

# 處分節次의 定着方向

金 鐵 容\*

## 차 례

- I. 처음에
- II. 行政節次法의 制定과 그 施行
  1. 行政節次法의 制定
  2. 施行을 위한 準備
- III. 處分節次의 要素
  1. 基本立場
  2. 重要要素
- IV. 問題點
  1. 聽聞의 要件問題
  2. 適用範圍問題
  3. 利害關係人의 參與問題
  4. 意見聽取의 瑕疵와 處分의 效力
- V. 留意點
  1. 處分의 概念
  2. 處分의 申請
  3. 處理期間의 設定·公表
  4. 處分基準의 設定·公表
  5. 意見聽取
  6. 處分의 理由提示
- VI. 맺음말

\* 建國大學校 法科大學 教授, 法學博士

## I. 처음에

작년 12월 31일 법률 제5241호로 대망의 행정절차법이 제정· 공포되었으며, 내년 1월 1일 그 시행을 앞두고 있다. 行政節次法の 공포와 그 시행간에 1년의 준비기간을 두고 있지만 충분한 기간이라 할 수 없다. 行政節次法이 제정되었다고는 하지만 그 법속에는 수많은 法的 爭點들이 내재해 있다. 이들 法的 爭點들은 이론가들에 의하여 문제가 제기되어 활발한 논쟁을 거쳐서 行政節次法이 시행되기 전에 학설이 정리되어 통설적 견해 내지 일정한 견해에 대체적인 합의가 이루어져야 한다. 그러나 주지하는 바와 같이 行政節次法の 공포후 이 법의 法的 爭點들에 대하여 활발한 논의가 이루어지고 있지 않다. 필자가 알기로는 『考試界』에서 네번 특집을 꾸몄다. 그것도 첫번째는 금년 2월호에서 '새로운 시대 새로운 법제'라는 주제 아래 行政節次法을 소개하는 글을 실었고, 두번째는 3월호에서 行政節次法에 관한 '좌담회'를 가졌으며, 세번째는 4월호에서 行政節次法の '비교법적 고찰'을 다루었고, 네번째에 와서야 7월호에서 '行政節次法の 爭點'을 다루었다. 이 '行政節次法の 爭點'은 활발한 논의를 위한 계기를 마련하기 위한 것이었다. 그러나 이를 계기로 활발한 논쟁이 이어지고 있는 것 같지 않다.

이러한 상황에서 한국법제연구원이 '행정절차제도의 정착 방향'에 관한 특집을 꾸미게 된 것은 行政節次法을 둘러싼 학문상의 논쟁의 계기에 초점을 맞추려는 것이 아니라, 行政節次法の 시행 시점이 가까워짐에 따라 우선 그 시행에 있어서 행정청이 특히 유의해야 할 점이나 행정청이 직면할 수 있는 문제점의 지적에 초점을 맞추려는 것이 아니었나 추측된다.

본고는 이러한 특집의 의도에 맞추어 먼저 行政節次法の 制定과 그 施行을 보고난 후 處分節次의 要素를 살펴보고 이를 바탕으로 하여 행정청의 問題點과 留意點을 지적해 보기로 한다.

## II. 行政節次法の 制定과 그 施行

### 1. 行政節次法の 制定

#### (1) 行政節次法の 制定 과정

독일·일본에 있어서와 마찬가지로 우리나라에 있어서도 행정절차법 제정을

위한 논의의 역사는 짧지 않다. 이와 같은 논의의 과정속에서 행정절차법의 要綱案이나 試案이 혹은 사적으로 혹은 공적으로 발표되었는데, 이중에서 공적인 것으로는 서울변호사회가 1965년 1월 李鍾極 의원의 시안을 바탕으로 전문 11개조 부칙 2개조의 행정절차법안을 작성하여 청원입법으로 국회에 제출한 바 있었다. 1981년 10월에는 대한변호사협회가 6장 82개조항으로 구성된 行政節次法制定要綱案을 발표한 바 있었다. 1986년 4월에 발족한 총무처 소속하의 제1차 行政節次法案審議委員會는 그 이전부터 주로 미국의 행정절차법과 오스트리아·독일의 행정절차법을 연구하여 온 학자들의 성과, 1975년 행정개혁위원회의 위촉을 받아 작성된 한국공법학회의 조사보고서 및 행정절차제도의 개선사업이 제5차 경제사회발전 5개년 계획사업으로 책정되어 1981년부터 계속 되어온 연구성과를 기초로 총무처 행정조사연구실이 마련한 행정절차법 시안을 바탕으로 설문조사 및 각계의 의견조회를 거쳐 행정절차법 초안을 작성하여 1986년 11월 19일 공청회를 열고 이에서 나온 의견을 수렴하여 수차례의 수정안이 나온 끝에 1987년 6월에 행정절차법안을 확정하였다. 이 법안이 바로 1987년 7월 7일 입법예고된 행정절차법안이다. 그러나 입법예고까지 끝낸 이 법안은 정부측에 의하여 국회제출이 보류되었다. 1993년 행정쇄신위원회에서는 행정절차법의 제정을 건의하기로 의결하였다. 이 의결은 각계각층에서 제기한 요청을 수용한 것임은 말할 나위가 없다. 이 의결에 바탕하여 총무처는 재차 행정절차법 제정을 위한 준비에 착수하였으며, 1994년 7월에는 총무처 조직국 제도1과가 작성한 행정절차법 시안을 관계 전문가에게 보내어 의견조회를 한 바 있었다. 1995년 5월에 발족한 총무처 소속하의 제2차 行政節次法案審議委員會는 1987년의 행정절차법안과 1994년의 총무처가 작성한 행정절차법 시안을 바탕으로 각계의 의견조회를 거쳐 1996년 5월 새로운 행정절차법 시안을 마련하여 1996년 6월 4일 공청회를 열고 여기에서 나온 의견을 수렴함과 동시에 몇 차례의 수정안을 거쳐 1996년 7월에 행정절차법안을 확정하였다. 확정된 법안은 1996년 8월 1일 입법예고되고 동년 10월 22일 국무회의의 의결을 거쳐 같은 달 30일에 제181회 정기국회에 제출되었다. 1996년 11월 29일 국회의 행정위원회에 이어 법제사법위원회에 보고·의결되었고, 그 다음날 즉 11월 30일에 국회 본회의에서 의결되었던 것이다.

## (2) 현행법상 행정절차에 관한 법적 규율의 현황

우리 헌법상 행정절차의 직접적인 근거규정을 두고 있지 아니하지만, 헌법 제12조의 ‘適法한 節次’라는 규정이 직접적으로는 刑事司法權의 발동에 관한 조항이라 하더라도 그 취지는 행정절차에도 유추되고, 헌법 제10조(기본적 인권의 불가침성)와 제37조(기본권의 포괄성, 法律留保의 한계)가 이러한 해석을 뒷받침하며<sup>1)</sup> 그 밖에 헌법이 보장하고 있는 法治國家原理와 民主國家原理가 행정절차의 근거가 된다는 것이 학설의 지배적인 견해임에도 불구하고, 우리 판례는 특히 侵益的處分의 경우 법률의 규정이 없을 때 헌법의 근거에서 처분의 사전통지, 이유명시, 의견청취 등 適法節次保障을 도출하지 아니하였다. 따라서 개별법률에서 處分節次에 관한 근거규정을 마련하는 것이 급선무였다.

1980년 초만 하더라도 개별법률이 처분절차의 근거규정을 두고 있는 경우는 매우 드물었다. 그러나 1984년 5월 14일 국무총리훈령 제196호인 ‘행정처분의 기준의 법제화를 위한 특별지시’에 의하여 侵益的處分에 聽聞制度를 도입하도록 한 이래 처분절차를 정한 개별법률이 늘어나기 시작하여 현재는 이들 개별법률이 상당한 수에 이르고 있으나, 아직도 의견청취를 정하지 아니한 개별법률이 존재할 뿐만 아니라 이미 이들 의견청취를 정한 개별법률의 규율 밀도도 문제이고 개별법률의 불통일도 문제이다. 1989년 11월 14일 국무총리훈령 제235호인 ‘행정절차운영지침’<sup>2)</sup>이 발하여져 侵益的處分에 대하여 의견청취(의견제출, 청문, 공청회)를 거치도록 행정청에게 의무를 과하고 있었으나 이 지침이 행정규칙이기 때문에 일정한 제약을 면할 수 없었다.

한편 授益的處分節次 즉 申請에 의한 處分節次는 대통령령으로 제정되었던 민원사무처리규정을 폐지하면서 1994년 1월 7일 법률 제4731호로 제정·공포된 行政規制 및 民願事務基本法에서 규율하고 있다. 이 법률이 규정하고 있는 行政節次는 民願事務處理節次와 苦衷民願의 處理節次이다. 전자에는 民願1回訪問處理制의 施行, 審議基準의 설정, 공표, 거부처분의 이유명시, 민원사무처리기준표의 종합고시 등이 규정되어 있으며, 후자에는 신청, 조사, 시정조치의 권고 및 의견의 표명, 의견진술의 기회부여, 처리결과와 통보, 공표 등

1) 金道稔, 『一般行政法論(上)』, 靑雲社, 1993, 537쪽.

2) 행정절차운영지침은 4장 36개조 및 부칙으로 구성되어 있었다.

이 규정되어 있다. 이 외에도 事務管理規程도 일부의 處分節次에 관한 규정을 담고 있다.

### (3) 행정절차법 제정의 의의

#### 1) 종전 법제의 문제점 해소

행정절차법이 제정됨으로써 제정 이전의 處分節次에 관하여 종전 법제가 안고 있었던 여러 문제점 즉 侵益的處分節次가 개별법률에서 특별히 규율되고 있지 아니하는 한 혼령에 의하여 규율될 수 밖에 없었다는 점, 侵益的處分節次를 규율하고 있는 개별법률간에 不統一性과 不均衡性이 발생할 여지가 있었다는 점 등이 해소되었다.

#### 2) 행정주체와 사인간의 관계 변혁

행정의 공정성, 투명성, 신뢰성을 확보하고 행정의 민주화에 한발 다가섬으로써 국가와 국민간, 지방자치단체와 주민간의 관계에 일어나고 있는 변혁을 상징적으로 표현하였다는 점이 행정절차법 제정의 또 하나의 의의이다.

## 2. 施行을 위한 準備

새로이 제정·공포된 행정절차법은 그 시행일을 공포후 1년이 경과한 날로 정하였지만, 1년이라는 기간이 그렇게 긴 기간이 아니기 때문에 관계기관에서는 그 시행에 만전을 기하기 위하여 여념이 없을 것이다. 施行을 위한 준비 중 立法에 한정하여 보면 다음 세 가지를 지적할 수 있다.

### (1) 行政節次法の 施行을 위한 公認會計士法 등의 一部改正法律의 제정

행정절차법이 일반법으로 제정되었기 때문에 개별법률에서 처분절차를 중복해서 규정할 필요가 없으므로 개별법률에서 중복규정을 삭제할 필요가 있고, 개별법률에서 사용하고 있는 관련용어를 행정절차법에 맞추어 정비할 필요가 있으며, 행정절차법에서는 處分節次에서 의견청취의 유형을 청문, 공청회, 의견제출로 정하고 있으므로 개별법률에서 정하고 있는 의견청취를 행정절차법의 유형에 맞추어 합리적으로 조정할 필요가 있다. 이들 개별법률을 하나하나 개정할 번거로움을 피하기 위하여 하나의 법률을 제정하여 일괄 해결하려고 하고 있는 바, 그 법률안의 명칭이 行政節次法の 施行을 위한 公認會計士法

등의 一部改正法律이다.

## (2) 行政規制 및 民願事務基本法の 개정

행정절차법의 제정과정에 있어서 행정절차법과의 중복으로 많은 논란이 있었던 行政規制 및 民願事務基本法の 개정문제가 행정절차법의 제정으로 현실화되었다. 行政規制 및 民願事務基本法 대신 1997년 8월 22일 법률 제5368호로 행정규제기본법이 같은 날 법률 제5369호로 민원사무처리에 관한 법률이 새로이 각각 제정이 되었으나, 행정절차법과의 중복 문제는 해결되지 아니하였다. 결국 민원사무처리에 관한 법률은 행정절차법 제3조제1항에서 말하는 '다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우'로 존속하게 되었다.

## (3) 行政節次法施行令·施行規則의 정립

행정절차법의 제정으로 그 施行令과 施行規則의 정립이 시급하게 되었고, 이와 더불어 처분절차를 규율하고 있는 개별법률의 施行令과 施行規則도 중복 규정의 삭제, 관련용어의 정비 및 의견청취의 유형에 맞추어 개정하는 것이 불가피해졌으므로 이것도 하나의 시행령, 시행규칙으로 일괄 해결하기 위하여 행정절차법의 시행에 따른 관세법시행령 등의 정비에 관한 시행령과 행정절차법의 시행에 따른 재정경제원장관 및 소속 청장주관에 속하는 비영리법인의 설립허가 및 감독에 관한 규칙 등의 정비에 관한 시행규칙의 정립도 서두르게 되었다.

# Ⅲ. 處分節次의 要素

행정절차법 제2장은 처분이라는 제목으로 처분절차를 규율하고 있다. 그러나 처분절차를 규율하고 있는 것은 제2장만이 아니다. 제1장 총칙에서도 이를 규율하고 있다. 행정절차법의 주안점은 처분절차에 있으며, 제1장 총칙은 바로 처분절차의 총칙이라 하여도 과언이 아니다.

## 1. 基本立場

행정절차법이 처분절차를 규율함에 있어서의 기본 입장은 다음과 같다.

### (1) 純粹節次規定

제2장 처분에는 약간의 예외(처분의 정정을 규정한 제25조 등)를 제외하고

원칙적으로 절차규정만으로 구성되어 있다. 각국의 입법례를 보면 처분절차가 순수절차규정만으로 구성되어 있는 것도 있고, 순수절차규정외에 절차규정과 밀접한 관련이 있는 실체규정을 포함하고 있는 것도 있다. 독일 연방행정절차법이 규율하고 있는 처분절차가 후자의 대표적인 예인 바, 독일 문헌들은 이들 실체법 규정을 관련사항 또는 부대상항이라고 부르고 있으나, 실은 이들 규정은 처분의 근간을 이루고 있는 것들이므로, 처분에 관한 한 독일 연방행정절차법은 행정법전에 가까운 형태와 내용을 갖고 있다.<sup>3)</sup>

### (2) 국민의 권익보호와 행정능률의 조화

처분절차는 국민의 권익보호와 행정능률을 적절히 조화시키려는 바탕위에서 규율되고 있다. 어느 국가의 행정절차법이든 처분절차를 규율할 때에는 어느 정도의 느약스의 차는 있겠지만 국민의 권익보호와 동시에 행정의 신속성의 요청을 고려하는 법이다. 왜냐하면 행정의 신속성의 요청은 행정목표를 달성하는데 있어서 결정적 요소이기 때문이다. 양 요청의 조화를 이루는 것은 처분절차의 성공 여부에 직결되는 것으로서 입법을 할 때 뿐만 아니라 실제 운용을 할 때에도 마찬가지라고 생각한다.

### (3) 규율대상의 확대

후술하는 바와 같이 행정절차법이 처분의 개념을 독일이나 일본의 행정절차법과는 달리 확대하고 있다는 점이다. 이 점은 행정실무가들이 특히 주의해야 할 점이다.

### (4) 略式節次中心

행정절차법은 의견청취를 청문·공청회·의견제출로 나누어 구체적인 처분의 성질별로 의견청취방식을 따로 적용하고 있다. 처분절차는 한편으로는 쓸데없는 형식에 구애되지 아니하고 간이·신속한 처분이 보장되어야 하고 다른 한편으로는 헌법이 보장하고 있는 적법절차원칙에 따라 처분이 형성되어야 하는 서로 상반되는 요청이 동시에 만족되어야 한다. 그래서 행정절차법의 의견

3) 이를 전제로 해서 독일연방행정절차법에 실정법화되어 있는 일반행정법이 여러 면에 걸쳐 그 파탄을 나타내고 있다는 점에 관하여는 W. Thieme, Über die Notwendigkeit einer Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts, DÖV 1996, 757 ff. 참조.

청취를 청문·공청회·의견제출로 나누되 원칙적으로는 略式節次인 의견제출에 의하고, 청문을 행하는 경우에는 엄격한 요건과 내용을 따르도록 하고 있다.

## 2. 重要要素

### (1) 처분의 개념

행정절차법 제2조제2호는 처분을 정의하여 '처분이라 함은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 기타 이에 준하는 행정작용을 말한다'라고 하고 있다. 이 처분의 정의는 행정심판법·행정소송법상의 처분의 정의와 같다(행정심판법 제2조제1항제1호, 행정소송법 제2조제1항제1호 참조). 따라서 행정절차법상의 처분절차와 행정심판절차 및 행정소송절차는 동일한 線上에 있다.

行政爭訟法상의 처분에 관한 지금까지의 판례에 의하면 처분의 개념속에는 이른바 강학상의 행정행위는 말할 것도 없고, 行政上立法, 行政計劃도 이에 포함시키고 있다. 즉 命令에 관하여 대법 1954. 8. 19. 선고 4286 行上 37 판결은 '법령의 효력을 가진 명령이라도 그 효력이 다른 행정행위를 기다릴 것 없이 직접적으로 또 현실적으로 그 자체로서 국민의 권리훼손 기타 권리침해의 효과를 발생케하는 성질의 것이라면 행정소송법상 처분<sup>4)</sup>이라고 판시하였고, 條例에 관하여 대법 1996. 9. 20. 선고 95 누 8003 판결은 '조례가 집행행위의 개입없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리의무나 법적이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당<sup>5)</sup>한다 하였다. 또한 行政計劃에 관하여 대법 1982. 3. 9. 선고 80 누 105 판결은 '본조(도시계획법 제12조) 소정의 도시계획결정이 고시되면 도시 계획구역안의 토지나 건물소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축, 개축 또는 증축 등 권리 행사가 일정한 제한을 받게 되는 바 이런 점에서 볼 때 본조 소정의 고시된 도시계획결정은 특정개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고 이는 행정소송의 대상이 된다<sup>6)</sup>고 판시하였다.

4) 韓國行政科學研究所編, 『行政判例集(中)』, 서울文化社, 1976, 1886쪽.

5) 판례공보, 1996, 3210쪽.

6) 洪井善, 『判例行政法』, 吉安社, 1994, 101쪽.

## (2) 當事者 등

행정절차법 제2조제4호는 이 법에서 사용하는 ‘當事者 등’을 ‘행정청의 처분에 대하여 직접 그 상대가 되는 당사자와 행정청이 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하게 한 이해관계인’이라고 정의내리고 있다. 그러므로 행정절차법에서 말하는 이해관계인은 모든 이해관계인이 아니라 행정청이 직권으로 행정절차에 참여시키지 아니하는 한 본인의 신청에 의하여 행정청이 행정절차에 참여하게 한 자만이다. 총무처는 이 점에 관하여 ‘특정인이 어떤 처분에 이해관계가 있다고 주장하며 행정절차에 참여하게 해달라고 신청하더라도 당해 처분과의 이해관계 여부는 궁극적으로 행정청이 판단·결정하게 된다’고 해설하고 있다<sup>7)</sup>. 행정절차에 있어서 당사자 등이 될 수 있는 자는 ①자연인, ②법인 또는 법인이 아닌 사단이나 재단(이하 ‘법인 등’이라 한다), ③기타 다른 법령등에 의하여 권리의무의 주체가 될 수 있는 자(행정절차법 제9조)이다.

## (3) 適用範圍

행정절차법은 행정절차에 관한 일반법이다(제3조제1항). 따라서 특별법이 있는 경우에는 그 특별법이 행정절차법에 우선한다. 지방자치단체의 행정에 대하여도 행정절차법이 적용되는 제2조제1호 등에 의하여 확인할 수 있다.

행정절차법 제3조제2항은 행정절차법의 적용이 제외되는 행정분야를 정하고 있다. ①입법·사법기관 등에서 별도의 절차를 거쳐서 행하는 사항(제7호를 제외한 제1호 내지 제8호), ②행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 저해할 우려가 있는 사항(제7호), ③당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 불필요하다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항이다(제9호). 제3조제1항에 의하여 특별법에서 행정절차법의 적용을 제외할 수 있음은 말할 나위가 없다.

## (4) 處分の 申請

행정절차법은 행정청에 대하여 처분을 구하는 신청은 원칙적으로 문서에 의하도록 하고(文書主義), 다른 법령등에서 특별한 규정을 두고 있는 경우 예컨대 문서가 아닌 구술이나 전화에 의한 신청이 가능하도록 규정하고 있는 경우

7) 총무처, 『행정절차법해설』, 1997, 31쪽.

와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그에 의하도록 하고 있다(제17조제1항). 행정청은 신청에 필요한 구비서류·접수기간·처리기간 기타 필요한 사항을 게시하거나 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 하여야 하며(동조제2항), 신청이 있는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 부당하게 되돌려 보내서는 아니되며 신청을 접수한 경우에는 신청인에게 원칙적으로 접수증을 교부하여야 한다(동조제3항).

#### (5) 多數의 行政廳이 關여하는 處分

신청인이 다수의 행정청이 관여하는 처분을 구하는 것인 경우에 각 행정청의 책임소재가 불명확하게 될 우려가 있고 그 때문에 때로는 예컨대 하나의 행정청이 다른 행정청의 인·허가가 행하여지는 것을 조건으로 심사를 개시하는 등의 사태로 처분이 지연될 수 있으므로 이를 방지하기 위하여 행정절차법은 제18조에서 다수의 행정청이 관여하는 처분에 관한 별도의 규정을 마련하고 있다.

#### (6) 處理期間의 設定·公表

행정절차법은 처분에 대한 신청에도 불구하고 그에 대한 처리가 막연히 지연되어 신청인에게 불리한 결과가 초래되는 것을 막기 위하여 처분의 처리기간을 설정하여 공표하도록 하고 있다(제19조). 처리기간의 설정에는 처리기간을 처분의 종류별로 미리 정할 것, 부득이한 사유로 처리기간 내에 처리하기 곤란한 경우 처리기간의 범위내에서 1회에 한하여 기간을 연장할 수 있다는 것, 행정청이 정당한 처리기간 내에 처리하지 아니한 때 신청인은 행정청 또는 그 감독행정청에 대하여 신속한 처리를 요청할 수 있다는 것 등을 정하고 있다.

#### (7) 處分基準의 設定·公表

행정절차법은 행정을 공정, 투명, 신뢰할 수 있게 하기 위하여 처분기준의 설정·공표를 규정하고 있다(제20조). 즉 행정청은 필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 다만 처분기준을 공표하는 것이 당해 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해하는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경

우에는 그러하지 아니하다. 당사자 등은 공표된 처분기준이 불명확한 경우 당해 행정청에 대하여 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있으며, 이 경우 당해 행정청은 특별한 사정이 없는 한 이에 응하여야 한다.

처분에 대하여 절차를 거쳐 행하게 하는데 특히 의미가 있는 것은 裁量 處分인 경우이므로, 行政節次法이 처분기준을 설정하게 하는데 특별한 의미가 있는 것은 裁量基準을 설정하라는 데에 있다.

#### (8) 處分の 事前通知

행정청이 侵益的處分을 행하는 경우(당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우)에는 원칙적으로 당사자 등에게 ①처분의 제목, ②당사자의 성명 또는 명칭과 주소, ③처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적근거, ④③에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법, ⑤의견제출기관의 명칭과 주소, ⑥의견제출기한, ⑦기타 필요한 사항을 통지하여야 한다(제21조). 여기서 말하는 의견제출기한은 의견제출에 필요한 상당한 기간을 고려해야 한다(제21조제3항). 상당한 기간은 법령 등의 취지와 당해 처분의 성질 등을 고려하여 판단하되 당사자 등으로 하여금 의견·증거자료 등을 준비할 수 있도록 배려하여야 할 것이며, 외국에 거주하는 자에 대한 특수한 사정 등을 감안하여 정하여야 할 것이다. 행정청이 청문을 실시하고자 하는 경우에는 청문이 시작되는 날부터 10일전까지 처분의 사전통지를 행하되, 통지하여야 할 사항은 위의 ④내지 ⑥을 청문주재자의 소속·직위 및 성명, 청문의 일시 및 장소, 청문에 응하지 아니하는 경우의 처리방법 등 청문에 필요한 사항으로 같음한다(제21조제2항).

#### (9) 意見聽取

행정절차법은 의견청취를 ①청문, ②공청회, ③의견제출로 나누고 있다. 행정청은 의견청취의 세 가지 종류중 어느 것을 선택할 것인가에 대하여 재량의 여지를 갖고 있다.

##### 1) 聽 聞

행정절차법은 청문을 행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자 등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차로 정의하고(제2조제5호), 행정청이 처

분을 함에 있어서 ①개별 법령에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우, ②행정청이 필요하다고 인정하는 경우에는 청문을 실시하도록 규정하고 있다(제22조제1항). 행정절차법은 청문에 관하여 청문통지(제21조제2항 내지 제4항), 청문주재자(제28조), 청문주재자의 제척·기피·회피(제29조) 및 청문의 통지가 있는 날로부터 문서의 열람 등을 청구할 수 있다는 규정(제37조)과 더불어 청문의 개시로부터 종결에 이르기까지의 진행을 소상히 규정(제31조 내지 제36조)하고 있다. 특히 문서의 열람에 관하여 행정절차법은 당사자 등이 청문의 통지가 있는 날부터 청문이 끝날 때까지 행정청에 대하여 당해 사안의 조사결과에 관한 문서 기타 당해 처분과 관련되는 문서의 열람 또는 복사를 요청할 수 있다는 것, 행정청은 다른 법령에 의하여 공개가 제한되는 경우를 제외하고는 이를 거부할 수 없다는 것, 행정청이 열람 또는 복사의 요청을 거부하는 경우에는 그 이유를 소명하여야 함을 규정하고 있다. 청문을 거친 경우에는 행정청은 청문조서 기타 관계 서류 등을 충분히 검토하고 상당한 이유가 있다고 인정하는 때에는 처분을 함에 있어서 청문결과를 적극 반영하여야 한다(제35조제5항).

## 2) 公聽會

행정절차법은 공청회를 행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 행정작용에 대하여 당사자 등, 전문지식과 경험을 가진 자 기타 일반인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차로 정의하고(제2조제6호), 행정청이 처분을 함에 있어서 ①개별법령에서 공청회를 개최하도록 규정하고 있는 경우, ②당해 처분의 영향이 광범위하여 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우에는 공청회를 개최하도록 규정하고 있다(제22조제2항). 그 밖에 공청회 통지 등 고지, 진행 및 결과의 반영 등 비교적 상세한 규정을 두고 있다(제38조, 제39조).

## 3) 意見提出

행정절차법은 의견제출을 행정청이 어떠한 행정작용을 하기에 앞서 당사자 등이 의견을 제시하는 절차로서 청문이나 공청회에 해당하지 아니하는 절차로 정의하고(제2조제7호), 행정청이 侵益의處分을 함에 있어서 청문을 실시하거나 또는 공청회를 개최하는 경우를 제외하고 당사자 등에게 의견제출의 기회를 부여하도록 규정하고 있다(제22조제3항). 의견제출은 서면·컴퓨터통신

또는 구술로하여, 구술로 행하는 경우 행정청은 서면으로 그 진술의 요지와 진술자를 기록하여야 한다(제27조제1항, 제3항). 당사자 등은 의견제출을 하는 경우 증거자료 등을 첨부할 수 있다(제27조제2항). 행정청은 처분을 함에 있어서 그 제출된 의견을 성실히 고려하여야 한다(제27조제5항).

#### (10) 處分の 理由提示

행정절차법은 행정을 공정, 투명, 신뢰할 수 있게 하기 위하여 또한 처분의 이유제시를 규정하고 있다(제23조). 즉 행정청은 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다 다만, ①신청내용을 모두 그대로 인정하는 처분인 경우, ②단순·반복적인 처분 또는 경미한 처분으로서 당사자가 그 이유를 명백히 알 수 있는 경우, ③긴급을 요하는 경우에는 예외이다. ②와 ③의 경우에도 처분 후 당사자가 요청하는 경우에는 행정청은 그 근거와 이유를 제시하여야 한다. 행정절차법 제정 이전의 우리 판례는 侵益的處分の 경우에 개별법령이 이유 제시를 요구하고 있을 때 이를 결여하거나 理由不備가 있는 瑕疵를 독자적인 處分の 違法事由로 보았음은 물론(대법 1984. 7. 10. 선고 82 누 551 판결, 대법 1985. 12. 10. 선고 84 누 243 판결, 대법 1986. 10. 28. 선고 85 누 723 판결, 대법 1987. 5. 12. 선고 85 누 56 판결, 대법 1989. 6. 27. 선고 88 누 8023. 8036(병합)판결 등) 개별법령에 명문의 규정이 없는 경우의 이유 명시도 處分の 取消事由로 보았다<sup>8)</sup>.

## IV. 問題點

행정절차법의 시행과 더불어 제기될 수 있는 문제점이 여러가지 있을 것이나 處分節次와 관련하여 제기될 수 있는 것으로는 聽聞의 要件問題, 適用範圍問題, 利害關係人の 參與問題, 意見聽取의 瑕疵와 處分の 效力問題 등을 들 수 있을 것 같다.

8) 필자, “理由明示의 瑕疵”, 『公法學의 諸問題(玄濟金英勳博士 卒業 記念)』, 法文社, 1995, 51쪽참조.

## 1. 聽聞의 要件問題

행정절차법은 上述한 바와 같이 意見聽取의 종류로 청문, 공청회, 의견제출로 나누고, 이중 청문의 요건을 개별 법령에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우(이외에 행정청이 필요하다고 인정하는 경우도 法定되어 있으나 여기서 論外로 한다)로 한정하고 있는 바, 그러한 개별법령이 없는 경우에는 행정청이 청문을 실시하지 아니하여도 아무런 위법의 문제는 발생하지 아니하는가가 문제이다. 구체적으로는 개별법령이 일반적으로 채택되고 있는 기준과 달리 사인에게 현저히 불이익한 侵益의處分을 행하는 경우임에도 불구하고 청문을 규정하지 아니한 경우에 문제가 제기될 것이다. 이 문제는 우리 헌법상의 적법절차의 원리와 관련하여 제기될 것이다. 종래의 판례를 보면 개별법령에서 청문절차에 관한 규정이 없는 경우에는 행정청이 청문절차를 실시하지 아니하여도 위법이 아니라는 것이 법원의 판례이었지만(대법 1992. 5. 22. 선고 92 누 1032 판결, 대법 1994. 3. 22. 선고 93 누 18969 판결 등 참조), 侵益的處分을 개별법률이 규정하면서 청문의 기회를 부여하지 아니한 것이 위헌이라는 헌법재판소의 결정(헌재 1990. 11. 19. 선고 90 헌가 48 전원재판부 결정)이 있었다. 행정절차법의 시행이전에 개별법률에서 정하고 있는 의견청취가 행정절차법이 정하고 있는 의견청취의 유형에 맞추어 합리적으로 조정되었지만, 행정절차법의 시행 이후에도 이 문제가 완전히 해소되리라고는 생각되지 아니한다. 행정절차법 제정과정에서도 많은 논란이 있었으나 청문의 요건을 확대하는 것은 앞으로의 과제의 하나이다<sup>9)</sup>.

## 2. 適用範圍問題

행정절차법 제3조의 적용범위와 관련되는 문제점으로는 適用除外의 문제와 行政節次條例의 문제로 나눌 수 있다.

### (1) 適用除外

행정절차법 제3조제2항은 행정절차법의 적용이 제외되는 행정분야로 9가지 사항을 규정하고 있는 바, 문제가 되는 것은 제9조 즉 “병역법에 의한 징집,

9) 立法論에 관하여는 吳峻根, 『聽聞實施要件-對象判例:有形文化財指定告示處分取消(대법원1994. 8.9. 94누 3414판결)-한국행정판례연구회 제114차 월례발표회 논문』, 19쪽이하.

소집, 외국인의 출입국, 난민인정, 귀화, 공무원인사관계법령에 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 사항이다. 이 제9호에 대하여는 행정절차법 초안 작성단계에서 논란이 많았었다. 우리 헌법이 적법절차의 원리를 보장하고 있다고 한다면 행정절차법의 적용에 대한 예외는 직접 법률에서 정하여야 하는 것이지 대통령령에 맡겨서는 아니되는 것이 아니냐는 것이었다. 결국 우리 현실에서 보아 필요하며 또한 요건을 엄격히 하면 불가능한 것이 아니라는 의견이 우세하여 처음 시안에서는 ‘기타 당해 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 친하지 않은 경우로서 대통령령으로 정하는 사항’이었던 것을 위의 제9호의 문안으로 고쳤었다. 그러나 행정절차법이 시행되면 이 제9호에 의하여 대통령령으로 행정절차법의 적용이 제외되는 행정분야를 확대함으로써 모처럼 마련한 적법절차의 보장을 유명무실하게 만들지 않을까 우려된다. 현재 어느 나라의 행정절차법을 보더라도 행정절차법의 適用除外條項이 없는 법률은 없지만 그것을 직접 법률에서 규정하고 있는 것이지 대통령령에 위임한 법률은 없다. 따라서 행정절차법의 적용이 제외되어야 할 행정분야가 있으면 직접 행정절차법을 개정하든지 그렇지 아니하면 행정절차법 제3조제1항에서 말하는 특별법률의 제정 또는 개정을 통하여 적용을 제외하는 방향으로 운용하는 것이 바람직할 것이다.

## (2) 行政節次條例

행정절차법은 국가뿐만 아니라 지방자치단체에도 적용됨을 전제로 하고 있다.

제3조제1항이 처분·신고·행정상입법예고·행정예고 및 행정지도의 절차에 관하여 “다른법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법이 정하는 바에 의한다”라고 한 것이 이를 전제로 하는 규정이다.

행정절차법이 제정되었기 때문에 행정절차조례제정의 장애요인의 하나<sup>10)</sup>가 제거되었으며 각 지방자치단체가 앞으로 행정절차조례를 제정할 가능성이 높아졌다.

행정절차법 초안작성단계에서는 지방자치단체에 행정절차법을 적용하지 않

10) 洪準亨/金性洙/金裕煥, 『行政節次法 制定研究』, 法文社, 1996, 145쪽 참조.

게 되면 매우 복잡한 문제가 발생하기 때문에 행정절차법은 지방자치단체의 행정에 적용한다는 전제에서 제3조제3항에 “지방자치단체의 사무에 대하여는 이 법의 범위안에서 조례로서 특별절차를 규정할 수 있다”는 조항을 두었다.

그러나 이 조항에 대하여 “사무”, “이법의 범위안에서”를 중심으로 논의가 분분하였다. 결국 이 조항을 삭제하기로 하고 행정절차조례의 제정을 지방자치법이 정한 조례의 제정원칙에 맡겼다. 그러나 행정절차조례가 제정되면 제정과정에서는 말할것도 없고 실시단계에 있어서도 행정절차법과 관련하여 많은 논란이 야기될 것으로 예상된다. 이 경우에 대비하여 행정절차법과 행정절차조례와의 관계에 관한 이론적 연구가 선행되어야 할 것이며, 각 지방자치단체에 행정절차에 관한 전문가가 부족한 상황에 비추어 모범행정절차조례를 작성하여 제시해 주는 것도 연구해 보아야 할 것이다.

### 3. 利害關係人の 參與問題

행정절차법은 “당사자”와 “당사자 등”을 구별하여 “당사자 등”에는 당사자의 행정청이 직권 또는 신청에 의하여 행정절차에 참여하게 한 이해관계인을 포함시키고 있다.

따라서 이해관계인이 행정절차에 참여하기 위하여는 신청을 하여야 한다. 그런데 총무처는 특정인이 어떤 처분에 이해관계가 있다고 주장하여 행정절차에 참여하게 해 달라고 신청하더라도 당해처분과의 이해관계여부는 행정청이 결정한다고 해석하고 있음을 앞에서 본 바와 같다. 그러므로 이해관계인이라 하더라도 신청이 행정청에 의하여 받아들여지지 아니하는 한 행정절차에 참여할 수 없게 된다. 그러면 이때의 신청은 무엇을 말하는가. 행정절차법에는 여기서 말하는 신청외에 제17조의 “처분의 신청”에서 신청이란 용어를 사용하고 있다.

두 신청이 같은 것인가, 같다고 한다면 제2조제4호의 신청에도 원칙적으로 문서로 해야 하고 접수증을 교부받아야 하는지가 문제된다.

그러할 경우 이해관계인의 범위가 지나치게 좁아져서 행정절차법이 당사자 등에게 처분의 사전통지를 하도록 행정청에게 의무를 지우고 있는 취지가 반감되고 결국에는 이해관계인의 처분절차참여를 제약하게 될 우려가 있다. 이해관계인으로 하여금 가능한 한 많이 행정절차에 참여하는 것이 행정절차법의 제정취지에 합당한 것임은 물론이다.

#### 4. 意見聽取의 瑕疵와 處分の 效力

이미 본 바와 같이 행정절차법은 의견정취를 청문·공청회·의견제출의 세 종류로 나누고 있다.

청문을 보면 청문주재자가 예정된 처분의 내용, 그 원인이 되는 사실 및 법적근거 등을 설명하여 청문을 시작하고 당사자 등의 의견진술·증거제출, 참고인·감정인 등에 대한 질문, 증거조사 등을 거쳐 청문조서를 작성하여 당사자 등의 의견진술·증거조사가 충분히 이루어진 경우 청문을 종결하여 지체없이 청문조서 기타 관계서류 등을 행정청에 제출하는 준사법적 절차를 밟도록 하고 있다.

행정청은 제출받은 청문조서 기타 관계서류 등을 충분히 검토하고 “상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 처분을 함에 있어서 청문결과를 적극 반영”하여야 한다(제35조제5항). 공청회의 경우에는 행정청은 처분을 함에 있어서 공청회에서 제시된 사실 및 의견이 “상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영”하여야 한다(제38조제5항). 의견제출의 경우에는 행정청은 처분을 함에 있어서 당사자 등이 제출한 의견을 “성실히 고려”하여야 한다(제27조제5항). 이와같이 행정절차법은 각기 다른표현을 쓰고 있는 바, 이와 같이 다른 영향이 미치는가가 문제된다. 더 나아가서 행정절차법 제35조제5항의 해석과 관련하여 청문에 나타나지 아니한 사실에 의거한 處分은 허용되지 아니하는 것인가의 문제가 제기된다.

이들 문제는 중국적으로는 판례에 의하여 해결되어야 할 것이겠지만 행정절차법의 시행전에 충분히 이론적으로 논의되어야 한다.

#### V. 留意點

행정청이 행정절차법에 의한 처분절차를 실시함에 있어서 유의해야 될 점으로는 處分の 概念, 處分の 申請, 處理期間의 設定·公布, 處分基準의 設定·公布, 意見聽取, 處分の 理由提示 등을 들 수 있을 것이다.

### 1. 處分의 概念

행정청이 처분절차를 실시함에 있어서 무엇보다 먼저 유의해야 할 점은 처분의 개념이다.

이미 본 바와 같이 處分은 강학상의 행정행위는 물론이고 行政上立法, 行政計劃도 포함되며 심지어는 行政指導까지도 포함될 수 있다는 학자가 있다<sup>11)</sup>. 따라서 처분과 행정상 입법, 행정예고의 대상이 되는 사항인 행정, 행정지도와의 구분이 처분절차의 실시에 있어서 매우 중요하다. 행정청으로서는 어떤 행정활동이 강학상 行政上立法이든 行政計劃이든 事實行爲이든 그것이 處分에 해당하는 것은 處分節次를 실시하여야 한다.

### 2. 處分의 申請

행정청이 처분절차를 실시함에 있어서 유의해야 할 점의 하나는 處分의 申請이다. 신청이 있었다고 하기 위하여는 신청서가 행정기관에 도달한 때인가 행정기관이 신청서를 접수한 때인가, 만일 경유기관이 있을 때에는 어떻게 되는가·그 어느 것인가는 행정절차법 제19조의 처리기간의 설정·공포와 관계가 있다.

법 제17조제3항은 “행정청은 신청이 있는 때에는 다른 법령 등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류 또는 거부하거나 부당하게 되 돌려보내서는 아니되며, 신청을 접수한 경우에는 신청인에게 접수증을 교부하여야 한다”라고 규정하고 있으나, 이 규정은 신청인을 보호하기 위한 규정이므로 이를 근거로 신청서를 접수한 때 신청이 있었다고 볼 것은 아니다.

신청서가 물리적으로 도달하여 了知可能한 상태에 놓여진 시점에 신청이 있었다고 보아야 할 것이다.

### 3. 處理期間의 設定·公表

행정절차법은 “신청인의 편의”를 위하여 처분의 처리기간을 미리 정하여 공표하도록 규정하고 있으나(제19조제1항), “미리 정하여 공표하여야 한다”는 문언에서도 알 수 있는 바와 같이 처분의 처리기간의 설정·공표는 행정청의

11) 金南辰, 『行政法(I)』, 法文社, 1997, 423쪽.

의무이다.

법 제19조제4항은 “행정청이 정당한 처리기간내에 처리하지 아니한 때에는 신청인은 당해 행정청 또는 그 감독 행정청에 대하여 신속한 처리를 요청할 수 있다”고 규정하고 있으나 신청인은 爭訟에 의하여 다룰 수도 있을 것이다.

따라서 행정청은 처분의 처리기간을 종류별로 정하여야 함은 물론이고 그 처리기간을 정당하게 합리적으로 정하여야 한다.

#### 4. 處分基準의 設定·公表

행정절차법은 “필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여” 공표하도록 하고 있다. 따라서 처분의 요건이 多義的이고 不確定한 경우에는 반드시 處分基準을 구체적으로 정하여 공표하여야 한다.

이 경우 處分基準이 裁量基準인 때에는 행정청이 처분기준을 정한다는 것은 행정청이 多義的·內容不確定概念을 행정목적에 따라 확정하는 것이므로 相當性和 合理性이 요구된다는 점은 주의해야 한다. 따라서 相當性和 合理性이 있는 裁量基準을 설정하도록 노력하여야 한다.

또한 처분기준이 解釋基準인 경우에는 法令의 해석을 잘못하는 일이 없도록 주의하여야 한다. 解釋基準이 法令의 해석을 잘못된 때에는 爭訟으로 이어질 수 있기 때문이다.

#### 5. 意見聽取

이미 본 바와 같이 의견청취에는 청문·공청회·의견제출의 세 가지가 있다.

이 중 청문과 공청회는 개별법령에서 청문을 실시하도록 규정되어 있는 경우 또는 공청회를 개최하도록 규정되어 있는 경우를 제외하고는 행정청이 청문실시가 필요하다고 인정하는 경우 또는 널리 의견을 수렴할 필요가 있다고 행정청이 인정하는 경우 각각 청문을 실시하거나 또는 공청회를 개최하게 된다.

그런데 문제는 이 경우에 “필요성”여부를 행정청이 자유 재량으로 판단할 수 있는가에 있다. 이에 대하여는 청문의 실시에 대한 공통적 요건이 행정절차법이나 그 부속입법 어디에도 뚜렷하게 드러나 있지 아니하므로 실정법률에서 그 판단근거를 찾을 수 없다고 하면서 앞으로 제정될 행정절차법의 시행을 위한 공인회계사법 등의 일부개정법률의 입법취지에 드러나 있는 공통적 기준을

청문을 실시할 최소한의 기준에 해당하므로 행정청은 이 기준에 해당할 경우 청문을 실시할 의무를 갖는다고 보고 있다<sup>12)</sup>. 아무튼 聽聞의 要件問題에서 본 바와 같이 우리행정절차법이 청문실시의 요건을 너무 좁게 규정하여 侵益的處分을 개별법률이 규정하면서 청문의 기회를 부여하지 아니한 경우에 위헌여부의 문제까지 제기될 가능성이 있으므로 적어도 청문실시에 관한 한 행정청이 이 점을 감안하여 융통성있게 운영해가는 것이 중요하다

## 6. 處分의 理由提示

행정절차법은 행정청이 처분을 하는 때에는 당사자에게 그 근거와 이유를 제시하여야 한다고 규정하고 있다(제23조).

이 조항에서 말하는 이유에는 법률상 이유와 사실상 이유를 모두 포함하는 것으로 보아야 한다. 그것은 행정절차를 실시하는 본질에서 보아 당연하다. 따라서 행정청은 이 점을 유념해 둘 필요가 있다. 이유 제시는 처분과 동시에 행하여야 한다. 법 제23조제1항의 “처분을 하는 때”는 그러한 뜻으로 새겨야 할 것이다.

서면으로 처분을 행하는 경우에는 이유 제시도 서면으로 해야 할 것이며, 예외로 구술로 처분을 하는 경우에는 이유 제시도 구술로 할 수 밖에 없을 것이다.

## VI. 맺음말

지금까지와 같이 개별법률의 규정에 따라 처분절차를 실시해 왔던 것과 행정절차법에 의한 처분절차의 실시와는 달라야 한다고 생각한다. 그것은 개별법률에 의한 처분절차에 관하여 종전법제가 안고 있었던 여러 문제점의 해소를 말하는 것이 아니라 행정의 민주화에 한발 다가섰다는 전진을 말한다.

따라서 필자의 생각으로는 행정절차법 아래에서는 처분절차의 실시의 자세가 달라져야 한다는 것이다.

자세의 변화는 비단 실무자에게만 그러한 것이 아니고 이론가에게도 마찬가지라고 생각한다. 이른바, 節次法學的問題意識에 입각한 行政法論의 체계화는 이론가의 몫이다.

---

12) 吳峻根의 위의 발표회논문 20쪽 참조.