

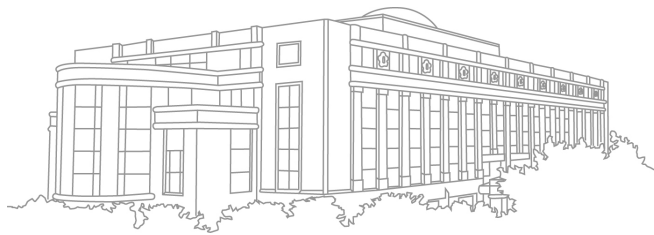
발 간 등 록 번 호

33-9750040-000443-01

헌법이론과 실무

2023-A-10

「행정기본법」에 관한 헌법적 고찰



Constitutional Research Institute



헌법재판소
헌법재판연구원



「행정기본법」에 관한 헌법적 고찰

연구책임자 : 김 찬 희 책임연구관(기본권연구팀)

목 차

I. 서론 / 1

- 1. 연구의 의의 및 필요성 1
- 2. 연구의 범위와 방법 3

II. 「행정기본법」 제정의 헌법적 의의 / 5

- 1. 「행정기본법」의 제정 5
 - 가. 입법취지 및 제정과정 5
 - 1) 입법취지 5
 - 2) 제정과정 6
 - 나. 주요내용 8
- 2. 법체계상의 의의 및 효력 10
 - 가. 서설 10
 - 나. 비교법적 검토 11
 - 1) 일본의 기본법 11
 - 2) 네덜란드의 「일반행정법전」 12
 - 다. 「행정기본법」의 법체계상의 의의 및 효력 15
 - 1) 의의 15
 - 2) 효력 : 입법자 구속 여부 16
- 3. 국민의 권리구제 기회 확대 17
 - 가. 이의신청제도 18
 - 1) 이의신청제도 일반화를 통한 국민의 권리구제 기회 확대 19
 - 2) 제소기간 특례조항을 통한 국민의 권리구제 기회 확대 19
 - 나. 처분의 재심사제도 21

1) 행정행위의 불가쟁력의 의미와 한계	21
2) 처분의 재심사제도에 의한 국민의 권리구제 기회 확대	22
4. 헌법원칙의 구체화	24
가. 구체화된 헌법으로서의 행정법	24
나. 「행정기본법」에서의 헌법원칙의 구체화	26
5. 법치행정의 구현	27
가. 서설	27
나. 적극행정 운영규정 등의 법적 근거 마련	28
다. 자동적 처분의 법적 근거 마련	29
라. 「법제업무 운영규정」의 법적 근거 마련	29

III. 「행정기본법」의 헌법적 쟁점 / 32

1. 체계정당성 확보 필요성	32
2. 처분의 재심사 제도의 헌법적 쟁점	34
가. 신청인적격 제한과 평등원칙	34
나. 재심사 대상 제한과 평등원칙	35
다. 처분을 유지하는 결과에 대한 불복 금지와 재판청구권·평등원칙·권력분립원칙	36
라. 재심사 사유 및 신청 내용에 관한 쟁점	37
1) 재심사 사유 및 신청 내용의 광범성과 법적 안정성	38
2) 근거법률에 대하여 위헌결정이 난 경우 처분의 재심사 허용 여부	40
3. 적극행정조항의 헌법적 쟁점	43
가. 적극행정의 의의	43
1) 적극행정 개념의 등장과 발전	43
2) 공직윤리로서의 적극행정 : 적극행정과 공익실현의무, 성실의무의 관계	47
나. 적극행정조항의 의의	48
1) 공직윤리의 법제화	48

2) 헌법적 근거의 유무	49
3) 적극행정의 주체	50
다. 적극행정과 법치행정	51
1) 적극행정과 법치행정의 긴장관계	51
2) 「행정기본법」상 적극행정조항의 평가	53
라. 적극행정조항과 법체계적 정합성	54
4. 입법법 형식의 규정과 의회민주주의	55
5. 학설과 판례에 의해 형성된 불문원칙의 불완전한 반영으로 인한 혼란	56
가. 행정의 법 원칙의 불완전한 명문화로 인한 혼란	57
1) 법치행정의 원칙(제8조)	57
2) 비례의 원칙(제10조)	58
3) 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조)	58
4) 신뢰보호의 원칙(제12조)	59
5) 부당결부금지의 원칙(제13조)	60
나. 소급입법금지원칙의 불완전한 명문화로 인한 혼란	62

V. 결론 / 64

■ 참고문헌	66
--------------	----

초 록

민주주의와 법치주의를 한 단계 더 발전시키는 교두보가 될 것이라는 기대를 받는 「행정기본법」은, 앞으로 그 한계점을 개선함으로써 통합적인 일반행정법전으로 발전해 나아가야 한다는 과제를 안고 있다. 「행정기본법」이 진정한 의미의 통합적 일반행정법전이 되기 위해서는, 헌법을 최고규범으로 하는 법체계 내에서의 체계적 정합성을 확보하고, 헌법합치적인 내용을 담아야 할 것이다. 이에 본 보고서에서는 헌법적 관점에서 「행정기본법」의 의의와 쟁점을 검토하였다.

「행정기본법」은 불문법원으로서 인정되거나 개별 법령에 단편적으로 규정되어 있던 행정법의 통칙에 해당하는 내용을 성문화·체계화한 것이다. 이러한 「행정기본법」은 국민의 권리구제 기회를 확대하고, 헌법원칙을 구체화하며, 법적 근거 없이 이루어지던 행정행위 및 제도의 법적 근거를 마련함으로써 법치행정을 구현하고 있다는 점에서 헌법적 의의를 갖는다.

한편, 「행정기본법」은 「행정절차법」 등 기존의 법률과의 관계에서 체계적 정합성이 확보될 필요가 있다. 그리고 법 제37조의 처분의 재심사 제도와 관련하여서는 재판청구권 침해 여부, 평등원칙·권력분립원칙 위배 여부, 처분의 근거법률에 대한 위헌결정이 처분의 재심사 사유에 해당하는지 여부 등이 관련 쟁점으로서 논의되어야 할 것으로 보인다. 법체계적 정합성과 법치행정원칙의 측면에서는 적극행정조항(제4조)과 입법자 자신이 만든 법률에 의하여 입법자가 구속을 받게 하는 소위 ‘입법법 형식의 규정’에 대한 비판론이 제기되고 있다. 마지막으로, 「행정기본법」은 학설과 판례에 의해 형성된 불문원칙을 불완전하게 반영함으로써 혼란을 야기하고 있다는 점에서 개선이 필요하다.

현재 「행정기본법」의 한계와 개선방안에 관한 연구가 끊임없이 이루어지고 있고, 이러한 논의를 반영하여 「행정기본법」을 개정하기 위한 노력도 활발하게 이루어지고 있다. 이러한 학계와 실무계의 노력을 통해 「행정기본법」이 통합적 일반행정법전으로 발전해 나아가갈 것을 기대해본다.

주제어: 행정기본법, 체계정당성, 법치행정, 행정의 법 원칙, 처분의 재심사, 적극행정조항, 통합적 일반행정법전

I. 서론

1. 연구의 의의 및 필요성

「행정기본법」은, ‘행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함’을 목적으로 2021년 3월 23일에 제정·시행되었다.¹⁾²⁾ 이는 학설과 판례로 정립된 행정법의 일반원칙을 명문화하고 개별법에 흩어져 있는 공통 제도를 체계화함으로써 행정법의 해석·적용에 있어서의 혼란을 최소화하기 위해 이루어진 논의의 결과로서 제정된 것이었다.³⁾ 행정법제를 체계화하기 위해 행정법의 통칙적인 규정을 성문화하여야 한다는 데에는 학계와 실무계 모두에서 의견이 일치하였고, 그러한 기대 속에 「행정기본법」이 제정된 것이다.

위와 같은 「행정기본법」은, 우리의 민주주의와 법치주의를 한 단계 더 발전시키는 커다란 발판이 될 성과이며 헌법원칙을 행정의 법 원칙(제2장)으로 명문화함으로써 헌법과 행정법의 연결고리로서의 역할을 한다는 평가를 받는다. 또한 「행정기본법」은 행정법 이론과 도그마틱을 성문화(成文化)하고자 한 행정법학계의 이상향을 이룬 결과물이라고 일컬어지기도 하며,⁴⁾ 「행정기본법」의 제정으로 관련 쟁점들에 대한 학계와 실무계의 논의가 활발해져 행정법의 발전을 이루는 시작점이 될 것이라고 이야기되기도 한다. 그러나 다른 한편으로는, 행정법의 일반적인 사항을 총칙적으로 규정하는 법률의 간절한 필요성에도 불구하고, 충분한 의견수렴과 숙의과정이 결여된 채 「행정기본법」이라는 결과물이 만들어지면서 많은 문제가 발생하였음을 지적하는 견해가 제기되고 있고,⁵⁾ 위헌적 요소

- 1) **행정기본법 제1조(목적)** 이 법은 행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함을 목적으로 한다.
- 2) 부칙 제1조는 일부 조문이 공포 후 6개월 또는 2년이 경과한 날로부터 시행되도록 규정하고 있다.
- 3) 김유환, 현대 행정법 추록(행정기본법 해설), 박영사, 2021, 3면; 김중권/김영수, 21세기 국가모델을 위한 가치 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁, 공법연구, 제41집 제3호, 2013, 45면; 박정훈(朴貞勳), 행정기본법과 행정법학의 과제 : 인식·운용·혁신, 2021. 4. 10. 행정법이론실무학회 학술대회 기초발표문, 2면; 이은상, 통합적 일반행정법전의 실현을 위한 법제 정비 방향, 행정법연구, 제67호, 2022, 2면 참조.
- 4) 이은상, 통합적 일반행정법전의 실현을 위한 법제 정비 방향, 행정법연구, 제67호, 2022, 2면 참조.
- 5) 신정규, 「행정기본법」의 규율내용에 대한 헌법적 평가 - 법치국가원리와 적법절차원리를 중심으로 -, 국가법연구, 제18집 제3호, 241면; 홍완식, 「행정기본법」에 대한 입법평론, 국가법연구, 제17집 제3호, 2021, 17면 참조.

가 다수 포함되어 있다는 비판을 받고 있기도 하다.⁶⁾

위와 같은 「행정기본법」에 대한 평가를 종합하여 보면, 「행정기본법」은 행정실체법 분야에서의 법의 일반원칙 및 일반규정을 종합적으로 담은 최초의 입법으로서, 향후 실무와 이론을 견인할만한 의미 있는 법률임은 분명하나, 개선이 필요한 한계점을 다수 포함하고 있는 것으로 보인다.⁷⁾ 「행정기본법」은 앞으로 이러한 한계점을 개선함으로써 본래의 목적과 기대에 부합하는 방향으로 발전해 나아가야 한다는 과제를 안고 있는 것이다. 공법학자들은, ① 법률의 제·개정안의 성안이 사회적 이슈가 된 경우에는 연구용역 수주, 연구보고서 작성, 외국 법제의 조사·분석, 법률안의 이론적 체계 제공, 구체적 초안 제시, 법률안 성안을 위한 위원회 참여, 법률 제정 관련 토론회 참석과 의견 제시 등의 역할을 하고, ② 법률이 제정된 후에는 그 해석을 둘러싼 구체적인 연구로서 판례 평석과 개별 연구를 통해 문제점을 지속적으로 제기하고 법률의 개정 방안을 구체적으로 제시하여 개정을 요구하며, ③ 법률의 개정 작업이 완료되면, 개정된 법률을 비판적 시각에서 바라보면서 해당 법률이 사회의 변화에 적절히 대응하고 국민의 권리구제에 충실한 역할을 담당하는지 등을 지속적으로 감시하며 연구 결과를 축적해야 한다.⁸⁾ 이에 따라 「행정기본법」이 제정된 이래로 공법학계에서는 그 의의와 한계에 대한 논의가 그 어느 때보다 활발하게 진행되어 왔다. 또한 「행정기본법」 개정을 위한 논의 역시 활발하게 이루어졌고, 현재 3건의 의원발의 일부개정법률안이 입안되고 1건의 정부발의 일부개정법률안이 입법예고 되었다(법제처공고 제2023-133호).

「행정기본법」이 제정되고 3년여의 시간이 흐른 지금, 「행정기본법」에 관한 논의는 중국에는 통합적 일반행정법전(一般行政法典)을 마련하는 것을 목표로 「행정기본법」이 갖는 한계점들을 개선해나아가야 한다는 것으로 귀결되고 있는 것으로 보인다. 「행정기본법」

-
- 6) 김용섭, 행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의, 인권과 정의, 제491호, 2020, 4-7면; 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 합의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 1-46면; 김현준, 행정기본법의 혼돈·분열·위헌문제, 저스티스, 통권 제188호, 2022, 238-264면; 박정훈(朴貞勳), 행정기본법과 행정법학의 관계: 인식·운용·혁신, 행정법이론실무학회 제260회 정기학술발표회 자료집, 2021, 11면; 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 23면; 이정민, 법관의 입장에서 바라본 행정기본법 - 행정소송실무의 관점에서, 제48회 한국행정법학회 정기학술대회 자료집, 2021, 165-166면 참조.
 - 7) 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 2면 참조.
 - 8) 오준근, 행정절차법·행정쟁송법의 제·개정과 공법학자의 역할, 공법연구, 제44집 제1호, 2015, 302-303면; 이은상, 통합적 일반행정법전의 실현을 위한 법제 정비 방향, 행정법연구, 제67호, 2022, 3면 각주 3에서 재인용.

이 행정법제 전반에 적용되는 진정한 의미의 통합적 일반행정법전으로 발돋움하기 위해서는 먼저 「행정기본법」이 헌법을 최고규범으로 하는 법체계 내에서 체계적 정합성을 확보해야 할 것이다. 그리고 그 내용 역시 헌법에 부합하게 구성되어야 할 것이다. 이를 위하여 현행 「행정기본법」의 헌법적 의의와 관련 쟁점들이 검토될 필요가 있다. 이에 본 보고서에서는 헌법적 관점에서 「행정기본법」의 의의와 관련 쟁점을 검토한다.

2. 연구의 범위와 방법

「행정기본법」을 헌법합치적으로 해석·적용하고, 더 나아가 헌법적 가치를 올바르게 구현하는 진정한 의미의 통합적 일반행정법전으로 발돋움하게 하기 위해서는, 「행정기본법」 전반에 대한 헌법적 고찰이 심도 있게 이루어질 필요가 있다. 이에 본 연구에서는 「행정기본법」의 헌법합치적 해석·적용 및 개정에 있어서 예상되는 쟁점과 고려해야 할 사항 등에 대하여 고찰해보고자 한다.

II장에서는 「행정기본법」의 입법취지 및 제정과정을 살펴보고, 「행정기본법」의 주요 내용과 헌법적 의의를 확인한다. 「행정기본법」의 헌법적 의의를 검토함에 있어서는 ① 먼저 「행정기본법」의 법체계상의 의의와 효력을 확인하기 위하여, 우리 법체계상의 ‘기본법’이 계수한 것으로 여겨지는 일본의 ‘기본법’의 의의와 효력을 살펴볼 것이다. 그리고 우리 「행정기본법」이 모델로 삼았다고 이야기되는 네덜란드 「일반행정법전」의 의의와 효력을 비교법적으로 검토함으로써, 우리 「행정기본법」의 법체계상 의의와 효력을 좀 더 명확하게 이해하고자 한다. ② 다음으로, 국민의 권리구제 기회 확대의 의미를 갖는 「행정기본법」상의 처분의 재심사제도(제37조)와 이의신청제도(제36조)를 살펴본다. ③ 세 번째로 「행정기본법」이 헌법원칙을 구체화한 모습을 확인한다. ④ 그리고 마지막으로 법치행정을 구현하는 「행정기본법」상의 조항을 검토하고자 한다.

III장에서는 「행정기본법」에 관한 헌법적 쟁점을 구체적으로 검토한다. ① 첫 번째로 「행정기본법」의 체계정당성 확보 필요성을 확인하고, ② 처분의 재심사제도에 있어서 문제되는 헌법원칙과 기본권을 검토한다. 그리고 ③ 적극행정과 법치행정의 긴장관계를 중심으로 적극행정조항에 관한 헌법적 쟁점을 살펴보고자 한다. ④ 네 번째로 소위 입법법형식의 규정이 의회민주주의의 기본정신에 원칙적으로 반한다고 보는 위헌론에 대하여 고찰해보고자 한다. ⑤ 마지막으로, 학설과 판례에 의해 형성된 불문원칙이 「행정기본법」

에 불완전하게 반영됨으로 인해 발생하는 혼란에 어떤 것이 있는지를 확인한다. 특히, 행정의 법 원칙이 불완전하게 명문화 됨으로 인해 우려되는 혼란과 소급입법금지원칙에 관한 판례이론이 불완전하게 반영됨으로 인해 발생하는 혼란을 살펴보고자 한다.

II. 「행정기본법」 제정의 헌법적 의의

1. 「행정기본법」의 제정

가. 입법취지 및 제정과정

1) 입법취지

「행정기본법」이 제정되기 이전에는, 민사·형사·상사 등 다른 법영역과 달리, 행정법의 통칙에 해당하는 성문법이 존재하지 않았다. 행정법체계는 다수의 개별 법령과 관습법·조리·일반원칙 등의 불문법원(不文法源)으로 구성되었다. 그리고 행정법의 통칙에 해당하는 내용은 불문법원으로서 인정되거나 개별 법령에 단편적으로 규정되었다. 이처럼 성문(成文)의 통칙규정이 부재하는 행정법체계하에서 행정법령은, 불문법원이 개별 행정법 영역에서 법령으로 수용되고 이를 다시 학설 및 판례가 수정·보완하는 과정 속에서 발전하였다.⁹⁾ 행정법의 일반원칙 대부분이 학설과 판례에 의해 발전되어 온 것이다.

국가법령 중 거의 대부분을 차지한다고 할 수 있을 정도로 많은 수의 행정법령¹⁰⁾에 적용되는 통칙에 해당하는 내용이 성문화(成文化)되어 있지 않고 불문법원으로서 적용되는 것에 대하여, 법적 불안정성을 초래하며 법치행정의 실현과 국민의 권익구제를 저해하고 공동체도의 체계화를 방해하는 등 행정법체계에 혼란을 야기한다는 우려가 꾸준히 제기되었다.¹¹⁾ 그리고 일선 공무원과 국민들이 복잡한 행정법체계를 이해하기 어렵고, 개별법마다 유사한 제도를 다르게 규정하고 있어 하나의 제도 개선을 위하여 수백 개의 법률을 정비해야 한다는 것이 문제점으로 지적되기도 하였다.¹²⁾ 이에 학설과 판례로 정

9) 정연부, 행정법의 성문화 과정상 속의 적정성 검토 - 행정기본법 제정 과정을 중심으로 -, 홍익법학, 제42권 제1호, 2023, 637면 참조.

10) 「행정기본법」 제정 당시 우리나라의 시행 법령 총 5,000여 개 중 행정법령이 4,600여 개에 달하여 국가법령의 대부분을 차지하였다. 홍정선, 행정기본법 해설, 박영사, 2022, 3면 각주 1; 홍종현, 행정기본법 제정의 헌법적 의미와 발전방안 : 헌법 원칙의 행정법을 통한 구체화의 체계, 공법학연구, 제22권 제2호, 2021, 66면 각주 1 참조.

11) 정하중, 행정기본법 제정안에 대한 소고, 법제, 2020, 7면; 정연부, 행정법의 성문화 과정상 속의 적정성 검토 - 행정기본법 제정 과정을 중심으로 -, 홍익법학, 제42권 제1호, 2023, 637면 참조.

12) 「행정기본법」 제정이유 참조.

립된 행정법의 일반원칙을 명문화하고 개별법에 흩어져 있는 공통 제도를 체계화하여 혼란을 최소화하고자 행정법의 통칙적인 규정을 성문화하기 위한 논의가 지속되어 왔고, 그러한 논의의 산물로서 「행정기본법」이 제정되었다.¹³⁾ 「행정기본법」 제1조는 “이 법은 행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함을 목적으로 한다”고 규정함으로써 이와 같은 입법취지를 명시하였다.

2) 제정과정

행정법의 통칙규정을 마련하기 위한 노력의 일환으로, 1960년대부터 「행정절차법」 제정을 위한 논의가 이루어졌고, 1996년 12월 총 7장(총칙, 처분, 신고, 행정상 입법예고, 행정예고, 행정지도, 부칙)으로 구성된 「행정절차법」이 제정·공포되었다.¹⁴⁾ 그리고 기본권의 실효적 보장을 위해 실제적 요소를 포함하는 방향으로 「행정절차법」을 개정하기 위한 논의가 계속되었으나, 「행정절차법」 소관부처인 행정안전부(당시 행정자치부)가 소극적인 태도를 보이는 등의 사유로 지지부진한 상태가 계속되면서, 법제처 주도로 「행정기본법」 제정에 관한 논의가 이루어지기 시작하였다.¹⁵⁾

위와 같은 논의 끝에, 「행정기본법」은 법제처 주도의 정부입법으로 제정되었다. 법제처는 2019. 9. 4. 대통령훈령을 제정하고 ‘행정법제 혁신 추진단’을 발족하였는데, 추진단은 자문안 마련을 위해 ① 행정법의 일반원칙 등을 다루는 제1분과, ② 처분에 관한 기본법리를 다루는 제2분과, ③ 제재처분 및 기타 행정작용을 다루는 제3분과로 구성된 자문위원회를 구성하였다.¹⁶⁾ 각 분과위원회는 담당 주제별로 논의안을 마련하였고, 논의안에 대한 운영위원회의, 분과위원회 간 쟁점사항 협의 조정을 위한 합동분과회의, 고문 간담회에서의 논의를 거쳐 자문안 초안이 마련되었다.

13) 김유환, 현대 행정법 추록(행정기본법 해설), 박영사, 2021, 3면; 김중권/김영수, 21세기 국가모델을 위한 가치 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁, 공법연구, 제41집 제3호, 2013, 45면; 박정훈(朴貞勳), 행정기본법과 행정법학의 과제 : 인식·운용·혁신, 2021. 4. 10. 행정법이론실무학회 학술대회 기초발표문, 2면; 이은상, 통합적 일반행정법전의 실현을 위한 법제 정비 방향, 행정법연구, 제67호, 2022, 2면 참조.

14) 배병호, 행정기본법의 평가와 과제, 성균관법학, 제33권 제2호, 2021, 484-485면 참조.

15) 배병호, 행정기본법의 평가와 과제, 성균관법학, 제33권 제2호, 2021, 484-485면 참조.

16) 자문위원회는 교수, 판사, 공무원 등 50명으로 구성되었다. 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 2-3면 참조.

법제처는 2020년 3월부터 정부입법절차에 착수하여, 입법예고·권역별 공청회·공무원 대상 설명회·부처협의·재입법예고 및 재재입법예고를 거쳐 「행정기본법」 정부안을 마련하였는데, 이 과정에서 일부 조문은 행정안전부 등 관련 부처의 의견에 따라 삭제되거나 조정되었다.¹⁷⁾ 정부는 총 4장, 43개 조문으로 구성된 「행정기본법」 정부안을 2020. 7. 8. 국회에 제출하였고, 정부안은 2020. 7. 9. 국회 법제사법위원회에 회부되어 2020. 9. 21. 법제사법위원회 전체회의에 상정되었으며, 2021. 2. 24. 소위심사를 통과하고, 2021. 2. 25. 제384회 국회 법제사법위원회 제4차 전체회의에서 수정가결 되었다.¹⁸⁾ 그리고 2021. 2. 26. 제384회 국회(임사회) 본회의에서 재석 256인 중 찬성 252인, 반대 1인, 기권 3인으로 법제사법위원회 수정안대로 가결되었다.¹⁹⁾ 이로써 2019. 7. 2. 제정 계획이 국무회의에서 보고되고 약 1년 8개월만인 2021. 3. 23. 「행정기본법」이 공포·시행되었다.²⁰⁾

〈행정기본법 제정 추진경과²¹⁾〉

- 2019. 7. 2. 「행정기본법」 제정 계획 국무회의 보고
- 2019. 9. 4. 행정법제 혁신 추진단의 설치 및 운영에 관한 규정(대통령 훈령) 공포·시행 / 행정법제 혁신 추진단의 설치
- 2019. 9. 5. 행정법제 혁신 자문위원회 위촉
- 2019. 9. ~ 2020. 2. 자문위원회 논의 및 실무논의를 통한 행정기본법 초안 마련
- 2020. 3. 6. ~ 2020. 4. 25. 행정기본법안 입법예고
- 2020. 3. ~ 2020. 5. 권역별공청회(3회) 관계기관 설명회(1회) 실시
- 2020. 6. 22. ~ 2020. 6. 30. 재입법예고 및 추가입법예고
- 2020. 7. 7. 행정기본법안 국무회의 상정

17) 자문위원회의 자문안이 정부입법단계와 국회심사단계를 거치면서 삭제·수정된 내용에 관하여는 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 3-4면 참조.

18) 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 4면 참조.

19) 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 5면 참조.

20) 네덜란드의 경우 1983년에 ‘행정법 일반규율의 입법화를 위한 위원회’가 설립되고 1994년에 이르러서야 「일반행정법전」이 제정되었고, 미국과 독일의 경우도 「연방행정절차법」 제정을 두고 오랜 시간 긴 논쟁을 하였던 것과 비교하여 볼 때, 우리 「행정기본법」은 충분한 논의를 거치지 않은 상태에서 제정되었다는 비판이 제기되기도 한다. 반면에, 「행정기본법」 제정에 관한 논의가 이루어지던 당시에, 미국과 독일의 경우와 우리의 상황에는 큰 차이가 있음을 지적하면서, 우리의 경우에는 「행정기본법」이 조속히 제정될 필요가 있다고 보는 견해가 주장되기도 하였다. 이진수, 행정기본법 제정의 의미와 평가, 법제연구, 제59호, 2020, 21-22면 참조.

21) 법제처 홈페이지(<https://www.moleg.go.kr/menu.cs?mid=a10111010000> 검색일: 2023. 9. 23.)

- 2020. 7. 8. 행정기본법 정부안 국회 제출
- 2020. 9. 21. 행정기본법안 법제사법위원회 전체회의 상정
- 2021. 2. 25. 행정기본법안 법제사법위원회 수정가결
- 2021. 2. 26. 행정기본법안 국회 본회의 통과
- 2021. 3. 16. 행정기본법안 국무회의 통과
- 2021. 3. 23. 「행정기본법」 공포 및 시행

나. 주요내용

「행정기본법」은 4개의 장과 40개의 조문으로 제정되었고, 이후 1차례 개정을 통해 행정에 관한 나이의 계산 및 표시에 관한 규정인 제7조의2가 신설되었다. 제1장은 총칙을 규정한 장으로, ‘제1절 목적 및 정의 등’(제1조 ~ 제5조)과 ‘제2절 기간의 계산’(제6조 ~ 제7조)으로 구성되었고, 행정의 법 원칙에 관한 장인 제2장은 법치행정의 원칙(제8조), 평등의 원칙(제9조), 비례의 원칙(제10조), 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조), 신뢰보호의 원칙(제12조), 부당결부금지의 원칙(제13조)으로 구성되었다. 행정작용에 관한 장인 제3장은 처분에 관한 규정으로 구성된 제1절(제14조 ~ 제23조)과 인허가의제에 관한 규정으로 구성된 제2절(제24조 ~ 제26조), 공법상 계약에 관한 제3절(제27조), 과징금에 관한 제4절(제28조 ~ 제29조), 행정상 강제에 관한 제5절(제30조 ~ 제33조)로 구성되어 있다. 마지막으로 행정의 입법활동 등에 관한 장인 제4장은 행정의 입법활동(제38조), 행정법제의 개선(제39조), 법령해석(제40조)에 관한 조항으로 구성되어 있다.

각 조문의 제정 의미 내지 기능을 기준으로 「행정기본법」의 조문들을 유형화해보면, 「행정기본법」은 ① 법의 해석 기준이 되는 조문과 ② 명령·규칙 등의 하위 법령이나 제도의 법적 근거를 마련하기 위해 규정된 조문, ③ 행정 관련 개별 입법의 가이드라인이 되는 조문, ④ 다수의 개별 법령에 규정되어 있는 제도의 일반적 근거 및 기준이 되는 조문, ⑤ 기존의 학설·판례·실무관행을 명문화한 조문, ⑥ 국민의 권리구제 기회 확대를 위해 새로운 제도를 도입한 조문으로 나누어 볼 수 있다. 각 유형에 해당하는 조문은 아래와 같다.

①	제1조(목적), 제2조(정의)
②	제4조(행정의 적극적 추진), 제20조(자동적 처분), 제38조(행정의 입법활동), 제39조(행정법제의 개선), 제40조(법령해석)
③	제5조(다른 법률과의 관계), 제16조(결격사유), 제22조(제재처분의 기준), 제28조(과징금의 기준), 제31조(이행강제금의 부과), 제38조(행정의 입법활동)
④	제6조(행정에 관한 기간의 계산), 제17조(부관), 제24조(인허가의제의 기준), 제25조(인허가의제의 효과), 제26조(인허가의제의 사후관리 등), 제28조(과징금의 기준), 제29조(과징금의 납부기한 연기 및 분할 납부), 제30조(행정상 강제), 제31조(이행강제금의 부과), 제32조(직접강제), 제33조(즉시강제), 제34조(수리 여부에 따른 신고의 효력), 제35조(수수료 및 사용료), 제36조(처분에 대한 이의신청)
⑤	제3조(국가와 지방자치단체의 책무), 제7조(법령등 시행일의 기간 계산), 제8조(법치행정의 원칙), 제9조(평등의 원칙), 제10조(비례의 원칙), 제11조(성실의무 및 권한남용금지의 원칙), 제12조(신뢰보호의 원칙), 제13조(부당결부금지의 원칙), 제14조(법 적용의 기준), 제15조(처분의 효력), 제18조(위법 또는 부당한 처분의 취소), 제19조(적법한 처분의 철회), 제21조(재량행사의 기준), 제22조(제재처분의 기준), 제23조(제재처분의 제척기간), 제27조(공법상 계약의 체결), 제30조(행정상 강제), 제31조(이행강제금의 부과), 제32조(직접강제), 제33조(즉시강제), 제34조(수리 여부에 따른 신고의 효력), 제39조(행정법제의 개선)
⑥	제36조(처분에 대한 이의신청), 제37조(처분의 재심사)

법제처가 2021년 12월에 발행한 ‘행정기본법 해설서’에서는 각 조문의 목적이 무엇인지를 기준으로 「행정기본법」 조문을 유형화하여 주요내용을 설명하고 있다.²²⁾ 이에 따르면, 「행정기본법」 조문은 ① 국민의 법집행 예측가능성 제고에 관한 규정과 ② 국민의 권리구제 확대를 위한 규정, ③ 적극행정 및 규제혁신 촉진을 위한 규정, ④ 행정의 효율성 및 통일성 제고를 위한 규정으로 나누어진다. ‘행정기본법 해설서’에 제시된 각 유형에 해당하는 조문은 아래와 같다.

①	<ol style="list-style-type: none"> 1. 행정의 법 원칙 명문화 : 제8조(법치행정의 원칙), 제9조(평등의 원칙), 제10조(비례의 원칙), 제11조(성실의무 및 권한남용금지의 원칙), 제12조(신뢰보호의 원칙), 제13조(부당결부금지의 원칙) 2. 처분의 취소 및 철회 근거 마련 : 제18조(위법 또는 부당한 처분의 취소), 제19조(적법한 처분의 철회)
---	--

22) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 28-32면.

②	1. 제재처분의 제척기간 제도의 도입 : 제23조(제재처분의 제척기간) 2. 처분에 대한 이의신청 기회 확대 : 제36조(처분에 대한 이의신청) 3. 처분의 재심사 제도의 도입 : 제37조(처분의 재심사) 4. 법령해석 제도의 법률적 근거 마련 : 제40조(법령해석)
③	1. 적극행정 의무의 명시 : 제4조(행정의 적극적 추진) 2. 수리가 필요한 신고의 효력 발생시점의 명확화 : 제34조(수리 여부에 따른 신고의 효력)
④	1. 신법·구법의 적용기준의 명확화 : 제14조(법 적용의 기준) 2. 유사·공통제도의 체계화 : 제24조(인허가의제의 기준), 제25조(인허가의제의 효과), 제26조(인허가의제의 사후관리 등), 제28조(과징금의 기준), 제29조(과징금의 납부 기한 연기 및 분할 납부), 제30조(행정상 강제), 제31조(이행강제금의 부과), 제32조(직접강제), 제33조(즉시강제), 제34조(수리 여부에 따른 신고의 효력) 3. 공법상 계약의 법적 근거 마련 : 제27조(공법상 계약의 체결)

2. 법체계상의 의의 및 효력

가. 서설

「행정기본법」은 ‘기본법’(基本法)이라는 명칭을 사용하고 있다. 현행 법률 중 법률명에 ‘기본법’이라는 표현이 포함되어 있는 법률이 총 74개에 이르고 있지만,²³⁾ 우리 법질서에서 ‘기본법’이라는 명칭을 사용하는 법률이 갖는 의미와 효력이 무엇인지는 분명하지 않다.²⁴⁾ 헌법을 최고규범으로 하는 전체 법체계 내에서 기본법이 어떠한 위상과 효력을 가지고 있고 그 규범적 의미가 구체적으로 무엇인지에 대한 해명이 학설이나 판례에 의하여 명확하게 이루어지지 않고 있다.²⁵⁾

이러한 상황에서 제정된 「행정기본법」의 법체계상의 의의 및 효력에 대하여도 의문이 제기되고 있다. 이와 관련하여, 우리 법체계상의 소위 ‘기본법’은 일본의 기본법이라는 입법유형을 계수한 것이라고 이야기되기도 하고,²⁶⁾ 우리 「행정기본법」은 네덜란드의 「일

23) 1966년 「중소기업기본법」이 제정된 이래로, ‘기본법’이라는 명칭을 사용하는 법률의 수는 계속 늘어나고 있는 것으로 보인다. 2006년 당시 43개의 기본법의 현황 및 입법연혁을 분석한 문헌으로 박영도, 기본법의 입법모델연구, 연구보고 06-03, 한국법제연구원, 2006, 34-117면 참조.

24) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2023, 26면 참조.

25) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2023, 26면 참조.

26) 김현준, 기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류, 법조, 제68권 제4호, 2019, 9면; 박정

반행정법전」 모델(통합법 모델)에서 출발하였으나 「행정절차법」과 「행정심판법」의 규율내용을 제외하고 있다는 점에서 통합법적 성격이 약화된 것으로 이해해야 한다는 견해도 주장되고 있다.²⁷⁾ 이에 이하에서는 일본의 기본법과 네덜란드 「일반행정법전」을 살펴보고자 한다. 그리고 이를 토대로 우리 「행정기본법」이 전체 법체계에서 갖는 의의와 효력이 무엇인지, 즉 ‘구체화된 헌법으로서의 행정법’(Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht)과 ‘최고규범인 헌법의 하위규범으로서의 행정법’의 관점에서 볼 때, 「행정기본법」이 갖는 규범적 의의가 무엇인지를 검토해보고자 한다.

나. 비교법적 검토

1) 일본의 기본법

가) 의의

일본의 기본법은 “국정에 중요한 비중을 가지는 분야에 대하여 국가의 제도, 정책, 대책에 관한 기본방침·원칙·준칙·대강을 명시한 것”²⁸⁾ 또는 “국정의 중요분야에 대하여 추진해야 하는 시책의 기본적인 이념이나 방침을 명확하게 함과 동시에 시책의 추진체제 등에 대하여 정하는 것”²⁹⁾이라고 정의된다. 그리고 그 특질로는 ① 헌법과 개별법을 연결하는 것으로서 헌법 이념을 구체화하고 보완하는 역할을 한다는 점과 ② 국가의 제도·정책에 관한 이념과 기본방침을 보여주고 그에 따른 조치를 강구할 것을 규정한다는 점, ③ 비완결적·방침적·프로그램적 성격을 갖는 규범으로, 국민의 권리·의무에 직접적으로 영향을 주는 규율로서의 성격이 매우 약하며, 재판규범으로서 기능하는 경우도 거의 없다는 점, ④ 별칙에 관한 규정을 두는 경우가 거의 없다는 점을 들 수 있다.³⁰⁾ 이와 같은 정의와 특질을 종합하여 보면, 일본의 기본법은 ‘일반적으로 국정의 중요한 비중을 차지하는 분야에 대해서 국가의 제도·정책 등에 관한 기본방침·프로그램·대강을 명시한 것

훈, 입법체계상 기본법의 본질에 관한 연구 - 일본의 기본법을 중심으로 -, 법조, 제58권 제12호, 2009, 272면 참조.

27) 김대인, 행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰, 법제연구, 제59호, 2020, 38면.

28) 일본의 참의원법제국(參議院法制局)이 내린 정의이다. 김현준, 기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류, 법조, 제68권 제4호, 2019, 10면 참조.

29) 일본의 중의원법제국(衆議院法制局)이 내린 정의이다. 김현준, 기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류, 법조, 제68권 제4호, 2019, 10면 참조.

30) 김현준, 기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류, 법조, 제68권 제4호, 2019, 12-13면 참조.

으로, 국민의 권리·의무에 직접적인 영향을 미치는 규정을 마련하지 않은 법률'이라고 말할 수 있다.³¹⁾

나) 효력 : 우월적 효력 인정 여부

기본법의 효력과 관련하여 가장 문제되는 것은 기본법이 다른 법률에 대하여 상위법으로서 우월적인 효력을 갖는지 여부이다. 일본의 기본법은 전반적으로 국가의 제도나 정책에 대한 기본 방침이나 방향·틀에 대해 규정하면서, 그러한 방침 등을 실현하기 위한 법제상의 조치(이하 '실시법률'이라 한다)를 강구하도록 규정하고 있다.³²⁾ 이에 기본법이 실시법률에 대하여 일종의 지도적·우월적·유도적·지침적 역할을 한다는 의미에서 우월적 효력을 갖는 것으로 여겨진다.³³⁾ 다만, 이러한 우월적 효력은 실질적·사실적 효력으로서만 인정되며, 형식적 효력에 있어서 우월성이 인정되는 것은 아니다. 다시 말해, 헌법이 법률의 상위법으로서 우선하거나 특별법이 일반법에 우선하고(특별법 우선의 원칙) 신법이 구법에 우선하는(신법 우선의 원칙) 것과 같은 형식적 효력의 우월이 인정되는 것은 아니다.³⁴⁾ 따라서 일본의 기본법에 인정되는 우월적 효력은 실시법률이 가능한 기본법 제정 취지에 부합하게 해석·적용될 것이 요청된다는 정도의 의미를 갖는 것에 그치며, 기본법은 실시법률 등 기본법 이후에 제정되는 법률을 제정하는 입법자를 구속하지 않는다. 이에 일본의 법제실무에서 기본법이라는 입법형식은, '내용의 기본성·일반성을 근거로 하여 실재상 우월적으로 취급되는 경향이 있으나, 법적 의미는 없고 정치적인 의미만을 갖는 것'이라고 평가된다.³⁵⁾

2) 네덜란드의 「일반행정법전」

가) 의의

네덜란드는 행정법 전체의 일반법을 조문화한 통합법전인 「일반행정법전」(Algemene wet bestuursrecht)을 제정하여 1994. 1. 1. 시행하였다. 네덜란드의 「일반행정법전」은 법

31) 박정훈, 입법체계상 기본법의 본질에 관한 연구 - 일본의 기본법을 중심으로 -, 법조, 제58권 제12호, 2009, 295면 참조.

32) 박영도, 기본법의 입법모델연구, 연구보고 06-03, 한국법제연구원, 2006, 217면 참조.

33) 김현준, 기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류, 법조, 제68권 제4호, 2019, 14면; 박영도, 기본법의 입법모델연구, 연구보고 06-03, 한국법제연구원, 2006, 217면 참조.

34) 김현준, 기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류, 법조, 제68권 제4호, 2019, 14면; 박영도, 기본법의 입법모델연구, 연구보고 06-03, 한국법제연구원, 2006, 217면 참조.

35) 박영도, 기본법의 입법모델연구, 연구보고 06-03, 한국법제연구원, 2006, 218-219면 참조.

제정 이전에 다양한 법령으로 분산되어 있었던 행정법령을 통합한 것으로, 우리의 강학상 행정법총론 내지 행정법상의 일반원리에 해당하는 이론적 내용부터 행정쟁송법에 해당하는 내용에 이르는 행정법의 전반적인 내용을 비교적 상세하게 규정하고 있는 하나의 통합법전이다.³⁶⁾

네덜란드 「일반행정법전」은 우리 「행정기본법」과 유사한 입법추진배경을 가지고 있다. 네덜란드에서는 20세기 중후반까지 행정에 관한 중요한 사항이 의회가 제정한 법률에 의해 규율되기도는, 의회의 위임을 받아 행정부가 제정한 하위법령에 의하여 규율되었다.³⁷⁾ 이로 인해 각 개별 법령 간 규율 내용에 상당한 차이가 발생하기도 하였는데, 특히 각 법령에 규정된 행정쟁송에 관한 내용이 상이한 것에 대하여 행정쟁송에 있어서 국민들에게 불편을 초래한다는 비판이 제기되었고, 행정 관련 법제들을 체계화할 필요성이 대두되었다. 이에 행정법제 체계화 작업의 시작으로 1963년에 「행정심판법」(Wet beroep administratieve beschikkingen)이 제정되었고, 1976년에 「행정소송법」(Wet administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen)이 제정되었다. 그리고 이러한 행정쟁송에 관한 통합법제화 작업이 이루어진 후에 행정법 영역 전반에 대한 통합법전인 「일반행정법전」의 제정 작업이 시작되었다. 1983년에 당시 법무부 장관 주도로 ‘행정법 일반규율의 입법화를 위한 위원회’가 설치되었고, 행정법제의 통일성·체계성·단순성을 추구하면서 주요 판례법을 성문화하기 위한 노력 끝에 1994년 「일반행정법전」이 제정·시행되었다.

네덜란드의 「일반행정법전」은 ① 총칙(제1편), ② 당사자와 행정청(제2편), ③ 결정에 관한 총칙(제3편), ④ 결정에 대한 특별 규정(제4편), ⑤ 집행(제5편), ⑥ 이의 및 항소에 관한 총칙(제6편), ⑦ 이의신청 및 행정심판에 대한 특별규정(제7편), ⑧ 지방법원에 제기하는 항소에 대한 특별 규정(제8편), ⑨ 불만 처리(제9편), ⑩ 행정청에 대한 규정(제10편)의 총 10편, 480조로 구성되어 있다.³⁸⁾ 이러한 「일반행정법전」은 네덜란드 행정법학의 성과를 반영하여 행정법 분야의 제 입법이 적응해야 할 일반적 틀을 구성한 법으로서 대부분 행정절차에 관한 규정과 행정소송에 관한 규정들을 내용으로 하고 있고, 행정법학에서 중요한 의미를 지닌 일반행정법의 개념 규정들을 포함하고 있는 것으로 평가된다.³⁹⁾

36) 윤강욱/박훈민, 네덜란드 「일반행정법전」(Algemene wet bestuursrecht)상 행정절차에 관한 소고, 행정법연구, 제50호, 2017, 111면 참조.

37) 이하에 서술된 네덜란드 「일반행정법전」의 제정경과에 관하여는 윤강욱/박훈민, 네덜란드 「일반행정법전」(Algemene wet bestuursrecht)상 행정절차에 관한 소고, 행정법연구, 제50호, 2017, 111-112면 참조.

38) 배병호, 행정기본법의 평가와 과제, 성균관법학, 제33권 제2호, 2021, 496면 참조.

39) Bärbel Dorbeck-Jung/Eric Helder, Kodifizierung des niederländischen Verwaltungsrecht, DÖV 1994, S.

위와 같은 네덜란드 「일반행정법전」은, 1994년 제정 이후로 그 규율범위가 지속적으로 확장되고 있다.⁴⁰⁾⁴¹⁾ 1994년 제정 당시에는 행정청의 명령 발령을 위한 규범적 틀을 규정하고 행정법원에 이해관계자가 이의를 제기할 수 있는 권한을 부여하는 것을 주된 내용으로 하는 제1편과 제2편이 제정되었다. 이 두 편이 「일반행정법전」의 기반이 되면서, 「일반행정법전」은 행정의 의사결정과정과 이해관계자에 대한 법적 보호 모두에 대하여 규율하게 되었다. 주로 행정기관에 대한 감독에 관하여 규정한 제3편은 1998년에 제정되었고, 주로 과태료 등 행정의 실효성 확보수단에 관하여 규정한 제4편은 2009년에 비로소 제정되었다. 이 외에도 소규모의 개정이 지속적으로 이루어졌고, 개별법으로 제정되었던 법률이 「일반행정법전」의 조문으로 편입되기도 하였다.⁴²⁾ 이처럼 네덜란드 「일반행정법전」은 각 편(Tranche) 단위로 제정되면서 그 규율 범위가 확장되고 있다는 의미에서 ‘모듈 법’(modular Act)이라고 불린다.

나) 효력

네덜란드 「일반행정법전」은 행정법 전체의 일반법으로서 본질적으로 행정에 관한 규율의 틀을 형성하고 있으나, 행정에 관한 특별법에 대하여 우월적 효력을 갖는 것은 아니다.⁴³⁾ 「일반행정법전」은 행정의 모든 영역에 적용되지만, 일반법인 「일반행정법전」과 특별법 모두 의회가 제정한 법률의 지위와 효력을 갖기 때문에, 의회는 「일반행정법전」과 다른 내용을 특별법으로 규정할 수 있는 것이다.⁴⁴⁾ 다만, 장관령(ministeriële regeling)인 「법률안 작성 지침」(Aanwijzingen voor de regelgeving)은 ‘「일반행정법전」과 다른 내용을 특별법으로 규정하는 것은, 그 필요성이 인정되는 때에는 허용되며, 그 사유가 법안 주석에 기재되어야 한다’고 규정하고 있다.⁴⁵⁾

142 ff; 홍준형, 행정과정의 법적 통제, 서울대학교출판문화원, 2010, 36면에서 재인용.

40) 김대인, 행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰, 법제연구, 제59호, 2020, 35면; 윤강욱/박훈민, 네덜란드 「일반행정법전」(Algemene wet bestuursrecht)상 행정절차에 관한 소고, 행정법연구, 제50호, 2017, 112면 참조.

41) 이하에 서술된 네덜란드 「일반행정법전」의 규율범위 확장 경과에 관하여는 Jean-Bernard Auby (ed.), Codification of Administrative Procedure, p. 255-226 참조.

42) 정보통신을 통한 정부활동의 부분적 개선을 목적으로 제정되었던 개별법인 「전자정부통신법」(Wet elektronisch bestuurlijk verkeer)이 폐지되고 「일반행정법전」의 조문으로 편입되었다. 윤강욱/박훈민, 네덜란드 「일반행정법전」(Algemene wet bestuursrecht)상 행정절차에 관한 소고, 행정법연구, 제50호, 2017, 112면 참조.

43) Jean-Bernard Auby (ed.), Codification of Administrative Procedure, 2014, p. 231 참조.

44) Jean-Bernard Auby (ed.), Codification of Administrative Procedure, 2014, p. 231 참조.

45) Jean-Bernard Auby (ed.), Codification of Administrative Procedure, 2014, p. 231 참조.

다. 「행정기본법」의 법체계상의 의의 및 효력

1) 의의

법제처는 2021. 12. 발행한 ‘행정기본법 해설서’에서 「행정기본법」이 ‘기본법’으로서의 성격을 갖는다고 하면서, 여기서 기본법이란 ‘특정 분야에서 제도·정책에 관한 이념·원칙·기본방침·내용의 대강을 제시하고 있으며 다른 법률의 모범이나 지침으로서 역할을 하는 법’ 또는 ‘여러 법령에서 규정하고 있는 사항에 대한 기본원칙이나 정책방향 등을 규정하는 경우에 사용하는 것’이라고 밝혔다.⁴⁶⁾ 그리고 기본법의 요소로 ① 계몽적 특질, ② 비완결적·방침적·프로그램적 성격, ③ 별도의 입법을 통하여 실시됨 ④ 부처 횡단적 추진본부를 두는 경우가 많음, ⑤ 권리의무에 직접 영향을 주는 규율로서의 성격이 약함, ⑥ 별칙규정을 두는 예가 거의 없음을 들었다.⁴⁷⁾ 다만, 위의 요소를 모두 갖추어야 기본법이 되는 것은 아니며, ① 특정 분야에서 제도·정책에 관한 이념, 원칙, 기본방침, 내용의 대강을 제시하고 하거나, ② 다른 법률의 모범이나 지침으로서 역할을 하는 법이면 기본법으로 인정될 수 있다고 하면서, 「행정기본법」이 목적·정의·책무·적극행정 추진의무·다른 법률과의 관계에 관한 규정·기간의 계산과 같은 행정법 전체의 기술적 통칙규정(제1장), 행정의 법 원칙에 관한 규정(제2장), 행정작용이라는 행위형식에 관한 방향을 지정하는 규정(제3장), 행정의 입법활동 등에 관한 원칙적 규정(제4장)으로 구성되어 있음에 비추어 볼 때, 행정의 이념·원칙·정책방향 등에 본보기가 되는 법에 해당한다 할 것이므로, 기본법으로 인정된다고 설명하고 있다.⁴⁸⁾

법제처가 제시하는 기본법의 정의나 요소는, 일본의 입법형식인 기본법의 정의 및 특징에 관한 논의를 거의 그대로 가져온 것으로 보인다. 이러한 점에 비추어 볼 때, 「행정기본법」의 소관부처인 법제처가 법 제정 당시 일본의 입법형식인 기본법을 참고로 하였음을 알 수 있다. 그리고 실제로 우리 「행정기본법」은 일본의 입법형식인 기본법의 요소도 가지고 있는 것으로 평가된다. 그러나 우리 「행정기본법」은 국민의 권리·의무에 관한 규정을 포함하는 등 기본법의 요소가 아닌 내용도 포함하고 있어, 일본의 기본법, 즉 전통적인 의미의 기본법의 범주에서는 벗어났다고 보는 것이 타당하다고 생각된다. 이에 행정기본법이 기본법이라는 명칭을 가지고 있다는 것이, 우리 「행정기본법」이 일본의 입

46) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 6-9면 참조.

47) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 6-9면 참조.

48) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 6-9면 참조.

법형식인 기본법 형식에 해당한다거나 ‘기본법’이라는 명칭 그 자체가 특별한 규범적 의미를 가지고 있다고 보기는 어렵다고 할 것이다.⁴⁹⁾

오히려 우리 「행정기본법」은 네덜란드의 일반행정법전 모델(통합법 모델)에서 출발하였지만 행정절차법·행정심판법의 규율내용을 제외하고 있다는 점에서 통합법적 성격이 약화된 것으로 볼 수 있고, 공법상 계약 등 행정절차법의 규율대상에서 제외된 행정작용에 관한 절차를 규율하고 있어 실질적으로 절차법적인 성격도 병유하고 있는 것으로 볼 수 있다는 설명이 더 적합한 것으로 보인다.⁵⁰⁾ 따라서 우리 「행정기본법」의 의의 및 법적 성격을 이해함에 있어서는, 결국은 통합일반법전으로 나아가기 위한 과정 중에 있는 아직은 불완전한 일반법으로 이해하는 것이 타당하다고 생각된다.

2) 효력 : 입법자 구속 여부

일본의 경우와 달리, 우리 「행정기본법」이 입법자를 구속한다고 볼 여지는 없다. 일본의 입법형식인 기본법의 사실상의 우월적 효력 및 입법자 구속 여부에 관한 논의는 ① 기본법의 비완결적·방침적·프로그램적 성격이 분명하고, 국민의 권리·의무에 직접 영향을 주는 규율로서의 성격이 약하기 때문에, 사실상의 우월적 효력을 인정하는 것이 법적으로 특별한 의미나 효과를 갖지는 않는다는 점과 ② 최초의 기본법인 「교육기본법」을 포함한 일부 기본법 제정 당시 입법취지에서 ‘준헌법적 성격의 기본법’ 내지는 ‘OO헌법’과 같은 표현이 사용되면서 기본법의 준헌법적 성격 및 그에 따른 효력이 문제되었음⁵¹⁾을 배경으로 하는 것인데, 이러한 논의의 배경은 우리나라와는 전혀 관련이 없다.

제5조,⁵²⁾ 제16조,⁵³⁾ 제22조,⁵⁴⁾ 제31조,⁵⁵⁾ 제38조⁵⁶⁾는 입법법 형식의 규정이라고 하면

49) 김유환, 행정기본법 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 4-5면 참조.

50) 김대인, 행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰, 법제연구, 제59호, 2020, 38면 참조.

51) 박영도, 기본법의 입법모델연구, [연구보고] 06-03, 한국법제연구원, 2006, 219면.

52) 제5조(다른 법률과의 관계)

② 행정에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 원칙, 기준 및 취지에 부합되도록 노력하여야 한다.

53) 제16조(결격사유)

① 자격이나 신분 등을 취득 또는 부여할 수 없거나 인가, 허가, 지정, 승인, 영업등록, 신고 수리 등(이하 “인허가”라 한다)을 필요로 하는 영업 또는 사업 등을 할 수 없는 사유(이하 이 조에서 “결격사유”라 한다)는 법률로 정한다.

② 결격사유를 규정할 때에는 다음 각 호의 기준에 따른다.

1. ~ 4. (생략)

서, 자신이 만든 법률(사전적 입법행위)에 의하여 입법자가 구속받는다라는 것은 오로지 헌법에 의해서만 구속을 받는 의회민주주의의 기본정신에 원칙적으로 반한다고 보는 위헌론이 주장되고 있기는 하지만,⁵⁷⁾ 위의 규정들은 단순한 입법지침이고, 입법자는 스스로를 구속할 수도 있지만 어떤 경우에는 스스로에게 지운 구속을 벗어날 수도 있다고 보아야 하므로, 국회가 제정한 법률이 「행정기본법」상의 입법지침에 위반된다고 하여 법률을 무효화하거나 적용을 배제할 수 없다.⁵⁸⁾ 다만, 위의 조항들이 법적으로 무(無)를 의미하는 것은 아니고, 입법자가 복잡한 현대 행정입법의 체계 속에서 「행정기본법」을 중심으로 체계적인 합리성을 수립하려고 한 합리성의 선언이라고 이해해야 할 것이다.⁵⁹⁾ 다시 말해, 이러한 내용들은 입법자가 기왕에 마련한 합리성과 체계성의 기준이 되므로, 후속 입법을 시도함에 있어서 가능한 한 지켜져야 한다.⁶⁰⁾

3. 국민의 권리구제 기회 확대

「행정기본법」은 궁극적으로 국민의 권익 보호에 이바지함을 목적으로 제정되었다.⁶¹⁾ 이에 동법의 모든 조항이 국민의 권익 보호를 위한 규정이라고 할 수 있으나, 그 중에서도 ① 처분에 대한 이의신청에 관한 규정인 제36조와 ② 처분의 재심사에 관한 규정인 제37조는, 국민의 권리구제 기회 확대를 위해 새로운 제도를 도입하는 조문이라는 점에

54) 제22조(제재처분의 기준)

- ① 제재처분의 근거가 되는 법률에는 제재처분의 주체, 사유, 유형 및 상한을 명확하게 규정하여야 한다. 이 경우 제재처분의 유형 및 상한을 정할 때에는 해당 위반행위의 특수성 및 유사한 위반행위와의 형평성 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

55) 제31조(이행강제금의 부과)

- ① 이행강제금 부과와 근거가 되는 법률에는 이행강제금에 관한 다음 각 호의 사항을 명확하게 규정하여야 한다. 다만, 제4호 또는 제5호를 규정할 경우 입법목적이나 입법취지를 훼손할 우려가 크다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우는 제외한다.

56) 제38조(행정의 입법활동)

- ① 국가나 지방자치단체가 법령등을 제정·개정·폐지하고자 하거나 그와 관련된 활동(법률안의 국회 제출과 조례안의 지방의회 제출을 포함하며, 이하 이 장에서 “행정의 입법활동”이라 한다)을 할 때에는 헌법과 상위 법령을 위반해서는 아니 되며, 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수하여야 한다.

57) 김현준, 행정기본법의 혼돈·분열·위헌문제, 저스티스, 통권 제188호, 2022, 252면 참조.

58) 김유환, 현대 행정법 추록(행정기본법 해설), 박영사, 2021, 5면 참조.

59) 박재운, 행정기본법은 미래의 입법자를 구속할 수 있는가?, 법의 미래, 2022, 421면 참조.

60) 박재운, 행정기본법은 미래의 입법자를 구속할 수 있는가?, 법의 미래, 2022, 421면 참조.

61) 제1조(목적) 이 법은 행정의 원칙과 기본사항을 규정하여 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지함을 목적으로 한다.

서 중요한 의미를 갖는다. 법제처는 ‘행정기본법 해설서’에서 ‘제재처분의 제척기간’에 관한 규정인 제23조⁶²⁾도 ‘국민의 권리구제 기회 확대를 위해 새로운 제도를 도입하는 조문’에 해당한다고 설명한다. 그러나 해당 규정은, 헌법원칙인 신뢰보호의 원칙을 근거로 하여 종래에 인정되어 온 실권의 법리를 명문화한 것에 해당하므로, 제36조 및 제37조와 같이 새로운 제도가 도입된 것에 해당하지는 않는다고 생각된다. 이에 이하에서는 국민의 권리구제 기회 확대라는 측면에서 중요한 의미를 갖는 제36조와 제37조 규정의 구체적인 내용과 그 헌법적 의의를 검토하고자 한다.

가. 이의신청제도

제36조(처분에 대한 이의신청)

- ① 행정청의 처분(「행정심판법」 제3조에 따라 같은 법에 따른 행정심판의 대상이 되는 처분을 말한다. 이하 이 조에서 같다)에 이의가 있는 당사자는 처분을 받은 날부터 30일 이내에 해당 행정청에 이의신청을 할 수 있다.
- ② 행정청은 제1항에 따른 이의신청을 받으면 그 신청을 받은 날부터 14일 이내에 그 이의신청에 대한 결과를 신청인에게 통지하여야 한다. 다만, 부득이한 사유로 14일 이내에 통지할 수 없는 경우에는 그 기간을 만료일 다음 날부터 기산하여 10일의 범위에서 한 차례 연장할 수 있으며, 연장 사유를 신청인에게 통지하여야 한다.
- ③ 제1항에 따라 이의신청을 한 경우에도 그 이의신청과 관계없이 「행정심판법」에 따른 행정심판 또는 「행정소송법」에 따른 행정소송을 제기할 수 있다.
- ④ 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 결

62) 제23조(제재처분의 제척기간)

- ① 행정청은 법령등의 위반행위가 종료된 날부터 5년이 지나면 해당 위반행위에 대하여 제재처분(인허가의 정지·취소·철회, 등록 말소, 영업소 폐쇄와 정지를 갈음하는 과징금 부과)을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 할 수 없다.
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.
 1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인허가를 받거나 신고를 한 경우
 2. 당사자가 인허가나 신고의 위법성을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못한 경우
 3. 정당한 사유 없이 행정청의 조사·출입·검사를 기피·방해·거부하여 제척기간이 지난 경우
 4. 제재처분을 하지 아니하면 국민의 안전·생명 또는 환경을 심각하게 해치거나 해칠 우려가 있는 경우
- ③ 행정청은 제1항에도 불구하고 행정심판의 재결이나 법원의 판결에 따라 제재처분이 취소·철회된 경우에는 재결이나 판결이 확정된 날부터 1년(합의제행정기관은 2년)이 지나기 전까지는 그 취지에 따른 새로운 제재처분을 할 수 있다.
- ④ 다른 법률에서 제1항 및 제3항의 기간보다 짧거나 긴 기간을 규정하고 있으면 그 법률에서 정하는 바에 따른다.

과를 통지받은 날(제2항에 따른 통지기간 내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 같은 항에 따른 통지기간이 만료되는 날의 다음 날을 말한다)부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

⑤ 다른 법률에서 이의신청과 이에 준하는 절차에 대하여 정하고 있는 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 조에서 정하는 바에 따른다.

⑥ ~ ⑦ (생략)

1) 이의신청제도 일반화를 통한 국민의 권리구제 기회 확대

이의신청제도는, 행정청의 처분에 대하여 이의 있는 처분의 당사자가 그 처분에 불복하여 행정청에 이의신청을 하는 제도로, 사법적 절차가 준용되는 행정심판과는 다른 개념의 절차로서 행정청이 내부적 시정작용의 일환으로 자기 점검의 기회를 가지는 가운데 국민의 권익구제를 도모하는 제도라고 할 수 있다.⁶³⁾ 「행정기본법」 제36조가 제정되기 전에는 이의신청제도가 이의신청·불복·재심·재검토·소청 등 다양한 용어와 형태로 개별 법령에 규정되어 있었다. 「행정기본법」 제36조가 제정되기 이전에는 개별법령에 이의신청의 근거규정이 있는 경우에만 당사자에게 이의신청권이 인정되었던 것이다.

이의신청제도는 국민이 행정심판이나 소송 전에 간편하게 불복할 수 있는 기회를 제공한다는 점에서 그 필요성이 인정된다.⁶⁴⁾ 이에 개별법에 근거규정이 있는 경우에만 인정되던 이의신청제도를 좀 더 넓게 인정함으로써 국민의 권리구제 기회를 확대할 필요가 있음이 주장되었고, 이를 반영하여 「행정기본법」 제36조가 제정되었다. 다시 말해, 「행정기본법」 제36조는 행정청의 처분에 대한 이의신청제도를 일반화함으로써 개별법에 근거가 없더라도 당사자의 이의신청권이 인정되게 하여 국민의 권리구제 기회를 확대하기 위하여 제정되었고, 그로써 국민의 권리보호를 강화하였다고 평가할 수 있다.⁶⁵⁾

2) 제소기간 특례조항을 통한 국민의 권리구제 기회 확대

「행정기본법」 제정 전, 즉 각 법령에서 개별적으로 이의신청에 관하여 규율하고 있던

63) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2023, 235면 참조.

64) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 368면 참조.

65) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2023, 235면; 김중권, 행정기본법의 보통명사 시대에 행정법학의 과제 I : 처분관련 규정을 중심으로, 공법학연구, 제22권 제2호, 2021, 50면; 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 368면 참조.

때에는, 이의신청 기간 중 행정심판 청구기간이나 행정소송의 제소기간이 정지되는지 여부
 부가 불명확하여, 국민들이 예상하지 못한 불이익을 입는 경우가 있었다. 판례는 ‘이의신청
 대상인 처분에 대하여는 이의신청과 상관없이 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수
 있으며, 이의신청은 행정심판법에서 정한 행정심판과 성격을 달리하고 사안의 전문성과
 특수성을 살리기 위하여 특별한 필요에 따라 둔 행정심판에 대한 특별 또는 특례 절차라
 고 할 수도 없어 행정소송법에서 정한 행정심판을 거친 경우의 제소기간의 특례가 적용
 된다고 할 수도 없으므로, 원칙적으로 이의신청에 대한 결과를 통지받은 날부터 취소소송
 의 제소기간이 기산된다고 할 수 없다’고 하였다.⁶⁶⁾ 다만, 예외적으로 개별법령에서 이의
 신청 결과 통지 후 일정한 기간 내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다는 특례
 규정을 두었거나, 별도의 의사결정 과정과 절차를 거치거나 해당 결정에 대하여 이의가
 있는 경우 90일 이내에 행정심판이나 취소소송을 제기할 수 있다는 취지의 불복방법을
 안내하는 등 실질적으로 새로운 처분에 해당한다고 볼 수 있는 경우에는, 독립한 행정처
 분으로서 항고소송의 대상이 되고 이의신청 결과를 통지받은 날부터 제소기간이 기산된
 다고 보았다.⁶⁷⁾

위와 같은 판례에 태도에 대하여는, 개별 법령에 근거를 두고 있는 불복절차에 따라
 이의신청을 하고 그 결과를 기다린 것인데 제소기간이 도과된 것으로 보는 것이 타당한
 지에 대하여 의문이 제기되었다. 판례가 이러한 문제의식하에 일정한 경우 예외적으로
 이의신청 결과 통지 후 일정한 기간 내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있는 권
 리를 인정해 주기는 하였지만,⁶⁸⁾ 그러한 예외는 제한적으로 인정되었기 때문에, 이의신청
 을 제기한 당사자가 예상치 못하게 행정심판을 청구하거나 행정소송을 제기할 기회를
 잃는 것에 대한 문제제기가 꾸준히 이루어졌다. 「행정기본법」 제36조 제4항은 ‘이의신청
 에 대한 결과를 통지받은 날부터 90일 이내에 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있
 다’고 규정하여, 이의신청을 한 모든 경우 실질적으로 행정심판 청구기간이나 행정소송
 제소기간을 연장하여 국민의 권익구제 기회를 확대함으로써 이러한 문제를 근본적으로
 해결하였다는 점에서 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다.⁶⁹⁾

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

67) 대법원 2016. 7. 14. 선고 2015두58645 판결; 대법원 2016. 7. 27. 선고 2015두45953 판결; 대법원
 2019. 4. 3. 선고 2017두52764 판결; 대법원 2021. 1. 14. 선고 2020두50324 판결.

68) 이정민, 행정기본법에 대한 몇 가지 실무상 쟁점, 사법, 제1권 제58호, 2021, 63면 참조.

69) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 373면 참조.

나. 처분의 재심사제도

제37조(처분의 재심사)

① 당사자는 처분(제재처분 및 행정상 강제는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)이 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다툴 수 없게 된 경우(법원의 확정판결이 있는 경우는 제외한다)라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 처분을 한 행정청에 처분을 취소·철회하거나 변경하여 줄 것을 신청할 수 있다.

1. 처분의 근거가 된 사실관계 또는 법률관계가 추후에 당사자에게 유리하게 바뀐 경우
2. 당사자에게 유리한 결정을 가져다주었을 새로운 증거가 있는 경우
3. 「민사소송법」 제451조에 따른 재심사유에 준하는 사유가 발생한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우

②~⑧ (생략)

1) 행정행위의 불가쟁력의 의미와 한계

행정행위는, 어떠한 행정행위에 대한 쟁송기간의 도과로 인하여 행정행위에 대한 쟁송 취소가 더 이상 가능하지 않게 된 경우에는, 해당 행정행위에 대해서 더 이상 다툴 수 없게 하는 효력, 즉 ‘불가쟁력’을 갖는다.⁷⁰⁾ 이러한 행정행위의 불가쟁력은, 형식적 존속력이라고도 불리는데, 행정법관계에 있어서 법적 안정성을 확보하기 위하여 인정되는 효력이다. 이처럼 행정행위의 불가쟁력 제도는 행정법관계에 있어서의 법적 안정성 확보라는 공익적인 측면에서 중요한 의미를 갖지만, 행정의 적법성 확보 및 공·사익의 조화라는 행정법의 대원칙과 국민의 기본권 보장이라는 헌법의 최고이념에 비추어 볼 때 결코 묵과할 수 없는 한계를 갖는다.⁷¹⁾ 위법하거나 때로는 위헌적인 행정행위로 인해 국민의 권익이 침해되었음이 분명한 상황에서도 행정행위의 불가쟁력으로 인해 권리구제의 길이 완전히 막혀버리는 결과가 초래되기 때문이다.

독일은 위와 같은 불가쟁력의 한계를 극복하고자, 현재 우리 「행정기본법」 제37조의 모델이 된 「연방행정절차법」 제51조⁷²⁾에 재심사제도를 규정하여, 당사자의 고의나 중과

70) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2023, 184면 참조.

71) 김희곤, 행정기본법상 처분의 재심사제도에 관한 소고, 토지공법연구, 제98권, 2022, 154면 참조.

72) 독일 「연방행정절차법」 제51조 절차의 재개(Wiederaufgreifen des Verfahrens)

① 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 관계인의 신청에 기하여, 불가쟁력이 발생한 행정행위의 폐지 변경에 관하여 결정을 하여야 한다.

1. 행정행위의 기초가 되는 사실적 법적 상황이 추후에 관계인에게 유리하도록 변경된 경우

실 없이 구제수단을 활용하지 못한 채 불가쟁력이 발생한 행정행위에 대한 재심사신청을 허용하였다.⁷³⁾ 우리나라에서도 1980년대부터 처분의 재심사제도 도입의 필요성에 대한 논의가 꾸준히 이루어졌다. 그리고 1987년 「행정절차법」 초안에는 불가쟁력이 발생한 행정행위에 대한 재심사제도 규정이 포함되기도 하였는데, 최종 입법과정에서 제외되었다.⁷⁴⁾ 이처럼 「행정기본법」 제37조는 재심사제도 도입을 위해 이루어진 학계와 실무계의 꾸준한 노력의 산물이라는 점에서도 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다.

2) 처분의 재심사제도에 의한 국민의 권리구제 기회 확대

「행정기본법」 제37조는 불가쟁력이 발생한 경우라고 하더라도 처분의 근거가 된 사실 관계 또는 법률관계가 추후에 당사자에게 유리하게 바뀐 경우 등 일정한 요건에 해당하면 해당 처분을 한 행정청에게 처분의 취소·철회·변경을 신청할 수 있다고 규정함으로써, 이전에는 인정되지 않았던 처분의 재심사 제도를 도입하였다. 「행정기본법」 제37조에 의하여 처분의 재심사 제도가 도입되기 이전에는, 불가쟁력이 발생한 처분을 다투는 방법으로 ① 하자승계를 통하여 불가쟁력이 발생한 처분의 하자를 후행처분에서 다투는 방법과 ② 법규상·조리상 인정되는 처분의 취소·철회·변경에 대한 신청권을 행사하고 이를 거부당할 경우 거부처분 취소소송을 통해 다투는 방법이 대법원 판례이론으로서 인정되었다.⁷⁵⁾ 그러나 이러한 방법들은 특별한 요건을 갖춘 경우에만 제한적으로 인정되었기 때문에, 「행정기본법」이 일반적으로 처분의 재심사를 허용하는 규정을 둔 것은, 국민의 권리구제의 기회를 확대함으로써 국민의 권리보호를 강화한다는 측면에서 특별한 의미가 있는 것으로 평가된다.⁷⁶⁾

2. 관계인에게 유리한 결정을 가져다주었을 새로운 증거가 존재하는 경우

3. 민사소송법 제580조에 준하는 재심의 사유가 주어지 있는 경우

② 관계인이 중대한 과실 없이 재심사 사유를 종전의 절차에서 특히, 권리구제에 의하여 주장할 수 없었던 경우에만, (재심사)신청이 허용된다.

③ 신청은 3월내에 제기하여야 한다. 이 기간은 관계인이 재심사 사유를 알게 된 날로부터 시작한다.

④ 제3조의 규정에 따른 관할행정청이 신청에 관해 결정을 한다; 그 폐지 변경이 강구되는 행정행위가 다른 행정청에 의하여 발급되어진 경우에도 역시 그러하다.

⑤ 제48조제1항제1문과 제49조제1항의 규정은 영향을 받지 아니한다.

73) 김희곤, 행정기본법상 처분의 재심사제도에 관한 소고, 토지공법연구, 제98권, 2022, 154면 참조.

74) 김희곤, 행정기본법상 처분의 재심사제도에 관한 소고, 토지공법연구, 제98권, 2022, 154면 참조.

75) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 22면 참조.

76) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적

처분의 재심사제도는 판례에 의하여 상당히 제한적으로 인정되던 신청권을 명문으로 인정함으로써 국민의 권리구제를 강화한 것이라고도 평가할 수 있다.⁷⁷⁾ 이와 관련하여, 「행정기본법」 제37조는 독일의 「연방행정절차법」 제51조의 재심사 규정을 모델로 하여 제정된 것인데, 독일법의 엄격한 요건하에 처분의 재심사 제도를 도입하게 되면, 우리 판례에 의하여 인정되는 조리상 신청권에 근거한 신청에 의한 철회가 오히려 제한될 수 있다는 우려가 제기되기도 하였다.⁷⁸⁾ 이러한 우려를 반영하여, 「행정기본법」 제37조 제6항에 행정청의 직권 취소나 철회는 재심사에 의하여 영향을 받지 않는다는 내용이 추가되었고, 법제처는 제정이유에서 ‘법령이나 판례에 따라 인정되는 권익보호 수단에 더하여 처분의 재심사 제도를 도입한다’고 명시하였다. 「행정기본법」 제37조에 의한 처분의 재심사 제도가 국민의 권익보호 강화를 위하여 도입된 제도임을 분명히 한 것이다. 이에 따라, 처분청은 처분의 재심사와 관계없이 직권 취소나 철회를 할 수 있고, 처분의 재심사 제도는 일반적인 처분의 직권 취소·철회 신청에 대한 특칙으로서 적용되어 국민은 양자 중 선택할 수 있다.⁷⁹⁾

처분의 재심사 규정이 국민의 권리보호를 강화하는 의미를 갖는다는 것은, 불가쟁력이 발생한 처분의 근거법률에 대하여 위헌결정이 난 경우, 이전에는 처분청이 직권으로 위헌결정이 난 법률에 근거하여 내려진 처분을 취소할 것을 기대할 수밖에 없었으나, 처분의 재심사 제도가 도입됨으로써 국민이 그에 대하여 재심사 신청을 할 수 있게 되었다는 점에서도 확인할 수 있다. 위헌결정의 효력에 관한 규정인 「헌법재판소법」 제47조⁸⁰⁾는 행정행위의 불가쟁력이 위헌결정으로 인해 어떠한 영향을 받는지를 규정하지 않고 있다.

과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 22면 참조.

77) 이은상, 처분 재심사 제도의 적절한 운영과 개선 방향, 사법, 제1권 제58호, 2021, 33면; 조성규, 행정기본법상 ‘처분의 재심사’ 규정의 법적 쟁점, 행정법학, 제21호, 2021, 86면 참조.

78) 박균성, 행정기본법 제정에 대한 토론문, 2020행정법포럼 자료집, 71면; 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 23-24면 참조.

79) 이은상, 처분 재심사 제도의 적절한 운영과 개선 방향, 사법, 제1권 제58호, 2021, 27면 참조.

80) 「헌법재판소법」 제47조(위헌결정의 효력)

- ① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(기속)한다.
- ② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.
- ③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.
- ④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.
- ⑤ 제4항의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다.

때문에, 이와 관련하여 행정처분의 근거법률이 사후적으로 위헌선언을 받았다는 것은 ① 행정행위의 무효사유라고 보아야 한다는 견해(무효사유설, 불가쟁력 우회설)와 ② 원칙적으로 당해 행정처분의 취소사유로 보아야 한다는 견해(취소사유설, 불가쟁력 인정설)가 주장되었는데, 통설과 판례⁸¹⁾는 후자의 견해를 취하고 있다.⁸²⁾ 이러한 견해에 따르면, 처분의 근거법률이 위헌선언 되었다고 하더라도 처분의 불가쟁력은 그대로 유지되기 때문에 당해 이해관계인은 처분의 취소를 구할 권리를 갖지 않는다. 이에 처분의 재심사 제도가 도입되기 이전에는, 위헌인 법률에 근거하여 내려진 처분으로 인해 침해된 국민의 권익을 구제하는 것이 행정청의 재량에 맡겨졌다.⁸³⁾ 이러한 상황에서 도입된 「행정기본법」 제37조상의 처분의 재심사 제도는, 국민의 권리구제를 행정청의 재량에만 맡기지 않고 처분의 당사자가 적극적으로 자신의 권리구제를 위한 재심사를 신청할 수 있는 가능성을 열었다는 점에서 국민의 권리보호를 강화했다고 평가할 수 있다.⁸⁴⁾

4. 헌법원칙의 구체화

가. 구체화된 헌법으로서의 행정법

헌법과 행정법의 관계가 무엇인지 명확히 하는 것은 오랜 기간 공법학에서 중요한 쟁

-
- 81) **대법원 2009. 5. 14. 선고 2007두16202 판결** 행정청이 어떠한 법률조항에 근거하여 행정처분을 한 후 헌법재판소가 그 조항을 위헌으로 결정하였다면 그 행정처분은 결과적으로 법률의 근거 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자 있게 된다 할 것이다. 그러나 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 그러한 하자는 행정처분의 취소사유일 뿐 당연무효사유라고 할 수 없다(대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결 등 참조).
- 82) 정광현, 행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성, 헌법논총, 제23호, 2012, 337-338면 참조.
- 83) 법치국가원칙과 헌법재판소법 제47조 제1항상의 기속력의 취지를 적극적으로 해석하면, 근거 법률의 위헌선언이 있을 경우 이미 불가쟁력이 발생한 행정처분을 취소할지 여부에 관하여 처분청은 최소한 하자 없는 재량판단을 할 의무를 지는 것으로 보아 국민의 권리구제가 가능하도록 이론구성을 할 여지가 있다는 견해가 주장되기도 하였다. 해당 견해에 따르면, 처분청은 구체적 타당성의 추구와 법적 안정성 확보 사이에 상충하는 이익들을 적절히 형량하여 직권취소 여부를 결정하여야 한다. 정광현, 행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성, 헌법논총, 제23호, 2012, 341면 참조.
- 84) 근거법률이 위헌무효로 선언되었다는 것이 불가쟁력이 발생한 처분에 대한 재심사 신청 사유로 인정될 수 있는지에 관하여는 논란의 여지가 있다. 이에 관하여는 ‘IV. 2. 처분의 재심사 제도의 헌법적 쟁점’에서 살펴본다.

점으로 논의되었다. 우리 공법학에 많은 영향을 준 독일의 공법학에서는, 20세기 초 오토 마이어(Otto Mayer)가 이야기한 “헌법은 사라져도 행정법은 남는다”(Verfassungsrecht vergehet, Verwaltungsrecht besteht)는 법언을 거쳐 현재는 “구체화된 헌법으로서의 행정법”(Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht)이라는 법언이 오늘날 헌법과 행정법의 관계를 설명하고 있는 것으로 받아들여지고 있다. 우리나라에서도, 이러한 독일 공법학의 영향과 더불어, 1980년대 후반 민주화가 이루어지고 헌법재판소 설치를 통해 헌법이 행정법에서 분리될 수 없는 구성부분이 되면서, 행정법을 구체화된 헌법으로 이해하게 되었다.⁸⁵⁾

헌법적 가치는 민주적 입법자가 자율성을 부여받은 상태에서 가치적 판단을 행정법 등 실정법률의 형태로 전환함으로써 구현되고, 입법자에 의해 구체화된 헌법인 행정법은 헌법적 가치에 구속되며 그 가치를 구현한다.⁸⁶⁾ 이처럼 헌법과 행정법은 양자의 상호작용을 통해 헌법적 가치를 고양하는 법질서 형성으로 나아가야 한다는 과제를 갖는다.⁸⁷⁾ 우리 공법학계에서 헌법과 행정법의 관계에 관하여, “헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다”거나 “헌법은 추상화된 행정법”이라는 표현이 사용되기도 하는데, 이러한 표현 역시 궁극적으로 실현해야 하는 지침이자 방향으로서의 헌법적 가치와 그러한 헌법적 가치를 구체화하여 구체적인 법적 문제를 해결하는 행정법의 관계, 즉 구체화된 헌법으로서의 행정법을 전제로 하고 있다고 할 것이다.⁸⁸⁾

행정법의 본질이 헌법의 구체화임을 고려하면, 「행정기본법」이 헌법원칙을 구체화·명문화하고 있음은 너무나도 당연한 것이라고 할 것이다. 다만 「행정기본법」이 헌법원칙으로서의 위상을 갖는 행정의 법 원칙 일부를 직접적으로 명문화하고 있고, 입법지침을 제시하는 구체적인 조항들에서 입법의 지침으로써 헌법원칙을 제시하고 있다는 점에서, 「행정기본법」이 헌법원칙을 어떻게 구체화하고 있는지를 확인할 필요가 있다고 생각된다. 이에 이하에서는 「행정기본법」에서 헌법원칙이 구체화된 모습을 살펴보고자 한다.

85) 박정훈(朴正勳), 행정법과 헌법 - 헌 및 헌법의 개념과 행정법의 정체성 -, 행정법학, 제19호, 1면 참조.

86) 김태호, 실정헌법과 일반행정법 체계 - 규범과 법리의 상호 형성·적용을 중심으로 -, 헌법과 행정법의 대화(2023년 한국공법학회·헌법재판연구원 공동학술대회 자료집), 2023, 67면 참조.

87) 김태호, 실정헌법과 일반행정법 체계 - 규범과 법리의 상호 형성·적용을 중심으로 -, 헌법과 행정법의 대화(2023년 한국공법학회·헌법재판연구원 공동학술대회 자료집), 2023, 68면 참조.

88) 김태호, 실정헌법과 일반행정법 체계 - 규범과 법리의 상호 형성·적용을 중심으로 -, 헌법과 행정법의 대화(2023년 한국공법학회·헌법재판연구원 공동학술대회 자료집), 2023, 68-69면 참조.

나. 「행정기본법」에서의 헌법원칙의 구체화

「행정기본법」은 제2장에서 ‘행정의 법 원칙’이라는 제하에 그동안 학설과 판례에 따라 확립된 원칙인 ① 법치행정의 원칙(제8조),⁸⁹⁾ ② 평등의 원칙(제9조),⁹⁰⁾ ③ 비례의 원칙(제10조),⁹¹⁾ ④ 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조),⁹²⁾ ⑤ 신뢰보호의 원칙(제12조),⁹³⁾ ⑥ 부당결부금지의 원칙(제13조)⁹⁴⁾을 행정의 법 원칙으로 규정하고 있다. 이는 그동안 불문법원칙으로서 존재하던 행정법의 일반원칙을 성문화 한 것이라고 평가된다. 이 법원칙들 중 법치행정의 원칙, 평등의 원칙, 비례의 원칙, 신뢰보호의 원칙, 부당결부금지의 원칙은 헌법원칙이 구체화된 것에 해당한다.⁹⁵⁾ 이러한 행정법의 일반원칙들은 ‘구체화된 헌법으로서의 행정법’을 강조하는 독일 행정법학의 영향을 받고, 1980년대 후반 민주화와 헌법재판소 설치를 통해 헌법이 행정법에서 분리될 수 없는 구성부분이 되면서, 민법에서 유래한 용어인 ‘조리’가 아닌 ‘헌법원칙’으로서 이해되고 있다.⁹⁶⁾ 이처럼 헌법

89) 제8조(법치행정의 원칙) 행정작용은 법률에 위반되어서는 아니 되며, 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우에는 법률에 근거하여야 한다.

90) 제9조(평등의 원칙) 행정청은 합리적 이유 없이 국민을 차별하여서는 아니 된다.

91) 제10조(비례의 원칙) 행정작용은 다음 각 호의 원칙에 따라야 한다.

1. 행정목적은 달성하는 데 유효하고 적절할 것
2. 행정목적은 달성하는 데 필요한 최소한도에 그칠 것
3. 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 아니할 것

92) 제11조(성실의무 및 권한남용금지의 원칙)

- ① 행정청은 법령등에 따른 의무를 성실히 수행하여야 한다.
- ② 행정청은 행정권한을 남용하거나 그 권한의 범위를 넘어서는 아니 된다.

93) 제12조(신뢰보호의 원칙)

- ① 행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다.
- ② 행정청은 권한 행사의 기회가 있음에도 불구하고 장기간 권한을 행사하지 아니하여 국민이 그 권한이 행사되지 아니할 것으로 믿을 만한 정당한 사유가 있는 경우에는 그 권한을 행사해서는 아니 된다. 다만, 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우는 예외로 한다.

94) 제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.

95) 부당결부금지의 원칙에 관하여는 ① 법률적 효력을 갖는 법 원칙에 해당한다고 보는 견해(법률적 효력설)와 ② 헌법적 효력과 지위를 갖는 헌법원칙에 해당한다고 보는 견해(헌법적 효력설)가 주장되고 있는데, 부당결부금지의 원칙을 헌법원칙으로 보는 견해가 다수인 것으로 보인다. 부당결부금지의 원칙을 헌법원칙으로 보는 문헌으로는 고문현, 부당결부금지의 원칙, 자치발전, 2011년 11월호, 2011, 109면; 김영수, 행정법 일반원칙으로서 부당결부금지원칙에 관한 소고 - 독일 행정법에서의 역사적 전개 및 적용영역을 중심으로 -, 공법연구, 제51집 제1호, 2022, 246면; 김용섭, 부당결부금지의 원칙과 부관, 행정판례연구, 제15집 제2호, 2010, 297면; 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 9면; 정연부, 부당결부금지원칙의 독자성 및 적용 등에 관한 소고, 법학연구, 제60호, 2020, 144면 참조.

96) 박정훈(朴正勳), 행정법과 헌법 - 헌 및 헌법의 개념과 행정법의 정체성 -, 행정법학, 제19호, 2020, 1면 참조.

원칙을 구체화한 행정의 법 원칙 조항은, 당연히 인정되는 헌법원칙을 명문화한 것이어서 창설적 효력을 갖는 것이 아니고, 「행정기본법」에 명문으로 규정하지 않는다고 하더라도 인정되는 것이기 때문에, 그다지 의미가 없다는 평가를 받기도 한다.⁹⁷⁾

「행정기본법」은 제2장 이외의 개별 조항에서도 헌법원칙을 구체화하고 있다. 예를 들어, ‘위법 또는 부당한 처분의 취소’에 관한 규정인 제18조⁹⁸⁾와 ‘적법한 처분의 철회’에 관한 규정인 제19조⁹⁹⁾는 ‘행정청이 처분을 취소 또는 철회하고자 하는 경우에는 그로써 당사자가 입게 될 불이익과 그로써 달성되는 공익을 비교·형량하여야 한다’고 함으로써 비례의 원칙을 구체화하고 있다. 그리고 ‘제재처분의 기준’에 관하여 규정하고 있는 제22조¹⁰⁰⁾는 “제재처분의 근거 법률에는 제재처분의 주체·사유·유형 및 상한을 명확하게 규정하여야 한다”고 함으로써 ‘명확성의 원칙’을 구체화하고, “제재처분의 유형 및 상한을 정할 때에는 해당 위반행위의 특수성 및 유사한 위반행위와의 형평성 등을 종합적으로 고려해야 한다”고 함으로써 ‘비례의 원칙’과 ‘평등의 원칙’을 구체화하고 있다. 이외에도 「행정기본법」은 다수의 개별 조항에서 헌법원칙을 구체화하고 있다.

5. 법치행정의 구현

가. 서설

행정이 법률에 위반되어서는 안 된다는 것(법률우위의 원칙)과 일정한 범위의 행정은

97) 김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제, 경희법학, 제56권 제1호, 2021, 83-85면 참조.

98) 제18조(위법 또는 부당한 처분의 취소)

② 행정청은 제1항에 따라 당사자에게 권리나 이익을 부여하는 처분을 취소하려는 경우에는 취소로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 취소로 달성되는 공익과 비교·형량(衡量)하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. ~ 2. (생략)

99) 제19조(적법한 처분의 철회)

② 행정청은 제1항에 따라 처분을 철회하려는 경우에는 철회로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 철회로 달성되는 공익과 비교·형량하여야 한다.

100) 제22조(제재처분의 기준)

① 제재처분의 근거가 되는 법률에는 제재처분의 주체, 사유, 유형 및 상한을 명확하게 규정하여야 한다. 이 경우 제재처분의 유형 및 상한을 정할 때에는 해당 위반행위의 특수성 및 유사한 위반행위와의 형평성 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

법률에 근거하여 이루어져야 한다는 것(법률유보의 원칙)을 내용으로 하는 법치행정은, 법치국가원리의 가장 핵심적이고 본래적인 부분에 해당한다. 행정에 관한 일반법으로서의 성격을 갖는 「행정기본법」은 법치행정의 원칙을 직접 규정하기도 하고(제3조), 새로운 유형의 행정행위 및 제도의 법적 근거를 마련함으로써 법치행정을 구현하기도 하며, 법적 근거 없이 이루어지던 행정행위 및 제도의 법적 근거 마련함으로써 법치행정을 구현하고 있다. 이 중 법적 근거 없이 이루어지던 행정행위 및 제도의 법적 근거를 마련한 것은 법치행정의 원칙에 반하는 법현실을 바로잡았다는 점에서 특히 유의미하다고 생각된다. 이에 이하에서는 법적 근거 없이 이루어지던 행정행위 및 제도의 법적 근거를 마련한 조항인 ① 적극행정조항(제4조), ② 자동적 처분에 관한 조항(제20조), ③ 행정의 입법활동 등에 관한 조항(제38조 ~ 제40조)을 살펴본다.

나. 적극행정 운영규정 등의 법적 근거 마련

제4조(행정의 적극적 추진)

- ① 행정은 공공의 이익을 위하여 적극적으로 추진되어야 한다.
- ② 국가와 지방자치단체는 소속 공무원이 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행할 수 있도록 제반 여건을 조성하고, 이와 관련된 시책 및 조치를 추진하여야 한다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 행정의 적극적 추진 및 적극행정 활성화를 위한 시책의 구체적인 사항 등은 대통령령으로 정한다.

헌법 제7조 제1항¹⁰¹⁾이 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자”임을 명시함에 따라, 「국가공무원법」 제56조¹⁰²⁾가 공무원의 성실의무에 관해 규정하였고, 공무원의 적극행정을 장려하기 위해 대통령령인 「적극행정 운영규정」과 「지방공무원 적극행정 운영규정」이 제정·시행되었다. 그런데 종래에는 이에 대한 법률상의 직접적인 근거가 없다는 점이 문제점으로 지적되어 왔다.¹⁰³⁾ 이에 적극행정이 행정의 법률상 의무임을 선언하고 행정의 전 분야에 활발하게 적용될 수 있도록 적극행정에 대한 법적 근거를 마련하고 적극행정을 위한 제도 개선의 법적 근거를 제공하고자 「행정기본법」 제4조가 규정되었다.¹⁰⁴⁾

101) 헌법 제7조 ① 공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다.

102) 「국가공무원법」 제56조(성실 의무) 모든 공무원은 법령을 준수하며 성실히 직무를 수행하여야 한다.

103) 박정훈(朴正勳), 행정법연구 3 - 행정법 개혁의 과제, 박영사, 2023, 640-641면; 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 63면 참조.

104) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 63면 참조.

다. 자동적 처분의 법적 근거 마련

제20조(자동적 처분)

행정청은 법률로 정하는 바에 따라 완전히 자동화된 시스템(인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다)으로 처분을 할 수 있다. 다만, 처분에 재량이 있는 경우는 그러하지 아니하다.

자동적 처분이란, 처분의 일부 또는 전부가 정보통신기술이 적용된 자동화 시스템에 의해 이루어지는 처분을 말한다. 「행정기본법」 제20조가 규정하는 자동적 처분의 개념 범주는 굉장히 넓은데, 단순한 기계적 알고리즘에 의해 작동하는 신호등부터 아직 현실화되지 않은 인공지능 기반의 자동적 처분까지 모두 포괄한다. 이에 「행정기본법」 제20조는 가장 고도화된 기술인 인공지능을 포함한 알고리즘 자체가 처분을 발령할 수 있는 일반적 가능성을 연 규정이라는 점에서 중요한 의미를 갖는 것으로 평가된다.

인공지능을 기반으로 하는 자동적 처분은 아직까지 행정에서 실제로 이루어지고 있지 않기 때문에, 인공지능을 기반으로 하는 자동적 처분과 관련하여서는 「행정기본법」 제20조가 새로운 유형의 행정행위 및 제도의 법적 근거를 마련하였다는 점에서 법치행정을 구현한 것이라고 할 수 있다. 반면에, 단순한 기계식 알고리즘이 적용되는 자동적 처분의 경우, 「행정기본법」이 제정되기 이전부터 행정 곳곳에서 이미 이루어지고 있었기 때문에, 이와 관련하여서는 「행정기본법」 제20조가 법적 근거 없이 이루어지던 행정행위 및 제도의 법적 근거를 마련함으로써 법치행정을 구현하였다는 의미를 갖는다.

라. 「법제업무 운영규정」의 법적 근거 마련

제4장 행정의 입법활동 등

제38조(행정의 입법활동)

- ① 국가나 지방자치단체가 법령등을 제정·개정·폐지하고자 하거나 그와 관련된 활동(법률안의 국회 제출과 조례안의 지방의회 제출을 포함하며, 이하 이 장에서 “행정의 입법활동”이라 한다)을 할 때에는 헌법과 상위 법령을 위반해서는 아니 되며, 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수하여야 한다.
- ② ~ ③ (생략)
- ④ 행정의 입법활동의 절차 및 정부입법계획의 수립에 관하여 필요한 사항은 정부의 법제업

무에 관한 사항을 규율하는 대통령령으로 정한다.

제39조(행정법제의 개선)

- ① 정부는 권한 있는 기관에 의하여 위헌으로 결정되어 법령이 헌법에 위반되거나 법률에 위반되는 것이 명백한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우에는 해당 법령을 개선하여야 한다.
- ② 정부는 행정 분야의 법제도 개선 및 일관된 법 적용 기준 마련 등을 위하여 필요한 경우 대통령령으로 정하는 바에 따라 관계 기관 협의 및 관계 전문가 의견 수렴을 거쳐 개선 조치를 할 수 있으며, 이를 위하여 현행 법령에 관한 분석을 실시할 수 있다.

제40조(법령해석)

- ① 누구든지 법령등의 내용에 의문이 있으면 법령을 소관하는 중앙행정기관의 장(이하 “법령 소관기관”이라 한다)과 자치법규를 소관하는 지방자치단체의 장에게 법령해석을 요청할 수 있다.
- ② (생략)
- ③ 법령소관기관이나 법령소관기관의 해석에 이의가 있는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 법령해석업무를 전문으로 하는 기관에 법령해석을 요청할 수 있다.

「행정기본법」 제4장은 행정의 입법활동 등에 관하여 규정하고 있다. 「행정기본법」 제정 전에는 행정의 입법활동 등에 대해서 대통령령인 「법제업무 운영규정」과 총리령인 「법제업무 운영규정 시행규칙」이 적용되었는데, 이와 관련하여 법률상의 근거가 부재(不在)한다는 점이 문제점으로 지적되었다. 「행정기본법」 제4장이 행정의 입법활동 등에 관하여 규정함으로써, 「법제업무 운영규정」과 「법제업무 운영규정 시행규칙」의 법적 근거가 마련된 것이다.

제4장은 총 3개의 조문으로 구성되어 있다. 먼저 행정의 입법활동에 관한 규정인 제38조는, 행정의 입법활동에 관한 원칙과 기준을 제시하는 한편, 기존에 「법제업무 운영규정」에 따라 운영되고 있던 정부입법계획의 수립·시행에 관한 사항들의 법률적 근거를 마련한 조문이다.¹⁰⁵⁾ 제39조는 정부의 행정법제 개선의무에 관하여 규정하고 있다. 정부는 제39조에 근거하여 행정법제 개선을 위해 관계기관의 협의 및 관계 전문가 의견 수렴을 등을 거쳐 개선조치를 취할 수 있으며, 법령에 관한 분석 등을 실시할 수 있다. 이와 같은 제39조는 특히 헌법 제107조 제2항에 따라 위헌으로 결정된 명령·규칙을 개선할 의무를 정부에 부여함으로써 위헌법률을 체계적으로 정비하는 것을 가능하게 하였다는 점

105) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 393면 참조.

에서 유의미하다고 할 것이다. 마지막으로, 제40조는 법령의 집행과정에서 발생하는 법령의 해석에 대해 의문이 있는 자는 누구든지 법령해석을 요청할 수 있도록 법령해석의 주체·법령소관기관의 법령해석 책임·법령해석기관의 법령해석 절차를 규정하여, 그 동안 「법제업무 운영규정」과 「법제업무 운영규정 시행규칙」에 따라 운영되던 법제처 법령해석제도 등의 법률적 근거를 마련하였다.¹⁰⁶⁾

106) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 410면 참조.

Ⅲ. 「행정기본법」의 헌법적 쟁점

1. 체계정당성 확보 필요성

체계정당성 원칙이란, 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 하나의 헌법적 요청으로, 국가공권력에 대한 통제와 이를 통한 국민의 자유와 권리의 보장을 이념으로 하는 법치주의원리로부터 도출되는 원칙이다¹⁰⁷⁾. 헌법재판소는 체계정당성 원칙을 헌법적 요청으로서 인정하고 있으며, “체계정당성이라 함은 일정한 법률의 규범 상호간에는 그 내용과 체계에 있어서 조화를 이루고 상호 모순이 없어, 결국 모든 규정의 내용과 체계가 상호 모순과 갈등 없이 그 본래의 입법목적의 실현에 합치되고 이바지하는 것”이라고 하여 그 구체적인 내용을 밝히고 있다.¹⁰⁸⁾

위와 같은 체계정당성 원칙과 관련하여, 「행정기본법」의 체계정당성이 인정되는가에 관하여 의문이 제기되고 있다. 법제처 소관의 「행정기본법」 제정 이전부터 행정법제의 영역에서 기본법 내지 일반법으로서 행정안전부 소관의 「행정절차법」, 「민원 처리에 관한 법률」, 「행정대집행법」, 국무조정실 소관의 「행정규제기본법」, 「행정조사기본법」, 국민권익위원회 소관의 「행정심판법」 등의 규정이 존재하였다. 이러한 법률이 병존하는 것에 대하여, 특히 「행정절차법」이 존재함에도 불구하고 「행정기본법」에 절차적 규정을 두고 있어 「행정절차법」과 「행정기본법」의 규율 내용이 명확하게 구분되지 않고 혼재되어 있다는 점¹⁰⁹⁾에 대하여 많은 비판적 견해가 주장되고 있다. 구체적으로는, ① 법제처가 당초 통합행정법전을 지향하였으나 「행정기본법」 입안과정에서 통합법전도 아니고 기본법도 아닌 애매한 상황으로 발전하였고, 상당 부분 중복되는 내용을 2개의 법으로 병립 시행하고 있는 입법례는 찾아보기 어렵다고 하면서, 「행정기본법」과 「행정절차법」을 통합하여 ‘행정통칙법’으로 명칭을 변경해야 한다고 보는 견해,¹¹⁰⁾ ② 「행정기본법」의 입법

107) 헌재 2004. 11. 25. 2002헌바66, 판례집 16-2하, 314; 헌재 2005. 6. 30. 2004헌바40등, 판례집 17-1, 946.

108) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마136, 판례집 7-2, 169.

109) 중복되는 주요 내용으로는 행정의 법 원칙, 신고, 처분의 기준, 행정의 입법활동 등이 있다.

110) 김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제, 경희법학, 제56권 제1호, 2021, 76면 참조.

목적은 제대로 실현하기 위해서는 「행정절차법」과의 관계를 제대로 정립하여야 한다고 하면서, 특히 신고를 양 법이 이원적으로 규율함으로써 해당 공법상 작용에 대한 총체적 규율이 어려워지는 경우가 발생할 수 있는데, 이 경우에는 어느 한 법률에서 전체를 규율하는 것이 바람직하며, 양 법의 우선순위에 대한 논란을 막고 행정법 전반을 보다 체계적으로 다루기 위해서라도 장기적으로 양 법은 통합될 필요가 있다고 주장하는 견해,¹¹¹⁾ ③ 「행정기본법」 제22조의 제재처분의 기준은 「행정절차법」 제20조의 처분기준의 설정·공표에 해당하는 것인바, 「행정절차법」에서 처분기준에 대한 일반적인 규정을 두고 「행정기본법」에서 처분기준에 대한 구체적인 규정을 두는 옳지 못할 일이 벌어지게 되었다고 하면서, 동일 법률에 규정되어야 할 사항이 「행정절차법」과 「행정기본법」에 따로 규정되어 있는 것은 근본적인 문제점이며, 그 해결을 위해 「행정기본법」에 「행정절차법」을 수용하는 것이 행정법 법전화의 가장 핵심적인 사항이자 지상명령이라고 보는 견해,¹¹²⁾ ④ 행정작용은 「행정절차법」을 통해 절차적 통제를 받을 수밖에 없으므로 향후 「행정기본법」과 「행정절차법」의 관계 설정 내지 융합이 필요하며, 궁극적으로 ‘기본법’이라는 명칭에 걸맞게 실체법은 물론이고 절차법상 내용까지 함께 규정하여 명실상부한 행정의 통칙법전으로 발전해야 한다는 견해¹¹³⁾ 등이 주장되고 있다.

살피건대, 위와 같이 법체계적 정당성의 관점에서 「행정기본법」에 대한 비판적인 견해를 적극적으로 주장하지 않는다고 하더라도, 「행정기본법」이 기존의 행정법제들과 체계적으로 조화를 이루고 체계정당성을 확보할 필요가 있다는 점에 대하여는 우리 공법학계의 견해가 일치하고 있는 것으로 보인다. 그리고 이러한 체계정당성 확보 필요성에 대한 고려를 전제로 하여, 향후 「행정기본법」과 「행정절차법」 등의 행정법제는 통합법전화의 과정을 거쳐 통합되어야 한다는 것으로 의견이 모이고 있다고 생각된다.¹¹⁴⁾

111) 김대인, 행정기본법과 행정절차법의 관계에 관한 고찰, 법제연구, 제59호, 2020, 59-60면 참조.

112) 유진식, 행정기본법(안)의 검토: 행정법의 법전화의 관점에서, 행정법 혁신과 나아갈 미래(2020 행정법 포럼 자료집), 2020, 225-227면 참조.

113) 이상학, 행정기본법 제정안의 평가와 주요쟁점 검토, 공법학연구, 제21권 제4호, 2020, 214-215면 참조.

114) 박재윤, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 26면 참조.

2. 처분의 재심사 제도의 헌법적 쟁점

가. 신청인적격 제한과 평등원칙

제37조(처분의 재심사)

① 당사자는 처분(제재처분 및 행정상 강제)은 제외한다. 이하 이 조에서 같다)이 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다룰 수 없게 된 경우(법원의 확정판결이 있는 경우는 제외한다)라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 처분을 한 행정청에 처분을 취소·철회하거나 변경하여 줄 것을 신청할 수 있다.

1. ~ 3. (생략)

제37조 제1항은 재심사를 신청할 수 있는 신청인적격을 갖는 자를 당사자, 즉 처분의 상대방으로 한정하고 있다. 이에 따라, 처분의 상대방은 아니지만 원고적격이 인정되는 제3자에게는 재심사의 신청인적격이 인정되지 않는다. 이처럼 원고적격이 인정되는 제3자의 재심사 신청인적격을 인정하지 않는 것에 대하여, ① 원고적격이 있는 제3자와 처분의 상대방을 차별하여야 할 합리적인 이유가 없고, 「행정소송법」 제31조가 제3자에 의한 소송에서의 재심청구를 허용하고 있다는 것과도 균형이 맞지 않다는 점에서, 원고적격이 인정되는 제3자의 신청인적격을 부정하는 것은 위헌의 소지가 있다는 견해,¹¹⁵⁾ ② 행정심판과 행정소송에서 법률상 이익이 인정되는 제3자의 원고적격을 긍정하는 것과의 균형상, 국민의 권익보호 강화 차원에서 제3자도 재심사 신청자 범위에 포함하는 것이 타당하다는 견해,¹¹⁶⁾ ③ 행정처분 중 제3자효 행정행위가 적지 않은데, 「행정기본법」이 오로지 남용가능성만을 이유로 제3자의 재심사 신청을 원천적으로 봉쇄한 것은 납득하기 어렵다는 견해,¹¹⁷⁾ ④ 재심사 절차가 도입 단계임을 고려하여 절차 혼란 방지를 위해 제3자를 배제하였더라도, 제도의 도입이 가져올 혼란을 우려하여 제도의 실효성을 감소시키는 형태의 입법을 함은 타당하지 않다는 견해,¹¹⁸⁾ ⑤ 이해관계 있는 제3자를 재심사 신청인에서 제외하는 근거가 명확하지 않고, 행정쟁송에서 이해관계 있는 제3자의 청구인·원고 적격을 인정하고 있는 점, 처분의 재심사 제도가 국민의 권익구제 강화를 목적으로

115) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 22면 참조.

116) 김동균, 행정기본법상 재심사제도의 입법적 과제, 공법연구, 제49집 제4호, 2021, 156-157면 참조.

117) 이상학, 행정기본법 제정안의 평가와 주요쟁점 검토, 공법학연구, 제21권 제4호, 2020, 208면 참조.

118) 조성규, 행정기본법상 '처분의 재심사' 규정의 법적 쟁점, 행정법학, 제21호, 2021, 95-96면 참조.

하고 있는 점, 소위 ‘새만금 판결’에서도 대법원이 불가쟁력이 발생한 복효적 행정처분의 취소·철회에 대한 제3자의 조리상 재심사 신청권을 인정하는 전제에서 본안판단을 한 점 등에 비추어 볼 때, 이해관계 있는 제3자의 재심사 신청을 허용하는 것이 입법론적으로 타당하다는 견해,¹¹⁹⁾ ⑥ 처분의 당사자만 이의신청이나 재심사를 청구하도록 규정한 것은 행정에 과중한 부담이 될 것을 우려한 행정편의적인 발상에서 기인한 것으로 보인다는 견해¹²⁰⁾ 등 비판적인 견해가 다수 제기되고 있다. 이와 같은 비판적인 견해들은 공통적으로 원고적격이 인정되는 제3자의 재심사 신청권을 부정한 것이 재심사 신청권 남용으로 인해 발생할 수 있는 행정의 부담 가중을 우려하여 합리적인 이유 없이 원고적격이 인정되는 제3자를 차별한 것으로서 평등원칙에 위배됨을 지적하고 있는 것으로 보인다.

나. 재심사 대상 제한과 평등원칙

제37조(처분의 재심사)

- ① 당사자는 처분(제재처분 및 행정상 강제는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)이 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다룰 수 없게 된 경우(법원의 확정판결이 있는 경우는 제외한다)라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 처분을 한 행정청에 처분을 취소·철회하거나 변경하여 줄 것을 신청할 수 있다.
1. ~ 3. (생략)
- ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여는 이 조를 적용하지 아니한다.
1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항
 2. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
 3. 형사, 행형 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
 4. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항
 5. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항
 6. 개별 법률에서 그 적용을 배제하고 있는 경우

재심사의 대상이 되는 것은 불가쟁력이 발생한 처분이다. 그런데 「행정기본법」은 제37조 제1항에서 ‘제재처분 및 행정상 강제’를 재심사의 대상이 되는 처분에서 제외하고 있고, 동조 제8항에서는 동조의 적용배제 대상을 광범위하게 규정하고 있다. 이처럼 재심사의 대상을 제한하는 것에 대하여 정당한 근거 없는 제한으로서 평등원칙에 위배된다는

119) 이은상, 처분 재심사 제도의 적정한 운영과 개선 방향, 사법, 제1권 제58호, 2021, 25면 참조.

120) 박재윤, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 23면 참조.

비판이 제기되고 있다.¹²¹⁾¹²²⁾

특히, 제재처분을 재심사 대상에서 제외한 것에 대한 비판이 두드러지게 나타나고 있다. 제재처분을 재심사 대상에서 제외하는 근거가 행정기본법안 조문별 제정이유서를 보더라도 명확하지 않고, 법제처가 간행한 행정기본법 조문별 해설을 보더라도 “재심사가 우리나라에 처음 도입되는 점을 고려하여 그 대상이 되는 처분에서 제재처분 및 행정상 강제를 제외하였다”라고만 기재되어 있을 뿐이어서,¹²³⁾ 제재처분을 재심사 대상에서 제외하는 합리적인 이유를 찾기 어렵기 때문이다. 반면에 행정상 강제를 재심사 대상에서 제외한 것에 대하여는, 그 성격이 대부분 권력적 사실행위의 특성을 가지고 있어서 처분의 재심사 대상으로 적절하지 않을 수 있다는 점에서 수긍하는 견해가 있다.¹²⁴⁾

다. 처분을 유지하는 결과에 대한 불복 금지와 재판청구권·평등원칙·권력분립원칙

제37조(처분의 재심사)

⑤ 제4항에 따른 처분의 재심사 결과 중 처분을 유지하는 결과에 대해서는 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송수단을 통하여 불복할 수 없다.

제37조 제5항은 재심사 결과 중 ‘처분을 유지하는 결정’에 대해서는 행정심판이나 행정소송 및 그 밖의 쟁송수단으로 불복할 수 없다고 규정하고 있는데, 이와 같이 사법심사(司法審査)를 부정하는 것은 재판청구권을 침해하고 평등원칙에 위배되어 위헌의 소지가 있다.¹²⁵⁾ 그리고 사법심사(司法審査)의 부정은 재심사 결정을 통해 사법통제에서 자유

121) 김동균, 행정기본법상 재심사제도의 입법적 과제, 공법연구, 제49집 제4호, 2021, 154면; 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 23면; 이은상, 처분 재심사 제도의 적절한 운영과 개선 방향, 사법, 제1권 제58호, 2021, 21면 참조.

122) 이에 더하여, 재심사 대상을 이처럼 제한하는 것에 대하여 재심사 제도의 실익이 무엇인가 의문이라는 비판도 제기되고 있다. 거부처분에 대하여 우리 판례가 불가쟁력이 발생한 이후에도 새로운 신청에 대한 거부처분을 허용하고 있다는 점을 고려하면, 제재처분을 제외할 경우 사실상 재심사 제도의 실익이 의문시된다는 것이다. 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 22면 참조.

123) 법제처, 행정기본법 조문별 해설, 2021, 165면; 이은상, 처분 재심사 제도의 적절한 운영과 개선 방향, 사법, 제1권 제58호, 2021, 21면 참조.

124) 정하중, 행정기본법상 ‘처분의 재심사’ 규정의 법적 쟁점, 행정법학, 제21호, 2021, 88면 참조.

125) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 25면; 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 23면; 박정훈(朴貞勳), 행정기본법과 행정법학의 관계: 인식·운

로운 행정청의 권한을 인정하는 결과를 초래하는데, 이는 권력분립의 원칙에 따른 견제와 균형의 원리에도 위배된다고 할 것이다.¹²⁶⁾

처분을 유지하는 결정에 대한 사법심사(司法審査)의 부정으로 인한 문제는 대법원의 판례이론, 즉 당사자(처분의 상대방)가 처분의 취소와 철회에 대한 신청권을 행사하고 그것이 거부될 경우 거부처분 취소소송이나 의무이행심판으로 다투는 방식으로 해결이 가능하다고 하는 견해가 주장되기도 하지만, 그러한 해결이 가능하다고 하여 처분을 유지하는 결정에 대한 사법심사(司法審査) 부정이 갖는 위헌성 자체가 해소되지는 않을 것이다.¹²⁷⁾ 그리고 이는 결국 국민에게 부담을 넘기는 것에 해당한다는 점에서도 바람직한 해결방법이라고 보기 어렵다고 생각된다.

또한, 사법심사(司法審査)가 부정되는 처분의 재심사 제도의 합헌성을 유지하기 위해서는 결국 이를 이의신청과 마찬가지로 행정의 내부적인 시정장치를 한 번 더 마련한 것으로 그 의미를 축소할 수밖에 없다는 견해도 제기되고 있다.¹²⁸⁾ 다만 해당 견해는, 설사 제도의 취지를 낮추어 위헌성 문제를 해결한다고 하더라도, 기왕에 마련된 제도의 실효성과 합리성을 무색하게 하는 방식이라는 비판은 면할 수 없을 것이라고 지적한다.¹²⁹⁾

라. 재심사 사유 및 신청 내용에 관한 쟁점

제37조(처분의 재심사)

① 당사자는 처분(제재처분 및 행정상 강제는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)이 행정심판, 행정소송 및 그 밖의 쟁송을 통하여 다툴 수 없게 된 경우(법원의 확정판결이 있는 경우는 제외한다)라도 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 처분을 한 행정청에 처분을 취소·철회하거나 변경하여 줄 것을 신청할 수 있다.

1. 처분의 근거가 된 사실관계 또는 법률관계가 추후에 당사자에게 유리하게 바뀐 경우

용·혁신, 행정법이론실무학회 제260회 정기학술발표회 자료집, 2021, 11면; 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 23면; 이정민, 법관의 입장에서 바라본 행정기본법 - 행정소송실무의 관점에서, 제48회 한국행정법학회 정기학술대회 자료집, 2021, 165-166면 참조.

126) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 25면 참조.

127) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2023, 244면 참조.

128) 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 23면 참조.

129) 박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 23면 참조.

2. 당사자에게 유리한 결정을 가져다주었을 새로운 증거가 있는 경우
3. 「민사소송법」 제451조130)에 따른 재심사유에 준하는 사유가 발생한 경우 등 대통령령131)으로 정하는 경우

1) 재심사 사유 및 신청 내용의 광범성과 법적 안정성

제37조 제1항이 재심사 사유를 광범위하게 인정하고 처분의 취소뿐만 아니라 철회 또는 변경까지 재심사를 통해 신청할 수 있는 것으로 규정하고 있는 것에 대하여는, 처분의 불가쟁력을 무력화하고 광범위하게 법률관계의 확정을 지연시키는 결과를 초래함으로써

130) 「민사소송법」 제451조

- ① 다음 각호 가운데 어느 하나에 해당하면 확정된 중국판결에 대하여 재심의 소를 제기할 수 있다. 다만, 당사자가 상소에 의하여 그 사유를 주장하였거나, 이를 알고도 주장하지 아니한 때에는 그러하지 아니하다.
 1. 법률에 따라 판결법원을 구성하지 아니한 때
 2. 법률상 그 재판에 관여할 수 없는 법관이 관여한 때
 3. 법정대리권·소송대리권 또는 대리인이 소송행위를 하는 데에 필요한 권한의 수여에 흠이 있는 때. 다만, 제60조 또는 제97조의 규정에 따라 추인한 때에는 그러하지 아니하다.
 4. 재판에 관여한 법관이 그 사건에 관하여 직무에 관한 죄를 범한 때
 5. 형사상 처벌을 받은 다른 사람의 행위로 말미암아 자백을 하였거나 판결에 영향을 미칠 공격 또는 방어방법의 제출에 방해를 받은 때
 6. 판결의 증거가 된 문서, 그 밖의 물건이 위조되거나 변조된 것인 때
 7. 증인·감정인·통역인의 거짓 진술 또는 당사자신문에 따른 당사자나 법정대리인의 거짓 진술이 판결의 증거가 된 때
 8. 판결의 기초가 된 민사나 형사의 판결, 그 밖의 재판 또는 행정처분이 다른 재판이나 행정처분에 따라 바뀐 때
 9. 판결에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단을 누락한 때
 10. 재심을 제기할 판결이 전에 선고한 확정판결에 어긋나는 때
 11. 당사자가 상대방의 주소 또는 거소를 알고 있었음에도 있는 곳을 잘 모른다고 하거나 주소나 거소를 거짓으로 하여 소를 제기한 때
- ② 제1항제4호 내지 제7호의 경우에는 처벌받을 행위에 대하여 유죄의 판결이나 과태료부과의 재판이 확정된 때 또는 증거부족 외의 이유로 유죄의 확정판결이나 과태료부과의 확정재판을 할 수 없을 때에만 재심의 소를 제기할 수 있다.
- ③ 항소심에서 사건에 대하여 본안판결을 하였을 때에는 제1심 판결에 대하여 재심의 소를 제기하지 못한다.

131) 「행정기본법 시행령」 제12조(처분의 재심사 신청 사유) 법 제37조제1항제3호에서 “「민사소송법」 제451조에 따른 재심사유에 준하는 사유가 발생한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.

1. 처분 업무를 직접 또는 간접적으로 처리한 공무원이 그 처분에 관한 직무상 죄를 범한 경우
2. 처분의 근거가 된 문서나 그 밖의 자료가 위조되거나 변조된 것인 경우
3. 제3자의 거짓 진술이 처분의 근거가 된 경우
4. 처분에 영향을 미칠 중요한 사항에 관하여 판단이 누락된 경우

써 법적 안정성을 저해할 수 있다는 비판이 가능하다. 먼저, ① 처분의 근거가 된 사실관계나 법률관계가 추후에 당사자에게 유리하게 바뀔 경우(제1호), ② 당사자에게 유리한 결과를 가져다주었을 새로운 증거가 있는 경우(제2호), ③ 민사소송법 제451조에 따른 재심사유에 준하는 사유가 발생한 경우 등 대통령령으로 정하는 경우(3호)를 처분의 재심사 신청이 가능한 사유로 규정하고 있는 것에 대하여, 처분의 재심사 제도가 처분의 불가쟁력을 무력하게 하는 예외적인 제도라는 점을 고려할 때, 재심사 사유가 지나치게 광범위하게 인정되는 것이 아닌지 의문이 제기되고 있다.¹³²⁾ 해당 견해는, 재심사 신청의 사유를 폭넓게 인정하는 것은 재심사의 신청 내용이 처분의 취소만이 아니라 철회나 변경이 될 수 있기 때문이라고 생각되기는 하지만, 예외적 구제 제도로서의 재심사 제도의 본질에 부합하는 것인지 의문이라고 한다.¹³³⁾ 그리고 재심사를 통해 위법한 처분을 취소하는 것뿐만 아니라 위법하지 않은 처분을 철회·변경하는 것까지 신청할 수 있게 하는 것에 대하여는, 적법한 처분임에도 불구하고 법률관계가 변경될 수 있는 가능성을 인정함으로써 법적 안정성을 크게 저해할 수 있다는 우려가 제기되고 있다.¹³⁴⁾

처분의 재심사제도는, 국민의 권리보호 필요성을 이유로, 행정법관계에 있어서 법적 안정성을 확보하기 위하여 인정되는 효력인 행정행위의 불가쟁력의 예외를 인정하는 ‘예외적인 권리구제수단’이다.¹³⁵⁾ 이처럼 예외적 권리구제수단인 재심사가 지나치게 광범위하게 인정될 경우 제소기간제도가 형해화될 수 있고 불가쟁력의 제한을 회피하는 수단으로 남용될 수 있기 때문에, 재심사는 행정법관계에서의 법적 안정성과 비교형량하여 보더라도 권리구제의 필요성이 증대하다고 인정될만한 경우에만 제한적으로 인정되어야 한다.¹³⁶⁾ 우리 「행정기본법」 제37조는 독일의 「연방행정절차법」 제51조¹³⁷⁾의 재심사 규정을

132) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 24면 참조.

133) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 24면 참조.

134) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 25면 참조.

135) 이상덕, 불가쟁력이 발생한 행정처분의 재심사에 관한 법적 규율 - 독일연방행정절차법상 재심사제도의 시사점과 우리 실무 상황의 분석을 중심으로, 사법논집, 제63집, 2016, 109면 참조.

136) 이상덕, 불가쟁력이 발생한 행정처분의 재심사에 관한 법적 규율 - 독일연방행정절차법상 재심사제도의 시사점과 우리 실무 상황의 분석을 중심으로, 사법논집, 제63집, 2016, 109면 참조.

137) 독일 「연방행정절차법」 제51조 절차의 재개(Wiederaufgreifen des Verfahrens)

① 행정청은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 관계인의 신청에 기하여, 불가쟁력이 발생한 행정행위의 폐지 변경에 관하여 결정을 하여야 한다.

1. 행정행위의 기초가 되는 사실적 법적 상황이 추후에 관계인에게 유리하도록 변경된 경우

모델로 하여 제정되면서, 독일의 재심사 사유 규정 방식을 그대로 채용하였다. 우리의 행정법제와 독일의 행정법제가 완전히 동일하지 않음을 고려할 때, 현재의 재심사 사유 규정 방식이 재심사제도의 목적에 부합하는 것인지, 그리고 행정법관계에서의 법적 안정성을 위협하는 것은 아닌지 검토해볼 필요가 있다고 생각된다.

2) 근거법률에 대하여 위헌결정이 난 경우 처분의 재심사 허용 여부

앞에서 살펴본 바와 같이, 위헌결정의 효력에 관한 규정인 「헌법재판소법」 제47조는 행정행위의 불가쟁력이 위헌결정으로 인해 어떠한 영향을 받는지를 명시적으로 규정하지 않고 있다.¹³⁸⁾ 이에 행정처분의 근거법률이 사후적으로 위헌선언을 받았다는 사정이 그 처분에 어떠한 영향을 미치는지에 관하여, ① 당해 행정처분의 무효사유로 보아야 한다는 견해(무효사유설, 불가쟁력 우회설)와 ② 당해 행정처분의 취소사유로 보아야 한다는 견해(취소사유설, 불가쟁력 인정설)가 주장되는데, 통설과 판례¹³⁹⁾는 후자의 견해를 취하고 있다.¹⁴⁰⁾ 이러한 견해에 따르면, 처분의 근거법률이 위헌선언 되었다고 하더라도 처분

2. 관계인에게 유리한 결정을 가져다주었을 새로운 증거가 존재하는 경우

3. 민사소송법 제580조에 준하는 재심의 사유가 주어져 있는 경우

② 관계인이 중대한 과실 없이 재심사 사유를 종전의 절차에서 특히, 권리구제에 의하여 주장할 수 없었던 경우에만, (재심사)신청이 허용된다.

③ 신청은 3월내에 제기하여야 한다. 이 기간은 관계인이 재심사 사유를 알게 된 날로부터 시작한다.

④ 제3조의 규정에 따른 관할행정청이 신청에 관해 결정을 한다; 그 폐지 변경이 강구되는 행정행위가 다른 행정청에 의하여 발급되어진 경우에도 역시 그러하다.

⑤ 제48조제1항제1문과 제49조제1항의 규정은 영향을 받지 아니한다.

138) 「헌법재판소법」 제47조(위헌결정의 효력)

① 법률의 위헌결정은 법원과 그 밖의 국가기관 및 지방자치단체를 기속(기속)한다.

② 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항은 그 결정이 있는 날부터 효력을 상실한다.

③ 제2항에도 불구하고 형벌에 관한 법률 또는 법률의 조항은 소급하여 그 효력을 상실한다. 다만, 해당 법률 또는 법률의 조항에 대하여 종전에 합헌으로 결정한 사건이 있는 경우에는 그 결정이 있는 날의 다음 날로 소급하여 효력을 상실한다.

④ 제3항의 경우에 위헌으로 결정된 법률 또는 법률의 조항에 근거한 유죄의 확정판결에 대하여는 재심을 청구할 수 있다.

⑤ 제4항의 재심에 대하여는 「형사소송법」을 준용한다.

139) 대법원 2009. 5. 14. 선고 2007두16202 판결 행정청이 어떠한 법률조항에 근거하여 행정처분을 한 후 헌법재판소가 그 조항을 위헌으로 결정하였다면 그 행정처분은 결과적으로 법률의 근거 없이 행하여진 것과 마찬가지로 되어 하자 있게 된다 할 것이다. 그러나 일반적으로 법률이 헌법에 위반된다는 사정은 헌법재판소의 위헌결정이 있기 전에는 객관적으로 명백한 것이라고 할 수는 없으므로, 특별한 사정이 없는 한 그러한 하자는 행정처분의 취소사유일 뿐 당연무효사유라고 할 수 없다(대법원 1994. 10. 28. 선고 92누9463 판결 등 참조).

140) 정광현, 행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성, 헌법논총, 제23호, 2012, 337-338

의 불가쟁력은 그대로 유지되기 때문에, 당해 이해관계인은 처분의 취소를 구할 권리를 갖지 않는다. 이에 처분의 재심사 제도가 도입되기 이전에는, 위헌인 법률에 근거하여 내려진 처분으로 인해 침해된 국민의 권익을 구제하는 것이 행정청의 재량에 맡겨졌다.¹⁴¹⁾

처분의 재심사 제도가 도입된 지금, 제소기간이 도과하여 행정행위의 불가쟁력이 발생한 이후에 해당 행정행위의 근거법률에 대하여 위헌결정이 내려졌거나, 근거법률에 대한 위헌결정이 있는 후 제소기간이 도과하여 행정행위의 불가쟁력이 발생한 경우, 근거법률에 대하여 위헌결정이 내려졌다는 사정이 「행정기본법」 제37조 제1항 제1호의 재심사 사유에 해당하는지 여부가 문제된다.

독일의 경우, 위헌결정이 난 법률은 처음부터 당연히 법률로써 효력을 갖지 않는다는 ‘당연무효설’을 취하고 있으나,¹⁴²⁾ 「연방헌법재판소법」 제79조¹⁴³⁾ 제2항에서 ‘근거법률이 연방헌법재판소에 의해 위헌이라고 선언되었다고 하더라도 불가쟁력이 발생한 행정행위에 대해서는 소급효가 미치지 않는다’고 규정하고 있기 때문에, 우리나라와 마찬가지로 근거법률의 위헌선언이 행정행위의 불가쟁력에 영향을 미치지 않는다. 다시 말해, 독일의 경우도 우리나라와 마찬가지로 처분의 근거법률이 위헌선언 되었다고 하더라도, 해당 법률이 장래를 향하여 효력을 잃을 뿐, 처분의 불가쟁력은 그대로 유지되기 때문에, 당해 이해관계인은 처분의 취소를 구할 수 없다. 이에 근거법률에 대하여 위헌선언이 이루어졌다는 사정이 독일 「연방행정절차법」 제51조 제1항 제1호가 규정하고 있는 처분의

면 참조.

- 141) 법치국가원칙과 헌법재판소법 제47조 제1항상의 기속력의 취지를 적극적으로 해석하면, 근거 법률의 위헌선언이 있을 경우 이미 불가쟁력이 발생한 행정처분을 취소할지 여부에 관하여 처분청은 최소한 하자 없는 재량판단을 할 의무를 지는 것으로 보아 국민의 권리구제가 가능하도록 이론구성을 할 여지가 있다는 견해가 주장되기도 하였다. 해당 견해에 따르면, 처분청은 구체적 타당성의 추구하고 법적 안정성 확보 사이에 상충하는 이익들을 적절히 형량하여 직권취소 여부를 결정하여야 한다. 정광현, 행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성, 헌법논총, 제23호, 2012, 341면 참조.
- 142) 독일의 경우 위헌법률은 의견상 법률인 것으로 보일 뿐 처음부터 당연히 법률로서의 효력이 없고 헌법재판소의 위헌결정은 이를 선언적으로 확인하는 것일 뿐이라고 보는 ‘당연무효설(소급무효설)’을 취하고 있다. 위헌결정의 시간적 효력에 관한 상반된 견해인 ① 소급무효설(당연무효설)과 ② 장래무효설(폐지무효설)에 관하여는 김하열, 헌법소송법, 박영사, 2018, 327면 이하 참조.

143) 독일 「연방헌법재판소법」 제79조

- ① 기본법과 합치하지 아니하거나 제78조에 의하여 무효라고 선언된 규범 또는 연방헌법재판소에 의하여 기본법과 합치하지 아니하는 것으로 선언된 규범의 해석에 근거한 형사확정판결에 대하여는 형사소송법의 규정에 의한 재심절차가 허용된다.
- ② 그 밖의 경우에는 제95조 제2항의 규정 또는 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 제78조에 의하여 무효로 선언된 규범에 근거한 더 이상 취소할 수 없는 결정은 영향을 받지 아니한다. 이러한 결정에 근거한 집행은 허용되지 아니한다. 민사소송법의 규정에 의한 강제집행을 하여야 할 경우에는, 민사소송법 제767조의 규정을 준용한다. 부당이득을 이유로 하는 청구는 불가능하다.

재심사 사유인 ‘법적 상황 변경’에 해당하는지 여부가 문제된다. 그런데 독일판례는 행정행위의 근거법률이 위헌인 법규로서 무효라고 선언되었음이 「연방행정절차법」 제51조 제1항 제1호의 ‘법적 상황 변경’(Änderung der Rechtslage)에 해당하지 않는다고 본다.¹⁴⁴⁾ 이러한 판례의 태도는 연방헌법재판소가 법규를 그 제정 시점으로 소급하여 무효라고 선언하는 것은 법적 상황에 변화를 가져오는 것이 아니라 오히려 법적 상황을 확정하는 것임을 근거로 한다.¹⁴⁵⁾ 무효인 법규는 행정행위 당시에도 무효사유를 가지고 존재하였고, 무효의 선언으로 유효한 것으로 보였던 법적 외관이 제거되고 무효임이 명확해지는 것일 뿐이라는 것이다.¹⁴⁶⁾ 이러한 독일 판례와 관련하여, 근거법률에 대한 위헌무효 선언은 「연방행정절차법」 제51조 제1항 제1호의 ‘법적 상황 변경’에 해당한다는 반대 견해가 주장되고 있다.¹⁴⁷⁾ 해당 견해는, 불가쟁력이 발생한 행정행위는 그 행정행위가 행해질 당시에 유효하게 존재하던 근거법률에 의거하여 행해진 것이지 ‘법률의 외관’(Rechtsschein)에 따라 행해진 것이 아니므로, 그 근거법률에 대해 위헌무효가 선언되었다면 이는 당연히 ‘법적 상황 변경’에 해당하는 것으로 보아야 한다고 주장한다.¹⁴⁸⁾

우리나라의 경우, 위에서 살펴본 독일에서의 복잡한 논쟁이 발생할 여지 없이, 근거법률에 대하여 위헌결정이 난 경우에는 처분의 재심사가 허용될 것이라고 생각된다. 다시 말해, 우리나라의 경우에는 근거법률에 대한 위헌결정이 법적 상황 변경에 해당하지 않음을 근거로 하여 처분의 재심사 사유에 해당하지 않는다는 견해가 주장될 여지가 없다고 할 것이다. 독일과 우리나라 모두 불가쟁력이 발생한 행정행위에 관하여는 근거 법률에 대한 위헌결정이 장래효를 갖기 때문에 양국의 문제 상황이 유사한 것으로 보일 수 있으나, 상기한 독일에서의 논쟁은 독일이 위헌법률에 관하여 당연무효설을 취하고 있기 때문에 발생한 것이기 때문이다. 독일에서의 논쟁의 핵심은 불가쟁력이 발생한 처분의 근거인 법률이 처음부터 무효로 된 것이 과연 법적 상황 변경에 해당한다고 볼 수 있는가에 있다. 그런데 우리나라의 경우, 위헌결정된 법률의 효력이 그 결정이 있는 날부터 상실되므로 근거법률에 대한 위헌결정이 법적 상황 변경에 해당하지 않는다고 볼 여지가 없는 것이다.

144) ThürOVG ThürVBI 2020, 120 (121); Sasse Jura 2009, 493 (495); Windoffer Jura 2017, 1274 (1289); Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwVfG: 3. Ergänzungslieferung, 2022, § 51 Rn. 64.

145) BVerwGE 145, 14 Rn. 10 = NVwZ 2013, 444; Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwVfG: 3. Ergänzungslieferung, 2022, § 51 Rn. 64.

146) Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwVfG: 3. Ergänzungslieferung, 2022, § 51 Rn. 64.

147) Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwVfG: 3. Ergänzungslieferung, 2022, § 51 Rn. 64.

148) Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht VwVfG: 3. Ergänzungslieferung, 2022, § 51 Rn. 64.

생간건대, 처분의 기초가 되었던 사실관계 또는 법률관계가 사회적 관념이나 헌법질서와 충돌하는 경우에도 불가쟁력이 발생하였음을 이유로 종전의 처분을 유지하는 것은 정의 관념에 반하고,¹⁴⁹⁾ 위헌무효인 법규에 근거한 행정행위를 방치하는 것은 법치국가원칙에 반하는 것이라고 할 수 있다. 또한 처분의 재심사제도는 불가쟁력 제도로 달성하고자 하는 법적 안정성과 국민의 권리구제 필요성 사이의 균형을 이루기 위하여 도입된 것인데, 위헌인 근거법률에 의거하여 행하여진 처분의 효력을 그대로 인정함으로써 발생하는 국민의 이익 침해는 법적 안정성을 위한 제도의 예외를 인정할 필요가 있을 정도로 중대하다고 평가할 수 있을 것이다. 따라서 불가쟁력이 발생한 행정행위의 근거법률이 위헌무효로 된 경우에는 재심사 신청이 가능하다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

3. 적극행정조항의 헌법적 쟁점

<p>제1장 총칙</p> <p>제1절 목적 및 정의 등</p> <p>제4조(행정의 적극적 추진)</p> <p>① 행정은 공공의 이익을 위하여 적극적으로 추진되어야 한다.</p> <p>② 국가와 지방자치단체는 소속 공무원이 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행할 수 있도록 제반 여건을 조성하고, 이와 관련된 시책 및 조치를 추진하여야 한다.</p> <p>③ 제1항 및 제2항에 따른 행정의 적극적 추진 및 적극행정 활성화를 위한 시책의 구체적인 사항 등은 대통령령으로 정한다.</p>

가. 적극행정의 의의

1) 적극행정 개념의 등장과 발전

「적극행정 운영규정」 제2조 제1호는 적극행정을 “공무원이 불합리한 규제를 개선하는 등 공공의 이익을 위해 창의성과 전문성을 바탕으로 적극적으로 업무를 처리하는 행위”라고 정의하고 있다. 이러한 적극행정 개념은 우리나라 특유의 복지부동, 소극적인 행정 관행 등 현실적인 문제를 해결하는 방안으로서 창안된 고유한 개념이라고 평가된다.¹⁵⁰⁾

149) 홍정선, 행정기본법 해설, 박영사, 2022, 266면 참조.

150) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 66면; 박원규, 적극행정과 좋은 행정의 관계와 발전방향, 행정법학, 제25호, 2023, 289면 참조.

적극행정에 관한 논의를 촉발한 행정현실에 대한 구체적인 평가는 다양하게 이루어지고 있지만,¹⁵¹⁾ 적극행정 개념이 복지부동 등 소극적인 행정으로 인해 발생하는 문제를 해결하기 위해 고안된 개념임에는 이견이 없다.

적극행정 개념은 적극행정 과정에서 발생한 잘못에 대하여 감사원이 징계 등 불이익한 처분을 요구하지 않는 ‘적극행정 면책제도’를 통해 법제도로 편입되기 시작하였다.¹⁵²⁾¹⁵³⁾ 2008. 12. 10. 제정되고 2009. 1. 8. 시행된 감사원훈령 제331호 「적극행정 면책제도 운영규정」은 제2조 제1호에서 적극행정을 “공무원 등이 국가 또는 공공의 이익을 증진하기 위해 성실하고 능동적으로 업무를 처리하는 행위”라고 정의하고, 제1조에서 “공무원 등이 공익을 증진하기 위해 성실하고 능동적으로 업무를 처리하는 과정에서 부분적인 절차

151) 대통령 5년 단임제와 직업공무원제의 발전이 2009년 한국에 적극행정 면책제도가 도입된 것의 배경이 되었다고 하면서, ① 1998년부터 10년간 두 차례의 진보 정부 이후에 2008년 보수 신자유주의를 내세운 이명박 정부가 들어서면서, 그 이전 정부에서 승진·보임된 관료들이 대거 교체되자, 공무원의 전체 분위기가 정부의 새로운 정책에 대해 비우호적으로 바뀌고, ② 헌법 제7조의 직업공무원제 조항에 의거하여 행정공무원의 정치적 중립성이 어느 정도 확립되면서 소위 ‘복지부동’의 사태가 우려되었기 때문에, 적극행정을 징계 등의 면책사유로 정하여 이를 장려하고 이로써 동시에 소극행정에 대한 경고 메시지를 보냄으로써 새로운 정권에 대한 복지부동을 방지하기 위해 적극행정 면책제도가 도입된 것이라고 보는 견해로 박정훈, 행정법연구 3 - 행정법 개혁의 과제, 박영사, 2023, 637면; ① 발전국가(Developmental State) 시대에 부국강병이라는 국가목표를 달성하기 위해 관료에게 비공식적 면책특권이 주어지던 때와 달리 현대에는 관료에게 주어지던 비공식적 면책 특권이 더는 허용되지 않고, 법규정이 정교해지면서 관료의 법적 재량에 대한 사후적 사법적 통제가 강화되었다는 점, ② 현대사회의 복잡성이 증대하여 하나의 행정결정이 미래에 어떠한 결과로 이어질지 예측하기 어려워짐에 따라 표준화된 운영이 적용되어 문제를 해결할 수 있는 영역이 점점 줄어들어 업무의 모호성이 증대하였고, 정부가 능동적인 행동을 취하였을 때 실패할 위험이 커짐에 따라 공무원이 자기 보호에 주력하게 되었다는 점, ③ 전통적인 관료주의 문화로 인해 공무원 개인이 기존 업무 관행과 다른 방식으로 결정을 내리고자 하면 상당한 입증책임 또는 소명 과정이 부과됨에 따라, 공무원의 현상 유지 경향이 강화되어 업무에 소극적으로 임하게 된다는 점, ④ 적극적인 행정 조치로 인해 의도하지 않은 부정적인 결과가 발생할 경우 민원이 발생하게 되면, 조직은 들끓는 여론을 무마하기 위해 일단 감사에 착수하는 경향을 보이는데, 아직까지 우리나라의 감사 실무는 주로 징계를 염두에 둔 사후 비위 감찰에서 크게 벗어나지 못하고 있어, 공무원은 감사에 큰 부담을 느낀다는 점, ⑤ 행정권과 정치 권력이 대통령에 집중된 우리나라 정치 지형에서는 정권이 교체되면 임기 초기에 현직자가 전임자의 무능을 강조하기 위해 소위 ‘부정의 정치’에 몰두하는 사례가 많다는 점(행정의 정치화), ⑥ 인사행정 관점에서 적극적인 행정을 위한 동기를 유발하는 보상체계가 약화되고 있다는 점, ⑦ 과거에는 소신 있게 정책을 추진하다 부정적인 결과가 초래되어 그에 책임을 지고 공직에서 물러나더라도 유관단체나 기업에 고용되어 생계를 유지할 수 있었으나 현재는 그렇지 않다는 점(공무원의 사회적 신분 보장 후퇴)이 행정의 소극성의 원인이 되었다고 보는 견해로 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 63-66면 참조.

152) 박정훈(朴正勳), 행정법연구 3 - 행정법 개혁의 과제, 박영사, 2023, 636면 참조.

153) 적극행정 면책제도는, 2007~2008년 전 세계적 금융위기 속에서 공무원의 적극적으로 능동적인 업무를 촉진할 필요성이 대두되면서, 감사원이 과거부터 적극적으로 업무처리를 하다가 발생한 가벼운 잘못에 대하여는 책임을 묻지 않았던 관행을 제도화한 것이었다. 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 68면 참조.

상 하자 등의 부작용이 발생하였더라도 일정 요건을 충족한 경우 관련 공직자 등에 대하여 감사원법상의 불이익한 처분요구¹⁵⁴⁾ 등을 하지 않거나 감경 처리”하는 적극행정 면책 제도에 관하여 규정하였다. 이와 같은 감사원훈령은 2015. 2. 3. 제정·시행된 감사원규칙(「적극행정면책 등 감사소명제도의 운영에 관한 규칙」)으로 승격되었고,¹⁵⁵⁾ 같은 날 「감사원법」 제34조의3¹⁵⁶⁾이 신설되면서 법률적 근거가 마련되었다.¹⁵⁷⁾ 「감사원법」은 제34조의3 제1항에서 적극행정을 “불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리한 결과”라고 정의하였고, 「적극행정면책 등 감사소명제도의 운영에 관한 규칙」은 제2조 제1호에서 “적극행정이라 함은 감사원 감사를 받는 자가 불합리한 규제를 개선하거나 공익사업을 추진하는 등 공공의 이익을 증진하기 위하여 성실하고 적극적으로 업무를 처리하는 행위를 말한다”고 규정하였다.¹⁵⁸⁾

공무원에 대한 면책제도로 한정되어 있던 적극행정에 관한 규정은, 2019. 8. 6. 제정·시행된 「적극행정 운영규정」(대통령령 제30016호)과 「지방공무원 적극행정 운영규정」(대통령령 제30018호)을 통해 적극행정을 장려하고 소극행정을 예방·근절한다는 차원으로 확대되었다.¹⁵⁹⁾ 「적극행정 운영규정」은 제1조에서 “행정부 소속 국가공무원의 적극행정을

154) ‘감사원법상의 불이익한 처분요구’란 감사원법 제32조 제1항의 징계요구, 동조 제8항의 문책요구, 동조 제9항의 해임요구, 제33조 제1항의 시정·주의요구(시정사항은 관련자가 있는 경우에 한정하고 주의사항은 기관주의도 포함), 제34조의2 제1항의 통보(인사자료통보 등 비위사실 통보에 한하고 일반 통보는 제외) 등을 말한다(「적극행정 면책제도 운영규정」 제2조 제4호).

155) 「적극행정면책 등 감사소명제도의 운영에 관한 규칙」은 2022. 4. 4. 「감사원 감사사무 처리규칙」(감사원규칙 제367호)이 제정되면서 폐지되었다. 현행 「감사원 감사사무 처리규칙」은 제4장 제1절에서 적극행정면책에 관하여 규정하고 있는데, 해당 절은 제33조(적극행정면책), 제34조(적극행정면책의 범위), 제35조(면책 대상자), 제36조(적극행정면책의 기준), 제37조(적극행정면책제도의 안내), 제38조(유의사항)로 구성되어 있다.

156) 「**감사원법**」 제34조의3(적극행정에 대한 면책)

① 감사원 감사를 받는 사람이 불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리한 결과에 대하여 그의 행위에 고의나 중대한 과실이 없는 경우에는 이 법에 따른 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지 아니한다.

② 제1항에 따른 면책의 구체적인 기준, 운영절차, 그 밖에 필요한 사항은 감사원규칙으로 정한다.

157) 박정훈(朴正勳), 적극행정과 「행정기본법」, 적극행정의 이론과 실제, 박영사, 2021, 204면 참조.

158) 이외에도 중앙행정기관·지방자치단체 및 공공기관의 자체 감사와 관련하여, 2015. 2. 3. 신설된 「공공감사에 관한 법률」 제23조의2(적극행정에 대한 면책)에 의해 적극행정 면책제도가 도입되었다. 박정훈(朴正勳), 행정법연구 3 - 행정법 개혁의 과제, 박영사, 2023, 638면 참조.

「**공공감사에 관한 법률**」 제23조의2(적극행정에 대한 면책)

① 자체감사를 받는 사람이 불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위하여 업무를 적극적으로 처리한 결과에 대하여 그의 행위에 고의나 중대한 과실이 없는 경우에는 이 법에 따른 징계 요구 또는 문책 요구 등 책임을 묻지 아니한다.

② 제1항에 따른 면책의 구체적인 기준, 운영절차, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

159) 박정훈(朴正勳), 행정법연구 3 - 행정법 개혁의 과제, 박영사, 2023, 639-640면 참조.

장려하고 소극행정을 예방·근절하는 등 국민에게 봉사하는 공직문화를 조성함으로써 국가 경쟁력의 강화와 국민의 삶의 질 향상에 이바지함을 목적”으로 함을 명시하였다. 그리고 정의 규정인 제2조에서 “적극행정이란 공무원이 불합리한 규제를 개선하는 등 공공의 이익을 위해 창의성과 전문성을 바탕으로 적극적으로 업무를 처리하는 행위를 말한다”고 하였고(동조 제1호), 적극행정의 반대개념인 소극행정은 “공무원이 부작위 또는 직무태만 등 소극적 업무행태로 국민의 권익을 침해하거나 국가 재정상 손실을 발생하게 하는 행위”라고 정의하였다(동조 제2호). 적극행정에 관한 대통령령인 「적극행정 운영규정」과 「지방공무원 적극행정 운영규정」에 관하여는, 법률적 근거가 존재하지 않는다는 것이 문제점으로 지적되었는데,¹⁶⁰⁾ 2021. 3. 23. 「행정기본법」 제4조(행정의 적극적 추진)가 제정되고, 2021. 6. 8. 「국가공무원법」 제50조의2(적극행정의 장려)¹⁶¹⁾ 및 「지방공무원법」 제75조의2(적극행정의 장려)¹⁶²⁾가 신설됨으로써 그 법률적 근거가 마련되었다고 평가된다. 이처럼

160) 박정훈(林正勳), 행정법연구 3 - 행정법 개혁의 과제, 박영사, 2023, 647면 참조.

161) 「국가공무원법」 제50조의2(적극행정의 장려)

- ① 각 기관의 장은 소속 공무원의 적극행정(공무원이 불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위해 업무를 적극적으로 처리하는 행위를 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 장려하기 위하여 대통령령등으로 정하는 바에 따라 인사상 우대 및 교육의 실시 등에 관한 계획을 수립·시행할 수 있다.
- ② 적극행정 추진에 관한 다음 각 호의 사항을 심의하기 위하여 각 기관에 적극행정위원회를 설치·운영할 수 있다.
 1. 제1항에 따른 계획 수립에 관한 사항
 2. 공무원이 불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위해 업무를 적극적으로 추진하기 위하여 해당 업무의 처리 기준, 절차, 방법 등에 관한 의견 제시를 요청한 사항
 3. 그 밖에 적극행정 추진을 위하여 필요하다고 대통령령등으로 정하는 사항
- ③ 공무원이 적극행정을 추진한 결과에 대하여 해당 공무원의 행위에 고의 또는 중대한 과실이 없다고 인정되는 경우에는 대통령령등으로 정하는 바에 따라 이 법 또는 다른 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 또는 징계부가금 부과 의결을 하지 아니한다.
- ④ 인사혁신처장은 각 기관의 적극행정 문화 조성을 위하여 필요한 사업을 발굴하고 추진할 수 있다.
- ⑤ 적극행정위원회의 구성·운영 및 적극행정을 한 공무원에 대한 인사상 우대 등 적극행정을 장려하기 위하여 필요한 사항은 대통령령등으로 정한다.

162) 「지방공무원법」 제75조의2(적극행정의 장려)

- ① 지방자치단체의 장은 소속 공무원의 적극행정(공무원이 불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위해 업무를 적극적으로 처리하는 행위를 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 장려하기 위하여 조례로 정하는 바에 따라 계획을 수립·시행할 수 있다. 이 경우 대통령령으로 정하는 인사상 우대 및 교육의 실시 등의 사항을 포함하여야 한다.
- ② 적극행정 추진에 관한 다음 각 호의 사항을 심의하기 위하여 지방자치단체의 장 소속으로 적극행정위원회를 둔다. 다만, 적극행정위원회를 두기 어려운 경우에는 인사위원회(시·도에 복속의 인사위원회를 두는 경우 제1인사위원회를 말한다)가 적극행정위원회의 기능을 대신할 수 있다.
 1. 제1항에 따른 계획 수립에 관한 사항
 2. 공무원이 불합리한 규제의 개선 등 공공의 이익을 위해 업무를 적극적으로 추진하기 위하여 해당 업무의 처리 기준, 절차, 방법 등에 관한 의견 제시를 요청한 사항

면책제도로써 법제화되기 시작한 적극행정 개념의 의미와 적용범위가 확대되면서, 이제는 적극행정을 새로운 행정의 패러다임으로 이해해야 한다는 견해가 주장되고 있다.¹⁶³⁾

2) 공직윤리로서의 적극행정 : 적극행정과 공익실현의무, 성실의무의 관계

「국가공무원법」 제56조와 「지방공무원법」 제48조가 규정하는 공무원의 성실의무는 헌법 제7조 제1항이 공무원에게 부여한 공익실현의무를 입법적으로 구체화한 것에 해당한다. 다만 성실의무는 공익실현의무 전체가 아니라 부분을 구체화한 것이고 성실의무 이행을 통한 공익실현은 전체 헌법이 예정하고 있는 공익실현의 다양하고 상대화될 수 있는 부분 중 일부를 의미하므로, 성실의무를 이행했다고 해서 바로 공익실현의무를 이행한 것으로 볼 수 없고, 헌법적 의미에서의 완전한 공익실현은 그 이상을 요구한다고 보는 것이 타당하다.¹⁶⁴⁾ 다시 말해, 「국가공무원법」과 「지방공무원법」이 규정하고 있는 성실의무는 공익실현의무의 법적 최소한을 의미하는 것이다.¹⁶⁵⁾ 그리고 바로 이러한 공익실현의무의 법적 최소한인 성실의무가 끝나는 지점에서부터 적극행정이 문제된다. 적극행정은 법적으로 요구되는 최소한의 공익실현의무인 성실의무를 이행하는 것 이상의 적극성을 가지고 공익을 실현하기 위해 노력하는 행정이기 때문이다. 이러한 적극행정에는 불합리한 제도를 개선하기 위한 노력과 같이 단순한 법령준수와 해석을 넘어서는 창의적인 노력이 포함되는데, 이는 공직윤리의 영역에 해당한다.¹⁶⁶⁾

위와 같은 이해는 적극행정과 성실의무를 공직윤리 차원의 개념과 법적 의무 차원의 개념으로 구분하여 이해하는 것인데, 이와 달리 적극행정과 성실의무를 준수한 행정을 같은 개념으로 파악하는 견해도 주장되고 있다. 적극행정과 성실의무를 같은 개념으로 파악

3. 그 밖에 적극행정 추진을 위하여 필요하다고 대통령령으로 정하는 사항

- ③ 공무원이 적극행정을 추진한 결과에 대하여 해당 공무원의 행위에 고의 또는 중대한 과실이 없다고 인정되는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 징계의결등을 하지 아니한다.
- ④ 교육부장관 또는 행정안전부장관은 공직사회의 적극행정 문화 조성을 위하여 필요한 사업을 발굴하고 추진할 수 있다.
- ⑤ 적극행정위원회의 구성·운영 및 적극행정을 한 공무원에 대한 인사상 우대 등 적극행정을 장려하기 위하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

163) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 61면; 박정훈(朴正勳), 적극행정 실현의 법적 과제 - '적극행정법'으로의 패러다임 전환을 위한 시론 -, 공법연구, 제38집 제1호 제1편, 2009, 333면; 조태준/김상우/박윤, 적극행정에 대한 평가와 발전방안 연구: 공무원의 인식을 중심으로, 한국인사행정학회보, 제19권 제2호, 2020, 225-226면 참조.

164) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 74-76면 참조.

165) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 80면 참조.

166) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 80면 참조.

하는 견해는, 행정을 적극행정과 소극행정으로 나누고 소극행정을 성실의무 위반으로 이해한다. 그러나 행정을 함에 있어서 공무원의 행위 유형은 매우 다양하고, 그에 대한 평가 역시 구체적인 사실관계와 문제되는 공익과 사익 사이의 형량 등에 따라 달라지기 때문에, 어떠한 공무원의 행위가 적극적인지 소극적인지에 대한 판단은 상대적일 수밖에 없다.¹⁶⁷⁾ 따라서 행정을 적극행정과 소극행정으로 이분화 하는 것은 불가능하고, 적극행정과 소극행정 사이에는 중간 영역이 있다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.¹⁶⁸⁾ 다시 말해, 행정은 성실의무를 위반하여 소극적으로 이루어지는 행정인 소극행정과 법률상의 성실의무를 준수하여 이루어지는 행정, 그리고 법률상의 성실의무를 준수하는 것을 넘어 더 적극적으로 공익을 실현하기 위해 노력하는 적극행정으로 나누는 것이 적절하다고 할 것이다.

나. 적극행정조항의 의의

1) 공직윤리의 법제화

적극행정은 성실의무라는 법적으로 요구되는 최소한의 공익실현의무를 넘어서 헌법이 허용하는 한도 내에서 적극적으로 공익실현을 하는 활동으로, 불합리한 제도를 개선하기 위한 노력과 같이 단순한 법령준수와 해석을 넘어서는 창의적인 노력을 포함하는 개념이다.¹⁶⁹⁾ 이러한 적극행정은 공직윤리 영역에 속하는 개념이기 때문에, 이를 법률로 규율할 것인지 여부는 공직윤리의 법제화 문제로서 법정정책적 판단이 필요한 문제에 해당한다.¹⁷⁰⁾ 따라서 ‘행정의 적극적 추진’이라는 제하에 「행정기본법」 제4조로 규정된 적극행정조항은, ‘행정은 공공의 이익을 위해 적극적으로 추진되어야 한다’는 공직윤리를 국가의 법적 책무로 법제화한 것으로 이해되어야 할 것이다.

167) 김수중, 적극행정 면책제도에 관한 논리적 고찰, 감사논집, 제29호, 2017, 158-160면 참조.

168) 이러한 견지에서 행정을 법적 최소기준과 면책기준을 중심으로 적극행정, 표준행정, 소극행정으로 구분하는 견해가 있다. 해당 견해는 법적 최소기준은 징계 여부에 대한 판단기준을 의미하며, 면책기준은 적극적 행정과정에서 부득이 법적 기준을 위반한 경우에 적용되는 기준이라고 하면서, 소극행정은 법적 최소기준을 위반하여 징계 대상이 되는 행위를 뜻하고, 표준행정은 법적 최소기준을 충족하지만 국민의 요구에 적극적으로 대응하지는 않아서 적극행정에 이르지 못한 행정을 의미하며, 적극행정은 업무처리에 적극적으로 대처한 나머지 법적 기준을 위반한 행정으로써 면책의 대상이 되는 행정이라고 본다. 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 67면; 최무현, 적극행정의 개념적 다양성에 기반한 발전방향에 관한 연구, 한국인사행정학회보, 제18권제4호, 2019, 333-335면 참조.

169) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 80면 참조.

170) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 80면 참조.

2) 헌법적 근거의 유무

적극행정의 헌법적 근거로는 통상 공무원의 공익실현의무를 천명한 헌법 제7조 제1항으로부터 도출되는 성실의무가 이야기된다.¹⁷¹⁾ 헌법 제7조 제1항은 “공무원은 국민전체에 대한 봉사자이며, 국민에 대하여 책임을 진다”고 규정하고 있는데, 헌법재판소는 해당 조항이 공무원의 공익실현의무를 천명한 것이라고 하면서, 공익실현의무란 “특정 정당, 자신이 속한 계급·종교·지역·사회단체, 자신과 친분 있는 세력의 특수한 이익 등으로부터 독립하여 국민 전체를 위하여 공정하고 균형 있게 업무를 수행할 의무”임을 명시하였다.¹⁷²⁾ 성실의무는 이러한 공익실현의무의 최소한의 내용으로, 「국가공무원법」 제56조와 「지방공무원법」 제48조가 “모든 공무원은 법규를 준수하며 성실히 그 직무를 수행하여야 한다”고 규정함으로써 입법적으로 구체화되었다.

위와 같은 성실의무에 대하여 대법원은 “성실의무는 공무원에게 부과된 가장 기본적인 중요한 의무로서 최대한으로 공공의 이익을 도모하고 그 불이익을 방지하기 위하여 전인격과 양심을 바쳐서 성실히 직무를 수행하여야 하는 것을 내용으로 한다”고 판시하고 있다.¹⁷³⁾ 대법원의 판시 내용 중 ‘최대한으로’ 공공의 이익을 도모하고 ‘전인격과 양심을 바쳐서 성실히’라는 문구들과 관련하여, 해당 문구들이 적극행정 이념을 여실히 나타내는 것이라고 보면서, 공무원의 적극행정의무는 2009년 적극행정 면책제도가 감사원 훈령에 의해 도입되기 훨씬 이전부터 우리 실정법에 규범적으로 존재하고 있었다고 보아야 한다는 견해가 주장되고 있다.¹⁷⁴⁾

헌법 제7조 제1항 외에, 국가의 의무에 관하여 규정하고 있는 헌법 조항을 적극행정의 헌법적 근거로 보기도 한다.¹⁷⁵⁾ 해당 견해는, 국가의 기본권 보장 의무에 관한 규정인 헌법 제10조 2문,¹⁷⁶⁾ 평생교육의무에 관한 규정인 제31조 제5항,¹⁷⁷⁾ 고용증진 및 적정임금 보장 의무에 관한 규정인 제32조 제1항 2문,¹⁷⁸⁾ 사회보장·사회복지 증진, 여자·노인·청

171) 박재윤, 한국의 적극행정과 법적 역동성, 대전환 시대, 정부의 역할과 행정법(2021 행정법포럼 자료집), 2021, 176면; 박정훈(朴正勳), 행정법연구 3 - 행정법 개혁의 과제, 박영사, 2023, 641면 참조.

172) 헌재 2017. 3. 10. 2016헌나1, 판례집 29-1, 1.

173) 대법원 1989. 5. 23. 선고 88누3161 판결; 대법원 2017. 11. 9. 선고 2017두47472 판결; 대법원 2017. 12. 22. 선고 2016두38167 판결 등 참조.

174) 박정훈(朴正勳), 행정법연구 3 - 행정법 개혁의 과제, 박영사, 2023, 6451-642면 참조.

175) 박정훈(朴正勳), 적극행정 실현의 법적 과제 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 시론 -, 공법연구, 제38집 제1호 제1편, 2009, 338-339면 참조.

176) **헌법 제10조 2문** 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

177) **헌법 제31조 제5항** 국가는 평생교육을 진흥하여야 한다.

178) **헌법 제32조 제1항 2문** 국가는 사회적·경제적 방법으로 근로자의 고용의 증진과 적정임금의 보장에

소년의 복지 향상 등에 관한 규정인 제34조 제2항 내지 제6항,¹⁷⁹⁾ 환경보전의무에 관한 규정인 제35조 제1항 후단,¹⁸⁰⁾ 쾌적한 주거생활 보장 의무에 관한 규정인 제35조 제3항¹⁸¹⁾에 규정된 의무는 주로 행정에게 부여된 의무이고, 이러한 의무는 오로지 적극적·능동적 활동을 통해서만 이행될 수 있다는 점에서, 적극행정은 헌법적 요청으로 이해해야 한다고 본다.¹⁸²⁾

앞서 ‘IV. 3. 가. 2) 공직윤리로서의 적극행정 : 적극행정과 공익실현의무, 성실의무의 관계’ 부분에서 살펴본 바와 같이, 적극행정은 법적으로 요구되는 최소한의 공익실현의무인 성실의무를 이행하는 것 이상의 적극성을 가지고 공익을 실현하기 위해 노력하는 행정으로 공직윤리의 한 내용이라고 이해하는 것이 타당하다. 이러한 이해에 기초하여 볼 때, 공직윤리 차원의 개념인 적극행정 개념이 그와 구별되는 법적 의무 차원의 개념인 성실의무나 헌법 제7조 제1항의 공익실현의무를 헌법적 근거로 한다고 보기는 어렵다고 생각된다. 그리고 국가의 의무에 관하여 규정하고 있는 헌법 제10조 2문·제31조 제5항·제32조 제1항 2문·제34조 제2항 내지 제6항·제35조 제1항 후단·제35조 제3항 등에 규정된 의무는 1차적으로 입법자가 입법을 통해 이행해야 하는 것이라는 점에서, 이로부터 헌법적 요청으로서의 적극행정이 바로 도출된다고 보는 것에는 이론의 여지가 있다고 생각된다.

3) 적극행정의 주체

적극행정조항에 따른 책무를 부담하는 주체는 개별 공무원이 아니라 국가라고 보는 견해가 있다. 해당 견해는 「행정기본법」 법률안이 적극행정의 주체를 공무원으로 보아 “공무원은 국민 전체에 대한 봉사자로서 공공의 이익을 위하여 적극적으로 직무를 수행하여

노력하여야 하며 (생략).

179) 헌법 제34조

① (생략)

② 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.

③ 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.

④ 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.

⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.

⑥ 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

180) 헌법 제35조 제1항 후단 국가와 국민은 환경보전을 위하여 노력하여야 한다.

181) 헌법 제35조 제3항 국가는 주택개발정책등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다.

182) 박정훈(朴正勳), 적극행정 실현의 법적 과제 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 시론 -, 공법연구, 제38집 제1호 제1편, 2009, 336-337면 참조.

야 한다”고 규정했던 것이 국회의 심의과정을 거치면서 “행정은 공공의 이익을 위하여 적극적으로 추진되어야 한다”고 수정된 것에 비추어 볼 때, 현행 적극행정조항은 공무원 개인이 아니라 국가에 적극행정을 실현할 책무를 부여한 것이라고 해석할 수 있다고 한다.¹⁸³⁾ 이러한 견해는 「행정기본법」 제4조를 위반한 것으로 평가되는 경우에 그 위반의 효과가 개인인 공무원에게 발생하는 것으로 보는 것이 타당하지 않음을 고려한 견해라고 생각된다. 다시 말해, 해당 견해는 「행정기본법」 제4조가 개별 공무원에게 구체적인 법적 의무를 부과하는 것은 아님을 강조하고자 하는 견해라고 할 것이다.

그러나 행정에 있어서 실무를 행하는 주체는 결국 인간인 개별 공무원이고, 적극행정은 개별 공무원에게 귀속되는 행위의 ‘적극성’을 핵심 표지로 하며, 국가의 책무로서의 적극행정은 「행정기본법」 제4조 제2항에서 별도로 규정하고 있고, 개별 공무원이 적극행정의 책무를 부담한다고 하더라도 그로부터 바로 구체적인 법적 의무가 발생하는 것은 아님에 비추어 볼 때, 개별 공무원 역시 「행정기본법」 제4조 제1항에 규정된 적극행정의 책무를 부담하는 주체에 해당한다고 봄이 타당하다고 생각된다.

다. 적극행정과 법치행정

1) 적극행정과 법치행정의 긴장관계

적극행정과 법치행정은 항상 긴장관계에 있고, 적극행정은 법치행정을 한계로 한다.¹⁸⁴⁾¹⁸⁵⁾ 앞서 살펴본 바와 같이, 적극행정 개념은 공익 실현을 위해 적극적으로 행정을 수행하던 중 발생한 일정한 범위반 등의 잘못에 대한 면책사유로서 법제도로 편입되기 시작했기 때문에, 적극행정과 법치행정은 태생적으로 긴장관계에 놓였다고 할 수 있다.

적극행정과 법치행정 사이의 긴장관계에 있어서의 긴장도는, 적극행정의 유형에 따라 그 정도가 달라진다.¹⁸⁶⁾ 가령, 현행 규정과의 관계를 기준으로 적극행정을 유형화하면, 먼

183) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 81면 참조.

184) 박재윤, 한국의 적극행정과 법적 역동성, 대전환 시대, 정부의 역할과 행정법(2021 행정법포럼 자료집), 2021, 185면 참조.

185) 정치적 중립성도 적극행정의 한계로서 언급되고 있다. 이에 관한 문헌으로는 박정훈(朴正勳), 적극행정 실현의 법적 과제 - ‘적극행정법’으로의 패러다임 전환을 위한 시론 -, 공법연구, 제38집 제1호 제1편, 2009, 339면; 박재윤, 한국의 적극행정과 법적 역동성, 대전환 시대, 정부의 역할과 행정법(2021 행정법포럼 자료집), 2021, 186면 참조.

186) 이하에 서술된 적극행정의 유형화와 그 유형에 따라 변화하는 적극행정과 법치행정 사이의 긴장도에

저 ① 현행 규정의 테두리 안에서 업무처리를 개선하는 적극행정, ② 비효율적·부당·위법한 현행 규정을 개정하는 적극행정, ③ 새로운 업무영역을 찾아 이에 관한 규정을 신설하는 적극행정으로 나눌 수 있다. 그리고 ① 현행 규정의 테두리 안에서 업무처리를 개선하는 적극행정은 다시 ㉠ 대내적인 업무절차 방식을 변경하는 것, ㉡ 대외적인 행정절차방식을 변경하는 것, ㉢ 실체법적으로 재량권행사(효과재량과 요건재량)의 방향을 변경하는 것으로 나눌 수 있고, ② 비효율적·부당·위법한 현행 규정을 개정하는 적극행정은 ㉠ 비효율, ㉡ 부당, ㉢ 위법으로 세분화될 수 있다. ① 유형에서 ③ 유형으로 갈수록, ㉠ 유형에서 ㉢ 유형으로 갈수록 적극행정의 적극성 및 법치행정과의 긴장도가 높아진다.

적극행정은 업무처리 양식을 기준으로도 유형화할 수 있는데, 크게는 ① 소속 행정기관 내부에서의 업무처리에 관한 적극행정, ② 다른 행정기관에 대한 업무처리에서의 적극행정, ③ 국민에 대한 업무처리에서의 적극행정으로 나뉜다. 그리고 ① 소속 행정기관 내부에서의 업무처리에 관한 적극행정과 ② 다른 행정기관에 대한 업무처리에서의 적극행정은 다시 ㉠ 예산집행이 없는 경우와 ㉡ 예산집행이 수반되는 경우로 유형화할 수 있다. ③ 국민에 대한 업무처리에서의 적극행정은 ㉠ 수익적 행정작용과 ㉡ 침익적 행정작용으로 나눌 수 있는데, ㉠ 수익적 행정작용은 ㉠ 수익적 행정행위를 발급하는 경우와 ㉡ 수익적 행정행위의 발급을 거부하는 경우로 나뉘고, ㉡ 침익적 행정작용은 ㉠ 의무부과 또는 권리제한의 처분을 하는 경우와 ㉡ 의무위반을 이유로 행정강제·행정제재를 부과하는 경우로 나뉜다. ① 유형에서 ③ 유형으로 갈수록, ㉠ 유형에서 ㉡ 유형으로 갈수록, 그리고 ㉠ 유형에서 ㉡ 유형으로 갈수록 적극행정의 적극성 및 법치행정과의 긴장도가 높아진다.

위에서 살펴본 바와 같이, 적극행정은 현행규정과의 관계나 업무처리방식을 기준으로 하여 유형화·세분화 할 수 있고, 어떠한 유형에 해당하는지에 따라 적극성의 정도나 법치행정과의 긴장도가 달라진다. 따라서 적극행정과 법치행정의 긴장관계로 인한 문제는, 행정에 대한 통제방안을 정교화하고, 적극행정의 차원을 세분화해서 접근하는 것으로 일응 대처할 수밖에 없을 것이다.¹⁸⁷⁾

관한 설명은 박정훈(朴正勳), 적극행정 실현의 법적 과제 - '적극행정법'으로의 패러다임 전환을 위한 시론 -, 공법연구, 제38집 제1호 제1편, 2009, 334-335면 참조.

187) 박재윤, 한국의 적극행정과 법적 역동성, 대전환 시대, 정부의 역할과 행정법(2021 행정법포럼 자료집), 2021, 186면 참조.

2) 「행정기본법」상 적극행정조항의 평가

현재 우리 「행정기본법」상 적극행정조항은 ‘제1장 총칙’의 ‘제1절 목적 및 정의 등’에 제4조로 규정되어 있고, 법치행정의 원칙은 ‘제2장 행정의 법원칙’에 제8조로 규정되어 있다. 이러한 적극행정조항의 위치와 관련하여, 적극행정조항을 총칙 부분에 둠으로써 적극행정을 지나치게 강조할 경우 법치행정의 원칙이 몰각될 위험이 있다는 우려가 제기되고 있다.¹⁸⁸⁾ 이러한 우려는 「행정기본법」 제정 과정에서도 여실히 드러났다. 제1차 입법 예고안에서는 적극행정에 관한 조항이 법치행정의 원칙보다 앞에 배치되어 있었는데, 제2차 입법예고안에서는 적극행정을 행정의 책무로 하면서 위법성 판단 기준인 행정법 원칙 다음에 배치하였다.¹⁸⁹⁾ 그런데 최종 통과된 「행정기본법」에는 적극행정에 관한 규정(제4조)이 총칙편의 목적 및 정의를 규정하는 제1절에 위치하고 있다. 이와 관련하여, 「행정기본법」 입법과정에서 드러난 적극행정조항의 위치 선정에 관한 고민에 비추어 볼 때, 현재 「행정기본법」의 구성은 적극행정을 법치주의보다 우위에 있거나 최소한 비교형량이 가능한 원칙 내지는 다른 행정법의 기본원칙과 같은 위상을 갖는 원칙으로 설정하려 했다는 의심을 지울 수 없다는 견해가 주장되고 있다.¹⁹⁰⁾

우리 공법학계에서는, 적극행정조항을 높이 평가하고 적극행정으로 우리 행정의 패러다임이 바뀔 것이라고 예측하는 학자들도, 적극행정은 어디까지나 법치국가원칙 안에서 인정되는 것임을 분명히 밝히고 논의를 시작한다. 때문에 적극행정과 법치행정의 긴장관계에 관한 논의나 적극행정이 법치행정을 위협할 수 있다는 우려 제기가 불필요한 것으로 보일 수 있다. 그러나 행정학계에서는 적극행정이 필요한 상황을 각종 규제나 여건의 불비, 즉 입법공백이 있는 경우로 보거나¹⁹¹⁾ 적극행정을 ‘행정의 과정이나 결과에 대한 책임이 따를 위험이 있음에도 불구하고 업무를 추진하려는 의지나 태도’라고 정의¹⁹²⁾하는 등 적극행정과 법치행정이 서로 대립하고 있음을 전제로 적극행정을 이해하는 견해들이 주장되고 있다.¹⁹³⁾ 여기서 더 나아가, 적극행정을 법적 실정성을 넘어서 인간으로서

188) 김용섭, 행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의, 인권과 정의, 제491호, 2020, 4-7면; 홍완식, 「행정기본법」에 대한 입법평론, 국가법연구, 제17집 제3호, 2021, 14면 참조.

189) 김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제, 경희법학, 제56권 제1호, 2021, 78면 참조.

190) 김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제, 경희법학, 제56권 제1호, 2021, 78면; 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 72면 참조.

191) 이종수, ‘적극행정’의 활성화를 위한 쟁점과 방안 고찰, 지방행정연구, 제30권 제4호, 2016, 4-5면.

192) 김수중, 적극행정 면책제도에 관한 논리적 고찰, 감사논집, 제29호, 2017, 157-158면.

193) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 74-76면 참조.

관료의 존재 실현으로 이해하는 견해도 있다.¹⁹⁴⁾ 해당 견해는 헤겔의 실정성(positivity) 개념을 기초로 하여 근대적 관료는 공익이라는 존재론적 가치 실현과 이것을 가로막는 실정법 준수의 요구 속에서 결단해야 하는 것을 숙명으로 한다고 하면서, 형식적 법률을 준수하느라 공익적 가치를 외면하는 공무원은 영혼 없는 공무원으로 비난받아야 한다고 본다.¹⁹⁵⁾ 적극행정을 추진하는 공무원을 필요에 따라 의회가 제정한 법률의 실정성을 초월하여 공익을 실현하는 용기 있는 관료로 보는 것이다.¹⁹⁶⁾ 이와 같은 견해는 법학계에서는 주장되지 않는 견해이기는 하지만, 이로부터 적극행정의 무분별한 수용이 법치행정의 위협으로 이어짐을 확인할 수 있다는 점에서 주목할 만하다.

위에서 살펴본 적극행정과 법치행정의 긴장관계, 법치행정원칙의 헌법적 위상, 그리고 적극행정조항은 공직윤리가 법제화된 것이라는 사실을 종합적으로 고려하면, 적극행정을 지나치게 강조할 경우 법치행정의 원칙이 몰각될 위험이 있으므로 적극행정조항을 법치행정원칙보다 앞서 총칙 부분에 규정하는 것은 바람직하지 않다고 보는 견해가 일응 타당하다고 생각된다.

라. 적극행정조항과 법체계적 정합성

적극행정을 ‘법적으로 요구되는 최소한의 공익실현의무인 성실의무를 이행하는 것 이상의 적극성을 가지고 공익을 실현하기 위해 노력하는 행정’이라고 본다면,¹⁹⁷⁾ 즉 「행정기본법」상의 적극행정조항은 공직윤리를 법제화한 것이라고 이해한다면, 법체계상 적극행정조항은 「국가공무원법」 및 「지방공무원법」에 두는 것이 타당하다. 공직윤리에 관한 내용은 ‘공무원에게 국민 전체의 봉사자로서 행정의 민주적이며 능률적인 운영을 기하게 하는 것을 목적’으로 하고 공무원에 복무와 능률 등에 관하여 규정하는 「국가공무원법」 및 「지방공무원법」에서 규율하는 것이 더 적절하기 때문이다. 「행정기본법」 제4조의 적극행정조항이 제정된 이후 「국가공무원법」과 「지방공무원법」에 ‘적극행정의 장려’에 관한 조항이 신설된 것은 적극행정조항이 「국가공무원법」과 「지방공무원법」에 규정됨이

194) 최태현/박신애, 운명적 인간으로서 관료: 실존적 관료윤리를 위한 모색, 행정논총, 제59권 제1호, 9-13면 참조.

195) 최태현/박신애, 운명적 인간으로서 관료: 실존적 관료윤리를 위한 모색, 행정논총, 제59권 제1호, 9-13면 참조.

196) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 71면 참조.

197) 김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 80면 참조.

내용적으로나 법체계적으로나 적합하기 때문이라고 할 것이다.

이에 더하여, 서로 긴장관계에 있는 법치행정과 적극행정이라는 두 가지 목표를 「행정기본법」이라는 하나의 법을 통해 모두 달성하려고 할 경우 입법을 통하여 추진하는 목표가 애매하고 불명확하여 어떠한 목표도 달성하기 어렵게 될 수 있고,¹⁹⁸⁾ 법치주의를 강조하여야 할 행정기본법에 적극행정조항이 총칙 제4조에 규정되어 흡사 법치주의보다 적극행정이 더 중요한 가치인 것으로 오인할 수 있는 여지를 주고 있는 것은 「행정기본법」의 격에 어울리지 않는다는 점¹⁹⁹⁾에서도 적극행정조항이 현재와 같이 「행정기본법」에 규정되어 있는 것은 바람직하지 않다고 생각된다.

4. 입법법 형식의 규정과 의회민주주의

「행정기본법」 제5조²⁰⁰⁾, 제16조²⁰¹⁾, 제22조²⁰²⁾, 제31조²⁰³⁾, 제38조²⁰⁴⁾에 대하여, 이들 규정은 입법자 자신이 만든 법률(사전적 입법행위)에 의하여 입법자가 구속을 받게 하는

198) 김용섭, 행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의, 인권과 정의, 제491호, 2020, 5면 참조.

199) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 5면 참조.

200) **제5조(다른 법률과의 관계)**

- ② 행정에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 원칙, 기준 및 취지에 부합되도록 노력하여야 한다.

201) **제16조(결격사유)**

- ① 자격이나 신분 등을 취득 또는 부여할 수 없거나 인가, 허가, 지정, 승인, 영업등록, 신고 수리 등(이하 “인허가”라 한다)을 필요로 하는 영업 또는 사업 등을 할 수 없는 사유(이하 이 조에서 “결격사유”라 한다)는 법률로 정한다.

- ② 결격사유를 규정할 때에는 다음 각 호의 기준에 따른다.

1. ~ 4. (생략)

202) **제22조(제재처분의 기준)**

- ① 제재처분의 근거가 되는 법률에는 제재처분의 주체, 사유, 유형 및 상한을 명확하게 규정하여야 한다. 이 경우 제재처분의 유형 및 상한을 정할 때에는 해당 위반행위의 특수성 및 유사한 위반행위와의 형평성 등을 종합적으로 고려하여야 한다.

203) **제31조(이행강제금의 부과)**

- ① 이행강제금 부과와 근거가 되는 법률에는 이행강제금에 관한 다음 각 호의 사항을 명확하게 규정하여야 한다. 다만, 제4호 또는 제5호를 규정할 경우 입법목적이나 입법취지를 훼손할 우려가 크다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우는 제외한다.

204) **제38조(행정의 입법활동)**

- ① 국가나 지방자치단체가 법령등을 제정·개정·폐지하고자 하거나 그와 관련된 활동(법률안의 국회 제출과 조례안의 지방의회 제출을 포함하며, 이하 이 장에서 “행정의 입법활동”이라 한다)을 할 때에는 헌법과 상위 법령을 위반해서는 아니 되며, 헌법과 법령등에서 정한 절차를 준수하여야 한다.

입법법 형식의 규정이라고 하면서, 이는 의회민주주의의 기본정신에 원칙적으로 반하는 규정이라는 위헌론이 제기되고 있다.²⁰⁵⁾

해당 견해는, 입법권은 국가권력 중 가장 광범위한 형성여지를 갖는 것으로, 입법자는 이러한 광범위한 입법형성권을 근거로 입법을 통해 헌법의 내용을 구체화하고 실현하며, 헌법이 허용하는 범위 내에서 고유한 정치적 형성의 공간을 갖는다고 한다.²⁰⁶⁾ 그리고 이러한 입법형성권은 민주주의 헌법의 기본적인 구성요소에 해당하며, 입법자는 오직 헌법에 의해서만 구속을 받는다는 것이 의회민주주의의 기본정신에 해당함을 강조하면서, 이러한 이해에 따르면, 입법자 자신이 만든 법률(사전적 입법행위)에 의하여 입법자 자신이 구속을 받게 하는 입법법 형식의 규정은, 의회민주주의의 기본정신에 원칙적으로 반하는 것에 해당한다고 주장한다.²⁰⁷⁾

사전적 입법행위가 입법자를 구속하여 그와 다른 내용의 새로운 입법을 할 수 없게 하는 입법법 형식의 법률이 존재하는 것이 가능하다면, 그러한 법률이 의회민주주의에 반하는 것으로서 위헌임에는 의문의 여지가 없다고 할 것이다. 그러나 위의 조항들은 단순한 입법지침이나 가이드라인으로서 입법자에 대하여 법적 구속력을 갖는 것이 아니어서, 입법자는 얼마든지 행정기본법의 내용과 상이한 내용의 개별·특별법을 제정할 수 있다 할 것이므로, 해당 조항들이 입법법으로서 의회민주주의의 기본정신에 반한다고 보기는 어렵다고 생각된다.²⁰⁸⁾

5. 학설과 판례에 의해 형성된 불문원칙의 불완전한 반영으로 인한 혼란

기존의 학설과 판례에 의해 정립된 행정법의 일반원칙을 명문화 하여 체계적으로 정리하는 것은 「행정기본법」의 주요 입법목적 중 하나이다. 그리고 실제 「행정기본법」 전체 조문의 절반 이상의 조문이 기존의 학설·판례·실무관행을 명문화한 것에 해당한다. 그런데 이러한 「행정기본법」이 기존의 학설과 판례를 온전하게 반영하고 있는지 의문이다. 이에 기존의 학설과 판례에 의해 형성된 불문원칙이 「행정기본법」에 불완전하게 명

205) 김현준, 행정기본법의 혼돈·분열·위헌문제, 저스티스, 통권 제188호, 2022, 252면 참조.

206) 김현준, 행정기본법의 혼돈·분열·위헌문제, 저스티스, 통권 제188호, 2022, 252면 참조.

207) 김현준, 행정기본법의 혼돈·분열·위헌문제, 저스티스, 통권 제188호, 2022, 252면 참조.

208) 김유환, 현대 행정법 추록(행정기본법 해설), 박영사, 2021, 5면; 박재운, 행정기본법은 미래의 입법자를 구속할 수 있는가?, 법의 미래, 2022, 421면 참조.

문화됨으로 인해 발생할 혼란에 대한 우려가 제기되고 있다. 이하에서는 그러한 우려를 자아내는 대표적인 예로서, ① 행정의 법 원칙의 불완전한 명문화(제2장 행정의 법 원칙)로 인한 혼란과 ② 법령불소급의 원칙의 불완전한 명문화(제14조)로 인한 혼란을 살펴본다.

가. 행정의 법 원칙의 불완전한 명문화로 인한 혼란

「행정기본법」은 제2장에서 ‘행정법 원칙’이라는 제하에 그동안 학설과 판례에 따라 확립된 원칙인 ① 법치행정의 원칙(제8조), ② 평등의 원칙(제9조), ③ 비례의 원칙(제10조), ④ 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조), ⑤ 신뢰보호의 원칙(제12조), ⑥ 부당결부금지의 원칙(제13조)을 행정법 원칙으로 규정하고 있다. 이처럼 행정법의 일반원칙을 명문규정으로 수용한 것은 「행정기본법」이 행정법의 일반법임을 나타내기 위한 것이라고 평가된다.²⁰⁹⁾ 그러나 「행정기본법」 제2장은, 한편으로는 기존의 학설과 판례에 의해 확립된 행정법의 일반원칙을 모두 반영하지 못하고 있고, 다른 한편으로는 학설과 판례에 의해 행정법의 일반원칙으로 확립되었다고 보기 어려운 내용을 포함하고 있기도 하다.

1) 법치행정의 원칙(제8조)

오토 마이어(Otto Mayer)가 정립한 행정의 법률적합성 3원칙은 ① 법률우위의 원칙과 ② 법률유보의 원칙, ③ 법률의 법규창조력 원칙을 그 내용으로 한다. 「행정기본법」 제8조는, 행정의 법률적합성의 3원칙 중 법률우위의 원칙과 법률유보의 원칙만을 규정하고, 법률의 법규창조력 원칙은 규정하지 않고 있다. 이는 오늘날 법률의 법규창조력 원칙의 의미가 많이 약화되었기 때문이라고 할 것이다. 그러나 법률의 법규창조력 원칙의 의미가 오늘날 많이 약화된 것은 사실이나, 그 의미를 완전히 상실하였다고 볼 수는 없다.²¹⁰⁾ 이처럼 법률의 법규창조력 원칙의 의미가 오늘날 변화하고 있음에서도 알 수 있듯이, 법

209) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 9면 참조.

210) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 8면 참조.

원칙의 의미는 시대적 상황에 따라 변화하기 마련이다. 지금은 법률의 법규창조력 원칙의 의미가 약화되었으나, 시간이 지남에 따라 어떻게 변화해나갈지는 알 수 없는 것이다. 이러한 상황에서 「행정기본법」이 행정의 법률적합성 3원칙 중 일부만을 ‘법치행정의 원칙’이라는 제하에 명문화한 것이 적절하다고 할 수 있을지 의문이다. 이와 같은 맥락에서, 「행정기본법」 제8조가 법률유보에 관한 학설 중 중요사항유보설을 입법적으로 채택하고 있는 것 역시 바람직하다고 보기는 어렵다고 생각된다.²¹¹⁾ 이러한 이유로 법치행정의 의미에 관하여는, 「행정기본법」에 명문의 규정을 두어 그 해석을 제한하기보다는, 국민의 법의식 변화 등 시대적 변화에 반응할 수 있는 이론과 판례에 맡기는 것이 더 타당하다는 견해가 제기되고 있다.²¹²⁾

2) 비례의 원칙(제10조)

「행정기본법」 제10조는 ‘행정작용은 ① 행정목적 달성하는 데 유효하고 적절해야 하고(제1호), ② 행정목적 달성하는 데 필요한 최소한도에 그쳐야 하며(제2호), ③ 행정작용으로 인한 국민의 이익 침해가 그 행정작용이 의도하는 공익보다 크지 않아야 한다(제3호)’고 규정하고 있다. 이는 ① 적합성의 원칙, ② 필요성의 원칙, ③ 상당성의 원칙을 내용으로 하는 전통적인 행정법상의 비례원칙을 명문화한 것이다. 그런데 이러한 「행정기본법」 제10조에 대하여는 비례의 원칙을 정확하게 표현하고 있다고 볼 수 없다는 견해가 주장되고 있다. 해당 견해는, 수익적 규율과 관련하여 과잉금부금지의 원칙이 적용될 수 있는데, 「행정기본법」 제10조의 내용만으로는 금부행정 영역에서의 비례원칙에 대한 규율을 포함하고 있다고 보기 어렵다고 지적한다.²¹³⁾

3) 성실의무 및 권한남용금지의 원칙(제11조)

「행정기본법」 제11조의 성실의무 및 권한남용금지의 원칙에 대하여는, 학설 및 판례에 의하여 정립된 법원칙이라고 보기 어렵다는 지적이 있다. 해당 견해는 ① 성실의무에 대

211) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 8면 참조.

212) 김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제, 경희법학, 제56권 제1호, 2021, 82면; 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 8면 참조.

213) 김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제, 경희법학, 제56권 제1호, 2021, 83-85면 참조.

하여는, 「국가공무원법」상의 성실의무 내지 법령준수의무와 중복된다고 볼 여지가 있으므로, 이를 행정의 법 원칙으로서 규정한다면 그 표현을 신의성실 원칙으로 수정할 필요가 있다고 보고, ② 권한남용금지의 원칙에 대하여는, 대법원 판례 중 「국세기본법」 제81조의4 제1항의 ‘다른 목적 등을 위하여 조사권을 남용해서는 아니된다’는 문언의 해석과 관련하여, 세무조사의 적법 요건으로 객관적 필요성·최소성·권한남용의 금지 등을 열거하고 있는 판례가 존재하기는 하지만, 그러한 판결만을 근거로 권한남용금지의 원칙이 비례원칙이나 평등원칙과 마찬가지로 정착된 행정의 법 원칙에 해당한다고 볼 수는 없다고 한다.²¹⁴⁾

4) 신뢰보호의 원칙(제12조)

「행정기본법」 제12조는 신뢰보호의 원칙에 관하여 규율하고 있으나, 기존에 학설과 판례에 의해 확립된 신뢰보호의 원칙을 온전히 명문화하지 못하였다는 평가를 받고 있다. 먼저, 동조 제1항이 “행정청은 공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우를 제외하고는 행정에 대한 국민의 정당하고 합리적인 신뢰를 보호하여야 한다”고 규정하고 있는 것에 관하여, ‘공익 또는 제3자의 이익을 현저히 해칠 우려가 있는 경우’라는 표현이 의미하는 바를 명확히 할 필요가 있음을 지적하는 견해가 있다. 해당 견해는 이 문구가 신뢰를 보호받아야 할 당사자의 이익과 공익 또는 제3자의 이익을 비교·형량하여 후자가 전자보다 더 큰 경우에는 신뢰보호의 원칙을 적용하지 아니한다는 법리를 표현한 것으로 보이지만, 명확히 양 법익의 형량을 해야 한다는 것으로 문구를 개정할 필요가 있다고 주장한다.²¹⁵⁾

두 번째로, 신뢰보호의 원칙에 관한 규정인 「행정기본법」 제12조가 공적 견해 표명에 관한 대법원의 판례이론을 반영하지 못하고 있다는 점이 지적된다.²¹⁶⁾ 대법원은 “행정상의 법률관계에 있어서 행정청의 행위에 대하여 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위하여는, 첫째 행정청이 개인에 대하여 신뢰의 대상이 되는 공적인 견해표명을 하여야 하고, 둘째 행정청의 견해표명이 정당하다고 신뢰한 데에 대하여 그 개인에게 귀책사유가 없어야 하며,

214) 박균성, 권한남용금지의 원칙과 그 한계, 법조, 통권 723권, 2017, 625면 이하 참조.

215) 김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제, 경희법학, 제56권 제1호, 2021, 84면

216) 김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제, 경희법학, 제56권 제1호, 2021, 83-85면 참조.

셋째 그 개인이 그 견해표명을 신뢰하고 이에 기해 어떠한 행위를 하였어야 하고, 넷째 행정청이 위 견해표명에 반하는 처분을 함으로써 그 견해표명을 신뢰한 개인의 이익이 침해되는 결과가 초래되는 등의 요건을 필요로 하고, 어떠한 행정처분이 이러한 요건을 충족할 때에는, 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 해할 우려가 있는 경우가 아닌 한, 신뢰보호의 원칙에 반하는 행위로서 위법하게 된다고 할 것이므로, 행정처분이 이러한 요건을 충족하는 경우라고 하더라도 행정청이 앞서 표명한 공적인 견해에 반하는 행정처분을 함으로써 달성하려는 공익이 행정청의 공적 견해표명을 신뢰한 개인이 그 행정처분으로 인하여 입게 되는 이익의 침해를 정당화할 수 있을 정도로 강한 경우에는 신뢰보호의 원칙을 들어 그 행정처분이 위법하다고는 할 수 없다”고 하여, 신뢰보호의 원칙에 있어서의 공적 견해 표명에 관한 판례이론을 확립한 바 있다.²¹⁷⁾ 그런데 「행정기본법」 제12조는 이러한 공적 견해 표명에 관한 판례이론의 내용에 대해서는 규율하지 않고 있다. 이처럼 기존의 학설이나 판례를 통해 형성된 행정의 법 원칙을 불완전하게 성문화할 경우, 행정법의 일반원칙이 탄력적으로 적용되어야 할 상황을 제대로 포섭하지 못할 여지가 생긴다는 점에서 그로 인한 혼란이 우려된다.²¹⁸⁾

5) 부당결부금지의 원칙(제13조)

부당결부금지의 원칙이란, 행정청이 행정작용을 함에 있어서 원인이나 목적과 실질적 관련성이 없는 상대방의 의무위반행위나 반대급부와 행정작용을 결부시킴으로써 국민의 권익을 침해해서는 안 된다는 원칙이다.²¹⁹⁾ 부당결부금지원칙의 법적 성격 및 효력에 관하여 견해가 완전히 일치하고 있지는 않지만, 법치국가원리와 자의금지원칙으로부터 도출되는 헌법원칙이라고 이해하는 것이 다수의 견해이다.²²⁰⁾

우리나라에서는 위와 같은 부당결부금지원칙이 주로 수익적 행정행위에 부관(附款)이 부과되는 경우와 관련하여 논의되어 왔다. 그러나 부당결부금지원칙의 적용영역이 이에

217) 대법원 2005. 11. 25. 선고 2004두6822, 6839, 6846 판결.

218) 김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선과제, 경희법학, 제56권 제1호, 2021, 85면 참조.

219) 박정훈(朴貞勳), 행정법연구 1 - 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 158면 참조.

220) 고문현, 부당결부금지의 원칙, 자치발전, 2011년 11월호, 2011, 109면; 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2023, 40면; 박정훈(朴貞勳), 행정법연구 1 - 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 158면; 박종국, 부당결부금지의 원칙에 관한 연구, 공법연구, 제25집 제4호, 1997, 248면; 정연부, 부당결부금지원칙의 독자성 및 적용 등에 관한 소고, 법학연구, 제28권 제2호, 2020, 140면 참조.

한정되는 것은 아니다. 부당결부금지원칙의 적용영역으로는 ① 수익적 행정행위에 부관이 부과된 경우, ② 공법상 계약을 체결하면서 계약 당사자에게 반대급부의 의무를 지우는 경우, ③ 행정법상 의무를 이행하지 않은 자에 대해 그 의무이행을 확보하기 위해 행정상 제재 또는 강제를 사용하는 경우 등이 있다고 보는 것이 다수설이다.²²¹⁾ 그리고 더 나아가, 부당결부금지원칙의 규범내용이 확대되어, 해당 원칙이 모든 행정작용에 있어서 그 행정작용과 실질적인 관련성이 없는 것을 결부함으로써 국민의 권익을 침해하는 것을 금지하는 것을 내용으로 하는 일반규범이 되었다고 보는 견해도 다수의 학자들에 의하여 주장되고 있다.²²²⁾ 판례도 사업시행허가를 함에 있어 조건으로 내세운 기부채납의무를 이행하지 않았음을 이유로 건축물에 대한 준공거부처분을 한 경우,²²³⁾ 제1종 특수·대형·보통 면허를 가진 자가 특수면허로 트레일러를 운전하다가 운전면허취소사유가 발생하자 대형·보통면허까지 일괄 취소한 경우²²⁴⁾ 등 다양한 경우에 부당결부금지원칙을 적용하여 판단하고 있다.

그런데 「행정기본법」은 제13조에서 ‘부당결부금지의 원칙’이라는 제하에 “행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다”고 규정함으로써 금지되는 것을 의무부과로 한정하고 있다. 「행정기본법」 제13조에만 근거한다면, 의무부과가 아닌 급부의 배제(가령, 보조금 지급 배제)나 의무이행을 강제하기 위한 침익적 처분, 의무가 아닌 사실상의 부담 등은 행정작용과의 실질적 관련성 없이 결부시키는 것이 금지되지 않는 것이다.²²⁵⁾ 물론 「행정기본법」 제13조가 규정하지 않은 부분에는 종래 불문원칙으로서 학설과 판례에 의해 인정되어 오던 부당결부금지원칙이 적용되어, 불문원칙인 부당결부금지원칙과 「행정기본법」 제13조의 부당결부금지원칙이 상호 보완의 관계에 있는 것으로 이해할 수 있을 것이다.²²⁶⁾ 그러나 부당결부금지원칙의 적용범위를 확장·발전시켜 온 기존의 학설과 판례의 경향을 고려하면, 특별

221) 정연부, 부당결부금지원칙의 독자성 및 적용 등에 관한 소고, 법학연구, 제28권 제2호, 2020, 145면 참조.

222) 고문현, 부당결부금지의 원칙, 자치발전, 2011년 11월호, 2011, 109면; 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2023, 40면; 박정훈(朴貞勳), 행정법연구 1 - 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005, 158면; 박종국, 부당결부금지의 원칙에 관한 연구, 공법연구, 제25집 제4호, 1997, 248면; 정연부, 부당결부금지원칙의 독자성 및 적용 등에 관한 소고, 법학연구, 제28권 제2호, 2020, 140면 참조.

223) 대법원 1992. 11. 27. 선고 92누10364 판결.

224) 대법원 1997. 5. 16. 선고 97누1310 판결.

225) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 11면 참조.

226) 김유환, 현대 행정법, 박영사, 2023, 40면 참조.

한 이유 없이 부당결부금지원칙에 의해 금지되는 것을 의무부과로 한정된 「행정기본법」 제13조는, 기존의 불문원칙으로서의 부당결부금지원칙의 소극적인 적용으로 이어질 수 있고 부당결부금지원칙의 적용범위에 관한 국민의 오해와 혼란을 가져올 수 있다는 점에서, 개선이 필요하다고 생각된다.

나. 소급입법금지원칙의 불완전한 명문화로 인한 혼란

제14조(법 적용의 기준)

- ① 새로운 법령등은 법령등에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 그 법령등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 아니한다.

「행정기본법」 제14조 제1항은 ‘새로운 법령등은 ... 그 법령등의 효력 발생 전에 완성되거나 종결된 사실관계 또는 법률관계에 대해서는 적용되지 않는다’고 하여, 진정소급입법을 금지하고 있다. 소급입법금지원칙은 법치국가원리에 근거하여 인정되는 헌법적 효력을 지니는 법의 일반원칙으로, 「행정기본법」 제14조 제1항은 이를 확인하고 있는 것이다.

그런데 「행정기본법」 제14조 제1항은 헌법재판소에 의해 확립된 소급입법금지원칙에 관한 판례이론을 온전히 반영하지 못하고 있다. 헌법재판소는 원칙적으로 진정소급입법을 금지하지만 일정한 사유가 존재하는 경우에는 예외적으로 진정소급입법을 허용할 수 있다는 판례이론을 확립한 바 있는데, 「행정기본법」 제14조 제1항은 판례이론 중 원칙적인 내용만을 규정하고 있다. 헌법재판소에 따르면, 진정소급입법은 이미 형성된 개인의 법적 지위를 사후입법을 통해 박탈하는 것 등을 내용으로 하는 것이기 때문에, 특단의 사정이 없는 한 개인의 신뢰보호와 법적 안정성을 내용으로 하는 법치국가원리에 의해 헌법적으로 허용되지 않는 것이 원칙이지만, 일반적으로 국민이 소급입법을 예상할 수 있었던 경우, 법적 상태가 불확실하고 혼란스러웠거나 하여 보호할만한 신뢰의 이익이 적은 경우, 소급입법에 의한 당사자의 손실이 없거나 아주 경미한 경우 또는 신뢰보호의 요청에 우선하는 심히 중대한 공익상의 사유가 소급입법을 정당화하는 경우 등에는 예외적으로 진정소급입법이 허용될 수 있다.²²⁷⁾²²⁸⁾

227) 현재 1998. 9. 30. 97헌바38, 판례집 10-2, 530.

228) 현재 2019. 9. 26. 2018헌바218등, 판례집 31-2상, 298. 헌법불합치결정에 따른 개선입법은 결정 시점으로 소급적용되는 것이 원칙이고, 헌법재판소가 이 사건 헌법불합치결정에서 구법 조항을 위헌으로 판단하면서 실시한 이유를 살펴보더라도 입법자가 개선입법을 함에 있어 소급적용 규정을 둘 것을 요

진정소급입법금지 원칙은 헌법적 문제에 해당하기 때문에, 「행정기본법」 제14조 제1항이 헌법재판소가 확립한 기존의 판례이론에 영향을 주지는 않는다고 보는 것이 타당하다 할 것이다.²²⁹⁾ 법제처도 ‘행정기본법 해설서’에서 헌법재판소의 결정례를 소개하면서, 해당 판례이론이 그대로 적용된다고 서술하고 있다.²³⁰⁾ 그러나 이처럼 판례이론 중 일부만을 명문화하는 것은, 일선 공무원과 국민들이 복잡한 행정법체계를 이해하기 쉽게 하여 혼란을 방지한다는 「행정기본법」의 입법목적과 달리 혼란을 야기한다 할 것이므로, 기존 판례이론을 온전히 반영하여 제정하는 것이 바람직했을 것으로 생각된다.²³¹⁾

구하였다고 해석된다.

229) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 8면 참조.

230) 법제처, 행정기본법 해설서, 2021, 155면 참조.

231) 김유환, 행정기본법의 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 12-13면 참조.

V. 결론

「행정기본법」은 학설과 판례에 의해 발전한 행정법이론과 도그마틱을 성문화하여 행정법제를 체계화함으로써, 행정의 민주성과 적법성을 확보하고 적정성과 효율성을 향상시켜 국민의 권익보호에 이바지할 것을 목적으로 제정되었다. 이러한 「행정기본법」은 학계와 실무계의 오랜 염원과 노력 끝에 제정된 것으로서, 우리의 민주주의와 법치주의를 한 단계 더 발전시키는 발판이 될 것이라고 기대되었다. 그러나 그 중요성이 매우 큼에도 불구하고, 충분한 숙의과정이 결여된 채 「행정기본법」이 제정되면서, 제정된 「행정기본법」에 대하여 많은 비판이 제기되었다.

이에 2021년 3월 23일 「행정기본법」이 제정·시행된 이래로 관련 쟁점에 관한 학계와 실무계의 논의가 활발하게 이루어지고 있다. 그리고 이제는 현행 「행정기본법」의 한계와 문제점을 직시하고 통합적 일반행정법전(一般行政法典)으로 나아가는 것을 목표로 건설적인 논의를 전개해나가야 한다는 것으로 의견이 모아지고 있는 것으로 보인다. 공법학자의 역할은 현재의 모습이 된 「행정기본법」을 냉철하게 분석하고 앞으로 「행정기본법」을 중심으로 한 행정법 이론과 실무, 그리고 행정법제가 더 발전적인 방향으로 나아갈 수 있도록 건설적인 제안을 지속하는 것에 집중되어야 함이 강조되고 있다.²³²⁾ 특히, 행정법제의 발전을 위한 건설적인 제안의 일환으로서 「행정기본법」을 출발점으로 한 통합적 일반행정법전의 마련을 개선 방향 내지 목표로 삼아야 한다는 주장이 많은 공감을 얻고 있다.

현재 학계에서는 「행정기본법」의 한계와 개선방안에 관한 연구가 끊임없이 이루어지고 있고, 이러한 논의를 반영하여 「행정기본법」을 개정하기 위한 노력도 활발하게 이루어지고 있다. 3건의 의원발의 일부개정법률안²³³⁾이 입안되었고, 정부안²³⁴⁾이 입법예고

232) 이은상, 통합적 일반행정법전의 실현을 위한 법제 정비 방향, 행정법연구, 제67호, 2022, 2-3면 참조.

233) ① 김도읍의원 대표발의안 개정이유 : 개별 법률상 즉시강제시 행정상 의무 이행을 명할 시간적 여유가 없어 공익상 긴급하게 국민의 재산에 대해 강제조치를 실시하는 경우가 대부분이고, 그 재산의 소유자 또는 점유자를 알 수 없거나 그 소재를 즉시 확인하기 어려운 경우에는 「행정기본법」에 따른 증표 제시 및 고지의무를 현실적으로 이행하기 어려우므로, 먼저 급박한 행정상 장애를 제거하고 국민 안전을 확보한 다음 그 의무를 사후에 이행할 수 있도록 함으로써 행정상 즉시강제 규정을 보완하고자 함

② 윤건영의원 대표발의안 개정이유 : 국가나 지방자치단체가 법령등을 제정·개정·폐지하면 행정절차의 근거 또는 기준 등이 변경되어 대부분 국민의 권리나 이해관계에 직간접적으로 영향을 미치게 되는데, 일부 행정기관이 소관 행정규칙 등을 공개하지 않거나 제·개정 여부를 비공개하고 있어 적

되기도 하였다. 이러한 학계와 실무계의 노력을 통해 「행정기본법」이 통합적 일반행정법 전으로 발전해나갈 수 있을 것으로 기대된다.

절하지 않다는 지적이 있음

- ③ 김승원의원 대표발의안 개정이유 : 영업정지에 따른 국민 불편 해소 등 공익 목적에서 출발한 대체 과징금 제도가 차츰 사업자 부담 완화 목적으로 확대됨에 따라 공익과 관련이 없는 사업임에도 불구하고 과징금을 납부하고 영업정지를 면함으로써 대체과징금 제도가 악용될 우려가 있으므로, 대체과징금 제도의 적정성을 향상시킴으로써 국민의 권익 보호에 이바지하고자 함
- 234) 개정이유 : 국민 중심의 행정 법체계를 마련하고 국민의 권리보호를 강화하기 위하여 처분의 취소 또는 철회로 발생한 재산상 손실에 대한 손실보상 제도의 근거를 마련하고, 개별 법률에 규정되어 있는 영업자 또는 사업자의 지위승계와 제재처분의 승계 등에 관한 공통적인 규율사항을 정하는 한편, 행정청이 처분에 대한 이의신청 결과를 신청인에게 통지할 때 행정심판 또는 행정소송의 제기에 관한 사항을 함께 안내하도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것임

참 고 문 헌

[국내문헌]

1. 단행본

김유환, 현대 행정법, 박영사, 2023.

김중권, 행정법 기본연구 III, 법문사, 2010.

김하열, 헌법강의, 박영사, 2023.

박정훈(朴貞勳), 행정법연구 1 - 행정법의 체계와 방법론, 박영사, 2005.

박정훈(朴貞勳), 행정법연구 3 - 행정법 개혁의 과제, 박영사, 2023.

법제처, 행정기본법 조문별 해설, 2021.

법제처, 행정기본법 해설서, 2021.

안성호/마광열/정용덕 편저, 적극행정의 이론과 실제, 박영사, 2021.

허 영, 한국헌법론, 박영사, 2021.

홍정선, 행정기본법 해설, 박영사, 2022.

홍준형, 행정과정의 법적 통제, 서울대학교출판문화원, 2010.

2. 논문

강경근, 헌법과 행정법, 공법연구, 제32집 제1호, 2003, 1-30면.

고문현, 부당결부금지의 원칙, 자치발전, 2011년 11월호, 2011, 108-113면.

고인석, 행정기본법상 행정법 일반원칙에 관한 연구 - 행정기본법상 행정법 일반원칙의 타당성 검토를 중심으로 -, 입법학연구, 제18권 제2호, 2021, 73-98면.

김대인, 행정기본법과 행정절차법의 관계에 대한 고찰, 법제연구, 제59호, 2020, 27-66면.

김대인, 「행정기본법」상 공법상 계약에 대한 고찰, 법조, 통권 제756호, 2022, 190-220면.

김동균, 행정기본법상 재심사제도의 입법적 과제, 공법연구, 제49집 제4호, 2021, 139-165면.

김성수, 헌법은 존속하고, 행정법은 변화한다, 공법연구, 제41집 제4호, 2013, 65-93면.

김수중, 적극행정 면책제도에 관한 논리적 고찰, 감사논집, 제29호, 2017, 151-168면.

김유환, 행정기본법 제정 및 행정절차법 개정에 대한 평론 - 행정법이론체계에 대한 함의와 입법적 과제 -, 행정법연구, 제68호, 2022, 1-46면.

김연식, 적극행정 실현의 헌법적 의미와 과제, 공법학연구, 제22권 제3호, 2021, 61-104면.

김영수, 행정법 일반원칙으로서 부당결부금지원칙에 관한 소고 - 독일 행정법에서의 역사적 전개 및 적용영역을 중심으로 -, 공법연구, 제51집 제1호, 2022, 243-276면.

김영훈, 헌법과 행정법의 관계에 관한 소고, 법학논총, 제2호, 1986, 39-48면.

김용섭, 개별법상 이의신청제도의 현황분석과 입법적 개선과제 : 이의신청 등과 행정심판의 관계정립을 중심으로, 행정법연구, 제42호, 2015, 79-105면.

김용섭, 부당결부금지의 원칙과 부관, 행정판례연구, 제15집 제2호, 2010, 271-313면.

김용섭, 행정기본법안의 적극행정 조항에 관한 비판적 논의, 인권과 정의, 제491호, 2020, 4-7면.

김용섭, 행정기본법의 법체계상 문제점과 일부 조항의 입법개선 과제, 경희법학, 제56권 제1호, 2021, 63-101면.

김중권, 행정기본법의 보통명사 시대에 행정법학의 과제 I : 처분관련 규정을 중심으로, 공법학연구, 제22권 제2호, 2021, 3-63면.

김중권, 행정법이 헌법에 있고, 헌법이 행정법에 있기 위한 모색 - 민주적 법치국가원리를 바르게 구현하기 위한 행정법과 헌법과의 대화 -, 헌법학연구, 제26권 제4호, 2020, 207-253면.

김중권/김영수, 21세기 국가모델을 위한 가칭 행정기본법의 제정을 통한 행정법과 행정법제의 개혁, 공법연구, 제41집 제3호, 2013, 29-49면.

김태호, 실정헌법과 일반행정법 체계 - 규범과 법리의 상호 형성·적용을 중심으로 -, 헌법과 행정법의 대화(2023년 한국공법학회·헌법재판연구원 공동학술대회 자료집), 2023, 65-86면

김현준, 기본법의 정체성 문제와 이른바 행정기본법 명명의 오류, 법조, 제68권 제4호, 2019, 7-41면.

김현준, 행정기본법의 혼돈·분열·위헌문제, 저스티스, 통권 제188호, 2022, 238-264면.

김희곤, 행정기본법상 처분의 재심사제도에 관한 소고, 토지공법연구, 제98권, 2022, 149-188면.

박규하, 독일기본법상의 기본원리와 행정·행정법, 외법논집, 제36권 제2호, 2012, 43-58면.

박영도, 기본법의 법제상의 위치, 법제연구, 제5호, 1993, 273-287면.

박원규, 적극행정과 좋은 행정의 관계와 발전방향 - 행정법학의 새로운 지평을 위한 모색 -, 행정법학, 제25호, 2023, 287-319면.

박 윤, 적극행정의 개념에 관한 연구, 한국인사행정학회보, 제18권 제4호, 2019, 273-282면.

박재운, 한국의 적극행정과 법적 역동성, 대전환 시대, 정부의 역할과 행정법(2021 행정법포럼 자료집), 2021, 171-192면.

박재운, 행정기본법과 부관의 남용, 행정법연구, 제63호, 2020, 119-140면.

박재운, 행정기본법은 미래의 입법자를 구속할 수 있는가?, 법의 미래, 2022, 412-423면.

박재운, 행정기본법 제정의 성과와 과제 - 처분 관련 규정들을 중심으로 -, 행정법연구, 제65호, 2021, 1-31면.

박정훈, 입법체계상 기본법의 본질에 관한 연구 - 일본의 기본법을 중심으로 -, 법조, 제58권 제12호, 2009, 272-318면.

박정훈(朴正勳), 적극행정 실현의 법적 과제 - '적극행정법'으로의 패러다임 전환을 위한 시론 -, 공법연구, 제38집 제1호 제1편, 2009, 329-353면.

박정훈(朴正勳), 행정법과 헌법 - 헌 및 헌법의 개념과 행정법의 정체성 -, 행정법학, 제19호, 2020, 1-8면.

박종국, 부당결부금지의 원칙에 관한 연구, 공법연구, 제25집 제4호, 1997, 248-267면.

배병호, 행정기본법의 평가와 과제, 성균관법학, 제33권 제2호, 2021, 481-512면.

배정범, 「행정기본법」 상 재심사 제도의 문제점과 입법적 개선 방향, 법학연구, 제26권 제2호, 2023, 29-64면.

백옥선, 행정기본법(안)의 이의신청 조항에 대한 검토 및 향후 법적 과제, 법제연구, 제59호, 2020, 67-98면.

신정규, 「행정기본법」의 규율내용에 대한 헌법적 평가 - 법치국가원리와 적법절차원리를 중심으로 -, 국가법연구, 제18집 제3호, 2022, 239-265면.

신태섭, 행정기본법상 처분 재심사의 의미와 과제, 인권과 정의, 통권 제508호, 2022, 6-21면.

유승현, 공직기강의 개념에 관한 연구, 한국정책연구, 제30권 제2호, 2020, 23-42면.

이상덕, 불가쟁력이 발생한 행정처분의 재심사에 관한 법적 규율 - 독일연방행정절차법상 재심사제도의 시사점과 우리 실무상황의 분석을 중심으로, 사법논집, 제63집,

2016, 91-139면.

이상학, 한국비교공법학회 제102회 학술대회 “행정기본법 제정에 따른 법적 쟁점” 종합
토론문, 공법학연구, 제22권 제2호, 2021, 109-117면.

이상학, 행정기본법 제정안의 평가와 주요쟁점 검토, 공법학연구, 제21권 제4호, 2020,
179-221면.

이은상, 처분 재심사 제도의 적절한 운영과 개선 방향, 사법, 통권 제58호, 2021, 3-37면.

이은상, 통합적 일반행정법전의 실현을 위한 법제 정비 방향, 행정법연구, 제67호, 2022,
1-39면.

이재훈, 행정기본법(안)상 신고제에 대한 연구, 공법학연구, 제21권 제4호, 2020, 223-
256면.

이정민, 법관의 입장에서 바라본 행정기본법 - 행정소송실무의 관점에서, 제48회 한국행
정법학회 정기학술대회 자료집, 2021, 165-166면.

이정민, 행정기본법에 대한 몇 가지 실무상 쟁점, 사법, 제1권 제58호, 2021, 39-77면.

이진수, 행정기본법 제정의 의미와 평가, 법제연구, 제59호, 2020, 1-25면.

이현수, 포스트 코로나 시대 행정기본법의 역할, 행정법 혁신과 나아갈 미래(2020 행정
법포럼 자료집), 2020, 96-98면.

정광현, 행정처분 무효확인소송에서 법률의 위헌 주장과 재판의 전제성, 헌법논총, 제23
호, 2012, 315-352면.

정남철, 행정기본법상 인허가의제 제도의 법적 쟁점과 개선방안, 행정법학, 제21호,
2021, 103-135면.

정연부, 부당결부금지원칙의 독자성 및 적용 등에 관한 소고, 법학연구, 제60호, 2020,
135-157면.

정연부, 행정기본법에 의한 행정법의 일반원칙 성문화 쟁점 검토, 국가법연구, 제19권
제2호, 2023, 207-237면.

정연부, 행정기본법상 처분에 대한 불복제도의 쟁점, 공법연구, 제51집 제1호, 2022,
277-309면.

정연부, 행정법의 성문화 과정상 숙의의 적정성 검토 - 행정기본법 제정 과정을 중심으로
로-, 홍익법학, 제24권 제1호, 2023, 635-661면.

정하중, 행정기본법 제정안에 대한 소고, 법제, 2020, 7-26면.

조성규, 행정기본법상 ‘처분의 재심사’ 규정의 법적 쟁점, 행정법학, 제21호, 2021, 65-101면.

조인성, 행정기본법(안)상 인허가 의제제도와 토지행정법상 인허가 의제제도 비교분석, 토지공법연구, 제93집, 2021, 23-48면.

최유신, 행정행위 재심사제도 연구 - 독일연방행정절차법 제51조를 중심으로 -, 서울대학교 대학원 석사학위논문, 2006.

최태현/박신애, 운명적 인간으로서 관료: 실존적 관료윤리를 위한 모색, 행정논총, 제59권 제1호, 1-28면.

홍완식, 「행정기본법」에 대한 입법평론, 국가법연구, 제17집 제3호, 2021. 1-22면.

홍종현, 행정기본법 제정의 헌법적 의미와 발전방안 : 헌법 원칙의 행정법을 통한 구체화의 체계, 공법학연구, 제22권 제2호, 2021, 65-105면.

3. 보고서

박영도, 기본법의 입법모델연구, [연구보고] 06-03, 한국법제연구원, 2006.

이세정/정명운/손현/장민선/김종천/이재훈, 행정절차법 개선 방안 연구, [현안분석] 2017-11, 한국법제연구원, 2017.

[외국문헌]

Auby, Jean-Bernard (ed.), Codification of Administrative Procedure, 2014.

Gerhard, Torsten, Die Rechtsfolgen prinzipaler Normenkontrollen für Verwaltungsakte: § 79 Abs. 2 BVerfGG und § 183 VwGO, 2008.

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter, Verwaltungsrecht VwVfG: 3. Ergänzungslieferung, 2022.

「행정기본법」에 관한 헌법적 고찰

2024年 3月 19日 印刷

2024年 3月 26日 發行

발 행 : 헌 법 재 판 소

헌법재판연구원

인 쇄 : 성문인쇄사(02·2272·7553)

<비매품>

* 본 보고서의 내용은 본원의 공식견해가 아닙니다.

