

法制實務의 常識

尹 長 根*

◇ 차 례 ◇

- | | |
|--|--|
| <p>I. 法制實務</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 法制實務의 範圍 2. 法令과 政策 3. 法制實務者의 姿勢 <p>II. 法令의 存在形式과 法秩序의 一體性</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 法令의 意義 2. 法秩序의 一體性 | <p>III. 法令의 公布·施行 및 適用</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 法令의 公布 2. 法令의 施行과 適用 <p>IV. 法令의 效力</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 時間에 관한 效力 2. 場所에 관한 效力 3. 사람에 관한 效力 |
|--|--|

I. 法制實務

1. 法制實務의 範圍

法制實務란 말 그대로 法制에 관련된 실무를 뜻한다. 그 구체적인 업무영역은 法體系를 형성·유지·관리하는 것을 기본으로 하여 법령의 집행을 위한 法解釋을 행하는 것으로 일단 정리할 수 있다. 이러한 업무는 거의 모든 국가기관의 단위부서에 행하여지는 것이고, 법제실무에서 비중이 가장 높은 법령안의 성안 역시 일반적으로 그 법령을 집행하여야 할 部署에서 행하여지지만, 정부에 있어서 이러한 일을

* 법제처 법제관.

총괄하고 있는 기관은 중앙부처의 法務擔當官이다. 법무담당관이 담당하는 업무는 ① 법령안의 심사, ② 소송사무의 총괄, ③ 행정심판업무, ④ 법규집의 편찬 및 발간, ⑤ 법령질의회신의 총괄 등으로 유형화되어 있다. 부처에 따라서는 산하 법인의 定款을 심사하기도 한다. 이와 같이 법제실무라는 개념으로 파악되는 업무는 기본적으로 법령안이나 정관을 성안하거나 심사하는 것 즉 立法技術的 性格의 업무와 소송사무 및 법령질의회신, 행정심판 등 법령을 해석하는 것 즉 解釋法學的 性格의 업무를 포괄하는 것으로 볼 수 있다.

따라서, 법제실무를 위하여는 입법기술과 해석법학에 대한 지식이 필수적이지만, 해석법학은 워낙 방대한 체계를 갖고 있을 뿐 아니라 특히 行政法 分野에 있어서는 아직 그 이론과 체계가 완벽하게 정립되어 있지 못한 상태에 있으므로, 단기간의 공부로 통하여 필요한 지식을 모두 체득하기란 대단히 어려운 일이다. 또한 입법기술에 있어서도 입법의 원리나 기준을 탐구하는 立法學 역시 아직 미완성의 상태에 있고, 입법의 형식·체제 등에 관한 입법기술은 이론에 바탕을 두고 있다기 보다는 오랜 입법경험을 통하여 형성된 약속이라는 성격을 갖고 있는 것이어서 그 대강을 요약·정리하는 것은 가능하지만, 모든 경우를 포괄하기란 그리 용이한 것이 아니다.

법제실무에 있어서의 해석의 기법과 입법의 기준이나 원리에 관한 것 그리고 입법기술의 세세한 부분에 대하여는 다른 기회로 미루기로 하고 여기서는 법제실무에 종사하는 경우 가져야 할 상식에 속하는 사항에 대하여 정리해 보고자 한다. 이 글은 어디까지나 實務者를 위한 것이므로, 학문적 이론은 가급적 피하기로 하고, 학문상으로는 다른 의견이 있을 수 있는 부분도 현재의 실무를 중심으로 언급하고자 한다.

2. 法令과 政策

입법은 본질적으로 정치의 산물이거나 행정의 산물이라고 할 수 있다. 法學의 관점에서 본다면 법의 존재형식에 관심을 두고 법이 마치 선형적으로 존재하는 것으로 느끼는 경향이 강하다고 할 수 있지만, 현실생활을 중심으로 볼 때 법은 어디까지나 사람이 만드는 것이고, 이를 만드는 사람이 법학에 대하여 조예를 가지고 있다는 보장도 없다. 또한 법에 따라 행동하거나 법에 어긋나는 행동을 하여 제재를 받게 되는 사람 역시 본인은 법 그 자체와는 거리가 먼 것으로 여기는 것이 현실이다. 이런 의미에서 一般人의 법에 대한 인식을 이야기하자면 법을 지켜져야 하는 질서로 여기기보다는 국가의 정책(의지)으로 생각하는 것이며, 또한 법이 만들어지는 과정을 보더라도 법질서 그 자체를 추구한다기 보다는 정책을 실현하기 위한 작업

의 하나라고 하는 관념에 입각하고 있는 것으로 보인다.

民法이나 刑法, 商法과 같은 기본법 분야에서는 그 역사의 장구함과 해석법학의 치밀한 체계로 인하여 어떤 종류의 법질서가 선형적으로 존재하고 있다고 느끼게 하는 측면이 있지만, 行政法의 分野에서는 우선 법안을 성안하는 사람 스스로가 법 그 자체를 다루고 있다고 느끼는 경우는 거의 없으며, 오히려 어떤 정책분야에 대하여 책임을 지는 것이 본령이며, 자기 앞에 놓여진 정책문제를 해결하기 위하여 그가 구상하는 정책수단을 실현하는 방법으로 법령이 생각될 뿐이라고 해도 과언이 아니다. 그가 어떤 정책수단을 구상하였는데 이를 현실화하는 방법으로 복잡한 절차와 과정을 수반하는 입법이외의 다른 제도에 의존할 수 있다면 그는 만족해 할 것이다. 그러나, 그것이 여의치 않아 부득이 법령이라는 제도에 의존할 수 밖에 없으면 귀찮더라도 입법을 위한 수고를 감내하게 되는 것이다.

법제실무에서의 기본적인 어려움 중에는 이러한 상황에서 연유하는 것이 적지 않다고 생각된다. 법령심사에 있어서 어떤 내용이 법적으로 무리한 것이라는 지적을 하게 되면 도무지 이해하지 못하거나 이해하려고 하지 않는 경우를 보게 되는데, 이는 정책내용에 대한 부당한 관여라고 느끼기 때문이 아닌가 생각된다. 法學的 背景을 가지고 있는 사람에게는 법에 문외한인 소치라고 일축해 버릴 수 있는 일이라고 생각되지만, 법제도가 법학도의 전유물이 아닌 이상 일반인이 법제도에 대하여 갖는 인식과 관념 역시 존중되지 않으면 안될 것이다. 그리고, 그 소박한 인식 속에 오히려 일면의 진리가 있다고 하지 않을 수 없다. 법령은 결국 일반인이 이를 존중하고 따라주어야 의미를 가질 수 있는 것이기 때문이다.

法令과 政策과의 관계를 간단히 설명하기는 대단히 어려운 일이지만, 법제실무를 공부하는 차원에서는 다음과 같이 정리해 두는 것으로 충분하지 않은가 생각된다. 국가의 정책을 수립하게 되는 경우에 어떤 성격의 정책은 國會의 議決을 거쳐야만 확정될 수 있는 것이고, 어떤 성격의 것은 그렇지 않을 수도 있다. 국회의 의결을 필요로 하는 정책은 豫算이나 法律의 형태로 국회에서 의결되거나 條約의 형식으로 국회에서 동의를 얻어야 된다. 헌법상 이러한 유형에 해당되지 않는 정책이 있다면 이는 다른 적절한 형식으로 정리될 수도 있다. 따라서, 입법을 논함에 있어서는 그 내용이 되는 정책을 따로 분리하여 생각할 수 있는 것은 아니라고 할 것이다. 그러나, 그렇다고 해서 법령과 정책이 전혀 동일한 것은 아니다. 이 문제 역시 법령은 정책이 벗어나서는 안되는 한계를 정하는 것이라고 이해해 두면 일단 충분할 것이라고 생각된다.

3. 法制實務者の 姿勢

현실사회에서는 법령의 내용이 되는 정책을 다루는 사람은 법령이라는 제도에 관하여 전혀 문외한일 수도 있고, 법제도를 다루는 사람은 거기에 답아야 하는 정책의 내용에 대하여 전혀 모르는 경우가 있을 수 있다. 따라서, 政策을 법령으로 표현하는 작업에 있어서는 언제나 정책을 담당하는 사람과 법제도에 관한 업무를 담당하는 사람이 서로 긴밀히 협력하여야만 소기의 성과를 달성할 수 있으며, 이와 같은 협력을 용이하게 하기 위하여 비록 전문가의 수준에는 이르지 못한다 하더라도 정책을 다루는 사람은 법령이라는 제도에 관하여, 그리고 법령을 다루는 사람은 법령의 내용이 되는 정책에 관하여 어느 정도의 지식을 갖추지 않으면 안된다.

이와 같이 서로 어느 정도의 지식을 공유하는 것이 필수적인 것이지만, 그 역할의 구분은 분명히 해야 한다. 정책입안담당자와 법제업무담당자의 관계는 마치 產母와 助産師의 관계와 같다고 설명된다. 이는 아기를 낳는 것은 產母이지 助産師는 아니라는 것과 똑같이 법령의 내용을 정하는 사람은 어디까지나 정책입안담당자이지 법제업무담당자는 아니라는 것을 강조하기 위한 말이라고 할 것이다. 법제업무담당자는 법령의 내용이 되는 정책을 분명히 이해하고, 정책이 갖는 법적인 문제점을 상세히 분석하여 정책입안담당자에게 새로운 代案의 탐색을 촉구하고 합리적이고 현명한 판단을 내릴 수 있도록 조력하는 자세를 견지해야 하며, 스스로 정책의 내용까지 결정하려는 생각을 가져서는 안된다.

II. 法令의 存在形式과 法秩序의 一體性

1. 法令의 意義

일반적으로 “法令”이라 하면 사회생활의 규범으로서 강요성을 지닌 국내법만을 의미하는 것이 보통이다. 조약과 같이 國際法에 속하는 것, 慣習法과 같이 不文法에 속하는 것 그리고 훈령·예규 등 행정기관의 내규에 속하는 것은 제외되는 것으로 이해되고 있다. 그리고, 지방자치단체의 條例와 規則은 법령의 범주에 속하는 것으로 보지만, 법령상에서 “법령”이라는 용어를 사용하는 경우에는 일반적으로 조례와 규칙은 포함하지 않는 것으로 해석한다는 점을 유의할 필요가 있다. 이는 憲法 제 117 조제 1 항에서 “법령”과 “자치에 관한 규정”을 구분하여 사용하고 있는 것에서 연유하는 것으로 보인다.

어떤 法形式이 인정되고 있는가는 기본적으로 헌법의 규정에 의하여 정하여지지만, 법률에서 인정하고 있는 법형식도 없는 것은 아니다. 헌법에서 규정하고 있는 법형식으로는 법률(제40조·제53조)·대통령 긴급명령(제76조)·대통령령(제75조)·총리령(제95조)·부령(제95조)·국회규칙(제64조제1항)·대법원규칙(제108조)·헌법재판소규칙(제113조제2항)·중앙선거관리위원회규칙(제114조제6항)·자치법규(조례)(제117조제1항)가 있다. 이밖에 법률에 기초하여 인정된 법형식으로는 감사원규칙(監査院法 제52조)과 지방자치단체의 규칙(地方自治法 제16조) 등이 있다.

2. 法秩序의 一體性

법령이 국가의사를 표현하는 것이고, 국가가 하나인 만큼 수많은 법령은 통일된 체계로서의 질서가 있어야 하며, 상호간에 모순이나 충돌이 생겨서는 안된다. 그러나, 법령도 사람이 만드는 것이니 이상 현실사회에서는 법령상호간에 모순되거나 충돌되는 일이 없을 수 없다. 따라서, 법령상호간에 규정 내용이 상충되는 경우에는 어느 한 법령이 적용되는 것으로 정리함으로써 법질서의 일체성을 도모하게 된다. 이를 위하여는 일반적으로 상위법우선의 원칙과 소관사항의 원칙, 특별법우선의 원칙, 후법우선의 원칙 등 해석상의 원칙에 의존하게 된다. 법제실무에서는 법령간에 상충이 생기는 경우에는 이러한 해석의 원칙에 따라 법령의 적용관계가 판단된다는 점을 염두에 두고 법령의 내용에 따른 법형식의 선택이나 기존 법령과의 조화문제를 처리하는 방안을 강구하게 된다.

(1) 上位法優先의 原則

법령은 법규범으로서의 존재근거에 따라 상호간에 위계체계를 형성하고 있다. 우선 헌법이 최고의 규범이 된다. 법률은 일정한 요건하에 헌법에 대한 예외를 정할 수 있게 되어 있으므로(憲法 제37조제2항·제49조 등), 이러한 힘이 인정되어 있지 않은 다른 모든 법형식보다 우월한 힘을 갖고 있다고 할 수 있다. 대통령령은 법률에서 위임된 사항과 법률의 집행을 위하여 필요한 사항을 규정할 수 있게 되어 있어 법률의 존재를 전제로 하고 있으므로, 그 존재형식에 있어서 법률 보다 하위에 있게 된다. 총리령·부령 역시 법률이나 대통령령에서 위임된 사항과 그 집행을 위하여 만들어 질 수 있는 것이므로(憲法 제95조), 법률과 대통령령 보다 하위에 있게 된다고 할 것이다. 총리령과 부령간의 관계는 우열이 없이 동렬에 있다고 보는 것이 정부의 입장이다.

국회규칙·대법원규칙·헌법재판소규칙·중앙선거관리위원회규칙은 각각 “법률에 저촉되지 아니하는 범위내에서” 일정한 사항을 규정할 수 있게 되어 있으므로, 그 지위는 일반적으로 법률의 다음이 되고 따라서 대통령령과 일단 동렬에 있다고 보고 있다.

지방자치단체의 조례는 법령의 범위안에서 만들어져야 하기 때문에(憲法 제117조제 1 항) 법형식이라는 측면에서는 법령(법률·대통령령·총리령·부령 등) 보다 하위에 있는 것으로 이해되고 있다. 지방자치단체의 규칙은 법령 또는 조례가 위임한 범위안에서 만들어져야 하는 것이므로(地方自治法 제 16 조), 조례 보다 하위에 있게 된다.

이러한 관념에 따라 보면, 국민이나 공무원이 일상생활과 업무에서 접하게 되는 법령의 상하체계는 헌법, 법률, 대통령령, 총리령, 부령, 조례, 지방자치단체규칙의 순서가 된다. 이 순서에 따라 상위법과 하위법이 정하여지며, 하위법과 상위법의 내용이 상충되는 경우에는 상위법이 우선하여 적용되게 함으로써 각종의 법형식이 관념적으로 통일된 체계를 유지하게 된다. 이러한 상위법우선의 원칙은 憲法 제107조제 1 항 및 제111조제 1 항제 1 호에 의한 헌법재판소의 위헌법률심판과 제107조제 2 항에 의한 대법원의 위헌·위법명령·규칙심사에 의하여 뒷받침되고 있다.

이상과 같은 상·하위법체계는 법형식을 기준으로 한 것이므로, 현실생활에서는 부령이 언제나 대통령령보다 하위에, 모든 조례가 언제나 부령보다 하위에 있게 되는 것은 아니라는 점을 유념하여야 한다. 예를 들어 법률의 명시적인 위임을 받아 부령이나 조례가 제정되었다면 이에 상충되는 대통령령이 있는 경우에도 부령이나 조례가 우선하게 되는 사례가 있을 수 있다. 이는 법률의 위임을 받아 만들어진 부령이나 조례는 법률과 같은 효력을 지니게 되기 때문이다. 따라서, 상위법우선의 원칙을 적용함에 있어서는 이러한 위임입법의 체계를 살펴보아야 한다.

법제실무의 측면에서 보면 상위법우선의 원칙은 법령으로 규정하여야 하는 내용을 어떤 법형식에 담아야 하는가를 판단하는 기준의 하나가 된다. 예를 들면, 어떤 대통령령의 내용에 대한 특례를 규정하여야 한다면 이러한 특례는 최소한 대통령령 이상의 법형식에 규정하여야 한다. 앞에서 설명한 바와 같이 법률로부터 아무런 위임도 받음이 없어 이를 부령 등 대통령령보다 하위의 법형식에 규정하게 되면 상위법우선의 원칙에 따라 부령 등에 규정된 특례가 적용되지 못하는 결과를 가져온다.

(2) 所管事項의 原則

법형식마다 규정할 수 있는 사항이 개략적으로 정하여져 있어 소관에 벗어난 사항을 규정하게 되면 효력을 인정할 수 없게 된다. 이와 같이 법령의 내용으로 규정

할 수 있는 사항이 한정되는 것을 소관사항의 원칙이라 한다. 법형식별 소관사항은 그 법형식을 규정한 헌법 또는 기타 법률에 의하여 정하여진다. 따라서, 소관을 어기면 헌법 또는 법률 위반이 되게 된다. 다른 관점에서 보면 법형식별로 제정권자가 다르기 때문에 소관을 어긴 경우에는 권한없는 자의 행위라고 볼 수도 있다. 헌법의 제정권자는 국민이고, 법률은 국회, 대통령령은 대통령, 총리령은 국무총리, 부령은 행정각부의 장이 제정권자가 된다. 따라서, 대통령령의 소관사항이 되는 것을 부령에 정하게 되면 행정각부의 장관이 대통령의 권한을 행사한 격이 되어 월권행위가 되게 되므로, 이러한 행위 즉 대통령령으로 정하여야 할 사항을 부령으로 정한 행위는 효력을 잃게 된다.

1) 法律의 所管事項

헌법은 국민의 권리와 의무를 규정하면서 일정한 경우에는 법률로써 국민의 권리를 제한하거나(憲法 제12조·제37조 등), 국민에게 의무를 부과할 수 있도록 하고 있으므로(제38조·제39조 등), 국민의 권리를 제한하거나 국민에게 의무를 부과하는 것은 원칙적으로 법률로 정할 사항 즉 법률의 소관사항이 된다. 따라서, 법률의 위임이 없이 대통령령이나 부령으로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하게 되면 이는 소관을 어긴 것으로 위헌이 되어 그 효력이 부정되게 된다. 물론 법률에서 명시적으로 위임한 경우에는 대통령령이나 부령으로도 법률의 소관사항을 규정할 수 있지만, 위임된 범위를 벗어나면 같은 문제가 발생한다.

그밖에 헌법에서 행정각부의 설치·조직과 직무범위(제96조) 등 특정한 사항도 법률로 정하여야 할 사항으로 규정하고 있으므로, 이러한 사항에 대하여도 그 기본적인 사항은 법률로 정하지 않으면 안된다. 이와 같이 현행 헌법에서 국민의 권리와 의무에 대한 사항외에 법률의 소관사항으로 규정한 것도 대략 40여가지에 이른다. 이러한 사항을 규정하는 경우에는 반드시 법률에 의하여야 하며, 위임이 없는 한 대통령령 이하의 법령으로 그 내용을 정하여서는 안된다.

2) 大統領令의 所管事項

憲法 제75조에서 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있도록 규정하고 있으므로, 대통령령의 소관사항은 법률에서 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항이 된다. 헌법의 문언에 충실하게 따른다면 법률을 전제로 하지 않은 대통령령은 있을 수 없는 것으로 생각되지만 실제로는 이런 대통령령이 전혀 없는 것은 아니다. 예를 들어 『사무관리규정』과 같은 것은 母法이 없다고 볼 수도 있는데 이러한 대통령령도 가능하다고 할 것이다. 현실적으로 생각해 볼 때 각 부처

에서 행하는 사무의 관리지침은 행정관리에 관한 총괄기능을 담당하는 총무처장관이 정하여 시달할 수도 있지만, 다른 부처에서 이를 보다 적극적으로 준수하도록 하기 위하여 근거규정의 격을 높인 것이라고 할 수 있다. 이와 같이 母法이 없이 대통령령이 발령된 경우가 없지 않으나, 헌법의 규정에 어긋난 것으로 보아야 할 것은 아니라고 생각된다.

3) 總理令·部令의 所管事項

憲法 제95조에서 국무총리 또는 行政各部의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있도록 규정하고 있으므로, 이러한 사항이 총리령과 부령의 소관사항이 되지만, 그 규정범위는 소관사무로 한정된다. 소관사무를 벗어나게 되면 정당성을 잃게 된다. 예컨대, 상공부장관이 상공부령으로 재무부장관의 소관사무인 국유재산 일반에 대한 관리방법을 정하였다면 이는 『소관사무에 관하여』라는 한계를 벗어난 것 즉 소관사항의 원칙을 어긴 것으로 효력이 인정되지 않는다. 소관사무의 범위는 政府組織法 및 각 부처의 職制를 기준으로 하여 개별 법률에서 창설한 각종 행정사무의 관할관청을 살펴보면 알 수 있다.

헌법에서 부령의 발령권자를 행정각부의 장으로 한정하고 있기 때문에 행정각부에 속하지 않는 院과 處는 부령을 발할 수 없다고 보는 것이 정부의 견해이다. 이들 院과 處는 모두 政府組織法상 국무총리 소속기관으로 되어 있으므로, 총리령으로 필요한 사항을 규정하고 있다.

그리고, 총리령과 부령간의 효력의 우열관계에 대하여는 긍정설과 부정설이 있지만, 정부의 입장은 효력상 우열관계가 없고 동등한 지위에 있다고 보는 것이다. 이러한 입장에서 보면 총리령과 부령이 상호 모순·저촉되는 경우에는 상위법 우선의 원칙에 따라 우선적용관계를 판단할 수 없으며, 소관사항의 원칙에 따라 이 문제를 해결하게 된다. 즉 소관사항이 아닌 것에 대하여 규정하고 있는 쪽이 효력이 없는 것으로 판단되게 된다.

(3) 特別法優先의 原則과 後法優先의 原則

법령상호간의 상충중에는 위에서 설명한 상위법우선의 원칙이나 소관사항의 원칙에 따라 해결할 수 없는 경우도 적지 않다. 같은 종류의 법령간에 상충이 생기는 경우가 주로 이에 해당한다. 그 이유는 같은 종류의 법령이므로 상위법·하위법 관계를 따질 수 없기 때문이며, 소관사항이 광범위한 법형식 특히 법률에 있어서는 소관사항의 원칙을 위배하는 경우가 그리 많지 않기 때문이다. 이러한 경우에는 특별법우선의 원칙과 후법우선의 원칙에 따라 이러한 상충문제를 해결하는 것이 보통이다.

1) 特別法優先의 原則

특별법은 일반법에 우선한다. 일반법은 어떤 사항에 대하여 일반적으로 규정하고 있는 법령을 말하고, 특별법은 일반법에 규정된 사항에 관하여 특정한 경우, 특정한 지역 또는 특정한 사람 등에 한하여 일반법과 다른 내용을 규정하고 있는 법령을 말한다.

일반법과 특별법의 관계는 각 법령에 고유한 절대적인 구별은 아니며, 법령상호간의 관계에 있어서만 상대적으로 판단되는 것이다. 따라서, 법령의 제명이 특별법으로 되어 있다고 해서 그것만으로 특별법이 되는 것은 아니다. 일반법·특별법 관계를 설명할 때 보통 언급되고 있는 고전적인 예를 들면 商法과 民法 간의 관계에 있어서는 商法이 특별법이고 民法이 일반법이지만, 銀行法과의 관계에 있어서는 商法이 일반법이고 銀行法이 특별법이 된다. 이와 같이 두 법령간에 일반법·특별법 관계가 있는 때에는 특별법이 우선 적용되고 일반법은 특별법에 규정이 없는 경우에 한하여 보충적으로 적용된다.

商法 제 1 조에서는 이러한 관계에 대하여 명문으로 “商事に 관하여 本法에 規定이 없으면 商慣習法에 의하고 商慣習法이 없으면 民法의 規定에 의한다”라고 규정하고 있으며, 은행법 제 1 조제 2 항에서도 “이 法과 韓國銀行法과 이에 의거하여 발하는 命令, 規程은 商法 기타의 法令의 規定에 우선하여 적용한다”라고 명시하고 있다.

위에서 든 예와 같이 명문의 규정이 있는 경우에는 그다지 큰 問題가 없지만, 대개의 경우에는 이런 규정을 두고 있지 않으므로, 실제로 두 법령이 상충되는 경우에 그중 어느 것이 일반법의 지위에 있고 어느 것이 특별법이 되는 지가 불분명한 경우가 허다하다. 실무에서 일반법·특별법의 판단이 어려움을 감안하여 법령을 개정하거나 제정하는 경우에는 기존 법령들과 조화문제를 최대한 면밀히 검토해 보고 필요에 따라서는 기존 법령의 규정을 개폐하거나 “○○법 제○○조의 규정에 불구하고……” 하는 등의 표현을 사용하여 어느 쪽이 우선적용되는지를 분명히 해 두도록 하고 있다.

2) 後法優先의 原則

상·하관계에 있지 않은 같은 종류의 법령간에 상충이 생긴 경우에는 나중에 만들어진 법령이 먼저 만들어진 법령에 우선한다. 이러한 두 법령의 시간적 성립관계의 先後와 관련하여 통상 舊法·新法 또는 先法·後法이라는 용어가 혼용되고 있지만, 실무에서는 일반적으로 한 법령에 있어서 改正前의 법령을 구법이라고 부르고, 改正後의 법령을 신법이라고 부르기 때문에 현재 유효하게 존재하고 있는 두 법령에 대하여 그 성립시기의 전후를 가릴 때에는 구법·신법이라는 용어보다는 선법·

후법이라는 용어가 혼란을 피할 수 있는 장점이 있다고 생각된다.

이와 같이 후법이 선법에 우선한다고 하는 관념은 입법자가 법령을 만들 때에는 그 당시의 법질서에 대하여 완벽한 지식을 가지고 있어야 한다는 당위적 요청에 근거하여 나중에 만든 법령의 내용이 이미 존재하고 있는 법령의 내용에 어긋나는 경우에는 이미 존재하고 있는 법령에 우선하여 새로운 법령을 적용하겠다는 의사를 당연히 포함하고 있다고 이해하여야 하는 것이 합리적이기 때문이다.

선법과 후법의 판단기준은 원칙적으로 그 법령의 성립시기의 先後에 의한다. 법률의 성립시기는 일반적으로는 국회에서 의결된 날짜와 시간의 선후에 의한다고 설명되고 있다. 이는 법률은 의회의 의결로써 성립한다는 헌법 규정을 갖고 있는 일본에서의 견해이지만, 이러한 헌법 규정이 없는 우리의 경우에도 국회에서 의결된 법률안은 국회의 의결의 다른 방법으로는 그 내용을 바꿀 수 있는 길이 없기 때문에 결국 국회의 의결로 법률의 내용이 확정된다고 말할 수 있을 것이다. 법률안에 대하여 재의요구가 있는 경우에도 법률안의 일부에 대하여나 그 내용을 수정하여 재의를 요구할 수 없게 되어있고, 재의요구된 법률안에 대한 국회에서의 처리도 당초 법률안을 그대로 다시 의결할 것인가 하는 것을 판단할 뿐이기 때문에 결국 법률안에 대하여 재의가 요구되는 경우에도 원래대로 의결되든지 아니면 원래의 법률안은 폐기되고, 새로운 법률안이 제안되어 의결되든지 하게 되므로, 결론적으로 공포·시행되고 있는 법률의 내용이 확정되는 것은 어쨌든 국회에서 의결된 때라고 할 수 있다.

법률보다 하위의 법형식에 있어서는 그 내용이 주로 법률을 전제로 해서 마련되는 것이므로, 독자적으로 선·후법관계를 따지게 되는 경우가 거의 없기 때문에 선·후법관계는 그다지 문제되지 않는다. 또한, 대통령령 등 하위의 법형식에 있어서는 소관사항도 법률의 경우보다는 엄격하고 제한적이기 때문에 서로 모순·저촉이 있다 하더라도 상당한 부분이 소관사항의 원칙에 의하여 정리될 수 있으므로, 대통령령 이하의 하위법령에 있어서는 선·후법관계가 실무상으로 문제가 되는 경우가 거의 없다고 할 것이다.

이와 같이 법률에 있어서 선·후법관계는 국회의 의결일자 先後를 기준으로 하지만, 법령집을 통해서 알 수 있는 것은 법령의 공포일자와 시행일자뿐이기 때문에 선·후법관계를 판단함에 있어서는 이 점에 특히 유념하여야 한다. 두 법률의 공포일자가 상당한 시간적 간격을 두고 있는 경우에는 어느 법률이 먼저 의결되었는지 쉽게 짐작할 수 있지만, 공포일자가 서로 인접해 있는 경우에는 반드시 國會本會議會議錄 등을 찾아보아 의결일자를 확인해보아야 한다.

3) 特別法優先의 原則과 後法優先의 原則간의 關係

후법우선의 원칙과 특별법우선의 원칙이 서로 다른 결론을 가져오는 경우에는 특별법우선의 원칙이 우선한다. 후법우선의 원칙과 특별법우선의 원칙간의 관계를 요약하면 다음과 같다.

① 선법이 일반법이고 후법이 특별법인 경우 : 특별법우선의 원칙에 따라 특별법인 후법이 우선한다.

② 선법이 특별법이고 후법이 일반법인 경우 : 특별법우선의 원칙에 따라 특별법인 선법이 우선한다. 그러나, 이 경우에도 후법인 일반법에서 선법인 특별법의 효력을 부정하는 취지가 포함되어 있는 것이 입법취지로부터 분명히 알 수 있는 경우에는 후법인 일반법이 우선한다고 판단하여야 할 경우도 있을 수 있다. 결국, 입법취지를 합리적으로 판단하여 처리할 문제이다.

③ 선법과 후법이 일반법·특별법관계에 있지 않는 경우 : 후법우선의 원칙에 따라 후법이 우선한다.

III. 法令의 公布·施行 및 適用

1. 法令의 公布

(1) 公布의 意義

법령의 공포라 함은 성립한 법령을 일반 국민에게 주지시키기 위하여 법령의 내용을 공적으로 알리는 행위를 말한다. 법령의 법규범으로서의 효력 자체는 정규의 절차를 거쳐 법령이 제정될 때에 확정적으로 정하여지는 것으로서 공포에 의하여 그 효력에 무엇인가가 부가되는 것은 아니다.

법령을 공포하게 되는 까닭은 법령이 일단 시행되면 그 준수를 요구하는 강한 규범력을 지니게 되기 때문에 아무리 정규의 제정기관에 의하여 제정된 것이라고 하더라도 이를 일반 국민에게 알리지도 않고 느닷없이 그 준수를 요구하는 것은 근대 입헌주의적 관념에 어긋나는 것이라고 보기 때문이다. 따라서, 근대법에 있어서는 법령이 제정되는 경우에는 그것이 시행되는 전제로서 공포라는 절차를 취하게 되는 것이 일반적인 경향으로 되어 있다.

이러한 관점에서 보면 이와는 반대로 그 내용이 특정 범위의 사람에게만 관계있는 특수한 사항에 관한 것이며, 일반국민의利害에는 전혀 관계없는 법령에 관하여는 반드시 공포의 절차가 필요한 것은 아니라고 할 수 있다. 국회의 議事規則은 따

로 공포라는 절차를 밟지 않는데, 이는 이러한 경우에 속하는 것이다.

(2) 公布의 形式

헌법개정, 법률, 대통령령, 총리령, 부령, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙의 공포는 관보에 게재하여 이를 한다(法令等公布에관한法律 제11조제1항, 대법원규칙의공포에관한규칙 제4조제2항, 헌법재판소규칙공포에관한규칙 제4조제2항, 중앙선거관리위원회규칙의공포에관한규칙 제3조).

국회의장이 법률을 공포하고자 할 때에는 서울특별시에서 발행되는 일간신문 2이상에 게재함으로써 이를 한다(法令等公布에관한法律 제11조제2항).

국회규칙은 공포하지 않는다. 관보 등에 국회규칙이 게재되는데, 이는 공포가 아니고 그 내용을 소개하기 위한 것이다.

조례와 규칙의 공포는 당해 지방자치단체의 공보나 일간신문에의 게재 또는 게시판에의 게시로써 이를 한다(지방자치법시행령 제12조제1항, 교육자치에관한법률시행령 제17조제3항).

(3) 公布日

법령 중에는 공포한 날부터 시행하게 하거나 공포후 일정한 기간이 경과한 날부터 시행하게 하는 것이 많다. 이런 경우에는 법령의 시행일을 알려면 우선 공포일이 언제인지를 알아야 한다. 法令等公布에관한法律 제12조에서 공포일은 법령등을 게재한 관보 또는 신문이 발행된 날로 한다고 규정하고 있다. 여기서 문제가 되는 것은 官報의 일부일(日付日)과 관보가 실제 발행된 날이 다른 경우에 어느 쪽이 기준이 되는가 하는 것과 법령 공포시 법령원문앞에 붙이는 公布文의 말미에 기재된 날짜와 관보일부일이 다른 경우에 어느 쪽이 기준이 되는가 하는 것이다. 종전의 정부의 관례는 관보일부일을 공포일로 보고 공포 당일 시행하는 법령은 관보일부일 오전 0시에 시행되는 것으로 보는 것이었던 반면, 법원의 입장은 관보가 실제 발행된 날을 공포일로 보고 공포 당일 시행하는 법령은 당해 법령을 게재한 관보가 실제 발행되어 정부간행물센터에 도달한 시각부터 시행되는 것으로 보는 것이었다. 현재 정부의 입장이 문서로 분명히 정리되어 있는 것은 없으나, 실무에서는 법원의 견해를 따르고 있다.

어쨌든 공포의 시기를 둘러싸고 여러가지 생각하여야 할 복잡한 문제가 있으므로, 국민의 권리·의무에 관한 사항에 직접 관련이 있는 법령, 특히 벌칙이 있는 법령에 있어서는 공포일부터 바로 시행하게 하는 것은 가급적 피하여야 한다.

2. 法令의 施行과 適用

(1) 施行의 意義

법령의 공포라 함은 성립한 법령을 일반 국민에게 주지시킬 목적으로 공시하는 행위를 말하는데 비하여 법령의 시행이라 함은 공포된 법령의 효력이 현실적으로 발동되어 작용하게 되는 것을 말한다. 이와 같이 법령이 시행되는 시점을 시행일이라고 부른다.

(2) 適用과의 差異

법령의 시행이 법령규정의 효력발동이라고 하는 일반적인 관념인데 비하여 법령의 적용이란 법령의 규정이 개별적·구체적으로 특정한 사람이나 지역, 사항에 대하여 현실적으로 발동하고 작용하게 하는 것을 말한다.

보통의 경우에는 단순히 시행일을 정하여 두는 것만으로 법령의 시행에는 아무런 지장이 없으나 경우에 따라서는 시행일을 분명히 한 것만으로는 구체적으로 어느 대상에 대하여 그 법령을 발동시켜 이를 규율하여야 좋을지 분명하지 않을 때가 있다. 예를 들면, 법인세법이 개정되어 법인세율이 변경되었는데, 그 개정 법인세법이 1992년 4월 1일에 시행되었다 하자. 이 경우에 시행일외에는 아무런 규정이 없다고 하면 도대체 그 새로운 세율은 그해의 4월 1일 이후에 발생한 소득에 대하여 적용되는지, 4월 1일 이후에 개시되는 사업연도분의 소득부터 적용되는지, 혹은 4월 1일 이후에 종료되는 사업연도분의 소득부터 적용되는지 판단이 어렵게 된다. 그래서 이러한 경우에는 그 법령이 구체적으로 어느 대상에 대하여 효력을 발동시킬 것인가를 분명히 할 필요가 있다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 실무에서는 “적용례”를 두어 “제○조의 개정규정은 이 법 시행후 최초로 종료하는 사업연도분부터 적용한다”는 식의 규정을 두어 적용에 관한 문제를 분명히 하도록 하고 있다.

(3) 法令의 溯及適用

법령의 적용 중에는 소위 소급적용이라는 문제가 있다. 법령의 시행일 전에 발생한 사항에 대하여 그 법령을 적용하는 것을 법령의 소급적용이라 한다. 소급적용의 표현형식은 통상 “이 법은 공포한 날부터 시행하되, ○년 ○월 ○일부터 적용한다”이다.

한마디로 소급적용이라 해도 법령의 내용에 따라 그 효과에는 여러가지 차이가 있는 점에 주의할 필요가 있다. 앞에서 든 법인세법 개정의 경우를 예로 들면 법인세를 현실적으로 납부하는 것은 4월 1일 이후이므로, 그 소급적용의 효과는 개정법

를 시행전의 기간에 해당하는 법인세분도 새로운 세율에 따라 계산하여야 한다는 의미로서 과거의 권리·의무 관계에는 직접적인 영향을 미치지 않는다.

이에 비하여 공무원의 급여를 2개월 전으로 소급하여 인상하는 경우에는 비록 소급적용을 하여도 2개월 전에 실제로 차액을 지급할 수 있는 것은 아니므로, 실제로 현금이 지급되는 것은 법령이 시행되고 난 다음이며, 소급적용의 효과는 단지 급여의 계산에 있어서 2개월 전부터 급여가 인상된 것으로 되고 또 소득세 등도 인상된 급여에 따라 계산된다는 것이다. 또 이밖에 소급적용에 의하여 과거의 사실관계를 법률이 인정하는 관계로 정당화하는 경우와 그 반대로 이를 부적법한 관계로 규정 짓는 것 등이 있다.

법령의 소급적용은 이미 성립되어 있는 법률상·사실상의 상태에 대하여 나중에 법령으로 변경을 가하거나 규제를 가하는 결과가 되기 때문에 사회질서의 안정성을 해하고 관계인의 이익을 뜻밖에 침해할 우려가 적지 않으므로, 법령의 소급적용은 통상 바람직하지 않다고 여겨진다. 특히 과거의 사실관계를 법적으로 부정적 평가를 하는 벌칙의 소급적용은 憲法에 의하여 명문으로 금지되고 있다는 점도 유념하여야 한다(憲法 제13조제 1 항).

IV. 法令의 效力

1. 時間에 관한 效力

(1) 法令의 施行日

법령의 시간에 관한 효력으로서 제일 문제가 되는 것은 법령의 시행에 관한 時間的 始期, 즉 법령의 시행일에 관한 문제이다.

법령은 부칙에 시행일에 관한 규정을 두어 언제부터 시행되는가를 분명히 하는 것이 보통이다. 만약 시행일에 관한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일을 경과함으로써 효력이 발생한다(憲法 제53조제 7 항, 法令等公布에관한法律 제13조, 地方自治法 제19조제 7 항).

(2) 施行日을 정하는 方法

법령의 시행일을 정하는 방법에는 대략 다음과 같은 네가지 유형이 있다.

- ① 공포일부터 시행하게 하는 것
- ② 공포후 일정한 기간이 경과한 날부터 시행하게 하는 것
- ③ 특정일자(1993년 1월 1일 등)를 지정하여 시행하게 하는 것

④ 특정한 사건이 발생한 날(다른 법령의 시행일이나 국제기구에의 가입일 등)부터 시행하게 하는 것

이와 같이 시행일을 정하는 방법외에 입법기술상의 필요에 의하여 시행일을 하위 법령에서 정하도록 위임하는 경우와 개정법령에서 일부 개정사항의 시행일을 다른 개정사항의 시행일과 다르게 정하는 경우가 있다.

법령의 시행일을 하위법령으로 정하도록 위임하는 경우는 주로 다음과 같은 경우이다. 법령을 시행하려면 여러가지 준비가 필요한 경우가 있는데, 그 법령을 입법할 당시에 그 준비에 걸리는 기간을 미리 예정할 수 있는 경우에는 “이 법은 공포후 ○월이 경과한 날부터 시행한다”는 형식으로 유예기간을 주면 되지만, 준비기간을 사전에 예측할 수 없는 경우에는 부득이 “이 법은 대통령령이 정하는 날부터 시행한다”는 형식으로 시행일을 하위법령에 위임하여 법률의 시행에 필요한 준비가 거의 마쳐지면 대통령령으로 법률의 시행일을 정한다.

실무에서는 이와 같이 시행일을 하위법령에 위임하는 경우로는 법률의 시행일을 대통령령에 위임하는 경우 정도가 인정되고 있으며, 이 경우에도 법률의 시행을 늦출 수 있는 시한을 정하여 두는 것이 일반적이다. 따라서, 실제 입법례로는 “이 법은 공포일부터 6월이내에 시행하되, 그 시행일은 대통령령으로 정한다”는 형식이 주로 보인다.

개정법령의 일부 개정사항에 대하여 시행일을 다른 부분과 달리 정하는 이유에는 여러가지가 있다. 주로 일부 개정사항의 시행을 위하여 필요한 준비가 다른 부분보다 더 많이 걸리는 경우가거나 특정일에 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우가 일반적이지만, 사안의 성격상 필요한 경우도 있다. 예를 들어 근로기준법을 개정하여 근로조건에 관한 사항과 適當勤勞時間을 변경한 경우에 변경된 주당근로시간에 관한 규정이 주중에 시행되는 경우에는 그 주에 있어서 나머지 날들의 근로시간을 어떻게 조정하여야 하는 지에 대하여 어려움이 생기게 되므로, 주당근로시간을 변경하는 부분은 다른 부분 시행후 최초의 일요일(또는 월요일)부터 시행하게 하는 것과 같은 경우이다.

(3) 施行日을 計算하는 方法

법령의 시행일이 특정일자이거나 특정한 사건의 발생과 연계되어 있는 경우에는 시행일을 판단함에 있어서 어려움이 없지만, “공포후 3월이 경과한 날부터 시행한다”는 것처럼 일정한 시행유예기간을 두고 있는 경우에는 법령의 시행일을 구체적으로 판단함에 있어서 상당한 주의를 요한다. 法令等公布에관한法律에서는 기간계산방법에 대하여 따로 정한 것이 없기 때문에 이 경우의 계산은 민법의 규정에 의

하게 된다. 민법에 의한 계산방법에 있어서 가장 중요한 것은 기산일을 정하는 문제인데, 관보가 정부간행물센터에 도달하는 시각이 통상 오전 10시 전후가 되기 때문에 공포일(初日)은 계산에서 제외되고, 그 다음날이 기산일이 된다. 이와 같이 기산일을 판단한 다음에는 기간이 日·週·月·年 중에서 어느 것을 단위로 하여 정하여졌는가를 보아 民法의 해당 규정에 의하여 시행유예기간의 만료일을 계산한다. 여기서 기간의 만료일이 공휴일인 경우에 기간의 만료일이 그 다음날로 연장되는가 하는 것이 문제가 되는데, 실무상으로는 법령의 시행유예기간에 관한 한 그 다음날로 연장되지 않는 것으로 보고 있다. 법령은 시행유예기간의 만료일의 다음날 오전 0시부터 시행되게 된다.

2. 場所에 관한 效力

법령의 효력은 원칙적으로 영토 전역에 미치고 그 이외의 지역에는 미치지 않는다.

이 장소적 효력의 원칙에 대하여는 두가지 예외가 있다. 첫째는 법령의 효력 범위가 영토 밖으로 확대되는 경우로서 공해상에 있는 自國의 선박 등이 그 예가 된다(刑法 제 4 조). 둘째는 법령이 영토의 전역에 적용되지 않고 특정한 지역에만 적용되는 경우이다. 濟州道開發特別法과 같은 경우이다.

이상 언급한 바는 國法에 대한 것이지만, 지방자치단체가 제정하는 자치법규에 대하여도 같은 설명을 할 수 있다.

3. 사람에 관한 效力

법령은 그 효력이 미치는 지역 내의 모든 사람(外國人 포함)에 대하여 적용되는 것이 원칙이며, 각국의 近代法은 대체로 이 원칙에 입각하고 있다.

이러한 사람에 대한 효력의 범위의 원칙에는 두가지 예외가 있다. 첫째는 사람의 신분과 관련하여 예외가 인정되는 경우이다. 국제법상 治外法權이 있는 외국인의 원수나 외교관은 외국에 체재 중이라도 체재국 법령의 적용을 받지 않으며, 일정한 외국인(미군 등)에 대하여는 국내에서 법령의 적용을 달리하는 경우이다. 둘째는 사안의 성격에 따라 법령의 적용관계가 달라지는 경우이다. 예를 들면, 戶籍法은 국민만을 대상으로 하고, 外國人土地法은 반대로 외국인만을 대상으로 하고 있으며, 國家賠償法이 외국인에 대하여는 相互主義 原則下에 그 적용을 선택적으로 인정하고

있는 것 등이다.

그리고, 규율대상의 성격에 비추어 보아 屬人主義에 의하는 것이 분명한 경우도 있다. 예를 들면, 國家公務員法은 국가공무원을 대상으로 하는 법률이므로, 국가공무원이 외국에 체류하는 기간 동안에도 국가공무원법의 규정에 따라 복무하여야 하는 것이 이런 경우에 속한다.

또한 이와는 반대로 光州民主化運動關聯者補償等에 관한法律과 같이 같은 국민중에서도 일정한 범위의 사람에게만 적용되는 것도 있다.

