여부	준사법적절차 채택여부
오스트리아 (1925)	행정처분절차에 국한됨	포함하지 않음	조사절차, 증거채택절차, 결정절차등에 폭넓게 채택
미 국 (1946)	행정입법절차 행정처분절차	포함하지 않음	청문절차, 증거채택절차, 결정절차등에 폭넓게 채택
독 일 (1976)	행정협조절차 행정행위절차 공법상계약절차 계획확정절차	행정행위 및 공법상 계약에 관한 통칙적 규정을 다수 포함함	정식행정절차와 계획확정 절차에 준사법적 절차규정 채택함
일 본 (1994)	행정처분절차 신고절차 행정지도절차	포함하지 않음	청문절차에 준사법적 절차 규정 채택함
대한민국 (1996)	행정협조절차 처분절차 신고절차 행정입법예고절차 행정예고절차 행정지도절차	거의 포함하지 아니 함(약간의 원칙규정 은 포함)	청문절차에 준사법적 절차 규정 채택함

7. 대한민국의 행정절차법

가. 대한민국행정절차법의 연혁과 그 구성

(1) 대한민국 행정절차법의 연혁

(가) 1970년대까지의 입법추진경과

우리나라의 경우에도 1960년대부터 일반 행정절차법의 제정을 위한 제

안이 끊임없이 제기되어 왔다. 행정절차법제정을 위한 제안은 주로 한국공법학회를 중심으로 한 공법학계와 대한변호사회등 법조계를 중심으로 이루어졌다⁶⁷⁾.

(나) 1975년 “행정절차법중간초안”

1) 구 성

1975년에는 당시 국무총리 산하의 상설 기관이었던『행정개혁위원회』의 위촉으로 『한국공법학회』가 “행정절차법중간초안”을 입안하였다. 이 중간초안은 아래와 같이 5개장 145개 조문으로 구성되어 있다⁶⁸⁾.

- 제1장 일반규정(제1절 목적과 적용, 제2절 행정청, 제3절 당사자등, 제4절 신청등, 제5절 행정청의 행위, 제6절 행정조사, 제7절 서류의 송달, 제8절기간 및 기한)
- 제2장 계획결정절차
- 제3장 명령제정절차
- 제4장 청문 및 불복신청의 절차(제1절 통칙, 제2절 청문절차, 제3절 불복신청절차)
- 제5장 행정계약절차

2) 1975년 “행정절차법중간초안”의 비교법적 특성

세계각국의 행정절차법의 비교법적 특성에 관한 비교의 기준은 우리나라에서 과거에 시도되었던 행정절차법안과의 비교에서도 채택될 수 있으리라 생각된다. 1975년도 행정절차법 중간초안의 비교법적 특성은 위에서 설정한 공통적 기준에 비추어 볼 때 다음 표와 같이 요약될 수 있다.

[표 : 1975년 행정절차법 중간초안의 비교법적 특성]

67) 행정절차입법의 추진과정에 관하여는 최송화교수가 『행정절차입법화의 과제』라는 제목으로 1993년 3월 한국공법학회 제35회 학술발표회에서 1993년까지의 입법추진과정을 요약하여 정리한 바 있다. 한국공법학회 제35회 학술발표회 자료, 1면 이하 참조.

68) 중간초안 제정의 필요성 및 그 주요내용에 관하여는, 김도창·서원우·김남진·박운훈, 행정절차개선에 관한 조사연구; 한국행정과학연구소, 행정절차법연구, 257쪽 이하 참조.

- 행정절차법의 제정범위 : 행정내부절차, 명령제정절차, 계획결정절차, 행정처분절차, 행정계약절차 및 불복신청절차를 포함하고 있음
- 실체적 규정의 포함여부 : 실체적 규정을 거의 포함하지 않음
- 준수법적 절차의 채택여부 : 청문절차 및 불복신청절차에 있어 준수법적 요소를 채택하고 있음

① 行政節次의 範圍

1975년도 행정절차법 중간초안은 행정내부절차, 행정입법절차로서의 명령제정절차와 행정계획의 결정절차, 행정처분절차, 행정계약절차와 사후구제절차로서의 불복신청절차 등을 넓게 포함하고 있다.

행정내부절차로는 행정청의 관할과 관할쟁의가 발생한 경우에 대한 결정절차, 행정협력 및 직무응원절차, 행정사무의 위임 및 위탁절차 등에 관하여 규정하고 있다(제3조 내지 제18조).

행정처분절차로는 신청절차, 행정처분의 방식, 이유 및 불복신청방법의 표시, 행정조사절차, 송달절차 등에 관하여 규정하고 있다(제26조 내지 제59조). 이와 아울러 청문절차를 정식행정절차로서 규정하고 있다(제92조 제122조).

계획결정절차로는 계획의 입안, 계획안에 대한 평가, 계획안의 공고 및 열람, 이해관계인의 의견 및 자료의 제출, 이의신청, 계획의 결정 등의 절차에 관하여 규정하고 있다(제60조 내지 제68조).

행정입법절차로서의 명령제정절차에 포함되는 명령의 개념에는 대통령령, 총리령, 부령이 해당되며, 지방자치단체의 조례 및 규칙도 단체장 또는 감독관청이 절차를 거칠 것을 결정하는 경우에 해당된다. 명령제정절차로는 이해관계인의 명령안 제정, 개정 등의 건의권, 명령안의 고지, 자료 및 의견제출절차, 청문절차 등을 규정하고 있다(제69조 내지 제79조)

행정계약절차로는 공법상계약의 가능성, 행정계약의 형식, 제3자의 동의, 행정계약의 해제 등에 관하여 규정하고 있다.

1975년도 중간초안은 사후구제절차로서의 불복신청절차를 행정절차에 포함시키고 있다. 불복신청절차로는 불복신청의 제출기관, 불복신청기간,

방식, 기재사항 및 첨부서류, 심리의 방식, 증거조사, 처분청 및 재결청의 조치, 결정의 방식, 재결의 효력 등 행정심판절차에 해당하는 사항을 다수 포함하고 있다.

②실체적 규정의 포함 여부

1975년 중간초안은 행정계약에 관한 원칙을 확인하는 경우를 제외하고는 실체적 규정을 거의 포함하지 아니하고 있다.

③준사법적 절차의 채택 여부

1975년 중간초안은 청문 및 불복신청의 절차에 관한 장을 따로 마련하여 청문절차 및 불복신청절차에 있어 준사법적 절차를 채택하고 있다.

청문절차에는 청문의 준비절차로서 청문의 통지, 청문의 공고, 의견서의 제출, 준비절차로서의 협의, 청문절차의 생략 및 통지 등을, 청문절차로서 사안의 내용고지, 당사자 등의 의견진술, 청문의 공개, 청문지휘권 및 석명권, 절차의 병합과 분리, 청문조서와 이의, 청문의 종결 등을, 증거조사 절차로서 증거서류의 제출절차, 참고인심문절차, 감정 및 검증절차 등을, 결정절차로서 결정서의 작성 및 송달, 제출물건의 반환절차 등을 규정하고 있다(제92조 내지 제122조).

④적용범위

1975년 중간초안은 적용제외대상이 되는 행정작용을 열거하는 방식으로 그 적용범위를 규정하고 있으며, 그 대상을 국회 또는 중앙선거관리위원회의 의결에 의하여 행하는 처분, 법원이나 군법회의 법관이나 재판관에 의하여 또는 재판의 집행으로서 행하는 처분, 형사법령에 의하여 검사, 검찰청 직원 또는 사법경찰관리나 군검찰관리나 군사법경찰관리가 행하는 처분 등에 한정시키고 있다.

⑤내용상의 특성과 입법경과

1975년의 중간초안은 행정절차의 범위설정에 있어, 행정운영의 통일적인 공통기준의 제정, 계획결정절차의 제정, 명령제정절차의 제정, 청문제도의 채택, 행정상의 사후구제제도(불복신청제도)의 정비·개선, 행정계약의 근거

마련 등을 폭넓게 포함하고 있다는 점에서 1987년도 입법예고된 행정절차법안이나, 현행 행정절차법에 비교하여서도 훨씬 넓은 절차를 포괄하고 있다.

이 중간초안은 그 내용상 행정과정에 대한 투명성의 보장 및 이해관계인의 참여보장이라는 측면에서도 현행 행정절차법에 비교하여서도 상당히 앞선 내용을 포함하고 있다.

그 예로는 행정절차법적용의 예외가 되는 사항을 최소한도로 제한한 점, 행정청 상호간의 직무응원절차와 행정사무의 위임 및 위탁절차를 통일적으로 규정한 점, 행정처분에 있어서 처분의 이유, 불복신청의 방법, 처리기간, 규제방법, 규제기준 등을 당사자에게 고지하도록 규정한 점, 계획결정 절차를 도입한 점, 이해관계인에게 행정입법의 제정, 개정 또는 폐지를 건의할 수 있도록 한 점, 행정계약절차의 근거를 마련한 점, 엄격한 준수법적 청문절차 및 불복신청절차를 규정한 점등을 들 수 있다.

그러나 이 중간초안은 입법에 이르지 못하는 못하였다⁶⁹⁾.

(다) 1980년대까지의 입법추진경과

1980년대에 들어서도 행정절차법 제정에 관한 논의는 학계 및 법조계에서 꾸준히 전개되었고, 구체적인 연구작업도 계속되었다. 이 작업에는 총무처도 참여하였다. 총무처는 1980년 2월 『행정절차제도 도입추진 중·장기계획』을 수립하고 1981년부터 1986년까지 6년간 행정절차법시안이 작성될때까지 연구용역을 의뢰하기로 계획하였다⁷⁰⁾.

이 계획은 1981년 『행정절차제도 도입방안연구 및 추진계획』으로 구체

69) “최송화, 행정절차입법화의 과제 ; 문민정부와 법제개혁방향, 한국공법학회 제35회 학술발표회자료, 1993.3. 1면 이하”는 “이 중간초안은 종래 행정관련법령에서 절차적 규정을 별로 찾아볼 수 없었던 당시의 상황으로는 행정의 미래를 내다 본 상당히 앞선 것이었다”고 평가하고 있다. “김도창, 일반행정법론(상), 538쪽(주13)”은 1975년 한국공법학회 중간초안이 입법화되지 아니한 이유로서 아래와 같이 언급하고 있다. “결국 행정개혁위원회로서는 일반법의 제정은 시기상조이고, 민원사무기본법을 법률수준으로 끌어올려서 행정운영기본법 같은 것을 제정하는 일과 각 단행법령에 행정절차 규정을 많이 삽입하는 일을 추진하기로 결론지었다”.

70) 총무처조직국이 제정된 행정절차법의 홍보를 위하여 작성한 자료집(자료 1 - 행정절차법 - 1996)은 행정절차법 제정경과로서 맨 먼저 1980년에 『행정절차제도 도입추진 중·장기계획』을 수립하고, 김이열 교수 등에게 행정절차제도 조사연구용역을 의뢰한 것을 들고 있다.

화되었다.

이 계획은 3단계의 계획으로 추진되었다.

제1단계는 기반조성단계로서 1981년부터 1982년에 걸쳐, 행정절차제도 도입추진방안연구 및 당시 행정절차규정의 조사연구 작업에 대한 용역을 의뢰하였다.

제2단계는 법제화준비단계로서 1983년 및 1984년에 걸쳐 당시 법령의 실태를 조사하고, 외국의 행정절차법 제정배경을 비교연구하며, 설문서를 통한 각계 의견을 집약하여 행정절차법 요강안을 작성하도록 하였다.

제3단계는 법제화단계로서 1985년 및 1986년에 걸쳐 행정절차법안 초안을 확정하도록 하였다⁷¹⁾.

이 작업의 결과 1986년 4월 총무처에 “제1차 행정절차법안 심의위원회”가 구성되었다⁷²⁾. 이 위원회는 5회의 전체회의와 16회의 소위원회의 심의 및 공청회를 거쳐 각계의 의견을 반영하여 행정절차법안을 마련하였다. 이 법안은 1987년 7월 7일부터 동년 8월 5일까지 총무처 공고 제30호로 입법예고되었다.

(라) 1987년 입법예고된 행정절차법안

1) 1987년 법안의 구성

1987년 입법예고된 행정절차법안은 아래와 같이 총 7장 71개조 및 부칙으로 구성되어 있었다.

- 제1장 총칙 : ①제1절 목적·정의 및 적용범위등(목적, 정의, 적용범위, 신뢰보호원칙등을 규정), ②제2절 행정청의 관할 및 협조(관할, 협조 및 조정의 의무, 행정응원등을 규정), ③제3절 당사자 및 이해관계인(참가자격, 지위의 승계, 대표자, 대리인, 대표자·대리인의 자격증명, 보좌인등을 규정) ④제4절 송달(송달의 방식, 송달의 효력발생등을 규정), ⑤제5절 기간 및 기한(기간의 계산, 기간·기한의 특례), ⑥제6절 기록열람(당사자등의 기록열람, 비밀유지등을 규정) ⑦제7절 비용

71) 총무처 행정조사연구실, 행정절차제도의 개선 - 중간보고서 -, 1985 참조.

72) 제1차 행정절차법안심의위원회는 김도창 교수를 위원장으로한 13인의 위원으로 구성되었다. 참조자료 총무처 조직국, 자료 1 - 행정절차법, 1996, 1면 참조.

(절차비용의 부담, 참고인등에 대한 비용부담등을 규정) 등 총 7개절 21개 조문으로 구성)

- 제2장 : 행정처분절차 ①제1절 행정처분의 성립 및 효력(행정처분의 신청, 신청에 대한 처리기간, 행정처분기준의 공표, 확약, 행정처분의 사전통지, 행정처분의 방식, 행정처분의 이유부기, 불복신청의 고지, 행정처분의 정정, 행정처분의 취소권 제한, 행정처분의 철회권제한, 행정처분의 재조사등을 규정), ②제2절 의견제출 및 청문절차(의견제출, 청문의 실시요건, 청문의 주재자, 청문주재자의 제척·기피·회피, 청문에의 참가, 청문의 통지, 청문의 공개, 청문의 진행, 청문의 병합·분리, 증거조사, 청문조서, 청문의 종결, 행정처분의 결정, 청문을 거친 행정처분에 대한 불복등을 규정), ③제3절 공청회절차(공청회의 개최, 공청회의 진행등을 규정)등 총 3개절 26개의 조문으로 구성)
- 제3장 : 행정계획의 확정절차(행정계획의 입법과 협의, 행정계획안의 공고·열람, 의견제출, 청문, 공청회, 행정계획의 변경·폐지, 행정계획의 실효, 행정계획으로 인한 피해구제등을 규정하는 9개의 조문으로 구성)
- 제4장 행정입법의 예고절차(행정입법의 예고, 예고방법 및 기간, 의견제출 및 처리, 청문, 공청회, 입법에 대한 청원등을 규정하는 6개의 조문으로 구성)
- 제5장 행정예고절차(행정예고기간, 행정예고에 관한 홍보등을 규정)
- 제6장 행정지도절차(행정지도의 방식과 의견제출을 규정)
- 제7장 보칙(행정집행절차 및 정보공개와 개인정보보호절차는 다른 법률로 규정하도록 위임)

2) 1987년 법안의 비교법적 특성

제2장에서 주요외국의 행정절차법을 비교하면서 시도하였던 행정절차법에 대한 비교는 1987년 행정절차법안에 대하여도 적용해 볼 수 있다. 1987년도 입법예고되었던 행정절차법안의 비교법적 특성은 위에서 설정한 공통적 기준에 비추어 볼 때 다음 표와 같이 요약될 수 있다.

[표 : 1987년 행정절차법안의 비교법적 특성]

- 행정절차법의 제정범위 : 행정내부절차, 행정입법의 예고절차, 행정예고절차, 행정계획의 확정절차, 행정처분절차 및 행정지도절차를 포함함
- 실체적 규정의 포함여부 : 다수의 실체적 규정을 포함함
- 준수법적 절차의 채택여부 : 청문절차를 중심으로 준수법적 요소를 채택함

① 행정절차의 범위

1987년도에 입법예고된 행정절차법은 행정내부절차, 행정입법의 예고절차, 행정예고절차, 행정계획의 확정절차, 행정처분절차 및 행정지도절차등을 넓게 포함하고 있다.

행정내부절차로는 행정청의 관할권의 소재 및 관할조정절차, 행정청상호간의 협조, 조정 및 행정응원절차 등에 관하여 규정하고 있다(제5조 내지 제7조).

행정처분절차로는 신청절차, 행정처분의 방식, 이유부기, 의견청취 및 청문절차, 증거조사절차, 공청회절차 등에 관하여 규정하고 있다(제22조 내지 제49조).

행정계획의 확정절차로는 행정계획의 입안과 협의, 계획안의 공고 및 열람, 의견제출, 청문, 공청회, 행정계획의 확정, 행정계획의 변경·폐지, 행정계획의 실효 등의 절차에 관하여 규정하고 있다(제50조 내지 제58조).

행정입법의 예고절차에 포함되는 행정입법의 개념에는 국민의 일상생활과 관련있는 법률, 대통령령, 총리령, 부령과 지방자치단체의 조례 및 규칙이 모두 포함된다. 행정입법의 예고절차에는 예고기관, 예고방법 및 기간, 의견제출 및 처리, 청문, 공청회, 입법에 대한 청원 등을 규정하고 있다(제59조 내지 제64조).

행정예고절차는 국민의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 새로운 정책의 수립 또는 사업의 시행이나 그 변경을 하고자 할 때에 해당된다. 행정예고절차로는 행정예고의무, 행정예고기간 및 행정예고에 관한 홍보절차 등을 포함하고 있다(제65, 66조).

행정지도절차로는 행정지도의 방식과 의견진술절차를 규정하고 있다(제67, 68조).

위와 같은 절차를 규정한 것 외에 보칙에 “행정상 강제집행, 행정상의 즉시강제, 행정조사 등 행정집행절차와 정보공개 및 개인정보보호에 관하여는 따로 법률로 정한다”고 규정하여 행정절차법의 후속법률로서 이들 법률이 정해져야 할 것을 명시하였다.

② 실체적 규정의 포함 여부

1987년 입법예고된 행정절차법안은 다수의 실체적 규정을 포함하고 있다.

실체적 규정의 예로는, 총칙에 신뢰보호원칙을 선언하고 있는 점(제4조), 처분절차와 관련하여 확약(제25조), 행정처분의 취소권 및 철회권의 제한(제31, 32조), 행정처분의 재심사(제33조) 등을 규정하고 있는 점, 행정계획과 관련한 피해구제 원칙을 선언하고 있는 점(제58조), 행정지도의 원칙을 선언하고 있는 점(제67조) 등을 들 수 있다.

③ 준사법적 절차의 채택 여부

1987년 입법예고된 행정절차법안은 청문절차에 있어 준사법적 절차를 채택하고 있다.

청문절차에는 청문의 통지절차, 청문의 진행절차, 증거조사절차, 청문조서의 작성, 청문을 거친 행정처분의 결정절차 등에 있어 당사자 및 이해관계인에 대한 서면통지, 청문절차에 대한 이해관계인의 참여, 구두변론 방식을 통한 청문의 진행, 각종 준사법적 증거조사방법 등 다양한 준사법적 요소를 채택하고 있다(제34조 내지 제47조).

④ 적용범위

1987년 입법예고된 행정절차법안은 “다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법률을 적용”하도록 규정하고, 이어서 행정절차법이 적용되지 아니하는 행정작용을 열거하는 방식으로 그 적용범위를 규정하고 있다.

행정절차법 적용제외대상으로는 국가원수의 국법상의 행위에 관한 사항,

외교 또는 국가안전보장에 관한 사항, 국회, 지방의회 또는 중앙선거관리위원회의 의결을 거친 사항, 헌법재판소의 심판을 거친 사항, 법원·군사법원 또는 법관·재판관의 재판 및 그 집행에 관한 사항, 형사 및 행정관계법령(사회보호법, 사회안전법을 포함한다)에 의하여 행하는 조치, 재외공관장이 행하는 행정처분, 기타 대통령령으로 정하는 사항 등을 열거하고 있다.

⑤ 내용상의 특성과 입법 경과

이상에서 검토한 바와 같이 1987년에 입법예고된 행정절차법안은 행정처분절차, 계획확정절차, 입법예고절차, 행정예고절차, 행정지도절차등을 망라하고 있으며, 행정과정에 있어 국민의 신뢰보호를 다각적으로 도모하고 있다. 이러한 이유로 이 행정절차법안은 일반적 행정과정에 대한 공정의 확보와 투명성의 향상 및 국민의 권익보호에 충실한 입법으로 학계의 다각적인 환영을 받았다⁷³⁾.

그러나 이 행정절차법안은 1975년도의 중간초안의 경우와 마찬가지로 국회제출이 보류되었다. 국회제출이 보류된 이유에 대하여는 “행정절차의 전면도입을 위한 우리 여건이 성숙되어 있지 않다는 점을 행정절차운영기관에서 우려한 것이 주효했던듯 하다”고 추론하고 있기도 하다⁷⁴⁾.

1996년 행정절차법안에 대한 공청회에서 정부안의 주제발표 가운데에서는 1987년 입법예고된 행정절차법안의 국회 제출이 보류된 이유가 정부측의 입장과 언론계의 입장으로 나누어 제시된 바 있다. 그 내용을 요약하여

73) 최송화, 행정절차입법화의 과제, 한국공법학회 제35회 월례발표회, 1993.3. 1면 이하 참조.

74) 위와 같은 우려를 표현한 논문으로는 “최송화, 행정절차입법화의 과제, 한국공법학회 제35회 월례발표회, 1993.3. 7면”, “박철우, 행정절차법과 기본권의 보장, 저스티스 22권, 1989, 7면 이하” 등을 들 수 있다. 이들 논문에서는 위와 같은 우려의 주요내용으로서 “행정절차제도를 전면적으로 도입할 경우, 절차악용으로 인한 행정처분의 지연, 집단이기주의에 의한 국가적 주요사업의 추진곤란, 관련공무원과의 결탁이나 부당압력등으로 인한 부조리 발생우려, 행정공무원의 행정절차에 대한 인식과 경험부족으로 인한 행정상의 혼란, 인력 예산등의 행정부담가중등의 문제가 발생할 수 있으며, 우리 현실상 학설 판례 관행등의 축적이 불충분하고, 획일적 절차적용의 경우 행정업무의 다양성에 기인한 업무처리의 합리성 약화될 수 있고, 행정절차에 대한 주민의 정당한 인식이 미흡하다는 점” 등을 들고 있다.

아래와 같이 정리해 볼 수 있다.

정부측에서 제시한 이유로는 청문·공청회 등 의견청취절차 이행에 따른 업무부담의 가중, 인력부족 등 인적부담과 경비지출 필요시설 등 경제적 부담 초래, 경험·판례의 축적 미흡 등 절차제도 시행여건 미성숙, 행정처분 기준 공표 등에 따른 행정업무의 경직화 초래, 집단이기주의 등 국민의 의식수준에 비추어 행정계획절차의 도입시 국가 주요사업의 추진곤란 등을 들었다.

이에 반하여 언론계에서는 행정편의주의에 젖어 온 행정실무 부서로서야 달가울 까닭이 없고 여기서 나오는 거부반응이 바로 법제의 실제 지연 이유라고 기록했다고 지적하고 있다⁷⁵⁾.

(마) 1996년까지의 행정절차제도의 운영

1996년까지 행정절차법의 제정이 유보되어 왔다고 해서, 행정절차제도가 우리 행정현실상 전혀 운영되어오지 아니하였던 것은 아니다.

앞에서 세계각국의 행정절차 입법화 경향 및 주요내용을 설명하면서 서두에서 개관한 바와 같이, 행정절차에 관한 법규정을 전혀 포함하지 아니하는 행정에 관한 입법체계는 존재하기 어렵다. 행정청이 행정활동을 함에 관한 근거를 법률에 둘 경우, 각각의 행정활동에 대한 실체적 근거 만들 두는 것이 아니라 그 활동을 국민에게 알리는 방법, 집행하는 방법, 행정활동에 이의가 있는 국민과의 분쟁해결방법등에 관한 방법 등 행정과정에서의 절차적 요소에 대한 규정이 다소간 필요하기 때문이다. 정도의 차이는 있지만, 우리 행정입법가운데서도 이들 행정절차적 요소는 개별 행정실정법령 속에 여러가지 형태로 포함되어 있었다.

일반 행정절차법이 제정되지 아니한 상태에서 우리나라의 개별 행정실정법령 속에서 행정절차를 운영해 온 방식은 다음과 같이 구분될 수 있다.

첫번째 방식은 훈령을 통하여 행정절차의 일반적 기준을 마련한 후, 개별적 행정법령을 제정 또는 개정함에 있어 위의 일반적 기준에 포함된 절차적 요소를 반영하도록 하는 방법이었다.

75) 총무처 조직국 제도1과, “행정절차법 심의위원회·공청회 회의록, 1996.7. 480면 이하 참조.

두번째 방식은 국민의 행정청에 대한 신청등 민원행정사무에 관하여만 별도의 절차를 정하고, 이 절차를 대통령령 및 법률의 형태로 운영하는 방식이었다.

개별행정법령의 제정 또는 개정에서 있어 행정절차규정을 도입하도록 하는 첫번째 방식은 이미 1975년에 입안된 행정절차법 중간초안에 대하여 행정개혁위원회가 “입법을 유보하되, 각 단행법령에 행정절차를 많이 삽입하기”로 결론을 지은 이래 간헐적으로 채택되어 왔다.

1987년에 입법예고되었던 행정절차법안의 입법이 유보된 후, 정부는 1989.11.17. 국무총리훈령 제235호 “국민의권익보호를위한행정절차에관한훈령”을 제정하여 “행정절차운영지침”을 하달하였다.

이 훈령은 조문의 형식으로 규정된 “행정절차운영지침”을 별도로 첨부하고 있다. 이 지침은 아래와 같이 총4장 36개의 조문으로 구성되어 있었다.

- 제1장 총칙(목적, 정의, 적용범위, 행정절차 등 4조로 구성)
- 제2장 의견청취 : ①제1절 통칙(의견청취의 종류), ②제2절 의견제출(의견제출의 사전통지, 의견제출의 방식, 의견제출이 없는 경우의 처리 등 3개조로 구성, ③제3절 청문(청문의 사전통지, 청문의 주재자, 청문주재자의 제척·회피·회피, 청문의 공개, 청문의 개시, 청문의 진행, 질서유지, 청문의 속행, 청문의 병합·분리, 증거조사, 청문의 종결, 청문조서, 청문조서의 제출, 청문의 재개, 대표자 등 15개조로 구성, ④제4절 공청회(공청회의 공고, 공청회의 주재자, 발언자의 선정, 공청회의 개시, 공청회의 진행, 질서유지 등 6개조로 구성)
- 제3장 행정처분(행정처분의 방식, 행정처분의 이유명시, 행정처분의 정정 등 3조로 구성)
- 제4장 보칙(서류 및 물건의 반환, 비밀유지, 참고인 등에 대한 수당지급, 행정절차제도의 단계적 확대 실시 등 4조로 구성)

위와 같이 훈령으로 행정절차를 운용함에 관하여는 형식적 및 내용적으로 많은 문제점이 지적되어 왔다.

첫째로 이 지침은 행정규칙의 일종인 국무총리 훈령의 형식을 취하고 있다는 점이 비판의 대상이 되었다. 행정규칙의 법규성에 대하여 학설상 일부 행정규칙의 법규성을 인정하는 경우도 없지는 않지만, 행정규칙은 원칙적

으로 행정내부적 효력을 갖는 행정부서내의 명령으로서 대외적 구속력을 갖지는 않는 것으로 보는 것이 일반적인 견해이다⁷⁶⁾. 이러한 일반적 견해의 입장에서 볼 때, 어느 행정관서가 지침에 의한 행정절차를 이행하지 않는 경우에도, 관계 공무원에게 행정상의 책임을 물을지 여부는 별론으로 하고, 당해 행정처분이 곧 위법한 처분이 되는 것이라고 하기는 어렵다⁷⁷⁾.

둘째로 이 지침은 행정작용의 형식중 오직 “행정처분”만을 대상으로 하고 있다는 점에서 그 한계가 드러나 있다. 1987년 입법예고된 “행정절차법안”이 행정처분절차, 계획확정절차, 행정입법예고절차, 행정예고절차 및 행정지도절차등을 모두 규정한 것과 달리 행정절차의 운영대상을 “실현가능한 최소한도”에 국한시키고 있다.

이 지침은 모든 “행정처분”을 대상으로 하는 것이 아니라, 원칙적으로 “불이익처분절차”만을 대상으로 한다. “신청에 의한 행정처분”에 대하여는 “행정청이 필요하다고 인정하는 때에 한하여 민원사무처리규정에 저촉되지 아니하는 범위안에서 이 지침을 적용한다(제3조 제1항)”고 규정하여 적용범위를 축소하고 있다. 이러한 내용적 적용범위의 축소는 행정절차가 한정된 정부기관의 한정된 활동에 국한되게 적용되도록 함으로써 행정절차가 일반적 행정과정에 대한 공정의 확보와 투명성의 향상을 기하도록 하기에는 부적절하게 되는 의미가 있어 문제점으로 지적되어 왔다⁷⁸⁾.

76) 행정규칙의 법규성 인정여부에 대한 학설과 판례의 경향 및 상세한 토론내용, 반대설의 전거가 되는 논문등에 관하여는, 김도창, 일반행정법론 상, 331면 이하; 김남진, 행정법 I, 174면 이하; 박윤훈, 행정법강의 상, 200면이하; 김동희, 행정법 I, 133면 이하; 석종현, 일반행정법론 상, 413면 이하 등 참조.

77) “이상규, 행정절차운영지침의 의의와 문제점, 고시계 90.3. 108면 이하”에 따르면, “지침에 의한 행정절차를 이행하지 않은 처분이 위법한 처분이 된다고 보기는 어렵지만 헌법 제12조 제1항에 의한 적법절차의 요구 및 개인에 대한 불이익처분을 함에 있어서의 행정절차를 정한 훈령의 재판기준성을 인정한 대법원판례(대판 1984.9.11. 82누166)를 바탕으로 지침의 법규성을 인정할 수 있을 것으로 기대된다”고 한다. 그러나 이 견해는 지침의 법규성을 바로 인정했다기 보다는 헌법원칙인 적법절차원칙 및 평등원칙의 적용에 있어 지침이 “연결점”이 될 수 있음을 인정한 것으로 이해된다. 같은 의견, 김도창, 일반행정법론 상, 333면 이하 참조.

78) 이 지침의 전문과 그 구체적 분석 및 그 문제점에 관하여는 필자가 1995년 한국법제연구원의 현안분석 보고서로 작성한 “공정행정 구현을 위한 행정절차법 제정방안” 27쪽 이하에서 언급한 바 있다.

(바) 1996년 행정절차법의 제정 경과

1996년 행정절차법 제정을 위한 논의는 1993년 9월 행정쇄신위원회에서 『열린정부·투명한 행정구현』을 위하여 행정절차법의 제정을 건의하기로 의결한 데서 다시 출발하였다.

행정쇄신위원회는 1993년 4월 9일 대통령령 13878호로 “행정쇄신위원회규정”이 마련됨에 따라 이 규정을 근거로 1994년 4월 20일 발족된 기구이다. 이 위원회에는 “국민편의 증진을 위한 행정행태·관행의 개선, 행정규제완화와 정부조직의 합리적 개편 등 행정쇄신에 관한 종합적 추진방안을 연구·심의하여 대통령의 자문에 응하기 위하여 대통령소속하에 설치된 기구이다. 이 기구는 행정규제완화등 불합리한 법령과 제도의 개선에 관한 사항, 국민편의증진을 위한 행정행태와 관행의 개선에 관한 사항등을 연구·심의하고 그 결과를 대통령에게 건의하는 기능이 부여되었다⁷⁹⁾.

행정쇄신위원회는 기획연구과제의 하나로서 “행정공개와 주민참여 확대방안”을 설정하고, 그 추진목적 및 개선방안으로서 “국민의 알권리를 보장하고 투명한 공개행정을 구현하기 위하여 『행정정보공개법』을 제정하는 한편, 행정처분의 이해당사자의 권익을 사전적으로 보호하고 의견개진 등 행정참여를 활성화하기 위하여 『행정절차법』의 제정을 추진함”을 설정하였다⁸⁰⁾.

행정쇄신위원회는 “행정절차제도 확대”라는 제목으로 행정절차법의 제정을 건의하기로 의결하면서 그 내용을 1)행정절차제도의 현황 및 문제점 2)쇄신방안 3)필요조치사항 및 추진일정 등 세부분으로 구분하고 있다.

첫째로 “행정절차제도의 현황 및 문제점”에 대한 지적으로서 다음의 두 가지 사항을 들고 있다.

“행정절차에 관한 일반법 부재 - 행정처분 등 행정행위별로 절차와 기준이 불명확하고 행정절차에 관한 현행 국무총리훈령으로는 국민의 절차적 권리를 보장할 수 있는 기속력이 미약”

“행정절차제도 확대여건 미성숙 - 행정절차에 대한 공무원의 인식 및 운

79) 행정쇄신위원회규정 제1조 및 제2조 참조.

80) 행정쇄신백서 1993. 4. - 1994. 4. 행정쇄신위원회, 82쪽 이하 참조.

영경험이 부족하고 국민일방에서도 공익존중과 민주적 절차를 통해 도출된 결과에 승복하는 시민정신이 미흡함”. “행정절차에 관한 일반법제정에 앞서 개별작용법의 정비 필요”

둘째로 위 문제점에 대한 쇄신방안으로서는 “제도의 실효성 확보를 위해 현행 개별법상의 절차규정을 우선 정비하고, 행정비용과 혼란을 최소화하기 위하여 행정절차에 관한 공무원의 운영경험 및 국민의 이해증진 등 여건을 조성한 후, 적용가능한 절차부터 단계적으로 입법화하도록 함”을 들고 있다.

셋째로 “필요조치사항 및 추진일정”으로서는 먼저 필요조치사항으로서 “1995년말까지 개별작용법에 행정절차규정을 반영함, 행정절차제도 및 운영방법에 대한 공무원 대상 교육실시로 운영경험을 축적함, 개별법령에 의한 행정절차제도 운영을 통하여 국민의 이해증진을 도모하는 등 행정절차제도 정착을 위한 여건을 조성함, 행정절차제도의 전면 확대시의 부작용 최소화방안을 강구함” 등을 설정한 후, 추진일정으로서 1994년 6월까지 행정절차법 시안작성, 1995년 3월까지 관계부처 협의, 1995년 6월까지 각계 여론수렴후, 정부 법률안으로 확정하여 1995년 정기국회에 상정 등의 일정을 마련하고 있다.

행정쇄신위원회는 위와 같은 의결에 따라 총무처는 조직국내에 제도1과를 중심으로 하여 행정절차법제정 전담반을 구성하고 실무적인 준비작업에 착수하였다.

총무처는, 위와 같은 행정쇄신위원회의 의결내용에 따라, 행정절차법의 시안작성을 위한 일선 행정기관의 의견조사 실시, 전문가 자문 등의 준비작업을 거친 후, 1994년 7월 “행정절차법시안”을 작성하고, 그 내용에 대한 설명으로서 “행정절차법시안검토자료”를 작성하였다. 이 “행정절차법시안검토자료”는 관계부처에 협의자료로 보내어짐과 동시에, 평가 및 의견수렴을 위하여 한국공법학회, 한국법제연구원등을 비롯한 각 관계전문학회, 전문기관 및 전문가에게 보내어졌다. 이 시안은 “국민권익보호 및 행정참여 확대와 국가사업의 효율적 추진을 조화시킬 수 있도록 단계적 입법화를 추진”하도록 함을 그 기본방향으로 하고 있다. 즉 개별작용법령의 정비상황, 공무원의 운영경험 등 행정절차제도의 정착여건이 비교적 조성된 분야

부터 시안에 포함시켜 입법화를 추진하되, 행정처분절차, 입법예고절차, 행정예고절차를 중심으로 추진하고, 부작용이 우려되거나, 우리 행정현실상 적용하기 곤란하다고 판단되는 분야는 학계, 법조계, 공무원 등 각계의 견을 수렴하여 신중히 입법화 여부를 결정하도록 하고 있다⁸¹⁾.

1994년 7월의 총무처 시안은 아래와 같이 총 5장 45개조로 구성되어 있었다.

- 제1장 총칙 : ①제1절 목적·정의 및 적용범위(목적, 정의, 적용범위등을 규정), ②제2절 당사자 및 이해관계인(참가자격, 지위의 승계, 대표자, 대리인, 대표자·대리인의 자격증명, 보좌인등을 규정) ③제3절 송달(송달의 방법, 송달의 효력발생등을 규정), ④제4절 기간 및 기한(기간의 계산, 기간·기한의 특례) ⑤제5절 비용(절차비용의 부담, 참고인등에 대한 비용부담등을 규정) 등 총 5개절 15개 조문으로 구성.
- 제2장 행정처분절차 : ①제1절 통칙(행정처분의 방식, 행정처분의 이유부기, 불복신청의 고지 등을 규정), ②제2절 의견청취절차(의견청취종류, 의견제출, 청문의 실시, 청문의 주재자, 청문주재자의 제척·기피·회피, 청문에의 참가, 청문의 통지, 청문의 공개, 청문의 진행, 청문의 병합·분리, 증거조사, 청문조서, 청문을 거친 행정처분에 대한 불복, 공청회의 실시요건, 공청회의 진행등을 규정)등 총 2개절 21개의 조문으로 구성)
- 제3장 행정입법의 예고절차(행정입법의 예고, 예고방법 및 기간, 의견제출 및 처리, 공청회등 4개의 조문으로 구성)
- 제4장 행정예고절차(행정예고, 행정예고기간, 행정예고방법, 의견제출 및 처리 등 4개 조문으로 구성)

1994년 7월 총무처시안은 “국민의 권익보호 및 행정참여 확대와 국가사업의 효율적 추진을 조화시킬 수 있도록 단계적 입법화를 추진” 하도록 함을 그 기본방향으로 하고 있었다. 즉 개별작용법령의 정비상황, 공무원의 운영경험 등 행정절차제도의 정착여건이 비교적 조성된 분야부터 시안에

81) 1994년 7월에 작성된 총무처 행정절차법 시안에 대하여는 필자가 그 구체적 내용과 문제점을 분석하여 한국법제연구원의 연구보고서로 작성·발간한 바 있다. 오준근, 행정정구현을 위한 행정절차법 제정방안, 한국법제연구원 현안분석보고서, 1995.4. 참조.

포함시켜 입법화를 추진하되, 행정처분절차, 입법예고절차, 행정예고절차를 중심으로 추진하고, 부작용이 우려되거나 우리 행정현실상 적용하기 곤란하다고 판단되는 분야는 학계, 법조계, 공무원 등 각계의견을 수렴하여 신중히 입법화여부를 결정하도록 하였다.

이와 같은 입법태도로 인하여 1987년도 입법예고안에 포함되어 있었던 모든 실체적 규정이 삭제되었고, 당사자들의 기록열람권 등 당사자의 권익 보호를 위하여 도입되었던 규정을 상당수 삭제하였으며, 행정청의 반발이 있거나 논란이 되었던 행정계획의 확정절차, 행정계약절차, 행정지도절차 등을 모두 삭제하였다. 이로써 내용적으로 “행정절차운영지침”에 거의 근접하는 간략한 행정절차법시안으로 나타나게 되었다. 그 뿐만 아니라, 위에서 언급한 바와 같이, 행정절차법의 적용범위에 대하여 광범한 예외를 인정하는 등, 행정편의적인 조문이 다수 포함되는 등 많은 문제점을 노정하였다⁸²⁾.

이와 같은 문제점이 집중적으로 지적됨에 따라, 이 시안은 차후 행정절차법의 제정을 위한 심의위원회의 논의 과정에서 논의의 대상으로부터 아예 배제되었다.

총무처는 시안에 따른 의견수렴의 결과를 기초자료로 하여 행정절차법의 입법을 보다 구체적으로 진행시키기 위하여 1995년 5월에 제2차 행정절차법안심의위원회를 구성하였다⁸³⁾. 이 위원회는 총무처훈령 “행정절차법안

82) 1994년 7월 총무처시안의 구체적인 내용과 그 문제점에 관하여는, 줄저, 공정행정구현을 위한 행정절차법 제정방안, 한국법제연구원 현안분석 1995, 53쪽 이하 참조.

83) 이 위원회는 1987년 입법예고된 행정절차법안을 마련하기 위하여 구성되었던 위원회와 구분하기 위하여 “제2차”위원회라 불리운다. 이 위원회는 전체위원회 위원의 구성에 있어서 학계, 법조계, 언론계, 사회단체, 정부 등의 대표를 고루 안배하여 위촉하였다. 학계에서 위촉된 위원으로는 김남진(고려대, 행정법), 김이열(중앙대, 행정법), 김철용(건국대, 행정법), 박윤훈(경희대, 행정법), 양승두(연세대, 행정법), 이상돈(중앙대, 행정법), 천병태(부산대, 행정법), 최송화(서울대, 행정법), 최창호(건국대, 행정학), 한창규(성균관대, 행정법)교수(가나다순), 법조계에서 위촉된 위원으로는 김경희 변호사, 이재후 변호사 황우여 당시 감사위원, 언론계에서 위촉된 위원으로는 우승용 문화일보논설위원, 유승삼 중앙일보논설위원, 사회단체에서 위촉된 위원으로는 이용환 전국경제인연합회 이사, 조한천 한국노총정책실장, 최경선 대한상공회의소 이사, 정부내에서 위촉된 위원으로는 김홍대(법제처 법제조정실장), 박용환(총무처 소청심사위원), 실무위원으로 위촉된 위원으로는 문동후(총무처 조직국장), 오강현(통상산업부 산업정책국장), 최재범(서울시 도시계획국장), 오준근(한국법제연구원 - 필자) 등이었다. 전체위원회 위원 중에서 소위원회를 따로 구성하였는 바, 소위원회 위원으로는 박윤훈(위원장), 김남진, 김이열, 김철용, 최송화 교수, 박용환 소청심사위원과 문동

심의위원회규정”에 그 근거를 두었다. 이 규정은 “행정절차법 제정에 관한 주요사항의 자문에 응하기 위하여 총무처장관의 소속하에 행정절차법안심의위원회를 둔다”고 규정한 후, 위원회의 기능으로서 “행정절차법 제정의 기본방향 및 추진에 관한 사항”, “행정절차법의 입법범위 및 주요내용에 관한 사항”, “기타 행정절차법 제정과 관련하여 총무처장관이 심의를 요청하는 사항”등을 설정하고 있다⁸⁴⁾.

위원회는 1995년 5월 31일 제1차 전체회의의 개최를 필두로 하여 3차례의 전체회의와 15차례의 소위원회를 열어 행정절차법안을 마련하였다. 위원회는 행정절차법의 입법범위로서 1987년 입법예고되었던 행정절차법안을 기준으로 하고, 1994년 7월의 총무처 시안과 이에 대한 관계 행정기관의 의견 및 외국의 행정절차입법례를 참고하기로 하고, 일단 행정절차법 총칙적 사항, 행정처분, 행정계획, 행정입법, 행정예고, 행정지도, 공법상 계약, 각종 실체적 규정들을 모두 일단 심의의 대상으로 하였다.

처분절차를 필두로 하여 개별적인 각 행정절차의 요소에 대한 조문의 구체적인 검토를 거쳐서 1996년 4월 12일 제15차 소위원회에서 축조심의 최종안에 대한 검토가, 1996년 5월 23일 제3차 전체회의에서 소위원회의 결과보고로서 이루어진 행정절차법안에 대한 검토가 이루어짐으로써 행정절차법안이 마련되었다.

이렇게 마련된 법안에 대하여 1996년 6월 4일 공청회를 개최하였다. 이와 병행하여 관계부처의 의견수렴이 이루어졌다.

이 법안은 1996년 8월 1일 다시 입법예고되었다. 공청회 및 입법예고의 결과를 반영하기 위하여 다시 수차의 위원회가 개최되었다. 1996년 10월 22일 국무회의에서 의결되어 제181회 정기국회에 제출되었다. 1996년 11월 31일 국회본회의에서 의결되어 정부에 이송된 행정절차법은 1996년 12월 31일 법률 제5241호로 공포되었다.

행정절차법은 그 시행을 1년간 유보하였다. 이에 따라 행정절차법은 1998년 1월 1일 부터 시행되었다.

행정청이 행정절차법의 운용을 위한 준비기간이 필요한 점, 시행령의 제

후, 오강현, 최재범, 오준근 위원등이 위촉되었다.

84) 1995.5.26. 총무처훈령 제172호 “행정절차법안심의위원회규정” 제1조 및 제2조 참조.

정과 관계법률의 정비 등을 위한 기간이 필요한 점등을 생각한다면 1년간의 유보기간의 설정은 불가피하였다고 생각된다.

(사) 주요 시안의 비교법적 특성

이상에서 언급한 대한민국 행정절차법의 제정과정에서 제시되었던 각종 행정절차법안의 비교법적 특성을 한 눈에 볼 수 있도록 도표로 표시하면 다음과 같다.

- 도표 : 대한민국 행정절차법 제정연혁 : 주요 시안의 비교법적 특성 •

구분 시안명 (입안년도)	행정절차법 제정범위	실체적규정 포함여부	준사법적절차 채택여부
중간초안 (1975)	행정협조절차 명령제정절차 계획결정절차 행정처분절차 행정계약절차 불복신청절차	포함하지 않음	청문절차 및 불복신청절차에서 준사법적절차 채택
입법예고안 (1987)	행정협조절차 행정입법예고절차 행정예고절차 행정계획확정절차 행정처분절차 행정지도절차	신뢰보호원칙,확약 행정처분 취소권 철회권제한,재심사 행정계획 피해구제 원칙, 행정지도원칙등 다수 포함	청문절차에 준사법적절차규정 채택
총무처시안 (1994)	행정처분절차 행정입법예고절차 행정예고절차	포함하지 않음	청문절차에 준사법적절차규정 채택함
현행 행정절차법 (1998.1.1시행)	행정협조절차 처분절차 신고절차 행정입법예고절차 행정예고절차 행정지도절차	거의 포함하지 않음 (약간의 원칙규정은 포함)	청문절차에 준사법적절차규정 채택함

나. 현행 행정절차법의 구성과 내용적 특성

(1) 행정절차법의 구성

현행 행정절차법은 아래와 같이 총 7장 54개조 및 부칙으로 구성되어 있다.

제3장 행정절차법의 정비를 위한 비교법적 고찰

- 제1장 총칙 제1절 목적·정의 및 적용범위등(목적, 정의, 적용범위, 신의성실 및 신뢰보호, 투명성등을 규정), 제2절 행정청의 관할 및 협조(관할, 행정청간의 협조, 행정응원등을 규정), 제3절 당사자 등(당사자 등의 자격, 지위의 승계, 대표자, 대리인, 대표자·대리인의 통지등을 규정) 제4절 송달 및 기간·기한의 특례(송달의 방법, 송달의 효력발생, 기간·기한의 특례 등을 규정)등 총 4개절 16개 조문으로 구성.
- 제2장 처분 제1절 통칙(처분의 신청, 다수의 행정청이 관여하는 처분, 처리기간의 설정·공표, 처분기준의 설정·공표, 처분의 사전통지, 의견청취, 처분의 이유제시, 처분의 방식, 행정처분의 정정, 고지등을 규정), 제2절 의견제출 및 청문(의견제출, 청문주재자, 청문주재자의 제척·기피·회피, 청문의 공개, 청문의 진행, 청문의 병합·분리, 증거조사, 청문조서, 청문의 종결, 청문의 재개, 문서의 열람 및 비밀유지 등을 규정), 제3절 공청회(공청회의 개최, 공청회의 진행등을 규정)등 총 3개절 23개의 조문으로 구성)
- 제3장 신고(신고절차를 규정한 1개의 조문으로 구성)
- 제4장 행정상 입법예고(행정상 입법예고, 예고방법, 예고기간, 의견제출 및 처리, 공청회등을 규정하는 5개의 조문으로 구성)
- 제5장 행정예고(행정예고절차와 준용규정등 2개의 조문으로 구성)
- 제6장 행정지도(행정지도의 원칙, 행정지도의 방식, 의견제출, 다수인을 대상으로 하는 행정지도 등 4개 조문으로 구성)
- 제7장 보칙(비용의 부담, 참고인등에 대한 비용지급, 협조요청등 3개의 조문으로 구성)

(2) 행정절차법의 내용적 특성

현행 행정절차법은, 위에서 언급한 대로, 1987년에 입법예고되었던 행정절차법안을 기초로 하고, 총무처의 1994년 7월 시안, 외국의 입법례, 우리 현행 다른 법령안의 현황과 그 내용을 참조하여 심의위원회에서 18차의 심의 끝에 성안된 것이다.

현행 행정절차법의 내용적 특성에 관하여는 행정절차법 제정을 위한 공청회에서 심의위원회의 심의방향을 요약하여 제시한 바 있다. 그 내용이 행정절차법의 내용적 특성을 지적하는데에는 가장 적절할 것이라 생각되므로 필자도 그 내용을 기준으로 하여 서술하고자 한다.

행정절차법은 내용적 특징으로는, 첫째로, 행정절차법이 우리나라에서 지금까지의 행정현실과 행정법의 통설과 판례가 이룩한 수준을 입법화하도록 하되, 외국의 입법례와 다른 법령의 입법례를 참고하여 우리 현실에 비추어 규범적으로 활용할 수 있는 내용도 포함하도록 하였다. 이와 아울러 우리의 행정현실에서 행정청과 국민상호간에 공감대를 형성해나감에 기여할 수 있으리라고 생각되는 독창적 내용도 심의과정에서 반영하였다는 점을 들 수 있다.

우리 행정현실과 행정법학이론이 아직 정립되지 아니하여 입법에 반영되지 못한 경우에는 행정계약절차와 행정계획의 확정절차를 들 수 있다. 이에 관하여는 뒤에 개정방향에서 보다 구체적으로 언급하기로 한다.

행정절차법이 외국의 입법례와 다른 입법례를 참조하여 도입한 행정절차의 예로는, 행정의 전문화와 지방자치의 활성화에 대비하여 행정내부절차로서 행정응원절차를 도입한 점, 청문절차를 준수법적으로 구성한 점, 신고절차를 도입한 점, 행정지도절차를 도입한 점 등을 들 수 있다.

행정절차법이 우리의 행정현실에서 행정청과 국민상호간에 공감대를 형성해나감에 기여할 수 있으리라고 생각되는 반영한 독창적 내용으로는, 행정절차의 일반원칙으로서의 투명성의 원칙을 규정한 점, 국민에게 법령해석신청권과 행정처분의 기준에 대한 해석신청권을 부여한 점 등을 들 수 있다.

행정절차법의 내용적 특징으로는, 둘째로, 행정절차법이 순수 절차규정만을 입법화 하려고 노력하였다는 점을 들 수 있다. 행정절차법이 기준으로 삼았던 1987년 입법예고안은 독일의 행정절차법을 모델로 하여 행정상의 신뢰보호원칙을 비롯하여, 처분절차와 관련하여 확약, 행정처분의 취소권 및 철회권의 제한, 행정처분의 재심사, 행정계획과 관련한 피해구제 원칙, 행정지도의 원칙 등 다수의 실체적 규정을 포함하고 있었다. 이는 독일 연방행정절차법은 행정행위절차를 중심으로, 행정행위에 관한 행정법전에 가까운 형태와 내용을 포함하고 있는 점을 상당수 받아들였던 것으로 생각된다.

심의위원회에서는 실체적 규정의 도입여부에 대하여 상당한 논란이 있었으나, 가능한 한 순수한 절차적 규정만을 입법화하고자 노력하였다. 실체적규정은 행정절차의 일반원칙으로서의 신의성실 신뢰보호의 원칙, 요건에 적합한 신고가 이루어진 경우, 신고의무이행의 간주규정, 행정지도의 원칙 등을 선언하는 등 몇몇 경우에 예외적으로 도입되었다.

행정절차법의 내용적 특징으로는, 셋째로, 행정의 투명성을 최대한 확보하고, 국민의 권익보호와 행정능률을 적절히 조화시키는 장치를 다각적으로 도입하였다는 점이다. 이 점에 있어서는 독일, 일본의 행정절차법등 다른 외국의 입법례와 구분되는 내용적 특징으로 제시될 수 있다.

행정의 투명성확보를 위하여 행정상 입법, 행정정책의 수립에 이르기까지 사전예고제도를 도입한 것은 독일이나, 일본의 입법례보다 넓은 범위의 행정절차요소를 도입한 것이라고 지적할 수 있다. 행정절차의 일반원칙으로서의 투명성의 원칙을 규정하고, 국민에게 법령해석신청권과 행정처분의 기준에 대한 해석신청권을 부여한 점 등은 우리 행정절차법의 독특한 내용이라고 할 수 있다.

행정절차법의 내용적 특징으로는, 넷째, 행정절차의 범위로서 행정내부절차와 행정입법의 예고절차, 행정예고절차, 처분절차, 신고절차, 행정지도절차 등을 도입하였다는 점이다. 이 점은 행정절차법의 비교법적 특징을 언급하면서 다시금 상세히 언급하기로 한다.

다. 행정절차법의 비교법적 특성

주요외국의 행정절차법을 비교하면서 시도하였던 행정절차법에 대한 비교는 현행 행정절차법에 대하여도 적용해 볼 수 있다. 현행 행정절차법의 비교법적 특성은 위에서 설정한 공통적 기준에 비추어 볼 때 다음 표와 같이 요약될 수 있다.

[표] 현행 행정절차법의 비교법적 특성

- 행정절차법의 제정범위: 행정내부절차, 행정입법의 예고절차, 행정예고절차, 처분절차, 신고절차 및 행정지도절차를 포함함
- 실체적 규정의 포함여부: 약간의 실체적 규정을 포함함
- 준사법적 절차의 채택여부: 청문절차 중심 준사법적 요소를 채택하고 있음

(1) 행정절차의 범위

현행 행정절차법은 행정내부절차, 행정입법의 예고절차, 행정예고절차, 처분절차, 신고절차 및 행정지도절차등을 포함하고 있다. 넓은 의미의 행정절차 중 행정계약절차와 행정계획의 확정절차는 일반 행정절차법의 제정범위에서 배제되어 있다.

행정내부절차로는 행정청의 관할권에 속하지 아니한 사안이 접수된 경우에 대한 행정청의 이송의무와 관할조정절차, 행정청상호간의 협조의무 및 행정응원절차 등에 관하여 규정하고 있다(제6조 내지 제9조).

처분절차로는 신청에 의한 처분절차와 불이익처분절차를 모두 행정절차법에 규정하였다.

신청에 의한 처분절차로는 신청의 방식, 행정청의 신청에 필요한 구비서류·접수기관·처리기간 등에 대한 게시 또는 편람비치 의무, 신청서류의 접수 및 보완절차, 다수의 행정청이 관여하는 처분을 구하는 신청을 접수할 경우에 대한 협조의무, 행정청의 신청인의 편의를 위한 처분의 처리기간의 설정 및 공표의무와 그 절차 등을 규정하고 있다(제17조 내지 제19조).

신청에 의한 처분절차와 불이익처분절차에 공통되는 사항으로서 행정청에게 필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 공표하여야 할 의무를 부여하고, 당사자들에게 공표된 처분기준이 불명확한 경우 당해 행정청에 대하여 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있는 권한을 부여하였다. 행정청에게 원칙적으로 처분의 이유를 제시할 의무를 부여하였다. 처분의 방식을 원칙적으로 문서로 하도록 규정하고, 처분의 정정절차와 불복방법의 고지의무 등을 아울러 규정하고 있다(제20조 및 제23조 내지 제26조).

불이익처분절차로서 행정청이 불이익처분을 하는 경우 이를 사전에 통지하여야 할 의무 및 그 절차를 규정하였다. 의견청취절차의 종류로는 의견제출, 청문, 공청회 세가지 종류를 규정하고, 모든 불이익처분의 경우에 최소한 의견제출을 실시할 의무를 행정청에게 부여하고, 특별한 경우에 준사법적 절차로서의 청문과 공청회를 실시하도록 규정한 후, 각각의 요건과 절차를 규정하였다(제21조, 제22조 및 제27조 내지 제39조).

신고절차로서는 행정청의 신고사무를 위한 구비서류 및 편람비치 의무와 신고절차를 규정하고, 신고의 요건이 충족된 경우에 대한 신고의무 이행 간주규정을 두어 신고절차가 규제완화와 행정간소화에 이바지 하도록 하였다(제40조).

행정입법의 예고절차에 포함되는 행정입법의 개념에는 국민의 일상생활과 관련있는 법률, 대통령령, 총리령, 부령과 지방자치단체의 조례 및 규칙이 모두 포함된다. 행정입법의 예고절차에는 예고기관, 예고방법 및 기간, 의견제출 및 처리, 공청회 등을 규정하고 있다(제41조 내지 제45조).

행정예고절차는 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 사항, 많은 국민의 이해가 상충되는 사항, 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항, 기타 널리 국민의 의견수렴이 필요한 사항 등에 대한 정책·제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하고자 하는 때에 이를 예고하도록 하는 절차이다. 일반적인 정책의 예고뿐만 아니라, 행정계획에 대한 예고를 행정예고에 포함시킴으로써 계획절차를 행정절차법에 포함하지 아니한 점에 대한 보완의 기능을 어느 정도 수행하도록 하고 있다. 행정예고절차에는 행정입법의 예고절차에 대한 규정을 대부분 준용하도록 하였다(제46조 및 제47조).

행정지도절차로는 “행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다”는 등의 일반원칙을 규정한 후 행정지도의 방식과 행정지도에 대한 문서교부, 의견제출절차, 다수인을 대상으로 하는 행정지도의 경우에 대한 특별규정등을 두고 있다.

(2) 실체적 규정의 포함 여부

현행 행정절차법은 1987년 입법예고된 행정절차법안을 기본으로 하였으나, 행정절차법제정 심의위원회의 심의과정에서 가능한 한 순수한 절차규정 위주로 행정절차법을 제정하기로 방침을 설정함에 따라 1987년 법안에 규정되었던 대부분의 실체적 규정이 배제되었다. 그러나 행정절차의 일반원칙, 행정지도의 원칙 등 약간의 실체적 규정은 입법내용에 포함되어 있다.

실체적 규정의 예로는, 총칙에 신뢰보호원칙과 투명성의 원칙 등 행정청의 일반원칙 규정을 포함하고 있는 점(제4조 및 제5조), 행정지도의 원칙을 선언하고 있는 점(제48조) 등을 들 수 있다.

(3) 준사법적 절차의 채택 여부

현행 행정절차법은 청문절차에 있어 준사법적 절차를 채택하고 있다.

청문절차의 공정성 확보를 위하여 청문의 주재자의 선정과 청문의 주재자에 대한 제척·기피·회피제도등을 도입하는 등의 준사법적 요소를 도입하였고, 청문의 진행에 있어 구두변론절차를 원칙으로 하였으며, 청문의 결과에 대하여 청문조서를 작성하도록 하였다. 그 밖에도 청문의 통지절차, 증거조사절차, 청문조서의 작성, 청문절차에 대한 이해관계인의 참여 등 다양한 준사법적 요소를 채택하고 있다(제28조 내지 제37조)

(4) 적용범위

현행 행정절차법은 “처분·신고·행정상 입법예고·행정예고 및 행정지도의 절차에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다”고 규정한 후, 이어서 행정절차법이 적용되지 아니하는 행정작용을 열거하는 방식으로 그 적용범위를 규정하고 있다.

행정절차법 적용의 예외가 되는 사항으로서 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 얻어 행하는 사항, 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항, 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항, 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항, 감사원이 감사위원회회의의 결정을 거쳐 행하는 사항, 형사·행형 및 보안처분 관계법령에 의하여 행하는 사항, 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항중

행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 사항, 심사청구·해난심판·조세심판·특허심판·행정심판 기타 불복절차에 의한 사항, 병역법에 의한 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사관계법령에 의한 징계 기타 처분 또는 이해조정을 목적으로 법령에 의한 알선·조정·중재·재정 기타 처분 등 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항 등을 규정하였다. 현행 행정절차법이 행정절차의 예외를 최대한 좁히고, 이를 특정할 수 있도록 한 점은 1987년 입법예고되었던 행정절차법의 내용을 어느 정도 개선한 것이라 생각된다.

제 4 장 행정절차법의 개정방안

1. 개 관

지금까지 제2장에서는 실무상 및 판례상 행정절차법의 운용현황과 문제점을, 제3장에서는 주요 외국의 행정절차법의 주요 내용과 그 각각의 비교법적 특성을 살펴보았다.

이상의 고찰은 궁극적으로 대한민국 행정절차법의 개선방안을 찾고자 함이다.

행정절차제도는 앞에서 그 운용현황을 검토한 바와 같이 시행 4차년도가 되는 2002년 현재 어느 정도 정착에 성공한 것으로 평가된다. 그러나 개별 구체적인 절차적 요소 하나 하나를 놓고 볼 때에는 시행과정에서 여러 가지 제도상의 미비점이 제시되고 있다.

행정절차 제도개선방안은 구체적으로 행정절차법의 개정으로 이어져야 하며, 이 경우 법률의 개정을 위하여는 그 개정방안에 대한 심층적인 연구가 요구된다.

행정절차법의 개정방향은 다양한 기준 및 시각에서 제시될 수 있다.

먼저, 시기적인 측면에서 개정방향을 구분할 수 있다.

행정절차법을 4년 동안 시행하면서 실무상 및 판례상 문제가 드러나 있는 부분이 있을 수 있다. 이들 부분 중에는 비교적 용이하게 개정안을 마련할 수 있는 부분이 많이 있다. 이에 관하여는 행정기관의 실무자와 학계의 전문가가 모여 조속히 개정안을 확정하여야 할 것이다.

그 반면에 비교적인 중·장기적 연구를 통한 개정안의 마련이 필요한 부분이 있을 수 있다. 이 부분 중 특히 외국의 행정절차법의 적용범위를 고려할 때, 행정절차법상 부족하게 보이는 부분 등이 그 대상이 될 수 있다.

다음으로, 내용적인 측면에서 개정방향을 구분할 수 있다. 이는 특히 중·장기적인 개정안 마련과 관련하여 더욱 의미가 있다.

내용적 측면의 개정방향은 행정절차법에 규정된 사항과 규정되지 아니한 사항으로 나누어 고찰할 수 있다.

행정절차법에 규정된 사항은 행정절차법의 장절의 편성체계에 따라 고려되어야 할 것이다. 행정절차법은 제1장 총칙, 제2장 처분, 제3장 신고, 제4장 행정상 입법예고, 제5장 행정예고, 제6장 행정지도, 제7장 보칙 등으로 나뉘어 진다.

행정절차법에 규정되지 아니한 사항으로는 행정법통칙에 해당하는 실체적 규정, 행정계약절차, 행정계획의 확정절차 등을 들 수 있다.

이 연구보고서는 행정절차법의 개정방안을 체계적으로 제시하고자 하는데 그 목적이 있다. 먼저 단기적으로 행정절차법이 시급히 개정되어야 하는 부분이 무엇인가를 지적한 후, 행정절차법의 장절의 편성 및 내용적 구분에 따라 행정절차법의 개정방향을 구체적으로 제시하는 순서를 채택하는 것이 바람직하리라 생각한다.

그 이유는 첫째, 단기적으로 행정절차법의 개정이 필요한 부분을 지적함으로써 먼저 시대의 변화 및 행정절차법상 드러나 있는 시급히 개선하여야 할 모순을 제거하는 것이 중요하기 때문이다.

둘째, 그 밖의 사항의 경우에는 행정절차법이 제정된 논리적 체계에 따라 그 장절의 편성 및 조항의 순서에 따라 개선방안을 제시하는 것이 입법의 방식으로 타당하다고 생각하기 때문이다.

2. 단기적 개정방향

가. 개 관

“단기적”이라는 시기 개념은 사실 매우 모호하다. 어떠한 시점을 놓고 장기 및 단기를 구분할 것인가가 분명하지 아니하기 때문이다⁸⁵⁾.

이 보고서에서 다루고자 하는 단기 개념은 “될 수 있는 한 가장 빠른 시간 이내에”라는 뜻이다.

빠른 시간 이내에 개정이 필요한 이유로는 다음과 같은 사항을 들 수 있다.

85) 단기·중기 및 장기의 개념은 법적으로 볼 때 행정계획의 경우에 가장 빈번히 사용된다. 실정법의 예를 놓고 볼 때, 물리적인 시간을 두고 1년 이내를 단기라 하고, 3년 정도를 중기라 하며, 5년 이상을 내다보고 수립·시행할 경우 장기라고 표현한다. 그러나 이와 같은 표현도 일률적으로 적용될 수 있는 것은 아니다. 국토건설종합계획법, 국토이용관리법, 도시계획법 등 관련 법령 참조.

첫째, 다른 법률의 제정 및 개정으로 인하여 법률 상호간의 모순이 발생한 경우이다. 이 경우에는 재판상 문제가 되었을 때, 신법이 구법에 우선된다는 논리에 따르게 된다. 그러나 행정실무와 관련된 법령의 경우에는 재판보다는 행정현실에서 반영되어야 하므로 이 논리가 꼭 필수적으로 작용하는 것은 아니라는 데 문제가 있다. 따라서 법 제정시에 모순되는 법령을 함께 정리함이 가장 바람직하나, 이와 같은 과정을 거치지 못하였을 경우 나중에라도 모순되는 다른 법령은 필수적으로 조속한 시간 이내에 개정되어야 한다.

둘째, 행정현실상 실무부서에서 그 문제점을 지적하여 불편을 토로하는 경우이다. 이 경우에는 행정실무의 효율성을 높이기 위하여 조속한 시간 내에 법이 개정되어야 한다.

나. 전자정부법의 실행과 행정절차법

첫 번째로 제기한 법개정의 필요성에 해당하는 경우가 “전자정부구현을 위한행정업무등의전자화촉진에관한법률”(이하 “전자정부법”)의 시행에 따라 직접 모순되는 사항을 정비하는 것이다.

전자정부법은 행정업무의 전자적 처리를 위한 기본원칙·절차 및 추진방법 등을 규정함으로써 전자정부의 구현을 위한 사업을 촉진시키고, 행정기관의 생산성·투명성 및 민주성을 높여 지식정보화시대의 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 제정된 법률로서 2001년 7월 1일부터 시행되기 시작하였다⁸⁶⁾.

전자정부법은 전자정부의 구현을 위한 구체적인 시책으로서 ①행정관리의 전자화(제3장), 대민 서비스의 전자화(제4장), 문서업무감축추진(제5장), 전자정부사업의 추진(제6장) 등을 규정하고 있다.

첫째, 행정관리의 전자화를 위하여 다음과 같은 제도를 도입하고 있다.

86) 전자정부법은 전자정부의 구현 및 운영 원칙으로서 ①국민편익중심의 원칙, ②업무혁신 선행의 원칙, ③행정업무의 전자적 처리의 원칙, ④행정정보공개의 원칙, ⑤전자적으로 확인할 수 있는 사항에 대한 행정기관 확인의 원칙, ⑥행정정보공동이용의 원칙, ⑦개인정보보호의 원칙, ⑧소프트웨어 중복개발방지의 원칙, ⑨전자정부구현에 필요한 기술개발의 민간외의 원칙등을 그 기본원칙으로 설정하고 있다.

①행정기관의 문서는 전자문서를 기본으로 하여 작성·관리되도록 하고, 행정기관은 접수·발송하는 문서의 서식에 더하여 전자문서에 적합한 서식을 마련하여 활용할 수 있도록 하였다(제16조).

②행정기관의 보조기관 또는 보좌기관이 위임전결 또는 대결한 전자공문서는 이를 당해 보조기관 또는 보좌기관의 전자관인으로 할 수 있게 함으로써, 처리과에서 직접 문서를 발송 할 수 있게 하였다(제17조).

③본인 확인을 필요로 하는 전자문서는 전자서명 뿐 아니라 다른 법령에 의하여 인정되는 전자적 본인 확인 방법도 가능케 하여, 본인 확인에 따른 국민의 부담이 경감되도록 하였다(제18조).

④전자공문서에는 전자관인을 사용하되, 조달 등 행정기관의 전자거래의 경우에는 전자서명법에 의한 전자서명을 사용할 수 있도록 하고, 행정자치부 장관은 전자관인에 대한 인증업무를 행하도록 하며, 이를 행함에 있어 전자서명법에 의한 전자서명과의 호환성을 높이기 위하여 정보통신부 장관과 협의하여 전자관인에 대한 기술표준을 마련하도록 하였다(제20조).

⑤행정기관은 민원처리에 필요한 정보, 통계·문헌 정보 등의 행정정보를 공동이용하도록 의무화했고, 행정정보의 원활한 공동이용을 위하여 행정자치부 장관 소속하에 행정정보공동이용센터를 둘 수 있도록 하였으며, 행정정보 제공기관의 이용기관에 대한 비용 청구를 허용하였다.

⑥행정기관의 장은 소관업무에 대하여 정보통신기술을 도입하는 경우에 맞도록 재설계하고, 각종 전자공문서 및 행정코드등의 표준화를 위하여 필요한 조치를 하며, 행정기관을 통합·연계하는 정보통신망의 구축·운영방안을 마련하되, 그 보안대책을 수립하여 시행하도록 하였다(제26조).

⑦행정기관의 장은 공무원의 온라인 원격근무 즉 특정한 장소를 정하지 아니하고 정보통신망을 이용하여 근무를 할 수 있게 하고, 소속 직원에 대한 온라인 원격 교육훈련을 실시할 수 있게 하였다(제30조).

둘째, 전자정부법은 대민서비스의 전자화를 위하여 다음과 같은 제도를 도입하고 있다.

①행정기관의 장은 당해 기관에서 처리할 민원사항 등에 대하여 관계 법령에서 문서 등 종이문서로 신청·신고 또는 제출하도록 하거나 종이문서로 처리결과를 통보하도록 규정하고 있는 경우에도 이를 전자문서 등으로

행할 수 있도록 하였다(제31조).

②행정기관의 장은 민원인이 행정기관을 직접 방문하지 아니하고도 민원업무를 처리할 수 있도록 관계 법령의 개선과 시설 등 제반 조치를 마련하도록 하고, 이를 위하여 전자민원창구를 설치·운영할 수 있도록 하였다(제34조).

③민원사항 등을 처리함에 있어서 당해 민원인의 신원을 확인할 필요가 있는 때에는 전자서명 등을 통하여 그 신원을 확인할 수 있도록 하였다(제35조),

④행정기관의 장에게 민원사무의 처리기준 등 민원관련정보 기타 국민생활과 관련된 정보 및 관보 등에 게재할 사항을 인터넷으로 국민에게 제공하도록 하였다(제37조).

⑤행정기관의 장은 다른 법령에서 세금·수수료·과태료·과징금·벌칙금·벌금·과료 등을 현금·수입인지·수입증지 그 밖의 형태로 납부하도록 규정하고 있는 경우에도 정보통신망을 이용하여 전자화폐·전자결제 등의 방법으로 이를 납부하게 할 수 있게 하였다(제38조)⁸⁷⁾.

위와 같은 전자정부법의 규정과 행정절차법은 직접적으로 모순되는 경우가 많다. 특히 행정절차법 제17조는 “행정청에 대하여 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다”고 규정함으로써 문서주의를 대원칙으로 하고 있다. 이는 전자정부법을 전혀 예상하지 아니한 것으로서 직접 모순된다. 따라서 처분의 신청이 종이문서 뿐만 아니라 전자적 방법에 의하여 이루어질 수 있도록 행정절차법이 개선되어야 한다.

행정절차법은 송달, 의견청취 등 전반적으로 전자정부의 구현을 예상하지 아니한 상태에서 제정·운동되고 있다. 법 구석구석에서 이로 인한 문제점을 발굴하고, 개정방안을 마련하여야 할 것이다.

상세한 개선방안은 각 장의 개선방안을 구체화하면서 함께 설명하기로 한다.

87) 그 밖에도 전자정부법은 문서업무 감축을 행정기관의 의무로 설정하여 다음과 같은 사항을 규정하였다. ①행정기관은 의사결정과정의 쇄신과 전자화, 행정기관간의 행정정보의 교환 및 공동이용 등을 통하여 종이문서 등을 최대한 감축할 의무를 진다(제40조). ②행정기관의 장은 문서감축의무를 이행하기 위하여 문서업무 감축계획을 수립·시행하고 그 감축목표와 감축실적을 인터넷으로 공표하여야 한다(제41조). ③문서감축의 효율적 추진을 위하여 행정자치부장관 소속하에 문서감축위원회를 둔다(제44조).

다. 실무상의 문제점 해결

위에서 개관한 단기적 법개정의 필요성 중 둘째의 경우 즉 행정 현실상 실무 부서에서 그 문제점을 지적하여 불편이 드러났음으로 인하여 행정실무의 효율성을 높이기 위하여 조속한 시간 내에 법이 개정될 필요가 있는 경우로는 다음의 몇 가지 사항을 예시할 수 있다.

첫째, 청문절차에 관한 여러 규정을 들 수 있다.

예컨대 현재 행정절차법상 처분을 직접 담당한 공무원이 청문의 주재자가 될 수 있도록 규정되어 있는 부분은 청문의 실효성을 떨어뜨리는 것으로서 행정공무원 스스로가 이를 문제점으로 지적하고 있다. 따라서 청문절차의 공정성을 높이려면 청문의 주재자의 제척사유 관련규정이 개정되어야 한다.

청문의 요건을 행정절차법상 특정할 필요성, 청문기일에 출석하지 아니하는 경우의 처리방법의 특정 등 또한 보완이 필요한 부분이다.

둘째, 송달절차에 관한 여러 규정을 들 수 있다. 예컨대 현재는 교부송달의 경우 송달받을 자가 부재중인 경우의 처리 방법이 매우 애매하다. 이 경우에 대하여 실정법적으로 분명히 할 필요가 있다.

셋째, 행정절차법의 적용범위에 관한 여러 규정을 들 수 있다. 행정절차법의 적용제외범위를 규정하고 있는 행정절차법 제3조는 적용제외에 해당하는 경우를 그저 “사항”이라고 규정함으로써 너무 광범위하다는 문제점을 안고 있다. 이 점에 대한 시정이 필요하다.

개별적인 내용들은 행정절차법 각 장별로 내용적인 개정방안을 논하면서 구체화하기로 한다.

3. 장기적 개정방향

가. 개 관

위에서 단기 개념은 “될 수 있는 한 가장 빠른 시간 이내에”개정할 필요성이 있는 경우로 사용하였다.

이 보고서에서 장기적이라 함은 “충분한 시간적인 여유를 두고” “연구한 후, 연구결과에 대한 사회적인 공감대를 형성하여”라는 뜻으로 사용하고자 한다.

장기적 개정방향은 단기적인 개정방향과는 달리, 국내외의 행정절차관련 법률의 비교검토를 통하여 이루어져야 한다. 어떠한 사항을 행정절차법에 도입하는 것이 장기적으로 바람직한가를 연구하고, 이와 같은 연구의 기반 위에서 개정방안을 준비하여야 할 것이기 때문이다.

장기적인 개정방향에 속하는 사항으로는 다음과 같은 몇 가지 사항을 들 수 있다.

첫째, 행정절차법에 실체적 규정을 도입할 것인가의 여부이다.

둘째, 행정절차법에 행정계약절차, 계획확정절차 등 다른 행정절차를 새로이 도입할 것인가의 여부이다.

이상에 관하여 보다 자세히 살펴보기로 한다.

나. 실체적 규정의 도입

(1) 비교법적 고찰

현재 대한민국 행정절차법은 앞서 비교법적 분석에서 살펴본 바와 같이 순수한 절차적 규정 위주로 되어있다⁸⁸⁾.

비교법적 분석의 대상이 된 여러 국가 중 오스트리아, 미국 및 일본의 경우에는 순수한 절차적 규정만을 행정절차법에 규정하고 있다.

그 반면에 독일의 행정절차법은 행정법 통칙에 해당하는 다수의 실체적 규정을 두고 있다.

특히 제3부에 “행정행위”라는 제목으로 장을 설정하고, 이 장을 제1절 행정행위의 성립, 제2절 행정행위의 존속력, 제3절 행정행위의 시효법적 효력으로 구분한 후, 제1절에서 ①행정행위의 개념(제35조), ②행정행위의 부관(제36조), ③행정행위의 특정성 및 형식성(제37조), ④확약(제38조), ⑤행정행위의 이유제시(제39조), ⑥재량(제40조), ⑦행정행위의 고

88) 다만 앞서 언급한 바와 같이, 예외적으로 몇 가지 원칙 규정이 실체적 규정으로 행정절차법에 들어와 있다. 실체적 규정의 예로는, 총칙에 신뢰보호원칙과 투명성의 원칙 등 행정청의 일반원칙 규정을 포함하고 있는 점(제4조 및 제5조), 행정지도의 원칙을 선언하고 있는 점(제48조) 등을 들 수 있다.

지(제41조), ⑧명백한 오류(제42조) 등을, 제2절에서 ①행정행위의 효력(제43조), ②행정행위의 무효(제44조), ③하자의 치유(제45조), ④절차 및 형식상의 하자의 효과(제46조), ⑤하자의 전환(제47조), ⑥위법한 행정행위의 취소(제48조), ⑦적법한 행정행위의 철회(제49조), ⑧변상·이자의 부과(제49a조), ⑨법적 구제절차에 있어서의 취소 및 철회(제50조), ⑩절차의 재개(제51조), ⑪증서 및 물건의 반환(제52조)등을, 제3절에서 행정행위에 의한 시효의 중단을 규정하고 있다.

독일의 연방행정절차법이 규정하는 행정행위에 대한 실체적 규정은 민법 총칙의 “법률행위”편을 연상케 할 정도로 매우 방대하며, 치밀하게 구성되어 있다.

(2) 법연혁적 고찰

대한민국 행정절차법의 경우 1970년대부터 시도되었던 다양한 초안 중 특히 『1987년 입법예고된 행정절차법안』은 신뢰보호의 원칙(제4조), 확약(제25조), 행정처분의 정정(제30조), 행정처분의 취소권의 제한(제31조), 행정처분의 철회권의 제한(제32조), 행정처분의 재심사(제33조) 등의 규정을 두고 있었다.

『1987년 입법예고된 행정절차법안』이 이와 같이 실체적 규정을 포함한 것은 행정처분을 국민이 신뢰할 수 있도록 함으로써 책임있는 행정 및 신뢰할 수 있는 행정이 이루어지도록 하자는 취지였다.

이들 규정을 살펴볼 경우 모두 “신뢰보호원칙”을 중심으로 이 원칙을 행정처분에 있어 구체화하는 규정 중심으로 구성되어있기 때문이다.

그러나 행정절차법 제정을 위한 심의위원회는 다양한 논의 끝에 이와 같은 실체적 규정을 도입하지 아니하기로 하였다.

그 이유로는, 첫째 행정절차법이 “행정과정에 대한 주민참여의 절차 규정의 순수성을 유지함이 합리적이다”는 판단이 있었다. 비교법적으로 볼 때, 실체적 규정을 포함하고 있는 입법례는 독일을 제외하고는 거의 발견하기 어렵다. 다른 거의 모든 나라는 행정절차법을 순수한 절차적 규정 위주로 운용하고 있다. 독일의 경우 도입된 실체적 규정은 100년에 이르는 다양한 실무적 학문적 논의 끝에 독일행정법의 총칙에 해당하는 대표적인

규정을 실정법에 받아들인 것이나, 우리의 경우에는 위와 같은 논의가 전체적인 공감대를 형성할 수 있을 정도로 성숙되어있지 아니하다.

둘째, 실체적 규정을 도입한다 하더라도 그 범위를 선정하기가 매우 어렵다. 1987년 초안의 경우 신뢰보호에 관한 규정을 위주로 실체적 규정을 두고 있다. 그러나 이들 규정은 다수의 실체적 규정의 일부에 지나지 아니하다. 다른 규정을 모두 제쳐놓고 이들 규정만을 행정절차법에 도입하는 이유가 특별히 발견되지 아니한다.

셋째, 신뢰보호에 관한 실체적 규정의 경우, 이들의 도입으로 인하여 한편으로는 행정의 신중함과 신뢰성 보장에 기여할 수 있겠으나, 다른 한편으로는 행정의 유연성을 저해하고, 더 나아가 유연성의 고려에서 신뢰성을 부득이 침해할 경우 그 침해조치가 국민의 신뢰이익의 보상으로 이어 질 수밖에 없는 바, 이 경우 과중한 행정비용과 부담을 초래할 수 있다. 따라서 이들 규정의 도입에는 신중을 기하여야 한다.

위와 같은 다양한 논의 끝에 현행 행정절차법은 실체적 규정을 원칙적으로 도입하지 아니하는 것으로 하여 지금에 이르고 있다.

(3) 법개정 방향

행정절차법에 실체적 규정을 포함시킬지 여부는 결국 행정절차법을 어느 정도 이상적으로 만들어 나갈 것인가의 문제와 직결된다고 생각한다.

장기적으로 볼 때 행정절차법에 실체적 규정을 포함시키는 것은 매우 바람직한 일이라 생각한다.

행정법의 통칙에 해당하는 실체적 규정이 정립되어 있을 경우, 행정기관과 국민 모두가 행정작용이 어떠한 원칙과 기준에 의하여 이루어지는가, 어떠한 경우에 효력을 가지며, 또 그 효력을 잃는가 등을 분명히 알 수 있기 때문이다.

다만 이와 같은 효과 때문에 실체적 규정을 법조문의 형태로 행정절차법 속에 받아들임에 있어서는 깊은 연구와 공감대의 형성이 필요하다 할 것이다.

첫째, 행정절차법 속에 실체적 규정을 어느 범위까지 포함시킬 것인가를 설정하여야 한다. 이 경우 독일연방행정절차법에 규정된 내용 하나 하나에

대한 깊은 검토와 함께, 이들 각각의 조문이 우리의 행정현실 및 학문의 경향과 어느 정도 일치하는가에 대한 토론이 필요하다.

둘째, 범위의 설정이 이루어지면, 각각의 범위에 해당하는 주제 하나 하나를 놓고 토론이 이루어져야 한다.

예컨대 행정처분의 부관의 설정에 관한 조문을 두고자 할 경우, 우리 행정 현실상 통용되는 부관의 종류, 부관의 성립방법, 부관을 붙일 수 있는 경우와 부관을 붙일 수 없는 경우, 부관의 효력 등 하나 하나에 대한 깊은 성찰이 요구된다. 이들 각각의 주제는 하나 하나가 중요한 연구과제가 될 수 있을 것이라 생각한다.

행정절차법이 제정된 후 4년이 경과하였지만, 행정절차법 속에 실제적 규정을 포함시킬 것인가 여부에 대한 공감대도 아직 형성되어 있지 아니하다. 행정 실무계, 법조계, 학계 어느 쪽에서도 적극적인 도입의 목소리가 합쳐지지 아니하고 있다.

이와 같은 실정 아래에서는 행정절차법에 실제적 규정을 도입하는 것은 아직도 많은 연구와 공감대의 형성이 필요한 분야라고 결론을 지을 수밖에 없을 것이라 생각한다.

다. 새로운 행정절차의 도입

(1) 개 관

대한민국 행정절차법의 제정범위는 위에서 언급한 바와 같이 행정내부절차, 행정입법의 예고절차, 행정예고절차, 처분절차, 신고절차 및 행정지도절차 등을 포함하고 있다. 앞장의 비교법적 분석에서 살펴본 바와 같이 우리 행정절차법의 경우 다른 나라와 비교할 때, 비교적 넓은 범위의 행정절차를 포괄하고 있다⁸⁹⁾.

89) 앞서 도표에서 본 바와 같이 오스트리아의 경우에는 행정처분 절차만을, 미국의 경우에는 행정입법절차와 행정처분절차만을, 일본의 경우에는 행정처분절차, 신고절차, 행정지도절차만을 규정하고 있다. 독일의 경우에는 비교적 제정범위가 넓다. 행정협조절차, 행정행위절차, 공법상 계약절차, 계획확정절차를 규정하고 있다. 그러나 독일의 경우에는 대한민국 행정절차법이 규정하고 있는 행정입법의 예고절차, 행정예고절차, 신고절차, 행정지도절차 등을 포함하지 아니하고 있다. 이와 같은 점에 비추어 볼 때, 대

그럼에도 불구하고, 다른 나라의 행정절차법이 규정하고 있는 사항 중 우리 행정절차법에 수용하지 못한 몇 가지의 행정절차를 우리 행정절차법에 도입하여야 한다는 의견이 꾸준히 제기되고 있다.

이에 해당하는 사항은 다음과 같다.

첫째, 행정계약절차이다. 독일의 경우에는 공법상 계약에 관한 별도의 장을 가지고 있으며 이와 유사한 규정의 도입이 우리 행정절차법의 경우에도 필요하다는 의견이 제기되었다.

둘째, 행정계획의 확정절차이다. 역시 독일의 경우 행정계획의 확정절차에 대한 별도의 장이 설정되어 있다.

이상의 두 가지 새로운 행정절차를 도입하는 입법수요에 관하여 보다 상세히 논하기로 한다.

(2) 행정계약절차의 도입

(가) 비교법적 고찰

일반행정절차법 속에 행정계약절차를 포함시키고 있는 입법례는 거의 찾아볼 수 없다.

다만 독일의 행정절차법이 거의 유일한 사례로서 『공법상계약(제4장)』을 별도의 장으로 설정하고, 공법상계약의 허용성(제54조), 화해계약(제55조), 교환계약(제56조), 서면형식(제57조), 행정청 및 이해관계인의 동의(제58조), 공법상계약의 무효(제59조), 특수한 경우의 조정과 해지(제60조), 즉시집행에의 복종(제61조), 민법의 준용(제62조) 등을 규정하고 있다.

(나) 법연혁적 고찰

대한민국 행정절차법의 경우 1980년대 이후의 행정절차법 초안은 행정계약절차를 일반 행정절차법의 규정 대상에서 제외하고 있다.

그러나 행정계약절차의 도입에 관한 논의조차 없었던 것은 아니다. 행정계약절차에 관하여는 “처분에 갈음하는 계약으로서의 공법상 계약”의 가능

한민국 행정절차법은 매우 넓은 범위의 행정절차를 포괄하고 있다고 할 수 있다.

성을 열어주고 그 절차를 규정하기 위하여 심의위원회에서 수차에 걸쳐 논의하였다. 그러나 공법상계약과 사법상계약의 구분에 대하여 아직 우리나라의 경우 행정법의 학설과 판례가 정립되지 아니하고 있다는 점, 공법상 계약을 도입하고자 할 경우, 그 자유성 즉 법률유보의 범위와 한계가 설정되어 있지 아니하다는 점, “국가를당사자로하는계약에관한법률”, “지방재정법”등에 행정계약규정이 상세히 도입되어 있는 바, 이들 계약규정을 단순한 사법상계약이라고 분류할 것인가, 아니면 이들 계약규정과 행정절차법의 규정을 어떻게 조화시킬 것인가가 아직 분명하지 아니하다는 점등이 정리되지 아니하였다는 점등이 지적되어, 이들 여러 문제점이 정리된 후에 장차의 연구를 거쳐서 그 결과를 추후 행정절차법에 반영하기로 하고 입법에서 유보하였다.

(다) 도입방향

독일의 연방행정절차법이 규정하는 “공법상 계약”은 행정계약 일반을 모두 지칭하는 것이 아니다. 행정계약 중에서 공법상 계약과 사법상 계약의 엄격한 구분을 전제로 하고 있다.⁹⁰⁾

일반적으로 행정계약이라 함은 “행정주체와 국민 사이 또는 행정주체 상호간에서 직접, 또는 간접으로 행정목적을 수행하기 위하여 이루어지는 합의”를 의미한다. 이러한 의미의 행정계약은 그 범위에 있어서 행정주체가 당사자로 되어 있는 공법상 계약과 사법상 계약이 포함되고 있다.

행정계약 중 “공법상 계약”이란 행정청 상호간 또는 행정청과 사인간에 공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 복수의 당사자 사이의 반대방향의 의사표시의 합치로 성립하는 공법행위를 의미한다⁹¹⁾.

90) 독일 연방행정절차법 제54조는 “공법상 계약의 허용성”이라는 제목하에 “공법영역에 있어서의 법률관계는, 법규에 위반되지 아니하는 한, 계약에 의하여 발생, 변경 또는 취소될 수 있다(공법상 계약). 특히 행정청은 행정행위를 대신하여, 행정행위를 발하여야 할 당사자와 공법상의 계약을 체결할 수 있다”고 규정하여 공법상 계약이 행정행위를 대신하여 행하여지는 것이라는 점을 분명히 하고 있다. 오준근, 독일행정절차법의 변혁, 87쪽 이하 참조.

91) “공법상 계약”이라 함은 행정처분 즉 “행정청이 공권력을 행사하여 국민의 구체적인 권리 또는 의무에 직접적인 변동을 초래케 하는 개별적이거나 일반적인 공법상의 행위”를 행정계약의 형식으로 행하는 것을 의미한다. 예컨대 지방자치단체가 특정한 기업에

행정계약 중 “사법상 계약”이란 행정청 상호간 또는 행정청과 사인간에 사법적 효과의 발생을 목적으로 하는 복수의 당사자 사이의 반대방향의 의사표시의 합치로 성립하는 행위를 의미한다⁹²⁾.

행정계약이 위와 같이 공법상 계약과 사법상 계약으로 구분될 수 있다. 그러나 위와 같은 구분은 독일의 경우의 현상이다. 우리나라의 경우에는 위와 같은 구분이 오직 학설상으로만 가능할 뿐이다. 왜냐하면 “행정처분에 갈음하는 행정계약인 공법상 계약”이 실정법상 아직 인정되지 아니하고 있기 때문이다. 행정법의 기본원리인 법치행정의 원리에 입각하여 볼 때, 국민의 권리와 의무에 본질적 변경을 가하는 행정처분을 하려면 반드시 법률의 근거가 있어야 한다. 행정처분을 공법상 계약의 형태로 바꾸어 행하고자 하는 경우에도 마찬가지이다. 국가가 공권력의 주체로서 국민의 권리의 의무에 본질적 영향을 미치는 권한을 행사하는 경우에 해당되기 때문이다.

대하여 공장의 건립을 허가하면서 대기오염방지·수질오염방지·폐기물 및 유해화학물질 관리등에 관한 부관을 부과하는 방법의 행정처분을 하지 않고, 지방자치단체와 특정 기업간에 공장의 건립에 수반하여 해당 공장의 폐수처리와 함께 당해 지방자치단체의 하수종말처리 시설을 설치·관리하게 하거나 그 비용의 일부를 부담하게 하는 등의 환경관리협정을 계약의 형식으로 체결하도록 하는 경우가 그 것이다. 이와 같은 행정계약의 체결은 행정처분과 부관의 형식으로 처리하는 경우에 비하여, 공장건립에 수반한 종합적인 환경관리를 계약의 형식을 빌어 보다 자유롭게, 또 다양한 내용의 계약조항을 설정할 수 있다는 장점이 있다. 특히 지방화시대에 지방자치단체에의 각종 직장의 마련을 통한 고용창출, 환경의 종합적 관리, 도로·광장 등의 조성을 통한 사회간접자본의 확충을 행정계약의 형식으로 유도해 낼 수 있다는 점이 행정계약의 유용성 때문에 선진국에서는 이 장치가 선호되어 『행정처분의 행정계약에로의 도피현상』이 우려되기도 한다.

92) 행정계약을 공법상 계약과 사법상 계약으로 구분하는 전통적인 견해에 따를 경우, 국가 또는 지방자치단체가 예산을 수반하는 매매·임대차·도급 등의 계약을 체결하는 경우 및 국유재산의 매매·대부 등의 계약을 체결하는 경우등 사법적 효과의 발생을 목적으로 하는 행정계약은 사법상 계약에 속한다. 이들 계약은 행정청이 주체가 되고, 행정청은 하나이고, 계약당사자는 일반 국민으로서 다수라는 점에서 소위 부합계약의 특성을 가지고 있으며, 행정청과의 관련성상 국가를당사자로하는계약에관한법률, 국유재산법, 지방재정법특별한 행정법의 적용을 받게 된다는 점에서 민법 또는 상법등 사법에 의한 전형적인 계약과는 분명히 구분된다. 그러나 이들 계약이 물건의 매매, 임대차 등 사법상의 효과 발생을 목적으로 하며, 행정청과 국민간에 원칙적으로 “상호 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결함”을 원칙으로 한다는 점에서 사법상의 계약으로 분류되며, 일반적으로 국고행정 즉 국가가 사경제주체의 입장에서 행하는 행정으로 분류된다. 다만 이들 계약은 행정소송에 의한 분쟁 해결이 아닌 민사소송의 절차가 적용되는 사법상의 행정작용에 속하지만, 국가 또는 지방자치단체가 일반국민이라는 불특정 다수인을 상대로 하는 계약이라는 점에서 집단계약의 성격을 지니며, 행정의 특성상 불가피하게 공법적 규제를 가하게 된다는 점에서 『행정사법』으로 분류된다.

따라서 처분에 갈음하는 계약체결을 허용하는 실정법규가 제정되지 아니한 이상 공법상 계약은 아직 우리나라의 경우 존재하지 아니한다고 할 수 있다.

그 반면에 행정계약 중 사법상 계약의 경우에는 현재 엄격한 실정법에 의한 규율을 받고 있다. 이들 사법상 계약은 현재 국가를당사자로하는계약에관한법률과 국유재산법 및 지방재정법에 따라 운용되고 있다. 국가 또는 지방자치단체가 매매·임차·도급 등 국가 또는 지방자치단체의 예산을 수반하는 계약을 체결하는 경우에는 국가를당사자로하는계약에관한법률과 지방재정법이 정한 절차에 따라야 하며, 국가 또는 지방자치단체가 국·공유재산을 매매·대부·양여하는 등 국·공유재산의 변동을 초래하는 경우에는 국유재산법 및 지방재정법이 정한 절차에 따라야 한다.

행정절차법이 행정계약을 포함시킨다고 할 때, 위와 같은 행정사법적 계약을 옮겨서 규정하자는 것은 아니다. 왜냐하면 국가 또는 공공단체와 사인간의 계약에 있어 특정인에게 특혜를 주지 아니하는 공정한 경쟁을 법적으로 규율하기 위한 기술적인 절차와 행정입법, 행정처분등 행정과정에서 국민의 행정참여를 중심으로 하는 일반적 행정절차는 서로 직접 연결되는 것이 아니기 때문이다.

행정계약 중 사법상의 계약에 관한 규정은 계약법의 특칙을 도입할 필요성을 따져서 해당 개별법에 규정함이 합리적이라 할 것이다. 외국의 입법례를 비추어 보더라도 그러하다. 독일 행정절차법도 행정절차법의 적용대상을 『공법상 계약』에 한정하고 있음은 이를 단적으로 드러내는 것이라 할 것이다.

따라서 행정절차법에 행정계약에 관한 규정을 도입하고자 할 경우 공법상 계약에 한정하여야 한다.

이 경우 “행정처분에 갈음하는 계약”으로서의 공법상 계약이 도입될 필요가 있는가에 대한 실증적 연구와 공감대의 형성이 필요하다.

공법상 계약의 도입의 필요성이 긍정되는 경우, 일반적인 행정행위를 대체하는 계약 이외에 어떠한 유형의 공법상 계약을 특별히 추가적으로 인정할 것인가가 논의되어야 한다. 예컨대 독일행정절차법이 규정하고 있는 화

해계약(Ausgleichsvertrag)이나⁹³⁾, 교환계약(Austauschvertrag)⁹⁴⁾ 같은 것들이 우리 행정절차법에 도입될 수 있는가에 대한 검토가 필요하다.

위와 같은 공법상 계약의 유형의 분석이 있는 경우, 이어서 공법상 계약의 법적 형식, 특별히 필요로 하는 절차, 그 효력에 관한 규정, 특별한 사정이 있는 경우 계약의 변경과 계약의 해지, 행정계약 내용의 공법상의 행정의무확보수단에서의 복종등 행정계약의 특수성상 일반 민사계약과 다른 효력·해지·강제등에 있어서의 특칙이 필요한가의 여부 등이 검토되어야 한다.

이상과 같은 사항은 장기적인 연구와 행정기관과 학계 및 국민 상호간의 공감대의 형성을 통하여 법규정에 도입될 수 있도록 하여야 할 것이다.

(3) 행정계획의 확정절차의 도입

(가) 비교법적 고찰

행정계약절차의 경우와 마찬가지로 계획확정절차를 일반행정절차법이 규정할 행정절차의 대상에 포함시키고 있는 입법례를 발견하기는 매우 어렵다. 미국, 오스트리아, 스위스 등 순수한 절차법 위주의 행정절차를 채택하고 있는 행정절차법의 경우 계획확정절차는 일반행정절차법에 포함되어 있지 않다. 일본의 행정절차법도 계획확정절차는 행정절차법 속에 포함시키지 않고 있다. 다만 독일행정절차법은 특별행정절차로서 계획확정절차에 대한 별도의 절을 설치하여, 계획확정절차에 관한 규정의 적용(제72조), 청문절차(제73조), 계획확정결정(제74조), 계획확정의 법적 효과(제75조), 계획실행전의 계획변경(제76조), 계획확정결정의 취소(제77조), 계획의 경합(제78조) 등의 규정을 두고 있다.

93) 독일행정절차법상 “화해계약”이라 함은 실체관계나 법률관계를 적절히 평가함에 있어 존재하는 불확실성을 상호간에 양보하여 제거하기 위한 공법상 계약의 유형을 말한다. 이는 행정청이 화해계약의 체결이 불확실성의 제거를 위하여 합목적적이라고 그 의무에 적합한 재량에 따라 판단할 경우에 체결할 수 있다(제55조).

94) 독일 행정절차법상 교환계약이라 함은 공법상 계약을 체결함에 있어 계약의 상대방이 행정청에 대하여 반대급부를 제공할 의무를 지는 경우를 말한다. 이는 반대급부가 특정한 목적을 위하여 계약상 체결되어있고, 행정청의 공적의무의 이행에 기여하는 경우에 허용되나, 반대급부는 전체적 상황에 비추어볼 때 적절하여야 하며, 또한 행정청의 계약상의 급부와 실제적인 관련성을 가지고 있어야 한다(제56조).

(나) 법연혁적 고찰

대한민국 행정절차법의 제정 과정에서 제시된 각종 초안 중 1987년 입법예고된 행정절차법안은 계획·확정절차를 그 내용에 포함시키고 있다. 법안에 포함된 내용은 ①행정계획의 입법과 협의(제50조), ②행정계획안의 공고·열람(제51조), ③의견제출(제52조), 청문(제53조), 공청회(제54조), 행정계획의 확정(제55조), 행정계획의 변경·폐지(제56조), 행정계획의 실효(제57조), 행정계획으로 인한 피해구제(제58조) 등의 규정을 포함하고 있었다.

현행 행정절차법의 심의과정, 공청회과정 등 입법과정과 입법이후에 이르기까지 가장 많은 논란을 빚은 것이 행정계획의 확정절차의 도입여부이다.

행정계획의 확정절차의 도입의 필요성으로서는 ①국민의 권리·이익에 영향을 주는 계획이나 국민의 일상생활에 밀접한 관계가 있는 계획등에 대하여 국민이 사전에 계획안의 내용을 알고 그에 대한 의견제출권한의 부여가 필요함. 특히 구속적 계획의 경우에는 더욱 그러함, ②민원소지의 원천적 제거, 공·사 이해의 합리적 조정을 통하여 정부에 대한 국민의 신뢰도 향상 및 국가적 주요사업의 힘있는 집행 등을 위해 행정계획의 확정절차 도입이 필요함, ③행정계획은 그 자체의 성질상 행정청의 광범위한 재량이 인정되는 경우가 많아 행정청의 재량권 독점을 배제하고 국민의 의견수렴을 위한 취지에서 행정절차법상 도입이 필요함 등 다양한 내용이 심의과정에서 제시되었다.

이와 함께 도입시 예상되는 문제점으로서 ①행정계획의 확정절차 적용대상이 되는 행정계획의 목적, 내용, 성질 등이 매우 다양하고 다층적이어서 모든 행정계획에 대하여 통일적인 행정절차제도를 도입하는 것은 사실상 불가능하므로 판례 및 학설상의 불일치에 대한 문제해결이 우선되어야 함, ②개별법령상에 규정되어 있는 각각의 행정계획에 대한 행정절차의 통일화는 단순정보제공적 계획이나 유도적 계획과 같은 경우, 오히려 계획자체를 더욱 번거롭게 하여 처리가 지연되는 등, 국민의 불편을 초래할 수 있음, ③성숙되지 않은 주민의식 등으로 집단이기주의가 대두되어 공청회등의 결

과에 승복하지 않는 경향이 잔존하고 있어, 핵폐기시설, 쓰레기소각장 설치 등 국가 중요사업의 추진자체가 곤란하거나 지연될 우려가 큼 등도 제시되었다.

심의위원회에서 수차에 걸친 논의의 과정에서 행정계획의 다양성으로 인하여 과연 “일반적인 행정절차”로서의 계획확정절차를 “일반행정절차법”속에 받아들이는 것이 적절한가에 대하여 의문이 제기되었다.

특히 고려된 것은 일반적인 “계획행정절차”를 “행정절차법”속에 도입하고 있는 입법례는 현재 발표되어 있는 세계각국의 행정절차법에는 포함되어 있지 않다는 점, 특히 독일의 “계획확정절차”도 “행정행위의 성격을 띠는 전문적 시설설치계획의 확정절차”일 뿐이므로, 행정계획중 법령이 예정하는 지극히 일부의 행정계획에만 적용될 뿐이라는 점이였다. 계획은 각각의 계획마다 특성이 있고, 그 계획의 수립절차의 엄정성, 적정성, 집중효 등 계획확정결정에 대한 구속력 부여의 정도, 그 계획을 신뢰한 투자자보호의 필요성 및 그 내용 등에 관하여는 각각의 계획관련법령 속에서 필요에 따라 정함이 일반적이다. 신속하고 간략하게 정할 계획은 간략하고 신속하게, 이해관계의 조정을 필요로 하는 계획은 그 범위와 정도에 따라 다양하게, 각각의 입법자가 정하도록 함이 행정계획의 유연성의 요청상 오히려 타당할 수 있다는 의견도 제시되었다.

위와 같은 논의의 결과에 따라 심의위원회에서는 “계획확정절차를 행정절차법에 도입하는 대신 개별법령 정비를 지속적으로 추진한다. 추후의 실무적 필요성, 개별적 입법의 결과, 학문적 연구성과 등에 따른 요청 등으로 도입여부에 대한 신중한 검토후 입법에 반영하는 것이 바람직하다”는 등의 이유로 입법을 유보하였다⁹⁵⁾.

그러나 계획확정절차를 행정절차법에 도입하지 아니한 점에 대하여 공청회에서 또 그 후의 문헌에서 많은 비판을 받았다⁹⁶⁾.

95) 총무처 조직국 제도1과, 행정절차법 제정심의위원회 회의자료 8 : 행정절차법안 심의 소위원회 활동결과보고 및 향후계획, 1995. 12. 10쪽 참조.

96) 총무처, 행정절차법제정을 위한 공청회 결과, 1996. 6. 25. 김동희교수 및 홍준형교수의 토론자료 참조. 특히 “홍준형, 행정절차법의 문제점, 고시연구 1997.2. 42쪽 이하”에서는 “행정계획을 행정절차법의 규율대상에서 제외시킨 것은 문제이다”고 전제한

(다) 도입방향

계획확정절차의 도입방향을 정함에 있어서는 현행 행정절차법의 제정을 위하여 소집되었던 행정절차법안심의위원회가 행정절차법에 계획확정절차를 도입하는 것을 유보한 이유에서 출발하여야 할 것이라 생각된다.

그 이유는 먼저 행정계획의 확정절차를 어떠한 종류의 계획에 도입할 것인가에 대한 합의가 이루어지지 아니하였다는 점에서 찾아볼 수 있다.

이 점은 행정절차법에 계획확정절차를 도입하고자 할 경우 반드시 우선적으로 해결되어야 할 문제이다. 행정계획은 다양하므로 모든 행정계획에 통일적인 계획행정절차의 도입이 필요한 것은 아니기 때문이다. 예컨대 단순정보제공적 계획에 대하여는 계획행정절차의 도입은 전혀 불필요하다. 행정청이 단순히 미래의 사업을 준비하거나 방침을 정하는데 있어서는 자신의 재량에 따른 충분한 유연성이 오히려 요청되기 때문이다. 그 반면에 구속적 계획은 행정청과 일반 국민 모두에 대하여 법 구속적 효력을 미치며, 이들 구속적 계획의 확정에는 무수히 많은 대립되는 이해관계가 종합적으로 저울질되어야 하고, 행정청과 국민간의 중요한 법률관계가 종합적으로 규율되고 형성되어야 할 것이 요구된다는 점에서 엄중한 계획행정절차의 도입이 요청된다. 특히 집단민원이 생길 수 있는 경우 핵발전소, 핵폐기물처리장, 폐기물처리장등의 설치계획등은 계획확정절차의 도입으로 행정청이 다수의 의지를 확정하여, 행정계획의 집행에 있어 힘을 얻을 수 있으므로 계획행정절차의 도입은 더욱 필수적이라 할 수 있다. 유도적 계

후, “행정계획의 절차적 규율이야 말로 그동안 대규모 국책사업이나 혐오시설등 환경관련시설의 설치를 둘러싸고 우리 사회의 현안으로 대두되어온 남비현상 또는 지역·집단이기주의 문제를 해결하기 위한 효과적 수단이며, 또 이를 통해 행정의 합리화·민주화, 동의와 토론의 채널을 통한 분쟁의 사전적 해결과 이에 따른 사회적 거래비용의 감소 등을 기대할 수 있다는 점, 또 그동안 개별법 수준이기는 하지만 국토이용관리법, 도시계획법은 물론 폐기물처리시설주변지역주민지원에관한법률, 방사성폐기물처리시설주변지역주민지원에관한법률 등 이미 각종 법률에서 행정계획절차를 시행해 온 경험이 있음을 고려할 때 이를 전혀 입법대상에서 제외시킨 것은 문제이다. 무엇보다도 행정계획은 이를 사후에 통제하는 것이 현실적으로 매우 곤란할 뿐만 아니라 사후적 통제가 이루어진다 해도 그로 인하여 엄청난 사회적 비용과 혼란이 초래될 수 있기 때문에 사전에 절차적으로 규율되지 않으면 안된다. 행정계획을 행정예고제도의 범위내에서 고려한다고 해도 그것만으로는 불충분하다. 이 점은 이제까지의 행정계획의 경험을 통하여 여실히 증명되고 있다”고 비판적 의견을 제시하고 있다.

획은 그 유도적 성격의 강도에 따라 계획행정절차의 도입여부가 달라져야 할 것이다. 유도적 계획중 계획이 특히 기본계획의 성격을 띠고 있는 경우, 도시기본계획과 같이 그 유도적 영향력이 광범위하며 중요할 경우 구속적 계획과 마찬가지로 계획행정절차가 도입되어야 할 것이다.⁹⁷⁾

그러나 위와 같은 합의점이 도출된다 하더라도 그 다음으로 해결되어야 할 것은 행정계획의 확정절차를 어떠한 범형식을 가지는 계획에 적용할 것인가이다. 행정절차법의 제정과정에서 이 점에 대한 합의가 이루어지지 아니한 점이 문제가 되었다. 예컨대 계획이 법령의 형식으로 결정되는 경우에는 해당 계획의 확정절차에 관하여 “법령안 입법예고의 절차”와 같은 행정절차의 도입이 가능할 것이다. 계획이 행정처분의 형식으로 결정되는 경우에는 “행정처분절차”의 특수한 형태로서의 계획확정절차의 도입이 가능할 것이다. 계획이 행정규칙 또는 사실행위의 형식으로 반포되는 경우에는 일정한 절차의 도입 자체가 불필요하거나, 또는 행정지도절차 정도의 절차를 밝을 것이 요구될 수 있을 것이다.

따라서 위와 같은 점을 종합적으로 고려할 경우, 행정절차법에 도입되어야 하는 계획확정절차는 “구속적 계획의 형태로 결정되며, 특수한 행정처분으로서의 법적 성격을 가지는 행정계획”으로서 이해관계인의 광범위한 참여를 필요로 하는 경우에 한정되어야 할 것이라 생각된다. 이 점에 관하여 공감대의 형성이 필요하다.

행정절차법상 규율의 대상이 되는 행정계획의 종류와 범위를 위와 같이 정한다 하더라도, 그 요건을 일률적으로 법에 정하기는 어렵다. 이러한 점 때문에 독일의 경우에도 “법규에 계획확정절차를 거치도록 규정되어있는 경우에는”이라고 규정하여 그 요건에 해당하는가의 여부에 대한 판단을 개별법률에 맡기고 있다. 이와 같은 입법방식을 우리의 경우에도 채택할 것인가의 여부가 검토되어야 한다.

제2단계로 검토되어야 할 것은 계획확정을 위한 행정절차에 대한 국민의 참여방법을 어떻게 설정하는가이다. 독일의 행정절차법은 특별한 형태의 청문절차를 규정하고 있다. 이는 계획도면과 계획문서의 공시 및 공람, 의견진술·이의신청·토론 등의 방법을 매우 상세히 정한다. 이에 준하는

97) 오준근, 다중영향시설 설치계획의 확정절차에 관한 법제정비방안, 14쪽 이하 참조.

행정절차를 도입할 필요가 있는지, 도입한다면 우리나라의 경우 어떻게 구체화할 것인가의 대한 공감대가 형성되어야 한다.

제3단계로 검토되어야 할 것은 계획확정결정이 이루어지는 경우 그 법적 효과를 어떻게 정할 것인가이다. 독일의 경우 계획확정결정에 따라 계획의 허가가 주어진다. 이 경우 일단 허가가 주어지면 모든 허가를 다 받은 것으로 하는 집중효, 계획의 중지 등을 더 이상 요구할 수 없도록 하는 배제효 등 강력한 효력이 부여된다. 우리의 경우에도 이에 준하는 행정절차를 도입할 필요가 있는지, 도입한다면 어떻게 구체화할 것인가에 대한 공감대가 형성되어야 한다.

이상과 같은 사항은 장기적인 연구와 행정기관과 학계 및 국민 상호간의 공감대의 형성을 통하여 법규정에 도입될 수 있도록 하여야 할 것이다.

4. 행정절차법 개정안

가. 개 관

이상에서 행정절차법의 개정방향을 단기적 개정방향과 장기적 개정방향으로 나누어서 그 골격을 살펴보았다.

위와 같은 기본 방향이 설정되면, 설정된 방향에 의지하여 구체적인 개정안이 제시되어야 한다.

다만 장기적인 개정방향에 해당하는 사항은 다각적인 연구와 공감대의 형성을 전제로 한다. 이 경우 개별·구체적인 과제 하나 하나를 구체적으로 검토한 연구결과를 집적하고, 이에 관한 학설과 판례를 비교·분석한 후, 그 결과 위에서 조문 작업이 행해져야 한다.

이와 같은 어려움 때문에 총괄적인 사항을 다루는 이 연구보고서에서는 장기적인 개정방향에 해당하는 사항에 대한 조문 제시를 삼가도록 하였다. 연구자의 개인적인 의견을 법조문의 형식으로 제시할 경우 미확정적인 사항을 성급하게 단정적으로 표현할 우려가 있기 때문이다.

이상과 같은 고려에서 단기적 개정방향에 해당하는 사항의 개정안을 마련하였다. 법률의 개정안이므로 총칙부터 장절의 편성에 맞추어서 행정절차법의 운용과정에서 문제점으로 지적된 사항과 새로운 법률의 제정 및 개정 따라 행정절차법의 개정이 필요해 진 사항을 조문의 순서대로 논하기로 한다.

나. 제 1 장 총 칙

제1장 총칙에서 특히 개정의 필요성이 제기되는 부분은 전자정부법의 제정에 따라 용어의 정의를 추가하기 위한 제2조, 행정절차법의 적용범위에 관한 제3조의 규정과 행정응원에 관한 제8조, 송달의 방법 및 송달의 효력발생에 관한 제14조 및 제15조의 규정이다.

(1) 제2조 용어의 정의

(가) 개정이유

2001년 7월부터 “전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률”이 시행되고 있다. 이 법률은 “행정업무의 전자적 처리를 위한 기본원칙·절차 및 추진방법 등을 규정함으로써 전자정부의 구현을 위한 사업을 촉진시키고, 행정기관의 생산성·투명성 및 민주성을 높여 지식정보화시대의 국민의 삶의 질을 향상시키는 것을 목적으로 한다”(제1조). 이 법에서 “전자정부”라 함은 “정보기술을 활용하여 행정기관의 사무를 전자화함으로써 행정기관 상호간 또는 국민에 대한 행정업무를 효율적으로 수행하는 정부”라 정의된다(제2조). 이 법은 행정업무의 전자적 처리를 주요한 법원칙의 하나로 설정하고 있다. 즉 “행정기관의 주요 업무는 전자화되어야 하며, 전자적 처리가 가능한 업무는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 전자적으로 처리되어야 한다”(제8조). 따라서 행정절차법상 종이문서로 처리하도록 되어있는 다수의 규정중 전자문서로 처리가 가능한 것은 모두 전자문서로 처리할 수 있도록 법률을 개정할 필요가 있다.

행정절차법 개정에 관한 내용을 토의하기 위하여 행정자치부에 설치되어 있는 정책자문위원회에서는 전자정부법의 제정에 따른 행정절차법의 정비를 중요한 과제 중의 하나로 설정하고, 법제정비를 위한 의견을 모았다. 그 결과 용어의 정의에 “전자문서”와 “정보통신망”에 관한 규정을 추가하는 것으로 의견이 집약되었다.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.⁹⁸⁾

현 행	개정안	개정이유 등
<p>제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1~7(생략) <신 설></p>	<p>제 2 조(정의)----- ----- ----- 1~7(현행과 같음) 8. “전자문서”라 함은 전자정부구현을위한행정업무등의전산화촉진에관한법률 제2조제5호에 의한 전자문서를 말한다. 9. “정보통신망”이라 함은 전자정부구현을위한행정업무등의전산화촉진에관한법률 제2조제7호에 의한 정보통신망을 말한다.</p>	<p>○ 전자정부구현을위한 행정업무등의전산화촉진에관한법률의 시행에 따라 관련용어를 추가 함</p>

(2) 제3조 행정절차법의 적용범위

(가) 개정이유

행정절차법 제3조 제2항은 행정절차법의 적용이 배제되는 범위를 규정하고 있다. 여기에 규정된 사항은 그 절차의 특성상 행정절차법의 적용이 처음부터 배제되는 사항을 열거한 것이다. 행정절차법의 적용이 배제된다 함은 특정한 행정과정에 대한 국민의 참여가 배제된다는 의미이다. 행정절차법의 적용이 배제되는 분야로 설정되면 행정의 공정성·투명성·신뢰성을 보장받기 위한 여러 법적 장치의 적용이 차단되는 것이다. 따라서 이와 같은 분야의 설정은 신중을 기하여야 한다.

첫째, 행정절차법의 적용이 배제되는 분야는 그 성질상 행정절차법상의 행정절차가 불필요한 경우 및 행정절차와 전혀 융합될 수 없는 경우로 한정되어야 한다.

98) 이 개정안은 행정자치부 행정절차분과위원회 제2차 소위원회에 자문의견으로 제출되어 의견이 합치된 것이다.

둘째, 적용이 배제되는 분야의 설정에 있어 반드시 명확하고도 구체적인 기준이 제시되어야 하며, 막연한 추상적인 용어가 나열됨으로써 특정 행정 분야에 대한 국민의 행정참여가 자의적으로 배제되어서는 아니 된다.

현행 행정절차법상의 적용제외규정 중 다수의 규정이 위와 같은 요건을 충족시키지 못하고 있어서 문제점으로 지적되며 그 개선이 요구된다.

행정절차법 제3조 및 행정절차법시행령 제2조는 적용제외의 대상을 정함에 있어 ①국회……행하는 사항, ②법원……행하는 사항 등과 같이 ‘사항’이라는 불확정개념을 사용하고 있다. 행정절차법이 처분·신고·행정상 입법예고·행정예고·행정지도 등의 다양한 행정작용에 대한 절차를 규정하고 있음에도 불구하고 행정작용을 특정하지 아니하고 단순히 사항이라는 불확정개념을 사용한 것은 각각의 적용제외항목에 포함되는 모든 행정작용을 행정절차법의 적용제외대상으로 하고 있는 것이라는 오해를 불러일으킬 수 있으므로 법령의 명확성의 원칙에 위배된다는 점에서 문제점으로 지적된다⁹⁹⁾. 예컨대 국회의 의결을 거쳐 행하는 사항은 국회의 의결을 거쳐 행하는 개별·구체적인 처분이라고 해석하여야 됨에도 불구하고, 국회의 의결을 필요로 하는 모든 사항이라고 확대해석할 수 있는 오해의 여지를 행정절차법 제3조 제2항 및 행정절차법시행령 제2조의 규정이 남겨두고 있기 때문이다.¹⁰⁰⁾

이와 같은 문제제기에 대하여는 반론이 있을 수 있다. 반론의 내용은 ‘사항’을 ‘처분’ 및 ‘처분 또는 행정지도’로 변경하는 것은 별로 실익이 없는 반면, 역으로 엉뚱한 발상을 야기 시킬 수 있다는 것이다. 가령 제3호의 경우 ‘헌법재판소의 처분 또는 행정지도’를 이 법의 적용대상에서 제외하는 것까지는 좋지만, 문리만으로 따질 때에는 ‘헌법재판소의 처분 또는 행정지도’가 아닌 것, 예를 들어 헌법재판소의 위헌결정에 대하여는 이 법이 적용된다는 역지를 부릴 소지가 남게 된다는 것이다¹⁰¹⁾. 그러나 이와 같

99) 오준근, 행정절차법, 126쪽 이하 참조.

100) 우리 행정절차법의 규정방식은 일본의 행정절차법 제3조가 적용제외를 우리와 유사하게 규정하면서, ①국회……의 의결에 근거한 처분, ②……재판의 집행으로 행하는 처분, ③형사사건에 관한 법령에 근거하여 검사관……이 행하는 처분 또는 행정지도 등과 같이 행정작용의 형식을 특정한 것과는 대비할 때, 그 문제점이 분명히 드러난다. 일본의 행정절차법에 관하여는 오준근/김명연, 일본의 행정절차법과 우리 행정절차법의 제정방향, 58쪽 참조.

101) 이 법안과 관련하여 법제처 행정자치부 담당 법제관인 정태용 법제관의 자문의견을 구하였다. 그 결과 제시된 의견을 이 보고서에서 제시하였다.

은 반론은 적용제외 규정을 어떻게 구성하는가에 따라 쉽게 해소될 수 있는 부분이라 생각한다. 즉 예로든 헌법재판소의 위헌결정은 헌법재판소의 심판의 결과인 결정 그 자체이지 헌법재판소의 처분이 아니기 때문이다. 개정안에서 구체적으로 예시한 바와 같이 “헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 처분”으로 조문을 구성할 경우 그 내용이 명확해 진다. 행정절차법의 적용범위는 처분, 행정상 입법예고, 행정예고, 신고 및 행정지도 등 행정절차법이 그 절차를 규정하는 사항에 국한된다. 이 경우 “사항”이라는 용어는 특정될 필요가 있다 할 것이다.

이상에서 지적한 문제점이 해소되기 위하여는 행정절차법 제3조 제2항 및 행정절차법시행령 제2조의 규정내용이 ①국회 또는 지방의회의…… 동의 또는 승인을 얻어 행하는 처분, ②법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 처분, ③헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 처분 등으로 구체화되어야 할 것이다.

행정절차법 제3조 제8호는 대통령령으로 행정절차법의 적용제외사항을 정할 수 있도록 규정하고 있다. 이 규정은 법률의 적용제외 대상을 대통령령으로 구체화하는 것이므로 문제점으로 지적된다. 그 이유는 대통령령은 국회를 거치지 아니하고 행정부 내부에서 바로 개정이 가능하므로 행정부 내부의 타협에 따라 행정절차법의 적용제외대상이 확대될 수 있는 여지가 남아있는 까닭이다. 대통령령인 행정절차법시행령이 행정절차법의 적용제외사항을 제1항 내지 제11항에 걸쳐 한정적으로 열거하고 있으며, 더 이상의 위임규정은 두고 있지 아니한 점과 각각의 적용제외 규정은 나름으로 타당한 합리적 이유가 있다고 평가될 수 있는 점을 들어 현행의 규정방식도 타당하다는 반론이 있을 수 있으나, 이는 법률의 적용제외 대상을 대통령령으로 구체화하는 점에 대한 해법을 주지 못하므로 타당하지 아니하다. 행정절차법의 개정을 통하여 대통령령에 규정된 적용제외대상 중 법률에 포함시킬 필요가 있는 사항을 모두 행정절차법에 받아들이고, 대통령령 위임규정은 삭제할 것이 요구된다.¹⁰²⁾

102) 이에 관하여는, 김철용, 처분절차의 정착방향, 법제연구 제13호, 27쪽 이하 참조. 그러나 대통령령 위임규정을 삭제하고, 거기에 규정된 사항을 모두 법률에 옮겨서 규정하고자 할 경우 개별적인 사항 하나 하나에 대한 깊은 연구가 필요하다. 따라서 이 점

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹⁰³⁾

현 행	개정안	개정이유 등
<p>제 3 조(적용범위) ① 생 략 ②이 법은 다음 각호의 1에 해당 하는 사항에 대하여는 적용 하지 아니한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 국회 또는 지방의회의 의결 을 거쳐거나 동의 또는 승인 을 얻어 행하는 <u>사항</u> 2. 법원 또는 군사법원의 재판 에 의하거나 그 집행으로 행하는 <u>사항</u> 3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 <u>사항</u> 4. 각급 선거관리위원회의 의 결을 거쳐 행하는 <u>사항</u> 5. 감사원이 감사위원회의의 결정을 거쳐 행하는 <u>사항</u> 6. 형사·행형 및 보안처분 관계 법령에 의하여 행하는 <u>사항</u> 7. 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항중 행정절차를 거칠 경우 국가 의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 사항 8. 심사청구·해산심판·조세 심 판 · 특허심판 · 행정심 판 기타 불복절차에 의한 <u>사항</u> 9. 생 략 	<p>제 3 조(적용범위) ① (현행과 같음) ②----- ----- -----.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.----- ----- -----<u>처분</u> 2.----- ----- ---<u>처분 또는 행정지도</u> 3.----- ---<u>처분 또는 행정지도</u> 4.----- ---<u>처분 또는 행정지도</u> 5.----- ---<u>처분 또는 행정지도</u> 6.----- - <u>처분 또는 행정지도</u> 7.----- ----- ----- -----. 8.----- ----- -----<u>처분</u> 9. (현행과 같음) 	<p>○ 불확정개념으 로 되어있는 “사항”을 구체 화 함 으 써 행정절차법의 적 용 범 위 를 명백히 하고, 법 적용의 모 순을 극복함</p>

은 장기적인 연구에 맞기는 것이 보다 바람직할 것이라 생각한다.

103) 이 개정안은 필자가 행정자치부 행정절차분과위원회 제2차 소위원회에 제시한 것이다. 토의 결과 단기간 내에 이 개정안을 상정하는 것이 바람직하지 아니하다는 의견이 제시되었다. 그 이유는 각 행정부처마다 그 편의를 이유로 자신의 소관분야 업무를 행정절차법의 적용제외범위에 포함시켜달라고 압력을 가해오는 일이 많기 때문이라는 것이었다. 행정절차제도가 국민의 행정참여를 촉구하고 국민과 민주적 법치국가에서 공감대를 형성하기 위한 제도임을 감안할 때 자신의 소관사무를 행정절차에서 제외하도록 요청하는 일이 많다는 것은 문제가 있다 할 것이다.

(3) 제8조 행정응원

(가) 개정이유

행정응원에 대하여 행정절차법은 아무런 직접적인 개념규정을 하고 있지는 아니하다.¹⁰⁴⁾ 일반적으로 행정응원이란 일방 행정청의 응원요청에 따라 그 지원을 위하여 타방 행정청이 일정한 법률적 또는 사실적 행정조치를 행하는 것이라 정의된다.¹⁰⁵⁾

행정절차법은 행정응원을 요청할 수 있는 요건에 관하여 ①법령등의 이유로 독자적인 직무수행이 어려운 경우¹⁰⁶⁾, ②인원·장비의 부족등 사실상의 이유로 독자적인 직무수행이 어려운 경우¹⁰⁷⁾, ③다른 행정청에 소속되어 있는 전문기관의 협조가 필요한 경우의 예로는 행정청에 알려져 있지 아니하고, 스스로 조사할 수도 없는 사실의 인식이 업무수행에 꼭 필요한 경우¹⁰⁸⁾, ④다른 행정청이 관리하고 있는 문서·통계 등 행정자료가 직무수행을 위하여 필요한 경우¹⁰⁹⁾, ⑤다른 행정청의 응원을 받아 처리하는 것이 보다 능률적이고 경제적인 경우¹¹⁰⁾ 등을 열거하고 있다.

104) 행정응원을 적극적으로 행정절차법에 규정하고 있는 입법례로는 독일의 행정절차법을 들 수 있다. 우리 행정절차법상의 행정응원제도는 독일행정절차법 제4조 내지 제8조에 규정된 내용을 요약하여 도입한 것이다.

105) Kopp, VwVfG, §4, Rdn. 5 ff.

106) 이 경우의 예로는 법령상 관할권이 주어지지 아니한 경우, 다른 행정청의 관할 구역에 속하는 경우 등이 해당된다. 사법경찰권한과 같은 특수한 집행기능의 요구되는 사무에 있어 위와 같은 권한이 법령상 주어지지 아니한 경우에는 행정응원이 요청되어야 할 것이다. Vgl., Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, §5, Rdn. 5 ff.

107) 이 경우의 예로는 폭설, 산사태, 홍수 등과 같은 갑작스런 자연재해의 발생시에 현존하는 인력과 장비만으로는 독자적인 재해복구가 불가능하거나 심히 지연될 우려가 있는 경우 등이 해당한다. 오준근, 행정절차법, 155쪽 이하 참조.

108) 이 경우의 예로는 행정처분을 위한 증거 혹은 특수한 증명의 확보를 위하여 국립과 학수사연구소 등 전문기관의 협조가 필요한 경우가 이에 해당된다.

109) 이 경우의 예로는 다른 행정청이 관리하는 문서가 당해 행정작용의 증거자료로서 필수적으로 요청되는 경우, 업무의 이관 등으로 인하여 행정청이 통계작성의 의무를 부여받은 경우, 통계의 작성에 있어 다른 행정청이 관리하고 있는 통계가 기반자료로 활용될 수 있거나, 이 통계를 이용하는 것이 새로이 통계를 작성함에 비하여 현저히 비용을 절감할 수 있는 경우 등을 들 수 있다.

110) 이 경우에 대한 판단은 단순성, 신속성, 경비절감성 등의 기준에 의하여 이루어져야 할 것이다. 예컨대, 자료의 현존여부, 인원, 장비의 동원 등을 감안할 때, 다른 행정청

제 4 장 행정절차법의 개정방안

이들 요건 중 네 번째 요건이 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률과의 관련상 문제가 된다. 행정기관의 사무의 전산화가 촉진되면서 종이문서가 전자문서로 대체되어갈 경우 다른 행정기관의 전자문서에 대한 행정응원이 필요한 바, 행정절차법은 문서에 관한 규정만을 두고 있기 때문이다.

물론 “문서·통계 등 행정자료”라는 포괄적인 규정을 채택하고 있으므로 구태여 전자문서를 추가하지 아니하여도 무방하다는 반론이 있을 수 있다. 그러나 문서와 전자문서는 구별되는 것이며, 법의 해석상 논란이 있을 수 있으므로 법률에 입법적으로 구체화하는 것이 보다 바람직할 것이라 생각한다. 이와 같은 이유에서 행정응원의 요건에 문서와 함께 전자문서라는 요건이 추가되어야 할 것이다.

(나) 개정안

개정안은 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.

현 행	개정안	개정이유 등
<p>제 8 조(행정응원) ①행정청은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 다른 행정청에 행정응원을 요청할 수 있다.</p> <p>1. ~ 3 (생략)</p> <p>4. 다른 행정청이 관리하고 있는 문서·통계 등 행정자료가 직무수행을 위하여 필요한 경우</p> <p>5. (생략)</p> <p>② ~ ⑥ (생략)</p>	<p>제 8 조 (행 정 응 원) ①</p> <p>-----</p> <p>-----</p> <p>-----.</p> <p>1.~3 (현행과같음)</p> <p>4.-----</p> <p>--<u>문서 또는 전자문서</u>-----</p> <p>5. (현행과 같음)</p> <p>②~⑥ (현행과같음)</p>	<p>○ 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에 관한 법률의 시행에 따라 관련내용을 정비함</p>

의 응원을 받아 처리하는 것이 훨씬 간편한 경우, 처리기간을 현저히 단축할 수 있는 경우, 경비를 현저히 절감할 수 있는 경우 등이 이에 해당한다.Vgl., Kopp, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, §5, Rdn. 5 ff.; Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, §5, Rdn. 4 ff.; Knack/ Busch/Hennecke, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, §5, Rdn.3 ff.

(4) 제14조 송달과 제15조 송달의 효력발생

(가) 개정이유

송달이라 함은 당사자, 이해관계인 등에게 행정절차상의 서류의 내용을 알 수 있는 기회를 주기 위하여 행하는 통지행위를 의미한다¹¹¹⁾. 송달은 송달할 서류의 내용, 송달의 목적 등에 따라서 그 방식과 효력이 달라진다. 행정절차법은 행정절차에 있어서의 송달의 일반원칙만을 규정하고 있다.

송달규정의 개정이 필요한 이유는 다음과 같다.

첫째, 행정절차법에 의한 송달방법은 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률의 본격적 시행에 따라 개정될 필요가 있다. 행정절차법은 종이문서의 송달을 기본으로 하고 있으므로 다양한 송달의 방법 중 우편 및 교부에 의한 송달을 기본으로 하고, 예외적으로 전신·모사전송·공고·컴퓨터통신 등 새로운 정보통신기술에 의한 송달을 할 수 있음을 규정하고 있다. 이와 같은 송달방식은 전자정부법의 본격적인 시행에 즈음하여 볼 때, 혼선이 빚어질 수 있으므로 행정절차법에 전자문서에 의한 송달방법 및 그 효력발생에 관한 분명한 근거를 둘 필요가 있다.

둘째, 교부송달의 경우 행정절차법의 운용상 문제점으로 지적되었던 사항을 행정절차법에 반영할 필요가 있다. 행정절차법은 송달에 관한 규정을 두면서 민사소송법상 규정되어있는 사항을 불충분하게 반영하였다는 지적을 받고 있다.

민사소송법은 “송달은 우편 또는 집행관에 의하거나 기타 대법원규칙이 정하는 방법에 의하여야 한다. 우편에 의한 송달은 우편집배원이 한다”(제163조)는 규정을 둔 후, 교부송달의 원칙을 설정하고 있다(제165조)¹¹²⁾. 이 원칙에 대한 특칙으로서 ①법원사무관등에 의한 송달(제164조)¹¹³⁾, ②

111) 이시윤, 민사소송법, 518쪽 이하 참조.

112) 제165조(교부송달의 원칙) ①송달은 특별한 규정이 없으면 송달을 받을 자에게 서류의 등본을 교부하여야 한다. ②송달할 서류의 제출에 갈음하여 조서를 작성한 때에는 그 조서의 등본이나 초본을 교부하여야 한다.

113) 당해사건에 관하여 출석한 자에 대하여는 법원사무관등이 직접 송달을 할 수 있다. 법원사무관등이 그 원내에서 송달받을 자에게 서류를 교부하고 영수증을 받은 때에는

무능력자에 대한 송달(제166조)¹¹⁴, ③공동대리인에 대한 송달(제167조)¹¹⁵, ④군관계인에 대한 송달(제168조)¹¹⁶, 피구속자에 대한 송달(제169조)¹¹⁷등을 규정하고 있다.

아울러 민사소송법은 송달장소(제170조)에 관하여 규정하면서¹¹⁸, 송달영수인의 신고의무(제171조)¹¹⁹, 송달장소 변경의 신고의무(제171조의 2)¹²⁰와 보충송달 및 유치송달에 관한 규정을 두고 있다(제172조).

민사소송법이 규정하는 송달방법 중 실무상 특히 도입이 요청되는 사항이 보충송달 및 유치송달이다.

보충송달이라 함은 송달할 장소에서 송달을 받을 자를 만나지 못한 때에 그 사무원, 고용인 또는 동거자로서 사리를 변식할 지능있는 자에게 서류를 교부할 수 있도록 하는 제도이다.

유치송달이라 함은 서류의 송달을 받을 자가 정당한 사유없이 송달받기를 거부하는 때에 송달할 장소에 서류를 둘 수 있도록 하는 제도이다¹²¹).

송달의 효력이 있다.

114) 소송무능력자에 대한 송달은 그 법정대리인에게 한다.

115) 수인이 공동하여 대리권을 행사하는 경우에는 그 중 1인에게 송달하면 된다.

116) 군사용의 청사 또는 선박에 속하는 자에 대한 송달은 그 청사 또는 선박의 장에게 한다.

117) 교도소 또는 구치소에 구속된 자에 대한 송달은 그 소장에게 한다.

118) ①송달은 이를 받을 자의 주소, 거소, 영업소 또는 사무소에서 한다. 다만, 법정대리인에 대한 송달은 본인의 영업소나 사무소에서 할 수 있다. ②송달을 받을 자의 주소, 거소, 영업소 또는 사무소가 국내에 없거나 알 수 없는 때에는 그를 만나는 장소에서 송달할 수 있다. ③주소, 거소, 영업소 또는 사무소가 있는 자도 송달받기를 거부하지 아니하면 만나는 장소에서 송달할 수 있다.

119) ①당사자, 법정대리인 또는 소송대리인은 수소법원의 소재지에 주소, 거소, 영업소 또는 사무소가 없는 때에는 그 법원의 소재지에 송달을 받을 장소와 송달영수인을 정하여 신고하여야 한다. ②송달을 받을 자가 제1항의 신고를 하지 아니할 때에는 그에게 송달할 서류는 제170조제1항에 규정한 장소에 등기우편으로 발송할 수 있다. ③제1항의 신고는 송달을 받을 자가 수소법원의 소재지에 주소, 거소, 영업소 또는 사무소를 둔 경우에도 할 수 있다.

120) ①당사자, 법정대리인 또는 소송대리인이 송달장소를 변경할 때에는 지체없이 그 취지를 법원에 신고하여야 한다. ②제1항의 규정에 의한 신고를 하지 아니한 자에 대한 서류의 송달은 달리 송달할 장소를 알 수 없는 때에 한하여 종전에 송달을 받던 장소에 등기우편으로 송달할 수 있다.

121) 민사소송법은 그 밖에도 우편송달(제173조), 발신주의원칙(제174조), 일요일 기타

다. 제2장 처분

제2장 처분에서 특히 개정의 필요성이 제기되는 부분은 다음과 같다.

첫째, 전자정부법의 시행에 따라 개정이 필요해진 경우이다. 이에선 처분의 신청방법을 추가하기 위한 제17조, 처분의 방식을 추가하기 위한 제24조, 의견제출방식을 추가하기 위한 제27조, 문서의 열람방식을 추가하기 위한 제37조 등이 해당된다.

둘째, 행정절차법의 시행과정에서 그 개정이 요청되는 경우이다. 이에선 청문주재자의 요건에 관한 제29조, 청문의 진행에 관한 제31조, 청문조서에 관한 제34조, 청문의 종결에 관한 제35조 등이 해당된다.

(1) 제17조 (처분의 신청)

(가) 개정이유

행정절차법은 제17조에서 처분의 신청이라는 제목으로 행정처분의 신청절차에 관한 기본적인 규정을 두고 있다.

제1항에서 “행정청에 대하여 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다”고 규정하여 문서주의 원칙을 취하고 있다. 여기서 문서라는 것은 종이문서를 의미하는 것으로서, 이는 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률에 따른 행정업무의 전자적 처리의 원칙과 직접적으로 모순된다.

제2항에서 “행정청은 신청에 필요한 구비서류·접수기관·처리기간 기타 필요한 사항을 게시하거나 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다”고 규정하고 있다. 이는 인터넷 홈페이지에 게시하는 방식을 전혀 예상하지 아니하고, 게시판에 종이문서로 게시하거나 종이책으로 되어있는 편람의 비치만을 규정한 것이므로 전자정부와 부합하지 아니한다. 따라서 인터넷에 공시하는 방식이 추가되어야 한다.

제3항에서 “행정청은 신청이 있는 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류 또는 거부하거나 부당하게 되돌려 보내서는 아니되며, 신청을 접수한 경우에는 신청인에게 접수증을 교부하

(2) 제24조 (처분의 방식)

(가) 개정이유

행정절차법은 제24조에서 “행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 한다”고 규정함으로써 문서주의 원칙을 행정처분의 기본방식으로 채택하고 있다. 이는 종이문서의 형식에 의한 행정처분만을 예상한 것으로서 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률에 따른 행정업무의 전자적 처리의 원칙과 직접적으로 모순된다.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹²⁴⁾

현 행	개 정 안	개정이유 등
제24조(처분의 방식) ① 행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 문서로 하여야 한다. 다만, 신속을 요하거나 사안이 경미한 경우에는 구술 기타 방법으로 할 수 있으며 이 경우 당사자의 요청이 있는 때에는 지체없이 처분에 관한 문서를 교부하여야 한다. ②처분을 하는 문서에는 그 처분행정청 및 담당자의 소속·성명과 전화번호를 기재하여야 한다.	제24조(처분의방식)①----- ----- ----- <u>문서 또는 전자문서로</u> ----- ----- ----- ----- <u>---문서를 교부하거나 전자문서를 송신-----.</u> ②----- <u>문서와 전자문서에는</u> ----- -----.	○ 전자정부구현을위한 행정업무등의전자화촉진에관한법률의 시행에 따라 관련조항을 정비함

124) 이 개정안은 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회에서 합의된 사항을 정리한 것이다.

(3) 제27조 (의견제출)

(가) 개정이유

의견제출절차는 행정청이 어떠한 행정작용을 하기에 앞서 당사자들이 의견을 제시하는 절차로서 청문이나 공청회에 해당하지 아니하는 절차라고 정의된다(행정절차법 제2조 제7호). 이 절차는 의견청취의 기본적인 절차이며, 가장 단순한 절차이다.

행정절차법은 의견제출에 관하여 “①당사자들은 처분전에 그 처분의 관할행정청에 서면·컴퓨터통신 또는 구술로 의견제출을 할 수 있다. ②당사자들은 제1항에 의하여 의견제출을 하는 경우 그 주장을 입증하기 위한 증거자료등을 첨부할 수 있다. ③행정청은 당사자들이 구술로 의견제출을 한 때에는 서면으로 그 진술의 요지와 진술자를 기록하여야 한다. ④당사자들이 정당한 이유없이 의견제출기한내에 의견제출을 하지 아니한 경우에는 의견이 없는 것으로 본다. ⑤행정청은 처분을 함에 있어서 당사자들이 제출한 의견을 성실히 고려하여야 한다”고 규정하고 있다.

이와 같은 각종 규정 중 의견제출의 방법 및 의견제출내용의 기록에 관한 규정이 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률에 의한 행정업무의 전자적 처리의 원칙과 완전히 부합되지 아니하여 개정할 필요가 있다.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹²⁵⁾

현 행	개 정 안	개정이유 등
제27조(의견제출) ①당사자들은 처분전에 그 처분의 관할 행정청에 <u>서면·컴퓨터통신 또는 구술로</u> 의견제출을 할 수 있다. ②(생략)	제27조(의견제출) ①----- ----- <u>서면·구술 또는 정보통신망을 이용하여</u> -----. ②(현행과 같음)	○ 전자정부구현을위한 행정업무등의전자화 촉진에관한법률의 시행에 따라 관련조항을 정비함

125) 이 개정안은 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회에서 합의된 사항을 정리하고, 그 밖에 필자가 개정의 필요가 있다고 생각한 사항을 추가한 것이다.

현 행	개 정 안	개정이유 등
<p>③ 행정청은 당사자등이 구술로 의견제출을 한 때에는 <u>서면으로</u> 그 진술의 요지와 진술자를 기록하여야 한다.</p> <p>④~⑤ (생략)</p>	<p>③----- ----- ----<u>서면 또는 전자문서</u> 로----- -----.</p> <p>④~⑤ (현행과 같음)</p>	

(4) 제29조 (청문주재자의 제척·기피·회피)

(가) 개정이유

청문이라 함은 행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차를 말한다(행정절차법 제2조 제5호). 이러한 청문절차는 재판절차에 준하는 정식행정절차에 해당하며, 이는 국민이 가지는 절차적 기본권에 대한 제도적 보장의 한 내용으로서 불이익처분에 앞서 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 권리(Recht auf Anhörung)의 법률적 실현방법중의 하나이다.

청문에 있어 청문주재자는 청문의 전과정을 진행하는 역할을 담당한다. 청문주재자는 재판이나 중재판정을 담당하는 법관과 같이, 중립적인 위치에 서서 행정청과 당사자간의 쟁점을 명확히 밝히고 합리적인 방향으로 결론을 유도하는 역할을 수행하여야 한다. 따라서 청문주재자의 공정성 및 직무상의 독립성이 최대한 보장될 수 있어야 한다.

행정절차법은 청문을 행정청이 소속직원 또는 대통령령이 정하는 자중에서 선정하는 자가 주재하도록 하였다. 행정절차법은 행정청에게 청문주재자의 선정이 공정하게 이루어지도록 노력하여야 할 의무를 부과하고 있다.

행정절차법 제정심의위원회에서는 청문주재자 선정의 공정성 확보를 위하여 당해 행정사무를 직접 처리한 자를 청문의 주재자로 할 수 없도록 하는 규정을 채택할 것인가의 여부를 놓고 논란을 벌였다. 당해 사무를 직접 처리하는 자는 일방의 당사자인데 당사자가 청문을 주재하게 되면 상대방이 방어를 효과적으로 할 수 없게 되므로 청문의 주재자가 됨은 타당하지

아니함이 그 이유였다.

이에 대하여 현실적으로 당해 행정사무를 직접 처리하는 자를 주재자로 지명할 수 없도록 한다면 주무과가 아닌 곳에서 청문을 주재하게 되고, 이 경우 당해 사안에 대한 전문성이 없는 부서에서 청문을 수행할 수밖에 없음이 지적되었다. 결국 법무담당관실 등에서 모든 부서의 청문 사안을 처리하게 되나, 이 경우 인원의 부족, 전문성의 부족 등 여러 복합적인 문제가 생길 수 있음이 지적되었다.

행정절차법 제정심의위원회 소위원회위원들 상호간에는 청문주재자의 선정의 공정성 확보를 위하여 당해 행정사무를 직접 처리한 자를 배제함이 이론적으로는 타당하다는 점에 대하여는 의견을 같이 하였으나, 특히 지방자치단체의 실정 등을 감안하여 이 경우 청문절차의 채택이 지방자치단체에게 큰 부담으로 작용하게 되므로 현실여건을 고려하여 운영할 수 있도록 직접적 배제규정은 두지 아니하는 방향으로 입법이 이루어졌다. 행정절차법 제28조제1항제2문이 행정청은 청문주재자의 선정이 공정하게 이루어지도록 노력하여야 한다라고 규정한 것은 바로 위와 같은 문제점을 예상하여 행정청이 전문성있는 다른 인력을 확보할 수 있다면 가급적 당해 행정사무를 직접 처리한 자를 청문주재자로 선정하여서는 아니됨을 간접적으로 표현한 것이라 할 수 있다. 미국행정절차법에 있어서는 청문의 담당자로서 별도의 행정법판사(Administrative Law Judge)를 지명하게 되나,¹²⁶⁾ 일본과 독일 등에 있어서는 청문주재자에 대한 특별한 제한을 두고 있지 아니하다는 비교법적 측면도 입법에 있어 고려되었다.¹²⁷⁾

그러나 이와 같은 입법은 실무현장에서 오히려 문제점으로 지적되었다. 지방자치단체 또는 처분부서의 입장을 감안한 것이지만, 이와 같은 입법으

126) 1948년도 법제정시에는 제3105조이하의 “청문심사관(hearing examiner)”이라는 명칭으로 불리워졌고, 조문의 제목도 위와 같았다. 1978년의 법 개정으로 청문심사관의 명칭은 행정법판사(administrative law judge)로 개정되었다. 그러나 명칭의 개정이 있었을 뿐 그 임명절차나 보수의 지급 등에 관한 개정은 없었다. 조문의 취지에 비추어 볼 때 “행정법판사”란 행정청이 임명하는 청문심사관의 다른 명칭이며, “사법부”에 소속되는 엄밀한 의미의 “판사”는 아니다. 이 점에서 명칭만으로 우리나라 및 다른나라의 법제와의 수평적 비교를 하는 것은 곤란하리라 생각된다. 참고자료 USCA, Title 5, 1995 Supplementary Pamphlet(Covering years 1978 to 1994), p.295 이하.

127) 총무처 조직국 제도1과, 행정절차법안심의위원회·공청회 회의록, 326쪽 참조.

로 인하여 청문제도의 운용이 오히려 혼선을 빚게 되었음이 지적된 것이다. 앞서 행정절차법의 운용현황에 관하여 언급한 바와 같이, 처분을 담당 한 공무원이 청문을 실시할 수 있도록 규정함으로써, 청문과 단순한 의견제출을 혼동하여 청문통지서를 남발하하는 한편, 실제로 청문은 단순한 의견제출과 같은 방식으로 형식적으로 실시하여도 무방하도록 방치한 결과를 빚었다는 것이다. 이와 같은 문제점으로 인하여 실무현장에서 당해 처분에 관여하는 공무원을 청문주제자의 제척사유에 포함시킬 것이 요구되었다.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹²⁸⁾

현 행	개 정 안	개정이유 등
제29조(청문주제자의 제척·기피·회피) ①청문주제자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 청문을 주재할 수 없다. 1~3(생략) <신 설>	제29조(청문주제자의 제척·기피·회피)①----- ----- ----- ----- 1~3(현행과 같음) 4. 당해 처분에 관여하는 소속직원	○ 처분담당자가 청문주제자가 되는 것은 공정성에 문제점이 발생할 수 있으므로 제척사유에 포함시켜 청문을 주재할 수 없도록 함

(5) 제31조 (청문의 진행)

(가) 개정이유

행정절차법은 청문이 소송절차에서와 같은 구두변론절차를 취함을 원칙으로 진행되도록 규정하고 있다.

첫째, 청문주제자가 청문을 시작할 때에는 먼저 예정된 처분의 내용, 그 원인이 되는 사실 및 법적 근거 등을 설명함으로써 청문에 참석한 당사자들에게 청문내용을 명확히 하여야 한다.

128) 이 개정안은 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회에서 합의된 사항을 정리한 것이다.

둘째, 청문절차에서 당사자 등은 자신에게 유리한 법률상 또는 사실상의 내용을 진술할 수 있다. 당사자등은 행정청이 처분의 근거로 제시한 사실상의 이유에 대하여 그 내용을 부인하거나, 불가항력적인 다른 사정이 있었음 등을 진술할 수 있다. 행정청이 처분의 근거로 제시한 법률상의 근거에 대하여 행정청과 다른 판단 또는 해석을 제시할 수 있다.

셋째, 청문절차에서 당사자등은 증거를 제출할 수 있다. 증거는 인적증거와 물적 증거를 모두 포함한다. 증거는 행정청이 제시한 처분사유를 번복하게 하거나, 경감시킬 수 있는 자료면 어떠한 증거이든지 제출할 수 있다.

넷째, 행정청이 처분사유를 명확히 하기 위하여 참고인·감정인 등을 출두시킨 경우, 당사자등은 이들에 대하여 질문할 수 있다. 감정이 서면으로 이루어진 경우, 행정청은 반드시 이 서면을 당사자등에게 공개하여야 한다. 당사자등은 문서열람 및 복사청구권이 있으므로, 감정서가 제출된 경우에는, 이 서면의 열람 또는 복사를 신청할 수 있다. 당사자등이 진술한 법률상 또는 사실의 주장내용중 불명료·모순·불완전한 점에 대하여 청문주재자는 석명 또는 입증을 요구하여 이를 명확히 함이 요구된다.

다섯째, 청문주재자는 청문의 신속한 진행을 도모하기 위하여 필요한 조치를 할 수 있다. 필요한 조치에는 발언순서·시간·중복발언 등의 제한, 질서교란자에 대한 퇴장명령등이 포함된다. 당사자등의 진술내용이 당해 사안과 직접 관계가 없는 사항을 진술하는 경우, 이미 진술한 내용과 중복되는 사항을 진술하는 경우, 기타 청문의 진행에 현저한 지장을 초래한다고 인정되는 경우에 필요한 조치를 취할 수 있다.¹²⁹⁾

여섯째, 청문주재자는 당사자등의 의견진술 내용이 미흡하다고 판단하는 경우, 기타 당해 청문만으로는 청문을 종결하기 곤란하다고 판단하는 경우 청문을 그 다음기일에 속행할 수 있다. 속행의 통지는 청문출석자에게는 청문장소에서 행하며, 불출석자에게는 청문의 사전통지 방법에 의하여 알려야 한다.

이 경우 청문의 속행의 통지를 누가 할 것인가가 분명하지 아니하다. 청문의 통지는 행정청의 권한이다. 따라서 청문의 속행의 통지도 행정청이 하여야 할 것이다. 이 부분이 분명하지 아니한 점이 실무상 문제점으로 지적되었다.

129) 총무처, 행정절차업무편람, 107쪽 이하 참조.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹³⁰⁾

현 행	개 정 안	개정이유 등
<p>제31조(청문의 진행) ①~④(생략) ⑤청문주재자는 청문을 계속할 경우에는 당사자 등에게 다음 청문의 일시 및 장소를 <u>서면</u>으로 통지하여야 한다. 다만, 청문에 출석한 당사자 등에게는 당해 청문일에 <u>구술로</u> 통지할 수 있다.</p>	<p>제31조(청문의 진행) ①~④(현행과 같음) ⑤청문주재자가 청문을 계속할 경우에는 행정청은-----<u>서면 또는 전자문서로</u>----- -----<u>청문주재자가 구술로</u> 통지할 수 있다.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 청문을 계속할 경우 청문통지의 일관성을 위해 통지의 주체를 행정청으로 함(제21조제2항 참조). 단 청문에 출석한 당사자 등에게는 청문주재자가 구술로 통지할 수 있도록 함 ○ 전자정부구현을 위한 행정업무등의 전자화 촉진에 관한 법률의 시행에 따라 관련조항을 정비함

(6) 제34조 (청문조서) 및 제35조(청문의 종결)

(가) 개정이유

청문조서는 청문의 경과 및 결과를 기재한 서면이다. 청문의 주재자는 중립적인 위치에서 청문을 실시한 후, 그 결과를 청문조서로 작성하여 처분행정청에게 제출하여야 한다.

청문조서는 청문의 종결시에 작성되어 행정청에게 제출되어야 한다. 청문이 수회에 걸쳐 속행되는 경우, 청문주재자는 사안의 성질에 따라 청문조서를 청문기일마다 나누어 작성할 수도 있겠으나, 총체적으로는 청문종

130) 이 개정안은 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회에서 합의된 사항을 정리한 것이다.

결시에 하나의 청문조서로서 종합되어야 한다.

청문조서에 기재되어야 할 사항은 청문의 구체적 결과이다. 따라서 청문주재자는 청문에서 나타난 사실을 객관적이고 구체적으로 기재하여야 한다.

첫째, 청문의 주제와 청문관계자들을 명확히 하기 위하여 청문의 제목과 청문주재자의 소속·성명 등 인적사항, 당사자 등의 주소·성명 또는 명칭 및 출석여부, 청문의 일시 및 장소등이 기재된다. 그리고 청문이 공개되었는가의 여부가 기재되며 당사자들의 공개신청이 있었으나, 공개가 거부된 경우에는 그 이유가 기재되어야 한다.

둘째, 청문에서 주장된 내용 및 제출된 증거 등이 기재된다. 구두변론과정에서 당사자들이 진술을 한 경우에는 그 요지가 기재된다. 당사자들이 증거를 제출한 경우와 행정청이 직권 또는 신청에 따라 증거조사를 한 경우에는 그 요지와 증거의 목록이 기재되어야 하며, 그 증거자료는 청문조서에 첨부되어야 한다.

셋째, 청문주재자가 청문결과에 대한 자신의 의견을 기재한다. 청문주재자는 처분행정청이 아니다. 따라서 처분을 행할 수 없으며, 청문의 결과에 대한 소견만을 말할 수 있을 뿐이다. 행정절차법은 청문주재자의 의견을 청문조서의 내용 속에 포함시키고 있다. 따라서 당사자 등은 청문조서를 열람하면서 청문주재자의 의견을 읽을 수 있다. 실무현장에서 이 점이 문제점으로 지적되었다. 그 이유는 행정청은 청문조서를 읽고 처분의 취지와 청문의 결과를 총체적으로 판단하여 처분을 하게 된다. 따라서 청문주재자의 의견을 충분히 참작하여야 하지만 이에 구속되는 것은 아니다. 그러나 청문주재자의 의견이 공개될 경우 행정청은 이와 반대되는 처분을 하기가 매우 어렵게 된다. 행정청의 판단을 구속하는 역할을 차단하려면 청문주재자의 의견서는 공개의 대상에서 제외하는 것이 바람직하다는 의견이 제시되었다.

즉 청문조서와 청문주재자의 의견서를 별도로 작성하도록 하고, 청문이 종결될 경우 각각 행정청에게 제출하도록 하도록 의견이 집약되었다.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹³¹⁾

현 행	개 정 안	개정이유 등
<p>제34조(청문조서) ①청문주재자는 다음 각호의 사항이 기재된 <u>청문조서</u>를 작성하여야 한다. 1~7(생략) 8. <u>청문주재자의 의견</u> 9. 기타 필요한 사항 ②(생략)</p>	<p>제34조(청문조서 등) ①----- ----- --<u>청문조서와 청문주재자의 의견서</u>-----. 1~7(현행과 같음) 8. <u>삭 제</u> 9. (현행과 같음) ②(현행과 같음)</p>	<p>○ 동조 제2항의 청문조서 열람·확인과 관련하여 청문주재자의 의견을 열람·확인대상에서 제외함</p>
<p>제 3 5 조 (청 문 의 종 결) ①~③(생략) ④청문주재자는 청문을 마친 때에는 지체없이 <u>청문조서</u> 기타 관계서류등을 행정청에 제출하여야 한다. ⑤행정청은 제4항의 규정에 의하여 제출받은 <u>청문조서</u> 기타 관계서류등을 충분히 검토하고 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 처분을 함에 있어서 청문결과를 적극 반영하여야 한다.</p>	<p>제35조(청문의 종결) ①~③(현행과 같음) ④----- ----- <u>청문조서·청문주재자의 의견서</u>-----. ⑤----- ----- <u>청문조서·청문주재자의 의견서</u>----- ----- ----- -----</p>	<p>○ 청문조서와 청문주재자 의견서를 분리하여 작성함에 따라 관련내용을 정비함</p>

(7) 제37조 (문서의 열람 및 비밀유지)

(가) 개정이유

청문과정에서 당사자들은 필요한 방어수단을 확보하기 위하여 행정청이 작성하고 있는 처분관련 문서를 열람할 필요가 있다. 이와 같은 필요성 때

131) 이 개정안은 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회에서 합의된 사항을 정리한 것이다.

문에 행정절차법은 당사자들에게 문서열람청구권을 부여하고 있다.

전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률의 시행에 따라 당사자들이 열람을 청구할 수 있는 문서는 종이문서에 국한되어서는 아니되며, 전자문서가 포함되어야 한다. 이와 같은 배려를 위하여 다음과 같이 제37조의 개정이 요구된다.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹³²⁾

현 행	개 정 안	개정이유 등
<p>제37조(문서의 열람 및 비밀유지) ① 당사자들은 청문의 통지가 있는 날부터 청문이 끝날 때까지 행정청에 대하여 당해 사안의 조사결과에 관한 문서 기타 당해 처분과 관련된 문서의 열람 또는 복사를 요청할 수 있다. 이 경우 행정청은 다른 법령에 의하여 공개가 제한되는 경우를 제외하고는 이를 거부할 수 없다.</p> <p>②~③ (생략)</p> <p>④ 제1항의 규정에 의하여 열람 또는 복사를 요청할 수 있는 문서의 범위는 대통령령으로 정한다.</p> <p>⑤~⑥ (생략)</p>	<p>제37조(문서의 열람 및 비밀유지) ①----- ----- ----- ----- -----<u>문서 또는 전자문</u> <u>서</u>-----<u>문서</u> <u>또는 전자문서의</u>----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- -----</p> <p>②~③ (현행과 같음)</p> <p>④----- ----- ----- -----<u>문서 또는 전자문</u> <u>서</u>----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- -----</p> <p>⑤~⑥ (현행과 같음)</p>	<p>○ 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률의 시행에 따라 관련조항을 정비함</p>

132) 이 개정안은 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회에서 합의된 사항을 정리한 것이다.

(8) 제38조 (공청회의 개최)

(가) 개정이유

공청회라 함은 행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 행정작용에 대하여 당사자등, 전문지식과 경험을 가진 자 기타 일반인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차를 말한다.(행정절차법 제2조 제6호)

공청회절차는 정식행정절차의 일종이나, 청문절차와는 전혀 구분되는 절차이다. 공청회절차는 처분과정 특유의 절차가 아니다. 처분과정에서도 인정되는 절차이기는 하지만, 행정입법절차, 행정예고절차, 계획확정절차에서도 빈번히 사용되는 절차이다. 행정절차법이 처분절차의 일부로서 공청회절차를 규정하였지만, 행정입법절차에서 공청회절차를(행정절차법 제45조), 행정예고절차에서 공청회절차를(행정절차법 제47조) 각각 준용하도록 규정하고 있는 것은 이 점을 단적으로 나타낸다. 공청회절차는 불이익처분 특유의 절차가 아니다. 처분이 특정인에게 불이익을 주는 처분인가와 무관하게, 일반처분과 같이 처분등의 영향이 광범위한 경우에 실시되는 절차이다.

공청회 절차는 처분의 상대방이 되는 당사자등의 권리구제에 주안점을 두는 절차가 아니다. 물론 공청회과정에서 당사자등의 권리구제가 될 수 있음을 부인하는 것은 아니다. 그러나 공청회절차는 널리 의견을 수렴하는 절차로서 다중의 공통적 이익을 도모하는데 주안점을 두는 절차이다.

공청회절차가 가지는 위와 같은 특성을 중시하여, 행정절차법은 청문절차와 구분되도록 공청회절차를 제2장 제3절에 별도의 절을 두어 규정하고 있다.

행정절차법이 규정한 공청회의 절차 중에서 공청회 개최의 공고를 관보·공보 및 일간신문 등 전통적인 방식에 의하는 경우 이외에 전자정부 시대에 부응하여 각 행정청의 인터넷 홈페이지에 공시하도록 할 필요가 있다.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹³³⁾

현 행	개 정 안	개정이유 등
<p>제38조(공청회의 개최)</p> <p>① 행정청은 공청회를 개최하고자 하는 경우에는 공청회 개최 14일 전까지 다음 각호의 사항을 당사자들에게 통지하고 <u>관보·공보 또는 일간신문 등에 공고하는 등의 방법으로 널리 알려야 한다.</u></p> <p>1~6 (생략)</p> <p>② (생략)</p>	<p>제38조(공청회의 개최) ①</p> <p>-----</p> <p>-----</p> <p>-----</p> <p>-----</p> <p>-----<u>관보·공보·일간신문 또는 인터넷을 통하여 공고하는</u>-----</p> <p>-----.</p> <p>1~6 (현행과 같음)</p> <p>②(현행과 같음)</p>	<p>○ 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률의시행에 따라 관련조항을 정비함</p>

라. 제 3 장 신고

(가) 개정이유

신고라 함은 국민이 행정청에 대하여 일정한 사항을 통고하는 행위를 의미한다.

행정절차법에 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고절차를 도입된 취지는 행정규제완화의 본래적 목적을 달성하기 위해서이다. 행정규제중 특히 허가·인가·면허·승인(이하 “허가”제도라 한다)제도와 같이 일정한 국민생활영역에 대한 경제활동의 진입을 행정청이 일반적으로 금지하거나 제한하는 진입규제의 완화는 1990년대 이후 정권의 변화와 관계없이 핵심적 경제정책중의 하나로서 견지되어 왔다. 그 이유는 개방화·국제화사회에서 우리경제가 지속적인 발전을 이룩하기 위하여는

133) 이 개정안은 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회에서 합의된 사항을 정리한 것이다.

허가제한 등으로 프리미엄이 크거나 과보호되고 있는 분야에 대한 신규진입의 확대를 통하여 국민의 참여와 창의가 유발될 수 있도록 대내외 규제가 완화되어야 하며, 이를 위한 제도적 장치가 마련되어야 하기 때문이다.¹³⁴⁾

진입규제절차로서의 허가절차¹³⁵⁾는 등록절차¹³⁶⁾ 또는 신고절차로 완화될 것이 요구되어 왔다. 특히 신고절차는 허가절차 및 등록절차보다도 더 완화된 형태의 진입규제절차로 활용되어 왔다. 본래적 의미의 신고절차는 일정한 요건의 성취를 행정청에 통지하기만 하면 심사절차 뿐만 아니라 공적장부에의 등록절차도 거칠 필요없이 통지행위로써 바로 일반적 금지의 해제 또는 법률효과의 완성의 법적 효과를 발생하는 행정절차를 의미한다.

그러나 행정규제완화의 일환으로 행정청이 허가사항을 신고사항으로 전환함을 보고하는 사례의 구체적인 내용을 들여다보면 허가를 신고로 명칭은 전환하였으나, 막상 구체적인 신고절차에 관하여는 신고의 수리를 하도록 다시 규정하고 있는 경우가 적지 않으며, 행정청의 구체적인 업무처리 과정에서 신고의 수리를 하지 아니하고 신고를 반려하여 결국 허가 또는 인가와 동일하게 활용하는 경우가 많음이 지적되었다. 신고는 자기완결적 행위로서의 신고만이 본래적 의미의 신고에 해당하며, 행정청이 신고의 의미를 왜곡하여 행정요건적 행위로서의 신고제도로 활용하는 것은 규제제도의 명목과 실질이 다르게 운용되는 경우로서 경제활동에 참여하는 국민들

134) 대한민국정부, 『신경제5개년계획』(93-97), 84쪽 이하 참조. 신경제5개년계획에 따른 규제개혁의 구체적 내용에 관하여는, 오준근, 행정규제완화를 위한 법제개선의 동향 및 문제점과 개선방안, 법제연구 제6호(1994), 263쪽 이하 참조.

135) 진입규제로서의 허가절차는 법규에 규정된 일반적 금지를 특정한 요건이 갖추어진 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 행정처분절차이며, 인가절차는 법규가 행정청의 협력이 없으면 일정한 행위의 효력을 발생하지 못하도록 제한한 후, 특정한 요건이 갖추어진 경우에 행정청의 협력행위로서 법률행위의 효력을 발생하도록 하는 행정처분절차이고, 특허절차는 행정청이 특정인에게 독점적인 권리를 설정하는 행정처분절차이다. 허가등이 부여되기 위하여는 상대방의 출원과 이에 대한 일정한 심사절차가 요구된다. 진입규제에 있어 혼동되어 사용되고 있는 개념이 정리되는 것은 규제의 투명성 확보를 위하여 선행되어야 할 필수적인 작업중의 하나이다. 오준근 등(공저), 경제규제행정의 투명성제고를 위한 법제정비방안, 한국법제연구원, 1996, 66쪽 이하 참조.

136) 진입규제절차의 일종이지만 허가보다 완화된 형태의 진입규제절차가 등록절차이다. 등록절차는 허가처분을 위한 심사절차를 요하지 아니하고, 일정한 요건의 성취를 공적장부에 기재하는 절차만을 밟도록 함으로써 일반적 금지의 해제 또는 법률효과의 완성 등의 법적 효과를 발생하는 절차를 의미한다.

에게 혼동을 가져오고, 행정과정에 대한 신뢰와 예견가능성을 도모하는 행정절차법의 이념에 반하는 경우에 해당하기 때문이다.¹³⁷⁾

그러나 행정절차법은 신고절차를 “법령등에서 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우”라고 규정하고 있다.(행정절차법 제40조). 따라서 행정절차법이 규정하는 신고절차는 위에서 언급한 신고절차의 종류 중 신고의 시점에 따른 구분과 관계없이 사전신고절차와 사후신고절차를 모두 포함하지만, 신고의 효과에 따른 구분에 있어서는 자기완결적 행위로서의 신고만을 포함할 뿐, 행정요건적 행위로서의 신고는 포함하지 아니한다. 행정요건적 행위로서의 신고는 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 것이 아니라, 신고의 수리라는 행정청의 별개의 행위를 전제로 하기 때문이다. 행정절차법이 시행된지 4년이 경과하는 이 시점에서는 신고를 가장한 허가제도인 행정요건적 신고제도는 완전히 폐지되어야 할 것이다.

물론 아직까지 수리를 요하는 신고가 일부 남아 있는 바, 이들이 정리될 때까지는 현행 규정은 불가피하다는 반론은 타당하다. 개정안대로라면 수리를 요하는 신고를 두고 있는 법률과 이 법이 충돌하여 해석 및 집행에 문제가 발생하게 될 것이기 때문이다. 그러나 신고제도를 허가제도의 편법으로 운용하는 현실을 언제까지나 방치할 수는 없는 일이라 생각한다. 행정절차법을 개정하면서 경과기간을 두고, 이 기간 내에 관련법제를 정비하도록 함이 바람직하리라 생각한다.

아울러 신고의 요건에 해당하는 사항을 전자정부시대에 발 맞추어 인터넷에 게시하는 방법이 행정절차법에 도입될 것이 요구된다.

137) 일본이 행정절차법을 제정하면서 제37조(신고)에 “신고가 신고서의 기재사항에 불비함이 없을 것, 신고서에 필요한 첨부서류가 첨부되어 있을 것, 기타 법령이 정한 신고의 형식상의 요건에 적합할 것 등의 요건을 갖춘 경우에는 당해 신고가 법령에 의하여 당해 신고의 제출처로 되어 있는 기관의 사무소에 도달한 때에 당해 신고를 하여야 할 절차상의 의무가 이행된 것으로 본다”고 규정한 것은 우리 행정절차법의 모범적 입법으로 작용하였다. 오준근, 신고절차의 정착방향, 법제연구 제13호(1997). 33쪽 이하 참조.

제 4 장 행정절차법의 개정방안

행정상입법예고제도는 ①행정입법안의 내용을 사전에 국민에게 공개하고 국민의 참여를 도모함으로써 입법과정에서의 투명성을 보장하고 법령의 실효성을 확보할 수 있고, ②법령안에 대한 국민의 의견을 수렴함으로써 효과적인 입법을 도모하며, ③국민의 입법과정에 대한 참여기회의 부여를 통하여 정부정책의 정당성을 확보할 수 있고, ④입법내용의 민주화를 통하여 국민적 공감대를 형성하여 법령의 실효성을 높임으로써 국가정책수행의 효율성을 높일 수 있다는 점에서 그 필요성과 제도적 의의가 인정된다.

우리 행정절차법은 행정입법의 경우 행정입법의 예고절차만을 규정하고 있다. 그 반면에 미국의 행정절차법은 행정입법에 있어서의 실제적 심사기준에 해당하는 사항을 다수 포함하고 있다. 미국의 경우를 본받아서 우리 행정절차법에도 행정입법의 실제적 심사기준을 도입하고, 단순한 행정입법의 예고에 그치지 아니하고, 이해관계인의 참여를 요소로 하는 실질적인 행정입법절차를 도입하자는 의견이 제기되고 있다. 이 의견은 타당하다고 생각한다. 장기적인 연구를 통하여 실질적인 행정입법의 통제장치를 마련하는 방안이 강구되어야 할 것이다.

단기적인 견지에서는 행정입법의 예고를 위한 공고시에 인터넷을 이용하는 방법을 행정절차법에 받아들일 필요가 있다.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹⁴⁰⁾

139) 『법령안입법예고에관한규정』(1983.5.21. 대통령령 제11133호) 제1조.

140) 이 개정안은 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회에서 합의된 사항을 정리하고, 필자의 의견을 추가한 것이다.

현 행	개 정 안	개정이유 등
제42조(행정상 입법예고) ① 행정청은 입법안의 취지, 주요내용 또는 전문을 관보·공보나 신문·방송·컴퓨터통 신 등의 방법으로 널 리 공고하여야 한다. ②(생략)	제42조(행정상 입법예고) ①----- ----- ---- <u>관보·공보나 신문· 방송 및 인터넷을 이용하 는 등의</u> ----- -----. ②(현행과 같음)	○ 전자정부구현을위 한행정업무등의전 자화촉진에관한법 률의 시행에 따라 관련조항을 정비함

바. 제6장 행정지도

(가) 개정이유

행정지도에 관하여 우리 행정절차법은 행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용이라고 정의하고 있다(행정절차법 제2조 제3호).

행정절차법은 행정지도의 원칙으로서 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니됨을 규정하고 있다(제48조제2항).

행정절차법이 불이익조치금지를 행정지도의 원칙으로 규정한 것은 행정지도의 상대방이 협력을 하지 아니하였음을 이유로 불이익한 조치를 행정기관이 하게 된다면, 상대방은 협력을 사실상 강요당하는 위치에 놓이게 되어 강요 금지의 원칙에 정면으로 배치되므로 이 문제점을 해소하기 위한 것이다. 따라서 강요금지의 원칙과 불이익조치 금지의 원칙은 상호 일치하는 원칙이라 할 수 있으며, 또한 불이익조치 금지의 원칙은 강요금지 원칙의 실현을 위하여 다시 한 번 강조한 것이라 할 것이다.

그러나 불이익조치 금지의 원칙은 행정지도가 그 자체로서 작용할 때에 한하여 적용되는 것이라 국한되어 해석되어야 할 것이다. 그것은 행정지도가 법령의 규정상 후속 처분과 연결되어 있는 경우에는 근거 법령의 규정에 따라 그 목적달성을 위한 후속처분으로 이어져야 하기 때문이다.

행정지도가 법령의 근거에 따라 이루어지는 경우, 법령은 행정지도에 따르는 경우에 대한 각종 이득조치와 행정지도를 따르지 아니하는 경우에 대한 각종 불이익조치를 함께 규정함으로써 그 실효성을 확보하기 위한 장치를 설정하는 경우가 적지 아니하다¹⁴¹⁾.

불이익조치 금지의 원칙은 법령에 규정된 후속조치 까지를 금지하는 것으로 해석되어서는 아니 된다. 이 원칙은 행정지도가 그 자체로서 불이익조치로 작용하는 것을 금하는 것으로 해석되어야 한다.

이와 같은 해석상의 문제점은 입법적으로 해소될 필요가 있다. 다만 법현실을 반영하여 법을 개정할 경우 앞으로는 개별법령으로 행정지도위반에 대하여 불이익을 주도록 허용하는 뜻으로도 읽혀질 수 있고, 이는 오히려 개악이라는 비판을 받을 수 있다는 문제점이 없는 것은 아니다. 그러나 행정지도로서의 경고 또는 권고가 제1차 처분으로 널리 쓰이고 있는 이상 행정절차법과 개별법률이 내용상 서로 모순되는 현실은 비록 비판이 있더라도 시정되어야 할 것이라 생각한다.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹⁴²⁾

141) 예컨대 중소기업의사업영역보호및기업협력증진에관한법률 제7조는 산업자원부장관에게 중소기업자의 사업활동의 기회를 확보하는데 필요하다고 인정하는 경우에는 당해 대기업자에게 사업의 인수·개시 또는 확장의 시기를 연기하거나 생산품목·생산수량·생산시설등을 축소할 것을 권고할 권한을 부여하고 있다. 산업자원부장관의 권고는 행정지도에 해당한다. 산업자원부장관이 권고를 행한 경우 대기업자가 그 권고를 따르지 아니하는 경우 산업자원부장관은 그 취지를 공표할 수 있고, 공표후에도 정당한 사유없이 권고사항을 이행하지 아니하는 경우 그 이행을 명할 수 있으며, 이행명령은 독립한 행정처분으로서 처분절차와 행정쟁송절차의 대상이 된다. 행정지도에 따른 불이익조치 금지의 원칙은 이와 같이 법률상 규정된 불이익처분으로서의 이행명령을 금하는 것은 아니다. 보다 상세한 예는 오준근, 행정절차법, 464쪽 참조.

142) 이 개정안은 필자가 제의하여 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회에서 합의된 사항을 정리한 것이다.

현 행	개 정 안	개정이유 등
제48조(행정지도의 원칙) ①(생략) ②행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.	제48조(행정지도의 원칙) ①(생략) ②----- <u>다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정지도의</u> ----- -----.	○ 행정지도 위반시 불이익처분을 할 수 있도록 한 다른 법령들의 경우를 반영함

사. 제7장 보칙

(가) 개정이유

앞서 개정안에 포함시킨 바와 같이 청문의 공정성을 강화하기 위하여 청문주재자의 독립성을 강조하고자 할 경우, 외부전문가의 풀을 만들어서 이들 중에서 전문성과 여건이 허락하는 자에게 청문을 주재하도록 함이 가장 바람직하다. 각 지방자치단체 및 지방 식품의약품안전청, 지방환경청 등과 같은 처분전담부서에서 이에 관한 규칙을 제정하여 이미 시행에 들어갔음은 위의 실태조사에서 언급한 바 있다.

이와 같은 현실을 반영하고 전문가의 청문주재를 보다 장려하려면 청문주재자에게 여비와 일당을 지급할 수 있는 법적 근거가 마련되어야 할 것이다.

아울러 법제정 당시와 현재 사이에 정부조직법상 장관의 명칭이 바뀐 경우에는 이를 바로잡아야 할 것이다.

(나) 개정안

개정안을 신구조문대비표의 형식으로 표시하면 다음과 같다.¹⁴³⁾

143) 이 개정안은 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회에서 합의된 사항을 정리한 것이다.

제 4 장 행정절차법의 개정방안

현 행	개 정 안	개정이유 등
<p>제53조(참고인등에 대한 비용지급등) ① 행정청은 행정절차의 진행에 필요한 <u>참고인·감정인</u>들에게 예산의 범위안에서 여비와 일당을 지급할 수 있다.</p> <p>② (생략)</p>	<p>제53조(참고인등에 대한 비용지급등) ①----- ----- -----<u>참고인·감정인·</u> <u>청문주제자 등</u>----- ----- -----.</p> <p>② (현행과 같음)</p>	<p>○ 청문주제자에 대한 보상규정 명문화</p>
<p>제54조(협조요청 등) <u>출</u>무처장관(제4장의 경우에는 법제처장)은 이 법의 효율적인 운영을 위하여 노력하여야 하며, 필요한 경우에는 그 운영상황과 실태를 확인할 수 있고, 관계행정청에 대하여 관련자료의 제출 등 협조를 요청할 수 있다.</p>	<p>제54조(협조요청 등) <u>행정</u> <u>자치부장관</u>----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- -----.</p>	<p>○ 정부조직법개정(98.2.28)으로 정비</p>

제5장 요약 및 결론

이 연구보고서는 행정절차법의 시행 제4차년도를 맞이하여 행정절차법의 운용현황을 살펴보고, 외국의 행정절차법과 비교하여 그 현주소를 자리매김하며, 장기적 및 단기적으로 행정절차법의 개정이 필요한 사항을 연구·검토하기 위하여 기획되었다.

이와 같은 목적으로 인하여 이 연구보고서는 연구의 목적 및 방법을 설명한 제1장을 제외하고는 다음과 같은 세 가지 부분으로 나뉘어 작성되었다.

제2장에서는 행정절차법의 운용현황을 살펴보았다. 전국의 각 지방자치단체와 지방 식품의약품안전청 및 지방환경관리청과 같은 중앙행정기관의 처분전담부서를 실시하여 행정절차의 구체적 운용현황을 살펴봄과 아울러 대법원, 고등법원, 서울행정법원 등 각급 법원에서 1998년 이후 행정절차법을 적용하여 판결한 결과를 연구·검토하였다.

그 결과 지방자치단체 및 처분전담기관마다 차이는 있지만, 행정절차제도가 잘 정착되고 있다는 인상을 받았다.

그 이유는 다음과 같은 점에서 찾을 수 있다.

- 첫째, 행정공무원들이 전반적으로 행정절차법의 존재를 알고 있었다는 점
- 둘째, 행정절차에 대한 교육과 확인이 지속되고 있다는 점,
- 셋째, 행정절차를 담당하는 공무원이 배치되어 있다는 점,
- 넷째, 행정심판 및 행정소송을 대비하여 행정절차를 갖추려는 노력을 하고 있다는 점

위와 같은 점들은 행정절차법이 사문화 되거나 정체되는 것이 아니라 점차 활성화되고 보다 긍정적으로 뿌리를 내릴 수 있는 기틀로 작용한다고 생각하였다.

위와 같은 행정기관의 현황과 함께 행정절차법의 정착에 긍정적인 평가를 가능하게 하는 또 다른 요인은 법원의 판결이다. 행정절차법의 위반여부는 모든 행정사건에 있어서 가장 먼저 검토해야 하는 요소로 판단되고 있기 때문이다. 대법원이 행정절차법의 준수여부에 대하여 매우 엄격한 입장을 취하고 있는 점은 고무적인 일이었다.

소송실무상 행정사건의 경우 당사자 및 변호사의 입장에서 가장 손쉽게 또 분명히 판단할 수 있는 사항이 행정절차법의 위반여부로 인식되고 있다. 행정절차법의 위반이 입증되는 경우 일단 행정소송에서 승소할 수 있다. 바로 이러한 점 때문에 어느 지방자치단체의 경우에는 행정절차법의 위반이 행정소송의 쟁점이 된 경우 바로 직권으로 처분을 취소하고 행정절차를 밟아서 재처분을 하며, 담당직원을 인사조치하고 있다는 보고를 한 바 있다.

제3장에서는 행정절차법의 제정범위와 관련하여 비교법적 고찰을 하였다. 비교법적 고찰의 대상으로는 오스트리아, 미국, 독일 및 일본의 4개 국가를 채택하였다. 오스트리아는 행정절차법을 가장 먼저 시행하기 시작한 나라 중의 하나로서, 미국은 영미법 국가의 표본으로서, 독일은 대륙법 국가의 표본으로서, 일본은 우리와 인접한 유사한 입법례를 가진 나라라는 점에서 그 대상으로 채택되었다.

스페인과 남미 여러나라 및 대만과 중국의 행정절차법안을 입수하기는 하였지만 자료의 입수 및 번역이 지체되어 연구기간 중에 작업이 종료되지 아니한 관계로 다음의 연구로 이들 법안의 분석은 미루기로 하였다.

비교의 기준으로는 ①어느 범위의 행정과정까지 행정참여절차로서의 행정절차를 도입하였는가, ②행정과정에 대한 기본원칙들을 실체적 규정으로 도입하고 있는가, ③절차적 규정에 준수법적 요소를 어느 정도 까지 도입하였는가, ④행정절차법의 적용범위가 어떤 방식으로, 얼마나 폭넓게 규정되어 있는가 등이 채택되었다.

각국의 행정절차법의 비교·검토와 아울러 대한민국의 행정절차법의 제정과정에서 제시되었던 각종 초안들도 비교법적 분석의 대상에 포함시켰다.

제2장과 제3장의 고찰은 궁극적으로 대한민국 행정절차법의 개선방안을 찾고자 함이다.

제4장에서는 행정절차법의 개정방향을 다양한 기준 및 시각에서 검토하였다.

먼저, 시기적인 측면에서 개정방향을 구분하였다.

행정절차법을 4년 동안 시행하면서 실무상 및 판례상 문제가 드러나 있는 부분이 있을 수 있다. 이들 부분 중에는 비교적 용이하게 개정안을 마

련할 수 있는 부분이 많이 있다. 이에 관하여는 행정기관의 실무자와 학계의 전문가가 모여 조속히 개정안을 확정하여야 한다.

빠른 시간 이내에 개정이 필요한 이유로는 다음과 같은 사항을 들 수 있다.

첫째, 다른 법률의 제정 및 개정으로 인하여 법률 상호간의 모순이 발생한 경우이다. 이 경우에는 재판상 문제가 되었을 때, 신법이 구법에 우선된다는 논리에 따르게 된다. 그러나 행정실무와 관련된 법령의 경우에는 재판보다는 행정현실에서 반영되어야 하므로 이 논리가 꼭 필수적으로 작용하는 것은 아니라는 데 문제가 있다. 따라서 법 제정시에 모순되는 법령을 함께 정리함이 가장 바람직하나, 이와 같은 과정을 거치지 못하였을 경우 나중이라도 모순되는 다른 법령은 필수적으로 조속한 시간 이내에 개정되어야 한다. 첫 번째로 제기한 법개정의 필요성에 해당하는 경우가 “전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률”(이하 “전자정부법”)의 시행에 따라 직접 모순되는 사항을 정비하는 것이다.

둘째, 행정현실상 실무부서에서 그 문제점을 지적하여 불편을 토로하는 경우이다. 이 경우에는 행정실무의 효율성을 높이기 위하여 조속한 시간 내에 법이 개정되어야 한다. 이에 해당하는 경우가 청문절차, 송달절차, 행정절차법의 적용범위 등에 대한 여러 규정을 들 수 있다.

그 반면에 장기적 즉 “충분한 시간적인 여유를 두고” “연구한 후, 연구결과에 대한 사회적인 공감대를 형성하여” 행정절차법의 개정안의 마련이 필요한 경우가 있다. 장기적 개정방향은 단기적인 개정방향과는 달리, 국내외의 행정절차관련 법률의 비교검토를 통하여 이루어져야 한다. 어떠한 사항을 행정절차법에 도입하는 것이 장기적으로 바람직한가를 연구하고, 이와 같은 연구의 기반 위에서 개정방안을 준비하여야 할 것이기 때문이다.

장기적인 개정방향에 속하는 사항으로는 다음과 같은 몇 가지 사항을 들 수 있다.

첫째, 행정절차법에 실체적 규정을 도입할 것인가의 여부이다.

둘째, 행정절차법에 행정계약절차, 계획확정절차 등 다른 행정절차를 새로이 도입할 것인가의 여부이다. 이 연구보고서에서는 이들 방안에 대하여 구체적으로 살펴보았다. 장기적인 개정방향에 해당하는 사항은 다각적인 연구와 공감대의 형성을 전제로 한다. 이 경우 개별·구체적인 과제 하나

하나를 구체적으로 검토한 연구결과를 집적하고, 이에 관한 학설과 판례를 비교·분석한 후, 그 결과 위에서 조문 작업이 행해져야 한다.

이와 같은 어려움 때문에 총괄적인 사항을 다루는 이 연구보고서에서는 장기적인 개정방향에 해당하는 사항에 대한 조문 제시를 삼가도록 하였다. 연구자의 개인적인 의견을 법조문의 형식으로 제시할 경우 미확정적인 사항을 성급하게 단정적으로 표현할 우려가 있기 때문이다.

이상과 같은 고려에서 단기적 개정방향에 해당하는 사항의 개정안을 마련하였다. 법률의 개정안이므로 총칙부터 장절의 편성에 맞추어서 행정절차법의 운용과정에서 문제점으로 지적된 사항과 새로운 법률의 제정 및 개정에 따라 행정절차법의 개정이 필요해진 사항을 조문의 순서대로 논하였다.

제1장 총칙에서 특히 개정의 필요성이 제기되는 부분은 전자정부법의 제정에 따라 용어의 정의를 추가하기 위한 제2조, 행정절차법의 적용범위에 관한 제3조의 규정과 행정응원에 관한 제8조, 송달의 방법 및 송달의 효력발생에 관한 제14조 및 제15조의 규정이었다.

제2장 처분에서 특히 개정의 필요성이 제기되는 부분은 먼저, 전자정부법의 시행에 따라 개정이 필요해진 경우로서 처분의 신청방법을 추가하기 위한 제17조, 처분의 방식을 추가하기 위한 제24조, 의견제출방식을 추가하기 위한 제27조, 문서의 열람방식을 추가하기 위한 제37조 등이, 행정절차법의 시행과정에서 그 개정이 요청되는 경우로서 청문주재자의 요건에 관한 제29조, 청문의 진행에 관한 제31조, 청문조서에 관한 제34조, 청문의 종결에 관한 제35조 등이었다.

제3장 신고절차는 40조 한 조문 뿐인바, 이 조문에 대한 개정의견을 제시하였다.

제4장 행정상 입법예고절차에서는 입법예고의 방법에 관한 개정의견이 포함되었다.

제6장 행정지도절차에서는 법현실과 법내용의 상위점을 해소하기 위한 개정안이 제시되었다.

제7장 보칙에서는 보충적인 사항이 포함되었다.

이 연구보고서는 행정절차법의 운용현황 및 비교법적 분석을 폭넓게 하기는 하였지만, 그 결론으로 중장기적 개정방안을 총체적으로 제시하는데

는 이르지 못하였고 단기적인 행정절차법의 개정안을 제시하는데 그쳤다.

실체적 규정을 행정절차법에 도입하는 방안, 행정계약절차 및 행정계획의 확정절차와 같은 새로운 행정절차를 도입하는 방안, 실질적 행정입법절차의 도입, 민원사무처리에 관한 법률의 통합, 청문에 있어 위원회의 행정절차의 도입과 같은 행정절차의 보완에 관한 사항 등과 같은 중장기적 연구 방향에 해당하는 사항은 이 연구의 결과에 포함되지 못하였다.

이상의 사항에 대하여는 다음의 연구를 통하여 지속적으로 개선방안이 제시되어야 할 것이라 생각한다.

제 5 장 요약 및 결론

부록 행정절차법 개정안¹⁴⁴⁾

현 행	개정안	개정이유 등
<p>제 2 조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.</p> <p>1~7(생략)</p> <p><신 설></p> <p>제 3 조(적용범위) ①생략</p> <p>②이 법은 다음 각호의 1에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.</p> <p>1. 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 얻어 행하는 <u>사항</u></p> <p>2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 <u>사항</u></p> <p>3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 <u>사항</u></p>	<p>제 2 조(정의) ----- ----- -----</p> <p>1~7(현행과 같음)</p> <p>8. “전자문서”라 함은 전자정부구현을위한행정업무등의 전산화추진에관한법률 제2조 제5호에 의한 전자문서를 말한다.</p> <p>9. “정보통신망”이라 함은 전자정부구현을위한행정업무등의 전산화추진에관한법률 제2조제7호에 의한정보통신망을 말한다.</p> <p>제 3 조(적용범위) ①(현행과 같음)</p> <p>②----- ----- -----</p> <p>1.----- ----- -----</p> <p style="text-align: center;">처분</p> <p>2.----- ----- -----</p> <p style="text-align: center;"><u>처분 또는 행정지도</u></p> <p>3.----- ---처분 또는 행정지도</p>	<p>○ 전자정부구현을위한행정업무등의 전산화추진에 관한 법률의 시행에 따라 관련용어를 추가함</p> <p>○ 불확정개념으로 되어있는 “사항”을 구체화함으로써 행정절차법의 적용범위를 명백히 하고, 법 적용의 모순을 극복함</p>

144) 부록에 수록된 개정안은 본문에서 언급한 바와 같이, 행정자치부 행정절차분과위원회 제3차 소위원회(2001. 9.)까지 합의된 사항과 연구자의 연구결과 짧은 기간내에 개정이 필요하다고 생각하는 사항을 집약하여 정리한 것이다. 개정의 필요성 및 개정이유는 제4장에서 개별·구체적으로 제시하였다. 부록에 행정절차법개정안을 정리한 것은 본문에 개별적으로 제시된 개정안을 일목요연하게 알아볼 수 있도록 하기 위함이다.

부록 행정절차법 개정안

현행	개정안	개정이유 등	
4. 각급 선거관리위원회 회의 의결을 거쳐 행 하는 사항	4.----- ----- <u>처분 또는 행정 지도</u>	○ 불확정개념으로 되어 있는 “사항”을 구체 화함으로써 행정 절차법의 적용범위 를 명백히 하고, 법 적용의 모순을 극 복함	
5. 감사원이 감사위원 회의의 결정을 거쳐 행하는 사항	5.----- ----- <u>처분 또는 행정지도</u>		
6. 형사·행형 및 보안처 분 관계법령에 의하여 행하는 사항	6.----- ----- <u>처분 또는 행정지도</u>		
7. 국가안전보장·국방 ·외교 또는 통일에 관한 사항중 행정절 차를 거칠 경우 국가 의 중대한 이익을 현 저히 해할 우려가 있 는 사항	7.----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- -----		
8. 심사청구·해산심판· 조세심판·특허심판· 행정심판 기타 불복 절차에 의한 사항	8.----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- <u>처분</u>		
9. 생략	9. (현행과 같음)		
제 8 조(행정응원) ① 행정 청은 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 다른 행정청에 행정응원을 요 청할 수 있다.	제 8 조(행정응원) ①----- ----- ----- ----- ----- -----		○ 전자정부구현을위 한행정업무등의전 자화촉진에관한법 률의 시행에 따라 관련내용을 정비함
1. ~ 3 (생략)	1.~3 (현행과같음)		
4. 다른 행정청이 관리 하고 있는 문서·통 계 등 행정자료가 직 무수행을 위하여 필 요한 경우	4.----- ----- <u>문서 또는 전자문서</u> ----- ----- -----		
5. (생략)	5. (현행과 같음)		
② ~ ⑥ (생략)	②~⑥ (현행과같음)		

부록 행정절차법 개정안

현 행	개 정 안	개정이유 등
<p><신 설></p> <p>③~⑤ (생략)</p> <p>⑥컴퓨터등 새로운 정보통신기술을 응용한 송달의 방법에 관하여는 필요한 경우 대통령령으로 한다.</p> <p>제15조(송달의 효력발생) ①송달은 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 송달받을 자에게 도달됨으로써 그 효력이 발생한다. <단서 신설></p> <p>② (생략)</p> <p>제17조(처분의 신청) ① 행정청에 대하여 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다.</p>	<p>⑤교부에 의한 송달의 경우 서류의 송달을 받을 자가 정당한 사유없이 송달받기를 거부하는 때에는 송달할 장소에 서류를 둘 수 있다.</p> <p>⑥~⑧ (현행③~⑤과 같음) (삭 제)</p> <p>제15조(송달의 효력발생) ①----- ----- ----- -----이 경우 전자문서의 도달시 기는 전자정부구현을 위한 행정업무등의 전자화 촉진 에 관한 법률 제19조의 규정 을 준용한다. ② (현행과 같음)</p> <p>제17조(처분의 신청) ①----- -----문서 또는 전자문서로----- ----- ----- ----- -----.</p>	<p>○ 민사소송법 제172조(보충송달, 유치송달)의 규정을 도입하여 송달업무의 원활화 ※ ()는 더 구체화하기 위해 추가 ○ 제1항 개정 및 2항 신설로 중복됨으로 삭제</p> <p>○ 전자문서의 도달 시기 명확하게 하기 위하여 단서를 신설함</p> <p>○ 전자정부구현을 위한 행정업무등의 전자화 촉진에 관한 법률의 시행에 따라 관련조항을 정비함</p>

현 행	개 정 안	개정이유 등
<p>②행정청은 신청에 필요한 구비서류·접수기관·처리기간 기타 필요한 사항을 <u>게시하거나</u> 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.</p> <p>③(생략)</p> <p><신설></p> <p>④~⑦ (생략)</p> <p>제24조(처분의 방식) ① 행정청이 처분을 하는 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 <u>문서로</u> 하여야 한다. 다만, 신속을 요하거나 사안이 경미한 경우에는 구술 기타 방법으로 할 수 있으며 이 경우 당사자의 요청이 있는 때에는 지체없이 처분에 관한 <u>문서를 교부</u>하여야 한다.</p> <p>②처분을 하는 문서에는 그 처분행정청 및 담당자의 소속·성명과 전화번호를 기재하여야 한다.</p>	<p>②----- ----- ----- -----<u>게시판, 인터넷 등을 통하여 게시하고</u>----- ----- -----.</p> <p>③(현행과 같음)</p> <p>④행정청이 전자문서로 신청을 접수한 경우에는 제3항에 의한 접수증을 전자정부구현을위한행정업무등의 전자화촉진에 관한 법률 제17조에 의한 전자공문서의 발송으로 갈음할 수 있다.</p> <p>⑤~⑧ (조문번호를 바꿈)</p> <p>제24조(처분의 방식) ①----- ----- ----- -----<u>문서 또는 전자문서로</u>----- ----- ----- ----- ----- -----<u>문서를 교부하거나 전자문서를 송신</u>-----.</p> <p>②-----<u>문서와 전자문서</u>----- ----- -----.</p>	<p>○ 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에 관한 법률의 시행에 따라 관련 조항을 정비함</p>

현행	개정안	개정이유 등
<p>제27조(의견제출) ①당사자등은 처분전에 그 처분의 관할 행정청에 <u>서면·컴퓨터통신 또는 구술로</u> 의견제출을 할 수 있다.</p> <p>②(생략)</p> <p>③행정청은 당사자등이 구술로 의견제출을 한 때에는 <u>서면으로</u> 그 진술의 요지와 진술자를 기록하여야 한다.</p> <p>④~⑤ (생략)</p>	<p>제27조(의견제출)①----- ----- -----<u>서면·구술 또는 정보통신망을 이용하여</u>----- ----- ②(현행과 같음) ③----- -----<u>서면 또는 전자문서로</u>----- ----- ④~⑤ (현행과 같음)</p>	<p>○ 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률의 시행에 따라 관련조항을 정비함</p>
<p>제29조(청문주재자의 제척·기피·회피) ①청문주재자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 청문을 주재할 수 없다.</p> <p>1~3(생략)</p> <p><신설></p>	<p>제29조(청문주재자의 제척·기피·회피)①----- ----- ----- 1~3(현행과 같음) 4. <u>당해 처분에 관여하는 소속직원</u></p>	<p>○ 처분담당자가 청문주재자가 되는 것은 공정성에 문제점이 발생할 수 있으므로 제척사유에 포함시켜 청문을 주재할 수 없도록 함</p>
<p>제31조(청문의 진행) ①~④(생략)</p> <p>⑤<u>청문주재자는 청문을 계속할 경우에는 당사자등에게 다음 청문의 일시 및 장소를 서면으로 통지하여야 한다.</u> 다만, 청문에 출석한 당사자등에게는 당해 청문일에 <u>구술로 통지할 수 있다.</u></p>	<p>제31조(청문의진행) ①~④(현행과 같음)</p> <p>⑤<u>청문주재자가 청문을 계속할 경우에는 행정청은</u>----- -----<u>서면 또는 전자문서로</u>----- ----- 청문주재자가 <u>구술로 통지할 수 있다.</u></p>	<p>○ 청문을 계속할 경우 청문통지의 일관성을 위해 통지의 주체를 행정청으로 함(제21조제2항 참조). 단 청문에 출석한 당사자등에게는 청문주재자가 구술로 통지할 수 있도록 함</p> <p>○ 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률의 시행에 따라 관련조항을 정비함</p>

현 행	개 정 안	개정이유 등
<p>제31조(청문의 진행)</p> <p>①~④(생략)</p> <p>⑤청문주재자는 청문을 계속할 경우에는 당사자 등에게 다음 청문의 일시 및 장소를 서면으로 통지하여야 한다. 다만, 청문에 출석한 당사자등에게는 당해 청문일에 구술로 통지할 수 있다.</p>	<p>제31조(청문의진행)</p> <p>①~④(현행과 같음)</p> <p>⑤청문주재자가 청문을 계속할 경우에는 행정청은-----서면 또는 전자문서로-----청문주재자가 구술로 통지할 수 있다.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ 청문을 계속할 경우 청문통지의 일관성을 위해 통지의 주체를 행정청으로 함(제21조제2항 참조). 단 청문에 출석한 당사자등에게는 청문주재자가 구술로 통지할 수 있도록 함 ○ 전자정부구현을위한행정업무등의전자화촉진에관한법률의 시행에 따라 관련조항을 정비함
<p>제34조(청문조서) ①청문주재자는 다음 각호의 사항이 기재된 청문조서를 작성하여야 한다.</p> <p>1~7(생략)</p> <p>8. 청문주재자의 의견</p> <p>9. 기타 필요한 사항</p> <p>②(생략)</p>	<p>제34조(청문조서 등) ①-----청문조서와 청문주재자의 의견서-----.</p> <p>1~7(현행과 같음)</p> <p>8. 삭제</p> <p>9. (현행과 같음)</p> <p>②(현행과 같음)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○동조 제2항의 청문조서 열람·확인과 관련하여 청문주재자의 의견을 열람·확인대상에서 제외함
<p>제 35 조 (청 문 의 종 결)</p> <p>①~③(생략)</p> <p>④청문주재자는 청문을 마친 때에는 지체없이 청문조서 기타 관계서류 등을 행정청에 제출하여야 한다.</p>	<p>제35조(청문의 종결)</p> <p>①~③(현행과 같음)</p> <p>④-----청문조서·청문주재자의 의견서-----.</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○청문조서와 청문주재자 의견서를 분리하여 작성함에 따라 관련내용을 정비함

부록 행정절차법 개정안

현 행	개 정 안	개정이유 등
<p>제48조 (행정지도의 원칙) ①(생략) ②행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.</p> <p>제53조(참고인등에 대한 비용지급등) ①행정청은 행정절차의 진행에 필요한 <u>참고인·감정인</u> 등에게 예산의 범위안에서 여비와 일당을 지급할 수 있다. ② (생략)</p> <p>제54조(협조요청 등) <u>출무처장관</u>(제4장의 경우에는 법제처장)은 이 법의 효율적인 운영을 위하여 노력하여야 하며, 필요한 경우에는 그 운영상황과 실태를 확인할 수 있고, 관계행정청에 대하여 관련자료의 제출 등 협조를 요청할 수 있다.</p>	<p>제48조 (행정지도의 원칙) ①(생략) ②-----<u>다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정지도의</u>----- -----.</p> <p>제53조(참고인등에 대한 비용지급등) ①----- -----<u>참고인·감정인·청문주제자 등</u>----- -----. ② (현행과 같음)</p> <p>제54조(협조요청 등) <u>행정자치부장관</u>----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- -----.</p>	<p>○ 행정지도 위반시 불이익처분을 할 수 있도록 한 다른 법령들의 경우를 반영함</p> <p>○ 청문주제자에 대한 보상규정 명문화</p> <p>○ 정부조직법개정(98.2.28)으로 정비</p>

참고문헌

1. 國內書籍

- 姜京根, 憲法學講評, 考試研究社, 2001
姜求哲, 講義行政法 I, II, 學研社, 2001
高翔龍, 民法總則, 法文社, 2001
郭潤直, 民法總則, 博英社, 1989
丘秉朔, 新憲法原論, 博英社, 1990
權寧星, 憲法學原論, 法文社, 2001
金南辰, 行政法 I, II, 法文社, 2001
金道昶, 一般行政法論 (上/下), 青雲社, 1993
金東熙, 行政法 I, II, 博英社, 2001
金明淵, 行政節次法의 制定과 地方自治行政節次의 整備, 韓國法制研究院, 1997
金相容, 民法總則, 法文社, 2001
金性洙, 行政法 I, II 法文社, 2001
金伊烈, 行政節次法研究, 三英社, 1989
金疇洙, 民法概論, 三英社, 1998
金哲洙, 憲法學概論, 博英社, 2001
金香基, 행정법개론, 三英社, 2001
金洪奎, 民事訴訟法, 三英社, 1998
劉尙炫, 韓國行政法 (上/下), 1996
柳至泰, 行政法新論, 新英社, 2001
文鴻柱, 韓國憲法, 海巖社, 1987
----- 基本的人權研究, 海巖社, 1991
卞在玉, 行政法講義 I, 博英社, 1989
朴均省, 行政法講義 I, II 博英社, 2001
朴均省, 行政救濟法, 博英社, 2001
朴松圭, 行政審判法論, 韓國法制研究院, 1998
朴銳炳, 最新行政法講義 (上/下), 博英社, 1997
朴哲雨, 行政節次法(逐條解說), 韓國司法行政學會, 1997

참고문헌

- 徐元宇, 現代行政法論 上, 博英社, 1987
----- 轉換期の 行政法理論, 博英社, 1997
徐元宇·吳世卓 共譯 (시오노히로시 著), 日本行政法論, 法文社, 1996
石琮顯, 行政法講義, I, II, 三英社, 2001
宋相現, 民事訴訟法, 博英社, 1998
梁 建, 憲法研究, 法文社, 1995
吳峻根·金明淵, 일본의 행정절차법과 우리 행정절차법의 제정방안, 한국법제연구원, 1994
吳峻根·朴英道·金明淵, 경제규제행정의 투명성 제고를 위한 법제정비방안, 한국법제연구원, 1996
吳峻根, 공정행정구현을 위한 행정절차법의 제정방안, 한국법제연구원, 1995
----- 도로의 설치·관리관련법제의 현황과 개선방안, 한국법제연구원, 1995
----- 지방자치와 계획관련법제의 정비에 관한 연구, 한국법제연구원, 1996
----- 한국의 법제와 개혁, Konrad-Adenauer-Stiftung, 1996
----- 경제활동에 대한 불이익처분과 관련한 청문제도의 정비방안, 한국법제연구원, 1997
----- 독일연방행정절차법의 변혁, 한국법제연구원, 1997
----- 다중영향시설의 설치계획의 확정절차에 관한 법제정비방안, 한국법제연구원, 1997
----- 行政節次法, 三知院, 1998
尹世昌, 行政法論 (上), 博英社, 1983
李光潤 譯 (레온뒤기 著), 一般公法學講義, 民音社, 1995
이광윤·김민호, 行政法講義 I, II 法文社, 2001
李尙圭, 新行政法論(上/下), 法文社, 1996
李尙圭, 行政爭訟法, 法文社, 1997
李英俊, 民法總則, 博英社, 1995
鄭東潤, 民事訴訟法, 法文社, 1998
千柄泰, 行政法 I, II, 螢雪出版社, 1994
總務處, 행정절차업무편람, 1997
----- 행정절차법안심의위원회·공청회 회의록(1995.5. -1996.7), 1996

- 행정절차법참고자료, 1995
 ----- 최근 일본행정절차제도 연구동향, 1995
 ----- 각국의 행정절차법, 1987
 崔大權, 憲法學講義, 博英社, 1997
 韓堅愚, 行政法 I, II, 2001
 韓國行政科學研究所, 行政節次法制定研究, 1980
 許 營, 韓國憲法論, 法文社, 1998
 洪井善, 行政法原論 (上/下), 博英社, 2001
 洪準亨, 行政法總論, 한울, 2001
 洪準亨·金性洙·金裕煥, 行政節次法制定研究, 法文社, 1996

2. 外國書籍

- 兼子 仁/磯部 力, 手續法的行政法學の理論, 勁草書房, 1995
 佐藤英善, 行政手續法, 三省堂, 1994
 山田 洋, 大規模施設設置手續の法構造, 信山社, 1995
 小早川光郎(編), 行政手續法逐條研究, 有斐閣 (ジュリスト 増刊), 1996
 室井 力/芝池義一, 行政手續法·行政不服審査法, 1998
 塩野 宏/高木 光, 條解 行政手續法, 弘文堂, 2000
 宇賀克也, 行政手續法の理論, 東京大學出版會, 1995
 ----- 行政手續·情報公開, 弘文堂, 1999
 椎名愼太郎, 行政手續法と住民參加, 成文堂, 1999
 海老澤俊郎, 行政手續法の研究, 成文堂, 1992
 D. Foulkes, Administrative Law, 8. ed., 1995
 J. Marston/R. Ward, Cases and Commentary on Constitutional and Administrative Law, 1994
 Schwartz, Administrative Law, 3. ed., 1991
 W. Wade/C. Forsyth, Administrative Law, 7. ed., 1994
 N. Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1988
 O. Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, 1967
 J. Brand/M. Sachs, Handbuch Verwaltungsverfahren und

참고문헌

- Verwaltungsprozeß, 1999
- H. U. Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 1998
- E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1973
- K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 1998
- F. Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 2. Aufl., 1991
- M. Jakobs, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1985
- H. Jarass/B. Pieroth, GG, 3. Aufl., 1995
- H.-J. Knack/J.-D. Busch/H.-G. Hennecke, Verwaltungs-
verfahrensgesetz Kommentar I, II, 5. Aufl., 1996
- F. Kopp, VwVfG, 6. Aufl., 1996
- H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1997
- O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 1923
- T. Mounz/G. Dürig, Grundgesetz, 31. Lieferung, 1994
- J.-G. Oh, Vertrauensschutz im Raum- und Stadtplanungsrecht,
1990
- C. H. Ule/H.-W. Laubinger, Verwaltungsverfahrensrecht, 4.
Aufl., 1995
- H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober, Verwaltungsrecht I, 10.
Aufl., 1994
- B. Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht,
1983