
碩 士 學 位 論 文

行政節次法에 관한 研究

濟州大學校 大學院

法學科



제주대학교 중앙도서관
JEJU NATIONAL UNIVERSITY LIBRARY

尹 善 熙

1997年 12月 日

行政節次法에 관한 研究

指導教授 尹 良 洙

尹 善 熙

이 論文을 法學 碩士學位 論文으로 제출함

1997年 12月

尹善熙의 法學 碩士學位 論文을 認准함



審査委員長 _____(인)

委 員 _____(인)

委 員 _____(인)

濟州大學校 大學院

1997年 12月

A Study on The Administrative Procedure Act

Seon-Hee Yoon

(supervised by professor Yang-Soo Yoon)

A THESIS SUBMITTED IN PARTIAL FULFILLMENT OF
THE REQUIREMENTS FOR THE DEGREE OF MASTER OF LAW



DEPARTMENT OF LAW
GRADUATE SCHOOL
CHEJU NATIONAL UNIVERSITY

1997. 12

目 次

第 1 章 序 論	1
1. 研究의 目的	1
2. 研究의 方法 및 範圍	2
第 2 章 行政節次法の 基礎理論 및 外國의 行政節次法	4
1. 行政節次法の 基礎理論	4
2. 外國의 行政節次法 概觀	13
3. 오스트리아의 行政節次法	14
4. 美國의 行政節次法	18
5. 獨逸의 行政節次法	24
6. 日本의 行政節次法	32
第 3 章 우리나라 行政節次法の 檢討	42
1. 行政節次法 制定前의 行政節次法案 및 關聯法規	42
2. 行政節次法の 特色 및 內容	54
3. 行政節次法 內容 分析	66

第 4 章 行政節次法の 比較法的 考察 및 改善方向 摸索	79
1. 行政節次法の 比較法的 考察	79
2. 우리나라 行政節次法の 問題點 및 改善方向	88
第 5 章 結 論	101
參考文獻	104



-SUMMARY-

A Study on The Administrative Procedure Act

Seon-Hee Yoon
Department of Law
Graduate School
Cheju National University

In most modern states, the principle of administration by law has been established and developed in order to eliminate an arbitrariness in administration. The principle of administrative procedure act is not to be come true by the arbitrariness of the administrative official, but to be come true on the basis of the rule of law.

We must legislate the foundation and the limitation of administrative power. And an administration must be exercised on the basis of law.

It may be said that it does not matter how to execute the substantial law if we are only concerned with the content of the substantial law on the administrative process. Indeed, traditionally,

civil-law countries are not interested in the strict procedure of administration nor the unified legislation of administrative process.

But Common-law countries, it have been demanded that administrative process should be exercised through due process on the basis of Natural Justice or Due Process of Law, because they have put emphasis on the right and interests of people since long time before.

These days, most democratic states are intending to be welfare states. Because administration is complex and special, it need to be justified through the procedural control and restriction of administration.

The legislation of administrative procedure act will contribute to the democratic control of administration if it can establish the rule of law, prevent an abuse of administrative power, and guarantee the right or interests of people relating to the execution of the Administrative Procedure Act.

In our country, legal scholars have demanded the legislation of administrative procedure act since the middle of 1960's. At last, the law of [Administrative Procedure Act] was made and proclaimed on December 31, 1996, and it will be enforced on January 1, 1998.

But Administrative Procedure Act made on December 31, 1996 has been criticized since the time of establishment because it considered only the convenience and efficiency of administration rather than the right or intertsts of people.

In this paper, I reviewed the aim, way and scope about the study on administrative procedure act in the first chapter.

In the second chapter, I reviewed the definition of administrative procedure act, the necessity of administrative procedure act, the idea of administrative procedure act, and the effect of administrative procedure act. In addition, I reviewed the administrative procedure acts of foreign countries, for example Austria (Allgemeines verwaltungsverfahren Gesetz, A.V.G.), America (Administrative Procedure Act, A.P.A.), Germany (Verwaltungsverfahrensgesetz) and Japan.

In the third chapter, I reviewed the process of establishment and the content of Administrative Procedure Act. And I described the contents of the Draft of Administrative Procedure Act in 1987, the order of Prime Minister No.235 in 1989, the tentative Draft of Administrative Procedure of Ministry of Government Administration in 1994, and the Administrative Procedure Act in 1996.

In the fourth chapter, I reviewed the issues—problems and improvement—of our country's Administrative Procedure Act as compared with foregin countries'(America, Germany and Japan) administrative procedure acts.

In the fifth chapter, in conclusion, I tried to propose the way not only to promote the efficiency of administration, but also to protect the right and interests of people through the management of administration which is fair and clear.

第 1 章 序 論

1. 研究의 目的

近代 法治國家에서는 行政에 있어서의 恣意를 배제하기 위하여 法治行政의 原理를 확립하고 발전시켜 왔다. 法治行政의 原理는 적어도 개인의 권익을 침해하거나 부담을 과하는 行政作用은 행정기관의 恣意로 이루어질 수 있는 것이 아니라, 法律에 의거하고 또 法律에 따라서 행하여져야 한다는 것이다. 즉, 行政權의 발동의 근거와 한계를 法律로 정하고, 行政은 그러한 法律에 따르도록 함과 동시에 行政이 법에 위배됨이 없도록 하려는 것이다.

그런데 行政作用에 대한 실체법적 法律의 측면에서만 본다면 行政作用이 실체적으로 법에 적합하면 그 行政作用이 어떠한 과정을 거치는 것에 대해서는 문제되지 않았다. 그리하여 대륙법계 국가에서는 20세기 초까지는 공익 우선적 행정능률을 중요시 하고 行政의 엄격한 節次나 行政節次의 통일적 입법화는 별로 관심이 없었다.

그러나 영미행정에서는 전통적인 自然的 正義(Natural Justice), 適法節次(Due Process of Law)의 理論을 바탕으로 行政作用이 적정한 節次에 따라 이루어 질 것을 요구함으로써 오래 전부터 行政의 恣意를 배제하고 개인의 권익을 보장하려는 데 중점이 두어져 왔다.

오늘날에는 대륙법계, 영미법계 국가를 막론하고 대부분의 민주국가들이 복지 국가를 지향하고 있으며, 行政이 복잡하고 전문화 현상이 나타남에 따라 행정에 대한 절차적 규제를 통하여 行政의 公正性·透明性·信賴性·民主性을 확보할 필요가 있다.

行政節次法의 제정은 行政權 행사에 있어서의 법치원칙을 확립하고 行政權의

남용을 방지하며 行政權의 공정한 행사를 통하여 정부의 신뢰를 회복하고 국민의 권익을 사전적으로 보장하며 行政의 민주적 통제에 기여할 수 있는 것이다.

우리나라에서는 1960년대 중반에서부터 학계와 법조계를 중심으로 行政節次法을 요구하는 목소리가 거세어짐에 따라 1987년 行政節次法案이 입법예고되었으나, 시대적 상황으로 말미암아 그것이 아깝게 사장되었으며, 그후 국무총리 훈령으로써 「國民의 權益保護를 위한 行政節次에 관한 訓令」이 제정되었고, 그후 「行政規制 및 民願事務基本法」이 제정·시행되었고, 1994년 총무처 시안을 바탕으로 1996년 6월 공청회를 열고 여기서 나온 의견을 수렴하여 1996년 8월 입법예고 되었다. 이와 같은 과정을 거쳐 1996년 12월 31일 法律 제5241호로 行政節次法이 제정·공포되어 1998년 1월 1일부터 시행된다.

그런데, 이번에 제정된 行政節次法은 행정절차법의 최대수요자인 국민보다는 그 규율대상인 行政의 관점에서 행정편의만을 고려하여 작성되었다는 비판을 면하기 어렵다고 보아진다.

본 논문은 行政節次의 기초이론을 살핀 후, 외국의 입법례를 분석하고, 이제 까지 논의되어 왔던 行政節次法에 대한 각종의 안을 살핀후, 최근 제정된 우리나라 행정절차법의 내용을 검토하여 問題點을 살펴본 후, 행정절차법의 改善方向을 모색하는 것을 목적으로 하고 있다.

2. 研究의 方法 및 範圍

본 논문의 연구방법으로는 국내외 문헌과 법제를 통해 行政節次法을 제정·시행하고 있는 국가들 중에서 自然的 正義와 適法節次의 原理를 기본이념으로 삼고 있는 미국의 행정절차법과 실체법적 내용을 다수 규정한 독일의 행정절차법, 그 규율내용이 비교적 소극적인 입법형태지만 360건의 관계법률을 정비하 일본 고유의 행정 스타일을 만들고 있는 일본의 행정절차법 등과 우리나라 행정절차법의 비교·분석을 통하여 우리나라 행정절차법의 問題點과 改善方向을

도출하고자 한다.

본 논문에서는 제1장 序論에서 연구의 목적과 방법 및 범위를 제시한다.

제2장에서는 行政節次의 意義와 行政節次法의 必要性 및 行政節次法의 理念, 行政節次의 效力 등에 관한 行政節次法의 基礎理論에 대해서 살펴보고, 외국의 행정절차법의 개요를 고찰해 본다.

외국 입법례로 오스트리아의 행정절차법(Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz. A.V.G), 미국의 행정절차법(Administrative Procedure Act. A.P.A), 독일의 행정절차법 (Verwaltungsverfahrensgesetz), 일본의 행정절차법(行政手続法)에 관하여 고찰한다. 외국의 법들에 대하여는 성립과정, 주요내용, 특징등에 대해 살펴보고자 한다.

제3장에서는 우리나라 行政節次法의 制定經緯와 그 內容을 살펴보는데, 먼저 1987년 行政節次法案, 國務總理 訓令 제235호 「國民의 權益保護를 위한 行政節次에 관한 訓令」, 1994년 總務處 行政節次法 試案, 行政節次法(1996년 제정)의 內容에 대해 서술하고자 한다.

제4장에서는 우리나라와 미국, 독일, 일본의 행정절차법의 比較法的 考察을 통해 우리나라 행정절차법의 問題點과 改善方向을 지적하고자 한다.

제5장에서는 結論으로 이제까지 검토한 內容을 정리하여 앞으로 공정하고 투명한 행정운동을 통해 국민의 권익보호와 行政의 능률성을 확보할 수 있는 방향을 제시하면서 논문을 맺고자 한다.

第 2 章 行政節次法の 基礎理論 및 外國의 行政節次法

1. 行政節次法の 基礎理論

1) 行政節次의 意義

行政節次(Administrative Procedure)의 개념은 아직 학문적으로 정립된 정설은 없으나 행정절차의 내용과 적용범위를 어떻게 보는가에 따라 나라마다 다르다. 보통은 廣義의 行政節次와 狹義의 行政節次로 구분하여 이해하고 있다.¹⁾

행정절차란 넓은 의미로는 행정과정에 있어서 行政廳이 밟아야 할 모든 절차를 말하며, 입법권의 작용에 관한 입법절차나 사법권의 작용에 관한 사법절차에 대응하는 관념이다. 이러한 의미에서의 행정절차는 事前節次로서 行政立法節次, 行政計劃 確定節次, 行政執行節次, 行政處理節次 등을 모두 포함한다.

반면 협의의 행정절차는 行政廳이 公權力을 행사하여 행정에 관한 제1차적인 결정을 함에 있어서 밟아야 할 일련의 외부와의 교섭과정을 말한다. 즉, 行政廳이 행정입법이나 行政處分을 할 경우 거쳐야 할 대외적 사전절차를 말한다.

이러한 의미에서 行政節次는 行政廳에 요구된 절차이기 때문에 國會의 기능 수행에 관한 立法節次나 法院에 의한 司法節次와 구별되며, 行政廳이 제1차적 行政決定을 함에 있어서 밟아야 할 절차이므로 이미 행하여진 행정의 집행이나 심판에 관한 절차, 사법상의 행위에 관한 절차와 구별된다. 또한 행정절차는 행정결정을 함에 있어서 밟아야 할 대외적 절차이므로 행정조직의 내부적 행위에 국한된 절차는 이에 해당하지 아니한다.²⁾

외국의 행정절차법은 협의의 행정절차를 그 내용으로 하고 있으나 그 범위는

- 1) 金南辰, 「行政法」, 法文社, 1991, p. 339 ; 金東熙, 「行政法」, 博英社, 1996, p. 298 ; 石琮顯, 「行政法原論」, 三英社, 1994, p. 387.
- 2) 洪準亨, 「行政法總論」, 한울출판사, 1995, p. 387.

나라마다 다르다.

美國의 行政節次法은 行政處分節次(裁決節次)와 行政立法節次(規則制定節次)를 규정하고 있고, 獨逸의 行政節次法은 行政處分節次, 行政計劃確定節次 및 公法上 契約節次를 규정하고 있으며(행정입법절차는 제외하고 있다)³⁾, 日本의 行政節次法은 行政處分節次, 行政指導節次, 申告, 地方公共團體의 措置에 관한 규정을 두고 있으며, 우리나라 행정절차법은 行政處分節次, 行政立法豫告節次, 行政豫告節次, 行政指導節次를 규정하고 있다.⁴⁾

그리고 외국의 행정절차법은 미국의 경우와 같이 순수한 행정절차사항만을 규정한 것도 있고, 독일의 경우와 같이 절차법과 관련이 있는 실체법적 사항(행정행위 및 공법상 계약에 관한 실체적 규정)까지 규정한 것도 있다.

2) 行政節次法の 必要性 및 理念

(1) 行政節次法の 必要性

總務處는 行政節次法の 제안이유를 “行政廳이 國民에게 부담을 주는 각종 處分을 하거나 일상생활에 관련되는 法令·政策 등의 制定·改定 또는 變更을 하는 경우 이에 대한 합리적인 기준과 공정한 절차를 마련하고, 국민의 의견을 직접 듣고 반영할 수 있는 기회를 법적으로 보장하여 국민의 권익보호와 行政의 公正性·透明性·信賴性을 확보하는 것”이라고 설명하고 있다.⁵⁾

우리나라 行政節次法은 제1조에서 ‘행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 公正性, 透明性 및 信賴性을 확보하

3) 독일 행정절차법 제9조는 행정절차의 개념을 명시하여 “이 법에서 말하는 행정절차는 행정행위의 요건심사, 준비 및 발급이나 공법상의 계약의 체결을 위하여 행하는 대외적으로 영향을 미치는 행정청의 활동으로서 행정행위의 발급이나 공법상의 계약의 체결을 포괄하는 의미로 사용된다”라고 정의하고 있다.

4) 87년 행정절차법안은 행정처분절차, 행정계획확정절차, 행정입법예고절차, 행정예고절차, 행정지도절차를 규정하고 있다.

5) 1996.8.1, 관보 13376호, 총무처공고 1996-36.

고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 하고 있다'고 규정하고 있다. 그리고 제5조에서는 다시 '투명성'에 대한 별도의 조항을 두어 투명성을 강조하고 있다.⁶⁾

일본의 행정절차법도 제1조 제1항에서 '이 法律은 處分, 行政指導 및 申告에 관한 절차에 관하여 공통되는 사항을 규정함으로써 행정운영에 있어서 公正性 확보와 透明性의 향상을 도모하고, 이로써 國民의 權利利益의 보호에 기여함을 목적으로 한다'고 규정하고 있다.⁷⁾

이처럼, 行政節次法은 行政의 民主化·透明性·公正性·信賴性과 國民의 權利保護를 위한 법이라고 할 수 있다.

行政의 能率·彈力性의 확보를 중시하여 행정의 절차적 규제를 소홀히 취급해서는 안 된다. 특히 基本權 保障을 이념으로 하는 실질적 법치국가에 이르러서는 행정의 公正性과 適正性의 보장이 요청되고, 행정에 대한 국민의 능동적 참여를 통한 民主的 統制가 불가피하게 되었다. 이에 따라 행정에 대한 절차적 규제를 위한 行政節次法이 필요하게 되었다.

行政節次法의 存在理由는 行政의 民主化에 있으며, 특히 행정의 透明性·豫測可能性·接近可能性의 확보와 이를 바탕으로 한 利益代辯의 機會 및 參加의 確保, 節次를 통한 正當性의 確保 및 行政能率의 고려 등에서 찾을 수 있다.⁸⁾

행정절차는 행정의 公正性·적정성을 보장하는 실효적 수단이다. 行政行爲를 함에 있어 사전에 利害關係人에게 통지하여 의견 및 참고자료 등을 제출할 수 있는 기회를 줌으로써 行政行爲의 적법타당성·公正性を 확보할 수 있다.⁹⁾ 행정

6) 1987년 행정절차법안 제1조에서는 '이 법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 공정하고 민주적인 행정운영을 기하고 국민의 행정참여를 도모함으로써 국민의 권익을 보호하고 행정의 신뢰성을 확보함을 목적으로 한다'라고 규정하고 있다. 여기에서는 '투명성'이란 용어는 없고 '민주성'이 들어갔다.

7) 宇賀克也, 「行政手續法の理論」, 東京, 東京大學出版部, 1995, p. 17.

8) P.Badura, Allgemeines Verwaltungsrecht, Erichsen, 10.Aufl. Berlin, Gruyter, 1995, S. 430.

9) 表時烈, "行政의 公正性과 透明性 保障를 위한 制度的 裝置", 「考試研究」, 1997.6, PP. 26-27.

절차는 발생가능한 분쟁을 사전에 방지하는 事前的·豫防的 權利救濟制度의 기능도 하고, 法院에 도달하기 전에 쟁점을 정리하는 기능을 가지는 것이므로 司法府의 부담을 완화해 주는 동시에 사후적 권리구제로서는 달성할 수 없는 권리구제의 실효성을 기할 수 있다. 행정절차는 흔히 행정능률과 양립될 수 없는 것처럼 보이지만 복잡다양한 行政作用에 관한 절차를 표준화·간소화 함으로써 오히려 行政作用을 원활하게 수행하는데 도움을 줄 수 있으며,¹⁰⁾ 불필요한 國民의 抵抗을 회피함으로써 行政의 能率性에도 이바지 할 수 있다.

(2) 行政節次法의 理念

가. 行政節次의 適正化

오늘날에는 行政機能이 현저하게 확대되고, 다양화함에 따라 事後的인 權利救濟制度를 완비하는 것만으로는 行政의 適法性和 합목적성을 충분히 보장할 수 없게 되었다. 그것은 행정기능의 확대, 다양화, 전문화, 기술화에 따라 행정재량의 범위도 확대되어 종전의 司法審査만으로는 이에 유효적절하게 대응할 수 없게 되었기 때문이다.¹¹⁾

그리하여 현대행정에서는 行政節次의 適正化를 통한 행정의 公正性 확보를 도모하지 않을 수 없다.

行政節次의 適正化 法理는 自然的 正義와 正當한 法の 節次¹²⁾를 기초로 한

10) 행정절차를 통하여 행정의 간소화를 기할 수 있다는 점은 법령의 간소화, 불필요한 법령규정의 폐지, 심급의 단축 및 행정의 분권화를 통하여 간소화하는 것을 목표로 삼았고, 그런 연유로 “행정 간소화를 위한 법률”이란 명칭을 가졌던 1925년 오스트리아 행정절차법의 경험을 통해서도 알 수 있다. 金南辰, 「行政法の 基本問題」, 法文社, 1992, p. 343.

11) 神長勳, “行政手續의 理念と法”, 「法律時報」 65卷 6號, 1993.5, p. 50-51.

12) 미국 헌법 제5조와 제14조에서 규정하고 있는 것으로 이 조항은 “어느 누구도 적법 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다”는 것으로 본질적으로 행정절차상 중요한 부부인 통지와 청문의 요건을 말하는 것이다.

것이다.¹³⁾

自然的 正義는 두개의 原理로 성립한다. 하나는 “國家的 行爲로 부터 무슨 영향을 받는 자는 聽聞을 받을 權利(Right of Hearing)가 있다”는 原理(당사자의 양측으로부터 들어라)와 다른 하나는 “그 聽聞은 偏見이 없는 공정한 것이어야 한다” (The hearing must be a fair one)는 原理이다.

미국 행정절차법에는 다음과 같은 규정이 있다. “當事者는 人證 또는 書證에 의해서 사건을 제기하고 또 방어하고, 反證을 제출하고, 또한 진실을 완전명백하게 하기 위해 필요한 交互審問을 행할 권리를 갖는다”.¹⁴⁾

나. 國民參加의 機會保障

行政節次法의 제2의 이념은 국민의 행정에 대한 직접적이고 적극적인 참가를 통한 行政의 民主化라고 할 수 있다.

行政過程에의 國民參加는 ① 고도의 工業化가 진전됨에 따르는 都市問題·公害問題, ② 都市化 현상에 따라서 발생하는 行政計劃의 要請, ③ 經濟的 弱者에 대한 적극적인 복지정책의 수행, 이와 같은 상황 속에서 대두되는 주민운동 등 사회조건의 변화에 따라 요청되는 것이다. 國民參加는 行政計劃決定過程 내지는 行政政策決定過程에 있어서의 利害調整, 당해결정내용의 合理性, 妥當性의 확보를 위해서도 필요한 것이다.¹⁵⁾

그런데 전술한 행정절차의 適正化나 國民參加를 통한 行政의 民主化는 현대 행정의 신속성의 요청을 저해하는 원인도 될 수 있음을 유의할 필요가 있다.

그렇지만 節次的 適正節次的 觀點에서 실질적으로 그 권리와 이익에 영향을

Alfred C. Aman, William T. Mayton, Administrative Law, West Publishing Company, 1993, PP. 147-148.

13) 洪鉉哲, “行政節次에 관한 一般理論”, 法學論文集 제9호, 中央大學校 法學研究所, 1984, p. 164.

14) 미국 행정절차법, 제556조 (d).

15) 小高剛, 「行政手續과 參加」, 現代行政法大系(3), 有斐閣, 1984, p. 108.

받는 개인이 정책결정에 관하여 의견을 진술 할 기회를 부여받지 못하였을 경우에는 憲法上的 보호를 침해당하였다고 볼 수가 있는 것이다. 그리고 적정절차의 관점에서 예컨대 行政廳의 특정한 行政處分에 대하여 관련자는 行政廳이 생각하지 못했던 사실의 立證, 독자적인 견해, 또는 자료를 제출할 수 있으므로 국민참가를 하지 않고 내린 행정결정은 適正節次要件을 충족하지 못한 瑕疵가 있다고 할 것이다. 이러한 점을 고려할 때 행정절차의 민주화 즉, 國民參加의 機會保障은 결코 소홀히 할 수 없는 현대행정의 과제라고 할 수 있다.¹⁶⁾

3) 行政節次의 效力

行政節次法이 규정한 行政節次의 效力問題로서, 행정절차를 결한 행정처분은 節次上的 瑕疵있는 行政行爲로서 위법한 것임을 물론이겠으나, 행정절차의 하자만을 이유로 당해 行政行爲의 取消을 구할 수 있는지에 관하여는 학설이 대립되고 있다.

(1) 節次上 瑕疵를 行政行爲의 取消原因으로 보지 않는 說

이 설은 獨逸 行政節次法 제46조와 관련하여 行政行爲의 내용상 瑕疵가 있는 것이 아니면 절차나 형식상의 하자만을 이유로 行政行爲의 取消을 구할 수는 없는 것으로 본다. 이러한 견해는 節次法은 實體法에 봉사하는 기능을 가지며 그 자체의 독자적인 의미는 적다는 것과, 절차나 형식상의 하자는 내용상의 것과는 달리 쉽게 보완될 수 있고, 절차상의 瑕疵가 있더라도 실체법상으로 적법함이 명백한 이상 절차상의 하자를 이유로 爭訟을 제기하여 당해 行政行爲가 取消되어도 行政廳은 다시 적법한 節次를 거쳐서 동일한 행위를 반복할 것으로 그러한 소송은 노력과 비용만을 낭비할 가능성이 많으며, 소송경제적 측면에서 절차상의 하자만을 이유로 行政行爲를 취소하게 된다면 행정행위의 무용한

16) 洪鉉哲, 상계논문, p. 166.

반복을 가져올 뿐 이라는 것이다.¹⁷⁾

(2) 節次上 瑕疵를 行政行爲의 取消原因으로 보는 說

이 설은 절차상의 위법은 내용상의 하자의 경우와 마찬가지로 그 자체로서 당해 行政行爲의 取消事由가 되는 것으로서 소정의 聽聞節次를 거치지 않았으면 그 자체로 위법하여 취소사유가 된다고 한다.

이에 관하여 독일 행정절차법은 입법적으로 해결하고 있는바, 동법은 제46조에서 “제44조에 의하여 無效로 인정되지 아니하는 行政行爲의 취소는 구체적 사안에 있어서 다른 결정을 할 수 없었던 경우에는 당해 行政行爲가 절차·형식 또는 지역적 관할에 관한 규정에 위반하여 성립하였다는 사실만을 이유로 이를 청구할 수 없다”고 하여 절차 및 형식의 하자를 치유할 수 있다고 규정하고 있다.

절차·형식의 하자를 치유할 수 있는 경우를 동조에 의하면 “구체적 사안에 있어서 다른 결정을 할 수 없었던 경우”라는 문구를 사용하여 羈束行爲에만 적용하고 있다.¹⁸⁾ 즉, 節次違反을 이유로 기속행위의 취소청구가 있는 경우에 법원은 당해 행위의 실체법상의 적법여부를 심사하여 적법인 경우에는 청구이유가 없는 것으로 소를 기각한다. 왜냐하면 이 경우 행정절차가 준수된 사안에 있어서 별개의 결정이 행해질 수 있는 가능성이 없기 때문이다.¹⁹⁾

한편, 행정절차가 준수되었을 경우에도 별개의 결정이 행하여질 가능성이 있는 裁量行爲의 경우에는 본조가 적용되지 않는 것으로 해석되고 있다. 따라서 재량행위에 있어서는 절차적 하자만을 이유로 하여 行政行爲의 취소가 행해질 수 있다. 다만 裁量權의 濫用으로의 收縮이 인정되는 경우에는 기속행위와 동일하게 적용된다.

17) 金東熙, 전계서, p. 311.

18) 金南辰, “行政節次上의 瑕疵의 效果” : 절차적 하자의 절대화 여부의 문제를 중심으로, 「考試研究」, 1997,2, p. 30.

19) 金東熙, 전계서, pp.310-311.

행정절차의 의미를 축소시키는 이러한 규정들에 대하여는 독일학계에 있어서도 행정절차규범과 행정실체규범간의 비중에 있어 차별을 두는 것은 헌법상의 청문의 권리나 기본권 보장 규범으로써의 절차적 규범의 의미인정과 관련하여 잘못된 것이라는 비판이 존재한다.²⁰⁾

(3) 우리나라의 判例의 傾向

行政節次의 瑕疵問題에 관하여 우리나라의 判例에서는 法令에 규정된 聽聞節次를 결여한 處分의 違法性을 인정하고 있는 경우가 많다. 다음이 그 예이다.

“하천법 제57조 제2항의 규정은 강행규정이라 할 것이므로 동 규정에 의한 사전에 미리 관계인의 의견을 듣는 절차를 밟음이 없이 한 處分은 위법한 處分이다”²¹⁾

그런데 우리나라의 大法院 判例는 法令에 규정되지 않는 청문을 결한 處分에 대하여는 적법한 것으로 보는 경향이 있다. 다음이 그 예이다.

“聽聞節次없이 어떤 行政處分을 한 경우에도 관계법령에서 聽聞節次를 시행하도록 규정하고 있지 않은 경우에는 그 行政處分이 위법하게 되는 것이 아니라 할 것인 바, 구 주택건설촉진법 및 동 시행령에 의하면 주택조합설립인가 처분의 취소처분을 하고자 하는 경우에 聽聞節次를 거치도록 규정하고 있지 아니하므로 聽聞節次를 거치지 아니한 것이 위법하지 아니하다”²²⁾

그러나 理由附記와 관련하여서는 법령에 근거가 없는 경우에도 不利益處分의 경우 필요적 요건으로 본 다음의 판례가 있다.

“면허(주류판매허가)의 취소처분에는 그 근거가 되는 법령이나 취소권유보의 부관 등을 명시하여야 함은 물론 處分을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해 處分이 있었는지를 알 수 있을 정도로 사실을 적시할 것을 요하며, 이와

20) 金海龍, “行政節次法理에 대한 小考”- 獨逸의 경우를 중심으로-, 東原 權度燾教授 華甲紀念論文集, 1992, p.301.

21) 대판 1969.3.31, 68누1790.

22) 대판 1994.3.22, 93누18969.

같은 취소처분의 근거와 위반사실의 적시를 빠뜨린 하자는 피처분자가 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후 알게 되었다 하여도 치유될 수 없다”²³⁾

우리나라 大法院은 訓令이 정한 聽聞節次를 결한 處分의 效力에 대하여 다음과 같이 판시한 바 있다.

“行政節次運營指針에 의하면, 行政廳이 公權力을 행사하여 국민의 구체적인 권리 또는 의무에 직접적인 변동을 초래하게 하는 行政處分을 하고자 할 때에는 미리 當事者에게 行政處分을 하고자 하는 원인이 되는 사실을 통지하여 그에 대한 의견을 청취한 다음 이유를 명시하여 行政處分을 하여야 한다고 규정하고 있으나, 위 훈령은 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 발하는 일반적인 행정명령으로서 행정기관 내부에서만 구속력이 있을 뿐 대외적인 구속력을 가지는 것이 아니므로, 시장이 건축물소유자의 신청없는 상태에서 소유자의 의견을 듣지 아니하고 건축물을 문화재로 지정하였다 하여 위법한 것이라고 할 수 없다”²⁴⁾

(4) 私 見

節次에 관한 法規範도 法規임에는 틀림이 없다. 그러므로 行政節次에 관한 법규범도 行政廳은 준수해야 할 의무를 진다. 즉, 우리 헌법상의 法治行政의 원칙은 實體法規範은 물론 節次法規範에도 그대로 적용된다.

또한, 行政行爲에 있어서의 절차의 문제는 내용에 못지 않게 중요한 법적 의미를 가지는 것인바, 절차나 형식상의 瑕疵는 뒤에 치유될 수 있다거나, 내용상의 하자와는 달리 절차상의 하자는 실체성과는 무관하다는 이유로 절차나 형식상의 하자만으로는 行政行爲를 取消할 수 없는 것이라고 한다면, 행정행위의 성립요건의 하나로 절차상의 요건을 드는 것은 무의미하다고 하겠으며 행정절차의 하자가 확인 되었을 때에는 바로 그것만으로 행정행위를 취소할 수 있어야 할 것이다.

23) 대판 1990.9.11, 90누1786.

24) 대판 1994.8.9, 94누3414.

2. 外國의 行政節次法 概觀

現代 民主國家에서는 일반적으로 法治主義를 헌정질서의 기본원칙으로 채택하여 행정에 대한 法律의 優位와 위법한 行政行爲에 대한 司法審査를 보장하고 있다. 그러나 違法한 行政行爲에 대한 司法審査는 事後救濟制度에 불과하므로 침해된 권리의 완전한 原狀回復이 불가능한 경우가 많다.

따라서 국민의 자유와 권리를 보장하는 최선의 방법은 행정행위가 형성과정에서 적법하고 타당하게 성립할 수 있도록 규제하고 유도하는 행정절차의 도입이라 할 수 있다. 즉 法治主義는 行政實體法의 완비만으로는 바람직한 상태의 실현을 기대할 수 없고, 행정실체법과 행정절차법이 같이 갖추어 짐으로써 비로소 그 실효성이 보장된다고 하겠다. 그러므로 오늘날 선진국들은 行政節次法을 제정하여 실시하고 있거나 또는 그 제정을 서두르고 있는 실정이다.²⁵⁾ 外國의 行政節次法은 그 나라의 정치·행정풍토와 법체계에 따라서 각기 독특한 形態를 가지고 있으며 그 규정방식이나 내용도 서로 다르다.

25) 외국 행정절차법의 제정연도 및 시행연도

國 別	制 定 年 度	施 行 年 度
오스트리아	1925	1926
폴란드	1928	1928
유고슬라비아	1930	1930
미국	1946	1946
헝가리	1957	1957
이스라엘	1957	1958
스페인	1958	1958
영국	1958	1958
노르웨이	1967	1967
스위스	1968	1968
스웨덴	1971	1971
독일	1976	1977
일본	1993	1994
한국	1996	1998

(자 료: 金鐵容, “行政節次法의 特色과 內容”, 考試界, 1997.2, p.17.)

우리나라의 行政節次法の 바람직한 施行을 위해서는 선진제국에서 제정되어 시행되고 있는 외국의 행정절차법의 主要內容과 施行形態를 살펴보아야 할 것 같다.

行政節次法을 제정·시행하고 있는 국가는 다수에 달하며, 그 중에서도 1925년의 오스트리아의 行政節次法 역사적으로 가장 오래된 행정절차법으로, 가장 성공한 예로 지적되고 있고, 1946년에 제정된 美國의 行政節次法은 行政節次의 기본원리인 自然的 正義의 원칙을 받아들여, 법의 지배에 입각한 適法節次라는 점에서 시사하는 바 크다.

獨逸의 行政節次法은 다른 법에서 찾아볼 수 없는 實體法的 규정을 담고 있다. 日本의 行政節次法은 우리나라 행정절차법제정에 行政의 透明性, 行政指導 등 대체로 그 구조와 내용면에서 상당한 영향을 주었다.

대체적으로 영미법계의 국가에서의 행정절차는 國民의 權益保護와 行政의 適正化를 도모하기 위한 고려에서 성립한 것이고, 대륙법계 국가에서는 처음에는 行政의 能率化의 요청에 대응한 것이었으나 점차로 事前에 국민의 권리와 자유를 절차적으로 보장한다는 영미법적 의미로 그 중점이 변천되고 있다.

여기에서는 가장 대표적이고 우리나라와 밀접한 관련이 있는 國家들의 행정절차법에 관하여 간략하게 살펴보고자 한다.

3. 오스트리아의 行政節次法

1) 成 立

오스트리아에 있어서는 1925년 行政節次에 관한 法律이 제정될 때까지는 행정절차는 원칙적으로 行政廳 내부의 訓令에 의해 행해졌으며, 특수한 행정분야에 한하여 個別的 行政節次法과 개별적 行政實體法에 의하여 각각의 절차가 정해져 있었다.

오스트리아에서는 구 왕국시대부터 이미 行政節次法 제정의 요망이 簡易·迅速한 행정의 필요상에서나 國民 權利保障의 입장에서 강하게 요구되어졌었고 전문가들의 의견을 듣거나 초안의 작성이 일찍부터 시도되었다. 행정절차법 제정작업은 1904년의 「내무행정 개혁에 관한 연구보고서」, 1911년 설치된 행정개혁 촉진회의 「행정절차에 관한 각령집」, 1992년 제네바 의정서의 시행을 위한 「행정정리」에서의 행정절차의 개혁계획 등의 일련의 움직임을 거쳐 1923년 행정개혁과 행정절차법의 개혁 방침이 확립됨에 따라서 1924년에는 행정절차법의 초안이 작성되어 동년에 내각 통과, 1925년에 국회를 통과하여 세계 최초의 통일적인 행정절차법이 1926년 1월 1일부터 오스트리아에서 시행되었으나, 제2차 세계대전으로 시행이 중단되었다가 1950년 재공포되고, 1964년 일부 改定으로 오늘에 이르고 있다.²⁶⁾

2) 內 容

行政節次法(A.V.G, 1950)은 오스트리아의 行政節次에 관한 基本法으로서 전체가 6장 80개조문으로 구성되어 있다.



(1) 一般的 規定

가. 行政廳의 權限

오스트리아의 行政節次法은 제1조에서 제6조까지 行政廳의 관할 사항을 규정하고 있다. 즉 土地管轄, 審級管轄, 管轄移轉, 行政廳의 處分 등을 규정하고 있는데 이는 行政廳의 관할에 대하여 개별법상 규정이 없는 경우에 적용되는 보충적 규정이다. 그리고 제7조에서는 行政廳의 除斥事由를 규정하고 있다.

26) 金伊烈, “오스트리아의 行政節次法”, 「行政節次法 比較研究」, 三英社, 1986, p. 8.

나. 利害關係인과 當事者

동법 제8조에서 제20조까지는 利害關係人, 當事者 및 그들의 代理人의 활동에 관하여 규정하고 있다. 여기서 利害關係人이란 行政廳에 대해서 行政行爲를 적극적으로 요구하는자, 또는 行政廳의 행위에 관계하고 있는 자를 말하며, 當事者는 법률상의 청구권 또는 법률상의 이익에 관련이 있는 자를 말한다.

(2) 行政處分節次

가. 節次의 開始

節次는 원칙적으로 職權으로 開始하고 예외적으로 利害關係人의 請求에 의한 개시를 인정하고 있다.

나. 調査節次

行政廳의 決定은 略式節次(제57조)인 경우를 제외하고 調査節次를 거쳐야 한다. 조사절차의 목적은 行政處分의 기준이 되는 사실적 태양을 인정하고 當事者에 대하여 그 권리와 법률상의 이익을 주장할 수 있는 기회를 주기 위함이다(제37조).

다. 決定

決定은 특별한 규정이 없는 경우에는 書面이나 口頭로 할 수 있으며, 구두결정의 경우에는 결정에 참여하지 않은 利害關係人에게 通知하여야 한다(제62조). 결정의 내용에 관하여는 먼저 決定임을 표시하는 序文과 審査目的에 따라 모든 사안 및 當事者의 신청내용, 적용법규 등이 명시되어야 한다(제59조). 當事者의 주장의 전체에 대하여 용인하는 것이 아니거나, 利害關係人의 불복 기타 異議申請에 대해서 판단하는 경우에는 결정에 이유를 붙여야 한다.

라. 爭訟節次

爭訟節次는 當事者의 청구에 의하여 上級行政廳(異議申請은 예외적으로 處分청)에서 결정을 심의하는 것을 말한다. 보통쟁송절차에는 訴願과 이의신청이 있고, 특별쟁송절차로는 再審과 原狀回復이 있다. 소원청구는 當事者만이 할 수 있고 단순한 利害關係人은 청구할 수 없다. 再審은 원결정이 재심사유가 될 수 있는 사실과 관련하여 이 사실을 밝힐 수 있을 때 인정되며(제69조), 원상회복은 行政廳이 기간 또는 口頭審理의 懈怠로 인하여 법률상 불이익을 입게된 자가 신청할 수 있도록 하고 있다(제71조).²⁷⁾

3) 特 徵

오스트리아의 行政節次法의 특징을 요약하면 다음과 같다.²⁸⁾

가. 純粹한 行政節次

獨逸의 行政節次法이 節次的 법규외에 實體的 법규를 내용으로 하고 있는데 반하여 오스트리아의 행정절차법은 순수한 處分과 결정에 관한 절차법적 규제라는 점에서 그 특징을 발견할 수 있다. 뿐만 아니라 미국의 행정절차법이 준입법행위로서의 規則制定節次를 포함하고 있는데 반하여 오스트리아의 행정절차법은 규칙제정절차가 제외되어 있다.

나. 爭訟節次에 관한 規定

오스트리아의 행정절차법은 처분과정을 규제하는 사전절차 뿐만 아니라 再審節次로 볼 수 있는 事後節次, 즉 爭訟節次까지도 통일적으로 규정하고 있는 것이 특징이다.

27) 金伊列, 상계논문, p. 22.

28) 徐道錫, "主要國의 行政節次(法)의 概要와 特色", 「立法調査月報」, 1994,5, p. 85.

다. 訴願提起의 效力으로서의 執行停止效

절차효력으로는 볼 수 없지만 소원을 제기하게 되면 일반적으로 處分 또는 執行이 停止되는 效力을 인정하고 있다.

라. 法治行政의 徹底

행정절차법의 입법정신으로 보나 제도적 내용을 개관할 때 법치행정을 비교적 철저하게 제도화하고 있어 국민의 권리보호에 역점을 두고 있다고 할 수 있다.²⁹⁾

4. 美國의 行政節次法

1) 成 立

미국 수정헌법 제5조는 “...누구든지 정당한 法의 節次에 의하지 아니하고는 生命·身體 또는 財産을 박탈당하지 아니한다.”라고 규정하여, 개인에 대한 침익적인 公權力作用은 適法節次에 의하여야 함을 규정하고 있는데, 이 適法節次 조항이야말로 미국의 행정절차를 발달시킨 중요한 요소이다. 適法節次의 원칙은 英國의 判例法을 통하여 확립된 自然的 正義의 法理에 그 연원을 두고 있다.³⁰⁾

미국 헌법상의 適法節次의 의미가 어떤 것인가는 명백하지 않으며 그 해석을 둘러싸고 많은 판례의 내용이 변천되어 왔다. 본래는 法院의 訴訟節次로써 행해지는 通知 및 聽聞의 형식을 보장하는 것으로 생각되어 왔던 것이다. 그 후에 판례는 행정기관에 의한 국민의 권익침해에도 직접 適法節次의 요청을 인정하게 되었다.³¹⁾

29) 法制處, 「各國의 行政節次關係法」, 法制資料, 제83호, 1976, p. 84.

30) Bernard Schwartz, 윤세창역; 「美國 行政法」, 高麗大學出版部, 1981, p. 86.

31) 적법절차조항이 보장하는 의미는 다음과 같다. 그것은 사실인정이 정당한가의 여부

美國에 있어서의 行政節次의 법적 규제문제는 미국 행정법의 중심문제를 이루고 있으며, 미국에 있어서의 행정절차에 관한 연구가 시작된 것은 1930년대에 들어와서였다.

1936년 미국법조협회(American Bar Association. A.B.A)의 행정법 특별위원회는 보고에서 연방행정재판소를 설치할 것을 주장했다. 이 보고에 의한 동일 내용의 두개의 법안이 제출되었으나 성립되지 않았다.

1937년 A.B.A는 태도를 일변하여 행정재판소 설치의 방식을 철회하고 현존하는 행정절차들 보다 사법절차화 함으로써 전통적 사법국가원리를 유지하려 하였고, 1939년에는 Walter-Logan법안으로 제출, 1940년 의회를 통과했으나 루즈벨트 대통령의 거부로 법제정에 실패하였다.

한편 행정절차의 법제정에 대한 급진파와 보수파간의 타협으로 행정절차에 관한 법무장관위원회가 1939년에 발족되어 1941년 보고서가 대통령에게 제출되었다. 이 보고서의 내용이 현행 행정절차법의 기반을 이루었다. 동 보고서의 제안을 담은 몇개의 法案이 1941년 국회에 제출되어 公聽會까지 열렸으나 제2차 대전으로 중단되었다가 1944년에 새로운 법안이 제안되고 공청회를 거쳐 행정부와 법조협회의 타협물로 1946년에 美國 行政節次法이 制定되었다.

현재 이 法律은 5 U.S.C. 제551조-제559조, 제701조-제706조, 제1305조, 제3105조, 제3344조, 제5372조, 제7521조로써 법전화 되어, 제정당초의 행정절차법은 폐지되어서 형식적 의미의 행정절차법이라는 法律은 존재하지 않으나 미합중국법전이 위 조항을 통틀어 행정절차법(A.P.A)라고 부르는 것이 통례로 되어 있다.³²⁾ 미국 행정절차법은 정보자유법(Freedom of Information Act, 1974, 제

를 법원이 조사하는 경우의 것이 아니고, 사실의 심문자가 공평한 법원과 같은 것이 되어야 한다는 것을 의미하며, 정당한 통지와 심리없이 어떠한 인정을 내려서는 안된다는 것을 의미하며, 심리의 절차를 공평한 재판에서 요구되는 것과 같은 것이 되어야 하며, 법과 절차의 적용이 준수되었는가의 여부를 결정하는 기회를 법원에 주어야 한다는 것을 의미한다. Bernad Schwartz, 윤세창역, 상계서, p. 86.

32) 李相敦, "美國行政節次法の 制定經緯", 「考試界」, 1986.11, p. 148.

552조), 프라이버시보호법(Privacy Act, 1974, 제552조, a) ; 선샤인법(The government in Sunshine Act, 1977, 제552조, b)이 신설되어 현재에 이르고 있다.³³⁾

2) 內 容

1946년에 제정된 行政節次法은 1967년 6월 전체가 「연방행정조직 및 직원」의 제1부 「행정기관에 관한 총칙」 중의 제5장 「행정절차」로 改定되었다.

특히 구 체계의 제3조의 정보의 공개(Public Information)의 부분은 1966년에 정보자유법으로 광범위하게 改定되었다. 그러나 1946년의 미국 행정절차법의 기본구조는 그대로 존속하고 있다. 중요한 개정으로는 1966년에 제정된 정보자유법이 제552조로 추가된 것³⁴⁾과 1978년에 종래의 정보관이 행정법판사(ALJ)로 개칭되고, 임명방법 등이 변경됨에 따라 관계조항이 개정되었고³⁵⁾, 제3105조, 제7521조, 제5262조, 제3344조, 제1304조가 각각 추가된 것 등을 들 수 있다.

美國 行政節次法은 기본적으로 ① 總則的 規定, ② 規則制定節次, ③ 行政裁決節次, ④ 司法審査의 4개의 부분으로 대별할 수 있다.³⁶⁾



(1) 總則的 規定

美國 行政節次法에서 總則的 規定으로 볼 수 있는 것은 용어의 定義 規定인 제551조와 附則의 성질을 가진 제559조이다. 제551조는 미국 행정절차법의 適用

33) 미국 행정절차법 제552조는 정보자유법의 조항으로 시민의 청구에 의해 정부가 가지고 있는 정보를 제공하거나, 개인의 프라이버시를 보호하고(제552조, a), 국민의 알권리를 보장하는 (제552조, b)제도를 규정하고 있다.

34) 徐元宇, “美國의 行政節次法 改正” : 정보공개조항의 제정과 관련하여, 「법학」 제 23권 1호, 서울대학교 법학연구소, 1982, PP. 181-185.

35) 徐元宇, “美國聯邦行政節次法概要(上)”, 「考試界」, 1982.9, p. 74.

36) Christopher F. Edley, Jr, 「Administrative Law」, New Haven:Yale Univ.press, 1990, PP. 36-38.

範圍를 밝히고 있는 규정으로서, 미국 행정절차법의 적용에서 완전히 제외되는 行政廳은 없지만 다만 군사기관과 조정중재기관은 公表義務를 제외하고는 동법의 적용을 받지 않게 하고 있다(동법 제551조).

(2) 規則制定節次

美國 行政節次法은 規則制定을 “規則을 制定, 修正, 廢止하는 行政廳의 절차”의 의미로 규정하고 있으며, 규칙제정절차의 유형으로는 ① 제553조에 의하여 고지(notice)와 서면논평(written comments)의 과정을 거치는 것(비정식절차 informal rulemaking), ② 제정절차에 있어서 行政廳이 아무런 제약을 받지 않는 것, 즉 해석적 규칙(interpretative rules)과 절차적 규칙(procedure rules) 및 기타의 제553조의 절차적 요건의 준수에서 면제된 절차에 적용되는 것, ③ 제556조와 제557조에 의한 청문의 개최 및 그 기록에 의거한 규칙제정절차(정식절차 formal rulemaking)의 세종류가 인정되고 있다. 규칙은 제551조에 “法律 또는 政策을 보충 또는 규정하거나 行政廳의 조직, 절차 또는 실무준칙을 규정하는 行政廳이 의사표시의 전부 또는 그 일부로서의 일반적 또는 특정적으로 적용되고 그 效力이 將來에 미치는 것으로 임금, 기업 및 재정기구 및 이것의 재조직, 가격, 시설, 설비, 용역 또는 그 대가, 평가, 비용, 회계 및 이들에 관한 절차를 장래에 향하여 승인하고 규정하는 것을 포함한다”고 정의하고 있다.³⁷⁾

(3) 裁決節次

美國 行政節次法上 規則制定節次는 제553조의 1개의 조항에 규정된 데 비하여 裁決節次는 제554조-제557조 까지 상세히 규정하고 있다. 裁決은 “명령(또는 처분)을 형성하는 行政廳의 過程이며 命令은 형식에 있어서 긍정적, 부정적, 금지적 또는 선언적이든 간에 규칙제정을 제외한 허가(license)를 포함한 行政廳의 모든 최종적인 處分の 전부 또는 일부를 의미한다”(제551조).³⁸⁾ 그리고 미국 행

37) 徐元宇, 상계논문, p. 67.

정절차법상의 재결절차는 “개별의 제정법에 의하여 行政廳에 의한 聽聞의 機會가 부여된 후 그 기록에 따라 裁決이 이루어 질 것이 요구되는 경우에 적용된다”(제554조 a).

따라서 미국 행정절차법상의 裁決節次는 正式裁決節次이다. 그리고 비록 법률에 규정이 없다 하더라도 憲法의 適法節次의 적용이 있다고 판단되는 경우에는 청문에 의한 재결절차가 요구된다.

미국 행정절차법은 미국 행정절차법상의 재결절차가 적용되지 않는 사항을 규정(제554조, a)하고 있으며 通知를 받을 權利(제554조, b), 利害關係人の 事實, 辯論, 調整案을 제출할 기회를 부여하여, 當事者의 합의에 의한 분쟁해결 불가능 시 통지와 제556조와 제557조에 규정된 절차에 의한 청문과 결정의 기회보장이 규정되어 있다(제554조, c).

증거수리 주재공무원의 決定勸告 또는 제1차적 決定義務, 職務分離와 行政廳의 宣言的 處分權을 규정하고 있으며(제554조, d, e), 피소환자의 辯護人의 조력을 받을 권리 등을 인정하고 있다(제555조, b). 그리고 청문에 대해서는 제556조에서 규정하고 있는데 이것의 適用範圍, 證據調查主宰者, 聽聞主宰官의 權限과 義務, 行政廳의 원칙적인 立證責任, 증언조서의 증거력을 규정하고 있다.

결정은 行政廳이 청문이 종료되면 그 기록에 의하여 내리는 명령을 말한다. 제557조는 이를 규정하고 있는데 청문주재공무원의 제1차적 決定, 行政廳의 再審査, 行政廳의 재심사에 의한 결정전에 갖는 當事者의 권리 등이다. 그리고 1976년의 개정에서 行政廳 외부의 利害關係人の 일방적 접촉(EX Parte communication)의 금지를 추가하였다.

이와 같이 미국 행정절차법상의 재결절차는 정식절차로써 그 주요한 내용은 通知, 聽聞, 決定으로 이루어지고 있다. 특기한 것은 法律의 규정에 의하여 정식 의결절차가 요구되지 않는 경우라도 헌법상의 適法節次가 적용된다고 판단되는 경우에는 청문에 의한 재결절차가 요구된다는 것이다.

38) 李相敦, “美國行政節次法”, 「行政節次法 比較研究」, 三英社, 1986, p. 107.

3) 特 徵

美國의 行政節次法은 다음과 같은 특징이 있다.³⁹⁾

첫째, 미국 행정절차법은 우선 適法節次의 保障이라는 헌법적 기초에 근거한 것이 가장 큰 특징이라고 하겠다. 그 연원은 영국의 自然的 正義라는 전통적 원리에서 찾을 수 있음은 대륙법계의 행정절차법과 비교를 이룬다고 하겠다. 따라서 미국 행정절차법은 節次的 正義 實現에 그 주안점을 두었다. 행정절차에 있어서 利害關係人의 알 권리의 실현을 위하여 정보자유법과 개인의 프라이버시 보호를 위한 프라이버시법, 그리고 알 권리를 보다 효과적으로 보장하기 위하여 선사인법을 두고 있다는 점, 그리고 거의 법관의 신분에 상응하는 行政法判事制度를 두고 있다는 점들이 다른 나라의 행정절차법에 대한 특징이라 할 수 있다.

둘째, 동법은 行政廳의 권한행사의 절차를 정한 법이기 때문에 行政廳의 規則制定, 免許 기타의 개별적 處分, 調查 등의 실제적인 권한에 관해서는 개별적인 法律의 수권을 요한다.

셋째, 동법이 규정하는 正式의 聽聞 및 그에 의거한 決定節次 등은 개별의 法律이 行政廳의 개별의 권한 행사의 요건으로서 정식의 청문을 요구하고 있는 경우에 한하며 그 직접적인 근거를 제공하는 것은 아니다.

넷째, 동법의 規則制定, 審判 등에 관한 규정은 일반적으로 적용되는 통일적인 절차를 정한 것이기 때문에 보다 상세하고 엄격한 절차는 개별적인 법률의 규정을 볼 수 밖에 없다.

다섯째, 동법은 행정절차의 기본적인 틀을 정하며 행정절차와 관련된 立法, 司法 및 行政運營上의 명확한 지침을 제공하고 있다는 점에서 커다란 의의를 가지는 입법이라고 할 수 있다.

39) 趙鏞憲, “美國 聯邦行政節次法에 관한 研究”, 博士學位論文, 中央大學校 大學院, 1991, PP. 84-85.

5. 獨逸의 行政節次法

1) 成 立

獨逸에서의 행정절차법제화의 문제는 1957년 내무장관과 평의원 회의에서 행정절차법의 제정을 위한 보고서가 마련됨으로써 구체화되기 시작하였다.

1958년 비엔나에서 열린 독일법학자대회에서 베타만(Bettermann), 메리하르(Melichar)는 行政節次法の 必要性和 效用性を 역설하였다.⁴⁰⁾ 1996년에는 행정절차법 模範草案이 공포되었고 그 결과 행정절차에 대한 법적 규제의 필요성은 더욱 굳어진 반면 그 모범안에 대한 개별적 규정의 비판이 있었다. 그 후 1973년 연방정부는 새로이 수정된 행정절차법안은 제7차 연방의회에 제출하였는데 1976년 12차회의에 이르러서야 정부안에 대한 내무위원회의 보고와 제안을 받아들여 같은해 4월 연방위원회의 의결을 거쳐 1976년 5월 공포되었다. 이 법안은 1977년 1월1일 부터 시행되었다.⁴¹⁾

2) 內 容

독일의 행정절차법은 전문 103조로 구성되어 있는 바, 그 체계를 개관하면 다음과 같다.

(1) 總則的 規定

가. 適用範圍

獨逸 行政節次法은 제1조에서 “① 연방, 연방직속의 공법상의 사회, 재단 및

40) 金伊列, 「行政節次法論」, 一潮閣, 1981, p. 74.

41) 金鐵容, “獨逸行政節次法施行 10年の 決算과 우리 行政節次法制定上の 問題點”, 「학술지」 제35집, 건국대학교, 1991, PP. 246-248.

영조물, ② 주, 시읍면 및 시읍면조직, 기타 주의 감독을 받는 공법인으로서 연방의 위임으로 연방법을 집행하는 기관, ③ 연방의 배타적 또는 경합적 입법권의 대상인 연방법의 고유업무로서 집행하는 주 등의 行政作用에 대하여 적용된다"고 규정하고 있다.

그리고 土地管轄에 관해서는 제3조가, 職務共助에 관하여는 제4조 내지 제8조에서 규정하고 있다.

나. 關係人과 代理人 및 輔佐人

關係人에는 申請人과 被申請人·官廳이 발동하려고 하거나 발동한 行政行爲의 상대방, 관청이 公法上 契約을 체결하려고 하거나 체결한 상대방 및 절차의 결과로 말미암아 권리상의 이해에 영향을 받을 수 있는 자로서 관청이 職權 또는 申請에 의하여 節次에 참가시킨 자가 포함된다(제13조).

관계인은 대리인을 선임함으로써 행정절차에 관계된 모든 행위를 대리시킬 수 있고, 심리 및 협의에 보좌인을 대동할 수 있다(제14조). 그리고 관계인이 토지관할내에 있는 자 중에서 수령대리인을 지정하여야 하며, 일정한 사유에 해당하는 대리인 없는 관계인을 위하여 관청의 요청이 있으면 후견법원이 대리인을 선임한다(제15조 및 제16조). 한편, 大量節次의 효율적인 처리를 위하여 관여인이 50인 이상인 경우에는 신청에 의하거나 직권에 의하여 공동대리인을 선임할 수 있다(제17조 및 제18조).⁴²⁾

다. 除斥과 忌避

자신의 관계인이거나 관계인과 특수한 관련이 있는 자는 행정절차에서 관청을 위하여 활동할 수 없으며(제20조), 공정한 직무수행에 대한 의혹이 있을 것으로 인정할 만한 상당한 이유가 있거나 관계인이 이러한 이유의 존재를 주장할 때에는 행정절차에서 해당관청을 위하여 활동할 자는 그 활동을 중지하여야 한다(제21조). 이것은 行政節次의 公正性을 도모하기 위한 규정이다.

42) H.Maurer, Allgemeines Verwaltungstecht, 6. Aufl. München, 1990, S. 400.

라. 節次의 開始

절차의 개시는 職權에 의하여 행해지는 경우와 申請에 의하여 행해지는 경우로 구분할 수 있다. 行政廳은 명문의 규정이 있는 경우를 제외하고는 기속재량에 따라 행정절차를 시행할 것인지의 여부와 시기를 결정한다(제22조). 그러나 여기에서는 다음 몇가지의 예외가 허용되고 있다.⁴³⁾

마. 關係人의 聽聞

行政廳이 관계인의 권리에 영향을 미치는 行政行爲를 하고자 하는 경우에는 이를 발동하기에 앞서 관계인에게 결정에 있어서의 중요한 사실에 관하여 의견을 진술할 기회를 부여해야 한다. 그러나 즉시 결정하는 것이 지체로 인한 손실을 방지하고, 또는 공법상 필요한 때처럼 개개의 상황으로 보아 청문이 필요하지 않은 때에는 예외로 한다(제28조).⁴⁴⁾

(2) 行政行爲

가. 行政行爲의 概念

行政行爲라 함은 公法領域에 속하는 구체적인 경우를 규율하기 위하여 行政

43) 독일 행정절차법 제22조 다음의 각호에 대해서 예외규정을 두었다.

① 직권에 의하여 또는 신청에 의하여 활동을 하여야만 할 때.

② 신청에 의하여서만 활동할 수 있는 사항에 대하여 신청이 없는 때.

44) 독일의 행정절차법은 총칙에서 “행정절차의 무형식성”이라는 제목하에 “행정절차는 절차의 형식에 관한 특별한 법령이 존재하지 아니하는 한 특정한 형식에 구속되지 아니한다. 행정절차는 간단하고 합목적적으로 실시되어야 한다”(제10조)고 규정한 후, 행정행위와 관련하여 “이해관계인의 권리를 침해하는 행정행위가 행해지기 전에 행정결정에 관하여 중요한 사실을 진술할 기회가 주어져야 한다”(제28조)고 규정하고 있다. 이 경우 의견진술절차 역시 특별한 형식을 요하지 아니함이 원칙이며, 법률에 특별한 규정이 없는 경우에 한하여 우리의 청문절차와 같은 보다 강화된 형태의 요식적 행정절차를 거치도록 규정하고 있다. Maurer, a.a.O., S. 404.

廳이 발동하는 모든 處分·決定이나 기타 권력적인 조치로서 대외적으로 효과를 발생시킬 목적으로 하는 행위를 말한다. 일반처분이라 함은 일반적 징표에 의하여 특정되거나 또는 특정될 수 있는 인적 범위에 미치거나 사물의 공법적 속성 또는 공중에 의한 사물의 이용에 관한 行政行爲이다(제35조).

나. 行政行爲의 附款

附款의 許容可能性, 種類 및 限界에 관하여 규정하고 있다(제36조). 우선 請求權이 있는 行政行爲, 즉 羈束行爲는 법규에 부관을 허용하고 있거나 부관에 의하여 行政行爲의 법률상 요건을 충족시킬 수 있을 때에 부관 붙일 수 있다. 그리고 부관의 종류로서는 기한, 조건, 철회권의 유보, 부담, 부담의 추가, 변경 또는 보충의 유보를 열거하고 있다. 한편, 부관의 한계로서 부관은 行政行爲의 목적에 반하여 붙일 수 없도록 명시하고 있다.

다. 行政行爲의 明確性 및 形式

行政行爲는 그 내용이 明確하여야 한다. 그리고 행정행위는 문서·구두 또는 기타의 방법으로 할 수 있으나, 구두에 의한 행정행위에 관하여는 정당한 이익이 존재하고 當事者가 적시에 요청하는 경우에 한하여 書面으로 확인하여야 한다.

라. 確約

관할관청이 행한 약속으로서 일정한 行政行爲를 추후에 발동하거나 발동하지 아니할 것을 내용으로 하는 확약이 유효하기 위해서는 문서상의 형식을 필요로 한다(제38조).

마. 行政行爲의 理由附記

문서에 의한 行政行爲 또는 문서에 의하여 입증된 행정행위는 서면으로 그

이유를 부기하여야 한다. 그리고 裁量決定의 이유에는 재량권을 행사함에 있어서의 관청의 관점을 명백히 하여야 한다(제39조).

바. 行政行爲의 效力

行政行爲는 특정인 또는 관계인에게 告知된 때 부터 그 고지된 내용에 따라 효력을 발생한다. 행정행위는 取消·撤回·廢止 또는 期間滿了나 기타 방법으로 실효되지 아니하는 한 효력은 지속되나, 무효인 행정행위는 효력을 가지지 않는다(제43조).

사. 行政行爲의 無效

行政行爲가 특별히 중대한 瑕疵가 있고, 또한 그 하자가 관련된 제반사정으로 판단하여 명백한 경우에는 無效이다(제44조 제1항).

위의 규정은 무효원인인 하자와 취소원인인 하자의 구별기준으로서 지배적인 학설이면서 판례의 태도인 명백설(Evidenztheorie)을 실정법화한 것이다.⁴⁵⁾⁴⁶⁾

아. 瑕疵의 治癒와 轉換

無效가 되지 않는 節次法規를 위반한 行政行爲는 다음과 같은 요건을 충족하면 그 瑕疵가 治癒된다(제45조 제1항).

45) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10 Aufl, 1973, S.226. 金伊列, “獨逸 行政節次法”, 「行政節次法 比較研究」, 三英社, 1986, p. 40에서 재인용.

46) 독일 행정절차법 제44조 제2항에서는 다음의 각호에 해당하는 행정행위는 제1항의 요건의 존재에 관한 고려 없이도 무효로 한다고 규정하고 있다.

- ① 문서로 한 처분으로서 처분청을 알 수 없을 때
- ② 법규상 문서에 의하여서만 할 수 있는 것으로서 그 형식이 충족되지 못한 때
- ③ 관청이 관할범위 밖에서 수권을 받지 아니한 행정행위
- ④ 사실상의 이유로 누구라도 행할 수 없는 행정행위
- ⑤ 형벌 또는 과태료의 구성요건을 실현하는 것을 요구하는 행정행위
- ⑥ 미풍양속에 어긋나는 행정행위

- ① 행정명령의 발동에 필요한 신청을 사후에 제출한 경우
- ② 필요로 하는 사유가 사후에 제시된 경우
- ③ 필요로 하는 관계인의 청문을 사후에 보완한 경우
- ④ 행정행위의 발동을 위하여 거쳐야 할 위원회의 결의를 사후에 행한 경우
- ⑤ 필요로 하는 다른 관청의 협력을 보완한 경우

한편, 하자있는 行政行爲는 처분청에 의하여 종전의 절차상의 방법과 형식으로 적법하게 발동될 수 있고, 행정행위의 발동을 위한 요건이 충족되어 있는 경우에는 동일한 목표를 지향하는 다른 行政行爲로 전환될 수 있다(제47조).

자. 違法한 行政行爲의 職權取消

위법한 行政行爲는 不可爭力이 발생한 후에도 장래에 향하여 또는 소급하여 그 효력의 전부 또는 일부를 직권으로 취소할 수 있다. 다만 권리 또는 법률상의 중대한 이익을 설정하거나 부여하는 授益的 行政行爲는 일정한 제한 아래서만 가능하다(제48조).

차. 違法한 行政行爲의 撤回

위법한 비수익적 行政行爲는 不可爭力이 발생한 후에도 동일한 내용의 行政行爲를 다시 발하여야 하거나 또는 다른 사유로 撤回가 허용되지 아니하는 경우를 제외하고는 그 效力의 全部 또는 一部를 將來에 향하여 철회할 수 있다. 그리고 위법한 授益的 行政行爲는 일정한 사유에 해당하는 경우에 한하여 불가쟁력이 발생한 후에도 그 효력이 전부 또는 일부를 장래에 향하여 철회할 수 있다. 한편, 授益的 行政行爲의 철회에는 재산상의 불이익에 대한 보상이 강제되는 경우가 있다(제49조).

(3) 公法上的의 契約

公法領域에 있어서의 權利關係는 법규에 위반되지 아니하는 한 계약에 의하

여 發生·變更 또는 消滅시킬 수 있다. 특히 관청은 行政行爲에 같음하여 當事者와 公法上の 契約을 체결할 수 있다(제54조). 그리고 公法上の 契約은 법규에 다른 형식이 규정되어 있지 아니하는 한 서면으로 하여야 한다(제57조). 이 외에도 和解契約(제55조)·交換契約(제56조)·제3자 및 관청의 동의(제58조)·공법상의 계약의 무효(제59조)·契約의 調整과 解止(제60조)·즉시집행의 복종(제61조) 및 법규의 보충적용(제62조)에 관한 규정을 두고 있다.⁴⁷⁾

(4) 特別節次規定

行政節次란 行政行爲의 要件審査·準備 및 發動이나 公法上の 契約을 체결하기 위하여 대외적으로 효력을 발생하는 行政廳의 작용을 말한다(제49조). 行政廳이 行政行爲를 행함에 있어서는 行政節次法상의 절차의 원칙에 관한 규정이나 行政行爲의 成立 및 存續效에 관한 규정에 의하여 구속을 받게 되지만, 그 행정절차는 형식에 대한 특별한 법규가 존재하지 아니하는 한 특정방식에는 구속되지 않으며 간단하고 합목적적으로 행하는 것을 원칙으로 한다(제10조).

즉, 행정절차는 無形式性을 원칙으로 한다. 따라서 독일의 행정절차법은 행정절차를 무형식성의 원칙이 지배하는 略式節次를 원칙으로 채택하면서도 예외적으로 개개의 法律에서 정하고 있는 일정한 방식을 요구하는 正式行政節次를 인정하고 있다. 특히 正式行政節次는 特別節次라는 장에서 計劃確定節次와 함께 엄격한 절차가 적용되도록 규정하고 있다. 정식행정절차와 비정식행정절차 중 어떤 행정절차에 의할 것을 특별히 규정하고 있을 때에 한하여 정식행정절차가 적용될 뿐이고 별도의 규정이 없는 경우에는 약식행정절차에 의하게 된다(제63조 제1항).

特別節次로서 正式行政節次와 計劃確定節次를 규정하는 방식은 다른 국가의 행정절차에서는 그 유례를 찾아볼 수 없는 독일만의 독특한 행정절차법제이며, 그 가운데서도 계획확정절차는 새로운 행정수요에 의한 행정형태라고 할 수 있다.⁴⁸⁾

47) 金伊列, 상계논문, p. 41.

(5) 權利救濟節次規定

正式行政節次를 거쳐 결정된 行政行爲에 대하여는 法律에서 다른 규정을 두고 있는 경우가 아니면 行政訴訟法과 이 법의 시행을 위하여 발하여진 법규를 적용하며, 그밖에는 이 법의 규정을 적용한다고 하였다(제79조). 즉, 略式節次를 통하여 결정한 사항에 대하여는 異議申請을 통하여 權利救濟를 실현할 수 있지만 正式節次를 통하여 결정된 사항은 行政審判을 거친 후에 再審을 청구할 수 있다.⁴⁹⁾

3) 特 徵

(1) 節次的 規定과 實體的 規定

獨逸 行政節次法은 行政節次와 밀접하게 결합되어 있는 行政實體法的 規定, 즉 行政行爲와 公法上 契約에 관한 규정을 포함하고 있다.⁵⁰⁾

(2) 無形式性的 原則

獨逸의 行政節次法은 略式行政節次와 正式行政節次로 구별하고, 약식행정절차에는 정식행정절차에 관한 규정의 적용을 배제하고 있다. 한편 약식행정절차와 정식행정절차 중 어느 것을 선택하는가는 관계인의 임의적 의사에 맡기지 않고 행정절차의 無形式性的 原則에 따라 원칙적으로 略式行政節次에 의하되, 개별법의 근거가 있는 경우에 한하여 예외적으로 正式行政節次를 적용하도록 규율하고 있다.⁵¹⁾

(3) 大量節次的 導入

獨逸의 行政節次法은 現代의 産業化·都市化에 있어서의 특유한 문제로서의

48) 金伊列, 상계논문, p. 42.

49) 石琮顯, 「一般行政法(上)」, 三英社, 1994, p. 591.

50) 石琮顯, 상계서, p. 589.

51) Maurer, a.a.O, S. 404.

참가뿐만 아니라 現代社會의 大衆化에 수반하는 大量性和 集團性的 요소도 절차 과정내에 고려함으로써 現代行政에 있어서의 새로운 행정상태를 배려하고 있다.

이렇게 행정절차법에서 大量節次에 대한 규정을 둠으로써 독일행정재판소법에 도 영향을 끼쳐 1990년 제4차 개정때 대량절차에 대한 특칙들을 새로 편입시키게 되었다. 대량절차는 반드시 행정절차에만 국한되는 것이 아니라 행정절차를 통하여 行政行爲가 발령되고 이것이 만약 위법하여 多數人的 權利를 침해하는 경우에는 곧바로 大量節次로 이어지기 때문에 개정의 의의를 가지는 것이다.⁵²⁾⁵³⁾

6. 日本의 行政節次法

1) 成 立

일본은 1952년 “國家行政運營法案”을 議院立法 형식으로 국회에 상정함으로써 행정절차법 제정의 기반을 닦았다. 그러나 이 법안은 입법화에 이르지 못하고 다시 1962년 2월에 임시행정조사회를 구성 발족시킴으로써 행정절차에 관한 연구에 박차를 가한 끝에, 1964년 7월에 전문 168조에 이르는 방대한 내용의 행정절차법 초안을 내놓기에 이르렀었다. 그러나 그 후 그 초안 역시 큰 관심의 대상이 되지 못하고, 또 정부안으로도 공표되지 아니함으로써 일반의 관심 밖에 놓이게 되었다. 그러던 중에 1979년 항공기 구입과 관련된 뇌물수수사건(소위 록히드 사건)이 계기가 되어 절차법 제정의 필요성이 다시 대두되었다.

그리하여 1980년 행정절차법 연구회가 발족되고 그 후 약30회에 걸친 연구보고회와 검토의 과정을 거쳐 마침내 1993년 5월 22일 「行政節次法案」 및 「行政節次法の 施行에 따른 關係法律의 整備에 관한 法律案」이 정부안으로서 각의에서 의결되어 1993년 5월 24일 국회에 제출되었고, 1993년 11월 12일 행정절차

52) Maurer, a.a.O, S. 400.

53) 金海龍, 전계논문, PP. 301-302.

법을 제정·공포되었다.⁵⁴⁾

行政節次法の 施行에 수반하여 360건에 달하는 法律에 대하여 행정절차법의 규정과 중복되는 규정의 삭제 등 필요한 규정정비를 행하고 행정절차법이 규정한 적용제외조치에 대하여 규정하기 위해 「行政節次法の 施行에 따른 關係法律의 整備에 관한 法律」이 行政節次法과 함께 制定·公布되었다.

2) 內 容

일본의 행정절차법은 總則, 申請에 대한 處分, 不利益 處分, 行政指導, 申告 및 補則의 6개장 38개 조문으로 구성되었다.⁵⁵⁾ 일본의 행정절차법의 기본구조는 전체 38개 조문 가운데 32개 조문을 차지하는 申請에 대한 處分, 不利益處分 및 行政指導에 관한 규정으로 행정절차법의 기본구조를 삼분하여 볼 수 있다.⁵⁶⁾

(1) 總 則

가. 行政節次法の 目的

行政節次法이 행정절차를 통하여 달성하려는 취지, 즉 제도적 의의는 제1조에 나타나 있는 것처럼 行政運營의 公正성과 透明성을 확보함으로써 국민의 權益保護를 도모함에 있다.

다시 말하면, 행정절차는 첫째로, 行政의 公正성과 透明성을 확보하고, 둘째로, 國民의 權益保護를 도모함에 그 취지가 있는 것으로 하였다. 行政節次의 제도적 의의가 민주적이고 공정한 행정운영을 확보함으로써 個人의 權益保護에 이바지함에 있는 것임은 일반적으로 인정되고, 특히 법은 행정운영의 透明性,

54) 關有一, “行政手續法の經緯と背景”, 「法律時報」 65권 6호, 1993,5, PP. 55-57.

55) 宇賀克也, 「行政手續法の解説」, 學陽書房, 1994, p. 33.

56) 千柄泰, “우리나라 行政節次法과 日本의 行政節次法”, 「考試界」, 1997,4, p. 109.

즉 행정상의 의사결정에 관하여 그 내용과 과정이 국민에게 분명하게 공개될 것을 의도하고 있는 것은 주목할 만한 점이라고 할 수 있다.⁵⁷⁾

나. 適用範圍

동법의 적용은 모든 형식의 行政作用을 대상으로 하는 것이 아니라, 국가의 행정기관이 하는 授益的 處分, 不利益處分, 行政指導 및 申告만이 적용대상이 되고, 그 경우에도 동법 제3조 제1항 제6호 내지 제16호에 제기된 處分은 적용대상에서 제외된다.

또 地方自治團體가 행하는 行政作用의 경우는 오직 不利益處分만 적용범위에 속하고 授益的 處分, 행정지도 및 신고의 절차에 관하여는 각 지방단체가 行政의 公正성과 透明성을 확보하기 위하여 필요한 조치를 취하도록 노력할 것을 규정했다(제38조).⁵⁸⁾

(2) 申告에 대한 處分

申告에 대한 處分이란 “申請에 의하여 요구된 認·許可 등”이라고 한 제5조 제1항의 문언이나 일정한 處分을 申請하는 경우의 성질에 비추어 授益的 處分을 가리키는 것으로 볼 것인바, 동법 제2장은 그러한 수익적 처분절차에 관하여 규정하였다. 授益的 處분에 관한 절차 중 중요한 것을 요약하면 다음과 같다.

가. 處理基準의 設定·公表

同法 제5조와 제6조는 行政廳에 대하여 인·허가 등의 신청을 받은 경우의 審査基準과 處理期間을 정하여 公表할 의무를 부여하고 있다. 일정한 處分の 신청에 대한 審査基準은 결국 裁量基準을 뜻하는 것이라고 할 수 있는 바, 그에 대하여 認·許可 등을 신청하는 개인에게 예측가능성을 부여하고, 다른 한편에

57) 紙野健二, “行政手續法の運用課題”, 「法律時報」 66卷 4號, 1993,6, p. 3.

58) 李尙圭, “日本の 行政節次法の 內容과 特色”, 「判例月報」 280호, 1994, p. 11.

서는 인·허가 등 신청의 처리를 기계적으로 하게 하려는 취지에서 우리나라 것이라고 할 수 있을 뿐만 아니라, 신청이 거부된 경우의 불복을 용이하게 하는 방편이 되는 것이라고 할 수 있다.⁵⁹⁾

나. 處理狀況告知

行政廳에 대하여 일정한 處分の 신청을 한 자는 그 신청에 대한 處理가 어떻게 되고 있는지, 언제쯤 처분이 될지 등이 궁금할 것은 의문의 여지조차 없는 일이다. 따라서 신청을 받은 行政廳은 신청인의 요구가 있는 때에는 그 처리의 進行狀況 및 豫想處分時期 등을 告知하도록 하였다(제9조 제1항). 이는 행정과정에 대한 불필요한 의문을 없애고 申請人에게 豫知利益을 보장하는 것이 될 것이다.

다. 拒否理由의 提示

認·許可 등의 신청에 대한 拒否處分을 하는 경우에는 그 거부처분의 이유를 제시하여야 하되, 同 拒否處分을 문서로 하는 때에는 거부처분의 理由도 文書로 제시하여야 한다(제8조).

(3) 不利益處分



가. 聽聞 및 辨明의 機會保障

行政廳은 특정인에게 의무를 과하거나 권리를 제한하는 등의 不利益處分을 하고자 하는 경우에는 원칙적으로 聽聞 또는 辨明의 機會를 부여함으로써 의견진술을 위한 절차를 밟아야 하는 바(제13조 제1항), 원칙적으로 청문은 認·許可의 取消, 일정한 자격이나 지위의 박탈, 法人의 任員의 해임 등과 같은 신분상 不利益處分 기타 당해 行政廳이 상당하다고 인정하는 때에 시행하고, 변명의 기회부여는 그 이외의 不利益處分을 하는 때에 하는 것이나, 의견진술을 위한

59) 宇賀克也, 전거서, PP.74-75.

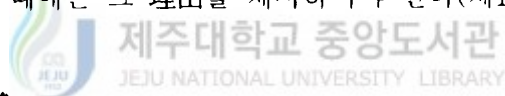
절차로서의 聽聞이나 辨明의 기회부여에 관하여는 공익상 긴급한 不利益處分이 필요한 경우 등 광범위한 예외가 있다(제13조 제2항).

나. 文書 등의 閱覽

聽聞의 通知를 받은 當事者 등은 관계 行政廳에 대하여 당해 사안에 관련되는 文書 기타 資料의 閱覽을 請求할 수 있도록 하였다(제18조). 즉 當事者나 당해 不利益處分이 행하여지면 자기의 이익이 침해된다고 하는 참가인은 聽聞의 통지가 있는 때로부터 그 청문이 종결될 때까지에 관계 行政廳에 대하여 그 사안에 대한 조사결과가 작성된 조서 기타 당해 不利益處分의 원인이 된 사실을 설명하는 자료의 열람을 요구할 수 있는 것이다. 이러한 文書閱覽要求權은 청문의 경우에만 인정되고 약식청문이라 할 수 있는 변명의 기회부여의 경우에는 해당되지 아니한다.

다. 處分基準의 公表와 處分理由의 提示

行政廳은 不利益處分의 處分基準을 設定하여 公表하여야 하고(제12조), 불이익처분을 하는 때에는 그 理由를 제시하여야 한다(제14조)고 규정하고 있다.⁶⁰⁾



(4) 行政指導

同法이 行政指導에 관하여 정하고 있는 내용은 절차적인 사항보다도 行政指導의 限界와 그 방식에 관한 것인바, 이는 행정지도의 濫用을 억제하려는 취지의 발로라고 할 수 있을 것이다.

가. 行政指導의 限界

동법은 행정지도의 일반원칙으로 행정지도에 있어서는 당해 行政廳의 權限의 범위를 벗어남이 없도록 함과 동시에, 행정지도의 내용은 어디까지나 상대방의

60) 李尙圭, 전계논문, p. 12.

임의의 협력에 의하여서만 실현될 수 있는 것임을 유의하도록 하고, 나아가 행정지도에 따르지 아니한 이유로 불이익한 취급을 하여서는 아니됨을 명시한(제32조) 다음, 신청에 관련되는 行政指導와 認·許可 등의 權限에 관련되는 행정지도를 함에 있어 유의할 점을 밝히고 있다(제33조, 제34조).

나. 行政指導의 方式

行政指導를 함에 있어서는 그 趣旨·內容 및 責任者를 분명히 함과 동시에, 구술에 의한 행정지도의 경우에 그 상대방이 당해 행정지도에 관한 文書의 교부를 요구한 때에는 문서로써 행정지도를 하도록 하였다(제35조). 이는 행정지도의 明確化와 행정지도에 대한 상대방의 이해를 돕는 뜻에서 의미가 있다.

(5) 申告

同法은 申告에 관하여 하나의 규정을 두었으나 동법 제37조는 특별히 신고의 절차를 정한 것이라기 보다는 오히려 신고의 효과에 관한 것이라고 할 수 있다. 즉 行政廳에 대하여 일정한 신고를 한 경우에 그 申告가 소정의 형식적 요건을 갖춘 것인 때에는 그 신고서가 관계 行政廳에 도달한 때에 신고할 절차적 의무가 이행된 것으로 한다.

(6) 補則

地方自治團體에 대하여 행정절차법이 정한 절차가 비록 광범위하게 적용되지 않지만, 이 法律이 정하는 규정의 취지에 준하여 행정운영의 公正性 확보와 透明性 향상을 위한 필요한 조치를 강구하도록 노력하여야 한다는 선언규정을 제38조에 보칙으로 규정하였다.⁶¹⁾

61) 佐藤英善, 「行政手續法」, 三省堂, 1994, p. 166.

3) 行政節次法 施行에 따른 關係法律의 整備에 관한 法律

행정절차법을 시행하면서 관계법률을 보다 효율적으로 정비하기 위해 1993.11.12. 法律 제89호로 「行政節次法 施行에 따른 關係法律의 整備에 관한 法律」을 제정·공포하였다.⁶²⁾

이 法律은 제1장 總理部關係(제1조-제26조), 제2장 法務省關係(제27조-제44조), 제3장 外務省關係(제45조), 제4장 大藏省關係(제46조-제74조), 제5장 文部省關係(제75조-제84조), 제6장 厚生省關係(제85조-제148조), 제7장 農林水産省關係(제149조-제191조), 제8장 通商産業省關係(제192조-제294조), 제9장 運輸省關係(제255조-제259조), 제10장 郵政省關係(제297조-제350조), 제11장 勞動省關係(제304조-319조), 제12장 建設省關係(제320조-제350조), 제13장 自治省關係(제351조-제360조)등 총 13장 360개 조문과 부칙 18개 조문등 378개의 조문으로 구성되어 있다. 行政節次法의 施行에 수반하여 행정절차법의 규정과 중복되는 절차규정을 삭제하고, 關係法律의 用語를 整備하며, 行政節次法規定의 特例事項에 대해서 필요한 규정을 정하고, 행정절차법의 관계규정의 대상에서 제외하는 法律을 확정하기 위한 「行政節次法 施行에 따른 關係法律의 整備에 관한 法律」의 제정은 법적용의 통일성을 기하기 위한 바람직한 것으로 평가받고 있다.⁶³⁾

(1) 重複規定의 削除

이 法律은 행정절차법이 行政廳이 處分을 할 경우의 절차에 관한 일반법으로서 시행되게 됨에 따라, 關係法律 360건에 대하여 필요한 규정의 整備를 위해 제정된 것이다.

行政節次法이 제정됨에 따라 이와 重複되는 기존의 절차규정을 삭제하였다.

62) 宇賀克也, 전거서, PP. 228-229.

63) 韓國法制研究院, 「日本の 行政節次法과 우리 行政節次法의 制定方向」, 1994,2, p. 24.

즉 행정절차법에는 不利益處分을 할 경우에는 원칙적으로 청문 또는 변명의 기회를 주도록 규정하고 있기 때문에 關係法律에 있어서의 같은 취지의 규정을 삭제하였다.

(2) 特別規定의 整備

聽聞節次 또는 辨明의 機會를 주는 절차에 있어서의 特例, 聽聞節次에 있어서 利害關係人의 參加의 保障 등, 행정절차법의 규정의 특례가 되는 사항에 대하여 규정하였다.

(3) 用語의 整理

행정절차법에 의해 不利益處分을 하는 경우에 행하여지는 聽聞節次에 관한 규정을 정비함에 따라, 다른 法律에서 다른 의미로 사용되고 있는 청문을 다른 용어로 바꾸었다.

(4) 適用除外의 措置

각각의 행정분야에는 獨自的인 行政節次法 體系가 마련되고 있다. 따라서 그러한 절차법 체계에 의하는 것이 타당하다고 인정되는 경우, 또는 處分의 성질상 행정절차법이 정하는 절차를 적용하는 것이 타당하지 않다고 인정되는 경우 등에 있어서는 '行政節次法'이 정하는 關係規定의 대상에서 제외토록 하였다.

4) 特 徵

(1) 行政節次法の 限定性

日本の 行政節次法은 그 適用對象이 限定的이라는 특색을 볼 수 있다.⁶⁴⁾ 동법은 그 적용대상을 광범위한 行政作用 중 원칙적으로 국가 행정기관의 처분, 즉

64) 室井力, "行政手續法とその課題", 「ジュリスト」1039호 有斐閣, 1994.2, PP. 30-33.

授益的 處分과 不利益處分 및 行政指導와 申告에 한정하고, 현대국가에서 매우 그 비중이 큰 行政立法과 行政計劃 및 自治行政(不利益處分제외)을 제외시켰다.⁶⁵⁾

(2) 聽聞과 辨明의 差別化

동법은 의견진술의 기회로 활용되는 聽聞과 辨明을 구분하여 청문의 경우는 문서 등의 閱覽要求權을 인정하면서도 변명의 경우에는 그러한 문서 등의 열람을 인정하지 아니하였다. 그러나 청문과 변명은 不利益處분에 앞서서 부여되는 利害關係人의 의견진술의 기회인 점에서 본질적으로 같은 의미를 가지는 것임을 고려할 때, 변명의 경우에도 청문의 경우와 마찬가지로 문서 등의 열람청구권을 인정하는 것이 바람직한 것이라고 할 수 있다.⁶⁶⁾

(3) 行政指導

行政指導라는 개념 자체가 일본의 산물이므로 구미제국의 행정절차법에서 찾아볼 수 없는 것이다. 일본에서 직접 법률상의 강제력을 가질 이유가 없는 지도, 권고 등이 행정목적실시의 방법으로 이용되고 그것이 유효한 기능을 바탕으로 활용되고 있다. 행정지도가 원래 강제력을 가지고 있지 않은 수단임에도 불구하고 유효하게 기능을 하고 있는 현실에 비추어 法治主義의 견지에서 행정지도에 있어서도 타당할 수 밖에 없는 기본원리를 확인적으로 제시함과 동시에 행정지도에 대한 不明確·不透明하다는 비판에 대응하는 의미에서 행정지도의 明確性의 原則을 강조하고 이것의 확보방안으로서 文書主義를 규정하고 있다.⁶⁷⁾

(4) 實體的 事項의 包含

이 법은 그 명칭과는 달리 약간의 실체적 내용의 규정을 두고 있다. 즉 處理

65) 韓國法制研究院, 전게서, p. 45.

66) 李尙圭, 전게논문, p. 14.

67) 徐道錫, 전게논문, p. 86.

基準의 設定(제5조, 제12조), 行政指導의 限界 내지 留意事項(제32조 내지 제34조)에 관한 규정은 그 예라고 할 수 있다. 이와 같은 행정절차법에 실체적 성질의 규정을 둔 것은 獨逸 行政節次法에서도 그 예를 볼 수 있는 것으로서, 행정절차와 밀접한 관계에 있는 實體的 規定은 行政節次法의 취지를 효과적으로 달성하도록 하는 의미가 있음을 알 수 있다.

第 3 章 우리나라 行政節次法의 檢討

1. 行政節次法 制定前의 行政節次法案 및 關聯法規

우리나라에서도 行政節次法 제정을 위한 논의는 그 역사가 짧다고 할 수 없다. 이러한 논의의 과정속에서 行政節次法에 관한 여러가지 案이 사적으로 혹은 공적으로 발표되었다. 그 중 서울변호사회는 1965년 1월 이종극 의원의 시안을 바탕으로 전문 11개조 부칙 2개조의 行政節次法案을 작성하여 請願立法으로 국회에 제출한 바 있었다.

1981년 10월에는 大韓辯護士協會가 6장 82개 조항으로 구성된 行政節次法案을 발표한 바 있었다. 1986년 4월에 발족한 총무처 소속하의 제1차 행정절차법 심의위원회는 總務處 行政調查研究室이 마련한 행정절차법시안을 바탕으로 설문조사 및 각계의 의견조회를 거쳐 行政節次法 草案을 작성하여 1986년 11월 19일 公聽會를 열고, 여기서 나온 의견을 수렴하여 1987년 6월에 行政節次法案을 확정하였다.

이 법안이 바로 1987년 7월7일 立法豫告된 行政節次法案이다. 그러나 입법예고까지 끝낸 이 법안은 정부측에 의하여 국회제출이 보류되었다.⁶⁸⁾

1993년 行政刷新委員會에서는 行政節次法의 제정을 건의하기로 의결하였다. 이 의결은 각계 각층에서 제기한 요청을 수용한 것임은 말할 나위가 없다. 이 의결에 바탕하여 總務處는 재차 행정절차법 제정을 위한 준비에 착수하였으며, 1994년 7월에는 총무처 조직국 제도1과가 작성한 행정절차법 시안을 관계 전문

68) 87년 행정절차법안은 일본 1962년 행정절차법 초안의 경우와 마찬가지로 국회제출이 보류되었다. 입법예고되어 있는 행정절차법안을 입법화하지 않은 이유가 특별히 표명되어 있지는 않지만 행정절차의 전면도입을 위한 우리의 행정여건의 성숙되어 있지 않다는 점을 우려한 것 같다.

가에게 보내어 의견조회를 한 바 있었다.

1995년 5월에 발족한 총무처 소속하의 제2차 行政節次法案 審議委員會는 1987년의 行政節次法案과 1994년의 총무처가 작성한 行政節次法試案을 바탕으로 각계의 의견조회를 거쳐 1996년 6월 4일 공청회를 열고 이에서 나온 의견을 수렴하여 1996년 7월에 행정절차법안을 확정하였다. 확정된 법안은 1996년 8월 1일 입법예고 되고 동년 10월 22일 국무회의의 의결을 거쳐 같은 달 30일에 제 181회 정기국회에 제출되었다. 1996년 11월 29일 국회의 행정위원회에 이어 法制司法委員會에 보고·의결되었고, 그 다음날인 11월 30일에 국회 본회의에서 의결되었다.⁶⁹⁾ 行政節次法은 1996년 12월 31일 공포되어 1998년 1월 1일 부터 시행하게 된다.

여기에서는 1987년 行政節次法案, 國務總理訓令인 行政節次運營指針, 1994년 總務處 行政節次法試案을 살펴보기로 한다.

1) 1987年 行政節次法案

(1) 行政節次法案의 內容

1987년 입법예고된 行政節次法案은 전문 71조 총 7개의 장으로 이루어져 있다.⁷⁰⁾

가. 總則

總則에서는 行政節次法의 目的을 제1조에서 “행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 공정하고 민주적인 행정운영을 기하고 국민의 행정참여를 도모함으로써 國民의 權益을 保護하고 행정의 信賴性을 확보함을 목적으로 한다”고 하고, 제3조에서는 행정절차법의 적용범위를 정하고 있다.

69) 金鐵容, “行政節次法의 特色과 內容”, 「考試界」, 1997,2, PP. 15-16.

70) 朴銳旻, 「最新行政法講義(上)」, 國民書館, 1993, PP. 501-505.

이외에도 當事者 및 利害關係人의 節次參加에 관한 規定, 行政廳간의 管轄 및 협조 相關규정, 서류의 송달, 기한 및 기간, 기록의 열람, 비용에 관한 규정 등 전형적으로 절차법적 성격의 조항이 있다.

여기에는 行政處分의 개념정의와 信賴保護의 原則 등 행정법분야의 일반적인 법개념이나 법원칙 등 실체법적 규정들도 다수 존재한다. 우선 行政節次法案은 제2조 제2호에서 行政處分의 개념을 “行政處分이라 함은 行政廳이 公權力을 행사하여 國民의 구체적인 權利 또는 義務에 직접적인 변동을 초래케 하는 개별적이거나 일반적인 공법상의 행위를 말한다”고 정의하고 있다. 그리고 제4조에서 는 신뢰보호의 원칙을 규정하고 있다. 行政節次法案은 제4조 제1항에서 “行政廳이 직무를 수행함에 있어서는 信義에 따라 성실히 하여야 한다”고 하여 일반적인 信義誠實의 原則을 선언하고 제2항에서 “법령의 해석 또는 行政廳의 관행이 일반적으로 국민에게 받아들여진 후에는 그 해석 또는 관행에 의한 행위는 정당한 것으로 보며, 새로운 解釋 또는 慣行에 의하여 불리하게 처리되지 아니한다”고 하여 行政法의 一般原則으로서의 信賴保護의 原則을 규정하고 있다.

나. 行政處分節次

(가) 處分基準의 公表

행정처분을 함에 있어서는 사전에 行政處分의 基準을 미리 公表하여야 하며 (行政節次法案 제24조), 處分 당시의 處分의 法的, 事實的 根據를 제시하여야 한다(동법안 제28조).

行政廳이 行政行爲를 하기 이전에 處分의 근거가 되는 基準을 미리 설정함으로써 行政作用에 대한 國民의 豫測可能性과 行政의 透明性을 보장하는 것은 법치행정이 지향하는 행정법 관계의 안정성이라는 관점에서 매우 바람직스러운 제도라고 볼 수 있다.

(나) 意見提出 및 聽聞節次

行政處分節次에 있어서 事前節次와 行政處分基準의 公表와 함께 본질적인 절

차적 구성요소는 當事者 및 利害關係人의 意見提出 및 聽聞節次이다. 부과적 行政行爲의 當事者 등은 事前通知를 받은 경우에 서면 또는 구술로서 자유롭게 의견을 제출할 수 있으며(동법안 제34조 제1항), 이때 그들의 주장을 입증하기 위한 증거서류 또는 증거물을 첨부할 수 있다(동조 제2항). 다만 의견제출이 구두로 이루어진 경우에는 그 내용의 정확성을 담보하기 위하여 行政廳은 의견진술서에 그 진술내용을 기재하여 當事者 등으로 하여금 기명날인하게 하여야 한다(동조 제3항).

聽聞은 意見提出과는 달리 1. 法令에서 聽聞의 실시를 요구하고 있는 경우 2. 行政廳이 聽聞의 실시를 필요하다고 인정하는 경우 3. 當事者 등의 청문신청이 있는 경우⁷¹⁾ 다만, 청문의 실시가 公共의 安全 또는 福利를 현저하게 해할 우려가 없는 경우에 한하여 실시한다(동법안 제35조).

聽聞節次는 청문의 통지로 개시되며 청문의 進行, 청문의 終結의 절차를 거쳐서 行政處分을 결정함으로써 종결된다. 청문은 行政廳 또는 行政廳이 지명하는 직원이 주재하며, 聽聞主宰者는 職務執行權, 證據調查權, 文書提出 등의 要求權, 聽聞調書의 作成權, 回避申請權 등의 절차적 권리들을 행사한다. 行政節次法案은 청문주재자의 公正성과 중립성을 보장하기 위하여 청문주재자의 除斥·回避制度和 當事者 등의 忌避申請權을 인정하고 있다(동법안 제37조). 청문은 원칙적으로 공개로 진행된다(동법안 제40조).

(다) 公聽會

公聽會는 1. 法令에서 公聽會의 개최를 요구하고 있는 경우, 2. 行政廳이 公益上 공청회의 개최가 필요하다고 인정하는 경우에 한하여 실시한다(동법안 제48조). 공청회는 行政廳 또는 行政廳이 지명하는 자가 주재하며 發言者 상호간, 발언자와 주재자 그리고 방청인에게 질의와 의견진술권이 주어진다(동법안 제49조).

71) 이 항목은 이번에 제정된 行政節次法에서 87년법안보다 聽聞의 範圍를 축소된 부분임을 다음 장에서 살펴볼 수 있다.

(라) 確約과 撤回權制限

行政節次法案 제25조에 규정된 행정법상의 確約이란 行政廳이 장차 적극적으로 특정한 行政行爲를 하거나 소극적으로 하지 아니할 것을 약속하는 행위이다. 행정절차법안 제25조는 行政廳이 어떠한 행위를 하거나 하지 아니할 것을 약속하는 행위는 반드시 문서로 할 것을 요구하고 있으며(동조 제1항), 제1항의 경우에 行政廳은 당해 行政處分이 다른 行政廳의 동의 또는 승인을 요하는 것인 때에는 미리 당해 행정청의 동의 또는 승인을 얻어야 한다고 규정하고 있다(동조 제2항).

確約制度和 함께 行政節次法案 제31조와 제32조에 규정된 行政行爲 職權取消 및 撤回權의 制限制도는 역시 授益的 行政行爲에 대한 개인의 信賴保護를 위해서 그동안 불문의 법원칙으로 判例와 학설상 인정되어온 것을 명문화하는 의미를 갖고 있다.⁷²⁾

(마) 行政處分の 取消權

行政廳은 특정한 수익적 行政處分이 위법한 경우에 이를 자유롭게 取消할 수 없으며, 취소에 의해 달성하고자 하는 공익상 필요와 상대방이 이미 취득한 權利의 保護, 제3자의 信賴保護 및 법률생활안정 등의 요청을 비교형량하여 後者의 이익이 더 크다고 판단되면 取消權을 행사할 수 없다(동법안 제31조 제1항).

이로서 行政行爲는 위법하다 하더라도 취소되지 않고 존속하여 개인의 신뢰는 보호되며, 만약 취소권이 행사되면 이는 信賴保護의 原則에서 벗어난 것으로 위법이다(權利의 存續保護).

그러나 取消를 통하여 얻어지는 公益이 개인이나 제3자의 법적 안정을 월등히 능가하여 취소권이 행사된 경우에 行政廳은 청구가 있으면 當事者 등이 行政處分の 존속을 신뢰함으로써 인하여 받은 재산상의 손실에 대하여 原狀回復, 손실보상 기타 필요한 조치를 하여야 한다(동조 제3항). 이로써 처분은 취소되지

72) 위 조항들은 1997년 행정절차법안이 독일 행정절차법의 영향을 받아 규정했으나, 이번에 제정된 행정절차법에서는 규율의 대상에서 제외되었다.

만 개인의 信賴保護를 위하여 금전적인 손실의 보상이 뒤따르는 것이다(權利의 補償保護).

동조 제2항은 詐欺, 強迫, 贈·收賂 기타 當事者 등에게 책임있는 사유를 제외하고 行政廳은 위법한 수익처분이 있음을 안 날로부터 1년, 처분이 있는 날로부터 2년을 경과하면 職權取消權이 상실되는 이른바 失權制度를 두고 있다.

이는 爭訟에 의한 取消의 경우에도 제소기간을 인정하는 것과 같이 위법한 授益的 行政行爲로 인하여 형성되는 불안정한 법률관계를 조속히 확정하도록 직권취소권의 행사에도 일정한 시간적 제약을 가하는 것이다.

다. 行政計劃의 確定節次

87년 行政節次法案은 제3장 제50조에서 제58조까지 行政計劃의 確定節次에 대해서 규정하고 있다.

행정계획에 관한 사무를 주관하는 行政廳은 국민생활과 밀접한 관련이 있는 公共事業計劃 기타 大統領令으로 정하는 行政計劃을 立案할 때에는 관계 행정청과의 협의를 거치도록 하고 있다(동법안 제50조 제1항).

관계 행정청간의 협의가 끝나면 행정계획의 주무관청은 행정계획안의 주요내용, 열람장소, 열람기간 등을 관보와 일간신문에 공고하고 그 밖의 가능한 방법을 활용하여 널리 알려야 한다. 열람기간은 30일 이상으로 하지만 행정계획안의 확정이 緊急을 요하거나 國民經濟秩序 등 공익상 이유로 公告·閱覽이 곤란하다고 인정되는 경우에는 공고·열람을 행하지 않을 수도 있다(동법안 제52조 제1항, 제2항).

行政計劃의 열람과 공고는 행정계획안에 대한 광범위한 의견수렴을 하기 위한 전단계로서의 의미를 가지며, 열람과 공고가 끝나면 의견제출(제52조), 청문(제53조), 공청회(제54조)의 절차를 거쳐서 행정계획이 최종적으로 확정된다. 이때 주무관청은 일간신문과 관보 등을 통하여 확정된 행정계획의 주요내용, 열람방법, 열람장소 등을 함께 공고하여야 한다(동법안 제55조).

또한 行政節次法案의 계획확정절차 규정 중에는 行政計劃의 廢止·變更(동법안 제56조), 行政計劃의 失效(동법안 제57조)와 행정계획의 폐지·변경으로 인한 被害救濟(동법안 제58조)가 있다.

동법안 제58조에서 행정계획이 확정·변경, 또는 폐지시에는 국민의 재산상 손실을 방지하기 위해서 필요한 시설의 설치 기타 필요한 예방대책을 강구하도록 하고(동조 제1항), 그러한 조치에도 불구하고 行政計劃의 確定·變更·廢止 또는 失效로 인한 국민의 재산상 손실이 있을 때에는 法律이 정하는 바에 의하여 손실보상 기타 필요한 구제조치를 하도록 규정하고 있다(동조 제2항).

라. 行政立法의 豫告節次

行政節次法案은 제4장 제59조 이하에서 行政立法의 豫告節次에 대하여 입법 예고되는 法令의 範圍, 立法豫告의 方法과 聽聞節次를 규정하고 있다.⁷³⁾

立法豫告는 주관 行政廳이 제정·개정 또는 폐지하고자 하는 입법안의 취지·주요내용 또는 입법안의 전문을 관보에 공고하여야 하며 입법안의 취지·주요내용은 일간신문에 공고할 수 있다(동법안 제60조 제1항).

주관 행정청은 立法案에 대하여 利害關係를 갖는 行政廳과 필요한 경우 협의 를 거치고, 個人이나 團體에게 職權 또는 申請에 의하여 예고사항을 통지하고 30일 이상 立法豫告한다(동조 제2항, 제3항, 제4항). 이렇게 하여 예고된 입법안에 대하여 모든 국민은 주관 행정청 및 法制處에 參考資料 또는 意見을 제출할 수 있으며(동법안 제61조 제1항), 주관 행정청은 의견제출인에게 의견서의 處理結果를 개별 또는 일괄 통지하여야 한다(동조 제4항).

또한 주관 행정청은 입법안에 대하여 의견이 제출된 경우에 특별한 이유가 없는 한 이를 존중하여 처리하되, 그 처리결과를 法律案 및 大統領令案에 있어서는 國務會議 상정안에 첨부하고, 總理令 또는 部令案에 있어서는 법제처에 제

73) 李相敦, “行政立法節次”, 「行政節次의 研究」, 中央大學校 法學研究所, 1987, PP. 123-125.

출하여야 한다(동조 제3항).

사회적으로 큰 의미를 갖거나 當事者간의 이해관계가 첨예하게 대립하는 법령의 제정은 그만큼 신중해야 하므로 필요한 경우 聽聞과 公聽會가 개최될 수 있으며, 이 때에는 청문과 공청회에 관한 行政節次法案 제53조와 제54조가 준용된다(동법안 제62조, 제63조).

마. 行政豫告節次와 行政指導節次

行政節次法案은 國民의 日常生活과 밀접한 관련이 있는 새로운 정책의 수립 또는 사업이 시행이나 그 변경을 하고자 할 때에는 國民의 의견을 듣기 위하여 20일 이상 이를 예고하도록 규정하고 있다(동법안 제65조).

입법예고의 대상이 되는 정책은 다수의 국민간에 이해관계가 첨예하게 대립되는 사항, 국민에게 不便이나 經濟的 負擔을 주는 사항, 國民의 협조와 참여가 필요한 사항 등 國民의 일상생활과 관련하여 의견수렴의 필요한 사항이다.

정책당국은 行政豫告를 하면서 國民이 알 수 있도록 미리 관보, 홍보매체 기타 가능한 방법을 충분히 활용하여 弘報하여야 하며 의견제출의 기관·기간·방법 등 필요한 사항을 알려야 한다(동법안 제66조).

行政豫告와 行政指導도 非權力的인 事實行爲로서 행정관청이 특정한 행정목적 달성을 위해 행정객체의 자발적인 동의와 협력을 바탕으로 행정객체를 일정한 방향으로 유도하는 行政作用이다. 行政節次法案은 제6장에서 행정지도에 관한 규정을 마련하고 특히 행정지도가 強制性을 띠지 않게 하기 위하여 행정지도는 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 지도받은 자의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다는 점을 분명히 한다(동법안 제67조 제1항).

또한 行政指導와 관련하여 그 內容과 形式, 그리고 책임소재를 분명히 하기 위하여 行政廳이 그 소관사무에 관련된 사항에 관하여 특정인에 대하여 일정한 행위 또는 부작위를 권고하는 행정지도를 구술로 하였을 경우에는 지도 받는 자가 문서의 교부를 요구하는 때에는 行政廳은 이에 응하여야 한다(동조 제2

항). 행정지도에 대해서 피지도자는 의견을 제출할 수 있으며 의견제출을 받은 行政廳은 回信의 義務를 진다(동법안 제68조).

(2) 行政節次法案의 評價

이상에서 1987년 行政節次法案의 내용을 간략하게 살펴보았다.⁷⁴⁾

행정절차의 핵심적인 내용은 첫째, 行政作用의 진행과정이 시종 可視的이어야 하며, 둘째, 행정과정에 대한 國民의 參與를 보장하고, 셋째, 행정관청이 국민의 소리에 귀를 기울이고 그 목소리를 의식하여 법적·사실적 관점에서 충분한 검토 후에 국민이 납득할 만한 결정을 내린다는 것임을 생각할 때 입법예고된 行政節次法案이 이러한 목적에 근접하고 있다고 평가할 수 있다. 예를 들어 處分節次, 計劃確定節次, 立法豫告節次에 있어서 當事者 등에게 단순한 意見提出의 기회뿐만 아니라 필요한 경우 광범위한 聽聞權과 公聽會제도를 두고 있다든지 行政處分의 결정이유를 명시적으로 부기하도록 규정하고 있다는 것 등이 그것이다.

그러나, 行政節次法案에 대하여는 그간 다음과 같은 問題點들이 지적되어 왔다.⁷⁵⁾

첫째, 當事者의 記錄閱覽權은 아직 시기상조이고, 행정운영상 혼란이 초래될 우려가 있다.

둘째, 行政處分基準의 公表는 다양한 行政處分의 기준을 모두 公表하는 것은 어려울 뿐만 아니라, 行政의 硬直性을 가져올 우려가 있다.

셋째, 確約은 그 범위가 애매할 뿐만 아니라 이 조항 때문에 민원부서에서는

74) 행정절차법안은 행정절차에 관하여 비교적 상세하게 규정하고 있지만, 행정절차를 위반한 경우의 법적 효과에 관하여는 규정하지 않았다. 이런 점에서 독일 행정절차법은 제46조와 같은 규정을 마련하는 것이 행정절차의 효과를 입법적으로 해결할 수 있다. 이번에 제정된 행정절차법 또한 이 규정을 규율하지 않으므로써, 사법부의 행정절차법 운영에 대해 많은 관심이 집중되고 있다. 朴哲雨, "行政節次法案에 대한 批判", 「辯護士」 제17집, 1987, p. 190.

75) 朴鈞炳, 전계서, p.501.

민원사무에 대하여 문서에 의한 확약을 요구할 우려가 있어 민원인과의 사이에 시비가 빈발할 것이다.

넷째, 行政處分の 事前通知를 利害關係人에까지 통지하는 것은 무리이다.

다섯째, 行政處分の 再審査라는 조항을 두면 행정기관이 끈질긴 민원인들에 의하여 시달림을 당할 우려가 있다.

여섯째, 청문실시요건을 當事者 등의 신청이 있는 경우에도 청문을 실시하게 되면 不利益處分の 경우에는 거의 모든 청문을 신청하여 행정운영의 혼란이 예상된다.

일곱째, 行政計劃의 廢止, 變更 등으로 인한 손실보상에 관한 조항은 행정계획에 의한 재산권에 대한 공법상 제한이 늘어나고 있는 실정을 감안할 때 이러한 조항을 두는 경우 민원인과의 사이에 시비가 빈발할 우려가 있다.

여덟째, 行政指導를 받은 자의 文書交付請求權은 행정을 경직화할 우려가 있다는 것이다.

2) 國務總理訓令 제235호 「國民의 權益保護를 위한 行政節次에 관한 訓令」

정부는 1989.11.17. 국무총리훈령 제235호 「國民의 權益保護를 위한 行政節次에 관한 訓令」을 제정하여 「行政節次運營指針」을 하달하고, 각 부처의 소관법령에 행정절차를 적극 반영할 것, 법령의 제정·개정시 행정절차의 반영여부 심사를 철저히 할 것, 공공단체 등의 행정절차운영에 대한 지도감독을 강화할 것, 지침의 이행실태 점검 및 제도의 발전방향을 강구할 것 등을 지시하였다. 이 훈령에 별첨된 「行政節次運營指針」은 總則, 意見聽取, 行政處分, 補則 등 총4장 36개의 조문으로 구성되어 있으며, 行政處分節次만을 행정절차의 개념속에 포함시키고 있다. 그러나 이러한 訓令으로 행정절차를 운용함은 형식적 및 내용적으로 많은 問題點을 드러내고 있었다.⁷⁶⁾

76) 李尙圭, “行政節次運用指針의 意義와 問題點”, 「考試界」, 1990.3. p. 108.

첫째로 이 지침은 行政規則의 일종인 國務總理訓令의 형식을 취하고 있다. 행정규칙의 법규성에 대하여 학설상 일부 행정규칙의 법규성을 인정하는 경우도 없지는 않지만, 行政規則은 원칙적으로 行政內部的 效力을 갖는 행정부서내의 명령으로서 대외적 구속력을 갖지는 않는 것으로 보는 것이 일반적인 견해이다. 이러한 일반적 견해의 입장에서 볼 때, 어느 행정관서가 지침에 의한 行政節次를 이행하지 않는 경우에도, 관계공무원에게 행정상의 책임을 물을지 여부는 별론으로 하고, 당해 行政處分이 곧 違法한 處分이 되는 것이라고 하기는 어렵다.

둘째로 이 지침은 行政作用의 형식 중 오직 “行政處分”만을 그 대상으로 한다. 이 지침은 게다가 모든 “行政處分”을 대상으로 하는 것이 아니라, 원칙적으로 “不利益 處分節次”만을 대상으로 한다. “신청에 의한 行政處分”에 대하여는 “行政廳이 필요하다고 인정하는 때에 한하여 民願事務處理規定에 저촉되지 아니하는 범위안에서 이 지침을 적용한다(제3조 제1항)”고 규정하여 적용범위를 더욱 축소하고 있다. 이러한 내용적 적용범위의 축소는 행정절차가 지극히 한정된 정부기관의 지극히 한정된 활동에 국한되게 적용하도록 함으로써 행정절차가 일반적 행정과정에 대한 公正性의 확보와 透明性의 향상을 기하도록 하기에는 부적절하다고 지적되었다.⁷⁷⁾

3) 1994年の 總務處 行政節次法 試案

(1) 成立背景

1989년 시안중 行政處分節次만을 따로 떼어 이른바 「國民의 權益保護를 위한 行政節次에 관한 訓令」이 제정되어 1990년 3월 1일 부터 시행된 행정절차 운영지침과 1994년 1월 종래의 「民願事務處理規定」을 가공하여 전격적으로 제정된 「行政規制 및 民願事務基本法」⁷⁸⁾은 그 법안을 회복하기 어렵게 만들었다.

77) 韓國法制研究院, 전거서, p. 51.

78) 1994.1.7. 법률 제4731호로 공포.

그러던 중 1994년 7월 총무처는 문민정부에 의한 개혁의 와중에서 과거의 소극적·기회주의적 자세와 점증주의적 접근방식을 배경으로 입법의를 보였다. 總務處가 行政節次法試案을 작성하여 내부검토를 시작한 것이다. 政府에 의해 추진된 행정절차법은 국민보다는 그 규율대상인 행정의 관점에서 시안을 작성했을 뿐 아니라 그 검토 역시 일부 소수의 학자나 실무자들 사이에 국한되었고, 행정절차에 대한 최소한의 규율과 최대한의 행정편의를 고려하여 작성되었다는 비판이 있다.⁷⁹⁾

(2) 內容

總務處 行政節次法 試案은 제1장 總則, 제2장 行政處分節次, 제3장 行政立法의 豫告節次, 제4장 行政豫告節次, 제5장 補則 등 5장 45개 조문과 부칙으로 구성되어 있다.

가. 總則

總則은 제1절에서는 法의 目的, 定義 및 適用範圍를 정하고 있다. 제2절에서 當事者 및 利害關係人에 관한 사항을, 제3절에서는 送達에 관한 사항을, 제4절에서는 期間 및 期限, 그리고 제5절에서는 費用에 관한 사항을 각각 규정하고 있다.

나. 行政處分節次

(가) 意見聽取節次

시안은 의견청취 유형으로 意見提出, 聽聞 및 公聽會의 세가지 방식을 인정하고 있다. 시안에 의하면 의견청취는 원칙적으로 略式節次인 意見提出의 방식으로 하고 다만 일정한 요건하에서는 청문, 공청회를 실시할 수 있도록 되어 있다.

청문은 行政廳이 필요하다고 인정하는 경우 또는 當事者 등의 청문신청이 있

79) 韓國法制研究院, 「公正 行政 具現을 위한 行政節次法 制定 方案」 : 1994.7. 總務處 行政節次法 試案과 관련하여, 1995.4, p. 57.

는 경우 의견제출만으로는 공정한 行政處分을 하기 곤란하다고 인정되는 때에 실시하도록 되어 있다. 다만 시안은 청문의 실시가 公共의 安全 또는 福利를 현저하게 해할 우려가 있다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 청문신청을 기각할 수 있도록 하고 있다(제20조, 제22조).

그 밖에도 시안은 聽聞主宰者 및 그 신분보장, 청문주재자의 除斥·忌避·回避, 청문참가자의 범위(제25조), 通知, 聽聞의 公開(제26조, 제27조), 聽聞의 진행 및 종결 등에 관한 사항을 규정하고 청문을 거친 후 行政處分의 결정에 관하여 규정하고 있다.

그리고 시안은 法令에서 公聽會의 개최를 요구하거나 行政廳이 공익상 공청회의 개최가 필요하다고 인정되는 경우 공청회를 실시하도록 하는 한편, 공청회의 주재자를 聽聞의 경우 行政廳의 소속직원 중 제3자로 한 것과는 달리 행정청 또는 행정청이 명하는 자로 규정하고 있다(제35조, 제36조).

(다) 行政立法의 豫告節次

시안은 國民의 일상생활과 직접적 관련이 있는 法令 및 自治法規의 制定·改定·廢止시 行政立法豫告를 실시하도록 하되 긴급사항, 입법내용의 성질상 입법예고가 불필요하거나 곤란한 사항 등은 예외로 하고 있다(제37조).

(라) 行政豫告節次

國民生活에 밀접한 영향을 주는 政策, 制度에 관한 사항이나 국민의 불편이나 경제적 부담을 주는 사항 등에 대한 計劃의 수립, 시행 및 변경시에는 미리 이를 豫告하도록 하고 있다(제41조).

2. 行政節次法の 特色 및 內容

1) 特色

1996년 12월 31일 法律 제5241호로 공포된 우리나라 行政節次法은 다음과 같

은 特色을 엿볼 수 있다.

첫째, 行政節次法은 지금까지의 通說과 判例로 이룩한 수준만을 입법화한 것이 아니라는 점이다. 어느 국가든 행정절차법을 制定할 때에는 당시의 通說과 判例가 상당히 오랜 기간 형성·발전시켜 온 행정절차상의 사항들을 입법화하는 것이 일반적이다. 행정절차법도 역사적 산물이기 때문이다. 오스트리아 행정절차법은 判例法의 결실이었고, 독일 행정절차법도 종래 개별법에 의하여 규율되었던 것과 같은 새로운 제도·법리를 창조한 것이 아니라 대부분이 그 당시까지 연방이나 주의 법률·판례 및 학설이 전개해 왔던 성과를 확인한 것이고, 일본 행정절차법도 그리하였음은 앞에서 살펴본 바와 같다.

그러나 새로 制定된 行政節次法은 우리가 지금까지 통설과 판례로 형성·발전시켜 온 것뿐만 아니라 다른 나라의 立法例를 참고하여 좋은 규정이 있으면 우리 현실에 비추어 앞으로 규범적으로 활용할 수 있는 것인 경우 이를 가급적 수용하려고 노력했다.

둘째, 우리나라 行政節次法은 純粹節次規定만을 입법화 하려고 노력하였다는 점이다. 外國의 立法例를 보면, 행정절차법이 순수절차규정만으로 구성되는 입법례도 있고, 절차규정 외에 實體規定을 포함시키고 있는 입법례도 있다. 독일 행정절차법은 후자의 대표적인 예인바, 독일 문헌들은 이들 실체법 규정을 관련 사항이라 부르고 있으나, 실은 이들 규정은 행정법 체계의 근간을 이루고 있는 것들이므로 독일 행정절차법은 행정법전에 가까운 형태와 내용을 갖고 있다.

셋째, 行政節次法은 處分節次에만 한정하지 않고 있다는 점이다. 즉 행정절차법은 처분절차 외에 申告節次(제3장), 行政上立法豫告節次(제4장), 行政豫告節次(제5장), 行政指導節次(제6장) 등도 규율하고 있다.⁸⁰⁾

80) 행정절차법은 독일 행정절차법이 규율하고 있는 행정계획의 확정절차를 규율하지는 않았다. 그 이유는 ① 행정계획의 성질 자체가 지나치게 다양하여 일률적으로 규율할 수 없다는 점, ② 우리 행정절차법의 구성 자체가 독일법과 달라 독일 행정절차법상의 행정계획의 확정절차를 그대로 도입할 수 없다는 이유 등이다. 金鐵容, 전제 논문, p. 19.

넷째, 행정절차법은 意見聽取를 意見提出·聽聞·公聽會로 나누어 구체적인 行政作用의 성질별로 의견청취 방식을 따로 적용하고 있다. 행정절차법은 한편으로는 쓸데없는 형식에 구애되지 않고 簡易·迅速한 행정활동을 보장하여야 하고 다른 한편에서는 헌법이 보장하고 있는 適法節次原則에 따라 행정활동을 형성하여야 하는 서로 상반되는 요청을 조화시켜야 한다. 그래서 행정절차법은 의견청취를 의견제출·청문·공청회로 나누되, 원칙적으로는 약식절차인 의견제출에 의하고, 청문을 행하는 경우에는 엄격한 요건과 내용을 따르도록 하고 있다.

2) 內 容

(1) 總 則

目的·定義·適用範圍, 行政廳의 管轄·協助, 當事者 등, 送達 및 期間·期限의 特例 등 行政節次法 전체에 공통적으로 적용되는 사항을 규정하고 있는 총칙의 내용은 다음과 같다.

가. 目 的

行政節次法은 行政의 公正性·信賴性 외에 透明性의 확보도 그 목적으로 하고 있다. 제5조에서는 “透明性”이라 제목하여 “行政廳이 행하는 行政作用은 그 내용이 구체적이고 명확하여야 하며, 行政作用의 근거가 되는 법령 등의 내용이 명확하지 아니한 경우 상대방은 당해 行政廳에 대하여 그 해석을 요청할 수 있다. 이 경우 당해 행정청은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다”라고 하여 透明性을 강조하고 있다.

나. 定 義

제2조는 行政廳, 處分, 行政指導, 當事者 등, 聽聞, 公聽會, 意見提出에 관한 定義를 내리고 있다.

行政節次法 제2조 제1호는 行政廳을 “행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 國家 또는 地方自治團體의 機關 기타 法令 또는 自治法規에 의하여 行政權한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 公共團體나 그 기관 또는 사인”이라고 정의하고 있다.

行政節次法 제2조 제2호는 處分을 “行政廳이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 公權力의 행사 또는 그 거부와 기타 이에 준하는 行政作用”이라고 규정하고 있다.

行政節次法 제2조 제4호는 이 법에서 사용하는 當事者 등을 “行政廳의 處分에 대하여 직접 그 상대가 되는 當事者와 행정청이 職權 또는 申請에 의하여 행정절차에 참여하게 한 利害關係人”을 말한다고 규정하고 있다. 따라서 이 법에서 말하는 利害關係人은 모든 이해관계인이 아니라 행정청이 직권으로 행정절차에 참여시키지 아니하는 한 본인의 신청에 의하여 행정청이 행정절차에 참여하게 한 자만을 가리킨다.

다. 信義誠實 및 信賴保護

行政節次法 제4조는 信義誠實의 原則과 信賴保護의 原則을 명문화하고 있다. 제4조 제1항은 민법 제2조 제1항에서 민사법의 기본원리로 선언된 “신의성실의 원칙”을 行政廳이 직무를 수행함에 있어서 준수할 것을 선언한 것이다. 제2항은 국세기본법 제18조 제3항이 규정하는 “稅法適用의 一般原則”이 행정절차, 더 나아가서 행정운영의 일반원칙이 됨을 선언한 것이라고 볼 수 있다.⁸¹⁾

81) 신의성실 및 신뢰보호의 원칙은 조세법률관계에서 출발하여 행정법 전반의 기본원리로 우리 판례에 의하여 정착된 것이다. 대법원 판결은 그 요건으로서 다음과 같은 사항을 강조하고 있다. “일반적으로 조세법률관계에서 관세관청의 행위에 대하여 신의성실의 원칙이 적용되기 위하여는 첫째, 과세관청이 납세자에게 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해를 표명하여야 하고, 둘째, 납세자가 과세관청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한데 대하여 납세자에게 귀책사유가 없어야 하며, 셋째, 납세자가 그 견해표명을 신뢰하고 이에 따라 무엇인가 행위를 하여야 하고, 넷째, 과세관청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 납세자의 이익이 침해되는 결과를 초래되어야 하고,

(2) 處分節次

처분절차는 행정절차의 중심이 되기 때문에 行政節次法은 通則, 意見提出, 및 聽聞, 公聽會의 3개 절차 25개조를 처분절차에 할애하고 있다.

가. 通則

通則에는 크게 授益的 處分에 관한 것, 不利益處分에 관한 것 및 이들 양자에 공통되는 것으로 나눌 수 있다.

(가) 授益的 處分

行政節次法은 授益的 處分에 관하여 申請의 形式, 必要事項의 揭示⁰, 接受保留·拒否의 禁止, 接受證의 交付, 補完(제17조), 申請에 대한 處理期間의 設定·公表(제19조) 등을 정하고 있다. 특히 신청이 다수의 行政廳이 관여하는 경우에 각 행정청의 책임소재가 불명확하게 될 우려가 있고, 그 때문에 때로는 하나의 행정청이 다른 행정청의 인·허가가 행하여지는 것을 조건으로 심사를 개시하는 등의 사유로 處分이 지연될 수 있으므로 이를 방지하기 위하여 行政節次法은 제18조에서 다수의 행정청이 관여하는 處分에 관한 별도의 규정을 마련하고 있다.

(나) 不利益 處分

行政廳이 不利益 處分을 하는 경우에는 行政節次法은 當事者에게 事前에 처분하고자 하는 내용과 법적 근거, 의견제출기관의 명칭과 주소, 의견제출기한 등을 통지하도록 함(제21조 제1항)과 동시에 의견청취를 하도록 규정(제22조)하고 있다. 의견청취에는 세가지 방법을 정하고 있는데, 첫째, 다른 法令 등에서 聽聞을 실시하도록 규정하고 있는 경우 또는 行政廳이 필요하다고 인정하는 경우에는 聽聞을 실시하도록 규정하고 있다. 둘째, 다른 법령 등에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우 또는 당해 處分의 영향이 광범위하여 널리 의견

과세관청의 공적인 견해표명은 원칙적으로 일정한 책임있는 지위에 있는 세무공무원에 의하여 이루어짐으로 요한다”. 대법원 판결, 1996.1.13. 선고, 95누13746.

을 수렴할 필요가 있다고 行政廳이 인정하는 경우에는 공청회를 실시하도록 규정하고 있다. 셋째, 그 밖의 경우에는 의견제출의 방법으로 의견을 청취하도록 하고 있다(제22조).⁸²⁾

(다) 共通事項

通則에는 授益的 處分과 不利益 處分の 共通사항으로 處分基準의 設定·公表(제20조), 處分の 理由提示(제23조), 處分の 方式(제24조), 處分の 訂正(제25조), 告知(제26조) 등을 규정하고 있다.

① 處分基準 등의 設定·公表

行政의 透明性和 信賴性을 확보하기 위하여는 處分の 구체적인 기준과 처분의 신청이 있는 경우의 處理期間을 설정하여 국민이 쉽게 알 수 있도록 공표할 필요가 있다. 그렇게 때문에 行政節次法은 處分基準을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 대로 구체적으로 設定하여 公表하고(제20조 제1항), 처분의 신청이 있는 경우의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하도록 한 것이다(제19조 제1항). 處分基準이 公表된 경우에 그 處分基準에 불분명한 부분이 있다고 인정하는 當事者 등은 당해 行政廳에 대하여 그 해석이나 설명을 요청할 수 있으며, 그러한 요청을 받은 行政廳은 특별한 사정이 없는 한 그 요청에 응하여야 한다(제20조 제3항). 또 행정청이 부득이한 사유로 인하여 공표된 處分の 처리기간 내에 처리가 곤란하다고 인정하는 경우에는 당해 處分の 처리기간의 범위 내에서 1회에 한하여 처리기간을 연장할 수 있고, 처리기간을 연장하는 경우에는 그 사유와 처리예정기간을 지체없이 당해 處分の 申請人에게 通知하여야 한다(제19조 제2항·제3항).

② 事前通知

行政節次의 하나로서 일반적으로 요구되는 것이 事前通知이다. 行政節次法 제21조 제1항은 “行政廳은 當事者에게 의무를 과하거나 權益을 제한하는 處分을 하는 경우에는 미리 다음 각호의 사항을 當事者 등에게 通知하여야 한다”라고

82) 金鐵容, 전제논문, PP. 22-23.

하여 처분의 제목, 당사자의 성명이나 명칭과 주소, 처분을 하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 法的 根據, 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소 및 제출기관 등을 통지함으로써 사전통지를 명시하였다.

事前通知를 하는 때의 의견제출기한은 그 의견제출을 위하여 상당하다고 인정되는 기간을 고려하여 정하여야 하고, 聽聞을 실시하고자 하는 때에는 청문개시의 10일 전까지는 사전통지가 이루어지도록 함으로써 부당하게 촉박한 통지를 하는 일이 없도록 하였다(제21조 제2항·제3항).

③ 處分理由의 提示

行政節次의 일반적인 내용의 하나를 이루는 것으로 決定理由의 명시를 들 수 있다. 그렇기 때문에 行政節次法 제23조는 行政廳이 處分을 하는 때에는 그 처분의 상대방의 신청내용을 그대로 인정하는 내용인 경우나 단순 반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 처분의 이유를 명백히 알 수 있는 경우, 기타 긴급을 요하는 경우 외에는 그 處分の 根據와 理由를 당사자에게 제시하도록 명시하였다.

行政廳은 처분이유를 제시하지 않을 수 있는 예외적인 경우에 해당하여 처분이유를 제시하지 아니한 때에도 당사자가 그 處分の 근거와 이유의 제시를 요구하면 그에 응하여야 한다(제23조 제2항).⁸³⁾

나. 意見提出 및 聽聞

(가) 意見提出

意見提出은 略式聽聞에 속한다. 행정청은 특히 聽聞이나 公聽會를 하는 경우를 제외하고는 當事者에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 處分, 즉 부담적 行政行爲를 하기에 앞서 반드시 當事者 등에게 의견제출의 기회를 주어야 하는바(제22조 제3항), 行政廳으로부터 處分の 事前通知를 받은 당사자 등은 그 사

83) 李尙圭, “行政節次法の 特色과 內容”, 「考試研究」, 1997.2, PP. 17-18.

전통지에 표시된 의견제출기한내에 관계 행정청에 대하여 서면, 컴퓨터 통신 또는 구술의 방법으로 의견을 제출할 수 있으며, 의견을 제출할 때에는 그 주장을 뒷받침하기 위한 증거 기타의 자료 등을 첨부하여 제출할 수 있다(제27조 제1항·제2항).

意見提出이 口述로 이루어지는 경우에는 당해 行政廳은 그 의견제출의 요지와 진술자를 기록하여 서면화하여야 한다(제27조 제3항).

當事者 등이 정당한 이유없이 의견제출기한내에 의견을 제출하지 아니한 때에는 의견이 없는 것으로 보고 處分을 할 수 있다(제27조 제4항).

(나) 聽聞

여기에서의 聽聞은 正式聽聞을 가리키는 것으로서, 行政廳이 處分을 하기에 앞서 당사자 등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차를 말하는 바(제2조 5호), 聽聞은 法令에 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우나 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에 실시되(제22조 제1항), 聽聞主宰者의 주재로 진행된다.

청문주재자는 행정청이 소속직원 또는 일정한 자격을 가지는 자 가운데서 선정하는 것이나 청문주재자에 대하여는 除斥, 忌避 및 回避가 인정된다(제28조 제1항, 제29조).

行政廳은 聽聞을 실시하고자 하는 때에는 청문실시 10일 전까지에 當事者 등에게 당해 處分에 관한 사전통지를 하면서 그 청문의 주재자, 일시 및 장소 등을 통지하여야 한다(제21조 제2항).

聽聞主宰者가 청문을 개시할 때에는 예정된 처분의 내용, 그 원인이 된 사실과 법적 근거 등을 설명하는 것으로서, 聽聞은 公益이나 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우가 아니면 當事者의 申請이나 청문주재자의 職權으로 公開할 수 있으며, 당사자 등은 聽聞에서 의견을 진술하고 증거를 제출하고 參考人이나 鑑定人 등에게 질문을 할 수 있음은 물론(제30조, 제31조), 申請 또는 職權에 의한 檢證, 鑑定 기타의 證據調査를 할 수 있다(제33조). 當事者 등은 청문에 출석하지 아니하고 의견서를 제출함으로써 출석진술에 갈음할 수도

있다(제31조 제2항).

聽聞主宰者는 당해 사안에 대해 당사자 등의 의견진술과 증거조사가 충분히 이루어졌다고 인정하는 때에는 청문을 종결하되, 청문을 한 때에는 소정의 사항을 기재한 청문조서를 작성하여 관계서류와 함께 관계 행정청에 제출하여야 하며, 그 제출을 받은 行政廳은 處分을 함에 있어서 청문결과를 적극 반영하여야 한다(제34조, 제35조 제5항).

當事者 등은 聽聞의 통지를 받은 날로부터 청문이 종결될 때까지의 行政廳에 대하여 당해 사안의 조사결과에 관한 문서 기타 당해 處分에 관련되는 문서의 閱覽이나 복사를 요청할 수 있으며(제37조), 청문조서가 작성된 때에는 그 기재내용을 열람·확인하고 이의가 있는 때에는 정정을 요구할 수도 있다(제34조 제2항).

聽聞은 종결된 후에 재개할 수 있는 것인바, 行政廳은 청문이 종결된 후 처분을 하기까지에 새로운 사정이 발견되어 청문을 재개할 필요가 있다고 인정할 때에는 聽聞主宰者에게 제출된 청문조서 등을 되돌려 보내고 청문의 재개를 명할 수 있다(제36조).

(다) 公聽會

公聽會는 특정 또는 불특정 다수인을 대상으로 하는 공개적인 청문, 즉 行政廳이 公開的인 討論을 통하여 行政作用에 대한 당사자 등과 전문지식 및 경험을 가진 자, 기타 일반인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차를 말하는 것이다(제2조 6호).

法令 등에서 公聽會를 개최하도록 규정한 경우나 行政廳이 당해 處分의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 인정하는 경우에 개최한다(제22조 제2항). 行政廳이 공청회를 개최하고자 하는 경우에는 공청회 개최 14일 전까지 당해 공청회의 제목, 일시, 장소, 주요내용, 발표자에 관한 사항 및 발표신청의 방법과 신청기한 등을 當事者 등에게 통지함과 동시에 관보, 공보 또는 일간신문 등에 게재하여 공고하여야 한다(제38조 제1항).

公聽會는 聽聞의 경우와 같이 公聽會主宰者의 주재로 진행되는 것으로서, 공

청회주재자는 소정의 자격을 가지는 자 중에서 당해 行政廳이 위촉 또는 지명된다. 공청회주재자는 공청회를 공정하게 진행하여야 한다. 공청회의 원활한 진행을 위하여 발표내용을 제한하거나 질서유지를 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다(제39조 제3항).

공청회는 발표자가 누구인지에 따라 그 결과에 큰 영향이 미치는 것이므로 發表者의 選定은 公正을 기하여야 하며, 발표자는 그 공청회와 직접 관련되는 사항에 대하여 발표할 수 있다. 공청회는 발표자의 발표만으로 족한 것이 아니라, 발표자의 발표가 끝나면 발표자 상호간의 질문과 답변 및 방청인의 의견제시의 기회를 주어야 한다(제39조 제4항). 行政廳은 공청회에서 제시된 사실과 의견으로서 상당한 이유가 있다고 인정되는 것은 處分을 함에 있어서 충분히 반영한다(제39조 제5항).⁸⁴⁾

(3) 申告節次

行政節次法은 제40조에서 申告를 규정하고 있다. 원래 신고는 자기완결적 행위로서 行政廳에 대하여 어떤 사항을 그지 신고함으로써 최종적인 法律效果를 발생한다. 그러나 때로는 적법한 신고가 있었음에도 불구하고 行政廳이 이를 접수하지 않는 일이 있기 때문에 신고서의 기재사항에 하자가 없는 경우, 필요한 구비서류가 첨부되어 있는 경우, 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합한 경우 등 일정한 요건을 갖춘 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 보는 규정을 두었다.

(4) 行政上 立法豫告節次

가. 立法案의 豫告

行政廳이 國民의 權利義務 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 法令을 制定,

84) 李尙圭, 전제논문, p. 19.

改定 또는 廢止하기 위한 입안을 한 때에는 특히 긴급을 요하는 때, 입법내용의 성질 기타 사유로 인하여 예고의 필요가 없거나 예고가 곤란하다고 판단되는 때, 상위법령의 단순한 집행을 위한 것인 때 또는 예고를 하는 것이 公益에 현저히 불리한 영향을 미칠 경우를 제외하고는 그 입법안에 대한 豫告를 하여야 한다(제41조).

立法豫告는 입법안의 趣旨와 主要內容 또는 전문 및 의견제출기관과 제출기한 기타 필요한 사항을 관보, 공보, 신문, 방송 및 컴퓨터통신 등의 방법으로 공고함으로써 하는 것이나, 필요하다고 인정하는 때에는 관련단체 등에 豫告事項을 통지할 수 있으며, 豫告期間은 당해 예고에서 따로 정함이 없는 한 20일이다(제42조).

立法豫告는 立法案의 주요내용을 공고함으로써 하는 것이 보통이기 때문에 입법예고를 보고 그 입법안의 전문을 열람·복사하고자 하는 자는 당해 行政廳에 대하여 입법안 전문의 제시를 요청할 수 있고, 그러한 요청을 받은 行政廳은 특별한 사유가 없는 한 그에 응하여야 한다(제42조 제3항).

나. 意見提出

立法豫告가 있는 때에는 누구든지 그 입법안에 대한 意見을 제출할 수 있는 것으로서(제44조 제1항), 그 의견제출은 특별한 형식을 요하지 아니한다.

다. 提出된 意見의 處理

立法豫告에 따른 意見提出이 있는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 당해 입법안의 처리에 반영될 수 있도록 존중하여야 하며, 그 處理結果를 의견제출자에게 통지하여야 한다(제44조 제3항, 제4항).

(5) 行政豫告 節次

行政廳은 국민생활에 큰 영향을 주는 사항, 많은 국민의 利害가 상충되는 사

항, 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항, 기타 널리 국민의 의견을 수렴할 필요가 있는 사항에 대한 政策, 制度 및 計劃을 수립·시행하거나 변경하고자 하는 때에는 특히 예고로 인하여 公共의 安全이나 福利를 현저히 해할 우려가 있는 경우 또는 예고하기 곤란한 특별한 사유가 있는 경우가 아닌한 그 취지와 주요내용을 관보, 신문, 방송, 컴퓨터통신 등의 방법으로 공고함으로써 이해관계있는 자 등이 의견을 제출할 수 있는 기회를 주어야 한다(제46조 제1항). 행정예고는 당해 예고에 따로 정한 경우 외에는 20일 이상 하여야 한다(제46조 제3항).

(6) 行政指導節次

行政指導란 “행정기관이 그 소관사무의 범위내에서 일정한 行政目的을 실현하기 위하여 特定人에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 指導, 勸告, 또는 助言 등을 하는 行政作用”을 말하는 것이다(제2조 3호).

行政指導는 당해 행정지도를 하는 자가 상대방에게 그의 신분을 밝히고 행정지도의 趣旨와 內容을 알리는 것으로서, 행정지도가 口述로 이루어지는 때에 상대방이 그 행정지도를 하는 자의 신분과 행정지도의 취지 및 내용을 기재한 書面의 교부를 요구하는 때에는 원칙적으로 그에 응하여야 한다(제49조). 행정지도가 多數人에 대하여 이루어지는 때에는 특별한 사정이 없는 한 당해 행정지도의 공통적인 내용이 되는 사항을 公表하여야 한다.

行政指導는 그 자체로서는 아무런 法的 拘束力도 없는 단순한 事實行爲인 勸告, 또는 指導에 그치는 것이나, 행정지도의 상대방은 그 행정지도의 내용이나 방법에 대하여 당해 行政廳에 대하여 의견을 제출할 수 있다.

行政節次法 제48조는 행정지도에 관한 실체적인 원칙을 명시함으로써 행정지도의 남용이 없도록 하였다. 즉 “行政指導는 그 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다”라고 규정하였으며, 나아가 “행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에

따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다”라고 하여 行政指導의 最小化, 强要禁止 및 不利益措置禁止의 原則을 분명히 하였다.⁸⁵⁾

(7) 補則

行政節次法은 이 밖에도 費用의 負擔(제52조), 參考人 등에 대한 費用支給(제53조)에 관한 규정과, 총무처 장관에게 행정절차의 운영상황·실태확인과 관련 자료제출 협조요청 등의 권능을 부여하는 규정(제54조)을 두고 있다.

3. 行政節次法 內容 分析

1) 行政節次法上의 一般原則

行政節次法 제1조는 行政節次法의 目的을 “行政節次에 관한 공통적인 사항을 규정하여 國民의 行政參與를 도모함으로써 行政運營의 公正性·透明性 및 信賴性을 확보하고 國民의 權益을 보호한다”라고 규정하고 있다. 이 규정에 기초하여 볼 때 행정운영의 公正性, 透明性 및 信賴性의 原理는 行政節次法의 일반원칙이라 할 수 있다.

行政節次의 憲法的 根據⁸⁶⁾가 되기도 하고, 行政節次法의 運用過程에 요청되는

85) 李尙圭, 전제논문, PP. 22-24.

86) 우리 헌법재판소는 “헌법상 과잉금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서 국민의 기본권을 제한하려는 입법목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고, 그 목적의 달성을 위하여 그 방법의 효과적이고 적절하여야 하며, 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적의 달성을 위하여 설사 적절하다고 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 최소한도에 그치도록 하여야 하며, 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교 형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 하는 것으로 말한다”(헌법재판소 1995.10.26. 결정. 94헌바12)고 선언하여 이들 원칙이 헌법 원칙에

헌법원리로서 행정법의 기본원리에는 행정의 適法性의 原則, 行政基準 및 行政意思의 明確性의 原則, 平等의 原則, 比例의 原則, 比較衡量의 原則, 信賴保護의 원칙 등이 있다. 이들 각 원리는 행정절차의 목적달성에 기여하는 구체적 실천 원리로서 公正性, 透明性의 내용을 구성한다고 볼 수 있다.⁸⁷⁾

(1) 公正性

우리나라 行政節次法은 公正性의 내용을 조문화하지는 못하여지만, 그 이념을 절차적 규정 가운데서 반영하고 있는 예는 많이 발견될 수 있다. “行政廳이 그 관할에 속하지 아니하는 사안을 接受하였거나 移送받은 경우에는 지체없이 이를 관한 行政廳에 이송하여야 하고, 그 사실을 신청인에게 通知하여야 한다”(제6조). “行政廳은 申請이 있을 때에는 다른 法令 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 保留 또는 拒否하거나 부당하게 되돌려 보내서는 아니된다”(제17조 제2항). “行政廳은 다수의 행정청이 관여하는 處分을 구하는 신청을 접수한 경우에는 관계 행정청과의 신속한 협조를 통하여 당해 處分이 지연되지 아니하도록 하여야 한다”(제18조). “行政廳이 정당한 처리기간내에 처리하지 아니한 때에는 신청인은 당해 행정청 또는 그 감독 행정청에 대하여 신속한 처리를 요청할 수 있다”(제19조 제4항). “行政指導는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다. 行政機關은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다”(제48조) 등이 그 예이다.

(2) 透明性

우리나라 行政節次法은 “透明性”(제5조)의 내용을 구체화하고 있다. 제5조 전단은 行政作用은 그 내용이 구체적이고 명확해야 한다는 일반적이고 추상적인

해당됨을 선언하고 있다.

87) 吳峻根, “行政節次의 一般原則”, 「考試界」, 1997,7, p. 24.

선언임에 반하여 제5조 후단은 국민에게 “法令解釋請求權”을 구체적으로 부여하고 있다.⁸⁸⁾ 이에 따라 國民이 行政廳에게 구체적인 사안과 관련하여 법령의 해석을 신청하고 行政廳이 이에 응한 경우 그 법령해석의 구속력이 어떠한 것인가가 문제된다.⁸⁹⁾ 우리나라 行政節次法은 이 경우에 대하여 “信賴保護의 原則”에서 구체적인 규정을 두고 있다.

透明性の 理念은 행정절차법상의 절차조항 전반에 걸쳐 발견할 수 있다. 그 예로는 “行政廳은 申請에 필요한 구비서류접수기관·처리기간 기타 필요한 사항을 게시하거나 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다”(제17조 제2항). “行政廳은 申請人の 便宜를 위하여 處分의 處理期間을 種類別로 미리 정하여 公表하여야 한다”(제19조). “行政廳은 필요한 處分基準을 당해 處分의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 公表하여야 한다. 당사자 등은 공표한 處分基準이 불명확한 경우 당해 행정청에 대하여 그 解釋 또는 說明을 요청할 수 있다”(제20조). “행정청은 當事者에게 의무를 과하거나 不利益을 제한하는 處分을 하는 경우 미리 처분의 제목, 당사자의 성명, 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 의견제출방법 등을 미리 당사자 등에게 통지하여야 한다”(제21조). “國民의 權利·義務 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 法令 등을 制定·改定 또는 폐지하고자 할 때에는 당

88) 독일행정절차법 제37조는 ‘행정행위는 그 내용적으로 충분히 특정되어 있어야 한다’고 규정하여 행정행위에 있어서의 명확성의 원칙을 선언하고 있다. 이는 투명성의 원칙의 한 내용으로 볼 수 있을 것이다.

89) 행정절차법 제4조 제2항은 “행정청은 법령 등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여진 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니된다”고 규정하고 있다. 이는 국민의 법령해석청구권을 행사하여 행정청이 법령해석을 함으로써 신뢰관계가 형성된 경우, 행정청이 새로운 해석에 따라 국민에게 불이익한 처분을 하는 경우 이 처분은 위법한 처분이 될 수 있음을 직접적으로 선언한 것이라 생각된다. 행정청이 미리 행한 법령해석에 반하는 처분을 하고자 할 경우, “공익 또는 제3자의 정당한 이익을 해할 우려가 있음”을 입증하여야 하며, 이를 입증할 수 없는 행정처분은 위법한 처분으로서 취소의 대상이 되어야 할 것이다.

해 입법안을 마련한 行政廳은 이를 예고하여야 한다”(제41조). “行政廳이 국민생활에 매우 큰 영향을 주는 政策·制度 및 수립·시행하거나 변경하고자 하는 경우 이를 예고하여야 한다”(제46조). “行政指導를 행하는 자는 그 상대방에게 당해 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 한다”(제49조)등이 그것이다.

(3) 信賴保護

우리나라 행정절차법상의 信賴保護의 규정은 1987년 立法豫告된 行政節次法案과 그 내용이 동일하다. 그러나 1987년 입법예고안이 행정운영의 개별적 과정에서 구체화하였던 내용들은 입법에 있어 반영되지 않았다. 그 내용으로는 確約, 取消 및 撤回의 制限 등을 들 수 있다.⁹⁰⁾ 行政節次法은 信賴保護를 處分節次 등에서 실현하기 위한 구체적인 규정을 두지 아니하였다. 이 점은 행정절차법의 問題點의 하나로 지적되고 있다. 신뢰보호에 관하여 위와 같은 규정을 두지 아니한 이유는 다음과 같이 요약할 수 있다.

즉, 確約, 取消 및 撤回 등에 관하여 규정하려면 實體的 規定을 다수 處分節次에 도입하여야 하고, 실체적 규정을 도입하려면 行政行爲의 附款, 行政行爲의 一般原則, 確約, 裁量權 行使의 原則, 行政行爲의 效力, 行政行爲의 欠과 그 效果, 行政行爲의 無效, 取消, 撤回, 行政行爲의 欠의 治癒와 轉換 등의 다수의 내용이 문제가 되며, 이들 규정 모두를 입법화하기에는 많은 어려움이 있기 때문이다.⁹¹⁾

2) 行政節次法上の 處分基準의 設定·公表

(1) 處分基準 設定·公表制度의 意義

處分基準의 設定·公表制度는 行政廳에게 국민의 구체적인 권리·의무에 직

90) 독일 행정절차법은 확약(제38조), 취소권의 제한(제48조) 및 철회권의 제한(제49조)을 규정하고 있다.

91) 총무처 조직국 제도1과, 행정절차법안 심의위원회, 공청회회의록, 1996.7, p.7이하 참조.

접적인 영향을 주는 處分의 基準을 미리 정하여 公表할 의무를 부과하고 또 처분의 상대방이나 利害關係人에게 행정청에 대하여 그 처분기준을 제시해 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 부여함으로써 行政의 透明性과 豫測可能性을 확보해 주는 동시에 處分에 대한 불복을 용이하게 하여, 궁극적으로는 행정의 공정타당성과 법적 안정성을 확보하려는 데 취지를 둔 것으로 이해된다.⁹²⁾⁹³⁾

(2) 處分基準의 設定·公表制度의 內容

가. 處分基準의 設定義務

行政節次法 제20조 제1항은 '必要한 處分基準을 당해 처분의 性質에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 公表해야 한다'고만 규정하고 있을 뿐이다.

여기서 확인할 수 있는 것은 行政節次法 제20조의 제1항의 문언상 '필요한 처분기준'을 '처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로' 정해야 한다는 것이다. '必要한 處分基準'이란 처분을 하는 데 필요한 기준뿐만 아니라 處分の 相

92) 행정절차법 제20조에 의한 처분기준의 설정·공표제와 유사한 대표적인 입법례로는 일본의 행정절차법 제5조와 제12조를 들 수 있다.

일본 행정절차법은 신청에 의한 처분의 경우 '신청에 의해 청구된 허·인가등을 할 것인가 여부를 그 법령규정에 따라 판단하기 위해 필요한 기준' 즉 '심사기준'을 인·허가 등의 성질에 비추어 가능한 한 구체적으로 정하고, 행정상 특별한 지장이 없는 한 이를 공개하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제5조). 불이익처분을 할 것인지 여부 또는 어떠한 불이익처분을 할 것인지에 관하여 그 법령이 정하는 바에 따라 판단하기 위하여 필요한 기준 즉 '처분기준'을 불이익처분의 성질에 비추어 가능한 한 구체적으로 정하여 이를 공개하기 위하여 노력하여야 한다고 규정하고 있다(동법 제12조).

일본 행정절차법 제5조 제1항의 해석상 심사기준을 "정하는 것으로 한다"라는 규정은 제5조 제3항에서 말하는 "하지 아니하면 아니된다"는 규정보다 의무화의 정도가 약한 것이라고 해석되고 있다. 즉 단순한 노력의무보다는 강하지만 심사기준을 정하지 않았다고 해서 반드시 막바로 위법이 되는 것이 아니라 단지 그 기준을 정하지 않은 것이 위법이라는 추정을 가능케 한다는 것이다. 佐藤英善, 전게서, p. 38.

93) 洪準亨, "行政節次法上 處分基準의 設定·公表", 「考試界」, 1997.7, PP. 33-34.

對方, 利害關係人 등의 처분의 여부나 내용 등에 관하여 최소한의 豫測可能性을 가질 수 있도록 하기 위하여 필요한 최소한의 처분기준을 의미하는 것으로 해석되며, 처분기준을 '處分の 性質에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로' 정해야 한다는 것은 處分の 公正性和 透明성을 확보하기 위하여 가능한 한 최대한으로 구체적인 기준을 정해야 한다는 의미로 해석된다.⁹⁴⁾

나. 處分基準의 公表義務

公表義務의 내용에 관하여 行政節次法은 단지 '公表하여야 한다'고 규정하고 있다. 따라서 공표방법에 관한 특별한 제한은 없지만 방법으로는 행정사무편람에 수록·비치하거나, 이해관계자에 대한 안내서 발송, 관보게재, 신문·방송 등 언론매체를 활용하는 방법 등을 들 수 있을 것이다.

다. 處分基準解明請求權

行政節次法 제20조 제3항에서 當事者 등에게 '公表된 처분기준이 불명확한 경우 당해 行政廳에 대하여 그 解釋 또는 說明을 요청할 수 있으며, 이 경우 당해 행정청은 특별한 사정이 없는 한 이에 응하여야 한다'고 규정함으로써 處分基準 解釋·說明要求權을 인정하고 있다.

(3) 處分基準設定·公表制度의 機能

處分基準 設定·公表制度는 일반적으로 첫째, 行政廳이 認·許可 등의 決定을 행함에 있어 처분기준에 구속되도록 하고(行政의 自己拘束), 둘째, 行政廳이 그 기준을 적용하여 결정을 행하는 과정에서 자의를 배제하고 합리성을 보장하며, 셋째, 國民에 대하여 行政決定에 대한 豫測可能性을 부여할 수 있으며, 넷째, 行政廳의 裁量權行使에 관한 司法審査를 용이하게 하는 기능을 수행할 수 있다.

94) 洪準亨, 상계논문, p. 39.

3) 行政節次法上の 理由附記義務

(1) 意義

理由附記란 行政處分 발령의 근거가 된 법적·사실적 근거를 處分 당시에 부기하도록 하는 것을 말한다. 현행법으로서 이를 규정하고 있는 法律로는 「行政規制 및 民願事務基本法」에서 행정기관은 民願人이 신청한 민원사항을 거부하거나 민원사항의 실현이 불가능하다고 인정할 때에 그 법령상·사실상의 이유를 명시하여 민원인에게 通知하도록 하고 있다고 규정하고 있다(동법 제12조 제1항). 이때에 행정기관이 통지하는 경우에는 그 拒否處分에 대하여 行政審判을 청구하거나 行政訴訟를 제기한 경우 不服申請을 제기할 기관·기간 기타의 필요한 사항을 알리도록 하고 있다(동법 제12조 제2항). 그러나 1996년 12월에 行政節次法이 制定되었고, 이 法律에 理由附記가 일반적인 행정절차로서 규율됨으로써(제23조), 法律에 별도의 다른 규정이 없는 한 모든 處分の 발령시에 이유 부기의무가 적용하게 된다.

(2) 要件

行政節次法상 요구되는 理由附記義務의 요건을 對象과 時點면에서 살펴보기로 한다.

가. 對象

이 의무는 원칙적으로 負擔的 行政行爲를 대상으로 한다. 즉 當事者의 권리를 제한 또는 박탈하거나 의무를 부과하는 내용의 行政行爲가 그 대상이 된다. 이 유부기의무는 당사자의 權利救濟機能과 밀접한 관련을 갖는 것이므로 당사자에게 不利益한 내용의 行政行爲가 그 주된 대상이다.

나. 時點

行政行爲의 理由는 원칙적으로 處分의 發令 當時에 같이 제시되어야 한다. 이는 處分을 대상으로 하여 行政爭訟을 제기하려는 상대방의 이해관계를 배려한 것이다. 그러나 處分 당시에 여러 가지 사정으로 이유를 부기할 수 없었던 상황이었다고 하더라도, 사후에 상대방이 이유제시를 요구하는 경우에는 행정기관은 사후에 이유를 제시하여야 한다(제23조 제2항).⁹⁵⁾

(3) 機能

理由附記義務는 行政作用과 관련하여 여러가지 기능을 수행한다. 우선, 행정기관은 이유부기의 의무를 통해서 보다 신중하게 행정결정을 내리게 되므로 行政作用의 公正性이 보장되는 기능이 있다. 이를 行政의 統制機能이라고 한다. 또한 이유부기는 당해 處分의 當事者로 하여금 부기된 이유를 검토하여, 당해 處分의 違法性 여부를 판단하고 이를 근거로 처분에 대한 행정쟁송 제기 여부를 결정하는데 도움을 받게 되는 기능인 權利救濟機能도 수행한다.

그밖에도 當事者로 하여금 이유를 검토하여 당해 行政決定을 받아들이게 하는 當事者 滿足機能 및 당해 행정결정을 明確하게 하는 기능도 인정되고 있다. 그러나 현실적으로 당사자에게 가장 중요한 의미를 갖는 기능은 권리구제기능이다.

95) 이유부기의무가 면제된 처분의 이유를 사후에라도 제시하여야 하는가의 문제는 외국의 입법방식에 따라 다소 상이하게 나타난다. 독일의 연방행정절차법은 이유부기 의무가 배제되는 경우에는 사후의 이유제시의무를 규정하고 있지 않다(독일행정절차법 제39조 제2항).

그러나 우리나라 행정절차법의 근거규범이 되고 있는 일본 행정절차법은 원칙적으로 처분 후 상당한 기간 내에, 당사자의 신청 유무를 불문하고 이 이유를 반드시 제시하도록 하고 있다.(일본행정절차법 제14조 제2항, 제3항). 이에 비추어 우리나라의 입법태도는 독일법과 일본법의 중간 형태의 모습이라고 볼 수 있으며, 당사자의 이해관계를 적정한 형태로 배려하고 있다. 柳至泰, “行政節次로서의 理由附記義務”, 「考試界」, 1997,7, p. 49.

또한 행정절차로서의 이유부기의무는 청문과 밀접한 관계를 갖는다. 聽聞은 處分이 발령되기 전에 단순히 當事者의 의견을 듣는데 그치는 것이 아니라, 청문을 통하여 진술된 당사자의 의견이나 자료에 대해 행정기관이 이유부기의 내용을 통하여 구체적인 평가를 받게 된다. 따라서 理由附記는 청문의 機能을 실질적으로 보장하는 역할을 한다고 볼 수 있다.⁹⁶⁾

4) 行政節次法上的의 申告

(1) 意 義

行政節次法에 있어서 申告란 行政廳에 대하여 일정한 사항을 통지하는 행위로서 法令 등이 정하는 바에 따라 通知가 義務로 되어 있는 작용이라고 정의할 수 있다. 이와 같은 정의는 우리나라에서 행정절차법상 申告節次에 관하여 처음으로 규정한 1996년 6월의 公聽會 試案에서 명문화되었으며,⁹⁷⁾ 이후 8월의 立法豫告案에서도 포함하고 있었다.⁹⁸⁾ 또한 내년부터 시행하게 될 행정절차법에서도 앞에서의 2개의 법안에서와 같이 명문에 의한 정의를 내리지는 않고 있으나 동 법안들과 같은 정의를 갖는 신고절차를 규정하고 있다.⁹⁹⁾

行政節次法 제40조 제2항에 따르면, 신고서의 기재사항에 瑕疵가 없고, 필요

96) 柳至泰, 상계논문, PP. 47-48.

97) 同 試案 제2조 제6호.

98) 同 豫告案 제2조 제4호.

99) 1996년 6월의 공청회시안 이전의 법안들이 신고절차에 관하여 아무런 규정도 명시하고 있지 않는 반면에 근래에 이르러서 관심을 갖기 시작한 점, 또한 내용상 크게 달라진 것이 없기는 하지만 구성면에 있어서 앞의 2개 법안이 총칙에서 규정하고 있던 것을 독립된 장으로 마련하여 다루고 있다는 점은 신고절차가 행정절차법에 포함되고 독립의 장으로 규정되어 있는 일본 행정절차법의 영향을 받았다고 볼 수 있다.

그러나, 우리 행정절차법이 신고절차를 규정한 이유는 무엇보다도 우리의 행정실무상 신고에 관한 절차상의 규제의 필요성에 대한 공동의 인식이 있었기 때문이라고 할 수 있다. 蔡羽爽, "行政節次法에 있어서의 申告", 「考試界」, 1997.7, p. 71.

한 구비서류가 첨부되어 있으며, 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합한 때에는 신고서가 접수기관에 도달한 때에 신고를 하여야 할 의무가 이행된 것으로 본다. 申告는 자기완결적 행위로서 行政廳에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 최종적인 法律效果를 발생한다. 따라서 신고가 법정요건을 갖추고 있다면 행정청은 수동적으로 신고에 대한 접수를 해야 한다.

行政節次法 제17조 제3항에 의하면, 행정청은 신청에 대하여 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 申請의 接受를 保留 또는 拒否하거나 부당하게 되돌려 보내서는 안된다고 규정하고 있다.

또한 行政節次法 제17조 제4항, 제5항 및 동법 제40조 제3항, 제4항의 규정에 따르면, 신청 내지 申告의 形式的 要件에 欠이 있는 경우에는 신청 내지 신고를 한 자에게 상당한 기간을 정하여 補完을 요구하여야 하며, 이러한 기간 내에 보완을 하지 않은 경우에 있어서는 접수된 신청서 내지 신고서는 行政廳의 이유가 첨부되어 신청인 내지 신고인에게 반려된다.¹⁰⁰⁾

(2) 申告와 行政訴訟

申告者は 신고에 欠이 없다고 주장하는데 불구하고 行政廳이 신고의 형식적 요건에 흠이 있다고 수리를 거부하는 경우, 형식상의 흠결 여부에 대한 訴訟의 형식은 어떻게 될 것인가 논쟁의 여지가 있을 수 있다. 즉 行政廳은 처음부터 수리에 대한 처분권이 없기 때문에 소송은 불수리처분 내지 각하처분의 取消訴訟이 아닌 신고의 존재·부존재를 전제로 한 소송형식을 취한다는 견해가 있다. 예를 들면 신고자가 신고의 의무를 완수했다고 하는 확인을 요구하는 소송을 當事者 訴訟으로서 제기할 수 있는 경우를 말한다. 이에 대하여 신고의 수리를 거부하는 것은 불수리처분으로 보아 종래와 같이 거부처분에 대한 취소소송의

100) 일본의 행정절차법은 신고절차상 형식적 요건이 흠이 있는 경우에, 해석상 절차상의 의무가 이행되어 절차상의 효과가 발생한 것인지 아닌지의 여부가 문제로 된다는 지적이 있다. 宇賀克也, 전거서, PP. 27-28.

형식을 인정하는 견해가 있을 수 있다. 이와 같은 견해는 行政節次法上的 申告規定에도 불구하고 行政廳의 거부행위는 존속될 수 있으며 우리나라와 日本의 과거에 있어서도 이 같은 訴訟을 인정하여 신고의 수리거부를 규제하여 왔다고 할 수 있다.¹⁰¹⁾

日本의 行政節次法은 우리나라와 달리 신고의 형식적 흠결에 대처할 수 있는 行政廳의 補完 處分에 대하여 명문의 규정을 두고 있지 않아, 논란의 여지가 있을 수 있으나 우리나라의 경우는 신고서 형식상의 흠결에 대하여 보완을 요구할 수 있고, 보완요구에 응하지 않을 경우 이유를 명시하여 신고서를 반려한다는 규정이 있으므로 이는 신고에 대한 拒否行爲를 인정하고 있다. 따라서 신고에 대한 거부처분을 전제로 처분의 취소를 구하는 소송형식을 제기할 수 있다고 보아야 할 것이다. 다만, 여기에서 보완을 요구하는 行政廳의 의사표시가 처분에 해당할 것인가는 논의의 대상이 될 수 있다.¹⁰²⁾

5) 行政節次法上的 行政指導

(1) 意 義

行政指導의 意義 관하여는 학자에 따라 또 국가에 따라 다소간의 표현의 차이는 있으나 그 내용을 요약하면 일반적으로 행정기관이 일정한 행정질서를 형성하기 위하여 일정한 방향으로 國民·住民을 유도할 의도 아래 행하여 지는 非權力的 事實行爲로 이해되었다.

첫째, 行政指導는 行政機關의 行爲이다. 이 점에서 사인의 행위와 구별된다. 둘째, 행정지도는 公權力的 발동과는 관계가 없는 非權力的 行爲라는 점에서 公權力的 발동으로 행하여지는 行政行爲와 구별된다. 셋째, 행정지도는 그 자체

101) 우리나라의 대표적인 판례로는 대판 1962. 2. 15. 4294행상16, 대판 1984.12. 11. 84도 2108, 대판 1988. 9. 20. 87도449, 대판 1990.8. 10. 90도1062가 있다.

102) 蔡羽爽, 상계논문, PP. 77-78

아무런 법적 효과도 발생하지 아니하는 事實行爲라는 점에서 법적 행위인 公法上的 契約이나 합동행위 등과 구별된다. 넷째, 비권력적 행위라는 점에서 권력적 행위인 行政强制와도 구별된다. 다섯째, 행정지도는 특정한 개인, 법인, 단체 등을 대상으로 하여 행하여지는 점에서 行政組織의 內部關係에서 행하여 지는 指導, 監督과 구별된다.

이러한 행정지도는 기능과의 관계에서 볼 때 일정한 행정목적의 달성이나 공익에 장애가 될 일정한 행위를 예방·억제하기 위한 규제적 행정지도, 이해관계의 대립 또는 과다경쟁 등으로 인하여 일정한 행정목적의 달성에 지장을 가져올 우려가 있을 때 그것의 조정을 위한 조정적 행정지도, 그리고 생활지도, 직업지도, 기업지도 등과 같이 일정한 질서의 형성을 촉진하기 위하여 관계자에게 기술, 지식을 제공하거나 조언을 하는 조성적 행정지도로 분류된다.¹⁰³⁾

(2) 方 式

行政節次法 제49조 제1항은 明確性의 原則을 요구하고 있는 것이다. 명확성의 원칙의 대상은 행정지도의 취지와 내용 그리고 책임자이다.

行政節次法 동조 제2항은 행정지도의 상대방이 제1항의 행정지도 사항에 관한 書面의 교부를 요구하면 특별한 지장이 없는 한 이를 교부하도록 요구하고 있다. 이것은 行政指導의 目的·內容·責任者의 소재를 명백히 하는데에 유용하기 때문이다.

(3) 行政指導의 節次的 統制 課題

行政指導에 관한 節次的 統制의 과제는 다음과 같은 것이 있다.

첫째, 行政指導를 둘러싼 行政權과 國民 사이의 법관계의 확립 또는 명확성의 확보를 내용으로 하는 것이어야 한다. 그 구체적인 내용으로는, 행정지도가 보다 명확한 요건에 의해 행하여져야 할 뿐만 아니라 그 한계, 특히 그러한 행정

103) 金元主, “우리나라 行政節次法上 行政指導의 爭點”, 「考試界」, 1997.7, p. 80.

지도에 따르지 않을 때 뒤따르는 조치의 한계를 사전에 명확하게 할 필요가 있다. 또한 權利救濟에 관한 배려도 필요하다.¹⁰⁴⁾ 둘째, 행정지도의 다양성에 비추어 밀실행정지도를 어떻게 예방·배제하느냐 하는 것이다. 그것은 기존의 행정감시기구를 갖고서는 충분히 대처할 수 없는 병리현상을 어떻게 하면 효율적으로 예방·치유하느냐는 것이다. 행정지도에 있어서의 재량통제, 法律에 의한 통제의 기술적 곤란성을 극복하고 민주행정의 원리에 합당하는 제도의 모색이 필요하다.



104) 宇賀克也, 전계서, PP. 116-117.

第 4 章 行政節次法の 比較法的 考察 및 改善方向 摸索

1. 行政節次法の 比較法的 考察

1) 序 說

우리나라 行政節次法の 발전적 운영과 개선을 위해서는 大法院 및 憲法裁判所의 判例가 중요한 역할을 담당하여야 한다. 대법원과 헌법재판소가 행정절차법의 부족한 부분에 대한 적극적인 법형성에 나서서 발전적으로 행정절차제도를 운영하게 된다면 행정절차법은 명문규정 이상의 의미를 가질 수 있을 것이며, 나아가 행정과정의 민주화와 합리화에 크게 기여할 수 있을 것이다. 그런데 우리의 行政節次 관련 判例 發展을 위하여 모색하여야 할 행정절차법의 운영을 위한 참고점을 어디에서 발견할 수 있을까? 여러가지의 차원에서 모색이 가능하겠지만 가장 보편적인 접근방법은 比較法的 차원에서의 시사점의 발견이라고 할 수 있을 것이다. 먼저 영국의 自然的 正義와 適法節次의 原則, 判例를 바탕으로 발전해 온 미국의 행정절차법, 행정실체법 제규정을 포함한 독일의 행정절차법, 우리의 법률구조와 비슷한 일본의 행정절차법을 비교 검토하므로써 우리 행정절차법이 나아가야 할 방향을 모색할 수 있을 것이다.

2) 우리나라 行政節次法과 美國 行政節次法

미국과 우리나라는 법문화적 측면이나 行政狀況, 그리고 行政節次制度가 논의된 問題意識과 歷史的 背景을 달리하고 있어서 단선적인 비교와 무조건적인 모방이 허용될 수 없을 것이다. 그렇지만 우리 행정절차제도가 기본적인 방향을

잡는데 있어서 미국 행정절차법으로 부터 배울 수 있는 점을 거시적으로 조망해 볼 수는 있을 것이다. 따라서 우리나라와 미국의 법제상의 차이점을 확인하고, 미국 행정절차법의 운영에 있어서의 교훈과 시사점을 간략하게 살펴보는 것이 유용할 것 같다.

(1) 立法背景

미국의 행정절차법은 보통법체제로 규율되던 일반적인 법질서에 행정과정이라는 새로운 법현상이 등장함에 따라 그것을 규율하기 위한 법체제로 나타난 것이다. 즉 獨立規制委員會를 중심으로 전개되는 행정과정 역시 개인의 자유와 권리 등에 관련되는 법적 결정을 내리는 것이고 따라서 여기에는 법의 지배의 원리와 관련하여 適法節次의 原理를 적용할 수 밖에 없었던 것이며 이러한 법발전의 과정에서 일반적인 절차적 규율의 필요성이 대두된 것이다.¹⁰⁵⁾ 그러나 우리나라의 경우, 대륙법계의 영향으로 法治主義는 주로 실체적 의미를 가진 法律留保의 原則, 法律優位의 原則 등이 확보되었는가 하는 관점에서 검토되었을 뿐이어서 절차적 의미에서의 適法節次라는 관점에서의 문제의식은 비교적 박약한 편이었다.

또한 미국의 행정과정이 다분히 司法機能의 대체(특히 裁決節次)의 의미를 가지고 등장한 것에 반하여 우리의 경우는 그러한 의미에서는 이해되지 못하였다. 따라서 우리나라의 행정절차제도에 대한 문제의식의 출발점은 미국의 그것과 근원적으로 다른 점이 있다는 점을 인정하지 않을 수 없을 것이다.

우리나라의 행정절차법의 입법동기는 국민의 자연스러운 법의식의 반영이라기 보다는 법엘리트들의 선진적인 법의식의 반영에서 연원되었다. 그리고 현실적으로는 법발전에 대한 자연스런 요구로 부터가 아니라 오히려 법발전을 염원하는 국민의 기대감에 대한 정책적 고려로부터 입법의 추진력이 형성되었다. 다만 행정절차제도를 통하여 行政過程의 適正化와 透明化 그리고 民主化와 合理

105) 李尙圭, “裁決節次”, 「行政節次의 研究」, 中央大學校 法學研究所, 1987, PP. 71-72.

化를 이루기 위해서는 국민의식 가운데 절차적 법치주의 관념의 확신이 이루어져야 하며 또한 節次的 문제를 중요한 司法統制의 대상으로 한다는 문제의식이 필요하고, 특히 法院의 적극적 역할이 요구된다.¹⁰⁶⁾

(2) 司法機能과의 關係

미국의 행정절차제도의 발전은 判例法에 의하여 성숙되어 온 適法節次原理에 그 뿌리를 두고 있는 만큼, 행정절차제도는 司法機能과 밀접한 관련을 맺고 있다. 그와 같은 관련은 미국 행정절차법안에 司法審査에 관한 조항을 담고 있다는 입법방식에도 엿보인다.¹⁰⁷⁾ 그리하여 미국의 경우 행정절차를 통해 이루어지는 사실관계의 규명이 사법작용에 있어서도 매우 중요한 의미를 가지고 있는 것이고 행정절차는 사법기능의 부담을 완화시켜 주는 역할을 하게 되는 것이다.¹⁰⁸⁾

그러나 우리나라의 경우 行政節次制度和 사법기능은 그다지 관련을 맺어오지 못했다. 행정절차를 통해서 소송상의 사실심을 대체할 만한 사실관계의 규명이 이루어지기도 힘들었고 재판기관이 判例를 통하여 행정절차제도의 형성과정에 관여한 사실도 별로 두드러지지 않는다.

새로이 制定된 행정절차법에 있어서도 그 규율은 司法審査나 사법적 분쟁과의 연계성의 면에서 취약한 부분이 많다. 또한 행정절차법의 운영에 있어서 재판기관이 감당하는 역할도 다를 수 밖에 없는 것이다. 행정절차제도가 진정한 國民 權益保護 및 行政의 適正化를 확보하기 위한 제도로 자리잡기 위해서는 우리 행정절차법의 운영에 있어서도 재판기관의 적극적인 역할이 기대된다.

(3) 節次的 規律의 基本觀點

미국의 행정절차제도와 우리의 행정절차제도를 비교해 보면 節次的 規律의

106) 金裕煥, “우리나라 行政節次法과 美國 行政節次法”, 「考試界」, 1997, 4, PP. 78-79.

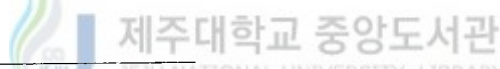
107) 미국 행정절차법 제701조- 제706조에서 사법심사에 관한 규정을 두고 있다.

108) Bernard Schwartz, Administrative Law, 3rd, Little Brown and Company, 1991, PP. 642-644.

問題意識 내지 基本觀點이 다소 다르다는 것을 알 수 있다. 우선 미국의 경우 偏見排除의 原則이라는 自然的 正義의 제2원칙이 우리나라의 경우 보다 훨씬 강조되고 있다는 것을 알 수 있다. 우리나라의 行政節次法에도 청문주재자의 제척, 기피, 회피제도를 두고 있어서 편견배제의 이념이 전연 도외시 되고 있다고 볼 수 없지만, 미국의 경우 편견배제의 관점에서 도입되는 職能分離¹⁰⁹⁾, 一方的接觸의 禁止制度¹¹⁰⁾, 行政法判事 등에 관한 규정에서 행정적 결정에 있어서도 사법적 결정에 준하는 판단은 객관성과 公正性을 제도적으로 보장하고자 하는 입법의도가 나타나고 있다.¹¹¹⁾

3) 우리나라 行政節次法과 獨逸 行政節次法

大陸法體系의 公法體系를 계수한 우리의 입장에서 볼 때 총8장 103조로 구성된 獨逸 行政節次法은 우리의 행정절차법 제정과정에서 많은 참고가 되었다. 독일 행정절차법은 제정당시까지 법학계 및 판례에서 정립된 이론체계가 상당히 체계적으로 반영됨으로써 단순한 행정절차에 관한 법으로서의 의의를 넘어 行政實體法 제규정도 많이 포괄하는 하나의 모범적인 입법례로 평가되고



- 109) 미국 행정절차법 제554조 d와 제3105조가 직능분리에 관한 명문규정을 두고 있는데, 행정절차법의 직능분리의 내용은 첫째, 청문을 주재하고 결정을 행하는 공무원은 조사 혹은 소추의 직무를 담당하는 공무원의 지휘, 감독을 받지 않으며, 둘째, 조사 혹은 소추의 직무를 행하는 공무원은 그 담당된 사건에 있어서 당해 사건의 결정에 관여할 수 없다는 것이다. K.C. Davis, Administrative Law Trestise, Vol. 3, K.C. Davis Publishing Company, 1978, PP. 341-342.
- 110) 미국 행정절차법에 의하면 이해관계인은 행정위원회의 위원, 행정법 판사, 기타 결정과정에 참여할 것으로 기대되는 공무원과는 그 상호간 분안 사항에 관한 일방적 접촉을 하거나 고의적으로 이러한 접촉이 발생하도록 해서는 안된다고 규정하고 있다. 여기서 일방적 접촉이란 모든 당사자에게 사건을 통지함이 없이 행해지는 구두 및 서면상 접촉으로 공식기록이 남겨지지 않는 것을 의미한다. Bernard Schwartz, op. cit, PP. 633-661 참조
- 111) 金裕煥, 상계논문, PP. 81-83.

있다. 이를 새로 제정된 우리 행정절차법의 내용평가를 함에 있어 비교대상으로 삼는 것은 중요한 의미가 있을 것이다. 양국의 행정절차법은 실체법적 규정의 반영정도 및 규율하고 있는 절차의 종류 등에서 상당한 외양적 차이¹¹²⁾가 있으나 각 개별조문들의 규율내용을 보면 내용의 유사성을 찾아 볼 수 있다.

(1) 行政處分節次

우리나라와 獨逸의 行政節次法은 行政處分節次에 관하여 공통적으로 많은 조문을 할애하고 있다.

우리나라 行政節次法은 行政處分에 관한 절차를 내용상 두가지로 구분하는 입장을 취하고 있다. 우리나라 행정절차법이 규정하고 있는 정식의 절차인 聽聞節次와 公聽會節次와 관련하여 주요한 내용을 일별하면 다음과 같다. 聽聞節次에 있어서는 청문주재자의 자격(제25조), 청문주재자의 除斥 및 忌避 등(제29조), 청문의 公開原則(제30조), 聽聞節次에 있어서의 구술절차의 진행(제31조), 청문주재자의 증거조사(제33조), 청문조서(제34조) 및 청문재개(제36조) 등의 규정을 두고 있고, 公聽會節次에 관하여는 공청회개최통보(제38조), 공청회에서 방청인의 발언기회 부여 등 공청회의 진행에 관한 규정(제39조)을 두고 있다.

독일 행정절차법은 행정처분절차와 관련하여 매우 상세한 실체법적 규정을 두고 있는 점이 특징이다. 行政處分과 관련된 節次規定은 特別節次라는 제목이 별도의 장에서 규정하고 있는 正式節次와 計劃確定節次에 대해서 규율하고 있다. 행정처분절차를 규율하고 있는 제3장에서의 실체법적 조항들은 다음과 같다. 行政行爲의 概念(제35조), 行政行爲의 附款(제36조), 行政行爲의 明確性原則(제37조), 행정상 確約(제38조), 行政行爲의 理由附記(제39조), 行政裁量(제40조), 行政行爲의 通知(제41조), 行政行爲의 효력일반(제43조), 行政行爲의 無效와 그 사유(제44조), 行政行爲의 瑕疵와 治癒(제45조), 경미한 하자 있는 行政行爲의

112) 독일 행정절차법에서는 우리나라 행정절차법에서 규율하지 않은 행정행위, 공법상 계약, 계획확정절차를 규율하고 있다.

절차적, 형식적 하자만이 있을 경우의 取消請求制限(제46조), 위법한 行政行爲의 取消(제48조), 적법한 行政行爲의 撤回(제49조), 行政審判節次에서의 行政行爲의 取消, 撤回(제50조), 그리고 行政行爲의 실효(제52조)규정이 그것이다. 이와같은 실체법적인 규정들은 독일에 있어서 행정절차법이 제정되기까지 行政處分과 관련하여 관례와 학계에서의 통설적 이론들로 정립된 내용들이 행정절차법에 조문화된 것으로서, 이는 行政行爲와 관련된 여러가지의 법적 쟁점들이 법규정으로 정리됨으로써 상당히 해결되었다는데 큰 의미가 있다고 할 것이다.¹¹³⁾

(2) 計劃確定節次

독일 행정절차법 제72조 제1항은 법규에 그 실시의 근거가 있을 때 計劃確定節次를 진행한다고 규정하고 있다. 계획확정절차는 각 절차단계에 있어서 절차요건이 더 엄격하며, 특히 계획내용의 열람기간, 이해관계자가 이의제기기간내에 이의를 제기하지 아니한 경우에 있어서 구술절차에서의 참여배제(절차참가자 자격의 실권) 및 計劃確定決定의 集中效 및 形成效를 규정(제75조)¹¹⁴⁾하고 있는 것이 특색이다.¹¹⁵⁾

우리나라는 1987년에 나온 行政節次法案에 포함되었던 계획확정절차를 제외시켜버린 것이 아쉬움으로 남는다.

(3) 公法上 契約의 節次

독일 행정절차법에는 우리 행정절차법에 없는 公法上 契約節次를 규정하고 있다. 현대행정에 있어서 공법상계약으로 수행되는 行政作用의 중요성이 부각되고 있는 점으로 감안할 때, 이에 대한 절차규정이 행정절차법에 포함됨은 매우 의미있는 것이라고 할 수 있다. 獨逸 行政節次法은 제56조-제63조에 공법상 계약에 관한 규정을 두고 있다. 그 내용은 다음과 같다.

113) 金海龍, "우리나라 行政節次法과 獨逸 行政節次法", 「考試界」, 1997,4, PP. 92-96.

114) Badura, a.a.O, S. 400.

115) 金伊列·李相敦, 「模範行政節次法 研究」, 中央大學校 法學研究所, 1986, p. 31.

行政廳은 법규에 저촉되지 않은 한 公法上 契約의 形式으로 행정업무를 수행할 수가 있다(제54조). 동법은 공법상계약을 附合契約과 交換契約의 2종류로 구분하여 규정하고 있다(제55조 및 제56조). 특히 부합계약은 법규상 행정청과 개인간에 行政處分의 형태의 권력적 작용이 행해질 사안에 있어서도 법규상 저촉이 되지 않는 한 체결할 수 있는 것이라는 점에서 行政處分의 形式으로 이루어졌을 경우에 충족되어야 하는 절차요소나 내용상의 한계속에서 이루어져야 한다는 점을 주의할 필요가 있다(제54조 2항).

이러한 관계로 附合契約形態의 公法上契約은 대체적으로 裁量行爲의 경우에 이루어질 수가 있으며, 경우에 따라서는 계약절차에 있어서 제3자의 의견진술이나 동의 등의 절차적 요건이 따른다(제58조). 그리고 제59조1,2항은 공법상계약의 효력에 관하여 규정하고 있는데 중요한 것으로는 계약의 내용이 행정처분으로 이루어졌을 때 무효가 될 수 있는 사유가 내포되었거나 行政處分인 경우에 절차상의 치유가 불가능한 사유인 때에는 무효가 된다고 규정하고 있다. 또한 절대적 무효사유가 아니한 상대방이나 제3자의 동의 등으로 치유가 가능하다(제59조).¹¹⁶⁾

4) 우리나라 行政節次法과 日本 行政節次法



1993년 공포된 日本의 行政節次法은 우리나라 行政節次法과 같이 오랜 논의 끝에 제정되었지만, 그 형식과 내용면에서는 소극적인 규율 태도를 보이고 있다. 1987년 입법예고된 우리나라의 行政節次法案은 독일 행정절차법의 영향을 받은 반면에, 1996년에 제정된 우리 행정절차법은 일본의 행정절차법에 그 形式과 內容面에서 많은 영향을 받았다고 볼 수 있다. 특히 행정의 透明性과 행정지도에 관한 규정은 일본의 행정절차법의 영향을 받은 것 같다. 하지만, 우리 행정절차법은 일본의 행정절차법이 규정하지 않은 행정상입법예고, 행정예고절차를 규정하고 있다.

116) 金海龍, 상계논문, PP. 96-100.

(1) 法律의 基本構造

일본의 행정절차법은 總則, 申請에 대한 處分, 不利益處分, 行政指導, 申告(계출) 및 補則의 6개의 장과 38개의 조문으로 이루어지고 있다. 그 구조는 전체 38개의 조문 가운데 32개의 조문을 차지하는 申請에 대한 處分과 不利益處分 및 行政指導에 관한 규정으로 삼분하여 볼 수 있다.

반면, 우리나라의 행정절차법은 총칙, 처분, 신고, 행정상입법예고, 행정예고, 행정지도 및 보칙의 7개장 54개의 조문으로 구성되어 있다. 행정절차법의 주요 내용은 처분절차, 신고절차, 행정상입법예고절차, 행정예고절차, 행정지도절차 등이다.

(2) 處分節次

일본의 경우 지금까지도 개별 행정작용법으로 不利益處分에 관하여 사전통지나 聽聞의 규정을 두고 있는 것도 있지만 행정절차법으로 통일된 규정을 마련한 것은 의미가 있다고 평가되고 있다.¹¹⁷⁾ 최근에는 모든 국가들이 일반적으로 불이익한 처분의 절차에는 事前通知, 意見提出, 聽聞, 理由提示, 文書閱覽 등의 제도를 공통적으로 마련하고 있다. 이와 관련하여 일본의 행정절차법의 특색은 不利益處分에 대하여 상대방에게 가해지는 침해의 정도에 따라 두가지 절차, 즉 그 정도가 큰 경우에 대하여 상대방의 의견을 직접 구두로 듣는 聽聞節次를 두고, 그 정도가 비교적 작은 경우에 대해서는 문서로 의견을 진술할 수 있도록 변명기회의 부여절차를 두었다는 점이다.

이와 같이 不利益處分에 대해서는 개별법률에서 특별한 제외규정이 없는 한 변명기회의 부여절차나 聽聞節次 등 어느 한 가지 절차를 취하게 된다. 이 점에서 聽聞節次만 두고 辨明節次를 두고 있지 않는 우리 법제와는 대조를 이루고 있다.¹¹⁸⁾

117) 關有一, 전계논문, p.60.

118) 仲正, “行政手續法-制定の経緯と概要”, 「ジュリスト」1039호, 有斐閣, 1994.2, PP. 53-56.

(3) 行政指導

일본의 행정절차법은 行政指導의 透明性 및 明確性을 확보한다는 관점에서 일반원칙 및 방식 등에 관한 규정을 두고 있다. 행정지도는 소관사무의 범위를 넘어 행할 수 없으며, 그 내용은 상대방의 임의적 협력에 의해서만 실현되는 것이며, 행정지도에 따르지 아니하였다는 이유로 불이익한 대우를 받지 않는다(동법 제32조). 신청에 관련된 행정지도나 허·인가 권한을 배경으로 이루어지는 행정지도에 대하여 지도를 강제하지 않는다는 뜻을 규정하고 있다.

그리고 행정지도의 방식으로 상대방에게 그 취지, 내용 및 책임자를 명백히 함과 동시에, 상대방의 요구가 있으면 원칙적으로 이를 기재한 문서를 교부하여야 한다(동법 제35조). 또 복수의 상대방을 대상으로 하는 경우에는 사전에 사안에 따라 지침을 정하고 원칙적으로 이를 공표하도록 하고 있다(동법 제36조).¹¹⁹⁾

(4) 行政節次法 制定에 따른 關係法律의 整備

일본의 경우 행정절차법이 제정됨에 따라 정비법이 제정되어 있으며, 特例聽聞에 관한 規定의 整備, 행정절차법의 重複規定의 削除, 特例規定의 準則, 聽聞이라는 용어의 정리 등이 이루어지고 있다. 용어의 문제 하나만 하더라도 앞으로는 聽聞이라는 용어가 쓰여지면 이는 행정절차법의 청문임이 명백하여 국민으로서도 쉽게 이해할 수 있게 되었다. 일본의 행정절차법은 근대국가에서 보편·공정한 절차의 확립을 지향하여 事前通知·聽聞 등의 제도정비를 도모하면서, 다른 한편으로는 일본의 근대화를 이룩하고 행정스타일의 변혁을 촉진하기 위한 제도로서의 역할을 충분히 수행한다. 우리나라의 경우에는 아직도 整備法이 만들어져 있지 않고 있으며, 施行令, 施行規則도 마련하여야 하는 과제가 남아 있다.¹²⁰⁾

119) 大森彌, “行政學と行政手續法”, 「ジュリスト」 1039호, 有斐閣, 1994.2, p. 45.

120) 千柄泰, “우리나라 行政節次法과 日本 行政節次法”, 「考試界」, 1997.4, PP. 115-118.

2. 우리나라 行政節次法の 問題點 및 改善方向

이번에 制定된 行政節次法은 행정의 현실을 감안한 결과 1987년 行政節次法案에 비해 상당히 축소된 입법형태이다. 이처럼 行政節次法이 간소화된 형태로 제정된 것은 입법을 주도한 정부측이 현실론에 이끌렸고, 또한 비교적 간단하게 입법화된 일본의 행정절차법의 영향을 받았다고 볼 수 있다.

대체로 1987년에 입법예고된 行政節次法案과 總務處의 '94년 시안, 일본의 행정절차법 등을 부분적으로 수용 또는 변용하여 작성된 1996년의 시안의 내용을 거의 그대로 반영한 것이라고 할 수 있다.

行政計劃의 確定節次와 公法上の 契約, 委員會의 行政節次 등은 규율대상에서 배제하고 行政指導節次를 추가했다는 점, 行政廳의 管轄 및 協助, 立法豫告와 行政豫告 등을 제외한다면, 기본적으로 일본의 행정절차법과 유사한 입법이라 볼 수 있다. 行政節次法의 내용을 검토해 보면 행정부내의 반발을 회피하기 위하여 行政能率과 行政便宜를 위한 규율이 나타나고 있고, 특히 當事者·利害關係人の 法的地位나 節次的權利면에서 오히려 일본의 행정절차법 보다 소극적인 면이 있다.

이러한 견지에서 行政節次法の 問題點을 검토하고 그 改善方向을 모색해 보기로 한다.

1) 總 則

(1) 規律對象의 縮小

行政節次法은 행정절차법에서 빠져서는 안될 중요한 사항들을 규율의 대상에서 배제하고 있다.

첫째, 行政計劃을 規律對象에서 제외시킨 것이다.¹²¹⁾ 이는 행정계획의 성질자체가 지나치게 다양하여 일률적으로 규율할 수 없고, 법의 구성자체가 독일법과

달라 독일 행정절차법의 行政計劃確定節次를 그대로 도입할 수 없다는 점 등에 따른 결과로 볼 수 있다.

종래에도 비록 정부의 공식견해는 아니지만, 행정계획의 법적 성격 및 범위에 관한 명확한 기준을 설정하기 어렵고, 계획기간내에 사업을 시행하지 않을 때 계획을 실효시키는 규정이나 계획의 變更·廢止에 따른 보상을 의무화하는 규정을 둬으로써 정책추진의 장애와 부작용을 초래할 우려가 있으며, 외국의 경우 행정계획절차를 법제화한 사례가 드물다는 이유에서 행정계획확정절차를 行政節次法案의 규율대상에서 제외시키는 것이 바람직하다고 주장된 바 있다.¹²²⁾

그러나 行政計劃의 節次的 規律이야말로 그동안 대규모국책사업이나 혐오시설 등 환경관련시설의 설치를 둘러싸고 우리 사회의 현안으로 대두되어 온 님비현상(Nimby Syndrome) 또는 地域·集團利己主義問題를 해결하기 위한 효과적 수단이며, 또 이를 통해 행정의 合理化·民主化, 同意와 討論의 채널을 통한 紛爭의 事前的 해결과 이에 따른 社會的 費用의 減少 등을 기대할 수 있다는 점, 또 그동안 개별법수준이기는 하지만 국토이용관리법, 도시계획법등 이미 각종 法律에서 행정계획절차를 시행해 온 경험이 있음을 고려할 때 이를 입법대상에서 제외시킨 것은 問題點의 하나로 지적될 수 있다.

무엇보다도 행정계획을 사후에 통제하는 것이 현실적으로 매우 곤란할 뿐만 아니라 사후적 통제가 이루어진다 해도 그로 인하여 엄청난 사회적 비용과 혼란이 초래될 수 있기 때문에 사전에 절차적으로 규율하지 않으면 안된다.¹²³⁾

둘째, 公法上 契約에 관한 규정을 두지 않은 것이다. 공법상 계약은 처분주의

121) 洪準亨, “行政節次法の 問題點”, 『考試研究』, 1997.2, p. 4 ; 李尙圭, 전제논문, p. 25.

122) 金鐵容, “行政節次法案의 內容과 課題”, 총무처, 공청회개최 관련 참고자료 참조.

123) 계획확정절차의 실시에 따른 부작용을 방지하려 한다면 일단 계획확정절차에 관한 최소한의 규정을 완비해 놓고 다만 행정현실과 실무상의 요청을 고려하여 시행일을 차별화하는 방안도 검토할만 하다고 본다. 계획확정절차를 여건이 성숙하게 되는 적절한 시기를 정하여 그때부터 적용하도록 함으로써 예측가능성을 확보하고 동시에 행정에게 준비를 위한 여지를 부여할 수 있기 때문이다. 洪準亨, 전제논문, p. 43.

행정관행을 當事者의 동의에 의한 행정으로 바꿀 수 있는 좋은 법 형식이 될 수 있다. 가령 환경규제에 있어서 규제 行政廳과 피규제자가 협의를 통하여 오염방지를 위한 공법상의 계약을 체결하는 경우처럼 공법상 계약을 통하여 원활하고 마찰없는 행정목적의 달성이 가능해 질 뿐만 아니라 공법상 계약이란 행위수단을 활용함으로써 규제완화의 요청에도 부응할 수 있게 된다.

공법상 계약은 특히 社會間接資本擴充을 위한 민자유치를 위한 법적 수단으로도 활용될 수 있으며, 세계화·전문화시대에 필요한 민간전문가를 채용하는 법적 행위형식으로 널리 이용될 수 있다. 行政訴訟法이 공법상 계약에 관한 紛爭解決手段으로서 공법상 당사자소송을 제도화하고 있는 것¹²⁴⁾도 공법상 계약이 결코 우리에게 낯선 행위형식이 아니라는 사실을 말해주는 것이다. 그러나 이러한 활용가치에도 불구하고 행정실무상 행정공무원이 명시적인 법적 근거가 없는 상태에서 이 공법상 계약을 체결하기를 기대하는 것이 거의 불가능한 실정이므로, 行政節次法에서 이에 관한 명시적인 기준, 특히 최소한의 일반원칙을 규정하는 것이 바람직하다고 본다.

셋째, 行政節次法은 87년 법안에서 규정되었던 確約, 處分の 取消·撤回權制限, 處分の 再審査 등에 관한 규정들을 받아들이지 않고 있다.

이것은 순수한 절차규정만을 입법화했을 뿐 行政法典을 지향하지 않겠다는 취지에 따른 것이지만, 행정절차법이 行政節次의 一般原則을 명시한데서도 나타나는 바와 같이 이러한 원칙을 일관되게 관철한 것이 아니라는 점에서 여전히 아쉬움으로 남는 부분이다.

124) 대법원은 공중보건 의사 전문직 공무원 채용계약해지처분취소청구소송에서 “전문직 공무원인 공중보건 의사의 채용계약해지의 의사표시는 일반공무원에 대한 징계처분과는 달라서 항고소송의 대상이 되는 처분등의 성격을 가진 것이 아니라 일정한 사유가 있을 때 관할 도지사가 채용계약관계의 한쪽 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시이므로, 공중보건 의사 채용계약해지의 의사표시에 대하여는 대등한 당사자간의 소송형식인 공법상의 당사자소송으로 그 의사표시의 무효확인을 청구할 수 있다”고 판시하고 있다. 대판, 1996.5.31, 95누10617. 이 경우 공중보건 의사 채용계약이 공법상의 계약의 예라고 할 수 있다.

적어도 行政處分절차 중에서 確約에 관한 것을 규정해 두는 것이 신뢰보호원칙을 구체화하는 결과가 되었을 것이다. 확약의 범위가 애매하고 이 조항 때문에 일선행정기관에서 모든 민원사무에 대하여 문서에 의한 확약을 요구할 우려가 있어 민원인과의 사이에 시비가 빈발할 것이라는 과거 1987년 법안에 대한 비판이 있었던 것은 사실이지만, 信賴받는 행정을 지향하는 現代行政의 理念을 생각할 때 이를 구체화한 확약을 제도화하는 것이 바람직하다고 본다.

(2) 適用範圍

行政節次法은 제3조 제1항에서 處分·申告·行政上 立法豫告·行政立法 및 行政指導의 節次에 관하여 다른 法律에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다고 규정하면서도 제2항에서 다음과 같은 광범위한 적용제외 규정을 두고 있다.

1. 국회·지방의회의 의결을 거치거나 이들 기관의 동의나 승인을 얻어 행하는 사항
2. 법원·군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항
3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항
4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
5. 감사원이 감사위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
6. 형사·행형 및 보안처분 관계법령에 의하여 행하는 사항
7. 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 사항
8. 심사청구·해난심판·조세심판·특허심판·행정심판 기타 불복절차에 의한 사항
9. 병역법에 의한 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사 관계법령에 의한 징계 기타 처분 또는 이해조정을 목적으로 법령에 의한 알

선·조정·중재·재정 기타 처분 등 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

특히 제3조 제2항 제9호가 일정한 종류의 사항을 예시적으로 열거한 후 ‘당해 行政作用의 性質上 行政節次를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 경우로서 大統領令으로 정하는 사항’에 대하여 法の 適用을 排除시킨 것은 대통령령으로 法律의 適用을 배제한 것이므로 위임입법의 한계를 넘은 것으로서 違憲의 혐의가 짙다는 비판이 제기되고 있다.¹²⁵⁾

또한 行政節次法은 “地方自治團體의 사무에 대하여는 이 법의 범위안에서 조례로서 특별한 行政節次를 규정할 수 있다”고 규정한 1996년 총무처시안 제3조 제2항을 삭제함으로써 자치 행정절차법의 형성가능성을 봉쇄하였다.

이에 대해서는 行政節次法이 원칙적으로 국가 및 지방자치단체의 사무까지 포괄적으로 적용되므로 그와 같은 명문의 규정은 불필요하다는 것을 이유로 제시하고 있다. 그러나 행정절차에 대한 자치입법은 각 지방자치단체의 실정에 맞는 행정절차를 제도화하는 방도가 될 뿐만 아니라 전국적 일반법의 형성에 대하여도 중요한 실험적 가치를 발휘할 수 있다는 점에서 행정절차법에서 행정절차에 관한 自治立法의 가능성을 열어주고 그 방향과 기준을 정해주는 것이 바람직하다.

한편 行政節次法이 행정절차에 대한 條例形成의 여지를 봉쇄한 것은 그것이 규율대상으로 삼은 사항에 관해서만 유효한 것이기 때문에, 행정절차법에서 규정

125) 실제로 1996년 6월 1일 경실련 입법위원회가 제시한 행정절차법안에 대한 공청회에서 법안 제3조 제2항 제8호가 “기타 이 법에 의한 행정절차를 거치도록 하는 것이 현저히 공익을 해한다고 인정하여 대통령령으로 정하는 사항”이라고 규정한 것은 위헌이며 차라리 일본 행정절차법의 예처럼 적용이 제외되는 처분을 명시적으로 열거하는 것이 바람직하다는 주장이 강력히 대두되었는데 오히려 경실련안 보다 더 느슨한 기준에 의해 대통령령에 적용배제 규정을 위임한 이 조항에 대해서는 위헌의 논란이 제기될 가능성이 높다. 洪準亨, 전계논문, p. 46.

하지 않은 사항에 대하여는 여전히 조례형성의 여지가 남아 있다고 볼 수 있다.

앞으로 地方自治團體가 行政計劃이나 公法上 契約 등 法에서 규율하지 아니한 사항에 대한 行政節次條例를 制定할 경우 그 合法性 여부를 둘러싼 논란이 제기될 것으로 예상된다.¹²⁶⁾

(3) 行政節次에 대한 參與範圍

行政節次法은 제2조 제4호에서 “當事者 등”의 개념을 ‘行政廳의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자와 행정청이 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하게 한 利害關係人’으로 정의하고 있다.

그런데 行政節次法은 利害關係人에 대한 정의규정 및 행정절차 참여에 관한 규정을 삭제하는 대신 이해관계인을 ‘當事者 등’의 개념에 포함시켜 行政處分의 상대방과 함께 각종 행정절차의 당사자로 취급하고 있다.

그러나 行政節次法이 정의 규정외에 정작 이해관계인의 行政節次 參與要件 자체에 대한 法的 根據規定을 두지 않았다는 점은 중대한 立法的 不備라고 하지 않을 수 없다.

利害關係인의 개념이 정의되지 않아 행정절차에 참여할 수 있는 이해관계인의 범위 자체가 불분명할 뿐만 아니라, 청문주재자에게 處分으로 인하여 사실상의 이해에 영향을 받을 수 있는 자를 職權 또는 申請에 의하여 聽聞에 참가시킬 수 있다고 규정한 1996년도 시안 제34조 제1항, 處分의 상대방 이외의 자로서 ‘당해 처분에 의하여 자신의 이해관계에 영향을 받는 자를 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여시킬 수 있다’고 규정한 1996년도 입법예고안 제10조 제2항과 같은 利害關係인인 행정절차참여에 관한 규정들이 결여되어 있어, 利害關係인인 行政節次參與權 또는 參與申請權의 인정여부 및 인정범위가 전혀 규율되고 있지 않다.

이해관계인이 ‘당사자 등’의 개념에 포함되었을지라도 법 제2조 제4호의 정의

126) 洪準亨, 상계논문, p. 45.

규정만으로는 '이해관계인'을 行政廳이 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하게 할 수 있다고 예상할 수 있을 뿐이다. 여기서 '이해관계인' 이 누구를 의미하는지, 또 利害關係인이 직권에 의한 경우를 제외하고 행정절차에 참여할 권리 또는 절차참여를 신청할 권리를 가지는지 여부는 미해결로 남아 있다.

利害關係人을 “행정청의 행위에 의하여 법률상 또는 사실상 이해관계에 영향을 받는 자를 말한다”고 정의하고 이를 포함한 '당사자 등'의 행정절차참가자격을 인정한 1987년의 法案의 立法態度가 법적 불명확성을 해소하는 길이라고 볼 수 있다.¹²⁷⁾

2) 處分節次

(1) 意見聽取節次

行政節次法은 제22조 제3항에서 當事者에 의무를 부과하거나 권익을 침해하는 處分을 할 때에는 聽聞, 公聽會가 실시되는 경우를 제외하고는 당사자들에게 의견제출의 기회를 주어야 한다고 규정함으로써 침익적 처분의 경우 의견을 청취하도록 규정하고 있다.

그리고 의견청취절차에 관해 行政節次法은 제22조에서 의견청취의 유형으로 意見提出, 聽聞 및 公聽會의 세가지 방식을 설정하고 있다.

첫째, 行政節次法은 약식절차인 의견제출절차를 일반적인 의견청취방식의 삼고, 일정한 요건하에서만 聽聞, 公聽會를 실시할 수 있도록 규정하고 있다.

行政節次法은 제22조 제1항에서 청문의 실시요건을 다음과 같이 규정하고 있다.

1. 法令 등에서 聽聞의 실시를 규정하고 있는 경우
2. 行政廳이 필요하다고 인정하는 경우

127) 洪準亨, 상계논문, PP. 47-48.

법령 등에서 聽聞의 실시를 규정한 경우 청문을 실시하는 것은 당연한 것이라 할 수 있다. 하지만 '行政廳이 필요하다고 인정하는 경우'의 의미가 무엇인지 불분명하다.

이 규정은 국민은 물론 행정청이나 행정공무원의 입장에서 어떤 경우에 청문이 실시되는지, 청문을 실시할 것인지를 객관적으로 명확히 해주지 못하고 있다.

또한 법령 등에서 聽聞의 실시를 규정한 경우와 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에만 청문을 실시하도록 함으로써, 당사자 등의 신청에 의한 청문의 길을 봉쇄했다는 점에서 행정절차법의 제정의의를 크게 반감시키는 결과를 초래하고 있다.

이는 當事者 등의 신청에 의한 聽聞의 길을 열어 놓았던 1987년 법안의 규정(제35조)을 배제한 것이다.¹²⁸⁾

이와 같이 行政節次法이 聽聞의 실시여부를 법령이나 행정청의 일방적 판단에 의존시키는 것은 行政節次法 제1조에서 선언한 '國民의 行政參與를 도모한다'는 행정절차법의 목적을 손상시키는 요인이 된다. 행정절차법이 그 제정목적이나 행정절차의 본질적 의의에 충실하기 위해서는 적어도 不利益處分에 대해서는 當事者 등의 신청에 의한 聽聞을 규정해야 할 것이다.

이것은 우리나라 헌법재판소가 행정절차상의 영역 뿐만 아니라 입법, 행정 등 국가의 모든 公權力의 작용에 적용되는 헌법의 기본원리로 선언한 適法節次의 原理에 부응하는 길이기도 하다.¹²⁹⁾

128) 石琮顯, "意見提出과 聽聞", 「考試界」, 1997.7, p. 69.

129) 이와 관련하여 다음과 같은 헌법재판소의 판례를 살펴보면 '법무부장관의 일방적 명령에 의하여 변호사업무를 정지시키는 것은 당해 변호사가 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 청문의 기회가 보장되지 아니하여 적법절차를 존중하지 아니한 것이 된다' 헌법재판소 1990.11.19. 90헌가48결정 전원 재판부, 헌법판례집 2, 90, p. 393.; '헌법 제12조 제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로서, 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법, 행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성 뿐만 아니라,

둘째, 聽聞主宰者의 자격선정에 관하여 행정절차법 제28조 제1항에서 단지 “行政廳이 소속직원 또는 대통령령이 정하는 자 중에서 선정하는 자가 주재하 되, 행정청은 청문주재자의 선정이 공정하게 이루어지도록 노력하여야 한다”고 규정한 것은 청문의 公正性을 보장하기 위해서는 그 주재자의 자격과 중립성이 확보되어야 한다는 이유에서 불충분한 규정이라고 할 수 있다. 적어도 법률에서 일정한 자격을 정하거나 일정한 자격이 요구된다는 것을 분명히 한 후 그 세부적인 사항을 대통령령에 위임하는 것이 바람직하다고 본다.

또한 공청회의 주재자에 대한 獨立性 保障이 불충분하게 규정되어 있다. 공청회의 주재자의 자격을 단지 ‘대통령령이 정하는 자격을 가진 자 중에서 행정청이 지명 또는 위촉하는 자’로 한 것은 공청회가 실질적으로 處分이나 입법안의 내용에 중요한 영향을 미칠 수 있다는 점을 감안할 때 공청회의 公正性을 손상시키는 요인이 될 수 있다.

(2) 文書閱覽請求權

行政節次法은 제37조에서 문서의 열람에 관한 當事者 등의 권리를 보장하고 있다. 이것은 行政情報公開法과의 조율이 요구되는 사항이지만, 행정절차법에서 文書閱覽請求權을 보장했다는 점은 긍정적으로 평가된다.

그러나 행정절차법은 當事者 등이 行政廳에 대하여 관련문서 기타, 자료 등의 열람과 복사를 신청할 수 있는 것을 聽聞의 통지 이후 청문의 종결시까지만 인정하고 있어 1987년 법안에서 규정되었던 文書閱覽請求權을 대폭 축소·제한했다. 단순한 의견제출절차는 물론 공청회의 경우까지도 문서열람청구권을 보장하지 않은 것은 행정절차상 當事者 등의 권리를 축소시킨 것이라 할 수 있다.¹³⁰⁾

법률의 실제적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실제적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시하고 있는 것이다’ 헌법재판소 1992.12.24, 92헌가8결정 전원재판부, 헌법판례집 4, 92, p. 835.

130) 洪準亨, 상계논문, p. 52 ; 李尙圭, 전계논문, p. 25.

3) 申 告

신고자의 申告가 법령에 따라 적절하게 이루어졌다고 하더라도, 行政廳은 신고서의 하자를 이유로 들어 신고의 수리를 거부하는 행위가 적지 않았으며, 이와 같은 현실은 실질적으로는 신고의 내용이나 형식에 대하여 실체적 심사권을 행사하는 것으로 되어 申告制가 마치 認可 및 許可制와 같이 이용되어 왔는데 문제가 있었다. 이에 行政節次法은 신고절차에 대한 규정을 두고 종래의 受理拒否行爲를 규제함으로써 신고자의 권리와 이익을 보호하려고 하고 있다.

그러나 신고절차의 적용에 있어서 어디까지를 그 범위로 할 것인가, 또한 신고절차에 대한 분쟁을 어떻게 해결할 것인가에 관하여 견해의 일치가 이루어졌다고 볼 수 없다.¹³¹⁾

4) 行政上 立法豫告節次

行政節次法은 제41조 제1항에서 行政上 立法豫告의 대상을 ‘국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 法令 등’에 한정하고 있는데, 이 ‘일상생활과의 밀접한 관련성’이란 기준이 불명확하여 주관 행정청이나 국민의 입장에서 무엇이 立法豫告對象인지를 잘 알기 어렵다는 問題點이 있다.

또한 行政節次法이 제41조 제2항에서 ‘上位 法令 등의 단순한 집행을 위한 경우’를 입법예고의 배제사유의 하나로 규정한 것은 法律의 규율사항이 사실상 하위법령에 의해 규정되는 경우가 빈번한 委任立法의 실체에 비추어 볼 때 사실상 입법예고의 기회를 제한하는 빌미로 작용할 우려가 있다.

나아가 行政節次法은 입법예고절차에 있어 국민의 법적지위와 관련하여 立法豫告請求權과 法令全文提示請求權을 인정하지 않고 있어 국민의 절차접근 및 참여권을 충분히 구현하지 못하고 있다는 비판이 있다.

131) 蔡羽爽, 전계논문, PP. 78-79.

5) 行政指導節次

우리나라 行政節次法이 일본의 행정절차법과 같이 行政指導節次에 관한 규정을 둔 것은 진일보한 것으로 평가될 수 있다. 그러나 행정절차법은 일본 행정절차법과는 달리 행정지도에 대한 규정을 축소함으로써 행정지도에 대한 절차적 규율의 요청을 충실히 반영하지 못하고 있다.

현대국가가 놓여져 있는 환경적 요인과 국가의 주도적 운영자인 行政權이 보다 능률적으로 그 목적을 달성할 수 있게 하기 위하여 행정지도가 필요하다. 그러나 個人의 權益保障과의 관계에서 볼 때 다음과 같은 問題點이 제시되고 있다.

첫째, 행정지도는 본래적 의미에 있어서는 상대방의 임의적 同意나 協力하에 행해져야 하는 것이나 실제에 있어서 행정지도의 주체인 行政權이 국민에 대하여 優越 내지는 支配的인 지위에 있는 것으로 인식되고 있다. 더욱 그 行政權이 각종의 強制權을 행사할 수 있는 지위에 있으므로 자칫하면 임의적 행위의 한계를 넘어 사실상의 강제가 되기 쉽다.

둘째, 행정지도에 명확한 기준이 제시되지 않는 경우가 많기 때문에 행정주체가 필요한 한계를 넘어서 후견인적 역할을 하려고 할 때 불필요한 간섭을 가져올 가능성이 있다.

셋째, 행정지도에는 행정상의 구제제도가 확립되어 있지 않고 그 통제는 주로 상급행정기관의 내부적 감독에 의존하므로 개인의 권익보장이 불완전하다.

위와 같은 問題點을 보완해서 행정지도의 효율성을 살리면서 그 근거와 한계를 명시하고, 또한 개인의 권익이 침해되었을 때 구제가 가능할 수 있도록 필요한 立法措置와 特別救濟制度의 마련이 필요하다고 본다.¹³²⁾

132) 金元主, 전계논문, PP. 82-83.

6) 기 타

(1) 行政自動化節次

現代情報通信技術의 발전에 따르는 문제로 行政節次와 관련하여 컴퓨터, 데이터 통신, 전자우편 등 새로운 기술을 운용한 행위에 관한 규율을 도입할 필요가 있다.¹³³⁾ 行政自動化란 그 자체가 목적이 아니라, 무수히 같은 모양으로 반복되는 大量行政의 현상을 처리하기 위한 수단 내지는 통제할 수 없을 정도로 광범위한 복잡성을 축소시키는 수단에 해당하는 것이다. 행정자동절차에 관하여 아직 우리나라에서는 법적인 개념정리가 되어 있지 않다. 그러나 앞으로 행정자동절정의 절차법적 문제에 관해서 해석론적, 입법론적 해결책을 탐구하여 行政節次의 目標, 法律執行의 簡素化, 標準化를 도모할 수 있는 길을 마련하여야 할 것이다.¹³⁴⁾

(2) 大量節次

독일의 행정절차법에서는 大量節次에 관한 규정¹³⁵⁾을 두어 行政處分節次, 입법예고절차 등에 수많은 當事者와 利害關係人이 등장할 수 있게 되었다. 우리나라에서도 다수의 當事者와 利害關係人들에게 용이하게 행정절차에 참여할 수 있는 길을 열어주는 동시에 행정절차를 진행하는 관계 행정청에게 상황에 탄력적으로 대응할 수 있게 하기 위한 수단으로서 大量節次의 導入이 필요하다.

133) 金南辰, “行政節次法の 課題” : 行政節次法案의 補充과 施行을 바라며, 「考試界」, 1994, 8, p. 97.

134) 金重權, “行政自動化와 行政節次”, 「法制研究」 제11호, 1995, p. 39.

135) 독일 행정절차법은 대량절차에 관한 규정을 제17조, 제18조, 제19조, 제67조제1항, 제69조 제2항, 제73조제6항, 제74조제5항에 두고 있다.

第 5 章 結 論

지금까지 行政節次法の 基礎理論과, 外國의 立法例, 우리나라 行政節次法の 內容과 問題點 및 그 改善方向 등에 관해 살펴보았다.

行政節次法の 기초이론에서는 行政節次의 意義와 行政節次法の 必要性, 行政節次法の 理念과 效果에 대해서 살펴보았다.

행정절차제도는 국민의 권리, 의무에 중대한 영향을 미치는 행정결정에 利害關係人이 참여하고 자신의 의견을 제출하도록 하고 또한 행정청이 행정결정에 충분한 합리적 근거를 제시하게 함으로써 行政過程의 合理化와 國民의 權益保護 및 行政의 民主化를 도모하기 위한 제도라고 할 수 있다.

외국의 법제로는 역사적으로 오래되고, 純粹節次만을 규정한 오스트리아의 행정절차법과, 司法府의 判例를 통해 더욱 발전을 본 미국의 행정절차법, 내용과 구성면에서 實體法的 規定과 節次法的 規定을 적절히 조화시키고 있는 독일의 행정절차법, 내용과 구성면에서 소극적인 입법 형태지만, 360건에 달하는 관계법률을 정비하여 일본 고유의 행정 스타일을 개선함으로써 행정과 국민의 관계를 발전시키고 있는 일본의 행정절차법에 대해 살펴보았다.

우리나라 行政節次法에 대해서는 행정절차법에 대한 제정경위와 그 내용을 살펴보았는데, 그 기본적인 問題點은 1987년 行政節次法案 보다 그 규율대상과 내용면에서 축소된 입법이라는 것이다. 본 논문에서는 이와같은 문제의식에서 우리나라 행정절차법의 구체적인 問題點과 앞으로의 改善方向에 대해 서술해 보았다.

우리나라의 行政節次法の 후속입법은 두가지 방향에서 전개되고 있다.

첫번째 방향은 關係法律의 整備이다.

行政節次法の 시행에 따라 聽聞節次 등 행정절차적 요소를 도입한 기존법령

의 통일적 정비를 위해 「行政節次法の 施行을 위한 公認會計士法 등의 一部 改定案」이 1997년 4월28일 입법예고 되었다.

지금까지 행정절차에 관해 규율해왔던 「行政規制 및 民願事務基本法」의 폐지를 앞두고, 행정규제에 관한 심사 및 통제에 관하여는 「規制改革基本法」을, 민원사무의 처리 및 국민고충처리위원회의 설치에 관하여는 「民願事務處理에 관한 法律」을 별도로 제정하기 위해 이들 법률안이 각각 1997년 5월 15일 입법예고 되었다.

두번째 방향은 施行令 및 施行規則의 制定이다.

이들 각각의 후속작업은 行政節次法과 함께 행정법 전반에 걸쳐 많은 변혁을 가져올 것이 예상된다. 聽聞節次에 관한 개별적, 구체적 기준을 제시하고 이에 따라 개별입법을 일괄적으로 정비하게 될 것이며, 行政規制를 내용으로 하는 입법에 대한 실질적 심사도 이루어 질 것이다.

行政節次法은 제정되었고 1998년 1월 1일부터 시행될 예정이다. 이번에 制定된 行政節次法은 행정절차의 법제도화를 향한 첫걸음이라는 사실을 인식할 필요가 있다. 앞으로 行政節次法の 발전을 위하여는 다음과 같은 문제들이 그 관건이 될 것으로 보인다.

첫째, 司法府의 態度이다.

行政節次法の 制定이 종래의 전통적 행정법 체계와 구조에 어떠한 변화를 가져올 것인가가 관심이 대상이 될 것이지만, 무엇보다도 행정절차법의 운영과정에서 주목되는 것은 司法府의 態度라고 생각된다.

行政節次法の 制定에 있어서는 지금까지 축적된 法院의 判例가 기여하였지만, 한편으로는 행정절차법은 종래의 판례를 뛰어넘는 내용이라고 할 수 있다. 또 법원이 행정절차법을 구체적 行政紛爭의 해결에서 어떻게 적용시킬까 하는 점이다. 보다 구체적으로 말하면, 행정절차법 위반 처분의 취소소송에 있어서 행정절차법의 규정을 위반한 것만으로 處分の 취소가 될 수 있을까 하는 문제이다. 또 처분기준이라고 하는 것에 대해서 법원이 어떻게 평가할 것인가 하는 문

제도 남겨져 있다.

둘째, 組織과 人力 및 費用의 問題이다.

行政節次法을 시행하게 되면, 업무량이 늘어나 공무원의 증원수요가 발생할 것이고, 聽聞이나 公聽會를 열기 위한 장소 및 시설을 구비해야 할 필요가 발생하게 되어 재정적으로도 많은 예산의 확보가 필요해 질 것이다.

그러나 우선 현실가능한 분야부터 활용가능한 시설을 이용하여 실시하고 단계적으로 확대해가는 방식을 채택함으로써 최초단계의 부담을 최소화하고 장기적인 계획을 세워 부담을 최소화시켜 제도의 점진적 정착을 유도해 나아가 할 것이다.

셋째, 國民의 認識不足이다.

行政節次法에 대한 국민들의 인식부족 문제에 대해서는 대국민적 홍보를 통해 국민의 행정 참여를 높일 수 있어야 할 것이다.

넷째, 行政與件의 成熟與否의 問題이다.

아무리 좋은 제도라 하더라도 수용여건이 성숙되지 않은 상태에서 무리하게 제도를 도입하면 형식화되기 쉬울 뿐만 아니라 제도가 악용되는 경우도 있다. 그러므로 행정실무계의 의식개혁을 통해 행정여건을 개선시켜 나가야 할 것이다.

앞으로 行政節次法에 대해서 지속적인 관심을 갖고 行政節次法의 施行過程과 問題點을 주시하고 분석함으로써 새로운 시대에 걸맞는 행정절차법을 형성해 가려는 적극적·능동적 의지가 필요한 시점이다.

參 考 文 獻

1. 單行本

金南辰, 「行政法」, 法文社, 1991.

金南辰, 「行政法の 基本問題」, 法文社, 1992.

金東熙, 「行政法」, 博英社, 1996.

金伊列, 「行政節次法論」, 一潮閣, 1981.

金伊列 外, 「行政節次の 研究」, 中央大學校 法學研究所, 1987.

金伊列・李相敦, 「行政節次法比較研究」, 中央大學校 法學研究所, 1986.

金伊列・李相敦, 「模範行政節次法案研究」, 中央大學校 法學研究所, 1989

朴鈞炳, 「最新 行政法講義」, 國民書館, 1995.

李尙圭, 「新行政法論(上)」, 法文社, 1991.

法制處, 「各國의 行政節次關係法」, 法制資料 제83호, 1976.

石琮顯, 「行政法原論」, 三英社, 1994.

石琮顯, 「一般行政法」, 三英社, 1994.

千柄泰, 「行政法」, 螢雪出版社, 1994.

韓國法制研究院, 「公正行政具現을 위한 行政節次法制定方案」: 1994.7, 總務處 行政節次法 試案과 관련하여, 1995.4.

韓國法制研究院, 「우리의 行政節次法과 우리의 行政節次法の 制定方向」, 1994.2.

洪準亨, 「行政法總論」, 한울출판사, 1995.

2. 論文



金南辰, “行政節次法の 課題” : 行政節次法案의 補充과 施行을 바라며, 「考試研究」, 1994.8.

金南辰, “行政節次上の 瑕疵의 效果”, 「考試研究」, 1997.2.

金裕煥, “우리나라 行政節次法과 美國行政節次法”, 「考試界」, 1997.4.

金元主, “一般行政節次法の 基本理念”, 「月刊考試」, 1985.2.

金元主, “우리나라 行政節次法上 行政指導의 爭點”, 「考試界」, 1997.7.

金重權, “行政自動化와 行政節次”, 「法制研究」 제11호, 1995.

金鐵容, “獨逸行政節次法施行 10年の 決算과 우리 行政節次法制定上的 問題點”, 「학술지」 제35집, 건국대학교, 1991.

金鐵容, “行政節次法の 特色과 內容”, 「考試界」 1997.2.

金海龍, “行政節次法理에 대한 小考”, 東原 權度燦教授 華甲記念 論文集, 1992.

金海龍, “우리나라 行政節次法과 獨逸行政節次法”, 「考試界」, 1997.4.

朴玆旻, “立法豫告制에 관한 考察”, 「考試界」, 1990.5.

徐度錫, “主要國의 行政節次의 概要와 特色”, 「立法調査月報」, 1994.5.

徐元宇, “美國의 行政節次法改正” : 情報公開條項의 制定과 관련하여, 「法學」 제23권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 1982.

徐元宇, “美國聯邦行政節次法概要”(上,下), 「考試界」, 1982.9.10.

吳峻根, “行政節次의 一般原則”, 「考試界」, 1997.7.

柳至泰, “行政節次로서의 理由附記義務”, 「考試界」, 1997.7.

- 李尙圭, “日本行政節次法の 内容과 特色”, 「判例月報」 280호, 1994.9.
- 李尙圭, “行政節次法の 特色과 内容”, 「考試研究」, 1997.2.
- 李性現, “行政節次에 관한 立法論的 研究” : 外國의 經驗과 우리의 課題, 碩士學位論文, 延世大學校 大學院, 1996.
- 趙鏞憲, “美國 聯邦行政節次法에 관한 研究”, 博士學位論文, 中央大學校 大學院, 1991.
- 蔡羽爽, “行政節次法上の 申告”, 「考試界」, 1997.7.
- 千柄泰, “우리나라 行政節次法과 日本行政節次法”, 「考試界」, 1997.4.
- 表時烈, “行政의 公正性과 透明性 保障을 위한 制度的 裝置”, 「考試研究」, 1997.6.
- 洪準亨, “行政節次法の 問題點”, 「考試研究」, 1997.2.
- 洪準亨, “行政節次法上 處分基準의 設定·公表”, 「考試界」, 1997.7.
- 洪鉉哲, “行政節次에 관한 一般理論”, 法學論文集 제19호, 中央大學校 法學研究所, 1984.

3. 外國文獻

宇賀克也, 「行政手續法の解説」, 東京, 學陽書房, 1995.

宇賀克也, 「行政手續法の理論」, 東京, 東京大學出版部, 1995.

佐藤英善, 「行政手續法」, 東京, 三省堂, 1994.

Alfred C. Aman, William T. Mayton, Administrative Law, West Publishing Company, 1993.

Bernard Schwartz, 윤세창역, 「美國行政法」, (American Administrative Law), 高麗大學校出版部, 1981.

Bernard Schwartz, Administrative Law, 3rd, Little Brown and Company, 1991.



Christopher F. Edley, Jr, Administrative Law, New Haven : Yale Univ. Press, 1990.

K.C. Davis, Administrative Law Trestise, Vol. 3, K.C. Davis Publishing Company, 1978.

H.Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl, München : Beck, 1990.

P.Badura, Allgemeines Verwaltungsrecht, Erichsen,10. Aufl. Berlin, Gruyter, 1995.

關有一, “行政手續立法の経緯と背景”, 「法律時報」65卷 6號, 1993.5.

大森彌, “行政學と行政手續法”, 「ジュリスト」1039號, 有斐閣, 1994.2

神長勳, “行政手續の理念と法”, 「法律時報」65卷 6號, 1993.5.

室井力, “行政手續法とその課題”, 「ジュリスト」1039號, 有斐閣, 1994.2.

仲正, “行政手續法制定の経緯と概要”, 「ジュリスト」1039號, 有斐閣, 1994.2

紙野建二, “行政手續法の運用課題”, 「法律時報」65卷 4號, 1995.5.

