

「행정기본법」의 제정과정과 주요내용

채향석* · 하명호**

우리나라의 약 5,000개의 법령 중에서 행정법령이 90% 이상을 차지하고 있음에도 불구하고, 행정영역 전반에 관한 행정의 원칙과 기본사항을 규정한 총론적 법률은 지금까지 없었다. 그로 인하여 하나의 사항에 대하여 개별 법령마다 다르게 규정되기도 하는 등 행정법체계가 복잡하여, 국민들뿐만 아니라 이를 집행하는 공무원들에게 혼란을 초래함으로써 행정의 예측 가능성과 법적 안정성을 해치는 일이 빈번하였다.

그리하여 「행정기본법」은 “행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함을 목적으로” (제1조) 2021. 3. 23. 제정되기에 이르렀다. 그런데, 이러한 내용을 규정한 다른 나라의 입법례가 거의 없기 때문에, 「행정기본법」은 우리 법제의 고유한 입법모델에 따라 창안되어, 우리나라 행정법학계와 행정실무의 역량과 경험을 총화하는 결과물이 되었다.

행정기본법은 개별 법률과의 체계 정합성을 유지하면서 행정법의 총칙으로 기능하여야 한다는 관점에서, 향후 개별법들을 하나의 법전으로 통합할 수 있는 확장성도 고려하여, 「행정기본법」이라는 명칭을 채택하게 되었다. 행정기본법의 주요내용은 다음과 같다. 제1장 총칙에서 목적과 정의 등, 기간의 계산, 제2장 행정의 법 원칙에서 법치행정의 원칙, 평등의 원칙, 비례의 원칙, 성실의무 및 권한남용금지의 원칙을 규정하고 있다.

제3장 행정작용에서 처분(법 적용의 기준, 처분의 효력, 결격사유, 부관, 위법·부당한 처분의 취소, 적법한 처분의 철회, 자동적 처분, 재량행사 및 제재처분의 기준, 제재처분의 제척기간), 인허가의제, 공법상 계약, 과징금, 행정상 강제, 그 밖의 행정작용(수리 여부에 따른 신고의 효력, 수수료 및 사용료), 처분에 대한 이의신청 및 재심사, 제4장 행정의 입법활동 등에서 행정의 입법활동, 법제개선, 법령해석 등에 관하여 규정하고 있다. 한편, 행정절차법은 행정기본법의 제정과정에서 논의되었던 행정계획, 위반사실 등의 공표, 확약 등에 관한 내용을 신설하는 개정이 이루어질 예정이다.

「행정기본법」은 학설과 판례에서 확립된 것으로서 정부와 학계·법조계 등이 컨센서스를 이룬 것들만 우선 법제화한 것이다. 따라서 국민의 권익보호나 행정의 혁신 측면에서 더욱 보완·발전시킬 내용의 연구·검토가 필요하다. 특히 행정절차법과 통합하여 명실상부한 행정법의 총론에 해당하는 법률이 될 수 있도록 하는 입법적 노력이 필요하다.

주제어: 행정기본법, 행정절차법, 행정법제혁신자문위원회, 행정기본법의 제정과정, 행정기본법의 주요 내용, 행정의 원칙과 기본사항

* 법제처 법제정책국장(제1저자) (chseok@korea.kr)

** 고려대학교 법학전문대학원 교수(교신저자) (hama@korea.ac.kr)

목 차

- I. 서론
- II. 「행정기본법」의 제정과정
 - 1. 「행정기본법」 제정 이전의 논의
 - 2. 행정법제혁신자문위원회의 구성과 자문안의 제출
 - 3. 정부법안 국회제출
 - 4. 국회의 입법과 공포과정
- III. 「행정기본법」의 지위와 성격
 - 1. 「행정기본법」의 지위
 - 2. 법률의 명칭
- IV. 「행정기본법」의 주요내용
 - 1. 총칙(제1장)
 - 2. 행정의 법 원칙(제2장)
 - 3. 행정작용(제3장)
 - 4. 행정의 입법활동 등(제4장)
- V. 「행정절차법」과의 관계 및 「행정절차법」의 개정사항
 - 1. 개설
 - 2. 「행정기본법」의 제정과정에서 이관된 사항
- VI. 결론에 갈음하여

I. 서론

행정의 기본법이자 일반법이라 할 수 있는 「행정기본법」이 2021. 2. 26. 국회를 통과하여 2021. 3. 23.부터 시행되고 있다. 「행정기본법」은 규제개선사업 방식에 대한 대통령의 재검토 지시로 촉발되기는 하였지만,¹⁾ 행정법학계·법조계 그리고 법제처를 비롯한 관계 부처가 혼연일체가 되어 연구하고 준비한 결과물이다.

이미 알려진 것처럼 행정법령은 현행 법령 5,000여개의 90% 이상을 차지하고 있음에도 불구하고, 「행정절차법」, 「행정조사기본법」, 「행정규제기본법」, 「민원처리에 관한 법률」 등과 같이 영역별로 총론에 해당하는 내용을 담은 일반법들이 없는 것은 아니지만, 행정영역 전반에 관한 행정의 원칙과 기본사항을 규정한 총론적 법률은 지금까지 없었다. 그로 인하여 하나의 사항에 대하여 개별 법령마다 다르게 규정되기도 하는 등 행정법체계가 복잡다단하여, 국민들뿐만 아니라 이를 집행하는 공무원들에게 혼란을 초래함으로써 행정의 예측 가능성과 법적 안정성을 해치는 일이 빈번하였다.

이러한 체계부정합으로 인한 문제는 판례나 행정기관의 유권해석, 학설 등을 통하여 해결할 수밖에 없었는데, 그 시간적 간격으로 인한 비용과 부담은 행정서비스의 이용자인 국민들에게 고스란히 전가될 수밖에 없었다. 한편, 실무를 담당하는 공무원들은 판례나 학설 등을 구속력 있는 해석으로 받아들이지 않는 경향이 있기 때문에, 그에 따라 행정이 이루어질지도 불분명하고 일관되게 적용된다는 보장도 없었다.

이러한 이유로 행정의 전반을 아우르는 통합적인 법률의 제정이 요구되었다.²⁾ 그런데, 이러한 내용을 규정한 다른 나라의 입법례가 거의 없기 때문에, 「행정기본법」

1) 2019. 2. 12. 신고제 합리화 법률 개정안에 대한 국무회의의 심의과정에서 “국민의 불편을 개선하는데, 사안마다 수백 개의 개별 법률을 정비해서 문제를 해결할 것이 아니라 일반적·원칙적 규정을 통해 문제를 일괄 해결하는 방안에 대한 근본적인 고민이 필요합니다.”라는 대통령 지시사항(2019. 7. 2. 법제처의 “「행정기본법」 제정 계획” 국무회의 보고자료).

2) 가령 김중권·김영수, “21세기 국가모델을 위한 가치 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 「공법연구」 제41집 제3호, 한국공법학회, 2013, 32쪽에서는 행정법일반이론에 바탕을 두고 행정현상의 진행과정에 맞춰 「행정규제기본법」, 「행정절차법」, 「행정대집행법」과 「행정심판법」을 통합하여, 총칙, 행정조직, 행정규제와 행정작용, 행정절차, 행정강제, 이의신청과 행정심판의 편제로 한 행정기본법의 제정을 제안하고 있다.

은 우리 법제의 고유한 입법모델에 따라 창안되어, 우리나라 행정법학계와 행정실무의 역량과 경험을 총화하는 결과물이 되었다. 다만, 처음부터 완성도 높은 법률을 제정하기에는 시간과 노력의 한계가 있었으므로, 우선은 학설과 판례에서 확립되어 있고 개별 법령에서 정착되어 있는 공통적 사항과 제도를 중심으로 성안이 되었다. 또한, 기존 법령과의 충돌을 최소화하기 위하여 법적 공백이 있는 사항과 일반화할 수 있는 제도를 우선적으로 규율하게 되었다. 그에 따라 「행정기본법」이 “행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함을 목적으로” 제정되기에 이르렀다(제1조).

이러한 제정과정에 영광스럽게 참여한 연구자의 한 사람과 실무를 총괄한 담당자로서 그 경험을 바탕으로 그 경위와 내용을 역사적인 기록으로 남기기 위하여, 이하에서는 「행정기본법」 제정과정, 조문별 주요내용 및 쟁점사항 등을 살펴보고, 이를 보완하고 발전시키기 위한 향후과제를 제시하고자 한다.

II. 「행정기본법」의 제정과정

1. 「행정기본법」 제정 이전의 논의

1987. 7. 입법예고된 행정절차법안은 공법학회, 대한변호사협회 등의 연구성과를 바탕으로 7개의 장(총칙, 행정처분절차, 행정계획 확정절차, 행정입법의 예고절차, 행정지도절차, 보칙) 71개 조문으로 구성되어 있었다. 위 법안에는 처분절차에 관한 사항뿐만 아니라 처분의 취소와 철회의 제한과 같은 실체적 규정도 포함되어 있었고, 행정상 강제, 행정조사, 정보공개, 개인정보 보호에 관한 사항을 따로 법률로 정하도록 위임하는 규정도 있었다. 따라서 위 법안은 그 명칭과 관계없이 행정에 관한 일반법으로서의 골격을 어느 정도 갖추고 있었으나, 국회에 제출도 되지 못하고 좌절되었다. 다만 그 내용 중 일부가 1989. 11. 14. 국무총리훈령인 「국민의 권익보호를 위한 행정절차에 관한 훈령」과 1990. 3. 1. 총무처의 「행정절차

운영지침」으로 시행되었다.

그 이후 「행정절차법」 제정을 위한 시도는 1993. 9. 행정쇄신위원회의 건의로 재가동되었고, 1995. 5.에 발족한 총무처 소속의 ‘행정절차법안심의위원회’에서 1996. 5. 행정절차법시안이 마련되었다. 그 시안을 기초로 1996. 12. 31. 제정된 「행정절차법」은 학계·부처간 의견 차이, 판례 부족 등을 이유로 실제적 내용은 제외하고 절차 중심으로 구성되었고, 그 이후 10차례의 개정도 모두 행정절차를 강화하기 위한 내용이었다.

이에 따라 행정의 실제적 사항의 법제화를 요구하는 학계 및 실무에서의 요구가 거세졌고, 그에 대한 연구와 논의도 꾸준히 이어져 왔다. 그 과정에서 법제처는 2016년 공법학회에 의뢰하여 「행정기본법」에 담겨질 내용을 구체화하는 연구용역을 실시하여 행정기본법안의 성안을 본격적으로 추진하게 되었다.

2. 행정법제혁신자문위원회의 구성과 자문안의 제출

법제처장은 2019. 7. 2. 대통령 지시사항의 이행을 위한 ‘법치행정의 완성과 국민 권리보호를 위한 「행정기본법」 제정 계획’을 국무회의에 보고하였다. 2019. 9.에는 행정법제혁신추진단과 행정법제혁신자문위원회 구성을 위한 대통령훈령이 제정되었고, 학계(행정법, 헌법), 법조계(판사, 변호사, 헌법재판소 연구관), 행정부(국무조정실, 행정안전부, 법무부, 법제처) 등 각 분야를 대표하는 전문가 50명(전공분야와 지역별·성별·연령별 배분)으로 행정법제혁신자문위원회(이하 ‘자문위원회’라 한다)를 구성하였다.

자문위원회는 3개의 분과위원회(22명)로 나누어 49개 주요 의제와 관련된 조문안을 구체적으로 논의하였다.³⁾ 1분과는 총칙과 행정법의 일반원칙, 정부의 입법활동 분야를, 2분과는 처분에 관련된 분야를, 3분과는 처분 외의 행정작용에 관련된 분야를 중심으로 주제를 분담하였다. 분과위원회에서 논의된 사항을 검토하고 조정하기 위하여 위원장, 각 분과위원장, 주요 학회장 등으로 구성된 운영위원회를

3) 2019. 2. 대통령의 지시 후에 법제처 내에 TF를 운영하여 주제별 참고자료와 실무차원의 조문안 가안을 작성하여 자문위원회의 논의를 위한 기초자료로 제공하였다.

두었고, 4) 자문위원회의 논의에 대한 보고와 종합적인 자문을 위하여 행정법학계의 원로 교수들을 위촉하여 고문단을 구성하였다. 5)

【분과별 논의 주제】

분과	1분과(20개)	2분과(16개)	3분과(13개)
논의 주제	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 제명 ▷ 목적 ▷ 정의 ▷ 행정의 기본 이념 ▷ 국가와 지방자치단체의 책무 ▷ 행정에 관한 국민의 권리와 의무 ▷ 법치행정의 원칙 ▷ 신뢰보호의 원칙 ▷ 평등의 원칙 ▷ 비례의 원칙 ▷ 부당결부금지의 원칙 ▷ 포괄위임금지의 원칙 ▷ 적극행정의 원칙 ▷ 적용범위 ▷ 다른 법률과의 관계 ▷ 행정의 기간 계산 ▷ 정부입법(행정입법) ▷ 입법영향평가 ▷ 행정부 법령해석 ▷ 권한남용금지의 원칙 	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 법 적용의 기준 ▷ 처분의 효력 ▷ 처분의 전환·치유 ▷ 국민편의 중심 규제 운영 ▷ 자동적 행정행위 ▷ 결격사유 ▷ 조건(부관) 부과 ▷ 신고의 효력 ▷ 인허가 의제 ▷ 처분의 직권취소 ▷ 처분의 철회 ▷ 공표 ▷ 대행 ▷ 처분에 대한 이의신청 ▷ 처분의 재심사 ▷ 처분의 재량행사의 기준 	<ul style="list-style-type: none"> ▷ 영업자 지위 승계 ▷ 제재처분의 원칙 및 기준 ▷ 제재처분의 제척기간 ▷ 제재처분의 효과 승계 ▷ 행정계획 ▷ 행정계약 ▷ 확약 ▷ 수수료 및 사용료 ▷ 행정강제(대집행, 직접강제 등)의 원칙 ▷ 이행강제금 ▷ 과징금 ▷ 행정법제개선 ▷ 행정법제위원회

각 분과위원회의 회의는 약 3개월여간 8회씩 총 24회를 개최하기로 계획하고 주제별로 주심위원을 지정하여 자문안의 초안을 완성한다는 목표로 진행하였다. 각 분과위원회에서 결론을 도출하기 어렵거나 조정이 필요한 사항은 운영위원회

4) 운영위원회는 홍정선 자문위원장, 각 분과위원장(이원우·김중권·김남철 교수), 홍준형·박균성·박정훈·김연태 교수, 행정안전부·법제처 자문위원, 법제전문가 등 11명으로 구성되었다.

5) 고문단에는 김남진·김철용·박윤훈·김동희·석종현·박수혁·정하중·김해룡·김선욱 등 9명의 원로 교수들이 참여하였다.

(4회)를 개최하거나 합동분과위원회(1회)를 통하여 쟁점을 정리하는 방식으로 진행되었다.

이러한 과정을 거쳐 정리된 자문안은 고문단(2회)의 의견을 받고 법제처 내부 실무 논의를 거쳐 보완이 이루어졌다. 자문위원회의 자문안은 위원장, 각 분과위원장 등으로 2020. 1.에 구성된 조문화위원회의 3회에 걸친 축조심사 후 정부에 제출되었다.

자문위원회에서 제출한 자문안 초안에는 당초 분과위원회별 논의주제에 포함되어 있었던 ‘포괄위임금지의 원칙’이 국회에 대한 적용원칙이라는 이유로, ‘대행제도’는 개념의 정립과 현행 법령에 대한 면밀한 분석·검토가 필요하다는 이유로 논의에서 제외되었고, 그 대신에 판례로 정립된 행정의 법원칙으로서 ‘권한남용금지의 원칙’이 추가되었다. 한편, 운영위원회와 조문화위원회를 거치면서 ‘하자 있는 처분의 치유·전환’, ‘제재처분의 효과 승계’, ‘행정계획 확정절차’, ‘처분 갈음 공법상 계약’ 등은 행정실무와 입법례를 보다 심도 있게 연구·검토한 후 2단계 과제로 추진하기로 하고 자문안에서 제외되었다. 그 대신에 처분의 장에 ‘처분의 재량 행사 기준’이 추가되었다.

【주요 논의 주제 변동사항】

제외된 주제	추가된 주제
<자문위원회 단계> ▶ 포괄위임금지의 원칙 ▶ 대행제도 <운영위원회와 조문화위원회 단계> ▶ 하자 있는 처분의 전환·치유 ▶ 제재처분의 효과 승계 ▶ 행정계획 확정절차 ▶ 처분 갈음 공법상 계약	<자문위원회 단계> ▶ 권한남용금지의 원칙 <운영위원회와 조문화위원회 단계> ▶ 처분의 재량행사 기준

3. 정부법안 국회제출

법제처는 자문안을 제출받고 행정기본법안과 밀접한 관련이 있는 「행정절차법」의 소관부처인 행정안전부와 2020. 2. 초부터 6차례에 걸쳐 법률의 소관 문제, 입법추진 일정 및 29개 조문별 쟁점 등에 대한 실무협의를 진행하였다. 그 결과 제1장 제1절에 규정되었던 ‘국가 등의 책무’ 등의 규정을 제2장 제2절에 ‘행정의 책무’라는 제목으로 5개 조문을 확대하여 규정하고, ‘영업자 지위 승계’, ‘입법영향 평가제도’, ‘행정법제위원회’ 등의 규정을 삭제하는 등 일부를 수정하였다. 그 이후 2020. 3. 6.부터 50일간 입법예고와 관계부처 협의를 본격적으로 진행하였다.

입법예고기간 중에 충청, 호남, 영남의 권역별 공청회를 3회 개최하여 지방자치단체, 시민단체, 행정법·행정학 등 지역별 학계, 지방변호사회 등 다양한 분야의 전문가로부터 의견을 청취하였다. 2020. 5. 29.에는 중앙부처와 지방자치단체 공무원을 대상으로 행정기본법안 설명회를 개최하여 생생한 실무 현장의 목소리를 경청하기도 하였다.⁶⁾ 이렇게 제시된 의견들을 반영하여 수정된 법안에 대하여 재입법예고(2020. 6. 22.~6. 29.) 및 재재입법예고⁷⁾(2020. 6. 25.~6. 30.)를 실시하였다.

2020. 6. 26. 개최된 제5차 운영위원회에서는 행정기본법안의 입법예고, 공청회, 관계기관의 협의결과로 조정된 최종적인 의견청취를 실시하였다. 그 후 법제처 심사를 마친 행정기본법안은 2020. 7. 7. 국무회의에 상정되었고, 대통령의 재가를 거쳐 국회 법제사법위원회에 그 다음날 접수되었다.

입법예고와 부처협의 과정에서, 입법예고안 제2장 제2절 ‘행정의 책무’ 중 ‘적극 행정’(안 제13조)과 ‘국가 및 지방자치단체의 책무’(안 제15조)에 해당하는 내용은 분리하여 행정기본법안에 포함시키되, ‘공정하고 합리적인 행정’(안 제12조), ‘국민참여 보장’(안 제14조), ‘행정협업’(안 제16조)은 「행정절차법」에서 규정하기로 하였으며, ‘확약’(안 제34조), ‘위반사실 공표’(안 제35조), ‘행정계획’(안 제37조)

6) 설명회에는 17개 중앙행정기관과 41개 지방자치단체 소속 공무원 210명이 참석하였다.

7) 재재입법예고는 재입법예고 기간 중 관계부처의 추가 협의결과에 따라 처분에 대한 이의신청 제도의 적용 제외 대상 범위를 확대 조정한 사항을 추가로 입법예고한 것이다.

은 절차적인 요소가 강하고 현행 「행정절차법」, 「민원처리에 관한 법률」 등에 유사한 제도가 운영되고 있는 점 등을 고려하여 「행정절차법」의 개정으로 이관되었고, ‘인허가 등의 규정방식’(안 제47조)은 「행정규제 기본법」과 중복된다는 이유로 삭제되었으며, ‘제재처분의 제척기간’(안 제26조), ‘처분에 대한 이의신청’(안 제44조), ‘처분의 재심사’(안 제45조) 등 규정들은 행정 부담 등을 고려하여 적용제의 대상을 추가하는 등 일부 수정이 이루어졌다.

4. 국회의 입법과 공포과정

위와 같은 경위로 국회에 제출된 법안은 2020. 9. 21. 법제사법위원회 본회의에 상정되었고, 법안1소위에서 2차례(2020. 11. 26. 및 2021. 2. 24.)의 축조 심사를 거쳐 수정되었으며, 2021. 2. 26. 국회 본회의에서 법제사법위원회 의결된 안으로 통과하였다.⁸⁾

국회 법제사법위원회 법안1소위에서는 법원행정처, 행정법학회, 대한변호사협회 등 유관기관에서 제출한 의견을 중심으로 심의가 이루어졌다. 해당 쟁점들은 자문위원회의 논의과정에서도 충분한 토론과 숙의를 거쳐 어느 정도 합의를 이룬 것이지만, 기존의 판례와 되도록 저촉되지 않게 하기 위한 것과 학설상 이견이나 실무상 혼란의 소지가 있는 것을 중심으로 일부 수정되었다. 결국 법안 심사과정에서 공법상 계약 관련 1개 조문, 행정의 입법활동 관련 2개 조문이 삭제되어 총 43개 조문이 40개 조문으로 수정의결되었다. 주요 수정사항을 요약하면 다음 표와 같다.

8) 행정기본법안이 제정법률안이어서 원칙적으로 국회 공청회 대상이지만, 정부와 학계, 법조계 등이 참여하여 합의된 사항이고 3차례의 권역별 공청회와 행정법포럼을 개최한 내역을 고려하여 법제사법위원회 의결로 국회 차원의 공청회는 생략되었다(국회법 제58조제6항 참조).

【국회 심의과정에서의 수정사항】

쟁점	정부제출안	국회 수정의결안
○ 법령의 정의 (제2조 제1호)	○ 헌법상 규정된 '법규명령과 자치법규'로 정의	○ '헌법기관의 규칙', '법령 위임 행정규칙' 포함
○ 적극행정의 추진 (제4조 제1항)	○ 적극행정 추진 주체를 '공무원'으로 명시	○ 공무원에 대한 규범력 고려하여 '행정'으로 수정
○ 법적용의 기준 (제14조 제3항)	○ 제재처분의 행위시법 원칙과 별도 조항으로 유리하게 변경된 법령의 처분시법 특례 규정	○ 판례와 상충 가능성 고려하여 본문과 단서로 한 조문에 규정
○ 위법·부당한 처분의 취소(제18조 제1항 및 제2항)	○ 행정청이 취소의 효력을 소급효와 장래효 중 선택 가능 ○ 처분 취소시 비교·형량 의무	○ 원칙적 소급효, 예외적 신뢰보호 등 정당한 사유가 있는 경우 예외적 장래효로 규정 ○ 비교·형량 의무 대상을 수익적 처분으로 명시
○ 자동적 처분 (제20조 본문)	○ 자동적 처분을 '법령'에 따라 도입할 수 있도록 함	○ 인권침해 등 오남용 우려 고려하여 도입 근거를 '법률'로 한정
○ 공법상 계약 (제27조)	○ 공법상 계약 체결과 계약·해지 및 무효의 2개 조문으로 구성	○ 공법상 계약이 판례와 실무상 정립된 개념이 아니므로, 가능성과 체결 방식 관련 1개 조문만 유지
○ 신고의 효력 (제35조)	○ 수리 여부에 따른 신고의 효력을 2개 항으로 규정	○ 자기완결적 신고는 「행정절차법」 소관이므로, 삭제
○ 처분의 재심사 (제37조 제1항 및 제8항 제6호)	○ 처분의 불가쟁력 발생한 모든 경우의 구제절차로 규정 ○ 적용 제외 추가사항 대통령령에 위임	○ 기관력 위배 소지를 우려하여 법원의 확정판결은 제외 명시 ○ 개별 법률에서 그 적용을 배제하고 있는 경우를 명시하고 대통령령 위임은 삭제
○ 행정의 입법활동 등 (제4장)	○ 행정의 입법활동, 규제법령 입안·정비 원칙, 행정법제 개선, 법령해석, 정부 법제업무 운영규정 등 5개 조문으로 구성	○ 행정내부 활동에 해당하는 사항(규제법령 입안·정비원칙, 정부 법제업무 운영규정 2개 조문)을 삭제하고, 중요 행정작용 사항 중심 3개 조문으로 구성

국회 본회의를 통과한 행정기본법안은 정부에 이송되어 2021. 3. 16. 국무회의에서 의결되었고, 2021. 3. 23. 법률 제17979호로 공포되었다. 행정기본법 부칙에 따라 본문의 조문 중 법 원칙, 처분의 취소·철회, 부관, 공법상 계약 등 24개조는 바로 시행되고, 제재처분의 기준, 과징금 부과절차, 행정의 입법활동 등 대통령령에 세부사항을 정하도록 위임된 5개조는 2021. 9. 24.부터 시행되며, 「행정기본법」에 규정된 유사·공통 제도의 원칙과 기준에 따라 다른 법령의 정비가 필요한 제재처분 제척기간, 인허가의제, 행정상 강제, 수리필요 신고의 효력, 처분에 대한 이의신청 및 재심사 등 11개조는 공포 2년 후인 2023. 3. 24.부터 시행된다.

Ⅲ. 「행정기본법」의 지위와 성격

1. 「행정기본법」의 지위

(1) 입법유형으로서 기본법에 관한 논의

기본법은 전후 일본에서 헌법만 제정되고 법률이 모든 영역에서 정비되지 않았던 1950년대에 헌법에 담겨진 규정 내지 원리를 구체적으로 입법화하기 위한 매개법률로 정립되었고, 그에 따라 관련 법률 및 행정입법을 정립·정비하였던 것에서 유래되었는데, 이러한 일본식 기본법이 한국과 대만에 영향을 주었다고 알려져 있다.⁹⁾ 일본에서는 1948년에 「교육기본법」을 제정한 이래 「관광기본법」, 「고령사회대책기본법」 등 50여개의 법률이 기본법이라는 형식으로 제정되어 있는데, 그것들은 대부분 직접적으로 국민의 권리의무에 영향을 미치는 규정은 두지 않고 계몽적 또는 프로그램적 규정으로 구성되어 있다. 이에 따라 일본의 내각법제국에서는 기본법을 “국정에 중요한 비중을 가지는 분야에 대하여 국가의 제도, 정책, 대책에 관한 기본방침·원칙·준칙·대강을 명시한 것”이라고 정의하고, 다른 법률에 우선하는 성격을 가지면서 다른 법률의 제정을 유도하는 관계에 있다고 설명하고 있다.¹⁰⁾

9) 김현준, “기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류”, 「법조」 제68권 제4호, 법조협회, 2019, 15쪽. 김현준, 같은 글, 9-15쪽에서는 일본의 기본법에 관한 논의가 잘 정리되어 있다.

우리나라에서도 1966. 12. 6. 「중소기업기본법」이 제정된 이래 기본법이라는 제명을 가진 법률이 활발하게 제정되었고, 2000년 이후 우리 사회의 변혁기에 이르러 더욱 활성화되었다. 이러한 기본법의 지위나 성격에 대하여 헌법과 개별 법률 사이를 연결시킬 목적으로 헌법의 이념을 구체화하는 역할에 충실하면서도 헌법의 보완법적인 성질을 가진 이른바 “매개 법률”이라고 보는 견해도 없는 것은 아니다.¹¹⁾ 그러나 우리나라에서는 일반적으로 기본법의 지위를 ‘사회구조나 국민의식의 변화에 따른 국가적 과제에 대응하고, 갈수록 복잡해지는 개별법들을 체계화하기 위한 것’이라고 보고, 기본법의 성격 및 우선적 효력에 대해서도 일본에서의 논의와는 달리 방침적 규정으로서 국정의 목표나 정책사항을 정한 경우 해석의 지침이 되고, 다른 법률에서 기본법상 방침 규정의 취지를 수용하는 것 정도로 이해하고 있을 뿐이다.¹²⁾

한편, 법제처에서는 기본법을 “여러 법령에서 규정하고 있는 사항에 대한 기본 원칙이나 정책 방향 등을 규정하는 경우에 사용하는 것”이라고 설명하고 있다.¹³⁾ 기본법에는 제도의 기본이념, 국민의 기본적인 권리·의무, 제도의 운영을 위한 기본계획 및 국가 등의 책무 등 총괄적이고 포괄적인 사항 등을 정하고, 기본법에서 구현하려는 제도의 구체적이고 세부적인 사항은 관련 개별 법령을 만들어 운영하도록 하는 경우가 이에 해당한다. 국회사무처도 기본법은 “일정한 법·정책 분야에서 가장 기본이 되는 원칙과 핵심이 되는 내용을 담고 있는 법률을 지칭하는 것”이라고 비슷한 설명을 하고 있다.¹⁴⁾

우리나라 입법 현실에서 볼 때, 기본법으로 정하는 내용은 포괄적이고 추상적이며 대부분 선언적·총괄적인 경우가 많다. 그러나 기본법이라는 제명을 가진 법률의 수가 증가하고 있고 그 유형도 점차 다양해짐에 따라 국민의 권리제한이나 의무

10) 법제처, 일본 법제업무 편람, 2008, 138쪽.

11) 박정훈, “입법체계상 기본법의 본질에 관한 연구-일본의 기본법을 중심으로-”, 「법조」 제58권 제12호, 법조협회, 2009, 294-296쪽. 이에 따르면, 입법형식의 측면에서는 기본법과 관련 법률이 같은 지위를 가지나, 실질적으로는 기본법이 모법으로서 우월적인 지위를 가지며, 해당 분야 시책의 방향성을 부여하고 다른 법률이나 행정을 지도·유도하는 역할을 하고 있다고 주장한다.

12) 김현준, 앞의 글, 24-25쪽.

13) 법제처, 법령 입안·심사기준, 2020, 663쪽.

14) 국회사무처, 법제 이론과 실제, 2016, 245쪽.

부과에 관련된 실체적인 규정을 구체적으로 담고 있는 경우도 적지 않다. 한편, 현행 행정법률 중에는 「행정규제기본법」, 「행정조사기본법」 등 기본법이라는 명칭을 가진 법률(형식적 기본법)도 있고 「행정절차법」과 같이 기본법이란 명칭을 사용하는 것은 아니지만 실질적 의미의 기본법에 해당하는 법률(실질적 기본법)도 있다.¹⁵⁾

(2) 「행정기본법」의 지위 설정

행정기본법이 ‘기본법’이라는 명칭을 가지고 행정의 기준과 원칙을 제시하는 것이라는 점에서 개별 행정법령과 관계에서 어떠한 지위를 부여할 것인지에 대하여 자문위원회 논의 초기부터 쟁점이 되었다.

자문위원회 논의 과정에서, 행정기본법은 기존의 형식적 또는 실질적 기본법의 입법 공백을 보완하는 차원에서 출발한 점, 기존 법률들보다 상위의 효력을 부여할 경우 집행상 혼란이 우려되는 점 등을 이유로 우선적 효력을 부여하는 것은 적절하지 않다는 공감대가 형성되었다. 그에 따라 다른 개별 법률에 특별한 규정이 있으면 그 다른 법률을 우선 적용하도록 하는 ‘일반법으로서의 지위’를 부여하기로 하였다(제5조 제1항). 다만, 다른 법률에서 행정기본법에 대한 특례를 정하려는 경우에도 이 법의 취지를 최대한 고려하게 한다는 의미에서 이른바 ‘부합규정’을 함께 두어 기본법의 취지를 살렸다(같은 조 제2항).

우리나라의 입법현실에서 기본법을 표방한 법률의 경우 주로 ‘다른 법률과의 관계’에서 기본법의 효력을 규정하고 있는데, 대부분의 기본법에서는 다른 법률을 기본법보다 우선 적용하도록 하고 있다. 형식적 기본법의 경우에도 “다른 법률의 제정·개정 시 기본법의 목적이나 이념에 맞게 하여야 한다”라는 식으로 ‘부합규정’을 두는 사례가 상당히 많이 있다.¹⁶⁾ 「행정기본법」은 이러한 일반적인 기본법의 형식

15) 2021. 3. 31. 기준으로 법제처 국가법령정보센터 검색 결과 우리나라에서 기본법 제명을 가진 법률(형식적 기본법)은 71건이고, 제명이 기본법이 아닌 법률 중에서도 「정부조직법」, 「행정절차법」, 「행정소송법」, 「근로기준법」, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 등 실질적 의미의 기본법으로 취급되는 법률이 다수 있는 것으로 확인된다.

16) 국가법령정보센터 검색 결과 형식적 기본법에 해당한다고 생각되는 법률 71개 중 59개에서 “다른 법률과의 관계(적용범위로 표현된 경우 포함)”를 규정하고 있고, 그 중에서 일반법적 지위와 부합규정을 함께 두고 있는 경우는 「문화기본법」, 「지능정보화 기본법」, 「소상공인 기본법」, 「식품안전 기본법」, 「청년기본법」 등 10개의 법률이 있는 것으로 확인된다.

에 따랐다고 볼 수 있다.

이에 대하여 일반법적 지위를 부여한 제1항과 우선적 효력을 부여하는 효과가 있는 제2항을 함께 두는 것이 적절한지에 대하여 논의과정에서 의문이 제기되기도 하였다.¹⁷⁾ 그러나 부합규정이 있더라도 제1항에 따라 개별법에서는 이 법에서 제시된 기준 및 방법과 다른 내용의 특별한 규정을 둘 수 있고, 제2항은 개별 분야의 특수성을 고려하여 그러한 규정을 개별법에 두더라도 「행정기본법」의 원칙과 기준을 고려하라는 정도의 방침규정으로서의 의미를 가질 뿐이므로, 서로 모순되는 것으로 볼 수 없다고 생각된다.

2. 법률의 명칭

「행정기본법」은 애초의 논의단계에서부터 행정에 관한 일반원칙과 개별 행정작용의 기준 등을 제시하는 법안을 상정하였기 때문에 편의상 행정기본법안의 제정 논의로 시작하였지만,¹⁸⁾ 자문위원회의 논의과정이나 의견수렴 단계에서 기본법이 일본의 특유한 법제에서 유래된 것이고 「행정기본법」이 그러한 기본법의 개념과 기능에 부합하지 않는 내용이 많다는 점 등을 이유로 적절하지 않다는 입장도 제기되었다.

분과위원회의 논의 과정에서는 ‘행정기본법’ 외에도 ‘일반행정법’ 또는 ‘행정일반법’,¹⁹⁾ ‘행정작용기본법’, ‘행정의 원리와 운용에 관한 법률’ 등이 제안되었다.²⁰⁾

17) 이러한 부합규정을 구속적인 효력이 있는 것으로 보고 “현재의 입법자가 미래의 시민들에 그치지 않고 미래의 입법자에게까지 특정한 내용의 법률을 만들어야 한다거나 만들지 않아야 한다고 요구하는 데”에 의구심을 나타내는 견해도 있다(이현수, “포스트 코로나 시대 행정기본법의 역할”, 행정법 혁신과 나아갈 미래: 2020 행정법포럼 자료집, 2020. 10. 30, 96쪽).

18) 우리나라와 일본의 기본법과 유사한 법제로는 독일의 기본적 법률(Grundsätze-Gesetz) 또는 대강적 법률(Rahmengesetz)과 프랑스의 기본법(Lois d'orientation)이라는 입법유형이 있는데, 전자는 연방과 주 간 입법권 분배에 관한 사항을 정한 법형식이고, 후자는 국가계획의 실효성 담보를 위하여 그 적용에 필요한 사항을 정하는 법형식으로서 우리나라 및 일본의 기본법과는 의미가 다르다(박영도, 입법학 입문, 한국법제연구원, 2008, 136쪽).

19) 김현준, 앞의 글, 31쪽에서는 ‘일반행정법전’을 제안하고 있다.

20) 이밖에도 자문위원회의 논의과정에 제시되지 않아 구체적으로 논의되지는 않았지만, 법률의 명칭에 관한 수많은 제안들이 있었다. 가령, 자문위원장인 홍정선 교수는 교수 개인 자격으로 ‘행정 전반에 공통적으로 적용되는 기본적인 사항에 관한 법률’이라고 명명하고, ‘행정기본법’이라고 약칭할 것을 제안하였다(홍정선,

‘행정일반법’(몽골) 또는 ‘일반행정법’(네덜란드)은 개별영역에서의 행정법을 통합하고 정돈하는 목적의 통합법전화를 지향한다는 점을 고려한 것으로, 기본법이 주는 우월성을 완화하고, 통합법전화를 통하여 개별 행정영역의 법률을 개관할 수 있도록 정돈하여 개별법률 사이의 일관성을 유지하고 집행의 용이성을 달성할 수 있다는 장점이 있는 반면, 일반법이라는 용어는 우리나라의 입법현실에서 매우 생소하고 그 입법례를 찾아보기 어렵다는 문제가 있다. ‘행정작용기본법’은 제정법안의 내용이 거의 대부분 행정작용에 관한 것이라는 점을 반영한 것으로, 기본법에 준하는 내용을 가진 「행정절차법」, 「행정심판법」, 「행정소송법」, 「행정규제기본법」, 「행정대집행법」 등과 대등한 병렬적 관계라는 점이 부각되고 기본법이라는 용어를 사용하여 「행정기본법」 제정 작업의 취지를 어느 정도 반영한다는 장점이 있으나, 「행정기본법」이 「행정절차법」이나 「행정규제기본법」보다 훨씬 더 포괄적인 내용을 담고 있고 향후 개별법들을 집대성할 여지가 없어진다는 문제도 있다. ‘행정의 원리와 운용에 관한 법률’은 제정작업의 내용과 거의 정확하게 부합하고, 기본법으로 명명하였을 경우의 이론적·논리적 난점이 없으며 일반법이 주는 생소함을 피할 수 있는 장점이 있으나, 기본법이 주는 긍정적 효과가 상실되고 향후 개별법들을 집대성할 여지가 없어진다는 문제를 안고 있었다.

그리하여 개별 법률과의 체계 정합성을 유지하면서 행정법의 총칙으로 기능하여야 한다는 관점에서, 향후 개별법들을 하나의 법전으로 통합할 수 있는 확장성도 고려하여 ‘행정기본법’이라는 명칭을 채택하게 되었다. 「행정기본법」에는 판례와 학설로 정립된 행정의 기준과 원칙을 규정하고, 개별법의 공통적 제도를 종합화·체계화하여 적극행정과 행정개혁의 정책방향을 제시하고 있다. 한편, 정부는 이러한 정책방향에 맞게 개별 법률들을 정비하고 지속적인 행정 법제의 개선을 추진할 예정이다.

행정법의 법전화를 완결된 형태의 행정영역의 법률을 당장 제정하는 것을 목표로 삼지 말고 단계적으로 확충하고 상시적으로 시정해가는 체계를 갖추는 것에 의의를 둔다면,²¹⁾ 우선은 원칙적이고 기본적인 사항을 규정하고 그것을 계기로 학설

“「행정기본법」 국회 제출안의 주요 내용 및 제정의 의미”, 행정법 혁신과 나아갈 미래: 2020 행정법포럼 자료집, 2020. 10. 30, 28쪽).

과 판례 및 행정실무의 성과를 향후에 보완하는 교두보를 마련한 것도 우리나라 행정법의 커다란 진보라고 평가할 수 있다. 그러한 의미에서 아직은 부족하지만 “기본법”이라는 명칭을 붙이는 것을 부적절하다고만 할 수는 없다고 생각된다.²²⁾

IV. 「행정기본법」의 주요내용

「행정기본법」은 ① 판례·학설로 정립된 행정의 일반원칙 명시, ② 「행정절차법」 등에 흠결된 실체적 사항의 보완, ③ 개별법상 공통제도의 체계화 등과 관련된 사항을 중심으로 4개의 장 40개의 조문으로 구성되어 있다. 그 주요내용을 살펴보면, 첫째, ‘국민의 권리보호 강화’를 위하여 행정법의 일반원칙, 처분의 취소·철회의 근거, 제재처분의 제척기간, 이의신청·재심사 등과 같은 권익보호수단 등이 규정되어 있다. 둘째, ‘행정의 효율성·통일성 제고’ 차원에서 신·구법의 적용기준, 인허가의제·과징금·이행강제금 등과 같은 행정영역 전반의 유사·공통 제도, 공법상 계약 등에 관한 사항이 규정되어 있다. 셋째, ‘적극행정 및 규제혁신 촉진’ 차원에서 적극행정의 추진의무, 수리를 요하는 신고와 그 효력발생시점, 자동적 처분 등에 관한 사항이 규정되어 있다.

1. 총칙(제1장)

(1) 목적 및 정의 등(제1절)

1) 목적(제1조) 및 정의(제2조)

제1조에서는 「행정기본법」에 규정될 내용이 행정에 관한 원칙과 개별 행정작용의 기준 및 방법 등에 관한 기본적 사항이라는 점을 밝히고 있다. 또한 입법목적으로 행정의 민주성, 적법성, 적정성 및 효율성을 제시하고, 궁극적으로 국민의 권익

21) 김남진, “행정법의 법전화”, 「법제」 제691호, 법제처, 2020, 16쪽 참조.

22) 비슷한 논거로 행정기본법이 명명의 오류라고까지 보기는 어렵다는 견해로는 이진수, “「행정기본법」 제정의 의미와 평가”, 「법제연구」 제59호, 한국법제연구원, 2020, 13쪽 참조.

보호에 이바지하는 것이 최종적인 목표라는 점을 명시하였다. 「행정절차법」의 목적 규정에 명시된 ‘공정성’도 입법목적으로 할 것인지 여부가 논의되었지만, 공정성은 절차적인 의미가 더 크고, 국가와 지방자치단체의 책무를 규정한 제3조에서 그 취지를 반영하고 있으며, 이미 제시된 입법목적인 적정성에 포괄될 수 있다는 이유에서 제외되었다.

용어의 정의에 대한 규정방식에 관하여, 「행정기본법」에서 전반적으로 사용되는 용어는 제2조에서 직접 정의하고, 부관이나 행정상 강제 등과 같이 특정한 절이나 조에 한정되어 사용되는 용어는 해당 규정이나 절에서 정의하거나 약칭하기로 하였다.

제1호에서는 “법령”과 “자치법규”를 합쳐서 “법령등”이라고 정의하면서, “법령”에는 “법률 및 대통령령·총리령·부령”과 함께 입법예고안에는 없었던 국회·대법원·헌법재판소·중앙선거관리위원회 등 헌법기관들의 규칙과 감사원규칙을 명시하고, 이들로부터 위임을 받은 “행정규칙”이 포함되는 것으로 규정하였다. 자문위원회에서도 법령의 범위와 관련하여 위임고시와 같은 법령보충적 행정규칙과 헌법기관의 규칙도 명시하자는 의견이 제시되기도 하였다. 그러나 위임고시의 경우 해석상 그 근거인 법령에 포함될 수 있어서 따로 명시하지 않기로 하고, 헌법기관 등의 규칙은 그 성격을 일률적으로 확정할 수 없어서 개별적으로 해석에 맡기기로 하였다. 그런데, 국회 심의과정에서 모든 행정작용에 적용되는 「행정기본법」의 성격을 고려하여 법규명령으로서의 성격과 효력을 가진 모든 것을 구체적으로 명시하기로 한 것이다. 그러나 감사원은 헌법기관이 아님에도 그 기관들과 동등하게 취급하는 등의 체계상 문제가 있고, 법령보충적 행정규칙의 경우에도 법규성 여부가 학설상 논란이 완결되지 않았을 뿐만 아니라 그것을 법령에 포함시키면 형식에 부합하지 않는 것을 한 곳에 묶는 것이 되어 향후 논란의 소지가 될 것이라고 예상되므로, 개별조문별로 또는 사안별로 합리적으로 해석하여 운용할 필요가 있겠다.

제2호에서는 「행정절차법」과 「행정심판법」의 ‘행정청’의 정의를 참고하여 규정하되, 행정청의 의미를 명확히 하기 위하여 “행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는”이라는 표현을 가목과 나목에 각각 규정하였다.²³⁾

23) 현재 「행정절차법」에서 ‘행정청’을 정의하면서 앞에서 “행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는”으로 표현

제3호에서는 처분의 상대방을 “당사자”로 정의하고, 제4호에서는 「행정절차법」과 「행정심판법」상 처분의 개념과 동일하게 ‘처분’을 정의하였다. 자문안에서는 국민들에게 알기 쉽도록 하는 차원에서 “인가·허가·지정·승인 등과 그 인가·허가 등의 정지·취소 등”을 처분의 유형으로 예시하였는데, 다른 일반법에서의 처분 개념과 다른 방식으로 규정될 경우 오히려 혼란이 발생할 우려가 있다는 의견이 반영되어 제외하였다.

제5호에서는 제재처분이 「행정기본법」에서 법 적용의 기준, 제척기간 등과 관련하여 사용되고 있는 점을 감안하여, “법령등에 따른 의무를 위반하거나 이행하지 아니하였음을 이유로 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분”이라고 포괄적으로 정의하되, 의무이행 확보수단인 ‘행정상 강제’는 여기에서 제외하였다. 한편, 제재처분의 범위가 불명확하다는 의견에 따라 정의 규정에서 인허가 등 정지·취소, 과징금 등 부과, 자격제한, 인사상 불이익 등을 열거하고 “이에 준하는 처분”을 마지막 호에 규정하려고 시도하였으나, 새로운 실효성 확보 수단이 끊임없이 개발되고 있는 현실을 감안하여 예시나 열거를 한정되는 것으로 오해할 소지가 없도록 하기 위하여 개괄적으로 일반화된 정의 규정만 두게 되었다.

2) 국가와 지방자치단체의 책무(제3조) 및 행정의 적극적 추진(제4조)

제3조에서는 국가와 지방자치단체의 책무로서 ‘적법절차에 따라 공정하고 합리적인 행정을 수행할 책무’와 ‘지속적으로 관련 법령과 제도를 정비·개선할 책무’를 제시하였다. “적법절차에 따라” 부분은 목적 규정의 ‘적법성’과 ‘법치행정의 원칙’에 반영되어 있는 것으로 볼 수 있으나, 국회 심의과정에서 법치행정을 강조하는 차원에서 추가되었다.

제4조에서는 행정의 적극적 추진의무를 규정하고 있다. 당초 정부제출안에서는 공무원의 복지부동을 방지하려는 적극행정의 취지를 고려하여, 공무원에게 국민 전체에 대한 봉사자로서 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행할 의무를 규정하였었다. 자문위원회의 논의과정에서는 공무원의 적극행정 의무 규정에 대하

하고, 뒷부분에서는 “법령 등에 따라 행정권한을 가지고 있거나”로 표현하여 서로 다른 의미처럼 규정되어 있다는 문제를 반영한 것이다.

여, 행정기본법안의 수범자는 행정청인데 ‘공무원’을 수범자로 규정하는 것이 적절한 것인지와 이 규정을 위반한 공무원은 징계를 받게 되거나 국가배상청구의 대상이 되는 규범적 효력이 발생하게 되는지에 대한 의문이 제기되기도 하였다.²⁴⁾ 그렇지만, 헌법 제7조에 따른 국민에 대한 봉사자로서 공무원의 책임을 구체화한 것이라고 인식하고, 적극행정의무를 강조하기 위하여 공무원을 수범자로 명시하는 방안을 채택하였었다. 그러나 국회의 심의과정에서 법원행정처 등이 공무원의 적극행정 의무규정이 직접적으로 규범적 효력을 발생시킬 가능성이 있다고 우려하여 ‘행정의 의무’로 수정하였는데, 공무원의 의무로 규정함으로써 초래되는 「국가공무원법」 등과 관계에서의 체계 정합성의 문제와 공무원의 징계와 손해배상책임이 부당하게 확대될 수 있다는 우려 등을 감안하면, 수긍할 수 있는 수정이라고 볼 수 있다.

3) 다른 법률과의 관계(제5조)

앞에서 살펴본 것처럼 「행정기본법」은 일반법으로서의 지위와 기본법으로서의 지위를 겸유하고 있다. 그리하여 제5조에서는 「행정기본법」이 원칙적으로 모든 행정작용에 적용되지만, 개별 행정 분야의 특수성을 고려하여 다른 법률에서 「행정기본법」에서 정한 기준, 방법 등과 다른 내용의 규정이 있는 경우에는 그 법률이 적용된다는 점을 명시하여 일반법으로서의 지위를 표명하였다(제1항). 그러나 모든 행정의 기준과 원칙을 제시하는 기본법으로서의 지위도 가지고 있기 때문에 행정에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우 「행정기본법」에서 정한 목적과 원칙, 기준 및 취지에 부합하는 방향으로 개별 법령을 입법 또는 정비하도록 하는 ‘부합규정’을 함께 두었다(제2항).

24) 이와 같은 우려에 대한 문헌으로는, 김용섭, “행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의”, 「인권과 정의」 제491호, 대한변호사협회, 2020, 6쪽; 이현수, 앞의 글, 101쪽 등 참조. 한편, 「적극행정 운영규정」 제2조 제2호에 따르면, 소극행정은 공무원의 소극적 자세로 그치는 것이 아니라 그로 인한 ‘국민의 권익침해’나 ‘국가재정상의 손실발생’을 요구하므로, 적극행정의무를 공무원의 의무로 규정하더라도 징계책임이 부당하게 확대되는 것은 아니라는 견해도 있다(이진수, 앞의 글, 17면).

(2) 기간의 계산(제6조 및 제7조)

제6조에서는 기간 계산의 일반원칙을 규정하고 있는 「민법」을 행정에 관한 기간의 계산에도 준용하도록 명시하였고, 국민의 권익을 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 같이 국민에게 불리한 사항이 지속되는 기간을 계산할 때에는 「민법」과 별도로 기산일과 만료일에 관한 특칙을 정하였다. 형사관계법에서 형의 집행, 구속기간 및 공소시효기간 계산에 관하여 「민법」과 다른 특칙을 두고 있는 점에 착안한 것이다. 행정법관계에서도 행정청의 우월한 지위를 고려하여 기간의 기산일과 만료일을 상대방에게 유리한 방식으로 계산할 필요가 있는 경우를 상정할 수 있으므로, 이에 관한 특칙을 둘 필요가 있다는 점에서 대만의 「행정절차법」을 참고하여,²⁵⁾ 권익을 제한하거나 의무를 부과하는 처분의 경우에는 초일을 불산입하고 기간의 말일이 토요일 또는 공휴일이더라도 그날 만료한다고 규정하였다.

한편, 제7조에서는 법령등의 시행일에 관한 기간 계산을 규정하고 있는데, 「민법」의 기간계산 원칙과 달리 운영되고 있는 현재 법령 등의 시행일에 관한 실무를 반영한 것이다. 그에 따라 법령 등(훈령·예규·고시 등 포함)이 공포한 날에 시행하는 경우에는 초일을 산입하고, 공포 후 일정 기간 경과 후 시행되는 경우로서 말일이 토요일·공휴일인 경우에 그날 만료한다는 특례를 규정하였다.

2. 행정의 법 원칙(제2장)

판례와 학설로 확립되어 있는 헌법과 행정법에 근거한 행정의 일반 법원칙인 법치행정의 원칙, 평등의 원칙, 비례의 원칙, 성실의무 및 권한남용금지의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 부당결부금지의 원칙을 명문화하였다. 이러한 법제화를 통하여 행정실무에서의 규범력 강화라는 효과를 기대하고 있다.

25) 대만 「행정절차법」 제48조 제5항에서는 “인민을 처벌하거나 그 밖에 인민에게 불리한 행정처분을 하는 경우 그에 관련한 기간의 첫날은 시각에 관계없이 1일로 본다. 마지막 날이 일요일·공휴일 그 밖의 휴무일인 경우 계산대로 그 날에 기간이 끝나는 것으로 한다. 다만, 제2항과 제4항에서 정하는 바에 따른 계산이 인민에게 유리한 경우는 제외한다”라고 규정하고 있다.

(1) 법치행정의 원칙(제8조)

모든 행정작용은 법률에 위반되어서는 안 된다는 “법률 우위의 원칙”을 명시하고, 침해유보에 해당하는 것으로서 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 중요사항유보에 해당하는 것으로서 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에 법률에 근거하도록 “법률유보의 원칙”을 명시하였다. 법률유보와 관련하여 전통적인 ‘침해유보’와 함께 판례로 확립된 ‘중요사항(본질사항) 유보’를 명문화한 것이라고 평가된다.

(2) 평등의 원칙(제9조) 및 비례의 원칙(제10조)

제9조에서는 행정영역에서 합리적인 이유 없이 국민을 차별해서는 안 된다는 “평등의 원칙”을 명시하였다.

제10조에서는 학설·판례로 확립된 “비례의 원칙”의 세 가지 파생원칙인 ① 적합성의 원칙, ② 필요성의 원칙, ③ 상당성의 원칙을 나누어 규정하고 적용대상도 침익적 처분에 국한하지 않고 모든 행정작용에 적용하는 것으로 규정하였다. 자문위원회의 논의과정에서 필요성과 관련하여, 사회보장행정 등의 급부행정 영역에서의 정책 추진에 장애가 될 수 있다는 문제가 제기되기도 하였지만, 급부행정 영역에서도 이른바 ‘과잉급부금지’와 같은 원칙이 논의될 수 있다고 보아 유지하기로 하였다.

(3) 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조)

제1항에서는 사법에서의 원칙이면서 「행정절차법」, 「국세기본법」 등에 있는 “신의성실의 원칙”을 공법관계에 맞게 행정청의 “성실의무의 원칙”으로 수정하여 규정하였다. 제2항에서는 행정권한을 행사할 때 행정청이 행정권한을 남용하거나 그 권한의 범위를 넘어서 행사하는 것을 금지하는 “권한남용금지의 원칙”을 명시하였다. 행정법상 권한남용금지의 원칙은 법치국가의 원리 또는 법치주의에 기초한 것으로서 민법상 권리남용금지의 원칙과 구별하여 행정법의 고유한 법 원칙으로 선언한 대법원 판례를 반영한 것이다.²⁶⁾

26) 대법원은 “법치주의는 국가권력의 중립성과 공공성 및 윤리성을 확보하기 위한 것이므로, 모든 국가기관

(4) 신뢰보호의 원칙(제12조)

제1항에서는 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하도록 명시하였다. “신뢰보호의 원칙”을 규정하면서 판례로 확립된 상세한 요건을 명시할 것인지에 대하여 논의가 있었는데,²⁷⁾ 다른 대부분의 법원칙들과의 균형을 고려하여 원칙적인 내용만 규정하였다.

제2항에서는 신뢰보호의 원칙 중 묵시적 견해표명으로 인한 신뢰보호의 문제에 관한 ‘실권의 법리’를 명문화하였다. 한편, 제23조에서는 “제재처분의 제척기간”에 대하여 규정하고 있는데, 그 규정은 제재처분 중 인가·허가 등의 정지·취소·철회처분, 등록 말소 처분 등에 한정하여 적용되는 것이므로, 그 밖의 불이익처분에 대해서는 이 조항이 적용되는 관계에 있게 된다.

(5) 부당결부금지의 원칙(제13조)

부당결부금지의 원칙은 판례와 학설에 의하여 인정되어온 일반원칙이지만, 개별 법령에 명문으로 규정된 사례가 없었는데, 「행정기본법」에서 이를 일반원칙으로 명시하였다. “부당결부금지의 원칙”은 주로 수익적 행정행위에 대한 부관의 한계나 새로운 실효성 확보수단의 가능성과 관련하여 논의되고 있지만, 「행정기본법」에서는 모든 “행정작용”에 적용되는 것으로 명시하였다. 이와 관련하여 실무상 주로 발생한다고 여겨지는 “처분을 갈음하는 공법상 계약”에 적용된다는 점을 명확하게 규정할 필요가 있다는 논의가 있었고(1분과), 이에 반하여 오히려 남용 우려가 있다는 등의 이유로 관련 내용을 삭제하자는 반론도 있었다(3분과). 이에 따라 자문위원회에서는 일반적인 공법상 계약의 활용 실태를 보아 가며 2단계 과제로 연구하기로 하였다.

과 공무원은 헌법과 법률에 위배되는 행위를 하여서는 아니 됨은 물론 헌법과 법률에 의하여 부여된 권한을 행사할 때에도 그 권한을 남용하여서는 아니 된다”라고 판시한 바 있다(대법원 2016. 12. 15. 선고, 2016두47659 판결).

- 27) 대법원은 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위한 요건으로, ① 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해를 표명하여야 하고, ② 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데 대하여 개인에게 귀책사유가 없어 그 신뢰가 보호가치 있는 것이어야 하며, ③ 개인이 견해표명을 신뢰하고 이에 따라 어떠한 행위를 하였어야 하고, ④ 행정청이 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되어야 하는 것을 제시하고 있다(대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결 등).

3. 행정작용(제3장)

(1) 처분(제1절)

1) 법 적용의 기준(제14조)

행정법령은 그 개정으로 인하여 구 법령과 신 법령의 적용관계를 판단하여야 하는 경우가 빈번하게 발생한다. 제14조에서는 소급적용금지의 원칙을 선언하고(제1항), 신청에 따른 처분의 ‘처분시법주의’(제2항)와 제재처분의 ‘행위시법주의’ 등 법 적용의 원칙적 기준을 명확하게 제시하였다(제3항).

우선 당사자의 신청에 따른 처분은 처분 당시 법령 등의 적용을 원칙으로 하되, 입법으로 법령 등에 특별한 규정을 두거나 행정청의 부당한 처리 지연과 같이 처분 당시 법령을 적용하기 곤란한 특별한 사정이 있는 경우는 예외로 하였다.

다음으로 법령 등을 위반한 행위의 성립과 이에 대한 제재처분은 법령 등에 특별한 규정을 두는 경우를 제외하고 행위 당시 법령 등의 적용을 원칙으로 규정하였다. 이에 대한 예외로서, 법령 등이 변경되어 그 행위가 법령 등을 위반한 행위에 해당하지 않게 되거나 제재처분 기준이 가벼워진 경우에는 법령 등에 특별한 규정이 없다면 변경된 법령 등을 적용하는 것으로 하였다.²⁸⁾ 그런데, 대법원 판결 중에는 이와 달리 이 경우에도 행위시를 기준으로 하여야 한다는 것도 있는데, 「행정기본법」의 제정으로 그 판결의 입장이 유지되기는 어려울 것이라고 생각된다.²⁹⁾

한편, 분과위원회 논의과정에서 신청에 따른 처분의 처분시법주의는 판례가 확립되어 있는 인허가 영역에서만 제한적으로 허용하자는 의견이 있었고,³⁰⁾ 제재처분의 행위시법주의와 법령 변경의 경우 적용기준에 대해서도 의견이 있었다. 즉,

28) 정부제출안에서는 예외적 규정을 별도의 조항(제4항)으로 규정하였는데, 예외가 원칙처럼 되어 판례와 상충된다는 법원행정처의 의견이 반영되었다.

29) 대법원 1983. 12. 13. 선고 83누383 판결에 따르면, 행위시에는 필요적 영업취소사유였는데 위반행위 이후 영업정지사유로 위반행위자에게 유리하게 법령이 변경되었더라도 법령의 적용에 관한 특별한 규정이 없다면 행위시의 법령을 적용하여 처분을 하여야 한다고 판시하였다.

30) 이러한 입장은 신청에 따른 처분 중 인허가 처분이 아닌 경우로서 연금지급을 위한 장애등급결정의 경우 처분시 법령이 아니라 지급청구권 취득 당시의 법령에 따르는 것이 원칙이라는 대법원 2014. 10. 15. 선고 2012두15135 판결을 논거로 제시한다.

제재처분의 개념 정의상 그 적용대상이 불분명하고 형사처분과 달리 제재처분에 대해서는 확립된 판례가 있다고 보기 어려우므로, 이번 제정안에서는 제외하고 이론과 판례의 발전에 맡기자는 것이다. 그러나 이에 대한 판례가 그리 많지 않고, 제시된 판례들은 거의 대부분 부칙에서 적용례나 경과조치 규정을 두지 않아 해석상 문제가 된 것이므로, 「행정기본법」에서 법 적용의 기준을 명확히 제시할 필요가 있다는 의견이 채택되어 법제화에 이르게 된 것이다.

2) 처분의 효력(제15조)

제15조에서는 처분의 효력 중 ‘공정력’에 관한 사항을 규정하였는데, 처분은 권한이 있는 기관이 취소 또는 철회하거나 기간의 경과 등으로 소멸되기 전까지는 ‘유효한 것으로 통용’되도록 하되, 무효인 처분은 처음부터 효력이 발생하지 않는다는 점을 명확하게 규정하였다. 자문위원회의 논의 초기에는 공정력을 “유효하다”라는 식으로 단정적으로 규정하는 방안도 논의되었는데, 이는 행정의 적법성을 후퇴시키고 위법한 처분에 대한 국민의 복종의무를 선언하는 것처럼 보여 법치주의 관점에서 바람직하지 않다는 의견이 받아들여져서 “통용된다”라고 수정되었던 것이다. 한편, 독일과 제도적 맥락을 달리하는 우리의 경우 공권력과 국민 사이의 힘의 균형을 심각하게 훼손할 수 있고 향후 판례와 이론의 발전방향이 제약될 우려가 있다는 등의 이유로 공정력의 법제화에 반대하는 의견도 있었으나,³¹⁾ 처분이 취소되기까지의 상황에 대한 설명은 있어야 하고, 공법관계의 안정을 위해서도 판례³²⁾ 등에서 확립된 내용을 명문화하자는 입장이 반영되었다. 이와 관련하여 공정력은 강학상 행정행위의 효력으로 인정되는 것인데 위 조문에서는 처분의 효력으로 규정하여, 강학상 행정행위와 처분과의 관계에 관한 이원설적 입장에서는 이에 관한 해석상의 논란이 제기될 소지가 있다.³³⁾ 덧붙여서 이 조문에서 ‘유효한 것으로 통용되는 힘’의 대상을 처분의 상대방이나 이해관계인으로 한정하고 있지 않

31) 이현수, 앞의 글, 102쪽 참조.

32) 대법원 1994. 4. 12. 선고 93누21088 판결에서는 공정력을 “행정행위가 위법하더라도 취소되지 않는 한 유효한 것으로 통용되는 효력”이라고 정의하고 있다.

33) 정호경, “행정기본법의 주요쟁점-행정작용법을 중심으로”, 행정법 혁신과 나아갈 미래: 2020 행정법포럼 자료집, 2020. 10. 30, 148쪽에서도 같은 취지의 우려를 하고 있다.

므로, 여기에서 말하는 공정력은 다른 국가기관에 대한 효력인 구성요건적 효력을 포함하는 것으로 해석될 것이다.

한편, 학설과 판례의 주류적 견해인 ‘중대·명백설’을 명문화하여 그 판단기준에 관한 논란을 입법으로 해소하자는 의견이 있었다. 그러나 무효사유에 관하여 ‘명백성 보충성설’ 등을 채택한 전원합의체 판결의 반대의견도 만만치 않게 대두되고 있는 상황에서 이를 명문화할 수 없다는 반론도 많아서 무효의 요건을 규정하지 않기로 하였다.

또한, 독일의 「연방행정절차법」 제44조와 같이 행정행위의 무효사유를 구체적으로 열거하여 무효가 되는 행정행위를 명확하게 규정하자는 의견도 있었으나, 무효사유를 구체화하여 입법하는 것은 이론과 판례의 발전을 제약하는 측면이 있으므로, 이것 역시 이번에는 포함시키지 않기로 하였다.

3) 결격사유(제16조)

「행정기본법」은 제16조에서 자격이나 신분 등의 취득 또는 부여, 인가, 허가, 지정, 승인, 영업등록, 신고 수리 등의 인허가를 필요로 하는 영업 또는 사업의 결격사유를 법률로 정하도록 하였다. 사회생활의 안전을 확보하고 건전한 질서를 유지하기 위하여 특정 영업 등을 할 수 없는 제한사유를 설정하는 것은 궁극적으로는 국민의 권익을 보호하기 위한 것이기는 하나, 헌법상 직업선택의 자유나 경제활동의 자유 등 기본권을 제한하는 결과를 초래하기 때문에 법률로 정하도록 하고, 입법을 할 때 신중을 기하기 위하여 입법 지침을 제시한 것이다. 이러한 관점에서 보면, “자격이나 신분 등의 취득 또는 부여, 인가, 허가 지정, 승인, 영업 등록, 신고 수리”는 직업선택의 자유 등의 제한사유를 열거한 것이 아니라 예시한 것이라고 할 것이다. 따라서 “신고 수리”에서의 신고는 수리라는 표현이 부가되어 있기는 하지만 수리를 요하지 않는 신고를 배제하는 것이라고 보기 어렵고, 설령 이를 엄격히 해석한다고 하더라도 수리를 요하지 않는 신고는 “등”에 포함된다고 해석하는 것이 바람직하다고 생각된다.³⁴⁾

34) 수리를 요하지 않는 신고에 해당하는 「모자보건법」 제15조상 산후조리업 신고의 경우, 신고의무자인 산후조리원을 설치·운영할 자가 같은 법 제15조의2에 따른 결격사유에 해당하면 신고업을 경영할 수 없다는

자문위원회 논의과정에서 정부가 행정작용에 관한 기준과 원칙에 관한 행정기본법안을 제출하면서, 입법기관(국회)에 대한 입법지침을 제시하는 것이 과연 적절한 것인지에 대한 문제 제기가 있었다. 그러나 정부제출 법률안 중에도 입법지침을 규정한 입법례가 상당수 있고, 최종 입법은 국회의 의결로 이루어지며 개별 법률에서 이 지침을 따르지 않고 다르게 정할 수도 있다는 점을 고려하여 이 조항을 유지하기로 하였다.

4) 부관(제17조)

부관은 주된 처분에 부가되는 종된 규율로서, 주된 처분의 효과를 제한하거나 의무를 부과함으로써 국민의 권리의무에 영향을 미치는 효과가 있다. 따라서 「행정기본법」에서는 행정편의에 따라 부관을 과도하게 붙임으로써 법적 안정성이 저해되고 국민의 권익이 침해되지 않도록 부관의 가능성과 한계를 명확하게 규정하였다.

행정청은 처분에 재량이 있는 경우(재량행위)에는 부관을 붙일 수 있고, 처분에 재량이 없는 경우(기속행위)에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있도록 하였다. 부관의 종류는 종래의 학설·판례에 의하여 확립된 ‘조건, 기한, 부담, 철회권의 유보’를 명시하되, 부관의 다양한 형태를 고려하여 ‘등’을 추가하여 예시라는 점을 명확히 하였다. 당초에는 수익적 처분만 대상으로 삼으려고 하였으나, 출국명령에서의 출국기한, 공사중지명령의 해제조건 등과 같이 침익적 처분에도 부관을 붙일 가능성이 있으므로, 모든 처분을 대상으로 규정하였다. 또한, 판례에 따라 법률에 근거가 있거나 당사자의 동의가 있는 경우와 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 않으면 목적을 달성할 수 없는 경우에 부관의 사후부과·변경이 가능하도록 그 요건을 규정하였고,³⁵⁾ 처분의 목적적 한계, 처분과 실질적 관련성, 필요 최소한 범위 등 부관의 한계에 관해서도 규정하였다.

이와 관련하여, 행정실무상 재량행위·기속행위의 법적 성질을 구분하기가 쉽지

취지로 규정되어 있는데, 이러한 경우 행정기본법 제16조의 적용대상에서 배제된다고 해석하기는 어려울 것이다.

35) 대법원 1997. 5. 30. 선고 97누2627 판결 참조.

않으므로, 「행정기본법」에 부관을 부가할 수 있는 대상을 ‘재량행위’라고 명시하는 것이 적절하지 않다는 의견이 있었지만, ‘재량에 속하는 처분’이라는 용어를 사용한 「행정소송법」 제27조가 있고 판례와 학설상 어느 정도 정립된 개념이라는 점을 고려하여 규정하기로 하였다. 또한, ‘요건충족적 부관’의 경우에도 재량행위처럼 법령의 근거가 없어도 부가할 수 있도록 명시하자는 의견이 있었는데, 행정청이 이를 부정부패에 이용할 가능성과 민원인이 요건을 갖추지 못한 수익적 처분에서 무리하게 이러한 부관을 붙일 것을 주장할 우려, 학설·판례의 미정립 등을 이유로 향후의 과제로 남겨놓았다.

5) 위법·부당한 처분의 취소(제18조)

처분 당시 위법 또는 부당한 처분은 행정청이 스스로 취소하여 위법성을 해소하는 것이 법치국가의 원칙에 부합한다. 특히 위법 또는 부당한 처분이 침익적인 경우에는 행정의 법률적합성 측면이나 국민의 권익구제 측면에서 능동적으로 시정될 필요가 있다. 그러나 위법 또는 부당한 처분의 직권취소에 관한 규정의 부존재로 인하여, 일선 행정실무에서는 쟁송의 제기, 감사 등 외부적 요인이 작용하지 않으면, 직권취소에 소극적인 것이 현실이다. 그리하여, 「행정기본법」에서 직권취소를 명문으로 규정하게 된 것이다.

행정청은 위법 또는 부당한 처분의 전부나 일부를 소급하여 취소할 수 있는 것을 원칙으로 하고, 예외적으로 장래를 향하여 취소할 수 있도록 함으로써, 행정청 스스로 위법 또는 부당한 처분을 시정하도록 하였다. 독일은 ‘위법한(rechtswidrigen)’ 행정행위의 취소로 규정되어 있는데, 행정기본법안에서는 ‘부당’한 처분까지 취소의 대상으로 명확하게 규정하였다. 위법 또는 부당한 처분의 직권취소는 제소기간의 도과로 불가쟁력이 발생한 경우에도 가능하며, 직권취소의 효과는 소급효를 원칙을 하고 당사자의 신뢰를 보호할 가치가 있는 등 정당한 사유가 있으면 장래를 향하여 취소할 수 있도록 규정하였다. 정부제출안에서는 직권취소의 효과를 행정청이 재량으로 소급하거나 장래를 향하여 효력의 방향을 결정할 수 있도록 하였는데,³⁶⁾ 국회 심사과정에서 소급효와 장래효를 선택적으로 규정하면 대법원 판례와

상충될 가능성이 있다는 법원행정처의 의견이 반영되어 원칙과 예외로 규정되었다. 수익적 처분을 취소하는 경우에는 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 취소로 달성되는 공익과 비교·형량하도록 하여 공익상 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 취소할 수 있도록 한계를 두었다. 다만, 예외적으로 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 처분을 받은 경우, 당사자가 처분의 위법성을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못한 경우는 보호가치 있는 신뢰가 존재하지 않기 때문에 여기에서 제외하였다.

당초에는 취소의 대상인 처분을 ‘침익적 처분’과 ‘수익적 처분’으로 구분하여 따로 규정하려고 하였는데, ‘거부처분’과 같이 경계 영역에 속하는 처분을 포함하기 어려운 문제가 있어서 통합하여 규정하게 되었다. 또한, 직권 취소에 따른 손실보상을 규정하는 방안도 논의되었는데, 아직 이에 관한 확립된 판례를 찾기 어려우므로 관련 입법례 및 집행실태에 대한 충분한 연구와 의견수렴을 거쳐 추후 검토하기로 하였다. 한편, 사인에게 제소기간이 적용되는 것과 대비하여 행정청도 제척기간이 있어야 제도적 균형이 맞다는 차원에서 특히 수익적 처분의 취소에 대한 제척기간을 두는 방안을 논의하였지만, 수익적 처분의 취소가 포함된 제재처분의 제척기간(제23조)과 일부 중복되어 일선 공무원에게 오히려 혼란이 생길 수 있으므로, 제재처분의 제척기간에 대한 시행성과를 분석한 다음에 그 확대 여부를 검토하기로 하였다.

위법·부당한 처분의 취소절차와 관련하여, 직권 또는 “당사자의 신청으로”라는 문구를 추가하여 필요한 경우 국민이 직권취소나 철회를 행정청에 신청할 수 있는 권리를 부여하자는 의견이 제안되기도 하였으나, 처분의 변경신청권을 일반적으로 인정하지 않는 판례의 입장과 맞지 않고 처분의 재심사와 혼동될 수 있으며 행정부에 과도한 부담이 될 수 있다는 이유로 채택하지 않았다.

36) 취소의 효과는 소급하는 것이 원칙이나, 취소되기까지 유효했던 처분에 근거하여 새로운 행위를 하거나 법률관계가 형성되는 경우가 발생할 수 있고, 특별한 사정이 있으면 장래효가 가능하다는 취지의 대법원 판례(대법원 2012. 3. 29. 선고 2008다95885 판결)를 고려하여, 장래효도 가능하게 하기 위하여 ‘소급하거나 장래를 향하여’라고 규정한 것이다.

6) 적법한 처분의 철회(제19조)

적법하게 성립된 처분이라도 그 처분의 효력을 유지할 수 없는 사정변경 등이 있다면 철회를 할 수 있다는 판례의 입장을 반영하여 이를 명확하게 규정하였다. 철회의 요건으로 행정청은 적법한 처분이 법률에서 정한 철회 사유에 해당하게 된 경우, 법령 등의 변경 또는 사정변경으로 처분을 더 이상 존속시킬 필요가 없게 된 경우, 중대한 공익을 위하여 필요한 경우 등 3가지를 규정하고, 이에 해당하면 그 처분의 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있도록 하였다. 이로써 법률상의 근거가 없음에도 불구하고 중대한 공익상의 이유로 철회를 할 수 있는 것인지에 대한 근거불요설과 근거필요설의 이론적 대립은 이 조문으로 논란이 종식될 것으로 예측된다. 또한, 처분 당시 하자를 원인으로 하는 처분의 효력을 소멸시키는 것을 ‘직권취소’라고 하고, 적법한 처분 후에 발생한 사정변경 등을 사유로 처분의 효력을 소멸시키는 것을 ‘철회’라고 규정하여, 그 용어를 명확하게 구분하여 사용하였다는 점도 의미가 있다.

한편, 처분을 철회하는 경우에는 철회로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 철회로 달성되는 공익과 비교·형량하도록 하여 공익상 필요가 당사자가 입을 불이익을 정당화할 만큼 강한 경우에 철회할 수 있도록 하였다.

적법한 처분의 철회에 관해서도, 직권취소에서와 같이 손실보상, 제척기간, 당사자의 신청권 등이 검토되었고, 특히 중대한 공익상 필요에 의한 철회에 대해서는 손실보상이 필요하다는 의견이 강력히 제기되었지만, 위법·부당한 처분의 취소에서 본 것처럼 그 논의를 다음으로 미루기로 하였다.

7) 자동적 처분(제20조)

행정청이 완전히 자동화된 시스템이나 인공지능 기술을 적용한 시스템으로 처분을 할 수 있는 토대를 마련하여 제4차 산업혁명에 대응하고 행정의 디지털화를 촉진하기 위하여 도입하였다. 이 조항은 교통 신호 위반 단속, 시험 채점, 세금 결정³⁷⁾

37) 참고로, 독일 「연방조세법전」 제155조 제4항에서는 “직무담당자에 의하여 개별 사건이 처리되지 않아도 되는 경우, 과세관청은 가지고 있는 정보와 납세의무자의 제출내역을 근거로 전적으로 자동화에 기반하여 세액확정·조세공제액 산정·사전예납 산정 및 이에 대한 수정·취소·철회·폐지 또는 변경을 할 수 있다”라

등을 완전히 자동화된 시스템으로 행한 경우에 적용될 것으로 예상된다.

행정청의 재량이 없는 처분의 경우 행정청으로 하여금 개별 법률에 근거하여 처분의 전과정을 완전히 자동화된 시스템이나 인공지능 기술을 적용한 시스템으로 처분을 할 수 있도록 하되,³⁸⁾ 처분 과정에서 행정청의 재량적 판단이 필요한 처분은 「행정기본법」에서 규율하는 자동적 처분의 대상에서 제외된다. 그리고 ‘처분 과정의 일부 자동화’는 법령상 근거가 없이도 가능하기 때문에 이 조항의 적용대상이 아니다. 한편, 이 조항이 바로 자동적 처분의 집행근거가 되는 것은 아니고, 처분의 특성이 충분히 검토된 후 개별 법률에 근거를 두고 도입할 수 있게 하였다.³⁹⁾ 또한, 행정청(인간)의 재량적 판단(의사결정)이 필요한 처분의 경우에는 처분의 전과정이 자동화된 처분을 허용하지 않게 규정하였다.

한편, 자동적 처분을 모든 행정작용으로 확대 적용하자는 의견도 있었는데, 처분이 아닌 사실행위와 같은 행정작용에는 법령에 근거가 없이도 가능하고, 이 제도가 처음 도입되는 것이니 만큼 우선 ‘처분’에 한정하여 도입하는 것이 적절하다는 의견이 반영되었다. 또한, 자동적 처분은 사전통지나 청문을 적용하기 어려워 관련자의 중요한 사실적 사항을 일일이 고려하는 데 한계가 있으므로, 개별 법률에서 자동적 처분을 도입할 때 처분의 과정에서 개별적 사항을 고려하도록 명시하는 방안이 검토되었지만,⁴⁰⁾ 그 의미가 불명확하고 개별 법률에서 도입할 때 사안별로 고려하여 규정할 사항이라는 등의 이유로 채택되지 않았다.

고 규정하고 있다.

- 38) 독일 「연방행정절차법」 제35a조에서는 “법규정에 의하여 허용되고, 재량 및 판단여지가 존재하지 않는 경우 행정행위는 자동장치에 의하여 완전히 발해될 수 있다”라고 규정하고 있다.
- 39) 정부제출안에서는 ‘법령’에 근거를 두고 도입하도록 하였는데, 국회 심의과정에서 인공지능 등 완전히 자동화된 시스템에 의한 처분을 할 수 있도록 하는 것은 신중한 검토가 필요하다는 대한변호사협회 등의 의견이 반영되어 하위 법령이 아닌 법률에 명확한 근거를 두도록 수정되었다. 참고로 독일의 경우는 「연방행정절차법」에 ‘자동화된 행정행위’의 일반법적 근거를 마련하면서 「연방사회법전」(제31a조)과 「연방조세법전」(제155조 제4항)을 함께 개정하여 2017. 1. 1.부터 시행하고 있다.
- 40) 독일 「연방행정절차법」 제24조(직권조사 원칙) 제1항 제3문에서는 “행정청이 행정행위를 발령하기 위하여 자동화 설비를 사용한 경우, 행정청은 개별 사안과 관련하여 관련자의 중요한 사실적 상황 중 자동화 절차를 통해 조사되지 않을 수도 있는 것을 고려하여야 한다”라고 규정되어 있고, 제28조(참여자의 청문) 제2항 제4호에서는 “자동장치를 이용한 행정행위를 발급하고자 하는 경우”를 청문을 하지 않을 수 있는 사유의 하나로 규정하고 있다.

8) 재량행사의 기준(제21조) 및 제재처분의 기준(제22조, 2021. 9. 24. 시행)

제21조에서는 행정청이 재량이 있는 처분을 할 때 관련 이익을 정당하게 형량하고 그 재량권의 범위를 넘어서는 안 되도록 규정하여 법령의 해석 지침 및 행정의 가이드라인을 제시하였다.

이와 관련하여, 재량행사의 기준을 처분에 한정하지 말고 판단여지나 계획재량과 같이 행정청이 행사할 수 있는 광범위한 권한과 이에 관련된 다양한 선택 및 결정 가능성 등을 모두 포괄하여, 일반적인 원칙을 도입하는 방안도 논의되었다. 그러나 재량과 관련된 학설상 논의의 양상이 다양하고, 행정작용별로 고유한 법리가 있으므로, 우선은 재량행위에 해당하는 처분의 영역에 한정하여 재량의 일탈·남용에 대한 일반규정을 도입하기로 하였다.

또한, 제재처분은 국민의 권리와 이익을 증대하게 제한할 수 있는 침익적 행정행위이므로, 제22조에서 행정청이 제재처분을 하는 경우에 고려하여야 할 기본적이고 필수적인 사항을 선언적으로 규정하였다. 행정청이 재량이 있는 제재처분을 할 때 고려하여야 하는 필수적 요소로서, ① 위반행위의 동기, 목적 및 방법, ② 위반행위의 결과, ③ 위반행위의 횡수 등을 예시하고, 그밖에 이에 준하는 사항을 대통령령으로 정하도록 함으로써 행정에 대한 지침을 제시하고, 법령에서 제재처분에 관한 사항을 정할 때 고려할 통일적 기준을 마련한 것에서 의미를 찾을 수 있다.

9) 제재처분의 제척기간(제23조, 2023. 3. 24. 시행)

제재처분의 처분권자인 행정청이 그 처분 권한을 장기간 행사하지 않아 발생하는 법률관계의 불안정한 상태를 신속히 확정시키고, 당사자의 신뢰보호 및 행정의 법적 안정성을 높이기 위하여 제재처분에 대한 제척기간을 도입하였다. 「질서위반행위규제법」 및 「건설산업기본법」 등 일부 개별법에서 과태료, 영업정지 등에 제척기간을 둔 입법례가 있으나, 현재까지 제재처분에 대한 일반법은 없고, 판례에서는 신뢰보호의 원칙에 근거한 실권의 법리에 입각하여 사건을 해결해오고 있었다.

제재처분 중에서도 의무 위반에 대한 제재적 성격이 뚜렷한 것으로서 제척기간을 규정한 다수 입법례에서 채택한 제재처분인 인허가의 정지·취소·철회, 등록 말

소, 영업소 폐쇄와 정지를 같음하는 과징금 부과로 그 대상을 한정하였다. “인허가의 정지·취소·철회”에서의 인허가는 제16조에서 인가·허가·지정·승인·영업등록·신고 수리 등으로 정의하고 있다. 여기에서 “신고 수리”라고 규정하고 있으므로, 수리를 요하지 않는 신고영업에 대한 제재처분의 경우 제재처분의 제척기간이 적용되지 않는 것 아니냐는 의문이 제기되기도 한다.⁴¹⁾ 만일 그렇게 해석된다면 규제의 강도가 더 높은 인허가의 정지·취소·철회에는 제척기간이 적용되지만, 수리를 요하지 않는 신고로 인한 영업의 정지·취소·철회는 제척기간이 적용되지 않아 균형이 맞지 않게 된다. 그러나 이미 앞에서 언급한 것처럼 “인가·허가·지정·승인·영업 등록·신고 수리 등”은 인허가의 예시라고 해석되므로, 인허가의 정지·취소·철회에도 이 조항이 그대로 적용된다고 생각된다.

또한, 제척기간의 기산점과 그 기간은 ‘법령 등의 위반행위가 종료된 날부터 5년’으로 정하였다. 또한 당사자의 보호가치 없는 신뢰에 대한 제척기간 적용을 배제하기 위하여 적용이 제외되는 사유를 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인허가를 받거나 신고를 한 경우와 제재처분을 하지 않으면 국민의 안전·생명 또는 환경을 심각하게 해치거나 해칠 우려가 있는 경우 등으로 구체적으로 명시하여 부작용을 최소화하였다.

한편, 판결 등에 따라 제재처분이 취소된 경우 확정일부 1년(재처분을 위한 과징금 재산정에 상당한 시일이 소요될 수 있는 합의제행정기관은 2년)이 지나기 전까지는 제재처분을 취소한 판결의 취지를 고려하여 위법하지 않은 내용의 새로운 제재처분을 할 수 있도록 근거 규정을 두었다. 제재처분에 대한 쟁송절차가 진행되는 중에 제척기간이 도과한 경우 판결 등의 기속력으로 인한 행정청의 재처분 의무가 제척기간의 도과에 따른 처분 의무의 소멸로 제한되는 것을 방지하기 위한 것이다. 제척기간을 달리 정한 개별 법률과의 적용상 우선순위가 해석상 문제될 수 있으므로, 「행정기본법」과 다른 기간을 정한 특별규정이 있으면 그 법률에 따르도록 하였다.

제척기간의 기산점과 관련하여 독일처럼 ‘행정청이 제재처분을 할 수 있는 날’로

41) 이재훈, “「행정기본법」(안)상 신고제에 대한 연구”, 「공법학연구」 제21권 제4호, 한국비교공법학회, 2020, 239쪽 참조.

하자는 의견도 있었는데, 행정청의 처분 가능일은 해석상 논란 여지가 있고, 상대방의 권리보호에 미흡한 측면이 있다는 점 등을 고려하여 ‘위반행위 종료일’을 기준으로 하였다. 참고로 대법원도 제척기간이라고 해석되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제49조 제4항에서 정한 처분시효는 원칙적으로 위반행위가 종료되어야 비로소 진행하기 시작한다고 판시하였다.⁴²⁾

(2) 인허가의제(제2절 제24조 ~ 제26조, 2023. 3. 24. 시행)

1) 의의

‘인허가의제’란 하나의 인허가를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 그와 관련된 여러 인허가를 받은 것으로 보는 것을 말한다(제24조 제1항). 인허가는 해당 법령에 의한 금지를 해제시켜줄 뿐이지 다른 법령에 의한 금지까지 해제해주는 효과는 없다. 따라서 어떠한 사업을 개시하기 위해서는 다수의 행정기관으로부터 다른 법령에 의한 수많은 허가·특허·인가·확인 등을 받아야 하는 경우가 적지 않다. 이러한 불편을 해소하기 위하여 특정 법령에 의한 허가 등을 받으면 유사한 다른 법령상의 허가 등을 받은 것으로 의제하는 제도가 1973년 「산업기지개발촉진법」에 도입된 이후에 현재 116개 법률에 규정되어 있다. 그러나 인허가의제를 규정하고 있는 개별 법률의 규정 방식·내용 등이 다르고, 의제되는 관련 인허가의 절차적 요건 준수 여부, 관련 인허가청의 사후 관리·감독 여부 등에 관한 명확한 원칙·기준이 없어 혼란이 야기되고 있으므로, 이에 관한 공통된 절차와 집행 기준을 마련할 필요가 있었다.

2) 인허가의제의 기준, 효과 및 사후관리 등

제24조에서는 인허가의제의 정의, 인허가의제 시 필요한 서류 제출, 관련 기관과의 사전 협의, 협의기간(20일) 및 협의 간주 규정, 관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등의 절차는 법률에 인허가의제 시에도 해당 절차를 거친다는 명시적인

42) 대법원 2021. 1. 14. 선고 2019두59639 판결.

규정이 있는 경우에만 거치도록 한다는 등 인허가의제의 기본적인 기준을 정하고 있다.

제25조에서는 협의된 사항에 대하여 주된 인허가를 받았을 때 관련 인허가를 받은 것으로 보도록 하고, 인허가의제의 효과는 주된 인허가의 해당 법률에 규정된 관련 인허가에 한정되는 것이지 재의제까지는 되지 않음을 명확히 하였다. 판례는 인허가의제제도가 적용된다고 하더라도 개개의 인허가 요건에 관한 심사가 배제되는 것이 아니므로, 관계행정청과 미리 협의하도록 되어 있는 경우 그 협의된 사항에 대해서만 인허가가 의제되고,⁴³⁾ 주된 인허가가 있으면 다른 법령에 의한 인허가가 있는 것으로 보는데 그치는 것이지 다른 법령에 의한 인허가를 받았음을 전제로 다른 법령의 다른 모든 규정들까지 적용되는 것도 아니라는 입장에 있었는데,⁴⁴⁾ 위 조문은 그러한 판례의 입장이 반영된 것이라 할 수 있다.

제26조에서는 관련 인허가 행정청은 관련 인허가를 직접 행한 것으로 보아 관계 법령에 따른 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 하고, 주된 인허가를 변경하는 경우에도 인허가의제 관련 기준 등이 준용되도록 하며, 주된 인허가시 의제되는 인허가의 기재방법 등 그 밖에 필요한 세부 사항은 하위법령에 위임하고 있다.

43) 대법원 2018. 10. 25. 선고 2018두43095 판결.

44) 대법원 2004. 7. 22. 선고 2004다19715 판결에서는, 원고가 구 건축법 제8조 제4항에 따라 건축허가를 받음으로써 이 사건 토지상의 도로의 확·포장 등 사업에 관하여 도시계획사업 실시계획의 인가를 받은 시행자로 되었으므로, 위 사업에 관해서는 구 도시계획법이 전반적으로 적용되는 결과, 행정청이 아닌 자가 구 도시계획법 제25조의 규정에 의한 실시계획의 인가를 받아 새로이 설치한 공공시설은 그 시설을 관리할 행정청에 무상으로 귀속된다는 구 도시계획법 제83조 제2항 역시 위 사업에 적용되어, 도로의 확·포장 등 사업의 완료와 동시에 이 사건 토지의 소유권이 피고에게 귀속되었다고 판단한 원심판결에 대하여, “구 건축법 제8조 제4항은 건축허가를 받은 경우, 구 도시계획법 제25조의 규정에 의한 도시계획사업 실시계획의 인가를 받은 것으로 본다는 인가의제규정만을 두고 있을 뿐, 구 건축법 자체에서 새로이 설치한 공공시설의 귀속에 관한 구 도시계획법 제83조 제2항을 준용한다는 규정을 두고 있지 아니하므로, 구 건축법 제8조 제4항에 따른 건축허가를 받아 새로이 공공시설을 설치한 경우, 그 공공시설의 귀속에 관하여는 구 도시계획법 제83조 제2항이 적용되지 않는다”라고 판시하였다. 또한, 대법원 2016. 11. 24. 선고 2014두47686 판결에서는, 공공주택건설법이 단지조성사업 실시계획의 승인이 있는 때에는 도시개발법에 의한 실시계획의 작성·인가, 주택법에 의한 사업계획의 승인을 받은 것으로 본다고 규정하고 있으나, 이는 공공주택건설법상 단지조성사업 실시계획의 승인을 받으면 그와 같은 인가나 승인을 받은 것으로 의제하는 것에 그치는 것이지 나아가 그와 같은 인가나 승인을 받았음을 전제로 하는 도시개발법과 주택법의 모든 규정들까지 적용되는 것은 아니므로, 공공주택건설법에 따른 단지조성사업은 학교용지법에서 정한 학교용지부담금 부과대상 개발사업에 포함되지 않는다고 판시하였다.

3) 그 밖에 검토된 내용

입법예고안에는 해당 인허가 사업 등을 긴급하게 시행할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 의제되는 인허가에 대한 관계 행정청과의 협의를 마치기 전이라도 주된 인허가를 할 수 있도록 하는 ‘부분 인허가의제’를 명시하려고 하였다. 그러나 집행 현장에서 통상적으로 활용되는 부분 인허가의제제도가 특별한 사유가 있어야 가능한 것처럼 오해할 우려가 있다는 실무 담당 공무원들의 의견을 반영하여 제외하였다.

또한 입법예고안에서는 국민의 편의를 위하여 주된 인허가의 행정청은 의제되는 인허가의 처리기준을 관계행정청으로부터 제출받아 ‘통합 고시’하는 내용을 포함하였다. 그런데, 행정청에 지나친 부담이 될 수 있고, 방대하고 복잡한 처리기준이 오히려 국민을 혼란스럽게 할 수 있으며, 필요하면 「행정절차법」에 반영하는 것이 적절하다는 의견에 따라 채택되지 않았다.

한편, 분과위원회 논의 과정에서 주된 인허가를 취소하면 의제된 인허가도 취소되는 것으로 본다는 규정의 도입도 검토하였다. 그런데, 주된 인허가를 취소하더라도 관련 인허가를 유지할 필요가 있을 수 있고, 주된 인허가 취소시에도 이에 대한 관계기관 협의가 필요할 수 있는 등 여러 가지 고려하여야 할 사항이 많으며, 인허가 의제 취소에 관한 내용은 쟁송법적 성격이 강하므로, 실체법인 행정기본법안에 담는 것이 적절하지 않다는 의견 등을 고려하여 향후의 과제로 넘겼다. 참고로 판례는 의제된 인허가도 통상적인 인허가와 동일한 효력을 가지는 것이므로, 주된 인허가가 받아들여졌고 그것으로부터 의제되는 인허가가 있는데 주된 인허가로부터 분리될 수 있으면, 의제된 인허가를 취소 또는 철회함으로써 주된 인허가의 효력은 유지한 채 의제된 인허가의 효력만 소멸시킬 수 있다는 입장에 있다.⁴⁵⁾

45) 대법원 2018. 7. 12. 선고 2017두48734 판결. 중소기업창업 지원법에 따른 사업계획승인으로 의제된 인허가 중 산지전용허가만 취소 내지 철회할 수 있다.

(3) 공법상 계약(제3절 제27조)

제3절⁴⁶⁾ 제27조에서는 공법상 계약이 비권력적 행정의 대표적인 행위형식으로 서 관심과 중요성이 높아지고 있는 점을 고려하여, 그에 관한 핵심적인 사항을 규정하였다. 위 조항에서 공법상 계약의 허용성과 공법상 계약의 형식을 명확하게 하고, 행정청이 공법상 계약을 할 때에 계약의 공공성 및 제3자의 이해관계를 고려하도록 하였다.

당초 정부제출안에서는 “공법상 계약의 변경·해지 및 무효”에 관한 규정이 포함되어 있었다. 계약 당사자에게 중대한 사정이 변경된 경우에 계약 내용의 변경을 요구할 수 있는 권한을 부여하고, 행정청에게 허용된 공법상 계약의 해지 사유를 명시하여 그 한계를 명확히 규정하였다. 또한, 확인적 차원에서 공법상 계약의 일부무효의 효력에 관한 규정도 두었었다. 그런데, 국회 심사과정에서 공법상 계약은 아직 개념이 확립되어 있지 않아 그러한 내용을 규정하는 것은 신중할 필요가 있다는 법원행정처의 의견이 반영되어 삭제되었다.

한편, 법제처의 실무검토 초안에서는 ‘행정계약’이라는 용어를 사용하였는데, 자문위원회의 논의과정에서 이는 행정에 의한 사법상 계약을 포함하는 것이어서 국가계약법령의 적용영역과 겹치는 문제가 발생하므로, 「행정기본법」의 규율 대상인 ‘공법상 계약’으로 명확히 한정하기로 하였다.

또한, ‘처분 같음 공법상 계약’의 도입 여부를 검토하였는데, 그러한 계약이 이론상 정립된 개념이라 보기 어렵고 실무적으로 구체적 사례를 찾기 힘들다는 점, 법제화로 인하여 절차나 통제 수단이 처분보다 약한 공법상 계약으로 회피할 우려가 있다는 점 등을 고려하여 추후 행정실무 및 판례가 충분히 형성된 후 입법화하기로 하였다.

그밖에도 공법상 계약의 방법과 절차, 공익상 필요에 따른 해지를 할 때의 피해 보상 등에 관하여 규정할 것을 검토하였으나, 일단 공법상 계약의 활용 근거를 도입하는 정도로 만족하고 실무에서의 활용이 늘어나고 관련 판례가 축적되면 추후 보완하기로 하였다.

46) 정부제출안에서는 과징금 규정이 제3절, 공법상계약 규정이 제4절로 되어 있었는데, 과징금도 행정상 의무행 확보 수단의 하나이므로 행정상 강제 앞으로 위치를 이동하여 규정하자는 대한변호사협회 등의 의견이 반영되어 절의 순서가 바뀌었다.

(4) 과징금(제4절 제28조 및 제29조, 2021. 9. 24. 시행)

현행법상 과징금은 행정법상 의무를 위반한 자에 대하여 그 위반행위로 얻은 경제적 이익을 박탈하기 위하여 부과하거나(본래 의미의 과징금) 사업의 취소·정지에 갈음하여 부과되는 금전상의 제재(변형된 과징금)를 말하는데, 1980년 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」에 처음 도입된 이래 약 130여개 법률에 규정되어 있다. 이와 같이 과징금은 다양한 형태로 도입되어 있으나 그 규정 방식이 통일되어 있지 않는데, 「행정기본법」에서는 과징금의 법적 성격 및 법률유보 등 과징금과 관련된 일반원칙을 명확히 규정하고자 하였다.

제28조에서는 과징금 부과에 법률유보원칙, 과징금의 근거 법률에서 규정되어야 할 사항을 구체적으로 제시하였다. 제29조에서는 과징금 납부기한 연기 및 분할납부의 근거 및 사유를 구체적으로 규정하였다.

(5) 행정상 강제(제5절 제30조 ~ 제33조, 2023. 3. 24. 시행)

1) 행정상 강제의 의의와 종류(제30조)

행정상 강제는 행정상 강제집행(행정대집행, 강제징수, 이행강제금, 직접강제) 및 즉시강제로 구분된다. 행정상 강제는 대표적인 권력적 행정작용으로서 공권력의 행사로 국민의 자유와 재산권을 제한한다. 그런데, 행정상 강제는 각각의 개별법에 근거를 두고 있으나, 현재에는 행정집행의 전반을 아우르는 일반법은 없는 상황이므로, 「행정기본법」에서 이에 대하여 체계적·통일적 규정을 하고자 하였다.

제30조에서는 개별 법령에 따라 도입된 행정대집행, 이행강제금, 직접강제, 강제징수, 즉시강제 등 행정상 강제의 개념 및 유형을 체계화하고, 법률유보의 원칙 및 최소침해의 원칙 등 행정상 강제에 적용되는 기본 원칙을 선언적으로 규정하였으며, 「행정기본법」이 정한 사항 외의 필요한 사항은 따로 법률로 정하도록 하여 행정상 강제의 일반법인 「행정집행법」의 제정 근거를 마련하였다. 다만 행정작용 중 형사, 행형 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항이나 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항에 관해서는 그 규율대상의 특수성을 고려하여 해당하는 개별 법률에서 규율되도록 이 절의 적용대상에서 제외하였다.

2) 이행강제금, 직접강제 및 즉시강제(제31조, 제32조, 제33조)

제31조부터 제33조까지 행정상 강제 중 개별법에서 상세한 규정을 두고 있는 행정대집행과 강제징수를 제외한 이행강제금의 부과, 직접강제 및 즉시강제의 절차적 보장 규정들을 통일적으로 명시하였다.

제31조에서는 이행강제금의 입법지침, 가중·감정기준, 계고 및 통지 등의 서면주의 및 부과절차 등을 규정하고 있다. 제5항 단서에서는 “의무자가 의무를 이행하면 새로운 이행강제금의 부과를 즉시 중지하되, 이미 부과한 이행강제금을 징수하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 이는 이행강제금 부과와 대표적인 법률인 「건축법」 제80조 제6항을 따른 것으로 보인다.

따라서, 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」 제6조에서는 「건축법」 제80조 제6항과 같은 규정이 없기 때문에 향후 해석상 문제가 될 여지가 전혀 없는 것은 아니지만, 이러한 경우에 「행정기본법」 제5항 단서가 적용되어, 과거의 의무위반에 대한 제재로서 그 위반상태가 현재 소멸되어도 부과되는 행정벌과 달리 현재의 위반상태를 장래에 향하여 해소하는 것을 목적으로 하는 이행강제금의 성격상 부과된 행위가 이미 이행되었거나 요구된 상태가 실현된 경우에는 설령 시정명령에서 정한 기간을 지나서 이행하였다고 하더라도 이행강제금을 부과할 수 없을 것이다.⁴⁷⁾ 다만 이미 부과한 이행강제금의 징수는 허용되는데, 이미 발생한 금전적 청구권을 실현하는 것이고 행정청이 위법상태의 해소 여부 및 그 시점을 확인하는 것이 현실적으로 어려우며, 시정명령 및 계고 등 절차를 거치면서 의무이행을 위한 충분한 시간을 부여했음에도 방치하고 있다가 이행강제금이 부과된 이후에 시정명한 자를 배려할 필요성이 적기 때문이다.

그런데, 위와 같은 이행강제금에 관한 법리가 모든 경우에 일률적으로 적용되는 것은 아니므로, 개별법령의 규정 형식과 내용, 체계 등을 종합적으로 고려하여 달리 판단할 수도 있다. 가령 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제17조의3에서는 기업결합을 제한하기 위한 시정명령의 실효성 확보수단으로 이행강제금을 규정하

47) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」상 토지의 이용의무 불이행에 따른 이행명령을 받은 의무자가 이행명령에서 정한 기간을 지나서 그 명령을 이행하였더라도 반복 부과되는 이행강제금뿐만 아니라 이행명령 불이행에 따른 최초의 이행강제금도 부과할 수 없다는 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013두15750 판결.

고 있는데, 위 이행강제금은 반복하여 부과할 수 있도록 규정되어 있지 않고 매 1일당 일정금액을 불이행기간에 비례하여 부과하도록 규정하고 있다. 「행정기본법」이 제정되기 전에, 대법원은 위와 같은 이행강제금이 부과되기 전에 시정조치를 이행하거나 부작위를 명하는 시정조치의 불이행을 중단한 사안에서, 위 이행강제금은 종래의 과징금제도를 폐지하고 과거의 의무위반행위에 대한 제재와 장래의 의무이행의 간접강제를 통합한 제도로서의 성격을 가지고 있다는 점, 만일 이행강제금의 부과처분을 위한 심사가 개시되고 그때 불이행을 중단함으로써 이행강제금의 부과를 면한다면 규제의 실효성을 거둘 수 없다는 점 등을 고려하여, 과거의 시정조치 불이행기간에 대하여 이행강제금을 부과할 수 있다고 판시한 바 있다.⁴⁸⁾ 위와 같은 대법원의 해석을 존중하여 「행정기본법」 제5조 제1항에 따라 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제17조의3을 다른 법률의 특별한 규정이라고 해석하게 된다면, 의무위반 상태가 해소되어 있더라도 과거의 시정조치 불이행기간에 대한 이행강제금을 부과할 수 있다는 결론이 되는데, 향후의 학설과 판례의 태도가 주목된다.

제32조에서는 직접강제에 공통적으로 요구되는 증표의 제시의무 및 집행상의 한계로서 보충성의 원리, 직접강제의 계고 및 통지에 관한 사항을 규정하였고, 제33조에서는 즉시강제의 보충성 및 비례원칙을 명시하고, 증표 제시 의무, 즉시강제의 이유와 내용 고지 의무 등 절차적 보장 규정을 두었다.

(6) 그 밖의 행정작용(제6절)

1) 수리 여부에 따른 신고의 효력(제34조, 2023. 3. 24. 시행)

현행법상 1,300여개의 신고는 신고서가 행정청에 도달하면 효력이 발생하는 ‘수리를 요하지 않는 신고(자기완결적 신고)’와 행정청이 수리하여야 효력이 발생하는 ‘수리를 요하는 신고(행위요건적 신고)’로 나누어져 있어서 이를 명확하게 구별하는 것은 쉽지 않다. 이에 따라 「행정기본법」에서는 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우 그 신고의 효력에 관한 사항을 밝힘으로써 수리가 필요한

48) 대법원 2019. 12. 12. 선고 2018두63563 판결.

신고의 효력에 대한 혼란을 해소하고, 신고제도가 투명하고 예측 가능하게 운영되도록 하였다.

사인의 행위에 대한 행정청의 사전 감독의 방법으로 허가제를 취하느냐 신고제를 취하느냐, 신고제를 채택한 경우에도 수리를 요하게 할 것인지 아닌지는 입법정책상의 문제이다. 그런데, 수리를 요하는 신고인지 여부가 현행법령상 명확하게 규정하지 않은 경우가 매우 많아서 해석상의 혼란이 야기되었고, 판례도 그에 관한 명확한 기준을 제시하지 못하고 있었으므로,⁴⁹⁾ 입법적인 정비가 시급히 필요하였다.⁵⁰⁾ 「행정기본법」에서는 신고가 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생하는 것으로 규정하였다. 여기에서 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제49조에 따른 위반행위의 신고와 같이 법적으로 신고할 의무가 없는 신고는 이 조의 적용대상이 아니라는 점을 명확히 하기 위하여 적용대상이 ‘법령 등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고’임을 명시하였다. 또한, 「주민등록법」 제10조 및 같은 법 시행령 제16조에 따른 주민등록신고처럼 법령에 신고의 수리에 관한 표현이 들어있더라도 사실상 행정 내부 업무처리절차에 해당하는 경우에는 자기완결적 신고로 보도록 하기 위하여 괄호에 “행정기관의 내부 업무처리절차로서 수리를 규정한 경우는 제외된다”라는 뜻을 명기하였다.

이에 대하여, 위와 같은 사항을 의식하지 않은 채 의원입법 등으로 신설되는 신고가 있을 수 있고 현행법상 수리가 필요한 모든 신고에 ‘수리’에 관한 사항을 미처 명시하지 못했을 가능성이 있으므로,⁵¹⁾ 수리를 요하는 신고의 개념요소를 “행정청의 실제적 요건의 사전 심사권한이 명시되어 있는 경우”라고 명확하게 규정하자는 대안이 제시되었으나, 실제적 요건이 무엇인지에 대한 해석상 문제가 여전히 남는

49) 판례의 개략적 기준과 구체적 사례는 하명호, 행정법, 제3판, 박영사, 2021, 81-84쪽 참조.

50) 법제처는 2016년부터 2019년까지 4개년간 「신고제 합리화 사업」을 추진하고 있었는데, 신고를 규정하고 있는 법률 중 428개의 법률을 대상으로 정비 여부를 검토하여 ‘수리를 요하는 신고’와 ‘수리를 요하지 않는 신고’로 분류한 다음 수리를 요하는 신고로 명시할 218개의 법률을 선정하고 그 취지를 명확하게 하기 위하여 법률조항을 개선하는 작업을 하였다. 그 결과 2021. 1. 현재 174개의 법률이 개정되었다.

51) 그러한 이유로 「행정기본법」 부칙 제1조에서는 제34조의 시행일을 공포 후 2년이 경과한 날부터 시행하도록 규정하고 있으므로, 그 기간 내에 수리를 요하는 신고인지 여부에 대한 입법적 정비가 요망된다(같은 취지 이재훈, 앞의 글, 242쪽).

다는 등의 이견이 있어서 채택되지 못하였다.

한편, 정부제출안에서는 부처 간의 협의로 수리를 필요로 하는 신고에 해당하지 않는 경우 해당 신고의 효력은 「행정절차법」 제40조 제2항에 따르도록 안내하는 규정을 두었다. 그러나 국회 심사과정에서 「행정절차법」 관련 사항을 행정기본 법안에 규정하는 것은 부적합하다는 의견을 반영하여 삭제하였다.

2) 수수료 및 사용료(제35조)

수수료 및 사용료는 행정서비스를 받거나 공공시설을 이용할 때 부담하는 경비로서, 개별 법령에 흩어져 있는 수수료 및 사용료 부과에 관한 공통 사항을 「행정기본법」에서 규정하였다. 행정청은 특정인을 위한 행정서비스를 제공받는 자에게 법령으로 정하는 바에 따라 수수료를 받을 수 있도록 하고, 공공시설 및 재산 등의 이용 또는 사용에 대하여 사전에 공개된 금액이나 기준에 따라 사용료를 받을 수 있도록 규정하였다.

제35조에서는 수수료 부과 근거를 법령에 두도록 규정하되, 사전에 공개된 금액이나 기준에 따라 사용료를 받을 수 있다고 규정하고 있다. 여기에서의 사용료는 개별 법령에서 사용료, 이용료, 점용료, 입장료 등 다양한 명칭으로 지칭되는 것을 포괄하므로, 가령 국유재산 중 행정재산의 사용·허가료, 이용료(수업료·강습료 제외), 도로·하천 점용료, 각종 입장료와 관람료 등도 여기에 포함된다고 해석된다.

한편, 지방자치단체의 경우에는 「지방자치법」 제136조 및 제137조에 따로 근거를 두고 있다는 점을 고려하여 이 법의 적용 대상에서 제외하였다.

(7) 처분에 대한 이의신청 및 재심사(제7절)

1) 처분에 대한 이의신청(제36조, 2023. 3. 24. 시행)

당사자가 처분에 이의가 있는 경우 해당 처분청에 이의를 신청하는 제도는 행정심판이나 행정소송 전에 간편하게 불복할 수 있는 기회를 제공하려는 것에 제도적 취지가 있다.⁵²⁾ 그런데, 개별 법령에서는 이의신청제도가 이의신청, 불복, 재심 등 다양한 용어와 형태로 규정되어 있고, 이의신청기간 중에 행정심판이나 행정소송

의 제소기간 진행이 정지되는지 여부도 명확하지 않아 공무원과 국민들의 혼란을 야기하고 있다. 이러한 문제의식에 따라 「행정기본법」은 처분의 이의신청에 관한 공통적인 방법과 절차를 규정하여 이의신청제도가 실효성 있게 운영되도록 하고, 개별 법령에 이의신청에 관한 내용이 규정되어 있지 않은 경우에도 불복할 수 있는 기회를 제공하여 국민의 권리구제를 강화하기 위하여 제36조에서 이의신청에 대한 규정을 두었다.

제1항에서는 행정청의 처분에 이의가 있는 당사자는 처분을 받은 날부터 30일 이내에 해당 행정청에 이의신청을 할 수 있다고 규정하여,⁵²⁾ 개별법령에서 이의신청을 규정하고 있지 않더라도 이 조항에 근거하여 이의신청을 할 수 있게 되었다. 이의신청의 대상이 되는 처분은 「행정심판법」 제3조에 따른 ‘일반행정심판의 대상이 되는 처분’으로 하였고, 특별행정심판이 적용되거나 「행정심판법」 적용이 배제되는 처분은 제외하여 이의신청의 대상을 명확하게 규정하였다.⁵⁴⁾ 이의신청은 행정쟁송 전에 처분을 한 행정청에 대하여 불복하는 것으로서,⁵⁵⁾ 처분을 한 행정청

52) 2020. 3. 현재 개별법령에 근거를 두고 있는 이의신청제도는 307개에 이른다고 한다(백옥선, “행정기본법(안)의 이의신청 조항에 대한 검토 및 향후 법적 과제”, 「법제연구」 제59호, 한국법제연구원, 2020, 75쪽). 이 수치는 특별행정심판을 규정한 법률에서 정한 특별행정심판절차 이전에 거칠 수 있도록 한 이의신청은 제외한 것이라고 하고, 307개 중에는 대통령령에 근거를 둔 것이 57개, 총리령과 부령에 근거를 둔 것이 25개가 포함되어 있다고 한다.

53) 따라서 처분청과 결정기관이 같지 않는 경우에는 여기에서 말하는 이의신청에 포함되지 않다고 해석된다. 참고로 선행연구에 의하면, 2013. 9. 26. 기준으로 이의신청을 규정하고 있는 47개 법률 64개의 이의신청을 분석한 결과, 처분청과 결정기관이 동일한 기관인 경우는 44개(약 69%), 전혀 다른 경우는 15개(약 23%), 같을 수도 같지 않을 수도 있는 경우는 5개(약 8%)라고 한다(유광해, “개별행정법상 이의신청제도의 현황 검토”, 「법조」 통권 제689권, 법조협회, 2014, 165쪽 참조).

54) 「행정심판법」 적용이 배제되는 처분의 예로는 「공익신고자 보호법」 제21조의 보호조치결정, 「난민법」 제21조의 난민불인정결정, 「도로교통법」 제165조의 통고처분 등을 들 수 있다.

55) 이의신청과 행정심판의 구별기준에 관하여, 전통적인 견해는 심판기관을 기준으로 처분청에 대하여 재심사를 구하는 것을 이의신청이라고 하고 상급행정기관에 대하여 불복하는 것을 행정심판이라고 구분하고 있다(김남진·김연태, 행정법 I, 제25판, 법문사, 2021, 749쪽). 이에 대하여 심판기관과 상관없이 준사법절차가 보장되어 있는지 여부에 따라 구분하는 견해도 있다(박균성, 행정법론(상), 제19판, 박영사, 2020, 1110쪽). 행정심판과 이의신청은 ① 이의신청을 행정심판법에 따라 행정심판에 해당하거나 행정심판을 대체하는 것인지의 관점(「행정심판법」 제3조 제1항, 제51조의 해석에 따른 개념범주), ② 헌법 제107조 제3항에 따라 준사법절차를 갖추어야 하는 것인지의 관점(헌법 제107조 제3항의 해석에 따른 개념범주), ③ 행정소송의 전치절차와 제소기간의 특례가 적용되는 것인지의 관점(행정소송법상 행정심판의 전치와 제소기간의 기산점의 해석에 따른 개념범주)에 따라 그 개념의 폭이 달라질 수 있다(하명호, 행정쟁송법, 제5판, 박영사, 2021, 237-241쪽 참조). 「행정기본법」 제36조에서 말하는 이의신청은 ①의 개념범주에서 문제가 된 것이고, 이의신청과 행정심판의 구별을 전통적인 견해에 따라 심판기관을 기준으로 구별하

이 아닌 상급 행정기관 또는 제3의 기관(재결청)에 불복하는 행정심판 또는 특별행정심판과 구별하기 위하여 처분의 ‘당사자’만 이의신청을 할 수 있도록 하고 ‘이해관계인’을 제외하였다. 이해관계인인 제3자는 행정심판이나 행정소송을 통하여 권리구제를 받을 수 있는데, 이를 허용할 경우 「행정기본법」상의 이의신청제도가 낱발될 우려가 있는 점, 「민원처리에 관한 법률」의 ‘거부처분에 대한 이의신청’이나 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」의 ‘비공개·부분공개 결정에 대한 이의신청’ 등에서도 제3자를 포함시키지 않고 있다는 점 등이 고려된 것이다.

제2항에서는 이의신청 처리기간(14일)과 연장(10일)에 관하여 규정하고, 제3항에서는 이의신청과 관계없이 행정쟁송을 제기할 수 있다고 규정하여, 이의신청이 필요적 전치절차가 아니라는 점을 명확히 하였다.

제4항에서는 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 통지받은 날(결과를 통지받지 못한 경우에는 통지기간 만료일 다음 날)부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있도록 하였다. 이는 이의신청 절차 중에 행정심판의 청구기간이나 행정소송 제소기간이 도과하여 국민의 권리구제가 제한되는 현실적인 문제를 해소하기 위하여 이의신청 절차 중에 행정심판·행정소송의 제소기간이 정지된다는 것을 명확하게 한 것이다.

제4항이 이의신청제도를 「행정기본법」에 도입하는 핵심적인 사항이라고 평가된다. 이의신청은 개별법에 명시된 일정한 처분 등에 대해서만 인정되는데, ① 이의신청 여부와 관계없이 행정심판을 제기할 수 있다고 명시한 경우,⁵⁶⁾ ② 이의신청 외에 행정심판을 제기할 수 없다고 규정한 경우,⁵⁷⁾ ③ 이의신청에 대한 결정 후 행정소송을 제기하여야 한다고 명시한 경우,⁵⁸⁾ ④ 아무런 규정도 두지 않은 경우⁵⁹⁾ 등 그 입법형식이 다양하다.⁶⁰⁾ 앞의 입법형식 중 ①의 경우는 행정심판을

는 것으로 입법이 된 것이라고 평가된다.

56) 운전면허 처분에 대한 이의신청(「도로교통법」 제94조 제3항), 자동차등록에 관한 이의신청(「자동차관리법」 제28조 제4항), 공공기관의 비공개 또는 부분공개결정에 대한 이의신청(「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제18조 제4항), 품목등록 또는 품목변경등록신청 거부처분에 대한 이의신청(「농약관리법」 제26조 제4항).

57) 난민불인정결정 또는 난민인정취소·철회처분에 대한 이의신청(「난민법」 제21조 제2항).

58) 사용료 등의 부과처분에 대한 이의신청(「지방자치법」 제140조 제5항).

59) 개발공시지가에 대한 이의신청(「부동산 가격공시에 관한 법률」 제11조).

60) 참고로 앞서 본 64개의 이의신청절차를 조사한 결과에 따르면, 행정심판과의 관련규정만 둔 경우가 9개

제기할 수 있고, ②, ③의 경우는 행정심판을 제기할 수 없다는 것이 명백하다. 결국 ④의 경우처럼 아무런 규정이 없는 경우가 문제된다. 이에 대하여 대법원은 개별 법률에 의한 이의신청과 「행정심판법」에 따른 행정심판청구 중 어느 하나만 거쳐 행정소송을 제기할 수 있을 뿐 아니라 이의신청 후 다시 행정심판을 거쳐 행정소송을 제기할 수도 있다고 해석하고 있었다.⁶¹⁾

그런데, 대법원은 취소소송의 제소기간의 기산점이 되는 행정심판은 「행정심판법」상 행정심판과 특별행정심판을 뜻한다고 전제하고, 「민원처리에 관한 법률」 제35조 제1항에서 정한 거부처분에 대한 이의신청과 같이 이에 해당하지 않는 절차를 거친 경우에는 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용된다고 할 수 없다고 판시하였다.⁶²⁾ 만일 대법원과 같은 해석을 한다면, 법적 지식이 부족한 일반 국민의 입장에서는 입법자가 이의신청절차를 법령 등에 규정하여 그 기회를 활용했음에도 불구하고, 법원이 불필요한 이의신청을 거쳤다고 하면서 행정소송의 기회를 주지 않겠다는 것이 되므로 불의타가 된다는 비판이 있었다.⁶³⁾ 이 조항은 이 문제에 관하여 입법적인 해결을 한 것으로서 바람직한 입법이라고 평가된다.

제5항에 따라 개별법에 이의신청이나 이와 유사한 제도가 있으면 그 규정이 우선 적용되고, 개별법에서 규정되지 않은 내용은 「행정기본법」의 규정이 보충적으로 적용된다. 개별법에서 이의신청 제기 후 행정심판이나 행정소송을 제기하는 경우 제소기간에 대하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 경우에는 제4항이 적용된다.

제6항에서는 이의신청의 방법 및 절차 등에 관한 나머지 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하고, 제7항에서는 ① 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항, ② 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정, ③ 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항, ④ 형사, 행형 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항, ⑤ 외국인의 출입국·

(14%), 행정소송과의 관련규정만 둔 경우가 12개(19%), 행정심판 및 행정소송과의 관련 규정을 둔 경우가 11개(17%)이나 행정소송이나 행정심판에 관하여 관련 규정이 없는 경우가 32개(50%)에 달하는 것으로 나타났다(유광해, 앞의 글, 171쪽).

61) 대법원 2010. 1. 28. 선고 2008두19987 판결.

62) 대법원 2012. 11. 15. 선고 2010두8676 판결.

63) 하명호, 앞의 책(주55), 292쪽.

난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항, ⑥ 과태료 부과 및 징수에 관한 사항 등에 대한 적용의 배제를 규정하고 있다.

2) 처분의 재심사(제37조, 2023. 3. 24. 시행)

행정쟁송의 제소기간이 도과되었거나 쟁송절차를 모두 거친 경우라고 하더라도 추후에 처분의 기초가 된 사실관계 또는 법률관계가 변경되어 당초 처분의 근거가 된 사실관계와 법률관계가 사회적 관념이나 법질서와 충돌하는 때에는 당초 처분을 재고할 수 있도록 하여 당사자의 권리를 보호할 필요가 있다. 법원에서 확정된 판결에 대해서도 「민사소송법」과 「형사소송법」에 따라 일정한 요건 하에 재심이 인정되는데, 행정청의 처분에 대해서도 재심사의 기회를 보장하지 않을 이유가 없으므로, 「행정기본법」에 정의와 형평의 관점에서 처분의 재심사제도가 도입되었다.

제1항에서는 제재처분 및 행정상 강제를 제외한 처분에 불가쟁력이 발생하여 다룰 수 없게 된 경우라도 ① 처분의 근거가 된 사실관계 또는 법률관계가 추후에 당사자에게 유리하게 바뀐 경우, ② 당사자에게 유리한 결정을 가져다주었을 새로운 증거가 있는 경우, ③ 민사소송법 제451조에 따른 재심사유에 준하는 사유가 발생한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에 해당하면 당사자는 해당 처분을 한 행정청에 대하여 처분을 취소·철회하거나 변경할 것을 신청할 수 있도록 하였다. 재심사의 대상에서 ‘제재처분’과 ‘행정상 강제’를 제외하고 있는데, 처분의 재심사는 처음으로 도입되는 제도이므로, 입법의 신중을 기하기 위하여 우선 수익적 처분을 중심으로 운영해보고 추후 확대 여부를 결정하기로 한 결과이다. 또한, 국회 심의과정에서 불가쟁력이 발생한 경우 중 ‘법원의 확정판결’이 있는 경우를 제외하였는데, 이는 행정소송으로 확정된 판결의 기판력을 재심을 거치지 않고 무력화시키는 결과로 이어질 우려가 있다는 법원행정처 등의 의견이 반영되어 ‘쟁송기간 도과’의 경우로 한정하게 되었다. 그러나 판결의 기판력을 무력화하는 것과 행정상 법률관계의 당사자 중 한쪽인 행정청이 스스로 재심사하여 처분의 효력을 유지할 것인지 여부를 다시 판단하는 것은 전혀 다른 차원의 문제라는 점을 여기에서 지적하고자 한다.

한편, 입법예고안에서는 국민 권리구제 강화라는 재심사의 취지를 고려하여 신청권자에 ‘이해관계인’을 포함시켰으나, 관계기관 의견수렴 과정에서 신청권자의 범위가 지나치게 확대되어 행정청에 부담이 커진다는 의견을 반영하여 ‘당사자’로 한정하게 되었다.

제2항에서는 제1항에 따른 재심사의 요건이 다소 넓다는 우려를 고려하여 당사자가 중대한 과실 없이 해당 처분의 절차, 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 불복절차에서 제1항의 재심사 사유를 주장하지 못한 경우에만 신청할 수 있도록 제한하였다. 이는 재심사의 남용을 막기 위한 장치로서 해당 처분의 절차와 행정쟁송에서 재심사의 사유를 주장하였거나 주장하지 못하였더라도 당사자에게 중대한 과실이 있는 경우에는 재심사 신청을 허용하지 않으려는 것이다.

제3항에서는 재심사의 남용을 막기 위한 또 다른 장치로써 신청기간을 제1항의 재심사 사유를 안 날부터 60일 이내로 하고, 처분이 있는 날부터 5년이 지나면 신청할 수 없도록 제한하였다. 입법예고안에는 안 날부터 60일의 제한만 있었는데, 신청기간이 당사자의 인지 여부에 좌우되어 행정청에게 지나친 부담으로 작용할 우려가 있다는 의견을 반영하여 제척기간에 해당하는 단서를 두게 되었다.

제4항에서는 행정청은 특별한 사정이 없으면 신청을 받은 날부터 90일(합의제 행정기관은 180일) 이내에 처분의 재심사 결과를 신청인에게 통지하도록 하되, 부득이한 사유로 그 기간 내에 통지할 수 없는 경우에는 한 차례 연장할 수 있도록 하였다.

제5항에서는 처분의 재심사 결과 중 처분을 유지하는 결과에 대해서는 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송수단을 통하여 불복할 수 없도록 하여 불필요한 쟁송 반복을 방지하고 재심사로 인한 행정청의 부담을 완화하였다.⁶⁴⁾ 이 조항도 입법예고안에는 없었는데, 쟁송기간이 지나 불가쟁력이 발생한 처분에 대하여 재심사와 쟁송을 통한 불복을 반복할 수 있게 된다면, 행정청의 부담이 증가하고 사법시스템

64) 이상학, “행정기본법 제정안의 평가와 주요쟁점 검토”, 「공법학연구」 제21권 제4호, 한국비교공법학회, 2020, 210쪽에서는 재심사를 인용하거나 유지하는 결정에 대해서는 규율하고 있으나 재심사의 요건에 해당하지 않아 각하하는 결정에 대해서는 입법적 흠결이 있다고 주장하고 있다. 상당히 경청할만한 주장이라고 생각되나 그 결정도 결과적으로 원처분을 유지하는 것이므로 유지결정에 포함되어 불복할 수 없다고 해석될 것이라고 예상된다.

을 무력화할 수 있다는 의견이 반영된 것이다. 이에 대해서는 처분을 유지하는 재심사 결정도 행정청의 처분에 해당하는데, 법치국가의 원칙과 국민의 재판청구권 및 개판주의를 채택한 행정소송제도의 취지 등에 반하는 것으로 위헌이고, 이 조항으로 인하여 재심사의 제도적 실효성이 반감되며, 재심사의 사유·요건 등을 감안하면 소송이 과도하게 반복될 우려는 크지 않다는 점 등을 이유로 이 조항을 삭제하여야 한다는 의견이 강력하게 제기되기도 하였는데,⁶⁵⁾ 이는 경청할만한 의견이라고 생각되고, 이에 관한 향후의 논의가 주목된다.

제6항에서는 행정청이 재심사와 관계없이 직권 취소나 철회를 할 수 있도록 규정하고 있는데, 제18조 및 제19조에 따른 직권 취소나 철회와 함께 재심사제도도 도입될 경우 재심사를 신청하였는데 기각되면 해당 사안은 직권취소나 철회도 못하는 것 아니냐는 오해를 해소하기 위한 규정이다.

한편, 처분의 상대방 등이 당초에 있었던 처분에 하자가 있다고 하거나 사후에 사정변경 또는 공익상 필요가 발생하였다는 이유로 행정청에 대하여 당초 처분을 철회·변경해 줄 것을 신청하였는데, 처분청이 아무런 응답을 하지 않거나 그 신청을 거부한 경우 처분의 상대방 등이 부작위위법확인외의 소나 거부처분취소의 소 등을 제기할 수 있는지에 관하여, 대법원은 불가쟁력과 제소기간제도의 취지 등을 이유로 원칙적으로 이를 인정하지 않고 있지만, 장래 일정한 기간 내에 관계 법령이 규정하는 시설 등을 갖추어 일정한 처분을 구하는 신청을 할 수 있는 법률상 지위에 있는 자가 한 도시계획의 변경신청에 대한 행정청의 거부가 결과적으로 당해 처분 자체를 거부하는 셈이 되는 경우,⁶⁶⁾ 제3자의 이익을 침해한다는 특별한 사정이 있는 경우⁶⁷⁾ 등에는 예외적으로 그 신청인에게 조리상의 신청권을 인정하고 있다.

65) 이러한 위헌의견은 행정기본법 입법예고안이 변경되어 이 조문이 삽입된 이후 홍준형 교수 등이 중심이 되어 제기된 것이다. 한편, 정호경, 앞의 글, 153쪽에서도 위 조항으로 인하여 처분의 재심사제도가 국민의 권리가 아니라 행정청의 시혜로 변질되었다고 지적하고 있다.

66) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2001두10936 판결.

67) 대법원 2017. 3. 15. 선고 2014두41190 판결. 이 판례를 행정행위의 재심사와 연관 지어 설명한 평석은 신상민, “처분의 변경신청권과 행정행위의 재심사”, 「행정판례연구」 XIII-1, 박영사, 2018 참조.

그런데, 논의과정에서 재심사제도를 도입할 경우 이러한 권리구제수단들이 더 이상 인정되지 않는 방향으로 갈 수도 있으므로, 도입에 신중하여야 한다는 의견이 제시되었다. 이에 따라 재심사제도에 대해서는 독일과 대만 외에는 도입하는 나라가 없어 비교법적 연구가 좀 더 필요하다는 이유로 이번 입법안에서 삭제하고 직권 취소와 철회에 당사자의 '신청권'을 부여하자는 대안이 제시되기도 하였다. 그러나 직권 취소와 철회에 당사자의 신청권을 부여할 경우 행정청에 또 다른 부담으로 작용할 소지가 있고, 재심사제도는 법령이나 판례에 따라 인정되는 권리구제수단에 더하여 추가되는 제도라는 점을 명확히 하는 것을 전제로 제정안을 유지하기로 하였다. 이러한 입법취지를 감안하면 「행정기본법」이 시행되어 정착되더라도 재심사제도와 기존에 판례에서 인정되어오던 조리상의 신청권에 기한 처분의 취소·철회·변경에 관한 구제는 전혀 별개라고 인식하여야 할 것이다.

제7항에서는 재심사의 방법 및 절차 등에 관한 나머지 사항을 대통령령으로 정하도록 위임하고, 제8항에서는 ① 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항, ② 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항, ③ 형사, 행형 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항, ④ 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항, ⑤ 과태료 부과 및 징수에 관한 사항, ⑥ 개별 법률에서 그 적용을 배제하고 있는 경우 등에 대한 적용배제를 규정하고 있다.

4. 행정의 입법활동 등(제4장 제38조 ~ 제40조, 2021. 9. 24. 시행)

제38조부터 제40조까지는 현행 대통령령인 「법제업무 운영규정」에 따라 운용 중인 행정의 입법활동(제38조), 법제개선(제39조), 법령해석(제40조) 등의 법률적 근거를 마련하였다. 특히 행정법제의 개선과 관련한 논의기구로서 가칭 “행정법제 위원회”의 설치에 관한 근거가 마련되어, 향후 대통령령에서 세부적인 구성·운영 방안을 마련할 계획이고, 정부는 이 위원회를 새로운 행정법제의 도입 또는 개선 방안을 논의하는 민관협력기구로 운영할 예정이다.

V. 「행정절차법」과의 관계 및 「행정절차법」의 개정사항

1. 개설

(1) 「행정기본법」과 「행정절차법」의 통합에 관한 논의의 방향

「행정기본법」과 「행정절차법」을 통합하여 입법을 하는 것은 관계 부처 사이의 협의, 입법기술상의 문제 등으로 인하여 장시간이 소요될 것으로 예상되고, 이로 인하여 국민의 권익보호가 지연되는 결과가 초래되므로, 우선은 실체적 내용을 담은 「행정기본법」의 제정을 추진하고 「행정절차법」 등 다른 법률과의 통합은 그 후의 과제로 설정되었다. 그리하여 2019. 7. 2. 국무회의에 보고된 “「행정기본법」 제정 계획”에서는 우선 집행상 혼란을 최소화하기 위하여 「행정절차법」 등은 그대로 유지하면서 학설·판례로 정립된 사항, 합의 과정에서 다툼이 없는 사항 위주로 「행정기본법」을 제정하기로 하였고, 「행정절차법」과의 통합 문제는 중장기적으로 검토하기로 하였다.⁶⁸⁾

다행히도 「행정기본법」은 「행정절차법」과의 저축을 의식하고 제정되었기 때문에, 양자는 저축되는 조항이 없는 것으로 보인다. 오히려 「행정기본법」은 실권의 법리나 공법상 계약과 같이 「행정절차법」에서 제외되어 있는 부분을 보완하기도 하고, 제재처분의 기준과 같이 「행정절차법」과 결합하여 절차를 보다 강화하는 역할을 하기도 한다.⁶⁹⁾ 그러나 신고에서 보는 것처럼 행정법을 양분하여 규정함으로써 하나의 행정작용을 총체적으로 규율하지 못하는 문제가 있고, 행정법 전반을 체계적으로 규율하는 명실상부한 행정의 기본법을 제정하기 위해서는 양자가 조속히 통합되는 것이 바람직하다.

68) 국회 법제사법위원회, 제2차 법안1소위 회의록, 2021. 2. 24, 27쪽 참조.

69) 김대인, “행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰”, 「법제연구」 제59호, 한국법제연구원, 2020, 60쪽 참조.

(2) 「행정절차법」의 개정경과

행정안전부는 위와 같은 「행정기본법」의 제정과 별도로 「행정절차법」 제정 25주년을 계기로 행정절차 법제 운영의 실효성을 제고하기 위하여 「행정절차법」의 개정을 추진하고 있다. 그 개정에는 ① 국민 권익 향상 및 코로나19 장기화 등 행정환경 변화에 부응하는 제도개선 사항, ② 「행정기본법」 제정과정에서 합의한 사항, ③ 그동안 학계 및 관계기관의 건의사항 등을 반영하기로 하였다.

그리하여, 행정안전부는 「행정기본법」 제정과정에서 법제처와 협의하여, 확약, 위반사실 등의 공표, 행정계획, 인·허가의제 기준 통합공표, 국민참여 보장, 행정혁신, 행정협업 등 7가지 사항을 「행정절차법」의 개정사항으로 이관받았다. 그 후 2020. 4.경부터 「행정절차법」 개정을 위하여 행정안전부 내에 T/F를 운영하면서, 2020. 7.경 「행정절차법」 개정 자문단(행정학계·법학계 11명)을 구성한 후, 3회에 걸친 전체회의와 개별 서면자문 및 주요 쟁점별 심층 자문을 실시하여, 2020. 9.경 개정안을 마련하고, 2021. 4. 9. 국회에 제출하였다. 그 개정사항은 아래의 표와 같고, 이하에서는 그중에서 행정계획, 확약, 범위반사실의 공표 등을 중심으로 서술하겠다.

【행정절차법 개정사항】

구분	개정 필요성	개정방안
1. 국민의 권리보호 강화를 위한 제도개선		
위반사실등 공표 신설	위반사실 공표는 엄격하게 운영할 필요	의견제출, 정정공표 등 공통절차 규정
합의제 청문 도입	사안에 따라 다수의 청문주재자 필요	복수 청문 주재자 제도 도입
문서열람청구권 확대	청문의 경우에만 문서열람권 인정	의견제출의 경우까지 확대
청문의 대상 확대	인·허가 취소 등의 경우 당사자등의 신청이 있어야 청문 실시	당사자의 신청 없이도 청문 실시
최소 행정예고 기간 신설	행정예고 기간 단축사유 및 하한 부재	단축사유 및 최소 예고기간 규정
공시송달 시 개인정보 보호의무 신설	공시송달 관련 개인정보보호규정 부재	공시송달 시 개인정보 보호규정 의무 신설

구분	개정 필요성	개정방안
2. 코로나 시대에 대응하는 행정절차 제도 개선		
온라인 공청회 활성화	오프라인 공청회와 병행하여서만 가능	온라인 공청회 단독 개최 근거 및 사유 규정
처분의 방식 확대	전자문서로 처분을 할 수 있는 경우가 당사자들의 동의가 있는 경우로 제한	전자문서로 신청하는 경우 추가
	문서 외의 방식으로 처분할 수 있는 사유 및 방식이 모호	신속한 처리가 필요한 경우 및 그 경우 처분의 방식 구체화
3. 국민참여 확대 등 행정청의 적극행정 기반 마련		
국민 참여의 확대	국민참여 확대의 법적 기반 마련 필요	국민참여 원칙·방법·창구 통합 규정
행정 혁신 노력 의무 신설	질 높은 행정을 위한 노력 의무 마련 필요	행정청의 행정 혁신 노력 의무 신설
협업 노력 의무 신설	행정청 간 협업의 근거 마련 필요	행정청 간 협업 노력 의무 신설
4. 새로운 행정작용의 일반 절차 규정 도입		
행정계획 신설	행정계획에 관한 일반적 규정 부재	행정계획 수립 시 공통절차 규정
확약의 절차 등 신설	국민 신뢰 증진을 위한 확약 제도화 필요	확약의 절차 등 기본 사항 규정
인·허가의제 처분기준 통합 공표 신설	국민이 처분기준을 각각 확인하는 불편	처분 기준을 통합 공표하도록 규정

2. 「행정기본법」의 제정과정에서 이관된 사항

(1) 확약(행정절차법 개정안 제40조의2)

행정이 국민에게 다양한 약속을 하고 이를 통하여 국민의 신뢰를 조성함으로써 행정목적 달성을 도모하고자 하는 경우가 증가하고 있으므로, 이를 명문화하여 그 요건 및 법적 효과를 명확하게 할 필요가 있다. 이에 따라 행정기본법 입법예고안에서는 행정청이 어떠한 처분을 장래에 하거나 하지 않을 것을 사전에 약속하는 것을 확약으로 정의하고, 문서로써 확약을 하도록 확약의 형식을 명문화함으로써 향후 증명의 편의성을 도모하고 행정청의 신중한 결정을 유도하였다. 확약을 하는 행정청은 다른 행정청과의 협의 등의 절차를 거쳐야 하는 처분에 대하여 확약을 하려는 경우에는 확약을 하기 전에 미리 그 절차를 거치도록 하였다. 또한, 확약은 원칙적으로

기속력이 발생하도록 하고, 그 예외로서 ‘확약을 한 후에 확약의 내용을 이행할 수 없을 정도로 법령등이나 사정이 변경된 경우’ 또는 ‘확약이 위법한 경우’를 명시하였다. 위와 같은 기속력의 배제사유와 그밖에 확약을 이행할 수 없는 사유가 발생한 경우에는 행정청은 지체 없이 확약의 상대방에게 그 사실을 통지하도록 하였다.

확약의 경우에도 처분처럼 위법·부당한 경우 취소·철회할 수 있는 규정과 중대한 공익상 필요에 따라 철회한 경우 보상규정을 두는 방안도 논의가 되었다. 그러나 확약의 법적 성질(처분성 인정 여부)에 대한 합의가 이루어지지 않았고, 확약이 이행될 수 있는 행정영역의 다양성 등을 고려할 때 확약의 취소·철회 가능성과 그 보상의 명문화에 신중할 필요가 있어 확약 불이행 시 상대방에 대한 통지 의무만 부여하는 것으로 정리되었다.

행정절차법 개정안 제40조의2에서는 “법령 등에서 당사자가 신청할 수 있는 처분을 규정하고 있는 경우”로 적용대상을 한정한 것 외에는 위와 같은 행정기본법 입법예고안이 그대로 반영되어 있는데, 제1항 및 제2항에서 확약의 정의와 문서주의, 제3항에서 다른 행정청과의 협의 등의 절차, 제4항에서 확약의 기속력이 배제되는 경우, 제5항에서 확약을 이행할 수 없는 경우의 통지의무 등을 규정하고 있다.

(2) 위반사실 등의 공표(행정절차법 개정안 제40조의3)

위반사실 등의 공표는 법령에 따른 의무를 위반한 경우 위반한 자의 성명·법인명, 위반사실 또는 의무 위반을 이유로 한 시정명령이나 제재적 처분을 받은 사실 등을 일반에게 공개하여 위반자의 명예심을 자극하여 의무이행을 확보하는 수단이다. 위반사실 등의 공표는 일정한 사실을 일반에게 알리는 행위로서 그 자체로는 법적효과가 발생하지 않으나 위반자의 명예와 신용을 손상시키는 등의 기본권을 침해할 우려가 있다. 이에 따라 위반사실 등을 공표하는 때에는 법률에 근거를 두도록 하고 당사자에게 공표의 대상이 되는 위반사실 등을 통지하고 의견제출의 기회를 부여하는 사전적인 권리보호 절차를 마련할 필요가 있다. 또한, 행정청이 보다 신중하게 사실을 확인하여 위반사실 등을 공표함으로써 타인의 명예·신용 등의 법익을 침해하지 않도록 하는 등 위법한 공표로 인한 국민의 권리침해를 미연에 방지할 필요가 있다.

그리하여 행정기본법 입법예고안에서는 행정청이 위반사실 등을 공표하기 위해서는 법률에 근거하도록 법률유보의 원칙을 명시하였다. 또한, 행정청의 공표가 타인의 명예 등을 훼손할 우려가 있으므로, 신중하게 사실을 조사하여 객관적이고 타당한 증거와 근거를 바탕으로 위반사실 등을 공표하도록 엄격한 확인의무를 부여하였다. 아울러 위반사실 등의 공표도 불이익 처분처럼 원칙적으로 사전통지 및 의견제출 기회를 제공하도록 하여 사전적인 절차적 보호장치를 마련하였다.

이와 함께 정보통신기술의 발전으로 인하여 위반사실 등을 공표하면 당사자의 명예를 훼손하거나 신용에 불이익을 미치는 효과가 빠르게 파급될 수 있기 때문에 공표 전에 당사자가 의무를 이행하면 공표를 면제할 수 있는 규정을 두었다. 또한 공표된 내용이 사실과 다르거나 해당 처분이 취소되면 행정청은 당사자가 거부하지 않는 한 이를 정정하여 공표하도록 규정하여, 공표에 대하여 결과제거청구권이 인정되는지에 관한 견해의 대립을 입법을 통하여 해결하였다.

참고로, 국민의 생명·신체와 같은 중대한 법익을 보호하기 위하여 식품, 제품, 기술, 물질 등에 존재할 가능성이 있는 위해성에 관한 정보를 긴급히 제공하여야 할 필요가 있는 경우 일반인의 예방적 주의의무를 촉발하는 경고 목적의 공표를 ‘경고적 공표’로 분류하여 규정하는 방안도 논의되었었다. 경고적 공표의 경우에도 당사자의 권리를 보호하기 위하여 사전절차의 보장, 행정청의 확인의무, 정정공표에 관한 규정이 준수되어야 한다는 것이다. 그런데, 경고적 공표는 입법례가 많지 않고 그 개념과 법적 성질에 대한 논란이 있어서, 추후의 과제로 남기고 추가적인 연구 후에 규정 여부를 검토하기로 하였다.

행정절차법 개정안 제40조의3에서도 행정기본법 입법예고안의 내용과 거의 유사하게 규정하면서 공표의 방법과 의견제출 방법 등을 추가하였다. 제1항에서 위반사실 등의 공표에 대한 법률유보, 제2항에서 행정청의 엄격한 확인의무, 제3항에서 사전통지와 의견제출 기회의 부여, 제4항에서 의견제출의 방법, 제5항에서 제출의견의 반영 등, 제6항에서 공표의 방법, 제7항에서 당사자가 의무를 이행한 경우 공표를 하지 않을 수 있다는 점, 제8항에서 정정공표와 그 기간 등을 규정하고 있다.

(3) 행정계획(행정절차법 개정안 제40조의4)

오늘날 행정의 임무를 효과적으로 달성하기 위하여 행정의 독자적 행위형식인 행정계획이 다수의 개별법에서 활용되고 있다. 특히 국민의 권리·의무에 큰 영향을 미치는 행정계획에 대해서는 통일적으로 규율하여 행정계획의 표준적 사항을 마련하고, 개별법에서 이를 규율하는 때에 입법의 기준이나 방향을 제시할 필요가 있다. 이에 따라 자문위원회에서는 행정계획의 수립·변경 절차와 그 과정에서의 사전절차적 보장을 중심으로 규율하는 방안이 논의되었다.

행정기본법안에서 설정한 규율대상은 국민의 권리·의무에 중대한 영향을 미치는 이른바 ‘구속적 계획’(또는 공공사업계획)을 중심으로 규율하는 방안이 논의되었다. 그런데, 행정계획 분야는 개별법마다 계획의 절차, 효력 등이 다양하기 때문에 구속적 계획의 적용범위를 정하는 문제가 해결되지 못하였다. 이를 유형화하여 행정기본법안의 적용 대상으로 특정하려면 개별 법령상 행정계획에 관한 전반적 조사·분석이 선행되어야 하고, 그 이후에 조문을 구체화 할 수 있다는 결론에 도달한 것이다. 이에 따라 장기적으로 행정계획이 행정기본법안의 규율대상임을 명확히 한다는 차원에서 형량명령과 같은 일반적·선언적 규정만 두기로 하고, 행정계획 수립에서의 사전절차적 보장은 「행정절차법」의 행정예고를 따르도록 규정하는 선에서 정리되었다.

한편, 행정절차법 개정안 제40조의4에서는 행정계획 중 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 계획에 한정하여 규율하고 있다. 당초 행정절차법 입법예고안에서는 제1항에 행정기본법 입법예고안과 같은 형량명령에 관한 규정을 두고, 제2항에서는 행정기본법안에 관계기관 협의 절차를 추가하였으며, 제3항에서는 의견제출, 청문 또는 공청회 등의 의견청취의 근거를 규정하였다.

그러나 행정절차법 입법예고안 제3항의 행정계획에 대한 의견제출과 공청회 절차는 같은 법 제46조 및 제47조에 따른 행정청의 계획에 대한 행정예고 절차와 중복되는 내용이어서 제외되었고, 입법예고안 제2항의 경우도 관계 행정청과의 협의 의무 대상인 행정계획의 범위를 명확하게 한정하기 어렵다는 점을 고려하여 행정기본법 입법예고안과 같이 형량명령 규정만 두는 것으로 하여 행정절차법 개정안이 국회에 제출되었다.

VI. 결론에 갈음하여

「행정기본법」의 제정은 행정영역에도 입법·해석·집행의 기준과 원칙이 되는 일반법이 생기게 되었다는 점에서 의미가 크다. 이러한 실체적 측면 외에도 「행정기본법」은 다른 입법과 달리 정부가 주도하기보다는 행정법학계와 법조계 등이 혼연 일체가 되어 제정되었다는 점에서도 의미를 부여할 수 있다.

「행정기본법」의 제정과정을 돌이켜보면, 중앙과 지방의 공무원들에게 의견을 개진할 기회를 충분히 제공하였다고 평가할 수 있다. 3개월의 공식적인 협의기간뿐만 아니라 대규모 현장 설명회를 통한 추가적인 의견개진의 기회까지 제공하였다. 다만 일반 국민이나 시민단체, 그리고 산업계·경제계 등이 입법과정에 참여가 부족했던 부분은 아쉬움으로 남는다.

한편, 행정법 총칙에 해당하는 부분을 실체적 사항과 절차적 사항으로 분리하여 「행정절차법」과 별개로 입법을 하고 해석·적용하는 것은 현단계에서 불가피한 선택이었다고 하더라도 바람직하다고 볼 수는 없다. 특히 신고에서 본 것처럼 수리를 요하는 신고는 「행정기본법」에서 규율하고 수리를 요하지 않는 신고는 「행정절차법」에서 규정하는 것은 입법경제적으로나 입법의 효과적 측면에서도 적절하지 못하다. 따라서 법제처와 행정안전부 등 관계부처, 학계·법조계·연구계 등 전문가 그룹이 행정법제 통합을 위한 논의기구를 조속히 구성할 필요가 있다.

체계적 측면의 통합 논의와 함께 「행정기본법」의 내용을 지속적으로 보완하고 개선하는 노력도 병행되어야 한다. 이번에 제정된 「행정기본법」은 학설과 판례에서 확립된 것으로서 정부와 학계·법조계 등이 컨센서스를 이룬 것들만 우선 법제화한 것이다. 따라서 국민의 권익보호나 행정의 혁신 측면에서 더욱 보완·발전시킬 내용의 연구·검토가 필요하다.

그러한 사항으로서 행정의 법원칙으로서 ‘효율성(능률성)의 원칙’ 등의 추가,⁷⁰⁾ 공법상 계약 대상의 구체화와 ‘처분에 갈음하는 공법상 계약’의 도입,⁷¹⁾ 취소와

70) 김남진, “행정의 법 원칙의 성문법원화”, 「학술원통신」 제326호, 대한민국 학술원, 2020, 11-12쪽. 한편, 효율성의 원칙에 관한 상세한 논의는, 조태제, “행정법상 효율성의 원칙”, 「공법학연구」 제5권 제1호, 한국비교공법학회, 2004, 43쪽 이하 참조.

71) 참고로 독일 연방 내무부는 1999년 말부터 2001년 말까지 ‘행정절차법심의위원회’를 구성하여 30여년간

철회에서 재산상 불이익의 조정 또는 손실보상,⁷²⁾ 재심사 청구대상과 신청주체 확대, 대항제도, 지위의 승계와 제재사유 및 제재적 처분의 효과에 대한 승계 등은 다음 개정법안에 반영될 것이라고 기대된다. 그밖에도 처분의 무효사유, 하자의 치유와 전환, 구속적 행정계획의 범위와 수립 절차 등 자문위원회에서 추후의 과제로 넘긴 의제들의 보완과 미래 행정 수요에 대비한 새로운 제도 도입⁷³⁾ 등에 대한 지속적인 연구가 요청된다.

거의 변경되지 않고 운영되어 온 독일 「연방행정절차법」 제54조 이하의 공법상 계약에 대한 개정을 논의하였는데, 행정행위 대체 계약의 강조 불필요성, 종속계약과 대등계약의 구분 삭제, 새로운 협력계약 규정의 도입 등의 개선안을 제시하였다(이상해, “독일행정절차법에서 공법상 계약의 개정과 공사협력의 입법 논의”, 「법학연구」 제45권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2004, 228쪽 이하).

72) 현행법에도 철회에 있어서 손실보상규정이 없는 것은 아니다. 가령 「국유재산법」 제36조 제3항, 「공유재산 및 물품관리법」 제25조 제3항, 「광업법」 제34조 제3항, 「기업도시개발 특별법」 제9조 제4항, 「도로법」 제99조, 「하천법」 제77조, 「수산업법」 제81조가 그것인데, 그 집행실태 등을 분석하여 향후 행정기본법의 개정에 반영할 필요가 있다.

73) 김남진, “인공지능(AI) 기술의 진전과 공법학의 변용”, 「학술원통신」 제321호, 대한민국 학술원, 2020; 김남진, “산업혁명시대와 중요 법적 문제”, 「학술원통신」 제319호, 대한민국 학술원, 2020; 김남진, “행정법 제 고문단 간담회 참가기”, 「학술원통신」 제316호, 대한민국 학술원, 2019 등 참조. 김남진 교수는 위 글들을 통해 행정기본법이 시대에 적합하여야 한다는 점을 강조하면서, 4차 산업혁명시대를 맞아 새로운 패러다임으로 등장하고 있는 ‘초연결사회’, ‘지능정보사회’, ‘안전사회’와 관련한 법적문제를 새로운 입법과제로 제시하고 있다.

참고문헌

I. 단행본

- 국회사무처, 법제 이론과 실제, 2016.
- 김남진·김연태, 행정법 I, 제25판, 법문사, 2021.
- 박균성, 행정법론(상), 제19판, 박영사, 2020.
- 박영도, 입법학 입문, 한국법제연구원, 2008.
- 법제처, 법령 입안·심사기준, 2020.
- 법제처, 일본 법제업무 편람, 2008.
- 하명호, 행정법, 제3판, 박영사, 2021.
- 하명호, 행정쟁송법, 제5판, 박영사, 2021.

II. 논문

- 김남진, “산업혁명시대와 중요 법적 문제”, 「학술원통신」 제319호, 대한민국 학술원, 2020.
- 김남진, “인공지능(AI) 기술의 진전과 공법학의 변용”, 「학술원통신」 제321호, 대한민국 학술원, 2020.
- 김남진, “행정법의 법전화”, 「법제」 제691호, 법제처, 2020.
- 김남진, “행정법제 고문단 간담회 참가기”, 「학술원통신」 제316호, 대한민국 학술원, 2019.
- 김남진, “행정의 법 원칙의 성문법원화”, 「학술원통신」 제326호, 대한민국 학술원, 2020.
- 김대인, “행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰”, 「법제연구」 제59호, 한국법제연구원, 2020.
- 김용섭, “행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의”, 「인권과 정의」 제491호, 대한변호사협회, 2020.
- 김중권·김영수, “21세기 국가모델을 위한 가치 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 「공법 연구」 제41집 제3호, 한국공법학회, 2013.
- 김현준, “기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류”, 「법조」 제68권 제4호, 법조협회, 2019.
- 박정훈, “입법체계상 기본법의 본질에 관한 연구-일본의 기본법을 중심으로-”, 「법조」 제58권 제12호, 법조협회, 2009.
- 백옥선, “행정기본법(안)의 이의신청 조항에 대한 검토 및 향후 법적 과제”, 「법제연구」 제59호, 한국법제연구원, 2020.
- 신상민, “처분의 변경신청권과 행정행위의 재심사”, 「행정판례연구」 XXIII-1, 박영사, 2018.
- 유광해, “개별행정법상 이의신청제도의 현황 검토”, 「법조」 통권 제689권, 법조협회, 2014.
- 이상학, “행정기본법 제정안의 평가와 주요쟁점 검토”, 「공법학연구」 제21권 제4호, 한국비교공법학회,

- 2020.
- 이상해, “독일행정절차법에서 공법상 계약의 개정과 공사협력의 입법논의”, 「법학연구」 제45권 제1호, 부산대학교 법학연구소, 2004.
- 이재훈, “「행정기본법」(안)상 신고제에 대한 연구”, 「공법학연구」 제21권 제4호, 한국비교공법학회, 2020.
- 이진수, “「행정기본법」제정의 의미와 평가”, 「법제연구」 제59호, 한국법제연구원, 2020.
- 이현수, “포스트 코로나 시대 행정기본법의 역할”, 행정법 혁신과 나아갈 미래: 2020 행정법포럼 자료집, 2020.
- 정호경, “행정기본법의 주요쟁점-행정작용법을 중심으로”, 행정법 혁신과 나아갈 미래: 2020 행정법포럼 자료집, 2020.
- 조태제, “행정법상 효율성의 원칙”, 「공법학연구」 제5권 제1호, 한국비교공법학회, 2004.
- 홍정선, “「행정기본법」 국회 제출안의 주요 내용 및 제정의 의미”, 행정법 혁신과 나아갈 미래: 2020 행정법포럼 자료집, 2020.

논문 투고일: 2021. 04. 22.

심사 완료일: 2021. 06. 05.

게재 확정일: 2021. 06. 22.

[Abstract]

The Legislative Process and Main Contents of 「General Act on Administration」

Chae, Hyangseok* · Ha, Myeong-Ho**

Although administrative statutes or regulations account for more than 90% of about 5,000 ones, there has been no general Act that stipulates the principles and general matters regarding administration. As a result, the administrative law system has been complicated, such as identical or similar matters being prescribed differently by individual statutes, which often damaged the predictability and legal stability of administration by causing confusion not only for the people but also for public officials.

Thus, 「General Act On Public Administration」, the purpose of which is to ensure democracy in and legality of administration and to enhance the appropriateness and efficiency thereof by prescribing principles and general matters regarding administration, thereby contributing to the protection of the rights and interests of citizens(Article 1), was enacted and promulgated on March 23, 2021. However, few other countries have legislative precedents that stipulate these contents. Therefore, 「General Act On Public Administration」 was created in accordance with the unique legislative model of Korea, and it is the result of integrating the capabilities and experiences of the Korean administrative law academia and administrative practice.

In view of functioning as general provisions of administrative law while maintaining system consistency with individual Acts, the name “「General Act On Public Administration」” was adopted in consideration of the extendability of incorporating individual Acts into a single Act. The main contents of 「General Act On Public Administration」 are as follows. Chapter 1 provides purpose, definitions, calculation of period for administration, and Chapter 2 on legal principles of administration provides principle of rule of law in administration, principle of equality, principle of proportionality, duty of good faith and principle of prohibition of abuse of authority.

Chapter 3, administrative action, specifies dispositions(standards for application of law, effects of dispositions, grounds for disqualification, subordinate clauses, revocation of illegal or unjust dispositions, withdrawal of legitimate dispositions, automatic dispositions, standards of exercising discretion, standards for sanctions and limitation period for sanctions), deemed authorization or

* Director General, Ministry of Government Legislation

** Professor, Korea University School of Law

permission, contracts under public law, penalty surcharges, administrative compulsion, other administrative actions(effects of reports depending on acceptance, fees and usage fees), raising of objections to disposition and reexamination. Chapter 4 on legislative activities, etc. of administration stipulates legislative activities of administration, improvement of administrative legislation, interpretation of statutes or regulations. On the other hand, 「General Act On Public Administration」 will be revised to newly add administrative plans, publication of violations, and guaranteed, etc. that were discussed during the development of 「General Act On Public Administration」.

「General Act On Public Administration」 is preferentially enacted only those that formed consensus on the matters established by theories and precedents between the government, academia, and legal profession. Therefore, it is necessary to do research and review the contents that will be further complemented and improved in terms of the protection of the rights and interests of citizens or administrative innovation. In particular, legislative efforts are needed to integrate with 「the Administrative Procedure Act」 to become a general theory of administrative law worthy of its name.

Key Words: General Act On Public Administration, Administrative Procedure Act, Advisory Committee on Administrative Legislation Innovation, Legislative Procedure of General Act On Public Administration, Main Contents of General Act On Public Administration, Principles and General Matters regarding Administration