

워크숍 자료집

행정처분기준 정비방안연구(Ⅱ) - 10

외국의 문화행정분야 행정처분기준 현황과 시사점

2007. 6. 22.

워크숍 일정

- ◆ 주 제 : 외국의 문화행정분야 행정처분기준 현황과 시사점
- ◆ 일 시 : 2007년 6월 22일(금요일) 09:00 ~ 12:00
- ◆ 장 소 : 서울시 중구 소재 레스토랑 □□세실□□

◆ 구 성

◇ 사 회

김향기 (성신여자대학교 법과대학 교수)

◇ 주 제 발 표

제 1 주제 (발표 09:10~09:45, 토론 09:45~09:55)

: 우리나라의 문화행정분야 행정처분기준의 정비방향

발 표 자 : 박 인 (법제처 사회문화법제국 법제심의관)

토 론 자 : 김재광 (한국법제연구원 연구위원)

제 2 주제 (발표 09:55~10:30, 토론 10:30~10:40)

: 일본의 문화행정분야 행정처분기준

발 표 자 : 정명운 (한국법제연구원 부연구위원)

토 론 자 : 장교식 (건국대학교 법과대학 교수)

- coffee break(10:40~10:50) -

제 3 주제 (발표 10:50~11:25, 토론 11:25~11:35)

: 독일의 문화행정분야 행정처분 기준

발 표 자 : 문병효 (한경대학교 법학부 교수)

토 론 자 : 최우정 (계명대학교 법경대학 교수)

◇ 종 합 토 론

: 토론자 전원

: 박찬호 (한국법제연구원 부연구위원)

목 차

◆ 제 1 주제 : 우리나라의 문화행정분야의 행정처분기준 (박인)

1. 행정처분의 개념	11
2. 행정처분기준의 필요성	12
3. 행정처분기준의 규정방식	13
4. 행정처분기준에 대한 법원의 시각	14
5. 그 밖의 행정처분에 대한 처분기준	17
6. 과징금부과처분	20
가. 과징금부과제도의 유형	20
나. 과징금부과처분의 공익적 사유	21
다. 과징금미납자에 대한 영업정지처분	23

◆ 제 2 주제 : 일본 문화행정에 있어서의 행정처분기준 (정명운)

I. 처음에	27
II. 일본 문화행정의 특성	28
1. 국가행정조직에 있어서의 문화행정	28
2. 지방자치단체의 문화행정	29
III. 일본 문화행정에 있어서의 행정처분 및 기준	30

1. 문화재보호법에 있어서의 행정처분 및 기준	31
2. 고도(古都)에 있어서의 역사적 풍토보존에 관한 특별조치법상의 행정처분 및 기준	31
3. 종교법인법에 있어서의 행정처분 및 기준	32
IV. 일본 문화행정에 있어서의 행정처분 유형	32
1. 지정 및 결정행위	32
2. 등록행위	33
3. 허가행위	33
4. 선정 및 인정행위	34
5. 명령, 권고 및 지시행위	34
6. 통지행위	34
7. 해제행위	35
V. 문화행정과 관련된 주요판례	36
1. 사적지정취소청구사건	36
2. 도시계획변경결정 일부 취소청구 사건	37
VI. 소 결	39

◆ 제 3 주제 : 독일의 문화행정처분기준 (문병효)

I. 서 론	43
II. 우리의 문화행정처분기준의 현황	45
1. 문화행정분야의 처분기준현황	45
2. 검토	53
III. 독일의 문화행정처분기준	53

1. 독일의 문화행정처분 관련 행정 및 법체계	53
2. 메클렌부르크-포퐁머른주의 유적보호(또는 문화재보호, Denkmalschutz)를 위한 처분기준	54
3. 메클렌부르크-포퐁머른주의 문화재 및 예술품보존가 직업의 표시에 관한 처분기준	58
4. 명령형식의 문화행정처분기준	59
5. 행정규칙형식의 문화행정처분기준	63
IV. 검토 및 시사점	68

제 1 주제

우리나라의 문화행정분야 행정처분기준의 정비방향

발 표 자 : 박 인 (법제처 사회문화법제국 법제심의관)

토 론 자 : 김재광 (한국법제연구원 연구위원)

우리나라의 문화행정분야의 행정처분기준

박 인

(법제처 법제심의관)

1. 행정처분의 개념

행정처분이란 용어에 대하여 실정법에서는 광의의 의미와 협의의 의미의 각각 2가지의 서로 다른 의미로 사용하고 있다. 광의의 의미는 행정심판법 등에 사용하는 개념으로서 행정처분을 “행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖의 이에 준하는 행정작용”을 말하는 것으로 정의하는데¹⁾ 이에에는 각 종 영업이나 자격 등에 대한 인, 허가 등과 공기업 특허, 조세부과, 위반자에 대하여 제재하는 행정제재 등 행정청이 공권력적으로 행하는 모든 행위를 말하는 것으로서 행정청이 행하는 대부분의 행위가 이에 속한다.

한편 행정처분이란 용어를 협의의 의미로도 사용하는데 좁은 의미의 행정처분은 광의의 의미의 행정처분 중 영업정지 등의 불이익적 처분에 국한하여 사용하는 것으로 이에 따르면 행정처분이란 “행정상의 각 개별법에 의하여 영업의 인, 허가 등이나 자격을 부여받은 자가 각 개별법에서 정한 위반행위를 한 경우 해당 영업이나 자격을 취소하거나 일정기간 해당 영업이나 자격을 정지하는 처분”을 말하는 것으로 쓰고 있으며²⁾ 따라서 이는 행정제재처분에 한정된다.

1) “處分”이라 함은 行政廳이 행하는 구체적 사실에 관한 法執行으로서의 公權力의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 準하는 行政作用을 말한다(행정심판법 제2조제1호).

2) 『영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률』 제67조 (행정처분) ①시·도지사는 비디오

2. 행정처분기준의 필요성

행정처분기준은 행정권의 행사에 관한 기준을 미리 정하여 놓고 공무원이 행정처분을 집행할 때 그 기준에 따라 집행하도록 하는 것이다. 행정처분을 협의의 개념으로 이해하면 행정처분기준은 행정제재 처분에 대한 처분기준에 한정되고 행정처분을 광의의 개념으로 이해하면 공권력 행사가 수반되는 행정청의 모든 행위에 대한 기준이 될 것이다.

과거에는 법률에 정한 범위내에서 어떤 처분을 하느냐는 행정청의 고유권한이고 행정조직 내부에 관한 사항으로서 그 기준이 필요 없거나 필요하다 하더라도 행정청 소속 공무원들이 행정처분을 할 때 참고하여야 할 내부기준에 불과한 사항으로서 이는 행정조직 내부관계를 규율하는 훈령이나 예규 등의 행정규칙에 정할 사항이지 법령에 정할 사항은 아니라는 것이라는 시각에서 문제가 되지 않았다.

그러나 행정처분에 대한 공정성을 확보하고 투명성을 향상시키기 위하여는 행정처분기준을 객관화할 필요가 있고 이에 따라 개폐가 용이하고 일반국민이 쉽게 알 수 없는 행정규칙보다는 일반국민이 쉽게 접근할 수 있고 제정 또는 개정안의 입법예고시 의견제출 등의 참여가 보장되며 공정성, 객관성, 투명성이 보장되는 법령에 행정처분기준을 정하려는 인식과 필요성이 널리 공감 받게 되었고 이에 따라 가장 전형적인 공권력 처분인 영업정지 및 취소에 관한 처분기준부터 법제화 되게 된 것이다. 이와 같은 배경하에 행정처분기준이 법제화됨에 따라 처분기준에 대한 공무원의 자의적인 적용이 배제되고 투명화되는 등

오물제작업 또는 비디오물배급업의 신고를 한 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 6월 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명하거나 영업폐쇄를 명할 수 있다. ⑤제1항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 그 위반행위의 유형과 위반의 정도 등을 고려하여 문화관광부령으로 정한다.

국민의 권리보호와 이익신장에 크게 기여하게 된 것으로 보여진다.

행정처분에 대한 상세한 기준이 행정처분기준으로 규정되어 법령에 규정되고 공표됨으로써 처분을 받게 될 자는 자기가 어떠한 처분을 받게 되는 지를 구체적이고 상세하게 예견할 수 있게 되었고, 과거에 동일한 행위에 대하여 각 지역간, 처분청간에 서로 다른 기준이 적용되어 각각 서로 다른 처분을 받게 됨으로써 불형평성 등의 불만 등이 있었으나 처분기준이 법령화되어 동일한 기준에 따라 처리되게 됨으로써 이러한 불만이 해소되었으며, 처분기준이 투명하게 공개되고 특별한 사정이 없는 한 공무원들이 이에 기속되게 됨으로써 공무원들의 비리 또는 부정의 소지를 획기적으로 제거하게 되었다.

행정처분기준은, 초기에는 행정제재처분에 해당하는 것에 한하여 처분기준을 정하도록 하였으나 최근에는 그 밖의 행정처분에 대하여도 가능한 한 처분기준을 정하도록 권장하고 있다. 『행정절차법』 제20조에서는 “행정청은 필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.”고 규정하여 모든 행정절차에 있어서 가능한 범위내에서 그 기준을 정하여 미리 공표하고 그에 따라 행정행위를 하도록 권장하고 있다.

대부분의 법령에서 행정처분기준에 대하여는 법률에 그 위임근거를 두고 대통령령이나 부령의 하위법령에서 그 기준을 정하고 있다.

3. 행정처분기준의 규정방식

행정처분기준 중 행정제재처분기준의 규정방식은 대부분의 법령에서 유사하게 규정된 전형적인 기준에 따라 규정되고 있다. 즉 법률에 위임근거를 두고 부령에서 행정처분기준을 규정하는 방식이다. 문화

예술분야에 속하는 「영화 및 진흥에 관한 법률」, 「음악산업진흥에 관한 법률」, 「게임산업진흥에 관한 법률」에서도 이와 동일하게 각 법률에서 행정처분기준을 문화관광부령으로 정하도록 위임하고 문화관광부령에서 행정처분기준의 상세한 사항을 규정하고 있다.

문화관광부령에서 규정하는 행정처분기준의 전형적인 방식에 따르면, 영업정지처분에 관한 기준을 정하면서 위반행위를 한 자가 일정 기간내에 동일한 내용의 위반행위를 하면 그 차수가 증가할 때마다 가중처분을 하도록 하였는바, 그 기준표에서는 일반기준항목과 개별기준항목으로 구분하여 규정하고 있다. 일반기준의 항목에서는 개별기준에서 규정하려는 위반행위의 차수에 따른 적용기준을 위반행위를 적발한 날을 기준으로 할 것인지, 행정처분일을 기준으로 할 것인지에 관한 사항과 1차위반행위 후 동일한 위반행위를 했을 때의 차수 적용기준일을 1년으로 할 것인지 아니면 그 이상의 연수를 기준으로 할 것인지를 정하고, 2 이상의 동일위반행위(위반행위에 대한 행정처분절차가 진행중인 때에 추가로 동일위반행위를 하는 경우를 포함한다)를 했을 때의 병합처분과 이에 대한 가중처분에 관한 사항, 경미한 위반행위를 하거나 모범 영업자가 위반행위를 하였을 때의 감경처분과 그 기준에 관한 사항 등을 규정하고 있으며, 다음으로 개별기준의 항목에서는 법률 위반행위를 법률의 조문별, 또는 보다 세분된 행위의 유형 별로 구분하고 각 위반행위 별로 1차부터 3차까지 또는 1차부터 4차까지 등의 각 차수에 따른 처분기준을 정하여 차수가 많아질 때마다 가중하여 처분하도록 규정하고 있다.

4. 행정처분기준에 대한 법원의 시각

법령에 규정한 행정처분기준의 법적성격에 대하여는, 행정처분이 행정청의 집행편의를 위한 사무처리준칙에 불과하다는 입장과 국민과 법

원까지 구속하는 법규명령에 해당한다는 입장이 갈려 있고, 이에 대하여 법원은 대부분의 판례에서 부령에서 정한 행정처분기준은 행정처분에 관한 사무처리기준과 처분절차 등 행정청 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과하므로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성격을 지닐 뿐이고 따라서 국민이나 법원을 기속하지 못한다는 입장으로서 옛날처럼 처분청 별로 훈령이나 예규 등의 행정규칙에 의하여 행정처분기준을 정하는 것이나 법률의 위임에 따른 부령 등의 하위법령에서 행정처분기준을 정하는 것의 차이를 인정하지 않고 있다.³⁾

그러나 법률의 근거 없이 처분청이 훈령 등의 행정규칙으로 정한 처분기준과 법령에 해당하는 부령에 규정하는 행정처분기준을 동일시하는 것은 문제가 있고, 특히 법률의 명시적인 위임에 따라 위임명령으로 규정하는 행정처분기준은 법률에 정하는 것과 동일한 효력을 가지는 것으로서 이를 행정청 내부만을 기속하는 내부기준으로 보는 것은 분명히 문제가 있다고 보여진다.

학계에서는 많은 분들은 부령에서 정한 행정처분기준은 단순한 행정청 내부의 사무처리준칙을 넘어서는 법규명령에 해당한다는 입장으로서 판례의 입장과 다른 견해를 취하고 있다. 즉 법률의 위임에 따라 부령에 규정된 행정처분기준에 대하여“이러한 처분기준은 행정청이 그 재량권의 한계 내에서 그 재량권행사에 관한 기준을 정한 것으

3) 의료법 제53조의3, 제53조제1항에 의하면 의사면허자격정지처분의 세부적인 기준은 보건복지부령으로 정하도록 되어 있으나 위 보건복지부령은 그 규정의 성질과 내용이 의사에 대한 면허자격정지처분의 세부적인 기준이라는 행정청 내의 사무처리준칙을 규정하는 것에 불과하여 보건복지부장관이 관계 행정기관 및 그 직원에 대하여 그 직무권한 행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발하는 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성질을 가지는 것으로서 대외적으로 국민이나 법원을 기속하는 효력이 있는 것은 아니므로 의사면허자격정지처분의 적법 여부는 그 처분이 위 보건복지부령이 정하는 기준에 적합한 지 여부에 따라 판단할 것이 아니라 의료법의 규정과 취지에 적합한 지 여부에 따라 판단하여야 한다(대판 1996.2.23, 95누 16318).

로서 그것은 부령의 형식을 취하고 있다는 점에서 그 성질상 집행명령을 가진다. 이 경우 당해 규정은 헌법이 정하고 있는 법규명령에 해당하고 이를 단순히 행정조직 내부에서의 사무처리지침으로 볼 수 있는 법적근거는 없다”⁴⁾ 또는 “제재적 행정처분의 기준은 단순히 집행을 위한 절차적, 기술적인 사항이 아니라 제한된 범위 내의 것이지만 기본권 제한적인 것으로서 실제적인 것으로 이해되어야 하고 따라서 집행명령으로 볼 여지도 있지만 위임명령으로도 볼 수도 있다. 행정제재처분기준은 집행명령으로 보건 위임명령으로 보건 법규명령에 해당하고 따라서 이를 단순한 행정규칙으로 보는 것은 문제가 있다”⁵⁾는 견해를 취하고 있다.

법원이 행정제재처분기준을 행정규칙에 불과하여 모법에 의하여 보장된 행정청의 재량을 기속할 수도 없고 법원을 기속하는 것도 아니라는 입장을 취하는 주요이유가 행정처분기준을 법규명령으로 보는 경우에 나타날 수도 있는 적정 · 타당한 법적용의 곤란성을 피하기 위함에 그 이유가 있다고 보는 시각도 있다. 즉 제재적 행정처분의 기준을 법규명령으로 보아서 기계적으로 집행하기만 하면 구체적 타당성을 결한 법집행의 결과를 가져올 수도 있는데, 예를 들어 「식품위생법 시행규칙」에 따른 행정처분기준에서 음란행위에 대한 1차위반시의 처분기준이 영업정지 1개월이고 2차위반시의 처분기준이 영업정지 2개월인 경우에 1차위반을 한 자가 상당히 무거운 중증의 음란행위를 하여 1개월의 영업정지처분을 하였으나 2차위반 때는 아주 가벼운 경미한 음란행위를 하는 경우 행정청은 위 처분기준에 따라 기계적으로 2개월의 영업정지처분을 하게 될 것인데 이 경우 법원은 이를 구체적 타당성을 결한 불합리한 법집행으로 보아 이를 위법 · 부당한 처분으로 보아야 할 것이나 만약 행정처분기준을 법규명령으로 볼 경

4) 김동희 교수

5) 홍정선 교수

우 법원도 이에 기속될 것이고 따라서 위와 같은 불합리한 처분을 위법·부당한 처분으로 보아 번복할 수도 없게 된다. 법원은 이러한 염려 때문에, 즉 위와 같은 불합리한 처분을 인용하는 결과가 되지 않도록 하기 위해서 행정처분기준을 법규명령으로 인정하지 않는다는 것이다.

위와 같은 사례를 방지하기 위하여 최근에는 행정제재처분기준을 정할 때 경미한 행위를 한 경우 반드시 감경할 수 있게 하는 규정을 두어 처분기준이 탄력적으로 적용될 수 있도록 하고 있다. 위와 같은 사례의 경우 2차처분의 2개월 영업정지처분을 감경하여 1개월 영업정지처분으로 할 수 있을 것이다. 그러나 감경기준이 획일적으로 2분의 1 이하의 범위 내에서 하도록 되어 있어 여전히 문제가 있다. 경우에 따라서는 아주 경미한 행위를 하였을 수도 있기 때문이다. 따라서 감경사유를 보다 세부화하고 정밀하게 정하고 감경범위도 천편일률적으로 2분의 1 이하로 할 것이 아니라 경미한 행위의 정도에 따라 3분의 1 또는 그 이하로도 할 수 있도록 하는 등의 행정제재처분기준을 개선할 필요가 있다.

특히 각 처분청별로 그동안의 처분행태나 적용사례를 모아 연구하고 자료화하여 이를 처분기준에 반영한다면 지금보다 훨씬 합리적이고 효율적인 처분기준으로 개선될 수 있을 것이고 이렇게 되면 법원도 더 이상 행정제재처분기준을 법규명령으로 부인하지는 못할 것이다.

5. 그 밖의 행정처분에 대한 처분기준

최근 들어서는 재량행위 투명화 차원에서 행정제재처분의 기준에 관한 사항뿐만 아니라 일반적인 행정처분에 관한 사항도 행정처분의 기준을 정하여 이를 법령에 정하도록 하고 있다. 영업의 허가나 인가의 기준에 관한 사항, 사업자 선정기준에 관한 사항 또는 자금지원에

관한 사항 등도 가능한 한 투명하게 하기 위하여 이를 법령에 정하도록 하고 있다.

법제처에서는 법령심사시 허가 등의 국민의 권리, 의무를 제한하는 제도가 도입되는 경우에는 그 처분기준을 법령에 정하도록 하고 이를 법령에 정할 때는 그 규정취지를 감안하여 가능한 범위내에서 이를 구체적이며 객관적으로 정하도록 하고 있다. 그러나 허가 등의 기준이 자본금, 시설기준, 기술인력 등과 같이 객관적인 요소로만 되어 있지 않고 허가관청의 주관적 판단이 필요한 사항을 포함하고 있는 경우에는 부득이 이를 추상적으로 규정할 수 밖에 없게 된다. 그러나 허가가 국민의 권리나 자유를 소극적으로나마 제한하는 것이라는 점을 고려할 때 허가권자가 자의적으로 판단할 소지를 줄이기 위하여 허가기준은 가능한 한 구체적, 객관적으로 정하도록 노력하고 있다.

문화예술분야에 있어서도 최근에 제정되거나 개정된 법령에서는 종전에 문화관광부의 훈령이나 예규 등에서 정하였던 행정처분기준을 직접 법령에 규정하고 또한 객관적이고 구체적으로 정하고 있다. 즉 게임장의 허가기준⁶⁾이나 영화상영관의 등록기준⁷⁾ 등은 종전에는 행정청의 내부기준으로 정하였으나 이번 제정 또는 개정시에는 이를 대

6) 『게임산업 진흥에 관한 법률 시행령』 제15조의2에서는 일반게임제공업자의 허가 기준을 다음과 같이 구체적으로 규정하고 있다.

법 제26조제1항에 따라 일반게임제공업의 허가를 받으려는 자는 별표 1의2의 기준에 따른 시설을 갖추어야 한다.

7) 『영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률 시행령』 제14조에서는 영화상영관의 등록 기준을 다음과 같이 구체화하고 있다.

시장·군수·구청장은 제1항에 따른 등록이나 변경등록 신청을 받았을 때에는 문화관광부령이 정하는 시설기준과 다음 각 호의 기준을 갖추었는지를 확인한 후 영화상영관등록증을 교부하여야 한다.

1. 『소방시설 설치유지 및 안전관리에 관한 법률』 제8조제5항에 따라 소방시설등 완비증명서를 발급받았을 것
2. 『전기사업법』 제66조의2에 따른 전기안전점검을 받았을 것
3. 『학교보건법』 제6조제1항에 따라 학교환경위생정화구역에서 설치가 허용되는 시설일 것

통령령에 직접 규정하였다.

한편, 이와 관련하여 문화예술분야에 있어서의 영상물이나 게임물 등의 등급분류기준에 관하여 생각해 볼 점이 있다.

영상물이나 게임물 등은 영상물등급위원회나 게임물등급위원회로부터 해당 영상물이나 게임물 등에 대한 이용연령에 대한 등급분류를 받아야 한다. 이러한 등급분류업무는 비록 영상물등급위원회 등은 행정기관으로부터 직무상 독립되어 업무를 수행하는 기관이기는 하지만 등급분류업무 자체는 행정처분에 속한다. 따라서 등급분류기준도 행정처분기준에 속하므로 투명성, 공정성 확보를 위하여 보다 상세하게 규정되는 것이 요구된다. 영상물 등의 등급분류업무는 영상물 등의 표현에 대한 전문적인 분야에 속하는 업무이므로 이를 법령에 정하는 보다는 이를 심사하는 전문기관이 규정하는 것이 타당하여 법령에서는 기본적인 분류의 틀만을 규정하고 그 구체적이고 상세한 분류기준은 영상물등급위원회 등의 위원회규칙에서 정하도록 포괄위임하고 있다.

그러나 위원회규칙에서 규정하고 있는 등급분류기준의 일부분은 상당히 포괄적, 주관적, 추상적으로 규정되어 있는 점이 눈에 띈다.⁸⁾ 비

8) 영상물등급위원회 규정 제4조(등급분류기준)

등급분류는 주제 및 내용, 대사 및 영상 등을 종합적으로 판단하여 다음 각항 각호 1의 기준에 의하여 등급을 결정하여야 한다.

①전체관람가 : 모든 연령에 해당하는 자가 관람할 수 있는 영화

1. 주제 및 내용은 관람객의 이해도를 고려하고, 정서적인 안정감 및 건전한 가치관과 인격형성에 도움이 되어야한다
2. 대사의 표현은 사회적으로 일반화된 비속어라도 남용되지 않고 순화되어야 한다
3. 영상의 표현은 선정성과 폭력성이 한정되고 절제되어야 한다
4. 기타 일반적으로 용인되지 않은 특정한 사상·종교·풍속등에 관한 묘사는 순화되고 객관적 이어야 한다.

②12세 이상 관람가 : 12세 이상의 자가 관람할 수 있는 영화

1. 주제 및 내용의 표현은 정서적 불안감을 유발시키거나 가정교육과 학교교육의 근간을 저해하지 않아야 한다.
2. 대사의 표현은 가족관계, 대인관계 및 교육과정 등을 통하여 접할 수 있는 수준이

록 영상물 등의 분류업무가 고도의 전문적인 특수한 형식의 행정처분이고 그 기준을 문자로 표현하기가 어려운 추상적인 것이라고 하더라도 등급심사를 받는 자의 예견가능성을 높이고 투명성, 공정성 확보 등을 위해서는 보다 객관적이고 상세하게 등급분류기준을 규정하여야 할 것이고 필요하다면 법령에 보다 상세하고 구체적으로 규정할 수도 있을 것이다.

6. 과징금부과처분

가. 과징금부과제도의 유형

과징금은 보통 부당이득환수제도로써 규정한 형태와 영업정지처분에 같음하여 규정한 형태의 2가지 유형으로 나눈다. 부당이득환수제

어야 하며 비속어는 절제, 순화되어야 한다.

3. 영상의 표현은 선정성과 폭력성의 정도가 간접적이며 경미하게 묘사되어 있어야 한다.
 4. 기타 일반적으로 용인되지 않은 특정한 사상·종교·풍속 등에 관한 묘사는 객관적 증립적이어야 한다.
- ③15세 이상 관람가 : 15세 이상의 자가 관람할 수 있는 영화
1. 주제 및 내용의 표현은 정서적으로 사회윤리, 가족, 학교 및 이에 준하는 사회적 모임 등에서 습득한 지식과 경험을 가지고 충분히 소화할 수 있어야 한다
 2. 대사의 표현은 가족관계, 대인관계 및 교육과정 등을 통하여 접할 수 있는 수준이어야 하며 저속한 욕설·비방·성적인 묘사는 절제되어야 한다
 3. 영상의 표현은 선정성과 폭력성의 정도가 제한적이며 정신적, 육체적으로 자극을 주지 않도록 묘사되어 있어야 한다
 4. 기타 특정한 사상·종교·풍속 등에 관한 묘사는 사회통념상 용인되는 수준에서 표현되어 있어야 한다.
- ④청소년관람불가 : 청소년은 관람할 수 없는 영화
1. 주제 및 내용의 표현은 사회생활 등에서 습득한 지식과 경험이 없는 내용이나 관람객과 일반인이 소화할 수 있는 것.
 2. 대사의 표현이 정서적, 인격적으로 적절하지 않은 수준의 저급·저속한 욕설·비방·성적인 언어 사용이 구체적, 사실적으로 묘사되어 있는 것.
 3. 영상의 표현이 선정성과 폭력성이 과도하게 직접적이며 구체적으로 묘사되어 있는 것.
 4. 기타 특정한 사상·종교·풍속 등에 관한 묘사가 구체적, 주관적으로 표현되어 있는 것.

도로서의 과징금 유형은 위반행위로 인하여 얻는 불법적인 이익을 박탈하기 위하여 그 이익에 따라 과하는 일종의 행정제재금 부과제도로서 1980년에 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에서 최초로 규정되었고, 영업정지처분에 갈음하여 부과하는 과징금 유형은 1981년 「자동차운수사업법」에서 최초로 규정되었다. 영업정지처분 대신에 부과하는 과징금은 위반행위를 한 사업자나 영업자에 대한 행정처분이 공공의 이익에 반할 때 영업은 계속 하도록 하는 대신 금전적인 처벌을 하도록 하는 제도이다.⁹⁾

문화예술분야에서는 대부분의 법률이 영업정지처분에 갈음하여 부과하는 과징금부과처분제도를 채택하고 있다(「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」제69조, 「음악산업진흥에 관한 법률」제28조, 「게임산업진흥에 관한 법률」제36조).

나. 과징금부과처분의 공익적 사유

영업정지처분에 갈음하는 과징금부과처분은 본질적으로 영업정지처분이 공익에 반할 때 그에 갈음하여 부과하는 행정처분이다. 그러나 문화예술분야에 있어서의 영업정지처분은 공익에 반하게 되는 경우가 극히 드물고 예상하기 어렵다. 예를 들어 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」에서 비디오물시청제공업자에 대하여 영업정지처분 대신에 과징금부과처분을 할 수 있는데 한두명의 비디오물시청제공업자의 영업을 정지시켰다고 공중이 불편을 초래하는 일은 거의 없을 것이다.¹⁰⁾ 「음악산업진흥에 관한 법률」에서의 노래연습장 업자와 「게임

9) 자동차운수사업법에서 부과하는 과징금은 자동차운수사업자에 대하여 사업정지처분을 할 경우 사업자가 사업을 못하게 되어 받는 불이익보다는 교통이 마비됨으로써 그 운수사업을 이용하는 시민이 겪게 되는 불편이 훨씬 크게 될 것이므로 운수사업 자체는 계속하여 영위하게 하는 대신 사업자에게는 그에 상당한 금전적 불이익을 주어 앞으로 더 이상 위반행위를 하지 아니하도록 하기 위하여 도입된 제도이다.

10) 어느 도시에 한 두 개의 비디오물시청제공업자 만이 있는데 모두 위반행위를 하여 영업정지처분을 하게 되어 그 도시에 사는 사람들이 비디오물을 시청하려고 할 때

산업진흥에 관한 법률』에서의 게임물제공업자 역시 마찬가지다. 이에 따라 문화예술분야에서의 각 법률에 규정하고 있는 과징금부과처분의 요건에는 다른 법률에서 규정하고 있는“영업정지가 이용자에게 심한 불편을 주거나 그 밖에 공익을 해할 우려가 있는 경우”의 공익적 요건이 규정되어 있지 아니하다.

위와 같이 공익요건이 규정되어 있지 않은 문화예술분야의 과징금부과처분에 대하여 과징금부과처분제도의 도입이유를 감안할 때 공익적인 요건이 규정되어 있지 아니하더라도 공익적인 이유가 있을 때만 과징금을 부과하여야 한다는 시각이 있고, 법률에 그러한 요건이 정하여져 있지 않은 이상 처분청이 영업정지처분과 과징금부과처분 중 하나를 마음대로 선택하여 처분할 수 있다는 시각이 존재한다.

공익적 사유가 있을 때만 과징금부과처분을 하여야 한다는 의견에 따르면 문화예술분야에 있어서 영업정지처분이 공익에 반하는 사유를 찾기가 어려운 실정을 감안할 때 과징금부과처분을 받는 자가 한사람도 없게 되는 결과가 초래될 수도 있어 과징금부과제도를 규정한 법률의 취지에 반할 것이다. 반면 공익적인 사유가 아닌 다른 어떤 사유를 정하여 과징금부과처분을 한다는 것도 법률에 맞지 아니하다. 그렇다고 하여 행정청이 마음대로 영업정지처분과 과징금부과처분 중 하나를 선택하여 처분할 수 있게 하는 것도 문제가 있다.

실제로 일선에서 집행되는 현실을 보면 행정청 소속 공무원들은 영업정지처분과 과징금처분의 선택에 따른 부담을 지지 않으려고 특별한 경우를 제외한 대부분의 경우 처분당사자 즉 처분을 받을 자에게 영업정지처분과 과징금부과처분 중 하나를 선택하도록 하고 그에 따

다른 도시에 가야 하는 불편을 초래하게 될 경우 공중의 불편을 초래하게 된다고 상상할 수도 있을 것이나 그러한 일은 거의 일어나지 않을 것이고 만약에 일어난다고 하더라도 과연 그것이 반드시 공공의 이익에 반한다고 할 수는 없을 것이다.

라 영업정지처분 또는 과징금부과처분을 하고 있다. 과징금처분제도는 당초의 도입동기를 벗어나 상당히 왜곡되어 집행되고 있음을 알 수 있다.

다. 과징금미납자에 대한 영업정지처분

과징금처분을 받은 자가 과징금을 미납하면 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 체납처분을 하여 과징금에 상당하는 금액을 징수하여야 한다. 그러나 현실적으로 세무관서도 아닌 행정청이 이러한 업무를 하기가 쉽지 않고 세무관서 등에 협조요청을 해도 국세 등을 징수하기에 바쁜 세무공무원 등이 적극적으로 협조해 줄 가능성도 적다. 그 결과 과징금미납자에 대하여 별다른 조치 없이 넘어가는 경우도 있고, 이러한 과징금미납자는 결과적으로 위반행위를 하였음에도 아무런 처벌을 받지 아니하는 사람도 있을 수 있다. 이에 따라 최근에는 과징금미납자에 대하여는 과징금부과처분을 취소하고 당초의 영업정지처분을 하도록 하는 입법례¹¹⁾가 생기게 되었다.

그러나 업무정지처분에 갈음하여 부과하는 과징금처분을 받은 자가 과징금을 내지 않거나 못하는 경우 행정청이 다시 과징금처분을 취소하고 업무정지처분을 할 수 있는 가에 대하여는 논란이 있다.

부정적인 입장은 이론을 중시한 것으로 과징금부과처분은 공익적인 사유가 있을 때에 한하여 부과하는 것이기 때문에 과징금을 내지 않았다고 하여 공익적인 사유가 없어진 것이 아니고 과징금부과처분이 그 처분 자체에 흠이 있는 행정행위가 아닌데도 이를 취소하는 것은 행정행위의 특성에도 맞지 않으며 과징금부과처분을 할 때 미리 납부

11) 현재 과징금처분을 받은 자가 과징금을 미납한 경우 과징금부과처분을 취소하고 당초의 영업정지처분을 할 수 있도록 한 입법례는 『식품위생법』, 『건강기능식품에 관한 법률』, 『약사법』 등 보건복지분야에서 많다.

가능성을 검토하면 될 것이므로 따라서 과징금처분을 받은 자가 과징금을 내지 않았다고 하여 이를 취소하고 업무정지처분을 하는 것은 용납될 수 없다는 논리이다.

한편, 긍정적인 입장은 과징금부과의 현실을 중시한 것으로 과징금 부과처분이 반드시 공익적인 사유가 있을 때만 부과되지 않는 현실, 즉 대부분의 처분청이 처분을 할 경우 업무정지처분과 과징금부과처분 중 하나를 처분 당사자에게 선택하게 하고 그가 선택하는 처분을 하는 현실에 비추어 볼 때 과징금을 내지 않는 자에 대하여 업무정지처분을 함으로써 당초에 업무정지처분을 받은 자와의 형평성, 균형을 갖출 수 있고 잘못된 자는 반드시 처벌받는다는 정의에도 맞다는 논리이다.

현재까지는 문화예술분야에 있어서 과징금미납자에 대한 과징금처분을 취소하고 영업정지처분을 하도록 한 입법례는 없다. 그러나 보건복지분야의 입법례에 이러한 제도가 입법되자 문화예술분야에서도 이러한 입법을 하려는 경향이 있는바, 앞으로 이에 대한 이론적 연구가 필요하다고 본다.

제 2 주제

일본의 문화행정분야 행정처분기준

발 표 자 : 정명운 (한국법제연구원 부연구위원)

토 론 자 : 장교식 (건국대학교 법과대학 교수)

일본 문화행정에 있어서의 행정처분기준

정 명 운

(한국법제연구원 부연구위원)

I. 저음에

문화행정이라고 하면 사람들은 그 이미지를 문화관광부가 실행하는 활동, 즉 문화관광부장관이 법률의 규범하에 실행하는 행위라고 생각할 수 있다. 이것은 문화행정의 개념이 구체적으로 무엇을 의미하는지 명확하지 않는 것에 기인한다고 할 수 있다. 가령 문화행정에 대해서 그 개념정립을 시도한다면 다음과 같이 정립할 수 있다고 생각된다. 문화행정에 있어서의 문화란 「자연 상태에서 벗어나 일정한 목적 또는 생활 이상을 실현하고자 사회 구성원에 의하여 습득, 공유, 전달되는 행동 양식이나 생활양식의 과정 및 그 과정에서 이룩하여 낸 물질적·정신적 소득」을 의미하며, 행정이란 「국가 통치 작용 가운데 입법 작용과 사법 작용을 제외한 국가 작용으로서 법의 규제를 받으면서 국가 목적 또는 공익을 실현하기 위하여 행하는 능동적이고 적극적인 국가 작용」으로 정의할 수 있다. 그러므로 행정법에 있어서의 문화행정이란 「사회구성원에 의해 형성된 물질적·정신적 소득을 법률에 의해 보전·유지하려는 국가작용」이라고 할 수 있을 것이다. 이렇게 문화행정의 개념을 정립할 수 있다면, 문화행정은 사회구성원에 의해 형성된 제이익을 사회전체의 공공복지를 위해 제공하기 위한 것이므로 급부행정의 측면을 갖고 있다고 할 수 있을 것이다.

한편, 문화행정은 규제행정으로서의 측면도 갖고 있다고 할 수 있다. 즉 문화행정에 있어서의 규제적 측면이란, 사회구성원에 의해 형

성된 제이익을 보전·유지하기위해 사용자 및 소유자 등에게 일정한 수인의무를 부과함으로써 그 목적을 달성하기 때문이다. 그렇다면 문화행정에 있어서도 규제행정의 원리가 적용될 수 있다고 할 수 있는데, 문제는 어떠한 행위가 행정처분의 대상이 되며 그 처분기준은 무엇인가라고 할 수 있다.

이하에서 본고는 일본 문화행정의 특성과 개별법에 있어서의 행정처분 및 처분기준을 검토하여 우리 문화행정에 있어서의 시사점을 얻고자 한다.

II. 일본 문화행정의 특성

일본의 문화행정은 크게 2가지로 분류할 수 있다. 첫째는 국가행정조직에 있어서의 문화행정이며, 둘째는 지방분권화의 진전에 의한 지방자치단체의 문화행정을 들 수 있다. 이하에서는 이것을 중심으로 고찰해 보기로 하겠다.

1. 국가행정조직에 있어서의 문화행정

일본의 국가행정조직 중에서 국가의 문화행정을 담당하는 책임기관은 문부과학성의 외국(外局)으로서 설치되어 있는 문화청이다. 문화청은 문부과학성의 외국이기 때문에 어느 정도의 독립성이 부여되어 있기는 하지만, 문부과학대신과 문화청장관의 권한은 일반적으로 문부과학대신에게 포괄되어 있고, 구체적인 내용에 있어서 양자간에 분담하는 구조로 되어 있다. 또한 문화청이 담당하는 문화정책은 교육, 학술과 더불어 광의의 「문교(文教)」로서 인식되어 왔으며, 학술과 더불어 창조의 영역이라는 관념으로 되어 있었다. 이와 같이 문화청이 담당하는 문화정책은 문화청장관과 문부과학대신과의 권한 관계를 포괄해, 문부과학성의 문교정책과 밀접한 관계가 있다고 할 수 있다.

더욱이 사회전체 생활의 질이 향상됨에 따라서 각성(各省)의 고유사무¹⁾ 이외에 문화관련 시책을 강구하게 되었다.²⁾ 이것은 국가의 문화행정이 분산화의 경향에 있다고 할 수 있다. 즉 문화행정의 실질은 문화청을 중심으로 각성에 분산되어 있는 상황이라고 할 수 있다.³⁾

2. 지방자치단체의 문화행정

지방자치단체에 있어서의 문화행정은 1980년대 이후 『자치제문화행정』과 헤이세이(平成)의 행정개혁의 일환으로서 지방분권화의 추진이라는 맥락 아래 전개되고 있다. 즉 전자는 『자치제문화행정』이라는 슬로건 아래에서 생활전반을 포괄하는 지향이 전개되었다. 이로 인해 문화정책의 대상에는 경관, 공원, 전원, 도시 등 생활환경전반이 포함되었으며, 지역형성까지 시야에 넣은 광의의 문화정책이 전개되고 있다. 또한, 헤이세이(平成)의 행정개혁의 일환으로서 지방분권이 진행되면서 지방자치단체의 문화에 관한 사무는 자치사무와 제1호법정수탁사무로 되어있다.⁴⁾ 이러한 문화에 관한 사무를 수행하는 행정영역으로서 자치단체장의 권한에 속하는 사무를 분장시키기 위해 설치한 부국(部局)과 교육위원회가 구체적인 문화행정을 추진하고 있다. 즉 전자에 의한 문화행정은 지역진흥과 연계되어 문화진흥의 일반과 예술분야의 일부를 정책적·종합적으로 추진하고⁵⁾ 있으며, 후자는 문화

1) 국가행정사무는 내각설치법, 국가행정조직법 및 각성의 설치법 등에 의해 각부성(部省)에 배분되며, 각부성은 각각의 행정영역에 관해 사무를 수행하고 있다.

2) 예를 들면 국토교통성(国土交通省)이 소관하고 있는 『고도(古都)에 있어서의 역사적 풍토보전에 관한 법률』을 들 수 있다.

3) 根元昭 『文化行政法の展開』(水曜社、第一版、2005) 11-12면

4) 지방자치단체의 자치사무에 관해서 지방자치법 제2조2항에 의하면 『지역에 있어서의 사무 및 그 외의 사무로 법률 또는 그에 근거한 정령에 의해 처리할 수 있는 것』이라고 규정하고 있으며, 동조제9항에서는 『국가가 본래 완수해야 할 역할과 관련되는 것으로서 국가에 있어서 그 적절한 처리를 특히 확보할 필요가 있는 것으로서 법률 또는 이것에 근거하는 정령에 특별히 정하는 것』이라고 규정하고 있다.

5) 根元 전개(3) 74-76면, 동 『日本の文化政策』(顛草書房、第一版、2005) 85-86면 참조

재보호와 예술문화의 일부를 소장하고 있다(지방자치법제180의8). 또한 문화재보호에 있어서 주요한 사무(문화재보호법제143조) 및 제1호 법정수탁사무는 문화재보호법에 의해 교육위원회가 처리하고 있다(문화재보호법제110조).

이것은 지방자치단체의 문화행정이 지역진흥과 문화재보호라는 측면에서 운영되고 있다는 것을 의미하며, 또한 국가의 문화행정의 대상범위로서 문화청이 담당하는 행정의 범위를 넘고 있으며 양자의 대상범위는 반드시 일치하지 않다는 것을 내포하고 있다. 그러나 문화행정의 대상범위가 서로 다르다고 하더라도 양자 간에는 동일한 목표가 있다고 할 수 있다. 즉 사회구성원에 의해 형성된 물질적·정신적 소득인 문화를 보호하고 활용하여 국민의 문화적 향상과 세계문화의 진전에 공헌한다는 이념이 바로 그것이다. 이러한 목표달성을 위해서는 문화행정의 추진에 있어서 일정의 규제가 필요하며 또한 요구된다고 할 수 있다.

이하에서는 일본 문화행정에 있어서 어떠한 행정처분의 기준 및 유형이 있는지를 고찰해 보기로 하겠다.

Ⅲ. 일본 문화행정에 있어서의 행정처분 및 기준

문화와 관련되어 있는 법령은 문화행정의 정책에 따라서 1) 문화진흥에 관한 법령, 2) 역사적·문화적 문화경관에 관한 법령, 3) 문화의 보호 및 관리로 분류할 수 있다. 즉, 1)에 관한 법령으로서는 문화·예술진흥기본법, 아이누문화의 진흥·전통 등에 관한 지식보급 및 개발에 관한 법률 등이 있으며, 2)에 관한 법령으로서는 문화재보호법, 고도(古都)에 있어서의 역사적 풍토보존에 관한 법률 등이 있다. 그리고 3)에 관한 것으로서는 저작권법, 저작권 등 관리사용법 등이 있는데, 이하에서는 대표적인 법률에 있어서의 행정처분 및 기준에 관해 고찰하기로 하겠다.

1. 문화재보호법에 있어서의 행정처분 및 기준

문화재보호법 제43조는 중요문화재에 대해 「그 현상변경 및 보전에 영향을 미치는 행위를 할 때에는 허가를 받아야 한다」라고 규정하고 있다. 이때 문화청장관은 허가조건으로서 문화재보호에 필요한 조치를 지시할 수 있고(동조 제3항), 허가조건에 따르지 않을 때는 허가를 취소할 수 있다(동조 제4항).

또한 동법 제143조제1항에서는 기초자치단체(일본의 市町村)가 전통적 건조물 군을 보존지구로 결정할 수 있다고 하고 있으며, 그 보존에 필요한 현상변경금지 및 조치는 정령에서 정하는 기준에 의한다고 하고 있다. 이때 정령에서 정하는 기준이라고 하는 것은 건축물 및 그 외의 공작물에 대한 증축, 신축, 이전 및 택지조성, 토지의 형질변경 등을 말하는데 이에 관해서는 동법시행령 제4조에 열거되어 있다.

이러한 조항은 문화재보호조례 및 문화재보호심의회조례⁶⁾에 근거하여 다수의 광역지방자치단체(일본의 都道府県)도 조례로서 규정하고 있다.

2. 고도(古都)에 있어서의 역사적 풍토보존에 관한 특별조치법상의 행정처분 및 기준

고도에 있어서의 역사적 풍토보존에 관한 특별조치법(이하 고틉법이라고 함) 제8조에서는 사인이 특별보존지구 내에서 토석채취, 토지의 형질변경, 옥외광고물의 설치·게재 등의 행위를 하려고 할 때에는 광역자치단체장(일본의 都道府県 知事)의 허가를 받아야 한다고 하고 있으며, 국토교통성령(승)으로 정한 기준에 적당한 것만을 허가하

6) 이러한 조례의 설정은 문화재보호법의 일부개정 법률(1975년 법률 제49호)의 시행과 더불어 실행 되었으며, 문화청의 조례참고안(案)이 각 광역지방자치단체의 교육위원회 교육장에게 통지 되었다.

도록 하고 있다(동조 제2항). 이러한 정령으로 정하는 허가기준은 동시행령 제5조 및 제6조에 열거되어 있으며, 동법시행규칙 제1조부터 제6조의2까지 영업을 위해 필요한 옥외광고물 등 공작물의 설치·개재에 관한 요건을 규정하고 있다.

3. 종교법인법에 있어서의 행정처분 및 기준

종교법인법 제6조에서는 「종교법인은 공익사업을 실시할 수 있다」라고 하고 있으며, 동조 제2항에서 「종교법인은 공익사업 이외의 사업에 의해 수익이 있을 때에는 이것을 해당 종교법인, 해당 종교법인을 포괄하는 종교단체 또는 해당 종교법인이 원조하는 종교법인 혹은 공익사업을 위해서 사용해야 한다」라고 규정하고 있다.

또한 동법 제79조제1항에서 관할관청은 「종교법인이 실시하는 공익사업 이외의 사업에 대해 제6조제2항의 규정에 위반하는 사실이 있을 때는, 해당 종교법인에 대해, 일년 이내의 기간을 한정해 그 사업의 정지를 명할 수 있다」라고 규정하고 있다. 이러한 사업의 정지명령은 그 이유 및 사업의 정지를 명하는 기간을 부기한 서면으로 해당 종교법인에 통지하는 것으로 되어 있다(동조 제2항).

IV. 일본 문화행정에 있어서의 행정처분 유형

일본 문화행정에 있어서 행정처분의 유형은 다양한 형태로 나타나고 있다. 그것을 정리 하면 다음과 같다.

1. 지정 및 결정행위

지정 및 결정은 국가수준에서 중요한 문화재 및 사적, 명승, 천연기념물을 지정함으로써 그 관리, 보호, 공개, 조사에 필요한 각종의 규제와 원조를 실행하는 행정행위이다. 즉 어떤 종류의 행위는 금지되

며 허가제로 되어 있고, 또한 신고의무가 부여되는 등 여러 가지의 수인의무가 발생한다. 이것에 의하면 지정 및 결정은 작위, 부작위, 수인의무를 부과하는 것으로서 『하명·금지』의 성질을 갖고 있다고 할 수 있다. 이러한 행정행위의 대표적인 예를 들면 다음과 같다.

고특법 제4조에서 국토교통성(國土交通省)대신은 「고도에 있어서 역사적 풍토를 보전하기 위해 필요한 토지구역을 역사적 풍토보전구역으로 지정할 수 있다」라고 규정하고 있다. 또한 문화재보호법은 유형·무형문화재, 민속문화재 및 사적, 명승, 천연기념물 중에서 중요한 것을 지정할 수 있다고 규정하고 있으며(동법 제27조, 제71조, 제78조, 제109조, 제110조), 행정기관에 의해 전통적 건조물군 및 문화적 경관을 결정할 수 있다고 규정하고 있다(동법 제143조, 제144조).

2. 등록행위

등록은 지정에 의한 보호제도를 보완하기 위한 것으로서 보호대상의 등록과 등록물건에 관한 신고제, 지도, 조연 및 권고를 내용으로 하고 있다. 이것의 성질은 특정사실이나 법적관계의 존재에 관한 인식 표시로써 「공증」행위에 해당한다고 하겠다.

그 대표적인 예로서 문화재보호법에 있어서는 국가 및 지방자치단체에 의한 지정 이외의 유형문화재, 유형의 민속문화재 및 사적, 명승, 천연기념물 중에서 보존·활용하기 위한 조치가 특히 필요한 것에 적용되고 있다(제57조, 제90조, 제132조).

3. 허가행위

허가란 사인의 행동 자유를 일반적으로 금지해 두었다가 법률이 정하는 요건을 충족한 경우에 한해서 금지를 해제하며 본래 행동의 자유 상태로 전환시키는 행정행위를 말한다.

이러한 행위의 대표적인 예로서 고특법 제8조에서는 특별보존 지구 내에 있어서의 행위에 대해 허가제를 규정하고 있다.

4. 선정 및 인정행위

선정 및 인정행위는 특정한 사실 또는 법률적 관계의 존재 여부 및 정당성 여부를 확정하는 행정청의 판단 표시이므로, 「확인」행위라고 할 수 있다.

이것의 대표적인 예로는 문화재 보호법에 있어서의 중요문화적경관의 선정(제134조), 중요전통적 건조물군 보존 지구의 선정(제144조) 및 전통적 기술 또는 기능으로 보존 조치를 강구 할 필요성이 있는 보존 기술의 선정(제147조)등이 있다.

5. 명령, 권고 및 지시행위

명령, 권고 및 지시는 행정기관에 의해 사인에게 일정한 작위, 부작위를 명령하는 것으로써 「하명 및 금지」에 해당 한다고 할 수 있다. 이것의 대표적인 예로서는 다음과 같다.

문화재보호법에 근거한 중요문화재의 소유자, 중요유형민속문화재의 소유자 등에게 멸실, 훼손, 도난을 방지하기 위한 관리방법의 개선, 방화시설 및 보전시설의 설치·관리에 관한 명령 및 권고(제36조, 제83조), 국가기관 등에 의한 유적발굴에 있어서 유적보호에 필요한 권고 등이 있다(제97조).

6. 통지행위

통지란 특정한 또는 불특정 다수인에 대해 특정한 사항을 알리는 행위를 말하며 그것에 의해 법령에서 정하는 일정의 법정효과를 발생한다.

예를 들면 문화재보호법에 있어서 유형문화재, 유형의 민속문화재 및 사적, 명승, 천연기념물에 있어서의 지정을 관보에 고시함과 더불어 소유자 등에 통지하도록 되어 있다(동법 제27조).

7. 해제 행위

해제행위란 법률에 의해 정해진 의무를 해제해 주는 행위로서 「면제」행위라고 하겠다.

해제행위의 예로서는 국보 또는 중요문화재로서의 가치를 상실했을 경우 및 그 외의 특별한 사유가 있을 경우(문화재보호법 제29조)등이 있다.

이와 같이 일본 문화행정에 있어서의 행정처분 유형은 행정행위의 내용상에 있어서 사인에 대해 일정한 작위, 부작위 및 수인의무를 명하거나 이들 의무를 면제하는 명령적 행위와 행정청의 의사표지 이외의 판단, 인식, 관념 등이 법률 효과로서 나타나고 있는 준법률행위적 행정행위에 의해 적용되고 있다. 여기서 행정처분의 유형이 다양하게 적용되고 있는 이유는 무엇 때문인가 라고 하는 의문이 있다. 그것은 문화재보호를 위한 국가의 관여 정도에 따라 차이가 있다고 할 수 있다. 즉 국가의 관여정도가 가장 큰 것은 「지정」행위라고 하겠으며, 지방자치단체의 지정에 있어서도 지방적 공공의 관여는 가장 크게 실행되고 있다고 할 수 있다. 그리고 「등록」행위는 지정에 준하는 것이기는 하지만 국가의 관여정도는 그리 크다고 할 수 없을 것이다. 또한 「선정」행위는 국가가 지원할 대상을 특정하기 위한 관여라 할 수 있을 것이다. 이렇듯 국가의 관여 정도에 따라서 행정처분의 유형도 다양하게 적용된다고 할 수 있겠다.

그렇다면 이렇게 다양한 행정처분의 유형이 구체적으로 사법에 있어서 어떻게 판단되고 있는지 이하에서 고찰해 보기로 하겠다.

V. 문화행정과 관련된 주요판례

일본의 문화행정과 관련된 판례는 행정기관에 의해 지정된 사적, 명승, 천연기념물의 현상변경금지 및 지정 등에서 소송이 제기되고 있다. 이하에서는 이에 관한 사건을 정리해서 소개하기로 한다.

1. 사적지정취소청구사건⁷⁾

본 사건은 개정 전의 문화재보호법 제69조(현 제109조)제1항에 근거한 사적, 명승, 천연기념물의 지정이 문제된 사례이다. 이 사건의 개요는 다음과 같다.

본건 토지소유자인 원고는 1968년6월 개정 전의 문화재보호법 제69조제1항에 의해 이타미사적지(伊丹廢寺跡)로 지정처분을 받았으나 당시의 문화재보호위원회는 사적지로서 지정했을 뿐 본건 고시가 있을 때까지 사적지정의 대상 토지를 구체적으로 특정하지 않았으며, 이타미사적지(伊丹廢寺跡)의 중심지구의 토지는 본건 지정토지의 대상 토지가 아니라고 해서 본건 지정처분의 무효를 주장했다. 이에 대해 피고(문부과학대신)는 본건 지정처분이 있는 후 30년이 경과한 현재 명확한 증거는 없지만 본건 고시로 사적의 범위에 관해 지번(地番)을 표시하였으며, 그 전제로서 문화재보호위원회의 내부사무국이 이타미(伊丹)시 및 효고현(兵庫縣)의 직원과 협의·조정하는 경위를 거쳐서 사적지정의 대상 토지를 구체화 하였다. 이것은 문화재보호위원회가 대상 토지의 구체적 범위를 특정화 한 것이라고 주장 했다.

이에 대해 법원은 「사적지정이 결정된 당시의 문화재보호위원회에 의해 제출된 자료에 의하면 사적으로 지정된 범위를 인식할 수 있으며, 그 후 문화재보호위원회 위원장의 명으로 그 범위에 속하는 토지

7) 大阪高裁 平成14年(2002년) 1月30日判決

의 지번을 특정하고 있는 본건 고시가 있었으므로 문화재보호위원회가 사적범위 등을 전혀 고려하지 않았다고는 할 수 없다. 또한 동위원회의 사무국이 동위원회의 소장사무를 수행하기 위한 보조기관이며 동사무국이 동위원회에 사적지정의 대상 토지를 구체적으로 특정하기 위한 작업을 실행했던 것은 동위원회의 의사에 근거한 것으로서 본건 고시에 필요한 사항을 명확히 하기 위한 보조사무로 보아야 하며, 결국 본건 고시가 동위원회의 결정에 의한 것으로 볼 수 있다고 하였다. 그리고 주요 유적이 존재하는 지구는 일찍이 발굴조사가 진행되었으며 유적의 중심적인 곳이라 할 수 있다. 이것과 본건 지정처분과의 관계를 보면 본건 지정처분은 당초부터 주요 유적을 포함하는 것으로 판단할 수 있다.』라고 판시 했다.

2. 도시계획변경결정 일부 취소청구 사건⁸⁾

본 사건은 고특법 제6조(역사적 풍토 특별보존지구에 관한 도시계획)제1항에 근거한 도시계획결정이 문제가 된 사례이다. 이 사건의 사실의 개요는 다음과 같다.

피고(나라시)는 고특법 제6조제1항에 근거해 시(市)의 역사적 풍토 보존계획에 본건 토지를 포함한 헤이쥬궁유적지구의 특성에 맞는 행위규제요강에 있어서 「본 지구의 역사적 풍토보존의 주체는 헤이쥬궁(平城宮跡)유적지 및 대형고분과 일체가 되는 자연환경의 보존에 있으며, 헤이쥬궁유적지 및 북부언덕주변에 있어서는 건축물, 그 외의 공작물의 규제, 수면경관보전에 중점을 둘 것으로 한다.』라고 규정하고 있다. 이에 대해 원고(본건 토지소유자등)는 본건 토지는 헤이쥬궁유적지의 북부언덕주변에 위치할 뿐이며 헤이쥬궁유적지의 중추지역에 해당하지 않고, 특별지구의 지정으로 인한 원고 등의 의무는 그 지정

8) 奈良地裁 昭和59年(1984년) 9月28日判決

에 의해 달성하려고 하는 목적과 비교해서 과다하다는 이유로 본건 토지부분에 대한 도시계획변경결정의 취소를 요구한 사건이다.

이에 대해 법원은 역사적 풍토보존을 위한 도시계획결정이 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는가에 대해 다음과 같이 판시하고 있다.

『항고소송의 대상이 될 수 있는 행정 처분이란, 공권력의 주체인 국가 또는 공공단체가 실시한 행위 가운데, 그 행위에 의해 직접 국민의 권리·의무를 형성 또는 그 범위를 확정하는 것이 법률상 인정되고 있는 것을 말한다.』⁹⁾ 그리고 본건 결정은 도시계획법 제8조제1항제10호, 고도에 있어서의 역사적 풍토의 보존에 관한 특별조치법 제6조제1항 및 나라(奈良)시 역사적 풍토 보존 계획에 근거해, 역사적 풍토 보존 구역 내에 있어 역사적 풍토의 보존상 중요한 부분을 구성해 있는 지역이라고 하여, 도시계획의 용도지역지정으로 정하여 진 것으로서 특정인에 대한 행정처분이 아니고, 어느 일정범위의 지역을 어떤 종류의 용도지역으로 정하는 것으로서 해당 지역 내의 불특정다수자에 대한 이른바 일반 처분이라고 할 수 있다. 그런데, 일반 처분은, 법령을 제정하는 경우와 유사하며 일반적, 추상적인 규범을 정하는 것에 지나지 않아서 통상은 사인의 구체적인 권리, 이익침해 혹은 제약을 가져오는 것이 아니기 때문에, 항고소송의 대상이 되는 처분은 아니지만, 일반 처분으로 인해서 해당처분이 직접 사인의 권리·의무를 형성 또는 그 범위를 확정하는 것이 법률상 인정되어 있는 경우에는 항고소송의 대상이 되는 것으로 해석할 수 있으나, 본건 결정이 고시되고 효력을 발하면, 해당 특별 보존지구 내의 토지소유자는 건축물 그 외의 공작물의 신축, 개축 또는 증축, 택지의 조성, 그 외의 토지의 형질변경, 토석채취, 건축물외의 공작물의 색채변경, 옥외 광

9) 最高裁 昭和28年(1953년) 第1362号、同 30年 (1955) 2月24日第1小法廷判決 民集第92卷217頁 참조

고물의 표시 등에 대해 지사의 허가를 필요로 하는 등의 제약을 받으므로, 사실상 해당 토지 소유자의 생활이 광범위에 걸쳐 제약되거나 혹은 지가 등에 영향이 발생하지만, 이러한 제약이 발생하는 것만으로 지역 내의 특정인에 대해서 직접 권리·의무를 형성 또는 그 범위를 확정하는 처분이 이루어졌다고 할 수 없다.』라고 판시 하였다.

이에 의한 면 역사적 풍토보존을 위한 도시계획의 결정은 항고소송의 대상되는 행정처분에 해당하는 것은 아니라고 할 수 있다.

VI. 소 결

오늘날의 사회를 한마디로 요약하면 다양한 문화가 존재하는 시대라고 표현할 수 있다. 이러한 상황 하에서 문화행정에 관해 고찰한다는 것은 중요한 의미를 가진다.

그러나 문화란 불투명한 개념으로 아직 정립되어 있지는 않지만, 사회구성원의 제활동에 의해 형성된 물질적·정신적 소득이란 것에서 그 의미를 찾을 수 있다. 이러한 의미에 의해 문화는 한 개인에게 귀속되는 것이 아니라 인류의 공동의 재산으로서 공공성을 갖고 있다고 할 수 있다. 그렇기 때문에 법률에 의한 공적인 개입이 필요하다. 국가의 공적인 개입은 사인의 제활동을 제한하는데 목적이 있는 것이 아니라 사인의 활동에 한계가 있는 것을 지원하며 보충함으로써 문화진흥에 기여하는데 그 목적이 있다고 하겠다. 또한 국민의 자유로운 문화 활동과 인류공동의 문화를 진전시켜 문화국가를 이룩하기 위해서는 문화행정이 정립되어야 할 것이며 그 특질을 살린 문화정책이 요구된다고 하겠다.

이러한 관점에서 보면 한국과 일본의 사회적 배경 및 환경은 서로 상이하다고 하더라도 양국의 법제와 법리를 비교법적 측면에서 연구하는 것은 의의가 있으며 행정처분의 기준을 정비하는데 큰 발전이 있을 거라고 기대된다.

제 3 주제

독일의 문화행정처분기준

발 표 자 : 문병효 (한경대학교 법학부 교수)

토 론 자 : 최우정 (계명대학교 법경대학 교수)

독일의 문화행정처분기준

문 병 효
(한경대학교 법학부 교수)

I. 서 론

문화의 개념은 매우 다의적이다. 문화의 개념을 넓게 이해할 때는 인간에 의해 만들어진 모든 것을 의미할 수 있으나 우리 헌법에서 문화국가라는 개념을 사용할 때는 정치, 경제, 사회영역 등과 구별되는 좁은 의미의 문화개념을 의미한다. 다양한 견해가 있을 수 있지만 학문, 예술, 방송, 스포츠, 문화재보호 등이 그와 직접적인 관련을 갖는 것으로 보인다. 헌법상 문화국가원리에 대해서는 그 독자성이 논란이 될 수 있으나,¹⁾ 문화의 보호와 진흥을 위해 노력하는 국가로서의 문화국가의 문제는 독일에서는 종래 행정법에서 다루어졌고 문화행정법의 영역에 포함되었다.²⁾ 문화국가를 전제로 하는 문화행정은 규제 내지 제재를 중심과제로 하는 규제행정과는 구별되는 특성을 갖는다. 국가는 문화의 자율성을 보장하기 위하여 가능한 한 문화에 개입하여서는 안 되며 개입하더라도 문화영역을 사회적으로 조화시키기 위해 최소한 개입하는데 그치지만, 다른 한편으로 문화의 창작과 보급, 문화의 향유를 지원하기 위하여, 그리고 문화영역에서 실질적 평등을 실현하기 위하여 문화영역에 적극적으로 개입하기도 하기 때문이다.³⁾

1) 이준일, 헌법학강의, 2005, 196쪽.

2) 장영수, 헌법학 I (헌법총론), 2002, 320쪽 이하.

3) 이준일, 앞의 책, 195쪽.

우리 행정절차법 제20조는 행정청의 행정처분에 대한 절차법적 규율로서 처분기준의 설정·공표제도를 두고 있다. 일본의 행정절차법에서도 제12조에 처분기준의 설정·공표제도를 규정하고 있는데 이는 행정청의 자의적인 권한행사를 방지하고 처분 상대방에게는 예측가능성을 부여함으로써 행정의 공정성과 투명성을 확보하기 위한 것이다.⁴⁾ 이러한 처분기준의 설정·공표제도는 문화행정분야에서도 적용되지만 문화행정은 규제중심의 행정과는 구별되기 때문에 규제행정과는 다른 특성이 반영되어야 할 것이다.

처분기준은 법률이나 행정입법의 형식 또는 조례 등 자치입법의 형식으로도 가능하다. 처분기준이 행정규칙으로 행해질 수도 있으나 행정규칙과 처분기준은 구별되어야 한다. 즉, 설정·공표의무의 존부, 위법사유의 구성유무에 따라 구별된다.

독일 행정절차법에는 이러한 처분기준의 설정·공표제도는 규정되어 있지 않다.

처분기준의 설정 및 공개제도는 일본의 판례들 및 미국의 적정절차법리 및 미국판례법의 경향 등이 이론적 배경을 이루고 있다.⁵⁾ 특히 미국판례법 경향가운데서도 기준의 설정을 통해서 재량을 통제하려는 연방항소법원과 데이비스교수의 입장을 일본행정절차법이 채택하였고 이로부터 우리 행정절차법도 영향을 받았다.⁶⁾

이하에서는 먼저 우리의 문화행정처분기준의 현황을 대략적으로 살펴보고 독일의 문화행정처분기준에 관해 논의한 후 시사점을 얻을 수 있는지 검토를 거치도록 한다.

4) 김철용, 행정법 I, 2006, 357쪽; 박근성, 행정법론(상), 2006, 468쪽; 김재광 외, 행정처분기준 정비방안 연구(I), 2006, 94쪽.

5) 임재홍, 행정절차법상 처분기준의 민주적 운용방안, 민주법학 제14호, 154쪽 참조.

6) 임재홍, 앞의 글, 154쪽 이하.

II. 우리의 문화행정처분기준의 현황

1. 문화행정분야의 처분기준현황

(1) 관광진흥법의 예

제35조 (등록취소 등)

①관할 등록기관등의 장은 관광사업의 등록등을 받거나 신고를 한 자 또는 사업계획의 승인을 받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 등록등 또는 사업계획의 승인을 취소하거나, 6개월 이내의 기간을 정하여 그 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명하거나 시설·운영의 개선을 명할 수 있다.

1. 제11조를 위반하여 관광사업 시설 중 부대시설 외의 시설을 타인에게 경영하게 한 경우
2. 제15조제1항 및 제2항에 따라 사업계획의 승인을 받은 자가 정당한 사유 없이 대통령령으로 정하는 기간에 착공이나 준공을 하지 아니한 경우
3. 관광사업 경영 또는 사업계획을 추진할 때 거짓이나 그 밖의 부정한 방법을 사용하거나 부당한 금품을 주고받은 경우
4. 고의로 계약이나 약관을 위반한 경우(여행업자만 해당한다)
5. 제28조제1항제9호를 위반하여 정당한 사유 없이 그 연도 안에 60일 이상 휴업한 경우
6. 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반한 경우

②제1항에 따른 취소·정지처분 및 시설·운영개선명령의 세부적인 기준은 그 사유와 위반 정도를 고려하여 대통령령으로 정한다.

시행령(대통령령) 제34조 (행정처분의 기준등)

①법 제33조제1항의 규정에 의하여 문화관광부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장(이하 “등록기관등의장”이라 한다)이 행정처분을 하기 위한 위반행위의 중별과 그 처분기준은 별표 2와<생략:별표 2%> 같다.

②등록기관등의장이 제1항의 규정에 의하여 행정처분을 한 때에는 문화관광부령이 정하는 행정처분기록대장에 그 처분내용을 기록·유지하여야 한다.

(2) 공연법의 예

제33조 (행정처분)

①시장·군수 또는 구청장은 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대해서는 6월 이내의 기간을 정하여 공연활동 또는 공연장운영의 정지를 명할 수 있다. <개정 2001.12.31>

1. 제5조제1항 또는 제2항의 규정을 위반한 자
2. 제6조제1항 또는 제2항의 규정을 위반하거나 제7조제2항 각호의 1에 해당하는 자
3. 제11조제1항 또는 제2항의 규정을 위반한 자
4. 제12조제1항 내지 제3항의 규정을 위반한 자
5. 그 밖에 제40조제1호·제2호 또는 제41조에 규정된 죄를 범하여 형의 선고를 받고 3월 이내에 동일한 위반행위를 한 자

②제1항의 규정에 의한 행정처분을 하고자 할 경우에는 당해 위반행위가 있었던 날로부터 2월 이내에 하여야 하며, 행정처분의 세부적인 기준은 문화관광부령으로 정한다.

제34조 (폐쇄조치 등)

①시장·군수 또는 구청장은 제33조제1항의 규정에 의한 공연활동 또는 공연장영업의 정지명령을 받은 자가 계속하여 당해 활동 또는 영

업을 하는 때에는 관계공무원으로 하여금 다음 각호의 조치를 하게 할 수 있다.

1. 당해 활동 또는 영업과 관련된 간판 기타 표지물 제거·삭제
2. 당해 활동 또는 영업이 위법한 것임을 알리는 게시물 등의 부착
3. 당해 공연을 위해 필요한 기구 또는 시설물을 사용할 수 없게하는 봉인

②시장·군수 또는 구청장은 제1항제2호 내지 제3호의 게시물 부착 또는 봉인을 계속할 필요가 없다고 인정될 경우 직권으로 또는 신청에 의하여 이를 철거 또는 해제할 수 있다.

③제1항 각호의 조치를 함에 있어서는 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 하며, 미리 당사자에게 서면 또는 구두로 알려주어야 한다.

시행규칙(문화관광부령) 제7조 (행정처분의 기준등)

①법 제33조제2항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 별표 2 와<%생략:별표2%> 같다.

②법 제33조의 규정에 의하여 시장·군수 또는 구청장이 행정처분을 하는 때 교부하는 행정처분명령서는 별지 제14호서식에<%생략:서식 14%> 의한다.

③시장·군수 또는 구청장은 제2항의 규정에 의하여 행정처분을 하는 경우에는 별지 제15호서식의<%생략:서식15%> 행정처분기록대장에 그 사실을 기재하여야 한다.

(3) 게임산업진흥에관한법률의 예

제35조 (허가취소 등 <개정 2007.1.19>)

①시장·군수·구청장은 제25조제1항의 규정에 의하여 게임제작업 또는 게임배급업의 등록을 한 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 6월 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명하거나 영업폐쇄를 명

할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제2호에 해당하는 때에는 영업폐쇄를 명하여야 한다. <개정 2007.1.19>

1. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 등록한 때
 2. 영업정지명령을 위반하여 영업을 계속한 때
 3. 제25조제2항의 규정을 위반하여 변경등록을 하지 아니한 때
 4. 제28조의 규정에 의한 준수사항을 위반한 때
 5. 제32조의 규정에 의한 불법게임물 등의 유통금지의무 등을 위반한 때
- ②시장·군수·구청장은 제26조의 규정에 의하여 게임제공업·인터넷컴퓨터게임시설제공업 또는 복합유통게임제공업의 허가를 받거나 등록 또는 신고를 한 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 6월 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명하거나 허가·등록취소 또는 영업폐쇄를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제2호에 해당하는 때에는 허가·등록취소 또는 영업폐쇄를 명하여야 한다. <개정 2007.1.19>

1. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 허가를 받거나 등록 또는 신고를 한 때
2. 영업정지명령을 위반하여 영업을 계속한 때
3. 제26조제1항 내지 제3항의 규정에 의한 허가·등록기준을 갖추지 아니한 때
4. 제26조제4항의 규정에 의한 변경허가를 받지 아니하거나 변경등록·변경신고를 하지 아니한 때
5. 제28조의 규정에 따른 준수사항을 위반한 때
6. 제1항제4호 및 제5호에 해당한 때

③제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 영업의 폐쇄명령 또는 허가·등록의 취소처분을 받은 자는 그 처분의 통지를 받은 날부터 7일 이내에 허가증 또는 등록증·신고증을 반납하여야 한다. <개정 2007.1.19>

④제1항 및 제2항의 규정에 의한 행정처분의 세부기준은 그 위반행위의 유형과 위반의 정도 등을 고려하여 문화관광부령으로 정한다.

제36조 (과징금 부과)

①시장·군수·구청장은 게임제공업·인터넷컴퓨터게임시설제공업 또는 복합유통게임제공업·인터넷컴퓨터게임시설제공업을 하는 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여 영업정지처분을 하여야 하는 때에는 대통령령이 정하는 바에 따라 그 영업정지처분에 같음하여 2천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. <개정 2007.1.19>

1. 제26조제1항·제2항 또는 제3항 본문의 규정에 따른 허가기준·등록 기준을 갖추지 아니한 때
 2. 제28조제4호 내지 제8호의 규정에 의한 준수사항을 위반한 때...
- ④제1항의 규정에 의하여 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도 등에 따른 과징금의 금액과 그 부과절차 등에 관하여 필요한 사항은 문화관광부령으로 정한다.

시행규칙(문화관광부령)

제26조 (행정처분의 기준 등)

- ①법 제35조제4항에 따른 행정처분의 기준은 별표 5와 같다.
- ②시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 행정처분을 한 때에는 그 사실 및 내용을 공고하고, 별지 제19호서식의 행정처분기록대장에 그 내용을 기록하여야 한다.

제27조 (과징금의 금액산정기준 등)

- ①법 제36조제1항에 따라 부과하는 과징금의 금액산정기준은 별표 6과 같다.
- ②시장·군수·구청장은 위반행위의 정도·위반횟수 및 위반행위의 동기와 그 결과 등을 참작하여 제1항에 따른 과징금 금액의 2분의 1의 범위 안에서 가중 또는 경감할 수 있다. 다만, 가중하는 경우에도 과징금의 총액은 2천만원을 초과할 수 없다.

(4) 영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률의 예

제67조 (행정처분 등)

①시·도지사는 비디오물제작업 또는 비디오물배급업의 신고를 한 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 6월 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명하거나 영업폐쇄를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제4호에 해당하는 때에는 영업폐쇄를 명하여야 한다.

1. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 신고한 때
2. 제53조제1항의 규정을 위반한 때
3. 제61조제1항의 규정에 의한 변경신고를 하지 아니한 때
4. 영업정지명령을 위반하여 영업을 계속한 때

②시장·군수·구청장은 비디오물시청제공업을 영위하는 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 6월 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명하거나 등록을 취소할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제6호에 해당하는 때에는 등록을 취소하여야 한다.

1. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 등록한 때
2. 제53조제1항 또는 제2항의 규정을 위반한 때
3. 제58조제1항의 규정에 의한 시설기준을 갖추지 못한 때
4. 제61조제1항의 규정에 의한 변경등록을 하지 아니한 때
5. 제62조의 규정에 의한 준수사항을 지키지 아니한 때
6. 영업정지명령을 위반하여 영업을 계속한 때

③시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항 및 제2항의 규정에 따라 영업의 폐쇄명령 또는 등록의 취소를 하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다.

④제1항 또는 제2항의 규정에 의하여 영업의 폐쇄명령 또는 등록의 취소처분을 받은 자는 그 처분의 통지를 받은 날부터 7일 이내에 신고증 또는 등록증을 반납하여야 한다.

⑤ 제1항 및 제2항의 규정에 의한 행정처분의 세부적인 기준은 그 위반 행위의 유형과 위반의 정도 등을 고려하여 문화관광부령으로 정한다.

(5) 음악산업진흥에관한법률의 예

제27조 (등록취소 등)

① 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제2조제8호 내지 제11호 및 제13호의 규정에 따른 영업을 영위하는 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그 영업을 폐쇄명령, 등록의 취소처분, 6개월 이내의 영업정지명령, 시정조치 또는 경고조치를 할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제2호에 해당하는 때에는 영업을 폐쇄하거나 등록을 취소하여야 한다.

1. 거짓 그 밖의 부정한 방법으로 신고 또는 등록을 한 때
2. 영업을 정지명령을 위반하여 영업을 계속한 때
3. 제18조의 규정에 따른 시설기준을 위반한 때
4. 제21조의 규정에 따른 변경신고 또는 변경등록을 하지 아니한 때
5. 제22조의 규정에 따른 노래연습장업자 준수사항을 위반한 때
6. 제29조제3항에 해당하는 음반등을 제작·유통 또는 이용에 제공하거나 이를 위하여 진열·보관 또는 전시한 때

② 제1항의 규정에 따라 영업을 폐쇄명령 또는 등록의 취소처분을 받은 자는 그 처분의 통지를 받은 날부터 7일 이내에 신고증 또는 등록증을 반납하여야 한다.

③ 제1항의 규정에 따른 행정처분의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 문화관광부령으로 정한다.

제28조 (과징금 부과)

① 시장·군수 또는 구청장은 노래연습장업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하여 영업정지처분을 하여야 하는 때에는 대통령령이 정하

는 바에 따라 그 영업정지처분에 갈음하여 3천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 이 경우 시장·군수 또는 구청장은 과징금의 부과·징수에 관한 사항을 기록·관리하여야 한다.

1. 제18조의 규정에 따른 시설기준을 갖추지 못한 때

2. 제22조제1항제2호 또는 제6호의 규정을 위반한 때...

④제1항의 규정에 따라 과징금을 부과하는 위반행위의 중별·정도 등에 따른 과징금의 금액 및 부과절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

시행규칙(문화관광부령) 제15조 (행정처분의 기준 등)

①법 제27조제3항에 따른 행정처분의 기준은 별표 2와 같다.

시행령(대통령령) 제12조 (과징금의 금액산정기준 등)

①법 제28조에 따라 부과하는 과징금의 금액은 영업정지 1일당 5만원으로 한다. 이 경우 영업정지 1월에 해당하는 과징금의 금액은 30일로 하여 산정한다.

②시장·군수·구청장은 위반행위의 정도·위반횟수 및 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 제1항에 따른 과징금의 금액의 2분의 1 범위에서 가중 또는 경감할 수 있다. 다만, 가중하는 경우에도 과징금의 총액은 3천만원을 넘을 수 없다.

(6) 체육시설의설치이용에관한법률의 예

제32조 (등록취소 등)

①시·도지사는 등록 체육시설업자가 제19조제2항에 따른 등록조건을 정당한 사유 없이 이행하지 아니하면 그 등록을 취소하여야 한다.

②시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 체육시설업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 등록취소 또는 영업 폐쇄명령을 하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 영업정지를 명할 수 있다.

1. 제14조에 따른 대중골프장의 병설 또는 대중골프장 조성비의 예치 의무의 전부 또는 일부를 이행하지 아니한 경우
 2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제19조제1항·제2항 또는 제20조에 따른 체육시설업의 등록이나 신고를 한 경우
 3. 제19조제1항 후단 또는 제20조 후단에 따라 변경등록이나 변경신고를 하지 아니한 경우
 4. 영업정지 처분을 받고 그 기간에 영업을 한 경우
 5. 제30조에 따른 시정명령을 받고 이를 이행하지 아니한 경우
- ③제2항에 따른 행정처분의 세부 기준은 그 처분 사유와 위반 정도 등을 고려하여 문화관광부령으로 정한다.

시행규칙(문화관광부령) 제34조 (행정처분의 세부기준)

①법 제35조제3항의 규정에 의한 행정처분의 세부기준은 별표 8과<%생략:별표8%> 같다.<개정 2000.3.28>

2. 검 토

Ⅲ. 독일의 문화행정처분기준

1. 독일의 문화행정처분 관련 행정 및 법체계

독일기본법(GG)은 제5조 3항에서 예술과 학문의 자유를 규정하여 그에 대한 국가적 감독이나 조종, 침해를 금지하고 있고 제75조에서는 독일문화재의 외국반출에 대한 보호에 관하여 연방이 기본법률(Rahmengesetz)을 제정할 권리를 가짐을 규정하여 문화관련 규정을 두고 있다.

독일은 문화영역에 대하여 각 주의 관할에 맡기고 있으며 연방차원에서는 문화부가 없다. 이에 대하여 문화부를 연방에 두어야 한다는

견해도 있다. 문화국가로서의 독일이 외부에 인식되어야 한다는 차원에서 그러한 주장이 나오고 있으나, 이에 대해서는 독일기본법이 문화를 명백히 각 주에 맡기고 있을 뿐만 아니라 연방차원에 문화부를 설치함은 더 많은 행정과 더 많은 비용을 필요로 할 뿐이고 더 많은 문화를 가져오지 않을 것이라는 비판이 제기된다.⁷⁾

독일의 문화행정처분기준은 법률, 명령, 행정규칙에 다양하게 존재한다.

문화행정영역에 해당하는 것으로는 역사적 유물의 보호에 관한 행정, 문화에 대한 지원, 음악교육 등에 대한 지원, 영화, 미디어, 출판, 예술, 도서관, 박물관 지원, 스포츠 지원, 문서(Archiv)보관 등이 있다.

2. 메클렌부르크-포퓰머른주의 유적보호(또는 문화재보호, Denkmalschutz)를 위한 처분기준

(1) M-V 문화재보호법위반 (Denkmalschutzgesetz M-V)

제26조 (1) 고의 또는 과실로 다음 각호의 행위를 한 자는 질서위반으로 행위를 한 것이다:

- 1호. 지체없이 법 제8조 또는 제11조 1항의 신고(Anzeige)를 하지 않은 경우,
- 2호. 법 제7조 1항과 제12조의 허가를 필요로 하는 조치를 허가없이 또는 허가와 달리 행하거나 행하게 한 경우,
- 3호. 발견된 문화재 또는 발견장소를 법 제11조 3항에 따라 변경되지 않은 상태로 유지하지 않은 경우,
- 4호. 제9조 1항에서 요구하는 안내(Auskunft)를 하지 않은 경우
- 5호. 법 제6조1항에 따라 수인가능한 범위에서 문화재를 그에 적합한 상태로 두고 유지하며 조심스럽게 다룰 의무를 행할 수 있

7) <http://www.kulturrat.de/pdf/483.pdf>.

음에도 불구하고 관할 관청의 구체적인 명령에 따른 그 의무를 이행하지 않은 경우.

벌금(Geldbuße)은 그 명령이 벌금규정을 지적한 경우에만 확정될 수 있다.

(2) 질서위반은 300,000 DM까지의 벌금에 처해질 수 있다. 법 제7 조1항a의 허가없이 문화재를 파괴한 자는 300,000 DM까지의 벌금에 처해질 수 있다.

(2) M-V 문화재보호법위반을 처벌하기 위한 벌금 목록(Bußgeldkatalog)

다음 목록은 문화재보호법 제26조에 따른 질서위반에 대한 벌금액수의 통일에 기여한다. 주어진 액수에서 상하로 달라질 수 있는 기준치만이 문제된다.

벌금을 확정함에 있어서는 언제나 개별사례의 특수한 상황에 대한 심사를 행해야 한다. 이 경우 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) 제17조 3항과 4항에 정해진 벌금 액수에 관한 원칙이 고려되어야 한다.

1) M-V문화재보호법위반을 처벌하기 위한 참고사항(Hinweise)

M-V문화재보호법위반을 처벌하기 위한 참고사항에는 법적 근거와 관할 뿐만 아니라 이 법에서의 질서위반이라 함은 문화재보호법 제26조의 1호 내지 5호의 구성요건을 실현하는 위법하고 비난가능한 행위라는 점, 질서위반의 미수는 문화재보호법에 그에 관한 규정이 없기 때문에 처벌될 수 없다는 점, 문화재의 훼손이나 파괴의 경우는 형법 제304조의 구성요건도 충족하므로 이 경우에는 관할 관청이 사안을 검찰에 넘겨야 한다는 것, 그 밖에 시효, 편의주의원칙, 처벌절차, 벌금액의 확정시 고려되어야 할 원칙 등을 규정하고 있다.

2) 질서위반의 구성요건

벌금기준치 (DM)

	허가받은 경우 과실 고의		허가받지 않은 경우 과실 고의	
1. 문화재보호법상 조치의 허가의무규정 위반 법 제7조 1항과 제12조의 허가를 필요로 하는 조치를 허가없이 또는 허가와 달리 행하거나 행하게 한 경우: 1.1 문화재의 제거(법 제7조1항)				
1.1.1 건축문화재	50,000	100,000	250,000	500,000
1.1.2 문화재보호구역의 건물 기타 시설	20,000	40,000	100,000	200,000
1.1.3 장소에 고정된 지면문화재	10,000	20,000	50,000	100,000
1.1.4 동산	10,000	20,000	50,000	100,000
1.2 문화재 주변 시설의 변경 또는 제거, 추가 기타 조치로 인하여 문화재의 실질 또는 외부형태를 변경하거나 영향을 주는 경우(법 제7조 1항)				
1.2.1 건축문화재	4,000	8,000	20,000	40,000
1.2.2 문화재보호구역의 건물 기타 시설	2,000	4,000	10,000	20,000
1.2.3 장소에 고정된 지면문화재	4,000	8,000	20,000	40,000
1.2.4 동산	1,000	2,000	5,000	10,000
1.3 문화재의 소재지로부터 분리 (법 제7조 1항)	1,000	2,000	5,000	10,000

1.4 조사, 조사장비의 투입 (법 제12조)	1,000 2,000	5,000 10,000
1.5 지면문화재를 채굴하거나 위태롭게 할 수 있는 도 굴금지구역에서의 작업(법 제7조1항과 제14조 2항)	1,000 2,000	5,000 10,000

	과 실	고 의
2. 문화재보호법상의 신고의 무 위반 다음을 신고하지 않거나 제 때 신고하지 않은 경우		
2.1 법 제8조 양도 및 변경 신고의 경우	1,000	2,000
2.2 법 제11조 1항 문화재발 견시 신고	4,000	8,000

	과 실	고 의
3. 발견장소를 변경되지 않은 상태로 유지하지 않은 경우 (법 제11조 3항)	5,000	10,000

	과 실	고 의
4. 고지의무(Auskunftspflicht, 법 제9조 1항)	2,000	4,000

	과 실	고 의
5. 법 제6조 1항 문화재를 그		

에 적합한 상태로 두고 유지하며 조심스럽게 다룰 의무		
5.1 개별 문화재	8,000	40,000
5.2 문화재보호구역의 건물 기타 시설	4,000	40,000
5.3 장소에 고정된 지면문화재(Bodendenkmale)	2,000	20,000
5.4 동산	1,000	10,000

3. 메클렌부르크-포퓰머른주의 문화재 및 예술품보존가 직업의 표시에 관한 처분기준

문화재 및 예술품보존가(Restaurator)란 직업상의 명칭표시는 일정한 요건을 갖추고 명부에 등록된 자에 대해서만 허용된다. 문화재 및 예술품보존가 직업의 명칭표시에 관한 법률(Restauratorgesetz)⁸⁾ 규율한다.

(1) 등록거부(Versagung der Eintragung, 동법 제5조)

그러한 명칭사용지원자가 문화재 등 보존가에게 필요한 성실성(Zuverlässigkeit) 및 인적 특성을 갖추지 않은 사실이 존재하거나 등록요건을 충족하지 않은 경우, 명부에의 등록이 거부되어야 한다.

(2) 등록말소(Löschung der Eintragung, 동법 제6조)

등록된 자의 신청 또는 등록된 자의 사망 또는 등록 후 제5조에 의한 등록거부사유가 나타나거나 사후 알려거나 등록요건이 존재하지

8) Gesetz über die Führung der Berufsbezeichnung "Restaurator" (Restauratorgesetz - RG M-V)
Vom 9. November 1999 (GVOBl. M-V S. 582). in Kraft am 18. November 1999 GS Meckl.-Vorp. Gl. Nr. 224 - 6.

않았음이 나중에 판명된 경우, 또는 등록된 자가 문화재보존가를 위한 불문율(Ehrenkodex)에 있는 직업상 의무를 반복하여 또는 중과실로 위반한 경우, 등록은 말소된다.

(3) 질서위반시 벌금부과처분(동법 제11조)

동법 제2조 1항 내지 제4조에 열거된 직업표시 또는 그러한 표시와 결합된 단어를 권한없이 사용한 자는 질서위반하여 행위한 것이다. 이 경우 20,000DM까지의 벌금에 처해질 수 있다.

4. 명령형식의 문화행정처분기준

(1) 청소년유해매체에 대한 연방심의국에 의한 수수료징수에 관한 명령⁹⁾

이것은 청소년보호법(Jugendschutzgesetz) 제21조 10항 2문의 규정에 근거하여 연방청소년, 노령, 부인, 가족부가 발한 명령으로 청소년유해매체여부에 대한 연방심의국(Bundesprüfstelle)의 심사절차수수료부과에 관한 명령이다.

크게 거부결정(Ablehnende Entscheidungen)과 허용결정(Stattgebende -)의 두 개 부분으로 분류되어 있는데, 거부결정은 다시 둘로 나뉜다. 첫째, 어떤 매체가 이미 청소년유해물 목록에 등재된 매체와 전적으로 또는 본질적으로 내용이 동일하지 않다는 결정에 대한 신청절차에 대한 수수료(Gebühren):

Nr.	수수료 구성요건	수수료의 범위
1.1	청소년보호법 제23조 1항에 의한 간이절차에서 매체가 내용상 동일하다는 결정	1,000Euro 내지 2,900Euro

9) Verordnung über die Erhebung von Gebühren durch die Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien (GebO-BPjM) Ausfertigungsdatum: 28.04.2004.

1.2	청소년보호법 제23조 3호에 의한 1.1호의 결정 후 동법 제19조 5항에 따른 12명의 위원 전원합의체에서 매체가 내용상 동일하다는 새로운 결정	1.1호의 수수료에 추가로 1,100Euro 내지 1,500Euro
1.3	청소년보호법 제19조 5항에 의한 12명 위원 전원합의체에서 매체가 내용상 동일하다는 결정	1,350Euro 내지 3,500Euro

둘째, 매체가 청소년유해매체 목록에서 삭제되어야 한다는 결정의 신청절차에 대한 수수료:

2.1	청소년보호법 제21조 3항의 절차중단에 대한 위원장의 결정	500Euro 내지 1,300Euro
2.2	청소년보호법 제23조 1항 및 4항의 간이절차에서 매체가 목록에서 삭제되지 않는다는 결정	900Euro 내지 2,000Euro
2.3	2.1호의 결정에 대한 이의에 따라 청소년보호법 제23조 1항 및 4항의 간이절차에서 그 매체가 목록에서 삭제되지 않는다는 결정	2.1호에 추가로 700Euro 내지 900Euro
2.4	2.1호의 결정에 대한 이의에 따라 청소년보호법 제19조 5항의 전원합의체에서 그 매체가 목록에서 삭제되지 않는다는 결정	2.1호에 추가로 1,000Euro 내지 1,500Euro
2.5	2.1호 및 2.3호의 결정후 청소년보호법 제23조 3항에 의한 신청에 의해 동법 제19조 5항의 전원합의체에서 그 매체가 목록에서 삭제되지 않는다는 결정	2.1호 및 2.3호에 추가로 1,000Euro 내지 1,500Euro
2.6	2.2호의 결정 후 청소년보호법 제23조 3항에 의한 신청에 의해 동법 제19조 5항의 전원	2.2 호의 수수료에 추가로 1,000Euro 내지 1,500Euro

	합의체에서 그 매체가 목록에서 삭제되지 않는다는 결정	
2.7	청소년보호법 제19조 5항의 전원합의체에서 그 매체가 목록에서 삭제되지 않는다는 결정	1,200Euro 내지 2,100Euro

한편, 허용결정도 다시 둘로 나뉜다:

첫째, 어떤 매체가 이미 청소년유해물 목록에 등재된 매체와 전적으로 또는 본질적으로 내용이 동일하지 않다는 결정에 대한 신청절차에 대한 수수료:

Nr.	수수료 구성요건	수수료의 범위
3.1	청소년보호법 제23조 1항에 의한 간이절차에서 매체가 내용상 동일하지 않다는 결정	1,200Euro 내지 3,500Euro
3.2	청소년보호법 제23조 3호에 의한 1.1호의 결정 후 동법 제19조 5항에 따른 12명의 위원 전원합의체에서 매체가 내용상 동일하지 않다는 새로운 결정	1,600Euro 내지 4,200Euro
3.3	청소년보호법 제19조 5항에 의한 12명 위원 전원합의체에서 매체가 내용상 동일하지 않다는 결정	1,600Euro 내지 4,200Euro

둘째, 매체가 청소년유해매체 목록에서 삭제되어야 한다는 결정의 신청절차에 대한 수수료:

4.1	청소년보호법 제23조 1항 및 4항의 간이절차에서 매체가 목록에서 삭제된다는 결정	1,100Euro 내지 2,400Euro
4.2	2.1호의 결정에 대한 이의에 따라 청소년보호법 제23조 1항 및 4항의 간이절차에서 그 매체가 목록에서 삭제된다는 결정	1,100Euro 내지 2,400Euro

4.3	2.1호의 결정에 대한 이의에 따라 청소년보호법 제19조 5항의 전원합의체에서 그 매체가 목록에서 삭제된다는 결정	1,500Euro 내지 2,600Euro
4.4	2.1호 및 2.3호의 결정후 청소년보호법 제23조 3항에 의한 신청에 의해 동법 제19조 5항의 전원합의체에서 그 매체가 목록에서 삭제되지 않는다는 결정	1,500Euro 내지 2,600Euro
4.5	2.2호의 결정 후 청소년보호법 제23조 3항에 의한 신청에 의해 동법 제19조 5항의 전원합의체에서 그 매체가 목록에서 삭제된다는 결정	1,500Euro 내지 2,600Euro
4.6	청소년보호법 제19조 5항의 전원합의체에서 그 매체가 목록에서 삭제된다는 결정	1,500Euro 내지 2,600Euro

(2) 브란덴부르크주의 견본(Pflichtexemplar)제출에 관한 명령¹⁰⁾

브란덴부르크주에서 출판되는 각 인쇄물 가운데 출판업자는 인쇄물의 배포할 때 한 부(견본)을 견본으로 포츠담 시도서관 및 주도서관에 제공해야 한다. 그 인쇄물이 출판업자가 없거나 브란덴부르크주 밖에서 출판되는 경우 인쇄업자에게도 같다(명령 제1조). 출판업자나 인쇄업자에게 견본의 제출이 큰 재정적 비용과 적은 출판 때문에 수인될 수 없는 경우에는 신청에 의해 시도서관과 주도서관이 보상한다(명령 제5조). 고의 또는 과실로 브란덴부르크주의 주출판법 제13조에 의한 제출의무를 적시에 이행하지 않는 자는 동법 제15조 1항 6호의 의미

10) Verordnung des Ministers für Wissenschaft, Forschung und Kultur zur Durchführung des Brandenburgischen Landespressegesetzes über die Anbietung und die Ablieferung von Pflichtexemplaren an die Stadt- und Landesbibliothek Potsdam (Pflichtexemplarverordnung- PflEV) Vom 29. September 1994 (GVBl.II/94, [Nr. 71], S.912). 1993년 5월 13일의 브란덴부르크 주 출판법(Landespressegesetz)에 근거함.

에서 질서위반에 해당한다(명령 제6조).

5. 행정규칙형식의 문화행정처분기준

(1) 브란덴부르크주의 문화예술 프로젝트지원에 관한 지침¹¹⁾

브란덴부르크(Brandenburg)주는 조형예술, 공연예술, 박물관, 정치적 기념관, 시대사, 문학, 음악, 공공도서관, 사회문화, 문화교육 등의 분야에 대한 매년 운영비를 지원(Betriebskostenförderung)하기 위한 지침을 마련하고 있다.

1) 지원금 수령자(Zuwendungsempfänger)는 브란덴부르크 주의 게마인데 및 게마인데조합, 공익에 기여하는 사법상 또는 공법상 법인, 민법상 비영리회사 등이다.

2) 지원금수령요건은 그 프로젝트의 수행이 브란덴부르크 주의 이익에 기여하여야 하며, 그러한 이익은 프로젝트에서 주의 문화인프라의 확대, 유지에 지속적으로 기여하는 외에 기타의 해당사항에 해당되어야 한다(Richtlinie 4. 1 a)).

3) 지원금의 종류, 형식과 범위, 지원액

지원금은 프로젝트지원의 유형으로 행해지며, 재정지원은 원칙적으로 일부지원(Teilfinanzierung)으로서 교부된다. 개별적인 경우 상황에 따라서는 결손액에 대한 지원으로서, 적합한 경우에는 확정액지원으로서 행해진다.

비투자적 프로젝트의 경우에는 그 승인시 지원액인상 또는 절감의 구체적인근거가 이미 존재하지 않은 경우 확정액으로서 10,000Euro까

11) Richtlinie des Ministeriums für Wissenschaft, Forschung und Kultur zur Projektförderung von Kunst und Kultur, Vom 11. April 2005. 그 밖에 이와 유사한 것으로는 오스나브뤽시의 Richtlinien zur Vergabe von Projektmitteln für kulturelle Vorhaben vom 6. Mai 1997 등이 있다.

지의 지원금이 교부되어야 한다.

지원금은 목적에 기속되고 반환되지 않는 보조금(Zuschuss) 내지 상응하는 배당액(Zuweisung)으로서 교부된다.

지원금은 인적, 물적 지출과 목적달성에 필요한 투자지출에 대해서 교부된다. 지원금은 게마인테 및 게마인테조합에 대한 경우 50,000Euro 이상, 게마인테 이외의 영역에서는 2,500Euro 이상 지출할 때만 승인된다. 본 지침에 따른 투자조치에 대해서는 주의 재정적 지원이 통상 50,000Euro를 넘어서는 안된다. 게마인테 및 게마인테조합의 프로젝트의 경우 주의 재정적 참여가 가능한 지출의 100분의 50을 넘어서는 안된다. 개별적인 경우 주의 재정적 참여는 주예산법(LHO) 제44조에 따른 명령(VV)에 따라 가능한 지출의 100분의 80까지 달할 수 있다.

게마인테 이외의 다른 신청권자의 프로젝트가 본 지침 2.1a 및 b에 해당하는 경우는 주의 재정적 참여가 가능한 지출의 100분의 40을 넘어서는 안된다. 개별적인 경우 주의 재정적 참여가 주예산법(LHO) 제 44조에 따른 명령(VV)에 의하여 더 높을 수 있다.

주의 문화단체로서 그 활동이 주에 중대한 이익이 있는 경우는 주의 재정적 참여가 100분의 90까지 이를 수 있다.

(2) 오스나브뤽시의 스포츠지원에 관한 지침¹²⁾

오스나브뤽시는 예산의 범위 내에서 지침에 따라 스포츠협회 소속의 체육시설 운영비나 시설설치에 대한 보조금, 기록향상경기의 지원, 체육협회 교사 비용, 장애인체육의 지원, 각 단체의 코칭스태프에 대한 운행경비, 협회의 기념일에 대한 스포츠지원 보조금을 주도록 하

12) Richtlinien der Stadt Osnabrück über die Förderung des Sports (Sportförderungsrichtlinien- SpFördR) vom 28. März 1981 in der Fassung vom 6. Dezember 2001. Gem. § 18 Abs. 1 der Satzung der Stadt Osnabrück vom 15. September 1970 über die Pflege des Sports und des Badewesens wird zur Ausführung der §§ 8 bis 16 dieser Satzung bestimmt.

고 있다.

- 보조금 교부요건은 신청당시 최소 3년동안 오스나브뤼크의 시스포르츠단에 소속되어 있는 체육협회나 단체로서 오스나브뤼크에 소재하며 시지역내에서 스포츠활동을 하고 신청된 지원이 직접 스포트목적에 기여해야 하고 연방이나 주, 기타 각 단체가 제공하는 모든 지원가능성을 다 해야 하며 신청자가 승인조건을 받아들여야 한다(지침 제2조).
- 개별적인 지원조치로서
첫째, 협회소속의 체육시설 건설과 관련하여:
 - 요건: 시는 일정한 요건을 갖춘 스포츠협회에 대하여 체육시설의 건설, 재건축, 확장, 수리 등에 드는 경비에 대한 보조금을 교부할 수 있는 바, 시설은 20년간 이용, 개별 부속물(담장이나 조명시설 등)은 10년의 이용, 지원받는 시설계획이 체육활동과 직접 관련이 있고(체육인의 의사소통에 기여하는 공간도 포함됨), 그 체육시설이 영업적인 목적이나 직업스포츠목적에 기여하지 않아야 한다(지침 제8조).
- 지원배제(지침 제9조):
 - a) 청소년(18세까지) 회원의 비율이 전체 회원수에서 20%이하인 경우
 - b) 다음에 언급된 회비 이하의 회비가 징수되는 경우:
 - 성인 매월 5.50Euro
 - 청소년 매월 3.00Euro
 - 가족 매월 10.00Euro최소회비는 5년마다 경제관계의 변동에 따라 조정된다.
 - c) 회원수가 100명 미만인 경우
250.00Euro를 초과하는 입회비를 받는 경우그 밖에 지침 제9조 2항에 의하면 승인결정 전에 건축이 시작되는 경우 보조금 지원은 원칙적으로 승인되지 않는다고 규정하고 있다.
- 보조금액수(지침 제12조):

시는 계산에 의한 건축총액의 3분의1까지 보조금을 지원할 수 있는데, 전체건설지원을 위해 최대 50,000Euro를 지원하되 연간 최고 한도액은 학교 및 스포츠위원회에 의해 확정된다.

산출된 건설총액이 150,000Euro를 넘는 경우 그 시설계획은 대규모 프로젝트에 속하게 되고 개별적인 사안에 따른 결정이 가능하다.

둘째, 체육시설의 운영과 관련하여:

- 시는 일정한 요건을 갖춘 스포츠협회에 대하여 체육시설의 유지 및 운영비에 대한 보조금을 예산의 범위내에서 지원한다(지침 제14조).
- 보조금지원대상인 시설에 대한 기준금액:

1) 운동장

각 m ² 당 이용가능한 운동면적	잔디구장	2.00 Euro
	다진 구장(Tennenfläche)	1.75
	인공소재구장	0.70
	모래구장	1.00
	전천후(Allwetterbelag)	0.50

2) 체육관(Turn- und Sporthallen)

a) 각 m² 당 이용가능한 운동면적

450m² 까지의 체육관 100.00 Euro

b) 450m² 이상 650m² 까지

650m² 이상 82.50

관중석포함 90.00

c) 샤워실 및 탈의실이 없는 체육관

각 m² 당 이용가능한 운동면적 6.00

3) 부속공간 및 특수공간

a) 탈의실, 샤워실, 화장실

각 m ² 당		30.00
b) 작업 및 정비공간, 체육장비창고		
각 m ² 당		15.00
4) 수영장		
각 m ² 당		600.00
5) 승마시설		
a) 모든 승마장에 대하여 일괄지급		3,250.00
b) 각 m ² 당		10.00
6) 테니스장		
a) 각 테니스장		
aa) 다진 구장	일괄지급	1,500.00
bb) 전천후구장	일괄지급	350.00
b) 테니스벽 면적		
aa) 다진 구장	일괄지급	500.00
bb) 전천후구장	일괄지급	150.00
7) 골프장		
a) 9홀을 가진 골프장	일괄지급	2,500.00
b) 18홀을 가진 골프장	일괄지급	4,000.00
8) 볼링장		
승인된 각 레인에 대하여		2,500.00
9) 사격장		
승인된 각 사격장에 대하여		300.00
10) 비행장		
a) 승인된 각 격납고에 대하여		2,500.00
b) 비행장에 대하여	일괄지급	1,500.00
11) 비체육시설의 조명		
a) 대운동장		550.00

b) 2분의1 운동장 및 소운동장	300.00
12) 사우나	일괄지급 300.00

(3) 메클렌부르크-포폼머른 주의 건축문화재 유지 및 안전을 위한 지원금에 관한 지침¹³⁾

(4) 메클렌부르크-포폼머른 주의 음악학교 지원금교부에 관한 지침¹⁴⁾

메클렌부르크-포폼머른 주의 어린이 및 청소년 예술학교지원금의 교부에 관한 지침¹⁵⁾

IV. 검토 및 시사점

문화행정도 법치행정의 원칙을 벗어날 수는 없는 것이므로 처분기준의 법률유보, 처분기준의 명확화는 문화행정분야의 과제라고 할 수 있다. 관련부처인 문화관광부와 각 지방자치단체는 재량행위의 투명화 작업, 처분기준의 구체화 작업을 하고 있으나 문화행정과 관련되는 모든 사항에 대하여 구체적인 행정처분기준을 정하는 것은 형식적으로 문화행정의 투명성과 공정성은 확보할 수 있을지 몰라도 문화행정의 경직성을 초래할 우려가 있다. 그러므로 문화행정 가운데서도 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 중요한 사항, 특히 국민

13) Richtlinie über Zuwendungen zur Sicherung und zum Erhalt von Baudenkmalern in Mecklenburg-Vorpommern (Denkmalschutz-Sonderprogramm "Dach und Fach")

Erlaß des Kultusministeriums. Vom 23. September 1996 - VII 450 a -.

14) Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Förderung der Musikschulen in Mecklenburg-Vorpommern, Erlaß des Kultusministeriums vom 5. Dezember 1996 - VII 410 - 3500-05/001 -.

15) Richtlinie über die Gewährung von Zuwendungen zur Projektförderung der Kinder- und Jugendkunstschulen in Mecklenburg-Vorpommern, Verwaltungsvorschrift des Ministeriums für Bildung, Wissenschaft und Kultur. Vom 24. Februar 2006 - VII 430 -.

의 기본권과 관련되는 본질적인 사항에 대해서는 법률이나 법률의 수권을 받은 명령으로 처분기준을 설정하여 공표하는 것이 필요하지만 그렇지 않은 영역에서까지 행정처분의 기준을 법령으로 규정하도록 하는 것은 바람직하지 않은 것으로 보인다. 그런 경우에는 문화행정에게 더 많은 형성의 여지를 부여해야 할 것이다.

독일의 문화행정은 문화재보호법 위반을 제재하기 위한 벌금부과처분과 같이 규제적 측면이 있기는 하지만 문화행정의 대부분은 문화의 자율성을 보장하고 문화를 보호, 육성, 지원하는데 초점이 맞추어져 있다. 문화행정처분도 따라서 문화활동에 대한 각종의 지원이 주류를 이룬다. 이처럼 보조금 교부 등의 급부행정에 대해서도 명확한 처분기준을 마련함으로써 행정의 자의를 방지하고 객관적이고 공정한 처분이 행해질 수 있는 것이다. 앞에서 보았듯이 독일의 문화행정처분은 규제와 관련된 경우 주로 법령에 근거하여 행해지고 있으나 보조금 교부 등 급부행정은 대부분 내부적 효력만이 있는 지침 등의 행정규칙 형식으로 행해지고 있다. 이렇게 함으로써 예산의 제약 하에 문화를 지원, 보호, 육성해야 하는 문화행정에게 더 많은 형성의 여지가 주어질 수 있을 것이다.

우리 행정절차법 제20조와 같은 규정이 없고 따라서 행정처분에 대한 실체법적 통제에 중점이 있는 독일의 경우는 절차법적 통제를 통해서 행정의 투명성과 공정성을 확보하려는 우리의 제도와는 맞지 않은 면이 있는 것처럼 보인다. 그러나 독일의 경우도 실체법령에 처분의 목적, 대상, 요건, 내용, 절차 등에 대하여 명확히 규정하고, 특히 기본권관련사항에 대해서는 더욱 신중하게 법률에 규정하거나 법률의 범위 내에서 법규명령으로 규정하고 있다. 또한 법령에 규정된 일정한 사항에 대해서는 행정내부지침 등의 행정규칙형식으로 제정하고 있는 바, 이로써 행정의 공정성을 유지하면서도 탄력성을 확보할 수 있는 것이다. 물론 행정규칙에 대해서는 원칙적으로 대외적인 구속력

을 부인하고 일정한 경우에만 행정의 자기구속 등을 근거로 간접적인 구속력을 인정하거나 규범구체화행정규칙 등에 외부적 구속력을 부여 하려는 시도가 있다.

우리의 경우 행정처분에 대하여 절차법적 통제를 하는 경우의 장점은 설정,공표된 처분기준에 대해서는 사전적 통제가 가능하게 되며, 행정절차법 제20조가 있기 때문에 법원 역시 사법심사에 있어서 행정청이 처분기준을 준수했는가를 판단해야 할 것이다. 따라서 실제 처분기준이 행정규칙형식으로 규정되어 있어서 실제법상 대외적인 구속력이 없다하더라도 절차법적 규율로 인하여 법령에 준하는 대외적 구속력을 가질 수 있게 된다. 행정절차법 제20조에 의해 처분기준을 설정공표하게 함으로써 종래의 독일식 실제법적 접근이 갖는 문제점을 보완하는 기능을 가질 수 있게 된다.¹⁶⁾

16) 임재홍, 앞의 글, 163쪽 이하.