

# 行政節次立法化의 再推進을 위하여

金南辰\*

## 차 례

- I. 序 言
- II. 行政節次立法의 經緯와 現況
  - 1. 行政節次立法의 經緯
  - 2. 行政節次法案의 變則的 施行
  - 3. 節次的 法令의 變則的 施行
- III. 行政節次法案의 補完·補強
  - 1. 行政過程의 透明性의 補強
  - 2. 實體的 規定의 補強
  - 3. 現代의 行政節次要素의 補強
- IV. 맺는 말

## I. 序 言

현재 韓國은 “新韓國創造”의 기치아래 모든 방면에서의 改革이 추진되고 있다. 그 동안에 쌓인 非理가 너무도 크며, 깊고 넓게 펼쳐져 있으므로 인해 현재는 法外의 方法에 의한 改革마저 추진되고 있는 狀況이다. 그로 인해 “法治”가 아닌 “人治”云云의 소리마저 들리고 있음은 周知의 일이라 할 수 있다. 그리고 그 점은 新政府의 政務長官(김덕룡 장관)에 의해서도 시인되고 있다. 즉 現政權이 人治를 행하고 있다는 비판에 대하여 위 金長官은 「법·제도를 통한 개

\* 高麗大學校 法科大學 教授, 韓國法制研究院 諮問委員

혁이 당연히 옳은 얘기지만 현재의 상황에서 법 이전의 결단과 정치력에 의한 개혁이 더 시급하다. 법과 제도정비를 위한 논쟁을 벌이다가는 개혁의 적기를 놓쳐 결코 개혁에 성공할 수 없다는 강한 신념이 金泳三大통령의 개혁관이다」라고 주장하였다고 한다.

아울러 金長官은 「金泳三정부의 改革 3단계論」을 발표하였는 바, 「비정상적인 것들의 정상회복」(제1단계), 「자율과 창의의 실현」(제2단계), 「구조 조정의 단계」(제3단계)가 그 내용이다. 이 가운데, 제3단계의 구체적인 내용은, 「금융실명제의 실시, 토지공개념 확대, 정치관계법 개정 등을 통한 사회정의·경제정의 실현」으로 되어 있다.<sup>1)</sup>

위와 같은 現政權의 改革作業에 대해서는 共感과 우려가 함께 표시되고 있다. 金泳三大統領 執權100日을 맞이하여 실시한 「金泳三정부 개혁100일 정책 토론회」에서의 討論者의 발표가 그것을 말하여 준다. 즉 토론자의 한 사람인 安東晝변호사는 위 토론회에서 「법과 제도에 의하지 않고 진행되는 개혁은 바로 혁명이다. 혁명적 변화는 지도자의 독재를 조장할 우려가 있고, 공포분위기로 사회의 생산성과 창의성을 저하시키며, 이의를 허용하지 않음으로써 사회를 침묵시킬 수 있다」고 비판하였다고 한다.<sup>2)</sup>

그러나 現政府가 超法的인 改革만 추진하고 있는 것은 아니다. 이것은 금년(1993) 5월 20일로써 25일간의 會期를 마친 제161회 臨時國會의 실적이 그것을 말하여 준다. 즉 위 臨時國會에서는, 法律案 21건, 同意案 3건, 決議案 1건 등 모두 25건의 의안을 통과시켰는 바, 그 중에서도 새 公職者倫理法 및 企業活動規制緩和特別措置法의 의결은 최대의 수확이라 할만 하다.

위의 여러 論議 및 改革立法의 추진을 살펴 볼 때, 이 好期를 이용하여 제정·개정된 여러 法律<sup>3)</sup>을 생각하는 가운데 行政節次法 제정 역시 이 好機를 이용함이 좋겠다는 생각을 가지기에 이르렀다. 그러한 前提下에 行政節次立法化를 再推進함에 따른 筆者의 所見을 적어 보고자 한다.

1) 이상 中央日報 1993. 5.25일자 3면, 민주자유보 제49호(1993.5.26) 등 참조.

2) 조선일보 1993. 5.27일자 4면 및 도하신문 참조.

3) 韓國法制研究院은 금년(1993) 4월 7일에, 同 研究院에서 연구자문회의를 개최하여 「1994년도 연구사업계획서(안)」을 심의하였는 바, 豫想研究課題의 목록에 「신한국의 국정개혁을 위한 법제정 비방안제시」가 포함되어 있다. 同 研究院의 위와 같은 연구과제의 선정 역시 筆者의 여기에서의 發想과 軌를 같이 하는 것으로 보고 싶다.

## Ⅱ. 行政節次立法의 經緯와 現況

### 1. 行政節次立法의 經緯

法系를 크게 大陸法系와 英美法系로 나눌 때, 前者, 특히 實體法이 정비되고 발달한 獨逸法系에서는 節次法을 實體法에 봉사하는 부수적 法律로 보는 경향이 농후하다. 成文法主義를 취하는 독일이 아직 不文法主義를 취하고 있다고 보여지는 미국보다도 근 30년이나 뒤져서 行政節次法(Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. 5. 1976)을 제정한 사실이 그것을 如實히 나타내 준다.<sup>4)</sup>

內實은 여하간에, 우리 역시 獨逸法系에 속해 있으므로 인해 節次法에 대한 인식은 實體法의 그것에 비해 희박한 風土에 놓여 있다고 보여진다. 行政法의 분야에 있어서도 사정은 동일하다. 그럼에도 불구하고, 專門家들 사이에서는 行政節次의 정비 및 立法化의 필요가 일찍부터 논의되었는 바, 아마도 그의 최초의 結實이 1975년도에 行政改革委員會의 위촉을 받아 行政法學者의 손<sup>5)</sup>에 의해 작성된 調查報告書일 것이다. 그러나 行政改革委員會는 우리나라에 있어, 一般法으로서의 行政節次法의 제정은 시기상조인 것으로 판단하고, 기존의 민원사무처리규정을 法律수준으로 끌어 올려서 行政運營基本法<sup>6)</sup>같은 것을 제정할 것과 各單行法令에 行政節次規定을 많이 삽입하는 방향으로 방침을 정함으로써 인해 위 調查報告書는 그 본래의 成果를 거두지 못하였다.

이른바 第5共和國이 들어서면서부터 行政節次法 제정의 움직임은 다시 活氣

4) 독일에서의 行政節次法의 제정배경 및 주요내용에 관하여는 Vgl. Ule, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozeß*, *VerwArch*, 62(1971), S. 114ff.; Ule/Laubinger, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 3. Aufl., 1986, S. 28ff.; 金南辰, 西獨의 行政節次法, *公法研究* 제11집(1983); 金伊烈, 독일의 聯邦行政節次法, *行政節次法比較研究*(中央大學校 法學研究所刊), 1986, 27면 이하.

5) 참가자는 金道昶, 金南辰, 朴鈞旻, 徐元宇교수로 되어 있다. 상세는 Vgl. 金道昶, *一般行政法論*(上), 第4全訂版, 536면 註 13); 韓國行政科學研究所刊(1980.7), *行政節次法研究*.

6) 行政改革委員會가 “行政運營基本法”에 대한 構想을 하게 된 것은 日本에서의 “國家行政運營法案要綱”과 같은 것을 염두에 두었던 것으로 보인다. 日本에서의 위 要綱에 관해서는 Vgl. 金元主, 日本의 行政節次法, *現代公法論*(金伊烈교수 華甲記念), 1989, 103면 이하.

를 띠기 시작하였다. 이니셔티브는 總務處(行政調查研究室)<sup>7)</sup>에 의해 취해졌다. 總務處는 自體 研究陣과 外部用役<sup>8)</sup>을 통해 行政節次法要綱을 작성하였으며, 이를 바탕으로 한 本格的인 行政節次法 제정을 위해 총무처에 行政節次法案審議委員會<sup>9)</sup>가 설치되었다.

同 委員會는 5회의 全體會議과 16회의 小委員會의 심의를 거쳐 行政節次法案을 완성하였다. 世宗文化會館에서 대대적인 공청회를 개최하였으며, 立法豫告(1987. 7. 7 ~ 1987. 8. 5)까지 행한 바 있다. 그러나 이른바 第5共和國에서 第6共和國으로 옮겨가는 政治的 소용돌이 속에서, 위 行政節次法案은 國會에 회부되지 못한 채, 끝내 햇빛을 보지 못하고 있다.

## 2. 行政節次法案의 變則的 施行

(1) 위 行政節次法案은 제7장 補則을 합하여 全文 총 71조로 구성되어 있으며, 주요내용으로서는, 總則(제1장) 이외에 行政處分節次(제2장), 計劃의 確定節次(제3장), 行政立法의 豫告節次(제4장), 行政豫告節次(제5장), 行政指導節次(제6장) 등이 규정되어 있다. 委員會의 심의과정에, 行政執行節次(行政上의 強制執行, 即時強制) 및 情報公開 등에 관한 사항까지 行政節次法에 담자는 의견도 제기되었으나,<sup>10)</sup> 부담과중이 이유가 되어, 그들 사항은 따로 法律로 정할 것을 기약해 놓은 상태에 있다(제7장 補則 참조).

위의 記述을 통해서도 알 수 있는 바와 같이, 위 行政節次法案은 그만하면 획기적 내용을 담고 있다고 하겠으며, 특히 당시에 있어 중지를 모은 結實로 評해 질만하다. 그럼에도 불구하고, 同 法案이 死臟되어 있다함은 앞에 적어 놓았는 바, 幸인지 不幸인지 현재 同 法案의 일부가 變則的인 방법에 의해 시행되고 있다. 그것이 바로 1990년 3월 1일부로, 「국민의권익보호를위한행정절차에관한

7) 總務處에 설치된 行政調查研究室은 前政權下에서의 行政改革委員會의 後身으로 볼 수 있다.

8) 이 用役에는 金伊烈교수와 筆者가 참여했다. 이 가운데, 金伊烈교수는 要綱作成이전부터 總務處의 行政節次法 제정을 위한 調査作業에 적극 참여한 바 있다.

9) 1986년 4월 18일에 발족한 同 委員會는 學界·實務界출신의 混成팀으로 구성되었는 바, 金道稔 박사가 委員長을 맡았다.

10) 특히 筆者는 行政執行節次에 관한 규정을 行政節次法案에 담거나, 가칭 行政執行法案의 起草作業을 동시에 진행할 것을 적극 건의한 바 있다. 行政執行에 관련된 現行법이 너무나 미비하다고 본 것이 그 이유이다. 그리고 그러한 상태는 현재에도 변함이 없다고 생각하고 있다.

훈령」에 의해 시행되고 있는 行政節次運營指針(국무총리훈령 제235호)이다. 구체적으로 위 行政節次運營指針은 제1장 총칙, 제2장 의견청취(제1절 통칙, 제2절 의견제출, 제3절 청문, 제4절 공청회), 제3장 행정처분, 제4장 보칙으로 구성되어 있다(全文 36개조 및 부칙). 이 중 총칙과 의견청취에 관한 부분은 前述한 行政節次法案의 總則(제1장)과 行政處分節次(제2장)의 중요부분을 거의 그대로 옮긴 것으로 볼 수 있다.

생각하건대, 行政節次法案의 중요부분이 비록 訓令의 형식을 통해서나마 시행되고있는 것은 다행스러운 일이다. 그러나 同 法案의 내용이 확정된 法律의 형식으로 시행되는 것과 訓令의 形式으로 시행되는 것 사이에는 天壤之差가 있다. 이유는, 訓令은 法規<sup>11)</sup>가 아니며, 따라서 그에 의해서는 그 訓令으로 정한 청문 등의 사항을 국민이 權利로서 주장할 수 없으며, 裁判規範이 아니기에, 利害當事者 등이 訴訟을 통해 관철할 수 없기 때문이다. 물론 學說上으로는 訓令 등 行政規則을 法規로 보는 입장<sup>12)</sup>도 없지는 않다. 그러나 그것은 異說로서, 通說·判例<sup>13)</sup>가 취하는 바가 아니다. 만일에 行政規則(訓令포함)이 法規의 성질을 갖는다고 하게 되면, 制度로서의 法律, 法規命令, 行政規則의 구분이 무의미해진다고 보지 않으면 안된다. 政府 역시 法規(法律·法規命令)와 訓令(行政規則)과의 法的效力(성질)의 차이를 인식하기에, 위 行政節次運營指針을 의도적으로 法規 아닌 訓令의 형식으로 시행하고 있다고 보지 않을 수 없다.

### 3. 節次的 法令의 變則的 施行

(2) 다른 한편, 行政節次法案의 일부 내용은 行政節次法案의 成案이전부터 大統領令의 형식으로 시행되고 있는 바, 그것이 즉 민원사무처리규정(대통령

11) 오늘날 “法規”가 무엇을 의미하는가, 그 法規와 訓令을 포함한 行政規則과의 구별의 징표를 어디에서 찾을 것인가의 문제는 理論上 크게 다투어져 있다. 다만, 筆者는 ① 上位法規觀에 의한 授權性, ② 一般·抽象性, ③ 裁判規範性을 法規의 중요 요소로 간주하고 있다. 筆者의 그와 같은 法規觀에 관하여는 Vgl. 金南辰, 行政法 I, 제4판, 90면 및 186면.

12) 一說은 「행정명령의 비법규성에 대한 재검토가 불가피하게 되고, 결국 행정명령의 법규성을 인정하려는 견해가 유력해지게 된 것이다」(李尙圭, 新行政法論(上), 新版, 307면)라고 記述하고 있다.

13) 行政規則의 非法規性이 우리의 判例가 취하는 일반적 경향인 것은 틀림없으나, 判例 가운데 異例의 行政規則의 法規性을 인정하는 사례도 없지 않으며, 그 점에 대해 筆者는 批判的 評釋을 가한 바 있다(Vgl. 金南辰, 行政法의 基本問題, 845면 이하 및 1051면 이하).

령 제10869호), 法令案立法豫告에 관한 규정(대통령령 제11133호), 정부공문서처리규정 및 그의 後身인 사무관리규정(대통령령 제13390호) 등이다. 그런데 이들 大統領令이 法規인가 아닌가 하는 점이 또한 문제가 되고 있다. 그 이유는, 이들 大統領令은 法律의 委任에 의해 제정된 法規命令이나 法律을 시행하기 위한 執行命令이 아니기 때문이다.

憲法은 法規命令으로서 委任命令과 執行命令만 인정하고 있다. 「大統領은 法律에서 구체적으로 범위를 정하여 委任받은 사항과 法律을 執行하기 위하여 필요한 사항에 관하여 大統領令을 발할 수 있다」는 헌법규정(제75조)이 이것을 말하여 준다. 이와 같이, 憲法은 大統領令으로서 委任命令과 執行命令 두 가지만 인정하고 있다. 그럼에도 불구하고 현실에 있어서는 그 어느 것에도 해당되지 않는 畸型的·變則的 命令(大統領令 또는 部令)이 발해지고 있는 바, 그것이 바로 위에 소개한 사무관리규정, 민원사무처리규정 등이다.

문제는, 그와 같은 大統領令의 效力을 어떻게 파악할 것인가에 있다. 필자는 法律에 의해 授權된 것이 아님을 이유로, 비록 大統領令의 形式(形式上的 法規命令)을 취했다 하더라도, 그것은 行政規則의 效力밖에는 인정될 수 없다는 입장을 취하고 있다.<sup>14)</sup> 그러나 筆者의 이와 같은 주장은 아직 學界에서 받아들여지지 않고 있으며, 더러는 오해도 되고 있다. 즉 筆者의 입장이 「법규에는 반드시 법규적 성질의 것만 담아야 되는 것은 아니므로 법규명령의 형식을 취하였다고 하여 행정명령으로서의 성질이 변할 수 없다고 한다」는 것으로 소개되기도 하는 것이다.<sup>15)</sup> 그러나, 筆者의 현재의 입장은 그러한 것이 아니며, 法律의 授權없는 大統領令은 效力에 있어 行政規則으로 볼 수 밖에 없으며, 비록 行政組織 內部에서만 기속력을 가지더라도 法律의 授權에 의해 제정된 이상 形式·實質에 있어 法規命令으로 볼 수 밖에 없다는 것이 筆者의 입장이다. 다만, 본래의 行政規則과 구분하기 위해, 筆者는 현재 그와 같은 法規命令을 편의상 “不眞正한 行政規則으로서의 法規命令”으로 부르고 있다.<sup>16)</sup>

비록 “不眞正한 行政規則으로서의”라는 수식어를 머리에 붙이고는 있으나, 法律의 授權에 의해 제정된 이상, 그들 法規命令(예컨대 「자동차운수사업법 제

14) 金南辰, 行政法 I, 206면.

15) 李尙圭, 앞 책, 310면.

16) 金南辰, 앞 책, 206~207면.

31조 등의 규정에 의한 사업면허의 취소처분 등의 처분에 관한 규칙」인 교통부령 제724호 등)은 法規로서의 效力, 무엇보다도 裁判規範으로서의 效力이 인정되지 않으면 안된다. 그럼에도 불구하고, 法院은 위 交通部令(제724호)에 대해 「이는 교통부장관이 관계 행정기관 및 직원에 대하여 그 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정조직 내부에 있어서의 행정명령의 성질을 가지는 것이라 할 것이다」<sup>17)</sup>라고 하여 法律의 授權에 의해 제정된 交通部令의 法規的 性質을 부인하고 있다.<sup>18)</sup> 반면에, 비록 法規命令의 形式(大統領令)으로 發해졌지만, 法律의 授權에 의한 것이 아니기에 法規的 性質이 부인되어야 할 大統領令에 대해서는 法規的 性質을 인정하기도 한다. 그 一例가 정부공문서규정(현재의 사무관리규정)을 法規的인 것으로 본 判例이다. 즉 大法院은 「정부공문서규정 제36조 제2항의 규정도 행정기관으로 하여금 일반국민의 문서열람 및 복사신청에 대하여 기밀 등의 특별한 사유가 없는 한 이에 응하도록 하고 있으므로, 그 신청을 거부한 것은 위법하다」<sup>19)</sup>라고 判示하였는데, 이는 法律의 授權없는 命令에 대해 法規로서의 효력을 인정한 사례에 해당한다.

結論적으로, 현재 우리의 現行法上 行政節次에 관한 사항이 法規的·非法規的 命令으로 제정되어 있는 경우가 많이 있고 그의 效力에 관하여 學說·判例의 태도가 일치되어 있지 않으므로 여러가지 混亂이 일어나고 있다. 바로 그와 같은 混亂을 제거하고, 行政節次가 제도로서 정착하게 하기 위해서는 行政節次法을 제정·실시하는 것이 최선의 길이다. 다만, 行政節次法案이 완성된 때로부터 상당한 時日이 경과하였기에, 그 사이의 理論·制度의 발전, 立法例 등을 참작하여 기존의 法案을 再吟味할 필요는 많이 있다고 판단된다. 특히 今年안에 國會에 회부될 것으로 예상되는 日本의 行政手續法要綱案 및 그에 관한 論議<sup>20)</sup>는 우리의 行政節次法案을 再吟味 하는데 있어 좋은 참고가 될 것으로 생각한다.

17) 大判 1984. 2.28, 83 누 551.

18) 大法院은 法律의 授權에 의해 제정된 保健社會部令(공중위생법시행규칙)에 대해서도 그의 法規性을 부인하였는 바, 筆者는 이에 대해 비판한 바 있다.(金南辰, 行政法의 基本問題, 1051면 이하).

19) 大判 1989.10.24, 88 누 9312. 아울러 이 判例에 대한 筆者의 批評에 관하여는 Vgl. 金南辰, 行政法의 基本問題, 1069면 이하.

20) 때마침 발간된 日本의 定評있는 法律誌인 法律時報(1993. 5)는 行政節次(行節手續法)의 立法課題)에 관한 특집을 꾸미고 있어 우리에게 많은 참고자료를 제공해 주고 있다.

政府에 의한 改革(立法포함)이 활발히 진행되는 가운데, 參考資料 또한 새로  
워지고 있는 이 時點에 있어, 우리의 行政節次法案을 再吟味하며, 行政節次立  
法化의 再推進을 促求함은 의미있는 일로 생각된다.<sup>21)</sup>

### Ⅲ. 行政節次法案의 補完·補強

#### 1. 行政過程의 透明性의 補強

行政節次法案 제1조는 그의 目的에 관하여 「이 法은 行政節次에 관한 公同적  
인 사항을 規制하여 公正하고 民主的인 行政運營을 기하고 國民의 행정참여를  
도모함으로써 國民의 權익을 보호하고 行政의 신뢰성을 확보함을 目的으로 한  
다」라고 규정하고 있다. 이 점과 관련하여는, 行政過程(절차)의 투명성을 그의  
目的(이념) 및 內容에 있어 보강함이 좋다는 의견을 제시하고 싶다.

行政節次의 立法化가 적든 많은, 行政의 透明化, 可視化에 이바지함은 일찍  
부터 인식되어 왔다. 筆者 스스로도 「行政節次의 理念」에 관해 서술하는 자리  
에서 「行政節次의 法制化가 行政의 豫測可能性, 可視性을 제공함으로써 法治  
主義의 구현에 이바지하게 됨은 긴 설명을 요하지 않는다」<sup>22)</sup>라고 記述해 놓은  
바 있다. 그러나 종래, 行政節次와 관련해서는, 行政을 통해서 불이익을 받게  
되는 國民에게 事前의 防禦權을 보장한다는 점(청문)이 강조되고, 行政過程의  
투명화에 대해서는 상대적으로 관심이 적었다고 보여진다. 이것은 종래 청문  
(hearing, Anhörung)이 行政節次의 代名詞처럼 여겨진 사실에 잘 나타나  
있다.

이에 대해, 근래에는 다른 나라에서도 行政過程의 투명성보장이 行政節次의  
立法과 관련하여 특히 重視되는 경향에 있다.

그에 대한 첫 事例로서, 日本의 行政手續法要綱案 「第1 目的」규정의 修正을  
들 수 있다. 文獻에 의하면, 日本의 行政管理廳 내지 總務廳에 설치된 行政手續

21) 때마침, 다른 學者가 行政節次法의 조속한 시행이 「문민정부의 신한국창조에 부합하는 시대적  
요청」임을 강조하고 있음을 적어 놓기로 한다. Vgl. 崔松和, 行政節次立法化의 課題, 韓國公法  
學會 第35회 학술발표회.

22) 金南辰, 行政法 I, 416면.



法研究會의 第2次中間報告만 하더라도, 行政手續法制定의 目的으로서 「公正하고도 民主的인 行政의 確保」라는 文句만 들어 있었던 것인데, 그 뒤 「透明性의 向上」이라는 文句가 추가되었다고 한다.<sup>23)</sup> 日本에서도 “行政過程의 투명성”의 요청이 근래에 특히 강조되고 있음을 알 수 있다.

다음, 프랑스의 行政節次法制에서 “行政의 透明性確保”가 특히 강조되며 제도화되고 있음도 우리에게 큰 참고가 된다.

프랑스에서는 Conseil d'Etat 등에 의해 行政의 事後統制는 철저히 행해지는 반면에, 行政의 事前節次로서의 非訴訟的 行政節次(Procédure administrative non contentieuse)에 대해서는 상대적으로 관심이 희박하고, 그리하여 현재까지 統一的 行政節次法典도 제정되어 있지 않음은 周知의 일에 속한다. 그러한 프랑스에서도 1970年代부터의 行政改革의 일환으로서, 「行政과 公衆간의 關係改善」을 위한 일련의 施策이 채택되었는데, 그 안에는 行政의 透明性 關聯法令 또는 行政節次關聯法制로 일컬어지는 것이 포함되어 있다. 그의 第1章을 行政文書의 약세스에 충당하고 있는 1978年 7月 17日의 法律(1988年 4月 28日의 政令에 의해 補完)<sup>24)</sup>, 行政決定의 理由附記에 관한 1979年 7月 18日 法律(1986年 1月 17日의 法律로 補完)<sup>25)</sup>, 청문, 자문에 관한 1983年 11月 23日의 政令(décret)<sup>26)</sup> 등이 그에 해당한다.

위의 法令에 의한 行政節次立法의 시도, 혹은 프랑스에 있어서의 非訴訟的

23) Vgl. 行政手續法要綱案의 檢討(シンホ'ヅム), 法律時報, 1993. 5, 92면.

24) 一名 行政文書公開法으로 불리우는 同法 第1條는, 「無記名行政文書의 열람에 관하여, 모든 사람에게 그 情報를 얻을 權利가 本章에 의해 정해지며 보장된다」라고 규정하고 있으며, 第2條 예외(국방, 공공의 안전, 사생활의 보호 등)를 제외하고는, 行政文書는 申請者에 대해 交付하지 않으면 안된다고 규정하고 있다.

25) 同法 제1조(또는 法의 細目を 정하는 總理訓令에 의하여)는 ① 公的自由·權利의 행사를 제한하며, 혹은 警察處分의 성격을 가지는 決定, ② 制裁를 과하는 決定, ③ 許可의 부여에 제약적 조건을 과하는 決定, ④ 設權處分을 취소 또는 철회하는 處分, ⑤ 時效, 訴權소멸, 請求權소멸을 援用하는 決定, ⑥ 法定要件을 충족하면 權利가 실정되는 者에 대해 이익부여를 拒否하는 決定, ⑦ 許可를 拒否하는 決定 등에 있어서, 行政機關이 그의 근거를 구성하는 法의 事實的 考慮에 대해 附記할 의무를 부과하고 있다.

26) 이 政令은 全文 16개조, 3장으로 나누어져 있다. 제1장은 「法 앞의 平等原理의 요청을 충족하기 위한 規程」 제2장은 「非訴訟的 行政節次에 관한 規程」, 제3장은 「국가의 행정청 및 국가의 行政의 公營造物을 위해 설치된 자문기관의 운영에 관한 規程」으로서, 프랑스적 청문절차에 관한 일반규정으로서의 의의를 가진다.

行政節次의 法典化의 윤곽을 형성하는 위 法律의 제정은, 「行政의 透明性」의 실현으로서 말해지며 총괄되는 점이 그의 특색이라 할 수 있다.<sup>27)</sup>

한 마디로, 行政過程의 透明性의 확보를 강조하며 실천하려는 것이 日本, 프랑스 등 여러나라에서의 行政節次立法의 한 경향인 것으로 파악된다. 그리고 그 行政過程의 투명성의 확보는 우리나라에서도 당면의 절실한 과제인 것으로 여겨진다. 무엇보다도 「行政과 公衆과의 거리」를 좁히고 行政에 대한 民의 信賴度를 높이며, 行政情報의 獨占·先占에 따르는 부패의 방지를 위해 그러한 것이 필요하다. 새 政府(金泳三大통령)의 출범이후 드러난 公職者의 致富 내지 부패의 根源에는 “行政過程의 非透明性”도 크게 이바지 했다고 여겨지는 것이다.

물론, 行政節次法案에도 이미 行政過程透明化를 위한 장치가 담겨져 있다. 제18조에 있어서의 「當事者 등의 記錄閱覽」, 제24조에 있어서의 「行政處分 基準의 公表」, 제28조에 있어서의 「行政處分の 理由附記」 등에 관한 규정이 그에 해당한다. 그러나 現時點에서 볼 때, 補完의 餘地는 남아 있다. 예컨대, 法案 제18조는 「기록의 열람·복사를 요청할 수 있는 자」의 범위를 當事者등(行政廳의 행위에 의하여 직접 상대가 된 자 또는 상대예정자 및 行政廳의 행위에 의하여 법률상 또는 사실상 이해관계에 영향을 받는 자)에 한정하고, 이들이 자기의 權利 또는 이익을 주장하거나 방어하기 위하여 필요한 記錄에 한해 그것을 열람·복사할 수 있는 權利를 보장하고 있다. 그러나, 當事者의 權益보장의 차원에서가 아니라, 行政의 透明性의 확보라는 견지에서 公文書를 열람·복사할 수 있는 자의 범위를 넓히며, 그의 목적·조건도 완화할 필요가 있다고 보는 것이다. 아울러, 미국의 政府日照法(Government in the Sunshine Act, 1976)의 취지에 비추어, 우리 역시 국민의 이해에 중대한 영향을 끼치는 會議體(國土利用計劃審議會, 都市計劃委員會 등)의 會議의 公開<sup>28)</sup>를 위한 시도를 시작해야 할 것으로 여겨진다.

결론적으로, 行政節次法案 제1조 目的條項에 “行政의 透明性確保”에 관한

27) Vgl. Roux, La transparence administrative en France, in: La transparence administrative an Europe, 1990, p. 61; 平田和一, フランスの行政手續法制の概要と特色, 上掲 法律時報, 79면.

28) 筆者는 다른 곳에서, 會議의 公開는 「會議의 公正性을 확보하는 동시에, 外部에 대한 情報公開의 기능」을 수행하게 된다고 함을 記述해 놓은 바 있다(Vgl. 行政法 I, 431면).

文句를 추가하는 동시에, 法案 전체에 걸쳐, 그러한 觀點에서의 補完을 시도할 필요가 있음을 강조해 두고 싶다.

## 2. 實體的 規定의 補強

立法例로서, 독일의 行政節次法(聯邦)이 “節次法”이라는 명칭에도 불구하고 많은 實體的 規定(行政行爲의 개념, 附款, 行政行爲의 取消·撤回에 관한 규정 등)을 담고 있는데 대하여, 미국의 行政節次法(Administrative Procedure Act)<sup>29)</sup>이 순수 節次法 중심으로 엮어져 있음은 周知의 일이라고 하겠다. 이 가운데, 우리의 行政節次法案이 독일의 類型에 가깝다 함은 설명을 요하지 않는다.<sup>30)</sup> 흥미있는 것은 臺灣(中華民國)의 行政節次法草案은 그 어느 나라의 것보다 많은 實體法的 規定을 담고 있다는 사실이다. 청문절차 등 순수 節次的 規定 이외에, 行政處分의 成立(제2장 제1절), 行政處分의 公定力(제3절), 行政契約에 관한 규정(제3장), 行政立法(法規命令·行政規則)에 관한 규정(제4장) 등이 그에 해당한다.

독일의 行政節次法이 行政行爲에 관한 實體法的 規定을 담고 있는 이외에 公法契約에 관한 9개조나 되는 條文(제54-62조)을 담고 있는 사실, 行政立法에 관하여서는 그러나 制定權의 主體가 多岐하므로 行政節次法에서 統一化시키지 않고 있는 사실 등은 이미 알려져 있는 사실이다. 이에 대해 臺灣의 行政節次法草案이 行政契約, 行政立法에 관한 규정을 담고 있음은 우리의 흥미를 끌기에

29) 1946년 6월 11일에 제정된 위 미국(연방)의 行政節次法(약칭으로서의 APA)은 1966년 合衆國法典(United States Code)의 제5권의 개편작업의 일환으로서, Pub. L. No. 89-554, 80 Stat. 381(Sept. 6, 1966)에 의하여 형식적으로는 폐지되었다. 그러나 1946년의 APA의 條文은 제1조(「이 條文은 行政節次法으로서 引用될 수 있다」는 것이 그 내용이다)를 제외하고는 合衆國法典 제5권에 편입되고 있으며(§§ 551-559, 701-706), 이들 條項 전체를 묶어서 APA로 부르는 慣行이 정착되어 있다. 이 가운데 §552는 일반적으로 情報自由法(Freedom of Information Act)DM로, §552a는 프라이버시法(Privacy Act), §520b는 政府日照法(Government in the Sunshine Act)으로 불려지고 있음은 周知의 사실이라 하겠다. Vgl. Administrative Conference of the United States, Federal Administrative Procedure Sourcebook, p. 3.

30) 최근 日本文獻에 韓國의 行政節次法案의 내용이 소개되는 가운데, 「日本の 行政手續法要綱案과 비교하여, 보다 진보한 것으로서 볼 수도 있다. 그러나, 國會에서의 法案의 심의에 있어 行政側의 저항을 생각하게 되면, 과연 日本의 것보다 진보한 것인가 아닌가는 豫斷을 허용치 않는 狀況에 있다」(上掲 法律時報 83면)라고 評해지고 있음은 참고할만 하다.

충분하다. 우리나라에서 行政節次立法化의 작업이 다시 시작되는 경우, 우리 역시 行政立法, 行政契約에 관하여 규정하는 동시, 行政處分과 관련하여서도 좀 더 補完할 것을 提言하고 싶다. 최소한 附款에 관한 규정을 설치할 것이 필요하다.<sup>31)</sup> 行政節次法案에 附款에 관한 규정이 들어가 있지 않은 이유로서, 同法案의 심의당시만 하더라도 法律行爲의 行政行爲 및 裁量行爲에만 附款을 붙일 수 있고, 準法律行爲의 行政行爲나 기속행위에는 절대로 부관을 붙일 수 없다는 식의 주장(종래의 通說)이 우세했던 사정을 들 수 있다. 그러나 그러한 주장은 본고장이라 할 日本에서도 극복되었다고 하겠으며,<sup>32)</sup> 우리나라에서의 종래의 通說에 대한 批判은 日本에서보다 훨씬 이른 일이며, 새로운 理論이 보편화되어 있다고 보아 잘못이 없을 것 같다.<sup>33)</sup> 따라서, 現時點에서 그 附款에 관한 條項을 行政節次法案에 추가시키는 것에 큰 저항이 없을 것으로 생각된다. 그럼에도 불구하고, 近年에 大法院이 「기속행위나 기속적 재량행위에는 부관을 붙일 수 없고, 가사 부관을 붙였다 하더라도 이는 무효의 것이다」<sup>34)</sup>라고 判示하는 등, 아직 附款理論에 관한 혼란이 잔존하고 있는 것이 현실이기에, 그것을 立法的으로 해결함이 바람직하다고 보는 것이다.

### 3. 現代的 行政節次要素의 補強

今年안으로 國會에 회부될 것으로 기대되는 日本의 行政手續法要綱案에 대하여 「行政節次的 “近代化”의 미달성과 “現代化”에의 불대응·부적합」이라는 문제점을 안고 있다는 비판이 加해지고 있는 사실이 우리의 눈을 끌만하다.<sup>35)</sup>

동시에, 우리의 行政節次法案에 대해서도 같은 類의 비판이 加해질 餘地가 있는 것이 아닌가 하는 생각을 가지게 된다.

이 문제를 論하기 위해서는, 먼저 “近代的 行政節次” 및 “現代的 行政節次”라는 것이 무엇을 의미하는가를 먼저 究明할 필요가 있다. 그러한 用語를 闡明

31) 同旨: 柳至泰, 행정절차의 권리보호 기능과 한계, 저스티스 22권, 1989. 12.

32) 예컨대, Vgl. 鹽野 宏, 行政法 I, 1991, 135면 이하.

33) Vgl. 慎保晟, 行政行爲의 爭點과 附款, 月刊考試 1987. 7: 朴鍾局, 行政行爲의 附款論(博士學位論文, 建國大, 1987); 金南辰, 行政法의 基本問題, 217면 이하.

34) 大判 1988. 4.27, 87 누 1107. 아울러 이 判例에 대한 筆者의 비판에 관하여는 Vgl. 金南辰, 앞 책(基本問題) 874면 이하.

35) Vgl. 上掲 法律時報, 62면.

다 앞서 쓰기 시작한 日本學者에 의하면, 「국가와 개개 私人의 二面的 關係를 전제로 하여, 특히 국가가 私人의 自由 및 權利를 침해하는 경우의 告知와 聯關을 중심으로 한 公正節次」를 近代의 行政節次로 부르고 있는 데 대하여, 行政節次에의 參加者의 擴大, 情報公開 등을 現代의 行政節次의 요소로서 예시하고 있다.<sup>36)</sup>

과거에는 “行政節次 = 事前節次 = 聽聞”이라는 公式이 통용되었던 것이 사실이다. 즉 許可의 取消·撤回, 公務員의 징계 등 個人에 대한 不利益處分을 행하기 전에 상대방에게 자기를 방어하고 변명할 기회를 주는 제도, 즉 “청문”이 바로 行政節次인 것으로 이해하는 것이 과거에 있어서의 지배적 경향이었다. 그러다가 대규모의 개발사업의 실시, 原子力發電所 등 위험시설의 설치 등과 관련하여 多數利害關係者를 상대로 한 청문(공청회)이 실시되기에 이르렀으며, 나아가 청문과 관련하여, 利害當事者에게 자기에 관련된 文書閱覽權이 부여되어야만 청문이 제대로 기능할 수 있다는 식으로 行政節次의 요소 내지는 범위가 확대되고 있는 것이 오늘의 狀況이라 할 수 있다.<sup>37)</sup> 그리고, 우리의 行政節次法案도 이미 기록열람(제18조), 공청회(제48조 이하) 등 앞의 日本文獻에서 現代의 行政節次로 불리는 요소를 담고 있음은 앞에서 살펴 보았다. 그러나 동시에, 情報公開 등의 면에서 그것이 충분치 않음도 앞에서 지적해 놓은 바와 같다. 그럼에도 불구하고, 여기에서 새삼 “現代의 行政節次要素”의 보강을 論하게 되는 것은 行政節次法이 오늘의 “情報化時代”, “行政의 自動化”라는 추세 내지 현상에 대응할 필요가 있음을 강조하려는 것이다.<sup>38)</sup>

36) 鹽野 宏, 行政過程とその統制, 1989, 231면 이하.

37) 그러한 점을 감안하여, 筆者 자신 行政節次 內容(요소)으로서 ① 告知, ② 청문, ③ 決定이라는 전통적 요소외에 ④ 理由附記, ⑤ 문서열람·정보공개 등 現代의 行政節次로 불려지고 있는 요소를 추가해 놓고 있다.

38) 行政節次만이 아니라, 行政法 내지 行政法理論이 그와 같은 時代的 특징에 대응하며 그것들을 흡수할 필요가 있다고 하지 않을 수 없다. 筆者의 그와 같은 所見에 관하여는 Vgl. 金南辰, 情報化社會와 行政法體系의 再構成, 月刊考試 1991. 8; 技術時代의 行政法·行政法學, 考試界 1992. 3. 아울러 이에 관련된 외국문헌으로는 Vgl. Thieme(Hrsg), Veränderung der Entscheidungsstruktur in einer öffentllichen Verwaltung, 1988; Lazaratos, Rechtliche Auswirkungen der Verwaltungsautomation auf das Verwaltungsverfahren, 1990; Ehlers, Die öffentliche Verwaltung im technischen Zeitalter, in: Erichsen/Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 1992, S. 87ff.

오늘날에는 行政에도 컴퓨터 등 자동기계가 도입됨으로써 行政의 상당부분이 전산처리되고 있다. TV 등 映像器가 行政에 도입됨으로써 行政組織에도 여러가지 變化를 가져 올 것이 예기되고 있다. 1976년에 확정된 독일의 行政節次法은 자동장치(automatische Einrichtungen)를 사용하여 발해지는 行政行爲에 대한 여러 特則을 두고 있는데, 서명·날인, 부호사용, 이유부기의 생략, 청문의 생략 등에 관한 규정(同法 제28조 2항, 37조, 39조 등)이 그에 해당한다. 이에 대해 우리의 行政節次法案에는 이유부기에 관련하여서만 特則(제28조 2호)을 두고 있을 뿐이다. 한 마디로, 우리의 行政節次法案에서는 行政上的 自動(automatisierte Bescheide)<sup>39)</sup> 등 行政의 自動化時代에 대비한 준비가 소홀하다고 하지 않을 수 없다. 더욱이 오늘날에는 컴퓨터 등 自動化裝置의 영역에 있어서의 변화·발전이 눈부신 바 있으므로 行政節次立法化作業을 재추진하는 경우 그러한 점에 대한 충분한 배려가 있어야 할 것으로 생각된다.

#### IV. 맺는 말

앞에서 살펴 본 바와 같이, 우리나라에서 一般法으로서의 行政節次法을 제정해 보려는 시도는 오래 전부터 있어왔다. 1980年代에 들어서서 그것을 위한 作業이 본격적으로 시작되었으며, 당장에 法律로 확정하여 실시하더라도 靚찮을 만한 法律案이 마련되어 立法豫告까지 거친 바 있다. 그리고 그 중의 핵심부분이 訓令(행정관리운용지침)의 형식으로 시행되고 있음도 周知의 일에 속한다. 그러나 訓令과 法律은 그의 效力 등에 있어 비교할 수 없을 정도의 차이가 있을 뿐 아니라 餘他 부분을 더이상 死藏시켜서는 안됨을 강조하고 싶다.

때마침 政府는 新韓國創造의 기치아래, 여러 영역에 걸친 改革立法을 추진중에 있다. 바로 이와 같은 好機를 이용하여 行政節次法案을 補完·確定하게 되기를 바란다.

39) 行政上的 自動決定의 여러가지 法的 問題에 관하여는 Vgl. Erichsen/Martens, a.a.O., S. 464f.; 金南辰, 行政法 I, 395면 이하.