최종보고서

21세기 국가모델을 위한 가칭 행정기본법의 제정을 위한 연구

2016. 11

韓國公法學會

제 출 문

본 보고서를 “21세기 국가모델을 위한 가칭 행정기본법의 제정을 위한 연구“ 연구보고서로 제출합니다.

2016년 11월

연구책임자 : 김중권(중앙대학교 법학전문대학원 교수)
연 구 원 : 이현수(건국대학교 법학전문대학원 교수)
정남철(숙명여자대학교 법학과 교수)
정호경(한양대학교 법학전문대학원 교수)
최계영(서울대학교 법학전문대학원 교수)
최우용(동아대학교 법학전문대학원 교수)
연구보조원 : 최윤영(이화여자대학교 법학연구소 선임연구원)

목 차

제1장 서 론 ····· 1

Ⅰ. 처음에 - 行政法의 拔本的 改革 및 變革의 요구 - ····· 1

Ⅱ. 행정법제의 난맥상과 그 원인 ····· 1

Ⅲ. 행정법제의 난맥과 규제개혁의 실패 ····· 3

Ⅳ. 행정법제의 현대화를 위한 가칭 행정기본법의 필요성 ····· 4

Ⅴ. 가칭 행정기본법의 구성과 편제의 방향 ····· 6

제2장 총칙의 주요 내용 ····· 9

Ⅰ. 목적조항 ····· 10

Ⅱ. 정의 ····· 11

Ⅲ. 적용범위 ····· 12

Ⅳ. 대전제로 법치행정의 원리 및 행정의 목적을 명문화함 ····· 15

Ⅴ. 행정작용과 관련한 국민의 권리와 의무 ····· 17

Ⅵ. 행정법의 주요 일반원칙의 성문화 ····· 22

제3장 행정입법 ····· 28

Ⅰ. 문제의 현황 ····· 28

Ⅱ. 검토 ····· 36

Ⅲ. 예시 조문과 이유 ····· 50

제4장 행정행위 ····· 62

제1절 명령 개정시 적용명령 ····· 62

Ⅰ. 문제의 현황 ····· 62

Ⅱ. 검토 ····· 64

제2절 행정행위의 무효와 취소 ····· 75

Ⅰ. 문제의 현황 ····· 75

Ⅱ. 검토 ····· 76

Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 82

제3절 행정행위의 폐지(직권취소.철회) ····· 84

Ⅰ. 문제의 현황 ····· 84
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 103
제4절 행정행위의 신청 및 처분기준의 설정·공표 ····· 104
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 104
Ⅱ. 검토 ····· 104
제5절 권리·의무의 승계 ····· 110
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 110
Ⅱ. 검토 ····· 111
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 117

제5장 공법상 계약 ····· 119
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 119
Ⅱ. 검토 ····· 121
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 133

제6장 기타 행정작용 및 확약 ····· 136
제1절 행정계획 ····· 136
Ⅱ. 검 토 ····· 140
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 146
제2절 확 약 ····· 153
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 153
Ⅱ. 검 토 ····· 154
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 158
제3절 정보제공 ····· 159
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 159
Ⅱ. 검토 ····· 160
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 162

제7장 행정강제 및 이의신청 ····· 164
제1절 행정상 강제집행의 근거 ····· 164
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 164
Ⅱ. 검토 ····· 165
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 170

제2절 행정상 강제집행의 기본원칙 ····· 173
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 173
Ⅱ. 검토 ····· 173
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 175
제3절 행정상 강제집행의 (사전)절차 ····· 176
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 176
Ⅱ. 검토 ····· 176
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 180
제4절 이행강제금의 부과, 징수 ····· 182
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 182
Ⅱ. 검토 ····· 182
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 184
제5절 대집행, 직접강제의 실행 ····· 186
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 186
Ⅱ. 검토 ····· 186
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 187
제6절 행정상 즉시강제의 한계, 절차 ····· 189
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 189
Ⅱ. 검토 ····· 189
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 191
제7절 이의신청 ····· 193
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 193
Ⅱ. 검토 ····· 194
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 201

제8장 행정권한의 위임과 위탁 ····· 204
Ⅰ. 문제의 현황 ····· 204
Ⅱ. 검토 ····· 205
Ⅲ. 예시조문과 이유 ····· 217

제9장 맺으면서 ····· 219

[부록1] 참고문헌 ····· 221
[부록2] 행정기본법(가칭) ····· 229

제1장 서 론

Ⅰ. 처음에 - 行政法의 拔本的 改革 및 變革의 요구 -

행정법의 매력은 비록 규범적 관점이 그것의 기본이 되긴 해도 그 대상인 행정목적과 정책을 함께 아우르는 데 있다. '행정법'은 행정'법'인 동시에 '행정'법이다. 따라서 행정목적과 정책을 법치국가원리의 구체화를 통해 실현시킬 수 없다면, 행정법은 그 존재이유에서 심각한 의문에 봉착한다. 무릇 변화와 개혁의 요구는 내부에서 그리고 외부로부터 비롯된다. 우리 행정법의 경우 특히 과거 제3공화국 이래 조성된 기본틀이 민주적 법치국가원리는 물론 그동안 변화된 국가기능을 구현하는 데 있어서 종종 난맥을 자아내고 있다. 더욱이 그 기본틀은 새로이 유입된 이른바 규제완화의 사조를 -그것의 당위성은 별개로- 성찰하면서 수용하지도 못하고 있다. 또한 비록 유럽화와 같은 외생변수는 없지만, 마치 국제법이나 타국의 행정법이 자국의 행정법이 되는 양 내외법의 경계를 허물 FTA체제가 등장하였다. 이처럼 지금 행정법은 대내외적 변화의 소용돌이의 한가운데에 위치하고 있다. 당연히 그것에 대해 부단한 혁신이 전방위적으로 요구되고 있다. 체계와 틀은 한편으론 수고로움을 덜고 체계성을 확보하는 데 도움을 주지만, 다른 한편으론 새로운 인식을 구현하는 것을 어렵게 만들기도 한다. 행정법제가 현대화되어야 비로소 행정법학은 종래의 관헌국가적 행정법 즉, 官房法學으로서의 부정적 측면을 떨치고, 법치국가원리의 구체화로서의 본연의 기능을 수행할 수 있다. 따라서 기존의 기본틀은 물론, 시대경향에 대한 성찰과 새로운 자리매김의 요구는 行政法의 拔本的 改革 및 變革에 다름 아니다.[1)]

1) 참고문헌: 김중권/김영수, "21세기 국가모델을 위한 가칭 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁", 공법연구 제41집 제3호 2013. 2. 29; 김중권, "行政節次法의 改革을 위한 行政處分(行政行爲) 規定의 整備", 행정법학 제6호 2013.9.

Ⅱ. 행정법제의 난맥상과 그 원인

1. 실정 총칙 규정의 부재

다른 법분야와 구별되는 행정법의 특징은 법전이 없다는 점이다. 이 점은 행정법에 상반된 효과를 미친다. 순기능의 차원에서 행정법을 늘 활기차게 만들어 다른 법분야에 비해 역동성과 탄력성을 제고시킨다. 하지만 시종 법문제를 순전히 법도그마틱에만 의거하여 해결하는 것은 재고가 필요하다. 특히 민주화 이후 국가에 대한 항변이 폭발적으로 증가하여 다른 국가에 비해 행정사건이 폭증하였다. 그에 비례하여 현행 행정법제에 대한 개선 역시 강하게 강구되었다. 즉, 법제처가 2006년부터 야심차게 진행한 '알기 쉬운 법령 만들기 사업'으로 모든 법률의 한글화와 문장과 용어가 획기적으로 변경되는 성과를 거두었다. 하지만 행정법제는 여전히 갈수록 복잡해지는 행정현상에 대응하지 못하고 있다.

2. 유사기능 법률의 다수 존재

행정이 활동에 나서는 데 있어서 개별분야의 법률을 집행하기 앞서 고려해야 할 법률이 여럿 있다. 가령 「행정절차법」, 「행정규제기본법」, 「민원처리에 관한 법률」이 그것이다. 이들은 나름 존재이유가 있지만, 큰 틀에서 보면 그 내용이 중첩된다. 가령 민원처리의 과정이 실은 행정절차이다. 일종의 「행정절차법」을 개정하여 그것을 행정기본법으로 격상하기보다는 그때그때 제기되는 문제점에 대해 1회용 앰플주사마냥 대증적으로 대처한 것이다. 오히려 이런 부분적 모자이크적 기능을 수행하는 법률로 인해 행정활동 전반이 체계적으로 규율되지 않은 채 행정현실에서도 법집행에서 그 목적한 바가 이루어지지 않는다.

3. 개별법의 각개약진의 부작용

행정법제의 이런 교착상황은 FTA라는 내외법의 경계가 허물어지는 새로운 국면전개를 맞이하여 그 문제점을 한층 여실히 드러낸다. 그리고 개별행정법에서의 활발한 전개가 행정법일반이론의 토대를 무시하고 진행되곤 하는데, 개별법의 독자성을 무시해선 아니 되지만, 전체 행정법의 체계 역시 충분히 고려되어야 한다. 법치국가원리의 구체화가 행정법인 점에서 개별행정법의 몰이해적 마이웨이식의 전개는 가히 곳곳에서 법적 문제점을 유발하고 있다. 즉, 법의 집행상의 不全이 노정되고 있다. 그리하여 행정법의 기본인 행정법일반이론의 존재와 기능 자체가 심각히 의문시되고 있으며, 그리하여 행정법의 존재이유 역시 위협받고 있다. 행정법과 행정법제가 법치국가원리를 구체화하는 것을 방해하는 양상을 제거하고, 그것이 21세기에 맞는 국가모델을 구현하는 데 이바지하도록 기본틀을 구축할 때이다.

Ⅲ. 행정법제의 난맥과 규제개혁의 실패

규제완화와 탈규제는 규제개혁의 이름으로 마치 유령처럼 늘 대한민국을 배회한다. 이명박 정부는 '활기찬 시장경제를 위한 전면적인 규제개혁'을 표방하여, 국가경쟁력강화위원회 등을 설치하였고, 박근혜 정부 역시 '손톱 밑 가시 빼기'를 정권의 핵심 키워드로 내세우고 틈만 나면 규제완화에 대한 강한 의지를 표방하였다.[2] 그러나 규제개혁은 소기의 성과를 거두지 못한 것으로 평가되었다. 급기야 2014.4.20. 청와대에서 제1차 규제개혁장관회의 겸 민관합동 규제개혁점검회의가 장장 7시간에 걸쳐 '끝장토론'의 형식으로 진행되었다. 그 후 보기에 따라서는 매우 급진적인 규제총량제와 규제일몰제와 같은 제도가 적극적으로 강구되는 등 분명 규제개혁의 논의의 강도에서 과거와는 차이가 있다.[3] 하지만 가시적 성과는 미지수이다. 그런데 돌이켜 보면 역대 어느 정부든 지금과 못지않게 의욕적으로 규제개혁을 강구하였지만, 결과는 기대에 못

2) 가령 2013. 5.14.에 국무조정실이 규제 관련 736개 법률을 전수조사한 결과, 기업활동 관련 규제 1,530건(257개 법률) 중 네거티브 규제방식은 393건으로 전체의 1/4 수준에 불과한 것으로 파악되었다고 하면서, 1단계로 창업, 입지, 자금·인력 등 '진입요건 규제'를 제로베이스 검토, 네거티브 방식으로 대폭 전환하기로 하였다고 공표하였다.

3) 규제개혁론은 늘 금방 뜨거워지는 냄비처럼 될까 우려된다(A little pot is soon hot).

미쳤다. 신정부의 출범에 즈음하여, 늘 국정아젠더로 규제개혁이 내세워졌지만, 결과적으로 지표상으로 큰 차이가 없거니와 도리어 악화되기도 하였다. 규제완화를 내용으로 하는 규제개혁은 5년 주기로 등장하는, 모든 정부의 '도돌이표 국정아젠다'에 불과하다.[4)]

규제개혁실패의 원인을 규명함에 있어서 규제정책의 담당자인 공무원의 의지와 능력의 차원에서 접근하는 것은 너무 단선적이고 대중영합적이다. 규제개혁 논의의 결과가 사정이 이렇다면 종래의 접근방식 및 사고방식에서 벗어나 다른 관점에 눈을 돌려야 한다.[5)] 그동안 규제의 문제를 규범의 차원에서 접근하지 않고, 단지 규제 자체의 기능적 차원에서만 접근하였기에, 그것의 법적 수단으로서의 의미가 충분히 반영되지 않았다. 현실성이 없는 공허한 주장만이 횡행하고 있다. 따라서 규제 일반의 제도적, 근본적 바탕에 대한 인식이 결여되어 이에 관한 공법적 차원에서 깊이 있는 성찰이 행해지지 않아 규제에 대한 법치국가원리적 접근이 강구되지 못한 채 오늘에 이르렀다. 사실 현행「행정규제기본법」은 규제와 관련한 획기적인 법제도를 만들어 내는 데 그다지 역할을 하지 못하는데, 행정활동의 매뉴얼이 제대로 구축되지 않은 마당에 어떤 발전된 규제방안을 도입한들 별 효과가 없는 것은 당연하다, 그동안의 규제개혁논의가 주효하지 않은 결정적인 이유가 여기에 있다. 사실 규제개혁과 관련해서 효과적인 규범적 대응이 없었다는 것은 궁극적으로 우리의 현행 법제도가 일본에 의한 강제이식의 산물이라는 태생적 한계이기도 하다. 규제개혁은 공법과 행정법의 개혁에서 시작되고, 아울러 그것으로 완성된다. 법치국가원리에 부합되는 올바른 규제를 강구하기 위하여 공법의 현대화를 통한 새로운 접근이 요구된다.

---

4) 여기서 언필칭 규제완화나 탈규제와 같은 화두의 의미를 성찰할 필요가 있다. 환경국가, 리스크사회, 환경국가 등과 같은 전범이자 화두를 통해서 현재의 법학적 논의가 진행되곤 한다. 이들은 학문적 논의에서 지향점을 전달하는데, 법시스템상의 중요한 (종종 새로운) 발전을 강조하기 위해 일종의 다발로 묶는 기능도 발휘한다. 또한 그 발전을 신속히 핵심개념이 되게 만드는 암시력도 갖는다. 사실 그것의 법개념과 법도그마티적 개념의 근접은 간과할 수 없으며, 저평가되지도 않는다. 법학적 논의에서 그런 화두를 사용하는 그 자체는 문제되지 않는다. 하지만 誤導된 개념사용이 바른 이해를 저해하기도 한다는 점에서 법도그마틱적 측면에서, 그것의 잠재상황은 물론 그것의 한계에 관해서 분명히 알아야 한다.

5) 이런 방향을 이미 박정훈 교수가 지적하였다(동인, 규제개혁과 규제완화, 저스티스. 통권 제106호, 2008.9., 397면 이하).

Ⅳ. 행정법제의 현대화를 위한 가칭 행정기본법의 필요성

행정법의 역사는 그 기원과 기본모델이 된 官憲國家的 기조를 민주적 법치국가원리에 맞게 새로이 구축하는 과정이다.[6] 민주주의와는 거리가 먼 권위주의적 정부행태가 지배하면, 행정법의 발전은 한계가 있을 수밖에 없다. 87년 민주화 이후 국가와 사회가 양적, 질적으로 엄청나게 변화하였으며, 그 소산이 행정사건의 대폭 증가이다.[7] 지금의 행정법제는 60년대에 만들어진 데서 기본적 틀에 큰 변화가 없다. 이는 경제와 사회 등 다른 부문의 발전수준에 맞지 않는다. 기왕의 행정법제는 행정을 공권력의 주체로 국민을 객체로 설정하여 구축되었는데, 오늘날 행정법관계는 다극적으로 복합적으로 형성되어 있다. 국민이 통치의 대상에서 벗어나 권리주체로서 지위를 갖게 되는 임계점에 행정법의 현대화가 필요하다.[8] 그리하여 제3자효 행정행위는 유별난 존재가 아니고 행정의 통상적 모습이다. 여기서 규제 문제는 3극관계의 문제이고, 규제주체는 트릴레마(Trilemma)에 처한다. 여기서 기왕의 행정법제는 심각한 기능부전에 봉착하고 있다.[9] 그리하여 행정법개혁의 차원에서 여러 법문제가 부단히 새롭게 부각된다.[10]

법적 쟁점을 하나하나 성문화를 통해 정립할 때이지 언제까지 막연하게 학설과 판례에 모든 것을 맡길 것인지 근본적인 성찰이 필요하다. 원리와 원칙이

---

6) 공법 특히 행정법학의 새로운 좌표에 관해서는 김남진, 현대국가에서의 행정 및 행정법학의 역할과 과제, 학술원통신 2012.7. 참조.

7) 2012년 기준으로 제1심에 접수된 행정사건 수가 16,942건에 달하며, 2014년에 대법원에 접수된 행정사건 수가 1,618건에 달한다. 일본은 우리의 8분의 1 수준이라고 한다. 岡田正則 / 박기주 譯, “日本行政訴訟制度의 形成史와 改革의 課題”, 司法 제22호, 2012, 442면.

8) 이 점에서 1984년 행정소송법개정은 公法學史的으로 에포크적 의미를 갖는다. 상세는 최송화, 현행 행정소송법의 입법경위, 공법연구 제31집 제3호(2003.3.), 1면 이하.

9) 종래 규제개혁논의는 규제주체와 규제의 상대방과의 관계를 주로 대상으로 논의되었다. 따라서 공익과 사익간의 대립된 상황 즉, 이항대립의 상황이다. 그래서 그 논의가 행정환경에 맞지 않아 실천에 옮겨지지 못하고 있다.

10) 독일의 경우 1970년대의 전초논의를 거쳐 이미 1980년대 말부터 행정법학은 포괄적인 변혁의 국면(Umbruchphase)에 진입하였다. 이런 변혁국면은 법이 항상 바탕으로 삼는 기본관계에 대한 상응과 정으로부터 분명히 벗어난 것이다. 그 결과 행정법분야에선 방법론상의 새로운 지향을 초래하였다. Andreas Voßkuhle 교수는 독일 행정법의 이런 변화를 찬성하는 근거로, 미래에 유용한 법에 대한 추구-행정법의 모태인 질서법의 위기, 사회적, 기술적 변화로 인한 새로운 요구, 정책적 지속임무로서의 행정과 행정법의 개혁-, 행정법의 유럽화와 국제화, -적용관련한 해석학에서 법정립지향적인 작용. 결정학으로의- 중심이동을 제시하였다. Voßkuhle, §1 neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle(Hrsg.), Grundlagen des verwaltungsrecht Bd. Ⅰ, 2006, S.8ff. 사실 Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle을 대표저자로 출간된 Grundlagen des verwaltungsrecht Bd. Ⅰ(2006), Bd. Ⅱ(2008), Bd. Ⅲ(2009)에서 그간 독일 행정법에서 강구된 개혁의 진면목을 확인할 수 있다.

제대로 그리고 효과적으로 가동되기 위해서는 잘 정비된 법제시스템이 먼저 있어야 한다. 법제시스템이 잘 정비되지 않은 경우에는 원리와 원칙은 자칫 구두선(口頭禪)에 지나지 않을 경우가 많다. 그런데 가령 행정처분의 취소와 철회와 관련해서 일부에서는 시기상조를 내세워 그에 관한 통일된 체계를 성문화하는 것에 대해 소극적 입장을 보인다.[11] 그 논거로 가장 근본적인 문제로서 직권취소와 철회의 개념 구분이 아직 명확하게 정립되어 있지 않다는 점과 입법을 통해 처분의 직권취소와 철회에 대하여 신뢰보호에 관한 구체적이고 세부적인 내용을 성급하게 규정하고자 한다면, 신뢰보호원칙의 적용범위가 제한되고 그 탄력적 운용이 불가능해질 우려가 있다는 점을 든다.

무릇 질서이념(Ordnungsidee)으로서의 일반행정법은 개별법제도상의 정렬(법규정)의 상관관계, 지속적인 발전계보와 적합성을 항상 다시금 확인하는 데 이바지한다. 당연히 그것의 바탕은 일반화되어야 할 분석적 사고의 합리화효력에 관한 통찰이다.[12] 충분한 성찰을 하지 않고 과거의 고정관념을 그대로 답습하여 빚어진 현재의 학설(?)과 개념·용어상의 혼란상황을 정리하지 않으면 행정법제는 그 자체로 난맥원이 될 수 있다. 입법의 어려움과 고도의 要注意에 관해서 타당하여 수긍할 만하나, 역설적으로 사정이 그렇기에 더욱 성문화가 요구된다. 원리와 원칙에 의해 커버될 부분이 있고, 실정법에 의해 직접 커버될 부분이 있다. 원리와 원칙이 제대로 그리고 효과적으로 가동되기 위해서는 잘 정비된 법제시스템이 먼저 있어야 한다. 법제시스템이 잘 정비되지 않은 경우에는 원리와 원칙은 자칫 구두선(口頭禪)에 지나지 않을 경우가 많다. 언제까지 가령 행정처분의 취소와 철회의 시스템을 불명확하게 내버려 둘 수가 없다.[13] 87년 민주화이후 국가와 사회 전반에 관한 민주화가 경주되어 분명 우리 행정은 괄목상대하게 발전한 것은 분명하지만, 여전히 극복되지 않은 아쉬운 점도 많이 있다. 행정 및 국가의 현대화를 실현하기 위한 첫 과제가 행정의 기본틀을 규범화하는 행정기본법의 제정이다. 좋은 법률이 좋은 행정은 물론 좋은 법학을 만든다. 우리 행정법학이 그동안 쌓아 온 학문적 역량은 행정기본법의 차원에서 「행정절차법」을 전면적으로 개혁하는 데 있어서 전혀 부족하지 않다

11) 2006년의 행정절차제도 운영현황 평가 및 발전방안 모색 보고서 164면 이하.
12) Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee,2.Aufl., 2004, S.1.
13) 과거 1987년에 「행정절차법」안을 마련할 때도 행정처분의 취소와 철회와 같은 실체법적 내용을 담는 것에 대해 시기상조라는 반론이 제기되었다. 그때로부터 30년이나 지났다.

Ⅴ. 가칭 행정기본법의 구성과 편제의 방향

1. 가칭 행정기본법의 기본구상

행정영역에서 행해지는 행정작용을 중심으로 하여 기본 내용이 「행정규제기본법」, 「행정절차법」, 「행정대집행법」과 「행정심판법」에 개별적으로 수록되어 있다. 이에 관한 교과서의 접근 역시 그러하다. 그런데 이들의 내용과 그 진행상황이 행정법의 총론에 해당한다는 점에서 통일적으로 규율하는 것을 모색할 필요가 있다. 즉, 기존의 「행정규제기본법」, 「행정절차법」, 「행정심판법」, 「행정대집행법」의 주요 내용을 하나의 법전에 수록하여 통합법(가칭 행정기본법)을 만드는 것이다. 일찍이 朴正勳 교수가 '통합일반행정법전'의 제정방안을 제시하였는데,[14] 이를 참조하여 구상의 기본틀을 구성하고자 한다.

가칭 행정기본법의 제정은 단순히 개별법을 병렬식으로 묶는 것이 아니라 행정법일반이론에 바탕을 두고서 체계화하는 것이다. 이를 통해 법집행상의 통일성, 간편성, 능률성 등을 도모할 수 있거니와, 향후 개별 행정법령까지도 새롭게 체계적으로 정립할 수 있는 계기를 마련할 수 있다.[15] 기실 이런 통합구상은 이제까지의 행정법학이 쌓아올린 그간의 성과를 입법차원에서 결실을 맺는 작업이다. 따라서 행정법문헌에서의 논의 가운데 최대공약수를 추출하여야 한다. 그리고 이 행정기본법은 다른 행정관련 법률에 대해서 일반법적 성격과 아울러 보충적 성격을 갖는다. 즉, 만약 개별법에서 달리 규정한 것이 있다면 그것이 선행한다.

2. 구성과 편제의 방향

행정현상의 진행과정에 맞춰 「행정규제기본법」, 「행정절차법」, 「행정대집행법」의 기왕의 내용을 그 순서대로 그 내용을 중심으로 편제한다. 그리하여 제1편 총칙, 제2편 행정조직, 제3편 행정규제와 행정작용, 제4편 행정절차, 제5

---

14) 동인, 올바른 규제개혁의 법이론과 구체적 방안-규제법의 일반이론의 모색-, 2011.5.20. '통합일반행정법전'의 내용은 행정법의 일반원칙, 행정조직, 행정수단, 행정절차, 행정쟁송으로 이루어져 있는데, 네덜란드의 일반행정법(Algemene wet bestuursrecht)이 이런 통합행정법의 입법례가 된다.

15) 이미 지방자치법분야에서 崔祐溶 교수가 '지방자치기본법의 구상'을 제안하였다. 동인, 제1회 행정법분야 연합학술대회 발표문, 2011.12.9., 425면 이하 참조.

편 행정강제로 구성한다.

3. 행정기본법과 「행정절차법」, 「행정조사기본법」, 「행정대집행법」 등 현행 행정법과의 관계 및 향후 과제

1) 현행 행정법과의 관계

행정기본법은 행정작용 전반을 위한 기본 매뉴얼에 해당한다. 현행 「행정절차법」, 「행정조사기본법」, 「행정대집행법」 등 역시 행정작용을 직접 규율하는 내용을 담고 있다. 따라서 행정기본법은 행정작용을 직접 규율하는 이들 내용을 추출하여 종합하고 체계화한다. 그리하여 행정작용에 있어서 1차적 규준으로서 기능과 역할을 하도록 한다. 즉, 행정기본법은 행정작용의 기본 매뉴얼이 되고, 그에 맞춰 「행정절차법」, 「행정조사기본법」, 「행정대집행법」, 「민원처리에 관한 법률」은 보충적 역할을 하게 된다. 따라서 이를 바탕으로 준용규정, 불필요한 조항 삭제 등 다른 행정법령과의 정리 방안 연구가 진행된다.

2) 향후 과제

행정기본법의 제정에 따라 기왕에 행정법총칙적 기능을 수행해 온 법제가 대대적으로 정비되어야 한다. 그에 맞춰 「행정절차법」, 「행정조사기본법」, 「행정대집행법」, 「민원처리에 관한 법률」을 정비할 필요가 있는데, 종국적으로는 이들 법률의 주요내용을 행정기본법하에서 체계화, 일원화를 강구할 필요가 있다. 그것이 여의치 않다면 「행정절차법」의 경우 순수한 절차과정을 규율하는 식으로, 가령 동법 제2절 행정청의 관할 및 협조는 행정기본법에 새로이 담고, 「민원처리에 관한 법률」의 경우에는 통상의 행정권발동에 해당하는 법정민원과[16] 정보제공에 해당하는 질의민원은[17] 행정기본법에 담고 「민원처리에 관한 법률」은 건의민원, 기타민원, 고충민원만을 대상으로 하는 것을 강구할 필요가

16) 법령·훈령·예규·고시·자치법규 등(이하 "관계법령등"이라 한다)에서 정한 일정 요건에 따라 인가·허가·승인·특허·면허 등을 신청하거나 장부·대장 등에 등록·등재를 신청 또는 신고하거나 특정한 사실 또는 법률관계에 관한 확인 또는 증명을 신청하는 민원

17) 법령·제도·절차 등 행정업무에 관하여 행정기관의 설명이나 해석을 요구하는 민원

있다.

제2장 총칙의 주요 내용

여기선 목적, 정의개념, 행정법의 일반원칙 그리고 동법의 적용범위 및 다른 법률과의 관계 등을 규정한다. 먼저 「행정규제기본법」, 「행정절차법」, 행정대집행법과 「행정심판법」 등 주요 개별행정법에서 규정되고 있는 정의개념을 망라하여 규정한다.

Ⅰ. 목적조항

1. 문제의 현황: 목적조항의 의의

목적조항은 법률의 기본방향을 제시함으로써 당해 법률의 위상을 확인함과 아울러 당해 법률의 해석과 적용에서 지향점으로 기능을 한다. 행정기본법의 목적조항은 「행정규제기본법」, 「행정절차법」, 「민원처리에 관한 법률」 등을 참조하여 그것을 아울러는 식으로 규율하여야 한다.

2. 예시조문

ㅇㅇ조(목적) 이 법은 행정이 행정작용을 함에 있어서 법치국가원리에 따라 준수해야 할 기본적인 사항을 규정하여 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.

3. 제안이유

「행정절차법」 등의 목적조항을 참조함

○ 행정절차법

제1조(목적) 이 법은 행정절차에 관한 공통적인 사항을 규정하여 국민의 행정 참여를 도모함으로써 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고

국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.

○ 행정규제기본법

제1조(목적) 이 법은 행정규제에 관한 기본적인 사항을 규정하여 불필요한 행정규제를 폐지하고 비효율적인 행정규제의 신설을 억제함으로써 사회·경제활동의 자율과 창의를 촉진하여 국민의 삶의 질을 높이고 국가경쟁력이 지속적으로 향상되도록 함을 목적으로 한다.

○ 민원처리에 관한 법률

제1조(목적) 이 법은 민원 처리에 관한 기본적인 사항을 규정하여 민원의 공정하고 적법한 처리와 민원행정제도의 합리적 개선을 도모함으로써 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.

Ⅱ. 정의

1. 예시조문

ㅇㅇ조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다. 1. "행정청"이란 다음 각 목의 자를 말한다. 가. 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관 나. 그 밖에 법령 또는 자치법규(이하 "법령등"이라 한다)에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人) 2. "처분"이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(行政作用)을 말한다. 3. "행정입법"이란 중앙행정기관의 장이 법률·상위명령에서 위임한 사항이나 법률·상위명령을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한

대통령령·총리령·부령·훈령·예규 등을 말한다.
4. “공법계약”이란 ///
5. "행정지도"란 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용을 말한다.
6. “행정계획”이란 행정청이 일정한 행정활동을 위한 목표를 설정하고, 이를 달성하기 위한 수단을 종합·조정하는 행정활동을 말한다.
7. “확약”이란 행정청이 자기구속을 할 의도로 장래에 향하여 어떠한 행정처분을 발급할 것인지 여부에 관하여 약속하는 것을 말한다.

2. 제안이유

기본적으로 현행「행정절차법」의 정의를 바탕으로 추가함

○ 행정절차법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "행정청"이란 다음 각 목의 자를 말한다.
가. 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관
나. 그 밖에 법령 또는 자치법규(이하 "법령등"이라 한다)에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)
2. "처분"이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(行政作用)을 말한다.
3. "행정지도"란 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용을 말한다.

Ⅲ. 적용범위

1. 문제의 현황

2. 예시조문

ㅇㅇ조(적용 범위) ① 처분, 행정입법, 공법계약, 행정지도, 행정계획, 확약 및 국민의 권리와 이익에 대해 영향을 미치는 행정작용(이하 "행정작용"라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다. ② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다. 1. 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 받아 행하는 사항 2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항 3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항 4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항 5. 감사원이 감사위원회의의 결정을 거쳐 행하는 사항 6. 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항 7. 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 사항 8. 심사청구, 해양안전심판, 조세심판, 특허심판, 행정심판, 그 밖의 불복절차에 따른 사항 9. 그 밖에 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항

3. 제안이유

기본적으로 현행 「행정절차법」의 적용대상이 되는 대상을 적용범위로 설정

함

○ 행정절차법

제3조(적용 범위) ① 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고 및 행정지도의 절차(이하 "행정절차"라 한다)에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.
1. 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 받아 행하는 사항
2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항
3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항
4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
5. 감사원이 감사위원회의의 결정을 거쳐 행하는 사항
6. 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
7. 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 사항
8. 심사청구, 해양안전심판, 조세심판, 특허심판, 행정심판, 그 밖의 불복절차에 따른 사항
9. 「병역법」에 따른 징집·소집, 외국인의 출입국·난민인정·귀화, 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계와 그 밖의 처분, 이해 조정을 목적으로 하는 법령에 따른 알선·조정·중재(仲裁)·재정(裁定) 또는 그 밖의 처분 등 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항과 행정절차에 준하는 절차를 거친 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항

○ 행정규제기본법

제3조(적용 범위) ① 규제에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경

우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다. <개정 2016.5.29.>
1. 국회, 법원, 헌법재판소, 선거관리위원회 및 감사원이 하는 사무
2. 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분에 관한 사무
3.「국가정보원법」에 따른 정보ㆍ보안 업무에 관한 사항
4.「병역법」,「통합방위법」,「예비군법」,「민방위기본법」,「비상대비자원관리법」 및「재난 및 안전관리기본법」에 규정된 징집ㆍ소집ㆍ동원ㆍ훈련에 관한 사항
5. 군사시설, 군사기밀 보호 및 방위사업에 관한 사항
6. 조세(租稅)의 종목ㆍ세율ㆍ부과 및 징수에 관한 사항
③ 지방자치단체는 이 법에서 정하는 취지에 따라 조례ㆍ규칙에 규정된 규제의 등록 및 공표(公表), 규제의 신설이나 강화에 대한 심사, 기존규제의 정비, 규제심사기구의 설치 등에 필요한 조치를 하여야 한다.

○ 민원처리에 관한 법률

제1조(목적) 이 법은 민원 처리에 관한 기본적인 사항을 규정하여 민원의 공정하고 적법한 처리와 민원행정제도의 합리적 개선을 도모함으로써 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.
제3조(적용 범위) ① 민원에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
② 제2조제3호 가목의 국회·법원·헌법재판소·중앙선거관리위원회의 행정사무를 처리하는 기관에 대해서는 제36조제3항, 제37조, 제38조, 제39조제2항부터 제6항까지 및 제42조를 적용하지 아니한다.

Ⅳ. 대전제로 법치행정의 원리 및 행정의 목적을 명문화함

1. 문제의 현황: 법치행정의 원리에 관한 일반론

본시 법치행정의 원리 및 법치국가 개념은, 독일에서 18세기에서 19세기로 넘어가는 전환기에 국가를 제한하는 프로그램으로서 성립하였다.[18] 하지만 그 이념과 여러 제도는, 독일과 유럽에서의 법발전의 기층으로 소급하며, 국가가 법을 통해서 보장하는 평화질서를 그 목표로 한다. 법치국가의 실현이 헌법상의 기본이념으로 됨으로써(헌재 90헌바24결정 등), 그것의 이념과 여러 제도는 하나의 규범적 헌법결단으로 합쳐진다. 그리하여 국가와 사회는 특수한 질서매개체로서의 법을 수단과 규준으로 삼아 생활을 형성할 의무를 진다. 여기서 법치국가는 다음과 같이 이중적 임무를 지닌다.[19] 즉, 국가권력을 상대로 해서는 물론 개인 상호간의 관계에서도, "인간존엄성, 자유, 정의와 법적 안정성"을 보장하기 위하여, 국가활동을 제한하는 것과 아울러 동일하게 그것을 보장하는 것이다. 따라서 법치국가는 법과 합리성을 통해서, 자신의 활동을 사전에는 예상가능하게, 사후에는 통제가능하게 만든다.[20] 그런 식으로 규율되어 있을 때, 법치국가는 제어된 개입적 권력일 뿐만 아니라, 개인에게 유리한 보호권력 즉, 개인적 인간존엄성, 자유, 재산권 그리고 주관적 권리에 관한 보증인이기도 하다.

「행정규제기본법」은 법치국가의 원리 및 법치행정의 원리를 직접적으로 표방하지만(제4조), 헌법은 직접적으로 표방하지 않고 있다. 비록 헌법이 법률유보의 원칙, 기본권보장, 사법구제를 언급함으로써 그 자체의 존재에 의문이 제기될 수 없지만, '법치국가원리의 구체화'로 행정법을 새롭게 자리매김하기 위해서는 실정법상으로 법치국가의 원리 및 법치행정의 원리를 직접 표방하는 것이 바람직하다. 더불어 행정의 목적 역시 직접 규정하는 것이 바람직하다.

---

18) 참고문헌: 김도균/최병조/최종고, 법치주의의 기초, 2005.
19) Vgl. Schmidt-Aβmann, Der Rechtsstaat, in:HStR, Bd. Ⅰ, 1995, §24 Rn. 2
20) Vgl. Breuer, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und Demokratigebotes, in: Festgabe 50 BVerwG, 2003, S.223(228).

2. 예시조문

ㅇㅇ조(법치행정의 원리 등) ① 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되고, 법률에 의거하여야 한다. ② 행정작용은 공익을 위하여 존재하여야 한다.

3. 제안이유

○ 행정규제기본법

제4조(규제 법정주의) ① 규제는 법률에 근거하여야 하며, 그 내용은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다.
② 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령(上位法令)에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다.
③ 행정기관은 법률에 근거하지 아니한 규제로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 없다.

○ 스위스헌법

Art. 5 Grundsätze rechtsstaatlichen Handelns
1 Grundlage und Schranke staatlichen Handelns ist das Recht.
2 Staatliches Handeln muss im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein.
3 Staatliche Organe und Private handeln nach Treu und Glauben.

Ⅴ. 행정작용과 관련한 국민의 권리와 의무

1. 문제의 현황: 법률관계로서의 행정법관계에서의 국민의 지위

공권력이나 권력관계는 오늘날의 행정법적 이해와는 어울리지 않는 관헌국가적 잔흔이다. 행정법의 발전과 전개는 다름 아닌 비법(非法)의 세계인 권력관계를 법이 통용되는 법관계로 변환(變換)시킨 것이다. 시민의 법이전(法以前)의 복종이란 의미에서의 일반적인 권력관계란 민주적 법치국가의 헌법하에선 인정될 수 없다.[21] 맹목적일 수 있는 행정주체의 우월적 지위를 새롭게 접근할 수 있도록, 행정법관계가 민주적 법치국가적 헌법에 의해 특징이 지워진 행정법의 중심개념이 되어야 한다. 그리하여 행정작용과 관련하여 적극적으로 국민의 권리를 명문화하여야 한다.

종래 국가중심적인 상하의 위계질서가 국가 및 사회조직 전반이 참여하는 거버넌스 체제로 바뀌었다. 그럼에도 불구하고 전통적인 틀에 기반을 둔 현행 행정법학은 여전히 고수되고 있다. 당연히 체제변화와의 간극이 심각하고, 그 결국 행정법의 기능부전이 도처에서 중대하게 드러나고 있다. 종래의 행정법은 국민을 주체가 아닌 공권력의 객체로 설정한 것을 바탕으로 한다. 신자유주의의 사조에 따른 공적 영역의 민간화의 경향은 이런 기본적 틀에 심각한 변화를 주고 있다, 그럼에도 이 문제는 행정법 전체의 기조에서 다루기보다는 국소적 차원에서 다루어지고 있다. 사실 개별법에서 국민의 협력을 강제할 수 있는 근거규정이 있긴 하나(경찰관직무집행법 제5조), 거버넌스 체제에서의 국민의 역할을 제고하기 위해 국민의 협력의무를 성문화할 필요가 있다.

2. 예시조문

ㅇㅇ조(국민의 좋은 행정에 관한 권리와 국민의 협력의무) ① 국민은 자신의 용무가 행정청에 의해 적법하고 공평하게 그리고 빠른 기간 내에 처리되는 데 대한 권리를 갖는다. ② 국민은 행정청이 행정작용을 함에 있어서 협력하고 자신의 능력에

21) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn.280ff.

따라 이바지하여야 한다.
③ 국민이 행정청의 행정작용에 협력함으로 인해 수인할 수 없는 손실을 입은 경우에는 국가 등은 보상하여야 한다.

3. 제안이유

행정기본법은 행정의 민주화와 법치화인데 이는 국민의 권리행사를 통해 관철될 수 있다. 따라서 법치행정의 원리를 적극적으로 실현할 수 있는 법상황이 조성되지 않으면 법치행정의 원리는 막연한 원리에 머문다. 따라서 국민이 좋은 행정에 관한 권리를 갖는다는 것을 전면에 내세울 필요가 있다. 여기서 강조되어야 할 점이 신속한 처리이다.[22] 그리고 행정에 의한 공익실현에 국민 역시 적극적으로 협력하고 참여할 의무가 있음을 규정할 필요가 있다. 개별법에서 행정권발동에 관한 근거규정이 없을 때, 이를 통해 일종의 개괄적 수권조항이 마련된 것으로 볼 수도 있다. 그리고 비책임자에 대한 손실보상규정 역시 일반적으로 규정할 필요가 있다.

○ 민원처리에 관한 법률

제4조(민원 처리 담당자의 의무) 민원을 처리하는 담당자는 담당 민원을 신속·공정·친절·적법하게 처리하여야 한다.
제5조(민원인의 권리와 의무) ① 민원인은 행정기관에 민원을 신청하고 신속·공정·친절·적법한 응답을 받을 권리가 있다.
② 민원인은 민원을 처리하는 담당자의 적법한 민원처리를 위한 요청에 협조하여야 하고, 행정기관에 부당한 요구를 하거나 다른 민원인에 대한 민원 처리를 지연시키는 등 공무를 방해하는 행위를 하여서는 아니 된다.

22) 참고로 네덜란드의 경우 처분의 가부가 원칙적으로 4주내에 확정되도록 되어 있다. Article 4:5.4. An order not to process the application shall be notified to the applicant within four weeks of the application being amplified or the time limit set for this purpose expiring without being used. 이런 신속한 처리에 대응하여 독일(행정법원법 제74조 제1항)처럼 행정소송에서 취소소송의 제소기간을 1개월로 하는 것이 바람직하다.

제6조(민원 처리의 원칙) ① 행정기관의 장은 관계법령등에서 정한 처리기간이 남아 있다거나 그 민원과 관련 없는 공과금 등을 미납하였다는 이유로 민원 처리를 지연시켜서는 아니 된다. 다만, 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우에는 그에 따른다.
② 행정기관의 장은 법령의 규정 또는 위임이 있는 경우를 제외하고는 민원 처리의 절차 등을 강화하여서는 아니 된다.

○ 유럽기본권헌장(GRCh) 제41조 좋은 행정에 관한 권리(Recht auf eine gute Verwaltung)

(1) 모든 사람은 자신의 용무가 EU의 기관, 기구, 그리고 기타 부서에 의해 공평하고, 적합하게 그리고 상당한 기간 내에 처리되는 데 대한 권리를 갖는다.
(2) 이상의 권리에는 특히 다음의 권리를 포함한다.
-자신에 대해 불리한 개별적 조치가 발해지기 전에 청문을 받을 권리
-은밀성과 직업.업무상의 비밀의 정당한 이익을 유지하면서 자신과 관련한 문서에 접근할 권리
(3) 모든 사람은 EU이 그 조직과 직원이 직무활동을 하면서 야기한 손해를 -회원국의 법질서에 공통되는- 일반적 법원칙에 따라 배상하는 데 대해 청구권을 갖는다.
(4) 모든 사람은 EU의 조직에 대해 조약상의 어느 하나의 언어로 이의를 제기할 수 있으며, 동일한 언어로 대답을 받아야 한다.

○ 스위스헌법

Art. 6 Individuelle und gesellschaftliche Verantwortung
Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei.

○ 경찰관직무집행법

제5조(위험 발생의 방지 등) ① 경찰관은 사람의 생명 또는 신체에 위해를 끼치거나 재산에 중대한 손해를 끼칠 우려가 있는 천재(天災), 사변(事變), 인공구조물의 파손이나 붕괴, 교통사고, 위험물의 폭발, 위험한 동물 등의 출현, 극도의 혼잡, 그 밖의 위험한 사태가 있을 때에는 다음 각 호의 조치를 할 수 있다.
1. 그 장소에 모인 사람, 사물(事物)의 관리자, 그 밖의 관계인에게 필요한 경고를 하는 것
2. 매우 긴급한 경우에는 위해를 입을 우려가 있는 사람을 필요한 한도에서 억류하거나 피난시키는 것
3. 그 장소에 있는 사람, 사물의 관리자, 그 밖의 관계인에게 위해를 방지하기 위하여 필요하다고 인정되는 조치를 하게 하거나 직접 그 조치를 하는 것
② 경찰관서의 장은 대간첩 작전의 수행이나 소요(騷擾) 사태의 진압을 위하여 필요하다고 인정되는 상당한 이유가 있을 때에는 대간첩 작전지역이나 경찰관서·무기고 등 국가중요시설에 대한 접근 또는 통행을 제한하거나 금지할 수 있다.
③ 경찰관은 제1항의 조치를 하였을 때에는 지체 없이 그 사실을 소속 경찰관서의 장에게 보고하여야 한다.
④ 제2항의 조치를 하거나 제3항의 보고를 받은 경찰관서의 장은 관계기관의 협조를 구하는 등 적절한 조치를 하여야 한다.

○ 도로법

제99조(공용부담으로 인한 손실보상) ① 이 법에 따른 처분이나 제한으로 손실을 입은 자가 있으면 국토교통부장관이 행한 처분이나 제한으로 인한 손실은 국가가 보상하고, 행정청이 한 처분이나 제한으로 인한 손실은 그 행정청이 속해 있는 지방자치단체가 보상하여야 한다.
② 제1항에 따른 손실의 보상에 관하여는 국토교통부장관 또는 행정청

이 그 손실을 입은 자와 협의하여야 한다.

③ 국토교통부장관 또는 행정청은 제2항에 따른 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에서 정한 것 외에 공용부담으로 인한 손실보상에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용한다.

Ⅵ. 행정법의 주요 일반원칙의 성문화

1. 문제의 현황: 행정법의 일반원칙에 관한 일반론[23)]

행정법의 일반원칙이란 행정활동의 가늠잣대를 총칭한 것이다. 과거 법률적 규율이 부족하여 행정법일반이론은 전적으로 불문의 행정법의 일반원칙에 의해서 정해졌다. 이런 사정은 일부 일반원칙이 「행정절차법」 등 개별법에 성문화된 오늘날에도 여전하다. 이들 일반원칙은 통상 판례와 학설에 의해서 전개되었다.

행정법의 일반원칙은 법치국가원리와 기본권으로부터 도출된다. 따라서 그 근거점을 헌법규정이나 원리(원칙)에서 찾아야 한다. 이들은 '구체화된 헌법'이자, '헌법원칙으로부터의 결과물'이다. 당연히 행정법의 일반원칙은 대부분 헌법차원의 원칙에 해당한다. 한편 이들 원칙의 근거제시는 독립적인 것이 아니라, 종종 보완적으로 중첩적으로 전개된다. 가령 비례원칙을 보면, -독일의 경우이지만- 오래 전부터 인정되어 관습법적으로 공고하게 되었으나, 헌법(기본권, 기본권제한)으로부터 생겨났거니와, 경찰법을 비롯한 개별 실정법(예: 「행정규제기본법」 제5조 제3항)에도 규정되어 있으며, 나아가 근본법규범인 "법원칙"으로부터도 도출될 수 있다.

이들 일반원칙은 원칙적으로 행정의 모든 영역에 통용되고, 특별한 대상에 국한하여 통용되진 않는다. 고도의 추상성과 일반성으로 인해, 그것은 법규범을 해석·적용하는 데 있어서의 방향지시기일 뿐 그 자체 직접 적용가능한 규범은

23) 김중권, 행정법, 2016, 40면 이하 참조.

아니다. 즉, 일반원칙은 독립된 고유한 법원(法源)은 결코 아니며, 또한 특정한 법원에로 귀결될 수 없다. 오히려 통용근거로서 상이한 근거이자 유래가 고려된다. 따라서 이들 일반원칙을 자세히 보면, -(일종의 법규칙으로서의) 위법한 부담적 행정행위의 자유로운 취소의 원칙과 같이- 관습법으로 혹은 대개는 법관법(판례법)으로 혹은 간혹 실정법으로 판명되어서 해당 법원(法源)의 범주에서 다루어진다.

2. 신의성실의 원칙 및 신뢰보호의 원칙

(1) 예시조문

ㅇㅇ조(신의성실의 원칙 및 신뢰보호의 원칙) ① 행정청은 직무를 수행함에 있어서 신의에 따라 성실히 하여야 한다. 국민 역시 행정을 상대로 신의에 따라 성실히 대해야 한다. ② 행정청은 직무행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간에 걸쳐 직무를 행사하지 아니하여 국민이 이미 그 직무를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 된 경우에는 그 직무를 행사하여서는 아니 된다. ③ 행정청은 직무를 수행함에 있어서 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 국민의 정당한 신뢰를 보호하여야 한다. ④ 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여진 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

(2) 제안이유

행정법의 일반원칙을 규정하는 데 있어선 기존 실정법에 규정된 입법례를 활용하면 된다.

○ 행정절차법 제4조의 신의성실 및 신뢰보호

① 행정청은 직무를 수행함에 있어서 신의에 따라 성실히 하여야 한다.
② 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여진 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

○ 국세기본법 제18조 제2항과 제3항의 소급과세의 금지

② 국세를 납부할 의무(세법에 징수의무자가 따로 규정되어 있는 국세의 경우에는 이를 징수하여 납부할 의무. 이하 같다)가 성립한 소득, 수익, 재산, 행위 또는 거래에 대해서는 그 성립 후의 새로운 세법에 따라 소급하여 과세하지 아니한다.
③ 세법의 해석이나 국세행정의 관행이 일반적으로 납세자에게 받아들여진 후에는 그 해석이나 관행에 의한 행위 또는 계산은 정당한 것으로 보며, 새로운 해석이나 관행에 의하여 소급하여 과세되지 아니 한다.

○ 대법원 1988.04.27. 선고 87누915 판결
실권 또는 실효의 법리는 법의 일반원리인 신의성실의 원칙에 바탕을 둔 파생원칙인 것이므로 공법관계 가운데 관리관계는 물론이고 권력관계에도 적용되어야 함을 배제할 수는 없다 하겠으나 그것은 본래 권리행사의 기회가 있음에도 불구하고 권리자가 장기간에 걸쳐 그의 권리를 행사하지 아니하였기 때문에 의무자인 상대방은 이미 그의 권리를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 되거나 행사하지 아니할 것으로 추인케 할 경우에 새삼스럽게 그 권리를 행사하는 것이 신의성실의 원칙에 반하는 결과가 될 때 그 권리행사를 허용하지 않는 것을 의미한다.

3. 기타의 일반원칙

(1) 예시조문

ㅇㅇ조(평등의 원칙 및 비례의 원칙 등) ① 행정청은 직무를 수행함에 있어서 평등의 원칙을 준수하여야 한다. ② 행정청은 직무를 수행함에 있어서 비례의 원칙을 준수하여야 한다. ③ 행정청은 직무를 수행함에 있어서 명확성의 원칙을 준수하여야 한다. ④ 행정청은 직무를 수행함에 있어서 사전예측가능성의 원칙을 준수하여야 한다. ⑤ 행정청은 직무를 수행함에 있어서 기대가능성의 원칙을 준수하여야 한다. ⑥ 행정청은 직무를 수행함에 있어서 상대방에게 그 직무와 실질적인 관련이 없는 의무를 부과하거나 그 의무의 이행을 강제하여서는 아니 된다.

(2) 제안이유

가령「행정절차법」 제5조의 명확성의 원칙,「행정규제기본법」제5조 제3항의 비례원칙은 일단 유용하게 활용할 수 있는데, 다만 개념의 혼란을 가능한 줄이려는 노력이 필요하다.

판례와 문헌에서 공인된 일반원칙 가운데 아직 성문화되지 않은 것은 이제 적극적으로 성문화를 모색할 필요가 있다. 가령 “행정작용을 함에 있어서 상대방에게 이와 실질적인 관련이 없는 의무를 부과하거나 그 이행을 강제하여서는 아니 된다”는 의미의 부당결부금지의 원칙을[24] 앞에서의 실권의 법리처럼 적극적으로 규정할 필요가 있다.

이미 판례에서 공인된 이런 원칙 말고도, 오늘날 헌법차원의 독립적인 공법원칙으로 강조되고 있는 기대가능성의 원칙이자 수인한도성의 원칙 역시 성문

24) 대법원 1997.3.11. 선고 96다49650판결 등.

화할 필요가 있다.[25] 이는 “모든 국가기관의 활동의 경우 시민에 대한 그것의 영향은 기대가능하여야(수인가능하여야) 한다”는 것을 의미한다. 통상 기대가능성(수인가능성)은 개인적 권리에 대한 국가적 개입을 제한하기 위한 논거, 다시 말해 개인적 희생의 한계로서 기능하지만, 반대로 국가가 개인에 의해서 쟁송으로 강제될 수 있는 개입의무상황에 봉착하였을 때 그 자신의 책임을 면하기 위해서도 주장될 수 있다. 대부분의 행정법관계가 국가와 이익이 대립된 두 부류의 국민간에 형성된 삼극관계로 바뀌었다. 이런 이익의 상충상황에서 행정이 자신의 고유한 기능.역할을 다하기 위해 기대가능성(期待可能性)이나 비례원칙과 같은 일종의 상대화원칙(相對化原則)을 주장할 수 있다.

○ 행정절차법

제5조(투명성) 행정청이 행하는 행정작용은 그 내용이 구체적이고 명확하여야 하며, 행정작용의 근거가 되는 법령등의 내용이 명확하지 아니한 경우 상대방은 해당 행정청에 그 해석을 요청할 수 있다. 이 경우 해당 행정청은 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.
제48조(행정지도의 원칙) ① 행정지도는 그 목적 달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니 된다.
② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다.

○ 행정조사기본법

제4조(행정조사의 기본원칙) ① 행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.

25) 이에 해당하는 독일의 개념(Grundsatz der Zumutbarkeit)을 문헌과 판례에선 기대가능성의 원칙이나 수인한도성의 원칙으로 옮기고 있다. 의당 용어정리가 필요하지만 추후과제로 두고자 한다.

○ 행정규제기본법

제5조(규제의 원칙) ① 국가나 지방자치단체는 국민의 자유와 창의를 존중하여야 하며, 규제를 정하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하지 아니하도록 하여야 한다.
② 국가나 지방자치단체가 규제를 정할 때에는 국민의 생명·인권·보건 및 환경 등의 보호와 식품·의약품의 안전을 위한 실효성이 있는 규제가 되도록 하여야 한다.
③ 규제의 대상과 수단은 규제의 목적 실현에 필요한 최소한의 범위에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다.

제3장 행정입법

Ⅰ. 문제의 현황

1. 서설

우리 헌법 제40조 “입법권은 국회에 속한다.” 라고 규정함으로써 입법권은 국회에 있음을 천명하고 있다. 그러나 한편으로는 국회의 입법권이 일정한 요건 하에 행정권에 위임될 수 있음을 명시하고 있다. 즉 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”, 제95조에서 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”고 하여 행정입법의 가능성을 제시하고 있다.

권력분립주의의 원칙상 국민의 권리와 의무에 관한 중요한 사항은 입법부에 의하여 법률의 형식으로 정하여야 할 것이나, 행정의 전문성을 요하는 사항이나 수시로 변화하는 사실관계를 탄력적으로 규율할 필요가 있는 경우 하위규범인 행정입법에 위임하여 정하게 된다.[26] 이는 20세기에 들어와 국가의 기능과 임무가 확대되고 그에 따라 행정의 전문화·기술화 경향이 심화되면서 행정입법은 불가피하게 되었고, 이에 따라 입법의 무게 중심은 의회의결에 의한 형식적인 법률에서 법규명령과 그 하위에 놓인 규범(행정규칙)의 차원으로 이행하였다.[27]

그런데 행정부에서 제정되는 하위 법령이 법률의 위임이 없거나 설사 위임이 있더라도 그 위임의 한계를 벗어나서 제정되기도 하고, 실제로 정책적 타당성이 없음에도 행정 편의적 관점에서 제정되기도 하는 문제점이 오래전부터 지적되어 왔다.[28] 행정입법은 법률보다 그 제정절차가 용이하고 행정부처가 국회의 간섭을 덜 받으면서 주도적으로 정책을 추진할 수 있기 때문에 심지에 법률에서 규율하여야 할 사항까지도 행정입법에서 규율하는 등 국민의 권익이

26) 헌법재판소 2008.5.29. 2006헌바78 결정.
27) 김중권, 김중권의 행정법[제2판], 법문사(2016), 357면.
28) 김용섭, 국회법상 행정입법검토제도의 현황과 법정책적 과제, 행정법연구 제33권, 2면.

침해되는 문제가 발생하고 있다.[29]

이러한 문제점을 시정하기 위하여 행정입법에 대한 국회의 관여에 관하여 국회법 제98조의2에서 행정입법검토제도가 마련되었다. 그러나 이는 행정입법을 국회 상임위원회에 제출하고 대통령령 등에 대한 위법여부를 검토하여 중앙행정기관의 장에게 통보하는 제도로서, 실질적인 행정입법의 통제에는 한계를 지니고 있다. 즉 문제가 있는 행정입법을 그 효력이 발생하기 전에 효력을 중단시키거나 사후적으로 소멸시키는 권한이 의회에게는 주어져 있지 않다는 점에서 제도의 한계가 있다. 따라서 현대 행정에서의 행정입법에 대한 일차적 통제는 국회가 법률로써 하는 것이 가장 바람직하나, 그렇지 않은 경우에는 행정입법의 제정 단계에서 국회가 실질적으로 관여할 수 있는 방안을 강구하여야 할 것이다. 아울러 행정입법에 관한 일반적인 법규정을 정비하여 행정입법의 장점은 살리고, 행정입법의 단점은 보완하도록 하는 것이 필요하다고 할 것이다.

본 연구는 행정입법에 관한 실질적 관여의 한 방안으로서 (가칭)행정기본법에 행정입법에 관한 규정을 둠으로써 행정입법의 폐해를 제도적으로 방지하여 헌법 정신에 부합하는 법치주의의 이념을 실현하는 데에 주안점을 두고 있다.

2. 문제의 현황

앞서 지적한 행정입법의 문제적 현황을 검토하기에 앞서 행정입법이 가지는 한계를 정리하면 다음과 같다. ①헌법의 규정이나 헌법정신에 반하는 내용을 정할 수 없다. ②법률에 위반되는 내용을 정할 수 없다. 그리고 총리령 및 부령은 대통령령에 위반되는 내용도 정할 수 없다. ③법률의 구체적 위임 없이 법률사항을 정할 수 없으며 그 위임의 범위를 벗어나는 내용을 정할 수 없다. 이와 관련하여 법률에서 대통령령에 위임한 내용을 총리령이나 부령에서 정할 수 없다. ④또한 각 부처의 직무범위와 관련하여 소관사항이 아닌 내용을 정할 수 없다는 입법의 한계를 가진다.[30] 즉 행정입법은 헌법 및 모법의 수권과 그 위임 범위 그리고 그 직무의 소관업무에 기속되는 성격을 가지고 있다.

다음으로 행정입법의 문제로 제기되는 것을 정리하면 다음과 같다. ①상위법

29) 김용섭, 전게논문, 2면.
30) 김승렬, 법제 - 행정입법의 한계와 통제, 법제처, 2면.

의 위임근거 없는 국민의 권리제한, 의무부과여부, ②상위법의 취지 및 위임입법의 일탈 여부, ③하위 법령으로의 포괄적 재위임 여부, ④법률의 제·개정에 따른 대통령령 등의 정비 여부, ⑤하위 법령 내용의 타당성 및 합리성 여부 등이다. ①~④는 행정입법의 합법성 여부에 관한 문제이며, ⑤는 합목적성 여부에 관한 문제이다.

행정입법 중에서도 소위 강학상의 '법령보충적 행정규칙'에 관한 통제 및 정비문제는 오래전부터의 학계의 주요 연구대상이 되어 왔다.[31] 즉, "법령보충적 행정규칙의 경우를 보면 점차 법규명령과 행정규칙의 경계가 불분명해지고 재·외부법의 장벽이 붕괴되고 있음을 목격할 수 있다. 요컨대 법령보충적 행정규칙은 행정규칙의 형식으로 발급되고 여기에 법규적 효력이 인정된 것이므로 사법적 통제의 법리를 더욱 명확히 전개하여야"하며, "그러한 점에서 법규적 사항을 담은 고시 등 행정규칙에 대하여 그 위임의 명확성·구체성의 요건은 강화될 필요가 있는 것으로 보인다. 최근의 판례는 이러한 심사를 강화하고 있는 것으로 보인다"고 지적하고 있다.[32]

김중권 교수 역시 이 '법령보충적 행정규칙'에 관하여 "(독일은) 의원내각제 국가이고, 행정이 입법자와 법원사이에 꽉 끼인 독일과는 우리의 상황이 완전히 다름에도 불구하고, 행정규칙을 여전히 법규로 보지 않는다거나 비법(非法)으로 보는 독일식의 기조가 여전히 우리 법을 지배하고 있음을 지적하고, 이제 법령보충적 규칙을 기화로 하여 행정규칙에 관한 새로운 인식에 바탕을 두고서 법치국가원리의 틀에서 행정입법에 관해 새로운 패러다임을 구축할 때"라고 지적하고 있다.[33]

3. 행정입법 통제 개관

행정입법은 위에서 고찰한 바와 같이 '법률의 위임의 범위내'라는 원래적인 한계가 있음에도 불구하고 오늘날 행정입법에 대한 통제가 원활히 이루어지고 있지 못하다는 지적이 오래 전부터의 학계의 지적인바, 이에 대한 개선책의 제

31) 이에 대한 보다 자세한 내용은 정남철, 현대행정의 작용형식, 법문사(2016), 162-168면 참조.
32) 정남철, 전게서, 167면.
33) 김중권, 전게서, 358면.

안에 앞서 이제까지의 우리나라의 행정입법에 대한 통제에 관하여 개괄적으로 우선 살펴보고자 한다.

(1) 우리나라의 행정입법 제정 시 통제방안 개관

우리나라에서는 행정입법에 관하여는 주로 모법의 위임의 범위, 행정입법의 형식과 그에 따른 효력에 관한 논의가 주로 이루어졌다. 입법절차에 관한 통제 역시 의회와 법원의 통제방법에 관하여 법률과 판례가 나타났지만[34] 행정부 내에서의 통일적인 입법절차를 마련하거나 외부적 통제방안은 이루어지지 않았다. 다만, 법체처의 사후심사제도와 입법예고제도가 도입되어 활용되고 있을 뿐이다.

우선, 법제처의 사후심사제도는 국무총리 훈령 제197호에 의해 규정된 내용으로 정부는 연 2회 사후심사를 실시하도록 하여 법령으로 정해야 하는 사항을 행정규칙으로 정하거나 법령에 위반되는 사항 등은 국무총리의 명령을 받아 행정부처에 통보하고 통보를 받은 행정부처의 장은 그 처리결과를 법제처에 다시 제출하도록 규정하고 있다.

한편, 우리 행정절차법은 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 있는 법령과 자치법규는 예고와 의견청취 절차를 거치도록 규정하였다. 이를 구체적으로 살펴보면, 동법 제41조는 법령 또는 자치법규의 제정 또는 중요한 내용이 개정되는 경우 당해 행정청이 입법예고 절차를 거쳐야 한다고 규정하였다. 다만, 입법예고에 대한 예외규정을 두어 ①긴급한 경우, ②상위 법령의 단순한 집행의 경우, ③국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우, ④입법 내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란한 경우, ⑤공공안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우에는 예고하지 않을 수 있음을 부기하고 있다.

(2) 법제처를 통한 사후심사제도와 입법예고제도의 보완방안 모색

법제처는 행정입법 예고절차 효과를 강화하기 위하여 2012년 행정절차법을 개정하여 행정부로부터 예고하지 않은 법령안의 심사를 요청받은 경우, 법제처

34) 의회와 사법부의 통제방법에 대해서는 류지태, “행정입법의 형식성 논의의 헌법적 평가”, 토지공법연구, 제25집, 2005, 450면 참조.

장이 적정성을 판단하여 입법예고를 권고하거나 직접 예고할 수 있도록 규정하였다.[35] 이처럼 우리는 법제처의 사후심사제도와 입법예고 제도를 통한 절차적 통제를 통해 행정입법을 사실상 통제해 오고 있으나, 이에 따른 후속적인 문제(행정입법 제정절차의 세분화, 법제처장의 적정성 판단규정과 심사의 적정성 등)도 함께 논의되어야 할 단계에 있다.

법제처장의 예고 또는 권고제도는 기존의 행정입법 예고절차를 보완하기 위한 제도로서 행정입법에 대한 통제절차로서 타당하다고 판단된다. 하지만, 법제처와 해당 부처간의 예외규정에 대한 해석이 다를 경우, 법제처장이 직권으로 판단하여야 하나 전문성을 가진 부처의 의견을 법제처장이 개입하기가 쉽지 않을 것이다. 따라서 행정입법 제정에서의 재량남용을 예방하고 현실적인 한계를 극복하기 위한 대안모색으로 특히 가칭 '행정입법절차법'을 제정하여 절차를 세분화하고 사후심사제도와 입법예고 제도를 활성화하여 각 부처와 법제처간 유기적인 비판과 토론이 가능하도록 하여야 한다는 주장도 있다.[36]

(3) ADR을 통한 협상원칙의 모색논의

현재 민주적 행정 통제의 방법으로서 주목받고 있는 ADR의 민주적 절차에 관한 원리를 행정입법의 제정 단계에 응용함으로써 행정입법을 사전적으로 통제하고자 하는 방안도 제시되고 있다.[37] 아직까지 우리나라는 행정입법의 절차적 통제의 세분화 등 우선적 과제가 있긴 하지만, 협상·조정·중재 등 ADR 절차의 행정심판과 소송에서의 도입이 논의되는 등 협상 방법을 활용한 절차 개선에 많은 관심이 집중되고 있는 현실에서 행정입법에 대한 절차적 통제방안으로서 협상절차에 관한 논의는 의미가 있을 것이라는 주장도 제기되고 있다.[38]

---

35) 행정절차법 제41조 제3항. [법제처장은 입법예고를 하지 아니한 법령안의 심사 요청을 받은 경우에 입법예고를 하는 것이 적당하다고 판단할 때에는 해당 행정청에 입법예고를 권고하거나 직접 예고할 수 있다.]

36) 김용섭, "국회법상 행정입법검토제도의 현황과 법정책학적 과제", 행정법연구, 제33호(2012), 21면.

37) J.R. DeShazo, Jody Freeman, *The congressional competition to control delegated power*, 81 Tax. L. Rev. p.1512.

38) 김재선, 미국의 행정입법에 대한 절차적 통제로서 협상원칙에 관한 소고, 한양법학 제42권(2013.5), 90면.

4. 행정입법에 대한 통제

행정입법은 행정부에 의한 법규의 정립으로서 특히 법률의 위임에 의한 위임입법은 행정부의 전문성을 활용하고 상황의 변화에 기민하게 대처할 수 있다는 이유로 그 필요성이 인정되고 있지만 한편으로는 그만큼 쉽게 바뀌어 법의 안전성이 위협받을 소지가 있다. 국회는 법률을 제정할 때에 골격만 규정하고 세부사항은 행정입법에 위임하고 있으며, 입법권을 위임받은 행정청은 입법자로서 국민생활의 모든 분야를 규제하고 있는 것이다. 그럼에도 국민의 대표기관인 국회가 아닌 행정기관이 아무런 통제 없이 행정입법을 정립하여 이를 국민에게 적용하는 결과 때로는 법질서에 중대한 영향을 미치게 될 수 있다. 따라서 행정입법에 있어서는 위에서 본 바와 같은 한계가 제대로 지켜지도록 통제가 필요한 것이다.

(1) 국회에 의한 통제

우리의 경우 행정입법에 대한 국회의 직접적인 통제장치는 없다. 그러나 국회는 입법권을 가지고 있으므로 법률의 제·개정 또는 폐지를 통하여 그 하위법령인 행정입법의 효력을 좌우 할 수 있다. 그리고 행정부에 대한 여러 가지 통제기능을 활용함으로써 잘못된 행정입법의 개정을 촉구할 수 있는 것이다. 물론 이것은 사후통제에 그치는 것이므로 근본적으로는 법률에서 행정입법으로 위임하고자 하는 범위를 명확히 규정함으로써 올바른 행정입법을 유도하고 행정부의 자의가 개재되지 않도록 하는 것이 중요하다고 하겠다.

(2) 사법부에 의한 통제

헌법 제107조제2항은「명령, 규칙……이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.」라고 하여 행정입법에 대한 법원의 통제를 명시하고 있다. 이러한 행정입법에 대한 사법적 통제는 구체적 소송에서 행정입법이 헌법 또는 법률에 위반되었다고 인정되는 경우 법원이 그 적용을 거부하는 것이다. 법규명령이 상위법령

에 위반되는 경우에는 그 효력이 없으므로 이를 적용할 수 없음은 너무나 당연하며, 헌법은 그 판단을 법원에 맡겨 명령심사권을 인정하고 있는 것이다.

행정입법에 대한 사법적 통제의 주체는 각급법원이 되며, 군사법원도 명령·규칙에 대한 심사권을 가진다. 다만, 그 최종적인 심사권은 대법원이 가진다. 이와 관련하여 헌법재판소도 명령의 위헌심사권을 가지는 것인지에 대하여는 논란이 있으나, 헌법 제111조 제1항 제1호가 법률의 위헌여부심사권을 헌법재판소에 부여한 이상, 통일적인 헌법해석과 규범통제를 위하여 법률의 하위규범인 명령·규칙의 위헌여부심사권이 헌법재판소의 관할에 속함은 당연하다고 보아야 할 것이다. 헌법 제107조 제2항이 명령·규칙에 대하여 대법원에 최종심사권이 있다고 규정하고 있지만, 이는 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 된 경우에 대법원이 이를 헌법재판소에 제청할 것 없이 심사할 수 있다는 의미에 불과하고 이 때문에 명령·규칙의 위헌여부에 대한 헌법재판소의 판단권이 배제되는 것은 아니라고 보아야 한다. 이에 관해서는 구 법무사법 제3조 제1항은 그 시행규칙의 내용과 관련하여 헌법이 규정하고 있는 평등권과 직업선택의 자유를 침해하는 것이므로 헌법에 위반되는 것이라고 결정한 바 있다.(헌재 1990.10.15. 선고 89헌마 178결정, 법무사법시행규칙의 헌법소원 사건).

어쨌든 행정입법에 대한 사법적 통제는 그 성질상 사후적 구제임은 물론 구체적 규범통제로서의 제약을 가진다. 즉 행정입법에 대한 사법통제는 구체적 쟁송에서 어떠한 행정입법의 합법성의 문제가 제기되었을 경우에만 가능한 것이고 또한 위법한 행정입법이라고 판단되더라고 그 소송에서의 적용거부에 그칠 뿐 이를 무효로 선언할 수 없는 것이고 보면 그 통제는 불완전 할 수밖에 없다.[39]

대법원 판례 역시 상위법령의 위임이 없거나 위임의 한계를 넘은 위임명령은 무효라고 판시하고 있다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두14090 판결 ; 대법원 2004. 5. 28. 선고 2002두4716 판결 ; 대법원 2000. 10. 19. 선고 98두6265 전원합의체 판결 등 참조).

---

39) 이에 대하여 김중권 교수는 "부수적 규범통제라 하여 오로지 당해 사건의 차원에서만 접근하는 것은 바람직하지 않다. 대상 명령·규칙이 추후에 적용될 수 없는 상황은 결과적으로 무효의 상황이다. 다만 처음부터의 무효를 의미하는 통상의 무효와는 달리 법원의 판결 이후부터 효력을 상실하게 된다. 판례가 위법인 법규명령에 대해 시종 무효로 판시한 것(무효원칙)은 바람직하다"고 하여 하자있는 법규명령에 대해 무효로 판시한 대법원의 판시를 긍정적으로 해석하고 있다. 김중권, 전게서, 376-377면.

(3) 행정적 통제

행정입법의 과잉은 행정내부의 통제를 통해 조절할 수 있다. 법규적 사항이나 기본권 제한 등에 관한 사항은 시행령이나 시행규칙에서 규정하고, 기술적이고 절차적인 사항 등 탄력적으로 운영해야 할 필요성이 있는 사항에 대해서는 고시 등 행정규칙에서 정하도록 해야 한다.[40]

(4) 절차적 통제

행정입법에 대한 통제가 위에서 본 바와 같이 제약을 가질 수밖에 없다면 행정입법의 제정 단계에서부터의 사전적 통제는 더욱 큰 의미를 가진다 하겠다. 위에서 살펴본 바와 같이 행정입법의 입법과정에서의 사전통제로는 현재 입법예고제와 법제처의 심사를 들 수 있다.

(5) 국회사무처 법제실과 법제처 사이에 공식적인 '실무협의기구'를 두는 방안

현행 국회법 제98조의2 제1항에 따라 이러한 국회의 분석·평가를 소관 중앙행정기관의 장에게 통보하고, 중앙행정기관의 장이 소관 상임위원회로부터 통보받은 내용에 대해 적정한 처리를 하는 경우에 협력적 규범 제정은 어느 정도 실현될 수 있을 것이다. 또한 소관 상임위원회로부터 통보받은 내용의 처리와 관련하여 소관 상임위원회에 대한 '보고'절차를 통해서도 행정입법에 대한 의회의 통제가 기능할 수 있다. 그러나 이러한 '통보' 제도로는 행정입법에 대한 의회의 실질적인 입법통제를 기대하기 어렵고, 위헌·위법의 의심이 있는 법규명령의 수정에 대한 실효성을 담보하기에는 미약한 측면이 있다. 특히 입법부와 행정부가 서로 견해를 달리하는 사안의 경우에 더욱 그러하다. 행정입법에 대한 주위적 규범통제제도가 충분히 보장되어 있지 않고 행정입법을 담당하는 법제전문가가 여전히 부족한 상황에서 국회의 사전적 통제는 매우 중요하다. 이러한 국회의 통제는 행정입법의 질을 제고하는 데에 실질적으로 기여할 수 있다. 위헌·위법의 의심이 있는 법규명령의 수정·변경 문제를 해결하기

40) 정남철, 전게서, 228-229면.

위한 제도적 장치로 국회사무처 법제실과 법제처 사이에 공식적인 '실무협의기구'를 두는 것을 고려해 볼 수 있다. 이 경우 국회사무처 법제실은 소관 상임위원회나 법제사법위원회의 의견을 수렴하여 전달하고, 법제처와의 협의를 통해 문제가 있는 행정입법의 개선을 시도할 수 있다. 이러한 실무협의기구에는 각 부처의 법령입안담당자나 민간전문가도 참석시켜 의견을 조율할 수 있다. 이러한 '실무협의기구' 형식의 제도는 협력적 법제정을 실현하기 위한 중요한 교두보가 될 것이다.[41]

Ⅱ. 검토

1. 검토의 대상

행정입법과 관련된 주요 쟁점 사항 중 행정법기본법에 들어가야 할 것으로 다음을 들 수 있을 것이다.

①행정입법의 정의
②행정입법이 가능한 경우
③행정입법 제정 과정에서의 근거 법령의 위임의 정도
④행정입법의 제정 절차
⑤행정입법 제/개정 과정에의 국회 등의 관여
⑥행정규칙 형식의 법규명령에 대한 통제 방법
⑦행정입법 제정에의 이해관계집단의 관여
기타

위 사항들의 구체적인 내용은 Ⅲ. 예시조문과 내용에서 상세히 다루도록 한다.

41) 정남철, 현대행정의 작용형식, 법문사, 2016년, 227면[행정입법에 대한 통제].

2. 개별법 규정

(1) 국회법

제98조의2(대통령령등의 제출등) ① 중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시등이 제정·개정 또는 폐지된 때에는 10일 이내에 이를 국회 소관상임위원회에 제출하여야 한다. 다만, 대통령령의 경우에는 입법예고를 하는 때(입법예고를 생략하는 경우에는 법제처장에게 심사를 요청하는 때를 말한다)에도 그 입법예고안을 10일 이내에 제출하여야 한다.
②제1항의 기간 이내에 이를 제출하지 못한 경우에는 그 이유를 소관상임위원회에 통지하여야 한다.
③상임위원회는 위원회 또는 상설소위원회를 정기적으로 개회하여 그 소관중앙행정기관이 제출한 대통령령·총리령 및 부령(이하 이 조에서 "대통령령등"이라 한다)에 대하여 법률에의 위반여부 등을 검토하여 당해 대통령령등이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니하다고 판단되는 경우에는 소관중앙행정기관의 장에게 그 내용을 통보할 수 있다. 이 경우 중앙행정기관의 장은 통보받은 내용에 대한 처리 계획과 그 결과를 지체 없이 소관상임위원회에 보고하여야 한다.
④전문위원은 제3항의 규정에 의한 대통령령등을 검토하여 그 결과를 당해위원회 위원에게 제공한다.

(2) 행정절차법상의 행정상 입법예고

제41조(행정상 입법) ① 법령 및 행정입법을 제정·개정 또는 폐지(이하 "입법"이라 한다)하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.
1. 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우

2. 상위 법령등의 단순한 집행을 위한 경우
3. 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
4. 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우
5. 예고함이 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우
② 법제처장은 입법예고를 하지 아니한 법령 및 행정입법 안의 심사 요청을 받은 경우에 입법예고를 하는 것이 적당하다고 판단할 때에는 해당 행정청에 입법예고를 권고하거나 직접 예고할 수 있다.
③ 입법안을 마련한 행정청은 입법예고 후 예고내용에 국민생활과 직접 관련된 내용이 추가되는 등 대통령령으로 정하는 중요한 변경이 발생하는 경우에는 해당 부분에 대한 입법예고를 다시 하여야 한다. 다만, 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.

제42조(예고방법) ① 행정청은 입법안의 취지, 주요 내용 또는 전문(全文)을 관보·공보나 인터넷·신문·방송 등을 통하여 널리 공고하여야 한다. 이때 입법안에 환경기준 등 기술적·정책적 기준을 정할 때에는 그 이유를 부기하여야 한다.
② 행정청은 대통령령을 입법예고하는 경우 국회 소관 상임위원회에 이를 제출하여야 한다.
③ 행정청은 입법예고를 할 때에 입법안과 관련이 있다고 인정되는 중앙행정기관, 지방자치단체, 그 밖의 단체 등이 예고사항을 알 수 있도록 예고사항을 통지하거나 그 밖의 방법으로 알려야 한다.
④ 행정청은 제1항에 따라 예고된 입법안에 대하여 전자공청회 등을 통하여 널리 의견을 수렴할 수 있다. 이 경우 제38조의2제2항부터 제4항까지의 규정을 준용한다.
⑤ 행정청은 예고된 입법안의 전문에 대한 열람 또는 복사를 요청받았을 때에는 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.
⑥ 행정청은 제5항에 따른 복사에 드는 비용을 복사를 요청한 자에게 부담시킬 수 있다.

제43조(예고기간) 입법예고기간은 예고할 때 정하되, 특별한 사정이 없으면 40

일(자치법규는 20일) 이상으로 한다.

제44조(의견제출 및 처리) ① 누구든지 예고된 입법안에 대하여 의견을 제출할 수 있다.
② 행정청은 의견접수기관, 의견제출기간, 그 밖에 필요한 사항을 해당 입법안을 예고할 때 함께 공고하여야 한다.
③ 행정청은 해당 입법안에 대한 의견이 제출된 경우 특별한 사유가 없으면 이를 존중하여 처리하여야 한다.
④ 행정청은 의견을 제출한 자에게 그 제출된 의견의 처리결과를 통지하여야 한다.
⑤ 제출된 의견의 처리방법 및 처리결과의 통지에 관하여는 대통령령으로 정한다.
제45조(공청회) ① 행정청은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있다.
② 공청회에 관하여는 제38조, 제38조의2, 제38조의3, 제39조 및 제39조의2를 준용한다.

(3) 행정규제기본법 제4조 제2항 단서

제4조(규제 법정주의) ① 규제는 법률에 근거하여야 하며, 그 내용은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다.
② 규제는 법률에 직접 규정하되, 규제의 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령(上位法令)에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령에서 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등으로 정할 수 있다.
③ 행정기관은 법률에 근거하지 아니한 규제로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 없다.

1997년에 제정된 행정규제기본법 제4조 제2항 단서는 고시를 비롯한 행정규칙에의 위임을 일반적으로 인정하였다. 이 단서조항을 두고서 '행정규칙형식

의 법규명령'을 명문으로 인정한 것으로 보는 것이 다수설이다.[42]

3. 행정입법에 관한 주요 판례

(1) 법률의 위임이 없는 행정입법

문화체육부령인 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙 제5조에서 당구장출입문에 18세 미만자에 대한 출입금지표시를 하게 하는 것은 단순한 게시의무를 부과함에 그치지 않고, 게시된 그 표시에 의하여 18세 미만자의 당구장출입을 사실상 저지하는 규제력을 갖는 것이기 때문에 직업수행의 자유를 제한하는 규정이다. 이 규정의 수권규정인 법률 제5조는 아무리 넓게 해석하여도 18세 미만자 출입금지의무와 같은 일정범위의 시설이용자 배제에 관한 근거를 찾기 어렵다. 결국 이는 위임입법의 한계를 일탈한 것이므로 위헌이다.(헌재 1993.5.13. 선고 92헌마80 결정)

(2) 구체적 위임에 해당하지 아니하는 경우

토지초과이득세법은 과세기간동안의 지가상승액에서 정상지가상승분 및 개량비등을 공제한 토지초과이득을 그 과세대상 및 과세표준으로 할 것만을 직접 규정하고(제11조 제1항, 제3조 제1항), 과세표준인 토지초과이득을 산출하는데 근거로 삼은 기준시가에 관하여는 이를 전적으로 대통령령에 위임하고 있다(제11조 제2항). 그러나 이와 같은 기준시가는 토초세의 과세대상 및 과세표준이 되는 토지초과이득의 존부와 범위를 결정하는 지표가 된다는 점에서 국민의 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요사항이므로 기준시가의 산정기준이나 방법 등의 대강이라도 법에서 직접 규정해 두는 것이 국민생활의 법적 안정성과 예측 가능성을 도모한다는 측면에서 보아 보다 더 합리적이라 할 것이며, 이를 하위 법규에 백지 위임하는 것은 위임입법의 범위를 구체적으로 정하도록 한 헌법 제75조에 반하는 것이다.(헌재 1994.7.29. 선고, 92헌바49,52 결정)

---

42) 김중권, 전게서, 387면.

(3) 구체적 위임에 해당하는 경우

도시계획법 제4조 제1항 제2호 후단은 도시계획구역 안에서 대통령령이 정하는 물건을 대통령령이 정하는 기간 이상 쌓아두는 행위를 하고자 하는 자는 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있고 이를 위반하는 경우 처벌하도록 하고 있는 바, 이 법의 목적 및 이 법 제4조 제1항 각호에 의하여 제한되는 행위유형 등을 종합하면 이 법 제4조 제1항의 목적은 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 제한하기 위한 것이라고 할 수 있으므로 이 법 제4조 제1항 제2호 후단의 목적도 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 금지하기 위한 것이다. 따라서 위 규정에 의하여 대통령령에 규정될 물건이나 기간도 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 정도의 물건이나 기간으로서 대통령령에 위임된 부분의 대강을 국민이 예측할 수 있도록 수권 법률에 구체적으로 정하여져 있다고 할 수 있으므로 이는 위임입법의 범위와 한계를 벗어난 것이라 할 수 없다.

이 위임조항에 의한 도시계획법시행령은 제한대상을 "녹지지역에 쌓아두는 중량이 50t 이상이거나 부피가 50㎥ 이상인 모래·자갈·토석·석재·목재·컨테이너·콘크리트·드럼통 또는 병"으로, 그 기간을 "1개월 이상"으로 규정하고 있는 바, 이정도의 내용은 이 법 제4조 제1항 제2호 후단에 의하여 합리적으로 그 대강을 예측할 수 있다고 할 것이다.(헌재 1994.7.21. 93헌가12 결정)

(4) 구 수산업법 제48조(어업조정에 관한 명령)제1항에서 수산동식물의 체포, 어획물 및 그 제품의 양륙, 매매, 처리에 관한 제한 또는 금지, 어구 또는 어선에 관한 제한 또는 금지등과 같은 사항의 대강을 정한 다음 11개 항목에 달하는 요강을 규정하고 이들에 대한 필요한 사항을 다시 대통령령으로 정할 것을 위임하고 그 대통령령에는 필요한 벌칙을 둘 수 있는 길을 제2항에서 트고 제3항에서 벌금형의 상한을 30만원으로 못 박아 규정하고 위 제48조 제1항에 따라 제정된 대통령령인 수산자원보호령은 그 제7조에서 어구사용금지구역과 기간에 관하여 상세하게 규정하고 제25조에서 그 제7조 등을 위반하여 어업을 영위한 자 등에게 30만 원 이하의 벌금 또는 구류로 임하고 있다. 그렇다면 수산자원보호령에 관한 위 규정들은 그 모법인 수산업법 제48조 제1, 2, 3항의 위임 범위를 충실히 지킨 규정 등이요 또는 위 법 제48조제1항이 규

정한 대통령령의 위임은 특정사항에 관한 특정위임으로서 위임사항에 아무 제한 없는 포괄적 위임 내지는 백지위임이라고 볼 의심은 없다.(대법원 1972.9.12. 선고, 72도1137 판결)

(5) 위임입법의 한계 및 판단기준

위임명령은 법률이나 상위 명령에서 구체적으로 범위를 정한 개별적인 위임이 있을 때에 가능하고, 여기에서 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하나, 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 나아가 각 규제 대상의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토함을 요한다.(대법원 2004.07.22. 선고 2003두7606 판결[형질변경허가반려처분취소]).

(6) 행정규칙과 행정의 자기구속

행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야할 자기구속을 당하게 되고, 그러한 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다 할 것이다. (헌재 1990.9.3., 90헌마13)

(7) 행정입법이 그 자체로서 행정처분이 되기 위한 요건

어떠한 고시가 일반적.추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에

해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 권리의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다. 보건복지부 고시인 약제급여.비급여목록 및 급여상한금액표(보건복지부 고시 제2002-46호로 개정된 것)는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가지므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다.
(대법원 2006.9.22. 선고 2005두2506 판결 [보험약가인하처분취소]

(8) 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정한 경우의 효력

법령의 규정이 특정 행정기관에게 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 절차나 방법을 특정하고 있지 않아 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 행정규칙은 위에서 본 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 되고, 따라서 이와 같은 행정규칙은 당해 법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다.
(대법원 2008.3.27. 선고 2006두3742, 3759 판결[목욕장영업신고서처리불가처분취소.영업소폐쇄명령처분취소])

4. 외국의 사례

(1) 미국의 행정입법의 현황

우리나라뿐만 아니라 미국에서도 행정입법 통제는 주요 논의의 대상이다.[43)]

43)일례로 '미국행정회의'(Administrative Conference of the United States)는 2004년 '행정입법 제정절차의 참여와 효율성 촉진'(promote more effective public participation and efficiency in the rulemaking process)이 주요 논제로 선정된 이후, 2010년 회의에서 다시 논의되었다. Gary J. Edlesa, The Revival of the Administrative Conference of the United States, 12 Tex. Tech. Admin. L.J. 281 (2011), p. 290.

특히 미국의 행정입법에 대한 내용적 통제는 입법부의 위임권한, 법원의 구체적 사법심사에 의하되, 보완적으로 사전적·절차적 통제방안 보완을 모색하고 있다는 점에서 우리나라와 유사한 논의의 흐름을 발견할 수 있다. 예를 들어, 미국의 사법부 역시 우리나라와 같이 행정입법의 관할, 절차, 효력[44] 등에 관한 심사를 통하여 위헌적인 행정입법을 무효화하고, 의회는 법률을 통하여 행정입법에 대한 위임범위의 한계를 정하는 권한을 가진다. 하지만 사법부의 통제는 위헌 가능성이 있는 규칙이 이미 행정작용을 통하여 집행된 이후의 심사이며, 행정입법이 지나치게 광범위하게 제정되는 현실에서 국민의 권익을 충분히 보장하지 못한다는 한계가 지적되며, 의회의 통제 역시 헌법에서 엄격한 위임입법의 원리를 규정하지 않은 현실에서 일정한 한계를 갖는다.[45]

미국에서는 이러한 한계를 보완하기 위해 '절차적 통제', 그 중에서도 협상·조정·중재 즉, 대체적 분쟁해결제도(Alternative Dispute Resolution, 이하 ADR)의 원리를 활용한 '협상에 의한 규칙제정법'(Negotiated Rulemaking Act, 이하 NRA)을 도입하였다.[46]

NRA는 행정입법 제정과정에 외부전문가인 협상촉진관(facilitator)이 참여하여 이해관계인들의 이해를 조정하고 합의안을 정부에 제출하면, 정부는 그 결과를 선택적으로 입법에 반영하도록 규정하였다. 예를 들어, 환경규제에 관한 행정입법 제정 시 협상촉진관이 중재인 또는 조정인의 역할을 하고 관련 부처와 이해관계인들이 당사자로 참여하여 합의에 도달하도록 유도하는 협상과정을 거치는 것이다.

NRA가 정식 입법된 이후, 교통·환경·교육 등 공익적 의미가 큰 분야에서 약 30여 차례 공식적으로 협상절차가 진행되면서 긍정적인 평가가 이루어졌으나 법안의 실효성에 대한 평가는 엇갈린 것으로 보인다. 법안을 지지하는 견해는 행정입법에 대한 규칙의 이해관계를 제3자인 전문가의 중재를 거쳐 사전에 조정함으로써 객관적인 시각을 반영할 수 있다고 주장하는 반면[47], 부정적인 견

44) 자세한 내용은 이희정, "행정입법의 효력의 재구성-시론", 행정법연구 제25호, 2009, 109면 참조.
45) 김재선, 전게논문, 74면.
46) 미국은 1946년 연방행정절차법(Administrative Procedure Act, 이하 APA)에서 규칙 제정에 관한 '절차'를 구체적으로 규정함으로써 행정입법에서 정부의 입법적 재량남용에 대한 규제를 시도하였다. 그러나 행정입법을 통한 행정부의 재량남용에 대한 비판은 계속되어 NRA는 1990년 미국행정회의(Administrative Conference of United States, 이하 ACUS)에서 임시법으로 채택된 후, 1996년 정식으로 입법되었다.
47) J.R. DeShazo, Jody Freeman, The congressional competition to control delegated power, 81 Tax. L. Rev. 1443 (2003), p. 1459.

해는 시간과 비용의 낭비, 의견분열이 발생 할 수 있음을 주장한다.[48]

미국 연방대법원은 1813년 Cargo of the Brig Aurora v. U.S. 판결[49]에서 최초로 행정부의 입법권한을 사실상 인정하였는데, 이후 뉴딜정책의 시행 등을 거쳐 행정입법은 더욱 그 기능을 확장해 나가게 되었던 것이다.[50]

이처럼 미국의 행정입법은 현실적인 필요성을 판례를 통해 인정받았지만, 이후 행정입법의 팽창에 따라 행정입법의 사후적 통제방법 이외에 사전적 절차 통제방법에도 관심을 갖게 되었다. 즉, 사후적 통제는 보다 면밀한 검토를 통하여 이미 발생한 피해를 구제하는 통제방법이라면, 사전적 통제는 위헌적 행정입법의 제정을 방지함으로써 국민의 권한 침해를 막기 위한 예방적 조치로 논의된 것이랄 할 것이고, 그 대표적인 법률이 후술하는 MRA라 하겠다.

(2) APA의 절차 모델

1) 절차의 적용제외

APA의 규칙제정에 관한 총칙규정(제553조)에는 공중의 참가를 거치지 않고 규칙을 제정하는 것을 인정하는 적용제외가 있는데, 무엇보다 해석규칙, 정책성명, 절차규칙이 그에 해당한다.

그 밖에, 군사, 외교작용, 또는 행정기관의 내부관리, 인사, 공유재산, 교부금 또는 계약 등에 대해서는 고지와 의견서 제출이라는 절차요건의 적용을 제외하고 있다.

2) 정식규칙제정(formal rulemaking)

정식규칙제정은 행정기관이 청문의 기회를 거쳐 기록에 입각하여 규칙을 제정하는 절차를 말한다. APA 제553조c항은, 행정의 규칙제정은 고지 및 의견

48) Cary Coglianese, Assessing the Advocacy of Negotiated Rulemaking: A Response to Philip Harter, John F. Kennedy School of Government Harvard University Faculty Research Working Papers Series (2001), pp. 2-3.
49) 11 U.S. 382 (1813).
50) 미국 연방대법원의 행정입법 인정범위에 관한 판례의 경향과 내용에 대해서는, 김재선, 전게논문, 76-78면 참조.

서제출만 필요하다고 하는 일반원칙에 대하여 예외를 인정하고 있는데, 이 조항에 의하게 되면, '행정기관에 의한 청문의 기회를 거쳐 기록에 입각하여 규칙이 제정할 것을 제정법이 요구하고 있는 때'에 행정기관은 APA 제556조 및 557조의 규정에 의하여야 한다. 이 경우 행정기관은 正式裁決에 있어서 필요한 절차의 거의 전부를 제공하지 않으면 안 된다. 정식규칙제정절차는 개별 법률이 그 정식절차에 의할 것을 요구하는 경우에만 행해지는 것인데, 그와 같은 개별 법률은 많지 않으며, 따라서 정식규칙제정절차가 행해지는 경우는 드물다고 보아야 한다.[51]

3) 약식규칙제정(informal rulemaking)

근거법규에 반대의 취지가 없는 한, 행정기관이 실체적 입법규칙을 제정하는 경우에 항상 약식규칙제정절차가 활용된다고 할 수 있다. 즉, 실정법에 행정기관이 규칙을 제정할 수 있는 근거가 명시되어 있는 경우, 사인을 구속하는 규칙을 제정하는 경우, 이 약식 규칙 절차에 의거하는 것이다.[52]

약식규칙제정의 절차는 다음과 같은 네 가지 요소로 구성되어 있다. 첫째, 규칙제정에 관한 공고(notice)이다. 공고는, 규칙 제정의 법적 근거와 규칙안의 전문 또는 개요를 밝히고, 주제 및 쟁점에 관하여 설명하여야 한다. 둘째, 의견서제출이라는 방식에 의한 이해관계인에 대한 참가기회의 제공이다. 원칙으로 문서로 정보, 의견을 제출한다. 다만, 행정기관의 재량에 따라 구두로 의견을 표시하게 할 수도 있다. 약식규칙제정절차에 있어서는 이해관계인이 반대이해관계인이 제출한 증거를 열람하고 반박하는 권리까지는 인정되지 않는다. 셋째, 행정기관이 의견서를 검토하여 최종규칙을 제정하게 되는데, 이 때, 규칙의 근거 및 목적의 개요를 설명하여야 한다. 즉 이유를 제시하여야 하는 것이다. 넷째, 규칙의 공포는 당해 규칙이 효력을 발생하기 30일 전에 행하여야 한다.

한편, 공고와 의견서제출과 관련하여서는 다음과 같은 적용제외가 있다. 첫째가 규칙의 성질에 관련된 적용제외로서, 해석규칙, 정책성명, 조직규칙, 절차규칙의 경우에는 공고와 의견서제출의 절차를 행할 필요가 없다. 둘째는, 규칙

51) 김남진, "위임입법과 행정입법절차의 비교법적 고찰", 미국헌법연구 제18권 제2호(2009), 17면.
52) 김남진, 전게논문, 17면; 5. U.S.C.A ∫∫ 553(b), (c), (d).

의 제정을 둘러싼 사정이나 환경에 관련된 적용제외로서, 실행불능, 불필요 또는 공익에 반한다고 인정되는 경우 공고와 의견서제출의 절차를 취할 필요가 없다. 결론적으로 양식규칙제정절차는 간단하고 효율적인 절차이기는 하나, 절차적 공정성의 면에서는 부족한 면이 있다고 할 수 있다.[53]

4) 교섭에 의한 규칙제정

앞서 언급하였듯이, 미국 연방의회는 1990년 11월 교섭에 의한 규칙제정에 관한 법률인 NRA(Negotiated Rulemaking Act)를 제정하였다.[54]

경합하는 이익 집단 간에 교섭을 제도화화하는 것이 경우에 따라서는 행정규칙을 제정하는데 있어 바람직하다는 생각이 점 점 강해져, 대체적 분쟁해결(alternative dispute resolution)방법을 규칙제정과정에 도입하고자 모색하게 된 것이다. 전형적인 규칙제정교섭에 있어서는 조정인이 리드하는 교섭의 장에 관계이해집단 및 행정기관이 대표자를 파견한다. 타협을 본 합의는 행정기관에 송부되어 행정기관에 의하여 규칙안으로서 공표되고 나서, 통상의 APA의 규칙제정절차를 밟게 되는 것이다. 그러나 행정기관에게는 참가자의 타협을 최종규칙에 받아들일 의무는 없다는 것이 판례의 입장이다.[55]

이론상 '교섭에 의한 규칙제정'은 대립보다는 협조를 장려하는 우수한 방식으로 볼 수 있다. 행정기관을 포함하여 모든 이해관계자가 참가하여 컨센서스에 의한 해결을 모색하여 끈기 있는 조정을 하게 되면, 그 결론은 행정기관 또는 외부의 심사기관이 강요하는 어떠한 정책보다 참가자에게 받아 드릴만한 것이 될 수 있을 것으로 기대된다.[56]

그러나 '교섭에 의한 규칙제정'에도 난점이 있다. 즉, 교섭집단에 의한 규칙안이 컨센서스를 추구하는데 도움이 되는 비논리적인 타협을 수반하는 경우가 있는데, 이것은 근거법규아래서의 합리적인 재량권행사로서 정당화되지 않는 타협이 될 수 있는 것이다. '교섭에 의한 규칙제정이 장기적으로 성공을 거둘 것인가 아닌가는 심사법원의 태도에 크게 의존하게 될 것이다. 즉, 교섭에 의

53) 김남진, 전게논문, 18면.
54) Pub. L. 101-648. 이 법률은 다시 1992년의 Admionistrative Procedure Technical Amendments Act에 의하여 미합중국법전 제5편 제5장 제3절의 ∫∫561-569로서 등록되었다.
55) NRDC v. United States EPA, 859 F. 2D 156, 194-195(D. C. Cir. 1988)
56) 32 Harter, Negotiating Regulations: A Cure for Malaise, 71 Geo. L. J. 1(1982) 참조.

한 규칙이 통상의 심사기준을 충족하지 않더라도 그 제정과정을 감안하여 정당화할 여지가 있는 것으로 법원이 그것을 지지할 것인가 여부에 달려 있다고 할 수 있다.[57]

(2) 독일

주지의 바와 같이 독일은 행정입법에 관한 일반적 법규정을 가지고 있지 않다. 그러나 최근 환경법총칙법전화 과정에서 나타난 행정입법의 규범화 작업과 여러 단체의 참가를 통한 행정입법에의 관여를 통해 행정입법을 통제 내지는 관여하려는 경향을 보이고 있다. 이하 이에 관하여 살펴본다.

1) 환경법총칙법전화 초안상의 행정입법

독일은 행정법총칙에 해당하는 규정을 상당한 정도로 성문화해 놓은 행정절차법(Verwaltungsverfahrensgesetz)을 가지고 있다. 그럼에도 불구하고, 행정입법에 해당하는 명령 및 그의 절차에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 않다. 그 점이 규칙(rule)과 규칙제정(rule-making)에 관하여 상세히 규정하고 있는 미합중국에서의 사정(APA)과 크게 대조를 이룬다고 할 수 있다.[58]

대신, 독일은 분산된 형태로 여러 가지 종류의 행정입법 및 그에 관한 절차규정을 두고 있다. 행정입법 및 그의 절차에 관한 총칙적 규정을 성문화하려는 노력도 계속하고 있는 점에 주목할 필요가 있다. 그것을 상징적으로 나타내는 것이 환경법총칙초안(Umweltgesetzbuch-Allgemeiner Teil)(Entwurf)이다.[59]

이 초안의 내용을 간단히 살펴보자. 첫째, 초안 제151조는 연방참의원의 참가에 관하여, 제152조는 각 계 각 층의 전문위원회의 의견청취에 관하여 규정하고 있는바 그러한 규정을 마련하고 있는 이유로서, “불확정법개념에 의한 환경보호규정의 실체법적 불비, 의회의 관여의 부족과 약화된 법률에의 행정의 종속성을 절차법적으로 보완”하려는데 있음을 밝히고 있는 점이 주목할 만하다.

---

57) 김남진, 전게논문, 19-20면.
58) 김남진, 전게논문, 32-33면.
59) Vgl. N. Kloepfer/E. Rehbinder/E. Schmidt-Assmann/P. Kunig, Umweltgesetzbuch-Allgemeiner Teil (Entwurf), 2. Aufl., 1991

둘째는, 153조의 이유부기에 관한 내용으로서, 행정입법으로서의 환경기준 등을 책정함에 있어서는 이유를 부기함으로써 행정의 결정과정의 합리성, 학술적 정당성, 투명성을 확보하여야 함을 밝히고 있다.

셋째가 법규명령과 행정규칙의 구별의 상대화이다. 위 초안에 있어서는, 법규명령과 행정규칙을 특별히 구분하지 않고 그의 책정절차에 관하여 규정하고 있는 것이다. 과거에는 직접 법률의 수권을 받고, 법률에 근거가 있는 것인가 아닌가에 중점을 두어 법규명령과 행정규칙을 구분하였는데 대하여, 오늘날은 양자가 다 행정이 그의 목적을 달성하기 위한 도구라는 관점에서, 어느 쪽이 사안의 해결에 적합한가 라는 관점에서 선택의 대상이 된다고 하는 것이다.[60] 넷째는 행정입법의 정기적 재심의로서, 초안 제154조는 법규명령은 제정후 8년을 기한으로 재심의 의무를 지우고 있으며, 훈령 등 행정규칙은 8년이 지나면 실효케 함으로써 자동적으로 재심의를 불가피하게 만들고 있는 것이다. 말하자면, 재심사의무, 법령의 일몰제 등의 방법을 통해 행정입법과 행정현실간의 괴리를 막으려 노력하고 있는 셈이다.

2) 행정입법 제정 시 전문 단체 등의 관여[61]

첫째가 전문위원회의 관여이다. 예를 들면, 폭발물질에 관한 법률(Gesetz ueber explosisionsgefaehrliche Stoffe)은 주무부장관이 기술문제에 관한 법규명령을 제정하기 위해서는 관계 행정기관, 이해당사자의 대표, 전문가 등으로 구성되는 전문위원회의 자문을 듣도록 규정하고 있는 것이다(동법 제6조).

둘째 비국가기관으로서의 자연보호단체, 경제계 등의 관여이다. 예컨대, 연방이미숀방지법은 “행정규칙의 제정이나 일반적 법규명령의 제정에 대한 수권이 각계의 의견청취에 관하여 규정하고 있는 경우에는, 학계, 피침해자, 관계경제계, 관련된 교통제도 및 이미숀의 방지를 주관하는 최상급 란트행정기관이 선임한 대표자로부터 의견을 들어야 한다”(동법 51조)고 정하고 있다.

셋째 전문가의 관여이다. 예컨대, 연방사회부조법 제114조는 “일반행정규칙

60) 여기에서 초안 작성자의 한 사람이 [행정규칙은 아무런 법규범이 아니다(sie seien keine Rechtsnormen)라고 하는 명제는 과거의 것이다. 행정규칙은 법률 및 법규명령과 병렬하는 국가의 法定立가운데에서의 제3의 카테고리로서 여러 상이한 구속력을 가지는 것에 그의 특징이 있다]라고 말하고있는 점에 유의할 필요가 있다. Vgl. E. Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl, 2004, S. 329.

61) 김남진, 전게논문, 30-31면의 내용을 요약한 것이다.

및 급부기준의 지정 전에 사회경험이 있는 자의 의견을 들어야 하며, 특히 피보호자의 간호를 담당하는 협회 또는 사회복지급부협회에 있어서의 사회경험 있는 자의 의견을 듣지 않으면 안 된다"라고 정하고 있다.

마지막으로 지방자치단체의 관여를 생각할 수 있다. 특히 헌법상 보장되어 있는 기초지방자치단체의 계획책정권한(die Planungshoheit der Gemeinde)을 침해하는 내용을 가지는 행정입법의 제정에 있어서 여러 가지 형태의 기초지방자치단체의 관여가 요청되고 있는바, 종래 일반적으로 인정되어 온 의견청취 이외에, 제안권, 선택권, 거부권, 동의권과 같은 절차적 권리가 인정되어야 함이 강조되고 있는 것이다.

Ⅲ. 예시 조문과 이유

1. 행정입법의 정의

(1) 예시 조문

○○조(정의) 행정입법이란 법 또는 정책을 실시, 해석, 규정하기 위한 운영기준을 책정하기 위하여 규정한 일반적 혹은 특정한 사항에 관한 행정기관의 의사표시로서 대통령령, 총리령, 부령, 훈령, 예규, 고시 등을 말한다.

(2) 제안이유

통상 행정부에 의하여 제정되는 일반적·추상적 규범을 행정입법이라 한다. 발령권자에 따라 대통령령, 총리령, 부령으로 구분할 수 있으며, 위임여부에 따라 위임명령, 집행명령, 독립명령으로 구분하기도 한다. 대외적 구속력 여부에 따라 법규명령과 행정규칙으로 나누기도 한다.

행정입법에 관한 실정법적 정의가 없는 만큼 행정입법의 정의에 관하여 법적 정의를 두는 것이 무엇보다 중요함으로 행정법기본법에 행정입법에 관한 정의 규정은 반드시 들어갈 필요가 있다고 본다.[62]

본 조는 국회법 제98조의2의 내용과 미국 APA §551(4)의 행정입법(rule)의 정의 규정을 응용한 것이다. 미국에서는 규칙(rule)이라는 개념으로 행정입법을 설명하고 있다. 미국 행정절차법에서는 규칙을 다음과 같이 정의하고 있다. [법률이나 정책의 규율·해석 또는 시행을 위해, 장래에 관한 효력을 가진 일반적 혹은 특별한 사항에 관하여 적용되는 행정기관의 의사표시로서의 그 일부나 전부, 그리고 장래효를 가진 (행정청의 의사표시)]를 말한다.[63]

그러나 APA 제551조 제4호의 정의에 해당하는 규칙의 전부가 입법규칙인 것은 아니며, 비입법적 규칙으로서의 해석규칙(interpretative rule), 정책성명(policy statement), 행정기관의 조직, 절차 및 운용에 관한 규칙은 APA의 적용대상에서 제외됨은 이미 지적한 바와 같다(APA(b) (A)).

2. 행정입법의 내용과 한계

(1) 예시조문

○○조(행정입법의 내용과 한계) ①행정입법은 법령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 바에 따라 정할 수 있다. 다만, 국민의 권리와 의무에 관한 중요한 사항은 법률로 정하여야 한다. ②행정입법 중 법규적 사항이나 기본권 제한 등에 관한 사항은 시행령이나 시행규칙으로 정하고, 기술적이고 절차적인 사항 등 탄력적으로 운영해야 할 필요성이 있는 사항에 대해서는 고시 등 행정규칙의 형식으로 정할 수 있다. ③행정입법에 규정될 내용 및 범위는 구체적으로 규정되어야 하며, 누구라도 해당 행정입법에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다.

62) 국회규칙이나 대법원 규칙 등 헌법기관이 제정하는 규칙을 그 대상으로 할 것인가에 대해서는 논의가 필요하나, 본 연구의 대상이 어디까지나 '행정입법'인 만큼 헌법기관이 제정하는 규칙은 그 대상에서 제외하기로 한다.

63) the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy. 5 U.S.C.A §551(4).

(2) 제안이유

그 동안 행정입법의 제정 범위 및 그 한계에 대해서는 많은 논의가 있은 만큼 판례도 이에 관해 명확한 견해를 제시하고 있다. 위 조문은 이러한 판례의 태도를 반영한 것이다.

또한 국민의 권리와 의무에 관한 중요한 사항은 입법부에 의하여 법률의 형식으로 정하도록 하고, 행정의 전문성을 요하는 사항이나 수시로 변화하는 사실관계를 탄력적으로 규율할 필요가 있는 경우 하위규범인 행정입법에 위임하도록 하였다(헌법재판소 2008.5.29. 2006헌바78 결정).

먼저, 구체적인 위임의 범위는 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라지는 것이어서 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 위임명령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 위임명령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 하며, 이 경우 그 예측가능성의 유무는 당해 위임조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 그 위임조항이 속한 법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 위임조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 할 것이다.

근본적으로는 법률에서 행정입법으로 위임하고자 하는 범위를 명확히 규정함으로써 올바른 행정입법을 유도하고 행정부의 자의가 개재되지 않도록 하는 것이 중요하다 할 것이다. 대법원 판례 역시 상위법령의 위임이 없거나 위임의 한계를 넘은 위임명령은 무효라고 판시하고 있다(대법원 2005. 4. 29. 선고 2004두14090 판결 ; 대법원 2004. 5. 28. 선고 2002두4716 판결 ; 대법원 2000. 10. 19. 선고 98두6265 전원합의체 판결 등 참조).

다음으로, 법규적 사항이나 기본권 제한 등에 관한 사항은 시행령이나 시행규칙에서 규정하고, 기술적이고 절차적인 사항 등 탄력적으로 운영해야 할 필요성이 있는 사항에 대해서는 고시 등 행정규칙에서 정하도록 해야 한다.
(대법원 2004.07.22. 선고 2003두7606 판결[형질변경허가반려처분취소]).

3. 행정입법과 행정의 자기구속

(1) 예시조문

○○조(행정입법과 행정의 자기구속) 법령의 규정에 의하여 행정청에게 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 행정관행이 성립된 행정입법은 대외적인 구속력을 가진다.

(2) 제안이유

헌법재판소의 판례에 따르면, 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야할 자기구속을 당하게 되고, 그러한 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다. (헌재 1990.9.3, 90헌마13)

4. 행정입법이 그 자체로서 행정처분이 되기 위한 요건

(1) 예시조문

○○조(행정입법으로서의 처분) 행정입법이 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 권리 의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 처분에 해당한다.

(2) 제안이유

판례의 내용을 정리한 것이다. 일찍이 판례는 “어떠한 고시가 일반적.추상적 성격을 가질 때에는 법규명령 또는 행정규칙에 해당할 것이지만, 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 권리 의무나 법률관계를 규율하는

성격을 가질 때에는 행정처분에 해당한다"고 하고, 보건복지부 고시인 약제급여.비급여목록 및 급여상한금액표(보건복지부 고시 제2002-46호로 개정된 것)는 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 국민건강보험가입자, 국민건강보험공단, 요양기관 등의 법률관계를 직접 규율하는 성격을 가지므로 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당한다고 한 바 있다.
(대법원 2006.9.22. 선고 2005두2506 판결 [보험약가인하처분취소]

5. 법령보충적 행정규칙

(1) 예시조문

○○조(법령보충적 행정규칙) 법령이 특정 행정기관에게 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하고 수임행정기관이 행정입법으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 행정입법은 당해 법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규로서의 효력을 가진다.

(2) 제안이유

판례의 내용을 정리한 것으로, 소위 강학상의 '법령보충적 행정규칙'에 관한 것이다. 판례는 법령의 규정이 특정 행정기관에게 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 절차나 방법을 특정하고 있지 않아 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 행정규칙은 위에서 본 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 되고, 따라서 이와 같은 행정규칙은 당해 법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다고 한 바 있다.
(대법원 2008.3.27. 선고 2006두3742, 3759 판결[목욕장영업신고서처리불가처분취소.영업소폐쇄명령처분취소])

6. 행정입법의 제정 절차

(1) 예시조문

제○○조(행정입법의 입법 절차)행정입법을 제정·개정 또는 폐지(이하 "입법"이라 한다)하려는 경우에는 「행정절차법」제00조 내지 제00조를 준용한다.

제○○조(행정입법의 입법 절차) ① 행정입법을 제정·개정 또는 폐지(이하 "입법"이라 한다)하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정기관은 이를 예고하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.

1. 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우
2. 상위 법령 등의 단순한 집행을 위한 경우
3. 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
4. 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우
5. 예고함이 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우

② 법제처장은 입법예고를 하지 아니한 행정입법 안의 심사 요청을 받은 경우에 입법예고를 하는 것이 적당하다고 판단할 때에는 해당 행정기관에 입법예고를 권고하거나 직접 예고할 수 있다.

③ 입법안을 마련한 행정기관은 입법예고 후 예고내용에 국민생활과 직접 관련된 내용이 추가되는 등 대통령령으로 정하는 중요한 변경이 발생하는 경우에는 해당 부분에 대한 입법예고를 다시 하여야 한다. 다만, 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.

제○○조(예고방법) ① 행정청은 입법안의 취지, 주요 내용 또는 전문(全文)을 관보·공보나 인터넷·신문·방송 등을 통하여 널리 공고하여야 한다.

② 행정기관은 대통령령을 입법예고하는 경우 국회 소관 상임위원회

에 이를 제출하여야 한다.

③ 행정기관은 입법예고를 할 때에 입법안과 관련이 있다고 인정되는 중앙행정기관, 지방자치단체, 그 밖의 단체 등이 예고사항을 알 수 있도록 예고사항을 통지하거나 그 밖의 방법으로 알려야 한다. 이때 입법안에 환경기준 등 기술적·정책적 기준을 정할 때에는 그 이유를 부기하여야 한다.

④ 행정기관은 제1항에 따라 예고된 입법안에 대하여 전자공청회 등을 통하여 널리 의견을 수렴할 수 있다. 이 경우 제38조의2제2항부터 제4항까지의 규정을 준용한다.

⑤ 행정기관은 예고된 입법안의 전문에 대한 열람 또는 복사를 요청받았을 때에는 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.

⑥ 행정기관은 제5항에 따른 복사에 드는 비용을 복사를 요청한 자에게 부담시킬 수 있다.

제○○조(예고기간) 입법예고기간은 예고할 때 정하되, 특별한 사정이 없으면 40일(자치법규는 20일) 이상으로 한다.

제○○조(의견제출 및 처리) ① 누구든지 예고된 입법안에 대하여 의견을 제출할 수 있다.

② 행정기관은 의견접수기관, 의견제출기간, 그 밖에 필요한 사항을 해당 입법안을 예고할 때 함께 공고하여야 한다.

③ 행정기관은 해당 입법안에 대한 의견이 제출된 경우 특별한 사유가 없으면 이를 존중하여 처리하여야 한다.

④ 행정기관은 의견을 제출한 자에게 그 제출된 의견의 처리결과를 통지하여야 한다.

⑤ 제출된 의견의 처리방법 및 처리결과의 통지에 관하여는 대통령령으로 정한다.

제○○조(공청회) ① 행정기관은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있다.

② 공청회에 관하여는 제38조, 제38조의2, 제38조의3, 제39조 및 제39조의2를 준용한다.

(2) 제안이유

행정입법의 제정절차에 관해서는 현재 행정절차법에 관련 규정을 두고 있다. 따라서 동법 상의 입법 제정 절차를 응용한 것이 상기 조문이다. 그러나 다음과 같은 문제점은 향후 보완하여야 할 것으로 보인다.

첫째, 행정법기본법과 행정절차법 간의 상호 관계를 존중하여 어느 한 쪽에 행정입법에 관한 입법절차를 규정을 두고 다른 쪽은 이를 준용하는 것으로 족하다고 보인다.

둘째, 행정입법의 종류에 따라 그 입법제정절차를 차등화 할 필요성도 있을 것이다. 예를 들어, 현재 강학상의 법규명령과 행정규칙을 분류하여 이들에 대하여 차등적 제정절차를 둘 수도 있을 것이다. 이때 그 차등화를 어떤 기준에 의해서 어떻게 할 것인가가 문제된다.

7. 행정입법 제.개정 과정에의 국회의 관여

(1) 예시조문

제○○조(국회의 관여)행정입법의 국회에의 제출 등에 관해서는「국회법」제98조의2를 준용한다.

①중앙행정기관의 장은 행정입법이 제정·개정 또는 폐지된 때에는 10일 이내에 이를 국회 소관상임위원회에 제출하여야 한다. 다만, 대통령령의 경우에는 입법예고를 하는 때(입법예고를 생략하는 경우에는 법제처장에게 심사를 요청하는 때를 말한다)에도 그 입법예고안을 10일 이내에 제출하여야 한다.

②제1항의 기간 이내에 이를 제출하지 못한 경우에는 그 이유를 소관상임위원회에 통지하여야 한다.

③상임위원회는 위원회 또는 상설소위원회를 정기적으로 개회하여 그 소관중앙행정기관이 제출한 행정입법에 대하여 법률에의 위반여부 등을 검토하여 당해 행정입법이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니하다고 판단되는 경우에는 소관중앙행정기관의 장에게 그 내용을 통보할 수 있다. 이 경우 중앙행정기관의 장은 통보받은 내용에 대한

처리 계획과 그 결과를 지체 없이 소관상임위원회에 보고하여야 한다.
④전문위원은 제3항의 규정에 의한 행정입법을 검토하여 그 결과를 당해 위원회 위원에게 제공한다.

○ 국회법

제98조의2(대통령령등의 제출등) ① 중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시등이 제정·개정 또는 폐지된 때에는 10일 이내에 이를 국회 소관상임위원회에 제출하여야 한다. 다만, 대통령령의 경우에는 입법예고를 하는 때(입법예고를 생략하는 경우에는 법제처장에게 심사를 요청하는 때를 말한다)에도 그 입법예고안을 10일 이내에 제출하여야 한다.
②제1항의 기간 이내에 이를 제출하지 못한 경우에는 그 이유를 소관상임위원회에 통지하여야 한다.
③상임위원회는 위원회 또는 상설소위원회를 정기적으로 개회하여 그 소관중앙행정기관이 제출한 대통령령·총리령 및 부령(이하 이 조에서 "대통령령등"이라 한다)에 대하여 법률에의 위반여부 등을 검토하여 당해 대통령령등이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니하다고 판단되는 경우에는 소관중앙행정기관의 장에게 그 내용을 통보할 수 있다. 이 경우 중앙행정기관의 장은 통보받은 내용에 대한 처리 계획과 그 결과를 지체 없이 소관상임위원회에 보고하여야 한다.
④전문위원은 제3항의 규정에 의한 대통령령등을 검토하여 그 결과를 당해위원회 위원에게 제공한다.

(2) 제안이유

행정입법에 대한 국회의 관여는 행정입법의 성격상 당연한 절차라고 할 것이다. 그러나 모든 행정입법에 대해 국회가 관여할 수는 없는 만큼 국회 관여

의 범위와 관여에서 제외되는 행정입법의 범위 설정이 향후의 과제이다.

한편, 1998년 국회 제도운영개혁위원회는 정치개혁입법특별위원회에 시정요구권을 포함한 국회법 제98조의2의 개정안을 건의한 바 있으나, 이는 받아들여지지 아니하였다가, 2005년 본조가 성립되었다.

8. 행정입법 제정에의 이해관계집단의 관여

(1) 예시조문

제○○조(전문가의 관여) ①행정기관의 장은 제·개정하려는 행정입법의 내용이 전문적, 기술적, 정책적인 것이라고 판단할 때에는 해당 행정입법의 제.개정 시에 해당 분야의 전문가 5인 이상의 의견을 들어야 한다. ②제1항의 행정입법에 대해 조언을 할 수 있는 전문가의 자격은 아래 각호와 같다. 1. 대학의 부교수 이상인 자 또는 변호사 자격을 가진 자로서 해당 직역에서 10년 이상의 경력을 가진 자 2. 해당 행정입법의 내용과 밀접한 연관을 가진 전문가 집단(NGO 포함)에서 10년 이상 종사한 자로 중앙행정기관의 장이 임명한 자

(2) 제안이유

미국 행정법상의 교섭에 의한 행정규칙 제정을 응용한 조문이다.

미국 NRA는 공익을 위해 교섭이 필요하다고 행정기관의 장이 결정하는 경우 협상절차를 도입할 수 있다고 하였다. 이때 NRA에 규정된 공익을 판단하기 위한 기준은 ①교섭을 위한 행정규칙안의 필요성, ②상당한 영향을 받을 제한된 이해관계집단의 존재, ③이해관계인의 균형적 소집가능성, ④합리적 시간 내에 협상가능성, ⑤지나친 입법 지연 결과의 발생불가능성 등이다. 미국에서 협상 절차를 활용한 사례는 환경, 교통, 교육 등 많은 이해관계인들을 대상으로 하는 행정입법에 해당하였다.[64)]

위 조문은 공익과 사회적 관심이 높은 행정입법의 제정과정에서 요구되는 행정입법의 민주적 정당성을 담보함과 더불어, 행정입법 제정 후의 불필요한 마찰을 방지할 수 있다는 점에 그 의의가 있다고 본다. 사회 다수의 이익 및 공익과 관련된 사항을 집행 또는 결정하기 위한 기준으로서의 행정입법을 제정할 때에는 이해관계인이 특정 될 수 있고, 협상이 가능한 경우 그 이해관계 집단과의 교섭을 통한 행정입법의 제정/개정은 필요하다고 할 것이다. 현재 시행되고 있는 행정상 입법예고를 보다 현실적으로 구현한 제도이다.[65]

또한 특정 지방자치단체 및 주민에게 영향을 미치는 행정입법의 제정 시에도 위와 같은 논리는 적용될 수 있을 것이다.

전문적, 기술적, 정책적으로 세분화되어 가고 있는 행정입법에 대해 적절한 조언과 전문가적 의견을 제시하기 위해서는 법률전문가, 입법전문가 또는 해당 직역의 전문가의 참여가 필요하다고 하겠다.

독일의 경우에도 폭발물질에 관한 법률은 주무부장관이 기술문제에 관한 법규명령을 제정하기 위해서는 관계 행정기관, 이해당사자의 대표, 전문가 등으로 구성되는 전문위원회의 자문을 듣도록 규정하고 있는 것을 들 수 있다.[66]

9. 행정입법의 재심의 및 일몰제

(1) 예시조문

제○○조(행정입법의 재심의) 행정입법은 입법 후 5년이 지나면 국회의 재심의를 거쳐야 한다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 재심의를 하

64) 김재선, 전게논문, 84면.

65) 그러나 이 NRA가 실패했다는 지적을 하고 있는 이도 있다. 박동열, “규칙제정절차에서의 국민의 참여” 행정법연구, 제37호(2013), 211-236; 그에 의하면, 미국의 협상에 의한 규칙제정법은 국민과 행정기관 사이의 고양된 협력관계를 토대로 규칙제정에 소요되는 시간의 절감, 제정된 규칙에 대한 불복률의 감소를 가져올 것으로 예상되었지만, 1997년과 2008년의 통계학적 분석결과에 의하면, 협상에 의한 규칙제정절차는 전통적인 규칙제정절차의 절차지연의 문제나 제정된 규칙의 불복률에 있어서 유의미한 변화를 가져오지 못하고 있다고 지적하고 있다. 현재 협상에 의한 규칙제정절차의 활용은 극히 저조한 수준에 머물고 있으며, 2000년대에 들어와서는 1990년대보다도 그 활용도가 현저히 감소하였다고 한다.

66) 독일에서의 단체 등의 법규명령 제정에의 관여에 관해서는 김남진, 전게논문, 30-31면 참조.

지 아니 할 수 있다. 1. 상위 법령 등의 단순한 집행을 위한 경우 2. 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우 3. 기타 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 재심의의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우

(2) 제안이유

행정입법의 재심의 및 일몰제에 관한 규정은 독일 환경법총칙초안의 내용을 응용한 것이다.

급변하는 행정환경의 변화에 대응하고 시대에 뒤쳐진 행정입법을 정비하는 것이야 말로 행정입법에 관한 규제의 중요 내용이라 하겠다.

제4장 행정행위

제1절 명령 개정시 적용명령

Ⅰ. 문제의 현황

법령 개정시 특정 사안에 대하여 구법령과 신법령 가운데 어느 것을 적용하여야 하는가라는 문제는 공법 영역 뿐 아니라 민사법과 형사법 영역에서도 공통적으로 발생하는, 법 일반의 문제이다. 우리 헌법은 행위시 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다는 것과 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다는 것을 선언하고 있고(헌법 제13조 제2항) 형법에서도 법률의 시간적 적용과 관련하여 원칙을 정하고 있다(형법 제1조). 이처럼 시간적 맥락에서의 적용법령을 어떠한 원칙에 따라 결정할 것인가의 문제는 인간의 행태에 관한 모종의 직접적 규율이라기 보다는 적용할 법을 결정하는 원칙에 관한 규율로서, 말하자면 법에 관한 법(droit du droit)이라고도 할 수 있다.[67] 그런데 특히 행정입법은 민사법이나 형사법에 비하여 그 개정의 빈도가 매우 잦은 특징이 있어서 명령개정시 적용명령을 정하는 문제도 그만큼 빈발하게 마련이다. 공법 영역에서 명령의 개정은 예컨대 사인에 대한 인허가요건의 완화나 강화와 같이, 수익적 행정행위의 영역에서 이루어질 수도 있고 영업정지나 허가취소의 요건의 강화나 완화 등, 침익적 행정행위의 영역에서 이루어질 수도 있으며 더 나아가 일정한 의무의 위반에 대한 과태료 등 행정제재의 영역 뿐 아니라 미래지향적으로 위험을 방지하는 경찰법의 영역에서도 이루어질 수 있다. 또한, 법률요건 뿐 아니라 법률효과의 면에서도 명령개정이 이루어질 수 있으므로 예컨대 동일한 위반에 대하여 법효과로서의 불이익처분이 강화되거나 완화되는 경우에도 법령개정시 적용법령의 문제가 발생하고 더 나아가 신분에 관한 사항, 예컨대 위원회 위원의 임기에 관한 규정을 개정하는 경우에도 신명령에 의하여 현재 위원인 자의 임기가 변동하는 것인지라는 문제가 발생하게 된다. 이처럼 신명령

67) Guillaume Drago et al., Repenser ≪le droit transitoire≫, Dalloz, 2010, p. 1.

과 구명령 사이에 어느 것이 구체적 사건에 적용되어야 하는가의 문제는 달리 표현하자면 새로운 명령으로 나타나는 입법자의 현재 의사를 행정이 충실하게 반영하여야 한다는 요청과, 구 명령에 의한 사안의 규율에 대한 법적 안정성 요청 간의 형량의 문제라고도 할 수 있을 것이다.

한편, 보다 넓은 시각에서는 명령 개정과 관련한 시간적 적용의 법적 쟁점을, 차원이 다른 두 개의 영역으로 나누어 볼 수 있는데, 하나는 명령 개정시 특정 사안에 대하여 구명령과 신명령 간에 어느 것이 적용되어야 하는지에 관하여 (행정)입법자가 명문의 경과규정을 마련하지 아니하였을 경우에, 이러한 입법의 불비가 당해 규범의 하자로 귀결된다고 보아 규범통제의 대상으로 할 것인지의 문제가 그것이고 다른 하나는 규범의 하자로까지 보지 않는 경우, 구명령과 신명령 가운데 어느 것이 적용되어야 하는지를 결정하는 것이 두 번째 문제이다.

대법원 판례에서는 법령의 개정에 있어서 구법령의 존속에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며, 법령의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 법령으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면, 입법자는 경과규정을 두는 등, 당사자의 신뢰를 보호할 적절한 조치를 하여야 한다고 판시하고 있다. 즉, 어떠한 시행령이 이러한 적절한 조치 없이 새 시행령을 그대로 시행하거나 적용하는 것은 헌법의 기본원리인 법치주의 원리에서 도출되는 신뢰보호의 원칙에 위배되어 위헌이라고 판시하고 있다.[68]

두 번째 차원의 문제에 대해서는 실로 다양한 입장들이 판례상 나타나고 있는데, 이들 판례들은 대개 원칙적으로 처분시 법령, 즉 신법에 의하여야 하나, 예외적으로 신청시나 위반행위시의 구법에 의거하여야 한다고 인정한 사례들도 나타나고 있다.

68) 대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두12899 전원합의체 판결[불합격처분취소]. 이 판결에는 해당 시행령이 위헌이 아니라는 3인의 반대의견이 있었고 개정시행령 부칙의 효력 여부는 법령 등 공포에 관한 법률의 범위 내에서 다루어야 할 문제로서 헌법문제가 아니라 법률문제라는 반대의견 보충의견이 있었다.

Ⅱ. 검토

1. 개별법 규정

구법과 신법의 교체에 따른 혼란을 방지하기 위한 일차적 수단으로서 신법의 공표와 발효 사이에 일정한 시간적 간격을 두는 방안을 생각해볼 수 있고 이차적 수단으로서 좁은 의미의 경과규정(Übergangsregelung ; le droit transitoire)을 두는 방안을 생각해 볼 수 있는데, 전자에 대해서는 헌법, 법령 등의 공포에 관한 법률(이하 법령공포법), 대통령령인 법제업무운영규정이 규율을 하고 있는 반면, 현재 법률과 명령 등의 제정과 관련하여 좁은 의미의 경과조치 마련의무를 일반적으로 규율하고 있는 예는 찾아보기 어렵다. 헌법에서는 법률은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다(헌법 제53조 제7항)고 규정하고 있고 법령공포법에서는 대통령령, 총리령 및 부령은 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일이 경과함으로써 효력을 발생하고(법 제13조), 국민의 권리 제한 또는 의무 부과와 직접 관련되는 법률, 대통령령, 총리령 및 부령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일부터 적어도 30일이 경과한 날부터 시행되도록 하여야 함(법 제13조의2)을 규정하고 있다.[69] 또한 대통령령인 법제업무운영규

69) 한편, 법령제정절차상으로 여러 가지 행위들이 매개되는데, 법령이 정상적으로 만들어졌음을 확인하는 행위와 법령을 일반대중에게 알리는 표시행위는 구별되어야 한다. 확인행위를 독일법에서는 Ausfertigung이라 하며, 프랑스법에서는 promulgation이라 하는 반면, 표시행위는 독일법에서는 Verkündigung이라 하며 프랑스법상으로는 publication이라 한다. 확인행위는 법령을 완성하는 데 필요한 법적 행위로서 특정 법령이 정상적으로 만들어졌다는 것을 인증하는 행위이고 확인권자가 대상 법령에 서명을 하고 그 날짜를 기재하는 행위로 구성된다. 이러한 인증적 성격으로 말미암아 확인행위는 대상 법령의 형식적.실체적 적법성에 대한 심사권한 문제와 연관되지 않을 수 없다. 관습법과는 달리, 실정법령은 이러한 확인행위로써 탄생 내지 성립하게 되므로 확인의 날짜는 법령의 성립일이 되고 해당일을 기준으로 하여 해당 법령이 준수하여야 하는 법상태의 시간적 기준도 정하여진다. 또한 확인행위는 대상 법령에의 서명자가 당해 법령을 집행하겠다는 의지를 표시하는 행위로서 이를 통해 법규범은 비로소 집행적 성격을 가지게 된다. 그러나 이러한 확인행위만으로는 시민에 대한 관계에서 법령의 존재를 주장할 수는 없다. 즉 시민에게 법령의 존재를 알리기 위해서는 별도로 표시행위가 필요한데, 이러한 표시행위가 있은 이후 법령은 발효 내지 실시된다(inkrafttreten ; entrer en vigueur). 표시의 방법은 관보게시, 공보게시, 정문게시 등 다양할 수 있으며, 표시 이후 어떤 시점에 법령이 발효 내지 실시되는가에 대해서는 다양한 입법례를 발견할 수 있다. 프랑스의 경우 법령은 확인권자의 확인(promulgation)를 거쳐 공적으로 표시(publication)된 다음 날 실시되는 것이 원칙이고 예외적으로 표시일 즉시 실시되게 할 수도 있으며 더 나아가 일정일 이후로 실시를 늦출 수도 있다(l'ordonnance n°2004-164 du 20 février 2004 ; Louis Favoreu et al., Droit constitutionnel, 18e éd., 2016, p. 876-877; Jean-Paul Branlard, Droit civil : introduction au droit, Gualino, 3e édition, 2015, p. 86-87). 독일의 경우, 연방대통령 등에 의하여 부서된 연방법률은 확인

정에서는 법령안 주관기관의 장은 해당 법률의 시행을 위한 대통령령·총리령 또는 부령(이하 "하위법령"이라 한다)의 제정·개정·폐지가 필요한 법률안을 입안할 때에는 특별한 사유가 없으면 그 법률이 공포된 후 6개월 이상이 지난 후 시행되도록 시행유예기간을 두어야 함을 규정하고 있다(동 규정 제22조 제1항). 법령공포법이나 법제업무운영규정에서는 좁은 의미의 경과조치의무 등에 관한 일반적 규정은 두고 있지 않으며, 경과조치는 수많은 개별법령들의 부칙에서 개별적으로 마련되고 있는 실정이다.

법령의 시행일 및 적용법령에 관한 개별법 규정을 식품위생법을 예로 들면 다음과 같다. 시행일과 관련하여서는 시행일을 특정하는 방식(①), 공포 후 6개월이나 1년 등, 특정 기간이 경과한 날부터 시행한다고 규정하는 방식(②), 위반행위에 대한 벌칙 등, 불이익부과와 관련하여 종전규정에 의함을 정하는 방식(③)이 모두 나타나고 있다.

부　　칙 <법률 제9692호, 2009.5.21.>

① 이 법은 2009년 8월 7일부터 시행한다.

부　칙 <법률 제11986호, 2013.7.30.>

② 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제16조제1항 및 제2항의 개정규정 중 "식품의약품안전처장(대통령령으로 정하는 그 소속 기관의 장을 포함한다. 이하 이 조에서 같다), 시ㆍ도지사 또는 시장ㆍ군수ㆍ구청장"에 관한 부분 및 제35조제4항의 개정규정은 공포한 날부터 시행하고, 제7조의3 및 제92조제1호, 제95조

(Ausfertigung)을 거쳐 연방법률관보에 표시(Verkündigung)된다. 법규명령은 그 제정권자가 확인하여 연방법률관보에 표시되지만, 법률에서 달리 정하고 있는 경우에는 다른 방법으로 표시된다. 법률과 법규명령은 그 시행일을 명시하고 있어야 하지만, 그렇지 않은 경우에는 연방법률관보에 표시된 날부터 14일 이후 발효된다(GG Art. 82 ; VkBkmG § 4). 즉 시간 차원에서 바라본 법령의 효력발생 내지 실시의 기산점이 되는 행위는 확인행위가 아닌 표시행위이어야 하는데, 우리 헌법 제53조와 현행 '법령등 공포에 관한 법률' 제12조는 확인행위와 표시행위를 분별하지 않고 이를 모두 '공포'라는 말로 뭉뚱그리고 있어서 혼란을 초래하고 있다. 우리의 '법령등 공포에 관한 법률'이 양자를 구별하고 있지 못하다라는 타당한 지적을 하고 있는 문헌으로는 소준섭, "각국 법률상 '공포'개념 고찰을 통한 우리나라 '공포'규정의 개선 방안", 『입법과 정책』 제3권 제1호 2011. 6.

제2호의2의 개정규정은 공포 후 3개월이 경과한 날부터 시행한다.
③ 제2조(벌칙에 관한 경과조치) 이 법 시행 전의 행위에 대하여 벌칙 규정을 적용할 때에는 종전의 규정에 따른다.

부 칙 <법률 제14022호, 2016.2.3.>

② 제1조(시행일) 이 법은 공포 후 6개월이 경과한 날부터 시행한다. 다만, 제12조의2의 개정규정은 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행한다.

제2조(영업자의 회수에 관한 적용례) 제45조의 개정규정은 이 법 시행 이후 식품등을 제조ㆍ가공ㆍ소분ㆍ수입 또는 판매를 한 영업자부터 적용한다.

제3조(유전자재조합식품등의 표시에 관한 경과조치) 제12조의2의 개정규정 시행 전에 식품 또는 식품첨가물에 대하여 한 유전자재조합식품등의 표시는 같은 개정규정에 따라 식품 또는 식품첨가물에 대하여 한 유전자변형식품등의 표시로 본다.

제4조(유전자재조합식품등의 안전성 평가 등에 관한 경과조치) ① 이 법 시행 전에 식품등에 대하여 받은 안전성 평가는 제18조제1항의 개정규정에 따라 받은 안전성 심사로 본다.
② 이 법 시행 당시 종전의 안전성평가자료심사위원회는 제18조제2항의 개정규정에 따른 안전성심사위원회로 본다.

제5조(인증 유효기간에 관한 경과조치) 이 법 시행 당시 종전의 규정에 따라 인증을 받은 식품안전관리인증기준적용업소의 유효기간은 제48조의2의 개정규정에도 불구하고 이 법 시행일부터 역산하여 인증을 받은 날이 3년 이상이 경과된 경우 4년, 2년 이상이 경과된 경우 5년, 2년 미만이 경과된 경우 6년으로 본다.
③ 제6조(영업정지 등의 처분에 갈음하여 부과하는 과징금 처분에 관한

경과조치) 이 법 시행 전의 위반행위로 제75조제1항 각 호 또는 제76조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하여 과징금을 부과하는 경우에는 제82조제1항 본문의 개정규정에도 불구하고 종전의 규정에 따른다.

입법론적으로 법률의 시적 적용문제와 명령의 시적 적용문제를 규율하는 일반규정을 하나의 법령에서 마련하는 것이 바람직할지 아니면 전자와 후자를 분리하여 달리 규율하여야 할 것인지를 생각해 볼 수 있다. “행정”의 조직과 작용, 구제를 규율하는 “행정”기본법 체계내에서 이 문제를 다루기 위해서라면 법률과 명령을 분리하여 행정기본법 체계 내에서는 명령의 시적 적용문제만을 다루는 것이 올바른 접근방식일 것이다. 또 다른 하나의 문제는 개별법령들의 부칙에서 신법령의 시행일을 정하는 경우에도, 공포(공표가 올바른 표현일 것이다)일 즉시 시행하는 경우와 특정일 이후 시행하는 경우가 모두 나타나고 있는데, 위와 같은 현행 법령의 입장에 따르면 공포일 즉시 시행은 매우 예외적으로만 인정되어야 할 것인데도 불구하고 공포일 즉시 시행이 되어야 할 사안, 즉 ‘긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우’에 대한 판단기준이 불비한 점도 개선되어야 할 것이다.

2. 학설 및 판례

특정 사안에 대하여 구명령과 신명령이 모두 규율하고 있고, 양자의 규율내용이 상이할 경우, 어느 명령을 적용하여야 하는가에 대하여 입법자가 명문의 규정을 마련하고 있다면 물론 당해 명시적 규정에 의하여 적용되어야 할 명령이 결정될 것이다. 문제는 그러한 명시적 규정, 즉 경과조치가 마련되어 있지 않은 경우이다. 이에 대하여 다루고 있는 문헌은 많지 않으나 다양한 판례의 입장에 입각하여, 원칙적으로 처분시 법령이 적용되어야 하지만, 예외적으로 구법령의 존속에 대한 사인의 신뢰가 문제되거나, 법률관계를 확인하는 처분[70], 제재처분이 문제되는 사안에서는 개정 전 법령이 적용되어야 한다는 주장도 제시되고 있다.[71]

70) 대법원 2007. 2. 22. 선고 2004두12957 판결 ; 대법원 2014. 10. 15. 선고 2012두15135 판결.
71) 명시적 경과규정이 없는 이상 구 건설업법 위반행위에 대한 행정상 제재처분을 하려면 그 위반행위 당시에 시행되던 구 건설업법에 의하여야 한다는 판결로는 대법원 1987. 1. 20. 선고 86누63 판결 ; 대법원 2002. 12. 10. 선고 2001두3228 판결

즉 행정기관은 원칙적으로 법치행정의 원칙 및 공익보호를 위하여 행정행위 시의 법을 적용하여 행정행위를 하여야 하고 따라서 신청 후 처분 전에 법령이 개정되어 허가기준이 변경되었다면 행정기관은 신청시 법령이 아닌 처분시의 개정법령에 따라 사무를 처리하여야 한다는 것이다. [72] 반면, 개정 전 법령의 존속에 대한 국민의 신뢰가 개정 법령의 적용에 관한 공익상의 요구보다 더 보호가치가 있다고 인정되는 경우에는 그러한 국민의 신뢰를 보호하기 위하여 신청 후의 개정법령의 적용이 제한될 수 있다.[73]

3. 외국 사례 : 프랑스

(1) 법률의 불소급원칙과 학설의 동향

프랑스에서는 법령개정시 적용법령의 문제를 법률의 시간적 적용(l'application de la loi dans le temps) 문제 또는 법령의 시간적 충돌(le conflict des lois dans le temps) 문제라고 부르곤 한다. 법령개정시 적용법령을 정하는 문제에는 법령의 효력발생시기를 언제로 할 것인가라는 질문과 특히 진행중인 상황(situation en cours)에 적용할 법령을 신법과 구법 중에 어떤 것으로 할 것인가라는 질문이 결부되어 있다. 법령의 효력발생시기에 관한 고전적인 규정은 프랑스 민법전에서 발견할 수 있다. 1804년 제정된 민법전은 제정 당시부터 법 제2조에서 법률불소급의 원칙을 선언하고 있다.[74] 한편, 2004년 개정된 민법전 제1조에서는 법률과 행정입법은 공표된 날의 다음날에 발효되나, 발효일을 달리 정하고 있는 경우에는 그에 따름을 선언하고 있다. 그러나 다른 한편 시행 조치(mesures d'application)가 필요한 법령들의 효력발생은 그러한 시행 조치의 발효일로 미루어진다.[75] 이처럼 민법전에서는

---

72) 관련 문헌으로는 김경란, 구 약사법 시행령 제3조의2의 개정과 헌법상 신뢰보호원칙 및 평등의 원칙, 대법원 판례해설 제72호, 2007; 정종섭, 법률의 변경에 있어서 신뢰의 보호, 헌법연구 제3권, 2004 ; 한수웅, 법률개정과 신뢰보호 - 부진정소급효에 관한 헌법재판소 판례평석을 겸하여 -, 인권과 정의 제250호, 1997. 6. ; 하명호, 행정법규의 소급적용금지, 행정판례평선, 박영사, 2011.

73) 대법원 2006. 11. 16. 선고 2003두12899 판결 ; 대법원 2007. 10. 29. 선고 2005두4649 판결 ; 대법원 2007. 10. 12. 선고 2006두14476 판결 ; 대법원 2001. 10. 12. 선고 2001두174 판결 ; 대법원 2014. 2. 21. 선고 2011두20871 판결.

74) 프랑스 민법전 제2조
법률은 미래를 향하여만 규율한다; 법률은 소급효를 가지지 않는다.
(La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif)

75) 프랑스 민법전 제1조

법률불소급의 원칙을 선언하고 있으나 이러한 애매한 조항만으로는 문제되는 사안을 모두 해결할 수 없었기 때문에 법령의 시간적 적용이라는 주제를 둘러싸고 학설이 전개되기에 이르렀다.

이 주제와 관련한 학설은 고전적 이론과 현대적 이론으로 나누어지는데, 고전적 이론은 이른바 기득권설(droits acquis)로서 이 이론은 개인의 지위를 기득권과 단순한 기대로 구별하여야 한다고 주장하면서 신법은 개인의 기득권을 문제삼을 수는 없지만 단순한 기대는 문제삼을 수 있다고 주장하였다. 기득권설은 개인주의적이고도 자유주의적인 이념적 토대에 서서 개인의 지위를 과잉보호하고 국가의 새로운 입법적 조치를 항상 좌절시킨다는 비판을 받고 있다. 반면 현대적 견해는 20세기 전반부에 활동한 법학자인 Paul Roubier의 학설이 그 근간을 이루고 있는데, 그의 이론은 권리 개념에 토대를 두는 것이 아니라 법적 상황(situations juridique)에 토대를 두고 있다. Roubier는 법적 상황의 탄생(création des situations juridique)과 법적 상황의 효력(effets des situations juridique)을 구별해야 한다고 주장하였다. 이러한 구별에 따르면 형성과정 중인 법적 상황(situation juridique en cours)에 대해서는 신법이 즉시 적용되며 신법 발효일 전에 탄생한 법적 상황의 장래 효력에 대해서도 신법이 적용되지만, 신법 발효일 전에 탄생한 법적 상황에 의하여 이미 만들어진 법적 효력에 대해서는 신법이 영향을 미치지 못한다고 본다.[76] 예컨대 기존의 법령이 18세를 성년으로 정하고 있었으나 법개정으로 성년이 20세로 변경된 경우, 고전적 기득권설에 의하면 18세에서 20세 사이에 있는 자들에게는 이미 성년자라는 기득권이 있어서 이들은 여전히 성년자이고 신법의

법률들과 프랑스공화국관보에 게재된 경우의 행정행위들은 그것이 정하고 있는 날에 발효되며 또는 발효일을 정하고 있지 않은 경우에는 공표된 날의 다음 날에 발효된다. 그럼에도 불구하고, 법령을 집행하는 데 적용적 조치가 필요한 법령규정들의 발효는 그러한 적용조치의 발효일로 미루어진다.

긴급상황의 경우, 법률과 행정입법은 그 공표 즉시 효력을 발생하는바, 이는 법률의 공표령이 이를 정하고 있는 경우에 그러하며 행정입법은 정부가 특별규정으로 이를 정하고 있는 경우에 그러하다.

이 조의 규정들은 개별행위에는 적용될 수 없다.

(Les lois et, lorsqu'ils sont publiés au Journal officiel de la République française, les actes administratifs entrent en vigueur à la date qu'ils fixent ou, à défaut, le lendemain de leur publication. Toutefois, l'entrée en vigueur de celles de leurs dispositions dont l'exécution nécessite des mesures d'application est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures.

En cas d'urgence, entrent en vigueur dès leur publication les lois dont le décret de promulgation le prescrit et les actes administratifs pour lesquels le Gouvernement l'ordonne par une disposition spéciale.

Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux actes individuels)

76) Paul Roubier, Le droit transitoire : Conflits des lois dans le temps, Dalloz, 2e éd., 2008. p.

적용을 받지 않는다고 본다. 반면, 현대적 이론에 따르면 18세에서 20세 사이에 위치하는 사람들은 이제 신법에 의하여 미성년인 것이 되나, 그들이 이미 체결하였던 계약은 유효하다는 것이다.[77]

한편 앞서 살펴본 바와 같이 프랑스 민법전 제2조에서는 법률은 미래만을 향하여 규율하며 소급효를 가지지 않는다고 선언하고는 있으나 신법이 때로 소급효를 가지는 경우도 인정된다. 첫째, 법률의 불소급효는 민법전이라고 하는 법률 차원의 언명이고 법관에게 부과된 언명인만큼, 입법자를 구속하지는 않는다. 즉 입법자가 개별 법률로써 소급효를 특별히 정하고 있다면 법률의 불소급효원칙은 깨지게 된다. 둘째, 경감적 형법은 소급효를 가진다(프랑스 형법전 112-1조) 더 나아가 법률의 오식교정(l'erratum), 해석적 법률(la loi interprétative), 무효인 행위를 사후적으로 교정하는 추인적 법률(la loi confirmative)은 소급효를 가진다.[78]

(2) 실정법규정

2016년 1월 1일 발효된 "공공과 행정간 관계에 관한 법전(CRPA)"[79] 2책(Livre II : Les actes unilatéraux pris par l'administration) 2편(Titre II : L'entrée en viguer des actes administratifs)에서는 명령의 공표와 발효 및 명령 개정시 적용법령의 문제에 관하여 상세한 규율을 두고 있는데 그 내용은 대개 기존의 최고행정법원 판례를 반영하고 있다.

---

77) Jean-Paul Branlard, op.cit., p. 89.
78) Jean-Paul Branlard, op.cit., p. 91.
79) "공공과 행정간 관계에 관한 법전(CRPA : Code des relations entre le public et l'administration)"은 2015년 10월 23일 오르도낭스 n° 2015-1341 제9조 및 제10조에 따라 이 2016년 1월 1일 발효되었다. 다만 동법전의 내용 가운데 일방적 행정행위의 소급적 폐지와 장래적 폐지에 관하여 규정하고 있는 제2책 제4부의 규정들은 2016년 6월 1일자로 발효되었다. 동법전의 전문에서는 특별규정이 없는 경우 동법전이 공공과 행정간의 관계를 규율하며(L.100-1, 1문) 동법전에서 달리 정하고 있지 아니한 한, 동법전은 행정과 그 공직자(agents)간의 관계에 적용될 수 있음(L.100-1, 2문)을 정하고 있다. 동 법전은 일종의 행정절차법전으로서, 기존에 여러 법령에 분산되었던 이유제시, 통지 등 좁은 의미의 절차관련 규정과 더불어, 정보공개 등의 규정, 이의신청, 행정심판 등 행정적 구제절차와 관련한 규정들도 집대성함은 물론, 행정의 공익성, 적법성, 평등성, 세속성, 법적 안정성 등 이른바 법원칙들도 명문화하였고 행정행위의 폐지 등, 실체법적 규율도 포함하고 있는 점이 특색이다. 예컨대 CPRA L.100-2조의 내용은 다음과 같다. "행정은 일반이익(l'intérêt général)을 위하여 행위하며 적법성 원칙을 존중한다. 행정은 중립성의무를 준수하고 세속성(laïcité)원칙을 존중한다. 행정은 평등원칙을 준수하며 누구에게나 불편부당한 처우를 보장한다."

CPRA

L. 221-1 (발효 규정의 적용범위)

이 장은 L.100-3조 1°에서 언급한 행정에 대하여 적용되는 이외에 상공업적 공역무의 임무를 담당한 기관과 개인들이 그러한 임무의 명목하에 수행하는 행위들에 대해서도 적용된다.

L.221-2조 (명령의 발효)

명령의 발효는 공중에게의 알림(publicité)의 적절한 형식이 충족되어야 하는데, 경우에 따라서 공표(publication) 또는 관청 정문에의 게시(affichage)가 그러하다. 다만 법령에서 반대되는 규정하고 있거나 미리 다른 형식을 정하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

명령은 제1문에서 정한 형식이 충족된 날의 다음 날에 효력이 발생한다. 다만 법률, 당해 명령 자체 또는 다른 명령에서 달리 정하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 그럼에도 불구하고 집행에 적용조치가 필요한 규정들의 발효는 그러한 적용조치의 발효일로 미루어진다.

L.221-3조 (관보에 공표된 행위의 발효일)

L.221-4 (옛 상태에 대한 새로운 명령의 적용)

법률이 달리 정하고 있는 경우가 아닌한, 새로운 명령은 그 발효일 이전에 확정적으로 형성된 법적 상황이나 그 발효일 이전에 체결된 계약에는 적용되지 않는다.

L. 221-5 (법적 안정성 원칙)

명령권이 부여된 행정청은 자신의 권한 한계 내에서, 새로운 명령을 즉시 적용하는 것이 불가능하거나 또는 즉시 적용이, 해당 규정의 목적과 효과를 고려하였을 때, 문제되는 공익이나 사익에 과도한 침해를 가져오는 경우에는, L.221-6조에서 정하는 조건 하에서 경과조치를 발할 의무가 있다.

명령권이 부여된 행정청은 마찬가지로, 동일한 유보와 동일한 조건 하에

서 명령의 개정에 동반하기 위하여 경과조치를 활용할 수 있다.

L.221-6 (법적 안정성원칙의 관점에서 취해질 수 있는 조치들)

제221-5조에서 언급하고 있는 경과조치들은 다음과 같은 내용들을 포함할 수 있다.
1° 제정된 규정의 발효일을 장래로 정함 ;
2° 진행 중인 상황에 관하여 새로운 명령의 적용조건을 정함 ;
3° 옛 명령과 새로운 명령 사이의 경과를 규정하기 위하여 특별 규정을 둠

(3) 학설 및 판례

(L.221-4조) 신명령의 발효일은 신법의 시간적 적용이라는 엄청난 문제를 야기한다. 신법의 적용은 민법전 제2조에서 선언하고 있는 불소급원칙과 조화되어야 한다. 새로이 정해진 절차는 해당 명령이 발효되는 즉시 적용가능한 것이지만, 신명령이 끼어들기 전에 확정적으로 창조된 상황을 신 명령이 다시 내용적으로 문제삼아서는 안된다.(CE Section, 11 décembre 1998, Ministre de la justice c/Angeli, req. n°170717) 하지만, 아직 결정되지 않은 문제는 무엇이 "확정적으로 창조된 상황"인가이다. 새로운 명령의 발효가 행정청으로 하여금 구법상태의 덕택으로 창시된 상황을 재론하도록 허용하는 것은 원칙적으로 아니다. 그러나 행정청은 신 규정 발효일에 이미 심의중이었던 신청을, 설령 신청이 있었던 날에는 해당 신 규정이 아직 발효되지 않은 상태였다 하더라도, 신 규정을 활용하여서 그리고 결정일에 존재하는 사실만을 고려하여 취급할 수는 있다(CE 23 février 1990, El Asri, req. n°89274-CE 28 juillet 1999, Majhoub, req. n° 200701). 그렇지만 경찰행정영역에는 그 대상으로 설명할 수 있는 일종의 특별한 점이 있다. 경찰행정에서는 발효되어 있는 새로운 명령을 과거의 상황, 즉 "확정적으로 규율된" 것처럼 보이는 상황에 적용되는 것이 허용된다 : 즉 구 건축물이고 확정적으로 허가된 건축물에 대하여 석면과 관련한 의무를 부과하는 것이 허용되었다(CE 26 octobre 1984, SCI du

Chemin Vert, req. n° 43618, Lebon, p.342).

한편 형벌규정이 완화된 경우 신법 적용의 원칙(principe "in mitius")[80] 은 행정제재와 관련한 사안들에도 전적으로 적용된다(다만 예외적으로 공무원징계 관련 쟁송은 그러하지 아니하다). 즉 행정제재의 사안에서는 신 명령이 발효되기 이전에 조성된 사실적 상황에 신 명령을 적용하게 될 것이다.(CE 9 juillet 2010 Berthaud n° 336556)

(L. 221-5) 법적 안정성의 원칙은 최고행정법원 판례에서 누누이 선언하고 있는 바이다(CE Ass. 24 mars 2006, Société KPMG, req. n° 288460 ; CE section 27 octobre 2006, Société Techna, req. n° 260767 ; CE 13 décembre 2006, Lacroix, req. n° 287845 ; CE 17 juin 2015, Syndicat national des industries des peintures, enduits et vernis, n° 375853). 특히 법전 L. 221-5조의 문언은 최고행정법원 판례의 문언을 거의 그대로 옮기고 있다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제○조 (명령의 소급적용) 새로운 명령은 그 발효일 이전에 확정적으로 형성된 법관계나 그 발효일 이전에 체결된 계약에는 적용되지 않는다. 다만 법률이 달리 정하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 제○조 (경과조치 의무) ① 명령권이 부여된 행정청은 자신의 권한 한계 내에서, 새로운 명령을 즉시 적용하는 것이 불가능하거나 또는 즉시 적용이, 해당 규정의 목적과 효과를 고려하였을 때, 문제되는 공익이나 사익에 과도한 침해를 가져오는 경우에는, 경과조치를 발하여야 한다. ② 제1항의 경과조치에는 다음 각 호가 포함될 수 있다. 1. 명령의 발효일을 장래로 정함.

80) 형법 제1조(범죄의 성립과 처벌) ① 생략 ② 범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다. ③ 생략

2. 진행 중인 상황에 대하여 새로운 명령이 적용되기 위한 조건을 정함.

2. 제안이유

법적 안정성의 원칙상 명령은 소급적용되지 아니함이 원칙이나, 다만 진정소급효 아닌, 부진정 소급효는 허용된다는 취지로 명령의 소급적용범위를 명확히 하며, 더 나아가 국회 입법자에 의한 예외허용의 여지를 마련함.

또한 명령제정시, 신명령의 적용으로 인하여 공익 또는 사익에 과도한 침해가 끼쳐질 것으로 예상되는 경우에는 경과조치를 마련할 의무를 부여함으로써 명령제정권자의 입법재량에 일정한 법적 한계를 설정하고 시간적 적용이 초래할 수 있는 혼란과 피해에 대하여 행정입법실무자에게 경계하도록 함.

제2절 행정행위의 무효와 취소

Ⅰ. 문제의 현황

행정행위가 실체적인 또는 절차적인 적법요건을 갖추지 못하였다면 그러한 행위에는 온전한 법적 효력을 부여하지 않아야 하는 것이 법치행정의 당연한 요청이다. 그러나 다른 한편으로 행정행위는 당해 행위의 무결성(integrity) 여부에 대한 법적 평가가 미정인 단계에서도 행정의 원활한 수행, 행정법관계의 안정성을 보장하기 위하여 일단은 상대방 및 이해관계인 등에 대하여 통용되게끔 해야 한다는 요청도 제기된다. 이처럼 행정의 합법률성 요청과 행정의 원활한 수행 및 법적 안정성의 요청 가운데 무엇을 더 우선하게 할 것인가를 결정하는 과정에서 행정행위의 하자의 유형을 세분화하려는 시도가 이루어지게 되었는데, 일부 외국의 입법례에서는 이러한 노력이 실정법으로까지 반영되었다. 예컨대 독일의 경우, 연방행정절차법에서는 무효사유인 하자와 취소사유인 하자를 구별하되, 양자는 하자의 중대·명백성을 기준으로 하여 구별됨을 정하고 있으며 더 나아가 단순위법인 하자가 있는 행정행위와 무효인 행정행위는 실체적 효력에서도 차이가 있음을 규정하고 있다. 무효(nichtig)인 행정행위는 아무런 효력을 발생하지 못하지만(unwirksam) 기타의 행정행위는 취소, 철회되기 전까지는 유효(wirksam)한 것이다. 우리나라에서도 행정행위의 하자를 무효사유인 하자와 취소사유인 하자로 대별하는 것이 학설과 판례의 지배적인 입장인데, 이러한 구별은 무효확인소송과 취소소송이라는 쟁송방식의 구별, 행정불복제기 기간, 행정심판전치주의와의 관계, 선결문제, 사정판결 등 행정쟁송이라는 절차의 맥락에서 주된 실익이 있지만 하자의 치유와 전환이라는 실체적 맥락에서도 그 의의를 발견할 수 있다.[81] 그런데 이렇게 무효사유인 하자와 취소사유인 하자의 구별을 전제로 하더라도, 양자를 어떤 기준을 통해 구별할 것인가의 문제가 남는다. 중대.명백성이라는 기준을 입법화한 독일의 경우와는 달리 우리의 법제에서는 어떠한 하자를 무효사유인 하자로 할지, 취소사유인 하자로 할지에 관하여 일반적으로 정하고 있는 명시적인 법률규정은

81) 독일 연방행정절차법이 정하고 있는 바와 같은, 단순위법인 행정행위의 실체적 유효성 규정은 우리 실정법상 존재하지 않는다는 점에서 우리의 취소소송의 본질이 위법성의 확인에 있다고 보는 견해로는 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 111쪽.

전혀 발견할 수 없다. 물론 공무원 징계와 관련한 법령에서 의견진술의 기회를 부여하지 아니한 결정이 무효임을 정하고 있는 입법례가 있기는 하지만 일반적인 무효와 취소의 구별기준 문제는 전적으로 학설과 판례에 맡겨져 있는 실정이며 더 나아가 단순위법인 행정행위가 독일의 경우처럼 실체적으로 유효라고 볼 수 있을 것인지 아니면 유효한 것으로 통용되는 데 불과하다고 볼 것인지의 문제도 논란의 여지를 남기고 있다.

Ⅱ. 검토

1. 개별법 규정

현행법상 행정행위의 무효와 취소의 일반적 구별기준을 정하고 있는 명시적 규율은 발견할 수 없으나 다만 절차적 하자와 관련하여 의견진술기회를 부여하지 아니한 공무원징계결정의 하자를 무효로 정하고 있는 입법례들은 발견할 수 있다.

○ 국가공무원법

제13조(소청인의 진술권) ① 소청심사위원회가 소청 사건을 심사할 때에는 대통령령등으로 정하는 바에 따라 소청인 또는 제76조제1항 후단에 따른 대리인에게 진술 기회를 주어야 한다. <개정 2015.5.18.>
② 제1항에 따른 진술 기회를 주지 아니한 결정은 무효로 한다.

○ 지방공무원법

제18조(소청인의 진술권) ① 심사위원회가 소청사건을 심사할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 소청인 또는 그 대리인에게 진술 기회를 주어야 한다.
② 제1항의 진술 기회를 주지 아니한 결정은 무효로 한다.

○ 국가정보원직원법

제27조(징계 대상자의 진술권) ① 징계위원회에 계속(係屬) 중인 직원은 구술심사를 요청하여 구술변론을 할 수 있다.
② 제1항의 경우 그 직원은 다른 직원 중에서 보좌인을 선정하여 변론하게 할 수 있다.
③ 징계 대상자에게 제1항 및 제2항에 따른 진술의 기회를 주지 아니한 징계의결은 그 징계 대상자가 외국에 있는 경우를 제외하고는 무효로 한다.

2. 학설

통설은 독일의 경우와 마찬가지로 하자가 중대하고 명백한 하자를 무효사유인 하자로 본다. 즉 행정행위의 하자의 내용이 중대하고, 그 하자가 외관상 명백한 때에는 무효인 행정행위이고 두 요건 중 하나를 결하였거나 또는 두 요건 모두를 결한 경우는 취소할 수 있는 행정행위에 불과하다고 본다. 반면 기존의 중대.명백설에 맹목적으로 의존하는 자세를 탈피하여야 한다는 견해도 나타나고 있는데, 이들 견해들은 ⅰ) 기본적으로 중대.명백설을 취하면서도 명백성 요건을 완화하는 견해와 ⅱ) 명백성은 무효요건이 아니라는 견해(중대성설), ⅲ) 무효사유와 취소사유를 구분하는 일반적 기준을 정하는 것이 바람직한지에 대해 의문을 제기하면서 구체적 사안마다 권리구제의 요청과 행정의 법적 안정성 요청 및 제3자의 이익 등을 구체적이고 개별적으로 이익형량하여 무효인지 취소할 수 있는 행위인지를 결정하여야 한다는 견해(구체적 가치형량설)로 나뉘고 있다. ⅰ)의 견해는 다시 ① 행정행위가 일반인의 인식능력에 비추어 누구라도 명백하게 하자가 있다는 것을 인정할 수 있는 경우뿐 아니라 관계 공무원이 그의 직무를 성실히 수행하기 위하여 당연히 요구되는 정도의 조사에 의해 인식할 수 있는 사실관계에 비추어 누구에 의해서도 객관적으로 하자가 있다고 인정될 수 있는 경우에도 명백성을 인정하여야 한다는 견해(객관적 명백설 또는 조사의무위반설), ② 명백성 요건은 법적 안정성 내지 행정의 원활한 수행 및 제3자의 신뢰보호요청을 충족시키기 위하여 필요한 것이므로 그러

한 고려가 필요하지 않고 국민의 권리구제 요청이 강한 경우에는 명백성 요건은 필요하지 않다고 보는 견해(명백성보충요건설)로 나누어지고 있다[82].

3. 판례

대법원은 1995년 건설업영업정지처분무효확인을 구하는 사건에서[83] 무효와 취소의 구별과 관련하여 의미 있는 판결을 내놓았다. 동 판결의 다수의견은 하자 있는 행정처분이 당연무효가 되기 위하여는 그 하자가 법규의 중요한 부분을 위반한 중대한 것으로서 객관적으로 명백한 것이어야 한다고 보아 학설상의 중대.명백설과 궤를 같이 하였다. 반면 동 판결의 반대의견은 행정행위의 무효사유를 판단하는 기준으로서의 명백성은 행정처분의 법적 안정성 확보를 통하여 행정의 원활한 수행을 도모하는 한편 그 행정처분을 유효한 것으로 믿은 제3자나 공공의 신뢰를 보호하여야 할 필요가 있는 경우에 보충적으로 요구되는 것으로서, 그와 같은 필요가 없거나 하자가 워낙 중대하여 그와 같은 필요에 비하여 처분 상대방의 권익을 구제하고 위법한 결과를 시정할 필요가 훨씬 더 큰 경우라면 그 하자가 명백하지 않더라도 그와 같이 중대한 하자를 가진 행정처분은 당연무효라고 보아야 한다는 견해를 취하여 이른바 명백성보충요건설의 입장을 취하였다. [84]

4. 외국입법례

(1) 독일

독일 연방행정절차법(VwVfG)에서는 행정행위의 하자를 무효인 하자와 단순위법인 하자로 구분하여 중대하고 명백한 하자가 있는 행정행위는 무효로 하되, 하자의 중대명백성과 무관한 법정 무효사유를 6호에 걸쳐 정하고 있다. 더 나아가 기타의 하자가 있는 경우에는 취소 등을 통해 폐지되기 전까지는 유효

82) 원칙적인 기준으로서 명백성보충요건설이 타당하지만 보충적으로 구체적 가치형량설을 고려하여야 한다는 견해로는 박균성,「행정법강의」, 2016, 279쪽.
83) 대법원 1995.07.11. 선고 94누4615 전원합의체판결.
84) 이러한 소수의견에 대해서는 보다 유연하고 구체적 타당성을 고려한 입장으로서, 향후 판례이론의 발전에 중요한 물꼬를 터놓았다는 평가가 있다.김유환, “행정행위의 무효의 판단기준”,「행정판례평선」, 박영사, 2011, 278쪽.

임을 선언하고 있고 이러한 하자의 실체법적 구성에 상응하여 소송법 차원에서도 취소소송(VwGO § 42)과 무효확인소송(VwGO § 43)을 규정하고 있다. 연방행정절차법의 관련조항은 다음과 같다.

제43조 행정행위의 효력 (Wirksamkeit des Verwaltungsaktes)
① 행정행위는 그 상대방 또는 그로 인해 영향받을 자에 대하여 고지된 때부터 효력이 발생한다. 행정행위는 고지된 내용대로 효력이 발생한다.
② 행정행위는 취소되거나, 철회되거나, 달리 폐지되거나 또는 시간의 경과나 기타 방법으로 소멸되지 않는한, 유효로 존속한다.
③ 무효인 행정행위는 효력이 없다.

제44조 행정행위의 무효 (Nichtigkeit des Verwaltungsaktes)
① 행정행위는 만약 그에 특별히 중대한 하자가 있고, 모든 고려되는 상황을 합리적으로 평가하였을 때 그 하자가 명백하다면 무효이다.
② 제1항의 요건이 갖추어졌는지와 상관 없이, 다음의 행정행위의 무효이다.
1. 문서로써 또는 전자적으로 발급되었으며 그 처분청을 알 수 없는 경우;
2. 법령상 증서의 교부로써만이 발급될 수 있으나 이러한 형식을 충족하지 못한 경우;
3. 행정청이 이 법 제3조 제1항 제1호가 정한 관할을 유월하여 수권 없이 행한 경우;
4. 사실상의 이유에서 아무도 수행할 수 없는 경우;
5. 형벌이나 과태료의 구성요건을 실현하는 위법한 행위를 할 것을 요구하는 경우 ;
6. 미풍양속에 어긋나는 경우
③ 행정행위는 다음 각호만을 이유로 무효가 되지는 않는다.
1. 지역관할에 관한 규정을 준수하지 아니하였을 때. 다만 제2항 제3호의 사안은 제외한다;
2. 이 법 제20조 제1항 제1문 제2호 내지 제6호에 따라 제척되는 사람

이 참여한 경우;
3. 법령에 따라 협력하여야 할 위원회가 행정행위 발급요건으로 정하여진 의결을 하지 않았거나 의결능력이 없는 경우;
4. 법령상 요건인 다른 행정청의 협력이 결여된 경우 ;
④ 행정행위의 일부만이 무효인 경우, 그 무효인 부분이 없었다면 행정청이 당해 행위를 하지 않았을 정도로 그 무효인 부분이 중요하다면 행정행위 전부가 무효이다.
⑤ 행정청은 언제라도 직권으로 무효임을 확인할 수 있다; 무효확인을 신청하는 신청인이 무효확인에 정당한 이익을 가진다면 무효는 확인되어야 한다.

제46조 절차.형식상 하자의 효과(Folgen von Verfahren- und Formfehlren)
제44조 규정상 무효가 아닌 행정행위의 경우, 절차나 형식 또는 지역관할에 관한 규정을 위반하여 성립되었다 하더라도 그러한 위반이 결정에 내용상 영향을 미치지 아니하였다는 것이 명백한 때에는 그러한 위반을 이유로 당해 행정행위의 폐지를 청구할 수 없다.

(2) 프랑스

프랑스의 실정법에서도 중대하고 명백한 위법과 그렇지 않은 위법을 구별하고 있기는 하다. 그러나 독일의 경우처럼 이러한 하자의 유형에 따라 행정소송에 있어서 본안절차의 유형을 달리한다든지, 행정행위의 실체적 효력에 대하여 규정하고 있는 것은 아니다. 프랑스법에서는 다만 이러한 구별을 긴급절차(urgence)를 활용할 수 있는지 여부를 가르는 기준으로 활용하고 있다. 즉 기존의 집행정지(sursis à exécution) 제도를 개혁하여 긴급절차로서의 집행정지(référé-suspension) 제도를 도입하고 있는 2000년 6월 30일의 법률에서는 긴급절차의 새로운 유형으로 référé-liberté 제도도 도입하였다. 그런데 이 référé-liberté절차는 행정이 “기본적 자유(liberté fondadmentale)”에 대한 “중대하고 명백하게 위법한 침해(atteinte grave et manifestement illégale)”

를 가한 경우에 긴급절차의 법관에게 그 구제를 구할 수 있도록 하는 제도이다. 실제 운용과정에서 “기본적 자유” 개념은 매우 넓게 인정되고 있어서 예컨대 지방자치단체의 자치권도 그에 포섭되고 있으며[85] 침해는 어떠한 결정(décision) 뿐 아니라 사실(fait matériel), 부작위(abstention)에 의하여 이루어지는 경우를 모두 포섭한다. 즉 프랑스의 긴급절차에서의 중대.명백성 기준은 독일의 경우처럼 규범적 행위로서의 행정행위의 하자의 정도만을 묻는 것이 아니다. 오히려 프랑스법상의 중대.명백성 기준은 규범적 행위이건 사실상 행위이건 그로 말미암은 침해의 정도를 묻고 있다는 점에서, 행위지향적 기준이 아니고 결과지향적 기준이라고 볼 수 있다. référé-liberté와 관련한 행정재판법전(Code de justice administrative)상의 관련 조항은 다음과 같다.

Article L.521-2[86]

긴급성에 의해 정당화되는 해당 취지의 신청이 있는 경우, 공법상 법인이나 공역무 수행책무를 지고 있는 사법상의 조직이 자신의 권한들 가운데 하나를 행사하면서 기본적 자유에 대하여 중대하고 명백하게 위법인 침해를 가한 경우에는 긴급절차의 법관은 해당 기본적 자유를 보호하는 데 필요한 모든 조치를 명할 수 있다. 긴급절차의 법관은 48시간 이내에 결정을 선고한다.

cf. 프랑스 행정법상 행정작용의 하자의 3유형

프랑스 행정법상 행정작용의 하자는 크게 3가지로 나누어볼 수 있다. 어떠한 행정작용이 재산권이나 기본적 자유에 중대한 침해(atteinte grave au droit

85) 판례가 언급한 바 있는 동조 상의 기본적 자유의 예로는 이동의 자유(la liberté d’aller et venir ; CE, ord., 26 juin 2006, Mme A. et Mlle H. : 행정이 외국인의 여권을 보관한 사안) ; 표현의 자유(la liberté d’expression; CE, ord., 9 janv. 2014, Min de l'intérieur c/ Sté Les Productions de la Plume et M. Dieudonné) ; 생명존중의 권리 및 환자의 권리(le droit au respect de la vie et les droits du patient ;CE, ord., 14 févr. 2014, Lambert)등이 있다.

86) Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.

de propriété ou a une liberté fondamentale)를 가하였다면 그것은 voie de fait가 된다는 것이 프랑스 행정법의 이해인바, 이는 행정의 권한행사로서의 성질을 벗어나 행정법원의 관할이 아니게 되고 통상법관, 즉 민형사법원의 관할이 된다. 반면 행정의 권한행사로서의 성질을 가지나 중대하고 명백하게 위법인 침해가 이루어지는 경우에는 référé-liberté의 대상이 되며 기타의 하자범주에 대해서는 통상의 월권소송으로 다투게 된다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

<제1안>

제0조(행정행위의 효력) ① 행정행위의 하자가 중대하고 명백한 경우에는 무효이다. ②-1안) 행정행위는 권한 있는 기관에 의하여 취소, 철회되거나 기간의 경과 등의 사유로 인하여 소멸되기 전까지는 유효이다. ②-2안) 행정행위는 권한 있는 기관에 의하여 취소, 철회되거나 기간의 경과 등의 사유로 인하여 소멸되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다.

<제2안>

제0조(행정행위의 효력) ① 행정행위의 하자가 중대한 경우에는 무효이다. 다만 제3자의 이익이 문제되는 경우에는 그러하지 아니하다. ②-1안) 행정행위는 권한 있는 기관에 의하여 취소, 철회되거나 기간의 경과 등의 사유로 인하여 소멸되기 전까지는 유효이다. ②-2안) 행정행위는 권한 있는 기관에 의하여 취소, 철회되거나 기간의 경과 등의 사유로 인하여 소멸되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다.

2. 제안이유

이른바 공정력을 독일과 같은 실체법적 효력으로서 볼 것인지 아니면 절차적 통용력으로 볼 것인지에 따라 ②문에 두 개의 대안을 마련해볼 수 있으며 중대.명백설을 입법화할 것인지 아니면 명백성보충요건설을 입법화할 것인지에 따라 제1안 ①과 제2안 ②의 대안을 생각해볼 수 있음.

제3절 행정행위의 폐지(직권취소·철회)

Ⅰ. 문제의 현황

행정행위를 폐지하는 별도의 행정행위로서 직권취소와 철회가 있는데, 직권취소와 철회의 법리는 많은 부분, 독일 행정법의 영향을 받아 소개되고 있다. 즉, 행정행위의 직권취소는 일단 유효하게 성립한 행정행위를 그 행위에 위법 또는 부당한 하자가 있음을 이유로 그 효력을 소멸시키는 별도의 행정행위이고, 행정행위의 철회는 적법요건을 구비하여 완전히 효력을 발하고 있는 행정행위를 법령의 변경 또는 사실관계의 변경 등 새로운 사정으로 인하여 공익상 그 효력을 더 이상 존속시킬 수 없는 경우에 소멸시키는 행정행위로 개념되고 있다. 직권취소와 철회는 이처럼 폐지사유가 무엇인가의 문제 뿐 아니라 그 효력의 방향성, 즉 소급적 소멸인가 장래적 소멸인가를 기준으로 구별하여 직권취소는 소급적인 소멸을, 철회는 장래적 소멸을 의미한다고 구별하기도 하였다. 그러나 직권취소의 경우에도 그 행위의 소급적 취소로 말미암아 상대방인 국민의 신뢰를 해하게 되는 경우에는 장래를 향하여만 취소할 수 있다고 보는 견해도 있다는 점에서 효력소멸의 방향성 기준은 직권취소와 철회를 구별하는 기준으로서는 그 의미가 상대화되고 있다. 입법실무상으로는 철회 역시 취소라고 불리는 경우가 많다. 직권취소와 철회는 행정행위를 폐지하는 것인만큼, 폐지대상인 행정행위가 그 상대방에게 침익적이었는지 아니면 수익적인 것이었는지에 따라 상대방에게 정반대의 영향을 미치게 되므로, 직권취소이건 철회이건 상대방에게 미치는 효과를 감안하여 공통의 법리를 구성하려는 입장도 발견할 수 있다. 직권취소와 철회의 주된 법적 쟁점으로는, ① 직권취소나 철회를 하는 데 법적 근거가 갖추어져 있어야 하는지, ② 직권취소나 철회를 할 수 있는 권한 있는 자는 누구인지, ③ 상대방에게는 어떠한 절차적 지위가 부여되어야 하는지, ④ 폐지권자는 직권취소나 철회를 함에 있어서 재량과 기속의 스펙트럼 사이에 어디쯤 자리잡고 있는지, 등의 문제가 제기되고 있다. 이러한 기속과 재량의 문제 가운데 하나로서, 폐지권자가 자신의 폐지권한을 행사함에 있어서 일정한 시간적 제약하에 있는지 여부가 실권의 법리와 관련하여 문제가 된다. 즉 폐지권한 행사의 시간적 기속의 문제가 그것인데, 행정청

이 어떠한 행정행위를 폐지하는 데 시간적 제약이 있어야 한다는 사고는 당해 행위의 존속에 대하여 이해관계를 가지고 있는 사인의 기대 내지 법적 지위의 안정성을 보호하여야 한다는 데 그 이념적 토대를 두고 있다. 즉 법적 안정성의 요청은 사인이 행정행위를 존속을 방해하는 경우, 즉 쟁송취소 뿐 아니라 행정 스스로 행정행위의 존속을 방해하는 사안, 즉 직권취소나 철회에 있어서도 일관성 있게 고려되어야 한다고 본다면, 행정행위의 폐지는 일정한 시간적 제약하에서만 허용되어야 할 것이다. 전자의 경우, 즉 쟁송취소에 있어서는 일응 입법자가 정한 심판청구기간이나 제소기간이 법적 안정성을 위한 시간적 제약으로 나타나고 있는 반면, 후자의 경우에 대해서는 입법자가 폐지권자의 폐지권한행사에 시간적 제약을 두는 예를 발견하기 어려우며[87] 이하에서 살펴보는 바와 같이, 판례를 통하여 그러한 시간적 제약의 문제가 산발적으로 다루어지고 있을 따름이다.

Ⅱ. 검토

1. 개별법 규정

(1) 폐지의 법적 근거

수많은 법령들에서 처분의 원시적 하자를 이유로 하거나 또는 사정변경 등을 이유로 하여 처분을 취소할 수 있음을 규정하고 있다. 몇 개의 예를 들면 다음과 같다. 그러나 일반적으로 처분 폐지시 법률의 근거가 필요함을 정하고 있는 입법례는 발견할 수 없다.

87) 한편, 국세기본법 제26조의2에서는 국세부과의 제척기간을 정하고 있는데, 이에 관하여 국세기본법 기본통칙 26의2-0-3에서는 "국세부과의 제척기간은 권리관계를 조속히 확정시키려는 것이므로 국세징수권 소멸시효와는 달리 진행기간의 중단이나 정지가 없으므로 법 제26조의2 제1항 내지 제3항의 기간이 경과하면 정부의 부과권은 소멸되어 과세표준이나 세액을 변경하는 어떤 결정(경정, 법 제26조의2 제2항의 당해 판결.결정 또는 상호 합의를 이행하기 위한 경정결정 기타 필요한 처분은 제외한다)도 할 수 없다"고 규정하고 있다. 즉 기본통칙은 국세부과 제척기간이 경과하면 소관청은 직권취소도 하지 못하는 취지로 국세기본법상 해당조항을 해석하고 있으며 판결 또한 이러한 해석에 동조하고 있는 것으로 보인다(대법원 1994. 8. 26. 선고 94다3667판결 ; 대법원 2004. 6. 10. 선고 2003누1752 판결). 즉, 국세부과 제척기간을 직권취소의 시간적 한계로 해석하고 있다.

○ 도로법

제63조(도로점용허가의 취소) ① 도로관리청은 도로점용허가를 받은 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 도로점용허가를 취소할 수 있다.
1. 도로점용허가 목적과 다른 목적으로 도로를 점용한 경우
2. 도로점용허가를 받은 날부터 1년 이내에 해당 도로점용허가의 목적이 된 공사에 착수하지 아니한 경우. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 1년의 범위에서 공사의 착수기간을 연장할 수 있다.
3. 제66조에 따른 점용료를 납부하지 아니하는 경우
4. 도로점용허가를 받은 자가 스스로 도로점용허가의 취소를 신청하는 경우
② 제1항에 따른 도로점용허가의 취소 절차, 방법 등은 국토교통부령으로 정한다.

○ 식품위생법

제75조(허가취소 등) ① 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업허가 또는 등록을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부를 정지하거나 영업소 폐쇄(제37조제4항에 따라 신고한 영업만 해당한다. 이하 이 조에서 같다)를 명할 수 있다. <개정 2010.2.4., 2011.6.7., 2013.3.23., 2013.7.30., 2014.5.28., 2016.2.3.>
1. 제4조부터 제6조까지, 제7조제4항, 제8조, 제9조제4항, 제10조제2항, 제11조제2항 또는 제12조의2제2항을 위반한 경우
2. 제13조제1항을 위반한 경우
3. 제17조제4항을 위반한 경우
4. 삭제 <2015.2.3.>
4의2. 삭제 <2015.2.3.>

5. 제31조제1항 및 제3항을 위반한 경우
6. 제36조를 위반한 경우
7. 제37조제1항 후단, 제3항, 제4항 후단 및 제6항을 위반하거나 같은 조 제2항에 따른 조건을 위반한 경우
7의2. 제37조제5항에 따른 변경 등록을 하지 아니하거나 같은 항 단서를 위반한 경우
8. 제38조제1항제8호에 해당하는 경우
9. 제40조제3항을 위반한 경우
10. 제41조제5항을 위반한 경우
11. 삭제 <2016.2.3.>
12. 제43조에 따른 영업 제한을 위반한 경우
13. 제44조제1항·제2항 및 제4항을 위반한 경우
14. 제45조제1항 전단에 따른 회수 조치를 하지 아니한 경우
14의2. 제45조제1항 후단에 따른 회수계획을 보고하지 아니하거나 거짓으로 보고한 경우
15. 제48조제2항에 따른 식품안전관리인증기준을 지키지 아니한 경우
15의2. 제49조제1항 단서에 따른 식품이력추적관리를 등록하지 아니 한 경우
16. 제51조제1항을 위반한 경우
17. 제71조제1항, 제72조제1항·제3항, 제73조제1항 또는 제74조제1항(제88조에 따라 준용되는 제71조제1항, 제72조제1항·제3항 또는 제74조제1항을 포함한다)에 따른 명령을 위반한 경우
18.「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」제4조에 따른 금지행위를 한 경우
② 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 영업자가 제1항에 따른 영업정지 명령을 위반하여 영업을 계속하면 영업허가 또는 등록을 취소하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다. <개정 2011.6.7., 2013.3.23., 2016.2.3.>
③ 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 영업허가 또는 등

록을 취소하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다. <개정 2011.6.7., 2013.3.23., 2013.6.7., 2016.2.3.>
1. 영업자가 정당한 사유 없이 6개월 이상 계속 휴업하는 경우
2. 영업자(제37조제1항에 따라 영업허가를 받은 자만 해당한다)가 사실상 폐업하여 「부가가치세법」 제8조에 따라 관할세무서장에게 폐업신고를 하거나 관할세무서장이 사업자등록을 말소한 경우
④ - ⑤ 생략

○ 의료법

제64조(개설 허가 취소 등) ① 보건복지부장관 또는 시장·군수·구청장은 의료기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 의료업을 1년의 범위에서 정지시키거나 개설 허가를 취소하거나 의료기관 폐쇄를 명할 수 있다. 다만, 제8호에 해당하는 경우에는 의료기관 개설 허가를 취소하거나 의료기관 폐쇄를 명하여야 하며, 의료기관 폐쇄는 제33조제3항과 제35조제1항 본문에 따라 신고한 의료기관에만 명할 수 있다. <개정 2007.7.27., 2008.2.29., 2009.1.30., 2010.1.18., 2011.8.4., 2013.8.13., 2015.12.22., 2015.12.29.>
1. 개설 신고나 개설 허가를 한 날부터 3개월 이내에 정당한 사유 없이 업무를 시작하지 아니한 때
2. 의료인이나 의료기관 종사자가 무자격자에게 의료행위를 하게 하거나 의료인에게 면허 사항 외의 의료행위를 하게 한 때
3. 제61조에 따른 관계 공무원의 직무 수행을 기피 또는 방해하거나 제59조 또는 제63조에 따른 명령을 위반한 때
4. 제33조제2항제3호부터 제5호까지의 규정에 따른 의료법인·비영리법인, 준정부기관·지방의료원 또는 한국보훈복지의료공단의 설립허가가 취소되거나 해산된 때
4의2. 제33조제2항을 위반하여 의료기관을 개설한 때
5. 제33조제5항·제9항·제10항, 제40조 또는 제56조를 위반한 때
6. 제63조에 따른 시정명령을 이행하지 아니한 때

7.「약사법」제24조제2항을 위반하여 담합행위를 한 때
8. 의료기관 개설자가 거짓으로 진료비를 청구하여 금고 이상의 형을 선고받고 그 형이 확정된 때
②제1항에 따라 개설 허가를 취소당하거나 폐쇄 명령을 받은 자는 그 취소된 날이나 폐쇄 명령을 받은 날부터 6개월 이내에, 의료업 정지처분을 받은 자는 그 업무 정지기간 중에 각각 의료기관을 개설·운영하지 못한다. 다만, 제1항제8호에 따라 의료기관 개설 허가를 취소당하거나 폐쇄 명령을 받은 자는 취소당한 날이나 폐쇄 명령을 받은 날부터 3년 안에는 의료기관을 개설·운영하지 못한다.

(2) 절차적 보장

처분의 폐지시 그 상대방에게 청문 등 절차적 보장을 베풀어야 함을 정하고 있는 다수의 예가 있으며(가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 제31조 제3항, 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 제46조, 감정평가 및 감정평가사에 관한 법률 제45조, 건강기능식품에 관한 법률 제36조, 방송법 제101조, 화물자동차운수사업법 제22조 등) 일반적으로는 행정절차법에서는 처분폐지시 청문절차에 관하여 규정하고 있다.

○ 행정절차법

제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다. <개정 2014.1.28.>
1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
3. 다음 각 목의 처분 시 제21조제1항제6호에 따른 의견제출기한 내에 당사자등의 신청이 있는 경우
가. 인허가 등의 취소
나. 신분·자격의 박탈
다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

② - ⑥ 생략

(3) 폐지권자

개별법령에서는 대개 처분청에게 처분의 폐지권한도 부여하고 있는바, 감독청의 폐지권한을 규정하고 있는 개별적인 입법례는 드물게만 발견된다. 예컨대 출입국관리법에서는 재외공관의 장이나 출입국관리공무원 등의 일정한 처분들에 대하여 법무부장관이 폐지할 수 있음을 정하고 있다. 그러나 일반적으로 정부조직법에서는 대통령이 국무총리와 중앙행정기관의 장의 처분을 취소할 수 있고, 국무총리는 중앙행정기관의 장의 처분을 취소할 수 있음을 규정하고 있다.「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정(대통령령)」에서도 위임청에게 처분청인 수임청의 처분을 취소할 수 있는 권한을 인정하고 있다.

○ 출입국관리법

제89조(각종 허가 등의 취소·변경) ① 법무부장관은 외국인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 제8조에 따른 사증발급, 제9조에 따른 사증발급인정서의 발급, 제12조제3항에 따른 입국허가, 제13조에 따른 조건부 입국허가, 제14조에 따른 승무원 상륙허가, 제14조의2에 따른 관광상륙허가 또는 제20조·제21조 및 제23조부터 제25조까지의 규정에 따른 체류허가 등을 취소하거나 변경할 수 있다. <개정 2012.1.26.>
1. 신원보증인이 보증을 철회하거나 신원보증인이 없게 된 경우
2. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 허가 등을 받은 것이 밝혀진 경우
3. 허가조건을 위반한 경우
4. 사정 변경으로 허가상태를 더 이상 유지시킬 수 없는 중대한 사유가 발생한 경우
5. 제1호부터 제4호까지에서 규정한 경우 외에 이 법 또는 다른 법을 위반한 정도가 중대하거나 출입국관리공무원의 정당한 직무명령을 위반한 경우
② 법무부장관은 제1항에 따른 각종 허가 등의 취소나 변경에 필요하다

고 인정하면 해당 외국인이나 제79조에 따른 신청인을 출석하게 하여 의견을 들을 수 있다.
③ 제2항의 경우에 법무부장관은 취소하거나 변경하려는 사유, 출석일시와 장소를 출석일 7일 전까지 해당 외국인이나 신청인에게 통지하여야 한다.

○ 정부조직법

제11조(대통령의 행정감독권) ① 대통령은 정부의 수반으로서 법령에 따라 모든 중앙행정기관의 장을 지휘·감독한다.
② 대통령은 국무총리와 중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당하다고 인정하면 이를 중지 또는 취소할 수 있다.

제18조(국무총리의 행정감독권) ① 국무총리는 대통령의 명을 받아 각 중앙행정기관의 장을 지휘·감독한다.
② 국무총리는 중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당하다고 인정될 경우에는 대통령의 승인을 받아 이를 중지 또는 취소할 수 있다.

○ 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정

제5조(위임 및 위탁사무의 처리) 수임 및 수탁기관은 수임 및 수탁사무를 처리할 때 법령을 준수하고, 수임 및 수탁사무를 성실히 수행하여야 한다.

(4) 기속과 재량

의료법 제64조의 제1항의 예에서 볼 수 있듯이 개별법에서는 처분의 폐지와 관련하여 폐지권자가 기속되는 경우와 재량이 부여되는 경우를 나누어서 규정하고 있는 예가 다수 발견된다. 그러나 폐지권자가 직권취소나 철회와 관련하

여 기속되는지 아니면 일정한 재량을 누리는지에 관하여 일반적으로 정하고 있는 법률규정은 발견할 수 없다.

2. 학설

(1) 폐지의 법적 근거

가. 직권취소

① 일반적으로 학설은 처분청은 자신이 한 위법 또는 부당한 처분을 명시적인 법적 근거가 없어도 취소할 수 있다고 보고 있다. 처분청의 처분권 속에는 취소권이 당연히 포함되어 있다는 것이 그 논거이다(근거불요설). ② 반면 수익적 행정행위의 직권취소의 경우에는 별도의 법적 근거가 필요하다는 견해도 있다. 수익적 행정행위의 직권취소는 그 상대방에게 침익적으로 작용하므로 법률유보의 원칙상 별도의 법적 근거가 필요하다는 것이다(제한적 법적 근거필요설).

나. 철회

처분청이 철회권을 행사하기 위하여 개별적인 법률의 명시적 근거가 있어야 하는 것인지에 관해서 의견이 나뉜다. ① 법률의 명시적 근거가 필요 없다고 보는 견해에서는 행정법규가 완벽하지 않은 상태에서 철회에 일일이 법률의 근거를 요한다고 하면 중대한 공익상의 요청이 있는 경우에도 철회할 수 없다는 결론이 되는바, 이는 불합리하다고 본다(근거불요설). ② 반면 근거필요설에서는 철회는 그 자체가 공익목적을 실현하기 위하여 행하여지는 새로운 행정행위이므로 법률유보의 원칙상 법률에 근거가 있어야 한다고 본다(근거필요설)(홍정선, 정하중, 박균성) 법치주의 하에서 공익목적만으로 행정권이 행사될 수는 없다는 것이다. 다른 한편으로 모든 경우의 철회에 법률적 근거가 필요한 것은 아니며 부담적 행위의 철회는 상대방에게 수익적으로 작용하므로 법률의 근거 없이도 가능하지만 수익적 행위의 철회는 상대방에게 침익적으로 작용하

는만큼 법률의 근거가 필요하다고 보는 견해도 있다(제한적 법적 근거필요설). 법적 근거의 요부에 관하여 어떤 견해를 취하건 철회권이 유보되어 있다면 수익적 행정행위를 철회하는 경우에라도 법적 근거는 필요하지 않다는 데 이견이 없다.

(2) 폐지권자

가. 직권취소

감독청이 법적 근거가 없는 경우에도 감독권에 근거하여 피감독청의 처분을 취소할 수 있가에 대하여서는 ① 행정권한 법정주의에 의해 처분권이 있는 처분청만이 처분권한을 행사할 수 있는데, 하급행정청이 한 행위를 감독청이 취소한다는 것은 하급행정청의 권한을 감독청이 행사하는 것이 된다는 점에서 행정권한의 배분에 관한 입법자의 의사에 반하므로 허용될 수 없으며, 감독청은 처분청에 취소를 명할 수 있을 따름이며 직접 취소를 할 수는 없다고 보는 견해(부정설)와 ② 취소권은 감독의 목적을 달성하기 위하여 불가결하므로 감독청은 취소권을 갖는다는 견해(긍정설)가 제시되고 있다.

나. 철회

철회는 그 성질상 원래의 행정행위처럼 새로운 처분을 하는 것과 같기 때문에 처분청만이 이를 행할 수 있고 상급청이라도 감독권에 기하여 하급청의 권한을 대신 행사하는 것은 인정될 수 없다고 본다.

(3) 기속과 재량

학설상으로는 직권취소와 철회는 원칙적으로 재량행위라는 견해가 지배적이나 이러한 견해에서도 예외적으로 기속행위인 경우도 있음을 주장하고 있다. 즉 직권취소 여부는 원칙상 행정의 재량에 속하지만, 위법한 행정행위의 존속으로 국민의 중대한 기본권이 침해되는 경우에는 행정행위를 취소하여야 한다

고 보아야 한다는 것이다. 또한 철회도 원칙상 재량행위이지만 사실적 상황의 변경으로 인하여 원행정행위의 목적에 비추어 원행정행위가 더 이상 필요하지 않으며 원행정행위의 존속으로 인하여 국민의 중대한 기본권이 침해되는 경우에는 처분청을 원행정행위를 철회하여야 할 의무를 진다고 본다.

3. 판례

(1) 직권취소와 철회의 구별기준

직권취소와 철회의 구별기준과 관련하여 판례는 행정행위의 취소사유는 행정행위 성립 당시에 존재하였던 하자를 말하고, 철회사유는 행정행위가 성립된 이후에 새로이 발생한 것으로 행정행위의 효력을 존속시킬 수 없는 사유를 말한다고 보고 있다(대법원 2006. 5. 11. 선고2003다37969).

(2) 폐지의 법적 근거

직권취소와 철회를 하는 데 법적 근거가 필요한가의 문제에 대하여 판례는 소극적 입장을 취하고 있다. 처분청은 자신이 한 위법 또는 부당한 처부을 명시적인 법적 근거 없이 취소할 수 있는 것으로 보는 것이 판례의 입장이다(대법원 2002. 5. 28. 선고 2001두9653 ; 대법원 2014. 7. 10. 선고 2013두7025). 또한 철회와 관련하여서도 철회권 행사에 법률의 명시적 근거가 필요하지 않다는 입장을 취하여 행정행위를 한 처분청은 비록 그 처분 당시에 별다른 하자가 없었고, 또 그 처분 후에 이를 철회할 별도의 법적 근거가 없다 하더라도 원래의 처분을 존속시킬 필요가 없게 된 사정변경이 생겼거나 또는 중대한 공익상의 필요가 발생한 경우에는 그 효력을 상실케 하는 별개의 행정행위로 이를 철회할 수 있다고 보고 있다(대법원 2004. 11. 26. 선고 2003두10251, 10268 판결).

(3) 기속과 재량

행정행위를 직권취소 또는 철회하여 달성하고자 하는 이익과 행정행위를 직권취소 및 철회함으로써 야기되는, 신뢰에 기초하여 형성된 이익의 박탈을 형량하여 전자가 후자보다 더 큰 경우에 한하여 폐지가 인정되는지가 문제된다. 즉 행정행위의 폐지에 이익형량의 원칙이 적용되는가의 문제이다. 이러한 형량의 문제는 폐지의 대상인 행위가 수익적 행위인 경우에 더욱 긴절하게 제기된다. 판례는 직권취소 및 철회를 재량행위로 보고 재량권행사에 있어서 취소 및 철회를 통하여 확보되는 공익과 상대방이 입게 되는 불이익의 비교형량을 요구하고 있다. “수익적 행정처분을 취소 또는 철회하거나 중지시키는 경우에는 이미 부여된 그 국민의 기득권을 침해하는 것이 되므로, 비록 취소 등의 사유가 있다 하더라도 그 취소권의 행사는 기득권의 침해를 정당화할 만한 중대한 공익상의 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때에 한하여 상대방이 받는 불이익과 비교·교량하여 결정하여야 하고, 그 처분으로 인하여 공익상의 필요보다 상대방이 받게 되는 불이익 등이 막대한 경우에는 재량권의 한계를 일탈한 것으로서 그 자체가 위법하다”(대법원 2004. 7. 22. 선고 2003두7606 판결).

더 나아가 행정에게 직권취소권, 철회권 등 권한행사의 기회가 있었음에도 불구하고 행정이 이를 오랫동안 행사하지 않은 경우, 상대방인 국민으로서는 행정이 그러한 권한을 행사하지 않을 것이라는 신뢰가 생길만한 정당한 사유가 있다고 할 수 있는지의 문제가 있다. 이른바 실권의 법리가 행정행위의 직권취소 및 철회에 적용되는지가 그것이다. 이에 대해 판례는 교통사고가 일어난지 1년 10개월이 지난 뒤 그 교통사고를 일으킨 택시에 대하여 운송사업면허를 취소한 것이 국민의 신뢰를 저버리고 국민의 법생활의 안정을 해지는 것으로서 재량권의 범위를 일탈한 것으로 보기는 어렵다는 입장을 취한 사례(대법원 1986. 6. 27. 선고 88누6283 판결), 3년전의 위반행위를 이유로 하는 택시운전사에 대한 운전면허취소처분이 그간 별다른 행정조치가 없을 것이라고 믿은 신뢰의 이익과 그 법적 안정성을 빼앗는 것이 되어 매우 가혹할 뿐만 아니라 공익에 비하여 사익이 과도하게 침해됨을 이유로 위법하다고 판시한 사례(대법원 1987. 9. 8. 선고87누373판결)가 있다.

4. 외국입법례

(1) 독일

독일 연방행정절차법(VwVfG)은 위법한 행정행위의 직권취소(Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes)와 적법한 행정행위의 철회(Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes)를 구별하여 전자는 제48조에서, 후자는 제49조에서 다음과 같이 규정하고 있다.

§ 48 위법한 행정행위의 직권취소

(1) 위법한 행정행위는 그에 불가쟁력이 발생한 경우에도 그 전부 또는 일부를 장래를 향하여 또는 과거를 향하여 폐지할 수 있다. 어떠한 행정행위가 권리나 법적으로 중요한 이익을 창설하거나 선언하고 있는 경우(수익적 행정행위)에는 제2항에서 제4항이 정하고 있는 제약하에서만 폐지될 수 있다.

(2) 위법한 행정행위가 일회적인 또는 지속적인 금전급부를 보장하거나 가분적인 현물급부를 보장하는 것이거나 또는 이에 필요한 요건이 되고 있는 경우에는 수혜자가 행정행위의 존속을 신뢰하였고 철회와 공익과를 형량한 결과 그의 신뢰가 보호가치 있는 경우에는 당해 행정행위는 철회되어서는 아니된다. 수혜자가 해당 급부를 소비하였거나 또는 재산적 처분을 행하였고 그러한 처분이 그가 더 이상 되돌릴 수 없는 것이거나 또는 참기 어려운 불이익을 겪어야만 되돌릴 수 있는 것인 경우에는 신뢰는 원칙상 보호가치가 있다. 다음의 경우에는 수혜자가 신뢰를 주장할 수 없다.
1. 행정행위가 교활한 속임수, 협박 또는 뇌물을 통해 유발된 경우,
2. 행정행위가 그 본질적인 점에서 옳지 않거나 불완전한 진술로 인해 유발된 경우,
3. 행정행위의 위법성을 알았거나 또는 중대한 과실로 알지 못한 경우,

전술한 1,2, 3호의 경우에는 행정행위는 원칙상 과거를 향하여 폐지된다.
(3) 위법한 행정행위로서 제2항에 해당하지 않는 행위들이 폐지된 경우, 행정청은 관계자에게 신청에 기하여 재산상 불이익을 보상하여야 하는 바, 이 때의 관계자는 그가 행정행위의 존속을 신뢰하였다는 점 때문에 손실을 입은 것이어야 하며 그의 신뢰를 공익과 형량하였을 때 보호가치가 있는 한도내에서 그러하다. 제2항 제3호가 준용되어야 한다. 그러나 재산상 불이익은 관계자가 행정행이의 존속에 대하여 가졌던 이익의 총액을 초과하여 보상되어서는 아니된다. 보상되어야 할 재산상 불이익은 행정청이 확정한다. 보상신청은 행정청이 관계자에게 보상에 관하여 안내를 한 후 1년 이내의 기간 내에 이루어져야 한다.
(4) 행정청이 위법한 행정행위의 직권취소를 정당화하는 사실들에 관하여 인식하게 되면 직권취소는 그러한 인식시점으로부터 오로지 1년 이내의 기간 내에만 허용된다. 제2항 제3문 제1호의 경우에는 이러한 기간이 적용되지 아니한다.
(5) 행정행위에 불가쟁력이 발생한 이후에는 제3조상의 관할 행정청이 직권취소에 관하여 결정을 내린다 ; 폐지되어야 할 행정행위가 다른 행정청에 의하여 발급된 경우에도 마찬가지이다.

§ 49 적법한 행정행위의 철회

(1) 적법하고 비수익적인 행정행위는 그에 불가쟁력이 발생한 이후에도 그 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회될 수 있다. 다만 동일한 내용의 행정행위를 새로이 발급해야만 하는 경우이거나 다른 이유로 철회가 허용되지 않는 경우에는 그러하지 아니하다.
(2) 적법하고 수익적인 행정행위는 그에 불가쟁력이 발생한 이후에도 다음의 경우에만 그 전부 또는 일부를 장래를 향하여 철회할 수 있다.
철회를 법령이 허용하고 있거나 행정행위를 통해 유보하고 있는 경우;
2. 행정행위에 부담이 부가되어 있고 수혜자가 이 부담을 이행하지 못하였거나 정하여진 기간 내에 이행하지 못한 경우;

3. 행정청이 사후적으로 발생한 사실에 토대하였더라면 행정행위를 발급하지 않을 권한이 있었으며, 더불어 철회 없이는 공익에 해가 될 경우;
4. 행정청이 변경된 법령규정에 토대하였더라면 행정행위를 발급하지 않을 권한이 있었을 경우로서 수혜자가 수익에 대해 아직 아무런 주장을 하지 아니하였거나 당해 행정행위에 토대하여 아직 아무런 급부가 수취된 바가 없는 한도내에서 그러하며, 철회 없이는 공익에 해가 될 경우;
5. 공익을 위하여 중대한 불이익을 방지하거나 제거하기 위한 경우.
제48조 제4항을 준용한다.
(3) 적법한 행정행위가 일회적이거나 지속적인 금전급부 또는 가분적 현물급부를 특정 목적을 위하여 보장하거나 또는 그에 필요한 요건이 되고 있는 경우, 당해 행정행위에 불가쟁력이 발생한 이후에도 다음의 경우에는 당해 행위를 전부 또는 일부 과거를 향하여 철회할 수 있다.
1. 당해 급부가 지급 이후 즉시 행정행위에서 정하고 있는 특정목적에 소비되지 않거나 더 이상 소비되지 않는 경우;
2. 행정행위에 부담이 부가되어 있고 수혜자가 이 부담을 이행하지 않았거나 정해진 기간 내에 이행하지 않은 경우.
제48조 제4항을 준용한다.
(4) 철회 대상인 행정행위는 행정청이 다른 시점을 정하지 아니하는 한, 철회의 발효와 더불어 그 효력을 상실한다.
(5) 철회는 행정행위가 불가쟁력이 발생한 이후에는 제3조상의 관할 행저엉이 결정한다; 철회대상인 행정행위를 다른 행정청이 발급한 경우에도 마찬가지이다.
(6) 수익적 행정행위가 제2항 제3호부터 제5호의 사안에서 철회된 경우, 행정청은 신청에 기하여 관계자가 행정행위의 존속을 신뢰함으로 말미암아 입게 된 재산상 불이익을, 그의 신뢰가 보호가치 있는 한, 보상하여야 한다. 제48조 제3항 제3호부터 제5호가 준용된다. 보상에 관한 분쟁에 대해서는 통상법원이 관할한다.

(2) 프랑스

앞서 살펴본 프랑스의 행정절차법전(CRPA) 제4부에서는 행정행위의 적용력의 소멸(la sortie de viguers des actes administratifs)라는 표제하에 행정행위의 폐지를 규율하고 있다. 동 법전에서는 권리창설적 결정, 명령적 행위(이는 법규명령을 의미한다), 명령적이지도 권리창설적이지도 않은 행위들에 대하여 각각 이들 행위들의 소급적 폐지와 장래적 폐지를 규율하고 있는데 그 내용은 기존의 최고행정법원 판례들을 통하여 형성된 법리들을 입법화한 것이다. 동법전 제240-1조에 따르면 abrogation은 장래적인 폐지인 반면, retrait는 소급적인 폐지이다. 즉 프랑스 행정법 도그마틱상으로는 독일의 경우처럼 폐지대상인 행위의 적법성 여부를 핵심기준으로 하여 폐지의 하위유형을 분별하는 것이 아니라 오히려 폐지의 시간적 방향성을 핵심기준으로 하여 하위유형들을 분별하고 있다.

제240-2조에서는 적용범위와 관련하여 동 부(titre)가 제100-3조에서 언급한 행정들 외에, 상공업적 공역무임무를 수행하는 기관과 사람들에게도 적용됨을 규정하고 있다. 그 상세한 내용은 다음과 같다.

제4부(Titre IV) 행정행위의 적용력의 소멸(La sortie de vigueur des actes administratifs)[88]

L.240-1

이 부에서는

1° 행위의 장래적 폐지(abrogation) : 장래를 향하여(pour l'avenir) 당해 행위가 법적으로 사라지는 것;

2° 행위의 소급적 폐지(retrait) : 과거를 향하여와 같이 장래를 향하여(pour l'avenir comme pour le passé) 당해 행위가 법적으로 사라지는 것

88) 동조에서 사용하고 있는 vigueur는 적용력이나 실시력 등으로 번역하는 것이 바람직할 것이다. 왜냐하면 프랑스의 문헌상으로는 어떠한 법적 행위의 규범 차원의 효력(effet de droit)와 행위의 적용력 내지 실시력(vigueur des actes)을 구별하여 사용하고 있고 양자는 뉘앙스상 차이가 있는 것으로 보이기 때문이다. 규범차원의 효력과 사실 차원의 적용력(Wirksamkeit/Geltung - Inkrafttreten)의 문제와의 종합적 고찰이 필요하다.

을 의미한다.

L.240-2

이 부는 제100-3조 1°에서 정한 행정들 이외에도 상공업적 공역무 임무를 지고 있는 기관들과 사람들이, 그러한 임무명목으로 행하는 행위들에 적용된다.

제1장 일반원칙

241-1

유럽연합법에서 도출되는 요청들 및 법률과 명령상의 특별규정의 유보하에, 행정이 발한 일방적 행정행위의 장래적 폐지와 소급적 폐지에 적용되는 원칙들은 이 부의 규정들에 의하여 정하여진다.

241-2

이 부의 규정들에도 불구하고 기망에 의하여 취득된 일방적 행정행위는 언제라도 장래적 또는 소급적으로 폐지될 수 있다.[89]

제2장 권리창설적 결정들[90]

Section 1 행정의 직권에 기한 또는 제3자의 요청에 기한 장래적 폐지 또는 소급적 폐지

89) 기망에 의해 얻은 행정행위는 권리를 창설하지 아니하며 따라서 보통법상의 기간이 도과되었다 하더라도 장래적 또는 소급적으로 폐지될 수 있다(Un acte administratif obtenu par fraude ne crée pas de droits et peut ainsi être abrogé ou retiré alors même que le délai de droit commun est expiré)는 것이 기존 꽁세유 데따의 판례의 입장이었다. CE, n°285656, 3 avril 2006.

90) 권리창설적 행위란 그 상대방에게 법적으로 보호되고 확정적으로 취득되는 지위를 부여하는 행위(qui confère à son destinataire une situation juridiquement protégée et définitivement acquise)를 말한다. 꽁세유 데따의 판례에 의하면 권리창설적 행위로서는 다음을 예시할 수 있다. 인턴임명(arrêté de nomination stagiaire ; CE, n° 74873 du 29 j uin 1990), 공무원임용(arrêté de titularisation ; CE, n° 197018 du 26 octobr e 2001, Ternon), 승진결정(avancement d'échelon ; CE du 7 février 1968, commune de Saint Clair de la Tour), 징계제재의 취소(retrait d'une sanction disciplinaire ; CE du 18 décembre 1953), 병가승인(attribution d'un congé de longue maladie ; CE, n° 562 24 du 27 mai 1964), 타부서파견결정(décision accordant un détachement), 인사이동결정(arrêté de mutation), 퇴직연금가입(affiliation à une caisse de retraite) 등.

L.242-1

행정은 권리창설적 결정이 위법하고 당해 결정이 내려진 후 4개월 이내인 경우에만, 직권으로 또는 제3자의 요청에 기하여 당해 결정을 장래적으로 폐지하거나 소급적으로 폐지할 수 있다. [91]

L.242-2

L.242-1조에도 불구하고 행정은 기간의 제한 없이 :

1° 권리창설적 결정의 존속요건이 더 이상 충족되지 않는 경우, 장래적으로 폐지할 수 있다 ;

2° 보조금지급결정의 조건이 준수되지 않은 경우, 당해 결정을 소급적으로 폐지할 수 있다.

Section 2 수혜자의 요청에 기한 장래적 폐지와 소급적 폐지

L.242-3

결정의 수혜자의 요청에 기하여 행정은 사안에 따라서, 권리창설적 결정이 위법하고 장래적 또는 소급적 폐지가 당해 결정 발급 이후 4개월 이내에 이루어질 수 있는 경우에는 당해 행위의 장래적 폐지나 소급적 폐지절차를 밟아야 한다.

L.242-4

결정의 수혜자의 요청에 기하여 행정은 사안에 따라서 그리고 기간의 제약 없이, 권리창설적 결정이 설령 적법하다 하더라도 장래적 또는 소급적 폐지가 제3자의 권리를 침해할 가능성이 없고 수혜자에게 보다 우호적인 결정에 의한 대체가 문제되는 사안에서는 해당 권리창설적 결정을 장래적으로 폐지하거나 소급적으로 폐지할 수 있다. [92]

---

91) L'administration peut retirer un acte individuel explicite créateur de droits illégal uniquement dans un délai de 4 mois suivant la prise de décision (CE, n° 197018, 26 octobre 2001)

92) CE, n° 241235, 29 octobre 2003.

Section 3 필수적 심판전치의 틀 안에서 이루어지는 장래적 폐지와 소급적 폐지

L.242-5
권리창설적 결정에 대한 행정소송을 제기하기 위하여 행정심판을 반드시 거쳐야 하고 그러한 행정심판이 적법하게 제기되었다면, 당해 결정의 소급적 폐지나 장래적 폐지는, 사안에 따라서, 필수적 행정심판에 관한 재결이 이루어져야 하는 기간 만료시까지 가능하다.

제3장 명령적 행위 및 명령적이지도 권리창설적이지도 않은 행위

Section 1 장래적 폐지

L.243-1
명령적 행위 또는 명령적이지도 권리창설적이지도 않은 행위는 모든 이유로 그리고 기간의 제약없이 수정되거나 장래적으로 폐지될 수 있으며 경우에 따라서는, L.221-6 조가 정하는 조건에 따른 경과조치의 공포를 유보로 한다.

L.243-2
행정은 위법한 명령적 행위나 대상이 소멸된 명령적 행위를 명시적으로 장래적으로 폐지하여야 한다. 이러한 상황(위법성, 대상소멸)이 공포 이후에 존재하거나 또는 법적 상황이나 사후적 사실의 상황으로 말미암은 것인 때에는. 다만 위법성이 중단된 경우는 그러하지 않다.
행정은 명령적이지도 권리창설적이지도 않은 행위로서 법적 상황이나 공포 후 사실적 상태로 말미암아 위법하게 되거나 대상이 소멸된 행위를 명시적으로 장래적으로 폐지하어야 한다. 다만 위법성이 중단된 경우는 그러하지 않다.

Section 2 소급적 폐지

L.243-3
행정은 명령적 행위 또는 명령적이지도 권리창설적이지도 않은 행위가 위법하고 소급적 폐지가 공포 후 4개월 이내에 이루어지는 경우에는 당해 행위를 소급적으로 폐지할 수 없다.

L.243-4
L.243-3조에도 불구하고, 행정이 가하는 제재의 성질을 가진 조치는 항상 소급적으로 폐지될 수 있다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제○조 (행정행위의 폐지) ① 성립 당시 위법한 행정행위는 불가쟁력이 발생한 경우에도 그 전부나 일부를 장래를 향하여 또는 과거를 향하여 취소할 수 있다. ② 성립 당시 적법한 행정행위는 불가쟁력이 발생한 경우에도 그 전부나 일부를 장래를 향하여 또는 과거를 향하여 철회할 수 있다. ③ 전 2항에도 불구하고 수익적 행정행위는 중대한 공익상 필요 또는 제3자의 이익보호의 필요가 있는 때 한하여 폐지할 수 있다. 단, 기망에 의하여 발급된 행정행위는 언제라도 폐지할 수 있다.

2. 제안이유

행정행위의 직권취소와 철회를 구별하고 있는 판례의 입장을 반영하고 수익적 행정행위의 폐지제한에 관하여 현재까지 천명된 바 있는 판례의 입장을 실정화함.

제4절 행정행위의 신청 및 처분기준의 설정·공표

Ⅰ. 문제의 현황

행정절차는 원칙적으로 직권주의의 지배를 받으므로 절차개시에 관하여 행정이 직권으로 결정을 내리지만(독일 행정절차법 제22조 참조), 사인이 행정으로부터 수익을 구하는 경우에는 사인의 신청을 통하여 절차가 개시될 수 있다(처분권주의). 신청을 통하여 시민은 행정에게 요건심사, 행정행위의 준비 및 그것의 발동을 목표로 하는 절차의 개시를 요구한다. 신청의 기능은 절차대상을 분명히 확정하는 것이기에, 행정으로 하여금 어떤 사안을 어떤 내용으로 규율하여야 하는지가 분명해지도록 그 신청이 명확하여야 하며[93] 조건부신청은 허용되지 않는다. 또한 신청과 관련하여서는 행정절차법과 민원처리법이 모두 규율을 하고 있으므로 행정기본법 차원에서는 양자를 통합한 통일적 규율이 필요하게 될 것이다. 행정절차법에서는 신청의 문서주의 원칙을 선언하고 있으며(법 제17조 제1항), 도달주의 원칙상 신청은 행정청에 도달한 시점에 한 것으로 보아야 한다는 점, 전자문서로 하는 경우에는 행정청의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다는 규정을 두고 있다(법 제17조 제2항). 처분기준의 설정.공표에 관하여서는 행정절차법이 규율을 하고 있는데, 행정기본법에는 이러한 내용이 반영되어야 할 것이다.

Ⅱ. 검토

1. 개별법 규정

○ 행정절차법

제17조(처분의 신청) ① 행정청에 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다.

93) 김중권, 행정법, 2016, 506쪽.

② 제1항에 따라 처분을 신청할 때 전자문서로 하는 경우에는 행정청의 컴퓨터 등에 입력된 때에 신청한 것으로 본다.
③ 행정청은 신청에 필요한 구비서류, 접수기관, 처리기간, 그 밖에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.
④ 행정청은 신청을 받았을 때에는 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류 또는 거부하거나 부당하게 되돌려 보내서는 아니 되며, 신청을 접수한 경우에는 신청인에게 접수증을 주어야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 접수증을 주지 아니할 수 있다.
⑤ 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 한다.
⑥ 행정청은 신청인이 제5항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다.
⑦ 행정청은 신청인의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있다. 이 경우 행정청은 다른 행정청에 접수할 수 있는 신청의 종류를 미리 정하여 공시하여야 한다.
⑧ 신청인은 처분이 있기 전에는 그 신청의 내용을 보완·변경하거나 취하(取下)할 수 있다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있거나 그 신청의 성질상 보완·변경하거나 취하할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

제18조(다수의 행정청이 관여하는 처분) 행정청은 다수의 행정청이 관여하는 처분을 구하는 신청을 접수한 경우에는 관계 행정청과의 신속한 협조를 통하여 그 처분이 지연되지 아니하도록 하여야 한다.

제19조(처리기간의 설정ㆍ공표) ① 행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다.
② 행정청은 부득이한 사유로 제1항에 따른 처리기간 내에 처분을 처리

하기 곤란한 경우에는 해당 처분의 처리기간의 범위에서 한 번만 그 기간을 연장할 수 있다.
③ 행정청은 제2항에 따라 처리기간을 연장할 때에는 처리기간의 연장 사유와 처리 예정 기한을 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다.
④ 행정청이 정당한 처리기간 내에 처리하지 아니하였을 때에는 신청인은 해당 행정청 또는 그 감독 행정청에 신속한 처리를 요청할 수 있다.
⑤ 제1항에 따른 처리기간에 산입하지 아니하는 기간에 관하여는 대통령령으로 정한다.

제20조(처분기준의 설정ㆍ공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.
② 제1항에 따른 처분기준을 공표하는 것이 해당 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해치는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 처분기준을 공표하지 아니할 수 있다.
③ 당사자등은 공표된 처분기준이 명확하지 아니한 경우 해당 행정청에 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있다. 이 경우 해당 행정청은 특별한 사정이 없으면 그 요청에 따라야 한다.

○ 민원 처리에 관한 법률

제9조(민원의 접수) ① 행정기관의 장은 민원의 신청을 받았을 때에는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 접수를 보류하거나 거부할 수 없으며, 접수된 민원문서를 부당하게 되돌려 보내서는 아니 된다.
② 행정기관의 장은 민원을 접수하였을 때에는 해당 민원인에게 접수증을 내주어야 한다. 다만, 기타민원과 민원인이 직접 방문하지 아니하고 신청한 민원 및 처리기간이 '즉시'인 민원 등 대통령령으로 정하는 경우에는 접수증 교부를 생략할 수 있다.
③ 제1항 및 제2항에 따른 민원의 접수 등에 필요한 사항은 대통령령으

로 정한다.

제10조(불필요한 서류 요구의 금지) ① 행정기관의 장은 민원을 접수·처리할 때에 민원인에게 관계법령등에서 정한 구비서류 외의 서류를 추가로 요구하여서는 아니 된다.
② 행정기관의 장은 동일한 민원서류 또는 구비서류를 복수로 받는 경우에는 특별한 사유가 없으면 원본과 함께 그 사본의 제출을 허용하여야 한다.
③ 행정기관의 장은 민원을 접수·처리할 때에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 민원인에게 관련 증명서류 또는 구비서류의 제출을 요구할 수 없으며, 그 민원을 처리하는 담당자가 직접 이를 확인·처리하여야 한다.
1. 민원인이 소지한 주민등록증·여권·자동차운전면허증 등 행정기관이 발급한 증명서로 그 민원의 처리에 필요한 내용을 확인할 수 있는 경우
2. 해당 행정기관의 공부(公簿) 또는 행정정보로 그 민원의 처리에 필요한 내용을 확인할 수 있는 경우
3.「전자정부법」제36조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 그 민원의 처리에 필요한 내용을 확인할 수 있는 경우
④ 행정기관의 장은 원래의 민원의 내용 변경 또는 갱신 신청을 받았을 때에는 특별한 사유가 없으면 이미 제출되어 있는 관련 증명서류 또는 구비서류를 다시 요구하여서는 아니 된다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제○조 (적용범위) 처분 등의 신청에 관하여는 이하의 규정이 적용되나 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다. 제○조 (처분 등의 신청) ① 행정청에 처분 등을 구하는 신청은 문서로 하여야 하여 전자적 방법으로 신청할 수 있다.

② 행정청은 신청을 받았을 때에는 그 접수를 보류하거나 거부하거나 부당하게 되돌려 보내서는 아니된다.
③ 행정청은 신청을 접수한 경우에 신청인에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 접수증을 발급하여야 한다.
④ 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 하며, 신청인이 해당 기간내에 보완을 하지 않을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다. 단, 행정청은 처분등의 신청을 접수.처리할 때에는 신청인에게 관계법령등에서 정한 구비서류 외의 서류를 추가로 요구하여서는 아니된다.
⑤ 행정청은 신청인의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있다. 이 경우 행정청은 다른 행정청에 접수할 수 있는 신청의 종류를 미리 정하여 공시하여야 한다.
⑥ 신청인은 처분이 있기 전에는 그 신청의 내용을 보완.변경하거나 취하할 수 있다.
⑦ 신청시 동일한 구비서류를 복수로 제출하여야 하는 경우에는 원본과 더불어 사본으로 제출할 수 있으며, 대통령령으로 정하는 구비서류들은 신청인에게 제출을 요구할 수 없으며 행정청이 직접 확인.처리하여야 한다.
제○조 (처리기간의 설정.공표) ① 행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분 등의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다.
② 행정청은 부득이한 사유로 제1항에 따른 처리기간 내에 처분을 처리하기 곤란한 경우에는 해당 처분의 처리기간의 범위에서 한 번만 그 기간을 연장할 수 있다.
③ 행정청은 제2항에 따라 처리기간을 연장할 때에는 처리기간의 연장사유와 처리예정기한을 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다.
④ 행정청이 정당한 처리기간 내에 처리하지 아니하였을 때에는 신청인은 해당 행정청 또는 그 감독행정청에 신속한 처리를 요청할 수 있다.
⑤ 제1항에 따른 처리기간에 산입하지 아니하는 기간에 관하여는 대

통령령으로 정한다.

제○조 (처분기준의 설정.공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.
② 제1항에 따른 처분기준을 공표하는 것이 해당 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해치는 것으로 인정될만한 상당한 이유가 있는 경우에는 처분기준을 공표하지 아니할 수 있다.
③ 신청인 등은 공표된 처분기준이 명확하지 아니한 경우 해당 행정청에 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있다. 이 경우 해당 행정청은 특별한 사정이 없으면 그 요청에 따라야 한다.

2. 제안이유

행정절차법과 민원처리법에 분산되어 규율되어 있는 신청절차 및 처분기준 관련 규정을 행정기본법안에 통합하여 규율함.

제5절 권리·의무의 승계

Ⅰ. 문제의 현황

일반적으로 다른 사람의 권리나 의무를 뒤이어 물려받는 것을 승계라 하는데, 그 원인에 따라 포괄승계와 특정승계로 나누어진다. 공법영역에서도 지위의 승계가 문제되는데, 특정인에 대한 인허가 등의 공법상 지위가 상속이나 합병을 통해 해당 포괄승계인에게 승계되는가도 문제되지만 상거래행위의 일환으로서 영업양도(상법 제41조-45조)가 이루어지는 경우, 당해 영업과 관련한 인허가 등이 양수인에게 이전되는가의 문제도 실무상 빈번히 제기된다. 더 나아가 의무위반에 대한 불이익처분과 관련하여서도 양도인의 의무위반(처분사유)이나 또는 그로 말미암은 제재전력(처분효과)이 양수인에게 승계되는지라는 문제도 제기되고 있다. 공권, 공의무는 사법상의 권리.의무와는 달리 그 귀속자의 자유로운 처분하에 두어져 있지 않음이 원칙이라는 점을 강조한다면 영업양도의 경우 양도인에 대한 기존의 영업관련 인허가 등은 원칙적으로 소멸하고 양수인이 새로운 인허가 등을 받아야 한다는 결론으로 이어질 것이나, 이는 양수인에게 번잡한 일이 될 수 있으므로 거래의 원활함과 편의를 도모한다는 취지에서 개별법령들에서는 상속, 양도 등의 경우 영업자 지위승계규정을 두고 있다. 그런데 이러한 영업양도 및 지위승계 규정도 그 규정방식이 매우 다양해서 영업양도와 관련하여 ① 사전에 인허가 등을 받아야 한다는 규정만을 두는 경우, ② 사전에 인허가 등을 받아야 하며 영업양도의 인허가 등을 받으면 영업자의 지위가 승계된다고 규정하는 경우, ③ 사전에 신고를 하여야 한다고 규정하는 경우, ④ 사전에 신고를 하면 영업자의 지위가 승계된다고 규정하는 경우, ⑤ 일단 영업양도를 하고 난 후 사후에 신고하도록 하는 경우 등으로 나누어지고 있다.

결국 이처럼 다양한 규정례들은 문제의 영업과 관련한 공적 개입의 정도와 시기를 어느 정도로 할 것인가에 대하여 입법자가 각 영업의 공익관련성에 대하여 각각 상이한 판단을 내렸기 때문이라고도 분석할 수 있을 것이다. 즉 공익관련성이 높아서 행정이 보다 조기에 개입하여야 하는 영역들에서는 영업양도라는 사법상 거래에 대해서도 사전에 인가 등을 통하여 공적 주체가 개입

을 할 여지를 만들어 놓고 이러한 사전인가가 있을 시에는 당해 영업관련 인허가도 승계되게끔 규정하는 반면, 보다 느슨한 개입이 허용되는 영업이라면, 일단 영업양도 자체는 당사자들 간의 자유로운 약정으로 이루어지게끔 하되 사후적으로 행정에게 알리도록 하고, 이와 더불어 인허가 등의 지위도 승계되게끔 하는 방안이 그것이다.

또한 승계관련 규정은 제재처분과 관련하여서도 나타나고 있는데, 제재처분 관련 지위의 승계는 침익적 지위의 승계라는 점에서 권리와 의무를 승계를 포괄하는 영업양도 관련 지위의 승계와는 구별하여야 할 것이다. 제재처분 관련 승계조항은 다시 ① 처분사유 및 처분효과의 승계를 모두 규정하고 있는 규정례가 있는가하면 ② 처분사유의 승계만을 규정하고 있는 규정례도 발견할 수 있다.

Ⅱ. 검토

1. 개별법 규정

(1) 행정절차법

행정절차법에서는 당사자의 사망, 합병 등의 경우에는 승계인이 당사자의 지위를 승계함을 규정하고 있으며(제10조 제1항, 제2항), 승계인에게 행정청에게의 통지의무를 부과하고 (제10조 제3항), 처분에 관한 권리 또는 이익을 사실상 양수한 자는 행정청의 승인을 받아 당사자등의 지위를 승계할 수 있음을 규정하고 있다(제10조 제4항).

(2) 영업자 지위승계 규정례

가. 사전 인가형

○ 보험업법

제150조(영업양도ㆍ양수의 인가) 보험회사는 그 영업을 양도·양수하려면 금융위원회의 인가를 받아야 한다.

이와 유사한 규정은 상호저축은행법 제10조, 부동산투자회사법 제40조, 외국환거래법 제9조, 은행법 제55조 등에서 마련되어 있는데, 이러한 규정은 엄밀한 의미에서는 지위승계 규정이 아니며 영업양도라는 사법적 거래에 대한 공적 개입의 근거규정으로서의 성질만을 가진다. 즉 보험업 영업양도와 보험업 수허가자의 지위(제4조) 승계는 별개의 문제로서 법 제150조가 지위승계의 근거규정이 될 수 있는가는 논란의 여지가 있다.

나. 사전 인가+지위승계 규정형

○ 신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률

제10조(신용정보업의 양도·양수 등의 인가 등) ① 신용정보회사가 그 사업의 전부 또는 일부를 양도·양수 또는 분할하거나, 다른 법인과 합병(「상법」 제530조의2에 따른 분할합병을 포함한다. 이하 같다)하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 금융위원회의 인가를 받아야 한다.

② 신용정보회사가 제1항에 따라 인가를 받아 그 사업을 양도 또는 분할하거나 다른 법인과 합병한 경우에는 양수인, 분할 후 설립되는 법인 또는 합병 후 존속하는 법인(신용정보회사인 법인이 신용정보회사가 아닌 법인을 흡수합병하는 경우는 제외한다)이나 합병에 따라 설립되는 법인은 양도인, 분할 전의 법인 또는 합병 전의 법인의 신용정보회사로서의 지위를 승계한다. 이 경우 종전의 신용정보회사에 대한 허가는 그 효력(제1항에 따른 일부 양도 또는 분할의 경우에는 그 양도 또는 분할한 사업의 범위로 제한한다)을 잃는다.

○ 여객자동차 운수사업법(제14조 제2항, 제5항)

다. 사전 신고+지위승계 규정형

○ 담배사업법

제11조의3(담배제조업의 양도ㆍ양수 등) ① 담배제조업허가를 받은 자(이하 "제조업자"라 한다)는 담배제조업을 양도하려고 하거나 다른 법인과 합병하려면 기획재정부령으로 정하는 바에 따라 기획재정부장관에게 신고하여야 한다.
② 제1항에 따른 양도 신고를 하였을 때에는 담배제조업을 양수한 자는 담배제조업을 양도한 자의 제조업자로서의 지위를 승계하며, 법인 합병의 신고를 하였을 때에는 합병으로 설립되거나 합병 후 존속하는 법인은 합병으로 소멸되는 법인의 제조업자로서의 지위를 승계한다.

○ 골재채취법

제17조(골재채취업의 양도) ① 골재채취업자가 골재채취업을 양도하거나 합병하려는 경우(골재채취업자인 법인이 골재채취업자가 아닌 법인을 흡수합병하는 경우는 제외한다)에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장에게 신고하여야 한다.
② 제1항에 따른 신고를 한 경우의 양수인 및 합병으로 설립되거나 존속(存續)하는 법인은 각각 양도인 및 합병 전 법인의 골재채취업자로서의 지위를 승계한다.
③ 골재채취업자가 사망한 경우 그 상속인이 골재채취업자의 지위를 승계하여 골재채취업을 경영하려면 상속일부터 3개월 이내에 그 상속 사실을 시장·군수 또는 구청장에게 신고하여야 한다.
④ 제1항 및 제3항의 경우에는 제15조를 준용한다.

그 밖에도 여객자동차 운수사업법(제14조 제1항, 제5항), 건설산업기본법 (제

17조) 등에서도 영업양도관련 지위승계 규정을 두고 있다.

라. 사후 신고형

○ 식품위생법

제39조(영업 승계) ① 영업자가 영업을 양도하거나 사망한 경우 또는 법인이 합병한 경우에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 따라 설립되는 법인은 그 영업자의 지위를 승계한다.
② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 절차에 따라 영업 시설의 전부를 인수한 자는 그 영업자의 지위를 승계한다. 이 경우 종전의 영업자에 대한 영업 허가·등록 또는 그가 한 신고는 그 효력을 잃는다. <개정 2011.6.7., 2016.2.3.>
1.「민사집행법」에 따른 경매
2.「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 환가(換價)
3.「국세징수법」,「관세법」 또는「지방세기본법」에 따른 압류재산의 매각
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 절차에 준하는 절차
③ 제1항 또는 제2항에 따라 그 영업자의 지위를 승계한 자는 총리령으로 정하는 바에 따라 1개월 이내에 그 사실을 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. <개정 2010.1.18., 2013.3.23., 2016.2.3.>
④ 제1항 및 제2항에 따른 승계에 관하여는 제38조를 준용한다. 다만, 상속인이 제38조제1항제8호에 해당하면 상속받은 날부터 3개월 동안은 그러하지 아니하다.

○ 가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률

제14조(배출시설설치자 등의 지위승계 등) ① 배출시설설치자 또는 처리시설설치자가 배출시설·처리시설을 양도하거나 사망한 경우 또는 법인인

배출시설설치자 또는 처리시설설치자가 합병된 경우에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 따라 설립되는 법인은 종전의 배출시설설치자 또는 처리시설설치자의 지위를 승계한다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 절차에 따라 배출시설 또는 처리시설의 전부를 인수한 자는 종전의 배출시설설치자 또는 처리시설설치자의 지위를 승계한다.

1.「민사집행법」에 따른 경매

2.「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 환가(換價)

3.「국세징수법」,「관세법」 또는「지방세기본법」에 따른 압류재산의 매각

4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차

③ 제1항 및 제2항에 따라 종전의 배출시설설치자 또는 처리시설설치자의 지위를 승계한 자는 환경부령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.

그 밖에도 유사 입법례로서 건강기능식품에 관한 법률 (제11조), 건설기계관리법 (제24조의2), 게임산업진흥에 관한 법률 (제29조) 등을 들 수 있다.

(3) 제재처분 관련 승계 규정례

○ 식품위생법

제78조(행정 제재처분 효과의 승계) 영업자가 영업을 양도하거나 법인이 합병되는 경우에는 제75조제1항 각 호, 같은 조 제2항 또는 제76조제1항 각 호를 위반한 사유로 종전의 영업자에게 행한 행정 제재처분의 효과는 그 처분기간이 끝난 날부터 1년간 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 승계되며, 행정 제재처분 절차가 진행 중인 경우에는 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 대하여 행정 제재처분 절차를 계속할 수 있다. 다만, 양수인이나 합병 후 존속하는 법인이 양수하거나 합병할 때에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 때에는 그러하지 아니

하다.

○ 게임산업진흥에 관한 법률

제37조(행정제재처분의 효과승계) ①제29조제1항의 규정에 의하여 영업자의 지위를 승계하는 경우 종전의 영업자에게 제35조제1항 각 호 또는 제2항 각 호의 위반을 사유로 행한 행정제재처분의 효과는 그 행정처분일부터 1년간 영업자의 지위를 승계받은 자에게 승계되며 행정제재처분의 절차가 진행 중인 때에는 영업자의 지위를 승계받은 자에게 행정제재처분의 절차를 속행할 수 있다. 다만, 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이 양수 또는 합병 시에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.

②제29조제2항의 규정에 의하여 영업자의 지위를 승계하는 경우 폐업신고 전에 제35조제1항 각 호 또는 제2항 각 호의 위반을 사유로 행한 행정제재처분의 효과는 그 행정처분일부터 1년간 영업자의 지위를 승계받은 자에게 승계되며 행정제재처분의 절차가 진행 중인 때에는 영업자의 지위를 승계받은 자에게 행정제재처분의 절차를 속행할 수 있다.

2. 신고 관련 판례 및 해석례

(1) 신고수리가 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라는 판례

구 식품위생법(1997. 12. 13. 법률 제5453호로 개정되기 전의 것) 제25조제1항, 제3항에 의하여 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는, 단순히 양도.양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다는 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 실질에 있어서 양도의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법히 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 할 것이고, ...

(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도2050 판결)

(2) 신고가 사실상의 통지에 불과하다는 견해

법제처 법령입안.심사기준(2006년) 114-5쪽.
“영업자의 지위 승계 사후 신고를 수리를 요하는 신고로 보게 되면 새로운 영업허가를 받는 것과 별다른 차이가 없으므로 영업자 지위승계 제도를 통하여 간이하게 영업자 지위를 이전하려는 제도의 취지가 없어진다는 점에서 문제가 있고, 사법상 영업양도를 하게 되면 양수인이 바로 영업을 하는 것이 현실이므로 신고를 수리한 때에 영업자 지위가 이전된다고 보게 되면 이러한 현실을 제대로 반영하지 못한다는 점에서 사후 신고를 사실의 통지로 보는 주장도 일견 타당성을 가지고 있다.”

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제○조 (영업양도와 통지.신고) ① 영업양도에 관해서는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법 규정에 의한다. ② 영업자가 영업을 양도하거나 사망한 경우, 또는 법인이 합병한 경우 그 양수인.상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 따라 설립되는 법인은 그 영업자의 지위를 승계하며 그 영업자의 지위를 승계한 자는 법령으로 정하는 바에 따라 소정기간내에 소관청에 그 사실을 통지하여야 한다. ③ 다른 법령에서 영업양도에 사전신고를 정하고 있는 경우, 행정청은 양도의 허용성 여부를 심사하여 그 수리여부를 결정하여야 하며, 양수인은 행정청이 신고를 수리한 때에 영업자의 지위를 승계한다. 제○조 (제재처분사유 및 효과의 승계) ① 영업자의 지위를 승계하는 경우 종전의 영업자에게 행한 행정제재처분의 효과는 그 행정처분일부터 1년간 영업자의 지위를 승계받은 자에게 승계되며 행정제재처

분의 절차가 진행 중인 때에는 영업자의 지위를 승계받은 자에게 행정제재처분의 절차를 속행할 수 있다. 다만, 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이 양수 또는 합병 시에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.
② 영업자의 지위를 승계하는 경우 폐업신고 전에 이루어진 행정제재처분의 효과는 그 행정처분일부터 1년간 영업자의 지위를 승계받은 자에게 승계되며 행정제재처분의 절차가 진행 중인 때에는 영업자의 지위를 승계받은 자에게 행정제재처분의 절차를 속행할 수 있다.

2. 제안이유

영업양도관련 신고제를 사전신고로 국한하고, 사전신고제에 있어서는 행정청의 수리를 요한다는 점을 밝히면서 수리로써 법률관계의 변동이 발생함을 정함과 아울러 기존의 사후신고는 통지라는 용어로 바꾸어 규정함. 영업양도와 관련한 제재처분사유 또는 제재처분효과의 승계에 관한 일반규정을 마련함.

제5장 공법상 계약

Ⅰ. 문제의 현황

공법상 계약이란 공법적 효과의 발생을 목적으로 복수 당사자 간의 반대방향의 의사의 합치를 말한다.[94] 공법상 계약은 공법적 효과의 발생을 목적으로 하는데 반하여, 사법상 계약은 사법적 효과의 발생을 목적으로 한다. 공법적 효과와 사법적 효과의 구별 기준은 공사법 구별 기준에 의해야 할 것이다. 공법상 계약은 행정주체가 대등한 지위에서 의사의 합치를 통해 행해지는 비권력적·쌍방적 공법행위인데 반하여, 행정행위는 행정청이 우월적 지위에서 일방적인 의사에 의하여 행해지는 권력적·단독적 공법행위이다. 그러나 공무원임명과 같이 동의를 전제로 하는 행정행위의 경우 일견 구별이 쉽지 않으나, 기본적으로 법적 효과의 발생이 대등한 의사의 합치에 의하여 발생하는지, 행정청의 일방적 의사표시에 의해 발생하는지 여부가 구별 기준이 되어야 할 것이다. 오토마이어는 계약에 의한 행정은 국가의사의 우월성과 법치행정의 이념과 맞지 않는다는 이유로 공법상 계약의 가능성 자체를 부정하였다.[95] 그러나 현대행정에서는 명령, 강제 등의 일방적 행위에 의한 법률관계의 창설보다 합의에 의한 법률관계의 형성이 민주적 행정의 이념에 더 부합한다고 보아, 공법상 계약의 가능성을 인정하는데 학설, 판례상 이론이 없다. 공법상 계약은 ① 당사자의 합의에 의해 행정목적 달성을 위한 법률관계를 창설하므로 탄력적 행정을 가능하게 하고, ② 상호 합의를 기초로 한 행정구현을 통해 국민과의 마찰 및 분쟁을 최소화하고 행정의 민주화에 기여한다.[96]

앞에서 말한 바와 같이 종래에는 국가의사의 우월성 및 법치행정에 근거하여 공법상 계약의 성립 가능성을 부정하는 견해도 있었으나, 오늘날 국가의사

---

94) 박균성, 행정법 강의(제13판), 박영사, 344면

95) 그는 국가와 시민사이의 계약과 관련하여 다음과 같이 설명하였다. “공법의 영역에서 진정한 계약은 결코 가능하지 않다.” 왜냐하면 계약은 법주체간의 대등성을 전제로 하는데, 공법은 곧 국가의 우월성으로 정해지기 때문이다. 이 주장이 바로 그대로 받아들여진 것은 아니었지만, 오랜 기간 동안 실무나 학설에서 공법상계약을 수용하는데 장애로 작용하였다.

96) 행정계약은 복잡한 사실관계와 개별성을 다양하게 고려하여 결정할 수 있다는 점에서 탄력적 규율을 가능하게 하는 것이라고 말할 수 있다. 행정행위는 항상 법에 기속되어야 하는 반면에, 행정계약은 시민의 동의에 의해 법적 기속이 완화될 수 있다는 점에서 행정계약이 행정에게 더 넓은 활동여지를 제공한다고 할 것이다.

의 우월성은 오직 공법상 수권에 의하여 인정될 뿐이며, 공법상 계약의 성립 가능성을 인정하는 것이 국가와 행정객체간의 완전한 의사의 대등성을 인정하는 것도 아니라는 점에서 더 이상 공법상 계약의 성립 가능성 자체를 부정하는 견해는 찾기 어렵다.

공법상 계약을 체결하기 위해서는 별도의 법적 근거를 요하는지 문제된다(공법상 계약과 법률유보원칙). 이에 관해 종래에는 법령이 특별히 허용하고 있는 경우에 한해 공법상 계약의 체결이 가능하다고 보는 견해도 있었으나, 오늘날은 법령에 반하지 아니하는 한 공법상 계약의 체결이 가능하다는 데 대하여 이견이 없는 것으로 보인다. 특히 행정행위를 대체하는 공법상 계약이 가능할 것인지 여부가 문제되며 이에 관해서는 견해가 나뉜다. 공법상 계약은 법률의 근거 없이도 체결 가능하므로 긍정설이 타당하다고 할 것이다. 다만, 계약과 친하지 아니한 행정 분야, 즉 공권력에 의해 일방적으로 규율되어야 하는 분야에서는 법률의 근거가 없는 한 공법상 계약이 인정될 수 없고 행정행위를 대체할 수도 없다고 할 것이다. 가령 사회공공의 질서유지를 목적으로 하는 경찰행정 분야와 조세행정 분야에서는 공법상 계약이 체결될 수 없다고 할 것이다.[97][98]

공법상 계약을 규정하는 일반법은 없다. 공법상 계약은 행정처분이 아니므로 이유제시ㆍ사전통지ㆍ의견청취 등 처분에 적용되는 행정절차법상 절차요건이 적용되지 아니 한다. 따라서 공법상 계약에 공통적으로 적용되는 절차법 규정은 없으며, 다만, 관계행정청의 승인ㆍ확인ㆍ동의ㆍ협의 등 개별법상 절차규정이 있는 경우 이를 준수하여야 한다. 공법상 계약은 내용에 있어서 개별 법령뿐만 아니라 행정법의 일반원칙에 위반되어서도 아니 된다(법률우위원칙). 제3자의 권익을 제한하는 내용의 행정행위를 할 것을 내용으로 하는 공법상 계약은 제3자의 동의가 없는 한 인정될 수 없다고 보아야 할 것이다.[99]
공법상 계약은 공익의 실현수단인 점에 비추어 공법적 규율의 대상이 된다. 다만 공법상 계약에 관한 일반법이 존재하지 않으므로 개별법의 규정과 법이론에 의해 특수성이 인정된다.[100] 공법상 계약에 있어서 계약 내용을 그대로 이

97) 박균성, 위의 책, 346면.
98) 공법상 계약의 인정 범위와 관련하여 더 자세히는 박정훈, “공법과 사법의 구별 - 행정조달계약의 법적 성격”, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005 참조.
99) 박균성, 위의 책, 같은 면 참조.
100) 박균성, 위의 책, 348면.

행하는 것이 공익상 적절하지 않을 경우에 행정주체는 사정변경을 이유로 계약의 내용을 병경할 것을 요구하거나 일방적으로 계약을 해제·해지할 수 있다. 다만 이 경우 행정주체는 이로 인해 귀책사유 없는 상대방에게 발생한 손실을 보상해야 한다.

Ⅱ. 검토

1. 법적 근거

공법상 계약을 규정하는 일반법은 없다. 다만, 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」이 공법상 계약과 사법상 계약을 구별하지 아니하고, 국가가 계약의 일방 당사자가 되는 경우의 계약의 체결절차를 규율하고 있으며, 그 밖에 개별법의 규정이 있다. 즉 공법상 계약에 관하여 개별법에 특별한 규정이 없는 경우에는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」을 적용하고, 동 법률에서도 정하지 않는 사항에 대하여는 계약에 관한 민법의 규정이 적용될 것이다.[101] 국가가 체결하는 계약에 관하여 기본법적 역할을 담당하고 있는 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률의 내용은 다음과 같다.

○ 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

제1조(목적) 이 법은 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 기본적인 사항을 정함으로써 계약업무를 원활하게 수행할 수 있도록 함을 목적으로 한다.
제2조(적용 범위) 이 법은 국제입찰에 따른 정부조달계약과 국가가 대한민국 국민을 계약상대자로 하여 체결하는 계약[세입(歲入)의 원인이 되는 계약을 포함한다] 등 국가를 당사자로 하는 계약에 대하여 적용한다.
제3조(다른 법률과의 관계) 국가를 당사자로 하는 계약에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

101) 박균성, 앞의 책, 348면.

제5조(계약의 원칙) ① 계약은 서로 대등한 입장에서 당사자의 합의에 따라 체결되어야 하며, 당사자는 계약의 내용을 신의성실의 원칙에 따라 이행하여야 한다.
② 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 제4조제1항에 따른 국제입찰의 경우에는 호혜(互惠)의 원칙에 따라 정부조달협정 가입국(加入國)의 국민과 이들 국가에서 생산되는 물품 또는 용역에 대하여 대한민국의 국민과 대한민국에서 생산되는 물품 또는 용역과 차별되는 특약(特約)이나 조건을 정하여서는 아니 된다.

제7조(계약의 방법) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결하려면 일반경쟁에 부쳐야 한다. 다만, 계약의 목적, 성질, 규모 등을 고려하여 필요하다고 인정되면 대통령령으로 정하는 바에 따라 참가자의 자격을 제한하거나 참가자를 지명(指名)하여 경쟁에 부치거나 수의계약(隨意契約)을 할 수 있다.
② 제1항 본문에 따라 경쟁입찰에 부치는 경우 계약이행의 난이도, 이행실적, 기술능력, 재무상태, 사회적 신인도 및 계약이행의 성실도 등 계약수행능력평가에 필요한 사전심사기준, 사전심사절차, 그 밖에 대통령령으로 정하는 바에 따라 입찰 참가자격을 사전심사하고 적격자만을 입찰에 참가하게 할 수 있다.

제8조(입찰 공고 등) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 경쟁입찰을 하는 경우에는 입찰에 관한 사항을 공고하거나 통지하여야 한다.
② 제1항에 따른 입찰 공고 또는 통지의 방법, 내용, 시기, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제10조(경쟁입찰에서의 낙찰자 결정) ① 세입의 원인이 되는 경쟁입찰에서는 최고가격의 입찰자를 낙찰자로 한다. 다만, 계약의 목적, 입찰 가격과 수량 등을 고려하여 대통령령으로 기준을 정한 경우에는 그러하지 아니하다.
② 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에서는 다음 각 호의 어느 하나의 기준

에 해당하는 입찰자를 낙찰자로 한다.
1. 충분한 계약이행 능력이 있다고 인정되는 자로서 최저가격으로 입찰한 자
2. 입찰공고나 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자
3. 그 밖에 계약의 성질, 규모 등을 고려하여 대통령령으로 특별히 기준을 정한 경우에는 그 기준에 가장 적합하게 입찰한 자

제11조(계약서의 작성 및 계약의 성립) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약을 체결할 때에는 다음 각 호의 사항을 명백하게 기재한 계약서를 작성하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 계약서의 작성을 생략할 수 있다.
1. 계약의 목적
2. 계약금액
3. 이행기간
4. 계약보증금
5. 위험부담
6. 지체상금(遲滯償金)
7. 그 밖에 필요한 사항
② 제1항에 따라 계약서를 작성하는 경우에는 그 담당 공무원과 계약상대자가 계약서에 기명하고 날인하거나 서명함으로써 계약이 확정된다.

제12조(계약보증금) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 국가와 계약을 체결하려는 자에게 계약보증금을 내도록 하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경우에는 계약보증금의 전부 또는 일부의 납부를 면제할 수 있다.
② 제1항에 따른 계약보증금의 금액, 납부방법, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
③ 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 계약상대자가 계약상의 의무를 이행하지 아니하였을 때에는 해당 계약보증금을 국고에 귀속시켜

야 한다. 이 경우 제1항 단서에 따라 계약보증금의 전부 또는 일부의 납부를 면제하였을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 계약보증금에 해당하는 금액을 국고에 귀속시켜야 한다.

제13조(감독) ① 각 중앙관서의 장 또는 계약담당공무원은 공사, 제조, 용역 등의 계약을 체결한 경우에 그 계약을 적절하게 이행하도록 하기 위하여 필요하다고 인정하면 계약서, 설계서, 그 밖의 관계 서류에 의하여 직접 감독하거나 소속 공무원에게 그 사무를 위임하여 필요한 감독을 하게 하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 계약의 경우에는 전문기관을 따로 지정하여 필요한 감독을 하게 할 수 있다.
② 제1항에 따라 감독하는 자는 감독조서(監督調書)를 작성하여야 한다.

2. 학설

(1) 공법상계약의 인정 여부와 인정범위

오늘날 국가의사의 우월성은 오직 공법상 수권에 의하여 인정될 뿐이며, 공법상 계약의 성립 가능성을 인정하는 것이 국가와 행정객체간의 완전한 의사의 대등성을 인정하는 것도 아니라는 점에서 더 이상 공법상 계약의 성립 가능성 자체를 부정하는 견해는 찾기 어렵다.

특히 행정행위를 대체하는 공법상 계약이 가능할 것인지 여부가 문제되며 이에 관해서도, 행정청은 양자의 행위형식의 법적 요건을 충족시키는 한, 행정계약과 행정행위 중에서 자신의 재량으로 행위형식을 결정할 수 있다고 할 것이다. 이러한 결정에 있어서 중요한 관점은 각각의 행위형식에 의해 조건지워지는 절차의 효율성, 편의성, 합목적성이 될 것이다. 다만, 계약과 친하지 아니한 행정 분야, 즉 공권력에 의해 일방적으로 규율되어야 하는 분야에서는 법률의 근거가 없는 한 공법상 계약이 인정될 수 없고 행정행위를 대체할 수도 없다고 할 것이다.[102]

102) 박균성, 위의 책, 346면.

(2) 공법상 계약과 하자

공법상 계약은 행정행위와 같은 공정력이 인정되지 않으므로, 하자 있는 공법상 계약은 원칙적으로 무효라고 보는 것이 다수설이다.[103] 실무상 공법상 계약의 효력을 다투는 소송은 공법상 계약의 무효확인을 구하는 당사자소송으로 처리하고 있는 점에 비추어, 판례도 위법한 공법상 계약을 무효로 보고 있는 것으로 보인다.[104] 행정행위는 발령시부터 효력을 발생하고, 취소되지 않는 한 존속한다. 이는 특히 위법한 행정행위에도 적용된다. 그러나 자신의 권리가 침해된 자는 행정행위의 취소를 청구할 수 있고, 행정심판이나 행정소송을 통해 취소시킬 수 있다. 나아가 존속력있는 행정행위도 위법한 경우에는 직권 취소될 수 있고, 사정변경이 생긴 경우에는 철회될 수 있다. 이는 법적 안정성과 실체적 정의를 최대한 보장할 수 있도록 조정하고 형량한 시스템이라 할 수 있다. 이에 상응하는 존속보호와 하자교정의 형량시스템이 (아직) 행정계약에는 존재하지 않는다.[105]

(3) 공공조달계약의 법적 성격[106]

공공조달계약은 행정주체가 당사자가 되어 공공의 역무를 조달한다는 측면에서는 공법 영역에 해당하는 문제로 보이지만, 독일과 우리나라의 경우 행정조달계약을 전통적으로 사법상 계약으로 취급해 왔다. 2000년대 이후 대법원의 확립된 태도는 공공조달계약은 국가가 사경제 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인간의 계약과

---

103) 공법상 계약의 하자에 관한 논의에는 다양한 쟁점이 포함되어 있을 뿐만 아니라, 하자의 효과에 관한 학설도 매우 다양하다. 우리나라에서 현재 공법상 계약의 하자에 관하여 상세히 논한 글을 많지 않으나, 공법상 계약을 실정법 규정으로 받아들이고 있는 독일의 경우에는 공법상 계약의 하자의 효과에 관해 매우 많은 문헌에서 다양한 주장들을 제기하고 있다. 공공조달계약의 법적 성질을 공법상 계약으로 보고 계약의 하자에 관해 논한 글로 정호경·선지원, “공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구 -공법상 계약 이론을 중심으로-”, 법제연구 통권 제46호(2014. 6.), 한국법제연구원, 181-208면 참조.

104) 박균성, 앞의 책, 349면.

105) 입법자는 위법한 행정계약의 유효와 무효 사이의 배타적 구별로 “전부 아니면 전무(全無)”의 양자택일로 제한할 수도 있고, 제3자의 부담이 되는 계약을 아마도 상당한 기간 동안 유동적인 상태에 둘 수도 있다. 이에 관해 아직 규율의 필요성이 존재한다.

106) 이하의 내용은 정호경·선지원, “공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구 -공법상 계약 이론을 중심으로-”, 법제연구 통권 제46호(2014. 6.), 한국법제연구원, 181-208면 내용의 일부를 요약한 것입니다.

다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적 자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다는 것이다. 이를 근거로 판례가 대부분의 공공조달계약을 사법상 계약으로 취급한다고 평가하고 있다.[107]

공공조달계약을 사법상 계약으로 보는 판례의 주류적 입장에 대하여 다수의 행정법학자는 비판적 견해를 견지하고 있다. 공공조달계약은 재원이 대부분 세금으로 충당된다는 점, 그럼에도 조달계약의 담당공무원은 반드시 '최선의 계약 체결'이라는 동기를 갖지 못하기 때문에 엄격한 법적 규율이 필요하다는 점, 부패.비리의 위험성이 크다는 점, 계약상대방은 사인간의 계약의 경우와는 달리 대금의 수령에 관한 리스크를 부담하지 않는다는 점, 조달계약의 상대방 선정은 국가 전체의 경제와 사회에 결정적인 영향을 미치기 때문에 국가의 중요한 정책 수단이 된다는 점 등에서 사인간의 계약과 동일하다고 할 수 없는 중대한 특수성을 갖는 것임이 분명하고, 이러한 특수성을 범주적으로 표현한다면 그것은 바로 공법적 성격이라고 할 수 있다거나,[108] 공공조달계약은 계약체결과정이나 계약체결 이후에 사법상 계약과 다른 다양한 규정을 두고 있는 것이 일반적이기 때문에 이러한 점에서 순수한 사법상 계약으로 보는 것은 문제가 있으며, 특히 WTO 정부조달협정(Agreement on Government Procurement, GPA)에 가입하면서 국가계약법이 투명성을 대폭적으로 강화하는 내용으로 제정되었다는 점을 고려해야 한다는 견해가 그러하다.[109] 또한 이러한 논의들을 바탕으로 조달계약을 공법계약으로 보려는 입장이 유력시되고 있다는 평가도 존재한다.[110]

---

107) 대법원의 주류 입장은 아니지만 "계약당사자가 연안화물부두 축조 타당성 조사용역계약에 위반하여 타당성 조사용역이 시행되기도 전에 사업시행자로 선정되었음을 전제로 입찰공고 등 일련의 행위를 한 경우, 조사용역계약의 계속적 성격과 공익적 성격에 비추어 이는 계약당사자 사이의 신뢰관계를 파괴하고 그 공익성을 저해함으로써 계약관계의 계속을 현저히 곤란하게 한다는 이유로 위 조사용역계약이 지방해양수산청장의 해지통고로 적법하게 해지되었다"고 판시하고 있는 판례(대법원 2003. 2. 26. 선고 2002두10209 판결)도 있다. 이 판례가 첫째, '공익적 성격'을 판단의 근거로 삼고 있다는 점, 둘째, 소송 자체가 공법상 당사자소송이라는 점을 볼 때, 대법원이 적어도 이 사안에서는 공공조달계약을 공법상 계약으로 보고 있음이 추정된다. 그러나 이 판례를 통해 대법원이 공공조달계약에서의 국가계약법의 성격에 대한 기존의 견해를 변경한 것으로 보이지는 않으며, 다만 구체적 타당성을 기하여 공공성이 강한 법률관계에 대해서는 일정한 규율을 가할 수 있는 여지가 있다는 의도를 남겼다고 평가할 수 있다. 이에 관해 더 자세한 논의는 김대인, "공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰", 강원법학 제28권, 2009. 6, 31쪽 및 32쪽.

108) 박정훈, "공법과 사법의 구별 - 행정조달계약의 법적 성격", 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005, 226쪽.

109) 김대인, 위의 글, 30쪽 및 31쪽.

110) 김남진, "행정계약.공법상계약.행정법상 계약 - 주요 쟁점사항을 중심으로", 고시계, 2007. 7, 25쪽.

3. 판례

(1) 공법상 계약을 인정한 판례

판례는 통상적으로 계약직 공무원의 채용과 해지 등을 전형적인 공법상 계약의 예로 인정하고 있다.

○ 대법원 2014. 4. 24. 선고 2013두6244 판결 [임용취소처분무효확인]

이 사건 조례에 의하면 이 사건 옴부즈만은 토목분야와 건축분야 각 1인을 포함하여 5인 이내의 '지방계약직공무원'으로 구성하도록 되어 있는데(제3조 제2항), 위 조례와 이 사건 통보 당시 구 지방공무원법(2011. 5. 23. 법률 제10700호로 개정되기 전의 것) 제2조 제3항 제3호, 제3조 제1항 및 같은 법 제2조 제4항의 위임에 따른 구 지방계약직공무원 규정(2011. 8. 19. 대통령령 제23081호로 개정되기 전의 것) 제5조 등 관련 법령의 규정에 비추어 보면, 지방계약직공무원인 이 사건 옴부즈만 채용행위는 공법상 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법상 계약에 해당한다. 이와 같이 이 사건 옴부즈만 채용행위가 공법상 계약에 해당하는 이상 원고의 채용계약 청약에 대응한 피고의 '승낙의 의사표시'가 대등한 당사자로서의 의사표시인 것과 마찬가지로 그 청약에 대하여 '승낙을 거절하는 의사표시' 역시 행정청이 대등한 당사자의 지위에서 하는 의사표시라고 보는 것이 타당하고, 그 채용계약에 따라 담당할 직무의 내용에 고도의 공공성이 있다거나 원고가 그 채용과정에서 최종합격자로 공고되어 채용계약 성립에 관한 강한 기대나 신뢰를 가지게 되었다는 사정만으로 이를 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 볼 수는 없다.

○ 대법원 2015. 8. 27. 선고 2015두41449 판결 [정보화지원사업참여제한처분무효확인]

행정청이 자신과 상대방 사이의 법률관계를 일방적인 의사표시로 종료시켰

다고 하더라도 곧바로 그 의사표시가 행정청으로서 공권력을 행사하여 행하는 행정처분이라고 단정할 수는 없고, 관계 법령이 상대방의 법률관계에 관하여 구체적으로 어떻게 규정하고 있는지에 따라 그 의사표시가 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하는 것인지 아니면 공법상 계약관계의 일방 당사자로서 대등한 지위에서 행하는 의사표시인지 여부를 개별적으로 판단하여야 한다(대법원 1996. 5. 31. 선고 95누10617 판결, 대법원 2014. 4. 24. 선고 2013두6244 판결 등 참조).

……

앞서 살핀 법리와 위 각 관련 법령의 문언·취지 등에 더하여, ① 중소기업 정보화지원사업에 따른 지원금 출연을 위하여 중소기업청장이 체결하는 협약은 공법상 대등한 당사자 사이의 의사표시의 합치로 성립하는 공법상 계약에 해당한다고 봄이 타당한 점, ② 법 제32조 제1항은 법 제10조가 정한 기술혁신사업과 제11조가 정한 산학협력 지원사업에 관하여 출연한 사업비의 환수에 적용될 수 있을 뿐, 이와 근거 규정을 달리하는 중소기업 정보화지원사업에 관하여 출연한 지원금에 대하여는 적용될 수 없고 달리 그 지원금 환수에 관한 구체적인 법령상 근거가 없는 점, ③ 중소기업 정보화지원사업을 위한 협약에서 해지에 관한 사항을 정하고 있고 이에 따라 협약 해지를 통보한 경우, 그 효과는 전적으로 협약이 정한 바에 따라 정해질 뿐, 달리 협약 해지의 효과 또는 이에 수반되는 행정상 제재 등에 관하여 관련 법령에 아무런 규정을 두고 있지 아니한 점 등을 종합하면, 이 사건 협약의 해지 및 그에 따른 이 사건 환수통보는 공법상 계약에 따라 행정청이 대등한 당사자의 지위에서 하는 의사표시로 봄이 타당하고, 이를 행정청이 우월한 지위에서 행하는 공권력의 행사로서 행정처분에 해당한다고 볼 수는 없다.

(2) 공공조달계약의 경우

판례는 계약직 공무원의 채용 및 해지와 관련된 관계를 공법상 계약 관계로 인정한다. 그러나 공법상 계약과 관련한 논쟁에서 정작 중요한 영역은 통상 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률에 근거하여 체결되는 공공조달계약이 공법상 계약에 해당하는지 여부일 것이다.

○ 대법원 2001. 12. 11. 선고 2001다33604 판결 [지위보전가처분]

지방재정법에 의하여 준용되는 국가계약법에 따라 지방자치단체가 당사자가 되는 이른바 공공계약은 사경제의 주체로서 상대방과 대등한 위치에서 체결하는 사법상의 계약으로서 그 본질적인 내용은 사인 간의 계약과 다를 바가 없으므로, 그에 관한 법령에 특별한 정함이 있는 경우를 제외하고는 사적자치와 계약자유의 원칙 등 사법의 원리가 그대로 적용된다 할 것이다.
한편, 국가계약법은 국가가 계약을 체결하는 경우 원칙적으로 경쟁입찰에 의하여야 하고(제7조), 국고의 부담이 되는 경쟁입찰에 있어서 입찰공고 또는 입찰설명서에 명기된 평가기준에 따라 국가에 가장 유리하게 입찰한 자를 낙찰자로 정하도록(제10조 제2항 제2호) 규정하고 있고, 같은법시행령에서 당해 입찰자의 이행실적, 기술능력, 재무상태, 과거 계약이행 성실도, 자재 및 인력조달가격의 적정성, 계약질서의 준수정도, 과거공사의 품질정도 및 입찰가격 등을 종합적으로 고려하여 재정경제부장관이 정하는 심사기준에 따라 세부심사기준을 정하여 결정하도록 규정하고 있으나, 이러한 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 공정하고 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과하다 할 것이다(대법원 1996. 4. 26. 선고 95다11436 판결 참조).
따라서 단순히 계약담당공무원이 입찰절차에서 위 법령이나 그 세부심사기준에 어긋나게 적격심사를 하였다는 사유만으로 당연히 낙찰자 결정이나 그에 기한 계약이 무효가 되는 것은 아니고, 이를 위배한 하자가 입찰절차의 공공성과 공정성이 현저히 침해될 정도로 중대할 뿐 아니라 상대방도 이러한 사정을 알았거나 알 수 있었을 경우 또는 누가 보더라도 낙찰자의 결정 및 계약체결이 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하는 행위에 의하여 이루어진 것임이 분명한 경우 등 이를 무효로 하지 않으면 그 절차에 관하여 규정한 국가계약법의 취지를 몰각하는 결과가 되는 특별한 사정이 있는 경우에 한하여 무효가 된다고 해석함이 타당하다.

대법원이 정면으로 국가를 당사자로 한 계약에 관한 법률에 근거한 계약이 사법상 계약에 해당한다고 판시한 사건은 없는 것으로 보인다. 다만 위 판결에

서 보듯이 대법원은 그러한 계약은 사법상 계약에 해당한다는 전제에 입각한 것으로 보인다. 그 예로 위 판결에서 대법원은 “국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 및 같은 법 시행령의 적격심사제 관련 규정은 국가가 사인과의 사이의 계약관계를 합리적·효율적으로 처리할 수 있도록 관계 공무원이 지켜야 할 계약사무처리에 관한 필요한 사항을 규정한 것으로, 국가의 내부규정에 불과”하다고 판시하고 있다.

그러나 위와 같은 대법원 판례들은 계약 내용에 대한 규율이 아닌 계약 체결 절차에 대한 규율로서의 국가계약법의 성질에 대해 다루고 있다는 점, 대법원 판례의 대상이 된 국가와 사인 간의 계약이 앞에서 논의한 공법상 계약의 개념요소를 포함하고 있는지에 대한 판단이 결여되었다는 점에서 위 판례들이 행정주체와 국민 사이의 계약이 위법한 경우에도 계약 자유가 무한정 인정되어야 한다는 논거를 제시하는 것으로는 평가하기 힘들다는 견해가 있다. 특히 공공조달계약이 공법의 범주에 들어오는 한, 국가계약법의 관련 규정에 대해서도 법률적합성의 원칙이 적용되어야 할 것이다.[111)]

4. 외국 입법례

1976년 제정된 독일 행정절차법은 행정절차에 관한 규정뿐만 아니라 관련 실체법, 즉 절차법 영역과 밀접하게 결부되어 있는 행정실체법에 관한 규정들도 포함하고 있다. 특히 행정의 법적인 작용수단들, 즉 행정행위와 행정계약이 이에 해당한다. 행정행위에 관한 규정들은 중요한 부분에서 지금까지 학설과 판례에 의해 발전된 원칙들을 법전화시킬 수 있었던데 반하여, 계약에 관한 규정들은 완전히 새로운 것이었기 때문에 행정계약과 관련한 규정들은 약간 소극적이며 또한 공백을 두고 있었지만, 행정계약법에서는 아주 중요한 틀에 해당한다.

111) 이에 관해 더 자세히는 정호경·선지원, 앞의 논문, 해당면 참조.

○ 독일 연방행정절차법

제4장 공법상 계약

제54조(공법상 계약의 허용성) 공법영역에 있어서의 법률관계는 법규에 반하지 않는 한, 계약에 의해 발생.변경 또는 취소될 수 있다(공법상 계약). 특히 행정청은 행정행위에 대신하여 행정행위를 발하여야 할 당사자와 공법상 계약을 체결할 수 있다.

제55조(화해계약) 실체관계나 법률상태를 합리적으로 평가할 때 인정되는 불확실성을 상호양보를 통해 제거할 수 있고, 행정청이 재량에 따라 판단하여 불확실성을 제거하기 위하여 계약을 체결하는 것이 합목적적이라고 인정하는 경우에, 제54조 2문에서 정하는 공법상 계약을 체결할 수 있다.

제56조(교환계약) ① 계약 상대방이 행정청에게 반대급부를 제공할 의무를 지는 제54조 2문의 공법상 계약은, 특정한 목적을 위한 반대급부가 계약으로 합의되고, 행정청의 공적 임무의 수행에 기여하는 경우에 체결될 수 있다. 반대급부는 전체 상황에 비추어 볼 때 적절한 것이어야 하고, 또한 행정청의 계약상의 급부와 실체적 관련성이 있어야 한다.
② 행정청의 급부를 요구할 수 있는 청구권이 존재하는 경우에는, 행정행위를 발령함에 있어 제36조의 부관의 내용이 될 수 있는 반대급부만이 계약으로 합의될 수 있다.

제57조(서면형식) 공법상 계약은 법규정에 다른 형식이 규정되어 있지 않은 한 서면으로 체결되어야 한다.

제58조(제3자와 행정청의 동의) ① 제3자의 권리를 제한하는 공법상 계약은 제3자가 서면으로 동의한 때 비로소 효력을 발생한다.
② 행정행위를 발령함에 있어 법규정에 의해 다른 행정청의 허가, 동의

또는 합의가 요구되는 행정행위 대신에 체결되는 공법상 계약은 다른 행정청이 전항에 규정된 형식으로 협력한 경우에야 비로소 효력이 발생한다.

제59조(공법상 계약의 무효) ① 민법전 규정에 따르면 무효가 되는 공법상 계약은 무효이다.
② 제54조 2문의 계약은 다음 각 호의 경우에는 무효이다.
1. 동일한 내용의 행정행위가 무효가 되는 경우
2. 동일한 내용의 행정행위가 제46조에서 규정하는 절차 또는 형식상의 하자외의 사유로 위법하게 되고, 계약 상대방이 이를 알고 있었던 경우
3. 화해계약을 체결하기 위한 요건이 존재하지 않고, 동일한 내용의 행정행위가 제46조에서 규정하는 절차 또는 형식상 하자외의 사유로 위법하게 되는 경우
4. 행정청이 제56조에서 허용되지 않는 반대급부를 제공하도록 약속하게 한 경우
제60조(특수한 경우의 계약의 조정과 해지) ① 계약내용 결정의 기준이 된 관계들이 계약체결후 중요한 점에서 변경되어 일방의 계약당사자에게 원래의 계약내용 대로의 이행을 요구할 수 없게 된 경우에는, 이러한 계약당사자는 변화된 관계에 적절하게 계약내용을 조정할 것을 요구할 수 있고, 조정이 불가능하거나 상대방에게 조정을 기대할 수 없는 경우에는 계약을 해지할 수 있다. 행정청은 중대한 공공복리에 대한 침해를 방지하거나 제거하기 위하여 계약을 해지할 수 있다.
② 해지는 법규정이 달리 규정하지 않는 한 서면으로 해야 한다. 해지는 그 사유가 제시되어야 한다.

제61조(즉시집행의 허용) ① 계약체결자 쌍방은 제54조 2문의 공법상 계약에 따른 즉시집행을 수인하여야 한다. 이 경우 행정청은 행정청의 책임자 또는 그의 일반적 대표자, 법관의 자격을 가진 공무원 또는 독일 법관법 제110조 1문의 요건을 충족하는 공무원에 의해 대행된다.
② 계약체결자가 제1조 1항 1호에서 규정하는 행정청일 경우에는, 전항

1문의 공법상 계약에 대하여 연방행정집행법이 적용된다. 자연인이나 사법상의 법인 또는 권리능력 없는 사단이 금전채권을 집행하고자 하는 경우에는 행정법원법 제170조 제1항 내지 제3항의 규정이 적용된다. 제1조 제1항 2호에서 규정하는 행정청에 대하여 작위, 수인 또는 부작위 의무를 강제집행하고자 하는 경우에는 행정법원법 제172조가 적용된다.

제62조(법규정의 보충적 적용) 제54조 내지 제61조의 규정과 모순되지 않는 한 이 법률의 다른 규정들도 적용된다. 민법전의 규정들은 보충적으로 적용된다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제ㅇㅇ조(공법상 계약) 행정주체가 다른 행정주체 또는 국민과 공법적 효과의 발생을 목적으로 체결하는 계약은 이 법의 규율을 적용한다.

제ㅇㅇ조(공법상 계약의 허용성) 공법영역에 있어서의 법률관계는 법규에 반하지 않는 한, 계약에 의해 발생.변경 또는 취소될 수 있다. 특히 행정청은 행정행위에 대신하여 행정행위를 발하여야 할 당사자와 공법상 계약을 체결할 수 있다.

제ㅇㅇ조(서면형식) 공법상 계약은 법규정에 다른 형식이 규정되어 있지 않은 한 서면으로 체결되어야 한다.

제ㅇㅇ조(제3자와 행정청의 동의) ① 제3자의 권리를 제한하는 공법상 계약은 제3자가 서면으로 동의한 때 비로소 효력을 발생한다.
② 행정행위를 발령함에 있어 법규정에 의해 다른 행정청의 허가, 동의 또는 합의가 요구되는 행정행위 대신에 체결되는 공법상 계약은

다른 행정청이 전항에 규정된 형식으로 협력한 경우에야 비로소 효력이 발생한다.

제ㅇㅇ조(특수한 경우의 계약의 조정과 해지) ① 계약내용 결정의 기준이 된 관계들이 계약체결후 중요한 점에서 변경되어 일방의 계약당사자에게 원래의 계약내용 대로의 이행을 요구할 수 없게 된 경우에는, 이러한 계약당사자는 변화된 관계에 적절하게 계약내용을 조정할 것을 요구할 수 있고, 조정이 불가능하거나 상대방에게 조정을 기대할 수 없는 경우에는 계약을 해지할 수 있다. 행정청은 중대한 공공복리에 대한 침해를 방지하거나 제거하기 위하여 계약을 해지할 수 있다.
② 해지는 법규정이 달리 규정하지 않는 한 서면으로 해야 한다. 해지는 그 사유가 제시되어야 한다.

제ㅇㅇ조(법규정의 보충적 적용) 공법상 계약에 관하여 이 법의 규정과 모순되지 않는 한 이 법률의 다른 규정들도 적용된다. 민법전의 규정들은 보충적으로 적용된다.

2. 제안이유

공법상 계약과 사법상 계약을 구별할 수 있는 정의에 해당하는 조항을 두어 공법상 계약을 명료히 하며, 나아가 공법상 계약에 법률유보가 필요한지, 특히 행정행위를 대체하는 공법상 계약이 가능한지 여부에 관하여 이를 가능케 하는 명문의 규정을 두어 논란을 해소할 필요가 있다. 다만, 독일 행정절차법은 공법상 계약의 종류로서 교환계약과 화해계약을 두어 계약의 종류를 구분하고 있으나, 다양한 종류의 공법상 계약이 가능하다는 점을 고려할 때 공법상 계약의 종류 자체를 법정화하는 것은 유보하는 것이 좋을 것이다.
한편 공법상 계약의 특수한 규율로서 계약의 해지와 해제에 관한 규정을 실정법으로써 공법상 계약과 관련한 이론적 논의를 구체화하고, 공법상 계약에 적

용되어야 할 규범을 우선적으로 명시하고, 민법의 규정들이 보충적으로 적용될 수 있음을 명시하여, 공법상 계약의 적용 규범과 관련한 혼란을 제거할 필요가 있다.

문제는 하자 있는 공법상 계약의 효력을 어떻게 취급할 것인가와 공법상 계약의 무효사유를 법정화할 것인지 여부이다. 앞에서 본 바와 같이 현재 하자 있는 공법상 계약의 효력에 관해서는 공법상 계약 제도를 먼저 법정화한 독일에서조차 논의가 귀일되어 있지 않은 상태라 법 제정 초기에 이를 법제화하는 것에는 다소 무리가 있다. 또 공법상 계약의 무효사유에 관해서는 법적 안정성의 측면을 고려한다면 실정법에 규정하는 것이 좋지만, 아직 행정행위의 무효 취소의 구별과 무효사유 법정화가 이루어지 않았으므로, 행정행위의 무효사유의 법정화와 보조를 맞추어서 무효사유를 정하는 것이 옳을 것이다.

제6장 기타 행정작용 및 확약

제1절 행정계획

Ⅰ. 문제의 현황

오늘날 행정계획은 현대 행정법학에 있어서 포기할 수 없는 도구의 하나로 보고 있다.[112] 또한 복잡다기한 현대사회에서 행정계획은 주요한 행위형식의 하나이다. 그러나 종래 행정계획을 하나의 행위형식으로 파악하려는 경향이 있었다. 예컨대 행정계획을 행정행위설, 독자성설, 입법행위설, 행정계획설 등으로 파악하려는 견해가 그러하다. 그러나 근래에는 행위형식과 법형식을 엄별하고, 행정계획은 하나의 특정한 법형식으로만 이해하는 것은 타당하지 않다는 견해가 유력하다.[113] 이와 같이 행정계획은 다양한 법형식이라는 의복을 걸치고 등장하는 독자적인 행위형식의 하나라고 볼 수 있다. 국내에서도 이러한 인식의 변화가 생기고 있음을 알 수 있다. 즉 개별적인 행정계획의 유형에 대한 법적 성질을 살펴보는 견해가 그러하다.[114] 행정계획은 법률, 조례, 행정내부의 지침, 행정행위, 행정규칙 등 다양한 법형식을 가질 수 있다. 구속력을 가지는 행정계획 중에서 도시계획조례가 대표적이다. 주요선진국의 토지이용계획은 대부분 이러한 도시계획조례가 적지 않다. 예컨대 미국의 Zoning Ordinance, 독일의 건축계획(Bebauungsplan) 등이 그러하다. 이에 반해 우리나라에서는 행정계획의 처분성을 논하는 경우가 적지 않다. 그 이유는 우리나라의 토지이용규제가 행정소송 중 항고소송의 대상에 해당하는지 여부가 문제되기 때문이다. 판례는 구 도시계획법 제12조에 의한 도시계획시설결정(현 도시·군관리계획)에 대해 처분성을 인정한 바 있다.[115] 다만, 이에 대해 도시

112) Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2006, S. 333.

113) Hoffmann-Riem, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 33 Rn. 10; Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., S. 258.

114) 김남진·김연태, 행정법 I, 제20판, 372-373면; 홍정선, 행정법원론(상), 2015, 285면; 박균성, 행정법론(상), 제15판, 262면 이하.

115) 즉 "도시계획법 제12조 소정의 도시계획결정이 고시되면 도시계획구역안의 토지나 건물 소유자의 토지형질변경, 건축물의 신축, 개축 또는 증축 등 권리행사가 일정한 제한을 받게 되는바 이런 점에

군관리계획은 용도지역이나 도시개발사업 등 매우 광범위한 내용을 포함하고 있으므로 입법정책적인 차원에서 도시관리계획결정을 행정행위로 파악하는 것에 대해 재고를 할 필요가 있다는 견해도 유력하다.[116]

행정계획은 다원적 법률관계를 전제로 하는 행정작용의 하나이므로, 행정청에 매우 포괄적인 형성여지가 부여되는 경우가 적지 않다. 그리고 행정청에 부여되는 독자적 판단영역을 '계획재량'이라고 부르고 있다. 그럼에도 불구하고 종전에는 계획재량을 행정재량의 아류로 판단하거나 동일한 유형으로 보는 경우도 있었다. 이러한 입장은 일본의 학설 및 판례로부터 적지 않은 영향을 받은 것이다.[117] 그러나 계획재량의 본고장인 독일에서는 양자를 구별하는 견해가 지배적이다. 종래 대법원은 96누8567 판결에서 최초로 계획의 형성적 자유(계획재량)을 인정하면서, 그 한계를 재량하자에 의해 판단하고 있다. 즉 "행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 이익형량을 전혀 행하지 아니하거나 이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우 또는 이익형량을 하였으나 정당성·객관성이 결여된 경우에는 그 행정계획결정은 재량권을 일탈·남용한 것으로서 위법하다"고 판시하였다.[118] 행정계획의 특성을 파악하였으나, 전술한 바와 같이 정치한 법리를 구성하지 못하고 일본 학설의 오류를 답습하였다. 그 후에도 이러한 판례의 입장이 그대로 유지되거나, 때로는 양자를 동일시하는 등 후퇴하는 경향도 었다.[119] 그러나 다행히 울산도시계획시설(학교)결정을 다투는 소송에서 "형량에 하자가 있어 위법"이라고 판단하여, 종전의 판례 오류를 바로잡고 있다.[120] 이로써 재량하자가 아닌 형량하자에 의해 도시계획결정의 위법성을 판단할 수 있어 완전히 만족할 수는 없으나 대체로 논리적 일관성을 가진 판례가 형성되었다고 평가할 수 있다. 그러나 최근에도 종전의 판례처럼 계획재량과 행정재량을 명확히 구분하지 못한 판례가 눈에 띈다.[121] 특히 '4대강사건(한강사건)'[122]에서 보는 바와 같이 이러한 새로

서 볼 때 고시된 도시계획결정은 특정 개인의 권리 내지 법률상의 이익을 개별적이고 구체적으로 규제하는 효과를 가져오게 하는 행정청의 처분이라 할 것이고, 이는 행정소송의 대상이 되는 것이라 할 것이다."(대법원 1982. 3. 9. 선고 80누105 판결)

116) 이에 대해서는 김중권, 행정법, 제2판, 429면.

117) 塩野宏, 行政法 I(行政法總論), 第六版, 有斐閣, 2015, 237-238면; 大橋洋一, 行政法 I, 第2版, 有斐閣, 2013, 158면; 最判平成 18·11·2 民集 60卷 9号 3249頁.

118) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결.

119) 대법원 1997. 6. 24. 선고 96누1313 판결; 대법원 1997. 9. 26. 선고 96누10096 판결; 대법원 1998. 4. 24. 선고 97누1501 판결; 대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결; 대법원 2005. 3. 10. 선고 2002두5474 판결 등.

120) 대법원 2006. 9. 8. 선고 2003두5426 판결.

운 판례의 입장을 밝히면서도 원심에서 종전과 같이 형량명령의 심사를 정확히 하지 못한 오류를 지적하지 못하고 있음은 아쉬움으로 남는다. 또한 완충녹지지정의 해제신청에 대한 거부회신의 위법성을 판단하면서 형령명령의 법리를 적용한 것은 형량명령에 대한 오해이다.[123] 이와 같이 아직도 판례는 형량명령을 피상적으로 이해하고 있으며, 형량하자의 유형에 대해서도 보다 구체적으로 검토할 필요가 있다. 형량하자의 유형에 대해서도 형량의 '과정'과 '결과'를 명확히 구별하지 않고 애매모호하게 "이익형량을 하였으나 정당성과 객관성을 갖추지 못한 경우"라고 예시하고 있다. 형량명령의 이론과 형량하자론을 도식적으로 적용하기보다, 구체적으로 어떠한 형량하자에 해당하는지를 규명할 필요가 있다. 이러한 작업이 축적될 경우 보다 구체적인 형량하자의 유형이 확립될 수 있다.[124]

행정계획의 유형은 대상, 지역, 기간 및 수위 등에 따라 매우 다양하다. 그러나 종래 학설 및 판례는 행정계획의 처분성 여부에 집중하였다. 즉 사법적 통제와 관련하여 처분성이 중요한 의미를 가지게 됨에 따라 구속적 계획에 해당하는지 여부에 초점을 맞추고 있다. 그러나 행정계획의 유형 중 실질적으로 중요한 의미를 가지는 것은 종합계획(Gesamtplanung)과 전문계획(Fachplanung)의 구분이다. 이러한 구분은 행정계획의 법적 성질을 규명하는 데에도 도움을 줄 수 있다. 한편, 행정계획은 다원적인 이해관계를 포함하는 경우가 대부분이다. 따라서 행정계획결정에 있어서 관련된 제 이익을 형량해야 하는 것이다. 이와 관련하여 가장 문제가 되는 대규모공공사업과 관련된 행정계획절차이다. 독일에서는 개별법에서 발전된 계획확정절차(Planfeststellungsverfahren)를 통일화시켜, 연방행정절차법 제72조 이하에 모범적으로 규정하고 있다. 그러나 우리나라에서는 개별법에 행정계획절차가 산별적으로 규정되어 있거나 절차적 규정이 미흡한 경우가 적지 않다. 대만 행정절차법에는 행정계획에 관한 간략한 규정을 두고 있다(동법 제163조 및 제164조). 그러나 행정계획절차의 중요성에 비추어 「행정 일반법」에 보다 적극적인 규정을 두어 행정계획제도를 정비할 필요가 있다. 이러한 규정의 도입은 동

121) 대법원 2012.5.10. 선고 2011두31093 판결.
122) 대법원 2015. 12. 10. 선고 2011두32515 판결.
123) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010두5806 판결.
124) 이러한 문제점에 대해서는 정남철, "行政法學의 構造變化와 行政判例의 課題", 저스티스 통권 제154집(2016. 06), 161면.

아시아에서 매우 선구적인 시도일 뿐만 아니라 국가경제적으로도 매우 유용하다. 그동안 밀양송전탑사건, 원자력발전소의 설치, 폐기물처리장의 설치 등 대규모공공사업을 둘러싸고 사회적 갈등이 심하였으며 사회경제적 비용이 적지 않게 소요되었다. 이러한 절차를 도입하여 의견수렴절차를 충분히 보장하되 행정의 효율성도 도모할 수 있는 제도적 장치를 마련할 필요가 있다. 이하에서는 행정계획의 개념정의와 적용범위, 특수성, 의견수렴절차 및 권리구제 등에 대해 검토하고, 이를 토대로 행정계획에 관한 규정에 대해 제안을 하기로 한다.

한편, 대법원은 원칙적으로 계획변경청구권을 부인하면서[125], 근래에 그 예외를 확대하고 있는 경향에 있다. 즉 판례는 도시계획시설의 해제신청에 대한 거부회신에 대해서도 처분을 인정하고 있다.[126] 이와 유사한 경우로서 완충녹지지정의 해제신청의 거부에 대해서도 처분성을 인정하고 있다.[127] 엄밀히 말하자면, 이러한 거부회신이나 반려에 대해 처분성만 인정한 것으로 계획변경청구권을 인정한 것으로 보기는 어렵다. 다만, 이러한 거부처분이 인정될 경우 본안판단에서 행정계획결정의 거부처분에 대한 위법성을 심사할 수 있다. 이러한 본안판단에서 인용판결이 내려지면 행정청은 사실상 애초의 변경신청에 따른 처분을 해야할 기속력을 받게 된다. 따라서 이러한 논리에 의하면 사실상 계획변경청구권이 인정될 여지가 있다. 예컨대 위 대법원 2010두5806 사건에서 완충녹지지정의 해제신청에 대한 거부의 취소를 구하는 소에서 형량명령의 법리를 통해 거부회신의 위법성을 판단하고 있다. 형량명령은 이러한 거부회신에 적용되기 어려울 뿐만 아니라, 판례가 적시하고 있는 바와 같이 행정계획의 입안·결정에 있어서 고려되어야 할 법리이다. 다만, 판례는 공원용지해제신청거부취소소송에서 처분성을 인정하면서도 본안에서 공익의 우월성을 강조하여 형량의 하자가 없다고 판단한 바 있다.[128] 그 밖에도 변경신청거부가 사실상 수익처분의 거부에 해당하는 경우가 있다.[129] 그러나 예외사례의 무리한 확대적용은 그 자체 모순이며, 형량명령 내지 계획재량의 법리에 대한 잘못된 이해에서 비롯하고 있다.[130]

---

125) 즉 "도시계획과 같이 장기성·종합성이 요구되는 행정계획에 있어서 그 계획이 일단 확정된 후에 어떤 사정의 변동이 있다고 하여 지역주민에게 일일이 그 계획의 변경 또는 폐지를 청구할 권리를 인정해 줄 수도 없었다고 할 것이다."라고 판시하고 있다(대법원 2002. 11. 26. 선고 2001두1192 판결).
126) 대법원 2004. 4. 28. 선고 2003두1806 판결; 대법원 2015. 3. 26. 선고 2014두42742 판결.
127) 대법원 2012. 1. 12. 선고 2010두5806 판결.
128) 대법원 2016. 2. 18. 선고 2015두53640 판결.
129) 대법원 2003. 9. 23. 선고 2001두10936 판결.

Ⅱ. 검 토

1. 행정계획의 개념정의와 적용범위

행정계획은 다면성을 특징으로 하므로 그 개념을 명확히 정의하기는 쉽지 않다. 유력설은 계획(Planung)을 “예견적인 목표설정과 그 실현을 위해 필요한 행동양식의 思考的 先取”[131], “목표 내지 목적지향적인 자유로운 형성”[132] 등으로 정의하고 있다. 국내학설도 행정계획을 “행정주체가 일정한 행정활동을 위한 목표를 설정하고, 상호관련성 있는 행정수단의 조정과 종합화의 과정을 통하여, 그 목표로 정한 장래의 시점에 있어서의 보다 좋은 질서를 실현하는 것을 목적으로 하는 활동기준 또는 그 설정행위”[133]라고 정의하고 있다. 행정계획은 통합적 능력과 조정적 기능을 가지고 있다.[134] 또한 행정계획은 예견적인 목표설정을 통하여 사전에 리스크(risk, Risiko)를 방지 내지 저감하는 데 기여할 수 있다.[135] 이와 같이 행정계획은 “미래의 예견적인 목적 내지 목표를 달성하기 위한 수단의 종합성·정합성”을 특징으로 한다.

행정계획의 유형은 법형식 외에도 다양한 기준에 따라 다양하게 분류될 수 있다. 예컨대 대상에 따라 경제계획, 사회계획, 재정계획, 국토계획 등으로 분류할 수 있다. 또한 대상지역을 기준으로 국토종합계획, 道종합계획, 시·군종합계획 등으로 분류할 수 있다. 또한 계획의 기간에 따라 장기계획, 중기계획, 단기계획으로 구분할 수도 있다. 책정수준에 따라 상위계획과 하위계획으로 분류될 수 있다. 그리고 구속력의 유무에 따라 지시적 계획, 유도적 계획 그리고 명령적 계획으로 구분된다. 그 밖에 이론적으로는 특정한 지역의 종합적 발전을 도모하는 ‘종합계획’과 일정한 프로젝트와 밀접한 관련이 있는 ‘전문계획’으로 구분할 수 있다. 예컨대 도로, 철도, 공항, 폐기물시설 등의 설치 등은 전문계획과 관련이 있다. 국토종합계획, 도종합계획, 시·군종합계획 등은 모두 ‘종

---

130) 이러한 문제점에 대해서는 정남철, “計劃變更申請拒否의 許容에 관한 問題點”, 법률신문 제4334호 (2015. 7. 13), 11면.
131) Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., § 56 Rdn. 6.
132) F. Ossenbühl, Abwägung im Verfassungsrecht, DVBl. 1995, S. 904.
133) 김도창, 일반행정법론(상), 336면.
134) Wolfgang Köck, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, § 37 Rn. 43.
135) G. Roellecke, Ein Rechtsbegriff der Planung, DÖV 1994, S. 1025.

합계획'에 속한다. 향후 이러한 유형구분이 이론적으로는 보다 의미가 있을 것으로 생각된다. 독일에서는 전문계획과 관련하여 계획확정절차가 보장되어 있고, 개별법뿐만 아니라 일반법인 행정절차법에 이를 규정하고 있다.

가장 어려운 문제는 행정계획의 적용범위에 관한 문제이다. 개별법률에는 공공사업과 관련된 수많은 규정들이 있다. 즉 「행정 일반법」에 두는 행정계획에 관한 규정과 개별법 규정과의 관계이다. 그러나 여기에서는 행정절차의 개념, 절차 등 행정계획의 특징과 관련된 전형적인 규정만 두는 것이 바람직하다. 따라서 행정계획에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 행정 일반법에 의하도록 규정할 필요가 있다. 행정계획의 특수성에 비추어 행정계획에 관한 다양한 규정이 존재하므로, 그러한 특성을 충분히 감안하고 존중할 필요가 있다.

2. 행정계획의 특수성

행정계획은 "행정주체가 행정계획을 입안·결정함에 있어서 광범위한 형성의 자유를 가진다"는 특성을 지닌다.[136] 이를 계획재량(Planungsermessen)이라고 한다. 또한 독일에서는 계획재량과 행정재량을 구별해야 한다는 의미로 계획의 형성적 자유(planerische Gestaltungsfreiheit)라고 부르고 있다. 여기에서 통상의 행정재량과 계획재량이 구별되는지가 문제된다. 전술한 바와 같이 아직 일본에서는 양자가 동일하다는 입장을 유지하고 있으나, 독일에서는 양자를 구별하는 입장이 지배적이다. 통상의 행정재량은 조건프로그램으로 구성되어 있고, 법명제에서 특정한 성립요건을 충족하는 경우에 수개의 법효과 중 하나를 선택하는 구조로 되어 있다. 식품위생법 제4조에 따라 위해식품을 판매한 경우 행정청은 영업허가 또는 등록을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 정지 또는 일부를 정지하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다(동법 제75조). 즉 식품위생법 제4조 소정의 요건을 위반한 경우 시행령이 정하는 기준에 따라 행정청은 허가취소나 등록취소, 6개월 이내의 영업정지, 또는 영업소 폐쇄 등의 제재수단 중에서 선택할 수 있다. 이 경우 행정청은 소위 '선택재량'을 가진다.

136) 대법원 1996. 11. 29. 선고 96누8567 판결; 대법원 2003. 3. 23. 선고 98두2768 판결.

한편, 통상의 행정재량에 있어서는 '포섭(Subsumtion)'이 중요한 의미를 가지며, 假言命題의 定式(Wenn-Dann-Schema)로 되어 있다. 그러한 의미에서 이를 법효과재량(Rechtsfolgenermessen)이라고 부르고 있다. 우리나라에서는 "효과재량"이라고 부르는 것이 통례이나, 용어상으로는 "법효과재량"이라고 부르는 것이 적확하다. 이에 반해 계획재량은 목적프로그램의 구조로 되어 있다. 즉 목적-수단의 정식으로 구성되어 있다. 계획재량에서는 목적-수단의 정식으로 구성되어 있으며, 다양한 제 이익을 '형량'하는 것이 중요하다. 법문에서는 구체적인 성립요건을 규정하기 보다 행정계획의 입안·결정시에 고려해야 할 내용을 규정하는 것이 일반적이다. 예컨대 국토의 계획 및 이용에 관한 법률 제12조에는 광역도시계획의 내용에 포함되어야 할 정책방향으로 광역계획권의 공간 구조와 기능 분담에 관한 사항, 광역계획권의 녹지관리체계와 환경 보전에 관한 사항, 경관계획에 관한 사항 등을 규정하고 있다.

3. 행정계획의 절차

행정계획은 다원적인 이해관계를 전제로 하므로, 근래에는 행정계획에 대한 절차적 통제가 중시되고 있다. 즉 행정계획의 입안·결정에 있어서 사전에 당사자 또는 이해관계인이 절차에 참여하여 충돌·대립하는 이익을 조정할 필요가 있다. 이해관계가 첨예한 대규모공공사업의 경우에는 더욱 그러하다. 이와 같이 행정계획에는 참여와 협력이라는 관점에서 민주주의원리가 매우 중요한 의미를 가진다.「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에는 이해관계인의 참여절차에 관한 충실한 규정을 두고 있다. 예컨대「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」에는 광역도시계획과 관련된 공청회나 지방자치단체의 의견 청취(제14조 및 제15조), 도시·군기본계획의 수립을 위한 공청회 및 지방의회의 의견 청취(제20조 및 제21조), 도시·군관리계획을 위한 주민 또는 지방의회의 의견 청취(제28조) 등이 그러하다. 그러나 대규모공공사업과 관련된 개별 법률에는 이러한 의견수렴절차가 불충분한 경우도 적지 않다. 예컨대 지역적·사회적 갈등을 초래한 제주강정마을사건과 관련하여 구「국방·군사시설사업에 관한 법률」에서는 주민들의 의견수렴절차가 보장되지 않았다. 이러한 의견수렴은 국방부장관이 토지 등의 수용 또는 사용에 관한 내용을 포함하는 사업계획을 승인하는

경우에 한하여 인정될 뿐이다(국방·군사시설사업에 관한 법률 제4조 제3항).[137] 또한 대부분의 공공사업 실시계획은 실시계획의 승인 후에 사후적으로 공고·열람을 하고 있다.[138] 따라서 행정계획안에 대한 공고·공람절차, 의견청취, 청문 및 공청회 등에 관한 규정을 두어야 한다.

4. 행정계획에 대한 권리구제

행정계획은 관련된 사익과 사익, 그리고 사익과 공익 등이 대립·충돌하는 경우가 적지 않다. 그러한 점에서 '형량'은 중요한 의미를 가지며, 행정계획의 핵심적 요소로 이해되고 있다. 복잡다기한 이해관계를 내용으로 하는 행정계획결정은 개인의 이익을 중대하게 제한하거나 침해할 수 있다. 예컨대 대규모공공사업은 대체로 개인의 사유재산권을 제약하거나, 난개발이나 환경훼손 등의 이유로 환경권, 신체불훼손권을 포함한 일반적 인격권 등을 침해할 수 있다. 따라서 이러한 행정계획에 대한 권리구제수단은 법치국가원리의 관점에서 매우 중요하다. 이와 관련하여 행정계획의 특수성에 근거하여 '형량명령'의 법리가 인정되고 있다. 이러한 형량명령은 종래 실체적 위법성의 중요한 판단기준이었다. 이러한 형량명령을 위반한 해당 행정계획결정은 형량의 하자가 있어 위법하다고 판단된다. 대법원판례도 전술한 바와 같이 계획재량뿐만 아니라 형량명령을 인정하고 있다. 또한 판례는 형량의 하자를 "이익형량을 전혀하지 않은 경우", "이익형량의 고려 대상에 마땅히 포함시켜야 할 사항을 누락한 경우", 그리고 "이익형량을 하였으나 정당성과 객관성을 갖추지 못한 경우" 세가지 유형으로 분류하고 있다. 그러나 독일에서는 대체로 4단계로 분류하고 있다. 즉 형량의 불행사, 형량의 흠결, 오형량, 그리고 형량의 불비례이다. 우선 형량의 불행사는 형량이 전혀 행해지지 않은 경우이다. 둘째, 형량의 흠결은 개별 상황에 따라 포함되어야 할 이익을 누락한 경우이다. 셋째, 오(誤)형량은 관련된 사익의 의미를 잘못 이해한 경우이다. 넷째, 형량의 불비례는 계획에 관련된 공익 사이에 조정을 하였으나, 개별 이익의 객관적 정당성에 어긋나는 경우이다.[139] 이 중에서 오형량은 형량의 과정과 관련된 것이지만, 형량의 불비례

137) 정남철·정태용·강현호, 대규모공공사업 실시계획의 확정절차에 관한 최초시안(행정절차법 개정안), 토지보상법연구 제15집(2015. 2), 232-233면.
138) 정남철·정태용·강현호, 최초시안, 257면.
139) 독일 연방행정법원의 대표적인 판례는 BVerwGE 34, 301 (309) 참조. 그 이후에도 이러한 입장은

는 형량의 결과와 관련된 것이다.[140] 이를 '형량하자론'이라고 한다. 그 밖에 독일에서는 실체적 위법성의 판단기준으로 계획정당성(Planrechtfertigung), 실체적 강행법규(종래의 소위 "계획준칙") 등이 논의되고 있으나, 국내에서도 적극적으로 수용되고 있지 않다. 따라서 현재로서는 형량명령을 통한 위법성 판단이 매우 중요한 역할을 하고 있다고 볼 수 있다.

한편, 행정계획에 절차적 하자가 있는 경우에 위법이 인정될 수 있다. 즉 도시계획결정에 공고·공람을 하지 않거나[141], 청문이나 공청회 등을 하지 않는 경우가 그러하다. 또한 판례는 도시근린공원시설 결정에 있어서 구 도시계획법 제15조 제1항 소정의 기초조사를 하지 않은 경우 해당 도시계획결정은 취소사유에 해당한다고 판시한 바 있다.[142] 다만, 이러한 절차상 하자외에도 기초조사를 하지 않은 도시계획결정은 형량의 흠결에 해당할 수 있다. 그리고 환경영향평가의 하자도 절차상 하자에 준하여 판단된다. 판례는 환경영향평가를 거치지 아니한 경우에는 해당 행정계획결정이 무효라고 보지만, 환경영향평가를 거친 경우에는 그 내용이 다소 부실하더라도 그 부실의 정도가 환경영향평가를 하지 아니한 것과 다를 바 없는 정도의 것이 아닌 이상 그 부실로 인하여 해당 행정계획결정이 위법은 아니라고 보고 있다.[143] 이러한 입장은 비교적 확고하게 유지되고 있다. 그러나 환경영향평가가 부실한 경우에도 위법이 인정되지 않는 것이 아니라 형량의 요소로 고려되어야 한다. 따라서 환경영향평가를 거친 경우에도 형량에서 중요한 환경이익이 고려되지 않거나 잘못 형량된 경우에는 해당 행정계획결정이 위법할 수 있다.[144] 다른 한편, 대규모공공사업은 국가경제적으로 중요한 의미를 가지므로 경미한 절차상 하자로 인하여 위법이 될 수 없다. 이와 관련하여 독일에서는 "계획유지(Planerhaltung)의 법원칙"이 논의되고 있다.[145]

계속해서 유지되고 있다.

140) 형량의 유형 및 구체적 사례에 관한 상세한 내용은 정남철, 현대행정의 작용형식, 법문사, 2016, 299면 이하 참조.

141) "도시계획법 제16조의2 제2항과 같은 법 시행령 제14조의2 제6항 내지 제8항의 규정을 종합하여 보면 도시계획의 입안에 있어 해당 도시계획안의 내용을 公告 및 供覽하게 한 것은 다수 이해관계자의 이익을 합리적으로 조정하여 국민의 권리자유에 대한 부당한 침해를 방지하고 행정의 민주화와 신뢰를 확보하기 위하여 국민의 의사를 그 과정에 반영시키는데 있는 것이므로 이러한 공고 및 공람절차에 하자가 있는 도시계획결정은 위법하다."(대법원 2000. 3. 23. 선고 98두2768 판결)

142) 대법원 1990. 6. 12. 선고 90누2178 판결.

143) 대법원 2006. 3. 16. 선고 2006330 판결.

144) BVerwGE 100, 238 (347).

145) 정남철, "計劃維持의 法原則", 現代公法理論의 諸問題(天鳳石琮顯博士華甲紀念論文集刊行委員會), 三英社, 2003, 1463-1483면.

5. 행정계획과 신뢰보호

행정계획의 변경이나 폐지로 인하여 예측하지 못한 손해나 손실을 입은 경우가 발생할 수 있다. 이 경우 계획행정청은 원상회복, 손실보상 및 손해배상의 책임을 진다. 행정계획은 한편으로 안정성과 연속성을 가지지만, 다른 한편으로는 유동성과 가변성을 가진다. 이와 같이 행정계획은 안정성과 유동성의 긴장관계에 있다고 볼 수 있다.[146] 행정계획은 사회사정에 따라, 또는 공공복리를 위해 변경을 해야 할 경우가 생길 수 있다. 이 경우 행정계획을 신뢰한 상대방의 신뢰보호가 문제된다. 이러한 문제는 '계획보장청구권(Plangewährleistungsanspruch)'과 관련이 있다. 그러나 이러한 계획변경은 공익을 위해, 또한 행정청의 광범위한 형성의 자유를 통해 이루어지므로 사인에게 계획보장청구권을 일반적으로 인정할 수는 없다는 것이 지배적 견해이다. 따라서 계획보장의 문제는 대체로 손해전보의 방식으로 해결되고 있다. 이러한 계획변경에 위법성이 인정될 경우에는 국가배상의 문제가 제기될 수 있다. 한편, 일본에서는 이러한 관점에서 접근하는 견해도 있다.[147] 위법한 행정계획변경결정에 대해서는 취소소송을 제기할 수 있다. 그러나 계획변경결정이 적법하게 이루어질 경우 손실보상에 해당하는지가 문제될 수 있다.[148]

146) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., § 16 Rn. 26.
147) 일본 塩野宏, 前揭書(I), 240-242면.
148) 이에 대한 상세는 정남철, 현대행정의 작용형식, 309면 이하.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 행정계획의 개념정의 및 적용범위

(1) 예시조문

제○○조 (행정계획의 적용범위) ① 행정계획이라 함은 행정청이 일정한 행정활동을 위한 목표를 설정하고, 이를 달성하기 위한 수단을 종합·조정하는 행정활동을 말한다. ② 제1항의 행정계획에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 의한다.

(2) 제안이유

행정계획에 관한 일반규정을 도입하기 위해 행정계획의 특성을 반영한 개념정의규정을 도입하였다. 행정계획은 목적과 수단의 정합성을 특징으로 하는 것이 지배적 견해이므로, 가장 보편적인 정의규정을 마련하였다. 이러한 행정계획에는 다양한 유형이 있으나, 이러한 유형은 개별 법률에서 규정하도록 한다. 또한 개별 법률의 행정계획과 이 법률에 의한 행정계획의 관계를 명확히 할 필요가 있다. 이에 제2항에서는 행정계획의 적용범위에 관하여, 다른 법률에 특별한 규정을 두고 있지 않는 한 이 법률에 따르도록 하였다.

2. 행정계획의 입안

(1) 예시조문

제○○조 (행정계획의 입안·결정 등) ① 행정계획의 입안·결정에 관한 권한을 가진 주관 행정청(이하 "계획행정청"이라 한다)은 사업계획의 목적, 추진이유 및 배경, 근거와 내용, 도면과 설명서 등을 포함하여 사업계획안을 상세히 작성하여야 한다. 다만, 사업시행자가 계획행정청이 아닌 경우에는 사업계획안을 작성하여 계획행정청의 인가·허가·승인 등을 얻어야 한다. ② 계획행정청은 행정계획의 입안·결정에 있어서 관련된 제 이익을 정당하게 형량을 하여야 한다.

(2) 제안이유

행정계획의 주관 행정청인 계획행정청이 사업계획안을 직접 작성할 경우에 포함해야 할 사항을 규정하였다. 즉 사업계획안은 다원적인 이해관계를 갖는 경우가 적지 않으므로, 사업계획안의 구체적인 목적과 이유 등이 제시되어야 한다. 이에 사업계획안에 목적, 추진이유 및 배경, 근거와 내용 등을 상세히 작성하도록 하였다. 또한 사업계획안에 도면과 설명서를 포함하여 추진하는 사업의 구체적인 내용을 일반 국민들이 알 수 있도록 하였다. 또한 사업시행자가 공공단체나 민간사업자인 경우에는 계획행정청의 인가·허가·승인 등을 얻도록 하였다. 오늘날 공공사업과 관련된 행정계획을 추진하는 경우에 공공단체나 민간단체에 위임·위탁을 하는 경우가 적지 않기 때문에 이에 대해 계획행정청의 인·허가 등을 얻도록 하였다.

한편, 행정계획은 공익뿐만 아니라 국민의 권리나 이익에도 큰 영향을 미친다. 또한 행정계획의 본질 및 특수성을 반영하여 행정계획의 입안·결정을 함에 있어서 정당한 형량을 하도록 하였다. 형량명령을 명시적으로 규정하여 행정계획의 법리를 보다 체계적으로 발전시킬 근거를 마련하였다.

3. 관계 행정기관의 장과의 협의

(1) 예시조문

제○○조 (관계 행정기관의 장과의 협의) ① 계획행정청은 사업계획안을 구체적으로 작성한 후 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다. ② 이해관계가 있는 지방자치단체가 있는 경우 그 지방자치단체의 장의 의견을 수렴하여야 하며, 그 의견이 타당하다고 인정되는 때에는 그 의견을 사업계획안에 반영하여야 한다.

(2) 제안이유

행정계획은 일반국민에 미치는 영향이 지대하고 다른 기관 또는 지방자치단체와 이해관계가 대립하는 경우가 있다. 이에 주관 행정청인 계획행정청은 사업계획을 작성하여 이해관계 있는 다른 행정기관과의 의견조율이 필요하다. 또한 이해관계가 있는 지방자치단체에도 의견수렴의 기회를 충분히 보장할 필요가 있다. 그리고 지방자치단체의 의견이 타당한 경우에 충분히 반영될 수 있도록 하였다.

4. 열람 및 의견제출

(1) 예시조문

제○○조 (열람 및 의견제출) ① 계획행정청은 사업계획안의 취지, 주요내용, 열람의 장소 및 기간, 의견제출절차 등을 관보·공보·일간신문·인터넷 홈페이지 등에 공고하여야 한다. ② 제1항의 경우 30일 이상 사업계획안을 열람할 수 있도록 하고, 의견제출기간은 60일 이상으로 한다. 다만, 필요한 경우에는 의견제출기간을 연장할 수 있다. ③ 계획행정청은 제2항에 따라 의견을 제출받은 때에는 그 이해관계

인에게 2주일 이내에 그 처리 결과를 통지하여야 한다.

(2) 제안이유

행정계획에는 복잡다기한 이해관계를 가지는 경우가 많으므로 공고·공람을 할 수 있도록 의견수렴절차를 보장하여야 한다. 관보, 공보, 일간신문, 인터넷 등 다양한 매체를 통해 일반 국민들이 충분히 인식할 수 있고 쉽게 열람할 수 있는 토대를 마련하였다. 의견제출기간도 60일 이상으로 보장하고 있으며, 필요한 경우에는 연장할 수 있도록 하였다. 또한 의견수렴절차가 실질적으로 운영될 수 있도록 의견제출을 받은 계획행정청으로 하여금 그 이해관계인에게 처리 결과를 통지하도록 하였다. 오늘날 절차적 민주주의가 강조되고 있고, 참여와 협력의 기회를 충분히 보장하여 사전에 이익이나 이해관계의 충돌·대립을 조정할 수 있도록 하였다. 이러한 사전적 이익조정을 통한 권리보호는 '법치국가원리'와도 밀접한 관련을 가진다. 이와 같이 행정계획결정의 투명성을 제고할 수 있는 의견수렴의 절차를 마련하였다.

5. 청문 및 공청회

(1) 예시조문

제○○조 (청문 및 공청회) ① 계획행정청은 다른 법률에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우, 관계 행정기관이나 다수의 이해관계인이 청문을 요구하는 경우 그 밖에 계획행정청이 청문이 필요하다고 인정하는 경우에 청문을 실시하여야 한다. ② 제1항에 따라 청문을 실시하는 경우에는 행정절차법 제28조부터 제37조까지의 규정을 준용한다. ③ 계획행정청은 사업계획안의 전문적인 검토 및 심의를 위해 필요하다고 인정하는 때에는 공청회를 개최할 수 있다. 공청회에는 이해관계인, 관계 행정기관 및 관련 지방자치단체, 사업계획안에 관한 전문가 등이 참여하도록 한다.

④ 제3항에 따라 공청회를 실시하는 경우에는 행정절차법 제38조부터 제39조의2까지를 준용한다.

(2) 제안이유

사업계획안에 이해관계를 가진 사람들은 청문에 참여할 수 있어야 한다. 법안은 다른 법률에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우, 관계 행정기관이나 다수의 이해관계인이 청문을 요구하는 경우 그 밖에 계획행정청이 청문이 필요하다고 인정하는 경우에 청문을 실시하도록 하였다. 또한 청문에 관하여 행정절차법 제28조부터 제37조까지의 규정을 준용하도록 하였다. 계획행정청은 전문적인 검토 및 심의를 위해 필요하다고 인정하는 때에는 공청회를 개최할 수 있도록 하였다. 여기에는 이익충돌의 조정과 전문성을 제고하기 위해 이해관계인, 관계 행정기관 및 관련 지방자치단체, 사업계획안에 관한 전문가 등이 참여할 수 있도록 하였다. 이러한 공청회의 실시와 관련하여 행정절차법의 규정을 준용하도록 하였다.

6. 행정계획의 확정 및 고시

(1) 예시조문

제○○조 (행정계획의 확정 및 고시) ① 계획행정청은 사업계획안을 관보 또는 공보에 고시하고, 인터넷 홈페이지에 게재하여야 한다.
② 사업계획안은 제1항에 따른 고시가 있은 때에 확정된다.
③ 제2항에 따라 확정된 행정계획결정에 대하여 불복하는 경우에는 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

(2) 제안이유

계획행정청은 의견제출, 청문 및 공청회 등 의견수렴절차를 거쳐 사업계획안

을 확정하도록 하였다. 행정계획의 확정은 고시가 있은 때에 그 효력이 발생하도록 하였다. 또한 행정계획의 법적 성질이 다양하여 논란이 될 수 있으나, 이 법률에서는 확정된 행정계획결정에 대해 행정소송을 제기할 수 있다는 점을 명시하여 이 법률에 따라 확정된 행정계획결정이 '처분성'을 가진다는 점을 명확히 하였다. 이러한 규정을 두지 않고 법원의 판단에 따라 행정계획결정의 처분성 여부를 결정하도록 맡기는 것도 고려할 수 있으나, 행정계획결정이 처분성을 가진다는 점을 규정함으로써 절차적·실체적 적법성을 확보하도록 할 수 있고, 행정계획의 법적 성질을 다투지 아니하고 입법적으로 해결하여 국민의 권리구제를 도모하도록 하였다. 공공갈등이 사회적 문제로 비화(飛火)되어 장기간 지속되는 경향이 있고, 이러한 문제는 사회경제적으로 심각한 문제를 초래할 수도 있다. 또한 공공사업이 지연되어 막대한 예산이 낭비될 우려도 있다. 궁극적으로 이러한 문제에 대해서는 절차적 권리를 충분히 보장하면서도 행정의 효율성을 도모할 수 있는 방안을 모색해야 한다. 확정된 행정계획결정에 대하여 제소기간이 경과되어 불가쟁력이 발생한 경우에는 해당 사업의 중지, 시설의 제거·변경 등을 할 수 없도록 하는 방안도 고려해 볼 수 있다. 행정계획결정에 대한 권리구제를 보장하는 것은 공공갈등의 해결을 사법적 판단에 맡기도록 해서 이해당사자들이 수긍할 수 있는 시스템을 구축하기 위함이다.

7. 행정계획의 실효

(1) 예시조문

제○○조 (행정계획의 실효) ① 제○○조 제2항에 따라 확정된 행정계획이 정당한 사유 없이 해당 사업계획안에서 정한 기간 내에 집행되지 아니한 때에는 그 기간이 만료된 날의 다음 날에 그 효력을 상실한다.

(2) 제안이유

행정계획이 확정된 후 예정된 기간 내에 집행되지 못하여 국민들이 불편을

겪는 경우가 적지 않다. 이에 행정계획의 실효제도를 도입하였다. 특히 이러한 행정계획의 지연으로 국민의 재산권을 제한하거나 침해하는 사례도 발생한다. 공법의 분야에서 실효의 법리는 실무상 많이 활용되고 있지 않다. 이와 같이 행정계획이 장기간 미집행되어 국민의 권익을 침해하는 경우에 행정계획의 변경을 신청하는 사례가 증가하고 있다. 판례는 이러한 행정계획변경신청에 대한 반려에 대해 예외적으로 처분성을 인정하는 경향에 있다. 이러한 법리보다는 실효의 법리를 통해 권리구제를 도모하는 것이 타당하다.

8. 행정계획의 변경 및 폐지

제○○조 (행정계획의 변경 및 폐지) ① 확정된 행정계획을 변경하는 경우에는 제○○조부터 제○○조까지의 규정을 적용한다. ② 확정된 행정계획을 변경·폐지하는 경우에는 이를 고시하여야 한다. ③ 제1항 또는 제2항에 따른 행정계획의 변경·폐지로 인하여 제3자의 권리나 이익을 침해하거나 불리한 영향을 주는 것을 피하기 위해 필요한 경우에는 원상회복이나 방지조치 등을 하여야 한다. ④ 제1항 또는 제2항에 따른 행정계획의 변경 또는 폐지로 인하여 국민의 재산상 손실이 발생할 경우에는 법률이 정하는 바에 따라 손실보상을 하여야 한다.

(2) 제안이유

행정계획은 가변성과 유연성을 특징으로 하지만, 행정계획결정에 대한 상대방의 신뢰보호는 매우 중요한 문제이다. 확정된 행정계획에 대해 신뢰하고 일정한 행위를 한 경우 계획변경에 의해 권리를 침해당할 수 있다. 이에 확정된 행정계획을 변경하거나 폐지하는 경우에는 이를 고시하고, 제3자의 권익보호를 위해 원상회복이나 방지조치 등을 취하도록 하였다. 또한 이러한 행정계획의 변경이나 폐지는 공공복리나 공익을 위해 하는 경우도 있는데, 이로 인해 국민이 재산상 손실을 입은 경우에는 입법자의 형성적 자유에 따라 보상규정을 마

련하도록 하고 있다. 계획보장청구권을 직접적으로 인정하기는 어렵지만, 손실보상에 관한 규정을 통해 행정계획의 존속에 대한 신뢰를 보호하고 있는 것이다.

제2절 확 약

Ⅰ. 문제의 현황

행정행위는 행정작용에 있어서 주요한 도구의 하나이며, 중심적 지주를 이루고 있다. 행정행위는 행정법 도그마틱(Dogmatik)에 있어서 핵심을 이루고 있음은 부인할 수 없으나, 강학상 '행정행위'와 유사한 유형이 있다. 이러한 유형에는 확언, 확약, 정보제공, 사전결정, 부분허가, 假行政行爲(잠정적 행정행위) 등이 있다. 이 중에서 확언 내지 확약의 개념 및 법적 성질에 대해 다툼이 있다. 우선 確言(Zusage)이라 함은 대체로 "행정청이 일정한 행정작용의 발급 또는 불발급을 약속하는 행정청의 약속"을 말한다. 다만, 확언은 약속의 대상을 행정행위에 한정하지 않는다는 점에서 '확약'과 구별하여야 한다. 확약이 항고소송의 대상인 처분에 해당하는지 여부에 대하여 견해의 대립이 있다. 이와 관련하여 국내의 학설 및 판례, 그리고 독일의 입법례를 비교하여 검토하기로 한다.

한편, 확약의 법적 성질 외에도 확약의 형식이나 절차, 확약을 이행할 수 없는 경우에 취소 및 철회, 통지 등에 관하여 검토할 필요가 있다. 1987년 입법예고된 행정절차법안에는 확약에 관한 규정을 두고 있다(제25조). 여기에는 확약의 정의규정 외에도 형식, 다른 행정청의 동의나 승인, 확약의 구속, 취소 또는 철회 등에 관한 규정을 두고 있다. 이에 대해서는 독일의 입법례와 비교하여 검토하기로 한다.

Ⅱ. 검 토

1. 확약의 개념 및 법적 성질

確約(Zusicherung)은 “행정청이 자기구속을 할 의도로써 장래에 향하여 행정행위의 발급 또는 불발급을 약속하는 의사표시”[149]라고 정의되고 있다. 이는 確言의 하위개념이다.[150] 확언은 행정관청의 의사표시 중의 하나인 ‘情報提供’과 구별된다. 확언은 행정청의 법적 자기구속의무를 표시하는 데 반해, 정보제공은 반면에 단순한 정보적 성격만을 가진다.[151] 양자의 구분은 개별사례의 해석에 달려 있으며, 계약과는 일면성이라는 점에서 구분할 수 있다.[152] 확약은 실무상 “내인가”, “내허가” 등의 용어로 사용되기도 한다. 1987년 입법예고된 행정절차법안 제25조 제1항에는 확약을 “행정청이 어떠한 행정처분을 추후에 하거나 하지 아니할 것을 약속하는 행위는 문서로 하여야 한다”고 규정하고 있다.

한편, 확약의 법적 성질에 대하여 논란이 있다. 판례는 어업면허에 선행하는 우선순위결정에 대하여 강학상 ‘확약’으로 판단하였으나, 확약은 행정처분이 아니라고 보고 있다. 즉 “어업면허에 선행하는 우선순위결정은 행정청이 우선권자로 결정된 자의 신청이 있으면 어업권면허처분을 하겠다는 것을 약속하는 행위로서, 강학상 확약에 불과하고 행정처분은 아니(다)”라고 판시하고 있다.[153] 이러한 대법원의 입장과 달리 국내학설 가운데에도 확약의 처분성을 인정하는 견해가 유력하다.[154] 또한 확약의 처분성을 인정해야 할 이유로 “조기의 권리구제를 도모할 수 있다”는 점을 제시하기도 한다.[155]

이와 관련하여 독일의 학설은 확약을 대체로 행정행위로 판단하고 있다. 즉 독일 행정절차법 제38조 제1항에서 “특정한 행정행위를 이후에 발급하거나 발급하지 않을 것을 약속하는 확언”을 확약(Zusicherung)이라고 규정하고 있다.

---

149) 김남진·김연태, 행정법 I, 제20판, 361면. 한편, ‘Zusage’를 確約으로, ‘Zusicherung’을 確言으로 번역해서 사용하는 견해도 있다(김동희, 행정법 I, 제21판, 234면).
150) Hendler, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 23.
151) Maurer, a.a.O., § 9 Rn. 61.
152) Maurer, a.a.O., § 9 Rn. 61a.
153) 대법원 1995. 1. 20. 선고 94누6529 판결; 대법원 1996. 6. 11. 선고 95누10358 판결.
154) 金道昶, 일반행정법론(상), 제4전정판, 429면; 李尙圭, 신행정법론(상), 신판, 393면.
155) 박균성, 행정법론(상), 제15판, 460면.

비록 확약의 법적 성질을 행정행위라고 명확히 언급하고 있지 않으나, 행정행위에 대한 규정을 확약에 대해서도 적용할 수 있음을 규정하고 있다는 점에서 해석상 행정행위로 이해할 수 있다. 실제 이러한 것을 이유로 독일의 통설은 確約을 행정행위로 보고 있다.[156] 독일 연방행정법원도 확약의 법적 성질을 행정행위로 보고 있다.[157] 그러나 확약을 행정행위로 파악하는 것에 대해 유력한 반론도 있다. 즉 일설은 확약을 행정행위에 "상응해서" 적용할 것을 규정하고 있음으로, 이는 행정행위가 아니라 행정법상의 의사표시(Willenserklärung)일 뿐이라고 보는 견해도 유력하다.[158] 또 다른 견해는 확언 자체를 행정행위로 보는 것은 지나치며, 독일입법자는 이 문제에 대해 未定의 상태로 두려고 하였음을 지적하고 있다.[159]

생각건대 행정행위를 그 대상으로 하는 확약은 그에 대한 종국적인 규율은 확약 자체가 아니라, 확약의 상대방에 대하여 행정청이 고권적으로 이행을 약속한 행정처분에 의해서이다. 또한 독일과 같이 연방행정절차법의 명문규정을 가지고 있음에도 불구하고, 학설 중에는 전술한 바와 같이 행정행위의 성격을 부인하는 견해도 등장하고 있다. 또한 국내 학설 중에도 확약을 행정행위와 구별하는 견해가 있다. 이 견해는 "확약의 기초가 되었던 사실적·법적 상황이 변경되면 사정변경의 원칙의 직접적 적용의 결과로 확약의 구속성은 상실된다"고 보면서, 행정행위와 달리 철회행위 별도로 요구하지 않는 '확약'은 서로 다르다고 주장한다.[160] 확약은 이 경우에 별도의 의사표시 없이 효력을 상실한다는 점에는 행정행위와 차이가 있는 점은 사실이다. 독일 행정절차법 제38조 제3항에서 사후적으로 사실 및 법적 기초가 변경된 경우에 행정청은 확약에 기속되지 않는다고 규정하고 있다. 또한 1987년 행정절차법안 제25조 4항에서도 "행정청은 불가항력 기타 사유로 확약의 내용을 이행할 수 없을 정도로 사실상태 또는 법률상태가 변경된 경우를 제외하고는 그 확약에 기속된다"고 규정하고 있다. 즉 불가항력 기타 사유가 있는 경우에는 확약에 기속되지 않을 수 있다. 그러나 이러한 규정은 행정행위(행정처분)의 '철회'와 관련된 것이라

156) Hendler, a.a.O., S. 23, Knack, VwVfG 5. Aufl., § 38 Rn. 3.4; Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), VwVfG, § 38 Rn. 3..
157) BVerwG, DVBl. 1986, S. 680 (681).
158) Erichsen, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., § 12 Rdn. 33.
159) Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2002, S. 115.
160) 홍준형, 행정법, 2011, 159면.

기보다는 '실효'에 관한 규정으로 이해해야 한다.[161] 행정행위의 실효에는 일정한 사실관계에 의해 소멸한다(예컨대 사망이나 소멸, 조건의 성취 등). 우리 대법원도 주택건설사업 승인거부처분의 취소를 다투는 사건에서, 그러한 취지의 판시를 하고 있다. 즉 "확약 또는 공적인 의사표명이 있은 후에 사실적·법률적 상태가 변경되었다면 그와 같은 확약 또는 공적인 의사표명은 행정청의 별다른 의사표시를 기다리지 않고 실효된다"고 판시하고 있다.[162] 이러한 점은 확약의 특징을 보여주는 것이다. 엄밀한 의미에서의 확약은 행정행위와는 구별된다. 그러나 후술하는 바와 같이 확약에 대한 권리구제를 위해서는 처분성을 인정하는 방향으로 입법하는 것이 타당하다.

2. 확약의 형식 및 절차

확약의 성립요건과 관련하여, 어떠한 형식이 요구되는지가 문제된다. 독일의 행정절차법 제38조 제1항 제1문에는 확약을 서면으로 하는 경우에 유효하다고 규정하고 있다. 우리나라 1987년 행정절차법안에도 '문서'로 하도록 규정하고 있다(제25조 제1항). 구술에 의한 확약도 가능할 수 있으나, 처분성을 인정할 경우에는 서면형식에 의하도록 하는 것이 타당하다. 그러나 독일에서도 구술에 의한 확약이 허용되고, 또한 구속력이 있다고 보는 견해도 유력하다.[163]

한편, 확약의 대상이 되는 행정행위(행정처분)의 내용에는 다른 행정기관의 협력이 필요한 경우가 있다. 이 경우 확약을 하는 경우에 다른 행정기관의 동의나 승인 등을 얻어야 한다.[164] 또한 이해관계인의 청문이 필요한 경우에는 청문을 거친 후 확약을 해야 한다. 독일 행정절차법 제38조 제1항에서는 확약을 한 행정행위의 발급 전에 법률의 규정에 따라 이해관계인의 청문, 다른 행정기관의 협력이나 위원회 등이 필요한 경우에는 이러한 절차를 거친 후에 확약이 발급되어야 한다고 규정하고 있다. 또한 1987년 행정절차법안 제25조 제2항에도 "행정청은 당해 행정처분이 다른 행정청의 동의 또는 승인을 요하는 것인 때에는 미리 당해 행정청의 동의 또는 승인을 얻어야 한다"고 규정하고 있다.

---

161) 박균성, 전게서(상), 461면.
162) 대법원 1996. 8. 20. 선고 95누10877 판결.
163) Maurer, a.a.O., § 9 Rn. 61.
164) 박균성, 전게서(상), 461면.

3. 확약의 취소 및 철회

독일 행정절차법 제38조 제2항에는 확약의 취소 또는 철회에 관하여 행정행위의 취소 또는 철회에 관한 규정을 준용한다는 규정을 별도로 두고 있다. 또한 1987년 행정절차법안 제25조 제3항에서도 “확약의 취소에 대하여는 제31조, 확약의 철회에 대하여는 제32조의 규정을 준용한다”고 규정하고 있다. 이러한 규정은 확약을 행정행위(행정처분)으로 보는 결정적 근거가 된다. 따라서 확약을 행정행위로 입법화하는 경우에는 그 취소 또는 철회에 관한 규정을 도입할 필요가 있다. 행정절차법에는 행정처분의 취소 또는 철회에 관한 규정을 두고 있지 않다. 확약을 행정행위로 파악하는 한, 「행정 일반법」에 행정처분의 취소·철회에 관한 규정을 두고, 이를 준용하도록 규정해야 한다. 또한 확약의 경우에도 신뢰보호의 원칙과 관련하여 취소권 또는 철회권의 제한이 인정될 수 있다.[165]

4. 확약에 대한 권리구제

확약을 행정행위로 이해하는 견해가 다수설인 독일에서는 확약에 대한 항고소송을 제기할 수 있다. 확약에 대한 행정소송은 주체를 기준으로 몇 가지 유형으로 나누어 고찰할 수 있다. 우선 수범자인 상대방은 확약의 이행을 구하는 소송을 제기할 수 있다. 즉 확약의 대상인 행정행위의 발급을 구하는 의무이행소송을 제기할 수 있다. 그러나 의무이행소송이 규정되지 않은 우리 행정소송법에 있어서는 이러한 확약의 이행을 구하는 소송을 제기하기 어렵다. 이 경우 확약의 대상인 행정행위를 발급하지 않는 것에 대한 부작위위법확인소송을 제기하는 것을 고려할 수 있다. 또한 확약의 대상인 행정행위가 아닌 다른 행정행위를 행정청이 발급하는 경우에는 그 확약의 취소소송을 구할 수도 있다. 제3자도 확약의 취소를 구할 수 있다. 예컨대 건축허가의 발급을 약속하는 확약에 의해 권리를 침해받는 제3자 또는 인근주민은 그 확약의 취소를 구하는 소를 제기할 수 있다.[166]

---

165) 박균성, 전게서(상), 462면.
166) Maurer, a.a.O., § 9 Rn. 60.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제○○조 (확약) ① 행정청이 자기구속을 할 의도로 장래에 향하여 어떠한 행정행위의 발급을 하거나 하지 않을 것을 약속하는 행위(확약)는 서면으로 하여야 한다. ② 제1항의 경우에 법률의 규정에 따라 이해관계인의 청문, 다른 행정청의 승인·동의 등이 필요한 경우에는 미리 이해관계인의 청문이나 다른 행정청의 승인·동의 등을 얻어야 한다. ③ 확약의 취소에 대해서는 행정행위의 취소에 관한 제○○조, 확약의 철회에 대해서는 행정행위의 철회에 관한 제○○조를 준용한다. ④ 행정청은 확약의 기초가 되는 법적·사실적 상태가 변경된 경우에 행정청이 사후적 변경의 상황을 종합적으로 판단하여 확약을 할 수 없거나 확약을 해서는 아니 되는 경우에는 확약에 기속되지 아니 한다.

2. 제안이유

확약의 개념정의에 관하여 규정하였다(제1항). 즉 “행정청이 자기구속을 할 의도로 장래에 향하여 행정행위(행정처분)을 발급하거나 하지 않을 것을 약속하는 행위”라고 정의하여, 확언이나 기타 유사한 유형과 구별하였다. 또한 제2항에서는 확약 전에 이해관계인의 청문이나 다른 행정청의 협력 등이 필요한 경우에는 이를 거치도록 하여 절차적 요건을 규정하였다. 그리고 확약의 법적 성질에 대해 다소 논란이 있으나, 행정행위에 상응하여 확약의 취소나 철회 규정을 준용하도록 하였다. 비록 확약을 행정처분이라고 명시하고 있지 않지만, 해석상 행정행위로 해석할 가능성은 높아졌다. 그럼에도 불구하고 이에 대해서는 다소 학설상 반론이 제기될 가능성도 있다. 그러나 적어도 일반적인 확약에 대해서는 행정행위로 해석하는 것이 국민의 권리구제에 기여할 수 있다. 개별

법의 특수한 경우에 대해서는 학설 및 판례의 논의에 맡길 수 있다. 마지막으로 확약의 구속효에 대해 규정하고 있다. 특정한 경우를 제외하고는 원칙적으로 확약의 구속효가 인정된다. 즉 사정변경으로 인해 불가피하게 확약에 기속되지 않을 수 있다. 이러한 규정은 일종의 확약의 실효에 관한 것이다.

제3절 정보제공

Ⅰ. 문제의 현황

오늘날 '빅데이터'로 인해 정보는 점차 국가가 독점하고, 개인정보의 노출 가능성은 더욱 높아졌다. 금융회사나 통신회사 등이 개인정보를 유출하는 것이 사회적 문제가 되고 있다. 그럼에도 불구하고 '정보(Informationen)'는 현대국가의 중요한 요소이며, 행정작용을 위한 출발점이기도 한다. 행정은 정보처리 작업으로 이해되기도 하고, 근래에는 "정보행정법(Informationsverwaltungsrecht)"이라는 용어도 사용되고 있다.[167] 작용체계의 기초는 공법의 영역에서 정보작용의 정비라고 지적하는 견해도 있다.[168]

그러나 확약과 구별되는 정보제공(Auskunkt)은 자기구속의 의사가 없고 특정한 사실을 알려주는 사실적 행위에 불과하다.[169] 정보작용의 개념은 매우 포괄적이어서 그 범위를 확정하는 것이 어려운 문제이다. 또한 정보행위의 법적 성질이 문제된다. 즉 정보를 제공하거나 정보제공의 신청을 거부하는 행위가 행정처분에 해당하는지가 다투어질 수 있다. 또한 이러한 정보작용으로 권익이 침해된 경우 어떠한 행정상 권리구제수단을 강구할 것인지에 대해서 학설상 논의가 있다.

---

167) 이에 대해서는 Vesting, in: Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd. 2, § 20 Rn. 1.
168) Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., S. 278.
169) Maurer, a.a.O., § 9 Rn. 62.

Ⅱ. 검토

1. 정보작용의 의의 및 범위

정보작용이 현대행정의 핵심적 요소인 점은 사실이나, 정보(Informationen)의 개념은 행정법학의 영역에서 명확히 확정되지 않았다. 그러나 '정보'와 유사한 개념이 적지 않다. 예컨대 데이터(Daten, Data), 커뮤니케이션, 지식(Wissen) 등의 개념이 그러하다. 이러한 개념들은 종래의 전통적인 결정이나 작용 등의 개념과 동등한 수준으로 정착하고 있다고 보고 있다.[170] 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제1호에서는 정보를 "공공기관이 직무상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 문서(전자문서를 포함한다. 이하 같다)·도면·사진·필름·테이프·슬라이드 및 그 밖에 이에 준하는 매체 등에 기록된 사항"이라고 정의하고 있다. 다만, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」에서 정의하고 있는 정보의 개념은 공공기관이 작성·취득하여 관리하고 있는 것에 제한된다. 또한 「공공데이터의 제공 및 이용 활성화에 관한 법률」 제2조 제2호에서는 공공데이터를 정의하고 있다. 즉 공공데이터란 "데이터베이스, 전자화된 파일 등 공공기관이 법령 등에서 정하는 목적을 위하여 생성 또는 취득하여 관리하고 있는 광(光) 또는 전자적 방식으로 처리된 자료 또는 정보"라고 정의하고 있다. 또한 여기에 해당하는 것으로 「전자정부법」 제2조 제6호에 따른 행정정보, 「국가정보화 기본법」 제3조 제1호에 따른 정보 중 공공기관이 생산한 정보, 「공공기록물 관리에 관한 법률」 제20조제1항에 따른 전자기록물 중 대통령령으로 정하는 전자기록물 그 밖에 대통령령으로 정하는 자료 또는 정보이라고 열거하고 있다.

데이터는 대체로 전자화 내지 기계화를 통한 표지를 특징으로 한다. 데이터는 처리과정에서 디지털로 처리된 코드와 같은 것을 의미하는 경우가 대부분이다. 따라서 데이터는 해석으로부터 자유로운 표지(Zeichen)이나 상징(Symbole)이라고 이해하고 있다.[171] 정보는 어떤 사건의 발생(Ereignis) 내지 소산으로 볼 수 있는 반면, 지식은 앎 내지 인식의 존속(Bestand von Erkenntnissen)으로 보고 있다.[172] 커뮤니케이션(Kommunikation)은 정보나

170) Vesting, in: Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), a.a.O., § 20 Rn. 5.
171) Vesting, in: Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), a.a.O., § 20 Rn. 11.

통지, 이해 등을 하나의 통일된 작용에 연결시키는 순간적인 현상을 의미하고 있다.[173]

한편, 정보의 개념은 다의적이지만, 「공공기관의 정보공개에 관한 법률」 제2조 제1호를 근거로 윤곽을 어느 정도 파악될 수 있다. 다만,「행정 일반법」에서는 정보의 개념 그 자체를 정의하기 보다 정보작용 내지 정보행위의 개념을 통해 행정작용의 다양한 유형을 개발하고, 정보작용의 법리를 발전시킬 필요가 있다. 여기에서는 '정보제공'의 경우만을 정비해서 규정하고, 행정기관의 위법한 정보제공행위로 인한 권리구제수단이 취약한 점을 감안하여 이에 대해서 규율하도록 한다. 또한 향후 정보작용의 법리개발과 판례의 발전을 통해 정보작용 내지 정보행위의 규율을 도모할 수 있다.

2. 정보작용의 법적 성질과 권리구제

정보를 제공하거나 정보제공의 신청을 거부하는 행위가 행정처분에 해당하는지가 다투어질 수 있다. 통상적으로 정보제공은 법적 행위가 아니라, 사실행위에 불과한 것으로 보는 견해가 지배적이다. 따라서 정보제공은 행정행위에 해당하지 않아, 항고소송의 대상에 해당하지 않는다. 독일에서도 정보의 제공이나 거부는 '사실행위'에 해당하여 이행소송이나 확인소송으로 다툴 수 있다고 본다. 그러나 행정행위를 통해 정보청구를 결정하는 경우에는 항고소송을 제기할 수 있다고 보고 있다.[174] 예컨대 정보공개를 청구하여 거부처분을 받은 경우에 취소소송을 제기할 수 있다. 그러나 행정소송법에는 의무이행소송이 보장되어 있지 않으므로 무응답에 대해서는 부작위위법확인소송을 제기할 수 있다. 정보작용이 사실행위에 해당하는 경우, 이에 대해 공법상 당사자소송으로 다툴 수 있는지 여부에 대해서는 학설상 견해의 대립이 있다.

한편, 위법한 정보제공으로 인해 상대방이 피해를 입는 경우에는 국가배상청구권을 고려할 수 있다.[175] 이에 대해서는 이론(異論)이 없으나, 적법한 정보제공으로 인해 손실을 입은 경우에 손실보상청구권을 주장할 수 있는지가 문

172) Vesting, in: Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), a.a.O., § 20 Rn. 26.
173) Vesting, in: Hoffman-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), a.a.O., § 20 Rn. 17.
174) 정보와 관련된 권리구제수단은 Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., § 1 Rn. 93.
175) Maurer, a.a.O., § 9 Rn. 62.

제된다. 이에 대해 수용유사적·수용적 침해이론을 주장하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 수용유사적 침해이론은 '위법'한 정보제공으로 인해 재산상 손실이 발생한 경우에 고려될 수 있다. 이와 관련하여 법률에 보상규정이 없는 경우에 유추적용을 주장하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 현실적으로 어떠한 법률을 근거로 유추적용을 할 것인지는 어려운 문제이며, 이러한 유추적용을 남용하는 것은 헌법 제23조 제3항의 취지에 반한다. 헌법 제23조는 "보상은 법률로써" 라고 규정하고 있는데, 입법자가 보상규정을 두고 있지 않음에도 불구하고 유추적용의 법리를 적용할 수 있는지도 의문이다. 또한 수용적 침해이론은 의도되지 않은 부수적 결과에 관한 보상이론이다. 이러한 이론이 유래된 독일에서도 점차 퇴보를 거듭하고 있음에 주의할 필요가 있다. 무엇보다 근래에 독일에서는 공용수용은 고권적 법률행위(Hoheitsakt)임을 강조하고 있다.[176] 특히 연방헌법재판소의 공식화된 수용개념에는 사실행위가 배제되어 있다.[177] 요컨대 적법한 정보제공으로 인한 재산상 손실에 대해서는 입법자가 보상규정을 마련하도록 하는 것이 바람직하다. 그러한 보상규정을 두지 않은 경우에는 사법부의 판단에 의해 결정되어야 할 것이다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제○○조 (정보제공) ① 정보제공이란 행정청이 자기구속의 의무 없이 행정청의 의사를 알려주는 행위를 말한다. ② 행정청이 정보의 제공 여부에 대해 결정을 내리는 것에 대해서는 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다. ③ 행정청의 위법한 정보제공으로 인해 손해를 입은 경우에는 국가배상을 청구할 수 있고, 이에 대해 국가는 무과실책임을 진다. ④ 행정청의 적법한 정보제공으로 인하여 국민의 재산상 손실이 발생할 경우에는 법률이 정하는 바에 따라 손실보상을 하여야 한다.

176) Greszick, in: Ehlers/Pünder (Hrsg.), a.a.O., § 45 Rn. 19.
177) 이에 관한 독일의 문헌에 대해서는 정남철, 행정구제의 기본원리, 법문사, 제1전정판, 2015, 92-93면 참조.

2. 제안이유

오늘날 정보제공으로 인해 국민들이 피해를 입은 경우에 그 법적 성질의 불명확성으로 인해 권리구제를 받을 수 없는 경우가 적지 않다. 정보제공에 대한 법적 근거를 마련하고, 이에 대한 구제수단을 명확히 규정하는 것이 법치국가의 원리에 비추어 바람직하다. 정보제공에 대한 법적 성질을 법원의 판단에 맡길 경우 소송형식의 선택에 있어서도 적지 않은 어려움이 발생할 수 있다. 이에 제1항에서는 정보제공의 개념정의를 두고, 제2항에서 행정처분을 통해 정보제공을 결정하는 경우에는 처분성을 인정하여 행정심판 및 행정소송의 길을 열어 놓았다. 물론 어떠한 행정소송을 제기할 것인지에 대해서는 법원의 판단에 맡겨 놓고 있으나, 종래 정보공개청구의 거부에 대해 취소소송을 제기하는 것이 허용된다는 점에서 충분히 처분성이 인정될 수 있다. 종래 학설상 정립된, 정보제공의 법적 성질의 문제를 법률에 명시하고 있다. 또한 위법한 정보제공으로 인하여 국민의 생명이나 안전 등을 위협하는 경우도 적지 않다. 이러한 문제에 대해 국가배상의 판례이론만으로는 해결하기 어려운 경우가 적지 않다. 이에 제3항에서는 위법한 정보제공으로 인하여 국민들이 손해를 입은 경우에는 국가배상청구권의 길을 열어 놓고 있다. 특히 피해를 입은 국민들이 공무원의 고의 또는 과실에 대해 입증책임을 지는 것은 현실적으로 쉽지 않다. 이에 무과실책임을 명문으로 규정하여 정보제공의 위법성만 입증하면 국가배상을 인정하도록 하였다. 그리고 적법한 정보제공으로 인하여 국민들이 재산상 손실을 입은 경우에는 입법자의 형성적 자유에 따라 보상규정을 마련하여, 보상청구의 기회를 제공하도록 하였다.

제7장 행정강제 및 이의신청

제1절 행정상 강제집행의 근거

Ⅰ. 문제의 현황

행정강제란 행정목적을 달성하기 위하여 신체·재산에 실력을 가함으로써 행정상 필요한 상태를 실현하는 행정작용을 말한다. 행정강제에는 행정상 강제집행과 행정상 즉시강제가 있다. 행정상 강제집행은 의무의 존재 및 그 불이행을 전제로 하여 의무의 이행을 강제하는 것인 반면, 행정상 즉시강제는 급박한 상황이어서 의무를 부과할 수 없는 경우에 의무불이행을 전제로 하지 않고 실력을 행사하는 것이다.

현행법상으로 행정강제를 규율하는 일반법은 없다. 대체적 작위의무의 강제에 관해서는 행정대집행법이, 금전납부의무의 강제에 대해서는 국세징수법이 일반법으로 기능하고 있을 뿐이다.[178] 과거에는 의무를 부과할 수 있는 근거가 법률에 있으면 행정강제에 관한 별도의 법률상 근거가 없더라도 행정청이 행정강제를 할 수 있다고 보았다. 명령권에는 강제권이 포함된다는 것이다. 그러나 현재는 행정강제에 대하여 의무부과와는 별개인 독자적인 법률상 근거가 필요하다고 보는 입장이 일반적이다. 행정강제는 신체나 재산에 실력을 행사하는 것이어서 기본권 제한에 해당하므로 법률유보의 원칙에 따라 법률상 근거가 필요하기 때문이다(헌법 제37조 제2항).

그 결과 대체적 작위의무와 금전납부의무 이외의 의무, 즉 비대체적 작위의무, 부작위의무, 수인의무에 대해서는, 강제집행에 관한 개별법상의 근거가 있을 때에만 행정은 이를 강제할 수 있다. 개별법상의 근거가 없으면 행정은 스스로의 힘으로는 강제집행을 할 수 없다.[179] 이와 같은 개별적인 입법방식은

178) 보다 정확하게 말하자면, 행정대집행법은 대체적 작위의무에 관하여 다른 법률의 규정이 없는 한 적용되므로 대체적 작위의무에 관한 한 명실상부한 일반법이지만, 국세징수법 자체는 국세납부의무에 대해서만 적용되므로 금전납부의무에 관한 일반법이라고 보기는 어렵다. 그러나 금전납부의무를 부과하고 있는 법률에서는 거의 대부분 국세징수법을 준용하여 징수하도록 하는 규정을 두고 있어(예를 들어 감사원법 제31조 제5항) 국세징수법이 금전납부의무에 대한 일반법으로 기능하게 된다.

179) 법원의 확정판결을 받아 이를 집행권원으로 하여 집행할 수 있을 뿐이다(행정소송법 제8조 제2항, 민사집행법 참조).

연혁적 이유로 인한 것이다. 일제강점기 시기에는 행정상 강제집행과 행정상 즉시강제에 관한 일반법(행정집행령)이 있었고, 강제수단으로 대집행, 이행강제금, 직접강제가 규정되어 있었다. 그런데 해방 이후 이행강제금은 실효성이 적고 직접강제는 자유권 침해가 중대하다는 이유로 행정대집행에 대해서만 일반법을 제정하고, 이행강제금과 직접강제에 대해서는 일반법을 배제하였다.[180] 그런데 현행 법제상 직접강제나 이행강제금을 규정한 예가 일부 있기는 하지만, 행정벌이나 과태료와 같은 간접적인 제재수단을 마련하는 데 그치는 경우가 대부분이다. 이 지점에서 행정강제 일반에 대하여 법률상 근거를 마련할 필요성이 있는지 관한 논의가 시작된다.

Ⅱ. 검토

1 학설

직접강제, 이행강제금에 대한 일반적인 근거를 법률로 규정하여 비대체적 작위의무, 부작위·수인의무에 대해서도 그 불이행이 있으면 개별법 규정의 유무에 상관없이 행정이 이를 강제적으로 실현할 수 있어야 한다는 입장이 있다.[181] 그 논거는 다음과 같다.① 개별법에 맡길 경우 입법의 흠결이 생길 수 있어 행정의 실효성이 저해될 수 있다.[182] ② 행정상 강제집행수단을 하나의 법률에서 포괄적·일반적으로 규율하면 여러 강제수단이 모순 없이 체계적으로 규율될 수 있고, 행정청이나 국민도 쉽게 이해할 수 있다.

반면 현재처럼 행정대집행과 강제징수에 관한 일반법이 있는 것으로 충분하고, 그 이외의 강제수단을 허용할지 여부는 개별법에서 정하는 것이 타당하다는 입장이 있다.[183] 그 논거는 다음과 같다. ① 일반법으로 규율할 경우 행정

180) 이는 2차 대전 종전 후 일본의 제도변화와 궤를 같이 하는 것이다. 일본은 패망 후 행정집행법을 폐지하고 이를 대신하여 행정대집행법을 제정하였다.

181) 박재윤, 행정집행에 관한 통일적 규율의 가능성과 한계, 공법연구 제40집 제1호, 2011. 10., 433쪽 이하; 송동수, 행정상 강제집행제도의 비교법적 검토, 토지공법연구 제64집, 2014. 2., 272쪽 이하; 전극수, 이행강제금 도입법에 대한 비판과 개선방안, 공법연구 제37집 제2호, 2008. 12., 329쪽 이하; 최봉석, 행정강제의 정당화 근거와 한계, 공법연구 제38집 제4호, 2010. 5., 255쪽 이하.

182) 이러한 입장에서는 토지수용시 인도의무 불이행에 대하여 행정상 강제집행 수단이 없다는 점을 대표적인 예로 든다. 최봉석, 위의 글, 256쪽.

183) 박윤흔,[논문 확인] ;신상민, 행정상 강제수단의 관계와 체계화 방안, 영남법학 제42집, 2016. 6., 193쪽 이하

의 권한이 과도하게 확장되어 행정강제가 남용될 우려가 있다. ② 연혁적으로 일반법으로 규율하는 것이 자유권을 침해할 우려가 있다고 고려하여 현재와 같은 체계를 취하게 된 것이다. ③ 비교법적으로 보더라도 독일을 제외하면 행정권에 일반적으로 강제수단을 허용하는 예는 드물다(뒤의 나. 참조).

2. 외국 입법례[184)]

(1) 독일

독일의 경우 행정강제에 관한 일반법으로 행정집행법(Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz; VwVG)을 두고 있다. 행정집행법에서는 금전납부의무, 작위·부작위·수인의무의 불이행에 대한 행정상 강제집행과 행정상 즉시강제의 법률상 근거를 규정하고 있다. 강제수단으로는 의무의 종류에 따라 대집행, 이행강제금, 직접강제를 이용할 수 있다.

○ 독일 연방행정집행법

제6조 행정강제의 허용성
① 불가쟁력이 발생하거나 즉시집행이 명하여졌거나 쟁송제기에 집행정지효가 수반되지 않으면, 물건의 인도, 작위, 수인 또는 부작위를 목적으로 하는 행정행위는 제9조의 강제수단에 의하여 집행될 수 있다.

제9조 강제수단
① 강제수단에는
a) 대집행(제10조)
b) 이행강제금(제11조)
c) 직접강제(제12조)
가 있다.
제10조 대집행

184) 상세한 내용은 최봉석, 위의 글, 244쪽 이하 참조.

타인이 실행할 수 있는 작위(대체적 작위)를 할 의무가 이행되지 않은 경우, 집행청은 의무자의 비용으로 타인에게 그 행위의 실행을 위탁할 수 있다.

제11조 이행강제금

① 어떠한 행위가 타인에 의해 실행될 수 없고 오로지 의무자의 의사에 달려 있는 경우, 이행강제금으로 의무자가 그 행위를 하도록 강제할 수 있다. 대체가능한 행위의 경우, 대집행이 불가능하다면, 특히 의무자가 타인의 집행으로 인하여 발생하는 비용을 부담할 수 없다면, 이행강제금을 부과할 수 있다.

② 의무자가 수인·부작위의무를 위반한 경우에도 이행강제금은 허용된다.

③ 이행강제금의 금액은 25,000유로 이하로 한다.

제12조 직접강제

대집행이나 이행강제금으로 목적을 달성할 수 없거나 대집행이나 이행강제금이 불가능할 경우, 집행청은 의무자에 대하여 작위, 수인, 부작위를 강제하거나 그 행위를 스스로 실행할 수 있다.

(2) 프랑스, 미국, 일본

반면 프랑스, 미국, 일본에서는 행정강제에 관한 일반법이 없다. 프랑스에서는 행정상 의무이행의 확보를 주로 형사적 제재를 통해 달성하고 행정상 강제집행은 제한적으로만 인정한다. 미국의 경우에도 법원의 사법적 절차를 통해 의무이행을 강제하는 것이 원칙적인 방식이고, 행정 스스로의 힘에 의한 집행은 예외적으로만 인정된다. 일본의 경우 우리나라와 유사하게 대체적 작위의무의 강제에 대해서만 일반법으로 행정대집행법이 마련되어 있고, 이행강제금과 직접강제는 개별법상 근거가 있는 경우에만 제한적으로 허용된다.

3. 개별법 규정

(1) 대집행

○ 행정대집행법

제2조(대집행과 그 비용징수) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다)에 의하여 직접명령되었거나 또는 법률에 의거한 행정청의 명령에 의한 행위로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.

(2) 이행강제금

○ 건축법

제80조(이행강제금) ① 허가권자는 제79조제1항에 따라 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 시정명령을 이행하지 아니한 건축주등에 대하여는 그 시정명령의 이행에 필요한 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 시정명령을 이행하지 아니하면 다음 각 호의 이행강제금을 부과한다. 다만, 연면적(공동주택의 경우에는 세대 면적을 기준으로 한다)이 85제곱미터 이하인 주거용 건축물과 제2호 중 주거용 건축물로서 대통령령으로 정하는 경우에는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 금액의 2분의 1의 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 금액을 부과한다.
1. 건축물이 제55조와 제56조에 따른 건폐율이나 용적률을 초과하여 건축된 경우 또는 허가를 받지 아니하거나 신고를 하지 아니하고 건축된 경우에는 「지방세법」에 따라 해당 건축물에 적용되는 1제곱미터의 시가

표준액의 100분의 50에 해당하는 금액에 위반면적을 곱한 금액 이하의 범위에서 위반 내용에 따라 대통령령으로 정하는 비율을 곱한 금액
2. 건축물이 제1호 외의 위반 건축물에 해당하는 경우에는 「지방세법」에 따라 그 건축물에 적용되는 시가표준액에 해당하는 금액의 100분의 10의 범위에서 위반내용에 따라 대통령령으로 정하는 금액

○ 부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률

제6조(이행강제금) ① 제5조제1항제1호에 따른 과징금을 부과받은 자는 지체 없이 해당 부동산에 관한 물권을 자신의 명의로 등기하여야 한다. 다만, 제4조제2항 단서에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하며, 자신의 명의로 등기할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 사유가 소멸된 후 지체 없이 자신의 명의로 등기하여야 한다.
② 제1항을 위반한 자에 대하여는 과징금 부과일(제1항 단서 후단의 경우에는 등기할 수 없는 사유가 소멸한 때를 말한다)부터 1년이 지난 때에 부동산평가액의 100분의 10에 해당하는 금액을, 다시 1년이 지난 때에 부동산평가액의 100분의 20에 해당하는 금액을 각각 이행강제금으로 부과한다.

(3) 직접강제

○ 식품위생법

79조(폐쇄조치 등) ① 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제37조제1항, 제4항 또는 제5항을 위반하여 허가받지 아니하거나 신고 또는 등록하지 아니하고 영업을 하는 경우 또는 제75조제1항 또는 제2항에 따라 허가 또는 등록이 취소되거나 영업소 폐쇄명령을 받은 후에도 계속하여 영업을 하는 경우에는 해당 영업소를 폐쇄하기 위하여 관계 공무원에게 다음 각 호의 조치를 하게 할 수 있다.
1. 해당 영업소의 간판 등 영업 표지물의 제거나 삭제

2. 해당 영업소가 적법한 영업소가 아님을 알리는 게시문 등의 부착
3. 해당 영업소의 시설물과 영업에 사용하는 기구 등을 사용할 수 없게 하는 봉인

○ 출입국관리법

제46조(강제퇴거의 대상자) ① 지방출입국·외국인관서의 장은 이 장에 규정된 절차에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 외국인을 대한민국 밖으로 강제퇴거시킬 수 있다.
1. 제7조를 위반한 사람
<이하 각호 생략>

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

(1) 1안 : 행정상 강제집행의 법률상 근거를 일반적으로 규율하는 방안

제0조(행정상 강제집행의 근거) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다) 또는 법률에 따른 행정청의 처분에 의한 공법상 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 행정청은 이 법에 따라 강제집행을 실시할 수 있다. 제0조(대집행) 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 목적으로 하는 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다. 제0조(이행강제금) ① 타인이 대신하여 행할 수 없는 행위를 목적으로 하는 의무나 부작위 또는 수인을 목적으로 하는 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 행정청은 의무자에게 이행강제금을 부과할

수 있다.
② 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 목적으로 하는 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 대집행으로 그 이행을 확보하기 곤란할 때에는 행정청은 의무자에게 이행강제금을 부과할 수 있다.

제0조(직접강제) 대집행이나 이행강제금으로 의무의 이행을 확보하기 곤란할 때에는 행정청은 의무의 이행을 위해 필요한 조치를 스스로 실행할 수 있다.

(2) 2안 : 행정상 강제집행의 법률상 근거는 개별법에 맡기는 방안

제0조(행정상 강제집행의 근거) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다) 또는 법률에 따른 행정청의 처분에 의한 공법상 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 행정청은 법률에서 강제집행을 규정하고 있는 경우에 한하여 강제집행을 실시할 수 있다.

2. 제안이유

(1) 행정상 강제집행의 근거

행정상 강제집행에 대한 일반법적 근거가 필요한지에 관해 학설상으로 논의가 엇갈리고 있고, 비교법적으로도 독일은 일반법을 두고 있는 반면 프랑스, 미국, 일본은 그렇지 아니하다. 강제집행의 근거를 포괄적으로 둘 경우 행정의 실효성은 증진되겠지만, 권한 남용의 우려를 완전히 배제할 수도 없다. 그러므로 본 연구에서는 다음과 같은 두 가지 안을 제시하고자 한다.

<1안> 행정상 강제집행의 법률상 근거까지 일반적으로 규율하는 방안
<2안> 행정상 강제집행의 법률상 근거는 개별법에 맡기는 방안

<2안>은 이행강제금, 직접강제 등의 허용 여부는 개별법에 맡기는 방안이다. 다만 그 경우에도 공통되는 기본원칙·방법·절차·한계에 대해서는 일반법으로 규율할 필요성이 있다.[185] 적법절차 원칙, 비례원칙 등이 그 대표적인 예이다.

(2) 대집행, 이행강제금, 직접강제

<1안>을 채택할 경우 대집행, 이행강제금, 직접강제의 일반적인 근거를 각각 규정하여야 한다. 대집행은 대체적 작위의무에 대해서만 가능하므로 이에 대한 강제수단으로 규정하였다. 이행강제금은 모든 종류의 의무에 대해 가능하지만, 대체적 작위의무의 경우에는 통상 대집행이 보다 실효적인 강제수단이라고 할 것이므로, 대체적 작위의무의 경우 대집행에 대한 관계에서 보충적인 강제수단으로 규정하였다. 개별법에서 현행 건축법처럼 대집행과 이행강제금을 선택적인 관계로 규정하는 것도 가능할 것이다.[186] 직접강제 역시 모든 종류의 의무에 대해 가능하지만 직접적으로 실력을 행사하기 때문에 가장 침익성이 큰 구제수단이라 할 것이므로, 대집행·이행강제금으로 이행확보가 곤란한 경우에만 보충적으로 실행할 수 있도록 규정하였다.

---

185) 이러한 입법방식을 채택한 법률로는 행정조사기본법이 있다. 위 법에서는 행정조사의 근거는 개별법에 맡기되(제5조), "행정조사에 관한 기본원칙·행정조사의 방법 및 절차 등에 관한 공통적인 사항"을 규정하고 있다(제1조 참조).

186) "현행법상 위법건축물에 대한 이행강제수단으로 인정되는 대집행과 이행강제금을 비교하면, 대집행은 위반 행위자가 위법상태를 치유하지 않아 그 이행의 확보가 곤란하고 또한 이를 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에 행정청 또는 제3자가 이를 치유하는 것인 반면, 이행강제금은 위반행위자 스스로가 이를 시정할 수 있는 기회를 부여하여 불필요한 행정력의 낭비를 억제하고 위반행위로 인한 경제적 이익을 환수하기 위한 제도로서 양 제도의 각각의 장·단점이 있다. 따라서 개별사건에 있어서 위반내용, 위반자의 시정의지 등을 감안하여 행정청은 대집행과 이행강제금을 선택적으로 활용할 수 있다고 할 것이며, 이처럼 그 합리적인 재량에 의해 선택하여 활용하는 이상 중첩적인 제재에 해당한다고 볼 수 없다."(헌법재판소 2004. 2. 26. 2001헌바80,84,102,103,2002헌바26(병합) 결정)

제2절 행정상 강제집행의 기본원칙

Ⅰ. 문제의 현황

행정상 강제집행은 시민에 대하여 강제력을 행사하는 행정작용이므로 행정청은 비례원칙을 엄격하게 준수하여야 한다. 비례원칙은 행정법상의 일반원칙이므로 명문의 규정이 없더라도 행정상 강제집행에 적용된다. 그러나 행정상 강제집행은 다른 행정작용과 비교할 때 시민의 자유와 권리를 침해하는 정도가 크므로 그 권한을 남용하지 말아야 한다는 점을 명확하게 선언할 필요가 있다. 또한 가급적 시민이 자발적으로 의무이행을 할 수 있도록 유도하는 것이 바람직하다.

Ⅱ. 검토

가. 개별법 규정

○ 행정대집행법

제2조(대집행과 그 비용징수) … 다른 수단으로써 그 이행을 확보하기 곤란하고 또한 그 불이행을 방치함이 심히 공익을 해할 것으로 인정될 때에는 당해 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.

○ 행정조사기본법

제4조(행정조사의 기본원칙) ① 행정조사는 조사목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 하며, 다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용하여서는 아니 된다.
④ 행정조사는 법령등의 위반에 대한 처벌보다는 법령등을 준수하도록

유도하는 데 중점을 두어야 한다.

○ 행정규제기본법

제5조(규제의 원칙) ① 국가나 지방자치단체는 국민의 자유와 창의를 존중하여야 하며, 규제를 정하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하지 아니하도록 하여야 한다.
② 국가나 지방자치단체가 규제를 정할 때에는 국민의 생명·인권·보건 및 환경 등의 보호와 식품·의약품의 안전을 위한 실효성이 있는 규제가 되도록 하여야 한다.
③ 규제의 대상과 수단은 규제의 목적 실현에 필요한 최소한의 범위에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다.

○ 식품위생법

제79조 ④ 제1항에 따른 조치는 그 영업을 할 수 없게 하는 데에 필요한 최소한의 범위에 그쳐야 한다.

2. 판례

○ 대법원 1982. 12. 14. 선고 82누349 판결【건물철거대집행계고처분취소】

이 사건 건축물이 용도 변경허가를 얻은 후 기존건물을 완전히 헐고 새로 신축한 건축법 제5조에 위반된 건축물로서 동 신축건물이 증평된 것이기는 하나, 기존건물이 낡아 도괴될 위험이 있어 건물전체를 헐고 신축하기에 이른 것으로서 기존건물의 마당에 증축되어 기존건물과 같은 곳에 위치하고 도시 미관상, 위생상 해롭지 아니한 사실에 비추어 보면 동 건축물이 무허가 건축물이란 사실만으로 행정대집행법 제2조 소정의 동 건축물을 방치함이 심히 공익을 해하는 것으로 볼 수 없다.

3. 외국입법례

독일 연방행정집행법 제9조 ② 강제수단은 그 목적과 적절한 비례관계가 있어야 한다. 이 경우 강제수단은 가능한 한 당사자와 공중이 최소한도로 침해를 받도록 결정되어야 한다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제0조 (행정상 강제집행의 기본원칙) ① 행정상 강제집행은 그 목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 한다. ② 행정상 강제집행은 가능한 한 의무자가 스스로 그 의무를 이행하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.

2. 제안이유

행정대집행법, 행정조사기본법 등에서는 대집행, 행정조사와 관련하여 비례원칙을 명문으로 규정하고 있다. 행정상 강제집행 일반에 관하여 비례원칙이 적용된다는 점은 당연할 뿐만 아니라, 시민에 대한 관계에서 강제력을 행사하는 작용이기 때문에 일반적인 행정작용보다 더욱 엄격하게 적용되고 준수되어야 한다. 이를 강조하기 위해 행정상 강제집행의 기본원칙으로 비례원칙을 명문으로 선언하고자 하는 규정이다. 독일 연방행정집행법에서도 유사한 규정을 찾아볼 수 있다. 또한 의무불이행이 있더라도 강제력을 행사하여 의무이행을 확보하는 것보다는 가급적 자발적으로 의무를 이행하도록 유도하는 것이 바람직한 행정의 모습이라고 할 것이므로 행정이 그러한 방향의 정책적 노력을 기울여야 한다는 점을 함께 규정하였다.

제3절 행정상 강제집행의 (사전)절차

Ⅰ. 문제의 현황

행정상 강제집행을 실시함에 있어서는 사전에 일정한 절차를 거쳐야 한다. 이러한 사전절차는 상대방인 시민에게 자발적인 의무이행의 기회를 주고, 예측가능성을 부여하는 기능을 한다. 현행의 개별법상 사전절차는 계고 또는 사전통지의 형태로 규정되어 있다. 그러나 이에 관한 규정이 없는 경우도 있고, 있더라도 그 내용이 간략하거나 불명확한 경우도 있으므로 명문으로 표준적인 절차를 규정할 필요가 있다.

Ⅱ. 검토

1. 개별법 규정

(1) 대집행

○ 행정대집행법

제3조(대집행의 절차) ① 전조의 규정에 의한 처분(이하 대집행이라 한다)을 하려함에 있어서는 상당한 이행기한을 정하여 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 대집행을 한다는 뜻을 미리 문서로써 계고하여야 한다. 이 경우 행정청은 상당한 이행기한을 정함에 있어 의무의 성질·내용 등을 고려하여 사회통념상 해당 의무를 이행하는 데 필요한 기간이 확보되도록 하여야 한다.
②의무자가 전항의 계고를 받고 지정기한까지 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당해 행정청은 대집행영장으로써 대집행을 할 시기, 대집행을 시키기 위하여 파견하는 집행책임자의 성명과 대집행에 요하는 비용의 개산에 의한 견적액을 의무자에게 통지하여야 한다.
③비상시 또는 위험이 절박한 경우에 있어서 당해 행위의 급속한 실시

를 요하여 전2항에 규정한 수속을 취할 여유가 없을 때에는 그 수속을 거치지 아니하고 대집행을 할 수 있다.

(2) 이행강제금

○ 건축법

제80조(이행강제금) ③ 허가권자는 제1항 및 제2항에 따른 이행강제금을 부과하기 전에 제1항 및 제2항에 따른 이행강제금을 부과·징수한다는 뜻을 미리 문서로써 계고(戒告)하여야 한다.
④ 허가권자는 제1항 및 제2항에 따른 이행강제금을 부과하는 경우 금액, 부과 사유, 납부기한, 수납기관, 이의제기 방법 및 이의제기 기관 등을 구체적으로 밝힌 문서로 하여야 한다.
⑦ 허가권자는 제4항에 따라 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 납부기한까지 내지 아니하면 「지방세외수입금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다.

(3) 직접강제

○ 식품위생법

제79조 ③ 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 조치를 하려면 해당 영업을 하는 자 또는 그 대리인에게 문서로 미리 알려야 한다. 다만, 급박한 사유가 있으면 그러하지 아니하다.

2. 학설

행정대집행의 경우 의무를 명하는 처분과 대집행의 계고를 결합하여 동시에 할 수 있는가에 관하여 논란이 있다. 아래에서 보는 바와 같이 판례는 이를 허용하지만, 즉시 대집행을 행할 긴급한 필요가 있고, 상당한 자진이행기간을 주

고 있는 경우에 한하여 예외적으로만 결합을 허용해야 한다는 반론이 제기된다.[187)]

3. 판례

○ 대법원 1989. 3. 28. 선고 87누930 판결【무허가건축물철거계고처분취소】

계고서라는 명칭의 1장의 문서로서 일정기간 내에 위법건축물의 자진철거를 명함과 동시에 그 소정기한내에 자진철거를 하지 아니할 때에는 대집행할 뜻을 미리 계고한 경우라도 위 건축법에 의한 철거명령과 행정대집행법에 의한 계고처분은 독립하여 있는 것으로서 각 그 요건이 충족되었다고 볼 것이고, 이 경우 철거명령에서 주어진 일정기간이 자진철거에 필요한 상당한 기간이라면 그 기간속에는 계고시에 필요한 '상당한 이행기간'도 포함되어 있다고 보아야 할 것이다.

○ 대법원 2015. 6. 24. 선고 2011두2170 판결

이행강제금은 행정법상의 부작위의무 또는 비대체적 작위의무를 이행하지 않은 경우에 ‘일정한 기한까지 의무를 이행하지 않을 때에는 일정한 금전적 부담을 과할 뜻’을 미리 ‘계고’함으로써 의무자에게 심리적 압박을 주어 장래를 향하여 의무의 이행을 확보하려는 간접적인 행정상 강제집행 수단이고, 노동위원회가 근로기준법 제33조에 따라 이행강제금을 부과하는 경우 그 30일 전까지 하여야 하는 이행강제금 부과 예고는 이러한 ‘계고’에 해당한다.

따라서 사용자가 이행하여야 할 행정법상 의무의 내용을 초과하는 것을 ‘불이행 내용’으로 기재한 이행강제금 부과 예고서에 의하여 이행강제금 부과 예고를 한 다음 이를 이행하지 않았다는 이유로 이행강제금을 부과하였다면, 초과한 정도가 근소하다는 등의 특별한 사정이 없는 한 이행강제금 부과 예고는 이행강제금 제도의 취지에 반하는 것으로서 위법하고, 이에 터 잡은 이행강제금 부과처분 역시 위법하다.

---

187) 박균성, 행정법론(상), 2015, 14판, 521쪽.

4. 외국입법례

○ 독일 연방행정집행법

제13조 계고

① 즉시 집행될 수 있는 경우(제6조 제2항)가 아니라면, 강제수단은 서면으로 계고하여야 한다. 이 경우 의무를 이행하기 위한 기간이 정해져야 한다. 그 기간은 의무자가 집행을 수인하기에 상당한 기간이어야 한다.

② 계고는 작위, 수인 또는 부작위의무를 부과하는 행정행위와 함께 발할 수 있다. 즉시 집행이 명하여지거나 쟁송제기에 집행정지효가 수반되지 않는다면, 행정행위를 할 때 계고를 함께 하여야 한다.

③ 계고는 특정한 강제수단에 대한 것이어야 한다. 여러 강제수단의 동시 계고와 집행청에게 여러 강제수단 사이의 선택권을 유보하는 계고는 허용되지 않는다.

④ 의무자의 비용으로 집행하는 경우(대집행), 계고에는 비용의 잠정적인 개산액이 포함되어야 한다. 대집행으로 인해 더 많은 비용이 지출될 경우 징수권은 개산액의 영향을 받지 않는다.

⑤ 이행강제금을 계고할 때에는 그 금액을 알려 주어야 한다.

⑥ 강제수단은 형벌 또는 과태료가 부과되는 경우에도 이와 별개로 계고될 수 있다. 의무가 이행될 때까지 반복적으로 부과될 수 있고, 이 경우 같은 강제수단이 반복될 수도 있고 다른 강제수단으로 대체될 수도 있다. 새로운 계고는 원래 계고된 강제수단이 목적을 달성하지 못한 후에 비로소 허용된다.

⑦ 계고는 송달되어야 한다. 기초가 되는 행정행위와 함께 이루어지고 행정행위에 대해서는 송달이 요구되지 않는 경우에도 마찬가지이다.

제14조 강제수단의 확정

계고에서 정한 기간 내에 의무가 이행되지 않으면 집행청은 강제수단을 확정한다. 즉시 집행의 경우(제6조 제2항)에는 확정을 생략한다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제0조(행정상 강제집행의 절차) ① 행정상 강제집행을 하려함에 있어서는 미리 문서로써 계고하여야 한다.

② 계고는 의무를 부과하는 처분과 함께 할 수 있다.

③ 제1항에 따라 계고를 할 때에는 다음 각 호의 사항을 알려야 한다.

1. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
2. 행정상 강제집행의 원인이 되는 의무의 내용 및 법적 근거
3. 행정상 강제집행의 종류, 내용 및 법적 근거
4. 이행기한과 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 강제집행을 한다는 뜻
5. 그 밖에 필요한 사항

④ 제2항 제4호의 이행기한을 정함에 있어 행정청은 의무의 성질·내용 등을 고려하여 사회통념상 해당 의무를 이행하는 데 필요한 기간이 확보되도록 하여야 한다.

⑤ 제2항 제3호의 사항을 통지할 때 대집행의 경우에는 대집행에 요하는 비용의 개산에 의한 견적액을, 이행강제금의 경우에는 그 금액을 함께 알려야 한다.

⑥ 의무자가 계고를 받고 지정기한까지 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당해 행정청은 강제집행의 종류에 따라 다음 각 호의 사항을 통지하여야 한다.

1. 대집행

가. 대집행을 할 시기

나. 대집행을 시키기 위하여 파견하는 집행책임자의 성명

다. 대집행에 요하는 비용의 개산에 의한 견적액

라. 그 밖에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항

2. 이행강제금

가. 이행강제금의 금액

나. 납부기한
다. 수납기관
라. 그 밖에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항
3. 직접강제
가. 직접강제를 할 시기
나. 직접강제를 시키기 위하여 파견하는 집행책임자의 성명
다. 그 밖에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항
⑦ 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 강제집행을 할 필요가 있을 때에는 제1항이나 제6항의 절차를 생략할 수 있다. 이 경우 강제집행이 종료된 즉시 절차를 생략한 사유와 제3항, 제6항 각 호의 사항을 통지하여야 한다.

2. 제안이유

행정상 강제집행을 하기에 앞서 거쳐야 할 절차를 2단계로 하여 계고와 강제집행 실시의 통지로 구성하였다. 이는 기존의 행정대집행법의 계고와 대집행영장의 통지에 상응하는 것이다(두 번째 단계를 독일연방행정절차법에서는 강제수단의 확정으로 표현하고 있다). 각 절차에서 알려야 할 사항과 준수하여야 할 사항은 기존의 행정대집행법과 그 밖의 개별법령에서 규정한 내용과 판례상 확립된 법리를 토대로 규정하였다. 긴급한 경우에는 사전 절차를 생략할 수 있도록 하되, 이 경우에도 사후의 통지는 필요한 것으로 하였다.[188)]

188) 처분의 사전통지를 생략하였을 때 처분시 또는 그 이후에라도 그 사유를 통지하도록 한 행정절차법 제21조 제6항에서 착안하였다.

제4절 이행강제금의 부과, 징수

Ⅰ. 문제의 현황

이행강제금은 과거의 사실에 대한 제재인 과징금 등과 달리, 심리적 압박을 주어 그 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단이므로, 의무가 이행될 때까지 반복하여 부과할 수 있다. 이와 같이 법리상으로는 반복 부과가 가능하지만 이행강제금을 규정한 개별 법령에서 이 점이 명확하게 표현되어 있지 않아 실무상 논란이 있거나 상대방인 시민이 반복 부과에 반발하는 경우가 적지 않다. 또한 제재가 아닌 강제 수단이어서 반복 부과가 가능하다고 하더라도 그 한계가 정하여져 있지 않으면 과도한 침해가 될 수 있으므로 법률로 한계가 미리 설정되어 있어야 한다. 이행기한이 지난 후 의무를 이행한 경우 이행강제금을 부과할 수 있는지, 이미 부과된 이행강제금을 징수할 수 있는지에 관해서도 명확한 규정이 필요하다.

Ⅱ. 검토

1. 개별법 규정

○ 건축법

제80조 ⑤ 허가권자는 최초의 시정명령이 있었던 날을 기준으로 하여 1년에 2회 이내의 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 횟수만큼 그 시정명령이 이행될 때까지 반복하여 제1항 및 제2항에 따른 이행강제금을 부과·징수할 수 있다. 다만, 제1항 각 호 외의 부분 단서에 해당하면 총 부과 횟수가 5회를 넘지 아니하는 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 부과 횟수를 따로 정할 수 있다.
⑥ 허가권자는 제79조 제1항에 따라 시정명령을 받은 자가 이를 이행하면 새로운 이행강제금의 부과를 즉시 중지하되, 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 한다.

⑦ 허가권자는 제4항에 따라 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 납부기한까지 내지 아니하면 「지방세외수입금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다.

2. 판례

○ 대법원 2014. 12. 11. 선고 2013두15750 판결

국토의 계획 및 이용에 관한 법률(이하 '국토계획법'이라고 한다) 제124조의2 제5항이 이행명령을 받은 자가 그 명령을 이행하는 경우에 새로운 이행강제금의 부과를 즉시 중지하도록 규정한 것은 이행강제금의 본질상 이행강제금 부과로 이행을 확보하고자 한 목적이 이미 실현된 경우에는 그 이행강제금을 부과할 수 없다는 취지를 규정한 것으로서, 이에 의하여 부과가 중지되는 '새로운 이행강제금'에는 국토계획법 제124조의2 제3항의 규정에 의하여 반복 부과되는 이행강제금뿐만 아니라 이행명령 불이행에 따른 최초의 이행강제금도 포함된다. 따라서 이행명령을 받은 의무자가 그 명령을 이행한 경우에는 이행명령에서 정한 기간을 지나서 이행한 경우라도 최초의 이행강제금을 부과할 수 없다.

○ 대법원 2016. 6. 23. 선고 2015두36454 판결

부동산실명법의 내용, 체계 및 취지 등을 종합해 보면, 장기미등기자에 대하여 부과되는 이행강제금은 소유권이전등기신청의무 불이행이라는 과거의 사실에 대한 제재인 과징금과 달리, 장기미등기자에게 등기신청의무를 이행하지 아니하면 이행강제금이 부과된다는 심리적 압박을 주어 그 의무의 이행을 간접적으로 강제하는 행정상의 간접강제 수단에 해당한다. 따라서 장기미등기자가 이행강제금 부과 전에 등기신청의무를 이행하였다면 이행강제금의 부과로써 이행을 확보하고자 하는 목적은 이미 실현된 것이므로 부동산실명법 제6조 제2항에 규정된 기간이 지나서 등기신청의무를 이행한 경우라 하더라도 이행강제금을 부과할 수 없다고 보아야 한다.

3. 외국입법례

○ 독일 연방행정집행법

제13조 ⑥ … 의무가 이행될 때까지 반복적으로 부과될 수 있고, 이 경우 같은 강제수단이 반복될 수도 있고 다른 강제수단으로 대체될 수도 있다.
제16조 대체구류
① 이행강제금이 효과가 없으면, 이행강제금 계고에 대체구류에 관한 사항이 포함되어 있을 경우, 행정법원은 집행청의 신청에 따라 의무자의 의견을 들은 후 대체구류를 명할 수 있다. 기본법 제2조 제2항 2문의 기본권은 이 한도에서 제한된다.
② 대체구류의 기간은 1일 이상 2주 이하로 한다.
③ 대체구류는 집행청의 신청에 따라 민사소송법 제802g조, 제802h조 또는 제802j조 제2항에 근거하여 사법행정에 의해 집행될 수 있다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제0조 (이행강제금의 부과와 징수) ① 이행강제금은 의무가 이행될 때까지 반복하여 부과.징수할 수 있다. ② 이행강제금을 규정하는 법률에서는 1회에 부과할 수 있는 금액의 상한, 1년에 부과할 수 있는 횟수의 상한, 총 부과할 수 있는 횟수의 상한을 규정하여야 한다. ③ 의무자가 의무를 이행하면 이행강제금을 부과할 수 없다. 이 경우에도 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 한다. ④ 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 납부기한까지 내지 아니하면「지방세외수입금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한

다.

2. 제안이유

이행강제금은 그 본질상 의무가 이행될 때까지 반복적으로 부과될 수 있다는 점을 명시하되, 그 한계도 법률로서 명확히 규정되어야 한다는 점을 함께 규정하였다. 또한 개별법령의 예와 판례를 참조하여, 의무자가 이행기한을 지나 의무를 이행하였더라도 의무가 이행되었다면 이행강제금을 부과할 수 없다는 규정을 두었다. 이 경우에도 이미 부과된 이행강제금에는 영향을 없다는 점을 주의적으로 규정하였다. 이행강제금을 납부하지 않으면 강제징수의 방식으로 강제집행을 하여야 하는바, 현행 건축법의 예에 따라 「지방세외수입금의 징수 등에 관한 법률」을 준용하도록 하였다.

제5절 대집행, 직접강제의 실행

Ⅰ. 문제의 현황

대집행과 직접강제의 실행과정에서 물리적 충돌이 일어나는 예가 적지 않다. 강제집행이 실효성 있게 이루어질 수 있도록 하되, 행정은 시민의 생명과 신체의 안전을 확보하기 위하여 최선의 노력을 다하여야 한다.

Ⅱ. 검토

1. 개별법 규정

○ 행정대집행법

제4조(대집행의 실행 등) ① 행정청(제2조에 따라 대집행을 실행하는 제3자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)은 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 대집행을 하여서는 아니 된다.[189] 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 의무자가 동의한 경우
2. 해가 지기 전에 대집행을 착수한 경우
3. 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 대집행을 하는 경우에는 대집행의 목적 달성이 불가능한 경우
4. 그 밖에 비상시 또는 위험이 절박한 경우

② 행정청은 대집행을 할 때 대집행 과정에서의 안전 확보를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 현장에 긴급 의료장비나 시설을 갖추는 등 필요한 조치를 하여야 한다.

③ 대집행을 하기 위하여 현장에 파견되는 집행책임자는 그가 집행책임

189) 민사집행법에서도 야간 집행을 제한하고 있다.
제8조(공휴일ㆍ야간의 집행) ① 공휴일과 야간에는 법원의 허가가 있어야 집행행위를 할 수 있다.
②제1항의 허가명령은 민사집행을 실시할 때에 내보여야 한다.

자라는 것을 표시한 증표를 휴대하여 대집행시에 이해관계인에게 제시하여야 한다.

○ 식품위생법

제79조 ⑤ 제1항의 경우에 관계 공무원은 그 권한을 표시하는 증표 및 조사기간, 조사범위, 조사담당자, 관계 법령 등 대통령령으로 정하는 사항이 기재된 서류를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

2. 외국입법례

○ 독일 연방행정집행법

제15조 강제수단의 실행
① 강제수단은 확정된 바에 따라 실행된다.
② 의무자가 대집행이나 직접강제에 저항하면, 실력으로 이를 저지할 수 있다. 집행청이 요청하면 경찰은 행정응원을 하여야 한다.
③ 목적이 달성되면 바로 집행을 중지하여야 한다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제0조(대집행, 직접강제의 실행) ① 행정청은 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 대집행, 직접강제(이하 '대집행 등'이라 한다)를 하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다. 1. 의무자가 동의한 경우 2. 해가 지기 전에 대집행 등을 착수한 경우 3. 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 대집행 등을 하는 경우에는 대집행 등의 목적 달성이 불가능한 경우

4. 그 밖에 비상시 또는 위험이 절박한 경우 ② 행정청은 대집행 등을 할 때 그 과정에서의 안전 확보를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 현장에 긴급 의료장비나 시설을 갖추는 등 필요한 조치를 하여야 한다. ③ 대집행 등을 하기 위하여 현장에 파견되는 집행책임자는 그가 집행책임자라는 것을 표시한 증표를 휴대하여 이해관계인에게 제시하여야 한다. ④ 대집행 등은 목적이 달성되면 즉시 그 집행을 중지하여야 한다.

2. 제안이유

야간에 대집행 등이 이루어질 경우 그로 인한 인명 피해가 발생할 가능성이 높으므로 원칙적으로 대집행 등은 주간에 실행하도록 규정하였다. 2015년 신설된 행정대집행 실행에 관한 규정과 민사집행법을 참조한 것이다. 또한 독일의 예를 참조하여 목적이 달성되면 즉시 집행을 중지하도록 하였다.

제6절 행정상 즉시강제의 한계, 절차

Ⅰ. 문제의 현황

행정상 즉시강제란 행정강제의 일종으로서 목전의 급박한 행정상 장해를 제거할 필요가 있는 경우에, 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없을 때 또는 그 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적달성이 곤란할 때에, 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 작용이며, 법령 또는 행정처분에 의한 선행의 구체적 의무의 존재와 그 불이행을 전제로 하는 행정상 강제집행과 구별된다. 행정상 즉시강제는 예외적인 강제수단으로서 법치국가적 요청인 예측가능성과 법적 안정성에 반하고, 기본권 침해의 소지가 크므로, 즉시강제가 필요한 예외적인 상황에서만 허용되어야 한다. 이에 관해서는 헌법재판소의 결정 등을 통해 법리가 확립되어 있으므로 이를 명문화하여 행정의 행위규범으로 삼을 필요가 있다.

Ⅱ. 검토

1. 개별법 규정

○ 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률

제47조(감염병 유행에 대한 방역 조치) 보건복지부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 감염병이 유행하면 감염병 전파를 막기 위하여 다음 각 호에 해당하는 모든 조치를 하거나 그에 필요한 일부 조치를 하여야 한다.
1. 감염병환자등이 있는 장소나 감염병병원체에 오염되었다고 인정되는 장소에 대한 다음 각 목의 조치
가. 일시적 폐쇄
나. 일반 공중의 출입금지
다. 해당 장소 내 이동제한

라. 그 밖에 통행차단을 위하여 필요한 조치
<이하 각호 생략>

○ 게임산업진흥에 관한 법률

제38조 ③문화체육관광부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 유통되거나 이용에 제공되는 게임물 또는 광고·선전물 등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 이를 수거하거나 폐기 또는 삭제할 수 있다. 다만, 제2호의 경우 「사행행위 등 규제 및 처벌특례법」에 의한 사행행위 영업을 하는 경우를 제외한다.
1. 등급분류를 받지 아니하거나 등급분류를 받은 것과 다른 내용의 게임물
<이하 각호 생략>
④제3항의 규정에 의하여 관계공무원이 당해 게임물 등을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하여야 한다. 다만, 수거증의 인수를 거부한 경우에는 그러하지 아니하다.
⑥제1항 및 제3항의 규정에 의하여 게시물의 부착·봉인·수거·폐기 등의 처분을 하는 관계 공무원이나 협회등의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

2. 판례

○ 헌법재판소 2002. 10. 31. 2000헌가12 전원재판부 결정

이러한 행정상 즉시강제는 엄격한 실정법상의 근거를 필요로 할 뿐만 아니라, 그 발동에 있어서는 법규의 범위 안에서도 다시 행정상의 장해가 목전에 급박하고, 다른 수단으로는 행정목적을 달성할 수 없는 경우이어야 하며, 이러한 경우에도 그 행사는 필요 최소한도에 그쳐야 함을 내용으로 하는 조리상의 한계에 기속된다.
… 비록 이 사건 법률조항이 규정하고 있는 수거의 경우 영장주의의 배제가

용인되고, 그 성격상 사전적 절차와 친하지 아니함을 인정한다고 하더라도, 일체의 절차적 보장이 배제된다고 볼 것은 아니며, 국가권력의 남용을 방지하고 국민의 권리를 보호하기 위하여 적법절차의 관점에서 일정한 절차적 보장이 요청된다.

이러한 관점에서 법 제24조 제4항은 관계공무원이 당해 게임물 등을 수거한 때에는 그 소유자 또는 점유자에게 수거증을 교부하도록 하고 있고, 동조 제6항은 수거 등 처분을 하는 관계공무원이나 협회 또는 단체의 임·직원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 관계인에게 이를 제시하도록 하는 등의 절차적 요건을 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항이 적법절차의 원칙에 위배되는 것으로 보기도 어렵다.

3. 외국입법례

○ 독일 연방행정집행법

제6조 ② 형벌 또는 과태료의 구성요건에 해당되는 위법한 행위를 저지하거나 급박한 위험을 방지하기 위하여 필요하고, 행정청에게 법률상 권한이 있다면, 행정강제는 사전의 행정행위 없이 실행될 수 있다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제0조(행정상 즉시강제) ① 행정청은 법률에서 사전에 의무를 부과하지 않고 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가할 수 있는 조치(이하 '행정상 즉시강제'라 한다)를 규정하는 경우에 한하여 행정상 즉시강제를 실시할 수 있다. ② 행정상 즉시강제는 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 그 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적달성이 곤란한 경우에만 실시하여야 한다. ③ 행정상 즉시강제는 그 목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위

안에서 실시하여야 한다.
④ 행정상 즉시강제를 실시하기 위하여 현장에 파견되는 집행책임자는 그가 집행책임자라는 것을 표시한 증표를 휴대하여 이해관계인에게 제시하여야 한다.

2. 제안이유

헌법재판소 결정으로 확립된 법리를 명문화하여, 행정상 즉시강제의 요건, 한계, 절차를 명문으로 규정하였다.

제7절 이의신청

Ⅰ. 문제의 현황

개별법에서 이의신청과 같은 불복절차를 마련하고 있는 경우가 있다. 강학상으로는 일반적으로 이의신청이라는 용어로 논의되지만, 실정법상으로는 재심의청구, 재심사청구, 불복신청 등 다양한 용어가 사용되고 있다. 이의신청은 보통 처분을 한 당해 행정청에 제기하는 불복절차를 말한다. 당사자 등의 이의신청을 계기로 처분청 자신이 스스로 처분을 재심사하는 것이다. 다만, 법률에 따라서는 처분청 이외의 행정기관에 불복하는 절차를 이의신청이라 지칭하는 경우도 있고,[190] 용어는 이의신청이지만 실질은 행정심판(특별행정심판)에 해당하는 경우도 있다.[191]

이의신청 제도는 행정심판, 행정소송과 같은 쟁송절차에 더하여, 간편한 약식의 불복기회를 추가로 제공한다는 장점이 있다. 이미 해당 사건을 검토하였던 처분청이 그 결과를 재심사하는 것인 만큼 판단기관이 사건을 파악하는 데 드는 시간과 노력도 절감되어 행정경제에도 부합할 것이다. 또한 이의신청 결과로 당사자가 원하는 목적을 달성할 경우 행정심판, 행정소송 사건 감소에도 기여한다. 그러므로 개별법에서 이의신청 제도를 마련하는 것 자체는 긍정적으로 평가할 수 있다. 그러나 이의신청을 규정하는 법률들을 살펴보면 규율이 불완전하고 모호한 경우가 적지 않다. 특히 이의신청과 행정심판 사이에 관계가 규정되지 아니한 경우에는 (현재의 대법원 판례에 따르면) 이의신청 결과를 기다리다가 행정심판, 행정소송의 제기기간을 도과하게 되는 경우도 발생하게 된다.[192] 불완전한 규율로 인해 행정심판청구권과 재판청구권이 실질적으로 박탈되는 결과가 생길 수도 있는 것이다. 그러므로 이의신청의 절차와 행정심판과의 관계에 관하여 표준적인 규정을 마련할 필요가 있다.

---

190) 예를 들어 건강기능식품에 관한 법률에서는 건강기능식품 표시·광고 심의에 권한 권한을 식품의약품안전처장이 외부 단체에 위탁한 경우에(위 법률 제16조 제2항), 심의결과에 대한 이의신청은 식품안전처장에게 제기하도록 하고 있다(위 법률 제16조의 2).

191) 공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률 제83조

192) 뒤의 대법원 2012.11.15. 선고 2010두8676 판결

Ⅱ. 검토

1. 개별법 규정

○ 민원 처리에 관한 법률

제35조(거부처분에 대한 이의신청) ① 법정민원에 대한 행정기관의 장의 거부처분에 불복하는 민원인은 그 거부처분을 받은 날부터 60일 이내에 그 행정기관의 장에게 문서로 이의신청을 할 수 있다.
② 행정기관의 장은 이의신청을 받은 날부터 10일 이내에 그 이의신청에 대하여 인용 여부를 결정하고 그 결과를 민원인에게 지체 없이 문서로 통지하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 정하여진 기간 이내에 인용 여부를 결정할 수 없을 때에는 그 기간의 만료일 다음 날부터 기산(起算)하여 10일 이내의 범위에서 연장할 수 있으며, 연장 사유를 민원인에게 통지하여야 한다.
③ 민원인은 제1항에 따른 이의신청 여부와 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다.
④ 제1항에 따른 이의신청의 절차 및 방법 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

같은 법 시행령 제40조(이의신청의 방법 및 처리절차 등) ① 법 제35조에 따른 이의신청은 다음 각 호의 사항을 적은 문서로 하여야 한다.
1. 신청인의 성명 및 주소(법인 또는 단체의 경우에는 그 명칭, 사무소 또는 사업소의 소재지와 대표자의 성명)와 연락처
2. 이의신청의 대상이 되는 민원
3. 이의신청의 취지 및 이유
4. 거부처분을 받은 날 및 거부처분의 내용
② 행정기관의 장은 법 제35조제2항 본문에 따라 이의신청에 대한 결과를 통지할 때에는 결정 이유, 원래의 거부처분에 대한 불복방법 및 불복절차를 구체적으로 분명하게 밝혀야 한다.
③ 행정기관의 장은 법 제35조제2항 단서에 따라 이의신청 결정기간의

연장을 통지할 때에는 통지서에 연장 사유 및 기간 등을 구체적으로 적어야 한다.
④ 행정기관의 장은 이의신청에 대한 처리상황을 이의신청처리대장에 기록·유지하여야 한다.

○ 공공기관의 정보공개에 관한 법률

제18조(이의신청) ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 비공개 결정 또는 부분 공개 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 공공기관으로부터 정보공개 여부의 결정 통지를 받은 날 또는 정보공개 청구 후 20일이 경과한 날부터 30일 이내에 해당 공공기관에 문서로 이의신청을 할 수 있다.
③ 공공기관은 이의신청을 받은 날부터 7일 이내에 그 이의신청에 대하여 결정하고 그 결과를 청구인에게 지체 없이 문서로 통지하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 정하여진 기간 이내에 결정할 수 없을 때에는 그 기간이 끝나는 날의 다음 날부터 기산하여 7일의 범위에서 연장할 수 있으며, 연장 사유를 청구인에게 통지하여야 한다.
④ 공공기관은 이의신청을 각하(却下) 또는 기각(棄却)하는 결정을 한 경우에는 청구인에게 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다는 사실을 제3항에 따른 결과 통지와 함께 알려야 한다.
제19조(행정심판) ② 청구인은 제18조에 따른 이의신청 절차를 거치지 아니하고 행정심판을 청구할 수 있다.

○ 감정평가 및 감정평가사에 관한 법률

제42조(이의신청) ① 제41조에 따른 과징금의 부과에 이의가 있는 자는 이를 통보받은 날부터 30일 이내에 사유서를 갖추어 국토교통부장관에게 이의를 신청할 수 있다.
② 국토교통부장관은 제1항에 따른 이의신청에 대하여 30일 이내에 결

정을 하여야 한다. 다만, 부득이한 사정으로 그 기간에 결정을 할 수 없을 때에는 30일의 범위에서 기간을 연장할 수 있다.
③ 제2항에 따른 결정에 이의가 있는 자는 「행정심판법」에 따라 행정심판을 청구할 수 있다.

○ 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률

제74조의18(이의신청) ① 제74조의5제1항제1호, 제3호부터 제5호까지, 제11호부터 제13호까지 및 제15호의 사항과 관련된 국가보훈처장의 처분에 이의가 있는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 국가보훈처장에게 이의신청을 할 수 있다.
1. 해당 처분이 법령 적용의 착오에 기초하였다고 판단되는 경우
2. 국가보훈처장이 해당 처분을 할 때에 중요한 증거자료를 검토하지 아니하였다고 판단되는 경우
3. 해당 처분이 있은 후 그와 관련된 새로운 증거자료가 발견된 경우
② 제1항에 따른 이의신청은 국가보훈처장의 처분을 받은 날부터 30일 이내에 총리령으로 정하는 바에 따라 하여야 한다.
③ 국가보훈처장은 제1항에 따른 이의신청에 대하여 보훈심사위원회의 심의·의결을 거쳐 결정하고 그 결과를 이의신청을 한 자에게 통보하여야 한다.
④ 제1항에 따라 이의신청을 한 자는 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판을 청구할 수 있다. 이 경우 이의신청을 하여 그 결과를 통보받은 자는 통보받은 날부터 90일 이내에 「행정심판법」에 따른 행정심판을 청구할 수 있다.

○ 4·16세월호참사 피해구제 및 지원 등을 위한 특별법

제14조(재심의) ① 제12조에 따라 결정한 사항에 대하여 이의가 있는 신청인은 제13조에 따른 결정서정본을 송달받은 날부터 30일 이내에 심의위원회에 재심의를 신청할 수 있다.

② 제1항의 재심의에 관하여는 제12조 및 제13조를 준용한다. 이 경우 제12조 중 "120일"은 "30일"로 본다.
제12조(지급결정) 심의위원회는 제10조제1항에 따른 신청을 받은 날부터 120일 이내에 그 지급 여부 및 금액을 결정하여야 한다. 다만, 심의위원회는 사실조사 등을 위하여 필요할 때에는 한 차례만 30일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.
제13조(결정서의 송달) ① 심의위원회가 배상금·위로지원금 및 보상금의 지급 여부 및 금액을 결정한 때에는 30일 이내에 그 결정서정본을 신청인에게 송달하여야 한다.
② 제1항의 송달에 관하여는 「민사소송법」의 송달에 관한 규정을 준용한다.

○ 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률

제11조(재심의) ① 보상심의위원회가 제9조에 따라 결정한 사항에 대하여 이의가 있는 관련자 또는 그 유족은 제10조에 따라 결정서를 송달받은 날부터 30일 이내에 보상심의위원회에 재심의를 신청할 수 있다.
② 보상심의위원회의 재심의와 송달에 관하여는 제9조 및 제10조를 각각 준용한다. 이 경우 제9조 중 "90일" 및 "120일"은 각각 "60일"로 본다.
제9조(심의와 결정) 보상심의위원회는 보상금등의 지급 신청을 받은 날부터 90일 이내에 그 지급 여부와 금액을 결정하여야 한다. 다만, 행방불명된 사람의 경우에는 120일 이내로 한다.
제10조(결정서 송달) ① 보상심의위원회가 보상금등을 지급하거나 지급하지 아니하기로 결정한 경우에는 30일 이내에 그 결정서 정본을 신청인에게 송달하여야 한다.
② 제1항의 송달에 관하여는 「민사소송법」의 송달에 관한 규정을 준용한다.

○ 게임산업진흥에 관한 법률

제23조(등급의 재분류 등) ①위원회 또는 등급분류기관의 제21조에 따른 등급분류 결정 또는 제22조에 따른 등급분류 거부결정에 대하여 이의가 있는 자는 그 결정의 통지를 받은 날부터 30일 이내에 구체적인 사유를 명시하여 위원회에 이의를 신청하여 등급분류를 다시 받을 수 있다.
②위원회는 제1항의 규정에 의한 이의신청을 받은 때에는 이를 심사하여 그 신청에 이유가 있는 경우에는 신청서 접수일부터 15일 이내에 등급분류를 다시 하고 그 결과를 신청인 또는 대리인에게 통지하여야 하며, 이유가 없는 경우에는 이유없음을 통지하여야 한다.
③제1항 및 제2항의 규정에 의한 신청의 절차 및 결정통지 등에 관하여 필요한 사항은 문화체육관광부령으로 정한다.

같은 법 시행규칙

제13조(이의신청의 절차 등) ①법 제23조제1항에 따라 이의신청을 하는 자는 이의신청서에 이의신청사유를 기재하여 관리위원회에 제출하여야 한다.
②관리위원회는 이의신청의 심사의 공정성과 전문성 등을 확보하기 위하여 자문위원회를 둘 수 있다.
③관리위원회는 제1항에 따른 신청을 받은 때에는 관계 전문가 또는 자문위원회의 자문을 거쳐 심사를 하여야 한다.
④관리위원회는 이의신청에 대한 심사를 완료한 때에는 결정내용 및 사유가 구체적으로 기재된 서면을 신청인에게 교부하여야 한다. 이 경우 등급분류결정을 다시 한 경우에는 그 결정에 따른 새로운 등급분류필증을 함께 교부하여야 한다.
⑤제1항 내지 제4항에 정한 것 외에 이의신청의 절차 및 결정 통지 등에 관하여 필요한 사항은 관리위원회규정으로 정한다.

○ 공교육 정상화 촉진 및 선행교육 규제에 관한 특별법

제15조(이의신청) 교육관련기관은 제14조제1항에 따른 시정명령·변경명령 또는 같은 조 제3항에 따른 조치 등에 대하여 이의가 있는 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 교육부장관 또는 교육감에게 이의신청을 할 수 있다.

같은 법 시행령 제16조(이의신청 방법 및 처리) ① 법 제14조제1항 또는 제3항에 따른 행정처분에 이의가 있는 교육관련기관의 장은 해당 행정처분의 통지를 받은 날부터 14일 이내에 이의신청의 취지와 이유를 적은 이의신청서를 교육부장관 또는 교육감에게 제출하여야 한다.

② 교육부장관 또는 교육감은 제1항에 따라 이의신청을 받으면 교육과정위원회 또는 시ㆍ도교육과정위원회의 심의를 거쳐 이의신청을 받은 날부터 30일 이내에 그 결과를 해당 교육관련기관의 장에게 알려야 한다. 다만, 부득이한 사정이 있으면 14일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.

③ 교육부장관 또는 교육감은 제2항 단서에 따라 이의신청 결과 통보기간을 연장하려는 경우에는 그 기간이 끝나기 7일 전까지 그 사실을 해당 교육관련기관의 장에게 알려야 한다.

2. 판례

○ 대법원 2012.11.15. 선고 2010두8676 판결[주택건설사업승인불허가처분취소등]

[1] 행정소송법 제18조 내지 제20조, 행정심판법 제3조 제1항, 제4조 제1항, 민원사무처리에 관한 법률(이하 '민원사무처리법'이라 한다) 제18조, 같은 법 시행령 제29조 등의 규정들과 그 취지를 종합하여 보면, 민원사무처리법에서 정한 민원 이의신청의 대상인 거부처분에 대하여는 민원 이의신청과 상관없이 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있으며, 또한 민원 이의신청은 민원사무처리에 관하여 인정된 기본사항의 하나로 처분청으로 하여금 다시 거부처분에 대하여 심사하도록 한 절차로서 행정심판법에서 정한 행정심판과는 성질을 달리하고 또한 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특별한 필요에 따라 둔

행정심판에 대한 특별 또는 특례 절차라 할 수도 없어 행정소송법에서 정한 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용된다고 할 수도 없으므로, 민원 이의신청에 대한 결과를 통지받은 날부터 취소소송의 제소기간이 기산된다고 할 수 없다. 그리고 이와 같이 민원 이의신청 절차와는 별도로 그 대상이 된 거부처분에 대하여 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있도록 보장하고 있는 이상, 민원 이의신청 절차에 의하여 국민의 권익 보호가 소홀하게 된다거나 헌법 제27조에서 정한 재판청구권이 침해된다고 볼 수도 없다.
[2] 민원사무처리에 관한 법률(이하 '민원사무처리법'이라 한다) 제18조 제1항에서 정한 거부처분에 대한 이의신청(이하 '민원 이의신청'이라 한다)은 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제함을 목적으로 하여 행정청과 별도의 행정심판기관에 대하여 불복할 수 있도록 한 절차인 행정심판과는 달리, 민원사무처리법에 의하여 민원사무처리를 거부한 처분청이 민원인의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차이다. 이에 따라, 민원 이의신청을 받아들이는 경우에는 이의신청 대상인 거부처분을 취소하지 않고 바로 최초의 신청을 받아들이는 새로운 처분을 하여야 하지만, 이의신청을 받아들이지 않는 경우에는 다시 거부처분을 하지 않고 그 결과를 통지함에 그칠 뿐이다. 따라서 이의신청을 받아들이지 않는 취지의 기각 결정 내지는 그 취지의 통지는, 종전의 거부처분을 유지함을 전제로 한 것에 불과하고 또한 거부처분에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 못하므로, 결국 민원 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없어, 독자적인 항고소송의 대상이 된다고 볼 수 없다고 봄이 타당하다.

○ 대법원 2016.07.27. 선고 2015두45953 판결[국가유공자(보훈보상대상자) 비해당처분취소]

[1] 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률(이하 '국가유공자법'이라 한다) 제4조 제1항 제6호, 제6조 제3항, 제4항, 제74조의18의 문언·취지 등에 비추어 알 수 있는 다음과 같은 사정, 즉 국가유공자법 제74조의18 제1항이 정한 이의신청은, 국가유공자 요건에 해당하지 아니하는 등의 사유로 국가유공자 등

록신청을 거부한 처분청인 국가보훈처장이 신청 대상자의 신청 사항을 다시 심사하여 잘못이 있는 경우 스스로 시정하도록 한 절차인 점, 이의신청을 받아들이는 것을 내용으로 하는 결정은 당초 국가유공자 등록신청을 받아들이는 새로운 처분으로 볼 수 있으나, 이와 달리 이의신청을 받아들이지 아니하는 내용의 결정은 종전의 결정 내용을 그대로 유지하는 것에 불과한 점, 보훈심사위원회의 심의·의결을 거치는 것도 최초의 국가유공자 등록신청에 대한 결정에서나 이의신청에 대한 결정에서 마찬가지로 거치도록 규정된 절차인 점, 이의신청은 원결정에 대한 행정심판이나 행정소송의 제기에도 영향을 주지 아니하는 점 등을 종합하면, 국가유공자법 제74조의18 제1항이 정한 이의신청을 받아들이지 아니하는 결정은 이의신청인의 권리·의무에 새로운 변동을 가져오는 공권력의 행사나 이에 준하는 행정작용이라고 할 수 없으므로 원결정과 별개로 항고소송의 대상이 되지는 않는다.

[2] 국가유공자 비해당결정 등 원결정에 대한 이의신청이 받아들여지지 아니한 경우에도 이의신청인으로서는 원결정을 대상으로 항고소송을 제기하여야 하고, 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제74조의18 제4항이 이의신청을 하여 그 결과를 통보받은 날부터 90일 이내에 행정심판법에 따른 행정심판의 청구를 허용하고 있고, 행정소송법 제18조 제1항 본문이 “취소소송은 법령의 규정에 의하여 당해 처분에 대한 행정심판을 제기할 수 있는 경우에도 이를 거치지 아니하고 제기할 수 있다.”라고 규정하고 있는 점 등을 종합하면, 이의신청을 받아들이지 아니하는 결과를 통보받은 자는 통보받은 날부터 90일 이내에 행정심판법에 따른 행정심판 또는 행정소송법에 따른 취소소송을 제기할 수 있다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제ㅇ조(이의신청) ① 이 법에서 이의신청이란 처분을 한 행정청이 당사자 등의 신청에 의하여 다시 처분을 심사하도록 한 절차를 말한다. ② 이의신청에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

③ 이의신청은 처분을 통지받은 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다.
④ 이의신청은 다음 각 호의 사항을 적은 문서로 하여야 한다.
1. 신청인의 성명 및 주소(법인 또는 단체의 경우에는 그 명칭, 사무소 또는 사업소의 소재지와 대표자의 성명)와 연락처
2. 이의신청의 대상이 되는 처분
3. 이의신청의 취지 및 이유
4. 처분을 받은 날 및 처분의 내용
⑤ 행정청은 이의신청을 받은 날부터 상당한 기간 내에 그 이의신청에 대하여 결정하고 그 결과를 당사자 등에게 통지하여야 한다.
⑥ 이의신청을 한 자는 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 청구할 수 있다. 이 경우 이의신청을 하여 그 결과를 통지받은 자는 통지받은 날부터 90일 이내에 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 청구할 수 있다.
⑦ 행정청은 이의신청을 각하 또는 기각하는 결정을 한 경우에는 신청인에게 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다는 사실을 제 항에 따른 결과 통지와 함께 알려야 한다.

2. 제안이유

우선 행정기본법에 규정될 이의신청에 관한 절차는 통상의 이의신청, 즉 처분청의 재심사를 구하는 신청에 한정된다는 점(제1항)과 개별법에서 이의신청에 관하여 달리 정할 경우에는 그 규정이 특별법으로 우선하여 적용된다는 점(제2항)을 명시하였다.

이의신청의 제기기간은 법률에 따라 다양한데 30일로 정한 경우가 가장 일반적인 것으로 보여 30일로 규정하였다(제3항). 만약 행정작용의 성격에 따라 기간을 늘이거나 줄일 필요가 있다면 해당 법률에서 달리 정하면 될 것이다. 또한 이의신청의 방식과 기재하여야 할 내용에 관하여도 민원 사무 처리에 관

한 법률 등을 참조하여 규정하였다(제4항).

이의신청에 대한 행정청의 결정기간은 기존의 법령에서 매우 다양하게 규정하고 있어 표준적인 기간을 찾기 어려웠다. 다만 결정이 지연되어서는 안된다는 점을 선언적으로라도 명시할 필요가 있다고 보아 '상당한 기간 내'일 것을 요구하였다(제5항). 행정부에서의 내부적인 논의결과 어느 정도 표준적인 결정기간을 정할 수 있다면 명시하는 것도 바람직할 것이다.

이의신청과 행정심판, 행정소송과의 관계에 대해서는 제6항과 제7항에 규정을 두었다. 이의신청이 행정심판이나 행정소송을 대체하지 않는다는 점을 확인적으로 규정하였다(제6항 1문). 이의신청에 대한 결정이 통지되기 전에는 행정심판청구기간과 행정소송 제소기간이 진행하지 않도록 하기 위해 이의신청 결과를 통지받은 날부터 90일 이내에 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 청구할 수 있다는 규정을 두었다(제6항 2문). 이는 국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 제74조의18 제4항과 그 해석에 관한 대법원 2016.07.27. 선고 2015두45953 판결을 참조한 것이다.

제8장 행정권한의 위임과 위탁

Ⅰ. 문제의 현황

위임행정은 행정의 효율성과 경제성에 증진에 기여한다. 특히 기관위임의 경우 위임자는 자신의 행정관청이나 행정기구를 설치하고 유지하는 것을 절약할 수 있다. 그리고 이미 설치되어 있는 기관의 전문지식과 현장성을 활용할 수도 있다.[193]

그러나 위임행정 및 현행 위임제도와 관련해서는 다음과 같은 문제점이 지적된다. 첫째, 각 개별 법률에 위임 및 위탁에 관한 근거규정이 없는 경우에 정부조직법과 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정이 권한의 위임 및 재위임의 일반적 근거로 인정될 수 있는가? 둘째, 권한의 이전 시 책임만 이전되고 법률상의 권한은 이전되지 않기 때문에 수임자는 위임행정에 대하여 자기의 고유사무에 대하는 책임감을 느끼지 않을 수 있다. 이와 관련하여 특히 지방자치단체가 수행하는 사무 중 다수가 기관위임 사무라고 한다면 그만큼 지방자치의 능동적 실현에는 방해가 될 수 있다. 셋째, 현재 대부분의 위임 및 위탁은 법령에 따라 이루어지고 있지만 일부 예외적인 경우 고시에 근거한 위임도 있다. 이 경우 국민이 권한의 소재를 쉽게 확인할 수 없다. 즉, 위임된 권한의 공시 필요성에 대한 문제이다. 넷째, 위임사무에 수반하여 필요한 경비가 충실히 수임청으로 이전되지 않는다면 수임청 고유의 사무의 수행에 지장을 초래할 수 있다. 다섯째, 민간위탁제도[194]와 관련하여 국민의 권리의무에 영향을 미치는 공권력적인 행정작용에 대해서도 민간위탁을 허용하여 행정의 간소화와 효율화를 지향해야 한다는 견해가 제기되고 있다.[195]

열거한 문제들의 대부분에 대해서는 가칭 행정기본법안의 틀 안에서 대안이 모색될 수 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 민간위탁제도에 대해서는 독자적인 연구들이 충분히 축적되어 있고 제도개선안 중 하나로 독립적인 신법 제정필

193) 홍정선, 행정법원론(하), 제23판, 2015, 30면.
194) 민간위탁을 공임무의 민영화의 한 종류로 보는 견해와 관련하여 이원우, 민영화에 대한 법적 논의의 기초, 한림법학 제7권, 1998, 218-223면 참조.
195) 최철호, 행정권한의 민간위탁에 관한 법적기준의 설정과 한계, 법학논총 20, 2008.8., 267-296(279-280면).

요성에 대한 주장도 제기되고 있다. 또한 기관위임과 관련하여 기관위임을 폐지하고 법정수임사무를 도입하는 지방자치법 일부 개정안까지 국회에 제출되었던 바 있다. 요컨대 이들 두 가지의 문제를 행정기본법안에 반드시 포함해야 하는지에 대해서는 더 논의가 필요한 상황이다. 다만 이하에서는 대체로 행정기본법안을 염두에 두고 주된 학설 및 판례를 검토하고 새로운 입법안을 제시하고자 한다.

Ⅱ. 검토

1. 법적 근거

권한의 위임 및 위탁에 관해서는 일차적으로 정부조직법 제6조와 그에 기하여 제정된 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정(대통령령)이 있으며 지방자치법 제104조는 지방자치단체의 장의 권한의 위임에 관하여 일반적으로 규정하고 있다. 개별법상으로는 다른 행정기관 또는 지방자치단체의 장에 대한 인·허가권의 위임에 대하여 규정되어 있는 경우가 많다.

(1) 일반법적 근거

○ 정부조직법

제6조(권한의 위임 또는 위탁) ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.
② 보조기관은 제1항에 따라 위임받은 사항에 대하여는 그 범위에서 행정기관으로서 그 사무를 수행한다.
③ 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검

정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

○ 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정

제1조(목적) 이 영은 「정부조직법」 제6조 제1항 및 그 밖의 법령에 따라 행정능률의 향상, 행정사무의 간소화와 행정기관의 권한 및 책임의 일치를 위하여 법률에 규정된 행정기관의 권한 중 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장에게 위임하거나 다른 행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장에게 위임 또는 위탁할 권한을 정하고, 「정부조직법」 제6조 제3항 및 그 밖의 법령에 따라 행정 간여의 범위를 축소하여 민간의 자율적인 행정참여의 기회를 확대하기 위하여 법률에 규정된 행정기관의 소관 사무 중 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 사무를 정함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "위임"이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.
2. "위탁"이란 법률에 규정된 행정기관의 장의 권한 중 일부를 다른 행정기관의 장에게 맡겨 그의 권한과 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.
3. "민간위탁"이란 법률에 규정된 행정기관의 사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 그의 책임 아래 행사하도록 하는 것을 말한다.
4. "위임기관"이란 자기의 권한을 위임한 해당 행정기관의 장을 말하고, "수임기관"이란 행정기관의 장의 권한을 위임받은 하급행정기관의 장 및 지방자치단체의 장을 말한다.
5. "위탁기관"이란 자기의 권한을 위탁한 해당 행정기관의 장을 말하고,

"수탁기관"이란 행정기관의 권한을 위탁받은 다른 행정기관의 장과 사무를 위탁받은 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인을 말한다. (이하 생략)

제6조(지휘·감독) 위임 및 위탁기관은 수임 및 수탁기관의 수임 및 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.

○ 지방자치법

제102조(국가사무의 위임) 시·도와 시·군 및 자치구에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없으면 시·도지사와 시장·군수 및 자치구의 구청장에게 위임하여 행한다.
제103조(사무의 관리 및 집행권) 지방자치단체의 장은 그 지방자치단체의 사무와 법령에 따라 그 지방자치단체의 장에게 위임된 사무를 관리하고 집행한다.

제104조(사무의 위임 등) ① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.
② 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있다.
③ 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.
④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.

(2) 개별법상의 근거

위임 및 위탁은 실무상 해당 법률에 명시적인 위임근거가 있는 경우에는 해당 법률의 시행령에서 권한을 위임하고(제1유형), 해당 법률에 명시적인 위임근거가 없는 경우에는 정부조직법 제6조를 근거로 하여 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정에서 권한을 위임하여 왔다(제2유형).[196]

제1유형의 예

○ 초·중등교육법

제62조(권한의 위임) ① 이 법에 따른 교육부장관의 권한은 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 교육감에게 위임하거나 국립대학법인 서울대학교 및 국립대학법인 인천대학교에 위탁할 수 있다.
② 이 법에 따른 교육부장관의 권한 중 국립학교의 설립·운영에 관한 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 관계 중앙행정기관의 장에게 위임할 수 있다.
③ 이 법에 따른 교육부장관 및 교육감의 업무 중 제60조의5부터 제60조의7까지에 따른 교육지원 업무는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 보건복지부장관 또는 지방자치단체의 장에게 위임할 수 있다.

제2유형의 예

○ 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정

제4장 행정기관 간 위임·위탁사항
제17조-제41조.

196) 김재규, 행정권한의 위임·위탁·대리·대행 관련 입법모델 검토, 입법모델 제2집, 2002.12, 법제처, 255-442(271면).

2. 학설

(1) 정부조직법 제6조가 위임과 재위임의 일반적 근거규정인지 여부

개별법상 권한의 위임에 관한 명시적 규정이 없는 경우에 정부조직법 제6조 제1항과 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제3조 또는 제4조가 위임 또는 재위임의 일반적 근거가 될 수 있는지 여부가 문제되는바, 이에 대하여는 동조는 다만 권한의 위임가능성에 대한 일반적 원칙만을 선언하는데 그치는 것으로 보아야 마땅하다는 부정설과 동조가 위임의 직접적 근거가 될 수 있다는 긍정설 및 절충설이 있다.

부정설의 논거로는 다음과 같은 것들이 주장된다. 첫째, 정부조직법 제6조 제1항은 권한의 위임 및 재위임의 기준을 정함이 없이 권한의 위임 및 재위임이 가능하다는 원칙만을 선언하고 있는 데 불과하다.[197] 둘째, 만일 정부조직법 제6조 제1항이 대통령령인 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정에 대한 위임규정이라고 한다면 이는 권한을 법령으로 명확히 정하라는 행정조직법정주의에 상치되는 결과를 가져오고 아울러 시민의 입장에서는 권한의 소재를 판단하는데 많은 어려움이 생길 것이다.[198] 셋째, 권한의 위임은 책임만 이전되고 법상의 권한은 따라가지 못하는 점에서 권한과 책임이 일치해야 한다는 행정조직법상의 수권의 원리에 어긋날 수 있다.[199]

한편, 긍정설의 논거는 다음과 같다. 첫째, 국민의 권리 또는 의무에 직접적으로 관계없는 행정조직에 있어서는 어느 정도 포괄적인 위임도 가능하다. 둘째, 정부조직법 제6조 제1항 및 상기 규정의 입법배경을 고려하여야 한다. 즉, 동법률과 규정을 제정하게 된 배경은 1970년대 초부터 중앙행정기관에 집중된 권한을 지방에 이전할 필요가 생겼고 이를 위해 정부조직법에 일반적 근거조항을 두고 이에 근거한 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정에 의하여 여러 법령에 의해 부여된 중앙행정기관의 권한을 일괄하여 지방에 이관하고자 하는 것이었다.[200] 한편, 제한적 긍정설로는 동 규정 제3조에서 규정하고 있는 허

197) 박균성, 행정법론(하), 제14판, 2016, 33-34면; 정하중, 행정법개론, 제10판, 2016, 900면.
198) 홍정선, 행정법원론(하), 제23판, 2015, 28면. 역시 부정설을 취하는 견해로는 경건, 현행 컴퓨터프로그램보호법제의 문제점과 개선방안, 행정법연구 제8호, 2002. 상반기, 95면 각주 22;
199) 박규하, 행정권한의 위임·재위임, 행정판례연구Ⅰ, 1991, 207-215(213면).
200) 박윤흔·정형근, 행정법강의(하), 제28판, 2009, 26면 각주 2 참조. 저자는 권한의 위임을 중앙과 지방간의 행정사무의 배분을 조정하는 과도기적인 현상으로 보면서 오늘날은 지방자치제가 정착되면서

가·인가·등록 등 민원에 관한 사무, 정책의 구체화에 따른 집행사무와 일상적으로 반복되는 상시적 사무에 한정하여 정부조직법 제6조가 위임에 관한 일반적 근거규정이 될 수 있다는 견해가 있다.[201]

절충설은 특히 민간위탁과 관련하여 정부조직법 제6조 제3항이나 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제11조 제1항에서 민간위탁의 대상으로 규정하고 있는 사무들의 경우에는 원칙적으로 행정보조자로서의 임무수행을 민간에게 위탁하는 것에 불과하므로 법률상 특별한 근거가 없더라도 민간위탁이 가능하다고 한다. 그러나 이들 규정들에서 열거하고 있는 조사·검사 등의 사무를 수행함에 있어 공법적 권한을 행사할 경우에는 고권적 행정작용의 수행을 위탁하여야 하므로 반드시 법률에 개별적인 수권규정이 필요하다고 한다.[202]

긍정설, 부정설 및 절충설은 모두 최소한 다음 사실에 대해서는 입장이 같다고 이해된다. 즉, 행정의 권한은 법률에 의하여 정해지며 권한의 위임 및 위탁은 법률이 정한 권한의 분배를 대외적으로 변경하는 것이므로 원칙적으로 법률의 명시적 근거를 필요로 한다는 점이다.[203] 다만 각각의 학설은 그 법률의 범위 및 구체화의 정도에서 차이가 난다고 생각된다.

(2) 위임관청의 수임기관에 대한 지휘 및 감독권의 범위

행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제6조는 수임기관과 위임기관의 관계를 불문하고 위임기관은 위임사무처리에 관하여 지휘·감독하고 그 처리가 위법·부당하다고 인정할 때에는 이를 취소하거나 정지할 수 있도록 하고 있다. 이와 관련하여 일반적 견해에 따르면, 수임기관이 위임관청의 보조기관이나 지휘·감독하에 있는 하급기관인 경우에는 위임관청이 상급관청으로서 수임기관의 권한행사를 지휘·감독할 수 있으나 지휘·감독 하에 있는 하급기관이 아닌 경우에는 특별한 정함이 없는 한 지휘·감독할 수 없다고 본다.[204] 이 견해는 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제6조 규정의 문언에도 불구하고 이를 제한

지방자치단체의 고유사무가 늘어나고 있다고 평가한다. 같은 책 26-30면 참조. 역시 긍정설을 취하는 견해로는 류지태·박종수, 행정법신론, 제15판, 2011, 759면.

201) 김남진·김연태, 행정법II, 제20판, 2016, 28면.

202) 이원우, 컴퓨터프로그램 불법복제 단속활동에 있어서 민간참여를 위한 법제개선방안, 행정법연구 10호, 2003.10., 29-51(38면).

203) 법제처, 법령입안심사기준, 1996, 95면.

204) 서원우, 현대행정법론(상), 1988, 250면; 박윤흔·정형근, 행정법강의(하), 제28판, 2009, 34면; 김동희, 행정법II, 22판, 2016, 25면; 박균성, 행정법론(하), 제14판, 2016, 38면.

적으로 해석하는 것으로 이해된다. 그러나 동규정 제6조를 문리적으로 해석하여 수임기관과 위임기관의 상하관계에 관계없이 언제나 위임기관은 위임사무의 처리에 관해서는 수임기관을 감독할 수 있는 지위에 있다고 보는 견해도 있다.[205]

(3) 위임의 방식과 관련하여 위임사실의 공시 필요 여부

권한의 위임은 권한을 대외적으로 변경하는 것이므로 상대방에의 통지는 물론 관보 등을 통한 일반에의 공시를 요한다는 것이 통설이다.[206] 그리고 공시의 가장 보편적인 방식은 수임청과 위임사항 등을 법령형식으로 정하는 것이다.[207] 예외적으로 위임의 내용을 고시에 정하여 위임하는 방식을 규정한 예도 있다.[208] 한편, 위임의 종료 시에도 당해 권한이 위임청으로 환원되기 때문에 역시 공시가 필요하다.[209]

(4) 위임에 따른 비용부담

권한의 위임이 있으면 그에 따라 필요한 인력 및 예산은 수임청으로 이관해야 한다. 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제3조 제2항은 이를 명시하고 있다. 한편, 법인격을 달리하는 지방자치단체에 대한 국가사무의 위임과 관련한 비용부담에 대해서는 지방재정법 제21조 제2항이 이를 규정하고 있다. 그러나 경비의 교부는 적정하게 행해지지 못하고 있다.[210] 이를 보완하는 하나의 방안으로 위임사무의 처리에 수반되는 수수료를 당해 지방자치단체에 귀속시키도록 규정하고 있는 지방자치법 제137조의 제2항 및 제3항이 있지만 이에 대해 모든 위임사무가 수수료를 받는 사무도 아니며, 또한 수수료를 받는 사무라 하더라도 당해 사무처리경비와 수수료금액이 일치되는 것도 아니므로 수수

205) 김재규, 행정권한의 위임·위탁·대리·대행 관련 입법모델 검토, 입법모델 제2집, 2002.12, 법제처, 255-442(290면).
206) 정하중, 행정법개론, 제10판, 2016, 900면; 류지태·박종수, 행정법신론, 제15판, 2011, 760면; 박균성, 행정법론(하), 제14판, 2016, 34면; 김남진·김연태, 행정법II, 제20판, 2016, 28면; 박영도, 입법기술의 이론과 실제, 한국법제연구원(연구보고 97-1), 1997, 305면.
207) 박윤흔·정형근, 행정법강의(하), 제28판, 2009, 30면.
208) 보조금 관리에 관한 법률 시행령 제17조 참조.
209) 김동희, 행정법II, 22판, 2016, 26면; 김남진·김연태, 행정법II, 제20판, 2016, 31면; 박균성, 행정법론(하), 제14판, 2016, 39면.
210) 김동희, 행정법II, 22판, 2016, 26면; 김남진·김연태, 행정법II, 제20판, 2016, 30면

료의 귀속이 경비교부에 갈음하는 적당한 수단이 될 수는 없다는 비판이 있다.[211]

(5) 민간위탁 대상사무의 범위

현행 정부조직법 제6조 제3항과 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정 제11조 제1항에서는 국민의 권리·의무와 직접 관련이 없는 사무만이 민간위탁이 가능하다고 규정하고 있다. 그러나 몇몇 실정법은 국민의 권리·의무와 관련이 있는 사무에 대해서도 민간위탁을 허용하고 있다.[212][213] 또한 민간위탁의 대상을 정부기구의 축소와 기능재조정에 맞게 확대해야 한다는 필요성과 함께 정부조직법 등 민간위탁에 대한 일반적 근거조항을 법현실에 맞게 개정해야 한다는 주장이 제기되고 있다.[214]

(6) 기관위임제도

국가사무를 지방자치단체에 위임하는 실태를 보면 단체위임사무는 거의 없고 대부분 기관위임사무이다. 그리고 지방자치단체의 고유사무로 규정함이 적절한 지방 사무도 법률에서 국가사무로 규정한 후 대통령령에서 지방자치단체의 기관에 기관위임사무로 위임하여 처리하도록 하는 경우가 많다. 이 경우 국가는 지방행정에 대해 실질적인 감독권을 유지할 수 있게 된다.[215] 그러나 우리나라 특유의 전통적 중앙집권 구조와 친한 기관위임제도에 대해서는 세계적인 지방분권의 조류에 맞지 않으며 반자치적인 성격이 강하고 중앙의 지방통제장치로 활용되어 왔다는 비판에 일정한 공감대가 형성되었다.[216]

---

211) 박윤흔·정형근, 행정법강의(하), 제28판, 2009, 33면.

212) 사법경찰관리의 직무를 행할 자와 그 직무범위에 관한 법률, 민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률, 액화석유가스의 안전관리 및 사업법 제19조 등. 또한 정부조직법 제6조 제3항이 민간위탁이 가능한 사무의 예로 들고 있는 비권력적 행정작용으로서의 "조사·검사"는 경우에 따라서는 상대방에게 수인의무를 발생시키는 권력적 작용으로서의 세무조사(국세기본법 제7장의2(제81조의2부터 제81조의12까지)도 포함될 수 있다.

213) 국민의 권리·의무와 관계되는 사무는 예외없이 모두 민간위탁의 대상으로 하는 것은 지나치다는 주장에 대해서는 김승열, 정부업무 민간위탁의 한계와 공정성 확보방안, 법제 2000.9.,(통권 제513호), 법제처, 64면.

214) 최철호, 행정권한의 민간위탁에 관한 법적기준의 설정과 한계, 법학논총 20, 2008.8., 267-296(291-292면)

215) 김재규, 행정권한의 위임·위탁·대리·대행 관련 입법모델 검토, 입법모델 제2집, 2002.12, 법제처, 255-442(286면).

216) 문상덕, 법정수임사무제도 도입안에 관한 법적 고찰, 행정법연구 31, 2011.12., 79-100(82-83).

3. 판례

(1) 정부조직법 제6조가 일반적 근거규정으로 기능할 수 있는지 여부

대법원은 정부조직법 제6조가 권한의 위임과 재위임에 관한 일반적 근거가 된다고 보고 있다.[217]

"정부조직법 제6조 제1항은 법문상 권한의 위임 및 재위임의 근거규정임이 명백하고 같은 법이 국가행정기관의 설치, 조직, 직무범위의 대강을 정하는 데 그 목적이 있다는 이유만으로 권한위임, 재위임에 관한 위 규정마저 권한위임에 관한 대강을 정한 것에 불과할 뿐 권한위임의 근거규정이 아니라고 할 수는 없으므로 충청남도지사가 자기의 수임권한을 위임기관인 동력자원부장관의 승인을 얻은 후 충청남도의 사무를 시·군위임규칙에 따라 군수에게 재위임하였다면 이는 위 조항 후문 및 행정권한의위임및위탁에관한규정 제4조에 근거를 둔 것으로서 적법한 권한의 재위임에 해당하는 것이다"(대판 1990.2.27., 89누5287).

(2) 위임관청의 수임기관에 대한 지휘 및 감독권의 범위

"동일한 지방자치단체 내에서 상급행정관청이 하급행정관청에 사무를 위임한 경우에도 위임관청으로서의 수임관청에 대한 지휘·감독권의 범위는 그 사무처리에 관한 처분의 합법성뿐만 아니라 합목적성의 확보에까지 미친다"(대법원 1996.12.23. 96추114).

(3) 항고소송의 피고적격

권한의 위임이 있으면 그 권한은 수임기관의 권한으로 되어, 수임기관은 자기의 명의나 책임 하에서 이를 행사한다. 따라서 취소소송 등 항고소송의 피고도 수임기관이 된다.

"권한의 위임이나 위탁을 받아 수임행정청이 정당한 권한에 기하여 그 명의

---

217) 同志; 대판 1990.2.27. 89누5287, 대판 1990.6.26. 88누12158, 대판 1995.7.11. 94누4615 전원합의체판결 외 다수.

로 한 처분에 대하여는 말할 것도 없고, 내부위임이나 대리권을 수여받은 데 불과하여 원행정청 명의나 대리관계를 밝히지 아니하고는 그의 명의로 처분 등을 할 권한이 없는 행정청이 권한 없이 그의 명의로 한 처분에 대하여도 처분명의자인 행정청이 피고가 되어야 할 것이다"(대판 1994.6.14., 94누1197).

(4) 민간위탁의 장점

"지방자치단체가 그 권한에 속한 업무를 민간에 위탁하는 이유는, 그 업무를 민간으로 하여금 대신 수행하도록 함으로써 행정조직의 방대화를 억제하고, 위탁되는 사무와 동일한 업무를 수행하는 자에게 이를 담당하도록 하여 행정사무의 능률성을 높이고 비용도 절감하며, 민간의 특수한 전문기술을 활용함과 아울러, 국민생활과 직결되는 단순 행정업무를 신속하게 처리하기 위한 것이라고 할 것이다"(대판 2009.12.24. 2009추121)

4. 외국입법례

(1) 일본

일본에는 행정권한의 위임 및 위탁과 관련한 일반적 근거조항은 없지만 행정법상 위임의 법리, 즉 위임에 의해 위임기관에서 수임기관으로 권한이 이양되고 위임기관은 해당 권한을 상실한다는 점을 전제로 하고 있는 것으로 해석되는 법률이 있다.[218)]

○ 지방자치법

제252조의17의4(시정요구 등의 특칙)
④ 제252조의17의2의 제1항에서의 조례에서 정한 바에 따라 시읍면이 처리하도록 되어있는 사무 중 법정수탁사무와 관련된 시읍면장의 처분에 대하여 제255조의2 제1항에 따른 심사청구의 재결에 불복이 있는 자는 해당처분과 관련된 사무를 규정하는 법률 또는 여기에 기초한 정령

218) 宇賀 克也、行政法概説 III, 第4版, 42頁.

의 소관부서인 각 대신을 상대로 재심사를 청구할 수 있다.
⑤ 시읍면장이 제252조의17의2 제1항에서의 조례가 정한 바에 따라 시읍면이 처리하도록 되어있는 사무 중 법정수탁사무와 관련한 처분권한을 그 보조기관인 직원이나 그 관리에 속한 행정기관의 장에게 위임한 경우 수임자인 직원이나 행정기관장의 위임에 기초한 처분에 대해 제255조의2 제2항에 따라 재심사청구의 재결이 있는 경우 해당 재결에 대한 불복이 있는 자는 추가로 심사청구를 할 수 있다. 이때 추가적인 심사청구는 해당처분과 관련된 재심사 청구 또는 심사청구의 재결 또는 해당처분을 대상으로, 해당처분과 관련된 사무를 규정하는 법률 또는 이에 기초한 정령의 소관인 각 대신에 대해 제기한다.

나아가 이론상 위임을 통해 법률상의 처분권자의 변경이 수반되므로 위임은 반드시 법률의 근거가 필요하다고 한다.[219] 또한 위임이 유효해 지려면 위임사실이 공시되어야 한다는 것이 유력한 견해이지만[220] 일본지방법원은 이와 관련하여 공시가 필요적 요건이 아니라는 부정설을 취한바 있다.[221]
한편, 위임 시 지휘감독권의 존부 등과 관련하여 상급기관이 하급기관으로 위임한 경우에는 당연히 위임과 무관하게 상급기관으로서의 지휘감독권을 행사할 수 있으나 그렇지 않은 경우 위임 시 법률상 별도의 지휘감독권이 규정되어 있어야 한다고 한다.[222] 그 근거로는 항공법 제137조4항을 들 수 있다.

○ 항공법

제137조(직권의 위임) ① 이 법률에 의하여 국토교통대신의 권한에 속하는 사항은 국토교통성령이 정하는 바에 따라 지방항공국장 또는 항공교통관제부장에게 대신 수행하도록 할 수 있다.
② 지방항공국장 또는 항공교통관제부장은 국토교통성령이 정하는 바에 따라 전항의 규정에 의한 권한에 속하는 사항의 일부를 지방항공국의 사무소장에게 대신 수행하도록 할 수 있다.

219) 塩野 宏、行政法 III, 第4版、35頁 ; 宇賀 克也、行政法概説 III, 第4版, 43頁.
220) 宇賀 克也、行政法概説 III, 第3版, 43頁.
221) 大阪地判昭和 50•12•25判時808号99頁公務員百選25事件.
222) 塩野 宏、行政法 III, 第4版、41頁;

③ 이 법률의 규정에 의하여 국토교통대신의 권한에 속하는 사항 중 다음 각호에 해당하는 사항은 정령으로 정하는 바에 따라 방위대신에게 위임한다.(각호 생략)
④ 국토교통대신은 전항의 규정에 의한 위임에 의해 방위대신이 행하는 업무의 운영에 관계되는 사항을 통제한다.

(2) 독일

위임과 관련하여 독일 기본법은 다음과 같이 규정하고 있다.

○ 기본법

제83조(주에 의한 연방법 시행)
주는 이 기본법이 달리 규정하거나 허용하지 않는 한 연방법률을 그의 고유사무로서 집행한다.

제84조(주고유행정-연방감독)
(3) 연방정부는 주가 연방법률을 현행법에 맞게 집행하는가를 감독한다. 연방정부는 이 목적을 위하여 주 최고관청에 수임자를 파견할 수 있다. (이하 생략)
(4) 연방정부가 주에서의 연방법률의 집행에서 확인한 결함이 제거되지 아니할 때에는 연방상원은 연방정부나 주의 제의로 주가 법을 침해하였는가의 여부를 결정한다. 연방상원의 결정에 대하여는 연방헌법재판소에 제소할 수 있다.

제85조(위임행정)
(1) 주가 연방의 위임에 따라 연방법률을 집행할 때에는 연방상원의 동의를 필요로 하는 연방법률에 다른 규정이 없는 한 관청의 설치는 주의 소관사항이다. 연방법률에 의하여 지방자치단체 및 지방자치단체연합이 그의 업무를 위임하는 것은 허용되지 않는다.
(2) 연방정부는 연방상원의 동의를 얻어 일반행정규칙을 발할 수 있다.

(3) 주관청은 관할 연방최고관청의 지시에 따른다. 그 지시는 연방정부가 긴급한 경우라고 인정하는 경우 외에는 주 최고관청에 대해 행해져야 한다. 지시의 집행은 주최고관청에 의해 확보되어야 한다.

(4) 연방감독은 집행의 합법성과 합목적성에 미친다. 연방정부는 이 목적을 위하여 보고와 서류의 제출을 요구할 수 있고 모든 관청에 수임자를 파견할 수 있다.

이밖에도 기본법은 제87조에서 연방고유행정의 대상을 나열하고 있다.

Ⅲ. 예시조문과 이유

1. 예시조문

제0조(권한의 위임 및 위탁) ① 행정기관은 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 하급행정기관에 위이하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 개별법령이 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.

② 보조기관은 제1항에 따라 위임받은 사항에 대하여는 그 범위에서 행정기관으로서 그 사무를 수행한다.

③ 행정기관은 그 소관사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

④ 위탁기관은 수탁기관의 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.

⑤ 행정기관의 장은 행정권한을 위임 및 위탁할 때에는 위임 및 위탁하기 전에 수임기관의 수임능력 여부를 점검하고, 필요한 모든 인력 및 예산을 이관하여야 한다.

2. 제안이유

제①②항: 정부조직법 제6조를 권한의 위임 및 재위임에 대한 일반적 근거조항이 될 수 있는지 여부에 관해 학설은 견해가 나뉘지만, 정부조직법 제6조의 입법 연혁, 위임 및 위탁에서의 행정의 관행, 동조를 위임의 일반적 근거조항으로 인정해 온 일관된 판례의 입장 등을 고려할 때, 개별법의 규정이 없더라도 일반법에 의한 위임을 인정하는 것이 타당할 것이다. 특히 행정기본법에서 위임의 일반적 근거조항을 마련함과 동시에, 위임에 따른 위임청과 수임청의 권리와 의무, 지휘·감독 관계, 비용부담의 문제 등을 통일적으로 규율한다면 개별법상의 위임 근거가 없더라도 일반조항에 의한 위임을 인정해도 좋을 것이다.

제③항: 민간위탁의 범위와 관련하여 정부조직법 제6조 제3항의 "조사·검사·검정·관리 업무" 부분이 국민의 권리·의무와 관련하여 법해석에 있어 혼란을 야기하고 있다. 가령 국민의 권리 및 의무에 영향을 미치는 행정조사도 있기 때문이다. 구체적으로 국민의 권리·의무에 관한 사항이 매우 광범하고 불확실하여 현실적으로 민간위탁을 한정하는 기준으로서 기능하기 어렵고, 이러한 제한문구를 삭제하고 민간위탁의 대상범위를 향후 학설과 판례의 발전에 맡겨놓는 것이 민영화의 흐름과 유연한 행정에 부응할 수 있다는 점에서 종래 민간위탁의 범위를 제한하는 국민의 권리와 의무 부분을 삭제하는 것이 좋을 것이다.

제④항: 위임기관은 어차피 수탁기관의 상급기관으로서 지휘·감독권을 가지고 있으므로 위탁기관의 지휘·감독권에 대해서만 규정하였다.

제⑤항: 수임 또는 수탁기관이 위임·위탁으로 인해 불필요한 비용부담을 떠안지 않도록 필요한 '모든' 인력 및 예산을 이관해야 한다는 점을 명시하였다. 이와 관련하여 비용이전이 충분히 이루어지지 않을 경우를 대비하여 위임기관 등에 대한 불이익 조치를 법에 반영하는 안도 고려해 볼 수 있을 것이다.

제9장 맺으면서

1984년의 「행정심판법」과 행정소송법, 1996년의 「행정절차법」, 1997년의 「행정규제기본법」의 제정의 경우가 보여주듯이, 그동안 우리 행정법과 행정법제는 새로운 제도의 마련을 계기로 도약하였다. 최근 새롭게 제기된 개헌논의를 기화로 현행 공공법제(행정법제)의 현주소를 되새겨본다. 살아있는 생물처럼 현실세계는 부단히 바뀌기에 미처 생각하지 못한 문제가 부단히 제기되고 있다. 제도개혁을 추진하는 것은 이런 변화에 따른 자연스런 대응이다.

현행 공공법제의 기본틀은 과거 일본이 수립한 근대법제를 1960년대 개발시대에 전면 도입한 것인데, 큰 변화 없이 현재까지 운용되고 있다. 원래 공공법제는 관치(관헌)국가에서 우선적으로 군주(국가)의 통치권행사를 정당하기 위해 만들어졌다. 국민은 통치권 행사의 단순한 객체에 불과하다는 것을 전제로 만들어졌다. 하지만 서구는 이미 오래 전에 과거의 원형을 벗어나 부단히 민주적 법치국가원리에 맞춰 공공법제를 수정해 왔다. 가령 스위스 헌법은 국가활동이란 공공복리(공익)를 위해 존재해야 하며, 국민은 자신의 능력껏 국가활동에 이바지해야 한다고 규정하고 있다. 유럽기본권헌장은 유럽시민은 좋은 행정에 관한 권리를 가진다고 규정하고 있다. 현대의 공공법제는 이처럼 국민 개개인에 대해 공공복리의 실현과정에서 나름의 주체적 지위를 부여하여야 한다.

현행 공공법제의 또 하나의 치명적인 문제점은 행정활동 전반을 체계적으로 규율하는 기본법이 없다는 것이다. 독일의 경우 1976년에 행정활동의 기본매뉴얼을 상세히 규정한 행정절차법이 제정됨으로써, 행정활동이 표준화된 메커니즘에서 행해지고 있다. 특히 통일이후에는 표준화된 틀에서 더 과감하게 절차의 간소화를 추구하였다. 행정활동의 기본 메커니즘과 과정이 확고히 구축되어 있기에 행정투명성과 시민의 참여를 획기적으로 확대시킬 수 있으며, 이를 바탕으로 행정개혁도 성공을 거두었다. 법치국가원리의 구현, 절차간소화, 규제완화 그리고 행정개혁을 동시에 실현한 셈이다. 반면 우리의 입법상황은 인가와 신고를 둘러싼 격심한 혼란상이 보여주듯이, 동일한 제도가 개별법에서 제각기 규율되고 있어서 심각한 행정의 난맥이 빚어지고 있다. 법전문가들마저도 의견이 모아지지 않을 정도도 분분한 상황이다.

공법 특히 행정법의 역사는 비민주적인 관치국가에서 만들어진 공공법제를

민주적 법치국가원리에 의거하여 새로이 정립하는 과정이다. 동아시아에서 일본, 중국, 대만이 국민의 권익구제를 획기적으로 확대하기 위해 오래 전에 의무이행소송 등을 내용으로 하여 행정소송법을 개정하였다. 하지만 우리의 경우 1984년 입법상황에 멈춰져 있다. 국민의 권리구제시스템이 시대의 요청에 부응하지 못하고 80년대 수준에 머문 상황에서 공공법제의 기본 역시 1960년대 모델에서 크게 벗어나지 못하고 있다. 산업화와 개발시대를 선도한 현행 공공법제는 심각한 기능부전을 노정한 지 오래되어서 부단히 규제개혁과 같은 공공법제의 개혁이 강구되었지만, 소기의 성과를 거두지 못하였다. 이런 현실은 비단 법치국가원리의 차원만이 아니라 치열한 국제경쟁의 차원에서도 매우 우려스럽다. 시대적 역할을 다한 현행 공공법제를 현대화하지 않는 한, 규제개혁 및 행정개혁은 물론, 국가경쟁력의 제고 역시 기대하기 힘들다. 일본의 근대화 모델을 벤치마킹한 현행 공공법제를 발본적으로 개혁하여 공공법제를 현대화하기 위한 첫 출발점이, 행정활동의 기본매뉴얼을 규정한 가칭 행정기본법을 제정하는 것이다.

행정기본법의 제정을 목표로 한 금번 연구를 통해 공법의 일반원칙을 포함한 총칙파트를 비롯하여 행정입법, 행정행위, 기타의 행정작용(행정계획) 및 확약, 행정강제 그리고 행정권한의 위임 및 위탁에 관한 일반규정을 성문화하고자 하였다. 연구결과물이 효과적인 법집행의 근거로 기능하기 위하여 또한 학계에서 광범한 호응을 확보하기 위하여, 행정법 문헌에서 공통된 사항과 판례의 입장을 취대한 그리고 체계적합성을 유지하면서 반영하였다. 그리고 종래 개별법에서 규율되어 있지 않거나 개별법에서 산별적으로 규율된 내용을 새롭게 체계화하고 종합화하였다. 행정기본법의 제정을 통해 그간의 행정법의 성과를 돌이켜 보며 자신의 현 수준을 가다듬어 보는 것만으로도 나름의 의미가 있겠지만, 그것을 넘어 행정법발전의 새로운 국면을 가져다줄 것이다. 이는 21세기 국가를 재구조화하는 바탕이 된다. 법의 妥當根據는 과거에 있는 것이 아니라, 현재에 있다.[223] 가칭 행정기본법의 제정을 계기로 우리 행정법과 행정법제를 변혁하기 위한 토대가 마련되길 기대한다.

223) 김형배, 법학방법론, 1981, 41면.

[부록1]

참 고 문 헌

[국내문헌]

고헌환, “행정입법 한계의 기준에 관한 법리”, 법학연구 제36집, 2009.

김경란, 구 약사법 시행령 제3조의2의 개정과 헌법상 신뢰보호원칙 및 평등의 원칙, 대법원 판례해설 제72호, 2007

김기표, “입법영향평가의 제도화에 관한 연구”, 경희대 박사학위논문 (2011.8.)

김남진, “위임입법과 행정입법절차의 비교법적 고찰”, 미국헌법연구 제18권 제2호, 2009.

_____, “행정계약.공법상계약.행정법상 계약 - 주요 쟁점사항을 중심으로”, 고시계, 2007. 7.

_____, “현대국가에서의 행정 및 행정법학의 역할과 과제”, 학술원통신 2012.7. 참조.

김남진·김연태, 행정법 Ⅰ·Ⅱ, 제20판, 법문사, 2016.

김대인, “공공조달계약 관련법제의 개혁에 대한 고찰”, 강원법학 제28권, 2009. 6.

_____, “행정입법의 내용에 대한 통제기준”, 국회.유럽헌법학회 공동학술대회 자료집 (2009.4.13.)

김대현, “행정입법에 대한 의회통제에 관한 연구- 미국의 경우를 중심으로”, 중앙대 박사학위논문 (2010.2.)

김도창, 일반행정법론(상), 제4전정판, 청운사, 1992.

김병화, “위임입법의 통제에 관한 연구”, 서울대 박사학위 논문 (1999.2.)

김성배, “무권한의 법규명령에 대한 국회의 통제기준”, 국회.유럽헌법학회 공동학술대회 자료집(2009. 4. 13.)

김성태, 무효인 조례에 근거한 권한 없는 행정청의 행정행위의 효력 - 대법원 전원합의체 1995년 7월 11일 선고 94누4615 건설업영업정지처분무효확인 -, 행정법연구 1997년 상반기(1997).

김용섭, “법규명령형식의 제재적 처분기준”, 행정판례평석, 한국사법행정학회 (2003)

_____, “법적근거가 없음에도 공행정을 정당화하는 행정판례에 대한 비판적 검토”, 행정판례연구 제17-1집 (2012. 6.)

_____, “행정입법에 대한 의회통제의 문제점 및 개선방안”, 행정법연구 제12호 (2004)
김재선, “미국 REINS법안에 관한 행정법적 논의와 시사점”, 행정법연구, 제35호, 2013.
_____, “미국의 행정입법에 대한 절차적 통제로서 협상원칙에 관한 소고”, 한양법학, 제42호 (2013.5)
김종두, “국회의 행정입법통제제도”, 행정법연구 제12호 (2004)
김중권, “行政節次法의 改革을 위한 行政處分(行政行爲) 規定의 整備”, 행정법학 제6호 2013.9.
_____, 김중권의 행정법[제2판], 법문사, 2016.
_____, 독일 행정절차법상의 행정행위의 무효의 체계에 관한 소고, 중앙법학 제10집 제4호, 2008.12, 137-172쪽.
_____, 행정법, 제2판, 법문사, 2016.
_____, 행정행위 하자론의 개혁에 관한 소고, 공법연구 제39권 제1호, 2010. 319-338쪽.
김중권/김영수, “21세기 국가모델을 위한 가칭 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁”, 공법연구 제41집 제3호 2013. 2. 29
김철용, 행정법 , 고시계사, (2012)
류지태, “행정입법의 형식성 논의의 헌법적 평가”, 토지공법연구 제25집, 2005.
박균성, 「행정법 강의」(제13판), 박영사, 344면
_____, 행정법론(상), 제15판, 박영사, 2016.
박동열, “규칙제정절차에서의 국민의 참여” 행정법연구, 제37호(2013)
박영도, “입법평가제도에 관한 연구”, 법제 통권 제531호 (2002.3.)
박정훈 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.
_____, “공법과 사법의 구별 - 행정조달계약의 법적 성격”, 『행정법의 체계와 방법론』, 박영사, 2005.
_____, 규제개혁과 규제완화, 저스티스. 통권 제106호, 2008.9., 397면 이하
서원우, “행정입법에 대한 통제 -의회에 의한 통제를 중심으로-”, 행정법연구 제12호 (2004)

소준섭, “각국 법률상 ‘공포’개념 고찰을 통한 우리나라 ‘공포’규정의 개선 방안”, 『입법과 정책』 제3권 제1호 2011. 6.
이경운, “행정규칙의 효력과 통제”, 전남대 법률행정논문집 제3집 (1993. 12.)
이상규, 신행정법론(상), 신판, 법문사, 1997.
이현수, “대학의 자치와 행정법의 구조변화 : 감독과 협력” 행정법이론실무학회, 행정법연구 제15호(2006.5.)
_____, “무인항공기 민간활용에 따른 안전규제의 쟁점” 행정법이론실무학회, 행정법연구 제45호(2016.6.)
이희정, “행정입법의 효력의 재구성-시론”, 행정법연구 제25호, 2009.
장영달, “행정입법에 대한 국회 통제제도 연구”, 한양대 박사학위 논문(2006. 8.)
전학선, “위임입법 일탈에 대한 통제기준 모색 연구,” 국회.유럽헌법학회 공동학술대회 자료집 (2008.4.)
정남철, “계획변경신청거부의 허용에 관한 문제점”, 법률신문 제4334호(2015. 7. 13), 11면.
_____, “계획유지의 법원칙”, 현대공법이론의 제문제(천봉석종현박사화갑기념논문집간행위원회), 삼영사, 2003, 1463-1483면.
_____, “행정법학의 구조변화와 행정판례의 과제”, 저스티스 통권 제154집 (2016. 6), 153-188면.
_____, 행정구제의 기본원리, 법문사, 제1전정판, 2015.
정남철, 현대행정의 작용형식, 법문사, 2016.
정남철·정태용·강현호, 대규모공공사업 실시계획의 확정절차에 관한 최종시안(행정절차법 개정안), 토지보상법연구 제15집(2015. 2), 229-287면.
정운경, 행정입법에 대한 국회의 통제방안, 중앙대 석사학위논문 (2010)
정종섭, 법률의 변경에 있어서 신뢰의 보호, 헌법연구 제3권, 2004.
정하명, “행정입법의 국회제출제도”, 공법연구 제32집 제4호 (2004)
정호경, “행정처분 발령후 근거법률이 위헌결정된 경우의 행정처분의 효력- 대법원 판례에 대한 비판적 검토”, 행정법연구 제17호(2007.5.)
정호경·선지원, “공공조달계약의 법적 성격과 통제에 관한 연구 -공법상 계약이론을 중심으로-”, 법제연구 통권 제46호(2014. 6.), 한국법제연구원.

최계영, “의견수렴의 최근 동향: 독일, 프랑스, 영국에 대한 OECD의 평가를 중심으로”, 경제규제와 법 제4권 제2호(2011.11)

_____, “행정소송에서의 조정- 비교법적 고찰을 중심으로”, 행정법연구 제27호(2010.8.)

최송화, “행정재량의 절차적 통제”, 서울대학교 법학 제39권 제2호 통권 107호 (1998.8.)

최송화, 현행 행정소송법의 입법경위, 공법연구 제31집 제3호(2003.3.), 1면 이하

최영규, “협상에 의한 규칙제정-미국 행정입법절차의 한 단면-”, 미국헌법연구 제13호(2002)

최우용, ‘지방자치기본법의 구상’을 제안하였다. 동인, 제1회 행정법분야 연합학술대회 발표문, 2011.12.9., 425면 이하

최정일, “독일과 미국에서의 의회에 의한 위임입법의 직접적 통제에 관한 연구”, 행정법연구 제21호 (2008)

하명호, 행정법규의 소급적용금지, 행정판례평선, 박영사, 2011.

한수웅, 법률개정과 신뢰보호 - 부진정소급효에 관한 헌법재판소 판례평석을 겸하여 -, 인권과 정의 제250호, 1997. 6.

홍정선, 행정법원론(상), 제23판, 박영사, 2015.

홍준형, “행정입법에 대한 국회의 통제”, 공법연구 제32집 제5호 (2004.6.)

_____, 행정법, 법문사, 2011.

[외국문헌]

岡田正則 / 박기주 譯, “日本 行政訴訟制度의 形成史와 改革의 課題”, 司法 제22호, 2012.

塩野　宏, 行政法 Ⅰ(行政法總論), 第六版, 有斐閣, 2015.

大橋洋一, 行政法 Ⅰ(現代行政過程論), 第2版, 有斐閣, 2013.

Administrative Conference of the United States, Negotiated Rulemaking Sourcebook (1990).

Battis, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2002.

Bodnara, Alice L., NRDC V. EPA: Testing the waters of the Constitutionality of delegation to international organizations, 34 Ecology L.Q. 895 (2007).

Breuer, Konkretisierungen des Rechtsstaats- und Demokratigebotes, in: Festgabe 50 BVerwG, 2003, S.223ff.

Coglianese, Cary, Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking, 46 Duke L.J. 6 (1997).

Coglianese, Cary, Assessing the Advocacy of Negotiated Rulemaking: A Response to Philip Harter, John F. Kennedy School of Government Harvard University Faculty Research Working Papers Series (2001).

Culture in the 1960s and 1970s, 53 Admin. L. Rev. 1139 (2001).

DeShazo, J.R., Freeman, Jody, The congressional competiton to control delegated power, 81 Tax. L. Rev. 1443 (2003).

Edlesa, Gary J., The Revival of the Administrative Conference of the United States, 12 Tex. Tech. Admin. L.J. 281 (2011).

Ehlers/Pünder, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2015.

Einser, Neil, Regulatory Negotiations: A real World Experience, 31 Fed. Bar News & J. 371 (1984).

Epstein, David, O'Halloran, Sharyn, Delegating Powers: A Transaction Cost Politics Approach to Policy Making Under Separate Powers, Cambridge University Press (1999).

Erichsen/Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Berlin 2002.

Fontana, David, Reforming the Administrative Procedure Act: Democracy Index Rulemaking, 74 Fordham L. Rev. 81 (2005).

Freeman, Jody, Langbein, Laura I., Regulatory Negotiation and the Legitimacy Benefit, 9 N.Y.U. Envtl. L.J. 60 (2000).

Freeman, Jody, The Private Role in Public Governance, 75 N.Y.U. L.

543 (2000).
Funk, William, Bargaining toward the New Millenium: Regulatory Negotiation and the Subversion of the Public Interest, 46 Duke L.J. 1351 (1997).
Funk, William, Public participation and transparency in administrative
Grimmelmann, James, Future conduct and the limits of class-action settlements,91 N.C. L. Rev. 387 (2013).
Guillaume Drago et al., Repenser ≪le droit transitoire≫, Dalloz, 2010.
Harter, Philip J., Negotiating Regulations: A Cure for Malaise, 71 Geo. L.J.1 (1982).
Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik
Deutschland, 20. Aufl., 1995,
Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. II, München 2006.
Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des verwaltungsrecht Bd. I (2006), Bd. II (2008), Bd. III (2009)
Jean-Paul Branlard, Droit civil : introduction au droit, Gualino, 3e éd., 2015.
Knack, VwVfG, Kommentar, 5. Aufl., 1996.
law-three example as an object lesson, 61 Admin. L. Revi. 171 (2009).
Lubbers, Jeffrey S., A Guide to Federal Agency Rulemaking, American Bar Association (2007).
Lubbers, Jeffrey S., Approaches to regulatory reform in the united states: a response to the remarks of professors Levin and Freeman, 83 Wash. U. L.Q. 1893 (2005).
Maurer, Hartmut, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011.
Nilesa, Mark C., Funtional Equilibrium: A Model for Administrative Evolution, 44 J. Marshall L. Rev. 353 (2011).

Ossenbühl, Abwägung im Verfassungsrecht, DVBl. 1995, S. 904 ff.
Paul Roubier, Le droit transitoire : Conflits des lois dans le temps, Dalloz, 2e éd., 2008.
Roellecke, Ein Rechtsbegriff der Planung, DÖV 1994, S. 1024 ff.
Scheiner, Eric C., Taking the public out of determining government policy:the need for an appropriate scope of bargaining test in the Illinois public sector, 29 J. Marshall L. Rev. 531 (1996).
Schiller, Reuel, Rulemaking's Promise: Administrative Law and Legal
Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee,2.Aufl., 2004,
Schmidt-Aßmann, Eberhar, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Heidelberg 2006.
Schmidt-Aßmann, Eberhart, Verwaltungsrechtliche Dogmatik, Tübingen 2013.
Stelkens/Bonk/Sachs (Hg.), VwVfG, Kommentar, 6. Aufl., 2001.
Sullivan. Kathleen M., Gunther, Gerald, Constitutional Law, Foundation Press (2010).
Susskind, Lawrence, McMahon, Gerard, The Theory and Practice of Negotiated Rulemaking, 3 Yale J. On Reg. 133 (1985).
Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., München 1994.

[부록2]

행정기본법

(가칭)

행정기본법(가칭)

제1장 총칙

제1조(목적) 이 법은 행정이 행정작용을 함에 있어서 법치국가원리에 따라 준수해야 할 기본적인 사항을 규정하여 행정의 공정성·투명성 및 신뢰성을 확보하고 국민의 권익을 보호함을 목적으로 한다.

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. "행정청"이란 다음 각 목의 자를 말한다.
가. 행정에 관한 의사를 결정하여 표시하는 국가 또는 지방자치단체의 기관
나. 그 밖에 법령 또는 자치법규(이하 "법령등"이라 한다)에 따라 행정권한을 가지고 있거나 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 기관이나 사인(私人)
2. "처분"이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법 집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그 밖에 이에 준하는 행정작용(行政作用)을 말한다.
3. “행정입법”이란 중앙행정기관의 장이 법률·상위명령에서 위임한 사항이나 법률·상위명령을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령·훈령·예규 등을 말한다.
4. “공법계약”이란 ///
5. "행정지도"란 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정목적을 실현하기 위하여 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 아니하도록 지도, 권고, 조언 등을 하는 행정작용을 말한다.
6. “행정계획”이란 행정청이 일정한 행정활동을 위한 목표를 설정하고, 이를 달성하기 위한 수단을 종합·조정하는 행정활동을 말한다.
7. “확약”이란 행정청이 자기구속을 할 의도로 장래에 향하여 어떠한 행정처분을 발급할 것인지 여부에 관하여 약속하는 것을 말한다.

제3조(적용 범위) ① 처분, 행정입법, 공법계약, 행정지도, 행정계획, 확약 및 국민의 권리와 이익에 대해 영향을 미치는 행정작용(이하 "행정작용"라 한다)에

관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
② 이 법은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 대하여는 적용하지 아니한다.
1. 국회 또는 지방의회의 의결을 거치거나 동의 또는 승인을 받아 행하는 사항
2. 법원 또는 군사법원의 재판에 의하거나 그 집행으로 행하는 사항
3. 헌법재판소의 심판을 거쳐 행하는 사항
4. 각급 선거관리위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
5. 감사원이 감사위원회의의 결정을 거쳐 행하는 사항
6. 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
7. 국가안전보장·국방·외교 또는 통일에 관한 사항 중 행정절차를 거칠 경우 국가의 중대한 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 사항
8. 심사청구, 해양안전심판, 조세심판, 특허심판, 행정심판, 그 밖의 불복절차에 따른 사항
9. 그 밖에 해당 행정작용의 성질상 행정절차를 거치기 곤란하거나 거칠 필요가 없다고 인정되는 사항

제4조(법치행정의 원리 등) ① 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되고, 법률에 의거하여야 한다.
② 행정작용은 공익을 위하여 존재하여야 한다.

제5조(국민의 좋은 행정에 관한 권리와 국민의 협력의무) ① 국민은 자신의 용무가 행정청에 의해 적법하고 공평하게 그리고 빠른 기간 내에 처리되는 데 대한 권리를 갖는다.
② 국민은 행정청이 행정작용을 함에 있어서 협력하고 자신의 능력에 따라 이바지하여야 한다.
③ 국민이 행정청의 행정작용에 협력함으로 인해 수인할 수 없는 손실을 입은 경우에는 국가 등은 보상하여야 한다.

제6조(신의성실의 원칙 및 신뢰보호의 원칙) ① 행정청은 직무를 수행함에 있어서 신의에 따라 성실히 하여야 한다. 국민 역시 행정을 상대로 신의에 따라 성실히 대해야 한다.
② 행정청은 직무행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간에 걸쳐 직무를 행사하지 아니하여 국민이 이미 그 직무를 행사하지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있게 된 경우에는 그 직무를 행사하여서는 아니 된다.
③ 행정청은 직무를 수행함에 있어서 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 국민의 정당한 신뢰를 보호하여야 한다.
④ 행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여진 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니 된다.

제7조(평등의 원칙 및 비례의 원칙 등) ① 행정청은 직무를 수행함에 있어서 평등의 원칙을 준수하여야 한다.
② 행정청은 직무를 수행함에 있어서 비례의 원칙을 준수하여야 한다.
③ 행정청은 직무를 수행함에 있어서 명확성의 원칙을 준수하여야 한다.
④ 행정청은 직무를 수행함에 있어서 사전예측가능성의 원칙을 준수하여야 한다.
⑤ 행정청은 직무를 수행함에 있어서 기대가능성의 원칙을 준수하여야 한다.
⑥ 행정청은 직무를 수행함에 있어서 상대방에게 그 직무와 실질적인 관련이 없는 의무를 부과하거나 그 의무의 이행을 강제하여서는 아니 된다.

제2장 행정작용

제1절 행정입법

제8조(정의) 행정입법이란 법 또는 정책을 실시, 해석, 규정하기 위한 운영기준

을 책정하기 위하여 규정한 일반적 혹은 특정한 사항에 관한 행정기관의 의사표시로서 대통령령, 총리령, 부령, 훈령, 예규, 고시 등을 말한다.

제9조(행정입법의 내용과 한계) ①행정입법은 법령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 바에 따라 정할 수 있다. 다만, 국민의 권리와 의무에 관한 중요한 사항은 법률로 정하여야 한다.
②행정입법 중 법규적 사항이나 기본권 제한 등에 관한 사항은 시행령이나 시행규칙으로 정하고, 기술적이고 절차적인 사항 등 탄력적으로 운영해야 할 필요성이 있는 사항에 대해서는 고시 등 행정규칙의 형식으로 정할 수 있다.
③행정입법에 규정될 내용 및 범위는 구체적으로 규정되어야 하며, 누구라도 해당 행정입법에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다.

제10조(행정입법과 행정의 자기구속) 법령에 의하여 행정청에게 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 행정관행이 성립된 행정입법은 대외적인 구속력을 가진다.

제11조(행정입법으로서의 처분) 행정입법이 다른 집행행위의 매개 없이 그 자체로서 직접 국민의 권리 의무나 법률관계를 규율하는 성격을 가질 때에는 처분으로 본다.

제12조(법령보충적 행정규칙) 법령이 특정 행정기관에게 그 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하고 수임행정기관이 행정입법으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 행정입법은 당해 법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규로서의 효력을 가진다.

제13조(행정입법의 입법 절차) ① 행정입법을 제정·개정 또는 폐지(이하 "입법"이라 한다)하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정기관은 이를 예고하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.

1. 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우
2. 상위 법령 등의 단순한 집행을 위한 경우
3. 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
4. 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우
5. 예고함이 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해칠 우려가 있는 경우
② 법제처장은 입법예고를 하지 아니한 행정입법 안의 심사 요청을 받은 경우에 입법예고를 하는 것이 적당하다고 판단할 때에는 해당 행정기관에 입법예고를 권고하거나 직접 예고할 수 있다.
③ 입법안을 마련한 행정기관은 입법예고 후 예고내용에 국민생활과 직접 관련된 내용이 추가되는 등 대통령령으로 정하는 중요한 변경이 발생하는 경우에는 해당 부분에 대한 입법예고를 다시 하여야 한다. 다만, 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 예고를 하지 아니할 수 있다.

제14조(예고방법) ① 행정청은 입법안의 취지, 주요 내용 또는 전문(全文)을 관보·공보나 인터넷·신문·방송 등을 통하여 널리 공고하여야 한다.
② 행정기관은 대통령령을 입법예고하는 경우 국회 소관 상임위원회에 이를 제출하여야 한다.
③ 행정기관은 입법예고를 할 때에 입법안과 관련이 있다고 인정되는 중앙행정기관, 지방자치단체, 그 밖의 단체 등이 예고사항을 알 수 있도록 예고사항을 통지하거나 그 밖의 방법으로 알려야 한다. 이때 입법안에 환경기준 등 기술적·정책적 기준을 정할 때에는 그 이유를 부기하여야 한다.
④ 행정기관은 제1항에 따라 예고된 입법안에 대하여 전자공청회 등을 통하여 널리 의견을 수렴할 수 있다. 이 경우 제38조의2제2항부터 제4항까지의 규정을 준용한다.
⑤ 행정기관은 예고된 입법안의 전문에 대한 열람 또는 복사를 요청받았을 때에는 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.
⑥ 행정기관은 제5항에 따른 복사에 드는 비용을 복사를 요청한 자에게 부담시킬 수 있다.

제15조(예고기간) 입법예고기간은 예고할 때 정하되, 특별한 사정이 없으면 40일(자치법규는 20일) 이상으로 한다.

제16조(의견제출 및 처리) ① 누구든지 예고된 입법안에 대하여 의견을 제출할 수 있다.
② 행정기관은 의견접수기관, 의견제출기간, 그 밖에 필요한 사항을 해당 입법안을 예고할 때 함께 공고하여야 한다.
③ 행정기관은 해당 입법안에 대한 의견이 제출된 경우 특별한 사유가 없으면 이를 존중하여 처리하여야 한다.
④ 행정기관은 의견을 제출한 자에게 그 제출된 의견의 처리결과를 통지하여야 한다.
⑤ 제출된 의견의 처리방법 및 처리결과의 통지에 관하여는 대통령령으로 정한다.

제17조(공청회) ① 행정기관은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있다.
② 공청회에 관하여는 제38조, 제38조의2, 제38조의3, 제39조 및 제39조의2를 준용한다.

제18조(국회의 관여) 행정입법의 국회에의 제출 등에 관해서는 「국회법」제98조의2를 준용한다.
① 중앙행정기관의 장은 행정입법이 제정·개정 또는 폐지된 때에는 10일 이내에 이를 국회 소관상임위원회에 제출하여야 한다. 다만, 대통령령의 경우에는 입법예고를 하는 때(입법예고를 생략하는 경우에는 법제처장에게 심사를 요청하는 때를 말한다)에도 그 입법예고안을 10일 이내에 제출하여야 한다.
② 제1항의 기간 이내에 이를 제출하지 못한 경우에는 그 이유를 소관상임위원회에 통지하여야 한다.
③ 상임위원회는 위원회 또는 상설소위원회를 정기적으로 개회하여 그 소관중앙행정기관이 제출한 행정입법에 대하여 법률에의 위반여부 등을 검토하여 당해 행정입법이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니하다고 판단되는 경우

에는 소관중앙행정기관의 장에게 그 내용을 통보할 수 있다. 이 경우 중앙행정기관의 장은 통보받은 내용에 대한 처리 계획과 그 결과를 지체 없이 소관상임위원회에 보고하여야 한다.
④ 전문위원은 제3항의 규정에 의한 행정입법을 검토하여 그 결과를 당해 위원회 위원에게 제공한다.

제19조(전문가의 관여) ① 행정기관의 장은 제·개정하려는 행정입법의 내용이 전문적, 기술적, 정책적인 것이라고 판단할 때에는 해당 행정입법의 제.개정 시에 해당 분야의 전문가 5인 이상의 의견을 들어야 한다.
② 제1항의 행정입법에 대해 조언을 할 수 있는 전문가의 자격은 아래 각호와 같다.
 1. 대학의 부교수 이상인 자 또는 변호사 자격을 가진 자로서 해당 직역에서 10년 이상의 경력을 가진 자
 2. 해당 행정입법의 내용과 밀접한 연관을 가진 전문가 집단(NGO 포함)에서 10년 이상 종사한 자로 중앙행정기관의 장이 임명한 자

제20조(행정입법의 재심의) 행정입법은 입법 후 5년이 지나면 국회의 재심의를 거쳐야 한다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 재심의를 하지 아니 할 수 있다.
1. 상위 법령 등의 단순한 집행을 위한 경우
2. 입법내용이 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 관련이 없는 경우
3. 기타 단순한 표현·자구를 변경하는 경우 등 입법내용의 성질상 재심의의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우

제2절 행정행위

제21조(명령의 소급적용) 새로운 명령은 그 발효일 이전에 확정적으로 형성된 법관계나 그 발효일 이전에 체결된 계약에는 적용되지 않는다. 다만 법률이 달리 정하고 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

제22조(경과조치 의무) ① 명령권이 부여된 행정청은 자신의 권한 한계 내에서, 새로운 명령을 즉시 적용하는 것이 불가능하거나 또는 즉시 적용이, 해당 규정의 목적과 효과를 고려하였을 때, 문제되는 공익이나 사익에 과도한 침해를 가져오는 경우에는, 경과조치를 발하여야 한다.
② 제1항의 경과조치에는 다음 각 호가 포함될 수 있다.
1. 명령의 발효일을 장래로 정함.
2. 진행 중인 상황에 대하여 새로운 명령이 적용되기 위한 조건을 정함.

<제1안>
제23조(행정행위의 효력) ① 행정행위의 하자가 중대하고 명백한 경우에는 무효이다.
②-1안) 행정행위는 권한 있는 기관에 의하여 취소, 철회되거나 기간의 경과 등의 사유로 인하여 소멸되기 전까지는 유효이다.
②-2안) 행정행위는 권한 있는 기관에 의하여 취소, 철회되거나 기간의 경과 등의 사유로 인하여 소멸되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다.

<제2안>
제24조(행정행위의 효력) ① 행정행위의 하자가 중대한 경우에는 무효이다. 다만 제3자의 이익이 문제되는 경우에는 그러하지 아니하다.
②-1안) 행정행위는 권한 있는 기관에 의하여 취소, 철회되거나 기간의 경과 등의 사유로 인하여 소멸되기 전까지는 유효이다.
②-2안) 행정행위는 권한 있는 기관에 의하여 취소, 철회되거나 기간의 경과 등의 사유로 인하여 소멸되기 전까지는 유효한 것으로 통용된다.

제25조(행정행위의 폐지) ① 성립 당시 위법한 행정행위는 불가쟁력이 발생한 경우에도 그 전부나 일부를 장래를 향하여 또는 과거를 향하여 취소할 수 있다.
② 성립 당시 적법한 행정행위는 불가쟁력이 발생한 경우에도 그 전부나 일부를 장래를 향하여 또는 과거를 향하여 철회할 수 있다.
③ 전 2항에도 불구하고 수익적 행정행위는 중대한 공익상 필요 또는 제3자의

이익보호의 필요가 있는 때 한하여 폐지할 수 있다. 단, 기망에 의하여 발급된 행정행위는 언제라도 폐지할 수 있다.

제26조 (적용범위) 처분 등의 신청에 관하여는 이하의 규정이 적용되나 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

제27조 (처분 등의 신청) ① 행정청에 처분 등을 구하는 신청은 문서로 하여야 하여 전자적 방법으로 신청할 수 있다.
② 행정청은 신청을 받았을 때에는 그 접수를 보류하거나 거부하거나 부당하게 되돌려 보내서는 아니된다.
③ 행정청은 신청을 접수한 경우에 신청인에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 접수증을 발급하여야 한다.
④ 행정청은 신청에 구비서류의 미비 등 흠이 있는 경우에는 보완에 필요한 상당한 기간을 정하여 지체 없이 신청인에게 보완을 요구하여야 하며, 신청인이 해당 기간내에 보완을 하지 않을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 접수된 신청을 되돌려 보낼 수 있다. 단, 행정청은 처분등의 신청을 접수.처리할 때에는 신청인에게 관계법령등에서 정한 구비서류 외의 서류를 추가로 요구하여서는 아니된다.
⑤ 행정청은 신청인의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있다. 이 경우 행정청은 다른 행정청에 접수할 수 있는 신청의 종류를 미리 정하여 공시하여야 한다.
⑥ 신청인은 처분이 있기 전에는 그 신청의 내용을 보완.변경하거나 취하할 수 있다.
⑦ 신청시 동일한 구비서류를 복수로 제출하여야 하는 경우에는 원본과 더불어 사본으로 제출할 수 있으며, 대통령령으로 정하는 구비서류들은 신청인에게 제출을 요구할 수 없으며 행정청이 직접 확인.처리하여야 한다.

제28조(처리기간의 설정.공표) ① 행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분 등의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다.
② 행정청은 부득이한 사유로 제1항에 따른 처리기간 내에 처분을 처리하기

곤란한 경우에는 해당 처분의 처리기간의 범위에서 한 번만 그 기간을 연장할 수 있다.
③ 행정청은 제2항에 따라 처리기간을 연장할 때에는 처리기간의 연장사유와 처리예정기한을 지체 없이 신청인에게 통지하여야 한다.
④ 행정청이 정당한 처리기간 내에 처리하지 아니하였을 때에는 신청인은 해당 행정청 또는 그 감독행정청에 신속한 처리를 요청할 수 있다.
⑤ 제1항에 따른 처리기간에 산입하지 아니하는 기간에 관하여는 대통령령으로 정한다.

제29조 (처분기준의 설정.공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.
② 제1항에 따른 처분기준을 공표하는 것이 해당 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해치는 것으로 인정될만한 상당한 이유가 있는 경우에는 처분기준을 공표하지 아니할 수 있다.
③ 신청인 등은 공표된 처분기준이 명확하지 아니한 경우 해당 행정청에 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있다. 이 경우 해당 행정청은 특별한 사정이 없으면 그 요청에 따라야 한다.

제30조 (영업양도와 통지.신고) ① 영업양도에 관해서는 다른 법령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법 규정에 의한다.
② 영업자가 영업을 양도하거나 사망한 경우, 또는 법인이 합병한 경우 그 양수인.상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 따라 설립되는 법인은 그 영업자의 지위를 승계하며 그 영업자의 지위를 승계한 자는 법령으로 정하는 바에 따라 소정기간내에 소관청에 그 사실을 통지하여야 한다.
③ 다른 법령에서 영업양도에 사전신고를 정하고 있는 경우, 행정청은 양도의 허용성 여부를 심사하여 그 수리여부를 결정하여야 하며, 양수인은 행정청이 신고를 수리한 때에 영업자의 지위를 승계한다.

제31조 (제재처분사유 및 효과의 승계) ① 영업자의 지위를 승계하는 경우 종

전의 영업자에게 행한 행정제재처분의 효과는 그 행정처분일부터 1년간 영업자의 지위를 승계받은 자에게 승계되며 행정제재처분의 절차가 진행 중인 때에는 영업자의 지위를 승계받은 자에게 행정제재처분의 절차를 속행할 수 있다. 다만, 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이 양수 또는 합병 시에 그 처분 또는 위반사실을 알지 못한 경우에는 그러하지 아니하다.
② 영업자의 지위를 승계하는 경우 폐업신고 전에 이루어진 행정제재처분의 효과는 그 행정처분일부터 1년간 영업자의 지위를 승계받은 자에게 승계되며 행정제재처분의 절차가 진행 중인 때에는 영업자의 지위를 승계받은 자에게 행정제재처분의 절차를 속행할 수 있다.

제3절 공법상 계약

제32조(공법상 계약) 행정주체가 다른 행정주체 또는 국민과 공법적 효과의 발생을 목적으로 체결하는 계약은 이 법의 규율을 적용한다.

제33조(공법상 계약의 허용성) 공법영역에 있어서의 법률관계는 법규에 반하지 않는 한, 계약에 의해 발생.변경 또는 취소될 수 있다. 특히 행정청은 행정행위에 대신하여 행정행위를 발하여야 할 당사자와 공법상 계약을 체결할 수 있다.

제34조(서면형식) 공법상 계약은 법규정에 다른 형식이 규정되어 있지 않은 한 서면으로 체결되어야 한다.

제35조(제3자와 행정청의 동의) ① 제3자의 권리를 제한하는 공법상 계약은 제3자가 서면으로 동의한 때 비로소 효력을 발생한다.
② 행정행위를 발령함에 있어 법규정에 의해 다른 행정청의 허가, 동의 또는 합의가 요구되는 행정행위 대신에 체결되는 공법상 계약은 다른 행정청이 전항에 규정된 형식으로 협력한 경우에야 비로소 효력이 발생한다.

제36조(특수한 경우의 계약의 조정과 해지) ① 계약내용 결정의 기준이 된 관계들이 계약체결후 중요한 점에서 변경되어 일방의 계약당사자에게 원래의 계약내용 대로의 이행을 요구할 수 없게 된 경우에는, 이러한 계약당사자는 변화된 관계에 적절하게 계약내용을 조정할 것을 요구할 수 있고, 조정이 불가능하거나 상대방에게 조정을 기대할 수 없는 경우에는 계약을 해지할 수 있다. 행정청은 중대한 공공복리에 대한 침해를 방지하거나 제거하기 위하여 계약을 해지할 수 있다.
② 해지는 법규정이 달리 규정하지 않는 한 서면으로 해야 한다. 해지는 그 사유가 제시되어야 한다.

제37조(법규정의 보충적 적용) 공법상 계약에 관하여 이 법의 규정과 모순되지 않는 한 이 법률의 다른 규정들도 적용된다. 민법전의 규정들은 보충적으로 적용된다.

제4절 그 밖의 행정작용

제38조(행정계획의 적용범위) ① 행정계획이라 함은 행정청이 일정한 행정활동을 위한 목표를 설정하고, 이를 달성하기 위한 수단을 종합·조정하는 행정활동을 말한다.
② 제1항의 행정계획에 대하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 의한다.

제39조 (행정계획의 입안·결정 등) ① 행정계획의 입안·결정에 관한 권한을 가진 주관 행정청(이하 “계획행정청”이라 한다)은 사업계획의 목적, 추진이유 및 배경, 근거와 내용, 도면과 설명서 등을 포함하여 사업계획안을 상세히 작성하여야 한다. 다만, 사업시행자가 계획행정청이 아닌 경우에는 사업계획안을 작성하여 계획행정청의 인가·허가·승인 등을 얻어야 한다.
② 계획행정청은 행정계획의 입안·결정에 있어서 관련된 제 이익을 정당하게 형량을 하여야 한다.

제40조 (관계 행정기관의 장과의 협의) ① 계획행정청은 사업계획안을 구체적으로 작성한 후 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.
② 이해관계가 있는 지방자치단체가 있는 경우 그 지방자치단체의 장의 의견을 수렴하여야 하며, 그 의견이 타당하다고 인정되는 때에는 그 의견을 사업계획안에 반영하여야 한다.

제41조 (열람 및 의견제출) ① 계획행정청은 사업계획안의 취지, 주요내용, 열람의 장소 및 기간, 의견제출절차 등을 관보·공보·일간신문·인터넷 홈페이지 등에 공고하여야 한다.
② 제1항의 경우 30일 이상 사업계획안을 열람할 수 있도록 하고, 의견제출기간은 60일 이상으로 한다. 다만, 필요한 경우에는 의견제출기간을 연장할 수 있다.
③ 계획행정청은 제2항에 따라 의견을 제출받은 때에는 그 이해관계인에게 2주일 이내에 그 처리 결과를 통지하여야 한다.

제42조 (청문 및 공청회) ① 계획행정청은 다른 법률에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우, 관계 행정기관이나 다수의 이해관계인이 청문을 요구하는 경우 그 밖에 계획행정청이 청문이 필요하다고 인정하는 경우에 청문을 실시하여야 한다.
② 제1항에 따라 청문을 실시하는 경우에는 행정절차법 제28조부터 제37조까지의 규정을 준용한다.
③ 계획행정청은 사업계획안의 전문적인 검토 및 심의를 위해 필요하다고 인정하는 때에는 공청회를 개최할 수 있다. 공청회에는 이해관계인, 관계 행정기관 및 관련 지방자치단체, 사업계획안에 관한 전문가 등이 참여하도록 한다.
④ 제3항에 따라 공청회를 실시하는 경우에는 행정절차법 제38조부터 제39조의2까지를 준용한다.

제43조 (행정계획의 확정 및 고시) ① 계획행정청은 사업계획안을 관보 또는 공보에 고시하고, 인터넷 홈페이지에 게재하여야 한다.
② 사업계획안은 제1항에 따른 고시가 있은 때에 확정된다.

③ 제2항에 따라 확정된 행정계획결정에 대하여 불복하는 경우에는 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

제44조(행정계획의 실효) ① 제○○조 제2항에 따라 확정된 행정계획이 정당한 사유 없이 해당 사업계획안에서 정한 기간 내에 집행되지 아니한 때에는 그 기간이 만료된 날의 다음 날에 그 효력을 상실한다.

제45조 (행정계획의 변경 및 폐지) ① 확정된 행정계획을 변경하는 경우에는 제○○조부터 제○○조까지의 규정을 적용한다.
② 확정된 행정계획을 변경·폐지하는 경우에는 이를 고시하여야 한다.
③ 제1항 또는 제2항에 따른 행정계획의 변경·폐지로 인하여 제3자의 권리나 이익을 침해하거나 불리한 영향을 주는 것을 피하기 위해 필요한 경우에는 원상회복이나 방지조치 등을 하여야 한다.
④ 제1항 또는 제2항에 따른 행정계획의 변경 또는 폐지로 인하여 국민의 재산상 손실이 발생할 경우에는 법률이 정하는 바에 따라 손실보상을 하여야 한다.

제46조 (확약) ① 행정청이 자기구속을 할 의도로 장래에 향하여 어떠한 행정행위의 발급을 하거나 하지 않을 것을 약속하는 행위(확약)는 서면으로 하여야 한다.
② 제1항의 경우에 법률의 규정에 따라 이해관계인의 청문, 다른 행정청의 승인·동의 등이 필요한 경우에는 미리 이해관계인의 청문이나 다른 행정청의 승인·동의 등을 얻어야 한다.
③ 확약의 취소에 대해서는 행정행위의 취소에 관한 제○○조, 확약의 철회에 대해서는 행정행위의 철회에 관한 제○○조를 준용한다.
④ 행정청은 확약의 기초가 되는 법적·사실적 상태가 변경된 경우에 행정청이 사후적 변경의 상황을 종합적으로 판단하여 확약을 할 수 없거나 확약을 해서는 아니 되는 경우에는 확약에 기속되지 아니 한다.

제47조 (정보제공) ① 정보제공이란 행정청이 자기구속의 의무 없이 행정청의 의사를 알려주는 행위를 말한다.
② 행정청이 정보의 제공 여부에 대해 결정을 내리는 것에 대해서는 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.
③ 행정청의 위법한 정보제공으로 인해 손해를 입은 경우에는 국가배상을 청구할 수 있고, 이에 대해 국가는 무과실책임을 진다.
④ 행정청의 적법한 정보제공으로 인하여 국민의 재산상 손실이 발생할 경우에는 법률이 정하는 바에 따라 손실보상을 하여야 한다.

제3장 행정집행 및 이의신청

[1안] 행정상 강제집행의 법률상 근거를 일반적으로 규율하는 방안

제48조(행정상 강제집행의 근거) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다) 또는 법률에 따른 행정청의 처분에 의한 공법상 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 행정청은 이 법에 따라 강제집행을 실시할 수 있다.

제49조(대집행) 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 목적으로 하는 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 행정청은 스스로 의무자가 하여야 할 행위를 하거나 또는 제삼자로 하여금 이를 하게 하여 그 비용을 의무자로부터 징수할 수 있다.

제50조(이행강제금) ① 타인이 대신하여 행할 수 없는 행위를 목적으로 하는 의무나 부작위 또는 수인을 목적으로 하는 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 행정청은 의무자에게 이행강제금을 부과할 수 있다.
② 타인이 대신하여 행할 수 있는 행위를 목적으로 하는 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 대집행으로 그 이행을 확보하기 곤란할 때에는 행정청은 의무자에게 이행강제금을 부과할 수 있다.

제51조(직접강제) 대집행이나 이행강제금으로 의무의 이행을 확보하기 곤란할 때에는 행정청은 의무의 이행을 위해 필요한 조치를 스스로 실행할 수 있다.

[2안] 행정상 강제집행의 법률상 근거는 개별법에 맡기는 방안

제ㅇㅇ조(행정상 강제집행의 근거) 법률(법률의 위임에 의한 명령, 지방자치단체의 조례를 포함한다. 이하 같다) 또는 법률에 따른 행정청의 처분에 의한 공법상 의무를 의무자가 이행하지 아니하는 경우 행정청은 법률에서 강제집행을 규정하고 있는 경우에 한하여 강제집행을 실시할 수 있다.

제ㅇㅇ조 (행정상 강제집행의 기본원칙) ① 행정상 강제집행은 그 목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 한다.
② 행정상 강제집행은 가능한 한 의무자가 스스로 그 의무를 이행하도록 유도하는 데 중점을 두어야 한다.

제ㅇㅇ조(행정상 강제집행의 절차) ① 행정상 강제집행을 하려함에 있어서는 미리 문서로써 계고하여야 한다.
② 계고는 의무를 부과하는 처분과 함께 할 수 있다.
③ 제1항에 따라 계고를 할 때에는 다음 각 호의 사항을 알려야 한다.
1. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
2. 행정상 강제집행의 원인이 되는 의무의 내용 및 법적 근거
3. 행정상 강제집행의 종류, 내용 및 법적 근거
4. 이행기한과 그 기한까지 이행되지 아니할 때에는 강제집행을 한다는 뜻
5. 그 밖에 필요한 사항
④ 제2항 제4호의 이행기한을 정함에 있어 행정청은 의무의 성질·내용 등을 고려하여 사회통념상 해당 의무를 이행하는 데 필요한 기간이 확보되도록 하여야 한다.

⑤ 제2항 제3호의 사항을 통지할 때 대집행의 경우에는 대집행에 요하는 비용의 개산에 의한 견적액을, 이행강제금의 경우에는 그 금액을 함께 알려야 한다.
⑥ 의무자가 계고를 받고 지정기한까지 그 의무를 이행하지 아니할 때에는 당해 행정청은 강제집행의 종류에 따라 다음 각 호의 사항을 통지하여야 한다.
1. 대집행
가. 대집행을 할 시기
나. 대집행을 시키기 위하여 파견하는 집행책임자의 성명
다. 대집행에 요하는 비용의 개산에 의한 견적액
라. 그 밖에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항
2. 이행강제금
가. 이행강제금의 금액
나. 납부기한
다. 수납기관
라. 그 밖에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항
3. 직접강제
가. 직접강제를 할 시기
나. 직접강제를 시키기 위하여 파견하는 집행책임자의 성명
다. 그 밖에 필요한 사항으로서 대통령령이 정하는 사항
⑦ 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 강제집행을 할 필요가 있을 때에는 제1항이나 제6항의 절차를 생략할 수 있다. 이 경우 강제집행이 종료된 즉시 절차를 생략한 사유와 제3항, 제6항 각 호의 사항을 통지하여야 한다.

제ㅇㅇ조 (이행강제금의 부과와 징수)
① 이행강제금은 의무가 이행될 때까지 반복하여 부과·징수할 수 있다.
② 이행강제금을 규정하는 법률에서는 1회에 부과할 수 있는 금액의 상한, 1년에 부과할 수 있는 횟수의 상한, 총 부과할 수 있는 횟수의 상한을 규정하여야 한다.

③ 의무자가 의무를 이행하면 이행강제금을 부과할 수 없다. 이 경우에도 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 한다.
④ 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 납부기한까지 내지 아니하면 「지방세외수입금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다.

제ㅇㅇ조(대집행, 직접강제의 실행) ① 행정청은 해가 뜨기 전이나 해가 진 후에는 대집행, 직접강제(이하 '대집행 등'이라 한다)를 하여서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 의무자가 동의한 경우
2. 해가 지기 전에 대집행 등을 착수한 경우
3. 해가 뜬 후부터 해가 지기 전까지 대집행 등을 하는 경우에는 대집행 등의 목적 달성이 불가능한 경우
4. 그 밖에 비상시 또는 위험이 절박한 경우
② 행정청은 대집행 등을 할 때 그 과정에서의 안전 확보를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 현장에 긴급 의료장비나 시설을 갖추는 등 필요한 조치를 하여야 한다.
③ 대집행 등을 하기 위하여 현장에 파견되는 집행책임자는 그가 집행책임자라는 것을 표시한 증표를 휴대하여 이해관계인에게 제시하여야 한다.
④ 대집행 등은 목적이 달성되면 즉시 그 집행을 중지하여야 한다.

제ㅇㅇ조(행정상 즉시강제) ① 행정청은 법률에서 사전에 의무를 부과하지 않고 직접 국민의 신체 또는 재산에 실력을 가할 수 있는 조치(이하 '행정상 즉시강제'라 한다)를 규정하는 경우에 한하여 행정상 즉시강제를 실시할 수 있다.
② 행정상 즉시강제는 미리 의무를 명할 시간적 여유가 없거나 그 성질상 의무를 명하여 가지고는 목적달성이 곤란한 경우에만 실시하여야 한다.
③ 행정상 즉시강제는 그 목적을 달성하는데 필요한 최소한의 범위 안에서 실시하여야 한다.
④ 행정상 즉시강제를 실시하기 위하여 현장에 파견되는 집행책임자는 그가 집행책임자라는 것을 표시한 증표를 휴대하여 이해관계인에게 제시하여야

한다.

제ㅇㅇ조(이의신청) ① 이 법에서 이의신청이란 처분을 한 행정청이 당사자 등의 신청에 의하여 다시 처분을 심사하도록 한 절차를 말한다.
② 이의신청에 관하여 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다.
③ 이의신청은 처분을 통지받은 날부터 30일 이내에 제기하여야 한다.
④ 이의신청은 다음 각 호의 사항을 적은 문서로 하여야 한다.
1. 신청인의 성명 및 주소(법인 또는 단체의 경우에는 그 명칭, 사무소 또는 사업소의 소재지와 대표자의 성명)와 연락처
2. 이의신청의 대상이 되는 처분
3. 이의신청의 취지 및 이유
4. 처분을 받은 날 및 처분의 내용
⑤ 행정청은 이의신청을 받은 날부터 상당한 기간 내에 그 이의신청에 대하여 결정하고 그 결과를 당사자 등에게 통지하여야 한다.
⑥ 이의신청을 한 자는 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 청구할 수 있다. 이 경우 이의신청을 하여 그 결과를 통지받은 자는 통지받은 날부터 90일 이내에 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 청구할 수 있다.
⑦ 행정청은 이의신청을 각하 또는 기각하는 결정을 한 경우에는 신청인에게 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다는 사실을 제 항에 따른 결과 통지와 함께 알려야 한다.

제4장 행정권한의 위임과 위탁

제52조(권한의 위임 및 위탁) ① 행정기관은 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 하급행정기관에 위이하거나 다른 행정

기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 개별법령이 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.

② 보조기관은 제1항에 따라 위임받은 사항에 대하여는 그 범위에서 행정기관으로서 그 사무를 수행한다.

③ 행정기관은 그 소관사무 중 일부를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

④ 위탁기관은 수탁기관의 수탁사무 처리에 대하여 지휘·감독하고, 그 처리가 위법하거나 부당하다고 인정될 때에는 이를 취소하거나 정지시킬 수 있다.

⑤ 행정기관의 장은 행정권한을 위임 및 위탁할 때에는 위임 및 위탁하기 전에 수임기관의 수임능력 여부를 점검하고, 필요한 모든 인력 및 예산을 이관하여야 한다.

제5장 벌칙