



행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰



♪ 김대인

✉ 이화여자대학교 법학전문대학원 교수

✉ daeinkim@ewha.ac.kr



I. 들어가며

2021년 3월 23일부터 시행되고 있는 행정기본법은 각 개별법령에 분산되어 규율되던 사항들을 통합하여 규율하고, 기존의 학설과 판례에서 인정되던 법리를 명문화함으로써 행정법질서의 발전에 기여할 것으로 기대되고 있다. 행정기본법이 이러한 기대에 부응하기 위해서는 행정기본법이 다른 법령과 긴밀한 관계 가운데 운영될 필요가 있는데, 특히 행정절차법과의 관계가 정립될 필요가 있다. 행정절차법에서도 처분절차 등 행정일반에 적용되는 다양한 절차규정들을 두고 있어서, 행정일반에 적용되는 행정기본법과의 관계가 문제될 수 있기 때문이다. 이 글에서는 행정기본법과 행정절차법 간의 관계를 총칙, 행정법의 기본원리, 처분, 공법상 계약, 신고 순으로 살펴보도록 한다.

II. 총칙

행정기본법 제1장(총칙)에서는 목적(제1조), 정의(제2조), 국가와 지방자치단체의 책무(제3조), 적극행정의 추진(제4조), 다른 법률과의 관계(제5조), 기간의 계산(제6조, 제7조) 등에 관한 규정을 두고 있다. 이 중에서 다른 법률과의 관계에 관한 규정(제5조)¹⁾은 행정절차법 제3조 제1항²⁾과의 관계를 볼 필요가 있다.

현재 양 법을 전체적으로 비교해보면 상호 간에 모순저촉되는 경우는 발견되지 않는다. 행정절차법의 규율에서 빠져 있는 부분을 중심으로 행정기본법이 제정되었기 때문이다. 그러나 향후 행정기본법의 운영과정에서 양 법 간의 우선순위가 문제되는 상황이 발생할 경우 이를 어떻게 처리할 것인가 문제가 된다. 이 경우 신법우선의 원칙에 따르면 행정기본법이 우선시될 수 있으며, 특별법우선의 원

- 1) 행정기본법 제5조(다른 법률과의 관계) ① 행정에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다. ② 행정에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 원칙, 기준 및 취지에 부합되도록 노력하여야 한다.
- 2) 행정절차법 제3조(적용범위) ① 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 “행정절차”라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

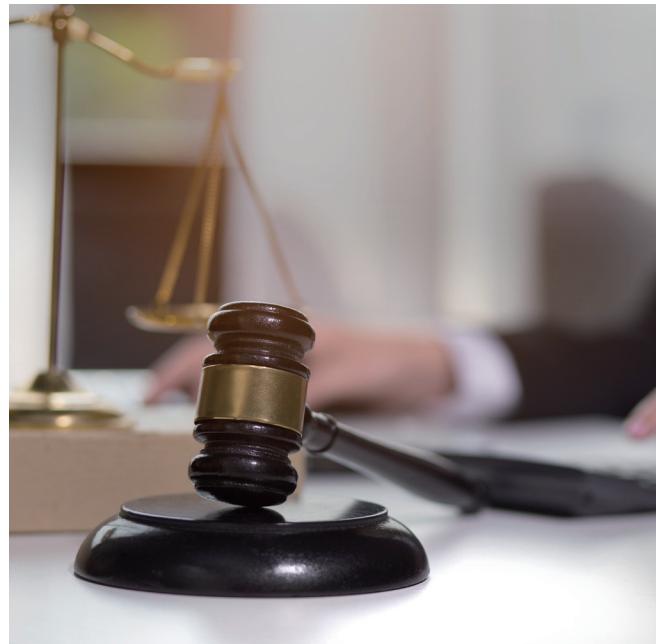


칙에 따르면 ‘행정절차’에 따른 특별법이라고 볼 수 있는 행정절차법이 우선시될 수 있다. 이 둘 중에 어느 원칙을 더 우선시할 것인지는 구체적 사안에 따라 달리 판단하게 될 것이다. 따라서 해석상의 혼란을 최소화하기 위해서 양자간에 모순저촉되는 상황이 발생하지 않도록 입법과정에서 신중을 기하는 것이 필요하다.

III. 행정법의 기본원리

행정기본법 제2장(행정의 법원칙)에서는 법치행정의 원칙(제8조), 평등의 원칙(제9조), 비례의 원칙(제10조), 성실의무 및 권리·부금지의 원칙(제11조), 신뢰보호의 원칙(제12조), 부당결정(부당한 행정처분)의 원칙(제13조)에 관해서 규정을 두고 있다. 제2장의 규정들은 기존에 학설과 판례에서 인정되고 있던 행정법의 기본원리들을 입법화한 것으로 볼 수 있다. 이 중에서 신뢰보호의 원칙에 관한 제12조³⁾는 행정절차법 제4조⁴⁾와 비교해서 검토해볼 필요가 있다.

행정절차법 제4조 제2항은 신뢰보호원칙에 대해서 규정하면서 법령의 소급적용에 관해서만 제한적으로 규정을 두고 있는데 비해 행정기본법 제12조 제1항은 기존의 판례에 의해서 인정되고 있던 행정법의 기본원리로서의 신뢰보호원칙을 명문화하고 있다는 점에서 차이가 있다. 또한 행정기본법 제12조 제2항은 판례 등에 의해서 인정되어 오던 실권의 법리를 담고 있는데, 이는 행정절차법에 존재하지 않는 규정을 명문화한 것으로 볼 수 있다. 이렇게 보면 행정기본법은 행정절차법에서 충분히 규율되지 못했지만 기



존의 판례에서 넓게 인정되어 온 신뢰보호원칙, 실권의 법리 등을 규율하여 행정절차법의 입법적 공백을 메우고 있음을 볼 수 있다.

IV. 처분

행정기본법 제3장 제1절에서는 처분에 관한 규정들을 두고 있다.(제14조에서 제23조까지) 이 중에서 행정절차법과의 관계가 문제될 수 있는 부분으로 자동적 처분에 관한 규정(제20조)⁵⁾을 들 수 있다. 이 규정은 “행정청이 완전히 자동화된 시스템이나 인공지능 기술을 적용한 시스템으로 처분을 할 수 있도록 하는 토대를 마련하여 제4차 산업혁명에 대응하고 행정의 디지털화를 촉진”⁶⁾하기 위해서 마련되었는데, 이처럼 자동적 처분을 할 경우에 행정절차법에 따른 사전통지나 의견청취를 생략할 수 있는 사유가 되는지를

3) 행정기본법 제12조(신뢰보호의 원칙) ① 행정청은 공의 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다. ② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공의 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.

4) 행정절차법 제4조(신의성실 및 신뢰보호) ① 행정청은 직무를 수행할 때 신의(信義)에 따라 성실히 하여야 한다. ② 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여졌을 때에는 공의 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 따라 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

5) 행정기본법 제20조(자동적 처분) 행정청은 법령으로 정하는 바에 따라 완전히 자동화된 시스템(인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다)으로 처분을 할 수 있다. 다만, 처분에 재량이 있는 경우는 그러하지 아니하다.

6) 법제처, 행정기본법안 조문별 제정이유서, 2020. 6, 53면.



검토해볼 필요가 있다. 행정절차법 제21조 제4항, 제22조 제4항에서는 사전통지나 의견청취를 생략할 수 있는 사유를 들고 있는데, 이 중에서 특히 “해당 처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우”에 해당하는지 여부가 문제될 수 있기 때문이다.

그러나 자동적 처분이 불이익처분에 대해서 인정될 경우도 있다는 점, 독일과 달리 기속행위에 대해서도 우리나라 판례나 학설은 절차상 하자를 독립적인 취소사유로 보고 있다는 점 등을 고려할 때 자동적 처분이라고 하더라도 원칙적으로 행정절차법상의 사전통지, 의견청취 등을 거쳐야 할 것으로 보인다.⁷⁾

V. 공법상 계약

행정기본법에서는 공법상 계약에 관한 규정을 두고 있다.^(제27조)8) 이는 학설과 판례상으로만 인정되어 오던 행정작용의 주요형식 중의 하나가 입법화되었다는 점에서 의미가 크다고 할 수 있다. 이는 독일의 연방행정절차법의 내용을 일부 참조하면서도, 독일 연방행정절차법에서 규정을 두고 있는 ‘행정행위를 대체하는 공법상 계약’(소위 종속적 행정계약)의 개념^(제54조 제2문)에 관해서는 규율하지 않음으로써 독일의 연방행정절차법의 규정에 비해 매우 간략한 것으로 볼 수 있다. 그러나 위와 같은 입법태도를 해석상 ‘행정처분을 대체하는 공법상 계약’을 금지하겠다는 취지로 이해하는 것은 곤란하며 이 부분은 학설과 판례에 맡겨진 것으로 이해하는 것이 타당할 것으로 보인다. 행정처분을 대체하는 공법상 계약이 해석상 허용되는 것으로 보게 될 경우 향후 행정절차법의 처분에 관한 규정이 어느 정도까지 적용될 수 있을지 문제가 제기될 것으로 보인다.

7) 이재훈, “전자동화 행정행위에 관한 연구 - 독일 연방행정절차법 제35조의a를 중심으로”, *성균관법학 제29권 제3호, 2017, 180면*; 김중권, “인공지능시대에 알고리즘에 의한 행위조종과 가상적 행정행위에 관한 소고”, *공법연구 제48집 제3호, 2020, 304면*.

8) 행정기본법 제27조(공법상 계약의 체결) ① 행정청은 법령등을 위반하지 아니하는 범위에서 행정목적을 달성하기 위하여 필요한 경우에는 공법상 법률관계에 관한 계약(이하 “공법상 계약”이라 한다)을 체결할 수 있다. 이 경우 계약의 목적 및 내용을 명확하게 적은 계약서를 작성하여야 한다. ② 행정청은 공법상 계약의 상대방을 선정하고 계약 내용을 정할 때 공법상 계약의 공공성과 제3자의 이해관계를 고려하여야 한다.



VI. 신고

행정기본법은 신고에 대한 규정을 두고 있다.^{(제35조)⁹⁾}

그동안 학계에서는 수리를 요하는 신고와 수리를 요하지 않는 신고의 구별이 어렵다는 문제점이 계속하여 지적되어 왔는데, 이번에 이를 입법적으로 해결하려고 한 것으로 볼 수 있다. 이 규정에 의해서 수리를 요하는 신고는 행정기본법에 의해서 규율되고, 수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)는 행정절차법에서 규율되는 상황¹⁰⁾이 되었다고 할 수 있다.

이러한 행정기본법의 규정은 '수리를 요하는 신고'와 '수리를 요하지 않는 신고'의 구별이라는 이분법에 입각한 것이나, 이러한 입법태도는 양자의 성격을 함께 갖는 하이브리드형의 신고유형¹¹⁾을 충분히 반영하기 힘든 한계가 존재 한다. 이러한 점을 고려하면 신고에 관해서 단일 법률에서 통일적으로 규율하면서 하이브리드형의 신고들도 다룰 수 있는 여건을 마련하는 것이 필요할 것으로 보인다.

9) 행정기본법 제35조(수리 여부에 따른 신고의 효력) 법령등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우(행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우 제외한다)에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다.

10) 행정절차법 제40조(신고) ① 법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다. ② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다. 1. 신고서의 기재사항에 허이 없을 것 2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것 3. 그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것 ③ 행정청은 제2항 각 호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우에는 자체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다. ④ 행정청은 신고인이 제3항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다.

VII. 나가며

행정기본법은 기존의 학설, 판례를 반영하면서도 동시에 향후의 행정법의 발전방향을 제시해주는 역할을 해야 한다. 이러한 역할을 담당하기 위해서는 행정절차법과의 관계에서 다음과 같은 점들을 고려해야 한다. 첫째, 개별 쟁점별로 행정기본법과 행정절차법이 이원적으로 규율함으로 인해 해당 공법상 작용에 대한 총체적인 규율이 어려워지는 경우가 발생할 수 있는데(신고가 대표적인 예이다), 이러한 경우에는 어느 한 쪽 법률에서 합쳐서 규율하는 것이 바람직하다.

둘째, 행정기본법이 단순한 행위규범에 머물지 않고 재판규범의 성격까지 갖는 경우가 충분히 발생할 수 있다. 물론 어느 정도의 밀도로 재판규범으로 활용될 수 있는지는 행정기본법에 들어간 규정에 따라 다양하게 보아야 할 것인데, 최소한 행정절차법과 규율이 겹치는 절차 관련 규정들은 헌법상의 적법절차의 원리의 구체화라는 측면에서 재판규범성을 원칙적으로 인정해야 한다.

셋째, 장기적으로 행정기본법과 행정절차법은 통합될 필요가 있다. 이렇게 될 경우 양법의 우선순위에 대한 불필요한 논란을 막을 수 있고, 행정법 전반을 보다 체계적으로 다루는 것이 가능해질 것이다. 네덜란드의 일반행정법전의 발전과정에서 보는 바와 같이 점진적으로 행정기본법의 규율범위를 넓힘으로써 행정법 전반의 실질적인 토대가 마련되도록 할 필요가 있다.¹²⁾

QR코드를 스캔하면 한국법제연구원에서 발간한
<법제연구 제59호-행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰>
전문을 볼 수 있습니다.



11) 대법원 2019. 1. 10. 선고 2017두75606 판결, 김용섭, “2019년 행정법(I) 중요판례평석”, 인권과 정의 제488호, 2020, 76-77면.
12) 이러한 견해를 밝히고 있는 선행연구로 김종권·김영수, “21세기 국가모델을 위한 가칭 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법체의 개혁”, 공법연구 제41집 제3호, 2013가 있다.