

行政指導節次의 定着方向

金 敬 祚*

차 례

- I. 머리글
- II. 제도의 입법화
 - 1. 입법화과정
 - 2. 제도입법화의 관련관계
- III. 행정지도에 대한 실체적 규율
 - 1. 행정지도의 일반원칙
 - 2. 신청에 관련한 행정지도
 - 3. 인허가 등의 권한과 관련한 행정지도
- IV. 행정지도에 대한 절차적 규율
 - 1. 행정지도의 방식
 - 2. 복수자를 대상으로 하는 행정지도
- V. 맺음말

* 慶北大學校 法科大學 法學部 助敎授, 法學博士

I. 머리글

행정지도는 지금까지 학자들에 의해서 다양하게 정의되고 연구되어 왔다. 이러한 행정지도의 의의에 대해서 행정절차법은 『행정기관이 그 소관사무의 범위안에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용을 말한다』라고 규정하고 있다¹⁾²⁾. 행정지도는 상대방의 임의적 협력에 의해서 실현이 가능하고 상대방을 법률상 구속하는 것이 아니기 때문에 반드시 법률상 그 근거나 요건이 규정되어 있는 경우에 한정되어 행하여지는 것이 아니다. 그러나 행정기관에 속하는 다양한 직원에 의해서 행하여지기 때문에 그 불투명성과 책임소재의 불명확성 등이 문제점으로 지적되고 있다. 이에 행정절차법은 개별법에 근거한 행정지도에 한정하지 않고 행정기관의 소관사무의 범위내에서 일정한 행정목적의 달성을 위하여 행하는 모든 행정지도를 규율의 대상으로 하여 규정하게 되었다.

새로 제정된 우리나라 행정절차법은 제2조제3호에 상기와 같은 행정지도의 정의 규정³⁾을 두고, 동법 제48조-제51조에 행정지도에 관한 규정을 두고 있

-
- 1) 행정지도에 대해서 절차적 규율을 가하기 위해서는 무엇이 규율 대상인 행정지도인가를 정의하여 둘 필요가 있다. 이에 전기의 행정지도 정의규정을 두게 되었다.
 - 2) 일반행정절차법에 행정지도에 관한 규정을 최초로 규정한 日本의 行政手續法の 규정을 보면 동법 제2조제6호에서 행정지도라 함은 『행정기관이 그 임무 또는 소장사무의 범위 내에서 일정한 행정목적의 실현하기 위하여 특정한 자에게 일정한 작위·부작위를 구하는 지도, 권고, 조언 그 밖의 행위로서 처분에 해당하지 않는 것을 말한다』라고 규정하여 우리나라의 행정절차법상의 행정지도의 정의규정과 거의 같은 형태를 취하고 있다. 동법 제2조제6호의 형태로 정의를 규정하기까지 상당한 案文의 변천이 있었다. 즉 行政廳 제1차 연구회안(주5 참조)에서는 『규제적 행정지도』라고 하는 용어가 사용되었고, 『행정기관이 그 소장사무에 관련된 사항에 관하여 특정한 자에 대해서 일정한 작위 또는 부작위를 요청하는 것』이라고 정의되었다(제1301조). 총무처 제2차 연구회안(주11 참조)에서는 『규제적』이라고 하는 수식이 없어졌지만 정의 자체는 거의 이전의 것이 답습되었다. 그러나 실무의 입장에서 정의가 불명확하다는 비판이 제기되어서 1991년 7월의 第1次部會案(주14 참조)에서는 『행정기관이 그 임무 또는 소장사무의 범위내에서 일정한 행정목적의 실현하기 위해서 지도, 조언, 그 밖의 법률상의 강제력을 갖지 않는 수단에 의해서 특정한 자에게 일정한 작위 또는 부작위를 구하는 행위를 말한다.』라고 규정되게 되었다. 그 후 행정절차법의 제정시에 『강제력을 갖지 않는 수단에 의해서』라는 표현이 불명확하다는 것을 이유로 『……행위로서 처분에 해당하지 않는 것』으로 규정되게 된 것 이외에는 第1次部會案과 거의 같은 내용으로 규정되게 되었다.
 - 3) 우리나라 행정절차법상의 행정지도개념은 일본의 行政手續法상의 행정지도개념과 거의

다. 이 규정은 크게 두 부분으로 구성되는데, 행정지도에 대한 실체적 규제를 규정한 제48조(일반원칙)와 행정지도에 대한 절차적 규제를 규정한 제49조(행정지도의 방식), 제50조(행정지도 상대방의 의견제출), 제51조(다수인을 대상으로 하는 행정지도) 등이다. 이러한 규정들은 우리보다 앞서서 행정지도에 관하여 행정절차법에 규정을 두고 이를 시행하고 있는 일본의 제도와 매우 유사한 구조를 취하고 있다. 다음에서는 이에 대한 일본의 제도와 관련판례를 검토하여 우리나라 제도의 적절한 운용방향을 모색하려 한다⁴⁾.

일치하고 있다. 行政手続法 제정후의 일본 總務廳行政管理局의 동법 해설에 따른 행정지도의 개념에 관한 의미를 살펴보면 다음과 같다.

첫째 본항의 「일정한 행정목적 실현하기 위해서」라 함은 행정주체로서의 행정기관이 행정객체로서의 국민에 대해서 그 임무 또는 소장사무의 수행을 목적으로 하여 행하는 것을 의미한다. 따라서 행정기관이 국민과 대등한 사인의 입장에 서서 행하는 매매 등의 행위는 「일정한 행정목적 실현하기 위한」 행위에 포함되지 않는다.

둘째 행정지도는 「일정한 행정목적 실현하기 위해서」 필요하다고 판단하여 특정한 자에게 「작위·부작위를 구하는」 행위이다. 이러한 점에서, 조사결과 등에 의거한 일정한 사실의 제시, 법령해석, 제도구조의 소개 그 밖에 상대방의 요구에 따라서 편의를 제공하기 위해서 정보를 제공하는 것과 같은 행위는 통상적으로 「작위·부작위를 구하는」 행위에 해당하지 아니하고 행정지도에 포함되지 않는다. 또한 각종의 상담업무도 기본적으로는 상대방이 제시하는 정보범위내에서 일정한 해결방법을 제시하는 것으로 「작위·부작위를 구하는」 행위에 해당하지 않는다. 행정기관의 행위가 상대방에 대해서 「작위·부작위를 구하는」 행위에 해당하는가의 여부는 상대방에 대한 표현방식 등의 외형적인 것만으로 판단될 것이 아니고 개별구체적인 경우에 있어서 각종 사정 등을 감안하여 판단되어야 할 것이다.

셋째 행정지도는 그 임무 또는 소장사무의 범위내에서 일정한 행정목적실현을 위해서 「특정한 자」에게 작위·부작위를 요구하는 행위이기 때문에, 교통사고 다발지역에서 운전수를 대상으로 안전운전을 호소하는 것과 같이 당해 행위가 개별구체성을 갖추었다고 보기 어려운 경우에 행정지도에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

넷째 행정기관은 국가 또는 지방의 행정사무를 능률적으로 수행하기 위해서 일정한 임무 또는 명확한 범위의 소장사무와 권한을 가지고 당해 임무 또는 소장사무의 범위내에서 주어진 행정목적 실현시키기 위해서 활동한다. 행정지도도 이와 같은 행정기관의 행위이기 때문에 각각에 주어진 임무 또는 소장사무의 범위내에서 행하여야 한다. 따라서 이러한 행정기관의 임무 또는 소장사무의 범위를 넘는 행위는 위법인 행위가 된다.

다섯째 지도·권고·조언이라 함은 통상적으로 강제력을 수반하지 않고 상대방의 자발적 의사에 의한 임의적 협력에 의해서 실현되는 행위를 지칭한다. 總務廳行政管理局編, 『逐條解説 行政手続法(増補)』, ぎょうせい, 1994, 32-35頁.

4) 이하에서 제시되는 범조문과 판례는 일본의 것임을 전제하여 따로 표기하지 않는다. 우리나라 행정절차법과 일본의 行政手続法을 비교할 때 행정지도의 실체적 규제부분에 있어서 우리나라 행정절차법이 일반원칙만을 규정하고 있는데 반하여 行政手続法은 일반원칙(우리나라 행정절차법 규정과 거의 동일함) 이외에 신청에 관련된 행정절차와 인허가 등의 권한과 관련된 행정절차를 규정함으로써 보다 구체적으로 규정하고 있다(이 부분은 우리나라에서도 행정절차법의 시행과 더불어 구체적 사건에서 문제될 수 있는 것

II. 제도의 입법화

1. 입법화과정

제2차세계대전 이후 일본은 일반행정절차법의 입법화노력을 계속하였으나 구체적 결실을 보지 못하다가 1993년에 입법화에 성공하였다. 이러한 행정절차의 입법화과정을 살펴보면 다음과 같다. 行政手續法에 행정지도규정을 최초로 상정한 것은 제1차연구회안이다⁵⁾. 그러나 이 안은 行政手續法 제4장의 주요부분인 실제적 규율을 포함하고 있지 않았다. 이 안은 행정기관에 대해서 서면작성의무 및 교부의무(제1301조-제1304조)⁶⁾· 기록작성보관의무(제1305조제1항)⁷⁾를 과하고 국민에 대해서 기록의 열람을 인정하였다(제1305조제2항)⁸⁾. 그리고 상대방에게 불이익하게 작용하는 규제적 행정지도에 대해서 일

으로 본고에서는 그 제정의 구체적 배경과 문제점을 검토한다. 한편 절차적 규제에 있어서는 거의 차이가 없다(우리나라 행정절차법 규정과 거의 동일함). 단지, 행정지도에 대한 의견제출을 규정한 우리나라 행정절차법 제50조는 日本 行政手續法에는 없는 조항으로 「행정지도의 상대방은 당해 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견을 제출할 수 있다」고 규정하고 있다.

- 5) 1980년 행정관리청에 雄川一郎 교수를 중심으로 하는 제1차 행정절차법연구회가 설치되었다. 이 연구회는 1983년 전체가 71조로 구성되는 『行政手續法律案要綱案』(ジュリスト 810호, 有斐閣, 1984, 44頁)을 공표하였는데 이를 지칭하는 것이다. 이하 본고에서는 제1차연구회안이라고 지칭한다. 제1차연구회안에서 行政手續法에 이르는 상세에 관하여는 紙野健二, “行政指導と行政手續”, 『公法研究』 56號, 日本公法學會, 1994年, 225頁.
- 6) 제1301조 「행정기관이 소장사무에 관한 사항에 관하여 특정한 자(법령에 의거한 신청인을 제외한다)에 대해서 일정한 작위 또는 부작위를 요청하는(이하 「규제적 행정지도」라고 한다) 경우에는 문서에 의하여야 한다. 단지 긴급을 요할 때, 그 밖에 정당한 이유가 있는 때에는 그 한도에서 그러하지 않다」
제1302조 「전조의 문서에는 일시, 책임자를 명기하는 것과 함께 이유를 명기하지 않으면 안된다」
제1303조 「제1301조의 문서는 규제적 행정지도의 상대방에게 직접교부하는 것이지만 사정에 따라서는 이러한 자가 속하는 단체에 교부하는 것이 가능한 것으로 한다」
제1304조 「행정기관이 문서에 의하지 않고 규제적 행정지도를 행할 때에는 상대방은 그 행정기관에 대해서 제1302조에 규정하는 형식에 의한 문서의 교부를 청구하는 것이 가능한 것으로 한다」
- 7) 제1305조제1항 「행정기관이 규제적 행정지도를 행할 때에는 그 취지를 기록에 남겨두지 않으면 안된다」
- 8) 제1305조제2항 「전항의 기록은 상대방 이외의 자도 열람할 수 있는 것으로 한다. 단지 상대방 또는 공공의 이익에 반하는 특단의 사정이 있는 경우에는 그 한도에서 그러하지 아니하다」

정한 경우(행정지도에 따르지 않을 경우에 구체적 불이익이 수반되는 경우)에 상대방에게 의견진술의 기회를 인정하였다(제1306조)⁹⁾. 이 밖에도 불복신청의 권리를 인정하는(제1307조)¹⁰⁾ 등 행정지도의 문서화 및 구체절차의 정비 등의 절차적 규제를 도모하였다. 그 후 제2차연구회안¹¹⁾에서는 법령취지의 일탈금지, 상대방이 불복종의 의사를 표시한 경우에 행정지도금지 등의 실제 규정(제0801조)¹²⁾이 삽입되었다¹³⁾. 그러나 이 안에서는 입법화가 추진되었던 의견진술의 기회를 인정하는 규정 및 문서열람을 인정한 규정은 삭제되었다. 그 후 第1次部會案¹⁴⁾ 및 第3次行革審案¹⁵⁾에서 현행규정과 같은 실제규

-
- 9) 제1306조 『규제적 행정지도로 상대방이 그것에 따르지 않을 때에는 사실의 공표 그 밖에 상대방에게 직접적 불이익이 수반하는 것에 대해서는 미리 상대방에게 의견을 진술할 기회를 부여하는 것으로 한다.』
- 10) 제1307조제1항 『규제적 행정지도의 상대방은 지도를 한 행정기관에 대해서 불복신청이 가능한 것으로 한다.』 제1307조제2항 『지도를 한 행정기관은 전항의 불복신청에 대해서 반드시 응답하지 않으면 안되고 그 불복에 이유가 있는 때에는 지도의 시정 등의 조치를 취하여야 한다.』
- 11) 1985년부터 鹽野 宏 교수, 成田頼明 교수, 園部逸夫 교수(現最高裁判所 判事) 등이 중심이 된 행정절차법연구회가 총무청에서 개최되었다. 그 후 이 연구회의 연구결과가 1989년 10월에 『行政手續法研究會(第2次)中間報告 行政手續法(假稱)要綱案 1989年10月』(ジュリスト949號, 有斐閣, 1990, 114頁)로 공표되었는데 이를 지칭한다. 이하에서는 제2차연구회안이라고 한다.
- 12) 제0801조제1항 『행정기관이 행정지도를 행할 때에는 관계법령의 취지를 일탈하지 않도록 유의하여야 한다.』 제0801조제2항 『상대방이 행정지도에 따르지 않는다는 취지의 의사를 명확히 표명하고 있는 때에는 당해 행정지도를 계속하는 것에 의해서 상대방에게 불이익을 주어서는 안된다.』
- 13) 제2차연구회안이 작성공표된 시기는 국제적으로 일본의 행정스타일에 대해서 비판이 가하여지던 시기로 규제완화와 행정절차의 간소화가 행정개혁의 과제로서 부각되던 시기이다. 제2차연구회안의 결정 및 공표가 되기 전년도에 공표된 第2次臨時行政改革推進審議會의 『공적 규제의 완화 등에 관한 답신』은 행정지도에 대한 남용의 억제를 위한 일반적 기준 및 행동규범을 표시할 필요가 있다고 강조하고 있다. 이러한 입장은 총무청을 통하여 제2차연구회안에 일정한 영향을 미쳤다고 한다. 제2차연구회안에서 실제적 규율이 도입된 것은 본법 제정에 있어서 총무청의 의향이 일정한 정도 반영된 결과라고 한다(小早川光郎編, 『行政手續法 逐條研究』ジュリスト増刊, 有斐閣, 1996, 262頁).
- 14) 일본의 행정개혁을 위해서 1990년 설치되었던 第3次臨時行政改革推進審議會에 행정절차법제정을 위해서 1991년 『公正·투명한 行政手續部會』가 설치되었다. 『公正·투명한 行政手續部會』는 그때까지의 제연구성과 등을 반영하여 1991년 7월에 『行政手續法 要綱案』(ジュリスト 985號, 有斐閣, 1991, 73頁)을 공표하였는데 이를 지칭한다. 이하에서는 第1次部會案이라고 칭한다.
- 15) 第1次部會案은 그 뒤 각계의 의견을 반영하여 『공정·투명한 행정절차의 정비에 관한 답신』(ジュリスト 994號 有斐閣, 1992, 61頁)이라는 명칭으로 1991년 12월 12일 공표되었는데 이를 지칭한다. 이하에서는 第3次行革審案이라 칭한다.

정의 주요부분이 완성되게 되었고 절차적 규율로서 목적·내용·책임자 등의 명확화, 상대방에게 문서교부청구를 인정하는 것 등이 규정되게 되었다. 第3次行革審案이 공표된 이후 일본정부는 총무청행정관리국을 중심으로 행정절차법안의 입안을 추진하여 동법안을 성안시켰다¹⁶⁾. 우리나라 행정절차법과 같이 동법은 제2조제6호에 행정지도에 대한 정의규정을 두고, 제4장 제32조-제34조까지 행정지도의 실체적 규제에 관한 규정을 두고 있다. 그리고 제4장 제36조-제37조까지 행정지도의 절차적 규제에 관한 규정을 두고 있다.

행정지도는 행정의 기동성, 탄력성의 확보, 행정목적의 원활한 달성 등의 긍정적 의미도 갖지만, 행정지도의 남용이 법치주의의 공동화를 가져올 수 있다는 위험이 있고 행정의 투명성을 해친다는 비판을 받아 왔다. 국제화의 진전과 함께 일본의 행정절차에 대한 비판이 집중된 것도 이 부분이다. 이러한 비판과 행정지도가 일본의 행정에서 차지하는 비중이 크다는 것을 감안하여 행정지도를 행함에 있어서 준수하여야 할 일정한 틀을 行政手続法은 규정하였다고 평가할 수 있다¹⁷⁾¹⁸⁾.

그러나 行政手続法은 행정지도에 대해서 규정을 두고 있지만 이것은 行政手続法이 행정지도라고 하는 행정의 행위형식의 是非에 대한 특정한 판단을 하고 있는 것을 표시하는 것은 아니다¹⁹⁾. 바꾸어 말하면 行政手続法은 행정지도 존재 자체에 대해서는 중립이다²⁰⁾. 행정지도는 존재방식이 불투명하며 그

16) 이 과정의 상세는, 高橋 滋, 『行政手続法』, ぎょうせい, 1996, 1-78頁.

17) 佐藤英善 編著, 『行政手続法』, 三省堂, 1994, 171頁이하.

18) 그러나 입법에 있어서는 행정절차법에서 행정지도를 규정하는 것은 행정지도를 법적으로 인정하여 오히려 행정지도의 남용을 초래할 위험이 있다는 의견도 있었다. 그러나 현실적으로 행정지도가 널리 행하여지고 있는 이상, 이것을 방임하여 두는 것보다는 행정지도를 행할 경우의 적정한 틀을 정하여 행정지도에 일정한 틀을 규정하는 것이 바람직하다는 사고에 의거하여 행정지도를 행할 경우의 일반적 원리, 원칙을 확인하는 규정을 두어 행정지도의 존재방식을 규율하였다. 總務廳行政管理局編, 前掲書, 206-207頁.

19) 鹽野 宏, 『行政法』, 有斐閣, 1994, 258頁.

20) 행정절차법의 목적은 행정운영의 공정성의 확보, 투명성의 향상에 있다. 규제완화와와의 관계가 문제되지만 이 법률자체는 규제자체에는 중립적이다. 바꾸어 말하면 규제가 있다는 것을 전제로 하여 그 규제의 존재방식을 공정, 투명한 것으로 하는 것이 목적이다. 단지 일종의 반사적 효과로서 그만큼 규제하려 하면 법규정에 따라서 신중히 하여야 한다. 행정지도에 대해서도 행정지도를 하여서는 안된다고 하는 것은 아니라는 의미에서 중립적이다. 그러나 명확성의 원칙, 그것에 대한 국민측의 대응 혹은 기업측의 대응이라는 것에 의해서 일종의 억지효과가 있다고 생각한다. 지금까지 법률에는 행정지도에 대한 통일적 규율이 없었고 정의도 분명하지 않았다. 때문에 행정지도는 불투명, 불공정의 근원이라고 되어 왔다. 행정절차법은 행정지도에 중립적 입장을 취하고 있으나 국민이나

사용방법에 적절함이 결한 사례가 재판상 보여진다는 점을 고려하여 행정지도를 행함에 있어서 기본원칙과 그 방식에 있어서 명확성 원칙을 규정하는 것과 함께 명확성의 담보수단을 법률상 규정하게 되었다²¹⁾.

2. 제도입법화의 관련판례²²⁾

건축확인²³⁾을 둘러싼 행정지도의 적법성이 문제 되었던 최고재판소 1985년 7월 16일 판결²⁴⁾은 行政手續法上 행정지도에 규정함에 있어서 그 기초를 제공한 판례라고 일컬어지고 있다. 그 내용을 검토하여 보면 다음과 같다.

시나가와구(品川區) 맨션사건(최고재판소 1985년 7월 16일 판결)

사건의 개요

원고(항소인, 피상고인)는 1972년 東京의 品川區에서 맨션건축을 위해서 건축확인신청을 하였다. 이 과정에서 東京都(피고, 피항소인, 상고인)의 분쟁조정담당직원으로부터 맨션건축에 반대하는 주민과 대화를 통한 원만한 분쟁 해결을 하도록 하는 행정지도를 받았다²⁵⁾. 이에 원고는 주민과의 대화를 하

기업측이 이 법률을 적극적으로 활용하여 애매한 지도를 받은 경우에 서면으로 요구하면 애매한 행정지도는 없어질 것이다. 그리고 이에 상응하여 행정기관도 행정지도의 취지, 내용, 책임자를 명확히 하고 상대방 요구에 응하여 서면을 교부하는 것, 사안에 따라서 행정지도의 지침을 공표하는 것을 정착시키면 행정지도의 명확성, 투명성이 향상되어 갈 것이다.

21) 우리나라 행정절차법과 달리 일본의 行政手續法은 지방자치에의 배려 및 지방자치단체 고유의 행정지도와 법률의 실시 관련된 행정지도가 구별될 수 없다는 점을 고려하여 지방자치단체의 기관이 행하는 행정지도에 대해서 행정절차법의 적용이 제외된다고 규정하고 있다.(동법 제3조제2항). 따라서 지방자치단체의 행정지도에 대해서는 그것이 法律 政·省수에 근거한 것이든지, 지방자치단체의 條例, 規則 혹은 要綱을 근거로 한 것이든 행정절차법은 적용 제외되고 있다. 이것은 행정처분절차의 경우와 달리 행정지도 그 자체가 반드시 구체적 근거규정에 의거하여 행하여지지 않기 때문에 국가의 법령에 의거한 행정지도와 조례에 의거한 그것을 구별할 수 없는 것이 현실적 이유로 되어 있다.

22) 行政節次法에 관한 판례동향에 관하여는 김원주·김창조, “韓國과 日本의 行政節次法에 관한 判例研究”, 『公法研究』 제25집 제4호, 韓國公法學會, 1997, 9면이하.

23) 우리나라에서는 강학상 및 제정법상(예컨대 건축법 제8조)으로 건축허가라는 용어를 사용하고 있다.

24) 最判 1985. 7. 16 民集 39권 5호 989頁.

25) 원고는 1972년 東京의 品川區에 건축확인신청을 하였다. 그 신청 직후 맨션건설의 예정지 주변의 주민들은 東京都에 대해서 맨션건설에 의해서 일조권이 침해되고 피해를 받는다고 하여 건축확인을 하지 말라는 진정서를 제출하였다. 이에 대해서 東京都는 업

고 직원의 조언 등에 대해서도 협력적인 대응을 하였다. 그런데 東京都는 행정지도의 지침으로서 新高度地區案에 따른 설계변경을 요구함과 함께 건축주와 부근주민간에 분쟁이 해결되지 않으면, 건축확인을 할 수 없다는 내용의 행정지도를 하였다. 이에 원고는 더 이상 행정지도에 따를 수 없다고 하고, 건축확인신청의 부작위의 위법을 이유로 심사청구를 하였다. 그 후 원고는 東京都와의 대화를 통하여 심사청구를 취하하고 건축확인을 받았다. 그러나 원고는 행정지도에 의한 건축확인의 유보는 위법이라고 주장하여 공사지연으로 인한 도급대금의 증가 등에 상당하는 금액의 손해배상을 요구하는 소송을 제기하였다. 제1심은 원고의 청구를 기각하였지만, 제2심은 청구를 인용하였다. 이에 東京都가 상고한 사건이 이 사건이다.

判 旨

최고재판소는 다음과 같이 판시하였다. 『이와 같은 확인처분유보는 건축주의 임의의 협력, 복종하에서 행하여지는 행정지도에 의거한 사실상의 조치에 머무는 것이기 때문에 건축주가 자기의 신청에 대한 확인처분을 유보한 행정지도에는 응하지 않는다는 의사를 명확히 표명하고 있는 경우에 그러한 건축주의 명시적 의사에 반하여 그 수인을 강요하는 것은 허용되지 않는다고 하여야 한다. 건축주가 이와 같은 행정지도에 불협력, 불복종의 의사를 표명하고 있는 경우에 당해 건축주가 받는 불이익과 이러한 행정지도의 목적인 공익상의 필요성을 비교형량하여 이러한 행정지도에 대한 건축주의 불협력이 사회통념상 정의의 관념에 반하는 것으로 말할 수 있는 특단의 사정이 존재하지 않는 한 행정지도가 행하여지고 있다는 이유만으로 확인처분을 유보하는 것은 위법이라고 해석하는 것이 상당하다……행정지도에 따라서 건축주와 부근주민과의 사이에 대화를 통한 분쟁해결을 위한 협의가 시작된 경우에도 이와 같은 협의의 진행상황 및 주위의 객관적 사정에 의해서 건축주가 건축주사에 대해서 확인처분을 유보한 행정지도는 더 이상 협력할 수 없다는 의사를 진지하고 명확하게 표명하여 당해 확인신청에 대해서 즉시 응답하여야 할 것을 요구하고 있는 것이라고 인정될 때에는 다른 전기의 특단사정이 존재하는 것으로 인정되지 않는 한 당해 행정지도를 이유로 건축주에 대해서 그 이후에 행정지도

자측과 주민측의 분쟁을 화해에 의해서 해결하도록 업자에게 행정지도를 하였다.

를 이유로 한 확인처분의 유보는 위법이 된다』고 하였다.

검 토

이 판결은 행정지도의 是非와 그 한계에 대한 최고재판소의 판단을 표시한 것이다²⁶⁾27). 이 판결은 행정지도라고 하는 행정수단의 이용가능성의 승인을 전제하면서 어떠한 경우에 위법한가를 명확하게 하였다²⁸⁾. 행정지도는 어디까지나 상대방의 임의적 협력을 전제로 하는 것이기 때문에 상대방이 행정지

26) 荒 秀, “行政指導による建築確認の留保”, 『行政判例百選 I (第三版)』, 有斐閣, 1993, 206-207頁.

27) 표준처리기간이 경과한 후에도 신청자가 임의로 행정지도에 따르는 한 처분을 유보한 행정지도를 계속하는 것은 적법인가의 문제가 있다. 이것에 대해서는 다음의 두 견해가 있다. 첫째, 행정지도는 상대방의 의사에 반하는 것을 요청하고 협력을 구하는 것이기 때문에 상대방이 이것에 응하지 않는다는 의사를 표명하여도 이것을 반복하여 설득하는 것이 행정의 임무이고 그 설득에 응하지 않더라도 상대방이 따르는 한은 신청결정을 유보하더라도 위법이 아니다. 유보가 위법성을 갖는가는 상대방이 지도에 응하지 않는 이유 및 그 의사의 강함의 정도, 의사표명의 방법 등을 종합적으로 판단할 필요가 있다(통상 객관설이라 칭한다). 둘째, 행정지도는 어디까지나 상대방의 임의의 협력에 의해서 행정목적의 실현하려고 하기 때문에 상대방이 지도에 따르지 않는다는 의사를 표명하는 데도 그것을 바꾸기 위해서 신청을 유보하는 것은 법치주의원리에 반하여 위법이다(통상 주관설이라 칭한다).

이 판결은 객관설과 주관설 어느쪽에도 속하지 않는 절충적 입장을 취한 것으로 평가된다. 그 이유의 첫째는 상대방의 행정지도에 응하지 않는 취지의 의사표시에 대해서 『진지하고 명확한』이라는 조건을 붙이고 있다는 점이다. 상대방이 불복종의 의사표시를 한 경우에 그 방법 및 태도에 따라서는 그 이후의 처분유보가 위법이 되지 않는 경우도 있을 수 있다. 둘째 상기 判旨에서 지적되고 있는 『특단의 사정』의 가능성이다. 상대방이 충분히 사회적 합리성이 있는 행정지도에 대해서 완전히 무시하는 태도를 취하든가, 부근 주민과의 대화에 일체 응하지 않는 등의 경우, 혹은 그대로 처분을 하면 사회적 혼란이 예상되는 경우가 이에 상당할 것이다. 이와 같은 객관적 상황이 있는 경우, 행정지도의 계속을 이유로 하는 처분의 유보는 적법하게 인정된다고 할 수 있기 때문이다.

28) 행정지도는 상대방에게 의무를 과하는 것이 아니기 때문에 종래부터 행정기관은 행정목적실현에 필요한 경우에는, 법률에 구체적 근거없이 행정지도가 가능하다고 설명되어 왔다. 행정지도는 건강상담 및 세무상담과 같이 국민에 대한 조성 및 원조를 목적으로 하여 혹은 청소년선도 및 위법건축물의 방지, 규제 등과 같은 공익에 장해를 미치는 행위의 예방, 억제를 목적으로 하여 행하여진다. 그러나 이러한 행정지도에 대해서는 실제로는 행정지도에 따르지 않는다는 것을 이유로 하여, 제재 그 밖의 불이익을 받을 염려가 있기 때문에, 상대방이 행정지도에 따를 수 밖에 없는 경우가 적지 않았다. 이러한 문제점 때문에 행정지도의 행사를 통하여 공권력행사로서의 명령 또는 처분이 행하여지는 것과 같은 효과를 노리며 또한 현실적으로 그 효과를 거두고 있다는 문제점이 지적되어 왔다. 즉, 본래 행정처분에 의해서 문제처리를 하여야 할 것을 처분에 대한 불복신청 및 항고소송을 피하고, 또한 법률에 의한 규제로부터 자유로운 입장에서 문제처리가 가능하도록 행정지도가 이용되어 왔다고 인식되어 왔다.

도에 따를 의사가 없다는 것을 『진지하고 명확하게 표명』한 경우에 해당하고, 행정지도에 따르지 않는다는 것이 사회통념상 정의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는 특단의 사정이 없는 경우에, 그 이후의 행정지도는 위법이 된다고 판시하였다²⁹⁾.

Ⅲ. 행정지도에 대한 실체적 규율

行政手續法은 행정지도에 대해서 5개의 조문을 두고 있지만, 제32조-제34조는 실체적 규율로서 행정지도의 한계를 규정한 것이다. 이러한 행정지도의 실체적 한계를 규율하는 규정은 종래의 판례 등에서 명확히 확인된 원칙을 行政手續法에 조문화한 것이고 그러한 의미에서 이러한 규정들은 법치행정의 원칙에서 도출되는 당연의 법원칙을 성문화하였다고 할 수 있다³⁰⁾.

1. 행정지도의 일반원칙

행정지도에 관한 실체적 규정 중 총칙적 규정에 해당하는 行政手續法 제32조는 기본적 유의사항과 행정지도의 상대방이 따르지 않을 경우, 불이익한 취급을 하여서는 안된다는 것을 규정하고 있다³¹⁾³²⁾. 기본적 유의사항은 첫째

29) 행정지도의 허용한계에 관한 다른 재판례로서 最決 1988. 11. 8 (判タ 710號, 274頁)을 들 수 있다. 지도요강에 의거한 행정지도를 거절한 건축주에 대해서 무사시노시(武藏野市) 시장이 수도의 공급거부를 하여 수도법위반으로 형사기소되고 유죄로 된 사건에서 최고재판소는 다음과 같이 판시하였다. 『원판결이 인정한 바에 의하면 피고인이 본건 맨션을 건설중의 Y건설 및 그 구입자로부터 제출된 급수계약의 신청서를 수령하는 것을 거절한때에 이미 Y건설은 무사시노시 택지개발에 관한 지도요강에 의거한 행정지도에 응하지 않는다는 의사를 명확히 표명하였고 맨션의 구입자도 입거에 당하여 급수를 현실적으로 필요로 하고 있었다. 그렇다면 원판결이 이와 같이 되었을 때에는 수도법상 급수계약의 체결을 의무지우고 있는 수도사업자로서 설령 이와 같은 지도요강을 사업주에게 준수시키기 위해서 행정지도를 계속할 필요가 있다고 하더라도 그것을 이유로 하여 사업주로부터의 급수계약의 체결을 유보하는 것은 허용되지 않는다고 하여야 하기 때문에 이것을 유보한 피고인의 행위는 급수계약의 체결을 거부한 행위에 해당한다고 판단한 것은 시인할 수 있다……그렇다면 원판결이, 이와 같은 경우에 수도사업자는 설령 지도요강에 따르지 않은 사업주로부터의 급수계약이 신청되더라도 그 체결을 거부하는 것이 허용되지 않는다고 보아야 하기 때문에 피고인은 본건 급수계약의 체결을 거부할 정당한 이유가 없었다고 판단한 점도 시인하는 것이 가능하다』고 하였다.

30) 宇賀克也, 『行政手續法の解説』, 學陽書房, 1996, 147頁.

31) 行政手續法 제32조제1항 『행정지도에 있어서 행정지도에 관계하는 자는 적어도 당해 행정기관의 임무 또는 소장사무의 범위를 일탈하여서는 안된다는 것 및 행정지도의 내용이 어디까지나 상대방의 임의적 협력에 의해서만 실현된다는 것에 유의하여야 한다』

행정지도는 행정기관의 임무 또는 소장사무를 일탈하여서는 안된다는 것, 둘째 행정지도의 내용은 어디까지나 상대방의 임의적 협력에 의해서만 실현된다는 것이다.³³⁾

행정지도 그 자체는 정의상 행정기관의 행위로서 포착되고 있으나 단지 현실적 행정지도는 그 행정기관을 구성하는 구체적 직원이 행정지도를 행한다는 점과 행정지도의 불투명성, 불명확성이 논의의 대상으로 되어 왔던 점을 고려하여 行政手続法은 행정지도에 직접 관여하고 있는 자의 직무상 의무형태로 행정지도의 일반원칙을 규정하고 있는데³⁴⁾ 그 구체적 내용은 다음과 같다.

첫째 행정지도에 관계하는 자³⁵⁾는 적어도 행정기관의 임무 또는 소장사무의 범위를 일탈하여서는 안된다. 행정지도는 行政手続法 제2조제6항에 있어서 정의되고 있는 것과 같이 행정기관이 그 소장사무의 범위 내에서 행하는 것이기 때문에 그 담당범위를 넘은 사항에 대해서 함부로 행정지도를 행하는 것은 위법이 된다³⁶⁾.

둘째 법령상으로 『권고(행정지도)에 따르지 않은 경우』에 개선명령 및 인허가 등의 취소를 행하도록 되어 있는 경우가 있다. 또는 법률에 의거하여 바로 불이익처분을 행할 수 있는데도 불이익처분전에 행정지도를 하는 경우도 있

行政手続法 제32조제2항 『행정지도에 관계하는 자는 그 상대방이 행정지도에 따르지 않는다는 것을 이유로 하여 불이익한 취급을 하여서는 안된다』

32) 行政手続法 제32조와 같은 취지를 담고 있는 우리나라 행정절차법 제48조는 다음과 같이 규정하고 있다. 제48조 ①행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 안된다. ②행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 않았다는 이유로 불이익한 조치를 하여서는 안된다.

33) 이 점에 대한 성립과정을 보면 第1次部會案 및 第3次行革審案과 行政手続法은 서로 표현을 달리한다. 第1次部會案 및 第3次行革審案에서는 『행정기관은 행정지도가 어디까지나 법률상의 강제력을 부여하고 있지 않은 수단이라는 것에 유의하지 않으면 안된다』라고 규정하고 있었으나, 行政手続法은 『행정지도에 관여하는 자는 행정지도의 내용이 어디까지나 상대방의 임의적 협력에 의해서만 실현되는 것에 유의하여야 한다』고 규정하고 있다. 이 점은 행정지도에 따를 것인가의 여부가 상대방의 자유로운 의사에 의해서 결정된다는 점을 보다 명확하게 하기 위해서 수정되었다고 한다. 仲 正, 『行政手続法のすべて』, 良書普及會, 1995, 244頁.

34) 高橋 滋, 前掲書, 388頁.

35) 행정지도에 관계하는 자(행정기관의 직원)라 함은 구체적으로는 개개의 장면에 있어서 그 상대방인 국민에 대해서 현실적, 직접적으로 행하는 자는 물론 행정지도의 책임자도 포함한다. 책임자라 함은 개별구체적 행정지도를 할 것을 실질적으로 결정한 자를 말한다.

36) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 207~208頁.

다. 이와 같은 경우에는 당해 행정지도에 따르지 않을 때 불이익처분을 행하는 것은 본조가 금지하고 있는 불이익한 처분에 해당하지 않는다고 해석되어진다³⁷⁾. 즉, 법령에 규정된 의무에 위반한다든가, 준수하여야 할 기준에 적합하지 않는 특정한 자에게 권고 등의 행정지도를 통해서 자주적 개선을 요구하는 경우가 있지만, 行政手續法은 이와 같은 행위를 제약하는 취지는 아니다. 그러나 이와 같은 경우 설령 상대방에게 잘못이 있더라도 행정지도를 통해서 개선을 구하는 한에는 그 자에게 개선을 강제할 수 없다. 행정지도의 결과 상대방이 개선하지 않는 경우는 법률에 의거하여 개선명령 등의 처분에 의하여야 할 것이다³⁸⁾.

셋째 행정지도의 내용은 어디까지나 상대방의 임의의 협력에 의해서만 실현된다. 따라서 상대방이 행정지도에 따르지 않는다는 것을 이유로 하여 불이익한 취급을 하여서는 안된다. 불이익한 취급이라 함은 행정지도에 관계하는 자는 행정지도에 따르지 않았던 자에게 그 자가 행정지도를 받기 이전에 받고 있던 이익을 손상시키거나 또는 그때까지 받고 있지 않았던 불이익을 주는 것과 같은 것을 제재적 의도를 가지고 행하는 행위를 말한다. 행정지도에 따르지 않는 것을 이유로 한 불이익취급의 금지에 해당하는 불이익에 대해서 범문상은 명확히 되어 있지 않기 때문에 해석에 위임되어 있는데 이러한 불이익에는 법적 취급(예컨대 인허가에 대한 차별적 취급) 이외에 사실상의 행위(예컨대 정보제공의 거부)도 포함된다고 해석되고 있다³⁹⁾. 행정지도에 대한 불복 중 사실의 공표는 그것이 공중에 대한 필요한 정보제공일 때에는 여기에서 말하는 불이익한 취급이 아니지만 그것이 이것과 관계없는 다른 목적으로 행하여지는 것은 허용되지 않는다고 해석된다⁴⁰⁾⁴¹⁾.

37) 법률에 의거하여 즉시 불이익처분을 할 수 있는 경우에 그렇게 하지 않고 행정지도라고 하는 소프트한 수단으로 상대방에게 개선을 요구하고 그것에 응하지 않았기 때문에 불이익처분을 행하는 것은 여기서 말하는 불이익한 처분이 아니다. 그러한 경우에는 바로 불이익처분을 행하는 것이 가능하고 행정지도를 개재시킬 필요는 처음부터 없다. 따라서 상대방이 불이익처분을 받은 것은 법령에 위반하였다고 보아야 할 것이며 행정지도에 따르지 않은 것이 근본적 원인이 아니다. 만약 그러한 경우까지 行政手續法 제32조제2항의 위반으로 한다면 법률에 의거하여 즉시 불이익처분을 행할 수 있는 경우에 행정지도에 의해 상대방의 자발적 준수를 촉구할 수 없게 되어 도리어 국민에게 불이익한 결과를 가져오게 되는 것이 많을 것이다.

38) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 208頁.

39) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 209~210頁.

40) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 209~210頁.

2. 신청에 관한 행정지도

종래의 행정실무에서는 신청자가 인허가의 전망을 얻기 위해서 신청전의 상담이라고 하는 형태로 담당자와 사전절충을 행하는 것이 일상적으로 행하여지고 행정기관도 이 단계의 절충으로 행정기관에게 유리한 방향으로 신청내용을 유도하기 위해서 이것을 적극적으로 이용하여 왔다. 이것은 신청자에게 예측가능성을 부여하고 상호납득이 가는 행정을 가능하게 하는 반면, 신청서가 제출된 이후의 행정의 법적과정을 형해화하고 행정절차의 정비를 명목뿐인 것으로 만든다는 문제점이 지적되어 왔다. 행정기관과 신청자의 실제의 정신적 역학관계상 이와 같은 행정지도는 당초의 신청이 위법한 것이 아닌 경우에도 진정으로 바라지 않는 형태로 신청내용을 변경하게 하든지 어쩔 수 없이 신청을 단념하게 하는 상황을 초래하게 한다. 정식의 절차라면 신청거부로 법적구제

41) 공표라 함은 일반적으로 상대방 사인이 책무를 이행하지 않는 경우에 행정주체측에서 그 사실 및 상대방 사인의 성명을 공표하는 것에 의해서 간접적 압박을 가하는 수단을 말한다. 즉 사인의 명예, 신용 등에 대한 심리적 압박을 통하여 행정목적의 달성하려 하기 때문에 이것은 직접 상대방에게 실행행사를 하는 것은 아니다. 그러나 이러한 공표라고 하는 수단은 상당한 효과가 있다고 한다. 『○○는 이러한 행정지도에 따르지 않았다』라고 하는 사실을 공표하는 것은 누구든지 기분이 좋은 것은 아니다. 특히 유명기업 등의 회사인 경우에는 그 사회의 사회적 신용에 관련된 큰 문제가 된다. 이와 같이 행정지도에 따르지 않을 경우에 공표를 하는 것은 본항에 규정하는 「불이익한 취급」이 될 수 있다. 그러나 법률상 공표가 제도화되어 있는 경우는 「불이익한 취급」에는 해당하지 않는다고 해석해야 한다. 왜냐하면 여기에서의 행정지도는 법률상 직접적 근거 없이 행하는 행정지도와 달리 공익의 실현을 위해서 실효성을 도모할 필요성이 높고 공표제도의 전제로서 법률에 명기되어 있는 것이고 불투명하다고 할 수 없기 때문이다. 행정지도에 따르지 않을 시 공표가 제도화되어 있지 않는 경우에 있어서 행정은 상대방이 행정지도에 따르지 않은 취지를 공표할 수 있는가의 문제가 있다. 이 점에 대해서는 「공해 및 소비자 피해의 방지등 사람들의 생활의 안전을 지키기 위해서 위반사업활동의 공표가 긴급하게 필요한 경우」에는 법률의 근거가 없어도 그러한 이해조정의 행정지도는 성질상 행정절차법에서 「불이익한 취급」을 금하고 있다고 하여 방해받지 않는다고 하고 사전에 변명의 기회를 부여하는 것을 조건으로 공표할 수 있다고 하는 견해와 행정지도에 따르지 않았다는 것을 이유로 한 공표에 대해서는 무엇을 공표할 것인가에 달려있지만 행정절차법상의 불이익한 취급에 해당하는 경우도 있을 수 있다는 견해가 있다. 생각컨대, 국민에 대한 정보제공 등의 관점에서 공표를 긍정하는 견해의 타당성을 고려할 수 있지만, 타방 공표에 의해서 받는 타격은 공표의 내용에 의하지만 피공표자의 사회적 신용의 실추뿐만 아니라 나아가서는 경제적 불이익까지 미치는 강력한 것이라는 점도 무시할 수 없다. 行政手續法の 입법취지를 고려할 때, 이와 같은 불이익을 미치는 것을 정당화하는 것이 가능한 고도의 공공성이 있는 경우에 한하여 그 예외적으로 공표를 인정하는 법적 제도화가 바람직하다.

를 신청할 수 있는 장면에서도 자주적인 변경 및 취하를 해버리면 더 이상 아무것도 할 수 없게 된다⁴²⁾. 이러한 것을 이유로 하여⁴³⁾ 행정절차법은 제33조에서 『신청의 취하 또는 내용변경을 구하는 행정지도에 있어서 행정지도를 한 자는 신청자가 당해 행정지도에는 따를 의사가 없다는 취지를 표명하였음에도 불구하고 당해 행정지도를 계속하는 것 등에 의해서 당해 신청자의 권리의 행사를 방해하는 것과 같은 것을 하여서는 안된다.』고 규정하게 되었다. 이를 검토하여 보면 다음과 같다.

첫째 신청자가 행정지도에 따를 의사가 없다는 것을 명확하게 표명한 경우에 신청에 대한 처분을 늦추어서 행정지도를 계속한다는 것은 상대방의 입장에서 보면 행정청의 괴롭힘으로 밖에 보여지지 않을 것이다. 이와 같은 바람직하지 않은 수법은 상대방이 약하면 납득할 수 없는 행정지도에 억지로 따르게 될 위험이 더욱 증대되게 된다. 이리하여 행정지도는 강제지도화 되게 된다. 이 규정은 행정지도가 갖는 이러한 문제점을 감안하여 행정지도를 계속하는 것에 의해서 당해 신청자의 권리행사를 방해하여서는 안된다는 것을 규정하고 있다.⁴⁴⁾

둘째 본조는 신청자가 『당해 행정지도에 따를 의사가 없다는 취지를 표명』

42) 行政手続法은 신청서 제출에 관련하여 신청하려는 자 또는 신청자의 청구에 따라서 신청서의 기재 및 첨부서류에 관한 사항 그 밖에 신청에 필요한 정보의 제공에 노력하여야 한다(동법 제9조제2항)고 규정하고 있다. 또한 형식상 불비가 없는 신청이 사무소에 도달한 경우에 지체없이 실질심사를 개시하여야 한다(동법 제7조)고 규정하고 있다. 이것은 신청서를 접수한 후에 심사, 지도를 행하는 것이 원칙이라는 것을 나타내고 있다. 즉 신청접수전의 사전상담은 어디까지나 국민으로부터 요구에 따른 정보제공의 영역에 머물러야 하는 것으로서 규정하고 있다.

43) 高橋 滋, 前掲書, 370-375頁.

44) 신청자가 일정한 요건을 갖추어서 정식으로 신청을 행하는 이상, 신청자에게는 본래 그가 행한 신청에 대하여 무엇인가의 처분을 받을 권리가 있고 그 처분에 불복이 있는 경우에는 행정불복심사법에 의거한 불복신청 등에 의해서 다툴 수 있어야 한다. 그러나 신청을 받은 행정기관은 종종 처분을 행하지 않고 신청자에 대해서 당해 신청의 취하 또는 내용의 변경을 구하는 행정지도를 행하는 경우가 있다. 이와 같은 행정지도에 의해서 신청의 취하 또는 내용을 변경한 경우, 행정불복심사법 등에 의거한 행정상 불복신청, 행정사건소송법에 의거한 항고소송 등에 의해서 구제받기가 어렵고 행정지도에 따른 것에 의해서 손해가 발생하더라도 그 구제의 기회가 상실될 위험이 있다. 따라서 이와 같은 행정지도는 신중하게 행하여야 하기 때문에 본조는 이와 같은 행정지도에 관계하는 자에 대해서 신청자의 권리침해로 되지 않도록 유의해야 할 것을 규정하였다. 본조의 규정에 따르면 신청내용의 변경을 구하는 것 등의 행정지도에 대해서 신청자가 그것에 따를 의사가 없다는 것을 명확히 표명한 때는 행정청은 그 지도를 계속하는 것에 의해서 신청자의 정당한 권리행사를 방해하여서는 안된다고 해석된다.

할 경우에 진지하고 명확한 의사표시를 하여야 한다. 따라서 목시의 의사표시는 이에 해당되지 않는다고 해석되어야 한다⁴⁵⁾. 그리고 계속적 행정지도를 통하여 『당해 신청자의 권리의 행사를 방해』하여서는 안된다고 규정하고 있는데, 이 경우에 신청자의 권리라 함은 行政手續法の 규정에 따라서 신청이 처리될 것을 요구하는 질차적 권리를 의미한다고 해석된다⁴⁶⁾.

셋째 앞에서 검토한 바 있는 1985년 7월 16일 최고재판소 판결은 행정지도에 대한 불협력의 의사표시가 있다면 그 이후의 건축확인의 유보가 항상 위법이 된다고 기술하지 않고 일정의 유보를 붙이고 있다. 즉 『당해 건축주가 받는 불이익과 이러한 행정지도를 목적으로 하는 공익상 필요성을 비교형량하여 이러한 행정지도에 대한 건축주의 불협력이 사회통념상 정의관념에 반하는 것이라고 할 수 있는 특단의 사정이 존재하지 않는 한 행정지도가 행하여지고 있다는 이유만으로 확인처분을 유보한 것은 위법이다』고 판시하고 있다. 그러나 이러한 점은 行政手續法 조문에는 나타나고 있지 않다. 이러한 점에서 行政手續法 제33조는 표면적으로 상기 판례보다도 다소 후퇴한 것이 아닌가 하는 느낌이 든다. 行政手續法 제33조는 단지 신청자가 당해 행정지도에 따른다는 의사가 없다는 취지를 표명한 경우에 그 이후 행정지도를 계속하는 것 등에 의해서 당해 신청자의 권리의 행사를 방해하는 것과 같은 것을 하여서는 안된다고 규정하고 있지만⁴⁷⁾ 이 규정이 상기 1985년 7월 16일 최고재판소 판결을 변경하는 취지가 아니라고 한다면, 거기에서 말하는 『당해 행정지도에 따르려는 의사가 없다는 취지』의 표명은 『진지하고 명확하게』 행하여지는 것이 필요하다고 해석하여야 할 것이다. 또한 명시되지 않은 상대방의 불협력이 사회통념상 정의관념에 반하는 것과 같은 특단의 사정이 존재하는 경우에 대한 예외를 부정하는 취지가 아니라고 생각된다⁴⁸⁾.

45) 高橋 滋, 前掲書, 376頁.

46) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 210~212頁.

47) 행정청은 형식적인 요건이 갖추어지면 어떠한 경우에도 표준처리기간내에 인허가 등의 처분을 행하여야 하는 것은 아니다. 그 자체로 일정한 재량의 범위가 존재할 것이기 때문이다. 예컨대 지금 당해 인허가 등의 처분을 하면 인허가 등을 받는 자와 주변주민 간에 실력행사에 의한 충돌이 예상되는 등, 상당한 정도의 사회적 혼란이 발생할 위험이 있는 경우에는 당해 인허가 등의 처분을 합리적 범위내에서 유보하여 그 사이에 신청의 취하 및 내용의 변경, 주변 주민과의 대화 등을 구하여 행정지도를 계속하는 것은 바로 위법이라고 할 수 없을 것이다.

48) 高橋 滋, 前掲書, 374頁.

3. 인허가 등의 권한과 관련한 행정지도

行政手續法上 인허가 등의 권한과 관련한 행정지도의 규정은 행정지도가 인허가 등의 권한을 배경으로 행하는 것이 많고, 그와 같은 경우에 상대방은 행정기관의 요청을 거부하는 것이 용이하지 않다는 것에 배려한 규정이다. 본규정은 행정관청의 강력한 힘의 원천인 인허가권한의 현실적 기능을 비판하여 법적 룰에 의거한 행정을 실현하려는 의도에서 규정되었다⁴⁹⁾. 行政手續法 제34조는 第1次部會案에서 처음으로 두어지게 된 규정이다⁵⁰⁾. 第3次臨時行政改革推進審議會 行政手續部會의 심의에서 『처분권한을 배경으로 하는 행정지도는 원칙적으로 서면주의를 채용하는 방향에서 구체화하는 것이 어떤가』라는 방침이 제시되었으나 第1次部會案의 작성단계에서 상대방의 청구에 의해서 서면을 교부하는 원칙이 채용되었다⁵¹⁾.

실체적 규율에 대해서는 第1次部會案 및 第3次行革審案의 단계에서 『행정지도의 상대방에 대한 지위를 부당하게 이용하여 법률의 규정에 의거한 의무를 과하거나, 권리를 제한하는 것과 사실상 같다고 할 수 있는 강제력을 그 상대방에게 미치는 것과 같은 것을 하여서는 안된다』⁵²⁾는 규정을 두게 되었

49) 총무청은 본조가 규정된 이유를 다음과 같이 설명하고 있다. 인허가 등의 권한을 행정기관이 가지고 있는 경우에, 권한행사요건이 존재하는데 처분의 전단계로서 행하는 경우 이외에 요건이 존재하지 않는 경우, 요건이 존재하더라도 처분을 행할 의사가 없는 경우에 대해서도 당해 인허가제도에 관련된 범목적을 실현하기 위해서 행정지도가 행하여진다. 이러한 행정지도에 있어서는 인허가 등을 받아서 활동하는 자는 당해 행정기관의 의향에 반하기 어려운 사정이 있고, 행정지도에 대한 협력의 임의성이 손상될 우려가 있다. 이러한 것 때문에 임의성의 원칙이 손상되지 않도록 행정지도에 관계하는 자의 책무를 규정하고 있다(總務廳行政管理局編, 前掲書, 213頁). 이 조항은 인허가 등의 권한에 관련하여 행하는 행정지도를 일률적으로 금지하는 것은 곤란하고 적당하지 않다는 판단에서, 권한을 행사하지 않으려는 판단을 가지고 있음에도 불구하고 인허가 등의 권한을 보여주는 것에 의해서 심리적 압박을 가하여 행정지도에 따르도록 하는 행위를 특히 따로 금지하고 있다. 단지 이점에 관하여 인허가 권한에 관련하여 행하여지는 행정지도의 폐해를 강하게 비판하는 입장에서는 이와 같은 행정지도를 결과적으로 용인하는 것이라면 비판도 있다(小早川光郎編, 『行政手續法 逐條研究』, 有斐閣, 1996, 262頁이하).

50) 第1次部會案 제27조 『행정기관은 신청의 취하 또는 신청내용의 변경을 구하는 행정지도를 행할 경우에는 신청인이 당해 행정지도에 따르지 않는다는 취지의 의사를 명확히 하였음에도 불구하고 당해 행정지도를 계속하는 등 신청인의 권리를 침해하지 않도록 하여야 한다.』

51) 高橋 滋, 前掲書, 1996, 379頁.

52) 第1次部會案 제28조, 第3次行革審案 제28조.

다. 行政手續法 제정시에 실제로 인허가 등의 권한과 관련한 행정지도에 관한 규정을 함에 있어서 평가의 여지가 있는 『지위를 부당하게 이용하여』라는 표현을 삭제하고, 『법률의 규정에 의거한 의무를 과하거나, 권리를 제한하는 것과 사실상 같다고 할 수 있는 강제력』이라는 표현을 수정하여 규정하였다. 즉, 行政手續法 제34조는 『인허가 등을 하는 권한 또는 인허가 등에 의거한 처분을 할 권한을 갖는 행정기관이 당해 권한을 행사할 수 없는 경우 또는 행사할 의사가 없는 경우에 행하는 행정지도에 있어서는 행정지도에 관여한 자는 당해 권한을 행사할 수 있다는 취지를 고의로 표시하는 것에 의해서 상대방이 당해 행정지도에 따를 수 밖에 없도록 하여서는 안된다』고 규정하고 있는데 그 내용은 다음과 같다.

첫째 행정기관이 처분권한을 행사함에 당하여서는 법률상 규정된 일정한 요건에 해당할 것을 요하지만, 당해 요건에 반드시 해당하지 않는 경우(처분권한을 행사하는 것이 불가능한 경우)라도 당해 인허가 등의 제도에 관한 법목적을 실현하기 위해서 이러한 처분권한을 배경으로 하여 여러 가지 다양한 행정지도가 행하여질 가능성이 있다. 이와 같은 행정지도는 나쁘게 말하면 『위협적 허풍』으로 따르지 않더라도 불이익한 처분이 행하여지는 것은 아니지만, 인허가 등을 받아서 활동하고 있는 상대방으로서는 인허가 등의 권한을 가지는 행정기관의 의향에 반하기 어려운 면이 있고 행정지도라고는 하지만 유형무형의 영향력이 작용하고 그것에 따를 것인가의 유무의 판단에 임의성이 손상될 위험이 있다. 그 때문에 이와 같은 권한행사의 대상이 되는 자를 상대방으로 한 행정지도에 관계하는 자는 그 상대방의 판단의 임의성을 손상하지 않도록 특별히 신중히 하여야 할 것을 규정하고 있다⁵³⁾.

둘째 본조에서 규정하는 『인허가 등을 하는 권한』이라 함은 허가, 인가 혹은 이러한 것의 거부처분을 행하는 권한을 말한다. 이것에 대해서 『인허가 등에 의거한 처분을 할 권한』이라 함은 인허가에 의거한 활동이 적정하게 행하여지고 있는가의 행정조사를 행할 권한, 인허가에 의거한 활동을 정지할 조치를 명하던가 인허가를 취소할 권한, 인허가를 요하는데도 불구하고 인허가를 받지 않고 활동하고 있는 자에 대해서 중지 및 시정을 구하는 권한 등을 포함한다고 해석된다. 행정지도를 행함에 있어서, 당해 권한을 행사할 수 없거나 행사할 의사가 없음에도 불구하고, 인허가 등의 상대방에 대해서 사업확장 등

53) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 213~214頁.

의 인허가를 거부하거나 更新을 거부하는 등의 가능성을 시사한다든가 혹은 감독수단으로 인정되는 불이익처분의 권한을 행사할 가능성을 암시한다든가, 또는 장래 인허가 등을 받으려는 자에게 거부처분의 가능성을 시사하는 것 등을 통하여 당해 행정지도를 강요하는 것은 본조위반이 된다⁵⁴⁾.

셋째 『당해 권한을 행사하는 것이 불가능한 경우』라 함은 당해 케이스가 법령의 요건(거부처분 또는 불이익처분의 요건)에 해당하지 않는 경우를 지칭하고 『당해권한을 행사할 의사가 없는 경우』라 함은 당해 권한행사의 요건에 해당하는 경우라도 행정기관의 방침으로서 동종의 케이스에 권한을 행사하지 않는다고 하는 것이 확인된 경우 혹은 과거부터 권한을 행사하지 않았다는 것이 객관적으로 인정된 경우가 이에 해당한다⁵⁵⁾.

넷째 『행정지도에 관계하는 자는 당해 권한을 행사할 취지를 고의로 표시하는 것에 의해서 상대방에게 당해 행정지도에 따를 수밖에 없도록 하여서는 안 된다』고 규정하고 있는데, 이는 행정지도에 따르지 않으면 즉시 권한을 행사할 것을 시사한다든지 권한에 의거하여 어떤 불이익한 취급을 행할 수 있다는 것을 암시하는 것과 같은 수법으로 상대방에게 행정지도에 따르지 않을 수밖에 없는 방향으로 행정지도를 행하여서는 안된다는 것을 의미한다. 따라서 권한을 행사하지 않음에도 불구하고 마치 행사하는 것과 같은 인상을 주어 행정지도에 따르도록 하는 것은 본조위반을 구성하게 된다. 그러나 단지 불이익처분의 요건에 해당하고 혹은 인허가 등의 요건에 적합하지 않기 때문에 그 자발적 시정을 구하여 행하는 행정지도는 본조에는 해당하지 않는다⁵⁶⁾.

IV. 행정지도에 대한 절차적 규율

행정지도에 대한 절차적 규제를 설정한 것은 제1차연구회안의 시점에서 구상된 것이다. 이 안에서는 行政手續法에는 규정되지 않았던 기록작성보관의무, 기록열람제도, 구제제도 등이 규정되어 있었고, 행정지도에 대해서 원칙적으로 문서에 의할 것으로 하였다. 그리고 상대방의 문서교부청구를 인정하는 서면주의를 채택하고 있었다. 그러나 그 이후에 제2차연구회안에서 내용이 수정되었고 第1次部會案 및 第3次臨時行政改革推進審議會 行政手續部會에 이

54) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 214~215頁.

55) 高橋 滋, 前掲書, 281頁.

56) 高橋 滋, 前掲書, 282~283頁.

르러 현행규정에 거의 일치하는 것으로 구성되었다. 그러나 第3次臨時行政改革推進審議會 行政手續部會에서 당초에는, 신청에 관련되는 행정지도, 처분권 한을 배경으로 하는 행정지도를 포함하여 일정범위의 행정지도에 대해서 서면 주의를 원칙으로 하는 것이 상정되었고 행정지도에 관한 필요한 기록의 작성·보관에 관한 규정을 설치하는 것도 방침으로서 제시되었다. 그러나 第1次部會案은 『행정상 특별한 지장이 없는 한』⁵⁷⁾ 상대방으로부터의 청구에 의해서 문서를 교부하는 방식⁵⁸⁾을 채용하여 行政手續法도 기본적으로 이것을 답습하고 있다⁵⁹⁾.

1. 행정지도의 방식

행정지도에 대해서 책임 소재의 불명확, 내용의 불투명성 등의 이유로서 그 불투명성이 비판의 대상으로 되어 왔다. 이에 行政手續法은 제35조에 행정지도의 명확성의 원칙을 규정하고 있다. 그리고 행정지도의 다양성을 감안하여 일률적으로 문서주의는 채용하고 있지 않지만 상대방으로부터의 요구를 요건으로 한 문서교부를 의무화하여 명확성원칙의 담보를 도모하고 있다⁶⁰⁾. 그

57) 이 의무는 행정상 특별한 지장이 있다면 면하는 것이 되지만 그 경우라 함은 단지 사무량의 증대라고 하는 것이 아닌, 보다 질적인 즉 문서를 교부하는 것에 의해서 행정지도의 취지내용이 일반적으로 명백하게 되는 것에 의해서 사무집행이 현저하게 곤란하게 되는 것과 같은 경우를 지칭하는 것으로 사료된다.

58) 제1차연구회안에서는 행정기관이 그 소장사무에 관하여 행정지도를 하는 경우에는 『문서에 의하여야 한다』고 원칙적으로 문서에 의할 것이 제안되어 있었다(제1301조). 이것이 1989년 총무처 제2차 연구회안에서는 『긴급을 요할 때, 그 밖에 특별한 이유가 있는 때를 제외하고 행정지도를 문서에 의해서 행하도록 노력하여야 한다』고 약간은 후퇴하고 있다. 1991년의 臨時行政改革推進審議會 제1차안 이후는 현행법과 동일하게 상대방으로부터 요구되는 때에 교부하는 방식으로 되어 있다. 실질상은 그다지 변화하지 않았다고 보여지지만, 행정관청과의 역학관계라고 한다면 약한 입장이 되는 국민, 주민측에서 『문서로 하여 주십시오』라고 하는 요구는 제출하기 어렵다. 여기에서 문서주의를 철저히 한다고 한다면 1983년의 제1차연구회안과 같이 『문서로 하여야 한다』라고 규정하는 것이 이상적이었을 것이다.

59) 이상의 경위에 비추어 第1次部會案을 높게 평가하는 입장에서는 본조의 내용이 절차적 규율로서는 불충분하다고 하면서 다음의 점을 지적하고 있다. 사실행위인 행정지도에 대한 구제를 확충하기 위해서는 행정지도를 둘러싼 법관계를 명확히 할 필요가 있고, 밀실성에 의한 정경유착 등의 폐해가 지적된 행정지도에 대해서는 상대방 뿐만 아니라 제3자에게도 공정하고 투명하여야 한다. 이러한 입장에서 보면 현행규정은 행정지도가 행하여지는 것에 의해서 어떠한 효과가 발생하는가를 명확히 하여 행정지도가 행하여지는 단계에서 법관계의 절차적 명확성을 도모하는 과제를 해결하지 못하였다는 한계가 있다.

60) 행정지도를 행할 경우에 그것이 구두에 의한 것이든 서면에 의한 것이든 불문하고 당

구체적 내용은 다음과 같다.

첫째 行政手續法 제35조의 제1항은 『행정지도에 관계하는 자는 그 상대방에 대해서 당해 행정지도의 취지 및 내용, 책임자를 명확히 하여야 한다』⁶¹⁾고 규정하고 있다⁶²⁾. 이 점에 대해서 行政手續法입법과정에서 여러가지 의견이 있었지만, 행정지도는 극히 다양하고 반드시 서면으로 하지 않더라도 명확한 것이 있을 수 있으며, 서면주의를 원칙으로 하면 행정사무가 극단적으로 방대한 것이 된다는 사정에서 구두에 의한 행정지도를 인정하게 되었다. 그러나 명확성이라고 하는 점에서는 문서의 방법이 바람직하기 때문에 본조가 서면주의를 취하지 않았다 하더라도 문서에 의한 행정지도가 금지되는 것은 아니다. 후일 『말하였다. 말하지 않았다』라고 하는 분쟁이 발생하는 위험이 있는 것과 같은 복잡한 내용의 경우는 행정기관쪽에서 자발적으로 문서로 하는 편이 좋을 것이다⁶³⁾.

둘째 본항의 『행정지도의 내용』이라 함은 행정지도의 상대방에게 요구하는 작위 또는 부작위의 구체적 내용을 의미한다. 『행정지도의 취지』라는 표현은 第1次部會案 및 第3次行革審案에서 『행정지도의 목적』으로 되어 있던 것을 개정한 것이다. 제1차연구회안(제1302조), 제2차연구회안(제0804조)⁶⁴⁾에서는 행정지도의 상대방에 대해서 교부하는 문서에는 행정지도의 『이유』를 표시

해 행정지도의 취지 및 내용, 책임자를 명확히 하여야 할 취지의 원칙을 규정하고, 현실적으로 행정지도를 구두로 행한 경우에 상대방으로부터 서면의 교부가 요구되었을 때에는 이러한 원칙의 구체화로서 요구에 따라서 서면을 교부할 것을 규정하고 있다.

61) 본항에 대비되는 우리나라 행정절차법의 규정은 다음과 같다. 제49조 ①행정지도를 행하는 자는 그 상대방에게 당해 행정지도의 취지, 내용 및 신분을 밝혀야 한다.

62) 행정지도의 취지 및 내용, 책임자를 명확하게 표시할 것을 요구하는 본조 제1항(명확성원칙)은 내용의 명확성을 요구하는 점에서 절차적 규율의 측면과 동시에 실체적 규율의 요소를 포함한다고 할 수 있다. 그러나 취지 및 내용과 책임자의 명시는 행정지도의 형식에 관한 것이라는 점, 행정지도의 내용 및 취지를 명확히 표현한다는 것은 이유의 제시에 접근하는 기능을 행한다는 점, 본조의 제1항의 열거사항이 본조 제2항에 규정하는 서면화의무의 대상으로 되어 있다는 점에서 본조 제1항이 형식 및 절차적 사항을 규정한 것이라고 할 수 있다.

63) 행정지도의 명확성을 규정한 본조는, 지금까지 어떠한 경우에 어떠한 행정지도가 행하여지는가 혹은 개개의 행정지도가 누구의 책임으로 행하여지는가가 불분명하다는 것이 적지 않았다는 것에 비추어 보면, 이것이 필요하고 유익한 규정이라는 것에는 이론이 없다고 생각된다. 이러한 규정의 시행은 종래의 행정스타일에 대폭적 변화를 가져오는 것으로 지금부터 이것에 대비하여 행정기관 내부의 분야 및 종류별로 행정지도의 책임체계와 내용을 정리할 필요가 있을 것이다.

64) 제0804조 『전조의 문서에는 일시, 책임자를 명기함과 함께 필요에 따라서 행정지도의 이유를 부기하여야 한다.』

하도록 되어 있었다. 그리고 第1次部會案 이후 『이유』를 표시하는 것이 아닌 『목적』 또는 『취지』를 표시하는 것으로 되게 되었다. 이것은 법령에 근거한 처분에 대한 이유와 법령에 근거 없는 행정지도에 있어서의 취지·설명과는 성격을 달리하기 때문에 양자를 구별하는 것으로 행정지도가 어떠한 취지, 목적, 사정에 의거하여 행하여졌는가에 관한 설명이 필요없다는 의미는 아니다⁶⁵⁾. 行政手續法 제정경위에서 보면 이 규정에서 처분의 이유제시규정이 지향하는 것과 같은 자의억제기능, 신중공정성의 확보기능까지를 정면에서 기대하기는 곤란하지만⁶⁶⁾ 행정지도에서 상대방의 협력의 임의성을 확보하는 데에는 기여할 것이다. 또한 명확성원칙이 『취지』에까지 미치지 때문에 행정지도를 행하는 배경 및 공익성에 관한 설득력있는 설명을 상대방에게 행하는 것이 본항에 의해서 요구된다고 할 수 있다⁶⁷⁾⁶⁸⁾.

셋째 行政手續法 제35조제2항은 『행정지도가 구두로 행하여진 경우에 있어서 그 상대방이 전항에 규정하는 사항을 기재한 서면의 교부를 요구할 때에는 당해 행정지도에 관계하는 자는 행정상 특별한 지장이 없는 한 이것을 교부하여야 한다』⁶⁹⁾라고 규정하고 있다, 이 규정은 行政手續法 제정시에 신문, 잡지 등에 있어서 가장 화제가 되었던 행정절차법의 핵심규정이다⁷⁰⁾⁷¹⁾. 행정지도

65) 小早川光郎編, 前掲書, 277頁이하.

66) 小早川光郎編, 前掲書, 277頁이하.

67) 小早川光郎編, 前掲書, 277頁이하..

68) 그러한 의미에서 『당해 행정지도의 필요성 등에 대해서 상대방의 이해를 얻고 내용의 명확성을 도모하기 위해서 필요한 범위내에서 행정지도에 관계하는 자의 판단으로 사안에 따라서 적당한 내용을 부가하여야 한다』라는 설명(總務廳行政管理局編, 前掲書, 217頁)은 본조의 『취지』의 규정이 설정된 의의를 과소평가하고 있다고 할 수 있다.

69) 본항에 대비되는 우리나라 행정절차법의 규정은 다음과 같다. 제49조 ② 행정지도가 구술로 이루어진 경우에는 상대방이 제1항의 사항을 기재한 서면의 교부를 요구하는 때에는 당해 행정지도를 행하는 자는 직무수행에 특별한 지장이 없는 한 이를 교부하여야 한다.

70) 이 조항에 대한 예외로서 제35조제3항은 『상대방에 대해서 그 장소에서 완료할 행위를 요구하는 행정지도』, 『이미 문서에 의해서 상대방에게 통지된 사유와 동일한 내용을 구하는 행정지도에 대해서는 제2항의 규정이 적용되지 않는다』고 규정하고 있다.

71) 또한 행정지도의 상대방은 이 규정에 의거하여 문서교부청구권을 갖는가의 문제가 있다. 행정지도의 방식에 대해서도 절차법은 행정지도에 관계하는 자의 직무상 의무의 형태로서 규정하고 있다는 것, 행정지도의 상대방의 문서교부 요구는 문서교부라고 하는 직무의무발생의 단서로서 규정되고 있다는 것 등을 감안하여 상대방은 이 규정에서 바로 당해 직원 혹은 행정주체를 피고로 하여 문서교부청구권을 재판상 주장할 수 없다라고 하는 해석이 성립될 수 있다. 그러나 직무상의 의무로서 규정한 것은 입법기술적 이유 때문이라는 것, 행정지도에는 문서교부의무위반을 다른 수단(예컨대 취소소송)으로

의 전면적 문서화는 행정사무의 방대화를 초래하여 실현곤란하다 하더라도 본항에 의해서 서면교부가 요구된 경우는 특수한 예외를 제외하고 서면으로 행정지도사항을 표시하여야 한다. 이것에 의해서 行政手續法 제35조제1항의 명확성원칙이 담보되는 것과 함께 위법부당한 행정지도가 억제되는 것이 기대된다⁷²⁾. 구두로 행정지도를 받은 자의 서면요구에 대한 교부의무는 행정수속법 제32조-제34조의 행위규범과 같이 행정지도에 관계하는 자의 직무상 의무로 규정되어 있다. 그리고 본항 단서가 상대방이 『요구할 때』를 조건으로 한 서면주의를 규정하여 전면적 서면주의를 배제한 것은 행정운영의 효율성과의 균형을 유지하기 위한 고려의 결과이다. 서면교부는 사후적으로도 가능하지만 기본적으로는 행정지도를 받은 상대방이 그에게 요구되는 행위를 할 것인가의 여부를 검토하기 위해서 구체적 문서를 통하여 확인하는 의미를 갖기 때문에 가능하면 신속히 교부할 필요가 있다⁷³⁾. 그리고 행정지도 후 시간의 경과 등으로 당해 행정지도에 의해서 요구된 취지가 소멸한 경우에는 당해 행정행위에 관한 문서교부가 요구되더라도 본항의 서면교부의무의 대상은 되지 않는다고 해석된다⁷⁴⁾.

넷째 行政手續法 제35조제2항의 『행정상 특별한 지장이 없는 한』이라는 표현은 『정당한 이유가 없는 한』 보다는 교부거부사유를 제한하는 취지에서 선택된 용어이고 예외를 안이하게 인정할 수 없다는 취지이다⁷⁵⁾. 여기서 말하는 『행정상 특별한 지장』이라 함은 기본적으로는 케이스 바이 케이스로 판단될 것으로 생각되지만 전술한 바와 같은 본항의 취지를 다하기 위해서는 널리 『행정상 특별한 지장』을 인정하여서는 안된다. 예컨대 외교교섭에 있어서 외

추궁할 방법이 없다는 것(본체인 처분이 아니기 때문에) 등을 고려하면, 이 규정을 근거로 하여 당해 행정지도가 귀속하는 행정주체를 피고로 하여 문서교부청구권을 행사하는 것이 가능하다고 해석할 여지가 있다. 단지 시간적 요소 등을 고려하면 그 실효성은 그다지 높지 않고 오히려 행정고충처리 등을 통하여 직무의무위반의 시정을 구하는 방법 혹은 제도의 구축이 바람직하다.

72) 본항의 이와 같은 취지를 다하기 위해서는 국민이 위축되는 것 없이 서면교부를 구하도록 하여야 한다. 1992년 12월 1일 朝日新聞 사설은 다음과 같이 논하고 있다. 「법률이 시행되더라도 사업자가 행정청의 압력 및 괴롭힘을 겁내서 행정지도의 서면요구…… 등의 권리를 행사하지 않는다면 개선에 연결되지 않는다. 행정청의 노력과 함께 기업 및 업계 등의 의식개혁이 없다면 행정의 공정·투명화는 진전되지 않을 것이다」라고 한다. 이와 같이 본항은 그 운용의 적정여부가 국민의 의식에 달려 있다고 할 수 있다.

73) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 217~218頁.

74) 高橋 滋, 前掲書, 389~390頁.

75) 高橋 滋, 前掲書, 374~389頁.

교상 지장을 초래할 수 있는 것 및 사인간의 권리조정 등을 위해서 상대방과 교섭을 통하여 지도내용을 결정할 필요가 있는 경우 등과 같이 그 조정과정에서 행하는 개개의 지도에 대해서 일일이 서면을 교부하면 원활한 조정이 도모되지 않는 경우 등에 한정된다고 생각된다. 역으로 처리 건수가 다량이라든가, 신속하게 지도할 필요가 있다는 것 등의 이유만으로는 『행정상 특별한 지장』⁷⁶⁾이 있다고 할 수 없을 것이다⁷⁷⁾.

다섯째 한편 본항의 해석에 있어서 또한 어느 단계에서 문서교부를 인정할 것인가는 실제의 제도 운영상의 문제로도 될 수 있지만, 복수에 달하는 절충과정의 개개에 대하여 문서로 하는 것이 아니고 일련의 교섭이 일단락한 시기에 문서로 하는 방법 혹은 새로운 제안이나 타협안이 제출되는 등의 교섭경과의 세목마다 문서로 하는 방법을 생각할 수 있다. 구체적인 경우에 어느단계에서 문서교부를 인정할 것인가의 문제는 행정지도의 분야에 따라서 서로 다를 것이다.

2. 복수자를 대상으로 하는 행정지도

행정지도는 특정한 상대방에게 개별적으로 행하는 경우도 있지만, 행정기관의 임무 또는 소장사무의 원활한 수행을 목적으로 업계의 다수의 구성원들에게 행하는 경우가 있다. 산업규제, 진흥분야에서 이와 같은 형태의 행정지도가 빈번하게 행하여지고 있다. 이러한 경우에 업계내의 다른 업자에게 어떠한 행정지도가 행하여졌는가 명확하지 않고, 평등한 취급에 있어서 문제가 있는 경우가 많기 때문에 문서화가 강하게 요청되었다. 이에 行政手續法은 복수자를 대상으로 하는 행정지도에 있어서 명확성, 공평성의 확보라는 관점에서 행정지도의 내용, 행정지도의 방침, 행정지도의 기준 등 공통하여 행정지도의 내용이 될 사항에 대해서 지침으로써 미리 규정하는 것과 함께 공표⁷⁸⁾하여야

76) 어떤 경우가 이에 해당하는가를 파악하는 단서를 제공하는 미일구조문제협의최종보고에 대한 일본측의 조치에 대한 1990년 6월 28일 日本閣議了解를 보면 『행정지도는 가능한 한 문서로서 행하도록 하고 그것이 행하여진 경우에는 예컨대 안전보장에 관계된 경우, 공표하면 영업비밀의 누설 등에서 발생하는 것 같은 손해를 가져오거나 또는 손해를 가져올 위험성이 있는 경우 등 공표하지 않을 중요한 이유가 있는 경우를 제외하고 일반에게 알 수 있게 한다』고 하였다. 宇賀克也, 前掲書, 155-156頁.

77) 高橋 滋, 前掲書, 290頁.

78) 행정지도의 지침이 공표되는 것에 의해서 행정지도의 상대방 이외의 제3자도 당해 지침을 알 수 있기 때문에 제3자와의 관계에서도 행정지도의 투명성을 확보하는 것과 연

할 것을 규정하였다⁷⁹⁾.

복수자를 대상으로 하는 행정지도를 상정한 규율은 제1차연구회안(同案 1303조)에서 시작되었다. 그러나 이 규정은 행정지도의 상대방이 다수인 경우에 이러한 자가 속하는 단체에 일괄하여 문서를 교부하고, 단체를 통하여 지도의 취지를 철저히 하는 것을 목적으로 한 것으로, 복수의 자를 대상으로 하여 행하는 행정지도에 착안하여 통상의 행정지도규정에 강화된 규율을 가하려는 것이 아니었다. 복수자를 대상으로 행하는 행정지도에 대해서 강화된 형태의 규정을 설정한 것이 제2차연구회안 제0802조⁸⁰⁾인데, 동안에서 행정기관이 동일한 목적으로 다수의 자에 대해서 행정지도를 행할 때에는 당해 행정지도의 지침을 정하여 그것을 문서로 관계자에게 알리도록 되어 있었다. 제2차연구회안에⁸¹⁾ 첨부된 해설에서는 공평성을 확보하고 개별적, 임시변통적 행정지도가 행하여지는 것을 방지하는 것이 이 규정의 목적이고, 요강 및 통달과 같은 일반적 지침을 정하여 관계자에게 문서로 통지하여야 한다고 설명되고 있다⁸²⁾. 그리고 같은 규정이 第1次部會案(제29조제3항) 및 第3次行革審案(제29조제3항)에 승계되었고 현행 行政手續法 제36조에 규정되게 되었다. 行政手續法 제36조는 『동일한 행정목적 실현하기 위해서 일정한 조건에 해당하는 복수자에 대하여 행정지도를 행하려고 할 때는 행정기관은 미리 사안에 따라서 이러한 행정지도에 공통하여 그 내용으로 되어야 할 사항을 정하고 또한 행정상 특별한 지장이 없는 한, 이것을 공표하여야 한다』⁸³⁾고 규정

결된다. 예컨대 어떤 사업단체를 통하여 산하기업에 대해서 행정지도를 행할 때 그 지도의 전제로 되는 지침을 정하여 공표하는 것이 원칙으로서 제36조에 의해서 의무지위지게 되지만 이것에 의해서 일반 소비자도 당해 행정지도의 지침을 알 기회를 얻고 소비자 입장에서 업계옹호를 위한 경쟁제한적 행정지도를 비판할 수 있는 것과 같은 것도 가능할 것이다.

79) 행정지도는 要綱行政으로서 행하여질 때가 있다. 또한 직접개별의 기업이 아닌 업계를 통하여 행정지도가 행하여지는 것이 있다. 이와 같이 상대방이 복수인 경우 불공평한 사태가 발생하지 않도록 행정절차법은 이러한 경우의 원칙적 공표주의를 취하였다. 구체적으로는 「...指導要綱」, 「...指導要領」과 같이 일반인에 대해서 일정한 유형화된 행위를 행할 때 당해 행위유형마다 행정기관으로서 미리 要綱, 要領 등이라고 하는 형태로 대응방침을 규정하고 이것에 비추어서 구체적인 행위자에 대해서 개별의 행정지도를 행하도록 하는 케이스가 전형적 예이다.

80) 제0802조 『행정기관이 동일한 목적으로 다수의 자에 대해서 행정지도를 행할 때에는 당해 행정지도의 지침을 규정하여 그것을 문서에 의해서 관계자에게 표시하는 것으로 한다』

81) 전계주11 설명참조.

82) 小早川光郎編, 前掲書, 291頁이하..

83) 본항에 대비되는 우리나라 행정절차법의 규정은 다음과 같다. 행정절차법 제51조 『행

하고 있다⁸⁴). 그 구체적 내용은 다음과 같다.

첫째 『동일한 행정목적 실현하기 위해서 일정한 조건에 해당하는 복수자에 대해서 행정지도를 행하려고 할 때』라 함은 일정한 조건에 해당하는 복수자에 대해서 행정지도를 유형적 반복적으로 행하는 경우를 지칭한다⁸⁵). 이 부분에 대한 총무청의 해설에 의하면 복수자에 대해서 행정지도의 효과를 미치는 것을 예정하고 있는 경우라 하더라도 업계단체에 대해서 행정지도를 행하여 그 구성원 등에게 지도의 취지를 따르도록 협력을 구하는 경우는 본조의 적용대상이 되지 않는다고 한다⁸⁶). 그러나 사업단체를 매개하여 산하의 사업자에 대해서 행정지도를 행하는 경우에 해당 단체는 행정지도를 개개의 사업자에게 주시키는 역할을 수행함에 지나지 않기 때문에 행정수속법 제35조 및 제36조가 병렬적으로 적용된다는 설명도 있다⁸⁷). 사업단체 등을 통하여 행정지도를 행하는 경우에 단체에 대한 단계에서 문서화가 행하여지지 않으면 행정기관과 단체의 관계가 명확하지 못한 채로 업계의 자주적 틀 형성이라는 미명하에 행정기관의 의향이 강요되는 경우가 있을 수 있고, 행정기관의 의향을 방패로 하여 업계의 합의를 강제적으로 형성하려는 경우도 있을 수 있다. 따라서 『복수자에 대해서 행정지도를 행할 때』라 함은 어떠한 형태로든 복수자에게 행정지도의 효과를 미치는 것을 예정하고 있는 경우를 총칭하는 것으로 개개의 상대방에게 직접적으로 행정지도를 행하는 것을 예정하지 않는 경우에도 본조의 적용을 받는다고 해석함이 타당하다⁸⁸).

둘째 행정수속법 제35조제1항의 명확성원칙의 대상이 되는 취지 및 내용과 책임자에 대해서는 『공통하여 그 내용으로 되어야 할 사항』을 규정하여야 한다. 이것의 구체적 내용으로서 행정지도의 대상이 될 수 있는 자 또는 해당하는 행위, 행정지도로서 요구하는 일정한 작위 또는 부작위의 개요, 당해 행정

정기관이 같은 행정목적 실현하기 위하여 많은 상대방에게 행정지도를 하고자 하는 때에는 특별한 사정이 없는한 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다.

84) 본조는 행정지도의 투명성, 공평성의 확보의 관점에서 복수의 자를 대상으로 행하는 행정지도에 대하여 그 지침의 설정, 공표를 의무 지우고 있는데 이것은 행정지도의 명확성원칙의 구체화를 위한 조치이다. 따라서 본조는 단지 행정지도의 명확성에 봉사할 뿐만 아니라 『일정한 조건에 해당하는 복수자』에 대해서 공평하게 행정지도가 행하여지게 한다.

85) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 223頁.

86) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 223頁.

87) 仲 正, 前掲書, 58頁.

88) 小早川光郎編, 前掲書, 277頁이하.

지도의 책임자, 당해 행정지도의 취지 등이 포함된다고 한다⁸⁹⁾. 그러나 사안에 따라서는 행정지도의 상대방에 따라서 행정지도의 내용을 달리하여야 할 경우가 발생할 수 있다. 이와 같은 사례에서는 『공통하여 그 내용으로 되어야 할 사항』의 전부를 적용할 수 없는 경우도 존재할 수 있는데, 이러한 경우에는 지침의 작성 및 공표의무가 면제된다고 해석된다. 본조의 『사안에 따라서』라는 문언은 『공통하여 그 내용으로 되어야 할 사항』의 규정이 일률적으로 적용되어야 되는 것이 아니고 개개의 사안에 따라서 적용된다는 점을 명백히 하기 위해서 삽입되었다고 한다⁹⁰⁾ 그러나 『공통하여 그 내용으로 되어야 할 사항』에 대해서 개별적 케이스에 따라 너무 쉽게 그 예외를 인정하면 본조의 제정취지를 손상시킬 수 있다는 점에 유의하여야 한다.

셋째 이와 같이 『공통하여 그 내용으로 되어야 할 사항』을 『공표』하지 않을 경우, 행정지도의 존부 및 내용이 국민에게 불분명하기 때문에 적극적으로 국민 일반에게 『공표』라는 형태로 주지의무를 과하고 있다⁹¹⁾. 공표의 방법에 대해서는 行政手續法은 특별한 규정을 두고 있지 않은데 그 구체적 방법으로 관공서의 게시장에의 게시, 신문에 게재, 팜플렛의 배포 등이 구체적 예로서 제시된다⁹²⁾. 제품의 안전성의 향상 등을 도모하여 업계에 대해서 행정지도가 행하여질 때 등과 같이 계속적인 행정지침이 되는 것에 대해서는 전술한 것과 같은 일시적 조치에 더하여 관보 등으로 하는 공시 등의 조치도 필요할 것이다⁹³⁾

넷째 『행정상 특별한 지장』이 있으면 이와 같은 공표는 제한되는데 총무청의 해설은 다음의 경우를 들고 있다. 비밀로 되어 있는 국제적 결정의 국내적 실시로서 행정지도가 행하여지는 경우에 공표가 국가의 국제적 신용을 해하는 경우, 테러대책 등과 같이 미리 공표하는 것이 바람직하지 않는 경우, 감독처분에 앞서서 행하여지는 행정지도와 같이 지침을 공표하는 것이 탈법행위를 조장할 우려가 있는 경우 등이 이에 해당한다고 한다⁹⁴⁾.

89) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 223頁.

90) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 224頁.

91) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 225頁.

92) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 225頁.

93) 兼子 仁, 『行政手續法』, 岩波書店, 1994, 151頁.

94) 總務廳行政管理局編, 前掲書, 225頁.

V. 맺음말

이상에서 우리나라 행정절차법 구조와 유사한 구조를 취하면서 이 제도를 우리나라보다 앞서서 시행하고 있는 일본의 제도와 판례를 검토하였다. 이상에서 지적되는 해석상의 제문제점은 우리나라의 행정절차법 시행시에도 똑같이 봉착할 문제로서 그 해결방향을 제시한다고 할 수 있다. 행정절차법 시행과 더불어 금후 이 제도의 정착과정에서 해결하여야 할 몇가지 과제점을 제시하면 다음과 같다.

첫째 행정절차법은 행정절차를 둘러싸고 형성되어 온 학설, 판례이론의 도달점에 맞추어 성문화하였다고 생각되는 부분이 많다⁹⁵⁾. 그러나 행정절차법이 비교적 간략한 구성으로 되어 있다는 것, 행정횡단적으로 공통하는 최소한도를 규정하였다는 점, 지금까지의 판례에 의해서 반드시 확립되어 있지 않은 점도 많다는 것, 또한 행정절차법에 위반한 경우의 법적 취급이 규정되어 있지 않다는 것 등에서 행정절차를 둘러싼 법리는 금후의 판례형성을 기다릴 수밖에 없는 것이 많다고 사료된다. 그리고 행정절차법의 실효성 담보를 최종적으로 도모하는 것은 재판제도에 의한 구제라고 생각된다. 따라서 행위규범으로서 작용할 것이 예상되는 행정절차법을 어떻게 재판규범으로 기능시킬 것인가는 금후의 과제라고 할 수 있다. 그리고 이 문제는 앞으로 형성될 행정절차법을 둘러싼 사례에서 개별·구체적 이익형량을 통하여 그 한계에 관한 기준을 형성함이 바람직하다.

둘째 지금까지 청구에서 신청의 접수를 하지 않는다든지 행정지도를 반복하는 것에 의해서 심사에 들어가는 것이 지연되는 사례가 많았지만 행정절차법 제정으로 이와 같은 행정의 대응이 억제되고, 가장 불투명한 영역인 행정지도에 대해서 상대방의 요구에 따라서 취지, 내용, 책임자 등을 기재한 서면을 교부하는 것으로 되어 있기 때문에 투명성이 향상됨과 함께 행정지도의 한계 및 책임의 명확화가 기대된다. 그러나 행정절차법은 국민의 권리·이익옹호라는 입장에서 많은 규정을 두고 있지만, 행정운영에 있어서 행정절차법의 규정에 따른 절차가 확실히 행하여지도록 그 실효성을 확보하는 것이 중요하다. 이를 위해서는 각 행정기관이 이 법의 규정에 따른 운영을 철저히 하는가, 즉

95) 김철용, “行政節次法の 特色과 内容”, 『考試界』, 1997/2, 15면.

그 운영상황을 정확히 파악할 필요가 있다. 그리고 국민 일반에 대해서도 그 주지를 철저히 하여야 할 것이다. 또한 국민의 인지도와 관련된 운용상황에 대해서도 매년 충실히 조사하여 제도가 실효성 있게 정착될 수 있도록 유도하여야 할 것이다⁹⁶⁾.

셋째 일반행정절차법과 같이 행정횡단적으로 적용되는 일반절차법과 동시에 개별의 행정영역의 특성을 고려한 각각의 개별실체법규의 규율에 대응한 절차의 존재방식을 검토할 필요가 있다. 행정절차는 공통적으로 적용되어야 할 것이 있는 반면, 행정영역의 상위 및 개개의 실체법규의 규율대상 및 방법에 따라서 다양하게 존재할 수도 있기 때문이다.

넷째 개개의 실체법규와 행정절차법과의 관련성의 검토의 필요성이다. 개별 실체법규의 규정의 방법에 따라서 행정절차법의 적용관계 및 운용이 좌우되는 것이 많기 때문이다. 예컨대 처분의 근거법이 되는 개개의 실체법규가 어떠한 요건을 규정하는가에 의해서 행정절차법이 규정하는 행정지도의 한계가 영향을 받고 행정지도의 범위가 좌우될 수 있기 때문이다. 따라서 개별실체법의 제정개폐는 개개의 실체법규의 제정, 개폐시 행정절차법과의 정합성 및 관련에서 충분히 검토가 필요하다고 생각된다.

96) 일본의 예로서, 總務廳 行政管理局, 『データブック行政節次法 1996年版』, 第一法規, 1996, 3頁이하.