

行政規制緩和를 위한 法制改善의 動向 및 問題點과 解消方案

吳 峻 根*

차 례

I. 문제의 제기 · 연구의 목적

II. 행정규제의 법률상 개념과 그 법적 근거

1. 행정규제에 관한 헌법적 근거
2. 행정규제에 관한 현행 법률상 개념규정

III. 현행법제상 행정규제규정 및 그 완화조치의 유형적 · 내용적 분석

1. 행정규제의 유형적 분석 필요성 및 방법
2. 행정규제 및 그 완화조치의 유형적 · 내용적 현황 분석

IV. 문제점과 그 해소방안

1. 개념규정
2. 행정규제법정주의
3. 행정규제의 원칙
4. 중복규제와 의제규정의 문제
5. 행정절차의 채택

* 韓國法制研究院 首席研究員, 法學博士

I. 문제의 제기 · 연구의 목적

1993년 7월 2일 대한민국정부가 발표한 「신경제 5개년계획 (93-97)」은 제3장에 “경제개혁의 추진”을 위한 계획을 마련하고, 그 구체적 내용으로서 “재정개혁”, “금융개혁”, “행정규제개혁” 및 “경제의식개혁”을 위한 추진방안을 마련하고 있다.¹⁾ “행정규제”에 대한 개혁은 새정부의 신경제 구상을 위한 4대 개혁과제중의 하나로 떠오를 만큼이나 개혁정책에 있어 중요한 비중을 차지하고 있다.

「신경제 5개년계획」속에 드러나 있는 「행정규제개혁」은 행정규제의 완화를 그 중점에 두고 있다. 「신경제 5개년계획」은 행정규제개혁의 의의를 제시하면서 “신경제에 있어서 규제완화가 갖는 의미”로서 “①경제발전의 새로운 원동력을 찾아내기 위해서는 국민의 참여와 창의를 최대한 발휘될 수 있도록 경제제도와 경제의식의 개혁이 필수적임 ②경제규제완화는 이러한 제도개혁의 핵심과제로서 과거 권위주의 시대에 누적된 정부의 직접적인 지시·통제체제를 고치지 않고서는 국민의 창의를 기대하기 어려움 ③복잡다기한 경제행정규제는 부조리의 소지가 되는 면도 있기 때문에 깨끗한 정부를 구현하는 차원에서도 규제완화는 중요 ④이 같은 제도개혁이 추진되는 과정에서 기업활동여건도 크게 개선됨으로써 경제활력을 살리는데 기여” 등 네가지를 들고 있다.²⁾

정부의 이러한 의지를 구현하기 위하여, 각종 행정규제완화를 위한 법령정비가 속속 이루어지고 있다. 1994년 4월 현재까지 행정규제개혁을 위한 법령정비의 건수는 법률 119건, 대통령령 40건, 부령 56건 등 총 215건에 이르며 행정규칙의 정비를 통한 행정규제완화의 건수까지 포함한다면 그 수는 훨씬 증가하리라 생각된다.³⁾

1) 대한민국정부, 신경제 5개년계획 (93-97), 1993.7. 참조.

2) 대한민국정부, 신경제 5개년계획 (93-97), 1993.7. 83면 이하 참조.

3) 통계자료 제공 : 법제처 법제기획관실; 경제행정규제완화점검단, 「경제행정규제완화의 성과와 과제」, 세미나자료 1994.4. (조선일보 1994.4.27. 제10면)에 의하면

행정규제완화를 위한 법령과 제도의 정비는 「신경제 5개년계획」에서 지적된 바와 같이 무수한 긍정적 측면을 포함하고 있다. 그러나 현재 진행되고 있는 행정규제완화에 대하여 많은 문제점이 제기되기도 한다. 본 연구는 행정규제완화의 실제운동적인 측면보다는 법제개선의 동향에 그 초점을 두고자 한다. 특히 법률·대통령령·부령 등 법규적 효력을 가지는 「법령」의 제정 및 개정작업중 행정규제완화를 목표로 한 경우를 유형적으로 분석하고 그 가운데서 드러나고 있는 문제점과 개선방향을 지적하고자 하는데 본 연구의 주된 목적이 있다.

Ⅱ. 행정규제의 법률상 개념과 그 법적 근거

행정규제의 개념은 현행 헌법 및 각종 실정법 규정가운데에서 다각적으로 사용되고 있다.

1. 행정규제에 관한 헌법적 근거

현행 헌법은 “국가는 균형있는 국민경제의 성장 및 안정과 적정한 소득의 분배를 유지하고 시장의 지배와 경제력의 남용을 방지하며, 경제주체간의 조화를 통한 경제의 민주화를 위하여 경제에 관한 규제와 조정을 할 수 있다(제119조제1항). 국가는 국민 모두의 생산 및 생활의 기반이 되는 국토의 효율적이고 균형있는 이용·개발과 보전을 위하여 법률이 정하는 바에

“1993년 연말까지 결정된 경제행정규제완화과제 966건중 753건에 대한 법령개정이 완료되었으며, 그중 596건은 시행되고 있으나, 157건은 제대로 시행되지 않고 있다”고 자평하고 있다. 여기서 언급된 법령개정의 범위에는 법률·대통령령·부령등 법규명령 뿐만 아니라, 훈령·예규·지침등 행정규칙의 개정까지도 포함되어 있다. 행정규칙이 국민생활이 미치는 영향이 보다 직접적이며 구체적인 까닭에 행정규칙의 개정을 통한 행정규제완화도 그만큼 중요한 의미를 가진다. 그러나 행정규칙을 법령의 범위에 포함시켜 법령과 동일한 대외적 구속력의 범주에서 다루는 것은 문제가 있다. 행정규칙의 법규성여부에 관한 논쟁에 관하여는, 김도창, 일반행정법론(상), 328면; 김남진, 법률에 근거없는 대통령령의 효력, 고시연구 1994.5, 171면 이하 등 참조.

의하여 그에 관한 필요한 제한과 의무를 과할 수 있다(제122조). 국가는 대외무역을 육성하며 이를 규제·조정할 수 있다(제125조)”는 등의 규정을 통하여 행정규제를 위한 각종 입법의 헌법적 근거를 마련하고 있다.⁴⁾

2. 행정규제에 관한 현행 법령상 개념규정

이러한 헌법적 근거를 바탕으로 1994년 4월 현재 공포되어 시행중에 있는 827건의 법률, 1078의 대통령령, 68건의 총리령과 850건의 부령 등 3223건의 현행 법령은 다양한 영역에서 다각적인 내용의 행정규제를 규정하고 있다.⁵⁾ 현행 법률 중 「행정규제」의 개념을 실정법에 도입하여 직접적인 정의규정을 두고 있는 법률로는 「기업활동규제완화에관한특별조치법」과 「행정규제및민원사무기본법」등 두건의 법률을 들 수 있다.⁶⁾

실정법률 속에 「행정규제」의 개념에 대한 적극적 정의를 시도한 최초의 실정법률이 「기업활동규제완화에관한특별조치법」이다. 동법은 「행정규제」라 함은 “국가 또는 지방자치단체가 특정한 행정목적의 실현을 위하여 기업활동에 직접 또는 간접적으로 개입하는 것을 말한다”라고 정의하고 있다(제2조제2호). 1994년 1월에 공포된 「행정규제및민원사무기본법」도 “행정규제”에 관한 적극적 개념규정을 하고 있다. 다만 동법은 「기업활동규제완화에관한특별조치법」과는 달리, 행정규제를 “국가 또는 지방자치단체가 특정

4) 헌법상 경제질서와 규제규정의 기본적 의의와 내용에 관하여는, 권영성, 헌법학원론, 153면 이하 참조.

5) 이상의 법령건수는 한국법제연구원이 발간하는 대한민국헌법령집에 1994년 3월 31일에 발간된 제45회 추록 현재 수록되어 있는 법령의 건수를 기준으로 한 것이다. 대한민국헌법령집에는 이상의 법령외에도 헌법재판소규칙 24건, 대법원규칙 105건, 중앙선거관리위원회규칙 12건, 국회규칙 60건, 감사원규칙 10건등 3291건의 법령이 수록되어 있다.

6) 현행 법률중에서 「규제」라는 용어를 포함하고 있는 법률은 「조세감면규제법」등 50건(헌법 1건 포함)에 달한다. 그러나 이들 법률은 본문에서 언급한 2건의 법률을 제외하고는 “규제” 내지는 “행정규제”에 관한 적극적 정의를 하지 않고 있다; 자료검색 : 한국법제연구원, 대한민국법령데이터베이스(KOLD).

한 행정목적의 실현을 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것을 말한다”고 정의하고 있다.

법률속에 규정된 개념규정이 너무 광범위한 내용을 담고 있는 경우 시행령이나 시행규칙에서 이를 보다 구체화하는 경우가 현행법제 가운데 많이 나타나고 있다. “행정규제”의 개념에 관하여 서로 다르게 적극적인 정의를 하고 있는 두 실정법률은 그 시행령 또는 시행규칙가운데서도 서로 다른 입법례를 드러내 보이고 있다.

「기업활동규제완화에관한특별조치법시행령」⁷⁾ 및 「기업활동규제완화에관한특별조치법시행규칙」⁸⁾ 속에서는 행정규제의 개념규정에 관한 아무런 언급을 발견할 수 없다. 이와는 반대로 「행정규제및민원사무기본법시행령」⁹⁾은 “행정규제” 개념의 구체화를 시도하고 있다. 동 시행령 제2조제1호는 다음과 같이 규정하고 있다. “법 제2조제1호의 규정에 의한 “행정규제”라 함은 다음 각목의 1에 해당하는 사항을 말한다. (가) 허가·인가·특허·면허·승인·지정·인정·시험·검사·검정·확인·증명 등 일정한 요건과 기준을 정하여 놓고 국민으로부터 신청을 받아 처리하는 행정처분 또는 이와 유사한 사항 (나) 영업정지·개선명령·허가의 취소·등록말소·확인조사·단속 등 행정기관의 일방적인 감독·처분권한의 행사 등에 관한 사항 (다) 고용의무·보고의무·공급의무·기록 및 보존의무·명의대여금지 등 법령에 의하여 일정한 작위 또는 부작위의무를 부과하는 사항 (라) 기타 구체적으로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 행정행위(사실행위를 포함한다)에 관한 사항”.

이상에서 드러나는 바와 같이 현행법령상 규정되어 있는 “행정규제”에 관한 개념정의는 일반추상적인 법률의 규정속에서 또 보다 구체화된 시행령속에서 너무 포괄적인 내용을 담고 있어서 그 분석 및 체계화를 필요로 하고 있다.

7) 1993.8.23. 대통령령 제13963호

8) 1993.11.9. 상공자원부령 제17호

9) 1994.4.7. 대통령령 제14,200호

Ⅲ. 현행법제상 행정규제규정 및 그 완화조치의 유형적·내용적 분석

1. 행정규제의 유형적 분석 필요성 및 방법

행정규제는 행정활동의 거의 모든 영역에서 이루어지고 있다. 행정규제에 관한 각종 근거법령은 그 적용대상·형식·규제의 내용 및 강도 등을 무척 다양하게 규정하고 있다. 행정규제를 완화하여 원활한 기업활동 또는 경제활동을 보장하기 위하여는 먼저 행정규제의 내용을 분석하고 이를 체계화함이 불가피하다.¹⁰⁾

행정규제를 내용적으로 분석하여 이를 체계화하는 방법은 여러가지가 있을 수 있다. 첫째로 행정규제를 규제분야에 따라 구분할 수 있다. 국가행정활동분야 즉 내무·외무·재정·경제·국방·상공자원·문화·체육·교

10) 내용의 분석 및 체계화는 법이론적 측면의 중요한 분야에 해당된다. 법이론이 가지는 기능이 무엇인가에 대한 물음은 법철학의 주요논제의 하나에 해당된다. 법철학은 법존재론, 법인식론, 법가치론을 포괄한다. 법이론이란 어느 학문분야에 대하여 제시된 학문적 설명이라 정의될 수 있다. 법이론은 법에 쓰여 있는 바를 반복하는 작업이 아니라, 그 법률에 내재된 가치관을 탐색하는 작업이다. 법을 단편적으로 보지 않고 전체적으로 조감하는 경우, 언제나 새로운 가치관을 부여함이 가능하다. 법이론은 첫째 법의 체계화기능을 갖는다. 법이론의 형성으로써 우리는 법체계를 조감할 수 있다. 법질서를 우리가 이해할 수 있도록 하고, 이로써 일반인이 법의 정글속에서 바른 법적용의 길을 찾도록한다. 둘째로 법이론은 토론기능을 갖는다. 모든 법체계에 대한 견해들은 상대방에 의하여 받아들여질 수 있어야 한다. 받아들여 질 수 없다면, 비판되어야 하고, 비판을 받은 학자는 이를 설명해 내든지, 상대의 비판에 승복하고 대안을 내고, 개선방향을 찾아야 한다. 그러므로 한번 전개되어진 법이론은 언제나 새로운 다른 이론적 설명의 발판구실을 하게된다. 즉 한번 전개되어진 법이론은 언제나 새로운 다른 이론적 설명의 가능성을 내포하고 있으며, 또 스스로 이를 가능케한다. 이와 같은 토론기능은 법발전에 기여하게 된다. 법은 이론적 설명으로 상대방에게 가르쳐질 수 있어야 하기 때문이다. 법이론의 내용과 기능에 관하여는, Vgl. Zippelius, *Das Wesen des Rechts*, 117 ff.

통·통신·과학기술·환경·보건사회 등의 분야별로 규제내용을 분석해 나가는 방법이다. 행정쇄신위원회 등 정부 내 행정규제완화 추진기구는 정부 각부처에 소관제도를 파악하고 그 소관부서 내에서의 행정규제를 검토하여 이를 최대한 완화하여 나갈 수 있도록 관계법령과 제도를 개선해 나가는 방법을 취하고 있다.¹¹⁾

「행정규제및민원사무기본법」도 “중앙행정기관의 장은 매년 당해 기관이 관장하는 허가·인가 등 행정규제와 민원사무의 운영실태를 조사하여야 한다. 중앙행정기관은 그 조사결과에 따라 소관 행정규제의 필요성과 실효성에 관한 검토를 실시하고 민원사무의 구비서류·처리절차 등의 간소화방안을 강구하여야 한다”(제32조)고 규정하여 행정규제를 국가행정분야에 따라 구분하고 이를 개선해 나가는 방법을 택함을 명문으로 규정하고 있다.

둘째로 행정규제를 규제내용에 따라 구분할 수 있다. 「신경제 5개년계획(93-97)」은 행정규제개혁의 중점추진과제를 선정하면서 개혁의 대상이 되는 행정규제의 내용을 ①진입규제 ②창업·공장설립절차·입지관련 규제 ③생산·유통·수출입관련 규제 ④가격규제 ⑤환경·산업안전·보건의료관련 규제 등으로 구분하고 있다.¹²⁾

셋째로 행정규제를 규제수단에 따라 구분할 수 있다. 행정규제수단을 행정법학상의 행정작용의 구분방법에 따라 법률 또는 법규명령에 의한 의무의 부과, 일반적 금지와 허가유보, 권력적 행정행위로서 명령적 행정행위로서의 하명, 일반적 금지해제로서의 허가, 형성적 행정행위로서의 특허, 명령·금지과 같은 권력적 행정행위와 검사 또는 감사와 같은 통제장치의 유보 및 그 실행과 같은 사실행위적 행정작용 등으로 구분하는 방법이다.¹³⁾

「기업활동규제완화에관한특별조치법」은 일단 행정규제를 내용적으로 “창업 및 공장설립에 관한 규제”, “고용의무의 부과”, “검사를 중심으로 한 통제장치의 유보” 등으로 구분한 후, 각 개별적 내용에 대하여 허가·인가·신고·등록 등 각종 행정수단을 고려하는 방식을 취하고 있다. 「행정규제

11) 행정쇄신위원회, 행정쇄신 이렇게 하고 있습니다, 1993 참조.

12) 대한민국정부, 「신경제 5개년계획(93-97)」, 83면 이하.

13) 행정법학상의 행정작용의 구분방법에 관하여는, 김도창, 일반행정법론(상), 364면 이하 참조.

및민원사무기본법시행령」은 행정규제의 용어정의를 구체화하는 부분에서는 행정규제를 ①국민으로부터 신청을 받아 처리하는 행정처분 ②행정기관의 일방적인 감독·처분권 행사에 관한 사항 ③일정한 작위 또는 부작위의무를 부과하는 사항 등의 세 가지 범주로 구분하여 행정규제를 규제수단에 따라 구분하는 방식을 취하고 있다.

이상의 세 가지 유형적 분석방법은 분석의 관점 및 필요성에 따라서 각각 다르게 사용되고 있다. 본 논문에서는 법규 상호간의 배열 및 체계화를 할 경우에는 기본적으로 분야별 및 내용별 구분방법을 취하고, 동일법규 내에서의 분석과정에서는 수단별 구분방법을 취하기로 하되, 각각의 구분방법을 모두 혼합하여 행정규제가 전체적으로 법제적 관점에서 드러날 수 있도록, 또 그 완화를 위한 문제점이 부각될 수 있도록 함에 주안점을 두고 서술해 나가고자 한다.

2. 행정규제 및 그 완화조치의 유형적·내용적 현황 분석

(1) 진입제한의 완화

행정규제의 대표적 유형중의 하나는 일정한 국민생활영역에 대한 경제활동 “진입”을 일반적으로 금지하거나 제한하는 경우이다.

일반적 금지는 법률·법규명령 등 법규에 의하여 이루어진다.¹⁴⁾ 법규에 규정된 일반적 금지를 특정한 요건이 갖추어진 경우에 해제하여 적법하게 일정한 사실행위 또는 법률행위를 할 수 있게 하는 행정행위가 “허가”이다.¹⁵⁾ “허가” 제도는 법령의 규정에 따라 “면허·인허·인가·승인·지정” 등으로 불리운다. 허가는 그 대상에 따라 대인적·대물적·혼합적 허가로 구분되며, 허가의 상대방의 출원과 일정한 심사절차를 거쳐 행정행위의 형식으로 행해진다.

허가보다 완화된 형태의 일반적 금지해제방식으로서 “등록”과 “신고”를

14) 이 경우는 법치행정의 원칙이 엄격히 적용되어야 하는 행정분야에 속한다. 김도창, 일반행정법론 (상), 400 면 이하 참조.

15) 김도창, 일반행정법론 (상), 400면 이하; 김남진, 행정법 I, 203면 이하; 박윤훈, 최신행정법강의 (상), 371면 이하; 김동희, 행정법 I, 213 면 이하 등 참조.

들 수 있다. “등록”이란 행정행위로서의 “허가”행위를 요하지 않고, 금지의 해제에 해당하는 일정한 요건의 성취를 공적 장부에 등재함으로써 일반적 금지의 해제를 받는 경우를 의미하며, “신고”란 금지의 해제에 해당하는 일정한 요건의 성취를 행정청에 통지함으로써 일반적 금지의 해제를 받는 경우로서 “공적장부에의 등재”를 요하지 않는다는 점에서 등록보다 완화된 규제제도에 해당된다. “등록” 및 “신고”에 있어서 행정청의 심사에 따라 이를 수리하지 않을 권한이 법규상 주어지는 경우에는 “등록” 및 “신고”는 허가 와 동일한 형태의 규제수단으로 변화되게 된다. 그러나 “등록” 및 “신고”의 거부요건 및 행정청의 판단여지가 “허가”의 경우보다는 훨씬 완화될 수 밖에 없다는 점에서 이들 제도가 허가와 동일한 규제수단으로 사용될 가능성이 있는 경우라 할 지라도 역시 허가보다는 훨씬 완화된 규제수단으로서 작용하게 된다.

이러한 의미에서 “허가제”를 “등록제” 또는 “신고제”로, “등록제”를 “신고제”로 전환하거나 허가·등록·신고제 등을 철폐한 경우 및 일반적 금지 자체를 해제한 경우 등은 진입제한의 완화를 통한 행정규제 완화의 대표적인 조치로 들 수 있을 것이다. 그 밖에도 진입을 위하여 요구되는 일정한 요건을 완화하는 경우도 행정규제완화조치의 대표적인 경우의 하나로 꼽을 수 있을 것이다.¹⁶⁾ 그 개별적인 경우로서는 다음과 같은 법규 제정 또는 개정을 예로 들 수 있다.

가. 허가제를 등록제로 전환한 경우

허가제를 등록제로 전환한 경우로는 ①부화업의 허가제를 등록제로 완화(축산법 제26조) ②농약의 제조업 및 수입업의 허가제를 등록제로 완화

16) 「신경제 5개년계획」은 진입규제개혁의 주요내용으로서 ①면허·허가제한 등으로 프리미엄이 크거나 과보호되고 있는 분야에 대한 신규진입 확대 ②행정구역 전제로 한 사업구역 또는 공급구역제한 완화 ③개방화 예시대상업종(94-97년, 159개)은 개방전에 인·허가 등 대내진입 규제를 철폐하여 대외개방 적용노력 제고 ④직업면허업종의 자격제도와 정원관련 규제완화로 대국민 서비스 향상 등을 들고 있으며, 그 세부내용으로서 농림수산업분야·에너지분야·건설업분야·공익서비스분야·직업면허업종의 자격제도와 정원관련 규제완화 등을 들고 있다. 참조, 대한민국정부, 「신경제 5개년계획(93-97)», 84면 이하.

(농약관리법 제7조) ③배합사료 및 보조사료의 제조업의 허가제를 등록제로 완화(사료관리법 제9조) ④도정업 제분업의 허가제를 등록제로 완화(양곡관리법 제20조) ⑤소운송업의 면허제를 등록제로 전환(철도소운송업법 제3조) ⑥해외건설업의 면허제를 등록제로 완화(해외건설촉진법 제6조) ⑦주택관리업의 면허제를 등록제로 전환(주택건설촉진법 제39조)한 경우 등을 들 수 있다.

나. 허가제를 신고제로 전환한 경우

허가제를 신고제로 전환한 경우로는 ①고압가스제조는 허가를 받도록 하던 것을 일정규모이하의 고압가스제조는 신고만으로 가능하도록 한 경우(고압가스안전관리법 제4조) ②양곡매매업의 허가제를 신고제로 완화(양곡관리법 제19조) ③제조시설변경의 경우 농림수산부장관의 승인을 신고로 전환(제7조) ④소운송업의 영업규칙의 제정·변경, 업종변경 및 양도·양수의 인가제를 신고제로 전환(철도소운송업법 제5조·제7조·제8조) ⑤삭도 또는 궤도사업의 운임 요금의 결정과 사업의 양도·양수의 인가제를 신고제로 전환(삭도궤도사업법 제15조, 제17조) ⑥항공기 사용사업의 양도·양수·법인의 합병인가제를 신고제로 전환(항공법 제132조제4항 및 제134조제3항) ⑦해외건설업자가 해외공사를 받고자 하는 경우의 허가제를 신고제로 완화(해외건설촉진법 제11조) ⑧경미한 공동주택의 용도변경(단지안의 주차장 확장 등)에 대한 허가제를 신고제로 완화(주택건설촉진법 제38조) ⑨형식승인을 얻어야 하는 1종전기용품중 위험성이 감소된 전기용품은 신고대상인 2종전기용품으로 전환(전기용품안전관리법시행규칙 별표8)한 경우 등을 들 수 있다.

다. 등록제를 신고제로 전환한 경우

등록제를 신고제로 전환한 경우로는 상업서류송달업의 등록제를 신고제로 전환하고 이용요금의 신고제를 폐지(항공법 제139조·제141조)한 경우 등을 들 수 있다.

라. 허가제·등록제 또는 신고제 등을 폐지한 경우

허가제·등록제 또는 신고제 등을 폐지한 경우로는 ①임산물가공업의 등록제를 폐지하여 이를 자유업으로 한 경우(산림법 제55조) ②항공운송주선업 및 항공화물운송대리점업의 등록제를 자율제로 전환(항공법 제139조) ③현재 신고제로 운영되는 세탁업을 자유업으로 변경(공중위생법 제2조) ④사료판매업의 신고제를 폐지하여 이를 자유업으로 변경(사료관리법 제10조) ⑤관광사업자 또는 관광종사원은 3년 또는 5년마다 갱신등록을 하도록 하던 갱신등록제를 폐지(관광진흥법 제4조제3항 및 제38조제4항) ⑥위생용품의 판매업에 대한 등록제를 폐지하여 위생용품판매를 자유화(약사법 제42조) ⑦전용공업지역 공업단지 등에 위치한 공장의 배출시설에 대하여는 배출시설 허가대상에서 제외(소음·진동규제법 제9조), 배출시설 설치허가를 받은 자가 총리령이 정하는 사항을 변경하고자 할 때는 변경허가 또는 변경신고를 면제(소음·진동규제법 제9조제2항) ⑧오·폐수병합처리시설 설치시 환경기술감리단의 기술검토제 폐지(오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률 제12조제1항) 등을 들 수 있다.

마. 금지를 해제하고 자율성을 보장한 경우

진입제한으로서의 허가·등록·신고의 유보제도는 일정한 행위를 금지하기는 하지만, 허가를 받거나 등록 또는 신고가 있는 경우 이를 해제하여 그 행위를 가능케하는 “상대적 진입금지” 제도이다. 소위 “절대적 진입금지” 제도는 금지를 해제할 허가·등록·신고 등의 법적 장치가 유보되어 있지 않은 경우이다. 이 경우는 그 금지제도가 폐지 또는 완화되기 전에는 해당 행위를 할 수 없다. 따라서 이러한 “절대적 진입금지” 제도는 법령에 근거를 두어야 하며, 비례의 원칙 등 헌법원칙이 엄격히 적용되어야 한다. 개인의 자유와 권리가 허가유보 등의 경우보다 더욱 엄격하게 제한되는 경우이므로, 법률유보의 원칙도 더욱 엄격하게 적용되어야 하기 때문이다.¹⁷⁾

17) 기본권침해의 강도와 법률유보의 관계에 관하여는, Krebs, *Vorbehalt des Gesetzes und Grundrechte*, S. 66 ff.

금지를 해제하고 자율성을 보장한 경우로는 ①상장법인은 원칙적으로 자기주식을 소유하지 못하였으나, 앞으로는 발행주식총수의 10퍼센트이내에서 대통령령이 정하는 한도까지 자기주식을 소유할 수 있도록 한 경우(증권거래법 제186조) ②투자자가 일반상장법인의 주식을 10%이상 소유할 수 없도록 하던 제도를 폐지하여 주식매매거래의 자율성을 높인 경우(증권거래법 제200조) ③투자신탁회사의 신탁재산운용대상에 단기금융자산과 외화증권을 포함하도록 한 경우(증권투자신탁업법 제8조) ④국내외 투자신탁회사가 상대방 국가에 진출할 수 있도록 한 경우(증권투자신탁업법 제12조 및 제12조의2) ⑤종전에 허용되던 금액상품권 외에 물품상품권 및 용역상품권의 발행을 새로이 허용한 경우(상품권법 제2조) ⑥엑스분 2도이상의 리큐르제조를 허용하여 주류제조의 자유화 폭을 넓힌 경우(주세법 3조)와 주류의 기준제조수량과 주조사고용의무를 완화하여 농민 또는 생산자 단체가 주류제조업에 쉽게 참여할 수 있도록 한 경우(주세법 제5조의2 및 제6조)등을 들 수 있다.

바. 요건을 완화한 경우

공장설립 등의 행위에 일정한 허가·인가 등이 유보되어 있는 경우, 그 허가·인가 등의 행정행위를 신청하기 위하여는 일정한 요건을 갖출 것이 요구된다. 허가는 기속행위로서 일정한 요건을 갖춘 경우에는 행정청이 반드시 이를 허가하여야 한다.¹⁸⁾ 신청 등에 있어 갖추어야 할 요건을 완화하는 것은 진입제한으로서의 행정규제를 상대적으로 완화하는 작업에 해당된다.

요건을 완화하여 진입을 쉽게 한 경우로는 ①수도권지역안에서의 공장신설 등의 제한을 완화하여 종전의 종업원기준(16인이상인 공장)을 철폐한 경우(공업배치및공장설립에관한법률 제20조) ②무역업을 할 수 있는 법인의 자본금요건 및 개인의 예금잔고요건을 종전의 5천만원에서 1천만원으로 완화한 경우(대외무역법시행령 제7조) ③종전에는 모든 열공급시설공사에 대하여 기술사 등 유자격시공자만이 시공할 수 있었던 것을 경미한 열공급

18) 김도창, 일반행정법론(상), 377면 이하.

시설공사에 대하여는 유자격시공자를 보유하지 아니한 중소기업도 참여할 수 있도록 한 경우(집단에너지사업법시행규칙 제27조) ④준농림지역의 이용 개발행위를 전면적으로 억제하던 것을 대규모개발행위 등 불가피한 경우만 억제하고 그외의 이용 개발행위는 허용한 경우(국토이용관리법 제15조) ⑤토지거래허가구역안에서 토지거래에 대하여 거래가격이 일정금액이상이어야 허가하였던 가격심사제는 실효성이 없으므로 폐지한 경우(국토이용관리법 제21조의4) ⑥해외건설업자의 도급한도액제도를 폐지한 경우(해외건설촉진법 제15조) ⑦입찰참가자격의 사전심사에 의하여 시공능력이 인정되는 자는 도급한도액을 초과하여 도급받을 수 있도록 완화한 경우(건설업법 제17조) ⑧건설업법의 적용을 받지 않는 경미한 공사의 범위를 확대한 경우(건설업법시행령 제4조제1항) 등을 들 수 있다.

(2) 의무의 부과와 그 면제

행정규제의 또다른 유형으로는 일정한 국민생활영역에 대하여 특정한 의무를 부여하는 경우이다. 이러한 의무의 부과는 특정한 자격자의 고용의무, 특정한 자금의 적립의무 및 특정한 시설의 설치의무 등의 부과 형식으로 행해진다.

부과된 의무를 면제한 경우로는 ①용량 20Kw이상인 전기설비소유자에 대한 전기안전관리담당자 선임의무를 면제함(전기사업법시행규칙 제2조) ②사회복지법인에서 채용하여야 하는 사회복지사인원을 전체시설종사자의 3분의 1이상에서 보건사회부령이 정하는 자와 단순노무자를 제외한 시설종사자수의 3분의 1이상으로 완화함(사회복지사업법시행령 제13조) ③과학기술처장관은 외국으로부터 기술을 도입한 자와 기계공업·조선공업·금속공업·화학공업·전기공업 및 전자공업분야의 사업자 중 일정한 기준에 해당하는 사업자에 대하여 기술개발준비금을 적립하게 할 수 있도록 한 규정을 삭제하여 사업자가 자율적으로 기술개발준비금을 적립할 수 있도록 하고, 기술개발준비금을 적립한 사업자는 과학기술처장관에게 기술개발준비금의 적립신고를 하도록 한 규정을 삭제함(기술개발촉진법 제3조) ④주택단지안의 구매시설의 설치의무규정을 삭제하여 사업주체의 자율적 판단에 맡김(주택건설기준등에관한규정 제50조·제51조·제52조) ⑤유치원을

500세대이상 주택단지에 의무적으로 설치하도록 하던 것을 1천세대이상 주택단지만이 의무적으로 설치하도록 함 ⑥공장과 단독주택의 건축시 지하층 설치의무를 면제(건축법시행령 제62조)하는 경우 등을 들 수 있다.

(3) 특정한 행위제한과 그 간소화

행정규제의 세번째 유형으로는 일정한 국민생활영역에서 이루어지는 특정한 행위를 제한하는 경우이다. 이러한 제한은 특히 토지이용과 관련하여 주로 이루어진다.

특정한 행위제한을 해제하거나 완화하는 경우로는 ①준농림지역의 이용개발행위를 전면적으로 억제하던 것을 대규모 개발행위 등 불가피한 경우만 억제하고 그외의 이용 개발행위는 허용하는 경우(국토이용관리법 제15조) ②개별공장설치규제를 총면적의 한도를 넘지 않는 범위내에서 허용하도록 완화(수도권정비계획법 제18조) ③택지개발계획의 토지이용계획에 유치원 용지로 계획된 부지를 다른 용도로의 사용을 제한하던 것을 유치원을 설치한 나머지 면적에 보육시설·학원 등을 설치할 수 있도록 완화(택지개발촉진법시행령 제7조제4항) ④건설업법의 적용을 받지 않는 경미한 공사의 범위를 확대(건설업법시행령 제4조제1항) ⑤공동주택을 건축할 때 공장으로부터 50미터이상 띄우도록 하던 것을 공해배출 정도가 적은 도시형업종의 공장인 경우에는 30미터만 띄우도록 완화(주택건설기준등에관한규정 제9조) ⑥사업주체는 주택건설공사가 기준공정에 달하여야 입주자를 모집할 수 있던 것을, 주택사업공제조합의 착공보증을 받으면 착공후 바로 입주자를 모집할 수 있도록 하는 경우(주택공급에관한규칙 제7조) ⑦농민이 아닌 자로서 농지를 필요로 하는 종묘생산업자 등의 경우에도 농지매매증명을 발급받을 수 있도록 하는 경우(농지임대차관리법시행규칙 제9조) 등을 들 수 있다.

(4) 특정한 절차의 요구와 그 간소화

행정규제의 네번째 유형으로는 일정한 국민생활영역에서 이루어지는 특정한 행위를 함에 있어 일정한 절차를 거칠 것을 규정하는 경우이다. 거쳐야 할 절차로서 일정한 기관과의 협의를 거쳐야 하는 경우, 일정한 서식을

갖추어야 하는 경우 등을 들 수 있다.

가. 의제규정을 통한 절차의 간소화

특히 기업의 창업·공장설립 등과 관련하여서는 다양한 기관과의 협의, 다양한 기관으로부터의 허가, 여러종류의 서류제출 등이 복합적으로 요구된다. 이러한 복합적 절차의 완화를 위하여 대표적으로 사용되는 방식이 소위 “의제규정”이다. “의제규정”의 채택으로 절차의 간소화를 택한 대표적인 법률로 「중소기업창업지원법」을 들 수 있다. 동 법은 “대통령령이 정하는 기술집약형 중소기업 및 농어촌지역의 중소기업 창업자는 대통령이 정하는 바에 의하여 사업계획서를 작성하고 이에 대한 시장, 군수, 구청장의 승인을 얻어 사업을 개시할 수 있다”고 규정하고 (제21조), “창업자가 제21조의 규정에 의하여 사업계획의 승인을 얻은 때에는 다음 각호의 신고·허가·해제·인가·면제·동의 또는 결정 등을 받은 것으로 본다”고 규정한 후 “공장설립신고(공업배치및공장설립에관한법률 제13조제1항), 별채 등의 허가(사방사업법 제14조), 사방지지정의 해제(사방사업법 제20조의2), 공유수면점용 및 사용의 허가(공유수면관리법 제4조), 공유수면매립의 면허(공유수면매립법 제4조), 하천공사시행의 허가(하천법 제23조), 하천점용의 허가(하천법 제25조), 보전임지전용허가(산림법 제18조), 별채 등의 허가 및 신고(산림법 제90조), 사도의 개설허가(사도법 제4조), 토지의 분할 또는 형질변경의 허가(도시계획법 제4조), 도시계획의 변경결정(도시계획법 제12조), 국토이용계획의 변경결정(국토이용관리법 제8조), 토지 등의 거래계약의 허가 및 신고(국토이용관리법 제21조의3 및 제21조의7), 농지전용의 허가(농지의보전및이용에관한법률 제4조), 초지전용허가(초지법 제23조), 개발촉진지역고시의 해제(농지확대개발촉진법 제7조), 개발촉진지역안의 토지의 형질변경 등의 허가(농지확대개발촉진법 제8조), 개발농지의 전용허가(농지확대개발촉진법 제53조), 무연분묘개장의 허가(매장및묘지에관한법률 제16조제2항), 낙농지대지정의 해제(낙농진흥법 제7조제1항), 국유재산의 사용·수익허가(국유재산법 제24조)” 등 16개 호에 걸쳐 20여종의 허가·신고 등을 받은 것으로 의제하는 규정을 두고 있다.

나. 절차의 간소화를 통한 행정규제완화

법령에 규정된 절차를 간소화는 방향으로 법령을 개정하여 행정규제완화를 도모한 경우로는 ①주택건설사업의 사업계획승인을 받기 전에 당해 사업계획의 법령적합성의 여부를 알아보는 사전결정제도를 도입하고, 사전결정을 받으면 행정관청은 사전결정의 내용과 다르게 사업승인을 하지 못하도록 한 경우(주택건설촉진법 제34조의4) ②수도권지역의 성장관리권역에서의 중소규모 택지조성사업 및 관광지조성사업은 수도권정비위원회의 심의없이 가능하도록 한 경우(수도권정비계획법 제8조) ③신기술사업에 투자한 사업용자산에 대한 투자세액 공제절차를 간소화 한 경우(조세감면규제법시행령 제15조) ④관세 신고납부서 교부제도를 폐지(관세법 제17조)하고, 일정한 담보만 제공하면 수입면허를 받은 후 관세를 납부할 수 있도록 하는 사후납부제도를 도입한 경우(관세법 제137조의2) ⑤농업협동조합의 등록신청서 및 설립인가신청서에 첨부하는 서류중 조합원명부, 임원의 이력서 등을 삭제하여 첨부서류를 간소화한 경우(농업협동조합법시행규칙 제4조) ⑥국세 환급금을 받는 경우 인감증명서 대신 신분증으로 신분확인 가능(국세기본법 시행령 제40조) ⑦한국은행에 과오납된 세입금을 반환받을시 100만원이상인 경우에도 인감증명서 대신 주민등록증 등의 제시가 가능하도록 한 경우(세입징수사무처리규칙 제25조의5) ⑧과세물품·과세표준신고서 등의 신고서작성시 날인 대신 서명도 가능하도록 한 경우(특별소비세법시행규칙 서식), 주류의 출고량·과세표준신고서 날인 대신 서명도 가능하도록 한 경우(주세법시행규칙 서식), 증권거래세관련신고서에 날인 대신 서명도 가능하도록 한 경우(증권거래세법시행규칙 서식 1, 2, 4호) ⑨직업정보제공사업을 등록할 때에 제출하는 직업정보제공사업등록신청서의 편집인란 및 인쇄인란을 삭제하는 등 직업정보제공사업등록과 관계되는 서식을 간소화시킴(직업안정및고용촉진에관한법률시행규칙) 등을 들 수 있다.

(5) 통제장치의 유보와 그 완화

행정규제의 다섯번째 유형으로서의 일정한 국민생활영역에서 이루어지는 특정한 행위에 대하여 행정청이 일정한 통제장치를 유보함을 규정하는

경우이다. 통제장치로는 일정한 보고의무의 부과, 감사 및 검사권의 유보 등을 들 수 있다. 이들 통제장치는 특히 환경·산업안전·보건의료 등 국민 생활과 직결된 분야의 법규에서 많이 발견된다.

가. 보고의무의 완화 및 그 절차의 간소화

통제의 첫번째 단계로서는 일정한 보고의무를 부과하는 것을 들 수 있다. 보고를 함에 있어 일정한 활동 현황을 정해진 요건에 따라 기술하여야 하고, 그 보고내용이 불비한 경우에는 감사 및 검사와 각종 행정장치가 뒤따르게 되는 경우가 많으므로 보고 자체가 긴요한 행정통제수단으로 사용되고 있다.¹⁹⁾ 보고의무의 완화 또는 면제는 행정통제의 완화 또는 면제로 기능하게 된다는 점에서 행정규제완화의 한 내용으로 파악될 수 있다.

보고의무의 완화 또는 그 절차를 간소화한 경우로는 ①투자신탁회사가 재무부장관에 보고하는 업무보고사항중 업무개황, 임직원현황, 주주명부를 제출하지 아니하도록 한 경우(증권투자신탁업법시행규칙 제7조) ②수입하는 방위산업용품·학술연구용품에 대한 세관장 또는 주무부장관의 확인제도 폐지(관세법시행규칙 제12조 및 제16조) ③수산물의 제조 가공에 관한 보고의무삭제(수산물검사법 제17조삭제) ④노사협의회의 회의가 개최될 때마다 사용자가 그 결과를 지방노동관서의 장에게 보고하도록 하던 규정을 삭제한 경우(노사협의회의법시행령 제13조) ⑤무선기기제작자 또는 수입자의 무선기기의 성능유지를 위한 자체측정의 결과보고의무를 면제한 경우(무선설비의형식검정및기술기준확인증명규칙 제20조) 등을 들 수 있다.

나. 감사 및 검사의무의 완화

감사 및 검사는 행정청이 통제대상자에 대하여 일정한 사실을 직접 조사하는 작용으로서 보고는 통제기관이 전적으로 통제대상자의 보고자료에 의존하지만, 감사 및 검사는 직접적인 자료의 수집 및 분석이 따르게 된다는

19) 보고의무의 의의 및 그 법적 성격에 관하여는, 오준근 등, 과학기술관계법제의 현황과 정비방안, 한국법제연구원·과학기술정책관리연구소 연구보고서, 1994.4. 148면 이하 참조.

점에서 보다 강력한 통제수단으로 작용하게 된다. 감사 및 검사는 그 결과 여하에 따라 각종 행정강제 및 행정벌을 동반하게 된다.²⁰⁾ 감사 및 검사의 무의 완화는 이러한 점에서 행정규제완화의 대표적 내용중의 하나로 꼽을 수 있다.

감사 및 검사의무를 완화한 경우로는 ①외부감사대상을 종전에는 직전사업연도말의 자산총액이 40억원이상인 주식회사로 하였으나 직전사업연도말의 자산총액이 60억원이상인 주식회사로 축소하여 중소기업의 외부감사에 따른 부담을 완화한 경우(주식회사의외부감사에관한법률시행령 제2조) ②필요한 경우에는 모두 품질검사를 받도록 하던 것을 소비자의 생명·신체 또는 재산상의 피해발생 우려가 있는 공산품에 대하여만 품질검사를 받도록 한 경우(공산품품질관리법 제9조) ③종전에는 의무적으로 수출검사를 실시하였으나 앞으로는 기업체 스스로가 자율적으로 수출검사를 받도록 한 경우(수출품품질향상에관한법률 제5조) ④형식승인을 얻은 계량기 및 KS표시 허가를 받은 계량기에 대하여 검정의 일부를 생략할 수 있도록 한 경우(계량법시행규칙 제59조) ⑤농업기계에 대한 의무검사제도를 임의검사제도로 전환한 경우(농업기계화촉진법 제9조) ⑥주류에 대한 수출검사제도폐지로 수출기업의 부담경감(수출검사법제3조의규정에의한물품지정에관한규칙폐지령) ⑦방사성동위원소 또는 방사선발생장치의 허가사용자가 밀봉되지 아니한 방사성동위원소의 저장시설 및 폐기선원을 제외한 방사성폐기물의 보관시설을 변경한 때와 방사성동위원소 또는 방사선발생장치의 신고사용자가 그 사용시설 등을 변경한 때에는 당해 사용시설 등에 대한 과학기술처장관의 검사를 받지 아니하도록 한 경우(원자력법시행령 제197조)등을 들 수 있다.

(6) 기타

행정규제완화를 위한 법령의 제정 및 개정내용 속에는 위와 같은 여러 수단외에도 특별히 유형화하기 어려운 많은 제도적 장치를 포함하고 있다.

20) 감사 및 검사제도의 의의 및 그 법적 성격에 관하여는, 오준근 등, 과학기술관계법제의 현황과 정비방안, 한국법제연구원·과학기술정책관리연구소 연구보고서, 1994.4. 148면 이하 참조.

행정규제완화를 위한 기타 입법 중의 하나로 직접적 규제를 간접적 규제로 전환한 경우를 들 수 있다. 그 예로 ①인구집중유발시설인 대규모건축물의 신·증축을 물리적 직접적으로 규제하던 것을 과밀부담금을 부과하도록 하는 경제적 간접적 규제방법으로 완화한 경우(수도권정비계획법 제12조내지 제16조) ②공장 및 축사 등 농업관련 시설을 교통유발부담금의 부과대상에서 제외한 경우(도시교통정비촉진법시행령 제9조의7) 등이 해당된다.

IV. 문제점과 그 해소방안

행정규제완화를 위한 노력은, 이상에서 살펴본 바와 같이 다각적으로 이루어지고 있다. 그러나 그 과정에서 문제점도 다수 드러나고 있다. 문제점은 여러 측면에서 지적될 수 있다. 실정법의 분석과정에서 우선적으로 떠오르는 문제점으로는 개념규정상의 문제점, 행정규제법정주의 및 행정규제의 원칙과 관련된 문제점, 중복규제와 의제규정의 문제점, 행정절차규정을 둘러싼 문제점 등을 들 수 있으리라 생각된다.

1. 개념규정

(1) 실정법상 개념규정의 문제점

행정규제의 개념은 적극적 정의를 시도하고 있는 두가지 실정법률속에 각각 다르게 규정되어 있다. 먼저 규정된 「기업활동규제완화에관한특별조치법」은 그 개념규정에서 행정청의 “개입”이라는 단어를 사용하고 있으나, “개입”의 개념에 관하여는 아무런 언급을 하지 않고 있다. 국어사전에는 “개입”을 “사이에 끼어드는 것”이라 정의하고 있다.²¹⁾ “규제”의 개념은 국

21) 이희승편저, 국어대사전, 민중서림, 115면; 김민수등 편저, 금성판 국어대사전, 금성출판사, 100면등 참조.

어사전에는 “규칙이나 법령에 의한 제한”이라 정의되어 있다.²²⁾ “제한”이란 “일정한 한도를 정하거나 그것을 넘지 못하게 막는 것”이라 정의되므로²³⁾이 개념정의에 기초하여 “규제”의 개념을 정의한다면 “규칙이나 법령에 의하여 일정한 한도를 정하거나 그것을 넘지못하게 막는 것”이라 할 수 있다.

일반적으로 “개입”의 개념은 규제의 개념보다 훨씬 넓은 개념으로 사용되고 있다. “규제”는 제한에 연관된 부과적 행정작용을 그 주요내용으로 하나 “개입”은 제한뿐만 아니라 보조금의 지급·조세감면 등 각종 수익적 행정작용까지도 포함하는 개념이기 때문이다. 게다가 「기업활동규제완화에관한특별조치법」은 “행정규제란 . . . 직접 또는 간접적으로 개입하는 것을 의미한다”고 정의하여 직접적 “끼어들기” 뿐만 아니라 간접적 “끼어들기”까지도 포함시키고 있다. 행정활동 중 행정청 내부적 활동을 제외하고 대외적 효과를 미치는 활동은 모두 기업활동에 직접 또는 간접적으로 연관된다고 해도 과언이 아니다. 따라서 「기업활동규제완화에관한특별조치법」은 개념규정을 통하여 행정규제의 개념을 보다 넓은 개념으로 확장하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 이러한 개념규정과 달리 동법 제2장 내지 제4장에 규정된 각종 특례규정은 창업 및 공장설립시의 각종 제한, 고용의무의 부과, 검사유보 등 세가지 분야에 국한되어 있어 개념정의가 넓은 범위를 포괄하고 있음에 비하여 모순적 결과를 빚고 있음이 발견된다. 동법 시행령 및 시행규칙은 개념규정의 부분에 관하여는 아예 침묵하고 있어 「기업활동규제완화에관한특별조치법」은 개념규정 및 적용영역의 확정 등에 있어서 불완전성을 상당히 내포하고 있음이 지적된다.

「행정규제및민원사무기본법」이 규정하는 행정규제의 개념은 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것 즉 부과적 행정작용에 국한시키고 있으므로 「기업활동규제완화에관한특별조치법」의 개념규정에서 지적된 문제점이 해당되지는 않는다. 그러나 “국가 또는 지방자치단체가 특정한 행정목적의 실현을 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 작용” 또한 너무나

22) 이희승편저, 국어대사전, 민중서림, 458면; 김민수등 편저, 금성판 국어대사전, 금성출판사, 379면등 참조.

23) 이희승편저, 국어대사전, 민중서림, 3300면; 김민수등 편저, 금성판 국어대사전, 금성출판사, 2700면등 참조.

광범위한 작용영역을 포괄하고 있다는 점이 지적될 수 있다.²⁴⁾ 동법 시행령은 법률에 규정한 개념정의를 보다 구체화 함을 시도하고 있다. 그러나 시행령에 규정된 행정규제는 일반적 금지의 유보(허가·승인·지정·인정 등의 경우), 권리의 설정(특허의 경우), 타인의 법률행위를 보충하여 완성시킴(인가의 경우) 등 법적 성격이 전혀 다른 행정행위의 영역을 전혀 구분하지 않고, 신청에 의한 행정처분이라는 이유만으로 같은 범주에 포함시키고 있다. 이에서 더 나아가 일방적인 감독권한 및 처분권한의 행사속에 행정의 의무이행확보수단으로서의 성격을 가지는 행정행위로서의 영업정지·개선명령 등과 확인조사와 같은 사실행위를 모두 망라하고 있으며, 고용의무와 보고의무, 공급의무와 기록의무 등 의무의 내용이 전혀 다르며 그 경중이 판이한 작위의무와 부작위의무가 모두 같은 차원에서 다루어지고 있다. 또 구체적으로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 행정행위에“(사실행위를 포함한다)”는 꼬리를 붙이고 있는 점은 국민에 대한 권리의무의 부과이던 단순한 사실작용이던 하여튼 국민에게 그저 “규제”라고 생각되는 것은 모두 망라하여서 이 법의 대상에 포함시키겠다는 의욕을 시행령속에서 강력히 표시하고 있음을 드러내고 있다. 따라서 시행령에서는 법률에 규정된 개념을 구체화하면서 오히려 사회통념상 “규제라 생각되는 모든 것”을 나열함으로써 행정규제의 개념이 포괄하고 있는 영역을 보다 넓히는 효과를 가져오고 있음이 지적된다.

(2) 상호모순되는 개념규정의 정리

행정규제의 개념을 일의적으로 정의하기는 무척 어렵다. 행정규제는 규제 수단면에 있어서 부과적 행정활동·수익적 행정활동·사실적 행정활동 등 다양한 행정활동의 어떤 영역까지를 포괄하는 것인지 또 위 행정활동 중 직접적인 행정활동만을 포괄하도록 할 것인지 또는 간접적인 행정활동까지 포괄하도록 할 것인지가 국내외의 학자들의 무수한 개념규정 시도 속에서 일치된 의견을 찾아보기 힘들다. 현행 실정법중 행정규제의 개념을 정한

24) 최영규, 헌행정규제와 자율의 원칙: 공공이익과 개인책임의 원칙, 한국공법학회 제 43회 학술발표회, 1994.4. 21면 이하 참조.

두가지의 법률이 바로 이런 점에서 의견의 일치를 보지 못하고 서로 모순된 규정을 두고 있는 점이 바로 이런 국내의 학설상의 차이를 실정법에 서로 다른 시각에서 도입한 실례라 볼 수 있을 것이기 때문이다.²⁵⁾

특정 법률에 규정된 용어의 정의는 그 법이 적용대상으로 하는 분야를 분명히 하여 그 법의 적극적 및 소극적 적용한계를 설정하는 의미가 있으므로 매우 중요하다. 또 동일한 용어는 국가 전체의 법질서상 가능한 한 동일한 내용으로 사용되는 것이 중요하다. 법이 정한 용어가 상호 혼동될 경우, 서로 다른 제도로 오해될 수 있으며 용어의 혼동은 정책의 명확성과 객관성 및 통일성이 저해되는 첫걸음으로 작용하게 되기 때문이다.²⁶⁾

「기업활동규제완화에관한특별조치법」이 「기업활동」을 그 대상영역으로 하고 있는 특별법의 성격을 띠고 있고, 「행정규제및민원사무기본법」이 행정작용 전반에 대한 일반법적 성격을 띠고 있어 그 대상영역이 다르다는 점에서 상호 다른 개념규정을 할 수 있다는 의견이 제시될 수도 있겠으나, 특별법이 일반법에 비하여 광범위한 개념규정을 하고 있고, 특별법의 구체적 내용과 무관하게 개념규정이 제시되어 있다는 점에서 「기업활동규제완화에관한특별조치법」의 용어의 정의는 문제점으로 지적하지 않을 수 없다. 이러한 문제점을 해소하기 위하여는 「기업활동규제완화에관한특별조치법」에 규정된 용어의 정의를 우선 다음과 같이 개정함으로써 입법상호간의 모순점을 정리하는 방안을 찾아볼 수 있다.

「기업활동규제완화에관한특별조치법」제2조제2호를 다음과 같이 한다.

2. “행정규제”라 함은 국가 또는 지방자치단체가 특정목적의 실현을 위하여 기업활동에 대하여 특별한 제한이나 통제 또는 의무를 부과하는 것을 말한다.

25) 행정규제의 개념에 관한 국내의 학설에 관하여는, 최영규, 전제논문, 22면 이하; 김유환, 미국행정법에 있어서의 규제법규해석과 규제제량통제, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1992 등 참조.

26) 오준근등, 과학기술관계법제의 현황과 정비방안, 한국법제연구원·과학기술정책관리연구소 연구보고서, 1994.4. 235면 이하 참조.

이러한 개념규정은 「기업활동규제완화에관한특별조치법」이 정한 구체적 내용을 모두 포괄하면서 「행정규제및민원사무기본법」과의 용어정의상의 통일성도 유지할 수 있을 것이므로 일차적 문제점의 해소에는 기여할 수 있을 것이다.

(3) 혼동되어 사용되는 개념규정의 정리

「행정규제및민원사무기본법시행령」은, 앞서 언급한 바와 같이, 행정규제에 대한 포괄적인 통제를 위하여 행정규제에 해당할 수 있는 모든 행위를 그 개념규정 속에 망라하고자 시도하고 있다. 동 시행령 제2조제1호는 “국민으로부터 신청을 받아 처리하는 행정처분 또는 이와 유사한 사항”을 행정규제의 첫번째 범주로 구분하고 허가·인가·특허·면허·승인·지정·인정·시험·검사·검정·확인·증명 등을 일정한 요건과 기준을 정하여 놓고 국민으로부터 신청을 받아 처리하는 행정처분속에 모두 포함시키고 있다.

그러나 행정규제를 이와 같이 포괄적으로 보는 태도는 상당한 문제점을 내포하고 있다. 첫번째로 지적되는 문제점은 「진입제한」의 문제와 결부하여 일반적 금지의 해제로서의 “허가”제도와 특정인에게 권리를 설정하는 “특허”제도가 전혀 다른 성질의 제도라는 점이다.

“특허”제도는 특정인을 위하여 권리를 설정해 주는 행위이다. 권리설정 행위로서의 특허제도로 현행법령상 규정되어 운용되고 있는 경우에는 광업법, 수산업법 등에 규정된 「광업권」, 「어업권」 등의 설정행위를 들 수 있다.²⁷⁾ 신청에 의한 행정행위로서 “특허”제도를 운영함은 다른 일반인에 대하여 특허받은 자에게 특혜를 부여하는 제도이므로 이 제도는 「진입제한」으로서의 행정규제의 유형에 포함될 수 없다. 특허를 받은 자가 특허를 받지 않은

27) 광업법 제12조는 “광업권은 물권으로 하고 이 법에서 따로 정한 경우를 제외하고는 부동산에 관한 민법 기타 법령의 규정을 준용한다”고 규정하고 있으며 광업법 제13조는 광업권은 상속·양도·조광권·저당권의 설정 등을 위한 권리의 목적으로 할 수 있음을 규정하고 있다. 어업권에 관한 규정을 두고 있는 수산업법 제15조이하의 경우도 이와 마찬가지로이다.

자에 대하여 그 권리를 행사함으로써 일반인의 진입을 제한하게 된다는 측면을 고려한다면 “특허권의 부여” 행위가 오히려 특허권을 부여받지 못한 일반인 모두에 대하여 “규제”로 작용할 수 있는 측면이 있다.

특허와 허가가 분명히 구분되어야 함에도 불구하고 현행법령에는 특허와 허가가 혼동되어 사용되고 있다. 광업법 제17조는 “광업법의 설정을 받고자 하는 자는 . . . 상공자원부장관에게 출원하여 그 『허가』를 받아야 한다”고 규정하고 있다. 수산업법 및 내수면어업개발촉진법은 “면허어업”, “허가어업” 및 “신고어업”을 구분하고 있으며, “면허어업”의 경우에만 어업권이 설정되는 특허어업임을 규정하고 있다. 그러나 “허가어업”의 경우에도 그 내용을 분석하면 “육상에서 인공적으로 조성한 해수면에서 수산동식물을 양식하는 어업, 일정한 수면을 구획하거나 육상에서 시설물을 설치하여 수산종묘를 생산하는 어업(수산업법 제41조), 일정한 수면을 구획, 기타 시설을 하여 낚시터를 경영하는 업(내수면어업개발촉진법 제8조)” 등 특정인에게 권리를 설정함이 분명한 경우를 포함하고 있다.²⁸⁾

광업권의 설정이나 어업권의 설정 등의 경우와 같이 특허임이 분명하므로 현행법령상에 어떤 용어를 사용하고 있는가에 관계없이 행정규제로서의 진입제한인가 또는 특정인에게 특정한 권리를 설정해주는 경우인가가 분명히 구분되는 경우에는 문제가 없으나, 현행법령속에 규정된 많은 허가제도는 이러한 구분이 어려운 경우가 많다. 허가의 경우 단순한 금지해제의 경우뿐만 아니라 권리설정의 경우를 포함하는 이중적 성격을 갖는 경우에는 이러한 구분 자체가 불가능하다. 행정규제및민원사무기본법시행령이 모든 신청에 의한 행정행위를 망라하여 규정한 것은 이러한 애로점을 법속에 그대로 반영한 경우라 할 것이므로 이해할 수 있는 법규정이다. 그러나 동법

28) 김도창, 일반행정법론 (하), 475면 이하는 “현행법은 어업을 신고어업·허가어업·면허어업으로 나누고 있다. 전2자의 대상이 되는 어업은 각인의 천연의 자유에 속하고 후자는 특히 그 권리를 설정받아야 할 수 있는 어업이다”고 하여 허가어업이 각인의 천연의 자유에 속하는 것이나 국가가 일반적으로 금지하였다가 허가에 의하여 해제되는 것으로 해석하고 있다. 그러나 수산업법 및 내수면어업개발촉진법에 정한 허가어업의 종류 속에는 금지의 해제뿐만 아니라 권리의 설정에 해당하는 경우도 함께 규정되고 있는 경우를 발견할 수 있으며, 그 예가 본문에서 적시한 경우라 생각된다.

의 운용과정에서 행정규제를 심사할 때 “규제완화”가 “특허권의 부여”가 되지 않도록 함이 중요한 문제점으로 남는다.

그때 그때의 심사과정에서 “규제완화”와 “특허권의 부여”의 구분을 함은 심사를 통하여 현행법령의 법적 성질을 정하는 경우에 해당되어 심사행위가 입법행위로 탈바꿈하게 될 위험성을 내포하게 된다. 따라서 혼동되는 용어 사용으로 인하여 문제가 생길 수 있는 개념은 입법상 사용된 개념의 정밀한 조사 및 정리작업을 통하여 선결적으로 해결되어야 하리라 생각된다. 혼동되어 사용되는 개념에 대한 포괄적인 정리작업이 촉구된다.

2. 행정규제법정주의

행정규제는 침익적 행정활동의 대표적인 사례에 해당하므로 「법률에 의한 행정의 원리」가 철저히 적용되어야 하는 영역에 해당한다. 「행정규제및 민원사무기본법」은 “행정규제는 법률에 근거하여야 하며, 그 내용은 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다”(제4조)고 규정하고 있다. 이 규정은 당연한 내용을 법제화한 것이라 볼 수도 있겠으나, 법치행정의 원리가 행정규제의 경우에 반드시 적용되어야 함을 명문으로 규정한 것이므로 매우 바람직한 입법이라 생각된다.

그러나 「행정규제및민원사무기본법」은 이 원칙 선언과는 달리 제6조에 중앙행정기관의 장이 “법령·훈령·예규·고시 등을 제정 또는 개정하여 행정규제를 신설하거나 강화하고자 할 때” 심사하여야 할 내용을 정하고 있다. 이 규정에 따르면 중앙행정기관의 장이 법률뿐만 아니라 훈령·예규·고시 등으로도 행정규제를 신설하거나 강화할 수 있도록 규정하고 있어 동일한 법률안에서 내용상 모순이 빚어지고 있다. 이 규정은 그 동안 행정규제가 법률뿐만 아니라 대통령령인 시행령·부령인 시행규칙 등 법규명령으로도 신설 또는 강화되는 경우가 빈번했고, 게다가 일반적으로 그 법규성이 부인되고 있는 훈령·예규·고시 등 행정규칙으로도 신설 또는 강화되는 경우가 많았으므로 이러한 현실을 반영하기 위한 부득이한 입법이었으리라 생각된다.

그러나 동일 법률안에서 “법률로만 행정규제가 이루어질 수 있다”는 법치행정의 원칙의 엄격한 규정을 제정해 놓고는 바로 이어서 “훈령·예규·

고시 등 행정규칙으로도 행정규제가 이루어질 수 있다”고 슬그머니 뒷문을 열어놓는 식의 입법은 법집행의 혼란을 야기하는 부당한 입법이라는 비난을 면하기 어려우리라 생각된다.

따라서 「행정규제및민원사무기본법」 제6조 본문중 “중앙행정기관의 장이 법령·훈령·예규·고시 등을 제정 또는 개정하여 행정규제를 신설하거나 강화하고자 할 때”를 “중앙행정기관의 장이 법률에 규정된 행정규제의 세부적 기준과 시행절차 등을 법규명령·훈령·예규·고시 등의 제정 또는 개정을 통하여 마련하고자 할 때”로 개정하여 법 제4조와의 모순을 피하며, 행정규제법정주의의 참뜻을 살리도록 하여야 하리라 생각된다. 행정현실 속에서 법률에 근거하지 않은 법규명령으로 인한 행정규제, 법률규정보다 강화된 행정규제, 훈령·예규·고시 등으로 신설 또는 강화한 행정규제는 모두 가려내어서 꼭 필요한 경우만 입법화하고, 나머지는 철폐 또는 법률에 정한 기준으로 완화하는 방법을 택함으로써 행정현실과 법이념과의 간극을 극복하는 적극적인 자세가 필요하리라 생각된다.

3. 행정규제의 원칙

「행정규제및민원사무기본법」은 “행정규제의 대상과 수단은 그 목적을 실현하는데 필요한 최소한의 범위안에서 설정되어야 하며, 그 적용은 객관적이고 공정하여야 한다”고 규정하고 있다(제5조). 이 원칙은 법치국가원칙의 파생원칙인 「비례의 원칙」을 명문으로 규정한 것으로 환영할만한 입법적 장치라 생각된다.²⁹⁾ 더 나아가 동법은 “중앙행정기관의 장은 법령·훈령·예규·고시 등을 제정 또는 개정하여 행정규제를 신설하거나 강화하고자 할 때에는 ①행정규제의 신설 또는 강화의 필요성과 행정규제목적의 실현가능성 ②행정규제를 받는 자의 불편 및 부담 ③기존 행정규제와의 중복여부 ④경쟁제한적 요소의 포함여부 ⑤행정규제의 신설 또는 강화에 따른 행정기구 및 인력과 예산소요 ⑥행정규제와 관련된 심사기준의 객관성·명료성 ⑦관련 민원사무의 구비서류·처리절차 등의 적정여부 등을 종합적으로 심사

29) 「비례의 원칙」의 의의 및 내용에 관하여는, Jakobs, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*, S. 8 ff.

하여 당해 행정규제의 대상·범위·방법 등을 결정하여야 한다(제6조)고 규정하여 비례의 원칙의 구체적 적용내용까지 규정하고 있다.

더 나아가 “중앙행정기관의 장이 행정규제를 신설하거나 강화하기 위하여 관계법령 등을 제정 또는 개정하고자 할 때에는 미리 관계 중앙행정기관과 협의하여야 하며, 입법예고 등의 방법에 의하여 지방자치단체·민간단체·연구기관·전문가 등의 의견을 충분히 수렴하여야 한다”고 규정하여 사전 의견수렴을 통한 중복되고 과도한 행정규제를 막기 위한 법적 장치를 마련하고 있다(제7조). 이러한 심사 및 협의 내용은 총무처장관에게 통보되어야 하고, 총무처장관은 이 심사 및 협의내용을 검토하여 관계기관간의 의견조정 필요성이 있는 경우 합동심의회의를 개최할 수 있도록 하고 있다(제8조). 이러한 각종 법적 장치는 비례의 원칙의 적용절차를 구체화한 것으로 타당한 입법이라 생각된다.

그러나 이상의 법 내용은 「행정규제및민원사무기본법」 제정 이후에 이루어지는 각종 행정규제의 신설 및 강화의 경우에만 해당되는 것이며, 법 제정 이전에 이루어진 각종 행정규제를 기정사실화하는 문제점을 내포하고 있다. 일본의 경우 행정절차법의 제정에 수반하여 「행정절차법시행에따른관계법률의정비에관한법률」을 제정하여 361건의 법률에 대한 정비를 이룩하는 등, 기본법 또는 일반법 성격의 법률이 제정될 경우 기존제도에 대한 주도면밀한 검토를 하는 것과 대조가 된다.³⁰⁾

현재 「행정규제및민원사무기본법」의 제정과는 별도의 과정으로 행정규제완화를 위하여 215개의 법령 등을 개정한 것은 이미 기술한 바 있다. 그러나 이러한 법제정 또는 개정과정은 체계적이고 종합적인 작업이 아니라 단편적이고, 각 부처 나름의 개별적인 작업이어서 그 개관 및 체계적 접근이 어려운 난점이 있으며, 기존 규제의 구체적 내용 및 절차에 대한 종합적 검토가 생략되어있는 등 불합리한 점이 많음을 지적할 수 있다. 규제완화가 어느정도 진행되고 있는 현실이지만 「행정규제및민원사무기본법시행에따른관계법률정비에관한법률」을 제정하여 기존 규제를 종합적으로 검토하고

30) 일본의 「행정절차법」과 「행정절차법시행에따른관계법률의정비에관한법률」에 관하여는, 오준근 등, 일본의 행정절차법과 우리 행정절차법의 제정방향, 한국법제연구원 현안분석 보고서, 1994.3. 참조.

체계적인 규제완화를 이룩하는 작업은 아직도 늦지 않았을 뿐만 아니라 법 시행상 발생할 수 있는 각종 민원사무처리의 어려움을 극복하기 위한 시급하고도 필수불가결한 작업이라 생각된다.

4. 중복규제와 의제규정의 문제

행정규제를 위한 근거법령의 검토 가운데서 뚜렷이 떠오르는 것은 다단계에 걸쳐 중첩적으로 이루어지는 중복규제 내지는 유사규제가 많다는 점이다. 중소기업의 창업을 위하여 소요되는 허가·신고 등의 일반적 금지해제를 위한 요건이 법률상 명시되어 있는 것만도 16개항에 20여종이 되고 있음은 이러한 현실을 극명히 보여준다. 이러한 문제점을 해소하여 규제완화를 해내기 위하여 입법기술적으로 빈번히 사용되는 방법이 여러 법령에 규정된 각종 허가·인가 등의 규제조치의 해제를 사업승인 등 한 가지의 절차만 거치면 되도록 의제하는 소위 “의제규정”을 사용하는 방법이다. 앞서 언급한 대로 기술집약형 또는 농어촌지역형 중소기업창업자가 사업계획의 승인을 얻은 때에는 “공장설립신고(공업배치및공장설립에관한법률 제13조제1항), 별채 등의 허가(사방사업법 제14조), 사방지지정의 해제(사방사업법 제20조의2), 공유수면점용 및 사용의 허가(공유수면관리법 제4조), 공유수면매립의 면허(공유수면매립법 제4조), 하천공사시행의 허가(하천법 제23조), 하천점용의 허가(하천법 제25조), 보전임지전용허가(산림법 제18조), 별채 등의 허가와 신고(산림법 제90조), 사도의 개설허가(사도법 제4조), 토지의 분할 또는 형질변경의 허가(도시계획법 제4조), 도시계획의 변경결정(도시계획법 제12조), 국토이용계획의 변경결정(국토이용관리법 제8조), 토지 등의 거래계약의 허가 및 신고(국토이용관리법 제21조의3 및 제21조의7), 농지전용의 허가(농지의보전및이용에관한법률 제4조), 초지전용허가(초지법 제23조), 개발촉진지역고시의 해제(농지확대개발촉진법 제7조), 개발촉진지역안의 토지의 형질변경 등의 허가(농지확대개발촉진법 제8조), 개발농지의 전용허가(농지확대개발촉진법 제53조), 무연분묘개장의 허가(매장및묘지에관한법률 제16조제2항), 낙농지대지정의 해제(낙농진흥법 제7조제1항), 국유재산의 사용·수익허가(국유재산법 제24조)” 등의 허가·신고 등을 받은 것으로 의제하고 있다.

그러나 이러한 의제규정을 통한 중복규제의 해소는 문제의 본질을 놓아둔 채 편법에 의한 문제해결을 꾀한다는 비난을 면하기 어렵다. 각 법령에 규정된 각종 규제제도는 나름의 목적과 의의를 가지고 있다.³¹⁾ 해당 법령상의 규제제도의 완화는 바로 그 법령 즉 동일법령내에서 이루어짐이 바람직하다. 유사규제 또는 중복규제로 인하여 국민생활의 불편이 가해지는 경우라면 의제규정을 통하여 문제점의 해결을 시도할 것이 아니라 법령의 통합 및 정비작업을 통하여 문제의 해결을 시도함이 바른 방법일 것이다. 다른 법령에서 의제규정을 두어 해당법령의 적용을 회피하는 방식을 사용할 경우, 의제되는 경우가 많아질수록 해당법령은 점점 그 실효성을 잃어갈 것이며, 그 법령이 처음부터 목표했던 범목적달성은 불가능해지고 말 것이다. 따라서 의제규정의 제정을 위한 부처간 협의과정에 있어서 의제규정을 생각하기 이전에 해당법령의 정비를 먼저 생각하여 범목적과 범실효성의 확보를 염두에 두는 입법과정이 요구된다 할 것이다.³²⁾

5. 행정절차의 채택

행정규제완화의 지속적 추진을 위하여 요구되는 법제정비방안으로서 빼놓을 수 없는 것이 “행정절차”의 채택일 것이다. 행정절차란 “행정권발동으

31) 최영규, “헌행정규제와 자율의 원칙; 공공이익과 개인책임의 원칙, 한국공법학회 학술발표회 1994.4. 26면 이하”에 따르면 규제의 근거로서 시장의 실패와 기타 규제의 경제외적 정당화사유를 들고 있다. 시장의 실패의 원인으로는 ①자연적 독점 ②초과이윤 ③외부효과 ④정보의 불충분 과당경쟁 ⑥자원의 희소성 등을 들고 있으며, 규제의 경제외적 정당화 사유로는 ①공익지향적 재분배 ②집단적 기대와 원망의 충족 ③다양한 경험과 기호의 형성 ④사회적 중속의 완화와 해소 ⑤유효한 고착적 기호의 통제 ⑥장래의 세대와 동물 및 자연에 대한 회복불가능한 손해의 예방 ⑦이익집단간의 거래와 이익정치 등을 들고 있다.

32) 대한민국정부, 「신경제 5개년계획 93-97」, 제98면 이하는 이러한 뜻에 따라 “유사규제 및 중복규제를 정비하여 단순화하고, 행정조직도 이에 맞게 개선해 나갈 것”을 선언하고 있다. “유사·중복규제는 정책목적상 보다 중요하다고 생각되는 규제를 담당하는 기관 또는 부서로 단일화하며, 동일한 정책목적을 달성하기 위하여 다단계에 걸쳐 중첩적으로 이루어지고 있는 경제적 규제는 대폭적으로 완화하되, 사회적 규제와 중첩될 경우 사회적 규제로 일원화” 하도록 하고 있다.

로서의 행정활동을 함에 있어서 밝는 절차” 즉 행정과정에 있어서의 법적 절차를 사전에 규제하고자 하는 제도를 의미한다. 이 제도는 국민의 권리에 대한 위법부당한 침해를 미연에 방지하고, 아울러 행정운영의 민주적 통제를 도모하려는 데 그 주목적을 두고 있다.³³⁾ 행정절차를 제도화하는 의의는 첫째, 주민 또는 국민이 행정주체에 대한 행정객체의 지위에서 벗어나 능동적으로 행정과정에 참여하도록 함으로써 행정의 민주적 수행에 기여하게 하며, 둘째, 행정의 적법·타당성을 사전적으로 확보하여 행정의 공정한 운영을 기하게 하고, 셋째, 현대사회의 사회·경제적 난문제들의 간이·신속한 전문적 해결과 사전적·예방적 권익보호를 통하여 사법적 구제제도의 결함을 보완하고, 전체적으로 행정구제제도의 합리화에 이바지 하며, 넷째, 행정에 대한 관계에서의 의회민주주의 및 법치행정의 원칙의 형해화를 보완하여 행정의 민주적 정당성을 확보하도록 하며, 다섯째 행정절차를 통하여 주민이나 이해관계인의 이해를 얻고, 신뢰와 협력을 얻음으로써 행정목적 을 원활하게 달성하며, 사무의 표준화와 간소화에 이바지하고, 비용이 절감 되는 등 장기적으로는 행정능률에 이바지하도록 하는데 있다.³⁴⁾

따라서 행정절차의 채택은 행정청이 적법절차에 의한 행정규제를 하도록 하고, 행정청의 행정규제과정에 국민이 참여하도록 함으로써 결국 지속적인 행정규제완화를 꾀하도록 한다는 점에서 행정규제완화의 가장 중요한 수단중의 하나로 작용하게 된다. 행정절차는 현재 여러 개별법령속에서 개별적으로 규정되어 운용되고 있으며, 아직 일반 행정절차법은 제정되지 못하고 있다. 행정절차에 대한 비교적 포괄적 규정을 담고 있는 법률로는 「행정규제및민원사무기본법」을 들 수 있다. 동법은 민원사무에 대한 처리절차

33) 김도창, 행정절차제도의 최근 발전동향: 행정절차법연구, 한국행정과학연구소 연구 보고서, 1980, 12면 이하 참조.

34) “김원주, 우리나라 일반행정절차법 입법문제, 공법연구 제14집”, 169면 이하는 일반 행정절차법제의 기본이념을 논하고 있다. 이에 따르면 행정절차를 행정의 공정성을 보장하는 사전적 구제제도로 이해된다고 전제하고, “공정성”이 하나의 가치개념이므로 무엇이 공정한 행정결정인가에 대한 견해가 달라질 수 있으므로 행정절차가 성립한 기본이념을 고찰할 필요가 있음을 언급하고 있다. 여기서 언급된 기본이념은 “자연적 정의·페어플레이원칙, 기독교적 율법, 법치국가원리, 사법과 행정의 동질성, 민주국가 원리” 등이다.

를 규정하고 있다. “민원사무”란 “민원인이 행정기관에 대하여 처분 등 특정한 행위를 요구하는 사항에 관한 사무”를 의미한다. 이 법률은 민원사무의 처리절차에 관하여 민원사무를 다른 업무에 우선하여 처리할 것, 행정기관의 장은 민원사항의 신청에 필요한 제출기관·처리기간·구비서류·처리기준·처리절차 등에 관한 사항을 게시하거나 편람을 비치하여 민원인이 이를 볼 수 있도록 할 것등 민원사무처리의 기본원칙을 정하고, 심사기준의 설정·공표, 거부처분의 이유명시, 민원인의 권리, 민원사무처리기준표의 통합고시등 일본행정절차법에서 규정된 “신청에 대한 행정처분절차”를 상당수 규정한 외에도 민원1회방문제의 시행등 우리 행정경험에 기초한 특유한 제도를 민원인의 권익보호를 위하여 도입하고 있다. 더 나아가 “고충민원”을 “행정기관의 위법·부당하거나 소극적인 행정행위 및 불합리한 행정제도로 인하여 국민의 권리를 침해하거나 국민에게 불편·부담을 주는 사항에 관한 민원”이라 정의하여 일반적 민원사무와 구별하고 고충민원의 처리를 위한 특별한 제도를 도입하고 있다. 다만 이 법률은 “민원사무처리절차” 즉 “신청에 대한 처분절차”만을 그 적용대상으로 하고 있으므로 행정절차에 관한 일반법의 성격은 띠지 못하고 있다. 지금까지도 행정처분절차중 신청을 전제로 하지 않는 각종 불이익처분절차는, 각 처분절차의 근거법에 규정되지 않은 경우, 국무총리훈령인 행정절차운영지침에 맡겨져 있다. 그리고 행정처분절차이외에 행정입법절차, 계획확정절차, 행정지도절차 등 다른 행정절차에 관하여는 아무런 일반법적 근거가 마련되어 있지 않다. 따라서 아직도 우리나라의 경우 일반행정절차법의 제정은 미루어져 있는 상태이다.

일반행정절차법을 제정하지 않은 상태에서 행정절차를 개별법령의 규정으로 대증요법적으로 대응하는 것은 많은 문제점을 드러낼 수 있다. 특히 행정규제및민원사무기본법의 경우와 같이 행정처분의 일부를 떼어내어 우선 그에 관한 행정절차를 규정하는 것은 일반적 행정절차법을 제정함에 있어 오히려 장애로 작용할 소지가 있다. “행정규제및민원사무기본법”을 존치하면서 일반행정절차법을 제정하고자 하는 경우 일반행정절차법은 “불이익처분”절차만을 규정하여야 하나, 수익적 행정처분과 부담적 행정처분의 구분이 곤란한 경우가 많고, 현대사회에 이르러 많은 행정처분이 이중효과적 행정처분이 되고 있는 점 등에 비추어 별도의 법에서 따로 따로 수익적 처분절차와 불이익처분절차를 규정함은 입법기술상 어렵기도 하거니와 법

적용에 있어서 많은 문제점을 노정하게 된다. 우리나라에 있어서도 행정운영에 있어서의 공정의 확보와 투명성의 향상을 도모하고 국민의 권리·이익의 도모에 기여하도록 하기 위한 일반행정절차법의 제정은 필수불가결하다. 행정절차에 관한 실무자간담회 등이 열릴 경우 행정절차에 대하여 행정절차가 행정능률과 정반대의 개념인 것으로 오해되는 경향이 일부 드러나지만 행정절차는 장기적으로 행정능률에 이바지하는 좋은 것임이 인식되어야 한다. 행정절차는 행정과정에 주민을 참가시켜 그 민주적 정당성을 확보하게 하고, 주민 및 이해관계인의 이해를 얻고, 신뢰와 협력을 얻음으로써 행정목적을 원활히 달성하도록 하는 효과가 있기 때문이다. 현대 법치국가사회에서 원칙과 절차를 거친 행정은 능률적인 행정임이 인식되어야 한다. 행정이 과정에서 국민다수의 호응을 받아 오히려 힘을 얻기 때문이다. 이러한 인식을 바탕으로 우리나라에 있어서도 일반행정절차법은 조속한 시간내에 제정되어야 할 것이다.