

행정법제분석 97-1

# 行政節次法の 制定과 地方自治行政節次の 整備

1997. 8

研究者 : 金明淵(先任研究員)

한국법제연구원



# 目 次

第1章 序 論 .....	5
第2章 行政節次에 관한 一般理論 .....	9
I. 行政節次의 概念 .....	9
1. 넓은 意味의 行政節次와 좁은 意味의 行政節次 .....	9
2. 近代的 意味의 行政節次와 現代的 意味의 行政節次 .....	10
II. 行政節次의 理念 .....	11
1. 憲法上 適正節次의 原理와 行政節次 .....	11
2. 行政節次의 理念 .....	15
III. 行政節次의 構造 .....	18
1. 行政節次의 法的 規律의 對象 .....	18
2. 行政節次의 基本要素 .....	23
第3章 行政節次法 制定의 意義와 內容 .....	29
I. 序 論 .....	29
II. 行政節次法의 立法過程 .....	30
III. 行政節次法 制定의 意義 .....	37
IV. 行政節次法의 內容 .....	40
1. 行政節次法의 構成體系 .....	40
2. 處分節次 .....	41
3. 申 告 .....	45
4. 行政立法豫告節次 .....	45
5. 行政豫告節次 .....	46
6. 行政指導節次 .....	46

V. 行政節次法の 特質 .....	47
第4章 行政節次條例制定의 可能性과 限界 .....	55
I. 行政節次와 地方自治의 關係 .....	55
II. 地方自治 行政節次整備의 必要性 .....	56
III. 一般行政節次條例의 制定可能性 .....	58
1. 行政節次法の 適用關係 .....	58
2. 一般行政節次條例의 制定可能性 .....	60
IV. 一般行政節次條例의 規律範圍 .....	60
1. 條例制定權의 一般的 限界 .....	67
2. 一般行政節次條例의 規律範圍 .....	79
第5章 行政節次條例의 內容 .....	89
I. 行政節次法の 規律對象인 行政作用에 대한 行政節次條例 .....	89
1. 總則規定 .....	89
2. 處分節次 .....	102
3. 申 告 .....	112
4. 自治立法豫告節次 .....	115
5. 行政豫告節次 .....	115
6. 行政指導 .....	115
II. 行政節次法の 規律對象 밖의 行政作用에 대한 行政節次條例 .....	118
1. 行政計劃確定節次 .....	118
2. 公法上 契約節次 .....	120
3. 委員會行政節次 .....	122
第6章 結 論 .....	123

## 第1章 序 論

국민이 어떤 영업을 영위하기 위하여 행정청에 허가를 신청하는 경우 행정청이 이를 즉시 수리하여 신속하게 처리하여 주면 좋겠지만 현실은 반드시 그렇지 않다. 행정청은 허가기준을 구비하지 못하였다는 이유로 신청의 보정을 요청하거나 다양한 조건을 붙이기도 한다. 경우에 따라서는 법정의 요건을 갖춘 적법한 허가 신청에 대해서 행정지도라는 이름으로 이를 철회할 것을 종용하기도 한다. 이러한 경우 국민의 입장에서는 허가신청이 즉시 수리되지 않는 이유와 행정청이 어떠한 심사기준으로 자신의 신청을 심사하였는지를 알고 싶어 하는 것은 당연하다. 자기의 영업활동에 절대적이고 중대한 영향을 미치는 영업정지나 취소 등의 경우에는 처분기준과 처분이유를 더욱 더 알고 싶은 것은 당연하다.

무릇 행정은 그 의사결정과정의 명확하고 투명하여야 한다. 국민에게 행정의 의사결정과정을 공개하지 않고 이것이 최상의 결론이라고 항변하는 결과만능의 행정 내지 결과지향적 행정은 더 이상 국민의 신뢰를 얻을 수 없다. 심사기준과 처분기준이 사전에 국민에게 알려지고, 관련 정보에 국민이 충분히 접근할 수 있으며, 국민이 행정결정과정에 참여한 가운데 일정한 결론 내지 결과가 도출된 때에는 그것만으로 국민은 행정을 신뢰할 수 있을 것이다.

따라서 행정청은 사전에 심사기준을 정하여 공표하고, 어떤 결정을 한 때에는 동시에 그 이유도 함께 설명하고, 행정결정과정에 국민을 참여시켜 의견을 청취하는 등의 노력을 하는 것이 행정의 투명성과 공정성을 확보하고 국민의 신뢰받는 행정을 구현하는데 바람직하겠지만, 지금까지 한국의 행정은 이러한 배려에 상당히 인색하였다. 즉, 종래의 한국행정은 언제나 국민보다 우월한 지위에서 국민에 대하여 항상 지시하는 권위주의적 일방통행적 행정이었다고 평가할 수 있다.

그러나 이와 같은 일방통행식의 권위주의적 행정은 관료주의적 행정국가에서나 통용될 수 있을 뿐 민주국가에서는 더 이상 타당하지 않다. 민주국가에서의 행정은 국민의 편의를 위하여 국민에게 양질의 서비스를 제공하는 기구로 명확히 인식되어야 한다. 민주적 법치국가는 행정의 권위 및 그 자체의 효율성을 강조하던 시대에서 국민생활의 편의와 국민 경제생활의 효율성 증진을 뒷받침하는 시대로 바뀌었음을 뜻한다. 이를 위해서는 한편으로는 행정운영에 있어서의 공정성의 확보와 투명성의 향상이, 다른 한편으로는 국민의 권리·이익의 보호에 실질적으로

기여하는 신뢰행정의 보장과 행정의 민주적 통제장치의 확보가 요청된다.<sup>1)</sup> 바로 이를 가능하게 하는 제도적 장치가 행정과정의 법적 규율이다.

한국에서도 이러한 요청에 따라 행정과정을 법적으로 규율하는 일반행정절차법 제정의 필요하다는 것에 대해서는 일찍이 국민·학계·실무계에 광범위한 공감대가 형성되었으나, 이제까지 결실을 보지 못하다가 마침내 1996년 12월 행정절차법의 제정을 보게 되었다. 늦은 감이 있으나 행정절차법의 제정은 그 목적에서 보는 것과 같이 헌법이 요청하는 적정절차의 원리를 구체화하여 한국 행정의 민주성·투명성·공정성 및 신뢰성을 제도적으로 뒷받침하게 되었다는데 가장 중요한 의의를 찾을 수 있다.<sup>2)</sup>

한편, 눈 앞에 다가온 21세기는 『지방화시대』가 될 것이라고 한다. 세계의 주요국가에서는 지방자치 내지 지방분권화가 개혁의 중심과제로 전면에 등장하여 추진되고 있다. 한국의 경우도 이에 예외일 수 없으며, 정부는 『지방화』를 국정 지표의 하나로 설정하고, 국가사무의 지방으로의 이양과 지방행정조직의 광역적 재편을 시도하고 있으며, 이를 뒷받침하기 위한 제도화를 서두르고 있다.<sup>3)</sup> 이러한 지방분권화 내지 지방화의 일반적 경향은 중앙집권하에서의 인권보장과 민주화의 한계에 일차적 원인이 있다.<sup>4)</sup>

행정절차 역시 헌법이 보장하는 기본권을 절차적으로 구체화하고 행정의 민주화에 기여한다는 점에서 지방자치와 그 이념을 같이 한다. 또한 행정절차는 지방자치를 실현하는 수단이 되며, 동시에 지방자치는 행정절차의 이념을 실현하는 현장이라는 점에서 상호 의존적 관계에 있다. 행정절차의 제도화가 지방자치행정에 있어 더욱 절실하게 요구되는 이유가 바로 여기에 있다. 따라서 지방자치행정에 있어 행정절차를 제도화하는 것은 바로 절차적 민주주의를 통하여 풀뿌리 민주주의를 실현하는 일이라 할 수 있다.<sup>5)</sup>

- 
- 1) 오준근, 『공정 행정 구현을 위한 행정절차법 제정방안』(한국법제연구원, 1995), 7면.
  - 2) 이런 점에서 행정절차법의 제정은 행정과정의 법적 규율을 통해 행정의 민주화를 달성하고 삶의 질을 확보하기 위한 입법적 실천이자 21세기를 향한 행정제도개혁의 발판을 마련한 것으로 『행정국가를 위한 권리장전』(bill of rights for the administrative state)이라고까지 평가된다(홍준형, “행정절차법의 문제점”, 『고시연구』, 1997년 2월호, 39면).
  - 3) 최근 내무부는 『지방자치발전 10대과제』를 발표하였는 바, 중앙권한의 지방이양의 촉진을 위한 『행정권한의 지방이양촉진법』의 제정 등을 그 내용으로 하고 있다. 『지방자치발전을 위한 10대과제』에 대해서는 『동아일보』, 1997.6.28, 2면 ; 『경향신문』, 1997.6.28, 6면 등 참고.
  - 4) 杉原泰雄, “地方自治と地方分権”, 『法律時報』, 제66권 제12호(1994.12), 30면.

이와 같이 행정절차와 지방자치의 관계를 고려할 때, 행정절차법이 지방자치행정의 절차를 어떻게 취급할 것인가는 매우 중요한 문제이다. 그러나 행정절차법은 이 법이 일반법으로 지방자치행정의 절차에도 적용됨을 전제하고 있을 뿐(동법 제3조제1항) 이에 대한 어떠한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 행정절차법이 적용범위와 관련하여 지방자치단체의 자치행정절차에 대한 자치입법의 방향과 기준을 제시하는 것이 필요하였음에도 불구하고 이를 규정하지 않은 것은 행정절차법이 지방자치행정에 대한 배려가 부재한 것은 아니었는가하는 의심을 갖게 하며, 결과적으로 입법상의 과오라고 지적하지 않을 수 없다.

그러나 행정절차법이 이에 대한 규정을 두지 않은 것이 지방자치단체가 자치행정에 대한 독자적인 행정절차의 형성가능성을 원천적으로 봉쇄하기 위한 취지는 아니라고 본다. 오히려 행정절차법은 묵시적으로 지방자치의 존중이라는 관점에서 지방자치행정에 대해 이 법을 강제적이고 획일적으로 적용하기 보다는, 지방자치단체에 그 지역의 실정과 행정능력 등에 적합한 다양하고 창조적인 행정절차의 형성가능성을 일반적인 조례제정권의 범위(지방자치법 제15조)안에서 보장면서, 동시에 국민생활의 주된 활동무대인 지방자치단체의 자치행정의 공정성·투명성·신뢰성·민주성의 확보없이는 국가행정의 공정성·투명성·신뢰성·민주성도 확보될 수 없기 때문에 지방자치단체가 독자의 행정절차를 규정하지 않는 경우에 지방자치행정에 대해서도 최소한의 기준으로 행정절차법을 적용한다는 취지로 해석하는 것이 헌법합치적 해석이 될 것이다.<sup>6)</sup>

따라서 지방자치단체에게는 절차적 민주주의를 통한 풀뿌리 민주주의의 실현을 위하여 행정절차법의 취지에 따라 각 지역의 실정과 행정능력에 맞는 행정절차를 적극적으로 정비하는 노력을 할 것이 요청된다. 또한 지방자치단체가 행정절차를 정비함에 있어 『우리도 행정절차조례를 제정하여 민주행정을 실현하고 있다』는 생색용 내지 과시용으로 행정절차법을 그대로 답습하는 복사본이 되어서는 아니

5) 홍준형·김성수·김유환, 『행정절차법제정연구』(법문사, 1996), 144면.

6) 행정절차법이 1996년의 총무처 행정절차법시안에서 규정되어 있던 『지방자치단체의 사무에 대해서는 이 법의 범위 안에서 조례로써 특별한 행정절차를 규정할 수 있다』(동법시안 제3조제2항)는 조항을 삭제함으로써 지방자치단체는 독자적인 행정절차조례의 형성가능성을 봉쇄하였다는 견해도 있다(홍준형, 앞의 논문, 46면 ; 신봉기, “행정절차법상 적용제외규정의 내용과 문제점”, 『현대행정법학이론(II)』(이명구박사 화갑기념논문집, 1996, 269면). 그러나 행정절차법이 지방자치단체의 자치행정에 대한 독자적인 행정절차의 형성가능성을 원천적으로 봉쇄하고 있는 것이라면 헌법상 보장되는 지방자치의 관점에서 볼 때 행정절차법은 위헌일 가능성이 높다.

되며, 가능한한 각자의 지방자치단체에 고유한 독창적이고 자주적인 행정절차를 합법적인 범위안에서 정비할 것이 요청된다.

지방자치단체가 독자적인 행정절차제도를 마련하는 경우 그 법형식은 행정절차에 관한 규칙의 형식을 취할 수도 있으나, 주민의 절차적 권리의 보장과 제정과정에 있어서의 민주적 토론과정의 보장이라는 측면에서 볼 때 조례의 형식을 취하는 것이 보다 타당할 것으로 생각된다.<sup>7)</sup> 그리고 행정절차조례의 제정은 가능한한 적법한 범위 안에서 추진되어야 한다. 현행법상 존재하는 조례에 대한 다양한 법적 제약을 무시하고 자치일변도로 행정절차조례를 제정하는 것은 애써 제정한 행정절차조례가 무위로 끝나버린 위험성이 많기 때문이다. 따라서 지방자치단체가 조례의 형식으로 행정절차를 정비하고자 하는 때에는 선결문제로서 행정절차법과 행정절차조례와의 관계 및 행정절차조례의 제정가능성, 행정절차조례의 한계와 규율범위, 행정절차조례와 기존조례와의 관계 등이 법적으로 해명되어야 한다.

이 보고서는 이러한 점들에 대하여 법이론적으로 해명하는 것을 일차적 목적으로 한다. 이를 위해서 이 보고서는 제2장에서 행정절차의 일반이론으로 행정절차의 의의와 이념 및 행정절차의 구조를, 제3장에서는 행정절차조례의 준칙이 될 행정절차법제정의 의의와 내용 및 그 특질을, 그리고 제4장에서는 행정절차와 지방자치와의 관계, 행정절차조례제정의 필요성, 행정절차조례제정의 가능성 및 행정절차조례의 범위와 한계를, 제5장에서는 행정절차조례가 담아야 할 내용에 대해서 행정절차법이 규율대상으로 하는 행위형식에 대한 절차와 행정절차법이 규율대상 밖으로 하고 있는 행위형식에 대한 절차로 나누어 각각 고찰하고, 끝으로 제6장에서는 지방자치단체가 행정절차조례를 제정함에 있어 특히 유의할 몇 가지 점을 정리한다.

---

7) 일반적으로 조례로 정하여야 할 사항으로는 법령에 의하여 조례로 정하도록 지정된 사항, 지방자치단체의 재정부담이 수반되는 사항, 행정조직·기관설치에 관한 사항, 기타 의회의결을 거침으로써 주민의사를 반영시킬 필요가 있는 사항 등을 들 수 있다. 그리고 규칙으로 정하여야 할 사항으로는 법령에 규칙으로 정하도록 지정된 사항, 기관위임사무의 집행사항, 집행기관의 전속적 권한에 속하는 사항, 조례의 위임 또는 시행에 관한 사항 등을 들 수 있다.



## 第2章 行政節次에 관한 一般理論

### I. 行政節次的의 概念

행정절차의 개념은 아직 학문적으로 확립된 定說은 없으나, 행정절차를 법적으로 규율하는 경우 그 범위를 정함에 있어 넓은 의미의 행정절차와 좁은 의미의 행정절차 및 근대적 의미의 행정절차와 현대적 의미의 행정절차로 나누어 보는 것이 의의가 있다.

#### 1. 넓은 意味의 行政節次와 좁은 意味의 行政節次

넓은 의미의 행정절차란 행정의사의 결정과 집행에 관련된 일체의 과정(process)을 말하며, 그것은 입법절차(입법과정의 법적 절차)·사법절차(사법과정의 법적 절차)에 대응하는 관념이다. 이러한 의미의 행정절차에는 제1차적인 행정권행사과정을 의미하는 사전절차(제1차적 절차)로서 행정입법절차, 행정계획 확정절차, 행정처분절차, 공법계약절차와 행정권행사의 결과에 대한 불복구제 등을 위한 사후절차(제2차적 절차)로서 행정심판절차, 행정집행절차, 행정처벌절차 등 행정권과 관련된 모든 절차를 포함한다.

이에 대하여 좁은 의미의 행정절차란 행정청이 공권력을 발동하여 행정에 관한 일반적 결정을 함에 앞서서 밟아야 하는 일련의 교섭과정을 말한다. 이것이 행정절차의 일반적 개념이다.<sup>8)</sup>

이러한 의미에서의 행정절차는 ①행정청에 요구된 절차이기 때문에 국회의 기능수행에 관한 입법절차나 법원에 의한 사법절차와 구별되며 ②행정청이 제1차적 행정결정을 함에 있어서 밟아야 할 절차이므로 이미 행하여진 행위의 집행이나 심판에 관한 절차, 사법상의 행위에 관한 절차와 구별된다. 또한 ③행정절차는 행정결정을 함에 있어서 밟아야 할 대외적 절차이므로 행정청의 내부적 행위에 국한된 절차는 이에 해당하지 않는다.

8) 강구철, 『강의행정법 I』(학연사, 1995), 305면.

## 2. 近代的 意味의 行政節次와 現代的 意味의 行政節次

행정절차를 법이나 조례의 형식으로 규율하는 때에 국민이나 주민의 권리보호의 확보에 철저한 것인가 아니면 행정의 의사결정과정에서의 시민의 참가 등을 규정하는 것과 같이 정치적 권리의 확보도 포함하여 구상할 것인가라는 정책목표를 명확히 할 필요가 있다. 이와 같이 행정절차의 법적 규율의 정책목표를 수립하여 어떠한 행정과정을 그 대상으로 할 것인가를 정함에 있어 근대적 의미의 행정절차와 현대적 의미의 행정절차를 나누어 보는 것도 의미있는 구별이 될 것이다.

근대적 의미의 행정절차란 국민의 주관적 권리보호를 내용으로 하는 행정절차, 즉 국가와 개별 국민의 이면적 관계를 전제로 하여 국가가 국민의 자유 및 권리를 침해하는 경우의 고지와 청문을 중심으로 한 행정절차를 말한다.<sup>9)</sup>

이에 대하여 현대적 의미의 행정절차란 근대적 의미의 행정절차에 현대적 행정과제를 상정하여 이에 대응한 행정과정의 절차를 말한다. 오늘날 환경, 대규모개발사업의 실시, 원자력발전소의 설치 등에 대한 행정결정은 사회에 미치는 영향력이 심대함에도 불구하고 국민의 권익은 개별·특정화되지 않는 경우가 많기 때문에 국민의 참여가 절실히 요청된다. 예전대, 지역의 물리적·사회적 가치와 도시기능을 재생하고 활용한다는 사회적 기능부활을 목적으로 하는 도시재개발은 지역주민의 장래의 취업·거래활동 기타의 사회생활 전반에 걸쳐 직접적으로 영향을 주는 계획과정이므로 계획결정과정에서의 주민참가가 결정적으로 중요한 의미를 가지게 되는 것이다. 이와 같이 행정정책결정과정에 있어서의 이해조정, 당해결정의 합리화, 타당성의 확보와 민주화를 도모하기 위한 시민참가절차를 대상으로 하는 것이 현대적 의미의 행정절차의 특징이라고 할 수 있다.<sup>10)</sup>

이러한 점에서 근대적 의미의 행정절차는 행정절차의 법치주의적·자유주의적 기능이라고 할 수 있는 것에 대하여 현대적 의미의 행정절차는 행정절차의 민주주의적 기능이라고 할 수 있다.<sup>11)</sup>

9) 塩野宏, 『行政過程とその統制』(有斐閣, 1989), 231면; 佐藤英善, “自治體行政と行政手續: 公正で透明度の高い自治體行政の創造”, 『行政手續法』(三省堂, 1994), 197면.

10) 佐藤英善, 위의 논문, 197면.

11) 박윤훈, 『최신행정법강의(상)』(박영사, 1997), 442면.

## Ⅱ. 行政節次의 理念

### 1. 憲法上 適正節次의 原理와 行政節次

행정절차의 법적 규율은 국민의 기본적 인권을 절차적으로 보장하고 민주행정의 이념을 구체화하는 것이라는 점에서 현대 행정국가에서는 중요한 의미를 가진다. 이러한 행정절차는 영미에서는 일찍이 실정법이전의 자연적 정의와 이를 계승한 적법절차조항에 의하여 뒷받침되는 헌법상의 기본원리로 보와 왔다.<sup>12)</sup> 이에 대하여 한국헌법은 행정절차에 관한 직접적인 명문의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 한국에서의 행정절차상의 법원리가 헌법에 근거한 기본원리에 속하는 것인가 아니면 단순히 법률로 선택할 수 있는 입법정책적 사항인지를 명확히 하는 것은 행정절차를 법적으로 정비함에 있어 실천론적인 중요한 의미를 가진다.

#### (1) 學說

학설은 행정절차가 헌법에 의하여 뒷받침된다는 것에 의견의 일치를 보이고 있으나 행정절차의 헌법상의 구체적인 근거에 대해서는 다음과 같이 견해가 대립하고 있다.

##### 가. 憲法 제12조 說

①『……적법한 절차에 의하지 아니하고는 ………을 받지 아니한다』는 헌법 제

12) 영국의 자연적 정의는 『누구도 청문하지 않고 비난될 수 없다』(쌍방청문의 원칙), 『누구든지 자기 자신의 사건에 대하여 심판관이 될 수 없다』(편견배제의 원칙)는 것을 내용으로 하는 모든 권한의 행사에 대한 보통법상의 기본원칙으로서 실정법규정의 유무에 관계없이 법집행의 공정한 절차를 위한 영국법의 기본원리이다. 이러한 영국의 보통법상의 자연적 정의의 원칙을 계승한 미국헌법은 『누구든지 적정한 법의 절차(due process of law)에 의하지 아니하고 생명·자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다』(동법 제5조 : 연방적법절차조항), 『어떠한 주도 적정한 법의 절차에 의하지 아니하고 누구로부터도 그의 생명·자유 또는 재산을 박탈할 수 없다』(동법 제14조 : 주적법절차조항)고 하여 적법절차조항을 직접적이고 명시적으로 규정하고 있다. 영국에서의 자연적 정의의 형성과정과 발전 및 미국의 적법절차조항의 계승과정과 행정과정에서의 적용에 대해서는 이상규, 『적법절차』, 『한국에 있어서의 미국헌법의 영향과 교훈』(한국공법학회, 1987), 253~259면 ; 전재경, 『한국의 적법절차에 관한 연구』(동국대학교 박사학위논문, 1991), 11면 이하 ; 홍성찬, 『행정상 청문제도의 법리』, 『연세법학연구』, 제3호(연세대학교 법학연구소, 1993), 436~446면 참고.

12조제1항의 후단은 형사사법작용에 의한 것이냐 행정작용에 의한 것이냐를 가릴 것 없이 국민에 대한 불이익적 제재는 실체적으로 법률의 근거를 요할 뿐만 아니라 절차적으로도 적정한 것이어야 함을 보장한 것이며, 이는 영미의 자연적 정의 내지 적법절차(due process of law)의 요구와 비슷한 내용의 것으로서 편견없는 공정한 결정을 위한 법적 절차를 뜻하는 것으로 보는 견해,<sup>13)</sup> ②헌법 제12조의 적법절차의 규정은 물론 직접적으로 형사사법권의 발동에 관한 조항이고 행정절차의 근거규정은 아니지만, 그 취지는 헌법 제10조(인간의 존엄과 가치·기본적 인권의 불가침성) 및 제37조(기본권의 포괄성·기본권제한의 법률유보) 등에 의하여 행정절차에도 유추적용된다는 견해가 이에 속한다.<sup>14)</sup>

#### 나. 節次的 法治國家說

이 설은 행정절차의 법적 근거를 헌법의 구체적 조문에서 찾는 것이 아니라 한국 헌법이 채택하고 있는 법치국가주의의 절차법적 이해에서 그 근거를 찾는 입장이다. 이 견해에 의하면 법치국가주의는 개인의 권익을 구체적으로 침해하는 불이익처분에 대해서는 국민의 절차적 참가권이 헌법적으로 보장되었으며, 개인의 권익을 구체적으로 침해하는 것이 아닌 행정입법절차와 행정계획절차에의 참가하는 헌법적 요청으로는 볼 수 없고 입법을 필요로 한다고 한다.<sup>15)</sup>

#### 다. 複數根據說

행정절차의 이념적·법적 근거를 헌법의 단일조항에서 찾는 것이 아니라 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치조항, 헌법의 기본원리인 민주국가의 원리, 법치국가의 원리 등에서 찾아야 한다는 견해이다.<sup>16)</sup>

13) 이상규, 『신행정법론(상)』(법문사, 1993), 274면.

14) 김도창, 『일반행정법(상)』(청운사, 1992), 537면.

15) 박윤훈, 앞의 책, 455면.

16) 김남진, 『행정법 I』(법문사, 1996), 404면. 김남진교수는 청문제도는 단순히 방어적 기회를 제공하는 의미를 넘어 국민의 행정참가를 통한 행정의 민주화라는 보다 적극적인 의미를 가지기 때문에 청문제도의 근거를 헌법 제12조에서 구하는 것은 타당하지 않으며, 또한 이유제시 역시 헌법 제12조에서 구하는 것은 타당하지 않다고 한다(김남진, “청문을 결한 불이익처분의 효력과 흠의 치유”, 『판례월보』, 1997년 6월호, 25면).

## (2) 憲法裁判所の 見解

헌법재판소는 다음의 결정에서 보는 것과 같이 헌법상 규정된 적법절차의 원칙은 형사소송절차에 국한하지 않고, 행정절차를 포함한 모든 국가작용에 타당한 헌법상의 기본원리 가운데 하나임을 명확히 하고 있다. 나아가 헌법재판소는 적법절차의 개념을 형식적 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미(실질적 적법절차)로 해석하고 있다.

『헌법 제12조제3항 본문은 동조 제1항과 함께 적법절차원리의 일반조항에 해당하는 것으로 형사절차상의 영역에 한정되지 않고 입법·행정 등 국가의 모든 공권력의 작용에는 절차상의 적법성뿐만 아니라 법률의 실체적 내용도 합리성과 정당성을 갖춘 실제적인 적법성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙을 헌법의 기본원리로 명시한 것이다』(헌재 1992.12.24, 92 헌마 78).<sup>17)</sup>

## (3) 大法院의 見解

행정의 적정절차의 원리를 직접 다룬 대법원의 판례는 없다. 그러나 아래의 판례에서 보는 것과 같이 대법원은 학설이나 헌법재판소의 견해와는 달리 행정의 적정절차의 원리를 헌법상의 원리로 보지 않는 듯 하다. 대법원은 행정청이 구체적으로 어떠한 행정절차를 거쳐야 하는가는 당해 행정작용의 근거법률이 정하는 바에 따라 개별법률이 어떤 행정절차를 정하고 있는 때에는 이에 따라야 한다는 制定法準據主義를 취하고, 경우에 따라 당해사건의 구체적 해결을 위하여 예외적으로 명문의 규정이 없는 경우에도 행정절차를 거칠 것을 요구하고 있는 것으로 보인다.

### 가. 行政節次에 관한 實定法令의 規定이 있는 경우

대법원은 행정절차에 관한 법령에 명문의 규정이 있는 때에는 당해 행정절차를 결한 처분의 위법성을 시종 인정하고 있다.

『행정청이 이 사건과 같은 영업소의 폐쇄 등 처분을 함에 있어서 당해 영업자들을 사전에 청문하도록 한 법제도의 취지는 위 행정처분으로 인하여 영업자의 기존의 권리가 부당하게 침해받지 아니하도록 폐쇄명령을 할 사유에 관하여 당해 영업자에게 변명과 유리한 증거를 제출할 기회를 부여하여 위법사유의 시정가능성을 감안하고 처분의 신중과 적정성을 기하려함에 있다고 할 것이므로 관계행정

17) 같은 취지의 결정으로는 헌재 1990.11.18, 90 헌가 48.

청이 위와 같은 처분을 하려면 반드시 사전에 청문절차를 거쳐야 하고, 설사 법규정의 취소사유가 명백히 존재하는 경우라도 당해 영업자가 청문을 포기한 경우가 아닌한 청문절차를 거치지 않고한 영업폐쇄명령은 위법하여 취소사유에 해당한다』(대판 1986.8.19, 86 누 115)<sup>18)</sup>

#### 나. 行政節次에 대한 實定法令의 規定이 없는 경우

대법원은 다음의 판례에서 보는 것과 같이 명문의 규정이 없는 경우에도 청문이나 이유부기 등 행정절차를 거치지 아니한 처분은 위법하다는 판시를 한 사례도 있다. 이를 두고 대법원 역시 불이익처분에 대해서는 일반적인 행정절차를 요구함으로써 행정절차를 헌법의 일반원리로 이해할 수 있는 여지를 주었다.

『관계행정청이 건축사사무소의 등록취소처분을 하려면 반드시 사전에 청문절차를 하여야 하고, 설사 건축사법 제28조 소정의 사유가 분명히 존재하는 경우라도 당해 건축사가 정당한 이유없이 청문에 응하지 아니한 경우가 아니면 청문절차를 거치지 않고 한 건축사사무소등록취소처분은 위법한 처분이다』(대판 1984.9.11, 82 누 166)

『면허(주류도매허가)의 취소처분에는 그 근거가 되는 법령이나 취소권유보의 부관 등을 명시하여야 함은 물론 처분을 받은 자가 어떠한 위반사실에 대하여 당해 처분이 있었는지를 알 수 있을 정도로 사실을 적시할 것을 요하며, 이와 같은 취소처분의 근거와 위반사실의 적시를 빠뜨린 하자는 피처분자가 처분 당시 그 취지를 알고 있었다거나 그 후에 알게 되었다 하여도 치유될 수 없다』(대판 1990.9.11, 90 누 1786)

그러나 이 후 대법원은 위의 판례와 정반대되는 판결을 하고 있는 바, 청문절차에 관하여 관계법상 그에 관한 명문의 규정이 없는 경우에는 청문절차를 거치지 아니하였다고 하여 당해 처분이 위법하게 되는 것은 아니며, 또한 행정절차운 영지침이 정한 청문을 결한 행정처분에 대해서도 같은 취지의 판결을 하여 행정절차의 헌법적 원리성을 부인하고 있다.

『청문절차없이 어떤 행정처분을 한 경우에도 관계법령에서 청문절차를 시행하도록 규정하고 있지 않고 있는 경우에는 그 행정처분이 위법하게 되는 것은 아니라고 할 것인 바, 구 주택건설촉진법(1992.12.8, 법률 제4530호로 개정되기 전의 것) 및 같은 법 시행령에 의하면 주택조합설립인가처분의 취소처분을 하고자

18) 같은 취지의 판례로는 대판 1990.1.25, 89 누 5607 ; 1991.7.9, 91 누 971 ; 1993.2.23, 92 누 16096 등이 있다.

하는 경우에 청문절차를 거치도록 규정하고 있지 아니하므로 청문절차를 거치지 아니한 것이 위법하다고는 할 수 없다』(대판 1994.3.22, 93 누 18969)

『행정절차운영지침에 의하면 행정청이 공권력을 행사하여 국민의 구체적인 권리 또는 의무에 직접적인 변동을 초래하게 하는 행정처분을 하고자 할 때에는 미리 당사자에게 행정처분을 하고자 하는 원인이 되는 사실을 통지하여 그에 대한 의견을 청취한 다음 이유를 명시하여 행정처분을 하여야 한다고 규정하고 있으나, 위 훈령은 상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 발하는 일반적인 행정명령으로서 행정기관 내부에서만 구속력이 있을 뿐 대외적인 구속력을 가지는 것이 아니므로 지장이 건조물소유자의 신청없는 상태에서 소유자의 의견을 듣지 아니하고 건조물을 문화재로 지정하였다고 하여 위법한 것이라고 할 수 없다』(대판 1994.8.9, 94 누 3414)

## 2. 行政節次의 理念

### (1) 行政의 效率性和 公正性の 調和的 確保

#### 가. 行政의 節次的 規制와 行政能率

현대행정 내용은 극히 광범위하고 다양하여 즉각적·탄력적 조치를 필요로 하는 것, 신속한 처리가 요구되는 것 등이 적지 않다. 이와 같이 현대행정에 있어서는 능률의 문제가 강하게 나타나는데 행정능률의 면에서 본다면 행정작용에 대한 엄격한 규제는 행정의 현실적 요구에 큰 장애요인이 될 수 있다.

이러한 고려 아래 종래 대륙법계국가에서는 司法과 行政을 다같이 입법 아래에서 법의 해석·적용을 내용으로 하는 작용으로 파악하면서도 사법은 법질서의 유지를 직접 목적으로 하는 것이기 때문에 당사자의 이익을 위하여 신중하고 상세한 절차가 요구된다고 하는데 대하여 행정은 공익목적의 적극적·현실적인 실현을 직접 목적으로 하는 작용이므로 탄력성있고 신속한 공익의 실현을 위하여 행정의 사전절차적 규제문제를 소홀히 하였다.

#### 나. 行政의 公正性

행정의 능률성의 관점에서 어느 정도 장애요인이 될 수도 있겠지만 행정절차 특히 사전절차에 대한 법적 규제의 요청이 강하게 제기되는 것은 행정의 공정성의 요구때문이다. 그 이유는 ①행정은 사정변경에 따라 신속하게 행하여져야 하

지만 국민의 권익보호라는 면에서 본다면 근대입헌국가에서 개인의 권익의 존중과 배치되는 공익이 인정될 수 없다는 점 ②위법·부당한 행정행위가 행하여진 후에 있어서의 권리구제수단보다는 행정절차의 적정화에 의하여 위법부당한 행정행위를 미연에 방지하는 것이 보다 실효성있는 권익보장의 제도가 된다는 점 ③절차 그 자체를 중시하여 행정의 능률성을 어느 정도 희생시키는 한이 있더라도 절차의 공정성확보에 더 큰 의의를 부여하여야 한다는 점 등이다.

#### 다. 兩者의 調和

이러듯 행정절차를 통해서 달성하고자 하는 목표는 행정능률의 요구와 공정성보장을 위한 민주적 행정절차의 확보라는 두가지의 필요성을 제도적으로 어떻게 조화할 것인가에 있는 것이며, 양자중 어느 것을 선택할 것인가의 문제는 아니다.<sup>19)</sup>

이 점은 행정절차의 법적 규제에 있어 항상 견지하여 할 기본적 관점으로 균형 감각을 가져야 하며, 행정절차의 법적 규제에 있어 일정한 예외를 둘 수 밖 없는 요인이 된다. 무조건 엄격한 절차를 규정하는 것만이 능사는 아닌 것이다. 이러한 조화점을 어떻게 발견할 것인가하는 것은 각각의 행정작용의 성질을 적절히 파악하고, 행정관행과 행정능력 등을 감안하여 해결될 성질이 것이다.

다만, 행정절차는 많은 경우 행정능률과 정반대의 개념인 것으로 오해되는 경향이 있으나, 복잡 다양한 행정에 관한 절차를 표준화하는 것은 오히려 행정작용의 간이·신속·원활한 수행에 도움이 될 것이며, 따라서 행정작용의 능률화를 촉진하는 기능을 한다는 점을 명확히 인식할 필요가 있다. 또한 행정절차는 행정 과정에 주민을 참여시켜 그 민주적 정당성을 확보하게 하고, 주민 및 이해관계인의 이해를 얻고, 신뢰와 협력을 얻음으로써 행정목적을 원활히 달성하도록 하는 효과도 있다.<sup>20)</sup>

---

19) 김남진교수는 행정절차에 있어 양자의 조화를 위한 법적 수단으로 ①원칙-예외-체계의 채택, ②심판·통제의 집중제도, ③하자의 치유와 전환, ④제재의 완화, ⑤실권·계척기간 등, ⑥권리보호의 선취을 들고 있다(김남진, 『행정법의 기본문제』(1994년판), 357~360면).

20) 이 점은 쓰레기매립장 등의 혐오시설의 설치와 관련된 집단분쟁, 한의사·약사분쟁, 영광원자력발전소 설치 등과 같은 위험시설물의 설치와 관련된 분쟁, 경부고속철도건설과정 등에서 보다시피 충분한 주민의 동의없이 추진되는 행정결정이 오히려 행정수행에 장애가 되고 있다는 현실에서 확인할 수 있다.



## (2) 民主行政理念의 制度的 具現裝置

### 가. 形式的 法治主義의 克復

행정절차의 법적 규제라고 하는 저변에는 실제상 행정의 개별분야에 대한 규제라는 현실적인 의의를 넘어서 현대행정의 근본문제에 터잡은 하나의 이념적 의의를 발견할 수 있다. 즉, 행정절차는 형식적 법치주의를 극복하고 실질적 법치국가를 실현하는 데 기본이념이 있는 것이다.

근대법치국가는 법률에 의한 행정의 원리를 그 근본적인 법원리를 삼고 있다. 그러나 그것은 행정권의 발동이 형식적으로 법률에 근거하여 법률에 따라 행해질 것을 요구했을 따름이고, 만일 위법한 행정권의 발동으로 인해 국민의 권리 또는 이익이 침해되는 일이 있다고 하더라도 자체의 행정감독의 방법으로 이것을 시정하는 외에 사후적 행정쟁송절차를 인정하는 것만으로 법치주의의 요청을 충족시키기에 충분한 것으로 생각하였다. 이것은 국민은 단순히 행정의 객체에 불과하다는 전제시대적인 사고방식의 잔재인 것이다. 이상과 같은 전통적 사고방식에 대한 반성과 비판이 바로 행정절차법의 제정을 낳게 한 배경이라고 할 수 있다.

### 나. 公正節次의 確保

현대의 실질적 법치행정의 원리하에서는 행정은 형식적으로 법률에 따라 행해진다고 하는 것만으로는 부족하다. 따라서 실질적으로 그 공정성과 적법성을 보장할 것을 요구하며, 특히 국민의 권리 또는 이익의 침해에 관계되는 행정권의 발동에 있어서는 사후구제는 당연한 것이고 사전에 공익과 사익의 조정을 도모할 필요가 있다는 견지에서 행정도 사법절차에 준하여 절차적 규제를 행하여야 한다고 생각하게 된 것이다. 아무리 실체법이 내용적으로 잘 정비되어 있다고 하더라도 그 집행절차과정의 적정하게 법적으로 규제되어 있지 않으면 행정실체법이 의도하는 바가 왜곡될 수 있다. 여기서 국민은 단순히 행정권의 객체가 아니라 행정권과 국민을 통일적 기반위에 서게 함으로서 국민의 의사나 주장을 행정권발동 그 자체에 반영시키려는 것이 행정절차이며, 이러한 절차적 과정을 통하여 비로소 민주행정의 이념이 구현될 수 있는 것이다. 요컨대, 행정과정에 있어서의 공정절차의 확보는 현대국가의 민주행정이념의 구체적 표현이라고 할 수 있다.

이와 같이 행정절차는 이제까지 국민을 행정의 지배객체에서 국민과 행정이 동일한 위치에서 행정의 주체로서 행정에 참여하는 민주주의이념의 실현하는 것이

다. 따라서 행정절차법의 제정은 과거의 권위주의적 행정을 혁파하고 민주행정, 즉 국민의 편의를 위한 행정, 국민에게 서비스하는 행정을 실현한다는 실천적 의미를 가지게 되는 것이다.

### Ⅲ. 行政節次의 構造

#### 1. 行政節次의 法的 規律의 對象

행정절차를 법적으로 정비함에 있어 구체적으로 어떠한 행정작용을 대상으로 할 것인가를 정함에 있어 행정절차의 기능변화가 분명히 인식되어야 한다. 과거 행정절차는 국민일반의 행정참가에 관한 것이 아니고 주로 행정권의 활동에 의하여 규제를 받는 자의 사전적 권익구제제도로서 인식되었으며, 따라서 행정에 대한 주민의 참가제도는 극히 한정적으로 허용하는 경향에 있었다. 그러나 오늘날 행정절차는 복잡한 현대행정에 있어서 다원적 이해관계자간의 합의를 도출하고, 행정권의 행사에 적정한 목표와 방향성을 지시하여 그 적정한 행사를 촉진함을 목적으로 한다. 결국 오늘날 행정절차는 단순한 직접적인 이해관계자의 사전적 권익보호기능에서 행정입법이나 행정계획 또는 정책형성과정에서의 참여를 통하여 사전적 이해조정·당해 결정의 합리화·타당성의 확보와 민주화를 도모하기 위한 것으로 그 기능이 변화되고 있다. 다시 말하면 행정절차의 주된 기능이 근대적 의미의 행정절차에서 현대적 의미의 행정절차로 옮겨가고 있는 것이다.

주요국가의 행정절차법의 규율대상을 비교하여 보면 다음과 같다.

【주요 입법례 규율대상 비교】

규율내용 \ 비교대상	한 국	97년 입법예고안	일 본	미 국	독 일
처 분 절 차	○	○	○	○	○
계 획 확 정 절 차	-	○	-	-	○
행 정 상 입 법 절 차	○	○	-	○	-
행 정 예 고 절 차	○	○	-	-	-
행 정 지 도 절 차	○	○	○	-	-
공 법 계 약 절 차	-	-	-	-	○
위 원 회 행 정 절 차	-	-	-	-	○
신 고	○	-	○	-	-

## (1) 行政處分節次

행정청이 국민에 대하여 우월적인 입장에서 행하는 권력적 단독행위인 행정처분에 대한 절차이다. 행정청의 법적 행위의 중심을 이루는 것이 행정처분인 만큼 행정절차에 있어 가장 중심적인 부분이다. 즉, 행정기관이 국민의 일상생활에 밀접한 영향을 주는 행정처분을 할 때 당사자들에게 사전에 통지하고, 청문이나 공청회 등을 통하여 당사자들의 의견을 청취하며, 처분을 결정한 때에는 처분의 이유를 제시하는 등의 일련의 절차를 거치도록 하여 국민의 권익을 보호하는 절차가 바로 행정처분절차이다. 행정처분절차는 법률효과를 기준으로 건축 등의 허가·행정상 의무의 면제·부과적 행정행위의 철회 등 권리를 설정하고 이익을 주는 수익적 행정처분절차(신청에 대한 처분절차)와 영업정지나 허가취소·허가신청의 거부 등 권리를 침해하거나 의무를 부여하거나 수익적 행위를 거부하는 불이익처분절차(부담적 처분절차)로 나누어 규정하는 것이 보통이다.

## (2) 行政上 立法節次

행정입법은 사회적·경제적 사정의 변화로 행정기능의 확대·강화가 불가피하게 된 현대복지국가에 있어서 고도의 전문성·기술성을 요하는 행정기능의 현실적인 요구에 순응하기 위하여 질적으로 양적으로 증대하고 있다. 그러나 행정입법에 대한 국회의 역할은 전무한 실정이다. 또한 헌법은 법률안제출권을 정부의 권한으로 하고 있고, 현실적으로도 대부분의 법률안은 정부가 제출하고 있기 때문에 법률에 있어서도 국회의 실질적 역할은 그다지 크지 않다.<sup>21)</sup> 따라서 확대되고 있는 각종 정부제출법률안 또는 행정입법안에 대한 심사과정에서 법치주의의 원칙 내지 국민의 권익이 지켜지도록 하기 위한 사전 절차적 통제수단이 마련될 것이 요청된다.

중전에는 법률안의 경우 국회심의를 남아 있다는 점에서 정부에 의한 제안단계에서의 통제에는 별 관심을 갖지 않았으며, 행정입법의 경우 수권법률에서 정한 위임의 한계를 벗어나지 않도록 통제하는데 중점이 두어졌다. 그러나 정부제안 법률안이 국회심사과정에서 별다른 수정없이 의결되는 것이 일반화되고 있을 뿐

21) 한국의 경우 1996년 145건의 법률이 국회에 제출되어 통과되었는데 이 중 정부제안 법률이 131건, 의원제안법률이 14건이라고 한다(“1996년도 입법추진의 계획과 성과”, 『법제』 제469호(1997.1), 11면).

만 아니라 법률 역시 현대산업국가에서의 행정의 다양복잡화와 전문기술화의 추세에 따라 骨格立法(skeleton legislation)의 경향이 현저하여 행정입법의 위임한계의 일탈여부를 심사한다는 것은 어렵게 되었고 실효성도 감소되었다.

행정상 입법절차는 바로 이와 같은 현실적 요청에 따라 행정청이 입안하는 국민의 일상생활에 밀접한 영향을 미치는 각종 법령 또는 자치법규를 제정·개정 또는 폐지할 때 사전에 국민에게 널리 알려 의견을 듣고 이를 반영하도록 함으로써 행정상 입법권의 적정한 행사를 확보하기 위한 통제절차라고 할 수 있다.

행정상 입법절차는 행정절차를 행정입법절차와 재결절차로 나누어 규정한 미국의 행정절차법에서 그 전형을 찾을 수 있다.<sup>22)</sup> 한국의 경우에도 『법령안입법예고에관한규정』(1983.5.1, 대통령령 제11133호)에서 처음 일반적인 행정상 입법절차를 도입하여 현재는 『법제업무운영규정』(1995.8.10, 대통령령 14748호)에 의하여 운영되고 있으며, 행정절차법이 이를 계승하여 규정하고 있다.

### (3) 行政計劃確定節次

현대국가를 계획국가라고 할 정도로 현대 행정에 있어 행정계획이 차지하는 비중은 매우 높다. 그리고 행정계획은 행정처분에서 볼 수 없는 광범하고 정책형성적인 계획재량이 계획주체에게 인정된다. 또한 행정계획은 그것이 미치는 영향이 광역적이고 계속적이기 때문에 수많은 이해관계자가 등장하며, 행정계획은 그 목적달성을 위하여 다양한 행정수단을 종합하고 조정하는 것이 필수적이기 때문에 경우에 따라서는 국가기관 상호간에 있어서도 심각한 의견의 대립과 갈등을 빚기도 한다. 더구나 행정계획은 여러 단계를 거치는 과정의 산물이기 때문에 그것이 구체화단계에 이르게 되면 그것을 취소하고 이해조정을 다시 한다는 곤란할 뿐만 아니라 설사 가능하다고 할지라도 그로 인하여 엄청난 사회적 비용과 혼란을 초래한다.<sup>23)</sup>

행정계획이 가지는 이러한 특성으로 인한 법률에 의한 행정의 원리의 形骸化를 방지하고, 복잡한 이해관계 및 공익과의 조정을 도모하기 위하여는 계획내용에 대한 실체법에 의한 통제가 요청되지만, 계획이 가지는 성격상 실체법적 통제는 추상적인 방향성이나 판단요소를 제시하여 계획재량행사의 지침을 제시하는데 그

22) 미국 행정절차법상 행정입법절차에 대해서는 서원우, “미국 행정법상의 행정입법과 그 행정절차: 비정식절차의 적용제외를 중심으로”, 『고시계』, 1990년 5월호, 15면 이하; 조용현, “미국행정절차법에 관한 연구”(중앙대 박사학위논문, 1991), 29면 이하 참고.

23) 홍준형, 앞의 논문 43면.

칠 수 밖에 없다. 따라서 계획재량권을 적정하게 행사하게 하여 법률에 의한 행정의 원리의 形骸化를 방지하고 복잡한 이해관계 및 공익과의 조정을 위하여는 행정처분의 경우보다 정밀한 계획책정절차가 요구된다.

다만, 행정계획은 법형식·구속성 및 내용이 무척 다양하기 때문에 행정계획을 하나의 통일적 절차에 통합하여 운용한다는 것은 비현실적이며 또한 바람직하지 않다. 따라서 행정계획확정절차의 대상이 되는 계획은 일단 국민의 생활과 밀접한 관련이 있는 행정계획, 즉 재산권을 규제하는 효과가 있는 도시계획이나 국토이용계획과 고속도로, 항만, 공항, 원자력발전소, 폐기물처리시설의 설치를 위한 구속적 전문계획(Fachplanung)을 그 대상으로 하는 것이 일반적이다.

#### (4) 公法上 契約節次

공법상 계약절차란 공법상 체결되는 계약에 있어서 거쳐야 하는 절차를 말한다. 공법상 계약은 ①개별적·구체적 사항에 즉응하여 탄력적으로 행정목적 달성을 수 있다는 점 ②사실관계나 법률관계가 명확하지 않을 때에 해결을 용이하게 할 수 있다는 점 ③법의 흠결을 보충할 수 있다는 점 ④법률지식이 없는 자에게도 교섭을 통하여 계약의 내용을 용이하게 이해시킬 수 있다는 점 ⑤법률생활의 안정을 가져오고 쟁송의 건수를 최소한으로 줄일 수 있다는 점 ⑥행정처분이 라는 권력적 행정을 계약형식의 비권력적 행정으로 완화할 수 있다는 점 등에서 상당히 유용한 행정의 행위형식이다.<sup>24)</sup>

그러나 공법상 계약의 이러한 유용성에도 불구하고 행정실무상 명시적인 법적 근거가 없는 상태에서 공법상 계약의 활용을 기대한다는 것은 상당히 어렵다. 따라서 공법상 계약의 허용을 명시적으로 인정하면서 동시에 공법상 계약의 남용이나 제3자의 이익의 침해 등의 부작용을 방지하고 공법상 계약체결 및 이행과정의 투명성과 공정성을 보장하기 위하여 공법계약절차를 법적으로 규율할 필요가 있다.<sup>25)</sup>

24) 강구철, 앞의 책, 539면.

25) 행정절차법은 공법상 계약의 개념이나 범위가 모호하고, 한국의 행정현실상 공·사법의 구별이 어려운 경우가 많으며, 아직 그 예도 많지 않다는 점을 들어 공법상 계약을 규율대상에서 제외하고 있다. 그러나 최근 사회간접자본의 민자유치 및 지방자치의 활성화와 관련하여 환경·경제·전문직 공무원의 임용 등의 분야에서 공법상 계약이 활발하게 활용될 여지가 많다는 점에 유의할 필요가 있다.

## (5) 行政指導節次

행정지도란 행정청이 그 임무 또는 소관업무의 범위내에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 일정한 작위 또는 부작위를 구하는 지도, 권고, 조언 기타의 행위로서 사실행위를 말한다. 행정지도는 일본과 한국에만 존재하는 특이한 행정의 행위형식에 속한다. 따라서 외국에서는 행정지도에 대해서 상당히 신기해 하기도 하고, 연구도 상당히 하고 있는 것으로 알고 있다.<sup>26)</sup> 또한 통상협상에 있어서도 자유무역을 방해하는 규제조치를 철폐하더라도 행정지도로 인하여 실효성이 없다는 등의 불만을 나타내기도 한다.

행정지도는 행정청의 권고적 의견에 불과하고, 행정지도에 따를 것인지의 여부는 전적으로 당사자의 자유의지라고 하나 지도에 따르지 않을 경우 사실상의 불이익이 되돌아 오는 경우가 많기 때문에 사실상의 강제력을 가지는 경우가 많다. 따라서 행정지도는 현대행정의 기능확대에 따른 행정의 탄력적 수행에 기여하는 점이 많기 때문에 행정지도가 가지는 장점을 보장하면서 그 단점을 보완하는 측면에서의 절차적 규율이 필요하다.

## (6) 行政豫告節次

행정예고절차는 국민의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 정책의 수립 또는 사업의 시행이나 그 변경을 하고자 할 때 국민의 의견을 듣기 위해 미리 예고하는 절차를 말한다. 행정예고를 함으로서 국민은 행정에 대한 예측이 가능하다는 장점이 있고, 행정의 입장에서는 국민의 여론을 수렴할 수 있다는 장점이 있다. 한

---

26) 그러나 최근에는 독일에서도 한국의 행정지도에 해당하는 비공식적 또는 비정형적 행정작용이 활발하게 논의되고 있다. 이에 대해서는 김창규, “비정형적 행정작용의 허용성과 한계에 관한 연구”(한양대학교 박사학위논문, 1997.6), 7면이하; 김남진, “비공식적 행정작용”, 『고시계』, 1989년 8월호, 89면 이하; 서원우, “비공식적 행정작용에 대한 법적 통제”, 『고시연구』, 1989년 9월호, 23면 이하; 박수혁, “행정법에 있어서 협력의 원칙”, 『고시계』, 1992년 8월호, 156면 이하; 김세규, “비공식적 행정작용의 문제점”, 『공법연구』, 제22집 제3호(1994), 325면 이하; 김연태, “환경행정에 있어서의 비공식적 행정작용으로서의 협상”, 『공법연구』, 제23집 제3호(1993), 233면 이하 등 참고. 한편, 한국의 대부분 학자는 독일의 비공식적 행정작용을 행정지도의 상위개념으로 파악하고 있으나, 강구철교수는 독일에 있어 비공식적 행정작용은 행정지도의 독일적 관념에 지나지 않는다고 하고, 한국 행정법에서 행정지도의 개념 이외에 다시 비공식적 행정작용이라는 관념을 인정할 필요가 없다고 한다(강구철, 앞의 책, 559~560면).

편, 행정절차법은 행정계획확정절차는 그 성질이 너무 다양하고 복잡하여 이를 일률적으로 규율하기 곤란하고, 계획절차의 유일한 입법국인 독일과는 행정현실이 다르다는 이유로 규율하지 않는 대신에 행정예고절차에 의하여 국민생활에 밀접한 영향을 주거나 다수 국민의 이해가 상충하는 계획에 대해서는 제한적이거나 국민의 의견이 반영될 수 있도록 하고 있다.

## (7) 委員會 行政節次

행정과정에서 각종 위원회의 역할은 결코 무시할 수 없는 비중을 차지하고 있다. 그러나 각종 위원회에 대한 법적 규율은 그때 그때의 상황에 따라 개별적, 간헐적으로 이루어져 그 규율이 일관성을 결여하고 있다. 따라서 기능적으로 자문기관, 심의기관, 의결기관 등 다양한 형태로 존재하는 행정청의 지위를 가지지 아니하는 위원회의 활동에 대해서는 최소한의 활동기준이 행정절차법의 차원에서 규정될 필요가 있다. 미국의 행정절차법은 한국과는 성격이 다르지만 주로 행정위원회의 활동을 규제하기 위하여 입법화된 것이고, 독일 연방행정절차법도 위원회 활동에 대한 규정을 두고 있다.

## 2. 行政節次의 基本要素

행정상 적정절차의 내용에 대해서 각국의 사정에 따라 한결같지 않으나, 공통의 기본요소가 판례나 제정법에 의하여 구체화되고 있다. 그 가운데 사전통지, 문서등 열람, 처분기준의 설정·공표, 의견청취, 이유제시는 적정절차의 5대원칙이라고 할 수 있다.

### (1) 事前通知

사전통지란 행정결정을 하기 전에 상대방 또는 이해관계인에게 행정결정의 원인·내용·근거 및 이에 관한 청문의 일시·장소 등을 통지하는 것을 말한다. 사전통지는 청문에 당하여 의견진술·권리주장·자료제출 등을 행할 수 있는 기회를 부여하기 위한 것이므로 그 준비를 하는데 필요한 상당한 기일을 부여하여야 한다. 통지는 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 송달 또는 공고의 방법에 의한다. 행정절차법도 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급한 처분을 할 필요가 있는 경우 등 일정한 예외적인 경우를 제외하고 처분의 제목·처분원인과 근거 등

을 당사자들에게 통지하도록 하고 있다(동법 제21조).

## (2) 文書 등 閱覽

문서등 열람이라 함은 청문(廣義)과 관련하여 당사자들이 당해 사안에 관하여 행정청이 보유하고 있는 문서 등을 열람·복사하는 것을 말한다. 행정절차의 당사자들은 사전통지에 의하여 행정청이 자신에게 어떤 처분을 하려고 한다는 것을 알 수 있지만, 그것이 어떠한 근거에 의하여 정당화되는지를 알 수 있어야 비로써 청문에서 자신의 권익을 보호하거나 방어하기 위한 정확한 주장과 입증 가능성이 된다고 할 것이다. 따라서 문서 등 열람은 행정절차의 실효성을 담보하는 제도라고 할 수 있다.

따라서 1946년의 미국 행정절차법은 당사자에 대한 기록공개를 규정하고, 독일 행정절차법도 관계인의 서류열람청구권을 규정하고 있다. 이에 대하여 한국 행정절차법은 국민의 권익보호와 행정능률을 조화시킨다는 이유로 행정기관의 장의 결재가 있는 문서에 한하여<sup>27)</sup> 또한 약식절차인 의견제출과 공청회에 대해서는 인정하지 않고, 오직 좁은 의미의 청문(사실심형청문)에 한해서 청문의 통지 후 청문의 종결시까지만 대폭 제한된 문서열람 및 복사권을 인정하고 있다(동법 제37조).

## (3) 處分基準의 設定·公表

처분기준의 설정·공표는 행정청에게 국민의 구체적인 권리·의무에 직접적인 영향을 주는 처분의 기준을 미리 정하여 공표할 의무를 부과하고 또 처분의 상대방이나 이해관계인에게 행정청에 대하여 그 처분기준을 제시해 줄 것을 요구할 수 있는 권리를 부여함으로써 행정의 투명성과 예측가능성을 확보해 주는 동시에 처분에 대한 불복을 용이하게 하여 궁극적으로는 행정의 공정타당성과 법적 안전성을 확보하려는데 그 취지가 있다.<sup>28)</sup> 즉, 처분기준의 설정·공표는 당사자들에게는 예측가능성을 부여하고, 행정청에 대해서는 자의적 판단을 배제하여 행정결정이 적정하게 이루어지게 함으로써 판단과정의 투명성에 기여한다.<sup>29)</sup>

27) 실정법상 문서, 자료, 정보는 각각 그 의미가 다르기 때문에 행정절차법이나 행정절차조례에서 이를 규정하는 경우에 그 용어의 선택에 주의하여야 한다. 이에 대해서는 이 보고서, 78면 이하 참고.

28) 홍준형, “행정절차법상 처분기준의 설정·공표”, 『고시계』, 1997년 7월호, 33~34면.

29) 처분기준의 설정·공표제도는 구체적으로 ①행정청이 인허가 등의 결정을 행함에



처분의 예견가능성과 행정청의 판단작용의 투명성을 확보하기 위해서는 그 처분기준은 가능한한 구체적일 것이 요청되며, 따라서 당해 처분을 할 것인지의 여부를 판단하기 위한 기준뿐만 아니라 어떠한 내용 및 정도의 처분을 할 것인가를 판단하기 위한 기준도 필요하다.

행정절차법은 당해 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해한다고 인정될 만한 상당한 이유가 없는 한 행정청으로 하여금 처분기준을 가능한한 구체적으로 정하여 공표하도록 하고 있으며, 또한 공표된 처분기준이 불명확한 경우 당해 행정청에 대하여 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있도록 하고 있다(동법 제20조)

#### (4) 意見聽取

##### 가. 意義

행정절차의 핵심은 행정상의 결정에 있어 당사자나 이해관계인의 의견이나 입장을 반영하는 것에 있다. 의견청취는 행정입법, 행정에 관한 정책이나 구체적인 행정상의 조치 등에 의하여 영향을 받거나 불이익을 입게 될 당사자 또는 이해관계인에게 자기의 의견을 표명하거나 혹은 스스로 방어할 수 있는 기회를 부여함으로써 처분의 적법성·타당성을 담보하고, 공권력의 침해로부터 국민의 권익을 보호하고자 하는 것이다.

##### 나. 意見聽取 類型

###### (1) 非正式節次와 正式節次

독일의 행정절차법은 비정식절차(약식청문)와 정식절차(정식청문)로 구분하면서 비정식절차를 원칙으로 하고 있다. 여기서 비정식절차라 함은 일정한 규격적인 형식에 의하지 아니하고 당사자등이 당해 행정작용에 대한 의견 및 참고자료를 제출하는 절차를 말한다. 따라서 비정식절차의 경우에는 당사자등은 소정의 기간 내에 비교적 자유롭게 문서나 구술의 형식으로 자기에게 유리한 의견이나

---

있어 처분기준에 구속되도록 하고 ②행정청이 그 기준을 적용하여 결정을 행하는 과정에서 자의를 배제하고 합리성을 보장하며 ③국민에 대하여 행정결정에 대하여 예측가능성을 부여할 수 있으며 ④행정청의 재량권행사에 관한 사법심사를 용이하게 하는 기능을 수행한다(홍준형, 위의 논문, 44면 ; 김동희, 『행정법 I』(박영사, 1997), 319면 ; 室井力·紙野健二, 『地方公共團體と行政手續』(新日本法規, 1996), 85면 ; 芝池義一, 『行政法總論講義』(有斐閣, 1996), 285면).

자료 등을 제출할 수 있다. 이에 대하여 정식절차란 청문주재자의 주재 아래 심문방식에 따라 당사자들이 주장과 반박을 하고 그것을 뒷받침하는 증거를 제출함으로써 이루어지는 청문을 말한다. 이 경우에는 청문의 주재자가 그 청문과정에서 제출된 주장과 증거 등을 종합하여 그 스스로의 판단을 내려 당해 행정청에 의견서의 형식으로 청문조서를 작성하고, 당해 행정청은 이를 참작하여 행정작용에 대한 결정을 하게 된다.<sup>30)</sup>

#### (L) 事實審型聽聞과 陳述型聽聞

미국의 행정절차법은 사실심형청문(trial type hearing)과 진술형청문(argument type hearing)으로 구분하고 있다. 여기서 사실심형청문이라고 함은 당사자 등이 상대방이 제출한 증거 및 변론을 알고 이를 반박할 수 있는 기회가 부여되는 청문을 말하며, 진술형청문이란 당사자에게 오직 자기에게 유리한 의견의 진술이나 증거 또는 참고자료를 제출할 수 있는 기회가 주어지는 청문을 의미한다. 사실심형청문과 진술형청문을 구별하는 이유는 각각의 청문에서 결정하려는 사항이 다르기 때문이다. 즉, 사실심형청문은 사실문제에 관한 쟁점을 결정하기 위해 사용되는 것인데 비해, 진술형청문은 사실에 관계없이 법률·정책·재량에 관한 사항 등 非事實問題에 관한 쟁점을 결정하는데 적당한 구술절차이다. 다시 말하면 사실심형청문이 필요한 것은 재결적 사실(adjudicative facts)이고, 진술형청문이 필요한 것은 입법적 사실(legislative facts)이라고 할 수 있다. 재결적 사실이란 당사자 본인 및 그 행위·사업 또는 재산에 관한 사실을 말하고, 입법적 사실이란 통상 당해 당사자에 관한 것은 아니고 심판기관이 법률·정책 또는 재량문제 등을 결정하는데 도움이 되는 일반적 사실을 말한다.<sup>31)</sup>

#### (C) 公開聽聞과 非公開聽聞

청문의 형태는 청문의 공개여부에 따라 공개청문과 비공개청문으로 나눌 수 있다. 공개청문(open hearing)은 당해 청문관계자를 포함한 필요한 모든 사람에게 공개하는 청문을 말하며, 비공개청문(closed hearing)은 오직 당해 청문관계자만이 참여하는 당사자청문을 말한다. 공개청문은 객관성과 공정성이 보장될 수 있으나, 절차가 복잡하고 당사자의 비밀이 보호되기 어려운 단점이 있다. 비공개청문은 간단하고 신속하나 객관성의 보장이 어려운 단점이 있다. 청문회는 공개청문이 원칙이며, 공익상이나 당사자의 비밀보장을 위하여 공개하기가 적절

30) 이상규, “행정절차와 청문”, 『고시계』, 1987년 2월호, 20~21면.

31) 홍성찬, 앞의 논문, 451면.

하지 않는 경우에 예외적으로 이용된다.

### (ㄹ) 行政節次法上 意見聽取의 形態

행정절차법은 의견청취의 방법(광의의 청문)으로 의견제출과 청문(협의의 청문) 및 공청회의 세가지 종류를 규정하면서 약식절차인 의결제출을 원칙으로 하고 있다(동법 제22조).<sup>32)</sup> 의견제출은 상대방이 행정청에 대하여 자기에게 유리한 의견의 진술이나 증거 또는 참고자료를 제출하는 것으로 공청회나 청문에 해당하지 아니하는 것을 말하며, 청문은 상대방이 청문주재자 앞에서 의견을 진술하고, 증거를 제출하고, 행정청이나 다른 이해관계인이 제시한 증거·사실·변론에 대하여 반박하거나 반증을 할 수 있는 기회가 부여되는 것으로 사실심리를 행하는 것을 말한다. 공청회는 행정청이 행정결정을 하기에 앞서 공개적인 토론을 통하여 당해 행정결정에 대하여 이해관계를 가진 자, 당해 행정결정에 관한 전문 지식과 경험을 가진 자 그 밖에 일반공중으로부터 행정결정과 관련된 사실 및 법적 사항에 관하여 널리 의견을 수렴하기 위한 절차를 말한다(동법 제2조제5호 내지 제7호). 입법정책적으로 이러한 의견청취절차를 어떠한 요건하에서 인정할 것인가는 중요한 문제인 바, 행정절차법은 청문과 공청회는 법률의 규정이 있거나 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에 실시하도록 하고, 일반적으로는 의견제출절차에 의하도록 하여 극도의 약식청문주의를 취하고 있다(동법 제22조·제44조·제45조·제47조·제50조 참고).

또한 행정절차법은 『청문은 당사자의 공개신청이 있거나 청문주재자가 필요하다고 인정하는 경우 이를 공개할 수 있다』(동법 제30조)고 규정하여 원칙적으로 비공개주의를 취하고 있다.

### (5) 理由提示

행정청은 사전통지와 의견청취절차를 거쳐 행정결정을 하게 되는데, 이유제시는 행정청이 행정결정을 한 때 당해 결정의 근거가 된 법적·사실적 근거를 처분당시에 附記하는 것을 말한다. 불이익처분에 대한 이유제시는 ①행정 스스로에 의한 통제를 가능하게 하고(통제기능), ②이러한 자기 통제 아래 정당한 결론을 도출하게 하여 국민의 권리보호에 기여케 하고(권리보호기능), ③당사자에게 그 처분을 설명하는 기회를 가짐으로서(설명기능), ④당사자에게 그 처분을 적극적으로

32) 내용면에서 보면 의견제출은 비정식절차, 청문은 사실심형청문, 공청회는 진술형청문에 각각 해당한다.

으로 수용케 하는 기능(설득기능)을 하며, ⑤당사자로 하여금 행정구제절차에 적절히 대처할 수 있게 한다(행정쟁송제기편의제공기능).<sup>33)</sup>

행정절차법은 ①신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우 ②단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 ③긴급을 요하는 경우를 제외하고는 당사자에게 근거와 이유를 제시하도록 하고, ②와 ③의 경우에는 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 그 근거와 이유를 제시하도록 하고 있다(동법 제23조).<sup>34)</sup>

---

33) 塩野宏, 『行政法 I (總論)』(有斐閣, 1995), 223면. 한편 대법원판례는 『면허 등의 취소처분에 있어 그 결정이유를 명시하도록 하는 취지는 행정청의 자의적 결정을 배제하고 이해관계인으로 하여금 행정구제절차에 적절히 대처할 수 있게 하기 위한 것이다』(대판 1990.9.11, 82 누 551)고 판시하여 이유부기의 기능으로 행정청의 자의억제기능과 행정쟁송편의제공기능을 들고 있다.

34) 행정절차법상의 이유제시에 대해서는 류지태, “행정절차로서의 이유부기의무”, 『고시계』, 1997년 7월호, 46면 이하.

# 第3章 行政節次法 制定의 意義와 內容

## I. 序 論

세계 각국은 행정환경과 법률문화에 따라 각 사안별로 특성에 맞는 절차를 개별법령에 규정하는 개별법주의를 취하고 있는 나라도 있으나, 행정절차에 관한 공통적인 기본절차를 단일법인 행정절차법으로 규정하는 것이 일반적 추세라고 할 수 있으며, 현재 미국·독일·오스트리아·일본 등 약 15개국에서 행정절차법을 제정하여 시행하고 있다. 이와 같이 선진제국에서 일반행정절차법을 제정하여 시행하고 있는 것은 행정에 대한 절차적 규제의 중요성을 실증하는 것이라고 할 수 있다. 한국도 우유골절 끝에 마침내 1996년 12월 31일 법률 제5241호로 행정절차법의 제정·공포를 보게 되었다.

이 번에 제정된 행정절차법에 대해서는 『그 동안 법제정을 갈구해 왔던 학계와 국민의 여망에 부응하지 못하고 있을 뿐만 아니라 21세기를 위한 행정절차에 법제개혁의 시대적 요청에 걸맞는 행정절차의 모습을 찾아 볼 수 없다』거나 『안전위주의 퇴행적 행정절차법을 구현하고 있다』고 하며, 『절차적 정당성에 대한 시민사회의 요구를 저지하기 위한 방어장치를 마련한다는 수구적·현상유지적 태도가 행정절차법의 기초가 되고 있지 않느냐 하는 인상이다』라는 등의 가혹한 비판도 제기되고 있다.<sup>35)</sup> 그러나 이 번에 제정된 행정절차법이 그 규율대상의 축소, 의견청취의 요건의 엄격화, 문서열람의 제한 등 내용상 문제점이 상당히 존재하고 있는 것은 사실이나 이제까지의 한국행정의 현실을 감안할 때 행정의 민주화·공정화·투명화를 실현하기 위한 하나의 획기적인 조치로서 한국 行政史에서 길이 기억될 사건임은 분명하다고 본다. 입법단계에서 이러한 문제점들이 발생하지 않도록 완벽하게 규정하는 것이 가장 바람직하였다고 하는 것은 누구나 인정하는 바이나, 입법실무에 참여한 사람들이 스스로 “옥동자를 낳지 못했다”<sup>36)</sup>고 고백하고 있으므로 지금의 과제는 이러한 문제점들은 시정하기 위한 적극적 노력이 필요할 때라고 본다. 바로 이 보고서의 한 목적이 행정자치단체의 선진적인 조례제정을 통하여 행정절차법이 가지는 이러한 문제점들을 아래에서부터 개선하

35) 홍준형, “행정절차법의 문제점”, 『고시연구』, 1997년 2월호, 39~40면.

36) 총무처 조직국, 『행정절차법안심의위원회·공청회자료집』(1996.7), 489면.

고자 함에 있다.

이하에서는 행정절차법의 입법과정, 행정절차법의 제정이 가지는 의의와 특색 및 그 내용들에 대해서 간단히 살펴보고자 한다.

## Ⅱ. 行政節次法の 立法過程

한국의 경우 1960년대 중반부터 꾸준히 학계와 법조계를 중심으로 행정절차의 입법화에 대한 요구가 있었다. 그러나 정부는 일반행정절차법 제정의 필요성을 인식하면서도 한국의 행정현실상 당장의 제정은 시기상조라는 판단하에 일반행정절차법의 제정을 유보하면서 『민원사무처리규정』, 『법령안입법예고에관한규정』, 『국민의권익보호를위한행정절차에관한훈령』, 『법제업무운영규정』 등을 통하여 점증주의적 접근방식을 취하여 행정절차제도의 여건정착에 노력하여 왔다. 이러한 과정을 거쳐 1993년 문민정부가 들어서면서 행정절차법의 제정을 행정개혁의 차원에서 접근하여 약 30여년의 노력 끝에 마침내 일반행정절차법의 제정이라는 결실을 보게 되었다.

### 1. 1960年代

일반행정절차법 제정을 위한 최초의 노력으로 1965년 1월 서울변호사회가 당시 공화당 소속의원이었다던 이종극의원의 시안을 바탕으로 하여 전문 제11개조 부칙 2개조의 행정절차법안을 작성하여 청원입법으로 제6대 국회에 제출한 바 있다.

### 2. 1970年代

1970년대에 들어와 행정절차에 관한 학계의 관심이 높아져 이에 영향받은 정부(행정개혁조사위원회가 주관)는 한국공법학회에 의뢰하여 1975년 행정처분·행정계획결정·행정명령제정·행정계약 등 5개장 전문 145조의 행정절차법 중간 초안이 마련되었다. 이 초안은 종래 행정관련 법령에서 절차적 규정을 별로 찾아볼 수 없었던 당시의 상황을 고려할 때 상당히 진취적인 것이었으나 국민편의보다는 행정편의를 위주로 행정이 이루어져 왔던 당시의 행정체제 아래서는 정부의 주도적 의견은 행정절차법제정은 시기상조라는 것이었고 따라서 이 초안은 사장되고 말았다.<sup>37)</sup>

### 3. 1980年代

#### (1) 1987년 行政節次法案

행정절차법의 제정을 위한 노력은 1980년대 들어와서 본격화되기 시작하였다. 정부는 1980년대에 들어와서 『성장발전을 위한 제도개선작업』 등 행정체제를 국민편의위주로 개선하려는 작업을 수행하였으며, 이러한 작업의 일환으로 행정절차의 개선을 위하여 행정절차법 초안 마련작업이 추진되었다.

정부는 1981년부터 행정절차법 연구작업을 추진하여 1985년에는 국민의 권익보장·행정의 공정성과 능률성의 조화·현행법령체계의 존중이라는 기초하에 전문 25개조의 행정절차법요강안이라는 정부안을 마련하였다. 이러한 입법추진은 1986년 4월 총무처에 행정절차법심의위원회가 구성됨으로써 가속화되었다. 이 위원회는 5회의 전체회의와 16회의 소위원회의 심의·조정을 거친 끝에 행정절차법안을 마련하여 1986년 11월 19일 1회의 공청회를 거쳐 1987년 7월 7일 총무처 공고 제30호로 입법예고(1987.7.7~1987.8.5)되었다.

7장 71개조 및 부칙으로 구성된 이 법안은 독일의 행정절차법을 입법모델로 한 것으로 행정절차의 종류를 행정처분절차, 행정계획확정절차, 행정입법예고절차, 행정예고절차, 행정지도절차를 규정하면서 행정집행절차 및 행정조사절차와 정보공개 및 개인정보보호에 관한 것은 따로 법률로 정하도록 규정하고 있었다(동시안 제69조·제70조). 이 법안은 당시 한국의 입법현실을 볼 때 결코 짧은 준비작업을 거쳐 학계와 실무계의 협찬에 의해 결실로 행정절차에 대한 공정성의 확보와 투명성의 향상 및 국민의 권익보호에 충실하고 진취적인 내용을 담은 입법안이라는 평가를 받았다.<sup>37)</sup>

그러나 이 법안은 제12대 국회에 상정될 예정이었으나 보류됨으로써 사장되었다. 정부가 스스로 주도한 행정절차법의 입법화가 좌절된 요인으로는 ①청문·공청회 등 의견청취절차의 이행에 따른 업무부담가중, 인력부족 등 인적부담과 경비지출 등 경제적 부담초래 ②경험·판례의 축적미흡 등 절차제도 시행여건 미성숙 ③행정처분기준공표 등에 따른 행정업무의 경직화초래 ④집단이기주의 등 국민의 의식수준에 비추어 행정계획절차 도입시 국가주요사업 추진곤란 등을 들고 있

37) 박윤훈, 앞의 책, 460면; 홍준형, 『행정법총론』(한울아카데미, 1994), 456면.

38) 김남진, “행정절차입법화의 재추진을 위하여”, 『법제연구』 제4호(한국법제연구원, 1993년), 78면; 홍준형·김성수·김유환, 앞의 책, 17면. 아울러 87년 행정절차법의 내용과 평가에 대한 자세한 것은 홍준형·김성수·김유환, 같은 책, 25~59면 이하 참고.

다.39)

이와 같이 정부는 일반행정절차법의 입법화를 유보하고, 대신 불이익처분에 대해서는 『행정절차운영지침』, 수익적 처분 및 행정예고절차에 대해서는 『민원사무처리규정』, 입법예고절차에 대해서는 『법령안입법예고에관한규정』 등 비구속적인 제도를 통하여 잠정적으로 시행하면서 행정절차법의 입법화를 위한 여건조성에 노력하기로 하였다.<sup>40)</sup>

## (2) 民願事務處理規程

신청에 의한 처분, 즉 수익적 처분과 행정예고절차는 일찍부터 대통령령인 『민원사무처리규정』(1982.7.20, 대통령령 제10869호)에 의하여 규율되어 왔다. 이 규정이 포괄하는 민원사무의 범위는 허가·인가·면허 또는 승인의 신청, 등록의 신청, 증명 또는 확인의 신청, 이의신청·진정·건의 또는 질의 기타 행정기관의 특정한 행위를 요구하는 의사의 표시 등을 망라하여 전통적 의미의 신청에 대한

---

39) 이 견해에 의하면 결국 87년 행정절차법안이 입법화되지 못한 것은 시행여건의 미성숙이나 국민의식주준의 낮음 등 객관적 외부요인에 의한 것으로 보는 듯 하나, 이는 행정절차법의 입법화가 원래 행정개혁의 차원에서 추진되었다는 점에서 볼 때 지나친 편익적 분석이 아닌가 생각된다. 오히려 종래 권위주의적 행정체제에 길들여진 행정실무계의 행정절차에 대한 뿌리 깊은 저항감이나 행정능률위주의 행정관행 또는 행정관료들의 행정편의주의적 타성 등이 행정절차법의 입법화를 보지 못한 주된 요인으로 지적되어야 할 것으로 본다. 1987년 행정절차법의 입법좌절요인분석에 대해서는 최송화, “행정절차입법화의 과제”(한국공법학회 제35회 학술발표회 발표문), 7면; 박윤혼, 앞의 책, 461면; 홍준형, 앞의 책, 457면; 오준근, 앞의 보고서, 27면; 박철우, “행정절차법과 기본권의 보장”, 『저스티스』 제22권(1989), 7면 등 참고.

40) 정부는 1987년 행정절차법안이 나오기 전부터 행정절차법의 제정에는 상당한 시일이 걸릴 것을 예정하여 운영경험의 축적을 통한 행정절차법 시행여건을 마련하기 위하여 『행정처분기준의법제화에관한특별지시』(1984.5.14, 국무총리훈령 제196호), 『법령안입법예고에관한규정』(1983.5.1, 대통령령 제11133호), 『민원사무처리규정』(1982.7.20, 대통령령 제10869호), 『정부공문서규정』(1984.11.23, 대통령령 제11547호)을 각각 운영하여 왔다. 그리고 정부는 1987 행정절차법의 입법화가 좌절된 후, 이들 규정들을 확대·강화하여 『행정절차운영지침』(1989.11.14), 『사무관리규정』(1991.6.19, 대통령령 제13390호) 및 『법제업무운영규정』(1995.8.10, 대통령령 제14748호)을 운영하여 왔는데, 정부의 이러한 태도에 대해서 정부가 사실상 일반행정절차법의 입법화를 포기하고, 점진적 개별법주의를 취하고 있는 것은 아닌가하는 강한 의구심이 제기되기도 하였다.



처분뿐만 아니라 준법률행위적 행정행위의 요구, 정보제공 등이 포함되어 있다.

### (3) 法令案立法豫告에관한規程

일반적인 행정입법 예고절차는 1983년 『법령안입법예고에관한규정』에 의하여 처음 도입되었다. 이 규정은 비록 행정입법예고절차에 한정되기는 하지만, 한국에서 일반적인 행정절차를 최초로 도입하였다는 점에서 획기적인 것이었다고 평가할 수 있다. 그리고 이 규정은 1995년에 제정된 『법제업무운영규정』에 통합되었는 바, 현재 법령안의 입법예고는 이 법제업무운영규정에 의하여 행하여지고 있다.

### (4) 國民의權益保護를위한行政節次에관한訓令

정부는 이미 1984년 『행정처분의기준의법제화를위한특별지시』(국무총리훈령 제196호)을 발하여 각 행정기관에 대하여 인허가의 취소·정지 등 국민에 대한 불이익처분을 정하는 법률을 제정 또는 개정할 때 청문제도를 적극 도입하도록 한 바 있다. 이후 1989년 11월 14일 『국민의권익보호를위한행정절차에관한훈령』을 제정하여 『행정절차운영지침』을 하달하면서 행정처분절차를 직접 정하여 각 행정기관이 시행하도록 하고 있다. 이 훈령은 각 행정기관에 대하여 그 소관의 개별법령에 행정처분 전에 상대방에게 의견제출, 청문 또는 공청회를 개최하는 행정처분절차를 개별적으로 채택하도록 지시하고, 각 개별법령에서 그러한 절차가 채택될 때까지는 행정절차운영지침이 정하는 바에 따라 행정청으로 하여금 일정한 경우를 제외하고는 행정처분을 함에 있어서 의견제출·청문 또는 공청회 개최에 의하여 의견을 청취하도록 하였으며, 행정처분은 원칙적으로 문서에 의하고, 이유를 명시하도록 하였다. 다만, 이 훈령의 대상이 되는 처분은 모든 처분이 아니라 특히, 불이익처분에 한하여 적용된다. 즉, 이 지침은 적용범위와 관련하여 『신청에 대한 처분』(수익적 처분)에 대해서는 『행정청이 필요하다고 인정되는 때에 한하여 민원사무처리규정』에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 이 지침을 적용한다』(제3조제1항)고 규정하고 있다.<sup>41)</sup>

41) 행정절차운영지침의 의의와 문제점에 대해서는 이상규, “행정절차운영지침의 의의와 문제점”, 『고시계』, 1990년 3월호, 108면 이하 참고.

## 4. 1990年代

### (1) 行政規制및民願事務基本法

민원사무처리규정은 이제까지 모법의 위임없이 제정된 것이라는 점에서 헌법적 문제점을 지닌 것으로 비판되어 왔는 바,<sup>42)</sup> 민원사무처리규정의 모법으로 제정된 것이 『행정규제및민원사무처리기본법』(1994.1.7, 법률 제3731호)이다. 이 법률이 규정하고 있는 행정절차는 민원사무처리절차, 규제입법의 예고절차 및 행정예고절차이다.<sup>43)</sup>

이 법에서 말하는 민원사무는 『민원인이 행정기관에 대하여 처분등 특정한 행위를 요구하는 사항에 관한 사무』로써 ①허가·인가·특허·면허·승인·지정·인정·추천·시험·검사·검정 등의 신청 ②장부·대장 등에서의 등록·등재 또는 신고의 수리의 신청 ③특정한 사실 또는 법률관계에 대한 확인 또는 증명의 신청 ④법령·제도·절차 등 행정업무에 관한 질의 또는 상담형식을 통한 설명이나 해석의 요구 ⑤정부시책이나 행정제도 및 운영의 개선에 관한 건의 ⑥기타 행정기관에 관하여 특정한 행위를 요구할 수 있는 사항을 말하는 바(동법 제2조제3호, 동법시행령 제2조제3호), 일반적인 행정절차법에서 말하는 수익적 처분, 즉 신청에 의한 처분보다 그 범위가 훨씬 넓어 결국 『국민이 행정청에 대하여 신청할 수 있는 모든 사무』를 그 사무영역으로 하고 있다고 할 수 있다. 그리고 이 법은 민원사무를 다른 사무에 우선하여 처리할 것, 행정기관의 장은 민원사무의 신청에 관한 사항을 게시하거나 편람을 비치하여 민원인이 이를 볼 수 있도록 할 것 등 민원사무처리의 기본원칙을 정하고 있다. 또한 이 법은 민원사무의 처리를

---

42) 이 문제는 민원사무처리규정에만 국한되는 것은 아니다. 위에서 본 제규정들은 모법의 근거도 없이 제정된 법규명령형식의 행정규칙에 지나지 않는다. 따라서 이 규정들에 의한 관행이 축적되어 평등의 원칙을 매개로 하여 이 규정을 위반한 처분 등에 대하여 위법성을 인정할 수 있겠지만, 원천적으로 이들이 재판규범이 될 수 없는 행정규칙에 의거하고 있다는 점에서 국민의 입장에서 볼 때 사전구제절차로서의 실효성에 한계가 있었다.

43) 행정규제및민원사무처리기본법의 의의·성격·적용범위 및 문제점에 관해서는 홍준형, “행정규제및민원사무처리기본법의 의의와 문제점”, 『한국행정연구』, 1994년 가을호, 134~159면 ; 오준근, “행정규제완화를 위한 법제개선동향 및 문제점과 개선방안”, 『법제연구』, 제6호(1994), 262~293면 등 참고.

위하여 민원1회방문제의 실시, 심사기준의 설정·공표, 거부처분의 이유명시, 민원인의 권리(조속한 처리촉구권, 심사기준요구권), 민원사무처리기준의 종합고시 등 민원인의 권익보호를 위한 상당히 충실한 내용들을 담고 있다. 그러나 이 법은 민원사무의 처리와 관련하여 국민참여절차인 청문·공청회·의견제출절차에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않는 것이 가장 결정적인 결함이라고 지적할 수 있다.

이 법은 규제입법절차에 대해서 중앙행정기관의 장이 행정규제를 신설하거나 강화하기 위하여 관계법령 등을 제정 또는 개정하고자 할 때에는 미리 관계중앙행정기관과 협의하여야 하며, 입법예고 등의 방법에 의하여 지방자치단체 등의 의견을 충분히 수렴하도록 하면서 직접적인 이해관계가 있다고 인정되는 단체 등에 대해서는 의견제출기회를 부여하도록 하고 있다(동법 제7조, 동법시행령 제5조).

또한 행정예고절차에 대해서는 이 법 시행령 제45조 내지 제48조에서 규정하고 있는 바, 동법시행령은 국민생활에 밀접한 영향을 주는 정책·제도에 관한 사항, 다수 국민의 이해가 상충되는 사항, 국민에게 불편이나 경제적 부담을 주는 사항, 국민의 참여와 협조가 필요한 사항, 기타 국민의 일상생활과 관련하여 의견수렴이 필요한 사항에 대한 계획의 수립·시행·변경시에는 미리 예고하여야 한다고 규정하고 있다. 다만 사회·경제질서의 혼란 또는 국가안보상의 위해등이 우려되는 사항, 여론수렴이 불필요한 사항·기타 예고하기 곤란한 특별한 사유가 있는 때에는 예고를 하지 않을 수 있으나, 시행후 충분히 홍보하도록 하고 있다.

## (2) 法制業務運營規程

법제업무운영규정은 국가정책수행의 기본이 되는 법제업무관련 규정이 대통령령·훈령 등의 각종 형태로 산재되어 있고 통일적인 법규정이 결여되어 있어 행정의 비능률과 국민의 불편을 초래하고 있었던 바, 각종 법제업무 관련규정을 보완·통합하여 법제업무의 원활한 수행을 도모하고, 국가정책수행의 효율화와 국민의 권익신장에 기여할 목적으로 제정되었다. 이 규정은 정부입법계획의 수립·시행, 입법과정에서의 협조, 국민의 입법의견수렴, 법령 등의 심사, 법령해석업무 등을 규정하고 있는 바, 이 규정의 제정으로 그 동안 입법예고절차를 규율하여 왔던 『법령안입법예고에관한규정』은 폐지되었다.

이 규정이 담고 있는 입법예고절차를 보면 입법예고대상은 국민의 일상생활과 직접 관련되는 법령안부터 단계적으로 실시하여 점진적으로 확대 실시하도록 하였는 바, 우선 ①학사제도 ②공중위생 ③환경보전 ④농지 기타 토지제도 ⑤국토계획 및 도시계획 ⑥건축 ⑦도로교통 ⑧행정심판 ⑨국가시험 ⑩기타 다수 국민의

일상생활과 관련되는 중요분야의 사항에 관한 법령을 제정·개정·폐지하고자 할 때 당해 입법안의 제안을 주관하는 원·부·처·청의 장이 특별한 사정이 없는 한 20일 이상 예고하도록 하였다(동규정 제15조제1항·제17조). 다만, 이러한 법령의 경우에도 긴급을 요하는 경우, 상위법령의 단순한 집행을 위한 경우 또는 예고함이 공익에 중대한 영향을 미친다고 인정되는 경우에는 입법예고를 하지 아니할 수 있도록 하고 있다(동조제2항).

이해관계인은 누구든지 예고된 법령안에 대하여 서면으로 의견을 제출할 수 있으며, 제출된 의견은 내용별로 분석하여 중요사항에 대한 의견은 그 처리결과를 법률안 또는 대통령령안의 경우에는 국무회의상정안에 첨부하고, 총리령안 또는 부령안의 경우에는 법제처에 제출하도록 하였다(동규정 제20조·제21조). 이와 같이 국민의 일상생활과 직접 관련된 법령안에 대해서 의견제출기회를 일정한 예외적인 경우를 제외하고는 반드시 부여하도록 하고 있으나, 공청회를 할 것인지의 여부는 주관행정청의 재량에 맡겨 주관기관이 필요하다고 인정할 때만 행하게 하였다(동규정 제22조).

### (3) 一般行政節次法 立法化의 再推進과 行政節次法 制定

정부는 1987년 행정절차법안의 입법화가 좌절된 후, 앞에 본 제규정들을 확대·강화하고, 불이익처분이나 행정계획과 관련된 개별법에 행정절차관련 규정을 신설하는 등으로 행정절차제도를 운영하여 왔다. 그리고 이러한 정부의 행정절차 운영에 대하여 정부가 사실상 일반행정절차법의 입법화를 포기하고, 점진적 개별법주의를 취하고 있는 것은 아닌가하는 강한 의구심이 제기되기도 하였다.

그러던 차에 1993년 문민정부가 들어서면서 행정절차법의 제정은 행정개혁의 일환으로 다시 추진되었다. 즉, 대통령 자문기관인 행정쇄신위원회는 조속한 시일안에 행정절차법을 제정할 것을 대통령에게 건의하기로 의결하였고, 이에 따라 총무처는 그 준비작업에 착수하여 1994년 7월에 행정절차법시안을 마련하여 관계전문가의 의견을 수렴하였으나 많은 문제점이 지적되었다.<sup>44)</sup> 총무처는 1994년 시안의 문제점을 시인하고 1995년 5월에 총무처 안에 행정절차법 심의위원회를 설치하여 행정절차법제정을 위한 본격적인 작업을 시작하였으며, 3차의 전체회의와 15차례의 소위원회의 심의를 거쳐 1996년 6월 4일에 행정절차법 시안을 마련하고 공청회를 거쳐 8월 1일에 이를 입법예고하였다. 이 법안은 10월 22일 국

44) 1994년 총무처 행정절차법의 문제점에 대해서는 홍준형·김성수·김유환, 앞의 책, 60~74면; 오준근, 앞의 보고서, 56~59면 참고.

현대 민주국가에서는 행정과정이 민주적일 것을 요구한다. 심사기준과 처분기준이 사전에 시민에게 알려지지 않고, 관련 정보에 시민이 충분히 접근할 수 없으며, 그 과정에 참여하지 않은 상태에서 시민의 권리를 제한하거나 박탈하는 행정은 투명하고 공정한 행정이라고 할 수 없다. 행정절차법은 행정의 투명성과 공정성을 제고하기 위하여 목적으로 『국민의 행정참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다』고 하고, 『행정청이 행하는 행정작용은 그 내용이 구체적이고 명확하여야 하며, . . .』(동법 제5조)라고 규정하고, 이와 같은 목적을 달성하기 위하여 처분기준의 설정·공표, 처리기간의 설정·공표, 처분의 사전통지, 의견청취, 처분의 이유제시, 신고도달주의, 행정지도의 원칙·방식 등을 규정하고 있다.

### 3. 行政의 圓滑化·能率化 促進

행정절차법이 제정됨으로서 행정의 능률성과 신속성이 저하되었다고 생각할 수 있으나, 행정절차법의 제정으로 오히려 행정의 원활화·능률화가 촉진되었다는 점을 간과해서는 않된다. 현대 행정은 법률에 의한 행정이어야 한다. 그러나 현대행정의 내용이 복잡하고 다양화됨에 따라 행정의 근거가 되고 기준이 되는 행정법규 역시 복잡해지고, 이에 관한 학설과 판례도 복잡하고 다양하게 전개되고 있다. 따라서 현실적인 행정권의 행사에 있어서는 그에 관한 명백한 기준을 분명히 할 수 없는 경우를 적지 않게 볼 수 있다. 위법한 행정작용에 관하여 궁극적으로 언제나 사법심사가 보장되고 있는 현행법제하에서는 행정청으로 하여금 그 가 의거할 기준을 명확히 마련해 두지 않고서는 활동하기란 여간 불편하지 않을 것이다. 이러한 사정은 신속한 행정처리를 저해하는 요인이 된다. 이러한 사정을 고려할 때 행정청의 입장에서도 행정절차법이 제정되어 행정권의 행사에 필요한 처분기준이나 심사기준 등을 통일화·표준화·간소화할 수 있게 됨으로써 행정의 간이·신속·원활을 기하고 따라서 행정을 능률적으로 수행할 수 있게 되었다. 또한 행정절차는 분쟁의 여지가 있는 사안에 대하여 사전적인 조정을 거치는 것이므로 이해관계인과 불필요한 마찰과 저항을 줄일 수 있다는 점에서 행정의 능률성제고에 이바지한다.

### 4. 國民의 權益救濟의 適正化

행정처분의 집행부정지원칙과 행정재량 등으로 인하여 행정쟁송 등에 의한 사

무회의의 의결을 거쳐 같은 달 30일에 국회에 제출되었다. 1996년 11월 29일 국회의 행정위원회에 이어 법제사법위원회에 보고·의결되었고, 11월 30일에 국회본회의에서 의결되어 1996년 12월 31일에 드디어 법률 제5241호로 행정절차법이 공포되어, 공포 후 1년이 경과한 날로부터 시행되게 되었다.

### Ⅲ. 行政節次法 制定의 意義

한국에서 행정절차법은 오랜 세월 동안 많은 시련을 거쳐 탄생을 보게 되었다. 이와 같이 제정된 행정절차법은 많은 문제점에도 불구하고 국민의 권리를 절차적으로 보호하고, 행정과정의 투명성·공정성의 향상에 기여하게 되었다는 점에서 가장 큰 의의를 발견할 수 있다. 그러나 행정절차법의 제정의의는 이에 그치지 않고 다양한 관점에서 그 의의를 찾을 수 있다. 이하에서는 행정절차법의 제정이 가지는 의의들에 대해서 구체적으로 살펴보려고 한다.

#### 1. 憲法上 適正節次原理의 具體化

행정절차법은 행정절차에 관한 일반법으로 헌법상 적정절차의 원리를 일정수준에서 구체화한 것에 큰 의의가 있다. 따라서 그 해석은 적정절차에 대한 헌법원리에 적합하게 해석하여야 하며, 국가나 지방자치단체도 지금까지 행정실무에서 일상적으로 보여 왔던 행정편의를 우선시키고 절차를 경시하는 것이 있어서는 아니될 것이다. 다만, 행정절차법이 불이익처분에 대한 청문의 기회를 지나치게 제한하고, 문서열람청구권을 청문의 경우에 한정하고 있는 것 및 신청에 대한 거부처분에 대해서는 아예 의견청취의 절차를 두고 있지 않는 것은 헌법상의 적정절차의 원리와 관련하여 볼 때 불충분한 점은 아닌가 생각된다. 특히 신청에 대한 거부처분은 실질적으로 국민이 가지고 있는 자유를 박탈하는 처분으로서의 효과를 가진다. 따라서 오늘날 국민의 대부분의 생활이 행정청의 인허가사항이라는 것을 생각할 때, 인허가의 거부처분은 헌법상 적정절차의 원리가 당연히 적용되어야 할 분야라고 생각하는 바, 이에 대해 행정절차법이 사전절차를 결여하고 있는 중대한 결함으로 지적하고 싶다.

#### 2. 行政의 公正性·透明性の 向上

결과만능의 결과지향적 행정은 오늘날 민주국가에서는 더 이상 타당하지 않다.

후구제가 실효성이 없게 되는 경우가 많다. 또한 사후구제는 일반적으로 많은 시간과 비용을 요하며, 권익의 침해가 없었던 것과 같은 상태로 완전히 회복시키는 것은 거의 불가능하다. 그러므로 법치행정에 있어서 그 제도적 완벽을 기하기 위해서는 행정작용이 행하여지기 전에, 즉 행정과정에서 당사자들의 의견진술·자료제출 등의 기회를 보장함으로써 행정작용 자체가 적법·타당성을 확보하지 않으면 아니된다. 따라서 행정절차법이 제정되어 행정과정을 절차적으로 규제하여 그의 적법성과 타당성이 확보될 수 있게 됨으로써 행정작용으로 인한 권익침해를 사전에 예방할 수 있게 되어 국민의 권익구제의 적정화를 기할 수 있게 되었다.

## 5. 行政規制緩和의 實效化

한국에서도 행정규제완화는 일반적 추세가 되고 있다. 그러나 행정규제완화를 위하여 인허가제도를 신고제로 전환한 경우에도 신고에 대하여 사실상 실질심사를 함으로써 규제완화의 효과가 전혀 나타나지 않는 경우가 많았다. 또한 법정의 요건을 갖춘 인허가의 신청에 대해서도 행정지도를 한다는 명목으로 신청자가 지저 신청의욕이 상실될 때까지 인허가의 신청의 수리를 지연시키는 경우도 많았다. 그런데 이 번에 제정된 행정절차법은 인허가의 처분기준을 정하고, 신청이 있는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류 또는 거부할 수 없도록 하며, 신고에 대해서도 형식적 요건을 갖춘 신고가 행정청에 도달한 때 신고의 의무가 이행된 것으로 보는 신고도달주의를 규정하고, 행정지도에 대해서도 상대방의 의사에 반하는 부당한 행정지도를 금지하고, 행정지도의 상대방에게 취지·내용·신분을 밝히도록 하고 있다. 이들 규정들은 기본적으로 행정의 투명성확보를 위한 것이나, 이들 규정들로 인하여 인허가의 예견가능성과 신속화가 촉진되고, 신고는 도달함으로써 의무가 이행된 것이 되기 때문에 결과적으로 행정규제완화의 효과가 있게 된다.

## 6. 不正腐敗防止效果

지금까지 한국 행정은 공정하지도 투명하지도 못한 것으로 평가된다. 따라서 행정에 대한 국민의 신뢰도는 매우 낮았으며, 이로 인한 막대한 음성적 사회비용이 지출되기도 하였다. 이는 최근에 크게 문제되고 있는 공직자들의 광범위한 만성적 부정부패스캐들이 이를 잘 보여준다. 행정청으로 하여금 사전에 처분기준을

정하여 공표하도록 하고, 행정결정을 한 때에는 그 이유를 제시하도록 하며, 또한 행정과정에 당사자들이 직접 참여시키는 때에는 행정청의 자의적 판단은 개입할 수 없고, 따라서 부정이 개입될 여지는 축소될 것이다. 따라서 행정절차법은 행정의 공정성·투명성·예측가능성을 제고하고 국민에게 이익대변의 기회와 행정과정에의 참여를 보장함으로써 공직사회의 부정부패를 방지하는 효과가 있게 된다.

## IV. 行政節次法の 內容

### 1. 行政節次法の 構成體系

1997년 1월 1일 공포된 행정절차법은 총 7장 54조 및 부칙 2조로 구성되어 있다. 제1장 총칙에서는 목적·정의 및 적용범위(제1절), 행정청의 관할 및 협조(제2절), 당사자등(제3절), 송달 및 기간·기한의 특례(제4절)를 규정하고, 제2장 처분에서는 통칙(제1절), 의견제출 및 청문(제2절), 공청회(제3절)을 규정하고, 제3장에서는 신고를, 제4장에서는 행정상 입법예고를, 제6장에서는 행정지도를, 제7장에서는 보칙을 각각 규정하고 있다. 행정절차법의 구체적인 구성체계는 다음표와 같다.

#### 【행정절차법의 구성체계】

<p>제1장 : 총 칙            제1절(제1조~제5조) : 목적·정의·적용            범위 등            제2절(제6조~제8조) : 행정청의 관할 및            협조            제3절(제9조~제13조) : 당사자 등            제4절(제14조~제16조) : 송달 및 기간·            기한의 특례</p> <p>제2장 : 처 분            제1절(제17조~제26조) : 통 칙</p>	<p>제2절(제27조~제37조) : 의견제출 및            청문            제3절(제38조~제39조) : 공청회</p> <p>제3장(제40조) : 신 고            제4장(제41조~제45조) : 행정상 입법            예고            제5장(제46조~제47조) : 행정예고            제6장(제48조~제51조) : 행정지도            제7장(제52조~제54조) : 보 칙</p>
--	--



## 2. 處分節次

### (1) 處分方式

행정절차법은 개별법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 처분은 문서로 하도록 하여 문서주의원칙을 취하고 있다. 다만, 신속을 요하거나 사안이 경미한 경우에는 구술 기타의 방법으로 할 수 있으나 이러한 경우에도 당사자의 신청이 있을 때에는 행정청은 처분에 관한 문서를 교부하여야 한다(동법 제24조제1항). 행정절차법이 처분방식으로 문서주의를 취하고 있는 것은 처분내용의 명확성의 확보와 그 존부에 관한 다툼의 방지에 있다. 행정절차법은 이와 관련하여 처분청 및 담당자의 소속·성명과 전화번호를 기재하도록 하여 處分實名制를 규정하고 있다(동조제2항).

### (2) 處分基準 등의 設定·公表

행정의 투명성과 신뢰성을 확보하기 위하여는 처분의 구체적인 기준과 처분의 신청이 있는 경우의 처리기간을 설정하여 국민이 쉽게 알 수 있도록 공표할 필요가 있다. 따라서 행정절차법은 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는대로 구체적으로 설정하여 공표하고(동법 제20조제1항), 처분의 신청이 있는 경우의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하도록(동법 제19조제1항)하고 있다. 처분기준이 공표된 경우에 그 처분기준에 불분명한 부분이 있다고 인정하는 당사자등은 당해 행정청에 대하여 그 해석이나 설명을 요청할 수 있으며, 그러한 요청을 받은 행정청은 특별한 사정이 없는 한 그 요청에 응하여야 한다(동법 제20조제3항). 또한 행정청이 부득이 한 사유로 공표된 처분의 처리기간 내에 처리가 곤란하다고 인정하는 경우에는 당해 처분의 처리기간의 범위 내에서 1회에 한하여 처리기간을 연장할 수 있으며, 처리기간을 연장하는 경우에는 그 사유와 처리예정기간을 지체없이 당해 처분의 신청인에게 통지하여야 한다(동법 제19조제2항 및 제3항). 처분의 신청을 한 자는 당해 행정청이 정당한 기간 안에 그 신청에 대한 처리를 하지 아니하는 때에는 신속한 처리를 요청할 수 있다(동조 제4항).

### (3) 事前通知

행정절차의 하나로서 일반적으로 요구되는 것이 사전통지(prior notice)이다.

행정절차법 제21조제1항은 『행정청은 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다』라고 하여, 처분의 제목, 당사자의 성명이나 명칭과 주소, 처분을 하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거, 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, 의견제출기관의 명칭과 주소 및 제출기한 등을 통지하도록 하고 있다. 의견제출기한은 그 의견제출을 위하여 상당하다고 인정되는 기간을 고려하여 정하도록 하고, 청문을 실시하고자 하는 때에는 청문개시 10일 전까지 사전통지를 하도록 함으로써 부당하게 촉박한 통지를 하는 일이 없도록 하고 있다(동법 제21조제2항 및 제3항).

#### (4) 意見聽取

##### 가. 意見提出

의견제출은 약식청문에 속한다. 행정청은 특히 청문이나 공청회를 하는 경우를 제외하고는 당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분, 즉 불이익처분을 하기에 앞서 반드시 당사자등에게 의견제출의 기회를 주어야 하는 바(동법 제22조제3항), 행정청으로부터 처분의 사전통지를 받은 당사자등은 그 사전통지에 표시된 의견제출기한 안에 관계행정청에 대하여 서면, 컴퓨터통신 또는 구술의 방법으로 의견을 제출할 수 있으며, 의견을 제출하는 때에는 그 주장을 입증하기 위한 증거 기타의 자료 등을 첨부하여 제출할 수 있다(동법 제27조제1항 및 제2항). 당해 행정청은 의견제출이 구술로 이루어지는 경우에 그 의견진술의 요지와 진술자를 기록하여 서면화하여야 한다(동법 제27조제3항).

당사자등이 정당한 이유없이 의견제출기한 안에 의견을 제출하지 아니한 때에는 의견이 없는 것으로 보고 처분을 할 수 있다(동법 제27조제4항). 여기에서 『정당한 이유』란 의견작성 및 입증자료수집을 위하여 특히 많은 시간이 소요된다거나 의견을 제출할 당사자등이 외국여행 중인 경우 등과 같이 객관적으로 소정의 기간 안에 의견제출을 기대하기 어려운 사유를 가리키는 것이라고 할 것이다. 행정청은 처분을 함에 있어서는 당사자등이 제출한 의견을 성실히 고려하여야 하며(동법 제27조제5항), 제출된 당사자등의 의견을 고려하지 아니하고 한 처분은 별도의 합리적인 이유가 없는 한 전단적인 것이 된다.

## 나. 聽 聞

여기에서의 청문은 행정청이 처분을 하기에 앞서 당사자들의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 정식절차를 말하는 바(동법 제2조제5호), 청문은 법령에 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우나 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에 실시되(동법 제22조제1항), 청문주재자의 주재로 진행된다. 청문주재자는 행정청이 소속 직원 또는 일정한 자격을 가지는 자 가운데에서 선정하며, 청문주재자에 대하여는 제척, 기피 및 회피가 인정된다(동법 제28조제1항, 제29조).

행정청은 청문을 실시하고자 하는 때에는 청문실시 10일 전까지에 당사자들에게 당해 처분에 관한 사전통지를 하면서, 그 청문의 주재자, 일시 및 장소 등을 통지하여야 한다(동법 제21조제2항). 청문주재자가 청문을 개시할 때에는 예정된 처분의 내용, 그 원인이 된 사실과 법적 근거 등을 설명하여야 하며, 청문은 공익이나 제3자의 정당한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우가 아니면 당사자의 신청이나 청문주재자의 직권으로 공개할 수 있고, 당사자들은 청문에서 의견을 진술하고 증거를 제출하고 참고인이나 감정인 등에게 질문을 할 수 있음은 물론(동법 제30조, 제31조), 신청 또는 직권에 의한 검증, 감정 기타의 증거조사를 할 수 있다(동법 제33조). 당사자들은 청문에 출석하지 아니하고 의견서를 제출함으로써 출두진술에 갈음할 수도 있다(동법 제31조제2항).

청문주재자는 당해 사안에 대한 당사자들의 의견진술과 증거조사가 충분히 이루어졌다고 인정하는 때에는 청문을 종결하되, 청문을 종결한 때에는 소정의 사항을 기재한 청문조서를 작성하여 관계서류와 함께 관계행정청에 제출하여야 하며, 그 제출을 받은 행정청은 처분을 함에 있어서 청문결과를 적극 반영하여야 한다(동법 제34조, 제35조제5항).

당사자들은 청문의 통지를 받은 날로부터 청문이 종결될 때까지에는 행정청에 대하여 당해 사안의 조사결과에 관한 문서 기타 당해 처분에 관련되는 문서의 열람이나 복사를 요청할 수 있으며(동법 제37조), 청문조서가 작성된 때에는 그 기재내용을 열람, 확인하고 이의가 있는 때에는 그 정정을 요구할 수 있다(동법 제34조제2항).

청문은 종결된 후에 재개할 수 있는 것인 바, 행정청은 청문이 종결된 후 처분을 하기전까지 새로운 사정이 발견되어 청문을 재개할 필요가 있다고 인정할 때에는 청문주재자에게 제출된 청문조서 등을 되돌려 보내고 청문의 재개를 명할 수 있다(동법 제36조). 이는 소송절차상 사실심변론종결 후에 변론을 재개하는

것과 같은 취지이다.

#### 다. 公聽會

공청회는 특정 또는 불특정 다수인을 대상으로 하는 공개적인 청문, 즉 행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 행정작용에 대한 당사자등과 전문지식 및 경험을 가진 자 기타 일반인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차를 말하는 바(동법 제2조제6호), 법령 등에서 공청회를 개최하도록 규정한 경우나 행정청이 당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 인정하는 경우에 개최한다(동법 제22조제2항). 행정청이 공청회를 개최하고자 하는 경우에는 공청회 개최 14일 전까지 당해 공청회의 제목, 일시, 장소, 주요 내용, 발표자에 관한 사항 및 발표신청의 방법과 신청기한 등을 당사자등에게 통지함과 동시에 관보, 공보 또는 일간신문 등에 게재하여 공고하여야 한다(동법 제38조제1항).

공청회는 청문의 경우와 같이 공청회 주재자의 주재로 진행되는 것으로서, 공청회 주재자는 소정의 자격을 가지는 자 중에서 당해 행정청이 위촉 또는 지명한다(동법 제39조제1항). 공청회 주재자는 공청회를 공정하게 진행하여야 하며, 공청회의 원활한 진행을 위하여 발표내용을 제한하거나 질서유지를 위하여 필요한 조치를 취할 수 있다(동법 제39조제3항).

공청회는 발표자가 누구인지에 따라 그 결과에 큰 영향이 미치므로 발표자의 선정에 공정을 기하여야 하며, 발표자는 그 공청회와 직접 관련되는 사항에 대하여만 발표할 수 있는 것이 원칙이다(동법 제39조제2항). 공청회는 발표자의 발표만으로 족한 것이 아니며, 발표자의 발표가 끝나면 발표자 상호간의 질문과 답변 및 방청인에게 의견제시의 기회를 주어야 한다(동법 제39조제4항). 행정청은 공청회에서 제시된 사실과 의견으로서 상당한 이유가 있다고 인정되는 것은 처분을 함에 있어서 충분히 반영하여야 한다(동법 제39조제5항).

#### (5) 處分理由의 提示

처분이유의 제시는 행정절차의 일반적인 내용의 하나를 이루는 것이다. 행정절차법은 행정청이 처분을 하는 때에는 그 처분이 상대방의 신청내용을 그대로 인정하는 처분인 경우나 단순 반복적 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 처분의 이유를 명백히 알 수 있는 경우, 기타 긴급을 요하는 경우 외에는 그 처분의 근거와 이유를 당사자에게 제시하도록 하고 있다(동법 제23조제1항). 행정청은 처분이유를 제시하지 않을 수 있는 예외적인 경우에 해당하여 처분이유를 제

시하지 아니한 때에도 당사자가 그 처분의 근거와 이유의 제시를 요구하면 그에 응하여야 한다(동조제2항).

### 3. 申告

법령 등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류와 접수기관 기타 신고에 필요한 사항을 게시하거나 편람을 비치하여 열람할 수 있도록 하여야 하며(동법 제40조제1항), 신고가 신고서의 기재사항에 하자가 없고, 필요한 구비서류가 첨부되어 있으며, 기타 법령 등에 규정된 형식상의 요건에 적합한 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이해된 것으로 본다(동조제2항). 위의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 때에는 행정청은 상당한 기간을 정하여 보완을 요구하여야 하며, 그 기간 안에 보완을 하지 아니한 때에는 신고서를 되돌려 보내야 한다(동조 제3항 및 제4항).

### 4. 行政立法豫告節次

#### (1) 立法案의 豫告

행정청이 국민의 권리의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령을 제정, 개정 또는 폐지하기 위한 입안을 한 때에는, 특히 긴급을 요하는 때, 입법내용의 성질 기타 사유로 인하여 예고의 필요가 없거나 예고가 곤란하다고 판단되는 때, 상위 법령의 단순한 집행을 위한 것인 때 또는 예고를 하는 것이 공익에 현저히 불리한 영향을 미칠 경우를 제외하고는, 그 입법안에 대한 예고를 하여야 한다(동법 제41조). 입법예고는 입법안의 취지와 주요 내용 또는 전문 및 의견제출기관과 제출기한 기타 필요한 사항을 관보, 공보, 신문, 방송 및 컴퓨터통신 등의 방법으로 공고함으로써 하는 것이나, 필요하다고 인정하는 때에는 관련단체 등에 예고사항을 통지할 수 있으며(동법 제42조제1항 및 제2항), 예고기간은 당해 예고에서 따로 정함이 없는 한 20일이다(동법 제43조). 입법예고는 위에서 본 바와 같이 입법안의 주요 내용을 공고함으로써 하는 것이 보통이기 때문에, 입법예고를 보고 그 입법안의 전문을 열람·복사하고자 하는 자는 당해 행정청에 대하여 입법안 전문의 제시를 요청할 수 있고, 그러한 요청을 받은 행정청은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다(동법 제42조제3항).

## (2) 意見提出

입법예고가 있는 때에는 누구든지 그 입법안에 대한 의견을 제출할 수 있으며 (동법 제44조제1항), 그 의견제출은 특별한 형식을 요하지 아니한다. 그러므로, 입법예고에 대한 의견제출은 임의적인 것으로서, 의견을 제출할 자에도 아무런 제한이 없다.

## (3) 提出된 意見의 處理

입법예고에 따른 의견제출이 있는 경우에는 특별한 사유가 없는 한 당해 입법안의 처리에 반영될 수 있도록 존중하여야 하며, 그 처리결과를 의견제출자에게 통지하여야 한다(동법 제44조제3항 및 제4항).

## 5. 行政豫告節次

행정청은 국민 생활에 큰 영향을 주는 사항, 많은 국민의 이해가 상충되는 사항, 많은 국민에게 불편이나 부담을 주는 사항 기타 널리 국민의 의견을 수렴할 필요가 있는 사항에 대한 정책, 제도 및 계획을 수립·시행하거나 변경하고자 하는 때에는 특히 예고로 인하여 공공의 안전이나 복리를 현저히 해할 우려가 있는 경우 또는 예고하기 곤란한 특별한 사유가 있는 경우가 아닌 한 그 취지와 주요 내용을 관보, 공보, 신문, 방송, 컴퓨터통신 등의 방법으로 공고함으로써 이해관계있는 자 등이 의견을 제출할 수 있는 기회를 주어야 한다(동법 제46조제1항). 행정예고는 당해 예고에 따로 정한 경우 외에는 20일 이상이어야 한다(동법 제46조제3항). 행정예고가 있을 때에 그에 관심을 가지는 자는 자유로이 의견을 제출할 수 있음은 입법예고의 경우와 같으며, 관계행정청은 제출된 의견을 존중하여야 함은 물론이다.

## 6. 行政指導節次

행정지도란 『행정기관이 그 소관사무의 범위 안에서 일정한 행정목적 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고 또는 조언 등을 하는 행정작용』을 말하며(동법 제2조제3호), 강학상의 행정지도와 크

게 다를 것이 없다.

행정지도를 하는 자는 상대방에게 그의 신분과 행정지도의 취지 및 내용을 밝혀야 하며, 행정지도가 구술로 이루어지는 때에 상대방이 그 행정지도를 하는 자의 신분과 행정지도의 취지 및 내용을 기재한 서면의 교부를 요구하는 때에는 원칙적으로 이에 응하여야 한다(동법 제49조). 행정지도가 다수인에 대하여 이루어지는 때에는 특별한 사정이 없는 한 당해 행정지도의 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다(동법 제51조).

행정지도는 그 자체로서는 아무런 법적 구속력도 없는 단순한 권고, 알선 또는 지도에 그치는 것이나, 행정지도의 상대방은 그 행정지도의 내용이나 방법에 대하여 당해 행정청에 대하여 의견을 제출할 수 있다(동법 제50조).

행정절차법 제48조는 행정지도에 관한 실체적인 원칙을 명시하여 행정지도의 남용이 없도록 규정하고 있다. 즉, 『행정지도는 그 목적달성을 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다』고 하고, 나아가 『행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다』고 하여, 행정지도의 임의성보장, 비례의 원칙 및 불이익조치금지의 원칙을 규정하고 있다.

## V. 行政節次法의 特質

행정절차법은 그 제정에 있어 그 기본방향을 ①한국의 법률문화 및 법률체계와 행정여건의 고려 ②개별행정의 특수성의 최대반영 ③국민의 권익보호와 공공목적의 원활한 달성의 조화 ④새 제도도입으로 인한 부작용의 최소화로 잡았다고 한다.<sup>45)</sup> 그리고 행정절차법이 가지는 특질로는 ①지금까지의 통설과 판례가 이룩한 수준을 넘어 외국의 입법례를 참고하여 한국 현실에 비추어 앞으로 규범적으로 활동할 수 있는 것인 경우 이를 가급적 수용함 ②行政法典化를 지향하지 않고 순수 절차규정만을 입법화함 ③국민의 권익보호와 행정능률의 적정한 조화 ④적용범위에 있어 처분절차에만 국한하지 않고 행정입법의 예고절차, 행정지도절차, 신고 등도 규율하고 있음. 다만, 행정계획확정절차는 규율하지 않고, 국민생활에 밀접한 영향을 주거나 다수국민의 이해가 상충되는 계획은 행정예고절차에 포함시켜 규율함 ⑤의견청취절차를 청문·공청회·의견제출로 나누어 구체적 행정작

45) 총무처 조직국, 앞의 자료집, 478면.

용의 성질별로 의견청취의 방식을 따로 적용하도록 하되, 원칙적으로는 약식절차인 의견제출에 의하고, 청문을 행하는 경우에는 엄격한 요건과 내용에 따르도록 함에 있다고 한다.<sup>46)</sup>

애당초 행정절차법의 추진이 행정현실에 대한 개혁의 관점에서 출발하였음에도 불구하고 행정현실의 고려, 개별법의 특수성반영, 행정능률과 국민권익의 조화, 부작용의 최소화라는 관점에서 태생적인 한계를 가지고 추진되었기 때문에 위에서 한국 행정절차법의 특질로서 선진적인 외국제도의 도입이나 규율범위의 확대 등과 같이 긍정적으로 평가되고 있는 것은 자신들의 평가일뿐 구체적인 법내용을 살펴보면 지금까지 행정절차관련 각종 훈령 등에서 정하고 있는 내용들을 그대로 답습한 수세적인 법률내용으로 메꾸어져 있다는 것은 부인할 수 없을 것 같다.

## 1. 行政節次의 目的의 具體化

행정절차법은 당해 법률이 추구하는 목적을 명확하게 규정하고 있다. 즉, 행정절차법은 행정절차에 관한 공통된 사항을 정하고 국민으로 하여금 행정에 참여하게 하여 행정의 공정성·투명성의 향상하고 국민의 신뢰를 얻는 행정을 구현함으로써 행정활동이 실현하는 복리의 향수자로서 국민의 권리·이익을 보장하는 것을 그 최종적인 목적으로 정하고 있다(同法 제1조). 이와 같은 목적규정은 이 법이 헌법상 적정절차의 원리를 구체화하는 규범으로 위치지워져 있다는 것을 나타내는 것이다.

여기서 공정성이란 일반적으로 행정의 존재와 활동의 목적이 국민의 기본적 인권의 보장에 있다는 것에 비추어 행정이 누가 보더라도 특권적이고 자의·독단에 빠지는 것이 아닌 것과 같은 절차적 보장이 존재한다는 것을 의미한다.<sup>47)</sup> 즉, 이 법이 행정의 입장에서 편의와 능률의 관점에서가 아니라 행정과 상대방인 국민과의 실질적으로 대등 공평한 관계를 확립하고, 절차상의 객관성과 중립성의 실현을 위하여 제정되었다는 것을 의미하고 있다.

그리고 투명성이란 행정상의 의사결정에 있어서 그 내용과 과정이 국민에 대하여 구체적이고 명확하여야 한다는 것을 의미하는 것으로 행정절차법에서 새롭게 규정된 개념이다. 그 취지는 당해 행위의 내용과 그 형성과정이 국민에게 쉽게 이해가능한 것인 것을 행정에 대하여 일반적으로 요구되는 원칙이라는 것을 확인

46) 총무처 조직국, 위의 자료집, 484면.

47) 室井力·紙野健二, 앞의 책, 7면.



함에 있다. 따라서 투명성의 향상은 비밀을 배제한 열린 행정에서 출발하고, 국민의 권리·이익의 보장과 행정의 민주적 통제를 위한 수단이 된다.

끝으로 행정의 신뢰성은 행정작용이 투명하고 공정하게 이루어짐으로써 결과적으로 당해 행정작용에 대한 국민의 믿음이 발생하여 행정과 국민간에 신뢰가 형성되게 된다.<sup>48)</sup>

## 2. 行政指導 및 申告의 規律

### (1) 行政指導節次

행정절차법은 일본의 행정수속법과 같이 행정지도에 관한 절차를 규정하고 있다. 비정형적 행정작용은 다른 서구국가에서도 활용되기는 하나, 한국이나 일본과 같이 현실 행정의 기본구조를 이를 정도로 활용되고 있지는 않다.<sup>49)</sup> 행정지도는 법률의 규정이 없는 경우에도 활용될 수 있고, 법률의 흠결 내지 공백을 메우며, 행정지도가 기본적으로 임의성을 전제한다는 점에서 많은 장점을 가지고 있는 행정작용이나, 실지로는 행정지도의 주체인 행정청이 국민에 대하여 우월 내지는 지배적 지위에서 이루어지는 경우가 많고 또한 임의성의 한계를 넘어 사실상 강제되는 경우가 많으며, 행정지도에 명확한 기준이 제시되지 않아 행정청이 필요한 정도를 넘어 후견적인 불필요한 간섭을 하는 등 행정지도의 장점보다는 단점이 더욱 부각되어 있던 것이 현실이었다. 따라서 행정지도는 한국 행정에서 가장 불투명한 행정작용의 한 유형이라는 내외적 비판이 있었다.

행정절차법은 행정지도의 장점을 인정하여 행정지도 자체를 금지하지는 않지만, 행정지도가 가지는 이러한 단점들을 시정하여 공정하고 투명한 행정지도가 이루어 질 수 있도록 행정지도에 대해서 행정지도의 한계, 불이익취급의 금지(행정지도의 임의성보장), 행정지도실명제, 행정지도 상대방의 서면교부요구권 및 의견제출권 등을 규정하고 있다(동법 제6장 참고).<sup>50)</sup>

48) 행정절차법은 87년 행정절차법안이나 94년 행정절차법안에 규정되어 있던 『행정의 민주성』을 목적에서 규정하고 있지 않는 바, 행정절차의 궁극적 지향점이 행정의 민주성에 있다고 볼 때, 이를 규정하지 않은 것은 아쉬운 점이다.

49) 兼子仁, “行政節次法の意義”, 『公法研究』 제56호(日本公法學會, 1994), 138면.

50) 행정절차법상 행정지도에 대한 자세한 것은 김원주, “우리나라 행정절차법상 행정지도의 쟁점”, 『고시계』, 1997년 7월호, 70면 이하 참고.

## (2) 申告

국민이 행정청에 대하여 일정한 사항을 통지함으로써 그 의무가 완결되는 신고의 경우 행정청은 신고가 법정요건을 갖추고 있는 때에는 수동적으로 접수하여야 함에도 불구하고 행정청은 접수를 거부하거나 또는 접수한 후 행정지도를 행하고 이에 따르지 않을 경우 사후에 반런함으로써 실제로는 인허가 등의 처분을 요구하는 신청이나 등록과 같이 취급되는 경향이 적지 않았다. 특히 행정개혁의 일환으로 행정규제완화를 위하여 많은 인허가제도가 신고제도로 전환되었음에도 불구하고 실제로는 신고의 접수를 보류하거나 거부함으로써 규제완화의 실효를 거두고 있지 못하는 것으로 평가되고 있다. 따라서 행정절차법은 이러한 행정실무상의 부당한 관행을 시정하기 위하여 일정한 요건을 갖춘 신고서는 접수기관에 도달된 때에 신고의 의무가 이행된 것으로 본다는 신고도달주의를 규정함으로써 신고의 효력발생시점을 명확히 하여 신고제도의 투명화·공정화를 도모하고 있다(동법 제3장).51)

## 3. 行政計劃確定節次 및 公法上 契約節次の 規律 對象 除外

### (1) 行政計劃確定節次の 規律對象 除外

행정절차법은 행정계획확정절차에 대해서는 행정계획의 성질 자체가 지나치게 다양하여 일률적으로 규율할 수 없다는 점 등의 이유로 전혀 규정하고 있지 않고, 국민생활에 밀접한 영향을 주거나 다수 국민의 이해가 상충하는 행정계획은 행정예고대상에 포함하여 규율하도록 하고 있다(동법 제46조 참고). 행정절차법이 행정계획에 대한 국민의 참여절차를 결여한 것은 그 제정의의를 크게 반감시키는 것으로 현대적 의미의 행정절차의 법적 규율에는 전혀 이르고 있지 못함을 보여 주는 것이다.

행정절차법 입안자들은 행정절차법이 행정계획확정절차를 규정하지 않았지만, 국민에게 영향을 미치는 행정계획은 행정예고절차에 포함하여 국민의 의견제출기회를 부여하였다고 주장하고 있으나, 이는 행정절차법에서 비로소 규정한 것이 아니라 그 이전부터 『민원사무처리규정』이나 이를 이어 받은 『행정규제및민원사

51) 행정절차법상 신고절차에 대한 자세한 것은 채우석, “행정절차법에 있어서의 신고”, 『고시계』, 1997년 7월호, 70면 이하 참고.

무기본법』에 규정되어진 것으로 그 동안의 시행에서 보는 것과 같이 전혀 실효성이 없다는 것은 이미 확연하게 증명되어진 상태이다. 또한 행정절차법 입안자들이 주장하는 것과 달리 행정계획의 성질 자체의 다양성은 절차적 규율의 불가성의 요인이 아니라 절차적 규율의 필요성의 근거가 된다고 본다. 즉, 행정계획의 다양성을 이유로 행정계획확정절차의 최소한의 기준도 제시하지 않고, 이를 전적으로 개별법에 백지위임함으로써 이제까지 계획법들은 행정계획확정절차를 규정하지 않는 것이 일반적 경향이였으며, 또한 계획확정절차를 규정하고 있는 경우에도 그 수준이 일천할 뿐만 아니라 전혀 통일성을 갖고 있지 못한 것이 실정이다.<sup>52)</sup>

따라서 행정계획의 다양성을 인정하여 국민에 대한 구속적 계획의 경우에는 행정계획안의 입안과 협의, 행정계획안의 공고·열람, 의견제출이나 공청회 등의 국민참여 등 최소한의 절차를 행정절차법에 규정하여 행정계획에 최소한의 통일성을 확보하면서 행정계획의 다양성에 따른 특수한 것들은 당해 계획법에 맡겨 규정하도록 하는 것이 공정하고 투명한 행정계획확정을 도모하면서도 행정계획의 다양성에 따른 각 계획의 특수성을 조화적으로 해결하는 방안이 될 것으로 본다.

## (2) 公法上 契約節次의 規律對象 除外

행정절차법이 공법상 계약에 관한 절차를 규정하지 않은 것도 중요한 문제점 중의 하나로 지적할 수 있다. 공법상 계약은 개별적 구체적인 사항에 적응하여 탄력적으로 행정목적의 달성을 할 수 있고, 법률관계가 명확하지 않을 때 해결이 용이하며, 법의 흠결을 보충할 수 있는 점 등에서 상당히 유용한 행정수법임에도 불구하고, 행정절차법은 공법상 계약의 개념과 범위가 모호하고, 한국의 행정 현실상 공·사법의 구별이 곤란한 경우가 많을 뿐만 아니라 아직 그 예도 많지 않다는 이유로 공법상 계약절차를 규율하지 않았다. 그러나 최근 사회간접자본의 민자유치 및 지방자치의 활성화와 관련하여 환경·경제분야에서 공법상 계약이 활발하게 활용될 여지가 많다는 점에 유의할 필요가 있으며, 행정소송법이 공법상 계약에 관한 분쟁해결수단으로서 공법상 당사자소송을 제도화하고 있는 것도

52) 최근들이 계획법에서 계획확정절차를 점차 도입하고 있다고 하나 이는 아주 예외적인 것이다. 총무처의 조사에 의하면 국민에 대한 구속적·처분적 계획 207건 중에서 계획확정절차를 규정하고 있는 계획은 34건으로 단순 의견제출을 규율하고 있는 계획이 24건, 공청회를 거치도록 규정한 계획 10건이며, 청문을 거치도록 하고 있는 계획은 한건도 없는 것으로 조사되고 있다(총무처, “행정절차법 제정방향”에 관한 자료, 10면).

공법상 계약이 결코 낮은 행위형식이 아니라는 것을 말해준다.<sup>53)</sup>

이와 같은 공법상 계약의 유용성에도 불구하고 행정실무상 명시적인 법적 근거가 없는 상태에서 공법상 계약의 활용을 기대한다는 것은 상당히 어렵다. 따라서 공법상 계약의 허용을 명시적으로 인정하면서 동시에 공법상 계약의 남용이나 제3자의 이익의 침해 등의 부작용을 방지하고 공법상 계약체결 및 이행과정의 투명성과 공정성을 보장하기 위하여 공법계약절차를 법적으로 규율할 필요가 있었다.

#### 4. 實體法的 內容의 規定

행정절차법은 문자 그대로 일정한 행정작용을 함에 있어서 준거할 절차를 정하는 것이어서, 절차법에 속하는 것은 물론이다. 그러나, 통칙적 규정이 없는 행정법에서는 절차법이라고 하여 오로지 절차법적인 내용만을 담아야 하는 것이 아님은 물론, 오히려 행정절차와 밀접히 관계되는 실체법적 내용을 함께 규정함으로써 절차법으로서의 실효를 높일 수 있다.

외국의 행정절차법 가운데에는 미국의 행정절차법과 같이 순전히 절차적 규정만으로 이루어진 것이 있는가 하면, 독일과 스페인 행정절차법과 같이 절차법을 주로 하면서 실체법적 내용을 많이 담고 있는 예도 있다. 한국의 행정절차법은 순수절차에 충실하려고 노력하면서도 매우 제한된 것이거나 실체법적 내용을 담고 있다. 행정에 있어서의 신의성실 및 신뢰보호의 원칙(제4조)과 행정작용상의 투명성의 요구(제5조)를 규정한 것과 행정지도의 원칙을 규정한 것(제48조) 등이 그 예이다. 다만, 1987년 행정절차법안에 규정되었던 확약, 행정행위의 취소·철회권제한, 행정행위의 재심사 등과 1996년 행정절차법 시안에 있었던 행정절차의 일반원칙을 규정하지 못한 것은 아쉬운 부분이다.

#### 5. 極度の 略式聽聞主義

행정절차법은 행정절차의 핵심적 내용인 청문에 관하여 약식청문, 즉 당사자등의 의견제출을 주축으로 하고, 정식청문이나 공청회는 다른 법령에서 청문이나 공청회를 개최하도록 규정한 경우 또는 당해 행정청이 청문이나 공청회의 개최가 필요하다고 인정하는 경우에 한하여 개최하도록 하고 있다(동법 제22조제1항 내지 제3항). 이에 더하여 행정절차법은 추상적이고 불확정적인 개념을 사용하여

---

53) 홍준형, 앞의 논문, 44면.

광범위한 의견청취제외사유를 규정하고 있다(동조제4항). 이는 처분절차의 간소화를 피함으로써 행정능률의 향상을 도모하려는 의도로 생각된다. 그러나 다른 법률에 청문이나 공청회를 하도록 한 경우는 행정절차법에 관계없이 어차피 해야 하는 것이므로 특별한 의미가 있는 것으로는 보이지 않는다. 따라서 행정절차법은 정식청문이나 공청회의 실시여부를 전적으로 행정청의 재량사항으로 하고 있다. 이와 같이 정식청문과 공청회를 극도로 제한하는 입법례는 없다. 이는 한국의 행정절차법이 근대적 의미의 행정절차법으로도 불충분하다는 것을 반증하는 것으로 『국민의 행정참여를 도모』한다는 이 법의 목적에도 부합되지 않는다.

## 6. 行政自動決定에 對應한 行政節次의 未備

행정절차법은 송달, 의견제출 및 입법·행정예고방법(동법 제42조·제47조)을 제외하고는 통신기술의 발전에 대응한 이렇다할 규정을 두고 있지 않다. 그러나 한국에서도 통신기술은 비약적으로 발전하고 있으며, 정부도 이를 촉진하기 위하여 초고속정보통신기반구축·국가기간전산망사업을 확정하여 추진하고 있고, 이를 제도적으로 뒷받침하기 위하여 『정보화촉진기본법』과 『전산망보급확장과이용촉진에관한법률』을 제정하여 시행하고 있다. 이러한 정보통신기술의 발전은 행정에도 상당한 영향을 미쳐 전자통신을 이용한 전자문서에 의한 통지·신청·등록·확인 등 행정의 자동결정이 급속히 전개되고 장래에서는 더욱 촉진될 것으로 보인다. 이러한 행정의 자동결정은 컴퓨터 등에 의하여 대량으로 행하여진다는 점에서 행정청이 개개인을 직접 상대로 하여 개별적으로 행하는 보통의 행정처분과는 여러 가지 특수성이 있고, 따라서 일반행정절차에 대한 특례가 인정될 필요가 있다. 따라서 오늘날 보는 바와 같은 전자통신수단의 발달에 대응하여 행정절차법은 처분의 신청이나 방식, 행정처분의 정정, 이유부기나 청문 등에 행정자동절차를 고려한 특례규정을 두는 것이 요구되어짐에 불구하고 행정절차법이 이에 충분한 대응을 하고 있지 못한 아쉬움이 있다.<sup>54)</sup>

## 7. 地方自治에 대한 觀點의 不在

행정절차법이 그 적용범위와 관련하여 지방자치 행정절차를 어떻게 취급할 것

54) 행정의 자동화의 행정절차에 관해서는 김종권, “행정자동화와 행정절차”, 『법제연구』 제11호(한국법제연구원, 1996), 38면 이하 참고.

인가는 매우 중요한 문제이다. 행정의 민주성·투명성·공정성·신뢰성확보는 국가행정에만 국한되는 것이 아니라 지방자치행정에도 그대로 타당하며, 또한 헌법상 보장되는 지방자치를 절차법적인 차원에서 어느 범위에서 보장할 것인가의 문제와 직결되기 때문이다. 행정절차와 지방자치는 국민의 기본권을 보장하기 위한 제도적 장치이며, 행정의 민주화에 기여한다는 점에서 지방자치와 그 이념이 같고, 또한 행정절차는 지방자치를 실현하는 수단이 되고, 지방자치는 행정절차의 이념을 실현하는 현장이라는 점에서 상호 의존의 관계에 있다.

미국의 연방행정절차법은 연방법을 집행하는 경우에도 이 법은 적용되지 않고, 오직 연방행정조직의 절차에 적용을 한정하고 있다. 독일의 연방행정절차법은 연방의 위임을 받아 연방법을 집행하는 주 및 지방자치단체의 절차에 대해서도 연방법의 특별한 규정이 없는 한 적용하는 것으로 되어 있다(동법 제1조). 일본의 경우는 당해 행정작용이 법률에 근거한 것인가 아니면 조례·규칙에 근거한 것인가에 따라 조례·규칙에 근거한 처분·신고에 대해서는 행정절차법을 적용하지 않고 또한 행정지도의 경우에는 그 근거와 관계없이 행정절차법을 적용하지 않는 것으로 규정하고 있다(동법 제3조제3항)

이에 대하여 한국의 행정절차법은 지방자치행정에 대하여 이 법을 어떻게 적용할 것인지 행정절차에 관한 자치입법의 방향과 기준을 제시하는 것이 필요하였음에도 불구하고 이를 규정하지 않은 것은 행정절차법의 제정에 있어 지방자치에 대한 배려가 부재한 것은 아니었는가

하는 의문을 갖게 하며, 뒤에서 보는 것과 같이 지방자치단체가 독자적인 행정절차를 정비함에 있어 많은 논란이 제기될 것으로 보인다.

## 第4章 行政節次條例制定의 可能性과 限界

### I. 行政節次와 地方自治의 關係

눈 앞에 다가온 21세기는 『지방화시대』가 될 것이라고 한다. 세계의 주요국가 국가에서는 지방분권화 내지 지방화가 개혁의 중심과제로 전면에 등장하여 추진되고 있다. 예컨대, 일본은 지방분권론이 활발하게 논의되어 국가위임사무를 포함한 국가권한의 대폭적인 지방자치단체로의 이양, 중앙정부의 지방자치단체에 대한 관여의 최소화 및 합리화, 자립적 지방행정의 확립을 위한 지방자치단체의 자주적 합병 등을 내용으로 하는 『地方分權化推進法』(1995.5.19, 법률 제76호)을 제정·시행하고 있으며, 중앙집권국가인 프랑스도 1983년 『시읍면·도및국가간의권한이양에관한법률』과 1988년 『지방분권화의개선에관한법률』을 제정하여 지방분권을 강화하고 있는 것이 그 예이다. 한국의 경우도 이에 예외일 수 없으며, 정부는 『지방화』를 국정지표의 하나로 설정하고, 국가사무의 지방이양과 지방행정조직의 광역적 재편을 시행하고 있으며, 이를 뒷받침하기 위한 제도화를 서두르고 있다.<sup>55)</sup> 이와 같은 지방분권화 내지 지방화의 추진은 중앙집권하에서의 인권보장과 민주화의 한계에서 일차적 원인을 찾을 수 있다.<sup>56)</sup> 한편 행정절차 역시 국민의 기본권보장에 실질적으로 기여하고, 행정의 민주화를 위한 제도적 장치라는 점에서 지방자치와 그 이념을 같이 한다.

또한 행정절차는 지방자치를 실현하는 수단이 되며, 동시에 지방자치는 행정절차의 제도적 목표를 실현하는 현장이기 때문에 양자는 상호 의존적관계에 있다. 행정절차의 제도화가 주민과 근거리에서 이루어지는 지방자치에 있어 더욱 더 절실하게 요구되는 까닭이 바로 여기에 있다. 앞으로 지방자치가 활성화되면 될 수록 전체 행정에서 지방자치행정이 차지하는 비중도 크게 증대될 것이고, 이러한 근거리행정에서 행정절차의 제도적 목표들을 실현하는 것이 주요과제로 등장하게 될 것이다.<sup>57)</sup> 따라서 지방자치행정에 있어 행정절차를 제도화하는 것은 바로 절

55) 최근 내무부는 『지방자치발전 10대과제』를 발표하였는 바, 중앙권한의 지방이양의 촉진을 위한 『행정권한의지방이양촉진법』의 제정 등을 그 내용으로 하고 있다. 『지방자치발전을 위한 10대과제』에 대해서는 『동아일보』, 1997.6.28, 2면 ; 『경향신문』, 1997.6.28, 6면 등 참고.

56) 杉原泰雄, “地方自治と地方分權”, 『法律時報』, 제66권 제12호(1994.12), 30면.

차적 민주주의를 통하여 풀뿌리 민주주의를 실현하는 일이라 할 수 있다.

## II. 地方自治 行政節次整備의 必要性

행정절차법의 제정된지 7개월이 지난 지금까지 지방자치단체가 행정절차조례의 제정을 준비중이라거나 독자적인 행정절차조례를 제정하였다는 보고가 한건도 없다는 사실에서 보는 것과 같이 지방자치단체들은 지방행정절차의 정비에 매우 소극적인 태도로 일관하고 있는 것은 아닌가 생각된다. 잘 아는 것과 같이 정보공개제도에 대해서는 청주시를 필두로 한 지방자치단체 차원에서의 선진적인 행정정보공개조례의 제정이 국가 차원에서의 논의를 리드하여 정보공개법이라는 중요한 결실을 보게 되었다. 그러나 행정절차제도에 대해서는 대부분의 지방자치단체에서 행정절차법이 제정되어 시행기일이 도래하면 자동적으로 적용을 받을 것이기 때문에 이에 대해서 지방자치단체가 나서서 고민할 일은 아니다라는 매우 소극적이고, 더 나아가 행정절차법이라는 골치 아픈 법률이 제정되어 앞으로 민원과 업무량만 증가하게 되었다는 매우 수세적인 태도를 보이고 있다. 이러한 태도는 지방자치단체 스스로 지방자치를 포기하는 결과가 된다.

지방자치단체들은 다음에서 보는 것과 같이 지방자치단체 독자의 행정절차의 정비가 필요하다고 보는 바, 각 지방자치단체들은 지방자치의 실현에 있어 행정절차가 가지는 중요성을 다시 한번 인식할 필요가 있다.

첫째, 앞에서 본 것과 같이 행정절차와 지방자치는 불가분의 관계에 있다. 지방자치단체가 행정절차를 어떻게 정비하는가는 이제 갖 초보단계를 벗어나기 시작한 한국의 지방자치의 성패를 좌우하는 결정적인 계기가 될 것이다. 예컨대, 지금까지 각 지방자치단체들은 국가사무의 지방사무로의 이양을 강도 높게 주장하여 왔다. 이러한 요구에 따라 점차 국가사무의 지방사무로의 이양이 증가할 것이 예상된다. 그런데 주민의 입장에서 국가사무로 처리되던 때와 지방사무로 처리될 때에 아무런 차이가 없다고 한다면 지방이양의 의미는 상실되고 만다. 지방자치사무로 처리될 때에 주민의 광범위한 의견청취와 참여를 보장하여 국가사무로 처리될 때 보다 훨씬 민주적이고 공정하고 투명해 졌다는 평가가 있을 때 지방자치는 더욱 활성화될 것이다. 주민의 입장에서 그것이 국가사무인가 지방사무인가에는 관심이 없다. 오직 그것이 공정하고 투명하며 신뢰할 만한 것인가에

57) 홍준형·김성수·김유환, 앞의 책, 144면.



관심이 있는 것이다. 따라서 각 지방자치단체가 행정절차법의 제정을 계기로 하여 기존의 절차관련 자치입법들과 절차관행을 종합적으로 재점검하여 공정하고 투명하며 자주적인 일반행정절차를 정비하는 것이 지방자치의 실질화와 발전에 기여하는 것이 될 것이다.

둘째, 지방자치단체의 독자적이고 창조적인 행정절차의 정비를 통하여 미완성품으로서의 행정절차법을 보완하는 것이 요청된다. 주지하는 것과 같이 행정절차법은 극단적인 약식청문중심주의, 문서열람청구권의 제한, 이해관계인의 행정절차참여요건의 불비 등 근대적 행정절차에도 미흡한 점이 있을 뿐만 아니라 행정계획확정절차 등 현대적 의미의 행정절차는 아예 규율대상에서 제외하고 장래의 과제로 하는 등의 한계를 안고 있다. 이러한 행정절차법의 문제점은 앞에서 본 법제정의 기본방향에서 본 것과 같이 태생적인 한계를 가지고 있었기 때문이다. 따라서 이러한 행정절차법의 한계 내지 문제점은 각 지방자치단체의 선진적인 행정절차의 정비를 통한 아래로부터의 개선을 요청받고 있다.

지방자치단체의 자치입법, 특히 조례는 법률이 사회적 현실에 입법적으로 적절하게 대응하지 못하거나 법률이 시대의 요구에 적합하지 않는 경우 적극적인 조례의 입법활동으로 대처할 필요가 있가 있는 바, 조례는 법률보다 순발력있게 제정될 수 있으며, 또한 법률의 제정·개정을 선도하고 법령을 보완하는 기능을 수행할 수 있기 때문이다. 따라서 각 지방자치단체의 행정절차조례가 선진적인 내용을 담고 이것이 전국적으로 일반화된다면 행정절차법은 이러한 내용을 수용하는 방향으로 개정될 수밖에 없을 것이다.

이러한 사례로는 일본의 경우 공해입법을 비롯하여 자연환경의 보전, 국토의 이용 등의 분야에서 조례가 입법을 선도하여 이후 법률이 이를 흡수하는 동태적인 과정은 현대국가에 있어서 국회와 지방의회의 경쟁적 협력관계를 의미하는 일상적인 모습으로 파악되고 있다고 한다. 또한 한국의 경우에도 이러한 사례는 비교적 최근 정보공개조례에서 찾을 수 있다. 즉, 각 지방자치단체의 선진적인 정보공개조례의 제정은 결국 국가의 행정정보공개법의 제정을 강제하는 역할을 훌륭하게 수행한 것이다.

따라서 지방자치단체로서는 단순히 행정절차법과 같은 수준의 절차를 정비하는 것만으로는 불충분하며, 행정절차법의 수준을 넘어 본래의 지방자치단체에 고유한 독창적이고 자주적이며 선진적인 행정절차를 정비하는 과제의 중요성을 인식하지 않으면 안된다.

### Ⅲ. 一般行政節次條例의 制定可能性

#### 1. 行政節次法の 適用關係

지방자치단체는 지방자치행정에 대하여 각자의 실정에 맞는 독자적이면서도 선진적인 행정절차의 정비가 요청된다. 그러나 지방자치단체가 자주적인 행정절차제도를 정비할 필요가 있다는 문제와 그것이 현실적으로 가능한가의 문제는 전혀 별개의 문제이다.

이 문제를 해명하기 위해서는 우선 행정절차법의 적용관계를 명확히 규명할 필요가 있다. 행정절차법은 적용범위에 대하여 ①처분·신고·행정상 입법예고·행정예고 및 행정지도의 절차에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정절차법이 정하는 바에 의하며(동법 제3조제1항), ②행정절차법은 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 얻어 행하는 사항, 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항, 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항, 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항, 감사원이 감사위원회회의의 결정을 거쳐 행하는 사항, 형사·행정 및 보안처분 관계법령에 의하여 행하는 사항, 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 사항, 심사청구·해산심판·조세심판·특허심판·행정심판 기타 불복절차에 의한 사항, 병역법에 의한 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사관계 법령에 의한 징계 기타 처분 또는 이해조정을 목적으로 법령에 의한 알선·조정·중재·재정 기타 처분 등 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항에 대해서는 적용하지 아니한다(동법 제3조제2항)에 규정하고 있다.

이와 같은 행정절차법의 적용범위에 관한 규정에서 행정절차법의 적용관계를 분석하여 보면 다음과 같다.

①행정절차법은 행정절차에 관한 일반법이지만, 모든 행정작용의 절차에 적용되는 것이 아니라 오직 처분·신고·행정상 입법예고·행정예고 및 행정지도의 절차에 대해서만 적용되고, 행정계획·공법상 계획·행정조사·위원회 행정절차에 대해서는 적용되지 않는다. 따라서 이들 절차는 개별법이 정하는 바에 의하며, 개별법이 절차에 관한 정함이 없을 때에는 그 절차는 존재하지 않고, 이들

행정작용의 과정은 행정청의 재량이다.

② 행정절차법은 처분·신고·행정상 입법예고·행정예고 및 행정지도의 절차에 대해서는 일반법적인 성격을 가지지만, 이들 사항에 대해서도 다른 법률에 특별한 규정이 있는 때에는 다른 법률이 적용된다. 다시 말하면, 다른 법률에 특별한 규정이 없는 경우에 한하여 행정절차법이 적용된다. 여기서 말하는 특별한 규정이란 개별법에 의하여 행정절차법의 적용이 배제되거나 또는 행정절차법 보다 엄격한 특례적 조치가 마련되어 있는 경우이다.

③ 행정절차법은 적용제외조항에 의하여 그 적용범위가 더욱 축소된다. 즉, 행정절차법은 처분·신고·행정상 입법예고·행정예고 및 행정지도의 절차에 해당하는 경우에도 동법 제3조제2항이 적용제외로 하고 있는 사항에 대해서는 다른 법률의 특별한 규정이 있는지 여부를 불문하고 적용되지 않는다.<sup>58)</sup>

④ 행정절차법은 지방자치단체의 행정절차에 대한 적용여부에 대해서는 명시적 규정을 두고 있지 않다.

이와 같이 행정절차법은 지방자치단체의 행정절차에 대하여 어떠한 기준과 방향도 명시적으로 정해 주고 있지 않다. 행정절차법의 이러한 입법태도에 대해서는 보는 관점에 따라 행정절차법은 지방자치단체의 행정절차에도 그대로 적용되는 것으로 보아 지방자치단체는 독자적인 행정절차를 형성할 수 없다는 견해, 행정절차법이 규율하는 사항에 대해서는 지방자치단체는 독자적인 행정절차를 형성할 수 없지만, 행정절차법이 정하고 있지 않는 행정계획·공법상 계약 등에 대해서는 지방자치단체 독자의 행정절차를 형성할 수 있다는 견해, 행정절차법이 지방자치단체의 행정절차에도 기본적으로 적용되지만, 그렇다고 하여 지방자치단체의 독자적인 행정절차의 형성가능성을 봉쇄하는 취지는 아니고, 자치사무에 대해서는 독자적인 행정절차를 형성할 수 있다는 견해, 지방자치단체는 기관위임사무에 대해서도 그것에 대한 절차는 자치사무에 속하는 것으로 보고 자치사무뿐만 아니라 기관위임사무에 대해서도 지방자치단체는 독자적인 행정절차를 규정할 수 있다는 견해 등 다양한 입장이 있을 수 있을 것으로 본다.

결국 행정절차법이 지방자치단체의 독자적인 행정절차의 형성가능성에 대한 침묵의 의미는 헌법과 이를 구체화하는 지방자치법이 보장하는 자치보장의 의의와 그 내용으로서의 자치입법권 및 그 한계 등을 종합적으로 고려하여 판단되어야

---

58) 행정절차법의 적용제외 사항에 대해서는 전혀 절차적 규율이 불필요하다는 것이 아니며, 따라서 행정절차법의 취지에 따라 당해 행정작용의 특성에 맞는 공정하고 투명한 행정절차를 마련하는 노력이 요망된다.

할 것으로 본다.

## 2. 一般行政節次條例의 制定可能性

### (1) 地方自治行政에 대한 行政節次法の 適用類型

각 지방자치단체가 독자적으로 행정절차조례를 제정할 수 있는지는 바로 행정절차법의 지방자치단체의 행정에 대한 침묵을 어떻게 해석할 것인가에 따라 결론이 달라진다. 일반적으로 행정절차법의 적용범위와 관련하여 지방자치단체의 행정절차를 어떻게 취급할 것인가는 헌법이 보장하는 지방자치에서 유래하는 지방자치단체 행정절차의 실질적 특성을 개별법의 차원에서 어느 정도 보장할 것인가의 문제이기 때문에 매우 중요한 의미를 가지는 바, 일반적으로 행정절차법을 지방자치단체 행정절차에 어느 정도 적용하도록 할 것인가에 대해서는 입법정책적으로 다음과 같은 방안이 있을 수 있다.

#### 가. 一律適用型

행정절차법을 국가의 행정뿐만 아니라 지방자치단체의 행정에 대해서도 획일적으로 적용하는 유형을 말한다. 일률적용형에서는 행정절차법은 국가와 지방자치단체의 모든 사무에 적용되고, 지방자치단체는 그 사무가 자치사무인가 기관위임사무인가, 국가사무인가 자치사무인가에 관계없이 독자적인 행정절차의 형성가능성은 원천적으로 봉쇄된다. 이 유형에 속하는 것으로는 비록 행정절차법은 아니지만, 위법·부당한 자치사무에 대해서도 행정심판절차를 획일적으로 적용하는 행정심판법이 이에 속한다.

#### 나. 根據法規區分型

당해 행정작용이 법률에 근거한 것인가, 자치입법인 조례·규칙에 근거한 것인가에 따라 행정절차법의 적용여부를 결정하는 유형이다. 이 유형에서는 국가사무와 자치사무의 구별없이 그 근거가 조례나 규칙에 근거한 때에는 지방자치단체는 독자적인 행정절차를 형성할 수 있다.

#### 다. 組織區分型

당해 행정작용이 국가의 행정조직에 의하여 이루어지는가, 지방자치단체의 행

정조직에 의하여 이루어지는가에 따라 행정절차법의 적용여부를 결정하는 유형이다. 이 유형의 경우에는 행정절차법은 국가행정조직에 의하여 행하여지는 행정작용에 대해서만 적용되고, 지방자치단체는 자신이 행하는 모든 행정작용에 대하여 기관위임사무인가 자치사무인가, 당해 행정작용이 국가의 법령에 근거한 사무인가 아니면 조례·규칙에 근거한 사무인가에 관계없이 독자적인 행정절차를 형성할 수 있다. 미국의 행정절차법이 이 유형에 속한다. 즉, 미국의 행정절차법은 연방법을 집행하는 주나 지방자치단체에는 적용되지 않고, 오직 연방행정조직이 행하는 행정작용에만 적용된다.

#### 라. 一部直接適用型

근거법규구분형과 조직구분형을 혼합하여 국가의 개별법령에 근거한 행정작용의 절차는 국법인 행정절차법의 관심사항이라는 관점에서 지방자치단체가 행하는 행정작용에 대해서도 직접 적용하고, 일부 예외적인 특정한 행정작용에 대해서는 그것이 법령에 근거한 것인가, 조례·규칙에 근거한 것인가에 관계없이 행정절차법을 적용하지 않고, 지방자치단체의 독자적인 행정절차의 형성가능성을 열어주는 유형이다. 『지방공공단체의 기관이 행하는 처분(그 근거규정을 조례 또는 규칙에 두는 것에 한한다) 및 행정지도 그리고 지방공공단체의 기관에 대한 신고(전조 제7호의 통지의 근거규정을 조례 또는 규칙에 두는 것에 한한다)에 관해서는 다음장 내지 제5장의 규정은 적용하지 않는다』(일본행정절차법 제3조제2항)고 규정하는 일본의 행정절차법이 대표적으로 이 유형에 속한다.

#### 마. 事務區分型

당해 행정작용이 국가사무인가 지방자치단체의 사무인가에 의하여 행정절차법의 적용여부를 결정하는 유형이다. 이 유형에서는 행정절차법은 지방자치단체가 행하는 기관위임사무까지에만 적용되고, 지방자치단체가 행하는 자치사무에는 적용되지 않기 때문에 지방자치단체는 자치사무에 대해서는 독자적인 행정절차를 형성할 수 있다. 따라서 이는 기관위임사무한정적용형이라고도 할 수 있다. 연방법의 위임을 받아 연방법을 집행하는 주 및 지방자치단체의 행정절차에 대해서도 연방행정절차법을 적용하는 독일의 행정절차법이 이 유형에 속한다.

#### 바. 條例에 의한 適用除外型

지방자치단체가 행하는 사무에 대해서 원칙적으로 행정절차법을 적용하는 것으

로 하면서도 자치사무에 대해서는 조례로 적용제외의 조치를 취할 수 있도록 하는 유형이다. 조례에 의한 적용제외형이 사무구분형과 다른 점은 사무구분형이 지방자치단체의 자치사무에 대해서는 행정절차법을 적용하지 않고, 따라서 지방자치단체가 독자적인 행정절차를 마련하지 않더라도 행정절차법이 적용되지 않는 것에 대하여, 조례에 의한 적용제외형은 원칙적으로 지방자치단체의 자치사무에 대해서도 행정절차법이 적용되지만, 지방자치단체가 독자적으로 행정절차법과 다른 행정절차제도를 규정하는 때에는 지방자치의 존중이라는 관점에서 행정절차법을 적용하지 않는다는 것에 있다. 이 유형에는 속하는 것으로는 지방자치단체의 사무에 대해서는 이 법의 범위안에서 조례로써 특별한 행정절차를 규정할 수 있다고 정한 총무처의 1996년 행정절차법시안(제3조)을 들 수 있다.<sup>59)</sup>

이와 같은 유형분석의 틀을 놓고 볼 때, 한국의 행정절차법이 ②의 근거법규구분형, ③의 조직구분형, ④의 일부직접적용형 및 ⑤의 사무구분형을 취하고 있는 것으로 해석될 여지는 없는 것으로 보인다. 왜냐하면 ②의 근거법규구분형, ③의 조직구분형, ④의 일부직접적용형의 유형은 그 적용관계를 명확하게 하는 것이 요구되기 때문에 이러한 유형을 취하기 위해서는 행정절차법 스스로가 명시적인 규정이 있는 때에 한하여 가능한 것으로 보이기 때문이다. 또한 ⑤의 사무구분형의 경우에도 법률은 전국적인 단위에서 일률적이며, 확일적으로 적용되는 것을 특질로 한다는 점을 고려할 때, 사항적으로 자치사무에 대해서 그 적용을 배제하기 위해서는 법률 자체에 명시적인 규정이 필요하다고 보지 않으면 아니된다. 이런 점에서 한국의 행정절차법이 사무구분형을 취하고 있다고 보기는 어렵다.

결국 행정절차법의 지방자치단체의 행정작용에 대한 태도는 해석상 일률적용형과 조례에 의한 적용제외형을 생각할 수 있다.

## (2) 傳統的 法律先占論의 問題點

일률적용형을 취하는 견해는 행정절차법이 지방자치단체의 행정절차에 대한 조례의 제정가능성에 대하여 어떠한 명시적인 유보를 하고 있지 않기 때문에 행정절차법은 일반법으로 지방자치단체의 행정절차에도 그대로 적용되고, 따라서 지방자치단체는 행정절차법이 규율하는 사항에 대해서는 어떠한 독자적인 행정절차도 형성할 수 없다고 보는 것이다. 일률적용형의 이러한 입장은 『행정절차법은

59) 행정절차법과 함께 제정·공포된 『공공기관의정보공개에관한법률』도 『지방자치단체는 그 소관사무에 관하여 법령의 범위안에서 정보공개에 관한 조례를 정할 수 있다』고 하여 조례에 의한 적용제외형을 취하고 있다.

“지방자치단체의 사무에 대하여는 이 법의 범위 안에서 조례로써 특별한 행정절차를 규정할 수 있다”고 규정한 1996년의 총무처시안 제3조제2항을 삭제함으로써 자치행정절차법의 형성가능성을 봉쇄하였다. ……한편 법이 행정절차에 대한 조례형성의 여지를 봉쇄한 것은 그것이 규율대상으로 삼은 사항에 관해서만 유효한 것이기 때문에, 행정절차법에서 규율하지 않은 사항에 대하여는 여전히 조례형성의 여지가 남아 있다고 볼 수 있다.』<sup>60)</sup> 『96법안(행정절차법) 제3조에서는 그 동안 각 법안 등에서 두고 있었던 지방자치단체에 의한 행정절차조례제정의 근거규정을 아무런 이유도 달지 않고 삭제하고 말았다. 이로써 지방자치단체는 독자적인 행정절차조례의 제정도 없이 ‘천편일률적인’ 96법안의 형식에 의존할 수밖에 없게 되어 지방자치단체의 정착에도 부정적인 영향을 주게 될 우려가 있다.』<sup>61)</sup>는 등에서 확인할 수 있다.

이와 같이 행정절차법이 지방자치단체의 행정절차에 대하여 일률적용형을 취하고 있다는 견해의 이론적 근거는 조례제정권의 한계범위인 『법령의 범위 안에서』(지방자치법 제15조)라는 법률우위의 원칙을 엄격히 해석하는 전통적인 法律先占論에 근거한 것으로 보인다. 즉, 전통적 법률선점론에 의하면 국가의 법령이 명시적으로 선점하고 있는 사항에 대해서는 법령에 명시적인 유보가 없는 한 설사 그 대상이 자치사무라고 하더라도 지방자치단체는 조례를 제정할 수 없다는 것이다. 따라서 행정절차법도 국가사무와 자치사무를 가리지 않고 행정절차에 대하여 선점하여 규정하고 있으며, 자치단체에 대하여 독자적인 조례제정에 관한 어떠한 유보도 하고 있지 않기 때문에, 지방자치단체는 자치사무에 대해서도 조례로 독자적인 행정절차를 창설할 수 없다는 것이다.

그러나 이 전통적 법률선점론에 입각한 일률적용형의 견해에 대해서는 다음과 같은 문제점을 지적할 수 있다.

첫째, 전통적 법률선점론은 법률선점영역을 인정하더라도 그 범위는 당해 법률이 조례에 의한 규제를 명백히 인정하지 않는다고 해석되는 경우에 한정되어야 하고, 지방자치권을 보장하는 헌법의 취지에 비추어 자치사무에 대한 제1차적 책임과 권한이 지방자치단체에 유보되어 있기 때문에 자치사무의 영역에 대해서는 국가가 법률을 제정하여 규제조치를 정한 경우라 하더라도 이는 전국적으로 적용되어야 하는 최소한 내지 표준을 정한 규정으로 보아야 한다는 것으로 수정되었다.

60) 홍준형, “행정절차법의 문제점”, 『고시연구』, 1992년 2월호, 46면.

61) 신봉기, “행정절차법상 적용제외규정의 내용과 문제점”, 『현대행정법이론(II)』(이명구박사기념논문집, 1996), 269면.

따라서 이렇게 수정되고 발전된 법률선점론에 의할 경우 원래 자치사무라는 것은 지역의 실정에 맞는 행정이 요청되는 것인 바, 그 기준이 될 조례의 제정을 허용하지 않고 따라서 지역의 실정에 맞는 행정조치를 부정하는 것과 같은 국가의 법률은 충분히 합리적인 이유가 없는한 헌법이 보장하는 지방자치를 부당하게 침해하는 것으로서 그 자체의 효력이 문제되지 않으면 아니된다.<sup>62)</sup>

이러한 견지에서 볼 때 국가법률선점영역은 가능한한 한정하여 해석하여야 하고 법률이 조례와의 관계에 대해서 침묵하고 있는 경우에는 충분한 합리성이 인정되는 법령의 규정에 명백히 저촉되지 않는한 조례의 제정이 가능하다고 보아야 한다.<sup>63)</sup>

둘째, 지방자치단체의 자치권에 대한 제한입법은 각종 헌법원칙, 특히 비례의 원칙에 위배되어서는 아니된다. 지방자치단체의 자치권을 제한하는 입법은 초지역적 공적 이익에 적합하여야 하며, 그 제한수단이 필요불가결한 것이어야 하고, 제한하는 공적 이익과 지방자치단체가 입을 불이익 사이에 적절한 균형관계가 존재하여야 한다. 그러나 누구나 인정하는 것과 같이 지방자치행정의 질차가 전국에 걸쳐 통일적이어야 할 필요성도 합리적인 이유도 없다. 그럼에도 불구하고 행정절차법이 지방자치단체의 행정에 대하여 그것이 자치사무인가 기관위임사무인가를 구별하지 않고 이 법을 획일적이고 강제적으로 적용한다면 자치입법권제한에 대한 헌법상 비례의 원칙을 위반하는 것으로 위헌성을 면하지 못할 것이다.

셋째, 행정절차법의 입법과정에서도 행정절차법이 지방자치단체의 자주적인 행정절차의 형성가능성을 원천적적으로 봉쇄하려는 의도가 전혀 없었음을 확인할 수 있다.

즉, 96년도 행정절차법시안은 『지방자치단체의 사무에 대하여는 이 법의 범위

---

62) 법률선점론의 개념과 그 변화에 대한 자세한 것은 서원우, “조례제정권의 범위와 한계”, 『고시계』, 1993년 3월호, 189면 ; 박윤훈, “법령과 조례와의 관계”, 『고시계』, 1992년 11월호, 47~48면 ; 高田敏, “條例論”, 『現代行政法大系』 제8권(有斐閣, 1984), 201~217면 참고.

63) 최근 일본에서는 한걸음 더 나아가 지방자치의 제도적 보장설을 비판하면서 조례 자주입법설의 입장에서 고유사무영역에서 법률과 조례가 저촉되는 경우에는 조례가 우선한다는 견해가 유력설로 등장하고 있다는 점에 대해서도 주목할 필요가 있다. 이에 대해서는 서원우, “조례제정권의 헌법적 보장”, 『전환기의 행정법이론』(박영사, 1997), 251면 이하 ; 杉原泰雄, “地方自治權の本質”, 『法律時報』, 제48권 3호, 90면 이하 ; 大隈義和, “地方自治の本旨をめぐる理論動向”, 『公法研究』 제56호(日本公法學會, 1994), 68면 이하 등 참고.



안에서 조례로써 특별한 행정절차를 규정할 수 있다』(제3조제2항)고 규정하여 지방자치단체가 조례의 형식으로 독자적인 행정절차를 형성할 수 있는 길을 보장하고 있었다. 그러나 공청회과정에서 『이 법의 범위 안에서』가 시안에 의한 행정절차의 법적 규율을 최소한으로 삼아야 한다는 것인지, 아니면 국가적 수준에서의 행정절차를 하회하는 행정절차조례의 제정도 가능하다는 것인지가 불명확하기 때문에 행정절차의 허용범위를 보다 명확하게 규정할 필요가 있다거나, 지방자치법 제15조에 의하여 이미 법률의 범위안에서 조례로 정할 수 있는 근거가 마련되어 있기 때문에, 이 조항을 삭제하거나 적용제외에 규정하는 것이 바람직하다는 견해가 제시되었다.<sup>64)</sup> 행정절차법안심의위원회 소위원회는 공청회의 결과를 검토하는 자리에서 ①이 규정은 지방자치단체에 대해서 행정절차법이 완성품이 아니라는 것을 표현한 것으로 지방자치단체의 경우에는 이 범위 안에서 각기 다르게 행정절차를 정할 수 있다는 의미라는 견해 ②『이 법의 범위 안에서』는 『이 법에 준해서』, 『이 법에 위반해서는 아니된다』, 『이 법의 취지에 따라』라는 의미라는 견해 등 다양한 견해가 제시되었다.<sup>65)</sup> 이러한 과정에서 공청회에서 제시된 의견을 일부 수용하여 지방자치단체는 이 규정이 없는 경우에도 지방자치법 제15조에 의하여 자치사무에 대해서는 조례로 행정절차를 규율할 수 있는 것이므

64) 행정절차법제정을 위한 공청회에서 홍준형교수와 정수부법제관의 의견(총무처 조직국, 앞의 자료집, 464면·468면).

65) 이 규정과 관련하여서는 소위원회에서 구체적으로 ①지방자치법과 중복되더라도 행정절차법이 지방자치단체와 관련하여서는 완성품이 아니라는 것을 선언하는 것이므로 존치시켜야 된다는 의견 ②『이 법의 범위 안에서』라는 규정은 『이 법에 준해서』, 『이 법의 취지에 따라』, 『이 법에 저촉되지 않는 범위 내에서』라는 의미로 국민의 권익보호를 위한 것이라면 더 넓은 절차도 만들 수 있다는 것을 표현하는 것이라는 의견, ③이 조항은 자치단체가 중앙정부의 절차보다 간단하게 행정절차를 규정하려는 것을 막기 위한 운영상의 최소한의 기준을 표현하는 것이라는 의견, ④공청회에서 제시된 의견을 수용하여 『이 법이 정한 국민의 행정참여를 제한하지 아니하는 범위 안에서』를 추가하여야 한다는 의견, ⑤이 조항은 자치단체가 행정절차법에 규정되어 있지 않은 행정계획확정절차 등에 대한 조례제정권을 부인하는 것은 아니므로 행정절차법과 상충되는 것은 아니나 다만 다른 법률에 저촉되는 규정을 두어서는 안된다는 의미라는 의견, ⑥『이 법에 정한 사항을 제외하고는 다른 법률에 위반되지 아니하는 특별한 행정절차를 정할 수 있다』로 규정해야 된다는 의견, ⑦『이 법의 범위안에서』라는 의미는 『이 법에 저촉되지 않는 범위 내에서』, 『다른 법률에 위반되지 않는 한』, 『이 법에 준하는』 등으로 해석되므로 원안대로 규정하고 구체적인 사항은 해석에 맡기자는 의견 등 다양한 의견이 제시되었다(이 규정과 관련한 자세한 논의사항에 대해서는 총무처 조직국, 위의 자료집, 427~438면 참고).

로 다름이 있는 이 규정을 삭제하여 지방자치법에 맡기고, 구체적으로 『이 법의 범위안에서』의 의미는 판례와 학설에 맡기로 한 것이다. 결국 행정절차법이 이 법시안에 규정된 제3조제2항을 삭제한 것은 지방자치단체의 독자적인 행정절차의 형성가능성을 봉쇄하기 위한 것이 아니라 지방자치법 제15조가 정하는 바에 따라 지방자치단체는 그 사무의 범위 안에서 당연히 행정절차조례를 제정할 수 있다는 것을 전제하고 있는 것이다.

### (3) 憲法合致的 解釋과 行政節次條例制定의 可能性

헌법이 지방자치를 제도적으로 보장하면서 그 내용의 하나로 지방적인 의미를 가지는 법규범의 정립 권한(자치입법권)을 지방자치단체에 부여한 것은 규범의 정립자와 수범자와의 간격을 줄임으로써 지역적인 특성을 고려하여 탄력적인 규율을 가능하게 함에 있다. 그리고 법률이 조례에 의한 지방자치의 본질적 실현을 방해한다면 지방자치를 보장하고 있는 현행 헌법의 취지에 비추어 위헌이라고 하지 않을 수 없다. 한편, 지방자치단체의 자치사무에 대한 행정절차가 전국에 걸쳐 획일적이고 통일적일 이유가 없다는 점에 대해서는 異論이 없을 것이다. 따라서 만약 행정절차법이 지방자치단체의 자치사무에 대한 사전적인 행정절차를 규제하여 독자적인 행정절차의 형성가능성을 원천적으로 봉쇄하고 있는 것이라면 헌법이 보장하는 지방자치의 본질적이고 핵심적인 내용이 무엇인가가 다시 논의되어야 하겠지만, 이것은 입법의 허용한계를 벗어나서 지방자치단체의 자치사무에 대한 절차형성의 자치입법권을 본질적으로 침해하는 것으로 위헌이라고 보지 않으면 안된다.

어떤 법률이 해석의 여지가 있는 때에는 조례에 의한 『地方自治의 本旨』의 실현을 방해하지 아니하도록 합헌적인 해석을 하여야 한다. 따라서 행정절차법의 지방자치단체의 자치사무에 대한 독자적인 절차형성의 가능성에 대한 입장은 지방자치의 존중이라는 관점에서 지방자치단체의 행정에 대해 이 법을 강제적이고 획일적으로 적용하는 것을 피하고, 각 지방자치단체가 그 지역의 실정과 행정능력 등에 맞게 다양하고 창조적인 행정절차를 형성할 것을 기대하면서도, 동시에 시민생활의 주된 활동무대인 지방자치단체 행정의 공정성·투명성·민주성없이 국가행정의 공정성·투명성·민주성도 확립될 수 없다는 취지에서 지방자치단체가 독자의 행정절차를 정하지 않는 경우에 한하여 행정의 공정성·민주성·투명성을 위한 최소한의 기준으로 행정절차법을 지방자치단체의 행정절차에 대해서도 적용한다는 취지로 해석된다. 즉, 행정절차법은 목시적으로 지방자치단체가 독자

적인 행정절차조례를 제정하는 때에는 이에 의하도록 하는 조례에 의한 적용제의 형을 취하고 있는 것이다.

## IV. 一般行政節次條例의 規律範圍

### 1. 條例制定權의 一般的 限界

지방자치단체의 기관이 행하는 행정활동에 행정절차법이 적용된다는 것이 지방자치단체가 자신의 사무와 관련한 행정활동에 대해서 어떠한 절차적 규율을 할 수 없다는 취지는 아니며, 오히려 기본적으로 행정절차법의 적용을 전제로 하면서도 그 실정에 맞게 행정절차를 형성할 수 있는 가능성을 열어 둔 것으로 해석된다.

그러나 현실적으로 지방자치단체가 자주성과 창의성을 발휘하여 스스로 독자적인 행정절차조례를 제정하는 경우에는 현행법상 존재하는 조례제정권의 일반적 한계를 벗어 날 수 없으며, 이를 벗어나게 되면 무효가 된다. 따라서 행정절차조례는 현행법상 존재하는 조례에 대한 다양한 법적 제약을 벗어나지 않는 적법한 범위 안에서 추진되어야 할 것이다.

조례의 범위와 한계에 관한 현행법상 관계규정을 보면 우선 헌법은 자치권에 대하여 『지방자치단체는 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다』(제117조제1항)고 규정하고 있다. 이를 받아 지방자치법은 『지방자치단체는 법령의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만 주민의 권리 또는 의무의 부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다』(동법 제15조)고 규정하고 있다.

이와 같은 조례의 일반적 한계규정에 의하여 조례는 『당해 자치단체의 사무』, 『법령의 범위안』 및 『권리·의무·벌칙에 관한 사항을 정할 때에는 법률의 위임』이라는 세 가지의 사항에 의하여 그 규율범위가 제한된다.<sup>66)</sup> 그 동안 지방의회의

66) 한편, 지방자치법은 『시·군 및 자치구의 조례나 규칙은 시·도의 조례나 규칙에 위반하여서는 아니된다』(동법 제17조)고 규정하고 있다. 이 조항을 법문대로 해석하면 시·도의 조례·규칙은 시·군 및 구의 모든 사무에 대하여 규정할 수 있으며, 기초지방자치단체의 자치법규는 광역지방자치단체의 하위법령이 되고, 특히 기초지방자치단체의 조례까지 광역지방자치단체의 장이 정하는 규칙의 하위법령이 되어 시·군·구의 조례가 모든 시·도의 조례·규칙에 위반하여서는 아니된다는 것으로 결국 기초지방자치단체조례의 일반적 한계를 정한 것으로 해석될 수 있다. 그러나 시·도나 시·군·구는 다 같이 독립된 법인로서의 자치단체이기 때문에 상하관계에 있는 것이

적극적 자세로 1996년말 현재 전국 245개 지방자치단체에서 조례가 총 29,094건에 이를 정도로 상당히 많은 조례가 제정되고 있다.<sup>67)</sup> 그러나 조례제정을 통한 지방자치단체의 독자적인 규율가능성을 제약하는 기존법령 등의 존재, 지방의회의원들의 법률지식의 불충분이나 의욕만을 앞세운 무리한 시도 등으로 많은 조례가 대법원에 의하여 무효판결을 받았다. 1996년 7월 23일 현재 법원행정처에 따르면 1992년 이후 시·도 및 시·군·구의회가 제정한 조례에 대해 지방자치단체의 장이 무효확인소송을 낸 사건은 모두 37건으로 이 중 단 1건만이 유효판결을 받았을 뿐이고(청주시행정정보공개조례안), 29건 무효판결, 1건 취하, 나머지 6건은 계류중이라고 한다.<sup>68)</sup>

이하에서는 그 동안 대법원 판례에 의하여 무효가 된 조례들을 원인별로 분석

아닐 뿐만 아니라, 지방자치법 제10조·제15조 및 제16조에 의거하여 시·도의 조례·규칙과 시·군·구의 조례·규칙은 각각의 규율대상과 사무의 범위안에서 제정할 수 있는 것이며, 따라서 시·도의 조례·규칙은 시·군·구의 사무나 시장·군수·구청장의 권한과 관련된 사항에 관하여 규정하지 못한다. 이러한 점을 볼 때, 광역지방자치단체의 조례·규칙이 기초지방자치단체의 조례의 일반적 한계로서 인정될 수 없다는 것은 명확하다. 다만, 예외적으로 이 조항은 시·군·구가 시·도로부터 위임받은 사무 또는 시·도, 시·군·구 공동사무에서와 같이 특수한 경우에는 동일사항에 대해 시·도, 시·군·구가 서로 다른 규정을 정해서는 아니되므로 시·도의 통제조례·통제규칙을 따라야 한다는 점에서 의미가 있는 것으로 해석된다(박송규, 앞의 논문, 88면; 김남진, 앞의 논문, 17면; 류지태, “위법한 조례에 대한 법적 통제”, 『고시연구』, 1997년 2월호, 85면; 이주희, 앞의 논문, 450면; 김명길, 앞의 논문, 21면). 한편, 이러한 영역에서도 이는 시·도조례의 시·군 및 구의 조례에 대한 효력의 우위를 인정함으로써 해결할 문제는 아니며, 지방자치단체간의 협조에 의하여 해결될 사항이라고 하면서 이 조항은 전혀 무의미한 것으로 보는 견해도 있다(김용진, “지방자치법해석의 몇 가지 문제점”, 『법제』 제475호(1997.7), 80면).

67) 1996년 현재 245개의 지방자치단체의 자치법규보유현황을 보면 다음과 같다.

【1996년 말 지방자치단체의 자치법규 보유현황】

구 분	조 례	규 칙	계	평 균
시 · 도	2,830	1,839	4,669	311(조례 189, 규칙 122)
시·군·구	26,264	14,095	40,359	176(조례 114, 규칙 62)
총 계	29,094	15,934	45,028	487(조례 303, 규칙 184)

(내무부, 『97지방자치단체 법무업무 효율화지침』(1997.2), 7면 자료에 근거하여 도표화함)  
 68) 1996년 7월 23일자 『문화일보』 참고. 내무부는 이와 같은 조례의 패소원인을 재량권 및 법규정 해석의 법원과의 견해차이, 행정수행의 명백한 잘못, 적극적인 소송변론 및 대처노력 미흡, 소송수행 해태 및 관련조치 미흡, 소송수행자 지정기피 및 업무연찬 부족 등으로 분석하고 있다(내무부, 위의 자료집, 55~58면 참고).

함으로써 행정절차조례의 규율범위의 한계에 대한 일반적 준거틀을 제시한다.

### (1) 自治事務가 아닌 事務를 規定한 경우(事務的 限界違反)

지방자치법은 지방자치단체의 사무범위에 대하여 『지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다』(동법 제9조제1항)고 규정하고 있는 바, 동법 제15조에 규정되어 있는 『그 사무』란 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무, 즉 단체위임사무를 말한다.<sup>69)</sup> 또한 지방자치법 제11조에서는 『지방자치단체는 다음 각호에 해당하는 국가사무를 처리할 수 없다. 다만, 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다』고 하면서 국가사무를 열거하고 있는 바, 법률에 특별한 규정이 없는 한, 조례는 이들 국가사무에 관해서는 규율할 수 없다. 기관위임사무는 국가사무가 지방자치단체의 장에게 위임된 것으로 이 때 지방자치단체의 장은 당해 지방자치단체의 장으로서가 아니라 국가 행정기관으로서의 지위에서 당해 사무를 처리하는 것이다. 따라서 기관위임사무는 조례규정 밖의 영역으로 이에 대해서는 조례로 규율할 수 없다는 것이 학설 및 판례의 일치된 견해이다.<sup>70)</sup> 문제는 무엇이 지방자치단체의 사무에 해당하는가에 있다고 하겠는 바, 지방자치법 제9조제2항에 예시되어 있는 사무의 목록은 그것을 판단하는 데 있어 하나의 기준이 된다고 하겠다.<sup>71)</sup>

자치사무가 아닌 사무, 특히 기관위임사무를 규정하여 대법원에 무효판결을 받은 조례들을 보면 다음과 같다.

---

69) 『지방자치법 제15조 본문에 의하면 지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있도록 규정하고 있으므로 지방자치단체가 조례를 제정할 수 있는 사항은 지방자치단체의 권한에 속하는 전반의 사무, 즉 같은 법 제9조제1항에 규정된 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무에 관한 것이다』(대판 1992.6.23, 92 추 17).

70) 다만, 기관위임사무에 관한 모든 사무에 대하여 조례제정이 금지되는 것은 아니며, 기관위임사무와 관련한 사무 중에서 예를 들어 기관위임사무의 처리절차는 지방자치사무로 보아 행정절차조례의 규율대상으로 할 수 있는 것으로 해석할 수 있는 여지가 있다. 이에 대해서는 뒤에서 자세히 보기로 한다.

71) 지방자치단체의 사무구분에 대해 자세한 것은 오진환, “조례의 무효와 그에 근거한 행정처분의 당연무효여부 : 지방자치단체의 사무와 조례제정권”, 한국행정관례연구회편, 『행정관례연구Ⅲ』(서울대학교출판부, 1996), 312~326면 ; 임병수, “중앙정부와 지방정부간의 권한배분연구”, 『법제연구총서』(법제처, 1993), 257~281면 등 참조. 그리고 현행법상 국가사무와 지방사무에 대해서는 『중앙·지방사무총람(1,2)』(총무처, 1994.1) 참고.

【자치사무(고유·단체위임)가 아닌 사무를 규정한 조례에 대한 판결례】

판례번호	조 례 내 용	판 결 내 용
광주광역시서구주택건설사업입지심의위원회운영조례(대판 1992.7.28, 92추31)	주택건설촉진법 제33조의 규정에 의하여 사업계획승인을 얻어야 하는 공동주택을 심의대상으로 함(제3조)	주택건설촉진법 제33조의 규정에 의한 사업계획승인은 건설부소관 국가사무로서 단체장에 위임된 기관위임사무로 이는 조례로 제정할 수 없는 사항을 규정한 것으로 위법
경기도도시계획위원회조례(대판 1994.5.10, 93추144)	도시계획법상 도시계획위원 위원구성요건인 도의회의원의 명시조항 삭제(제2조제3항) 도시계획위원회의의 심의안건을 도의회에 사전·사후보고하도록 함(제5조제3항 및 제9조)	-시도의회의원을 도시계획위원회의의 위원으로 참여하도록 하고 있는 도시계획법 제58조의2제3항에 위반됨. -지방도시계획위원회가 그 사무중 『건설부에 있는 중앙도시계획위원회로부터 위임받은 사항』을 심의하는 것은 지방자치단체의 자치사무나 단체위임사무가 아니므로 위임된 사항에 관하여 지방도시계획위원회가 그 심의안건과 회의결과를 도의회에 보고하도록 하는 내용의 조례를 제정할 수 없음. -지방도시계획위원회는 도지사의 자문기관에 불과하고 도지사는 그 의견에 기속되는 것도 아니므로 『도지사의 자문에 관한 사항』에 관하여 그 심의안건을 도의회에 보고하도록 하는 내용의 조례를 제정할 수 없음.
전라북도공동주택입주자보호를위한조례(대판 1995.5.12, 94추28)	공동주택건설업자는 공동주택을 분양할 경우 당첨된 입주자와 명단을 시장·군수에게 보고하도록 하는 등(제3조) 주택의 공급조건·방법·절차를 규정	주택의 공급조건·방법·절차 등에 관한 사항은 건설교통부장관의 고유업무인 국가사무이고, 주택건설촉진법 제50조, 동법시행령 제45조에 의한 권한위임의 경우라도 이는 기관위임사무임. 법령에 의하여 국가사무가 피고에게 위임된 바 없음에도 주택 건설사업승인 대상인 분양을 목적으로 하는 20세대 이상의 공동주택에 대하여 필요한 사항을 규정한 것은 지방자치법 제15조 단서, 주택건설촉진법 제1조·제4조·제5조·제32조를 위반하여 전체적으로 무효임.
인천광역시연수구공동구설치및점용료징수조례(대판 1995.6.30, 95추49)	도시계획법 제34조 및 동법시행령 제55조를 상 위 근거법령으로 공동구의 설치와 비용부담, 공동구의 점용·사용 및 관리, 공동구의 설치비용, 점용료 및 관리징수 방법등을 규정	-도시계획법 등에 의하면 공동구의 설치 및 관리 주체는 시장(서울특별시, 광역시장 포함)·군수이며, 같은 법 제16조나 제84조는 그 관리에 필요한 사항으로서 동법시행령(제55조제2항, 제3항)에 규정되지 아니한 사항을 당해 조례로 정하도록 하고 있는 바, 당해 지방자치단체의 조례 역시 서울특별시, 광역시, 시·군의 조례를 의미함. -인천광역시의회가 제정하여야 할 것을 구조레로 제정한 것은 위법하여 전체적으로 무효임.

## (2) 實定法令에 違反한 경우(法律優位の 原則違反)

헌법 제117조제1항은 지방자치단체는 『법령의 범위 안에서』 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정하고 있고, 이에 근거하여 지방자치법 제15조는 본문에서 『법령의 범위 안에서』 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 여기서 『법령의 범위 안』이란 『법령의 명문의 규정이나 전체적 입법취지와 모순 저촉되지 아니하는 범위 안』에서, 즉 『법령에 위반되지 아니하는 범위 안』에서의 의미로 법률우위의 원칙을 표현한 것이다.<sup>72)</sup> 따라서 지방자치단체는 자치사무에 대해서는 그 내용이 주민의 권리의무에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 것이 아닌 한 위임명령과 같이 법률의 개별적 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다.<sup>73)</sup>

여기서 말하는 법령에는 각종 법률과 그에 따른 위임명령인 대통령령, 총리령, 부령이 포함되나 집행명령과 행정규칙은 이에 포함되지 않는다. 왜냐하면 집행명령은 법률의 위임없이도 성립하는 것이고, 행정규칙은 법률의 수권을 필요하지 않을 뿐만 아니라 공법상 특별권력관계에 있어서 그 조직과 활동을 규율하는 것이므로 일반국민을 구속하는 명령이 아니기 때문이다.<sup>74)</sup>

---

72) 조례의 한계로써 헌법이나 지방자치법이 『법률의 범위 안』이 아니라 『법령의 범위 안』으로 규정하여 효력의 단계구조상 조례를 위임명령보다 하위에 위치시키고 있는 것은 조례의 법적 성질을 준법률적인 것으로 보는 입장에서는 찬동할 수 없으며, 따라서 헌법과 지방자치법 『법령의 범위』를 『법률의 범위』로 개정하여야 하고, 개정전까지는 자치사무에 관해서는 명령보다 조례가, 위임사무의 경우에는 조례보다 명령이 각각 우위에 있는 것으로 해석하여야 한다는 견해가 있다(박송규, “조례의 법적 한계와 조례안에 대한 재의요구 등에 관한 고찰”, 『공법학의 제문제』(김영훈박사화갑기념논문집, 1995), 73면; 서원우, “지방자치단체의 법적 지위”, 『전환기의 행정법이론』(박영사, 1997), 247면; 유경춘, “조례제정권의 성질·범위와 한계”, 『현대공법이론의 전개』(허영민박사화갑기념논문집, 1993), 398~400면; 유상현, “조례의 법적 한계에 관한 연구”(경희대학교 대학원 법학박사 학위논문, 1994), 48~49면). 상당히 타당성있는 주장으로 보인다.

73) 『지방자치단체는 그 내용이 주민의 권리의 제한 또는 의무의 부과에 관한 사항이거나 벌칙에 관한 사항이 아닌 한 법률의 위임이 없더라도 조례를 제정할 수 있다』할 것인데, 이 사건 정보공개조례안은 . . . 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 조례라고 단정할 수 없고 따라서 그 제정에 있어서 반드시 법률의 개별적 위임이 따로 필요한 것은 아니라고 할 것이다』(대판 1992.6.23, 92 추 17).

74) 이주희, “지방자치단체의 조례제정권의 성질과 범위”, 『현대행정법이론Ⅱ』(이명구박사화갑기념논문집, 1996), 445면.

그러나 법령에 위반되는지의 여부는 항상 명확한 것은 아니다. 특히 ①법령이 어떤 대상에 대하여 전혀 규율하고 있지 아니한 『법령의 공백』분야의 조례 ②국가의 법령과 동일한 사항·대상을 다른 목적으로 규율하는 조례 ③국가의 법령과 같은 목적이라도 당해 법령의 대상 외의 사항을 규율하는 조례 ④국가의 법령과 동일한 목적으로 동일사항에 대하여 법령보다 엄격한 요건이나 규제수단을 정하는 조례 등이 허용되는지가 문제된다. 종래에는 법치국가주의에 따라 국법질서의 통일성을 엄격하게 유지한다는 입장에서 국가법령에 의한 선점영역의 범위를 엄격하게 해석하는 것이 학설·판례의 일반적 경향이었으나, 최근에는 조례제정권의 확대경향에 따라 학설상으로는 실무상으로 종래의 기준을 완화하여 가는 것이 일반적 추세이다.

지금까지 상위법령에서 정한 실체적 요건이나 절차적 요건을 위반하는 내용을 규정하여 무효판결을 받은 조례를 보면 다음과 같다.

**【상위법령에서 정한 실체적 요건 및 절차적 요건을 위반한 조례에 대한 판결례】**

판례번호	조례내용	판결내용
아산시결산 검사위원선 임명운영에 관한조례 (대판 1995.4.11, 95 추18)	-위원의 정수는 3인 이상 5인 이하로 하되, 시의회위원으로 검사위원의 3분의1을 초과할 수 없도록 하면서 부칙으로 “95년도에 한하여 시의회 의원 2인을 위원으로 한다”고 규정	-지방자치법 제125조제3항 및 동법시행령 제46조제1항은 시결산검사위원수를 3인이 상 5인 이하로 하되, 그 정수·선임방법 등 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례 로 정하도록 하고, 동법시행령 동조제2항은 지방의회의원은 검사위원수의 3분의 1을 초과할 수 없도록 규정하여 지방의회의원 은 1명밖에 검사위원이 될 수 없음에도 불 구하고, 부칙이 시의원을 2명으로 하고 있 는 것은 위 부칙이 한시적이라고 하더라도 지방자치법 및 그 시행령에 위배되어 무효
서울특별시 은평구응암4 -2주택개발 재개발사업 지구청산금 징수조례 (대판 1996.6.14, 96 추45판결)	-1차분양관련 청산금징수는 일시 에 전액을 징수하도록 하고, 다만 일시에 전액을 징수하기 곤란하 다고 인정되는 경우는 10년이내 의 기간으로 분할징수할 수 있고 분할징수기간 중 3년이내 무이자 로 하는 거치기간을 둘 수 있으 며, 잔액에 대하여 연 5%의 이자 를 가산토록 함(제2조제1항)	-도시재개발법 제43조제1항, 동법시행령 제 46조제1항은 “청산금을 분할징수하거나 분 할지급할 경우 이자율은 분할징수 또는 분 할지급을 결정한 당시의 일반은행의 일반 대출이자 이하”로 하도록 하고 있음에도 불구하고 조례로 분할징수의 경우 이자를 필요적으로 징수할 것을 전제로 하면서 이 자의 일부 또는 전부를 면제하는 것은 위 법 무효임.



<p>인천광역시 공무원자녀 장학기금설립및운영에 관한조례 (대판 1996. 7.12, 96추22)</p>	<p>-인천광역시 소속공무원의 자녀를 위한 장학기금조성과 효율적인 운용관리에 필요한 사항규정을 목적(제1조) -지급대상을 시소속공무원중 교육부장관이 인정하는 국내 전문대학, 일반대학 및 대학원에 재학중인 자로 함(제2조제1항) -기금을 시의 출연금과 기금운용으로 생기는 수익금을 재원으로 조성(제3조)</p>	<p>-자녀의 학비를 장학기금에서 대신 지급하여 줌으로써 공무원이 지출하여야 할 학비를 지출하지 않게 하여 소속공무원에게 변형된 보수로서 지급하는 것이고, 이는 이 법 기타 법령에 의하지 아니하고는 어떠한 금전 또는 유가물도 공무원의 보수로 지급할 수 없도록 규정한 지방공무원법 제44조제3항, 자녀학비보조수당을 규정한 지방공무원 보수규정 제3조 및 제30조제2항 위반. -지역주민이 부담하는 지방세등으로 구성된 지방자치단체의 수입일부를 출연 지역주민중 대학생자녀를 둔 소속공무원에 한정 특례를 배푸는 것으로 일반주민·대학생자녀를 두지 아니한 다른 공무원과 관계에서 형평에 반하며, 공익에도 부합하지 않고, 지방자치법 제133조제1항의 소정의 기금설치요건(행정목적 달성 또는 공익상 필요) 불비-지방재정법 제14조제1항은 지방자치단체가 개인 또는 공공기관이 아닌 단체에 기부·보조 또는 기타 공금을 지출할 수 없도록 하고, 그 예외의 경우인 동법 제14조제1항 각호(지방자치단체가 권장하는 사업을 위하여 필요하다고 인정되는 경우 등)에도 해당하지 아니하여 위법</p>
<p>무주군사무의 읍면위임조례중개정조례(대판1996.12.23, 96추114)</p>	<p>-군수의 권한에 속하는 사무중 읍·면장에게 위임한 사무에 대한 군수의 지휘·감독에 관하여 그 처분이 “위법부당하다고 인정될 때”를 “그 처분이 위법하다고 인정될 때” 이를 취소하거나 중지시킬 수 있도록 개정하여 읍·면장 등의 수입사무처리에 관한 부당한 처분에 대한 군수의 취소·정지권배제</p>	<p>-동일한 지방자치내에서 상급 행정청이 하급행정청에 사무위임의 경우 위임관청이 수입관청에 대한 지휘·감독권의 범위는 합목적성확보까지 미치지므로 군수에게 읍·면장의 위임사무처리에 관한 부당한 처분에 대하여 취소정지권의 배제는 지방자치법 위반으로 무효</p>
<p>경기도의회 사무처설치조례(대판 1996.10.15, 95추56)</p>	<p>-의회사무처 사무직원의 정원을 112명에서 5명증원 117명으로 함</p>	<p>-지방자치단체에 두는 공무원의 총정원을 늘리는 것을 내용으로 하는 조례는 지방자치법 제103조제1항, 시행령 제14조제2항의 규정에 의하여 미리 내무부장관의 승인을 얻어야 함에도 이와 같은 절차를 거치지 않고 재의결한 것은 위법 무효</p>

<p>인천광역시 세감면조례 중 개정조 례(1996.7. 12, 96추22)</p>	<p>-수도권 신국제공항건설에 따라 신공항 건설공단에 토지 등을 양도함으로써 발생하는 소득세 할 주민세중 공항부지 및 배후 지원 단지내의 토지소유 주민들 의 토지보상금에 대한 소득세할 주민세를 면제한다는 내용신설 (제24조의3)</p>	<p>-지방자치단체가 내무부장관의 허가를 얻지 않 고 지방세 과세면세 등에 관한 조례를 제정한 것은 지방세법 제9조, 지방자치법 제15조 위반 으로 무효</p>
<p>서울특별시 의회사무처 설치조례중 개정조례안 의 2건 (19 96.12.10, 선 고 96추121)</p>	<p>-서울특별시의원의 원활한 의정 활동 지원을 위하여 지방별정직 5급상당 보좌관을 두고 보좌관 은 서울특별시 의원의 임면요구 를 받아 의회의장의 추천에 의 하여 시장이 임면하고, 별정직 5급 정원 2를 149로하고 의원보 좌관 147을 신설</p> <p>-의회사무처 182명을 329명으로 개정</p> <p>-별정직공무원에 대한 예외규정 으로 비서관·비서 다음에 의원 보좌관을 추가, 의원의 지방5급 별정직 의원보좌관 임면시 임명 요청서, 면직요청서에 의회의장 의 추천을 제출받아 임면한다는 단서신설</p>	<p>-현행 법령상의 지방의회제도에 대한 중대한 변경을 초래하는 것으로 조례가 아닌 법률로 규정할 입법사항이며, 지방자치법 제82조 및 제84조가 사무처 및 사무직원을 두도록 하는 것은 지방의회의 운영보좌 및 그에 수반되는 행정사무처리를 위한 것이지 의원개인을 보좌 하도록 한 규정이 아니므로 별정직 유급보좌 관을 둘 근거가 없음.</p> <p>-지방의회의원을 명예직으로 한 지방자치법 제 32조 및 법이 예정하고 있지 않은 전혀 새로 운 항목의 비목지출로 동법 제15조규정 위반</p> <p>-총정원을 늘리는 조례를 미리 내무부장관의 승인절차를 거치지 않고, 재의결한 조례는 지 방자치법 제103조, 동법 시행령 제14조제2항의 규정에 위배하여 위법 무효.</p>

### (3) 法令의 委任없이 住民의 權利制限·義務賦課·罰則賦課 (法律留保原則違反)

조례제정에 있어서는 원칙적으로 법률유보의 원칙이 적용되지 않지만, 예외적으로 지방자치법 제15조 단서가 『다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다』고 규정하고 있는 것과 같이 국민의 자유와 권리를 침해·제한하거나 벌칙을 부과하는 등의 침해작용을 내용으로 하는 경우에는 법률유보의 원칙이 적용된다. 그러나 학설<sup>75)</sup>과 판례<sup>76)</sup>

75) 김남진, 앞의 책, 123면; 박윤훈, 앞의 책, 118면; 김동희, 앞의 책, 69면; 강구철, 160면 등.

76) 『조례제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지에 비추어 볼 때, 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같

는 위임의 정도는 위임명령과는 달리 조례의 경우에는 개별 구체적일 필요는 없고, 포괄적인 개괄조항에 의한 위임도 가능한 것으로 보며, 또한 벌칙을 제정할 때에는 지방자치법 제20조의 한도내에서 직접 정할 수 있도록 하고 있다.

한편 지방자치법 제15조의 단서와 관련해서는 이 단서규정이 헌법에 의하여 포괄적으로 수권된 조례제정권을 지나치게 제약하는 것은 아닌가하는 점에 대하여 학설상으로는 위헌론과 합헌론의 대립이 있으며,<sup>77)</sup> 대법원은 이 단서조항에 대하여 『지방자치법 제15조는 원칙적으로 헌법 제117조제1항의 규정과 같이 지방자치단체의 자치입법권을 보장하면서 그 단서에서 국민의 권리제한, 의무부과에 관한 사항을 규정하는 조례의 중대성에 비추어 입법정책적 고려에서 법률의 위임을 요한다고 규정하고 있는 바, 이는 기본권제한에 대하여 법률유보원칙을 선언한 헌법 제37조제2항의 취지에 부합하므로 조례제정에 있어 위와 같은 경우에 법률의 근거를 요구하는 것이 위헌성이 있다고는 할 수 없다』(대판 1995. 5.12, 94 추 28 : 전라북도공동주택입주자보호를위한조례안무효확인사건)고 판시하여 합헌임을 명시적으로 판단하였다. 또한 헌법재판소도 『이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 주민의 직업선택의 자유, 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다』(헌재 1955.4.20, 92 헌마 264,279: 부천시·강남구담배자동판매기설치금지조례 등 제4조 위헌확인)고 판시하여 주민의 권리·의무와 관련된 조례의 경우에는 법률의 위임이 있어야 한다고 하여 동조 단서를 합헌시키는 것으로 판단된다.

---

이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며, 포괄적인 것으로 족한다』(헌재 1995.4.20, 92 헌마 244,279); 『법률이 주민의 권리·의무에 관한 사항을 구체적 범위를 정하지 아니하고 조례로 정하도록 포괄적으로 위임하였을 경우 행정관청의 명령과는 달리 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리·의무에 관한 사항을 조례로 정할 수 있다』(대판 1991.8.27, 90 누 6613).

77) 박우훈, “법령과 조례와의 관계”, 『고시계』, 1992년 11월호, 40~44면 ; 홍정선, “조례의 법적 문제”, 『한국공법의 이론』(김도창박사교회기념논문집, 1993), 594면 이하 ; 홍정선, “조례와 침해유보”, 『고시계』, 1993년 4월호, 107면 이하 ; 김명길, “조례제정권의 범위”(한국공법학회 제32회 학술발표회, 1992.11), 19면 이하 ; 정연주, “조례제정권의 헌법적 한계와 통제”, 『공법학의 현대적 지평』(계희열박사화갑기념논문집, 1995), 160면 이하 등 참고.

【법령의 위임없이 주민의 권리제한·의무부과 등을 내용으로 하는 조례에 대한 판결례】

판례번호	조례내용	판결내용
<p>양평군묘지 등설치허가시 주민의견 청취에 관한 조례(대판 1995.12.22, 95추32)</p>	<p>-묘지 등 설치허가시 주민의견을 청취하여 청취대상 주민의 3분의 2이상 찬성없이 설치허가를 할 수 없음(제3조제1항)</p> <p>-묘지 등 설치허가시 주민의견 청취대상 영향권지정(제3조제2항)</p> <p>-공설화장장과 납골당 설치의 무규정(제7조)</p>	<p>-매장및묘지등에관한법률 제8조등을 검토하여 보면 묘지등의 허가사무는 도의 고유사무인 자치사무이고, 경기도 위임조례는 그 근거규정을 지방자치법 제95조제1항으로 명시하고 있는 점, 도시자가 관장하는 사무를 시·군이 아니라 시장·군수에게 위임한다고 규정하고 있는 점등에 비추어 기관위임사무이고, 이는 조례로 규정할 수 없어 위법</p> <p>-매장및묘지등에관한법률 제8조의 시설묘지등의 설치허가행위는 동법시행령 제5조제2항 등에 정해진 기준에 의한 기속재량행위이고 행정청으로는 법령이 정한 기준에 해당하면 허가하여야 하는 바, 법률이 정한 시설묘지 등의 허가요건에 대하여 위 법률과 동일 또는 유사한 목적에서 법령의 근거없이 영향권 주민 3분의 2이상의 찬성이라는 새로운 허가요건을 가증하는 것이 되므로 매장및묘지등에관한법률 및 그 시행령에 위반되어 위법무효</p> <p>-공설납골당에 관하여는 위법률 제7조제2항은 “군은 필요에 따라 공설납골당을 설치할 수 있다”고 규정하여 군수에게 그 필요성판단의 재량을 주고 있는 바, 위 조례는 이러한 군수의 판단재량을 박탈함으로써 법률의 입법취지에 반하여 위법</p>
<p>서울특별시에서증언감정등에관한조례(대판 1995.6.30, 93추113)</p>	<p>-증인 감정인에 대한 선서의무 규정(제7조)</p> <p>-불출석의 죄(제12조), 의회모욕의 죄(제13조), 위증의 죄(제14조) 등의 경우 형벌(3월 이하의 징역 또는 10만원이하의 벌금)</p>	<p>-구법에 위임근거가 없어 무효였더라도 사후에 법개정으로 위임근거가 부여되면 그때부터 유효한 법규명령이 되고, 구법위임에 의한 유효법규명령이 법개정으로 위임근거가 없어 지게 되면 그때부터 무효인 법규명령이 됨.</p> <p>-지방자치법 제36조제7항은 행정사무감사·조사를 위하여 필요한 사항과 선서·증언·감정 등에 관한 절차는 대통령령으로 정하도록 하고 법시행령 제17조의2 내지 제19조에서 증언감정 등에 관한 중요내용을 규정하고 법시행령 제19조의2는 이 법 및 시행령에 규정한 것 이외에 감사 또는 조사에 필요한 사항은 당해 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있으므로 지방자치법 제36조제7항에 위반된 것은 아님.</p>

	-조례로써 조례위반에 대하여 1000만원이하의 과태료만 부과하도록 한 현 지방자치법 제20조에 위반 (소제기후 1994.3.16 법률 제4747호로 지방자치법을 개정하여 구법 제20조에서 3월이하의 징역 등 형벌을 가할 수 있도록 한 규정을 조례로써 조례위반에 대하여 1000만원 이하의 과태료만 부과하도록 함)
--	---

#### (4) 執行機關과 議會의 權限分離 · 配分原則 違反

국가의 통치구조의 대표적인 형태로 대통령제와 의원내각제가 있는 것과 같이 지방자치단체에 있어서도 이에 상응하는 조직형태를 취할 수 있다. 한국의 지방자치법은 중앙의 권력분립주의에 입각한 대통령제와 유사한 기관대립형(首長主義)을 채택하여 지방자치단체의 정책결정기능과 정책집행기능을 각각 독립된 기관인 지방의회와 지방자치단체의 장에게 분담시켜 기관 상호간에 권한의 독립과 자주성을 존중하면서 동시에 상호 견제와 균형을 유지하도록 하고 있다. 따라서 지방의회는 비록 고유사무에 관한 것이라고 하더라도 지방의회와 지방자치단체의 장의 권한은 분리되어 있음으로 지방자치단체장의 전속적인 집행권한에 속하는 사항을 침해하는 조례는 제정할 수 없다.

1991년 지방의회가 구성된 이후, 대법원에의 기관소송이 많이 제기되고 있는 데, 그 중의 상당수는 아래에서 보는 것과 같이 지방의회가 지방자치단체장의 권한을 침해하는 내용인 경우가 많다. 따라서 지방의회가 조례를 제정하는 경우 지방자치단체장의 권한을 침해하는 것은 아닌가에 대한 세심한 배려가 요청된다.

#### 【집행기관과 의회의 권한분리 · 배분원칙 위반에 대한 판결례】

판례번호	조례내용	판결내용
목포시통·반설치조례(대판 1992.8.21, 92추24)	-통장을 동장이 위촉하던 것을 해당지역 시의원의 합의를 받아 위촉토록 함(제5조제2항제2호)	-조례에 의하여 통장과 자문위원 위촉권한은 동장에게 부여하여 놓고 동장이 통장을 위촉함에 있어서 해당지역 시의원과 합의하여 하도록 한 것은 의결기관과 집행기관 사이의 권한분리 및 배분의 원칙에 위반무효

<p>광주광역시 서구동정자 문위원회조 례(대판 1996.7.28, 92 추31판결)</p>	<p>-동정자문위원회를 구성하는 위 원의 위촉과 해촉에 관한 사항 을 동장에게 부여하면서, 동정자 문위원 위·해촉시 해당지역 구 의원과 협의하도록 함</p>	<p>-구의회 본회의 또는 위원회의 활동과 관련 없이 구의원 개인에게 하부집행기관의 사 무집행에 관여하도록 함으로써 하부집행기 관의 권능을 제약하는 것이므로 이러한 규 정은 법이 정한 의결기관과 집행기관 사이 의 권한분리 및 배분의 취지에 반하여 위 반되는 위법한 규정</p>
<p>대구광역시 도시계획위 원회조례 (대판 1993.2.9, 92 추93)</p>	<p>-시소속 공무원인 위원은 5인 이 내로 하고, 위원위촉시 미리 시 의회의 동의를 얻도록 함(제4 조)</p>	<p>-도시계획법 제17조, 동법시행령 제58조의2 는 위원의 임명·위촉권을 시·도지사에게 부여하면서도 달리 시·도지사의 임명·위 촉권행사에 대한 제약이나 견제를 할 수 있는 규정을 두고 있지 아니하므로 시·도 지사의 전속적인 권한인 위원의 임명·위 촉권의 행사에 미리 의회의 동의를 얻도록 규정한 것은 위법무효</p>
<p>전라남도순 천·강진의 료원설치조 례(대판 1995.3.9, 92 추116)</p>	<p>-병원의 임원은 이사 7인, 감사 2인으로 하되, 이사는 원장, 도 의회의장이 추천하는 사람 3인, 병원소재지 시군의회 의장이 추천하는 지역주민대표 1인 및 당연직 2인으로 함</p>	<p>-지방의회의장은 조직적·의전적 의미의 의 회대표권 등의 지위를 제외하고는 의원개 인과 동일한 지위를 가지며, 지방의회의장 과 의원 개인의 지위 및 권한에 비추어 볼 때, 집행기관이나 지방공사업원의 인사권 에 의원 개인의 자격으로는 관여할 수 있 는 권한이 없고, 조례로써 이를 허용할 수 도 없음.  -당연직 이사를 제외한 모든 이사를 지방의 회나 그 의장이 추천하는 사람으로만 임명 하게 하는 것은 사실상 인사권을 공동행사 하자는 것으로 지방공사의 활동은 지방자 치단체의 집행사무에 속하고, 그에 대한 책임은 궁극적으로 집행기관의 장이 지게 되는 바, 집행기관의 인사권에 사전에 적 극적으로 개입하는 것으로서 특별한 사정 이 없는 한 허용될 수 없음</p>
<p>전라북도행 정불만처리 조례(대판 1994.4.26, 92추24)</p>	<p>-행정불만을 도지사와 교육감 등 집행기관이 직무상 처리한 행정행위에 대한 이의를 제기 (제2조)  -위원회 위원 5명 중 도의장 2 명 위촉, 도지사 3명 위촉(제9 조)</p>	<p>-조례 중의 위원회도 지방자치단체의 사무 일부를 집행하는 기관으로서 결국은 집행 기관에 속하는 기관이므로, 그 위원의 위 촉·해촉에 지방의회의 동의를 받도록 한 것은 사후에 소극적으로 개입하는 것으로 서 지방의회의 지방기관에 대한 견제권의 범위에 드는 적법한 규정이라고 보아야 할 것이나 그 일부를 지방의회 의장이 위촉하 도록 한 것은 지방의회가 집행기관의 인사 권에 사전에 적극적으로 개입하는 것으로 서 지방자치법이 정한 의결기관과 집행기 관 사이의 권한분리 및 배분의 취지에 위 반함</p>

		-지방의회 의장과 의원 개인의 지위 및 권한에 비추어 볼 때 집행기관의 인사권에 의장개인의 자격으로는 관여할 수 없어 위법
청주시공유재산관리조례안(대판 1996.10.15, 95추56)	-조례안 제61조제1항은 지방재정법 제78조의 규정에 의한 청주시공유재산심의회 12명의 위원으로 구성하며, 위원은 시의원 9명, 관계공무원 3명으로 하도록 하고, 제1항의 관계공무원은 시장이 임명하고, 시의원은 의장의 추천을 받아 시장이 위촉하도록 함	-시의장의 추천은 시의회의결이 아닌 의장 개인이 추천하는 것으로 해석되며, 지방의회의장은 조직적 의전적 의미의 대표이지 지방의회의 의사를 대표할 수 있는 것이 아니므로 집행기관의 인사권에 의장 개인 자격으로 관여할 수 없음 -공유재산심의회활동은 지방자치단체의 사무에 속하고 그에 대한 책임은 궁극적으로 집행기관의 장에게 귀속되고 공유재산심의회 위원 중 시의원 9명을 의장이 추천하게 하는 것은 집행기관의 인사권에 사전에 적극적으로 개입하는 것으로 특별한 사정이 없는 한 허용될 수 없어 위법
대전광역시유성구국·시비보조금신청절차에 관한조례안(대판 1995.5.10, 95추87)	-국·시비보조사업 중 총사업비 2억원 이상의 신규사업, 총 사업비 1억원 이상의 토목사업 등에 해당하는 사업을 사업계획서를 첨부하여 사전에 의결을 받은 후에 신청을 하고 그 외의 사업은 신청과 동시에 의회에 통보하도록 함(제14조) -의회의 사전의결을 받을 수 없는 사유가 있어 구청장이 선결처분하는 경우에는 지체없이 의회승인을 받도록 함(제15조)	-구청장에게 예산안 편성과 관련하여 국·시비 보조금의 예산계산신청을 함에 있어 구의회의 사전의결 또는 사후승인을 받도록 하는 등 법령에 없는 의무를 부과하는 것은 구의회가 집행기관의 사무집행에 사전·실질적으로 관여하여 집행기관의 권능을 제약하는 것으로 위법 -보조금의 지급대상 사업에 대하여 일률적으로 구의회의 사전의결 또는 사후승인을 받도록 규정한 것은 보조금 지급대상 사업이 기관위임사무인 경우 조례로 규정할 한계를 벗어나 위법

## 2. 一般行政節次條例의 規律範圍

조례는 앞에서 본 것과 같이 ①자치사무가 아닌 사무를 규정한 경우(사무적 한계위반), ②실정법령에서 정하는 실체적 절차적 요건을 위반한 경우(법률우위의 원칙위반), ③법령의 위임없이 주민의 권리제한·의무부과 및 벌칙을 부과하는 경우(법률유보의 원칙위반), ④집행기관과 의회의 권한분리·배분원칙을 위반한 경우에는 조례제정권의 범위를 일탈한 것으로 무효가 된다. 이러한 조례제정의 일반적 한계를 행정절차조례에 구체적으로 적용하여 보면 다음과 같다.

① 행정절차조례가 규율할 수 있는 사무의 범위 역시 자치사무에 한정된다. 그러나 자치사무의 범위와 관련하여 기관위임사무 그 자체와 그 사무를 집행하는 절차를 별개의 문제로 보고, 기관위임사무를 집행하는 절차는 자치사무로 보아 지방자치단체는 행정절차조례로서 기관위임사무의 집행절차를 규율할 수 있는지가 검토되어야 한다.

② 행정절차조례도 법률우위의 원칙을 위반할 수 없음은 당연하다. 그러나 법률우위원칙의 위반여부와 관련해서 구체적으로 지방자치단체가 행정절차조례로 행정절차법이 규율하는 것보다 엄격한 절차를 규율하는 경우, 행정절차법의 규율하는 절차보다 완화하여 규율하는 경우, 행정절차법이 규율하지 않는 행정절차인 행정계획확정절차나 공법상 계약절차 등을 조례로 규율하는 경우 또는 행정절차법이 스스로 적용제외로 하고 있는 것(동법 제3조제2항)에 대해서 지방자치단체가 행정절차조례로 규율하는 경우가 각각 법령에 위반하는 것인지의 여부가 검토되어야 한다.

③ 법률유보의 원칙과 관련해서는 행정절차조례는 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것을 내용으로 하는 것이 아니라 행정청을 절차적으로 구속함으로써 주민의 권리를 신장하는 것을 내용으로 하는 것이므로 법률유보의 원칙은 적용의 여지가 없다.

④ 집행기관과 의회의 권한분리·배분원칙과 관련해서는 행정절차조례는 지방자치단체의 장의 집행권한에 적극적으로 개입하여 그 집행권한을 직접 또는 공동으로 행사할 것을 규정하는 것이 아니라 단지 지방자치단체의 장이 행하는 집행과정에 대한 절차적 규제를 통하여 행정의 공정성·투명성·신뢰성을 향상시키는 것이므로 지방자치단체의 장의 집행권한을 침해하는 것으로는 볼 수 없다.

결국 지방자치단체가 조례로서 행정절차를 규율·정비하는 경우에 그 적용범위 내지 한계와 관련하여 행정절차조례의 성질상 법률유보의 원칙 및 집행기관과 의회의 권한분리·배분의 원칙은 적용될 여지가 없는 것으로 보이며, 사무적 한계 및 법률우위의 원칙만이 문제된다.

### (1) 機關委任事務에 대해서는 規則으로 整備

지방자치단체가 조례로 행정절차를 정비하는 경우에 기관위임사무의 집행절차에 대하여 조례로 규율할 수 있는지가 문제된다. 이 문제에 대해서 한국에서는 앞에서 본 것과 같이 기관위임사무는 조례의 규율대상이 아니라는 것이 학설과 판례의 일치된 견해이다.



그러나 일본에서는 이에 대한 유력한 반성적 검토가 시도되고 있다. 즉 기관위임사무 그 자체와 그 사무를 어떠한 절차로 행할 것인가는 전혀 별개의 문제로서 기관위임사무를 집행하는 절차는 그 사무 자체와는 달리 당연히 기관위임사무가 되는 것은 아니며, 오히려 지방자치의 보장이라는 측면에서는 기관위임사무의 범위를 엄격히 해석하여야 하고, 그 처리절차가 기관위임사무임이 명시되어 있지 않는 한 그것은 자치사무로 해석하여야 한다는 것이다.<sup>78)</sup> 다시 말하면 기관위임사무의 사무처리시스템은 국가의 획일적인 방침을 일방적으로 강제하기 보다는 위임받은 지방자치단체의 책임으로 그 지역에 가장 타당한 방법과 절차에 따라 집행되어야 한다는 것을 명확히 인식할 필요가 있고, 이와 같은 기관위임사무처리에 대한 지역적 재량행사는 특히 이를 금지하는 법률의 취지가 명확한 경우를 제외하고는 충분히 가능하며, 이는 법의 취지를 일탈하는 것이 아니라 오히려 법의 취지를 살리는 것이라는 것이다. 따라서 기관위임사무의 경우에도 지역적 판단에 의한 집행이 인정되기 때문에 지방자치단체가 기관위임사무에 대한 행정절차를 정비하는 것은 부정되지 않으며, 지방자치단체별 조례에 의한 기관위임사무에 대한 차별적인 절차규율은 합리적이라고 한다.<sup>79)</sup>

한국에서는 지방자치단체가 처리하는 행정사무 중 기관위임사무가 차지하는 비중이 거의 50%에 이르는 것으로 조사되고 있다.<sup>80)</sup> 또한 기관위임사무의 내용을 구체적으로 보면 순수한 국가사무뿐만 아니라 주민의 생활과 밀접한 관련이 있는 사무가 많다.<sup>81)</sup> 이와 같이 지방자치단체가 처리하는 사무 중 거의 절반 이상이

78) 實井力·紙野健二, 앞의 책, 136면; 實井力, “行政手續法と自治體”, 『判例地方自治』, 제123호(1994), 1면; 小早川光郎·磯部力, 『自治體行政手續法』(學陽書房, 1993), 309면; 兼子仁, 『行政手續法』(岩波書店, 1994), 169면; 兼子仁, “行政手續法の意義”, 『公法研究』, 제56호(1994), 150~151면; 阿部泰隆, “行政節次條例の仕組み”, 『都市問題』 제85권 제10호(1994.10), 40면; 兼子仁·磯部力, 『手續法的行政法學の理論』(勁草書房, 1995), 142면.

79) 서원우교수나 박윤훈교수가 기관위임사무 중에서도 자치사무에 속하는 것이 있으며, 기관위임사무처리과정에서 얻어지는 문서의 관리는 자치사무에 속하는 것으로 정보공개조례에 의한 공문서공개제도에 있어서는 기관위임사무에 관한 문서를 공문서의 범위에 포함시킬 수 있다고 보는 것은 일본에서 논의되는 것과 같은 맥락으로 이해된다(서원우, 앞의 글, 188면; 박윤훈, 앞의 글, 46면). 또한 김남진교수도 이미 처리된 기관위임사무는 지방자치단체의 사무로 볼 수 있다고 한다(김남진, 앞의 책, 668면).

80) 총무처의 1994년 1월의 조사통계에 따르면 지방자치단체가 수행하는 총 4,030개의 사무 중 기관위임사무는 47.6%인 1,920개이며, 이 중 시·도에 위임된 기관위임사무수는 1,674개이고, 시·군·구에 위임된 512개이며, 공통위임된 사무는 266개이다.

기관위임사무라는 것은 지방자치단체를 중앙정부의 하청기관화하고, 지방행정의 창의성·자율성을 저해하여 지방자치의 발전에 크게 장애가 되고 있다.<sup>82)</sup> 따라서 지방자치의 명목화를 방지하고 지방자치의 활성화를 위해서는 불필요한 기관위임사무의 대폭적인 지방이양과 더불어 지방의회의 관여의 폭을 확대하고,<sup>83)</sup> 기관위임사무에 대한 지역적 재량을 허용하여 조례의 규제대상으로 하면서 사후적으로 위법성을 감독하는 등의 기관위임사무에 대한 근본적인 개선이 요청된다.<sup>84)</sup>

한편, 기관위임사무의 근본적인 제도개선과는 별도로 해석론적인 방법에 의한 기관위임사무의 문제점을 해소하기 위한 과도기적인 방법으로 기관위임사무 그 자체와 그 처리결과 및 집행과정을 분리하여 후자를 자치사무로 보고 이에 대해서는 조례의 대상으로 하는 일본에서의 논의는 유효한 수단으로 한국에도 그대로 적용할 수 있을 것으로 본다. 따라서 지방자치단체는 기관위임사무의 집행절차 가운데 전국에 걸쳐 확일적으로 집행되어야 할 것으로 판단되는 것은 적용제외로 하면서 기관위임사무에 대한 행정절차를 조례로 정비할 수 있을 것으로 보인다.

그러나 이것은 어디까지나 학문적인 논의이며, 한국의 경우 당장은 이러한 해석이 받아들여질 가능성을 회박해 보인다. 대법원은 행정절차조례와 같은 맥락에서 볼 수 있는 행정정보공개조례에 대하여 『정보공개조례안은 국가위임사무가 아닌 자치사무 등에 관한 정보만을 공개대상으로 풀이되는 이상 반드시 전국적으로

81) 기관위임사무 중에는 지역개발 및 주민의 생활환경시설의 설치·관리에 관한 사무가 751개로 39.1%를 차지하고 있으며(김성호, “지방자치시대의 입법원칙”, 『입법조사연구』, 제242호(1996.12), 75면), 또한 주민의 최대관심사라고 할 수 있는 인·허가사무의 대부분은 국가사무인 기관위임사무로 처리되고 있다(김남진, 위의 책, 668면).

82) 기관위임사무의 일반적 문제점에 대해서는 서원우, “기관위임사무의 법적 제문제”, 『월간고시』, 1993년 8월호, 162면 ; 김남진, “위임행정의 현황과 문제점”, 『자치행정』, 1996년 3월호, 60면 이하 ; 阿部泰隆, 앞의 책, 596면 이하 등 참고.

83) 기관위임사무에 대해서는 지방의회의 관여가 원칙적으로 금지된다고 하나, 지방자치법은 제한적이지만 지방의회의 관여를 허용하고 있다. 즉, 예산은 기관위임사무에 관한 것이라고 하더라도 지방의회의 의결을 요하며(동법 제35조), 지방의회의 감사권한은 국회가 직접 감사하기로 한 사무 이외에는 기관위임사무에도 미친다(동법 제36조).

84) 현재 일본의 地方分權推進委員會는 기관위임사무가 지방자치에 미치는 문제점을 직시하고 지방분권화의 촉진을 위하여 중간보고의 형식으로 국가와 지방자치단체간의 관계를 조정하는 새로운 틀을 마련하면서 기관위임사무를 폐지할 것을 권고하고 있다. 이에 대한 자세한 것은 “地方分權と國·地方官階”, 『ジュリスト』 제1090호(1996.6.1), 4면 이하 참고.

통일된 기준에 따르게 할 것이 아니라 지방자치단체가 각 지역의 특성을 고려하여 자기 고유사무와 관련된 행정정보의 공개사무에 대하여 독자적으로 규율할 수 있다』고 판시하고 있다.<sup>85)</sup> 이를 반대해석하면 행정정보공개조례안이 기관위임사무에 관하여 작성 또는 취득한 문서까지 공개대상정보로 하는 경우에는 조례의 한계를 벗어나는 것으로 허용되지 않는다는 것이다. 대법원은 기관위임사무 그 자체뿐만 아니라 기관위임사무의 처리과정에서 얻어지는 문서의 관리까지 기관위임사무로 보고, 조례의 규율대상이 될 수 없는 것으로 보고 있다.<sup>86)</sup> 따라서 대법원은 특별한 입장의 변화가 없는 한 기관위임사무의 행정절차 역시 기관위임사무로 볼 것이기 때문에 지방자치단체는 행정절차조례를 제정함에 있어 당장은 기관위임사무는 그 대상에서 제외하고, 대신 기관위임사무의 행정절차의 정비는 지방자치단체의 규칙으로 정하는 것이 많은 노력을 들여 제정한 행정절차조례가 무효판결을 받음으로써 無爲가 되는 것을 방지하는 방안이 될 것이다.

## (2) 行政節次法 보다 強化된 節次를 規定할 수 있음

지방자치단체는 행정절차조례로 행정절차법이 규율하는 절차보다 엄격하고 강화된 절차를 정할 수 있는지의 여부가 문제될 수 있다. 예컨대, 이해관계있는 제3자의 행정절차에의 참가범위 확대, 불이익처분 일반에 대한 청문의 의무화 등 청문실시범위의 확대, 문서열람청구권의 의견질설 및 공청회절차로까지의 확대, 주민의 청문신청권의 인정, 불이익처분의 범위에 인허가의 거부처분(일부거부처분·부관부처분 포함) 포함, 이해관계인의 공청회개최신청권 인정, 청문주재자의 독립성장화, 처분기준제시청구권 등을 조례로 규율하는 것이 이러한 예에 속한다.

이 문제는 법률과 규제목적도 같고 규제대상도 모두 같지만, 규제의 내용만이 법률의 기준을 초과하는 이른 바, 超過條例의 문제이다. 초과조례에 대해서는 종래의 전통적인 엄격한 법률우위론 내지 법률선점론에 의하면 당연히 위법한 조례로써 그 효력이 부인된다고 할 것이다. 그러나 이 문제는 이렇게 획일적으로 판단할 문제는 아니다. 이 문제는 다음의 두 가지 경우로 나누어 고찰할 필요가 있다. 즉, 당해 법률의 규제가 전국적인 최고기준 내지 한도기준을 정한 것으로 해

85) 대판 1992. 6. 23, 92 추 17(청주시 행정정보공개조례안재의결취소사건).

86) 일본에서는 앞서의 논의가 이미 현실적으로 받아들여져 일본의 지방자치단체의 정보공개조례는 기관위임사무의 처리과정에서 작성된 문서도 공개대상정보로 규정하고 있다고 한다(兼子仁, 『自治體法學』(學陽書房, 1988), 105면; 阿部泰隆, 『行政の法システム(下)』(有斐閣, 1992), 604면).

석되는 경우와 전국적인 최소기준 내지 표준적인 기준을 정한 것으로 해석되는 경우에 따라 위법성 여부는 달라지게 된다. 즉 전자의 경우에는 법령이 정한 이상으로 조례를 정하는 것은 허용되지 않으며, 이를 위반한 조례는 위법이 된다. 이에 대하여 후자의 경우는 그 이상의 규제는 각 지방의 실정에 따라 지방자치단체가 자율적으로 규제하는 것을 허용하는 것으로 지방자치단체가 합리적인 이유에 근거하여 조례로 초과규제하더라도 이 조례는 법령에 위반하는 것은 아니다.<sup>87)</sup>

이러한 해석은 이미 오래전부터 일본에서는 보편화되어 있으며,<sup>88)</sup> 한국의 경우도 최근 대법원이 이러한 해석을 수용하고 있다. 즉, 대법원은 최근 『광주광역시동구저소득주민생계보호지원조례(안)』에 대한 무효확인판결에서 이 조례가 생활보호법이 정하고 있는 보호의 대상 및 방법을 확대하는 것이어서 상위법규인 생활보호법의 규정에 위배되는 것이라는 원고의 주장에 대하여 『조례가 규율하는 특정사항에 관하여 그것을 규율하는 국가의 법령이 이미 존재하는 경우에도 조례가 법령과 별도의 목적에 기하여 규율함을 의도하는 것으로서 그 적용에 의하여 법령의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하는 바가 없을 때, 또는 양자

87) 서원우, “조례제정권의 범위와 한계”, 『고시계』, 1993년 3월호, 190면 ; 김남진, 앞의 논문, 23~24면 ; 김동희, 앞의 책, 67면 ; 유상현, 앞의 논문, 68면.

88) 일본의 경우 超過條例는 특히 환경법의 영역에서 현저히 나타나고 있는 바, 대기오염방지법, 수질오염방지법 등 공해규제법은 특정시설의 설치에 관하여 신고제를 규정하고 있는 것에 대하여 東京都 公害防止條例나 京都府 公害防止條例 등은 허가제를 규정하고 있고, 또한 규제기준을 위반한 특정시설에 대하여 공해규제법은 사용방법이나 배치의 변경명령권만을 규정하고 있는 것에 대하여 위 조례 등은 일시정지명령까지 규정하고 있는 것이 이러한 예에 속한다(佐藤英善, 앞의 논문, 191면). 또한 超過條例의 허용성에 대하여 일본 최고재판소는 1975년 德島市公安條例事件에서 다음과 같이 판시하였다. 『조례가 국가의 법령에 위반하는가 아닌가는 양자의 대상사항과 규정문언을 대비할 뿐만 아니라 각자의 취지, 목적, 내용 및 효과를 비교하고, 양자 사이에 모순·저촉이 있는가의 여부에 따라 이를 결정하여야 한다. ……특정사항에 관하여 이를 규율하는 국가의 법령과 조례가 병존하는 경우에도 후자가 전자와는 다른 목적으로 규율하는 의도를 가지고 있으며, 그의 적용에 의하여 전자의 규정이 의도하는 목적과 효과를 전혀 저해하지 않는 경우라든가 양자가 동일한 목적을 가지고 있는 경우에도 국가의 법령이 반드시 전국적으로 동일내용을 일률적으로 규율하려는 것이 아니고, 각 자치단체가 그 지방의 실정에 따라 별도의 규제를 하는 것을 용인하는 취지로 새겨지는 경우에는 국가의 법령과 조례 사이에는 아무런 모순·저촉이 없으며, 조례가 국가의 법령에 위반하는 문제는 발생하지 않는 것이다』(最大判 1975.9.10, 刑集 29권 제8호, 489면).

가 동일한 목적에서 출발한 것이라고 할지라도 국가의 법령이 반드시 그 규정에 의하여 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용을 규율하려는 취지가 아니고 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도로 규율하는 것을 용인하는 취지라고 해석되는 때에는 그 조례가 국가의 법령에 위반되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. ……이 사건 조례안에 의하여 생활보호법 소정의 자활보호대상자 중 일부에 대하여 생계비를 지원한다고 하여 생활보호법이 의도하는 목적과 효과를 저해할 우려가 없다고 보여지며, 비록 생활보호법이 자활보호대상자에게는 생계비를 지원하지 아니하도록 규정하고 있다고 할지라도 그 규정에 의한 자활보호대상자에게는 전국에 걸쳐 일률적으로 동일한 내용의 보호만을 실시하여야 한다는 취지로는 보이지 아니하고, 각 지방자치단체가 그 지방의 실정에 맞게 별도의 생활보호를 실시하는 것을 용인하는 취지라고 보아야 할 것이므로 이 사건조례안의 내용이 생활보호법의 규정과 모순·저촉되는 것이라고는 할 수 없다』고 판결하고 있다.<sup>89)</sup>

이러한 논의와 판례를 전제로 할 때 행정절차법은 지방자치단체가 이 법보다 엄격하고 강화된 절차를 조례로 정하는 것을 금지하는 최고한도의 법률로서 해석될 여지는 있는가. 이에 대해서 보건대, 우선 행정절차는 국민의 자유나 권리를 제한하는 것이 아니기 때문에 전국에 걸쳐 一義的·一律적으로 규제하여야 할 합리적인 이유가 전혀 없다는 점, 『분만할 때에는 비록 작지만, 분만하고 난 뒤에는 국민의 의식수준의 고양과 더불어 크게 키울 수 있는 유연한 행정절차법을 제정하도록 최선을 다하였다』<sup>90)</sup>고 하는 입안과정을 고려할 때 행정절차법의 발전 가능성을 열어두고 있다는 점, 공정하고 투명하며 신뢰성 있는 행정절차의 확보라는 행정절차법의 취지를 보다 강화하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 지방자치단체가 창의성·자주성을 발휘하여 법률보다 엄격한 절차를 조례로써 실현하는 것이 입법정책상 오히려 바람직하다는 점 등을 고려할 때, 행정절차법은 조례로써 이 법보다 강화된 절차를 정하는 것을 금지하는 취지는 전혀 없다고 본다. 따라서 지방자치단체는 행정절차법의 제정과정에서 검토되었으나 최종적으로 채택되지 않은 안을 조례로 부활시키는 것도 가능하며, 또한 법률제정과정에서 저항이 커서 실현할 수 없었던 과제를 적극적으로 조례로 실현하는 등 지방자치단체는 필요한 경우 행정절차법보다 엄격하고 강화된 절차를 조례로 규정할 수

89) 대판 1997.4.24, 96 추 244.

90) 행정절차법 제정을 위한 공청회에서 김철용교수의 주제발표 내용. 총무처 조직국, 앞의 자료집, 488면.

있다고 본다.

### (3) 行政節次法 보다 緩和된 節次를 規定할 수 있음

지방자치단체는 행정절차조례로 행정절차법이 규율하는 절차보다 완화된 절차를 규정할 수 있는가가 문제된다. 예컨대, 처리기간·심시기준의 설정·공표의무의 노력의무로의 전환 내지 불이익처분에 한함, 행정청 행정절차비용부담원칙에서 당사자부담원칙으로의 전환, 접수증고부의무의 당사자의 신청시 교부하도록 하는 것 등이 이에 속한다.

이 문제는 위의 행정절차법이 규율하는 절차보다 엄격한 절차를 규정하는 것과 달리 행정절차법이 지방자치단체의 행정절차조례에 대하여 최저기준법으로서의 성격을 가지는가 아니면 표준법 내지 준칙법으로서의 성격을 가지는가의 문제이다. 행정절차법이 행정절차조례에 대하여 최저기준법인가 표준법인가는 조례로 법률보다 엄격하고 폭넓은 절차규제가 가능하다는 점에서는 같지만, 법률보다 완화하는 절차규제에 대해서는 최저기준법은 이를 인정하지 않는 것에 대하여 표준법은 이를 허용한다는 점에서 다르다.<sup>91)</sup>

생각건대, 행정절차법은 지방자치단체의 행정에 대하여 일종의 표준적인 성질을 가진다고 본다. 조례로서 법률의 규정을 완화하는 것은 타당하지 않는 것으로 볼 수도 있다. 그러나 지방자치단체의 행정규모는 경우에 따라 국가와는 비교할 수 없을 정도로 경미할 수도 있고, 지방자치단체 중에는 주민수가 1천만이 넘는 광역지방자치단체도 있고, 주민수가 수만에 지나지 않는 기초자치단체도 있으며, 또한 행정능력면에도 국가와 지방자치단체 및 지방자치단체 상호간에 상당한 격차가 있을 수 있기 때문에 때로는 절차의 간소화가 바람직한 경우도 있다. 따라서 헌법과 지방자치법이 보장하는 자치사무에 대하여 지방자치단체가 각자의 규

91) 일본에서는 조례나 규칙에 근거한 처분등이나 행정지도의 경우(즉, 행정절차법이 적용제외로 하고 있는 행정작용)에는 행정절차법은 행정절차조례에 최저기준을 정한 것으로 보는 최저기준법설과 일종의 표준적인 성질을 가진다는 표준법설이 대립하고 있으나 兼子仁教授(앞의 논문, 150면)를 제외한 다수의 학자들은 표준법설을 취하고 있는 것으로 보이며, 법령 등에 근거한 처분 등에 대해서는 표준법설을 취하는 견해는 없고, 최저기준법설이 타당하다는 것에 견해가 일치되어 있다고 한다. 이에 대해서는 室井力, “行政手続法と自治體”, 『判例地方自治』, 제123호(1994), 1면 이하; 佐藤英善, 앞의 책, 188면 이하; 阿部泰隆, 앞의 논문, 28면 이하; 室井力·紙野健二, 앞의 책, 33면 이하; 塩野宏, 『行政過程とその統制』(有斐閣, 1995), 256면; 塩野宏, “行政手続法の制定と今後の課題(座談會)”, 『ジュリスト』, 1039호(1994.2.15호), 28면 등 참고.

모나 지역주민의 수요, 지역의 사정에 따라 자주적이고 탄력적인 행정절차를 조례로 규정하는 것을 막는 것과 같은 해석을 할 필요는 없다고 본다. 행정절차법을 최저기준법으로 볼 경우에는 지방자치단체가 행정절차법의 취지에 따라 행정절차조례를 제정하는 경우에도 법률과 동등 또는 법률보다 엄격한 절차규제 이외에는 인정되지 않는 상당히 경직적인 해석을 하여야 하며, 이는 지방자치를 존중하는 설명이라고는 생각되지 않기 때문이다.

따라서 지방자치단체는 행정절차조례로 법률이 정하는 것보다 엄격한 절차를 정할 수 있을 뿐만 아니라 당해 지방자치단체의 규모나 행정능력 등의 실정을 고려하여 합리적인 이유가 있는 때에는 법률보다 완화된 절차를 규정할 수도 있는 것으로 본다. 그러나 지방자치단체는 조례로 행정절차법의 규율을 완화하는 경우에도 행정절차법의 취지를 충분히 고려하여 행정의 투명성·공정성확보에 노력하여야 하며, 행정절차법이 정하는 제절차의 표준성을 무시하고 행정절차법의 근간을 허트리는 것과 같은 절차조례가 바람직하지 않다는 것은 당연하다. 또한 완화의 정도에 있어서도 행정절차가 헌법의 적정절차의 이념을 구체화하는 것이라는 점에서 헌법상 일정한 한계가 있다는 것에 주의하여야 한다. 즉, 행정의 적정절차의 원리는 앞에서 본 것과 같이 그 근거를 헌법의 어떤 조항에서 구할 것인가와는 관계없이 헌법의 기본원리 가운데 하나이다. 따라서 불이익처분에 관하여 이유부기나 의견청취절차를 규정하지 않는 것은 위헌적인 조례가 된다. 또한 행정지도의 경우에 행정지도의 임의성의 원칙(동법 제48조)은 법률에 근거하지 않고는 국민의 권리와 자유를 제한할 수 없다는 헌법상의 법치행정의 원칙(김해유보의 원칙)에서 도출되는 원리이기 때문에 조례로 이를 완화하는 규정을 두는 것은 허용되지 않는다.

#### (4) 行政節次法の 規律對象 밖의 行政作用에 대한 節次規制

행정절차법이 규율하고 있지 않는 행정작용, 예컨대, 행정계획, 공법상 계약 등의 사전절차적 규율도 조례로서 가능한가의 문제이다. 이는 법령과 동일한 목적으로 규제하되, 그 규제대상만을 추가하여 규제하는 追加條例의 문제이다.

추가조례의 가능성은 일반적으로 다음의 경우를 나누어 고찰하는 것이 타당하다. 우선 법령의 취지가 당해 규제으로써 충분하다고 판단되어 규제의 대상밖에 두고 있는 경우에는 조례로써 이에 관해 규제하는 것은 허용되지 않는다. 반면에 규제하지 않은 취지가 국가의 무관심에 있다던가 국가가 전국적인 규제를 할 필요성을 인정하지 않을 뿐, 지방의 실정에 따라 특별한 규제를 가하는 것을 금지

하지 않는 것으로 새겨지는 경우에는 이에 대한 조례에 의한 규제는 가능하다고 보아야 한다.<sup>92)</sup>

생각건대, 헌법상 적정절차의 원리에서 볼 때, 행정절차법에서 규율하지 못한 행정계획이나 공법상 계약 등에 대하여 지방자치단체가 당해 자치단체의 여건을 고려하여 스스로 조례로써 규제하는 것을 금지할 하등의 이유가 없다고 본다. 즉, 행정절차법은 이 법이 규율하고 있지 않는 행정계획이나 공법상 계약에 대해서는 규제의 필요성이 없기 때문에 어떠한 형식의 규제도 하지 말고 전적으로 행정청의 재량에 맡겨야 한다는 취지가 아님은 명백하다. 오히려 행정절차법의 목적이 국민의 행정참여와 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성의 향상을 통한 국민 권익의 보호에 있음을 고려할 때, 행정절차법이 여건의 미성숙·시기상조 등의 이유로 규율하지 못한 이들 행정작용에 대하여 지방자치단체의 차원에서 조례로써 사전절차를 규율하는 것이 이 법의 목적에 더욱 더 부합하는 것이 될 것이다. 따라서 행정절차법이 이들에 대하여 사전절차를 조례로써 규제하는 것을 금지하는 것으로는 전혀 해석되지 않는다.<sup>93)</sup>

앞에서 본 것과 같이 현대행정에 있어 행정계획이나 공법상 계약 등은 사전절차의 법적 규율이 가장 절실히 요청되는 행정작용의 분야이다. 따라서 지방자치단체는 일반행정절차를 제정함에 있어 이들에 대한 사전절차를 진취적이고 적극적으로 규정할 필요가 있으며, 이는 동시에 아래로부터 행정절차법의 불비를 시정하는 것이 될 것이다.

---

92) 김남진, “조례제정의 법적 문제 : 조례제정권의 범위와 한계를 중심으로”, 『법제연구』 제9호(한국법제연구원, 1995), 24~25면 ; 서원우, 앞의 논문, 190면; 박송규, 앞의 논문, 75~76면 ; 김동희, 앞의 책, 67면. 또한 추가조례는 한국에서도 이미 그 예를 찾아 볼 수 있는 바, 『서울특별시 생활폐기물관리예관한조례』가 그것이다. 즉, 이 조례의 근거법률인 폐기물관리법 제15조제2항은 『생활폐기물배출자는 시·군·구의 조례가 정하는 바에 따라 제1항의 규정에 의하여 스스로 처리할 수 없는 생활폐기물을 종류·성상별로 분리하여 보관하여야 한다』고 규정하고 있는 것에 대하여 이 조례 제6조는 제1호 및 제2호에서 연탄재와 비연탄재의 분리보관 등을 규정하면서 제3호에서는 『보관된 쓰레기는 지정된 시간과 장소에 내어 놓아야 한다』고 규정하여 법령이 미처 규정하지 못한 『시간과 장소』를 조례로써 추가하여 규정하고 있다.

93) 행정절차법이 행정절차조례의 방향과 기준을 제시하지 않음으로써 행정절차조례의 형성가능성이 봉쇄되었다는 견해도 봉쇄된 것은 행정절차법이 규율하고 있는 행정작용에 한하고, 행정절차법이 규율하고 있지 않는 사항에 대해서는 여전히 조례형성의 가능성이 있다고 하고 있는 바(홍준형, 앞의 논문, 46면), 이 점에 있어서는 필자의 생각과 같은 것으로 보인다.



## 第5章 行政節次條例의 內容

### I. 行政節次法の 規律對象인 行政作用에 대한 行政節次條例

#### 1. 總則規定

총칙규정에서는 행정절차조례의 제정목적, 주요용어의 정의, 적용범위(적용제외), 행정절차의 일반원칙 및 행정청의 관할, 당사자 및 이해관계인, 송달, 기간, 비용 등 행정청과 주민간 행정절차조례의 해석과 집행상 혼란을 초래할 수 있는 부분에 대하여 명확히 규정한다.<sup>94)</sup>

##### (1) 目的

###### 가. “行政의 民主性” 補充

목적조항은 조례의 목표가치 내지 이념을 선언하고, 각 조항 해석의 기준이 되는 것이기 때문에 각 조항들은 당해 조례의 목적과 상응여부를 면밀히 검토하면서 규정되어야 한다. 그런데 행정절차법은 87년 행정절차법안이나 94년 행정절차법안의 목적조항에 규정되어 있던 “행정 민주성”이라는 이념이 빠져 있다. 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성의 확보는 행정의 민주성을 달성하기 위한 요소가 되는 것이라는 점에서 행정의 민주성은 행정절차의 최고 상위이념이라고 할 수 있다. 경우에 따라서는 “국민의 행정참여”를 “행정의 민주성”으로 해석할 수도 있겠으나, 행정절차조례의 목적조항에 행정절차의 최고 상위이념인 “행정의 민주성”을 명시적으로 규정할 필요가 있다.

###### 나. 目的의 規定形式

조례를 제정하는 경우 조례의 제정목적으로 첫 조문에 두는 것이 상례이다. 그

---

94) 행정절차조례의 규율내용 중 많은 부분은 행정절차법의 내용을 그대로 차용할 수 있을 것이기 때문에 여기서는 행정절차법 중 행정절차조례에서 보완이 필요한 부분에 대해서만 살펴보기로 한다.

러나 행정절차조례는 주민을 위한 “절차적 권리장전”으로도 평가할 수 있기 때문에 헌법과 같이 행정절차조례제정의 목적과 제정취지·이념을 쏘文의 형식으로 규정하는 것도 한 방법이 될 수 있을 것 같다. 일본의 東京府 행정절차조례가 이러한 전문형식을 취하고 있다.<sup>95)</sup>

## (2) 用語定義

용어의 정의는 행정절차조례에서 사용되는 기본적인 용어들의 개념을 명확하게 함으로서 해석상의 혼란을 방지함에 그 목적이 있다.

### 가. 行政處分

처분의 개념과 관련해서는 학설과 판례는 실체법적 처분개념과 쟁송법적 처분개념이 대립하고 있다. 이에 대하여 경실련의 행정절차조례안은 행정절차법의 처분의 개념과는 달리 『기타 이에 준하는 행정작용』을 삭제하고, 『행정청이 공권력을 행사하여 국민의 구체적인 권리 또는 의무에 직접적인 변동을 가져오는 공법상의 행위』로 정의하여 강학상의 실체법적 처분개념과 일치되도록 정의하고 있다.<sup>96)</sup>

생각건대, 행정처분은 행정법의 일반개념이기 때문에 행정실체법이든 절차법이든 쟁송법이든 그 범위가 일치하는 것이 정상적인 것이다. 그러나 그 범위에 차이를 둔다면 행정절차는 구체적인 권익을 현실적으로 구제하는 행정쟁송과는 달리 앞으로 국민이나 주민의 권익구제문제가 발생하지 않도록 사전구제적 예방적 의미를 가지는 것이므로 쟁송법상의 처분개념보다는 그 범위가 넓어야 한다. 이런 점에서 규정형식상 쟁송법상의 처분개념보다 그 범위를 좁게 규정하고 있는 경실련의 처분개념은 행정절차의 처분개념으로는 타당하지 않다고 본다. 또한 조

---

95) 참고로 동경부의 행정절차조례의 전문은 다음과 같다. 『공평·공정하고 府民이 쉽게 알 수 있는 행정운영은 府政에 대한 이해와 신뢰를 한층 높이고 풍요로운 지역사회를 형성하기 위하여 매우 중요하다. 또한 행정상의 의사결정에 대하여 그 내용 및 과정을 부민에게 명확하게 하는 것은 府의 정보공개제도와 더불어 府民參加의 열린 府政을 일층 추진함에 있어 흠결할 수 없는 것이다. 이와 같은 인식하에 지역의 실정을 배려하면서 시대에 조응한 새로운 행정운영을 지향하고, 처분·행정지도 및 신고에 관한 절차에 관하여 공통적인 사항을 정함으로써 府의 행정운영의 공정성확보와 투명성의 향상을 도모하고, 府民의 권리이익의 보호에 기여하기 위하여 이 조례를 제정한다』.

96) 이렇게 규정한 취지에 대해서는 홍준형·김성수·김유환, 앞의 책, 193~194면 참고.

례 차원에서 행정법의 기본개념 중의 하나인 처분개념을 행정절차법과 다르게 규정하는 것은 조례의 시행시에 해석상의 문제점이 발생할 수 있기 때문에 타당하지 않다. 따라서 행정절차조례상의 처분의 개념은 행정절차법과 같이 행정소송법이나 행정심판법을 비롯한 각종 실정법에서 정의되고 있는 처분의 개념을 그대로 규정하고, 그 범위는 학설이나 판례에 의하여 구체화하는 것이 타당할 것이다.

#### 나. 當事者等

행정절차법은 당사자등에 대하여 “행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자와 행정청이 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하게 한 이해관계인을 말한다”고 정의하고 있다.

당해 정의에서 문제되는 것은 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하게 하는 이해관계인의 구체적인 판단기준 내지 요건이 제시되어 있지 않다는 점이다. 따라서 행정청은 아무런 이해관계가 없는 자에 대해서도 직권으로 행정절차에 참여하도록 할 수 있는 반면에, 반대로 엄격하게 행정재송에 있어서와 같이 법률상 이익을 침해받은 이해관계인에 한해서 행정절차에 참여하게 할 수도 있는 것이다. 따라서 극단적으로 말하면 이해관계인의 창시자는 당해 행정청이 되는 것이다.

현대 행정은 건축법이나 환경법 등의 분야에서 하나의 행정처분이면서 2인 이상의 당사자를 가지며 그 중 적어도 1인 이상에게 이익을 부여하고, 동시에 다른 1인 이상에게는 불이익을 과하는 이중효과적 처분의 성질을 가지는 것이 특징이기 때문에 행정절차에 있어 이해관계인의 보호는 특히 중요한 의미를 가진다. 따라서 행정절차에 있어 “당사자등”에서는 이해관계인의 구체적인 범위와 이해관계인의 행정절차참가신청권을 명확히 규정하는 것이 특히 중요하다. 그리고 행정절차가 국민 내지 주민의 참여와 동의 속에 이루어가는 사전구체절차라는 점에서 행정소송에의 참가보다 그 범위를 넓게 인정하여 법률상 이익을 침해받은 자뿐만 아니라 사실상의 이익을 침해받은 자에게도 절차참여의 기회가 보장되어야 한다는 것도 당연하다. 이러한 점을 고려하여 행정절차조례에서는 “당사자등”에 대해서 다음과 같이 정의한다. 또한 행정절차조례에서는 이해관계자의 행정참여를 보다 명확히 보장하기 위하여 이해관계인의 참여가 보장되어야 할 처분의 사전통지·청문·공청회 등의 규정에 이해관계인의 행정절차참여신청권을 별도로 규정할 것이 요청된다.

『당사자등이라 함은 행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자와 행정청의 처분에 의하여 자신의 법률상 또는 사실상의 이익에 영향을 받은 이해관계자로서 행정청이 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하게 한 자를 말한다』.

#### 다. 申 請

행정절차법은 처분절차에 대하여 구성체계상 신청에 의한 처분과 불이익처분을 구별하지 않고 통일적으로 규율하고 있다. 그러나 뒤에서 보는 것과 같이 처분절차는 신청에 대한 처분과 불이익처분을 구분하여 규정하는 것이 체계상 보다 명확하다는 입장에서 서게 되면, 정의규정에 신청과 불이익처분의 개념을 명확하게 규정할 필요가 있다.

행정활동 중에는 국민·주민의 신청에 근거하여 행정청이 권한을 행사하는 것이 있다. 이 중 국민 또는 주민의 신청에 대하여 행정청이 어떠한 응답을 할 의무가 있는 것을 申請對應形行政活動이라고 하며, 이러한 신청대응형행정활동에서 보장되고 있는 국민·주민의 신청에 대한 권리를 신청권이라고 한다. 신청권은 절차법상의 권리이기 때문에 그 성립은 실체법상의 권리의 유무와 관계가 없다. 즉, 실체법상 구체적인 청구권으로 보장되어 있지 않는 경우라 하더라도 신청에 대한 행정청의 부작위는 절차적 권리의 침해가 된다. 신청권의 내용은 신청에 대하여 행정청은 그것의 적법여부와 관계없이 상당한 기간내에 응답을 하여야 한다는 것과 그 응답은 법이 정하는 절차에 따라 법에 적합한 내용이어야 한다는 것이다. 신청자가 절차과정에서 신청권을 충분히 행사하기 위해서는 신청권의 내용이 법적으로 사전에 명확하게 되어 있는 것이 중요하다.

이에 대하여 행정절차법은 신청절차에 있어서의 신속하고 투명한 처리를 도모하고 신청자의 권리보호를 위한 규정(동법 제17조 내지 제19조)을 두고 있으나, 신청에 대한 정의는 두고 있지 않다. 따라서 행정절차조례는 정의규정에 『신청』에 대한 정의를 명확히 규정해 둘 필요가 있다. 행정절차조례에서 신청은 다음과 같이 정의한다.

『법령에 근거하여 행정청의 허가, 인가, 면허 기타 자기에게 어떠한 이익이 되는 처분(이하에서는 『인허가등』이라 한다)을 청구하는 행위로서 당해 행위에 대하여 행정청이 승낙의 여부를 응답하여야 하는 행위를 말한다』.

## 라. 不利益處分

불이익처분이란 상대방에게 의무를 과하거나 그 권리·이익을 박탈하는 것과 같이 국민에게 불이익을 주는 행정처분으로, 예컨대 신청에 대한 처분의 취소·철회나 하명 등이 이에 해당한다. 행정절차법은 불이익처분을 정의하고 있지 않으나 내용상 불이익처분절차에 해당하는 처분의 사전통지(동법 제21조)에서 『당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분』을 불이익처분으로 하고 있다. 이에 의할 경우 거부처분 등이 행정절차법상의 불이익처분에 해당하지는지가 불분명하다. 신청에 대한 거부처분도 하명과 같은 적극적 불이익처분 못지 않는 중대한 불이익처분에 해당한다. 또한 부관부처분도 많은 경우 처분의 상대방에게 불이익적인 효과를 발생하게 하며, 기한부처분의 갱신거부처분도 기한의 갱신을 하지 않으면 인허가를 받아 영위하는 사업을 더 이상 영위할 수 없게 때문에 중대한 불이익처분에 해당한다.

따라서 행정절차조례에서 주민의 권리를 보다 폭넓게 보호한다는 측면에서 불이익처분에 이러한 거부처분(일부거부처분 포함) 및 부관부처분이 포함된다는 것을 명시적으로 규정할 필요가 있다. 이러한 점을 고려하여 행정절차조례에서는 불이익처분에 대해서 다음과 같이 규정하면 될 것으로 본다.

『불이익처분이라 함은 행정청이 당사자등에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 말한다. 신청을 전면적으로 인용하는 처분 외의 처분은 이를 불이익처분으로 본다』.

### (3) 適用範圍

행정절차조례가 당해 지방자치단체의 관할구역 안에서 행하는 행정작용의 절차에 관한 일반조례임을 명시하고, 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란한 사항, 개별조례에서 특별한 절차를 규정하고 있는 사항, 기타 행정절차에 친하지 않다고 판단되는 사항 등에 대하여 구체적인 적용제외를 규정한다.

행정절차조례에서 적용제외를 정함에 있어 특히 주의할 것은 적용제외사항을 하위의 규칙으로 정할 수 있도록 하는 위임규정을 두어서는 아니된다는 것이다. 행정절차법은 적용제외사항과 관련하여 『……행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로 대통령령으로 정하는 사항』(동법 제3조제2항제9호)에 대해서 행정절차법의 적용을 배제시키고 있다. 이 규정은 대통령령으로 법률의 적용을 배제하는

것이므로 위임입법의 한계를 벗어나는 것으로서 위헌성의 문제가 제기되고 있다.97) 따라서 행정절차조례는 당해 조례를 무의미하게 할 우려가 있는 하위 규칙에 적용제외사항을 정할 수 있도록 위임을 하지 말고, 당해 조례에서 보다 구체적이고 상세하게 적용제외사항을 규정하는 것이 바른 입법태도이다.98)

#### (4) 一般原則

96년 행정절차법 시안 제5조는 『행정절차의 일반원칙』이라는 제목하에 다음의 내용을 규정하고 있었다.

- ①행정청이 그 직무를 수행함에 있어서는 신의에 따라 성실히 행하여야 한다.
- ②행정은 객관적 기준과 절차에 따라 운영되어야 한다.
- ③행정과정에서 이루어지는 행정청의 의사표시는 그 내용이 구체적이고 명확하여야 하며, 의사표시의 근거가 되는 법령 등의 내용이 명확하지 아니한 경우 당사자들은 관할 행정청에 그 해석을 요구할 수 있으며 당해 관할행정청은 이에 응하여야 한다.
- ④행정기준의 설정 및 행정수단의 선택에 있어 국민의 권익에 대한 제약은 법령 등이 정한 행정목적 달성을 데 필요한 최소한의 범위에 국한되어야 한다.
- ⑤행정청은 그 직무를 수행함에 있어 관련되는 제반 이익을 비교·형량하여야 한다.
- ⑥행정청은 재량권을 수권의 목적에 상응하게 행사하여야 하며, 그 법적 한계를 준수하여야 한다.

즉, 제1항은 신의성실의 원칙, 제2항은 행정의 자기구속의 원칙, 제3항은 명확성의 원칙, 제4항은 비례의 원칙 중 필요성의 원칙(최소침해의 원칙), 제5항은 좁은 의미의 비례원칙(상당성의 원칙) 그리고 제6항은 재량권의 한계를 각각 규정한 것이다. 행정절차의 일반원칙을 행정절차법에 규정하는 것에 대해서는 행정절차법제정심의과정과 공청회 등에서 행정법의 일반원칙과 행정절차의 일반원칙

---

97) 홍준형, 앞의 논문, 45~46면 ; 신봉기, 『행정절차법 제정의 필요성과 입법방향』(경실련 토론회 자료집, 1996.6.1), 38면 ; 동인, 앞의 논문, 255~257면.

98) 독일이나 일본의 행정절차법도 적용제외를 규정하고 있으나 각령에 대한 위임규정을 두고 있지 않다. 특히 일본의 행정절차법은 제3조와 제4조에 걸쳐 매우 광범위한 적용제외를 정하고 있는 바, 이러한 입법태도가 오히려 한국식의 대통령령으로 제외사항을 행정부에 위임하는 것보다 훨씬 발전된 입법태도라고 한다(신봉기, 앞의 자료집, 38면).

의 구분의 곤란성, 법적 구속력이 없음, 규정시 행정청의 부담 및 재량권부여의 취지에 반함 등을 이유로 많은 논란이 있었으며, 99) 이러한 논란의 과정에서 결국 행정절차법은 시안 제5조의 일반원칙을 삭제하고, 그 내용 중 일부를 “신의성실 및 신뢰보호”와 “투명성”이라는 제목으로 제4조 및 제5조에 각각 규정하게 되었다.

그러나 행정절차에만 적용될 수 있는 일반원칙을 규명하는 것도 중요하지만, 행정법의 일반원칙은 행정법의 모든 분야에서 적용되고 지배되는 일반적 원리를 말하는 바, 행정실체법이나 행정절차법이나를 떠나 모든 행정법관계에서 그대로 적용되는 것이고, 이러한 원칙들은 실정법의 규정여부를 떠나 그 근거에 따라 헌법적 또는 법적 구속력이 인정되며, 따라서 행정청을 구속하고<sup>100)</sup> 또한 행정재량의 경우 그 절차적 통제가 무엇보다 요청된다는 점에서 앞의 이유들은 행정절

---

99) 행정절차의 일반원칙에 대해서는 행정절차법제정심의위원회 소위원회에서 ①행정절차에 관한 일반원칙이 이론상으로도 아직 확립된 바 없을 뿐만 아니라 이를 명문화한 입법례도 없다는 점 ②시안의 내용이 행정절차법의 일반원칙인지 행정법의 일반원칙인지 명확하고 않고, 또 그 규율내용이 정제되어 있지 못하다는 점 ③만일 명문화한다면 행정절차법의 운영과정에서는 말할 나위 없고, 그 외의 국면에서도 행정청에게 부담으로 작용할 것이라는 점을 이유로 논란이 많았다고 한다(김철용, “행정절차법 시안의 내용과 과제” 주제발표문(총무처 조직국, 앞의 자료집), 29면). 또한 공청회 과정에서도 시안 제5조의 행정절차의 일반원칙에 대해서 제1항은 신의성실의 원칙이라 하나 너무나 당연한 얘기로 법적 구속력이 없다. 제2항은 기속처분의 경우에는 당연한 사항이나, 재량처분의 경우에는 지나치게 구체적으로 정하도록 하는 것은 재량권의 부여취지에 어긋난다. 제3항은 처분을 하기 전에 당사자들이 행정청이 적용하려는 내용에 대해 물어본다는 의미가 있으나 행정청이 해석을 해주었을 경우 이후에 해석과 다른 처분을 할 수 없는 것인가하는 등 실제 적용에 문제가 많다. 제4항은 비례의 원칙을 명문화한 것이나 이미 판례상 일반화된 것이고 행정절차의 일반원칙이라 할 수 없다. 제5항은 재량처분에 있어서의 비교형량의 원칙을 명문화한 것이나 행정절차법에 규율할 사항이 아니다. 제6항은 재량처분이 위법하게 되는 사유에 해당하는 것으로 행정절차의 일반원칙이 아니라는 비판이 제기되었다(행정절차법 제정을 위한 공청회에서 토론자로 참여한 김동희교수의 의견(총무처 조직국, 위의 자료집, 491~492면)). 행정절차의 일반원칙에 대한 행정절차법제정심의위원회 소위원회 등에서의 구체적 논의에 대한 자세한 것은 총무처 조직국, 위의 자료집, 445~448면 ; 오준근, “행정절차의 일반원칙”, 『고시계』, 1997년 7월호, 15면 이하 참고.

100) 김동희교수는 법령해석요청권의 경우 그 효력이 문제된다고 하나 이는 신뢰보호의 원칙에 의하여 해결하면 될 것이기 때문에 실제 적용상 전혀 문제되지 않을 것으로 생각된다.

차법에 행정절차의 일반원칙을 규정하지 못할 이유가 되지 않는다고 생각된다.

일반원칙을 행정절차법에 규정하는 것은 그 내용이 실체적이나 절차적이나를 떠나 창설적 의미는 없고 단지 선언적 의미만을 가지는 것이지만, 공무원이 행정절차법을 해석·운용하는데 있어서 지켜야 할 최소한의 규범으로 행정절차법에 이를 명시적으로 규정하는 것은 행정절차의 목적인 행정의 공정성·투명성·신뢰성을 향상시키는데 상당한 의의가 있을 것으로 생각한다.

따라서 지방자치단체는 행정절차조례에서 행정절차법의 제4조와 제5조를 통합하고, 또한 시안에서는 규정하지 않은 평등의 원칙<sup>101)</sup>을 보강하여 행정절차의 일반원칙을 다음과 같이 명시적으로 규정하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

『제○조 (행정절차의 일반원칙) ①행정청이 직무를 수행함에 있어서는 신의에 따라 성실히 행하여야 한다.

②행정청은 법령, 조례, 규칙의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 주민에게 받아들여진 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 당사자등에게 불리하게 처리하여서는 아니된다.

③행정청이 행하는 행정작용은 그 내용이 구체적이고 명확하여야 한다. 행정작용의 근거가 되는 법령, 조례, 규칙의 내용이 명확하지 아니한 경우 당사자등은 관할 행정청에 그 해석을 요구할 수 있으며 당해 관할행정청은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

④행정청은 객관적 기준과 절차에 따라 행정을 운영하여야 하며, 특별한 합리적인 이유가 없는 한 당사자등을 공평하게 대우하여야 한다.

⑤행정기준의 설정 및 행정수단의 선택에 있어 주민의 권익에 대한 제약은 법령, 조례, 규칙이 정한 행정목적의 달성에 데 필요한 최소한의 범위에 국한되어야 한다.

⑥행정청은 그 직무를 수행함에 있어 관련되는 제반 이익을 비교·형량하여야 한다.

⑦행정청은 재량권을 수권의 목적에 상응하게 행사하여야 하며, 그 법적 한계를 준수하여야 한다.』

101) 평등의 원칙은 의견청취, 청문·공청회주재자의 독립성, 이해관계인의 행정절차참여, 공청회의 발표자와 의견진술자의 공평성 등 행정절차에서의 소위 무기평등의 원칙으로 그대로 타당하게 적용되는 법원칙이다.



## (5) 代表者

### 가. 選定代表者의 數 擴大

행정절차법은 다수의 당사자등이 공동으로 행정절차에 참가하는 경우 당사자등이 대표자를 선정하지 않거나 대표자를 지나치게 많이 선정하는 때에는 3인 이내의 대표자를 선정하여 줄 것을 요청하고, 당사자등이 행정청의 대표자의 선정요청에 응하지 않을 때에는 행정청이 직접 선정할 수 있도록 하고 있다(동법 제11조제2항). 그러나 이는 지나치게 행정의 능률과 신속성측면만을 강조한 느낌이다. 경우에 따라서는 당사자가 수백명에 이르는 대량절차에 대응할 필요성이 있으므로 행정절차조례에서는 대표자가 당사자등의 의사를 충분히 대표할 수 있도록 행정청이 요청하는 대표자의 수를 확대할 필요가 있을 것으로 본다.

### 나. 代表者의 解任要件 明示

행정절차법은 당사자등이 대표자를 변경 또는 해임할 수 있도록 규정(동조제3항)하고 있으나 그 요건을 규정하고 있지 않다. 대표자의 선임은 사적 영역에 해당하나 대표자의 변경·해임을 둘러싼 갈등은 행정절차지연의 증대한 사유가 될 수 있으므로 전적으로 사적 영역이라고만도 할 수 없을 것이다. 따라서 행정절차조례에서는 당사자등간에 대표자의 변경 또는 해임을 둘러싼 갈등의 소지를 제거하기 위하여 대표자의 변경·해임에 관한 요건을 정할 필요가 있다. 다음과 같이 규정한다.

『당사자등은 대표자를 구성원 과반수의 동의에 의해 변경 또는 해임할 수 있다.』

## (6) 行政廳의 代理人指定權

행정절차법은 대리인의 선임이 사적 영역에 해당한다는 이유로 행정청의 대리인선임권을 규정하고 있지 않다. 그러나 대리에는 임의대리뿐만 법정대리도 있다. 따라서 행정절차조례에서는 당사자등의 권익의 보호를 위하여 당사자등의 신원을 알 수 없거나 또는 당사자등의 주소를 알 수 없을 때에는 행정청으로 하여금 당사자등을 위한 대리인을 선임하도록 할 필요가 있다.

## (7) 輔佐人

행정절차법은 당사자등에 대하여 대리인과 대표자만을 규정하고 보좌인에 대해

서는 규정하고 있지 않다. 그러나 대리는 의사표시를 내용으로 하는 법률행위에만 인정되고, 사실행위에 관해서는 대리는 인정되지 않는다.<sup>102)</sup> 따라서 행정절차조례에서는 사실행위나 준법률행위적 행정행위에 있어서 당사자등의 능력을 보충하기 위한 보좌인에 대하여 규정할 필요가 있다.

## (8) 行政自動決定節次에 대한 特例

행정절차법은 행정자동화결정에 따른 행정절차에 대하여 이렇다할 규정을 두고 있지 않다. 그러나 행정자동화결정은 송달, 행정처분의 신청, 사전통지, 청문, 이의부기, 행정처분의 정정 등에서 일반적인 행정절차에 대하여 특례를 인정할 필요성이 많다. 따라서 행정절차조례에는 정보화사회에 따른 행정자동화절차에 대해서는 규칙으로 자세한 규정을 둘 수 있도록 위임의 근거규정을 둘 필요가 있다.

## (9) 送 達

### 가. 郵便에 의한 送達方法

행정절차법은 우편에 의한 송달의 경우 어떠한 종류의 우편수단을 사용할 것인지에 대해서 규정하고 있지 않다. 따라서 행정절차조례에서는 우편에 의한 송달수단과 관련하여 행정청과 당사자등간에 분쟁이 발생할 수 있으므로 그 방법을 명시적으로 규정할 필요가 있다. 다음과 같이 규정한다.

『우편에 의한 송달은 통상우편에 의하되 행정청이 필요하다고 인정하는 때에는 특수우편에 의할 수 있다』.

### 나. 公示送達

행정절차법은 공고에 의한 송달을 송달받을 자의 주소를 알 수 없거나 송달이 불가능한 경우로 규정하고 있다(동법 제14조제4항). 송달이 불가능한 경우에 구체적으로 당사자등이 수백명에 이르는 대량절차가 포함되는지의 여부가 불분명하다. 당사자가 수백명에 이르는 대량절차의 경우 이를 일일이 교부나 우편의 방법에 의하여 송달한다면 행정절차는 상당히 지연될 것이다. 따라서 행정절차조례에서는 행정절차의 신속한 진행을 위하여 당사자등이 300명이상인 경우에는 공시

102) 곽윤직, 『민법총칙』(박영사, 1985), 402면.

송달에 의한다는 취지를 명시적으로 규정할 필요가 있다. 이 경우 방법은 동법 제14조제4항에 이를 규정하거나 또는 경실련 행정절차조례안 제11조제7항과 같이 별도의 조항을 두는 방법이 있을 것이다. 전자의 방법이 입법경제상 타당할 것으로 본다.

### (10) 期間·期限의 特例

행정절차법은 우편에 의한 송달에 소요된 일수의 기간 및 기한에의 산입여부에 대하여 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 그러나 우편에 의한 송달에 소요된 일수는 기간이나 기한의 계산과 관련하여 행정청과 국민 또는 주민간에 분쟁이 발생할 여지가 있다. 행정절차조례제도의 운영은 주민 편의위주의 행정을 통한 권익구제에 있으므로 행정절차의 당사자들의 이익을 위하여 소요일수에 대한 특례를 인정할 필요가 있다. 따라서 행정절차조례에서는 경실련 행정절차조례안 제14조제1항과 같이 우편에 의한 송달에 소요된 일수는 기간 및 기한의 계산에 산입하지 않는다는 취지를 명시적으로 규정하여야 할 것이다.

한편 경실련 행정절차조례안은 외국에 거주 또는 체류하는 자에 대한 기간 및 기한에 대하여 조례에서 정한 기간 및 기간에 일률적으로 15일 더하여 계산하도록 하고 있으나(동조례안 제14조제3항), 국가별로 우편이나 통신사정이 다를 것이므로 이를 일률적으로 하는 것보다는 각 국가별 대륙별로 우편이나 통신사정을 고려하여 규칙에 개별적으로 규정하는 것이 타당하다.

### (11) 文書閱覽 및 秘密維持

행정절차법 제37조는 문서의 열람 및 비밀유지에 대하여 규정하고 있다. 그런데 행정절차법의 문서열람 및 비밀유지규정의 문제점은 첫째, 열람의 대상을 문서로 한정하고 있다는 점이며, 둘째, 문서의 열람을 처분절차 중 청문에 한하여 청문의 통지가 있는 날로부터 청문이 끝날 때까지로 제한하고 있다는 점이다.

현행법상 문서·자료·정보는 각각 구분되는 개념으로 선택에 신중을 기하여야 한다. 일반적으로 문서라 함은 행정기관 내부 또는 상호간이나 대외적으로 공무상 작성 또는 시행되고 있는 행정기관의 장의 결재를 받은 문서(도면·사진·디스크·테이프·필름·슬라이드·전자문서 등의 특수매체기록을 포함)을 말한다. 즉, 문서는 행정기관의 장의 결재가 있는 것에 한한다(문서관리규정 제3조제1호 및 제8조 참조). 이에 대하여 자료는 행정기관이 생산 또는 취득하는 각종 기록

물로서 행정기관에서 상당기간에 걸쳐 보존 또는 활용가치가 있는 도서·사진·디스크·테이프·필름·슬라이드 기타 각종 형태의 기록물 중 문서를 제외한 것을 말한다(동규정 제3조제4호). 한편, 정보는 행정기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 컴퓨터에 의하여 처리되는 매체 등에 기록된 사항을 말한다(공공기관의정보공개에관한법률 제2조제1호). 즉 정보는 문서와 자료를 합친 상위의 개념인 것이다.

이러한 정의에 의할 경우 당사자등이 행정절차에서 자신의 권익을 주장하거나 방어하기 위하여 필요한 문서 등을 열람·복사하여 사전에 의견개진을 위한 철저한 준비가 요청된다는 점과 이를 위한 대부분의 문서 등이 행정청의 수중에 있다는 점을 고려할 때 열람의 대상을 문서에 한정하는 것은 지나치게 협소한 것으로 생각된다. 따라서 행정절차법상의 문서 열람제도에서의 열람대상이 되는 문서는 당해 행정작용의 근거가 되는 사실상의 자료에까지 확대될 필요가 있다.

또한 행정절차법은 당사자등의 문서열람청구를 청문에 한하여 그것도 청문의 통지가 있는 날로부터 청문이 끝날 때까지로 대폭 축소·제한하고 있다. 행정절차에 있어 의견제출(청문포함)과 문서 등의 열람은 불가분의 관계에 있다. 당사자등은 사전통지 등에 의하여 장래에 자신에 대하여 어떠한 처분이 있을 것이라는 것을 알 수 있지만, 그 처분이 어떠한 근거에 의하여 정당화되는가에 대해서는 알 수 없다. 따라서 당사자등은 행정청이 당해 처분 등을 하게 된 근거가 되는 자료를 열람하여 그 이유를 정확하게 알아야만 비로소 다음의 행정절차단계에서 자신의 권익을 보호하거나 방어하기 위한 충분하고 타당한 의견을 제출할 수 있을 것이다. 따라서 문서 등의 열람은 행정절차의 실효성확보를 위한 기본적인 전제가 된다. 한편, 당해 행정처분의 결정이 있는 후에 당사자등이 이에 불복하여 행정쟁송을 제기하는 때에는 행정쟁송법 등에 따라 문서 등을 열람하면 된다. 그러나 당사자등은 경우에 따라 사전통지를 받기 전에 자신에게 처분 등이 있을 것이라는 것을 예견할 수 있기 때문에 당사자등의 사전준비를 위하여 굳이 사전통지의 시점부터 문서 등의 열람을 인정할 필요가 없다.

물론 행정절차법상의 문서열람은 행정정보의 공개와 밀접한 관련이 있으며, 따라서 행정절차법상 문서열람규정의 불충분한 부분은 공공기관의정보공개에관한법률에 의하여 보충될 수도 있을 것이다. 그러나 정보공개법상의 정보공개제도와 행정절차법상의 문서 등의 열람제도는 그 근거나 인정취지가 다르다. 즉, 정보공개법의 정보공개제도는 국민의 알권리의 충족을 위하여 일반국민의 일반적인 행정정보의 공개에 대해서 규정하는 것이나, 행정절차법상 문서 등의 열람제도는

자기의 권리 또는 이익을 주장하기 위하여 필요한 문서 등을 청구하는 제도이다.<sup>103)</sup> 따라서 행정절차법은 당사자등으로 하여금 당해 사안에 대한 행정이 보유하고 있는 모든 문서 등을 사전에 열람·복사할 수 있도록 하여 당사자등의 무기평등의 원칙을 실현할 수 있도록 일반적인 정보공개외의 경우보다 강도 높게 문서 등의 열람제도를 보장할 필요가 있다. 이러한 제도는 다른 한편으로 밀실행정의 폐해를 방지하고, 행정의 투명성과 공정성의 확보에도 크게 기여하게 될 것이다.<sup>104)</sup>

따라서 지방자치단체가 행정절차조례를 제정할 때에는 행정절차에 있어 문서 등의 열람제도를 가지는 이러한 의의를 충분히 고려하여 열람의 대상이 되는 문서의 범위를 확대하여 당해 행정작용과 관련된 정보 일반에 대하여 열람을 허용하며, 또한 청문뿐만 아니라 단순한 의견제출이나 공청회에서도 정보열람을 허용하고, 정보열람기간에 대한 시간적 제한을 삭제하여 총칙에 다음과 같이 규정하는 것이 타당할 것이다.

『제○조 (정보열람 및 비밀유지) ①당사자등은 행정청에 대하여 자기의 권리 또는 이익을 주장하거나 방어하기 위하여 필요한 정보의 열람 또는 복사를 요청할 수 있다. 이 경우 행정청은 다른 법령에 의하여 공개가 제한되는 경우를 이를 거부할 수 없다.  
②내지 ⑥생략』.

## (12) 費用負擔

행정절차법은 行政廳節次費用負擔原則을 규정하고, 다만 당사자등이 자기를 위하여 스스로 지출한 비용은 당사자등이 부담하도록 하고 있다(동법 제52조). 그러나 절차비용을 행정청이 모두 부담하게 하는 것은 지방자치단체의 재정에 부담이 될 수 있으므로 지방자치단체는 행정절차조례로 당해 지방자치단체의 재정상황에 따라 당사자등의 비용부담의 확대가 요청되는 경우도 있을 것이다. 이러한 경우에는 당사자등이 자신을 위하여 스스로 부담한 경우뿐만 아니라 당사자등

103) 행정정보공개제도와 행정절차법상의 문서 등의 열람제도의 차이에 대해서는 藤原 靜雄, “情報公開條例と行政手續法”, 『都市問題』, 제85권 제10호(1994.4), 67면 이하 참고.

104) 같은 취지. 홍준형 등, 앞의 책, 244면; 정준형, 『행정절차법 제정의 필요성과 입법 방향』(경실련 자료집, 1996.6), 45면.

의 귀책사유로 행정절차가 현저히 지연된 경우 또는 당사자등의 신청에 의하여 행정절차가 개시되는 경우에는 비용의 일부 또는 전부를 당사자등이 부담하도록 규정하는 방안이 있을 수 있다.

또한 비용에 관한 규정의 위치와 관련하여 행정절차법은 이를 보칙에 규정하고 있으나 총칙에 규정될 사항으로 본다. 한편 경실련 행정절차조례안은 당사자등이 부담하는 비용의 강제징수절차에 대하여 국세징수법의 체납처분의 예에 의하도록 하고 있으나, 징수주체가 지방자치단체이므로 지방세 체납처분의 예에 따라 강제징수하도록 규정하는 것이 타당하다.

## 2. 處分節次

행정처분절차는 행정절차에서 가장 중심이 되는 절차로서 행정기관이 영업정지나 허가취소처분 등과 같이 국민의 일상생활에 밀접한 영향을 주는 행정처분을 할 때 사전에 통지하고, 청문이나 공청회 등을 통하여 의견을 청취하고 처분결정을 한 때에는 이유를 제시하는 등의 일련의 절차를 거치도록 하여 국민이나 주민의 권익을 보호하는 절차이다. 따라서 행정처분절차에서는 처분기준의 설정·공표, 사전통지, 의견청취, 이유제시 등이 중요한 요소를 이룬다.

### (1) 構成體系

행정절차법은 행정처분절차에 대하여 신청에 대한 처분절차와 불이익처분절차를 구분하지 않고, 통칙이라는 절에서 통합적으로 규정하고 있다. 그러나 신청에 대한 처분과 불이익처분에 적용되는 절차가 각각 다름에도 불구하고 통합적으로 규정하여 국민의 입장에서는 어떤 절차가 신청에 대한 처분절차인지 불이익처분에 대한 절차인지가 불분명하다.

따라서 행정절차조례의 경우에는 이를 각각 분리하여 제1절 통칙, 제2절 신청에 대한 처분, 제3절 불이익처분, 제4절 청문 및 공청회로 구분하여 구성하는 것이 주민의 입장에서 보다 명확한 구성체계가 될 것이다.

【행정처분절차의 구성체계】

행정절차법	행정절차조례
<p>제1절 통칙</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 처분의 신청</li> <li>· 다수의 행정청이 관여하는 처분</li> <li>· 처리기간의 설정·공표</li> <li>· 처분기준의 설정·공표</li> <li>· 처분의 사전통지</li> <li>· 의견청취</li> <li>· 처분의 이유제시</li> <li>· 처분의 방식</li> <li>· 처분의 정정</li> <li>· 고 지</li> </ul> <p>제2절 의견제출 및 청문</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 의견제출</li> <li>· 청문주재자</li> <li>· 청문주재자의 제척·기피·회피</li> <li>· 청문의 공개</li> <li>· 청문의 진행</li> <li>· 청문의 병합·분리</li> <li>· 증거조사</li> <li>· 청문조서</li> <li>· 청문의 종결</li> <li>· 청문의 재개</li> <li>· 문서의 열람 및 비밀유지</li> </ul> <p>제3절 공청회</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 공청회의 개최</li> <li>· 공청회의 진행</li> </ul>	<p>제1절 통칙</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 처분기준의 설정·공표</li> <li>· 처분의 이유제시</li> <li>· 처분의 방식</li> <li>· 처분의 정정</li> <li>· 고 지</li> <li>* 확 약</li> <li>* 처분의 재심사</li> </ul> <p>제2절 신청에 대한 처분</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 처분의 신청</li> <li>· 다수의 행정청이 관여하는 처분</li> <li>· 처리기간의 설정·공표</li> <li>* 정보제공</li> </ul> <p>제3절 불이익처분</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 처분의 사전통지</li> <li>· 의견제출</li> <li>· 의견청취</li> <li>* 행정처분의 취소권제한</li> <li>* 행정처분의 철회권제한</li> </ul> <p>제4절 청문 및 공청회</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>· 청문주재자</li> <li>· 청문주재자의 제척·기피·회피</li> <li>* 청문에의 참가</li> <li>· 청문의 공개</li> <li>· 청문의 진행</li> <li>· 청문의 병합·분리</li> <li>· 증거조사</li> <li>· 청문조서</li> <li>· 청문의 종결</li> <li>* 행정처분의 결정</li> <li>· 청문의 재개</li> <li>· 공청회의 개최</li> <li>· 공청회의 진행</li> </ul>

## (2) 通則

### 가. 處分基準

#### ① 處分基準廢止의 公表

행정절차법은 처분기준의 설정과 변경시에만 이를 공표하도록 하고 있으나(동법 제20조제1항), 행정절차조례의 경우에는 처분기준의 폐지시에도 사전에 공표하도록 하여야 할 것이다.

#### ② 基準提示要求權

행정절차법은 공표된 처분기준이 불명확한 경우 당사자등에게 그 설명 또는 해석을 요청할 수 있도록 하고 있으나(동조제3항), 처분기준을 설정하여 공표하지 않는 경우 당사자등이 이에 대응할 수 있는 규정을 두고 있지 않다. 따라서 행정절차조례에서는 행정청이 동조제2항의 처분기준의 설정·공표에 대한 예외사유가 없음에도 불구하고 처분기준을 설정·공표하지 않는 경우 당사자에게 처분기준을 설정하여 공표할 것을 요청할 수 있는 처분기준제시요구권을 규정할 필요가 있다.

### 나. 行政自動決定 등에 대응한 處分方式

행정절차법은 행정처분의 문서주의를 규정하고 있다. 행정절차조례에서는 명확성을 위하여 문서주의에 의하되, 경실련의 행정절차조례 제19조제3항과 같이 새로운 전기통신기술을 응용한 행정자동결정, 컴퓨터통신, 전자우편 등에 대응한 처분방식에 대하여 별도의 규정을 둘 필요가 있다.

### 다. 處分の 理由提示

#### ① 例外事由의 補充 및 具體化

행정절차법은 신청의 내용을 그대로 인정하는 처분의 경우, 단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우 및 긴급을 요하는 경우를 처분의 이유제시의 예외사유를 규정하고 있다(동법 제23조제1항). 그러나 행정절차조례에서는 당사자의 소재를 알 수 없는 경우 및 동종의 행정처분을 대량으로 또는 자동장치에 의하여 할 때 이유를 붙이지 아니하여도 행



정처분의 이유를 명백히 알 수 있는 경우를 예외사유로 추가하고 “긴급을 요하는 경우”는 그 의미가 불분명한 면이 있어 있으므로 “행정작용의 특성상 사전에 이유를 제시하는 때에 그 목적달성이 불가능한 경우”로 표현을 좀더 구체화할 필요가 있다.

## ② 處分理由補充要求權

행정절차법은 이유제시의 예외사유에 해당하는 경우에도 처분 후 당사자의 요청이 있는 경우 사후에 그 근거와 이유를 제시하도록 하고 있다(동조제2항). 행정절차조례의 경우에는 처분이유의 사후제시뿐만 아니라 제시된 이유가 불충분한 경우 당사자에게 이를 보충하여 이유를 제시하여 줄 것을 행정청에 대하여 요청할 수 있는 권리를 인정할 필요가 있다.

### 라. 確 約

확약이란 행정청이 私人에 대하여 장차 특정한 행정행위를 하거나 하지 아니할 것을 약속하는 자기구속적인 의사표시를 말한다.<sup>105)</sup> 한국의 행정실무에도 공무원 임용의 내정, 각종 내인가의 형식으로 널리 활용되고 있을 뿐만 아니라 대법원도 신뢰보호의 견지에서 확약을 인정하고 있다.<sup>106)</sup> 지방자치단체는 이와 같이 오늘날 행정이 다양한 형태의 약속을 통하여 국민생활에 영향을 미치고 있는 현실을 고려하여 그 동안 행정법의 일반원칙으로서 그 법적 효력이 인정되어 온 확약에 대하여 당사자들의 신뢰를 보호하고, 행정청이 임시방편으로 행정상의 난점을 모면하려는 목적에서 이행의 의지나 능력이 없는데도 실행곤란한 약속을 남발하는 폐단을 방지하기 위하여 행정절차조례에 확약의 대상, 확약의 형식, 확약의 요건 및 확약과 사전변경, 확약의 취소·철회 등을 명시적으로 규정할 필요가 있다.

### 마. 行政處分の 再審査

행정처분의 근거가 되는 사실관계나 조례 등이 당사자들에게 유리하게 변경되었거나 당사자에게 유리한 결정을 초래할 만한 새로운 증거가 제시된 경우 또는

---

105) 확약과 함께 확언이라는 행위형식도 이론상 인정되는데 이는 그 약속의 대상이 특정한 행정행위의 발급 또는 불발급에 국한되지 않고 널리 사실행위를 포함한 그 밖의 행위형식을 할 것인지 여부(예컨대, 공법상 계약, 행정지도의 실시여부 등)에 미친다는 점에서 확약과 구별된다.

106) 대판 1985. 11. 23, 84 누 593 ; 대판 1995. 1. 12, 94 누 6529 등.

민사소송법 제422조에 준하는 재심사유가 발생한 경우에는 이미 발하여진 행정처분의 실질적 기초가 소멸한다. 그럼에도 불구하고 행정처분을 그대로 유지하도록 하는 것은 행정처분의 적법타당성을 둘러싼 분쟁 등으로 행정과 주민 모두에게 불필요한 비용을 초래할 뿐만 아니라 행정의 합목적성이나 타당성의 요청과도 부합되지 않는다. 따라서 지방자치단체는 이러한 특별한 사유가 있는 때에는 행정의 궁극적 목표가 형식적으로 적법할 뿐만 아니라 실질적으로도 적정타당한 행정역무를 국민이나 주민에게 제공하는데 있으므로 더 이상 다룰 수 없게 된, 즉 불가쟁력이 발생한 행정처분이라 하더라도 이를 당사자들의 신청에 의하여 폐지 또는 변경할 수 있는 행정처분재심사제도를 행정절차조례에 규정할 필요가 있다. 행정처분의 재심사에서는 재심사유, 재심사의 신청기간 및 재심사신청에 대한 결정권자 등이 중심적인 규율내용이 된다.

### (3) 申請에 대한 處分

#### 가. 審査開始義務明示

행정절차법은 신청의 접수를 보류 또는 거부하거나 부당한 반력을 금지하고 신청을 접수한 때에는 접수증을 교부하도록 하고 있으나(동법 제17조제3항), 구체적으로 접수된 신청에 대하여 언제 심사를 할 것인가에 대해서는 규정하고 있지 않다. 행정절차조례에서는 신청처리의 신속성과 정확성을 확보하기 위하여 행정청으로 하여금 신청을 접수한 때에는 지체없이 심사의 의무가 발생한다는 취지를 규정할 필요가 있다. 동법 제17조제4항의 전단에 다음을 추가한다.

『제○조 ④행정청은 신청을 접수한 때에는 지체없이 당해 신청의 심사를 개시하여야 하며,……』

#### 나. 接受證交付

행정절차법은 대통령령에 정함이 있는 때에는 접수증의 교부를 하지 아니할 수 있도록 규정하고 있는 바(동법 제17조제3항), 경우에 따라 행정절차조례에서는 행정청의 부감정감을 위하여 접수증의 교부를 『당사자가 원하는 때』에 한하여 접수증을 교부하도록 규정할 수 있을 것이다.

#### 다. 情報提供

앞에서 본 정보열람 및 비밀유지는 불이익처분과 관련된 것이다. 그러나 신청에 대한 처분에 대해서도 행정의 투명성과 예측가능성을 확보하고 국민 내지 주민에 대한 서비스적 행정을 실현하기 위하여 신청을 전후하여 신청인의 신청이 있는 때에는 당해 신청과 관련된 행정청의 정보를 제공할 필요가 있다.

따라서 행정절차조례에서는 신청에 대한 처분절차 중 “정보의 제공”을 신설하여 다음과 같이 규정한다.

『제○조 (정보의 제공) ①신청예정자 또는 신청자는 신청을 접수할 행정청에 대하여 신청서의 기재 및 첨부서류에 관한 사항 기타 신청에 필요한 정보를 제공할 것을 요청할 수 있다.

②신청자는 자신의 신청에 대한 심사의 진행사항 및 당해 신청에 대한 예상 처분시기를 알려줄 것을 행정청에게 요청할 수 있다.

③행정청은 제1항 및 제2항의 요청이 있는 때에는 정당한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다』.

#### (4) 不利益處分

##### 가. 事前通知의 方法

행정절차법은 불이익처분의 사전통지의 방법을 규정하고 있지 않는 바(동법 제21조제1항 참고), 이는 입법상의 과오라고 지적할 수 있다. 행정절차조례의 경우 원칙적으로 문서에 의한 사전통지를 하도록 하고, 특히 행정절차의 신속한 진행을 위하여 당사자등의 주소를 확인할 수 없거나 또는 당사자등이 대량인 경우 등 문서의 방법으로 통지를 할 수 없을 때에는 열람이나 공고의 방법에 의한 통지를 할 수 있도록 하는 규정을 둘 필요가 있다. 행정절차법 제21조제1항을 다음과 같이 규정한다.

『제○조(처분의 사전통지) ①……문서로 통지하여야 한다. 다만, 당사자등의 주소를 확인할 수 없거나 통상의 방법으로 통지할 수 없는 경우에는 통지할 내용을 특정한 장소에 게시하고 일간신문에 게재하는 등 당사자들이 용이하게 알 수 있도록 공고하여야 한다』.

#### 나. 口述 등에 의한 意見提出의 實效性 確保

행정절차법은 구술로 의견제출을 하는 때에는 진술의 요지와 진술자를 기록하도록 하고 있을 뿐, 이를 확인하는 절차를 두고 있지 않다(동법 제27조제3항 참고). 그러나 당사자등이 구술로 의견을 진술한 경우 진술내용의 진의여부에 대한 행정청과 주민간에 분쟁이 발생할 우려가 있으므로 행정절차조례의 경우 진술자로 하여금 진술의 요지와 진술자에 대한 기록을 확인하여 기명날인하도록 하고, 또한 통신 등에 의한 의견제출의 경우에는 기명날인이 불가능하므로 그 진술의 요지와 제출자를 기재하여 처분서류에 첨부하도록 하여 실효성을 강화할 필요가 있다.

#### 다. 行政處分の 取消權制限

법률에 의한 행정의 원리에 의하면 행정처분이 위법한 경우에는 마땅히 취소되어야 할 것이다. 그러나 취소원인인 하자를 가진 행정처분은 무효인 행정처분과는 달리 취소될 때까지는 유효한 행정처분으로 존속하는 것이며, 그 유효함을 전제로 하여 새로운 법률질서가 형성되어 가는 것이므로 이를 함부로 직권취소할 때에는 그러한 기성의 법률질서를 침해하여 법률생활의 안정을 해치게 된다. 따라서 행정청은 취소사유가 있는 처분이라도 법률생활의 안정·국민의 기득권보호·이러한 제원칙의 結晶으로 볼 수 있는 신뢰보호의 원칙 등이 고려되어야 하며, 이들 제이익의 비교형량을 통하여 직권취소의 여부를 결정하여야 한다. 이와 같은 신뢰보호의 원칙에 근거한 위법한 행정처분의 취소권제한의 법리는 행정법의 일반원리로서 이미 학설은 물론이고 헌법재판소나 대법원의 판례에 의하여 승인되고 있으며, 따라서 실정법 규정의 여부를 떠나 행정청을 구속한다.

지방자치단체는 비릇 훈시적 규정에 지나지 않는다고 할지라도 행정에 대한 주민의 신뢰성을 제고하고, 공무원들로 하여금 행정절차조례를 운영함에 있어 행정의 효율성 못지 않게 주민의 신뢰보호가 중요하다는 것을 명백히 인식할 수 있도록 87년 행정절차법안이나 경실련 행정절차조례안을 참고하여 위법한 행정처분의 직권취소의 제한에 대하여 명시적으로 법제화하는 것이 타당할 것으로 본다.

#### 라. 行政處分の 撤回權制限

적법한 신청에 대한 행정처분의 철회권제한 역시 행정처분의 취소권제한과 마

찬가지로 개인의 법률생활의 안정과 신뢰를 보호하기 위하여 학설과 판례에 의하여 행정법의 일반원리로 승인되고 있다. 따라서 지방자치단체는 위의 행정처분의 취소권제한에서와 같은 취지에서 이를 명시적으로 규정할 것이 요청된다.

#### 다. 意見聽取

행정절차법은 의견청취의 유형을 청문, 의견제출 및 공청회의 세종류로 정하고, 청문이나 공청회는 다른 법령에서 청문이나 공청회를 개최하도록 규정한 경우 또는 당해 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에 한하여 개최하도록 하고, 기타의 경우는 단순한 의견제출을 중심으로 한 극도의 약식청문주의를 취하고 있다(동법 제22조제1항 내지 제3항). 이와 같은 행정절차법의 의견청취에 대한 입법 태도에 대해서는 국민의 행정참여를 도모한다는 행정절차법의 목적과 모순될 뿐만 아니라 절차를 통한 정당성이라는 행정절차의 의의를 근본적으로 손상시키는 요인이 된다는 비판이 제기되고 있다.<sup>107)</sup> 따라서 지방자치단체는 행정절차조례에서 의견청취절차를 정하는 때에는 처분의 종류나 사안의 경중 등을 고려하여 충분하고 합리적인 의견청취제도를 규정하는데 노력하여야 하며, 적어도 행정절차조례의 제정목적이나 행정절차의 본질적 의의에 충실하기 위해서는 불이익처분에 대해서는 당사자들의 신청에 의한 청문과 공청회의 길을 보장하여야 한다.

##### ① 聽聞要件 緩和

행정절차법 제22조제1항을 다음과 같이 개정하여 규정한다.

『제○조 (의견청취) ①행정청이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 청문을 실시한다.

1. 다른 법령에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우
2. 인가·허가·승인·지정·등록 기타 이에 준하는 처분을 취소·철회하는 경우
3. 당사자의 자격을 직접 정지 또는 박탈하는 처분을 하는 경우
4. 법인·조합 등의 설립을 취소하거나 해산을 명하는 경우 또는 그 임원·직원의 해임 또는 직위의 박탈을 명하거나 구성원의 제명을 명하는 처분을 하는 경우
5. 공공복리 또는 다수의 이해관계에 영향을 미치는 행정처분에 관하여 규

107) 홍준형, “행정절차법의 문제점”, 『고시계』, 1997년 2월호, 50면.

- 칙이 정하는 범위의 이해관계인들이 연서로 청문의 실시를 요구하는 경우
6. 이전명령·철거명령·영업등의 정지명령·공사 등의 중지명령 기타 이에 준하는 작위 또는 부작위를 명하는 처분을 하는 경우
  7. 기타 행정처분으로 인하여 당사자등의 권익이 심히 침해된다고 인정되는 경우로서 당해 행정청이 청문의 실시가 필요하다고 인정하는 경우」

## ② 公聽會要件 緩和

행정절차법 제22조제2항을 다음과 같이 개정하여 규정한다.

『② 행정청이 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 공청회를 실시한다.

1. 다른 법령에서 공청회를 실시하도록 규정하고 있는 경우
2. 당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우
3. 공공복리 또는 다수의 이해관계에 영향을 미치는 행정처분에 관하여 규칙이 정하는 범위의 이해관계인들이 연서로 청문의 실시를 요구하는 경우」

## ③ 集中의 原則

행정절차법은 『행정청은 청문·공청회 또는 의견제출을 거친 때에는 신속히 처분하여 당해 처분이 지연되지 아니하도록 하여야 한다』고 규정하고 있으나 청문 절차의 신속한 진행에 관한 규정을 두고 있지 않다. 따라서 행정절차조례는 청문의 신속한 진행을 위하여 행정절차법 제22조(의견청취)의 제6항을 제7항을 하고, 제6항을 신설하여 독일 행정절차법 제67조제3항에서 규정하고 있는 집중의 원칙을 다음과 같이 규정할 것이 요청된다.

『제○조 (의견청취) ⑥행정청은 청문절차가 가능한한 일회의 변론기일에 완료될 수 있도록 하기 위하여 필요한 조치를 강구하여야 한다』.

## (5) 聽 聞

### 가. 聽聞主宰者의 獨立性強化

행정절차법은 당해 처분을 한 공무원을 청문주재자의 배척사유로 규정하지 않아 당해 처분을 한 자도 청문회의 주재자가 될 수 있도록 규정하여 청문주재자의 독립성확보에 미흡하다(동법 제29조 참고). 청문이 공정하기 위해서는 이를 주재

하는 청문주재자가 공정 중립적일 것이 그 전제가 된다. 아무리 청문주재자의 선정에 공정성을 기한다고 하더라도 당해 처분을 한 자를 청문주재자로 하는 것은 형평의 원칙에 맞지 않는다. 따라서 행정절차조례에서는 당해 처분을 한 자를 청문주재자의 제척사유로 하여 청문주재자가 될 수 없게 하거나 적어도 당사자들이 동의하는 경우에 한하여 청문주재자가 될 수 있도록 하여야 할 것이다. 또한 지방자치단체에서는 청문의 공정성과 행정의 전문성을 조화시키는 방안으로 당해 지방자치단체의 법무나 감사부서의 직원 또는 행정심판위원이 청문주재자가 되도록 하는 방법도 고려할 수 있을 것이다.

#### 나. 聽聞參加

행정절차법은 이해관계인의 행정절차에의 참가에 대하여 총칙의 정의규정에서 『행정청이 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하게 한 이해관계인』을 규정하고 있을 뿐, 이해관계인의 행정절차참가에 대하여 이렇다할 명시적인 규정을 두고 있지 않다. 지방자치단체는 현대 행정이 복효성을 특질로 하며, 따라서 이해관계인의 행정절차에의 참가가 특히 중요한 의의를 가진다는 점에 유의하여 당해 공무원이 행정절차를 진행함에 있어 항상 이해관계인의 존재와 그의 파악에 적극적으로 노력할 수 있도록 이해관계인의 참여가 요청되는 각각의 분야에 이해관계인의 행정절차참가를 명시적으로 규정할 필요가 있다.

#### 다. 聽聞公開

행정절차법은 당사자들의 프라이버시의 보호하고, 청문의 신속한 진행을 위하여 청문의 비공개주의를 원칙으로 하고(동법 제33조), 또한 법은 당사자들의 청문공개청구권을 인정하고 있지 않다. 청문은 객관성과 공정성을 위해서 공익상이나 당사자들의 비밀보장을 위하여 공개가 적절하지 않다고 인정되는 예외적인 경우를 제외하고는 공개하는 것이 바람직하다. 따라서 행정절차조례에는 청문의 공개에 대하여 다음과 같이 규정한다.

『제○조 (청문의 공개) 청문은 다음 각호의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 이를 공개하여야 한다.

1. 당사자들이 모두 청문의 비공개를 신청한 경우
2. 청문을 공개하는 것이 공익을 현저히 해할 우려가 있다고 행정청이 인정하는 경우』

## 라. 聽聞主宰者의 釋明權

행정절차법은 청문주재자의 석명권에 대하여 규정하고 있지 않다. 그러나 청문주재자의 석명권은 당사자등의 진술과 사안을 명백히 하고, 청문을 신속하게 진행하기 위하여 요청되는 바, 행정절차조례에서는 행정절차법 제31조(청문의 진행)에 제6항을 다음과 같이 신설할 것이 요청된다.

『제○조 (청문의 진행) ⑥청문주재자는 당사자등의 진술과 사안을 명백히 하기 위하여 석명 또는 입증을 촉구할 수 있다』.

## (6) 公聽會

행정절차법은 공청회주재자에 대하여 대통령령이 정하는 자격을 가진 자 중에서 행정청이 지명 또는 위촉하는 자로 한다(동법 제39조제1항)고 규정하고 있을 뿐 공청회의 공정한 진행을 위한 제도적 장치를 마련하고 있지 않다. 따라서 행정절차조례에서는 공청회의 공정한 진행을 위하여 청문주재자의 제척·기피·회피사유를 공청회주재자에 대해서도 준용하도록 하는 것이 타당할 것으로 본다.

## 3. 申 告

행정절차조례에서는 특히 전자적 방법에 의한 신고에 대한 근거규정을 둘 필요가 있다. 다음과 같이 규정한다.

『컴퓨터통신 등 새로운 전기통신기술을 응용한 신고의 방법에 대해서는 필요한 경우 규칙으로 정한다』.

## 4. 自治立法豫告節次

자치입법예고절차는 지방자치단체가 주민의 일상생활에 밀접한 영향을 미치는 각종 자치입법을 제정·개정 또는 폐지할 때 사전에 주민에게 널리 알려 의견을 듣고 반영하는 절차를 말한다.

### (1) 豫告對象 自治立法의 具體的 例示

행정절차법은 『국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령



등』을 제정·개정 또는 폐지할 때 당해 입법안을 예고하도록 하고 있으나(동법 제41조제1항), 법문의 『일상생활과 밀접한 관련이 있는』이라는 표현이 추상적이고 불분명하여 주관행정청이나 국민의 입장에서 입법예고대상이 무엇인지를 알기 어려운 문제가 있다. 따라서 행정절차조례에서는 주민의 입장에서 어떠한 자치입법이 예고대상이 되는지를 알 수 있도록 입법예고대상 자치입법을 구체적으로 예시할 필요가 있다. 행정절차조례에서는 예고대상 자치입법에 대하여 행정절차법 제41조제1항을 다음과 같이 개정하여 규정한다.

『제○조 (자치입법의 예고) ①지방자치단체의 장(이하 “주관행정청”이라고 한다)은 다음 각호의 1에 해당하는 주민의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 사항을 규정하는 조례·규칙(이하 『자치법규』라고 한다)을 제정·개정 또는 폐지하고자 할 때에는 이를 예고하여야 한다.

1. 공중위생·보건
2. 환경보전
3. 도시계획
4. 건축
5. 도로교통
6. 지방시협
7. 기타 주민의 생활과 관련되는 중요분야의 사항』.

## (2) 立法豫告의 勸告 및 直接豫告

행정절차법은 법제처장으로 하여금 입법예고를 권고하거나 직접 예고할 수 있도록 하고 있는 바(동법 제41조제3항), 지방자치단체도 이에 대응하여 당해 지방자치단체의 법무담당부서의 장이 자치법규에 대한 입법예고의 권고나 직접 예고를 할 수 있도록 규정할 필요가 있다.

## (3) 立法豫告方法

### 가. 自治法規豫告節次의 實質化을 위한 制度 補充

입법예고의 경우 입법안의 입법취지와 주요내용만이 예고하는 것이 보통이기 때문에 경우에 따라 쟁점이 되는 주요사항을 빼고 중요하지 않는 사항만을 예고할 가능성이 있어 입법예고절차가 형식적으로 운영될 가능성이 있다. 이에 대응

하여 행정절차법은 행정청에 대하여 예고된 입법안에 대한 전문의 열람 또는 복사를 신청할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제42조제3항). 그러나 입법예고절차의 형식화를 방지하고, 입법예고절차를 실질화하기 위해서는 전문제시요구권만으로는 불충분하다. 따라서 행정절차조례에는 행정청이 주민의 생활과 밀접한 관련이 있는 사항을 규정하는 자치법규를 예고하지 않을 경우 이를 예고할 것을 직접 청구할 수 있는 입법예고청구권과 입법예고된 자치법규의 내용이나 효과 등이 불분명한 경우 이의 설명을 요구할 수 있는 해석청구권 등도 함께 규정할 것이 요청된다.

#### 나. 다른 行政廳과의 協議

당해 자치법규안의 제정·개정 또는 폐지에 관하여 다른 행정청과의 협의를 필요로 하는 경우에는 그 협의를 한 후 자치입법예고를 하도록 하여야 한다.

#### (4) 外國人의 意見提出權 認定

세계화·개방화추세에 따라 외국인에게도 국내영업허가를 발급하는 사례가 늘고 있다. 따라서 행정절차조례는 외국인에 대해서도 행정처분은 물론 입법관련 의견을 제출할 수 있도록 명시적으로 규정할 것이 요청된다.

#### (5) 聽 聞

입법안에 대한 청문은 현행법상 존재하지 않는다. 행정절차법이나 법제업무운영규정은 단순한 의견제출이나 공개청문, 즉 공청회만을 인정하고 있다(동법 제44조, 동규정 제20조 및 제22조 참고). 그러나 입법안에 대한 청문제도의 도입은 입법안 작성에 있어 국민 또는 주민의 참여가 대의민주주의의 결함을 보완하는 중요한 의미를 가지는 오늘날 반드시 필요한 것이라고 생각된다.<sup>108)</sup> 이러한 청문제도의 도입은 입법예고제도의 절차법적 의미를 한층 강화하는 것이다. 따라서 행정절차조례에서는 자치법규 등에서 청문의 실시를 요구하고 있는 경우, 행정청이 청문의 실시가 필요하다고 인정하는 경우 및 자치법규안의 확정에 대하여 중대한 이해관계를 가진 자 300명 이상이 청문의 실시를 요구하는 경우 등 일정한 사유가 있는 때에는 자치입법예고에 대해서도 청문의 실시를 규정할 것이 요청된다. 그리고 청문의 구체적인 절차 등에 대해서는 처분절차의 청문을 준용하

108) 홍준형·김성수·김유환, 앞의 책, 361면.

면 될 것이다(경실련 행정절차조례안 제59조, 87년 행정절차법안 제62조 참고).

## (6) 公聽會

행정절차법상 입법예고에 대한 공청회의 실시여부는 전적으로 행정청의 재량이 다(동법 제45조). 그러나 행정절차조례의 경우에는 이해관계자의 청문회개최청구권을 인정하여 자치법규안의 확정에 대하여 중대한 이해관계가 있는 자가 공청회 개최를 청구를 하는 때에는 원칙적으로 이를 허용하는 규정을 둘 것이 요청된다. 또한 공청회의 절차는 처분절차의 공청회규정을 준용하면 될 것이다.

## 5. 行政豫告節次

행정예고절차는 지방자치단체가 주민의 일상생활과 밀접한 관련이 있는 주요 정책·사업·제도의 시행을 할 때 사전에 주민에게 널리 알려 의견을 구하여 반영하는 절차이다. 위의 자치입법예고절차에서 보충된 내용은 행정예고절차에도 그대로 타당하게 적용될 수 있다.

## 6. 行政指導

행정지도절차는 지방자치단체의 행정기관이 행하는 지도·조언·권고 등 행정지도를 할 때 사전에 당사자에게 이를 알려 협조를 구하는데 필요한 절차를 말한다. 행정지도는 현대행정의 기능확대에 따른 탄력적 행정수행에의 기여, 임의적·비권력적 수단에 의한 편의성 및 새로운 지식·기술의 제공 등의 많은 장점도 많으나, 반면에 행정지도의 상대방이 이를 거부할 수 없는 사실상의 강제성, 한계의 불명확 및 책임소재의 불명확 등의 장점에 못지 않는 많은 단점이 있다. 따라서 행정지도의 절차적 규율의 핵심은 행정지도의 임의성을 최대한 보장하면서도 행정지도를 거부하였을 때 불이익이 가해지는 것을 방지하는 등 행정지도의 한계와 방식을 명확히 규정하여 행정지도의 단점을 통제하는데 있다.

### (1) 行政指導의 權限的 限界

행정절차법은 행정지도의 원칙으로 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하고, 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니되며 또한 행정지도에

따르지 않았다는 이유로 불이익조치를 하여서는 아니된다고 규정하고 있다(동법 제48조). 그러나 한편으로 행정지도는 당해 행정기관의 임무·소관사무·권한의 범위 안에서만 허용된다. 행정절차법은 이 점에 대하여 규정하고 있지 않는 바, 행정절차조례는 행정지도의 권한적 한계에 대하여 명시적으로 규정할 필요가 있다. 행정절차법 제48조 제1항을 제2항으로 하고, 제2항을 제3항으로 하면서 제1항을 다음과 같이 신설한다.

『제○조 (행정지도의 원칙) ①행정기관은 당해 행정기관의 임무·소관사무 또는 권한의 범위를 일탈하여 행정지도를 하여서는 아니된다』.

## (2) 申請과 관련한 行政指導

행정의 현장에서는 국민이나 주민의 활동을 행정청이 정한 정책·계획에 적합하도록 유도하거나 또는 당해 신청과 관련한 다수 국민이나 주민의 이해관계를 조정하기 위하여 신청의 철회 또는 내용의 변경을 구하는 행정지도가 많이 활용되고 있다. 그리고 신청의 철회 또는 내용의 변경을 구하는 행정지도는 신청자의 양보와 동의를 전제하는 것이기 때문에 상대방의 거절과 반발이 당연히 예상되고 따라서 이러한 행정지도는 1회로 종결되는 경우는 드물고 일반적으로는 수차례 걸쳐 계속적으로 이루어진다. 그러나 신청자가 당해 행정지도에 따른 의사가 없음을 표명하였음에도 불구하고 이와 같은 행정지도를 계속하는 것은 신청자의 정당한 권리행사를 방해하는 것이 된다.

이와 같이 상대방이 당해 행정지도에 따른 의사가 없음을 표명하였음에도 불구하고 행정기관이 행정지도를 계속하는 것은 행정지도의 임의성의 원칙에 반하는 것으로 행정지도의 한계를 벗어난 위법한 행정지도가 된다. 따라서 지방자치단체는 신청의 철회 또는 내용을 변경을 구하는 행정지도가 행정현장에서 많이 활용되고 있다는 점을 고려하여 행정절차조례에 신청과 관련한 행정지도의 한계를 구체적으로 명시하는 것이 신청자의 권리를 보호하고, 주민의 행정에 대한 신뢰성과 행정지도의 투명성을 제고하는 방안이 될 것이다.

『제○조 (신청과 관련한 행정지도) 행정청은 신청의 철회 또는 내용의 변경을 구하는 행정지도를 함에 있어 신청자가 당해 행정지도에 따른 의사가 없음을 표명하였음에도 불구하고 당해 행정지도를 계속함으로써 신청자의 권리행사를 방해하여서는 아니된다』.

### (3) 認許可 등의 權限과 관련한 行政指導

행정청의 인허가사업을 영위하거나 또는 장래에 인허가사업을 영위하고자 하는 자는 당해 인허가권을 가진 행정기관의 의사에 반하는 행동을 취한다는 것은 사실상으로 상당히 곤란하다. 행정청이 인허가권을 행사할 수 없거나 또는 행사할 의사가 없음에도 불구하고 행정지도의 상대방의 이러한 약점을 이용하여 인허가권을 행사할 수 있다는 취지를 표시하여 행정지도의 상대방으로 하여금 부당한 결과를 감수하면서 행정지도에 따르게 하는 것은 행정지도의 일반원칙 중 불이익 조치금지원칙에 위반된다. 따라서 행정절차조례에서는 일본의 행정수속법과 같이 행정지도의 원칙을 구체화하여 인허가등과 관련한 행정지도의 한계에 대하여 규정할 필요가 있다.

『제○조 (인허가 등의 권한과 관련한 행정지도) 인허가 등의 권한 또는 인허가 등에 근거한 처분권한을 가진 행정기관이 당해 권한을 행사할 수 없거나 또는 행사할 의사가 없음에도 불구하고 행정지도를 함에 있어 당해 권한을 행사할 수 있다는 뜻을 특별히 표시하여 상대방으로 하여금 행정지도에 따르도록 하여야서는 아니된다』.

### (4) 提出된 意見에 대한 回信義務

대부분의 행정지도가 즉석에서 쌍방간 협의에 의하여 이루어지는 사실행위인 점에 비추어 의견제출에 대한 사후적인 회신제도는 부적합하다고 할 수 있다. 그러나 다수인을 대상으로 하는 행정지도에 있어 행정지도의 공통적인 내용에 대한 조합이나 단체 등의 의견제출에 대해서는 회신할 필요성도 있는 바, 행정절차조례는 행정지도의 신뢰성을 보장하기 위하여 이러한 경우는 의견제출에 대한 회신을 하도록 규정할 필요가 있다.

### (5) 多數人을 相對로 하는 行政指導

행정절차법 제51조는 같은 행정목적을 실현하기 위하여 다수인을 대상으로 하는 행정지도를 하고자 하는 때에는 공통적인 내용을 공표하도록 규정하고 있으나, 구체적인 공표의 방법에 대해서는 규정하고 있지 않다. 행정절차조례의 경우 공표의 방법에 대해서도 규정할 필요가 있는 바, 통상 생각할 수 있는 방법은 신

문·방송·컴퓨터통신 등 대중매체를 통한 방법이다. 이 밖에도 동종 업종의 단체가 발행하는 이른 바 업계지를 통하여 공표하는 방법도 있다.

## Ⅱ. 行政節次法の 規律對象 밖의 行政作用에 대한 行政節次條例

### 1. 行政計劃確定節次

#### (1) 行政計劃確定節次の 規律必要性

행정절차법은 행정계획확정절차를 규정하지 않음으로서 그 제정의 의의가 크게 손상되고 말았다.<sup>109)</sup> 즉, 행정절차에는 일반적으로 국민의 권리이익을 보호한다는 법치주의에서 유래하는 것과 국민 내지 주민참가라는 민주주의에서 유래하는 것이 있는 바, 행정처분절차는 주로 전자의 측면을 기본목표로 하고 있는 것에 대하여 행정계획확정절차는 후자의 실현을 목표로 한다. 따라서 행정절차법이 행정계획확정절차를 규정하지 않음으로써 현대 행정에 있어 보다 중시되어야 할 행정과정의 공개와 시민참가라는 과제가 실현되지 못했기 때문이다.

행정계획에 대한 절차법적 규율이 필요한 이유는 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 행정계획이 현대 행정에서 점하는 비중이 매우 높다는 것이다. 즉, 행정계획은 종래부터 이용되어 온 행정수법으로 그 자체는 새로운 것은 아니다. 그러나 최근 행정계획은 양적으로나 질적으로 과거의 그것을 크게 능가하여 일상적인 행정수행수단으로 기능하고 있다는데 특징이 있다. 예들 들어 행정계획은 과거에는 단순한 행정의 지침으로 청사진에 불과하였지만, 오늘날에는 계획이 직접적으로 규제적 효과를 가지고 있을 뿐만 아니라 하위계획의 승인, 개발허가, 보조금의 교부 등에 있어서도 계획적합성이 요건으로 심사되는 등 계획이 구체적인 권리이익과 생활상의 이익에 미치는 영향을 현저히 확대되고 있다.

둘째, 행정계획에 있어서는 법률에 의한 행정활동의 규제(법률에 의한 행정의 원리)와 권리침해에 대한 사법적 구제라는 전통적인 행정법이 충분히 기능할 수

109) 행정절차법 제정과정에서 가장 크게 논란이 되었던 부분이 행정계획확정절차의 도입여부였다. 그러나 입안자들은 행정계획의 성질이 지나치게 복잡하여 일률적으로 규율할 수 없다는 점과 독일의 행정절차법을 제외한 다른 입법례가 없다는 것 등을 이유로 행정계획확정절차를 규율하지 않고 대신 국민생활에 밀접한 영향을 주거나 다수 국민의 이해와 상충하는 행정계획을 행정예고대상에 포함하도록 하였다.

없다는 것을 들 수 있다. 각종 행정계획의 책정에 있어서 행정청은 광범위하고 거의 무제한적이라고 할 수 있는 정책판단의 가능성(계획재량)을 보유하고 있으며, 법률에 의한 구속은 거의 0에 가깝다. 또한 현행 행정쟁송법상 행정계획을 취소소송의 대상으로 삼는 것 자체가 곤란할 뿐만 아니라 설사 실체심사에 들어간다고 하더라도 국민이나 주민이 행정계획이 법률에 위반하고 있다는 것을 이유로 승소한다는 것은 거의 불가능에 가깝다. 따라서 행정계획에 대한 사법적 불비를 시정하고 국민이나 주민의 이익을 보호함과 동시에 행정판단의 공정성을 확보하기 위하여 국민이나 주민이 사전에 행정계획과정에 참여하는 것이 필요하다.

셋째, 쓰레기소각장의 건설과 도시재개발 등의 분쟁에서 보는 것과 같이 구체적으로 무엇이 공익인가를 판단하는 것은 곤란하여 당해 분쟁상황을 전제로 하여 구체적인 논의과정을 거치는 과정에서 확정할 수밖에 없는 경우가 많다. 공익이란 처음부터 존재하는 것이 아니라 절차를 거쳐 형성되는 것이다.<sup>110)</sup> 따라서 그 결정은 민주적이고 공정하게 이루어져야 하기 때문에 가능한한 논의과정을 공개하고 다수의 이해관계자를 참여시킬 필요가 있다.

## (2) 行政計劃確定節次의 適用對象

행정계획은 법형식·구속성 및 내용 등이 매우 다양하다. 행정계획확정절차를 규율함에 있어 다종다양한 행정계획을 하나의 통일적 절차에 통합하여 운용한다는 것은 비현실적이며 또한 운용상에 있어서도 바람직하지 않기 때문에 우선 행정계획확정절차의 도입에 있어 어떤 종류의 행정계획을 그 대상으로 할 것인가를 확정하는 것이 매우 중요하다. 따라서 행정절차조례에서 행정계획확정절차의 대상이 되는 행정계획은 일단 주민의 생활에 밀접한 관련이 있는 행정계획, 즉 재산권을 규제하는 효과가 있는 도시계획이나 토지이용계획과 같은 지역계획, 도로·항만·공항·공업단지 등의 공공사업계획을 대상으로 하여야 할 것이다.

## (3) 住民參加의 目的·時期

### 가. 住民參加 目的

행정계획확정절차를 규정함에 있어 주민참가의 목적을 명확히 할 필요가 있다.

110) 遠藤博也, 『計劃行政法』(學陽書房, 1976), 47~52면 ; 小高剛, “行政手續と參加”, 『行政法大系(3)』(有斐閣, 1984), 115~116면 ; 阿部泰隆, 『行政の法システム(下)』(有斐閣, 1993), 555면.

일반적으로 행정과정에 대한 주민참가에는 ①자기 내지 집단의 이해와 관련된 사항에 대하여 사실 또는 의견을 표명하고 법률의 적정한 집행을 요구하기 위한 이익대표적인 참가와 ②반드시 자기의 직접적인 이익을 주장하기 위한 것이 아니라 행정과정의 공개, 각종의견의 공정한 반영 등 합리적인 의사형성의 확보를 위한 참가의 두가지 유형이 있는 바, 행정계획확정절차에 있어 어떠한 유형의 참가에 역점을 둘 것인가에 따라 제도화의 방향이 달라진다.

한국의 경우 주민이 일반적인 행정에 대한 관심에서 적극적인 참가를 요구하는 예는 드물며, 지역주민·관계주민이 자기의 구체적인 생활상·환경상 이익을 주장하기 위하여 절차참가를 요구하는 것이 일반적인 통례이다. 따라서 행정계획확정절차에 주민참가는 광범위하게 일반주민의 의견을 청취하기 위한 절차 보다는 당장은 직접적으로 이해관계가 있는 주민이나 관계단체 등의 참가를 적극적으로 보장하는 절차로 제도를 설계하는 것이 바람직할 것이다.

#### 나. 住民參加時期

행정조직내부와 관련단체와의 조정이 종료한 시점에서 참가가 이루어지는 때에는 계획안의 수정이 곤란하여 참가의 의의가 크게 상실한다. 따라서 계획확정절차에서의 참가는 계획안의 변경이 가능한 단계에서의 참가, 즉 가능한한 조기의 참가가 바람직하다.

#### (4) 行政計劃確定節次의 基本要素

행정계획확정절차에서는 최소한의 절차로서 계획안의 입안 및 협의, 공고·열람, 이해관계자에 대한 통지, 주민·관계단체에 대한 설명회, 의견제출, 청문, 공청회, 심의회에의 자문, 행정계획의 결정·고시 등을 행정절차조례에 규정하여야 한다. 또한 과학적·전문적인 판단이 필요한 사항에 대해서는 전문가에 의한 조사회·검토회 등을 조직할 수 있는 근거를 규정할 필요도 있다.

## 2. 公法上 契約節次

지방자치단체의 경우에는 국가에 비하여 물리적으로 지역공간이 협소하고 또한 주민의 복지향상을 위하여 종합적인 생활환경질서를 유지하고 정비하기 위하여 구체적인 재정자원과 환경자원을 배분하는 과정에서 국민에 비하여 보다 구체적



인 주민이 등장한다. 따라서 지방자치단체의 행정에 있어서는 비록 상대적이기는 하지만 국가행정에 비하여 행정청이 주민보다 우월한 입장에서 일반적으로 강제하는 행정처분보다는 행정처분의 공권력을 대신하여 상대방과의 협상을 통하여 개인의 이익과 지역의 이익을 합리적으로 조정할 수 있는 공법상 계약이 자치행정에서 보다 친근하고 효율적인 행정수법이라고 할 수 있다. 예를 들어 지방자치단체가 특정한 기업에 대하여 공장의 설립을 허가하면서 대기오염방지·수질오염방지·폐기물 및 유해화학물질의 관리 등에 관해 일반적으로 부관이 붙은 행정처분을 하기 보다는 지방자치단체와 특정기업간에 공장의 건립에 따른 공장의 폐수처리와 관련하여 당해 지방자치단체의 하수종말처리시설을 설치·관리하게 하거나 그 비용의 일부를 부담하게 하는 등의 환경관리협정을 계약의 형식으로 체결하는 것이 보다 유연하고 효율적으로 공해방지라는 행정목적은 달성하는 것이 될 것이다. 또한 지방자치단체와 건설업자간에 계약을 체결하여 업자의 부담으로 지하도를 건설하되, 건설비와 지하도점용료의 액수가 일치되는 기간까지 지하도 및 부설상가의 점용허가를 부여하는 것이 지방재정의 어려움을 해결하면서 주민을 위한 사회간접시설을 확충하는 효과적인 방법이 될 것이다. 이와 같은 공법상 계약은 지방자치단체간에 상호 이용할 도로를 건설하는 경우의 경비부담 및 도로관리, 전문직 공무원의 채용 등에서도 유용한 행위행식으로 활용될 수 있다.

이와 같은 공법상 계약의 활용가치에도 불구하고 행정실무상 공무원이 명시적인 법적 근거가 없는 상태에서 공법상 계약을 활용하기를 기대한다는 것은 무리가 있다. 따라서 지방자치단체는 공법상 계약의 체결을 명시적으로 허용하면서 동시에 공법상 계약을 허용함으로써 나타날 수 있는 부작용, 예를 들어 행정청의 부당한 내용의 계약체결을 강요하거나 또는 공법상 계약으로 인하여 제3자의 이익을 침해할 가능성을 방지하기 위하여 행정절차조례에서 공법상 계약을 체결함에 있어 준수하여야 할 기준을 명시적으로 규정하는 것이 바람직할 것이다. 지방자치단체가 행정절차조례에 공법상 계약절차를 규정하는 경우 공법상 계약의 허용성을 명시적으로 규정하고(공법상 계약의 허용성), 계약의 내용을 객관적으로 명확하게 하기 위하여 서면에 의한 계약을 원칙으로 하며(계약의 형식), 공법상 계약으로 인하여 제3자의 권익을 부당하게 침해하는 것을 방지하기 위하여 공법상 계약의 내용이 제3자의 권익과 관련되는 때에는 제3자의 동의를 얻어 공법상 계약을 체결하도록 하며(제3자 등의 동의), 중대한 공공의 불이익의 제거 또는 방지 등의 공법상 계약해제사유(계약의 해제) 등을 최소한의 기준으로 규정하여야 할 것이다.

### 3. 委員會行政節次

지방자치단체의 행정에서 각종 위원회의 역할은 결코 무시할 수 없는 비중을 차지하고 있다. 그러나 각종 위원회에 대한 법적 규율은 그때 그때의 상황에 따라 개별적, 간헐적으로 이루어져 그 규율이 일관성을 결여하고 있다. 따라서 기능적으로 자문기관, 심의기관, 의결기관 등 다양한 형태로 존재하는 행정청의 지위를 가지지 아니하는 위원회의 활동에 대해서는 행정절차조례에 최소한의 활동 기준을 규정할 필요가 있다.<sup>111)</sup> 지방자치단체가 행정절차조례로 위원회행정절차를 규정할 경우 그 내용으로는 적용범위, 위원회의 구성, 위원의 권리·의무, 위원회의 결정능력, 표결, 의사규칙, 의사록 등을 들 수 있다.

---

111) 행정청의 지위를 가지는 위원회는 그 활동을 규율하는 별도의 조례나 근거법령이 있기 때문에 특별히 규율할 필요는 없다.

## 第6章 結 論

행정의 능률을 중시하여 행정의 절차적 규제를 소홀히 취급하는 행정국가관은 오늘날 더 이상 타당하지 않다는 것은 앞에서 본 것과 같다. 또한 행정절차와 지방자치는 헌법상의 국민의 기본권을 구체적으로 실현하는 것이라는 점과 민주주의의 제도화라는 점에서 기본정신을 같이 하며, 행정절차는 지방자치를 실현하는 수단이 되고 동시에 지방자치는 행정절차의 이념을 실현하는 현상이기 때문에 상호 의존적 관계에 있다는 점에 대해서도 이미 본 것과 같다.

그러나 행정절차법이 제정된지 7개월이 지난 지금까지 지방자치단체가 행정절차조례의 제정을 준비중이라거나 독자적인 행정절차조례를 제정하였다는 보고가 한건도 없다는 사실에서 보는 것과 같이 지방자치단체들은 지방행정절차의 정비에 매우 소극적인 태도로 일관하고 있는 것은 아닌가 생각된다. 잘 아는 것과 같이 정보공개제도에 대해서는 청주시를 필두로 한 지방자치단체 차원에서의 선진적인 행정정보공개조례의 제정이 국가 차원에서의 논의를 리드하여 정보공개법이라는 중요한 결실을 보게 되었다. 그러나 행정절차제도에 대해서는 대부분의 지방자치단체에서 행정절차법이 제정되어 시행기일이 도래하면 자동적으로 적용을 받을 것이기 때문에 이에 대해서 지방자치단체가 나서서 고민할 일은 아니다라는 매우 소극적이고, 더 나아가 행정절차법이라는 골치 아픈 법률이 제정되어 앞으로 민원과 업무량만 증가하게 되었다는 매우 수세적인 태도를 보이고 있다. 이러한 태도는 지방자치단체 스스로 지방자치를 포기하는 결과가 된다.

따라서 각 지방자치단체들에게 행정절차의 이념을 지방자치차원에서 실현시킴으로써 절차적 민주주의를 통한 풀뿌리민주주의를 개화시키기 위해서는 당해 지역의 실정에 맞는 독창적이고 자주적인 행정절차조례를 시급히 제정할 것을 재차 촉구하며, 지방자치단체가 행정절차조례를 제정함에 있어 가져야 할 기본방향 내지 자세 등에 대하여 간단하게 언급하면서 이 보고서를 끝맺기로 한다.<sup>112)</sup>

- (1) 행정절차조례제정은 가능한한 적법한 범위 안에서 추진되어야 한다. 현행 법상 존재하는 조례제정의 다양한 법적 제약을 무시하고 자치일변도로 행정절차조례를 제정하는 것은 위험하고 또 불필요한 비용을 초래할 것이기 때

112) 김철용, “행정절차법제정에 있어서 고려사항”, 『사회과학』 9집(건국대학교, 1995), 59~60면 ; 홍준형·김성수·김유환, 앞의 책, 152~154면.

문이다. 따라서 지방자치단체는 행정절차조례제정을 검토하는 경우 조례제정에 대한 현행법상의 한계와 판례의 경향을 정확히 분석한 바탕위에서 행정절차조례의 규율강도와 범위를 정하여야 한다.

- (2) 각 지방자치단체는 적법한 범위안에서 행정절차조례제정을 추진하되, 행정절차조례의 제정은 지방자치행정의 개혁과제로 추진되어야 한다. 행정절차가 주민참여를 통한 행정의 민주화를 위한 제도적 장치라고 할 때, 행정절차조례는 규율대상인 행정청의 입장에서가 아니라 행정절차에 참여할 주민의 관점에서 추진되어야 한다. 행정절차조례의 제정과정에서도 행정절차법의 제정과정에서와 마찬가지로 시급한 사항부터 규정하고 나머지는 점진적으로 입법화하자는 입장(점진적 제정론)과 조례제정시부터 완벽한 내용을 규정하여야 한다는 입장(전면적 제정론)이 대립할 수 있다. 행정절차의 법제화가 단순히 현실의 행정을 제도화하는 것이 아니라 지금까지의 불투명하고 불공정한 행정을 근본적으로 개혁한다는 관점에서 추진되는 것이라고 볼 때 현실을 완전히 도외시할 수 없으나 가능한한 행정절차조례가 주민의 절차적 권리장전이 될 수 있도록 완벽한 내용을 담는 방향으로 추진될 것이 요청된다. 불가피한 경우에는 완벽한 내용을 규정하면서 예외적으로 시행기일을 차등화하여 행정절차의 시행을 위한 기반조성과 공무원들로 하여금 이에 대비할 수 있는 여유를 확보하기 위하여 탄력적 시행일 도입을 수반한 전면적 제정을 차선책으로 선택할 수 있을 것이다.<sup>113)</sup>
- (3) 행정절차조례는 지방자치단체의 자율성을 바탕으로 각 지방자치단체의 다양성을 최대한으로 살리는 방향으로 제정되어야 한다. 행정절차법의 내용을 그대로 copy한 듯한 생색용의 행정절차조례는 지방자치에 아무런 의의가 없다. 이를 위해서 지방자치단체는 행정절차조례를 제정함에 있어 개별조례에서 정하고 있는 행정절차관련 규정을 추출하고, 그 동안의 적용실태를 비판적으로 검토·분석하여 당해 지방자치단체의 실정에 맞는 표준적인 절차를 유형화하여야 한다.
- (4) 행정절차조례는 행정활동의 현실을 도외시하여서는 아니된다. 이러한 관점에서 행정능률과 행정의 민주적 통제를 행정절차를 통하여 합리적으로 조정·조화시키는 문제가 제기된다. 이와 아울러 사안에 따라 제한된 범위내에서만 통일적 행정절차를 구축할 수 있는 경우 또는 분야의 특성에 따라 행정작용의 절차화가 아예 불가능한 경우도 있을 수 있을 것이다. 이러한 견지에

---

113) 신봉기, 앞의 경실련 공청회자료집, 37면.

서 행정절차의 간소성의 원칙이 강조될 필요가 있으며, 약식절차의 상대적 효용이 고려되어야 한다. 특히 행정절차를 불이익처분에 국한시키지 않고 수익적 행정작용 등에 적용하되 이 약식절차를 널리 활용할 필요가 있다. 반면 다수당사자의 이해관계가 걸린 복효적 행정활동, 상충하는 공익과 사익의 형량이 요구되는 분야에서의 행정작용 등에 대하여는 보다 신중한 정식절차를 강구하는 것이 요청된다.

- (5) 행정절차조례와 기존 행정절차관련 조례와의 정합성이 유지될 수 있도록 행정절차조례의 제정과 함께 절차관련 조례등의 정비가 동시에 진행되어야 한다. 행정절차조례의 시행에 따라 행정절차의 통일성을 확보하고 행정절차조례의 실효성을 확보하기 위하여 ①행정절차조례의 규정과 중복되는 절차규정을 삭제하고 ②절차관련 용어를 정비하며 ③각각의 행정분야에 독자의 절차체계가 마련되어 있는 경우 그것에 의하는 것이 적당하다고 인정되는 것과 행정작용의 성질상 행정절차조례에 규정된 절차에 친하지 않는 것 등에 대해서 이를 행정절차조례의 적용대상에서 제외하는 등의 조치가 있어야 한다.



행정법제분석 97-1

行政節次法の 制定과 地方自治行政節次의 整備

---

1997년 8월 25일 印刷

1997년 8월 30일 發行

發行人 朴 松 圭

發行處 **한국법제연구원**

印刷處 (주) 東洋商社

서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103

전화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981. 8. 11 제1-190호

---

값 6,000 원

1. 本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 89-8323-024-X 93360

