

「行政指導」에 관한 研究

吳錫泓*

<차례>	
1. 序 言	4. 「行政指導」가 널리 쓰이는 理由
2. 「行政指導」의 定義	(1) 行政指導의 機能的 效用性
3. 「行政指導」의 類型	(2) 行政指導膨脹을 재촉한 與件
(1) 機能을 기준으로 한 類型論	5. 「行政指導」의 弊端과 그 改善方案
(2) 法的根據를 기준으로 한 類型論	(1) 行政指導의 弊端과 非效率
(3) 기타의 類型論	(2) 改善方案의 講究

1. 序 言

사람들이 살아가면서 하는 일을 모두 公式的 規範으로 규율할 수는 없다. 마찬가지의 이유로 국民生 활동에 영향을 미치는 行政體制의 모든 활동을 法律 등의 公式的 規範으로 날낱이 규율할 수는 없는 것이다. 그러므로 公式的 規範의 지시하에서, 또는 그것으로부터 직접적인 관계를 제공받지 않은 가운데 일어나는 사실상의 행정활동이 있을 수 있는 것이라도 있지 않을 수 없는 것이다.

行政에는 公式的인 것이 있는가 하면 非公式的인 것이 있고 法的으로 엄격히 기속되는 것이 있는가하면 實際的・事實的으로 일어나는 것이 있다. 행정의 실제에서 非公式的・事實的活動의 폭이나 비중이 法的・公式的인 活動의 경우보다 월등히 더 크리라는 것은 의심할 바 못된다.

歐美式 특히 美國式의 實用的 學風으로부터 영향을 받아 온 우리 行政學은 行政의 實踐的・事實的・非公式的 局面을 결코 소홀히 하지 않았다. 그러한 行政局面의 연구에서는 단연 宗主的 役割을 맡아왔다고 자부할 수 있다. 그러나 우리나라 특유의 行政現象을 연구하는데 필요한 概念과 模型의 개발에 실패한 (아주 줄여서 이야기 하더라도 최소한 부분적으로 실증한) 계으름은 별 수 없이 自認하여야 할 것이다. 그러한 계으름의 중요한 사례 가운데 하나가 「行政指導」에 관한 理論發展의 태만이다.

*서울大學校 行政大學院 教授.

**이 論文은 서울大學校 行政大學院 行政調查研究所의 自體研究費支援에 의하여 집필된 것이다.

行政指導나 불리우는 行政現象이 반드시 우리 나라에만 전적으로 고유한 현상인 것은 물론 아니다. 어느 나라에나 그러한 현상은 다소간에 모두 있게 마련이다. 이점에서 行政指導의 보편성을 이야기 할 수도 있다. 그러나 나라마다의 行政指導에는 特有의 국면들이 있음을 간과해서는 안된다. 우리 나라의 경우 行政指導가 行政活動全體에서 차지하는 비중은 매우 크고 그 성격 또한 특이한 점이 많다.

우리 行政現實에서 사실상 行政指導라고 치칭되면서 널리 행해지고 있는 行政力行使를 行政學이 으면해 왔다고 말할 수는 없다. 여러 가지 觀念을 동원하여 行政指導現象의 여러 가지 국면들이 연구되어 왔을 것임은 분명하다. 그러나 우리나라에서 특별한 문제성을 안고 광범하게 행해져 온 行政指導라는 현상을 통합적으로 연구하는 데 필요한 관념적 틀을 우리는 발전시키지 못하였다. 그러다가 아무래도 行政法學에 그 선수를 빼앗긴 것 같다.

근래 行政法學 특히 日本의 行政法學에서 行政指導理論이 개척되었고 그 영향을 받아 우리나라 行政法學者들도 行政指導에 대한 논의를 활발히 전개하고 있다. 우리나라나 日本의 行政法學은 전통적으로 行政의 公法關係를 구명하는 데 집착하여 왔다. 行政活動 가운데서 公法關係의 요건에 해당하는 이른바 行政行爲의 法的・制度的研究에 골몰하던 行政法學徒들이 行政의 실제에서 「事實行爲」가 더 큰 비중을 차지한다는 사실을 의식적으로 확인하면서 그에 관하여 行政法學이 어떤 대응을 해야 한다는 암박감에 키기게 된 것 같다. 그리하여 「法外的 現象」이며 「行政行爲의 不存在」라고 해서 홀대하였던 事實行爲의 연구에 박차를 가하게 되었다. 事實行爲 가운데서도 行政指導에 관한 연구가 가장 활발히 진행된 듯 하다.

行政法學에서 발전시킨 行政指導理論에는 法學 특유의 목적 때문에 여러 가지 한계와 偏向이 내포되어 있다. 行政法學徒들이 「法外的 手段」으로 치부해 왔던 行政指導의 法的 性格을 규명하고 거기에 法的 地位를 부여하는 문제에 집착하여 法的 定義, 소위 權力的 行爲와의 관계, 法的 根據 내지 權限規定, 法的 救濟 등을 연구하는 데 치중하고 있다. 그리고 흔히 行政主體와 客體의 對立的 狀況을 전제한 위에서 行政指導theory를 전개하고 있다. 이와 같은 行政法學의 研究가 行政研究에 관한 우리의 목적에 만족스러울만큼 온전하게 기여할 수 있 는 것 같지는 않다.

그럼에도 불구하고 行政法學의 行政指導theory를 行政學에서 도입하여 발전적으로 수용하는 것은 현대의 형편으로 보아 필요하고 바람직한 일이라고 생각한다. 다만 法學의 研究의 한계를 극복하고 行政指導現象의 보다 온전한 이해에 도움이 되도록 法學의 理論을 修正・變容시키는 노력을 계울리 하지 말아야 할 것이다.

필자는 ○ 글에서 주로 行政法學의 研究所產에 의지하여 行政指導의 諸局面을 검토할 것이다. 그러나 지금 당장에라도 가능한 것으로 생각되는 理論修正은 시도하려고 한다. 무엇보다도 行政指導를 「非權力的 事實行爲」로 규정하는 개념을 끈마땅하게 생각한다. 이러한

개념정의부터 우리의 觀念的 構造에 맞게 고쳐보려 한다. 「行政主體」니 「行政客體」니 하는 등의 時代離脫的 用語들도 골라내서 버리려 한다. 실천적인 行政指導能力의 문제와 그改善方案에 대해서도 관심을 보이려 한다.

2. 「行政指導」의 定義

行政指導은 行政機關의 公務員이 그의 管轄內에서 어떤 行政目的의 달성을 위하여 市民에게 影響을 미치려는 活動으로서 的拘束力を 직접 수반하지 않는 것이라고 정의할 수 있다.⁽¹⁾

이러한 概念定義에 함축된 行政指導의 의미를 약간 상세히 검토해 보려 한다.

① 行政指導은 國家 또는 地方自治團體의 行政機關에 근무하는 公務員들이 職務에 관련하여 하는 활동이다. 公務員이 아닌 사람의 행위나 職務에 무관한 행위는 行政指導로 보지 않는다. 예컨대 새마을 지도자나 그밖에 地域社會開發을 위한 民間團體의 종사자들이 農漁民에게 用得增方法을 지도한다 하더라도 그것은 行政指導가 아니다. 반면 農村振興廳의 담당공무원이 같은 행위를 하였을 때에는 行政指導가 된다.⁽²⁾ 그러나 공무원의 행동도 그

(1) 구 『非』적인 사례에 따라 行政指導를 劍告, 協助要請, 指示, 指導, 團束 등으로 표현할 때가 있다. 그리고 地方行政分野에서는 行政指導라는 말 대신 住民指導라는 말이 널리 쓰이고 있다.

行政指導은 아직 制定法에 의하여 규율되는 法의 制度가 아니기 때문에 行政慣行上 그 의미가 모호한 경우가 많으며 學問上 行政指導라는概念은 그것이 觀念의 構成의 소산이기 때문에 學者마다 그 概念定義의 내용이 조금씩 다르다. 저자가 참고한 行政法學者들의 定義는 다음과 같다.

① 「私人을 직접 상대로 하여 행해지는 行政主體(行政機關)의 行爲로서 私人의 法의 利益에 直接的인 變動을 미치지 않는다는 의미에서 事實의 行政이지만 實際에 있어서는 經濟的心理의 기타의 法外의 行爲의 영향력을 가지며 私人의 意思決定에 대하여 흔히 중대한 意味를 지니는 行政活動一般」, 徐元宇, 『行政指導의 理論的根據』『行政法論集』(法志社, 1984), p. 195.

② 「行政主體가 스스로 意圖하는 바를 實現하기 위하여 상대편의任意的인 協力を 期待하여 행하는 非權力의 事實行爲」, 金道昶, 『行政法論(上)』(青雲社, 1982), p. 397.

③ 「行政主體가 一定한 行政秩序를 形成하기 위하여 일정한 方향에로 行政客體를 유도할 의도 아래 하는 非權力의 事實行爲」, 李尚圭, 『新行政法論(上)』(法文社, 1982), p. 363.

④ 「行政機關이 그 權限에 속하는 公行政에 관한 사항에 대하여 특정의 개인 또는 法人이나 團體를 상대방으로 하여 行政機關이 意圖하는 行政秩序를 實現하기 위한協力的 行爲를 요청하는 複多의 표시인 非強制의 事實行爲」朴銳炘, 『行政法講義(上)』(國民書館, 1980), p. 277.

⑤ 「行政主體가 指導者的立場에서 行政客體에 대한 說得(persuasion)과 協力(cooperation)에 의하여 政府가 意圖하는 바의 일정한 方향에로 行政客體를 유도하는 非權力의・非法律의 行政手續」尹世昌, 『行政法(上)』(博英社, 1982), p. 34.

⑥ 「일정한 行政目的을 실현하기 위해 行政機關이 國民에 대하여 행하는 指導로서 사실상의 강제를 수반하는 것이다」山内一夫, 『行政指導の理論と實際』(日本, きょうせい, 昭和 60年), p. 1.

⑦ 「行政機關이 法令의 根據에 바탕을 두거나 두지 않고 當該行政機關의 任務 또는 所掌事務로 되어 있는 事項에 포함되어 있는 것에 관하여 當該行政機關으로서의 公的立場에서 무엇을 하거나 하지 말아달라고 複多하는 것을 相對方이 自發의 同意나 協力下에 實行하도록 작용하는 것」林修三, 『行政指導の問題點』『自治研究』(昭和 49年 7月號), pp. 1~2.

(2) 金英洙, 『地方行政에 있어서 行政指導의 民主化方案에 關한 研究』(서울大學校 行政大學院 碩士學位論文, 1984), p. 26.

정당한 管轄을 벗어나면 行政指導의 범주에 포함되지 않는다.

공무원이면 그 管轄範圍內에서 行政指導를 할 수 있다. 공무원이 法上 대외적으로 의사 표시를 할 수 있는 「行政官廳」이라야만 行政指導를 할 수 있는 것이 아니다. 行政法學에서 말하는 補助機關도 行政指導를 할 수 있다. 중요한 行政指導는 조직상충부의 통합적 지휘를 받는 경우가 많지만 반드시 고급공무원만 行政指導를 하는 것은 아니다. 오히려 일상적인 行政指導는 조직하충부에서 더 많이 일어난다. 그러므로 行政指導를 하는 行爲者를 行政機關으로 표현하는 것보다 공무원으로 표현하는 것이 더 정확하리라고 생각한다.

② 行政指導는 市民(國民)을 대상으로 하는 行政體制의 境界的 作用이다.⁽³⁾ 行政指導를 받는 市民은 특정한 個人일 수도 있고 法人이나 團體일 수도 있다. 個人的 경우 한 사람이 대상으로 될 수도 있고 동시에 여러 사람이 대상으로 될 수도 있다.

行政指導는 對市民的 行政의 일종이며 行政體制의 境界를 넘어 그 환경에 전달되는 生產的·執行的 活動으로 보아야 한다. 行政指導는 行政體制의 內部管理作用과 구별된다. 그리고 行政機關間에 행해지는 각종 지휘나 지도 또는 협조요청 등을 行政指導에 포함되지 않는다.⁽⁴⁾

③ 行政指導는 市民에게 영향을 미치려는 意思表示의 行爲이며 그것은 직접적인 法令의 근거를 얻거나 필요로 하는 것이 아니고 指導形式에 일률적인 제한을 받지도 않는다.

영향을 미치려는 대상에는 태도와 행동(하는 것과 하지 않는 것)이 포함된다. 영향을 미치려고 하는 행동이 意思表示의이라고 하는 것은 行政指導가 物理作用이기보다는 원칙적으로 精神作用이라는 의미를 나타내려는 것이다.⁽⁵⁾ 市民의 태도와 행동에 영향을 미쳐 어떤行政目的을 실현하려는 적극적 의지가 포함된 행동이라야 行政指導에 해당한다.⁽⁶⁾ 단순한 弘報活動이 + 事實確認에 그치는 행동은 行政指導라 볼 수 없다.

특정한 行政指導를 직접 뒷받침하는 法令의 규정이 항상 있어야 하는 것은 아니다. 이러한 점에 착안하여 行政指導의 非公式性을 이야기 할 수 있다. 그러나 行政指導가 진정 「法外的」이거나 「違法的」인 것은 아니다. 적어도 규범적으로는 法令의 범위내에서 이루어져야 한다. 구체적인 行行政指導를 직접 규정한 法令이 있으면 그것을 어겨서는 안된다. 그러한 法令이 없더라도 組織法上の 任務와 管轄의 범위내에서 행동해야 한다. 그리고 行爲 자체의 내용도 行政의 原理와 職業倫理에 어긋나지 않아야 한다. 이른바 條理法을 어겨서는 안된다.⁽⁷⁾

(3) 山内 교수는 行政指導의 對市民의 屬性을 「社會性」이라 부르고 있다. 山内一夫, 前掲書, p.8.

(4) 論者。 따라서는 行政機關間의 指導를 行政指導에 포함시키는 경우도 있지만 (參照: 金道昶, 前掲書, p.398) 그러한 입장은 行政指導의 現實에 잘 부합되지 않는다고 생각한다.

(5) 高木光은 行政法에서 말하는 事實行為를 物理作用과 精神作用으로 구분한 바 있다. 高木光, “事實行為” 雄川一郎 外 2人編, 「現代行政法大系(2. 行政過程)」(日本, 有斐閣, 昭和 59年), p. 171.

(6) 이러한 特性을 行政指導의 「積極性」 또는 「能動性」이라 부르기도 한다.

(7) 行政法學者들은 條理上 준수하여야 할 原則으로 比例原則, 平等原則, 信賴保護의 原則 등을 들

行政指導의 형식에는 통일된 제약이 없다. 말로 하는 경우도 있고 글(文書)로 하는 경우도 있다. 글로 하는 경우의 형식도 구구하다. 指導要綱을 정하여 하는 경우(「要綱行政」)도 있지만 그렇지 않은 경우가 더 많다.

④ 行政指導는 공무원의 각종 權力(power)을 배경으로 하는 활동이다. 공무원이 여러 가지 國府에서 지니는 地位의 優越性과 거기에 결부된 각종의 權力에 의하여 行政指導의 실효성이 담보된다.⁽⁸⁾

行政指導의 어떤 구체적인 행동이 직접적으로 法的拘束力이나 強制處分을 수반하는 것은 아니다. 公式的으로는 行政指導에 대한 복종이 상대방의 任意에 달려 있는 것으로 파악된다. 그 외에 行政法學에서는 「事實行爲性」「非權力性」 그리고 「服從의 任意性」을 行政指導의 特性으로 설명하고 있다. 그러나 行政指導의 非權力性를 주장하는 것은 權力의 의미를 너무 협착하게 이해하는 소치이며, 行政指導에 대한 복종이 상대방의 任意에 달려있다고 하는 것은 形式的法論理임에 불과하다고 말하지 않을 수 없다.

行政機關의 공무원들은 行政指導에 대한 복종을 유도할 수 있는 여러 가지 權力を 지니고 있으나 行政指導의 상대방보다 우월한 地位를 누리는 것이 보통이다. 특정한 行政指導 자체에 대한 法的權限(legal authority)이 규정되어 있지 않더라도 組織法上 그러한 행위가 正當한 것으로 이해될 때에 行政指導를 하는 사람은 正當한 權力を 가지며 權力行使의 상대방은 그에 추종할 의무가 있다고 생각하게 된다. 行政指導에 연관하여 공무원은 상대방에게 각종 報償을 주거나 뺏을 수 있는 이른바 報償에 의한 權力を 지니는 경우가 많다. 우월한 기식·기술·정보를 보유하는 데서 나오는 專門知識에 의한 權力이나 行政體制의 公共的與徵性에 의한 準據的 權力도 行政指導에 대한 승복을 가져 오는 데 작용할 수 있다. 특정한 行政指導를 상대방이 거부하면 그 자체에 대해서는 法的強制를 할 수 없더라도 다른 문제를 들고 나와 強制的·處罰的措置를 할 수 있는 強壓的 權력을 공무원들이 보유하는 경우가 많다.

行政指導의 실체에서 지도내용의 가치(설득력)를 받아 들이므로써 그에 복종하는 경우도 있을 것이다. 그리고 장차 行政機關의 협력이나 지원을 얻지 못할 것이라는 막연한 우려가 行政指導에 대한 복종을 자아내는데 충분할 때가 있을 것이다. 그러나 補償的 내지 強壓的 權力나 행사 또는 행사위협 때문에 복종하는 경우가 더 많을 것이다.

어떤 문제에 대하여 法的強制措置를 바로 하지 않고 그에 앞서 같은 내용의 요구를 附隨的行政指導로써 한 경우 그에 불복하면 본래 가능했던 法的強制措置를 할 수 있다. 行政指導에 대한 복종을 유도하거나 불복종을制裁하기 위해서 營業許可에 관련된 여러 가지 權限을 행사할 수도 있고 數量的 利益配分을 거부 또는 삭감할 수도 있다. 이른바 「供給拒

止 있다.

(8) ○ 리한 특성은 行政指導의 「優位性」이라 표현되기도 한다.

否」를 할 수도 있다. 供給拒否란 給水拒否, 斷電과 같이 公的 財貨나 用役의 공급을 거부하는 것이다. 行政指導에 불복하는 사람들의 명단과 불복의 내용을 「公表」할 수도 있다. 公表는 불·누자들에게 불리한 여론을 조성하여 심리적 압박을 주려는 것으로서 불옹자들의 명예에 손상을 줄 수 있는 조치이다.

3. 「行政指導」의 類型

行政指導의 구체적인 종류는 실로 무수하다고 할 만큼 많다. 허나 한 종류의 行政指導를 체계적으로 연구하려면 類型論을 발전시켜야 한다. 여기서는 지금까지 개발된 類型論 가운데서 機能 기준으로 한 類型論과 法的 根據를 기준으로 한 類型論을 중심적으로 소개하고 다른 類型論에 대해서는 간단한 언급을 하는데 그치려 한다.

(1) 機能을 기준으로 한 類型論

機能을 기준으로 한 類型論은 行政指導의 주된 機能이 무엇인가를 기준으로 한 類型論으로서 性質別 分類라고도 한다.

機能을 기준으로 할 때에 行政指導는 우선 크게 세 가지 類型으로 구분될 수 있다. 세 가지 범주의 類型이란 規制的 行政指導, 調整的 行政指導 및 助成的 行政指導를 말한다.⁽⁹⁾

가. 規制的 行政指導

規制的 行政指導는 公益一般 또는 구체적인 行政目的에 위배되는 행위를 규제 또는 예방하려는 것이다. 예컨대 公害를 야기하는 행위를 하지 못하도록 하는 行政指導가 이 범주에 속한다.

規制的 行政指導에는 法的 强制力이 있는 행위와는 별개로 행해지는 獨自的 内지 獨立的 인 것과 法制的 基準 또는 法的 强制力이 있는 행위에 부수적으로 행해지는 것이 있다. 따라서 規制的 行政指導를 獨自的 行政指導와 附隨的 行政指導로 구분해 볼 수 있다.

獨自的 行政指導에는 應急의 성격을 지니는 것과 代替의 성격을 지니는 것이 있다.

이른바 緊急的 行政指導는 法的 拘束力이 있는 행정작용을 필요로 하는 새로운 또는 긴급한 行政需要가 발생하였으나 직접적인 법률적 근거가 마련되어 있지 않을 때에 그러한 行政需要에 대응하기 위하여 행하는 行政指導이다. 원칙적으로 法學에서 말하는 「權力的 行爲」를 해야 할 경우이지만 그에 관한 법적 근거가 마련되어 있지 않거나 그것이 마련되기 어려운 사정이 있는 狀況下에서 應急의 行政指導가 행해진다. 어차피 법적 근거를 마련해야 할 문제에 대한 응급적 대응이라는 觀念에 따라 應急의 行政指導가 이해되고 있지만

(9) 山内一夫, 前掲書, pp.14~24; 全南 羅州郡, 「住民指導方法의 改善方案」(第24回 地方行政研修大會, 1984.10), pp.11~12. 山内교수는 助成的 内지 助言의 行政指導를 그의 行政指導概念에 포함시키지 않는다. 그러나 다수 학자의 의견은 助成의인 기능을 하는 것도 行政指導에 포함시켜야 한다는 것이다.

실체로 응급적 상황이 지속되는 기간은 일정치 않다. 應急的 行政指導를 해야 할 상황이 장기간 지속될 수도 있다.

法的 強制力이 있는 處分을 할 수도 있지만 그 대신 行政指導로 문제를 해결할 때 그것을 代替的 行政指導라 부를 수 있다. 代替的 行政指導는 法的 拘束力이 있는 행위를 할 수 있는 법적 근거가 마련되어 있지만 그러한 법적 조치 대신 行政指導로써 해당 行政需要에 대응하는 것이 바람직하다는 정책적 판단에 따라 행해지는 行政指導이다.

附隨的 行政指導에는 事前勸告, 是正勸告, 民願申請人에 대한 勸告 등이 포함된다.

事前勸告는 공무원이 法律上의 강제력이 있는 명령을 할 권限을 가지고 있는 경우 그러한 명령을 하기 전에 (그 전 단계로서) 상대방 市民에게 어떤 행동을 하도록 또는 하지 않도록 行政指導를 하는 것이다. 法的 強制에 앞서 行政指導를 먼저해야 한다는 것이 法學에 정해져 있는 경우도 있고 그렇지 않은 경우도 있다.

是正勸告는 法的 基準에 적합하지 않은 상태 즉 違反狀態가 존재하는 경우 그러한 상태를 시정하도록 권고하는 行政指導이다.

民願申請人에 대한 勸告는 行政機關에 대하여 許可・認可・免許 등의 援益의 行爲를 해주도록 요구하는 民願人에게 담당 공무원은 그것을 거부할 수 있는 권限을 배경으로 하여 어떤 권고를 하는 것이다. 民願申請을 하지 말도록 사전에 권고할 수도 있으며, 申請을 철회하도록 권고할 수도 있고, 申請을 변경하도록 권고할 수도 있다.

나. 調整的 行政指導

調整的 行政指導는 서로 대립되는 當事者들의 利害關係를 조정하려는 行政指導이다. 調整的 行政指導는 서로 대립적인 입장에 있는 당사자들의 어느 한편 또는 모두에 대해 담당 공무원이 가지고 있는 法律上의 權限을 배경으로하여 행해지는 것이 보통이다.

市民 간의 利害對立으로 발생이 빚어지거나 經濟活動의 過熱競爭으로 건전한 經濟秩序에 지장이 생길 우려가 있는 경우 등 行政目的에 비추어 바람직하지 못한 대립・갈등이 있거나 그 위험이 있는 경우 調整的 行政指導가 동원된다. 中小企業과 大企業의 利害를 조정하는 것, 아파트와 같은 대형건물의 建築主와 인근 주민 사이에 日照權阻害問題로 다툼이 있을 때 이를 조정하는 것, 勞使協議에 개입하여 勞・使間의 利害를 조정하는 것, 輸入品目에 관하여 企業間에 마찰이 있는 경우 이를 조정하는 것 등을 調整的 行政指導의 예로 들 수 있다.

다. 助成的 行政指導

助成的 行政指導는 상대방인 市民의 利益을 증진시키기 위한 奉仕의 性格의 行政指導로서 促進的 또는 助言的 行政指導라고도 부른다. 이것은 상대방에게 우월한 知識, 技術 기타 情報를 제공하거나 助言을 하는 방법으로 행해지는 것이 보통이다. 助成的 行政指導에는 市民을 諸般의 危害로부터 보호하려는 指導, 社會의 弱者를 보호하려는 指導, 農村指導

와 같은 生活指導, 就業能力向上과 就業促進을 위한 職業指導, 企業育成을 위한 企業指導 등이 포함된다.

助成的 行政指導가 市民의 이익증진을 위한 봉사적 작용이라고 하지만 상대방에 의한 指導內容의 容이 항상 「自發的」으로만 이루어지는 것은 아니다. 상대방이 指導內容의 가치를 인정하는 지도공무원의 專門知識에 의한 權力を 받아들이는 경우가 물론 많다. 이때에는 소위 自發性이 인정될 수 있다. 그러나 상대방의 抵抗이 있는 경우도 적지 않다.抵抗에 직면하는 경우 지도를 포기할 수도 있지만 行政機關은 오히려 強壓에 가까운 보다 강력한 權力を 동원하여 行政指導의 목적을 관철하려는 성향을 보여 왔다.

(2) 法的根據을 기준으로 한 類型論

行政指導를 法學者들은 法律行爲가 아닌 事實行爲라고 하면서 그 「法外性」을 논의하고 있지만 行政指導는 결코 法制度와 무관한 것이 아니며 法外의일 수도 없는 것이다. 무엇보다도 行政指導로써 法에 어긋나는 일을 할 수가 없는 것이다. 行政指導는 직접적이거나 간접적인 法規範의 테두리 안에서 이루어져야 하는 것이다. 여기서 法的根據을 기준으로 한 類型論이라고 하는 것은 法의 根據가 지니는 直接性과 具體性의 수준을 기준으로 한 類型論이라는 뜻이다.

法的根據을 기준으로 할 때에 行政指導의 종류는 크게 두 가지 범주로 나누어질 수 있다. 두 가지 범주란 法令의 直接的인 規定에 의한 行政指導와 法令의 直接的인 規定에 의하지 않는 行政指導를 말한다.⁽¹⁰⁾

가. 法令의 直接的인 規定에 의한 行政指導

이것은 法令에서 어떤 行政指導를 해야 한다는 義務規定을 두거나 그러한 지도를 할 수 있다는 授權規定을 두었을 때 그에 따라 하는 行政指導이다. 行政指導는 대체로 非公式的・事實的이며 그것을 직접 규율하는 법규법이 없는 경우가 대부분이다. 그러나 예외적으로는 法令에서 行政指導를 규정하여 그 公式性을 강화하는 경우가 있다. 行政指導를 규정하는 法令上의 用어는 아직 통일되어 있지 않고, 指導・勸告・助言・指示 등의 표현이 함께 쓰이고 있다.

法令의 直接的인 規定에 의한 行政指導의 예로서 ① 生活保護法의 규정에 따라 被保護者에게 하는 旨導 또는 指示, ② 獨占規制 및 公正去來에 관한 法律에 따라 행하는 違反行爲是正勸告, ③ 國土利用管理法에 따라 土地所有者에게 하는 勸告 등을 들 수 있다.

나. 法令의 直接的인 規定에 의하지 않는 行政指導

(10) 이하 金明吉, “行政指導論考”『法學研究』(第33卷, 釜山大學校, 1983), p. 317 참조.

대부분의 行政法學者들이 法의 根據을 기준으로 하여 行政指導의 종류를 ① 法令의 直接的根據에 의한 行政指導, ② 法令의 間接的 根據에 의한 行政指導, 그리고 ③ 法令의 根據에 의하지 않는 (또는 法令의 根據가 전혀 없는) 行政指導로 3大別하고 있다. 그러나 法令의 根據에 의하지 않는거나 전혀 法令의 根據가 없다는 표현은 상당히 誤導的이다.

이것은 法規範의 근거제시가 간접적인 경우의 行政指導이다. 法令의 직접적인 規定에 의하지 않는 行政指導에 관한 法規範의 間接性은 여러 가지 차원으로 구분될 수 있다.

이 번째에 속하는 行政指導의 첫번째 예는 代替的 行政指導와 같이 法定의 강제력 있는 行政作用 자신에 하는 行政指導이다. 法令에서 어떤 목적을 위한 拘束的 行政行爲를 할 수 있도록 규정하고 있음을 배경으로 하여 같은 목적의 작용을 行政指導로써 하는 경우이다. 이 경우 行政指導 자체에 대한 법규는 없지만 같은 목적의 強制的 作用을 가능하게 한 법규는 그러한 行政指導에 간접적인 근거를 제공한다.

두번째 예는 法的 拘束力이 있는 行政處分에 先行하여 지도·권고 등을 하는 事前勸告와 法的 處分權을 배경으로 民願申請人에게 여러 가지 권고를 하는 것이다. 이 경우도 첫번째 예에서와 같이 어떤 法的 權限을 배경으로 하는 것이지만 法的 措置를 완전히 代置하는 것 이 아니라는 점에서 차이가 있다.

세번째 예는 구체적인 行政指導의 내용이 되는 행위에 관한 한 法令에서 언급이 없는 경우이다. 이것을 사람들은 흔히 法令上의 근거가 전혀 없는 行政指導라고 부른다. 法的 根據의 間接性이나 행위의 비공식성이 가장 높기 때문이다. 그러나 적어도 당위적인 차원에서 그때에는 法規範과 전혀 무관하거나 그에 위반할 수 없다고 말하지 않을 수 없다. 業務의 管轄을 이탈하는 공무원의 행위는 行政指導라고 볼 수 없다. 그러므로 세번째 예의 行政指導에는 管轄에 관한 일반적 법규법이 그 근거를 제시한다고 볼 수 있다. 다만 그러한 근거·법은 상당히 모호하기 때문에 그에 입각한 行政指導가 行政의 실제에서 무절제하게 팽창되 위험 있다.

(3) 기타의 類型論

지금까지도 行政指導의 類型論은 허다하게 제안되어 왔으며 앞으로도 늘어날 전망이다. 구체적인 연구의 목적에 따라 그때 그때 類型論을 개발하여 사용할 수 있는 것이므로 이미 개발되어 있거나 앞으로 개발될 수 있는 類型論을 망라해서 열거하려는 것은 무모한 일이다. 여기서는 위에 설명한 두 가지 類型論 이외에 기존 문헌에서 흔히 볼 수 있는 몇 가지 類型論의 예를 소개하려 한다.

① 行政指導의 目的에 따라 遵法生活化를 위한 지도, 生活向上을 위한 지도, 危害防止를 위한 지도, 사회적·경제적 약자를 보호하려는 지도 등을 구분하는 것이 있다.

② 行政指導의 形式에 따라 말(口述)에 의한 지도, 글(文書)에 의한 지도 등을 구분하는 것이 있다.

③ 상대방의 數와 特定性을 기준으로 하여 개인에 대한 지도, 다수인에 대한 지도, 또는 個別的 指導와 集團的 指導 등을 구분하기도 한다.

④ 申請有無에 따라 상대방의 신청에 대응한 지도와 공무원의 일방적인 지도를 구분하는 것이 있다.

⑤ 담당 관무원과 시민의 접촉이 어느 정도나 적절적인가를 기준으로 直接的 行政指導와 間接的 行政 旨導를 구분하기도 한다.

⑥ 담당 관무원의 行態와 市民의 反應이 어떠하냐에 따라 民主的 參與型 指導와 權威的 獨斷型 指導를 구분하기도 한다.

5. 「行政指導」가 널리 쓰이는 理由

行政指導가 많이 쓰이는 이유, 특히 우리 나라에서 그 사용이 질적으로나 양적으로 크게 확장되어온 이유는 여러가지 측면에서 설명될 수 있을 것이다.

원초적 내적 근본적인 이유는 구체적인 行政活動을 빠짐없이 法定하는 것이 불가능하다는 데서 찾을 수 있다. 그렇기 때문에 行政指導와 같은 현상이 불가피하게 생겨나게 마련이다. 이와 같은 「原初的 理由」는 어느 나라의 行政體制에나 해당되는 것이다.

다음으로 생각할 수 있는 것은 行政指導 자체의 機能的 效用이다. 法規的 强制力이 있는 行政作用에 선주었을 때 行政指導가 지니는 相對的 利點들이 있고 法規的 行爲를 보완해주는 역할을 할 수 있기 때문에 行政指導가 많이 쓰이게 되는 국면이 있다. 行政指導의 機能的 效用은 시 어느 나라에서나 다소간에 발휘될 수 있는 것이다. 다만 機能的 效用發揮의 수준은 計化圈에 따라 달라질 수 있는 것이다.

끝으로 생각할 수 있는 것은 行政內外의 與件이다. 行政體制內의 제반조건과 環境의 社會文化的・政治的・經濟的 條件이 行政指導의 성격과 量을 좌우하는 데 크게 작용한다. 일본 사람들은 자기네의 여건이 다른 나라의 경우보다 行政指導를 多用되게 하는 것이라고 말하지만 우리나라의 여건은 훨씬 더 강하게 行政指導를 유발하는 것이라고 할 수 있다.

(1) 行政指導의 機能的 效用性

法的 拘束力이 있는 행위와 비교하였을 때 다음과 같은 機能的 效用 내지 利點이 있는 것으로 보인다.⁽¹¹⁾

가. 行政의 適時性・狀況適應性 提高

行政指導은 새로운 또는 긴급의 行政需要나 법률이 규율하지 못하는 行政需要에 응급적으로 또는 1.완적으로 대응할 수 있다. 行政指導의 응급대응능력은 行政體制로 하여금 상황에 따라 서로 다른 문제에 적합하게 그리고 시기를 놓치지 않고 대응할 수 있게 해 준다. 行政指導의 去規補完의 性格은 법규와 현실적 행정수요의 괴리를 適時性 있게 해소시켜 줄 수 있다. 새로이 개발한 行政施策에 관한立法를 하기 전에 法施行의 분위기를 조성하거나施策의 가능성과 타당성을 가늠해 보기 위해 行政指導가 쓰일 수도 있다.

(11) 참조：金明吉，上掲論文，pp.319~321；金啖洙，前掲論文，pp.31~34；山内一夫，前掲書，pp.25~36。

나. 行政의 簡便性 提高

行政指掌에 의한 행정은 간편하다. 우선立法過程의 복잡한 절차를 거칠 필요가 없다. 法的拘束力이 있는 행위에 관하여 규정되어 있는 여러 가지 절차, 예컨대 聽聞·豫告·協議·決裁 등을 거치지 않고도 공무원은 간편하게 行政指導를 할 수 있으며 따라서 시간과 노력을 절약할 수 있다.

다. 行政의 圓滑化

行政指掌을 사용하면 行政體制와 市民 사이의 분쟁 내지 마찰을 줄일 수 있다. 공무원이 法的處分을 바로 하면 그에 불만인 상대방은 異議提起·行政訴訟 등 다툼을 일으킬 가능성이 크다. 行政指導를 통하여 자상하고 부드럽게 문제에 접근하면 그러한 분쟁을 크게 줄일 수 있다. 예컨대 規制的活動에서 규제의 내용을 일방적 획일적으로 정하여 강권을 발동하는 것보다 상대방과 대화를 하고 탄력성 있게 규제를 해 나가면 규제에 대한 상대방의 승복을 촉진할 수 있을 것이다.

라. 溫情의 行政의 促進

냉혹한 法的措置보다는 융통성이 있으며 때로는 상대방과 의논하여 환대한 처리를 해줄 수도 있는 가능성이 있기 때문에 行政指導는 溫情的特性을 지닌다고 한다. 行政指導가 봉사적인 성격을 지닐 때 그 溫情性은 더욱 커질 수 있다. 行政指導의 상대방은 곧바로 법적 제재를 빙는 경우보다 안도감을 가지고 지도내용에 순응하는 길을 찾을 수 있을 것이다. 強壓에 의하는 것보다 行政指導의 부드러운 방법에 의하는 것이 屈服이 아닌 心理的承服을 받아내는 데는 더 유리할지도 모른다.

行政指掌의 방법은 고객에 대한 애정과 애착이 담긴 행정을 구현하는 데 유용하게 쓰일 수 있는 단이다. 다만 현재 行政指導의 실제가 그러한 목적에 잘 부합되고 있느냐 하는 것은 따로이 논의해야 할 문제이다.

마. 行政節次의 民主化 促進

行政指掌의 과정에서 당사자의 참여에 의한 협의가 이루어질 수 있으므로 行政指導는 行政節次의 民主化에 기여할 수 있는 것이라고 한다. 대개 行政指導는 상대방의 同意와 協助에 의한 行政目的實現을 명분으로 삼기 때문에 관계자의 참여와 협의를 촉진하고 따라서 행정의 民主化에 기여할 수 있다는 것이다. 그러나 현재 行政指導의 실제에서 당사자의 참여가 활발히 이루어지고 있다든지 또는 참여가 진정한 의미의 참여라든지 하는 말을 하기는 어렵게 되어 있다.

바. 行政의 隱密性 保護

行政指掌는 법적 강제조치와는 달리 文書로 해야 한다든지 일정한 공개적 절차를 밟아야 한다든지 하는 제약을 별로 받지 않기 때문에 증거를 남기지 않고 비밀리에 할 수도 있다. 保安을 요하는 사항의 은밀한 처리를 위하여 또는 상대방의 명예와 이익을 보호하기 위하

여 行政指導가 그 수단으로 쓰일 수 있다. 行政指導가 은밀히 이루어질 수 있기 때문에 위와 같은 公·私적 목적에 쓰이기도 하지만 그것이 크게 誤用될 위험도 있다.

(2) 行政指導膨脹을 재촉한 與件

政府内外[1] 與件으로서 行政指導를 미만되게 하는 데 무관한 것은 별로 없겠지만 여기서는 중요하다고 생각되는 요인들만 골라 간단히 언급하려 한다.

가. 發展行政과 行政膨脹

현대행정[2]의 팽창현상은 거의 어느 나라에서나 찾아볼 수 있다. 그러나 우리나라에서 지난 20여년간 일어난 행정의 간여 범위 팽창은 실로 놀라운 것이다. 사회체제 전반을 行政體制가 압도하는 현상을 빛어 놓았다.

그 이유는 絶對官僚制의 역사적 유산과 發展行政의 확대에서 찾아볼 수 있다. 朝鮮朝 및 日政의 絶對官僚制와 摧取型官僚制는 그 기능의 소극성에도 불구하고 사회의 모든 영역에서 군림하였다. 그 후로도 국민에 의한 행정의 한계 설정이라는 전통은 수립되지 못하였다. 정부에게 마음만 먹으면 얼마든지 行政領域을 팽창시킬 수 있는 형편이었다. 1960년대부터 行政體制가 國家發展을 「領導」하면서 發展行政을 해 나가게 되자 행정의 간여 범위는 거칠없이 팽창되어 왔다. 民間部門의 발전을 '先導·管理'하며 여러 가지 발전사업을 직접 수행하고 發展推進者로서 우월한 知識·技術·價值를 전파시키는 과정에서 行政指導의 영역을 엄청나게 확장시켜 놓았다. 行政干與의 팽창은 行政指導擴張의 원인이며 또 그 결과이기도 하다.

나. 急劇한 環境變化

國家發展[3] 추진은 行政環境의 급속한 변화를 동반하였다. 環境의 급속한 변화와 복잡성의 증대는 행정의 융통성과 응급성 제고를 요구하게 된다. 급속히 변동하는 行政需要에 公式的 法規範[4]이 신속하게 대응할 수 없을 때에 行政指導와 같은 作用이 늘어나기 마련이다.

변화하는 상황에 대응하려는 政策의 일관성 결여와 행정목적의 빈번한 변동도 行政指導를 더욱 빈번하게 한 원인의 하나로 지목할 수 있다. 集權化된 行政構造와 政策決定過程의 결함은 정치의 조령모개를 잣게 하였다. 상황의 변화보다 더 자주 일어난 政策變動은 行政指導를 양식하였다. 政策이 바뀔 때마다 새로운 行政指導가 있어야 했기 때문이다.

다. 民間部門의 政府依存的 成長

國家發展[5]政府主導로 추진되어 왔기 때문에 民間部門, 특히 經濟活動部門의 성장은 政府依存의으로 이루어져 왔다. 따라서 企業 등 經濟活動單位에 대한 行政指導가 많아졌고 지도의 상대방은 그것을 도저히 거부할 수 없는 처지에 놓이게 되었다.⁽¹²⁾ 行政指導가 쉽게 받아들여지기 때문에 더 많은 行政指導를 유발해 오지 않았나 생각된다.

(12) “돈을 위해 산다”고까지 할 수 있는 企業人们이 行政指導로 거액의 각종 「誠金」을 내는 것만 보아도 不服不能의 형편을 짐작하고 남을 것이다. 그러한 誠金, 寄付金 등을 世間에서는 「準稅金」이라 부르기도 한다.

라. 社會改革運動

국가발전을 촉진하기 위해서 또는 국가발전의 과정에서 빚어진 여러 가지 폐단을 시정하기 위해 조직화된 社會改革運動들이 지속적으로 혹은 간헐적으로 추진되어 왔다. 行政體制를 포함한 社會全般의 改革을 표방한 운동의 대표적인 예가 廉政刷新運動, 社會淨化運動 그리고 8·마을運動이다. 이러한 改革運動들이 그 強度를 높일 때 行政指導는 크게 늘어나고 경우에 따라 超法律的이라고 할 수도 있는 조치들이 적지 않게 취해졌다. 예컨대 새마을 運動의 과정에서 얼마나 많은 行政指導가 행해졌는지에 대해서는 雖然의 필요가 없다고 생각한다.

마. 外來的 法令과 現實의 乖離

우리 나라에 도입된 現代法의 體系는 다분히 外來的인 (alien) 것이다. 그리고 發展行政의 과정에서 새로운 행정문제를 규율하기 위해 마련한 法令 가운데는 先進外國의 法令을 그대로 모방한 것들이 많다. 이와 같은 外來的 性向의 法規範은 처음부터 法과 현실의 괴리를 안고 시행되는 일이 많았다. ⁽¹³⁾

法이 노래 시행되다 보면 처음에는 상황적 합성이 있던 것도 상황변화로 인하여 현실과의 괴리를 인정하는 일이 많다. 사람들은 상황변화로 인한 法과 현실의 괴리에 주된 관심을 보여온 것 같다. 그러나 우리 나라에서 더욱 중요한 것은 처음부터 土着的 傳統 및 法生活의 현실과 부합되지 않게 마련된 法令의 문제라고 할 수 있다. 法의 출발부터 배태된 현실과의 괴리는 현실의 誤判이라는 실책에서 비롯된 경우도 있고 法에 현실개혁의 임무를 맡기기 위해 일부러 그렇게 한 경우도 있을 것이다.

遵法秩序의 生活化를 이루하지 못한 사회적 여건은 外來的 法令과 현실의 괴리를 더욱 크게 하였다. 우리 사회는 오랜 동안 政治·經濟·社會의 混亂을 경험하였다. 그리고 經濟發展이 가속화되면서부터는 富의 축적과 開發利益의 배분이 비정상적인 방법으로 이루어지는 일이 커다하였다. 이러한 와중에서 법대로 하는 사람만 손해요 어리석은 사람이라고 생각하는 풍조까지 생겨났다. 우리의 未分化된 傳統的生活態度 또한 遵法秩序를 흐리게 하는 데 기여하였다. 遵法·脫法에 대한 未分化된 의식은 法生活을 혼탁하게 만드는 요인이었음이 드러난다.

위와 같은 이유로 우리 사회에는 法違反狀態가 아주 많아졌다. 法違反이 미만되어 있는 상황 하에서 만약 법을 엄격하게 적용하려 하면 그에 저촉되지 않을 사람이 거의 없게 될 것은 자못 한 이치이다. “털어서 먼지 안날 사람 없다”는 표현은 그러한 관계를 극적으로 설명해 준다. 이렇게 되면 行政指導로 법규적용의 엄격성을 완화하지 않을 수 없다. 즉 法의 強制行爲보다 훨씬 관대한 行政指導, 그리고 실제적 행동을 法의 基準까지 서서히 유도하

(13) 그 단적인 예로 勤勞基準法 같은 것을 들 수 있다. 1960년대와 1970년대를 거쳐 오는 동안 企業이나 監督官廳이나 모두 이 法의 基準을 충실히 지킨다는 것은 불가능하다는 것을 거의 당연한 것처럼 이야기하고 있었다.

려는 行政指導가 늘어나게 마련이다.

법을 엄격히 적용하면 거의 언제나 위반사항이 적발될 수 있는 가능성이 있을 때에 行政指導의 상대방은 그에 복종하지 않을 수 없는 압박을 받게 된다.⁽¹⁴⁾ 이렇게 되면 行政指導의 實效性는 커지고 따라서 공무원들은 行政指導濫發의 유혹을 받게 된다. 行政指導가 복종을 쉽게 받아낼 수 있으면 무슨 문제에든지 行政指導를 즐겨 쓰게 된다는 뜻이다.

바. 公務員과 市民의 傳統的 行態

法과 現況의 괴리를 넓히거나 行政指導가 많이 쓰이게 하는 데 연관된 공무원 및 市民의思考方式과 行態의 特性에는 여러 가지가 있겠으나 대표적인 것 몇 가지만 보기로 한다.

첫째 便宜主義의 行態를 들 수 있다. 이것은 原理·原則에 구애받지 않고 그때 편리한 방법·手 택하려는 행동성향이다. 공무원의 편의주의는 「官便宜爲主」의 行政指導와 임기응변적으로 목적의 어려움을 모면하려는 行政指導를 늘리는 데 작용한다. 市民의 이기적 편의주의는 특권의식과 겹쳐 자기에게 유리한 또는 편의로운 行行政指導를 추구하는 행동으로 나타난다. 이러한 行動傾向은 腐敗誘發의 원인이 되기도 한다.

둘째 情誼的 行動性向을 들 수 있다. 공무원이나 市民은 情誼的 性向 때문에 溫情의인, 다시 말하면 法의 強制處分보다 덜 냉혹한 行行政指導를 선호하게 된다.

세째 公·民들의 君臨的·下向的 行行政態 行行政指導를 늘리는 요인이라 할 수 있다. 官尊民卑의 전통이 불식되지 않은 가운데 行行政權은 비대화되었으며 行行政管理의 성향은 集權의이고 地位中心의인 것이기 때문에 對民君臨의인 공무원의 행태가 끈질긴 문제로 남아 있다. 따라서 공무원들은 下向的 行行政指導를 남발할 수 있는 地位와 思考方式을 겸비하고 있다는 평가를 받게 된다.

네째 市民의 被動的 行態도 行行政指導를 늘리고 또 그 實效性를 높이는 요인이다. 官優位의 전통적 관행을 宿命의인 것처럼 받아들이고 「官廳」의 지시나 요구를 체념적으로 받아들이는 行態는 우리에게 아직도 많이 남아 있다. 行行政指導에 대한 被動的 服從의反應은 사회 전반에 걸쳐 있는 權威主義와 연관되어 있는 것이라고 말할 수도 있다.

5. 「行政指導」의 弊端과 그 改善方案

위에서 본 바와 같이 行行政指導는 그 나름의 效用을 가지고 있으며 또 여러 가지 環境的條件이 行行政指導의 확산을 부추겨 우리나라에서 널리 쓰이고 있지만 그로 인한 폐단도 많으며 운영의 잘못으로 인한 非效率도 크다는 것을 지적하지 않을 수 없다. 行行政指導의 폐단을 억제하고 行行政指導의 效率性을 높이는 문제는 앞으로의 行行政改革事業에서 중대한 과

(14) 어떤 한 문제에 대한 지도에 불응하면 다른 문제에 관하여 언제나 “먼지를 털 수 있기” 때문이다.

제로 되어야 할 것이다.

(1) 行政指導의 弊端과 非效率

行政指導의 弊端은 많은 경우 그 機能的 效用과 결부되어 있다. 機能的 效用 하나 하나의 이면에는 폐해의 위험이 도사리고 있기 때문이다. 특히 行政指導가 악용되거나 남용되는 경우 그 效用이라고 하는 것들은 모두 폐해로 둔갑하게 된다. 아래에서 行政指導의 弊端과 비효율의 문제를 검토하려 한다.⁽¹⁵⁾

가. 法治主義의 侵害

行政指導는 구체적이고 직접적인 法規의 授權이 없이도 할 수 있기 때문에 法治主義 또는 法律의 의한 行政의 原理를 침해하게 된다. 특히 法律의 제정을 일부러 피하고 懇意的行政指導를 계속하는 경우나 行政機關에서 法規範처럼 일반적인 형식을 갖춘 指導要綱을 만들어 要綱行政을 실시하는 경우 그리고 行政指導가 적정의 범위를 벗어나는 경우 法治主義를 공한 것으로 만들 위험이 크다.

行政指導는 상대방의 임의적 동의와 협력에 의하여 行政目的을 실현하려고 하는 것이므로 法治主義에 어긋나지 않는다고 보는 견해도 있을 수 있다. 그러나 복종의 임의성은 형식적으로擬制된 것이다. 현실적으로는 공무원이 지닌 각종 권력으로 상대방의 복종을 사실상 강요하는 경우가 대부분이기 때문에 法治主義와의 마찰이 문제로 된다.

行政指導에 대한 직접적 법규정이 없더라도 組織法上의 管轄規定에 따라서 하는 것이므로 法의支配에 관한 原理에 어긋나지 않는다고 말할 사람도 있을 것이다. 물론 法으로 정한 職務管轄을 벗어나는 공무원의 행동을 行政指導로 볼 수 없다. 그러나 管轄規定의 모호성은 行政指導의 규율에 충분한 기준을 제공하지 못한다. 職務範圍內의 행동이거나 그에 연관된 行動이라고 담당공무원이 스스로 판단해서 하는 行政指導가 法治主義에 모두 부합된다고 보는 것은 무리이다. 職務管轄의 범위내에서라도 行政指導의 남발은立法領域의 과도한 침리를 결과할 수 있다. 우리는 행정의 실제에서 行政指導의 형식을 떠밀어 脱法의이거나 超法律의인 행동이 姿意的으로 저질러지는 것을 드물지 않게 보아 왔다.

나. 行政責任의 不明確性과 救濟手段의 不備

行政指導는 직접적인 授權法規에 의하지 않는 것이 원칙이다. 行政指導의 절차와 형식은 대체로 习惯 규제를 받지 않기 때문에 行政指導가 있었는지의 여부나 行政指導의 내용이 무엇이었는지가 모호하게 될 수 있다. 특히 은밀하게 말로 한 行政指導의 경우 그러한 모호성은 시각해 질 수 있다.

(15) 참조 : 金明吉, 前揭論文, pp. 321~324; 山内一夫, 前揭書, pp. 111~138; 全南 羅州郡, 前揭論文 pp. 33~41; 江原道 原州郡 研究團, 「住民指導方法의 改善方案」(第24回 地方行政研修大會, 1984, 10); 忠淸南道 研究團, 「地方行政의 先進化를 위한 住民指導의 效率化方案」(第23回 地方行政研修大會, 1983, 10); 釜山直轄市 東萊區 研究團, 「地方行政의 先進化를 為한 住民指導의 效率化方案」(第23回 地方行政研修大會, 1983, 10).

行政指導를 할 권한과 책임을 가지는 사람을 확인하기 어려운 때도 많다. 法律上 對外의意思表示를 할 수 있는 이른바 「行政官廳」만이 行政指導를 할 수 있는 권한을 가지고 또 그에 대하여 최종적인 책임을 지도록 한다는 원칙이法制化되어 있지 않다. 공무원이면 누구나 行政指導를 할 수 있기 때문에 담당공무원의 독자적인 행동인지 '상관의 지시에 의한 것인지 또는 심한 경우 행동을 한 사람이 누구인지 불분명할 때가 있다. 더군다나 책임전가의 기풍이 있는 우리의 行政文化 속에서는 行政指導가 말썽을 일으키는 경우 선뜻 나서서 책임을 지려는 사람이 드물 것이기 때문에 行政責任의 所在는 더욱 불분명해 질 수밖에 없다.

行政指導의 非强制性에 대한 法的 摄制도 行政責任을 불명케 하는 요인이다. 行政指導에 대한 상대방의 복종은 任意의이라고 보는 것이 法的 解釋의主流이기 때문에 지도의 결과에 대한 行政責任을 따지기 어렵게 되어 있다.

위에 지적한 것들은 行政責任을 불분명하게 하는 요인들일 뿐만 아니라 司法節次에 의한市民의 權利救濟를 어렵게 하는 요인들이다. 즉 行政指導 자체에 불만인 상대방, 또는 지도에 따랐기 때문에 피해를 입은 상대방이 이를 법적으로 다투거나 피해보상을 청구하기 어렵다. 傳統의 法理論이나 法院의 판례는 行政指導가 「非權力的 事實行爲」이며 복종의任意性이 주제되기 때문에 司法審查의 대상이 될 수 없다는 견해를 대체로 지지해 왔다.

法制度의 문제를 떠나더라도 우리 나라의 현실 여건은 行政指導에 불만을 가진 상대방이 공개적으로 이를 다투기 힘들게 되어 있다. 여러 가지 이해 관계로 얹혀 있는 行政機關에 대해서 적대 행동을 하는 것은 곤란하기 때문이다. 다만 行政指導에 의한 피해가 집단적인 경우 불만의 구가 많아지고 이른바 集團民願이 발생하면 정부가 정책적으로 구제책을 강구하는 일은 예리 있다¹⁶⁾

다. 公信과 法規範의 實效性에 대한 侵害

行政機關의 편의와 상대방의 편익이 영합된 行政指導는 第三者의 이익이나 公共의 利益에 손상을 줄 수 있다. 엄격한 법의 집행으로 강경한 시정책을 강구해야 할 문제에 대하여 부드럽고 풍의로우며 온정적인 行政指導로써 미봉적인 대응을 하면 당사자 아닌 다른 사람들에게 피해를 줄 수 있다는 것이다. 예컨대 화재의 위험이 있는 建物의 所有主에게 是正命令을 하고 代執行을 하는 등 강경한 조치를 취하지 않고 형식적인 行政指導만 되풀이 하다가 정말 화재가 나면 많은 인명피해 등 公共의 피해가 발생한다. 이런 사례가 흔히 있는데 화재가 나고 말썽이 나면 감독관청에서는 여러 차례의 行政指導를 했다는 사실을 내세워 책임회피를 하는 것이 예사이다. 놀가림식의 行政指導에는 대개 腐敗의 요소가 개입되어 있지 않나 의심해 불만하다.

(16) 예컨대 소를 많이 기르도록 권유하는 行政指導에 따랐던 農民들이 소값 폭락으로 피해를 보고 그 문제를 시끄러워지면 정부가 피해보상지원금을 방출한 경우가 있다.

行政指導의 빈번한 사용은 法定基準의 완화 또는 失效化를 제도화하는 부정적 작용을 할 수도 있다. 물론 현실의 요청과 꾀리된 法基準의 적용을 감정적으로 완충시켜 行政目的을 效率的으로 달성하는 行政指導의 效用은 긍정적으로 평가되어야 할 것이다. 그러나 정당한 法規範의 實效性을 침해하며 處罰法規의 권위를 실추시키고 法執行上의 形式主義와 法律의 死文化를 초래하게 된다면 심각한 문제라 하지 않을 수 없다.

行政指導의 수단을 써서 違法狀態에 대하여 관대하고 미온적인 처리를 되풀이 할 때 法律의 엄기한 處罰規定은 死文化될 것이다. 그리고 일정한 수준 이하의 위반 상태는 묵과하기로 한다는 지도방침 또는 內規가 알려지면 그 범위내의 法規違反은 만연될 것이다. 이런 일들이 시길때 法規範의 實效性은 지속적인 침해를 받게 된다.

라. 行政의 衡平性 損失

行政指導는 원칙적으로 공무원들의 裁量에 달려 있는 것이다. 行政指導를 할 것인가 아닌가 그리고 어떤 지도를 할 것인가를 공무원들의 재량으로 결정하기 때문에 行政指導의 衡平性이 보장되기 어렵다.

같은 공무원이 하는 行政指導도 때에 따라 그리고 상대방에 따라 달라질 수 있다. 담당 공무원이 다르면 같은 事案에 대한 行政指導가 구구하게 달라질 수 있다. 同類의 상황인데도 行政指導의 시행여부와 行政指導의 내용이 달라진다면 그리고 그것이 만약 정당화되기 어려운 意思의 所產이라면 行政指導 나아가서 行政의 衡平性은 크게 손상될 수 밖에 없다.

羈束的 法規執行에 임해서도 공무원들은 가혹한 집행과 관대한 집행을 골라 쓰는 데 妙手를 발휘할 때가 많다. 하물며 行政指導에 있어서 재량·조종의 묘수 발휘는 한결 쉬울 것이다.

마. 行政의 密室化

行政指導는 엄격한 要式的 節次를 거치지 않고 은밀히 할 수도 있다. 이러한 은밀성은 필요한 기밀의 보안에 기여할 수도 있다. 그러나 은밀한, 특히 지나치거나, 은밀성의 필요가 없는데도 은밀한 行政指導의 민발은 行政의 秘密主義를 강화한다. 行政을 閉鎖化하여 국민의 가치를 방해하게 된다.

바. 行政의 과도한 膨脹

行政指導의 증대는 行政膨脹의 결과이기도 하며 동시에 그 원인이기도 하다. 行政이 팽창되기 때문에 行政指導가 늘어나지 않을 수 없는 연쇄적 관계가 있는가하면 다른 한편으로는 行政指導의 증가 그 자체가 바로 행정의 팽창으로 나타나는 귀결적 관계가 있다.

우리 나라에서 지난 20여년간 행정의 간여 범위는 확대 일로를 걸어 왔는데 그 先導的役割을 한 것이 行政指導이다. 行政指導의 증가는 더 큰 증가를 차례로 불러와 行政指導를 가히 만연시켰다.

行政指導의 팽창과 행정의 팽창이 高度發展의 年代에서 국가발전에 이바지한 공로를 부

인 할 수는 있다. 그러나 시간이 흐를수록 과도한 행정팽창의 폐단이 점점 더 많이 지적되고 있다. 국민의 자율에 맡겨도 무방한 영역에 規制的行政指導를 하거나 民事司法에 맡겨야 할 영역이 調整的行政指導로써 간여하는 일 그리고 行政指導가 전전한 經濟活動을 저해하는 일 등이 비난의 표적으로 등장하고 있다.

사. 非效率的運營

위에서 지적한 폐단들도 거의가 行政指導의 운용을 잘못하는 데서 빚어질 수 있는 것들이다. 그 밖에도 운영의 미숙이나 과오로 行政指導의 效率을 살리지 못하고 目的代置의 현상을 빚는 등 문제를 야기할 수 있다.

첫째로 지적할 것은 劃一主義와 形式主義이다. 統一性이 없는 行政指導로 말미암아 행정의 형평성이 손상되는 것이 문제라는 점은 앞서 지적하였다. 그와는 반대의 사정이 있는 경우 劃一主義는 行政指導의 실패를 결과할 수 있다. 행정 내부의 사정 때문에 개별적인 상황에 적응할 수 있는 行政指導의 융통성이 배제되는 일이 많다. 集權化된 階序制의 상충부에서 획일적으로 지시한 바에 따른 行政指導는 구체적인 상황의 여하에 따라서는 그리고 상황변화의 여하에 따라서는 불합리하고 「실정에 맞지 않는」 行政指導로 될 수 있다.

行政指導의 形式主義도 큰 문제이다. 겉치래의 형식에 그치거나 「展示性」의 활동에 치중하여 진정한 行政需要를 외면하는 일이 많기 때문이다.⁽¹⁷⁾

둘째로 지적할 것은 拙速性이다. 너무나 많은 일을 신속하게 성취하려는 過慾은 흔히 行政指導를 졸속적인 것으로 만들어 낭비를 빚고 지도의 조령모개를 초래한다. 이것은 국민에게 불편을 끼치고 국민의 對行政不信을 조장한다.

세째로 지적할 것은 關心의 「短期性」이다. 短期的 眼目으로 指導內容을 결정하고 시행하는 데서 오는 낭비가 매우 크다. 行政指導의 「좋지 못한 短期性」은 여러 가지 원인에서 연유하는 것이지만 單位行政責任者들의 짧은 在任期間과 눈에 뜨이는 공로를 빨리 성취하려는 욕심 그리고 공무원들의 업무량과다가 가장 자주 지적되는 원인이다.

行政指導의 안목이 단기적인 것과 지속적인 관심의 결여는 긴밀이 연관되어 있는 문제이다. 바람직한 施策과 그에 따른 行政指導 가운데는 장기적이고 지속적으로 시행하여야만 성과를 얻을 수 있는 것이 많은데 일관성 있는 관심이 지속되지 못해 흐지부지 되어버리는 사례가 허다하다.

네번째로 지적할 것은 一方的이고 君臨的인 指導姿勢로 인하여 빚어지는 非效率이다. 行政指導에 임하는 공무원들의 태도는 아직도 고압적이고 一方通行의인 성향을 많이 지니고 있다. 그런가하면 市民의 행정에 대한 불신감도 높은 편이다. 이러한 요인들은 行政指導의 外的費用(external cost)을 크게 한다. 당사자들의 참여를 저해하고 行政指導의 行政節次

(17) 地方行政分野에서 이러한 문제가 한결 더 심각한 것으로 지적되고 있다. 可視的 展示的 目標의 달성이 行政力이 너무 많이 소모되는 현상을 「目標爲主行政」의 폐단이라고 표현하고 있다.

的機能 내지 行政民主化機能을 저상시킨다. 협의와 협조의 과정을 통해서 상대방이 行政目的을 능동적으로 수용하도록 한다는 行政指導의 기능도 약화될 수 밖에 없다.

(2) 改善方案의 講究

行政活動 가운데서 行政指導는 制度化·公式化의 수준이 비교적 낮기 때문에 制度的接近方法。의한 改善方案의 탐색에는 한계가 있다. 그뿐 아니라 行政指導의 폐단은 대개 그 효용과 결부되어 있기 때문에 단기적인 制度的 手術이 어려울 때가 많다. 즉 폐단을 제도적으로 봉쇄하면 行政指導의 機能的 效用도 손상을 입기가 쉽다.

行政指導 자체의 制度的 改善 그리고 그것을 둘러싸고 있는 條件들의 制度的 改善을 위해서도 물론 꾸준히 노력해야 하겠지만 궁극적인 改善策은 倫理的 行態的인 국면에서 찾아야 할 것이다.

行政指導 改革事業의 기본적인 방향을 다음에 열거해 보려 한다.

① 民主行政의 基本目的을 行政體制 전반에 내재화시키고 行政指導에 있어서 市民指向的·市民中心的·市民便宜爲主의 原理를 확고히 정착시키도록 노력해 나가야 할 것이다.

② 行政의 지나친 팽창을 시정하기 위해 行政干與範圍를 상황변화에 따라 적절히 조정해 나가야 한다. 앞으로 상당한 기간 행정의 境界를 축소하는 방향으로 조정해 나가야 할 것이다.

③ 立去의 適時性을 높여 應急的 行政指導가 남발되거나 要綱行政이 장기화되는 것을 억제하여 한다.

④ 계속적·일상적인 行政指導에 대해서는 가능한 한 根據·節次 등에 관한 公式的 規範을 설정하도록 하여야 할 것이다.⁽¹⁸⁾ 行政指導의 公式化는 市民의 權益을 부당하게 침해하지 못하게 하고 行政指導의豫測可能性과 衡平性을 확보하기 위하여 필요한 최소한의 수준에 그쳐야 한다.

⑤ 行政指導로 인한 市民의 피해를 구제할 수 있는手段을 강화해 나가야 하며 脫法的·越權的目的을 위한 行政指導의 사용을 통제하여야 한다. 法律에서 말하는 「職務」나 「處分」의 부위를 넓게 해석하여 行政指導로 인한 피해를 法的으로 救濟할 수 있는 길을 넓혀 가야 한다.⁽¹⁹⁾ 그리고 行政機關內에서의 自律統制, 당사자의 참여, 다원적 세력중추에 의한 外在的統制 등에 의하여 당사자나 公益에 손실을 입히는 行政指導가 행해지지 못하도록 감시해야 한다. 앞으로 不法行爲者的 비호를 위해 行政指導가 쓰이지는 못하도록 여러

(18) 行政指導에 관한 一般節次法을 만들자는 논의도 있으나 너무 획일적인 法制化는 行政指導本來의 機能的 效用을 말살할 위험이 있다. 行政指導의 文書化 등 要式化的 문제는 신중하게 다루어야 한다.

(19) 市民參與에 의하여 指導要綱을 정하고 그에 따라 要綱行政을 하는 경우 指導要綱에 위배되는 土地에 대해서는 法的 爭訟으로 다툴 수 있게 해야 한다는 제안이 있다. 이러한 제안은 공정적으로 검토되어야 하리라고 믿는다.

방면에서 노력해야 할 것이다. 우선 여러 차례의 事前勸告的 指導에 불응하여 違法狀態를 시정하지 않는 사람에 대해서는 處罰法規를 加重適用하는 원칙을 확립할 필요가 있다.

⑥ 行政體制의 統合性을 향상시키고 外的 監視를 강화하여 行政指導의 衡平性과 一貫性을 높여나가야 한다. 行政指導의 출속성과 형식주의도 물론 시정되어야 할 항목이다.

⑦ 行政體制內의 分權化를 촉진하고 管理單位를 下向調整하여 行政指導의 狀況適應性을 높여야 한다. 그리고 政策決定過程을 개선하여 政策決定의 잘못으로 인한 行政指導의 조령 모개 현상을 시정해 나가야 한다. 公開行政을 촉진하고 行政指導過程에 대한 市民參與의 범위와 經路를 확대시켜 나가야 한다.

⑧ 공무원들의 行政指導能力을 향상시키고 그들의 倫理性을 향상시켜야 한다. 倫理性을 제고하여 공무원들이 직무에 대한 헌신과 고객에 대한 충성을 제득하고 실천하게 해야 한다.

市民들의 준법정신과 권리·의무에 대한 자각이 높아져야 한다. 市民들은 능동적으로 行政過程에 참여할 수 있는 의욕과 능력을 갖추게 되어야 한다.