

# 行政節次法 制定의 意義와 앞으로의 課題

金 道 昶\*

## 차 례

### I. 行政節次法 制定의 意義

1. 行政의 民主化
2. 行政의 公正性·透明性
3. 行政의 正當性
4. 配分參與權의 保障
5. 行政의 能率化

### II. 앞으로의 課題

1. 制度의 持續的 研究檢討
2. 行政節次와 司法機能
3. 公務員社會의 意識改革

\* 韓國法制研究院 初代理事長, 法學博士

## I. 行政節次法 制定의 意義

행정절차법 제정의 의의는 여러 측면에서 거론될 수 있다.

### 1. 行政의 民主化

행정절차는 독일이나 오스트리아 등 일부 유럽대륙국가들에게서 그 입법화의 노력이 없었던 것은 아니지만, 어쨌든 공익우선과 국가권위사상(Staats-authoritätsgedanke)의 전통을 가진 유럽대륙국가들보다는, 일찍이 주민자치사상이 발달하고 또한 영국법의 자연적정의(natural justice)와 그 미국판인 적법절차(due process of law)의 법이념이 일찍부터 확립된 영미 커먼·러 세계에서 행정절차가 제도적으로 성립되었다는 것은 당연한 귀결이라 할 것이다. 이러한 행정의 패러다임 아래서는 목적이 행정을 정당화하는 것이 아니라, 오히려 절차나 방법을 거쳤다는 것이 행정을 정당화해 준다고 보는 의미에서 절차국가(節次國家)라 할 수 있다.

그리하여 行政節次는 관료에 의한 일방적 하향행정(下向行政)에 갈음하여, 국민 또는 주민의 주체적 행정참가(行政參加)를 통하여 행정에 민의(民意)를 반영하여 이해관계인이나 지역주민 사이의 의견을 조정·통합하는 과정이라 할 수 있다. 국민이나 주민은 이 경우에 단지 행정권의 지배객체로 인식되는 것이 아니라, 적극적으로 행정권의 행사주체로서의 지위에 서게 되어, 지배자와 피지배자의 자동성(自動性)의 원리가 현실화된다.

### 2. 行政의 公正性·透明性

행정절차는 행정활동의 사전절차화(事前節次化)와 사법과정화(司法過程化)를 통하여 행정활동의 공정성과 투명성을 확보하고, 그럼으로써 국민의 권익을 원천적으로 보호하려는 장치이다.

특히 행정절차는 Herrnritt의 이른바 정당정치(政黨政治)의 부패 제거와, Davis의 이른바 비정식적행정(informal administration)의 폐단 봉쇄라는 효험이 있음을 주목하여야 한다.

### 3. 行政의 正當性

행정절차는 형해화(形骸化)된 의회주의(議會主義)나 공동화(空洞化)된 법치주의(法治主義)의 결합(불완전성)을 보충한다는 점에서, 오히려 법률적 합성 이상으로 행정의 정당성의 근거로 기능하게 된다는 지적도 있다.

### 4. 配分參與權의 保障

배분참여권(Teilhaberecht)을 위해 국민 또는 주민의 행정참가절차가 확립되어야 한다. 바꾸어 말하면, 현대의 급부행정국가(給付行政國家)에서는 수급권(受給權)의 확보를 위해 국민이나 주민이 급부행정과정에 주체적으로 참가하여야 하기 때문에, 이른바 간섭행정(干涉行政)외에 급부행정에도 행정절차가 필요하다는 것이다(Forsthoff의 신자유개념).

### 5. 行政의 能率化

현대행정이 복잡·다기화되고 전문·기술화되는 추세에 있을수록, 행정운영을 위한 “통일적 기준”을 설정하여 공권력 발동 이전의 단계에서 미리 적정한 절차를 거치게 함으로써, 국민 또는 주민의 이해와 협력과 신뢰를 얻고, 행정간소화와 비용절감에 이바지할 수 있으므로, 이런 관점에서는 오히려 행정능률화에 도움이 된다는 견해도 없지 아니하다.

요컨대 급세기 초부터 이른바 선진국가들은 말할 나위도 없고, 선진국가를 지향하는 모든 나라들이 행정절차법이라든가 이와 관련되는 정보공개법·사생활보호법 등의 입법을 완료한 상태이며, 21세기는 그런 의미에서 세계는 행정절차국가시대가 될 것이 예견되고 있다.

## II. 앞으로의 課題

필자는 1986년의 제1차 “행정절차법안” 심의위원회 위원장 자격으로 동법안(이른바 87년초안)의 심의에 참여한 바 있으나, 우리나라 행정현실이 행정절차를 처음부터 잘 소화해내기는 어려울 것이라고 판단했기 때문에 “조문수는 되도록 적게”하는 것을 상책으로 생각했다. 그러나 학계와 재야법조계에서는 서독의 경우처럼 103조까지는 못되더라도, 되도록 자세히 규정하자는 의

견이 강해서, 절충의 결과 전문 71조로 낙착되었지만, 그 법안은 끝내 국회에 제안되지 못하였다. 1995년에 구성된 제2차 “행정절차법안심의위원회”의 심의를 거쳐 국회를 통과하여 1996년 12월 31일 공포된 행정절차법은 전문 54조로 조문수가 줄어들었으나, 1993년 11월 12일 공포된 일본 행정수속법(行政手續法)이 38조인 것과 비교하면 그래도 조문수가 많은 셈이다. 우리의 행정절차법은 내용에 있어 “입법예고”와 “행정예고”를 더 담고 있다. 어떠한 “로마는 하루 아침에 이루어질 수 없는 것”이니, 적은 수의 조문으로, 다시 말하면 “최소한”의 절차로 출발하는 것이 바람직하다고 사료된다.

행정절차법은 부칙 제1항에 의하여 “공포후 1년이 경과한 날”부터 시행하게 되어 있는 바, 여기서는 앞으로의 성공적 운영을 위하여 검토를 요한다고 생각되는 점들을 메모하여 보기로 한다.

## 1. 制度의 持續的 研究檢討

### (1) 迅速性 · 效率性 原則

행정의 신속성·효율성에 관하여는 언급이 없는 것은 아니나(제18조·제22조제5항), 특히 경제행정분야에서 대내적인 필요뿐만 아니라 급속도로 진행되고 있는 국제화의 물결 속에서 제4조·제5조와 같은 차원에서의 신속성·효율성에 관한 “원칙 선언”이 필요할 것이다. 이 점에 관하여는 독일에서의 1996년 “허가절차촉진법”을 참조할 필요가 있다.<sup>1)</sup>

### (2) 法令解釋申請과 行政介入申請

민주법치국가에서의 행정은 이른바 “법률에 의한 행정”의 원칙에 따라서 행정이란 바로 법령을 집행하는 일이고 보면, 이에 종사하는 공무원의 처지에서 법령의 내용에 대해서 확신을 가질 수 있어야 그것을 집행하게 되는 것이고, 반대로 규정이 모호하거나 규정상호간에 상충되는 경우가 있으면 집행을 주저하는 것은 당연하다. 이럴 경우에 행정을 촉진하는 방법은 그 법령의 내용을 유권적으로 해석해 줌으로써 당해공무원의 사후책임에 관한 불안감을 해소시켜 주는 것이 급선무이다. 당사자나 이해관계인이 손쉽게 그러한 법령해석을 받을 수 있게 길을 열어 주어야 한다(제5조·제20조제3항). 이 경우에

1) 오준근, 『독일연방행정절차법의 변혁』, 한국법제연구원, 1997.

누가 누구에게 어떤 방법으로 해석신청을 할 것인가에 관한 준칙이 마련되어 공람되도록 해야 할 것이다. 이와 함께 행정청의 부작위에 대하여 상급감독청에 대하여 규제·감독권의 발동을 촉구하는 의미에서의 행정개입신청제도는 행정절차법에 명문화되어 있지 않으나, 소송으로 가기 전에 손쉬운 신청의 방법으로 행정과 개인 사이의 불편한 관계를 해결해 줄 수 있을 것이다.

(3) 行政計劃確定節次와 複效的 處分

국민생활과 밀접한 관계가 있는 공공사업계획 등을 입안할 때에는 앞으로 87년안 제3장에 규정된 바와 같은 절차를 연구·검토할 필요가 있다. 또한 “복효적 처분”에 관한 연구도 보다 밀도있게 진행하여야 한다.

(4) 行政執行節次·行政秩序罰節次

단행법에 단편적으로 규정되고 있는 행정집행절차나 행정질서벌절차에 관한 기본법도 정비될 필요가 있다.

(5) 自治行政分野의 節次

자치행정분야의 각 특수성을 고려하여 조례로써 특수절차를 마련할 필요가 있는지에 관하여 더 연구할 필요가 있다(87년안 제3조제3항 참조).

(6) 處分基準의 定期的 檢討

행정절차법 제20조는 처분기준의 설정 공포를 규정하고 있는데, 행정은 사정변경의 원칙이 지배하는 점을 고려하여 정기적으로 그 기준을 재검토할 필요가 있을 것이다.

(7) 處分の 事前通知

행정절차법 제21조제1항은 부과적 처분의 경우 사전통지제도를 규정하고 있는데, 통지대상자를 “당사자 등”이라고만 규정하고 있어서 실무상의 어려움이 있을 것이다.

(8) 聽聞·公聽會 要件

행정절차법 제22조는 청문이나 공청회 개최의 요건으로서 당사자 등에 의한 “신청”의 기회를 부여하지 않는 문제는 신중한 재검토가 있어야 한다(87

년안 제35조는 청문에 대한 신청을 인정하였다).

(9) 理由提示 要件

행정절차법 제23조는 이유제시를 아니할 수 있는 경우로서 “긴급을 요하는 경우”를 들고 있는데, 이러한 일반조항적 표현으로 법의 실효성을 기약할 수 있었는가 좀 더 연구가 필요할 것 같고, 또한 이유제시의 “정도”와 이유의 추완(追完)·대체 가능성 문제에도 언급이 있으면 한다.

(10) 文書閱覽·私生活保護

행정절차법 제37조는 문서열람을 청문의 경우에만 허용하고, 의견제출시 또는 공청회시에는 적용이 없는데 더 연구할 필요가 있다. 동조제3항은 열람 또는 복사요청을 거부하는 경우 그 이유를 “소명”하도록 되어 있는데, 소명을 “문서”로 할 필요는 없는 것인지 검토할 필요가 있다.

또한 동조제6항은 사생활 비밀 또는 경영상이나 거래상의 비밀 보호 조항을 “청문”의 경우에만 규정하고 있는데, 의견제출이나 공청회의 경우는 이에 해당이 안되게 한 이유는 무엇인지, 이 조항과 또 공공기관의 개인정보보호에 관한 법률이나 부정경쟁방지법 제10조 내지 제14조와의 관계는 어떻게 되는 것인지 의문이다.

(11) 行政審判과의 關係

행정절차법은 청문이나 공청회를 거친 행정처분에 대하여 행정소송을 제기하고자 하는 경우 행정심판을 거치지 않아도 되게 대체효과를 인정하는 규정을 두지 않고 있는데 검토를 요한다(제3조제2항제8호 참조).

2. 行政節次와 司法機能

행정절차법 소정의 절차를 위반한 처분의 취소청구가 가능한가라는 의문이 가끔 제기되는 것 같다.

일반적으로, 행정행위의 하자론에서 절차위반(節次違反)은 위법을 구성하고, 그것이 중대하고도 명백한 법규위반에 해당되면 무효의 문제가 제기될 수도 있다는 것이 정설이다.

그러나, 절차는 거쳤는데 그 절차를 거친 결과에 대한 승복의무(행정절차법

제27조제5항·제35조제5항·제39조제5항)를 위반한 경우에는 일률적으로 논하기는 어려울 것이고, 개별적 사정을 참작하여 헌법재판소나 법원 또는 상급 행정청이나 공무원징계기관 등이 구체적으로 타당한 하자의 효과를 판단해야 할 것이다. 예컨대, 처분기준을 어기고 처분한 경우에 그러하다.

### 3. 公務員社會의 意識改革

우리나라도 이제 행정절차법을 가진 나라가 되었다. 선진대열에 오르기 위한 최소한의 발판을 마련하였다고 해도 과언이 아니다. 이 제도의 성패는 공무원사회의 의식개혁 여부에 달렸다고들 한다. 사실 우리나라 관료사회도 중앙과 지방을 막론하고 윤리적으로 장족의 성장을 했다는 것은 누구나 느끼는 것이지만, 공무원들을 위해 행정절차법이 족쇄가 아닌 옹비의 도약대가 되어야 한다. 따라서 행정절차법에 관한 교육·연수가 지속적으로 이루어져야 할 것이다.