

제 3 장 보칙 규정

1. 개관

가. 보칙 규정의 의의

법령의 총칙과 실체 규정에 규정하기에는 적합하지 않은 절차적·기술적·보충적인 사항에 대한 규정을 '보칙 규정'이라 한다.

일반적으로 보칙에서 정하는 내용으로는 수수료, 출입검사와 질문, 보고, 청문, 권한의 위임·위탁, 행정쟁송, 손실보상, 손해배상, 유사명칭의 사용금지, 벌칙 적용 시의 공무원 의제 등이 있다.

이러한 보칙 규정은 법령을 장으로 구분하여 규정하는 경우에는 실체 규정과 벌칙 규정 사이에 보칙이라는 제목으로 장을 만들어 규정하고, 장의 구분이 없는 비교적 간단한 법령에서는 실체 규정과 벌칙 규정과의 사이에 규정한다.

나. 규정 시 유의 사항

1) 어떤 사항이 보칙에 규정되려면 실체 규정에 대한 절차적 사항이나 보충적 사항의 성격을 띠고 있어야 한다. 그 자체가 정책의 핵심수단 가운데 하나가 되는 경우에는 보칙에 규정하는 것이 부적절하고 실체 규정에 두어야 한다.

2) 보칙의 내용을 어떤 순서로 규정해야 할 것인지에 관해서 일반적인 원칙이 있는 것은 아니지만, 보칙 내용의 중요도, 실체 규정의 조문 순서 등을 고려하여 순서를 정하도록 한다. 다만, 청문, 권한의 위임·위탁, 벌칙 적용 시의 공무원 의제 규정은 보칙의 맨 끝에 위의 순서대로 두는 것이 일반적이다.

3) 여러 개의 장에 걸쳐서 공통적으로 규정되는 사항은 각각의 장에서 규정하는 것보다는 보칙의 장(章)에 두는 것이 입법경제상 효과적이다.

[입법례] 여러 조문에 관련되는 내용을 보칙 장에 규정한 사례

먹는물관리법
제8장 보칙
제52조(국고보조) 기후에너지환경부장관은 예산의 범위에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경비의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.
1. 제7조제1항에 따른 먹는물 수질 감시원의 운영에 드는 경비
1의2. 제8조제1항에 따른 먹는물공동시설의 개선에 드는 경비
2. 제26조제4항에 따른 관계 검사기관 또는 제43조에 따라 지정된 검사기관에서의 검사 등에 드는 경비
3. 제42조제1항에 따른 수거에 드는 경비
4. 제47조에 따른 폐기에 드는 경비

4) 보칙으로 규정할 사항이라도 하나의 장이나 절에만 관련되는 규정은 해당 장이나 절에서 규정한다. 또한 보칙에서 규정하는 것보다 해당되는 실체 조문에서 규정하는 것이 알기 쉬우면 그 실체 조문에서 규정할 수 있다.

[입법례] 자격 취소 규정에 청문을 규정한 사례

노인복지법
제39조의14(요양보호사 자격의 취소) ① 시·도지사는 요양보호사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 그 자격을 취소할 수 있다. 다만, 제1호부터 제3호까지의 경우 자격을 취소하여야 한다.
1. ~ 5. (생략)
② 시·도지사는 제1항에 따라 요양보호사의 자격을 취소하는 경우 청문을 실시하여야 한다.
③ (생략)

2. 수수료

가. 의의

‘수수료’란 행정기관의 서비스를 받거나 공공시설을 이용할 때에 부담하는 경비를 말한다. 이 가운데 행정의 서비스 제공에 대한 반대급부를 좁은 의미의 ‘수수료’라 하며, 시설의 이용에 대한 반대급부를 ‘사용료’라고 한다. 넓은 의미의 수수료 개념에는 사용료가 포함된다.

수수료는 이익을 얻는 특정인에 대하여 부과·징수한다는 점에서 개별적·구체적인 대가성(代價性)이 있다. 이런 점에서 수익자(受益者) 부담금과 유사한 반면, 조세(租稅)와는 구별된다. 또한, 수수료는 공익사업 자체에 수반하여 드는 경비의 분담으로서 그 사업에 특별한 이해관계가 있는 모든 자에게 부과되는 부담금과도 구별된다.

나. 부과·징수의 근거

「행정기본법」 제35조에서는 수수료 및 사용료에 대한 일반적인 규정을 두고 있다.

종전에는 사무의 성질에 따라 국민에 대하여 그 이용이 강제되거나 국가에서 그 서비스를 독점하는 경우에는 법률에 근거를 두도록 하였다. 그러나 수수료와 사용료는 행정서비스 또는 공공시설 이용에 대한 반대 급부적 성격이 있으므로 반드시 법률에 부과·징수의 근거를 두어야 하는 엄격한 법률유보의 영역으로 보기는 어렵다. 이러한 이유로 「행정기본법」에서는 수수료의 경우 법령⁴⁵⁶⁾에, 사용료의 경우 사전에 공개된 기준에 따라 수수료 또는 사용료를 받을 수 있도록 하였다.

1) 국가가 부과·징수하는 수수료 및 사용료

「행정기본법」 제35조제1항에서는 “행정청은 특정인을 위한 행정서비스를 제공받는 자에게 법령으로 정하는 바에 따라 수수료를 받을 수 있다”고 규정하고 있다. 따라서 국가가 제공

456) 여기서 법령에는 i) 법률 및 대통령령·총리령·부령, ii) 국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회 규칙 및 감사원규칙, iii) i) 또는 ii)의 위임을 받아 중앙행정기관의 장, 국회의장, 대법원장, 헌법재판소장, 중앙선거관리위원회위원장 및 감사원장 등이 정한 훈령·예규 및 고시 등 행정규칙이 포함된다(「행정기본법」 제2조제1호가목).

하는 행정서비스의 이용에 대하여 수수료를 징수하기 위해서는 법령에 수수료의 부과·징수에 관한 근거를 두어야 한다.

사용료의 경우에는 「행정기본법」 제35조제2항에서 “행정청은 공공시설 및 재산 등의 이용 또는 사용에 대하여 사전에 공개된 금액이나 기준에 따라 사용료를 받을 수 있다”고 규정하고 있으므로 공공시설 및 재산 등의 이용료 또는 사용료는 법령에 근거를 두지 않아도 된다.

2) 지방자치단체가 부과·징수하는 수수료 및 사용료

「행정기본법」 제35조제3항에서는 “제1항 및 제2항에도 불구하고 지방자치단체의 경우에는 「지방자치법」에 따른다”고 규정하고 있고, 지방자치단체가 부과·징수하는 수수료 및 사용료에 대해서는 「지방자치법」 제153조, 제154조, 제156조 및 제157조에서 정하고 있다.

「지방자치법」 제156조에 따르면 수수료 및 사용료의 징수에 관한 사항은 조례로 정하도록 하면서, 국가가 지방자치단체나 그 기관에 위임한 사무와 자치사무의 수수료 중 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료는 다른 법령의 규정에도 불구하고 대통령령⁴⁵⁷⁾으로 정하는 표준금액으로 징수하되, 지방자치단체가 다른 금액으로 징수하려는 경우에는 표준금액의 50퍼센트 범위에서 조례로 가감 조정하여 징수할 수 있도록 하고 있다.

3) 수수료의 감면

법률을 효율적으로 집행하거나 공익을 보호·육성하는 데에 필요하면 일정한 자에 대해 수수료를 감면하는 규정을 둘 수 있다. 수수료의 감액 또는 면제에 관한 규정은 수수료 납부의 근거가 되는 법령 또는 그 위임⁴⁵⁸⁾을 받은 하위 법령에서 규정할 수 있다.

[입법례]

배타적 경제수역에서의 외국인어업 등에 대한 주권적 권리의 행사에 관한 법률

제9조(수수료) ① 외국인은 제8조제1항에 따라 승인 신청을 할 때에는 해양수산부령으로 정하는

457) 「지방자치법」 제156조제1항 단서에 따른 전국적 통일이 필요한 수수료의 징수기준에 관한 규정」 제2조 및 별표에서 전국적으로 통일할 필요가 있는 수수료의 표준금액을 규정하고 있다.

458) “대통령령(부령)으로 정하는 바에 따라”, “수수료 등(금액, 납부 방법 등)에 필요한 사항은 대통령령(부령)으로 정한다” 등의 위임 규정을 두는 것을 말한다.

바에 따라 대한민국 정부에 수수료를 내야 한다.

② 제1항에 따른 수수료는 특별한 사유가 있으면 감액하거나 면제할 수 있다.

③ 제1항과 제2항에 따른 수수료의 금액, 감액·면제 기준에 관하여 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다.

다. 수수료에 관한 규정 방식

1) 제목을 규정하는 경우

수수료의 근거 규정을 두는 조문의 제목을 규정한 입법례를 살펴보면, ‘수수료’, ‘등록 수수료’(「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」 제17조 등), ‘수수료의 징수’(「검역법」 제34조 등) 등으로 규정한 경우가 있으나, ‘수수료’로 통일하여 쓰기로 한다.

2) 수수료의 근거 규정에 관한 입법례

사무를 제공하는 행정기관 측에서 수수료를 징수할 수 있다고 규정한 사례도 있으나, 수수료 납부의무가 있음을 명확히 하기 위해 ‘사무를 제공받는 자’를 주체로 하여 행정기관 등에 수수료를 납부하여야 한다고 규정한다.

[입법례] 사무를 제공받는 자를 주체로 규정한 사례

건축사법
<p>제17조(수수료) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관 또는 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 수수료를 납부하여야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 제7조제2항에 따른 건축사보의 신고를 하는 사람 2. 제13조제3항에 따른 실무수련의 신고를 하는 사람 3. 제14조에 따른 건축사 자격시험에 응시하려는 사람 4. ~ 7. (생략)

3) 업무를 대행하게 하거나 위탁한 경우의 입법례

국가나 지방자치단체가 그 사무를 제3자에게 대행하게 하거나 위탁하는 경우, 수수료 납부에 대한 규정을 어떻게 규정할 것인지 문제가 될 수 있다. 이 경우 해당 업무를 대행하게 하거나 위탁하는 것으로 결정되어 있거나 예상되는 경우에는 수수료의 납부 근거가 되는 법령에 그 대행기관·수탁기관에 수수료를 납부해야 하는 규정을 두거나, 수수료 징수 업무를 대행 또는 위탁하는 업무로 명시한다.

[입법례] 수수료의 납부 근거가 되는 법령에 규정한 사례

화물자동차 운수사업법

제65조(수수료) ① 이 법에 따라 허가·인가 등을 신청하거나 신고하려는 자는 국토교통부령 및 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 수수료를 내야 한다. 다만, 제64조제1항에 따라 권한이 위탁된 경우에는 해당 수탁기관이 정하는 수수료를 그 수탁기관에 내야 한다.
② 제1항 단서에 따른 수수료는 위탁업무의 종류별로 국토교통부령으로 정하는 기준에 따라 수탁기관이 자율적으로 정한다.

[입법례] 대행 또는 위탁하는 업무로 명시한 사례

건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률 시행령

제29조(업무의 위탁) ① 기후에너지환경부장관은 법 제58조제2항에 따라 다음 각 호의 업무를 「한국환경공단법」에 따른 한국환경공단에 위탁한다.

1. 법 제10조제2항에 따른 관련 정보의 제공 및 수수료 징수
2. · 3. (생략)
- ② ~ ④ (생략)

4) 수수료의 금액

수수료의 금액은 제공되는 서비스에 비추어 적정하게 결정되어야 한다. 어느 정도의 수수료가 합리적인지는 제공되는 서비스에 드는 비용, 경제적인 여건 등을 고려하여 정할 수밖에 없을 것이다. 그러나 수수료의 금액이 반드시 사무의 수행에 드는 경비의 전액(全額)이어야 하는 것은 아니다.

법령에서 수수료를 규정하는 방법으로는 i) 확정 금액으로 규정하는 방법, ii) 최고 금액을 정하고 구체적인 금액은 하위법령에 위임하는 방법, iii) 최고 금액과 최저 금액을 정하고 구체적인 금액은 하위법령에 위임하는 방법, iv) 수수료의 징수에 관한 근거만을 두고 구체적인 금액은 하위법령에 위임하는 방법, v) 심사·검증과 같은 전문적인 용역의 제공 등의 경우 법령에서 수수료 산정기준을 정하는 방법 등이 있다.

전자민원으로 처리하는 것이 가능한 경우 방문민원과 구별하여 수수료를 면제하거나, 무인민원발급기를 이용하여 민원을 처리하는 것이 가능한 경우에는 수수료를 감면하는 경우가 있다.⁴⁵⁹⁾

[입법례]

주민등록법 시행규칙

제17조(수수료) ① 법 제27조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 집적회로 칩이 내장되지 않은 주민등록증의 재발급을 신청하는 경우에는 1명당 5천원을 수수료로 징수한다. 다만, 같은 조 제3항제1호 또는 제11조제1호 각 목의 어느 하나에 해당하여 재발급할 때에는 수수료를 징수하지 않는다.

② 법 제27조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유로 집적회로 칩이 내장된 주민등록증의 재발급을 신청하는 경우에는 1명당 1만원을 수수료로 징수한다. 다만, 같은 조 제3항제1호 또는 제11조제2호에 해당하여 재발급할 때에는 수수료를 징수하지 않는다.

③ (생략)

④ 법 제29조제1항 및 제29조의2제1항에 따른 수수료는 다음 각 호와 같다. 다만, 전자문서로 주민등록표를 열람하게 하거나 등·초본을 교부하는 경우에는 무료로 하고, 무인민원발급기를 이용하여 주민등록표 등·초본을 교부하는 경우에는 그 수수료의 2분의 1에 해당하는 금액으로 한다.

1. 주민등록표 또는 전입세대확인서의 열람은 1건 1회에 300원
2. 주민등록표 등·초본 또는 전입세대확인서의 교부는 1통에 400원. 다만, 법 제29조제2항제2호

459) 「민원 처리에 관한 법률」

제10조의2(민원인의 요구에 의한 본인정보 공동이용) ⑤ 행정기관의 장은 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 컴퓨터 등 정보처리능력을 지닌 장치에 의하여 처리가 가능한 형태로 행정정보를 제공하는 경우에는 다른 법률에도 불구하고 수수료를 감면할 수 있다.

제12조의2(전자민원창구 및 통합전자민원창구의 운영 등) ⑤ 행정기관의 장은 전자민원창구나 통합전자민원창구를 통하여 민원을 처리하는 경우에는 다른 법률에도 불구하고 수수료를 감면할 수 있다.

제28조(무인민원발급창구를 이용한 민원문서의 발급) ② 제1항에 따라 민원문서를 발급하는 경우에는 다른 법률에도 불구하고 수수료를 감면할 수 있다.

및 제6호에 따른 다른 사람의 주민등록표 등·초본 또는 법 제29조의2제2항제3호에 따른 전입 세대확인서의 교부는 500원으로 한다.

⑤ (생 략)

5) 수수료의 납부 방법

수수료의 납부는 수입인지나 수입증지로 납부하도록 규정하는 것이 대부분의 입법례이며, 국가에 납부할 수수료는 수입인지로, 지방자치단체에 납부할 수수료는 수입증지로 납부하도록 규정하고 있다.⁴⁶⁰⁾

최근에는 정보통신망을 이용하여 전자화폐나 전자결제 등의 방법이나 신용카드나 직불카드를 통해 납부하도록 하는 경우가 늘어나고 있다. 부득이한 경우를 제외하고는 국민의 편의제고를 위해 전자납부 등의 근거를 마련하는 것이 필요할 것이다.⁴⁶¹⁾ 수수료의 납부 방법에 관하여는 대부분 대통령령이나 총리령·부령에서 정하고 있다.

[입법례] 전자납부를 규정한 사례

유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률 시행령

제31조(수수료) ① 법 제35조제2항에 따른 수수료는 별표 3과 같다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여는 수수료를 면제할 수 있다.

1. 「고등교육법」에 따른 대학·산업대학·전문대학 및 기술대학
2. 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따른 정부출연 연구기관
3. ~ 6. (생 략)

460) 개별 법률에 규정이 없더라도 「수입인지에 관한 법률」 제5조제2항에 따라 국가에 납부할 수수료는 수입인지로 납부하게 할 수 있으며, 「지방회계법 시행령」 제24조제1항에 따라 세외수입으로서 법령이나 해당 지방자치단체의 조례 또는 규칙으로 정한 것에 대해서는 수입증지로 수입할 수 있다.

461) 「전자정부법」

제14조(세금 등의 전자적 납부) 행정기관등의 장은 다른 법령에서 세금, 수수료, 과태료, 과징금, 범칙금, 벌금, 과료 등을 현금, 수입인지, 수입증지, 그 밖의 형태로 납부하도록 규정하고 있는 경우에도 정보통신망을 이용하여 전자화폐, 전자결제 등의 방법으로 납부하게 할 수 있다.

「수입인지에 관한 법률」

제2조(수입인지의 발행 및 관리) ① 수입인지(정보통신망을 통하여 발행하는 수입인지(이하 “전자수입인지”라 한다)를 포함한다. 이하 같다)는 재정경제부장관이 발행하고 관리한다.

② 제1항에 따른 수수료는 수입인지 또는 정보통신망을 이용한 전자화폐·전자결제 등의 방법으로 납부할 수 있다.

6) 수수료의 귀속

국가사무에 대한 수수료의 수입은 국가에 귀속하고, 지방자치단체의 자치사무에 대한 수수료의 수입은 해당 지방자치단체에 귀속하므로, 업무를 대행하게 하거나 위탁한 단체에 수수료를 귀속시키기 위해서는 명문의 규정이 필요하다.

국가 또는 다른 지방자치단체의 위임사무에 대한 수수료는 다른 법령에 특별한 규정이 없으면 해당 지방자치단체의 수입으로 하도록 규정하고 있으므로(「지방자치법」 제154조제3항), 지방자치단체에 위임되는 단체위임사무나 기관위임사무에 대한 수수료를 국가 등 원(原) 권한자에게 귀속하게 하려면 명문의 규정을 두어야 한다.

7) 수수료의 강제징수

수수료의 징수에 관하여 강제징수 절차를 두려면 반드시 법률에 근거를 두어야 하며(「행정기본법」 제30조제1항), 대통령령이나 총리령·부령으로 둘 수는 없다. 강제징수 규정을 두지 않으면 수수료를 체납해도 강제징수의 방법을 쓸 수 없으며 통상적인 민사상의 절차에 따라야 할 것이다.⁴⁶²⁾ 다만, 지방자치단체가 부과·징수하는 수수료의 경우에 지방자치단체의 장은 수수료를 내야 할 자가 납부기한까지 수수료를 내지 아니하면 지방세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있다(「지방자치법」 제157조제7항).

다만, 수수료는 대부분 그 대상이 되는 사무가 행해지기 전에 납부하도록 하기 때문에 체납되는 상황은 거의 발생하지 않으므로, 강제징수에 관한 규정을 둘 실익이 크지 않다고 할 것이다.

462) 대법원 2014. 9. 4. 선고 2012두5688 판결

[입법례] 강제징수 규정을 둔 사례

우편법

- 제24조(체납 요금등의 징수방법) ① 요금등의 체납 금액은 「국세징수법」에 따른 체납처분의 예에 따라 징수한다.
- ② 제1항의 경우 체납 요금등에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 연체료를 가산하여 징수한다.
- ③ 제1항과 제2항의 체납 요금등과 연체료는 조세를 제외한 다른 채권에 우선한다.

8) 수수료 반환 규정

수수료는 사전에 납부하지만 그 대상이 되는 서비스는 즉시 이루어지기 때문에 수수료를 납부한 후 서비스를 받지 못하는 경우는 거의 없으나, 시험응시 수수료 같은 경우는 수수료를 납부하고 나서 상당한 기간이 경과한 후에 시험을 보게 되기 때문에 그 동안 사정이 변경되어 시험을 보지 않게 되는 경우도 적지 않다.

이와 같이 수수료 납부와 그 목적이 된 서비스 시행 사이에 상당한 시간적 간격이 있는 경우에는 사전에 서비스를 포기하면 수수료를 전부 또는 일부 반환받을 수 있는 규정을 두도록 한다. 이러한 수수료 반환은 서비스를 포기하기 때문에 발생하는 것이므로 반드시 법률에 근거를 둘 필요는 없고, 하위법령에서 근거를 두어도 무방하다.

[입법례] 하위법령에 반환 규정을 둔 사례

공인중개사법 시행령

- 제8조(응시원서 등) ① (생략)
- ② 시험시행기관장은 응시수수료를 납부한 자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 응시수수료의 전부 또는 일부를 반환하여야 한다.
1. 수수료를 과오납(過誤納)한 경우
 2. 시험시행기관의 귀책사유로 시험에 응하지 못한 경우
 3. 시험시행일 10일 전까지 응시원서 접수를 취소하는 경우

공인증개사법 시행규칙

제2조(응시원서) ① (생략)

- ② 영 제8조제2항의 규정에 따른 응시수수료(이하 “수수료”라 한다)의 반환기준은 다음 각 호와 같다.
 1. 수수료를 과오납한 경우에는 그 과오납한 금액의 전부
 2. 시험시행기관의 귀책사유로 시험에 응하지 못한 경우에는 납입한 수수료의 전부
 3. 응시원서 접수기간 내에 접수를 취소하는 경우에는 납입한 수수료의 전부
 4. 응시원서 접수마감일의 다음 날부터 7일 이내에 접수를 취소하는 경우에는 납입한 수수료의 100분의 60
 5. 제4호에서 정한 기간을 경과한 날부터 시험시행일 10일 전까지 접수를 취소하는 경우에는 납입한 수수료의 100분의 50
- ③ 수수료의 반환절차 및 반환방법 등은 영 제7조제3항의 규정에 따른 시험시행공고에서 정하는 바에 따른다.

3. 출입검사와 질문

가. 출입검사·질문 규정의 의의

행정기관의 직원이 행정 법규의 집행을 확보하기 위해, 행정기관의 감독을 받는 사업장, 영업장, 사업소, 공장, 창고 그리고 경우에 따라서는 주거의 장소에 출입하여 장부·서류 등을 검사하거나 사무 등에 관하여 질문을 할 수 있도록 규정을 두고 있는 경우가 적지 않는데 이를 통상 ‘출입검사·질문 규정’이라고 한다.

나. 「행정조사기본법」과의 관계

행정조사의 일반법이 되는 「행정조사기본법」 제2조제1호에서는 행정조사를 “행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위해 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동”으로 정의하고 있다.

출입검사나 질문이 행정조사에 해당하는지는 명시적으로 규정되어 있지는 않지만, 현장 조사는 출입검사나 질문을 포괄하는 개념으로 볼 수 있으므로 개별법에 규정된 출입검사나 질문에 관한 사항도 행정조사의 일환으로 「행정조사기본법」이 적용된다고 할 것이다.

다. 출입검사·질문의 근거

공무원이 감독상 필요하여, 감독을 받는 사업장에 출입하여 검사하는 것은 행정기관의 권한이지만, 그 상대방은 이러한 권한 행사에 저항하지 아니하고 이를 받아들여야 하는 수인(受忍) 의무를 부담하게 되는 것이고 이에 따라 권리나 자유를 적지 않게 제한받거나 침해 받는 것이므로 그 근거 규정은 법률에 두어야 한다. 또한 출입검사를 거부할 경우, 이에 대해 제재하거나 강제수단을 동원해야 하는데 이를 위해서도 법률의 근거가 있어야 한다. 단순한 임의조사라도 임의조사가 아닌 경우와의 구분이 모호하므로, 법률에 요건·절차 등을 규정하는 것이 바람직하다.

출입검사와 관련하여 일반법으로 「행정조사기본법」이 있으나, 이는 성격상 행정활동을 통제하기 위한 통제규범에 속하는 것이지 행정조사의 수권(授權) 규범은 아니기 때문에 출입검사를 실시할 수 있게 하려면 법률에 근거를 두어야 한다. 「행정조사기본법」 제5조에서도 조사대상자의 자발적인 협조를 얻어 실시하는 행정조사가 아니면 “법령등⁴⁶³⁾에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 행정조사를 실시할 수 있다”고 규정하고 있으나 하위법령에 의한 행정조사 권한의 창설까지 위임한 취지로 이해할 것은 아니므로 출입검사·질문의 근거는 법률에 두어야 한다는 원칙에 대한 예외가 되는 것은 아니다.

[입법례]

해양심층수의 개발 및 관리에 관한 법률

제38조(출입·검사 및 수거 등) ① 해양수산부장관 또는 시·도지사는 다음 각 호에 해당하는 사항을 확인하기 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 해양심층수관련업의 사업자 또는 관계인에 대하여 필요한 자료를 제출하게 하거나 관계 공무원으로 하여금 해양심층수관련업의 시설에 출입하여 판매를 목적으로 하거나 영업에 사용하는 해양심층수, 해양심층수 관련 제품, 용기,

463) 법령 및 조례·규칙을 말한다(「행정조사기본법」 제2조제2호).

포장 또는 제조·영업의 시설 등을 검사하게 하거나 검사에 필요한 최소량의 해양심층수, 해양심층수 관련 제품, 용기 또는 포장 등을 무상으로 수거하게 할 수 있으며, 영업과 관련된 장부나 서류를 열람하게 할 수 있다.

1. 제10조제2항에 따른 면허에 붙인 조건의 준수 여부
 2. 제15조에 따른 시설기준 및 제24조제1항에 따른 해양심층수의 수질기준의 준수 여부
 3. 제27조제1항에 따른 시설기준 및 제34조에 따른 먹는해양심층수의 품질관리의 준수 여부
 - 3의2. 제36조의2제1항에 따른 시설기준 및 제36조의3제1항에 따른 해양심층수처리수의 수질기준 및 유통기한 등에 관한 기준의 준수 여부
 4. 제37조제1항에 따른 해양환경보전의무의 준수 여부
- ② 해양수산부장관 또는 시·도지사는 제1항에 따라 출입·검사·수거 또는 열람을 하고자 하는 경우에는 사전에 관계 공무원의 성명, 일시·장소·목적 등을 서면으로 통지하여야 하고, 관계 공무원이 출입·검사·수거 또는 열람하는 때에는 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 출입·검사·수거 또는 열람의 세부기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다.

라. 출입검사·질문의 범위

출입검사·질문을 규정할 때에는 어느 범위에서 인정될 수 있으며, 이를 위해 어떠한 규정을 두어야 하는지가 문제된다. 「행정조사기본법」 제3장에서는 행정조사의 방법으로, 출석·진술 요구, 보고요구와 자료제출의 요구, 현장조사, 시료채취, 자료 등의 영치 등 다섯 가지를 규정하면서 각각 그 범위와 구체적인 시행절차, 제한사항 등을 비교적 구체적으로 열거하고 있다.

그러나 상대방에게 출입검사·질문의 범위를 예측 가능하게 하고, 출입검사·질문을 수행하는 행정기관 등에 그 한계를 제시하기 위해 개별 법률에서 그 범위를 구체적으로 열거해 주는 것이 바람직하다.

「행정조사기본법」에 규정되지 않은 방법을 허용하려면 개별 법률에서 구체적인 사항을 규정해야 한다.

마. 출입검사·질문과 영장주의에 관한 문제

주거에 대한 수색이나 압수에 대해 법관의 영장을 요구한 헌법 제16조는 형사절차에 적용되는 것으로 보는 것이 일반적인 견해이므로, 행정 목적을 위한 출입검사·질문이나 수집은 영장을 필요로 하는 것으로 규정할 필요는 없다. 그러나 국민의 자유나 권리에 대한 침해를 수반한다는 점을 고려하여 출입검사나 질문을 하는 공무원은 그 권한을 명백하게 하기 위해 검사나 조사를 할 수 있는 권한을 표시하는 증표를 관계인에게 내보이도록 할 필요는 있다.

「행정조사기본법」 제11조제3항에서 현장조사를 하는 조사원⁴⁶⁴은 그 권한을 나타내는 증표를 지니고 이를 조사대상자에게 내보여야 한다고 규정하고 있으므로, 개별 법률에서 증표 제시에 관한 별도의 규정을 두지 않아도 된다.

바. 검사를 위해 물품을 수거하는 경우의 보상 문제

「행정조사기본법」 제12조제2항 및 같은 법 시행령 제7조에서는 시료채취로 조사대상자에게 손실을 입힌 때에는 그 손실을 보상하도록 규정하고 있으므로, 무상으로 수거할 특별한 이유가 있는 경우 외에는 무상 수거 규정은 두지 않도록 한다.

사. 출입검사·질문 규정 위반에 대한 제재

출입검사·질문 규정을 위반한 경우에 적용되는 벌칙에 대해서 「행정조사기본법」에는 별도 규정을 두고 있지 않으므로, 처벌을 하려면 개별 법률에 처벌 규정을 두어야 한다.

출입검사·질문 규정을 위반한 자에 대한 제재로는 벌금이나 과태료를 부과하는 규정을 두는 것이 보통이다. 특별한 경우가 아니면 과태료를 부과하는 것이 적절하다.

[입법례] 출입검사 거부에 대한 제재로 과태료를 규정한 사례

수산생물질병 관리법

제22조(수출입 수산생물의 검역) ① ~ ③ (생 략)

④ 수산생물검역관은 검역을 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 제23조에 따른 지정검역

464) 행정조사업무를 수행하는 행정기관의 공무원·직원 또는 개인을 말한다(「행정조사기본법」 제2조제3호).

물을 적재한 선박·항공기·자동차·열차·보세구역 및 그 밖의 필요한 장소에 출입하여 소독 등 필요한 조치를 할 수 있다.

⑤ (생 략)

⑥ 수산생물검역관이 제5항에 따라 검사 또는 수거하는 때에는 누구든지 정당한 사유 없이 이를 거부 또는 방해하거나 회피하여서는 아니 된다.

제57조(과태료) ①·② (생 략)

③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 200만원 이하의 과태료를 부과한다.

1. (생 략)

2. 제22조제4항에 따른 수산동물검역관의 출입을 거부 또는 방해하거나 기피한 자

3. 제22조제6항을 위반하여 수산동물검역관의 검사 또는 수거를 거부 또는 방해하거나 회피한 자

④·⑤ (생 략)

헌법상 진술거부권은 형사절차뿐만 아니라 행정절차에서도 보장되며 현재 피의자나 피고인으로서 수사 또는 공판절차에 계속 중인 자뿐만 아니라 장차 피의자나 피고인이 될 자에게도 보장된다.⁴⁶⁵⁾ 따라서 응답 내용에 따라 피의자나 피고인이 될 수도 있으므로 원칙적으로 허위 진술만 처벌하되, 불가피하게 응답 거부를 처벌할 필요가 있는 경우에는 과태료를 부과하도록 한다.

[입법례] 질문에 허위 진술한 경우 벌칙을 규정한 사례

새마을금고법

제85조(벌칙) ① (생 략)

② 금고나 중앙회의 임직원 또는 청산인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 경우에는 3년 이하의 징역이나 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 8. (생 략)

9. 감독기관의 검사를 거부·방해 또는 기피하거나 해당 검사원의 질문에 거짓으로 진술(서면진술을 포함한다)하거나 자료를 제출한 경우

10. (생 략)

③ ~ ⑥ (생 략)

465) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌바25 결정

4. 보고의무

가. 의의

‘보고의무’란 하급행정기관이 상급행정기관에 일정한 사항을 보고할 의무를 규정하는 것과 행정기관이 법령의 적용을 받는 개인, 법인 등이나 행정기관의 위임이나 위탁을 받은 단체 등에 일정한 사항을 보고하게 하거나 자료를 제출하게 하는 것을 말한다.

나. 「행정조사기본법」과의 관계

행정조사의 일반법이 되는 「행정조사기본법」 제2조제1호에서는 행정조사를 “행정기관이 정책을 결정하거나 직무를 수행하는 데 필요한 정보나 자료를 수집하기 위하여 현장조사·문서열람·시료채취 등을 하거나 조사대상자에게 보고요구·자료제출요구 및 출석·진술요구를 행하는 활동”으로 정의하여 ‘보고요구’를 행정조사의 방법 중의 하나로 규정하고 있다. 그리고 같은 법 제10조제1항에서 보고요구는 보고요구서로 하도록 규정하고 있다.

「행정조사기본법」에서는 보고요구 사항에 대해서는 특별한 제한을 두고 있지 않다. 그러나 제4조제1항에서 행정조사는 조사목적의 달성을 위하여 필요한 최소한의 범위에서 실시하도록 규정하고 있으므로, 보고의무를 부과하는 개별 법률에서는 보고 대상 사항을 한정하는 등 「행정조사기본법」의 취지에 맞게 규정해야 한다.

다. 보고의무의 규정 방식

국민에게 일정한 보고를 의무적으로 하게 하거나 자료제출을 하게 하는 것은 의무를 부과하는 것이므로 법률에 근거 규정을 두어야 한다.⁴⁶⁶⁾ 그리고 보고받는 주체, 보고의무자, 보고내용, 보고기한 등을 명확히 해야 한다. 법률에서 명확히 하기 어려우면 하위법령에 위

466) 「행정조사기본법」 제5조에서는 ‘행정기관은 법령등에서 행정조사를 규정하고 있는 경우에 한하여 실시할 수 있다’고 규정하고 있으나, 이 조항을 법률이 아닌 하위법령 등으로도 보고의무를 부과할 수 있다고 위임한 것으로 보기는 어려우므로 보고의무는 법률에 근거를 두어야 한다는 원칙에는 변함이 없다.

임하여 구체적으로 정하도록 한다. 보고받는 주체는 행정기관의 소속 공무원이 아닌 행정기관(행정기관의 장)으로 해야 한다.

행정기관이 소속 하급행정기관이나 기관위임사무를 수행하는 지방자치단체의 장의 보고를 받는 것은 감독권의 작용으로서 원칙적으로 법령상의 근거가 필요하지 않으나 업무 관계를 명확하게 하기 위해 법령으로 규정할 수도 있다.

한편, 민간위탁에서 수탁자의 보고의무는 법률에 직접 규정하거나 상위법령상 민간위탁 규정에 근거하여 하위법령에 규정할 수 있다.⁴⁶⁷⁾⁴⁶⁸⁾

[입법례] 민간위탁과 관련하여 보고의무를 하위법령에 규정한 사례

공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률 시행령
제104조(권한의 위탁 등) ① 법 제105조제2항에 따라 국토교통부장관은 다음 각 호의 권한을 한국국토정보공사, 공간정보산업협회 또는 「민법」 제32조에 따라 국토교통부장관의 허가를 받아 설립된 비영리법인 중 별표 12의 인력과 장비를 갖춘 기관(이하 “측량성과 심사수탁기관”이라 한다)을 지정하여 위탁한다.
1. 법 제15조제3항에 따른 지도등의 간행에 대한 심사
1의2. 법 제15조의2에 따른 정밀도로지도의 간행에 관한 심사
2. 법 제18조제3항에 따른 공공측량성과의 심사
② ~ ⑤ (생략)
⑥ 제1항에 따라 심사 권한을 위탁받은 측량성과 심사수탁기관의 장은 심사가 완료되면 그 결과를 국토교통부장관에게 보고하여야 한다.
⑦ ~ ⑪ (생략)

03
보칙 규정

현행 입법례를 보면 보고의무를 규정하는 방식은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 하나는 일반적인 감독권의 일환으로 보고를 하게 하는 것이고, 다른 하나는 구체적인 업무를 수행하기 위한 방편의 하나로 보고를 요구하는 것이다. 일반적으로 보칙 규정의 내용으로 설명되는 것은 일반적인 감독권의 일환으로 보고를 받는 경우이다.

467) 민간위탁은 특별행정법 관계 중 공법상 특별감독관계로 보고, 특별행정법 관계에도 법률유보가 배제되지 않는다는 견해가 일반적이다.

468) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제14조제2항에 따라 하위법령에도 규정하지 아니하고 보고하게 할 수도 있다.

[입법례] 일반적 감독권의 일환으로 보고의무를 규정한 사례

가축전염병 예방법

제51조(보고) ① 농림축산식품부장관, 시·도지사 또는 특별자치시장은 가축 전염성 질병을 예방하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로 하여금 필요한 사항에 관하여 보고를 하게 할 수 있다.

1. 동물의 소유자등
2. 가축 전염성 질병 병원체의 소유자등
3. 4. (생 략)
- ② (생 략)

[입법례] 구체적인 업무 수행과 관련하여 보고의무를 규정한 사례

신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률

제8조(신고 및 보고 사항) ① 신용정보회사, 본인신용정보관리회사 및 채권추심회사가 제4조 제2항에 따라 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려면 미리 금융위원회에 신고하여야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항을 변경하려면 그 사유가 발생한 날부터 7일 이내에 그 사실을 금융위원회에 보고하여야 한다.

② 금융위원회는 제1항 본문에 따른 신고를 받은 경우 그 내용을 검토하여 이 법에 적합하면 신고를 수리하여야 한다.

일반적인 감독권의 일환으로 보고의무를 규정하는 경우에도 보고 사항을 구체적으로 규정하는 경우가 있고, 필요한 때 필요한 보고를 요구할 수 있도록 하는 경우가 있다.

[입법례] 보고 사항을 구체적으로 규정한 사례

마약류 관리에 관한 법률

제11조(마약류 취급의 보고) ① 마약류취급자 또는 마약류취급승인자는 수출입·제조·판매·양수·양도·구입·사용·폐기·조제·투약하거나 투약하기 위하여 제공 또는 학술연구를 위하여 사용한 마약 또는 향정신성의약품의 품명·수량·취급연월일·구입처·재고량·일련번호와 상대방(마약 또는 향정신성의약품의 조제 또는 투약의 대상이 동물인 경우에는 그 소유자 또는 관리자를 말한다)의 성명 등에 관한 사항을 식품의약품안전처장에게 보고하여야 한다. 이 경우 마약류취급자 또는 마약류취급승인자가 마약류 취급의 상대방일 때에는 취급 범위, 허가·승인번호 및 허가·취급승인일을 함께 보고하여야 한다.

② ~ ⑥ (생략)

[입법례] 필요한 때 필요한 보고를 하도록 추상적으로 규정한 사례

화장품법

제18조(보고와 검사 등) ① 식품의약품안전처장은 필요하다고 인정하면 영업자·판매자 또는 그 밖에 화장품을 업무상 취급하는 자에 대하여 필요한 보고를 명하거나, 관계 공무원으로 하여금 화장품 제조장소·영업소·창고·판매장소, 그 밖에 화장품을 취급하는 장소에 출입하여 그 시설 또는 관계 장부나 서류, 그 밖의 물건의 검사 또는 관계인에 대한 질문을 할 수 있다.
② ~ ⑤ (생략)

그 밖에 보고를 받는 감독청의 요구가 있을 때 보고를 하게 하는 것과 보고의무를 지는 기관이나 사람이 법정 보고요건에 해당하면 보고를 하도록 하는 것이 있다. 전자는 주로 일반적인 감독과 관련하여 보칙 규정에서 많이 보이고, 후자는 특정한 업무와 연계하여 규정되는 경우가 많다.

[입법례] 감독권자가 보고를 요구할 때 보고하도록 한 사례

건축법

제87조(보고와 검사 등) ① 국토교통부장관, 시·도지사, 시장·군수·구청장, 그 소속 공무원, 제27조에 따른 업무대행자 또는 제37조에 따른 건축지도원은 건축물의 건축주등, 공사감리자, 공사시공자 또는 관계전문기술자에게 필요한 자료의 제출이나 보고를 요구할 수 있으며, 건축물·대지 또는 건축공사장에 출입하여 그 건축물, 건축설비, 그 밖에 건축공사에 관련되는 물건을 검사하거나 필요한 시험을 할 수 있다.
②·③ (생략)

[입법례] 보고의무자가 보고를 하도록 한 사례

간척지의 농어업적 이용 및 관리에 관한 법률

제24조(임대차계약 등) ① 제22조에 따라 간척지활용사업으로 조성된 토지 또는 건축물을 임차 하고자 하는 자는 사업시행자 또는 관리기관과 임대차에 관한 계약(이하 "임대차계약"이라

03 보칙 규정

한다)을 제출하여야 한다.

②·③ (생략)

④ 사업시행자 또는 관리기관은 제1항 및 제3항에 따라 임대차계약 또는 변경계약을 체결하였을 때에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 농림축산식품부장관에게 보고하여야 한다.

라. 보고의무 규정 위반에 대한 벌칙

보고의무를 위반한 자에 대해서는 형벌이나 과태료를 부과하도록 한다. 형벌과 과태료 중 어느 쪽을 택할 것인가에 대해서는 보고의무를 위반한 결과 행정에 미치는 영향을 고려하여 판단할 일이다. 대개 특정한 업무 집행과 직접 관련된 보고의무를 위반한 경우에는 형벌을 부과할 수 있다고 보고, 감독 차원에서 요구된 보고의무를 위반한 경우에는 과태료를 부과하는 것이 무난하다고 할 수 있다.

감독관청의 입장에서는 감독의 실효성을 높이기 위해 감독 차원의 보고의무 위반에도 형벌로 처벌하려는 경향이 있으나, 감독 차원의 보고의무는 보통 감독관청이 보고를 요구하는 형식으로 되어 있고, 이를 위반하는 경우에도 감독관청은 행정조사를 실시할 수 있기 때문에 감독 차원의 보고의무 위반이 행정활동을 위태롭게 할 우려는 크지 않다는 점에서 형벌로 처벌하는 것은 특별한 사유가 없으면 지나치다고 할 것이다.

[입법례] 보고의무 위반에 대해 형벌을 규정한 사례

국민건강보험법

제116조(벌칙) 제97조제2항을 위반하여 보고 또는 서류 제출을 하지 아니한 자, 거짓으로 보고하거나 거짓 서류를 제출한 자, 검사나 질문을 거부·방해 또는 기피한 자는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

[입법례] 보고의무 위반에 대해 과태료를 규정한 사례

여객자동차 운수사업법
제94조(과태료) ① (생략)
② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.
1. ~ 11. (생략)
12. 제79조제1항에 따른 보고를 하지 아니하거나 거짓으로 보고한 자. 다만, 제85조제1항 제33호에 따라 처분을 받은 자에 대하여는 해당 위반행위에 대한 과태료를 부과하지 아니한다.
13. ~ 16. (생략)
③ ~ ⑤ (생략)

5. 청문

가. 의의

‘청문’이란 행정청이 어떠한 처분을 하기 전에 당사자 또는 이해관계인의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차를 말한다(「행정절차법」 제2조제5호).

청문절차는 국민의 권익을 보장하기 위해 행정청이 처분하려고 할 때에 처분의 원인이 되는 사실 등을 당사자에게 사전에 통지하여 청문주재자의 주재하에 당사자의 구술에 의한 주장을 청취하고, 행정청과 당사자 간 또는 당사자 상호 간에 반증을 허용하며, 증거조사를 함으로써 사실 규명과 법령의 해석·적용을 명확히 하려는 절차를 말한다.

나. 개별법상 청문 규정과 「행정절차법」상 청문과의 관계

「행정절차법」은 행정절차에 관한 일반법으로서 다른 법률에 행정절차에 관하여 특별한 규정이 없으면 「행정절차법」에 따르도록 하고 있으며(「행정절차법」 제3조제1항), 청문해야 하는 경우를 ① 다른 법령등⁴⁶⁹⁾에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우, ② 행정청

이 필요하다고 인정하는 경우, ③ 인허가 등의 취소에 관한 처분, 신분·자격의 박탈에 관한 처분, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소에 관한 처분을 하는 경우로 규정하고 있다(「행정절차법」 제22조제1항).

개별 법령에서 청문 규정을 두면 개별 법령이 우선 적용되므로 해당 개별 법령에 근거하여 청문하게 된다. 청문 실시의 방법과 절차 등에 관하여는 개별 법령에서 별도의 규정을 두지 않으면 당연히 「행정절차법」상의 청문 실시의 방법과 절차 등의 규정이 적용된다.⁴⁷⁰⁾

다. 청문 규정을 두어야 하는 경우

인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소처분 등의 처분에 대해서는 개정된 「행정절차법」 제22조제1항제3호(’22. 7. 12. 시행)에 따라 의무적으로 청문을 실시하도록 규정하고 있으나, 그 외의 경우에 청문을 의무화하기 위해서는 개별 법령에 청문을 하도록 규정을 두어야 한다. 특히, 철거·폐쇄 명령, 제조·판매 금지 등 기본권 제한의 소지가 큰 처분에 대해서는 청문 규정을 두는 것을 원칙으로 한다.

최근에는 영업정지나 자격정지의 경우에도 그 기간이 장기간이어서 중대한 영업 제한이 되는 경우에는 처분상대방의 권익보호를 위해서 청문절차를 거치도록 하는 입법례가 늘어나고 있다. 청문 규정을 두지 않는 경우에는 「행정절차법」 제22조제3항에 따라 청문보다 그 절차가 간단한 ‘의견제출’의 기회를 주어야 한다.

[입법례] 지정, 인종 취소 시 청문 규정을 둔 사례

가족친화 사회환경의 조성 촉진에 관한 법률

제21조(청문) 성평등가족부장관 또는 지방자치단체의 장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다.

1. 제16조제3항에 따른 인증기관의 지정취소

469) 법령 또는 자치법규를 말한다(「행정절차법」 제2조제1호나목).

470) 다른 법률에 청문의 행정절차에 관한 특례를 규정할 필요가 있는 경우에는 법률로 특례를 규정하는 것도 가능하나, 실제로는 「행정절차법」 및 그 하위법령에 청문절차의 시행에 필요한 내용을 모두 망라하고 있을 뿐 아니라 이러한 규정들이 거의 실무적인 성격을 갖는 것이어서 다른 특례를 규정해야 할 필요성은 거의 없다.

- 2. 제18조제1항에 따른 인증취소
- 3. 제19조제4항에 따른 가족친화지원센터의 지정취소

[입법례] 영업정지에 대해서도 청문 규정을 둔 사례

보험업법
<p>제86조(등록의 취소 등) ① (생략)</p> <p>② 금융위원회는 보험설계사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6개월 이내의 기간을 정하여 그 업무의 정지를 명하거나 그 등록을 취소할 수 있다.</p> <p>1. ~ 7. (생략)</p> <p>③ 금융위원회는 제1항 또는 제2항에 따라 등록을 취소하거나 업무의 정지를 명하려면 보험설계사에 대하여 청문을 하여야 한다.</p> <p>④ (생략)</p>

라. 청문 규정의 위치

어떤 법률에 여러 가지 인허가가 등장하는데 오직 특정 인허가의 취소에만 청문 규정을 두는 경우에는 인허가를 취소하는 규정을 두는 곳에서 한 항으로 청문을 규정하는 것이 이해의 편의를 위해 더 나올 수 있다. 이런 특별한 경우가 아니라면 청문 규정을 보칙 장에 규정하는 것이 통일성을 기하고 검색의 편의를 높이기 위해 바람직하다. 특히, 행정처분의 근거 규정이 둘 이상의 조문으로 되어 있으면 보칙의 장에서 일괄하여 청문 규정을 두는 것이 입법경제상으로도 바람직할 것이다.

[입법례] 청문을 행정처분 근거 조항에서 규정한 사례

개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법
<p>제30조(법령 등의 위반자에 대한 행정처분) ① 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 적발한 경우에는 그 허가를 취소할 수 있으며, 해당 행위자(위반행위에 이용된 건축물·공작물·토지의 소유자·관리자 또는 점유자를 포함한다. 이하 “위반행위자등”</p>

이라 한다)에 대하여 공사의 중지 또는 상당한 기간을 정하여 건축물·공작물 등의 철거·폐쇄·개축 또는 이전, 그 밖에 필요한 조치를 명(이하 “시정명령”이라 한다)할 수 있다.

1. ~ 3. (생략)

② ~ ⑥ (생략)

⑦ 제1항 및 제4항에 따라 허가를 취소하려면 청문을 하여야 한다.

[입법례] 청문을 보칙에서 규정한 사례

계량에 관한 법률

제66조(청문) ① 산업통상부장관은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하려면 청문을 하여야 한다.

1. 제18조제1항에 따른 형식승인기관 지정의 취소 및 업무의 정지

2. 삭제

3. 제28조제1항에 따른 검정기관 또는 자체검정사업자 지정의 취소 및 업무의 정지

4. 삭제

5. 제16조제2항, 제26조제2항·제3항에 따른 형식승인기관, 검정기관 또는 자체검정사업자 지정신청의 거부

② 시·도지사는 제13조 및 제33조제1항에 따른 등록·지정을 취소하거나 영업소의 폐쇄를 명하려면 청문을 하여야 한다.

③ (생략)

마. 행정처분의 위임 시 청문 권한의 위임

인허가 취소, 철거·폐쇄 명령 등 행정처분 권한을 하급행정기관이나 지방자치단체의 장등에게 위임하는 경우 해당 행정처분을 하기에 앞서 하는 청문도 행정처분 권한을 위임받은 기관이 하는 것이 타당하므로 권한 위임 관련 조항에 청문에 관한 권한 위임도 명시적으로 규정해야 한다.

[입법례]

잔류성오염물질 관리법 시행령

제24조(권한의 위임) ① 기후에너지환경부장관은 법 제31조제1항에 따라 다음 각 호의 권한을 국립환경과학원장에게 위임한다.

1. 법 제19조의2제1항에 따른 측정분석 전문기관의 지정
2. 법 제19조의2제2항에 따른 측정분석 전문기관의 지정 신청의 접수
3. 법 제19조의2제3항에 따른 측정분석 전문기관의 변경지정
4. 법 제19조의2제4항에 따른 측정분석 전문기관의 지정취소 및 업무정지명령
5. 법 제19조의2제5항에 따른 측정분석 전문기관의 지정·변경지정·지정취소·업무정지명령에 관한 공고

② 기후에너지환경부장관은 법 제31조제1항에 따라 다음 각 호의 권한을 유역환경청장 또는 지방환경청장(이하 “지방환경관서의 장”이라 한다)에게 위임한다.

1. 법 제13조제5항에 따른 예외적 취급허용 잔류성오염물질 또는 취급제한 잔류성오염물질의 수출에 대한 승인
2. 법 제16조 및 제30조에 따른 개선명령, 사용중지명령, 폐쇄명령 및 그 폐쇄명령에 관한 청문
 - 2의2. 법 제16조제4항에 따른 행정처분의 공표
3. 법 제17조에 따른 과징금의 부과·징수
4. 법 제19조제2항에 따른 주변지역 영향조사 결과의 접수
5. 법 제19조제3항에 따른 잔류성오염물질의 측정 또는 영향조사 명령
6. 법 제19조제4항 및 제30조에 따른 배출사업자에 대한 배출시설의 사용중지명령, 폐쇄명령 및 그 폐쇄명령에 관한 청문
7. 법 제20조제2항에 따른 신고의 수리
8. 법 제20조제3항에 따른 조치명령
- 8의2. 법 제23조제3항 및 제30조에 따른 잔류성오염물질함유폐기물을 재활용하려는 자에 대한 해당 시설의 사용중지명령, 폐쇄명령 및 그 폐쇄명령에 관한 청문
9. 법 제29조제1항에 따른 보고명령, 자료제출명령, 시료채취 및 검사
10. 위임된 사항에 관한 법 제37조에 따른 과태료의 부과·징수

03
보칙 규정

6. 권한의 위임·위탁

가. 의의

행정권한을 위임하거나 위탁한다는 것은 법령에 따라 권한을 부여받은 행정기관이 그 권한의 일부를 다른 행정기관, 지방자치단체, 민간 기관·단체 등에 맡기고, 이를 받은 수임자·수탁자가 그의 명의로 책임으로 그 권한을 행사하도록 하는 것을 말한다.

권한의 “위임”이란 원(原) 권한자인 행정기관의 권한의 일부를 그 보조기관 또는 하급행정기관의 장이나 지방자치단체의 장 등 그의 지휘 계통에 속하는 하급기관에 맡기는 것을 말한다. 또한, 권한의 “위탁”이란 원 권한자로부터 독립되어 있는 다른 행정기관의 장에게 그 권한을 맡기는 것을 말하며,⁴⁷¹⁾ 사무의 “민간위탁”이란 사무의 수탁자가 행정청이나 지방자치단체가 아닌 법인, 단체나 개인이 되는 경우, 즉, 행정기관이 아닌 민간이 되는 것을 말한다.

권한이 위임되거나 위탁되면 수임자·수탁자의 명의로 그 책임하에 처리되며, 그 처리의 법적 효과도 우선은 수임자·수탁자에게 귀속된다는 점에서 수임자·수탁자에게 권한이 이관된다는 특징이 있다. 이러한 점에서 권한의 위임·위탁은 권한을 이관하는 효과를 가져오지 않는 ‘대리·대행’이나 ‘내부위임’과 구분된다.

또한, 위임·위탁은 권한이 이관된다는 점에서는 권한의 이양과 유사하나, 위임·위탁된 경우 위임자·위탁자가 비용부담과 최종적인 책임을 지게 된다는 점에서 최종적인 책임을 이양받은 자가 모두 책임을 지게 되는 권한의 이양과 구분된다.

나. 위임·위탁의 근거

헌법 제96조에서는 “행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다.”고 규정하고 있으며, 이를 실현하기 위해 「정부조직법」 제2조제1항에서 “중앙행정기관의 설치와 직무

471) 용어 자체는 ‘위임’과 ‘위탁’으로 구분하여 사용하지만 그 실질에 있어서는 별다른 차이가 없다. 지휘 계통에 속하는 하급기관에 대해서는 상급기관이 일반적인 감독권을 행사할 수 있기 때문에 ‘위임’이 ‘위탁’보다 더 강력한 통제력이 있는 것처럼 보일 수 있지만, 이는 ‘위임’이나 ‘위탁’과는 관계없는 지휘 계통에 따른 효과일 뿐이다.

범위는 법률로 정한다.”고 규정하고 있다. 이를 ‘행정조직 법정주의(法定主義)’라고 한다.

중앙행정기관의 직무는 법률로 정해지는데, 행정권한을 위임하거나 위탁하는 것은 그 권한을 가진 자를 변경하는 효과를 가져오기 때문에 법률의 근거 없이 행정권한을 위임하거나 위탁하게 되면 헌법상 ‘행정조직 법정주의’를 위반하게 되는 것이고, 특정 중앙행정기관의 장이 특정 권한을 행사하도록 한 법률의 규정에도 어긋난다. 따라서 행정권한을 위임하거나 위탁하려면 반드시 법률에 위임·위탁의 근거를 두어야 한다. 모법에 권한의 위임·위탁에 관한 근거 조항이 있는 경우에는 시행령에서 모법에 따른 위임·위탁에 관한 규정을 두도록 하고 있다.

국가행정사무의 위임·위탁에 관한 기본적인 사항은 「정부조직법」 제6조⁴⁷²⁾와 이에 근거한 대통령령인 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에서 규정하고 있고, 지방자치단체에서 행해지는 권한의 위임·위탁에 관한 사항은 「지방자치법」 제117조⁴⁷³⁾에서 규정하고 있다.

개별법에 위임·위탁의 규정을 두지 않은 경우에 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」에 따라 권한을 위임·위탁하는 경우가 있으나, 일반적인 위임·위탁의 법체계를 혼란시킬 수 있으므로 위임·위탁에 관한 사항은 원칙적으로 개별 법률 및 시행령에서 직접 규정하도록 한다.

472) 「정부조직법」

제6조(권한의 위임 또는 위탁) ① 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 위임하거나 다른 행정기관·지방자치단체 또는 그 기관에 위탁 또는 위임할 수 있다. 이 경우 위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다.

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

③ 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

473) 「지방자치법」

제117조(사무의 위임 등) ① 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 보조기관, 소속 행정기관 또는 하부행정기관에 위임할 수 있다.

② 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무의 일부를 관할 지방자치단체나 공공단체 또는 그 기관(사업소·출장소를 포함한다)에 위임하거나 위탁할 수 있다.

③ 지방자치단체의 장은 조례나 규칙으로 정하는 바에 따라 그 권한에 속하는 사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 주민의 권리·의무와 직접 관련되지 아니하는 사무를 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.

다. 권한 위임·위탁의 규정 방식

1) 권한위임 규정의 표현 방식

법률에 권한위임의 근거 규정을 두는 경우에는 “이 법에 따른 ○○장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 △△에게 위임할 수 있다”와 같이 규정한다.

종전 입법례 중에는 “○○장관은 이 법에 따른 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 △△에게 위임할 수 있다”와 같이 규정한 사례도 있으나, 권한의 위임은 법령의 규정에 따라 이루어지는 것으로 ○○장관이 권한위임의 주체가 아니라는 점에서 이러한 규정 방식은 사용하지 않도록 한다.

중앙행정기관의 장이 소속기관의 장에게 권한을 위임하는 경우에는 소속기관의 장의 명칭(예컨대, 국가기술표준원장)을 법률에서 특정하지 않도록 한다. 법률에서 일정 사무를 소속기관의 장을 특정하여 위임하는 경우 다른 소속기관의 장에게 위임할 필요가 생기면 법률을 개정해야 하는 문제점이 있으며, 또한 소속기관의 명칭은 대체로 대통령령인 직제에서 정하고 있어 직제 개정으로 명칭이 바뀌면 그에 따라 법률을 개정해야 하는 문제가 발생하기 때문이다.

위임과 위탁을 규정할 경우에는 권한의 위임·위탁과 업무의 위탁을 구분하기 위해 행정기관 상호 간에는 ‘권한의 일부’를 위임·위탁하는 형식으로, 민간위탁의 경우에는 ‘업무의 일부’를 위탁하는 방식으로 규정하고 있다. 하나의 조에 행정기관에 대한 위임·위탁과 민간위탁을 함께 규정하는 경우 조 제목을 ‘(권한 등의 위임 및 위탁)’, ‘(권한 또는 업무의 위임·위탁)’ 또는 ‘(권한의 위임 등)’으로 규정하며, 행정기관에 대한 위임·위탁과 민간위탁을 각각 별개의 항으로 나누어 규정한다. 하나의 조에 민간위탁만 규정하는 경우 조 제목을 ‘(업무의 위탁)’으로 규정한다.

[입법례] 행정기관에 대한 위임·위탁과 민간위탁을 함께 규정한 사례

유통산업발전법

제46조(권한 또는 업무의 위임·위탁) ① 이 법에 따른 산업통상부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 국가기술표준원장에게 위임할 수 있다.

② 이 법에 따른 산업통상부장관 또는 중소벤처기업부장관의 권한은 대통령령으로 정하는

바에 따라 그 일부를 시·도지사에게 위임할 수 있다.

③ 이 법에 따른 산업통상부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 중소벤처기업부장관에게 위탁할 수 있다.

④ 산업통상부장관은 제24조에 따른 유통관리사 자격시험의 실시에 관한 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 대한상공회의소에 위탁할 수 있다.

⑤ 산업통상부장관은 제7조의4에 따른 유통산업의 실태조사에 관한 업무를 「통계법」 제15조에 따른 통계작성지정기관에 위탁할 수 있다.

[입법례] 민간위탁만 규정한 사례

경제교육지원법

제10조(업무의 위탁) 재정경제부장관은 경제교육 활성화를 위하여 필요한 경우 이 법에 따른 업무의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 법인 또는 단체에 위탁할 수 있다.

법률에서는 권한을 특정하지 않고 위임·위탁의 추상적 근거만을 규정할 수도 있으나, 대통령령에서는 법률에서 위임된 사항을 누가(주체), 누구에게(대상), 무엇(내용)을 위임·위탁하는지 뿐만 아니라, 위임·위탁 여부도 확정적·구체적으로 규정하는 것이 원칙이다.

[입법례]

건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률

제58조(권한 또는 업무의 위임·위탁) ① 이 법에 따른 기후에너지환경부장관 또는 국토교통부장관의 권한은 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사에게 위임할 수 있다.

② 이 법에 따른 기후에너지환경부장관 또는 국토교통부장관의 업무는 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 공공기관, 공제조합 또는 관련 협회에 위탁할 수 있다.

건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률 시행령

제28조(권한의 위임) 기후에너지환경부장관 또는 국토교통부장관은 법 제58조제1항에 따라 다음 각 호의 권한을 시·도지사에게 위임한다.

1. 법 제38조제4항에 따른 순환골재 및 순환골재 재활용제품의 사용계획서 접수 및 접수 내용 통보

2. 법 제39조에 따른 순환골재 및 순환골재 재활용제품의 사용 권고 또는 시정조치명령 제29조(업무의 위탁) ① 기후에너지환경부장관은 법 제58조제2항에 따라 다음 각 호의 업무를 「한국환경공단법」에 따른 한국환경공단에 위탁한다.

1. 법 제10조제2항에 따른 관련 정보의 제공 및 수수료 징수
 2. 법 제19조에 따른 건설폐기물 인계·인수 내용 등의 전산처리와 관련한 다음 각 목의 사항
 - 가. 법 제19조제2항에 따른 전산정보의 처리에 필요한 비용의 징수
 - 나. 법 제19조제3항에 따른 전산정보의 보존
 - 다. 법 제19조제4항에 따른 전산정보의 확인·출력 및 검색·확인 조치
 - 라. 법 제19조제5항에 따른 전산정보의 제공
 3. 제27조의2제5항에 따라 제출된 사항의 접수
- ② ~ ④ (생략)

법률에서 해당 법률에 따른 시·도지사의 권한 등을 시장·군수·구청장 또는 관련 법인에 각각 위임 또는 위탁할 수 있도록 규정하는 경우 지방자치제의 취지를 고려할 때 자치권한의 위임·위탁 여부는 해당 지방자치단체가 결정하여 「지방자치법」 제117조에 따라 조례·규칙에서 정함이 원칙이고, 개별법 규정에 자치권한의 위임·위탁 허용 여부 및 방법에 관하여 규정을 둘 필요는 없다고 할 것이다. 다만, 예외적으로 ① 광역자치단체의 자치사무 중 주민편의 또는 효율적 행정업무 수행 등을 이유로 전국적으로 통일하여 기초자치단체에 위임하여 수행하게 할 필요가 있는 경우, ② 자치사무의 수탁기관을 제한할 필요가 있는 경우 등 특별한 사정이 있는 경우에만 대통령령에서 위임·위탁 여부 및 수임·수탁기관을 정할 수 있다고 할 것이다.

이러한 예외적 요건에 해당되는 경우로서 법률로 정한 경우에는 시·도지사의 권한을 침해한다고 볼 수는 없고, 위임·위탁 규정에서 행정권한의 주체를 명확히 할 필요가 있으므로 대통령령에서는 “위임(위탁)할 수 있다”고 규정하지 않고 “위임(위탁)한다”고 규정한다.

[입법례]

농촌융복합산업 육성 및 지원에 관한 법률

제35조(지구 육성센터의 지정·운영) ① 시·도지사는 지구 내 농촌융복합산업 사업자를 지원하기 위하여 필요한 인력 및 조직 등 대통령령으로 정하는 지정 요건을 충족하는 기관을 지구

육성센터(이하 “육성센터”라 한다)로 지정·운영할 수 있다.

②·③ (생략)

④ 시·도지사는 제1항에 따른 지정 요건에 맞지 아니하게 되거나 제3항에 따른 평가 결과 육성센터가 지원업무를 수행할 능력이 없다고 인정되는 경우에는 그 지정을 취소할 수 있다. 그 밖에 지정 취소에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑤ (생략)

제40조(권한의 위임·위탁) ① 농림축산식품부장관은 이 법에 따른 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 농촌진흥청장, 산림청장, 시·도지사 또는 시장·군수에게, 시·도지사는 시장·군수에게 위임할 수 있다.

② (생략)

농촌융복합산업 육성 및 지원에 관한 법률 시행령

제25조(권한의 위임 및 업무의 위탁) ①·② (생략)

③ 시·도지사는 법 제40조제1항에 따라 법 제35조제1항 및 제4항에 따른 육성센터의 지정 및 지정취소의 권한을 시장·군수에게 위임한다.

④ (생략)

2) 민간위탁의 규정 방식

가) 민간위탁의 필요성과 한계

행정권한은 기본적으로 국가의 통치권에서 유래되는 강력한 권력이므로, 행정업무가 집행되는 과정에서 국민의 권리와 이익이 침해되는 경우도 있고, 강제적으로 의무를 부과하는 일도 생기게 마련이다. 그렇기 때문에 행정업무는 공정하고 객관적이며 신중을 기하여 집행되어야 하며 남용되어서는 안 되는 것이므로, 이를 보장하기 위해 법적으로 여러 가지 엄격한 감독의 틀 속에서 활동하는 공무원이 수행하는 것이 원칙이다.⁴⁷⁴⁾ 이러한 의미에서 행정업무를 민간의 법인이나 개인에게 맡기는 것은 국민의 권익 보호와 행정의 공정성 확보에 문제가 될 수 있다.

474) 공무원은 일반 국민과 달리 「형법」상 공무원의 직무에 관한 범죄 규정이 적용되고, 각종 징계책임, 변상책임을 지는 등 공정성과 책임성을 확보하기 위한 많은 법적 장치가 마련되어 있다.

이러한 점을 고려하여 「정부조직법」 제6조제3항과 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제11조에서는 민간위탁을 허용하되, 민간위탁의 대상이 될 수 있는 업무는 국민의 권리·의무에 대하여 규제 효과를 가져오는 사무가 아닌 조사, 검사, 검정, 관리 업무 등 단순한 사실행위와 민간의 전문지식이나 기술을 활용할 필요가 있는 기술적 사무로 한정하고 있다.

그러나 사회가 발전하고 행정의 영역이 넓어짐에 따라 행정기관이 수행하기 보다는 민간에서 더 효율적으로 수행할 수 있는 일들이 많아지게 되었고 오늘날 민영교도소⁴⁷⁵⁾와 같이 국민의 권리·의무에 직접 관계되는 분야까지 민간위탁의 대상으로 하고 있는 경우도 있다. 그렇지만 비록 행정업무의 민간위탁을 완전히 제한하기 어렵다고 하더라도 행정업무를 민간에 위탁할 때에는 그것이 민간에 위탁할 수 있는 성질의 것인지 즉, 국민의 권리·의무와 관계있는지를 신중히 판단하여 국민의 권리·의무와 관계있는 업무는 가급적 민간에 위탁하지 않도록 해야 한다.

국가나 지방자치단체가 아닌 기관이 공적인 업무를 수행할 때에 민간위탁의 형태를 취하지 않고 법률에서 창설적으로 해당 기관에 행정업무를 부여하는 경우가 있다. 이는 해당 기관이 특수한 공적 업무를 행하기 위해서 설립되었거나, 연혁적으로 행정기관에 해당하였던 기관이던 점에 기원한 예외적 입법⁴⁷⁶⁾ 이므로 법률에서 민간기관에 창설적으로 행정업무를 부여하는 방식의 입법은 피하도록 한다.

나) 민간위탁의 규정 방식

일반적으로 민간위탁의 근거 규정은 통일성을 기하고 검색의 편의를 높이기 위해 보칙 규정에 일괄하여 두며, 특히 민간위탁이 필요한 업무가 여러 조문에 걸쳐 다수인 경우에는 보칙 규정에서 일괄하여 규정을 두는 것이 입법경제상으로도 바람직하다.

다만, 예외적으로 특정 업무 하나에 대해서만 민간위탁 근거 규정이 필요하고, 민간위탁 대상 업무에 관한 실체 규정에서 민간위탁 근거 규정을 함께 규정하는 것이 조문을 이해하기 쉬운 경우에는 실체 규정에서 민간위탁 근거 규정을 둘 수 있다.

475) 「민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률」

제3조(교정업무의 민간 위탁) ① 법무부장관은 필요하다고 인정하면 이 법에서 정하는 바에 따라 교정업무를 공공단체 외의 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다. 다만, 교정업무를 포괄적으로 위탁하여 한 개 또는 여러 개의 교도소등을 설치·운영하도록 하는 경우에는 법인에만 위탁할 수 있다.

476) 「한국은행법」에 따른 한국은행이나 「금융위원회 설치 등에 관한 법률」에 따른 금융감독원 등

[입법례] 실제 규정에서 민간위탁을 규정한 사례

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률

제23조의5(고위험병원체 취급 교육) ① 고위험병원체를 취급하는 사람은 고위험병원체의 안전한 취급을 위하여 매년 필요한 교육을 받아야 한다.

② 질병관리청장은 제1항에 따른 교육을 보건복지부령으로 정하는 전문 기관 또는 단체에 위탁할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 교육 및 교육의 위탁 등에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

개별 법률에서 사무를 민간위탁할 수 있는 근거를 두고 있는 경우에는 업무소재를 명확히 하고, 국민편의를 위해 미리 수탁기관과 합의를 하여 각 개별 법률의 시행령에서는 “위탁한다”로 위탁 여부를 확정적으로 규정한다. 다만, 민간의 전문성을 활용하기 위해 다양한 기관·법인·단체 중에서 전문성을 평가하여 수탁기관을 정할 필요성이 있는 등의 경우에는 대통령령에서 위탁 여부를 확정적으로 규정하지 않고 “위탁할 수 있다”로 규정할 수 있다. 이 경우 수탁기관 및 위탁사무가 결정된 경우에는 국민이 수탁기관 및 위탁사무의 내용을 알 수 있도록 대통령령에서 수탁내용 등을 고시하도록 하는 규정을 반드시 두도록 한다.

[입법례] ‘위탁할 수 있다’ 로 규정하고 그 내용을 고시하도록 한 사례

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 시행령

제32조(권한의 위임 및 업무의 위탁) ① (생 략)

② 보건복지부장관은 법 제76조제1항에 따라 법 제70조에 따른 업무를 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 위탁할 수 있다.

1. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교
2. 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관
3. 「민법」 또는 다른 법률에 따라 설립된 비영리법인으로서 감염병의 예방 및 관리와 관련된 업무를 수행하는 법인
4. 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따른 정부출연연구기관
5. 그 밖에 감염병의 예방 및 관리 업무에 전문성이 있다고 보건복지부장관이 인정하는 기관

또는 단체

③ (생략)

④ 질병관리청장은 법 제76조제2항에 따라 법 제4조제2항제4호부터 제9호까지·제14호부터 제17호까지, 제16조의2제2항, 제29조제1호, 제41조제3항, 제41조의2제3항, 제70조의3제1항·제2항, 제70조의4제1항 및 제71조제2항·제3항에 따른 업무의 전부 또는 일부를 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 위탁할 수 있다.

1. ~ 5. (생략)

⑤ 보건복지부장관 및 질병관리청장은 제2항 및 제4항에 따라 업무를 위탁하는 경우 위탁받는 기관 및 위탁업무의 내용을 고시해야 한다.

수탁기관이 해당 업무를 수행할 수 있는 자격이 있는지를 법률의 입안 단계에서 미리 검토하여 수탁기관이 공단 등 공공기관의 성격을 갖는 경우에는 해당 기관을 법률에서 명시하도록 한다. 그러나 수탁기관을 굳이 제한할 필요가 없는 경우에는 민간위탁의 법적 근거를 명시하면서 수탁자가 갖추어야 할 인적·물적 기준을 하위법령으로 정하도록 한다.

[입법례] 수탁자가 갖추어야 할 기준을 대통령령에 위임한 사례

시설물의 안전 및 유지관리에 관한 특별법

제60조(권한의 위임·위탁) ① (생략)

② 이 법에 따른 국토교통부장관의 권한 중 다음 각 호의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 국토안전관리원 또는 대통령령으로 정하는 위탁업무를 수행하는 데에 필요한 인력과 장비를 갖춘 기관에 위탁할 수 있다.

1. ~ 6. (생략)

③·④ (생략)

행정업무를 민간에 위탁할 때 법률에서 “대통령령으로 정하는 법인 또는 단체에 위탁할 수 있다”고만 규정할 경우에는 대통령령에서 수탁기관을 정하는 것 외에, 위탁여부까지 확정하여 규정할 수 있는지에 대한 혼란이 발생할 수 있으므로, 대통령령에서 위탁여부까지 확정하여 규정⁴⁷⁷⁾하도록 하려는 취지라면, 법률에서는 “대통령령으로 정하는 바에 따라”라는 규정을 두도록 한다.

477) “OO법인 또는 단체에 위탁한다”와 같이 규정하는 것을 말한다.

[입법례]

산업기술혁신 촉진법

제44조(권한의 위임·위탁) ① 이 법에 따른 산업통상부장관 또는 교육부장관의 권한은 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 소속 기관의 장에게 위임하거나 중소기업부장관, 기술진흥원·기획평가원·세라믹기술원·한국공학한림원·시험원의 장, 그 밖에 대통령령으로 정하는 법인 또는 단체에 위탁할 수 있다.

②·③ (생략)

산업기술혁신 촉진법 시행령

제57조(권한의 위임·위탁 등) ① (생략)

② 산업통상부장관은 법 제44조제1항에 따라 법 제8조에 따른 산업기술 환경예측의 실시와 관한 업무를 기술진흥원 또는 기획평가원에 위탁한다.

③ 산업통상부장관은 법 제44조제1항에 따라 법 제10조에 따른 산업기술혁신 통계의 작성에 관한 업무를 기술진흥원 또는 기획평가원에 위탁한다.

④ ~ ⑩ (생략)

이와 같이 행정업무를 민간에 위탁하는 경우에는 직무의 객관성·공정성을 담보하기 위해 그 업무를 수탁받아 수행하는 민간기관의 직원이나 개인에 대해 벌칙을 적용할 때 공무원으로 의제하여 처벌하도록 하는 규정을 두거나 관리를 위한 자료제출 의무를 둘 필요가 있는지 검토해야 한다.

[입법례] 공무원 의제 규정을 둔 사례

광산안전법

제23조(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 산업통상부장관이 제22조의4제2항·제3항에 따라 위탁한 업무에 종사하는 법인 또는 단체의 임원 및 직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

[입법례] 자료제출 의무를 규정한 사례

지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법 시행령

제93조(회계사무의 위탁) ① (생략)

② 법 제93조제1항에 따라 중앙행정기관의 장으로부터 사무를 위탁받은 기관의 장은 용자사무를 주관하는 중앙행정기관의 장 및 재정경제부장관이 용자사무의 관리 및 집행과 관련한 자료의 제출을 요청하면 이에 따라야 한다.

라. 하위법령에서 소관 기관을 표기하는 방식

법률에 근거하여 대통령령(「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」을 포함한다)에서 권한 위임·위탁 사항을 정한 경우 대통령령 각 조항상의 소관 기관은 위임·위탁기관의 명칭으로 표기하고, 총리령·부령 각 조항상의 소관 기관은 수임·수탁기관의 명칭으로 표기한다. 이는 권한의 위임·위탁은 대통령령의 관련 규정에 따라 비로소 이루어진다는 점에서 실제 위임·위탁이 이루어지는 법령(법률과 대통령령)까지는 원래의 권한자로 표시하고, 그 하위법령(총리령·부령)부터는 위임·위탁받은 자를 권한자로 표시하기 위한 것이다.

예를 들면 법률상 ○○○장관의 권한이 대통령령에서 시·도지사에게 위임된 경우 법률과 대통령령에서는 원래의 권한자인 ○○○장관으로 표시하고, 총리령·부령에서는 시·도지사로 표시한다.

다만, 하위법령으로 시행규칙이 없이 시행령만 존재하여 해당 시행령에 서식이 있는 경우 서식은 실제 권한자에게 제출되어야 본래 민원의 목적을 달성하므로, 실제 권한자로 표시하는 것이 민원인의 혼란을 방지하고 시간을 절약할 수 있는바, 시행령에 서식이 있는 경우에는 대통령령 각 조항상의 소관 기관은 위임·위탁기관의 명칭으로 표기한다는 원칙의 예외를 인정하여 수임·수탁기관으로 권한자를 표시하도록 하며,⁴⁷⁸⁾ 각 중앙행정기관의 장이 원 권한자이면서 일부 중앙행정기관의 장의 권한만 위임하는 경우 서식에서 중앙행정기관의 장과 수임기관의 장의 명칭을 병기하여 표시하도록 한다.⁴⁷⁹⁾

478) 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률 시행령」 별지 제1호서식 등

479) 「제품안전기본법 시행령」 별지 제1호서식 등

마. 재위임·위탁의 규정 방식

권한을 위임받은 기관이 위임받은 권한을 재위임할 수 있도록 하는 경우⁴⁸⁰⁾에는 위임기관의 승인을 받아 위임받은 사무의 일부를 보조기관이나 하급행정기관에 재위임할 수 있다는 규정을 두어 명백히 하는 것이 바람직하다.

재위임은 그 성격상 일률적으로 행해지는 위임이나 위탁은 아니므로 재위임을 규정하는 문언 자체가 법령에 의한 직접 위임·위탁과는 달리 위임·위탁을 받은 기관이 그 판단에 따라 개별적으로 위임·위탁을 하는 것으로 표현된다.⁴⁸¹⁾

[입법례]

도로법

제110조(권한의 위임·위탁) ① 이 법에 따른 국토교통부장관의 권한은 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」 제9조의2에 따른 대도시권광역교통위원장, 시·도지사 또는 국토교통부 소속기관의 장에게 위임할 수 있다.

② 특별시장·광역시장·도지사·특별자치도지사 또는 국토교통부 소속기관의 장은 제1항에 따라 국토교통부장관으로부터 위임받은 권한의 일부를 시장(행정시의 시장을 포함한다. 이하 이 항에서 같다)·군수·구청장 또는 일반국도의 건설과 관리에 관한 업무를 수행하는 행정기관의 장에게 재위임할 수 있다. 이 경우 특별시장·광역시장·도지사 또는 특별자치도지사가 시장·군수·구청장에게 재위임하는 경우에는 국토교통부장관의 승인을 받아야 한다.

③·④ (생략)

개별적인 행정행위로 재위임·위탁되는 경우에, 이러한 재위임·위탁 사실을 일반국민이 알기 어렵다는 문제가 발생한다. 이를 대비하여 재위임·위탁한 경우에는 그 사실을 고시하는 규정을 두도록 하는 것이 바람직하다.

480) 「정부조직법」 제6조제1항 후단에서는 “위임 또는 위탁을 받은 기관은 특히 필요한 경우에는 법령으로 정하는 바에 따라 위임 또는 위탁을 받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에게 재위임할 수 있다.”고 규정하여 재위임의 근거를 두고 있다.

481) 「교육공무원임용령」 제3조의2와 같이 재위임에 관한 사항을 법령에서 구체적으로 정하는 경우도 있다.

[입법례]

자동차관리법 시행령

제18조(권한의 재위임) ① 시·도지사는 법 제77조제3항에 따라 국토교통부장관으로부터 위임 받은 권한의 일부를 시장·군수 또는 구청장에게 재위임하고자 하는 때에는 업무내용 및 수입 기관의 기구·인원·업무처리능력 등을 충분히 고려하여야 하며, 권한을 재위임한 때에는 이를 고시하여야 한다.

② (생략)

지방자치단체 장의 재위임·위탁에 대해서는 「지방자치법」 제117조제4항⁴⁸²⁾(기관위임 사무의 경우 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조⁴⁸³⁾에서도 일반적 근거를 두고 있음)에서 일반적인 근거 규정을 두고 있으므로⁴⁸⁴⁾ 지방자치제의 취지를 고려할 때 자치 사무나 기관위임사무의 재위임·위탁에 관한 규정을 개별 법령에 두는 것은 바람직하지 않다. 따라서 ① 전국적으로 재위임·위탁 여부를 통일할 필요가 있거나, ② 재위임·위탁 시의 고시의무를 규정하는 등 위의 규정들과 달리 정할 사항이 있을 때에만 개별 법령에서 지방자치단체 장의 재위임·위탁에 관한 규정을 두도록 한다.

[입법례]

경찰공무원법

482) 「지방자치법」

제117조(사무의 위임 등) ① ~ ③ (생략)

④ 지방자치단체의 장이 위임받거나 위탁받은 사무의 일부를 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 다시 위임하거나 위탁하려면 미리 그 사무를 위임하거나 위탁한 기관의 장의 승인을 받아야 한다.

483) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」

제4조(재위임) 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도의 교육감을 포함한다. 이하 같다)나 시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)은 행정의 능률향상과 주민의 편의를 위하여 필요하다고 인정될 때에는 수입사무의 일부를 그 위임기관의 승인을 받아 규칙으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장(교육장을 포함한다) 또는 읍·면·동장, 그 밖의 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다.

484) 자치사무의 재위임·위탁에 관해서는 「지방자치법」 제117조제4항이, 기관위임사무의 재위임·위탁에 관해서는 「지방자치법」 제117조제4항 및 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조가 적용된다. 그러므로 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」 제4조에 따라 기관위임사무를 조례에 근거하여 재위임·위탁하는 것은 위법하다(대법원 1995. 7. 11. 선고 94누4615 판결, 대법원 1995. 8. 22. 선고 94누5694 판결).

제7조(임용권자) ①·② (생략)

③ 경찰청장은 대통령령으로 정하는 바에 따라 경찰공무원의 임용에 관한 권한의 일부를 특별시장·광역시장·도지사·특별자치시장 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다), 국가수사본부장, 소속 기관의 장, 시·도경찰청장에게 위임할 수 있다. 이 경우 시·도지사는 위임받은 권한의 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」 제18조에 따른 시·도자치경찰위원회(이하 “시·도자치경찰위원회”라 한다), 시·도경찰청장에게 다시 위임할 수 있다.

④·⑤ (생략)

경찰공무원 임용령

제4조(임용권의 위임 등) ① 경찰청장은 법 제7조제3항 전단에 따라 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)에게 해당 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 자치경찰사무를 담당하는 경찰공무원[「국가경찰과 자치경찰의 조직 및 운영에 관한 법률」 제18조제1항에 따른 시·도자치경찰위원회(이하 “시·도자치경찰위원회”라 한다), 시·도경찰청 및 경찰서(지구대 및 파출소는 제외한다)에서 근무하는 경찰공무원을 말한다] 중 경정의 전보·파견·휴직·직위해제 및 복직에 관한 권한과 경감 이하의 임용권(신규채용 및 면직에 관한 권한은 제외한다)을 위임한다.

②·③ (생략)

④ 제1항에 따라 임용권을 위임받은 시·도지사는 법 제7조제3항 후단에 따라 경감 또는 경위로의 승진임용에 관한 권한을 제외한 임용권을 시·도자치경찰위원회에 다시 위임한다.

⑤ ~ ⑪ (생략)

바. 그 밖의 위임·위탁 규정 관련 유의 사항

위에서 언급한 사항 외에도 행정권한의 위임·위탁에 관한 규정을 둘 때에는 다음과 같은 점에 유의하도록 한다.

① 권한의 위임·위탁에 따르는 행정기관 간 업무 분배가 명료하지 않는 것에서 오는 집행상의 어려움을 고려하여, 해당 사무가 자치사무의 성격이 강하면 위임·위탁의 방식에 의할 것이 아니라 해당 사무에 관한 권한을 처음부터 지방자치단체의 권한으로 규정하는 권한 이양의 방법을 검토한다.⁴⁸⁵⁾

② 지방자치단체로 권한이 이양된 사무임에도 불구하고 여전히 대통령령에서 위임·위탁 규정을 두는 것은 지방으로 권한을 이양하는 취지에 맞지 않으므로 이런 방식의 입법은 피한다.

③ 대통령령의 위탁 규정에서 정부의 업무를 특정 사단법인에 위탁하면 그와 유사한 단체가 설립될 가능성이 있음을 고려할 때 나머지 유사 법인들과 비교하여 사실상 특혜가 될 수 있고 법인 명칭이 변경되면 법령을 개정해야 하므로 대통령령으로 특정 사단법인을 명시하는 것은 가능한 한 피하도록 한다. 이런 경우에는 복수 단체에 위탁할 가능성을 열어 두기 위해 위탁 대상 법인의 설립 목적, 수행 업무, 자격요건 등을 한정하고, 이러한 요건에 해당되는 법인 중에서 장관이 지정·고시하도록 하는 방식 등을 검토한다.

[입법례]

정보통신산업 진흥법

제47조(권한의 위임·위탁) ① (생략)

② 이 법에 따른 과학기술정보통신부장관의 권한은 그 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 산업진흥원, 그 밖에 정보통신산업에 전문성이 있다고 인정되어 과학기술정보통신부장관이 고시하는 기관 또는 단체에 위탁할 수 있다.

④ 권한을 위임·위탁하는 경우에는 관련된 권한을 함께 위임·위탁하는 것이 바람직하다. 인허가 권한, 인허가 취소권한, 조사 권한, 불이익 처분권한 등 연관되어 있는 권한 중 일부만을 위임하는 경우 관련 업무의 처리 권한자가 각각 달라 행정상 혼란이 발생할 수 있다. 아울러 위임·위탁되는 권한이 다른 규정에서 준용되고 있는 경우 준용하고 있는 규정도 함께 위임·위탁할 필요가 없는지 검토하여 필요한 경우 위임·위탁되는 규정에 준용하는 경우도 포함하여 규정한다.

[입법례]

항공보안법

485) 지방 이양 대상으로 선정할 때 소관 부처에서 모든 권한을 이양하기 부담스러운 경우 권한 중 일부에 대해서만 이양 대상으로 정하는 경우(예: 인허가 권한은 이양하지 않으면서 감독·취소에 관한 권한만을 이양하는 사례)가 있는바, 권한의 일부만을 이양하는 경우에는 법령 체계정당성에 맞지 않고 법령 상호간의 모순이 발생할 수 있으며 해당 행정 업무의 성격에 대한 논란이 발생할 수 있으므로, 권한의 분배와 책임 관계를 분명히 하고 권한자의 업무 수행을 종합적·합리적으로 하기 위해 권한의 일부만을 이양하는 것은 제한할 필요가 있다.

제15조(승객 등의 검색 등) ① ~ ⑥ (생략)

⑦ 제3항에 따라 보안검색 업무를 위탁받으려는 업체는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관의 지정을 받아야 한다.

⑧ (생략)

제16조(승객이 아닌 사람 등에 대한 검색) ① 공항운영자는 제13조제1항에 따라 허가를 받아 보호구역으로 들어가는 사람 또는 물품에 대하여도 보안검색을 하여야 한다. 이 경우 보안검색의 방법·절차·면제 및 위탁 등에 관하여는 제15조제2항 단서, 같은 조 제3항 및 제6항부터 제8항까지의 규정을 준용한다.

② 제1항에도 불구하고 화물터미널 내에 지정된 보호구역으로 들어가는 사람 또는 물품에 대한 보안검색은 화물터미널운영자가 하여야 한다. 이 경우 보안검색의 방법·절차·면제 및 위탁 등에 관하여는 제15조제2항 단서, 같은 조 제3항 및 제6항부터 제8항까지의 규정을 준용한다.

제17조(통과 승객 또는 환승 승객에 대한 보안검색 등) ① ~ ④ (생략)

⑤ 제2항에 따른 보안검색의 방법·절차·면제 및 위탁 등에 관하여는 제15조제2항 단서, 같은 조 제3항 및 제6항부터 제8항까지의 규정을 준용한다.

항공보안법 시행령

제20조(권한의 위임) 국토교통부장관은 법 제38조제1항에 따라 다음 각 호의 권한을 지방항공청장에게 위임한다.

1. ~ 3의4. (생략)

4. 법 제15조제7항 및 제8항(법 제16조 및 제17조제5항에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 보안검색 위탁업체의 지정 및 지정 취소

4의2. ~ 11. (생략)

⑤ 민간수탁기관이 위탁받은 업무를 처리하기 위해 자료제출 명령권 및 질문·검사권이 필요한 경우 원칙적으로 자료제출 명령은 국민에게 자료제출의무를 부과하는 것이고, 질문·검사 또한 국민으로 하여금 수인의무를 부과하는 것이므로 민간위탁 대상 업무로 하기에는 적절하지 않은 측면이 있으나, 행정능률 및 전문성 확보 등의 이유로 일정한 사무를 민간에 위탁하면서 위탁업무의 적정한 수행을 위해 관계자에 대한 자료제출 명령 및 질문·조사와 같은 확인적 절차가 반드시 수반되어야 한다면, 해당 사무와 그에 필요한 행정조사권을 함께 수탁기관에 위탁하는 것도 가능하다.

[입법례]

임금채권보장법 시행령

제24조(권한의 위임·위탁) ① (생략)

② 고용노동부장관은 법 제27조에 따라 다음 각 호의 권한을 「산업재해보상보험법」에 따른 근로복지공단(이하 “근로복지공단”이라 한다)에 위탁한다.

1. ~ 5. (생략)

6. 법 제22조에 따른 보고 또는 관계 서류의 제출 요구(위탁사무 처리에 필요한 경우만 해당한다)

7. 법 제23조에 따른 협조요청(위탁사무 처리에 필요한 경우만 해당한다)

7의2. (생략)

8. 법 제24조에 따른 출입·검사·질문(위탁사무 처리에 필요한 경우만 해당한다)

8의2. ~ 11. (생략)

③·④ (생략)

⑥ 법령에서 협조 요청의 대상자 등으로서 ‘관계 행정기관’을 규정하면서 관계 행정기관의 범위를 하위법령으로 정하도록 위임하고 있는 경우에는 그 범위를 구체적으로 정해야 하고, 이 경우 하위법령에서 관계 행정기관을 정하면서 원 권한자만 규정하게 되면 그 권한을 위임·위탁받은 기관이 관계 행정기관의 범위에 포함되는지는 해석상 논란이 있을 수 있으므로, 관계 행정기관의 범위에 수임기관 및 수탁기관이 포함된다는 점을 명시함으로써 기관 간 협조 과정에서 집행상 혼란을 방지할 필요가 있다.

[입법례]

식품안전기본법

제24조의2(통합식품안전정보망 구축·운영) ① 식품의약품안전처장은 관계행정기관에 분산된 식품안전정보를 연계·통합하여 함께 활용하고 이를 국민에게 개방하기 위한 통합식품안전정보망을 구축·운영하여야 한다.

② 식품의약품안전처장은 제1항에 따른 통합식품안전정보망의 운영을 위하여 관계행정기관의 장에게 기간을 정하여 식품안전에 관한 정보의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 관계 행정기관 및 식품안전에 관한 정보의 범위는 대통령령으로 정한다.

③ ~ ⑤ (생략)

식품안전기본법 시행령

제17조의3(관계행정기관의 범위 등) ① 법 제24조의2제2항 후단에 따른 관계행정기관(이하 이 조 및 제22조에서 “관계행정기관”이라 한다)의 범위는 다음 각 호와 같다. 이 경우 식품등의 안전 관리에 관한 권한이 위임·위탁된 경우에는 그 권한을 위임·위탁받은 기관을 포함한다.

1. 교육부·법무부·국방부·행정안전부·농림축산식품부·산업통상자원부·보건복지부·기후에너지환경부·국토교통부·해양수산부·관세청·방위사업청·농촌진흥청·질병관리청·기상청·공정거래위원회·국민권익위원회
 2. 지방자치단체
- ②·③ (생략)

⑦ 법률에서 신고에 관한 사항을 규정하고 있고, 대통령령에서 신고에 관한 권한을 소속 기관의 장에게 위임하려는 경우 신고는 사인의 공법행위로서 행정청의 권한은 아니므로 대통령령의 권한 위임규정에서 신고라는 표현만을 쓰는 것은 적절하지 않으므로 신고에 관한 권한이 무엇인지를 구체적으로 명시해 줄 필요성이 있는 바, 법률에 신고에 관한 사항을 규정하면서 “신고의 접수”나 “신고의 수리”라는 표현이 없더라도 신고와 관련된 권한에는 당연히 “신고의 접수”나 “신고의 수리” 권한이 포함되었다고 해석하는 것이 타당하고, 신고에 관한 권한은 “신고의 접수” 또는 “신고의 수리”로 대표될 수 있으므로 대통령령의 권한 위임 규정 시 “신고의 접수” 또는 “신고의 수리”로 권한을 특정하여 명시해 주는 것이 입법의 명확성 차원에서 바람직하다.

이 경우 신고의 성격에 따라 수리를 요하지 않는 신고의 경우에는 대통령령의 권한 위임 규정에서 신고의 접수 권한만을 명시하고, 수리를 요하는 신고의 경우에는 신고의 수리 권한만을 명시한다. 신고 내용의 확인, 신고에 대한 보완 요구, 신고 처리 결과의 통보 등 신고와 관련된 다른 세부처리 권한은 신고의 접수 권한이나 신고의 수리 권한과 연계되어 있는 권한들이므로 이를 별도로 명시해 줄 필요는 없다.

⑧ 자격증⁴⁸⁶⁾ 발급 업무(권한)의 위임 또는 위탁과 관련하여 “자격증 발급 업무(권한)를 위임 또는 위탁한다” 고만 규정하면 위임 또는 위탁하는 ‘자격증 발급 업무(권한)’에 자격 인정 업무(권한)까지 포함되는 것인지 아니면, 단순히 자격증을 발급해주는 행정적(사실적) 업무(권한)만 해당하는지가 불분명하여 자격증 기재 명의자가 누가 되어야 하는지에

486) 자격증, 인증서 등 그 명칭과 상관없이 자격 등을 인정하는 증서를 말한다.

대한 해석상 혼란이 발생할 수 있다.⁴⁸⁷⁾

이러한 점을 고려해 자격증 기재 명의자를 ‘위임 또는 위탁하는 자’로 하려는 경우에는 자격증 기재 명의자가 “위임 또는 위탁하는 자”가 된다는 점을 명시하도록 하고, ‘위임 또는 위탁을 받은 자’의 명의로 하려는 경우에는 위임 또는 위탁을 받은 자가 자격증 기재 명의자가 된다는 점을 명시하지는 않되, 자격을 인정하는 업무까지 위임 또는 위탁한다는 점을 명확하게 규정하도록 한다.

[입법례] 위임하는 자가 자격증 기재 명의자가 되는 경우

산업안전보건법 시행령

제115조(권한의 위임) 고용노동부장관은 법 제165조제1항에 따라 다음 각 호의 권한을 지방고용노동관서의 장에게 위임한다.

1. ~ 52. (생략)

52의2. 제105조제3항에 따른 지도사 자격증(고용노동부장관 명의로 된 자격증을 말한다. 이하 같다)의 발급 및 관리

53. (생략)

[입법례] 위임받은 자가 자격증 기재 명의자가 되는 경우

선박안전법 시행령⁴⁸⁸⁾

제21조(권한의 위임) ① 해양수산부장관은 법 제81조에 따라 다음 각 호의 업무에 관한 권한을 관할 구역에 따라 지방해양수산청장(지방해양수산청장 소속 해양수산사무소의 장을 포함한다)에게 위임한다.

1. ~ 2. (생략)

3. 법 제18조제1항 및 제4항에 따른 선박용물건 또는 소형선박의 형식승인 및 변경승인, 같은 조 제5항 및 제7항에 따른 형식승인증서의 발급 및 갱신

3의2. ~ 6. (생략)

7. 법 제23조제1항 및 제3항에 따른 컨테이너의 형식승인 및 변경승인, 같은 조 제4항 및 제6항에 따른 형식승인증서의 발급 및 갱신

7의2. ~ 17. (생략)

② 삭제

487) 법제처 2023. 4. 31. 회신 23-0078 해석례 참고

7. 직무대리(職務代理)

가. 의의

행정기관의 권한은 행정권한 법정주의에 따라 권한을 가진 행정기관이 자신의 명의(名義)와 책임으로 이를 행사해야 한다. 그러나 행정의 효율적 수행을 위해 필요한 경우나, 권한자가 부득이한 사유로 그 권한을 행사할 수 없게 되는 경우에는 그 보조기관이나 다른 행정기관으로 하여금 권한을 가진 본래의 행정기관을 위한 권한 행사라는 사실을 표시하고 자신의 명의로 해당 행정권한을 행사하게 할 수 있다.

이 경우 대리관청은 피대리관청을 위한 것임을 표시하고 자기의 이름으로 권한을 행사하지만, 그 행위의 효과는 직접 피대리관청에 귀속되게 된다.⁴⁸⁹⁾ 행정권한의 대리는 행정기관의 권한 자체를 다른 행정기관으로 이전하는 것이 아니므로 권한 소재의 변경은 수반하지 않는다.

중앙행정기관 또는 이에 준하는 기관(대통령 소속기관 및 국무총리 소속기관을 포함) 및 그 소속기관에서의 직무대리에 관하여는 다른 법령에서 따로 정하는 경우를 제외하고는 「직무대리규정」에 따른다(「직무대리규정」 제3조).

나. 유사 개념과의 구별

행정권한의 위임·위탁은 행정권한을 원 권한자를 대신하여 다른 자가 행한다는 점에서 대리와의 공통점을 가지고 있으나, 위임·위탁은 권한의 일부만을 위임·위탁받을 수 있고, 수임인이나 수탁인의 명의와 책임으로 행위를 하게 된다는 점에서 차이가 있다.

행정권한의 위임전결 또는 내부위임은 행정관청의 보조기관이나 담당자 또는 하위행정기관에 외부에 표시함이 없이 내부적·사실적인 권한만을 이전하는 것에 그친다는 점에서 대리와의 차이가 있다.

488) 형식승인증서의 명의자를 지방해양수산청장(위임받은 자)의 명의로 하려는 것으로, 선박용물건·소형선박 및 컨테이너의 형식승인증서 발급 권한과 함께 형식(변경)승인 권한까지 지방해양수산청장에게 위임하고 있다.

489) 권한을 행사할 때에는 대리임을 표시해야 한다. 예) 국가보훈부장관 직무대리 국가보훈부차관 ○○○

다. 대리의 규정

1) 직무대리 명칭 사용

행정권한의 대리에 관해서 현행법에서는 권한의 대행,⁴⁹⁰⁾ 직무대행,⁴⁹¹⁾ 직무대리⁴⁹²⁾ 등으로 다양하게 표현되고 있다.

그러나 행정권한을 피대리기관을 위한 것임을 표시하고 대리기관의 이름으로 행하되 그 행위는 피대리기관의 행위로서 효과가 발생하는 취지의 의미라면 법령용어의 통일을 위해 “직무의 대리”로 통일하여 표현하도록 한다.

현행법상 직무를 대리하는 경우를 대행으로 표현한 경우⁴⁹³⁾가 많으나, 대행은 행정기관의 법령상의 권한을 그 명목으로 행사하되 권한의 행사에 따른 실무를 대행기관으로 하여금 하게 하는 경우에 사용되는 표현이므로 이를 명확하게 구분하여 명칭상의 혼란을 없애는 것이 필요하다. 다만, 헌법 등 상위법의 규정과 일치시킬 필요가 있는 경우에는 예외로 한다.

2) 직무대리의 규정 방식

권한의 대리 규정을 두는 경우에는 심신상실이나 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우 등 직무대리의 사유를 명시해야 한다.

만약 피대리관청의 업무 전부를 대리하는 것이 아니라 일부를 대리하는 경우라면 특정

490) 「대한민국헌법」

제71조 대통령이 궐위되거나 사고로 인하여 직무를 수행할 수 없을 때에는 국무총리, 법률이 정한 국무위원의 순서로 그 권한을 대행한다.

491) 「정부조직법」

제22조(국무총리의 직무대행) 국무총리가 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 재정경제부장관이 겸임하는 부총리, 교육부장관이 겸임하는 부총리의 순으로 직무를 대행하고, 국무총리와 부총리가 모두 사고로 직무를 수행할 수 없는 경우에는 대통령의 지명이 있으면 그 지명을 받은 국무위원이, 지명이 없는 경우에는 제26조 제1항에 규정된 순서에 따른 국무위원이 그 직무를 대행한다.

492) 「직무대리규정」

제4조(기관장과 부기관장의 직무대리) ① 기관장에게 사고가 발생한 경우에는 부기관장이 기관장의 직무대리를 한다.

493) 「국회법」 제12조제2항·제13조, 「암관리법」 제33조제5항, 「문화유산위원회 규정」 제3조제3항, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 제19조제6항 등

업무를 명시하여 대리의 범위를 분명히 규정하는 것이 필요하다. 대리 제도를 규정하는 경우에는 행정권한의 대리가 본질적으로 허용되지 않거나 이를 금지하고 있는지에 대한 검토가 필요하다.

입법 모델 직무대리를 규정하는 방식

【일반적인 경우】
 제○조(직무의 대리) ○○가 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 △△가 그 직무를 대리한다.

【위원회의 경우】
 제○조(위원장의 직무) ① 위원장은 위원회를 대표하고 그 위원회의 업무를 총괄한다.
 ② 위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 부위원장이나 그 직무를 대리하며, 위원장과 부위원장 모두 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 위원장이 미리 지명한 위원이 그 직무를 대리한다.

8. 행정업무의 대행(代行)

가. 의의

‘행정업무의 대행’이란 행정기관이 법령상의 업무를 대행기관으로 하여금 사실상 행하게 하되, 그 명의를 원(原) 권한자인 행정기관으로 하고 책임도 원 권한자인 행정기관에 귀속 되도록 하는 것을 말한다.

따라서 대행에 따른 법령상 권한의 이전은 발생하지 않고 대행기관이 원 권한자인 행정기관 명의로 업무를 수행함으로써 그 법률적 효과는 원 권한자인 행정기관이 직접 행사(行使)한 것과 같은 효력이 발생한다.

나. 유사 개념과의 구별

“위임”이나 “위탁”은 행정기관이 법령상 권한의 일부를 하급행정기관 등에 주어 수입자나

수탁자가 자기의 권한으로 행사하게 하는 것이나, “대행”은 대행자가 실질적으로 업무를 수행하더라도 그 법률적 효과는 원 권한자인 행정기관이 직접 행사한 것처럼 보게 된다는 점에서 차이가 있다.

“대리”는 원 행정기관을 위한 것임을 표시하고 대리자가 자신의 명의로 권한을 행사하나, “대행”은 원 행정기관의 명의로 권한을 행사하되, 사실상의 실무는 대행기관이 하게 하는 차이가 있다.

다. 대행의 기능

「정부조직법」 제6조제3항⁴⁹⁴⁾에서는 국민의 권리·의무와 관련되는 사무는 민간에 위탁할 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 법령으로 그 소관 사무의 일부를 다른 기관 등에 대행하게 하는 경우에는 권한이 이전되지 않으므로 공권력적 행위의 대행도 가능하게 되므로, 현행법상 민간위탁하기에 부적절한 성격의 행정행위를 민간기관이 행할 수 있도록 하려는 의도로 대행 제도를 활용하는 경우가 있다.⁴⁹⁵⁾ 이는 공권력적 행정행위라도 전문적인 민간기관이 수행하는 것이 전문성과 효율성 측면에서 필요한 경우도 있다는 점을 반영한 것이다. 그러나 국민의 권리·의무와 밀접한 관련성이 있는 업무를 대행의 방식으로 민간에게 수행하도록 하는 것은 권리 보호에 문제가 있을 수 있으므로 도입에는 신중해야 한다.

한편 국민의 권리·의무와 관련되지 않는 사무에 대해서도 책임성, 전문성 등을 고려하여 위탁이 아닌 대행을 하게 하는 경우도 있다.

494) 「정부조직법」

제6조(권한의 위임 또는 위탁)

③ 행정기관은 법령으로 정하는 바에 따라 그 소관사무 중 조사·검사·검정·관리 업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 위탁할 수 있다.

495) 「국세징수법」상 공매대행 도입 취지(국세채납재산 공매업무의 민간위탁 내지 민간대행 가부 검토, 법제처 70년사 p.249)

민간기관인 성업공사가 자신의 명의로 책임 아래 공권력을 행사하게 하는 것은 개정된 「정부조직법」 제6조 제3항에 위반되어 받아들일 수 없고, 대안으로 「민법」상 대리의 개념을 원용하여 성업공사가 공권력의 일부를 대행하되 그 권한 행사의 효과는 행정관청인 세무서장에게 돌아가도록 하는 민간대행 제도를 제시하였다. (중략) 이로써 민간위탁의 취지를 살리면서 행정관청이 최종적인 책임을 지도록 하는 민간대행 제도가 엄격한 기준 아래 도입되었으며, 이는 행정인력의 절감 내지 전문성의 활용이라는 정책의도와 공권력 작용에 대한 책임행정의 보장이라는 정책의도를 조화시킬 수 있는 대안으로 활용될 수 있는 길을 열었다.

라. 대행 제도의 도입

업무의 대행 제도는 이론적으로 정립되어 있지 않고, 여러 가지 제도들이 대행이라는 같은 명칭으로 사용되고 있어 운영상 혼란이 발생할 여지가 많다.⁴⁹⁶⁾

업무의 대행은 행정기관의 법령상의 업무를 대행기관이 실질적으로 행사하지만 법률적 효과는 원 권한자인 행정기관이 행한 것으로 보도록 의제하는 것이므로, 대행의 결과에 대해 행정기관이 직접 책임지겠다는 의미가 아니라면 대행이라는 표현을 사용하지 않는 것이 바람직하다.

따라서 행정권한을 다른 행정기관이나 민간에 이전하는 취지라면 위임·위탁을 통해 행정권한을 이전하는 것이 타당하다.

대행에 적합한 업무와 위탁에 적합한 업무의 유형을 명확히 구분하기는 쉽지 않지만, 민간의 전문성을 활용할 필요가 있는 업무 중 국민의 안전과 관련된 업무(선박검사, 승강기 검사 등)는 행정기관의 책임성이 강하게 요구되므로 위탁보다는 대행 방식으로 업무를 수행하는 것을 고려할 수 있다.

[입법례] 안전 관련 검사업무를 대행하게 한 사례

승강기 안전관리법

제36조(설치검사와 안전검사의 대행) ① 행정안전부장관은 설치검사 또는 안전검사의 업무를 다음 각 호의 자로 하여금 대행하게 할 수 있다. 다만, 제2호에 따른 법인·단체 또는 기관에 대해서는 정기검사 업무의 일부를 대행하게 할 수 있다.

1. 제55조에 따른 한국승강기안전공단
2. 제37조제1항에 따라 정기검사 업무의 대행기관으로 지정받은 법인·단체 또는 기관

② (생략)

그리고 해당 업무가 행정기관이 직접 수행할 필요가 없거나 전문성이 필요한 검정·인증 등에 관한 것이어서 행정기관이 직접 수행할 수 없는 것이라면 행정 업무의 대행 제도를 도입

496) 판례는 「국세징수법」 상 공매대행을 대행자에게 권한이 이전되는 위임(위탁)으로 보고 있다.

성업공사에 의한 공매의 대행은 세무서장의 공매권한의 위임으로 보아야 하므로 성업공사가 공매를 한 경우에 그 공매처분에 대한 취소 등의 항고소송 피고는 성업공사가 된다(대법원 1996. 9. 6. 선고 95누 12026판결). 한국자산관리공사는 세무서장으로부터 대행 의뢰를 받은 국세 압류재산의 공매에 관하여 세무서장의 지휘를 받지 아니하고 자기의 권한으로 공매를 할 수 있다(대법원 2001. 11. 27. 선고 2001두6746 판결).

하기보다는 검정·인증 등을 위한 일정한 자격을 가진 업체에 행정관청이 인허가를 하고 해당 인허가를 받은 업체의 검정·인증 등을 받도록 하는 방식의 제도를 검토해 보아야 한다.

마. 대행의 규정 방식

대행은 행정권한자와 그에 따른 책임에 관한 사항이고 위임이나 위탁과는 달리 일반규정이 없기 때문에 피대행관청의 권한 또는 업무를 규정한 법률에 규정해야 한다. 행정기관이 지정한 자에게 행정업무를 대행하게 하는 경우라면 지정기준, 지정취소, 지정절차 등에 관한 규정은 대행과 관련한 핵심적 사항이므로 법률에 근거를 두도록 한다.

법률에서 “○○업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 위탁하거나 대행하게 할 수 있다”고 규정하는 경우도 있으나, 위탁과 대행은 개념상 차이가 있고 법률에서 위탁 또는 대행할 수 있다고 규정해 놓으면 대통령령에서도 대행하게 해야 할 업무를 위탁할 수 있는 것으로 오해할 소지가 있으므로, 위탁으로 할지 대행으로 할지는 법률에서 명확히 규정하도록 한다.

[입법례] 위탁과 대행을 별도의 조문에 구분해 규정한 사례

감염병의 예방 및 관리에 관한 법률

제56조(소독업무의 대행) 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 제47조제5호, 제48조제1항, 제49조제1항제8호·제9호·제13호, 제50조 및 제51조제1항·제3항에 따라 소독을 실시하여야 할 경우에는 그 소독업무를 소독업자가 대행하게 할 수 있다.

제76조(위임 및 위탁) ① 이 법에 따른 보건복지부장관의 권한 또는 업무는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 질병관리청장 또는 시·도지사에게 위임하거나 관련 기관 또는 관련 단체에 위탁할 수 있다.

② 이 법에 따른 질병관리청장의 권한 또는 업무는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 일부를 시·도지사에게 위임하거나 관련 기관 또는 관련 단체에 위탁할 수 있다.

1) 대행자에 대한 지휘·감독

행정업무를 대행시키는 경우에는 대행권자는 행정권한의 일부를 행사하게 되므로 이에 대한 감독이 필요하다. 현행법상 피대행자의 감독에 관한 확립된 원칙이 없으므로 명문의 규정으로 시정명령이나 보고 등의 규정을 두는 방안을 검토해야 한다.

[입법례]

건설기계관리법

제14조(검사대행 등) ① 국토교통부장관은 필요하다고 인정하면 건설기계의 검사에 관한 시설 및 기술능력을 갖춘 자를 지정하여 제13조에 따른 검사의 전부 또는 일부를 대행하게 할 수 있다.

② (생략)

③ 제1항에 따라 검사대행자로 지정받은 자(이하 “검사대행자”라 한다) 및 그 소속 기술인력은 다음 각 호의 사항을 준수하여야 한다.

1. ~ 6. (생략)

④ 국토교통부장관은 검사대행자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 사업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제4호의2에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소하여야 한다.

1. ~ 5. (생략)

⑤ ~ ⑫ (생략)

2) 대행비용의 징수 등

업무의 대행의 경우에는 위임이나 위탁과 달리 업무의 수행에 드는 경비의 부담에 관한 일반적인 원칙이 없으므로 대행비용의 징수나 수수료 등에 관한 규정을 두도록 한다.

이 경우 행정기관이 업무의 대행에 관한 수수료 등 경비를 지급하도록 하는 규정을 두거나 대행기관이 업무와 관련된 비용을 직접 업무 상대방에게 징수할 수 있는 규정을 두기도 한다.

[입법례] 수수료 지급 규정을 두는 경우

건축법

제27조(현장조사·검사 및 확인업무의 대행) ① 허가권자는 이 법에 따른 현장조사·검사 및 확인업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 「건축사법」 제23조에 따라 건축사사무소개설신고를 한 자에게 대행하게 할 수 있다.

② (생략)

③ 허가권자는 제1항에 따른 자에게 업무를 대행하게 한 경우 국토교통부령으로 정하는 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 수수료를 지급하여야 한다.

[입법례] 비용 징수 규정을 두는 경우

가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률

제26조(가축분뇨의 수집·운반·처리 및 비용 부담 등) ① 공공처리시설설치자는 가축분뇨를 직접 수집·운반하거나 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 제28조제1항제1호의 가축분뇨수집·운반업의 허가를 받은 자(이하 “수집·운반업자”라 한다)로 하여금 그 수집·운반을 대행하게 하거나 축산업자로 하여금 스스로 운반하게 할 수 있다. 다만, 농협조합은 관할 시장·군수·구청장과 협의하여 농협조합의 정관으로 정하는 바에 따라 수집·운반을 대행하게 할 수 있다.

② ~ ④ (생략)

⑤ 공공처리시설설치자는 가축분뇨를 수집·운반 또는 처리할 때에는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 공공처리시설에서 처리되는 가축분뇨를 배출하는 자로부터 해당 시설의 운영에 드는 비용을 징수할 수 있다. 이 경우 배출시설의 규모, 가축분뇨의 분리 저장 여부 등에 따라 그 비용을 차등하여 징수할 수 있다.

⑥·⑦ (생략)

3) 벌칙 적용 시의 공무원 의제

대행 업무를 수행하는 과정에서 대행기관은 실질적으로 행정권한을 행사하게 되므로, 공공성과 책임성이 강하게 요구된다. 따라서 공공성이 강한 인허가 처분과 직접적으로 관련되는 업무를 대행하는 경우에는 그 대행 업무의 과정에서 뇌물수수 등의 죄를 범하는 경우에 대비하여 벌칙을 적용할 때에 공무원으로 의제하는 규정을 두는 것이 바람직하다.

[입법례]

건설기계관리법
제14조(검사대행 등) ① 국토교통부장관은 필요하다고 인정하면 건설기계의 검사에 관한 시설 및 기술능력을 갖춘 자를 지정하여 제13조에 따른 검사의 전부 또는 일부를 대행하게 할 수 있다.
② ~ ⑤ (생략)
⑥ 검사대행자와 그 검사업무를 직접 담당하는 직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.
⑦ ~ ⑫ (생략)

9. 개인정보의 처리

가. 개인정보자기결정권

헌법재판소는 개인정보자기결정권에 대하여 자신에 관한 정보가 언제 누구에게 어느 범위까지 알려지고 또 이용되도록 할 것인지를 그 정보주체가 스스로 결정할 수 있는 권리 즉, 정보주체가 개인정보의 공개와 이용에 관하여 스스로 결정할 권리를 말한다고 정의하고 있다. 그리고 개인정보자기결정권의 이념적 기초에 대해서는 주로 헌법 제10조 제1문에서 도출되는 일반적 인격권 및 헌법 제17조에 따른 사생활의 비밀과 자유를 들고 있다.⁴⁹⁷⁾

개인정보자기결정권의 보호대상이 되는 개인정보는 개인의 신체, 신념, 사회적 지위, 신분 등과 같이 개인의 인격주체성을 특징짓는 사항으로서 그 개인의 동일성을 식별할 수 있게 하는 일체의 정보라고 할 수 있고, 반드시 개인의 내밀한 영역이나 사사(私事)의 영역에

497) 개인정보자기결정권의 헌법상 근거로는 헌법 제17조의 사생활의 비밀과 자유, 헌법 제10조 제1문의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권에 근거를 둔 일반적 인격권 또는 위 조문들과 동시에 우리 헌법의 자유민주적 기본질서 규정 또는 국민주권원리와 민주주의원리 등을 고려할 수 있으나, 개인정보자기결정권으로 보호하려는 내용을 위 각 기본권들 및 헌법원리들 중 일부에 완전히 포섭시키는 것은 불가능하다고 할 것이므로, 그 헌법적 근거를 굳이 어느 한두 개에 국한시키는 것은 바람직하지 않은 것으로 보이고, 오히려 개인정보자기결정권은 이들을 이념적 기초로 하는 독자적 기본권으로서 헌법에 명시되지 아니한 기본권이라고 보아야 할 것이다(헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513 결정).

속하는 정보에 국한되지 않고 공적 생활에서 형성되었거나 이미 공개된 개인정보까지 포함한다. 또한 그러한 개인정보를 대상으로 한 조사·수집·보관·처리·이용 등의 행위는 모두 원칙적으로 개인정보자기결정권에 대한 제한에 해당한다.⁴⁹⁸⁾

「개인정보 보호법」 제2조제1호에서는 개인정보를 ① 성명, 주민등록번호 및 영상 등을 통하여 개인을 알아볼 수 있는 정보, ② 해당 정보만으로는 특정 개인을 알아볼 수 없더라도 다른 정보와 쉽게 결합하여 알아볼 수 있는 정보, ③ ①·②에 해당하는 정보를 가명처리함으로써 원래의 상태로 복원하기 위한 추가 정보의 사용·결합 없이는 특정 개인을 알아볼 수 없는 정보⁴⁹⁹⁾로 규정하고 있다.

나. 개인정보의 수집·이용

「개인정보 보호법」 제15조제1항에서는 개인정보를 수집·이용할 수 있는 경우를 ① 정보주체의 동의를 받은 경우, ② 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, ③ 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 등으로 규정하고 있고, 같은 법 제16조제1항에서는 개인정보를 수집하는 경우 그 목적에 필요한 최소한의 개인정보를 수집하도록 규정하고 있다.

여기서 ‘법률에 특별한 규정이 있는 경우’는 수집·이용하려는 개인정보 범위가 막연하게 규정된 경우가 아니라⁵⁰⁰⁾ 구체적으로 규정된 경우를 말하므로 개인정보 수집·이용을 규정하려는 경우에는 수집·이용 목적에 필요한 최소한의 범위에서 법률에 명확하게 규정해야 한다.

그리고 ‘법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우’는 「정부조직법」, 직제, 개별 법령 또는 조례 등에 따른 업무를 개인정보 수집 없이는 수행할 수 없거나 수행하기가 현저히 곤란한 경우를 말한다.⁵⁰¹⁾ 따라서 수집·이용하려는 개인정보가 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우에 해당하는 것이 명백하다면 개별 법률에 수집·이용 대상 개인정보로 규정하지 않을 수도 있다.

498) 헌법재판소 2005. 5. 26. 선고 99헌마513 결정, 대법원 2016. 8. 17. 선고 2014다235080 판결

499) 가명정보에 대해서는 「개인정보 보호법」 제3장제3절에서 가명정보 처리에 관한 특례를 규정하고 있다.

500) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 2020년, 84면

501) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 2020년, 86면

[입법례]

항공보안법

제14조의2(생체정보를 활용한 본인 일치 여부 확인) ① 공항운영자 및 항공운송사업자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 목적에 한정하여 관계 행정기관이 보유하고 있는 얼굴·지문·홍채 및 손바닥 정맥 등 개인을 식별할 수 있는 신체적 특징에 관한 개인정보(이하 “생체정보”라 한다)를 이용할 수 있다.

1. 공항운영자: 보호구역으로 진입하는 사람에 대한 본인 일치 여부 확인
 2. 항공운송사업자: 탑승권을 발급, 수하물을 위탁하거나 항공기에 탑승하는 승객에 대한 본인 일치 여부 확인
- ② 제1항에 따라 생체정보를 이용하려는 경우 공항운영자 및 항공운송사업자는 관계 행정기관에 생체정보 제공을 요청할 수 있으며, 행정기관은 정당한 이유 없이 그 요청을 거부하여서는 아니 된다.
- ③ 공항운영자 및 항공운송사업자는 제1항 및 제2항에 따른 생체정보를 「개인정보 보호법」에 따라 처리하여야 한다.
- ④ 제1항 및 제2항에 따른 생체정보를 활용한 본인 일치 여부 확인방법 및 생체정보의 보호 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ⑤ 공항운영자 및 항공운송사업자는 본인 일치 여부가 확인된 사람의 생체정보를 대통령령으로 정하는 바에 따라 파기하여야 한다.

다. 개인정보의 제공

「개인정보 보호법」 제17조제1항에서는 개인정보를 제3자⁵⁰²⁾에게 제공할 수 있는 경우를 ① 정보주체의 동의를 받은 경우와 ② 법률에 특별한 규정이 있거나 법령상 의무를 준수하기 위하여 불가피한 경우, 공공기관이 법령 등에서 정하는 소관 업무의 수행을 위하여 불가피한 경우 등으로서 개인정보를 수집한 목적 범위에서 개인정보를 제공하는 경우로 규정하고 있고, 같은 법 제18조제2항에서는 개인정보를 목적 외로 이용·제공할 수 있는 경우를

- ① 정보주체로부터 별도의 동의를 받은 경우, ② 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우, ③

502) 대법원에 따르면 개인정보 처리를 위탁받은 자는 제3자에 포함되지 않는다고 한다(대법원 2017. 4. 17. 선고 2016도13263 판결).

개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공하지 않으면 다른 법률에서 정하는 소관 업무를 수행할 수 없는 경우로서 개인정보 보호위원회의 심의·의결을 거친 경우 등으로 규정하고 있다.

여기서 ‘다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우’는 개별 법률에서 개인정보의 종류 및 범위와 개인정보를 목적 외의 용도로 이용하거나 이를 제3자에게 제공할 수 있는 요건 등을 명시하여 구체적으로 허용하고 있는 경우를 의미한다.⁵⁰³⁾

따라서 개인정보를 제3자에게 제공할 수 있도록 규정하는 경우에는 법률에 개인정보 제공 근거를 명확하게 규정해야 한다.

[입법례]

암관리법

제9조의2(암데이터사업) ① 보건복지부장관은 공익적 목적으로 다음 각 호의 사업을 수행하기 위하여 필요한 데이터를 수집, 처리, 분석 및 제공하는 사업(이하 “암데이터사업”이라 한다)을 수행할 수 있다.

1. 암관리를 위한 정책 수립 및 평가
2. 암관리를 위한 연구·개발

② 보건복지부장관은 암데이터사업을 수행하기 위하여 중앙행정기관, 지방자치단체, 국립암센터, 「국민건강보험법」에 따른 국민건강보험공단 및 건강보험심사평가원과 그 밖에 대통령령으로 정하는 공공기관(이하 “자료제공기관”이라 한다)에 필요한 자료의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 자료제공기관은 특별한 사유가 없으면 그 요청에 따라야 한다.

③ 보건복지부장관은 제2항에 따라 필요한 자료를 요청할 경우 「개인정보 보호법」에 따른 개인정보가 포함된 자료의 제공을 요청할 수 있다. 이 경우 자료제공기관은 개인정보를 「개인정보 보호법」에 따라 가명처리한 후 제공하여야 한다.

④ 보건복지부장관은 제2항 및 제3항에 따라 제공받은 가명정보 중 두 개 이상의 정보를 결합하여 분석할 필요가 있는 경우 「개인정보 보호법」에 따라 가명정보를 결합하여 처리할 수 있다.

⑤ 보건복지부장관은 제1항부터 제4항까지의 규정에 따라 처리하는 가명정보를 암데이터사업의 목적을 위하여 「개인정보 보호법」에 따라 제3자에게 제공할 수 있다. 이 경우 특정 개인을 알아보기 위하여 사용될 수 있는 정보를 포함하여서는 아니 된다.

⑥ 제3항에 따른 가명처리의 방법·절차, 제4항에 따른 가명정보 결합의 방법·절차 및 제5항에 따른 자료 제공의 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

503) 법제처 2020. 11. 5. 회신 20-0461 해석례, 법제처 2019. 9. 6. 회신 19-0018 해석례, 법제처 2014. 10. 14. 회신 14-0621 해석례, 법제처 2017. 12. 4. 회신 17-0506 해석례

⑦ 개인정보 보호에 관하여는 이 법에서 정하는 사항을 제외하고는 「개인정보 보호법」에 따른다.

라. 민감정보 및 고유식별정보의 처리

1) 민감정보 및 고유식별정보의 처리 제한

「개인정보 보호법」 제23조 및 같은 법 시행령 제18조에서는 민감정보를 사상·신념, 노동조합·정당의 가입·탈퇴, 정치적 견해, 건강, 성생활 등에 관한 정보, 유전자검사 등의 결과로 얻어진 유전정보, 「형의 실효 등에 관한 법률」 제2조제5호에 따른 범죄경력자료에 해당하는 정보, 개인의 신체적, 생리적, 행동적 특징에 관한 정보로서 특정 개인을 알아볼 목적으로 일정한 기술적 수단을 통해 생성한 정보, 인종이나 민족에 관한 정보라고 규정하고 있다. 이러한 민감정보는 정보주체의 동의를 받거나 법령에서 민감정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우에 처리⁵⁰⁴⁾할 수 있다. 따라서 민감정보를 처리할 수 있도록 규정하려면 법령에 민감정보의 처리 근거를 명확하게 규정해야 한다.

「개인정보 보호법」 제24조에서는 고유식별정보를 처리할 수 있는 경우를 ① 정보주체에게 일정한 사항을 알리고 다른 개인정보의 처리에 대한 동의와 별도로 동의를 받은 경우, ② 법령에서 구체적으로 고유식별정보의 처리를 요구하거나 허용하는 경우로 규정하고 있다.

여기서 ‘고유식별정보’란 ① 주민등록번호, ② 여권번호, ③ 운전면허번호, ④ 외국인등록번호를 말하며(「개인정보 보호법」 제24조제1항 및 같은 법 시행령 제19조), ‘법령에서 구체적으로 처리를 요구하거나 허용하는 경우’란 구체적으로 고유식별정보의 종류를 열거하고 그 처리를 요구하거나 허용하는 경우를 말한다.⁵⁰⁵⁾ 따라서 고유식별정보를 처리할 수 있도록 규정하는 경우에는 법령에 고유식별정보 처리 근거를 명확하게 규정해야 한다.

다만, 고유식별정보 중 주민등록번호의 처리에 대해서는 「개인정보 보호법」에서 더 강화된 요건을 정하고 있다. 같은 법 제24조의2제1항에서는 주민등록번호를 처리할 수 있는 경우를 ① 법률·대통령령·국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙 및 감사원규칙에서 구체적으로 주민등록번호의 처리를 요구하거나 허용한 경우, ② 정보주체 또는 제3자의 급박한 생명, 신체, 재산의 이익을 위하여 명백히 필요하다고

504) 「개인정보 보호법」 제2조제2호에서 ‘처리’를 개인정보의 수집, 생성, 연계, 연동, 기록, 저장, 보유, 가공, 편집, 검색, 출력, 정정(訂正), 복구, 이용, 제공, 공개, 파기(破棄), 그 밖에 이와 유사한 행위로 규정하고 있다.

505) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 2020년, 167면

인정되는 경우, ③ ①·②에 준하여 주민등록번호 처리가 불가피한 경우로서 개인정보 보호 위원회가 고시로 정하는 경우로 규정하고 있다. 해당 사유에 해당하지 않으면 주민등록 번호를 처리할 수 없으며, 정보주체가 동의한 경우라도 주민등록번호를 처리할 수 없다.⁵⁰⁶⁾

따라서 법령에 주민등록번호 처리 근거를 규정하려면 반드시 대통령령 이상의 법령에 규정해야 한다.

[입법례]

다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행령

제22조의2(민감정보 및 고유식별정보의 처리) ① 소방청장, 소방본부장 또는 소방서장은 다음 각 호의 사무를 수행하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 건강에 관한 정보(제6호부터 제8호까지의 사무로 한정한다), 같은 법 시행령 제19조제1호 또는 제4호에 따른 주민등록번호 또는 외국인등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

1. 법 제7조에 따른 관련 행정기관의 통보사항 처리에 관한 사무
2. 법 제8조에 따른 소방안전교육에 관한 사무
3. 법 제9조에 따른 다중이용업소의 안전관리기준 등에 관한 사무
4. ~ 12. (생략)

② 법 제7조제1항에 따른 허가관청은 같은 조에 따라 다중이용업주의 성명 및 주소 등을 소방본부장 또는 소방서장에게 통보하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법 시행령」 제19조제1호 또는 제4호에 따른 주민등록번호 또는 외국인등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

③ 보험회사는 법 제13조의3제4항에 따라 화재배상책임보험 계약 체결 사항 등을 소방청장, 소방본부장 또는 소방서장에게 알리기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법 시행령」 제19조제1호 또는 제4호에 따른 주민등록번호 또는 외국인등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

④ (생략)

2) 민감정보 및 고유식별정보 처리 근거의 규정 방식

법령에서 민감정보와 고유식별정보의 처리 근거를 정하는 경우 해당 규정의 위치는 보칙의 장·절, 또는 이에 상당하는 위치에 규정하되, 특별한 사정이 없으면 권한의 위임·위탁 규정 다음, 규제의 재검토 규정이 있는 경우에는 그 앞, 별칙 규정 전에 규정한다. 다만, 현행 업무처리 관련 조문을 보완하는 것으로 근거를 마련할 수 있는 경우에는 해당 조문의 “항”으로 규정할 수도 있다. 개별 조문으로 근거를 규정할 경우 조 제목은 “민감정보(고유식

506) 개인정보 보호위원회, 개인정보 보호 법령 및 지침·고시 해설, 2020년, 171면

별정보)의 처리” 또는 “민감정보 및 고유식별정보의 처리”로 한다.⁵⁰⁷⁾

민감정보 또는 고유식별정보의 처리 주체는 해당 정보를 처리해야 하는 개별 법령상의 사무 처리 주체로 규정하고, 주체마다 필요한 정보가 다른 경우 주체별로 처리할 수 있는 정보를 각각 규정한다. 또한, 사무의 처리 권한을 위임·위탁, 재위임·재위탁한다면 위임·위탁, 재위임·재위탁을 받은 자 또한 해당 사무를 수행하기 위해 민감정보 또는 고유식별정보를 처리할 필요가 있을 것이므로 사무 처리 권한을 위임·재위임, 위탁·재위탁받은 자도 처리 주체로 명시해야 한다. 구체적으로는 중앙행정기관의 장이 주체인 경우에는 “(제○○조에 따라) ○○○장관의 권한을 위임(·재위임) 또는 위탁(·재위탁)받은 자를 포함한다”로 표현하고, 지방자치단체의 장이 주체인 경우에는 「지방자치법」 제117조에 따라 해당 권한이 조례나 규칙으로 위임·재위임, 위탁·재위탁될 수 있으므로 “해당 권한을 위임(·재위임) 또는 위탁(·재위탁)받은 자를 포함한다”로 표현한다.⁵⁰⁸⁾

민감정보 또는 고유식별정보를 이용하여 처리할 사무는 해당 사무를 포괄적으로 규정하지 않고 필요한 사무에 한정하여 구체적으로 열거하여 규정하되, 둘 이상인 경우에는 각 호로 규정한다. 이 경우 과태료 부과·징수 사무는 「질서위반행위규제법 시행령」에서 고유식별정보의 처리 근거를 규정하고 있으므로 개별 법령에서는 그 처리 근거 규정을 두지 않도록 한다. 또한, 민감정보 또는 고유식별정보를 처리하는 사무의 목적을 보다 구체적으로 규정하여 개인정보 처리 범위 등을 명확하게 할 필요가 있다.

[입법례]

교육시설 등의 안전 및 유지관리 등에 관한 법률 시행령

제28조(고유식별정보의 처리) 교육부장관은 법 제33조제1항·제2항 및 영 제25조제2항제1호에 따른 전문기관의 지정 또는 지정취소를 위한 업무수행에 필요한 조직과 인력의 보유 상황을 확인하기 위하여 불가피한 경우 「개인정보 보호법 시행령」 제19조제1호 또는 제4호에 따른 주민등록번호 또는 외국인등록번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

처리 대상인 정보의 종류는 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 민감정보 또는 같은 법 시행령 제19조에 따른 고유식별정보 중에서 필요한 정보에 한정하여 구체적으로 열거하여

507) 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제2조제1호의2(가목2)에 따른 개인식별번호를 인용하는 조항에 대해서는 “개인식별번호의 처리”로 조 제목을 일치시켜야 한다.

508) 이 경우 사무를 재위임이나 재위탁받은 주체까지 포함하여 규정할 지는 사무의 성격과 재위임·재위탁의 필요성 등을 고려하여 개별적으로 정하도록 한다.

규정해야 하며, 해당 정보의 처리가 가능한 사무를 한정하여 규정할 필요가 있다.

특히, 범죄경력자료의 경우 사무 중 해당 정보가 필요한 범위를 최대한 구체적으로 특정하여 규정하도록 한다.

[입법례]

농업·농촌 공익기능 증진 직접지불제도 운영에 관한 법률 시행령⁵⁰⁹⁾

제64조(민감정보 및 고유식별정보 등의 처리) ① 농림축산식품부장관(해당 권한이 위임·위탁된 경우에는 그 권한을 위임·위탁받은 자를 포함한다)은 다음 각 호의 사무를 수행하기 위해 불가피한 경우 「개인정보 보호법」 제23조에 따른 건강에 관한 정보(제1호, 제5호, 제6호, 제8호, 제11호 및 제12호 사무로 한정한다), 같은 법 시행령 제18조제2호에 따른 범죄경력자료에 해당하는 정보(제5호, 제11호 및 제12호 사무로 한정한다), 같은 영 제19조제1호, 제2호 또는 제4호에 따른 주민등록번호, 여권번호 또는 외국인등록번호와 「재외동포의 출입국과 법적 지위에 관한 법률」 제7조제1항에 따른 국내거소신고번호가 포함된 자료를 처리할 수 있다.

1. ~ 4. (생략)

5. 법 제17조에 따른 기본직접지불금 등록사항 및 준수사항 등에 대한 조사에 관한 사무(범죄경력자료에 해당하는 정보의 처리는 기본직접지불금 등록사항에 관한 사실을 조사하는 경우로 한정한다)

6. ~ 10. (생략)

11. 법 제36조에 따른 정보화 및 자료제공의 요청 등에 관한 사무(범죄경력자료에 해당하는 정보의 처리는 공익직접지불금의 등록 및 지급 적정성을 확인하는 경우로 한정한다)

12. 법 제37조에 따른 공익직접지불금 신청자와 수령자의 정보 공개 및 이에 대한 이의신청의 접수·조사·통보에 관한 사무(범죄경력자료에 해당하는 정보의 처리는 이의신청에 대한 사실 여부를 조사하는 경우로 한정한다)

13. ~ 16. (생략)

② (생략)

509) 건강정보와 범죄경력자료에 해당하는 정보를 처리할 수 있는 사무를 한정(각 호 외의 부분)하고, 특히 범죄경력자료에 해당하는 정보의 경우 해당 정보를 처리할 수 있는 범위를 최대한 구체적으로 특정(제5호·제11호·제12호)하고 있다.

10. 공표

가. 의의 및 필요성

‘행정상 공표’란 국민에게 일정한 사항을 알리는 것을 말한다. 공표 외에 공개 등의 용어를 사용하기도 한다. 공표는 정보를 제공하는 기능을 수행하는 공표(정보제공적 성격의 공표)와 행정의 실효성 확보를 위한 수단으로서의 공표(제재적 성격의 공표)로 크게 구분되는데, 최근에는 정보제공적 성격을 갖는 공표 중에서도 경고적 성격을 동시에 갖는 공표가 늘어나고 있다. 공표는 그 성질에 따라 법적 규율이 다르기 때문에 공표의 성질을 먼저 확인할 필요가 있다.

공표는 공권력 행사에 해당하지 않아 절차적 제약 없이 신속하게 발동할 수 있다는 점, 물리력을 행사하지 않고 행정 목적을 달성할 수 있다는 점에서 효용성을 갖는다고 할 것이나, 권리보호를 위한 사전 절차가 마련되어 있지 않아 공표가 남용될 경우 구제가 어렵고, 사생활의 비밀과 자유 보장과의 조화 등이 문제가 될 수 있으므로, 비례원칙, 부당결부 금지 원칙 등에 대한 신중한 검토를 통해 그 도입 여부가 결정되어야 할 것이다.

나. 성질

공표는 그 자체로서 어떤 법적 효과가 발생하지 않는 사실행위로서의 통지이고, 사실행위 중 비권력적 사실행위로 보는 것이 일반적인 견해이지만, 행정기관에 의해 일방적으로 행해지고 그로 인하여 국민의 명예, 신용 또는 사생활의 비밀과 자유가 훼손될 우려가 있으므로 권력적 사실행위로 볼 여지도 있다고 할 것이다.

정보제공적 성격의 공표는 행정기관 사무처리의 객관성과 공정성을 확보하기 위해 일반에게 공개하는 규정으로, 현행 법령상 「행정절차법」 제19조 및 제20조, 「행정규제기본법」 제3조제3항, 제6조제2항 및 제35조 등을 예로 들 수 있다.

[입법례] 정보제공적 성격의 공표 사례

행정절차법

제19조(처리기간의 설정·공표) ① 행정청은 신청인의 편의를 위하여 처분의 처리기간을 종류별로 미리 정하여 공표하여야 한다.

② ~ ⑤ (생략)

제20조(처분기준의 설정·공표) ① 행정청은 필요한 처분기준을 해당 처분의 성질에 비추어 되도록 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.

② ~ ④ (생략)

정보제공적 성격의 공표 중 경고적 성격의 공표는 국민의 생명·신체와 같은 중대한 법익을 보호하기 위해 긴급히 정보를 제공해야 할 필요가 있는 경우 이를 일반에게 공개하는 규정으로, 현행 법령상 「어린이제품 안전 특별법」 제8조(어린이제품 안전성조사 결과 위해 여부 의심되는 경우 그 사실의 공표), 「식품위생법」 제15조의2(식품의 위해 여부 의심되는 경우 등에 관한 공표) 등을 예로 들 수 있다.

[입법례] 경고적 성격의 공표 사례

어린이제품 안전 특별법

제8조(안전성조사 결과 등에 관한 공표) ① 산업통상부장관은 제6조에 따른 안전성조사 결과에 관한 사항을 공표할 수 있다.

② 중앙행정기관의 장, 시·도지사, 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다) 또는 대통령령으로 정하는 공공기관의 장은 어린이제품의 위해 여부 의심되는 경우로서 그 사실을 공표하려는 경우에는 산업통상부장관에게 그 사실을 미리 알려야 한다.

③ 제1항에 따른 공표방법 등 공표에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

식품위생법

제15조의2(위해평가 결과 등에 관한 공표) ① 식품의약품안전처장은 제15조에 따른 위해평가 결과에 관한 사항을 공표할 수 있다.

② 중앙행정기관의 장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다), 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다) 또는 대통령령으로 정하는 공공기관의 장은 식품의 위해 여부 의심되는 경우나 위해와 관련된 사실을 공표하려는 경우로서 제15조에 따른 위해평가가 필요한 경우에는 반드시 식품의약품안전처장에게 그 사실을 미리 알리고 협의하여야 한다.

③ 제1항에 따른 공표방법 등 공표에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제재적 성격의 공표는 의무위반이나 의무불이행의 내용을 일반에게 공개하는 규정으로, 「행정절차법」 제40조의3(’22. 7. 12. 시행)⁵¹⁰⁾에서 제재적 성격의 공표에 관한 공통 절차 등을 규정하고 있다. 개별 법령에서 제재적 성격의 공표를 규정한 예로는 「공직자윤리법」 제8조의2제2항제3호(공직자가 허위재산을 등록한 경우 일간신문 광고란을 통한 허위등록 사실 공표), 「국세기본법」 제85조의5(고액·상습채납자 명단 공개), 「식품위생법」 제84조(법 위반 영업자의 영업정보 공표) 등을 들 수 있다.

[입법례] 제재적 성격의 공표 사례

공직자윤리법
<p>제8조의2(심사결과의 처리) ① 공직자윤리위원회는 제8조에 따른 등록사항의 심사(제9조의2에 따른 재심사를 포함한다) 결과 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 제2항에 따른 필요한 조치를 하여야 한다.</p> <p>1. ~ 4. (생략)</p> <p>② 제1항의 필요한 조치는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치로 한다.</p> <p>1. · 2. (생략)</p>

510) 「행정절차법」

- 제40조의3(위반사실 등의 공표) ① 행정청은 법령에 따른 의무를 위반한 자의 성명·법인명, 위반사실, 의무 위반을 이유로 한 처분사실 등(이하 “위반사실등”이라 한다)을 법률로 정하는 바에 따라 일반에게 공표할 수 있다.
- ② 행정청은 위반사실등의 공표를 하기 전에 사실과 다른 공표로 인하여 당사자의 명예·신용 등이 훼손되지 아니하도록 객관적이고 타당한 증거와 근거가 있는지를 확인하여야 한다.
- ③ 행정청은 위반사실등의 공표를 할 때에는 미리 당사자에게 그 사실을 통지하고 의견제출의 기회를 주어야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
1. 공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 공표를 할 필요가 있는 경우
 2. 해당 공표의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 타당한 이유가 있는 경우
 3. 당사자가 의견제출의 기회를 포기한다는 뜻을 명백히 밝힌 경우
 - ④ 제3항에 따라 의견제출의 기회를 받은 당사자는 공표 전에 관할 행정청에 서면이나 말 또는 정보통신망을 이용하여 의견을 제출할 수 있다.
 - ⑤ 제4항에 따른 의견제출의 방법과 제출 의견의 반영 등에 관하여는 제27조 및 제27조의2를 준용한다. 이 경우 “처분”은 “위반사실등의 공표”로 본다.
 - ⑥ 위반사실등의 공표는 관보, 공보 또는 인터넷 홈페이지 등을 통하여 한다.
 - ⑦ 행정청은 위반사실등의 공표를 하기 전에 당사자가 공표와 관련된 의무의 이행, 원상회복, 손해배상 등의 조치를 마친 경우에는 위반사실등의 공표를 하지 아니할 수 있다.
 - ⑧ 행정청은 공표된 내용이 사실과 다른 것으로 밝혀지거나 공표에 포함된 처분이 취소된 경우에는 그 내용을 정정하여, 정정한 내용을 지체 없이 해당 공표와 같은 방법으로 공표된 기간 이상 공표하여야 한다. 다만, 당사자가 원하지 아니하면 공표하지 아니할 수 있다.

- 3. 일간신문 광고란을 통한 허위등록사실의 공표
- 4. (생략)
- ③ ~ ⑥ (생략)

국세기본법

제85조의5(불성실기부금수령단체 등의 명단 공개) ① 국세청장은 제81조의13과 「국제조세조정에 관한 법률」 제57조에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자의 인적사항 등을 공개할 수 있다. 다만, 체납된 국세가 이의신청·심사청구 등 불복청구 중에 있거나 그 밖에 대통령령으로 정하는 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

- 1. (생략)
- 2. 대통령령으로 정하는 불성실기부금수령단체(이하 이 조에서 “불성실기부금수령단체”라 한다)의 인적사항, 국세추징명세 등
- 3. 「조세범 처벌법」 제3조제1항, 제4조 및 제5조에 따른 범죄로 유죄판결이 확정된 자로서 「조세범 처벌법」 제3조제1항에 따른 포탈세액 등이 연간 2억원 이상인 자(이하 “조세포탈범”이라 한다)의 인적사항, 포탈세액 등
- 4. 「국제조세조정에 관한 법률」 제53조제1항에 따른 계좌신고의무자로서 신고기한 내에 신고하지 아니한 금액이나 과소 신고한 금액이 50억원을 초과하는 자(이하 이 조에서 “해외금융계좌 신고의무 위반자”라 한다)의 인적사항, 신고의무 위반금액 등
- 5. 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 제8조의2에 따른 범죄로 유죄판결이 확정된 사람(이하 “세금계산서발급의무등위반자”라 한다)의 인적사항, 부정 기재한 공급가액 등의 합계액 등
- ② ~ ⑥ (생략)

다. 규정 방식

제재적 성격의 공표는 행정상 제재기능을 수행하고, 행정의 상대방의 기본권을 침해할 우려가 있다는 점에서 법률상 근거가 필요하다. 「행정절차법」 제40조의3제1항에서는 위반 사실 등 공표의 근거를 법률에 두도록 하고 있다.

또한, 제재적 성격의 공표를 법률에 규정할 때에는 개인의 인격권 및 사생활의 비밀과 자유를 제한하는 측면이 있으므로 공표를 통해 달성하려는 공익과 제한되는 사익을 비교衡量하여 과잉금지의 원칙이 준수될 수 있도록 해야 한다. 이를 고려하여 「행정절차법」에

서는 공표 전 의견제출 절차(제2항부터 제5항), 공표방식(제6항), 의무위반이 해소되거나 공표 내용이 잘못된 경우의 처리(제7항, 제8항)를 규정하고 있다. 따라서 제재적 성격의 공표의 경우 개별 법령에서는 「행정절차법」에서 정한 내용과 중복되는 내용을 규정할 필요는 없다. 다만 「행정절차법」에서 공통으로 규정하는 절차 이외에도, 당사자의 권익 보호를 위해 사전 심의 절차를 규정하거나, 위반행위의 내용 및 정도, 위반 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 발생한 피해의 범위 및 결과 등을 공표 시에 감안하도록 명문의 규정을 두는 방법도 고려해 볼 수 있다.

[입법례] 사전 심의 절차를 규정한 사례

하도급거래 공정화에 관한 법률

제25조의4(상습법위반사업자 명단공표) ① 공정거래위원회 위원장은 제27조제3항에 따라 준용되는 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제119조에도 불구하고 직전연도부터 과거 3년간 이 법 위반을 이유로 공정거래위원회로부터 경고, 제25조제1항에 따른 시정조치 또는 제25조의5 제1항에 따른 시정권고를 3회 이상 받은 사업자 중 제26조제2항에 따른 별점이 대통령령으로 정하는 기준을 초과하는 사업자(이하 이 조에서 “상습법위반사업자”라 한다)의 명단을 공표하여야 한다. 다만, 이의신청 등 불복절차가 진행 중인 조치는 제외한다.

② 공정거래위원회 위원장은 제1항 단서의 불복절차가 종료된 경우, 다음 각 호에 모두 해당하는 자의 명단을 추가로 공개하여야 한다.

1. 경고 또는 시정조치가 취소되지 아니한 자
 2. 경고 또는 시정조치에 불복하지 아니하였으면 상습법위반사업자에 해당하는 자
- ③ 제1항 및 제2항에 따른 상습법위반사업자 명단의 공표 여부를 심의하기 위하여 공정거래위원회에 공무원인 위원과 공무원이 아닌 위원으로 구성되는 상습법위반사업자명단공표심의위원회(이하 이 조에서 “심의위원회”라 한다)를 둔다.
- ④ 공정거래위원회는 심의위원회의 심의를 거친 공표대상 사업자에게 명단공표대상자임을 통지하여 소명기회를 부여하여야 하며, 통지일부터 1개월이 지난 후 심의위원회로 하여금 명단공표 여부를 재심의하게 하여 공표대상자를 선정한다.
- ⑤ 제1항 및 제2항에 따른 공표는 관보 또는 공정거래위원회 인터넷 홈페이지에 게시하는 방법에 의한다.
- ⑥ 심의위원회의 구성, 그 밖에 상습법위반사업자 명단공표와 관련하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[입법례] 위반행위의 내용 등을 고려하도록 규정한 사례

먹는물관리법 시행령

제19조의2(위반사실 등의 공표) ① 기후에너지환경부장관 또는 시·도지사는 법 제51조의2에 따라 처분과 관련된 정보를 공표하려는 경우 위반행위의 내용 및 정도, 위반 기간 및 횟수, 위반행위로 인하여 발생한 피해의 범위 및 결과 등을 고려하여야 한다.

② ~ ④ (생략)

한편, 경고적 성격을 갖는 정보제공적 공표의 경우에도 제재적 성격의 공표와 마찬가지로 당사자에 대한 기본권 침해가능성이 큰 경우가 많으므로, 제재적 공표에 준하여 소명기회 부여, 공표 원인 해소 시 정정 공표 의무 부과 등에 관한 규정을 둘 필요가 있다.

11. 행정쟁송

가. 개관

‘행정쟁송’은 행정법 관계에서 발생하는 법적 분쟁을 당사자의 청구에 의하여 심리·판정하는 절차를 말한다. 행정소송과 행정심판이 주된 것이지만 넓은 의미에서는 이의신청 등 간이한 쟁송절차를 포함한다. 그 중 행정소송은 정식쟁송절차이고 나머지는 약식쟁송절차이다.

행정소송은 법원이, 행정심판과 이의신청 등의 간이 쟁송절차는 행정청이 심리의 주체가 된다.

행정쟁송 규정은 보칙의 장에 규정하는 것이 통일성을 확보하고 검색의 편의를 높이기 위해 바람직하다. 특히, 행정쟁송의 근거 규정이 둘 이상의 조문으로 되어 있으면 보칙의 장에서 일괄하여 규정을 두는 것이 입법경제상으로도 바람직할 것이다. 다만, 오직 특정 사안에 대하여만 행정쟁송 규정을 두는 경우에는 해당 내용을 규정한 실체규정에서 하나의 조 또는 항으로 행정쟁송을 규정하여 이해의 편의를 도모할 수 있다.

나. 행정소송

1) 개별법상 「행정소송법」에 대한 특례 규정의 필요성

행정소송에 관해서는 일반법인 「행정소송법」이 있으므로 개별 법률에서 행정소송에 관하여 규정할 필요는 없다. 그러나 행정처분의 성격상 제소에 대해 의문이 있는 경우, 민중소송이나 기관소송 등 특수한 소송형태를 인정하는 경우, 관할 법원을 다르게 정할 필요가 있는 경우, 그 밖에 행정소송의 심리절차상 특례를 두어야 할 필요가 있는 경우 등에는 그에 관한 규정을 개별 법률에서 따로 규정해야 하며, 이런 규정은 일반법인 「행정소송법」에 대한 특례를 정하는 것이므로 법률에서 규정해야 한다.

2) 「행정소송법」에 대한 특례의 규정 방식

가) 행정소송의 제기 대상

「행정소송법」상 행정청에는 법령에 따라 행정권한의 위임 또는 위탁을 받은 행정기관, 공공단체 및 그 기관 또는 사인이 포함된다(「행정소송법」 제2조제2항). 따라서 법령에 따라 행정권한이 위임 또는 위탁되면 행정기관이 아닌 기관이나 개인을 상대로 행정소송을 제기할 수 있다. 그러나 일반 국민의 시각에서 보면, 법률에 따라 직접 공단 등에 업무가 부여된 경우와 같이 행정권한이 위탁되어 행정기관이 아닌 자가 처분을 하면 그것이 행정소송의 대상이 되는지가 불명확한 경우가 적지 않으므로, 이와 같은 경우에는 해당 행위에 대해 행정소송을 제기할 수 있는지를 명문으로 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례]

국민건강보험법

제90조(행정소송) 공단 또는 심사평가원의 처분에 이의가 있는 자와 제87조에 따른 이의신청 또는 제88조에 따른 심판청구에 대한 결정에 불복하는 자는 「행정소송법」에서 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.

나) 행정소송의 제기기간 등

행정소송의 제기기간을 규정하거나 관할 법원 등을 「행정소송법」과 달리 규정하려는 경우에도 법률에서 이를 명시해야 한다. 행정소송 전에 이의신청을 제기하는 경우의 행정소송 제기기간은 「행정기본법」에서 명시적으로 규정하고 있다.⁵¹¹⁾

[입법례] 제소기간에 대한 특례를 규정한 사례⁵¹²⁾

공무원의 노동조합 설립 및 운영 등에 관한 법률

제16조(중재재정의 확정 등) ① 관계 당사자는 중앙노동위원회의 중재재정이 위법하거나 월권(越權)에 의한 것이라고 인정하는 경우에는 「행정소송법」 제20조에도 불구하고 중재재정서를 송달 받은 날부터 15일 이내에 중앙노동위원회 위원장을 피고로 하여 행정소송을 제기할 수 있다.
② ~ ⑥ (생략)

[입법례] 관할 법원에 대한 특례를 규정한 사례⁵¹³⁾

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제100조(불복의 소의 전속관할) 제99조에 따른 불복의 소는 서울고등법원을 전속관할로 한다.

511) 「행정기본법」

제36조(처분에 대한 이의신청) ④ 이의신청에 대한 결과를 통지받은 후 행정심판 또는 행정소송을 제기하려는 자는 그 결과를 통지받은 날(제2항에 따른 통지기간 내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 같은 항에 따른 통지기간이 만료되는 날의 다음날을 말한다)부터 90일 이내에 제1항의 처분(이의신청 결과 처분이 변경된 경우에는 변경된 처분으로 한다)에 대하여 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

512) 「행정소송법」

제20조(제소기간) ① 취소소송은 처분등이 있음을 안 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제18조제1항 단서에 규정한 경우와 그 밖에 행정심판청구를 할 수 있는 경우 또는 행정청이 행정심판청구를 할 수 있다고 잘못 알린 경우에 행정심판청구가 있는 때의 기간은 재결서의 정본을 송달받은 날부터 기산한다.
② 취소소송은 처분등이 있는 날부터 1년(제1항 단서의 경우는 재결이 있는 날부터 1년)을 경과하면 이를 제기하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 때에는 그러하지 아니하다.
③ 제1항의 규정에 의한 기간은 불변기간으로 한다.

513) 「행정소송법」

제9조(재판관할) ① 취소소송의 제1심관할법원은 피고의 소재지를 관할하는 행정법원으로 한다.
② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 피고에 대하여 취소소송을 제기하는 경우에는 대법원소재지를 관할하는 행정법원에 제기할 수 있다.
1. 중앙행정기관, 중앙행정기관의 부속기관과 합의를행정기관 또는 그 장
2. 국가의 사무를 위임 또는 위탁받은 공공단체 또는 그 장
③ 토지의 수용 기타 부동산 또는 특정의 장소에 관계되는 처분등에 대한 취소소송은 그 부동산 또는 장소의 소재지를 관할하는 행정법원에 이를 제기할 수 있다.

특허법

제186조(심결등에 대한 소) ① 특허취소결정 또는 심결에 대한 소 및 특허취소신청서·심판청구서
· 재심청구서의 각하결정에 대한 소는 특허법원의 전속관할로 한다.
② ~ ⑦ (생략)
⑧ 제1항에 따른 특허법원의 판결에 대하여는 대법원에 상고할 수 있다.

다) 행정소송의 피고 명시

행정소송의 피고적격은 「행정소송법」에서 처분 등을 행한 행정청으로 규정되어 있다. 따라서 행정소송의 피고를 이와 달리 정하려면 법률에 명문의 규정을 두어야 한다.

[입법례]

국가공무원법

제16조(행정소송과의 관계) ① (생략)
② 제1항에 따른 행정소송을 제기할 때에는 대통령의 처분 또는 부작위의 경우에는 소속 장관(대통령령으로 정하는 기관의 장을 포함한다. 이하 같다)을, 중앙선거관리위원회위원장의 처분 또는 부작위의 경우에는 중앙선거관리위원회사무총장을 각각 피고로 한다.

라) 행정소송 심리절차의 특례 인정

「행정소송법」에서 규정하는 소송의 심리절차와는 달리 규정할 필요가 있으면 그에 관한 사항은 법률로 규정하도록 한다.

[입법례]

공공기관의 정보공개에 관한 법률

제20조(행정소송) ① 청구인이 정보공개와 관련한 공공기관의 결정에 대하여 불복이 있거나 정보공개 청구 후 20일이 경과하도록 정보공개 결정이 없는 때에는 「행정소송법」에서 정하는 바에 따라 행정소송을 제기할 수 있다.

- ② 재판장은 필요하다고 인정하면 당사자를 참여시키지 아니하고 제출된 공개 청구 정보를 비공개로 열람·심사할 수 있다.
- ③ 재판장은 행정소송의 대상이 제9조제1항제2호에 따른 정보 중 국가안전보장·국방 또는 외교관계에 관한 정보의 비공개 또는 부분 공개 결정처분인 경우에 공공기관이 그 정보에 대한 비밀 지정의 절차, 비밀의 등급·종류 및 성질과 이를 비밀로 취급하게 된 실질적인 이유 및 공개를 하지 아니하는 사유 등을 입증하면 해당 정보를 제출하지 아니하게 할 수 있다.

마) 특수한 소송의 인정

민중소송·기관소송 등 특수한 형태의 소송은 ‘법률이 정한 경우에 법률에 정한 자에 한 하여’ 제기할 수 있다(「행정소송법」 제45조). 따라서 이와 같은 특수한 형태의 소송을 인정하려면 최소한 법률에서 해당 소송을 제기할 수 있는 경우와 원고적격을 명시해야 한다.

[입법례]

지방자치법

제22조(주민소송) ① 제21조제1항에 따라 공금의 지출에 관한 사항, 재산의 취득·관리·처분에 관한 사항, 해당 지방자치단체를 당사자로 하는 매매·임차·도급 계약이나 그 밖의 계약의 체결·이행에 관한 사항 또는 지방세·사용료·수수료·과태료 등 공금의 부과·징수를 게을리한 사항을 감사 청구한 주민은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에 그 감사 청구한 사항과 관련이 있는 위법한 행위나 업무를 게을리한 사실에 대하여 해당 지방자치단체의 장(해당 사항의 사무처리에 관한 권한을 소속 기관의 장에게 위임한 경우에는 그 소속 기관의 장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 상대방으로 하여 소송을 제기할 수 있다.

- 1. ~ 4. (생략)
- ② ~ ⑩ (생략)

지방자치법

제192조(지방의회 의결의 재의와 제소) ① ~ ③ (생략)

④ 지방자치단체의 장은 제3항에 따라 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단되면 재의결된 날부터 20일 이내에 대법원에 소를 제기할 수 있다. 이 경우 필요하다고 인정되면 그 의결의 집행을 정지하게 하는 집행정지결정을 신청할 수 있다.

⑤ 주무부장관이나 시·도지사는 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 판단됨에도 불구하고 해당 지방자치단체의 장이 소를 제기하지 아니하면 시·도에 대해서는 주무부장관, 시·군 및 자치구에 대해서는 시·도지사(제2항에 따라 주무부장관이 직접 재의 요구 지시를 한 경우에는 주무부장관을 말한다. 이하 이 조에서 같다)가 그 지방자치단체의 장에게 제소를 지시하거나 직접 제소 및 집행정지결정을 신청할 수 있다.

⑥ ~ ⑨ (생략)

3) 행정심판과의 관계 설정

1998년 3월 1일 「행정소송법」의 시행(법률 제4770호, 1994. 7. 27. 공포)으로 종전의 행정심판 필수전치주의가 폐지됨에 따라, 종전과 달리 행정심판을 거치지 않고 바로 법원에 행정소송을 제기할 수 있게 되었다(「행정소송법」 제18조제1항 본문). 그러나 개별 법률에서 행정심판의 재결을 거치지 않으면 행정소송을 제기할 수 없도록 규정한 경우에는 그에 따르도록 하고 있으므로(「행정소송법」 제18조제1항 단서), 행정소송 전에 반드시 행정심판을 거치도록 할 필요가 있으면 개별 법률에 그 근거를 두어야 한다.

어떤 경우에 행정심판 전치주의를 택할 것인가와 관련하여 일반적인 기준은 없으나, 현행 법상 ① 운전면허취소처분이나 조세부과처분과 같이 대량으로 하는 처분으로서 행정심판에 의하여 행정의 통일성을 기할 필요가 있는 경우, ② 특허 등 전문기술적인 성격을 띠는 경우, ③ 행정심판의 재결을 제3자적 독립성이 확보된 합의제 의결기관이 하는 경우 등에 행정심판 전치주의가 채택되고 있다.

[입법례] 행정소송 전 행정심판 등을 거치도록 규정한 사례

도로교통법

제142조(행정소송과의 관계) 이 법에 따른 처분으로서 해당 처분에 대한 행정소송은 행정심판의 재결(裁決)을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

관세법

제120조(「행정소송법」 등과의 관계) ① (생략)

② 제119조에 따른 위법한 처분에 대한 행정소송은 「행정소송법」 제18조제1항 본문, 제2항 및 제3항에도 불구하고 이 법에 따른 심사청구 또는 심판청구와 그에 대한 결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다. 다만, 심사청구 또는 심판청구에 대한 제128조제1항제3호 후단(제131조에서 「국세기본법」을 준용하는 경우를 포함한다)의 재조사 결정에 따른 처분청의 처분에 대한 행정소송은 그러하지 아니하다.

③ 제2항 본문에 따른 행정소송은 「행정소송법」 제20조에도 불구하고 심사청구나 심판청구에 따른 결정을 통지받은 날부터 90일 이내에 제기하여야 한다. 다만, 제128조제2항 본문 또는 제131조에 따른 결정기간 내에 결정을 통지받지 못한 경우에는 제2항에도 불구하고 결정을 통지받기 전이라도 그 결정기간이 지난 날부터 행정소송을 제기할 수 있다.

④ ~ ⑥ (생략)

국가공무원법

제16조(행정소송과의 관계) ① 제75조에 따른 처분, 그 밖에 본인의 의사에 반한 불리한 처분이나 부작위(不作爲)에 관한 행정소송은 소청심사위원회의 심사·결정을 거치지 아니하면 제기할 수 없다.

② (생략)

다. 행정심판

1) 개별법상 「행정심판법」에 관한 특례 규정의 필요성

행정청의 위법·부당한 처분에 대한 불복 절차에 관하여는 일반법인 「행정심판법」이 있으므로, 개별 법률에서 이에 관한 규정을 따로 규정할 필요는 없다.

그러나 행정심판의 일반법인 「행정심판법」의 적용 대상으로는 적정하지 않은 경우, 해당 처분의 전문성·특수성이 인정되는 경우, 행정법관계의 조속한 안정을 위해 불복기간 등의 단축이 필요한 경우 등에는 개별 법률에서 특례를 규정할 필요가 있으며, 그 밖에 행정청이 아닌 자의 처분에 대해 행정심판을 청구할 수 있는지 의문이 있는 경우 등에도 이를 명확하게 하기 위해 개별 법률에서 관련 규정을 둘 필요가 있을 수 있다. 이와 같이 「행정심판법」의 적용 대상에서 제외하거나 특례를 인정해야 하는 경우에는 법률에 근거를 두어야 한다.

개별 법률에서 행정심판 제도에 대한 특례를 규정하는 경우에 「행정심판법」에 대한 예외를 어느 정도까지 인정할 것인가 하는 문제는 입법정책에 속하는 사안이나, 이를 너무 확대하여 인정하면 행정심판 제도를 도입한 원래의 입법취지에 맞지 않는 결과를 초래할 수 있으므로 각 개별법을 제정·개정할 때 신중하게 검토할 필요가 있다.

사안의 전문성과 특수성 때문에 일반행정심판절차가 아닌 특별행정심판절차를 채택하려는 경우에도 마찬가지이다.

2) 「행정심판법」에 대한 특례의 규정 방식

행정심판에 대한 특례를 규정하는 방식에는 i) 「행정심판법」에 따른 일반행정심판절차 전반을 같음하여 개별 법률에서 정하는 절차에 따르도록 하는 방식과 ii) 원칙적으로 「행정심판법」에 의한 절차에 따르도록 하면서 개별 법률의 특성상 심판기관, 심판청구기간 등 몇 가지 사항에 관하여만 특례를 규정하는 방식이 있다.

가) 「행정심판법」에 같음하는 특별절차를 규정하는 방식

「행정심판법」 제3조제1항에서는 행정청의 처분 또는 부작위에 대한 행정심판의 제기는 다른 법률에 특별한 규정이 있으면 그 법률의 규정에 따르도록 규정하고 있다. 따라서 개별 법률에 행정심판절차에 관한 특례를 규정하였으면 그 절차에 따르게 되는데, 그 절차를 보통 ‘특별행정심판절차’라고 부른다.

특별행정심판절차에 대해서는 법령에서 주로 ‘심사청구’, ‘심판청구’, ‘재심사청구’ 등의 명칭을 사용하고 있으며, 특별심판기관을 설치하는 등 「행정심판법」에 따른 행정심판절차에 준하는 특별행정심판절차를 정한 경우로는 조세심판, 특허심판, 소청 제도와 토지수용에 대한 이의신청 제도 등이 있다.

특별행정심판절차도 행정심판절차이므로, 헌법이 요청하는 바에 따라 그 심판절차에 사법절차가 준용되도록 해야 한다. 따라서 법률에서 특별행정심판절차를 규정하려면 그 절차가 사법절차에 준하는 것으로 판단될 정도로 심판기관과 절차를 설계해야 한다. 법령 상으로 어떤 것이 사법절차에 준하는 것인가에 대해서는 아무런 규정이나 기준이 없으나, 일반적으로 「행정심판법」에 규정된 정도의 내용을 갖추어야 한다. 그에 따라, 최소한 심판기관의 제3자성을 확보하고, 심리절차를 대심구조화(對審構造化)해야 하며, 심리절차의 객관성을 보장할 필요가 있다. 현재의 입법례를 보면 「행정심판법」이 규정하고 있는 정도의 준사법절차를 따로 규정하고 있거나(예: 「국세기본법」 제7장에 규정된 조세심판, 「특허법」 제7장에 규정된 특허심판 등), 그 심판절차에 「행정심판법」을 준용한다는 규정을 두는 방식을 취하고 있다.

[입법례]

국세기본법

제55조(불복) ① 이 법 또는 세법에 따른 처분으로서 위법 또는 부당한 처분을 받거나 필요한 처분을 받지 못함으로 인하여 권리나 이익을 침해당한 자는 이 장의 규정에 따라 그 처분의 취소 또는 변경을 청구하거나 필요한 처분을 청구할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 처분에 대해서는 그러하지 아니하다.

1. 「조세법 처벌절차법」에 따른 통고처분
2. 「감사원법」에 따라 심사청구를 한 처분이나 그 심사청구에 대한 처분
3. 이 법 및 세법에 따른 과태료 부과처분

② ~ ⑨ (생략)

제67조(조세심판원) ① 심판청구에 대한 결정을 하기 위하여 국무총리 소속으로 조세심판원을 둔다.

② ~ ⑪ (생략)

특허법

제132조의16(특허심판원) ① 특허·실용신안에 관한 취소신청, 특허·실용신안·디자인·상표에 관한 심판과 재심 및 이에 관한 조사·연구 사무를 관장하게 하기 위하여 지식재산처장 소속으로 특허심판원을 둔다.

② ~ ④ (생략)

「행정심판법」 제51조에서 재심판청구를 금지하므로, 특별행정심판절차를 거친 경우에는 행정심판을 다시 제기할 수 없고 바로 행정소송 등 소송을 제기해야 하는데, 실제로 어떤 법률에서 규정하고 있는 불복절차가 특별행정심판절차인지 아닌지를 판단하기 어려운 경우가 많다.

그러나 그 절차가 ‘특별행정심판절차’라고 선언하는 방법은 따로 없으므로, 그 절차를 거치면 다시 행정심판을 청구할 수 없다는 명문의 규정을 두는 방식을 취하거나 해당 절차의 결과를 행정심판의 재결로 보도록 하는 규정을 두는 방식을 취하는 것이 보통이다. 후자의 방식은 행정심판 전치주의가 적용되던 시기에 생긴 입법례로서 전치주의가 임의절차화된 현재에는 굳이 이 방식을 따라야 할 이유가 없으므로, 전자의 방식 즉 그 절차를 거치면 다시 행정심판을 청구할 수 없다는 규정을 두는 것이 바람직하다.

[입법례] 특별행정심판을 거치면 행정심판을 청구할 수 없다고 규정한 사례

공무원연금법

제87조(심사의 청구) ① 급여에 관한 결정, 기여금의 징수, 그 밖에 이 법에 따른 급여에 관하여 이의가 있는 사람은 대통령령으로 정하는 바에 따라 「공무원 재해보상법」 제52조에 따른 공무원재해보상연금위원회에 심사를 청구할 수 있다.

② (생략)

③ 급여에 관한 결정, 기여금의 징수, 그 밖에 이 법에 따른 급여에 관하여는 「행정심판법」에 따른 행정심판을 청구할 수 없다.

나) 「행정심판법」상 일부 규정에 대한 특례를 규정하는 방식

원칙적으로 「행정심판법」에 따르면서도 해당 처분의 특성으로 인해 청구기간이나 재결청 등 몇 가지 사항에 대해서만 「행정심판법」에 대한 특례를 정하는 경우도 있다.

해당 행정의 특수성을 고려하더라도 행정심판 청구기간을 「행정심판법」상의 청구기간 보다 짧게 규정하는 것은 국민 입장에서 보면 심판청구기회를 제한하는 결과를 초래하므로 개별 법률에서 청구기간에 대한 특례를 규정할 필요성이 있는지에 대한 신중한 검토가 필요하다.

그리고 행정청이 아닌 자(예: 행정사무를 위탁받은 민간기관)의 처분에 대해 행정심판을 인정할 때에는 재결청을 어디로 할 것인가 하는 규정을 둘 필요가 있다. 주로 「행정심판법」의

규정상 재결정이 불명확하여 이를 개별법에서 명확히 할 필요가 있거나 행정의 효율성을 위해 「행정심판법」상의 재결청과는 다른 관청을 재결청으로 할 필요가 있는 경우에 고려되는 사항이다.

① 행정청이 아닌 자의 처분에 대한 심판기관의 규정 방식

행정청이 아닌 자가 처분을 하는 경우에는 우선 그 처분에 대해 행정심판을 할 수 있는지 의문이 생기고, 행정심판이 허용되는 경우 누구에게 청구해야 하는지 의문이 생긴다. 이와 같은 경우에는 법률에 명문의 규정을 두도록 한다.

[입법례]

도시개발법

제77조(행정심판) 이 법에 따라 시행자가 행한 처분에 불복하는 자는 「행정심판법」에 따라 행정심판을 제기할 수 있다. 다만, 행정청이 아닌 시행자가 한 처분에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 지정권자에게 행정심판을 제기하여야 한다.

② 행정심판위원회에 관한 특례를 정하는 방식

행정의 효율성을 위해 「행정심판법」상의 행정심판위원회와는 다른 관청을 행정심판위원회로 할 필요가 있으면 별도로 그에 관한 규정을 두어야 한다.

[입법례]

개발이익 환수에 관한 법률

제26조(행정심판의 특례) ① 개발부담금 등의 부과·징수에 이의가 있는 자는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」에 따른 중앙토지수용위원회에 행정심판을 청구할 수 있다.

② (생략)

③ 행정심판 청구기간과 청구이유에 관한 특례를 규정하는 방식

사안의 전문성과 특수성을 살리기 위해 특히 필요한 경우에는 「행정심판법」에 따른 행정

심판을 갈음하는 특별한 불복절차나 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 다른 법률로 정할 수 있다(「행정심판법」 제3조제1항).

다른 법률에서 특별행정심판이나 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 않은 사항에 관해서는 「행정심판법」이 적용된다.⁵¹⁴⁾

[입법례] 행정심판 청구기간의 특례를 규정한 사례⁵¹⁵⁾

택지개발촉진법
제27조(행정심판) 이 법에 따라 시행자가 한 처분에 대하여 이의가 있을 때에는 그 처분이 있는 것을 안 날부터 1개월 이내, 처분이 있는 날부터 3개월 이내에 지정권자에게 행정심판을 제기할 수 있다.

[입법례] 행정심판 청구이유를 제한한 사례

식물신제품 보호법
제73조(재정에 대한 불복이유의 제한) 재정에 대하여 「행정심판법」 제3조제1항에 따라 행정심판을 청구하거나 「행정소송법」에 따라 취소소송을 제기하는 경우에는 그 재정으로 정한 대가를 불복이유로 할 수 없다.

03
보칙 규정

514) 관계 행정기관의 장이 특별행정심판 또는 「행정심판법」에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 신설하거나 변경하는 법령을 제정·개정할 때에는 미리 중앙행정심판위원회와 협의하여야 한다(「행정심판법」 제4조 제3항).

515) 「행정심판법」

제27조(심판청구의 기간) ① 행정심판은 처분이 있음을 알게 된 날부터 90일 이내에 청구하여야 한다.
 ② 청구인이 천재지변, 전쟁, 사변(事變), 그 밖의 불가항력으로 인하여 제1항에서 정한 기간에 심판 청구를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 소멸한 날부터 14일 이내에 행정심판을 청구할 수 있다. 다만, 국외에서 행정심판을 청구하는 경우에는 그 기간을 30일로 한다.
 ③ 행정심판은 처분이 있었던 날부터 180일이 지나면 청구하지 못한다. 다만, 정당한 사유가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

3) 이의신청 등 간이 행정쟁송절차

처분에 대해 당사자의 이의가 있는 경우 해당 처분청에 이의를 신청하는 제도는 행정쟁송 제기 전에 간편하게 불복할 수 있는 기회를 제공하는 장점을 갖고 있다. 현행 개별법에는 이의신청, 불복, 재심 등 다양한 용어와 형태로 규정되어 있는데, ‘이의신청’이라는 명칭이 거의 대부분을 차지한다. 개별법상 특별히 「행정기본법」과 다른 명칭을 유지할 필요가 없다면 용어를 「행정기본법」과 동일하게 ‘이의신청’으로 통일하는 것이 바람직하다.

「행정기본법」이 제정됨에 따라 일반행정심판의 대상이 되는 처분(「행정심판법」 제3조에 따라 같은 법에 따른 행정심판법의 대상이 되는 처분을 말한다)에 대해서는 공통의 이의신청 방법 및 절차가 마련(2023. 3. 24. 시행)⁵¹⁶⁾ 되었으므로, 이러한 처분들에 대해서는

516) 「행정기본법」

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 결과를 통지받은 날(제2항에 따른 통지기간 내에 결과를 통지받지 못한 경우에는 같은 항에 따른 통지기간이 만료되는 날의 다음 날을 말한다)부터 90일 이내에 제1항의 처분(이의신청 결과 처분이 변경된 경우에는 변경된 처분으로 한다)에 대하여 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다.

⑤ 행정청은 제2항 또는 다른 법률에 따라 이의신청에 대한 결과를 통지할 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 제4항에 따른 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있는 기간 등 행정심판 또는 행정소송의 제기에 관한 사항을 함께 안내하여야 한다. 다만, 이의신청에 대한 결과를 통지하기 전에 이미 신청인이 행정심판 또는 행정소송을 제기한 경우에는 안내하지 아니할 수 있다.

⑥ 다른 법률에서 이의신청과 이에 준하는 절차에 대하여 정하고 있는 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 조에서 정하는 바에 따른다.

⑦ 제1항부터 제6항까지에서 규정한 사항 외에 이의신청의 방법 및 절차 등에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑧ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항에 관하여는 이 조를 적용하지 아니한다.

1. 공무원 인사 관계 법령에 따른 징계 등 처분에 관한 사항
2. 「국가인권위원회법」 제30조에 따른 진정에 대한 국가인권위원회의 결정
3. 「노동위원회법」 제2조의2에 따라 노동위원회의 의결을 거쳐 행하는 사항
4. 형사, 행정 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항
5. 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항
6. 과태료 부과 및 징수에 관한 사항

특별한 사정이 없으면 개별법에서 이에 관한 규정을 따로 둘 필요가 없다. 그러나 「행정기본법」상 이의신청에 대한 특례를 둘 필요가 있는 경우, 개별 법률에서 특별행정심판이 적용되도록 규정하고 있거나 일반행정심판의 적용이 배제되는 처분에 대해 이의신청 절차를 두어야 할 경우에는 개별 법률에서 관련 규정을 따로 둘 필요가 있다. 이 경우 이의신청 기간은 특별한 사정이 없으면 「행정기본법」 제36조제1항에 따른 신청기간(처분을 받은 날부터 30일 이내)보다 짧게 정하지 않도록 한다.

12. 손실보상(損失補償)

가. 손실보상의 의의

‘행정상 손실보상’이란 적법한 공권력 행사에 의한 재산상의 특별한 손해에 대해 사유재산권의 보장과 공평부담의 관점에서 행해지는 재산상 보상을 말한다. 헌법 제23조에 따른 재산권 보장규정⁵¹⁷⁾을 근거로 하고, 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」(이하 “토지보상법”이라 한다)이 손실보상에 관한 일반법적인 지위를 가지며, 다수의 개별 법률에서 손실보상에 관한 규정을 두고 있다.

나. 손실보상의 원인이 되는 행위

헌법상 손실보상의 원인이 되는 행위로는 공익을 목적으로 하는 토지 등의 수용·사용,⁵¹⁸⁾ 공익상 이유로 인한 광업권·어업권 등과 같은 인허가의 취소, 명령이나 처분,⁵¹⁹⁾ 토지

517) 「대한민국헌법」

제23조 ① 모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

② 재산권의 행사는 공공복리에 적합하도록 하여야 한다.

③ 공공필요에 의한 재산권의 수용·사용 또는 제한 및 그에 대한 보상은 법률로써 하되, 정당한 보상을 지급하여야 한다.

518) 2015. 12. 29. 신설된 토지보상법 제4조의2에서는 같은 법 제4조 또는 별표에 규정된 법률에 따르지 않고는 토지 등의 수용·사용을 정할 수 없고, 해당 별표는 토지보상법 외의 법률로는 개정할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서 개별법에서 토지 등의 수용·사용에 대해 규정하려면 토지보상법 개정안도 함께 입안을 추진해야 한다.

출입이나 일시 사용⁵²⁰⁾ 등이 있다. 손실보상 규정을 두는 경우에는 손실보상의 대상이 되는 행위가 무엇인지와 손실보상의 주체가 누구인지를 법률에서 명확히 규정해야 한다.

[입법례] 토지 등의 수용·사용에 대해 손실보상을 규정한 사례

석면안전관리법
<p>제36조(토지 등의 수용 또는 사용) ① 기후에너지환경부장관, 관계 중앙행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제7조에 따른 실태조사, 제8조제2항에 따른 조사, 제13조에 따른 자연발생석면영향조사, 제25조에 따른 슬레이트 시설물 등에 대한 석면조사를 위하여 필요한 경우에는 토지·건축물 또는 그 토지에 붙어 있는 물건을 수용하거나 사용할 수 있다.</p> <p>② 제1항에 따른 수용 및 사용에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용한다.</p>

[입법례] 인허가권 취소에 대해 손실보상을 규정한 사례

광업법
<p>제34조(공익상 이유에 따른 취소처분 등) ① 산업통상부장관은 광업이 공익을 해친다고 인정할 때에는 광업권의 취소 또는 광구의 감소처분을 하여야 한다.</p> <p>② 산업통상부장관은 국가중요건설사업지 또는 그 인접 지역의 광업권이나 광물의 채굴이 국가중요건설사업에 지장을 준다고 인정할 때에는 광업권의 취소 또는 그 지역에 있는 광구의 감소처분을 할 수 있다.</p> <p>③ 국가는 제1항과 제2항에 따른 광업권의 취소처분 또는 광구의 감소처분으로 발생한 손실을 해당 광업권자(취소처분에 따른 광업권의 광구 부분 또는 감소처분에 따른 광구 부분에 조광권이 설정되어 있는 경우에는 그 조광권자를 포함한다)에게 보상하여야 한다.</p> <p>④ ~ ⑦ (생략)</p>

토지 등의 수용·사용의 경우에는 침해가 중대하므로 손실보상에 관한 규정을 대부분 두고 있으나, 공익상의 이유로 인허가를 취소하거나, 명령 또는 처분 등을 하는 경우에는 별도의 손실보상 규정을 두지 않은 경우가 있다.⁵²¹⁾

519) 「기업도시개발 특별법」 제9조제4항 등

520) 「주택법」 제25조제1항 등

521) 손실보상 규정을 두고 있는 경우: 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제133조, 「자연재해대책법」 제69조, 「광업법」 제34조, 「어촌·어항법」 제51조 등

이처럼 공익상의 필요에 따라 재산적 가치가 있는 권리를 제한하는 경우에는 재산권 제한에 따른 손실보상 규정을 두어야 하는지에 대해 개별적으로 검토해야 한다. 영업 인허가나 개발행위 허가 등과 같이 인허가에 따라 구체적인 이익이 발생하는 경우 그 이익이 재산권자가 수인해야 하는 사회적 제약의 범위를 넘어 침해(특별한 희생)되는 때에는 손실보상 규정을 두는 것이 타당하며,⁵²²⁾ 그 외에 추상적 이익이나 기대이익에 불과한 경우에는 손실보상 규정을 별도로 두지 않는 것도 가능하다.

다. 손실보상의 규정 방식

손실보상은 공공의 필요에 따라 타인의 재산권을 제한하는 경우 형평의 원칙에 입각해서 손실을 보상하도록 한 헌법상 원칙에 따른 것이다. 따라서 손실보상의 기준과 절차는 재산권 보장을 위한 핵심적인 사항이므로 법률에 규정하도록 한다.

법률에서는 손실보상의무만을 규정하고 보상 기준이나 절차에 관하여는 법률의 위임 없이 시행령에서 규정하는 방식의 입법은 피하도록 하고 대통령령으로 위임하는 경우에도 포괄 위임이 되지 않도록 시행령 내용을 예측할 수 있을 정도의 사항을 법률에 규정해야 한다.

[입법례]

6·25 전사자유해의 발굴 등에 관한 법률

제13조(손실보상) ① 국방부장관은 타인에게 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 손실을 입힌 경우에는 보상을 하여야 한다.

1. 제9조의 조사·발굴에 따른 타인 토지등에의 출입·땅파기 등 일시 사용이나 농작물·과수 등의 피해에 따른 손실. 다만, 땅파기한 후 원상복구하는 경우는 제외한다.
2. 그 밖에 이 법에 따른 전사자유해의 조사·발굴 및 안장 등의 업무에 따라 타인에게 발생한 손실

손실보상 규정을 두지 않는 경우: 「농어촌정비법」 제116조, 「아시아문화중심도시 조성에 관한 특별법」 제50조, 「접경지역 지원 특별법」 제13조, 「주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법」 제11조 등
 522) 헌법재판소 결정례[헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 89헌마214, 90헌바16, 97헌바78(병합)]에서는 특별한 재산상의 희생에 해당하는 경우에 보상규정이 없다면 보상규정에 대한 입법의무가 발생하는 것으로 보고 있으므로, 특별한 희생에 해당하더라도 손실보상 규정이 없다면 관련 입법이 보완되기 전에는 현실적으로 손실보상을 받기는 어렵다.

- ② 제1항에 따른 손실보상의 기준에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」을 준용한다.
- ③ 제1항에 따른 손실보상의 절차 등은 대통령령으로 정한다.

라. 손실보상의 기준

손실보상의 기준에 대해서 많은 법률에서는 토지보상법의 기준을 준용하고 있으며, 그 밖에 “정당한 보상”, “상당한 보상”, “시가(時價) 보상”, “일반적으로 발생하는 손실 보상” 등의 추상적 표현으로 보상의 기준을 정한 경우도 있다.⁵²³⁾

헌법 제23조제2항에서 손실보상은 정당한 보상⁵²⁴⁾을 하도록 규정하고 있는바, 손실에 대해서는 정당한 보상을 하는 것이 당연하므로 “정당한 보상”으로 규정하거나 단순히 “손실을 보상하여야 한다”고 표현하는 것이 좋다. 다만, 시가로 하는 등의 별도의 산정 기준을 규정할 필요가 있는 경우에만 이를 규정하도록 한다.

마. 손실보상의 절차

손실보상 대상과 손실보상액 등의 결정 절차는 크게 토지수용위원회의 재결 절차에 따르도록 하는 경우와 행정기관의 장이 결정하는 별도의 절차를 두는 경우로 구분된다.

손실보상은 토지보상법이 일반법적인 지위에 있으므로 토지보상법에 따라 보상범위를 정할 수 있는 경우에는 토지수용위원회에 재결을 신청하도록 하여 토지보상법상의 절차를 따르도록 하고 있고, 주파수 회수, 주파수 재배치나 고압가스 폐기, 시설 봉인 등 토지보상법을 적용하기 어려운 손실보상의 경우에는 별도의 보상 절차를 두기도 한다.

523) 정당한 보상(「도시가스사업법」 제27조 등), 상당한 보상(「하수도법」 제29조 등), 시가 보상(「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행령」 제12조 등), 일반적으로 생길 수 있는 손실 보상(「농어촌정비법」 제38조 등)

524) 헌법 제23조제3항에 따른 “정당한 보상”이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하는 것이어야 한다는 완전보상을 뜻한다(헌법재판소 2001. 4. 26. 선고 2000헌바31 결정).

[입법례] 토지수용위원회의 재결에 따르도록 한 사례

자연재해대책법

제68조(손실보상) ① 국가나 지방자치단체는 제11조제1항에 따른 조치로 인하여 손실이 발생하였을 때에는 보상하여야 한다.

② 제1항에 따른 손실보상에 관하여는 손실을 입은 자와 그 조치를 한 중앙행정기관의 장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장이 협의하여야 한다.

③ 제2항에 따른 협의가 성립되지 아니하였을 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제51조에 따른 관할 토지수용위원회에 재결을 신청할 수 있다.

④ 제3항에 따른 재결에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제83조부터 제86조까지의 규정을 준용한다.

[입법례] 개별법에 별도 절차를 규정한 사례

전파법

제7조(주파수회수 또는 주파수재배치에 따른 손실보상 등) ① 과학기술정보통신부장관은 제6조의 2에 따라 주파수회수 또는 주파수재배치를 할 때에 해당 시설자와 제18조의2제3항에 따라 주파수의 사용승인을 받은 자(이하 “시설자등”이라 한다)에게 통상적으로 발생하는 손실을 보상하여야 한다. 다만, 다음 각 호의 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 시설자등의 요청에 따른 경우
 2. 국제전기통신연합이 모든 국가가 공통적으로 수용하여야 할 주파수 국제분배를 변경함에 따라 주파수분배를 변경한 경우
 3. 주파수의 용도가 제2순위 업무(해당 주파수를 운용할 때에 제1순위 업무를 보호하여야 하고, 제1순위 업무로부터 보호받을 수 없는 업무를 말한다. 이하 같다)인 주파수를 사용하는 경우
- ② 과학기술정보통신부장관은 제1항 각 호 외의 부분 본문에 따라 손실을 보상한 경우 해당 주파수에 대하여 새로 주파수할당, 주파수지정, 주파수 사용승인을 받은 자(이하 “신규이용자”라 한다)에게 제1항에 따라 보상한 금액을 징수할 수 있다.
- ③ 과학기술정보통신부장관은 제1항에 따른 손실보상 금액을 결정할 때에는 미리 해당 시설자등의 의견을 들어야 한다.
- ④ ~ ⑦ (생략)

전파법 시행령

제8조(손실보상금의 산정기준 및 청구절차 등) ① 법 제7조제1항 각 호 외의 부분 본문 및 같은 조 제4항에 따른 손실보상금의 산정기준은 각각 별표 1과 같다.

② 법 제7조제1항 각 호 외의 부분 본문 및 같은 조 제4항에 따라 손실보상을 청구하려는 시설자등은 제5조제1항에 따른 공고일부터 120일 이내에 손실의 내용을 적은 손실보상청구서에 그 증명서류를 첨부하여 과학기술정보통신부장관에게 제출하여야 한다.

③ 과학기술정보통신부장관은 제2항에 따른 손실보상청구서를 받은 날부터 60일 이내에 시설자등과 법 제6조의2에 따라 새로 주파수할당·주파수지정 또는 주파수 사용승인을 받은 자(이하 “신규이용자”라 한다)에게 손실보상금액을 결정·통지하여야 한다. 다만, 그 기간에 손실보상금액을 결정·통지할 수 없는 정당한 사유가 있는 경우에는 그 사유를 통지하고 1회에 한하여 30일의 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.

④ (생략)

바. 당사자와의 협의

손실의 보상에 관하여 결정하기 전에 먼저 당사자와의 협의를 거치도록 한다. 손실보상은 당사자의 과실이 없는 특별한 희생에 대한 보상이므로 당사자의 의견을 존중하여 해결하는 노력이 선행될 필요가 있다.

[입법례]

공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률

제102조(토지등의 출입 등에 따른 손실보상) ① 제101조제1항에 따른 행위로 손실을 받은 자가 있으면 그 행위를 한 자는 그 손실을 보상하여야 한다.

② 제1항에 따른 손실보상에 관하여는 손실을 보상할 자와 손실을 받은 자가 협의하여야 한다.

③ 손실을 보상할 자 또는 손실을 받은 자는 제2항에 따른 협의가 성립되지 아니하거나 협의를 할 수 없는 경우에는 관할 토지수용위원회에 재결(裁決)을 신청할 수 있다.

④ 관할 토지수용위원회의 재결에 관하여는 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제84조부터 제88조까지의 규정을 준용한다.

13. 손해배상(損害賠償)

가. 손해배상의 의의

손해배상은 사법상(私法上) 손해배상과 행정상 손해배상으로 나누어진다. 행정상 손해배상은 국가 등 행정 주체의 활동으로 발생한 손해에 대해 행정 주체가 그 손해를 전보(填補)하는 제도를 말한다.

사법상 손해배상에 대해서는 「민법」⁵²⁵⁾이, 행정상 손해배상에 대해서는 「국가배상법」이 일반법적인 지위를 가지므로, 개별법에 별도의 규정이 없다면 「민법」이나 「국가배상법」이 적용된다.

나. 개별법상 손해배상 요건 규정 방식

개별법에서 손해배상 규정을 두는 것은 「민법」이나 「국가배상법」에 대한 특칙을 정하는 것이므로 반드시 법률에 규정을 두어야 하고, 무과실책임을 인정하는 경우가 아니라면 고의·과실에 대한 규정을 명시해야 한다.

[입법례]

정보통신공사업법

제35조(공사업자의 손해배상책임) ① 공사업자는 고의 또는 과실로 인하여 공사의 시공관리를 부실하게 하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

② (생략)

③ 수급인은 하수급인이 고의 또는 과실로 인하여 하도급받은 공사의 시공관리를 부실하게 하여 타인에게 손해를 입힌 경우에는 하수급인과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

④ (생략)

525) 「민법」 제750조에 따르면 불법행위에 따른 손해배상책임 요건으로서 ① 가해자의 고의·과실, ② 가해자의 책임능력, ③ 가해행위의 위법성, ④ 가해행위에 의한 손해발생을 요건으로 하고 있다.

1) 무과실책임

손해배상책임이 발생하기 위해서는 손해배상책임자의 고의나 과실이 있을 것을 요구하는 것이 원칙이나, 개별법에서는 예외적으로 무과실책임을 인정하는 경우가 있다.⁵²⁶⁾ 무과실책임을 인정하는 이유는 개별 영업이나 사업의 특성상 위험성을 내포하고 있는 경우에 영업자의 귀책사유가 없다고 하더라도 영업에 따른 이익을 받고, 영업수행 과정의 관리책임을 가지고 있는 영업자가 해당 영업의 위험성에 따른 손해도 책임지도록 하기 위한 것이다.

무과실책임을 규정하기 위해서 손해배상 관련 규정에서 고의·과실을 명시하지 않는 입법례⁵²⁷⁾도 있으나, 그런 경우에도 고의·과실에 의한 손해배상이 민사상 대원칙인바, 무과실책임을 인정하는 것으로 해석되지 않을 여지가 있으므로 무과실책임을 명확히 인정하려면 고의·과실이 요구되지 않는다는 점을 분명히 규정할 필요가 있다.

[입법례] 무과실책임을 명시한 사례

표시·광고의 공정화에 관한 법률

제10조(손해배상책임) ① 사업자등은 제3조제1항을 위반하여 부당한 표시·광고행위를 함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 그 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다.
② 제1항에 따라 손해배상의 책임을 지는 사업자등은 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 피해자에 대한 책임을 면할 수 없다.

무과실책임을 인정하면서도 천재지변이나 전쟁 등과 같은 불가항력적인 사항이 발생한 경우에는 영업자가 면책(免責)될 수 있도록 하는 규정을 두기도 한다.

526) 「민법」 제758조제1항 단서와 「국가배상법」 제5조에서도 일정한 경우 무과실책임을 인정하는 경우가 있다. 「민법」

제758조(공작물등의 점유자, 소유자의 책임) ① 공작물의 설치 또는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 공작물점유자가 손해를 배상할 책임이 있다. 그러나 점유자가 손해를 방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 그 소유자가 손해를 배상할 책임이 있다.

「국가배상법」

제5조(공공시설 등의 하자로 인한 책임) ① 도로·하천, 그 밖의 공공의 영조물(營造物)의 설치나 관리에 하자(瑕疵)가 있기 때문에 타인에게 손해를 발생하게 하였을 때에는 국가나 지방자치단체는 그 손해를 배상하여야 한다. 이 경우 제2조제1항 단서, 제3조 및 제3조의2를 준용한다.

527) 「환경정책기본법」

제44조(환경오염의 피해에 대한 무과실책임) ① 환경오염 또는 환경훼손으로 피해가 발생한 경우에는 해당 환경오염 또는 환경훼손의 원인자가 그 피해를 배상하여야 한다.

[입법례]

유류오염손해배상 보장법

제5조(유조선의 유류오염 손해배상책임) ① 유조선에 의한 유류오염손해가 발생하였을 때에는 사고 당시 그 유조선의 선박소유자는 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 그 유류오염손해가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 손해를 배상할 책임이 없다.

1. 전쟁·내란·폭동 또는 천재지변 등 불가항력으로 발생한 경우
2. 유조선의 선박소유자 및 그 사용인이 아닌 제3자의 고의만으로 발생한 경우
3. 국가 및 공공단체의 항로표지 또는 항행보조시설 관리의 하자만으로 발생한 경우

② ~ ⑥ (생략)

2) 귀책사유 증명책임의 전환

손해배상책임의 발생요건을 완화하기 위해 무과실책임을 인정하는 경우도 있으나, 증명책임⁵²⁸⁾을 전환하는 규정을 두기도 한다. 해당 영업이 고도의 전문성을 가지고 있어 일반인이 사업자의 귀책사유를 증명하기 어려운 경우 업무전문성을 가지고 있는 사업자에게 증명책임을 전환시켜 사업자가 귀책사유가 없음을 증명하도록 하는 것이다.

[입법례]

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제109조(손해배상책임) ① 사업자 또는 사업자단체는 이 법을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 해당 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다. 다만, 사업자 또는 사업자단체가 고의 또는 과실이 없음을 입증한 경우에는 그러하지 아니하다.

② ~ ④ (생략)

3) 과실의 추정

피해자의 고의·과실에 대한 증명책임을 완화해 주기 위해서 과실을 추정하는 규정을 두기도 한다. 주로 관련 권리가 등기나 등록되어 있어 외부에서 알 수 있는 권리에 대한

528) 원칙적으로 불법행위의 성립요건에 대해서는 불법행위의 성립을 주장하는 피해자측에서 증명해야 한다.

침해에 대해서 이러한 규정을 두게 되는데, 과실이 추정되므로 책임이 없음을 주장하는 자가 과실 없음을 증명해야 한다.

[입법례]

저작권법

제125조(손해배상의 청구) ① 저작재산권 그 밖에 이 법에 따라 보호되는 권리(저작인격권 및 실연자의 인격권은 제외한다)를 가진 자(이하 “저작재산권자등”이라 한다)가 고의 또는 과실로 권리를 침해한 자에 대하여 그 침해행위에 의하여 자기가 받은 손해의 배상을 청구하는 경우에 그 권리를 침해한 자가 그 침해행위에 의하여 이익을 받은 때에는 그 이익의 액을 저작재산권자등이 받은 손해의 액으로 추정한다.

②·③ (생략)

④ 등록되어 있는 저작권, 배타적발행권(제88조 및 제96조에 따라 준용되는 경우를 포함한다), 출판권, 저작인접권 또는 데이터베이스제작자의 권리를 침해한 자는 그 침해행위에 과실이 있는 것으로 추정한다.

다. 손해배상 책임자

손해배상의무를 부담하는 자는 손해를 입힌 가해자가 된다. 그리고 가해자와 함께 업무와 관련하여 가해자와 밀접한 관계가 있는 자인 감독의무자나 사용자에게도 손해배상책임을 부담시키는 경우가 있고, 법인의 대표기관이 불법행위를 한 경우에는 법인뿐만 아니라 법인 대표자 개인도 함께 손해배상책임을 부담하도록 하는 경우도 있다.

[입법례]

변호사법

제58조의11(수임사건과 관련된 손해배상책임) ① 담당변호사[담당변호사가 지정되지 아니한 경우에는 그 법무법인(유한)의 구성원 모두를 말한다]는 수임사건에 관하여 고의나 과실로 그 수임사건의 위임인에게 손해를 발생시킨 경우에는 법무법인(유한)과 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다.

② 담당변호사가 제1항에 따른 손해배상책임을 지는 경우 그 담당변호사를 직접 지휘·감독한

구성원도 그 손해를 배상할 책임이 있다. 다만, 지휘·감독을 할 때에 주의를 게을리하지 아니하였음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

③ 법무법인(유한)은 제1항과 제2항에 따른 손해배상책임에 관한 사항을 대통령령으로 정하는 바에 따라 사건수임계약서와 광고물에 명시하여야 한다.

라. 손해배상책임에 대한 보장

손해배상책임에 따른 배상을 보장하기 위하여 보험 또는 공제에 가입하거나 준비금을 적립하도록 규정하기도 한다. 특히 변호사, 공인회계사, 공인중개사 등 전문자격증 분야와 건설업과 같이 포괄적인 업무상 주의의무가 필요한 분야에서 이러한 규정을 두어 손해배상 책임을 확보하도록 하고 있다.

보험 또는 공제에 가입 의무 규정을 두는 경우에는 해당 규정의 실효성을 확보하기 위한 수단도 같이 규정해야 할 것이다. 별도의 제재 규정이 없는 경우도 있으나, 이는 적절하지 않은 입법례이다.

현행법상 보험 또는 공제 가입의무를 위반하는 경우 등록을 취소하거나,⁵²⁹⁾ 징계를 명하거나,⁵³⁰⁾ 과태료를 부과할 수 있도록 하는 입법례⁵³¹⁾ 등이 있다.

보험 또는 공제에 가입하거나 준비금을 적립하는 의무가 있는 경우 자격이나 영업 등록 시에 첨부서류로 보험가입증서 등을 명시하여 보험가입을 확인하는 절차를 두도록 한다.

529) 「공인중개사법」 제30조 및 제38조제2항제8호 등

530) 「세무사법」 제16조의2 및 제17조제1항제1호 등

531) 보험·공제 가입의무 위반에 대한 과태료 부과 입법례는 과태료 금액을 ① 정액으로 규정한 유형, ② 정액으로 하고 차수 가중을 둔 유형, ③ 위반기간에 비례하여 증액하는 유형 등이 있다. 그러나 ①, ② 유형의 경우 보험·공제 미가입 상태가 지속되는 경우에도 과태료 부과 대상이 되는 위반행위는 1개이므로 별개의 위반행위가 성립되지 않는 이상 1회의 과태료 부과만 가능하며, 과태료 부과 외에 별도의 제재규정이 없다면 보험·공제 미가입으로 인한 과태료를 납부하면 더 이상의 제재 수단이 없어 위반자의 보험·공제 가입을 유인할 수단이 미비하다는 문제가 있다. 따라서 보험·공제 가입의무 위반행위에 대한 제재수단으로 과태료만 규정되어 있는 경우에는 위반기간에 비례하여 증액하는 방식(③유형)으로 규정하는 것이 바람직하다. 구체적으로는 i) 위반기간에 따라 구간을 나누어 일정금액을 규정한 입법례(「산업융합 촉진법 시행령」 별표 6), ii) 위반기간에 따라 정률로 증액하는 입법례(「자동차손해배상 보장법 시행령」 별표 5), iii) 위반기간에 따라 정률로 증액하면서 증액률을 조정하는 입법례(「재난 및 안전관리 기본법 시행령」 별표 5)를 참고할 수 있다.

[입법례]

공인중개사법

제30조(손해배상책임의 보장) ① 개업공인중개사는 중개행위를 하는 경우 고의 또는 과실로 인하여 거래당사자에게 재산상의 손해를 발생하게 한 때에는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

② (생략)

③ 개업공인중개사는 업무를 개시하기 전에 제1항 및 제2항에 따른 손해배상책임을 보장하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 보증보험 또는 제42조에 따른 공제에 가입하거나 공탁을 하여야 한다.

④·⑤ (생략)

제38조(등록의 취소) ① (생략)

② 등록관청은 개업공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 중개사무소의 개설등록을 취소할 수 있다.

1. ~ 7. (생략)

8. 제30조제3항에 따른 손해배상책임을 보장하기 위한 조치를 이행하지 아니하고 업무를 개시한 경우

9. ~ 11. (생략)

③·④ (생략)

마. 손해배상 관련 특칙

손해배상은 금전으로 하는 것이 원칙이다. 다만, 명예훼손이나 신용이 실추된 경우에 명예훼손이나 신용회복을 위해 필요한 조치를 명할 수 있도록 하는 경우도 있다.

[입법례]

디자인보호법

제117조(디자인권자 등의 신용회복) 법원은 고의나 과실로 디자인권 또는 전용실시권을 침해함으로써 디자인권자 또는 전용실시권자의 업무상의 신용을 떨어뜨린 자에 대하여는 디자인권자 또는 전용실시권자의 청구에 의하여 손해배상에 갈음하여 또는 손해배상과 함께 디자인권자 또는 전용실시권자의 업무상 신용회복을 위하여 필요한 조치를 명할 수 있다.

그 밖에 손해배상 관련 규정에서는 해당 손해배상의 특성에 따라 별도의 시효를 두거나,⁵³²⁾ 중과실에 대한 특칙,⁵³³⁾ 손해배상액의 추정,⁵³⁴⁾ 법정손해배상⁵³⁵⁾ 등에 관한 규정을 두는 경우가 있다.

[입법례] 법정손해배상을 규정한 사례

개인정보 보호법
<p>제39조의2(법정손해배상의 청구) ① 제39조제1항에도 불구하고 정보주체는 개인정보처리자의 고의 또는 과실로 인하여 개인정보가 분실·도난·유출·위조·변조 또는 훼손된 경우에는 300만원 이하의 범위에서 상당한 금액을 손해액으로 하여 배상을 청구할 수 있다. 이 경우 해당 개인정보처리자는 고의 또는 과실이 없음을 입증하지 아니하면 책임을 면할 수 없다.</p> <p>② 법원은 제1항에 따른 청구가 있는 경우에 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과를 고려하여 제1항의 범위에서 상당한 손해액을 인정할 수 있다.</p> <p>③ 제39조에 따라 손해배상을 청구한 정보주체는 사실심(事實審)의 변론이 종결되기 전까지 그 청구를 제1항에 따른 청구로 변경할 수 있다.</p>

바. 징벌적 손해배상

피해자가 실제로 입은 손해만을 배상하는 전보적 손해배상 외에 악의적인(evil motive) 불법행위를 억지하기 위해 징벌적 목적으로 부과되는 징벌적 손해배상 제도가 도입되고 있다. 2011년 「하도급 거래 공정화에 관한 법률」에서 처음으로 도입된 징벌적 손해배상 제도는 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 「개인정보 보호법」 등을 중심으로 입법화가 이루어지다가 가습기살균제 사건 등을 계기로 2017년에 「제조물 책임법」(법률 제14764호, 2017. 4. 18. 공포, 2018. 4. 19. 시행)에 입법화됨으로써 제조물 일반에 도입되었다. 2021년 6월 현재 공정거래분야,⁵³⁶⁾ 개인정보보호분야,⁵³⁷⁾

532) 「우주손해배상법」 제8조 등

533) 「실화책임에 관한 법률」 제3조제1항 등

534) 「반도체집적회로의 배치설계에 관한 법률」 제36조제2항, 「저작권법」 제125조제1항 등

535) 법정손해배상 제도는 피해자가 실손해를 증명하기 곤란한 경우 법률에서 정한 액수로 손해배상을 청구할 수 있도록 하는 제도로, 「개인정보 보호법」 제39조의2, 「상표법」 제111조, 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제43조의2, 「저작권법」 제125조의2 등에 규정되어 있다.

536) 「하도급 거래 공정화에 관한 법률」 제35조, 「대리점거래의 공정화에 관한 법률」 제34조, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 제37조의2, 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제56조, 「부정경쟁방지 및 영업비밀 보호에 관한 법률」 제14조의2, 「대규모유통업에서의 거래 공정화에 관한 법률」 제35조의2, 「대·중소기업 상생협력 촉진에 관한 법률」 제40조의2, 「축산계열화사업에 관한 법률」 제34조의2

노동분야⁵³⁸⁾, 환경오염분야⁵³⁹⁾, 그 밖의 분야⁵⁴⁰⁾ 등에 징벌적 손해배상 제도가 도입되어 있다.

[입법례]

제조물 책임법

제3조(제조물 책임) ① 제조업자는 제조물의 결함으로 생명·신체 또는 재산에 손해(그 제조물에 대하여만 발생한 손해는 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배상하여야 한다.

② 제1항에도 불구하고 제조업자가 제조물의 결함을 알면서도 그 결함에 대하여 필요한 조치를 취하지 아니한 결과로 생명 또는 신체에 중대한 손해를 입은 자가 있는 경우에는 그 자에게 발생한 손해의 3배를 넘지 아니하는 범위에서 배상책임을 진다. 이 경우 법원은 배상액을 정할 때 다음 각 호의 사항을 고려하여야 한다.

1. 고의성의 정도
2. 해당 제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해의 정도
3. 해당 제조물의 공급으로 인하여 제조업자가 취득한 경제적 이익
4. 해당 제조물의 결함으로 인하여 제조업자가 형사처벌 또는 행정처분을 받은 경우 그 형사처벌 또는 행정처분의 정도
5. 해당 제조물의 공급이 지속된 기간 및 공급 규모
6. 제조업자의 재산상태
7. 제조업자가 피해구제를 위하여 노력한 정도

③ (생략)

징벌적 손해배상 제도는 주로 영미법에서 적용·발전되어 온 제도로서, 민사절차와 형사절차를 구분하여 원칙적으로 피해자에 대한 전보는 민사절차를 통해, 가해자에 대한 제재는 형사절차를 통해 구제하거나 제재하는 우리나라 법체계와는 조화되기 어려운 점이 있고, 「민법」상 손해배상 제도나 「형법」상 형사처벌 제도와 중첩되어 헌법상 과잉금지 원칙에 위반될 소지가 있으므로 도입하는 경우 다음과 같은 사항에 유의해야 한다.

- 1) 징벌적 손해배상 제도 도입 분야로는 ① 불법행위의 결과로 인한 개별 사업자의 이익은

537) 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제43조, 「개인정보 보호법」 제39조

538) 「기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률」 제13조

539) 「환경보건법」 제19조

540) 「공익신고자 보호법」 제29조의2, 「특허법」 제128조, 「산업기술의 유출방지 및 보호에 관한 법률」 제22조의2, 「자동차관리법」 제74조의2, 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」 제15조

막대한 반면, 개별 피해자의 손해는 소액에 불과해 피해자가 재판절차로 구제받기 어려운 분야(환경오염, 소비자 보호, 식품위생, 보건의료 등), ② 불법행위를 통해 획득한 가해자의 이익이 피해자가 입은 손해보다 크기 때문에 악의적인 불법행위가 재발하고 있음에도 현행 손해배상 제도나 과징금만으로는 부당이득을 환수하기 어려운 분야(공정거래, 금융거래 등), ③ 사회적 약자를 특별히 보호할 필요가 있는 분야로서 피해자와 가해자가 가지고 있는 정보 및 정보에 대한 접근성에 차이가 있어 피해를 증명하기 곤란한 분야(노동, 장애인 등) 등을 우선 검토한다.

2) 현행 일부 입법례⁵⁴¹⁾에서 과실의 정도를 구분하지 않고 경과실의 경우에도 징벌적 손해배상을 인정하고 있으나, 경과실로 인한 불법행위에 대해서까지 징벌적 배상책임을 인정하는 것은 악의적 불법행위를 억지하려는 제도 도입의 취지에 맞지 않는 과도한 제재가 될 수 있으므로, 고의나 중대한 과실이 있는 경우에만 인정되는 것으로 규정하는 것이 바람직하다.

3) 징벌적 손해배상 한도액을 규정하지 않거나, 지나치게 높게 정하는 것은 소송 남발의 문제, 과잉금지 원칙 위반의 문제를 야기하므로, 현행 입법례를 고려하여 특별한 사정이 있는 경우를 제외하고는 3배를 넘지 않도록 규정한다. 다만, 예외적으로 5배를 넘지 않도록 규정하는 경우에는 보호하려는 법익의 내용 및 성질, 제재 효과, 적용 분야 등을 고려하여 손해배상 한도액을 높일 특별한 사정이 있는지를 살펴보아야 한다.⁵⁴²⁾

4) 제조물 결함에 대한 징벌적 손해배상이 「제조물 책임법」에 도입(2017. 4.) 되었으므로, 제조물 결함으로 인한 징벌적 손해배상의 경우에는 손해배상액 기중 등 특별한 사정이 없으면 다른 법률에서는 도입하지 않는 것이 바람직하다.

5) 징벌적 손해배상 제도가 과잉금지 원칙에 위배되지 않도록 징벌적 손해배상액을 결정할 때에 고려해야 할 사항을 구체적으로 규정한다.

541) 「하도급 거래 공정화에 관한 법률」 제35조, 「가맹사업거래의 공정화에 관한 법률」 제37조의2

542) 2021년 6월 현재 징벌적 손해배상을 도입하고 있는 법률 중 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」, 「자동차관리법」 및 「중대재해 처벌 등에 관한 법률」은 징벌적 손해배상의 한도액을 5배로 규정하고 있으나, 나머지 법률은 모두 징벌적 손해배상의 한도액을 3배로 규정하고 있다.

「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」

제43조(손해배상의 책임) ② 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자(수탁자를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)가 고의 또는 중대한 과실로 이 법을 위반하여 개인신용정보가 누설되거나 분실·도난·누출·변조 또는 훼손되어 신용정보주체에게 피해를 입힌 경우에는 해당 신용정보주체에 대하여 그 손해의 5배를 넘지 아니하는 범위에서 배상할 책임이 있다. 다만, 신용정보회사등이나 그 밖의 신용정보 이용자가 고의 또는 중대한 과실이 없음을 증명한 경우에는 그러하지 아니하다.

[징벌적 손해배상액 결정 시 고려사항]

- 고의 또는 손해 발생의 우려를 인식한 정도
- 위반행위로 인하여 입은 피해 규모
- 위반행위로 인하여 가해자가 취득한 경제적 이익
- 위반행위에 따른 벌금 및 과징금
- 위반행위 기간·횟수 등
- 가해자의 재산상태
- 가해자의 피해구제 노력의 정도

14. 동일 또는 유사 명칭의 사용금지

가. 의의

동일 또는 유사 명칭의 사용금지에 관한 규정은 법률에서 특정 자격을 부여하면서 해당 자격을 갖춘 자 외에는 이러한 자격명칭을 사용할 수 없도록 하는 경우와 법률에서 만들어진 특정 기관의 명칭을 그 기관 외의 자는 사용할 수 없도록 하는 경우에 두는 규정이다.

이러한 제도를 두는 것은 특정 자격자 또는 특정 기관에 독점적 명칭 사용권을 부여함으로써 특정 자격자나 기관의 권리를 보호하고 무자격자의 명칭 사칭이나 유사기관의 설립에서 오는 폐해를 방지하기 위해서이다.

나. 규정 방식

1) 명칭 사용 제한

동일 또는 유사 명칭의 사용을 특별히 제한할 필요가 있는 경우(예컨대, 신용질서의 유지 등 고도의 신뢰성이 요구되는 경우)에만 이에 관한 규정을 두되, 법률에서 직접 규정하도록 한다.

명칭 사용 금지의 유형으로는 i) 특정 자격자의 명칭 사용을 금지하는 경우, ii) 특정 자격자단체의 명칭 사용을 금지하는 경우, iii) 특수법인 등의 명칭 사용을 금지하는 경우가

있으며, 일반적인 규정 방식은 “이 법에 따른 ○○가 아닌 자(단체)는 ○○ 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다”와 같이 한다.

[입법례] 자격자가 아닌 자에 대해 자격자 명칭 사용을 금지한 사례

국가기술자격법
제18조(명칭의 사용금지) 누구든지 국가기술자격을 취득하지 아니하고는 국가기술자격의 등급 및 종목에 따르는 명칭을 사용하지 못한다.

[입법례] 자격자단체가 아닌 단체에 대해 자격자단체 명칭 사용을 금지한 사례

공인회계사법
제31조(명칭) ① 회계법인은 그 명칭 중에 회계법인이라는 문자를 사용하여야 한다. ② 회계법인이 아닌 자는 회계법인 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

[입법례] 특수법인 등의 명칭 사용을 금지한 사례

한국도로공사법
제8조(유사명칭의 사용 금지) 이 법에 따른 공사가 아닌 자는 한국도로공사 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

[입법례] ‘대학병원’ 명칭 사용을 금지한 사례

국립대학병원 설치법
제7조(유사명칭의 사용 금지) 이 법에 따른 대학병원이 아닌 자는 제6조에 따른 대학병원 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

2) 유사 명칭 사용의 제한

동일 명칭 외에 유사 명칭까지 사용을 금지할 필요가 있는지를 신중히 검토하여 불필요하게 규제를 확대하지 않도록 해야 한다.

[입법례] 동일 명칭의 사용만 금지한 사례

한국해양과학기술원법

제23조(동일명칭의 사용금지) 이 법에 따른 해양과기원이 아닌 자는 한국해양과학기술원이라는 명칭을 사용하지 못한다.

[입법례] 동일 또는 유사 명칭의 사용을 금지한 사례

한국환경산업기술원법

제30조(동일 또는 유사명칭의 사용금지) 이 법에 따른 기술원이 아닌 자는 한국환경산업기술원 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

3) 명칭 사용에 대한 제재 규정

명칭의 사용을 금지하는 경우에는 그 실효성 확보를 위해 벌칙 규정을 두도록 한다. 이 경우 자격에 관한 법률의 위반에 대해서는 징역·벌금 등의 형사벌을 부과하고, 기관명칭 등에 관한 법률의 위반에 대해서는 형사벌로 다루어야 할 특별한 사유가 없으면 행정질서 벌인 과태료를 부과하도록 한다.

[입법례] 형사벌을 부과한 사례

인체조직안전 및 관리 등에 관한 법률

제29조의2(동일명칭의 사용금지 등) ① 이 법에 따른 조직은행이 아닌 자는 그 상호 중에 조직은행이라는 명칭을 사용하여서는 아니 된다.

② (생략)

제34조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 9. (생략)

10. 제29조의2를 위반하여 상호 중에 조직은행이라는 명칭을 사용하거나 조직은행으로 허가 받은 것으로 오인할 수 있는 표시나 광고를 한 자

[입법례] 과태료를 부과한 사례

대한소방공제회법
제6조(동일 또는 유사명칭의 사용 금지) 공제회가 아닌 자는 대한소방공제회 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.
제26조(과태료) ① 제6조를 위반하여 대한소방공제회 또는 이와 유사한 명칭을 사용한 자에게는 500만원 이하의 과태료를 부과한다.
② (생략)

15. 벌칙 적용 시의 공무원 의제

가. 의의

공공기관 등의 임직원, 위탁·대행·지정을 통해 공공성이 높은 업무를 수행하는 법인이나 단체의 임직원과 개인 또는 위원회 위원 등이 업무와 관련하여 금품의 수수(授受) 등 불법 행위를 한 경우에 이들을 공무원⁵⁴³⁾과 같이 다루어 처벌할 수 있도록 하는 것을 ‘벌칙 적용 시의 공무원 의제’라고 한다.

이렇게 공무원이 아닌 자를 공무원으로 의제하여 처벌할 수 있도록 하는 것은 다루는 업무의 공공성이 크기 때문에 그 업무수행을 할 때 공정성과 책임성을 확보하기 위해서이다.

벌칙 적용 시의 공무원 의제 규정은 공무원이 아닌 사람을 공무원으로 보아 처벌을 강화하는 것이므로 반드시 법률에 규정해야 한다.

543) 공무원은 그 직분의 특수성에 따라 그 직무를 수행할 때 객관성과 공정성을 유지하는 것이 무엇보다도 중요하다. 그래서 「형법」 제2편제7장에 공무원의 직무에 관한 여러 가지 범죄들을 규정하고 있다. 반면에 제2편제8장에서는 공무방해에 관한 죄를 여덟 가지로 규정하고 있다. 이처럼 직무와 관련해서는 공무원 자신의 행동을 법적으로 엄격하게 규율하는 동시에 공무원에 대한 외부로부터의 관여에 대해서도 엄격히 보호하고 있다.

나. 적용 대상자

별칙 적용 시의 공무원 의제 규정의 적용 대상으로 규정되는 사람은 기본적으로 공공기관 등의 임직원, 행정기관으로부터 위탁받은 업무를 수행하거나 행정기관의 업무를 대행하거나 특정 업무를 수행하도록 지정받은 법인 또는 단체의 임직원과 개인, 각종 위원회의 위원 등이다.

법인 중 공공기관의 경우에는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제53조⁵⁴⁴⁾에서 그 임원과 직원 등에 대해 별칙 적용 시의 공무원 의제를 규정하고 있다. 지방공사와 지방공단의 경우에는 「지방공기업법」 제85조⁵⁴⁵⁾에서 임직원에 대해 같은 취지의 규정을 두고 있으므로, 규정할 필요는 없다.

그 밖의 법인·단체의 경우에는 법률에서 직접 위탁·대행·지정기관을 명시했든지 법률에 근거를 두고 구체적인 대상기관을 하위법령으로 위임하여 정했는지 간에 별칙 적용 시의 공무원 의제 규정을 두는 것이 바람직하다. 그러나 이러한 기관의 임직원 모두가 대상이 되는 것은 아니고, 업무의 공공성, 임직원의 업무의 관여 정도 등에 따라 임직원 모두를 적용 대상으로 할 것인지 임원이나 간부직원으로 한정할 것인지를 판단해야 한다.

이 밖에 각종 행정기관 소속 위원회의 위원 중 공무원이 아닌 사람에 대해서도 공무원 의제 규정을 둘 것인지를 검토해야 한다.⁵⁴⁶⁾⁵⁴⁷⁾ 행정심판위원회와 같이 위원회 의결에

544) 「공공기관의 운영에 관한 법률」

제53조(별칙 적용에서의 공무원 의제) 공공기관의 임직원, 운영위원회의 위원과 임원추천위원회의 위원으로서 공무원이 아닌 사람은 「형법」 제129조(수뢰, 사전수뢰)부터 제132조(알선수뢰)까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

545) 「지방공기업법」

제85조(별칙 적용에서 공무원 의제) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

1. 공사와 공단의 임직원

2. 평가원의 임직원 및 지방공기업정책위원회의 위원 중 공무원이 아닌 사람

546) 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」

제6조(위원회의 설치절차 등) ③ 행정기관의 장은 국민의 권리·의무와 관련되는 인·허가, 분쟁 조정 등 공정하고 객관적인 심의·의결이 필요한 위원회를 설치할 때에는 공무원이 아닌 위원(제8조제3항에 따른 분과위원회 등의 위원을 포함한다)에 대한 별칙 적용에서 공무원 의제에 관한 사항이 관련 법률에 명시되도록 필요한 조치를 하여야 한다.

547) 국가공무원법·지방공무원법에 의한 공무원이 아니라도 국가나 지방자치단체의 사무에 관여하거나 공공성이 높은 직무를 담당하여 청렴성과 직무의 불가매수성이 요구되는 경우에, 개별 법률에 ‘공무원 의제’ 조항을 두어 공무원과 마찬가지로 뇌물죄로 처벌하거나, 특별규정을 두어 처벌하고 있다. 그런데 국가공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이 아님에도 법령에 기하여 공무에 종사한다는 이유로 공무원 의제규정이 없는 사인(私人)을 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 포함된다고 해석하는 것은 처벌의 필요성만을 지나치게 강조하여 범죄와 형벌에 대한 규정이 없음에도 구성요건을 확대한 것으로서 죄형법정주의와 조화될 수 없다.

기속력⁵⁴⁸⁾이 있는 의결위원회의 경우 행정의사 결정에 직접적인 영향을 미치기 때문에 공무원 의제 필요성이 가장 크다⁵⁴⁹⁾고 할 수 있다. 그리고 의결에 기속력이 인정되지 않는 위원회는 위원회 심의절차가 필수적인 경우가 심의절차가 임의적인 경우보다 공무원 의제 필요성이 크다고 볼 수 있다. 다만, 위원회 심의의 필수절차 여부만으로 판단할 사항은 아니며, 위원회 심의사항의 중요도 등을 종합적으로 고려하여 결정할 필요가 있다.

다. 적용 대상 벌칙의 범위

벌칙 적용 시의 공무원 의제 규정이 적용되는 벌칙을 「형법」상 공무원의 직무에 관한 죄인 뇌물죄(「형법」 제129조부터 제132조까지)에 한정할지, 직무유기죄(「형법」 제122조), 직권 남용죄(「형법」 제123조), 공무상 비밀누설죄(「형법」 제127조) 또는 뇌물공여죄(「형법」 제133조) 등도 포함할지, 「형법」상 모든 공무원 범죄를 대상으로 할지, 다른 법률에 따른 벌칙까지 확대 할지는 적용 대상자의 책임의 정도와 업무의 성격에 따라 판단한다. 다만, 「형법」 외의 다른 법률의 적용에까지 ‘공무원 의제’를 확대하는 것은 적용 범위가 너무 넓어진다는 점에서 신중 해야 하며, 다른 법률까지 확대하는 경우라도 ‘그 밖의 법률’로 규정하기 보다는 「특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률」 등 의제되는 법률을 명시할 필요가 있다.

[입법례] 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정에 대해서만 의제한 사례

한국보훈복지의료공단법
제26조(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 공단의 임직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

따라서 이 사건 법률조항의 ‘공무원’에 국가공무원법·지방공무원법에 따른 공무원이 아니고 공무원으로 간주 되는 사람도 아닌 제주시치도 위촉위원이 포함된다고 해석하는 것은 법률해석의 한계를 넘은 것으로서 죄형 법정주의에 위배된다(헌법재판소 2012. 12. 27. 선고 2011헌바117 결정).

548) 「행정심판법」

제49조(재결의 기속력 등) ① 심판청구를 인용하는 재결은 피청구인과 그 밖의 관계 행정청을 기속(羈束)한다.

549) 「행정심판법」

제11조(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 위원 중 공무원이 아닌 위원은 「형법」과 그 밖의 법률에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

[입법례] 「형법」상 뇌물죄 외에 다른 규정에 대해서도 의제한 사례

건축사법

제38조의12(별칙 적용 시의 공무원 의제) 다음 각 호에 해당하는 사람은 「형법」 제127조 및 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

1. 제38조의11제2항에 따라 위탁받은 업무에 종사하는 사람
2. 징계위원회의 위원

석유 및 석유대체연료 사업법

제50조(별칙 적용 시의 공무원 의제) 제20조 및 제43조제2항·제3항에 따라 위탁한 업무에 종사하는 기관·단체 또는 법인의 임직원은 「형법」 제122조·제127조 및 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

별정우체국법

제9조(직무상 책임) ① 직원은 「형법」 제122조, 제123조, 제127조 및 제129조부터 제135조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

- ② 직원은 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」 제2조부터 제4조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

계량에 관한 법률

제70조(별칙 적용에서 공무원 의제) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 「형법」 제129조부터 제133조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

1. 제16조에 따라 형식승인 업무에 종사하는 형식승인기관의 임직원
2. 제26조에 따라 검정 및 재검정 업무에 종사하는 검정기관의 임직원
3. 삭제
4. 제54조에 따라 위촉된 감시원
5. 제69조에 따라 산업통상자원부장관 또는 시·도지사로부터 위탁받은 업무에 종사하는 법인 또는 단체의 임직원

[입법례] 「형법」상 공무원 범죄 전반에 대해 의제한 사례

한국조폐공사법

제10조(벌칙 적용 시의 공무원 의제) 공사의 임원 및 대통령령으로 정하는 직원은 「형법」에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

[입법례] 「형법」상 뇌물죄와 특정 법률의 벌칙에 대해 의제한 사례

건축법

제105조(벌칙 적용 시 공무원 의제) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 공무원이 아니더라도 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정과 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제2조와 제3조에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

1. 제4조에 따른 건축위원회의 위원
 - 1의2. 제13조의2제2항에 따라 안전영향평가를 하는 자
 - 1의3. 제52조의3제4항에 따라 건축자재를 점검하는 자
2. 제27조에 따라 현장조사·검사 및 확인업무를 대행하는 사람
3. 제37조에 따른 건축지도원
4. 제82조제4항에 따른 기관 및 단체의 임직원
5. 제87조의2제3항에 따라 지역건축안전센터에 배치된 전문인력

[입법례] 「형법」 및 다른 법률의 벌칙에 대해 의제한 사례

건축물관리법

제49조(벌칙 적용에서 공무원 의제) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정과 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제2조 및 제3조에 따른 벌칙을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

1. 제18조제1항에 따라 건축물관리점검을 실시하는 자
2. 해체공사감리자
3. 제39조제1항 및 제40조제2항에 따른 건축물관리지원센터 및 지역건축관리지원센터의 임직원
4. 제46조제4항 또는 같은 조 제5항에 따른 중앙건축물사고조사위원회의 위원 또는 건축물사고조사위원회의 위원
5. 제50조제3항에 따른 건축물관리점검 평가위원회의 위원

라. 규정의 위치

별칙 적용 시의 공무원 의제 규정은 보칙에 두는 것이 원칙이나, 이해의 편의를 위해 해당 위탁·대행·지정 근거조항 또는 공사의 임직원이나 위원회 위원 등과 관련된 실제 규정 다음에 두기도 한다. 다만, 별칙 적용 시의 공무원 의제 규정이 필요한 규정이 둘 이상인 경우라면 입법경제상 보칙에서 일괄하여 두는 것이 좋을 것이다.

[입법례] 보칙에 규정한 사례

건축사법
제6장의3 보칙
제38조의12(별칙 적용 시의 공무원 의제) 다음 각 호에 해당하는 사람은 「형법」 제127조 및 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.
1. 제38조의11제2항에 따라 위탁받은 업무에 종사하는 사람
2. 징계위원회의 위원

[입법례] 실제 규정 다음에 규정한 사례

공무원연금법
제15조(직원의 임면) 공단의 직원은 정관에서 정하는 바에 따라 이사장이 임면한다.
제16조(별칙 적용에서 공무원 의제) 공단의 임직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지를 적용할 때에는 공무원으로 본다.