

## 「행정기본법」 제정의 의미와 평가

이진수\*

「행정기본법안」은 “행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함”을 목적으로 한다. 「행정기본법안」은 법제처 주도로 정부입법으로 마련되었다.

국회에 제출된 「행정기본법안」은 총 4장, 43조로 구성되어 있다. 제1장은 ‘총칙’, 제2장은 ‘행정의 법 원칙’을 규정한다. 제3장은 ‘행정작용’에 관하여 규정한다. 제4장은 ‘행정의 입법활동 등’에 관하여 규정한다. 본 연구에서는 「행정기본법안」의 주요내용을 살펴보고 「행정기본법」의 제정이 갖는 의미를 살펴보았다. 필자는 「행정기본법안」이 갖는 의미를 1) 행정법의 총론적 규정의 입법, 2) 국민의 권리구제 확대, 3) 행정의 입법기능에 대한 규율이라는 세 가지로 유형화하여 검토하였다. 또한, 「행정기본법」의 제정은 행정활동에 대한 행위규범의 정립이라는 의미를 갖는다는 점을 강조하였다. 그리고 「행정기본법안」의 제정과정을 통하여 새로운 정부입법 모델을 제시하였다는 의미도 함께 강조하였다.

「행정기본법안」은 학계와 정부의 의견이 상당 부분 모아진 법안이라는 점, 대부분의 조항들이 학계의 통설과 판례 등을 통하여 이미 적용되고 있는 법리들을 성문화한 것이라는 점, 법률안 제5조 제1항에서 다른 법률에 우선하는 효력을 부여하지 않고, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 그 법률을 먼저 적용하도록 규정하고 있다는 점 등을 감안해 본다면, 조속한 입법이 진행되어도 무방할 것이라는 생각이다. 연방행정절차법 제정을 두고 오랜 시간 긴 논쟁이 있었던 미국과 독일의 경우와는 우리의 상황은 큰 차이가 있다고 할 수 있기 때문이다. 「행정기본법」의 조속한 입법을 기대한다.

**주제어:** 행정법, 행정기본법, 성문법, 법전화, 기본법

\* 서울대학교 행정대학원 조교수, 법학박사(행정법), 변호사(jsrh75@snu.ac.kr)

## 목 차

- I. 서론
- II. 「행정기본법안」의 주요 내용에 대한 검토 및 평가
  - 1. 행정법의 총론적 규정의 입법
  - 2. 국민의 권리구제 확대
  - 3. 행정의 입법활동에 대한 규율
- III. 「행정기본법안」에 대하여 현재까지 지적된 쟁점에 대한 검토
  - 1. ‘기본법’의 명칭 문제
  - 2. ‘적극행정의 추진’ 조항
- IV. 「행정기본법안」의 행정실무에서 갖는 의미 고찰
  - 1. 행정의 행위규범의 정립
  - 2. 새로운 정부입법 모델 제시
- V. 결론

### I. 서론

「행정기본법안」은 “행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함”을 목적(동 법률안 제1조 참조)으로, 2020년 7월 8일 의안번호 제2101632호로 국회에 제출되었다. 동 법률안은 2020년 7월 9일에 소관상임위원회인 법제사법위원회에 회부되었고, 9월 21일에 법안심사소위원회에 회부되어 현재 심의 중이다.

「행정기본법안」은 법제처 주도로 정부입법으로 마련되었다. 2019년 9월에 행정기본법 제정안 마련을 위한 행정법제혁신자문위원회가 구성되어 2020년 2월에 제정안을 마련하였다. 제정안은 2020년 3월부터 입법예고와 여러 차례의 공청회 및

부처협의를 거쳐 수정되었고 재입법예고를 거쳐 2020년 7월에 국회에 제출되었다.

국회에 제출된 「행정기본법안」은 총 4장, 43조로 구성되어 있다. 동 법률안은 행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함을 목적으로 한다(제1조 참조). 법률안의 편제를 간략히 소개하면 다음과 같다. 제1장은 ‘총칙’으로, 제1절 ‘목적 및 정의 등’에서는 목적(제1조), 정의(제2조), 국가와 지방자치단체의 책무(제3조), 적극행정의 추진(제4조), 다른 법률과의 관계(제5조)를 규정한다. 제2절은 ‘기간의 계산’으로, 행정에 관한 기간의 계산(제6조), 법령등 시행일의 기간 계산에 관한 특례(제7조)를 규정한다.

제2장은 ‘행정의 법 원칙’을 규정한다. 여기에서는 법치행정의 원칙(제8조), 평등의 원칙(제9조), 비례의 원칙(제10조), 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조), 신뢰보호의 원칙(제12조), 부당결부금지의 원칙(제13조)을 규정한다.

제3장은 ‘행정작용’에 관하여 규정하는데, 처분(제1절), 인허가의제(제2절), 과징금(제3절), 공법상 계약(제4절), 행정상 강제(제5절), 그 밖의 행정작용(제6절), 처분에 대한 이의신청 및 재심사(제7절)를 규정한다. 제1절 ‘처분’에서는 법 적용의 기준(제14조), 처분의 효력(제15조), 결격사유(제16조), 부관(제17조), 위법 또는 부당한 처분의 취소(제18조), 적법한 처분의 철회(제19조), 자동적 처분(제20조), 재량행사의 기준(제21조), 제재처분의 기준(제22조), 제재처분의 제척기간(제23조)에 관하여 규정한다. 제2절 ‘인허가의제’에서는 인허가의제의 기준(제24조), 인허가의제의 효과(제25조), 인허가의제의 사후관리(제26조)를 규정한다. 제3절 ‘과징금’에서는 과징금의 기준(제27조), 과징금의 납부기한 연기 및 분할 납부(제28조)를 규정한다. 제4절 ‘공법상 계약’에서는 공법상 계약의 체결(제29조), 공법상 계약의 변경·해지 및 무효(제30조)에 관하여 규정한다. 제5절 ‘행정상 강제’에서는 행정상 강제(제31조), 이행강제금의 부과(제32조), 직접강제(제33조), 즉시강제(제34조)를 규정한다. 제6절 ‘그 밖의 행정작용’에서는 수리 여부에 따른 신고의 효력(제35조), 수수료 및 사용료(제36조)에 관하여 규정한다. 제7절 ‘처분에 대한 이의신청 및 재심사’에서는 처분에 대한 이의신청(제37조), 처분의 재심사(제38조)에 관하여 규정한다.

제4장은 '행정의 입법활동 등'에 관하여 규정한다. 여기에서는 행정의 입법활동(제39조), 규제에 관한 법령등의 입안·정비원칙,(제40조), 행정법제의 개선(제41조), 법령해석(제42조), 정부 법제업무 운영규정(제43조)을 규정한다.

부칙에서는 시행일(제1조), 제재처분의 제척기간에 관한 적용례(제2조), 공법상 계약에 관한 적용례(제3조), 행정상 강제 조치에 관한 적용례(제4조), 처분에 대한 이의신청에 관한 적용례(제5조), 처분의 재심사에 관한 적용례(제6조)를 규정한다.

「행정기본법안」이 아직 국회에서 본격적으로 심의되지 않은 시점에서 동 법률안 제정의 의미를 논의하고 평가하는 것은 시기상조가 아닌가 하는 우려가 들기도 하지만, 한편으로는 오히려 입법을 앞둔 현시점이 「행정기본법안」이 현재 우리의 행정에 필요한지, 필요하다면, 동 법률 제정의 의미를 어떻게 평가할 수 있는 것인지에 대한 논의가 진정으로 필요한 때라고 여겨지기도 한다.

이에 본 연구에서는 「행정기본법안」이 가지는 의미를 평가해보려는 목적에서, 거시적 관점에서 「행정기본법」 제정이 우리 행정의 실무에 있어서 갖는 의미를 살펴보고자 한다.<sup>1)</sup> 이를 위해 먼저, 「행정기본법안」의 주요 내용을 소개하고 이를 중심으로 하여 법안내용을 검토하고(Ⅱ.), 「행정기본법안」에 대하여 현재까지 공간된 연구논문을 통하여 지적된 쟁점에 대하여 검토한 후(Ⅲ.), 「행정기본법」 제정이 행정실무에 미치게 될 영향을 예측·평가해보고자 한다(Ⅳ.).

1) 최근에 「행정기본법안」의 내용과 각 조항에 대한 심도 있는 연구가 우리 행정법학계에서 활발하게 진행되고 있습니다. 하지만 몇 편의 연구논문을 제외하고는 아직 학술대회 발표문 등이 공간되지 않은 상황이라 이러한 연구결과들을 본 연구에서 인용하고 함께 논의하지 못하는 점에 대한 아쉬움이 큼니다. 필자 역시도 「행정기본법」 제정안 마련을 위한 행정법제혁신자문위원회에 참여할 수 있는 감사한 기회를 통하여 법안의 제정과정을 관심 있게 지켜볼 수 있었고 개별 조항의 내용에 대한 몇 가지 의견도 가지고 있습니다. 다만, 본 연구는 개별 조항의 내용에 대한 찬반론보다는 거시적인 관점에서 법안 제정의 의미를 살펴보는 방향으로 진행하고자 합니다.

## II. 「행정기본법안」의 주요 내용에 대한 검토 및 평가

국회에 제출된 「행정기본법안」의 ‘주요내용’에서는 동 법률안의 주요내용으로 1) 행정의 법 원칙을 명문화하였다는 점, 2) 법령 등 개정 시 신법과 구법의 적용 기준을 명확하게 하였다는 점, 3) 위법 또는 부당한 처분의 취소 및 적법한 처분의 철회를 개념적으로 구분하여 규정하였다는 점, 4) 인공지능 시대에 대비하여 자동적 처분에 관하여 규정하였다는 점, 5) 제재처분의 제척기간 제도를 도입하였다는 점, 6) 인·허가의제의 공통 기준을 정하였다는 점, 7) 공법상 계약에 관하여 규정하였다는 점, 8) 이른바 수리를 요한 신고에 관하여 규정하였다는 점, 9) 처분에 대한 이의신청 제도를 확대하였다는 점, 10) 처분의 재심사 제도를 도입하였다는 점, 11) 규제에 관한 법령 등의 입안·정비원칙을 규정하였다는 점 등을 제시하고 있다.

위에서 소개한 「행정기본법안」의 주요 내용이 갖는 의미를 필자는 1) 행정법의 총론적 규정의 입법, 2) 국민의 권리구제 확대, 3) 행정의 입법기능에 대한 규율이라는 세 가지로 유형화하여 검토하고자 한다.

### 1. 행정법의 총론적 규정의 입법

행정법은 “민법전이나 형법전 또는 상법전과 같은 통칙적 규정을 정한 행정법전이 제정되어 있지 않고, 현실적으로 잡다한 법규의 집합체로 이루어져”<sup>2)</sup> 있으며, 특히 총칙에 해당하는 부분이 성문화되어 있지 않아서 그 결과로 구체적인 경우에 적용법규가 결여되는 경우가 발생할 수 있다는 특징을 가지고 있다.<sup>3)</sup> 실제 우리 행정에 있어서도 대부분의 실정 법률이 행정법에 속하고,<sup>4)</sup> 「행정절차법」, 「행정대집행법」, 「행정소송법」, 「행정심판법」, 「국가공무원법」, 「지방자치법」 등 행정법

2) 서원우, 현대행정법론(상), 박영사, 1985, 152면.

3) 김남진, 행정법의 기본문제, 법문사, 1989, 55면; 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1986, 192면; 김동희, 행정법1, 박영사, 2019, 110면; 김철용, 행정법, 고시계사, 2020, 69면; 변재욱, 행정법강의1, 박영사, 1989, 152면; 석종현, 행정법강의1, 삼영사, 1998, 68면; 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1987, 193면 등 참조.

4) 법제처에 따르면, 2019년 6월 기준 국가법령 4,786개 중에서 4,400여건 이상이 행정법령에 해당한다고 한다. 법제처 인터넷홈페이지(<https://www.moleg.go.kr/menu.es?mid=a10111010000>) 참조.

체계의 근간을 이루는 중요한 법률들이 이미 제정·시행되고 있지만, 행정 전반에 적용되는 통칙적 규정을 정한 법률이 존재하지 않는다는 이른바 ‘법의 흠결’ 문제는 오늘날에도 여전히 지적되고 있다.<sup>5)</sup>

주지하다시피 행정에 대한 일반법전으로 기능하는 성문법전을 보유하고 있는 국가들도 있다. 1976년에 제정된 독일의 연방행정절차법(Bundesverwaltungsverfahrensgesetz)이나 1994년에 제정된 네델란드의 일반행정법전(Algemene wet bestuursrecht)<sup>6)</sup>이 행정에 대한 일반법전의 중요한 예시라고 할 수 있다. 독일에서는 연방행정절차법 제정을 통하여 종래에 흩어져있던 행정법 규정들이 통합되어 통일화(Rechtsvereinheitlichung) 될 수 있었다.<sup>7)</sup> 실제로 통일적 규율을 통한 법적 안정성이 연방행정절차법 제정 과정에서 증시되었다.<sup>8)</sup> 특히 행정법 총론 영역에서는 명문화되지 않았던 행정법의 기본원칙들이 명문의 규정으로 성문화되었고, 이를 통하여 모호성을 제거할 수 있었다는 점이 중요하게 평가되고 있다.<sup>9)</sup>

이러한 독일에서의 평가를 우리에게 적용해본다면, 우리의 「행정기본법안」에서도 특히 불문법원으로 적용되어오던 행정법의 일반원칙들, 즉, 법치행정의 원칙(제8조), 평등의 원칙(제9조), 비례의 원칙(제10조), 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조), 신뢰보호의 원칙(제12조), 부당결부금지의 원칙(제13조) 등을 성문화하였다는 점을 높이 평가할 수 있을 것이다. 이러한 원칙들은 실제로는 판례를 통하여 행정작용에 대한 위법성 판단의 기준으로 적용되고 있음에도 성문법적 근거가 없이 불문법원으로 적용된다는 한계가 있었다. 「행정기본법안」에서 이러한 행정법의 일반원칙들을 성문화함으로써, 일선의 공무원들이 보다 명확하게 해당 법원리를 인식하고 적용할 수 있게 하였다는 점에서 법적용의 모호성을 제거하였다

5) 김남철, 행정법강론, 박영사, 2018, 37-38면; 김성수, 일반행정법, 홍문사, 2010, 153면; 김유환, 현대행정법강의, 법문사, 2020, 66면; 류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2016, 38-39면; 박군성, 행정법론(상), 박영사, 2019, 37면; 박윤흔, 최신행정법강의(상), 박영사, 2004, 58-59면; 정하중, 행정법개론, 법문사, 2020, 30-31면; 하명호, 행정법, 박영사, 2019, 67면; 한건우, 현대행정법신론1, 세창출판사, 2014, 10면; 홍준형, 행정법, 법문사, 2017, 27-28면.

6) 네델란드 일반행정법전의 제정경과에 관하여는 윤강욱·박훈민, “네델란드 일반행정법전(Algemene wet bestuursrecht)상 행정절차에 관한 소고”, 행정법연구 제50호, 행정법이론실무학회, 2017, 111-112면 참조.

7) Maurer·Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl, S.115 참조.

8) Pünder in: Ehlers·Pünder, AllgVerwR, 15. Aufl, §13 Rn 5 참조.

9) Maurer·Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl, S.115 참조.

는 의미도 함께 부여할 수 있을 것으로 생각된다.

다음으로, 행정법총론의 가장 중요한 개념 중 하나라고 할 수 있는 ‘재량행위’와 관련하여 부관(제17조), 자동적 처분(제20조), 재량행사의 기준(제21조) 등에서 규정함으로써, ‘기속행위’와 구분되는 ‘재량행위’의 존재를 명확하게 하였다는 데에도 의미가 있다고 할 수 있다. ‘재량’과 관련하여서는 실정법에서 ‘재량행위’에 대한 규율하는 규정은 「행정소송법」 제27조와 「국세기본법」·「지방세기본법」·「관세법」에서 각각 정하고 있는 세무공무원의 재량의 한계에 관한 사항이 전부라고 할 수 있다(국세기본법 제19조, 지방세기본법 제21조, 관세법 제7조 등 참조). 재량은 공무원이 실제로 어떠한 행정처분을 함에 있어 가장 중요한 개념임에도 이에 대한 규율은 전적으로 학설과 판례에 맡겨져 있었다고 해도 과언이 아니다. 「행정기본법안」은 3개 조문에서 재량행위에 관하여 규정함으로써, 재량행위의 실정법적 근거를 분명히 하였다는 점에서도 의미를 부여할 수 있을 것으로 생각된다.

그밖에도 행정처분을 함에 있어 법령개정이 있는 경우에 구법과 신법 중 어떠한 법률을 적용할 것인지에 관한 법 적용의 기준(제14조)을 규정한 것도 행정법총론 영역의 중요한 입법내용이라고 할 수 있다.<sup>10)</sup>

「행정기본법」의 제정은 그 제안이유에서 밝히고 있는 것처럼 “행정 법령은 국가 법령의 대부분을 차지하고 국민 생활과 기업 활동에 중대한 영향을 미치는 핵심 법령이나, 그동안 행정법 분야의 집행 원칙과 기준이 되는 기본법이 없어 일선 공무원과 국민들이 복잡한 행정법 체계를 이해하기 어렵고, 개별법마다 유사한 제도를 다르게 규정하고 있어 하나의 제도 개선을 위하여 수백 개의 법률을 정비해야 하는 문제점”<sup>11)</sup>을 해결하는 것을 목적으로 하고 있다. 행정 전반에 일반적으로 적용되는 기본적 법률의 제정은 우리 학계와 실무계에서 오랜 기간 염원해온 사업이라고 할 수 있다.<sup>12)</sup> 「행정기본법」의 제정을 통하여 행정법관계에 적용되는 법률들이 비로소 완전한 체계를 갖추게 될 것이라고 평가할 수 있을 것이다.<sup>13)</sup>

10) 「행정기본법안」과 관련하여 처분시 적용법령 문제를 논한 연구로는 김남철, “처분시 적용법령(행위시법·처분시법)의 문제”, 「공법학연구」 제20권 제3호, 한국비교공법학회, 2019, 383-411면 참조.

11) 「행정기본법안」 제안이유 참조.

12) “하루바빠 행정기본법을 제정하여 행정법총론의 기능을 하도록 해야한다.”라는 견해로 김종권, 행정법, 법문사, 2019, 35면 참조.

다만, 「행정기본법」의 제정을 통하여 일거에 행정의 모든 영역에 공통적으로 적용되는 법규범을 정립할 수는 없을 것이다. 일반행정법을 행정조직법, 행정작용법, 그리고 행정구제법으로 구분할 때, 행정작용법의 영역, 그중에서도 행정절차법이 규율하는 절차적 영역을 제외한 나머지인 실제적 영역의 일부에 대하여만 적용되는 법률이 될 수밖에 없다는 한계는 당연히 존재할 것이다. 그러나 실제법적 영역에 대한 총칙적 규정이 없다는 것도 여전한 현실이기도 하다. 이러한 한계를 인식하고 법 제정 이후에도 계속하여 법의 내용을 다듬어나가야 할 것으로 생각된다.

그러한 측면에서 일반행정법의 제정에 관하여, “일반행정법을 헌법과 특별행정법의 영역들 사이에서 헌법규범의 ‘일반성’과 각 특별행정법의 ‘특수성’을 연결하는 하나의 중간영역으로 자리매김하여야”<sup>14)</sup> 한다는 견해는 앞으로 「행정기본법」의 제정 이후에도 그 규율내용을 형성해 나가는 데에 있어 시사하는 바가 크다고 생각된다.

## 2. 국민의 권리구제 확대

「행정기본법안」은 제재처분의 제척기간 제도를 도입하였다는 점, 처분에 대한 이의신청 제도를 확대하고 처분의 재심사 제도를 도입하였다는 점에서 국민의 권리구제를 확대하였다는 평가를 받을 수 있을 것으로 생각된다.

### (1) 제재처분의 제척기간 제도 도입

행정청은 법령등의 위반행위가 종료된 날부터 5년이 지나면 해당 위반행위에 대하여 제재처분(인허가의 정지·취소·철회처분, 등록 말소처분, 영업소 폐쇄처분과 정지처분을 갈음하는 과징금 부과처분을 말한다)을 할 수 없다(법률안 제23조 제1항).

13) 「행정기본법」의 제정을 행정법의 법전화(法典化)라는 관점에서 평가하는 연구로 김현준, “기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류”, 「법조」 제68권 제4호, 법조협회, 2019, 28면 이하; 유진식, 행정기본법(안)의 검토 - 행정법의 법전화의 관점에서, 행정법 혁신과 나아갈 미래, 2020행정법포럼 자료집, 한국법제연구원, 2020, 219면 이하(본 연구는 아직 공간되지 않아 부득이 발표문을 인용하였습니다. 저자 교수님의 너그러운 양해를 부탁드립니다) 등 참조. 이른바 행정법의 통합법전화에 대한 찬반논의는 서원우, 앞의 책, 58-60면; 김현준, 앞의 논문, 29면 이하 참조.

14) 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 15-16면.



종래에는 개별 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 제재처분에 정해진 제척기간이 없어서 신뢰보호원칙과 실권의 법리에 의하여 보호되지 않는 한, 상당한 기간이 경과한 후에도 제재처분을 하는 경우가 발생할 수 있었다. 이러한 경우에 국민의 법적 지위를 불안정하게 하는 문제가 발생하게 되는데, 제척기간<sup>15)</sup> 제도가 도입됨으로써 이러한 문제점이 상당 부분 해소될 수 있게 되었다고 생각된다.

## (2) 처분에 대한 이의신청 제도 확대

행정청의 처분에 이의가 있는 당사자는 처분을 받은 날부터 30일 이내에 해당 행정청에 이의신청을 할 수 있다(법률안 제37조 제1항 참조). 행정청은 제1항에 따른 이의신청을 받으면 부득이한 사유가 없으면 그 신청을 받은 날부터 14일 이내에 그 이의신청에 대한 결과를 신청인에게 통지하여야 한다(동조 제2항 참조). 제1항에 따라 이의신청을 한 경우에도 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다(동조 제3항 참조). 그리고 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 결과를 통지받은 날(제2항에 따른 통지기간 내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 같은 항에 따른 통지기간이 만료되는 날의 다음 날을 말한다)부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다(동조 제4항 참조).

행정처분에 대한 이의신청 제도는 현재 다수의 법률에 규정되어 있는데, 「민원처리에 관한 법률」 제35조에서 정하는 법정민원에 대한 행정기관의 장의 거부처분에 대한 이의신청, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제18조에서 정하는 공공기관의 정보비공개결정 또는 부분공개결정에 대한 이의신청, 「지방자치법」 제140조에서 정하는 사용료·수수료·분담금의 부과징수에 대한 이의신청 등이 대표적이라고 할 수 있다.

「행정기본법안」에서는 처분에 대한 일반적인 이의신청 제도를 규정함으로써, 개별 법률에 근거조항이 없는 경우에도 이의신청을 활용할 수 있도록 하였다. 이는

15) 일반적으로 '제척기간'은 "일정한 권리에 대하여 법률이 정하는 존속기간"을 의미하는 개념으로, 행정소송이나 심판의 제기기간, 토지수용에 관한 사업인정의 효력소멸기간 등이 그 예로 설명되고 있다(정하중, 앞의 책, 91면; 홍준형, 앞의 책, 69면 등 참조). 「행정기본법안」의 '제척기간'은 강화상 의미의 그것이라기보다는, 「국세기본법」 제26조의2 등에서 정하고 있는 부과제척기간에 해당하는 것으로 보인다.

서 국민의 권리구제 강화에 기여하였다고 평가할 수 있을 것이다.

한편, 이의신청을 거친 경우에 행정심판의 청구기간과 행정소송의 제소기간과의 관계가 문제될 수 있는데, 동 조항에서는 이의신청에 대한 결과를 통지받은 날부터 청구기간 또는 제소기간이 진행된다는 점을 명확하게 하였다는 점에서도 의미가 있다고 할 것이다.<sup>16)</sup>

### (3) 처분의 재심사 제도 도입

당사자는 처분(제재처분 및 행정상 강제는 제외)이 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다룰 수 없게 된 경우라도 처분의 근거가 된 사실관계 또는 법률관계가 추후에 당사자에게 유리하게 바뀐 경우, 당사자에게 유리한 결정을 가져다 주었을 새로운 증거가 있는 경우, 또는 「민사소송법」제451조에 따른 재심사유에 준하는 사유가 발생한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우 중에서 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 처분을 한 행정청에 처분을 취소·철회하거나 변경하여 줄 것을 신청할 수 있다(법률안 제38조 제1항 참조).

재심사 제도 도입의 핵심은 제소기간 도과 또는 쟁송절차를 모두 거친 경우에도 추후에 그 처분을 다룰 수 있도록 하여 권리구제를 확대하는 측면이 있다.<sup>17)</sup> 다만, 처분의 재심사 제도에 관하여는 현재 학계에서 다양한 견해<sup>18)</sup>들이 제시되고 있고, 법률안 부칙에 따라 공포 후 2년간의 유예기간이 있으므로 이를 활용하여 보다 깊이 있는 논의가 진행되는 것이 바람직할 것이라고 생각된다.

16) 이에 관하여는 이진수, “지방자치단체의 공유재산 사용료 부과처분에 대한 불복절차”, 「지방자치법연구」 제37호, 한국지방자치법학회, 2013, 157-183면 참조.

17) 법제처, 행정기본법 국회제출안 조문별 제정이유서, 110면 참조.

18) 재심사 제도에 대하여는 제소기간 제도를 무력하게 하여 법적 안정성을 해칠 수 있다는 견해와 재심사 제도의 인정 범위가 지나치게 좁아서 국민의 권리구제 확대에 실질적으로 기여하지 못한다는 견해가 모두 제기되고 있다.

### 3. 행정의 입법활동에 대한 규율

현행 「행정절차법」은 행정입법을 그 적용대상으로 정하지 않고 있다. 그러나 오늘날 정부에 의한 법률안 제출, 행정입법 등이 활발하고 그 중요성도 강조되고 있으므로 행정입법에 대한 일반법적 규율도 반드시 필요하다고 할 수 있다. 행정법이 발전하게 되면 행정이 ‘제1법관’이자 ‘제1입법자’로 기능하게 된다고 보는 견해<sup>19)</sup>는 이러한 행정의 입법활동의 중요성을 간파한 것이라고 할 수 있다.

「행정기본법안」은 제39조에서 행정의 입법활동에 관하여 규정하고 있다. 즉, 국가나 지방자치단체가 법령들을 제정·개정·폐지하거나 그와 관련된 활동(법률안의 국회 제출과 조례안의 지방의회 제출을 포함)을 할 때에는 헌법과 상위 법령을 위반해서는 아니되고, 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수하여야 하는 것으로 규정한다(제1항 참조). 또한, 제2항에서 행정의 입법활동이 따라야 할 기준을 제시하고 있다. 즉, 1) 행정의 입법활동은 일반 국민 및 이해관계자로부터 의견을 수렴하고 관계 기관과 충분한 협의를 거쳐 책임 있게 추진되어야 하고, 2) 법령등의 내용과 규정은 다른 법령등과 조화를 이루어야 하고, 법령등 상호 간에 중복되거나 상충되지 아니하여야 하며, 3) 법령등은 일반 국민이 그 내용을 쉽고 명확하게 이해할 수 있도록 알기 쉽게 만들어져야 한다는 것이다(제2항 참조).

「행정기본법안」에서는 행정의 입법활동에 대한 규율대상을 행정입법에 한정하지 않고 정부가 국회에 제출하는 정부입법 법률안까지 확대하고 있는데, 이는 정부입법의 비중과 중요성을 감안할 때 적절한 규율이라고 여겨진다. 오늘날 행정의 기능이 단순한 집행작용에 그치지 아니하고 행정에 의한 입법이 활발하게 이루어지고 있고 그 중요성도 크다는 점에서, 그리고 행정의 입법활동 역시 행정작용에 해당한다는 점에서 「행정기본법안」에 행정의 입법활동에 관한 규율을 규정한 것은 의미가 큰 입법이라고 평가할 수 있을 것이다.

19) 박정훈, 공법과 비교법, 한국비교공법학회 제100회 학술대회 기초연설문, 2020.11., 7면 참조.

### Ⅲ. 「행정기본법안」에 대하여 현재까지 지적된 쟁점에 대한 검토

2020년 10월 현재, 「행정기본법안」의 내용을 직접적으로 다루고 있는 논문으로 한국학술지인용색인(KCI)에서 검색가능한 것은 총 3편<sup>20)</sup>으로 확인된다. 이러한 선행연구에서 「행정기본법」 제정의 문제점에 대하여 지적하는 내용들은 경청할 가치가 충분하다고 생각된다. 이하에서는 선행연구에서 지적하고 있는 「행정기본법안」의 문제점, 즉, 기본법의 명칭 문제와 적극행정의 문제를 검토하고자 한다.

#### 1. ‘기본법’의 명칭 문제

「행정기본법」의 명칭이 갖는 문제점을 지적하고, 그 명명의 오류를 시정하여야 한다는 견해가 유력하게 주장되고 있다.<sup>21)</sup> 이하에서 그 내용을 소개한다.

##### (1) 기본법 명명의 오류를 지적하는 견해

동 견해는 “기본법이란 법률명이 붙어 있으면 모두 이를 기본법으로 수용할 것이 아니라, 기본법에 대한 정체성 있는 개념 범위를 설정한 후 기본법이라는 입법유형을 두는 실익을 뚜렷이 해야”<sup>22)</sup> 한다는 점과 “기본법성을 일탈한 개별 기본법에 대해서는 비판적으로 평가하면서, 우리나라에서 바람직한 기본법의 유형이 정립될 수 있도록 입법실무를 향도하는 방향으로 기본법론을 발전시켜야 할 것”<sup>23)</sup>이라는 점을 강조한다. 동 견해는 ‘기본법성’의 개념 요소로 1) 기본법은 계몽적 특질을 가지고, 2) 비완결적·방침적·프로그램적 성격을 가지고, 3) 별도의 입법을 통하여 실시되고, 4) 부처횡단적 추진본부를 두는 경우가 많고, 5) 권리의무에 직접 영향을 주는 규율로서의 성격이 약하고, 6) 벌칙규정을 두는 예는 거의 없다는 특징

20) 김중권·김영수, “21세기 국가모형을 위한 가치 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 「공법연구」 제41집 제3호, 한국공법학회, 2013, 29-49면; 김용섭, “행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의”, 「인권과 정의」 제491호, 대한변호사협회, 2020, 4-7면; 김현준, 앞의 논문, 7-41면 등 참조.

21) 김현준, 앞의 논문, 7-41면 참조.

22) 김현준, 앞의 논문, 18면.

23) 김현준, 앞의 논문, 18면.

을 제시한다.<sup>24)</sup> 그리고 이를 근거로 「행정기본법안」은 국민 계몽적 입법도 아니고, 방침적·프로그램적 입법도 아니며, 주로 국민의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 내용들로 채워져 있고, 부처횡단적 차원의 중대한 특정 국정과제를 수행할 목적도 담고 있지 않은 반면, 별칙규정은 포함이 예정되어 있는 등 기본법의 특질에 해당하는 요소들을 거의 갖추지 않고 있다고 평가한다.<sup>25)</sup>

동 견해는 “기본법을 정체성 없이 사용하는 것은 문제일 뿐만 아니라, ‘기본’법이라는 용어의 남발로 인하여 마치 다른 법에 비하여 상위법의 지위에 있다고 오해하거나, 헌법과 일반법률의 중간적 지위에 있다는 오해도 나타나고 있어 이러한 명명의 오류가 초래하는 폐단을 간과할 수 없다”는 점<sup>26)</sup>을 강조하면서, 「행정기본법」의 명명의 오류가 시정되어야 한다는 점을 주장한다.<sup>27)</sup>

## (2) 검토

실제 우리 입법에서 ‘기본법’이라는 명칭이 특별한 기준 없이 사용되고 있어서 기본법이라는 입법유형에 정체성의 혼란이 발생하고 있다는 위 견해의 인식에 필자도 의견을 같이한다. 입법의 완결성과 명료성을 제고하기 위하여 ‘기본법’이라는 입법유형의 정체성을 명확하게 할 필요가 있다는 점에도 깊이 공감하고 있다. 다만, ‘기본법’이라는 입법유형이 반드시 어떠한 모습이어야 한다거나, ‘기본법’에는 반드시 어떠한 내용이 포함되어야 하고 어떠한 내용은 포함되어서는 안 된다는 것이 어떠한 규범적 근거를 갖는지가 현재까지는 분명하지 않다는 점, ‘기본법’이라는 명칭 자체가 어떠한 특별한 법적 효력을 표상하지 않는다는 점, ‘기본법’이라는 입법유형은 일본에서 비롯되기는 하였으나 우리나라의 입법 현실에 맞게 계속하여 변용되고 있다는 점 등을 감안한다면, ‘행정기본법’이라는 명칭이 - 어떠한 오해를 초래한다고 해도 - 반드시 시정하여야 하는 명명의 오류를 가지고 있다고는 보기 어렵다는 생각이다.

24) 김현준, 앞의 논문, 12-13면.

25) 김현준, 앞의 논문, 27면.

26) 김현준, 앞의 논문, 28면.

27) 김현준, 앞의 논문, 31면.

그럼에도, 우리 법제가 ‘기본법’이라는 입법유형을 활용하고 거기에 별도의 의미나 효력을 부여하고자 한다면, ‘기본법’이라는 입법유형에 맞는 정체성을 명확하게 할 필요가 있다는 점, ‘기본법’이라는 개념에 대한 명확한 정의와 기본법의 모델화, 유형화가 필요하다는 점을 강조하였다는 점에서 위의 견해에 대하여 학계와 실무계가 앞으로 함께 경청하여야 할 것으로 생각된다.

## 2. ‘적극행정의 추진’ 조항

「행정기본법안」 제4조에서는 ‘적극행정의 추진’이라는 표제 하에 제1항에서 “공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행하여야 한다.”라고 규정한다. 동 조항은 “적극행정 추진의 법적 근거를 마련하여 적극행정이 행정의 전 분야에 활발하게 적용되도록 하려는 것”<sup>28)</sup>을 그 목적으로 하고 있다.

### (1) 적극행정 조항의 문제점을 지적하는 견해

이에 대하여, 「행정기본법안」 제4조의 적극행정 조항을 삭제하거나 일부 수정하고, 필요하다면 가칭 「적극행정 운영에 관한 법률」을 별도로 제정하거나 「국가공무원법」에 적극행정의무에 관한 규정을 두는 것이 바람직하다는 주장이 유력하게 제기되고 있다.<sup>29)</sup> 동 견해는 “적극행정은 법치행정의 원칙의 한계 내에서 이루어져야 하고, 비록 「행정기본법」에 적극 행정에 관한 규정을 두더라도 법치행정의 원칙을 뛰어넘는 것은 용인될 수 없다.”<sup>30)</sup>는 점을 강조하면서, “「행정기본법」에 명문의 규정을 두어 적극행정을 의무화한다면 ① 적극행정의무와 법치행정 원칙의 충돌 시 어떤 것을 우선하여야 하는지 ② 일선 공무원의 법집행에 있어 혼선을 야기할 수 있는 부분은 없는 것인지 ③ 직업공무원제도로 보장된 공무원의 법적 지위를 불안정하게 하고 공무원의 사기를 떨어뜨려 오히려 입법을 통해 달성하려는 기대

28) 법제처, 행정기본법 국회제출안 조문별 제정이유서, 7면 참조.

29) 김용섭, 앞의 논문, 4-7면 참조.

30) 김용섭, 앞의 논문, 4면.

에 반하는 결과가 초래될 수 있는 것은 아닌지 등에 대하여 입법자는 다각적이며 종합적으로 고려하여야 한다.”라고 주장한다.<sup>31)</sup> 한편, “적극행정을 하지 않으면 소극행정에 해당하는 것으로 잘못 이해하여 적극행정이 아닌 정상적인 평범한 행정을 소극행정으로 취급하여 공무원에 대하여 제재를 가하게 될 우려가 있다. 이로 인해 공무원이 소극행정으로 몰려 제재처분을 받는 것이 두려워 법적 한계를 벗어나서 무리하게 행정을 하는 과정에서 오히려 공익이 훼손될 수도 있다.”는 우려를 제기한다.<sup>32)</sup>

## (2) 검토

### 1) 적극행정에 관한 우리의 법제

주지하다시피, 우리나라에서 적극행정에 관한 논의가 본격적으로 시작된 것은 2009년부터라고 할 수 있다.<sup>33)</sup> 당시 감사원 훈령으로 제정된 「적극행정 면책제도 운영규정」이 적극행정에 관한 최초의 명문규정이라고 할 수 있다. 현재 우리나라에서는 「감사원법」, 「공공감사에 관한 법률」, 「공공감사에 관한 법률 시행령」, 대통령령인 「적극행정 운영규정」, 「지방공무원 적극행정 운영규정」, 감사원 규칙인 「적극행정면책 등 감사소명제도의 운영에 관한 규칙」, 부령인 「공무원징계령 시행규칙」, 「지방공무원 징계규칙」, 「군인징계령 시행규칙」 등에 ‘적극행정’(또는 소극행정)이 규정되어 있다. 「감사원법」에서는 적극행정에 대한 면책을 규정하고 있다(제34조의3). 즉, 감사원 감사를 받는 사람이 불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리한 결과에 대하여 그의 행위에 고의나 중대한 과실이 없는 경우에는 이 법에 따른 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지 아니한다(제1항). 자체감사를 받는 사람에 대하여 유사한 내용을 공공감사에 관한 법률 제23조의2 제1항에서 규정하고 있다. 그 밖에도 「재난 및 안전관리기본법」 제77조의2에 적극행정에 대한 면책이 규정되었다.<sup>34)</sup> 적극행정 조항을 「행정기본법」에

31) 김용섭, 앞의 논문, 7면.

32) 김용섭, 앞의 논문, 6면.

33) 박정훈, “적극행정 실현의 법적 과제-‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 시론”, 「공법연구」 제38권 제1호, 한국공법학회, 2009, 329-353면 참조.

두려는 취지는, 현재 대통령령인 「적극행정 운영규정」에 대한 법률적 근거를 마련하기 위한 것으로 생각된다.

## 2) 적극행정과 소극행정

「적극행정 운영규정」에 따르면, ‘적극행정’이란 공무원이 불합리한 규제를 개선하는 등 공공의 이익을 위해 창의성과 전문성을 바탕으로 적극적으로 업무를 처리하는 행위를 의미한다(제2조 제1호). 반면, ‘소극행정’이란 공무원이 부작위 또는 직무태만 등 소극적 업무행태로 국민의 권익을 침해하거나 국가 재정상 손실을 발생하게 하는 행위를 의미한다(제2조 제2호). 동 규정에 따르면, 적극행정과 소극행정은 단순히 적극적 자세나 소극적 자세를 의미하는 것은 아님을 알 수 있다. 특히 소극행정은 소극적으로 일처리를 했다고 성립하는 것이 아니라, 소극적 업무행태로 인하여 ‘국민의 권익 침해’ 또는 ‘국가재정상의 손실발생’이라는 결과가 발생하여야 하는 결과책임이라는 점을 알 수 있다. 즉, 적극행정을 하지 않은 것이 소극행정이 되는 것은 결코 아니다.

다음으로, 적극행정과 소극행정의 법적 효과를 살펴본다. 적극행정의 경우에, 적극행정으로 적법한 행위를 한 것은 아무런 문제가 없다. 적극행정으로 위법한 행위를 한 경우에, 그 행위는 당연히 위법한 행위이다. 다만, 현행법상 그러한 행위는 위법하지만, 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리하였고 고의나 중대한 과실이 없는 경우에 감사원법에 따른 징계요구 또는 문책 요구 등을 면책한다는 것이다(감사원법 제34조의3 제1항 참조).

34) 제77조의2(적극행정에 대한 면책) ① 제77조제2항 및 제3항에 따른 재난관리책임기관의 공무원, 직원 및 긴급구조요원이 재난안전 사고를 예방하고 피해를 최소화하기 위하여 업무를 적극적으로 추진한 결과에 대하여 그의 행위에 고의 또는 중대한 과실이 없는 경우에는 같은 조 제2항 및 제3항에 따른 명단 통보 및 징계 등 요구를 하지 아니하거나 같은 조 제4항에 따른 징계 등의 책임을 묻지 아니한다.

② 다음 각 호의 사람이 제61조 또는 제66조제3항에 따른 지원 업무를 적극적으로 처리한 결과에 대하여 그의 행위에 고의나 중대한 과실이 없는 경우에는 관계 법령에 따른 징계 또는 제재 등 책임을 묻지 아니한다.

1. 「감사원법」 제22조부터 제24조까지에 따른 회계검사와 감찰 대상 공무원 및 임직원

2. 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제38조에 따른 검사 대상 기관 소속 임직원

③ 제1항에 따른 면책의 구체적인 기준, 운영절차 및 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. 다만, 제2항제1호 및 제2호의 사람에 관한 사항은 감사원과 금융위원회의 규칙을 각각 따른다.



소극행정의 경우 앞에서 살펴본 바와 같이 ‘부작위’ 또는 ‘직무태만’으로 ‘국민의 권익 침해’ 또는 ‘국가재정상의 손실 발생’이라는 결과를 발생시킬 것을 요건으로 한다. 이러한 소극행정의 개념에 비추어, 적법한 소극행정 개념은 처음부터 존재하지 않는다고 보아야 한다. 즉, 소극행정은 그 개념 자체로 위법한 행위를 전제로 하고 있는 것이다. 「공무원 징계령 시행규칙」에서 ‘소극행정’을 성실의무 위반의 징계사유 중 하나로 규정하고 있는 것도 같은 취지라고 생각된다(공무원 징계령 시행규칙 [별표 1] 제1호 라목 참조).<sup>35)</sup> 구체적으로, 「공무원징계령 시행규칙」 [별표 1] 징계기준에 따르면, 소극행정의 경우에 비위의 정도가 심하고 고의가 있는 경우에 파면, 비위의 정도가 심하고 중과실이거나, 비위의 정도가 약하고 고의가 있는 경우는 파면 또는 해임, 비위의 정도가 심하고 경과실이거나, 비위의 정도가 약하고 중과실인 경우에는 강등 또는 정직, 비위의 정도가 약하고 경과실인 경우에는 감봉 또는 견책의 대상이 된다. 현재 공무원징계법령상 성실의무 위반의 한 유형으로 규정되어 있는 ‘소극행정’은 단순히 적극행정을 하지 않은 것을 의미하는 것이 아니라 ‘부작위’ 또는 ‘직무태만’으로 ‘국민의 권익 침해’ 또는 ‘국가재정상의 손실 발생’이라는 결과를 발생시키는 행위를 한 것을 의미하기 때문에, 적극행정 조항의 신설이 공무원의 징계책임의 범위를 확장하거나 징계사유가 아닌 것을 징계사유로 만드는 문제점을 갖는 것은 아니라고 할 수 있다.<sup>36)</sup>

### (3) 소결

이상의 논의를 바탕으로, 「행정기본법안」의 적극행정 조항이 법치행정의 원칙과 충돌하는지의 문제를 검토해 본다. 적극행정은 법치행정의 원칙의 한계 내에서 이

35) 2016. 8. 31. 「공무원징계령 시행규칙」 개정을 통해서 소극행정을 징계사유 중 성실의무 위반 사유 중의 하나로 명시하였다. 당시의 개정이유는 “적극적으로 일하는 공직문화를 조성하기 위하여, 부작위 또는 직무태만으로 국민의 권익을 침해하거나 국가 재정상 손실이 발생하게 하는 소극행정으로서 비위의 정도가 심하고 고의가 있는 경우에는 파면할 수 있도록 하는 등 징계기준을 마련하고, 소극행정으로 인한 비위사건에 대해서는 비위행위자 뿐만 아니라 비위 관련 감독자에 대해서도 엄중히 책임을 묻도록 하며, 징계사유가 부작위 또는 직무태만인 경우에는 징계를 감경할 수 없도록 하려는 것”이었다.

36) 이 경우에 공무원의 징계책임과 관련하여 문제될 수 있는 것은 적극행정 또는 소극행정이 아니라, 성실의무의 남용이라고 생각된다. 성실의무를 제한적으로 해석하여야 한다는 견해로 이진수, “공무원의 성실의무에 대한 재검토 - 충실의무(Treuepflicht)와의 관계를 중심으로”, 「행정법연구」 제60호, 행정법이론실무학회, 2020, 141-164면 참조.

루어져야 한다는 위 견해에 필자도 동의한다. 다만, 위에서 논의한 적극행정의 개념과 효과를 기준으로 판단하면 적극행정과 법치행정이 충돌하는 상황을 상정하기는 어렵다고 할 수 있다. 적극행정으로 적법한 행위를 한 것은 아무런 문제가 없고, 적극행정으로 위법한 행위를 한 경우에는 그 행위는 당연히 위법한 행위이지만 일정한 경우에만 징계 면책이 될 수 있을 뿐이기 때문이다. 법치행정과 적극행정은 함께 적용되는데 적극행정이 행위의 적법과 위법 여부에 영향을 미치지 못하기 때문에, 두 원칙은 충돌하기 어렵다고 판단된다. 이러한 점들을 감안하면, 적극행정 조항의 입법이 큰 문제를 야기할 것으로 여겨지지는 않는다. 다만, 모든 법제도는 반드시 악용하는 자가 나타날 수 있다는 점을 당연히 고려하여야 할 것이고, 이를 위하여 합리적인 법해석을 통하여 제도의 남용을 제한할 수 있도록 하여야 할 것으로 본다. 이러한 점에서 적극행정 조항의 문제점을 지적하는 견해에 대하여 진지한 경청이 필요할 것으로 생각된다.

#### IV. 「행정기본법안」의 행정실무에서 갖는 의미 고찰

##### 1. 행정의 행위규범의 정립

행정법은 재판규범으로서의 성격도 갖지만, 현대 행정에 있어 행정활동에 대한 행위규범적 성격<sup>37)</sup>도 이에 못지않게 중요하다고 할 것이다. 「행정기본법」의 제정은 - 역시 제안이유에서 밝히고 있는 바와 같이 - 실제 행정의 일선에서 행정을 담당하는 공무원들에게 적용되는 행정의 ‘행위규범’을 정립하였다는 데에 의미가 있다고 생각된다. 「행정기본법안」의 주요 내용이 대부분 종래의 통설과 판례에 기초를 둔 것이어서, 재판규범으로 새로이 기능하게 되는 것보다는 오히려 공무원의 행위규범으로 작동하게 되는 면이 더 클 것이라고 예상해볼 수 있을 것이다.

특히, 전술한 바와 같이 「행정기본법안」 제2장에서 평등의 원칙(제9조), 비례의 원칙(제10조), 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조), 신뢰보호의 원칙(제12조),

37) 박정훈, 앞의 책, 20면 참조.

부당결부금지의 원칙(제13조) 등을 규정하였는데, 동 원칙들은 실제 행정작용에 대한 위법성 판단의 재판기준으로 적용되고 있음에도 성문법적 근거가 없이 불문법원으로 적용된다는 한계가 있었다. 「행정기본법안」에서 이러한 불문법원들을 성문화함으로써, 일선의 공무원들에게 보다 직접적인 행위규범으로 기능할 수 있게 되었다는 점에서 의미가 크다고 생각된다.

다음으로, 특히 부관에 관한 규정을 신설한 것을 살펴본다. 동 법률안 제17조<sup>38)</sup>에서 부관에 관하여 규정한다. 제1항은 재량행위에 관한 부관의 가능성을 규정하고, 제2항은 기속행위의 경우에 법률의 근거가 있는 경우에 부관의 부가가 가능성을 규정한다. 제3항은 사후부관과 부관의 사후변경을 규정한다. 제4항은 부관의 한계에 관하여 규정한다. 이 중에서 특히 의미있는 것은 제1항이라고 할 수 있다.

즉, 재량행위에 부관을 붙일 수 있다는 규정을 신설한 것이 실제 행정에서 행정의 경직성을 탈피하고 탄력적 행정을 운용하는 데에 크게 기여할 것으로 예상해 볼 수 있다. 우리의 통설과 판례는 재량행위의 경우에는 법률에 근거가 없더라도 부관을 붙일 수 있다고 하고 있으나, 행정의 현실에서는 법령에 명문으로 일정한 “부관을 붙일 수 있다.”라는 규정이 없는 경우에는 선불리 부관을 붙인 유보부 승낙을 하는 대신에 거부처분을 하는 경우가 많았다고 할 수 있다. 부관은 그 자체가 법률효과 제한적 부관이라고 할지라도 인·허가신청에 대한 거부처분을 하는 대신에 일정한 조건을 붙이거나 의무를 부과하는 등의 제한적인 인허가처분을 할 수 있게 해준다는 점에서 전체적으로는 수익적 성격<sup>39)</sup>을 갖는다고 할 수 있다. 또한,

38) 제17조(부관) ① 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다. 이하 같다)을 붙일 수 있다.

② 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.

③ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.

1. 법률에 근거가 있는 경우
2. 당사자의 동의가 있는 경우
3. 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

④ 부관은 다음 각 호의 요건에 적합하여야 한다.

1. 해당 처분의 목적에 위배되지 아니할 것
2. 해당 처분과 실질적인 관련이 있을 것
3. 해당 처분의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위일 것

부관은 “전면 거부처분과 인용처분 사이에서 중도적인 해결책을 제시”<sup>40)</sup>하는 기능을 하고, “완전한 허가를 내주기에는 다소 문제가 있더라도 허가신청을 거부하지 않고 그 대신 일정한 의무이행을 조건으로 인허가를 내주는 것을 통하여 법목적에 합당한 결과를 도출”<sup>41)</sup>할 수 있게 하며, “공익 목적을 달성”<sup>42)</sup>할 수 있게 하는 등의 순기능을 가지고 있다. 부관을 붙일 수 있다는 명문의 규정을 뚫으로써 종래에 특허 의혹 등을 우려하여 소극적인 거부처분으로 일관하던 행정관행을 크게 바꾸고 부관의 순기능을 활용할 수 있게 될 것이라는 점에서, 그리고 그 결과로 행정의 탄력적 운영<sup>43)</sup>을 가능하게 한다는 점에서 재량행위에 부관을 붙일 수 있다는 명문의 규정을 신설한 것은 행정의 행위규범으로서 중요한 의미를 갖는다고 평가할 수 있을 것이다.

## 2. 새로운 정부입법 모델 제시

「행정기본법안」은 입법안 마련 과정에서 법제처가 주도적인 역할을 하였다는 특징이 있다. 법제처는 국무회의에 상정될 법령안·조약안의 심사, 총리령안·부령안 및 훈령·예규의 심사, 대통령 및 국무총리의 명에 따른 법령안의 기초, 정부입법의 총괄, 법령 정비의 지원, 「법제업무 운영규정」 제26조에 따른 법령해석, 국회에서 발의된 법률안의 검토·협의 및 자치입법 지원, 국가법령정보의 관리·제공 및 그 밖에 법제에 관한 사무를 관장한다(법제처 직제 제2조 참조). 다만, 그동안 법제처가 직접 소관하는 법률이 없었기 때문에, 주로 법령의 심사기능을 담당했다고 볼 수 있다. 정부입법안의 경우 각 부처에서 법률안을 입안하고 법제처의 심사를 거쳐 법률안을 확정하는 과정을 거치는 것이 일반적인 입법의 형태이다.

문제는 고도의 법적 지식을 요하는 법률안이거나 모든 부처의 담당 업무 영역에 고르게 영향을 미치는 법률안의 경우에 특정 부처가 이를 전담하여 제정하는 것이

39) 김동희, 앞의 책, 311면; 김성수, 앞의 책, 242면 참조.

40) 김중권, 앞의 책, 350면 참조.

41) 홍준형, 앞의 책, 186면 참조.

42) 류지태·박종수, 앞의 책, 273면 참조.

43) 김동희, 앞의 책, 311면; 김철용, 앞의 책, 226면; 박균성, 앞의 책, 383면; 정하중, 앞의 책, 208면 등 참조.

적절하지 않을 수 있다는 점이다. 타 부처에 비하여 법제처의 인적 구성원들이 법적 지식과 법제 경험이 풍부하다는 점, 여러 부처 소관의 법률들에 대하여 총괄적으로 대응할 수 있다는 점 등을 고려하면, 금번 「행정기본법안」의 입법 추진방식은 적절했다고 평가할 수 있을 것이다.<sup>44)</sup>

앞으로도, 고도의 법적 지식을 요하는 법률안이거나 여러 부처의 업무 영역에 중첩적으로 관련되는 법률안을 제정하는 경우에는 법제처 주도로 여러 부처가 공동 참여하는 방식으로 입법을 준비하는 것이 적절한 정부입법의 모델이 될 수 있을 것으로 생각된다. 공동입법 이후에 법률안의 소관 부처를 정하는 것도 하나의 방법이 될 수 있을 것이다. 그리고, 위와 같이 고도의 법적 지식을 요하거나 여러 부처의 업무영역에 중첩되거나 또는 중요한 국가적 아젠다와 관련한 전략적 입법이 필요한 경우 등을 대비하여 전문적 정부입법 담당조직을 법제처 내에 두는 것도 검토할 만한 방안이 될 수 있을 것으로 생각된다.

## V. 결론

이상으로 「행정기본법안」의 주요 내용을 살펴보고, 이에 대하여 제기되는 몇 가지 중요한 문제점에 대한 견해들을 살펴보았다. 「행정기본법안」은 앞에서 살펴본 바와 같이 여러 가지 중요한 의미를 가지는 법안이므로 - 제기되고 있는 여러 문제점에도 불구하고 - 가급적 조속히 통과되기를 희망한다. 제기되는 문제점들은 학계의 지속적인 논의를 통하여 보완이 이루어져야 할 것이다.

「행정기본법안」은 학계와 정부의 의견이 상당 부분 모아진 법안이라는 점, 대부분의 조항들이 학계의 통설과 판례 등을 통하여 이미 적용되고 있는 법리들을 성문화한 것이라는 점, 법률안 제5조 제1항에서 다른 법률에 우선하는 효력을 부여하지 않고, 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에 그 법률을 먼저 적용하도록 규정하고 있다는 점 등을 감안해 본다면, 조속한 입법이 진행되어도 무방할 것이라는

44) 법제처를 중심으로 하는 우리나라의 정부입법의 절차적 효율성과 전문성이 비교적 높다는 평가로는 박재운, “EU행정절차법 제정논의와 시사점-모델규칙상 개별처분절차를 중심으로”, 「행정법연구」 제60호, 행정법이론실무학회, 2020, 249면 참조.

생각이다. 연방행정절차법 제정을 두고 오랜 시간 긴 논쟁이 있었던 미국<sup>45)</sup>과 독일<sup>46)</sup>의 경우와는 우리의 상황은 큰 차이가 있다고 할 수 있기 때문이다. 「행정기본법」의 조속한 입법을 기대해본다.

45) 미국의 연방행정절차법 제정 당시에는 ‘행정’에 대한 ‘법’적 규율로 인하여 행정의 재량이 완전히 사라지게 될 것이라는 우려에서 행정학계를 중심으로 법 제정에 반대하는 의견이 표출되었고, 이를 둘러싼 논쟁이 활발하였다. 대표적으로 Blachly·Oatman, “Sabotage of the Administrative Process”, 『Public Administration Review』 6(3)(1946), pp.213-227 참조.

46) 독일에서는 1958년 빈(Wien)에서 개최된 독일국법학자대회에서 행정절차법 제정이 주제로 논의되었다. Karl August Bettermann, “Das Verwaltungsverfahren”, in 『Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer』, 17, S.118-182 참조. 1958년 학술대회에서는 행정절차법의 성 문화에 관하여 회의적 의견이 주로 표출되었다고 한다(Pünder in: Ehlers·Pünder, AllgVerwR, 15. Aufl, §13 Rn 5 참조).

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 김남진, 행정법의 기본문제, 법문사, 1989.
- 김남철, 행정법강론, 박영사, 2018.
- 김도창, 일반행정법론(상), 청운사, 1986.
- 김동희, 행정법1, 박영사, 2019.
- 김성수, 일반행정법, 홍문사, 2010.
- 김유환, 현대행정법강의, 법문사, 2020.
- 김중권, 행정법, 법문사, 2019.
- 김철용, 행정법, 고시계사, 2020.
- 류지태·박종수, 행정법신론, 박영사, 2016.
- 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2019.
- 박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 2004.
- 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.
- 변재옥, 행정법강의1, 박영사, 1989.
- 서원우, 현대행정법론(상), 박영사, 1985.
- 석종현, 행정법강의1, 삼영사, 1998.
- 이상규, 신행정법론(상), 법문사, 1987.
- 정하중, 행정법개론, 법문사, 2020.
- 정형근, 행정법, 피앤씨미디어, 2020.
- 하명호, 행정법, 박영사, 2019.
- 한견우, 현대행정법신론1, 세창출판사, 2014.
- 홍정선, 행정법특강, 박영사, 2020.
- 홍준형, 행정법, 법문사, 2017.
- Maurer·Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 19. Aufl, 2017, C.H.Beck.
- Pünder in: Ehlers·Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl, 2016, De Gruyter.

## 2. 연구논문 등

- 김남철, “처분시 적용법령(행위시법·처분시법)의 문제”, 『공법학연구』 제20권 제3호, 한국비교공법학회, 2019, 383-411면.
- 김용섭, “행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의”, 『인권과 정의』 제491호, 대한변호사협회, 2020, 4-7면.
- 김중권·김영수, “21세기 국가모형을 위한 가치 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 『공법연구』 제41집 제3호, 한국공법학회, 2013, 29-49면.
- 김현준, “기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류”, 『법조』 제68권 제4호, 법조협회, 2019, 7-41면.
- 박재윤, “EU행정절차법 제정논의와 시사점 - 모델규칙상 개별처분절차를 중심으로”, 『행정법연구』 제60호, 행정법 이론실무학회, 2020, 25-51면.
- 박정훈, 공법과 비교법, 한국비교공법학회 제100회 학술대회 기조연설문, 2020.11.
- 박정훈, “적극행정 실현의 법적 과제 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 시론”, 『공법연구』 제38권 제1호, 한국공법학회, 2009, 329-353면.
- 유진식, 행정기본법(안)의 검토 - 행정법의 법전화의 관점에서, 행정법 혁신과 나아갈 미래, 2020행정법포럼 자료집, 219-230면.
- 윤강욱·박훈민, “네덜란드 일반행정법전(Algemene wet bestuursrecht)상 행정절차에 관한 소고”, 『행정법연구』 제50호, 행정법이론실무학회, 2017, 109-132면.
- 이진수, “공무원의 성실의무에 대한 재검토-충실의무(Treuepflicht)와의 관계를 중심으로”, 『행정법연구』 제60호, 행정법이론실무학회, 2020, 141-164면.
- 이진수, “지방자치단체의 공유재산 사용료 부과처분에 대한 불복절차”, 『지방자치법연구』 제37호, 한국지방자치법학회, 2013, 157-183면.
- Blachly·Oatman, “Sabotage of the Administrative Process”, *Public Administration Review* 6(3)(1946), pp.213-227.
- Karl August Bettermann, “Das Verwaltungsverfahren”, in *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 17, S.118-182.

## 3. 자료 등

- 법제처, 행정기본법 국회제출안 조문별 제정이유서, 2020.

논문 투고일: 2020. 10. 31.

심사 완료일: 2020. 11. 27.

게재 확정일: 2020. 12. 01.



[Abstract]

## Significance and the Evaluation of Enactment of “General Act on Administrative Law”

Jean Soo Rhee\*

The “General Act on Administrative Law” aims to “contribute to the protection of the rights and interests of the people by stipulating the principles and basic matters of administration, securing democratic and legality of administration, and improving the adequacy and efficiency”. The 「General Act on Administrative Law」 is enacted by the Ministry of Legislation.

The 「General Act on Administrative Law」 submitted to the National Assembly consists of 4 chapters and 43 articles. The chapter 1 is about the general rules, and the chapter 2 is about the legal principles of administration. And the chapter 3 is about administrative action, and the chapter 4 is about legislative activities of the administration, etc. In this study, the main contents of the General Act on Administrative Law and the implications of the enactment of the General Act on Administrative Law were examined. In summary, the General Act on Administrative Law has three meanings: 1) legislating general provisions of the administrative law, 2) expanding the remedy for the rights of the people, and 3) governing the legislative functions of the administration. In addition, it is important to note that the enactment of the General Act on Administrative Law has the meaning of establishing a code of conduct for public officials. It is also important to suggest a new model for government legislation through the process of enacting the act.

Considering that there is consensus in the field of academia and practice in the enactment of the 「General Act on Administrative Law」, and that most of the provisions are stipulated with the laws already applied, there is no great problem in the legislation, I think. This is because our situation is very different from the cases of the United States and Germany, where there had been long debates over the enactment of the Federal Administrative Procedure Act. We look forward to the prompt legislation of the 「General Act on Administrative Law」.

**Key Words:** Administrative Law, General Act on Administrative Law, Statutory Law, Codification, General Act

\* Assistant professor, Seoul National University Graduate School of Public Administration

