

目 录

行政活动的民营化和行政法学	1
行政活動の民营化と行政法学	12
행정활동의민영화와행정법학	25
日々成長している経済社会における行政組織法	39
성장발전하는경제사회에서행정조직법	61
獨立機關---台灣地区行政組織法的難題	96
独立機関---台湾行政組織法の難題	115
독립기관 --- 대만행정조직법의난제	116
政府权力结构改革研究	117
政府權力構造改革研究	134
정부권력구조개혁에관한연구	136
台灣訴願制度之過去、現在與未來	138
台湾の訴願制度の過去、現在および未来	165
대만소원제도의과거, 현재, 미래	166
日本行政系统的转换和行政不服审查法的“现代化”	167
日本における行政システムの転換と行政不服審査法の「現代化」	184
일본의행정체제의전환과행정불복심사법의 "현대화"	204
韩国行政审判制度的发展与完善方向	226
行政法上不服制度の発展と整備方向	251
한국행정심판제도의발전과정비방향	279
论行政复议法的修改	306
行政復議法の改正について	320
행정심판법개정에관한연구	337

行政活动的民营化¹和行政法学

作者：角松生史（神戸大学大学院法学研究科教授）

译者：周 实（东北大学文法学院法学系系主任、教授）

目次

1. 民营化的发展历史

1.1 1980年代—民间委托的推进和三公社民营化

1.2 2000年代—道路关系四公团的民营化邮政事业的民营化

1.3 “公权力的行使”相关领域的民间委托

2.“民营化”的概念和类型

2.1 概念的多样性

2.2 组织的民营化和业务的民营化

3.民营化的法的手段和宪法的界限

3.1 合同的行政处分

3.2 和“公权力行使”的关系

3.3 保障责任

4.宪法上的要求

4.1 职业选择的自由

4.2 公法人的活动界限

5.“经费的削减”和“质量的提升”

5.1 “经费的削减”和适当的价格比较

5.2 行政组织应具备的知识

5.3 能否促进竞争

6.赔偿责任的分担

【摘要】 本篇论文从行政法的视角探讨了日本民营化的趋势。在描述了民营化最新发展情况之后，本文介绍了“民营化”概念的多样性。同时，本文论述了民营化的法律地位（是普通的民事合同还是行政合同）和民营化的宪法规制。在辩证分析降低行政成本与提高行政质量之间的矛盾关系之后，本文探讨了在民营化案例中个人责任与单位责任如何分配的问题。

【关键词】 民营化，公权力的行使，市场调查，界定责任

¹当初向学会事務局提出的题目「民营化」（参照、角松「『民间化』的法律学」国家学会杂志 102 卷 11=12 号 719 页）选择这个用语、但是考虑到国际学会的性质、和在日本最普遍使用的「民营化」用语，变更了题目。

1. “民营化”的发展历史

福祉国家组织机构于 1980 年以后面临严峻挑战，处于不同的程度和不同的时期，国家和市场的关系、或者说广义的公与私的关系，都是国家所面临的主要问题。本报告是以在日本行政活动的“民营化”现象为焦点，从行政法学的立场出发，以考察推动行政活动“民营化”发展为目的²。首先回顾从 1980 年代至今，“民营化”现象产生的问题。

1. 1980 年代—民间委托的推进和三公社民营化

1980 年以后，在围绕日本政治行政方面的讨论常常是以“民营化”为主题，以“不增加税收，重建财政”为口号，于 1981 年发起的第二次临时行政调查会（第二临调）答辩咨询中再次强调了推进国家和地方公共团体的活动和民间委托的必要性³。

第二次临时调查会于 1982 年的第三次答辩咨询提出三公社（日本国有铁道<国铁>日本专卖公社<专卖公社>日本电信电话公社<电话公社>）的民营化。所谓“公社”是分别以各专门法（日本国有铁道法、日本专卖公社法、日本电信电话法）为基础，由政府出资设立法人，依据公共企业体等劳动关系法规范⁴劳动关系（争议行为的禁止）。

1985 年专卖公社、电电公社分别作为新的株式会社⁵开始经营（日本烟草产业株式会社（JT）、日本电信电话株式会社（NTT）⁶）、1987 年国铁拆分，民营化产生了国铁 JR 集团七社⁷。

1. 2 2000 年代—道路关系四公团的民营化、邮政事业的民营化

在 2000 年代的重大政治事件主要是道路关系四公团的民营化和邮政事业的民营化。

前者（道路关系四公团的民营化）是指 2005 年实行的收费道路的建设及管理特殊法人，分拆为道路关系四公团（日本道路公团、首都高速道路公团、阪神高速道路公团、本州岛岛四国连络桥公团）的民营化。这些民营化是采取上下分离的方式。即基础设施部分（=「下」。道路以及它的附带设施）是指独立行政法人⁸承担持有日本高速道路、承担返还债务机构包括转让、运行、营业的主体。（=「上」）是日本道路

²本报告的内容加入了角松执笔的《行政事务事业的民营化》高木光/宇贺克也编《行政法的争点》（2014 年 9 月预定发表）重新执笔修改的内容

³小島重喜「外部委托—议论的推测和现状」ジュリスト 814 号（1984 年）33 页 35 页

⁴1984 年法律第 257 号。现更名为「有关特定独立行政法人的劳动关系的法律」

⁵这些公司（企业）以株式会社（股份有限公司）的形态而设立，其设立的根据以个别法为基础，其意思是指日本行政法学上被分类为「特殊法人」而且，政府还保有一定的股份。

⁶NTT 是指以后出现了 NTT 东日本和 NTT 西日本

⁷北海道旅客铁道（JR 北海道）、东日本旅客铁道（JR 东日本）、东海旅客铁道（JR 东海）、西日本旅客铁道（JR 西日本）、四国旅客铁道（JR 四国）、九州岛旅客铁道（JR 九州岛）日本货物铁道（JR 货物）

铁道（JR 货物）。设立这些的根据是旅客铁道株式会社及日本货物铁道株式会社的有关法律（1986 年法律第 88 号）。在此有关 JR 东日本、JR 东海、JR 西日本三社随着股份制的进程，同法对象以外，按通常民间会社同样对等

⁸所谓独立行政法人是根据 1999 年独立行政法人通则法设立的组织形态。这个制度是作为特殊独立法人改革的一环被引入的。New Public Management 的发育为基础的中期目标中期计划的安排为基轴调节器构造预定

公团被分拆成东日本高速道路有限公司、中日本高速道路株式会社、西日本高速道路株式会社，首都高速道路公团变为首都高速道路有限公司、阪神高速道路变为阪神高速道路有限公司。

后者（邮政事业的民营化）是小泉纯一郎内阁执政下的重大政治课题。本来邮政事业（邮政、简易保险、邮政储蓄）依据邮政省作为国家直接经营⁹。可是2001年邮政部门实施了对邮政事业厅的组织再编改革。在2003年期间，设立了作为日本特殊法人的日本邮政公社，承担邮政事业。对于小泉总理大臣来说，邮政民营化是他的宿愿、在2005年的国会中提出邮政民营化关联法案、因执政党议员的反对、同法案在众议院通过但在参议院被否决。受此影响小泉内阁解散众议院¹⁰、在继续的总选举中邮政的民营化成为最大的争论焦点。执政党以绝对的优势取胜，同内容的邮政民营化关联法案得到了通过。至2007年，邮政事业在日本邮政株式会社下按股份公司分拆为承担邮政事业的邮政事业株式会社、邮政局株式会社、承担邮政储蓄业务的株式会社即邮贮银行、承担保险业务的简易生命保险¹¹。2012年，民主党执政下成立了邮政民营化修改法案。决定将邮政事业株式会社和邮政局株式会社合并，组成日本邮政株式会社。

1. 3「公权力的行使」相关领域的民间委托

稍稍追溯一段过去的情形，1990年代后期，「公权力的行使」涉及到很多的相关领域，和以前不同的状态是私人可以参与行政活动的可能性是通过几个法律修改体现的。

①指定确认检查机关根据1988年的建筑基准法的修改，关于原来只有建筑主管部门从事建筑确认，行政处分属于典型的「公权力的行使」，后来变为指定检查机关也可以从事此项确认业务（建基6条的2项）。原来就有根据个别法把特定的行政权限，依据行政厅委任给被指定者的现象，这种情形，一般把受托者叫「指定机关」、把法人称为「指定法人」¹²。可是这个建筑基准法修改的指定确认检查机关并不仅仅是公益法人，从也指定以营利为目的的株式会社等这一点来看，和原来指定机关有明显的不同。指定机关相互之间依市场竞争而从事工作是理所当然合乎逻辑的¹³。

②停放车辆确认机关：依据2004年的道路交通法的修改，设置违停罚金项目（道路交通法51条的15），停放车辆的情形、驾驶员的责任不同，车辆使用者（是指有车辆使用的权限，支配管理车辆运行的人）公安委员会有权命令交纳违停罚金（同法51条的4）。

在此，把停车的确认、标识的安装事务可以委托给包括经过管理车辆机关确认的

⁹ 在这一点上、由于公社形式和所从事的日本国有铁道的情形是不同的。

¹⁰ 否决法案是参议院、但是参议院并没有解散、被解散的是众议院。这个解散的正规性在宪法上是有争议的。

¹¹ 与此同时也设立了既存的、合同制的、独立承担管理的行政法人邮政贮金·简易生命保险管理机构。

¹² 米丸恒治「依据私人的行政」（日本评论社、1999年）311页、盐野宏「法治主义的诸相」（有斐阁、2001年）449页

¹³ 参照米丸恒治「」「建筑基准法修改和指定机关制度的变迁」政策科学7卷3号262页。这个制度是后述「民间委托」和「任务的民营化」中的哪个性格难以判断。（原田大树「公共制度设计的基础理论」（弘文堂、2014年）116页）

民间法人¹⁴。

③指定管理者制度：根据2003年的地方自治法的修改，引入的（地方自治法244条的2③）指定管理者制度，按照条例的规定，是法人及其它的团体有对公共设施进行管理的权利。在以前关于公共设施，根据清扫、警备等的合同增加了业务委托，按照条例，根据出资法人等合同把「管理委托」制度的管理事务委托延续下来，但对行政处分使用的许可权是否够用委托来行使，有争议¹⁵。对此，指定管理者制度有关每一个设施依条例制定出来，还有在议会把通过的议会决定作为前提，不仅限于指定出资团体的法人及其它的团体，也包含使用许可等管理权限委任的事宜¹⁶。

④公共服务改革法于2006年成立颁布了公共服务改革法¹⁷，[（公共服务的）实施能够委托民间的由民间承担]持这种观点，引入政府和百姓竞争投标（同法2条6项、7项）的制度（以市场来做检验）。成为「公共服务」（同法2条4项）对象分为二种，即一般公共服务（1号）¹⁸和特定公共服务（2号）。

前者是同项1号确定的设施设置、运营、研修、相谈、调查研究等，是针对「为对国民提供服务及其它为了增加公共利益为目的的业务」，「从国家的行政机关等自我的角度来看没有必要的业务」。主要是给付行政的观念，明文规定排除行政处分¹⁹。

与此相对的后者的，是民间事业为了实施「法律的特例」（2条5项）作为必要的业务。这里也包括地方公共团体的业务，但对特例来说，法律制定是非常有必要的、依据条例的特例是无法想象的²⁰。法理上并没有排除「行政处分」，据内阁府的解释²¹、官民竞争投标等作为对象是可能的，但现在的问题是并没有和它相适应的例子。该法成立时关于职业安定法（32条）、国民年金法（33条）、户籍法（34条）中设立了法律的特例。根据2009年修改不动产登记法（33条的2）、刑事收容设施法（33条的3）增加此内容。当然，对于实施公共服务的民间事业者遵守保密义务，适用公务员规定（同25条）。

⑤刑事收容设施业务的民间委托，在④中提到的作为「特定公共服务」提出的刑事收容设施业务的民间委托灵活运用了PFI方式和构建改革特区的组织机构，即从2007年开始采用。在此(1)「权力性强的，特殊业务的委托」（使用手铐、武器，拒绝面会、信件往来的处分惩罚等）(2)权力性弱的、根据法律等设置，委托可以委托的事务（所带物品的检查、健康诊断、警示设施、职业训练、书籍等的检查等）(3)依据合

¹⁴ 参照、北村博文「关于违法停车对策制度的修改」警察学论集57卷9号13页、宇贺克也「对违法停车使用者的责任」法律杂志1258号2页、高桥明男「停车规制」ジュリスト1330号17页。

¹⁵ 稻叶馨「公共设施法制和指定管理者制度」法学67卷5号691页

¹⁶ 参照、成田赖明监修「指定管理者制度的论述（修订版）」（第一法规、2009年）

¹⁷ 「有关依据竞争引入公共服务的改革法律」（2006年法律第51号）

¹⁸ 参照、礁井光明「政府业务的民间开放和法制度的变革」江关宪治郎/礁井光明编「法的再构筑」（东京大学出版社、2007年）17页）

¹⁹ 桥本博之「《有关依据竞争引入公共服务的改革的法律》案」自治研究82卷6号38页）。当然，作为不同「公共服务」的概念，公共服务基本法（2009年法40号）2条。参照、内田贵・制度的契约论（羽鸟书店、2010年）9页

²⁰ 桥本・前注（19）39页

²¹ 内阁府公共服务改革推进实编·详解公共服务改革法（行政、2006年）49页

同可能委托的事务（总务方面的事务、厅舍警备、食物供应、洗澡、清扫等）把事务进行分类，关于(2)在构造改革特别区域法设置了监狱法的特例规定²²。上面公共服务改革法 2009 年修改，把同样的事务做分类，不局限于特区已在全面展开，而且，对于刑事设施，也可以依据官民竞争投标实现委托²³。

2. 「民营化」的概念和类型

2. 1 概念的多样性

从以上看到的地方可了解到，「民营化」包含多种情况，是不具有明确轮廓的概念。组织形态，或者是在业务实施状态都朝着强化「私的」要素方向发生变化²⁴，或者不论哪一个方面都显示着「民营化」的语言被广泛使用²⁵。

「民营化」的政治动因也存在多种情况。例如：主张民间委托的灵活运用情形、依据效率化强调削减行政成本的必要性。实施国铁的分拆、民营化时，认为原来经营的效率低下。此外，工会的状况和政府的关系也是对是否要「分拆」的一个政治判断影响。这点在邮政民营化的情形、邮政局的银行业务和保险业务的的集资、向特殊法人贷款财政融资的原始资金时成为更加重要的问题。

还有「民营化」和规制缓和是不对等的，前者（民营化）不能说是国家活动的缩减。正如上面提到的那样指定确认检查机关、停放车辆确认机关的事例，因行政的财源不足用民间的灵活运用作为补充，提高规制的实施性。此情形的目标，不如说是以依靠民间委托强化了规制。

在公私合作越来越多样化的情形下，从只依靠公法人处理事务事业朝着向公私合作情形的转移，或者说从公私合作情形向着其他情形的转移都表现出极其多样化。这里面不论哪一种现象的发生都包含着「民营化」的概念，没有什么逻辑上的必然要求。而且，在现阶段，不能期待对「民营化」作为对在法概念上的工具性概念，而应着眼于考察对象的限定性和担负着发现问题的机能，没有必要将入口变得狭小。

从「概念的政治」得到解放，成为行政法学的课题。「民营化」正象前面所阐述的那样本来是多种含义的概念，但是，概念本身用口号的形式赋予其积极意思表达的情形比较多²⁶。依据饭尾润（人名）所说的：处于 1980 年代民营化「所谓民营化的语言，作为表现模糊时代使用的语言，不知从何时具有令人喜欢的印象而常常被使用，可能是做出有政治「影响」的因素。----民营化一旦达成共识，就很难再看到其它的选择」²⁷这样的阐述。

²² 吉野智「关于有关公权力行使业务的民间委托（下）」搜查研究 660 号 88 页

²³ 吉野智「公共服务改革法的灵活运用和今后的展望」法律的广场 2009 年 7 月号 51 页。佐藤馨子「关于公共服务改革法为基础胡关刑事设施的运营业务的民间委托」刑政 122 卷 2 号 42 页

²⁴ 板垣胜彦「保障行政的法理化」（弘文堂、2013 年）103 页「作为动态发展的过程」

²⁵ 其他民营化「私化」（米丸恒治・前注（12））「民间化」（角松・前注（1））等用语也可以使用

²⁶ 山本隆司「民营化还有法人化的功罪（上）」ジュリスト 1356 号 27 页。参照、「民间开放」关于概念的同样指的摘出、内田贵・前注（19）8 页

²⁷ 饭尾「民营化的政治过程」（东京大学出版会、1993 年）232-233 页。但是饭尾没有评价对这个现象的否

不能依据概念的含义来议论，按「民营化」的各类型·各要素为区别

分别论述，根据意识上不同要求分别妥当的规范，依据公私合作多样类型和经营形态的企业统治所有的差异，政策的选择方法和它的取舍冷静分析，模拟场面是法的考察研究应发挥的作用。

2. 2 组织的民营化和业务的民营化

「民营化」现象是组织的民营化和任务的民营化有很大的区别。

前者是关于原来公共团体（国家·地方公共团体）还有与他们有密切关连组织承担的业务，包括设立了新的组织、乃至组织所有形态的变更、和向既存法人转让经营乃至事业²⁸。正如日本国有铁道改革法（1986年法律第87号）第6条·第8条和邮政民营化法（2005年法律第97号）所代表的、法律上的「民营化」的例子几乎都属于这个类型。还有政府把持有的股分全部卖给民间所表示的「完全民营化」这样的例子在法律上也有²⁹。当然、设置形态朝着独立行政法人的变更³⁰是「没有必要担心必然实施向民间主体委托」，从给实施事务事业的同法人定位（独立行政法人通则法2条）来看，所谓「民营化」在实定法上是有区别的。

正如在1所看到的那样，把事务事业的处理委托给私人称其为民间委托，在地方公共团体来说在很早以前就这样实施了。原来的「民间委托」基本上依据民法上的申请签定的合同来进行处理、公法人委托「有关该事务事业行政责任的履行同时，要保留必要的监督权限等」³¹。例如，一般废弃物处理的民间委托情形、废弃物处理法规定把市町村的处理责任作为前提对接受委托者的人的要件做了详细的规定，还禁止委托来制作基本计划³²。总之，「民间委托」的情况，推行业务的行政责任不能丢失。

对此，原来担当业务的公法人在撤退，委任私经济主体「任务的民营化」、在业务实行中自身责任消减了、和上面所记载的民间委托是有区别的³³。但是，在实际上组织的民营化和任务的民营化是作为一对组合在一起，设计包含民间委托和任务的民营化双重性格的制度是有可能的³⁴。而且，为了业务推行公主体在撤退，但后述的保障责任、捕捉责任仍然被保留。

3 民营化的法的技巧和宪法的界限

3. 1 合同和行政处分

定

²⁸ 参照、原田·前注（13）115-116页

²⁹ 株式会社商工组合中央金库法（2007年法律第74号）1条，株式会社日本政策投资银行法（2007年法律第85号）1条

³⁰ 「法人化」（山本·前注（26）、27页）

³¹ 小島·前注（3）、34页）

³² 废弃物的处理及清扫法律第6条的2、同法施行令第4条

³³ 是否包含在「民营化」概念可能成为新的问题。参照、大脇成昭「民营化法理的类型论的研究」法政研究66卷1号298页、松塚晋辅「民营化的责任论」（成文堂、2003年）8页

³⁴ 原田·前注（13）、116页

在 3 所看到的那样，在有关「公权力的行使」「」的领域出现了新的形态的民间委托，其法的技巧是①在公共服务改革法中展现了典型的以合同为中心的技巧³⁵②在指定管理者制度中展现出了典型的二阶段的行政处分（指定实施行政处分以及向指定管理者给与行政处分权限）为中心的方法作为主要的区别。

分别采取合同·行政处分的方法可能是出于统筹设计比较利害得失而作出的必要选择。例如：在引入指定管理者制度，根据「依据管理委托从个别的合同处理到一般的·权力（一方的）监督机制的转换」、可以说意识³⁶是防止「从[公的设施]法制的规避」。另一方面，也指出了指定管理者的指定因不符合承包合同、有关地方自治法的合同规则、兼营禁止规定没有发挥作用等问题³⁷。

3. 2 和「公权力的行使」的关系

还有，和作为民间委托与宪法「公权力的行使」界限的紧张关系成为问题。米丸恒治论述到：由于责任内阁制和禁止自力救济，「能够承担指挥监督责任的组织，还有依据公务员行政的原则」，即「权力的国家垄断原则」是日本宪法上论述妥当的³⁸。但是，这个原则(1)没有预定关于「实力的发动」或「法的公权力的行使的活动」适用的给付行政、还有(2)个别具体的有合理性的例外也应被承认。

根据这样的紧张关系，采用合同的手法（3.1①）、把业务「公权力的行使」和他的辅助业务进行详细的分化³⁹、通常采用把前者作为对公权力的保留、把后者赋予法律上的依据，按合同进行委托的手法（例如：停放车辆确认机关、刑事收容设施的民间委托）⁴⁰。

会有有关依据合同方法包括行政处分可否委托给私人的讨论。正如前面论述的那样，关于公共服务改革法的「特定公共服务」、内阁府包含行政处分

能够作出将官民竞争投标的解释⁴¹、但也仍然存在对此持有批判的见解⁴²。

采用行政处分手法处理的情况，在向私人委托中要有一定的界限。各学说关于裁量的幅度大小、受益处分和侵害处分的区别时考虑的要素大体是一致的⁴³。可是，这

³⁵ 桥本博之、针对公共服务改革法即「为实施委托引入作为组合程序的全新的合同方法」进行了高度评价。桥本·前注（19）47 页

³⁶ 稻叶·前注（15）、695 页、697 页

³⁷ 三野靖『批定管理者制度』（公人社、2005 年）27-28 页

³⁸ 米丸·前注（12）、357 页、米丸「依靠『民』权利的行使」小林武ほか编「依靠『民』的行政」（法律文化社、2005 年）68 页

³⁹ 白藤博行「公行政·公务的『民化』政策推进到哪里为好呢」法和民主主义 406 号 2 页（4 页）、这样的细分化「改变行政过程变得零乱」受到批判

⁴⁰ 「完整地把最终决定权限留给国家，把程序推行的一部分委托给私人」这个在德国称为「程序私化」（板垣胜彦『保障行政的法理论』（弘文堂、2013 年）116 页）有关概念不一定十分符合。

⁴¹ 参照、前注（21）

⁴² 人见刚「市场化测验法案分析」月刊自治研究 48 号 31 页、户部真澄「『公的支配』领域的再思考」月刊自治研 49 号 44 页

⁴³ 小幡纯子「公共服务改革法和官（公）民作用分担」地方自治 711 号 10 页。山本隆司「在日本的公私合作」藤田宙靖博士东北大学退休纪念《行政法的思考样式》（青林书院、2008 年）197 页「具有重大人权侵害结果作用、伴随行使政策裁量决定」是不可能的。『』

是停留在立法政策上的指针⁴⁴、还是宪法上界限⁴⁵的问题，由此而分为上述的见解。

应注意的是依据业务内容和法的地位变化来分析民营化的可否，得到不同的见解。例如：上述的确认停放车辆的情形，所谓对驾驭者违法停车的行政处罚作为个别独立的情形，对有关违法停车的使用者责任作为行政上的秩序罚处以停放罚金制度加以法定。后者没有达到犯罪、而是因违反自身「现认、明白、定型」⁴⁶，是可以将缴纳命令的准备行为和事实行为的明示加以委托的⁴⁷。

3. 3 保障责任

伴随着民营化、其他的公私合作现象的不断展开，国家应负的责任与其说是直接履行服务，莫不如说应着手展望该领域全面的制度设计、推行安定的行为保障。在私人方面以多样的思考和竞争作为前提，对国家来说保障作用⁴⁸的责任期待着使「公共向好的实现过程安定化，保障其过程的全面可能性·一贯性」在这一点，令人瞩目⁴⁹的是在德国推行「保障行政」乃至「保障国家」的概念。

因此把「贯彻责任」、「保障责任」「捕捉责任」三个类型的区别作为前提，依靠民营化即使国家放手「贯彻责任」，依据规制·干预等仍要继续担负「保障责任」

而且依据私人完成任务没有组织机能的话，应有解释说明⁵⁰处理事态的「捕捉责任」。「保障行政」等的概念在法解释论上·教义学上并不存在明确的轮廓⁵¹，现时情况下莫不如说期待着发挥作为「发现的概念」⁵²的作用吧。

4. 宪法上的要求？

4. 1 职业选择的自由

正如曾经依据邮政事业烟草专卖公社·盐的专卖制度，关于特定业务国家的垄断和依据私人推行禁止的情形，和宪法 22 条的自由选择职业构成问题。

关于属于民间委托类型的业务，思考职业的自由和对其限制的思维是困难的（使你想起停放车辆的确认业务）。还有、实施民营化以后从最普通的服务保障等的观点来看，需要制定规制⁵³，但是区别对待民营化是否妥当的研究是有益的。

⁴⁴ 碓井·前注（18）、25 页、小幡·前注（43）、8 页、16 页。

⁴⁵ 山本·前注（43）、197 页（「人权保障和民主制原理的要求」）户部·前注（42）、41 页（不成文的「国家的权力垄断原则」以及「有关侵害行政实行为、作用于身体那样伴随侵害其自体权利」是禁止的）

⁴⁶ 北村·前注（14）、15 页

⁴⁷ 参照、座谈会「公共服务改革」法学教室 313 号 30 页、43 页（樱井敬子发言）、45 页（八代尚宏发言）

⁴⁸ 山本隆司「公私合作的法构造」金子宏先生古稀祝贺『公法学的法和政策（下）』（有斐阁、2000 年）、535 页

⁴⁹ 参照、板垣·前注（40）（作为本书的书评、上代庸平·财政法业书（30）『大学运营和财税政法上的课题』（2014 年）127 页、角松·季刊行政管理研究 145 号 52 页、三宅雄彦『保障国家论和宪法学』（尚学社、2013 年）。

⁵⁰ 参照、人见刚「在德国市町村生活基盘考虑行政的公营化」清水诚先生追悼《日本社会和市民法学》（日本评论社、2013 年）403 页、ヤン・ツイーコ（人见翻译）「再公营化」立教法务研究 7 号 62-63 页

⁵¹ 作为批判参照、三宅·前注（49）8 页、62 页以下。

⁵² 板垣·前注（40）、243 页

⁵³ 例如：邮政民营化后，关于邮政日本邮政株式会社的事业垄断（邮政法 4 条）规定，依据书信邮政法（有关依据民营事业者书信送达的法律（2002 年法 99 号）加入一般书信邮政事业·特定书信邮政事业，为了防止盈

4.2 公法人的活动界限

研究所谓个人在宪法上所处的权利是一个方面,对于公法人来说,思考宪法对其活动有什么制约的话,是要求尽可能的民营化吧。

但是,第一「国家应该做不能依靠民间做的事务」⁵⁴所谓补充的原理,在德国论述。但是,对作为宪法原理主张的妥当见解并不有力⁵⁵,况且,日本宪法上的保障显得薄弱一些。

第二,从宪法 22 条、29 条的内容来看,「作为按照市场经济秩序原理」「对所谓依据积极目的的规制是为了维持市场经济秩序的规制」只作为原则性的见解⁵⁶加以倾听。但是,从几乎没有经济制度规定的日本宪法来看,选择朝着特定的竞争秩序定义名字是非常困难的⁵⁷。前面说的(1.3.④)公共服务改革法第 1 条「能够民间承担的委托民间承担」高唱这种观点,但是,那并不是宪法上的要求,应理解为是作为政策的选择。本法的对象使我们想起所包含的活动,主要是「民间委托」的类型——正如前面叙述的那样,关于完成业务的行政责任保留下来的话,让私人所从事的事情,仍很难说是属于私人的本来的自由的经济活动。

5 「经费的削减」和「质量的提升」

前记(1.3.④)的公共服务改革法的目的在(3 条 1 项)中的内容是「公共服务的质量提升以及经费削减」(1 条),把此项内容作为理念体现在「具有好的质量而且还要有低廉的公共服务」。「经费的削减」而且「低廉」作为一方面课题的同时,所谓「质量提升」而且还要具备「良好质量」作为另一方面的课题,尽管难说「一般两者不能兼得」⁵⁸,本质上既要经费削减,又要保证质量这种紧张的关系是存在的。

5.1 「经费的削减」和适当的成本比较

从「经费的削减」的观点来看,针对公·民的成本比较应计入什么样的项目成为问题。构成问题的是伴随着民营化,为了维持公共性服务的再规制⁵⁹的费用,民间委托的合同缔结费用、监测·评价费用等问题在研究的基础上,能否作效率性的比较。

确保适当的劳动条件削减经费和紧张关系是同时并存的。所谓批判「有工作却低收入群体」⁶⁰不过是口号而已。民间事业者不同,不应无视「雇用政策和担当劳动福祉行政的自治体」⁶¹而应成为令人瞩目的事情。越来越成问题的伪装承包⁶²在劳动法上是不允许的违法行为,判断能否实施民间委托,还有选定委托对象、包括劳动条件

利服务,设定了加入规制。参照,桥本贤治「围绕书信邮政事业的现状和课题」立法和调查 321 号 113 页。

⁵⁴ 大脇·前注(33)、305 页

⁵⁵ 参照、山本·前注(48)、533 页、角松·前注(1)、743 页

⁵⁶ 平松毅「经济活动规制缓和的基准和违宪法审查的基准(上)」ジュリ 1078 号 57 页

⁵⁷ 石川健治「营业的自由和它的规制」大石真/石川健治编『宪法的争点』(有斐阁、2008 年)149 页

⁵⁸ 尾林芳匡『新·自治体民营化和公共服务的质量』(自治体研究社、2008 年)111 页

⁵⁹ 原田·前注(13)、117 页

⁶⁰ 城塚健之『产生有工作的低收入阶层的公共服务「改革」』(自治体研究社、2008 年)

⁶¹ 三野·前注(37)、135 页

⁶² 参照、内阁府「为了推进地方公共团体的适当的委托事业的入门」(2012、2014(一部改订))

等与该地方公共团体的经济的影响是多方面的、宏观的影响作为考虑的要素应进行总合的评价⁶³。这也连带着担保公共服务的质量和持续性⁶⁴。

5. 2 行政组织应具备的知识

从「提升质量」的观点看，民间事业者因具有优秀技术、创新能力、掌握专门技能的优势使民营化得到肯定⁶⁵。在此情形下，主要问题是公主体是否具有评价的能力，对民间事业者的潜力、对优秀提案专门地、恰当地进行评价。当行政不具有对该公共设施必要的专业的明确构想，凭空想象与优秀的创新是没有明显区别的。因此，构建对结果进行恰当评价的体制成为重要课题。

与这一点相关联的是，对行政组织来说会感到民营化的所需的知识储备不够和担心。2006年4月「有关伪造构造计算书问题的紧急调查委员会报告书」⁶⁶指出了对申请者不具备技术优先的建筑确认，伪装成程序疏忽的情形。⁶⁷还存在「曾经与特定行政厅有经验的职员的「事前相谈」，在交流中得到工学实践知识作为其补充机能，然而高度技术化和确认方能力的相对低下，导致建筑确认工作在向民间开放的过程中逐渐失去其作用」⁶⁸的情形。可是即使不实行民营化也会发生知识储备不足的现象，但以下所说这种普遍存在的危险性问题是⁶⁹：「作为“实际工作者”既不结合“最前沿”的现场实践，又不具有熟练的业务经验，却必须实施监督管理职能。」

5. 3 能否促进竞争

按照市场竞争规律、要确保服务质量。可是例如，面对指定管理者的转包，有很多在市町村不公开招标、特别是即使都道府县进行公开招标，也有不少现管理者实施行政指定的情况⁷⁰。就地方的市町村来看，没有预设招标事业者、有很多都道府县大规模的设施限定了能够管理运营的事业者、指出「关于对第二次以后的（转包）指定管理，对现管理者绝对有利」⁷¹。如果期待依竞争提升效率化和质量，能否实际创造出有效的竞争市场，需要事先洞察，对于方案实施也必须要做这方面的考虑。

6. 赔偿责任的分担

实施民营化后以国家赔偿为基础的公法人是否继续担负责任的问题⁷²。这之所以

⁶³ 参照关于投标价格的有利性和其他要素的关系、最判 2006 年 10 月 26 日判时 1953 号 122 页

⁶⁴ 稻 克祐「自治体委托企业外专门人员进行信息通信系统设计的情况」都市问题 104 卷 11 号 67 页「フルコスト全成本・リカバリ恢复」の指针、嶋田晓文「公务完成主体的民营化的接受方法」自治总研 368 号 45 页「《リビング・ウェイジ的保障》公正劳动基准」启发

⁶⁵ 小幡・前注（43）9 页、户部・前注（42）、44 页

⁶⁶ <http://www.mlit.go.jp/kisha/kisha06/05150406.html>

⁶⁷ 同报告书 10 页

⁶⁸ 同上、12-13 页

⁶⁹ 大杉觉「全面委托企业外专门人员进行信息通信系统的设计和自治体的责任」都市问题 104 卷 11 号 59 页。「国家『行动知觉』丧失的进退两难」板垣・前注（40）、303 页、442 页

⁷⁰ 参照总务省「引入公共设施的指定管理者制度状况的调查结果」http://www.soumu.go.jp/menu/neus/01gyosei04_02000015.html

⁷¹ 三野靖「引入 10 年，指定管理者制度的实态和课题」都市问题 104 卷 11 号 74 页

⁷² 是前述「保障责任」（3.3）的一个方面，但并不与此相同。板垣・前注（40）、453 页

成为探讨的问题，有关儿童养护设施最高判例 2007 年 1 月 25 日民集 61 卷 1 号 1 页⁷³中记载，本判决是，社会福祉法人设置运营的儿童养护设施的负责人以儿童福祉法为基础的养育监护行为，「原来是都道府县具有的公权限被委让给都道府县所行使」，作为此内容，本行为是就「都道府县所行使的公务员的职务行为」，县以国家赔偿法 1 条为基础承担赔偿责任。从这方面来说，否定公务员个人责任的判例理论（最高判例 1955 年 4 月 19 日民集 9 卷 5 号 534 页）也符合这种情况，设施职员个人依据民法 709 条不仅不承担责任，身为使用者社会福祉法人依据民法 715 条也不承担责任⁷⁴。

这种情况的国家·公共团体的责任，对被害人不仅是进行赔偿提供「单纯保证」的担保责任⁷⁵，还要与私主体的关系上最终负担费用⁷⁶，就会产生风险的问题⁷⁷。这对处于竞争环境下以营利为目的推行的业务活动，成为指定确认检查机关的主要问题⁷⁸。在另一方面，让私法人负责人个人或组织化程度低的团体乃至法人承担责任的话，会得到否定公务员的个人责任观点的反对⁷⁹。因此，并不是重视事务「本来」的归属，而是提出了重视着公共团体的行为和私主体的行为可分·不可分的解释论⁸⁰。在实务上，关于损害赔偿的风险分担，有很多在公共团体和私主体之间事先签订协定的例子⁸¹

⁷³ 山本隆司『从判例探讨行政法』（有斐阁、2012 年）583-601 页、中原太郎「判批」行政判例百选 II 490 页及此记载的文献参照。

⁷⁴ 不是直接的有关国家赔偿责任，但最高法院判决 2005 年 6 月 24 日判时 1904 号 69 页，作为有关指定确认检查机关建筑确认「事务归属行政主体关于该确认建筑物有确认权限建筑主管所处的地方公共团体」，承认对该地方公共团体行政诉讼法 21 条起诉的变更。参照、山本·前注（73）、602 页、包括那以后的展开、金子正史「指定确定检查机关所实施的建筑确认的违法作为理由 请求国家赔偿诉讼的赔偿责任者」同志社法学 64 卷 7 号 2107 页

⁷⁵ 山西·前注（73）、616 页

⁷⁶ 根据国家赔偿法 1 条 22 页对公务员向国家地方公共团体要求赔偿能否可行，那至少在语言表达上，限定在故意重大的过失的情形。

⁷⁷ 原田大树「判批」法政研究 74 卷 2 号 362 页

⁷⁸ 参照、米丸恒治「行政的多元化与行政责任」部力等编《行政法的新构想 III》（有斐阁、2009 年）310

⁷⁹ 山本·前注（73）597 页。进一步参照、横田光平「判批」法学协会杂志 125 卷 12 号 2799 页。关于「道德风险和萎缩效果的调整」、板垣·前注（40）、492 页

⁸⁰ 山本·前注（73）、621 页

⁸¹ 依据总务省·前注（70）和 91.2% 的设施。这样的协定缔结等。也有指定管理者加入设施赔偿责任的请求的例子。（例：横浜市指定管理者运用指针是 <http://www.city.yokohama.lg.jp/seisaku/siteikanrisha/guideline.html> 以协定为基础构成请求权和前记的国家赔偿法上的要求赔偿权的法的关系也成为主要问题。

行政活動の民営化¹と行政法学

東アジア行政法学会

角松生史（神戸大学大学院法学研究科教授）

1. 「民営化」の系譜	12
1. 1 1980年代—民間委託の推進と三公社民営化	13
1. 2 2000年代—道路関係四公団の民営化・郵政事業民営化	13
1. 3 「公権力の行使」関連領域の民間委託	14
2. 「民営化」の概念と類型	16
2. 1 概念の多義性	16
2. 2 組織の民営化と業務の民営化	17
3. 民営化の法的手法と憲法的限界	18
3. 1 契約と行政処分	18
3. 2 「公権力の行使」との関係	19
3. 3 保障責任	20
4. 憲法上の要請?	21
4. 1 職業選択の自由	21
5. 「経費の削減」と「質の維持向上」	22
5. 1 「経費の削減」と適切なコスト比較	22
5. 2 行政組織が保有すべき知識	22
5. 3 競争は促進されるか	23
6. 賠償責任の分担	23

1. 「民営化」の系譜

福祉国家システムが困難を迎えた 1980 年代以降、程度と時期の相違はあるも

¹当初学会事務局に提出したタイトルでは「民間化」（参照、角松『「民間化」の法律学』国家学会雑誌 102 巻 11=12 号 719 頁）という用語を選択していたが、国際学会の性質上、日本でもっとも一般的に用いられている「民営化」の語を用いる方が望ましいと考え、タイトルを変更した。

の、国家と市場の関係、あるいは広く公一私の関係が、いずれの国においても問い直されている。本報告は、日本における行政活動の「民営化」現象に焦点を当てて、行政法学の立場からどのような考察が可能かについて、検討するものである¹。まずは1980年代から現在に至るまで、どのような「民営化」現象が問題になってきたかを見てみよう。

1. 1 1980年代—民間委託の推進と三公社民営化

1980年代以降、日本の政治・行政をめぐる議論において、「民営化」はたびたびトピックとされてきた。「増税なき財政再建」をスローガンとして掲げて1981年に発足した第二次臨時行政調査会（第二臨調）は、その答申においてたびたび、国・地方公共団体の活動の民間委託の推進の必要性を強調している²。

また第二臨調は、1982年に提出した第三次答申（いわゆる「基本答申」）で、三公社（日本国有鉄道（国鉄）、日本専売公社（専売公社）、日本電信電話公社（電電公社））の「民営化」を提言する。「公社」とは、それぞれ個別法（日本国有鉄道法、日本専売公社法、日本電信電話公社法）に基づいて政府出資の下に設立された法人であり、公共企業体等労働関係法³による労働関係の規律（争議行為の禁止など）を受けていたものである。1985年には専売公社・電電公社がそれぞれ新たな株式会社⁴として発足し（日本たばこ産業株式会社（JT）、日本電信電話株式会社（NTT）⁵）、1987年には国鉄が分割・民営化されていわゆる JRグループ7社⁶が発足した。

1. 2 2000年代—道路関係四公団の民営化・郵政事業民営化

2000年代において大きな政治問題となったものに、道路関係四公団の民営化及び郵政事業の民営化がある。

前者は2005年に行われた有料道路の建設及び管理に当たってきた特殊法人である道路関係四公団（日本道路公団、首都高速道路公団、阪神高速道路公団、本州四国連絡橋公団）の分割・民営化である。これらの民営化にあつてはいわゆる上下分離方式がとられた。即ちインフラ部分（＝「下」。道路およびその付帯施設）は

¹本報告の内容は、執筆時期の関係で、角松「行政事務事業の民営化」高木光 / 宇賀克也編『行政法の争点』（2014年9月刊行予定）に加筆修正を加えたものととどまっている。

²小島重喜「外部委託—論議の推移と現況」ジュリスト 814号(1984年)33頁(35頁)

³1948年法律第257号。現在は「特定独立行政法人の労働関係に関する法律」と名称変更されている。

⁴これらの会社は株式会社の形態をとっているが、その設立根拠は、なお個別法に基づくものであり、その意味で、日本行政法学上の「特殊法人」に分類される。また、政府が一定の株式を保有している。

⁵NTTは後にNTT東日本、NTT西日本に分割された。

⁶北海道旅客鉄道（JR北海道）・東日本旅客鉄道（JR東日本）・東海旅客鉄道（JR東海）・西日本旅客鉄道（JR西日本）・四国旅客鉄道（JR四国）・九州旅客鉄道（JR九州）・日本貨物鉄道（JR貨物）。これらの設立根拠は、旅客鉄道株式会社及び日本貨物鉄道株式会社に関する法律（1986年法律第88号）である。ただし、JR東日本、JR東海、JR西日本の3社については、その後株式の上場が進み、同法の対象から外れ、通常の民間会社と同様の扱いになった。

独立行政法人¹日本高速道路保有・債務返済機構に一括して、譲渡され、運行・運営を担う主体（＝「上」）については、日本道路公団は分割されて東日本高速道路株式会社・中日本高速道路株式会社・西日本高速道路株式会社となり、首都高速道路公団は首都高速道路株式会社、阪神高速道路公団は阪神高速道路株式会社とされた。

後者は、小泉純一郎内閣の下における大きな政治課題であった。従来郵政事業（郵便・簡易保険・郵便貯金）は郵政省による国の直営として行われていた²が、2001年に郵政事業部門は郵政事業庁に組織再編され、2003年には特殊法人である日本郵政公社が設立されて郵政事業を担うことになった。小泉総理大臣にとって郵政民営化は宿願であり、2005年には国会に郵政民営化関連法案を提出したが、与党議員の造反により、同法案は衆議院では可決されたが参議院で否決された。それを受けて小泉内閣は衆議院³を解散し、続く総選挙では郵政民営化が最大の争点とされた。与党圧勝を受けて同内容の郵政民営化関連法案が可決され、2007年より、郵政事業は、持株会社である日本郵政株式会社の下に、郵便事業を担当する郵便事業株式会社、郵便局株式会社、郵便貯金業務を担当する株式会社ゆうちょ銀行、保険業務を担当する株式会社かんぽ生命保険に分割された⁴。なお、2012年、民主党政権の下で郵政民営化を見直す法案が成立し、郵便事業株式会社と郵便局株式会社を合併し、日本郵便株式会社とされることになった。

1. 3 「公権力の行使」関連領域の民間委託

少し時点を遡ることになるが、1990年代後半以降、「公権力の行使」と深く関わる分野において、従来とは異なった態様で私人が行政活動に関与することを可能にするいくつかの法改正がなされている。

①指定確認検査機関 1998年の建築基準法改正により、従来建築主事のみが行っていた建築確認（行政処分であって、典型的な「公権力の行使」に属する）について、指定確認検査機関が行うこと（建基6条の2）が可能となった。個別法により特定の行政権限を、行政庁によって指定された者に委任する現象は従来から見られ、その場合、受託者を「指定機関」と呼び、法人である場合当該法人を「指定法人」と呼ぶ用語法が一般的であった⁵。しかしこの建築基準法改正における指定確認

¹独立行政法人とは、1999年の独立行政法人通則法に基づいて設けられた組織形態である。この制度は特殊法人改革の一環として導入されたものであり、New Public Managementの発想に基づく中期目標・中期計画の仕組みを軸にしたガバナンス構造が予定されている。

²この点で、公社形式で行われていた日本国有鉄道等の場合とは異なる。

³法案を否決したのは参議院であったが、参議院には解散はなく、解散されたのは衆議院である。このような解散の正統性については憲法上議論の余地があった。

⁴それらに加えて、既存の契約の管理を担当する独立行政法人郵便貯金・簡易生命保険管理機構も設立された。

⁵米丸恒治『私人による行政』（日本評論社、1999年）311頁、塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣、2001

検査機関は、公益法人だけでなく営利目的の株式会社等も指定される点で従来の指定機関とは異なっている。指定機関相互が市場で競争を行うことを当然に予定した仕組みとされたのである¹。

②放置車両確認機関 2004年の道路交通法改正により、放置違反金制度(道路交通法51条の15)が設けられ、放置車両がある場合、運転者の責任とは別に、車両の使用者(車両を使用する権限を有し、車両の運行を支配・管理する者)に対して公安委員会が放置違反金の納付を命ずることができるものとされた(同法51条の4)。その際、放置車両の確認・標章取り付けの事務を民間法人を含む放置車両確認機関(同法51条の8)に委託することが可能とされた²

③指定管理者制度 2003年の地方自治法改正で導入された(地方自治法244条の2③)指定管理者制度は、条例の定めにより、法人その他の団体に公の施設の管理を行わせることができるとするものである。公の施設については、それ以前から、清掃・警備等の契約による業務委託に加えて、条例に基づき出資法人等に契約により管理事務を委託する「管理委託」制度が存在したが、行政処分である使用許可権限までも委託することが許されるかどうかについては、争いがあった³。これに対して指定管理者制度は、個々の施設に関して条例で定めを置くこと、また議会が議決することを前提として、出資団体に限られない法人その他の団体を指定し、使用許可等も含めた管理権限を委任することを可能にするものである⁴

④公共サービス改革法 2006年に成立した公共サービス改革法⁵は、「(公共サービスの)実施を民間が担うことができるものは民間にゆだねる」という観点(同法1条)を掲げた上で、官民競争入札等(同法2条6項・7項)の制度(市場化テスト)を導入する。その対象となる「公共サービス」(同法2条4項)は、一般公共サービス(1号)⁶と特定公共サービス(2号)の二種に分かれる。

前者は、同項1号に定める施設の設置・運営、研修、相談、調査研究等、「国民に対するサービスの提供その他の公共の利益の増進に資する業務」であって、「国の行政機関等が自ら実施する必要がない業務」である。主に給付行政が念頭におかれ、行政処分は明文で除かれる⁷。

年)449頁

¹参照、米丸恒治「建築基準法改正と指定機関制度の変容」政策科学7巻3号262頁。この制度は、後述する「民間委託」と「任務の民営化」のどちらの性格を有するのか判然としない(原田大樹『公共制度設計の基礎理論』(弘文堂、2014年)116頁)。

²参照、北村博文「違法駐車対策に関する制度改正について」警察学論集57巻9号13頁、宇賀克也「違法駐車に対する使用者責任」ジュリスト1258号2頁、高橋明男「駐車規制」ジュリスト1330号17頁。

³稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」法学67巻5号691頁

⁴参照、成田頼明監修『指定管理者制度のすべて(改訂版)』(第一法規、2009年)

⁵「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」(2006年法律第51号)

⁶参照、碓井光明「政府業務の民間開放と法制度の変革」江頭憲治郎/碓井光明編『法の再構築I』(東京大学出版会、2007年)17頁))

⁷橋本博之「『競争の導入による公共サービスの改革に関する法律』案について」自治研究82巻6号38

これに対して後者は、民間事業者が実施するためには「法律の特例」(2条5項)が必要とされる業務である。ここでは地方公共団体の業務も含まれるが、特例には「法律」の定めが必要であり、条例による特例は想定されていない¹。文理上は「行政処分」も排除されず、官民競争入札等の対象とすることも可能だと内閣府は解釈している²が、現在のところそれにあたる例はない。同法成立時に、職業安定法(32条)、国民年金法(33条)、戸籍法(34条)について法律の特例が設けられ、2009年改正によって不動産登記法(33条の2)、刑事収容施設法(33条の3)が加えられた。なお、公共サービスを実施する民間事業者には、守秘義務・みなし公務員規定が適用される(同25条)。

⑤刑事収容施設業務の民間委託 ④で「特定公共サービス」としてあげた刑事収容施設業務の民間委託は、PFI方式と構造改革特区の仕組みを活用して既に2007年から行われていた。その際、(1)「権力性が強く、委託に馴染まない事務」(手錠・武器等の使用、面会・信書発受拒否等の処分、懲罰等)(2)権力性が弱く、法律の根拠等を設けることにより委託可能な事務(所持品検査、健康診断、施設警備、職業訓練、書籍等の検査等)(3)契約により委託可能な事務(総務系事務、庁舎警備、給食・洗濯・清掃等)に事務を分類し、(2)について、構造改革特別区域法に監獄法の特例規定を設けたものである³。上記公共サービス改革法2009年改正は、同様の事務分類を前提とした上で、特区に限らず全国展開し、また、既存の刑事施設についても、官民競争入札等による委託を可能としたものである⁴。

2. 「民営化」の概念と類型

2. 1 概念の多義性

以上見てきたところからわかるように、「民営化」には多様な現象が含まれ、明確な輪郭を有する概念ではない。組織形態、あるいは業務実施態様における「私的」な要素を強める方向の変化⁵の全てあるいはいずれかを示すものとして用いられている語だということができよう⁶。

「民営化」の政治的な動因も様々である。例えば民間委託の活用が主張される場合、効率化によって行政コストを削減する必要性が強調される。国鉄の分割・民営化の際にも、従来の経営の非効率性が喧伝された。また、少なくとも「分割」

頁)。なお、異なる「公共サービス」概念として、公共サービス基本法(2009年法40号)2条。参照、内田貴・制度的契約論(羽鳥書店、2010年)9頁。

¹橋本・前注(19)、39頁

²内閣府公共サービス改革推進室編・詳解公共サービス改革法(ぎょうせい、2006年)49頁

³吉野智「公権力の行使にかかわる業務の民間委託について(下)」捜査研究660号88頁

⁴吉野智「公共サービス改革法の活用と今後の展望」法律のひろば2009年7月号51頁、佐藤響子「公共サービス改革法に基づく刑事施設の運営業務に係る民間委託について」刑政122巻2号42頁。

⁵板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂、2013年)103頁は「動態的な移行の過程とする」

⁶民営化の他に「私化」(米丸恒治・前注(12))「民間化」(角松・前注(1))等の語も用いられることがある。

の要否に関する政治判断については、労働組合の状況とその政府との関係も影響していたと考えられる。これに対して郵政民営化の場合、郵便局が銀行業務や保険業務によって集めた資金が、特殊法人に貸し出される財政投融资の原資になっていたことが、より問題にされていた。

また、「民営化」と規制緩和はイコールではなく、前者が国家の活動の縮小だと言い切ることもできない。上に挙げた指定確認検査機関や放置車両確認機関の事例のように、行政のリソース不足を民間の活用で補って規制の実効性を高めようとする例も見られる。この場合、むしろ民間委託によって規制を強化することが目指されていると言える。

公私協働の形態がますます多様化する中で、公的主体のみによる事務事業処理から公私協働形態への移行、あるいは公私協働のある形態から他の形態への移行もきわめて多様なものとなる。そのうちのどの現象を「民営化」概念に含めるべきか、論理必然的要請は存在しない。また、現段階において、法概念としての「民営化」に道具概念性は期待できず、考察対象の限定と問題発見的な機能を担うにとどまるから、入口で土俵を狭める必要性は小さい。

「概念の政治」からの解放が、行政法学の課題となるだろう。「民営化」は前述のように本来多義的な概念だが、その概念自体にスローガンのようにポジティブな意味が付与される場合が多い¹。飯尾潤によれば、1980年代の民営化においては「民営化」という言葉が曖昧なまま時代を表現する言葉として、何かしら好ましい印象を持って語られるとういうことに、政治的な『うねり』を作り出す要素があった。……民営化は好ましいという共通理解がいつたん成立してしまうと、そのほかの選択肢は見えにくくなる²とされる。

概念の *connotation* に依拠して議論するのではなく、「民営化」の諸類型・諸要素を区別して論じそれぞれに妥当する規範的要請の相違を意識すること、公私協働の多様な類型と経営形態ごとの企業統治のありようの差異を踏まえた上で、政策的選択肢の諸類型とその得失を冷静に分析する土俵を設定することこそが、法的考察に期待される役割であろう。

2. 2 組織の民営化と業務の民営化

「民営化」現象は、組織の民営化と任務の民営化とに大別することができる。前者は、従来公共団体(国・地方公共団体)またはそれらと密接な関連を有する組織が担っていた業務について、新たな組織の設立、組織ないし所有形態の変更、既

¹山本隆司「民営化または法人化の功罪(上)」ジュリスト 1356号 27頁。参照、「民間開放」概念についての同様の指摘として、内田貴・前注(19)8頁。

²飯尾『民営化の政治過程』(東京大学出版会、1993年)232-233頁。ただし、飯尾はこの現象を否定的には評価しない

存の法人等への経営ないし事業譲渡を行うものである¹。日本国有鉄道改革法(1986年法律第87号)第6条・第8条や郵政民営化法(2005年法律第97号)に代表されるように、法律上の「民営化」の用例のほとんどはこの類型に属する。また、政府保有株式を全て民間に売却することを指す「完全民営化」についても法律上の用例がある²。なお、独立行政法人への設置形態の変更³は、「民間の主体にゆだねた場合には必ずしも実施されないおそれがある」事務事業を実施するという同法人の位置づけ(独立行政法人通則法2条)からして、「民営化」とは実定法上区別されている。

1. 1で見たように、事務事業の処理を私人に委託するいわゆる民間委託は、地方公共団体においてはかなり以前から定着していた。従来の「民間委託」は、基本的には民法上の請負契約によって処理され、公的主体が「当該事務事業に関する行政責任を遂行する上で必要な監督権限等を留保した上で」⁴の委託である。例えば、一般廃棄物処理の民間委託の場合、廃棄物処理法は、市町村の処理責任を前提とした上で受託者の人的要件等について詳細に規定し、また、基本的な計画の作成の委託を禁ずる⁵。つまり、「民間委託」の場合は、業務遂行についての行政責任は失われていないのである。

これに対して、従来担ってきた業務から公的主体が撤退し、私経済主体に委ねる「任務の民営化」は、業務遂行責任自体を消滅させるものであり、上記の民間委託とは区別される。⁶しかし実際には組織の民営化と任務の民営化がセットでなされる場合や、民間委託と任務の民営化の両者の性格を含む制度設計もありうる⁷。また、業務遂行からは公的主体が撤退するが、後述する保障責任・捕捉責任は残る場合もある。

3. 民営化の法的手法と憲法的限界

3. 1 契約と行政処分

1. 3で見たような「公権力の行使」に関わる領域における新たな形態の民間委託がなされる際、その法的手法は、①公共サービス改革法に典型的な、契約を中心とする手法⁸と、②指定管理者制度に典型的な、二段階の行政処分(行政処分とし

¹参照、原田・前注(13)、115-116頁。

²株式会社商工組合中央金庫法(2007年法律第74号)1条、株式会社日本政策投資銀行法(2007年法律第85号)1条

³「法人化」(山本・前注(26)、27頁)

⁴小島・前注(3)、34頁

⁵廃棄物の処理および清掃に関する法律第6条の2、同法施行令第4条

⁶そもそもこれを「民営化」概念に含めるかどうかについても問題になりうる。参照、大脇成昭「民営化処理の類型論的考察」法政研究66巻1号298頁、松塚晋輔『民営化の責任論』(成文堂、2003年)8頁

⁷原田・前注(13)、116頁

⁸橋本博之は、公共サービス改革法を「パッケージとして委託するための斬新な契約手法の導入」として高く評価する。橋本・前注(19)、47頁。

ての指定及び指定管理者への行政処分権限の付与)を中心とする手法とに大別される。

契約・行政処分それぞれの手法が備えている統制スキームの利害得失の比較が必要になるだろう。例えば指定管理者制度の導入に際しては、「(管理委託による)個別的契約的处理から一般的・権力的(一方的)な監督制度への転換」により、「(公の施設)法制からの潜脱」を防止する意図があった¹と言われる。他方、指定管理者の指定は請負契約に該当しないため、地方自治法の契約に関する規制や兼業禁止規定が働かないという問題点も指摘される²。

3. 2 「公権力の行使」との関係

また、民間委託の憲法的限界としての「公権力の行使」との緊張関係が問題になる。米丸恒治は、責任内閣制と自力救済の禁止から、「指揮監督を行い責任を負うことができる組織または公務員による行政が原則」であり、即ち「権力の国家独占原則」が日本国憲法上妥当すると論じる³。ただし、この原則は、(1)「実力の発動」あるいは「法的な公権力の行使の活動」にしか及ばず、給付行政についての適用は予定されない、また(2)個別具体的な合理性があれば例外も認められるとされる。

このような緊張関係に鑑み、契約的手法がとられる際(3. 1 ①)、業務を「公権力の行使」とその補助業務とに細分化し⁴、前者を公行政に留保した上で、後者を、法律上の根拠を与えた上で、契約により委託する手法がとられるのが通常である(例: 放置車両確認機関、刑事収容施設の民間委託)⁵。

契約的手法により行政処分も含めて私人に委ねることの可否については議論がありうる。前述のように、公共サービス改革法の「特定公共サービス」について、内閣府は行政処分も含めて官民競争入札等の対象とすることも可能と解釈している⁶が、それに批判的な見解もある⁷。

行政処分による手法(3. 1 ②)がとられる場合も、私人への委託には一定の限界がある。裁量の広狭や授益処分と侵害処分の区別などがその際の考慮要素

¹稲葉・前注(15)、695頁、697頁

²三野靖『指定管理者制度』(公人社、2005年)27-28頁

³米丸・前注(12)、357頁、米丸『「民」による権力行使』小林武ほか編『「民」による行政』(法律文化社、2005年)68頁

⁴白藤博行「公行政・公務の『民化』政策はどこまで進むのか」法と民主主義406号2頁(4頁)は、このような細分化を「行政過程をかえってバラバラにしている」と批判する。

⁵「最終的な決定権限を国家に残したまま、手続の遂行の一部を私人に委ねる」ことをドイツで「手続私化」と呼ぶことがある(板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂、2013年)116頁)があるが、概念について十分な合意はない。

⁶参照、前注(21)

⁷人見剛「市場化テスト法案分析」月刊自治研48号31頁、戸部真澄『「公の支配」領域の再考』月刊自治研49号44頁

になることについて学説はほぼ一致する¹が、これが立法政策上の指針に止まるのか²、憲法上の限界なのか³については見解が分かれる。

注意すべきは、業務内容とその法的位置づけを変化させることによつて民営化の可否が異なりうることである。例えば上述の放置車両確認の場合、運転者の駐車違反に対する行政刑罰とは別個独立のものとして、放置駐車についての使用者責任に対する行政上の秩序罰としての放置違反金制度を法定した。後者は犯罪とはされず、また違反自体が「現認・明白・定型」⁴であることから、納付命令の準備行為と事実行為としての標章取り付けの委託が可能とされたわけである⁵。

3. 3 保障責任

民営化やその他の公私協働現象の進展に伴い、国家が負うべき責任は、サービスの直接の履行よりもむしろ当該領域全体を見渡した制度設計と、安定した作動の保障に移行してきている。私人の側の多様な発意と競争を前提とした上で、国家には「公共善実現過程を安定化させ、その過程の概観可能性・一貫性を保障」する役割⁶が期待される。

この点で近年、ドイツにおける「保障行政」ないし「保障国家」概念が注目されている⁷。そこでは「遂行責任」「保障責任」「捕捉責任」の3種類の区別を前提として、民営化によつて国家が「遂行責任」を手放した場合であっても、規制・介入等によつて「保障責任」を負い続ける、また、私人による任務遂行が機能しなくなった場合には、事態を收拾すべき「捕捉責任」があることが説かれる⁸。「保障行政」等の概念は、未だ法解釈論上・教義学上の明確な輪郭を有せず⁹、現時点ではむしろ「発見的概念」¹⁰としての役割が期待されるだろう。

¹小幡純子「公共サービス改革法と官（公）民役割分担」地方自治 711 号 10 頁。山本隆司「日本における公私協働」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』（青林書院、2008 年）197 頁は「重大な人権侵害効果を持つ作用や、政策的裁量の行使を伴う決定」は不可とする。

²碓井・前注(18)、25 頁、小幡・前注(43)、8 頁、16 頁。

³山本・前注(43)、197 頁（「人権保障と民主制原理の要請」）、戸部・前注(42)、41 頁（不文の「国家の権力独占原則」から「侵害行政にかかる法的行為」及び「侵害行政にかかる事実行為であつて、身体等への実力行使のようにそれ自体権利侵害を伴うもの」は禁止）

⁴北村・前注(14)、15 頁

⁵参照、座談会「公共サービス改革」法学教室 313 号 30 頁、43 頁（櫻井敬子発言）、45 頁（八代尚宏発言）。

⁶山本隆司「公私協働の法構造」金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策(下)』（有斐閣、2000 年）、535 頁

⁷参照、板垣・前注(40)（同書の書評として、上代庸平・財政法叢書(30)『大学運営と税財政法上の課題』（2014 年）127 頁、角松・季刊行政管理研究 145 号 52 頁）、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（尚学社、2013 年）。

⁸参照、人見剛「ドイツにおける市町村生活基盤配慮行政の（再）公営化」清水誠先生追悼『日本社会と市民法学』（日本評論社、2013 年）403 頁、ヤン・ツイコー（人見訳）「再公営化」立教法務研究 7 号 62-63 頁。

⁹批判として参照、三宅・前注(49)8 頁、62 頁以下。

¹⁰板垣・前注(40)、243 頁

4. 憲法上の要請?

4. 1 職業選択の自由

かつての郵便事業や専売公社によるたばこ・塩の専売制度におけるように、特定の業務について国家的独占と私人による遂行禁止が定められている場合、憲法 22 条の職業選択の自由との関係が問題になる。

もつとも、民間委託の類型に属する業務については、職業の自由とその制限という図式で考えることは困難な場合が多い（放置車両確認業務を想起せよ）。また、民営化が行われた後もユニバーサル・サービスの保障等の観点から規制が課せられる場合がある¹が、その当否は民営化とはひとまず区別して検討する方が有益である。

2 公的主体の活動の限界

個人の憲法上の権利という観点からの考察とは別に、公的主体による活動に対して仮に憲法が何らかの制約を置いているとすれば、その限りで民営化が要請されるだろう。

しかし、第一に、「国家は民間によつては行えないような事務のみを行うべき」²とするいわゆる補足的原理がドイツで論じられるが、憲法原理としての妥当を主張する見解は有力ではなく³、まして、日本国憲法上の手がかりは薄弱である。

第二に、憲法 22 条・29 条などから、日本国憲法が「原理としての秩序ある市場経済を予定しており」、「積極目的による規制とは、市場経済秩序を維持するための規制」に原則として限られるとする見解⁴は傾聴に値するが、経済制度に関する規定をほとんど有しない日本国憲法から特定の競争秩序への選択を読み込むことには困難がある⁵。前述した（1. 3.

④）公共サービス改革法 1 条は「民間が担うことができるものは民間にゆだねる」という観点を掲げるが、それは憲法上の要請ではなく、あくまで政策的選択として理解すべきである。同法の対象が、主として「民間委託」の類型—前述のように、業務遂行についての行政責任を残した上で私人がそれに従事する場合であつて、私人の本来的な経済活動の自由に属するものとは言い難い—に含まれる活動であることを想起すれば、なおさらであろう。

¹例えば郵政民営化後も、郵便については日本郵便株式会社の事業独占(郵便法 4 条)が定められ、信書便法(民間事業者による信書の送達に関する法律(2002 年法 99 号))による一般信書便事業・特定信書便事業への参入にも、クリーム・スキミング防止のための参入規制が設けられている。参照、橋本賢治「信書便事業をめぐる現状と課題」立法と調査 321 号 113 頁。

²大脇・前注(33)、305 頁

³参照、山本・前注(48)、533 頁、角松・前注(1)、743 頁

⁴平松毅「経済活動の規制緩和の基準と違憲審査の基準(上)」ジネリ 1078 号 57 頁

⁵石川健治「営業の自由とその規制」大石真 / 石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008 年) 149 頁

5 「経費の削減」と「質の維持向上」

前記（1. 3.④）の公共サービス改革法は、目的として、「公共サービスの質の維持向上及び経費の削減」（1条）、理念として「良質かつ低廉な公共サービス」（3条1項）を掲げる。しかし、一方の課題としての「経費の削減」ないし「低廉」、他方の課題としての「質の維持向上」ないし「良質」とは、「通常両立しない」¹とまでは言えないにしても、本質的に緊張関係に立つものである。

5. 1. 「経費の削減」と適切なコスト比較

「経費の削減」の観点からは、公・民のコスト比較にあたってどのような項目を算入すべきかが問題になる。民営化に伴いサービスの公共性を維持するための再規制²の費用、民間委託の場合における契約締結費用、モニタリング・評価費用なども検討した上で効率性を比較しているかどうか問題になるだろう。

適正な労働条件の確保が経費削減と緊張関係に立つ場合もありうる。「官製ワーキングプア」³という批判はスローガンの過ぎるとしても、民間事業者とは異なり「雇用政策や労働福祉行政の一端を担っている自治体」⁴としては無視すべきでない関心事だろう。しばしば問題になる偽装請負⁵といった労働法上の違法行為が許されないのは当然として、民間委託を行うかどうかの判断、また委託先の選定にあたり、労働条件等も含めて当該地方公共団体の経済に及ぼす多面的・マクロ的な影響を考慮要素として総合的に評価すべきではないか⁶。そのことは公共サービスの品質と継続性の担保にもつながるだろう⁷。

5. 2. 行政組織が保有すべき知識

「質の維持向上」の観点からは、民間事業者の方が優れた技術・創意工夫・ノウハウを持っているような分野における民営化は肯定されうる⁸。しかしその場合、民間事業者におけるかかるポテンシャルの有無、そして優れた提案を専門的かつ適切に評価する能力を公的主体が有するかどうか問題になる。当該公の施設に必要な専門性のあり方についての明確なビジョンを行政が有しない場合、単なる思いつ

¹尾林芳匡『新・自治体民営化と公共サービスの質』（自治体研究社、2008年）111頁

²原田・前注(13)、117頁。

³城塚健之『官製ワーキングプアを生んだ公共サービス「改革」』（自治体研究社、2008年）

⁴三野・前注(37)、135頁

⁵参照、内閣府「地方公共団体の適正な請負（委託）事業推進のための手引き」（2012、2014（一部改訂））

⁶入札に際しての価格の有利性とその他の要素との関係について参照、最判2006年10月26日判時1953号122頁

⁷稲沢克祐「自治体アウトソーシングの様相」都市問題104巻11号67頁は「フルコスト・リカバリー」の指針、嶋田暁文「公務遂行主体の民間化の受けとめ方」自治総研368号45頁は「『リビング・ウェイジの保障』といった公正労働基準」を示唆する。

⁸小幡・前注(43)9頁、戸部・前注(42)、44頁。

きと優れた創意工夫を区別することはできない。また、アウトカムを適切に評価する体制の構築も重要な課題である。

この点とも関連するが、行政組織に保存されていた知識の民営化による喪失も危惧される。2006年4月の「構造計算書偽装問題に関する緊急調査委員会報告書」¹は、建築確認をする側の申請者に対する技術的優位の喪失を、偽装が見過ごされた構造的背景として指摘する²。「かつては特定行政庁のベテラン職員の『事前相談』による工学的知見のやり取りによって補完されていた機能も、技術の高度化や確認する側の相対的な能力の低下、建築確認の民間開放の過程で消失しつつある」³というのである。民営化を行わなくてもかかる知識の喪失は生じうるが、「“最先端”としての現場実践から切り離されたことで、…“プレーヤー”としてこなしてきた業務の経験のないままに、……管理監督業務につかなければならなくなる」という危惧は普遍的である⁴。

5.3 競争は促進されるか

競争による市場的規律が、サービスの質を担保することも確かにありえよう。しかし例えば、指定管理者の再指定にあたり、市区町村における非公募の多さ、特に都道府県で公募しても現管理者が指定される場合が少ない実態がある⁵。地方の市町村については応募する事業者が見込まれないこと、大規模な施設が多い都道府県の場合も管理運営できる事業者が限定され、「2回目以降の指定管理については、現管理者が圧倒的に有利である」ことも指摘される⁶。競争による効率化と質の向上を期待するのなら、適切有効な競争市場が実際に創出されるかどうか、予め見通しを持っておく必要があるし、運用にあたってはその点に配慮する必要があるだろう。

6 賠償責任の分担

民営化後も公的主体が国家賠償法に基づく責任を負い続けるかどうかという問題がある⁷。この点が問題になったのが、児童養護施設に関する最判2007年1月25日民集61巻1号1頁⁸である。同判決は、社会福祉法人が設置運営する児童養護

¹http://www.mlit.go.jp/kisha/kisha06/15/150406_.html

² 同報告書10頁

³ 同上、12-13頁

⁴ 大杉覚「アウトソーシングと自治体の責任」都市問題104巻11号59頁。「国家の『行動知』が失われるジレンマ」について、板垣・前注(40)、303頁、442頁

⁵ 参照、総務省「公の施設の指定管理者制度の導入状況等に関する調査結果」(2012年11月)http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01gyosei04_02000015.html

⁶ 三野靖「導入10年、指定管理者制度の実態と課題」都市問題104巻11号74頁

⁷ 前述「保障責任」(3.3)の一つの局面であるが、それと同一ではない。板垣・前注(40)、453頁

⁸ 山本隆司『判例から探究する行政法』(有斐閣、2012年)583-601頁、中原太郎「判批」行政判例百選Ⅱ490頁及びこれら掲記の文献参照。

施設の長の児童福祉法に基づく養育監護行為は「本来都道府県が有する公的な権限を委譲されてこれを都道府県のために行使するもの」だとして、同行為は「都道府県の公権力の行使に当たる公務員の職務行為」であり、県は国家賠償法1条に基づく賠償責任を負うとした。その一方で、公務員の個人責任を否定する判例理論（最判1955年4月19日民集9巻5号534頁）はこの場合もあてはまり、施設職員個人が民法709条に基づく責任を負わないのみならず、使用者たる社会福祉法人も民法715条に基づく責任を負わないとしたのである¹。

この場合の国・公共団体の責任が、被害者に対する賠償を担保する意味でいわば「単純保証」する責任²にとどまらず、私的主体との関係において最終的な費用負担者になるとすれば³、モラル・ハザードの問題⁴が生じうる。この点は、競争的環境の下で営利活動として業務を遂行することが予定されている指定確認検査機関について特に問題である⁵。他方で、私的主体の担当者個人あるいは組織化の程度の低い団体ないし法人に責任を負わせると、公務員個人責任が否定されている趣旨に反することもあり得る⁶。そのため、事務の「本来」の帰属を重視するのではなく、公共団体の行為と私的主体の行為の可分・不可分に注目する解釈論⁷も提起されている。なお実務上は、損害賠償の場合のリスク分担について、公共団体と私的主体との間で予め協定を結ぶなどの例も多い⁸。

¹直接的には国家賠償責任に関するものではないが、最決2005年6月24日判時1904号69頁は、指定確認検査機関による建築確認に関する「事務の帰属する行政主体は、当該確認に係る建築物について確認する権限を有する建築主事が置かれた地方公共団体」だとして、当該地方公共団体に対する行訴法21条に基づく訴えの変更を認めている。参照、山本・前注(73)、602頁、その後の展開も含めて、金子正史「指定確認検査機関のした建築確認の違法を理由とする国家賠償請求訴訟の賠償責任者」同志社法学64巻7号2107頁。

²山本・前注(73)、616頁

³ 国家賠償法1条2項によれば、公務員に対して国・地方公共団体が求償することが可能であるが、それは少なくとも文言上は、故意・重過失の場合に限定される

⁴原田大樹「判批」法政研究74巻2号362頁

⁵参照、米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部力ほか編『行政法の新構想III』（有斐閣、2009年）310頁。

⁶山本・前注(73)597頁。さらに参照、横田光平「判批」法学協会雑誌125巻12号2799頁。「モラル・ハザードと萎縮効果の調整」について、板垣・前注(40)、492頁。

⁷山本・前注(73)、621頁

⁸総務省・前注(70)によると91.2%の施設においてこのような協定の締結などが行われている。指定管理者が施設賠償責任保険に加入することも求められる例がある。

(例：横浜市指定管理者運用ガイドライン

<http://www.city.yokohama.lg.jp/seisaku/kyoso/siteikanrisha/guideline.html> が、協定に基づく請求権と前記の国家賠償法上の求償権との法的関係も問題になり得よう。

행정활동의민영화1와행정법학

角松生史 (神戸大学大学院法学研究科教授)

1. '민영화'의개요

1.1 1980년대-민간위탁의추진과 3公社 민영화

1.2 2000년대-도로관계 4 공단의민영화·우정사업민영화

1.3 '공권력의행사'관련영역의민간위탁

2. '민영화'의개념과유형

2.1 개념의다의성

2.2 조직의민영화와업무의민영화

3 민영화의법적방법과헌법적한계

3.1 계약및행정처분

3.2 '공권력의행사'와의관계

3.3 보장책임

4. 헌법상의요청?

4.1 직업선택의자유

4.2 공적주체활동의한계

5. '비용의절감'과'품질의유지향상'

5.1. '비용절감'과적절한비용비교

5.2. 행정기관이보유해야할지식

5.3. 경쟁촉진되었을까?

6. 배상책임의분담

1. '민영화'의개요

복지국가시스템이어려움을맞이한 1980년대이후정도와시기의차이는있지만, 국가와시장의관계,

또는넓은의미에서公-私의관계는어느나라에서도직면한과제이다..

이보고서는일본의행정활동'민영화'

¹당초학회사무국에제출한제목은'민간화'(角松「『民間化』の法律学」国家学会雑誌 102卷 11=12号 719頁 참조)라는용어를선택했지만, 국제학회의특성상일본에서가장일반적으로사용되고있는'민영화'의단어를사용하는것이바람직하다고생각되어 제목을변경하였다.

현상에 초점을 맞추고 행정법학의 입장에서 어떻게 고찰할 수 있는지에 대해 검토한다.¹ 우선 1980

년대부터 현재에 이르기까지 어떤 '민영화' 현상이 문제가 되어왔는지를 살펴보고자 한다.

1.1 1980년대-민간위탁의 추진과 3公社 민영화

1980년대 이후 일본의 정치·행정을 둘러싼 논의에서 '민영화'는 종종 주제로 되어왔다.

'중세없는 재정재건'을 슬로건으로 내걸고 1981년 출범한 제2차 임시 행정조사회(제2臨調)는 그 답신에서 종종 국가·지방 공공단체의 활동의 민간위탁 추진의 필요성을 강조하고² 있다.

또한 제2臨調는 1982년에 제출한 세번째(이른바 '기본답신')에서 3공사(일본국유철도(국철), 일본전매공사(전매공사), 일본전신전화공사(전전공사))의 민영화를 제언했다. '공사'라 함은 각 개별법(일본국유철도법, 일본특허공사법, 일본전신전화공사법)에 따라 정부출자하에 설립된 법인이며, 공공기업체 노동관계법³에 의한 노동관계의 규율(쟁의행위의 금지 등)을 받은 것이다. 1985년에는 전매공사·전전공사가 각각 새로운 회사⁴로 출범(일본담배산업주식회사(JT), 일본전신전화주식회사(NTT))⁵하고 1987년에는 국철이 분할·민영화된 이른바 JR 그룹 7개사⁶가 발족했다.

1.2 2000년대-도로관계 4공단의 민영화·우정사업 민영화

2000년대에 큰 정치문제가 된 것으로는 도로관계 4공단의 민영화 및 우정사업의 민영화가 있다.

전자는 2005년에 행해진 유료도로의 건설 및 관리에 해당하는 특수법인인 도로관계 4공단(일본도로공단, 수도고속도로공단, 阪神高速道路公団, 혼슈시코구연락교공단)의 분할·민영화이다. 이러한 민영화에 있어서는 이른바 상하 분리 방식이 채택되었다.

¹ 본보고의 내용은 집필기간의 관계로 角松「行政事務事業の民営化」高木光 / 宇賀克也編『行政法の争点』(2014年9月刊行予定)에 가필 수정을 추가한 것임.

² 小島重喜「外部委託—論議の推移と現況」ジュリスト 814号(1984年)33頁(35頁).

³ 1948년 법률 제 257호. 현재는 '특정 독립 행정 법인의 노동 관계에 관한 법률'이라고 명칭을 변경하였다.

⁴ 이러한 회사는 주식회사의 형태를 취하고 있지만, 그 설립 근거는 또한 개별법에 근거하고 있기 때문에 그런 의미에서 일본 행정법학상 '특수법인'으로 분류된다. 또한 정부가 일정 지분을 보유하고 있다.

⁵ NTT는 후에 NTT 동일본, NTT 서일본으로 분할되었다.

⁶ 홋카이도 여객철도(JR 홋카이도)·동일본 여객철도(JR 동일본)·도카이 여객철도(JR 도카이)·서일본 여객철도(JR 규슈) 일본화물철도(JR 화물).

이러한 설립 근거는 여객철도 주식회사 및 일본화물철도 주식회사에 관한 법률(1986년 법률 제 88호)이다. 그러나 JR 동일본, JR 도카이, JR 서일본의

3개사에 대해서는 그 주식의 상장되어 동법의 대상에서 벗어나 일반 민간 회사와 마찬가지로 취급되었다.

즉인프라부분(아래‘도로및그부대시설’)은독립행정법인¹인일본고속도로보유·채무
기구변제기구에일괄하여양도·운영을담당하는주체(‘상’)에관하여,
일본도로공단은분할되어통일본고속도로주식회사·종일본고속도로주식회사·서
일본고속도로주식회사가되어수도고속도로공단은수도고속도로주식회사,
阪神高速道路公団은阪神高速道路주식회사로되었다.

후자는고이즈미준이치로내각에서큰정치과제로되었다.

기존우정사업(우편·간이보험·우편저금)은우정성에의해국가직영으로이루어지고
있었지만,² 2001년우정사업부서는우정사업청조직개편으로

2003년에는특수법인인일본우정공사가설립되어우정사업을담당하게되었다.

고이즈미총리에게있어서우정민영화는숙원이고

2005년에는국회에우정민영화관련법안을제출하였지만여당의원외반대에의해동법
안은중의원에서는가결되었지만참의원에서부결되었다.

그것을받아들여고이즈미내각은중의원³을해산하고계속총선에서우정민영화를최대
의쟁점으로부상시켰다.

결과여당압승을취득하고동내용의우정민영화관련법안을가결시켰다.

2007년부터우정사업은지주회사인일본우정공사산하에우편사업을담당하는우편사
업주식회사, 우편국주식회사, 우편저축업무를담당하는주식회사유초은행,
보험업무를담당하는주식회사간보생명보험으로분할되었다.⁴또한

2012년민주당정권산하에우정민영화를검토하여법안을형성하고우편사업주식회사
와우편국주식회사를합병하여일본우편주식회사를설립하였다.

1.3 ‘공권력의행사’관련영역의민간위탁

조금시간을거슬러야되지만

1990년대후반이후‘공권력행사’와깊게관련된분야에서기존과는다른측면에서민간
인이행정활동에참여하는것을허용하는일부법개정이이루어지고있다.

(1) 지정확인검사기관.

1998년의건축기준법개정에따라기존건축주일만행하고있는건축확인(행정처분으로
서전형적인‘공권력행사’에속함)에대한지정확인검사기관이행하는것(건축기준법제
6조의 2)이가능해졌다.

개별법에의해특정의행정권한을행정청에의해지정된자에게위임하는현상은기존에

¹독립행정법이라함은 1999년독립행정법인통칙법에기초하여설계된조직형태이다.

이제도는특수법인개혁의일환으로도입되어 New Public Management 의발상에기초하여중기목표,
중기계획의구조를축소한지배구조가예정되어있다.

²이점에서는공사형식으로행하여지는일본국유철도등의경우와는다르다.

³법안을부결한것은참의원이지만참의원에는해산이없고해산된것은오히려중의원이다.

이처럼해산의정통성에대하여는헌법상논란의여지가있다.

⁴그외에기존계약의관리를담당하는독립행정법인인우편저금·간이생명보험관리기구도설립되었다.

도보여지고이경우수탁자를‘지정기관’이라부르며법인인경우당해법인을‘지정법인’이라고부르는용어가일반적이다.¹그러나이건축기준법개정지정확인검사기관은공익법뿐만아니라영리목적의회사등도지정되는점에서기존지정기관과는다르다. 지정기관상호가시장에서경쟁하는것을당연히예정한구조로된것이다.²

(2) 방치차량확인기관.

2004 년도로교통법개정에따라방치위반금지(도로교통법제 51 조의 15)가설치되고방치차량이있는경우,

운전자의책임과는별도로차량의사용자(차량을사용하는권한을가지며차량의운행을 지배· 관리하는자)에대해공안위원회가방치위반금의납부를명할수있는것으로되었다(동법제 51 조의 4).

이때방치차량의확인· 표장설치의사무를민간법인을포함한방치차량확인기관(동법제 51 조의 8)에위탁할수있게되었다.³

(3) 지정관리자제도. 2003 년지방자치법개정으로도입된(지방자치법제 244 조의 2③)

지정관리자제도는조례의규정에따라법인기타단체에공공시설의관리를실시할수있다고하였다.

공공시설에대해서는그이전부터청소· 경비등의계약에의한업무위탁이외에조례에 따라출자법인등에게계약을통해관리업무를위탁하는‘관리위탁’제도가존재했지만, 행정처분이있는사용허가권한까지위탁하는것이허용되는지여부에대해서는다툼이 있었다.⁴이에대해지정관리자제도는개별시설에대해조례로정할수있으며의회가의결하는것을전제로출자단체에한정되지않는다.

법인기타단체를지정하고사용허가등을포함한관리권한을위임하는것을허용하도록 한다.⁵

(4) 공공서비스개혁법. 2006 년에제정된공공서비스개혁법⁶은‘(공공서비스의) 실시를민간이담당할수있는것은민간에위탁한다’ 라는관점(동법제 1 조)을내걸고민관경쟁입찰등(동법제 2 조 6 항· 7 항)의제도(시장화테스트)를도입한다. 그대상이되는‘공공서비스’(동법제 2 조

¹米丸恒治『私人による行政』(日本評論社、1999年)311頁、塩野宏『法治主義の諸相』(有斐閣、2001年)449頁

²米丸恒治「建築基準法改正と指定機関制度の変容」政策科学7巻3号262頁。

이제도는후술한「民間委託」와「任務의민營化」의어느성격을갖는가명백하지않다(原田大樹『公共制度設計の基礎理論』(弘文堂、2014年)116頁 참조。

³北村博文「違法駐車対策に関する制度改正について」警察学論集57巻9号13頁、宇賀克也「違法駐車に対する使用者責任」ジュリスト1258号2頁、高橋明男「駐車規制」ジュリスト1330号17頁 참조。

⁴稲葉馨「公の施設法制と指定管理者制度」法学67巻5号691頁。

⁵成田頼明監修『指定管理者制度のすべて(改訂版)』(第一法規、2009年) 참조。

⁶「競争の導入による公共サービスの改革に関する法律」(2006年法律第51号 참조。

4 항)은일반공공서비스(1 호)¹와특정공공서비스(2 호)의 2 종으로나뉜다.

전자는동항 1 호에정하는시설의설치·운영, 연수, 상담, 조사연구등은‘국민에대한서비스의제공기타공공이익의증진에이바지하는사업’으로서‘국가의행정기관등스스로실시할필요가없는업무’이다.

주로급부행정을업무에두고행정처분은명문으로제외된다.²

이에대해후자는민간사업자가실시하기위해서는‘법률의조례’(제 2 조 5 항)가필요로하는업무이다.

여기에서는지방공공단체의업무도포함되지만특례에는‘법률’의규정이필요하며조례에의한특례는예상되지않는다.³문리상으로는‘행정처분’도배제되지않고민관경쟁입찰등의대상으로할수있다고내각부는해석하고있지만⁴현재그해당에는없다.

동법성립시에직업안정법(제 32 조), 국민연금법(제 33 조),

호적법(34 조)에대해법률의특례가설치되고,

2009 년개정에의해부동산등기법(제 33 조의 2)

형사수용시설법(제 33 조의 3)이추가되었다.

또한공공서비스를실시하는민간사업자는기밀준수의무·공무원의제규정이적용된다(동제 25 조)

(5) 형사수용시설업무의민간위탁.

(4)에서‘특정공공서비스’라고하는형사수용시설업무의민간위탁은 PFI 방식과구조개혁특구의구조를활용하여이미 2007 년부터진행되고있었다.그때, (ㄱ)

‘권력이강하고위탁에낮선사무’(수갑·무기등의사용, 면회·서신발부거부등의처분, 징벌등) (ㄴ) 권력성이약하고, 법률의근거등을설치하여위탁가능한업무(소지품검사, 건강진단, 시설경비, 직업훈련, 도서등의검사등) (ㄷ)

계약에의하여위탁가능한업무(총무계사무청사경비,

급식·세탁청소등)에사무를분류하고(ㄴ)에대한구조개혁특별구역법에감옥법의특

례규정을마련한것이다.⁵상기공공서비스개혁법(2009 년개정)은비슷한업무분류를전제로한후,

특구에한정하지않고전국으로확대전개하고또기존의형사시설에대해민관경쟁입찰

¹ 碓井光明 「政府業務の民間開放と法制度の变革」江頭憲治郎/碓井光明編『法の再構築Ⅰ』(東京大学出版社、2007年)17頁) 참조.

² 橋本博之 「『競争の導入による公共サービスの改革に関する法律』案について」自治研究 82 卷 6 号 38 頁)。또다른 「공공서비스」개념으로서공공서비스기본법(2009 年法 40 号)2 条。内田貴・制度的契約論 (羽鳥書店、2010 年)9 頁 참조.

³ 橋本・前注(19)、39 頁.

⁴ 内閣府公共サービス改革推進室編・詳解公共サービス改革法(ぎょうせい、2006 年)49 頁.

⁵ 吉野智 「公權力の行使にかかわる業務の民間委託について (下)」捜査研究 660 号 88 頁

등에의한위탁을가능하게하였다.¹

2. ‘민영화’의개념과유형

2.1 개념의다의성

상술한바와같이‘민영화’는다양한현상을포함하고명확한운곽을갖는개념이아니다.

조직형태나업무실시형식에서‘사적’인요소를강화하는방향의변화²의전부또는하나를의미하는것으로사용되고있는단어라고할수있을것이다.³‘민영화’의정치적동인도다양하다.예를들어민간위탁의활용이주장되는경우효율화에의해행정비용을절감할필요성이강조된다. 국철의분할·민영화시에도기존경영의비효율성이알려졌다.

또한적어도“분할”의필요여부에관한정치판단은노동조합의상황과정부와관계에도영향이있었다고생각된다.이에대해우정민영화의경우,우체국이은행업무와보험업무를통해모은자금이특수법인에대출하는재정이투자용자의재원으로되었다는것이더문제가되고있었다.

또한“민영화”와규제완화는등호가아닌전자가국가활동의축소라고단언할수도없다.위에서언급한지정확인검사기관및방치차량확인기관의사례처럼행정의자원부족을민간의활용으로보충해규제의실효성을높이고자하는사례라고도볼수있다.이경우오히려민간위탁에의해규제를강화하는것을목표로한다고할수있다.

公私협동의형태가점점다양화하는가운데,공적주체에의해서만사무사업처리로부터공사협동형태로의전환또는공사협동의어떤형태에서다른형태로의전환도매우다양하게된다.그중어떤현상을‘민영화’개념에포함시킬것인지논리필연적요청은존재하지않는다.또한현단계에서법개념으로‘민영화’에도구개념성은기대할수없고,고찰대상외한정과문제발견기능을담당하는데머물러있기때문에,입구에서경기장을좁힐필요는작다.

‘개념의정치’로부터의해방이행정법학의문제로될수있다.‘민영화’는전술한것처럼본래다양한개념이지만그개념자체에슬로건으로공정적인의미가부여되는경우가많다.⁴飯尾潤에따르면1980년대의민영화에대해서는‘민영화’라는말이애매한채로시대를표현하는단어로,무엇인가좋은인상을갖고표현하는것으로정치적인‘파도’를생성하는요소였다…민

¹ 吉野智「公共サービス改革法の活用と今後の展望」法律のひろば 2009年7月号 51頁、佐藤響子「公共サービス改革法に基づく刑事施設の運営業務に係る民間委託について」刑政 122卷2号 42頁.

² 板垣勝彦『保障行政の法理論』(弘文堂、2013年)103頁는「동태적인이동과정이다.」

³ 민영화이외「私化」(米丸恒治·前注(12))「民間化」(角松·前注(1)) 등의용어도사용되고있다.

⁴ 山本隆司「民営化または法人化の功罪(上)」ジュリスト 1356号 27頁。
「民間開放」概念에대해서동일하게지적한것으로内田貴·前注(19) 8頁 참조.

영화는바람직하다는공통된이해가일단성립되어버리면다른대안은보이기어렵다¹는 것이다.

개념의 connotation 에의거하여논의하는것이아니라'민영화'의여러유형·제반요소를구분하여논의하고각각타당한규범적요청의다름을인식하고, 공사협동의다양한유형과경영형태마다의기업지배구조형태의차이를바탕으로정책적선택의여러유형과그특실을냉정하게분석하는경기장을설정하는것이야말로법적고찰에기대되는역할일것이다.

2.2 조직의민영화와업무의민영화

'민영화'현상은조직의민영화와업무의민영화로대별할수있다.

전자는기존공공단체(국가·지방자치단체)

또는그와밀접한관련을갖는조직이담당했던업무에대해새로운조직의설립, 조직내지소유형태의변경,

기존법인등에로의경영내지사업양도를한것이다.²일본국유철도개혁법(1986년법률제 87 호)

제 6 조·제 8 조및우정민영화법(2005년법률제 97 호)로대표되는것처럼, 법률'민영화'의용례의대부분이유형에속한다.

또한정부보유주식을모두민간에매각하는것을가리키는'완전민영화'에대해서도법적사례가있다.³또한,

독립행정법인에로의설치형태의변경⁴은'민간주체에맡겼을경우에는반드시실시되지 않을우려가있는'사무사업을실시하는동법인의평가(독립행정법인통칙법제 2 조)로부터'민영화'는실정법상구분되어있다.

1.1 에서보았듯이,

사무사업의처리를민간인에게위탁하는이른바민간위탁은지방자치단체에서는오래전부터정착했었다.

기존의'민간위탁'은기본적으로민법상도급계약에의해처리되고공적주체가'해당사무사업에대한행정책임을수행하는데필요한감독권한등을보유한후'⁵의위탁이다.예를들어, 일반폐기물처리민간위탁의경우,

폐기물처리법은市町村의처리책임을전제로한후수탁자의인적사항등에대해상세하

¹ 飯尾『民営化の政治過程』(東京大学出版会、1993年)232-233頁。그러나, 飯尾는이현상을부정적으로평가하지않았다.

² 原田·前注(13)、115-116頁참조.

³ 株式会社商工組合中央金庫法(2007年法律第74号)1条、株式会社日本政策投資銀行法(2007年法律第85号)1条.

⁴ 「法人化」(山本·前注(26)、27頁)

⁵ 小島·前注(3)、34頁.

계규정하고기본계획의작성위탁을금지한다.¹즉,
'민간위탁'의경우업무수행에대한행정책임은손실되지않은것이다.

이에대해기존담당해온업무에서공적주체가철수하고사적경제주체에맡기는'임무의민영화'는업무수행책임자체를소멸시키는것이며,
위의민간위탁과는구분된다.²그러나실제로는조직의민영화와임무의민영화가통합하는경우또는민간위탁과임무의민영화양자의성격을포함한제도설계도있을수있다.³또한업무수행에서공적주체가철수하지만,
후술하는보증책임·포착책임은남는경우도있다.

3 민영화의법적방법과헌법적한계

3.1 계약및행정처분

1.3 에서본것처럼'공권력의행사'에관한영역에서새로운형태의민간위탁이이루어질때그법적방법은①공공서비스개혁법에전형적인계약을중심으로하는방법⁴과②지정관리자제도에전형적인두단계의행정처분(행정처분으로의지정및지정관리자에게행정처분권한부여)을중심으로하는방법으로대별된다.

계약·행정처분각각의수법이가지고있는통제계획의이해득실을비교해야할것이다.예를들면지정관리자제도의도입시에는'(관리위탁에의한) 개별적계약처리에서일반적·권력적(일방적) 감독제도로의전환'을통해'(공공시설)법제에서잠탈"을방지할의도가있었다⁵고말한다.한편,
지정관리자의지정은도급계약에해당하지않기때문에지방자치법의계약에관한규정 및겸업금지규정이작동하지않는문제점도지적된다.⁶

3.2 '공권력의행사'와의관계

또한민간위탁의헌법적한계로'공권력의행사'와의긴장관계가문제된다.米丸恒治는,
책임내각제와자력구제의금지에서'지휘감독을실시할책임이있는조직또는공무원에 의한행정이원칙'이며,
즉'권력의국가독점원칙'이일본국헌법상타당하다고논한다.⁷그러나이원칙은(1)

¹ 廃棄物処理 및 清掃에 관한法律第 6 条의 2、同法施行令第 4 条.

² 원래는 이것을「민영화」概念에 포함할지에 대해서도 문제가 되었다. 大脇成昭「민영화法理의 類型論의 考察」法政研究 66 卷 1 号 298 頁、松塚晋輔「민영화의 責任論」(成文堂、2003 年) 8 頁 참조.

³ 原田・前注(13)、116 頁.

⁴ 橋本博之는, 公共서비스改革法을 「패키지로 委託하기 위한 참신한 契約手法의 導入」이라고 높게 평가했다. 橋本・前注(19)、47 頁.

⁵ 稲葉・前注(15)、695 頁、697 頁.

⁶ 三野靖「指定管理者制度」(公人社、2005 年) 27-28 頁.

⁷ 米丸・前注(12)、357 頁、米丸「『民』による権力行使」小林武ほか編「『民』による行政」(法律文化社、2005 年)68 頁.

‘실력의발동’ 또는 ‘법적공권력의행사활동’에만미치지않고급부행정에대한적용은예정되지않는다.또한(2) 개별구체적인합리성이있으면예외도인정된다고되어있다.

이러한긴장관계에비추어계약기법이채택된경우(3.1①)

업무를‘공권력의행사’와그보조업무를세분화하고¹전자를공공행정에유보한후후자를법률상의근거를부여하여,
계약에의하여위탁하는수법을취하는것이보통이다(예:방치차량확인기관,
형사수용시설의민간위탁).²

계약적기법에따라행정처분을포함하여민간인에맡길지여부에대해서는논란이있을수있다.

전술한바와같이공공서비스개혁법의‘특정공공서비스’에대해내각부는행정처분도포함하여민관경쟁입찰등대상으로하는것도가능하다고해석하고있지만³여기에비판적인견해도있다.⁴

행정처분에의한방법(3.1②)이취해지는경우도민간인에대한위탁에는일정한한계가있다.재량의広狹과授益처분과침해처분의구별이그때의고려요소가되는데대한학설은거의일치하지만⁵이것이입법정책상의지침에그치는것인지⁶, 헌법상의한계인지⁷에대해서는견해가나뉜다.

주의해야할것은,
업무내용과그법적위상을변화시킴으로써민영화여부가달라질수있다는것이다.예를들어위의방치차량확인의경우운전자의주차위반에대한행정처벌과는별개로독립된것으로서방치주차에대한사용자책임에대한행정상질서처벌로방치위반금제도를법으로규정했다. 후자는범죄는되지않고,
또한위반자체가‘현재확인·보통·정형’⁸인것으로부터납부명령의준비행위와사실

¹ 白藤博行「公行政・公務の『民化』政策はどこまで進むのか」法と民主主義 406号 2頁(4頁)는, 이처럼세분화를 「行政過程을오히려뿔뿔이흩어지게한다」고비판한다.

² ‘최종결정권한을국가에남겨두고절차수행의일부를개인에게위탁’하는것을 「手続私化」라고부른다(板垣勝彦『保障行政の

法理論』(弘文堂、2013年) 116頁)고하지만개념에대해서는충분한합의가형성되지못했다.

³前注(21 참조.)

⁴ 人見剛「市場化テスト法案分析」月刊自治研 48号 31頁、戸部真澄「『公の支配』領域の再考」月刊自治研 49号 44頁.

⁵ 小幡純子「公共サービス改革法と官(公)民役割分担」地方自治 711号 10頁; 山本隆司「日本における公私協働」藤田宙靖博士東北大学退職記念『行政法の思考様式』(靑林書院、2008年) 197頁는 「중대한인권침해효과를갖는작용이나政策的裁量の行使를동반하는결정」은불가하다고한다.

⁶碓井・前注(18)、25頁、小幡・前注(43)、8頁、16頁.

⁷ 山本・前注(43)、197頁(「人權保障と民主制原理の要請」)、戸部・前注(42)、41頁(不文의「國家의權力独占原則」으로부터「侵害行政에관한法的行為」 및 「侵害行政에관한事實行為로서身體等에대한實力行使를하는自體權利侵害를수반하는것」은금지).

⁸北村・前注(14)、15頁.

행위로서의표장설치의퇴가가가능하게된셈이다.¹

3.3 보장책임

민영화및기타공사협동현상의진전에따라국가가져야할책임은서비스의직접이행보다는오히려해당영역전체를전망하여제도를설계하고안정된작동을보장으로이행하고있다. 개인측에다양한발의와경쟁을전제로한후, 국가는"공공선실현과정을안정화시키고, 그과정의개관가능성·일관성을보장"하는역할²이기대된다.

이점에서최근독일의'보장행정' 내지'보장국가' 개념이 주목받고있다.³ 여기에서는'수행책임'·'보장책임'·'포착책임'의 3 유형의구분을전제로민영화에의해국가가'수행책임'을내놓은경우에도규제·개입등으로'보장책임'을계속부담한다. 또한私人에의한임무수행이작동하지않는경우에는사태를수습해야'포착책임'이있는것이설득된다.⁴ '보장행정' 등의개념은아직법해석론상·교리학상명확한운곽을갖고있지않고⁵ 현시점에서는오히려'발견적개념'⁶으로서의역할이기대되는것이다.

4. 헌법상의요청?

4.1 직업선택의자유

한때우편사업과전매공사에의하여담배·소금의전매제도에서와같이특정업무에대한국가적독점과민간인에의한수행금지가정해져있는경우헌법 22 조의직업선택의자유와의관계가문제된다.

무엇보다, 민간위탁유형에속하는업무내용은직업의자유와그제한이라는도식으로생각하는것은곤란한경우가많다(방치차량확인업무를상기하라). 또한민영화가진행된후에도유니버설·서비스보장등의관점에서규제가부과될수있지만,⁷ 그當否는민영화와일단구별하여검토하는것이유익하다.

¹ 座談會「公共サービス改革」法学教室 313 号 30 頁、43 頁(櫻井敬子發言)、45 頁(八代尚宏發言 참조).

² 山本隆司「公私協働の法構造」金子宏先生古稀祝賀『公法学の法と政策(下)』(有斐閣、2000 年)、535 頁.

³ 板垣・前注(40)(同書の書評として、上代庸平・財政法叢書(30)『大学運営と税財政法上の課題』(2014 年)127 頁、角松・季刊行政管理研究 145 号 52 頁)、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(尚学社、2013 年) 참조.

⁴ 人見剛「ドイツにおける市町村生活基盤配慮行政の(再)公営化」清水誠先生追悼『日本社会と市民法学』(日本評論社、2013 年)403 頁、ヤン・ツイコー(人見訳)「再公営化」立教法務研究 7 号 62-63 頁 참조.

⁵ 비판은 三宅・前注(49)8 頁、62 頁以下를 참조.

⁶ 板垣・前注(40)、243 頁.

⁷ 예를 들면,

郵政民営化 이후에도郵便에 관해서는日本郵便株式会社の事業独占(郵便法 4 条)가 규정되고信書便法(民間事業者에 의한信書の送達에 관한法律(2002 年法 99 号)에 의한一般信書便事業·特定信書便事業에로의參入에도크림·스키밍防止를 위해參入規制가 설계되어 있다. 橋本賢治「信書便事業을

4.2 공적주체활동의한계

개인의헌법상의권리라는관점에서이고찰과는별도로공적주체에의한활동에대해만일헌법이어떤제약을두고있다고하면그러한범위안에서민영화가요청되는것이다.

그러나첫째,
‘국가는민간에의해행할수없는사무만을수행한다’¹고하는이른바보충원칙이독일에서논의되지만,
헌법원리로서타당을주장하는견해는유력하지않고²그리고일본국헌법상의단서또한박약하다.

둘째,
헌법 22 조 · 29 조등으로부터일본국헌법이‘원리로서의질서있는시장경제를예정하고’,
‘적극적목적에의한규제는시장경제질서를유지하기위한규제’에원칙적으로제한하는견해³는경청할만하지만,

경제제도에관한규정을거의갖지않는일본국헌법에서특정경쟁질서에대한선택을이해하는데는어려움이있다.⁴전술한(1.3.④)

공공서비스개혁법 1 조는‘민간이담당할수있는것은민간에맡긴다’라는관점을제시하지만, 그것은헌법상의요청이아니라어디까지나정책적선택으로이해해야한다.

동법의대상이주로‘민간위탁’의유형-

전술과같이업무수행에대한행정책임을남긴상태에서私人이그것에종사하는경우로서,

사인의본래적인경제활동의자유에속하는것으로는말하기어려운하나에포함되는활동임을상기하면더욱그러하다.

5. ‘비용의절감’과‘품질의유지향상’

상기(1.3.④)

공공서비스개혁법은그목적으로‘공공서비스의질을유지·향상및비용절감’(1 조)을, 이념으로는“양질·저렴한공공서비스”(3 조 1 항)를내세웠다.그러나한편으로는과제로‘비용절감’내지‘저렴’을,

다른한편으로는과제로서‘품질의유지·향상’내지‘품질’은‘일반적으로양립하지않는

めぐる現状と課題」立法と調査 321 号 113 頁 참조.

¹ 大脇・前注(33)、305 頁.

² 参照、山本・前注(48)、533 頁、角松・前注(1)、743 頁 참조.

³ 平松毅「経済活動の規制緩和の基準と違憲審査の基準(上)」ジュリ 1078 号 57 頁.

⁴ 石川健治「営業の自由とその規制」大石眞 / 石川健治編『憲法の争点』(有斐閣、2008 年) 149 頁.

다¹고까지 말할 수 없다 해도 본질적으로 긴장관계에 있다.

5.1. '비용절감'과 적절한 비용 비교

"비용절감"의 관점으로 부터 공공 및 민간 비용 비교에 있어서 어떤 항목을 산입해야 하는지가 문제된다. 민영화에 따라서 서비스의 공공성을 유지하기 위해 재규제² 비용, 민간 위탁의 경우에 있어서 계약 체결 비용, 모니터링 및 평가 비용 등을 검토한 후 효율성을 비교하고 있는 지 여부가 문제가 될 것이다.

적정한 근로 조건의 확보가 비용절감과 긴장관계에 있는 경우도 있다.

‘관제워킹푸어³’라는 비판은 슬로 건적인 것에 불과할지라도 민간 사업자와는 달리 ‘고용 정책 및 노동 복지 행정의 일단을 담당하고 있는 지자체⁴’로 무시해서는 안 되는 관심사일 것이다. 종종 문제가 되는 위장도급⁵으로서 노동법상 위법행위가 허용되지 않는 것은 당연하고,

민간 위탁을 할 것인지의 판단 또한 위탁처의 선정에 있어서 노동 조건 등을 포함하여 당해 지방자치단체의 경제에 미치는 다면적·매크로적인 영향을 고려 요소로 종합적으로 평가해야 할 것이다.⁶ 그것은 공공 서비스의 품질과 연속성 담보로도 이어질 것이다.⁷

5.2. 행정기관이 보유해야 할 지식

‘품질의 유지·향상’의 관점에서 민간 사업자가 우수한 기술·창의력·노하우를 갖고 있는 분야의 민영화는 긍정적일 수 있다.⁸ 그러나 이 경우 민간 사업자에 관련될 가능성의 유무,

그리고 우수한 제안을 전문적이고 적절하게 평가하는 능력을 공적 주체가 갖는 지 여부가 문제된다. 당해 공공 시설에 필요한 전문성의 방향에 대해 명확한 비전을 행정 기관이 갖고 있지 않는 경우 단순한 착상과 뛰어난 창의성을 구별할 수 없다. 또한 OUT COME 결과를 제대로 평가하는 체제의 구축도 중요한 과제이다.

이 점과도 관련되지만 행정 조직에 보존되어 있던 지식의 민영화에 의한 손실도 우려된다.

2006년 4월의 ‘구조계산서 위조 문제에 대한 긴급 조사 위원회 보고서⁹’는 건축 확인을 하

¹尾林芳匡『新・自治体民営化と公共サービスの質』(自治体研究社、2008年) 111頁.

²原田・前注(13)、117頁.

³城塚健之『官製ワーキングプアを生んだ公共サービス「改革」』(自治体研究社、2008年).

⁴三野・前注(37)、135頁.

⁵内閣府「地方公共団体の適正な請負(委託)事業推進のための手引き」(2012、2014(一部改訂)) 참조.

⁶입찰에 있어서 가격의 有利性 및 기타의 요소와의 관계에 대해서는

最判 2006年 10月 26日 判時 1953号 122頁 참조.

⁷稲沢克祐「自治体アウトソーシングの様相」都市問題 104卷 11号 67頁は「フルコスト・リカバリー」の指針、嶋田暁文「公務遂行主体の民間化の受けとめ方」自治総研 368号 45頁は「『생계임금의보장』이라는公正労働基準」을 시사한다.

⁸小幡・前注(43) 9頁、戸部・前注(42)、4 4頁.

⁹http://www.mlit.go.jp/kisha/kisha06/15/150406_.html.

는측의신청자에대한기술적우위의상실로인해위장을간과한구조적배경으로지적하였다.¹‘예전에는특정행정청의베테랑직원의‘사전상담’에의한공학적인지식에의해보완된기능도기술의고도화및확인하는측의상대적인능력의저하, 건축확인의민간개방과정에서손실되고있다’는것이다.²민영화를행하지않고도관련지식의상실은생길수있지만, “‘최첨단’으로서현장실천에서분리된것으로...”“플레이어”로처리해온업무를경험이없는상태로.....관리감독업무를처리하지않으면안된다’는위기는보편적이다.³

5.3. 경쟁촉진되었을까?

경쟁에의한시장규율서비스의질을담보하는것도확실이있을것이다.그러나예를들어, 지정관리자의재지정에있어서, 市区町村의비공모 많고, 특히都道府県에서공모하여도현관리가 지정되는경우가적지않은실태다.⁴지방의市町村에대해서는응모하는사업자가예상되지않는경우도있고대규모시설이많은都道府県의경우도관리운영할사업자가한정되어‘2차이후의지정관리에대해서는현관리가압도적으로유리’한문제가 지적된다.⁵경쟁에의한효율성과품질향상을기대한다면적절한효과적인경쟁시장이실제로창출될것인지미리전망을가지고있어야있고, 운용에있어서도그점을배려할필요가있다.

6. 배상책임의분담

민영화후에도공적주체가국가배상법에따라책임부담을계속할지여부가문제된다.⁶이점이문제가된것이아동복지시설에관한최고재판소 2007년 1월 25일민집 61권 1호 1페이지⁷이다. 동판결은사회복지법인시설치운영하는아동복지시설의장(원장)이아동복지법에근거한아동감호행위는"본래 都道府県이갖는공적인권한을위양되고이것을 都道府県을위해행사할것"이고, 동행위는「都道府県の공권력행사에해당공무원의직무행위"이다.현은국가배상법 1조에따른배상책임을져야했다. 한편공무원의개인책임을부정하는판례이론(최고재판소 1955년 4월 19일민집 9권 5호 534쪽)은이경우에도적용하고시설직원개인이민법 709조에따른책임을지지않

¹同報告書 10 頁.

²同上、12-13 頁.

³ 大杉覚「アウトソーシングと自治体の責任」都市問題 104 卷 11 号 59 頁。「国家の『行動知』が失われるジレンマ」について、板垣・前注(40)、303 頁、442 頁.

⁴ 総務省「公の施設の指定管理者制度の導入状況等に関する

調査結果」(2012 年 11 月)http://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/01gyosei04_02000015.html 참조.

⁵ 三野靖「導入 10 年,指定管理者制度の実態と課題」都市問題 104 卷 11 号 74 頁.

⁶ 前述「保障責任」(3. 3)의한개局面이지만이것과동일하지는않다.. 板垣・前注(40)、453 頁.

⁷ 山本隆司『判例から探究する行政法』(有斐閣、2012 年)583-601 頁、中原太郎「判批」行政判例百選 II 490 頁에서언급된게재문헌참조.

는다.뿐만아니라사용자인사회복지법인도민법 715 조에따라책임을지지않는다.¹

이경우국가·공공단체의책임이피해자에대한배상을담보하는의미에서이른바·
단순보증·책임²에그치지않고사적주체와의관계에서공극적으로비용부담자로되면³
도덕해이의문제⁴가있다.

이점은경쟁적인환경에서영리활동으로업무수행을예정하고있는지정확인검사기관
에대해특히문제가된다.⁵한편,

사적주체의담당자개인또는조직의정도가낮은단체내지법인에책임을지우면공무원
개인책임이부정되어취지에반하는수도있다.⁶따라서사무의·본래·의귀속을중시하는
것이아니라공공단체의활동과사적주체의행위의可分·불가분에주목하는해석론⁷도
제기되고있다.

또한실무상손해배상의경우위험분담에대한공공단체와민간주체사이에서미리협정
을맺는등의에도 많다.⁸

¹직접적으로는國家賠償責任에關한것은아니지만最決 2005年 6月 24日判時 1904号 69頁는,
指定確認檢査機關에의한建築確認에關한「事務가歸屬되는行政主体는,
 해당確認에關連된建築物에대한確認權限을갖는建築主事가처해있는地方公共団体」로서 해당地方公共団체에
 대한行訴法 21條에근거하여訴變更이인정된다. 山本·前注(73)、602頁、その後の展開も含めて
、金子正史「指定確認檢査機關のした建築確認の違法を理由とする國家賠償請求訴訟の
賠償責任者」同志社法学 64卷 7号 2107頁 참조.

²山本·前注(73)、616頁.

³國家賠償法 1條 2項에의하면、公務員에대한國·地方公共団체가
求償할수있지만이것은적어도문언상으로는 故意·重過失の場合에限定시킨다.

⁴原田大樹「判批」法政研究 74卷 2号 362頁.

⁵米丸恒治「行政の多元化と行政責任」磯部力ほか編『行政法の新構想III』(有斐閣、2009年)310頁
참조.

⁶山本·前注(73)597頁.さらに参照、横田光平「判批」法学協會雜誌 125卷 12号 2799頁。「モラル・ハザ
ードと萎縮効果の調整」について、板垣·前注(40)、492頁.

⁷山本·前注(73)、621頁.

⁸總務省·前注(70)에의하면 91.2%의시설에서이러한협정의체결이이루어지고있다.
지정관리자가시설배상책임보험에가입하는것도요구되는경우가있다.(예:요코하마시지정관리자운영지침이
<http://www.city.yokohama.lg.jp/seisaku/kyoso/siteikanrisha/guideline.html>
협정에근거한청구권과상기국가배상법상구상권과의법적관계도문제가될수있다.

日々成長している経済社会における行政組織法

宣正源 (Sun, Jeong Won)

明知大学教授 (Professor, Myongji university)

目次

一、行政組織法学の意義

- (一) 行政組織法定主義と伝統的な行政法学に対する反省
- (二) 行政組織法の特徴

二、『政府組織法』における政府組織の改編の歴史と現在の枠組

- (一) 『政府組織法』における政府組織の改編の歴史
- (二) 『政府組織法』における政府組織の枠組と内容
- (三) 頻繁な行政組織の改編に対する反省

三、政府組織の改編における理論と主要な経験

- (一) 政府組織の改編における理論
- (二) 政府組織の整合、拡大と新設
- (三) 具体的な機関の構成における小政府論と等級制度論の適用
- (四) 行政機関間の協力的な管理—許認可擬制制度

四、終わりに

要約

韓国憲法の制定者は組織の安定性と予測性を保障し、政治権力によって不合理な組織の改編を制限するために、政府組織法定主義を取っている。しかし、経済社会の発展につれて、政府は行政組織の改編を社会発展の積極的な対処手段にして、政権交代のたびに頻繁に組織の改編を行ってきた。

組織法は組織の創設、廃止、または改編に関して、総合的で柔軟に社会問題に対応することを出発点とするものであり、国民に注目されている。しかし、行政法は行政組織に関する研究をずっと軽視している。

本稿は経済の関係部門を中心に、まず、政府組織の改編の歴史をまとめ、次に、頻繁な政府組織の改編による不安定を批判し、機関利己主義が行政効率の低下の原因であると指摘する。

韓国においては、政府組織の改編に影響を及ぼす理論には「小政府」論、等級制度論とネットワーク論があげられる。本稿はいくつかの事例から経験を探ることにする。そのため、まず、食品と医薬品の安全を監督する組織と海洋交通を担当す

る組織の設置沿革を比較し、政府組織の拡大、縮小と新設に関する経験を求める。次に、政府組織の統合後に現れた問題について、行政委員会（特に国民権利益委員会）の統合事例を分析し、法律上の教訓を導き出す。

将来、小規模の組織の改編は部門間の統合により行われる必要性があるため、本稿で、特定の部門の内部に適用する具体的な機構改編の現行基準を検討し、改善が必要となる関連事項を提示する。

本稿も 20 世紀 80 年代から導入され、最近国内で使われている許認可擬制制度の運用を分析する。許認可擬制制度は等級制の決定方式ではなく、多くの行政機関が互いに協力し行政決定を行うとする事務処理方式である。この点で、韓国を含め東アジアの組織法学研究に有益な経験を提供するかもしれない。

キーワード

政府組織法定主義、小政府、等級制とネットワーク、完全監督機関、国民権利益委員会、許認可擬制

一、行政組織法学の意義

（一）行政組織法定主義と伝統的な行政法学に対する反省

1、行政組織法定主義の導入

韓国憲法 96 条は、「行政各部門の設置、組織及び職務範囲は法律によって定める」を宣告し、行政組織法定主義を採用する。同条により、「行政各部門の設置、組織及び職務範囲」は法律によって規定されるべきである。

韓国と異なつて、フランスなどの国は行政組織法定主義を取らない¹。韓国において、政治権力の変化である「国内外環境の変化」、「大統領の改革意志の表現」、「部門間の権力の再分配」等が生じるとき、行政組織の改編は政治目的の実現手段として用いられる²。また、行政組織法定主義を大統領の組織権限の行使を妨げるものと認識する傾向がある。

それにしても、韓国憲法は行政組織法定主義を規定することにより、組織を安定させ、行政と国民との関係を予測し、政治権力の不合理と組織改編の不適當を抑制することが期待される³。

行政権力と組織法定主義との衝突が深まるにつれて、政府がどのような原則と

¹フランスにおいて、政府の各部門の名称、数、権限、等級などは憲法または法律に定められることなく、大統領の命令（décret）によって定められる。このような政府組織のソフト法の特徴は今まで続いている。成楽寅「21 世紀理想的な政府組織と『政府組織法』」法制研究 44 号（2013 年）251-252 頁。

²韓国の行政組織改編において、政治目的と原因によって、十分に考慮せずに実施する場合が多い。朴愚順「金大中政府組織改編の成果と展望」韓国行政研究 11 巻 2 号（2002 年）51 頁。李昌源、林英済「韓国民主化以降の政府組織改編の特徴の考察について：『小政府論』の観点を中心にして」韓国政策科学会報 13 巻 4 号（2009 年）16 頁。朴天五「韓国政府組織改編の批判的な考察」韓国組織学会報 8 巻（2011 年）15 頁。

³李再三「韓国政府組織改編の発展案の研究について」『法学研究』49 集（2013 年）205 頁。呉俊根「政府組織改編の立法政策の考察について」韓国行政学報 47 巻 3 号（2013 年）78-79 頁。李元佑「行政組織の構成及び運営手続きの法律原理について—放送通信委員会の組織性質及び運営手続きの論争を中心にして」行政規制と法 2 巻 2 号（2009 年 11 月）99-100 頁。

基準で組織構成における裁量を行使するかは、組織行政学における重要な課題になっている。

2、伝統的な行政法学の行政組織法に対する軽視によるマイナス影響

伝統的な行政法学は行政作用論、特に行為形式論を中心にして、行政と市民間の外部関係に注目し、行政組織法に関する研究を怠っていた。このような学問背景において、非透過理論（These von der Impermeabilität der Staatsperson）によって、行政組織の設置問題は法律に関わりない内部関係として見なされていた¹。しかし、こんな認識の下、以下のようなマイナス影響を及ぼした。

第一に、行政作用法を中心とした伝統的な行政法学において、行政組織における行政機関という概念がしばしば使われ、トップにある行政機関の首長に制限がない行政組織の設置・構成権限が委ねられる²。行政機関という概念の影響を受ける行政組織法理論は行政首長の権限をコントロールする機能を発揮していない。それに、行政組織における担当公務員はただ「首長命令の執行者」にすぎない。これは、権威主義行政に拍車をかけると批判される。

第二に、韓国において、政権交代の際にしては、行政組織の改編がしばしば発生してきた。結局、官僚の権限が強化されたが、行政効率の向上が実現されなかった。それにもかかわらず、組織法に関する研究を軽視したため、権力濫用を制限する指導思想と原則を提供することができなかった。

行政組織法研究の視点からみると、十分な組織改編の経験は貴重な研究資料になり、行政法学の社会への貢献を図ることに役立つ。

（二）行政組織法の概念と特徴

1、行政組織法の概念

行政組織法は「行政主体の組織に関する法」または「行政機関の設置、廃止、構成、権限及び行政機関間の相互関係を定める法」である³。

行政組織法の範囲について、広義的には、行政組織のみならず、人的要素である公務員、物質的要素である営造物と公共物も含まれる⁴。狭義的な行政組織法は公

¹アジアに甚大な影響を与えたドイツ行政法は、プロイセン王国時代の影響を受けて、政治と厳格に区別したうえで誕生した。19世紀の外見立憲（偽立憲）君主国家において、行政組織は国民の「自由と財産権」に関わらない事項であり、法規と法律留保に除外された君主特権事項と法律における自由な行政領域と見なされた。20世紀以降、行政組織も国民の生活と密接に関連するものと見なされて、以上の観点も行政組織法定主義に代替された。金都昌『一般行政法論（下）』1993年、47-48頁。

²権力は過剰に政府組織の最高機関の大統領に集中させている。このようになると、大統領自身の権力濫用を抑制できないだけでなく、直属または付属の機関の権力濫用も抑制することができない。俞鎮息「大統領、権力分立及びその国家行政組織法：過剰な権力が生まれる韓国大統領制の法律枠組みの解析」公法研究31巻2号（2002年）411-435頁。

³金都昌『一般行政法論（下）』1993年、44-45頁。金南辰『行政法II』1996年、29-30頁。朴潤昕『行政法講義（下）』2001年、3-4頁。金哲勇『行政法II』2009年、3-5頁。洪井善『行政法原論（下）』2010年、5頁。朴均省『行政法論（下）』2014年、3頁。韓堅宇『現代行政法新論2』2014年、235頁。

⁴行政組織の機能を確保することの重要性を考慮し、行政組織法において、人的な要素である公務員が含

務員、営造物及び公共物以外の国、地方自治体およびその他の公共団体の組織に関する法である。最も狭義の定義で、国の行政組織法に限定される。韓国で最も狭義の定義は多数説である。

2、行政組織法の機能と特徴

(1) 枠組化の機能

行政組織法は行政組織に行政職務を履行させるために、明らかな枠組により権限と責任を結合し、持続的に行政決定を行わせるというような枠組化の機能を生じさせる¹。

行政学分野に属する組織論においては、法は形式上、組織を制約する要因及び権威的・強制的・外部的な命令と制裁の根拠にすぎないと解される。しかし、法は組織を生み出させる又は変更させるだけではなく、組織内部の文化と形式を築くこともできる。他方、組織内部の習慣と文化も法的基準の実施に影響する。したがって、法を完全な外部の変数または完全な内部の変数とは言えない²。

実は、組織改革と規制改革の関係は非常に密接である。特定の組織の存否およびその管轄権に関する法の規定は当該組織の権限および事務処理だけではなく³、相当の程度で人事と予算を枠組化にするものである。このような枠組化によって、政府組織は事務処理の持続性を保障する。また、特定の組織の位置づけおよびその権限の性質と範囲、組織間の紛争解決手段は組織の存廃および発展に大きな影響を及ぼす。一方で、組織の構造と行政職員の態度も規制の内容とその執行に大きく関係する。

(2) 組織による政府任務の執行についての特徴

実体法と組織法によって、政府任務の執行手段が異なる。実体法は、行政主体が外部関係を直接介入する行政活動の内容や方式を規制するのに対し⁴、組織法は組織の設置、廃止、または改編によって、行政活動の前提である行政主体の存在と能力に影響する。組織法は具体的、個別的な決定を規定しなくて、行政活動の発生に間接的に影響を及ぼすので、間接的な調整という限界を持っている。

しかしながら、組織と組織法を通じて、全体的で柔軟に社会問題に対応しうる。

まれる。金東熙『行政法Ⅱ』2014年、4頁。

¹『政府組織法』の機能と執行の特徴について、宣正源「新しい行政組織モデルと中央行政組織の改編方向」『公法研究』31巻2号（2002年）第135-138頁を参照。

² Mark C. Suchman/ Lauren B. Edelman, *Legal Rational Myths : The New Institutionalism and the Law and Society Tradition, Law and Social Inquiry* 1996, p.905.

³ 農食品産業の促進部門と食医薬品の監督部門の整合または分離に関して、李明博政権時代に多くの論争を行った。これは組織設計の問題と規制権限の所在の間に密接な関係があることを示した。韓国社会において、振興促進と監督部門の制度または分離の問題は政府組織設計において重要な論点となった。

⁴実体法は直接的な調整または内容に関する調整を行い、行為の直接項目（条件項目または目的法目）に介入する。立法者は事前に目的と手段に一般的な抽象決定を行い、行政機関はそれを具体化する。そのため、実体法は社会に対する予測の可能性が高く、紛争機能が小さいという法律によって事前予測できる分野で利用される。

複雑で予測しにくい社会問題について、実体法が個別的に対応しかできないからである。

二、『政府組織法』における政府組織の改編の歴史と現在の枠組

(一)『政府組織法』における政府組織の改編の歴史

1、政府組織の改編手続き

建国後、韓国の政府組織の改編手続きはほとんど変化しておらず、以下は現行憲法が定める手続きを中心に検討することとしたい。

現行憲法 40 条は、「立法権が国会に属する」とする。この規定によって、国会立法の原則が明文化される。同法 52 条は「国会議員と政府は法律案を提出することができる」と定める。そのため、政府組織の改編は大統領が政府案を策定し、国会に提出するという方法で行われるわけである。

外務、防衛、治安、法務、教育等を担当する政府部門は他国の状況と似ているので、ここで経済部門に限って、その改編の歴史を概観する。

2、政府組織の改編の歴史

(1) 国家行政組織の基本的な枠組と経済成長を促すための政府構造

韓国の行政組織の設置と改編の歴史は『政府組織法』の制定と改正の歴史である。1948年7月17日法律第1号である『政府組織法』は、制定から2014年8月まで、66年間70回の改正を行われた。そのうち、1960年7月1日から1961年8月25日まで施行した『政府組織法』は、「国务院と行政各部の組織の大綱」を規定し、政府の組織の改編の歴史上、内閣制を採用したただ一つである¹。その他の政府の組織の改編が大統領制の下、行われたのである。

1948年から2014年まで、合計で11人の大統領がおり、主要な政府組織の改編は大統領の交代と密接に関連した。初代の李承晩大統領の時代に、政府組織は11つの部、3つの係・室・委員会によって構成された。その後、政府組織が膨張し続き、最近の朴槿恵大統領の時期に、17つの部、3つの係、17つの庁、2つの院と4つの委員会によって構成されるようになっていく。

建国後、韓国政府が国家安全の確保と経済発展の実現を中心的な課題にしていた。『政府組織法』が制定された当時(1948年7月17日)、すべての11つの部のうち、広義的な経済部門は財務部、農林部、商工部、交通部、郵便部である。この5つの部以外、1950年戦争の困難を克服するために復興部(1955年2月7日-1961年7月22日)も設けられた。

1961年に復興部が廃止され、その代わりに経済企画院(『政府組織法』10条の2、1961年7月22日改正)が設置された。そして、「財務部長官、農林部長官、商工部長官および豊富な産業経済学知識経験を持っている若干の方」によって、有効

¹内閣制において、1961年6月16日、1961年6月22日、1961年7月12日、1961年7月22日、1961年8月22日、1961年8月25日、合わせて6回の小規模の改正を行い、以上の改正は1961年5月16日クーデターによって政権を奪った軍部の勢力の主導で行った。

な経済成長政策を促進するための中央経済委員会（『政府組織法』10条の4、1961年7月22日改正）が創設された。また、社会基礎施設の整備と建設政策の実施を図るために、建設部（1962年6月18日）は新設された。さらに、経済部門の調整能力を強化するために、副総理制（『政府組織法』15条、1963年12月17日改正）を導入し、経済企画院長官はそれを兼任することになった。

経済発展の促進を目的とした政府構造が形成された以降、既存の経済部門を変えず、現代的組織である科学技術部（『政府組織法』20条の2、1967年3月30日改正）が新設された。また、世界で石油価格が上昇してきたところ、エネルギーを有効に確保するために、動力資源部（『政府組織法』29条、1977年12月16日改正）を新設した。

（2）日々変化している経済社会環境の対応（社会矛盾、環境保護、グローバル化の対応）

経済成長の政策の実施とともに、企業等利益集団は政府との矛盾が深めていた。それに対応するために、労働部（『政府組織法』29条、1981年4月8日改正）と環境係（『政府組織法』26条の2、1989年12月30日改正）が新設された。世界の石油危機が終わった後、動力資源部と商工部は商工資源部（『政府組織法』第29条、1993年3月6日改正）に統合された。

「文民政府」と呼ばれるキムヨンサム政府は1992年に登場してから、政府部門に重大な変化が発生した。環境係を環境部に昇格し、商工資源部を通商産業部、郵政部を情報通信部に変更し、建設部と国土交通部を建設交通部（『政府組織法』第29条、1994年12月23日改正）に統合した。最も重要なのは、朴正熙政権時代に1963年12月17日『政府組織法』の改正で導入された経済企画院（予算担当）と財務部（租税担当）が廃止され、予算と租税の両方を担当する財政経済院（『政府組織法』23条、1994年12月23日改正）は設置されたものである¹。

金大中政府時代、直面した最大の課題はいわゆる「IMF経済危機」（外貨不足の経済危機）の克服である。そのため、財政経済院は廃止され、企画予算委員会（1998年2月28日－1999年5月24日、その後は企画予算係となった）と財政経済部が創設され、科学技術係も科学技術部に昇格した。国際通商に対する重視なので、通商産業部が持った通商権の一部を外務部から変更した外交通商部に移行し、通商産業部も産業資源部（『政府組織法』29条、1998年2月28日改正）になった。海洋水産行政に注目したにつれて、農林水産部は農林部と海洋水産部に分立した（『政府組織法』29条、1996年8月8日改正）。また、経済社会発展の重要課題となった創造的な人材の養成に対応するために、教育部は教育人力資源部（『政府組織法』26条、2001年1月29日改正）となった。

¹租税の徴収権と予算の編成権を収める財政経済院に対して、次の政権としての金大中政府は「IMF経済危機」肝心の原因と批判し、権限分離の組織を導入した。財政経済院は、抑制されない権力が道徳上で怠った状態に落ちて危機に対応できなかつたと批判された。

(3) 小政府時代と国民福祉需要の増加の対応

「実用政府」と「小政府」を標榜した李明博政府が登場してから、政府の組織の数を減らすために改編を実施した。企画予算係と財政経済部は企画財政部、教育人力資源部と科学技術部は教育科学技術部に統合した。また、農林水産行政以外の食品行政が強調され、農林水産食品部が打ち出された。産業資源部と情報通信部を統合し、知識経済部に改編し、建設交通部を国土海洋部に変更した。(『政府組織法』22条、2008年2月29日改正。)

朴瑾慧政府に入った以来、政府組織の拡大改編を展開している。知識経済部は未来創造科学部になり、外交部にある通商機能を産業通商資源部に統合した。また、国土交通省から海洋関係の部分を分離し、海洋水産部を設置し、食品医薬品安全庁は食品医薬品安全係に昇格した(『政府組織法』26条、2013年3月23日改正)。

(二) 『政府組織法』における政府組織の枠組と内容

1、『政府組織法』による政府組織の枠組化

(1) 法律規定の内容

憲法96条は「行政各部の設置、組織および職務範囲は、法律によって定める」と規定し、行政各部の組織権限を国会に与える。国会が制定した『政府組織法』は「効率的に国家行政事務を処理すること」を目指し、「行政機関の設置、廃止、構成、権限及び行政機関間の相互関係」を定める(『政府組織法』1条)。

「中央行政機関の設置と職務範囲」は法律によって定められ、中央行政機関の名称及び構成は「部、係、庁」とされ、原則的に独任制の行政官庁の形式をとる(『政府組織法』2条)。しかし、独立で所管事務の一部を果たす必要があれば、法律によって行政委員会などの合議制の行政機関を設置することができる(『政府組織法』5条)。

李明博政権時代に比べ(15部2係)、朴瑾慧政府は政府組織を拡大し、『政府組織法』に17つの部と3つの係を設置した(『政府組織法』26条、2013年3月23日改正)。17つの部と3つの係の名称は次の通りである。

17つの部：企画財政部、未来創造科学部、教育部、統一部、法務部、国防部、安全行政部、文化体育観光部、農林畜産食品部、産業通商資源部、保健福祉部、環境部、雇用労働部、女性家族部、国土交通部、海洋水産部。

3つの係：法制係、国家報勲係、食品医薬品安全係。

政府組織の改編に起因して、憲法上の訴願が提起されたことがある。国民個人は政府組織の改編について違憲審査の申請権を持っているかどうかと、組織改編の根拠法律が憲法違反であるかどうかと争われた。

第一の争点は、政府組織の改編行為が基本権に関連するかどうかという問題である。大部分の事件で、憲法裁判は組織改編と基本権の関連性を否定し、請求を却下した。しかし、女性部の設置問題については、男性の平等権と幸福追求権が侵害される主張について、基本権との関連性が基本的に認められた。

却下された事件において、原告は、「効率的に国家行政事務を処理す」（『政府組織法』1条）べきである政府組織は、「公務員の既得権を維持しただけで国家行政の効率を低下させ、予算を無駄に使ったことが、一般国民の平等権と幸福追求権を侵害した」と主張した。これに対し、憲法裁判所は、『政府組織法』は「原則的に国家行政機関及びそのメンバーである行政職員以外の一般国民を調整の対象にならない」と判断した。（憲裁 1994.6.30.91 憲 MA； 2014 憲 MA263）。

しかしながら、「法律による女性部の設置が、一般国民として男性の平等権等を侵害するものであり、法律の実施と同時に基本権侵害が生じる」（憲裁 2010.2.23.2010 憲 MA64）ため、そのとき組織改編は基本権に関連性があると判断された。だが、本件は1年間の審判請求期限が超過したという理由で却下された。

第2の争点は、刑事裁判の前提として、違憲捜査を担当する政府組織を設置する法律が違憲であるかどうかを判断する問題である。

具体的に、議論されたのが国家安全保障を担当する国家安全企画部である。憲法裁判所は、国家安全企画部が大統領に直属し、国務総理に所属しないと規定する『国家安全企画部法』4条及び6条は、憲法86条2項の「国務総理が大統領を補助し、行政について、大統領の命令を受けて行政各部を統括する」という規定と憲法26条1項の「大統領の統轄の下で下記の行政各部を設置する」という規定に違反しないと判断した。その理由は、「国は情報機関を大統領に直属させるかどうかについて、基本的に立法政策が決まる」のであって、国家の公権力を執行する行政組織は憲法に例外となるまたはその性質により大統領の直属機関に設定する場合を除き、国務総理の統轄に属するべきであることにある。だから、国務総理の統轄を受けない行政機関は法律によって設置して適当ではないと解することができない（憲裁 1994.4.28.89 憲 MA221）¹。

（2）『行政組織法』による政府組織の枠組化の限界

立法者は行政組織の改編において幅広い立法裁量権を有するが、その行使が適当であるかどうかについて質疑されている。なぜならば、法律による行政組織の枠組化の程度が非常に低く、『政府組織法』が中央行政部門の名称だけを定め、その機構と内部組織についてほとんど定めなく、重要事項の規定は行政立法に委任されているからである^{2 1}。

¹決定過程において、少数意見の裁判官は「国家安全企画部は本来の職務内容によって、過剰の捜査権などが賦与され、法律上に有効な制限装置がなくなる」ことや「国家安全企画部は行政執行部の権限事項の中央政府機関に属し、その性質から見ると、明確に国務総理の統轄の下の「行政各部」に属するから、国家安全企画法は違憲となると述べた。

²法律規制の事項になるべきに関する批判について、大統領の命令など行政立法の授権範囲は幅広すぎて、法治主義、すなわち行政組織法定主義は形骸化になるという観点について、俞振息の前掲論文の430-431頁を参照。『政府組織法』はただ行政各部および中央行政機関の名称を規定し、その具体的な機関の組織は法務部法、外交部法などのように、行政各部組織の単行法律の制定は授権立法の提案を代替する。申奉起「『政府組織法』の法制上の検討：最近代総理論争に鑑み」土地公法研究16巻2号（2002年）371頁。呉俊根・前

2、行政立法の委任事項

(1) 職制及び職制実施規制

大統領と各部長官は行政立法権を通じて、行政組織の改編について広く裁量権を行使している。政府組織に関する大統領の命令は「職制」と呼ばれ、行政機関の所管事務、下部組織と担当事務、公務員のレベルと定員などを規定する。政府組織に関する部令は「職制実施規則」と呼ばれる。職制が単に「局」の設置について規定し、「課」の設置は職制実施規制によって規定される。

「職制」と「職制実施規則」は行政組織に関わる重要事項を定めるが、それらに対する規制手段又はそれらの内容に関する研究がまだ不足である。一つの原因は行政法学の行政組織法学に対する軽視にある。「職制の技術的な、非全体的な、手段的な性質及びその法規体系の単純性²」なので、法制係は行政立法の合憲性・適法性審査を重視しないことがもう一つの原因である。

(2) 特別地方行政機関の設置

中央行政機関は担当事務を履行するために、大統領令によって特別地方行政機関を設定することができる（『政府組織法』3条）。

しかし、憲法118条2項は「地方自治団体の組織と運営事項は、法律による」とする。地方自治法も地方自治組織の事務は、地方自治団体の管轄に属すると規定する（『地方自治法』9条2項1号）。そのため、中央行政機関と地方自治団体は地方行政事務の管轄権の範囲について意見が分かれて、地方分権を主張する声もますます強くなっている³。

現在、中央行政機関は特別地方行政機関を設置し、その管轄の下、事務を処理する、あるいは地方自治団体に事務を委任する（機関委任事務）。管轄権の論争は司法において憲法裁判、つまり、権限紛争の不服審査と行政訴訟である機関訴訟によって解決する。

(3) 付属機関の設置

大統領令によって中央行政機関はその所管事務の範囲内、実験研究機関、教育訓練機関、文化機関、医療機関、製造機関及び諮問機関等を設置することができる（『政府組織法』4条）。

掲注3) 91-92頁。一部の行政組織について、韓国の法制度において、単行の法律によってその具体的な組織の枠組みを定める。たとえば、『放送通信委員会の設置及び運営に関する法律』はこのような一つの例である。

¹ 『政府組織法』と職務制度の規制範囲と限界については、具体的に「局」の設置問題について、『政府組織法』という法律で定められ、職務制度で定められるべきではない。それゆえ、国会が拡大するかどうかは行政組織の構成の管轄範囲が紛争の問題になる。政権成立後、「局」は『政府組織法』の規制事項であるが、朴正熙大統領の維新体制の下で行政部の組織裁量権を拡大するために、職務制度を規制する「局」に変更した。それに関する説明は呉俊根・前掲注3) 82頁を参照。

² 沈玄静「職制体系の研究について」法制464号（1996年8月）88頁。

³ 林道彬「地方自治組織の改編方向：戦略分析ゲーム理論の観点」地方行政研究23巻4号（2009年12月）3-26頁。

(三) 頻繁な行政組織の改編に対する反省

韓国で新政権が現れるたびに、新政府の理念と政策を有効に実現するために、新たな組織が創設され、または元の組織が廃止又は統合される。しかし、経済社会の発展が相当のレベルに達して、社会の複雑さは日々増えているところ、頻繁な政府組織の改編はその合理性が問われ¹、官僚集団をコントロールするための政治目的を図るように行われると批判される²⁻³。具体的に以下の問題がある。

第一、頻繁な組織の改編は、組織の安定性を害し、事務処理の効率を低下させて、公務員の身分を不安定にして、機関間の矛盾を激化させる⁴。組織の改編をしようとするとき、各部門は自己組織を拡大するために、他部門と競争し、政治界を遊説し、部門間の矛盾を激化させる。そのため、関係部門の間に協力の道が閉じられて、地方自治団体や企業は事務処理の管轄権の問題をとらえず、深刻な災害の対応の遅れにつながる。

第二に、公務員の教育訓練は組織の改編に追いつかないため⁵、公務員の専門性の欠如や事務処理の効率低下が問題される。

三、政府組織改編における理論と主要な経験

(一) 政府組織改編の理論

韓国行政組織の改編に大きく影響を与える理論は次の3つである⁶。

1、「小政府」論

「小政府 (small government)」論は、政府が享有する権限と資源を縮小することと主張する。この理論によつて、権限のうち、規制権が一番重要であり、資源のうち、予算と人力が一番重要である。

韓国の建国と経済発展の過程において、政府が経済計画などを通じて資源の配

¹最近、韓国で発生した「歲月号」事故をきっかけに、災害を担当する「安全行政部」は朴瑾慧政府の主導で誕生された。しかし、2年後、当該部門は廃止されるか、あるいはその権限がほかの部門に整合されるであろう。そのため、法学の視点から成功で組織に公共の任務を賦与する条件を研究する必要がある。

²政府組織改編白書(行政安全部、2008年、6頁)には、政府組織の改編が「政府がもつとよく事務を履行する」ためになされ、政府組織が「最高指揮者である大統領の政策方針を実現する重要な統治手段である」と指摘される。

³韓国において、新政権は行政組織の改編を主要政策手段として使う歴史的背景について、以下の説明は面白い。「平民と比べ、軍隊は組織または編成に重視し、躊躇をしない。軍事政権において、上級職を自分の人に変更すると、基層の人職の出世の道を開いて、忠誠心を確保することができる。」趙錫俊、林道彬『韓国行政組織論』2010年、47、528頁。

⁴李在三・前掲注3) 200-205頁。

⁵最近の韓国政府の組織の改編は綿密で準備せずに、ただ雰囲気を更新するため、部署名だけを変更する場合も少なくない。趙宰賢「政府組織改編の目的と方向」韓国腐敗学会報、18巻1号(2013年)179-180頁。また、伝統的な行政各部の名称と権威を復元することと主張する学者も少なくない。成樂寅・前掲注1) 268頁。

⁶私自身が書いた論文には、「大政府」に近い政府を「積極的な発展国家」モデル、現在の韓国政府を「民主的法治国家」モデルと呼ばれている。「民主的法治国家」モデルについて、中心となるのは政府組織の改編を原則づける「小政府」論、等級制度論とネットワーク論である。詳しい説明は、宣正源・前掲注8) 130-132頁、139-157頁を参照。

分に深く介入し、非常に広い規制権と裁量権を持って、決定的な役割を發揮している。20世紀90年代以降、組織改編の過程において、それ以前の「大政府」論を放棄し、「小政府」論を主張し、規制権、予算や人事の削減について相当の影響を果たしてきている¹。

かつて、政府が積極的に経済発展を追求して、表面的に大政府時代に近いとみられたとはいえ、当時、経済社会がまだ発展中の段階であつて、予算や人事等について大政府を築くに足る能力を具備したとはいえない。これに対して、政府は小政府理念の実現を積極的に目指すところ、世界経済危機等緊急事件が起こるとき、予算のみならず人事も減少することができない。

それにもかかわらず、「小政府」論が政府組織の改編歴史にも将来にも影響深い。これは、法律を通じて部門の改編に影響を及ぼすのみならず、行政立法により具体的な機構の構成にも影響する。

李明博政府以降、民間団体の規模が大きくなり、経済危機の状態もかつてである。変化にている経済社会において、小政府の枠組ではどのように国民権利利益と福祉の需要の増加に対応するか課題になる。

2、等級制度論

等級制(hierarchy)によつて、すべての行政機関が最高の上級行政機関に服従し、最高級の組織の首長が最も重要な決定権を握るというわけである。

そうして、各級の行政機関が主にその上級行政機関と交流し、行政決定に関する交流は一定の等級にある行政機関間になされるのである。これは密封的性質を有する交流方式であり、以下の特徴があげられる。

第一に、等級制による行政組織は数多い社会情報から行政決定が要する情報を抽出し、この過程において参加者の介入を減らす。大部分の行政組織は最大限度で特権を享有するために、なるべく決定過程を秘密にして、「強制的な情報圧縮」を引き起こした²。

第二に、行政組織の首長は下級機関を命令することを通じてその決定を執行する。だから、専門家より、むしろ各種の事務をよく知る多才な人(generalist)が必要になる。公務員たちが一致で行動するのは、「同質化」と「専門性の欠如」を招く。

以上の特徴があつて、等級制による行政組織は社会の多様化に対処できず、国民とのコミュニケーションに欠けて、自己に有利な決定を行う傾向にある。

3、ネットワーク論

最近の韓国において、政府組織の改編論について等級制の維持か放棄とネット

¹「小政府」論を最も支持する李明博政府は部門間の統合を通じて「大部主義」を求めた。李昌元、林英濟・前掲注2) 11頁、13-14頁。

²そのため、韓国のマスコミと国民が、大統領と直接交流する権力がだれに握られるかを注目している。実は、大統領が任命されると、ますます少数の肝心の権力だけと対話することになる。

ワークの利用がよく争われてきている¹。

行政組織の分野において、ネットワークとは独立的な行政機関に他の行政機関又は民間と交流・協力させるうえ、事務を処理させるというような組織形式である²。厳密的には、これは伝統的な意味である行政組織ではなく、事務担当者を結びつける綱である。

行政組織の性質を判断するに当たっては、行政決定を行うときの参加者と手続、つまり、参加者がどの形で行政決定過程に参加するか、どんな役割を担当するかを考慮しなければならない。こんな認識の下、ネットワーク論により形成する行政組織を以下のように特徴づける³。

第一に、行政決定の参加者が幅広くなる。専門家や民間企業も参加者になりうるという点では、等級制による行政組織と異なる。

第二に、参加者は対等な地位で意見を表明し、情報を共有するように行政決定過程に参加する。この点も等級制による行政組織と異なる。

行政組織にネットワーク論を導入する理由には、以下の2点を挙げることができる。第一に、複雑な行政事務を処理するとき、専門家の意見が必要となる。その場合、ネットワークは専門家の積極的な参加を促すことができる。第二に、グローバル化と情報技術の発展なので、速やかな行政対応が必要となる。現場の人々を参加させるよう、ネットワークはふさわしい。

しかし、行政組織法学において、ネットワークを注目するもつと現実的な原因は、等級制による組織に限界が生じることにある。行政組織の政治改革において、ネットワーク論がすでに相当検討されたが、法学の分野でこれを再びおろそかにしてはならない。

行政組織の密封性と利己主義を緩和するために、民間専門家を高級公務員（senior executive services）に雇用する制度がとられる。民間専門家は行政機関の事務処理を評価することができる（『政府事務評価基本法』）。

地方分権と民営化の発展につれて、行政組織の等級性と事務処理における独占性も弱めている。これらは行政組織の改編についてネットワーク理念を用いることを基礎づける。

（二）政府組織の整合、拡大と新設

1、政府組織の削減・拡大・新設についての選択

新たな政府が登場してから、組織を改編しようとするとき、削減・拡大・新設

¹一般的に、ネットワーク（Network）とは人々を関係づけるような「横の結合」である。

²行政組織におけるネットワークは行政機関と市民との関係、中央行政機関と地方自治団体との関係、中央又は地方行政機関間との関係を意味する。垂直方向のネットワークと水平方向のネットワークが区別される。吳在録「政府組織のネットワークの実証研究—43つの中央行政機関の水平・垂直方向のネットワークテスト」韓国行政研究15巻（2006年）28—31頁。

³行政学に使われる当該概念は、法学的な意義があるには、少なくとも問題解釈機能と問題解決機能を有しなければならない。朴正勳『行政法の体系と方法論』2005年、70頁。

についての選択が問題になる。

行政組織について立法者が裁量権を行使するとき、考慮要素が多すぎるため、学ぶに値する経験が少ない。けれども、かつての組織改編に生じた問題が新たな組織の改編にも残していることもみられる。

以下は、食品医薬品安全監督機構の創設・改編事例と海洋交通安全監督機構の新設事例を比較し、関連法令を考察し、問題点を分析する。

(1) 食品医薬品安全監督組織の創設と改編

農製品と水製品が人間の生存に必要な食糧である。『政府組織法』の制定当時が農林部、その後、農水産部（1973年3月3日改正）、農林水産部（1987年1月1日改正）、農林部及び海洋水産部（1996年8月8日改正）等は、それぞれに食糧生産の支援を担った。

収入の増加及び食品加工技術の発展につれて、食品産業の重要性を強調しつつある。そのため、李明博政府は農林水産食品部に改編した（2008年2月29日改正）。朴瑾慧政府に入った後、農林畜産食品部が海洋水産部から分離した（2013年3月23日改正）。

また、金泳三「文民政府」時期、食品医薬品の安全性を監督するために、保健福祉部の所管の下、食品医薬品安全庁が新設された（『政府組織法』39条2項、1998年2月28日改正）。その後、食品医薬品に関する国際貿易が急速に増えて、経済的詐欺と有害食品の問題が深刻になっている。その背景の下、朴瑾慧政府は食品医薬品安全庁を食品医薬品安全係に昇格した（『政府組織法』26条、2013年3月23日改正）。

食品医薬品安全係が国会に法律案を提出する権力を持たない。とはいえ、それは告示と指針を定める過程において、民間専門家（医師、薬師、法律家等）に対する諮問や研究課題の実施を通じて、適当と認める基準を規定することにより、食品中毒、有害食品の流通と食品犯罪によく対処している

(2) 海洋治安組織

1) 海洋治安組織の脆弱性

韓国において、海洋水産行政の重要性が遅くまで認識された。海洋水産行政を支援・促進するための行政組織について、『政府組織法』は農水産部（1973年3月3日改正）をはじめ、農林水産部（1987年1月1日改正）、海洋水産部（1996年8月8日改正）、農林水産食品部（2008年2月29日改正）、海洋水産部（2013年3月23日改正）の変更を経ている。

水産食品の安全管理を担当する行政組織について、『政府組織法』は食品医薬品安全庁（1998年2月28日改正）、食品医薬品安全係（2013年3月23日改正）の変更を経ている。

韓国では最初、海洋警察を担ったのが海洋警察隊（『海岸警察対編成令』、大統領令第844号、1953年12月14日制定）である。これは「内務部治安局警備課」に

所属する警察官が構成され、1991年まで続いた（『海洋警察隊職制』、1991年2月21日）。

『警察法』（1991年5月31日）の制定当時、海洋警察隊は海洋警察庁に昇格し（『警察法』附則3条）、警察庁の所属である（『警察法』2条3項）。だが、海洋警察庁の独立的な組織構成を定める『海洋警察庁及びその所属機関に関する職制』が1996年8月8日まで出された。同職制は警務局、警備救難局、情報捜査局及び海洋汚染管理局の設置を規定する。2005年に装備技術局が加えられた（『海洋警察庁及びその所属機関に関する職制』、2005年7月22日改正）。また、海洋警察庁の海洋治安に関する担当事務を定める『海洋警備法』（2012年2月22日制定）は2012年まで出された。

海洋交通を保障するために、船舶製造と海洋運輸安全の基準を制定し、実施することが重要である。しかし、現在まで、『船舶安全法』と『海洋運輸法』は海洋水産業の促進と支援を海洋水産部に管轄させるとしている。

2) 海洋治安事務の専門性と困難さに対する軽視

2014年4月17日、韓国では大型旅客船「セウオル」の沈没事故が起こって、約300人が死亡となった。この事故を契機に、海洋安全を管轄する行政組織の大幅な改編と関連法令の整備がなされている。

船舶安全規制について、小政府を追求した李明博政府が規制緩和を行い、古い船舶の運行を許したことが批判された。規制緩和を行う前に、船舶の運航期間は原則で20年、最長で25年に限定されたが、2009年の『海洋運輸法実施規則』（『海洋運輸法実施規則』5条2項、2009年1月13日改正）によって、船舶の運航期間は最長で30年になっている。

また、旅客輸送の安全保障に関する船舶の安全検査事務が海運組合に移転され、安全管理担当者の乗船義務と船長の事前安全検査についての報告義務が廃止され、経営者の安全基準の違反に対する制裁も緩和されている。これらは国民の批判を招いている。

行政組織法の観点から、食品安全監督組織と海洋治安組織の改編沿革を比較し、組織の新設と統合について、次の示唆を得ることができる。

第一に、海洋警察庁はそもそも警察庁に属したが、1996年から海洋水産部に所属する外庁になっている。海洋警察は担当事務の専門性が一般警察より高いので、早めに警察庁から独立すべきである。しかも、産業支援と促進を担当する部門として、海洋水産部は海洋警察庁と立場が異なる¹。

第二に、担当事務の専門性と困難さを考えると、食品医薬行政に医師、薬師および法律家が参加するように、海洋安全行政の分野にも専門家が参加しなければな

¹最近、新国家党（Saenuri Party）は海洋警察庁を廃止し、その代わりに、昔の海洋警察隊を呼び戻すと主張している。このような考え方は組織改編の基本原則を無視して、非常に危ない。世界日報2014年8月18日の報道を参照。

らない。だが、海洋警察庁の職員は普通の警察職員であり、専門技能に関する教育訓練を欠く。

(3) 行政組織の新設と合併について立法者の裁量と通則基準

食品安全監督組織と海洋治安組織の改編沿革を比較して得た経験は、他の政府組織の改編、特に政府組織の新設や整合について重要な参考にすべきである。

行政機関の新設について、大統領令である『行政機関の組織と定員に関する通則』（以下「通則」という）6条は三つの原則を規定している。すなわち、第一に、事務の独立性と持続性を維持すること、第二に、既存の行政機関の事務と重ならないこと、第三に、事務の性質と数量からみて、既存の行政機関の改編で問題を解決できないことである。

通則が定める三原則は組織の新設と整合に重要な意義を持っている。しかし、海洋安全組織にある問題の解決についてあまり役に立たない。これらの原則は一般的であって、行政組織の改編歴史から抽出した経験から作られたものではないからである。

産業資源組織はいつも利益企業に友好的態度を示す。そのため、産業活動において、国民の安全を守るための組織は産業資源組織から独立しなければならない。これは通則に基準・原則として定められるべきである。また、組織の改編を行うに当たっては、行政職員の専門技能を教育訓練すべきである。

ある行政組織が成功で職務を履行するかどうかを判断するについて、予算や人事以外、社会問題を解決するかどうかは最も重要な考慮要素である。言い換えれば、企業の発展を支援するために最低限の国民安全と健康保護の基準を廃止してはいけない。これは行政組織法と行政作用法の密接な関連性を示す。したがって、実体的規制との考慮で組織の改編を行わなければならない。

2、合議制行政組織の濫用

(1) 行政委員会制度の濫用に対するコントロール

等級制における独任制行政官庁の専門性と慎重性の不足を補うために、現行『政府組織法』に合議制の行政委員会の設置が規定されている。

現在の韓国において、性質と人事構成によつて、多くの行政委員会が存在している¹。2008年、李明博政府は行政委員会の効率を高めるために、『行政機関に所属する委員会の設置と運営に関する法律』（2009年4月1日）を作成した。この法は、「性質と機能が重なる委員会の制限」と「不必要な諮問委員会の排除」（同法7条）

¹多くの行政法学者は散漫な行政委員会制度を批判し、改正案を提出した。委員会に関する法令は2012年まで、2287つに達して、2012年6月30日まで行政部に属する政府委員会は505つがある。羅最旬「政府組織における行政委員会制定問題適否の研究」法制（2013年12月）45、51頁。金東連「政府委員会制度的法理研究」土地公法研究52集（2011年2月）425—443頁。合議制中央官庁と大統領に属する委員会の問題に関する研究は以下で列挙する。俞振息「憲法改正と独立委員会の法律地位」公法研究18集（2009年12月）205—220頁。李賢秀「合議制の中央行政官庁の組織法上の争点」公法研究41集（2013年2月）51—80頁。金浩正「大統領に所属する委員会の運営及び行政組織法定主義」外法論集27集（2007年9月）501—525頁。

を趣旨にしている¹。この法によって、決定権を持つのは「行政委員会」であり、審議権と諮問権を持つのは「諮問委員会」（同法5条2項）である。

行政委員会は専門性を補充し、政策決定の慎重さを高める機能を持っている。しかし、行政機関の利益を守る手段として利用される場合もある。これは韓国で行政委員会が日々に増えて、削減しにくい原因である。場合によって、執行権を有する行政委員会が設置される。このとき、常任委員と一般職員の数を増やし、機関の膨大を招くことになる。

（2）国民権利益委員会の設立と運営

1) 国民権利益委員会の設立過程とその所管事務

国民権利益委員会は李明博政権の小政府の政策の下で、元の国家清廉委員会、国民苦情処理委員会、国務総理行政不服審査委員会を合併し設立された行政組織である。その根拠法令は『反腐敗及び国民権利益委員会の設置と運営に関する法律』（2008年2月29日制定）である。

国家清廉委員会は、公共機関や役人の腐敗を防止する目的で、腐敗行為の告発を励まし、腐敗告発によって調査を行い、腐敗者を制裁し、金銭で告発者を奨励し、告発者の身分を保障する組織である。その設立根拠は『反腐敗法』（2002年1月25日制定）である。

国民苦情処理委員会は行政機関の違法な、不当な、消極的な行政行為（事実行為、不作為を含む）により国民が権利利益を侵害された場合、あるいは不合理的な行政制度により国民に不便利と負担をもたらした場合、国民の不満を処理する組織である。その設立根拠は『行政規制及び苦情事務基本法』（1994年4月8日制定）15条である。行政不服審査と違って、国民苦情処理委員会は行政行為だけではなく、事実行為に対しても、苦情相談、行為是正の勧告、実地調査、制度改善の勧告等によって国民の不満を解決する。

国務総理行政不服審査委員会は、憲法107条及び『行政不服審査法』（1985年10月1日制定）によって設置された組織である。「行政不服審査の手続を通じて、行政庁の違法や不当な処分及びその他の公権力の行使、又は不行使によって侵害された国民権利利益を救済するための組織である。

2008年に設置された国民権利益委員会の中、統合された上記の3つの委員会はそれぞれに腐敗予防局、苦情処理局、行政不服申立局の形で存在する。

2) 統合された行政組織の内部矛盾の克服と整合効果の高まり

行政機関は統合されたら、その内部において多くの問題が生じる²。

¹中央行政組織の間に、権限の重なりと矛盾も法律を執行する名義を持って重複で類似な機関を設置する原因になる。そして、行政組織は事務量を考えずに定数の人員の委員会の設置とその他の部門に対する競争も、廃止と整合を障害する原因になる。

²下述内容は朴均省、宣正源、金宰光、金大仁「国民権利利益の保護を強化するための法律研究」国民権利益委員会報告書（2011年）を参照。

政府組織が頻繁に改編されるので、統合しても、その職員は次の政権交代後また元の組織戻るかもしれないと思う。このような心理状態で統合された組織内、新設機関の間にうまく協力しない。たとえば、腐敗予防局は苦情処理局と行政不服審査局と性質上異なり、腐敗公務員の告発と処罰を行うので、その職員は孤立感と疎外感を感じやすく、昇進に不安である¹。

これらの問題の発生を防ぐには、統合後の機関長官は各部門間の融合に努力すべきである。しかも、他の部門の担当事務を教育訓練する必要があり、積極的に人事交流を活用し、事務処理に関する協力と連絡を強化すべきである。

統合後のメンバーとの相互理解と協力を促すために、各分野で必要な知識や経験の教育訓練を実施すべきである。また、積極的に部門間の調整を行い、業績の評価において新たな公正な基準を制定すべきである。そのため、新設組織または統合組織に関する法令は以上の措置を義務化すべきである²。

(三) 具体的な機関の構成における小政府論と等級制度論の適用

今まで、韓国の政府組織が部門を中心に大規模な改編を頻繁に行われてきている。将来、最低必要限度で部門における局を中心に改編を行うべきである^{3 4}。

1、権限の重複と等級制による組織の同質性の弱化

組織法において、行政機関に権限を配分する際には、機関間の権限の重複と衝突を避けるために、明確な権限と権限間の限界を設定しなければならない⁵。

しかしながら、日々成長している経済社会において、行政機関間の管轄権の限界がいつも明らかであるわけではなく、重なる又は類する事務処理機関が出ている。

たとえば、韓国では、食品安全の保障を担う機関には、食品医薬品安全係、農林畜産食品部、海洋水産部、広域自治団体及び基礎自治団体等が含まれる。だから、緊急事態であろう常態であろう、執行の効率が低いと批判される⁶。

以上の事情があつて、機関間の矛盾も深まっており、等級制による組織の同質性が大きく弱まっている。事実上、完全に権限の重複を防ぐことを実現しにくい

¹行政組織を整合する際に、通常、職員たちは昇進の機会を失うと思ひこんで、不安になり、業務に集中力が低下し、非公式意識交流が崩壊し、士気が低下する。朴天五・前掲注2) 11-12頁。

²2008年李明博政府は大規模な政府組織の改編を行った後、整合された部門の職員の間での融合を実現するために、行政安全部は『組織融合管理ルール』を出した。それにもかかわらず、組織文化上の融合は実現できなくて、職員たちは整合された組織に対する満足度は低くなった。これに関する説明は朴天五・前掲注2) 20頁を参照。

³「課」の設置権を各部長官に委任する原則と基準が上位法に規定されない。吳俊根・前掲注2) 86頁。

⁴部門における組織を中心に、小規模で次第で簡便に改編を行うことを通じて、国家組織の安全性と持続性を維持し、国民に混乱をもたらさず、国家の信用を上げる。朴天五・前掲注23頁、趙宰賢・前掲注186頁-188頁。

⁵洪井善『行政法原論(下)』2010年、17頁。

⁶権培根「食品安全を確保するについて組織法の改善方案」漢陽法学12集(2007年)209頁。だが、複雑な社会問題を解決するについて、一部の部門が重複で類似する権限を行使することも避けられない(朴天五・前掲注8)8頁)。

め、同様又は類似の事務を担う複数の行政機関間によく協力するような仕組みが重要になっている。

2、通則の主要原則

個別の部門においてどのように具体的な機関を形成するかについて、通則3条は次の二つの原則を規定している¹。

第一に、「重複の予防原則」。つまり、他の行政機関と職権が重ならないように、総合的で系統的に行政機関を設けるということである。

第二に、「適当な規模の原則」。つまり、担当事務の性質と数量によって規模が適当な行政機関を設置して、担当事務の性質と数量が変わるとき、行政機関の人事等にも相応の調整を行うということである。

3、原則の適用と執行

行政機関の膨大化と職権の重複を防止するために、立法政策を展開している。それにもかかわらず、具体的な内部機関の構成においては、「重複の予防原則」と「適当な規模の原則」がなかなか貫徹されない。

その主な原因は以下の通りである²。第一に、各部門の長官は自己の政策の実現を促すために、組織規模と定員の拡大を求める³。大きい事故の発生を契機に、重なる事務を担当させる組織を新設し、既存組織を拡げる場合がある⁴。第二に、昇進により公務員の忠実な職務履行を確保し、結局、等級高い官僚が非正常的に増えてくる。

前述の第一点「重複の予防原則」を害することにならないように、まず、「専門性」という基準により特定の事務の担当機関を確定する。また、複数の行政機関間に職務が重なる場合は、「補充性」という基準により職務を履行しなければならない⁵。

前述の第二点「適当な規模の原則」を害することにならないように、『職制』に重要な職務を担う公務員の等級（1級、2級、3級等）を限定し、『職制実施規則』に公務員の定員を定めるべきである。

（四）行政機関間の協力的な管理—許認可擬制制度

1、許認可擬制制度の拡張と行政組織法における意義

企業の経営について複数の許認可が必要となるとき、行政手続の申請に多くの

¹組織の内部構造を形成する原則は法律によって定めるべきである。

²林道彬・前掲注8）12—14頁。

³ そのため、新たな大統領が登場してから組織を合併や廃止するとしても、任命が続くにつれて組織の新設や拡大を求めるのである。小政府を強調した金泳三元大統領(1992-1997)と金大中元大統領(1997-2002)も例外ではない。周宰賢「社会・文化行政組織」『韓国行政 60年』韓国行政研究院 2008年、177—178頁。

⁴実務上、たとえば、知能携帯ゲームを拡大するような事務について、情報通信の担当部門か文化の担当部門が担当するか明らかではない。このことから、重複の予防原則を適用するのは簡単ではないことがわかる。姜起弘「政府組織法：改編の基準と限界」法学研究 21 卷 1 号（2013年）7-8頁。

⁵姜起弘・前掲注8）。

時間とコストが要される。時間とコストを減少するように、審査手続を簡略化する許認可擬制制度が出ている。

許認可擬制とは、多数の許認可が相互に関連する場合に、一つの許認可を取れば、その他の許認可も取れると見なされる。

例えば、『経済自由区域の指定及び運営に関する特別法』11条にいう「許認可などの擬制」とは、「事業者は9条に基づき計画実施の承認または変更の承認を得ると、後で要する許可、認可、指定、承認、合意及び申告などを得たとみなされるということである。また、10条に基づき計画実施の承認が告示されると、下記の各関係法律の許可等が告示されたと見なされる」とされている。

行政組織法学の観点から、許認可擬制制度は、一つの行政機関は複数の行政機関と協力するうえ決定する方式であり、等級制の下での意思決定手段ではない。これはネットワーク理論における参加者が対等の立場で意思疎通と協力によって行政事務を処理する方式と似ている。

韓国は20世紀80年代に、公式的に許認可制度を導入し始めたのである。20世紀70年代に『都市計画法』(1971)、『産業基地開発事業法』(1973)、『道路法』(1976)、『農村近代化の促進法』(1977)、『韓国土地開発事業法』(1978)などにおいても同制度がみられたが、80年代の初めに、経済発展を促進するために公式的に導入された。

許認可擬制を認める法律は、1984年5月まで約40¹余りがあり、2000年まで50つ、2014年8月まで約140²つになった。このように、韓国の法律において、許認可擬制制度の導入は急速に拡大されている。

2、許認可擬制事件からみるネットワーク論の行政組織における適用と発展

行政苦情処理を行う際には、許認可擬制は多くの管轄行政庁間の矛盾と重なる審査を避けることができる。それによって、審査が速やかに展開される。主要な許認可審査機関の主導で、多数の許認可管轄機関が協議を行うように、簡潔な手続が可能になる。このように、許認可擬制は形を弱めるとする集中審査制度といえる。

伝統的な分離審査制度の下、申請人は一つの事業計画について多数の許認可を申請する際に、個別の管轄行政庁は審査を行い、それぞれの許認可を出す。しかし、経済社会が急速で発展する過程において法規の変化も激しくなり、各行政機関間に事務の重複、衝突、管轄の不明が発生し、許認可の遅延を招く。この場合において、審査手続に関して、行政機関間の協力も非常に困難である。

¹各法律およびその内容について、李益賢「許認可擬制制度に関する研究」法制437号(1994年5月)110頁以下を参照。

²法制処のウェブサイト(www.moleg.go.kr)によって、多くの場合に許認可擬制制度は法律によって定められるが、法律の執行令または執行規則によって定められる場合もある。許認可擬制を規制する法律において、1つの擬制条項を規制する場合があるが、2つまたは3つの擬制条項を規定する場合もある。

法律は許認可擬制を定める場合に、主要な審査機関はネットワークの中核として、そこで出す許認可によって多数の許認可の効果が発生する。そのため、主要な審査機関は許認可を出す前に、その他の行政機関と協議しなければならない。協議を行うことを義務化するので、ネットワークは制度化されることになると言える。協議に参加する行政機関が、それぞれの管轄権を中心に、対等な立場で事業計画を評価する。許認可擬制制度の実施に伴い、行政機関はかつての管轄範囲を超えて、事業全体の状況も考慮し、他の分野における審査問題にも注目する。

しかし、許認可擬制に関する規定を解釈と適用の過程において、苦境に陥った。この際に、判例は不明なことを解明する役割を果たした。

第一に、判例は、許認可の主要機関はその他の機関と協議したうえで許認可を出すので、擬制の許認可を出しようとするとき、その他の手続に関する規制に縛られないと判断した。そのため、建設部長官はその他の機関長と協議したうえで出した許認可において「中央都市計画委員会の決議手続と住民の意見聴取など手続は必要としない。」（大裁判所、1992.11.10（92NU1162）、住宅建設計画の許可処分の取消について）。これは許認可擬制手続の簡略化を尊重する判決である。

第二に、協議を行う際には、行政機関の参加範囲と擬制される許認可の範囲において、疑問がある。例えば、『経済自由区域の指定及び運営に関する特別法』11条により、開発計画の承認を得ると、その他の39つの許認可も得ると見なされる。しかし、事業者にとって、これから数年間、市場の状況に応じて少しずつ投資しているところ、一括で全部の許認可を得るための準備は厳しいと言わざるを得ない。

この問題について、最高裁判所は、「許認可擬制は行政手続を簡略化するにより、順調に目標を実現するための制度である。事業を実施する前に、全部の許認可擬制事項について関連する行政機関と協議すべきと解釈すると、申請人の願いに合わず、申請期間が延びることになる。そのため、事業に関する擬制の許認可について、あらゆる関係行政機関が事前に協議することは前提条件にならない」と判断した。（最高裁判所 2012.02.09（2009DU16305））。

韓国において、許認可擬制制度は企業と住民の需要に応じて、変化している。最近、立法者は所管行政機関がその他の行政機関と協議しにくいという問題に対して、「全体協議会」という組織を設置した¹。「国家の行政事務を効率的に執行する」（『政府組織法』1条）という行政組織の趣旨からみて、以上の措置は妥当であると思われる。

¹たとえば、『ダム建設及び周辺区域の支援等に関する法律』9条の2は「あらゆる関係行政機関に向ける全体協議会」を設置すると規定している。これ以外、『新港湾建設促進法』9条の2、『伝統的な市場及び店舗の育成に関する特別法』40条の2、『港湾法』85条、『区域の均衡開発及び地方中小企業の育成に関する法律実施令』23条の2、『廃鉱区域の開発と支援に関する特別法実施令』16条の4などにも許認可擬制を実施するための全体協議会が導入されている。

四、終わりに

韓国憲法の制定者は組織の安定性と予測性を保障し、政治権力によって不合理な組織の改編を制限するために、政府組織法定主義を取っている。しかし、経済社会の発展につれて、政府は行政組織の改編を社会発展の積極的な対処手段にして、政権交代のたびに頻繁に組織の改編を行ってきた。

組織法は組織の創設、廃止、または改編に関して、総合的で柔軟に社会問題に対応することを出発点にするものであり、国民に注目されている。しかし、行政法は行政組織に関する研究をずっと軽視している。

本稿は経済の関係部門を中心に、まず、政府組織の改編の歴史をまとめ、次に、頻繁な政府組織の改編による不安定を批判し、機関利己主義が行政効率の低下の原因であると指摘する。

韓国においては、政府組織の改編に影響を及ぼす理論には「小政府」論、等級制度論とネットワーク論があげられる。本稿はいくつかの事例から経験を探ることにする。そのため、まず、食品と医薬品の安全を監督する組織と海洋交通を担当する組織の設置沿革を比較し、政府組織の拡大、縮小と新設に関する経験を求める。次に、政府組織の統合後に現れた問題について、行政委員会（特に国民権利利益委員会）の統合事例を分析し、法律上の教訓を導き出す。

将来、小規模の組織の改編は部門間の統合により行われる必要があるため、本稿で、特定の部門の内部に適用する具体的な機構改編の現行基準を検討し、改善が必要となる関連事項を提示する。

本稿も 20 世紀 80 年代から導入され、最近国内で使われている許認可擬制制度の運用を分析する。許認可擬制制度は等級制の決定方式ではなく、多くの行政機関が互いに協力し行政決定を行うとする事務処理方式である。この点で、韓国を含め東アジアの組織法研究に有益な経験を提供するかもしれない。

参考文献

姜起弘「政府組織法：改編の基準と限界」法学研究 21 卷 1 号（2013 年）

金南辰『行政法Ⅱ』1996 年

金都昌『一般行政法論（下）』1993 年

金東連「政府委員会制度の法理研究」土地公法研究 52 集（2011 年 2 月）

金東熙『行政法Ⅱ』2014 年

金哲勇『行政法Ⅱ』2009 年

金浩正「大統領に所属する委員会の運営および行政組織法定主義」外法論集 27 集（2007 年 9 月）

羅采俊「政府組織における行政委員会制定問題の再研究」法制（2013 年 12 月）

朴均省『政法論（下）』2014 年

- 朴愚順「金大中政府組織改編の成果と展望」韓国行政研究 11 卷 2 号（2002 年）
- 朴潤昕『行政法講義（下）』2001 年
- 朴正勳『行政法の体系と方法論』2005 年
- 朴天五「韓国政府組織改編の批判的な考察」韓国組織学会報 8 卷（2011 年）
- 宣正源「新しい行政組織モデルと中央行政組織の改編方向」公法研究 31 卷 2 号（2002 年）
- 成樂寅「21 世紀理想的な政府組織と『政府組織法』」法制研究 44 号（2013 年）
- 申奉起「『政府組織法』の法制上の検討：最近代総理論争に鑑み」土地公法研究 16 卷 2 号（2002 年）
- 沈玄静「職制体系の研究について」法制 464 号（1996 年 8 月）
- 吳俊根「政府組織改編の立法政策の考察について」韓国行政学報 47 卷 3 号（2013 年）
- 吳在録「政府組織のネットワークの実証研究—43 つの中央行政機関の水平・垂直方向のネットワークテスト」韓国行政研究 15 卷（2006 年）
- 李益賢「許認可擬制制度に関する研究」法制 437 号（1994 年 5 月）
- 李元佑「行政組織の構成及び運営手続きの法律原理について—放送通信委員会の組織性質及び運営手続きの論争を中心にして」行政規制と法 2 卷 2 号（2009 年 11 月）
- 李再三「韓国政府組織改編の発展案の研究について」『法学研究』49 集（2013 年）
- 李昌源、林英済「韓国民主化以降の政府組織改編の特徴の考察について：『小政府論』の観点を中心にして」韓国政策科学会報 13 卷 4 号（2009 年）
- 李賢秀「合議制中央行政官庁の組織法の争点」公法研究 41 集（2013 年 2 月）
- 林道彬「地方自治組織の改編方向：戦略分析ゲー理論の観点」地方行政研究 23 卷 4 号（2009 年 12 月）
- 兪鎮息「大統領、権力分立及びその国家行政組織法：過剰な権力が生まれる韓国大統領制の法律枠組の解析」公法研究 31 卷 2 号（2002 年）
- 兪振息「憲法改正と独立委員会の法律上の位置づけ」公法研究 18 集（2009 年 12 月）
- 趙錫俊、林道彬『韓国行政組織論』2010 年
- 周宰賢「社会・文化行政組織」韓国行政 60 年（韓国行政研究院、2008 年）
- 韓堅宇『現代行政法新論 2』2014 年
- 洪井善『行政法原論（下）』2010 年
- Mark C. Suchman/ Lauren B. Edelman, Legal Rational Myths : The New Institutionalism and the Law and Society Tradition, Law and Social Inquiry 1996.

성장발전하는경제사회에서행정조직법

선정원(宣正源 Sun, Jeong Won)

명지대학교교수(明知大學校教授 Professor, Myongji university)

I. 행정조직법학의의의

1. 행정조직법정주의와전통적행정법학의반성

2. 행정조직법의개념과특징

II. 정부조직법상정부조직의개편역사와현재의구조

1. 정부조직법상정부조직의개편역사

2. 정부조직법상정부조직의구조와내용

3. 빈번한행정조직개편에대한반성

III. 정부조직개편의철학과주요교훈들

1. 정부조직개편의철학과정신

2. 정부조직의통합과확대·신설

3. 내부적세부기구구성에있어작은정부론과계층제론의적용

4. 행정기관간협력의관리 - 인.허가의제제도

IV. 결어

I. 행정조직법학의의의

1. 행정조직법정주의와전통적행정법학의반성

(1) 행정조직법정주의의도입

<논문초록>

성장발전하는경제사회에서행정조직법

선정원(명지대학교법과대학교수)

한국의헌법제정자들은조직의안정성과예측가능성을보장하며정치권력에의한불합리한조직개편을견제하고자정부조직법정주의를채택하였다.

그러나경제사회의발전과정에서정치권은행정조직개편을사회발전을위한적극적대응수단으로삼아정권교체가마다빈번하게조직개편을단행해왔다.

조직법은조직을창설·폐지하거나그구조를개편함으로써사회문제에대해종합적이며탄력적인대응을하게하는출발점이되기때문에,

국민적으로높은주목을받았음에도행정법학은행정조직에관한연구를소홀히취급해왔다.

이글에서는경제관련부처를중심으로정부조직의개편역사를개괄적으로살핀후과도

하게 빈번한 정부조직개편이 최근에와서는 더욱더 조직의 불안정성을 높이고 기관이 기주의를 고착시키며 오히려 업무처리의 효율성을 떨어뜨리는 요인이 되고 있다고 비판했다.

한국의 정부조직개편 과정에 큰 영향을 미쳐왔던 철학과 정신을 ‘작은 정부’론, 계층제론과 네트워크론으로 나눈 후, 적절한 경험 사례를 통해 교훈을 찾고자 하였다. 정부조직의 축소와 확대·신설의 경험으로부터 배울 교훈을 도출하기 위해 식품의약품의 안전을 감독하는 조직과 해양교통의 안전을 담당하는 조직의 설치 연혁을 비교하며 법적 교훈을 도출했다.

정부조직의 통합 이후 나타난 문제점들에 대한 대응 방안을 찾기 위해 행정위원회(특히, 국민권익위원회)들의 통합 사례를 분석했다.

장래에는 부처간 통합보다는 소규모의 조직개편이 더 필요하다고 보고 특정 부처 내부에서의 세부 기구의 개편에 관한 현행 기준들을 검토하여 보완해야 할 사항들을 제시했다.

최근 주목받고 있는 네트워크 이론에 관한 경험 사례로서

1980년대 한국에도 도입된 후 최근 널리 이용되고 있는 인·허가의 제제도의 운용 경험을 분석했다.

인·허가의 제제도는 계층제적 의사결정 방식이 아니라 하나의 행정기관이 복수의 행정기관들과 협력하여 행정결정을 내리는 업무처리 방식을 취하고 있다는 점에서 한국뿐만 아니라 동아시아의 조직법학 연구를 위해서도 중요한 경험적 자료를 제공해 줄 수 있을 것으로 기대한다.

<주제어>

정부조직법정주의, ‘작은 정부’, 계층제와 네트워크, 안전감독기관, 국민권익위원회, 인·허가의 제

한국헌법 제96조는

“행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다” 고 규정하여 행정조직법정주의를 선언하고 있다. 이 헌법규정에 따라,

“행정각부의 설치·조직과 직무범위” 는 반드시 법률에서 규정하고 있어야 한다.

한국과 달리 프랑스와 같이 행정조직법정주의를 취하지 않는 국가들도 있다.¹ 한국에서도 정치권력은 ‘국내외 환경의 변화’, ‘대통령의 개혁의지의 표현’ 이나

‘부처간 권력재분배’와 같은 정치적 목적으로 위헌수단으로서 행정조직개편을 사용하면

¹ 프랑스의 경우, 정부 각 부처의 명칭, 숫자, 권한, 의전서열 등은 헌법이나 법률에서 정해지는 것이 아니라 대통령이 발하는 명령(décret)을 통하여 정해지는 정부조직의 연성적 특성이 오늘날까지 유지되고 있다. 성낙인, 21세기 바람직한 정부조직과 정부조직법, 법제연구 제44호, 2013, 251-252면.

서,¹ 행정조직법정주의를 대통령의 조직권에 대한 장애로 인식하는 경향도 존재했다. 그럼에도 불구하고 한국헌법에서 행정조직법정주의를 채택한 것은 법치주의가 갖는 장점인 조직의 안정성과 국민과의 관계에서 예측가능성을 보장하며 정치권력에 의한 불합리하고 부당한 조직개편을 견제하고자 함에 있다.² 정치권력의 의지와 행정조직법정주의의 정신이 충돌함에 따라 정부의 조직구성의 자유와 재량을 어떤 원칙과 기준에 의해 행사하도록 유도할 것인가가 조직법학에 있어 중요한 연구과제가 되고 있다.

(2) 전통적 행정법학에서 행정조직법 연구 소홀의 부정적 영향

전통적 행정법학은 행정작용론, 그중에서도 행위형식론에 집중해 주로 행정과 시민간의 의외적 행위에 초점을 맞추어 그 이론을 구성한 결과 행정조직에 관한 법적 연구는 매우 소홀하였다. 이러한 학문적 배경에서 불침투성이론(These von der Impermeabilität der Staatsperson)에 따라 행정조직의 구성과 설계의 문제는 법과는 관계가 없는 내부관계의 문제로 다루어졌다.³ 하지만 이러한 태도는 동아시아의 성장 발전하는 국가들에 있어서는 몇 가지의 중대한 문제를 야기했다. 첫째, 행정작용법 중심의 전통적 행정법학에서 사용하는 중심 개념인 행정청 개념이 암묵적 전제로서 이해하는 행정조직에서는 대표적 의사표시자이자 계층제의 최상층 기관인 기관장에게 행정조직의 설계와 구성에 관해 통제받지 않는 광범위한 자유를 부여하였다.⁴ 행정

¹ 우리나라의 행정조직개편에서는 이와 같은 정치적 목적과 원인에 의해 계획과 준비가 부족한 채 추진되는 경우가 많았었다. 동지의 비판으로는, 박우순, 김대중 정부 조직개편의 성과와 전망, 한국행정연구 제11권 제2호, 2002, 51면 ; 이창원/임영제, 우리나라 민주화 이후의 정부조직개편의 특성에 대한 고찰 : ‘작은 정부론’의 시각을 중심으로, 한국정책과학회보 제13권 제4호, 2009, 16면 ; 박천오, 한국 정부조직개편에 대한 비판적 고찰, 한국조직학회보 제8권 제1호, 2011, 15면.

² 이재상, 우리나라 정부조직개편에 대한 발전방안 연구, 법학연구 제49집, 2013, 205면. ; 오준근, 정부조직개편에 대한 입법정책적 고찰, 한국행정학보 제47권 제3호, 2013, 78-79면. 명확성의 원칙이 구현되어야 하며 행정입법에의 포괄적 위임은 금지된다. ; 이원우, 행정조직의 구성 및 운영절차에 관한 법원리 - 방송통신위원회의 조직성격에 따른 운영 및 집행절차의 쟁점을 중심으로 -, 경제규제와 법 제2권 제2호, 2009.11, 99-100면.

³ 아시아에 많은 영향을 미친 독일 행정법학은 프로이센 황제시대의 영향을 받아 정치와 엄격한 분리를 전제로 탄생되었다. 19세기 독일의 외견입헌군주국가에서, 행정조직은 국민의 ‘자유와 재산권’에 관계되는 사항이 아니라 해서, 법규와 법률유보대상에서 제외된 군주의 특권사항으로 간주되고, 법에서부터 자유로운 행정의 한 영역으로 간주되었다. 20세기 들어와 행정조직도 국민생활에 밀접한 관련을 갖는 것으로 인식되어 행정조직법정주의로 대체되었다. 김도창, 일반행정법론(하), 1993, 47-48면.

⁴ 정부조직의 최상급기관인 대통령에게 권력이 과잉집중됨으로 인해 대통령 스스로의 권한남용은 물론 그 직속기관과 부속기관의 권한남용이 통제되고 있지 않다는 비판은, 유진식, 대통령, 권력분립, 그리고 국가행정조직법 - 과잉권력을 창출하는 한국대통령제의 법적 구조의 해명 -, 공법연구 제31권

청개념에영향받은행정조직법론은대통령,
 각부장관이나시장과같은단독행정청인행정기관장이개인적의지에의해인사, 예산,
 조직, 규제설계등의문제를처리하는것을승인하는근거만을제공하였을뿐,
 그것을통제하고지도하기위한원칙과기준을제공하는역할은전혀수행하지못했다.
 더불어, 행정조직내에서직무를처리하는공무원들은
 “기관장의명령의집행자” 이었을뿐이었다.
 이것은바로간접적으로권위주의적행정을지지하는이론적근거가되었다고평가할수
 있을것이다.
 둘째,
 성장발전하는경제사회에서국민들과정치권은개별적행위에의한미시적개입수단보
 다는행정조직에의한종합적·포괄적개입에훨씬더높은관심을보여왔다.
 한국에서정권교체기에는반드시행정조직개편이있었고집권도중에도행정조직개편
 이이루어지는경우도있었다. 그결과,
 관료에대한통제권의강화와같이행정효율성의증대에기여하지않는행정조직개편이
 너무빈번하게이루어져왔다. 그럼에도불구하고,
 조직법연구의부족으로그권한남용을통제할사상과원칙을제공할수없었다.
 행정조직법연구의측면에서볼때,
 풍부한조직개편경험은귀중한연구자료가되어행정법학의사회기여도를높이는데에
 도움을줄수있을것이다.

2. 행정조직법의개념과특징

(1) 행정조직법의개념

행정조직법은 ‘행정주체의조직에관한법’ 또는 ‘행정기관의설치, 폐지, 구성,
 권한및행정기관상호간의관계를정한법’이다.¹
 행정조직법의범위에관하여, 행정조직뿐만아니라그것을구성하는인적요소로서공무원,
 물적요소로서영조물과공물까지포괄하는것으로광의의개념으로정의할수도있고,²공
 무원, 영조물과공물을제외하고국가,
 지방자치단체와기타공공단체의조직에관한법으로협의로정의할수도있다.

제2호, 2002, 411-435면 참조.

¹ 김도창, 일반행정법론(하), 1993, 44-45면. 김남진, 행정법Ⅱ, 1996, 29-30면. 박윤훈, 행정법강의(하), 2001, 3-4면. 김철용, 행정법Ⅱ, 2009, 3-5면. 홍정선, 행정법원론(하), 2010, 5면. 박균성, 행정법론(하), 2014, 3면. 한건우, 현대행정법신론2, 2014, 235면.

² 행정조직의 기능성확보를 위해 갖는 중요성을 고려해 조직의 인적요소인 공무원을 행정조직법에 포함시키기도 한다. 김동희, 행정법Ⅱ, 2014, 4면.

국가의행정조직에관한법에한정하고지방자치단체와기타공공단체의조직에관한법을제외하는것으로최협의로정의할수도있다.
한국에서는최협의로정의하는것이다수설이다.

(2) 행정조직법의기능과특징

1) 구성적구조화기능

행정조직법은행정조직이행정과제를이행할수있도록행정과제, 권한과책임을확실한구조로결합시켜지속적으로행정결정을내릴수있게하는구성적구조화기능을수행한다.¹

관할권과그범위, 그리고최종결정권의소재와결정방식(단독결정인가합의방식인가), 내부절차,

외부와외정보소통절차등에관한규정들이행정조직의의사결정구조를형성하고공무원들의행위들상호간에질서를형성해준다.

행정학의한분야인조직론에서는법을형식적으로조직에대한제약요인으로서만파악하여권위주의적이고강제적이며외생적인명령과제재의근거로서이해하였다. 하지만, 법은조직을탄생시키고변화시키며조직의내부문화와행태를재구성할뿐만아니라, 반대로법적기준의집행이조직의내부관행과문화에영향받기도하므로완전히외생적변수라고할수도없고또완전히내생적변수라고볼수도없다.²

현실적으로도조직개혁과규제개혁의문제는매우밀접하게연계된주제이기도하다. 특정조직의존부및그관할권의범위에관한법규정은당해조직의권한과업무방식은물론,³인원과예산까지상당한정도로구조화시킨다.

이러한구조화를통해정부조직은그업무의지속성을보장받는다. 또,

조직법의체계속에서특정조직의위치, 그권한의성격과범위,

조직간또는조직구성원간의갈등해결의방식은해당조직의존폐와그발전에지대한영향을미친다.

반대로조직의구조와조직구성원들의태도가규제의내용과그의집행에중대한영향을

¹ 정부조직법의 기능과 법집행의 특징에 대해서는, 선정원, 새로운 행정조직모델과 중앙행정조직의 개편방향, 공법연구 제31권 제2호, 2002, 135-138면 참조.

² Mark C. Suchman/ Lauren B. Edelman, Legal Rational Myths : The New Institutionalism and the Law and Society Tradition, Law and Social Inquiry 1996, p.905.

³ 농식품산업의 촉진을 위한 부처와 식의약품의 안전을 감독하는 부처를 통합하여 하나의 부처로 설치할 것인가 아니면 분리할 것인가의 문제는 이명박 정부의 출범당시 정치적으로 많이 논의되었는데, 조직설계의 문제와 규제권(촉진적 규제권과 감독적 규제권)의 소재가 밀접하게 관련되어 있음을 보여준다. 한국사회에서는 점점 더 진흥과 촉진, 또는 지원과 복지를 담당하는 부처와 기업활동의 감독 또는 예산 및 공공 집행의 감독을 하는 부처의 통합과 분리의 문제가 정부조직의 설계에 있어 중요한 법적 쟁점이 되고 있다.

미치기도한다.

2) 정부임무의집행수단으로서조직에의한법집행방식의특징

정부임무의집행수단으로서실체법과조직법은그작동방식이다르다.

실체법은행정주체가외부관계에직접적으로개입하는행정활동의내용과방식에대해규율하는데비하여,¹조직법은조직을창설·폐지하거나그구조를개편함으로써행정활동이이루어지는전제인행정주체의존립과능력에영향을미친다.

조직법은조직이구체적·개별적결정을하는것을규정하지않고, 행정활동의결과발생과관련하여간접적으로그개연성에영향을미치므로간접적조정이라는한계를갖는다.

하지만,

조직과조직법을통한사회문제에대한대응은포괄적이고탄력적일수있으므로사회문제의복잡성이높고그규모가커서미래에대한예측이어렵고기존조직을배경으로실체적작용법의개정을통한개별적대응만으로그실효성이떨어질때의미를갖는다.

II. 정부조직법상정부조직의개편역사와현재의구조

1. 정부조직법상정부조직의개편역사

(1) 정부조직의개편절차와개편역사의고찰범위

대한민국의건국이후정부조직개편절차의골격은거의변화가없으므로현행헌법상의절차를중심으로기술한다.

현행헌법은제40조에서

"입법권은국회에속한다."라고하여국회입법의원칙을명문으로선언하면서,

제52조에서

"국회의원과정부는법률안을제출할수있다"라고하여정부에게도법률안제출권을부여하고있기때문에대통령은정부안을작성하여국회에제출하는방식을취하면서정부조직을개편해왔다.

외교, 국방, 치안, 법무,

교육등을다루는정부부처는다른국가와비슷하므로여기에서는경제부처에한정하여

¹ 실체법은 직접적 조정 또는 내용관련적 조정이라고 부를 수 있는 것으로, 행위를 위한 직접적인 프로그램(조건프로그램 또는 목적프로그램)의 방식으로 개입한다. 입법자가 미리 목적과 수단에 대해 일반추상적 결정을 내리고, 그것을 구체화하도록 행정청에게 재량을 부여한다. 따라서, 실체법은 사회에 대한 예측가능성이 높고 갈등이 작아 법으로 미리 예측적으로 규율할 수 있는 영역이 넓은 곳에서 적합하다.

그개편역사를개관한다.

경제부처의개편역사를시기적으로살펴보는것은경제발전단계에따른국가의정책적
과제의변천을잘보여주므로,

경제사회의발전단계와조직법의현안과제가서로다른국가들에게,
비교법적연구를통한시사점을약간이라도제공할수있기를기대한다.

(2) 정부조직개편의역사

1) 국가행정조직의기본구조의건설과경제성장촉진적정부구조로의개편

한국행정조직의설치와개편의역사는정부조직법의제정과그개정의역사이다. 1948년
7월 17일법률제1호로정부조직법이제정되어 2014년 8월현재까지 66년동안
70회의개정이이루어졌다. 이중에서 1960년 7월 1일부터 1961년 8월
25일까지의정부조직법은

“국무원과행정각부의조직의대강”을규정하여정부조직개편사에서유일하게내각
책임제정부형태를취하였다.¹그이외의정부조직개편내용들은모두대통령제정부형태
를뒷받침하는것이였다.

1948년에서 2014년까지

11명의대통령이존재했는데주요한정부조직개편은대통령의교체와밀접한관련이있
었다. 초대대통령인 이승만대통령시대정부조직은 11부 3처 1실

3위원회로구성되였는데,

그이후정부조직은꾸준히팽창하여최근의박근혜대통령시대에는 2014년 8월현재
17부 3처 17청 2원 2실 4위원회로구성되어있다.

건국이후의한국정부의과제는국가의안전을확보하고경제발전에성공하는것에집중
되였다. 정부조직법제정당시(1948.7.17) 전체

11개부가운데광의의의미에서경제부처는재무부, 농림부, 상공부, 교통부,
체신부로구성되였다. 이 5개부처에

1950년발생했던전쟁의극복을위해부흥부(1955.2.7- 1961.7.22)가추가되였다.

부흥부는 1961년에폐지되고부흥부를대체하여경제기획원(정부조직법제10조의2.

1961.7.22 개정)이등장했는데, ‘재무부장관, 농림부장관,

상공부장관과산업경제에관한학식경험이풍부한자약간인’을참석시킨중앙경제위원
회를창설하여(정부조직법제10조의4. 1961.7.22 개정),

¹ 내각책임제하에서도 1961년 6월 16일, 1961년 6월 22일, 1961년 7월 12일, 1961년 7월 22일, 1961년
8월 22일, 1961년 8월 25일까지 6회의 소규모 개정이 있었는데, 이 개정들은 1961년 5월 16일
군사쿠데타로 등장한 군부세력들에 의해 주도되였다.

효율적인경제성장정책을추진하고자했다.

국토의사회적인프라를건설하고건설정책을종합적으로수행하기위해건설부가신설(1962.6.18 개정)되었다.

경제부처분야에서전문적통합조정능력의강화를위해부총리제를도입(정부조직법제15조. 1963.12.17 개정)하되경제기획원장관이겸임하도록했다.

경제성장의촉진을목적으로정부조직의기본적구조를결정하는단계가 지나면서기존의경제부처들이존속하는가운데경제사회의발전에대응하기위해정부조직에도보다현대적인조직들이추가되기시작한다. 과학기술처가신설되고(정부조직법제20조의2, 1967.3.30 개정),

세계적인석유가격의인상시대를극복하고국가의에너지자원의효율적인확보를위해동력자원부가신설되었다(정부조직법제29조. 1977.12.16 개정).

2) 변화하는경제사회환경에의대응(사회갈등의격화, 환경보호, 국제화에의대응)

경제성장정책이 지속되면서정부자원의집중에서소외된집단들과이익들중심으로정부정책에대한반대와갈등이증가하면서, 이에대한대응을위해,

노동부가신설되고(정부조직법제29조. 1981.4.8 개정),

환경처가신설되었다(정부조직법제26조의2, 1989.12.30 개정).

국제적인석유위기가종식되면서동력자원부와상공부가통합되어상공자원부로통합개편되었다(정부조직법제29조. 1993.3.6 개정)

민주적정통성을갖는 ‘문민정부’로통칭되는김영삼정부가

1992년들어서면서정부부처에큰변화가일어났다. 환경처가환경부로격상되었고,

상공자원부가통상산업부로, 체신부가정보통신부로,

건설부와교통부가건설교통부로통합되었다(정부조직법제29조. 1994.12.23 개정).

무엇보다박정희정부시절 1963.12.17

정부조직법개정으로도입된후유지되었던경제기획원(예산담당)과재무부(조세담당)의 2원적재정관리조직에변화가발생했다.

경제기획원과재무부를폐지시키고조세권징수권과예산편성권을모두함께갖는재정경제원을설치했다(정부조직법제23조. 1994.12.23 개정).¹

다음정부인김대중정부에서는이른바 ‘IMF

경제위기’(외환부족으로발생한경제위기)의극복이최대과제가되었다.

¹ 다음 정부인 김대중 정부에서는 조세징수권과 예산편성권의 통합조직인 재정경제원에 대해서는 ‘IMF 경제위기’의 핵심적 원인중의 하나로 비판받아 그 권한들을 분리한 조직들이 도입되게 된다. 견제되지 않는 권력으로 도덕적 해이상태에 빠져 위기에 대한 대응을 못한 것으로 비판받았다.

재정경제원이 폐지되어 기획예산위원회(1998.2.28-1999.5.24. 그이후 기획예산처)와 재정경제부가 설치되었고, 과학기술의 중요성이 강조되어 과학기술처가 과학기술부로 격상되었으며, 국제통상에 있어 국제적 감각이 강조되어 통상산업부의 통상권 중 상당부분을 이전받아 외무부가 외교통상부로 개편되었고 통상산업부는 산업자원부로 개편되었다(정부조직법 제29조. 1998.2.28 개정).

해양수산 행정의 중요성이 부각되면서 농림수산부가 개편되어 농림부와 해양수산부로 분리 확대되었다(정부조직법 제29조. 1996.8.8 개정).

창의적인 인재의 양성이 경제사회 발전의 중요한 과제로 인식되면서 교육부가 교육인적 자원부로 개편되었다(정부조직법 제26조. 2001.1.29 개정).

3) 작은 정부 시대에의 적응과 국민의 권익·복지 수요 증가에의 대응

‘실용정부’, ‘작은정부’를 표방한 이명박 정부가 들어서면서 정부조직은 그 숫자를 줄이기 위한 개편이 이루어진다. 전임 정권인 노무현 정부 시절 18부 4처이었던 상태에서 15부 2처로 감축된다. 기획예산처와 재정경제부가 통합되어 기획재정부가 되었고, 교육인적자원부와 과학기술부가 통합되어 교육과학기술부가 되었으며, 농림수산행정이 외에 식품행정이 강조되어 농림수산식품부가 등장했고, 산업자원부와 정보통신부는 지식경제부로 통합 개편되었으며, 건설교통부에 해양기능을 통합하여 국토해양부로 개편하였다(정부조직법 제22조. 2008.2.29 개정).

박근혜 정부 들어오면서 상당한 수준의 정부조직의 확대 개편이 이루어졌다. 이명박 정부 시절 15부 2처에서 17부 3처로 확대되었다. 지식경제부는 미래창조과학부가 되었고, 통상기능은 외교부에서 분리되어 산업통상자원부에 통합되었으며, 국토교통부에서 해양기능이 분리되어 해양수산부가 설치되었고, 식품의약품안전청은 식품의약품안전처로 승격되었다(정부조직법 제26조. 2013.3.23 개정).

2. 정부조직법상 정부조직의 구조와 내용

(1) 정부조직법에 의한 정부조직의 구조화

1) 법률의 규정 내용

헌법은 제96조에서

“행정각부의 설치·조직과 직무범위는 법률로 정한다” 고 규정하여 행정부의 조직구성에 관한 조직권을 국회에 부여하고 있다. 이에 따라, 국회는 정부조직법을 제정하여 “국가행정사무의 체계적이고 능률적인 수행” 을 목표로, ‘행정기관의 설치, 폐지, 구성, 권한 및 행정기관 상호간의 관계’ 를 규정하였다(정부조직법 제1조).

“중앙행정기관의 설치와 직무범위” 를 법률로 규정하되,
중앙행정기관의 명칭과 그 구성은

“부·처 및 청” 으로 하도록 함으로써 독립제 행정관청의 형식을 취하는 것을 원칙으로 규정했다(정부조직법 제2조). 다만,

행정기관에는 그 소관 사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합제 행정기관을 둘 수 있도록 했다(정부조직법 제5조).

박근혜 정부에서는 이명박 정부 시절(15부 2처) 보다 정부조직을 확대하여 정부조직법에 17부 3처를 규정하였다(정부조직법 제26조, 2013.3.23 개정). 17부 3처의 명칭은 다음과 같다.

17부 - 기획재정부, 미래창조과학부, 교육부, 외교부, 통일부, 법무부, 국방부, 안전행정부, 문화체육관광부, 농림축산식품부, 산업통상자원부, 보건복지부, 환경부, 고용노동부, 여성가족부, 국토교통부, 해양수산부

3처 - 법제처, 국가보훈처, 식품의약품안전처

정부조직의 개편은 헌법소원으로 제기되어 두 가지 유형의 쟁점과 관련하여 법적 평가를 받았다.

헌법소원 재판에서 국민개개인 이 정부조직 개편의 위헌 여부를 심사해 주도록 청구할 기본권을 갖는 가 하는 기본권 관련성 여부, 그리고,

조직 개편의 근거 법률이 위헌인가 하는 점이다 루어졌다.

첫 번째 쟁점인 조직 개편 행위가 기본권과 관련되는 가에 대하여 헌법재판소는 대부분의 사건들에서 청구인들의 기본권 관련성을 부인하면서 각하했다. 다만,

여성부의 설치에 대하여 남성들이 평등권과 행복추구권을 침해한다는 주장에 대해서는 기본권 관련성을 인정했다.

각하된 사건들에서 청구인들의 주장은

“국가행정사무의 체계적이고 능률적인 수행” (정부조직법 제1조) 을 해야 할 정부조직 이

“공무원들의 기득권만을 유지하여 국가행정의 비효율과 예산낭비를 가져옴으로써 결과적으로 일반국민인 청구인의 평등권과 행복추구권을 침해한다” 는 것이었다.

이에 대하여 헌법재판소는 정부조직법은 “원칙적으로 국가행정기관, 그 조직의 구성원이나 구성원이 되려는 자등 이외에 일반 국민을 수범자로 하지 아니한다” (헌재 1994. 6. 30. 91헌마 ; 헌재 2014. 4. 16. 2014헌마263)고 했다.

다만,

“법률조항들에 근거한 여성부의 설치 자체로 인하여 일반 국민이며 남성인 청구인의 평등권이 침해되었다고 주장하는바,

이는 법률의 시행과 동시에 기본권 침해를 받은 경우에 해당한다고 할 것이다” (헌재 2010. 2. 23.

2010헌마64)고 하면서 정부조직개편행위가 기본권 관련성을 가질 수 있다고 결정했으나, 이 사건 자체는 1년의 심판청구기간이 경과했다는 이유로 각하했다.

두 번째 쟁점과 관련해서는 정부조직개편에 의한 기본권 침해 여부가 문제되지 않고, 형사재판의 전제로서 위헌적 수사를 담당한 정부조직의 설치 근거 법률이 위헌인지가 문제되었다.

이 사건에서 문제된 정부조직은 국가안보에 관한 정보를 다루는 국가안전기획부이었는데,

헌법재판소는 국가안전기획부를 국무총리 소속으로 두지 않고 대통령 직속으로 두도록 규정한 국가안전기획부법 제4조 및 제6조가 헌법 제86조 제2항,

“국무총리는 대통령을 보좌하며,

행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할한다” 는 규정과, 헌법 제26조 제1항,

“대통령의 통할하에 다음 행정각부를 둔다” 를 위반하지 않는다고 결정했다.

그 근거는

“국가가 정보기관을 대통령 직속으로 하느냐 여부는 기본적으로 입법정책의 영역에 속하는 것” 으로서,

국가의 공권력을 집행하는 행정부의 조직은 헌법상 예외적으로 열거되어 있거나 그 성질상 대통령의 직속기관으로 설치할 수 있는 것을 제외하고는 모두 국무총리의 통할을 받아야 하며,

그 통할을 받지 않은 행정기관은 법률에 의하더라도 이를 설치할 수 없음을 의미한다고는 볼 수 없다고 했다(헌재 1994. 4. 28. 89헌마221)¹.

2) 정부조직법에 의한 정부조직의 구조화의 한계

¹ 이 결정과정에서 소수의 재판관들은 “국가안전기획부로 하여금 그 본래의 직무내용에 비추어 과도한 수사권을 부여하는 등 법상 실효성 있는 견제장치가 없” 다는 의견을 제시하거나, “국가안전기획부는 행정부의 권한)에 속하는 사항을 집행하는 중앙정부기관이므로 성질상 국무총리의 통할하에 두어야 할 “행정각부” 에 속하는 것이 명백” 하므로 국가안전기획부법은 위헌이라는 의견을 제시했다.

입법자는 행정조직의 개편에 있어 광범위한 입법재량을 가지고 있지만 그의 행사가 적정한지에 대해서는 비판이 제기되고 있다.

법률에 의한 행정조직의 구조화의 정도가 매우 낮아 정부조직법은 중앙행정부처의 명칭만 규정할 뿐 그 기구나 내부조직에 대해서는 법률에서 거의 규정하고 있지 않고, 중요한 사항들이 행정입법에 위임되어 규율되고 있기 때문이다.¹²

(2) 행정입법에의 위임 사항

1) 직제와 직제시행규칙

대통령과 각 부장관은 행정입법권을 통해 행정조직 개편에 대해 광범위한 재량을 행사해 왔다. 정부조직에 관한 대통령령은

‘직제’라고 부르는데 해당 중앙행정기관의 명칭을 넣어

"○○부와 그 소속기관 직제"로 하며, 행정기관의 소관 업무, 하부조직과 분장 업무, 공무원의 계급 및 정원 등을 규정하고 있다. 부령은 직제의 명칭 뒤에

"시행규칙"을 붙인 것으로 직제에서 규정한 하부조직에 대한 보좌기관과 분장 업무,

공무원의 직급과 정원, 특별지방행정기관의 관할 구역,

개방형 직위의 지정 등을 규정하고 있다. 직제에서는 국의 설치에 대해서만 규정하고,

과의 설치에 대해서는 직제시행규칙에서 규정한다.

직제와 직제시행규칙이 행정조직에 관한 중요 사항들을 규정하고 있음에도 불구하고 그 규율 방식이나 내용에 대한 연구나 통제 노력은 매우 부족했다.

행정법학에서 행정조직법학이 경시되었던 것에도 그 원인이 있지만,

행정입법의 합헌성과 합법성을 행정내에서 심사하는 법제처에서도

“직제의 기술적·부분적·수단적 성격과 법령체계의 단순성”

¹ 법률에서 규정되어야 할 사항이 대통령령 등 행정입법에 대한 위임의 폭이 너무 광범위해서 법치주의, 즉, 행정조직법정주의가 형해화되고 있다는 비판은, 유진식, 전계논문, 430-431면 참조. ; 정부조직법에서 행정각부 및 중앙행정기관의 명칭만 규정하면서도 그 세부기관의 조직을 행정입법에 위임하는 대신에 법무부법, 외교부법 등과 같이 행정각부의 조직을 규정하는 개별 법률들을 제정하도록 하자는 안을 제안한 글로는, 신봉기, 정부조직법의 법제적 검토 - 최근의 총리서리 논쟁을 보고 -, 토지공법연구 제16권 제2호, 2002, 371면. 오준근, 전계논문(각주3), 91-92면.; 우리 법제상으로도 일부 행정조직에 대해서는 개별 법률로 그 세부적인 조직구조를 규정해 놓고 있다. 예, 방송통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률.

² 정부조직법과 직제의 규율범위 및 한계와 관련하여 구체적으로는 ‘국’의 설치에 대해서 직제가 아니라 정부조직법과 같은 법률에서 규정하도록 하여 행정조직의 구성에 대한 국회의 관여범위를 확대해야 하는 것 아닌가 하는 쟁점이 현안으로 존재한다. 정부수립 후 오랫동안 국은 정부조직법의 규율사항이었지만, 박정희 대통령의 유신체제하에서 행정부의 조직재량권을 확대하기 위하여 직제에서 국을 규정하는 것으로 바꾸었기 때문이다. 이에 관한 설명은, 오준근(각주3), 전계논문, 82면.

등으로 인해 법제심사에 있어 비중 있게 다루지 않았던 것에도 그 원인이 있었다.¹

2) 특별지방행정기관의 설치

중앙행정기관에는 소관 사무를 수행하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별지방행정기관을 둘 수 있는데, 필요한 경우에는 다른 중앙행정기관의 업무도 통합하여 수행하도록 설치할 수 있다(정부조직법 제3조).

하지만, 헌법 제118조 제2항은

“지방자치단체의 조직과 운영에 관한 사항은 법률로 정한다” 고 규정하고 있고, 지방자치법에서도 지방자치의 조직에 관한 사무는 지방자치단체의 관할 사무로 규정하고 있다(지방자치법 제9조 제2항 제1호).

이에 따라 중앙행정기관과 지방자치단체가 지방행정사무에 대한 관할권의 범위를 두고 다툼이 존재해왔고 정치적으로도 지방분권이 점점 더 강력하게 주장되고 있다.²

현재는 중앙행정기관은 특별지방행기관을 두고 그의 관할로 업무를 처리하거나 지방자치단체에 사무를 위임(기관 위임 사무)하여 업무를 처리하고 있다.

관할권의 다툼은 사법적으로는 헌법재판으로서 권한쟁의심판이나 행정소송인 기관소송에 의해 처리되고 있다.

3) 부속기관의 설치

대통령령의 위임을 받아 중앙행정기관은 그 소관 사무의 범위 내에서 시험연구기관·교육훈련기관·문화기관·의료기관·제조기관 및 자문기관 등을 둘 수 있다(정부조직법 제4조).

3. 빈번한 행정조직개편에 대한 반성

한국에서 새정권이 출현할 때마다 새로운 정부의 이념과 정책을 효과적으로 실현하고자 조직을 창설하거나 기존 조직을 통폐합해왔다. 하지만, 경제사회가 상당수준으로 발전하고 사회의 복잡성이 증가하면서 빈번한 정부조직개편

¹ 심현정, 직제의 체계에 대한 검토, 법제 제464호, 1996.8, 88면.

² 지방분권의 강화속에서도 지방자치단체의 조직팽창욕구에 대한 통제장치로서 국가의 역할은 포기되어서는 안되고 여전히 중요하다. 임도빈, 지방행정조직의 개편방향 : 전략분석 게임이론적 시각에서, 지방행정연구 제23권 제4호, 2009, 12, 3-26면.

의합리성은 의문시되고 있으며,¹ 단지 정치인에 의한 관료 집단의 장악이라는 정치적 목적만 추구하는 것이 아닌가 하는 비판을 받고 있으며,²³ 구체적으로 아래와 같은 문제점들이 드러나고 있다.

첫째,

빈번한 조직개편으로 인해 조직의 안정성과 업무처리의 장기적 효율성이 떨어지고,⁴ 공무원의 신분 불안정해지면서 기관 갈등의 문제가 심각해지고 있다.

조직개편이 시도될 때마다 각 부처들은 자기조직을 확대시키기 위하여 다른 부처들과 경쟁적으로 정치인들에게 치열하게 로비를 하게 되었다.

이로 인해 부처들 사이에 부처이기주의가 강력하게 고착되어 중복되거나 불필요한 세부 기관들을 존치시키고 관련 부처들 사이에 갈등의 원인이 되고 있다.

대외통상에 대한 관할권, 정보통신에 대한 관할권, 청소년과 아동의 복지에 대한 관할권, 생명공학산업의 촉진과 식품의약품의 안전에 대한 관할권,

국민의 재난 안전 보호 업무의 관할권 등에서 이러한 갈등이 심각하게 존재했었고 현재도 일정부분 존재하고 있다.

이로 인해 관련 부처간 협력이 잘 이루어지지 않고 지방자치단체나 기업들도 업무처리에 있어 관할권의 소재를 알 수 없거나 지연 등의 문제로 어려움을 겪고 있고 심각한 재난에 대한 대응이 늦어지고 있다.

둘째,

교육 훈련과 준비 없는 조직개편⁵으로 인해 공무원의 전문성 부족과 업무처리의 효율성 저

¹ 최근 한국에서 유명한 재난인 ‘세월호’ 참사를 계기로 재난관리를 총괄하는 부처인 ‘안전행정부’는 박근혜 정부의 출범과 같이 탄생한 부처이지만 2년만에 다시 부처가 폐지되고 그 권한이 다른 신설부처로 옮겨가는 과정에 있다. 조직이 부과된 공적 임무를 성공적으로 처리하기 위해 어떤 조건이 갖춰져야 하는가에 관한 법적 연구가 많이 축적될 필요가 있다.

² 정부가 편찬한 정부조직개편백서(행정안전부, 2008, 6면)에서 정부조직의 개편은 “정부가 해야 할 일을 더 잘할 수 있을지에 대한 고민”을 반영한 것이라고 하면서도, 정부조직에 대해 “최고통치권자인 대통령의 국정 비전을 실현하는 중요한 통치수단”으로 이해하는 견해에서도 집권자의 정치적 목적이 정부조직개편의 방향과 그 범위를 결정하는데 매우 중요한 동기가 되고 있음이 드러난다. 권력자의 의지와 법치주의에 기초한 인치주의의 통제 의지가 서로 충돌할 경우 양자의 적절한 균형점이 어디인지가 문제된다. 한국사회에서는 정권교체기에 국회에서 조직개편을 둘러싼 정당간 갈등으로 조직개편이 지체되는 경우가 점차 빈번해지고 있다.

³ 한국에서 새로운 정권이 행정조직개편을 주요한 정책수단으로 사용하게 된 역사적 배경에 대해서는 다음의 설명이 흥미있다. “군대는 민간인보다 조직 또는 편성을 더 중시하며 이를 바꾸는 것을 덜 주저한다. 군사정권 하에서는 상위직을 자기들 사람으로 교체하고 하위직들에게 승진의 길을 터줌으로써 사기를 올리고 충성심을 확보하기 위한 수단으로 조직개편을 사용” 했다. 조석준/임도빈, 한국행정조직론, 2010, 47면. 528면.

⁴ 이재삼, 전개논문(각주3), 200-205면.

⁵ 최근 한국의 정부조직개편이 치밀하고 체계적인 준비 없이 이루어지고 단지 쇄신적 분위기의 추구를 위해 부처의 명칭만을 변경하는 경우도 많았다. 조재현, 정부조직개편의 목적과 방향, 한국부패학회보 제18권 제1호, 2013, 179-180면. ; 전통적인 행정각부의 명칭과 권위를 복원시켜야 한다. 성낙인, 전개논문(각주1), 268면.

하의문제가심각하게드러나고있다.

정부부처에근무하는기존공무원들의입장에서조직개편은업무관할권을변경시킨다. 현대의발전된사회에서업무의난이도가높아지고있는상황에서준비가부족한공무원들에게새로운업무의부여나기존업무의변화는업무처리의효율성을크게떨어뜨리는 요인이되고있다.

새로운업무에의숙련에는상당한시간이필요하기때문에충분한교육훈련없는조직개편은가능한한이루어지지말아야할것이다.

III. 정부조직개편의철학과주요교훈들

1. 정부조직개편의철학과정신

한국행정조직의개편에있어중요한영향을미쳐온철학과정신은세가지정도이다.

이하에서는그것들을간략히살펴본다.¹

(1) '작은정부'론

한국사회에서 '작은정부'(small government)론은정부가가지고있는권한과자원의축소를주장하는입장을지칭한다. 권한중에는규제권이중요하고자원중에서는예산과인력이중요하다.

현대한국의건국과경제적발전의과정에서정부는결정적인역할을하면서매우넓은규제권과넓은재량을가지고경제계획등을통하여자원의배분에깊숙하게개입해왔다. 1990년대이후정부조직개편의과정에서는그이전의정부가추구한 '큰정부' 대신에 '작은정부'론에따라규제권,

예산과인력등의감축을주장하는입장이상당한영향을미쳐오고있다.²

오늘날의시각으로보면정부가경제성장의촉진을적극적임무로추구하여외견상큰정부를지향하는것처럼보이는시기에도정부는경제사회적으로개발도상단계이기때문에예산부족으로규제권을제외하고는예산이나인력등의측면에서는큰정부조직을창설하여유지할능력이되지않았다.

반대로정부가작은정부의이념을표방하고이를적극적으로실현할의지를가졌던때라 하더라도국제적금융위기등으로국제경제의위기와같은긴급한현안사항들이발생하게되면현실적으로예산은물론인원을줄이지못하였다.

그럼에도불구하고

¹ 필자는 과거에 작성한 논문에서 '큰' 정부를 지향하던 시대의 정부를 '적극적 발전국가' 모델로 부르며, 현재 한국정부가 지향하고 있는 정부모델을 '민주적 법치국가' 모델로 불렀다. '민주적 법치국가' 모델에서 관건이 되는 정부조직개편의 정신과 원칙들은 '작은 정부'론, 계층제론과 네트워크론이다. 이에 관한 설명은, 선정원, 전개논문(각주8), 130-132면, 139-157면 참조.

² '작은 정부'론을 가장 적극적으로 지지했던 이명박 정부에서는 부처간 통합을 기반으로 한 '대부처주의'를 추구했다. 이창원/임영제, 전개논문(각주2), 11면, 13-14면.

‘작은정부’의철학과정신은하나의이념적지향점으로서정부조직개편의과정에서심대한영향을미쳐왔고앞으로도그러할것이다.

‘작은정부’론은국회의법률을통해부처의개편에영향을미쳐왔을뿐만아니라, 행정입법들에도규정되어행정조직의내부적세부기구의구성에도영향을미치고있다. 이명박정부이후한국사회는민간부문의규모가매우커졌고경제위기상태도종식되었기때문에변화된경제사회환경속에서작은정부의틀내에서국민의권익·복지수요증가에의대응이라는과제를안고있다.

(2) 계층제론

계층제(hierarchy)

행정조직은어떤행정조직내에있는모든행정기관이정상에있는행정기관에게차례차례로복종하고정상에있는조직의장에게가장중요한결정권이집중되어있는피라미드조직형태를말하는데,

막스베버의관료제론에의해중심연구대상이된이래현대사회의가장중요한사회현상의하나로평가되어왔다.

전통적으로교황, 추기경,

주교와신부로이어지는카톨릭교회의조직구조가계층제조직의전형적인예로인식되어왔지만, 정부는물론대기업들에서도계층제현상은광범위하게나타나고있다.

각층의행정기관은주로직근상급기관과의사소통을할뿐이고,

행정결정과관련된의사소통이계선위에있는행정기관들사이에서만이루어지는매우폐쇄적인의사소통체계를가지고있다. 그특징을몇가지로요약해본다.

첫째,

계층제조직은사회에범람하는수많은정보들중행정결정에필요한정보를압축함에있어핵심적의사소통에참여하는자들의숫자를줄일수있어정보처리비용을줄일수있다. 대부분의계층제조직은이특권을최대한향유하기위해핵심적결정과정을비밀로유지하려한다. ‘강제적정보축약’이발생한다.¹

둘째,

행정조직의장은결정을내리고그것의집행을위해하위기관에명령을내리는방식으로계층제조직을작동시킨다. 예를들어, 어떤행정조직이행정결정을내릴때, 결정을내린장관은국장에게, 국장은과장에게,

¹ 이 때문에 한국에서는 대통령과 직접 의사소통하는 ‘문꼬리권력’을 누가 갖고 있는지에 대해서 언론과 대중들이 깊은 관심을 갖고 있다. 또, 광범위하면서도 질높은 의사소통을 지속적으로 유지하는 것은 매우 힘들기 때문에, 대통령이 임기후반부로 갈수록 소수의 핵심적인 권력자들과만 대화하면서 국가의 중요정책을 결정하는 ‘과두제의 철칙’(iron law of oligarchy)이 매우 빈번하게 나타났다. 그 결과 정치권력이 교체되면 소수의 권력자들의 심각한 부패(절대권력은 절대 부패한다!)를 적발하여 형사처벌하는 것이 반복되어 왔다.

과장은과소속공무원들에게명령을내린다.

소속공무원들은명령의복종자로서의역할이중요하기때문에특별한전문가보다는여러과의업무를일정정도알고있는종합적인간(generalist)일것이요구된다.

하나의행정조직내에있는공무원들은오래근무할수록동질화되고과잉동조화되기쉬운문화를갖는다. ‘구성원간강한동질화’와 ‘전문성의결핍’이 나타난다.

위와같은특징으로인해계층제행정조직은경제사회환경의변화에대한대응속도가느리고사회의다양화·다원화에적절한대응을하지못한다는약점을갖는다.

다른대등한행정기관또는민간기관들과수평적인의사소통이매우부족하고,

국민들의요구와기대보다는자기조직에유리한결정을내리며,

행정기관들사이에업무가중복되거나기관간경쟁이심할때에는자기기관의이해관계를앞세우는경향이있다.

(3) 네트워크론

최근정부조직개편과관련하여한국에서가장주목을받고있는쟁점은정부조직이전통적인계층제를유지하여야하는가아니면네트워크¹의형태로전환되어야하는가하는점이다.

전면적인개편이적절하지않다면정부조직속에부분적으로네트워크의형태를수용하여야하는가, 수용하려한다면어떤형태로어떤행정영역에서수용해야하는가하는점이 2000년대이후거버넌스론과함께활발하게논의되었다.

행정조직에있어네트워크는서로독립성을갖는행정기관들이다른행정기관들또는민간인들과대등한입장에서소통하고협력하여공무를처리하는조직형태를말한다.²엄밀히말할때전통적의미의견고한조직이아니라업무담당자들사이의연결망일수도있으므로전통적의미의행정조직과는다르다.

행정조직의성격을판단하는기준은행정결정에의참여자들은누구인가하는점과,

행정업무의전형적인처리의절차가어떠한형태인가, 즉,

참여자들각자는행정결정에서어떤역할을담당하는가이다.

이러한관점에서네트워크론이지지하는연결망또는조직의법적특징은다음과같다.³

¹ 네트워크는 행위자들 사이의 관계를 의미하는데 Network의 한글식 표현이다. ‘수평적 결합’으로 번역할 수도 있을 것이지만 부자연스럽고, 한국에서는 이미 네트워크라는 표현이 널리 쓰이고 있어 이 글에서도 이를 따르고자 한다.

² 행정조직과 관련하여 네트워크는 공공네트워크로서 행정기관과 시민단체의 관계, 중앙행정기관과 지방자치단체의 관계, 중앙행정기관 상호간 또는 지방행정기관 상호간의 관계 모두 또는 이것들 중의 하나를 의미했다. 이것들은 다시 수직적 네트워크와 수평적 네트워크로 나눌 수 있다. 오재록, 정부조직의 네트워크 실증연구 : 43개 중앙행정기관의 수평적·수직적 네트워크 측정, 한국행정연구 제15권 제4호, 2006, 28-31면.

³ 행정학에서 사용하는 어떤 개념이 법학적 의미를 갖기 위해서는 최소한 문제상황을 설명하는 문제해명적 기능을 가져야 하고 더 나아가 문제해결적 기능을 갖추어야 한다. 박정훈, 행정법의 체계와 방법론, 2005, 70면.

첫째,

특정행정조직의경계를넘어의사소통과협력이이루어지므로행정결정에참여하는자들이크게확대된다. 참여자들은다른행정기관이나민간전문가들, 그리고아웃소싱등의방법으로민간기업일수있으므로폐쇄적인계층제조직과는 다르다.

둘째,

참여자들은계층제조직과달리대등한위치에서정보와의견을교환하고결정에참여한다.

행정조직에네트워크의도입을지지하는이론적인이유는다음의것들이다. 첫째, 처리해야할행정업무의복잡성이높거나업무들의이질성이높아지는경우다양한전문가들의전문적식견에의존하여판단과결정을내려야하는데네트워크가전문가들의참여를활성화시키기위해적합하다. 둘째,

경제사회의글로벌화와정보기술의발전등의이유로행정이민감하고신속하게대응하는것이필요한데,

변화의현장에가까이있는자들의참여를활성화시키기위해서는네트워크가적합하다.

하지만, 행정조직법학에서네트워크에관심을두어야하는보다현실적인이유는, 계층제조직이한계를맞으면서그의대안또는보완으로서네트워크론이행정조직개혁을위한정치적논의과정에서이미상당한검토가이루어져왔고,

법제적으로그사과의영향을받는입법들도나타나서더이상법학에서도그것을무시하기어려워졌다는점이다.

행정조직의폐쇄성을완화시키기위해민간전문가를고위직공무원으로채용하도록한 개방형임용제,

여러부처의고위공직자들의폐쇄성과업무이기주의적태도를완화시키기위한고위공무원단제,

상급기관에의한감사이외에민간전문가들에의한행정기관의업무평가제(정부업무평가기본법이제정되어있음),

합의제행정기관의확산등이전통적인계층제의폐쇄적이고기관장독점적인인사구조를약화시켰다.

지방자치의발전으로분권이촉진되고행정효율을위하여민영화와민간위탁이확대되면서국가의계층제적성격과공무처리의국가독점적성격이약화되고있는것도행정조직개편과정에서네트워크의사고가수용되는분위기를만들었다.

2. 정부조직의통합과확대·신설

(1) 정부조직의축소와조직의확대·신설사이의선택

새로운정부가들어서며국가사회의정책적과제의효율적수행을위해조직개편을단행하려고할때,

정부조직을축소할것인가아니면기존조직을확대하거나새로운조직을창설할것인가문제된다. 그리고, 이러한판단은어떤원칙과기준에따를것인가문제된다.

입법자가행정조직재량을행사함에있어서는고려해야할요소가너무많아과거의경험을분석하더라도그것의유용성은한계가있다. 하지만,

과거의경험에서드러난중요한교훈이망각되고새로운조직개편에서동일한유형의실수가반복되는경우도있다.

아래에서는식품의약품의안전을감독하는행정기구의창설과확대사례와해양교통의 안전을감독하는행정기구의신설사례를비교하여조직의신설과관련된현행법상의원칙과기준에문제는없는지보완할부분은없는지살펴볼것이다.

1) 식품의약품안전감독조직의창설과확대개편

농수산물인간의식량으로서생존에필수불가결한것이다.

때문에정부조직법제정당시(1948.7.17)에도농림부가포함되어있었고,

이후농수산부(1973.3.3 개정), 농림수산부(1987.1.1 개정),

농림부와해양수산부(1996.8.8 개정)

등으로개편되며식량생산을지원하는업무를담당해왔다.

하지만,

소득수준의향상과식품가공기술의발달로식품산업발전의중요성이강조되어이명박 정부에서농림수산식품부(2008.2.29 개정)로개편되었다.

박근혜정부에들어와서는농림축산식품부와해양수산부로분리강화되었다(2013.3.23 개정).

이와별도로식품의약품이생명과인체의건강에미치는중요성때문에그안전성과유효성등을감독할기관으로식품의약품안전청이보건복지부의외청으로설립되었다(1998. 2.28 개정. 정부조직법제39조제2항).

김영삼문민정부가등장하면서국민의소득수준이향상되고농수산물의안전성에대한국민들의관심이증가한것에대한대응이었다.

그이후식의약품의국제거래가급증하고식의약품을이용한경제적사기와유해식품문제의심각성이늘리인식되면서박근혜정부들어와식품의약품안전청이식품의약품안전처로승격되었다(정부조직법제26조. 2013.3.23 개정).

이상의개편사에서알수있듯이식품행정의지원과촉진을위한행정조직들이농림업무와해양수산업무중심으로분리발전하는것과함께,

식품안전을위한정부조직도강화되고있다.

식품의약품안전처는행정각부에속하지않기때문에국회에법률안제출권은갖지않지

만수많은고시와지침들의제정과정에서민간전문가(의사, 약사, 법률가등)들의자문과용역을활성화시켜적절한기준을제정하고, 상위법령의경우에도사실상그기준의형성을주도하면서단체급식에서의식중독방지, 유해식품의유통방지와식품범죄의근절이라는과제에성공적으로대응해왔다.

2) 해양치안조직을위한정부조직법적대응의실기와조직의부실

① 해양치안조직의취약성

해양수산행정의중요성은한국사회에서상대적으로늦게인식되었다.

농산물및식품을다루는정부조직의예에서보듯이산업의지원과촉진을위한정부조직과국민의안전을보호하는조직은그성격이다르다.

우선해양수산업의지원및촉진을위한정부조직의역사를살펴본다.

정부조직법상농수산부(1973.3.3 개정), 농림수산부(1987.1.1 개정),

해양수산부(1996.8.8 개정), 농림수산식품부(2008.2.29 개정),

그리고해양수산부(2013.3.23 개정)로개편되어왔다.

수산식품의안전관리를맡은조직은정부조직법상식품의약품안전청(1998.2.28 개정),

식품의약품안전처(2013.3.23 개정)로개편되어왔다.

한국에서해양경찰임무를담당최초의조직은해양경찰대(해안경찰대편성령.

대통령령제844호. 1953.12.14. 제정)로서 1953년당시

‘내무부치안국경비과’에소속된경찰관들로구성되어 1991년(해양경찰대직제.

1991.2.1.)까지존속하였다.

해양경찰대는경찰법의제정(1991.5.31.)과함께해양경찰청으로격상되게되는데(경찰법부칙제3조),

“경찰청장소속하에해양경찰청”(경찰법제2조제3항)으로존속하게된다. 하지만, 해양경찰청에관한독자적인조직법제인 ‘해양경찰청과그소속기관직제’는 1996년 8월 8일에비로소제정되게된다.

이직제에서는총무이사기획업무를맡은경무국이외에, 경비구난국,

정보수사국과해양오염관리국을두도록규정하고있었다.

대민업무를맡은조직으로경비구난국,

정보수사국과해양오염관리국을두는체제가계속유지되다가

2005년이되어서야장비기술국(2005.7.22. ‘해양경찰청과그소속기관직제’

개정)이새롭게추가되어현재에이르게된다.

해양경찰청은해양수산부의탄생과함께경찰청소속에서해양수산부의외청으로재탄생하게된다(정부조직법제41조제3항. 1996.8.8. 정부조직법개정)

그렇지만,

해양경찰청의해양치안업무를총괄하는독자적인법인해양경비법(2012.2.22. 제정)은

2012년이되어서야 등장하였다.

해양교통의 안전을 보장하기 위해서는 선박의 제조와 운행에 관한 안전기준의 제정과 집행이 중요한데,

선박안전법과 해운법은 현재까지도 해양수산업의 촉진과 지원을 주업무로 담당하는 해양수산부에서 관할하고 있다.

② 해양치안업무의 전문성과 어려움에 대한 경시

한국에서는 2014년 4월 17일 ‘세월호’ 참사라고 불리우는 해양안전사고가 발생해 약 300명이 사망하면서 해양 안전을 담당하는 행정조직의 대폭적인 개편과 관련 법제의 정비가 추진되고 있다.

재난의 핵심적인 원인으로 승객의 안전을 위협하는 위험한 선박이 합법적으로 운행되게 된 선박안전규제의 부실, 재난 발생 과정과 발생 후 선원들의 안전 매뉴얼에 대한 무시, 해양경찰과 구조대원들의 안이한 태도와 안전 지식의 결여 등이 지적되고 있다.

선박안전규제와 관련하여 비판받고 있는 쟁점은 작은 정부를 추구하던 이명박 정부의 규제완화 정책이 지나치게 낡은 선박의 운행을 허용하게 한 원인이라는 점이다. 즉, 규제완화 이전에는 선령 제한이 원칙적으로 20년이고

“해양수산부 장관이 정하는 선박 검사 결과 안전 운항에 지장이 없는 것으로 판정된 여객선은 5년의 범위에서 1년 단위로 연장” 할 수 있어 최대

25년의 선령까지만 운행할 수 있던 상태에서,

2009년의 해운법 시행규칙의 개정(해운법 시행규칙 제5조 제2항, 2009.1.13.

개정)으로 선령이 25년을 초과한 여객선의 경우에도 국토해양부 장관이 안전 검사 후 5년의 범위에서 1년 단위로 선령을 연장하여 최대

30년의 선령까지 운행하게 되었다는 점이 비판받고 있다.

이외에도 여객운송의 안전 보장 여부를 감독하는 선박안전 검사 업무를 해운조합으로 위탁 운영하도록 한 점, 안전 관리 책임자의 승선의 의무 폐지,

선장의 사전 안전 점검 후보고 의무의 폐지,

사업자들의 안전 기준 위반에 대한 제재의 완화와 철폐 등으로 인해 수많은 안전 보호 장치가 규제 개혁 정책으로 사라지게 된 것이 국민들의 집중적인 비판 대상이 되고 있다.

행정조직법 관점에서 식품안전 감독 조직과 해양치안 조직의 개편 연혁 비교를 통해 조직의 신설과 통합에 관한 몇 가지 시사점을 찾아보기로 한다.

첫째, 해양경찰청은 경찰청 소속이다가

1996년이되어서야 해양수산부의 외청으로 독립하게 되었는데,

해양경찰 업무는 일반 경찰 업무에 비해 매우 전문성이 높아 보다 일찍 경찰청으로부터 확실하게 분리 독립시켰어야 한다는 점이다. 또,

산업의 지원과 촉진을 담당하는 부처인 해양수산부의 입장과 해양경찰청의 입장은 다르

다는점에대한인식도부족했다.¹

둘째, 업무의전문성과어려움을고려하여수많은의사, 약사와법률가들이참여하여식품의약행정의전문성을보완하듯이, 해양안전행정의영역에서도해양교통안전의전문가들을직원채용, 자문과용역등의방법으로대거참여시켰어야한다는점이다. 해양경찰청에는일반경찰로서의배경을가진자나현장업무에적합한인력이외에전문성을보완해줄인력이부족했기때문에해양수산부의산업촉진적태도를가진공무원들의규제철폐외압을방어하고해양경찰에게전문적인교육훈련을실시할수도없었던것이다.

3) 조직의신설·통합에관한입법자의조직재량과통칙기준의개선필요

식품안전감독조직과해양치안조직의개편연혁의비교로부터얻을수있는교훈은다른정부조직의개편, 특히, 신설과통합작업과관련하여중요한참고자료가되어야한다.

행정기관의신설과관련된원칙에관하여대통령령인

‘행정기관의조직과정원에관한통칙’(이하통칙이라함)

제6조는세가지원칙을제시하고있다. 첫째, 업무의독자성과계속성이있을것, 둘째, 기존행정기관의업무와중복되지아니할것, 셋째, 업무의성질과양으로보아기존행정기관의기구개편등으로그업무를수행할수없을만한타당성이있을것.

통칙에서제시한세가지원칙들은조직의신설·통합과관련하여중요한의미를갖지만해양안전조직의임무실패를치유하기위해필요한원칙을제시하지는못했다.

일반적인기준이었을뿐수많은행정조직개편의경험에서나오는실질적인교훈을추출한원칙은아니었기때문에그동안정부조직개편과정에서큰역할을하지는못했다.

산업지원조직은영리를추구하는기업들의이익추구행태에도우호적이될수밖에없기때문에산업활동으로부터국민안전을보호하는조직은분리되어야한다.

이교훈이통칙에기준으로수용되어야한다.

그리고전문성이요구되는업무의경우단순업무를담당하는현장인력만으로는전문성부족으로임무수행에실패하는조직이될수밖에없으므로,

조직개편과함께전문성보완을위한조치가필수적으로보완되도록의무지워야할것이다.

어떤행정조직이부여된임무를성공적으로수행할수있는가는예산과인력이전에우선사회의문제해결을위하여그조직이갖고있는규제권과도밀접한관련이있다.

¹ 최근 해양경찰청 해체대신에 해양경찰대로 환원하되 해양수산부 소속으로 개편해야 한다는 새누리당의 수정된 입장도 조직개편의 기본원칙을 무시한 것으로 매우 위험한 사고방식이라고 본다. 세계일보 2014.8.18. 보도 참조.

기업성장의지원을위하여국민의안전과건강의보호를위한최저한의안전보호기준마저철폐시켜서는안된다.

조직법의성패가실체법상의규제권의존부와밀접하게관련되어있다.

여기에서행정조직법과행정작용법이맺고있는밀접한관련성이드러난다.

조직개편시조직과그의임무의관련성을제대로고찰하지않아조직의설계에있어실체적규제의설계와의상호연계성을중요하게인식하지못했다.

이에따라과제와임무의성격에따라조직도달라져야함을인식하지못한경우가많았다.

이러한교훈도조직개편과개별실체법의개정시고려되어야할것이다.

(2) 합의제행정조직의남설에따른통폐합과통합효과의제고

1) 행정위원회제도의이용확대와그남용의통제

계층제하에서독임제행정관청이갖는약점인전문성부족과신중성부족의단점을보완하고자현행정부조직법은합의제행정기관인위원회를설치할수있도록규정하고있다.

정부조직법의개정역사에서합의제행정기관인위원회가처음도입된것은군사정권으로볼리우는전두환정부에의한정부조직법개정(정부조직법제4조의2, 1981.4.8

개정)에의해서인데,

“소관사무의일부를독립하여수행할필요” (정부조직법제4조의2)에따라설치여부를판단하도록한것과동일한내용의규정이현재까지이어져오고있다.

현재한국에서는수많은행정위원회가설치되어있고,

그성격이나구성방법등에따라종류도다양하고수도많다.¹

2008년에집권했던이명박정부는방만하게설치되어운용되고있는행정위원회들을정비하고자 ‘행정기관소속위원회의설치·운영에관한법률’을제정(2009.4.1)하여,

“성격과기능이중복되는위원회” 와

“불필요한자문위원회” 의설치를제한(동법제7조)하고정비하고자하였다.²이법률에서는행정위원회에대하여 “위원회, 심의회,

¹ 많은 행정법학자들이 방만하게 설치되어 운용되고 있는 행정위원회제도를 비판하고 그의 정비방안을 제시하였다. 위원회를 규정하고 있는 법령이 2012년 현재 2287개에 달하고, 2012년 6월 30일 기준으로 행정부소속 정부위원회는 총 505개에 달한다. 나채준, 정부조직법상 행정위원회제도의 문제점에 대한 재검토, 법제 2013.12, 45면, 51면. ; 김동련, 정부위원회제도의 법리적 검토, 토지공법연구 제52집, 2011.2, 425-443면. ; 합의제중앙관청이나 대통령 소속 위원회의 문제점들을 다룬 글로는, 유진식, 헌법개정과 독립위원회의 법적 지위, 공법연구 제18집, 2009.12, 205-220면. 이현수, 합의제 중앙행정관청의 조직법적 쟁점, 공법연구 제41집, 2013.2, 51-80면. 김호정, 대통령 소속 위원회 운영과 행정조직법정주의, 외법논집 제27집, 2007.9, 501-525면.

² 중앙행정조직간 권한의 중복과 갈등은 법과 정책의 집행이라는 명분에 의해 중복 유사의 산하기관들을 경쟁적으로 만들어내는 동인이 되기도 한다. 산하기관으로 위원회를 설치하고 있는 행정조직에 따라서는 업무량이나 전문성과 관계없이 일률적인 최소기준에 의해 일정 수의 직원들을 배치해두고 있으면서 유사업무를 맡아 경쟁하고 있는 다른 부처와의 관계 때문에 축소나 통폐합에 저항을 하기도 한다.

협의회등명칭을불문하고행정기관의소관사무에관하여자문에응하거나조정, 협의, 심의또는의결등을하기위한복수의구성원으로이루어진합의제기관”으로정의하면서, 의결권을가지는위원회를 ‘행정위원회’로부르고심의권과자문권을가지는위원회를 ‘자문위원회’로구별하고있다(동법제5조제2항). 자문위원회는 ‘전문성’을보완하고절차의 ‘신중성’을확보할필요가있을때도입할수있으나, 행정위원회는이상의두요건이외에다른기관의업무와중복되지않고 ‘독자성’이있어야하며업무가 ‘계속성·상시성’이있어야도입할수있다(동법제5조제1항). 행정기관의장은위원회를설치하려면미리안전행정부장관과협의하여야한다(동법제6조제1항).

정부조직내에서행정위원회는전문성을보완하고결정의신중성을높이는효과가있지만기관장의결정을지지해주는외관을만들어해당행정기관의입장을옹호해주는수단으로이용되는경우도있다.

후자의효과때문에한국에서행정위원회는계속늘어나는경향이있어그들의감축이주기적으로반복되고있다.

때로는의결권이외에집행권을가지는행정위원회들도등장하는데(예, 정보사회에의대응과정정보기술촉진목적의수많은위원회들이 2000년대에여러중앙부처들에서등장했다가정비됨), 그경우에는상임위원들과소속직원들이늘어나공무원들의일자리와기관평창수단으로이용되기도했다.

그평창과남용이적절히통제되지않으면안된다는교훈을주고있다.

2) 국민권익위원회의창설과운영

① 국민권익위원회의창설과정과그업무

국민권익위원회는이명박정부가들어서면서작은정부의취지에따라기존에존재하던 국가청렴위원회,

국민고충처리위원회와국무총리행정심판위원회를통합하여출범한행정조직으로근거법률은 ‘부패방지및국민권익위원회의설치와운영에관한법률’(2008.2.29.

제정)이다.

국가청렴위원회는공공기관과공직자의부패방지를목적으로내부고발자등부패행위에관한정보를가진자의신고를격려하고신고등을토대로부패여부를조사하여부패행위자를제재하고신고자에게포상금을지급하며그의신분을보장하는업무를담당하기 위해부패방지법(2002.1.25. 제정시행)에의해설립된기관이었다.

국민고충처리위원회는행정기관의위법·부당하거나소극적인행정행위(사실행위·부작위를포함)

및불합리한행정제도로인하여국민의권리를침해하거나국민에게불편·부담을주는 사항에관한민원을처리하기위해 ‘행정규제및민원사무기본법’(1994.4.8. 제정시행) 제15조에근거를두고설치되었다.

행정심판이당사자들에게대한쌍방심리를거쳐취소심판과같이처분청을구속하는결정을내리도록제도화된것과달리,

국민고충처리위원회는행정행위는물론사실행위에대해서도민원상담, 행정기관에의시정권고권,

현지조사와제도개선권고권등을이용하여법지식이부족한국민들의민원해결이나고질적미해결민원이나집단민원의처리에있어상당한문제해결능력을보여주고있었다.

국무총리행정심판위원회는헌법제107조와행정심판법(1985.10.1 제정시행)에근거를두고설치된기관으로

“행정심판절차를통하여행정청의위법또는부당한처분그밖에공권력의행사·불행사등으로인한국민의권리또는이익의침해를구제” 하고자도입되었다.

행정소송절차와유사한기능을담당하여업무의중복이라는비판도있었지만국민들이변호사를고용하지않고서면으로심판청구서를제출함으로써비용의절감과신속한권익구제등의장점이인정되어현재까지도주로취소심판과의무이행심판등을통한행정행위의통제수단으로널리이용되고있다.

이명박정부는행정위원회의남설에의한행정자원의낭비를줄이고자이상의 3대행정조직들을통합하여 2008년국민권익위원회를창설하였는데, 통합된세조직들은국민권익위원회내에서부패방지국, 고충처리국과행정심판국의형태로존재하게되었다.

② 행정조직의통합후내부기관간갈등의극복과통합효과의제고

분리되어있던행정기관들이통합되게되면대부분의통합조직들에서는많은문제들이 발생하게된다.¹

정부조직개편이빈번하게이루어져왔기때문에, 구성원들은통합이후에도다음의정권교체등을통해다시본래의행정기관들로분리될 수있다는생각을하게된다.

이러한심리상태때문에통합조직내에서새로설치된기관들사이에협력이잘이루어지지않는다.

유사해보이는업무라하더라도기존에익숙했던업무문화가다르기때문에상호소통과 협력은쉽지않다.

¹ 이하의 기술내용은, 박균성/선정원/김재광/김대인, 국민권익보호강화를 위한 법적 연구, 2011, 국민권익위원회 보고서 참조.

행정심판과같이주로당사자들이주장한사실과제출한서류에기초하여업무를처리하는행정심판국과,

민원인을직접대면하여상담하고현지조사를통해합의에기초해민원해결방안을찾는고충처리국의업무처리문화는상당히다르다.

부패방지국의경우에는민원인들의권익구제가아니라부패공무원의적발과처벌이주된업무이기때문에행정심판국및고충처리국과그업무성격이매우다르다.

이때문에부패방지국의구성원들은고립감과소외감을느끼기쉽고승진에대한우려도하게된다.¹

이러한문제점들의발생을막기위해통합이후기관장이각내부부서간화학적융합을위해많은노력을기울여야한다.

다른부서의업무에대해서도교육훈련을받도록하고인사교류를활성화시켜부서간업무연계와협조를강화시킬필요도있다.

국민권익위원회로의통합이후통합조직내에서나타난현상을통해서배워야할교훈은통합후구성원들의상호이해와협력이이루어지도록하기위해서는각영역에필요한지식과경험들을교육훈련시키는작업이이루어져야하고,

부서이동을활성화시키며승진을위한직원평가등에서도새로운공정한기준이개발되어야한다는점이다.

이러한것들은기관장의적극적인통합의지가있고체계적인프로그램이사전에준비되어있을때가능한것이므로이를법령에서신설조직이나통합조직에의무화하는것이필요하다고본다.²

작은정부라는정책목표를세우고기존의행정기구들을통합했을때통합조직내에서어떤일이발생하는지,

업무처리의효율성을높이기위해무엇을해야하는지에대해그교훈을정리하여‘행정기관의조직과정원에관한통칙’과같은법령에규정할필요가있다.

3. 내부적세부기구구성에있어작은정부론과계층제론의적용

한국에서정부조직개편은지금까지는부처개편중심의대규모개편이빈번하게이루어져왔지만이에는부작용이많으므로,

이제부터는점점더부처내의국과과의개편중심으로이루어져야할것이다.³기존조직

¹ 행정조직의 통합시 일반적으로 구성원들은 업무집중력의 저하, 비공식 의사소통의 붕괴, 사기의 저하, 승진누락의 불안감 증가 등을 경험하게 된다. 박천오, 전개논문(각주2), 11-12면.

² 2008년 이명박 정부하에서 대규모 정부조직개편이 이루어진 후, 통합부처내에서 구성원간 화학적 융합을 위하여 그 당시 행정안전부에서 「조직융합관리 매뉴얼」을 발간하기도 하였다. 그럼에도 불구하고 조직문화의 융합이 제대로 이루어지지 않아 구성원들의 통합조직에 대한 만족도는 낮았다. 이에 관한 설명은, 박천오, 전개논문(각주2), 20면 참조.

³ 특히 “과” 단위의 하부조직의 설계는 각 부 장관에게 위임되어 있지만, 위임의 원칙이나 기준이

의틀을유지하면서필요최소한의개편을단계적으로해나감으로써조직편제의완성도를높여나가야한다.

국과과의개편도관련부처간유사조직의신설과통폐합이문제되는경우도있고하나의부처내에서개편이이루어지는경우도있다.

(1) 권한의중복증가와계층제조직의동질성의약화

조직법에서행정기관에게권한을분배할때에는기관간권한의중복과충돌이발생하지않도록권한을명확하게획정하고상호한계를설정해주어야한다.

그래야전문화를도모하고책임성을확보할수있게된다.²

하지만,

성장하는경제사회에서는발전단계에따라새로운성격의조직들과개별실체법들이빈번하게등장하면서행정기관간관할의경계가불분명하여중복유사의업무를처리하는기관들이자주나타나게된다.

그부작용으로법집행이효율적으로이루어지지않거나반대로심각한기관이기주의가나타나기도한다.

예를들어, 한국에서식품의안전확보는국민들의중대한관심사항인데,

식품의안전보장임무를집행하는기관이식품의약품안전처, 농림축산식품부,

해양수산부, 광역자치단체와기초자치단체등다수의기관들이기때문에,

긴급한현안이발생하였을경우는물론이고중장기적으로계획적이고체계적인대응이필요한경우집행의효율성이떨어진다는비판도제기되고있다.³

이러한이유로기관간갈등도증가하고있어계층제조직의동질성은크게위협받고있다. 현실적으로권한의중복을완벽하게방지하는것은어렵기때문에동종유사업무를맡은복수의행정기관들사이에유기적인협조를확보하는시스템과절차의확립이중요해지고있다.

(2) 통칙상의주요원칙들

상위법령에서 제시되어 있지 않고, 담당한 기능에 대한 우선순위도 설정되어 있지 않다. 오준근, 전계논문(각주3), 86면.

¹ 한국의 정부조직개편이 부처내의 조직개편 중심의 소규모적이며 점진적인 개편, 간소화 개편을 지향해야 한다. 이를 통해 국가조직의 안정성과 계속성을 유지함으로써 대내적으로는 국민들에게 혼란을 주지 않고 대외적으로는 국가신뢰도를 향상시킬 수 있다. 부처명칭의 변경은 기능에는 아무런 변화를 주지 않고 해당 부처의 명칭이 갖는 전통적 가치를 훼손하기만 한다. 박천오, 전계논문, 23면. 조재현, 전계논문, 186-188면.

² 홍정선, 행정법원론(하), 2010, 17면.

³ 권배근, 식품의 안전성 확보를 위한 조직법적 개선방안, 한양법학 제12집, 2007, 209면. ; 그러나, 오늘날의 복잡한 사회문제를 해결함에 있어서 복수의 부처가 유사한 기능을 일정 부분 중복수행하는 것은 불가피한 측면이 있고,(박천오, 전계논문(각주2), 8면) 행정조직의 구조가 확정된 이후 새로운 경제사회적 과제에의 대응을 위해 새로운 법률이 제정되면 기존 조직들에게 그 임무를 배분하면서 권한의 중복이 새롭게 발생하는 등 유동적인 측면도 있다.

헌법과정부조직법에서설치해야할행정기관들의대강을규정하였지만개별부처내의세부조직을어떻게구성하여야하는가에관해서는규정하지않고대통령령인‘행정기관의조직과정원에관한통칙’ 제3조에서두개의원칙을선언하고있다.¹

첫째,

‘중복방지의원칙’을선언하여다른행정기관과기능상의중복이없어야하며종합적이고체계적으로편성되어야한다는것을밝히고있다.

둘째,

‘적정규모의원칙’을선언하여담당할업무의성질과양에따라업무수행을위해적정규모가유지될것을요구하고있다. 과도하게크고많거나너무작거나적어도안된다.

기능과업무량이변경될경우에는조직과정원도조정되어야한다.

3) 원칙의적용과집행

정부규모의비대화와비효율성에대한비판은정권교체가마다큰정치적쟁점이되어왔기때문에불필요하게조직과인원이비대해지고중복되는것을막기위한입법자의노력이주기적으로전개되어왔다.

입법자는일정한장치를마련하여원칙의고수를위해노력해왔지만,

세부적내부구조의구성에있어 ‘중복방지의원칙’과

‘적정규모의원칙’은현실에서는다양한요인들에의해그의관철이위협받아왔다.

원칙들에대한주요한침해양상과그원인들을살펴보면아래와같다.²첫째,

각부처의장등기관장들은자신의정책을효과적으로추진하기위해좀더유능한조직과인력을갖고싶어하고조직규모와정원의확대에노력하는경향이있다.³각부처의업무와관련하여사회의주목을받을만한대형사고등이발생하면그것을계기로조직과인원을확대하려한다. 이때,

여러부처에서유사한업무를맡는중복조직들이신설되거나기존유사조직들의규모가확대된다.⁴둘째,

¹ 조직의 내부구조 구성의 원칙규정들에 대해서도 법률에서 규정하는 것이 적절할 것이다

² 임도빈, 전계논문(각주18), 12-14면. 원칙의 침해와 관련하여 학술적 연구의 공정성도 크게 의심받고 있다. 행정기관들은 조직확대의 합리성을 확보하기 위해 외부의 민간전문가들에게 조직진단의 용역을 맡기는데 연구자들의 포획현상과 과학적 조직진단의 어려움 때문에 대부분 조직확대를 지지하는 보고서가 발간되게 된다. 그것을 다른 부처들도 모방하게 되면서 조직확대와 중복조직의 탄생을 막기는 어렵게 된다.

³ 이 때문에 새로운 대통령이 집권할 당시에는 일부부처를 통폐합하고 기구를 축소하였다가 대통령의 임기가 지속되면서 다시 새로운 조직들이 신설되고 기구가 확대되는 경향을 보여준다. 김영삼 대통령(1992-1997)과 김대중 대통령(1997-2002) 때와 같이 작은 정부가 강조되고 경제위기상황에서도 이러한 패턴은 반복되었다. 주재현, 사회·문화행정조직, 「한국행정 60년」, 한국행정연구원, 2008, 177-178면.

⁴ 현실적으로도 중복방지의 원칙에 따른 동질성과 차별성에 의해 행정조직을 개편하는 것이 쉽지 않은 경우도 있다. 그 성질이나 내용 등이 유사하지만 그 효과를 보면 달리 분류가 될 수 있는 영역들이 있다. 예를 들어, 최근 확대되고 있는 스마트폰을 이용한 게임에 관한 업무는 정보통신을

소속공무원들에게업무에의몰입과충성을확보하기위해그들의승진을유인책으로사용하는데그결과상위직이비정상적으로증가하게된다.

첫번째원인이

‘중복방지의원칙’을침해하는것을막기위해원칙의적용방법과관련된세부기준들이법률과 ‘통칙’에규정될필요가있다고본다. 우선

‘전문성’의기준에따라특정사무를담당할행정조직을결정하여야하지만, 이기준만으로는충분하지않다. 왜냐하면,

스마트폰을이용한게임처럼정보통신업무를다루는부처와문화업무를다루는부처처럼부처들사이에업무의중첩영역이발생하는것은불가피하다.

중첩영역이발생할때에는,

관련된행정부서끼리상호보완관계속에서국가임무를처리하도록하는

‘보완성’의기준이함께법령에규정되고,

보완과협력을위한세부적인시스템과절차가마련되어야할것이다.¹

두번째원인이 ‘적정규모의원칙’을침해하는것을막기위해,

‘직제’에서는중요직위에임명할수있는공무원의직급(예, 1급, 2급, 3급등)을 1명, 2명등의방식으로규정하여고위공무원의증가를막으려하고있다.

‘직제시행규칙’에서는

‘공무원정원표’(별표로규정함)를작성하여공무원의정원증가를제한하고있다.

4. 행정기관간협력의관리 - 인.허가의제제도

(1) 인.허가의제제도의확산과행정조직법적의의

어떤기업인이사업을하기위해복수의인.허가들의획득이필요한경우,

그것들을관할하는행정기관들도보통복수이기때문에사업을개시하기까지관련행정절차들을거치느라매우많은시간과비용이들게된다.

이것은해당기업은물론경제전체적으로도경쟁력을떨어뜨리는것이된다.

한국에서인.허가의제는행정절차에서의심사절차를간소화하여시간과비용을줄이기위한제도로서등장했다.

인.허가의제는복수의인.허가들상호간을연계시켜어떤하나의인.허가를받으면다른인.허가를부여받은것으로간주하는것을말한다. 예를들어,

‘경제자유구역의지정및운영에관한특별법’ 제11조는 ‘인가

• 허가등의의제’라는제목하에

다루는 부처가 맡을 것인가 아니면 문화를 다루는 부처가 담당할 것인가의 문제는 중복방지의 원칙의 적용이 쉽지 않은 경우가 있음을 보여준다. 강기홍, 정부조직법 개편의 기준과 한계, 법학연구 제21권 제1호, 2013, 7-8면.

¹ 강기홍, 전계논문(각주42), 8면.

“개발사업시행자가제9조에따라 실시계획의승인또는 변경승인을 받은 경우에는 다음 각호의허가·인가·지정·승인·협의및신고등을 받은 것으로 보며, 제10조에 따라 실시계획의승인이 고시된 때에는 다음 각호의관계법률에 따른 허가등의 고시또는 공고가 있는 것으로 본다” 고 규정하고 있다.

이규정에 의해 실시계획의승인또는 변경승인을 받으면 39개의인·허가를 받은 것으로 의제하고 있다.

행정조직법학의관점에서인·허가의제제도가 갖는 의미는 계층제적 의사결정방식이 아니라 하나의 행정기관이 복수의 행정기관들과 협력하여 행정결정을 내리는 업무처리 방식을 취하고 있다는 점에 있다.

이방식은 네트워크 이론에서 설정하고 있는 참여자들이 대등한 입장에서 의사소통과 협력을 통해 행정업무를 처리하는 방식에 매우 가깝다.¹

한국에서인·허가의제제도가 본격적으로 도입되기 시작한 것은

1980년대에 이르러서인 것으로 보인다. 1970년대에도 도시계획법(1971),

산업기지개발공사법(1973), 도로법(1976), 농촌근대화촉진법(1977),

한국토지개발공사법(1978) 등에서이제도가 발견되지만,

80년대 초 경제성장 추세가 둔화되자 성장 촉진을 위해 제도 개선 작업을 추진하면서 다수 의인·허가의제제도가 등장하게 된 것이다.

인·허가를 의제하는 법률의 수는 1994년 5월 약 40여 개 이었고,² 2000년에는 약

50여 개의 법률에서인허가의제를 규정하고 있었지만, 2014년 8월 현재 약

140여 개 정도인 것으로 보인다.³ 이로 보아 한국에서인·허가의제가 매우 빠른 속도로 많은 법률속에도 도입되고 확산되고 있음을 알 수 있다.

(2) 인·허가의제의 사례를 통해 본 행정조직내에서 네트워크 이론의 적용과 그 발전

인·허가의제제도는 복합민원을 처리함에 있어 관련인·허가들 중의 일부에 대하여 복수의 관할 행정청간의 갈등과 중복된 심사를 피하고 신속한 심사를 하기 위하여 주된인·허가의심사기관이 주도하여 복수의인·허가관할기관들과 협의하도록 절차를 통합하고 간소화한 것이다.

주된관할기관이 복수의 행정기관들과 협의만을 주도하기 때문에 일종의 네트워크가 제도화되어 있는 것으로서 매우 약한 형태의 집중심사제라고 볼 수 있을 것이다.

¹ 인·허가의제제도의 적용과정에서 형성유지되는 네트워크는 그 성격상 수평적 네트워크와 수직적 네트워크가 모두 관련되는 경우가 보통이다.

² 각각의 법률들과 그 내용에 대해서는 이익현, 인·허가의제제도에 관한 연구, 법제 제437호, 1994. 5, 110면 이하 참조.

³ 법제처 법령정보 홈페이지(www.moleg.go.kr)를 방문하여 법률과 법규명령을 필자가 조사하여 확인한 것이다. 대부분 법률에 규정되었지만 시행령이나 시행규칙 등 법규명령에도 소수가 규정되고 있었다. 인허가의제를 규정은 대부분의 법률은 1개의 의제조문을 두지만, 2개, 3개의 의제규정을 두는 경우도 있었다.

전통적인분리심사제에서는사업자가단일사업계획에대하여복수의인·허가를획득해야할때별개의관할행정청이별도의절차를통해각각의인·허가에대하여분리해서심사하고결정해야했다. 하지만,

경제사회의급속한발전과정에서법령의변화도극심하였고이로인하여러행정기관들사이에업무가상호중복·충돌하거나관할이불명확하여분리심사의한계가명확해져자주인·허가지체가야기되고심사절차에있어행정기관간협력이매우어려웠다.

어떤법률에인·허가의제가규정되게되면주된심사기관은네트워크의중앙에위치하면서,

자기가심사하는하나의인·허가에의해복수의인·허가들의효력이발생하기때문에, 신청기업인이신청한인·허가가의제되는관련인·허가의요건을충족하는지다른관계행정기관들과협의하여야한다. 즉,

협약이강제되는것이므로네트워크가제도화되어있다고할수있다.

이러한협약은인·허가의제규정이존재하는한

1회적인것이될수없어서동종의사업허가를신청하는기업인이등장하면다시해당네트워크는작동되게된다. 이네트워크는사회에서통용되는인맥,

또는인간관계와는다른것으로행정기관개념에의해공무원들이교체되더라도익명의공무원들사이에의사소통과협력이강제되게된다.

의제규정에따라협약에참여해야하는행정기관들은각자의관할권을중심으로대등한입장에서전문성을살려사업계획서를평가하게된다.

인·허가의제로복수의관계행정기관들의네트워크가강제되면서개별적분리심사를하던때와는달리행정기관들은자신의관할에만주의력을한정하던태도를벗어나사업계획전체의관점을고려하고다른심사영역과관련된문제들에대해서도관심을가지게되었다.

그렇지만인·허가의제규정의해석과적용과정에서상당한어려움이발생하였는데, 판례는몇가지쟁점들과관련하여불명확성의해소에중요한역할을수행했다.

첫째, 판례는주된인·허가기관이의제되는인·허가의관할청과협의를한이상, 의제되는인·허가의발급을위해규정된별도의절차규정을따를필요는없다고판시했다. 그래서,

건설부장관이관계기관의장과협의를거쳐사업계획의승인을한이상별도로

“중앙도시계획위원회의의결이나주민의의견청취등절차를거칠필요는없다” 고했다(대법원 1992.11.10. 선고 92누1162. 주택건설사업계획승인처분취소).

절차간소화를위한인·허가의제제도의취지를준중한판결이었다.

둘째,

제도화된네트워크에참가하는행정기관들의참가범위및의제되는인·허가의범위와

관련하여의문이 존재해왔다. 예를 들어, ‘경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법’ 제11조에서는 개발사업 실시계획의 승인을 얻으면 39개의 관계법률의 인·허가를 받은 것으로 규정하고 있다. 그런데, 사업자가 수년간 투자할 자본 중 일부에 대해서만 필요한 허가를 얻어 투자함으로써 기초 공사를 해놓고 자원할 수도 있다.

계획된 투자금 전부를 한꺼번에 투자하는 것은 경제환경이 불확실하고 그 정도의 자본금도 존재하지 않는 경우도 있다. 이때, 사업자는

39개의 인·허가 요건을 모두 충족시키는 서류 등을 한꺼번에 갖추어 주된 인·허가의 권한을 갖는 기관에 실시계획의 승인을 신청하여야 하는가, 아니면 원하는 범위의 인·허가 서류들만 갖추어 심사 신청할 수 있는가 하는 의문이 존재해왔다.

대법원은

“인·허가의 제 조항은 목적사업의 원활한 수행을 위해 행정 절차를 간소화하고자 하는 데 입법 취지가 있는데,

만일 사업시행 승인 전에 반드시 사업 관련 모든 인·허가의 제 사항에 관하여 관계 행정기관의 장과 협의를 거쳐야 한다고 해석하면 일부의 인·허가의 제 효력만을 먼저 얻고자 하는 사업시행 승인 신청인의 의사와 맞지 않을 뿐만 아니라 사업시행 승인 신청을 하기까지 상당한 시간이 소요되어 그 취지에 반하는 점” 을 고려하여

“사업 관련 모든 인·허가의 제 사항에 관하여 관계 행정기관의 장과 일괄하여 사전 협의를 거칠 것을 요건으로 하는 것” 은 아니라고 판시했다(대법원 2012.02.09. 선고 2009두16305)

한국에서 인·허가의 제 제도는 기업과 주민들의 수요에 힘입어 아직 도 변화와 발전의 과정에 있다.

최근 입법자들은 주관 행정기관 홀로 다른 행정기관들과 협의하면서 겪는 어려움을 완화시키고자 인·허가의 제 규정을 들 때 ‘일괄 협의회’

조직을 설치하도록 의무화하기 시작했는데,¹ 행정조직은

“국가 행정사무의 체계적이고 능률적인 수행”(정부조직법 제1조)을 가능하게 해야 한다는 취지에 비추어 적절한 조치라고 판단된다.

¹ 예를 들어, “해당 관계 행정기관 모두로 구성된 일괄협의회”를 두도록 규정하면서 다른 행정기관들은 소속공무원을 반드시 일괄협의회에 출석시키도록 의무화하고 있다(담건설 및 주변지역지원 등에 관한 법률 제9조의2). 이 법률 이외에도 신항만건설 촉진법 제9조의2, 전통시장 및 상점가 육성을 위한 특별법 제40조의2, 향만법 제85조, 지역균형개발 및 지방중소기업 육성에 관한 법률 시행령 제23조의2, 폐광지역 개발 지원에 관한 특별법 시행령 제16조의4 등에도 인·허가의 제 규정의 집행을 위한 일괄협의회가 도입되고 있다.

IV. 결어

한국의헌법제정자들은조직의안정성과예측가능성을보장하며정치권력에의한불합리한조직개편을견제하고자정부조직법정주의를채택하였다.

그러나경제사회의발전과정에서정치권은행정조직개편을사회발전을위한적극대응수단으로삼아정권교체기마다빈번하게조직개편을단행해왔다.

조직법은조직을창설·폐지하거나그구조를개편함으로써사회문제에대해종합적이며탄력적인대응을하게하는출발점이되기때문에,

국민적으로높은주목을받았음에도행정법학은행정조직에관한연구를소홀히취급해왔다.

이글에서는경제관련부처를중심으로정부조직의개편역사를개괄적으로살핀후과도하게빈번한정부조직개편이최근에와서는더욱더조직의불안정성을높이고기관이기주의를고착시키며우회업무처리의효율성을떨어뜨리는요인이되고있다고비판했다.

한국의정부조직개편과정에큰영향을미쳐왔던철학과정신을‘작은정부’론, 계층제론과네트워크론으로나눈후, 적절한경험사례를통해교훈을찾고자하였다.

정부조직의축소와확대·신설의경험으로부터배울교훈을도출하기위해식품의약품의안전을감독하는조직과해양교통의안전을담당하는조직의설치연혁을비교하며법적교훈을도출했다.

정부조직의통합이후나타난문제점들에대한대응방안을찾기위해행정위원회(특히, 국민권익위원회)들의통합사례를분석했다.

장래에는부처간통합보다는소규모의조직개편이더필요하다고보고특정부처내부에서의세부기구의개편에관한현행기준들을검토하여보완해야할사항들을제시했다.

최근주목받고있는네트워크이론에관한경험사례로서

1980년대한국에도입된후최근널리이용되고있는인·허가의제제도의운용경험을분석했다.

인·허가의제제도는계층제적의사결정방식이아니라하나의행정기관이복수의행정기관들과협력하여행정결정을내리는업무처리방식을취하고있다는점에서한국뿐만아니라동아시아의조직법학연구를위해서도중요한경험적자료를제공해줄수있을것으로기대한다.

<참고문헌>

강기홍, 정부조직법개편의기준과한계, 법학연구제21권제1호, 2013.

김남진, 행정법Ⅱ, 1996.

김남진/김현태,
김도창, 일반행정법론(하), 1993.

김동련, 정부위원회제도의법리적검토, 토지공법연구제52집, 2011.2.

김동희, 행정법Ⅱ, 2014.

김철용, 행정법Ⅱ, 2009.

김호정, 대통령소속위원회운영과행정조직법정주의, 외법논집제27집, 2007.9.

나채준, 정부조직법상행정위원회제도의문제점에대한재검토, 법제 2013.12.

박균성, 행정법론(하), 2014.

박균성/선정원/김재광/김대인, 국민권익보호강화를위한법적연구, 2011,
국민권익위원회보고서.

박우순, 김대중정부조직개편의성과와전망, 한국행정연구제11권제2호, 2002.

박윤훈, 행정법강의(하), 2001.

박정훈, 행정법의체계와방법론, 2005.

박천오, 한국정부조직개편에대한비판적고찰, 한국조직학회보제8권제1호, 2011.

선정원, 새로운행정조직모델과중앙행정조직의개편방향, 공법연구제31권제2호,
2002.

성낙인, 21세기바람직한정부조직과정부조직법, 법제연구제44호, 2013.

신봉기, 정부조직법의법제적검토 - 최근의총리서리논쟁을보고 -,
토지공법연구제16권제2호, 2002.

심현정, 직제의체계에대한검토, 법제제464호, 1996.8.

오준근, 정부조직개편에대한입법정책적고찰, 한국행정학보제47권제3호, 2013.

오재록, 정부조직의네트워크실증연구 :
43개중앙행정기관의수평적·수직적네트워크측정, 한국행정연구제15권제4호,
2006.

이익현, 인. 허가의제제도에관한연구, 법제제437호, 1994. 5

이원우, 행정조직의구성및운영절차에관한법원리 -
방송통신위원회의조직성격에따른운영및집행절차의쟁점을중심으로 -,
경제규제와법제2권제2호, 2009.11.

이재삼, 우리나라정부조직개편에대한발전방안연구, 법학연구제49집, 2013.

이창원/임영제, 우리나라민주화이후의정부조직개편의특성에대한고찰 :
'작은정부론'의시각을중심으로, 한국정책과학회보제13권제4호, 2009.

이현수, 합의제중앙행정관청의조직법적쟁점, 공법연구제41집, 2013.2.

임도빈, 지방행정조직의개편방향 : 전략분석게임이론적시각에서,

- 지방행정연구제23권제4호, 2009, 12.
- 유진식, 대통령, 권력분립, 그리고국가행정조직법 -
과잉권력을창출하는한국대통령제의법적구조의해명 -, 공법연구제31권제2호,
2002.
- 유진식, 헌법개정과독립위원회의법적지위, 공법연구제18집, 2009.12.
- 조석준/임도빈, 한국행정조직론, 2010.
- 주재현, 사회·문화행정조직, 「한국행정 60년」, 한국행정연구원, 2008.
- 한견우, 현대행정법신론2, 2014.
- 홍정선, 행정법원론(하), 2010.
- Mark C. Suchman/ Lauren B. Edelman, Legal Rational Myths : The New Institutionalism
and the Law and Society Tradition, Law and Social Inquiry 1996.

獨立機關——台灣地區行政組織法的難題

許宗力*

一、從台灣地區行政組織法近年發展的大勢談起

本屆東亞行政法學會大會主題之一是「行政組織法制完善」，在此主題下，本文擬以獨立機關為觀察採樣對象，並以“憲法”作為行政組織法制發展的基礎與界限為主軸，作為討論行政組織法制完善的切入點。之所以作此寫作鋪排，應從台灣地區行政組織法近年發展的大勢談起。

隨著全球化的發展趨勢，國家任務也隨之多樣化與繁雜化，再加上台灣地區轉型社會對於政府民主鞏固與深化之要求，因此社會漸漸對 1980 年代以來的大政府（big government）迷思所造成「政府失靈」之現象有所批判與反省¹。為了解決政府面對瞬息萬變的社會任務大而無用的詬病，2000 年上任的民進黨政府於 2001 年成立了總統府政府改造委員會，並確立了「去任務化」、「地方化」、「法人化」與「委外化」四大改造目標，吹起行政組織改革的號角。經歷多年研議、協商與立法、修法努力，並經再一次政黨輪替，最近一次是 2010 年由總統公佈或修正中央行政機關組織基準法、行政院組織法、中央政府機關總員額法、行政院功能業務與組織調整暫行條例²，雖然還有若干組織法規的翻修還未到位，但大體上已可算是為這一波政府改造暫時劃下休止符。最後這一次修改中央組織法律，調整其總員額及二級機關總數，據學者觀察，乃台灣地區史上最大幅度的改變，由中央行政機關組織基準法的修正為始，確認中央行政機關二級機關及三級機關之規模，甚至對於獨立機關之總數亦限定只有三個（即公平會、中選會及通傳會）。其次再對於中央機關總員額加以上限規定（即 17 萬 3 千人），藉以維持小而美的規模³。

這波持續 10 年之久的行政組織改造，基本上是基于制度理性（效率、財政考量等）等政策因素所發動，並非出於法之誠命，行政法或行政組織法學在此並未發揮重要引導作用，充其量只是侷促於根據法律保留與信賴保護等行政法原理原則，對組織改造發揮使「行政受法之拘束」的傳統功能，例如透過法律保留，要求組織改造應經立法或修法，又如透過信賴保護，要求組織裁併或改組，應設置過渡條款，避免對公務員造成突襲，侵害其既有的正當權益。至於效率等制度理性因素，固然是這波組織改造的最大動力，但其是否屬行政組織法的原理原則，也僅止於學說上的有限討論，

*國立台灣大學法律學院教授。

¹葉俊榮（2005），〈彈性精簡的行政組織——行政院組織法修正草案評析〉，《考銓季刊》第 41 期，頁 15。

²林明鏞（2011），〈2010 年行政法發展回顧〉，《臺大法學論叢》第 40 卷特刊，頁 1668。

³林明鏞（2011），前揭註 2，頁 1668。

談不上對組織改造產生任何實際上的法拘束力。畢竟我們很難想像，一個組織只因為當初設計不良，使其淪為欠缺效率，或不夠有效率、欠缺制度理性的組織，因此就構成違法，國家對其就負有改造之法律義務。

值得特別注意的是，這波行政組織改造的立法變革中，出現了一個台灣地區法制過去所不甚熟悉的行政組織新型態，亦即獨立機關（國外稱獨立管制委員會），使得法與行政組織改造之間碰撞出新的火花，讓台灣地區有機會從更高層次的法，亦即“憲法”的角度，檢視這種新興組織型態的法律問題。

按獨立機關是從傳統科層式行政體制獨立出來的行政組織，其特徵是所職司任務的履行不再受層級上下指揮監督，而享有一定獨立行使職權的自主、獨立地位。因為這種與傳統科層體制有別的自主、獨立特徵，免不了與傳統的行政一體及責任政治產生一定程度的扞格，職是究竟這種行政組織是否根本為“憲法”所許？如果允許，則究竟在何條件下始允許設置獨立機關？其獨立範圍及於那裡？最高行政首長對它的人事任命該如何安排等問題，便成為行政組織法上的難題。這些問題的解決可否經由傳統的行政法或行政組織法的原理原則獲得解決？如果確定設置獨立機關的組織權（Organisationsgewalt）落在法律保留原則的適用範圍內，也就是確定組織權落在立法者手上，表示設置獨立機關必須依據法律始得為之，則以規範行政行為，而非立法行為為目的的傳統行政法原理原則（包括行政組織法的原理原則）對上述問題的解決就使不上力，因為這裡涉及的是設置獨立機關的立法行為應遵守何種的原理原則，始得獲致「完善化」的問題。

在此，為完善設置獨立機關的立法行為，存在兩個問題解決取向：第一個取向是法的取向，從法的角度替設置、變更或廢棄獨立機關的立法行為提供一些遵循的原理原則與界限，因為是在規範立法行為，這種法的取向也必然是“憲法”取向，因此這裡如果存在獨立機關組織法制的原理原則，或者說有助於完善化獨立機關組織法制的所謂行政組織法的原理原則的話，這個原理原則一定是從“憲法”汲取養分，取向於“憲法”，甚至可以說是具“憲法”位階的行政組織法原理原則。另一個取向，可以稱之為行政學取向，從效率、制度理性觀點切入，以完善化獨立機關的組織法制。由於本文是行政法學會下法律觀點的報告，所以選擇的當然是第一個取向。

二、獨立機關緣起

獨立機關的引進，其實早在 2000 年行政組織改造號角發起前就已開始，公平交易委員會的設置就是著例，但並未受到體系性的研究，以致其法律地位，尤其是與行政院（相當於內閣）的關係，一直處於模糊狀態，例如其首長是否具內閣閣員地位？人民不服其作成之行政處分，是否應向行政院提起訴願？如果肯定，行政院的訴願審議僅止於適法監督，或亦及於適當監督？等問題，就一直未獲適當釐清。

2002 年 2 月 17 日總統府的政府改造委員會「彈性精簡的行政組織」研究分組¹提

¹「彈性精簡的行政組織」研究分組召集人為葉俊榮教授，成員有民間委員施能傑、魏啟林與本文作者，以

出「行政院組織改造的目標與原則」¹，對獨立機關作為行政組織一環的問題，首次作出檢視，對既存的獨立機關提出「設計原理不彰」的批評，認為獨立機關不是行政組織的常態，但對某些特殊公共事務而言，卻是應該採取的組織模式。不論基於何種理由設置，該等組織都必須獨立於行政權最高首長指揮監督之外，所以並非所謂內閣團隊之一環，也無所謂層級高低的問題。由於對獨立機關的設置原理欠缺深刻理解，所以現制下的獨立機關與政治領導間存有不適當的連結與互動，未能確實貫徹該類組織應有的專業性與去政治性。

反省制度現況的弊病缺失後，研究分組提出獨立機關的建置原則，指出公共事務具有下列性質者，應設置獨立管制機關處理：

- (1) 所需決策應盡可能專業化與去政治化者。
- (2) 所需決策特別需要顧及政治與社會之多元價值者。
- (3) 需要行政機關發揮準司法功能者。

最後並補充道，獨立機關之組成與運作，應與行政院所轄一般機關有相當之區隔，並不得參與內閣之政務運作，以確保其專業性與獨立性。

總統府政府改造委員會繼而於 2002 年 3 月 30 日經正式決議提出「獨立機關的建置理念與原則」，其要點大致如下：

- (1) 獨立機關的設置條件：1.獨立機關之業務職掌，應本於權力分立原則與責任政治原則，審慎規劃設計；只有決策與執行特別需要專業化、去政治化或必須充分顧及政治與社會之多元價值的公共事務，方可交由獨立機關處理²。性質上宜由政治部門做政策決定並承擔政治責任的公共事務，不論其專業程度如何，均不應由獨立機關承擔、負責。以及 2.獨立機關應僅負責提供管制性或調查性的公共服務，不宜兼負政策諮詢或政策協調統合之功能。
- (2) 獨立機關的組織型態：獨立機關基本上應採取合議制；除有特殊需要外，委員人數以五至九人為原則，並以專任為宜。獨立機關之委員由行政院長提名、總統任命；委員受有任期之保障，但委員間之任期宜採交錯方式，以避免任命權集中行使之缺失，並確保經驗之傳承。獨立機關成員之選任，應力求超越黨派取向的政治考量。
- (3) 獨立機關的職權行使：負責專業管制性業務之獨立機關於制定法規命令或作成行政處分時，應踐行行政程序法所定之聽證程序。且各獨立機關應依所負業務性質為充分之資訊公開。
- (4) 獨立機關的監督機制：1. 為確保獨立機關之自主決策空間，其所為決策不

及機關代表林嘉誠。

¹ <http://homepage.ntu.edu.tw/~hwngntn/20051101president.pdf>

²值得注意者，研究分組提出的「獨立機關建制原則」中，建議「公共事務需要行政機關發揮準司法功能者」，應設置獨立機關處理。這一點未被政府改造委員會大會所採納，而是將「準司法」列為每一獨立機關行使職權所需履踐的要件要求，也就是要求獨立機關於制定法規命令或作成行政處分時，應踐行行政程序法所定之聽證程序。

受行政院之適當性監督與適法性監督。2. 立法院除得藉由立法規範控制獨立機關之權限與組成型態（例如委員資格）外，亦得透過預算審議對獨立機關為間接之監督。獨立機關於預算案交付立法院審查時應提出業務報告，並在此範圍內接受立法委員就其業務績效所提出之質詢。惟為避免獨立機關所為處分決定受到不當之政治壓力的干擾，其首長或主任委員應得拒絕回覆立法委員就繫屬於該機關行政程序之個別、具體案件所提出之質詢，立法院亦不得就獨立機關之內部評議資料行使文件調閱權。3. 對獨立機關所為決定不服者，應直接提起行政訴訟；法院得就繫屬案件中獨立機關所為決策為適法性之監督。4. 獨立機關或其構成員如有行政違失，監察院得對之行使糾正權、糾舉權或彈劾權；獨立機關之預算執行情形，亦受監察院之審計監督。惟監察院就涉及獨立機關之案件所得行使之調查權限，仍應受必要之限制，以避免侵及獨立機關之自主決策空間。5. 各獨立機關應就其業務執行狀況，定期（每季或每年）公佈「工作報告」，俾促進公眾與輿論之監督。

以上建置理念與原則，容或仍有不清楚或未盡妥善之處，但在野黨、輿論與學界並未出現明顯或重大反對聲音，政府乃按既定步驟推行，「彈性精簡的行政組織」研究分組召集人葉俊榮教授並先後被任命為行政院政務委員、行政院研究發展考核委員會主任委員，銜命落實政府改造委員會所提政府改造計畫。2004年立法院終於通過中央行政機關組織基準法，有關獨立機關部分，重點約略如下：

- (1) 所謂獨立機關指依據法律獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督之合議制機關。
- (2) 獨立機關依據法律始得設置。亦即每設置一獨立機關，均須個別立法。
- (3) 獨立機關採合議制組織型態，委員採任期制，為專任，具有同一黨籍者不得超過一定比例。
- (4) 相當二級機關之獨立機關首長、副首長及其合議制之成員，由一級機關首長提名經立法院同意後任命¹。
- (5) 相當二級機關之獨立機關以五個為限。

至此，波瀾不興。台灣地區行政法學界並未因這波政府改造浪潮而對獨立機關多作討論²，即使行政院不贊成立法院擁有獨立機關構成員的同意權，由於朝小野大，不得不隱忍下來。直到隔年，2005年，在野黨控制的立法院通過國家通訊傳播委員會組織法，對具獨立機關性質之通傳會委員的人事任命作出異乎尋常的設計（詳後述），

¹經立法院同意這一點，乃在野黨立法委員堅持下所增加，與行政院根據總統府政府改造委員會「獨立機關的建置理念與原則」所提草案有別。

²少數例外，黃錦堂（2002），〈政府改造的憲法基礎與限制〉，收錄於蘇永欽（編），《政府改造—政府角色功能的新定位》，新台灣人文教基金會；黃錦堂（2005），《行政組織法論》，特別是第6章「論機關之獨立化」；蔡茂寅（2004），〈獨立機關之研究---以中央行政機關組織基準法為檢討對象〉，《研考雙月刊》，28卷6期，頁71以下。更早以前有關獨立機關之討論，則基本上只是對美國獨立管制委員會的引介，例如林子儀（1993），〈美國總統的行政首長權與獨立管制委員會〉，收錄於氏著，《權力分立與憲政發展》，頁137以下；陳水亮（1986），〈美國聯邦獨立管制委員會〉，《美國月刊》，第1卷第3期，頁118以下；陳水亮（1991），〈美國三權架構對獨立委員會之影響〉，《美國月刊》，第6卷第12期，頁56以下。

行政院認為違憲，向司法院大法官聲請“憲法”解釋，大法官並於 2006 年 7 月作成釋字第 613 號解釋，終於打開悶鍋，讓獨立機關的組織爭議在輿論與學界繃發開來¹。本文以下討論，目的不在再一次評析釋字第 613 號解釋，也不是有意複製台灣地區國內的討論戰火，而是試圖從“憲法”角度擷取幾個重要問題進行分析，除了試圖替獨立機關的理想「圖像」畫出一個相對清晰輪廓（如果可能的話），也藉以說明行政組織法制的「憲法化」，其實也是行政組織法制「完善化」所不可缺的一環。

三、獨立機關若干建制問題的釐清

（一）獨立機關的設置，是否屬“憲法”的誡命？

設置獨立機關到底是“憲法”的誡命？或僅止於“憲法”允許？則是討論獨立機關組織法制完善化的一個最先決問題。從最早的政府改造委員會研究分組提出公共事務具有下列性質者，「應」設置獨立管制機關處理：（1）所需決策應盡可能專業化與去政治化者。（2）所需決策特別需要顧及政治與社會之多元價值者。（3）需要行政機關發揮準司法功能者。到政府改造委員會作出決議，指出「只有決策與執行特別需要專業化、去政治化或必須充分顧及政治與社會之多元價值的公共事務，方可交由獨立機關處理。性質上宜由政治部門做政策決定並承擔政治責任的公共事務，不論其專業程度如何，均不應由獨立機關承擔、負責。」遞出的訊息似乎是，公共任務之履行有需要專業化、去政治化、兼顧政治與社會之多元價值等特徵者，「應」或「適合」設置獨立機關承擔、負責。但這些特徵一來欠缺“憲法”的依據，二來充其量只是設置獨立機關的條件，因此，我們必須一開始就確認一個事實：並不是公共事務具備前揭特徵，就有設置獨立機關的法律上，或確切說，“憲法”上義務。是否有設置獨立機關的“憲法”上義務，答案只能從“憲法”本身探尋。

事實上，行政組織究應設置為傳統層級式行政組織，抑或獨立機關，或其他我們目前可以想像得到，乃至還想像不到的組織方式，立法者理應擁有相當大的政策形成空間，司法者應予以基本的尊重，因“憲法”對於行政組織模式，並無「某種任務，非對應某種特定行政組織模式不可」的明文要求²。唯一可能導出“憲法”義務說的，或許是“憲法”學所發展出來的基本權的組織與程序保障功能，也就是說，就某些特定基本權而言，為落實此等基本權之保障，立法者有“憲法”上義務規定一定之組織或程序措施³。倘使所要求的組織形態恰就是獨立機關，那就表示基本權規定課予立法者有設置獨立機關的義務。

2006 年台灣地區大法官在釋字第 613 號解釋⁴審查具獨立機關性質之通傳會組織

¹學界對釋字第 613 號解釋討論之熱烈，有令人目不暇給之勢，較完整文獻的臚列，請參照陳淳文（2009），〈從法國法論獨立行政機關的設置緣由與組成爭議〉，《台大法學論叢》，38 卷 2 期，頁 238，註 6。

²Thomas Gross, *Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation*, 1999, S.234; Schmidt-Assmann, in: ders./Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, S. 9ff.,43.

³許宗力（2007），〈基本權的功能與司法審查〉，收錄於許宗力，《憲法與法治國行政》，頁 196 以下；許宗力，〈基本權的功能〉，《月旦法學教室》，第 2 期，頁 75 以下。

⁴司法院釋字第 613 號解釋是大法官歷年來少有針對行政組織所作之解釋，影響深遠，值得重視。請參看

的合憲性時，對此問題透露出些許值得探究的訊息。就掌理通訊傳播監理業務的行政組織而言，釋字第 613 號解釋承認涉及“憲法”第 11 條所保障之通訊傳播自由，並指出，「通訊傳播媒體是形成公共意見之媒介與平台，在自由民主憲政國家，具有監督…所有行使公權力之國家機關，以及監督以贏取執政權、影響國家政策為目的之政黨之公共功能。鑑於媒體此項功能，“憲法”所保障之通訊傳播自由之意義，即非僅止於消極防止國家公權力之侵害，尚進一步積極課予立法者立法義務，經由各種組織、程序與實體規範之設計，以防止資訊壟斷，確保社會多元意見得經由通訊傳播媒體之平台表達與散布，形成公共討論之自由領域。」也就是說，大法官承認根據通訊傳播自由的組織與程序保障功能，立法者有義務採取某種組織與程序規範之設計。然仔細觀之，可以發現，究竟採何種組織、程序與實體規範之設計，大法官沒有說死，而是留給立法者一定的政策形成空間，基本上只要有助於「防止資訊壟斷，確保社會多元意見得經由通訊傳播媒體之平台表達與散布，形成公共討論之自由領域」之目的，司法者即應予以尊重，並不是說，為了保障、落實人民的通訊傳播自由，掌理通訊傳播監理業務的通訊傳播委員會（簡稱通傳會，或 NCC），就當然須設為獨立行使職權的獨立機關不可¹。甚至即使通傳會回復到過去的新聞局組織模式，我們也不能遽指摘違憲，仍須配合相關組織、程序與實體設計，整體觀察其是否有利於「防止資訊壟斷，確保社會多元意見得經由通訊傳播媒體之平台表達與散布，形成公共討論之自由領域」之目的，始能作出判斷。

同理，“憲法”第 17 條保障人民有選舉、罷免、創制、複決之權。從這些參政權的組織與程序保障功能言，立法者確有設計一定組織與程序規範之義務，確保選務公平、公正之履行，人民的參政權才能真正獲得落實與保障。惟如何達到此目的，有多種組織與程序設計之可能，選務機關設計為獨立機關應只是其中一個選項，選舉權並無選務機關非設計成獨立機關不可的要求。

如果如前述，基本權的組織與程序保障功能亦導不出非設獨立機關不可的結論，則無論是舊版的中央行政機關組織基準法，規定獨立機關數目不超過 5 個，抑或現行行政院組織法將獨立機關侷限為中選會、公平會與通傳會三個，其他業務則不考慮獨立機關化，亦無涉違憲問題。

（二）設置獨立機關是否危及行政一體與責任政治？如何彌補？

確定獨立機關的設置不屬“憲法”的誠命後，為完善化獨立機關組織的法制，我們必須追問，獨立機關所職司任務的履行不受層級上下指揮監督，而享有一定獨立行使職權的自主、獨立地位，獨立機關是否將因這種與傳統科層體制有別的自主、獨立特徵，而與傳統的行政一體及責任政治產生一定程度的扞格，進而產生違憲的疑慮？

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/p03_01.asp?expno=613；英文版，請參看

http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/en/p03_01.asp?expno=613

¹同說見林子儀，釋字第 613 號解釋部分協同意見書；陳淑芳（2006），〈獨立機關之設置及其人事權〉，《月旦法學雜誌》第 137 期，頁 51 以下。

如果疑慮確實存在，可否彌補？如何彌補？

確實，獨立機關的建置與行政一體及責任政治間存有一定程度的緊張關係，產生違憲的疑慮，在所難免。大法官於釋字第 613 號解釋對此作有詳細說明：

釋字第 613 號解釋首先揭示行政一體原則：「行政必須有整體之考量，無論如何分工，最終仍須歸屬最高行政首長統籌指揮監督，方能促進合作，提昇效能，並使具有一體性之國家有效運作，此即所謂行政一體原則。“憲法”第五十三條明定行政院為國家最高行政機關，其目的在於維護行政一體，使所有國家之行政事務，除“憲法”別有規定外，均納入以行政院為金字塔頂端之層級式行政體制掌理，經由層級節制，最終並均歸由位階最高之行政院之指揮監督。」

大法官繼而提出責任政治原則，認為「民主政治以責任政治為重要內涵，現代法治國家組織政府，推行政務，應直接或間接對人民負責。根據“憲法”增修條文第三條第二項規定，行政院應對立法院負責，此乃台灣地區“憲法”基於責任政治原理所為之制度性設計。是“憲法”第五十三條所揭示之行政一體，其意旨亦在使所有行政院掌理之行政事務，因接受行政院院長之指揮監督，而得經由行政院對立法院負責之途徑，落實對人民負責之“憲法”要求。」

鋪陳完行政一體與責任政治後¹，大法官接著指出，獨立機關之設置，乃將「原行政院所掌理特定領域之行政事務從層級式行政體制獨立而出，劃歸獨立機關行使，使其得依據法律獨立行使職權，自主運作」，對於“憲法”第 53 條所推導出之行政一體及責任政治不免有所減損，是以獨立機關之設置應屬例外，「唯有（1）²設置獨立機關之目的確係在追求“憲法”上公共利益，（2）所職司任務之特殊性，確有正當理由足以證立設置獨立機關之必要性，（3）重要事項以聽證程序決定，（4）任務執行績效亦能透明、公開，以方便公眾監督，（5）加上立法院原就有權經由立法與預算審議監督獨立機關之運作，（6）綜合各項因素整體以觀，如仍得判斷一定程度之民主正當性基礎尚能維持不墜，足以彌補行政一體及責任政治之缺損者，始不致於違憲。」足見大法官認為獨立機關之建置確實與行政一體、責任政治產生一定程度扞格，而有違憲疑慮，但此違憲疑慮可以克服、彌補，並提出一長串彌補的條件。換言之，大法官是有條件地承認獨立機關的合憲性，並視其存在為有條件可以容忍的例外。

大法官為獨立機關的設置開啟綠燈，所提的條件卻卷起千堆雪。因這些條件充斥諸多不確定概念，尤其目的必須是「追求憲法上公共利益」，任務之「特殊性，確有正當理由足以證立設置獨立機關之必要性」，以及「綜合各項因素整體以觀，如仍得判斷一定程度之民主正當性基礎尚能維持不墜，足以彌補行政一體及責任政治之缺損者」等等，因此備受批評，認為這些不確定概念，過於抽象，看不出衡量的拿捏³，不僅可能會對未來設置獨立機關的嘗試產生「寒蟬效應」，也會使現有的獨立機關陷入

¹大法官提出行政一體作為憲法原則，學界不是沒有反對意見，該反對意見是否站得住腳，後文（五）會有進一步討論。

²號碼為本文作者所加。

³黃錦堂（2008），〈德國獨立機關獨立性之研究〉，《中研院法學期刊》，第 3 期，頁 49 以下。

自身是否滿足條件，是否有朝一日會被宣告違憲的惶恐不安中¹。

確實，大法官所提正當化條件有模糊、不夠明確的缺失，惟提出通案判準，概念的抽象與不確定性，在所難免。不過，從各個條件觀察，大法官要求「追求憲法目的」，而不是以追求一般公益目的或法律目的為已足，顯示大法官在目的方面是從嚴審查，通傳會作為獨立機關，因為追求“憲法”第 11 條通訊傳播自由之實踐為目的，所以目的被認定合憲。中央選舉委員會目的在求選務之公平、公正履行，有助於“憲法”第 17 條參政權之落實，同樣屬具“憲法”位階之公益目的，亦無疑問。至於職司何種任務，始足以認為有正當理由證立設置獨立機關的必要性，大法官就不像政府改造委員會，提出諸如「決策與執行特別需要專業化、去政治化或必須充分顧及政治與社會之多元價值的公共事務」等較為具體判準，而僅以任務之「特殊性」帶過，相信是在為未來可能的釋憲爭議預留迴旋空間，另一方面也給立法者較大政策形成餘地。

目前學說上對何種任務的特殊性，可以證立設置獨立機關的必要性，已有諸多遠比所謂「決策與執行特別需要專業化、去政治化或必須充分顧及政治與社會之多元價值的公共事務」更為深刻的討論，例如受外國獨立機關之啟發，點出需要確保政策持續性與穩定性的公共任務類型。理由是在民主體制下，選舉時程必然是相對短暫，執政團隊及其政策常會在選後更迭，變動不定的政策與規範讓人民無法信賴現時正推動之政策與規範的持續性，無法預測，也因而無法對其行動作理性規劃。而設置獨立機關可以隔離執政者與民意的壓力，讓國家政策有持續性，並穩定人民的信賴，人民因而得以理性穩定的規劃其生活²。「穩定政策的追求」確實比政府改造委員會提出的專業化、去政治化更有說服力，蓋每一行政業務難道不是都需專業化嗎？又行政如果必須依法行政，不能有額外政治考量，則難道不是每一行政業務都需去政治化嗎？當某特徵出現在每一行政任務身上，該特徵也就當然失去鑒別力。但不容否認，何種公共任務有隔離執政者與民意的壓力，以確保政策持續性與穩固性之需要，本身也確實不易判斷。何況如果政策穩定與持續性是可欲的，則難道不是每一政策都應講求穩定與持續？且令人質疑的是，國家之所以能改變政策，難道不是因定期改選給予民主正當性？政策的穩定與持續即使值得追求，但又怎能對抗政治力量，或確切說，民意的力量？

另外也有指出有新治理模式之需求的公共任務類型，理由是新治理模式強調雙向、參與與合作的模式，重視被統治者的自願配合與自治，從而治理的組織便不宜再是由常任文官為主體所組成的傳統行政組織，而是由一種被統治者得以參與的混合式組織模式來取代³。此一任務特殊性類型大致上可以說明公平交易委員會設置為獨立機

¹例如張文貞教授認為，釋字第 613 號解釋未通盤檢討在我國憲政體制安排之下獨立機關的合憲性為何，則將來若立法機關立法建構另一獨立機關，勢必將會產生該獨立機關組成之目的是否具備「憲法上公共利益」，而可能迭遭是否合憲之爭議。參照張文貞等（2006），〈釋字六一三號解釋與 NCC 違憲座談會〉，《月旦法學雜誌》第 137 期，頁 103。

²陳淳文（2009），〈從法國法論獨立行政機關的設置緣由與組成爭議〉，《台大法學論叢》，38 卷 2 期，頁 252 以下。

³陳淳文（2009），〈從法國法論獨立行政機關的設置緣由與組成爭議〉，《台大法學論叢》，38 卷 2 期，頁 244

關的緣由。但所謂新治理模型如果強調被統治者的參與與合作，行政程序的參與也是一種參與模式，何時可以從程序參與強化到組織參與，而晉升為獨立機關的設置，本身也是難題。另外，相同疑問，何種公共事務有新治理模型的需求？似仍未出現較為清晰的輪廓。且如果因大財團掌控下的企業、銀行強大到傳統治理難以奏效，而考慮設置獨立機關，俾方便拉攏被治理對象進入管制隊伍，又如何讓一般人民信服？

學說另提出需要反應、整合社會多元價值，或調解利益衝突的公共任務類型。理由是民主政府本身也只是某特利益或價值的化身，不易扮演整合者及仲裁者角色以整合、確保多元價值，也不易扮演利益衝突協調者的角色，因政府自身常就是利益衝突或競爭者一方當事人，因此獨立機關遂成為彌補人民不信任政府的替代組織模式¹。此一任務特殊性類型大致上可以說明通傳會與中選會設置為獨立機關的緣由。本文認為這是較有說服力的設置獨立機關的理由，與政府改造委員會所提「顧及政治與社會之多元價值」者相當，但說理更為深刻。

學者所主張上述特殊性，是否真能證立獨立機關的正當性，或許不是全然無疑，但一來這只是正當性的證立，尚不表示有此特殊性，立法者即有設置獨立機關的義務，且合憲與否，大法官還要求檢視是否追求“憲法”上公共利益，因此，本文以為任務特殊性的審查，毋須嚴格，只要說得過去，不是全然沒有道理，就可以算是證立了獨立機關設置的正當性，政治部門對獨立機關的設置也因而能擁有較大政策形成空間。

（三）獨立機關可以多獨立？（1）：獨立機關於通案政策決定是否亦擁有自主獨立決策空間？

接續的一個未決問題是，獨立機關究竟可以擁有多大獨立空間？如前述，獨立機關的設置如果不是出自“憲法”的誡命，則其究竟有多獨立，原則上立法者應該擁有相當寬廣的政策形成自由。當然，獨立性越低，與一般科層體制越近似，就越失去設置獨立機關的意義；反之，獨立性越高，越脫離最高行政首長的掌控，就越有違反行政一體、責任政治與民主原則的疑慮。獨立性的高低，主要表現在立法者是否、如何賦予最高行政首長進行適法監督或適當監督、事前監督或事後監督、個案監督或通案監督等設計上。根據總統府政府改造委員會「獨立機關的建制理念與原則」，獨立機關所為決策不受行政院之適當性監督與適法性監督。中央行政機關組織基準法則規定，獨立機關「依據法律」獨立行使職權，自主運作，除法律另有規定外，不受其他機關指揮監督。顯係將獨立性委由立法者來形塑。

本文基本上同意獨立機關的獨立性，立法者擁有寬廣自由形成空間，但在此擬挑出兩個問題做進一步討論：即獨立機關是否於個案決定與通案政策決定都擁有自主獨立決策空間，可以獨立行使職權？在訴願制度的設計上，行政院可否，或適宜擁有事後的適法乃至適當監督權？前一個問題，本文甚至認為還有“憲法”的疑慮要面對。

以下；主張基本上類似者，參照黃錦堂（2008），〈德國獨立機關獨立性之研究〉，《中研院法學期刊》，第3期，頁35。

¹ 陳淳文，前揭文，頁246以下。

究竟獨立機關是否於個案決定與通案政策決定都擁有自主獨立決策空間，可以獨立行使職權？政府改造委員會所提出「獨立機關的建置理念與原則」對此問題的解說不明，在職權行使部分，提到「負責專業管制性業務之獨立機關於制定法規命令或作成行政處分時，應踐行行政程序法所定之聽證程序」，表示獨立機關不只（經由行政處分之作成）負責執行法律，也（透過法規命令之訂定）職司通案政策之決定。是否兩部分職權之行使都同樣自主、獨立，在職權監督部分，也只強調，「為確保獨立機關之自主決策空間，其所為決策不受行政院之適當性監督與適法性監督」，不區分個案決定與通案政策擬定，似乎這兩部分都可以獨立行使，不受指揮監督。只有在設置條件部分，明白揭示「性質上宜由政治部門做政策決定並承擔政治責任的公共事務，不論其專業程度如何，均不應由獨立機關承擔、負責」，是否這條說明表示通案政策決定不宜由獨立機關負責？因通案政策之形成與決定無不涉及政治責任之承擔。可是前面卻又允許獨立機關訂定法規命令？其間是否存在矛盾？

大法官在釋字第 613 號解釋對此間接表示了意見。大法官在本號解釋提到，「承認獨立機關之存在，其主要目的僅在法律規定範圍內，排除上級機關在層級式行政體制下所為對具體個案決定之指揮與監督，使獨立機關有更多不受政治干擾，依專業自主決定之空間。」從這段說明，應可推知大法官的意思是，獨立機關僅限於具體個案決定有獨立自主行使職權可言；至若通案的政策決定，解釋上應該是，只要在行使職權範圍內，非不得為之，但此種政策決定就不在獨立行使職權範圍內，仍應與其他機關協調，並受行政院的指揮監督。雖有學者對大法官的意見感到扼腕，批評大法官不當地限縮、扼殺獨立機關的自主獨立決定空間¹，然回到行政法學有關須承擔政治責任、形成國家決策之統治（Regieren），與需依法行政、保持政治中立之執行法律之行政（Verwalten）兩者的區分以觀，大法官將獨立機關的自主決定空間限縮於執行法律之「具體個案決定」，應不令人訝異²，簡單舉一個例子，為扶植本國電視節目製作與本土藝人生存發展，是否宜限制外國節目的播映時間與時段？產業政策與競爭政策的衝突如何調和？等等，都明顯屬富濃厚政策決定色彩，並應承擔政治責任的公共事務，實看不出通傳會或公平會作出這類通案決定，有何主張免除行政院指揮監督的正當性？當然，獨立性限縮於個案決定，而不及通案政策決定，恰好與美國獨立管制委員會享有相當廣泛制頒法規命令³的情形背道而馳，但權力分立本就是相當具國別特色的議題，每一國家“憲法”對權力分配、權力互動的設計本就未必相同，是否符合權力分立，本就應該立基於自己國家“憲法”的規定立論，並非外國法可以，本國就非亦步亦趨不可。

¹ 石世豪（2006），〈趕不上歷史腳步的憲法釋義〉，《月旦法學雜誌》第 136 期，頁 21 以下；劉孔中（2006），〈怪哉！以鞏固行政權為職志的 613 號解釋〉，《月旦法學雜誌》第 136 期，頁 28 以下。

² 見陳淑芳（2006），〈獨立機關之設置及其人事權〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 50 以下。

³ 林子儀（1993），〈美國總統的行政首長權與獨立管制委員會〉，收錄於氏著，《權力分立與憲政發展》，頁 121、127。

（四）獨立機關可以多獨立？（2）：人民不服獨立機關作成之行政處分，是否應先提起訴願？或向誰提起訴願？

人民如果不服獨立機關作成之行政處分，在提起行政訴訟之前，是應先向行政院提起訴願，或向獨立機關本身提起訴願即可？如採前者，表示行政院得因人民提起訴願，而取得對獨立機關之行政處分事後監督之權，甚至除非法律有不同規定，行政院還取得事後適當監督權；如採後者，則是徹底的對行政院獨立，完全不受行政院的監督。根據政府改造委員會的「獨立機關的建置理念與原則」，「對獨立機關所為決定不服者，應直接提起行政訴訟」，未有一語道及訴願，似乎認為連訴願都可以省了。之所以會持此種立場，其主要考量相信是認為獨立機關於作成行政處分時，本就應踐行行政程序法所定之聽證程序，其行政處分因而具有準司法性質，類似法院之判決，因此如有不服，直接向法院起訴即可，訴願根本多餘。

該不該有訴願，以及向誰提起訴願，本文以為應屬政策決定，無涉“憲法”。但從獨立機關的制度理性出發，政府改造委員會所持直接向法院起訴的意見應較可採。因獨立機關屬合議制性質，其決定又須踐行準司法的聽證程序，確實因而具濃厚準司法性質，如要求向獨立機關本身提訴願，無異於要求同一批人員對同一事件再作一次準司法性質之決定，意義不大。如要求獨立機關的訴願審議委員會委員應納入「外人」，也就是非屬獨立機關構成員的外部人員，如此一來，表面上看固然似稍有強化救濟之功，但亦無異於表示「外人」有權參與，乃至推翻依法獨立行使職權之獨立機關所作決定，則又與設置獨立機關「不受外部干涉」的意旨似有未合。反之，如要求先向行政院提起訴願，其可議之處，首先會降低獨立機關的獨立性，其次，由於行政院訴願審議委員會的決定無需踐行準司法的聽證程序，因此勢必產生由循一般簡便行政程序作成的決定，可以審查、推翻循較審慎之準司法性質聽證程序作成之決定的不合理現象。總言之，本文認為，不服獨立機關作成之行政處分，直接提起行政訴訟即可，無須先行訴願。

但這種直接向法院起訴的看法仍須面對可能與“憲法”第 16 條所保障之訴願權有所抵觸的質疑。然是否真的抵觸，端視我們對「訴願」之理解。本文看法，對“憲法”第 16 條「訴願權」之理解，無須受立法者為落實訴願權所制定之訴願法內容所拘束，當然也無須受限於制憲當時的訴願制度，而是允許隨時代變遷，做目的性解釋。過去不講究行政程序，獨尊事後救濟，但今日既然履行正當行政程序有防止基本權實害發生之功能已廣為周知，則將可以降低基本權實害發生風險的事前參與（例如聽證）也包含在訴願概念之內，應非無據¹。訴願權倘能作此新解，則獨立機關作成行政處分既已要求應履行聽證程序，應可認為已滿足訴願權保障之要求，即使未再給予處分相對人事後提起訴願之機會，而要求其不服時逕行提起行政訴訟，應不至於抵觸“憲法”

¹ 葉俊榮（1993），《環境行政的正當程序》，頁 56，即認為若對憲法的訴願權，不作實定解釋，完全依立法者於訴願法所訂的去決定其內涵，而採目的性解釋，容任訴願制度作較寬廣的改革，一方面放寬得提起訴願的對象，使其不限於行政處分，另一方面與行政程序作緊密扣合，使其不限於事後的救濟，更進一步發揮事前參與的機能，將更能落實憲法上訴願權保障的新義。

第 16 條所保障之訴願權。

(五) 獨立機關的人事權設計 (1): 立法院可否實質剝奪行政院對獨立機關的人事權?

下面連續三個涉及獨立機關人事權設計的問題，相當具本土性、本土特色，並且也只能根據自己國家憲法相關規定求解答。首先一個問題：立法院可否實質剝奪行政院對獨立機關的人事權？

問題緣起於政府改造委員會認為通訊傳播監理業務屬於需要專業化、去政治化的公共事務，建議將原負責通訊傳播監理業務的新聞局宜改制為獨立機關。行政院乃研議設置具獨立機關性質的國家通訊傳播委員會（簡稱通傳會，或 NCC），取代過去的新聞局，掌通訊傳播監理業務，並草擬國家通訊傳播委員會組織法送立法院審議，其中規定通訊傳播委員會置委員 13 人，俱由行政院院長提請總統任命。在野黨疑懼執政黨利用掌握通訊傳播委員會委員的人事權，會染指通訊傳播事務，侵害言論自由，乃藉由掌握立院多數，強行通過如下內容的組織法第 4 條「通傳會委員應由各政黨(團)依其在立法院所占席次比例共推薦十五名，行政院院長推薦三名，交由各政黨(團)依其在立法院所占席次比例推薦十一名學者、專家組成之審查會以五分之三與二分之一兩輪多數決審查，審查完成後，行政院院長應於七日內依審查會通過同意之名單提名，並送立法院同意後即任命之」。行政院在立法院打輸立法這一仗，認為該規定完全剝奪行政院院長之提名權及總統任命權，侵害行政權之核心，破壞權力分立與制衡原理，也破壞憲法對於廣播電視自由之制度性保障，遂向司法院大法官聲請“憲法解釋”。

司法院於 2006 年 7 月 21 日做成釋字第 613 號解釋，從責任政治、權力分立原則審查系爭有關通傳會人事權設計之規定的合憲性：大法官首先揭示行政一體與責任政治，認為“憲法”第五十三條乃行政一體的展現，旨在使所有行政院掌理之行政事務，因接受行政院院長之指揮監督，而得經由行政院對立法院負責之途徑，落實對人民負責之“憲法”要求。大法官對行政一體與責任政治的進一步論述，前文已有述及，於茲不贅。大法官接著闡明權力分立與制衡之原則：「作為“憲法”基本原則之一之權力分立原則，其意義不僅在於權力之區分，將所有國家事務分配由組織、制度與功能等各方面均較適當之國家機關擔當履行，以使國家決定更能有效達到正確之境地，要亦在於權力之制衡，即權力之相互牽制與抑制，以避免權力因無限制之濫用，而致侵害人民自由權利。惟權力之相互制衡仍有其界限，除不能抵觸“憲法”明文規定外，亦不能侵犯各該憲法機關之權力核心領域，或對其他“憲法”機關權力之行使造成實質妨礙或導致責任政治遭受破壞，例如剝奪其他“憲法”機關為履行“憲法”賦予之任務所必要之基礎人事與預算；或剝奪“憲法”所賦予其他國家機關之核心任務；或逕行取而代之，而使機關彼此間權力關係失衡等等情形是。」

鋪陳完行政一體、責任政治與權力分立等基礎原則後，大法官回頭檢視獨立機關。大法官先指出，「行政掌法律之執行，執行則賴人事，無人即無行政，是行政權依法

就具體之人事，不分一般事務官或政治任命之政務人員，擁有決定權，要屬當然，且是民主法治國家行政權發揮功能所不可或缺之前提要件。」由於獨立機關不受行政院指揮監督的獨立特色，對行政一體及責任政治不免有所減損，為確保行政一體及責任政治的落實，大法官繼而表明，「於台灣地區以行政院作為國家最高行政機關之“憲法”架構下，賦予獨立機關獨立性與自主性之同時，仍應保留行政院院長對獨立機關重要人事一定之決定權限，俾行政院院長得藉由對獨立機關重要人員行使獨立機關職權之付託，就包括獨立機關在內之所有所屬行政機關之整體施政表現負責」。雖然立法權對行政權所擁有的關於獨立機關之人事決定權得施加制衡，例如「對用人資格之限制，以確保獨立機關之專業性」，暨設定「任期保障與法定去職原因等條件」，「以維護獨立機關之獨立性，俾其構成員得免於外部干擾，獨立行使職權。」但大法官認只要「保留行政院院長對獨立機關重要人事一定之決定權限」，則尚能維繫向立法院負責之關係，就與責任政治無違。

大法官以此為基礎，對系爭通傳會組織法第 4 條進行審查。由於根據該條文之規定，「行政院所擁有者事實上僅剩名義上之提名與任命權，以及在整體選任程序中實質意義極其有限之六分之一通傳會委員候選人之推薦權，其人事決定權實質上可謂業已幾近完全遭到剝奪」，因此不僅因「導致行政、立法兩權關係明顯失衡，而牴觸權力分立原則」，也因未能保留行政院院長對獨立機關重要人事一定之決定權限，無從維繫行政院向立法院負責之關係，而於責任政治有違。

釋字第 613 號解釋於 2006 年 7 月作成初始，隨即引發學界熱烈討論，有不論理由是否盡皆認同，但基本上支持違憲結論者¹；當然也有強烈不認同者，尤其是當事的若干學者，主張通傳會的組織與人事組成是立法者的創意展現，無任何違憲疑慮，批評釋字第 613 號解釋「趕不上歷史的腳步」，是「沒有方法的解釋，只是一個政治決定」²。不過隨著時間經過，激情逐漸平淡，尤其 2008 年政黨再次輪替，當初批評釋字第 613 號解釋的在野黨變成執政黨，受益於釋字第 613 號解釋，取得不受打折的通傳會委員提名權，學界批判之聲也跟著逐漸平息下來至今。不過 8 年後的今天，再訪釋字第 613 號解釋暨當年論爭，看獨立機關的人事建置如何接受“憲法”的檢驗、獨立機關組織的法制如何「憲法化」，對獨立機關組織法制完善的探討，依然有其重要意義。

主張系爭通傳會組織法第 4 條合憲，而強烈批判釋字第 613 號解釋者，主要思考邏輯是：設置獨立機關的目的，既然在強調排除行政權最高首長的指揮監督，就無需

¹周志宏(2006)，〈釋字第 613 號解釋與獨立機關的未來〉，《月旦法學雜誌》第 137 期，頁 5-24；劉靜怡(2006)，〈釋字第 613 號解釋後的獨立機關：NCC 傳奇簡評〉，《月旦法學雜誌》第 137 期，頁 25-40；陳淑芳(2006)，〈獨立機關之設置及其人事權〉，《月旦法學雜誌》第 137 期，頁 41-59；汪平雲(2006)，〈照妖鏡與魔戒傳奇---釋字第 613 號解釋的深度解讀〉，《月旦法學雜誌》第 137 期，頁 75-87。

²蘇永欽(2006)，〈沒有方法的解釋只是一個政治決定——簡評司法院六一三號解釋〉，《月旦法學雜誌》第 136 期，頁 13-15；另外，請參照石世豪(2006)，〈趕不上歷史腳步的憲法釋義〉，《月旦法學雜誌》第 136 期，頁 21 以下；劉孔中(2006)，〈怪哉！以鞏固行政權為職志的 613 號解釋〉，《月旦法學雜誌》第 136 期，頁 28 以下。

再以與責任政治、行政一體發生扞格為由加以質疑，否則獨立機關就失去存在意義。既然獨立機關講究獨立於行政權最高首長的指揮監督，不生與責任政治、行政一體扞格的問題，那行政首長對獨立機關構成員根本就無保有人事權的必要（既然不能指揮監督，何需計較人事權是否擁有）。而既然沒有保有人事權的需要，則根據功能最適，立法者剝奪行政權最高首長對獨立機關構成員的人事權，也就當然無違反權力分立可言¹。

就此以觀，其論點是否有道理，自不能不再度從責任政治與行政一體的角度切入。按責任政治與行政一體乃從民主原則與“憲法”第五十三條、增修條文第三條第二項所導出，具有“憲法”位階，因此主張獨立機關之設置可以排除具“憲法”位階之責任政治與行政一體之適用者，至少必須證明獨立機關之設置乃屬“憲法”之要求，同樣具“憲法”位階效力，否則將站不住腳。然誠如前面（一）之說明，即使從通訊傳播自由之組織與程序保障功能，也推導不出非設具獨立機關性質之通傳會不可的結論，也就是說設置具獨立機關性質之通傳會，並非出自“憲法”之誡命，則合憲說是否可採，答案其實已昭然若揭。

既然無法證明設置通傳會是“憲法”的要求，學者乃將矛頭指向行政一體，認為行政一體根本不是“憲法”原則，蓋近代新興形態的行政組織之發展，已不再強調組織一體原則，重點無疑是在於「結果的控制」²。甚至批評釋字第 613 號解釋援引“憲法”增修條文第 3 條第 2 項認為立法院用法律設計一個行政組織樣態來對自己負責而違反責任政治原理之推論，令人費解，因「系爭規定的意旨本來就是要讓行政得以對立法部門負責」³。

然這些攻擊本身，不僅是刺偏了的一記矛頭，也同樣令人費解。因釋字第 613 號解釋所稱「行政一體」（*Einheit der Verwaltung, unitary executive*），就台灣地區（指台灣地區）“憲法”第五十三條與增修條文第三條第二項之規範關聯而言，指的既不是較高、抽象層次的「國家一體」，也不是最容易引發爭議，客觀上也的確並不存在的所謂「組織一體」，毋寧是「責任一體」（*Einheit der Verwaltung als Verantwortlichkeitszusammenhang*），要求位居金字塔頂端之最高行政首長能經由層級指揮監督，為所有施政負責⁴。以這一波組織改造所創設出來的另一新興組織形態---行政法人為例，正可以說明釋字第 613 號解釋所講的行政一體，不是組織一體，而是

¹蘇永欽（2006），〈國家通訊傳播委員會組織法的合憲性及國家通訊傳播委員會組織法釋憲案補充意見書〉，《台灣本土法學雜誌》第 82 期，頁 89 以下。請比較同作者 1993 年為文批評立法院通過的有線電視法關於「有線電視審議委員會委員由行政院長遴選，經立法院同意後聘之」之規定，質疑在憲法沒有明文授權下，「立法院如何能以法律創設對行政機關人事的同意權，從而限制了行政機關的用人權？」「原來行政院或相關部會對某些（有高度獨立性之）特殊領域雖無指示權，但透過其完整的用人權仍可就其整體表現向立法院負責，一旦在有線電視領域增加立法院的同意權後，此一最起碼的負責關係也將不復存在。」詳見蘇永欽（1993），〈電子媒體法賦予立院新角色的疑慮〉，原載於《聯合報》，82.9.13，收錄於同氏著，《走向憲政主義》，頁 237 以下。

²陳愛娥等（2006），〈釋字六一三號解釋與 NCC 違憲座談會〉，《月旦法學雜誌》第 137 期，頁 94。

³ 陳愛娥等（2006），前揭註，頁 94。

⁴關於行政一體、責任一體的論述，可參照 *Martin Oldiges, Einheit der Verwaltung als Rechtsproblem, NVwZ 1987, S. 739*

責任一體，蓋行政法人的組織都已從傳統層級式組織獨立出去了，擁有自身的法人格，組織一體已不復存在，但之所以仍不發生違反行政一體的疑慮，乃因中央主管機關仍保留對行政法人的人事任免權與適法監督可能，可以藉此人事權與適法監督權之行使，對行政法人施政之良窳負起最終政治責任，責任一體沒遭破壞，也因此不發生違反行政一體的疑慮。

至於主張「系爭規定的意旨本來就是要讓行政得以對立法部門負責」，沒有違反責任政治的部分，其實無異於表示認同獨立機關可以跳過行政院，由獨立機關自己直接對立法院負責。本文其實很驚訝於這種看法，因為倘使允許國會得立法設置獨立機關，並讓獨立機關自己直接對國會負責，即意謂國會經由立法，將執行法律之權力，置於只向國會自己負責之獨立機關官員，其結果與國會執行法律無異，而職司立法之國會，竟兼掌法律之執行，其侵犯行政權，違反權力分立原則，至為顯然。本文很難想像我們可以以破壞權力分立為代價，為違反責任政治的立法護航。

最後，合憲說乾脆認為人事權根本不是行政權的核心內容，因此立法權剝奪行政院對通傳會委員的人事權，仍不至於違反權力分立¹。然而，稱人事權不屬行政權核心，無異於表示行政權可以完全沒有人事權，國會即使全面剝奪、接管行政的人事權，除非“憲法”別有明文規定，否則亦無違憲可言。此種見解在主張國會優位、議會主權的內閣制國家或許還可以勉強找到取暖的同伴，但台灣地區的憲政秩序明顯不是內閣制。

合憲說復有主張談權力分立，不能太過形式論，而一律禁止較新穎，也較合目的需要之制衡設計，如果根據功能論觀點，以寬容態度看系爭剝奪行政院人事權之規定，仍非無合憲之可能²。然從權力分立的功能論觀點來看，再如何容許權與權間之犬牙交錯，仍要求一權不能以犧牲其他權為代價，而擴張自己之權力，或破壞之權力之平衡。釋字第 613 號解釋認為系爭規定將行政院人事權實質剝奪殆盡，導致行政、立法兩權關係明顯失衡，而導出違反權力分立之結論，依本文所見，其實正是適用功能論之結果。或者論者所理解的功能論是主張從功能最適觀點作權限之分配。然正是基於功能最適，歷來才會認為行政機關人事權應歸行政權所享有，立法權從其組成、決議方式、功能、專業等各方面觀點來看，都不宜也不應單獨擁有行政之具體人事決定權。

總言之，釋字第 613 號解釋認為立法院可以限制，但不能實質剝奪行政院對獨立機關的人事權的看法，是可以支持的。

（六）獨立機關的人事權設計（2）：立法院可否以保留獨立機關委員同意權的方

¹蘇永欽，〈沒有方法的解釋只是一個政治決定——簡評司法院六一三號解釋〉，《月旦法學雜誌》第 136 期，頁 13-15，認為如果行政院對通傳會並無指揮監督之權限，則讓其享有人事決定權其實「好處」不大，並進一步指出釋字第 613 號解釋認為行政院人事決定權被實質剝奪所隱含的「核心領域」理論無論在比較法或學理上皆難以服人。陳愛娥等（2006），〈釋字六一三號解釋與 NCC 違憲座談會〉，《月旦法學雜誌》第 137 期，頁 95，認為「人事任命權就是行政權的核心」，在本號解釋中並未被詳細論證。

²王和雄、謝在全法官釋字第 613 號解釋部分不同意見書。

式，以制衡行政院的人事權？

這個提問，也具相當本土性，只能根據自己國家“憲法”的規定求解答。如前述，權力分立並不禁止立法權限制行政院對獨立機關的人事權，只要該限制不達到剝奪之地步。至於限制方式，一般常見的是藉由立法規定用人資格之限制，或設定任期保障、任期交錯與法定去職原因等，目的當然在確保、提昇獨立機關的獨立性，俾其構成員得免於外部干擾，獨立行使職權。這種限制，一般不會有問題。但如果國會藉由法律規定，保留對獨立機關個別構成員的人事同意權，在其他國家可能也不是問題，在台灣地區則不免引發疑慮，因“憲法”第 56 條明白規定，「行政院副院長、各部會首長及不管部會之政務委員，由行政院院長提請總統任命之。」並無允許立法院行同意權之規定。立法院 2004 年制定中央行政機關組織基準法時，在在野黨（也是多數黨）堅持下，通過「相當二級機關之獨立機關首長、副首長及其合議制之成員，由一級機關首長提名經立法院同意後任命。」行政院就曾援引第 56 條，表達該條規定可能違憲之憂慮。

究竟立法院可否擁有獨立機關的人事同意權？大法官開了綠燈。在釋字第 613 號解釋，大法官明白指出，「通傳會根據其組織編制，其層級固相當於部會等二級機關，惟通傳會既屬獨立機關性質，依法獨立行使職權，其委員之任期亦有法律規定，毋須與行政院院長同進退，為強調專業性，委員並有資格限制，凡此均與層級指揮監督體系下之行政院所屬一般部會難以相提並論，故即使規定通傳會委員由行政院院長任命，正、副主任委員則由委員互選，再由行政院院長任命，雖與“憲法”第五十六條有關行政院各部會首長由行政院院長提請總統任命之規定有間，尚難逕執“憲法”第五十六條規定指摘之，蓋第五十六條之規範範圍並不及於獨立機關。」這一段嚴格說來，固與立法院擁有獨立機關之人事同意權無涉，但既然表明第五十六條只適用於層級指揮監督體系下之行政院所屬一般部會，不及於獨立機關，則立法院保留人事同意權當亦不至於有違反第 56 條之虞。

大法官中對此固有持不同意見者¹，但釋字第 613 號解釋多數意見將“憲法”第 56 條之規範範圍侷限於層級指揮監督體系下之行政院所屬一般部會，而不及於獨立機關的看法，並未逸脫或違反公認之“憲法”解釋原則，且因此而能讓出空間，使立法院，乃至其他多元人民團體有參與行政院對通傳會委員之人事決定之機會，對降低行政院對通傳會組成之政治影響，並提昇人民對通傳會公正執法之信賴是有助益的，故本文對此亦持肯定態度，支持立法院擁有對獨立機關的人事同意權。甚至本文還支持立法院以特殊多數決（例如三分之二或五分之三）行使同意權，因特殊多數決意謂少數保護，可以使少數黨對獨立機關構成員人選的意見在相當程度內獲得尊重，進而增加社會對獨立機關構成員的**可接受度**。

（七）獨立機關的人事權設計（3）：可否以政黨比例方式產生獨立機關構成員？

¹林子儀，釋字第 613 號解釋部分協同意見書。

為了避免由最高行政首長（行政院院長）一人提名所有委員，可能造成委員全數皆為執政黨傾向的委員，而影響獨立機關的獨立性，或影響人民對獨立機關獨立、公正、客觀的信賴，除了可以考慮賦予立法院人事同意權，輔以特殊多數決外，法制上出現一個更猛的設計，即以政黨比例方式產生獨立機關委員。原通傳會組織法第 4 條就是採此設計，但因細部設計是，由行政院與各政黨依其在立法院所占席次比例推薦通傳會委員人選，再送由各政黨依其在立法院所占席次比例推薦之人選所組成之審查委員會審查，行政院院長受該審查委員會審查通過之名單所拘束，有義務根據該名單予以提名，再送立法院行使同意權。這種人事設計因為實質剝奪行政院對獨立機關的人事權，被釋字第 613 號解釋以違反責任政治與權力分立為由宣告違憲，在此不贅。

本文關注的是，假設不至於剝奪行政院的人事權，但規定先由各政黨依其在立法院所占席次比例推薦一定複數或倍數人選，再由行政院院長從各黨推薦複數或倍數人選中挑選自己可以接受的人選，再為提名，是否為“憲法”所許？這種設計模式固然還不至於達到實質剝奪行政院的人事權的地步，但能否通過權力分立檢驗，仍不無疑問。蓋誠如陳淑芳教授剴切指出，「政黨比例只能反應國會的權力結構與民意結構，而不能反應其他國家機關的權力結構與民意結構。以台灣地區目前為例，選立委那一票決定立法院各政黨的權力結構與民意結構，選總統那一票決定了總統與行政院的權力結構與民意結構，因此依政黨比例分配的制度只能適用於國會內部。¹」因此，強使行政院院長依國會內部政黨比例提名獨立機關構成員人選，即使行政院院長在人選的挑選上還存有一定的，即使有限的自由空間，仍有違反權力分立之虞²。

然則，本文認為仍非無例外。如獨立機關任務恰巧在於幫助以公平、公正程序形成國會的權力結構與民意結構，例如中央選舉委員會，則為能提昇各政黨與選民對選委會公正執法、辦理選務的信賴，從選舉權的組織與程序保障功能出發，以政黨比例方式產生中選會委員，應可以在“憲法”面前站得住腳。

四、台灣地區獨立機關之近況：釋字第 613 號解釋之後

獨立機關可以討論的問題不僅止於前面所提的七個問題，但限於篇幅，就此打住，接著簡短介紹釋字第 613 號解釋後台灣地區獨立機關的近況。

依據現行中央行政機關組織基準法第 32 條規定，符合同法第 3 條之定義且相當

¹陳淑芳（2006），〈獨立機關之設置及其人事權〉，《月旦法學雜誌》，137 期，頁 54。

²大法官在釋字第 613 號解釋不支持通傳會委員人選以政黨比例方式產生的另一理由是，通傳會設置為獨立機關之目的，既然在於使通傳會擁有「依專業自主決定之空間」，俾「摒除上級機關與政黨可能之政治或不當干預，以確保社會多元意見之表達、散布與公共監督目的之達成，降低政治力對通傳會職權行使之影響，進而建立人民對通傳會得以公正執法之信賴」，則「其建制理應朝愈少政黨干預，愈有利於建立人民對其公正性之信賴之方向設計。然上開規定卻反其道而行，邀來政黨之積極介入，賦予其依席次比例推薦及導致實質提名通傳會委員之特殊地位，影響人民對通傳會超越政治之公正性信賴。是上開規定違背通傳會設計為獨立機關之建制目的，亦與憲法所保障通訊傳播自由之意旨不符。」誠然，通傳會作為獨立機關的目的，即使不談摒除上級機關與政黨可能之政治或不當干預，而是確保社會多元意見之表達、散布與公共監督目的之達成，則通傳會委員人選要反應的也絕不是，或絕不僅僅是政黨在國會的勢力，而應是反應各種不同的社會多元意見。

於二級機關之獨立機關總數以三個為限。復依行政院組織法第 9 條之規定，相當中央二級的獨立機關分別為中央選舉委員會、公平交易委員會及國家通訊傳播委員會等共三個¹。在獨立機關的設置應屬「例外」為朝野所不爭的情形下，立法院對設置獨立機關持謹慎、保守態度²，可以理解。通傳會與中選會所職司任務的特殊性，如前述，因屬需要反應、整合社會多元價值，或調解利益衝突的公共任務類型，故可以證立設置成獨立機關的正當性，且其設置成獨立機關所追求目的係在落實通訊傳播自由與選舉權，屬“憲法”上目的，亦可確認。至於公平會，其所司任務的特殊性，可否證立設置成獨立機關的正當性，從新治理模型觀之，勉強說得通，然其設置成獨立機關所追求目的為何？是否確屬“憲法”上目的？則有待進一步考究。

而在司法院釋字第 613 號解釋宣告通傳會委員人事任命設計，因實質剝奪行政院人事權而違憲後，目前國家通訊傳播委員會組織法第 4 條已修正為委員應由行政院長提名經立法院同意後任命，並採交錯任期制度，規定委員中同一黨籍者不得超過委員總數二分之一，以強化通傳會的獨立性。而其他同樣二級之獨立機關如中央選舉委員會和公平交易委員會，其委員之任命方式、交錯任期制度大致上與通傳會相同³，比較特別的是中選會組織法規定規定委員中同一黨籍者不得超過委員總數三分之一，而不是二分之一。這種人事設計在“憲法”上應無可議之處，但為進一步確保、提昇社會對獨立機關構成員的**可接受度**，宜進一步將立法院的同意權從普通多數決改為特別多數決，否則在朝野極度互不信任，選民也近乎集團性分裂化的當今台灣地區社會，還是不易獲得在野黨對其獨立公正執法的信賴。

至於獨立機關的訴願管轄，以通傳會為例，過去通傳會內部自設訴願審議委員會，委員涵蓋外部學者專家，管轄人民不服通傳會處分所提起的訴願，不服訴願決定，提行政訴訟。最高行政法院對此作法有疑慮，乃請求大法官對釋字第 613 號解釋作補充解釋，但大法官以與釋字第 613 號解釋內容無關為由予以駁回。最高行政法院乃自行於 2008 年 12 月 26 日作成第三次庭長法官聯席會議決議，指出人民不服通傳會作成之行政處分提起訴願時，因通傳會組織法及其他法規就其訴願管轄並無特別規定，而通傳會係行政院所屬之行政機關，其層級相當於部會等之二級機關，故應依訴願法第四條第七款規定，由行政院管轄之。這種法律解釋方式，固不涉及違憲與否問題，但如前述，降低了通傳會的獨立性，尤其訴願審查範圍如果未作特別處理，循舊例及於適當監督，對通傳會的獨立性之傷害可謂再補一大刀，至於通傳會作成行政處分須履行準司法性質之聽證程序的此一特殊性，可能因此受到抹煞，更是無人聞問了。本文

¹ 另外，還有一個中央三級獨立機關：飛航安全調查委員會。

² 行政院金融監督管理委員會一度朝獨立機關方向變革，後來採煞車，理由不明。但其組織法第 10 條則規定「本會金融監理業務依法獨立行使職權」，與被視為典型獨立機關的通傳會、中選會與公平會有別的是，後面三個獨立機關的組織法除規定本會依法獨立行使職權外，還另外規定本會委員應超出黨派以外，獨立行使職權。而金監會組織法未有相同規定。另外，2011 年金監會組織法修正，組織運作調整為首長制，更與中央行政機關組織基準法所指的獨立機關越離越遠。所以金管會充其量算是不完全的獨立機關。但比較立法例上，金融監理機關設置為獨立機關者，不在少數。

³ 至於相當於三級獨立機關之飛航安全調查委員會，其委員的任命方式僅需由行政院長自行任命之。

因此建議修改相關法律，或改為不服獨立機關之行政處分，逕行提起行政訴訟；如堅持非由行政院管轄不可，則不只應將審查範圍限縮於適法性審查，更宜明定只在獨立機關處分有重大明顯違法瑕疵，始得撤銷之。

五、 結語

千言萬語，不如簡單幾語作結：行政組織法制的完善化，若聚焦於獨立機關，以台灣地區經驗來看，最終還是離不開“憲法”，需要從“憲法”的高度予以檢視、解釋，就姑且以行政組織法制的「憲法化」作為本文對行政組織「完善化」的總結式回應吧。

独立機関---台湾行政組織法の難題

許宗力*

- 一、台湾の行政組織法の近年の発展の大勢から議論する
- 二、独立機関の起源
- 三、独立機関の若干の制度上の問題の整理
 - (一) 独立機関の設置は、憲法の戒めに属すのか？
 - (二) 独立機関の設置は、行政一体および責任政治を危うくするのか？ どのように補うべきか？
 - (三) 独立機関は、どこまで独立することができるのか？ (1): 独立機関の通案政策決定は自主独立の策略の空間をもつのか？
 - (四) 独立機関は、どこまで独立することができるのか？ (2): 人民が独立機関の行政処分不服する場合、さつきに訴願を提起しなければならないのか？ あるいは誰に訴願を提起しなければならないのか？
 - (五) 独立機関の人事権の設計 (1): 立法院は、行政院の独立機関に対する人事権を実質的に剥奪することができるのか？
 - (六) 独立機関の人事権の設計 (2): 立法院は、独立機関の委員の同意権を保留する方式で、行政院の人事権を制約することができるのか？
 - (七) 独立機関の人事権の設計 (3): 政党比例の方式で独立機関のメンバーを構成することができるのか？
- 四、台湾の独立機関の近況: 积字第 613 号解釈の後
- 五、おわりに

*國立台灣大學法律學院教授。

독립기관---대만행정조직법의난제

許宗力 국립대만대학법률학원교수

- 一、대만의행정조직법의최근몇년동안의발전대세로부터출발하여
- 二、독립기관의유래
- 三、독립기관의여러제도문제의정리
 - (一) 독립기관의설치는헌법의계명에속하는가?
 - (二) 독립기관의설치는행정일체와책임정치를위태롭게하는가?어떻게보완할것인가?
 - (三) 독립기관은얼마나독립할수있는가? (1) : 독립기관은통안정책결정에서자주독립적인결책의공간을가지고있는가?
 - (四) 독립기관은얼마나독립할수있는가? (2) : 인민이독립기관의행정처분에불복할때, 먼저소원을제기하여야하는가? 또는누구한테소원을제기하여야하는가?
 - (五) 독립기관의인사권설계 (1) : 입법원은, 행정원의독립기관에대한인사권의실질적박탈이가능한가?
 - (六) 독립기관의인사권설계 (2) : 입법원은, 독립기관위원의동의권을보류하는방식으로, 행정원의인사권을건제할수있는가?
 - (七) 독립기관의인사권설계 (3) : 정당비례의방식으로독립기관의구성원을생성할수있는가?
- 四、대만독립기관의최근상황: 석자제 613 호해석이후
- 五、맺는말

政府权力结构改革研究

——以推进国家治理体系现代化为视角

薛刚凌、宋龙飞*

【摘要】改革开放三十多年以来，我国政府权力结构总体上进行了七次改革，历次机构改革在推动我国政治体制进程的同时，也暴露出我国以事权为中心的政府权力结构中的诸多问题，一定程度上阻碍了改革的历史进程。因此，只有通过构建以功能为中心的系统性政府，整合业务部门、构建行政决策中心、增设辅助行政机构、完善组织制度建构、发挥组织法功能等方式，解决和改善现行结构中碎片化、要素化和非专业化等问题，以推动国家治理体系走向现代化。

【关键词】政府权力结构 碎片化管理 要素化管理 国家治理体系

一、问题的提出

2012年5月2日，温州市委书记陈德荣在调研温州城市污水治理工作时说：“检验河水治污成效，不以部门报上来的数据为准，要以环保局长和公用集团董事长带头下河游泳作为河水治理好的标准”。一时间，网友们的调侃将环保局长推向了风口浪尖，而关于污水治理的问题也再一次成为了公众热议的话题。随着报道的深入，我们观察到，在我国目前的政府权力结构中，防治水污染系统工程的建设和管理被各行政部门“切割”为若干个部分：“负责建设污水处理厂的主管部门是住建委；监管企业污水处理和城市污水处理厂运行的是环保部门；监管、收集城镇生活污水的责任部门是住建委；负责生活污水主干、支段管、网建设的分别是公用事业和各级政府；监管、处罚城镇餐饮业污水收集的是城管；主管城镇生活垃圾设施建设的是住建委，监管人是城管；监管农田面源污染物（施放化肥、农药）的主管部门是农业；监管畜禽业排泄物的是各级政府和农业部；河道清淤主管部门是水利部。还有发改委、经信委、规划、国土资源、卫生、渔业以及水资源保护机构等部门都各有其责。”在这样的复杂交错的权力结构中，部门之间职能交叉，权责不清，致使防治水污染成为难题，也在所难免了。

事实上，像这样结构混乱的现象还有许多，比如在农业生产和管理方面，无论是产前、产中还是产后，其管理涉及了多达约十四个部委、直属局单位的参与，却依然无法实现农业生产和管理的最优化；又比如在城市供水管理方面，水利部门、城建部门、国土资源部门等在职能和职责方面都存在诸多的交叉与重叠，这样的管理结构致

*薛刚凌，中国政法大学法学院教授；宋龙飞，中国政法大学法学院博士研究生。

使近些年来诸多城市出现城市供水紧张等突发性的事件。在不断推进大部制改革的今天，这些现象为何依然存在？这种结构性的混乱背后是否还存在更加复杂的缘由？以及这一缘由在我国政府权力结构运行的实际状态下产生了何种影响？我国政府权力结构改革的整体推进应该如何进行？这些都成为每一位关注改革的学者所亟待解决的问题。

二、我国政府权力结构的现状与影响

（一）系统功能较弱的政府权力结构安排

倘若对我国行政体制进行长期观察可以发现，我国政府权力结构基本上是以“事权”为中心加以构造和配置的。而所谓的“事权”有些属于具体的管理事务，有些则属于某项综合管理事务的某个环节。当这样的事务或是环节在权力结构中出现频繁或者变得突出和重要时，我国的政府权力结构中就会通过采取专门设置一个部门或者提升原来事务部门层级的方式对其进行管理，这便是我国以事权为中心构造政府权力结构的一般方式。¹在这种以事权为中心的政府权力结构模式中，决策和执行的职能是合一的，各种功能的混杂一定程度上符合了传统中国政府对于“功能全备”的追求。而在这种功能混杂的事务部门外部，既缺乏配套的信息沟通与分享平台、决策研究机构等辅助型的机构设置，又缺乏协调各事务部门冲突的协调机构。这便造成了政府权力结构功能性不强，体系化程度较低的整体现状。具体来说，主要体现在以下三个方面：

第一，政府权力结构中“碎片化”问题严重

改革开放三十多年以来，我国政府权力结构大体上进行了七次改革。其中 1982 年和 1988 年的体制改革源于我国自十一届三中全会之后，党和国家工作重心的转移。为了配合社会主义现代化建设的需求，改革的重点集中在试图摆脱高度集中的计划经济体制，按照“统中有分、精简效能”的原则对政府机构进行分合重组和人员增减的调整。在 1988 年的改革中，更是首次明确提及了转变政府职能、弱化直接管理、下放权力等具有历史意义的改革目标。但由于此阶段的改革处于过渡时期，受到过多历史和现实因素的影响，改革并没有取得应有的成效，甚至还出现过反复。²1992 年召开的党的第十四次代表大会明确提出要建立社会主义市场经济体制，为了适应这一要求，1993 年和 1998 年的两次改革就围绕着转变政府职能、实行政企分开，建立“办事高效、运转协调、行为规范”的政府组织等这些核心目标开展的。在 90 年代的改革过程中，通过对国务院各行政部门机构的拆分、合并、裁撤，优化了政府组织结构，

¹ 例如 1981 年国家成立的“国家计划生育委员会”（后更名为“国家人口与计划生育委员会”），由于国家人口的不断上涨，人口问题日益复杂，故后来与卫生部合并，成立了“国家卫生和计划生育委员会”。再如 1986 年成立的“国家中医管理局”（1988 年更名为“国家中医药管理局”）最早也是卫生部内的一个处，继而发展成一个司，最后升级为独立的管理局。

² 1983 年改革之前，由于国务院恢复部门管理组织的形式，为了便于管理各项行政事务，不断增设部门机构，导致 1981 年底，国务院行政机构多达 100 个，达到有史以来的最高峰。随后的改革虽然重组、削减了诸多机构和部门，但后来在 1983 至 1988 年的五年间由于各种原因，国务院又恢复和增设了相当多的部门机构，至 1987 年底，机构数量达到 72 个，膨胀现象极为严重。这不仅损害了 1983 年的改革成果，也使得 1988 年的体制改革困难重重。

使得国务院部门机构数量基本趋于稳定，在一些重点的领域和环节也取得了突破性的进展。尤其重要的是在改革指导思想上更加强调政府职能的转变，由原先的具体管理转向加强宏观调控，而这种有益的改革思路也为后来的历次改革所沿用。2003 年和 2008 年的政府体制改革是在新一届国家领导人执政之后展开的，在指导思路，除了延续了之前 90 年代改革所倡导的转变政府职能以外，增加了“建设服务政府、责任政府、法治政府、廉洁政府”的具体要求。另外为了配合我国加入 WTO 后的政府组织结构要求，开始实施了大部制的改革，而且在结构内部要做到决策权、执行权、监督权既相互制约又相互协调。这次改革取得了新突破，涉及调整变动的机构 15 个，正部级机构减少 4 个。改革后，除国务院办公厅外，剩余 27 个国务院组成部门。政府职能转变效果明显，大部制改革初见成效，更为可贵的是地方政府的积极尝试，也促进了行政体制改革的上下互动，具有重要的意义。

尽管大部制改革的推行卓有成效，但随着时间的推移，由于改革进入深水区，需要触动更为深层次的既得利益而受到更多的阻碍，大部制改革的步伐逐渐放缓，改革效率降低，机构数量逐渐趋于平缓。但是，就目前来看，我国政府权力结构仍然呈现出“碎片化”的样态，对于同一事物的管理仍然较为分散，“九龙治水”的现象依然没有得到缓解。比如在对外投资、境外投资方面，发改委负责对于项目的审核和批准，而商务部则负责企业的设立以及合同的审核批准，事实上，这两者之间有许多职能是相互交叉的，非常容易产生不必要的分歧。看上去好像层层把关，不留缝隙，但其实，这种传统的依照产业流程分段管理的方式不仅更本无法做到无缝对接，而且也容易出现管理上的死角与盲区。投资项目发生问题，我们则更多地看到的是各个部门的相互推诿责任，原本履行国家职责的工作反而变成了部门推卸责任的“证据”。另外，改革不但未能有效地解决部门之间职能交叉、多头管理的问题，而且由于改革还未完全到位，使得新合并的部门内部职能之间也出现了交叉与混乱的状态。比如组建的交通运输部，原来把民航总局、邮政总局和交通部合并在一起了，在机构设置上体现出几个部门合并成一个部门，符合大部制改革的效果。但事实上，部门合并，却不改变人马，原班人马直接加入，原来的正职变为副职（职级不变，仍然享有原先待遇），这样形成的新部门甚至连办公地点都不统一，具体到工作任务上，公务人员的职权范围、职责都变动不大，仍然还是各自为政，造成了更多的混乱。

第二，政府权力结构中管理手段的“要素化”

应该说，在管理过程中，诸如政策、规则、编制、财政、物资以及科技等要素应当是核心的业务部门开展工作所依靠的主要资源，两者的关系应当是一种具有效率的支撑关系——要素资源的存在就是为了支撑、促使核心业务的开展与完成。是统筹经济发展，进行社会管理重要的调节杠杆。但是，在我国目前的政府权力结构中，要素资源由原先的手段变为了目的，逐渐脱离了与业务部门的支撑关系，独立出来形成了单独的要素部门，这类要素部门主要包括两大类：一类是掌控宏观的政策、法律和规划的部门，比如在我国政府权力结构中，国家发展和改革委员会就是统筹组织和实施国民经济和社会发展战略的部门，其不仅需要制定宏观的政策，还要承担起规划重大

建设项目和生产布局的责任等。因此发改委属于特征较为明显的要素部门。又如国务院法制办，其主要的职责是负责所有部门的立法事务（主要是各部门的规章制定任务），这种全盘考量规则事项的部门也应该属于要素部门。另外一类要素部门，主要是通过掌控人员编制、财政、物质资源和科学技术等要素，来对其他部门进行统一管理的部门。这类部门比如中央编制委员会办公室就是主要负责通过制定编制计划，来统一管理所有部门的。又比如人力资源和社会保障部负责国家财政供养人员的管理，财政部负责与人员有关的所有财政支出，国土资源部则负责土地和资源管理，科技项目由国家科学技术部负责。这些部门都是通过对资源的垄断性分配来实现对其他部门的管理与控制的，因此也将其划归为要素部门之中。

但由于业务主管部门和要素管理部门的管理目标不匹配，价值追求各异，结果是两类部门都不能很好发挥效能，难以形成合力。具体来说，依靠自身在组织结构中所处的位置，要素管理部门往往对组织目标、任务目标以及变革目标拥有较为清晰的认识，甚至在有些要素部门，制定目标本身就是其主要的工作内容。另外，依靠自身所掌握的资源及手段，要素部门比业务部门更加具备实现组织目标的决策能力。然而，真正将组织目标转化为组织实践的并非是要素管理部门，业务管理部门基于对现实背景、项目任务的专业性认识，往往更有能力成为实践的主导者。因此，要素管理与业务管理的结构性冲突便体现出来：了解实际问题的业务主管部门缺乏资源和手段，掌握资源和手段的要素部门却因缺乏足够的专业知识和对实际的了解而经常做出不合理的政策决定。

即使是在大部制改革开展之后，此类问题也并未完全得到解决。业务与要素的矛盾在机构整合中“隐藏”了起来，并没有得到有效的缓解。部分要素资源虽然内化至“大部”之内，表面上看，其与业务的冲突可以通过同一部门内的权威层级关系予以解决，但事实上，从同一部门内部来看，针对业务的整合难度要远远低于对于要素的整合，最终仍然形成的局面是，同一部门内部基于同一业务需求而进行管理，所必须的要素资源仍然散布在部门内部，受控于部门外部不同要素管理部门的控制。这实质上仍然未有效解决冲突，甚至反而“伪装”了这种冲突，为解决造成了很大的困难。

1

第三，行政机构的专业性功能较弱

在政府权力结构中，行政机构的专业性功能较弱体现在两个方面：

从机构设置的角度来看，我国政府权力结构中“决策—执行—监督”这三类职能机构没有完全分离开来。长期以来，我国政府权力机构中，决策、执行以及监督三种职能不分现象十分突出。政府在做出决策之后，往往“大包大揽式”的将决策予以实践执行，这种不加区分的“决策—执行”模式，不仅在客观上无法保证决策与执行

¹结构性冲突还造成了被学者称为“新的国家治理体制”的“项目制管理”的诞生，项目制的管理又催生了“项目审批”行为的存在。因此可以看出，业务管理与要素管理之间的结构性冲突，势必将导致资源的浪费和组织目标实现的低效，更为重要的是，这种冲突也必将带来行政程序上的繁琐与组织结构的“再膨胀”。参见渠敬东：《项目制——一种新的国家治理体制》，载《中国社会科学》2012年第5期。

的客观性与科学性，而且也造成了对其的监督流于形式。由于职能层面适度分离的缺失，导致在机构设置方面，独立的执法机构和监督机构都没有从决策机构中分离出来，三种类型的机构仍然混同在一起，加剧了组织结构的非科学性与非专业性。另外，作为辅助性的机构也同样存在缺失。比如对于决策机构来说，按照公共管理学的一般共识，政府决策是政府管理中最为核心和关键的任务，决策作为最为复杂和高难度的政府工作之一，不仅需要决策者在行政能力和态度上的投入，更加需要有一整套较为完备的辅助决策系统。这种辅助决策的系统，一切都是以“决策主题为重心，以互联网搜索技术、信息智能处理技术和自然语言处理技术为基础，构建决策主题研究相关知识库、政策分析模型库和情报研究方法库，为决策主题提供全方位、多层次的决策支持和知识服务。”但就目前来看，在我国政府权力结构系统中，能够起到辅助决策系统的机构非常少，这些重要的辅助工作大都散落在政府办公室、政府研究室、法制办等相关科室里。应该说这些机构本身根本无法承担起辅助决策的全部职能，在一定程度上造成了我国政府决策质量低下、专业化程度不高的问题。另外，在执法和监督领域也一样，能够起到辅助作用的专业化机构也极为罕见，造成了执法和监督领域的非专业化与非科学化。

从人员素质的角度来看，公务员作为我国人才队伍的重要组成部分，应当以专业化精英化作为目标来进行选拔、培训和开展工作的。但长期以来我国公务员专业化精英化的程度还远远没有到应有的水平。首先在考试录用制度方面，现行的公务员考试录用制度，主要针对政府权力结构中主任科员以下的非领导职务的人员的招录。在实际工作中，此类公务员应当属于专业性的人才，而非一般所认为的通才型。因此在招录过程中应当根据岗位的不同，注重对其专业的素质和技能的考察。而目前的公务员考试内容基本都是考察报考人员基本素质而非专业技能，最终可能录用的不是真正有才华的专业精英而是擅长于考试的考试专家。因此时常出现无法胜任岗位工作的现象。其次在公务员培训方面，现有的公务员培训系统大多集中在高级公务员阶层，中下级公务员从事着公共管理工作中最实际的内容，他们的素质修养、专业水平和工作技能直接影响着公共管理工作的质量和公众满意度，而针对他们的培训明显不足。另外，公务员的培训机构主要集中在各类的行政学院或者是干部管理学院，此类学院的师资力量、专业水平以及学术视野都无法满足公共管理工作对公务员培训的需求，这就直接影响到公务员培训的水平和质量。最后，由于不同层级、不同工作性质和专业的公务员所需要的工作表现、专业知识和技能是不同的，因此对其业务的考核标准就不能单一化。目前公务员系统内的考核标准过于简单、笼统，缺乏系统性与专业性，不利于公务员专业精英化的养成。

（二）政府权力结构系统性功能较弱的影响

我国政府权力结构从整体上所呈现出来系统性功能较弱的特征，对我国行政体制的正常运行与行政改革的推进带来了诸多影响，具体来说，主要有以下几个方面：

第一，从系统内部来看，造成了政府权力结构体系化运作失调，内耗严重。

应该说，造成政府治理体系化运作能力弱的原因有很多，但结构性的原因无疑是

最为重要的一个方面。之所以强调权力结构的体系化，主要是因为一个完整的组织就犹如一部设计精良的机器，即为同一个目的而组合起来的一系列相互关联的手段。整体对于部件来说，至关重要，如果脱离了为之贡献的整体，部件也就丧失了它的独立功能与意义。所以在理想的环境中，机器并没有多余的部件，也不存在多余的运动，一切都是按部就班，为实现整体的功能而开展工作。这样的机器的例子正是和权力结构体系化运作的原理完全相同，足以看出权力结构体系化、整体化运作的重要性。

然而在现实世界中，政府权力结构体系化的运作能力并不像例子中的机器一般完美。从政策执行角度来看，在现有的政府权力结构中，每一个独立的政府部门都没有足够的条件和能力来确保政策的完全执行，要么是业务主管机关没有足够的人力、物力、财力和配套的法律手段来保证政策的执行，要么是要素管理部门缺乏手段来迫使业务主管机关来配合执行，总之这种多头决策、分散执行的结构根本没办法支撑起组织目标的真正实现，极大地削弱了政府整体的执行能力的同时，也降低了公民大众对于政府政策的期待与热情。从辅助决策的角度来看，现有的权力结构中，辅助决策机关一直处于空白状态，现有的政府办公室、政策研究室、法制部门等机构根本无法提供辅助决策所需要的功能。统一化的信息交流和分享平台，统一化的数据库平台，统一化的设备管理平台，统一化的业务咨询平台都是作为政府决策所必不可少的辅助性机构，而现有的权力结构在这方面的缺失，很大程度上造成了政府内部各部门之间的冲突与低效，更为严重的是，在推进整体化改革的未来，此类辅助决策机构的缺失，使得改革无法形成体系化，改革自身也出现了各自为政的现象，也同样极大地削弱了改革所带来的诸多成效。

第二，从外部来看，造成了政府机构之间相互推诿扯皮，社会回应性与行政效率双重低下。

追求效率一直以来都是政府权力运行所奉行的一般原则，自从行政学鼻祖伍德罗·威尔逊在其著作《行政学之研究》一文中提出行政效率原则以来，科学管理主义、新公共管理运动等管理学思潮都始终立足于这一原则之上。即便是倡导公共行政核心价值在于其公平性质的管理理论，也没有否认过效率对于公共行政组织的重要意义。事实上，之所以官僚制组织体系能够成为现代国家政府的基本组织模式，主要也得益于其在行政管理活动中能够最大限度地保证行政效率。正如马克斯·韦伯盛赞官僚制行政管理是“实施统治上最合理的方式”时所言：“根据全部经验，纯粹的官僚体制的行政管理，即官僚体制集权主义采用档案制度的行政管理，精确稳定有纪律严肃紧张和可靠，也就是说，对于统治者和有关人员来说，言而有信、劳动效益强度大和范围广，形式上可以应用于一切任务，纯粹从技术上看可以达到最高的完善程度”¹

然而，在我国目前非功能化的政府权力结构中，很多行政部门设置分散且重叠，其组织机构职权范围相互交错，边界不清。一方面，对于有利于自身的行政事项，各行政主体会相互争夺；另一方面，对于那些不利于自身的事项则会尽可能的推脱责任。

¹ [德]马克斯·韦伯：《经济与社会》（下卷），商务印书馆1997年版，第293—320页。

无论哪一种情况，都会带来资源的消耗和行政效率的降低。

第三，从改革进程来看，造成了改革各自为政，相互冲突，阻力较大。

从横向角度来看，由于现阶段我国政府权力结构中，业务部门还未得到有效整合，部门要素化问题还没有得到有效解决，各部门内部决策、执行、监督等职能并未完全分离，这就造成现阶段我国行政主管部门权力依旧很大，也依旧没有得到有效的监督制约，部门之间相互隔离，冲突不断。强大的部门必定会产生错综复杂的部门利益，对于改革来说，这无疑是最大的阻碍，各个部门在已经获得授权的基础上不断扩展着手中的权力。在行政部门立法环节中，有些部委凭借着自身在行业内的垄断地位，利用制定法律规章的方式，通过对职权、行为和程序的规定使自身的部门利益制度化、法治化。在行政改革的过程中，部门之间为保留、攫取利益而产生的冲突，数量上远远超过了对于改革方针、路线和策略的讨论与研究，行政改革的动力层层减缓，改革的目标不断被修正，最终行政体制改革被部门之间的横向冲突所淹没。

从纵向角度来看，非功能化的政治权力结构造成了中央与地方改革不配套，使得中央与地方改革各自为政，相互冲突。从宏观意义上讲，大部制改革并非仅仅依靠中央政府的改变，地方政府在现有资源条件下，也应当积极探索适合本地区发展的最优组织结构。从2008年10月上海提出政府机构改革获批之后，全国各地涌现出了许多有益的改革尝试，其中具有代表性的有“单部门突破”的成都模式、“两集中、两到位”的镇江模式、“多牌同挂”的随州模式。¹除此之外，还有江苏省的大农委体制、辽宁省的服务业委员会、长沙市的内设机构推行的大处室制、深圳市的决策-执行-监督“三权分离”、顺德区的党政合署、富阳市的专门委员会等等十分具有个性化的改革举措。²这些改革的新模式、新措施，一方面促进了本地政府优化政府职能，完善运行机制的机构改革要求，突出了地方发展的目标战略，另一方面也促成了中央和地方在机构改革方面的互动与活力，为下一步开展更大规模、更深层次的大部制改革积累了非常有益的经验。

然而根据学者的介绍，除了浙江富阳的“专委会”式的改革，其他地区的改革在不同程度上都因无法做到“上下对应”而遇到瓶颈。³这主要是由于两个原因造成，一方面，我国作为单一制的行政组织结构中，长期存在着“条块关系”的现象。这种现象所形成的管理模式要求，地方政府基本都要服从中央政府，在机构设置上也要与中央政府保持一一对应，比如中央某部在地方政府中就必须设置某厅某局等。这些地方的机构有些属于地方政府的下属单位，而有些直接归属中央政府管理，这种一一对应的局面，给地方行政改革造成了极大的阻碍；另一方面，地方的行政改革发生时间并不一致，有很多改革发生在中央政府正式改革之前，当然也有如富阳的改革选择在中央政府正式改革之后，与中央同步进行。这也造成了这些改革最终结局不同。在中央

¹ 龚常、曾维和、凌峰：《我国大部制改革评述》，载《政治学研究》2008年第3期。

² 详细的介绍可以参见改革杂志社专题研究部：《我国大部制改革的政策演进、实践探索与走向判断》，载《改革》2013年第3期。

³ 竺乾威：《地方政府大部制改革：组织结构角度的分析》，载《中国行政管理》2014年第4期。

政府正式改革之前，各地方政府为了响应国家政策号召，积极展开探索，并且大都取得了有益的结果。但是当中央政府改革正式开始只是，为了做到上文所讲的一一对应，很多地方政府的改革尝试收到了制约，如果对应中央政府改革模式的话，地方政府原先所做的改革就将退回原点，有的地区为了保留这些改革成果，又为了与中央保持一致，故重复设置了诸多部门机构，甚至使原本顺畅的行政流程变得相当繁复和低效。如果不对应中央政府的改革模式的话，待改革势头稍微放缓，组织机构回到日常管理生活当中时就会发现，诸如日常的会议的参与、资源的分配、上交材料等等这些工作都无法进行，甚至带来混乱，致使机关工作停滞。可以看出，这种“中央—地方”改革配套出现的问题，也是由于我国行政体制中碎片化的管理模式所造成的，地方行政体制改革的混乱，不仅在形式上没有表现出“全国一盘棋”的应有状态，而且更为重要的是，中央和地方因为管理的分散与碎片化而无法形成相应的积极互动，严重阻碍了行政体制的改革进程。

三、我国政府权力结构问题的原因

（一）高度集中的政治经济体制的深远影响

相比较起我国古代中央政府权力结构的安排，1949年建国以后所形成的行政传统对我国当下改革的影响更为深远。¹

在以苏联政治为模板建立的我国政府权力结构，强调统治的意识形态化，党务系统与行政系统的高度重合，一度导致了行政系统在实体上的膨胀和在功能上的萎缩。在行政结构方面，以事权为中心设立起来的机构，往往集决策、执行、监督等功能为一身，依靠权力进行资源分配。而且这种事权为中心的政府权力结构设计，不断地将日常生活中常见的综合性的行政事项分割成较小的环节来处理，不仅导致了行政管理的混乱与无序，也增加了部门之间、部门内部机构之间的协调事项，降低了行政效率，从而也致使精细化、理性化的管理理念始终没有深入人心。这种静态、简单、粗放式的管理方式和运行机制成为了计划经济时代我国政府权力结构的典型特征，阻碍着后续改革的进程

（二）改革过度强调适应经济发展

伴随着改革开放的进程，计划经济时代的政府权力结构开始逐步瓦解，新的权力

¹如果仔细梳理我国古代中央政府权力结构历史的话，我们可以看到，在中央政府层面，我国古代政府权力结构模式基本上经历了五个阶段：秦汉时期的“三公九卿制”、隋唐时期的“三省六部体制”、两宋时期的“二府三司制”、元朝的“一省六部制”、明清时期的“内阁六部体制”。这些传统的政府权力结构安排，都有一个共同的规律就是，各朝代对于政府权力结构的变革与调整，无不是在沿袭前代机构模式的基础上发展而来的。这不仅形成了权力结构合理安排的最大化，而且这种继承和延续性也保证了传统中国政治的基本稳定。比如隋唐时期的“三省六部制”，中书省负责发布命令与政策，尚书省下辖六部负责具体执行，门下省负责签发皇帝的命令，带有一定的监督作用。三者分别履行着决策—执行—监督的职能，分工清晰，且具体执行的六部中也不存在上文所述的管理的要素化，其权力结构安排已尽可能达到了合理。这一制度也被后世所沿用，宋明清时期的制度虽然有所区别，但就核心特征来说，仍然属于“三省六部制”的范畴。具体可参见钱穆：《中国历代政治得失》，生活·读书·新知三联书店2011年版，第35—41页。

结构不断形成。2003 年大部制改革以前，我国经历了四次行政体制改革，其中 1982 年和 1988 年的体制改革源于我国自十一届三中全会之后，党和国家工作重心的转移。为了配合社会主义现代化建设的需求，改革的重点集中在试图摆脱高度集中的计划经济体制，按照“统中有分、精简效能”的原则对政府机构进行分合重组和人员增减的调整。在 1988 年的改革中，更是首次明确提及了转变政府职能、弱化直接管理、下放权力等具有历史意义的改革目标。但由于此阶段的改革处于过渡时期，受到过多历史和现实因素的影响，改革并没有取得应有的成效，甚至还出现过反复。¹1992 年召开的党的第十四次代表大会明确提出要建立社会主义市场经济体制，为了适应这一要求，1993 年和 1998 年的两次改革就围绕着转变政府职能、实行政企分开，建立“办事高效、运转协调、行为规范”的政府组织等这些核心目标开展的。在 90 年代的改革过程中，通过对国务院各行政管理部门机构的拆分、合并、裁撤，优化了政府组织结构，使得国务院部门机构数量基本趋于稳定，在一些重点的领域和环节也取得了突破性的进展。

然而认真梳理这几次改革的过程可以发现，90 年代的改革并非真正意义上的针对权力结构来进行的改革，无论是在指导原则还是职能设定上，这种机构调整都是为了使得政府权力结构更加适应经济改革和发展的需求，是针对改革开放以来不断更新的经济政策进行的机构调整。而对于改革开放以来，社会结构方面的变化没有给予必要的重视。致使在地方、行业、个人等多元的利益格局逐渐形成的今天，公民的多元化诉求与单一的参政议政平台之间、繁荣的社会事业与陈旧的社会管理之间产生了巨大的矛盾。再加上社会纠纷解决机制的不完善，社会矛盾激增，对社会稳定形成了极大的威胁。不仅如此，这种对经济积极适用的改革对于管理本身的现代化需求也没有进行有效的回应。要素部门在政府权力结构中依然存在，甚至相比于改革之前更加强势。要素部门对于资源的垄断与分配，不仅使得事务部门无法根据实际情况有效地利用资源，而且也致使管理现代化、专业化、科学化的目标难以实现，最终导致经济改革本身的进程也受到阻碍。

（三）既得利益集团对于改革的阻碍

从现实的角度讲，造成目前政府权力结构现状以及对未来政府权力结构改革进程阻碍最大的，恐怕当属改革开放三十年以来所形成的既得利益集团。不可否认，我国的改革开放取得了巨大的成就，经济体制方面的变革促使计划经济体制的束缚减轻，逐渐形成了带有社会主义特色的市场经济体系。这种市场经济体系最为突出的特点就是由政府主导的经济发展模式，这也就必然决定了政府部门的利益与经济利益联系密切。从公共部门来看，原来在计划经济时代下较为分散的利益体越来越集中化，各利

¹1983 年改革之前，由于国务院恢复部门管理组织的形式，为了便于管理各项行政事务，不断增设部门机构，导致 1981 年底，国务院行政机构多达 100 个，达到有史以来的最高峰。随后的改革虽然重组、削减了诸多机构和部门，但后来在 1983 至 1988 年的五年间由于各种原因，国务院又恢复和增设了相当多的部门机构，至 1987 年底，机构数量达到 72 个，膨胀现象极为严重。这不仅损害了 1983 年的改革成果，也使得 1988 年的体制改革困难重重。

益体的成员也越来越意识到集团内部利益的共通性，越来越多地倾向于采取联合的方式表达自身诉求以及抵御外来势力对于集团利益的侵扰。由于改革开放发展过程的不稳定性，公共部门内部的利益集团也并不具备平稳发展的外部环境，各个利益集团更多的采取不同的策略来扩大其生存的空间。比如在我国“分灶吃饭式”的财政大背景下，中央财政拨付部门的行政经费的减少以及允许政府部门自身进行市场化筹款的政策极大地激发了政府部门追求利益的热情，公共利益不断被部门化，利益集团的实力也逐渐得到了增强。¹从私人部门来看，改革开放之后的我国社会，逐渐由同质的单一社会向异质的多元化社会转变，整个社会内部的利益结构发生变化，原有的利益格局被打破，新的利益格局正在逐步形成。这些新兴的利益阶层或利益群体所形成的利益集团，不同程度介入地方政府决策之中，通过采取各种方式对政府决策施加影响，以换取利益集团的利益的最大化。²

对于政府权力结构来说，利益集团实质上“绑架”了我国政治体制改革的原初动力，使我国政治体制的改革难以有实质性的突破。改革作为利益的调整，必然会涉及到牺牲部分群体的利益来换取整体局面的平衡与稳定。然而由于利益集团的存在以及其与公共权力的密切关系，使得改革变得困难重重，步履维艰。我们时常会发现，改革的过程中充满了各式各样的带有协调性质的会议，这些费时费力的会议大都是为了协调各利益集团之间的利益冲突。原本这种协调会议并非代表政治上的落后，但由于各个利益集团都希望通过协调会不断维护自身的既得利益而争执不下，使得会议进程无法开展，最终结果可能是使改革半途而废，夭折在政策制定的起步阶段。既得利益集团对于改革的阻碍是显著的，总是千方百计地抵制任何与自身利益相悖的改革意图。当既得利益集团发展到一定程度和规模时，利益集团也会主动积极地参与改革，但这种参与实质上是与改革中的健康力量进行博弈，甚至希望能够通过各种手段影响决策层，以期攫取更多新的利益。比如在我国行政实践中，国务院向权力机关提交的法律议案及条例草案多是由国务院各业务部门起草的，这些政府部门常常利用这种政策资源的优势，在制定草案时千方百计地为部门争权力、争利益，借助立法所换来的机构设置权、财政权及法律执行权来巩固集团自身的利益。即便在立法层面没有攫取到新的利益，这些既得利益的集团也会在改革的过程中设置重重障碍，使改革变味走调，脱离预设的改革目标。

（四）学术理论研究的薄弱与缺失

相比于行政改革实践进程，行政组织法的理论探索与研究就显得十分滞后与薄弱。对行政组织法的研究深度不够具体表现在：

第一，组织法研究还未梳理出清晰的学术脉络。行政组织法究竟包含了哪些内容，要解决哪些问题，并没有形成统一意见。现行各类组织法教材所探讨的行政组织法内容主要包括行政机关组织法（解决行政组织的设立及其职责权限）、行政机关编制法

¹具体可参见孙力：《我国公共利益部门化生成机理与过程分析》，载《经济社会体制比较》2006年第4期。

²参见程浩、黄卫平、汪永成：《中国社会利益集团研究》，载《战略与管理》2003年第4期。

(解决行政组织的规模大小及其人员和经费设备)和公务员法(解决行政组织的组成人员),其主要功能是规范和控制行政权。这种研究的理论建立在一元行政的基本假定上,即在一元行政框架下,行政机关如何设置、行政权力如何配置、公务员如何管理。然而从社会转型的角度看,公共行政的多元化发展是必然趋势,一元行政与飞速发展的经济、社会必然将不相适应,因此行政组织法应当要解决好多元公共行政的秩序架构问题。第二,学术界和实务界没有形成互动的研究机制。学术界对实践的了解不到位,问题意识不强。不同领域的专家学者侧重点都不同,但对于真正左右整个国家系统运转的行政系统却并没有得到应有的重视。而实务界又很少参与行政组织法的研究,结果是行政组织法研究的针对性、实践性缺失,难以转化为立法成果在行政实践中,具体行政活动的运作,行政组织中的财政、人员、技术如何发挥作用等问题都很少有进行细致而又规范的研究,不得不说,这在一定程度上削弱了理论研究对于实践的指导作用。第三,研究方法和视角上的滞后。公共行政自身是一个复杂系统,公共行政的转型和发展需要哪些法律制度支持之类的问题,不是简单的理论偏好和价值取向就能解决的,而必须建立在实证调查的基础上,而且需要经济分析和可行性论证等。这就意味着在探讨行政组织法律问题时需要多学科的参与,包括政治学、管理学、经济学、社会学和法学(宪法学与行政法学)等,是一个复杂的系统工程。目前学界对行政组织法律制度的研究大多停留在理论层面,法学界更是侧重于规范分析和价值判断,很难为公共行政实践提供前瞻性的指导。实践中各学科对行政组织法都有一些研究,如政治学、宪法学对中央和地方关系的分析,经济学对经济管制的探讨等,然而却缺乏对行政组织法的系统研究。市场经济条件下需要建构哪些行政组织法律制度、这些制度如何构成一个有机的整体,这些制度的有效运行需要哪些经济、社会、政治和文化条件的支撑,都缺乏深入分析。另外,对于行政权力运行的现实来看,行政权从产生到形成效果始终处在一个连续的过程当中,目前的研究方式刻意的将此种连续过程割裂来看,形成了行政主体理论、公务员制度理论、中央和地方组织结构理论等诸多“理论圈”。虽然不可否认的是,这些“理论圈”都是行政组织法所非常核心的研究范畴,但分散的理论事实上并不能给实践中的行政组织法带来任何指导性的意见。这种将实践中的整体问题拿到理论层面分割来看是一种较为普遍的方式,但其发挥作用的前提是一个稳定、较为封闭的环境系统的存在。现代行政法的发展是一个系统与系统之间相互交互的过程,动态、开放且因大量的裁量性而具有极大的不确定性。在这种环境中传统的研究方式实际上是僵化了行政组织法的研究可能,对于推进改革发展并没有如学者们所宣称的那些优势。

四、国外政府权力结构的比较分析

再进一步提出笔者对于我国政府权力结构改革的具体思路 and 方向之前,有必要对国外主要发达国家政府权力结构的现状安排做一个简单的介绍,以期能够对我国政府权力结构改革的思路带来有益的经验与启发。

(一) 英美两国政府权力结构现状与评述

英国实行的以立宪君主为国家元首的议会内阁制的行政组织体系。中央层面的政府权力结构主要包括了内阁及其直属机构、枢密院和英王三大部分。其中内阁是英国政府的领导核心，也是行政决策机构。主要的职责包括制定政府或者各部的政策，并且提交议会讨论，在议会通过后，负责政策的执行和监督；协调和确定政府各部的职权范围；依法行使“非常权力”；安排女王的政务活动；推动立法等。内阁的事务性工作主要是通过在内阁内部的各个部门完成的，这些部门是实施内阁和首相某一领域政策的职能机构。政府各部的设置要由法律规定，但部的数目没有法定限制，历届政府都根据实际需要进行调整。由于各部的职能不同，各部的规模大小也不同，各部的组织差别很大，但各部之间也有一些共同的组织模式。为了有效地完成内阁所承担的重要工作，内阁内部设置了诸多内阁委员会。这些内阁委员会分为常设的委员会和临时的委员会两种。内阁委员会的大量存在，确保了内阁事务完成的效率与质量，是非常重要的补充机构。另外，在内阁中，还有保证内阁正常运转的办公厅。办公厅在首相指导下由内阁秘书领导，设有内阁秘书处、中央统计局、管理与人事局和史料组等，保证内阁事务能够顺利的得以分配执行。

针对英国的政府权力结构，值得我国借鉴的是其非常精悍的权力结构模式，除了上述介绍的一个办事机构以外，常设委员会只有 4 个，行政部门也只有 15 个。这样精简的政府权力结构设置，之所以能够完成诸多行政任务，主要靠存在于政府活动中的大量的非政府性质的行政机构，这些行政机构不属于政府的相关部门，但在法律范围内或者政府大臣的指导下，从事某些公共事务管理，极大地缓解了政府部门工作的压力，但同时也保证了公共事务管理的专业性与灵活性。

美国联邦行政机构，主要由内阁各部、总统的办事机构以及独立的机构构成。其中各部是根据美国现实情况设立的各个领域的行政部门。值得关注的是，在这些行政部门内部的机构中，通常都分为两类，一类是涉及本部核心业务的业务管理机构，另一类是管理自身部门的机关管理机构。前者根据部门的不同而差别较大，后者因为工作性质相似而采取了大致相同的设置，一般设有机关事务管理、人事、预算、财务和公共关系等机构。对比我国政府权力结构中的部委，美国联邦层面的行政部门有效的避免了上文所提到的“具有中国特色的”要素化管理的困境，美国联邦的行政部门不仅能够发现现实中亟待解决的问题，而且也配备了相应的资源以支撑其开展工作，这一点也值得我们借鉴。

另外，美国联邦政府除了行政部门、总统办事机构以外，较有特色的是其在政府内部存在大量的独立性的机构。这些机构都是为了完成政府专业管理和专门任务而设立的行政机构，大致包括了独立的管制委员会、政府公司和其他独立机构三大类，这些独立机构占据了联邦行政机构的比例最大。这些机构的存在，促使联邦政府对于经济和社会变化的回应能力更加增强，随着社会的发展，这种咨询性、协调性、监督性和司法性的独立机构，不断地推进者美国行政机构的科学化、现代化和效率化，不断确保着政府决策的合理性与专业性。这一点，非常值得我们了解学习。

（二）德法两国政府权力结构现状及评述

德国联邦政府主要是由联邦总理和联邦各部部长组成，对所有有关联邦内政、外交、国防、财政、经济和社会各方面的事务做出决策，进行管理。联邦行政系统设置的最高职能机构是内阁，内阁作为联邦行政系统的最高机构，权力很大，职权范围也很广泛，但与众不同的是，德国联邦政府的内阁中，并没有自己的办事机构，这与其他国家的内阁设置不同。但是德国联邦政府权力极为广泛，它作为国家最高行政机构，有权管辖内政、外交、国防、财政、经济和社会等各方面事务，并做出决策和行使执行权。甚至联邦政府还拥有立法倡议权和立法最后审核权。这与上文所介绍的英美两国的权力结构状态相距甚远，深刻地体现了大陆国家的政府权力结构样态。

而相比于德国强大的联邦政府来说，法国的中央行政机构则相对羸弱许多。从法国第五共和国以来，中央行政机构变化频繁，主要是由于法国宪法和法律没有对中央政府行政机构设置的数目做出确切规定。行政机构的设立和撤销、机构的名称及机构首长的等级，均由历届总统和总理自行审定，因而诸多行政领域前后发生过多次的设立、撤销、分划和合并。但总体上来说，法国的中央行政机构主要由政府、总统府、总理及总理直属机构、中央各部等构成。另外，由于法国政府是双重领导体制，一方面听命于议会，另一方面也要听命于总统，所以其行政机构规模相对庞大，层级也较多，而且特殊的是，中央行政机构中负责管理和解决社会问题的部门占据了较大的比例，这从另一个层面也看出，法国政府权力结构的动荡与不稳定。

（三）日本政府权力结构现状及评述

日本的行政机构是由明治维新后在中央政府实行的太政官制演变而来的。首先，中央行政机构（内阁）根据天皇的敕令建立。内阁机构包括行使政府办公厅职能的内阁官房；作为内阁法律顾问和咨询机关的内阁法制局；协助内阁管理人事行政的独立性机构，负责主持国家公务人员的考试、晋升、任免，决定其职别、薪俸等事项的人事院；具有咨询机构性质本质上作为日本国防决策机构的安全保障会议这几部分组成。其次是总理府及其所属机构。总理府由总理大臣亲自担任首长，是统一政府各部门政策的行政机关。最后，内阁下属行政机构称为“省”。中央共有12个行政省。它们是中央行政机构的主体。各行政省都设有大臣、政务次官、事务次官和大臣秘书官等职位。各省均设大臣官房和若干局。

可以看出，日本政府权力结构主要的特点在于，一方面，其权力结构对国家经济形势发展的回应性较强，政府广泛地干预经济事务，所以具有经济职能的行政机构相对较多，但依然能够充分发挥机构职能，并没有造成混乱。另一方面日本权力结构的制度化、法治化程度较高。其行政机构基本都是源于战后新宪法原则制定的《内阁法》、《国家行政组织法》和各省厅《设置法》等一系列行政组织法规而定的。这些法律法规明确规定日本行政机构的设置、人数和职责权限。机构编制每年核定一次，使得编制能够及时适应社会发展需求。这一点对于我国来说，特别值得借鉴。

五、我国政府权力结构改革的思路与方向

在简单的介绍完国外诸多政府权力结构的样本之后，我们可以发现，在世界范围

内，政府权力结构的模式并非是单一的，多元化的权力结构源自于不同历史情境下的国家需求。虽然梳理和借鉴不同国家政府权力结构设计中的创新部分，对于本国政府权力结构的构建具有重要意义，但一味地奉行“拿来主义”，罔顾本国历史和现实的改革需求，这样的借鉴是不会成功的。所以立足于本国的实际，在深入分析本国政府权力结构的真实问题之后，针对性地提出改革的思路与方向，才可以算作是具有真正意义的成果。鉴于此，笔者通过前文的分析，认为应该从以下几个方面重塑我国政府权力结构，以使其达到改革的预期目标。

（一）树立系统性理念，构建功能化的政府权力结构

所谓政治结构的“系统性”的理念，主要是指将整个政治结构看作是各个子系统通过横向和纵向的相互联系，所形成的有机式的整体结构。在这种系统性的理念下，各个子系统的无论是在静态条件下还是在动态过程中，都处于一种相互影响的状态。这种相互关系不仅能够保证系统时刻处于一种平衡之中，而且也能够使整个系统在行动层面的一致性，而这一点对于我国当下的政府权力结构来说至关重要。系统性理念下对机构整合与协调的重视，对部门间协同的工作机制的重视，对于多元主体构成的行政组织结构，以及在文化层面所表达出来的追求整体性、系统性、一致性的追求，与我们未来所希望的理想改革模式很相似，因此在实际进行改革操作之前，应当培养形成系统性的理念，以期能对未来改革有一个更加深入的认识。

另外，所谓“功能化的政府权力结构”，主要是指在国务院机构设置和权力配置的过程中，要强化对政府功能的实现，将决策、执行和监督的权力适度分立，使三者既相互制约又相互协调。在综合性的业务（事务）管理部门，要根据主管事务的性质建立若干决策委员会，这些委员会不仅包括真正做出决策的核心决策机构，还应该包括配合决策制定的辅助性机构，比如资源和手段方面的支持、立法和政策方面的支持、还包括在信息机构、调查机构、咨询分析机构的辅助。另外，要积极推动决策部门与执行机构相互分离。按照管理的一般规律，决策部门由于其工作性质，须主要强调宏观性和整体性安排，对于整体利益的综合考量也是不同与执行机构的。执行机构在工作中主要强调的是专业性和效率化。两者在人员素质上也有不同的追求，决策人员要有更高的综合知识能力，更多的经验，具有判断力、分析能力和解决问题的能力，而执行机构需要精干，需要长期专注于具体事务，工作人员更强调专业化和技术能力。因此两种不同性质的工作，理应由两类不同的主体去承担，从而能够使决策者和执行者各司其职，各负其责。当然这种分离也并非绝对，要根据各自部门的特点来确定什么类型的事务适宜于决策部门与执行机构相分离的配置方式，什么类型的事务只能依靠传统科层式的命令服从方式来解决。最后对于执行的行为与事项，需要加强监控与监督，作为一种重要的功能，监控与监督功能，能够保证中央的政令畅通，保证国家整体利益，同时也能保证行政系统权力运行具备必要的合法性。因此，建立专业化的执行监控与监督的机构，完善法律执行监督部门的职责是十分必要的。

（二）深化大部制改革，解决管理碎片化问题

应该说，中央实行大部门体制的初衷就是通过将政府组织中部门之间或机构之间

职能重叠和业务交叉的部门或者机构整合成为一个更大的部门或者机构，使得这些部门或者机构拥有较为宽泛的管理权限，便于在管理过程中进行横向的协调，减少政府组织部门之间不必要的冲突与矛盾。如在 2013 年的行政体制改革中建立“交通运输部”，将公路运输、铁路运输、航空运输、水路运输和邮政运输合一，最终实现了大交通的管理，有利于统一规划和资源的合理使用，有效减少了职能交叉。部门的合并促使了业务部门针对具体业务事项的整合，实现一个事项主要由一个部门负责，减少了职能交叉、政出多门、机构之间相互推诿扯皮的现象。可以说，继续深化已经开启的大部制改革是解决管理碎片化问题的最佳途径。而继续深化大部制改革不仅意味着继续扩大现有大部门的规模，还应当整体筹划并逐步推进其他领域的大部门调整，最终实现在文化、科教、医疗卫生、农业、财政、国家安全等部门领域的大部制。更为重要的是，大部制改革应该从第一个阶段“外延式”的机构整合向第二个阶段“内涵式”的职能转变迈进。所谓内涵式大部制改革就是根据实现政府职能向创造良好发展环境，提供优质公共服务，维护社会公平正义的根本转变；实现政府组织机构及人员编制向科学化、规范化、法制化的根本转变；实现行政运行机制和政府管理方式向规范有序、公开透明、便民高效的根本转变。在政府职能高度有机整合和机构与人员配置高度科学合理基础上实现高效率行政运行和高水平政府管理。¹具体来说，应该弄清楚政府究竟应该履行什么样的职能；政府职能究竟应该在各级政府之间和政府部门之间如何合理配置；以及政府究竟应该采取什么履职方式，来促使各项职能的实现。

当然，现阶段继续深化大部制改革，推进业务部门整合，也需要两个支撑性的前提条件：一是需要有较为科学系统的顶层设计。通过对我国各地大部制改革的实践总结，我们发现地方政府作为改革的排头兵已经普遍减缓了改革的步伐，更加深层次的触动利益不仅需要来自高层的支持与鼓励，更需要有一套切实可行的顶层设计，对于大部制未来改革的重点、趋势、基本原则和价值都应该有所规划，如果没有这样一些条件，就会加大改革的盲目性，也难以形成广泛的改革共识，只有在科学系统的顶层设计上，全国上下的改革才能形成一盘棋，才能提高改革的系统化，才能最终建立起相互密切联系的整体性政府；二是注重改革的策略，实质性地削减和下放政府权力。由于改革已进入深水区，涉及的关系、利益问题不是简单的只靠“摸着石头”就能够避免或者解决。因此任何激进的改革方式都不可能带来改革成效的迅速增长，反而有可能破坏已有的改革安排。但稳妥和循序渐进式的改革模式，并不意味着这力度的削弱，大部制改革必须大刀阔斧地进行，从根本上削减政府权力，约束政府对于经济、社会等事务不必要的管理权限，真正做到政府职能的转变，推进改革的历史进程。

（三）改善要素部门管理，设置行政决策中心

面对长期存在的要素化管理模式，我们需要将现有的部门进行必要的拆分。一般针对具体的业务部门来说，需要将其具有统筹协调、宏观调控的部分拆分开来，与单

¹参见《中共中央关于深化行政管理体制改革的意见》，转引自石亚军：《推进实现三个根本转变的内涵式大部制改革》，载《中国行政管理》2013年第1期。

独的要素部门结合，而原先要素部门中涉及具体管理业务的内容与手段，都统一划分至相应的业务部门内，这样就形成了新的业务部门与要素部门。在新的业务部门里，既有原先业务部门的组织架构，又有新并入的资源性的内容，这样就形成了相对集中的业务部门，再随着大部制的不断深入，这样的业务部门结构就越加单一，不仅可以及时发现与本部门相关的具体实践问题，也从此具备了解决实践问题的资源与能力，不仅提高了行政服务的质量，也普遍性地提高了行政效率。

另外，在新的要素部门里，涉及具体事务的职能与事项被剥离出去以后，新的要素部门里基本只剩下进行宏观调控和统筹协调的职能，再将这些新的要素部门与政府原先存在的具有宏观调控职能和统筹协调职能的机构相合并（比如发改委、编办、法制办等）共同形成行政决策中心。这样的行政决策中心拥有政策和规划的制定权、统一划拨财政的权力、统一分配编制的权力、统一制定规则的权力以及统一管理公务人员的权力（包括解决统一解决社保、福利待遇等问题）。行政决策中心根据国家发展的具体情况以及上年度各个业务部门的发展情况与未来的发展需求，统一将相应的政策、财政、编制数量等资源“打包式”的交给各个业务部门，各个业务部门则可以根据自己部门内部的情况调配使用这些资源，进而更加有效地完成行政决策中心布置的各种任务与要求。因此，只有将这些要素性的权力都收归行政决策中心来统一行使，才能在理顺决策、管理和执行的职能，从而达到真正意义上宏观性的整体调控，这样授权方式也充分地调动起了业务部门自主开展工作、解决实际问题的主动性，利于推进国家治理体系的更加完善与协调。

（四）完善业务辅助机构，提高管理专业化水平

理性的政府权力结构不仅要求在设计上科学合理，职责清晰，而且更为重要的是，要符合管理科学的一般规律，体现出管理的专业化。如前文所述，政府权力结构的专业化主要体现在处于其中的公务员素质与辅助机构的设置，鉴于前文已经较为详细地分析了公务员专业化素质水平提升瓶颈所在以及辅助性机构的重要意义，因此此处不再加以赘述。总而言之，重视对于信息系统、设备平台、研究机构等支撑决策、执行功能的机构建设，对于提升管理专业化的水平具有重要意义。

具体来说，应当建立四种类型的辅助机构，一是建立宏观（战略）决策支持系统，此系统主要为政府制定有重大影响战略性、全局性的决策提供依据和支持，对政策执行情况进行监测的计算机系统。如国家发展与改革决策支持系统等。二是建立日常决策支持系统，此系统的主要功能在于为政府各个部门更好的完成自身职能，以日常行政活动中经常需要处理的信息作为数据基础，采用数学的或是更为高级的智能方式对数据进行综合分析预测，最终提供决策帮助。这里主要包括日常行政事务的信息共享与储存平台、面向公众开放的沟通交流平台等。三是建立一整套用于提供研究咨询的系统，用于促进政府实践与学术理论研究相联系。这样经过研究和论证过的政府决策既能保证决策的科学性和合理性，又能在产学研的互动过程中，改善教学与研究的侧重点，提高研究质量。四是建立单独的执行支持系统，此系统主要为独立的执行机构统一执行行政任务提供信息、策略和救济等方面的支持。五是建立独立的监督行

政系统，这套系统可以建构在独立与政府的监督机构内部，为监督政府行政提供必备的技术手段，目前来说可以与我国法院、检察院的信息系统中行政案件的子系统相嫁接，达到资源共享的效果，有效提升监督政府能力。第六类是建立专项的重大活动（项目）信息-决策-执行一体化系统，此系统主要运用于政府开展的重大活动，如为 2008 北京市奥运会、三峡工程等重大项目等提供的信息共享、资源调度、行政监管和辅助决策等功能的综合指挥决策中心及综合指挥系统。七是危机管理支持系统，此系统主要是指针对诸如汶川大地震等突发性紧急事件，及时发现、积极组织政府各部门和社会力量应对危机，提高政府部门面对危机的应急能力和行政效率的系统。前五种系统一般来说是整体性的，可以相互之间实现信息数据共享，后两种针对的是特殊情形，故而需要对其管理方式与共享方式与前四种加以区别，以实现最大效用。

五、结语

中共中央 2008 年的《关于深化行政体制改革的意见》中提出：到 2020 年要建立起比较完善的中国特色社会主义行政管理体制，要加快政府职能转变，深化政府机构改革。2013 年在党的十八届三中全会上颁布的《中共中央关于全面深化改革的决定》（以下称《决定》）中明确指出要改革政府权力结构。要“优化政府机构设置、职能配置、工作流程，完善决策权、执行权、监督权既相互制约又相互协调的行政运行机制。”此外，该《决定》还强调通过改革来推进国家治理体系和治理能力的现代化。从中央高调的政府结构改革宣传中，我们可以看出，改革转型后的政府权力结构必须能够保证政府权力运行的畅通；能够回应社会发展的需求，符合政府管理的一般规律；能够提升政府的整体管理能力，为科学决策、有效执行和监督提供支持；能够提高政府的管理效能，降低运行成本；能够建立起内在的权力制约机制，确保政府廉洁。但必须清楚的是，无论改革的愿景多么令人向往，改革终究是一个逐渐完善的过程，我们既不能简单地希望一蹴而就的成功，也不能因为其复杂性而望而却步。只有不断探索和改进，才能真正建立起适合现代社会需要的科学、合理的政府权力结构。

政府権力構造改革研究

—国家治理（Governance）システムの現代化を視角に

薛剛凌、宋龙飞*

[概要]改革開放から三十年が経った現在、わが国の政府権力構造においては、七回の改革が行われた。このような機構改革は、我が国の政治体制の進展を推進するとともに、我が国の事権を中心とする政府権力の構造における問題点を表面化し、ある程度で改革の歴史的進展を阻害している。そこで、機能を中心とするシステム化政府を構築して、業務部門を統合し、行政策略中心を構築し、補助行政機構を増設し、組織制度の構築を完備化し、組織法機能を発揮する方式によって、現行構造の中の破片化、要素化および被専門性等の問題を解決および改善し、国家治理（Governance）システムを現代化に推進することができる。

[キーワード]政府権力構造、破片化管理、要素化管理、
国家治理（Governance）システム

一、問題の提起

二、我が国における政府権力構造の現状と影響

（一）システム機能が比較的弱い政府権力構造の配置

第一に、政府権力構造における「破片化」の問題が嚴重である。

第二に、政府権力構造における管理手段の「要素化」である。

第三に、行政機構の専門家機能が比較的弱いことである。

（二）政府権力構造システム機能が比較的弱いことによる影響

第一に、システム内部から見ると、政府権力構造システムの操作が失調し、内部的消耗が嚴重である。

第二に、外部から見ると、政府機構の間のたらいまわし等の現象が、社会反響および行政効率の二重的低下をもたらす。

第三に、改革の進展から見ると、改革は、各自の政策を行い、相互衝突し、妨害力が比較的に大きいことをもたらした。

三、我が国における政府権力構造問題の原因

（一）高度集中の政治経済システムの深い影響である。

（二）改革が過度に経済発展に適合することを強調している。

*薛剛凌，中国政法大学法学院教授；宋龙飞，中国政法大学法学院博士研究生。

(三) 既得利益集団の改革に対する妨害

(四) 学術理論研究の薄弱と欠陥

四、外国の政府権力構造との比較的分析

(一) 英米両国の政府権力構造の現状と評価

(二) ドイツフランス両国の政府権力構造の現状と評価

(三) 日本の政府権力構造の現状と評価

五、我が国における政府権力構造改革の思考方式と方向

(一) システム化理念を確立し、機能化の政府権力構造を構築する。

(二) 大部門体制の改革を深化し、管理の破片化の問題を解決する。

(三) 要素部門管理を改善し、行政策略中心を設置する。

(四) 業務補助機構を完備化し、管理の専門家のレベルを高める。

五、結語

정부권력구조개혁에 관한 연구

—국가치리 (Governance) 시스템의 현대화를 시각으로

薛刚凌、宋龙飞*

[요약] 개혁개방을 실시한 지 삼십년이 지난 현재, 우리나라의 정부권력구조는 7차례의 개혁을 진행했다. 역대의 이러한 기구 개혁은, 우리나라의 정치체제의 발전을 추진함과 동시에, 우리나라의 事權을 중심으로 하는 정부권력구조의 문제점을 표면화하여, 어느 정도 개혁의 역사 발전을 저해하고 있다. 그리하여, 공능을 중심으로 하는 시스템화 정부를 구축하여, 사업부문을 통합하고, 행정책략센터를 구축하며, 보조행정기구를 증설하고, 조직제도의 구축을 완전화하며, 조직법 기능을 발휘하는 방식 등을 통하여 현행 구조 중의 파편화, 요소화 및 피전문성 등의 문제를 해결하고 개선하여, 국가치리 (Governance) 시스템을 현대화의 방향으로 추진해야 한다.

[키워드] 정부권력구조, 파편화관리, 요소화관리, 국가치리 (Governance) 시스템

一、문제의 제기

二、우리나라의 정부권력구조의 현황과 영향

(一) 시스템 기능이 상대적으로 약한 정부권력구조의 배치

첫째, 정부권력구조의 '파편화' 문제가 엄중하다.

둘째, 정부권력구조의 관리 방법의 "요소화"이다.

셋째, 행정기구의 전문가 공능이 비교적 약한 것이다.

(二) 정부권력구조 시스템 공능이 비교적 약한 것에 의한 영향

첫째, 시스템 내부에서 보면, 정부권력구조 시스템의 운행이 실조하고, 내부적 소모가 엄중하다.

둘째, 외부에서부터 보면 정부기구 사이의 서로 밀고 당기는 현상을 조성하고, 사회적 회응성 및 행정효율의 이중적 저하를 초래한다.

셋째, 개혁의 진전에서 보면, 개혁은 각자의 정책을 실시하며, 상호 충돌하고, 저애력이 비교적 큰 현상을 초래한다.

三、우리나라의 정부권력구조 문제의 원인

(一) 고도집중의 정치경제 시스템의 깊은 영향이다.

(二) 개혁이 지나치게 경제 발전에 적응할 것을 강조하고 있다.

*薛刚凌, 中国政法大学法学院教授; 宋龙飞, 中国政法大学法学院博士研究生。

(三) 기독교익집단의개혁에대한저애

(四) 학술이론연구의박약및결함

四、외국의정부권력구조와의비교적분석

(一) 영미양국의정부권력구조의현황과평술

(二) 독일프랑스양국의정부권력구조의현황과평술

(三) 일본의정부권력구조의현황과평술

五、우리나라의정부권력구조개혁의사고방식과방향

(一) 시스템화이념을확립하고, 공능화된정부권력구조를구축한다.

(二) 大部門제개혁을심화하고, 관리의파편화문제를해결한다.

(三) 요소부문관리를개선하고, 행정결책센터를설치한다.

(四) 업무보조기구를완전화하고, 관리의전문가수준을높인다.

五、결어

台灣訴願制度之過去、現在與未來

張文郁*

目次

- 壹、1998 年修正前之訴願制度簡介
- 貳、1998 年訴願法修正後之訴願制度要點簡介
 - 一、概說
 - 二、訴願之性質
 - 三、訴願功能之加強
 - 四、訴願決定之拘束力
- 參、未來可能之修法方向
 - 一、訴願之提起改為向訴願管轄機關提起
 - 二、機關間委託之受理訴願機關可能修正
 - 三、增設拒為處分之課以義務訴願
 - 四、共同訴願及訴願參加應修正
 - 五、訴願制度是否應廢除
- 肆、結語

壹、1998 年修正前之訴願制度簡介

台灣地區之訴願制度根源於 1911 年中華民國臨時約法第 8 條之規定：「人民有陳訴於行政機關之權。」此乃台灣地區訴願制度法制化之始。於 1914 年北京政府修正中華民國約法，將人民之「陳訴權」改為「訴願權」，並制定訴願條例，自此，在中華民國法制上，訴願即為人民對抗國家(行政機關)公權力侵害之重要基本權利。國民政府在 1930 年 3 月 24 日制定訴願法，全文共計 14 條，此乃是台灣地區現行訴願法之最初版本。

1930 年之訴願法已採二級行政內部自我審查制度，亦即訴願、再訴願，其第二條規定：「訴願之管轄如左：一、不服縣、市政府之處分者，向省政府主管廳提起訴願；如不服其決定，向省政府提起再訴願。二、不服省政府各廳之處分者，向省政府提起訴願；如不服其決定，向中央主管部、會提起再訴願。三、不服省政府之處分者，向中央主管部、會提起訴願；如不服其決定，向主管院提起再訴願。四、不服特別市各局之處分者，向特別市政府提起訴願；如不服其決定，向中央主管部、會提起再訴願。五、不服特別市政府之處分者，向中央主管部、會提起訴願；如不服其決定，向

*國立臺北大學法律系教授。

主管院提起再訴願。六、不服中央各部、會之處分者，向原部、會提起訴願；如不服其決定，向主管院提起再訴願。」、第四條規定：「不服不當處分者，以再訴願之決定，為最終之決定。其不服違法處分之再訴願，經決定後，得依法提起行政訴訟。」。依據此規定，訴願人或利害關係人對於違法處分之再訴願決定不服時，可向行政法院提起撤銷訴訟¹，此種行政救濟制度應是仿照德意志第二帝國成立前之巴登、普魯士制度，以行政內部二級訴願審查作為第一審與第二審，終審則由職業法官組成之行政法院擔任，但僅為一級，且全國僅設單一之行政法院。本法所採取之重要基本規範包括訴願期間為三十日(第五條第一項)、訴願就書面決定之，但認為必要時，得令為言詞辯論(第九條)以及訴願未決定前，原處分不失其效力。但受理訴願之官署，得因必要情形，停止其執行，亦即執行不停止原則(第十一條)、訴願之決定，有拘束原處分或原決定官署之效力(第十二條)，此等規定仍沿用至今而為現行訴願法所保留。1936年之重要修正則是明定訴願決定之期限為三個月。1970年之修正重點則為下列：1. 對行政處分之概念明文規範，2. 行政機關對於人民申請之案件於法定期限內不作為者，視為駁回處分，3. 受理訴願機關得不發回原處分機關而逕為決定，4. 訴願人得撤回訴願，訴願經撤回後，不得復提起同一之訴願，5. 訴願因逾越期限而不受理時，若原處分顯屬違法或不當者，原處分機關或其上級機關仍得依職權撤銷或變更原處分，6. **訴願審議委員會之設置**。1994年之修正更強調訴願審議委員會之公正、不偏袒行政機關功能，規定公正之社會人士、學者、專家之名額不得少於三分之一，增加人民之信賴²。

貳、1998年訴願法修正後之訴願制度要點簡介

一、概說

“憲法”既保障人民之各種基本權，基於有權利即有救濟之原則，於人民之權利受侵害時，亦應給予救濟途徑，以貫徹其權利之保障。人民行政法上之權利受侵害時應如何救濟，各國法制不同，臺灣地區係採行政內部自我管控之訴願³以及行政外部司法管控之行政訴訟並行。舊行政爭訟制度之設計原本規定人民(訴願人)須先經訴願、再訴願程序而後始能向全國唯一之行政法院提起行政(撤銷)訴訟，此即所謂訴願前置或訴願先行。此種設計乃參考十九世紀下半南德各邦、奧地利傳至日本之制度，輾轉傳至臺灣地區⁴，其理論基礎在於兼顧權力分立原則，讓行政內部保有先行自我審查之

¹於撤銷訴訟可附帶請求損害賠償。

²對於歷次修正之內容，參照廖義男，我“國”訴願制度沿革，訴願專論選輯(十一)，2000年，台北市政府訴願審議委員會出版，第六十八頁以下；蔡志方，我“國”訴願制度之過去、現在與未來，收錄於行政救濟與行政法學(三)，第一四二頁以下。

³行政內部自我管控之救濟除訴願外，另有其他特別救濟制度，例如公務人員保障法規定之復審與申訴、教師法規定之申訴、再申訴以及政府採購法規定之採購申訴等，限於篇幅，在此不擬論述。

⁴參照吳庚，行政法之理論與實用，第十版第六二九頁。

機會，於行政未給予人民救濟時，再讓人民得向行政以外之法院請求救濟，避免行政同時球員兼裁判，有害人民之信賴，同時亦可防止行政自我偏袒之弊，此外，訴願先行制度亦可疏減訟源，減輕行政法院之負擔¹。職是之故，”憲法”於1947年(民國三十六年)公布施行時，第十六條乃將訴願和訴訟並列，同時作為權利救濟之手段，其規定：「人民有請願²、訴願及訴訟之權。」，1998年修正時，廢除再訴願，目前僅剩訴願一級³。

二、訴願之性質

(一)、行政內部依法行政之自我管控

訴願乃是人民因行政機關所為違法或不當之行政處分侵害其權益，或機關怠於作出人民申請之行政處分而侵害其權益時，於行政體系內之救濟制度(訴願法第一條、第二條參照)。“憲法”第十六條將訴願和訴訟並列，而為人民權利被公權力侵害時之救濟手段⁴，然而，依法行政原則之遵守乃是行政機關之首要義務，若行政機關或下級機關之行政處分違法，原處分機關或上級監督機關本應依職權將之撤銷或變更，以符法律之規定，是以行政程序法第一一七條規定：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：一、撤銷對公益有重大危害者。二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。」，依據該條規定，縱使人民未對違法處分提起救濟或提起逾期⁵，原處分機關或其上級機關亦應依職權將違法處分撤銷，更何況人民已提出訴願，行政機關更有維護人民基本權以及依法行政之義務，職是之故，訴願制度並非完全在於行政救濟，而是含有依法行政原則管控之作用，此觀訴願法第八十條第一項之規定：「I. 提起訴願因逾法定期間而為不受理決定時，原行政處分顯屬違法或不當者，原行政處分機關或其上級機關得依職權撤銷或變更之。但有左列情形之一者，不得為之：一、其撤銷或變更對公益有重大危害者。二、行政處分受益人之信賴利益顯然較行政處分撤銷或變更所欲維護之公益更值得保護者。」即可明瞭。因此，訴願制度除有救濟制度之色彩外，應亦有確保行政機關依法行政之作用。

訴願與屬於司法權之行政訴訟本質差異甚大，訴願乃是行政機關之內部自我審查

¹Vgl. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 15. Aufl., 2007, Vor § 68 Rn. 1.

²請願並非人民權利受害之救濟制度，故請願法第四條規定：「人民對於依法應提起訴訟或訴願之事項，不得請願。」；關於請願之介紹，另請參照林紀東，行政法，1955年版，第四七三頁；蔡志方，行政救濟法新論，2007年三版，第十三頁以下。

³於某些特殊法律，立法者規定訴願提起前須經前置救濟程序，例如稅法領域，立法者對於課稅處分之救濟另設復查之制，以之作為訴願之先行程序，故仍有二級行政之內部審查程序。

⁴參照吳庚，行政爭訟法論，2008年修訂四版，第一頁以下。

⁵訴願法第八十條參照。

機制，對於行政處分之合法性、合目的性(具體妥當性)於行政內部由上級機關或上級監督機關進行內部自我管控，不但確保依法行政原則之遵守而且維護人民之基本權，職是之故，訴願程序亦屬於行政程序之續行¹。在有效之權利保護和法治國原則之要求下，將訴願程序作為提起行政訴訟之先行程序而以之作為某些訴訟類型之合法要件²並未妨礙人民及時獲得救濟之請求，亦不造成司法救濟之拖延，是以並不牴觸““憲法””對於基本權，特別是訴訟權保障之要求³。

(二)、準司法性質之救濟設計

訴願雖是行政內部之依法行政管控制度，由原處分機關之上級機關或上級監督機關⁴作為訴願管轄機關，然而訴願決定之作成並非由訴願管轄機關所屬之公務員，而是由其內部所設之訴願審議委員會作成。1998年修正前之訴願法第二十六條規定：「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以熟諳法令者為原則，其中社會公正人士、學者、專家不得少於訴願審議委員會成員三分之一。」，據此規定可知，受理訴願機關作成訴願決定時，受到外聘之專家學者委員影響，並無完全之掌控權，然而外聘之委員人數最少時僅為三分之一，若機關內部所屬人員全數出席時，仍超過半數而得支配訴願決定之內容。立法者為免除可能官官相護、行政機關(長官)干涉訴願決定之弊，認為訴願審議委員會應獨立行使職權，不受訴願管轄機關之拘束，以強化其救濟功能⁵，使訴願準司法化⁶，因此，於1998年修正之訴願法第五十二條規定：「I. 各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。II. 訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一。III. 訴願審議委員會組織規程及審議規則，由主管院定之。」，又依同法第五十三條規定：「訴願決定應經訴願審議委員會會議之決議，其決議以委員過半數之出席，出席委員過半數之同意行之。」，依據此等規定，可知訴願審議因借重外聘委員之專業知識與超脫行政機關之客觀地位，使外聘委員能掌控訴願決定之公正作成，而不受制於受理訴願機關或其他機關公務員出身之訴願委員。受理訴願機關長官縱使不同意審議委員會之決議⁷，亦無

¹Vgl. Kopp/Schenke, aaO., Vor § 68 Rn. 5. 然而訴願程序究為已終結行政程序而由受理訴願機關重開，抑或屬於原行政程序之續行，於德國文獻有不同見解。

²Vgl. Kopp/Schenke, aaO., Vor § 68 Rn. 6.

³特別是臺灣地區“憲法”第十六條明文規定人民之訴願權應受保障，因此，不造成救濟障礙之訴願制度應屬合憲。但起訴前過多之行政內部審查層級常被批評造成訴訟權之妨礙，是以舊法之再訴願制度已經廢除。德國與臺灣地區相反，於德國基本法並無關於訴願之規定，該國之實務、通說認為無法從基本法第十九條第四項或相關基本權導出訴願之強制性，vgl. Kopp/Schenke, aaO., Vor § 68 Rn. 1; BVerfGE 60, 291; 69, 48.

⁴例外是原處分機關為中央各院時，由原院作為受理訴願機關。參照訴願法第四條第八款。

⁵參照張自強、郭介恆，訴願法釋義與實務，2008年再版，第二零零頁、第二零二頁。

⁶蔡志方，新訴願法與訴願程序解說，1999年版，第二十五、二十六頁參照。

⁷縱使有些訴願審議委員會以機關型態組成，例如台北市政府訴願審議委員會，然而其審議決議仍應以受理訴願機關台北市政府之名義對外發布，不得以訴願審議委員會之名義對外作成訴願決定，惟訴願決定書之署名並非由受理訴願機關之長官，而是由訴願審議委員會之主任委員和其他委員。

法變更¹，只得將訴願決定對外公布、送達給訴願人與利害關係人。若受理訴願機關未經訴願審議委員會作成決議而自行作成訴願決定，該決定應有重大明顯之程序瑕疵應屬無效²。因此，**訴願審議委員會實質性具有相當之獨立性**，雖說訴願乃是行政內部之自我審查程序，其並非真正由行政機關再次依一般行政程序重為裁決，僅是形式上以屬於行政機關之受理訴願機關之名義作出訴願決定，實質上卻是由行政機關以外之多數專家學者掌控，依特別之訴願審議程序作成全新之行政處分(訴願決定)，其與行政機關內部之關係並非如其名義般濃厚，而且此種獨立救濟層級之設計是否符合訴願為行政機關內部自我審查之原意，不無疑義，故質疑之聲並非全無³。當然受理訴願機關可藉由聘請立場與其政策傾向相近之專家學者作為訴願委員，然而專家學者之不可掌控性顯然高於受理訴願機關所屬之公務員。德國之訴願審查，雖非由原承辦人再次辦理，然而通常仍由同機關層級較高之其他公務員辦理⁴，職是之故，與德國制度相較，將訴願準司法化之設計應屬台灣訴願制度獨特之處。

(三)、不利變更禁止

訴願乃是人民因行政機關所為違法或不當之行政處分侵害其權益時於行政體系內進行之救濟制度(訴願法第一條參照)。但依法行政原則之遵守乃是行政機關之首要義務，若行政機關或下級機關之行政處分違法，甚至處分相對人之救濟期間已經過，原處分機關或上級機關仍應依法將之撤銷或變更，以符法治國原則之要求(訴願法第一條、第八十條參照)。因此，訴願制度除有救濟制度之色彩外，亦有**確保行政機關依法行政之作用**。訴願法第八十一條第一項規定：「訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。」。此項立法於法理上是否正確，顯有疑義，特別是受理訴願機關於撤銷原處分而發回原處分機關命其重為處分時，原處分機關是否得做出更不利訴願人之決定或行政處分，並非毫無爭議，學理上可分為積極說、消極說和折衷說三種見解⁵：

1. 積極說：支持積極說之理由為行政程序採職權調查主義，受理訴願機關於不違反法規及自由裁量之原則下，不受當事人主張之拘束，故作成決定時，儘可對當事人為不利益之變更。此外，受理訴願機關原則上為原處分機關之上級機關(訴願法第四條參照)，其對於下級機關之處分本有撤銷、變更之權力，為確保依法行政原則之遵守，自可對於違法之行政處分依法作出不利益之變更。訴願人之訴願僅為促使上級機關發動其監督權而已。

¹相同見解參照蔡志方，行政救濟法新論，第四十八頁註一一八。

²參照陳敏，行政法總論，2004年第四版，第一二零零頁。

³參照蔡志方，行政救濟法新論，第四十九頁邊碼3040。

⁴參照吳庚，訴願制度準司法化之探討，訴願專論選輯-訴願新制專論系列之七，台北市政府(訴願審議委員會)2006年12月出版，第九十一頁。

⁵參照林紀東，前揭書，第五零一頁，第五零二頁。

2. 消極說：本說認為訴願乃行政救濟方法之一，對於訴願如為不利益之變更，將與行政救濟之本旨不符，如由於行政監督之觀點，對原處分應另為處置時，宜經由他種途徑為之，不宜於訴願決定中為不利益之變更，致破壞訴願制度之精神。

3. 折衷說：本說認為受理訴願機關是否得為不利益之變更，應視受理訴願機關是否依實體法有管轄權而異。若受理訴願機關為原處分機關之一般監督上級機關，縱無訴願程序，亦有審查原處分之權，則其所為之訴願決定不受當事人請求之拘束，得依職權於請求範圍內變更之。若受理訴願機關非此類機關，換言之，其並無固有之管轄權限，即不得對原處分為不利訴願人之變更。

行政法院鑑於訴願以及行政訴訟之救濟性質，許多判例、判決採消極說，於許多判決表示不利變更應受禁止¹。立法者為彰顯訴願制度之權利救濟作用，更於1998年修正之訴願法第八十一條第一項明文規定，於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利之變更或處分。將行政法院創設之見解實證化。

德國行政法院法(VwGO)並未規定在訴願程序是否允許不利變更禁止，而是委由聯邦或各邦立法者於相關法律進行規範，例如租稅通則(AO)第三六七條第二項第二句明文規定在特定要件下允許不利變更²。此外，該國文獻上亦有學者認為，訴願之權利救濟性質並不當然可導出不利變更禁止之排除，但訴願之依法行政自我管控作用亦非必然導出不利變更之許可³。該國通說係採折衷說，其認為，若受理訴願機關自身依實體法擁有作出不利行政處分之權限(並非指對原處分機關單純之指揮監督權)，即得將原處分作出不利訴願人之變更⁴，至於不利變更是否違反信賴保護之規定，原則上認為訴願人既然提起訴願請求撤銷原處分，即表示其並未對原處分之規範內容產生信賴，換言之，提起訴願通常可認為係訴願人放棄其對所非難行政處分之信賴，雖然仍須依個案判斷是否排除信賴保護之適用，無論如何，訴願人和已有形式存續力之行政處分之相對人相比，其所得主張之信賴保護較低⁵。此外，如前所述，訴願之權利救濟性質並非當然可導出排除不利變更禁止之適用⁶，法律(依法行政原則)之遵守似乎更重要，例如臺灣地區刑事訴訟法第三七零條規定：「由被告上訴或為被告之利益上訴者，第

¹ 例如行政法院三十一年判字十二號判例、三十五年判字二十六號判例：「訴願係人民因行政官署之違法或不當處分，致損害其權利或利益時，請求救濟之方法。受理訴願官署，如認訴願為無理由，祇應駁回訴願，自不得於訴願人所請求範圍之外，與以不利益之變更，致失行政救濟之本旨。」。

² § 367 Abs. 2: "Die Finanzbehörde, die über den Einspruch entscheidet, hat die Sache in vollem Umfang erneut zu prüfen. Der Verwaltungsakt kann auch zum Nachteil des Einspruchsführers geändert werden, wenn dieser auf die Möglichkeit einer verbösernden Entscheidung unter Angabe von Gründen hingewiesen und ihm Gelegenheit gegeben worden ist, sich hierzu zu äußern. Einer Einspruchsentscheidung bedarf es nur insoweit, als die Finanzbehörde dem Einspruch nicht abhilft."

³ Vgl. Kopp/Schenke, aaO., § 68, Rn. 10 a; BVerwGE 51, 314.

⁴ Vgl. Kopp/Schenke, aaO., § 68, Rn. 10 b.

⁵ 參照陳敏，前揭書，第一一八四頁；vgl. Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 15. Aufl., 2000, Rn. 219 ff.; Kopp/Schenke, aaO., § 68, Rn. 10 c; Jäde, Verwaltungsverfahren, Widerspruchsverfahren, Verwaltungsprozess, 4. Aufl., 2001, Rn. 152. Weides, Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren, 3. Aufl., 1993, S. 299.

⁶ Vgl. Kopp/Schenke, aaO., § 68, Rn. 10 a; Jäde, aaO., Rn. 149; BVerwGE 51, 310.

二審法院不得論知較重於原審判決之刑。但因原審判決適用法條不當而撤銷之者，不在此限」。由此規定可推知，法律之遵守應更重於被告救濟之請求。雖有認為從訴外裁判禁止原則亦可導出不利變更禁止原則，然而法院之裁判除遵照原告或上訴人之聲明外，亦須遵照被告或被上訴人之聲明(通常即為駁回原告之訴或上訴人之上訴)做出裁判，換言之，法院並非僅依原告或上訴人之聲明，亦應依被上訴人及被告之聲明為裁判。更何況於行政訴訟，若涉及公益之維護，當事人之處分權受到限制，法院得不顧當事人之意思依法審判，此從捨棄、認諾、撤回、和解之限制以及當事人之主張不拘束法院即可得知¹。職是之故，法院為維護法治國原則，貫徹依法行政之要求，做出不利原告或上訴人之判決於法理上應有其正當性。

職是之故，反對不利變更禁止之見解認為：「1. 就行政救濟之本旨而論：行政救濟制度是否應保障人民獲得較有利之結果始符合創立之本旨，尚有待商榷。蓋訴願制度尚有確保行政之實質正確性、實現依法行政及行政自我監督及反省等功能及目的存在；在各種難以相容之目的間，如何權衡公私益之取捨，尚有論究空間，難謂對人民權利之絕對保障，居於必然之優先順位；2. 就訴願標的處分主義而言：訴願標的之處分主義，係當事人主義之下位概念，基於訴願制度涉及依法行政原則之要求、程序經濟及公益等考量，各國之訴願制度均不採完全之當事人主義，臺灣地區訴願程序除提起訴願與撤回等少數程序外，則仍以職權主義為主。此外，訴願程序同時採職權調查主義，且訴願之標的無不涉及公益，恐無法完全任由當事人聲明拘束。因此，以處分主義作為「不利益變更禁止」之理論基礎，似有未足；3. 就訴願權、訴訟權的“憲法”保障而論：“憲法”第 16 條固然保障人民有提起訴願救濟之權利，惟並不保證必然獲得救濟。保障之重點應在於訴願制度之設計是否符合正當程序之要求，並使人民獲得公平救濟之機會，至於訴願結果如何，應非屬訴願保障之內涵；4. 關於信賴保護原則的理據：訴願救濟管道之提供，並不保障必然獲得救濟，且在法律無明文規定時，訴願人本身亦須了解有此風險，評估後始決定是否提起。此外，訴願人所期待信賴之對象若為原處分，則變更原處分反而是訴願人所期待者，若為訴願決定，則該決定尚未作成，如何成為信賴之基礎？」²，另有學者認為，訴願制度不收訴願費用，其訴願遭駁回無須負擔費用，且由於不利變更禁止，因違法不當處分獲有不正利益者，反得以提起訴願確保其不正利益(蓋未提起訴願者，行政機關於該處分發生形式存續力後，若相對人無信賴保護之情形，仍得依職權撤銷之，而剝奪其不正利益)，此項立法未免過猶不及，實有商榷餘地³。拙見認為該等見解應可贊同，立法者雖有權決定是否採用不利變更禁止原則，然而從法治國原則之貫徹及公平正義之維持而言，臺灣地區訴願法第八十一條第一項關於不利變更禁止之規定實有商榷之處，或可參考刑事訴訟法

¹於(涉及公益之)非訟事件，當事人之聲明亦無拘束性，例如民事訴訟法第 572-1 條第四項規定：「前三項情形，法院為裁判時，不受當事人聲明事項之拘束。」

² 陳愛娥，行政救濟程序中之不利益變更禁止，行政院訴願審議委員會委託研究計畫，民國九十七年十二月，第三十九頁以下。

³陳敏，前揭書，第一一八四頁註二十九；吳庚，前揭書，第三五二頁。

第三七零條進行修正始為妥當¹。文獻上更有學者認為，訴願法第八十一條關於不利變更禁止之規定應該刪除者²。

應注意者乃是，不利變更禁止規定於訴願法第八十一條，該條係針對訴願有理由所為之規定，理論上應僅限於訴願有理由而將原處分撤銷或變更之情形始有不利變更禁止之適用³，然而現行實務卻無限擴大不利變更禁止之適用範圍，只要行政處分之相對人曾經提起救濟，包括訴願之先行政程序，皆適用不利變更禁止之規定，不僅訴願無理由，甚至連不受理之情形，皆在適用範圍，此種處理方式明顯違反依法行政之要求，而給予(維持)相對人不法之利益，實在有重新檢討之必要。

三、訴願功能之加強

(一)、增設課以義務訴願之規定

在舊訴願法之時期，於行政機關對人民作出侵益處分之情形，若人民不服該行政處分時，係直接請求受理訴願機關撤銷、變更該行政處分。然而在撤銷訴願，必須先有行政處分存在，受理訴願機關始有撤銷、變更之對象，若行政機關受理人民之申請後，怠於行為時，因行政機關並無任何作為，無行政處分存在，是否得提起訴願，即有疑問。立法者為避免爭議，周延人民權益之維護，乃於舊訴願法第二條第二項明文規定：「中央或地方機關對於人民依法聲請之案件，於法定期限內應作為而不作為，致損害人民之權利或利益者，**視同行政處分**。」，此種擬制之處分，實務認為係駁回處分⁴，使人民得以對之聲明不服，立意原本良善，然而該規定於理論上卻有可議之處，蓋行政機關本無任何行為，立法者卻將之擬制成行政處分(駁回處分)，使申請人得對之提起撤銷訴願，請求撤銷原本不存在之虛擬處分，此種擬制因而遭到批評。行政機關對於人民依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為者，既視為駁回，使人民據以提起訴願請求撤銷該擬制之駁回處分，由於不論行政機關是否確實作出駁回之行政處分，皆以撤銷處分作為救濟之方式，是以通說認為在舊訴願法，訴願之類型僅有撤銷訴願一種⁵。由於舊法之規定將訴願類型限縮於撤銷訴願，使本質上請求行政機關作出行政處分而行政機關怠於作為之案件亦應提起撤銷訴願，顯然不符現代法制賦予人民全面性救濟途徑之潮流。

1998年修正訴願法時，立法者將第二條關擬制處分之規定變更，直接規定「人民因中央或地方機關對於其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害

¹最高行政法院 62 年判字第 298 號判例亦採相同見解：「依行政救濟之法理，除原處分適用法律錯誤外，申請復查之結果，不得為更不利於行政救濟人之決定。」

² 陳愛娥，前揭報告，第七十五頁以下。

³類似見解參照洪家殷，訴願與不利亦變更之禁止，訴願專論選輯-訴願新制專論系列之八，台北市政府(訴願審議委員會)2007年12月出版，第七十八頁以下；不同見解，蔡志方，新訴願法與訴願程序解說，一九九九年版，第二八六頁、第二八七頁。

⁴行政法院 75 判字 1710 判決參照

⁵參照吳庚，行政爭訟法論，民國八十八年修訂版，第三四零頁以下；蔡志方，行政救濟與行政法學(三)，2004年版，第三五七頁以下。

其權利或利益者，亦得提起訴願。前項期間，法令未規定者，自機關受理申請之日起為二個月。]; 同法第八十二條第一項亦配合規定，「對於依第二條第一項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」。若將此等修正規定和行政訴訟法第五條第一項和第二零零條相比較，即可知其性質極為相似，此外，原告欲提起課以義務訴訟原則上必須先進行訴願程序，而課以義務訴訟之前置訴願程序性質上應為課以義務訴願，不應為撤銷訴願，蓋因第五條第一項之情形(怠為處分訴訟)並無行政處分可供撤銷，是以應可認為修正後之訴願法已增設課以義務訴願之類型¹。此項修正增強人民權益之維護，免除撤銷虛擬處分之迂迴途徑，使人民得直接對行政機關行使其公法上之請求權，得以迅速實現權利，對於健全法制提供莫大之作用。

惟美中不足者乃是訴願法第二條並未如行政訴訟法第五條第二項般，對行政機關駁回人民申請之情形設有亦得提起課以義務訴願之規定，因此，於行政機關受理人民之申請後作出駁回申請之處分時，申請人應提起何種類型之訴願，即有疑義。行政訴訟法第五條第二項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」，通說認為在行政機關拒為處分之情形，若原告(訴願人)提起撤銷訴訟單純請求撤銷駁回申請之行政處分並無實益，行政法院應向原告闡明，促其改提課以義務訴訟，若原告執意提起撤銷訴訟，則法院應以原告之訴欠缺權利保護必要為由，裁定駁回之，因其藉由撤銷訴訟無法獲得所請求之行政處分²。此種見解是否亦應適用於訴願程序應有深思之必要。蓋撤銷訴願之目的在於撤銷訴願人非難之行政處分，其權利保護之目的即可達成，故於申請作成行政處分之訴願案件，訴願之目的在於訴願人欲獲得所申請之行政處分，不在於撤銷駁回申請之處分，理論上撤銷訴願並非拒為行政處分案件之適當救濟途徑，而訴願法第二條雖設有課以義務訴願，惟其規定較諸行政訴訟法第五條並非周延，此應有法律漏洞，但是否應將行政訴訟法第五條第二項之規定類推適用於訴願程序，而承認有所謂拒為處分之課以義務訴願，仍有問題，亦即於此情形，訴願人究應依訴願法第二條提起課以義務訴願，或應依第一條提起撤銷訴願，抑或類推行政訴訟法第五條第二項之精神，提起法無明文規定之拒為處分之課以義務訴願，有待探討。

學者有認為在行政機關拒為處分之情形，訴願法雖無明文規定，但考量法律之體系及規範目的(體系解釋與目的解釋)，訴願法之解釋須與行政訴訟法之規定作總體綜合觀察、詮釋，始為完整周全，職是之故，於行政機關曾作出駁回處分之場合，因須撤銷該駁回處分，訴願法第一條之撤銷訴願應可包含拒為處分之訴願類型，於訴願有理由時，受理訴願機關亦應依訴願法第八十一條而非第八十二條作出訴願決定³。對此

¹ 陳敏，行政法總論，民國八十八年第二版，第一一三八頁參照

² 參照陳敏，前揭書，第一三五二頁；蔡志方，行政救濟法新論，第二零一頁。

³ 參照李建良，課予義務訴願與訴願法第八十一條之適用關係鑑定案，訴願專論選輯-訴願新制專論系列之八，台北市政府(訴願審議委員會)2007年12月出版，第二九十三頁以下，特別是三零零頁以下。

論點，亦有學者質疑，若訴願法第一條可包含拒為處分之課以義務訴願，則即無必要認為訴願法有法律漏洞而需於第二條增訂拒為處分之課以義務訴願¹。

關於此問題，拙見認為訴願法第一條之撤銷訴願並非本質上即包含拒為處分之課以義務訴願，蓋此兩者之本質互異，**理論上應屬不同之訴願類型，故訴願法第二條和行政訴訟法第五條相較，確實存有立法缺漏而有補充之必要**。然而由於訴願法第八十一條之規定，恰巧透過現行實務運作得以彌補此項漏洞，以致依現行訴願法之規定即可解決欠缺拒為處分課以義務訴願之問題，而無類推行政訴訟法第五條第二項之必要。

蓋訴願法第八十一條規定：「I. 訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不得為更不利益之變更或處分。II. 前項訴願決定撤銷原行政處分，發回原行政處分機關另為處分時，應指定相當期間命其為之。」。若詳細探究本條規定，應可導出訴願人針對原處分之規制表示不服而欲撤銷之，是其所非難之行政處分規制內容**積極造成訴願人之侵害，藉由撤銷訴願將原處分撤銷即可獲得救濟**，若原處分雖經撤銷，但關於訴願人之行政事件尚未解決而有重新作出處分之必要時，則受理訴願機關可自行作出新處分(訴願決定)，或發回原處分機關命其於一定期間內作出新處分。此取代原處分之新處分原則上仍是**積極之侵益處分**，是以第八十一條第一項但書特別規定，新作出之侵益處分規制內容不得較原處分更不利於訴願人。職是之故，受理訴願機關或原處分機關依訴願法第八十一條所作出之新處分本質上並非訴願人所申請之授益處分。於拒為處分之訴願，**原駁回處分雖屬消極之侵益處分**，但訴願人並非欲單純請求將該消極之侵益處分撤銷即為滿足或請求新作出較輕之侵益處分，而是**欲求得積極之授益處分**，蓋訴願人所為之訴願聲明除請求受理訴願機關撤銷原處分機關所為駁回處分之聲明外，通常亦包含作出其申請之處分，訴願人固可單純為撤銷駁回申請處分之聲明，縱使其未為作出其申請之處分聲明，受理訴願機關於訴願有理由而撤銷原駁回處分時，亦應命原受理申請機關作出訴願人申請之處分。是以此種請求應非訴願法第八十一條原本之規範範圍。

但現今實務並不嚴格要求新處分需是侵益處分，亦得為積極之授益處分，由於此種操作，恰巧得以解決訴願法欠缺拒為處分訴願之規定造成之問題。此觀訴願法第八十二條第一項規定：「對於依第二條第一項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」明白規定受理申請機關應依訴願人之申請作出行政處分之意旨顯然有別。其實，若不拘泥於條文明白規定適用之範圍係第二條第一項之怠為處分訴願，而著重於命受理申請機關應作出訴願人申請之行政處分，則將有理由之拒為處分訴願適用第八十二條似乎亦無不可，但實際上若要求受理訴願機關於法令許可範圍內應儘可能於訴願決定中自為決定(行政處分)，似乎適用第八十一條更能迅速實現訴願人之請求，令人遺憾者乃是絕大部分之訴願決定並

¹參照蔡志方，行政救濟法新論，第二零一頁註一九七。

非由訴願機關自為決定(自為處分),而是令原處分(受理申請)機關另為適法之處分,以致如何適用法律其結果幾乎皆相同。拙見認為,將拒為處分之課以義務訴願適用第八十一條乃是不得以之作法,仿行政訴訟法第五條第二項之規定,修正訴願法第二條,增設拒為處分之課以義務訴願,始為根本解決之道。

另應注意之問題乃是,若申請人依訴願法第二條之規定提起訴願,於訴願程序進行中,原受申請之機關已做出行政處分,受理訴願機關如何處理訴願,有不同見解。有認為在此種情形,不論行政處分是否滿足訴願人之申請,皆應依訴願法第八十二條第二項之規定,認為訴願無理由,而駁回之,縱使該行政處分係駁回訴願人之申請,亦同。此時,訴願人若對於駁回之處分有所不服,應對之另行提起訴願。有認為於訴願程序進行中,原受申請之機關已做出行政處分(遲到之行政處分),受理訴願機關如何處理訴願,應視該行政處分是否滿足訴願人之請求而異其處理方式。若該處分已完全滿足訴願人之申請,則受理訴願機關應以訴願欠缺保護必要而(以無理由)駁回之;若該行政處分並未完全滿足訴願人之申請,則訴願審議機關應許訴願人繼續原來之程序對該處分進行救濟(此時涉及課以義務訴願之訴願標的問題,限於篇幅,他日再另行探討),若依訴願法第八十二條第二項之規定,以訴願無理由而駁回之,使原來合法提起之訴願,因違反適時作為義務之行政機關之遲到處分而歸於徒然,並令其另行提起訴願,不但有違公平正義和誠信原則以及訴願人提起訴願之目的(蓋不作為和駁回申請皆須進行課以義務訴願,請求行政機關作出申請之處分),且亦將造成程序之浪費,其不當甚為顯然。第一說嚴守訴願法第八十二條第二項之文義,雖有依據,但並未深入探究一律駁回訴願是否確實符合公平正義和救濟之目的,以及造成程序之浪費,仍有商榷之處。後說兼顧程序和實體之公平,確屬可採,為臺灣地区和德國之通說,據此,訴願法第八十二條第二項應有修正之必要¹。

(二)、地方自治團體和行政機關之訴願當事人能力

1. 地方自治團體之訴願當事人能力

訴願法第一條第二項規定:「各級地方自治團體或其他公法人對上級監督機關之行政處分,認為違法或不當,致損害其權利或利益者,亦同。」,此項規定明文承認地方自治團體於執行地方自治行政事務時,遭受上級監督機關之監督行政處分,認為該監督處分違法或不當,致損害其權利或利益者,亦得依法提起訴願。此項規定將地方自治監督爭議之解決客觀化(依法行政而非依上級機關之主觀意志)、外部化以及行政爭訟化。

關於地方自治團體遭受其他公法人之公權力侵害其權利時,是否得提起行政爭訟,早有爭議。司法院於國民政府時代作出之院解字第二九九零號解釋表明:「鄉鎮對省縣政府關於公有財產之行政處分。能否提起訴願。應視其處分內容分別情形定

¹參照吳庚,前揭書,第一一二頁和第三五零頁;蔡志方,行政救濟與行政法學(三),2004年版,第三三三頁以下。

之。省縣政府對於鄉鎮獨有之處分。例如縣政府依鄉鎮組織暫行條例第二十五條。就鄉鎮民代表會關於鄉鎮公有財產決議案覆議結果所為核辦之處分。鄉鎮公所或鄉鎮財產保管委員會雖有不服。不得提起訴願。若其處分不獨對於鄉鎮為之。對於一般人民具有同一情形亦為同一之處分者。則鄉鎮係以與一般人民同一之地位而受處分。不能以其為公法人。遂剝奪其提起訴願之權。例如省政府為核准徵收鄉鎮公有土地之違法處分時。（參照土地法第三八八條。）鄉鎮如有不服。自得提起訴願。」

據此解釋，若地方自治團體立於與私人相同之地位，其財產遭受國家或其他行政主體之公權力侵害時，得與私人同，循行政爭訟程序提起爭訟以維護其權利。若地方自治團體立於公權力主體之地位，遭受上級監督機關之處分，則應循行政內部管道申訴意見，不得提起行政救濟。此見解亦為大法官釋字第四十號解釋所採納，大法官於該號解釋中認為：

「行政訴訟法第一條規定，人民因中央或地方官署之違法處分致損害其權利者，得依法定程序提起行政訴訟，是僅人民始得為行政訴訟之原告。臺灣省物資局依其組織規程係隸屬於臺灣省政府之官署，與本院院解字第二九九零號解釋所稱之鄉鎮自治機關不同，自不能類推適用此項解釋。至海關緝私條例第三十二條對於提起行政訴訟之原告，並無特別規定，要非官署所得引為提起行政訴訟之根據。」

長久以來，基於行政一體、國家高於地方之傳統概念，中央與地方之關係大多採地方服從中央之見解，於中央和地方關於行政事務之執行發生爭議時，除非有特別明文，否則地方並無爭訟之機會，此乃為避免地方告國家，違反行政倫理。但現代法治國家之中央與地方關係已非昔日之上下服從關係，而係依據”憲法”與法律之規定，依中央與地方均權、地方自治之理論，劃分彼此之權限而分工合作，特別是**國家與地方自治團體於法律上分別為不同之公法人**，因此，中央與地方關於權限發生爭議時，依”憲法”第一一一條之規定，由立法院解決之。然而，若地方自治監督機關對於地方自治之執行和被監督之地方自治團體發生爭議時，依法治國之原則，不應全然於行政內部依上下階層概念命令地方自治團體一概服從，而應依循行政爭訟之途徑解決，職是之故，1998年修正之訴願法第一條第二項明文規定，概括性允許地方自治團體與監督機關就自治事項之監督處分發生爭議時，得提起訴願尋求救濟。地方制度法制定後，關於監督機關和被監督之地方自治團體發生爭議時，立法者亦規定地方自治團體得提起訴願、行政訴訟，以維護其地方自治權。例如地方制度法第七十六條第五項規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）對於代行處理之處分，如認為有違法時，依行政救濟程序辦理之。」。針對監督機關之其他監督處分，地方自治團體是否得提起行政爭訟，大法官於釋字第五二七號解釋指出：

「一、地方自治團體在受”憲法”及法律規範之前提下，享有自主組織權及對自治事項制定規章並執行之權限。地方自治團體及其所屬機關之組織，應由地方立法機關依中央主管機關所擬訂之準則制定組織自治條例加以規定，復為地方制度法第二十八條第三款、第五十四條及第六十二條所明定。…三、…其因處分行為而構成司法院大法官審理案件法第五條第一項第一款之疑義或爭議時，則另得直接聲請解釋”憲

法”。如上述處分行為有損害地方自治團體之權利或法律上利益情事，其行政機關得代表地方自治團體依法提起行政訴訟，於窮盡訴訟之審級救濟後，若仍發生法律或其他上位規範違憲疑義，而合於司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款之要件，亦非不得聲請本院解釋。…」。

關於監督機關和地方自治團體就自治事項執行之爭議，典型之案例如台北市里長延選案，台北市關於里長選舉欲延期辦理，但其請求遭行政院駁回，台北市政府不服而聲請大法官解釋，經大法官關於釋字第五五三號解釋¹中明白指出，關於此類地方自治事項之爭議，應由地方自治團體直接提起訴願、行政訴訟解決，而非向大法官聲請解釋。由於訴願法第一條第二項之規定，院解字第二九九零號和大法官釋字第四十號解釋所主張之行政一體化、爭議內部化以及上級監督機關意志優越化之見解，顯然已經被變更。德國文獻上亦有相同見解，認為侵害地方自治團體之自治權時，該團體得提起行政救濟²。

此外，為尊重地方自治團體之自治權，避免其受上級監督機關恣意干涉，訴願法第七十九條第三項規定：「訴願事件涉及地方自治團體之地方自治事務者，其受理訴願之上級機關僅就原行政處分之合法性進行審查決定。」，此項規定明定受理訴願機關對地方自治團體於執行自治事項³所為行政處分審查之界線，亦即僅能審查地方自治團體所為行政處分之合法性而不及於具體妥當性。

2. 行政機關得作為訴願人提起訴願

¹ 釋字第五五三號解釋：本件係台北市政府因決定延期辦理里長選舉，中央主管機關內政部認其決定違背地方制度法第八十三條第一項規定，經報行政院依同法第七十五條第二項予以撤銷；台北市政府不服，乃依同條第八項規定逕向本院聲請解釋。因台北市為憲法第一百八條所保障實施地方自治之團體，且本件事關修憲及地方制度法制定後，地方與中央權限劃分及紛爭解決機制之釐清與確立，非純屬機關爭議或法規解釋之問題，亦涉及憲法層次之民主政治運作基本原則與地方自治權限之交錯，自應予以解釋。地方制度法第八十三條第一項規定：「直轄市議員、直轄市長、縣（市）議員、縣（市）長、鄉（鎮、市）民代表、鄉（鎮、市）長及村（里）長任期屆滿或出缺應改選或補選時，如因特殊事故，得延期辦理改選或補選。」其中所謂特殊事故，在概念上無從以固定之事故項目加以涵蓋，而係泛指不能預見之非尋常事故，致不克按法定日期改選或補選，或如期辦理有事實足認將造成不正確之結果或發生立即嚴重之後果或將產生與實現地方自治之合理及必要之行政目的不符等情形者而言。…上開法條使用不確定法律概念，即係賦予該管行政機關相當程度之判斷餘地，蓋地方自治團體處理其自治事項與承中央主管機關之命辦理委辦事項不同，前者中央之監督僅能就適法性為之，其情形與行政訴訟中之法院行使審查權相似（參照訴願法第七十九條第三項）；後者除適法性之外，亦得就行政作業之合目的性等實施全面監督。本件既屬地方自治事項又涉及不確定法律概念，上級監督機關為適法性監督之際，固應尊重該地方自治團體所為合法性之判斷，但如其判斷有恣意濫用及其他違法情事，上級監督機關尚非不得依法撤銷或變更。本件行政院撤銷台北市政府延期辦理里長選舉之決定，涉及中央法規適用在地方自治事項時具體個案之事實認定、法律解釋，屬於有法效性之意思表示，係行政處分，台北市政府有所不服，乃屬與中央監督機關間公法上之爭議，惟既屬行政處分是否違法之審理問題，為確保地方自治團體之自治功能，該爭議之解決，自應循行政訴訟程序處理。台北市如認行政院之撤銷處分侵害其公法人之自治權或其他公法上之利益，自得由該地方自治團體，依訴願法第一條第二項、行政訴訟法第四條提起救濟請求撤銷，並由訴願受理機關及行政法院就上開監督機關所為處分之適法性問題為終局之判斷。

² Vgl. Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 20. Aufl., 2014, § 42 Rn. 80.

³ 地方自治團體辦理委辦事項實應受上級委辦機關全面性監督，請參照釋字第五五三號解釋。

在傳統行政法上，依歐托麥爾(Otto Mayer)之理論，行政處分須由行政機關針對機關(所屬公權力主體)以外之人民(dem Bürger gegenüber)而為，據此，在作出行政處分之情形，必須有兩個互相獨立之權利義務主體，亦即行政機關所代表之公權力主體以及被行政處分規範之人民存在始可。因而傳統之行政救濟程序僅為人民而設，使其得對抗公權力主體之侵害以維護其權利或法律上利益，職是之故，行政訴訟之兩造須為人民和公權力主體(行政機關)。臺灣地區之訴願法和行政訴訟法仍深受此種思想影響，故於訴願法第一條第一項明文規定：「人民對於中央或地方機關之行政處分認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。」，相同之用語(人民、行政機關)可於同法第二條第一項、行政訴訟法第四條和第五條發現。大法官釋字第四十號解釋亦明白表示，僅人民始得為行政訴訟之原告，而且依其論述推之，縱使不同公權力主體之行政機關相互間，似亦不准藉由行政訴訟程序解決爭執。處於同一公權力主體內部領域之各機關，由於欠缺權利主體相互間之法律關係，若發生爭議，不能採取專為解決外部爭議之法院訴訟方式，僅能依內部規範(行政規則、處務章程等)或指令處理，因此，屬於相同公權力主體之不同行政機關，因屬同一公權力主體之內部組織，不但互相不得作為行政處分之相對人，亦無法作為訴訟之兩造當事人，而進行所謂之對己訴訟(Insichprozeß)，否則將危害行政之一體性(die Einheit der Verwaltung)¹。

拙見認為，所謂(行政處分之)對外性，應不同於民法之解釋，亦即行政處分之相對人不須限於處分機關所屬公權力主體以外之其他權利主體始可，基於行政法之特性，各個行政機關皆屬於獨立之組織體，因此，是否具備「對外性」，應以行政處分之相對人是否為處分機關以外之獨立組織體作為判斷標準。若此見解可採，則行政機關亦得以同一公權力主體之其他行政機關為相對人而作出行政處分，對於非屬同一公權力主體之行政機關，因其為不同之權利主體，更可以之為行政處分之相對人。雖然權利義務爭議之當事人原則上須為不同之權利主體，然而，在行政法之領域，對於行政法上權利義務關係之認定，不應完全如同民法之解釋，越來越多學者承認，在同一公權力主體內部之機關，甚至在同一合議機關之成員相互間，亦有可能發生關於權利義務之法律爭議。若在此等爭議中，行政機關或合議機關之成員所主張之權利並非公權力主體之權利，而是其自身固有之權利(機關權 Organrechte)²，而此項爭議並非其直接共同上級機關得以解決者，應許行政機關提起對己訴訟，此種行政機關相互間所進行之訴訟應屬於機關訴訟(Organklage)之一種類型。今日幾乎已無人懷疑機關訴訟之必要性，然而，由於傳統上將其爭議認為屬於內部法律爭議(Innenrechtsstreit)，因此仍有

¹Vgl. Hufen, *Verwaltungsprozeßrecht*, 3. Aufl., 1998, § 1 Rn. 35; § 21 Rn. 1.

²行政機關是否得以其管轄權受其他公權力主體侵害為由提起行政訴訟，有正、反不同意見，反對者認為除非地方自治團體之自治權限遭受侵害，否則行政機關原則上不能主張其權限受其他公權力主體之行政機關侵害為由，提起行政訴訟，vgl. Kopp/Schenke, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 12. Aufl., 2000, § 42 Rn. 80, § 61 Rn. 13; 肯定說則認為行政機關之權限被侵害亦屬於固有權限侵害之範圍，應許其提起行政訴訟解決，參照陳新民，*行政法學總論*，修訂七版，民國八十九年，第五四九頁註十九。然而，依日本行政事件訴訟法第四十二條之規定，機關訴訟之提起，仍以法律有明文規定者為限，因此，行政機關於權限被侵害時，並非毫無限制地可提起機關訴訟。

許多理論爭議存在。

再者，在現代行政法理論上，對行政機關(組織)獨立性之重視超越其所歸屬之公法人，於各種行政法之法律關係中，幾乎皆以行政機關作為(廣義)行政主體，甚至由於行政機關依其組織法規所享有之事務權限、人事、預算執行權，構成所謂之機關權，此項權利若是被其他機關侵害，行政機關亦得作為行政爭訟之主體，而提起訴願、行政訴訟請求救濟。鑑於此種發展，大法官釋字第四十號解釋之見解已不符現代之行政法理論，特別是行政罰法第三條關於行政罰之行為主體之規定，亦將行政機關列於其中，若行政機關得被其他機關裁罰，則亦應賦予其請求救濟之權利始符法治國原則。

大法官釋字第四十號解釋以行政一體性為其論斷依據，此雖非無見，但其忽略當時之台灣省物資局和海關法律上應屬不同公權力主體，而且台灣省物資局係立於與人民相同之地位接受行政處分之規制，如其認為該處分違法侵害該機關所代表之公法人權益，應許被處分之行政機關對該侵益處分提起訴願、行政訴訟以尋求救濟，近年來之實務見解對於類似案件已經多採肯定說。有鑑於此，訴願法第十八條之修正案亦規定：「自然人、法人、非法人之團體、**行政機關**或其他受行政處分之相對人及利害關係人得提起訴願。」，其理由則為：「按實務上行政機關亦有成為行政處分相對人之可能，爰參照行政訴訟法第二十二條「自然人、法人、中央及地方行政機關、非法人之團體，有當事人能力」之規定，增訂行政機關具有訴願人能力。」

四、訴願決定之拘束力

早於 1930 年之訴願法第十二條即規定：「訴願之決定，有扣束原處分或原決定官署之效力。」，現行訴願法第九十五條規定：「訴願之決定確定後，就其事件，有拘束各關係機關之效力；就其依第十條提起訴願之事件，對於受委託行使公權力之團體或個人，亦有拘束力。」；第九十六條規定：「原行政處分經撤銷後，原行政處分機關須重為處分者，應依訴願決定意旨為之，並將處理情形以書面告知受理訴願機關。」。根據此等規定，訴願決定對原處分機關具有法定之拘束力，照理原處分機關必將遵循而不會違反，然而若原處分機關無視法制，一意孤行，仍依遭撤銷之原處分內容重新作出新處分¹，或新處分並未符合訴願決定之意旨時，其效力如何，不無疑義。若新處分被確認違背訴願決定之意旨，該處分不但違反上級(監督)機關之具體指令(行政處分性質之訴願決定)，更係直接違反訴願法第八十二條第一項、第九十五條或第九十六條之規定，此時，新處分之違法性應已明確，至於該違法之瑕疵是否重大明顯，以致於屬無效之行政處分(行政程序法第一一一條參照)，臺灣地區文獻上並無相關意見被提出。若依吳庚教授之見解，原處分機關違反訴願決定意旨，作出與原先被撤銷之行政處分內容相同之新處分時，若訴願人對新處分又提起訴願時，受理訴願機關不僅應將新處分撤銷，更應自行作出其實體內容之訴願決定(自為決定)。從此等敘述似乎無法

¹訴願案件之同一性應依當事人、整體基礎原因事實以及所適用之法規認定，三者皆相同時，即應為同一案件。

推出，違反訴願決定意旨之新處分僅屬違法，但非無效¹，蓋對於無效之行政處分提起訴願時，受理訴願機關應亦可受理而撤銷之。若受理訴願機關認定原處分為無效時，究應作出確認處分無效之訴願決定，抑或直接將該無效處分於訴願決定宣告撤銷，於德國文獻有不同見解²，鑑於臺灣地區訴願法僅設有撤銷訴願以及課以義務訴願之相關規定³，且依人民應選擇最直接有效之救濟途徑之要求，原則上並無確認訴願之規定⁴，是以就此問題，似應採直接撤銷之見解較妥。違反訴願決定意旨之新處分是否無效，應取決於該新處分違背訴願決定是否屬於重大明顯之瑕疵(行政程序法第一一一條第七款參照)。拙見認為與被撤銷之原處分主要內容完全相同者，以及明顯違反訴願決定意旨之新處分應屬無效，此種見解對於相對人之權益保護較為周延，亦可減輕其訟累⁵；至於其他違反訴願決定意旨之情形，則由受理訴願機關確認其瑕疵之輕重後決定是否撤銷之。

參、未來可能之修法方向

訴願法於 1998 年全面修正後，距今已逾十年，雖經數次修正，但僅係針對少數幾條規定略為調整，現行法仍有些規定或不合時宜，或因相關法規已修正，而有修正必要，因此行政院法規委員會目前組成訴願法修正委員會進行訴願法之修正工作，由於修法工作開始不久，進展仍屬有限，以下僅將目前已知幾個可能修正部分之要點簡介之。

一、訴願之提起改為向訴願管轄機關提起

訴願法第五十八條規定：「I. 訴願人應繕具訴願書經由原行政處分機關向訴願管轄機關提起訴願。II. 原行政處分機關對於前項訴願應先行重新審查原處分是否合法妥當，其認訴願為有理由者，得自行撤銷或變更原行政處分，並陳報訴願管轄機關。III. 原行政處分機關不依訴願人之請求撤銷或變更原行政處分者，應儘速附具答辯書，並將必要之關係文件，送於訴願管轄機關。IV. 原行政處分機關檢卷答辯時，應將前項答辯書抄送訴願人。」。本條規定之意旨係在於給予原處分機關自我審查之機會，用意原本良善，但在實務操作上卻出現流弊，主要是原處分機關可能將未明確表示訴願意旨之案件以請願(陳情)案件處理，規避人民救濟之請求，訴願人同時向訴願管轄機關以外之其他機關提出申訴，不但是否欲提起訴願認定困難，而且許多案件歷經長時間公文旅行始轉送至訴願管轄機關，造成受理訴願機關之訴願處理期間遭到壓縮，甚至逾期，影響行政效率。此外，經原處分機關向訴願管轄機關提起訴願之規定亦造成下

¹吳庚，行政爭訟法論，第四一七頁參照，特別是該頁註十五指出，台北市政府曾經三次違反訴願決定之意旨，重複作出相同內容之「新」處分。

²認為宣告無效者，例如 Hufen, aaO., § 9 Rn. 9。認為應直接撤銷者，例如 Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, 11. Aufl., 2007, Rn. 686。

³訴願法第一條、第二條、第八十一條和第八十二條參照。

⁴例外由受理訴願機關對於原處分作出違法確認之訴願決定，如情況決定之情形，參照訴願法第八十三條第二項：「前項情形，應於決定主文中載明原行政處分違法或不當。」

⁵相對人若認為新處分明顯違反訴願決定之意旨時，於請原處分機關確認其無效不被確認後，得直接依行政訴訟法第六條之規定，提起確認行政處分無效之訴訟。

列疑義：1. 何者為受理訴願機關？2. 在途期間之計算究應以原處分機關或訴願管轄機關何者為準？關於第一個問題，有認為訴願法之用語同時存在訴願管轄機關與受理訴願機關二者，因此其概念應有區別，換言之，受理訴願機關應包括原處分機關以及訴願管轄機關，而訴願管轄機關則指訴願法第四條所規定之機關¹，惟多數見解認為受理訴願機關與訴願管轄機關應係同一機關，僅係用語問題。關於第二個問題，實務處理並不一致，有認為應以訴願管轄機關為準者，亦有認為應從寬認定，採有利訴願人者(最長在途期間者)。若訴願人居住地在原處分機關所在地，但不在訴願管轄機關所在地者，亦許扣除在途期間。針對以上疑義之解決，有學者提出修正案，建議將訴願書提出之機關不經原處分機關，直接改向受理訴願機關提出，不但明確得知訴願案之提起，而能有效管控其審議程序，避免原處分(受理申請)機關吃案，而且受理訴願機關受理申請後，將訴願書送達給原處分(受理申請)機關，命其重新審查，亦未剝奪原處分機關自我審查之機會，較諸現行規定並無妨礙原處分機關之反省機會，且明確而能避免諸多爭議。何況依現行實務，幾乎所有行政機關作出之侵益處分皆會依行政程序法第九十六條第一項第六款之規定記載關於救濟之教示，行政處分之相對人因教示記載皆可得知不服行政處分應如何進行救濟，是以改為向受理訴願機關提起訴願亦不致造成人民提起訴願之障礙，行政院法規會有鑑於此，亦有考慮修改訴願法第五十八條之可能。

另外，訴願法第六十一條之規定：「I. 訴願人誤向訴願管轄機關或原行政處分機關以外之機關作不服原行政處分之表示者，視為自始向訴願管轄機關提起訴願。II. 前項收受之機關應於十日內將該事件移送於原行政處分機關，並通知訴願人。」，由於立法者認為人民並非皆具法律知識，故弄錯受理訴願機關之可能性不能排除，為便利人民提起救濟，而設本條規定。但學者對此規定提出批判，認為此乃國民政府時代政局紛亂之規定，如今時空已異，顯然不合時宜²。加以行政程序法第九十九條規定：「I. 對於行政處分聲明不服，因處分機關未為告知或告知錯誤致向無管轄權之機關為之者，該機關應於十日內移送有管轄權之機關，並通知當事人。II. 前項情形，視為自始向有管轄權之機關聲明不服。」，因為本條規定，因**處分機關未為告知或告知錯誤致向無管轄權之機關為之者**，視為自始向有管轄權之機關聲明不服，若非未為告知或告知錯誤，則人民誤向無管轄之機關提起訴願，不得視為自始向有管轄權之機關聲明不服。由於目前行政機關率皆已落實救濟教示之要求，為避免增加行政上之困擾，是以現行訴願法第六十一條亦可能配合修正，僅於原處分機關教示錯誤或未為教示，導致訴願人誤向其他機關表示不服原處分(提起訴願)時，始能視為自始向訴願管轄機關提起訴願。

二、機關間委託之受理訴願機關可能修正

¹採此見解者例如經濟部訴願審議委員會主任委員游瑞德於行政院訴願法修正會議之發言。

²參照吳庚，前揭文，第九十二頁。

訴願法第七條規定：「無隸屬關係之機關辦理受託事件所為之行政處分，視為委託機關之行政處分，其訴願之管轄，比照第四條之規定，向原委託機關或其直接上級機關提起訴願。」。依據本條規定，受託機關所為之行政處分視為委託機關之行政處分，此顯然與委任、委辦以及公權力委託行使有異，在委任、委辦以及公權力委託行使，受委任機關、受委辦機關以及受託行使公權力之私人、團體，皆(視)為原處分機關，惟獨機關間委託與之相異，此歧異規定亦乏強力之學理支持，是以有學者建議修正，行政院訴願法修正委員會亦針對本條提出修正案，認為委託事件應讓委託機關有對於訴願案件表示意見之機會，畢竟其為原權限機關，理論上對該事件亦較熟悉，故本條亦宜修正由委託機關作為訴願管轄機關。

三、增設拒為處分之課以義務訴願

如前在本文章貳三(一)之部份所述，因訴願法第二條僅針對行政機關受理申請後怠於作為而得提起訴願設有規定，而就人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回者，並未如行政訴訟法第五條第二項般，設有得提起訴願救濟之規定，以致實務、學說對於行政機關駁回人民申請之情形應如何處理，存有爭議，訴願法修正委員會爰參考行政訴訟法第五條第二項，於訴願法第二條增訂拒為處分之課以義務訴願，藉以彌補現行法之漏洞。

四、訴願參加應修正

訴願法第二十八條規定：「I. 與訴願人利害關係相同之人，經受理訴願機關允許，得為訴願人之利益參加訴願。受理訴願機關認有必要時，亦得通知其參加訴願。II. 訴願決定因撤銷或變更原處分，足以影響第三人權益者，受理訴願機關應於作成訴願決定之前，通知其參加訴願程序，表示意見。」。依據本條之規定應可得出，訴願參加人乃是訴願人以外，而與訴願案件具有利害關係之人。其類型可分為兩種，其一為第一項之輔助參加，又稱為任意參加，其二為通知參加，又稱為必要參加。

(一)、輔助參加(任意參加)

此種參加類型雖未如民事訴訟法第五十八條第一項或行政訴訟法第四十四條第一項，於條文中明白顯現「輔助」之文字，然而參加人乃是為協助訴願人進行訴願獲得有效救濟為目的，因此輔助乃是當然之解釋¹。條文明定得輔助參加之人限於與訴願人利害關係相同之人，若與訴願人利害相反，即不許其參加。依行政院之草案說明，本法故意排除與訴願人利害相反之人參加，因其立場勢必與行政機關一致，如允其參加，無異輔助原行政機關，不利於訴願人，與行政救濟之本旨相違背，為免增加人民對政府之疑慮，因此排除其參加，以保護訴願人之權利。此項理由似嫌牽強。蓋訴願具行政機關自我省察之功能，若立法者強調依法行政之要求，允許原處分機關或其上

¹參照吳庚，行政爭訟法論，民國97年修訂第四版，第三九一頁、第三九二頁。

級機關得依職權撤銷、變更已具形式存續力之行政處分(訴願法第八十條參照)，自無排除與訴願人利害相反之第三者參加之理，以利辯明行政處分是否確屬違法或不當，何況受理訴願機關本應依職權調查一切事實、證據(訴願法第六十七條參照)，與訴願人利害相反之第三者參加訴願，更能促使受理訴願機關實現其職權調查之義務，而且於行政訴訟程序亦允許與原告利害相反之第三人得輔助行政機關而參加訴訟(行政訴訟法第四十四條參照)，職是之故，此項規定應有商榷之處。

(二)、必要參加

依訴願法第二十八條第二項之規定，「訴願決定因撤銷或變更原處分，足以影響第三人權益者，受理訴願機關應於作成訴願決定之前，通知其參加訴願程序，表示意見。」，此種參加之目的在於維護第三人之正當程序請求權，因為具有強制性，故稱為必要參加(又稱為必須參加)，違反之者，訴願程序即具有重大明顯之瑕疵。

因訴願決定撤銷或變更原處分，而影響(損害)第三人權益之情形，通常是具第三人效力之行政處分之訴願案件，因行政處分受益或受害之第三人通常即屬於與訴願人利害相反之第三人，由於第二項相對於第一項應屬於特別規定，是以依第二項之規定，受理訴願機關應於作成決定前，通知與訴願人利害相反之第三人參加訴願，令其陳述意見。若受理訴願機關認為訴願案件應不受理或顯無理由，不致於作出撤銷或變更原處分之訴願決定者，得不通知第三人參加訴願。但訴願並非顯無理由之情形，由於不能確知受理訴願機關是否將作出撤銷或變更原處分之訴願決定，理論上受理訴願機關應即通知第三人，令其參加訴願。但訴願實務上常見受理訴願機關先進行訴願審議，於討論後認為應撤銷或變更原處分時，始通知第三人參加訴願，如此將導致訴願程序割裂，拖延程序之進行，並非適當之作法。故有修正委員建議改為「訴願決定影響第三人權益者，受理訴願機關應於作成訴願決定之前，通知其參加訴願」。

(三)、參加之法律效果

訴願法第三十一條規定：「訴願決定對於參加人亦有效力。經受理訴願機關通知其參加或允許其參加而未參加者，亦同。」。本條規定於法理上應有錯誤，蓋訴願決定乃是受理訴願機關作出之行政處分，其除了對訴願人發生規制之法律效果外，若原處分被撤銷或變更，將導致第三人之權益被侵害時，則第三人亦屬於訴願決定效力所及之對象，因此，**於必要參加，訴願決定之效力應及於第三人，理論上確屬的當。**但於輔助參加之情形，訴願參加人並非原處分和訴願決定規制之對象，其並非訴願案件之主體，立法者規定「訴願決定對於參加人亦有效力」究係何指，即有疑義。參酌民事訴訟法以及行政訴訟法之規定，輔助參加之效力僅及於參加人與被參加人之間，參加人並未受確定判決效力所及(民事訴訟法六十三條、行政訴訟法四十七條參照)，是以拙見認為於此情形訴願法第三十一條之規定即有未當。惟修正委員間存有異見，最終是否修正，如何修正仍屬未知。

此外，訴願參加與共同訴願有所關聯，如參酌民事訴訟法及行政訴訟法之訴訟參

加規定，可知參加人之權限須視其是否屬於必要共同訴願而定。輔助參加人之行為不得抵觸被輔助人；而於原本屬於類似必要共同訴願情形，則類似民事訴訟法第六十二條規定之獨立參加。獨立參加人可有抵觸被參加人之訴訟行為，甚至可以有獨立之聲明。依專利法第十二條規定，專利申請權為共有者，應由全體共有人提出申請。如該申請被駁回而提起訴願時，亦須一併提起訴願，不可能允許各別提起訴願。則於上開情形，係屬固有必要共同訴願，是否應參照行政訴訟法第四十一條之規定設必要參加，亦有疑義；又如稅捐稽徵之案件，地價稅或遺產稅之徵收，於公同共有或分別共有之情形，對共有人作出課稅處分，亦會有必要共同訴願之情形，如共有人其中一人提起訴願，則是否認其有當事人適格？如是，則該訴願決定之效力是否及於其他未提起訴願之人？此外，專利法及商標法均有第三人得舉發之規定，如第三人所舉發之專利屬共有之專利，則於訴願程序進行中，究應通知該專利共有人之一參加訴願，抑或應全部通知？亦有疑問。現行訴願法關於訴願參加之規定過於簡略，並未區分訴願參加之類型與規定參加人之權利及地位，故第二十八條如欲修正，必須整體規劃。但目前修正委員會似乎並無大幅修正之計畫。

五、訴願制度是否應廢除

(一)、德國關於訴願程序免除之問題

由於歐盟之建立，歐盟各國進行制度整合亦包括法制，因德奧以外之國家大都並無類似訴願之制度，因此認為德國之訴願制度造成訴訟之障礙，不利及時之救濟，德國聯邦政府以及各邦乃掀起改革訴願制度之浪潮。

一九九六年行政法院法修正時，立法者將該法第六十八條第一項第二句進行修正，原本規定「於特殊情形，得以法律排除訴願程序」，但卻修正為「若法律規定，或最高聯邦機關或邦機關所為之行政處分，除非法律規定須進行此種複查，或原處分機關之自行糾正處分或訴願決定含有初次負擔時，不須此種複查」。該條文修正後許多邦即將訴願先行程序原則上廢除或大幅限制其適用範圍，主要理由在於 1. 減少人事成本，主要乃因各邦之財政困難，2. 若能貫徹聽證程序，訴願制度即屬多餘，3. 經由行政法院、上級機關之監督以及北萊茵西法倫(Nordrhein-Westfalen)邦議會之請願委員會(Petitionsausschuss)已可充分貫徹行政自我監督機制，4. 合目的性審查幾乎未能發揮，5. 訴願成功獲得救濟之比例微乎其微，未能達成權利保護之目的，且無法證明訴願後人民即放棄救濟，故意無發揮紓減訟源之功能，是以廢除訴願後，起訴之案件量並未顯著增加，6. 法律問題之爭議應由行政法院解決，7. 由於進行訴願可以補正欠缺聽證程序之瑕疵，而訴願通常僅供機關維護原處分確保其行政地位之機會，為求變更行政文化，應廢除訴願，加強聽證，使公務員在原始行政程序即和人民密切接觸，聽取意見，可促進民眾之信賴，避免情緒化之救濟，減輕訟累，8. 廢除訴願後，行政機關做出處分後，其後即直接進入訴訟程序，將迫使行政機關更努力調查事實，提高裁決品質，否則敗訴後須負擔訴訟費用，如此即可在程序開始時避免其後可能之爭訟

¹。然而，學術界仍有許多相反意見，認為訴願制度應有正面功能，不應貿然全部廢除²。且惟另一方面，在某些法律，例如公務員身分法(Beamtenstatusgesetz)規定，關於該法之爭議，於起訴前皆須經訴願程序，顯有擴大訴願之適用範圍。是以在德國，訴願制度究係限縮適用，抑或擴大適用，其趨勢並非絕對。雖然學術界對於廢除或限制訴願制度存有不同意見，但許多邦(約半數)已經廢除訴願或限制訴願之適用範圍。此種作法亦引起相當反彈，在巴伐利亞邦因此即有人主張廢除訴願制度應有違憲之虞而向該邦“憲法”法院提起訴訟，惟該邦之“憲法”法院之判決卻認為廢除訴願程序並不違反該邦之“憲法”。

此外，行政法院法第七十七條又規定，其他聯邦法所規定之異議與申訴程序以及邦法關於作為行政訴訟起訴要件之異議與申訴程序之規定，皆由行政法院法所規定之訴願程序取代。此規定之目的在於避免起訴前過多之先行程序，妨礙人民迅速藉由司法獲得救濟之機會。該條規定不但變相廢除訴願以外之其他先行程序，而且獨尊訴願，以之作為起訴前惟一之先行程序，似乎特別突顯訴願制度於行政救濟制度功能上之作用。

綜上規定，可知訴願在德國法制之發展趨勢態勢並非明朗，究竟廢除或限縮，抑或於特定案件更具重要性，實有待深入探討。

(二)、日本訴願制度簡介

日本於二戰前之行政裁判法以及昭和二十二年之行政事件訴訟特例係採訴願前置主義，須先進行訴願後，始得向法院起訴。但戰後制定之行政事件訴訟法卻修正此種方式，改採訴願任意主義，其第八條規定：「I. 依法令得為審查請求之處分，得不經審查請求而逕行提起撤銷處分訴訟。但法律規定該處分非經審查請求之裁決不得提起撤銷處分訴訟者，不在此限。II. 前項但書之情形，有下列各款規定之一時，得不經裁決而提起撤銷處分訴訟：一 自審查請求之日起，已逾三個月仍未裁決者。二 為避免因處分、處分之執行或程序之續行而發生顯然之損害，且有急迫之必要者。三 有其他不經裁決之正當理由者。III. 於第一項本文之情形，對該處分已為審查請求時，該審查請求作成裁決前（自審查請求之日起已逾三個月而仍未裁決時，至該期間屆滿時），法院得停止訴訟程序。」³，據此規定可知，訴願在日本雖屬行政救濟之一環，但並非起訴前之必要程序。修正之主要理由在於該國立法者認為，除非法律有特別規定外，採訴願任意主義為原則較能確保國民權利救濟之機會，於某些特別情形，得緩和訴願前置之強制，避免人民之權利救濟因強制貫徹訴願前置程序反而受害。

雖然如此，在日本之個別行政法，立法者常明文規定向法院提起訴訟前，應先經訴願程序，換言之，雖然在 2014 年修正之行政不服審查法第二條仍採任意主義，規

¹Vgl. Schönenbroicher, Leitziele und Kernpunkte der Reformen des Widerspruchsverfahrens, NwVZ 2009, 1144 ff.

²Z. B. Steinbeiß-Winkelmann, NwVZ 2009, 686 ff.

³此之中文翻譯係參照林素鳳教授之中譯本。

定對行政機關之行政處分不服者，得提起審查請求¹，然而，於平成二十三年，民主黨執政下，「內閣府行政救濟制度檢討團隊」檢視後，發現個別行政法規以訴願作為起訴前之強制先行程序者，高達九十九個²，若如此，則日本法制實際操作上亦偏向訴願強制主義。雖然有重新檢視廢除其中大部分訴願前置之議，但目前進展如何，仍不明確。

(三)、臺灣地區關於訴願程序免除或改為任意制度之問題

臺灣地區行政程序法第一零九條規定：「不服依前條作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序。」，其他法律亦偶有不經訴願得向行政法院逕行起訴之規定。關於此種規定，文獻上或認為有違憲之虞者，蓋其認為訴願既屬“憲法”明文保障之程序基本權，立法者自不應剝奪人民提起訴願之權利。然而，在臺灣法制，亦有學者主張訴願雖屬行政救濟之一環，但該制度並非必經之程序，特別是對於獨立機關所為之行政處分，其救濟是否應經訴願，存有不同見解。雖然目前因最高行政法院作出決議，認為國家通訊傳播委員會組織上係隸屬於行政院，故認為對通傳會之行政處分不服者，應向行政院提起訴願。惟，通傳會之絕大多數委員以及部份學者卻認為，獨立機關之所以獨立，係不受上級機關之指揮監督，若由行政院作為訴願管轄機關，則其可藉由訴願審議而干預國家通訊傳播委員會就個案之決策，獨立之精神將蕩然無存，是以提出組織法修正案，訂明對通傳會之處分不服者，毋庸經訴願程序，應逕向行政法院起訴，但此修正案據說因司法院反對而未獲立法通過。

1. 司法院對訴願程序免除之態度

一般而言，司法院原則上反對於行政救濟制度免除訴願程序，蓋訴願制度之實行確實減輕行政法院之案件負擔，根據行政院之統計，2012年中央機關總共收受18089件訴願案，結案14055件，訴願決定後訴願人或利害關係人仍繼續提起行政訴訟之案件僅2021件，平均僅14.38%，不到一成五之案件繼續進到行政法院，減少一萬兩千件訴訟案件，地方機關總收案8333件，結案6483件，繼續提起行政訴訟者為592件，占比率為9.13%，5891件經訴願後即告確定，若免除訴願程序，則直接進入行政法院之案件勢將大幅增加二萬餘件，以目前各級行政法院之人力恐難以負荷³。

2. 行政機關對訴願程序免除之態度

關於免除訴願程序，行政機關之態度並非明確，若以交通裁罰案件而言，在行政訴訟法修正時，交通部代表明白表示其不願承接該等案件之訴願業務，主因乃是交通違規之案件量龐大，每年舉發逾二百萬件，申請裁決者將近三十萬件，若裁決後提起訴願之案件為十分之一，亦有約三萬件，此將造成重大行政負擔。因此，關於交通裁

¹ 此之中文翻譯係參照林素鳳教授之中譯本。

² 參照張惠東，訴願前置主義之再檢討，民國103年度北二都訴願實務研討會報告，第十二頁。

³ 2013年之統計資料見附錄一。

罰案件，依修正後之行政訴訟法規定，原告於收受裁決書後，得逕向管轄之行政法院提起訴訟，不須經訴願先行政程序。惟為保留行政內部自我審查之機會，並減輕行政法院之負擔，同法並規定，原告起訴後，法院應將起訴狀送達被告(原處分機關)，被告機關收受起訴狀繕本後，應重新自行審查原處分是否違法，若是，則應自行撤銷或變更原處分，若被告依原告之聲明重為處置者，應即陳報法院，此時，原告之訴視為撤回(§ 237-4)，法院則應依職權退還原告已繳之裁判費用(§ 237-5)。此種折衷方式一方面保留行政機關內部自我審查之機會，他方面亦可減輕法院之負擔，故司法院與行政院(交通部)皆能接受。但應注意者乃是此種行政內部審查卻與訴願程序完全不同，蓋其常僅由原處分機關之公務員自行重新審查，並非由類似訴願審議委員會之組織依訴願法規定之程序重新審查。若此種自行審查方式運作良好，一方面可減省行政程序，迅速終結行政爭議程序，他方面又可維持行政自我審查之機制，由行政機關保有優先自我審查之機會，避免司法直接介入行政，有益權力分立制度之運作，同時並可減輕法院之負擔。可惜目前並不清楚自行審查之效果如何，對於案件過濾之效果是否確如訴願般顯著。

而在智慧財產(專利、商標等)案件之爭議，雖然許多學者建議應將該等案件之訴願程序廢除，改以其他方式(例如智財專家審查委員會)或直接向法院起訴，藉以改善案件拖延多年始能終結之缺失。但經濟部之態度乃是堅持維持現制，仍由訴願審議委員會審查智慧財產局之行政處分。智財爭議案件處理程序冗長、拖延甚久之問題仍無適當解決方案。拙見認為在個別特殊領域，確實應檢討訴願強制之規定，獨立機關以及智慧財產局之部分，顯有迫切修改必要。

3. 拙見

“憲法”第 16 條明文保障人民之訴願權，在日本、德國及法國皆無類此規定。“制”憲法”者特別強調訴願權之重要性而須提升至”憲法”位階給予保障，藉以維護、實現人民之基本權。臺灣地區訴願制度跟德國或法國主要差異在於全部採外部委員組成之委員會審查，且採無償主義，若直接提起訴訟，原告起訴即須先繳裁判費，人民可能因勝訴比率太低而放棄救濟。從節省國家資源之角度思考，全部廢除訴願改為逕行提起訴訟之制度，或可大量削減無謂之行政爭議案件，此亦屬可思考之方向，惟，若反向思考，節省行政機關之經費，卻需投入大量司法費用，顯然無法降低國家財政負擔，蓋台灣地區雖有地方自治，然而卻非完全享有自治權，實質上係中央集權制，此與德國採邦聯制存在架構上之差異，邦之財政和聯邦較有明顯區別，職是之故，廢除訴願實際無法減少財政負擔，反而因訴願會委員皆為兼任，僅出席時領微薄之出席費，相較於增加高薪之法官員額，顯然訴願制度即為節省。

此外，臺灣地區的訴願制度設計和德國本質上之差異如下：1. 以增聘外部委員方式提升公正性，2. 訴願制度存在已久，其利用便捷容易，使國民之權利救濟途徑充實擴大。假如對照台灣之訴願救濟程序，皆由上級機關或上級監督機關另組訴願審議委員會，在德國可能是由原承辦公務員之長官、主管或較高階公務員再審查，或由上級

機關之主管再審查，或在少數情形，組成審查委員會審查¹，其能發揮之救濟效果基本上不大。此外，德國制度之改變，某種程度上是受法國及歐盟其他國家逼迫，因為德國加入歐盟以後，法國主導之歐盟常逼迫德國修改法制，因為法國等其他歐洲國家認為德國法制極為繁複、細緻到歐洲人都很難接受，認為並無細緻區分之必要性。此乃德國法學、哲學思考和其他歐洲國家法學、哲學思考相異之處。

由訴願審議委員會作成訴願決定，涉及行政責任由誰負擔之問題²。訴願審議委員會所為之決議，縱使與該機關長官之意見不符，其亦無法自行變更。但台灣人民幾乎皆知訴願決定係由多數外部委員組成之訴願審議委員會所作成，基本上並不要求訴願管轄機關長官應對訴願決定負責，以作者之經驗，尚未見到人民要求訴願管轄機關長官應對訴願決定負責之例。

關於聽證與訴願之關係，如前所述，凡經聽證程序後作成之行政處分，對其救濟不須經訴願，惟台灣之法律有強制聽證之規定者並不常見，而且聽證程序之勞費甚至超過訴願，是以行政機關舉行聽證之情形並不多見，且兩種程序之目的、作用亦非相同，立法者從未規定訴願可取代聽證，因而台灣並無德國各邦所謂，藉訴願以規避聽證之情形。

肆、結語

羅馬法諺有言，有權利即有救濟，無救濟即無權利。人民之公法權利和私法權利皆應受同等重視，人民相對於公權力常處於被支配之不利地位，為實現民主原則，因此，行政救濟制度之健全更屬迫切需要。訴願作為行政內部之自我審查、管控制度，甚至作為某些訴訟之先行程序，其目的不單純在於權利救濟，亦在於依法行政之管控，是以訴願法之規定，即應配合訴願之本質進行設計，不應偏於一方，同時更應注意其作為某些訴訟先行程序之設計，不應藉口訴願和訴訟本質不同，是以並無互相比照之必要，如此始能制定最完善之訴願法，提供人民最周延之保障。

在臺灣地區之行政救濟中，由行政機關內部自我審查之程序並非僅訴願一種，許多法律除訴願外，另設有行政內部之自我審查程序，例如公務人員保障法之復審、稅捐稽徵法之復查、律師以外之各專技人員法律規定之懲戒覆審、兵役法施行法之複核、貿易法之聲明異議、勞工保險與國民年金之爭議審議、教師之申訴、再申訴、性別平等教育法之申復等等，不勝枚舉，其性質有被認為與訴願相同者，亦有被認為係訴願之先行程序者，不但名稱不一、種類繁多，而且層級繁複，令人混淆困惑，究竟屬於程序再開抑或屬於救濟程序，性質不明，常造成人民獲得迅速救濟之期待受到阻礙，例如性別平等教育法第三十二條規定，申請人及行為人對於第三十一條第三項處理之結果有不服者，得於收到書面通知次日起二十日內，以書面具明理由向學校或主管機關申復之申復，同法第三十四條則規定，申請人或行為人對學校或主管機關之申

¹ 例如日本之行政不服審查會。但似乎並非所有案件皆由委員會審議。

² 依日本今年最新之第六十九條規定，特定之行政不服案件亦由外聘委員組成之行政不服審查會審議、裁決，顯然行政責任由何人承擔，在日本並不構成問題。

復結果不服，得於接獲書面通知書之次日起三十日內，依下列規定提起救濟：一、公私立學校校長、教師：依教師法之規定。據此規定，教師被認為違反該法成立性騷擾而被懲處者，起訴前須經申復、申訴、再申訴、訴願等四級行政內部自我審查程序，起訴後仍可再經二次審判程序，此種多層級之行政救濟規定實屬累贅而無必要，多層級並非等於對人民權益保障更完善更迅速有效。因此有必要探討訴願制度與此等行政內部自我審查程序之關係，究竟應如何調整，是否能以保留訴願而廢除其他行政內部自我審查程序，抑或於特殊領域，以該內部審查程序替代訴願，例如公務人員保障法之復審與律師以外之各專技人員法律規定之懲戒覆審等等，事關訴願制度之發展，如何定位並與其他行政內部自我審查機制調和，以提升行政效率，並使人民可迅速獲得實質有效之權利保護，實有深入探討之必要。詳言之，於何種爭訟案件應免除訴願前置，使人民得直接向行政法院起訴，俾便獲得迅速有效之權利保護，以及訴願與其他行政自我審查程序之關係，應如何設置最能維護行政內部自我審查權？是否應選擇最適當之單一行政自我審查程序而保留之，其餘則廢除，以免過多之起訴前先行程序妨礙人民訴訟權；或是參考日本法制，將訴願作為任意程序，由人民自由選擇起訴前是否進行訴願程序，如此諸多繁雜問題，仍有待進一步釐清。

附錄一：行政院及所屬機關訴願案件收辦統計表

本院及所屬機關訴願案件收辦統計表																			附件 1-1	
																			102.01.01 ~ 102.12.31	
機關	收辦件數			辦結件數														未結件數		
	上年未結	本年新收	合計	作成決定								審決期限			被併案	移轉	撤回	合計	合計	
				不受理	其中原處分機關自撤原處分	駁回	撤銷	小計	提起行政訴訟件數	占決定件數比	3個月內	3至5個月	逾5個月							
1	行政院	527	2,367	2,894	420	99	1,553	115	2,088	131	6.27%	1,603	485	0	30	210	51	2,379	515	
2	內政部	438	2,950	3,388	473	120	1,787	213	2,473	241	9.75%	1,903	569	1	47	273	107	2,900	488	
3	外交部	0	3	3	2	0	1	0	3	0	0.00%	1	2	0	0	0	0	3	0	
4	國防部	13	125	138	49	0	46	5	100	28	28.00%	100	0	0	1	19	1	121	17	
5	財政部	446	2,550	2,996	299	99	1,734	214	2,247	791	35.20%	2,089	158	0	0	27	68	2,342	654	
6	教育部	34	181	215	52	5	85	22	159	32	20.13%	159	0	0	0	10	3	172	43	
7	法務部	10	88	98	36	1	13	1	50	8	16.00%	49	1	0	24	0	0	74	24	
8	經濟部	354	1,612	1,966	269	58	1,020	152	1,441	278	19.29%	943	498	0	1	11	30	1,484	482	
9	交通部	45	427	472	106	23	267	36	409	34	8.31%	384	25	0	0	5	4	418	54	
10	人行總處	0	4	4	0	0	1	1	2	0	0.00%	2	0	0	0	0	1	3	1	

11	衛福部	66	617	683	67	7	402	42	511	71	13.89%	499	12	0	2	33	21	567	116
12	環保署	206	768	974	147	49	537	128	812	50	6.16%	633	179	0	0	10	3	825	149
13	海巡署	0	2	2	0	0	0	0	0	0	0.00%	0	0	0	0	1	0	1	1
14	金管會	0	5	5	2	0	1	0	3	2	66.67%	2	1	0	0	0	0	3	2
15	輔導會	15	26	41	6	1	23	3	32	4	12.50%	32	0	0	0	1	0	33	8
16	前國科會	1	9	10	3	0	0	0	3	1	33.33%	2	1	0	0	0	2	5	5
17	農委會	96	354	450	73	21	219	54	346	43	12.43%	273	73	0	0	11	9	366	84
18	文化部	9	45	54	24	1	24	0	48	14	29.17%	17	31	0	0	2	0	50	4
19	前勞委會	703	2,653	3,356	278	116	2,125	190	2,593	60	2.31%	1,256	1,335	2	0	55	13	2,661	695
20	原民會	0	14	14	9	0	1	0	10	1	10.00%	10	0	0	0	0	0	10	4
21	通傳會	5	7	12	0	0	8	2	10	0	0.00%	8	2	0	0	0	0	10	2
22	工程會	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0.00%	0	0	0	0	0	0	0	1
	總計	2,968	14,808	17,776	2,315	600	9,847	1,178	13,340	1,789	13.41%	9,965	3,372	3	105	668	313	14,426	3,350

註：1.本院及經濟部撤銷件數含命為具體處分分別為 5 件及 2 件。本院移轉件數含訴願案移轉管轄 72 件，餘為非訴願案移辦。經濟部辦結件數合計含「提起訴願前訴願人已死亡」他結 1 件。

2.本表不含再審案件。

3.無收辦案件機關未列入。

台湾の訴願制度の過去、現在および未来

張文郁¹

目次

- 壹、1998(民国八十七)年修正前の訴願制度の紹介
- 貳、1998年訴願法修正後の訴願制度の要点の紹介
 - 一、概説
 - 二、訴願の性質
 - 三、訴願の機能の強化
 - 四、訴願の決定の拘束力
- 参、可能な未来の改正方向
 - 一、訴願の提起を訴願管轄機関への提起に改正する
 - 二、機関の間における委託で訴願を受理する機関を改正する可能性がある
 - 三、拒否処分に対する義務付け訴願を増設する
 - 四、共同訴願および訴願の参加を修正すべきである
 - 五、訴願制度は廃除すべきか
- 肆、結語

¹国立台北大学法学部教授。

대만소원제도의과거, 현재, 미래

張文郁*

차례

壹、1998(민국八十七)년개정이전의소원제도의소개

貳、1998년개정이후의소원제도의요점소개

一、요약

二、소원의성질

三、소원의기능을강화

四、소원결정의구속력

參、법개정의향후방향

一、소원의제기는소원의관할기관에제기하는것으로개정한다

二、기관사이의위탁에의한소원수리기관은수정해야한다

三、거부처분에대한의무부가소원을증설해야한다

四、공동소원및소원참가는수정해야한다

五、소원제도는폐지해야하는가

肆、결어

*국립대만대학법학과교수。

日本行政系统的转换和行政不服审查法的“现代化”

本多滝夫（龙谷大学教授）著

江利红（华东政法大学教授）译

【关键词】行政诉讼行政主体与行为形式的多样化制度间的竞争 制度间的竞争
合

前言

这个报告的目的是基于这次东亚行政法学会的任务，为了便于与其他国家或地域的行政不服审查制度进行比较，来介绍日本的行政不服审查制度的特色、问题以及改善的措施等。日本于今年（2014年）6月全面修改了《行政不服审查法》，并准备于2016年实施，届时该制度将会焕然一新。因此，本报告的目的主要是解释新的《行政不服审查法》。

但是，我本人认为新的《行政不服审查法》不能充分满足行政不服审查制度改革所追求的“现代化”的要求，仅仅通过解释新的《行政不服审查法》，并不能够向各位参加东亚行政法学会的研究者正确地提供有关日本行政不服审查制度的客观认识。

因此，本报告首先阐明支撑以往的日本行政不服审查制度的原理以及该原理是如何被具体化在现行《行政不服审查法》中的；其次，说明成为迫使日行政不服审查制度改革原因的日本行政系统的各种变化，明确这些变化所要求的行政不服审查制度改革“现代化”的具体内容。然后，探讨通过这次《行政不服审查法》的修改而进行的行政不服审查制度改革的内容是否与上述“现代化”的要求相适应。最后，分析与“现代化”的要求不相适应的原因，从而提出日本行政不服审查制度今后所需要解决的课题。

一、现行《行政不服审查法》的问题

行政争诉制度（包括行政不服审查和行政诉讼等）从其历史沿革来看，并存有基于从法治主义的要求所推导出的“行政合法性”和“行政合目的性”的“行政统制”目的和基于法治主义的实质性要求的“行政救济”目的。¹作为与行政诉讼相并列的行政争诉制度一部分的行政不服审查制度（狭义的争讼制度），也可以作这样的理解。

在《行政不服审查法》制订以前，有关行政上的不服申诉的一般性法律是《诉愿法》。该法被评价认为“并不能充分救济国民的权利利益”（诉愿制度调查会《诉愿制度调查会报告》（1962年）。因此，制定了基于以下立法政策的《行政不服审查法》。²

¹参见雄川一郎：《行政争訟》，有斐閣 1957年版，第14页。

²参见小高剛、南博方：《注釈 行政不服審査法》，第一法規 1975年版，第16页。

第一，强调具有权利救济程序的特质。

第二，明确《行政不服审查法》作为行政上不服申诉的一般法的地位。

第三，对于不服申诉事项，采用一般概括主义的同时，也承认对事实行为以及对申请不作为的不服申诉。

第四，统一不服申诉的类型，对于不是依据该法的不服申诉，使用其他的名称以明确其区别。

第五，不仅仅是该法，对于基于其他法律可以提起不服申诉的处分，采用了对于作出行政行为的行政机关一般都适用的教示制度。

第六，详细规定了不服申诉的程序，完善了有关不服申诉人防御权的规定。

第七，明确规定了禁止不利变更的原则。

此外，在制定该法的同时，还制定了《行政事件诉讼法》。在《行政事件诉讼法》中废除了诉愿前置主义，规定对行政行为不服者可以自由选择行政上的不服申诉或者撤销诉讼中的任一救济手段，这也是与行政不服审查制度相关联的重要制度的改革。

因此，在当时，行政诉讼（撤销诉讼）制度和不服审查制度之间，可以说形成了围绕权利救济的制度间竞争的基础。而且，由于程序简易，成本低廉，救济迅速，不服申诉的审理也涉及不合理性，因此各种内容的不服都可以得到救济，甚至不服申诉在作出行政行为的行政机关或者直属上级行政机关进行不服审查的情况下，可以通过变更行政行为或者对行政行为的变更命令进行适当的救济，这些都是行政不服审查制度的优点。从这点来看，该制度相对于行政诉讼制度而言具有竞争的优势。

当时行政法学界的权威东京大学教授田中二郎认为，“《行政不服审查法》中所设立的程序规定”以及“与权利利益救济制度相适应的程序规定”的设置是为了实现“‘通过简易、迅速的程序救济国民的权利利益’这一该法律的根本宗旨，这种目大致是能够实现的”，对于该法律的制定给予了高度的评价。¹

但是，也有学者指出，在行政不服审查的实务中未必能够有效利用这些优点。当时的东京大学宫崎良夫教授在其先驱性的研究中，比较了行政不服审查与行政相谈·苦情处理的数量，由此明确从整体上来看不服申诉数量极少的现实。宫崎教授将其原因归结为国民有关不服审查制度的知识的欠缺、普遍的印象是救济的希望渺小、根据每个行政事务特性的不同设立相应的构造不同的不服申诉制度过于复杂等。²

不能有效地利用行政不服审查制度的原因归根结底是因为《行政不服审查法》所设计的行政不服审查制度的构造问题。

例如，与宫崎教授同一时代的当时一桥大学南博方教授曾指出，不服审查救济率低下的原因是作为不服审查的组织以及程序在构造上的欠缺。即不服申诉机关欠缺与作出行政行为的行政机关之间的独立性，不服申诉机关没有法令违宪的审查权、通达

¹参见田中二郎：《行政争訟制度の改正》，载《法律時報》1962年第34卷第10号，第9页。

²参见宫崎良夫：《行政不服審査制度の運用と問題点》，载《社会科学研究》1986年第38卷第2号，第85～134页；宫崎良夫：《行政不服審査制度の問題点と改革の方向》，载《公法研究》1990年第52号，第218～232页。这些论文后来被收录于宫崎良夫：《行政争訟と行政法学》，弘文堂1991年版之中。

（译者注：相当于中国行政机关的内部规范性文件）审查权，尽管原本要求审查请求必须通过对抗性的审理构造，但由于没有在作出行政行为的行政机关作为当事人的审查手续中作出明确的规定，和异议申诉一样，成为了片面性的审理构造。¹

随着时代的变迁，在 1996 年到 1997 年期间，作为当时的总务厅委托研究的财团法人，总务厅行政管理研究中心设置了事后救济制度调查研究委员会（委员长是当时东京大学的小早川光郎教授），在由其编写的《关于事后救济制度的研究报告书》中归纳了七个有关行政不服审查制度基本构造上的问题点：第一，异议申请的基本性质问题（对于其第三方性质存在着疑义的单方性审理构造、再处分程序等）；第二，审查请求的基本构造问题（对于其第三方性质存在着疑义的单方性审理构造、处分的变更程序）；第三，不服申诉对象的问题（限于对处分所提起的不服申诉）；第四，不服申诉人适格的问题（基于个别法的限定性解释的是否符合不服申诉资格的判断）；第五，二阶段的不服申诉问题（由异议申诉和审查请求所构成的二阶段构造损坏了简易迅速性）；第六，有关口头意见陈述的问题（争议事项不明确的审理构造）；第七，有关裁决、决定的形式的问题（救济方法的限定性）等七个方面。²

对于这些问题，从与行政诉讼（撤销诉讼）制度的制度间竞争的观点来把握的话，可以进行如下归纳：

第一，由于处分的范围以及不服申诉适格的范围和行政诉讼（撤销诉讼）制度是相一致的，并不存在行政不服审查制度固有展开的行政救济领域。

第二，行政不服审查制度的优点在于程序的简易迅速性，但由于对于这种优点的重视却有损于程序的公正性，因此，国民对于该制度缺乏信任感。

第三，行政不服审查制度的优点在于对不合理性的审查，但该功能在现实中几乎没有发挥作用，其行政救济的范围并没有比行政诉讼的范围更为广泛。

第四，在以上述的第一至第三作为前提的情况下，在自由选择主义的影响下，比起行政诉讼（撤销诉讼），对处分不服者更为优先地利用行政不服审查制度的并不多。

第五，自由选择主义是基本的原则，但在各法律中，采用不服申诉前置的处分类型也很多。而且，从结果上来看，采用不服申诉前置的数量也远远凌驾于以自由选择主义为基础的不服申诉的数量，行政机关几乎没有意识到制度间的竞争。

前述报告书从①重视事后救济程序的简易迅速性的观点、②重视事后救济程序中的第三方性的观点以及③考虑到与处分性质相对应的多元性事后救济程序的观点出发，提出了不服申诉的一阶段化（译者注：将目前的两个阶段合并为一个阶段）、以口头方式提起不服申诉的范围的扩大、第三方机关（不服审查机关型或是咨询机关型）的设置、审理的对抗式审理构造的设置、审理主持者的第一次裁决与决定权的赋予、

¹ 参见南博方：《行政不服審査の改善に向けて》，载《一橋論叢》1985年第94卷第5号，第591～607页。该论文后被收录于南博方：《紛争の解決手法》，有斐閣1993年版。此外，南博方教授在后述的《事後救济制度に関する調査研究報告書》中将“单方性审理”称为“对抗式审理”，将“对抗式审理”称呼为“三方审理”。此处，结合该报告书中的用语，对南博方教授的概念用语加以修正。

² 《ジュリスト》1998年第1137号，第159～175页。

以第三方的强化为前提的司法救济程序中审级省略的方案等。

但是，在不能发挥行政争讼的特长、行政不服审查制度从属于行政诉讼制度的情况下，该制度的改革至少要与行政诉讼制度的改革同时进行或者可以说在经过行政诉讼制度改革之后，也行政不服审查制度应当作为行政法改革的课题而被提出。

二、行政系统的转换与行政不服审查制度的课题

如上所述，本次《行政不服审查法》的修改，不仅是应当作为行政争讼制度的不服审查制度在运用上以及在内在构造上的问题，而且还将对行政系统转换的对应作为为了契机。

行政不服审查制度研究会的报告（即《行政不服审查制度研究报告书》）¹以行政不服审查制度的修改为背景，再加上以往所指出的行政不服审查制度中存在着的的问题，举出了以下4个制度性变化。

第一，由行政对于民间活动规制的缓和、改革在不断推进，行政所运用的行为方式发生了变化，事后检查的重要性不断增加。

第二，随着地方分权的推进，国家和地方的关系发生了变化。

第三，关于《行政程序法》和《有关行政机关所保有信息公开的法律（以下之称《信息公开法》）的制定等，确保了行政的公正、透明性的进展。

第四，在《行政不服审查法》制定的当时，承担行政任务的主体以行政机关和特殊法人为中心，但在其后，设置了与独立行政法人、作为指定法人的公益法人等其他各种各样的团体相关的组织。

这些制度的变化要求行政不服审查制度必须进行改革，从报告者来看，其理由大致如下：

第一，随着规制缓和以及行政事务的民营化，对行政争诉制度的不断产生新的需要。即规制缓和排除了行政过程中事前性利益调整，但增大了相对人对于行政行为标准（命令、通达、计划等）或者行政指导不服的可能性。并且，行政事务的民营化导致了改善命令、营业等的停止或禁止、认可或许可的撤销等的事后性监督或者具有规制内容的行政行为的增加，同时对该行政行为的不服也会随之增加。而且，在对于违反者的事后监督不充分的情况下，对于这一事项的不服将会增大。因此，即使这些不服的内容之间相互之间存在着矛盾，对应于在整体上增加的不服，就更加要求审查对象范围的扩大和程序的公正。同时，对应于具有新内容的不服，有必要导入新的救济方法。

新的救济方法的导入，行政诉讼制度方面比行政不服审查制度方面更早实现了。

¹行政不服审查制度研究会：《行政不服审查制度研究报告书》，2006年版，第2~3页。参见 http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/fufuku/pdf/fufuku_sinsa_0510_0603.pdf。行政不服审查制度研究会接受总务省行政管理研究中心的委托，自2005年10月至2006年3月，期间召开了由东京大学教授小早川光郎等8名行政法学者参加的研究会，该会议由总务省行政管理局担任该研讨会的事务局（日常工作）。

在 2004 年的《行政事件诉讼法》的修改中，新设置了课予义务诉讼和禁止诉讼，并且明确了有关公法上法律关系的确认诉讼，排除了传统束缚于“撤销诉讼中心主义”的行政诉讼观点。随着行政过程的推进，纷争的成熟性不断深化，这些新行政诉讼类型的设立开创了在具体的行政行为作出之前的阶段使得国民获得裁判性救济的可能性。¹

作为救济制度的行政诉讼制度的发展不仅局限于对行政行为的撤销，而且还颠覆了有可能通过变更行政行为进行救济的这一行政不服审查制度的优位性。因此，从制度间的竞争的观点来看，要求行政不服审查制度救济功能进一步扩充和强化。

第二，通过 2000 年 4 月实施的地方分权改革，地方公共团体的执行机关所处理的国家的机关委任事务，除了被认为是国家直接执行的事务和已经被废止的事务外，都重新被认定为由地方公共团体处理的事务。对于由地方公共团体所处理的事务不服而提起的不服申诉应当由地方地方团体内部处理，国家仅仅处理对于国家的行政机关作出的行政行为不服的申诉。因此，不服审查机关由法律明确规定情况另当别论，只要没有将权限委任给下级行政机关，不服申诉被作为异议申诉而进行处理。通过地方分权改革，《行政不服审查法》所采用的“审查请求中心主义”以及审查请求、再审查请求的二阶段构造欠缺作为其前提的事务分配上的基础。因此，基于国家和地方的责任分担原则，要求对不服审查制度的构造进行全面性的修改。

第三，1993 年制定、2005 年修改的《行政程序法》，在设置了对于撤销认可、许可等重大的侵害性行政行为在事前必须要进行口头听证的同时，规定了行政指导以及命令等行为等之外的行政的行为形式在作出之前所应当遵循的行政程序。并且，《信息公开法》中，作为不服审查的机关，新设置了的作为具有第三方性的合议制机关的信息公开审查会。《行政程序法》以及《信息公开法》的制定再次印证了《行政不服审查法》的审理程序缺乏公正性、救济对象的范围过于狭小等问题，要求行政不服审查制度必须提高其公正性，扩大其救济对象的范围。

此外，《行政程序法》在一般性的行政行为法律制度中设置了有关审查标准或行政行为标准的设定并公布的机制。这是依据《行政程序法》的立法目的，在以行政行为的公正性的确保以及透明性的提高为目的的同时，也有助于确保行政的统一性。以裁决作为契机的行政统一性确保的要求被认为是将不服申诉前置正当化的理由之一，但，《行政程序法》破坏了不服申诉前置的依据，由此也要求必须修改不服申诉前置制度。

第四，承担行政事务主体的多样化引发了诸多问题，例如，以往被视为行政行为的事务处理权限在转让给私人的情况下，私人在使用相关权限的时，产生了在有人对其不服时应当通过何种争诉程序进行救济的问题。对于所谓的指定机关等的检查、检定，一般将其视为行政行为，成为以向原本权限机关提起审查请求的对象的制度性保障。。近年来，在为了代替指定机关而导入的登记机关中，由于明确了其作为纯粹的

¹参见櫻井敬子、橋本博之：《行政法（第 4 版）》，弘文堂 2013 年版，第 277 页。

民间活动者的性质，在转换时，将登记行为排除在行政不服审查制度的对象之外。其中，也有承认通过向主管大臣提出救济命令的申请等救济受检者的例子，对此，必须要重新探讨对于其他登记行为是否可以适用简易程序救济的问题。

此外，在依据契约进行该项事务的委托时，有可能发生有关该契约缔结对象的选择、契约的方式、契约的内容、契约的履行等的纷争，这些以往都由以契约自由为前提的民法来处理。但是，正如 2006 年制定的《通过导入竞争改革公共服务的法律》（即所谓的市场化测试法）所规定的那样，在行政事务的委托被作为行政手法的普遍制度化时，从行政救济的观点来看，有必要将行政契约的缔结过程也作为不服审查的对象。

在 2005 年前后，行政不服审查制度在与行政诉讼制度的制度性竞争的关系上存在着诸多的课题。不仅仅要求其确保国民对于作为实现公正性的行政救济制度的信赖，而且要求在行政系统的转换中多样化的行为主体或行为形式所构成的错综复杂的统制空间中，与行政程序法律制度、信息公开法律制度相并列，存在着为了确保行政责任的制度的发展的要求和必须应对“现代化”的要求的重叠性课题。¹

原本，对应于这些修改的要求，行政不服审查制度所依据的规范性要求，即行政不服审查制度是比行政诉讼制度更具有行政统制功能的行政救济制度，问题在于是否能够充分地发挥行政不服审查制度这种功能。

第一，为了要进一步追求程序公正性的确保，就应当确立以裁判的实施审理程序作为终极模式的慎重程序，但这必须会牺牲作为行政不服审查制度存在意义的简易迅速性。

第二，对应于《行政事件诉讼法》的修改和调整，行政诉讼的救济方式得到了扩充。《行政不服审查法》作为行政争诉法之一，当然也要求其以行政诉讼的救济方式作为标准进行完善。但是，对于在对请求有关规制权限行使的课予义务诉讼和禁止诉讼的不服进行的审查程序，由于其在规制权限尚未行使的阶段而被作出，因此，发挥着与行使规制权限的事先程序相同的功能。争诉程序的“事前程序化”引发了行政不服审查制度与事前性行政程序制度之间制度性竞争的问题。

第三，不服审查的对象范围的扩大在“覆盖到行政诉讼所力不能及的地方”的意义上，²体现了行政不服审查制度的真面目，但是，对于扩大的对象的不服而作出的裁断性行为相当于《行政事件诉讼法》第 3 条第 3 款所规定的裁决。即使行政不服审查的对象不属于行政行为（不具有“处分性”），也有可能成为抗告诉讼的审理对象。因此，针对行政行为之外的行政活动不服，通过不服审查，也利用抗告诉讼的途径。但这种通过不服审查制度达成的“处分性的扩大”却难以动摇作为抗告诉讼制度前提的“处

¹此外，作为行政系统的变化，市桥克哉还列举了“法（规则）的制定阶段、法（规则）的实施阶段以及审查（裁决）阶段之间的区分程度降低”、“定位于全球化的公共空间之中的多方性主体的公共活动增多”等，认为在这种背景下，行政不服审查制度中行政监察委员的增多、作为在多样化的管理中不服申诉模式的行政不服审查制度的能力的提高等都是现代化的要求。参见市橋克哉：《行政の変化と行政不服審査法改正—多治見市は正請求審査会の経験をふまえて（2014年行政法研究フォーラム報告）》，载《自治研究》2014年第90卷第12号。

²藤田宙靖：《第四版 行政法 I（総論）（改訂版）》，青林書院 2005 年版，第 462 页。

分”的观念。

这种不服审查制度内部的各种优势相互之间、行政争诉制度相互之间以及事前程序、事后程序之间的平衡关系的调整在行政不服审查制度改革时必须加以留意。

三、行政不服审查制度改革的原因

上述的《行政不服审查制度研究报告》显示了行政不服审查制度改革的基本方向。此外，由于受到时间的限制，在该报告书没有充分涉及的有关针对行政指导、行政指导以外的事实行为（公共工程、行政上的强制执行<行政代履行、直接强制等>、行政调查、即时执行，有关信息的行政活动）以及行政契约的不服审查制度的设置问题，同年8月，公布了《关于行政不服审查制度特定事项的调查报告书》。

依据这两个报告书，从2006年至2007年期间，在总务副大臣之下设置了“行政不服审查制度研讨会”，该研讨会于2007年4月发表了《中间汇总》。此后，经过对此的意见公募，于2007年7月发表了《行政不服审查制度研讨会最终报告》（以下称为“最终报告”）。最终报告采用了《行政不服审查法修正案纲要》和《行政程序法修正案纲要》的体裁，事实上是《行政不服审查法》的修正草案。

根据该最终报告，在政府内部大约进行了半年左右时间的立法化作业，于2008年4月向第169次国会提出了有关行政不服审查制度修改的各法案（《行政不服审查法案》、《有关部分修改行政程序法的法律案》、《行政不服审查法相关法律完善法案》（以下把这三个法律草案称为“2008年法案”）。¹但是，2008年法案因2009年8月众议院的解散而被废弃。

2009年9月成立的民主党政权，认为2008年法案中存在着重大的问题，因此在内阁府行政刷新会议之下设置了“行政救济研讨小组”。该小组以“谋求柔软且有实效性的权利利益的救济”为目的，再次启动了有关行政不服审查制度的修改工作，并于2011年12月发表了《研讨小组汇总》。其中，提议不采用审查会方式，取而代之的是提倡充实具有独立性的审理官制度；在一般性的审查请求程序的基础上，设置了更为简易程序的略式裁决请求制度；扩大了不服申诉的适格范围，原则上废除或限制

¹ 在2008年法案中，《行政不服审查法》本身的修改并非部分修改，而是较为全面的《行政不服审查法案》，因为这是《行政不服审查法》的全面性修改。此外，不仅仅局限于行政不服审查制度的改革，而且《行政程序法的部分修正案》与其说被融入到行政不服审查制度之中，还不如说作为行政程序的制度化更为贴切，该修正案就是基于这种判断而进行了立法措施。此外，完善法案的目的在于试图谋求新的不服审查制度与个别法所规定的特别性的不服审查制度之间的整合性，全面地修改包含该条文的法律。这与2014年法的宗旨是一致的。此外，在东亚行政法学会第8次学术大会上，两位日本代表对2008年法案进行了介绍甚至是批判性的探讨（木佐茂男：《日本における行政不服審査改正の成果と残された課題》；高橋滋：《日本の行政不服審査制度の改革とその特徴》）。有关2008年法案的论说数量较多。此外，有关2008年法案与2012年法案的比较，近期以下的论稿也是非常有意义的，前田雅子：《行政不服審査法の論点》，载《法律時報》2014年第86卷第5号，第82～87页；稲葉一将：《行政不服審査法改正と救済態様》，载《法律時報》2014年第86卷第5号，第89～93页；大橋真由美：《行政不服審査法改正と行政不服審査における審理体制のあり方——審理員・行政不服審査会》，载《法律時報》2014年第86卷第5号，第94～99页；洞澤秀雄：《地方自治体における行政不服審査》，载《法律時報》2014年第86卷第5号，第100～105页。

了不服申诉前置；在广泛受理不服、苦情的国家、地方层次设置新的机构等等。¹根据这些提议，朝着《行政不服审查法》的修改进行了立法化作业，但由于2012年12月进行的众议院议员总选举中民主党失去了政权，该作业被迫中止了。

自由民主党恢复政权之后，总务省再次尝试着修改《行政不服审查法》。总务省虽然并没有设立新的研究会等组织，但在2013年3月至6月期间，以2008年法案为基础，组织进行来自有关团体的听证会、来自两名学识经验者（小早川光郎教授、坂田雅裕律师）的意见征询、公众意见的公募程序，同年6月，确定了《行政不服审查制度修改方针》。根据该方针进一步推进了立法化作业，于2014年3月，向第186次国会提出了有关行政不服审查制度修改的各法案（《行政不服审查法案》、《有关部分修改行政程序法的法律案》、《行政不服审查法相关法律完善法案》）。同年6月，分别通过了《行政不服审查法》（2014年法律第68号）、《有关伴随行政不服审查法的实施的相关法律完善等的法律》（2014年法律69号）、《有关部分修改行政程序法的法律》（2014年法律第70号）。（以下分别称之为“新法”、“完善法”、“修正行政程序法”，作为这三部法律的总称，称之为“2014年法”）

四、行政不服审查制度改革的概要

根据总务省的归纳，2014年行政不服审查制度的改革是基于①公正性的提高、②利用简便性的提高，③国民救济手段的充实、扩大的观点上进行的。²以下，依据该归纳，来概观这次改革的主要内容。

（一）公正性的提高

1、审理员制度的导入

现行的《行政不服审查法》（以下称“现行法”），是以不服审查机关直接审理、裁决审查请求为前提的。现行法规定在不服审查机关认为有必要时，可以由该不服审查机关的职员来进行审理（现行法第31条）。但是，并没有设置有关该职员的资格、指定的要件。因此，在制度上并不妨碍与原行政行为相关者或者与审查请求人具有密切关系者成为该职员。

与此相对，新法规定在除了不服审查机关是合议制的情况下，不服审查机关应当指定审理员迅速且公正地审理审查请求（新法第9条第1款）。为了审理员能够站在中立的立场进行审理，规定了除斥要件，规定以下人员不得指定为审理员：第一，参与了相关行政行为程序的人员（参与了与审查请求相关的行政行为或者再调查的请求决定相关的人员、参与了有关不作为的行政行为相关人员）；第二，审查请求案件的当事人等（审查请求人、与审查请求人有亲戚关系的人、法定代理人、利害关系人）（新法第9条第2款）。为了使外部能够“看到”审理员是由和行政行为无关的人来进行审理程序的，作为不服审查机关的行政机关负有努力制作审理员名册的义务，在

¹参见宇贺克也：《行政不服审查法の見直し》，载《みんけん》2012年第661号，第2～23页。

²参见 http://www.soumu.go.jp/main_content/000297540.pdf。

作成该名册的情况下，负有公示的义务（新法第 17 条）。

此外，新法给与了审理员积极的审理权（新法第 33 条至第 37 条）。新法规定，审理员在审理终结后，必须制作《审理员意见书》以及《案件记录》，提交不服审查机关，不服审查机关在依据与《审查员意见书》不一致的内容而进行裁决的情况下，必须要在裁决书上附附加记录其理由（新法第 50 条第 1 款第 4 项）。

2、向行政不服审查会等咨询程序的导入

现行法承认在个别法律中，第三方机关可以参与审理。

与此相对，新法原则上针对所有的审查请求，规定课予不服审查机关负有必须向行政不服审查会（在地方公共团体中作为执行机关的附属机关而设置的合议制机关）咨询的义务。但是，在审查请求人不希望、缺乏需要经过调查审议的实际利益等情况下，则不需要进行咨询（该法案第 43 条 1 款各项）。

此外，新法将行政不服审查会设置在行政不服审查会之下（新法第 67 条 1 款），保障会长及委员的身份（新法第 69 条），原则上由三名人员通过合议来进行调查审议（新法第 72 条 1 款）。

新法对于地方公共团体课予设置相当于行政不服审查委员会的附属机关的义务（新法第 81 条第 1 款）。但是也承认根据每个案件的不同设置合议制机关的方式（新法第 81 条第 2 款）。

3、审理程序的对立化

现行法并没有保障在异议申诉的审理过程中针对由作出行政行为的行政机关所提出的辩解书异议申诉人提出反驳书、对于作出行政行为的行政机关提出的物件的阅览等程序性权利。

对此，新法规定，即使作出行政行为的行政机关等是不服审查机关，作出行政行为的行政机关也有负有向审理员提出辩解书的义务（新法第 29 条），与此相对应，承认审查请求人可以提出反驳书（新法第 30 条），并且承认审查请求人、参加人可以阅览、誊写作出行政行为的行政机关提出的物件等（新法第 39 条）。

此外，现行法对于口头意见陈述，采用了审查请求人对不服审查机关或对不服审查机关的职员陈述意见这种单方面审理的方式。

对此，新法采用了对抗式审理的方式，审理员利用口头意见陈述机会，招集审查请求人、参加人以及作出行政行为的行政机关等所有与审理相关的人，规定向口头意见陈述的申诉人可以口头陈述其意见，该申诉人经审理员的许可，可以对作出行政行为的行政机关提出质问（新法第 31 条）。

针对程序的性质，现行法在其目的的规定中规定了“通过简易迅速的程序”，强调了程序的简易迅速性。

对此，新行政不服审查法为了提高审查程序的公正性，修改了“在简易迅速且公正的程序下”的文言（新法第 1 条）。

（二）运用简便性的提高

1、审查请求期间的延长

现行法根据不服申诉人是否知情的情况把不服申诉人的审查请求期间规定为 60 日。

对此，新法将其延长到 3 个月（新法第 18 条第 1 款）。

2、不服申诉程序的审查请求的一元化

现行法作为通常的不服申诉，规定了作为向作出行政行为的行政机关提出的不服申诉的“异议申请”和作为向上一级行政机关或法定的行政机关提出的不服申请的“审查请求”，并分别采用了不同的程序方式。异议申请与审查请求相比，在不承认辩解书、反驳书的提出和证据书类等的阅览方面，欠缺公正性。

对此，新法不论审查不服申诉的的行政机关的不同，将审理程序的方式一元化，统一称其为“审查请求”（新法第 2 条）。在新的审查请求的程序中，如前所述，导入了对抗式审理为可能的审理员制度，以此谋求公正性的提高。

3、不服审查制度的一阶段化

现行法容许个别法中仍然采用异议申诉和审查请求，或者审查请求和再申请请求这种二阶段的不服审查制度。由于采用二阶段不服审查制度的法律中的多数也采用了后述的不服申诉前置制度，在处分不服者利用裁判时成为了障碍。

对此，完善法中，如后所述，废除了采用不服申诉前置的法律中的二阶段不服申请制度。

以此为前提，新法在作出行政行为的行政机关存在着上级行政机关的情况下，不是以向上一级行政机关，而是以向最高一级行政机关提出审查请求作为原则（新法第 4 条第 4 项）。向最高一级行政机关提出审查请求的一元化，被认为是因为最高一级行政机关可以进行公正的判断（包括内部标准等的合理性）。此外，在作出行政行为的行政机关不存在上级行政机关的情况下，对行政行为不服者可以向元作出行政行为的行政机关提出审查请求（新法第 4 条第 1 项）。向作出行政行为的行政机关提出审查请求的程序，如前所述，和最高一级行政机关提出审查请求的程序相同。

但是，在新法中，对行政行为的不服与要件事实的认定是否适当有关，而且在行政行为被大量作出时，在个别法律中作为例外性的不服申诉制度，规定了允许向作出行政行为的行政机关提出再调查请求的制度（新法第 5 条第 1 款），并规定了其程序等（新法第 3 章）。这是因为对于该内容不服，由作出行政行为的行政机关重新调查相关资料能够进行迅速的救济。在采用再调查请求制度时，不服申诉人可以选择申请再调查或者提出审查请求（新法第 5 条第 1 款）。即使在不服申诉人选择再调查申请时，在对再调查请求作出决定之后，还可以提出审查请求（新法第 5 条第 2 款）。采用再调查请求制度的法律包括①《关税法》（《吨税法》、《特别吨税法》也准用）、②《国税通则法》、③《公害健康被害补偿法》这三部法律。

此外，新法允许个别法律设置再审查请求制度（新法第 6 条）。并不局限于一阶段化的方针，再审查请求制度被保留的理由在于：在现行的行政不服审查制度中，例如社会保险、劳动保险领域，有时设置了依据向独任制的行政机关提出审查请求和向合议制行政机关提出再审查请求的组合而进行权利救济的构造，而有时由隶属于与对

于例如生活保障这种法定委托事务进行审查请求的行政机关不同行政主体的行政机关依据不同的观点进行判断作为救济手段而言被认为更具有优势(《健康保险法》、《生活保护法》等 32 部法律)。完善法对于采用不服申诉前置的法律调整了个别法律的规定,要求不服申诉人在对审查请求的裁决不服时,可以自由选择请求再审查或者提起撤销诉讼。

4、迅速审理的确保

(1)“标准审理期间的设定”

现行法并没有规定不服申诉的审理期间。

对此,新法规定,作为不服审查机关的行政机关应当确定自审查请求到达该事务所开始至对该审查请求作出裁决为止通常所需要的标准的审理期间,并且将其公开(新法第 16 条)。

(2)“审理程序的按计划进行”

现行法以书面审理为原则,采用了单方面审理的方式,由于审理并不繁琐,所以并没有设置有关审理的程序规定。

对此,新法规定,对于所有的审查请求,由审查请求人和作出行政行为的行政机关等提出主张以及证据,在审查请求人或参加人要求口头陈述意见时,应当趁口头意见陈述的机会招集所有的审理关系者,允许口头意见陈述申请人提出质问。新法采用了这种双面的审理方式,因为审理变得繁琐为了,为了实现迅速且公正的审理,审理关系人与审理员有责任和义务实现审理程序的有序进行(新法第 28 条)。此外,新法还规定,为了避免发生由于案件复杂或者其他情况而使得迅速且公正审理变得困难的情况,在审理之前,规定了招集审理关系者、整理案件焦点或证据的程序(新法第 37 条第 1 款)。

5、不服申诉前置的废止、减少

现行的个别法律中采用不服申诉前置的立法考虑主要是基于:①大量性(成为不服申诉前置对象的不服申诉的数量是否很多)、②第三方机关的参与(具有专门技术性以及公正性的第三方机关是否能够参与不服申诉的审理)③专业技术性(是否具有在未经过不服申诉而提起诉讼的情况下会给法院的审理带来障碍的专业技术性)。但是,《行政事件诉讼法》在不服申诉和撤销诉讼之间采取了自由选择主义,但数量较多的法律采用了作为例外的不服申诉前置制度。

为了将以限制国民接受裁判权利的不服申诉前置作为例外性措施,进行立法的修改工作,将设置不服申诉前置的情形仅限于三种类型的情况:①不服申诉的程序具有行政诉讼一审的替代性,为了减轻国民的程序负担的情况;②存在着大量的不服申诉,直接提起诉讼被认为会加大法院的负担的情况、③通过第三方机关进行具有高度专业性的技术判断等,可以减轻法院负担的情况。其结果是,在符合以上三个类型的情况下,在向议会提出咨询或者存在着必须前置的特别事由时,基于设置不服申诉前置的方针,完善法对于设置了不服申诉前置的 96 部法律,废除了其中 47 部法律中的不服申诉前置,以自由选择为基础,将其中的 21 部法律中的二阶段不服申诉前置改为了

一阶段，部分地废除了不服申诉前置。最终的结果和以前一样维持不服申诉前置的法律只有 28 部了。

（三）国民救济手段的充实、扩大

1、行政行为等的要求

修改后的《行政程序法》规定，在存在有违反法令事实的情况下，认为行政机关没有作出为了纠正该违法事实而应当作出行政行为或行政指导者，可以向行政机关提出申诉，行政机关进行必要的调查，基于该调查的结果认为有必要时，必须作出该相应的行政行为或行政指导（修改后的《行政程序法》第 36 条之三）。

2、行政指导的中止等的要求

修改后的《行政程序法》规定，在为了纠正违反法令的行为而作出行政指导的情况下，该指导的相对人可以提出要求中止该行政指导等措施的申诉，行政机关对此进行必要的调查，认为该行政指导不符合作为其依据的法律所规定的要件时，必须中止该行政指导或采取其他的必要措施（修改后的《行政程序法》第 36 条之二）。

此外，修改后的《行政程序法》规定，行政机关在作出行政指导并表示了有可能行使认许可的权限或者给予认许可等作出行政行为的权限时，该行政机关对于行政指导的相对人，必须公开该权限的依据、要件以及该行为是否符合要件等信息（该法第 35 条第 2 款）。

3、行政不服审查制度中救济手段的充实、扩大

根据总务省的归纳，虽然没有采用以下的改革，但这些改革应当在救济手段的充实、扩大的项目中被采用。

（1）“审理员要求执行停止的意见”

现行法对于负责审理的职员有关执行停止的权限并没有做任何规定。

对此，新法规定，在审理员认为有必要的情况下，有权向不服审查机关提出包含执行停止为意思的意见书（新法第 40 条）。

（2）“申请型课予义务裁决的导入”

在有关拒绝申请的行为的审查请求存在有充分的理由时，即使在不服审查机关是作出行政行为的行政机关的上级行政机关，现行法并没有明确该不服审查机关是否能够将该拒绝申请的行为变更为认可申请的行为。

对此，新法规定，在拒绝申请的行为违法或不当的情况下，当认为应当对该申请作出一定行为时，在不服审查机关是作出行政行为的行政机关的上级行政机关的情况下，该不服审查机关在撤销该拒绝审查行为的同时，可以命令其作出该行为。

现行法仅仅局限于在对不作为提出的审查请求存在有理由时，即使在不服审查机关是作出行政行为的行政机关的上级行政机关的情况下，可以命令不作为的行政机关针对申请作出某种行为。

对此，新法规定，在不作为违法或不当的情况下，当认为应当对该申请作出一定行为时，在不服审查机关是作出行政行为的行政机关的上级行政机关的情况下，该不服审查机关可以命令其作出该行为（新法第 49 条第 3 款）。

五、从 2014 年法来对行政不服审查制度改革的评价

(一) 公正性的提高与制度间的竞争

1、公正性的提高

根据总务省的设想，希望通过审理员制度的导入、行政不服审查会等第三方机关的设置以及审理中审查请求人的程序性权利的扩充从而提高公正性。

对于审理员，在与作出行政行为的行政机关的关系上规定了除斥要件，与《行政程序法》所规定的听证主持人相比，其在职能分离的构造是进步的。但是，并没有保障审理员的职权行使的独立性，而日本的公务员具有通常的职业规划，在新法中并不存在为了确保审理员的中立性的机制。由于审理员制度的导入，一般评价认为审理的公正性确实比起现行制度有了极大的提高，但并没有实现给与提出审查请求者进行公正审理的信赖感的提高。

由审理员进行审理，如前所述在进行口头意见陈述的情况下，采取作出行政行为的行政机关与申诉人（审查请求人或者参加人）面对面的方式进行。掌握到这一点，像《行政程序法》中所归的听证那样，对于审查请求，也可以评价为是进行“对抗式的审理”。

但是，在侵害性行政行为的听证中，对于作为行为根据的事实认定是否适当，通过作出行政行为的行政机关职员的说明和当事人或者参加人的口头所主张以及提出的证据进行争议。由于新法中仅仅规定了在口头意见陈述时只有申诉人在得到审理员的许可时，才可以对作出行政行为的行政机关提出质问，因此审查请求的口头意见陈述的机会未必是作为“对抗式审理”而进行。这与《行政程序法》所规定的听证是针对认许可的撤销等重大的损害性行为所进行的程序不同，《行政不服审查法》所规定的口头意见陈述的机会不论行政行为的内容、性质如何，只要存在审查请求人或者参加人申诉的情况下，原则上必须赋予该申诉人的口头意见陈述的机会。因此，对于审查请求，有时在对抗式审理中进行口头意见的陈述，有时也存在仅仅通过对抗式审理而终结的情况。如果这样的话，审查请求的公正性，最终可以说依赖于审理员行使职权的独立性以及中立性的确保程度。

依据审理员制度的公正性提高的界限，作为具有第三方性质的合议制行政机关的行政不服审查会等可以说是作为为了补充这点而设计出来的。由具有第三方性质的合议制行政机关进行的审查，即使在现行的法律制度之下，由于其容忍度相对较高，也可以说隐含了充分确保行政不服审查会等作为为行政救济制度的信赖的可能性。¹

¹¹根据总务省 2010 年所进行的调查，2009 年度基于《行政不服审查法》提出的不服申诉的状况如下：

区分	件数		
		支持数	支持比例
合计	18,302 件	2,186 件	11.9%
异议申诉	6,653 件	854 件	12.8%
审查请求	9,827 件	1,237 件	12.6%

此外，，由于行政不服审查会等属于咨询机关，因此，不服审查机关的答复在法律上并无拘束力。不服审查机关在作出不同内容的裁决的情况下，必须在裁决书中附记上其理由新法第 50 条第 2 款）这与审理员的意见书是一样。

尽管经过“对抗式审理”和第三方的检验，新法一般仍然承认不服审查机关卓楚不同判断的余地，而这有可能损害行政不服审查制度作为救济制度的信赖性。

不服申诉前置的废除、缩小虽然扩大了行政不服审查制度和行政诉讼制度之间的制度竞争的客观基础，但在公正性的提高方面的不彻底却成为了制度间竞争的阻碍要因。

这样的制度设计是为了与简易迅速性的平衡而不得不采取的，依据救济制度的理论来看仍然具有正当性。但行政不服审查会或者审理员的法律定位由来于由国务大臣分担行政各部的事务的管理原则以及以“行政厅”的概念为核心的行政官厅理论，作为救济制度的理论缺乏说服力。

2、公正性和建议迅速性的平衡

2008 年法案所提倡的由审理员和行政不服审查会所构成的二阶段的审查侧重于公正性的确保，因此批判其违反了作为行政不服审查制度的优势的简易迅速性的声音很强烈。¹在民主党政权下，如前所述，放弃了行政不服审查会的创设，取而代之的是提倡以提高审理员独立性为宗旨的“审理官”制度的创设。但是，新法和 2008 年法案一样，创设了由审理员和行政不服审查会所构成的二阶段的审查。原本，新法规定，在现行法中已经规定由第三方机关进行不服审查的行政行为不适用二阶段的审查机制（新法第 9 条第 1 款、第 43 条第 1 款第 3 项），在审查请求人不希望的情况下可以排除在咨询对象之外，这考虑到了审理的迅速性。²

再审查请求	1,822 件	95 件	5.2%
-------	---------	------	------

其中，在第三方机关参与情况，不服申诉的状况如下所示：

区分	处理件数				
		支持	不受理	驳回	其他
裁决机关	4,339 件	592 件	3,358 件	387 件	2 件
	100.0%	13.6%	77.4%	8.9%	0.0%
咨询机关	1,231 件	287 件	927 件	16 件	1 件
	100.0%	23.3%	75.3%	1.3%	0.1%
合计	5,570 件	879 件	4,285 件	403 件	3 件
	100%	15.8 %	76.9%	7.2%	0.1%

¹参见橋本博之：《行政不服審査法案について》，载《慶應法学》2010 年第 15=16 号，第 34 页；櫻井敬子：《不服申立てと訴訟の制度間競争が国民のメリットに》，载《税理》2011 年 10 月号，第 2 页。

²大橋真由美认为，应当赋予国民以选择权，以此来促进行政不服审查会与法院之间的制度竞争。参见大橋真由美：《行政不服審査法改正と行政不服審査における審理体制のあり方——審理員・行政不服審査会》，载《法律時報》2014 年第 86 卷第 5 号，第 98 页。此外，前田雅子认为，对于请求审查内部标准是否符合法令的案件，省略或缩短审理员的审理程序，开辟向行政不服审查会提出咨询的途径，有助于审理的迅速化。参见前田雅子：《行政不服審査法の論点》，载《法律時報》2014 年第 86 卷第 5 号，第 84 页。

此外，在口头意见陈述中，是否采取需要时间的对抗式审理的方式是委任给审理员裁量，新法因为设置了有关计划审理及其准备程序的规定，也可以说考虑了审理的迅速化。

而且，即使从再调查的请求与审查请求之间的关系来看，2014年法在确保再调查的请求与审查请求的关系上立足于确保简易迅速性的方向上进行了调整。2008年法案对于适用再调查的请求的行政行为，要求必须在对再调查的请求作出决定之后，才可以提起审查请求。如前所述，完善法对于两者采用了自由选择的方式，在重视迅速性的不服申诉和重视公正性的不服申诉之间，承认不服申诉人的选择权。

再调查的请求在课税等行政行为中被大量地、集中地进行，而且，对该行为的不服大致被限定于有关要件事实的认定是否适当的问题。不服申诉有时存在着以有比较单纯的事实误认作为争议焦点的，正如再调查的请求那样，需要存在可以由不服申诉人选择更为简易迅速程序的一般性机制。¹

在这种意义上，从行政不服审查制度的整体来看，并不能保持确保公正性要求和确保简易迅速性要求的平衡。因此，并不能充分发挥行政不服审查制度的优势，行政不服审查制度在制度间竞争方面形势严峻。

（二）“现代化”课题的对应

1、与行政程序的制度间竞合

如前所述，新法将对于拒绝申请行为以及不作为的审查请求，将课予义务裁决予以法定化。但是，在新法中，并没有将要求依据职权作出行政行为的不服申诉以及要求行政行为事前禁止的不服申诉予以法定化。

取而代之的是，通过对《行政程序法》的部分修改，作为相当于要求依据职权作出行政行为的不服申诉程序，在《行政程序法》中设置了为了纠正违反法令行为的“请求作出行政行为的申请”（修改后的《行政程序法》第36条之三）。但是，并没有将相当于在行政行为作出之前请求禁止作出的不服申诉的程序予以法定化。

根据上述的总务省作出的《行政不服审查制度的修正方针》，其理由是“有关非申请型课予义务或禁止的程序被定位为作出行政行为之前的行政过程，是有关行政行为的的事前程序的问题”，“如果在《行政不服审查法》中设置这些程序，就有可能和《行政程序法》等所规定的事前程序相并列、重叠，将行政行为作出之前的行政过程复杂化，就有可能妨碍实务。”其结果是回避了作为事前程序的行政程序和作为争讼程序的行政不服审查之间的制度竞合。

确实，如果承认这种不服申诉的话，就会产生《行政程序法》等所规定的事前程序之间的重复。但是，行政程序是权利利益的保护程序，而不是救济程序。不愿呢该否认的是国民要求作出一定的行政行为或者禁止作出一定的行政行为的救济程序在行政过程中也是必要的。在这种意义上，事前的行政程序与事后的行政争讼程序必然

¹参见福家俊朗、本多滝夫：《行政不服审查制度の改革》，日本評論社2008年版，第131～132页（恒川隆生执笔）。

是相互渗透且相互补充的关系。¹因此，和行政程序之间的制度竞合，并不是作为相互排斥的关系而处理的，而是将侵害性行政行为的程序中的听证或对申请作出行政行为程序中的听证会“争讼程序化”，或者赋予利害关系人通过事前的行政程序请求作出行政行为的申请与对于行政行为不作为的不服申诉的选择权，有可能调和该制度间的竞合。²

2、与行政诉讼制度的制度间竞合

在有关行政不服审查制度的改革争论中，如前所述，即使对于行政行为之外的行政活动，也探讨过将其作为不服审查对象的可能性。但是，新法把不服申诉的对象限定为通常意义上的“处分（行政行为）”。与此相对，通过《行政程序法》的修改，法定的行政指导在违反法定要件时（法令违反型行政指导），在《行政程序法》中设置了有关相对人可以要求中止该行政指导或者采取其他必要措施的规定（修改后的《行政程序法》第36条之2第1款）。对于以认许可权或者基于认许可权的监督权作为背景而进行所谓的“权限滥用型行政指导”，修改后的《行政程序法》规定通过公开该认许可权以及监督权的依据与要件来抑制其滥用（修改后的《行政程序法》第35条第2款）。

行政指导等行政行为之外的行政活动被排除于《行政不服审查法》的对象之外，其前提是基于以下的认识：不涉及国民的权利义务变动阶段的行政活动并非作为事后程序的行政不服审查制度的对象，而是事前的行政程序的对象。这种认识，如前所述，不承认请求依据职权作出行政行为的不服申诉以及在行政行为作出之前请求禁止其作出的不服申诉的法定化，这与将其转换为行政行为等的申请而置于行政程序法律制度之下的立法政策是相通的。但是，对于并没有设置意见陈述程序等事前程序的行政活动，即使把其作为行政不服审查制度的对象也不会产生与《行政程序法》之间的制度竞合问题。因此，其中还存在着其他层次的问题。

这是与行政诉讼制度相抵触的问题。例如，在承认对行政指导的不服申诉时，由于对该申诉的不予受理或驳回裁决是行政行为，因此在裁决撤销诉讼中对行政指导进行审查，事实上带来了撤销诉讼的对象扩大和原告适格的扩展。被推测认为并没有承认这是变动行政诉讼制度的框架的制度设计。³

但是，如前所述，行政诉讼制度不断脱离撤销诉讼中心主义，国民随着行政过程的推进纷争的成熟性不断深化，在具体作出行政行为之前的阶段获得裁判性救济的可能性不断扩大。而有可能进行不当性审查的行政不服审查制度并不拘泥于行政行为，而是以针对由各种各样的行政活动导致的法律上地位的变动的不服作为对象，这与针

¹参见福家俊朗、本多滝夫：《行政不服审查制度の改革》，日本評論社2008年版，第38页（福家俊朗执笔）。

²参见福家俊朗、本多滝夫：《行政不服审查制度の改革》，日本評論社2008年版，第18页（本多滝夫执笔）；同书第104页（稲葉一将执笔）。

³前田雅子指出，在以行政指导作为行政不服审查制度的对象时，与抗告诉讼之间发生紧张关系，在制度设计上必须运用各种技巧或调整。参见前田雅子：《行政不服审查制度に関する論点の検討》，载《ジュリスト》2006年第1324号，第11页。

对和行政诉讼制度之间的制度竞争为了确保行政不服审查制度的优先性相关。对于行政行为以外的行政活动的不服进行救济的要求很高，但在理论上并不能否定将其作为行政不服审查制度的对象。这是今后需要深入探讨的课题。

结束语

这次的行政不服审查制度改革，针对一直存在的现行制度中公正性欠缺的问题，从正面出发进行了变革。新导入的审理员制度以及审查会制度在提高公正性方面是主要的方面。所有的制度在程序构造上都比现行的更加能够提高公正性。但是，审理员的独立性、中立性的制度性担保并不充分，审理员的意见书以及行政不服审查委员会的答复并不能充分拘束不服审查机关的判断，这些都削弱了行政不服审查制度的竞争力。

在与提高公正性的平衡关系上，确保迅速性的要求继承了对 2008 年法案的批判，与 2014 年法扩大了审查请求人的选择权相对应。但是，这并非使不服行政行为者选择不服审查制度的诱因。

与事前的行政程序制度以及行政诉讼制度的竞合甚至是抵触，妨碍了行政不服审查制度的“现代化”。

妨碍这次行政不服审查制度彻底改革的原因在于存在于各种制度背景之下的传统的概念、思考框架等。

但是，通过审理官以及行政不服审查委员会委员的任用的实践，有可能在很大程度上实现公正性的提高的目的。此外，如果与行政诉讼制度之间的制度竞争是围绕国民权利的实效性救济而进行的，那么，行政不服审查制度与行政诉讼制度之间的竞合、抵触就会朝着有助于寻求救济者的方向上调整，行政不服审查制度与事前的行政程序制度的竞合、抵触如果依据权利保护与权利救济之间的相互浸透性、补充性，那么就不会妨碍这种重置性的调整。

日本における行政システムの転換と行政不服審査 法の「現代化」

本多滝夫

キーワード 行政争訟 行政主体・行為形式の多様化 制度間競争 制度間
競合

はじめに

この報告の目的は、今回の東アジア行政法学会の任務の観点からすれば、他の国々・地域の行政不服審制度との比較対象において便宜となるように、日本における行政不服審査制度の特色、問題点および改善の方策を紹介することにある。日本では、今年（2014年）6月に行政不服審査制度を全面的に改正する法律が制定された。そして、2016年には同制度は一新されることになっている。したがって、新しい行政不服審査法の解説をすることだけでも、この報告の目的は、一応は、達せられるであろう。

しかし、私は、新しい行政不服審査法は、行政不服審査制度の改革に求められていた「現代化」の要請に十分に応えてはいないと考えているので、新しい行政不服審査法を解説するだけでは、東アジア行政法学会に参加している行政法の研究者の方々に、日本における行政不服審査制度の客観的な認識を提供することはできないと考える。

そこで、この報告では、まずは、日本における従前の行政不服審査制度を支えてきた原理とそれが現行の行政不服審査法にどのように具体化されていたのかを明らかにする。つぎに、行政不服審査制度の改革を求めることになった、日本の行政システムの諸変化を説明し、それらが行政不服審査制度の改革に求める「現代化」の内容を明らかにする。そして、つぎに、このたびの行政不服審査法の改正によって行われる行政不服審査制度の改革の内容が、前記の「現代化」の要請に当てはまっているかどうかを検証する。さいごに、「現代化」の要請に当てはまらなかった原因を分析し、日本の行政不服審査制度における今後の課題を提示することにする。

1 現行の行政不服審査法の問題点

行政争訟制度は、その歴史的な経緯から、法治主義の要請から導かれる「行政の合法性」と「行政の合目的性」の要請に基づく「行政統制」の目的と、法治主義

の実質的な要請に基づく「行政救済」の目的とを併有している¹。行政事件訴訟と並んで行政争訟制度の一翼を担う行政不服審査制度（狭義の争訟制度）もまた、そうしたものとして理解されてきた。

行政不服審査法の制定以前に行政上の不服申立ての一般法であった訴願法については、「国民の権利利益の救済のための十分であるとはいえない」（訴願制度調査会『訴願制度調査会答申』（1962年））との評価がなされていた。これを承けて、行政不服審査法がつぎのような立法政策でもって制定された²。

第1に、権利救済手続の性格を持つことを強調すること。

第2に、行政不服審査法が、行政上の不服申立てに関する一般法であることを明確にする。

第3に、不服申立事項について一般概括主義を採用するとともに、事実行為および申請に対する不作為に対する不服申立てを認める。

第4に、不服申立ての種類を統一し、同法によらない不服申立てについては別の名称を用い、その区別を明らかにすること。

第5に、同法だけでなく、他の法律に基づいて不服申立てをすることができる処分につき、処分庁に対し一般的に適用される教示制度を採用すること。

第6に、不服申立ての手続を詳細に規定して、不服申立人の防御権に関する規定を整備すること。

第7に、不利益変更の禁止の原則を明示すること。

また、同法の制定にあわせて行政事件訴訟法の制定が行われ、そこにおいて訴願前置主義が廃止され、処分に不服のある者は行政上の不服申立ておよび取消訴訟いずれの争訟手段を自由に選択できるとされたことも行政不服審査制度に関連する重要な制度的な改革として指摘できよう。

したがって、この時点で、行政訴訟（取消訴訟）制度と不服審査制度との間で、権利救済をめぐって制度間競争の基盤が形成されたといえる。そして、手続が簡易であるために、低廉であり、かつ、迅速な救済が図られ得ること、不服申立庁の審理は不当性にも及ぶから、多様な内容の不服にも救済が及び得ること、さらに、不服申立てが処分庁または直近上級行政庁に行われた場合に、処分の変更または処分の変更命令が行われ得るから妥当な救済が図れるといった点に特長がある行政不服審査制度は、行政訴訟制度に対し優位に競争することができるはずであった。

当時の行政法学界の重鎮であった田中二郎東京大学教授（当時）は、「行政不服審査法における手続規定の整備・明確化」および「権利利益の救済制度としてふさわしい手続規定」の整備は「『簡易迅速な手続による国民の権利利益の救済を図る』という同法の根本趣旨を実現しようとするもので、その目的は、ほぼ達成し

¹参照、雄川一郎『行政争訟』（有斐閣、1957年）14頁。

²参照、小高剛・南博方『注釈 行政不服審査法』（第一法規、1975年）16頁。

うるのではないかと思う」と述べ、同法の制定を高く評価した¹。

しかし、行政不服審査制度の実務ではこれらのメリットが必ずしも活かされていないのではないかと指摘がなされてきた。宮崎良夫東京大学教授(当時)は、その先駆的な研究によつて、行政相談・苦情の件数と比較した場合に、全体として不服申立ての件数がきわめて少ないことを明らかにした。宮崎教授は、その原因として、不服審査制度についての国民の知識が欠如していること、救済の見込みが少ないと受け止められていること、行政事務の性格が異なるごとに不服申立ての仕組みが異なり制度が複雑であることを挙げた²。

行政不服審査制度が活用されないのは、やはり、行政不服審査法が設計した行政不服審査制度の構造に求められる。

たとえば、宮崎教授と同時期に、南博方一橋大学教授(当時)は、不服審査による救済率が低い原因として不服審査の組織および手続に構造上の欠陥があることを指摘していた。すなわち、不服申立庁に処分庁からの独立性が欠けていること、不服申立庁には違憲法令審査権、通達審査権がないこと、審査請求は本来対面審理構造でなければならないにもかかわらず、処分庁が当事者として審査手続には登場しないので、異議申立てと同じく、片面審理構造になっている、と³。

さらに、時代は下り、1996年から1997年にかけて総務庁(当時)の委託研究として財団法人・行政管理研究センターが設けた事後救済制度調査研究委員会(委員長:小早川光郎(東京大学教授(当時)))による『事後救済制度に関する調査研究報告書』は、①異議申立ての基本的性格の問題(第三者性のない片面審理構造、再処分手続)、②審査請求の基本構造の問題(第三者性に疑義のある片面審理構造、処分のやり直し手続)、③不服申立ての対象の問題(処分に限定された不服申立て)、④不服申立人適格の問題(個別法の限定的解釈に基づく不服申立適格の判断)、⑤二段階の不服申立ての問題(異議申立てと審査請求から成る二段階構造による簡易迅速性の毀損)、⑥口頭意見陳述に関する問題(争点事項が明確とならない審理構造)、⑦裁決・決定の態様に関する問題(救済方法の限定性)といった7つの点を行政不服審査制度の基本的な構造上の問題点として整理した⁴。

これらの問題点の指摘を、行政訴訟(取消訴訟)制度との制度間競争の観点

¹参照、田中二郎「行政争訟制度の改正」法律時報34巻10号(1962年)9頁。

²参照、宮崎良夫「行政不服審査制度の運用と問題点」社会科学研究38巻2号(1986年)85~134頁、同「行政不服審査制度の問題点と改革の方向」公法研究52号(1990年)218~232頁。これらの論文は、宮崎良夫『行政争訟と行政法学』(弘文堂、1991年)に収載されている。

³参照、南博方「行政不服審査の改善に向けて」一橋論叢94巻5号(1985年)591~607頁。この論文は、南博方『紛争の解決手法』(有斐閣、1993年)に収載されている。なお、南教授は、後述の『事後救済制度に関する調査研究報告書』でいう「片面審理」を「対面審理」と呼び、「対面審理」を「三面審理」と呼んでいる。ここでは、この報告書の用語法に合わせて、南教授の用語法に変更を加えている。

⁴ジュリスト1137号(1998年)159~175頁。

から再整理するならば、以下のようにまとめることができよう。

1. 処分の範囲および不服申立適格の範囲が行政訴訟（取消訴訟）制度と同一であるために、行政不服審査制度が固有に展開する行政救済の領域が存在しない。

2. 行政不服審査制度の特長である手続の簡易迅速性の重視が手続の公正さを損なっているために、同制度に対する国民の信頼感が乏しい。

3. 行政不服審査制度の特長である不当性審査がほとんど機能していないために、行政訴訟制度よりも行政救済の範囲が広いというわけではない。

4. 1～3を前提とするならば、自由選択主義の下では、行政訴訟（取消訴訟）制度よりも行政不服審査制度を優先的に利用する利点が処分に不服のある者には乏しい。

5. 自由選択主義が原則であるにもかかわらず、個々の法律において不服申立前置を採用する処分の類型が多く、かつ、結果として、不服申立ての件数も自由選択主義に基づくそれをはるかに凌駕し、行政機関において制度間競争が意識されることはほとんどなかった。

ところで、前記報告書は、①事後救済手続の簡易迅速性を重視していく視点、②事後救済手続における第三者性を重視していく視点、および、③処分の性質に応じて多元的な事後救済手続を考えていくといった視点から、不服申立ての一段階化、口頭による不服申立ての提起の途の拡大、第三者機関（審査庁型または諮問機関型）の設置、審理の対面審理構造化、審理主宰者への第1次裁決・決定権の付与、第三者性の強化を前提として司法救済手続における審級省略といったアイデアを提示した。

しかし、行政争訟としての特長を発揮することがないまま、行政不服審査制度が行政訴訟制度に従属している事情の下では、同制度の改革は、少なくとも、行政訴訟制度の改革とともに行われるか、あるいは、それを経た後にでなければ、行政法改革の課題として浮上することは難しかったといえよう。

2 行政システムの転換と行政不服審査制度の課題

今次の行政不服審査法の改正は、前記のような行政争訟制度としての不服審査制度の運用上および内在的な構造上の問題への対応だけでなく、行政システムの変容への対応を契機としている。

行政不服審査制度研究会の報告（『行政不服審査制度研究報告書』）は¹、行政

¹行政不服審査制度研究会『行政不服審査制度研究報告書』（2006年）2～3頁。

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/fufuku/pdf/fufuku_sinsa_0510_0603.pdf 行政不服審査制度研究会は、行政管理研究センターが総務省から研究の委託を受け、小早川光郎東京大学教授（当時）2005年10月から2006年3月にかけて開催したを含む8名の行政法研究者が研究会に参加し、総務省行政管理局が事務局を担った。

不服審査制度の見直しの背景として、従前から指摘されていた行政不服審査制度が抱える問題一に加えて、つぎの4つの制度的変化を挙げた。

① 行政による民間の活動等に対する規制の緩和、改革が進展、行政の用いる手法が変容し、事後チェックの重要性が増している。

② 地方分権が進められ、国と地方の関係が変化した。

③ 行政手続法や行政機関の保有する情報の公開に関する法律（以下「情報公開法」という。）の制定など、行政の公正・透明性の確保のための取組が進展した。

④ 行政不服審査法制定当時の行政を担う主体は、行政機関と特殊法人が中心であったが、その後、独立行政法人、指定法人としての公益法人その他の団体等様々な主体が関与する仕組みが整備されてきた。

これらの制度変化が行政不服審査制度の改革を要請する理由を報告者なりに敷衍すると、おおむね以下のとおりである。

第1に、規制緩和および行政事務の民間化は、行政争訟制度の需要を新たに生みだしつつあった。すなわち、行政過程における事前の利益調整を排そうとする規制緩和は、行政行動基準（命令、通達、計画等）や行政指導に対する不服を増大させる。また、行政事務の民間化は、改善命令、営業等の停止・禁止、許認可等の取消しなどの事後的な監督ないし規制的内容をもった処分を増加をもたらし、それに伴ってこうした処分に対する不服を増大させる。さらに、違反者に対する事後監督が不十分な場合にはそのことについての不服をもまた増大させる。したがって、それぞれの不服の内容は相互に矛盾するところがあるとしても、全体として増大する不服に対応して、審査の対象の拡大と手続の公正さがいつそう求められるとともに、新たな内容をもった不服に対応した、新たな救済の方法を導入することが必要であった。

新たな救済方法の導入は、行政不服審査制度よりも早く、行政訴訟制度において実現された。2004年の行政事件訴訟法の改正における義務付け訴訟および差止訴訟の法定化ならびに公法上の法律関係に関する確認訴訟の明示化は、取消訴訟中心主義に囚われた行政訴訟観を排し、国民が行政過程の進行に対応した紛争の成熟性の深化に応じて、具体的に処分がなされるより前の段階において裁判的救済を得る可能性を開いた¹。

救済制度としての行政訴訟制度の進化は、処分の取消しだけでなく、変更による救済も可能であるという行政不服審査制度の優位性を覆すものである。したがって、制度間競争の観点からすると、行政不服審査制度においても救済機能の拡充・強化が要請されることになった。

第2に、2000年4月に実施された地方分権改革によって、地方公共団体の執行

¹参照、櫻井敬子・橋本博之『行政法 [第4版]』（弘文堂 2013年）277頁。

機関が処理していた国の機関委任事務は、国の直接執行事務とされたものと廃止されたものを除き、あらたに地方公共団体が処理する事務とされた。地方公共団体が処理する事務としてなされる処分に関する不服の申立ては地方公共団体内部で処理されるべきことになり、国もまた国の行政庁が行った処分に関する不服の申立てのみを処理することになっていた。そこで、審査庁が法定されている場合は別として、下級行政庁に権限が委任されていない限りは、不服申立ては異議申立てとして行われるようになる。地方分権改革によって、行政不服審査法が採用してきた審査請求中心主義および審査請求・再審査請求といった2段階構造は、それが前提とする事務配分上の基盤を欠くに至ったのである。したがって、国と地方の役割分担の原則に基づいた、不服審査制度の構造の全体的な見直しが要請されることになった。

第3に、1993年に制定され、さらに2005年に改正された行政手続法は、許認可等の取消しなど重大な不利益処分については事前に口頭による聴聞を行うべき仕組みを設けるとともに、行政指導および命令等制定行為といった処分以外の行政の行為形式に事前の行政手続を定めている。また、情報公開法は、不服審査機関として、第三者性を有する合議制機関である情報公開審査会を新たに設置した。行政手続法および情報公開法は、行政不服審査法における審理手続の公正性の乏しさ、救済対象の狭さをあらためて確認するものであり、行政不服審査制度の公正性の向上、救済対象の拡大が要請されることになった。

さらに、行政手続法は、一般的な処分法制に審査基準・処分基準の設定・公表の仕組みを設けている。これは、行政手続法の目的に照らせば、処分の公正さの確保および透明性の向上を目的とするものであるとともに、行政の統一性の確保に資するものでもある。裁決を契機とした行政の統一性の確保の要請が不服申立前置を正当化する理由の一つとされてきたことに照らせば、行政手続法は不服申立前置の根拠を掘り崩すものとなっている。不服申立前置の存在の見直しもまた要請されることになった。

第4に、行政事務を担当する主体の多様化は、ひとつには、従前に処分とされていた事務処理権限が私人に移譲された場合に当該私人がかかる権限を行使したとき、それに不服がある者はいかなる争訟手続でもって争うのかといった問題を生み出していた。いわゆる指定機関等の検査・検定については、これは処分であるとされ、原権限庁への審査請求の対象とする制度的な手当てが一般的になされているが、近年、指定機関等に代えて導入されている登録機関のなかには、純粹に民間の行う活動を行う者としての性格を明確にするために、転換にあたって、その登録業務は行政不服審査制度の対象から外されたものもあった。これらのうち、主務大臣に対し救済命令の申請等を認めて受検者の救済を図る例があるが、そうでない登録業務について、これに対する簡易な救済をどうするのかをあらためて検討されなければならなかった。

また、当該事務の移譲が契約によって行われるときには、その契約の締結先の選択、契約の方式、契約内容、契約の履行に関して紛争がocこりうるが、これらは従来、契約の自由を前提として民事法制でもって処理されてきた。しかし、2006年に制定された競争の導入による公共サービスの改革に関する法律（いわゆる市場化テスト法）に見られるように、行政事務の委託が行政手法として一般的な制度化しつつあるとき、行政救済の観点から、行政契約の締結過程を不服審査の対象とすることも必要となっている。

このように、2000年代の中頃には、行政不服審査制度は、行政訴訟制度との制度間競争との関係において、公正さの充実させることによる行政救済制度としての信頼の確保の要請に応えるだけでなく、行政システムの転換の中で多様化する行為主体ないし行為形式が錯綜するガバナンスの空間において、行政手続法制や情報公開法制と並んで、行政のアカウンタビリティを確保するための制度への進化の要請、すなわち「現代化」の要請にも応えなければならないといった重畳的課題を背負っていた¹。

もつとも、これらの見直しの要請に応えようとするとき、行政不服審査制度が扱ってたつ規範的な要請、すなわち、行政訴訟制度よりも、行政統制制度の色合いの濃い行政救済制度であるといった存在意義をより発揮しうるものとなるのかどうか問題となることはすでに述べたとおりである。

第一に、手続の公正さのいつそうの確保を追求すれば、裁判の事実審理手続を究極のモデルとする慎重な手続を志向することになるが、それは、不服審査制度の存在意義である簡易迅速性を犠牲にすることにもなる。

第二に、行政事件訴訟法の改正と平仄を合わせる救済方法の拡充は、行政不服審査法も行政争訟法としてこれらを標準装備するのが当然ともいえる。しかし、規制権限の行使の義務付けおよび差止めを求める不服についての審査手続は、それが規制権限の未行使の段階で行われる点で、規制権限の行使に向けて行われる事前の行政手続と同一の機能を果たす。争訟手続の「事前手続化」は、行政不服審査制度と事前の行政手続制度との制度間競合の問題を生み出す。

第三に、不服審査の対象の拡大は、まさに「行政訴訟の力が及ばぬところをカバーする」という意味で²、不服審査制度の面目躍如というところであろうが、拡大された対象に関する不服に対してなされる裁断行為が、行政事件訴訟法3条3項に定める裁決に該当するというのであれば、不服審査の対象は処分でないにして

¹行政システムの変化として、市橋克哉は、さらに、「法（規則）制定の段階、その実施（決定）の段階、および審査（裁決）の段階との間にある障壁の低下」、「グローバルな公共空間に定位する多極的な諸主体の公的活動の増大」を挙げ、行政不服審査制度のオンブズパーソンの拡大、多様なガバナンスにおける不服申立てのモデルとしての行政不服審査制度の力能を高めることが現代化の要請であると説く。市橋克哉「行政の変化と行政不服審査法改正—多治見市是正請求審査会の経験をふまえて—」（2014年行政法研究フォーラム報告。自治研究90巻12号（2014年）に掲載予定）。

²藤田宙靖『第四版 行政法Ⅰ（総論）（改訂版）』（青林書院、2005年）462頁。

も、抗告訴訟において審理の対象にもなりうる。そうだとすると、処分以外の行政活動に関する不服も、不服審査を通せば、抗告訴訟のルートに乗るということになる。不服審査制度を通じた「処分性の拡大」は、抗告訴訟制度が前提としている処分の観念を揺るがすものとなりかねない。

このような不服審査制度内部の特長相互間、争訟制度間および事前手続・事後手続間のトレード・オフの関係の調整が行政不服審査制度の改革において留意されなければならない。

3 行政不服審査制度の改革の経緯

前述の『行政不服審査制度研究報告書』では、行政不服審査制度の改革の基本的方向性が示された。また、ひきつづき、時間の制約のためその報告書では十分に扱われえなかつた、行政指導、行政指導以外の事実行為（公共工事、行政上の強制執行（行政代執行、直接強制等）、行政調査、即時執行、情報による行政作用）および行政契約への不服審査制度の整備の問題に関して、同年8月に『行政不服審査制度の特定事項に関する調査報告書』が公表された。

この2つの報告書を承けて、2006年から2007年にかけて総務副大臣の下に行政不服審査制度検討会が設置され、2007年4月に『中間取りまとめ』が公表された。そして、それに対するパブリック・コメントを経て、2007年7月に『行政不服審査制度検討会最終報告』（以下『最終報告』という。）が公表された。最終報告は、行政不服審査法の改正要綱案と行政手続法の改正案要綱案の体裁をとっており、事実上、行政不服審査法の改正草案であった。

最終報告を踏まえて、政府部内で立法化作業がおよそ半年間行われ、2008年4月に行政不服審査制度に関する改正諸法案—行政不服審査法案、行政手続法の一部を改正する法律案、行政不服審査法関係法律整備法案（以下3法の総称として「2008年法案」という。）—が第169回国会に提出された¹。しかし、2008年法案は、2009年8月の衆議院の解散によって、廃案となった。

¹ 2008年法案において行政不服審査法本体の改正が、改正法ではなく、行政不服審査法案となったのは、同法案が行政不服審査法の全面改正となっているからである。また、不服審査制度の改革にもかかわらず、行政手続法の一部改正案は、不服審査制度に取り込むよりも行政手続として制度化した方が適切であると判断された措置の法制化をするものである。なお、整備法案は、新たな不服審査制度と個別法で定められた特別の不服審査制度との整合性を図るために該当条文を含む法律を一括して改正することを目的とするものである。このたび制定された2014年法も同趣旨である。なお、東アジア行政法学会第8回学術大会において、2名の日本の代表が、以下の題目で、2008年法案を紹介ないし批判的な検討をしている。木佐茂男「日本における行政不服審査改正の成果と残された課題」、高橋滋「日本の行政不服審査制度の改革とその特徴」。2008年法案に関する論説は数多ある。さしあたり、2008年法案と2012年法案とを対比した、以下の最近の論稿が有益であろう。前田雅子「行政不服審査法の論点」法律時報86巻5号（2014年）82～87頁。稲葉一将「行政不服審査法改正と救済態様」法律時報86巻5号（2014年）89～93頁、大橋真由美「行政不服審査法改正と行政不服審査における審理体制のあり方—審理員・行政不服審査会—」法律時報86巻5号（2014年）94～99頁、洞澤秀雄「地方自治体における行政不服審査」法律時報86巻5号（2014年）100～105頁。

2009年9月に成立した民主党政権は、2008年法案には重大な問題点があったとし、内閣府行政刷新会議の下に行政救済制度検討チームを設置した。同チームは、「柔軟かつ実効性のある権利利益の救済を図る」ことを目的とし、行政不服審査制度の見直し作業を再度行い、2011年12月に『検討チーム取りまとめ』を公表した。そこでは、審査会方式を採用しない代わりに、独立性のある審理官制度を充実すること、一般的な審査請求の手續に加えて、より簡易な手續である略式裁決請求制度を設けること、不服申立適格を拡充すること、不服申立前置を原則として廃止または制限すること、不服・苦情を広く受け付ける国・地方を通じた新たな仕組みを創設することなどが提言された¹。この提言に従って、行政不服審査法の改正に向けた立法化作業が進められたが、2012年12月に行われた衆議院議員総選挙で民主党が政権を失ったため、その作業は中止された。

自由民主党が政権に復帰した後、総務省は、再度、行政不服審査法の改正を試みた。総務省は、新たに研究会などを組織することはせずに、2013年3月から6月にかけて、2008年法案を基礎にして、関係団体からのヒアリング、2名の学識経験者（小早川光郎教授、阪田雅裕弁護士）からのヒアリング、パブリック・コメント手續を行い、同年6月に『行政不服審査制度の見直し方針』を決定した。この方針に従って立法化作業が進められ、2014年3月に、行政不服審査制度に関する改正諸法案—行政不服審査法案、行政手続法の一部を改正する法律案、行政不服審査法関係法律整備法案が第186回国会に提出され、同年6月にそれぞれ行政不服審査法（平成26年法律第68号）、行政不服審査法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律（平成26年法律第69号）、行政手続法の一部を改正する法律（平成26年法律第70号）として成立した（以下、それぞれ、「新法」、「整備法」、「改正行政手続法」、3法の総称として「2014年法」という。）。

4 行政不服審査制度の改革の概要

2014年法による行政不服審査制度の見直しは、総務省によれば、①公正性の向上、②使いやすさの向上、③国民の救済手段の充実・拡大の観点から行われたと整理されている²。以下、その整理に準拠して改革の内容を概観しよう。

（1）公正性の向上

1）審理員制度の導入

現行の行政不服審査法（以下「現行法」という。）は、審査庁が直接に審査請求を審理し、裁決することを前提としている。現行法は、審査庁が必要があると認めるとき、当該審査庁の職員に審理をさせることができるとしている（現行法 31

¹参照、宇賀克也「行政不服審査法の見直し」みんけん 661号（2012年）2～23頁。

²参照、http://www.soumu.go.jp/main_content/000297540.pdf。

条)。しかし、当該職員の資格等、指名に関する要件を設けていない。したがって、原処分に関与した者、あるいは、審査請求人と密接な関係のある者が当該職員になることは制度上妨げられていない。

これに対して、新法は、審査庁が合議制である場合を除いて、審査庁が指名する審理員に迅速かつ公正に審査請求の審理をさせることとしている（新法 9 条 1 項）。そして、審理員に中立的な立場で審理をさせるために除斥要件を定めている。審理員に指名することができない者として、①処分に關する手続に關与した者（審査請求にかかる処分または再調査の請求についての決定に關与した者、不作為にかかる処分に關与することとなる者）、②審査請求事件の当事者等（審査請求人、審査請求人と親族関係にある者、法定代理人、利害関係人）が定められている（新法 9 条 2 項）。審理員が、処分に關与していない者によつて審理手続が行われることが外部から「見える」ようにするために、審査庁となるべき行政庁は、審理員となるべき者の名簿の作成をする努力義務を負い、これを作成した場合には、公にする義務を負っている（新法 17 条）

また、新法は、審理員に積極的な審理権を与えている（新法 33 条～37 条）。新法は、審理員は審理を終結した後、審理員意見書および事件記録を作成し、これらを審査庁に提出しなければならないと定め（新法 41 条、42 条）、審査庁が審理員意見書と異なる内容で裁決を行う場合には裁決書にその理由を附記しなければならないと定めている（新法 50 条 1 項 4 号ただし書）。

2) 行政不服審査会等への諮問手続の導入

現行法は、個別の法律で、第三者機関が審理に關与することを認めている。

これに対して、新法は、原則として、すべての審査請求につき行政不服審査会（地方公共団体においては執行機関の附属機関として置かれた合議制機関）への諮問を義務付けている（新法 43 条 1 項）。ただし、審査請求人が希望しない場合等、調査審議を経る実益が乏しい場合について、諮問を要しないとしている（同法案 43 条 1 項各号）。

また、新法は、行政不服審査会を総務省に置くこととし（新法 67 条 1 項）、会長および委員の身分を保障し（新法 69 条）、原則として 3 名による合議で調査審議を行うこととしている（新法 72 条 1 項）。

なお、新法は、地方公共団体に、行政不服審査会に相当する附属機関の設置を義務づけている（新法 81 条 1 項）。ただし、事件ごとに合議制機関を設置する方式（新法 81 条 2 項）をも認めている。

3) 審理手続の対面化

現行法は、異議申立ての審理では処分庁によつて提出された弁明書に対する異議申立人による反論書の提出、処分庁から提出された物件等の閲覧といった手続権

利を保障していない。

これに対し、新法は、処分庁等が審査庁であつても、処分庁に審理員への弁明書の提出を義務付け（新法 29 条）、それに対する反論書の提出を審査請求人に認め（新法 30 条）、審査請求人にも参加人にも処分庁から提出された物件等の閲覧・謄写を認めている（新法 39 条）。

また、現行法は、口頭意見陳述について、審査請求人が審査庁または審査庁の職員に対し意見を陳述するといった片面審理の方式を採用している。

これに対して、新法は、対面審理の方式を採用し、審理員は口頭意見陳述の機会に審査請求人、参加人および処分庁等といった審理関係人すべてを招集して、口頭意見陳述の申立人に口頭で意見を陳述させるものと定め、当該申立人は、審理員の許可を得て、処分庁等に対して質問することを認めている（新法 31 条）。

現行法は、目的規定において手続の性格に関して「簡易迅速な手続により」と定め、手続の簡易迅速性を強調している。

これに対して、新法は、審査手続の公正性を向上させるために「簡易迅速かつ公正な手続の下で」といった文言に書き改めている（新法 1 条）。

（２）使いやすさの向上

１）審査請求期間の延長

現行法は、不服申立人の知不知に応じて期間が画される主観的審査請求期間を 60 日としている。

これに対して、新法は、これを 3 ヶ月に延長している（新法 18 条 1 項）。

２）不服申立手続の審査請求への一元化

現行法は、通常の不服申立てとして、処分庁に対する不服申立てである異議申立てと直近上級行政庁または法定の行政庁に対する不服申立てである審査請求を定め、それぞれにつき異なる手続方式を採用している。異議申立ては、審査請求に比して、弁明書・反論書の提出や証拠書類等の閲覧が認められていないといった点で、公正さに欠けている。

これに対して、新法は、不服申立てを審査する行政庁の相違にかかわらず、審理手続の方式を一元化し、これを「審査請求」と呼ぶこととしている（新法 2 条）。新しい審査請求の手続には、前述したように、対面審理を可能とする審理員制度が導入されるなど、公正さの向上が図られている。

３）不服審査制度の一段階化

現行法は、個別の法律が異議申立てと審査請求、または、審査請求と再審査請求といった二段階の不服審査制度を採用することを許容している。二段階の不服審

査制度を採用している法律の多くは、後述する不服申立前置の制度も採用しているため、処分に不服のある者が裁判を利用するうえで障害となっている。

これに対して、整備法は、後述するように、不服申立前置が採られている法律における二段階の不服申立制度を廃止している。

これを前提として、新法は、処分庁に上級行政庁がある場合には、直近上級行政庁ではなく、最上級行政庁に対する審査請求を原則としている（新法4条4号）。最上級行政庁への審査請求の一元化は、最上級行政庁が内部基準等の合理性を含め公正な判断を行い得ると考えられているからである。なお、処分庁に上級庁がない場合には、処分に不服のある者は処分庁に対して審査請求を行うことになる（新法4条1号）。処分庁に対する審査請求の手続は、前述したように、最上級行政庁に対する審査請求の手続と同一である。

ただし、新法は、処分に關する不服が要件事実の認定の当否に係るものであつて、かつ、その処分が大量に行われるものについては、個別の法律において、例外的な不服申立ての制度として、処分庁に再調査請求の制度を採用することを許容し（新法5条1項）、その手続等を定めている（新法第3章）。このような内容の不服については、処分庁が関係資料を改めて調査することが迅速な救済となるからである。再調査請求の制度が採用されている場合には、不服申立人は、再調査を請求するか、審査請求をするか、いずれかを選択することができる（新法5条1項ただし書）。不服申立人が再調査請求を選択した場合であつても、再調査請求についての決定を経た後に、さらに審査請求をすることができる（新法5条2項）。再調査請求の制度を採用する法律は、①関税法（とん税法・特別とん税法で準用）、②国税通則法、③公害健康被害補償法、の3法律である。

また、新法は、個別の法律が再審査請求の制度を設けることを許容している（新法6条）。一段階化の方針にかかわらず、再審査請求の制度が存置された理由は、現行の行政不服審査制度において、社会保険・労働保険分野のように、独任制の行政庁に対する審査請求と合議制行政庁に対する再審査請求との組み合わせによる権利救済の仕組みが定着している場合があること、生活保護のような法定受託事務については審査請求をした行政庁と異なる行政主体に属する行政庁による異なる観点からの判断を求めることが救済手段としてなおも利点がある場合があることに求められている（健康保険法、生活保護法など32法律）。ただし、整備法は、不服申立前置を採用している法律については、審査請求に対する裁決に不服があるときは、再審査を請求するか、あるいは、取消訴訟を提起するか、いずれかを選択することができるように、個別の法律の規定を調整している。

4) 迅速な審理の確保

[標準審理期間の設定]

現行法は、不服申立ての審理期間を定めていない。

これに対して、新法は、審査庁となるべき行政庁は審査請求がその事務所に到達してから当該審査請求に対する裁決をするまでに通常要すべき標準的な審理期間を定めるとともにこれを公にするよう努力することとしている（新法 16 条）。

[審理手続の計画的進行]

現行法は、書面審理が原則であり、片面的な審理方式を採用しており、審理が煩瑣になることはないから、審理の進行に関する規定を置いていない。

これに対して、新法は、すべての審査請求につき、審査請求人と処分庁等が主張および証拠を提出し、審査請求人または参加人が口頭意見陳述を申し立てた場合には、すべての審理関係者が口頭意見陳述の機会に招集され、口頭意見陳述申立人が質問をすることを許すといった両面的な審理方式を採用し、審理が煩瑣になることから、迅速かつ公正な審理を実現するために、審理関係人と審理員に審理手続の計画的な進行を図る責務があることを定めている（新法 28 条）。さらに、新法は、事件が複雑であることその他の事情により迅速かつ公正な審理が困難となることを回避するため、審理に先立って、審理関係人を招集して、争点や証拠を整理する手続を定めている（新法 37 条 1 項）

5) 不服申立前置の廃止・縮小

現行の個別の法律が不服申立前置を採用する立法政策は、① 大量性（不服申立前置の対象となる不服申立てが大量であるか）、② 第三者機関の関与（専門技術性および公正性を有する第三者的機関が不服申立ての審理に関与しているか）、③ 専門技術性（不服申立てを経ないで訴訟が提起された場合には裁判所の審理に支障を来すと認められるような専門技術性を有するか）である。しかし、行政事件訴訟法が不服申立てと取消訴訟との間での自由選択主義を採用しているにもかかわらず、多くの個別の法律が例外である不服申立前置を採用している。

国民の裁判を受ける権利を制限する不服申立前置を例外的な措置とするためには、不服申立前置を存置する場合を、①不服申立ての手続に一審代替性があり、国民の手続負担の軽減が図られる場合、②大量の不服申立てがあり、直ちに出訴されると裁判所の負担が大きくなると考えられる場合、③第三的機関が高度に専門技術的な判断を行う等により、裁判所の負担が軽減されると考えられる場合の 3 類型に限定するといった見直し作業が行われた。その結果、以上の 3 類型の該当する場合、さらに、議会への諮問等、前置を必要とする特別の事情がある場合には、不服申立前置を存置するとの方針に基づいて、整備法は、不服申立てを前置している 96 法律のうち、47 法律につき不服申立前置を全廃し、自由選択とし、21 法律につき二段階の不服申立前置を一段階にするなど不服申立前置の一部を廃止している。その結果、不服申立前置が従前のまま維持された法律は 28 本になっている。

(3) 国民の救済手段の充実・拡大

1) 処分等の求め

改正行政手続法は、法令に違反する事実がある場合において、その是正のためにされるべき処分または行政指導がされていないと思料する者は、行政庁または行政機関に申出を行うことができることとされ、行政庁または行政機関は必要な調査を行い、その結果に基づき必要があると認めるときは、当該処分または行政指導をしなければならないとしている（改正行政手続法 36 条の 3）。

2) 行政指導の中止等の求め

改正行政手続法は、法令に違反する行為の是正を求める行政指導がされた場合において、その相手方は、当該行政指導の中止等の措置をとることを求める申出をすることができるとし、行政機関は、必要な調査を行い、当該行政指導がその根拠となる法律に規定する要件に適合しないと認めるときは、当該行政指導の中止その他必要な措置をとらなければならないとしている（改正行政手続法 36 条の 2）

なお、改正行政手続法は、行政機関が、許認可等の権限または許認可等に基づく処分をする権限を行使しうる旨を示して行政指導を行う場合には、当該行政機関は行政指導の相手方に対し、当該権限の根拠、要件および行使の要件適合性を示さなければならないこととしている（同法 35 条 2 項）。

3) 行政不服審査制度における救済手段の充実・拡大

総務省の整理では以下の改革が取り上げられていないが、これらの改革は救済手段の充実・拡大の項目の下に取り上げられるべきであろう。

[執行停止を求める審理員の意見]

現行法は、審理をする職員に執行停止に関する権限を何ら定めていない。

これに対して、新法は、審理員が必要であると認める場合には、審査庁に対し執行停止をすべき旨の意見書を提出する権限を認めている（新法 40 条）。

[申請型義務付け裁決の導入]

現行法は、申請拒否処分の審査請求に理由があるとき、審査庁が処分庁の上級行政庁である場合であっても、当該審査庁が認容処分に変更することができるかどうかを明確にしていない。

これに対して新法は、申請拒否処分が違法または不当である場合であつて、当該申請に対し一定の処分をすべきものと認めるときは、審査庁が処分庁の上級行政庁である場合には、当該審査庁は、当該申請拒否処分を取り消すとともに、当該処分をすべき旨を命ずることができるとしている（新法 46 条 2 項）。

現行法は、不作為の審査請求に理由があるときは、審査庁が処分庁の上級行政庁である場合であっても、不作為庁に対し申請に対する何らかの行為をすべきこと

を命ずることができるにとどめている。

これに対して、新法は、不作為が違法または不当である場合であつて、当該申請に対して一定の処分をすべきものと認めるときは、審査庁が不作為庁の上級行政庁である場合には、当該審査庁は当該処分をすべき旨を命ずることができるとしている（新法49条3項）。

5 2014年法による行政不服審査制度の改革の評価

（1）公正性の向上と制度間競争について

1）公正性の向上

公正性の向上は、総務省によれば、審理員制度の導入および行政不服審査会等第三者機関の設置、ならびに審理における審査請求人の手続的権利の拡充の導入によつて果たされると想定されている。

審理員については、処分庁等との関係においても除斥要件が定められ、行政手続法に定める聴聞の主宰者に比して、職能分離の仕組みは進歩しているといえる。しかし、審理員には職権行使の独立性は保障されておらず、日本の公務員の通常のキャリア・パス（career path）を念頭に置いた、審理員の中立性を確保するための仕組みが新法に存在しない。審理員制度の導入による審理の公正さは、たしかに、現行制度よりも格段に向上していると評価してよいであろうが、審査請求をする者に公正な審理が行われるとの信頼感を与えるほどの向上を実現しているものとはいえない。

審理員による審理は、すでに紹介したように、口頭意見陳述が行われる場合には処分庁等と申立人（審査請求人または参加人）とが対面する方式で行われる。これを捉えて、行政手続法の聴聞のように、審査請求においても「対審」的な審理が行われることになるかと評価することもできる。

しかし、不利益処分の聴聞では、処分の根拠となる事実認定の当否が処分庁の職員の説明と当事者または参加人の口頭による主張および提出された証拠を通じて争われることを予定しているのに対し、新法は、口頭意見陳述に際して申立人のみが審理員の許可を得て、処分庁等に対して質問をすることができるかと定めているにすぎないから、審査請求の口頭意見陳述の機会はずしも「対審」的な審理として行われるわけではない。これは、行政手続法の聴聞が許認可等の取消しなど重大な不利益を内容とする処分について行われる手続であるのに対し、行政不服審査法の口頭意見陳述の機会が、処分の内容・性質にかかわらず、審査請求人または参加人の申立てがあつた場合には、原則として当該申立人に与えられなければならないといった相違によるものであろう。したがって、審査請求においては口頭意見陳述が対審的な審理で行われる場合もあれば、単なる対面審理に終わる場合もあることになる。そうだとすると、審査請求の公正さは、やはり、審理員の職権行使の独立性および中立性の確保の程度に依存しているといえよう。

審理員制度の公正さの向上の限界に照らせば、第三者性を有する合議制行政機関である行政不服審査会等がこれを補うものとして設計されているといえよう。第三者性を有する合議制行政機関による審査は、現行法制の下でも、比較的認容率が高いので、行政不服審査会等は行政救済制度としての信頼を確保するに十分な可能性を秘めているといえる¹。

もつとも、行政不服審査会等は諮問機関であるから、審査庁は行政不服審査会等の答申に法的に拘束されない。審査庁が、異なる内容の裁決をする場合には、裁決書にその理由を附記すればよいということとされている（新法 50 条 2 項）。これは、審理員の意見書についても同じである。

対面的な審理と第三者によるチェックを経たにもかかわらず、審査庁がそれらとは異なる判断をする余地を新法が一般的に認めていることは、行政不服審査制度の救済制度としての信頼性を損なうものであろう。

不服申立前置の廃止・縮小が、行政不服審査制度と行政訴訟制度との間の制度間競争の客観的基盤を拡大するにもかかわらず、公正性の向上における不徹底は制度間競争の阻害要因となろう。

このような制度設計が、簡易迅速性とのトレード・オフのために、余儀なくされたのであれば、それは救済制度の論理に照らしてなおも正当性のあるところである。しかし、行政不服審査会等や審理員の法的な位置付けは、国務大臣による行政各部の事務に関する分担管理の原則および行政庁の概念を中心とした行政官庁理論に由来するものであるとすれば、救済制度の論理としては説得力に乏しいものと思われる。

¹総務省が 2010 年度に行った調査において、2009 年度行政不服審査法に基づく不服申立ての状況は以下の通りである。

区分	処理件数	容認数		容認率
		容認数	容認率	
合計	18,302 件	2,186 件	11.9%	
異議申立て	6,653 件	854 件	12.8%	
	審査請求	9,827 件	1,237 件	12.6%
	再審査請求	1,822 件	95 件	5.2%

そのうち第三者機関が関与する場合の不服申立て状況については、以下の通りである。

区分	処理件数	処理状況			
		容認	棄却	却下	その他
裁決機関	4,339 件	592 件	3,358 件	387 件	2 件
	100.0%	13.6%	77.4%	8.9%	0.0%
諮問機関	1,231 件	287 件	927 件	16 件	1 件
	100.0%	23.3%	75.3%	1.3%	0.1%
計	5,570 件	879 件	4,285 件	403 件	3 件
	100%	15.8%	76.9%	7.2%	0.1%

2) 公正性と簡易迅速性とのトレード・オフ

2008年法案が提案した審理員と行政不服審査会による2段階の審査は公正に偏した重厚なもので、行政不服審査制度の特長である簡易迅速性に反するとの強い批判があった¹。民主党政権下では、前述したように、行政不服審査会の創設は放棄され、代わりに審理員の独立性を高める趣旨で「審理官」制度の創設が提唱された。しかし、新法は、2008年法案と同様に、審理員と行政不服審査会等による2段階の審査を創設することとしている。もつとも、新法は、現行法でもすでに第三者機関によって不服審査が行われている処分はこの2段階の審査の仕組みを適用しないものとし（新法9条1項ただし書、43条1項3号）、審査請求人が希望しない場合には諮問対象外とする（新法43条4号）といったように、迅速性に配慮した規定を置いている²。

また、口頭意見陳述において時間を要する対審的な審理の方式が採られるかどうか審理員の裁量に委ねられるところ、新法は、計画審理とそのための準備手続に関する規定を置くことで、審理の迅速化にも配慮をしているといえよう。

さらに、再調査の請求と審査請求との関係においても2014年法は、再調査の請求と審査請求の関係において簡易迅速性を確保する方向で調整をしている。2008年法案は再調査の請求が適用される処分については、再調査の請求に対する決定を経た後でなければ審査請求をすることができないとしていた。整備法は、前述したとおり、両者を自由選択とし、迅速性を重視した不服申立てと公正性を重視した不服申立てとの間の選択権を不服申立人に認めている。

もつとも、再調査の請求は、課税処分その他大量集中的に行われ、かつ、当該処分に対する不服が概して要件事実の認定の当否に係るものに限定されている。不服申立てには比較的単純な事実の誤認が争点となっている場合もあり、再調査の請求のような、より簡易迅速な手続を不服申立人が選択できるような一般的な仕組みがあつてよいであろう³。

その意味では、行政不服審査制度全体において公正さの確保の要請と簡易迅速性の確保の要請とのバランスがとれているわけではない。そうすると、行政不服審査制度の特長は十分に生かされないので、行政不服審査制度は、制度間競争において厳しい戦いを強いられるであろう。

¹参照、橋本博之「行政不服審査法案について」慶應法学15=16号（2010年）34頁、櫻井敬子「不服申立てと訴訟の制度間競争が国民のメリットに」税理2011年10月号2頁。

²大橋真由美は国民に選択権が留保されたことが、審査会と裁判所との間における制度間競争を促すものとなることを期待する。参照、大橋・前掲注11）98頁。なお、前田雅子は、内部基準の法令適合審査が求められるような案件については、審理員の審理手続を省略ないし短縮して行政不服審査会への諮問を行うルートを開くことが審理の迅速化に資すると説く。参照、前田・前掲注11）84頁。

³参照、福家俊朗・本多滝夫編『行政不服審査制度の改革』（日本評論社、2008年）131～132頁〔恒川隆生執筆〕。

(2) 「現代化」の課題への対応

1) 行政手続との制度間競合

新法は、前述したように、申請拒否処分および不作為に対する審査請求には義務付け裁決を法定化している。しかし、新法では、職権による処分を求める不服申立ておよび処分の事前の差止めを求める不服申立ては法定化されていない。

その代わりに、行政手続法の一改正によって、職権による処分を求める不服申立てに相当する手続が、法令違反行為の是正のための「処分等を求める申出」として行政手続法に置かれている（改正行政手続法 36 条の 3）。しかし、処分の事前の差止を求める不服申立てに相当する手続は法定化されていない。

前出の総務省の『行政不服審査制度の見直し方針』によれば、その理由は、「非申請型義務付けや差止めに係る手続は、処分に至る前の行政過程として位置付けられるものであり、処分の事前手続に関わる問題」であって、「仮に、行政不服審査法にこれらの手続を設ける場合には、行政手続法等の事前手続と並行・輻輳することになり、処分に至る前の行政過程が複雑化し、実務に支障が生ずるおそれがある」というものである。結果としては、事前の手続である行政手続と争訟手続である行政不服審査との制度間競合の回避を優先させているといえよう。

たしかに、このような不服申立てを認めると、行政手続法などが定める事前手続との重複といったわかりにくさが生じることは否めないであろう。しかし、行政手続は権利利益の保護手続であって、救済手続ではない。国民が処分を求め、処分を差し止める救済手続が行政過程においても必要であることは否定できない。その意味で、事前の行政手続と事後の行政争訟手続は、相互浸透的かつ相互補完的な関係にならざるを得ない¹。したがって、行政手続との制度間競合は、相互に排他的な関係として処理するのではなく、不利益処分手続における聴聞や申請に対する処分手続における公聴会を「争訟手続」化したり、あるいは、利害関係人に事前の行政手続を通じての処分等の発動を求める申出と処分等の不作為についての不服申立ての選択権を与えたりすることで、調和させることも可能であろう²。

2) 行政訴訟制度との制度間競合

行政不服審査制度の改革論議において、前述したとおり、処分以外の行政活動についても不服審査の対象とする可能性も検討された。しかし、新法は、不服申立ての対象を従前通り処分に限定している。代わりに、行政手続法の改正により、法定の行政指導が法定の要件に違反してなされている場合（法令違反型行政指導）に、その相手方が当該行政指導の中止その他必要な措置を求めることができる旨の

¹ 参照、福家・本多編・前掲注 17) 38 頁 [福家俊朗執筆]。

² 参照、本多・福家・前掲注 17) 18 頁 [本多滝夫執筆]、同 104 頁 [稲葉一将執筆]。

規定が行政手続法に置かれている（改正行政手続法 36 条の 2 第 1 項）。許認可権やそれに基づく監督権を背景にして行われる、いわゆる権限濫用型行政指導については、当該許認可権および監督権の根拠と要件を明示することで濫用を抑止する趣旨で行政手続法が改正されている（改正行政手続法 35 条 2 項）。

行政指導を含め処分以外の行政作用が一切行政不服審査法の対象から外されているのは、国民の権利義務の変動を及ぼさない段階の行政作用は、事後手続である行政不服審査制度の対象ではなく、事前の行政手続の対象であるとの理解が前提となっている。この理解は、前述した、職権による処分を求める不服申立ておよび処分の事前の差止めを求める不服申立ての法定化を認めず、これを処分等の申出に転換して行政手続法制の下に置くといった立法政策と共通している。しかし、意見陳述手続のような事前の手続が整備されていないような行政作用については、これを行政不服審査制度の対象としても行政手続法との制度間競合の問題はそもそも生じない。したがって、そこには別の次元の問題があると思われる。

それは、行政訴訟制度との抵触の問題である。たとえば、行政指導について不服申立てを認めた場合には、それに対する却下・棄却裁決は処分であるから、裁決取消訴訟において、行政指導に対する審査が行われ、事実上、取消訴訟の対象の拡大と原告適格の拡張をもたらすことになる。行政訴訟制度の枠組みに変動を与えるような制度設計は認められなかったと推察される¹。

しかし、行政訴訟制度は、前述したとおり、取消訴訟中心主義を脱却し、国民が行政過程の進行に対応した紛争の成熟性の深化に応じて、具体的に処分がなされるより前の段階において裁判的救済を得る可能性を拡大しつつある。不当性審査が可能である行政不服審査制度が、処分に拘泥することなく、さまざまな行政作用による法律上の地位の変動に起因する不服を対象とすることは、行政訴訟制度との制度間競争において行政不服審査制度の優位性を確保することにもつながる。処分以外の行政作用に対する不服に対する救済の要請は高く、行政不服審査制度の対象とすることが理論的にも否定されているわけではない。今後なおも検討が深められるべき課題であろう。

おわりに

今回の行政不服審査制度の改革は、従来から現行制度に投げかけられていた、公正性の欠如の問題に対して、正面から取り組んだものである。新たに導入される審理員制度および審査会制度は、公正性を向上させるうえで、要となるものである。いずれの制度も手続の構造において現行のそれよりも公正性を向上させるものであることはたしかである。しかし、審理員の独立性・中立性の制度的な担保が

¹前田雅子は、行政指導を行政不服審査制度の対象とした場合、抗告訴訟との間で緊張関係が生じ、制度設計にさまざまな工夫や調整が必要であると指摘する。参照、前田雅子「行政不服審査制度に関する論点の検討」ジュリスト 1324 号（2006 年）11 頁。

不十分であること、審理員の意見書および行政不服審査会の答申が審査庁の判断を十分に拘束しないことは、行政不服審査制度の競争力を弱めている。

公正性の向上とトレード・オフの関係にある迅速性の確保の要請は、2008年法案に対する批判を承けて、2014年法は審査請求人の選択権を拡大することで対応している。しかし、これは、処分等に不服を有する者が不服審査制度を選択させる誘因となるわけではない。

事前の行政手続制度および行政訴訟制度との競合ないし抵触は、行政不服審査制度の「現代化」を妨げている。

このたびの行政不服審査制度の改革の徹底を阻害した要因として、各制度の背景にある伝統的な概念、思考枠組みがある。

しかし、公正さの徹底は、審理官および行政不服審査会委員の任用の実践を通じてかなりの程度対応が可能であろう。また、行政訴訟制度との間の制度間競争が国民の権利の実効的な救済をめぐるものであるとすれば、行政不服審査制度と行政訴訟制度との競合・抵触は救済を求める者に資する方向で調整されればよいし、行政不服審査制度と事前の行政手続制度の競合・抵触もまた、権利保護と権利救済の相互浸透性・補完性に照らせば、重疊的に調整することを妨げるものではないと思われる。

일본의 행정체제의 전환과 행정불복심사법의 "현대화"

혼다 다키오

키워드: 행정쟁송; 행정주체
행위형식의 다양화; 제도간의 경쟁; 제도간의 경합
들어가며

이번 동아시아 행정법학회의 임무의 관점에서 보면, 이 보고의 목적은 다른 나라 지역의 행정불복심사제도와 비교대상에서 편의가 되도록 일본의 행정불복심사제도의 특색, 문제점 및 개선 방안을 소개하는 데 있다. 일본에서는 올해 (2014년) 6월에 행정불복심사제도를 전면적으로 개정하는 법률이 제정되었다. 그리하여 2016년에는 이 제도가 일신되는 것으로 되어 있다.

따라서 새로운 행정불복심사법의 해설을 하는 것만으로도 이 보고의 목적에 일단은 달성할 수 있을 것이다.

하지만 나는 새로운 행정불복심사법은 행정불복심사제도의 개혁에 기대했던 "현대화"의 요청에 충분히 부응하지 않았다고 생각하기 때문에, 새로운 행정불복심사법을 설명하는 것만으로는 동아시아 행정법학회에 참여하는 여러 행정법학자들에게 일본의 행정불복심사제도에 관한 객관적인 인식을 제공할 수 없다고 생각한다.

따라서 이 보고는 우선, 일본에서 이전의 행정불복심사제도를 지탱해 온 원리와 그것이 현행의 행정불복심사법이 어떻게 구체화되어 있었는지를 천명한다.

다음에, 행정불복심사제도의 개혁을 요구하게 된 일본의 행정시스템의 여러 변화를 설명하고, 그것이 행정불복심사제도의 개혁을 요구하는 "현대화"의 내용을 명확히 한다.

그리고, 다음은, 이번 행정불복심사법의 개정에 의해 실행되는 행정불복심사제도의 개혁의 내용이 전술의 "현대화"의 요청에 부응하는지를 검증한다. 마지막으로, "현대화"의 요청에 부응할 수 없었던 원인을 분석하고, 일본의 행정불복심사제도의 향후 과제를 제시하고자 한다.

1 현행 행정불복심사법의 문제점

행정쟁송제도는 그 역사적 경위에서 보면, 법치주의의 요청에서 이끌어내는

“행정의합법성”과 “행정의합목적성”의요청에따른
“행정통제”의목적과,법치주의의실질적요청에따른
“행정구제”의목적을병유하고있다¹. 행정사건소송과함께행정쟁송제도의일익을
담당하는행정불복심사제도(협의의쟁송제도) 또한그러한것으로이해되어왔다.

행정불복심사법의제정이전에행정상의불복신청의일반법이었던소원법에대해
“국민의권리이익의구제를위하여충분하다고는말하기어렵다”(소원제도조사회『소
원제도조사회답신』(1962년))고평가되었다.

이로하여행정불복심사법이다음과같은입법정책에의해제정되었다.²

첫째, 권리구제절차의성격을가지고있다는것을강조한다.

둘째, 행정불복심사법이행정상의불복신청에관한일반법임을명확히한다.

셋째, 불복신청사항에대하여일반적개괄주의를채택하고,
사실행위및신청에대한부작위에대한불복신청을인정한다.

넷째,

불복신청의종류를통일하고,동법에의하지않는불복신청에대해서는다른명칭을사용
하고, 그구별을명확히한다.

다섯째,

동법뿐만아니라다른법률에따라불복신청을할수있는처분에대해처분청에일반적으
로적용되는교시제도를채용한다.

여섯째, 불복신청의절차를상세하게규정하여, 불복신청인의방어권에관한규정을
정비한다.

일곱째, 불이익변경금지의원칙을명시한다.

또한동법의제정과함께행정사건소송법이제정되었고,
이법의소원전치주의가폐지되어,처분에불복하는자는행정상의불복신청및취소소송
중어느쟁송수단이든자유롭게선택할수있다고한것도행정불복심사제도에관련된
중요한제도적개혁이라고지적할수있다.

따라서이시점에서행정소송(취소소송)제도와불복심사제도사이에서권리구제를둘러
싸고제도간경쟁의기반이형성되었다고할수있다. 그리고절차가간단하기에저렴하며,
신속한구제를도모할수있는것, 불복신청기관의심리는부당성도포함하기에다양한내
용의불복도구제받을수있는것,
불복신청이처분청또는직근상급행정청에행해지는경우에처분의변경또는처분의변
경명령이행해질수있기때문에적절한구제를도모할수있는점에그특징이있는행정불
복심사제도는행정소송제도에비해우위를경쟁할수있는것이였다.

¹참조,雄川一郎『行政争訟』(有斐閣、1957年)14면。

²참조,小高剛・南博方『注釈 行政不服審査法』(第一法規、1975年)16면。

당시행정법학계의중진이었던다나카지로도쿄대학교수 (당시)는
“행정불복심사법의절차규정의정비 • 명확화” 및
“권리이익의구제제도로서적합한절차규정” 의정비는“간이신속한절차에의한국민
의권리이익의구제를도모 '라는동법의근본취지를실현하고자하는것으로,
그목적은거의달성할수있는것이아닌가싶다"고동법의제정을높이평가했다¹.

그러나행정불복심사제도의실무에서는이러한우점이반드시활용되지않고있다는
지적이있다. 미야자키요시오도쿄대학교수
(당시)는선구적인연구를통해행정상담 • 고충의건수와비교하면,전체적으로불복심
청불복신청의건수가극히적은것을밝혔다.
미야자키교수는그원인으로서불복심사제도에대한국민의지식이결핍하고있는것,
구제의가능성이적다고인식하고있는것,
행정사무의성격이다를때마다불복신청의구조가달라제도가복잡하다는점을제기했
다².

행정불복심사제도가활용되지않는것은역시행정불복심사법이설계한행정불복심사
제도의구조에자초된다.

예를들어, 미야자키교수와같은시기에미나미히로마사히토츠바시대학교수
(당시)는불복심사에의한구제율이낮은원인으로서불복심사의조직및절차에구조적결
함이있음을지적했다.

즉불복신청기관에처분청으로부터의독립성이결여되어있는것,불복
신청기관에위헌법률심사권및통달심사권이없는것,
심사청구는본래대면심리구조이어야하는데처분청이당사자로서심사절차에등장하
지않기때문에이의신청과마찬가지로편면심리구조로되어있다고지적했다³.

또한시대는지나고 1996년부터 1997년까지총무청
(당시)의위탁연구로재단법인행정관리연구센터가마련한사후구제제도조사연구위원
회(위원장 : 코바야카와미츠오 [도쿄대학교수(당시)])에의한
"사후구제제도에관한조사연구보고서"는①이의신청의기본적인성격문제(제삼자성
이없는편면심리구조,재처분절차),②심사청구의기본구조의문제

¹참조,田中二郎「行政争訟制度の改正」法律時報 34 卷 10 号 (1962 年) 9 면.

²참조, 宮崎良夫「行政不服審査制度の運用と問題点」社会科学研究 38 卷 2 号 (1986 年) 85~134 면,
同「行政不服審査制度の問題点と改革の方向」公法研究 52 号 (1990 年) 218~232 면. 이논문들은,
宮崎良夫『行政争訟と行政法学』(弘文堂、1991 年)에수록되어있다.

³³참조, 南博方「行政不服審査の改善に向けて」一橋論叢 94 卷 5 号 (1985 年) 591~607 면. 이논문은,
南博方『紛争の解決手法』(有斐閣、1993 年)에수록되어있다.

또한미나미교수는후술의"사후구제제도에관한조사연구보고서"에서말하는"편면심리"를"대면심리"라고칭하며
"대면심리"를"삼면심리"라고칭하고있다.여기에서는이보고서의용어법에맞추어미나미교수의용어법에변경하
고있다.

(제삼자성에의문이있는편면심리구조,
 처분의고쳐하기절차),③불복신청의대상문제
 (처분에제한된불복신청),④불복신청인자격문제
 (개별법의제한된해석에근거하는불복신청자격의판단),
 ⑤두단계의불복신청의문제(이의신청및심사청구로갖춰진두단계구조에의한간이신
 속성의훼손),
 ⑥구두의견진술에관한문제(쟁점사항이명확하지않은심리구조),⑦판결·결정의형
 태에관한문제 (구제방법의제한성) 등 7
 개의점을행정불복심사제도의기본적인구조적문제점으로정리했다.¹

이러한문제점의지적을행정소송(취소소송)제도와의회도간경쟁의관점에서다시정리
 한다면다음과같이정리할수있을것이다.

- 1.처분의범위및불복신청자격의범위가행정소송(취소소송)제도와동일하기에행
 정불복심사제도가고유하게전개하는행정구제의영역이존재하지않는다.
- 2.행정불복심사제도의특징인절차의간이신속성의중시가절차의공정성을훼손하
 고있기때문에이제도에대한국민의신뢰가부족하다.
- 3.행정불복심사제도의특징인부당성심사가거의작동하지않기때문에행정소송제
 도보다행정구제의범위가넓다고할수있는것은아니다.
4. 1 ~ 3 을전제로한다면,
 자유선택주의아래에서는행정소송(취소소송)제도보다행정불복심사제도를우선적으
 로활용하는장점이처분에불복이있는자한테는결핍하다.
- 5.자유선택주의가원칙임에도불구하고개별적인법률에서불복신청전치를채용하
 는처분의유형이많고,결과적으로불복신청건수도자유선택주의에근거한것을훨씬
 능가하여,행정기관에서제도간경쟁의의식되는것은거의없었다.

그런데, 전술보고서는①사후구제절차의간이신속성을중시해가는관점,
 ②사후구제절차의제삼자성을중시해가는관점,
 그리고③처분의성격에따라다원적인사후구제절차를생각해간다는시점에서,
 불복신청의일단계화, 구두에의한불복신청제기의길의확대,
 제삼자기관(심사기관형또는자문기관형)의설치,
 심리의대면심리구조화,심리주재자에의제 1 차재결·결정권의부여,
 제삼자성의강화를전제로사법구제절차의심급생략이라는아이디어를제시했다.

그러나행정쟁송으로서의특징을발휘할수없는상태에서행정불복심사제도가행정소

¹ ジュリスト 1137 号 (1998 年) 159~175 面。

송제도에 종속되는 상황 아래에서는,
이 제도의 개혁은 적어도 행정 소송 제도의 개혁과 함께 진행하던가,
또는 그것을 거친 후가 아니면 행정 개혁의 과제로 부상하는 것은 어려웠다고 할 수 있다.

2 행정시스템의 전환과 행정 불복심사 제도의 과제

이번의 행정 불복심사법의 개정은 전술의 행정 소송 제도로서의 불복심사 제도의 운영 및 내재적인 구조적 문제에 대한 대응뿐만 아니라 행정 시스템의 변화에 대한 대응을 계기로 하고 있다.

행정 불복심사 제도 연구회의 보고(『행정 불복심사 제도 연구 보고서』)는¹, 행정 불복심사 제도의 재검토의 배경으로서, 이전부터 지적되어 온 행정 불복심사 제도의 문제점이 외에 다음의 4 가지 제도적 변화를 제기했다.

① 행정에 의한 민간의 활동 등에 대한 규제 완화, 개혁이 진전, 행정의 사용 방법이 변화하고 사후 감사의 중요성이 증가하고 있다.

② 지방 분권이 진전되어 국가와 지방의 관계가 변화했다.

③ 행정 절차법과 행정 기관이 보유하는 정보의 공개에 관한 법률(이하 "정보 공개법"이라 한다.)의 제정 등, 행정의 공정성・투명성의 확보를 위한 대책이 진전했다.

④ 행정 불복심사법 제정 당시의 행정을 담당하는 주체는 행정 기관과 특수 법인이 중심이었지만, 그 후 독립 행정 법인, 지정 법인으로서의 공익 법인 기타 단체 등 다양한 주체가 참여하는 구조가 정비되어 왔다.

이러한 제도 변화가 행정 불복심사 제도의 개혁을 요청하는 이유를 보고자 나름대로 부연하면 대체로 다음과 같다.

첫째,
규제 완화 및 행정 사무의 민간화는, 행정 소송 제도의 수요를 새롭게 산생시키고 있었다. 즉 행정 과정에서 사전의 이익 조정을 배제하려고 하는 규제 완화는, 행정 규범 (명령, 통달,

¹ 行政不服審査制度研究会『行政不服審査制度研究報告書』(2006年)2~3면.

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/fufuku/pdf/fufuku_sinsa_0510_0603.pdf

행정 불복심사 제도 연구회는 행정 관리 연구 센터가 총무성으로부터 연구의 위탁을 받아, 2005년 10월부터 2006년 3월에 걸쳐 개최했다.

고바야카와 미츠오도쿄대학교수(당시)를 포함한 8명의 행정법 학자가 연구회에 참가하고, 총무성 행정 관리 국 이사 무국을 맡았다.

계획등) 및 행정지도에 대한 불복을 증대시킨다. 또한 행정사무의 민간화는 개선 명령, 영업등의 중지·금지, 인허가등의 취소등의 사후적인 감독내지 규제적내용을 가진 처분의 증가를 초래하고, 그에 따라 이러한 처분에 대한 불복을 증대시킨다.

또한 위반자에 대한 사후감독이 불충분한 경우에 그것에 대한 불복을 증대시킨다. 따라서 각각의 불복내용은 상호 모순되는 점이 있다 하더라도 전체적으로 증가하는 불복에 대응하여 심사대상의 확대와 절차의 공정성이 더욱 요구되는 동시에, 새로운 내용을 가진 불복에 대응한 새로운 구제방법을 도입하는 것이 필요했다.

새로운 구제방법의 도입은 행정불복심사제도보다 빨리 행정소송제도에서 실현되었다.

2004년 행정사건소송법의 개정에 의한 무부가소송 및 금제소송의 법정화 및 공법상의 법률관계에 관한 확인소송의 명시화는, 취소소송 중심주의에서 사로잡힌 행정소송관을 배제하고, 국민이 행정과정의 진행에 대응한 분쟁의 성숙성의 심화에 따라, 구체적으로 처분이 이루어지는 전 단계에서 재판으로 구제를 받을 가능성을 열었다.¹

구제제도로서의 행정소송제도의 진화는 처분의 취소뿐만 아니라, 변경에 의한 구제가 가능하다는 행정불복심사제도의 장점을 뒤집는 것이다.

따라서 제도간 경쟁의 관점에서 행정불복심사제도에서도 구제기능의 확충·강화가 요청되게 되었다.

둘째,

2000년 4월에 실시된 지방분권 개혁을 통해, 지방공공단체의 집행기관이 처리하고 있던 국가의 기관위임사무는, 국가의 직접 집행사무로 된 것과 폐지된 것을 제외하고, 새로이 지방공공단체가 처리하는 사무로 되었다.

지방공공단체가 처리하는 사무로 된 처분에 관한 불복신청은 지방자치단체 내부에서 처리될 것으로 되고, 국가도 국가의 행정청이 행한 처분에 대한 불복신청만 처리하게 되어 있었다. 그래서 심사기관이 법정되어 있는 경우를 제외하고,

하급행정기관에 위임되지 않는 한, 불복신청은 이의신청으로 진행되게 된다.

지방분권 개혁을 통해, 행정불복심사법이 채용해 온 심사청구 중심주의 및 심사청구·재심사청구 등 2단계 구조는 그것이 전제로 하는 사무배분의 기반이 부족하게 된 것이다.

따라서 국가와 지방의 역할분담의 원칙에 입각한 불복심사제도의 구조의 전반적인 재검토가 요청되게 되었다.

셋째, 1993년에 제정되고 또한

2005년에 수정된 행정절차법은, 인허가등의 취소등 중대한 불이익 처분에 대해서는 사전에 구두청문을 실시해야 하는 구조를 마련하고,

행정지도 및 명령등 제정행위등 처분이 외의 행정의 행위형식에 사전의 행정절차를 규정

¹참조, 櫻井敬子·橋本博之『行政法 [第4版]』(弘文堂 2013年) 277면.

하고있다.

또한정보공개법은불복심사기관으로서제삼자성을갖는합의제기관인정보공개심사회를새로설치했다.

행정절차법및정보공개법은행정불복심사법의심리절차의공정성의부족함,구제대상의좁음을재확인하는것이며,

행정불복심사제도의공정성의향상,구제대상의확대가요청되게되었다.

또한행정절차법은일반적인처분법제에심사기준·처분기준의설정·공표의구조를마련하고있다. 이는,행정절차법의목적에비추어보면,처분의공정성의확보및투명성의제고를목적으로하는것인동시에,행정의통일성의확보에이바지하는것이기도하다.

판결을계기로행정의통일성의확보의요청이불복신청전치율정당화하는이유중하나가되어왔던것에비추어보면행정절차법은불복신청전치의근거를파고무너뜨리는것이되고있다. 불복신청전치의존재의검토도요청되게되었다.

넷째, 행정사무를담당하는주체의다양화는,하나에,이전에처분되어사무처리권한이개인에게양도된경우에당해개인이그권한을행사했을때,

그것에불복하는자는어떠한쟁송절차로서싸우는것인가하는문제를만들고있었다.

이른바지정기관등의검사·검정내용은이것이처분이라고되어,원권한기관에의심사청구의대상으로하는제도적인수단이일반적으로마련되어있지만,

최근지정기관등에대신하여도입된등록기관중에는순수하게민간이실시하는활동을하는자로서의성격을명확히하기위해,전환에있어서그등록업무는행정불복심사제도의대상에서제외된것도있었다.

이들중,주무장관에게구제명령의신청등을인정하여수검자의구제를도모하는예가있지만,

그렇지않은등록업무에대해,이에대한간단한구제를어떻게할것인가가다시검토되어야했다.

또한당해사무의이양이계약에의해이루어지는경우에는,그계약의체결대상의선택, 계약방식, 계약내용, 계약의이행에관련하여분쟁이일어날수있지만,

이들은종래로계약의자유를전제로민사법제에서처리되어왔다. 그러나

2006년에제정된경쟁의도입에의한공공서비스의개혁에관한법률

(이른바시장화테스트법)에보이는것과같이,행정사무의위탁이행정수법으로일반적인제도화되고있는데,

행정구제의관점에서행정계약의체결과정을불복심사의대상으로할필요가있다.

이와같이

2000년대중반에는,행정불복심사제도는,행정소송제도와제도간경쟁의관계에서공정성을충실시키는것에의한행정구제제도로서의신뢰의확보의요청에부응할뿐만아니라행정시스템의전환중에서다양화하는행위주체내지행위형식이착종하는거버넌스

의공간에서행정절차법제및정보공개법제와함께,
행정의책임성을확보하기위한제도로의진화의요청, 즉
"현대화"의요청에도응하지않으면안된다는중첩적과제를짚어지고있었다.¹

무엇보다이러한검토의요청에응하려고할때,
행정불복심사제도가근거하고있는규범적요청,
즉행정소송제도보다도행정통제제도의색조가진한행정구제제도이라는존재의의를
더발휘할수있는것으로되는지그여부가문제로되는것은이미언급한바와같다.

첫째,
절차의공정성의더욱확보를추구하면,재판의사실심리절차를최고의모델로하는신중
한절차를지향하게되지만,
그것은불복심사제도의존재의의인간이신속성을희생하는것이된다.

둘째,
행정사건소송법의개정과평측을맞추는구제방법의확충은행정불복심사법도행정쟁
송법으로서이들을표준장비하는것이당연하다고할수있다.
그러나규제권한의행사의의무부가및금제를요구하는불복에대한심사절차는,그것이
규제권한의미행사의단계에서행해지는점에서,규제권한의행사를향해열리는사전의
행정절차와동일한기능을한다. 쟁송절차의
“사전절차화”는행정불복심사제도및사전행정절차제도와제도간의경합의문제를
산생한다.

셋째, 불복심사대상의확대는,바로
“행정소송의힘이미치지않는곳을커버한다”는의미로²,불복심사제도의면목약여러
고하는것도있지만확대된대상에관한불복에대해하는재단행위가행정사건소송법 3
조 3 항에규정된재결에해당하는것이면,불복심사의대상은처분이아니라해도,항불복
신청송에서의심리의대상도될수있다.
그렇다하면처분이외의행정활동에대한불복도불복심사를통과하면,항불복신청송의
루트를타는셈이다. 불복심사제도를통한
“처분성의확대”는항불복신청송제도가전제로하고있는처분의관념을뒤흔드는것
으로될수도있다.

이러한불복심사제도내부의특징상호간,
쟁송제도간및사전절차·사후절차간의트레이드·
오프관계의조정을행정불복심사제도의개혁에서는유의하여야한다.

¹행정시스템의변화로 市橋克哉는, 또한 “법(규칙) 제정의단계,그실시(결정)
의단계및심사(재결)의단계사이에있는장벽의저하”,

“글로벌공공공간에위치하는다극적인여러주체의공적활동의증가”를꼽아,행정불복심사제도의움부즈맨인
확대,다양한거버넌스의불복신청의모델로서의행정불복심사제도의역량을높이는것이현대화의요청이라고하
였다.市橋克哉「行政の变化と行政不服審査法改正— 多治見市是正請求審査会の経験をふまえて
—」(2014年行政法研究フォーラム報告。自治研究 90 卷 12 号(2014年)に掲載予定)。

² 藤田宙靖『第四版 行政法 I (総論) (改訂版)』(青林書院、2005年) 462 面。

3 행정불복심사제도개혁의경위

전술의

『행정불복심사제도연구보고서』는행정불복심사제도의개혁의기본적방향성이제시되었다.

또한계속하여시간의제약때문에그보고서에서충분히다루어질수없었던행정지도,행정지도이외의사실행위(공공공사, 행정상의강제집행(행정대집행, 직접강제등), 행정조사, 즉시집행, 정보에의한행정작용)

및행정계약에의불복심사제도의정비문제에대해,같은해

8월에『행정불복심사제도의특정사항에관한조사보고서』가공표되었다.

이두보고서를이어받아 2006년부터

2007년까지총무부대신의밑에행정불복심사제도검토회가설치되어,

2007년4월에『중간정리』가공표되었다. 그리고그에대한퍼블릭코멘트를거쳐

2007년7월에『행정불복심사제도검토회최종보고』(이하『최종보고』라한다)가공표되었다.

최종보고는행정불복심사법의개정요강안을행정절차법의개정안요강안의체재를취하고있어,사실상,행정불복심사법의개정초안이었다.

최종보고를바탕으로,정부내부에서입법화작업이약반년간진행되며,

2008년4월에행정불복심사제도에관한여러개정법안

--행정불복심사청구서행정절차법의일부를개정하는법률안,

행정불복심사법관련법률정비법안 (이하 3법의총칭으로

“2008년법안”이라한다)--이제 169회국회에제출되었다¹.그러나 2008년법안은 2009년8월의중의원의해산에따라폐안으로되었다.

2009년9월에성립한민주당정권은

¹ 2008년법안에서행정불복심사법본체의개정이개정법안이아닌행정불복심사법안이된것은, 이법안이행정불복심사법의전면수정이기때문이다. 또한불복심사제도의개혁에도불구하고, 행정절차법의일부수정안은,불복심사제도에통합하기보다행정절차로서제도화하는것이적절하다고판단되는조치의법제화인것이다.

또한,정비법안은새로운불복심사제도및개별법에서정한특별한불복심사제도와의정합성을도모하기위해당해조문을포함한법률을일괄적으로개정하는것을목적으로하는것이다. 이번제정된 2014년법도같은취지이다. 또한,동아시아행정법학회 제 8 회학술대회에서 2 명의일본대표가다음의제목으로 2008년법안을소개내지비판적검토를하였다.

木佐茂男「日本における行政不服審査改正の成果と残された課題」、高橋滋「日本の行政不服審査制度の改革とその特徴」。2008년법안에관한논설은아주많다.

우선저자는 2008년법안과 2012년법안을비교한다음의최근의논문이도움이될것이라생각한다.前田雅子「行政不服審査法の論点」法律時報 86卷 5号(2014年) 82~87면. 稲葉一将「行政不服審査法改正と救済態様」法律時報 86卷 5号(2014年) 89~93면. 大橋真由美「行政不服審査法改正と行政不服審査における審理体制のあり方—審理員・行政不服審査会—」法律時報 86卷 5号(2014年) 94~99면. 洞澤秀雄「地方自治体における行政不服審査」法律時報 86卷 5号(2014年) 100~105면.

2008 년 법안에 심각한 문제점이 있었다고 하고, 내각부 행정쇄신회의의 밑에 행정구제제도 검토팀을 설치했다. 연구팀은

"유연하고 실효성 있는 권리이익의 구제를 도모" 하는 것을 목적으로 하고 행정불복심사제도의 재검토 작업을 다시 하여, 2011 년 12 월에 『검토팀의 정리』 를 발표했다.

거기에서는 심사회 방식을 채용하지 않는 대신, 독립성이 있는 심리관제도를 충실하는 것, 일반적인 심사 청구의 절차 이외에, 더 간단한 절차인 약식 재결 청구 제도를 마련하는 것, 불복신청 자격을 확충하는 것, 불복신청 전치를 원칙적으로 폐지 또는 제한하는 것, 불복·고충을 널리 받아들이는 국가·

지방을 통한 새로운 구조를 발견하는 것 등이 제안되었다¹.

이 제안에 따라 행정불복심사법 개정을 향한 입법화 작업이 진행되었지만, 2012 년 12 월에 실시된 중의원의원 총선거에서 민주당이 정권을 잃었기에, 그 작업은 중단되었다.

자유민주당이 정권에 복귀한 후, 총무성은 다시 행정불복심사법 개정을 시도했다. 총무성은 새롭게 연구회 등을 조직하는 것은 하지 않고, 2013 년 3 월부터 6 월까지 2008 년 법안을 기초로 하여 관계단체로부터의 청취, 2 명의 학식 경험자 (코바야카와 미츠오 교수,

사카타 마사히로 변호사)로부터의 청취, 퍼블릭 코멘트 절차를 거쳐, 같은 해 6 월에 『행정불복심사제도의 재검토 방침』 을 결정했다.

이 정책에 따라 입법화 작업이 진행되어, 2014 년 3 월에 행정불복심사제도에 관한 여러 개정 법안—행정불복심사법안, 행정절차법의 일부를 개정하는 법률안, 행정불복심사법 관련 법률 정비 법안—이제 186 회 국회에 제출되어, 동년 6 월에 각각 행정불복심사법(2014 년 법률 제 68 호),

행정불복심사법의 시행에 따른 관계 법률의 정비 등에 관한 법률(2014 년 법률 제 69 호), 행정절차법의 일부를 개정하는 법률 (2014 년 법률 제 70 호)로 성립된 (이하 각각 "신법", "정비법", "개정 행정절차법", 3 법의 총칭으로 "2014 년법"이라 한다).

4 행정불복심사제도의 개혁의 개요

2014 년 법에 의한 행정불복심사제도의 재검토는 총무성에 의하면,

① 공정성의 향상, ② 이용용이성의 향상, ③ 국민의 구제수단의 충실·확대의 관점에서 진행되었다고 정리되어 있다². 이하, 그 정리를 기준으로 개혁의 내용을 개관하고자 한다.

(1) 공정성의 향상

1) 심리원제도의 도입

¹참조, 宇賀克也「行政不服審査法の見直し」みんけん 661号(2012年)2~23면。

²참조, http://www.soumu.go.jp/main_content/000297540.pdf。

현행행정불복심사법 (이하 "현행법"이라한다)은심사기관이직접심사청구를심리하고판결하는것을전제로하고 있다.

현행법은심사기관이필요하다고인정하는때에는당해심사기관의직원에게심리하게 할수있다고하고있다(현행법 31 조).

그러나당해직원의자격등지명에관한요건을마련하고있지않다.

따라서원처분에관여한자,또는심사청구인과밀접한관계가있는자가당해직원이되는 것은제도상제한을받지않는다.

이에대해신법은심사기관이합의제인경우를제외하고심사기관이지명하는심리 인에게신속하고공정하게심사청구의심리를하게하는것으로하고있다 (신법 9 조 1 항).

그리고심리원이중립적인입장에서심리하게하기위하여제외요건을규정하고있다.

심리원으로지명할수없는자로서①처분에관한절차에관여한자

(심사청구에관한처분또는재조사의청구에대한결정에관여한자,

부작위에관한처분에관여하게되는자), ②심사청구사건의당사자등

(심사청구인,심사청구인과친족관계가있는자,법정대리인,이해관계인)이정해져있다 (신법 9 조 2 항).

심리원이처분에관여하지않은자에의해심리절차가진행되는것이외부에서

“보인다” 고할수있도록하기위해,심사기관이되어야하는행정기관은심리원이되어야 할자의명단작성노력의무가있으며, 이를작성한경우에는공개할의무가있다 (신법 17 조).

또한신법은심리원에게적극적인심리권을주고있다 (신법 33 조 ~ 37 조).

신법은심리원은심리를종결한후심리원의견서및사건기록을작성하고,

이를심사기관에제출하여야한다고규정하고 (신법 41 조, 42

조),심사기관이심리원의견서와다른내용으로판결을하는경우에는재결서에그이유를 부기하여야한다고규정하고있다 (신법 50 조 1 항 4 호단서).

2) 행정불복심사회등에의자문절차의도입

현행법은개별적법률에서제삼자기관이심리에관여하는것을인정하고있다.

이에대해신법은원칙적으로서모든심사청구에대해행정불복심사회

(지방공공단체는집행기관의부속기관으로설치된합의제기관)에자문을의무화하고있 다 (신법 43 조 1 항).

그러나심사청구인이원하지않는경우등,조사심의거칠실익이부족한경우에는,자문 을필요로하지않는다고하고있다 (동법안 43 조 1 항각호).

또한신법은행정불복심사회를총무성에두기로하고 (신법 67 조 1

항),회장및위원의신분을보장하고 (신법 69 조), 원칙적으로 3

명에의한합의로조사심의할것으로하고있다 (신법 72 조 1 항).

또한신법은지방자치단체에행정불복심사회에상당하는부속기관의설치를의무화하고있다 (신법 81 조 1 항). 그러나각사건에대해합의제기관을설치하는방식 (신법 81 조 2 항)도인정하고있다.

3) 심리절차의대면화

현행법은이의신청의심리에서처분청에의해제출된변명서에대한이의신청인에의한반론서의제출,처분청에서제출된물건등의열람이라는절차권리를보장하고있지않다.

이에대해신법은처분청등이심사청이라도처분청이심리인에게변명서의제출을의무화하고 (신법 29 조),이에대한반론서의제출을심사청구인에게인정하여(신법 30 조), 심사청구인에게도참가인에게도처분청에서제출된물건등의열람 • 등사를인정하고있다 (신법 39 조).

또한현행법은구두의견진술에대해심사청구인이심사기관또는심사기관의직원에게의견을진술하는등편면심리방식을채용하고있다.

이에대해신법은대면심리의방식을채용하고,심리원은구두의견진술의기회에심사청구인,참가인및처분청등과같은심리관계인모두를소집하여,구두의견진술의신청인에게구두로의견을진술하는것으로정하고,당해신청인은심리원의허가를받고,처분청등에대하여질문하는것을인정하고있다 (신법 31 조).

현행법은목적규정에서절차의성격에대해"간이신속한절차에따라"로정하고,절차의간이신속성을강조하고있다.

이에대해신법은,심사절차의공정성을향상시키기위해"간이신속하고공정한절차아래에서"라는문구로다시쓰고있다 (신법 1 조).

(2) 이용의용이성의향상

1) 심사청구기간의연장

현행법은불복신청인의알고모름에따라기간이구분짓는주관적심사청구기간을 60일로하고있다.

이에대해신법은이를 3 개월로연장하고있다 (신법 18 조 1 항).

2) 불복신청절차의심사청구에의일원화

현행법은일반적불복신청로처분청에대한불복신청인이의신청과직근상급행정청또는법정행정청에대한불복신청인심사청구를정하고,각각에대해다른절차방식을채용하고있다. 이의신청은심사청구에비해변명서 •

반론서의제출과증거서류등의열람이허용되지않는등의점에서공정성이결여된다.

이에대해신법은불복신청을심사하는행정청의차이와는상관없이,심리절차의방식을일원화하고, 이를 “심사청구” 라고부르기로하고있다 (신법 2 조). 새로운심사청구의절차에는전술한바와같이, 대면심리를가능하게하는심리원제도가도입되는등공정성의향상을도모하고있다.

3) 불복심사제도의일단계화

현행법은개별적법률이이의신청및심사청구,또는심사청구와재심사청구라는두단계의불복심사제도를채택하는것을허용하고있다.

두단계의불복심사제도를채택하고있는법률의대부분은,후술하는불복신청전치제도도채용하고있기때문에처분에불복이있는자가재판을이용하는데걸림돌이되고있다.

이에대해정비법은후술하는바와같이, 불복신청전치가채택되고있는법률에서의두단계의불복신청제도를폐지하고있다.

이것을전제로신법은처분청에상급행정청이있는경우에는직근상급행정청이아닌최상급행정청에대한심사청구를원칙으로하고있다 (신법 4 조 4 호).

최상급행정청에심사청구의일원화는최상급행정청이내부기준등의합리성을포함한공정한판단을행할수있다고믿고있기때문이다. 또한,

처분청에상급기관이없는경우에처분에불복이있는자는처분청에심사청구를하게된다 (신법 4 조 1 호). 처분청에대한심사청구절차는전술한바와같이, 최상급행정청에대한심사청구절차와동일하다.

그러나신법은처분에관한불복이요건사실의인정의당부에관한것으로서, 한편그처분이대량으로행해지는것에대해서는개별적법률에서예외적으로불복신청제도로써처분청에재조사청구의제도를채택하는것을허용하고 (신법 5 조 1 항), 그절차등을규정하고있다 (신법제 3 장).

이와같은내용의불복에대해서는,처분청이관련자료를다시조사하는것이신속한구제로되기때문이다.

재조사청구의제도가채용되는경우에는,불복신청인은,재조사를청구하거나,심사청구를하거나어느하나를선택할수있다 (신법 5 조 1 항단서).

불복신청인이재조사청구를선택한경우에도,재조사청구에대한결정을거친후에,더심사청구를할수있다 (신법 5 조 2 항). 재조사청구제도를채택하는법률은①관세법 (통제법 · 특별통제법에서준용) ②국세통칙법, ③공해건강피해보상법의 3 법이다.

또한신법은개별적법률이재심사청구제도를마련하는것을허용하고있다 (신법 6 조).

일단계화방침에도불구하고,재심사청구제도가존치된이유는,현행의행정불복심사제도에서사회보험 ·

노동보험분야처럼독임제행정청에대한심사청구와합의제행정청에대한재심사청구와의조합에의한권리구제의구조가정착되어있는경우가있는것, 생활보호와같은법정수탁사무에대해서는심사청구를한행정청과다른행정주체에속하는행정청에의한다른관점에서외판단을요구하는것이구제수단으로서여전히장점이있을수있음에요구되고있다 (건강보험법, 생활보호법등 32 법률). 그러나정비법은불복신청전치를채용하고있는법률에대해서는심사청구에대한재결에불복이있는경우에는재심사를청구하거나취소소송을제기하거나중하나를선택할수있도록개별적법률의규정을조정하고있다.

4) 신속한심리의확보

[표준심리기간의설정]

현행법은불복신청의심리기간을정하여있지않다.

이에대해신법은심사기관이되어야하는행정청은심사청구가사무실에도착한후당해심사청구에대한재결을하기까지보통필요한표준적인심리기간을정하는동시에, 이를공개하도록노력하는것으로하고있다 (신법 16 조).

[심리절차의계획적진행]

현행법은서면심리가원칙이며, 편면적인심리방식을채용하고있으며, 심리가번잡하게되는것은아니기때문에,심리의진행에관한규정을두고있지않다.

이에대해신법은모든심사청구에대해심사청구인과처분청등이주장및증거를제출하고, 심사청구인또는참가인이구두의견진술을신청한경우에는,모든심리관계자가구두의견진술의기회에소집되어,구두의견진술신청인이질문을하는것을허락하는등양면적인심리방식을채용하고,심리가번잡하게되기에,신속하고공정한심리를실현하기위해, 심리관계인과심리인에게심리절차의계획적인진행에도모할책임이있음을규정하고있다 (신법 28 조). 또한신법은사건이복잡하여기타사정에의해신속하고공정한심리가곤난해지는것을방지하기위해,심리에앞서,심리관계인을소집하여쟁점과증거를정리하는절차를규정하고있다 (신법 37 조 1 항)

5) 불복신청전치의폐지 • 축소

현행의개별적법률이불복신청전치를채택하는입법정책은,①대량성(불복신청전치의대상이되는불복신청이대량인가?),②제삼자기관의관여(전문기술성및공정성을갖는제 3 자적기관이불복신청의심리에관여하고있는가), ③전문기술성(불복신청을거치지않은소송이제기된경우에는법원의심리에지장을가

저온다고 인정되는 전문기술성이 있는가?)이다.

그러나 행정사건 소송법이 불복신청과 취소소송사이에서 자유선택주의를 채택하고 있음에도 불구하고, 많은 개별적 법률이 예외로 불복신청 전치를 채용하고 있다.

국민의 재판받을 권리를 제한하는 불복신청 전치를 예외적인 조치로 하기 위해, 불복신청 전치를 존치하는 경우를, ① 불복신청의 절차에 일심 대체성이 있고, 국민의 절차 부담의 경감도도 모할 경우, ② 대량의 불복신청이 있고, 즉시 제소되면 법원의 부담이 커질 것으로 판단되는 경우, ③ 제삼자 기관이고 도의 전문기술적인 판단을 하는 등에 의해, 법원의 부담이 경감된다고 판단되는 경우의 3 유형으로 한정하는 재검토 작업이 진행되었다. 그 결과, 이상의 3 유형에 해당하는 경우, 또 한의 회에 의자문 등, 전치를 필요로 하는 특별한 사정이 있는 경우에는, 불복신청 전치를 존치한다는 방침에 따라, 정비법은 불복신청을 전치하고 있는 96 법률 중, 47 법률 대해 불복 전치를 전폐하고, 자유선택으로 하였고, 21 법률에 대해 두 단계의 불복신청 전치를 한 단계로 하는 등 불복신청 전치의 일부를 폐지하였다. 그 결과 불복신청 전치가 이전 그대로 유지된 법률은 28 개로 되었다.

(3) 국민의 구제수단의 충실 · 확대

1) 처분등의 요구

개정 행정절차법은 법령에 위반하는 사실이 있는 경우에, 그 시정을 위해 하여야 하는 처분 또는 행정지도가 되어 있지 않다고 사료하는 자는, 행정청 또는 행정기관에 신청을 할 수 있다고 하였으며, 행정청 또는 행정기관은 필요한 조사를 실시하여, 그 결과에 따라 필요하다고 인정하는 때에는, 당해 처분 또는 행정지도를 해야 한다고 하고 있다 (개정 행정절차법 36 조의 3).

2) 행정지도의 중지등의 요구

개정 행정절차법은 법령에 위반하는 행위의 시정을 요구하는 행정지도를 했을 경우에 상대방은 당해 행정지도의 중지등의 조치를 취할 것을 요구하는 신청을 할 수 있다고 하고, 행정기관은 필요한 조사를 하여, 당해 행정지도가 그 근거가 되는 법률에 규정된 요건에 적합하지 않다고 인정하는 경우에는 당해 행정지도의 중지 기타 필요한 조치를 취하여야 한다고 하고 있다 (개정 행정절차법 36 조의 2)

또한,

개정 행정절차법은 행정기관이 인허가 등의 권한 또는 허가 등에 근거하여 처분을 하는 권한을 행사할 수 있는 취지를 설명하고 행정지도를 실시하는 경우에는, 당해 행정기관은 행정지도의 상대방에 대해 당해 권한의 근거, 요건 및 행사의 요건 적합성을 입증해야 한다고 하고 있다 (동법 35 조 2 항).

3) 행정불복심사제도의구제수단의총실· 확대

총무성의구성은다음과같은개혁이거론되고있지않지만, 이러한개혁은구제수단의총실· 확대의항목밑에받아들여야할것이다.

[집행정지를요구하는심리원의의견]

현행법은심리를하는직원에게집행정지에관한권한에대해아무런규정도하고있지않다.

이에대해신법은심리원이필요하다고인정하는경우에는심사기관에대해집행정지를해야한다는취지의의견서를제출할수있는권한을인정하고있다 (신법 40 조).

[신청형의무부가재결의도입]

현행법은신청거부처분의심사청구에이유가있을때에는심사기관이처분청의상급행정청인경우에도당해심사청이인용처분으로변경할수있는지그여부를명확하게규정하지않았다.

이에대해신법은신청거부처분이위법또는부당한경우로서당해신청에대하여일정한처분을해야할것으로인정하는때에는,심사기관이처분청의상급행정청인경우에는당해심사기관은당해신청거부처분을취소하고,당해처분을하여야한다는취지를명할수있다고하고있다 (신법 46 조 2 항).

현행법은부작위의심사청구가이유있을때에는,심사기관이처분청의상급행정청인경우에도,부작위청에신청에대한어떤행위를할것을명할수있다는것에한정시키고있다.

이에대해신법은부작위가위법또는부당한경우로서,당해신청에대하여일정한처분을해야할것으로인정하는때에는,심사기관이부작위기관의상급행정청인경우에는당해심사기관은당해처분을하여야한다는취지를명할수있다고하고있다 (신법 49 조 3 항).

5 2014 년법에의한행정불복심사제도의개혁의평가

(1) 공정성의향상과제도간의경쟁에관하여

1) 공정성의향상

공정성의향상은,총무성에따르면,심리원제도의도입및행정불복심사회등제삼자기관의설치,

및심리의심사청구인의절차적권리의확충의도입에의해실현될것으로가정하고있다.

심리원에관해서는,처분청등과의관계에있어서도제척요건이정해져,행정절차법에규정된청문의주재자에비해,직능분리의방식은진보하고있다고할수있다.

그러나심리원은직권행사의독립성은보장되지않고일본공무원의일반적인경력경로 (career

path)를 염두에 둔, 심리원의 중립성을 확보하기 위한 구조가 신법에 존재하지 않는다. 심리원 제도의 도입에 의한 심리의 공정성은 분명히 현행 제도보다 현격히 향상하고 있다고 평가해도 좋을지만, 심사청구를 하는 자는 공정한 심리가 열리는 것과 신뢰감을 줄 정도의 향상을 실현하고 있는 것으로는 할 수 없다.

심리원에 의한 심리는, 이미 소개했듯이 구두의 견진술을 하는 경우에는 처분청 등과 신청인(심사청구인 또는 참가인)이 대면하는 방식으로 진행된다.

이를 파악하여 행정절차법의 청문처럼 심사청구에서도 “대심” 적인 심리가 진행되는 것이라고 평가할 수 있다.

그러나 불이익 처분의 청문은 처분의 근거가 되는 사실 인정의 당부가 처분청의 직원의 설명과 당사자 또는 참가인의 구두에 의한 주장 및 제출된 증거를 통해 쟁론한다는 것을 예정하고 있는 것에 대해, 신법은 구두의 견진술 시 신청인만이 심리원의 허가를 받고, 처분청 등에 대해서 질문을 할 수 있다고 규정하고 있는 것에 지나지 않기 때문에,

심사청구의 구두의 견진술의 기회는 꼭 “대심” 적인 심리로 진행되는 것은 아니다. 이는 행정절차법의 청문이 인허가 등의 취소 등 중대한 불이익을 내용으로 하는 처분에 대해 진행하는 절차인 반면, 행정불복심사법의 구두의 견진술의 기회는 처분의 내용·특성에 관계없이 심사청구인 또는 참가인의 신청이 있는 경우에는 원칙적으로 당해 신청인에게 주어져야 한다는 차이에 의한 것일 것이다.

따라서 심사청구에 있어서는, 구두의 견진술이 대심적인 심리가 진행되는 경우도 있고, 단순한 대면 심리에 끝나는 경우도 있게 된다.

그렇다고 하면 심사청구의 공정성은 역시 심리원의 직권 행사의 독립성과 중립성의 확보 의 정도에 의존하고 있다고 할 수 있다.

심리원 제도의 공정성 향상의 한계에 비추어 보면, 제삼자성을 갖는 합의제 행정기관인 행정불복심사회 등이 이를 보완하도록 설계되어 있다고 할 수 있다.

제삼자성을 갖는 합의제 행정기관에 의한 심사는 현행법 제하에서도 상대적으로 인용율이 높기 때문에,

행정불복심사 등 행정구제 제도로서의 신뢰를 확보하기에 충분한 가능성이 잠재하고 있다고 할 수 있다¹.

¹총무성이 2010 년도에 실시한 조사에서 2009 년도 행정불복심사법에 근거하는 불복신청의 상황은 다음과 같다.

구분	처리건수		
		용인수	용인율
합계	18,302 건	2,186 건	11.9%
이의신청	6,653 건	854 건	12.8%
심사청구	9,827 건	1,237 건	12.6%
재심사청구	1,822 건	95 건	5.2%

그중 제삼자가 관여하는 경우의 불복신청의 상황은 다음과 같다.

구분	처리건수

무엇보다, 행정불복심사회등은자문기관이기때문에, 심사기관은행정불복심사회등의답신에법적으로구속되지않는다. 심사기관이서로다른내용의판결을하는경우에는재결서에그이유를부기하면된다는 것으로되어있다 (신법 50 조 2 항). 이것은심리원의의견서도마찬가지이다.

대면적인심리와제삼자에의한검사를거침에도불구하고심사청이그와는다른판단을할여지를신법이일반적으로인정하고있는것은행정불복심사제도의구제제도로서의신뢰성을훼손시키는것이다.

불복신청전치의폐지 •

축소가행정불복심사제도와행정소송제도간의제도간경쟁의객관적기반을확대함에도불구하고,공정성향상의불철저는제도간경쟁의저해요인이될것이다.

이러한제도설계가간이신속성과의트레이드오프를위해부득이한것이라면, 그것은구제제도의논리에비추어여전히정당성이있는것이다. 그러나행정불복심사회등이나심리원의법적자리매김은국무대신에의한행정각부의 사무에관한분담관리의원칙및행정청의개념을중심으로한행정관청의이론에유래한 것이라고하면구제제도의논리로는설득력이부족한것으로생각된다.

2) 공정성과간이신속성과의트레이드오프

2008 년법안이제안한심리원및행정불복심사회에의한 2

단계의심사는공정성에편중한것으로, 행정불복심사제도의특징인간이신속성에위반한다는강한비판이있었다¹. 민주당정권에서전술한바와같이, 행정불복심사위원회의창설은포기하고대신심리원의독립성을높이는취지에서 “심리관” 제도의창설이제창되었다. 그러나신법은 2008 년법안과마찬가지로심리원및행정불복심사회등에의한 2 단계의심사를창설하기로했다. 무엇보다도신법은현행법에서도이미제삼자기관에의한불복심사가진행되고있는 처분이이 2 단계의심사방식을적용하지않는다고하고 (신법 9 조 1 항단서, 43 조 1 항 3 호),심사청구인이원하지않는경우에는자문대상에서제외하는 (신법 43 조 4

		용인	기각	각하	기타
재결기관	4,339 건	592 건	3,358 건	387 건	2 건
	100.0%	13.6%	77.4%	8.9%	0.0%
자문기관	1,231 건	287 건	927 건	16 건	1 건
	100.0%	23.3%	75.3%	1.3%	0.1%
합계	5,570 건	879 건	4,285 건	403 건	3 건
	100%	15.8 %	76.9%	7.2%	0.1%

¹참조, 橋本博之「行政不服審査法案について」慶應法学 15=16号 (2010年) 34頁、櫻井敬子「不服申立てと訴訟の制度間競争が国民のメリットに」税理 2011年 10月号 2면.

호) 등, 신속성을배려한규정을두고있다¹.

또한구두의견진술에서시간을요구하는대심적인심리의방식이채택되는지는심리원의재량에맡길수있는것,신법은계획심리와그를위한준비절차에관한규정을두는것으로, 심리의신속화에도배려를하고있다고할수있다.

또한재조사의청구와심사청구와의관계에있어서도 2014년법은,재조사의청구와심사청구의관계에서간이신속성을확보하는방향으로조정하고있다.

2008년법안은재조사청구가적용되는처분에대해서는재조사청구에대한결정을거친후가아니면심사청구를할수없다고했다.

정비법은전술한바와같이양자를자유롭게선택하고, 신속성을중시한불복신청과공정성을중시한불복신청사이의선택권을불복신청인에게인정하고있다.

무엇보다, 재조사청구는과세처분기타대량집중적으로실시하며,당해처분에대한불복이대체로요건사실의인정의당부에관한것에만정되어있다.

불복신청은비교적단순한사실의오인이쟁점이되고있는경우도있어, 재조사청구와같은더간이신속한절차를불복신청인이선택할수있는일반적인구조라고해도좋을것이다².

그런의미에서행정불복심사제도전체에서공정성의확보의요청및간이신속성의확보의요청과균형이있는것은아니다. 그렇다면, 행정불복심사제도의특징은충분히활용되지않기때문에, 행정불복심사제도는제도간경쟁에서힘든싸움을강요당하는것이다.

(2) "현대화"의과제에대한대응

1) 행정절차와의제도간의경합

신법은전술한바와같이, 신청거부처분및부작위에대한심사청구는의무부과재결을법정화하고있다. 그러나신법에서는직권에의한처분을청구하는불복신청및처분의사전금지를청구하는불복신청은법정화되어있지않다.

대신,

¹ 大橋真由美는국민에게선택권이유보된것이심사회와법원사이의제도간경쟁을촉진하는것으로될것을기대한다. 참조,大橋.

前掲注 11) 98면. 또한,마에다마사코는내부기준의법령준수심사가요구되는것같은안건에대해서는심리원의심리절차를생략내지단축하여행정불복심사회에자문을하는길을여는것이심리의신속화에이바지한다는한다. 참조,前田・前掲注 11) 84면.

²참조,福家俊朗・本多滝夫編『行政不服審査制度の改革』(日本評論社、2008年) 131~132면 [恒川隆生執筆]。

행정절차법의개정에의하여,직권에의한처분을요구하는불복신청에상당하는절차가,법령위반행위의시정을위한 “처분등을요구하는신청” 으로행정절차법에놓여있다(개정행정절차법 36 조의 3).

그러나처분의사전정지를요구하는불복신청에해당하는절차는법정화되어있지않다.

전출의총무성의『행정불복심사제도의재검토방침』에따르면,그이유는“비신청형의무부과및정지에관한절차는처분에이르기전에행정과정으로자리매김하는것이며,

처분의사전절차에관한문제”이며,“만일행정불복심사법에이러한절차를마련하는경우에는,행정절차법등의사전절차와병행·복주하는것이되고,

처분에이르기전의행정과정이복잡하고,실무에지장을초래할수있다”는것이다.

결과는사전절차인행정절차및쟁송절차인행정불복심사제도간의경합의방지를우선시키고있다고할수있다.

분명히,

이러한불복신청을인정하면,행정절차법이정한사전절차와중복되는알기어려움이생기는것은부인할수없는것이다. 그러나행정절차는권리이익의보호절차로서,구제절차가아니다.

국민이처분을추구하고,처분을정지하는구제절차가행정과정에서도필요하다는것을부인할수없다.

그런의미에서사전의행정절차및사후의행정쟁송절차는상호침투적이고상호보완적인관계로될수밖에없다¹.

따라서행정절차와제도간의경합은상호배타적인관계로처리하는것이아니라,

불이익처분절차에서의청문및신청에대한처분절차에서의공청회를

“쟁송절차”로하거나,

혹은이해관계인에게사전행정절차를통해처분등의발동을청구하는신청과처분등의부작위에대한불복신청의선택권을주거나하여조화시키는것도가능할것이다².

2) 행정소송제도와의회제도간의경합

행정불복심사제도의개혁논의에서전술한대로처분이외의행정활동에대해서도불복심사의대상이될가능성도검토되었다.

그러나신법은불복신청의대상을종전대로처분에한정하고있다. 대신,

행정절차법의개정에의해법정행정지도가법정요건을위반한경우

(법령위반형행정지도)에그상대방이당해행정지도의중지기타필요한조치를요구할수있다는취지의규정이행정절차법에설치되어있다(개정행정절차법 36 조의 2 제 1 항).

¹참조, 福家·本多編·前掲注 17) 38 면 [福家俊朗執筆]。

²참조, 本多·福家·前掲注 17) 18 면 [本多滝夫執筆]、同 104 면 [稲葉一将執筆]。

인허가권과 그것을 기반으로 하는 감독권을 배경으로 이루어지는 소위 권한남용형 행정 지도에 대해서는 당해 인허가권 및 감독권의 근거와 요건을 명시함으로써 남용을 억제하는 취지로 행정절차법이 개정되어 있다 (개정 행정절차법 35 조 2 항).

행정 지도를 포함한 처분이 외의 행정작용이 일체 행정불복심사법의 대상에서 제외되어 있는 것은, 국민의 권리의무에 변동을 주지 않는 단계의 행정작용은 사후 절차인 행정 불복심사제도의 대상이 아니라 사전 행정절차의 대상이라는 이해가 전제로 되고 있다. 이 이해는 전술한 직권에 의한 처분을 요구하는 불복신청 및 처분의 사전정지를 요구하는 불복신청의 법정화를 인정하지 않고, 이를 처분 등의 신청으로 전환하여 행정절차법제의 아래에 둔다는 입법정책과 공통하다. 그러나 의견진술절차와 같은 사전의 절차가 정비되어 있지 않은 것 같은 행정작용에 대해서는 이를 행정불복심사제도의 대상으로도 행정절차법과 제도간 경합의 문제는 원래 생가지 않는다. 따라서 거기에는 다른 차원의 문제가 있다고 생각된다.

그것은 행정소송제도와 의 충돌 문제이다.

예를 들어 행정 지도에 대해 불복신청을 인정하는 경우에는, 그에 대한 각하·

기각 재결은 처분이기 때문에,

재결 취소 소송에서 행정 지도에 대한 심사가 진행되어, 사실상 취소 소송의 대상의 확대와 원고적격의 확장을 가져오게 된다.

행정소송제도의 틀에 변화를 줄 수 있는 제도 설계는 인정하지 않았다고 추측된다¹.

그러나 행정소송제도는 전술한 바와 같이 취소 소송 중심주의를 벗어나 국민이 행정 과정의 진행에 대응한 분쟁의 성숙성의 심화에 따라 구체적으로 처분이 이루어질 이전 단계에서 재판으로 구제를 받을 가능성을 확대하고 있다.

부당성 심사가 가능한 행정 불복심사제도가 처분에 구애 없이 다양한 행정작용에 의한 법적 지위의 변화에 기인한 불복을 대상으로 하는 것은 행정소송제도와 의 제도간의 경쟁에서 행정 불복심사제도의 우위성을 확보하는 것으로 이어진다.

처분이 외의 행정작용에 대한 불복에 대한 구제 요청은 높고,

행정 불복심사제도의 대상으로 하는 것이 이론적으로도 부정되는 것은 아니다.

앞으로 더욱 더 검토가 깊어질 과제일 것이다.

맺음말

이번 행정 불복심사제도의 개혁은 기존 현행제도에 던져진 공정성의 부족 문제에 대해 정면으로 맞붙은 것이다.

새롭게 도입되는 심리원 제도 및 심사 회 제도는 공정성을 향상시키는 데는 핵심이 되는 것이다.

¹마에다 마사코는, 행정 지도를 행정 불복심사제도의 대상으로 한 경우, 항고 소송 사이의 긴장 관계가 생기고, 제도 설계에 다양한 연구와 조정이 필요하다고 지적한다. 참조, 前田雅子 「行政不服審査制度に関する論点の検討」
ジュリスト 1324 号 (2006 年) 11 면.

어느제도도 절차의 구조에 있어서 현행의 어느보다도 공정성을 향상시킬 것임은 확실하다. 그러나 심리원의 독립성 • 중립성의 제도적 담보가 충분하지 않다는 것, 심리원의 의견서 및 행정불복심사위원회의 답신이 심사기관의 판단을 충분히 구속하지 않는 것은 행정불복심사제도의 경쟁력을 약화시키고 있다.

공정성의 향상과 트레이드오프 관계에 있는 신속성의 확보 요청은, 2008 년 법안에 대한 비판을 받아, 2014 년 법은 심사 청구인의 선택권을 확대하는 것으로 대응하고 있다. 그러나 이것은 처분 등에 불복을 가진 자가 불복심사제도를 선택하는 유인이 되지 않는다.

사전의 행정절차제도 및 행정소송제도와 의 충돌 내지 저촉은 행정불복심사제도의 "현대화"를 방해하고 있다.

이번 행정불복심사제도의 개혁을 철저히 억제 한 요인으로서 각 제도의 배경에 있는 전통적인 개념, 사고의 틀이 있다.

그러나 공정성의 철저는 심리관 및 행정불복심사위원의 임용의 실천을 통해 상당한 정도 대응이 가능할 것이다.

또한 행정소송제도와 의 제도 간 경쟁이 국민의 권리의 실효적인 구제를 둘러싼 것이라고 하면, 행정불복심사제도와 행정소송제도와 의 충돌 •

저촉은 구제를 청구하는 자에 이바지 하는 방향으로 조정 되면 좋고,

행정불복심사제도 및 사전 행정절차제도의 경합 •

저촉 또한 권리 보호와 권리 구제의 상호 침투성 •

보완성에 비춰 보면 중첩으로 조정 하는 것을 방해 것은 아니라고 생각된다.

韩国行政审判制度的发展与完善方向

崔璿修 *

【摘要】韩国的行政审判制度虽然最初是基于《诉愿法》的实施而导入，但早期的行政审判制度不仅未能发挥其权利救济机能，反而被认为是行政诉讼的阻碍。对此，宪法新设了“作为诉讼的前置程序，可以进行行政审判。行政审判的程序由法律规定，应当准用司法程序。”的规定。依据该宪法规定的设立，韩国制定了《行政审判法》，并通过数次的修订，逐步强化了行政审判程序对司法程序的准用。

本文首先介绍了韩国的行政审判制度的沿革与现状，尤其是聚焦于“对司法程序的准用”这一要素，将制度发展划分为了几个阶段进行分析，并阐述了韩国行政审判程序以对司法程序的准用为中心的发展路径。

其后，本文对美国、英国、德国、日本、中国、台湾等地的行政审判制度进行了比较法上的考察。经比较发现，虽然外国多将行政审判制度作为行政自我监督体系的一环而实施，但也有英国这样将行政审判设置为准司法化的、具有争讼程序性质的程序的例外性立法例。换言之，以准司法化为中心的行政审判制度的发展方式并非韩国所固有，韩国的行政审判体制改革也可以更多的参照准司法化性质明显的英国体制。

再次，本文集中分析了行政审判的“制度性保障”的特征，对上述的宪法规定，尤其是其中“准用司法程序”的意义进行了阐释。继而，笔者以这样的宪法意义为基础，对韩国现行的行政审判制度的具体形态进行了分析。通过对韩国现行制度的考察，可知韩国的行政不服申诉程序可划分为两类，即包含了一般行政审判和特别行政审判的（形式意义的）行政审判，以及其他行政不服申诉程序。并且，将二者对比可知：前者如果不准用司法程序则构成违宪，而后者则不要求准用司法程序；前者以发挥权利救济机能为主，后者以发挥行政自我监督机能为主；前者必须与行政诉讼相联系，后者则必须与行政程序相联系。而上述的结构分析，对行政不服申诉制度的立法、违宪审查的标准确立、与行政诉讼的关系设定、与行政程序的关系设定、行政不服申诉制度的完善方向等与行政不服申诉制度相关的全部问题，都有密切关联，并可以作为其论证的基础。

最后，本文在对现行制度进行了上述分析的基础上，根据其分析的结果，提出了相应的制度的具体的完善方向。

¹本文所称的“行政审判”非指诉讼程序，而是指相当于我国的“行政复议”的行政程序。由于本文中强调韩国的行政复议程序的准司法程序特性，为了体现作者原意，此处仍采用该词直译，使用“行政审判”的用语。在进行阅读时，可以直接理解为行政复议，敬请注意。

【关键词】 行政审判，行政不服申诉制度，异议申请，司法程序，制度性保障

I. 序论

韩国行政审判制度的最重要特征是在宪法中设置了该制度的根据，且规定了对行政审判应准用司法程序。

一般来说，宪法作为最高的法律规范，是所有法律规范的立法依据，并划定了立法的界限，同时，也限定了对法律的解释标准。¹因此，要对韩国行政审判制度的发展及完善方向进行论证，必然应以对上述宪法规定的讨论为出发点。然而，从目前的有关论述来看，还没有人从对上述宪法规定的意义阐释而出发，对现行法上的行政审判的结构进行分析，继而探讨该制度的完善方向。

而本文中则将论述规定了对行政审判应准用司法程序的这一宪法条文被新设的理由，以及该条文的新设对实证法产生的影响（II）；然后，通过考察外国立法例，来寻求对制度改进的可借鉴的方案（III）；其后，对上述宪法条文的准确含义进行探讨（IV）；并在理解了这样的宪法含义的基础上，对韩国的行政审判制度的结构进行分析（V）。最后，依据这样的结构为基础，对行政审判制度的完善方向进行阐释（VI）。

II. 韩国行政审判制度的沿革与现状

笔者依自己所采观点，将韩国行政审判制度的发展沿革划分为了以下几个阶段²，并对各个阶段行政审判制度所具有的意义作出了阐释³。

1. 第一阶段（1965年-1985年）：导入期（《诉愿法》时期）

韩国的行政审判制度是依《诉愿法》而导入的。《诉愿法》实行于1965年至1985年，在其实行的21年间，国务总理诉愿审议会处理的案件有1,141件，平均每年不过50件，而期间案件的认容率⁴也仅为12.6%。⁵

有学者批评，这一时期的诉愿制度不仅未能实现其所宣称的发挥权利救济机能

* 延世大学校法学专门大学院副教授，中央行政审判委员会委员，首尔特别市行政审判委员会委员，前宪法研究所宪法研究员。

¹许营，《韩国宪法论》，博英社，2013年，第24页。

²朴正勳，《行政审判的制度与发展方向-对“准用司法程序”的加强》，第3-6页。该文中，作者根据行政审判制度的发展方向，将韩国行政审判制度的沿革分为了四个时期，第1期（1965年-1985年）暗黑期，第2期（1985年-1995年）诞生期，第3期（1995年-2008年）变化期，第4期（2008年-现在）转换期。

³此处对于韩国行政审判的沿革和意义是经笔者按自己的观点进行的提炼、整理，为主观的分类。要更加客观地对史实进行了解，请参考其他文献中对于法律修订理由的分析或是对制度沿革的现实客观的介绍。

⁴“认容率”可以理解为申请人的胜诉率，认容即审判机构认为行政审判的申请人提出的主张确有依据，裁定全部或部分支持申请人的请求，对被申请的行政行为做出撤销或变更的情形。

⁵国务总理行政审判委员会，《行政审判的理论与实务》，2002年，参见第27页。

（参考《诉愿法》第1条）或行政权自我监督机能的立法目的，反而在事实上成为了行政诉讼的阻碍¹。分析其原因，主要是因这一时期采取诉愿前置主义，因而当事人在未提起诉愿的情况下不得直接提起行政诉讼；并且，诉愿审议会议是咨询机关，审议会全员由公务员构成，因而诉愿裁判机关在很大程度上缺乏客观性和公正性。

由此可见，这一时期诉愿制度的主要意义，仅在于其初次将行政审判这一制度导入了韩国的实证立法中，以及如后文将详述的，对这一制度的违宪性论争反而促进了行政审判制度的准司法化改革，而从结果上成为了韩国行政审判制度发展的催花之肥。

2. 第二阶段（1985年-1996年）：转换期（《行政审判法》的制定及准司法化原则的导入期）

这一阶段制度发展的最重要特征，是行政审判具有了宪法依据，且宪法对行政审判应准用司法程序的这一点做出了规定。

1980年修订的《第5共和国宪法》第108条第3项（现行《宪法》第107条第3项）中新设了“作为诉讼的前置程序，可以进行行政审判。行政审判的程序由法律规定，应当准用司法程序”的条款。

依据上述的宪法条文，1984年《诉愿法》被废止，继而《行政审判法》于1985年被制定、公布并施行，韩国也继而迎来了行政审判制度发展的转换期。特别是，为实现上述宪法规定中所要求的“准用司法程序”，一系列相应的制度被确立，从而使韩国的行政审判制度开启了新的一页。新制定的《行政审判法》^①将行政审判委员会作为议决机关，并规定了裁决厅的裁决受到该议决的限制²，^②规定采取由申请人与被申请人（处分厅）之间进行攻击和防御的对抗式结构，^③规定了禁止不利益变更原则³，^④导入了针对处分厅的拒绝处分行为与不作为的“义务履行审判”这一制度。

在宪法中新设上述的“对行政审判准用司法程序”的规定，其根本目的据说仅是为了平息对诉愿制度的违宪性的论争⁴。然而，在这样的背景下新设的这一宪法条文，反而促进了行政审判程序的准司法化。而这样的准司法化改革又提高了行政审判的客观性、公正性，因而成为了行政审判制度为国民所信赖并进而被广泛应用的契机。

而在这一阶段转换而成的行政审判制度的基本架构，也得以维持至今。

3. 第三阶段（1996年-2010年）：变化期（任意性前置及准司法化的强化时期）

随着1994年《行政诉讼法》的修订，1998年3月起行政审判前置主义被废止，

¹例，朴正勳，《行政审判的结构与功能》，第241-242页。

²即裁决仅限于议决所决定的内容。韩国实行议决与裁决的分离方式，规定裁决厅仅能对被申请的行政行为法律问题作出判断，而不享有对行为事实的审理权，因而其裁决权的行使受到行政审判委员会所作出的议决的限制。

³即裁决机关不得作出与作为审判请求对象的处分相比，对申请人更为不利的裁决。

⁴朴正勳，《行政审判的结构与功能》，第242页。

进而行政审判原则上变为了诉讼前的任意性程序。与之相应，韩国在 1995 年对《行政审判法》也进行了修订（第一次修订），其主要特色有：①废止了中央行政机关（行政各部长官）下属的行政审判委员会，而将此类案件统一由“国务总理行政审判委员会”审理，“国务总理行政审判委员会”作为独立的审判机关诞生；②规定行政审判委员会的委员中应有过半数以上为民间委员。

而在 1997 年第二次修订时，《行政审判法》中明示了裁决厅有对国务总理行政审判委员会审理的案件提出意见的权利，而要求身为裁决厅的行政长官处在与案件当事人相同的地位对案件提出意见的做法也体现了对行政审判程序的准司法化的强化。¹

1998 年第 3 次修订时，国务总理行政审判委员会的委员人数增至了 50 人以内。

虽然在这一时期，行政审判由原来的强制性诉讼前置程序变为了任意性程序，但行政审判的案件数量却没有减少，而是几乎与以前持平。对于其理由，笔者分析认为是因在《行政审判法》的第 3 次修订时，为防止行政审判案件数的急剧减少，该法规定了对国家特别地方行政机关²的行政审判案件应由国务总理行政审判委员会管辖；以及 1999 年《道路交通法》修订时导入了必要的行政审判前置主义，即规定对驾驶证的撤销或停止使用等依该法做出的处分，只有经行政审判后才可提起诉讼。

此后，2008 年第 4 次修订时，《行政审判法》则有了以下的重大变化。①此前由国务总理行政审判委员会管辖的案件，被移转至由“国家清廉委员会（腐败防止委员会）”及“国民苦衷处理委员”合并而成的“国民权益委员会”之下。此前，因为对中央行政机关的行政审判是由法制处主管下的国务总理行政审判委员会处理，行政审判制度仍维持着“行政机关自我监督”的外形。而经此修订之后，国务总理行政审判委员会作为独立行政委员会，附属于从职能上与之独立的国民权益委员会之下，从而使行政审判程序从根本上变为了“他机关监督”的“争讼程序”。②不仅如此，此前实行的裁决厅（处分厅或处分厅的直属上级行政机构）依据行政审判委员会的议决作出裁决的制度也被废止，而变为了直接由行政审判委员会作出裁决的制度。通过对裁决厅的废除，中央行政机关（各部长官）也变为了争讼程序中的当事人³

在这一时期，行政审判制度经历了向任意性前置主义的转换、审判机关独立性的强化、裁决厅制度的废止等变化，同时在这一变化的过程中准司法化原则也被不断强化。通过这样的变化，韩国的行政审判制度充分实现了宪法要求的准司法化的目标，并得以在此基础上走向了安定发展的道路。然而从另一方面看，韩国的行政审判制度也走到了未来发展的分叉口，即在制度已经实现了宪法上的准司法化目标的基础上，是应超越这一阶段继续向加强准司法化的方向前进，还是应当在提高制度的权利救济

¹朴正勳，《行政审判的制度与发展方向-对“准用司法程序”的加强》，第 4 页。

²国家特别地方行政机关，即相当于我国的直属机构。

³在各部长官为做出被申诉行政行为的处分厅的情况下，其当然应处于当事人的地位；而在各部长官是处分厅的直属上一级行政机关的情况下，其虽然是对行政行为的监督机关，在行政审判中也可看作是处于准当事人地位。与此不同的是，在国会、法院、宪法裁判所、监察院等国家机关内部设置的特别行政审判委员会以及市、道行政审判委员会中，由于依然是由该行政机关的行政长官担任行政审判委员会的委员长，因此从总体上，不能断言已经实现了被申请人处于当事人地位。

机能的同时将焦点更多地集中于提高自我监督这一行政审判的另一项重要机能上，制度的发展面临着两难的选择。

4. 第四阶段（2010年-现在）：成长期（行政审判机能的强化时期）

2010年1月《行政审判法》的第五次全面修订，即聚焦在了上文所述的对已经实现了准司法化的行政审判制度的机能强化之上。即，①将国务总理行政审判委员会更名为“中央行政审判委员会”，并明确规定其对市、道的行政审判委员会进行调查、指导的权限。同时，该法为实现行政审判制度的机能强化，还在审判机关的组织结构方面做出了变动，即将中央行政审判委员会的常任委员增加为4人以内，导入小委员会（4人）、专门委员会制度等。②并且，该法将《行政审判法》规定的相当于行政审判的特别的行政不服申诉程序定义为了“特别行政审判”，并将特别行政审判的可适用范围缩至了最小。③此外，该法还强化了一般性行政审判的机能，例如通过规定审判机构有权实行临时处分、直接处分等，落实了审判制度的权利救济机能，通过引入网上行政审判申请制度提高了国民对制度利用的便捷性等。

不仅如此，为了实现对行政审判的机能强化，与该法律修订相配合，韩国政府还采取了重建中央行政审判委员会、各种特别行政审判委员会以及市、道的行政审判委员会的组织和人事体系，建构行政审判信息化系统等措施，以从制度运营方面持续推进其机能强化。

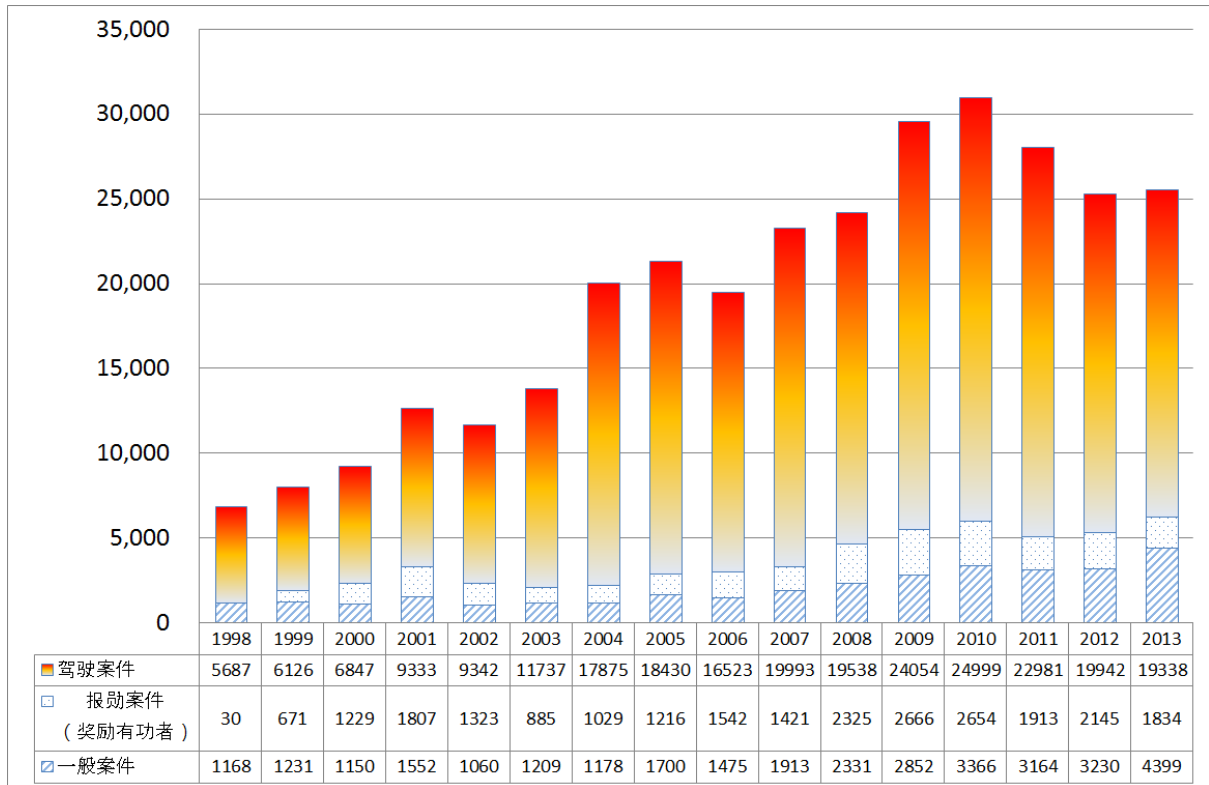
这一时期的行政审判制度，可以说是在此前已经建立的准司法化的基础之上对其权利救济机能的进一步实现，是制度的稳步上升期。而另一方面，如后文将详述的，通过“特别行政不服申诉”这一定义条文的制定，遵循准司法化原则的行政审判制度也与遵循行政自我监督原则的其他的行政不服申诉制度之间产生了明确界分，因而这一时期的行政不服申诉制度是朝着“权利救济”和“自我监督”机能之间的相互调和的方向发展的。

虽然可以说，韩国的行政审判制度在此前成功的实现了“对司法程序的准用”这一宪法要求，从而满足了国民的需要，并由此证明了其存在的价值（参照下列图示）；但今后，应当关注的则是行政审判制度应当怎样在与作为司法程序的行政诉讼制度的竞争之间、在与其他同样可以实现行政程序的自主监督机能的行政不服制度的比较之下突出其价值。如果不能突出这一制度存在的意义，这一制度也必然逐渐走向衰退，而当前也正是决定这一制度的未来兴衰的关键时刻。

【中央行政审判委员会的各案件类型下的审判申请件数（1998年-2013年）】¹

III. 比较法的考察

1. 美国的行政审判制度概览



美国于 1946 年制定了《联邦行政程序法》（Administrative Procedure Act）以保障行政行为的合法性。美国《联邦行政程序法》²主要以“行政立法程序”（rulemaking）和等同于韩国的行政处分程序的“裁决程序”（adjudication）两部分构成，而美国的行政不服程序大部分都规定于“裁决程序（adjudication）”中。即美国的行政程序是市民基于其对听证权的主张，通过申请听证的方式对行政机关初次做出的决定进行申诉的制度，可以说该程序具有与行政审判相同的性质。然而应注意的是，美国的行政审判的具体形式有联邦和州的区分，且依据各行政机关的不同也有所不同。依据美国《联邦行政程序法》第 704 条，在行政体系内可以采取的所有救济被穷竭后才可以提

¹本图为笔者依据《国民权利白皮书》的统计数据制作的图示。由于依 2010 年的法律修订，《行政审判法》中的“国务总理行政审判委员会”更名为了“中央行政审判委员会”，因此 2009 年前的统计资料实为国务总理行政审判委员会的案件受理数据。

²美国《联邦行政程序法》在 1967 年编入美国法典（U.S. code），已经不作为单行法而存在，但对于编入美国法典中的这部分行政程序的相关规范，现在仍被称为“行政程序法”。金南澈，《行政审判与行政程序制度的协调方案-以对异议申请程序和行政审判程序的协调方案的探索为中心》，《釜山大学法学研究》，第 53 卷第 4 号（2012.11.），第 109 页。

起行政诉讼，这样的制度设置被认为是采纳行政审判前置主义的。

2. 英国的行政审判制度概览

英国的行政审判制度（administrative appeal, administrative justice）包含在广义的行政程序之中。

一直以来，英国都采取各个行政领域分设裁判所的制度，即在租税、财产权、产业灾害、保健、社会福祉等各个行政领域设立各自的行政裁判所并进行运营。但由于在英国行政审判不理解为是一种行政程序，而理解为是司法程序的一种，因而在单行法中规定实行行政审判的情况下，一定要经过行政审判程序¹，而对该审判裁决的不服申诉，也并不属于司法机关对行政机关的行政行为的审查，而是一般将其看做对第一审裁判的“上诉”，即“appeal”（对行政审判的不服诉讼）。²

这样的英国的行政审判制度在 2007 年迎来了改革，随着行政审判案件的增多，以及出于实现高效、统一的权利救济的需要，英国将此前的各设行政裁判所对案件分别管辖的方式改革为了由“第一审行政裁判所（first-tier tribunal）”和“上级行政裁判所（upper tribunal）”构成的二元体系。第一审行政裁判所负责对行政机关做出的处分进行审查，而申请人对第一审行政裁判所做出的裁决不服的情况下还可以向上级行政裁判所进行上诉，此外对上级行政裁判所作出的决定不服的情况下还可继续向上诉法院（court of appeals）提起诉讼。

英国的以行政裁判所方式实行的行政审判制度的特征是独立性、准司法性，以及高度的争讼程序特性，这样的行政审判制度为减轻法院的诉讼负担起到了相当大的作用。³

3. 德国的行政审判制度概览

德国的行政审判（Widerspruch）⁴制度规定了对于要求撤销行政行为的‘取消诉讼’与寻求行政机关作为的‘义务履行诉讼’必须有行政审判程序的前置，这一点规定具有重要意义。另一方面，德国行政审判的停止执行效力，即原则上行政审判一旦被提起则该行政行为的处分效力中止，可看作是对当事人权利救济的强有力的保障手段。

¹英国的行政审判原则上是任意性程序，但相当多的单行行政法规中规定了对该法涉及的行政决定适用该单行法上的行政审判规定，因而在事实上，可以说是单行行政法规中规定的行政审判前置占大多数。朴正勳，《行政审判的制度与发展方向-对“准用司法程序”的加强》，第 8 页。

²朴正勳，《行政审判的制度与发展方向-对“准用司法程序”的加强》，第 8 页。

³金光洙，《英国行政审判制度的运营现状》，《公法研究》第 38 集第 4 号，2010/6，参见 172 页下。

⁴“Widerspruch”一词虽然一般翻译为“行政审判”，但德国法中并未规定类似于“行政审判委员会”一样的机构，而是规定由裁决厅进行裁判。而所谓的裁决厅又是直属上一级行政机关，从这一点来看德国的行政审判制度与韩国的行政审判并不相同。因此，有学者认为，将其解释为是韩国单行行政法规中规定的“异议申请”更为恰当。例如，李钟永，《德国的行政审判制度》，《中央法学》，第 4 集第 3 号，中央法学会，2003，第 29 页；金南澈，前述论文，第 111 页。

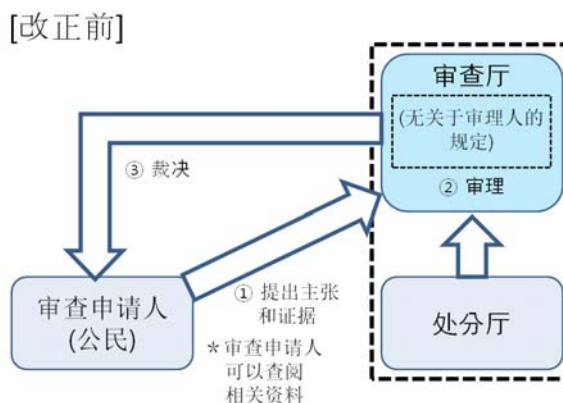
然而，由于德国的权利保护主要依赖于独立的法院为中心的体系，行政审判的重要性在逐步弱化。从德国没有关于行政审判的一般性内容的单独立法，而是将其部分规制于行政诉讼法和行政程序法的这一点，即可看出德国行政审判制度在权利救济体系中所处的地位。同样的，在德国的基本法中没有关于行政审判的单独规定的情况也体现了这一点。

4. 日本的行政审判制度概览

日本的《行政不服审查法》¹修订之前规定的行政不服申诉的种类主要有：①向处分厅提出的异议申请，②向处分厅以外的行政厅（上级行政厅或法律指定的机关）提出的审查请求，③对审查请求结果的不服而提起的再审查请求。这样的程序的任意性、认容率（申请人胜诉率）的低下等，使得过去的行政不服申诉程序未能作为对国民的权利救济手段而有效发挥其作用，也因此该制度广受诟病。²而随后，在经历了数十年对程序修订的激烈论争后³，该法终于在今年（2014年）的6月，在距其制定约50年之后，得到了修订。其修订的方向主要集中于提高程序的公正性以及程序利用的便利性，以实现和扩展程序的权利救济机能。

如下表所示，此次修订的主要内容主要有：①为保障案件审理的公正性，导入审理员制度，以保证案件审查人员身份上的高度独立性。②导入了要求审判机关做出决定前，向行政不服审查委员会这类的第三方机关进行咨询的咨询程序。③废除了“异议申请”程序而将审判程序合并为了一元化的“审查请求”程序。⁴

【日本《行政不服审查法》修订（2014年6月）前后比较】



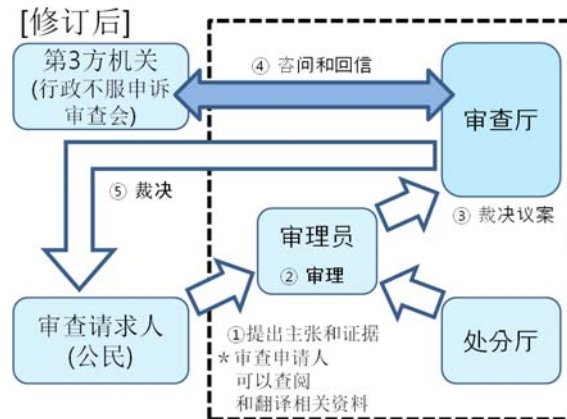
¹日本此前以《行政不服审查法》代替了《诉愿法》，由诉愿前置主义变为了任意选择主义，由列举主义（即仅对法律列举规定的行政行为才可提起行政审判）变为了概括主义（即对一切符合法律要件的行政行为均可提起行政审判）。

²国民权益委员会，《对行政审判、行政诉讼、行政程序的协调方案的研究》，2012年，第65页。

³关于此次修订的详细内容，参见赵渊八，《日本行政不服审查法修订（案）与其借鉴》，《公法学研究》（2008）。

⁴关于行政不服审查法的修订的详细内容，参见日本总务省网站。

http://www.soumu.go.jp/main_content/000297540.pdf



此外，由行政委员会等具有高度独立性和中立性的机关，以审判程序中被提交的证据为基础，运用准司法程序，包括按照严格的标准进行事实认定、实行公开的口头审理、使处分厅与申请人处于对抗结构等，对案件进行审查的行政审判制度，虽然也在其他单行法中有所规制，但其数量并不多。而此处所使用的“行政审判”的用语是学术上的用语，（日本法上的实际用语为异议申请、审查请求、再审查请求等），指的是各单行法中规制的各程序中所共有的要素构成的程序¹。

5. 中国的行政审判制度概览

中国的行政审判（行政复议）²制度是通过 1991 年开始施行的《中华人民共和国行政复议条例》而建立的，其后依 1999 年作为正式立法的《行政复议法》而具备了法律依据，并依该法实行至今。

中国的行政复议一般是由做出被申请的行政行为的上级行政机关负责审理，其主要内容有上级机关审查制、书面审查制、行政复议期间行政行为的继续执行等。而关于其与行政诉讼的关系，虽然基本遵照自主选择主义，但也有依据单行法的规定必须采取行政复议前置的情形。

中国的行政复议制度中尤其值得关注的是，为了防止程序的迟滞，《行政复议法》中设置了非常详细具体的有关期间的规定，以及其关于复杂的行政机关之间的管辖权划分，该法也有相当明确的规制。³然而，现行制度仍存在问题。例如依据《行政诉讼法》第 25 条第 2 项⁴的规定，在进行行政复议的案件中，如果复议机关维持原行政行为，则原行政机关为被告，而如果复议机关变更了原行政行为，则复议机关为被告，这样的规定会使复议机关更倾向于拒绝申请人的请求，也会使申请人排斥对行政复议

¹国民权益委员会，《关于行政审判体系的完善方案的研究》，2013 年，第 41 页。

²原文注释为对中国“复议”这一用语的含义的说明。即再议、再审议的含义。《中韩词典》，高丽大学民族文化研究院（2008）。

³法制处，《中国行政审判制度的主要内容》，第 20 页。

⁴第二十五条 经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。

制度的利用。¹

6. 中国台湾地区的行政审判制度概览

台湾的行政审判制度为依据《诉愿法》的诉愿制度，其特征有，由做出原处分的上级机关（在做出原处分的机关为最高及机关时由原处分机关）作为诉愿机关（审判机关），对于取消诉讼和义务赋课诉讼采取诉愿前置主义等。²

其他具体的内容，笔者将参考本次国际学术大会中台北大学法学院张文郁院长的发表内容进一步对文章进行补充。

7. 小结

虽然外国多将行政审判制度作为行政自我监督体系的一环、对行政程序的延伸而实施，但也有英国这样将行政审判设置为准司法化的、具有争讼程序性质的程序的立法例。而后的体例对于韩国的立法者实行制度的完善改革来说，可以提供非常有益的借鉴。³

IV. 宪法上的“准用司法程序”的意义

1. 《宪法》第 107 条第 3 项

《宪法》第 107 条第 3 项规定“作为诉讼的前置程序，可以进行行政审判。行政审判的程序由法律规定，应当准用司法程序。”

2. 作为宪法上的制度性保障的行政审判制度

仅从行政审判制度能实现对公民的权利救济、保障行政的合法性和正当性的这点来看，就可以断言其是对公民生活和国家存续所必须的制度。而对于此类对公民生活和国家存续所必须的制度，有通过宪法创设和保障、或通过法律创设和保障的两种制度建构方式。⁴鉴于行政审判制度被规定在了《宪法》第 107 条第 3 项中，其应属在宪法层面上保障的制度，即属于宪法上的“制度性保障”。

制度性保障指的是将客观的制度规制于宪法之中，由宪法维持其存续的制度；换言之，是由有权制定宪法的主体将其认为的特别重要并具有价值、且必须由宪法加以保障的国家制度规制于宪法之中，以预先设定将来法的发展方向、法的制定方针以及法的范畴而保障其实施的制度。⁵虽然行政审判制度的最初入宪的实际原因是为平息关于《诉愿法》是否违宪的纷争，但显然，仅因这样的理由并不能否定宪法规定的行政审判制度的宪法效力。与之相反，应认为行政审判制度是已经被有宪法修订权的主体

¹ 呂錫偉，行政復議制度的實施與展望，東亞行政法學會，第8屆國際學術大會 資料集(2008)，325頁。

² 反之，對於當事人提起確認訴訟和一般的給付訴訟時，並非必須經過訴願程序。

³ 與此相關的代表性論述，參見朴正勳，《行政審判的制度與發展方向-對“准用司法程序”的加強》，第？頁。

⁴ 鄭宗燮，《憲法學原論》，第 302 頁。

⁵ 憲裁 1997.4.24.95HeonBa48.

认定为特别重要并具有价值、且必须由宪法加以保障的制度。

然而，与基本权保障应适用“最大限度的保障原则”不同，制度性保障仅应适用“最小限度的保障原则”，即应在制度的本质内容未受到侵害的限度内，承认立法者对制度的具体内容和形态的规制有宽泛的立法权。¹因此，在宪法规定的行政审判制度的本质和内容可以得到充分保障的前提下，立法者要怎样对行政审判制度的内容和形态进行设计，应属于立法者的立法自由。

（对于这一问题，也有人将《宪法》第 107 条第 3 项的文字中“行政审判的程序由法律规定”的部分分立来看，将其解释为是法律仅可对行政审判中的“具体程序”进行规制，而不可以对行政审判制度本身进行规制。然而这样的主张有以下问题（1）这一主张从根本上有悖于制度性保障要求的“最小限度的保障”。制度性保障区别于基本权的保障，并不要求“最大限度的保障”。（2）从实质上看，行政审判本身就只是“程序”，而宪法也规定了其是“诉讼的前置程序”，即宪法规定以行政审判本身是“程序”为前提。此外，宪法裁判所也公布了行政审判的概念就是“程序”。因此，“行政审判的程序由法律规定”的意义也实在难以看作是“法律仅规制行政审判的具体程序”。）

3. 宪法上的“行政审判”的意义

虽然《宪法》第 107 条第 3 项确立了行政审判有制度性保障，该法却并未对行政审判的概念做出任何规定。因此，为了掌握《宪法》第 107 条第 3 项保障的行政审判制度的意义，首先要对行政审判这一概念有所了解。

关于此，宪法裁判所曾作出这样的判示，“行政审判是行政机关对行政厅的违法、不当处分或不作为进行裁判的行政争讼程序”。²然而，对于是否可以认为宪法裁判所定义的行政审判的概念等同于《宪法》第 107 条第 3 项中的行政审判的概念，笔者不得不提出质疑。

首先，如果行政厅所作出的多种行政行为中仅有“处分或不作为”可成为行政审判的对象，则以这两种情况以外的行政行为为对象提起的申诉，就不能被包含在行政审判的概念之中，这样的解释会使行政审判的概念变得过于狭窄。再者，举例来说，苦衷民愿³也应被认为是包含在实质意义的行政审判之中的，但苦衷民愿的审查标准却并非仅是“违法或不当”，还包括“申请人的主张有相当的依据的情形”⁴。从这一点来看，限定不服申诉仅能以“违法或不当”为理由，也会使制度的应用范围过于狭窄。考虑到宪法应当发挥的功能，像这样对宪法上的行政审判的概念进行过分受限的解释

¹宪裁 1997.4.24.95HeonBa48. 对此，有学者批判不应当采取一概化的将两种情况分立看待的方式来进行说明（许营，《韩国宪法论》，2013 年，第 236 页）。笔者个人认为，这样的批判有其正当性；但即使是认为制度性保障是由基本权的两面性发展而来，并且根据制度性保障类型的不同，主观性权利与客观性程序所占分量的强弱有所差异，从立法者对制度的具体内容和形式进行建构的立法自由的角度考察制度性保障时，无论采取哪种观点，其导出的具体结论不会有所差异，因此此处省略对该问题的具体论证。

²宪裁 2002.10.31.2001HeonBa40.

³苦衷民愿，分别是韩国的两种行政不服申诉程序。

⁴朴正勳，《行政审判的制度与发展方向-对“准用司法程序”的加强》，第 14 页。

显得不甚合理。上述的宪法裁判所的判示中所述的概念不应是在宪法的层面上对宪法中的用语所进行的定义，而只是对现行法律中所规制的行政审判进行的阐释。甚至笔者怀疑，这样的定义是对行政法学说上的实证法层面上的行政审判定义的直接套用。要对宪法上的用语进行解释，首先应将其与实证法中所规制的内容相区分，从宪法的角度上把握该用语的意义。由此，要对作为经宪法保障的制度的“行政审判”概念进行理解，首先应从“制度性保障”的这一层面进行分析。

为了从“制度性保障”的这一层面理解行政审判的概念，有必要对“实质意义”与“形式意义（或称制度性意义）”的概念进行区分。如果说可以将规制于特定的实证法中的行政审判概念称为“形式意义的行政审判”的话，就可以将与特定的实证法无关的、从理论层面上看待的行政审判制度称为“实质意义的行政审判”。¹

鉴于对《宪法》第 107 条第 3 项所称的“行政审判”的概念，应从宪法的层面上理解，将其与实证法规制的内容相分离，因而其意义应是从理论层面理解的“实质意义的行政审判”（而非指法律中所称的行政审判）。

另一方面，实质意义的行政审判可以理解为是对“由行政机关对与行政法律关系相关的法律争议进行审理、裁判的不服申诉程序”的总称。²《宪法》第 107 条第 3 项的前半句规定行政审判是“诉讼的前置程序”，因而《宪法》第 107 条第 3 项所称的“行政审判”至少应有“对行政上的法律争议提起的不服申诉程序”，“行政机关是裁判机关”，且是“诉讼的前置性程序”等概念特征。进而，立法者在保证具有这样的概念特征的行政审判制度的本质和内容能得到充分保障的前提下，享有充分的立法自由，可以对实质意义的行政审判中哪些程序属于实证法上的行政审判、这样的实证法上的行政审判程序应具有怎样的具体内容和形态等进行立法规制。

4. 宪法上的“准用司法程序”的意义

从上述的制度性保障的观点来看，《宪法》第 107 条第 3 项的后半句规定的“行政审判的程序由法律规定，应当准用司法程序”的意义，并非是对实质意义的行政审判程序必须全部准用司法程序，而是指示立法者在对实质意义的行政审判的范围、内容、形态等进行具体规定时，应当确定需要准用司法程序的行政审判的范围（即不能完全不设置准用司法程序的行政审判的范围）。而此时，对于应准用司法程序的行政审判的名称，虽然并不一定要是“行政审判”，但对于准用了司法程序的申诉程序赋予“行政审判”的名称，无疑是立法者的立法自由，同时也会避免混淆，因此反而是值得肯定的立法方式。

5. 与行政审判前置方式的关系

行政审判程序应设置为必要的诉讼前置还是任意性的诉讼前置是立法方针上的问题，当然应由法律确定。如果说有要求在提起行政诉讼前必须进行行政审判的、采

¹对于可将行政审判分为实质意义的行政审判和形式意义的行政审判的这一观点，参见郑夏重，《行政法概论》，法文社，2012年，第631-632页。

²此种意义的行政审判（即文中所称的实质意义的行政审判），在实证法上规制为行政审判、异议申请、审查请求、审判请求等多种形态。

取必要性诉讼前置主义的国家（例如德国），则必然也有将行政审判设置为任意性程序的国家（例如韩国、中国、台湾、日本、法国等）。

在宪法要求对行政审判程序应准用司法程序的情况下，这种要求是否会根据程序是必要性/任意性的诉讼前置的不同而变得有所不同，对这一问题有必要进行具体分析。之所以需要对此问题进行论证，是因为当前宪法裁判所的观点是，对行政审判是必要性诉讼前置的情况应当准用司法程序，而对于任意性诉讼前置的行政审判则无需准用司法程序¹。

然而，笔者认为宪法裁判所的这一立场存在问题，其原因阐述如下。

（1）首先，从《宪法》第 107 条第 3 项的文义看，其仅规定了“作为诉讼的前置程序，实行行政审判。行政审判的程序由法律规定，且应准用司法程序”，并未规定仅在行政审判是必要的诉讼前置时须准用司法程序。而上述规定中的“诉讼的前置程序”也仅是表明行政审判是诉讼之前应当历经的程序，其中不仅包含必要的诉讼前置，也包含任意诉讼前置的情形，这一点毫无疑问。

同上所述，如果仅对《宪法》第 107 条第 3 项的条文进行分析，无法得出仅在行政审判是必要的诉讼前置程序时才需准用司法程序的结论。

（2）其次，《宪法》第 107 条第 3 项的前半句之所以规定了行政审判是诉讼的前置程序，其意义在于防止立法者将行政审判作为终审程序而排除正式审判的适用。即使是从这样的立法意图来看，也不应认为后文规定的准用司法程序仅适用于行政审判是必要的诉讼前置程序的情形。

（3）再次，笔者认为应通过对《宪法》第 107 条第 3 项后半句对行政审判准用司法程序的立法意图的分析，来判断是否可以推断出应对该条文进行限制解释。

关于该宪法条文中准用司法程序的意义，宪法裁判所曾作出这样的解释，“《宪法》第 107 条第 3 项第 2 句阐明了‘裁决程序的正当是决定的内容正当的保证，而司法程序是遵循这一原则的典型范例，因此如果不对行政审判程序准用司法程序就难以确保其决定的正当性，也无法正确实现其作为事前救济程序的功能’，因此为防止行政审判成为不必要的、形式化的诉讼前置程序，立法者有义务规定对行政审判程序准用司法程序”²，以说明该规定的意义在于通过保障裁决程序的正当性来保障决定内容的正当性。换言之，《宪法》第 107 条第 3 项后半句的意图在于，要通过准司法化而具有客观性和公正性的行政审判程序，以确保行政审判制度的实效性。而这样的意图的实现与行政审判是任意的前置程序或必要的前置程序并无关联。

因此，即使从对《宪法》第 107 条第 3 项后半句的立法意图来看，也无法将其解释为是仅在行政审判是必要的前置程序之时才需准用司法程序。

（4）那么，为何宪法裁判所会做出上述的限定解释？对于其如前文所述对该条文进行限制解释的原因，宪法裁判所作出了这样的说明，“对于规定了任意性诉讼前

¹宪裁 2000.6.1.98HeonBa8;宪裁 2001.6.28.2000HeonBa30.

²宪裁 2002.10.31.2001HeonBa40.

置的情形，即使不规定准用司法程序，而仅要求任意性的诉讼前置，由于当事人可以自主选择不进行行政审判而直接提起行政诉讼，其自主选择权得到了保证，因此这样的解释与上述宪法规定的内容并不相违背”，对于这一论据是否正当，笔者有以下分析。

在采取必要的诉讼前置主义的情况下，如果在行政审判中排除了公正性和客观性等司法程序的本质要素，并强制性地要求公民经历无意义的权利救济程序，则行政审判反而会成为对公民的权利救济形成阻碍的程序，并进而产生侵害《宪法》第 27 条所保障的公民的诉讼请求权的问题。虽然上述情况属实，但如果宪法的意图仅在于防止这样的侵害，则宪法就应当明文规定仅在必要的诉讼前置的情况下准用司法程序，而实际法条却并未这样规定，这一点已经在上文中说明，即表示这一假设不能成立。

此处，有必要深入探究《宪法》第 107 条第 3 项后半句中要求对行政审判程序准用司法程序的立法意图。上述的宪法规定，其意图并不在于对公民的“诉讼请求权的保护”，而是为通过保障客观性与公正性而使行政审判制度的实效性得以发挥。因此，也就没有必要区分必要的诉讼前置和任意的诉讼前置的情形。言而总之，上述的宪法条文的意图并不在于保障所谓公民的诉讼请求权这一基本权利的实效性，而在于增进行政审判制度的实效性。

由此可见，宪法裁判所所依据的“当事人可以自主选择不进行行政审判而直接提起行政诉讼，其自主选择权得到了保证”，即便可以作为“防止当事人的诉讼请求权被侵害”的论据，却不能成为“免除准用司法程序这一要求”的理由。

(5) 最后，考虑到该宪法规定新设的立法背景，即为了消除过去《诉愿法》时代的、行政审判制度不能保证客观性和公正性、且必须作为诉讼的前置程序的弊端而设置该法，上述的限制解释是否有合理依据？

旧《诉愿法》时期的行政审判制度的弊端可以总结为是“客观性、公正性的缺失”和“必要的诉讼前置”共同造成的结果，因此，为了消除这样的弊端，新设的宪法条文中可采的方案有：①在行政审判是必要的诉讼前置时，使其具有客观性、公正性的方案，②不论是必要的诉讼前置还是任意的诉讼前置，使行政审判制度具备客观性、公正性的方案，③不论是否具有客观性、公正性，将行政审判设置为任意的诉讼前置的方案。而参照上述的新设的宪法条文的内容可知，当时的宪法修订者采取了其中的第②方案。

即使如此，仍对宪法条文按照第①方案进行解释的话，就相当于宪法裁判所自行行使了宪法的修订权。因此，即使是从宪法规定新设当时的立法背景来看，也没有理由对该宪法条文做出限制解释。

(6) 综上所述，《宪法》第 107 条第 3 项的立法意图是，为通过准用司法程序保障客观性和公正性以确保行政审判制度的实效性的实现，规定对行政审判制度（不论是必要的诉讼前置还是任意的诉讼前置）准用司法程序。因此，将该条文解释为是仅在行政审判是必要的诉讼前置时，对行政审判准用司法程序的做法，显然是超出了宪法解释的界限的。

因此,论证后的结论是,无论是行政审判为必要的诉讼前置还是任意的诉讼前置,对其都应当准用司法程序。¹

V. 韩国行政审判制度的结构

1. 实质意义的行政审判的两种形态

关于宪法保障的实质意义的行政审判制度,现行法对其内容和形态做出了规定,即“实质意义的行政审判”可大致分为“(形式意义的)行政审判”和“其他行政不服申诉程序”。制度的最核心要素即《宪法》第107条第3项规定的“司法程序的准用”,而上述分类的意义在于,这一分类为对行政不服申诉制度的诸般问题进行分析提供了基础和划分标准,包括行政不服申诉制度的立法论、违宪审查的标准、与行政诉讼的关系的设置、与行政程序的关系的设置、行政不服申诉制度的完善等等。

(1) (形式意义的)行政审判

为了实现通过行政审判程序,对因行政厅的违法或不当处分或不作为而受到侵害的公民权利或利益提供救济,以保障行政的正常运营的目的,韩国的立法者制定了《行政审判法》(参照该法第1条)。对于行政审判的受案范围,参照遵循概括主义²的《行政审判法》第3条第1项³以及规定了程序的特例的同法第4条第1项、第2项⁴可知,《行政审判法》是关于行政审判的一般法。⁵因而,关于行政审判的一般法的《行政审判法》中所规定的行政审判,即可看作是“一般行政审判”。

然而,在《行政审判法》之外的其他单行法中,还设置有相当于一般行政审判的“特别行政不服申诉程序”,被称为“特别行政审判”(《行政审判法》第4条第1项)。特别行政审判从概念上就限于不适用一般行政审判的情形。这样的特别行政审判制度是针对在案件具有专门性和特殊性且确有需要的情形的,在此类情形之外不可以以其他法律规定适用特别行政审判程序;即使在其他法律中规定了应适用特别行政审判程序,对于该其他法律中未明确规制的事项,也应遵从《行政审判法》的规定;在有关

¹同一立场,参见全光析,《韩国宪法论(第9编)》,《集贤载》(2014),第715页。全光析教授主张“即使是采取任意性前置主义,在当事人不服时可以提起行政诉讼的前提下,(是否准用司法程序)对于个人在程序中的法律地位的影响与采取必要性前置主义时没有什么不同。因此,宪法裁判所的上述分类以及依其作出的宪法性的评价不甚妥当”,虽然具体表述方式不同,但论理与本文一致。

²概括主义,与列记主义相对,指关于行政申诉的对象,法律不进行具体的限制,而是对一切不法行为都可申诉的立法方式。

³第3条(行政审判的对象)①对于行政厅做出的处分或其不作为,除其他法律另有特别规定,(当事人)可依本法申请行政审判。

⁴第4条(特别行政审判等)①除因案件的专业性与特殊性确有必要的情况之外,其他法律不得对本法中的相当于行政审判的特别行政不服申诉程序(以下称“特别行政审判”)或对本法中的行政审判程序适用的例外做出规定。②在其他法律对特别行政审判或对本法中的行政审判程序适用的例外做出规定的情况下,对于该法中未规定的事项,应遵循本法的规定。

⁵然而,《行政审判法》并未非对所有类型的行政审判都进行了规制。《行政审判法》是以上诉审判为中心的法律规制。

行政机关的长官要制定或修改新设或变更了特别行政审判制度的法令时，也应当事先同中央行政审判委员会进行协商（《行政审判法》第4条）。

韩国的立法者依据《宪法》第107条第3项的行政审判的有关规定，将形式意义的行政审判设置在了此法中。即对于实质意义的行政审判中要求准用司法程序的行政审判，立法者将其规定为了《行政审判法》上的行政审判（一般或特别）。

本文中《行政审判法》规定的行政审判，包括“一般行政审判”以及相当于一般行政审判的行政不服申诉程序的“特别行政审判”，称为“形式意义的行政审判”或（无修饰语的）“行政审判”。此即韩国实证法意义上的行政审判。

（2）其他行政不服申诉制度（事后的行政程序）

另一方面，实质意义的行政审判中除去形式意义的行政审判（一般行政审判与特别行政审判），其余形式的行政不服申诉制度就统称为“其他行政不服申诉程序”或“其他不服申诉程序”。

与一般的行政审判程序不同，对这类的其他行政不服申诉程序没有准用司法程序的要求，因而其准司法性、行政争讼性较弱。这类程序是经历了听证等事前的行政程序且由行政机关做出了初次的行政决定之后发生的事后性程序，其本质属于行政程序。在此意义上，这类其他的行政不服申诉程序也称为“事后的行政程序”。

即这类的程序由于同时具有行政程序的性质以及行政不服申诉程序的性质，从其行政程序的属性上来说可以被称为“事后的行政程序”，而从其行政不服申诉程序的属性上来说，与上述的行政审判相对，被称为“其他行政不服申诉程序”。虽然根本上来说，由于这两种属性中其作为“行政程序”的属性更为优先，使用“事后的行政程序”这样的用语更为恰当，但因本文讨论的主题为行政审判制度，因而在此主要使用“其他行政不服申诉程序”的用语。

2. 形式意义的行政审判与其他行政不服申诉程序的区别以及区分标准

（1）形式意义的行政审判

韩国的立法者在作为行政审判的一般法的《行政审判法》中规定了对行政审判准用司法程序，通过这样的制度设置，使得依据准司法化了的《行政审判法》而规制的一般行政审判成为了准司法化的程序。

另一方面，立法者还规定了，将一般行政审判之外的行政不服申诉程序（实质意义的行政审判）中，由单行法规制的、相当于一般行政审判程序的特别行政不服申诉程序，作为“特别行政审判程序”（《行政审判法》第4条）。这一规定应理解为，如果单行法中规定了特别行政审判程序相当于一般行政审判，则对此程序应当准用司法程序。

特别行政审判与一般行政审判相同，是必须准用司法程序的行政审判程序。然而，虽然对于以一般行政审判法为基础的《行政审判法》上的行政审判程序，依据法律的明确规定，其对司法程序的准用能够得到保证；但对于规制于单行法中的、相当于一

般行政审判的特别行政审判，是否也做到了对司法程序的准用，有必要进行一一的检验。对于这类程序，应关注其是否在一定程度上具备了裁判机关的客观性和公正性、对抗式审理结构、对当事人程序性权利的保障等司法程序的要素。如果这类程序不能够达到准用司法程序的要求，就应当判断其违反了《宪法》第 107 条第 3 项的规定而构成违宪，也就应当成为通过违宪审查而受到规制的对象。

例如，对《工业灾害补偿保险法》中规定的“再审查请求”程序，该法规定对这类再审查请求作出的裁决视为对行政审判作出的裁决，适用《行政诉讼法》第 18 条¹。对此，宪法裁判所认为，上述的再审查请求的裁决程序采取了接近于对抗主义的结构，在相当程度上保障了申请证据调查权等当事人的程序性权利，且裁决的程序和方式、裁决的效力等都准用了司法程序，进而保障了工业灾害补偿保险审查委员会作为裁决机关的结构和运营上的独立、公正审裁，具有客观上的可信性，因此该再审查请求权的裁决程序不违反《宪法》第 107 条第 3 项的规定。²

与此相反，另一违宪审查案中涉及地方税法规定，未经异议申请和审查请求这两种行政审判程序之前，不得提起行政诉讼，对此，宪法裁判所做出了法规违宪的判定。其作出这一判定的理由是，这样的异议申请和审查请求的审理、裁决机关——地方税审议委员会，从其结构和运营上来看，都不具有客观可信赖的独立性和公正性，而异议申请及审查请求的审查程序中也缺乏司法程序的要素，因而难以使当事人的程序性权利得到根本保障。基于此，宪法裁判所判定了该地方税法的异议申请和审查请求制度因违反了《宪法》第 107 条第 3 项规定的“准用司法程序”的要求而违宪。³

（2）行政审判与其他行政不服申诉程序的区别

如前文所述，在行政审判需遵循《宪法》第 107 条第 3 项的规定准用司法程序，而其他行政不服申诉制度无需准用司法程序的这一点上，二者有明显差异。对于行政审判程序，由于宪法规定了对其应准用司法程序，因而有必要对该程序是否具有准司法程序的要素进行判断，即裁判机关的客观性、公正性，对抗式的审理结构，对当事人程序权利的保障等要素。如果程序中未能充分保证这些准司法程序的要素，则会构成对《宪法》第 107 条第 3 项的违反，应通过违宪法律审查或宪法诉愿而成为被规制的对象。相反的，对于行政审判之外的其他行政不服申诉程序，则无需考察是否准用了司法程序。

其他行政不服申诉制度属于无需准用司法程序的行政程序，与须准用司法程序的行政审判相比更高效灵活，是一种更经济的不服申诉程序，突出实现了行政的自我监督功能。通过这样的方式，韩国的立法者将行政不服申诉制度设置为了两种，一为准用司法程序、以对权利救济机能的实现为目标的行政审判制度，一为作为行政程序的一部分的以实现行政自我监督机能为主的其他行政不服申诉制度，从而实现了行政不服制度的两个机能的调和。如此，韩国的行政法上的不服申诉制度实行于行政程序和

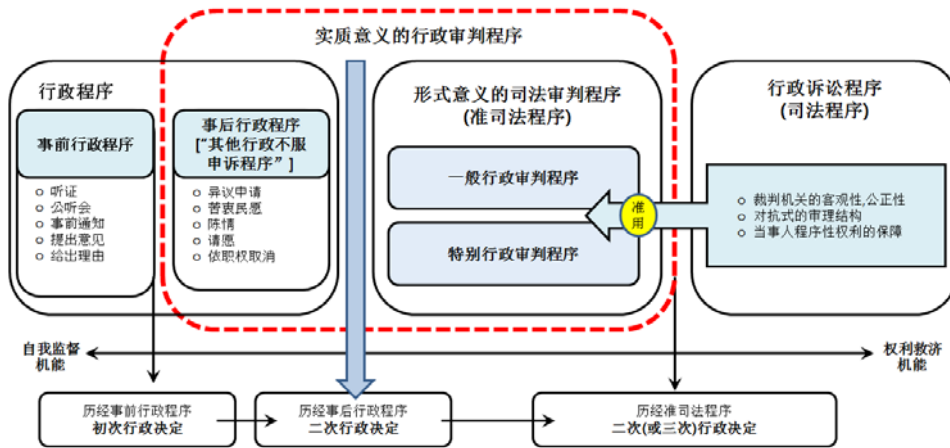
¹ 《行政诉讼法》第 18 条是关于行政诉讼与行政审判的关系的规定。

² 宪裁 2000.6.1.98HeonBa8.

³ 宪裁 2001.6.28.2000HeonBa30.

司法程序之间，其一部分（行政审判程序）接近司法程序，一部分（其他行政不服申诉程序）接近行政程序，发挥了联结行政程序与司法程序的作用。

【韩国行政审判的结构】



这样一来，与《工业灾害补偿保险法》有关的上述宪法裁判所的决定（宪裁 2000.6.1.98Heonba8）则存在问题。上述决定中，关于该法规定的“再审查请求”制度符合准用司法程序的要求且合宪的这一观点，笔者完全同意。然而，该决定对于该法中规定的“审查请求”制度是否准用了司法程序的这一点，却似乎未作出周密全面的考察，而考察的结果如果是该程序满足了准用司法程序的要求，也难以令人信服。首先，审查请求不同于再审查请求，不是由具有客观性和公正性的工业灾害补偿保险审查委员会来进行裁决，而是由作为处分厅的劳动福利公团做出决定；其并非具有争讼程序性质的行政审判，而是处分厅对不服申诉所作的审查决定，因此仅属于学术界所称的“异议申请”¹。故而，该法上的审查请求属于其他不服申诉程序，对其无需准用司法程序。如果对于这一制度仍然要求准用司法程序，要求其应具备裁判机关的客观性、公正性，对抗式的审理结构，对当事人的程序性权利的保障等要素，则会减损其作为异议申请制度的高效性，也会使其丧失其效用。不仅如此，劳动福利公团自身既是处分厅又是行政行为的裁判机关，这样的程序设置难以说是保障了裁判机关的客观性和公正性的。如果假设对于该程序应当要求准用司法程序，则即使允许根据个案而调整对司法程序的准用程度，也难以承认该程序是充分符合了准用司法程序的要求的。宪法裁判所在此案中的论证不免有为适用法律牵强套用之嫌。如果承认了这样的论理的正当性，则不免使人质疑，哪还有可以判断某程序未达到准用司法程序的要求的情形。因此，即使不论判决该程序符合准司法化的要求是否符合实质正义，这样判决也会造成过度降低判断程序是否准用了司法程序的标准的结果，从而会使大部分的行政审判程序都满足准用司法程序的要求，这一方面违背了《宪法》第 107 条第 3 项

¹异议申请一般指对处分厅提起的对处分决定的不服申诉程序。朴均省，《行政法讲义》，第 612 页。

的立法意图，另一方面也会招致行政审判的公民权利救济机能被大大弱化的结果。

笔者认为，宪法裁判所在判例中所展现的这一态度，从结果上会使“行政审判”与异议申请等“其他行政不服申诉程序”变得难以区分。

（3）区分标准

行政审判和其他行政不服申诉制度有着这样的明显的差异，因而应对二者进行明确的界分。出于这一目的，《行政诉讼法》对特别行政审判进行了规定，通过立法明确的划分了二者的界限，是一种有效的立法手段。

而与此观点不同，也有学者主张应依据是否准用司法程序而判断程序是否属于行政审判，即如果保障了对司法程序的准用，则属于相当于行政审判的程序，而如果未准用司法程序，则应将其看作与行政审判无关的程序。¹然而，是否应保障对司法程序的准用，仅是立法者在决定应将程序规制为行政审判还是其他行政申诉时应当考虑的事项，立法者一旦判断对该程序无需准用司法程序，而不设置与《行政诉讼法》上的行政审判的有关规定相类似的规定，则这样的行政不服申诉程序显然不应算作行政审判。因此，上述的主张是颠倒了因果和主客的。不仅如此，以是否保障了准司法性作为判断程序是否属于行政审判程序的标准，会使行政审判的判断标准变得不明确，且会带来不必要的混乱。

综上，对于某行政不服申诉程序是否属于行政审判，立法者已经在一定程度上提供了明确的标准，因此据立法者的指示判断即可。即仅在①是属于《行政诉讼法》所规定的行政审判，或是②法规设置其为特别行政不服申诉程序，规定该程序相当于《行政诉讼法》上的行政审判时，该程序属于“行政审判”，而不在此范围内的程序则不属于行政审判。

（4）对于区分标准的具体考察

具体分析如下：

对于当事人在通过某行政不服申诉程序进行申诉后，对其结果仍然不服的情况下，关于该申诉的程序，各单行法中作了多样化的规定，而这些申诉程序可以分为以下几个类型。①法规中明确规定该程序相当于行政审判的（例如《关于指定和管理特殊限制区域的特别措施法》第 27 条），该申诉程序属于行政审判。②法规中规定可以提起行政审判或行政诉讼（例如《关于公共机关的信息公开的法律》第 18 条），或是规定可以申请行政审判（例如《注册会计师法》第 52 条之 3），则这类程序明显不属于行政审判。③法规规定该不服申诉程序是必要的诉讼前置程序的情况（例如《船舶安全法》第 68 条）。这样的规定可以解释为是承认了行政的特殊性，因而要求在提起行政诉讼前，必须历经相当于行政审判的不服申诉程序的。因此，虽然其性质仍有不明确之处，但原则上仍将其认定为行政审判程序。④问题是法规规定了可以提起行政诉讼，但未明示可以申请行政审判的情形（例如《地方自治法》第 140 条）。在这种情况下，也仅能依据是否有表明该程序相当于行政审判的立法意图，来判断该程序是

¹朴均省，《行政法讲义》，第 665 页下。金南澈，前述论文，第 119 页等采取了这一立场。

否属于行政审判。此时，应推测立法者设置该程序的意图，即该程序是否是对保证该程序的专门性、特殊性所必要的程序，如果允许在经过该程序后再次进行行政审判，是对个人的权利救济或行政的自我监督的形成必要保障，还是反而会对权利救济的快速实现形成阻碍，抑或不过是程序的重复等，都是应当考虑的方面。如果在考虑了上述的情况后仍然无法明确推断法规的含义，则出于对权利救济的需要，应认定其不属于行政审判而允许当事人再次提起行政审判。为了避免这种混乱的出现，应在立法时如同上述第①类中所列明的，明确规定申诉程序是否相当于行政审判，这是该问题的最根本的解决方案。

VI. 韩国行政审判制度的完善方向

韩国的《行政审判法》历经数次改正，大大强化了行政审判程序中对司法程序的准用，实现了宪法所要求的准司法化，而现今的制度完善则应侧重于对其内在价值的体现，以及对制度机能的强化上。

另一方面，在韩国对行政审判制度实行准司法化的过程中，在制度的实际应用中也显现了不问题，因而为了实现准司法化的目标也有必要对制度进行更进一步的完善。而现今正是应当解决上述问题，以促进行政审判制度向新阶段发展的良好时机。

结合前文对韩国行政审判制度的结构的论述，笔者将在下文中对韩国行政制度的发展方向进行阐释。

第一，为使行政审判程序中对司法化的准用能达到其所预期的效果，使行政审判程序发挥其作为准司法化程序的功能，有必要对制度进行更细化的改进和完善。一方面，这与在引进庞大复杂的机器后必须对其进行细致管理是同一道理；另一方面，这是为使至今为止加速进展的准司法化改革能够走向平稳均衡发展的有意义的要求。之所以将这一点放在最先，并不是因为其是制度完善的最重要的方面，而是因为对制度的准司法化的细化和完善是最容易操作且可以马上进行的，且可以在短时间内达到可期的效果。而其具体内容包括，在《行政诉讼法》被修订后对《行政审判法》进行相应的修订。而在《行政诉讼法》被修订后，对《行政审判法》进行与之相应的修订时，还必须要注意的是保障其与《行政程序法》的连续性。例如，在对《行政诉讼法》向“积极促进当事人诉讼”的方向进行改革时，也应相应的在《行政审判法》中导入“当事人审判”制度，同时与之对应，在《行政程序法》上也应对“确认当事人的地位”或“要求履行的程序”等做出规定。毫无疑问，最佳的方式是能同时进行这些操作。

并且，笔者认为对行政审判制度进行完善时，应当维持当前的准司法化的水平。韩国的行政审判制度之所以能积极发展，其主要原因即“对司法程序的准用”，而这一点在现在也依然成立。正是通过对司法程序的准用，才得以确保行政审判程序的客观性和公正性，而这也正是韩国的行政审判制度的不可忽视的优点。因而笔者认为，部分学者主张的降低对司法程序的准用的做法，是没有必要的。

在此，笔者将举例对几个具体的完善方案进行说明。从现在市、道行政审判委员

会的运行状况来看，虽然在法律上规定了委员会的委员长应为市、道知事，但现实中多数情况下是由企划协调室长等内部公务员代行委员长的角色。为了保障裁判机关的客观性和公正性，完善程序的准司法化，应参考首尔特别市行政审判委员会的做法，采取由民间委员代行委员长角色的方式更为合理。

另外，虽然行政审判并非法院裁判，并非一定要采取与法院类似的方式运营，但长期积累下的司法程序的运营方式可以对准司法程序的运营提供许多有益的借鉴，因此如果是在司法程序运营中证明有效果的运营方式，也应当积极借用。例如，参考法院的审判庭内部设置多个审判部门以加强法院的责任性、专门性的做法，也可以在行政审判委员会中导入这样的体系，对事件进行恰当的分配。而改进裁判部门的运营方式也会对实现行政审判的高效性有所帮助。例如，现在的实务中，一名委员大约每6周参与一次案件的审理，对此可改革为每3周参与一次案件的审理；另外，对于连续的案件，如果委托相同的主审委员进行审理，也有助于缩短审理的时间。对于审判机构，还可分设为一般审判部和专门审判部¹，并有必要在各专门审判部中委任该领域的专家（例如，对于当前成为问题的与决定残障等级有关的行政审判中，可委任保健、医疗领域的专家）担任行政审判委员或顾问委员。

最后，为了充分实现对抗式审理结构的作用，也有必要积极促进口头审理方式的运用。根据2013年的统计资料，仍有地区一次都未实行过口头审理。笔者认为，虽然没有必要像济州岛一样对所有案件都依职权进行口头审理，但却可以参考首尔地区的做法，在当事人提出口头审理申请时，如果没有特别事由则都以口头审理方式进行。²

第二，要完善韩国的行政审判制度，最重要的莫过于使其在与司法程序本身的行政诉讼相比较时，凸显其自身的价值。即使要准用司法程序，行政审判本身也不可能成为司法程序，也并非要无限接近司法程序。因此，当前要务是确保行政审判具有自身独有的功能领域，使其发挥有别于行政诉讼制度的机能，并在此基础上对这一领域进行扩张。

而最符合这一描述的就是对于“不当”行为的审查。因为行政诉讼仅能对行为的“违法”进行审查，而不能对行为的“不当”进行审查。然而目前为止，当事人主张即使行政行为不违法但属不当的案件中，得到支持的案例并不多。³但此后，这样的状

¹作为参考，英国的第一审行政裁判所下就设置了“一般裁判部”（The General Regulatory Chamber），“健康、教育、社会福祉裁判部”（Health, Education and Social Care Chamber），“移民和流亡裁判部”（Immigration and Asylum Chamber），“社会保障裁判部”（Social Entitlement Chamber），“税务裁判部”（Tax Chamber），“战争抚恤和军务补偿裁判部”（War Pensions and Armed Forces Compensation Chamber）等六个裁判部，而在上级行政裁判所下设置了“上诉裁判部”（Administrative Appeals Chamber），“移民和流亡裁判部”（Immigration and Asylum Chamber），“土地裁判部”（Lands Chamber），“税收和公文裁判部”（Tax and Chancery Chamber）等4个裁判部。参见<http://www.justice.gov.uk/about/hmcts/tribunals.htm>。

²市、道行政审判委员会审理的案件中，口头审理的案件中认容率为34.2%，而全体案件的认容率为33.4%，前者略高于后者（参见权斤相，《市、道行政审判委员会的行政审判运营现况与完善方向》，第9页）。

³吴俊根，《行政审判的不当判断事例研究》，第203页。

况应该得到改变，因此，应怎样促进当事人对‘行为不当的审判申请’的利用，是目前亟待探讨的议题。

与行政诉讼相比，行政审判的另一个优点是程序的高效性以及经济性。行政审判的经济性的特点，以后应当继续维持。而在行政诉讼这一正式救济程序仍存续的情况下，提高行政审判程序的有效性也很有必要。这也是无须再加强行政审判程序的准司法化的理由之一。为了提高程序的高效性，有必要采取扩充行政审判委员人数、扩大行政审判制度实行的人力和预算、有效利用法学院体系（例如，积极采用法学院出身的新人律师，与法学院的法律诊所合作等）等措施在制度的管理人员方面强化制度的事前运营；另外，还可通过最大限度缩短案件受理后将案件材料送交给委员的时间（例如，保障申请提交之后的处理流程的高效，以及利用快递进行材料的递送等）、保障期间经过前行政机关的职权调查的效率性以防止期间白白经过等方式增进程序的效率。

此外，行政审判与司法程序不同，体现了行政的自我监督功能，因而，今后对程序的完善方向应更多的集中于对其自我监督机能的实现。对程序的完善方案，应当既能维持现行制度对司法程序的准用，又能促进自我监督机能的实现。

例如，在实务中，行政审判委员会开会时，内部局长等参与其中的情况不在少数，对此有不少学者持否定看法。然而，从另一方面看，这体现了因处分厅作为当事人而使行政的自我监督机能被弱化后，对该机能的补充实现；以及在对抗式审理构造以及辩论主义可能造成对公益的侵害时，对侵害发生的防止。因而，这样的实务做法也有其值得肯定的一面。但是，应当注意的是，为保障裁判机关的客观性，对公务员作为行政审判委员的比例，应更审慎地规制。

另一方面，依据当前的学界通说和判例，在审判机关作出驳回审判请求¹的决定时，审判申请人有权通过提起取消诉讼而寻求救济；但在审判机关作出支持审判请求的决定时，被申请人却不能提起取消诉讼。依据前文所述，行政审判的准司法化使行政机关的处分厅与监督厅处在了当事人的地位，但除了行政机关向宪法裁判所提起“权限争议审判”的例外情况之外，行政机关却无法对行政审判中的支持申请人审判请求的决定进行不服申诉，这种对行政机关的申诉机会的封锁，可以说是悖于行政审判的准司法化原则的。²不仅如此，由于行政审判不同于法院审判，不仅没有全面周密的证据调查和审理，而且通常只经过一次性的审理期间，因此行政机关的不能申诉，在一些情况下可能反而会使公益遭到损害。但即使如此，如果允许审判中的被申请人对支持审判申请的裁决向法院提起取消诉讼，不管是从理论层面上还是从实务层面上看，都可能会导致行政审判制度的高效性和经济性被减损，则这又会成为另一个问题。对于这一问题，有人主张应参考 2007 年英国的改革方案，在中央行政审判委员会下设置“抗告审判部”³，由其处理被申请人（处分厅）对审判结果的不服申诉¹，笔者认

¹韩文原文直译为“弃却”，即虽然申请符合形式要件，但其实质的申请理由不能成立。

²朴正勳，《行政审判的制度与发展方向-对“准用司法程序”的加强》，第 13 页。

³韩国的抗告相当于中国的上诉，而此处的审判应指审判，因此此处可理解为“审判上诉部”。

为，这是解决上述问题的可取的方案。而现在市、道行政审判委员会间的审判申请认容率的差异²等问题也可以通过这种方式解决。但是，应当注意的是，在建构这样的不服申诉制度的时候，应尽可能的缩短不服申诉的期间。并且，也应将审理所需的期间设置地更短，同时为了保障程序的顺利运行，扩大人员和预算，这是使行政审判制度能够得到更积极的利用的有效途径。综上，笔者认为，即使要设置对认容裁决的不服申诉制度，比起对实质正义的实现，更应将重点放在对程序的高效性的保障上。

第三，如前文所见，其他行政不服申诉程序不属于行政争讼程序，而是（事后的）行政程序。对于其他行政不服申诉程序的完善，其焦点应置于行政的自我监督上，即对行政机关在经历了听证等行政程序后做出的第一次的行政决定的自我监督。对于这类程序，不需要将其设置为繁复的准司法程序，而是应该配以轻快简捷的装备。对于单行法中设立的数量繁多的其他行政不服申诉程序，其中属于特别行政审判的，应以行政审判的程序规制；而对其余复杂混乱的、分散在各行政法规中的程序，则应尽可能的简化；同时，也有必要设置“前台引导机制”等，以使公民更方便的了解其进行不服申诉的方式从而提起不服程序。此外，在保证了对其他不服申诉程序都可以进行行政审判的前提下，还应使此类对初次行政决定提出的行政不服申诉程序在最短的期间内终结。特别应注意的是，还有必要通过立法明确，在当事人提起这类程序的过程中，行政审判申诉的期间或行政诉讼提起的期间不应当启动。而对于其他行政不服申诉程序的完善，虽然有学者主张应通过《行政审判法》进行规制，但笔者认为，程序本身的性质决定了通过《行政程序法》进行规制更为恰当。

另一方面，笔者认为，要将行政审判制度和其他行政不服申诉制度进行整合，无异于将向相反方向行进的两头牛勉强地用一条绳子捆绑在一起。例如，对于仅因现在的行政审判和苦衷民愿都由国民权益委员会管辖为理由，而要将两种制度整合在一起的立法改革的试图，笔者就难以赞同。当然，笔者并非否定行政审判与其他行政不服申诉程序之间的关联，也并非主张应切断二者之间的联结，对于一些将二者的程序相联结的改革方案，笔者也表示赞同。例如，将处理行政审判和苦衷民愿的窗口合一，通过“前台引导机制”方便国民对程序的利用；或是对行政审判申请中因不符合审判对象或申请人资格的要求而被驳回的案件，通过获得申请人的简单的事前同意，自动转换为苦衷民愿案件等，都属于恰当且有必要的方案。总而言之，对于两种程序的联结，应当停留在使其有程序上的关联和衔接，而非将两种程序整合统一。

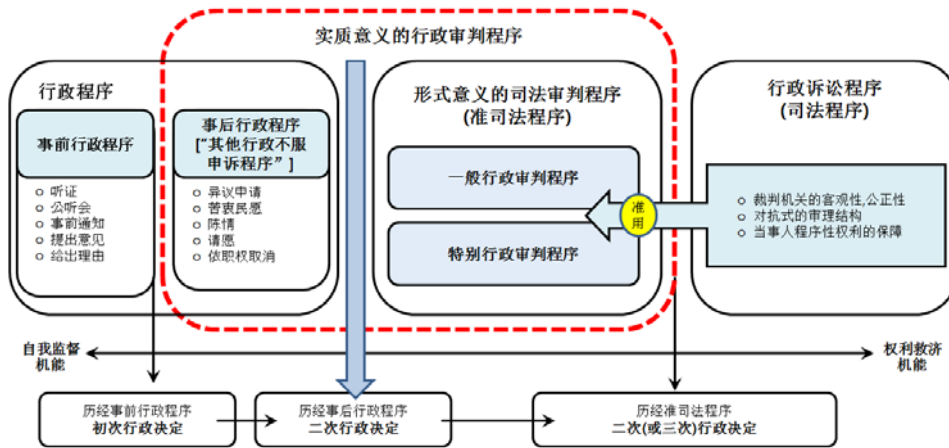
第四，应结合“行政程序-行政审判-行政诉讼”三者之间的相互联系，实现行政

¹朴正勳，上揭論文，第13页。

²2010年，市、道行政审判委员会的各地域最高认容率和最低认容率的差异足有50.2%p，虽然这一数据在最近（2013年）多少有所减少，至37.8%p（蔚山58.3%，江原20.5%），但这一差异值仍然过大。这一地域间的认容率的差异在与食品卫生相关的案件中尤其明显。例如，在食品卫生行业的从业者向青少年卖酒而被停止营业的案件中，即使是几乎相同的案件，通过行政审判使处罚减轻的概率，蔚山比江原高出了几倍。这一结果的形成，可以说是由于不同地域价值观的差异，即对于营业者的经济损失和青少年保护之间哪一项更重要，以及各委员会累积的待决案件的差异所导致的。

不服申诉程序的体系化的完善。以笔者在前文所述的韩国行政审判制度的结构（为了论证的方便，此处将前文已展示的表格再一次附于文中）为基础，应按下【表】的指示将三者进行结合，探索制度的完善方向。

【图示】韩国行政审判的结构



【表】从行政审判的结构出发所见的制度完善方向

完善方案	从行政审判的结构出发所采的观点
行政审判/其他行政不服申诉程序的整合	-反对（结构不同） -但有必要通过单一化窗口实现联系（同为行政不服申诉程序）
一般/特别 行政审判的整合	-赞成（结构一致，有必要进行统一）。采取将特别行政审判案件纳入专门审判机构进行审理的方案。 -但反对对专利审判的整合。（因专利法院的存在，有必要以另外的机构运营 ¹ ）
中央/地方 行政审判的整合	-赞成（准司法程序化的要求与地方自治无关，有必要对行政审判实行统一） -采取设置地方审判机构的方案 ²
其他行政不服申诉程序的整合	-赞成（同种性质，方便国民） -但非依《行政审判法》，而应依《行政程序》法进行规制，实现整合。
与行政诉讼相联系	-行政审判时赞成（《行政诉讼法》修订时，有必要同步修订） -其他行政不服申诉程序时反对（不同于行政诉讼的对独立性的追求）

¹申奉起，《特别行政审判的概念与许容要件》，第 14 页。

²朴正勳，《行政审判的制度与发展方向-对“准用司法程序”的加强》，第 14 页。

与行政程序相联系	-行政审判时，在与准用司法程序的要求相协调的范围内为肯定（有限的肯定） -其他行政不服申诉程序时赞成（相同性质，相同法理）
对准用司法程序的强化	-行政审判时，消极的完善 -对其他行政不服申诉程序不实行准用（应为自我监督）
自我监督的强化	-对行政审判，在与准用司法程序的要求相协调的范围内为肯定（有限的肯定） -对其他行政不服申诉程序为肯定（与行政审判相区别）

VII.结论

要对一国的法律制度进行理解与运用，应将其置于该国的最高规范——宪法所限定的含义中。尤其是韩国的《宪法》第 107 条第 3 项，曾对《诉愿法》时期黯淡实行的行政审判制度发命运性的转变起到过决定性的作用。因此，要对韩国的行政审判的结构进行理解，就必然应以对上述的宪法规定的理解为出发点。这一点（宪法对行政审判制度的规制）是韩国行政审判制度最重要的特征。

在此前，韩国的行政审判制度遵循宪法的要求，始终向着准用司法程序的目标而不断发展前进，其结果也是使行政审判的客观性和公正性得到了大幅的提高，并在现今发展成为了对实现公民的权利救济和行政自我监督所必不可缺的制度。

如今，在该制度已经接近了宪法所设立的目标之时，行政审判制度今后的发展方向是亟待探讨的问题。不知不觉间，行政审判已经立身于了行政程序和司法程序这两大庞然大物之间。而今后，怎样使韩国的行政审判程序在行政程序和司法程序之间凸显其自身存在的价值和意义，就是行政审判程序今后的发展使命。

行政法上不服制度の発展と整備方向

崔瑠修*

[抄録]

韓国行政審判制度の発展とその改善方向

韓国の行政審判は、訴願法によって導入されたが権利救済機能を発揮するどころか、むしろ行政訴訟の障害物とされた。それで憲法は、「裁判の前審手続として行政審判をすることができる。行政審判の手続は法律で定め、司法手続が準用されるべきである。」と規定された。上記憲法規定に基づいて行政審判法が制定され、数回の改正を経て、司法手続準用が徐々に強化された。

本稿は、最初に、韓国行政審判制度の沿革と現状を、特に「司法手続準用」に焦点を合わせて区分した時代別に分けて見ながら、韓国の行政審判の発展が司法手続の準用を通じて行われたことを明らかにした。

次いで米国、英国、ドイツ、日本、中国、台湾などの行政審判制度を比較法的に考察した結果、外国の行政審判は、主に行政に対する監督的統制の一環として行われていたが、イギリスの行政審判の場合のように準司法的・争訟手続の性格が強い立法例も存在するという点、つまり準司法手続化による行政審判発展の経験が韓国に固有のものの一ものではない点と、特に準司法的性格が強いイギリスの制度から多くの改善案を示唆することができることを明らかにした。

次に、本稿は行政審判の「制度保障」としての性格に焦点を合わせて上記憲法規定、特に「司法手続準用」の意味を提示した。そしてこのような憲法的意味に基づいて、韓国の現行行政審判制度の具体的な形態を分析した。その結果、韓国の行政不服手続を一般行政審判と特別行政審判を含む（形式的意味の）行政審判と、その他の行政不服手続に両分することを提案した。そして前者の場合は司法手続の準用がなければ憲法に違反されるが、後者の場合は司法手続の準用が必要とされない点、前者の場合は主に権利救済機能を発揮するが、後者の場合は主に行政統制の機能を発揮する点、前者の場合は行政訴訟との連携が必要なのに対し、後者の場合は行政手続との連携が必要であること、このような構造の分析は、行政不服制度の立法論的観点、違憲審査基準の観点、行政訴訟との関係設定、行政手続との関係設定、行政不服制度の改善方向など行政不服制度の全般に渡って有用な分析のフレーム乃至基準を提示することができることを主張した。

最後に、本稿では上記の現行制度の分析に基づいて、その分析結果に応じた具体的な改善方向を提示した。

キーワード：行政審判、行政不服制度、異議申立、司法手続、制度保障

I. はじめに

韓国行政審判の最大の特徴は憲法に直接根拠規定を置いて司法手続を準用するように命じたという点にある。

そもそも憲法とは最高規範として、すべての法律規範の定立根拠でありながら限界でもあると同時にその解釈基準を意味するので¹、韓国行政審判制度の発展と整備方向を探索するには必然的に上記憲法規定を議論の出発点とするべきだ。だが、上記憲法規定の意味の解釈から始め現行法令上の行政審判の構造を把握したり、その整備方向を導出しようとする動きは見られない。

本稿は、行政審判に司法手続を準用せよと命じた上記憲法規定が背景で新設され、その結果実定法令がどのような影響を受けたか（II）、そして行政審判に関する外国の立法例の中でどのような示唆点が得られるか（III）を調べた後、上記憲法規定の規範的意味を探り（IV）、このような憲法的意味に基づき韓国行政審判制度の構造を把握する（V）。最後にはこのような構造に基づく行政審判の整備方向を提示したいと思う（VI）。

II. 韓国行政審判制度の沿革と現況

韓国行政審判制度の沿革と現況について筆者が取っている観点から時期別に区分し²、各時期ごとに行政審判が持つ意味を示して見るとする。³

1. 第1期（1965年-1985年）：導入期（訴願法時代）

韓国の行政審判は訴願法によって導入された。訴願法は1965年から1985年まで実施されたが、その21年に渡って総理大臣訴願審議会が処理した事件は総1,141件で、年平均50件にとどまり、その間の引用率も12.6%に過ぎなかった。⁴

* 延世大学校法学専門大学院副教授、中央行政審判委員、ソウル特別市行政審判委員、前憲法裁判所憲法研究官。

¹許營、韓国憲法論、博英社、2013、24項。

²朴正勳、行政審判制度の発展方向では、韓国行政審判制度の沿革を第1期（1965年-1985年）暗黒期、第2期（1985年-1995年）誕生期、第3期（1995年-2008年）変化期、第4期（2008年-現在）轉換期に分類した。

³韓国行政審判の沿革と意味を筆者の観点から抜萃・整理したもので、筆者の主観が介入されうる、より客観的な史的事実を把握しようとする場合には法令の改正理由を調べるか、これを事實的・客観的に紹介した他の文献を参照すると良い。

⁴総理大臣行政審判委員会、行政審判の理論と実際、2002、27項。

この時期の訴願制度は、それが目的とした権益救済機能（訴願法第1条参照）や行政の自己統制機能を正しく発揮するどころか、むしろ行政訴訟に対する事実上の障害物として作用したと評価されている。¹これは訴願前置主義が採用され、訴願を提起しなくては行政訴訟ができなかつたにもかかわらず、訴願審議会が諮問機関に過ぎなかつた上、委員全員が公務員で構成されており判断機関の客観性・公正性が大きく欠けていた事がその原因であつた。

したがってこの時期は行政審判が実政法律上韓国に初めて導入された事とその違憲性に対する是非が次のように、皮肉にも、行政審判の準司法手続化を招き、最終的には韓国で行政審判が花咲かせる堆肥の役割を果たしたという点にその意味がある。

2. 第2期（1985年-1996年）：転換期（行政審判法の制定及び準司法手続化導入時期）

この時期の最大の特徴は行政審判の憲法的根拠が設けられ、行政審判に司法手続を準用することを憲法から直接命じられたという事である。

つまり、1980年に改正された第5共和国憲法第108条第3項（現行憲法第107条第3項）で「裁判の前審手続として行政審判ができる。行政審判の手続は法律で定め、司法手続を準用するべきである。」という規定が新設された。

上記憲法の規定に基づき、1984年には訴願法が廃止され行政審判法が制定・公布された。1985年から施行されたこの行政審判法で韓国の行政審判は転換期を迎えることになる。特に上記憲法規定で要求された「司法手続の準用」を実現するための制度的装置が設けられ、韓国行政審判の新しい場を開けた。新たに制定された行政審判法で①行政審判委員会は議決機関となり、その議決に裁決庁が拘束されるようになった。②請求人と被請求人（処分庁）との間に攻撃・防御が行われる對審構造を成すようになり、③不利益変更を禁止して、④処分庁の拒否処分と不作為に対する義務履行審判が導入された。

このように行政審判への「司法手続の準用」を命じた憲法規定が新設されたのは、本質的には訴願制度に関する違憲主張を静めるためだつたが²、その結果新設された憲法規定に基づいて行政審判が準司法手続化された結果、行政審判の客観性・公正性が向上したことで国民の信頼を得てその活用度が高まるきっかけとなつた。

このように一新された行政審判の基本骨格は現在までも維持されている。

3. 第3期（1996年-2010年）：変化期（任意的前置及び準司法手続化強化の時

¹例えば、朴正勳、行政審判法の構造と機能、行政法研究、通巻12号、2004.10、241-242項。

²朴正勳、行政審判法の構造と機能、行政法研究、通巻12号、2004.10、242項。

期)

1994年の行政訴訟法の改正により1998年3月から行政審判前置主義が廃止され、行政審判は原則として任意手続となった。これに対応して1995年には行政審判法が改正(第1回改正)された。その特徴としては、①中央行政機関(行政各部の大臣)に属した行政審判委員会をすべて廃止し、総理大臣行政審判委員会として統合して政府内に「総理大臣行政審判委員会」と呼ばれる独立した審判機関が誕生させたという事と、②行政審判委員会の委員のうち、民間人委員が過半数になるようになった事を挙げられる。

1997年の第2回改正では、総理大臣行政審判委員会が審判した事件に関する裁決庁の意見提出権を明示した。裁決庁の大臣が当事者のような立場から意見を提出するようになったのは行政審判の準司法手続化の強化を意味するに他ならない。¹

1998年の第3回改正では、総理大臣行政審判委員会の委員の定員を50人以内にと増員した。

この時期、行政審判を任意手続化したにも関わらず事件の数が減少することなく従来のレベルが維持できたのは、第3回改正時に事件数急減の懸念で国家特別地方行政機関の管轄にあった行政審判事件を総理大臣行政審判委員会の管轄にした措置と、1999年の道路交通法改正による運転免許の取り消し・停止などの同法による処分に必要的行政審判前置主義を導入したためと思われる。

一方、2008年の第4回改正では次のような大きな変化があった²。①総理大臣行政審判委員会の機能を従前の国家清廉委員会(腐敗防止委員会)と国民苦情処理委員会を統合して設置された国民権益委員会へ移管した。以前にも中央行政に対する行政審判を法制処が主管する総理大臣行政審判委員会が担当していたため、「行政の自己統制」という外見だけを保って来たが、総理大臣行政審判委員会が独立行政委員会として機能独立した国民権益委員会に所属されることにより行政審判が本格的に「他者統制」による「争訟手続」へと変化し始めたのである。これに加えて②今まで裁決廳(処分庁又は処分庁の直近上級行政機関)が行政審判委員会の議決に基づいて再度裁決していたことを廃止して、すべての行政審判委員会が直接裁決までできるように変更された。このように裁決庁制度が廃止された事によって中央行政機関(各部大臣)はその争訟手続の当事者の地位になった。

この時期には任意的前置主義への転換、判断機関の独立性の強化、裁決庁制度

¹朴正勳、行政審判制度の發展方向：「司法手続の準用」の強化、国民権益委員会行政審判制度セミナー資料集、第2號、2011.11、4項。

²朴正勳、行政審判制度の發展方向：「司法手続の準用」の強化、国民権益委員会行政審判制度セミナー資料集、第2號、2011.11、5項。各部大臣が処分庁である場合に当事者の地位を持つようになったことはもちろんの事、各部大臣が処分庁の直近上級行政機関である場合にも監督官庁の立場から当事者に準ずる利害関係を有すると見ることができる。一方、国会・裁判所・憲法裁判所・監査院などの国家機関に設置された個別行政審判委員会と市・道行政審判委員会では、依然として当該行政機関の長が行政審判委員会の委員長になるので、全体として見れば被請求人がまだ完全に当事者としての地位になったのではないと言える。

の廃止など行政審判が大きく変化し準司法手続化が強化されたが、これらの変化を
よって韓国の行政審判は憲法から命じられた準司法手続化の要求を忠実に履行
し、またその土台の上で安定的な成長の道へ進入することになった。しかし他方
では韓国の行政審判は憲法から命じられた準司法手続化を忠実に履行した状態
でその以上の準司法手続化を進めして行くか、それとも準司法手続化とは違う
方向で行政審判の機能を強化して行くかの岐路に立ったと評価できるだろう。

4. 第4期（2010年-現在）：成長期（行政審判機能強化の時期）

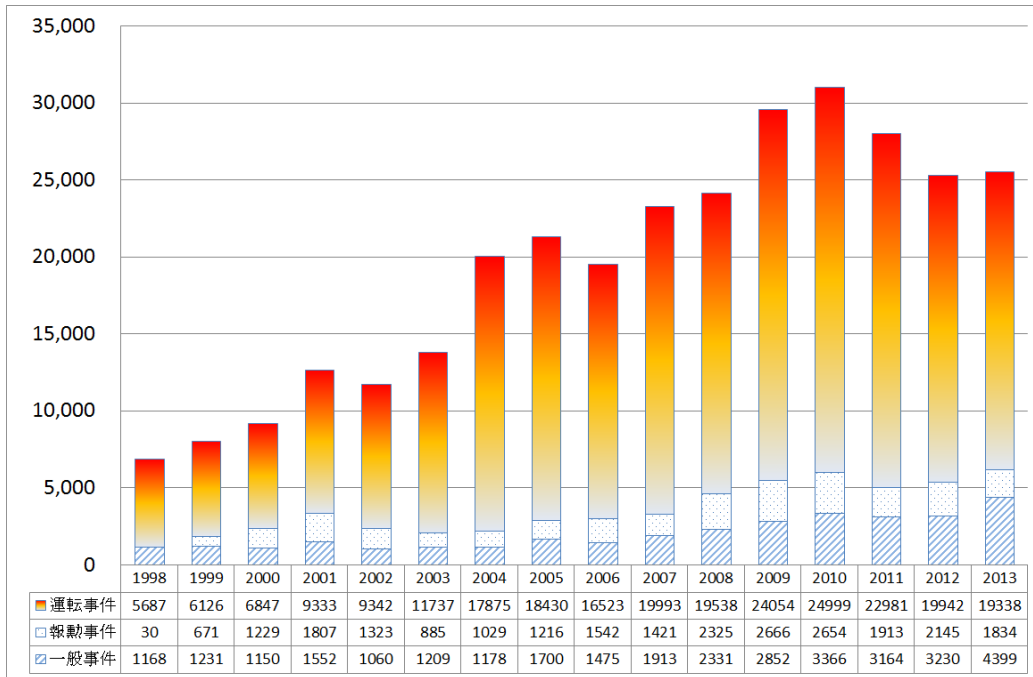
2010年1月の第5回全面改正では、今まで準司法手続化されて来た行政審判の
機能を強化することに焦点が当てられている。つまり①総理大臣行政審判委員
会の名称を「中央行政審判委員会」に変更し、中央行政審判委員会の市・道
行政審判委員会に対する調査・指導権限を明示した。また中央行政審判委員
会の常任委員を4人以内と増員し、小委員会（4人）・専門委員会制度を導入
するなど行政審判の機能強化のための組織的な変化があった。そして②行政
審判法による行政審判に代る特別行政不服手続を「特別行政審判」と定義し
た後、特別行政審判の余地を最小化した。その他に③一般的な行政審判の機
能も強化したが、臨時処分・直接処分などによる権利救済機能の実質化、
オンライン行政審判請求などの国民便益増進などである。

これらの行政審判機能の強化のための法律改正に合わせて、中央行政審判委員
会、各種特別行政審判委員会及び市・道行政審判委員会は組織と人材のシス
テムの再構築、行政審判情報化システムの構築などの運営面での機能強化も
継続的に推進している。

この時期は韓国の行政審判が今まで設けられて来た準司法手続化の土壌の上
で権利救済機能の内実を固めながら安定的に成長する途上にある時期だと
評価できるだろう。一方、準司法手続化を成した「行政審判」と自己制御
機能を着実に実行している「その他の行政不服制度」間の境界を後述する
ように、特別行政審判の概念を定義する規定をよって明確にし、「権利救済」
と「自己統制」の調和を図っている時期であったと言う評価も可能である。

「司法手続を準用」という憲法的要請を着実に遂行してきた韓国の行政審判
は国民的な呼応を得た事でその存在意義を証明したとも見ることができるが
（下の図を参考）、今では競争的な行政不服制度として「司法手続そのもの」
である行政訴訟との間で、そして自分の本郷である「行政手続の領域」で
行政の自己統制機能を遂行している他の行政不服制度の間で、自分の存在
意義を浮き彫りできない限り衰退の道を歩まざるを得ない重大な時点へ達
したと言えるだろう。

[中央行政審判委員会の事件の種類別の審判請求件数（1998年～2013年）]¹



III. 比較法的考察

1. 米国の行政審判制度の概観

米国は1946年に連邦行政手続法（Administrative Procedure Act）を制定し行政作用の適法性を保証している。米国連邦行政手続法²は主に「行政立法手続」（rulemaking）と韓国の行政処分手続へ該当する「決定手続」（adjudication）を中心に構成されているが、米国の行政不服手続はほとんど行政手続の「決定手続」（adjudication）の中に組み込まれている。つまり米国の行政手続は行政機関の一次的な決定に対して聴聞権を主張する市民に対して開始されるという点で行政審判の性格も併せて持っていると言える。ただし行政審判の具体的な様子は連邦と州によって、および各行政機関によって異なる形で現われる。米国連邦行政手続法第704条で行政庁内部で許可されたすべての手続を経た後に行政訴訟を提起できるようにしたのは行政審判前置主義に相当するという評価を受けている。

¹このグラフは、国民権益白書の統計数値に基づいて筆者が作成したものである。2010年の改正行政審判法により国務総理行政審判委員会が中央行政審判委員会として名称が変更されたため、2009年までの統計では総理大臣行政審判委員会のものである。

²米国連邦行政手続法は1967年米国法典（USCode）へ編入されており、形式的に単一法典として存在していないが、米国法典へ編入された行政手続条項を現在も行政手続法と呼んでいる。金南澈、行政審判と行政手続制度との調和案-特に異議申請手続と行政審判との調和案模索を中心に、釜山大學校法學研究第53巻第4號、2012年11、109項。

2. イギリスの行政審判制度の概観

イギリスの行政審判（administrative appeal; administrative justice）は広義の行政手続の意味に含まれる。

従来イギリスには、租税・財産権・産業災害・保健・社会福祉などの各行政分野ごとに当該行政審判所が設置・運用された。イギリスでは行政審判が行政手続ではなく司法手続のようなものと把握されていたので、個別法上行政審判が規定されている場合には必ず行政審判を経なければならなかったため¹、その裁決に対する不服は行政庁の行為に対する司法審査としての行政訴訟ではなく一般的に第1審裁判に対する「控訴」を意味する「appeal」（行政審判不服訴訟）として行われるのである。²

このようなイギリスの行政審判は、行政審判事件の増大と効率的で統一的な権利救済の必要性に応じた2007年の改革をよって、従来の個別行政審判所を「第一審行政審判所」（First-tier Tribunal）と「上級行政審判所」（Upper Tribunal）の二元的なシステムに再編された。第1審行政審判所は行政機関の処分についての審査を担当し、第一審行政審判所の裁決に不服があるときは上級行政審判所に抗告（appeal）することができる。また上級行政審判所の決定に不服があるときは控訴裁判所（Court of Appeals）に訴訟を提起する仕組みである。

イギリス行政審判の特徴は、独立的・準司法的・争訟手続的な性格が強く、裁判所の裁判負担を大幅に軽減させる役割を果たしているという点である。³

3. ドイツの行政審判制度の概観

ドイツの行政審判（Widerspruch）⁴は取消訴訟と処分を求める義務履行訴訟を提起する前に必ず経なければならない必要的前置手続として規定されているという点で非常に重要である。また、行政審判が提起された場合、原則として処分の効力が停止される効果があるので個人の権利救済のための強力な手段にもなれる。

しかし、ドイツの権利保護は独立した裁判所中心のシステムになっているの

¹イギリスの行政審判は原則的に任意手続であり、かなり多くの個別行政決定に対して個別法上行政審判が規定されているので、事実上-個別行政決定に対する-行政審判前置主義が支配していると言える。朴正勳、行政審判制度の発展方向-「司法手続の準用」の強化-、国民權益委員会行政審判制度セミナー資料集、第2号、2011.11、8項。

²朴正勳、行政審判制度の発展方向-「司法手続の準用」の強化-、国民權益委員会行政審判制度セミナー資料集、第2号、2011.11、8項。

³金光洙、英国行政審判制度の運営現況、公法研究、第38輯第4号、2010.6、172項。

⁴「Widerspruch」を通常「行政審判」と翻訳するが、行政審判において別途の行政審判委員会のような機関は規定されておらず、これを判断できる裁決庁のみを規定するに限っている。この場合の裁決庁も直近上級行政庁（例外的には処分庁）が裁決するように規定している（ドイツ行政裁判所法第73条）ので、韓国の行政審判と等しいとは限らない。このような理由からむしろ韓国の個別法律で規定している異議申請と解釈した方がより適切であるとの見方もある。例えば、李鍾永、ドイツの行政審判制度、中央法学、第4集第3号、2003、29項；金南澈、前掲論文、111項。

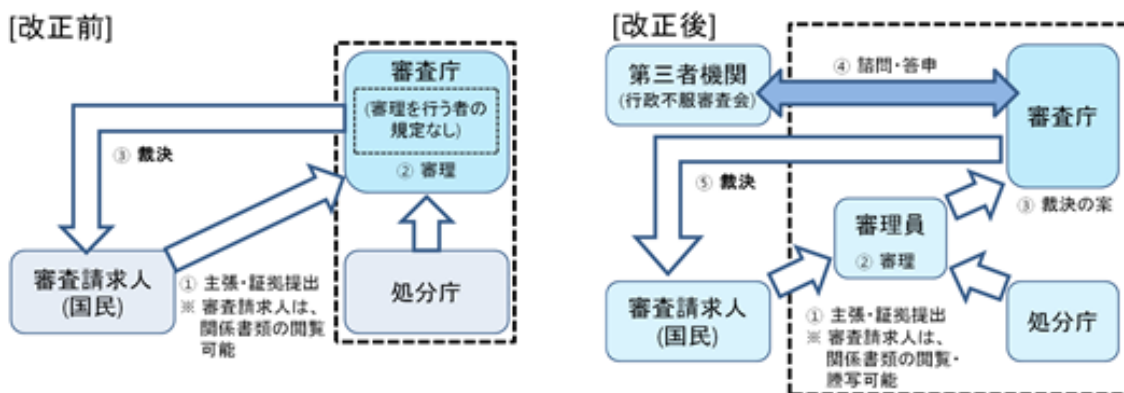
で、現時点では行政審判の重要性は弱まっていると言える。行政審判に関する一般的な内容を込めた個別の規律は存在せず、行政訴訟法と行政手続法に部分的に規定されている事はドイツ行政審判の位相をよく現している。これは基本法で行政審判に関する規定を別途置いていない状態と文脈を共にする。

4. 日本の行政審判制度概観

日本の改正前の行政不服審査法¹に規定された不服申立の種類には、①処分庁に対する異議申請、②処分庁以外の行政庁（上級行政庁または法律で定めた機関）に対する審査請求、③審査請求の結果に再度不服とする再審査請求があった。これらの不服手続は、任意手続化、低い引用率等と相まって、国民の権利救済手段としての位相が高くないという評価を受けたが²、これまで活発な改正論議を経て³、その制定以来50年ぶりになる去る2014年6月にいよいよ改正された。その改正の方向は、公正性を高め、便利な利用を可能にし権益の救済機能を充実・拡大することにある。

改正の主な内容としては、以下の図で示すように、①公平な審理のために身分保障の独立性が高い審理員制度を導入した点、②行政不服審査会のような第三者機関への諮問手続を導入した点、③異議申立手続を廃止し、審査請求に一元化したことなどを挙げることができる。⁴

[日本行政不服審査法の改正前後比較]



一方、行政委員会等の独立性・中立性の高い機関が、審判手続で現れた証拠に基づいて、厳格な事実認定の構造、公開の口頭審理手続、処分庁と申請者の対審構造を含む準司法手続を利用して審査を行う行政審判制度を個別法に置く場合があ

¹日本は従来の訴願法を行政不服審査法に代替し訴願前置注意を任意的選択主義に、列記主義を概括主義に転換した。

²国民権益委員会、行政審判・行政訴訟・行政手続制度の調和方案研究、国民権益委員会報告書、2012、65項。

³改正議論の詳細については、趙淵八、日本の行政不服審査法の改正（案）とその含意、公法学研究、2008、424項。

⁴行政不服審査法の改正に関する詳細については、総務省のホームページを参照。
http://www.soumu.go.jp/main_content/000297540.pdf

るが、その数は多くない。この場合の「行政審判」という用語は、各個別法で個別に形成された構造の共通要素を示そうとしている学術用語法である。¹

5. 中国の行政審判制度概観

中国の行政審判（「行政复议²」）は、1991年に施行された中華人民共和国行政審判条例で導入されて、1999年に正式立法である行政審判法（行政复议法）によって、その法的根拠を備えながら、現在に至っている。

中国の行政審判は、その行政行為をした機関の上位機関が行政審判を担当するのが一般的で、上級審判制度、書面審査制度、行政審判期間中の執行の継続などをその主な内容とする。行政訴訟との関係では、基本的には自由選択主義だが個別法の規定により行政審判を必ず経なければならない場合もある。

中国の行政審判では、手続の遅延を防ぐために期限に関する規定を非常に細かく、明確に規定した点と、複雑な行政機関との間の管轄の問題も明らかにした点が特に注目される³。ただ、行政審判を経た事件で審判機関が元行政行為を維持した場合、元の行政行為の処分庁が被告となるが、審判機関が元の行政行為を変更した場合は、審判機関が被告になるという行政訴訟法第25条第2項⁴により審判機関は引用を回避して、申請者は行政審判制度を回避することになるといった点が問題点として指摘されている⁵。

6. 臺灣の行政審判制度概観

台湾の行政審判では、訴願法に基づく訴願制度があるが、原処分の上級機関（原処分機関が最上級機関であるときは、原処分機関）を訴願機関とすることと、取消訴訟及び義務賦課訴訟と関連して訴願前置主義を取っている点が特徴的である。⁶

詳細については、今回の国際学術大会での張文郁台北大学法学院長の発表に代えることとする。

7. 小結

外国の行政審判立法例は、主に監督的統制の一環として行政手続の延長として行われるものであるが、イギリスの行政審判の場合のように準司法的・争訟手続的性格が強い立法例も存在する。特に後者の場合は韓国の立法者が行政審判を設計す

¹国民權益委員会、行政審判體系整備方案に関する研究、国民權益委員会報告書、2013、41項。

²中国語に「復議」（复议）は再議・再審を意味する。中韓辞書、高麗大学民族文化研究院、2008。

³法制処、中国行政審判制度の主な内容、20項。

⁴第二十五条经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。

⁵呂錫偉、行政復議制度的实施与展望、東亞行政法學會、第8屆國際學術大會資料集、2008、325項。

⁶一方、確認訴訟の一般的給付訴訟を提起するときは、願いを經由する必要がない。

る上で大いに参考できると思われる。¹

IV. 憲法上の「司法手続準用」の意味

憲法第 107 条第 3 項

憲法第 107 条第 3 項は、「裁判の前審手続として行政審判をすることができる。行政審判の手続は法律で定め司法手続が準用されなければならない。」と規定している。

憲法上の制度保障としての行政審判制度

行政審判制度は国民の権利を救済し行政の適法性・妥当性を統制する機能を担当しているという点から見ても、それが国民の生活と国家の存続に必要な制度である事は言うまでもない。このように国民の生活と国家の存続に必要な制度は、憲法的なレベルで創設され保証されているものと²、法律的なレベルで創設され保証されているものがある。行政審判は憲法第 107 条第 3 項に照らして見ると、前者の憲法的レベルで保証される「制度保障」に該当する。

制度の保証は客観的制度を憲法に規定して当該制度の本質を維持しようとするものであり、憲法制定権者が特に重要かつ価値があると認めて憲法的にて保証する必要があると考える国家制度を憲法に規定することにより将来の法の発展及び法形成の方針とカテゴリを事前に規律しようとしたものである³。たとえ行政審判制度が憲法に規定された実際的な理由が訴願法の違憲是非を鎮めるためのものであったとしても、そのような理由が憲法に規定された行政審判制度の憲法的効力を否定する根拠にはなれない事は明らかである。むしろ憲法改正権者が行政審判制度を特に重要で価値があり憲法的にも保証する必要があるとしたと考えるべきである。

しかし、基本権保障は「最大限確保の原則」が適用されるに反して、制度の保証はその本質的内容を侵害しない限り立法者にその制度の具体的な内容と形態の形成権を幅広く認めている「最低保証の原則」が適用されるだけなので⁴、このような点から見ると憲法に定められている行政審判制度の本質と内容が十分に確保さ

¹その代表的な例として、朴正勳、行政審判制度の發展方向-「司法手続の準用」の強化-、国民權益委員会行政審判制度セミナー資料集、第 2 號、2011.11、10 項。

²鄭宗燮、憲法學原論、博英社、2013、302 項。

³憲裁 1997.4.24. 95 ホンバ 48。

⁴憲裁 1997.4.24. 95 ホンバ 48。これに対して画一的な二分法で説明することは問題がある論理との批判がある（許營、韓国憲法論、2013、236 項）。筆者の私見としても、そのような批判論が妥当であると思うが、制度保障を基本権の両面から導出し、また、制度保障のタイプに応じ主観的権利と客観的秩序としての内容に強弱の差があるだけだと見ても、制度の具体的な内容形成に関する立法者の形成の自由という面で制度保障論を考察するこの記事では、どのような立場にからでも具体的な結論上の違いをもたらししていないので、これに関する詳細な議論は省略する。

れる範囲内であれば行政審判制度をどのような内容と形で設計（形成）するののかということには、立法者に広範な立法形成の自由が与えられるべきである。

（これに対し、憲法第107条第3項の文言の「行政審判の手續は、法律で定め」の部分だけに集中し法律で定めることができるのは行政審判の「具体的手續」だけであり、行政審判制度自体は法律で定めることはできないと主張する者がいるかもしれないが、（1）本質的にこれらの主張は「最大限の保障」を要求している基本権保障とは異なる「最小限の保障」を意味する制度保障の意味にまったく合わないだけでなく、（2）実質的な意味での行政審判はそれ自体が「手續」であるしかないので上記憲法の規定にも「裁判の前審手續」とされており、行政審判はそれ自体が「手續」であることを前提としており、憲法裁判所も行政審判はその概念上の「手續」であることを明らかにしているので、行政審判の手續を法律で定めるという意味をひたすら行政審判の具体的手續のみを法律で定めるという意味では到底見ることができないものである。

憲法上の「行政審判」の意味

憲法 第107条 第3項は行政審判を制度として保障しているが、行政審判の概念については何らの規定を置いていない。したがって憲法 第107条 第3項で保障している行政審判制度の意味を把握するためには、まず行政審判の概念から把握する必要がある。

これについて憲法裁判所は、「行政審判とは行政庁の違法・不当な処分または不作為に関する不服に対して行政機関が審判する行政争訟手續をいう。」と判示した¹。しかし憲法裁判所が明らかにしているこれらの行政審判の概念が果たして憲法第107条 第3項の行政審判の概念であるかは疑問である。

まず、行政庁の様々な行為形式のうち「処分又は不作為」のみを行政審判の対象にするとそれ以外の行政作用を対象とする場合にはそもそも行政審判の概念に包摂されないため、その範囲が過度に狭くなる。例えば、苦情民願はそれが実質的な意味の行政審判に含まれるものと見られるが、苦情民願の審査基準は「違法・不当」だけでなく、「申立人の主張に相当な理由がある場合」まで含まれているという点²から見れば、「違法・不当」だけを不服の理由として限定しても同じ結果になる。このように憲法上行政審判の概念を過度に狭くすることは憲法が担当している機能に照らしてとても納得し難い。憲法裁判所で判示した、上記のような概念は憲法的レベルからの憲法上の用語の定義ではなく、現行法律上の行政審判を念頭に置いたものか、行政法学界で定義された実定法的次元の概念を蔓延に借用したではないかという疑問いさえ湧いてくる。憲法上の用語は、実定法律の規律内容とは分離し憲

¹憲裁 2002.10.31. 2001 ホンバ 40。

²朴正勳、行政審判制度の發展方向-「司法手續の準用」の強化-、国民權益委員会行政審判制度セミナー資料集、第2號、2011.11、14項。

法的視点から把握する必要があるので、憲法にて制度として保証する「行政審判」という概念は、まず「制度保障」という観点から捉えなければならない。

憲法上の「制度保障」の観点から行政審判の概念を把握するためには、「実質的意味」と「形式的意味（または制度的意味）」という概念の見分け方が有用である。特定の実定法制度によって認識される行政審判を「形式的意味の行政審判」と呼ぶならば、特定の実定法制度と関係なく理論的な観点から把握された行政審判を「実質的意味の行政審判」と呼ぶことができる。¹

憲法第 107 条第 3 項にいう「行政審判」とは実定法律の規律内容とは分離され憲法的次元で把握される概念である以上、それは（法律上の行政審判を意味するのではなく）理論的な観点から把握された実質的意味の行政審判を意味する。

一方、実質的意味の行政審判とは、「行政上の法律関係に関する紛争を行政機関が審理・判断する不服手続」を総称すると捉えることができ²、憲法第 107 条第 3 項前文は、行政審判が「裁判の前審手続」である事を要求しているので、結局憲法第 107 条第 3 項にいう「行政審判」は「管理の法律関係に関する争いに対する不服手続」であり、「行政機関が判断機関」でありながら、「裁判の前審手続」である事が最小限の概念兆候になると見ることができるだろう。したがって立法者は、これらの概念兆候を持つ行政審判制度の本質と内容が十分に確保されている限り、実質的意味の行政審判の中でどのようなカテゴリーのことを実定法律上行政審判として形成するか、そのようなカテゴリーの行政審判の内容と形態を具体的にどのように形成するかを定めるに当たり、幅広い形成の自由を持つことになる。

4. 憲法上の「裁判手続の準用」の意味

以上のような制度保障の観点から見れば、憲法は第 107 条第 3 項後文で「行政審判の手続は法律で定め、司法手続が準用されるべきである」とした意味は、法律で実質的意味の行政審判すべてを必ず準司法手続で形成よう求めているのではなく、立法者は実質的意味の行政審判の分類、内容、形態を具体的に形成するに当たり司法手続が準用される形態の行政審判を必ず置かなければならない（つまり、行政審判を司法手続が準用されない形態のみで形成してはならない）という意味だ理解すべきである。このとき、司法手続が準用される行政審判の名称が必ず「行政審判」である必要はないが、司法手続が準用される場合を「行政審判」という名称で形成することは、立法形成権の範囲内にあることはもちろんのこと、混乱の余地をなくすという点で、むしろ立法技術上望ましいものである。

5. 行政審判前置形態との関係

¹行政審判を実質的意味の行政審判と形式的意味の行政審判に区別する見解には、鄭夏重、行政法概論、法文社、2012、631-632 項。。

²これらの意味の行政審判は、実質法上行政審判、異議申立、審査請求、審判請求などいくつかの用語で制度化されている。

行政審判を行政訴訟の必要的前審手続にするか、または任意前審手続にするかは、立法政策の問題であり法律の定め次第である。行政訴訟の提起に先立って行政審判を経ることを要求する必要の行政審判前置主義を取っている国があれば（例えば、ドイツ）、行政審判を任意手続化した国もある（例えば、韓国、中国、台湾、日本、フランスなど）。

行政審判に司法手続を準用すべきだという憲法的要請が前審手続の必要性/任意性如何によって相対化されるかについて調べる必要がある。なぜなら、憲法裁判所は、必要の前審手続と任意前審手続を分けて、前者の場合には司法手続を準用しなければならないが、後者の場合には司法手続を準用する必要がない¹と見ているからである。

しかし、次のような理由からこれらの憲法裁判所の立場は納得し難い。

(1) まず、憲法第 107 条第 3 項の文言から見てみると憲法第 107 条第 3 項は、「裁判の前審手続として行政審判ができる。行政審判の手続は法律で定め司法手続が準用されるべきである。」と規定しただけで、行政審判が必要の前審手続であるときにのみ司法手続が準用されると規定したことは全くない。上記の規定での「裁判の前審手続」とは裁判を経る前に経由する手続という意味で、ここに必要の前審手続と任意前審手続が同時に含まれることには疑問の余地がないと言える。

以上のように、憲法第 107 条第 3 項の文言だけを見れば行政審判が必要の前審手続であるときにのみ司法手続が準用されるという解釈は決して出て来られない。

(2) そして憲法第 107 条第 3 項前文が行政審判が前審手続であることを要求する趣旨は、もし立法者が行政審判を終審手続で規定してしまうと正式裁判の機会が排除されるのでこれを防ごうとしただけなので、この趣旨から見ても後文に基づいて司法手続の準用が要求される行政審判を必要の前審手続に限定すべき理由はない。

(3) 次に、憲法第 107 条第 3 項の後文が行政審判に司法手続を準用ようにしている趣旨を承知の上、そのような限定的な解釈を導き出せるかどうかを検討する。

憲法裁判所は司法手続準用の趣旨について、「憲法第 107 条第 3 項第 2 文は、「決定手続の妥当性が決定内容の妥当性を確保してくれる代表的な例が司法手続であり、司法手続が準用されていない行政審判手続は、その決定の妥当性を担保することができないので、事前的救済としての機能を正しく履行することができない」ということを明らかにしながら、行政審判手続が不要で形式的な前審手続とならないように司法手続に準ずる手続として形成する義務を立法者に課しているのである²。」と言い、決定手続の妥当性が決定内容の妥当性を担保するという点が上記の規

¹憲裁 2000.6.1. 98 ホンバ 8; 憲裁 2001.6.28、2000 ホンバ 30。

²憲裁 2002.10.31. 2001 ホンバ 40。

定の趣旨であることを明らかにしている。言い換えれば憲法第107条第3項の後文は司法手続に準ずる客観性と公正性を備えた行政審判手続を保障する事によって、行政審判制度の実効性を確保しようとする趣旨の規定なのである。こう言う趣旨は行政審判が恣意的か必要のかに関係なく妥当である。

したがって、憲法第107条第3項の後文の趣旨から見ても必要的前置手続である場合のみ司法手続を準用すれば良いと解釈する根拠は見つからない。

(4) もしそうなら、憲法裁判所はなぜ上記のように限定的に解釈しているのだろうか？ 憲法裁判所は上記のように限定的に解釈すべき理由として、「ある行政審判手続へ司法手続が準用されなかった場合でも、任意的前置制度として規定されるに止まっている場合はそのような行政審判を経ずに、すぐに行政訴訟を提起することができる選択権が保証されているので上記の憲法条項に違反したことはない」と提示しているので、この論拠が妥当かについて調べて見よう。

必要的前置主義をとる場合には、もし行政審判に公正性や客観性など司法手続の本質的な要素が排除される場合、国民に無意味な権利救済手続を強要することになり国民の権利救済においてはむしろ障害要因として作用する可能性があるため、憲法第27条により保護されている国民の裁判請求権が侵害される問題が発生する可能性があることは事実である。しかし憲法がそのような侵害を防ぐための趣旨だった場合、必要的転置の場合にのみ司法手続を準用を要求するように規定を置いたはずなのに、実際の規定内容が全くそうではないという点はすでに見た通りである。

ここで、憲法第107条第3項の後文が行政審判での司法手続準用を要求している趣旨を振り返って見る必要がある。上記憲法規定は国民の「裁判請求権を保障」する趣旨ではなく、客観性・公正性を通じて実効性のある「行政審判制度」を守ろうとする趣旨で制定されたものである。ならば必要的前置でも任意的前置でも区別する必要はない。一言で言えば、上記の憲法条項の趣旨は国民の裁判請求権という基本的権利を実効的に保障するためのものではなく、行政審判制度の実効性を図るためのものである。

このような点から見ると、憲法裁判所が明かした「行政審判を経ずに、すぐに行政訴訟を提起することができる選択権が保証されている」という点は裁判請求権の侵害が発生していない理由としては良くとも、行政審判制度の実効性のために必要とされる司法手続準用を免除する理由にはなれない。

(5) 最後に、客観性・公平性の確保なく行政審判を必要的前置として規定していた旧訴訟法時代の弊害のために上記の憲法規定が新設されたとする、法の背景の観点からは上記のような限定的解釈の根拠が見つかるとはだろうか？

旧訴訟法時代の弊害を一言で言えば「客観性・公正性欠如」と「必要的前置」の組み合わせによって発生していた現象で、これを防ぐために憲法規定を新設する場合には①必要的前置の場合には客観性・公正性も備えるようにする案と②必要

か任意的かを問わず客観性・公正性を備えるようにする案と③客観性・公正性がなくても任意的前置として規定する方法などが考えられるはずなのに、最終的に上記のように新設された憲法規定の規定内容から照らしてみると、憲法改正権者はそのうち②の方法を選択したと言える。

それでもなお上記①のように解釈することは、上記憲法改正当時に戻り上記①の案を選択するような憲法改正権を行使することに相違はない。結局、上記の憲法規定の新設背景の観点から見てもそのような限定的な解釈の理由はない。

(6) 整理すると、司法手続に準ずる客観性と公正性によって行政審判制度の実効性を確保しようとする趣旨から、行政審判に（その前置が任意的であれ必要的であれ）司法手続を準用しようとするのが憲法第107条第3項の趣旨である。したがって必要的前審手続に限って司法手続を準用すると解釈するのはすでに憲法解釈の限界を超えていると考えられる。

結論的に、行政審判前置が任意的であれ必要的場合であれ行政審判には司法手続が準用されるべきである。¹

V. 韓国行政審判制度の構造

1. 実質的意味の行政審判の2つの形態

制度保障という面で韓国の現行法が実質的意味の行政審判に関する制度をどのような内容と形態で形成しているかを見てみると、次のように「実質的意味の行政審判の種類を大きく「(形式的意味の)行政審判」と「その他の行政不服手続」に分けることができる。この場合、最も重要な要素は憲法第107条第3項による「司法手続準用」であり、そのような区分の実益は行政不服制度の立法論の観点、違憲審査基準の観点、行政訴訟との関係設定、行政手続との関係の設定、行政不服制度の整備方向など行政不服制度の全般にわたる諸問題を解決するにあたり有用な分析のフレームないしは分析の基準を提示できるという点にある。

(1) (形式的意味の) 行政審判

韓国の立法者は行政審判手続をによつて行政庁の違法又は不当な処分または不作為で侵害された国民の権利や利益を救済すると同時に行政の適正な運営を図る目的で、行政審判法を制定した(第1条参照)。審判の対象と関連しては概括主義を規定した行政審判法第3条第1項²、及び特例に関する規定である同法第4条第

¹同様の趣旨では全光析、韓国憲法論、集賢載、2014、751項参照。全光析教授は「任意的前審手続でも不服の場合は行政訴訟を提起することができるという留保の下、個人の法的地位に影響を与えられるという点で必要的前審手続と違いはない。したがって憲法裁判所の、上記のような分類とそれに伴う憲法的評価は妥当ではない」と主張している、表現は違っても論旨は同じものと見られる。

²第3条(行政審判の対象)①行政庁の処分又は不作為に対しては、他の法律に特別な規定がない限り、この法律に基づいて行政審判を請求することができる。

1 項、第 2 項¹によると、行政審判法は行政審判に関する一般法である²。したがって、行政審判に関する一般法である行政審判法による行政審判を「一般行政審判」と呼ぶことができる。

ところが、行政審判法以外の個別法で、一般法である行政審判法による行政審判、つまり一般行政審判に代わる特別な行政不服手続を置く場合があるが、これを「特別行政審判」という（行政審判法第 4 条第 1 項）。特別行政審判はその概念上、一般行政審判を代わるに限る。このような特別行政審判は、事案の専門性と特殊性を生かすために特に必要な場合以外他には法律で定めることができず、他の法律で特別行政審判を定めた場合にもその法律に規定されていない事項については行政審判法の定めに従い、関係行政機関の長が特別行政審判を新設または変更する法令を制定・改正するときは、あらかじめ中央行政審判委員会と協議しなければならない（行政審判法第 4 条）。

韓国の立法者が憲法第 107 条第 3 項の行政審判を法律によって形式的意味の行政審判として形成したのはここまでである。つまり、立法者は実質的意味の行政審判のうち、司法手続の準用が要求されるは（一般または特別）行政審判として構成したと見られる。

本稿では行政審判法による行政審判である「一般行政審判」と一般行政審判を代わる行政不服手続である「特別行政審判」を合わせて「形式的意味の行政審判」または（修飾語なし）「行政審判」と呼ぶことにする。これは韓国実定法上の行政審判に該当する。

（2）その他の行政不服手続（事後的行政手続）

一方、実質的意味の行政審判のうち、形式的意味の行政審判（一般行政審判と特別行政審判）を除き、その他の行政不服制度を総称して「その他の行政不服手続」または「その他の不服手続」と呼ぶことにする。

このような他の行政不服手続は、行政審判とは異なり司法手続が準用されないため準司法的・行政争訟の性格が薄い。この手続は、聴聞など事前の行政手続を経て第 1 次的行政決定が下された後事後的に経る手続で、その本質は行政手続に対応する。このような意味で他の行政不服手続を、場合によって「事後的紛争処理手続」と呼ぶことにする。

つまり、これらは行政手続としての性格と同時に行政不服手続としての性格を

¹第 4 条（特別行政審判等）①事案の専門性と特殊性を生かすため特に必要な場合以外この法律による行政審判に代わる特別行政不服手続（以下「特別行政審判」という。）やこの法律による行政審判手続に関する特例を他の法律で定められない。②他の法律から特別行政審判やこの法による行政審判手続の特例を定めた場合にもその法律で規定しない事項については、この法律で定めによる。

²しかし、行政審判法がすべての種類の行政審判を利用しているわけではない。行政審判法は、抗告審判を中心に規律している。

併せ持つるので、行政手続的観点から見たら「事後的行政手続」と呼ぶことができ、行政不服手続的観点で見るときは、上述した行政審判を除く「その他の行政不服手続」と呼ぶことができるだろう。基本的には両者の性格では行政手続の性格が優先するので、「事後的行政手続」という用語を使うことがより望ましいといえるだろうが、本稿は行政不服制度をテーマにしているので、主に「その他の行政不服手続」という用語を使用することとする。

2. 形式的意味の行政審判と他の行政不服手続の違いと区別基準

(1) 形式的意味の行政審判

韓国の立法者は行政審判に関する一般法である行政審判法に司法手続が準用される構造で形成し、これにより一般行政審判は準司法手続化された行政審判法に基づいて行われることになったため、それだけでも自然に司法手続が準用されるようになった。

一方、立法者は一般行政審判以外の行政不服手続（実質的意味の行政審判）のうち、個別法で一般行政審判に代わる特別な行政不服手続を置いている場合、これを「特別行政審判」として設定している（行政審判法第4条）。これは、司法手続が準用される一般行政審判に代わる特別な行政不服手続を個別法で規定している場合、それにもまた司法手続が準用される手続に該当するものと見ることができることに着目したものである。

特別行政審判は一般行政審判法と同様に、司法手続の準用が必要な行政審判に該当する。ただし一般行政審判法はそれが基づく行政審判法上の行政審判手続が既に準司法手続で構成されているので特に問題がないが、個別法で一般行政審判に代わる手続で構成された特別行政審判は一般行政審判を代わることで、司法手続準用を担保することができなくなるので司法手続が準用される手続であるかについて検証が必要となる。したがって、その手続が判断機関の客観性と公正性、対審的審理構造、当事者の手続権の保証という司法手続の要素をどのくらい備えているかが問題にならざるを得ない。もし司法手続準用の要件を満たしていない場合には憲法第107条第3項に反して違憲となり、違憲法律審判を通じた規範統制の対象となる。

たとえば、産業災害補償保険法が規定している再審査請求制度は、それに対する裁決を行政訴訟法第18条の適用においての行政審判に対する裁決とみなすように規定されている。これに対して、憲法裁判所は上記再審査請求は対審主義構造に近くなるように配慮され、証拠調査申請権などの当事者の手続的権利がかなり保証されており、裁決の手続と方法、裁決の効果などの面でも司法手続を準用しているだけでなく、裁決機関である産業災害補償保険審査委員会の構成と運営における審議・裁決の独立性と公正性を客観的に信頼できるという理由で、憲法第107条第3

項に違反されないと見た¹。

一方、地方税法が異議申立と審査請求という二重の行政審判を経ずには行政訴訟を提起できないようにしていた事案で、憲法裁判所はこのような異議申立及び審査請求の審議・議決機関である地方税審議委員会は、その構成と運営において審議・議決の独立性と公正性を客観的に信頼できる基盤を十分に備えていると見られないこと、異議申立及び審査請求の審理手続に司法手続的要素が非常に不十分であり当事者の手続的権利保障の本質的要素が欠けているという点で地方税法上の異議申立・審査請求制度は憲法第 107 条第 3 項の要件である「司法手続準用」の要求を無視しているため違憲と見た²。

(2) 行政審判とその他の行政不服手続の違い

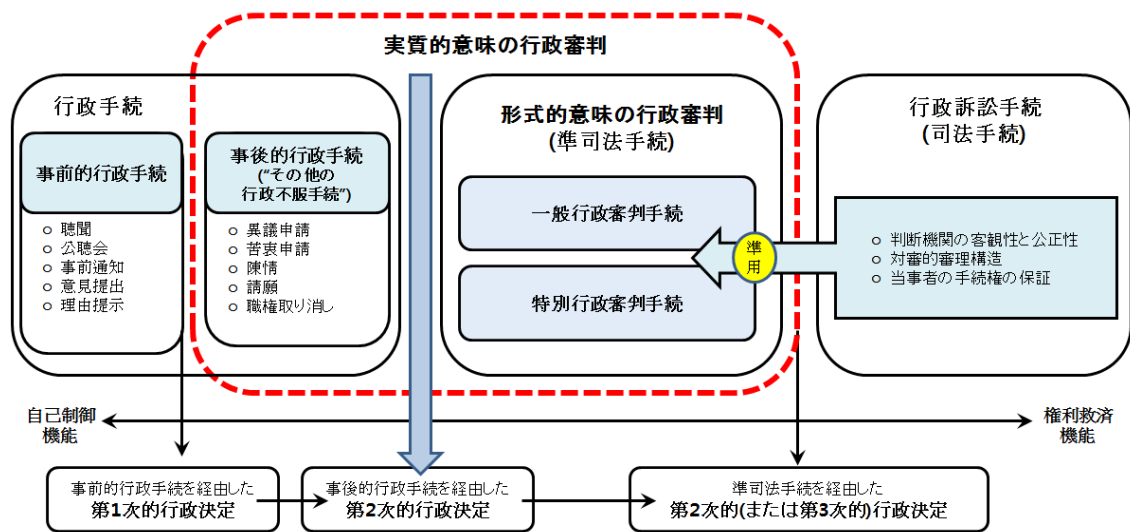
以上のように、行政審判については、憲法第 107 条第 3 項の規定により司法手続の準用が必要であるに対し、他の行政不服手続については司法手続の準用を要求していないという点で両者は大きな差がある。行政審判の場合は憲法上、司法手続が準用することが要求されるので判断機関の客観性・公正性、対審的審理構造、当事者の手続権保障の要素を満たしているかに対する判断が必要である。もし司法手続準用の要件を満たしていない場合には憲法第 107 条第 3 項に反して違憲となり違憲法律審判や憲法訴訟による規範統制の対象となる。これに対し行政審判以外の他の行政不服制度の場合にはそれが司法手続を準用するかどうかを判断する必要がない。

このように他の行政不服制度は司法手続が準用されない行政手続に該当するため、司法手続が準用される行政審判に比べて、より迅速かつ柔軟であり経済的な不服手続で行政の自己統制機能を重点的に実行することになる。韓国の立法者は行政不服制度を、司法手続が準用され主に権益の救済機能を実行する行政審判と、行政手続の一環として主に自己制御機能を実行する他の行政不服制度に両分して構成することにより、行政不服制度が持つ権益の救済機能と自己制御機能の両者を調和させている。これにより韓国の行政法上の不服制度は行政手続と司法手続の間で、その一部（行政審判手続）は司法手続の方に、その他（他の行政不服手続）は行政手続の方に近く運用され、行政手続と司法手続をつなぐ役割をしていると言える。

¹憲裁 2000.6.1. 98 ホンバ 8。

²憲裁 2001.6.28. 2000 ホンバ 30。

[韓国行政審判構造論]



この点から産業災害補償保険法に関する憲法裁判所の判断（憲裁 2000.6.1。98 ホンバ 8）は問題があるといえる。同法が規定している「再審査請求」制度が上で紹介したように司法手続準用の要件を満たしているので合憲だという決定については完全に同意する。しかし、後述するように同法が規定している「審査請求」制度にまで司法手続を準用したかを綿密に調べたことは納得しにくく、さらにそのように調べた結果司法手続準用の要件を満たしているとの結論を下したことも納得し難い。客観性・公正性を備えた産業災害補償保険審査委員会が裁決する再審査請求とは異なり、優先審査請求は処分庁である勤労福祉公団が決定をするので、これを争訟手続である行政審判見ることはできない。処分庁が不服について審査・決定するという点で、単に講学上の「異議申立」¹に該当するだけだと見るべきであり、その他の不服手続に該当する同法上の審査請求については、そもそも司法手続の準用は要求されていない。それにも司法手続の準用を要求して判断機関の客観性・公正性、対審的審理構造、当事者の手続権保障の要素を備えるよう要求するのは異議申立制度が持つ迅速性を阻害し、その有効性を失うことにならざるを得ない。また勤労福祉公団はその自身が処分庁であると同時に判断機関であるため、判断機関の客観性・公正性とはほど遠い。司法手続準用が要求される場合でもその準用の強度は事案ごとに異なることを十分に考慮するとしても、このような場合にまで司法手続準用の要件を満たしていると認めることは、具体的妥当性のための苦肉の策という感じを拭いようがない。これでは司法手続準用の要件を満たせないことはあり得ないとも思える。それがたとえ当該事案での具体的妥当性または定義には合致する

¹異議申立は、通常、処分庁に対して提起する、処分に対する不服手続をいう。朴均省、行政法講義、2014、612 項。

としても最終的に司法手続準用の與否を判断する基準自体を過度に下げることで、ほとんどの行政審判が司法手続準用の要求を備えたと判断することになるだろう。これは憲法第107条第3項が行政審判に司法手続準用を要求する趣旨に反するだけでなく、さらに行政審判による国民の権利救済を大幅に弱体化させる結果にならざるを得ない。

このような憲法裁判所の判例の態度は結局、「行政審判」と異議申立など、「その他の行政不服手続」を区別していないことに起因したと考えられる。

(3) 区別の基準

行政審判とその他の不服制度はこのような明確な違があるので、両者は明確に区別されるべきである。このため行政審判法は特別行政審判の定義規定を置いているし、両者を明確に区別できる効果的な立法技術と評価されている。

一方、両者の区別基準として、その他の不服制度に準司法手続が保証されているなら行政審判に代わる手続のであり、それ以外の場合は行政審判とは無関係な手続とみなす見解がある¹。しかし準司法手続が保証されるべき手続であるかどうかは立法者が行政不服制度を行政審判と構成するかまたはその他の不服制度に構成するかを選択するに当たり考慮すべき点に過ぎず、立法者が一応準司法手続が保証されるべき手続ではないと判断して行政審判法による行政審判に代わる規定を置いている場合、それは明らかに行政審判に該当しない。したがって、上記のような見解は主客が転倒されたように思われる。また、該当手続が行政審判であるか否かを決定するに当たり、いちいち準司法手続を保証すべきかを判断することは行政審判與否に関する明確な基準を提示できず不要な混乱を招くばかりではないかとも思われる。

要するに、どのような行政不服手続が行政審判であるかに関しては立法者がある程度明確な基準を与えたのでそれに依じて判断すればよい。つまり①行政審判法による行政審判であるか、または②特別行政不服手続を設け、行政審判法による行政審判に代わるという規定を置いた場合にのみ行政審判に該当し、そうでない場合は行政審判ではない。

(4) 区別基準に関する具体的考察

具体的には次の通りである。

該当不服手続を経た以後にも不服がある場合の不服の手段について、各個別法では様々な方法で規定している。その類型別に見てみると、①行政審判に代わるよう明文の規定を置いた場合（例えば、開発制限区域の指定及び管理に関する特別措置法第27条）は明らかに行政審判に該当する。②行政審判または行政訴訟を提起

¹朴均省、前掲書、665項以下；金南澈、前掲論文、119項などがこのような立場であると思われる。

することができる」と規定する場合（例えば、公共機関の情報公開に関する法律第 18 条）や、行政審判を請求できると規定している場合（例えば、公認会計士法第 52 条 3）は明らかに行政審判に該当しない。③該当不服手続を行政訴訟の必要的前置手続として規定している場合（例えば、船舶安全法第 68 条）は行政の特殊性を認めて、必ず行政審判に代わる不服手続を経て行政訴訟を提起するようにしている場合と解釈されるため、多少不明な点はあるものの、原則として行政審判に該当すると見るべきである。④問題は行政訴訟を提起できるという規定はあるものの行政審判を請求できないという規定はない場合（例えば、地方自治法第 140 条）であるが、この場合はやむを得ずそれが行政審判に代わる趣旨であるかを解析によって判断するしかない。この場合、当該不服手続を認める趣旨が行政の専門性・特殊性のために特に必要があるのか、再び行政審判を許可することが個人の権利救済や行政に対する適法性を制御するために必要なのか、さもなければむしろ迅速な権利救済に反するか、または単に重複に過ぎないのかなどを考慮して立法者の意図を見当するしかないが、それにもかかわらず不明な場合には権利救済の要求に応じて、行政審判に該当しないと見て再び行政審判を提起することを可能にするのが妥当であろう。立法論的にはこのような解釈の手助けが必要ない①の場合のように行政審判に代われるかどうかを明確に規定するのが根本的な解決方法になるだろう。

VI. 韓国行政審判制度の整備方向

韓国の行政審判法は数回の改正によって司法手続準用を強化しながら憲法で命じた準司法手続化を忠実に履行して来た。現在は行政審判の充実の為にその機能を強化する事に重点を置いている。

しかし、これまで準司法手続化を進めながら試行錯誤による問題が露呈されることもあったし、準司法手続化のためにより詳細な整備の必要性が現れることもあった。現在はこれらの問題点を解決し行政審判制度を尚更アップグレードさせるべき時期に至ったのである。

筆者はこれまで論じた韓国行政審判制度の構造論に基づいて以降韓国行政審判制度が進むべき方向を次のように提示したいと思う。

まず、行政審判における司法手続準用の手段達が本来の機能を発揮できるように、より細かいメンテナンスが必要である。これは大規模で複雑な機械を導入したらそのための細かい管理が必要なのと同じ理由である。他方では今まで準司法手続化に向かつて息を切らして走ってきた旅程を仕上げるための息抜きの意味も持つ。この作業を優先する理由はこれが何よりも重要な是正方向であるためではなく、それほど難しくないのですぐに実践していけることでありながら、短期間に目に見える効果を得られるからである。その作業には、行政訴訟法が改正された場合それに相応して行政審判法を改正することも含まれる。もし行政訴訟法が大幅に改革され、それに相応するよう行政審判法を改正するときは、行政手続法との連携も念頭

に置く必要がある。たとえば、当事者訴訟を活性化する方向に行政訴訟法が改正されれば、それに相応して行政審判法に当事者審判を導入して、再びそれに合わせて行政手続法上の当事者の地位確認または給付履行要求手続を規定することなどである。このような改正作業はもちろん同時に行われた方が好ましい。

そして行政審判で今のレベルの準司法手続はそのまま維持することが好ましい。韓国行政審判の活性化をもたらした一番の貢献者が、まさに「司法手続の準用」と言っても過言ではないし、その点は今でも同じだからである。司法手続の準用によって確保すべき客観性・公正性は韓国行政審判が放棄しようがない長所である。したがって、いくつかの見解から主張するように司法手続の準用を現在のレベルから後退させる必要はないと思う。

いくつかの具体的な詳細案の例を見てみよう。現在、市・都行政審判委員会の運営現状を見ると、法律上市・道知事が委員長となっているが、実際には企画調整室長など内部公務員が委員長の役割を代行するが多い。判断機関の客観性・公正性を高め準司法手続を整備するという観点から見れば、ソウル特別市行政審判委員会のように、民間委員に委員長の役割を代行させる方法で委員会を運営した方が好ましい。

そして行政審判が裁判所の裁判ではない以上、必ず裁判所の運営方式と同じ方式を取る理由はないが、長い間整って来た司法手続運営のノウハウは準司法手続を運営するにも多少の手助けになれるという点から、便利な運営方式やシステムであればそれを借用することを躊躇する理由がない。例えば、行政審判委員会には裁判所の裁判部のように複数の審判部を置いて説明責任、専門性を補強する一方、公平な事件配当方式を導入した方が良いだろう。審判部の運営方式の如何によっては行政審判の迅速性向上に役立つと思う。例えば現在の実務のように一人の委員が約6週間程度ごとに審理に出席していたのを約3週間ごとに出席するようにし、続行事件は同じ主審委員に任せて審理期間を短縮させることもできるだろう。審判部は一般審判部と専門審判部¹に分けて構成し、各専門審判部は該当分野別にその分野の専門家（例えば、現在実務上問題となっている障害等級の決定に関する行政審判のための保健・医療の専門家など）を行政審判委員または諮問委員として委嘱する必要がある。

また、対審的審理構造に忠実するためには、口頭審理を活性化する必要がある。2013年の統計を見ると、口頭審理を一度も行っていない地域もあるが、済州島の場

¹参考に、イギリスの場合、第一審行政審判所に「一般規制審判部」(The General Regulatory Chamber)、「健康・教育・社会福祉審判部」(Health, Education and Social Care Chamber)、「移民・亡命審判部」(Immigration and Asylum Chamber)、「社会保障審判部」(Social Entitlement Chamber)、「租税審判部」(Tax Chamber)、「戦争年金・軍補償審判部」(War Pensions and Armed Forces Compensation Chamber)など6つの審判部があり、上級行政審判所には「抗告審判部」(Administrative Appeals Chamber)、「移民・亡命審判部」(Immigration and Asylum Chamber)、「土地審判部」(Lands Chamber)、「租税・公文書審判部」(Tax and Chancery Chamber)など4つの審判部がある。 <http://www.justice.gov.uk/about/hmcts/tribunals.htm> 参照。

合のようにすべての事件に対して職権による口頭審理を行う必要はないとしても、ソウル特別市のように口頭審理の申請については、特別な事情がない限りすべての口頭審理を進行する方が望ましいだろう¹。

第二に、韓国行政審判の改善のために何よりも重要なのは、競争関係であり「司法手続そのもの」でもある行政訴訟との間で、自分の存在意義を浮上させる必要があるという点である。司法手続の準用で決して司法手続そのものにはなれないし、また可能な限り近接する必要があるわけでもない。今は行政訴訟とは異なる独自の機能領域を確保し拡大していくべき時である。

それに最も適合なのが「不当」に関する審査権である。行政訴訟を通じては「違法」だけを審査できるだけで「不当」については審査できないからである。ところが、現時点では行政審判で違法性が否定されたにも関わらず、不当のみを理由として引用決定をする例はそれほど多くないと思われる²。しかし今からは不当の利用率を高める方法を模索することが緊急の課題だといえる。

行政訴訟に比べて行政審判が持つもう一つの長所は、迅速かつ経済的という点である。行政審判の経済性は今後も維持されるべきである。そして行政訴訟という正式救済手続が残っている以上、行政審判はより迅速になった方が良い。これが行政審判にこれ以上の準司法手続化が望ましくない理由の一つだ。そのためには行政審判委員の数を増員し、行政審判をサポートする人材と予算を拡充し、法科大学院制度を活用するなど、幹事陣の事前検討を補強し、(例えば、法科大学院出身新規弁護士を活用、法科大学院のリーガルクリニックとの連携など)、事件受理後に委員に記録が送付される時間を最大限に短縮し(例えば、受付後の処理手続の迅速化とバイク便を利用した配送など)、期日前に職権調査をより充実させるシステムによって期日の滑りを防ぐ方法などが効果的であろうと思われる。

そして行政審判は司法手続とは異なり、自己制御の機能を持つが、今では自己制御機能が正しく作動させる事により大きな関心を持つべき時に至った。準司法手続化された現行の行政審判制度を維持しながらも、自己制御の機能を生かせる方案を講じなければならない。

例えば、実務上行政審判委員会の会議には内部局長などが参加している場合が多く、これを否定的に取る見解もあるが、処分庁が当事者になることで弱体化された行政の自己統制を補完するという側面と対審的審理構造乃至は弁論主義のために発生しうる公益侵害を防止するという観点から見ればむしろ望ましいと思う。ただし、公務員が委員になる割合には審判機関の客観性の確保という側面からしても慎重なアプローチが必要であろう。

¹市・道行政審判委員会の場合、口頭審理を経た事件の認容率は34.2%で、全体の事件の引用率33.4%よりやや高いことが分かった(権斤相、市・道行政審判委員会の行政審判運営現況及び改善方向、行政訴訟法及び行政審判法改正の主要争点: 国民權益委員会・韓国行政法學會共同學術大会資料集、2014、9項で引用)。

²吳俊根、行政審判における不當判断に関する事例研究、公法學研究、第14巻第4號、2013、203項。

そして行政審判の棄却裁決については請求人が取消訴訟によって救済されうるが、引用裁決にに対して被請求人は取消訴訟を提起することができないというのが通説、判例である。前述した通り行政審判の準司法手続化により処分庁と監督庁が当事者のような地位に転換された今、たとえ憲法裁判所に権限争議審判に請求できるという例外的な状況が生じることはあるとしても、行政審判の引用裁決に対する不服の機会がほとんど封鎖されているという点は行政審判の準司法手続化に逆行するものとも見られる¹。また、行政審判には裁判所のように綿密な証拠調査や審理が行われず通常1回の審理期日で終結される状況で引用裁決への不服の道を防ぐのは、場合によっては重大な公益上の損傷を招く恐れもある。かといって、もし引用裁決に対して被請求人が裁判所に取消訴訟を提起できるとすれば、それは理論的な側面では、もちろんのこと実務的にも行政審判が持つ迅速かつ経済的な救済方法であるという長所を希釈する問題があり得る。これに対し、2007年のイギリスの改革に習って中央行政審判委員会に「抗告審板部」を設置して被請求人（処分庁）に対し不服を申し立てる機会を与えようという見方²があるが、効果的な改善方案と思う。現在の市・道行政審判委員会間の引用率の偏差³などの問題もこれでかなり解消されるだろう。ただし、不服制度を構成するにあたっては、なるべく不服期間を短くすることが重要だと思う。そして審理にかかる期間を最小限に抑えながら円滑に運営するためには人員と予算を拡充した方が行政審判の利用率を高める道だと思える。要するに、引用裁決に対する不服制度を置くことは良いが、具体的妥当性よりは迅速性により重点を置くことが望ましいと思う。

第三に、その他の行政不服手続は行政争訟手続ではなく、(事後的)行政手続に該当することは前述の通りである。その他の行政不服手続は、聴聞など事前の行政手続を経た第1次の行政決定に関する自己制御に焦点が置かれるべきである。ここでは、準司法手続という重装備ではなく、高速で軽量の装置が必要である。個別法に立ち並ぶその他の行政不服手続のうち、特別行政審判に該当するものは行政審判の領域に送り、複雑で混乱しく散在している手続をできるだけ単純化しながら、不服ルート案内制度のように、人々がより容易に不服方法を見つけられるようにある装置を設けるのも良いだろう。すべてのその他の行政不服手続について行政審判

¹ 朴正勳、行政審判制度の發展方向-「司法手続の準用」の強化-、国民權益委員会行政審判制度セミナー資料集、第2號、2011.11、13項。

² 朴正勳、上掲論文、13項。

³ 2010年市・道行政審判委員会の地域別最高引用率と最低の引用率の差がなんと50.2%pだった。最近(2013年)には多少の減少し37.8%p(蔚山58.3%、江原20.5%)となったが、まだ過度の差とである。このような地域間の引用率の偏差は特に市・道行政審判事件の中で最も大きな割合を占めている食品衛生の分野で目立つ。例えば入って、食品衛生業者が青少年に酒を販売して営業停止された場合、ほぼ同じ事案でも行政審判で減輕される可能性が蔚山が江原道よりも何倍も高い。最終的には業者の経済的損失と青少年保護のうち、どの側をより重視するのかという価値観の違いと各委員会ごとに累積された裁決例の差がこのような地域間偏差の原因となったと思われる。

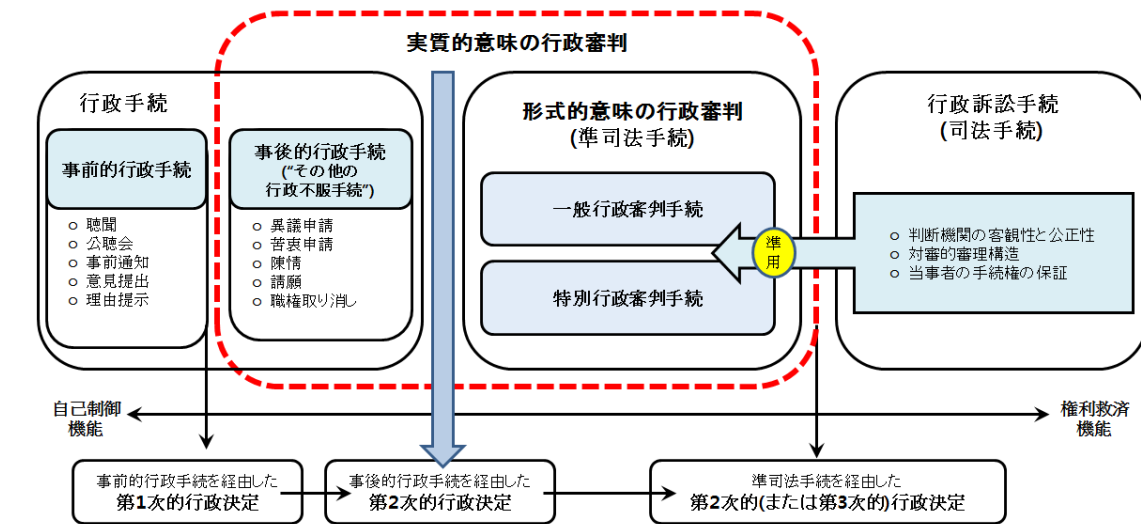
への道を与えるものの、第1次的行政決定後できるだけ短い期間内に完了できるように設計すると、特にそのような手続を踏む間に行政審判請求期間や行政訴訟の提起期間が進行しないようにする立法措置が不可欠である。その他の行政不服手続に関する整備は、行政審判法ですべきだという主張があるが、その本質上行政手続法で行うことが望ましいと思う。

一方、行政審判やその他の行政不服手続を統合しようとする試図は、まるで互いに反対方向に向う牛二頭を一系列に結合することに他ならないと思う。例えば、現在行政審判と苦情民願がすべて国民権益委員会の所管だという理由で両者を統合しようとする試図には賛成できない。もちろん、行政審判とその他の行政不服手続の相互連携を否定し、そのつながりを断ち切ろうという意味ではない。例えば、行政審判と苦情民願の窓口を一本化し、案内制度をを通じて国民の便宜を図るとか、行政審判で対象資格、請求人適格を満たさず却下された事件は請求人の簡単な事前の同意によって苦情民願事件に自動的に切り替えるようにするなどの方案は適切で、また必要でもある。要するに、両者の統合は望ましくないが、ただ両者を連携するレベルで止めるべきだと思う。

第四に、「行政手続 - 行政審判 - 行政訴訟」間は相互関連の中で体系的に整備しなければならぬ。今まで筆者が提示した韓国行政審判構造論（下の図、上で提示した図を便宜上以下に再び添付した）を参考にすると以下の表で示すように相互関連の方向性を見い出せるだろう。

[韓国行政審判構造論]

[行政審判構造論的観点からの整備方向]



整備方案	行政審判の構造論的観点
行政審判 / その他の行政不服手続の統合	- 反対（構造が異なる）。 - ただし、窓口単一化を通じた連携は必要（行政不服手続である点 は共通）。

一般/特別行政審判統合	<ul style="list-style-type: none"> - 賛成（構造が同じで、統一性が必要）。特別行政審判の専門審判部へ吸収方案。 - ただし、特許審判院は反対（特許法院の存続に応じて、別途の組織として運営される必要性）¹。
中央/地方行政審判統合	<ul style="list-style-type: none"> - 賛成（準司法手続と地方自治は無関係、行政審判の統一性が必要）。 - 地方審判部の設置方案²。
その他の行政不服手続の統合	<ul style="list-style-type: none"> - 賛成（同じ性質、国民便宜）。 - ただし、行政審判法ではなく行政手続法に規定する方法に統合。
行政訴訟との連携	<ul style="list-style-type: none"> - 行政審判の場合は賛成（行政訴訟改正時連動して改正する必要がある）。 - その他の行政不服手続の場合は反対（行政訴訟とは異なる独自性を追求）。
行政手続との連携	<ul style="list-style-type: none"> - 行政審判の場合は司法手続準用と調和される範囲内で積極的（限定積極）。 - その他の行政不服手続の場合は賛成（同じ性質、同じ法理）。
司法手続準用の強化	<ul style="list-style-type: none"> - 行政審判の場合は消極的整備。 - その他の行政不服手続では、準用不要（自制が必要）。
自己制御の強化	<ul style="list-style-type: none"> - 行政審判の場合は司法手続準用と調和される範囲内で積極的（限定積極）。 - その他の行政不服手続の場合は積極的（行政審判との差別化）。

VII. 結論

一国の法制度はその国の最高規範である憲法の中で理解・運用されるべきである。特に韓国の憲法第 107 条第 3 項は、訴願法時代の暗鬱だった行政審判制度の運命を変えた決定的な役割までも果たした。その為、韓国行政審判の構造を把握するためには上記憲法規定の意味を理解することを議論の出発点とせざるを得ない。この点が韓国の行政審判制度の最大の特色である。

これまで韓国の行政審判制度は憲法の命令に基づき司法手続準用を目標に着実に進んで来た結果、行政審判の客観性・公正性が大幅に向上され、今では国民の権利救済や行政管理のためになくてはならない制度に発展した。

¹申奉起、特別行政審判の概念の許容要件、慶北大學校法學論攷、第 32 輯、2010.2、502 項。

²朴正勳、行政審判制度の發展方向-「司法手続の準用」の強化-、国民權益委員会行政審判制度セミナー資料集、第 2 號、2011.11、14 項。

現在、その目標に近づいた時点でこれからはどうすべきかを決めなければならない。周りを見回すと、いつの間にか行政手続と司法手続という大物達の中に挟まれてしまったようだ。今からの韓国の行政審判は、行政手続と司法手続の間で自分の存在意義を固めなければならない使命を与えられたのである。

参考文献

- 高麗大學校民族文化研究院、中韓辭典、2008。
- 國務總理行政審判委員會、行政審判の理論と實際、2002。
- 國民權益委員會、國民權益白書、2008～2013。
- _____、行政審判體系整備方案に関する研究、國民權益委員會報告書、2013。
- _____、行政審判・行政訴訟・行政手続制度の調和方案研究、國民權益委員會報告書、2012。
- 權斤相、市・道行政審判委員會の行政審判運營現況及び改善方向、行政訴訟法及び行政審判法改正の主要争點：國民權益委員會・韓國行政法學會共同學術大會資料集、2014。
- 金光洙、東アジア行政審判制度比較研究、行政法研究、通卷 21 號、2008.8。
- _____、英國行政審判制度の運營現況、公法研究、第 38 輯第 4 號、2010.6。
- 金南澈、行政審判と行政手続制度との調和方案-特に異議申請手続と行政審判との調和方案摸索を中心として-、釜山大學校法學研究所、第 53 卷第 4 號、2012.11.30。
- 金容燮、行政訴訟前段階の權利救済方法及び手続、ジャスティス、第 105 號、2008.8。
- 朴正勳、行政審判の構造と機能、行政法研究、通卷 12 號、2004.10。
- _____、行政審判の機能-權利救済機能と自己統制機能の調和-、行政法研究、通卷 15 號、2006.5。
- _____、行政審判制度の發展方向-「司法手続の準用」の強化-、國民權益委員會行政審判制度セミナー資料集、第 2 號、2011.11。
- 申奉起、特別行政審判の概念の許容要件、慶北大學校法學論攷、第 32 輯、2010.2。
- 吳俊根、行政審判における不當判斷に関する事例研究、公法學研究、第 14 卷第 4 號、2013。
- 柳光海、個別行政法上「異議申請制度」の現況検討、法曹、2014。
- 柳珍式、憲法第 107 條第 3 項が規定している「準司法手続」の意味、公法學研究、第 13 卷第 4 號、2012。
- 李鍾永、ドイツの行政審判制度、中央法学、第 4 集第 3 号、2003。
- 全光析、韓國憲法論、集賢載、2014。
- 鄭宗燮、憲法學原論、博英社、2013。
- 鄭夏重、行政法概論、法文社、2012。
- 趙淵八、日本行政不服審査法改正（案）とその示唆點、公法學研究、第 9 卷第 3 號、2008。
- 崔善雄、行政審判の機能、行政法研究、第 38 號、2014。

許營、韓國憲法論、博英社、2013。

呂錫偉、行政復議制度的實施與展望、東亞行政法學會第8屆國際學術大會資料集、2008。

岡田正則、日本における行政訴訟制度の形成史と改革の課題、司法、第22號、2012.12。

한국행정심판제도의발전과정비방향

최진수*

I. 서론

한국행정심판의가장큰특징은헌법이그근거규정을두면서사법절차를준용하도록명하였다는점에있다.

무릇헌법이란최고규범으로서모든법률규범의정립근거이자한계를뜻할뿐만아니라동시에그해석기준을의미하므로¹, 한국행정심판제도의발전과정비방향을살펴보기위해서는필연적으로위헌법규정을논의의출발점으로삼을수밖에없다. 하지만위헌법규정의의미에대한해석으로부터시작하여헌법령상의행정심판의구조를파악하거나또는그정비방향을도출하려는시도는찾아볼수없다.

이글은행정심판에사법절차를준용하도록명한위헌법규정이어떤이유로신설되었고그로인해실정법령이어떤영향을받게됐는지(II), 그리고행정심판에관한외국의입법례속에서어떤시사점을찾을수있는지(III) 살펴본다음, 위헌법규정의규범적의미를탐구하고(IV), 이러한헌법적의미를바탕으로하여한국행정심판제도의구조를파악하고자한다(V). 그리고이런구조를바탕으로하여행정심판의정비방향을제시하고자한다(VI).

II. 韓國行政審判制度의沿革과現況

한국행정심판제도의연혁과현황에대해서필자가취하는관점에서그시기를나누고², 각시기별로행정심판이가지는의미를부여해보고자한다³.

1. 제 1 기 (1965 년-1985 년) : 導入期(소원법시대)

한국의행정심판은訴願法에의해도입되었다. 訴願法은 1965 년부터 1985 년까지시행되었는데, 그 21 년에걸쳐국무총리소원심의회가처리한사건은총 1,141 건으

* 연세대학교 법학전문대학원 부교수, 중앙행정심판위원, 서울특별시행정심판위원, 前 헌법재판소 헌법연구관

¹허영, 한국헌법론, 박영사, 2013, 24 쪽.

²박정훈교수는, 한국 행정심판 제도의 연혁을 제 1 기(1965 년-1985 년) 암흑기, 제 2 기(1985 년-1995 년) 탄생기, 제 3 기(1995 년-2008 년) 변화기, 제 4 기(2008 년-현재) 전환기로 분류하였다. 박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 국민권익위원회 행정심판 제도 발전방향 세미나 자료집, 2011.11, 3-6 쪽.

³한국 행정심판의 연혁과 의미를 필자의 관점에서 발췌, 정리하면서 필자의 주관에 개입되어 있으므로, 보다 객관적인 史的 사실을 파악하고자 할 경우에는 법령 개정이유를 살펴보거나 이를 사실적·객관적으로 소개한 다른 문헌을 참조하여야 할 것이다.

로연평균 50 건에 그쳤고, 그간의 인용율도 12.6%에 불과하였다¹.

이시기의 訴願제도는 그것이 목적으로 삼은 권리구제기능(소원법제 1 조 참조)이나 행정의 자기통제기능을 제대로 발휘하기는 커녕 오히려 사실상 행정소송에 대한 障害物로 작용하였다는 평가를 받는다². 그것은 訴願前置主義가 채택되어 소원을 제기하지 않고서는 행정소송을 제기할 수 없었음에도, 소원심의회는 자문기관에 불과한 데다가 위원 전원 이 공무원으로 구성되어 있어 판단기관의 객관성, 공정성이 크게 결여되어 있었던 점에서 그 원인을 찾을 수 있을 것으로 보인다.

따라서 이시기는 행정심판이 실정법을 상한국에 처음으로 도입되었다는 점과, 그에 대한 위험성 시비가 다음에서 보는 바와 같이 아이러니하게도 행정심판의 準司法節次化를 초래하여 결국은 한국에서 행정심판을 꽃피우는 퇴비의 역할을 하였다는 점에서 그 의미를 찾을 수 있을 것이다.

2. 제 2 기 (1985 년-1996 년) : 轉換期(행정심판법 제정 및 준사법 절차화 도입 시기)

이시기의 가장 큰 특징은 행정심판의 헌법적 근거가 마련되었고, 행정심판에 사법절차를 준용할 것을 헌법이 명하였다는 점이다.

즉, 1980 년 개정된 제 5 공화국 헌법 제 108 조 제 3 항(현행 헌법 제 107 조 제 3 항)에서 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다. 행정심판의 절차는 법률로 정하되, 司法節次가 準用되어야 한다.”라는 규정이 신설되었다.

위헌법조항에 의거하여 1984 년 訴願法이 폐지되고 행정심판법이 제정·공포되어 1985 년부터 시행되면서 한국의 행정심판은 전환기를 맞게 된다. 특히 위헌법규정에서 요구되는 ‘司法節次的 準用’을 실현하기 위한 제도적 장치들이 마련된 것이 한국 행정심판에 새로운 場을 열게 하였다. 새로 제정된 행정심판법은, ① 행정심판 위원회를 의결기관으로 만들어 그의 결에 裁決廳이 구속되도록 하고, ② 청구인과 피청구인(처분청) 사이에 공격·방어가 이루어지는 對審構造를 이루게 하며, ③ 不利益變更을 금지하고, ④ 처분청의 거부처분과 부작위에 대하여 무이행심판을 도입하였다.

위와 같이 행정심판에 ‘司法節次的 準用’을 명한 헌법규정이 신설된 것은 근본적으로는 訴願제도에 관한 위험성 주장을 잠재우기 위한 것이라고 하는데³, 그러한 배경하에서 신설된 헌법규정에 따라 행정심판이 準司法節次化되고, 그러한 準司法節次化는 결국 한국 행정심판의 객관성, 공정성을 제고하여 국민들의 신뢰를 통해 그 활용도를 높이는 계기가 되었다.

이렇게 전환된 행정심판의 기본적 골격은 현재까지 유지되고 있다.

3. 제 3 기 (1996 년-2010) : 變化期(임의적 전치 및 준사법 절차화 강화 시기)

1994 년 행정소송법의 개정에 의해 1998 년 3 월부터 행정심판 전치주의가 폐지됨

¹ 국무총리 행정심판위원회, 행정심판의 이론과 실제, 2002, 27 쪽 참조.

² 예를 들어, 박정훈, 행정심판법의 구조와 기능, 행정법연구, 통권 12 호, 2004.10, 241-242 쪽.

³ 박정훈, 행정심판법의 구조와 기능, 행정법연구, 통권 12 호, 2004.10, 242 쪽.

으로써 행정심판이 원칙적으로 任意節次로 변화되었다. 이에 대응하여 1995년 행정심판법이 개정(제1차 개정)되었는데, ① 중앙행정기관(행정각부의 장관)에 소속된 행정심판위원회들을 모두 폐지하고 이들을 국무총리 행정심판위원회로 통합함으로써 정부내에 ‘국무총리 행정심판위원회’라는 독립적인 기관이 심판기관으로 된 점과, ② 행정심판위원회의 위원 중 민간인 위원이 과반수가 되도록 하였다는 점에 그 특징이 있다.

1997년 제2차 개정에서는, 국무총리 행정심판위원회가 심판하는 사건에 관해서는 재결청의 의견제출권을 명시하였는데, 재결청인 장관이 마치 당사자와 같은 입장에서의 견을 제출하는 것은 준사법 절차화의 강화를 의미한다고 할 것이다¹.

1998년 제3차 개정에서는 국무총리 행정심판위원회의 위원정원을 50인이내로 증원하였다.

이 시기에 행정심판을 任意節次化 하였음에도 불구하고 사건 수가 감소하지 않고 종전 수준을 유지할 수 있었던 이유는, 제3차 개정 시에 사건 수 급감 우려에 대응하여 국가 특별지방행정기관들에 대한 행정심판 사건을 국무총리 행정심판위원회의 관할에 속하도록 한 조치와, 1999년 도로교통법 개정의 해운전면허취소·정지 등 동법에 의한 처분에 관하여 필요적 행정심판 전치주의를 도입하였기 때문인 것으로 보인다.

한편, 2008년의 제4차 개정에서는 다음과 같은 큰 변화가 있었다². ① 종전의 국가청렴위원회(부패방지위원회)와 국민고충처리위원회를 통합하여 설치된 국민권익위원회에 국무총리 행정심판위원회의 기능이 이관되었다. 종전에는 중앙행정에 대한 행정심판을 법제처 주관의 국무총리 행정심판위원회가 담당하였기 때문에 ‘행정의 자기통제’라는 외형은 유지될 수 있었으나, 이제 국무총리 행정심판위원회가 독립 행정위원회로서 기능상 독립된 국민권익위원회에 소속됨으로써 행정심판이 본격적으로 ‘他者統制’에 의한 ‘쟁송절차’로 변화하기 시작한 것이다. ② 이에 더하여 그동안 裁決廳(처분청 또는 처분청의 직근 상급행정기관)이 행정심판위원회의 의결에 따라 재결하던 것을 폐지하고 모든 행정심판위원회가 직접 재결까지 하는 것으로 변경되었다. 이와 같이 재결청 제도가 폐지됨으로 말미암아 중앙행정기관(각부장관)은 그 쟁송절차의 당사자의 지위로 변경되었다.

이 시기에 임의적 전치주의로의 전환, 판단기관의 독립성 강화, 재결청 제도의 폐지 등 행정심판이 큰 변화를 겪는 한편 그 과정에서 준사법 절차화가 강화되었는데, 이런 변화를 통해 한국의 행정심판은 헌법에서 명한 준사법 절차화의 요청을 충실히 이행하였고

¹ 박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 국민권익위원회 행정심판 제도 발전방향 세미나 자료집, 2011.11, 4 쪽.

² 박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 국민권익위원회 행정심판 제도 발전방향 세미나 자료집, 2011.11, 5 쪽; 각부장관이 처분청인 경우에는 당사자 지위를 가지게 됨은 물론이고, 각부장관이 처분청의 직근 상급행정기관인 경우에도 감독관청의 입장에서 당사자에 준하는 이해관계를 갖는다고 볼 수 있다. 반면, 국회·법원·헌법재판소·감사원 등 국가기관에 설치되는 개별 행정심판위원회와 시·도 행정심판위원회에서는 여전히 당해 행정기관의 장이 행정심판위원회의 위원장이 되기 때문에, 전체로 보면 피청구인이 완전히 당사자로서의 지위로 변경된 것은 아니라고 할 수 있다.

그토대위에서안정적인성장의길로진입할수있게되었다. 하지만다른한편으로는한국
의행정심판은헌법에서명한준사법절차화를충실히이행한상황에서그를넘어계속준
사법절차화를진행하여나갈지, 아니면이제는준사법절차화와다른방향에서행정심판
의기능을강화해나갈지, 그기로에서게됐다교평가할수있을것이다.

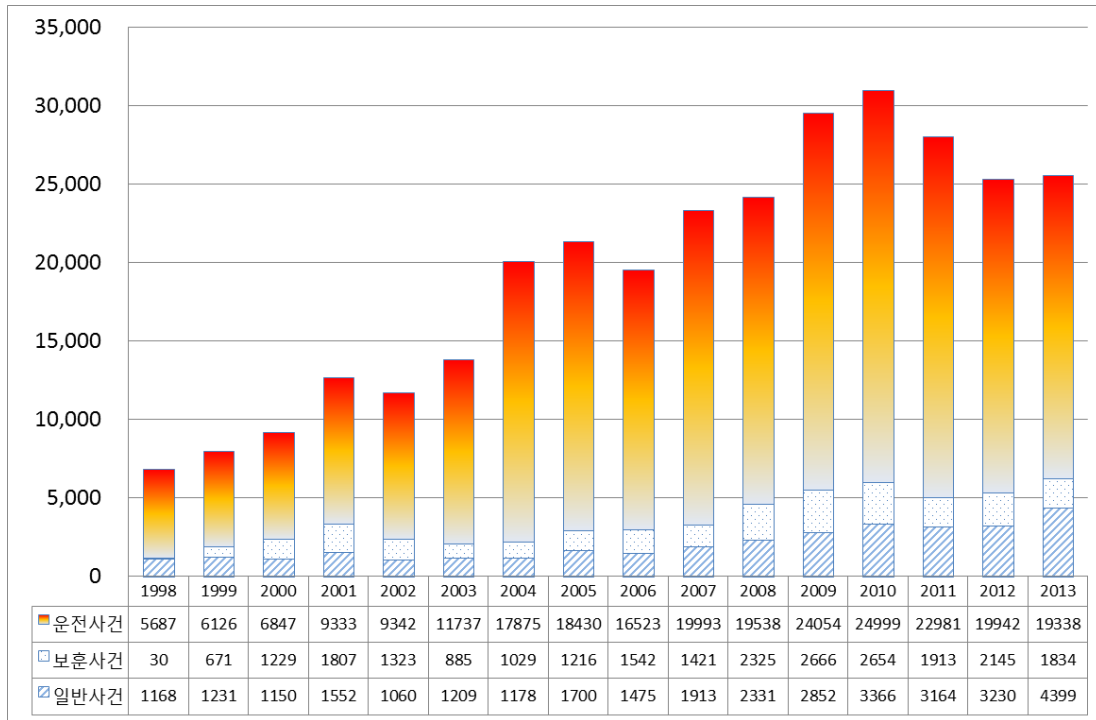
4. 제 4 기 (2010 년-현재) : 成長期(행정심판기능강화시기)

2010년 1월의제5차전면개정은, 이상과같이준사법절차화된행정심판의기능을
강화하는데초점이맞춰져있다. 즉, ①국무총리행정심판위원회의명칭을 ‘중앙행정
심판위원회’로변경하고, 중앙행정심판위원회의시·도행정심판위원회에대한조
사·지도권한을명시하였으며, 중앙행정심판위원회의상임위원을 4인이내로증원하
고, 소위원회(4인)와전문위원회제도를도입하는등행정심판의기능강화를위한조직
적측면에서의변화가있었다. ②그리고행정심판법에따른행정심판을갈음하는특별한
행정불복절차를 “특별행정심판”으로정의한다음, 특별행정심판의여지를최소화하
였다. ③그밖에일반적인행정심판의기능도강화하였는데, 臨時處分, 직접처분등을
통한권리구제기능의실질화, 온라인행정심판청구와같은국민의편익증진등이이에해
당한다.

그리고이러한행정심판기능강화를위한법률개정에발맞추어, 중앙행정심판위원
회, 각종특별행정심판위원회및시·도행정심판위원회는조직과인력의체계재구성,
행정심판정보화시스템구축등運營面에서의기능강화를지속적으로추진하고있다.

이시기는한국의행정심판이그간마련된준사법절차화의토양위에서권리구제기
능의내실화를다지면서안정적으로성장하는途上에있는시기라고평가할수있다. 다른
한편, 준사법절차화를수행한 ‘行政審判’과자기통제기능을꾸준히수행하고있는 ‘기
타行政不服制度’간의경계를, 뒤에서보는바와같이특별행정심판의개념을정의하는
규정을통해명확히하여 ‘권리구제’와 ‘자기통제’의조화를도모하고있다는평가도가
능할것이다.

‘사법절차준용’이라는헌법적요청을잘수행해온한국의행정심판은국민적호응을 통해그존재의의를입증하였다고도볼수있으나(아래그래프참조), 이제는경쟁적인행정불복제도로써 ‘사법절차그자체’인행정소송과의사이에서, 그리고자신의본향인행정절차의영역에서행정의자기통제기능을수행하고있는기타행정불복절차와의사이에서, 자신의존재의의를부각시키지않으면쇠퇴의길을걸을수도있는중대한시점에 이르렀다고할것이다.



[중앙행정심판위원회의사건유형별심판청구건수(1998년~2013년)]¹

III. 比較法的考察

1. 미국의행정심판제도개관

미국은 1946년연방행정절차법(Administrative Procedure Act)을제정하여행정작용의적법성을보장하고있다. 미국연방행정절차법²은주로 ‘행정입법절차’(rulemaking)와한국의행정처분절차에해당하는 ‘결정절차’(adjudication)를중심으로구성되어있는데, 미국의행정불복절차는대부분행정절차의 ‘결정절차’(adjudication) 속에편입되어있다. 즉, 미국의행정절차는행정기관의일차적인결정에대하여청문권을주장하

¹이 그래프는 국민권익백서의 통계 수치를 바탕으로 필자가 작성한 것이다. 2010년 개정 행정심판법에 의해 국무총리행정심판위원회가 중앙행정심판위원회로 명칭이 변경되었으므로 2009년까지의 통계는 국무총리행정심판위원회의 것이다.

²미국 연방행정절차법은 1967년 미국법전(U.S.code)에 편입되어 형식적으로는 단행법전으로 존재하지 않지만, 미국법전에 편입된 행정절차조항을 현재에도 행정절차법이라고 부르고 있다. 김남철, 행정심판과 행정절차제도와외 조화방안- 특히 이의신청절차와 행정심판과의 조화방안 모색을 중심으로 -부산대학교 법학연구 제 53권 제 4호, 2012. 11., 109쪽.

는 시민에 대해 개시된다는 점에서 행정심판적인 성격도 아울러 가지고 있다고 할 수 있다. 다만 행정심판의 구체적인 모습은 연방과 주에 따라서, 그리고 각 행정기관에 따라서 상이한 형태로 나타난다. 미국 연방 행정절차법 제 704 조에서 행정청 내부에서 허용되는 모든 절차를 거친 후에 행정소송을 제기할 수 있도록 한 것은 행정심판 전치주의에 상응하는 것이라는 평가를 받기도 한다.

2. 영국의 행정심판제도 개관

영국의 행정심판(administrative appeal; administrative justice)은 광의의 행정절차에 포함된다.

종래 영국에는 조세, 재산권, 산업재해, 보건, 사회복지 등 각 행정영역마다 해당 행정심판소가 설치되어 운영되었다. 영국에서는 행정심판이 행정절차가 아니라 司法節次의 일종으로 파악되기 때문에, 개별법상 행정심판이 규정되어 있는 경우에는 반드시 행정심판을 거쳐야 하고¹, 그 재결에 대한 불복은 행정청의 행위에 대한 사법심사로서의 행정소송이 아니라, 일반적으로 제 1 심재판에 대한 ‘항소’를 의미하는 ‘appeal’(행정심판 불복소송)로써 이루어지는 것이다².

그러한 영국의 행정심판은 2007년에는 행정심판사건의 증대와 효율적이고 통일적인 권리구제의 필요성에 따른 개혁을 통해 종래의 개별 행정심판소들을 ‘제 1 심 행정심판소’(First-tier Tribunal)와 ‘상급 행정심판소’(Upper Tribunal)의 이원적 체계로 재편하였다. 제 1 심 행정심판소는 행정기관의 처분에 대한 심사를 담당하고, 제 1 심 행정심판소의 재결에 불복하는 때에는 상급 행정심판소에 항고(appeal)할 수 있으며, 상급 행정심판소의 결정에 불복할 때에는 항소법원(Court of Appeals)에 소송을 제기할 수 있다.

영국 행정심판의 특징은 독립적, 準司法的, 쟁송절차적 성격이 강하고, 법원의 재판 부담을 상당부분 경감시키는 역할을 하고 있다는 점에 있다³.

3. 독일의 행정심판제도 개관

독일의 행정심판(Widerspruch)⁴은 취소소송과 처분의 발급을 구하는 의무이행소송

¹영국의 행정심판은 원칙적 임의절차인데, 상당히 많은 개별행정결정에 대하여 개별법상 행정심판이 규정되어 있기 때문에, 사실상 - 개별 행정결정에 대한 - 행정심판 전치주의가 지배하고 있다고 말할 수 있다고 한다. 박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 국민권익위원회 행정심판 제도 발전방향 세미나 자료집, 2011.11, 8 쪽.

²박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 국민권익위원회 행정심판 제도 발전방향 세미나 자료집, 2011.11, 8 쪽.

³김광수, 영국 행정심판 제도의 운영현황, 공법연구 제 38 집 제 4 호, 2010. 6, 172 쪽 이하 참조.

⁴ ‘Widerspruch’를 보통 ‘행정심판’이라고 번역하지만, 행정심판에 대하여는 별도의 행정심판위원회와 같은 기구가 규정되어 있지 않고 이를 판단하는 재결청만을 규정하고 있으며, 이 경우 재결청도 적근상급행정청(예외적으로는 처분청)이 재결하도록 되어 있는 점(독일 행정재판소법 제 73 조)에서, 한국의 행정심판과 동일하다고는 할 수 없다. 이런 이유로 차라리 한국의 개별 법률에서 규정하고 있는 이의신청으로 해석하는 것이 더욱 적합하다고 보는 견해도 있다. 예를 들어, 이종영, 독일의 행정심판 제도, 중앙법학 제 4 집 제 3 호, 중앙법학회, 2003, 29 쪽; 김남철, 전개논문, 111 쪽.

을제기하기전에는반드시거쳐야하는필요적전치절차로규정되어있다는점에서매우 중요하다. 또한행정심판이제기되면원칙적으로처분의효력이정지되는효력을발휘하는점에서개인의권리구제를위한강력한수단이될수있다.

하지만독일의권리보호는독립한법원중심체계로되어있기때문에현재로서는행정심판의중요성은약화되어있다고할수있다. 행정심판에관해서일반적인내용을담은별도의규율은존재하지않고, 행정소송법과행정절차법에서일부분씩규정되어있는점은독일행정심판의위상을잘보여준다. 이는기본법에서행정심판에관한규정을별도로두지않은상황과맥락을같이한다.

4. 日本의行政審判制度概觀

일본의개정전행정불복심사법¹에규정된불복신청의종류로는, ①처분청에대하여하는이의신청, ②처분청이외의행정청(상급행정청이나법률이정한기관)에대하여하는심사청구, ③심사청구결과에다시불복하는재심사청구가있었다. 이러한불복절차는임의절차화, 낮은인용율등과맞물려국민의권리구제수단으로서의위상이높지못하다는평가를받았는데², 그간활발한개정논의³를거쳐그제정이후 50여년만인지난 2014년 6월에드디어개정되었다. 그개정의방향은공정성을높이고편리한이용을가능케하며권리구제기능의충실·확대하는데있다.

개정의주요내용으로는아래그림에서보듯이①공평한심리를위해신분보장의독립성이높은審理員제도를도입한점, ②행정불복심사회와같은제3자기관에의자문절차를도입한점, ③이의신청절차를폐지하고심사청구로일원화한점등을꼽을수있다⁴.

한편, 행정위원회등독립성·중립성이높은기관이심판절차에서드러난증거에기초하여엄격한사실인정의구조, 공개의구두심리절차, 처분청과신청인의대심구조를포함한준사법절차를이용하여심사를행하는행정심판제도를개별법에두는경우가있으나, 그수는많지않다. 이경우의 “행정심판”이라는용어는각개별법에서개별로형성된구조의공통적요소를나타내려고하는학술상의용어법이다⁵.

¹일본은 종전의 소원법을 행정불복심사법으로 대체하면서 소원전치주의를 임의적 선택주의로, 열기주의를 개괄주의로 전환하였다.

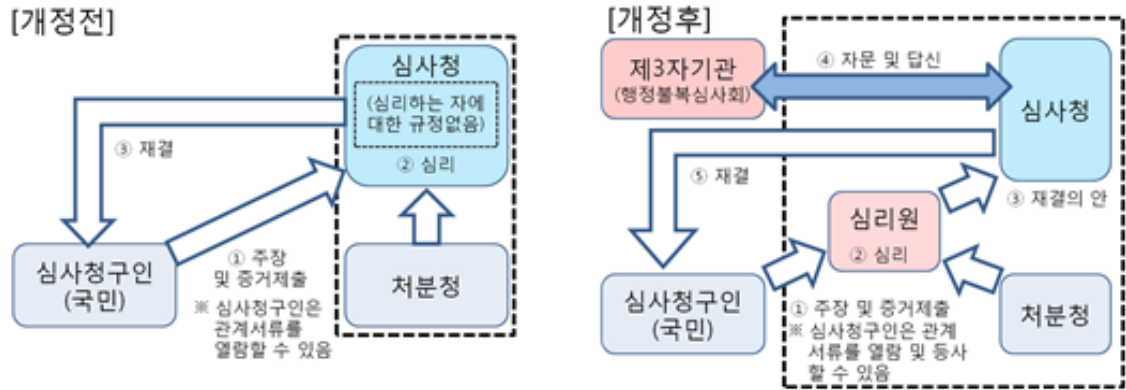
²국민권익위원회, 행정심판·행정소송·행정절차 제도의 조화방안 연구, 2012, 65 쪽.

³개정논의에 관한 자세한 내용은 조연팔, 일본 행정불복심사법개정(안)과 그 시사점, 공법학연구제 9 권 제 3 호, 2008, 424 쪽 이하 참조.

⁴행정불복심사법의 개정에 관한 자세한 내용은 일본 총무성 홈페이지 참조.

http://www.soumu.go.jp/main_content/000297540.pdf.

⁵국민권익위원회, 행정심판 체계 정비방안에 관한 연구, 2013, 41 쪽.



[일본행정불복심사법개정(2014년 6월) 전후의비교]

5. 中國의行政審判制度概觀

중국의행정심판(‘行政復議’¹)은 1991년에서행된행정심판조례(行政復議條例)에서 도입되어 1999년정식입법인행정심판법(行政復議法)을통해그법적근거를갖추면서현재에이르고있다.

중국의행정심판은해당행정행위를한기관의상위기관이행정심판을담당하는것이일반적이고, 상급심판제도, 서면심사제도, 행정심판기간중집행의지속등을그주요내용으로한다. 행정소송과의관계에서는기본적으로는자유선택주의이지만개별법의규정에의하여행정심판을반드시거쳐야하는경우도있다.

중국의행정심판에서는, 절차의지연을막기위해기한에관한규정들을매우세밀하고명확하게규정하였다는점과복잡한행정기관사이의관할의문제들역시명확히하였다는점이특히주목된다.²다만, 행정심판을거친사건에서심판기관이원행정행위를유지한경우원행정행위의처분청이피고가되지만, 심판기관이원행정행위를변경한경우심판기관이피고가된다는행정소송법제 25 조제 2 항³으로인해심판기관은인용을회피하고, 신청인은행정심판제도를회피하게되는점이문제점으로지적되고있다⁴.

6. 臺灣의行政審判制度概觀

대만의행정심판으로는소원법에근거한소원제도가있는데, 원처분의상급기관(원처분기관이최상급기관인때에는원처분기관)을소원기관으로하는점과, 취소소송및의무부과소송과관련하여소원전치주의를취하고있는점이특징적이다⁵.

상세한내용은이번국제학술대회에서의張文郁타이베이대학교법학원장님의발표로갈음하기로한다.

¹중국어로 ‘복의’(復議; 復議)는 재의, 재심의를 의미한다. 고려대학교 민족문화연구원, 중한사전, 2008.

²법제처, 중국 행정심판 제도의 주요 내용, 20 쪽.

³第二十五条经复议的案件, 复议机关决定维持原具体行政行为的, 作出原具体行政行为的行政机关是被告; 复议机关改变原具体行政行为的, 复议机关是被告.

⁴呂錫偉, 行政復議制度的實施與展望, 東亞行政法學會, 第 8 屆國際學術大會資料集, 2008, 325 쪽.

⁵반면, 확인소송과 일반적 급부소송을 제기하는 때에는 소원을 경유할 필요가 없다.

7. 소결

외국의행정심판입법례는주로감독적통제의일환으로서행정절차의연장으로이루어지는것이지만, 영국의행정심판의경우처럼準司法的·쟁송절차적성격이강한입법례도존재한다. 특히후자의경우는한국의입법자가행정심판제도를형성함에있어서사하는바가크다고할것이다¹.

IV. 헌법상 “사법절차준용” 의의미

1. 헌법제 107 조제 3 항

헌법제 107 조제 3 항은 “재판의전심절차로서행정심판을할수있다. 행정심판의절차는법률로정하되, 사법절차가준용되어야한다.”고규정하고있다.

2. 헌법상制度保障으로서의행정심판제도

행정심판제도가국민의권리를구제하고행정의적법성·적정성을통제하는기능을수행한다는점만놓고보더라도, 그것이국민의삶과국가의존속에필요한제도라는점에다언을요하지않을것이다. 이와같이국민의삶과국가의존속에필요한제도는헌법적수준에서창설되어보장되는것과법률적수준에서창설되어보장되는것이있다². 행정심판은헌법제 107 조제 3 항에비추어볼때전자, 즉헌법적수준에서보장되는 ‘제도보장’에해당한다.

제도보장은객관적제도를헌법에규정하여당해제도의본질을유지하려는것으로서헌법제정권자가특히중요하고도가치가있다고인정되고헌법적으로도보장할필요가있다고생각하는국가제도를헌법에규정함으로써장래의법발전, 법형성의방침과범주를미리규율하려는데있다³. 비록행정심판제도가헌법에규정된실제적이유가소원법의위헌시비를잠재우기위한것이었다고하더라도, 그런이유만으로는헌법에규정된행정심판제도의헌법적효력을부정할수없음은분명하다. 오히려헌법개정권자가행정심판제도를특히중요하고도가치있고헌법적으로도보장할필요가있다고본것이라할것이다.

그런데기본권보장은 “최대한보장의원칙” 이적용됨에반하여, 제도보장은그본질적내용을침해하지아니하는범위안에서입법자에게제도의구체적내용과형태의형성권을폭넓게인정한다는의미에서 “최소한보장의원칙” 이적용될뿐인것인데⁴, 이

¹그 대표적인 예로, 박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 국민권익위원회 행정심판 제도 발전방향 세미나 자료집, 2011.11, 10 쪽.

²정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2013, 302 쪽.

³헌재 1997. 4. 24. 95 헌바 48.

⁴헌재 1997. 4. 24. 95 헌바 48. 이에 대해 획일적인 이분법으로 설명하는 것은 문제가 있는 논리라는 비판이 있다(허영, 한국헌법론, 박영사, 2013, 236 쪽). 필자의 사건으로도 그러한 비판론이 타당하다고 생각하지만, 제도보장을 기본권의 양면성에서 도출하고 또 제도보장의 유형에 따라 주관적 권리와

런점에서보면헌법에서정하고있는행정심판제도의본질과내용이충분히보장되는범위내에서라면행정심판제도를어떤내용과형태로디자인(형성)할것인가하는점에는입법자에게광범위한입법형성의자유가부여된다고할것이다.

(이에대해, 혹자는헌법제 107 조제 3 항의문언중 “행정심판의절차는법률로정하되” 라는부분만떼어서본 나머지, 단지행정심판의 ‘구체적절차’만을법률로정할수있을뿐행정심판제도자체는법률로정할수없는것이라주장할지도모르나, (1) 근본적으로는이러한주장은 ‘최대한의보장’을요청하는기본권보장과는달리 ‘최소한의보장’을의미하는제도보장의의미에전혀부합되지않을뿐만아니라, (2) 실질적의미에서의행정심판은그자체가 ‘절차’일수밖에없고위헌법규정도 “재판의전심절차” 라고하여행정심판은그자체가 ‘절차’임을전제로하고있으며헌법재판소도행정심판은그개념상 ‘절차’임을밝히고있으므로, 행정심판의절차를법률로정한다는의미를오로지행정심판의구체적절차만을법률로정한다는의미로는도저히볼수없을것이다.)

3. 헌법상 “행정심판” 의의미

헌법제 107 조제 3 항은행정심판을제도로서보장하고있지만, 행정심판의개념에대해서는아무런규정을두고있지않다. 따라서헌법제 107 조제 3 항에서보장하고있는행정심판제도의의미를파악하기위해서는먼저행정심판의개념부터파악할필요가있다.

이와관련하여헌법재판소는 “행정심판이라함은행정청의위법·부당한처분또는부작위에대한불복에대하여행정기관이심판하는행정쟁송절차를말한다.”고판시하였다¹. 하지만헌법재판소가밝히고있는이러한행정심판의개념이과연헌법제 107 조제 3 항에서말하는행정심판의개념인지는의문이야닐수없다.

우선행정청의다양한행위형식중 “처분또는부작위” 만을행정심판의대상으로삼게되면그이외의행정작용을대상으로하는경우는애당초행정심판의개념에포섭되지않으므로지나치게그범위가협소하다. 또한예를들여, 고충민원은그것이실질적의미의행정심판에포함되는것으로볼수있는데, 고충민원의심사기준은 “위법·부당” 만이아니라 ‘신청인의주장이상당한이유가있는경우’까지포함한다²는점에서보면, “위법·부당” 만으로불복이유를한정하는것도한지나치게협소하다. 이와같이헌법상행정심판의개념을과도하게좁게잡는것은헌법이수행해야하는기능에비추어볼때도저히납득하기어렵다. 헌법재판소에서판시한위와같은개념은헌법적차원에서헌법상용어에대해내린定義가아니라, 현행법률상의행정심판을염두에둔것이거나, 행정

객관적 질서로서의 내용에 강약의 차이가 있을 뿐이라고 보더라도, 제도의 구체적 내용 형성에 관한 입법자의 형성의 자유라는 측면에서 제도보장론을 고찰하는 이 글에서는 어떤 입장에서 서든 구체적인 결론상 차이를 가져오지는 않으므로, 그에 관한 자세한 논의는 생략한다.

¹헌재 2002. 10. 31. 2001 헌바 40.

²박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 국민권익위원회 행정심판 제도 발전방향 세미나 자료집, 2011.11, 14 쪽.

법학계에서 실정법적 차원에서 정의된 개념을 만연히 차용한 것이 아닌가 하는 의심마저 든다. 헌법상의 용어는 일단 실정법률의 규율 내용과는 분리하여 헌법적 관점에서 파악되어야 한다는 점에서 보면, 헌법에서 제도로서 보장한 “행정심판”의 개념은 먼저 ‘제도 보장’이라는 관점에서 파악되어야 한다.

헌법상 ‘제도 보장’의 관점에서 행정심판의 개념을 파악하기 위해서는 ‘실질적 의미’와 ‘형식적 의미’라는 개념 구분법이 유용하다. 특정한 실정법 제도에 의하여 인식되는 행정심판을 ‘형식적 의미의 행정심판’이라 부른다면, 특정한 실정법 제도와 관계없이 이론적인 관점에서 파악된 행정심판을 ‘실질적 의미의 행정심판’이라고 부를 수 있다¹.

헌법제 107 조제 3 항에서 말하는 “행정심판”이란 실정법률의 규율 내용과는 분리하여 헌법적 차원에서 파악되는 개념인 이상, 그것은 (법률상의 행정심판을 의미하는 것이 아니라) 이론적인 관점에서 파악된 실질적 의미의 행정심판을 의미한다.

한편, 실질적 의미의 행정심판이란 ‘행정상의 법률관계에 관한 다툼을 행정기관이 심리·판정하는 불복절차’를 총칭한다고 볼 수 있고², 헌법제 107 조제 3 항前文은 행정심판이 “재판의 전심절차” 일 것을 요구하고 있으므로, 결국 헌법제 107 조제 3 항에서 말하는 “행정심판”은 ‘행정상의 법률관계에 관한 다툼에 대한 불복절차’이고 ‘행정기관이 판단기관’이면서 ‘재판의 전심절차’ 일 것을 최소한의 개념 징표로 한다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 입법자는 이러한 개념 징표를 가진 행정심판 제도의 본질과 내용이 충분히 보장되는 범위 내에서는, 실질적 의미의 행정심판 중에서 어떤 범주의 것을 실정법률상의 행정심판으로 형성할 것인지, 그러한 범주의 행정심판의 내용과 형태를 구체적으로 어떻게 형성할 것인지를 정함에 있어서 광범위한 형성의 자유를 가지게 된다.

4. 헌법상 “사법절차 준용”의 의미

이상과 같은 제도 보장의 관점에서 보면, 헌법제 107 조제 3 항 후문이 “행정심판의 절차는 법률로 정하되, 사법절차가 준용되어야 한다.”고 한 의미는, 법률로써 실질적 의미의 행정심판 모두를 반드시 준사법절차로 형성하라는 의미가 아니라, 입법자는 실질적 의미의 행정심판의 범주, 내용, 형태를 구체적으로 형성함에 있어서 사법절차가 준용되는 범주의 행정심판을 반드시 두어야 한다(즉, 행정심판을 사법절차가 준용되지 않는 범주로만 형성하여서는 아니 된다)는 의미라고 할 것이다. 이때 사법절차가 준용되는 행정심판의 명칭이 반드시 “행정심판”이어야 하는 것은 아니지만, 사법절차가 준용되는 경우를 “행정심판”이라는 명칭으로 형성하는 것은 입법 형성권의 범위 내에 있는 것은 물론이거니와 혼동의 소지를 없앤다는 점에서 오히려 입법 기술상 바람직하다고 할 것이다.

¹ 행정심판을 실질적 의미의 행정심판과 형식적 의미의 행정심판으로 구별하는 견해로는, 정하중, 행정법개론, 법문사, 2012, 631-632 쪽.

² 이러한 의미의 행정심판은 실정법상으로 행정심판, 이의신청, 심사청구, 심판청구 등 여러 가지 용어로 제도화되어 있다.

5. 행정심판전치형태와의관계

행정심판을행정소송의필요적전심절차로할것인가아니면임의적전심절차로할것인가는입법정책의문제로서법률로정하기나름이다. 행정소송의제기에앞서행정심판을먼저거칠것을요구하는필요적행정심판전치주의를취하고있는국가들이있는가하면(예를들어, 독일), 행정심판을임의절차화한국가들도있다(예를들어, 한국, 중국, 대만, 일본, 프랑스등).

여기서행정심판에서사법절차를준용하여야한다는헌법적요청이전심절차의필요성/임의성여하에따라서상대화될수있는지여부에관하여살펴볼필요가있다. 왜냐하면헌법재판소는필요적전심절차와임의적전심절차를나누어, 전자의경우에는사법절차를준용하여야하지만, 후자의경우에는사법절차를준용할필요가없다¹고보고있기 때문이다.

하지만다음과같은이유에서이러한헌법재판소의입장은옳지않다고생각한다.

(1) 먼저, 헌법제 107 조제 3 항의문언부터살펴보면, 헌법제 107 조제 3 항은 “재판의전심절차로행정심판을할수있다. 행정심판의절차는법률로정하되, 사법절차가준용되어야한다.”고규정하였을뿐, 행정심판이필요적전심절차인때에만사법절차가준용된다고규정한바가전혀없다. 위규정에서의 “재판의전심절차”란재판을거치기전에거치는절차라는의미로서여기에필요적전심절차와임의적전심절차가모두포함된다는점에는의문의여지가없다고할것이다.

이상과같이헌법제 107 조제 3 항의문언만놓고보면, 행정심판이필요적전심절차인때에만사법절차가준용된다는해석이결코나올수없다.

(2) 그리고헌법제 107 조제 3 항前文이이와같이행정심판이전심절차일것을요구하는취지는, 만약입법자가행정심판을중심절차로규정하게되면정식재판의기회가배제되므로이를막고자하는데있다고할것인데, 이러한취지에서보더라도그後文에따라서법절차의준용이요구되는행정심판을필요적전심절차로한정해야할이유가없다.

(3) 다음으로, 헌법제 107 조제 3 항후문이행정심판에서사법절차를준용하도록하고있는취지를통해그와같은한정적해석을도출할수있는지살펴본다.

헌법재판소는사법절차준용의취지에관하여, “헌법제 107 조제 3 항제 2 문은 ‘결정절차의타당성이결정내용의타당성을확보해준다는대표적인예가바로사법절차이며, 사법절차가준용되지않는행정심판절차는그결정의타당성을담보할수없어, 사전적구제절차로서의기능을제대로이행할수없다’는것을밝히면서, 행정심판절차가불필요하고형식적인전심절차가되지않도록이를사법절차에준하는절차로서형성해야할의무를입법자에게부과하고있는것이다².”라고하여결정절차의타당성이결정내용의타당성을담보한다는점이위규정의취지임을밝히고있다. 다시말하자면, 헌법제 107 조제 3 항후문은사법절차에준하는객관성과공정성을갖춘행정심판절차의보장을통

¹헌재 2000.6.1. 98 헌바 8; 헌재 2001.6.28, 2000 헌바 30.

²헌재 2002. 10. 31. 2001 헌바 40.

하여행정심판제도의실효성을확보하고자하는취지의규정인것이다. 이러한취지는행정심판이임의적인것이든필요적인것이든상관없이타당하다.

따라서헌법제 107 조제 3 항후문의취지를살펴보더라도, 필요적전심절차인경우에만사법절차를준용하여야한다고해석할이유를찾을수없다.

(4) 그렇다면헌법재판소는왜위와같이한정적으로해석하고있는것일까? 헌법재판소는위와같이한정적으로해석하여야하는이유에대하여 “어떤행정심판절차에서법절차가준용되지않는다하더라도임의적전치제도로규정함에그치고있다면그러한행정심판을거치지아니하고곧바로행정소송을제기할수있는선택권이보장되어있기때문에위헌법조항에위반된다할수없다” 는점을제시하고있으므로이논거가타당한지에관하여본다.

필요적전치주의를취하는경우에는만약행정심판에공정성과객관성등사법절차의본질적인요소가배제된다면국민들에게무의미한권리구제절차를밟을것을강요하는것이되어국민의권리구제에있어서오히려장애요인으로작용할수있다는점에서헌법제 27 조에의해보호되는국민의재판청구권이침해되는문제가발생할수있다는점은수긍할수있다. 하지만헌법이그와같은침해를막기위한취지였다면필요적전치의경우에만사법절차준용을요구하는방식의규정을두었을것인데, 실제규정내용이전혀그러하지않다는점은이미본바와같다.

여기서헌법제 107 조제 3 항후문이행정심판에서법절차준용을요구한취지를되짚어볼필요가있다. 위헌법규정은국민의 ‘재판청구권을보장’하고자하는취지가아니라, 객관성·공정성을통해실효성있는 ‘행정심판제도’를도모하고자하는취지에서제정된것이다. 그렇다면필요적전치든임의적전치든가릴것이없다. 한마디로말해서, 위헌법조항의취지는국민의재판청구권이라는기본권을실효적으로보장하기위한것이아니라, 행정심판제도의실효성을도모하기위한것이다.

이런점에서보면, 헌법재판소가밝힌 “행정심판을거치지아니하고곧바로행정소송을제기할수있는선택권이보장되어있다” 는점은재판청구권에대한침해가발생되지않는이유에대한설명은될지언정행정심판제도의실효성을위해요구되는사법절차준용을면제할이유는될수없다.

(5) 마지막으로, 객관성·공정성의보장없이행정심판을필요적전치로규정하였던구소원법시대의폐단으로인해위헌법규정이신설된것이라고하는입법배경의관점에서위와같이한정적으로해석할근거를찾을수있는가?

구소원법시대의폐단은한마디로 ‘객관성·공정성결여’와 ‘필요적전치’의결합에의해발생하였던현상이므로, 이를막기위해서헌법규정을신설할경우에는①필요적전치의경우에는객관성·공정성을갖추도록하는방안과②필요적이든임의적이든불문하고객관성·공정성을갖추도록하는방안과③객관성·공정성이갖추어져있건결여하였건간에임의적전치로규정하는방안을생각할수있을것인데, 위와같이신설된헌법규정의규정내용에비추어보면헌법개정권자는그중②의방안을선택한것이라고할것이다.

그럼에도위①과같이해석하는것은위헌법개정당시로돌아가위①의방안을선택

하는 쪽으로 헌법 재판소 스스로가 헌법 개정권을 행사하는 것이거나 마찬가지가 된다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 위헌법규정의 신설 배경의 관점에서 도 그와 같은 한정적 해석의 이 유를 발견할 수 없다.

(6) 정리하자면, 사법절차에 준하는 객관성과 공정성을 통하여 행정심판제도의 실효성을 확보하고자 하는 취지에서, 행정심판에는 (그 전치가 임의적이든 필요적이든 불문하고) 사법절차를 준용하도록 한 것이 헌법 제 107 조 제 3 항의 취지이다. 따라서 필요적 전심절차에 한하여 사법절차를 준용한다고 해석하는 것은 이미 헌법 해석의 한계를 벗어난 것이라 아니할 수 없다.

결론적으로, 행정심판 전치가 임의적인 경우이든 필요적인 경우이든 상관없이 행정심판에는 사법절차가 준용되어야 한다¹.

V. 한국 행정심판제도의 구조

1. 실질적 의미의 행정심판의 두 가지 형태

제도보장의 관점에서 한국의 현행 법률이 실질적 의미의 행정심판에 관한 제도를 어떤 내용과 형태로 형성했는지를 살펴보면, 다음과 같이 실질적 행정심판의 유형을 크게 ‘(형식적 의미의) 행정심판’과 ‘기타 행정불복절차’로 나눌 수 있을 것으로 본다. 이 경우 가장 중요한 요소는 헌법 제 107 조 제 3 항에 의한 “사법절차 준용”이며, 위와 같이 나누는 실익은 행정불복제도의 입법론 관점, 위헌심사기준의 관점, 행정소송과의 관계 설정, 행정절차와의 관계 설정, 행정불복제도의 정비 방향 설정 등 행정불복제도의 전반에 걸친 제반문제를 해결함에 있어 유용한 분석의 틀 내지는 분석의 기준을 제시할 수 있을 것이라는 점에 있다.

(1) (형식적 의미의) 행정심판

한국의 입법자는 행정심판 절차를 통하여 행정청의 위법 또는 부당한 처분이나 부작위로 침해된 국민의 권리 또는 이익을 구제하고, 아울러 행정의 적정한 운영을 꾀함을 목적으로 행정심판법을 제정하였다(제 1 조 참조). 심판의 대상과 관련하여 개괄주의를 규정하는 행정심판법 제 3 조 제 1 항² 및 특례에 관한 규정인 동법 제 4 조 제 1 항, 제 2 항³에 비

¹같은 취지로는 전광석, 한국헌법론, 집현재, 2014, 751 쪽 참조. 전광석 교수는 “임의적인 전심절차의 경우에도 불복의 경우 행정소송을 제기할 수 있다는 유보 하에 개인의 법적 지위에 영향을 미친다는 점에서 필요적 전심절차와 차이가 없다. 따라서 헌법재판소의 위와 같은 분류와 이에 따른 헌법적 평가는 타당하지 않다”고 주장하는바, 표현은 달라도 논지는 같은 것으로 보인다.

²제 3 조(행정심판의 대상) ① 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 이 법에 따라 행정심판을 청구할 수 있다.

³제 4 조(특별행정심판 등) ① 사안(事案)의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우 외에는 이 법에 따른 행정심판을 갈음하는 특별한 행정불복절차(이하 "특별행정심판"이라 한다)나 이 법에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 다른 법률로 정할 수 없다.

② 다른 법률에서 특별행정심판이나 이 법에 따른 행정심판 절차에 대한 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 법에서 정하는 바에 따른다.

추어볼때, 행정심판법은 행정심판에 관한 일반법이다¹. 따라서 행정심판에 관한 일반법인 행정심판법에 따른 행정심판을 ‘일반행정심판’으로 부를 수 있다.

그런데 행정심판법이 외의 개별법에서, 일반법인 행정심판법에 따른 행정심판, 즉 일반행정심판을 갈음하는 특별한 행정불복절차를 두는 경우가 있는데, 이를 ‘특별행정심판’이라고 한다(행정심판법제 4 조제 1 항). 특별행정심판은 그 개념상 일반행정심판을 갈음하는 경우에 국한된다. 이러한 특별행정심판은 사안의 전문성과 특수성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우 외에는 다른 법률로 규정할 수 없고, 다른 법률에서 특별행정심판을 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 행정심판법에서 정하는 바에 따르며, 관계 행정기관의 장이 특별행정심판을 신설하거나 변경하는 법령을 제정·개정할 때에는 미리 중앙행정심판위원회와 협의하여야 한다(행정심판법제 4 조).

한국의 입법자가 헌법제 107 조제 3 항의 행정심판을 법률에 의해 형식적 의미의 행정심판으로 형성한 것은 여기까지이다. 즉, 입법자는 실질적 의미의 행정심판 중 사법절차의 준용이 요구되는 것들을 이를 (일반 또는 특별) 행정심판으로 구성한 것으로 볼 수 있다.

이 글에서는 행정심판법에 따른 행정심판인 ‘일반행정심판’과 일반행정심판을 갈음하는 행정불복절차인 ‘특별행정심판’을 합쳐서 ‘형식적 의미의 행정심판’ 또는 (수식어 없이) ‘행정심판’이라고 부르기로 한다. 이것은 한국 실정법상의 행정심판에 해당한다.

(2) 기타 행정불복절차(사후적 행정절차)

한편, 실질적 의미의 행정심판 중 형식적 의미의 행정심판(일반행정심판과 특별행정심판)을 제외 한 나머지 행정불복제도들을 총칭하여 ‘기타 행정불복절차’ 또는 ‘기타 불복절차’라고 부르기로 한다. 예컨대, 이의신청, 고충민원 등이 이에 해당한다.

이러한 기타 행정불복절차에는 행정심판과는 달리 사법절차가 준용되지 않으므로 준사법적·행정쟁송적 성격이 약하다. 이 절차는 청문 등 사전적 행정절차를 거친 제 1 차적 행정결정이 있은 뒤 사후적으로 거치는 절차로서 그 본질은 행정절차에 해당한다. 이런 의미에서 기타 행정불복절차를 경우에 따라서는 ‘사후적 행정절차’라고 부르기로 한다.

즉, 이들은 행정절차로서의 성격과 동시에 행정불복절차로서의 성격을 겸유하는 것이므로, 행정절차적 시각에서 볼 때는 ‘사후적 행정절차’로 부를 수 있고, 행정불복절차적 시각에서 볼 때는 위에서 본 행정심판을 제외한 ‘기타 행정불복절차’로 부를 수 있는 것이다. 기본적으로는 양자의 성격 중 행정절차의 성격이 우선하는 것이므로, ‘사후적 행정절차’라는 용어를 쓰는 것이 보다 바람직하다고 할 수 있겠지만, 이 글은 행정불복제도를 주제로 삼고 있으므로 주로 ‘기타 행정불복절차’라는 용어를 사용하고자 한다.

2. 형식적 의미의 행정심판과 기타 행정불복절차의 차이점과 구별기준

¹ 그러나 행정심판법은 모든 종류의 행정심판을 규율하고 있는 것은 아니고, 단지 항고심판을 중심으로 규율하고 있다.

(1) 형식적의미의행정심판

한국의입법자는행정심판에관한일반법인행정심판법을사법절차가준용되는구조로형성하였고, 이로써일반행정심판은준사법절차화된행정심판법에따라행해짐으로써그것만으로도저절로일반행정심판에서사법절차가준용되게되었다.

한편, 입법자는일반행정심판을제외한나머지행정불복절차(실질적의미의행정심판)들중개별법에서일반행정심판에갈음하는특별한행정불복절차들을둔경우이를‘특별행정심판’으로구성하였다(행정심판법제4조). 이는개별법에서사법절차가준용되는일반행정심판에갈음하는특별한행정불복절차를규정하고있다면그역시사법절차가준용되는절차에해당할것으로볼수있다는점에착안한것이라할것이다.

특별행정심판은일반행정심판법과마찬가지로사법절차의준용이필요한행정심판에해당한다. 다만, 일반행정심판법은그것이기초한행정심판법상의행정심판절차가이미준사법절차로구성되어있으므로별다른문제가없지만, 개별법에서일반행정심판에갈음하는절차로구성된특별행정심판은일반행정심판을갈음함으로써사법절차준용을담보할수없게된관계로사법절차가준용되는절차인지여부에대한검증을필요로하게된다. 따라서그절차가판단기관의객관성과공정성, 대심적심리구조, 당사자의절차권보장이라고하는사법절차의요소를어느정도갖추고있는지여부가문제될수밖에없고, 만약사법절차준용의요구를충족하지못한경우에는헌법제 107 조제 3 항에반하여위헌이되며, 위헌법률심판을통한규범통제의대상이된다.

예를들어, 산업재해보상보험법이규정하고있는재심사청구제도는, 그에대한재결을행정소송법제 18 조를적용함에있어행정심판에대한재결로간주하도록규정되어있다. 이에대해헌법재판소는위재심사청구는대심주의구조에가깝도록배려되어있고, 증거조사신청권등당사자의절차적권리가상당히보장되어있으며재결의절차와방식, 재결의효력등의면에서도사법절차를준용하고있고, 재결기관인산업재해보상보험심사위원회의구성과운영에있어서심의·재결의독립성과공정성을객관적으로신뢰할수있다는이유로헌법제 107 조제 3 항에위반되지않는다고보았다¹.

반면, 지방세법이이의신청및심사청구라는 2 중의행정심판을거치지아니하고서는행정소송을제기하지못하도록하고있는사안에서헌법재판소는, 이러한이의신청및심사청구의심의·의결기관인지방세심의위원회는그구성과운영에있어서심의·의결의독립성과공정성을객관적으로신뢰할수있는토대를충분히갖추고있다고보여려운점, 이의신청및심사청구의심리절차에서사법절차적요소가매우미흡하고당사자의절차적권리보장의본질적요소가결여되어있다는점에서지방세법상의이의신청·심사청구제도는헌법제 107 조제 3 항에서요구하는 “사법절차준용” 의요청을외면하고있다고하여위헌으로보았다².

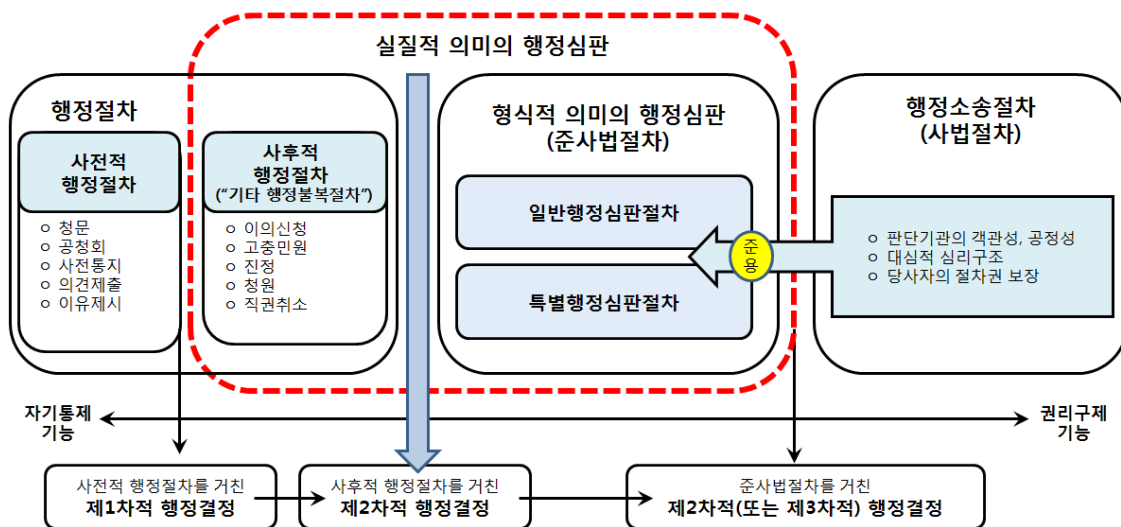
(2) 행정심판과기타행정불복절차의차이

¹헌재 2000.6.1. 98 헌바 8.

²헌재 2001.6.28.. 2000 헌바 30.

이상과같이행정심판에대하여는헌법제 107 조제 3 항에따라사법절차의준용이필요한반면, 기타행정불복절차에대하여는사법절차의준용이요구되지않는다는점에서양자는큰차이를보인다. 행정심판의경우에는헌법상사법절차가준용될것이요구되므로, 판단기관의객관성·공정성, 대심적심리구조, 당사자의절차권보장의요소를갖추었는지여부에대한판단이필요하다. 만약사법절차준용의요구를충족하지못한경우에는헌법제 107 조제 3 항에반하여위헌이되며, 위헌법률심판이나헌법소원에의한규범통제의대상이된다. 이에반해행정심판이외의기타행정불복절차의경우에는그것이사법절차를준용하는지여부를판단할필요가없다.

이와같이기타행정불복절차는사법절차가준용되지않는행정절차에해당하므로사법절차가준용되는행정심판에비해보다신속하고탄력적이며경제적인불복절차로서행정의자기통제기능을중점적으로수행하게된다. 이로써한국의입법자는행정불복제도를, 사법절차가준용되어주로권리구제기능을수행하는행정심판과, 행정절차의일환으로서주로자기통제기능을수행하는기타행정불복절차로양분하여구성함으로써, 실질적의미의행정심판이가지는권리구제기능과자기통제기능양자를조화시키고있다. 이를통해한국에서실질적의미의행정심판은한국의행정법상불복제도는행정절차와사법절차사이에서그일부(행정심판절차)는사법절차쪽에, 그다른일부(기타행정불복절차)는행정절차쪽에가깝게운영되면서, 행정절차와사법절차를이어주는역할을하고있다고할수있다.



[한국행정심판의구조론]

이런점에서산업재해보상보험법에관한헌법재판소의위결정(헌재 2000.6.1. 98헌바 8)은다음의점에서는문제가있다고하겠다. 위결정에서동법이규정하고있는 ‘재심사청구’ 제도가앞서소개한바와같이사법절차준용의요구를충족하여합헌이라는점에대해서는전적으로찬성한다. 하지만, 동법이규정하고있는 ‘심사청구’ 제도에대해서까지도사법절차준용여부를면밀히살펴본점은납득하기어렵고, 나아가그와같이살

펴본결과사법절차준용의요구를충족하였다는결론을내린것도한납득하기어렵다. 우선심사청구는재심사청구와는달리객관성·공정성을갖춘산업재해보상보험심사위원회가재결하는것이아니라처분청인근로복지공단이결정을하도록되어있어이를쟁송절차인행정심판을볼수는없고처분청이불복에대해심사·결정한다는점에서단지강학상 ‘이의신청’¹에해당할뿐이라고해야한다. 따라서기타불복절차에해당하는동법상의심사청구에대해서는사법절차의준용이요구되지않는다. 그럼에도여기에까지사법절차의준용을요구하여판단기관의객관성·공정성, 대심적심리구조, 당사자의절차권보장의요소들을갖출것을요구하는것은이의신청제도가가지는신속성을저해하여그효용성을상실하게한다. 뿐만아니라근로복지공단은그자신이처분청이자동시에판단기관이므로판단기관의객관성·공정성과는거리가멀다. 사법절차준용이요구되는경우라하더라도그준용의강도는사안마다다르다는점을심분고려한다고하더라도, 이런경우까지사법절차준용의요구를충족하였다고보는것은구체적타당성을위한고육지책이라는느낌을지울수없다. 만약이와같이본다면사법절차준용의요구를충족하지못한경우가어디있겠는가하는의문도생긴다. 그것은비록당해사안에서의구체적타당성이나정의에부합할지는모르나, 결국은사법절차준용여부를판단하는잣대를과도하게낮춤으로써대부분의행정심판이사법절차준용의요청을갖춘것으로보게될것이고, 이는헌법제 107 조제 3 항이행정심판에서사법절차준용을요구하는취지에반할뿐만아니라, 나아가행정심판을통한국민의권리구제를크게약화시키는결과가된다고할것이다.

이러한헌법재판소판례의태도는결국, ‘행정심판’과이의신청등 ‘기타행정불복절차’를구별하지못한데기인한것이라생각된다.

(3) 구별기준

행정심판과기타불복제도는이처럼뚜렷한차이를보이므로양자는명확하게구별되는것이바람직하다. 행정심판법은이를위해특별행정심판의정의규정을두고있는데, 이는양자를명확하게구별할수있는효과적인입법기술이라평가될수있을것이다.

이와는달리, 양자의구별기준으로, 기타불복제도가준사법절차가보장되는절차면행정심판에갈음하는절차이고그렇지않으면행정심판과무관한절차라고보는견해가있다². 하지만준사법절차가보장되어야할절차인지여부는입법자가행정불복제도를행정심판으로구성할것인지아니면기타불복제도로구성할것인지를선택함에있어서고려할사항일뿐이고, 입법자가일단준사법절차가보장되어야할절차가아니라고판단하여행정심판법에따른행정심판에갈음하는규정을두지않았다면, 그것은명백히행정심판에해당하지않는다. 따라서위와같은견해는주객이뒤바뀐것으로보인다. 뿐만아니라해당절차가행정심판인지아닌지판단함에있어서일일이준사법절차보장여부를판단하게하는것은행정심판여부에관한명확한기준을제시하지못하고불필요한혼

¹이의신청은 통상 처분청에 대하여 제기하는 처분에 대한 불복절차를 말한다. 박균성, 행정법강의, 612 쪽.

²박균성, 전거서 665 쪽 이하. 김남철, 전거논문, 119 쪽 등이 이러한 입장인 것으로 보인다.

란만 초래할 뿐이라 생각된다.

요컨대, 어떤 행정불복절차가 행정심판인지 아닌지에 관해서는 입법자가 어느 정도 명확한 기준을 부여하였으므로 그에 따라 판단하면 된다. 즉, ① 행정심판법에 따른 행정심판이거나 또는 ② 특별한 행정불복절차를 두어 행정심판법에 따른 행정심판을 갈음하는 취지의 규정을 둔 경우에만 행정심판에 해당하고, 그렇지 않은 경우는 행정심판이 아니다.

(4) 구별기준에 관한 구체적 고찰

구체적으로 살펴보면 다음과 같다.

해당 불복절차를 거친 이후에도 불복하고자 하는 경우 그 불복수단에 관하여 각 개별법에서는 다양한 방식으로 규정하고 있는바, 유형별로 보면, ① 행정심판에 갈음하도록 하는 명문의 규정을 둔 경우(예컨대, 개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 제 7 조)는 명백히 행정심판에 해당한다. ② 행정심판 또는 행정소송을 제기할 수 있다고 규정하는 경우(예컨대, 공공기관의 정보공개에 관한 법률 제 18 조)나, 행정심판을 청구할 수 있다고 규정하는 경우(예컨대, 공인회계사법 제 52 조의 3)는 명백히 행정심판에 해당하지 않는다. ③ 해당 불복절차를 행정소송의 필요적 전치절차로 규정하고 있는 경우(예컨대, 선박안전법 제 68 조)는 행정의 특수성을 인정하여 반드시 행정심판에 갈음하는 불복절차를 거쳐서 행정소송을 제기하도록 하는 경우라고 해석되므로 다소 불분명한 점이 있기는 하나 원칙적으로 행정심판에 해당한다고 보아야 할 것이다. ④ 문제는 행정소송을 제기할 수 있다는 규정은 있지만 행정심판을 청구할 수 있다는 규정은 없는 경우(예컨대, 지방자치법 제 140 조)인데, 이때는 부득이 그것이 행정심판에 갈음하도록 하는 취지인지를 해석에 의해 판단할 수밖에 없다. 이 경우 당해 불복절차를 인정하는 취지가 행정의 전문성·특수성을 위해 특히 필요하기 때문인지, 다시 행정심판을 허용하는 것이 개인의 권리구제나 행정에 대한 적법성 통제를 위해 필요한 것인지 아니면 오히려 신속한 권리구제에 반하게 되거나 단지 중복에 불과한 것인지 등을 고려하여 입법자의 의도를 추단할 수밖에 없을 것이나, 그럼에도 불구하고 불분명한 경우에는 권리구제의 요청에 따라 행정심판에 해당하지 않는다고 보아 다시 행정심판을 제기하는 것을 허용하는 것이 타당할 것이다. 입법론적으로는 이러한 해석의 도움이 필요없도록 위 ①의 경우처럼 행정심판 갈음 여부를 명확히 규정하는 것이 근본적인 해결 방법이 될 것이다.

VI. 한국 행정심판 제도의 정비 방향

한국의 행정심판법은 여러 차례의 개정을 통해 사법절차 준용을 강화하여 왔고, 이를 통해 헌법에서 명한 준사법절차화를 충실히 이행한 상황에서 현재는 행정심판의 내실화를 기하고 그 기능을 강화하는데 치중하고 있다.

하지만 그간 준사법절차화를 진행해 오면서 시행착오로 인한 문제점들이 노정되기도 하였고 준사법절차화를 위한 보다 세밀한 정비의 필요성이나 나타나기도 하였다. 이제 이러한 문제점들을 해결하고 행정심판 제도를 다시 한 단계 더 도약시켜야 할 시기에 이르렀

다.

필자는지금까지논한한국행정심판제도의구조론을바탕으로하여앞으로한국행정심판제도가나아가야할방향을다음과같이제시하고자한다.

첫째, 우선행정심판에있어서사법절차준용의수단들이제기능을발휘할수있도록보다세밀한정비작업이필요하다. 이것은한편으로는크고복잡한기계를들여온이후에는그에대한세밀한관리를필요로하는것과같은이유이고, 다른한편으로는지금까지준사법절차화를향해숨가쁘게달려온여정을마무리하기위한숨고르기의의미도가진다. 이작업을우선시하는이유는이작업이무엇보다도중요한시정방향이기때문인것이아니라, 크게어렵지않게당장실천해나갈수있는일이고단기간에가시적인효과를볼수도있기때문이다. 그작업들중에는행정소송법이개정될경우그에상응하게행정심판법을개정하는일도들어있다. 만약행정소송법이개정되어그에상응하도록행정심판법을개정할때에는행정절차법과의연계성도염두에둘필요가있다. 예를들어당사자소송의활성화방향으로행정소송법이개정되면, 그에상응하게행정심판법에당사자심판을도입하고, 다시이에맞추어행정절차법상당사자의지위확인이나급부이행요구절차를규정하는것등이다. 이러한개정작업은물론동시에이루어지는것이바람직하다.

그리고행정심판에서지금수준의준사법절차는이를그대로유지하는것이바람직하다. 한국행정심판의활성화를초래한일등공신이바로 “사법절차의준용” 라고해도과언이아닐것인데, 그점은지금도마찬가지이기때문이다. 사법절차의준용을통해확보하여야할객관성·공정성은한국행정심판의포기할수없는장점이다. 따라서일부견해의주장처럼사법절차의준용을현재수준에서후퇴시킬필요는없다고생각한다.

몇가지구체적인세부방안의예를들어본다. 현재시·도행정심판위원회운영현황을살펴보면, 법률상으로는시·도지사가위원장으로되어있으나실제로는기획조정실장등내부공무원이위원장역할을대행하는경우가많다. 판단기관의객관성·공정성을높여준사법절차를정비한다는관점에서본다면, 서울특별시행정심판위원회의경우처럼민간위원이위원장역할을대행하게하는방식으로위원회를운영하는것이바람직하다.

그리고행정심판이법원의재판이아닌이상반드시법원의운영방식과유사한방식을취할이유는없는것이지만, 오랫동안쌓여온사법절차운영의노하우는준사법절차를운영하는경우에많은시사점을줄수있다는점에서, 유용한운영방식이나시스템이라면그차용을주저할이유가없다. 예를들어, 행정심판위원회에법원의재판부처럼여러審判部를두어책임성, 전문성을보강하되, 공정한사건배당방식을도입하는것이좋은것이다. 심판부의운영방식여하에따라서는행정심판의신속성을도모하는데도움이될수도있다. 예를들어, 현재의실무처럼한위원이약 6 주정도마다심리에참석하던것을약 3 주마다참석하도록하고속행사건을같은주심위원에게맡겨심리기간을단축시킬수

있을 것이다. 심판부는 일반심판부와 전문심판부¹로 나누어 구성하고, 각 전문심판부에는 해당분야별로그분야의 전문가(예를 들어, 현재실무상문제되고 있는 장애등급 결정 관련 행정심판을 위한 보건·의료 전문가 등)를 행정심판위원 또는 자문위원으로 위촉할 필요가 있다.

또한 대심적 심리 구조에 충실하기 위해서는 구술 심리를 활성화할 필요가 있다. 2013년의 통계를 살펴보면, 구술 심리를 한번도 실시하지 않은 지역도 있는데, 제주도의 경우처럼 모든 사건에 대해 직권에 의해 구술 심리를 진행할 필요는 없다고 하더라도, 서울특별시의 경우처럼 구술 심리 신청에 대해서는 특별한 사정이 없는 한 모두 구술 심리를 진행하는 것이 바람직하다고 할 것이다².

둘째, 한국 행정심판의 정비를 위해 무엇보다도 중요한 것은, 경쟁 관계이자 ‘사법 절차 그 자체’인 행정소송과의 사이에서 자신의 존재의의를 부각시켜야 한다는 점이다. 사법 절차의 준용이 결코 사법 절차 그 자체가 될 수 없고 또 최대한 근접해야 하는 것도 아니다. 이제는 행정소송과는 다른 자신만의 독자적인 기능 영역을 확보하고 확장해 나가야 할 때이다.

그에 가장 부합하는 것이 바로 ‘부당’에 대한 심사권이다. 행정소송을 통해서는 ‘위법’만을 심사할 수 있을 뿐 ‘부당’에 대해서는 심사할 수 없기 때문이다. 그런데 현재로서는 행정심판에서 위법성이 부정됨에도 부당만을 이유로 인용 결정을 하는 예는 그리 많지 않은 것으로 보인다³. 하지만 이제는 부당의 활용도를 높이는 방안을 모색하는 것이 시급한 과제라 할 것이다.

행정소송에 비해 행정심판이 가지는 또 하나의 장점 중의 하나가 신속하고 경제적인다는 점이다. 행정심판의 경제성은 앞으로 더욱 계속 유지되어야 한다. 그리고 행정소송이라는 정식 구제 절차가 남아 있는 이상 행정심판은 보다 신속해지는 것이 좋다. 이것이 행정심판에 더 이상의 준사법 절차화가 바람직하지 않은 이유 중 하나이다. 이를 위해서는 행정심판위원의 수를 증원하고 행정심판을 지원하는 인력 및 예산을 확충하며, 로스쿨 제도를 활용하는 등 幹事陣의 사전 검토를 보강하고(예를 들어, 로스쿨 출신 신규 변호사의 활용, 로스쿨의 리걸 클리닉과의 연계 등), 사건 접수 후 위원에게 기록이 송부되는 시간을 최대한

¹참고로, 영국의 경우, 제 1 심 행정심판소에 ‘일반규제 심판부’(The General Regulatory Chamber), ‘건강·교육·사회복지 심판부’(Health, Education and Social Care Chamber), ‘이민·망명 심판부’(Immigration and Asylum Chamber), ‘사회보장 심판부’(Social Entitlement Chamber), ‘조세 심판부’(Tax Chamber), ‘전쟁연금·군보상 심판부’(War Pensions and Armed Forces Compensation Chamber) 등 6 개의 심판부가 있고, 상급 행정심판소에는 ‘항고 심판부’(Administrative Appeals Chamber), ‘이민·망명 심판부’(Immigration and Asylum Chamber), ‘토지 심판부’(Lands Chamber), ‘조세·공문서 심판부’(Tax and Chancery Chamber) 등 4 개의 심판부가 있다. <http://www.justice.gov.uk/about/hmcts/tribunals.htm> 참조.

²시·도 행정심판위원회의 경우, 구술 심리를 거친 사건의 인용률은 34.2%로, 전체 사건 인용률 33.4%보다 약간 높은 것으로 나타났다(권근상, 시·도 행정심판위원회의 행정심판 운영현황 및 개선방향, 행정소송법 및 행정심판법 개정의 주요 쟁점 : 국민권익위원회·한국행정법학회 공동 학술대회 자료집, 2014, 9 쪽에서 인용).

³오준근, 행정심판에 있어서의 부당판단에 관한 사례 연구, 공법학연구, 제 14 권 제 4 호, 2013. 203 쪽.

한단축하며(예를들어, 접수직후처리절차의신속화및퀵서비스를이용한배송따위) 기일전에직권조사를보다충실히하는시스템을통해기일의공전을막는방안등이효과적일수있을것으로보인다.

그리고행정심판은사법절차와는달리자기통제의기능을가지는데, 이제는자기통제기능이제대로작동하게하는데보다큰관심을가져야할때에이르렀다. 준사법절차화된현행행정심판제도를유지하면서도자기통제의기능을살릴수있는방안을강구하여야한다.

예를들어, 실무상행정심판위원회회의에는내부국장등이참여하는경우가많고이를부정적인시각에서보는견해도있지만, 처분청이당사자로됨으로써약화된행정의자기통제를보완한다는측면과, 대심적심리구조내지변론주의로인해발생할수있는공익침해를방지한다는측면에서보면, 오히려바람직하다고본다. 다만공무원이위원으로되는비율에대해서는심판기관의객관성확보차원에서신중한접근이필요할것이다.

그리고행정심판의기각재결에대해서는청구인이취소소송을통해구제받을수있는길이열려있으나, 인용재결에대해서는피청구인은취소소송을제기할수없다는것이통설, 판례이다. 앞서본바와같이행정심판의준사법절차화로인하여처분청과감독청이당사자의지위로전환된마당에, 비록헌법재판소에권한쟁의심판을청구할수있는예외적인상황이생길수는있다고하더라도, 행정심판의인용재결에대한불복의기회가거의대부분봉쇄된다는점은행정심판의준사법절차화에역행된다고볼수도있다¹. 뿐만아니라행정심판에는법원에서와같은면밀한증거조사나심리없이통상 1 회의심리기일로종결되는상황에서인용재결에대해불복의길을막는것은경우에따라서는중대한공익상의손상을초래할우려도있다. 그렇다고하여만약인용재결에대해피청구인으로하여금법원에취소소송을제기할수있도록한다면그것은이론적인측면에서는물론이거니와실무적으로도행정심판이가지는신속하고경제적인구제방법이라는장점을희석시키는점에서문제가있다고할것이다. 이에대해 2007 년영국의개혁을모범삼아, 중앙행정심판위원회에 ‘항고심판부’를설치하여피청구인(처분청)으로하여금불복할수있는기회를부여하자는견해²가있는바, 효과적인개선방안이라생각된다. 현재의시·도행정심판위원회간의인용율의편차³등의문제도이로써상당히해소될수있을것이다. 다만, 불복제도를구성함에있어서는가급적이면불복기간을짧게하는것이중요하

¹박정훈 교수는 헌법적 요청에 위반되는 것이라는 강한 의문이 강하게 제기된다고 한다. 박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 국민권익위원회 행정심판 제도 발전방향 세미나 자료집, 2011.11, 13 쪽.

²박정훈, 상계논문, 13 쪽 등.

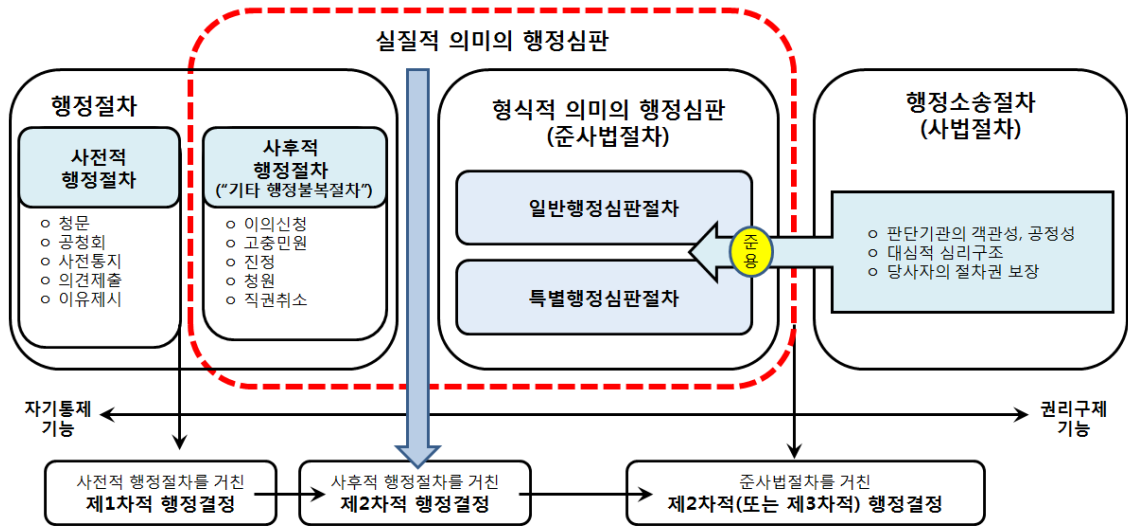
³2010 년 시·도행정심판위원회의 지역별 최고 인용률과 최저 인용률의 차이가 무려 50.2%p 였다. 최근(2013 년)에는 다소 줄어 37.8%p(울산 58.3%, 강원 20.5%)가 되었으나 여전히 과도한 차이라 할 것이다. 이러한 지역간 인용률 편차는 특히 시·도행정심판 사건 중 가장 큰 비중을 차지하고 있는 식품위생 분야에서 두드러진다. 예를 들어, 식품위생업자가 청소년에게 술을 판매하여 영업정지된 경우, 거의 같은 사안이라도 행정심판에서 감경될 확률이 울산이 강원도보다 몇 배나 더 높다. 결국 영업자의 경제적 손실과 청소년보호 중 어떤 쪽을 더 중시할 것인가 라는 가치관의 차이 및 각 위원회별로 누적된 재결례의 차이가 이러한 지역간 편차의 원인이 된 것으로 보인다.

다고 생각한다. 그리고 심리에 걸리는 기간을 최소화하면서 운영을 원활히 하기 위해 인원 및 예산을 확충하는 것이 행정심판의 활용도를 높이는 길이라 생각한다. 요컨대, 인용재결에 대한 불복제도를 두되, 구체적 타당성보다는 신속성보다 중점을 두는 것이 바람직하다고 본다.

셋째, 기타 행정 불복 절차는 행정 소송 절차가 아니라 (사후적) 행정 절차에 해당함은 앞서 본 바와 같다. 기타 행정 불복 절차는 청문 등 사전적 행정 절차를 거친 제 1 차적 행정 결정에 대한 자기 통제에 초점이 맞춰져야 한다. 여기서는 준사법 절차라는 무거운 장비가 아니라 빠르고 가벼운 장비가 필요하다. 개별법에 있는 수많은 기타 행정 불복 절차 중 특별 행정심판에 해당하는 것들은 행정심판의 영역으로 보내고, 복잡하고 혼란스럽게 산재해 있는 절차들을 최대한 단순화하면서 동시에 불복길 찾기 안내제도와 같이 국민들이 보다 쉽게 불복 방법을 찾을 수 있도록 하는 장치를 두는 것이 바람직하다. 모든 기타 행정 불복 절차에 대해 행정심판의 길을 열어 주되, 제 1 차적 행정 결정 후 최대한 짧은 기간 내에 종결되도록 설계하는 것과, 특히 그러한 절차를 밟는 동안 행정심판 청구 기간이나 행정 소송 제기 기간이 진행되지 않도록 하는 입법 조치가 반드시 필요하다. 기타 행정 불복 절차에 대한 정비는 이를 행정심판법에서 해야 한다는 주장이 있으나, 그 본질상 행정 절차법에서 하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

한편, 행정심판과 기타 행정 불복 절차를 통합하려는 시도는 마치 서로 반대 방향으로 가는 소두마리를 한 줄로 묶는 것과 다름 없는 것이라 생각한다. 예를 들어, 행정심판과 고충민원이 현재 모두 국민권익위원회의 소관이라는 이유로 양자를 통합하려는 시도에는 찬성하지 않는다. 물론, 행정심판과 기타 행정 불복 절차의 상호연계성을 부정하고 그 연결고리를 끊어야 한다는 의미는 아니므로, 예컨대 행정심판과 고충민원의 창구를 단일화하고 안내제도를 통해 국민의 편의를 도모하거나, 행정심판에서 대상적격, 청구인적격 등을 갖추지 못해 각하된 사건은 청구인의 간단한 사전 동의를 통해 고충민원 사건으로 자동 전환되게 하는 등의 방안은 적절하고 또 필요하다고 할 것이다. 요컨대, 양자의 통합은 바람직하지 않고, 다만 양자를 연계하는 수준에 그쳐야 한다.

넷째, ‘행정 절차-행정심판-행정 소송’ 간의 상호관련 속에서 체계적으로 정비하여야 한다. 지금까지 필자가 제시한 한국 행정심판 구조론(앞에서 제시한 그림을 편의상 아래에 다시 한번 첨부함)을 바탕으로 하면, 아래 [표]에서와 같이 상호관련의 방향을 찾을 수 있다고 생각한다.



[그림] 한국행정심판의구조론

정비방안	행정심판구조론적관점
행정심판 /기타행정불복 절차통합	-반대(구조가상이) -단, 청구단일화를 통한 연계 필요(행정불복절차인점은 공통).
일반/특별행정 심판통합	-찬성(구조가동일, 통일성 필요). 특별행정심판은 전문심판부로 흡수 방안. -단, 특허심판원은 반대(특허법원의 존치에 따라 별도 조직으로 운영될 필요성 ¹).
중앙/지방행정 심판통합	-찬성(준사법절차와 지방자치는 무관, 행정심판의 통일성 필요) -지방심판부 설치 방안 ² .
기타행정불복 절차통합	-찬성(같은 성질, 국민 편의) -단, 행정심판법이 아니라 행정절차법에 규정하는 방법으로 통합.
행정소송과의 연계	-행정심판의 경우는 찬성(행정소송 개정시 연동하여 개정할 필요 있음). -기타행정불복절차의 경우는 반대(행정소송과는 다른 독자성 추구).

¹신봉기, 특별행정심판의 개념과 허용요건, 경북대학교 법학논고, 제 32 집, 2010.2, 502 쪽.

²박정훈, 행정심판제도의 발전방향 - '사법절차의 준용'의 강화 -, 국민권익위원회 행정심판 제도
발전방향 세미나 자료집, 2011.11, 14 쪽.

행정절차와의 연계	-행정심판의경우는사법절차준용과조화되는범위내에서적극적(한정 적극). -기타행정불복절차의경우는찬성(같은성질, 같은법리)
사법절차준용 의강화	-행정심판의경우는소극적정비 -기타행정불복절차에서는준용불요(자제필요)
자기통제의강 화	-행정심판의경우는사법절차준용과조화되는범위내에서적극적(한정 적극). -기타행정불복절차의경우는적극적(행정심판과의차별성).

[표] 행정심판구조론적관점에서의정비방향

VII. 결론

한나라의법제도는그나라최고규범인헌법의의미속에서이해되고또운용되어야 한다. 특히한국의헌법제 107 조제 3 항은소원법시대의암울한행정심판제도의운명을 바꾸어놓은결정적인역할까지도수행하였다. 그렇다면한국행정심판의구조를파악하기위해서위헌법규정의의미를이해하는것을논의의출발점으로삼을수밖에없다. 이점이한국행정심판제도에서가장큰특색이다.

그간한국의행정심판제도는헌법의명령에따라사법절차준용이라는뜻대를향해 꾸준히뛰어왔고, 그결과행정심판의객관성·공정성이크게제고되어이제는국민의권리구제나행정통제를위해없어서는아니될제도로발전하였다.

지금, 그뜻대부근까지온시점에서이제는어디를바라봐야할지를정해야한다. 주위를둘러보니어느덧행정절차와사법절차라고하는엄청난거물들사이에들어와있다. 이제한국의행정심판은행정절차와사법절차사이에서자신의존재의의를확고히해야 할사명을부여받았다.

참고문헌

- 고려대학교민족문화연구원, 중한사전, 2008.
 국무총리행정심판위원회, 행정심판의이론과실제, 2002.
 국민권익위원회, 국민권익백서, 2008~2013.
 , 행정심판체계정비방안에관한연구, 국민권익위원회보고서, 2013.
 , 행정심판·행정소송·행정절차제도의조화방안연구, 국민권익위원회보고서, 2012.
 권근상, 시·도행정심판위원회의행정심판운영현황및개선방향, 행정소송법및

행정심판법개정주요쟁점 : 국민권익위원회 •한국행정법학회공동학술대회자료집, 2014.

김광수, 동아시아행정심판제도비교연구, 행정법연구, 통권 21 호, 2008.8.

, 영국행정심판제도의운영현황, 공법연구제 38 집계 4 호, 2010.6.

김남철, 행정심판과행정절차제도와외조화방안 - 특히이의신청절차와행정심판과의조화방안모색을중심으로-, 부산대학교법학연구, 제 53 권제 4 호, 2012.11.

김용섭, 행정소송전단계의권리구제방법및절차, 저스티스, 제 105 호, 2008.

8.

박정훈, 행정심판의구조와기능, 행정법연구, 통권 12 호, 2004.10.

, 행정심판의기능 - 권리구제기능과자기통제기능의조화 -, 행정법연구, 통권 15 호, 2006.5.

, 행정심판제도의발전방향 - '사법절차의준용'의강화 -, 행정법학, 제 2 호, 2012.3.

신봉기, 특별행정심판의개념과허용요건, 경북대학교법학논고, 제 32 집, 2010.

2.

오준근, 행정심판에있어서의부당판단에관한사례연구, 공법학연구, 제 14 권제 4 호, 2013.

유광해, 개별행정법상 '이의신청제도'의현황검토, 법조, 2014.

유진식, 헌법제 107 조제 3 항이규정하고있는 '준사법절차'의의미, 공법학연구, 제 3 권제 4 호, 2012.

전광석, 한국헌법론, 집현재, 2014.

정종섭, 헌법학원론, 박영사, 2013.

정하중, 행정법개론, 법문사, 2012.

조연팔, 일본행정불복심사법개정(안)과그시사점, 공법학연구, 제 9 권제 3 호, 2008.

최선웅, 행정심판의기능, 행정법연구, 제 38 호, 2014.

허영, 한국헌법론, 박영사, 2013.

呂錫偉, 行政復議制度的實施與展望, 東亞行政法學會第 8 屆國際學術大會資料集, 2008.

岡田正則, 日本における行政訴訟制度の形成史と改革の課題, 司法, 第 22 號, 2012.12.15.

한국행정심판제도의발전과정비방향

한국의행정심판은소원법(訴願法)에의해도입되었으나권리구제기능을발휘하기는커녕오히려행정소송에대한장해물로여겨졌다. 이에헌법은 “재판의전심절차로서행정심판을할수있다. 행정심판의절차는법률로정하되, 사법(司法)절차가준용되어야한다.”고규정하게되었다. 위헌법규정에따라행정심판법이제정되고, 몇차례의개정을거쳐사법절차준용이점차강화되었다.

이글은먼저, 한국행정심판제도의연혁과현황을특히 “사법절차준용”에초점을맞춰구분한시대별로나누어살펴보면서, 한국의행정심판의발전이사법절차의준용을통해이루어졌음을밝혔다.

이어서미국, 영국, 독일, 일본, 중국, 대만등의행정심판제도를비교법적으로고찰한결과, 외국의행정심판은주로행정에대한감독적통제의일환으로이루어지고있었지만영국의행정심판의경우처럼準司法的·쟁송절차적성격이강한입법제도존재한다는점, 다시말해준사법절차화로인한행정심판발전의경험이한국에만고유한것이아니라는점과, 특히준사법적성격이강한영국의제도로부터많은개선안을시사받을수있다는점을밝혔다.

다음으로, 이글은행정심판의 ‘제도보장’으로서의성격에초점을맞추어위헌법규정, 특히 “사법절차준용”의의미를제시하였다. 그리고이러한헌법적의미를바탕으로하여한국의현행행정심판제도의구체적형태를분석하였다. 그결과한국의행정불복절차를일반행정심판과특별행정심판을포함한 (형식적의미의) 행정심판과, 기타행정불복절차로양분할것을제안하였다. 그리고전자의경우는사법절차의준용이없으면헌법에위반되나후자의경우는사법절차의준용이요구되지않는점, 전자의경우는주로권리구제기능을발휘하나후자의경우는주로행정통제의기능을발휘하는점, 전자의경우는행정소송과의연계가필요한반면후자의경우는행정절차와의연계가필요하다는점과, 이러한구조분석은행정불복제도의입법론관점, 위헌심사기준의관점, 행정소송과의관계설정, 행정절차와의관계설정, 행정불복제도의정비방향등행정불복제도의전반에걸쳐유용한분석의틀내지기준을제시할수있을것이라는점을주장하였다.

끝으로, 이글은위와같은현행제도의분석을바탕으로하여그분석결과에맞는구체적정비방향을제시하였다.

키워드 : 행정심판, 행정불복제도, 이의신청, 사법(司法)절차, 제도보장

论行政复议法的修改

余凌云*

目次

- 一、引言
- 二、制度定位
- 三、复议机关要不要当被告
- 四、复议委员会
- 五、扩大受案范围
- 六、程序增构
- 七、审查方式
- 结束语

【摘要】行政复议法的修改目标应当是提升行政复议的公正性、亲和力，又保持快捷、经济和专业。首先，建立复议委员会，通过“掺沙子”、票决制、审裁合一、“不当被告”、当面审理、说明理由来提升其独立性、公正性。其次，行政复议的便捷、灵活、经济，要靠简易程序、调解、复议委员会工作机构的有效率的辅助工作等来实现。最后，以裁决原理进一步拉张复议范围，是积极吸纳纠纷、减少流入信访的根本之道。

【关键词】行政复议法 修改

一、引言

我国行政复议始于民国，称作“诉愿”，这一术语在我国台湾地区一直沿袭。改革开放之后，大陆重新拾起行政复议，并不断推动，逐渐由术语的凌乱凝练为一致，由制度的零碎发展到统一，由行政诉讼的“配套”制度发展到与行政诉讼的相对分离。

其中，经历了三次重要立法。1990年12月《行政复议条例》的公布，标志着我国统一的行政复议制度开始形成。1999年4月《行政复议法》的公布，标志着我国行政复议、行政诉讼的二元行政救济体系正式确立。2007年5月《行政复议法实施条例》的公布，使行政复议制度的功能得到了进一步完善和强化。¹

*清华大学法学院教授、博士生导师。本文是我主持的国家社科基金重点项目（项目批准号10AZD023）“监督与规范行政权力的主要路径和重点领域”的阶段性成果。王建新博士提供了英国行政裁判所的有关资料，在此致谢。本文发表在《清华法学》2013年第4期。

¹参见，郜风涛：“加强行政复议理论研究不断创新和完善行政复议制度——在‘行政复议论坛（浙江）’开幕式上的讲话”，<http://www.chinalaw.gov.cn/article/jgznbld/gft/xgwz/201006/20100600256645.shtml>。访问时间2012年10月25日。

据统计,自 2003 年至 2006 年,全国共收到行政复议申请 33.67 万件,受理 29.95 万件,已经审结 26.81 万件,平均审结率为 89.5%。就案件数而言,略低于同期行政诉讼案件,¹但比不上节节攀升的信访案件数。如果拿英国行政裁判来比,就远不及了,² 70 多个不同类型的裁判所在运转之中,由其听证的案件有法院的 6 倍之多(Over seventy separate sets of tribunals were then in operation, hearing around six times as many cases as courts)。³ 所以,行政复议还谈不上是“解决纠纷的主渠道”。这也是目前又在酝酿着全面修改的主要动因。

其实,在我看来,充其量,我们现在也只是走到了英国二十世纪后期之前的行政裁判所境界,裁决功能不及“行政功能”,“无论是结构还是实践”,与行政机关都太过密切。⁴不独立影响了公正性。所以,案件数不多,维持率偏高,也不奇怪。

英国解决上述问题的思路是,通过 2007 年《裁判所、法院和执行法》(*the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*),将行政裁判所与行政机关彻底分离,变为司法体系的一部分。英国人对变革成效也较满意。据英国行政裁判所服务局的调查统计,2007 年-2008 年度当事人满意度为 68%,2008-2009 年度略有下降为 65%,2009-2010 年度满意度有所回升达到 71.4%。⁵

我国行政复议法修订在即,也时有鼓噪行政复议司法化的呼声,在实践中确实加入了一些司法元素,尽管没有激进到英国的程度,也让我们有理由把英国的经验作为研究的参照系。但是,我们和英国走的不是同样的路数,遇到的问题也不完全一样,所以,在本文中,只在类似问题的分析上触及英国的经验,希望把理论引向深入,并有所启发。

如何提高行政复议的使用率呢?复议前置未必是一剂良方。如果相对人对行政复议缺乏信任和信心,大量案件还是会“流入诉讼和信访”。⁶只有提升行政复议的公正性、亲和力,又保持快捷、经济和专业,这才是根本。那么,怎么实现这次修法的目的呢?在本文中,我将围绕一些关键问题,系统地整理一下我的思考。⁷

¹最高人民法院 2004 年至 2007 年的工作报告显示,2003 年至 2006 年全国人民法院年审结的行政诉讼案件均在 95000 件左右。参见,左为民:“十字路口的中国司法改革:反思与前瞻”,载于《现代法学》2008 年 6 期。

²在英国,2010-2011 年度,全部行政裁判所系统受理案件的数量为 831000 件,而 2006-2007 年度行政裁判所系统受理案件的数量为 546000 件,五年间增加了近 30 万件。参见,王建新:《英国行政裁判所制度研究》(中国政法大学博士学位论文,2012 年答辩)。

³Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge University Press, 2009, p.487.

⁴Cf. Edward Jacobs, *Tribunal Practice and Procedure*, Legal Action Group, 2011, p.3.

⁵参见,王建新:《英国行政裁判所制度研究》(中国政法大学博士学位论文,2012 年答辩)。

⁶参见,蒋安杰:“聚焦《行政复议法》修改,改革完善行政复议制度”,载于《法制日报》2012 年 2 月 29 日。

⁷2010 年 9 月,受国务院法制办行政复议司委托,应松年教授主持《行政复议法》修改课题组,成员包括刘莘、沈岩、莫于川、王万华、杨伟东、王敬波、余凌云等。目前已完成修改试拟稿,并提交国务院法制办。

二、制度定位

1、争议

在中国，对行政复议的制度定位，争议从未停息过。从官方或准官方的态度看，也有着一个游移。一种观点认为，行政复议是层级监督，是“行政机关内部自我纠正错误的一种监督制度”，是一种行政活动，“不宜、也不必搬用司法机关办案的程序，使行政复议‘司法’化”。¹这奠定了立法的基调。另一种观点主张，行政复议是一种行政司法行为或“准司法行为”，兼具行政性和司法性（或救济性）。它是“以行政机关为主导进行的”，“是一种行政行为”，却按照司法性的程序实施。²再有一种观点认为，行政复议是救济本位，“只有使行政复议实现从内部监督、自我纠错为主向救济权利、化解争议为主的根本转变，才能明确和把握行政复议制度完善的方向”。³这代表着当前实践的改革趋向与最新认识。

上述观点恰好是随着时间推移，依次展开的，由立法到实践。始终不变的是，行政复议是行政机关过滤纠纷的机制。彼此的分歧是，第一，行政复议的根本目的是层级监督，还是权利救济？第二，行政复议的程序是否需要司法化？

2、英国经验

有意思的是，在英国历史上也出现过类似的争论，也有相应的实践。在行政决定过程的链条上，早先是把裁判所放在行政部分，是行政过程的一个阶段（tribunals as a stage in the administrative process），与行政机关不分离，也不独立，⁴人事任免和财政均把持在行政机关手里，具有强烈的行政属性。可以说，英国直到二十世纪后期的状况都基本如此，和我国当下十分近似。存在的问题也大致相同。英国人看到了这个弊端，于是，便开始讨论行政裁判所的属性问题，到底是行政性的还是司法性的？

早先的多诺莫尔（Donoughmore）委员会报告对这个问题含糊其辞，也几乎对实践没有影响。弗兰克斯（Franks）委员会在1957年公布的《关于行政裁判所和调查的委员会报告》（Report on the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, Cmnd.218（1957））是一个重要的转折点，在理念、舆论和制度上开始孵化司法化，认为裁判所应当视为是议会授予的裁决机制，而不是行政机制的一部分（tribunals should properly be regarded as machinery provided by Parliament for adjudication rather than as part of the machinery of administration）。⁵之后，对行政裁判所属于司法范畴

¹杨景宇：“关于《中华人民共和国行政复议法（草案）》的说明”（1998年10月27日，第九届全国人大常委会第五次会议）。

²参见，张春生、童卫东：“我国行政复议制度的发展和完善”，载于《中国法学》1999年第4期。

³参见，郜凤涛：“加强行政复议理论研究不断创新和完善行政复议制度——在‘行政复议论坛（浙江）’开幕式上的讲话”，<http://www.chinalaw.gov.cn/article/jgz/bld/gft/xgwz/201006/20100600256645.shtml>。访问时间2012年10月25日。

⁴Cf. Robert Carnwath, “Tribunal justice - a new start” (2009) *Public Law* 49.

⁵Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. Cit.*, p.487.

已无争议，但制度上还未实现。里盖特（Leggatt）委员会进一步推动司法化进程，直至 2007 年的《裁判所、法院和执行法》（*the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*）才变为现实。

正如 Robert Carnwath 所说，这是意义深远的宪法性变革，完成了将裁判所植入司法体系（this is a profound constitutional change, completing the process of embedding the tribunals judiciary in the judicial system）。¹ 行政裁判所实际上变成了专门法院。Genevra Richardson 和 Hazel Genn 就说，“我们虽然已经有了法院，但是，如果需要，我们可以有更多的专门法院”（We already have courts and, if required, we could have more specialised courts），因为相较于法院，行政裁判所使用方便、廉价、快捷、专业和非正式（the relative accessibility, cheapness, speed, specialised expertise and informality of tribunals as compared to courts）。² 这又带来另外一个问题，就是和法院的关系。

可以说，在潜意识上，英国行政裁判所的司法化改革是受到了法国行政法院的影响，初级裁判所（the First-tier Tribunal）和上诉裁判所（the Upper Tribunal）两层次结构（two-tier structure），像极了法国地区行政法院（regional Courts Administratives d'Appel）和行政法庭（Tribunaux Administratif）。但又不是依帖描红，没有形成真正的双轨制，没有独立的最高行政法院，不服行政裁判所还可以上诉到（普通）法院。而改革之后，行政裁判所和法院之间“原有的一些差别已经在慢慢缩小或者是消失，行政裁判所已经具备了和法院相似的特征，更像是一种专业化的法院。”³ 因此，英国的变革事实上只算是法院系统的改造，是对法院的扩容性改造，抽走了行政机关解决行政纠纷的正式功能，只留下非正式的内部审查（internal review）。

如果我们也按照这样的路数，把复议机关并入法院系统，首先，就会删除传统上比较倚重的行政内部过滤纠纷的常规机制，使大量的纠纷直接涌入法院。其次，也彻底颠覆了我们对行政复议的理解，使行政复议和行政诉讼合流。最后，会让那些政策敏感或者仅涉及合理性的纠纷无法得到妥帖解决，如果勉强行之，又极易违拗分权原理。所以，这种改革恐怕难以被认同和接受。

3、我们的选择

行政和准司法之争、层级监督和救济之争，都只是面相。从某种意义上说，层级监督也可以是一种救济，贴近“纠纷解决的管理型模式”（managerial model of dispute resolution），或者 Mashaw 说的“官僚正义模式”（model of bureaucratic justice），注重成本效益，在行政体制内解决争议。⁴从正当程序入手，它也会搬来一些“司法元

¹Cf. Senior President of Tribunals, *Second implementation review*, October 2008.

<http://www.judiciary.gov.uk/publications-and-reports/reports/Tribunals/spt-second-implementation-review>.

²Cf. Genevra Richardson & Hazel Genn, “*Tribunals in transition: resolution or adjudication?*” (2007) *Public Law* 117.

³ 参见，王建新：《英国行政裁判所制度研究》（中国政法大学博士学位论文，2012 年答辩）。

⁴Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. Cit.*, p.488.

素”。所以，争来争去，也触碰不到问题的实质。其实，层级监督是用“二次决定”来实现的，救济追求的是裁决的机理。只有看透这一层，才能把问题说清楚。

如果说，行政复议是行政机关自我纠错，由上级行政机关重新审视，做出二次决定，那么，第一，发生法律效力的是二次决定。即使是维持，原决定也自然丧失效力，其内容经由二次决定复述、认可，吸附到二次决定的效力之中。第二，可以诉至法院的，只能是二次决定。诉一个已失去效力的原决定是没有意义的。第三，作为二次决定的物质基础，上级行政机关有全面的行政调查权。不但要审查原行政行为是否合法，事实是否清楚，还要审查当事人是否违法。至于个案中调查的范围与程度，有裁量余地。第四，复议决定要经过层层批准，符合行政决定的流程与范式。第五，对复议决定，行政首长有权实质干预，这与行政首长负责制并不违扭。

但是，这些年实践反映出的问题恰好也在这里。首先，复议机关普遍不愿做被告，因为招惹官司的原决定不是出自复议机关，复议机关也不愿因后来的介入而被诉至法庭，或者败诉，影响了其执法考评成绩。所以，维持率长年在 50% 以上，居高不下。其次，行政复议的长处却在广泛的合理性审查，并通过变更权散发出来。但因复议机关不愿做被告，实际上变更率极低，几乎可以忽略不计。¹再次，复议机关不够中立，易受行政干预，“严重妨碍了行政复议效率和公信力的提高”。²最后，“行政复议文书被当作一般的行政公文处理”，层层审批，程序繁琐，³过分牵扯领导精力，也使复议有时超期。

“二次决定”原理走的是行政的路数，荫掩在行政范式之中。这些年，为了解决行政行为的合法性、合理性，我们也探索出了一些行之有效的办法。《行政复议法实施条例》（2007 年）为提高复议决定的质量，也自觉地引入这些办法，构建了一系列的辅助制度，包括行政复议工作责任制、重大复议案件备案制、定期报告制、专项检查、行政复议人员培训制和表彰奖励制，将行政复议工作纳入各级政府的考核体系等。但是，所有这些，对于上述深藏在复议体制内的问题，似乎收效不明显。

如果我们转向裁决机理，上述问题便不成为问题。首先，复议机关中立了，不再与复议结果发生利害关系，不当被告，所以，触碰政策问题、合理性问题，行使变更权，也就不再有什么顾忌了。其次，还会有额外的收获。受案范围上不再强调行政上的领导关系，能够尝试着把更多的公法纠纷，尤其是行使公共权力、担负公共职责的第三部门纳入。

当然，我们不会重复英国的故事。因为我们也看重行政复议的行政性，行政注重

¹比如，2011 年，上海市各级行政复议机关共审结复议案件 2086 件，变更的只有 1 件，仅占 0.04%。参见，“二〇一一年度上海全市行政复议与行政应诉工作相关情况”，载于《上海政府法治简报》2012 年第 12 期（总第 174 期），<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/gzdt/201210/20121000377202.shtml>，访问时间 2012 年 11 月 7 日。

²郜风涛：“认真贯彻胡锦涛总书记重要讲话精神把行政复议打造成为化解行政争议的主渠道——在 2011 年行政复议年度工作会议上的讲话”，<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjh/ldjh/201201/20120100359445.shtml>，访问时间 2012 年 10 月 30 日。

³参见，青锋、张越：“当前行政复议工作存在的问题”，载于《行政法学研究》2002 年第 3 期。

效率，程序简便、快捷，能够为法院过滤大量案件。所以，用裁决机理重构行政复议，一定是混合型的，介于司法和行政之间，首先，是在行政系统内寻求和实现裁决机构的相对超脱和中立。其次，复议程序仍以行政程序的效率为底色，适度地汲取司法程序的公正。

三、复议机关要不要当被告

在英国，或许是透入骨子里的“无偏见”（no bias）等自然正义观念，即便在未司法化之前，行政裁判所还是政府的司法分支（As part of the judicial arm of government）时，在形式上就是独立的，¹绝不会和案件结果发生利害关系，裁决不被当事人接受，也不会被诉至公堂。司法化之后的上诉、司法审查，也不以行政裁判所为被告。

在我国却不然。《行政诉讼法》（1989年）第25条第2款规定，“经复议的案件，复议机关决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关是被告；复议机关改变原具体行政行为的，复议机关是被告。”据应松年教授介绍，这完全是行政考量的结果。一律由作出具体行政行为的行政机关当被告，负担过重，复议机关改变了原具体行政行为，洞悉其中的原委，可以分担这部分的诉讼。对于维持决定，原行政机关对作出原行政行为的“事实证据与法律依据应该最清楚”，由其作被告，方便举证。²

但是，这在理论上很难说得通。第一，按照“二次决定”理论，复议决定一经作出，无论变更、撤销还是维持，发生法律效力的是它。当事人如果不服，也应该以复议机关为被告诉至法院。告原行政机关，诉已失去效力的原行政行为，毫无意义，就像是对空气说话。第二，举证的便利也不会因变更或维持而有多少差别，维持也应该是复议机关明察秋毫之后的决定，况且，拉上下级行政机关一起出庭应诉，对于复议机关来讲，只需一纸公函、一个命令。

在近期的行政复议法修改讨论中，对于复议机关要不要当被告，争议最为激烈。一种激进的观点是，要彻底贯彻“二次决定”理论，一律由复议机关当被告，使其无法投机，抑制其“自利倾向”。另一种观点是复议机关不当被告。“把行政复议看作是司法的初审，即一个审理案件的层次”，“对复议决定不服诉诸法院就是上诉而非起诉，当然告的就不是复议机关，而是原来决定的作出机关”。³

在我看来，当不当被告及其利弊，不能孤立地看，必须结合复议制度的定位。如果我们坚持“二次决定”理论，让复议机关一律作被告，就更加贴切，理论上更顺。

¹Cf. Geneva Richardson & Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 117.

²参见，黎军：“行政复议与行政诉讼之关系范畴研究”，载于《法学评论》2004年第3期。

³参见，何海波、刘莘：“复议机关‘不管事’能否当被告”，载于《法治周末》2010年7月15日，<http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=5364>，访问时间：2012年12月7日。

但却让复议机关恒定为与相对人对抗的一方，彻底丧失了中立性。如果采取裁判原理，复议机关就断不能成为被告。这为继续探寻复议机关的中立留下了制度空间。

四、复议委员会

或许是中央集权和重视统一立法，中国很早就用立法来规整复议机关的设立、程序以及与法院的关系，没有出现英国行政裁判所那样的混乱、无序。英国在历史形成的格局上做了一番整理，条理一些，但行政裁判所在行政决定的链条上还是处于不同的位置（In practice, tribunals still occupy very different positions in decision-making chains.），¹也很难完全一致。要把几十年来零散发展而成的不同样式强行挤压成一模一样，既不明智，会产生相反结果，可能最终还是做不成（trying to squeeze such a diverse system, that has evolved over many decades in such a piecemeal way, into a procrustean bed of complete uniformity would have been both unwisely counter-productive and would, in the end, probably have proved unachievable.）。²所以，英国行政裁判所体制要让中国人看，还是朦胧。英国在组织体系上的经验似乎也乏善可陈。

但是，仔细观察我国实践，也会发现与英国类似的在不同领域的分散设立，只不过不那么凌乱。首先，是行政科层制上的条块设置，依据领导关系，实现层级监督。1994年之前，原则上由上一级主管部门复议；1994年之后，又按照垂直领导关系和双重领导关系而不同，前者由系统内的上级复议，后者交给申请人在上一级主管部门和同级人民政府之间选择。其次，还有在工伤认定、交通事故认定、医疗事故认定等领域出现的类似复议或裁判的机制。但后者多半被学者遗忘了，或者不归入行政复议范畴。

行政复议上备受诟病的是复议机关的中立性，尤其是条条管辖占大部分，容易滋生部门保护主义，实践中“官官相护”、“能推就推”、“该撤不撤”等似乎都与此有关。在边远地区也很不便民。³

为解决上述问题，2008年以来，国务院法制办在部分地方组织开展了行政复议委员会的试点，成效显著。⁴这是在行政系统内部重新整合复议资源、实现机构相对独立的过程，已经初步形成了全部集中、部分集中和合议委员会三种基本模式。从黑龙江

¹Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. Cit.*, p.488.

²Cf. Gavin Drewry, *The Judicialisation of 'Administrative' Tribunals in the UK: From Hewart to Leggatt*, p.55.
<http://www.rtsa.ro/en/files/TRAS%2028E%20S%20-%203%20-%20DREWRY%5B1%5D.pdf>

³参见，青锋：“中国行政复议制度的发展、现状和展望”，载于《法治论丛》2006年第21卷第1期。

⁴中山市人民政府行政复议委员会在2010年1-5月共收行政复议申请114宗，同比2009年增加278%，并首次超过同期市中级人民法院新收行政诉讼案件，比全市两个基层人民法院同期的总数超出约9%，而2009年同期，行政复议案仅是行政诉讼案的一半。与此同时，中山市信访局的信访案件比去年同期下降约10%，行政复议的救济主渠道作用得以充分发挥。参见，沈福俊、徐涛、吕奕成：“行政复议制度改革研究”，载于《上海政府法制研究》2011年第6期（总第226期）。

等一些地方的试点情况看，全部或者部分集中模式是主流模式，代表着行政复议制度未来发展方向。¹从中，我们可以解读出以下三个实践重点：

第一，除垂直领导关系的行政机关维持格局不变外，将上一级主管部门的复议权集中到本级人民政府，让当事人少了许多的路途颠簸，无需孤履远行，跑到地处省会、市里的主管部门。行政机关与其上一级主管部门之间就行政行为如何做出的意见交换、请示、汇报、批复等行政惯例，也不再会给复议带来什么负面影响。

第二，在人民政府法制部门内建立行政复议委员会，构思受台湾影响极深。通过“掺沙子”，改变人员成分，采取票决制，能够提升中立性。

第三，从实践看，复议委员会的议决意见对行政首长没有拘束力。中立性的实现很大程度上取决于行政首长的开明豁达。哈尔滨的改革试图用繁琐的程序来抑制行政首长干预的冲动，²成效也较显著。

英国行政裁判所不靠“掺沙子”来解决中立性，而是靠机构的彻底司法化。因为英国人理解的独立是机构的独立（institutional independence），是“确保公正的结构或者制度上的构架”（Independence is the structural or institutional framework which secures this impartiality）。³但通晓所管辖事务和有关法律的非法律人士参与其中，却由来已久。一方面是要当事人感到裁判所好用，减少法律代理。另一方面，是为了提高裁决质量，加快清理速度（This specialisation of the members enhances the quality of their decisions and the potential speed of clearance.）；借助专业知识和经验，评估证据、确认事实。⁴

前一个情境在我国似乎不存在，但后面这些在我国也都通用。专家学者、律师、专业人士的参与，弥补了条条管辖取消之后的专业不足，尤其是专家学者、专业人士更通晓立法背后的政策考量，也更能应付政策敏感的行政纠纷；通过相对中立的复议委员会和公正程序认定的事实，尤其是涉及专业性的事实，除非有明显反证，法院一般会给予高度尊重。

但是，耐人寻味的是，在英国，“掺沙子”在司法化之前就已有之，却未使行政裁判所获得中立性。所以，要想在行政体系内实现复议委员会的中立，还需要实质性构建。在我看来，至少有四个关键：一是专家学者、律师、专业人士在复议委员以及案审会的构成上不少于 1/2。二是实行票决制，少数服从多数。三是实行审裁合一，复议委员会有权以自己的名义独立作出复议决定。或者至少像韩国那样，法律明确规

¹ 郜风涛：“认真贯彻胡锦涛总书记重要讲话精神把行政复议打造成为化解行政争议的主渠道——在 2011 年行政复议年度工作会议上的讲话”，

<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjh/ldjh/201201/20120100359445.shtml>，访问时间 2012 年 10 月 30 日。

² 《哈尔滨市行政复议规定》（2008 年）第 55 条规定，行政复议委员会主任对复议委员会的议决意见有异议，应另外组织案件议决会议或委员会会议，“采取少数服从多数原则，以表决方式议决”。如果仍然有异议，要“报请本级人民政府常务会议集体研究做出决定”。

³ Cf. Genevra Richardson & Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 120.

⁴ Cf. Edward Jacobs, *op. Cit.*, p.22, 53.

定，复议机关只能按委员会决议的内容做出裁决，不得予以修改，也不能要求再次进行讨论和做出决议。¹四是复议委员的任命和任职要有法律保障。

五、扩大受案范围

英国绝大多数行政裁判所受理的是各类行政纠纷，但也有不少的裁判所审理的是民事纠纷，还有的是两类纠纷都审。²受理案件的种类和范围也因行政裁判所而异，很难拿来比较。

我国近年来，行政复议案件差不多仅有行政诉讼案件的一半，更比不上以几何基数攀升的信访案件，其中一个主要原因恐怕是受案范围太窄。1990年《行政复议条例》只是行政诉讼法的配套立法，受案范围的表述、格式基本仿制行政诉讼法。1999年《行政复议法》力求与行政诉讼法相分离，增加了一些行政诉讼法不受理的案件，但是，随着行政诉讼实践的发展，司法解释又增补了这些案件，使两法的范围又大体相同了。

其实，相对于行政诉讼，行政复议的范围要广，审查程度要深。首先，行政复议不但审合法（legality），也审优劣（merits）。优劣不是实质合法，而是宽泛的合理，涉及对政策或者决定是好是坏、质量高低的评价。行政诉讼对合理性的审查是对实质合法性的审查。行政复议的合理性审查要广泛得多。对实质合法的审查不服，可以诉诸行政诉讼；对优劣审查不服，不得诉至法院。其次，从理论上讲，所有行政争议都没有理由不可以进入复议。行政处分、人事处理决定以及行政机关对民事纠纷作出的调解，似乎也不应该例外。更有那些政策强、政治敏感、法官不宜介入的领域，通过复议委员会的组成结构和协调程序，应当也可以解决。³

这可以用 Peter Cane 的“决定等级”（decision – making hierarchies）来解释。行政复议建立在行政机关上下级领导关系之上。行政机关上下级之间构成了一个决定等级。在这一等级序列里面，上级可以撤销、变更下级的决定。因为它们都行使着近似的权能（function），有着相同的资质（qualifications）、经验（experience）和能力（competences）。⁴它们同样享有裁量的自治内核，可以左右政策的形成和走向，担当着政治责任。在这方面，上级的责任重于下级，能力高于下级，意愿优于下级。但是，法院是在这个等级序列之外，有着分权的约束，又不替代政治责任，所以，手就

¹参见，吕艳滨：“日本、韩国的行政复议制度——行政复议司法化的若干实例”，载于《环球法律评论》2004年春季号。

²Cf. Robert Carnwath, “Tribunal justice - a new start” (2009) *Public Law* 49.

³“对政治性、政策性强，难以单纯通过行政复议解决的案件，要尽可能通过当地党委、政府统一协调解决”。部风涛：“认真贯彻胡锦涛总书记重要讲话精神把行政复议打造成为化解行政争议的主渠道——在2011年行政复议年度工作会议上的讲话”，<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjjh/ldjh/201201/20120100359445.shtml>，访问时间2012年10月30日。

⁴Cf. Peter Leyland & Terry Woods (eds.), *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints & New Horizons*, Blackstone Press Limited, 1997, pp.246-247.

不能伸得太长。只能触碰行政自由裁量的自治内核的合法性外缘，不能探入其中。

这样的解释，如果改用“行政主体”（或执法主体）理论，似乎很难说得通为什么同级人民政府有权撤销、变更职能部门的决定。因为“行政主体”理论从法律授权出发，将决定等级做了更严格的限缩。只有“上一级主管部门”有着同样的法律授权，比如公安机关上下级，是同样的执法主体，处在同样的等级序列之中。同级人民政府对职能部门决定的撤销、变更，只能借助组织法上的概括授权来解释（《宪法》第109条，《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第59条、第66条）。所以，与“行政主体”（执法主体）理论相比，“决定等级”的解释力要更强些，也更贴切。

但是，无论是“决定等级”还是“执法主体”，都桎梏了行政复议受案范围的伸展。只能围绕着行政权力、行政行为，中规中矩。这显然不适应现代社会和公共行政的发展，漏掉了一大块内容，也就是属于公共行政范畴的社会行政。将很多本可复议的案件全都挤压到信访上去了。

以裁决原理重新设计复议制度，在受案范围上能够摆脱行政机关上下级之间的领导关系，将行政机关有监督关系的领域发生的公法争议，尤其是具有公共职能、行使公共权力的第三部门、自治组织，也纳入复议范围。

由行政权力到公共权力，由国家行政到社会行政，情形变得复杂。政府多援用“公私合作”、“外包”、行政契约等手段，公法与私法关系混杂，无法借用原来的行政行为概念体系作为识别标准。所以，在不断扩张复议范围之际，为避免争议，可以缓步拾阶，先解决容易识别的公法纠纷，包括：（1）在行政改革过程中，将政府“管不了”或“管不好”的职能转移给了行业协会、自治组织，后者在履行上述职能时发生的争议。（2）构成行政行为前置性条件的由行业协会、自治组织承担的审核、认证等管理性活动。（3）采取“要不是法则”（but for test）。“如果没有该组织履行这一职能，政府是否将持续性地承担这一职能”，如果是，引发的争议可以进入复议。

六、程序增构

《行政复议条例》（1990年）仅用寥寥几条，按照行政程序范式，搭建了简约的复议程序。《行政复议法》（1999年）、《行政复议法实施条例》（2007年）用更多的条文，对程序做了较大的改进，包括期限、查阅、举证、证据等。¹虽然照顾了复议特点，贴近了正当程序，但还没有完全体现出裁决的原理。

裁决的品格就是公正。公正与程序息息相关。在我看来，应当强调和补充的是，以当面审理为主，引入交叉询问、辩驳；除涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私外，一律公开审理，在政府网站上公开案件情况与审理结果；对议决决定一般要说明理由；

¹参见，马怀德：“行政监督与救济制度的新突破——《行政复议法》评介”，载于《政法论坛》1999年第4期。

提供法律援助。

从某种意义上讲，程序的繁简，与效率成反比，与公正成正比。如同英国行政裁判所一样，行政复议应当具有专业优势、程序简便、使用方便。在效率和公正两端之间，复议程序的设计应当踩在略偏效率一端，兼顾公正。英国里盖特委员会报告（Leggatt Report）中也指出，“…对每一个裁判所都适用的口号应当是：非正式、简单、有效和均衡”。¹ 但是，让英国人纠结的是，在司法化过程中，程序却变得愈加正式、复杂。当我们也将司法元素迁入复议时，怎样免蹈覆辙，不出现周汉华教授所担心的，“不但不能使行政复议制度摆脱目前所面临的困境，反而还会使行政复议制度丧失其固有的效率优势”呢？²

在我看来，第一，加强实地调查，能够提高审查效率。第二，即便引入那些近似法院程序的要求，也应当更加灵活、简便，不能像法院程序那样复杂、严格和正式。第三，解决“当下程序单一，因单调而影响效率”的弊端，引入简易程序，构建简易程序和复议委员会审裁程序二元转换结构。首先，简易程序和复议委员会审裁程序在案件受理上有一定分工；其次，经简易程序调解，不能达成和解的，可直接要求复议委员会审裁。这样的程序设计，可以在司法化过程中始终保持复议的快捷、灵活、经济的品性。

七、简易程序和调解

除了有重大影响或者复杂的案件、附带要求审查规范性文件外，只要双方当事人同意，都可以从简易程序开始，原则上都可以调解。这与英国倡导的“相称的纠纷解决方式”（Proportionate Dispute Resolution）相仿，能够提供量体裁衣式的解决方案（provides tailored solutions），尽可能快捷、低成本。³

《行政复议法实施条例》（2007年）第50条规定了调解，有四个要点：一是双方自愿；二是必须合法，也就是有着依法行政的要求；三是适用的范围；四是调解的形式与效力。在我看来，上述规定已基本充裕，除了适用范围偏窄，还要扩大外，未来改革还需加上以下几点：第一，调解以一次为限。调解不成，如果双方同意，可以采用简易程序裁决，由一名复议委员审理裁决。否则，转入复议委员会审理裁决程序。第二，不必刻意禁止私下接触。第三，实行调决分离。“基本考虑是防止调解不成功，程序进入到了行政复议案件审理阶段，行政复议人员受到调解过程中先入为主印象的影响不能保持中立客观的态度来看待案情。”⁴ 所以，要另外组建一支专门的调解员队伍。复议委员会审理裁决程序不受调解不成的影响。第四，可以考虑引入早期中立

¹Cf. Tribunals for Users—One System, One Service (2001), para31.

²参见，周汉华：“行政复议制度司法化改革及其作用”，载于《国家行政学院学报》2005年第2期。

³Cf. White Paper on Transforming Public Services: Compliant, Redress and tribunals, Cm6243.<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/pubs/adminjust/transformfull.pdf>

⁴参见，沈福俊、徐涛、吕奕成：“行政复议制度改革研究”，载于《上海政府法制研究》2011年第6期（总第226期）。

评估 (early neutral evaluation), 打消当事人不切合实际的要求 (help moderate a party's unrealistic claims)。¹

八、复议委员会审理裁决程序

复议委员会审理的案件有两类：一是重大影响或者复杂的案件，或者附带申请对规范性文件审查的案件；二是经过简易程序，调解不成，又不同意继续采用简易程序仲裁的。

由复议委员会当面审理（正式的听证）之前，先由其工作机构，通常是政府法制部门进行实地调查，核实证据，整理双方的争议点及其依据，也可以调解一次。复议委员会的审理过程近似法院庭审，可以通过圆桌会谈形式缓和对抗情绪，可以考虑由专家学者、律师或者专业人员担任主任。

九、审查方式

英国行政裁判所也有口头听证 (oral hearing) 和书面听证 (paper hearing) 之分，类似于我们的当面审理和书面审理。从普通法传统和成文法规定看，更青睐口头听证。因为它可以促进透明，能够提高裁决质量，维系公众对行政司法的信任 (maintain public confidence)。它为当事人建构了参与决定的机会，是微观意义上的公众参与。除非满足两个条件，可以例外：一是当事人均同意不采取口头听证；二是裁判所必须确信在不口头听证下能够作出裁决。²

英国有关研究显示，“当面的听证” (personal hearings) 和“书信往来式的听证” (postal hearings) 相比，成功率更高。尤其是当事实复杂或有争议，法律复杂，或者需要提供进一步信息时，口头听证更为有效 (oral hearings were more effective where the facts are either complex or in dispute, where the law is complex, or where further information is required)。而且，相对人在估量程序公正时，很看重是否有当面陈述的机会 (the opportunity to present a case)。参与了口头听证，才能对当事人理解和信任裁决过程产生正面影响 (attendance at an oral hearing has a positive impact on users' comprehension of and confidence in the adjudication process.)。³

¹早期的中立评估是英国替代性纠纷解决机制 (alternative dispute resolution (ADR)) 中的一种，如果双方当事人同意，可以由独立第三人对双方诉求进行评估，包括：(1) 法院或裁判所可能做出的结果 (the likely outcome in court or tribunal)；(2) 公正的结果 (a fair outcome)；(3) 某一技术或法律点 (a technical or legal point)。这些评估意见不具有拘束力，供当事人在谈判中使用。Cf. White Paper on Transforming Public Services: Compliant, Redress and tribunals, Cm6243. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/pubs/adminjust/transformfull.pdf>

²Cf. Edward Jacobs, *op. Cit.*, pp.313-314. Cf. Geneva Richardson&Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 129-130.

³Cf. Geneva Richardson&Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 129, 131.

在我国,《行政复议法》(1999年)第22条沿袭了《行政复议条例》第37条的规定,“原则上采取书面审查的办法”。立法的原意是为了追求效率,书面审查简便易行。复议机关只需“审查申请书及所附证据、法律依据的书面材料,答复书及所附的当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关书面材料,第三人提供的有关书面意见及书面材料,等等”,“就可以作出行政复议决定,了结复议程序”。¹这贴近层级监督的范式。但立法者却忽略了两点:

第一,书面审适于事实清楚、仅在法律适用上存疑。复议机关作为上级机关,对法律、政策的把握略胜一筹。通过阅卷,就足以作出决断。但是,复议案件多半在事实上就存有争议,或者因为执法不规范、卷宗不齐全,仅凭阅卷很难辨清事实,所以,要求“原则上”适用书面审,不免无的放矢,不切合实际。

第二,书面审把申请人“关在门外”,缺少面对面的交流、对质与辩论,复议又在行政系统内部运作,容易让申请人心生疑窦,不信任、不接受复议决定。

上述第一点已被近期的复议改革实践所关注。目前的认识是,“对事实清楚、争议不大的案件,要运用简易程序或者书面审查的办法解决;对事实不清、争议较大的案件,可以进行实地调查,通过当面审理的方式向双方当事人调查核实;对重大复杂、社会关注的案件,可以通过公开听证的方式解决。”²这是对上述第22条的变革性诠释。但是,在我看来,不单“事实不清、争议较大的案件”,即便是可以通过书面方式审查清楚的,只要是当事人申请当面审理的,都要当面审理。否则,我们无法回应上述第二点,这也是中国情境下才有的问题,超出了英国人的理解。

但我们理解的当面审理比较单调,近似法院的开庭。而英国的口头听证却形态多样,还包括通过视频连线、电话或者其他双向性即时电子沟通(other means of instantaneous two-way electronic communication)等形式。这是我们迄今没有使用过的。当然,我相信,随着电子政务和信息化的发展,这些形式也渐渐会多起来。

当面审理应当采取什么样式呢?从英国的传统上看,口头听证一般是对抗性的,这被多数人视为程序公正的黄金标准(The adversarial oral hearing has been regarded by many as the gold standard of procedural fairness)。³近年来,为提高效率,在创新的名义下,开始引入了究问式(inquisitorial)。澳大利亚的行政上诉裁判所(the Commonwealth Administrative Appeal Tribunal)近似我国的体制,它属于行政范畴,采取的审查方式是究问式的。⁴从我亲身参与北京市的几起复议案件的审理看,我们无

¹参见,杨小军:“对行政复议书面审查方式的异议”,载于《法律科学》2005年第4期。

²参见,郜风涛:“狠抓落实,开拓创新,全面推进新形势下市县行政复议工作——在全国市县行政复议工作座谈会上的讲话”,<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjjh/ldjh/200811/20081100066699.shtml>,访问时间2012年11月4日。

³Cf. Genevra Richardson & Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) Public Law 126.

⁴Cf. Robert Carnwath, “Tribunal justice - a new start” (2009) Public Law 55.

论在理论上或者实践上一般都不刻意区分对抗式或究问式，而是混杂使用，为凝练争议点和提高审查效率，似乎究问的成分多些。

在我看来，究问式更契合行政复议的快捷、经济、专业等特点，第一，不受当事人的论点与主张拘束，有利于彻底解决纠纷。第二，可以主导审查进程，提高审查效率。第三，也能够解释复议委员会为什么可以加强实地调查。

当面审理要求申请人和被申请人同时到场，各自陈述，互相辩驳，凝练认识，明确主要事实、法律问题以及争议点。为此，就应允许律师介入，允许申请人事先查阅卷宗、证据和有关依据，被申请人也负有相应的告知、公布义务。

结束语

就我们所知，行政复议制度大体有三种模式：一是行政诉讼异常强大，行政复议不彰显、甚至可有可无，如德国。二是将行政裁判所并入司法体系，实现高度司法化，如英国；三是在行政系统内实现相对独立，如我国台湾地区。¹各有各的理念、传统和实际诉求。

很显然，第三种模式对我国当下的行政复议改革影响最大。因为既不颠覆传统观念，改革成本又低。英国的改革在大框架上虽不适合我们，但在司法化过程中的细节、经验与技术却值得我们学习。

我对这场改革的基本判断是，首先，建立复议委员会，通过“掺沙子”、票决制、审裁合一、“不当被告”、当面审理、说明理由来提升其独立性、公正性。其次，随着司法元素的迁入，行政复议在程序上越来越接近法院的程序，至少是和诉讼上的简易程序差不多。行政复议的便捷、灵活、经济，似乎更多的要靠简易程序、调解、复议委员会工作机构的有效率的辅助工作等来实现。最后，行政复议的专业性及其构造在解决政策敏感、合理性以及认定具有专业性的事实方面仍然保留着明显优势，恐怕连法院也不敢轻易涉足或推翻。以裁决原理进一步拉张复议范围，是积极吸纳纠纷、减少流入信访的根本之道。

¹参见，郜风涛：“加强行政复议理论研究不断创新和完善行政复议制度——在‘行政复议论坛（浙江）’开幕式上的讲话”，<http://www.chinalaw.gov.cn/article/jgz/bld/gft/xgwz/201006/20100600256645.shtml>。访问时间 2012 年 10 月 25 日。

行政復議法の改正について

余凌雲*

目次

- 一、はじめに
- 二、復議制度の位置づけ
- 三、復議機関が被告になるかどうか
- 四、復議委員会
- 五、受理範囲の拡大
- 六、手続の充実
- 七、審査の方法
- 八、結びに代えて

要約 行政復議法を改正するにあたっては、行政復議について公正性と信頼性を向上させるとともに、簡易迅速性と専門性を確保することを改正の目的にすべきである。具体的な改正方向について、まず、行政復議委員会を設置して、専門家等の人事構成、投票表決、審理と裁決の合併、「被告にならないこと」、対面審理、理由説明などによりその独立性と公正性を図る。次に、簡易手続、調停、行政復議委員会の効率的で補助的な事務処理を通じて行政復議上の便宜を与える。また、裁決の原理により行政復議の受理範囲を広げて、このことをもって抜本的に紛争を取り上げ、信訪の量を減らす。

キーワード 行政復議法 改正

はじめに

中国の行政復議制度（日本の行政不服審査に相当。訳注）は、民国時期にいわれた「訴願」から生まれたものである。現在まで、「訴願」という言い方は中国台湾に使われている。改革開放以降、中国大陸に行政復議制度が改めて議論されてきた。専門語の不一致から一致へ、制度の散見から統一へ、行政訴訟の「組み合わせ」制度から相対的な独立へと発展してきた。

行政復議制度の発展中、以下の三つの立法が重要である。一つは、1990年12月に公布された『行政復議条例』（「条例」は日本の政令に相当。訳注）であり、

* 清華大学法学院教授、博士課程の指導教員。本稿は、私自身が担当している国家社会科学基金重点プログラムである「行政権力を監視・規制するところの主要方法と重点分野」の段階的な研究成果である。王建新は本稿のため、イギリス行政審判所に関する資料を提供したので、ここでお礼を申し上げる。本稿は「清華法学」2013年4期に公表されている。

統一的な行政復議制度の形成を象徴する。もう一つは、1999年4月に公布された『行政復議法』であり、行政復議・行政訴訟の二元的な行政救済制度の確立を示す。最後は、2007年5月に制定された『行政復議法実施条例』であり、行政復議制度の機能改善に役立っている。¹

統計によれば、2003年から2006年にかけて、全国では行政復議の申請件数が33.67万であり、そのうち、受理件数が29.95万であり、審理を終えたのが26.81万であり、審理完了の平均率が89.5%である。件数からみれば、同時期の行政訴訟件数より少し低い²けれども、急速に多くなる信訪（陳情処理制度。訳注）件数に比較できない。イギリスの行政審判に比べると、はるか遠くかなえない³。イギリスでは、70余り個の種類異なる行政審判所の事務処理について、それらが聴聞を行った件数は裁判所のそれより6倍ほど多い（Over seventy separate sets of tribunals were then in operation, hearing around six times as many cases as courts）⁴。したがって、行政復議が「紛争解決の主なルート」であるとはいえない。これも現在、行政復議法の全面改正を下準備する主要原因である。

実は、制度の運用からすれば、中国現在の行政復議は20世紀後期の前にイギリス行政審判所の状況に相応しているだけである。具体的には、裁決機能が「行政機能」に及ばなく、「構造においても実務においても」、行政機関との関係が密接すぎである⁵。行政機関からの不独立が公正な判断に影響を及ぼす。だから、当時、件数が少なく、事件の棄却率が高かったのも自明である。

この問題を解決するに関しては、イギリスにおいて、2007年『審判所、裁判所及び執行法』（*the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*）が制定されたことにより、行政審判所を行政機関と徹底的に分離して、司法システムに入れるようになっている。イギリス人が同法の運用にも比較的満足である。イギリス行政審判所サービス局の調査によると、2007年-2008年度に当事者の満足度が68%であり、2008-2009年度に少し下がり65%になったが、2009-2010年度に71.4%に上げた⁶。

わが国において、行政復議法の改正が間近に迫っているところ、行政復議を司

¹ 郜風涛「加強行政復議理論研究不斷創新和完善行政復議制度——在「行政復議論壇（浙江）」開幕式上的講話」参照 <http://www.chinalaw.gov.cn/article/jgz/bld/gft/xgwz/201006/20100600256645.shtml>、検索日付：2012年10月25日。

² 最高人民法院（最高裁）による2004年から2007年までの事務報告書において、2003年から2006年にかけて、全国の人民法院（裁判所）は年に行政訴訟の審理を完了した件数が合計で約95000であるとされている。左为民「十字路口的中国司法改革：反思与前瞻」現代法学2008年6期参照。

³ イギリスでは、2010-2011年度に、すべての行政審判所の受理件数が831000であり、2006-2007年度にその受理件数が546000である。つまり、5年間受理件数が30万近く増えたのである。王建新「英国行政裁判所制度研究」（中国政法大学博士学位論文、2012年口頭試問）参照。

⁴ Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge University Press, 2009, p.487.

⁵ Cf. Edward Jacobs, *Tribunal Practice and Procedure*, Legal Action Group, 2011, p.3.

⁶ 王建新「英国行政裁判所制度研究」（中国政法大学博士学位論文、2012年口頭試問）参照。

法化しよう呼びかけることがある。それに応じて、実務上、復議制度に若干の司法的要素が加えられるようになってきている。こんな改正方向がイギリスのように急進的であるわけではないが、イギリスの経験を参照することを理由づける。しかし、何といっても中国とイギリスは異なる制度を採用しており、必ずしも同様な問題に直面するわけではない。したがって、本文において、類似的問題の分析だけについて、イギリスの経験を紹介して、論理的に深く捉えて、示唆を得ることを意図する。

どのように行政復議の利用率を高めるかについて、復議前置主義が必ずしも良い方法ではない。名宛人は行政復議に信頼がなければ、多くの事件の解決が結局、「訴訟と信訪の途に頼る」¹ようになるのである。この問題の根本的な対策は、行政復議について公正性と信頼性を上げるとともに、簡易迅速性と専門性を確保することにある。以下は、行政復議法のこのような改正目的を念頭に置き、肝心な問題をめぐり私自身の考えの筋道を整理する²。

復議制度の位置づけ

1、論争

中国では、行政復議制度の位置づけをめぐる議論が、今日でも存在している。政府側または政府側近い立場からすれば、異なる見解間を揺れ動くことがみえる。まず、行政活動である行政復議は上下級間の監視制度として、「行政の自己統制により監視を図る制度」であって、「司法機関のように事件を処理して、行政復議を「司法」化するのがよくなく、必要性もない」³という見方がある。こんな意見は行政復議の立法基礎を固めた。また、行政復議は行政的司法行為または「準司法行為」と位置づけられ、行政性と司法性（救済性）の二重的性格を有して、「行政行為として」「行政機関主導のもとに」、「司法的手続によって行われる」⁴ものであると主張しているものがある。もう一つの見解は、救済が行政復議の本質であり、「行政復議制度の改善方向を確定・把握するには、行政復議の中心を内部監視・自己統制から権利救済・紛争解決へと抜本的に転換するほかない」⁵と考えている。これは、現在実務の改革傾向と最新認識を示している。

上述の三つの見解が時間的に順次指摘されており、内容的に立法から実務へと触れている。それらは、行政復議が紛争を濾すような制度である点で異議がないけ

¹ 蒋安傑「聚焦『行政復議法』修改，改革完善行政復議制度」法制日報 2012 年 2 月 29 日参照。

² 2010 年 9 月、國務院法制弁公室行政復議司から委託を受けて、応松年教授をはじめ『行政復議法』改正課題チームが設けられた。そのチームのメンバーは、劉莘、沈巖、莫于川、王万華、楊偉東、王敬波、余凌雲等である。今、改正試案の起草はすでに完成し、國務院法制弁公室に提出した。

³ 楊景宇「關於『中華人民共和國行政復議法（草案）』的說明」（1998 年 10 月 27 日、第九期全國人大常委會第五回會議）。

⁴ 張春生、童衛東「我國行政復議制度的發展和完善」中國法學 1999 年 4 期参照。

⁵ 鄧風濤「加強行政復議理論研究不斷創新和完善行政復議制度——在「行政復議論壇（浙江）」開幕式上的講話」参照 <http://www.chinalaw.gov.cn/article/jgz/bld/gft/xgwz/201006/20100600256645.shtml>、検索日時：2012 年 10 月 25 日。

ど、行政復議の根本目的が上下級間の監視であるか権利救済であるか、と行政復議の手続を司法化する必要性があるかどうかという二つの点では相違が生じる。

2、イギリスの経験

イギリスにおいて、先に述べたような議論も存在したことがある。かつて、行政審判所は行政の分野に属して、行政過程の一環として (tribunals as a stage in the administrative process) 行政機関との関係において分離でも独立でもなく¹、人事任命権や財政権も行政機関に握られて、行政の性格が強いというわけであった。こんな状況が 20 世紀後期まで続いており、中国現在の実況と直面問題にとっても近いといえる。当時のイギリスにおいて、行政審判所の性格 (行政性か司法性か) を論じ始めたのである。

この問題については、Donoughmore 委員会報告書が明らかでなく、実務に対する影響もほとんどなかった。その後、1957 年に Franks 委員会から出された「行政審判所と調査に関する委員会報告」(Report on the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, Cmnd.218(1957)) が重要な転換点を迎えた。そのときから、理論上、世論上、制度上、司法化の傾向が生まれて、行政審判所は議会に裁決権をゆだねられるが、行政システムの一部ではなくなる (tribunals should properly be regarded as machinery provided by Parliament for adjudication rather than as part of the machinery of administration)² と考えられてきている。それ以降、まだ制度化していなかったにもかかわらず、行政審判所が司法システムに含まれることが共通の認識になってきている。行政審判所の司法化は Leggatt 委員会による促進のもと、2007 年の『審判所、裁判所及び執行法』(the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007) により制度上実現している。

Robert Carnwath の指摘したとおり、行政審判所を司法システムに取り込んだことが意義深い憲法的な変革である (this is a profound constitutional change, completing the process of embedding the tribunals judiciary in the judicial system)³。行政審判所が実際的に専門裁判所になっている。Genevra Richardson と Hazel Genn によれば、「裁判所がすでにあるといつても、必要となれば、もつと多い専門裁判所が出てくる」(We already have courts and, if required, we could have more specialised courts)。裁判所より、行政審判所は利用上の便宜、安さ、迅速と非要式 (the relative accessibility, cheapness, speed, specialised expertise and informality of tribunals as compared to courts)⁴

¹Cf. Robert Carnwath, “Tribunal justice - a new start” (2009) *Public Law* 49.

²Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. Cit.*, p.487.

³ Cf. Senior President of Tribunals, *Second implementation review*, October 2008. <http://www.judiciary.gov.uk/publications-and-reports/reports/Tribunals/spt-second-implementation-review>.

⁴Cf. Genevra Richardson & Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 117.

を備えるからである。ここに、行政審判所と裁判所との関係がもう一つの問題になる。

イギリスの行政審判所の司法的改革は、フランスの行政裁判所から影響を受けたといえる。第一層審判所（the First-tier Tribunal）と第二層審判所（the Upper Tribunal）の二種類からなる二階層審判所（two-tier structure）は、フランスの地区行政裁判所（regional Courts Administratives d'Appel）と行政控訴院（Tribunaux Administratif）によく似ている。しかしながら、フランスのように行政裁判所と普通裁判所から構成する二元的な司法制度を形成しておらず、独立の最高裁がなく、行政審判所の裁決に不服があれば（普通）裁判所に上告できる。行政審判所は改革後、裁判所との「ギャップが徐々に縮小または消失して、裁判所に近い特徴を有して、専門化的な裁判所に似ている」¹。したがって、イギリスの前述変革は事実上、裁判所のシステムを拡張して、行政機関の行政紛争解決の正式的な機能を抜き出して、内部的審査（internal review）の非正式的な機能を残している。

中国において、先に述べたイギリスのルートに沿い、復議機関を法院（裁判所）のシステムに加えるとすれば、まず、伝統的に重視されてきた行政内部の紛争解決機能が排除され、大量の事件が法院に訴えることになる。また、このやり方も行政復議と行政訴訟を統一させ、われわれの行政復議に対する通常的認識を覆すことになる。そのほか、政治的または適当的判断が必要となる紛争についても妥当的に解決できなくなり、無理にやると、分権の原理に背離しやすくなる。したがって、中国では、イギリスのような司法的改革を受け入れるのが困難である。

3、われわれの選択

前述の如く、行政復議の位置づけをめぐり、現在までの論争である行政と準司法、上下級間の監視と権利救済が対立している。しかし、こんな対立がうわべの現象にすぎない。ある意味では、上下級間の監視も救済の機能を果たせて、「紛争解決の管理的モデル」（managerial model of dispute resolution）あるいは Mashaw の言った「官僚的正義モデル（model of bureaucratic justice）」に似ており、コストと効率を重視しながら、行政システムに紛争を処理するのである²。また、適正手続の観点に目を向けると、行政復議に「司法的手続」を加えることも可能である。したがって、現在までの議論が問題の実質に触れているとはいえない。実は、上下級間の監視は「二回目の決定」により実現されるものであるのに対し、権利救済は裁決の原理を求めるものである。このことを見抜いてはじめて、問題を明らかにできる。

行政復議を行政の自己反省と認識して、復議機関である上級行政機関が処分機関の元決定を審査し二回目の決定を下すとすれば、次の五つのことが成立することになる。第一に、法的効果が生じるのが二回目の決定である。二回目の決定は元決

¹ 王建新「英国行政裁判所制度研究」（中国政法大学博士学位論文、2012年口頭試問）参照。

² Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. Cit.*, p.488.

定を維持するものであっても、元決定に法的効力を喪失するのが当たり前であり、元決定の内容が二回目の決定の認可により二回目の決定に吸収される。第二に、元決定に法的効力がなくなる以上、法院に訴えることができるのが二回目の決定しかない。第三に、二回目の決定をしようとき、上級行政機関は全面的な行政調査権を持ち、元決定が適法であるかどうかと事実が明らかであるかどうかのみならず、当事者に違法行為があるかどうかも審査する。具体的事件において、調査の範囲や程度が上級行政機関の裁量権に委ねられる。第四に、二回目の決定である復議決定に幾重の認可が要される。これは行政決定のプロセスと標準モデルに適合する。第五に、首長責任制に即して、行政首長は二回目の決定である復議決定に実質的関与権を有する。

しかしながら、近年、以上のことが実務上問題になっている。まず、上述のとおり、二回目の決定しか法院に訴えることができないが、復議機関は通常的に被告になりたくない。事件を招いた元決定が復議機関から出されたものではなく、復議機関が被告になり敗訴したら、それに対する法的執行のチェック・評価に影響するからである。その原因で、長期間、復議機関による維持率が50%以上になっている。次に、行政復議の長所は元決定を変更するとする復議決定により、広範な適当の審査をはかることにある。だが、復議機関は被告になりたくないから、事実上、行政復議の変更率が非常に低い¹。また、行政首長からの関与や処分機関との密接な関係なので、復議機関は中立的な存在であると言い難い。このことは「行政復議の効率と信頼力の向上を大変妨げている」²。そのほか、「行政復議文書が一般の行政文書として処理される」とき、幾重の認可手続が面倒くさい³。これにより法的期間を超過して復議決定をすることもある。

「二回目の決定」は行政のルートによって行われるものである。近年、行政行為の適法性と適当性を確保するための制度設計を探求している。その一つの成果として、『行政復議法実施条例』（2007年）には復議決定の質を向上させるために、復議事務の責任制、重大な復議事件の報告・記録制、定期報告制、人事の訓練養成制と奨励制等が定められている。しかし、これらの制度は復議体制の内在する前述の問題に対して、明らかな効果が出ないようである。

裁決の原理から出発すると、前述の問題がなくなる。復議機関は中立性を持ち、もう復議の結果に利害関係を有せず、被告にならず、政治的問題や適当の問題であ

¹たとえば、2011年に、上海市の各級行政復議機関は審理を完了した件数が合計で2086であるが、変更決定をしたのがただ1件であり、0.04%しかない。「二〇一一年度上海全市行政復議与行政応訴工作相関情況」上海政府法治簡報2012年12期(総174期)参照、

<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/gzdt/201210/20121000377202.shtml>、検索日時：2012年11月7日。

²鄧風濤「認真貫徹胡錦濤總書記重要講話精神把行政復議打造成爲化解行政爭議的主渠道——在2011年行政復議年度工作會議上的講話」<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjh/ldjh/201201/20120100359445.shtml>、検索日時：2012年10月30日。

³青鋒、張越「当前行政復議工作存在的問題」行政法學研究2002年3期参照。

っても心配なしに変更権を行うことができるからである。一方では、行政復議の受理範囲について、行政上の指揮関係がもう強調されず、もつと多い公法上の紛争、特に公権力を行使し公職を担う第三部門が行う行政活動も受理されることになる。

それにしても、イギリスの経験をそのままに用いるわけではない。行政復議の行政性（効率、簡易迅速）も重視すべきからである。そのため、行政復議の場合に裁決の原理を運用するときは、司法と行政との間に占める混合的性格が生まれる。すなわち、行政システムに裁決機関である復議機関の超然と中立を追求するとともに、行政手続の効率をもとに、公正な司法手続を適度に吸い込むのである。

復議機関が被告になるかどうか

イギリスにおいて、「偏見無し」（no bias）等自然正義理念が人々の意識に染み込んでいろうので、行政審判所はまだ司法化されず、政府の所属する司法支部（As part of the judicial arm of government）であつたときに、形式的に独立的であつて¹、事件の結果に利害関係を発生させなかつた。当事者が裁決に不服しても行政審判所を被告にして裁判所まで訴えるわけではなかつた。司法化を経て、行政審判所は上告事件でも司法審査事件でも被告にならない。

わが国にはそうでない。『行政訴訟法』（1989年）25条2項は「復議を経た事件において、復議機関は元具体的行政行為について維持決定を行つた場合に、元具体的行政行為を行つた行政機関が被告になり、変更決定を行つた場合に、それ自身が被告になる」と規定している。応松年教授のお話によつて、行政上の便宜との考慮でこういうように定めるのである。区別なしに具体的行政行為を行つた行政機関を被告にすれば、負担が重すぎる。復議機関は変更決定を行つた場合に、その決定の始末をよく知っているから、被告になると訴訟的に都合がよい。これに対して、維持決定について処分行政機関は元行政行為を行つたときの「事実証拠と法的証拠をよく知っている」から、被告にして証拠を提出するのに便利である²。

しかしながら、上述の規定は理論上、筋道が通るとは言い難い。前に説明したように、「二回目の決定」の理論によつて、種類（変更・取消・維持）を問わず、復議決定をしたら、法的効果が生じるが、処分機関の元決定に法的効果が喪失することになる。そのため、当事者に不服があれば、復議機関を被告にして法院に訴えるというべきである。また、証拠提出の便利程度が変更決定か維持決定かにより大きい差別があるわけではない。しかも、上級機関である復議機関から命令があれば、下級機関である処分機関も法廷に出席可能である。

近時の行政復議法改正論において、復議機関が被告になるかどうかに対して激論を行つた。その中、「二回目の決定」の理論を貫徹して、すべての場合は復議機

¹Cf. Genevra Richardson&Hazel Genn, "Tribunals in transition: resolution or adjudication?" (2007) *Public Law* 117.

²黎軍「行政復議与行政訴訟之關係範疇研究」法学評論 2004年3期参照。

関を被告にして、「自身に有利する傾向」を抑制するというような急進的な意見がある。この説に対立して、復議機関を被告にしないように、「行政復議を事件審理の一環である司法の一審とみな」し、ならば、「復議決定に不服して法院に訴えるのが提訴ではなく上告であり、上告の対象が復議機関ではなく元決定を行った処分機関である」¹。

私見によつて、復議制度の位置づけに結びつけて、復議機関が被告になるかどうかを分析しなければならない。「二回目の決定」の理論からすれば、どんな場合でも復議機関が被告になることに理論上、筋道が通る。しかし、このとき、復議機関は何時も名宛人に対立する局面に置かれ、中立性を完全に喪失することになる。これに対して、裁決の原理からすれば、復議機関は被告になれない。これで、復議機関の中立性を確保する制度設計を続いて探求することができる。

復議委員会

中国において、中央による権力集中と立法の統一を重視していろいろので、従来から立法は復議機関の設置と手続及び法院との関係を規律してきており、イギリス行政審判所のような混乱・秩序無しが出ていない。イギリスが行政審判所制度を整えたことがあるとはいえ、行政決定のプロセスに異なる地位を占める行政審判所(In practice, tribunals still occupy very different positions in decision-making chains.)²を統一するのが困難である。何十年の分散的な発展を経て、形成する多様な行政審判所を一様なものに絞ることが考慮深くなく、逆の結果を招き、最終的に実現できないかもしれない(trying to squeeze such a diverse system, that has evolved over many decades in such a piecemeal way, into a procrustean bed of complete uniformity would have been both unwisely counter-productive and would, in the end, probably have proved unachievable.)³。だから、中国人にとって、イギリスの行政審判所制度がはつきり見えないであろう。そうして、イギリス行政審判所の組織上の経験を学ぶことが無意義であろう。

しかし、我が国の実務をよく観察すれば、イギリスに類似して、異なる分野で復議機関を分散的に設置することもみえられる。例えば、1994年以前、原則的に上級行政主管部門が復議決定を行っていたが、同年以後、機関間の指揮関係により復議機関も異なっている。垂直指揮関係にあれば、上級行政主管部門が復議機関になるのに対し、垂直と水平の二重指揮関係にあれば、当事者は上級行政主管部門又は同級政府に復議申請を提出できる。また、就労損害認定、交通事故認定、医療事故

¹何海波、劉莘「復議機関「不管事」能否当被告」法治週末 2010年7月15日参照
<http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=5364>、検索日時：2012年12月7日。

²Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. Cit.*, p.488.

³Cf. Gavin Drewry, *The Judicialisation of 'Administrative' Tribunals in the UK: From Hewart to Leggatt*, p.55.
<http://www.rtsa.ro/en/files/TRAS%2028E%20S%20-%203%20-%20DREWRY%5B1%5D.pdf>.

認定等の場合に復議又は審判に似ている制度もあるが、学説上、行政復議の範囲から除外されると思われる。

復議機関の中立性問題がよく非難されている。とりわけ、条条管轄（下級行政主管部門の行った具体的行政行為に不服があるとき、上級行政主管部門が復議機関として復議事件を管轄すること。訳注）が部門保護主義を起しやすく、復議機関を中立性に欠けさせる。実務上、「官僚が互いに庇い合うこと」、「管轄しなくてもよい事件であれば管轄しないこと」、「争われる具体的行政行為を取り消すべきでありながら、取り消さないこと」など条条管轄に関係している。また、はるか遠い地域で条条管轄を適用してはとても便利的でない¹。

前述の問題の対策として、2008年以來、国务院法制弁公室は一部の地方で行政復議委員会の試行を行い、明らかな効果を収めてきている²。これが、行政システムに改めて復議資源を整えて、復議機関の相対的な独立をはかることに役立つ。試行を経て、全部集中（政府の各部門に分散する復議権のすべてを行政委員会に集中させること。訳注）、部分集中（一部の政府部門の有する復議受理権と審査権を行政委員会に集中させること。訳注）、合議委員会（現行の行政復議制度を維持しつつ、社会人を受け入れ構成する行政委員会。訳注）の三つのモデルを形成している。黒竜江等の試行状況からみて、全部集中モデルと部分集中モデルが多く用いられて、行政復議制度の今後の発展方向を象徴している³。行政復議委員会の試行から以下のことがみえる。

第一に、上級行政主管部門の復議権を同級政府に集中させる（垂直指揮関係にある行政機関間の行政復議が変わりず、現行制度による）ことが、遠い道程を走る時間と精力を省く。この場合に、行政行為の適法性問題をめぐり行政機関と上級行政主管部門との間の意見交換、指示請求、報告等行政慣習も、復議に何かマイナス影響を及ぼさない。

第二に、政府の法制部門に行政復議委員会を設置する。この発想が台湾から深い影響を受けて形成するものである。専門家等による人事構成や投票表決制が、復議委員会の中立性の向上に役立つ。

第三に、実際的に、復議委員会の決議が行政首長に拘束力を有するわけではな

¹青鋒「中国行政復議制度的發展、現状和展望」法治論叢 2006年 21卷 1期参照。

²中山市政府行政復議委員会は、2010年1月から5月にかけて、行政復議の申請を受けたのが合計で114件である。この数が2009年同時期より278%増えて、2010年同時期法院が新たに受理した行政訴訟件数を初めて超えて、全市の二つの下部法院の同時期の受理件数より約9%超えている。2009年同時期、行政復議事件の数が行政訴訟の半分にすぎない。2010年同時期、中山市信訪局が受理した事件も去年同時期より約10%下がっている。これらのことから、行政復議が行政救済の主な途として機能していることがわかる。沈福俊、徐涛、呂奕成「行政復議制度改革研究」上海政府法制研究 2011年 6期（総 226期）参照。

³郜風涛「認真貫徹胡錦涛總書記重要講話精神把行政復議打造成爲化解行政爭議的主渠道——在 2011 年行政復議年度工作會議上的講話」<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjjh/ldjh/201201/20120100359445.shtml>、検索日時：2012年10月30日。

い。復議委員会が中立性を図るかどうかは、高い程度では行政首長の態度により決まる。ハルビンの改革において、復議委員会の決議について、面倒な手続によって行政首長からの関与を抑制してきており¹、良い効果を得ている。

イギリスでは、行政審判所の中立性問題が専門家等による人事構成ではなく、徹底的な司法化によって解決されている。イギリス人にとって、いわゆる独立が機構の独立(institutional independence)であり、「公正性を確保する構造」(Independence is the structural or institutional framework which secures this impartiality)²からである。ただし、管轄事務と法律知識に通暁する専門家を行政審判に参加させているのが、昔からである。これは、当事者に行政審判所の利用便性を意識させる一方、専門知識に頼り証拠評価と事実認定を行い、裁決の質を上げて事件処理を促進する(This specialisation of the members enhances the quality of their decisions and the potential speed of clearance.)³ようにためである。

我が国において、専門家等が立法の政策的考慮をよく知っておるから、政策に係る行政紛争に対応することができる。専門家等の構成する復議委員会は公正な手続で認定する事実、特に専門的判断に係る事実が、明らかな反証がある場合を除き、一般的に法院に認められる。

注意すべきのは、イギリスで、司法化改革の以前にすでにあつた専門家等による人事構成が、行政審判所に中立性を持たせなかつたことである。したがって、行政システムに復議委員会の中立性を実現するには、実質的な仕組み、少なくとも以下の四つのことが必要である。①専門家、弁護士、学者等が復議委員会又は事件審議会的人事構成において1/2以下占めてはならない。②投票表決制を実施し、少数が多数に従う。③審理と裁決を合わせて、復議委員会は自己の名義で復議決定を行う権力を持たせる。あるいは、韓国の経験を学び、復議機関が復議委員会の決議しにより裁決できず、復議委員会の決議を変更できず、再度の決議も要請できないというように、立法に明示する⁴。④復議委員の身分保障を提供する。

受理範囲の拡大

イギリスでは、大部分の行政審判所が行政事件を受理するが、民事訴訟を審理するものも少なくない。両者もとに処理するものもある⁵。受理事件の種類と範囲は

¹ 『ハルビン市行政復議規定』(2008年)55条によって、行政復議委員会主任は復議委員会の議決結果に異議があるとき、別に事件議決会議または委員会会議を開催し、「少数が多数に従う原則を採用し、表決で議決を行わなければならない。議決の結果にまた異議があれば、行政復議委員会主任は「同級政府常務会議に報告し、決定を仰ぐ」。

²Cf. Genevra Richardson&Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 120.

³Cf. Edward Jacobs, *op. Cit.*, p.22, 53.

⁴ 呂艶濱「日本、韓国の行政復議制度——行政復議司法化的若干実例」環球法律評論 2004年春季号参照。

⁵Cf. Robert Carnwath, “Tribunal justice - a new start” (2009) *Public Law* 49.

行政審判所によって異なっている。

近年、我が国において、行政復議事件の数が概ね行政訴訟事件の半分にすぎず、急速に多くなる信訪事件にかなえない。その一つの主要原因は行政復議の受理範囲が狭すぎることにあろう。1990年の『行政復議条例』はただ行政訴訟法の組み合わせ立法にすぎず、受理範囲の定め方が行政訴訟法に倣った。1999年の『行政復議法』は行政訴訟法から離れるものとして、受理範囲に行政訴訟法により排除される若干の事件を加えるようになってきている。しかし、行政訴訟実践の発展につれて、司法解釈（どのように具体的に法を適用するについて、法院、検察院である司法機関が解釈を行う。ここで具体的に「最高人民法院關於執行『行政訴訟法』若干問題的解釋」を指す。一般的に、最高法院による司法解釈は下級法院に拘束力を有する。訳注）もこれらの事件を行政訴訟の受理範囲に入れるようになってきている。そうして、両法による受理範囲が大体同様になっている。

実は、行政訴訟より行政復議は範囲が広くて、審査の程度が深い。まず、行政復議について、適法性問題（legality）のみならず優劣性問題（merits）も審理する。優劣問題が実質的適法性問題ではなく、広い意味での適当性問題であり、政策又は決定がよいか悪いかに関する評価にかかわる。これに対して、行政訴訟について、適当性審査が実質的適法性に対する審査である。だから、行政復議における適当性審理は範囲が広い。実質的適法性審査に不服があれば、行政訴訟を提起できるが、優劣性審査に不服しても法院に訴えることができない。また、理論上、あらゆる行政紛争が行政復議の途に入ることができる。懲戒処分等、人事決定及び、行政機関が民事紛争に対して行う調停も例外ではないようである。さらに、政策的性格が強く、法官（裁判官）が介入してよくない事件については、復議委員会の人事構成や協調手続により解決できろう¹。

ここに Peter Can の「決定ランク」（decision – making hierarchies）理論でさらに説明することとしたい。行政復議は上下級間の指揮関係を基礎づける。上級が下級の決定を取消又は変更することができ、彼ら間に一つの決定ランクを形成する。彼らが類する権能（function）を行使し、同様な資格（qualifications）、経験（experience）と能力（competences）を持つ²。彼らも自治の範囲に裁量権が認められ、政策の形成と方向性を左右することができ、政治的責任を担う。この点では、下級より上級は責任が重く、能力が高く、意図が優先的である。しかし、分権原理に基づき、法院がこの上下級間の決定ランクから除外され、行政の代わり政治的責任を担うこと

¹「政治的・政策的性格が強く、単に行政復議を通じて解決できない事件については、できるだけ地元の党委員会と政府の統一的な協調によるべきである」。邵風涛「認真貫徹胡錦濤總書記重要講話精神把行政復議打造成爲化解行政爭議的主渠道——在 2011 年行政復議年度工作會議上的講話」

<http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjh/ldjh/201201/20120100359445.shtml>、検索日時: 2012 年 10 月 30 日。

²Cf. Peter Leyland & Terry Woods (eds.), *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints & New Horizons*, Blackstone Press Limited, 1997, pp.246-247.

ができず、行政に手を伸ばしすぎてはならない。

「決定ランク」でなく、「行政主体」（又は法的執行主体）理論によつては、なぜ同級政府がその職能部門の決定を取消又は変更する権力を有するかをきちんと解釈しにくい。なぜならば、「行政主体」理論は法律の授権から出発して、決定ランクにもっと厳しい限定を加えるからである。すなわち、「上級行政主管部門」しか同様な法律授権ない。例えば、公安機関の上下級は同様な法的執行主体であり、同様なランクに置かれる。同級政府がその職能部門の決定を取消又は変更することは、組織法上の概括的授権しかにより解釈できない（『憲法』109条、『地方各級人民代表大会和地方各級人民政府組織法』59条、66条）。したがって、「行政主体」理論より、むしろ「決定ランク」の解釈力がもっと強く、もっと妥当である。

しかしながら、「決定ランク」であろう「行政主体」であろう、行政権力や行政行為だけをめぐり行政復議を解説して、受理範囲の拡大を束縛している。これは公共行政の範囲に属する社会行政を排除して、現代社会と公共行政の発展に相応しない。結局、そもそも行政復議を申請できる多くの事件が信訪の道に流れるようになった。

裁決の原理で復議制度を改めて設けるとすれば、受理範囲の認定においては上下級間の指揮関係から拘束されなくなる。その場合は、ある分野で行政監督関係が起こす公法紛争、特に公共職能を持ち、公共権力を行使する第三部門や自治組織についても復議の範囲に入れる。

行政権力から公共権力へ、国家行政から社会行政へとの変化では、政府が「公私協働」、「外部への注文」、行政契約等を多く用いてきている。この際、公法と私法の関係が混雑になり、従来の行政行為概念によつては行政復議に処理できる事件を識別できなくなる。行政復議の受理範囲を広げろうとするとき、先に以下の識別しやすい公法紛争を受理範囲に加える。①政府から職能に委ねられる職業協会や自治組織が、当該職能を履行するときに起こす紛争。②行政行為の前置的条件として、職業協会や自治組織が査定、認可等を行うときに起こす紛争。③当該組織が当該職能を履行しなければ、政府は持続的にその職能を担うわけではないときに起こす紛争。

手続の充実

『行政復議条例』は非常に少ない条文で簡単な復議手続を定めるが、『行政復議法』と『行政復議法実施条例』は期限、閲覧、証明、証拠等を規定し、復議手続を大きく改善している¹。復議の特徴と適正手続の原則を考慮しているが、裁決の原理が全然みえない。

裁決の本質は公正である。公正は手続と密接な関係にある。復議手続は主に対面審理で行われ、反対尋問と弁論を導入して、かつ、国家秘密・商業秘密・プライバ

¹馬懷徳「行政監督与救济制度的新突破——『行政復議法』評介」政法論壇 1999年4期参照。

シーに係るものを除き、公開で審理を推進し、政府のホームページに事件の概要と審理の結果を公表して、復議委員会が決議の理由を提示しなければならない。

ある意味では、手続の繁簡が効率と反比例し、公正と正比例する。復議手続を設けるときの、イギリス行政審判所のように、効率を偏重するとともに公正も配慮するというべきである。Leggatt Report も「…あらゆる審判所にもふさわしいスローガンは非要式、簡易、有効と均衡である」と指摘している¹。しかし、行政審判所の司法化改革後、審判手続が要式で複雑になっている。我が国においては、復議に司法的手続を導入しようところ、「行政復議制度に現在の苦境を脱させることができないのみならず、効率という固有の長所を失わせるおそれもある」²。それでは、どのようにイギリスの轍を踏むことにならないか。

第一に、現場調査を強めて、審査の効率を上げる。第二に、法院の裁判に近い手続を導入しても、柔軟と簡便な手続による。第三に、簡易手続を規定し、これと復議委員会による審理裁決手続からなる二元的構造を立てる。そのために、まず、簡易手続と審理裁決手続に適する事件を別々に配分する。また、簡易手続を経て調停に達するできない事件は、復議委員会に審理裁決を求めうる。

簡易手続と調停

重大な影響が出る事件又は複雑な事件、若しくは当該行政立法の付随的審査を請求する事件を除き、原則的に双方当事者は互いに同意すれば、簡易手続から始めて調停を行いうる。これはイギリスの「ふさわしい紛争解決方法」(Proportionate Dispute Resolution) に似ており、簡易迅速でありコストが低い³。

『行政復議法実施条例』50条にいう調停には、次の四つの要点がある。①双方の自分意志、②適法性、③適用範囲、④形式と効力。この規定について、将来の課題として、適用範囲を拡大するという点のほか、以下のことも考えることができる。第一に、調停は一回に限る。調停にならなければ、双方の同意で簡易手続により復議委員1名が審理裁決する。そうでないと、復議委員会による審理裁決手続に入る。第二に、こつそりと出会うことを禁止しなくてもいい。第三に、調停と裁決の分離を実施する。これは、「調停が成功を得ず、事件審理の段階に入るとき、調停過程での偏見なので復議職員が中立的・客観的立場を持たずに処理することを防ぐ」⁴ようにためである。したがって、復議職員とは別に、調停のための専門の職員が必要である。第四に、早期の中立的評価制度(early neutral evaluation)を導入し、当事

¹Cf. Tribunals for Users—One System, One Service (2001), para31.

²周漢華「行政復議制度司法化改革及其作用」国家行政学院学報2005年2期参照。

³Cf. White Paper on Transforming Public Services: Compliant, Redress and tribunals, Cm6243.<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/pubs/adminjust/transformfull.pdf>.

⁴沈福俊、徐涛、呂奕成「行政復議制度改革研究」上海政府法制研究2011年6期(総226期)参照。

者に実情に合わない請求を放棄させる (help moderate a party's unrealistic claims)¹。

復議委員会による審理裁決手続

復議委員会が審理する事件には二つの種類がある。一つは、重大な影響が出る事件又は複雑な事件、若しくは当該行政立法の付随的審査を請求する事件である。もう一つは、簡易手続を経て調停に達しないが、続いて簡易手続を用いることを同意しないとする事件である。

復議委員会が対面審理を行うまでに、その事務処理機構である政府の法制部門が現場を調査し、証拠をチェックし、双方当事者の主張と争点を整理したうえで、一回の調停を実施しうる。復議委員会の審理は法廷での審理に近く、円卓会談の形で当事者間の対立を緩めることや学者、弁護士又は専門家を復議委員会の主任に担当させることを考慮できる。

審査の方法

イギリスの行政審判には口頭聴聞 (oral hearing) と書面聴聞 (paper hearing) の区別があり、それぞれに中国における対面審理と書面審理に類する。口頭聴聞により透明な審理を促し、裁決の質を向上させ、公衆の行政司法に対する信頼を保つ (maintain public confidence) ことができる。それに、当事者に参加の機会を与えて、ミクロの公衆参加を意味する。当事者の双方も口頭聴聞の採用を同意せず、かつ、審判所が口頭聴聞を行わずに裁決できると確信せざるを得ない場合に限り、口頭聴聞によらない²。

イギリスの係る研究においては、「対面聴聞」 (personal hearings) は「書面聴聞」 (postal hearings) より成功率が高いと示されている。とりわけ、事実が複雑又は争われ、複雑な法律にかかわる、若しくはさらに情報を提供するのが必要である場合は、口頭聴聞がもっと効果的である (oral hearings were more effective where the facts are either complex or in dispute, where the law is complex, or where further information is required)。しかも、手続が公正かどうかは対面陳述の機会 (the opportunity to present a case) を与えるかどうかに大きくつながる。口頭聴聞に参加すれば、当事者の裁決過程に対する理解と信頼に積極的な影響を及ぼす (attendance at an oral hearing has a positive impact on users' comprehension of and confidence in the

¹早期の中立的評価はイギリスにおける代替的紛争解決制度 (alternative dispute resolution (ADR)) の一種である。双方当事者の同意で、独立的な第三者が双方当事者の請求を巡り、①裁判所又は審判所がやりうる結果 (the likely outcome in court or tribunal)、②公正な結果 (a fair outcome)、③ある技術問題又は法律問題 (a technical or legal point) を評価しうる。しかし、こうした評価意見は拘束力がなく、当事者の交渉において用いられるにほかない。Cf. White Paper on Transforming Public Services: Compliant, Redress and tribunals, Cm6243. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/pubs/adminjust/transformfull.pdf>.

²Cf. Edward Jacobs, *op. Cit.*, pp.313-314. Cf. Geneva Richardson&Hazel Genn, "Tribunals in transition: resolution or adjudication?" (2007) *Public Law* 129-130.

adjudication process.)¹。

我が国において、『行政復議法』22条は『行政復議条例』37条のように、行政復議が「原則的に書面審理による」とされている。簡便な書面審理により効率を図ることが立法の趣旨である。「(申請者の提供する)申請書と証拠、法律依拠を添付する書面材料、(被申請者の提供する)答弁書と具体的行政行為を行ったところの証拠、依拠などを添付する書面材料、第三者の提供する係る書面意見と書面材料等」を復議機関が審査した後、「復議決定を下して、復議手続を終える」²。しかし、書面審理原則には以下の欠点がみられる。

第一に、書面審理は事実が明らかであり、法適用だけに疑問がある事件にふさわしい。こんな事件において、上級機関である復議機関は法律と政策をよく知っており、書面材料を閲覧だけすれば判断を下すに足りる。ところが、多くの復議事件は、事実が争われ、あるいは材料の不十分など閲覧だけによれば事実を認定しにくい場合であるので、書面審理原則が実情に合わないといえる。

第二に、書面審理が申請者を審理のドアから隔てるものである。対面の交流、弁論に欠けるので、行政内部のシステムに行われる復議決定を疑いやすくなる。

近時の復議改革においては上述の第一点が注意を払われている。この点について、「事実がはっきりして、争点が多くない事件は簡易手続あるいは書面審理による。事実が明らかでなく、争点が多い事件であれば、現場調査と対面審理で事実を調べることができる。複雑で社会的影響が大きい重大事件は、公開で聴聞を行うことにより処理しうる。」と指摘されている³。ただし、私見には「事実が明らかでなく、争点が多い事件」だけでなく、書面審理で事実を確定しても当事者が対面審理を申請するというような事件でも、対面審理を行うべきであると思われる。そうしないと、上述の第二点に対応できない。

現在では対面審理が法廷での審理に類すると認識されているが、イギリスにおいて口頭聴聞の形が様々であり、映像や電話等電子的手段を使っている。将来の中国では、電子的行政事務と情報化の発展につれて、対面審理の形式も多くなると思われる。

イギリスの伝統に照らして、口頭聴聞は双方当事者が対立の立場で行われてきている。これは手続の公正性をチェックするゴールド基準と多く視されている。(The adversarial oral hearing has been regarded by many as the gold standard of procedural

¹Cf. Geneva Richardson&Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 129, 131.

²楊小軍「対行政復議書面審査方式的異議」法律科学 2005 年 4 期参照。

³郜風濤「狠抓落實，開拓創新，全面推進新形勢下市縣政府行政復議工作——在全州市縣政府行政復議工作座談會上的講話」参照 <http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjh/ldjh/200811/20081100066699.shtml>、検索日時：2012 年 11 月 4 日。

fairness)¹。近年、効率を上げるために、革新の名義で口頭聴聞に尋問 (inquisitorial) を導入している。オーストラリアの行政上告審判所 (the Commonwealth Administrative Appeal Tribunal) は行政システムに位置するものであり、その審判が尋問で行われている²。北京市のいくつかの復議事件の審理に参加した私自身の経験からみて、理論上でも実務上でも一般的に対立審理と尋問審理を区別しないで用いている。争点を識別して、審理の効率を上げるために、尋問のほうが多く使われているようである。

私見としては、行政復議の簡易迅速性や専門性にとって、尋問がもつとふさわしい。なぜならば、当事者の主張に拘束されず、紛争の解決を促進し、審査の効率を向上させることができるからである。これもなぜ復議委員会が現場調査を強めるかを解釈できる。

対面審理に当たっては、申請者と被申請者が同時に出席し、別々に意見を陳述してから、互いに弁論するうえ、主要事実と法律問題及び争点を明らかにするといふべきである。そのため、弁護士が事件に介入すること、申請者が事前に事件文書、証拠等を閲覧することを許して、被申請者にかかる通知義務、公表義務を課すのである。

結びに代えて

行政復議制度には大体、三つのモデルが存在している。一つはドイツのように、行政訴訟の機能が非常に強く、行政復議が顕著ではなく、さらに無しでも構わないものである。一つは、イギリスのように、行政審判所を司法システムに入れて、高度な司法化に達するものである。もう一つは、中国台湾の如く、行政システムに相対的な独立を図るものである³。それぞれがその国の理念、伝統と実情を表現している。

我が国現在の行政復議改革にとって、三つめのモデルがわれわれの伝統を覆すことにならず、改革のコストも低い。イギリスの改革が我が国の伝統と実情に合わないとはいえ、司法化過程における考え方や細かく技術的な処理方法が参照に値する。

総じていえば、中国の行政復議制度を改革する際には、まずは、行政復議委員会を設置して、専門家等の人事構成、投票表決、審理と裁決の合併、「被告にならないこと」、対面審理、理由説明などによりその独立性と公正性を図る。次に、

¹Cf. Genevra Richardson&Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 126.

²Cf. Robert Carnwath, “Tribunal justice - a new start” (2009) *Public Law* 55.

³郜風涛「加強行政復議理論研究不斷創新和完善行政復議制度——在「行政復議論壇（浙江）」開幕式上的講話」參照 <http://www.chinalaw.gov.cn/article/jgz/bld/gft/xgwz/201006/20100600256645.shtml>、検索日時：2012年10月25日。

司法的要素の加入が復議手続を法院の手続、少なくとも訴訟上の簡易手続に近く接させる。行政復議の簡易迅速性が、簡易手続、調停、行政復議委員会の効率的で補助的な事務処理を通じて図られる。最後に、政策的問題と適当的問題が問われる、あるいは事実認定に専門的判断が必要となる場合は、行政復議制度は明らかな優越性を持ち、恐らく法院でも気軽に介入できないようである。裁決の原理により行政復議の受理範囲を広げて、これが根本的に紛争を取り上げ、信訪の量を減らす方法である。

행정심판법개정에관한연구

余凌云 (위링원)*

<주제어>

행정심판법, 개정

목차

I. 서언

II. 제도의위치(定位)

III. 심판기관의피고가능성여부

IV. 심판위원회

V. 수리범위의확대

VI. 절차의증축(增構)

VII. 심판방식

VIII. 결론

<논문초록>

행정심판법의개정목표는행정심판의공정성, 친화력을향상시키고신속하고경제적이며전문성을유지하기위한것이어야한다. 첫째, 심판위원회를설립하고 “摻沙子”(배타적경향이있는집단에외부사람을넣어원래의상황을변화시킴), 표결제, 심사심판통합(審裁合一), “不當被告”(심판기간은소송피고불가), 구두심리, 이유설명을통해독립성, 공정정을향상시켜야한다. 둘째, 행정심판의신속성, 유연성, 경제성은간이절차, 조정, 심판위원회작업기구의효율적협력작업등을통해실현해야한다. 마감으로재결원리(裁決原理)를통해심판범위를진일보확대하여분쟁을적극적으로흡수하는것은민원절차(信訪)로유입되는것을감소하는근본적인경로이다.

I. 서언

중국행정심판은민국(民國)시대에도입되어 “소원”이라칭하였다. 이용어는중국대만지역에서여전히사용되고있다. 개혁개방이후, 대륙은다시행정심판을회복하고부단히발전한결과, 점차용어의혼돈에서일치로, 제도의파편화에서통합으로, 행정소송의보조제도에서행정소송의상대적분립으로발전하였다.¹

*청화대학 법학원 교수(박사지도교수). 본문은 필자가 담당하는 국가사회과학기금중점연구프로젝트(프로젝트허가번호 10AZD023) : “행정권력의 감독과 규범화 주요 경로와 중점 영역”의 일부 연구성과물임. 王建新박사가 영국행정재판소의 관련자료를 제공한데 대하여 사의를 표함. 본 논문은 <청화법학>(2013년 제4호에 게재하였음.

그중, 세차례중요한입법단계를거쳤다. 1990년 12월 “행정심판조례”가공포되면서중국의통일된행정심판제도가시작되었다. 1999년 4월 “행정심판법”의공포는중국행정심판, 행정소송의이원(二元)화행정구제체계가공식적으로확립되었음을상징한다. 2007년 5월 “행정심판법실시조례”의공포는행정심판제도의기능이진일보로보완, 보강되도록하였다.

통계에따르면, 2003년부터 2006년까지전국에서총 33.67만건의행정심판신청을접수하고 29.95만건을수리, 이미심판종결한것은 26.81만건, 평균심판종결율은 89.5%에달한다. 사건수로보면, 동기행정소송사건에비해다소낮은상황이다.¹그러나부단히증가하는민원절차(信訪) 숫자와는비교가되지않는다. 영국행정심판에비교하여도역시비교가되지않는데²영국은 70여개부동한유형의심판소가운영중이고처리(hearing)한사건은법원의 6배에달한다(Over seventy separate sets of tribunals were then in operation, hearing around six times as many cases as courts).³따라서아직행정심판은 “분쟁해결의주요한경로” 라고말하기어렵다. 이것이현재전면개정을검토하는주요한요인이기도하다.

필자가보건대, 사실중국은기껏해야영국 20세기후반이전의행정심판소의경지에달했을뿐이고재결기능은 “행정기능” 에비교가안되고 “구조에서실천까지” 행정기관과너무밀접한관계를갖고있어⁴독립되지아니하면공정성에영향을미치게때문에사건수가많지않고 (행정행위) 유지율(기존결정維持率)이일방적으로높은것도놀라운것없다.

영국이상기문제를해결하는思考의맥락은, 2007년 “심판소, 법원과집행법” (*the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007*)을통해행정심판소와행정기관을확실히분리하고사법체계의일부로변경하였다. 영국인은이러한개혁의성과에대하여비교적만족하고있다. 영국심판소서비스국의조사통계에따르면, 2007-2008년도당사자만족도는 68%에달하고 2008-2009년다소하락한 65%, 2009-2010년도만족도는다소상승하여 71.4%에달한다.⁵

중국행정심판법개정을앞두고행정심판사법화를주장하는목소리가가끔나오고실천에서도확실히사법적요소를도입하였다. 비록영국의수준으로급진적이지아니지

郜風濤: “加強行政復議理論研究不斷創新和完善行政復議制度—在‘行政復議論壇’(浙江)’開幕式上的講話” 참조, <http://www.chinalaw.gov.cn/article/jgzn/bld/gft/xgwz/201006/20100600256645.shtml>, 2012년 10월 25일 검색.

¹최고인민법원 2004년부터 2007년까지 업무보고에 따르면, 2003년부터 2006년까지 전국인민법원이 재판종결한 행정소송사건은 평균 95000건에 달한다.

左為民: “十字路口的中國司法改革: 反思與前瞻”, 《現代法學》2008년 6집 참조.

²영국은 2010-2011년도 행정심판소에서 수리한 전부 사건의 숫자는 831,000건이고 2006-2007년도 행정심판소에서 수리한 전부 사건의 숫자는 546,000건, 5년사이 30만건이 증가되었다.

王建新: 《英國行政裁判所制度研究》(中國政法大學博士學位論文, 2012年答辯) 참조.

³Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *Law and Administration*, Cambridge University Press, 2009, p.487.

⁴Cf. Edward Jacobs, *Tribunal Practice and Procedure*, Legal Action Group, 2011, p.3.

⁵王建新: 《英國行政裁判所制度研究》(中國政法大學博士學位論文, 2012年答辯) 참조.

만영국의경험을연구대상으로참조할필요가있다고생각된다. 그러나중국과영국은서로다른체제이고봉착한과제역시동일하지않지만본논문에서는유사한문제에대해분석할때, 영국의경험을언급하여이론의심도를더욱깊게하고시사점들도출하기를희망한다.

행정심판의이용율을어떻게제고할것인가? 심판전치(前置)가반드시좋은처방이라고보기는어렵다. 만약상대자가행정재심에대한신뢰와신심이부족하면다수사건은“소송과민원절차”로유입되게된다.¹행정심판의공정성, 친화력을제고하고또한신속성, 경제성, 전문성을유지하는것이근본이다. 어떻게이러한법개정목적을실현할것인가? 본논문에서는일부핵심문제를둘러싸고체계적으로필자의논리를정리하고자한다.²

II. 제도의위치(定位)

1. 쟁의

중국에서행정심판에대한제도지위에대한논쟁은여전히끝이지않고있다. 정부또는준정부의태도에도동요가있다. 행정심판은계층식감독(層級監督)이고“행정기관내부에서착오를자아시정하는일종의감독제도”로서일종의행정활동이기때문에“사법기관이사건을처리하는절차들도입하여행정심판이‘사법’화하기적합하지않고그렇게할필요도없다”고주장하면서³이것이입법의기조라는의견이있다. 또다른주장은, 행정심판은일종행정사법행위또는“준사법행위”로서행정성과사법성(또는구제성)을겸하고있고비록“행정기관이주도하는”“일종의행정행위”이지만, 사법성의절차에따라실시해야한다는의견이다.⁴그리고다른관점은, 행정심판은구제본위(救濟本位)로서“다만행정심판이내부감독, 자아시정을실현하는것을위주로하고권리구제, 분쟁해결을위주로하여근본적으로변화해야만행정심판제도를보완하는방향을명확히파악할수있다.”⁵이것은현재개혁추세의현실이고최신이해를대표한다고주장한다.

상기관점들은시간이경과하면서차례로전개되고입법으로부터실천으로이전하는것이다. 시종불변한것은행정심판은행정기관이분쟁을여과하는메커니즘이라는것이다. 상호간논쟁은첫째, 행정심판의근본목적은계층식감독인지아니면권리구제인지

¹蔣安傑：“聚焦《行政復議法》修改，改革完善行政復議制度”，《法制日報》，2012年2月29日。

²2010년9월, 국무원법제판공실 行政審判司 위탁을 받고 應松年교수가

<행정심판법>개정연구프로젝트팀을 주최하였다. 연구진에는

劉莘、沈歸、莫於川、王萬華、楊偉東、王敬波、余凌云등이 참여하였다. 현재 이미 개정초안을 작성하여 국무원법제판공실에 제출하였다.

³楊景宇：“關於《中華人民共和國行政復議法（草案）》的說明”（1998年10月27日，第九屆全國人大常委會第五次會議）。

⁴張春生、童衛董：“我國行政復議制度的發展和完善”，《中國法學》1999年4집。

⁵

郜風濤：“加強行政復議理論研究不斷創新和完善行政復議制度—在‘行政復議論壇’（浙江）’開幕式上的講話” 참조, <http://www.chinalaw.gov.cn/article/jgz/bld/gft/xgwz/201006/20100600256645.shtml>, 2012년 10월 25일 검색.

여부. 둘째, 행정심판의 절차는 사법화를 필요로 하는지 여부이다.

2. 영국경험

흥미로운 것은 영국에서도 역사상 비슷한 논쟁과 실천이 있었다는 점이다. 행정결정 과정의 체인에서 초기에는 심판소를 행정영역에 포함시키고 행정과정의 한 단계(tribunals as a stage in the administrative process)로서 행정기관과 분리되지 않고 독립되어 있지도 않았다.¹ 인사임면과 재정 모두 행정기관의 수중에 장악되어 강한 행정속성을 갖게 되었다. 영국은 20세기 후반 상황은 기본상 모두 이러한 데 중국의 오늘날과 매우 비슷하고 존재한 문제역시 대체로 비슷하다고 볼 수 있다. 영국인들은 이 폐단을 발견하고 행정심판소의 속성 문제에 대하여도 대체 행정성인지 아니면 사법성인지 논의하기 시작하였다.

일찍도 너모어(Donoughmore)위원회 보고서는 이 문제에 대한 언급이 애매모호하여 실천에 거의 영향을 미치지 못하였다. 프랭크스(Franks)위원회가 1957년 공포한 “행정심판소와 조사에 관한 위원회 보고서”(Report on the Committee on Administrative Tribunals and Enquiries, Cmnd.218 (1957))가 하나의 중요한 전환점으로 되어 이념, 여론 및 제도상 사법화를 孵化하기 시작하고 심판소는 의회가 수권한 재결메커니즘으로 인정해야 하며 행정메커니즘의 일부가 아니다(tribunals should properly be regarded as machinery provided by Parliament for adjudication rather than as part of the machinery of administration)가 인정하였다.² 그 후, 행정심판소가 사법범주에 속한다는 것에 대해서는 논쟁이 없었지만 제도적으로는 현실화되지 못했다. 레가트(Leggatt)위원회는 진일보로 사법화 과정을 추진하여 2007년에 이르러 “심판소, 법원 및 집행법”(the Tribunals, Courts and Enforcement Act 2007)을 통해 비로소 현실화되었다.

Robert Carnwath가 지적한 것처럼, 이것은 의미가 깊은 헌법성변혁으로서 심판소를 사법체계에 포함시켰다(this is a profound constitutional change, completing the process of embedding the tribunals judiciary in the judicial system).³ 행정심판소는 사실상 전문성법원으로 변했다. Geneva Richardson와 Hazel Genn도 “우리는 이미 법원이 존재하지만 필요하면 더욱 전문적인 법원을 설립할 수 있다”(We already have courts and, if required, we could have more specialised courts)고 말하였다. 행정심판소는 법원에 비해 편리한 접근성, 저렴, 신속, 전문성을 갖추고 비공식적(the relative accessibility, cheapness, speed, specialised expertise and informality of tribunals as compared to courts)⁴이기 때문에 법원과의 관계 설정에 관한 또 다른 문제를 초래하였다.

잠재의식상 영국 행정심판소의 사법화 개혁은 프랑스 행정법원의 영향을 받은 것으로 보여지는데 초급심판소(the First-tier Tribunal)와 상소심판소(the Upper Tribunal)

¹Cf. Robert Carnwath, “Tribunal justice - a new start” (2009) *Public Law* 49.

²Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. Cit.*, p.487.

³Cf. Senior President of Tribunals, *Second implementation review*, October 2008.

<http://www.judiciary.gov.uk/publications-and-reports/reports/Tribunals/spt-second-implementation-review>.

⁴Cf. Geneva Richardson & Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 117.

2 심구조 (two-tier structure) 는 프랑스 지방행정법원 (regional Courts Administratives d'Appel) 및 행정법정 (Tribunaux Administratif) 그것과 매우 비슷하다. 그러나 그대로 답습한 것도 한 아니며 진정한 듀얼 트랙을 형성하지는 못하고 독립된 최고 행정심판소 역시 존재하지 아니하며 행정심판에 불복할 경우 (일반) 법원에 상소할 수 있다. 개혁 이후, 행정심판소와 법원 사이는 “기존 일부 차이는 서서히 축소 또는 사라지고 행정심판소는 이미 법원과 비슷한 특징을 갖고 있으며 일종 전문성 법원과 더욱 가깝다.”¹ 따라서 영국의 개혁은 사실상 법원 계통의 개조로서 법원의 확장 개조이며 행정기관이 행정 분쟁을 해결하는 공식 기능을 가져가고 비공식적인 내부 심사(internal review)만 남겨두었다.

3. 중국의 선택

행정과 준사법의 다름, 계층적 감독과 구제의 다름은 모두 외견에 지나지 않는다. 어떤 의미에서 말하면, 계층적 감독 역시 일종 구제 방식으로서 “분쟁 해결의 관리형 모델”(managerial model of dispute resolution) 또는 “관료정의 모델”(model of bureaucratic justice)에 가깝고 원가 효율을 치중하며 행정 체제 내에서 분쟁을 해결하는 것이다.² 정당한 절차로부터 고려하면 이 역시 일부 “사법 요인”을 도입하게 된다. 따라서 논쟁 결과, 문제의 실질에는 미치지 못하였다. 사실 계층적 감독은 “2 차 결정”으로 실현하고 구제가 추구하는 것은 재결의 시스템이다. 이 본질을 꿰뚫어야만 문제를 정확히 볼 수 있다.

만약 행정심판은 행정기관의 잘못에 대한 자아시정으로서 상급 행정기관이다 시심사하고 2 차 결정을 내리는 것이라고 하면 첫째, 법률 효력을 발생 하는 것은 마땅히 2 차 결정이어야 한다. 기존 결정을 유지한다고 하더라도 자연히 효력을 상실하고 그 내용은 2 차 결정에서 복창, 인가를 통해 2 차 결정의 효력에 흡수된다. 둘째, 법원에 제소할 수 있는 것은 2 차 결정뿐이다. 효력을 상실한 기존 결정을 제소한다는 것은 의미가 없다. 셋째, 2 차 결정의 물질적 기초로서 상급 행정기관은 전반적인 행정 조사권을 행사한다. 기존 행정행위의 합법성을 심사하고 사실여부의 확실성을 심사할 뿐만 아니라 당사자의 불법 여부 역시 심사한다. 개별적 사안의 조사 범위와 수준에 있어서 재량의 여지가 있다. 넷째, 심판 결정은 계층적 허가를 통하는 바, 행정 결정의 절차와 양식에 부합해야 한다. 다섯째, 심판 결정에 대하여 행정수장은 실질적으로 간여할 권한이 있고 이것은 행정수장 책임제에도 위배되지 않는다.

그러나, 이러한 실천에서 나타난 문제점 역시 바로 여기에 있다. 첫째, 심판기관은 피고로 되기를 원치 않기 때문에 분쟁사안의 기존 결정을 심판기관에서 내린 것이 아니기 때문에 심판기관은 추후 개입으로 인해 법원에 피소되거나 패소되는 것을 꺼리게 되고 법 집행평가가 실질적으로 영향을 미치게 된다. 때문에 기존 결정 유지율이 장기간 50% 이상에 달하고 그 이하로 내려가지 않는다. 둘째, 행정심판의 장점은 광범위한 타당성 심판에 있고 변경권을 통해 실현되는데 심판기관이 피고로 되는 것을 원치 않기 때문에 사실상 변경율은 극히 저조하여 무시해도 될 수준에 이르렀다.³ 셋째, 심판기관은 중립성이 강하지 때

¹ 王建新: 《英國行政裁判所制度研究》(中國政法大學博士學位論文, 2012年答辯) 참조.

² Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. Cit.*, p.488.

³ 이를 테면, 2011년, 상해시 각급 행정심판기관이 심사종결한 사건은 2,086건, 변경한 사건은 오직

문에 행정간섭을 받기 쉽고 “행정심판 효율과 공신력을 제고하는 것을 엄중히 저해한다.”¹ “행정심판서는 일반 행정문서로 간주” 되어 계층적 허가를 받는바, 절차가 번거롭고² 지도자의 관심이 집중되므로 때로는 심판이 기한을 경과하게 된다.

“2 차 결정” 원리는 행정원리의 길을 선택하여 행정모델 속에 묻히게 된다. 수년간 행정행위의 합법성, 타당성을 해결하기 위하여 일부 실천 가능한 방법을 모색하였다.

“행정심판법 실시조례”(2007)는 심판결정의 수준을 제고하기 위하여 이러한 방법들의 의식적으로 도입하여 일련의 보완제도를 구축하였는데 여기에는 행정심판 업무책임제, 중대 심판사건 등록제, 정기보고제, 전문검사, 행정심판인원 교육제도와 장려제도가 포함되어 행정심판 업무가 각급 정부의 평가제도에 편입되도록 하였다. 그러나, 이러한 것은 모두 상기 깊숙히 숨어 있는 심판체제 내의 문제점을 해결하는 데는 효과가 적은 것으로 보여진다.

만약, 우리가 재결체제로 전향하면 상기 문제는 문제로 되지 않는다. 첫째, 심판기관은 중립적인 위치이므로 더 이상 심판결과와 이해관계를 발생하지 않고 피고로 되지 않는다. 따라서 정책성, 타당성 문제에 봉착하여 변경권을 행사하더라도 더 이상 이해득실을 고려하지 않게 된다. 둘째, 또한 액외의 수확이 있다. 수리범위는 행정상 영도관계를 강조하지 않아도 된다. 그리하여 더욱 많은 공법분쟁을, 특히는 공권력 행사, 공공직책을 처리하는 제 3 부서도 심판 대상으로 도입하도록 노력하게 된다.

물론, 영국의 역사를 반복하지는 않을 것이다. 그 이유는 우리도 행정심판의 행정성을 중시하고 행정은 효율을 중시하기 때문이다. 간편하고 신속한 절차는 법원을 위해 많은 사건을 여과할 수 있다. 때문에 재결체제로 행정심판을 재구축하는 것은 혼합형이어야 한다. 첫째, 행정계통 내에서 재결기구의 상대적 자유와 중립을 추구하고 실현해야 한다. 둘째, 심판절차는 여전히 행정절차의 효율을 바탕으로 하고 적당히 사법절차의 공정성을 도입해야 한다.

III. 심판기관의 피고 가능성 여부

영국에서는 “무편견”(no bias) 등 자연정의 관념이 뼈 속까지 스며 있는 관계로, 사법화되기 전 행정심판소는 정부 사법의 일부(As part of the judicial arm of government)일 때 도형식상 독립되어 있으므로³ 사건결과와 이해관계를 발생하지 아니하고 당사자가 재

1 건, 0.04%에 그쳤다.

“二〇一一年度上海全市行政復議與行政應訴工作相關情況”，《傷害政府法治簡報》，2012년 12호(총 174호), <http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/gzdt/201210/20121000377202.shtml>, 2012년 11월 7일 검색.

1

郜風濤：“加強行政復議理論研究不斷創新和完善行政復議制度—在‘行政復議論壇’（浙江）’開幕式上的講話” 참조, <http://www.chinalaw.gov.cn/article/jgzn/bld/gft/xgwz/201006/20100600256645.shtml>, 2012년 10월 25일 검색.

²青峰、張越：“當前行政復議工作存在的問題”，《行政法學研究》，2002년 제3호.

³Cf. Genevra Richardson & Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law*

결에 불복하여도 행정심판소를 상대로 제소하지 않았다. 사법화 이후 상소, 사법심사역시 행정심판소를 피고로 제소하지 않는다.

그런데 중국은 그러하지 않다. “행정소송법”(1989년) 제 25 조 제 2 항에서는 “심판을 거친 사건에서, 심판기관이 기존 구체 행정행위의 유지를 결정한 경우, 기존 구체 행정행위를 실시한 행정기관을 피고로 하고 심판기관이 기존 구체 행정행위를 변경한 경우, 심판기관이 피고로 된다” 고 규정하고 있다. 應松年 교수의 소개에 따르면, 이것은 완전히 행정을 고려한 결과이다. 일률적으로 구체 행정행위를 실시한 행정기관을 피고로 할 경우 부담이 과중하고 심판기관이 기존 구체 행정행위를 변경하였기 때문에 원인을 잘 파악하고 있으므로 이 부분의 소송을 부담할 수 있다. 기존 결정을 유지하는 사건에 대해서는 원래 행정기관이 기존 행정행위를 실시한 “사실 증거와 법률 근거를 마땅히 제일 잘 파악” 하고 있기 때문에 피고로 하면 쉽게 입증할 수 있다.¹

그러나 이것은 이론상 합리하지 못하다. 첫째, “2 차 결정” 이론에 따라 일단 심판 결정을 내리면 무릇 변경, 취소 또는 유지 결정을 내리던지 효력을 발생 하는 것은 모두 심판 결정이기 때문에 당사자가 불복하면 심판기관을 피고로 법원에 제소해야 한다. 원래 행정기관을 제소하면 이미 효력을 상실한 원래 행정행위를 제소하는 것은 아무런 의미도 없고 허공에 대해 말하는 것과 같다. 둘째, 입증의 편리는 변경이나 유지로 인하여 큰 차별이 없다. 維持역시 심판기관이 세밀하게 살핀 이후 내린 결정이다. 그리고 하급 행정기관과 함께 법정에서 출두하여 응소하는 것은 심판기관을 놓고 볼 때, 하나의 공문이나 명령으로 충분하다.

최근 행정심판법 개정에 관한 검토 중, 심판기관이 피고로 되어야 하는지 여부에 대하여는 쟁이가 가장 치열하였다. 급진적 관점은 “2 차 결정” 이론을 철저히 관철하고 심판기관이 일률적으로 피고로 되도록 하여 투기를 할 수 없도록 하고 “자기 이익을 챙기는 경향”을 억제해야 한다. 다른 관점은 심판기관이 피고로 되어서는 안 된다고 주장한다. “행정심판을 사법 1 심으로 간주 즉, 한 단계 사건 심사 차원으로 봐야 한다.” “심판 결정에 불복하면 법원은 즉시 상소해야지 제소하는 것이 아니다. 당연히 심판기관을 피고로 하는 것이 아니라 기존 결정을 내린 기관을 피고로 해야 한다.”²

필자가 보건대 피고여부의 장단점을 고립적으로 볼 수 없고 반드시 심판제도의 위치와 결부시켜야 한다. 만약 우리가 “2 차 결정” 이론을 견지하면 심판기관을 일률적으로 피고로 삼는 것이 더욱 합리하고 이론상으로도 더욱 순리롭다. 그러나, 심판기관이 상대방과 대항하는 일방으로 항구 불변하게 인정함으로써 철저히 독립성을 잃게 된다. 만약 재판 원리를 취하면 심판기관은 피고로 될 수 없다. 이것은 계속하여 심판기관의 독립성을 탐구하는데 제도적 공간을 남겨두었다.

117.

¹黎軍: “行政復議與行政訴訟之關係範疇研究”, 《法學評論》, 2004년 제3호.

²何海波、劉莘: “復議機關‘不管事’能否當被告”, 《法治週末》, 2010년 7월 15일,

<http://www.calaw.cn/article/default.asp?id=5364>, 2012년 12월 7일 검색.

IV. 심판위원회

중앙집권과 통일입법을 중시하기 때문에 중국은 일찍 입법을 통해 심판기관의 설립, 절차 및 법원과의 관계를 규율하고 영국 행정심판소와 같은 혼돈, 무질서 현상이 초래되지 않았다. 영국은 역사적으로 형성한 국면에서 일련의 정리를 거쳐 어느 정도 질서가 잡혔지만 행정심판소는 행정결정의 사슬에서 여전히 요지부동의 위치에 처해 있었다 (In practice, tribunals still occupy very different positions in decision-making chains).¹ 그리고 완전 일치하기 어렵다. 수십년간 분산적으로 발전하여 형성된 부동한 양식을 동일한 모델로 압축시키는 것은 지혜롭지 못하고 상반된 결과를 초래하며 결과적으로 실현 불가능하게 된다 (trying to squeeze such a diverse system, that has evolved over many decades in such a piecemeal way, into a procrustean bed of complete uniformity would have been both unwisely counter-productive and would, in the end, probably have proved unachievable).² 때문에 중국인이 영국 행정심판소 체제를 바라보면 애매 모호해보이고 영국의 조직 체계 상 경험역시 시사점이 크지 않다.

그러나 중국의 실천을 상세히 관찰하면 영국과 비슷하게 부동한 영역에서 산발적으로 설립되어 있는 것을 발견하게 되는데 다만 그렇게 혼란스럽지 않을 따름이다. 첫째, 행정관료제 상의 조각(条块) 설치의 수직관계에 따라 계층제 감독을 실시한다. 1994년 이전에는 원칙상 상급주관부서에서 심판하고 1994년 이후에는 수직영도관계와 이중영도관계에 따라 부동한 데 전자는 계통내의 상급심판이고 후자는 신청인이 상급주관부서와 동급인 민정부 사이에서 선택하도록 하였다. 둘째, 또한 산업재해 인정, 교통사고 인정, 의료사고 인정 등 영역에서는 심판 또는 재판과 비슷한 메커니즘이 나타났다. 그러나 후자는 다반수가 학자들 기억속에서 사라졌거나 행정심판 범주에 포함시키지 않았다.

행정심판이 집중적으로 비판받는 부분은 심판기관의 중립성, 특히 업무분할이 대부분이어서 쉽게 부서보호주의 온상을 마련한다는 점이다. 실천과정중 “관리끼리 서로 비호” 하거나 “가급적 미룰 수 있으면 미루”거나 “취소할 부분을 취소하지 않는” 이러한 현상이 모두 이것과 관련된다고 볼 수 있다. 그리고 오지 주민들에게 행정심판 제도를 이용하는 데 큰 불편을 주고 있다.³

2008년 이후 상술문제를 해결하기 위하여 국무원 법제판공실은 일부 지역에서 행정심판위원회 시범을 전개하였는데 그 성과가 현저하다.⁴ 이것은 행정계통 내부에서 심판자

¹Cf. Carol Harlow & Richard Rawlings, *op. Cit.*, p.488.

²Cf. Gavin Drewry, *The Judicialisation of 'Administrative' Tribunals in the UK: From Hewart to Leggatt*, p.55.
<http://www.rtsa.ro/en/files/TRAS%2028E%20S%20-%203%20-%20DREWRY%5B1%5D.pdf>

³青鋒: “中國行政復議制度的發展、現狀和展望”, 《法治論叢》, 2006년 제 21 권 제 1 호.

⁴中山市 인민정부 행정심판위원회는 2010년 1~5월 총 114건의 행정심판신청을 접수하였는데 2009년 동기에 비해 278% 증가하여 처음으로 同期 시인민법원이 새로 수리한 행정소송사건수를 초과하고 全市 두 기층인민법원이 동기에 수리한 사건보다 약 9% 초과하였다. 2009년 동기에는 행정심판사건이 행정소송사건의 절반에 불과하였다. 이와 동시에, 중산시 信訪局的 민원절차사건은 지난해 동기에 비해 약 10% 낮아졌는데 행정심판의 구제방식의 역할이 충분히 발휘했기 때문이다.

沈福俊、徐濤、呂奕成: “行政復議制度改革研究”, 《上海政府法制研究》, 2011년 제 6 호(총제 226 호).

원을재통합하고행정심판기구의상대적독립을실현하는과정인데이미초보적으로전부집중, 일부집중및합의위원회세가지기본모델을형성하였다. 흑룡강등일부지역의시범상황으로볼때전부혹은일부집중모델이주류모델이고행정심판제도의미래를대표하는발전방향이다.¹여기서우리는세가지실천중점을이해할수있다.

첫째, 수직영도관계의행정기관은국면을유지하는것을변경하지않는이외, 상급주관부서의심판권은본급인민정부에집중시켜당사자로서하여금많은노정의수고로움을덜고먼길을행하지않고성수부도시, 시의주관부서에가지않아도되도록하였다. 행정기관과상급주관부서사이어떻게행정행위를실시할지에관하여의견교환, 청시, 보고, 허가등행정관례를실시하고심판에부정적인영향을더이상끼치지않도록한다.

둘째, 인민정부법제부서내행정심판위원회를설립하였는데이것은대만의영향을크게받았다. 모래섞는방식으로외부인원을영입하여인원구성을변경시키고표결제를채택하여중립성을제고한다.

셋째, 실천을놓고보면, 심판위원회의결의의견은행정수장에게구속력이없다. 중립성의실현은상당히큰정도에서행정수장의개명하고개방된성격의의해결정된다. 하얼빈의개혁은번거로운절차를개혁하여행정수장의간여총동을억제하려고하였²으나성과는미미하다.

영국행정심판소는외부인원을영입하는방식으로중립성을해결하지아니하고기구의철저한사법화를통해서해결하였다. 영국인이이해하는독립은기구의독립(institutional independence) 이기때문에 “공정한구조또는제도상의구조를확보하는것이다” (Independence is the structural or institutional framework which secures this impartiality)³ 그러나소관관할업무와관련법률을통달한비법률인사가그중에참여하던역사는오래되었다. 한편으로는당사자가심판소이용이편리하고법률대리소송을감소시킬수있다고느끼고다른한편으로는재결의수준을제고하여제거속도를가속”(This specialisation of the members enhances the quality of their decisions and the potential speed of clearance) 화하고,전공지식과경험을빌어증거를평가하고사실을확인한다.⁴

앞에상황은중국에서존재하지않는다고생각되나후자는중국에서도통용된다. 학자, 변호사, 전문가의참여로다단계관할을취소한후전공부족을보완하고특히는학자,

¹郜風濤: “認真貫徹胡錦濤總書記重要講話精神把行政復議打造成爲化解行政爭議的主渠道—在 2011 年行政復議年度工作會議上的講話”, <http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjh/ldjh/201201/20120100359445.shtml>, 2012 年 10 月 30 日 검색.

² “하얼빈시행정심판규정”(2008 年) 제 55 조는, 행정심판위원회 주임은 심판위원회의 결의 의견에 이의가 있을 경우 별도로 사건의결회의 또는 위원회회의를 조직하고 “소수는 다수에 복종하는 원칙에 따라 표결방식으로 의결”하고 만약 여전히 이의가 있으면 “본급인민정부 상무회의에 보고하여 집단연구를 통해 결정한다”고 규정하고 있다.

³Cf. Geneva Richardson & Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 120.

⁴Cf. Edward Jacobs, *op. Cit.*, p.22, 53.

전문가가입법배후의정책적고려를더욱잘파악하고정책적으로민감한행정분쟁에 더욱잘대응할수있도록한다. 상대적으로중립된심판위원회와공정절차를통해사실을확인하고특히는전문성적인사실과연관되면명확한반증이없는경우법원은일반적으로 높게존중한다.

그러나, 흥미로운것은영국에서는사법화이전에이미외부인사영입방식을실시하고있었으나행정심판소에서중립성을확득하지는못했다. 때문에행정체계내에서심판위원회의중립을생각하면아직도실질적인구축이필요하다. 필자가보건대적어도네개의관건이있다. 첫째, 학자, 변호사, 전문가는심판위원회및사건심사위원회의구성에서적어도 1/2 을차지해야한다. 둘째, 표결제를실행하고소수는다수에복종하도록한다., 셋째, 심사와재결을통합하고심판위원회는자기의명의로심판결정을내리거나적어도한국처럼법적으로명확히규정해야한다. 심판기관은위원회결의의내용에따라재결을내려야하며개정할수없고재검토와재결의를요구할수없도록해야한다.¹넷째, 심판위원회의임명과임직은법적으로보장해야한다.

V. 사건수리범위확대

영국절대다수행정심판소에서수리하는것은각종행정분쟁이다. 그러나적지않은심판소는민사분쟁도심리한다. 그리고어떤심판소는두가지분쟁을모두심리한다.²사건을수리하는종류와범위역시행정심판소마다다르므로중국과비교하기어렵다.

최근에중국은행정심판사건이행정소송사건의절반에불과하며기하급수로상승하는민원절차사건에는더욱비교가되지않는다. 그중하나의주요한원인은사건수리범위가너무좁기때문이다. 1990 년 “행정심판조례” 는단순히행정소송법의하위법령으로서사건수리범위에관한표현, 양식은기본상행정소송법을모방하였다. 1999 년 “행정심판법” 은행정소송법과의분리를추구하여일부행정소송법이수리하지않는사건도추가하였다. 그러나, 행정소송법실천의발전때라사법해석은또한일부사건을추가보완하여소송법과의수리범위가또다시동일해졌다.

사실, 행정소송에비교하여행정심판의범위는넓고심사수준은더욱깊다. 첫째, 행정심판은합법성 (legality) 뿐만아니라우열성 (merits) 도심사한다. 우열성은실질적인합법성이아니라광범위한합리성을의미하고정책또는결정의좋고나쁨, 수준의高低에대한평가이다. 행정소송이합리성에대한심사는실질적인합법성에대한심사이기때문에우열성에대한불복으로법원에제소할수없다. 둘째, 이론상모든행정분쟁은심판의대상으로진입하지못할이유가없다. 행정처분, 인사처리결정및행정기관의민사분쟁에대한조정역시예외가아닐것이다. 특히정책성이강하고정치적으로민감하며판사가개입하기어려운분야는심판위원회의구성구조와조정절차를통해해결할수있다.³

¹呂艷濱: “日本、韓國의行政復議制度—行政復議司法化的若干實例”, 《寰球法律評論》2004 年春季號.

²Cf. Robert Carnwath, “Tribunal justice - a new start” (2009) *Public Law* 49.

³ “정치성, 정책성이 강하고 행정심판을 통해 해결하기 어려운 사건에 대하여 가급적 현지 당위원회,

이것은 Peter Cane 의 “의사결정계층” (decision – making hierarchies) 으로 해석할 수 있다. 행정심판은 행정기관의 상하급영도관계위에 설립되었다. 행정기관의 상하급 사이는 하나의 의사결정계층을 형성하였다. 계층서열제도 아래 상급은 하급의 결정을 취소, 변경할 수 있다. 근사한 기능 (function) 및 동일한 자격요건 (qualifications), 경험 (experience) 과 능력 (competences) 을 모두 행사한다.¹ 똑같이 재량의 자치적 내부 책임성을 향유하고 정책의 형성과 향후 추이에 영향을 미치고 정치 책임을 부담한다. 이 방면에서는 상급이 하급에 비해 책임이 가중하고 능력이 높으며 의지가 우위에 있다. 그러나 법원은 이 계층서열에서 제외되고 분권의 억제도 있지만 또한 정책 책임도 대체하지 못한다. 때문에 지나치게 간섭해서는 안 될 것이다. 행정자유재량의 자치 내부 책임의 합법성 외연까지 터치할 뿐 그 안으로 진입할 수는 없다.

이러한 해석에 있어서, 만약 “행정주체” (또는 법집행주체) 이론을 사용하면 동급인민정부가 기능부서의 결정을 취소, 변경할 수 있는 권한이 있는지를 설명하기 어렵다. 왜냐하면 “행정주체” 이론은 법률수권에서 출발하여 계층결정에 대하여 더욱 엄격한 제한을 하고 있다. “상급주관부서” 는 오직 동일한 법률수권이 있어야만 한다.公安기관의 상하급은 동일한 법집행주체로서 동일한 등급서열에 처해 있다. 동급인민정부는 기능부서의 결정에 대한 취소, 변경에 대하여 조직법상 총괄수권을 통해서만 해석할 수 있다 (“헌법” 제 109 조, “중화인민공화국 지방각급인민대표대회 및 각급인민정부 조직법” 제 59 조, 제 66 조). 때문에 “행정주체” (법집행주체) 이론과 비교해 볼 때, “계층결정” 의 해석력은 더욱 강하고 더욱 적절하다.

그러나 “계층결정” 이나 “법집행주체” 나 모두 행정심판사건 수리범위의 확장을 제한하여 행정권력, 행정행위를 둘러싸고 융통성이 없다. 이것은 현대사회와 공공정책의 발전에 부응하지 못하고 공공행정법주에 속하는 사회행정이라는 커다란 내용을 누락하였다. 그리하여 많은 심판 가능한 사건이 모두 민원 절차로 유출되었다.

재결원리로 심판제도를 재설계하면 사건 수리범위 상 행정기관의 상하급 사이의 영도관계를 벗어나 행정기관이 감독관계를 갖고 있는 분야에서 발생한 공법쟁의, 특히는 공공기능을 갖고 공공권력을 행사하는 제 3 부서, 자치조직도 심판범위에도 도입할 수 있다.

행정권력으로부터 공공권력으로, 국가행정에서 사회행정으로 상황을 점점 더 복잡해진다. 정부는 “公私협력”, “외주”, 행정계약 등 수단으로 공법과 사법관계가 혼잡하고 원래의 행정행위라는 개념체계를 차용하여 식별 기준으로 삼기 어렵다. 때문에 끊임없이 범위를 확장하는 사이, 분쟁을 피면하기 위해 점차계단을 올라가면서 식별이 용이한 공법분쟁을 해결한다. 여기에는 (1) 행정개혁과정에서 정부가 “관리가 불가” 하거

정부가 통일적으로 조정해야 한다.”

鄒風濤: “認真貫徹胡錦濤總書記重要講話精神把行政復議打成為化解行政爭議的主渠道—在 2011 年行政復議年度工作會議上的講話”, <http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjjh/ldjh/201201/20120100359445.shtml>, 2012 年 10 月 30 日 檢索.

¹Cf. Peter Leyland & Terry Woods (eds.), *Administrative Law Facing the Future: Old Constraints & New Horizons*, Blackstone Press Limited, 1997, pp.246-247.

나 “관리가어려운” 기능을업종협회, 자치조직으로이전시키고후자는상술기능을이행시발생한분쟁; (2) 행정행위 前置性조건을구성하는업종협회, 자치조직이부담하는심사허가, 인증등관리성활동; (3) but for test 법칙이포함된다. “만약해당조직이이기능을이행하지아니하면정부는지속적으로이기능을부담할수있는지” 존재여부에대하여만약존재하면분쟁은심판으로진입할수있다.

VI. 절차의증축(增構)

“행정심판조례” (1990년)은몇개의조항에불과하고행정절차양식에따라간이적심판절차를구축하였다. “행정심판법” (1999년), “행정심판법실시조례” (2007년)는더욱많은조항을통해절차에대하여비교적큰개진을실시하였는데여기에는기한, 열람, 입증, 증거등이포함된다.¹비록행정특징을고려하고정당한절차에더욱가까워졌지만재결의원리를완전히체현하지는못했다.

재결의품격은바로공평이다. 공평과정차는밀접한연관이있다. 필자가보건대, 강조하고보완해야할것은구두심사를위주로교차질문, 변론을도입하고국가비밀, 상업비밀및사생활비밀이외, 모두공개심리해야하고정부공식사이트에서사건상황과심리결과를공개하며의결결정에대한일반적이유를설명하고법률지원을제공해야한다.

모종의미에서말하면, 절차의번잡과간소는효율과반비례하고공평과정비례한다. 영국행정심판소처럼행정심판은전문성우세, 절차간편, 사용편의성을구비해야한다. 효율과공평양끝사이, 심판절차의설계는효율쪽으로쏠리면서공평을추구해야한다. 영국 Leggatt Report 가지적인것처럼 “...모든심판소에모두적용하는口號는반드시비공식, 간편, 효율및균형이다.”²그러나영국인들이고민하는것은사법화과정에서절차가나날이공식화, 복잡화로변한다는것이다. 우리역시사법의요소를심판에도입할때, 어떻게하면과거전철을밟지않고 周漢華교수가걱정한것처럼 “행정심판제도를행사할수없을뿐더러현재봉착한근경에서도벗어날수없으며오히려행정심판제도가고유한효율우세까지상실” 하지않도록할것인가?³

필자가보건대첫째, 현장조사를보강하여심사효율을제고할수있다. 둘째, 법원과과근사한절차들도입하더라도더욱유연하고간편해야하며법원절차처럼복잡하고엄격하며공식적이지말아야할것이다. 셋째, “현재절차가단일하고단조로움으로인해효율에영향을미치는” 폐단을해결하기위하여간이절차들도입하고간이절차와심판위원회심사및재결절차이원화구조를구축해야한다. 먼저, 간이절차와심판위원회심사및재결절차는사건수리상일정한분업이있어야하고다음으로, 간이절차조정을거쳐화해를달성하지못하면직접심판위원회에심사재결을요구할수있도록해야한다. 이러한절차의설계는사법화과정에서시종일관심판의신속, 유연, 경제적특성을유지할수있다.

¹馬懷德: “行政監督與救濟制度的新突破--《行政復議法》評價”, 《政法論壇》, 1999년 제4호.

²Cf. Tribunals for Users—One System, One Service (2001), para31.

³周漢華: “行政復議制度司法化改革及其作用”, 《國家行政學院學報》, 2005년제2호.

1. 간이절차와조정

중대영향또는복잡한사건, 규범성문서를부대적으로심사해야하는사건이외, 쌍방당사자가동의하면간이절차를개시할수있고. 원칙상모두조정할수있다. 이것은 영국에제창하는 “균형있는분쟁해결방식” (Proportionate Dispute Resolution) 과비슷한데맞춤형해결방안을제공(provides tailored solutions) 할수있고가급적신속하고원가를낮출수있다.¹

“행정심판법실시조례” (2007년) 제 50 조는조정에대하여규정하고있는데네가지요점이있다. 첫째, 쌍방은자원적이고둘째, 반드시합법적, 즉법치행정을요구하고셋째, 조정의형식과효력을규정하고있다. 필자가보건대, 상술규정은기본상충분하다. 적용범위가 지나치게좁고확대가필요한이외, 향후개혁은아래와같은점을보강해야한다. 첫째, 조정은 1 차로제한해야한다. 조정이이루어지지않으면만약쌍방이동의할경우, 간이절차를채택하여재결할수있다. 한명의심판위원으로심리재결할수있다. 그렇지아니하면심판위원회심리재결절차로들어가게된다. 둘째, 비공식적접촉을일부러금지할필요는없다. 셋째, 조정과재결을분리실시한다. “조정이이루어지지않아행정심판단계로진입할때, 행정심판원조정과정에서선입견의영향으로사안에대하여중립적이고객관적인태도를유지하는것을기본적으로고려해야한다.”²때문에 별도로전문적조정원대오를구성해야한다. 심판위원회는심리재결절차에서조정영향을받지않도록해야한다. 넷째, 조기중립평가 (early neutral evaluation) 를도입하여당사자의비현실적인요구를완화시키는데유리하도록해야한다 (help moderate a party’s unrealistic claims)³

2. 심판위원회심리재결절차

심판위원회가심리하는사건은두가지종류이다. 첫째, 중대영향또는복잡한사건또는규범성문서에대한부대성심사신청사건; 둘째, 간이절차를통해조정이이루어지지않고또한계속하여간이절차를이용해서심리하는것을동의하지않은경우이다.

심판위원회는구두심리(공식공청회)하기전, 그업무기구에서통상정부법제부서에서현장실사를통해증거를확인하고쌍방의논쟁및그근거를정리하고한차례조정을할수있다. 심판위원회의심리과정은법원법정심리와근사한데원탁회담형식으로대립정서를완화할수있으며전문분야학자, 변호사또는전문가가위원장을담임할수있다.

¹ Cf. White Paper on Transforming Public Services: Compliant, Redress and tribunals, Cm6243. <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/pubs/adminjust/transformfull.pdf>.

² 沈福俊、徐濤、呂奕成：“行政復議制度改革研究”，《上海政府法制研究》，2011년 제 6 호(총제 226 호).

³ 조기의 중립평가는 영국대체적분쟁해결 (alternative dispute resolution (ADR)) 제도의 하나이다. 만약 쌍방 당사자가 동의하면 독립 제 3 인이 쌍방 소송에 대하여 평가할 수 있다. 여기에는 (1) 법원 또는 심판소가 가능하게 내리는 결과 (the likely outcome in court or tribunal) ;(2) 공정한 결과 (a fair outcome) ;(3) 기술 또는 법적 포인트(technical or legal point)가 포함된다. 이러한 평가의견은 구속력이 없고 당사자가 협상에서 사용한다. Cf. White Paper on Transforming Public Services: Compliant, Redress and tribunals, Cm6243.

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/+http://www.dca.gov.uk/pubs/adminjust/transformfull.pdf>.

VII. 심판방식

영국행정심판소역시구두공청회 (oral hearing) 와서면공청회 (paper hearing) 로 구분하는데 중국의 구두심리와서면심리와 유사하다. 영미법전통과성문법규정으로부 터놓고볼때구두공청회를더욱선호한다. 그이유는투명성을추진하고재결수준을제고 하며행정사법에대한대중의신뢰를유지 (maintain public confidence) 하기 때문이다. 이것은당사자를위해참여할수있는기회를구축하고미시적의미에서의시민참여에 해당 한다. 두가지조건을충족하지못하면예외로할수있다. 첫째, 당사자는구두공청회를 채택하지않기로동의한다. 둘째, 심판소는반드시구두공청회를개최하지아니하여도 재결을내릴수있다는확신이있어야한다.¹

영국의관련연구에따르면, “개별적공청회” (personal hearings)를 “서신교환식 공청회” (postal hearings)와비교해보면성공확률이더욱높다. 특히사실관계가복잡하 거나쟁의가있고법률이복잡하거나진일보한정보를제공할필요가있는경우구두공청 회는더욱유효하다 (oral hearings were more effective where the facts are either complex or in dispute, where the law is complex, or where further information is required). 그리고상대인이절차공평을평가시킨술기회 (the opportunity to present a case) 여부를상당히중히여긴다. 구두공청회에참여해야만재결과정에대한당사자의이 해와신임에있어서긍정적인영향을발생할수있다 (attendance at an oral hearing has a positive impact on users' comprehension of and confidence in the adjudication process.)²

“행정심판법” (1999년) 제 22 조는 “행정심판조례” 제 37 조의규정을답습하여 “원칙상서면심사의방법을채택한다.” 입법의원래취지는효율을추구하여서면심사를간소화하려는데있다. 심판기관은오직 “심사신청서및첨부된증거, 법률근거의서면자료, 그리고답변서및첨부한당초구체행정행위를내린증거, 근거및기타관련서면자료, 제 3 자가제공한관련서면의견서및서면자료등등” 이구비되면 “행정심판결정을내릴수있고심판절차를종결할수있다.”³ 이것은계층감독의양식에접근하지만입법자는아래와같은점을소홀히하였다.

첫째, 서면심리는사실이명백하고단순히법률적용에쟁의가있는경우에적합하다. 심판기관은상급기관으로서법률, 정책에대한정보파악력이더욱강하다. 서면검토를 통해충분히결정을내릴수있다. 그러나심판사건은다반상사실상쟁의가존재하거나법 집행이규범화되지못했거나공문자료가완벽하지못하므로단순히서류검토를통해서는사실을규명하기어렵기때문에 “원칙적으로” 서면심리를적용할것을요구하는것은

¹Cf. Edward Jacobs, *op. Cit.*, pp.313-314. Cf. Geneva Richardson & Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 129-130.

²Cf. Geneva Richardson & Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 129, 131.

³楊小軍: “對行政復議審查方式的異議”, 《法律科學》, 2005년 제 4 호.

과녁없이 활을 쏘는 것과 같고 현실적이지 못하다.

둘째, 서면심리는 신청인을 문전박대하므로 대면하여 교류, 대질, 변론할 기회가 결핍하고 심판 또한 행정계통 내부에서 운영되기 때문에 신청인으로 하여금 심판 결정에 대한 의혹, 불신임과 거부감을 유발한다.

상기 전자는 이미 최근 심판 개혁 실천에서 주목받고 있다. 현재의 인식은 “사실이 명백하고 분쟁이 크지 않은 사건에 대해서는 간이 절차 또는 서면심사 방식으로 해결하고 사실이 불명확하거나 분쟁이 비교적 큰 사건에 대해서는 현장 실사를 실시하며 구두심리의 방식을 통해 쌍방 당사자에게 사실을 확인할 수 있다. 중대 복잡하고 사회적 영향이 큰 사건에 대해서는 공개 공청회 방식을 통해 해결할 수 있다.”¹ 이것은 상술제 22 조에 대한 개혁성 해석이다. 그러나 필자가 보건대 “사실이 불명확하고 쟁의가 비교적 큰 사건” 뿐만 아니라 서면 방식으로 명백히 밝힐 수 있는 사건도 만약 당사인이 구두심리를 신청하면 모두 구두심리를 해야 한다. 아니면, 둘째 문제에 대답하기 어려운 데 이것 역시 중국 현실 상 아래 존재하는 문제로서 영국인의 이해를 초월했다.

그러나 우리가 이해하는 구두심리는 비교적 단조롭고 법원의 개정과 비슷하다. 영국의 구두 공청회는 그 형태가 다양하고 화상 연결, 전화 또는 기타 쌍방향 즉석 전자 교류 (other means of instantaneous two-way electronic communication) 등 형식이 포함된다. 이러한 것은 우리가 지금껏 사용해 본 적 없는 것들이다. 물론, 향후 전자 서비스와 전자 정보 보호가 발전하면서 이러한 형식 역시 점점 많아질 것이다.

구두심리는 어떤 방식을 채택해야 할까? 영국의 전통으로 놓고 볼 때, 구두 공청회는 일반적으로 대항적인데 이것을 많은 사람들이 절차 공평의 황금 기준으로 간주한다 (The adversarial oral hearing has been regarded by many as the gold standard of procedural fairness)² 최근 효율을 제고하기 위하여 개혁 창조 의미의 아래 규문주의 방식 (inquisitorial) 을 도입하기 시작하였다. 호주의 행정항소심판소 (the Commonwealth Administrative Appeal Tribunal) 는 중국의 체제와 비슷하고 행정범주에 속하며 심사 방식은 규문주의를 채택한다.³ 필자가 직접 참여한 북경시 몇 건의 심판 사건의 심리를 놓고 볼 때, 이론상 또는 실천상 막론하고 일반적으로 대항주의 또는 규문주의를 특별히 구분하지 않고 혼합하여 사용하는데 쟁점을 밝히고 심사 효율을 제고하기 위하여 규문주의 사용 비율이 더욱 높은 것 같다.

필자가 보건대, 규문주의가 행정심판의 신속, 경제, 전문 등 특징에 부합한다. 첫째, 당사자의 논점과 주장에 구속받지 않고 분쟁을 철저히 해결하는데 유리하다. 둘째, 심사 과정을 주도하고 심사 효율을 제고할 수 있다. 셋째, 심판 위원회가 실사를 보강하는

¹ 郜風濤: “狠抓落實, 開拓創新, 全面推進新形勢下市縣政府行政復議工作—在全國市縣政府行政復議工作座談會上的講話”, <http://www.chinalaw.gov.cn/article/xzfy/wjjjh/1djh/200811/20081100066699.shtml>, 2012년 11월 4일 검색.

² Cf. Geneva Richardson & Hazel Genn, “Tribunals in transition: resolution or adjudication?” (2007) *Public Law* 126.

³ Cf. Robert Carnwath, “Tribunal justice - a new start” (2009) *Public Law* 55.

이유를설명할수있다.

구두심리는신청인과피신청인동시에현장에도착하여각자진술하고상호변론하며이해를조율하고주요사실, 법률문제및쟁점을명확히할수있다. 때문에변호사개입을허용하고신청인의공문서, 증거, 관련근거의열람을허용하며피신청인역시상응한고지, 공표의무를부담해야한다.

VIII. 결론

우리가알건대행정심판제도는대체로세가지모델이있다. 첫째, 행정소송이특히강하고행정심판은약화되어심지어는있으나마나한위치에처해있는데이를테면독일이다. 둘째, 행정심판소를사법체계에병합하여고도의사법화를실현하고있는데이를테면영국이다. 셋째, 행정계통내상대적독립을실현하는데이를테면중국대만지역이다.¹각자는각자의이념, 전통및실제적소송요구가있다.

당연히세번째모델이중국현재의행정심판개혁에대한영향이제일크다. 전통적인관념을뒤집지도않고개혁원가도또한났다. 영국의개혁은큰골격으로볼때우리에게적합하지않다. 그러나사법화과정에서세밀성, 경험및기술은우리가배워야할점이다.

행정심판법의개혁에관한필자의기본판단은아래와같다. 첫째, 심판위원회를설립하고“摻沙子”(배타적경향이있는집단에외부사람을넣어원래의상황을변화시킴), 표결제, 심사심판통합(審裁合一), “不當被告”(심판기간은소송피고불가), 구두심리, 이유설명을통해독립성, 공정정을향상시켜야한다. 둘째, 사법요소의도입에따라행정심판의절차는법원의절차와더욱접근하여최소한소송상간이절차와비슷하다. 행정심판의신속성, 유연성, 경제성은간이절차, 조정, 심판위원회작업기구의효율적협력작업등을통해실현해야한다. 마감으로행정심판의전문성및그구조는정책민감성, 합리성및전문성이강한사실방면에서여전히현저한우세를보존하고있어법원역시쉽게간여하거나뒤엎기어렵다. 재결원리(裁決原理)는심판범위를진일보확대하여분쟁을적극적으로흡수하고민원절차(信訪)로유입되는것을감소하는근본적인경로이다.

¹ 郜風濤: “加強行政復議理論研究不斷創新和完善行政復議制度—在‘行政復議論壇’(浙江)’開幕式上的講話” 참조, <http://www.chinalaw.gov.cn/article/jgz/bld/gft/xgwz/201006/20100600256645.shtml>, 2012년 10월 25일 검색.