

연구보고 02-01

# 입법학 용어해설집

연구자 : 박영도(연구위원)

**한 국 법 제 연 구 원**

## 發 刊 辭

현대사회에 있어서 사회적 정의의 실현을 위하여 국가가 시민생활에 적극적으로 배려·개입하게 됨으로써 법규범은 국가에 의한 서비스의 제공, 사회계획, 경제통제 및 재화의 재분배 등을 위한 중요한 수단으로서 등장하고 있습니다. 특히 일정한 정책목표의 실현을 위한 수단으로서의 성격이 강한 입법의 비중이 높아지고, 국가의 시민생활에 대한 관여에 있어서도 입법의 역할이 확대되고 있는 실정입니다.

이러한 시점에서 종래와 같이 국가의 제정법을 단순히 형식논리의 범주를 통하여 해석하고, 연역적으로 결론을 도출하는 개념법학적 법해석학으로는 현실의 사회관계에서 법률이 가지는 기능을 제대로 파악할 수 없게 되고 있습니다. 법학의 분야에서도 종래의 해석법학에 대한 반성, 특히 법학교육에 있어서 지금까지 법의 제정자, 제작자가 아니라 오로지 법의 사용자, 즉 적용자·해석자의 양성에만 노력하여 온데 대한 반성으로, 법해석학에 필적할 수 있는 법의 제작학 내지 입법학이라는 학문영역을 수립할 필요성이 제기되고 있습니다.

법규범이 국가목적 내지 사회정의를 달성·실현하기 위하여 국민에게 준수를 강제하는 것이라면, 입법이란 개별 사회적 가치와 요구를 법규범의 영역에 포섭하여 그것을 법적으로 실현하는 가치관계적 작업 내지 기준정립으로 파악할 수 있을 것입니다. 입법학이란 그와 같은 입법을 둘러싸고 발생하는 각종 문제를 과학적으로 해명함으로써 합리적인 입법을 위한 학문적 근거를 제공하는 학문이라 할 것입니다. 그러나 입법학은 아직 생성중에 있는 학문영역이기 때문에 체계적인 연구와 방법론의가 정립되어 있지 아니하고, 선진외국에 있어서도 입법에 관한 문제의식과 관심에 따라 그 내용도 매우 다양하게 전개되고 있는 실정입니다.

이 용어집에서는 현재까지의 국·내외 입법학연구의 성과와 본원에서 지속적으로 추진하여 온 “입법이론연구사업”을 토대로 앞으로 우리 나라에서의 입법학이라는 학문체계의 연구에 의미 있는 토대가 될 수 있는 주요 개념을 정리한 것입니다. 여기에서 해설한 입법용어가 입법의 기능이 질적으로 변화되고 있는 시점에서 입법전반에 관한 학문적 지식을 체계적으로 파악하고 습득하는데 중요한 참고자료가 되기를 바라며, 용어집발간에 많은 수고를 한 연구자의 노고를 격려하는 바입니다.

2002. 4.

韓國法制研究院  
院長 徐承完

# 목 차

○ 가부동수(可否同數) .....	11
○ 결격사유규정(缺格事由規定) .....	12
○ 경과규정(經過規定) .....	14
○ 경합적 입법(Konkurrierende Gesetzgebung) .....	17
○ 공적 법률안(Public Bill) .....	18
○ 공포(公布) .....	19
○ 과잉침해금지의 원칙(過剩侵害禁止의 原則) .....	22
○ 관계부처협의(關係部處協議) .....	24
○ 관리예산처(Office of Management and Budget) .....	26
○ 교섭에 의한 규칙제정법(Negotiated Rulemaking Act) .....	27
○ 국가적 승인유보(國家的 承認留保) .....	29
○ 국민투표에서 채택된 법률(Loi adoptée par référendum) .....	30
○ 국사원(Conseil d'Etat) .....	31
○ 국회전속입법사항의 위임금지(國會專屬立法事項의 委任禁止) .....	34
○ 국회전속형 입법(國會專屬型 立法) .....	35
○ 규범홍수(規範洪水) .....	35
○ 규제설정·개폐에 관한 의견제출절차(Public Comment) .....	37
○ 규칙(規則) .....	40
○ 규칙심사제도(Congressional Review of Agency Rulemaking) .....	42
○ 규칙제정(Rulemaking) .....	45
○ 기관위임사무(機關委任事務) .....	46
○ 기본법(基本法) .....	48
○ 기술적 재량(技術的 裁量) .....	51
○ 기준의 요건이론(Requirement of standards) .....	51
○ 내각법제국(內閣法制局) .....	53
○ 내각부령·성령·정령(內閣府令·省令·政令) .....	54
○ 내각사무처(Secrétariat Général du Gouvernement) .....	56
○ 내적 입법과정·외적 입법과정(內的 立法過程·外的 立法過程) .....	58

○ 단계정당성의 원리(段階正當性的 原理) .....	59
○ 대통령령 · 총리령 · 부령(大統領令 · 總理令 · 部令) .....	60
○ 데크레(Décret) .....	62
○ 독립명령(Réglements autonomes) .....	63
○ 독일연방의회조사국(Hauptabteilung wissenschaftliche Dienste) .....	65
○ 동의권의 유보(同意權의 留保) .....	66
○ 로비(Lobby) .....	68
○ 명확성의 원리(明確性的 原理) .....	70
○ 명확성조항(Bestimmtheitklausel) .....	73
○ 목적규정(目的規定) .....	76
○ 벌칙규정(罰則規定) .....	77
○ 법규명령과 행정규칙(法規命令과 行政規則) .....	80
○ 법령용어정비기준(法令用語整備基準) .....	82
○ 법령용자(法令用字) .....	83
○ 법령의 개정 · 폐지방식(法令의 改正 · 廢止方式) .....	85
○ 법령의 이해가능성(法令의 理解可能性) .....	88
○ 법령입안심사기준(法令立案審査基準) .....	92
○ 법령정비형 입법(法令整備型 立法) .....	93
○ 법률개념(法律概念) .....	94
○ 법률대위명령(gesetzvertretende Rechtsverordnung) .....	96
○ 법률명령(Ordonnance) .....	96
○ 법률발안권(法律發案權) .....	99
○ 법률변경명령(gesetzesandernde Rechtsverordnung) .....	101
○ 법률선점론(法律先占論) .....	102
○ 법률안 발안요건(法律案 發案要件) .....	104
○ 법률안심의(法律案審議) .....	106
○ 법률안 심의유형(法律案 審議類型) .....	108
○ 법률안의결(法律案議決) .....	111
○ 법률안입안(法律案立案) .....	112
○ 법률유보(法律留保) .....	115
○ 법적 의사결정이론(法的 意思決定理論) .....	116
○ 법정책학(Rechtspolitik) .....	117

○ 법형식성심사(Rechtsförmlichkeitsprüfung) .....	119
○ 법화(法化) .....	120
○ 보다 덜 제한적인 수단의 선택(Less Restrictive Alternative Test) .....	122
○ 부칙규정(附則規定) .....	123
○ 불확정법개념(不確定法概念) .....	124
○ 비상법률(非常法律) .....	126
○ 사법의 법형성기능(司法의 法形成機能) .....	127
○ 사실의 존재법칙성(Seinsgesetzlichkeit) .....	129
○ 상임위원회 조사실(常任委員會 調査室) .....	129
○ 선결처분(先決處分) .....	130
○ 소관사항의 원리(所管事項의 原理) .....	132
○ 소관사항의 위임(所管事項의 委任) .....	133
○ 소급입법(遡及立法) .....	134
○ 시행일(施行日) .....	138
○ 신뢰보호의 원칙(信賴保護의 原則) .....	139
○ 실체규정(實體規定) .....	141
○ 실험법률(experimentelle Gesetzgebung) .....	143
○ 실효성의 원칙(實效性의 原則) .....	145
○ 양벌규정(兩罰規定) .....	147
○ 월권의 법리(Ultra Vires) .....	149
○ 위원회 스태프(Committee Staff) .....	150
○ 위원회정치(Committee Government) .....	151
○ 위원회중심주의(委員會中心主義) .....	152
○ 위임명령과 집행명령(委任命令과 執行命令) .....	153
○ 위임입법(委任立法) .....	154
○ 위임입법법(Statutory Instrument Act) .....	156
○ 위임입법심사위원회(Scrunity Committee) .....	158
○ 위임입법의 공시제도(Publication) .....	161
○ 위임입법의 국회제출제도(Laying before the Parliament) .....	162
○ 위임입법의 통제(委任立法의 統制) .....	167
○ 위임입법의 허용기준(委任立法의 許容基準) .....	170
○ 위임입법의 홍수현상(委任立法의 洪水現象) .....	174

○ 의원법제국(議院法制局) .....	177
○ 의회거부권(議會拒否權) .....	178
○ 의회법률법무관실(Parliamentary Council) .....	180
○ 의회조사국(Congressional Research Service) .....	181
○ 의회유보(Parlamentsvorbehalt) .....	182
○ 이유부기제도(理由附記制度) .....	183
○ 이익대표형 입법(利益代表型 立法) .....	184
○ 이중기준의 원칙(Double Standard Doctrine) .....	185
○ 일반조항(一般條項) .....	188
○ 일사부재의의 원칙(一事不再議의 原則) .....	191
○ 임의적 입법(任意的 立法) .....	193
○ 입법경제성의 원칙(立法經濟性的 原則) .....	194
○ 입법계획(立法計劃) .....	196
○ 입법과정(立法過程) .....	199
○ 입법과정과 사법과정(立法過程과 司法過程) .....	202
○ 입법과정법학(立法過程法學) .....	203
○ 입법권비위임의 원칙(Non delegation doctrine) .....	208
○ 입법기술(立法技術) .....	210
○ 입법대안의 선택(立法代案의 選擇) .....	211
○ 입법목표(立法目標) .....	215
○ 입법문제의 인식(立法問題의 認識) .....	218
○ 입법비용분석기법(立法費用分析技法) .....	219
○ 입법사실(立法事實) .....	220
○ 입법설계(立法設計) .....	223
○ 입법수단(立法手段) .....	225
○ 입법시간 분석기법(立法時間 分析技法) .....	226
○ 입법심사방법론(立法審査方法論) .....	227
○ 입법예고(立法豫告) .....	229
○ 입법예측(立法豫測) .....	230
○ 입법요건(Gesetzgebungsvoraussetzungen) .....	232
○ 입법위원회(Legislative Committee) .....	233
○ 입법자의 법률수정의무(立法者의 法律修正義務) .....	234

○ 입법재량(立法裁量) .....	235
○ 입법적 규칙(legislative rule) .....	238
○ 입법정보(立法情報) .....	239
○ 입법정책(立法政策) .....	240
○ 입법정책형성의 주체(立法政策形成의 主體) .....	241
○ 입법청문회(立法聽聞會) .....	244
○ 입법체계(立法體系) .....	246
○ 입법판단(立法判斷) .....	247
○ 입법평가제도(Gesetzesevaluation) .....	249
○ 입법학(Gesetzgebungslehre) .....	251
○ 입법행동론(legislative behavior theory) .....	253
○ 자연적 정의의 원리(自然的 正義의 原理) .....	254
○ 자원배분규범(資源配分規範) .....	256
○ 자주입법(自主立法) .....	258
○ 자치사무(自治事務) .....	260
○ 자치입법의 기능(自治立法의 機能) .....	262
○ 재결(Adjudication) .....	266
○ 재위임(再委任) .....	267
○ 적법절차의 원칙(適法節次의 原則) .....	268
○ 적용외규칙제정절차(exempted Rulemaking) .....	271
○ 적용적합성(適用適合性) .....	273
○ 적법성의 원리(le principe de légalité) .....	274
○ 적합성의 원칙(適合性の 原則) .....	275
○ 전속적 입법(Ausschließliche Gesetzgebung) .....	277
○ 정식규칙제정절차(formal Rulemaking) .....	278
○ 정의규정(定義規定) .....	279
○ 정책실시형 입법(政策實施型 立法) .....	281
○ 정책실현형 입법(政策實現型 立法) .....	282
○ 정책표명형 입법(政策表明型 立法) .....	283
○ 제1의 입법자(Chief Legislator) .....	284
○ 조건프로그램과 목적프로그램(條件프로그램과 目的프로그램) .....	285
○ 조례(條例) .....	288



○ 조례안 재의제도(條例案 再議制度) .....	289
○ 조리해석론(條理解釋論) .....	293
○ 조사입법고사국(調查立法考查局) .....	295
○ 조직법률(Loi organique) .....	297
○ 준용(準用) .....	297
○ 처분적 법률(Maßnahmegesetz) .....	299
○ 체계정당성의 원리(Prinzip der Systemgerechtigkeit) .....	300
○ 추상적 규범통제(抽象的 規範統制) .....	302
○ 특례법(特例法) .....	303
○ 특별명령(sonder Verordnungen) .....	305
○ 특별법우선의 원리(特別法優先의 原理) .....	306
○ 특수사정형 입법(特殊事情型 立法) .....	307
○ 특수한 형태의 위임입법(特殊한 形態의 委任立法) .....	307
○ 평등원칙(平等原則) .....	309
○ 표결(表決) .....	312
○ 필요성의 원칙(必要性의 原則) .....	312
○ 필요적 조례사항(必要的 條例事項) .....	314
○ 필요적 입법(必要的 立法) .....	315
○ 합리화된 의회주의(parlementarisme rationalisé) .....	316
○ 합헌성추정의 원리(合憲性推定의 原理) .....	317
○ 해석규칙(interpretative rule) .....	319
○ 행정명령(Executive Order) .....	319
○ 행정형식성(Verwaltungsförmigkeit) .....	320
○ 협의의 비례원칙(狹義의 比例原則) .....	322
○ 혼합규칙제정절차(Hybrid Rulemaking) .....	323
○ 후법우선의 원리(後法優先의 原理) .....	325

## ○ 가부동수(可否同數)

가부동수의 의미는 과반수의 원칙에 관한 단순다수의 방법을 취하는가 또는 그렇지 않은가에 따라 달라진다. 회의의 의사결정방법으로는 다수결의 원칙이 채용되고 있으나, 다수결에는 절대다수(absolute Mehrheit), 비교다수(relative Mehrheit) 및 특별다수(qualifizierte Mehrheit)의 구별이 있다. 절대다수는 과반수에 의한 다수결로서 회의의 의사결정방법으로서 가장 원칙적이다. 비교다수는 주로 선거의 경우에 널리 사용되는 방법이며 득표수가 상대적으로 많은 자를 당선인으로 하며 득표수가 투표수의 과반수에 도달할 것을 요건으로 하지 않는다. 특별다수는 특정의 수를 기준으로 회의의 의사를 결정하는 방법으로서 소수자의 보호, 현상존중 등 어떠한 특별한 의미를 지닌 의결에서 사용된다. 즉 절대다수가 다수결의 원칙적인 방법인데 대해 특별다수는 예외적인 방법이라고 할 수 있다. 여기에서 절대다수라는 표현에는 기권이나 무효투표를 포함한 표결의 과반수를 의미하는 경우가 많다. 특히 기권이나 무효투표를 제외한 유효표결의 과반수를 요구하는 경우에는 단순다수(einfache Mehrheit)라는 표현이 사용된다. 단순다수는 가부의 결정이 찬성과 반대의 대립에서 행해지며 기권이나 무효투표가 반대투표와 함께 부의 가운데 합산되는 불합리를 피할 수 있다는 장점을 지니고 있으나, 이론상 소수의 찬성투표로 의결되는 것이 가능하기 때문에 이 방법을 채용하기 위해서는 높은 정족수를 전제로 한다. 따라서 단순다수의 방법에 의하면 가부동수란 무효투표나 기권을 제외한 유효투표 중 찬성과 반대가 동수인 경우를 의미하며, 그렇지 않은 경우에는 찬성투표와 반대투표·무효투표 및 기권을 포함한 것과 동수인 경우를 의미한다.

가부동수인 경우에 이를 해결하는 방법으로는 일반적으로 ①의장에게 표결권과 결정권을 부여하는 방법, ②의장에게 결정권을 부여하는 방법, ③의장에게 표결권만 부여하는 방법 등이 있다. 의장에게 표결권과 결정권을 부여하는 문제에 대해 찬성하는 견해는 의장도 의원인 이상 표결권을 가지는 것은 당연하다는 점, 의장의 표결권을 부정한다면 의장이 속하는 당파의 세력을 부당하게 약화시킨다는 점, 의장은 일반의원보다 특별한 권한이 부여되어 있는 만큼 의사결정의 기술적 방법으로서 법률이 결정권을 부여

할 수 있다는 점등을 지적한다. 그러나 이에 반대하는 견해로는 동일인이 동일의제에 관하여 이중의 의사표시를 함으로써 의원평등의 원칙에 위배된다는 점, 의장이 속하는 당파에 유리하게 의사를 진행할 폐단이 있으며 실질상의 다수결원리를 파괴한다는 점등을 지적한다.

가부동수와 관련하여 입법실무상 유의하여야 할 사항으로 특히 현행 법령상 위원회에 관한 규정에서 위원회의 회의는 위원장이 소집하는 것이 일반적이며, 의사 및 의결정족수는 과반수로 정하고 있는 경우가 대부분을 차지한다. 여기에서 과반수의 찬성으로 의결하는 규정을 둔 경우에 가부동수인 경우에는 부결되도록 하거나 위원장이 결정권을 가지도록 한 입법례가 있으나, 이것은 의사결정의 민주적 방식과 부합하지 않으므로 이러한 규정을 두지 아니하도록 한다.

**【참조】 표결(表決)**

○ 결격사유규정(缺格事由規定)

행정관계법령에는 일정한 행정목적의 달성을 기하기 위하여 그 전제요건으로서 일정한 사유에 해당하지 않을 것이 요구되는 경우가 있다. 이 “일정한 사유”를 결격사유라 한다. 법령상의 결격사유는 법률에 규정됨으로써 행정목적의 달성을 기함과 동시에 결격사유에 해당되는 사람을 일상생활의 여러 부문에서 제약하는 것이므로 결격사유를 입법화하는 경우에는 헌법상 기본권의 최대보장과 최소침해의 원칙을 고려하여야 한다. ①결격사유는 직접 국민의 자유와 권리를 제한하게 되는 것이므로 직접 법률에서 규정하여야 한다. 따라서 법률에서 허가기준은 대통령령으로 정한다고 규정하여 허가기준을 하위법령에 위임한 후에 그 하위법령에서 허가기준의 하나로 결격사유를 규정하는 것과 같은 방식은 취하지 않도록 하여야 한다. ②결격사유를 두는 경우에는 당해 법령에 의한 자격 또는 허가제도나 허가대상 영업(사업)의 성질에 비추어 결격사유를 둘 만한 합리적인 이유가 있어야 하며, 이를 두는 경우에도 필요한 범위 내에서 최소한의 제한이 되도록 하여야 한다. ③결격사유는 공공복리의 증진과 공공질서의 유지를 위하여 필요한 것이어야 한다. 따라서 단순히 행정상의 편의를 위해 결격사유를 두

어서는 안된다. ④결격사유의 도입여부 및 그 구체적인 규정내용은 특별한 사유가 없는 한 다른 유사제도와 균형을 이루도록 하여야 한다. 현행 법령에 있어서 결격사유의 규정내용으로는 무능력자·파산자, 일정한 전과사실이 있는 자, 허가가 취소·실효된 자, 임원중 결격사유가 있는 법인 등을 규정하고 있다.

①무능력자·파산자를 규정하는 경우는 민법상의 행위무능력자나 파산자를 결격사유로 하는 것으로서 이는 당해 영업이나 사업이 거래상의 신뢰 또는 재산상의 신용을 요하거나 그 업무의 성격상 행위무능력자 또는 파산자를 배제할 필요성이 있는 경우에 둔다.

②일정한 전과사실이 있는 자를 결격사유로 하는 것은 실행의 집행 중에는 당해 영업이나 사업을 영위할 수 없거나, 당해 영업 또는 자격의 향유가 고도로 윤리성을 요구하거나, 당해 법령의 실효성을 확보하기 위하여 부득이 한 경우 등에 한정하여야 할 것이며 과잉규제가 되지 않도록 하여야 한다. 벌금형을 결격사유로 함에 있어서는 신중을 기하되 특히 다른 법령위반으로 벌금형을 선고받은 경우에는 결격사유에서 제외하도록 하며, 집행유예를 결격사유로 함에 있어서는 형법의 취지를 존중하여 유예기간만료후 “○년이 경과되지 아니한 자”까지 결격사유에 포함시키는 것은 특별한 사유가 없는 한 이를 억제하도록 한다. 형의 선고유예를 받은 자는 고도의 윤리성을 요하는 등 특별한 이유가 없는 한 결격사유에 포함시키지 아니하도록 하고, 포함시키더라도 집행유예와 마찬가지로 형법의 취지를 존중하여 그 유예기간 중에 있는 자만을 결격사유로 하도록 한다. 한편 법제처에서는 일정한 전과사실이 있는 자에 대한 결격사유를 규정한 입법례는 매우 다양하여 그 해석·집행상의 어려움이 있으므로 앞으로는 다음과 같이 벌금형과 자유형의 실행 그리고 집행유예 등을 별개의 호로 구분하여 표현하도록 하고 있다.

- |   |
|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. 금고이상의 실행의 선고를 받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 날부터 ○년이 경과되지 아니한 자</li> <li>2. 금고이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자</li> <li>3. 벌금형의 선고를 받고 ○년이 경과되지 아니한 자</li> </ol> |
|---|

③인·허가가 취소된 후 일정기간이 경과되지 아니한 자를 결격사유에 포함시키는 경우에는 당해 인·허가의 대상이 되는 영업이 여러 종류의 것으로 구분되는 때에는 어느 한 종류의 영업에 관한 인·허가가 취소된 경우 다른 종류의 영업허가에 있어서도 결격사유로 할 것인지를 명확히 하여야 한다. 이 경우 영업의 성질이 같은 것이 아니고 실질적으로 영업의 종류가 다른 것인 경우에는 같은 종류의 영업에 한하여 결격사유를 적용하도록 하는 것이 바람직하다.

④법인의 임원 중에 개인사업자와 같은 결격사유가 있는 임원이 있는 경우에는 결격사유가 있는 임원이 법인의 운영에 영향을 미치는 것을 배제하고자 하는 것이므로, 당해 인·허가영업의 성질에 따라서는 대표자 또는 일정수이상의 임원이 결격사유에 해당하는 경우 또는 해당 업무분야에 있어서만 그 법인의 결격사유로 하는 방안도 고려하여야 한다.

⑤인·허가의 특성에 따라서는 심신상실자, 마약중독자 등을 결격사유로 규정하는 경우가 있으며, 이 경우에는 그 결격사유에 해당하는 자를 구체적으로 특정하여 명확히 표현하도록 하여야 한다. 미성년자를 결격사유로 규정할 경우에는 거래상의 신뢰 또는 재산상의 신용을 요하거나 그 업무의 성격상 미성년자를 특히 보호할 필요성이 있는 경우에 규정하도록 한다.

⑥당해 인·허가나 자격향유와 관련이 없는 다른 법령위반으로 인한 전과사실은 가급적 결격사유에서 제외하도록 하고, 부득이 다른 법령 위반사실을 결격사유로 하는 경우에는 당해 법령위반의 경우보다 제한을 가볍게 하도록 한다.

### ○ 경과규정(經過規定)

법령을 제정·개폐하는 경우의 기본적인 유의사항의 하나로서 신·구법령하에 있어서 법질서의 변천을 원활하게 하여 구법령하 또는 적용되는 법령이 전혀 없는 상태에서 사람들이 차지하는 지위나 이익을 침해하지 않게 보호하고, 또한 사람들의 지위가 급격하게 변동되지 않게 배려하지 않으면 안된다. 따라서 법령을 제정·개폐하는 경우에는 종래의 질서를 어느 정도 용인하거나 새로운 질서에 관해 잠정적인 특례를 둬으로써 신구질서의 원

만한 교체를 위한 소정의 경과조치를 강구할 필요가 있으며, 이러한 경과 조치를 정하는 규정을 일반적으로 경과규정이라고 한다.

입법기술상 경과규정의 작성은 종래의 제도와 그 운용을 전제로 작성할 필요가 있으며 그것과 신질서와의 조화를 도모하는 것은 경우에 따라서는 신제도 자체의 규정화보다도 곤란하다고 할 수 있다. 따라서 경과규정에는 각종 입법기술을 구사하여 대단히 기술성이 강한 용어가 사용되며, 기술적인 규정을 두지 않을 수 없는 경우가 많다. 그런데 법령에 따라서는 타의 법령의 제정개폐에 따른 경과적 사항이 바로 그 법령의 목적으로 하는 것이 있으나, 이 경우에는 경과적 사항을 정하는 것 자체가 그 법령의 목적이므로 경과적 사항이 바로 그 법령의 본칙에서 규정되어야 할 사항이 된다.

경과규정은 법률의 제정·개정 등에 따른 신규법률상태의 조정을 위한 조치이므로 개별 법에서 규정하는 내용에 따라 그 유형도 다양하지만, 신규법률의 적용관계에 대하여 과도적 조치를 하고 있음이 공통적이다. 따라서 어떠한 대상에 대하여는 구법률을 한정적으로 적용시키고 있는가하면 신법률의 시행 전에 발생한 어떠한 대상에 대하여 신법률을 소급 적용하는 조치를 취하기도 한다. 경과조치로서 규정을 두어야 할 경우에 유의하여야 할 사항을 몇 가지 지적하면 다음과 같다.

①경과조치를 규정하는데 있어서 유의하여야 할 가장 우선적이고 기본적인 이념은 기득의 권리 내지 지위를 존중·보호하는데 있다. 다만, 현재의 법률상태가 계속되는 것이 국민의 법관념에 위배되어 시급한 법제도 개혁이 필요한 경우로서 기득의 권리 또는 이익을 변화시키는데 합리적인 이유가 있는 때에는 예외가 될 수 있다.

②국가기관이 폐지되고 새로이 설치되는 국가기관이나 이미 설치되어 있는 타국가기관에게 그 사무와 직원이 이양되는 경우에는 이에 대한 경과조치가 필요하다. 조직의 개편으로 행정기관이 격하 또는 격상된 경우에는 행정기관의 실질적인 지위가 달라지므로 소관사무 및 소속직원에 관한 경과조치를 두도록 하며, 단지 행정기관의 명칭만 변경되는 경우에는 당해 행정기관의 실질적인 지위에 변동이 없으므로 소관사무 및 소속직원에 관한 경과조치를 두지 아니하기도 한다. 그러나 기관의 명칭변경은 주로 기관의 소관사항과 지위에 따라 행하여지는 것이 일반적이므로 이 경우 경과

조치가 필요하다.

③일반적으로 법령은 시행됨으로써 현실로 구체적으로 일정한 사항에 관해 적용되는 효과를 발생하는 것이나 적용의 대상이 계속적인 사항이나 행위인 경우에는 이것을 시행하는데 있어서 신법, 구법이 어떻게 적용되는가를 특히 명백히 할 필요가 인정되는 경우가 많다. 이러한 의문을 해소하기 위하여 신구법률의 적용구분을 명백히 하는 경과조치가 필요하다.

④종래의 법률에 의하여 행정기관이 행한 행위에 대하여 신법에 의한 행위와 동일한 효력을 부여하고자 하는 경우에는 이미 이루어진 각각의 개별적 사항에 대하여 경과조치를 규정할 수 있고 포괄적으로 간주규정을 둘 수 있다. 이 경우 상대방이 행정기관에 신청행위등을 한 경우 불필요한 절차의 번잡함을 피하기 위하여 이미 행해진 개인의 행위에 대하여도 신법률에 의한 행위와 동일한 효력을 부여하는 경과조치규정을 둠이 타당하다. 신법에 의한 행위와 동일한 효력을 종래의 법률에 의한 행위에 대하여 항구적으로 두는 것이 적절치 못한 경우에는 잠정적으로 일정한 기한을 두어 인정하기도 한다. 주로 허가 등의 요건에 중대한 변동이 있거나 허가 등을 행하는 행정주체가 변동되어 종래의 법률에 의한 행위 등의 효력을 새로운 법률이 시행된 후에도 인정한다면 신법에서 이루고자 하는 입법목적 달성을 곤란한 경우에는 기존의 권익보호라는 측면에서 일정기간만 잠정적으로 유효한 것으로 보고 그 기간 내에 새로운 법률에 의한 새로운 행위를 취하도록 규정하는 것이 보통이다. 개정법률에서 유효기한 그 자체를 변경 또는 새로운 유효기한을 설치하는 경우에는 이에 관한 경과규정이 필요하다.

⑤신법이 국민의 사회생활에서 새로운 또는 구법의 경우와는 다른 규제를 예정하고 있는 경우에 신법시행전에 존재하였던 상태를 국민의 법률생활의 안정을 기한다는 견지에서 신법의 규정에도 불구하고 잠정적으로, 경우에 따라서는 항구적으로 인정할 필요가 있는 때에는 경과조치규정을 둔다.

⑥특정한 자에 대한 기득권 내지 기득의 지위존중을 주된 목적으로 하지 않지만 사회질서의 안정성확보라는 측면에서 경과규정을 두는 경우도 있으며, 당해 법령의 내용 등에 따라 필요한 규정을 두지 않으면 안되는 경우도 많은 등 경과규정을 필요에 따라 두는 예가 많다.

⑦벌칙에 관한 경과조치는 범죄행위시와 재판시 사이에 벌칙의 변경이

있을 경우 이를 위한 경과규정으로, 벌칙에 관한 경과조치를 부칙에 들 것인가의 여부는 일률적으로 말하기 곤란하며, 그것은 형사정책상 또는 가치판단의 문제라고 할 수 있다. 그러므로 벌칙의 경과규정은 폐지 또는 경감되는 벌칙에 대하여 개별적으로 판단하여 결정할 문제이다. 다만 형벌법규의 개폐가 법이념의 변경에 따라 중전의 처벌자체가 부당하였거나 과형이 과중하였다는 반성적 고려에서 이루어진 것이라면 형법·형사소송법의 규정정신에 입각하여 경과규정을 두지 않는 것이 바람직하다.

**【참조】 벌칙규정(罰則規定)**

○ **경합적 입법(Konkurrierende Gesetzgebung)**

연방국가인 독일에서는 연방과 주의 입법권한을 적절하게 배분하고 있으며, 여기에서 몇 가지 입법유형이 등장한다. 경합적 입법이란 연방과 주가 공동으로 가지는 입법을 의미하며, 경합적 입법사항의 범위에 있어서는 주는 연방이 그 입법권을 행사하지 않은 동안 및 그 한도에서 입법의 권능을 가진다(독일기본법 제72조제1항). 연방은 이 경합적 입법사항의 범위 내에서 연방은 연방영역에서 생활관계의 통일성을 유지하거나 전 국가적인 이익을 위한 법적 통일을 유지하기 위하여 연방법률에 의한 규율이 필요한 사항에 한해 입법권을 가진다(동조 제2항).

경합적 입법에 속하는 사항은 기본법 제74조에 상세히 열거되고 있으며 예를 들면 민법, 형법, 재판제도, 외국인의 체류 및 거주권, 경제에 관한 법률, 토지법, 노동법, 사회보험, 인공수정 및 유전자정보연구 등이다. 각 주는 이들 사항에 관해서는 연방이 그 입법권을 행사하지 않은 동안 및 그 범위에서만 입법의 권능을 가진다. 이것은 한편으로 경합적 입법사항에 관하여 연방이 이를 규율하지 않은 경우 주는 그 사항에 관해 무제한으로 입법권을 행사할 수 있음을 의미한다. 동시에 이 사항에 관한 연방의 법률이 공포된 경우 그 새로운 연방의 법률과 저촉하는 주의 법률이 이미 공포되어 있는 경우에는 당해 주 법률은 무효가 되며, 또한 장래에 향해서는 주 스스로의 입법에 의해 다만 연방의 법률을 보완할 수 있는데 불과함을 의미한다. 즉 일정 사항에 관하여 연방이 그것을 전속적으로 규율한 경우 주



의 입법권이 완전히 소멸하게 된다. 경합적 입법사항은 매우 광범하여 연방의 입법권행사의 대상이 될 수 없는 경제생활의 영역은 거의 없다. 나아가 주의 권능을 수호하려는 제도가 유효하지 않으면 실제로 연방의 권한은 무제한으로 확대되어 단일제적인 경향을 띠게 된다고 지적하는 견해도 있다.

**【참조】 전속적 입법(Ausschließliche Gesetzgebung)**

○ 공적 법률안(Public Bill)

영국에 있어서 공적 법률안은 국가의 일반적인 정책에 관한 의안으로서 주로 사회전체에 영향을 미치거나 일반법을 개정하는 법률안을 말한다. 즉 범죄, 건강보건, 도로안전, 산업의 국유화 등과 같은 사항을 다룬 공공정책과 관련 있는 법률안을 말하며, 그 적용대상 및 지역이 전국적인 것을 의미한다. 공적 법률안 가운데 재정상의 지출·수입의 개정을 수반한 법률안을 금전법률안(Money Bill)이라고 하며, 이는 정부만이 제출할 수 있다. 이에 대하여 사적 법률안(Private Bill)은 개인, 지방공공단체, 사기업 등에 특정의 권한 또는 이익을 부여하는 특수한 의안을 의미한다. 사적 법률안은 의원에 의해서 제출되는 것이 아니라 사적 법률(Private Act)의 제정을 희망하는 당사자에 의해 사적 법률안의 제출허가를 요구하는 청원을 첨부하여 제출되며 특수한 절차에 따르는 의안이다. 사적 법률안은 일반의원법률안과 혼동하기 쉬우나 일반의원 제출법률안은 각료가 아닌 의원이 제출하는 법률안을 의미하는 것이므로 이는 공적 법률안이다. 사적 법률안은 적용범위가 국지적이며 그 대상 또한 특정인에 한정된다는 점에서 일반의원 법률안과 구별된다. 혼성법률안(Hybrid Bill)이란 공적 법률안과 사적 법률안의 성격을 동시에 지닌 법률안으로서 비록 그 법률안이 정부에 의하여 또는 의원에 의하여 공적 법률안으로 제출되었다 하더라도 특정한 면에서 개인이나 단체의 사적 권리에 영향을 미치는 법률안을 말한다. 혼성법률안은 주로 정부에 의해 제출되나 이러한 법률안의 선별은 대단히 어렵다. 혼성법률안은 주로 특별위원회(Select Committee) 등에서 특별한 절차에 따라 심의된다.

공적 법률안은 그 제안자에 따라 ①정부법률안(Governmental Bill)

이 있다. 행정부로부터 제출되는 법률안은 의원내각제도, 즉 장관책임제의 원칙에 따라 법률안의 담당자인 장관은 그 법률안이 법률로서 성립될 때까지 책임을 지지 않으면 안된다. 따라서 정부법률안의 작성은 정부·여당이 장기간에 걸쳐 연구한 것을 기초로 하여 작성되고 있으며 그것은 담당장관이 중심이 되어 관계자의 협력을 얻어 작성되고 있다. 또한 법률안의 내용은 국왕의 담화문, 정부의 정책, 선거공약 등을 구체화하는 것이 많으며 따라서 정부법률안을 작성하려는 경우에는 그에 앞서 그에 관한 백서(White Papers)를 제출하여야 하고, 그 이전에는 압력단체와 집약된 여론 그리고 전문가로 구성되는 위원회·심의회 등의 보고서(Green Papers)를 제출하여야 한다. 만약 행정부가 법률안을 작성하는 단계에서 이러한 제기관의 보고서를 무시하거나 당연히 협력을 얻어야 할 제기관의 협력을 얻지 아니한 경우에는 의회에서 대폭적인 수정을 당하게 된다. 이러한 정부법률안은 특별한 경우를 제외하고 모든 회의에서 다른 의사에 우선한다. ②일반의원법률안(Private Member's Bill)이 있다. 이것은 각료가 아닌 상·하원의 일반의원이 제안하는 법률안으로서, 일반의원은 의사규칙에 의해 자유로이 법률안을 제출할 수 있다. 일반의원법률안은 주로 3개 이상의 정당의 지지를 받기 쉬운 것 또는 소속정당의 정책이라기 보다는 의원개인의 신념에 관계되는 것이 많다. 경우에 따라서는 정부가 제출하여야 할 법률안임에도 불구하고 여러 사정상 일반의원법률안으로 제출하는 경우도 있다. 일반의원법률안은 정부의 의회업무의 과중에 의한 압력, 정부측에서의 무관심, 기초의 어려움 및 동료의원들의 무관심 등으로 인하여 성립되는 예가 극히 드물다.

### ○ 공포(公布)

법규범의 실효성을 확보하고 그 법규범이 일반적으로 국민에 대해 현실로 그 구속력을 발동하기 위해서는 그 법령의 내용이 일반국민이 알 수 있는 상태에 놓여질 것이 전제조건이다. 법률의 현실적 효력은 그 주지를 통해서 발생하나, 국민 개개인에게 법률의 내용을 알리는 것은 사실상 불가능하므로 어떠한 사유로서 법률주지의 의제로 하지 않을 수 없다. 법률안

은 의회에서 가결되는 것만으로는 아직 법률로 되지 않고 법률을 확정하는데 불과하다. 그 법률이 국법으로서 국민에게 준수를 명할 수 있는 힘을 지니기 위해서는 적절한 절차를 거쳐 의결된 것임을 공증하는 행위가 필요하게 된다. 즉, 국민에 대해 현실의 구속력을 지니기 위해서는 법률의 내용을 공시하는 절차가 필요하며, 이 공시행위가 이른바 법률의 공포이다. 법률의 공포에 의하여 국민에게 법률을 알 수 있는 상태에 놓여지게 하며, 나아가서는 법률을 안 것으로 간주되어 이후의 법률위반행위는 위법의 인식 있는 행위로 되어 법률에 강제적 통용력을 지니게 하는데 있다. 이 의미에서 공포는 법령의 효력발생요건이라고 일반적으로 설명된다.

모든 법규정은 정식으로 공포되지 않으면 안되며, 그렇게 함으로써 그것은 비로소 존재하게 된다는 점, 따라서 공포는 법정립과정에 있어서 부가적(Zutat)인 의의를 지니는 것이 아니라, 본질적인 의의이자 불가결의 구성요소(integrierender Bestandteil)로서의 의의를 지닌다. 공포는 법형성절차의 최종적인 요건이기는 하나, 다른 제요건과 대등한 가치를 지니는 본질적 요건이므로 법률은 질서에 적합한 공시에 의하여 비로소 효력을 지닐 뿐 아니라 존재하기에 이른다. 즉 모든 성문법규범은 그것이 질서에 적합한 공포(ordnungsgemäße Verkündung)가 되는 때 비로소 법유효적·법실효적·법구속적으로 될 수 있으며, 따라서 공포되지 않거나 질서에 적합하여 공포되지 않은 법률은 설사 그 성립에 참여한 기관에서 상호 이미 구속되어 있더라도 법률을 제정하는 국가와 법률내용 및 법률의 수범인과의 외부적 관계에 있어서는 아직 법률안에 불과하다. 민주헌법하에서는 국민은 그 대표자가 의회에 출석하여 법률의 제정절차에 참가하여 의회에서 가결되는 때 법률으로써 구체적 효력이 발생한다고 이해할 수도 있으나, 법률의 의결은 법률내용의 확정(Feststellung des Gesetzesinhaltes)이고, 공포는 법률명령의 부여(Erteilung des Gesetzesbefehles)이자 법률의 효력발생요건으로서 전 입법과정의 중심점에 위치한다.

법률의 공포는 관보에 의하여 행해지나 관보이외의 방법에 의한 법률의 공시가 공포라고 할 수 있는가가 문제된다. 입법론으로서 관보이외의 적당한 공포방법을 채용하는 것도 가능하다. 법령의 주지를 의제하기 위하여 또한 법령을 알 기회를 제공하기 위하여 타당한 것이라면 다양한 매체가

고려될 수 있다. 그러나 법령의 주지란 그러한 것이 될 수 없다. 또한 법령의 표시가 확보되어야 한다면 제3자에 의한 변경 등의 가능성을 고려하면 관보이상으로 공포의 의의·목적에 적합한 방법은 없다. 또한 관보의 보조수단으로서 다른 방법을 사용하는 것은 법령의 효력발생요건으로서의 공포시점이 불명확하게 된다. 따라서 문제는 어디까지나 법령의 효력발생요건으로서 공포를 위치하는데 있으며 법령의 주지와 효력발생요건을 분리하여 주권자인 국민을 위하여 실질적인 법령의 주지를 도모할 필요가 있다.

법률이 정하는 시행기일까지 공포되지 않은 경우에는 공포가 법률의 효력발생요건으로 되어 있으므로 공포의 시기가 문제된다. 또한 시행일을 공포일로 관련시키는 경우에도 마찬가지로 문제가 된다. 공포시점에 관해서는 관보의 발행단계에 따라 ①공포권자가 공포의사를 결정한 때, ②법률이 게재된 관보의 일의 오전 0시, ③관보의 외부로의 발송절차가 완료한 때, ④일반국민이 관보를 열람할 수 있는 상태가 된 최초의 시점, ⑤각지방마다 관보를 열람할 수 있는 상태가 된 각각의 시점, ⑥모든 지방에서 관보를 열람할 수 있는 상태가 된 시점 등 여러 견해가 가능하다.

법률을 일반국민에게 알릴 수 있는 상태에 두는 방법으로서 공포제도를 채용한 의미가 사실적 행위로서의 공포에 있다면 ①과 ③은 그 시점에서는 아직 일반국민에게 법률이 표시되었다고는 할 수 없으므로 공포시점으로서 채용하기 곤란하다. ④의 견해는 법률은 국민생활의 획일적 규범으로서 전국적으로 그 효력을 발생시켜야 할 것이라는 점에서 동시시행주의를 취한다. 법률을 일반국민이 알 수 있는 상태에 두는 것은 국민 한사람마다 실제로 법률의 내용을 알리는 것까지를 의미하는 것이 아니라, 법률주지의 의제로서의 법률을 알릴 수 있는 상태이다. 문제는 어느 정도의 상태를 타당하다고 볼 것인가라는 점이다. 이에 대해 ⑤의 견해는 합리성 있는 의제이어야 할 것으로서 이시(異時)시행주의를 취한다. 즉 지방마다 적용법률이 다른 결과가 되며 불측의 사태가 발생할 우려도 있으나 현대의 교통수단에서는 그 지역차의 현상도 수일간의 문제이며 국제사법적 문제를 국내에 반영하려는 것으로 평가할 수 있다. ⑥의 견해는 공포제도의 취지를 반영하여 획일적 규범으로서의 의의를 반영하여 동시시행주의를 채용한다. 그러나 이미 법률을 알 수 있는 상태에 놓여진 지방에 관해서도 관보가 전

국의 관보판매소에 도달하기까지 법률의 효력은 발생하지 않으므로 이미 법률을 알고 있는 국민사이에 혼란이 발생할 소지가 있다. 각지방에 관보가 도달하기 이전에 보도 등의 사회적 공포로 사실상 이미 법률을 알고있는 경우가 많기 때문이다. 결국 이 문제는 기본적으로 입법적 해결을 도모하여야 할 문제이나 공포를 법률의 효력발생요건으로 위치하면 법적 의미의 공포에 착안하는 ②의 견해가 타당하며, 그 후는 구체적인 사안에 관한 법률의 적용에 관한 문제라고 생각된다.

우리 현행법상 공포가 있는 것으로 인정되는 시기는 결국 “관보에 게재된 것으로 인정되는 시기”와 동일하다고 볼 수 있다. 그러나 어느 때를 관보에 게재된 시기로 볼 것인가에 관하여 견해가 대립되고 있다. 종래 정부의 관행은 그 법령을 게재한 관보의 일부일의 오전0시를 관보가 발행된 날로 보아 오전0시 이후에 행할 행위는 모두 새법령의 적용을 받는다고 보아 왔으나, 판례(1970.7.21. 대판 70 누 76 ; 1968.3.22. 서울 민사지법판결 67 가 4330)와 통설은 관보가 서울의 중앙보급소에 도달하여 일반국민이 이를 구독하고자 원하면 그것이 가능한 상태에 놓인 최초의 시점으로 보는 견해(최초구독가능시설)를 취하고 있다.

법령의 공포에 관해서는 “법령등공포에관한법률”에서 규정하고 있다. 동법의 적용대상에는 대통령령·총리령 및 부령도 포함된다. 법령에 대하여는 공포문에 전문을 붙이도록 하고 있는데, 대통령령의 전문에는 국무회의의 심의를 거친 뜻을 기재한다. 기타 대통령령의 서명, 대통령인의 압날, 일자의 명기, 국무총리와 관계국무위원의 부서외에 대통령령·총리령 및 부령은 각각 법령번호를 붙여 공포하도록 하도록 하고 있다. 실무적으로는 대통령의 재가를 받은 법령안은 법제처에서 행정자치부에 관보게재를 의뢰하고 행정자치부에서 법령을 관보에 게재함으로써 공포가 이루어진다.

### ○ 과잉침해금지의 원칙(過剩侵害禁止의 原則)

과잉침해금지(Übermaßverbot)의 원칙 내지 비례의 원칙(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)은 헌법적으로 보호되고 있는 두개의 법익이 서로 충돌하는 경우 한 법익이 다른 법익을 위해 완전히 무시되어서는 아

니되고, 두 법익이 최적의 효과에 도달할 수 있도록 조정되어야 하며, 그럼으로써 실제적 조화를 이루어야 한다는 원칙을 말한다. 이 원칙은 법치 국가원리의 구체화로서 국민의 자유와 권리의 보호의 현실화와 실효성에 매우 중요하며 또한 그를 위하여 탁월한 역할을 거두고 있음은 일반적으로 승인되고 있다. 이제는 단순히 조리상의 원칙에 그치는 것이 아니라 헌법에 기초를 둔 헌법적 차원의 법원칙으로서 행정작용은 물론 입법·사법작용을 포함한 모든 국가행위를 포괄하는 주요준칙으로 인정되고 있다.

이 원칙은 일반적으로 “적합성(Geeignetheit)”, “필요성(Erforderlichkeit)” 그리고 “협회의 비례원칙(Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne)”의 세 가지 부분원칙을 포함하는 포괄원칙으로 이해하는 것이 일반적이며, 이들 원칙은 서로 그 규율대상을 달리하고 있다. 적합성의 원칙과 필요성의 원칙이 대상으로 하는 관계는 주로 원인(수단) - 결과(목적)의 관념적인 인과관계이다. 그 이유는 이들 원칙은 사용된 수단이 현실적으로 의도된 효과를 가져야 하며, 그들 적합성이 있는 수단 중에서 당사자에 의해 가장 침해가 적은 수단을 선택할 것이 요구되는 것이기 때문이다. 따라서 적합성과 필요성의 통제는 주로 경험적 사실인식의 문제가 된다. 이에 대해 협회의 비례원칙이 대상으로 하는 관계는 목적이 수단을 정당화하는 가라는 목적 - 수단관계의 가치적 측면이다. 따라서 이 원칙의 대상이 되는 관계는 관념적으로는 인과관계의 범주 외에 있다. 따라서 이들 세 개의 부분원칙은 다음 관계가 성립하게 된다. 즉, 적합성·필요성의 심사가 가능한 경우에는 항상 협회의 비례원칙의 통제가 가능하다. 그러나 협회의 비례원칙의 심사가 가능하더라도 반드시 적합성·필요성의 심사가 가능하다고는 할 수 없다. 그 이유는 적합성·필요성의 통제는 현실적인 목적-수단관계를 전제로 하나, 협회의 비례원칙의 통제는 반드시 이를 전제로 하고 있지 않기 때문이다. 이와 같이 각 부분원칙은 법적 성질에 차이가 있으므로 이들 원칙을 단순하게 이해할 것이 아니라 실정법질서와의 관련하여서 정밀하고 체계적으로 파악하는 작업이 매우 중요하다.

이 원칙은 근본적으로는 입법자의 권한남용을 억제하여 국민의 기본권보장에 기여하는 중요한 기능을 수행하는 것이지만, 이는 논리적으로는 증명될 수 없는 따라서 구체적 사안에서 무엇이 비례적인가는 결정할 권한을

가진 자의 주관적 의사에 의존할 수밖에 없는 속성을 가지고 있다. 이 원칙의 지나친 확장은 입법자의 형성의 자유를 제약하게 되고, 개별정의를 추구하게 되어 법적 안정성을 희생시키게 되며, 법원의 권한을 강화시키는 결과를 초래하게 된다.

**【참조】** 적합성의 원칙(適合性的의 原則), 필요성의 원칙(必要性的의 原則), 협의의 비례원칙(狹義的의 比例原則)

### ○ 관계부처협의(關係部處協議)

입법작업은 일정한 제도적으로 질서화된 조직에서 행해지는 작용이므로 법안의 작성, 심의의 주체와 관련하는 관계조직간의 각종 연락조정, 특히 정보의 수집과의 관계에서 이에 관련한 판단·의견교환이 필요하게 된다. 이러한 연락조정, 판단, 의견교환 및 형성의 문제에 관해서는 그 자체 적절한 방식이 요청된다. 이 점은 특히 오늘날 국회에서 심의되고 성립되는 법률의 대다수가 정부제출법률안이라는 상황에서 본다면 정부와 정부의 상호조정, 의사소통을 어떻게 도모할 것인가가 실제상 중요한 문제로서 대두된다.

우리의 경우 제정·개정 또는 폐지법령안이 부처의 자체 안으로 기초·성안되어 다른 행정기관과 협의를 필요로 하는 사항이 있는 경우에는 입법예고를 하기 전에 먼저 협의를 거쳐야 한다. 이 경우 법령안 주관기관의 장은 법령안의 입안초기단계부터 관계기관의 장과 협의하여야 하며, 법령안을 입안한 때에는 당해 법령안의 내용을 관계기관의 장에게 송부하여 그 의견을 들어야 한다(법제업무운영규정 제11조). 법령안에 대한 의견회신기간은 10일 이상이 되도록 하여야 하며, 다만 법령안을 긴급하게 추진하여야 할 사유가 발생하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 법제처장과 협의하여 의견회신기간을 단축할 수 있다. 이러한 관계부처와의 협의는 입법과정이나 공포후 법령을 집행하는 과정에서 비로소 부처간의 의견이 노출되어 입법과정이 원활하지 못하거나 집행상에 애로가 발생하는 것을 방지하기 위한 사전조치라고 할 수 있기 때문에 매우 중요한 절차이다. 특히 그 입안에 즈음하여 관련부처와 사전 협의하도록 되어 있는 사항은 다음과 같다.

협 의 사 항	협 의 내 용	근 거
예산 및 회계에 관한 법령의 협의	예산에 관한 법령은 기획예산처, 회계에 관한 법령은 재정경제부장관과 협의하도록 함	예산회계법 제111조
회계관계법령의 제정·개폐에 대한 의견을 구하는 일	국가의 각기관은 국가의 회계관계법령을 제정하거나 개폐하고자 할 때, 국가의 현금·물품 및 유가증권의 출납부기에 관한 법령을 제정하거나 개폐하고자 하는 때에는 미리 감사원의 의견을 구하도록 함	감사원법 제49조제1항
경쟁제한을 내용으로 하는 법령의 제정등 협의	관계행정기관의 장이 경쟁제한사항을 내용으로 하는 법령을 제정 또는 개정하거나 사업자 또는 사업자단체에 대하여 경쟁제한사항을 내용으로 하는 승인 또는 처분 등을 하고자 하는 때에 미리 공정거래위원회와 협의하도록 함	독점규제및공정거래에관한법률 제63조
규제의 신설·강화시 규제개혁위원회의 심사를 요청	중앙행정기관의 장은 규제를 신설 또는 강화하는 법령을 제·개정하고자 하는 경우 규제개혁위원회의 심사를 요청하여 그 결과를 통보 받아야 함	행정규제기본법 제10조
법령으로 규정되는 서식의 승인	법령으로 규정되는 서식은 그 법령의 제정 또는 개정 전에 행정자치부의 승인을 얻도록 함	사무관리규정 제74조제1항 및 행정권한의위임및위탁에관한규정 제17조제2호
벌칙에 관한 사전협의	법률안에 벌칙을 규정하는 경우에 미리 법무부장관과 협의하도록 함	차관회의 결정사항
예산을 수반하는 법령	그 소요예산에 관하여 미리 기획예산처장관과 협의하도록 함	
기 타	개별법령에서 관계기관의 사전협의, 합의, 의견을 구하도록 한 때에는 이에 따른 절차를 거치도록 함	



## ○ 관리예산처(Office of Management and Budget)

미국의 대통령직속기구인 관리예산처는 재정 및 입법적 정리, 여러 가지 계획의 조정과 입안, 예산편성과 기타 행정관리기능을 수행하는 미국행정에 있어서 중심적 역할을 수행하는 기관이다. 기본적 임무는 예산편성과 집행이지만 연방계획의 실행을 평가할 책무도 아울러 담당하고 있는데, 구체적으로는 행정부서내의 조직상의 구조 및 관리절차의 심사, 대통령입법계획의 조정, 행정명령(Executive Order) 및 포고(Proclamation)의 작성과 조정, 연방업무통계의 입안과 조정에 관한 계획과 촉진, 모든 연방부서 및 행정청의 업무에 대한 대통령에의 조언 등을 수행한다.

모든 기관은 OMB의 심사와 조정을 받지 않고 의회에 법률안이나 보고서를 제출할 수 없으며, 계속중인 법률안에 대하여 증언할 수도 없다. OMB의 원형은 1921년의 예산회계법에 의해 생겨난 예산국(Bureau of the Budget)으로서 1939년에 재무부소속에서 대통령 직속기구가 되어, 1970년에 이르러 현재의 OMB로 개편되었다. OMB는 처장(Director), 부처장(Deputy Director), 관리부처장(Deputy Director for Management) 및 사무총장(Executive Associate Director) 아래에 크게 지원기구와 법령기구 및 자원관리기구로 나누어져 있다.

지원부(Wide support Office)는 총무, 공보, 행정일반 및 경제정책수립, 예산심사, 입법심사 등의 업무를 수행하며, 특히 여기에 소속된 예산심사국(Budget Review Division)은 국가전체 예산정책의 동향과 결과를 심사한다. 아울러 정부각기관의 예산안을 사정하여 예산의 집행을 감독할 뿐 아니라 이들 기관에서 제출한 예산관련법률안에 대한 심사를 담당한다. 또한 입법심사국(Legislative Reference Division)은 의회에 제출하는 법률안·보고안·증언안 등을 심사하며, 또한 의회를 통과하여 행정부에 이송되어온 법률안에 대하여 대통령이 취할 조치에 대한 각기관의 건의안도 심사하는 기구이다. 법령부(Statutory Office)는 4개국(연방재정관리국, 연방조달정책국, 정보 및 규제업무국, 정보기술 및 전자정부국)으로 나누어져 있으며, 연방의 재정관리정책과 재정운용시스템의 수행에 관한 방향을 제시하고 관련정책을 개발한다. 아울러 연방의 조달업무를 수행

하며, 연방의 각종 규제정책을 관리감독하며 각종 정부통계와 정보관리 및 전자정부업무를 수행한다. 자원관리부(Resource Management Office)는 연방정부의 각부처의 직무권한에 따라 크게 4개국(자원자원, 인적자원, 일반행정, 국가안보)으로 나누어져 있으며 각 국은 2개과(전체 8개과)로 나누어져 있다. 자원관리부는 연방의 회계정책에 관한 의회와의 협상에서 중추적인 역할을 담당하며, 연방기관들이 수행하고 있는 각 정책과 관리에 관한 가이드라인을 제시한다. 자원관리부의 구성원은 개별 분야의 정책전문가로 구성되어 당해분야의 분석, 평가 등의 업무를 수행한다.

【참조】 의회조사국(Congressional Research Service)

#### ○ 교섭에 의한 규칙제정법(Negotiated Rulemaking Act)

이 법률은 이해관계자의 대립을 정책형성의 초기단계에서 이해조정을 통하여 흡수하고, 행정절차 및 사법절차의 부담을 감소시키려는 목적에서 제정된 것으로서, 행정기관이 제정하려는 규칙에 이해관계를 가진 자로부터 구성되는 협의회를 설치하여 그 협의회의 합의하에 규칙제정을 행하기 위한 일련의 절차를 규정하고 있다. 교섭에 의한 규칙제정방법은 1990년 이 법률이 제정되기 이전부터 미국에서 존재하고 있었다. 즉, 1980년대부터 환경보호청이나 직업안전위생국등 행정기관에서 실험적으로 시도되었으나, 이 절차를 이용하는데 있어서 몇 가지의 법적인 문제가 제기되었다.

첫째, 정책을 결정하는 정부의 권한을 정치적으로 귀책할 수 없는 사인 또는 사적 단체에 위임하는 것은 위임금지의 원칙에 위배한다는 점 둘째, 연방자문위원회법에서 모든 자문위원회는 공개하여야 하며, 이러한 회의의 개최는 연방관보에 사전에 고지하여야 한다는 규정이 이 절차에서 협의회의 개최에서도 적용되는 것이 아닌가라는 점이다. 이해관계자에 의한 교섭은 비공개회의에서 성과가 있으며 그 때문에 만약 연방자문위원회법이 적용되면 교섭에 의한 규칙제정절차가 당초의 기대를 거두지 못할 우려가 발생한다는 것이다. 셋째, 이 절차에 있어서 협의는 정식규칙제정절차에서 행정기관과 피규제자가 기록에 의하지 않는 비공식적인 의견교환을 행하는 것을 금지한 연방행정절차법의 규정을, 약식절차에도 적용한 연방법원의

판결과 모순하지 않는 가라는 점 넷째, 어떠한 사법심사기준을 적용할 것인가라는 점이다.

동 법률의 제정과 관련하여 제기된 이러한 문제에 대하여 미국행정회의는 대폭적인 법개정 없이도 이러한 절차를 시행하는 것이 가능하다고 결론을 내려, 1990년 동법이 제정되기에 이르렀다. 그런데 이 법은 제정당시 한시법으로 제정되어 1996년에 효력을 상실하도록 되어 있었으나, 1996년 의회는 동법을 다시 제정하여 항구적으로 효력을 가지게 되었다. 또한 클린턴 대통령은 연방행정부문을 보다 효율적으로 운영하기 위한 심사(National Performance Review)에서 행정기관에 의한 자문위원회에 의 의존을 경감시키고 합의에 의거한 규칙제정의 이용을 확대한다는 행정명령을 1993년에 발하였다.

이 절차는 이 절차를 이용할 것인가에 대한 결정→협의회에 참가하는 대표자의 결정→실제적 협의→합의 등 네 가지의 단계로 이루어진다. 규칙을 제정할 때 이 절차의 이용이 공익을 촉진하는 것이라고 판단하면 행정기관은 이 절차를 이용할 수 있다. 연방행정절차법 제563조가 그 결정에 즈음하여 고려하여야 할 관련요소를 규정하고 있다. 이들 요건이 충족되면 행정기관은 법률의 규정에 모순되지 않는 최대한으로 행정기관이 작성하는 규칙의 초안을 협의회에 의한 합의안 또는 이에 행정기관이 수정한 규칙안을 연방관보에 공시한다. 요건이란 ①규칙제정이 필요할 것, ②규칙에 의하여 중대한 영향을 받는 이익이 확정가능하며 그 수가 한정되어 있을 것, ③협의회가 확정된 이익을 충분히 대표하고 협의회가 규칙의 초안에 관하여 합의에 도달하기 위하여 성실히 협의할 의사가 있는 자에 의하여 균형이 유지된 대표에 의하여 구성될 합리적 가능성이 있을 것, ④결정된 기간 내에 초안에 대한 합리적인 합의가 형성된 가능성이 있을 것, ⑤이 절차의 절차가 불합리하게 규칙의 사전고지나 최종적인 규칙의 공포시기를 지연시키지 않을 것, ⑥행정기관이 충분한 자원을 가지고 기술적 원조를 포함한 이들 자원을 협의회를 위하여 이용할 의사가 있을 것 등이다.

이러한 요건이 충족되고 행정기관이 이 절차를 채용하는 것이 적절하다고 판단하는 경우에 행정기관은 협의를 설치한다는 결정을 규칙의 대상, 주된 관계이익등과 함께 연방관보에 공시한다. 이해관계 있는 자는 30일

이내에 공시에 대하여 견해를 피력하거나 협의회에의 참가를 신청할 수 있다. 행정기관은 제출된 견해를 검토하여 이 절차의 이용이 적당하다고 판단하는 경우에는 교섭에 의한 규칙제정협의회를 설치할 수 있다. 다음으로 협의회는 구성원(원칙으로 25명)의 선정이 이루어진다. 이 경우 행정기관은 설치보좌인을 지명한다. 설치보좌인은 이 절차의 조건이 충족되고 있는가, 누가 협의에 참가할 것인가를 결정하는 권한을 가진다. 적절한 이익의 대표자선정이 협의의 정당성과 유효성을 위하여 가장 중요하다. 이익대표가 충분히 다양하고 모든 문제점이 제출되도록 신중한 판단을 한다. 이 경우 당해규칙에 관하여 매우 중요하며 당해이익의 대표 없이는 규칙을 결정할 수 없는 이익의 대표가 구성원에 포함되는 한편 대단히 간접적인 이익의 대표는 배제되며 서면에 의한 의견진술의 기회가 부여될 따름이다. 일단 적절한 이익의 대표자가 구성되면 협의를 개시한다. 협의회에서는 논의를 원만하게 진행하기 위하여 중립적인 제3자가 의사진행자로서 이용되는 경우가 많다. 따라서 구체적인 협의에 우선하여 협의회에 참가자는 우선 이 제3자의 채용여부에 관하여 합의를 형성하고 의사, 절차, 일정에 관한 합의를 형성한다. 참가자는 미리 협의회에 합의내용을 정의할 수 있다. 이 합의는 전원일치가 아니라도 관계없다. 협의회는 합의에 도달한 경우나 참가자가 합의에 도달할 수 없다고 판단하는 경우 그 임무를 달성하게 된다. 만약 합의에 도달하였다면 행정기관은 그 합의안 내지 행정기관이 수정한 수정안을 연방관보에 사전 고지한다. 그 이후에는 약식규칙제정절차가 준용된다. 사전 고지된 규칙안에 시민은 서면으로 의견을 제출할 수 있으며, 행정기관은 이 의견을 고려하여 최종적인 규칙을 제정하여 연방관보에 공포한다.

【참조】 정식규칙제정절차(formal Rulemaking)

### ○ 국가적 승인유보(國家的 承認留保)

지방자치단체가 일정한 행위를 함에 있어서 사전에 얻어야 하는 국가기관의 승인을 학술적으로 국가적 승인유보(staatliche Genehmigungsvorbehalte) 또는 승인유보라고 한다. 이러한 승인유보는 국가의 지방자치단체에 대한

관여 특히 그 중에서도 행정기관에 의한 관여의 수단의 하나임은 널리 알려져 있으며 현행 지방자치법, 지방재정법, 지방세법 등 지방자치관계법령에서 뿐 아니라 기타 개별법령 등에서도 이를 규정하고 있다. 승인유보는 지방자치단체가 위법하거나 합목적적이지 못한 사무수행행위를 사전에 방지하기 위한 목적으로 행사되는 통제권의 의미를 가지게 되므로 현실적으로 지방자치단체의 행정수행에 있어서 매우 중요한 의미를 가진다.

국가적 승인유보는 사전적인 측면에서 자치권을 법령의 규정에 의하여 제약하는 성질을 갖는 행위를 가지나, 지방자치가 제도적으로 보장되어 있다고 하더라도 그 개별적 내용은 법령에 의해 구체화되는 것이므로, 법령을 통한 구체화권한의 발동을 통해 인정되는 감독권의 행사이며 이를 통해서도 지방자치의 제도적 보장의 핵심적 내용은 침해되지 않는 것이므로 허용되는 것으로 본다. 그러나 국가의 자치단체에 대한 사전적·예방적 감독 수단으로서의 승인유보라도 그것은 법률에 의거해서만 제한할 수 있으며, 자치권의 본질적 내용은 침해할 수 없을 뿐 아니라 과잉금지의 원칙하에서만 행사될 수 있을 것이다.

**【참조】 과잉침해금지의 원칙(過剩侵害禁止의 原則)**

### ○ 국민투표에서 채택된 법률(Loi adoptée par référendum)

프랑스 헌법 제11조제1항에서는 “대통령은 관보에 공포된 국회회기중에 정부의 제안 또는 양원의 공동제안에 따라 공권력(pouvoirs publics)의 조직이나 국가경제·사회정책 및 그와 관련된 공역무를 둘러싼 개혁 또는 헌법에 반하지 않으면서 제도의 기능에 영향이 있는 조약의 비준을 부여하려는 모든 법률안을 국민투표에 회부할 수 있다”라고 규정하여 법률안에 대한 국민투표제를 마련하고 있다. 이 헌법규정에 의해 국민투표에 회부할 수 있는 대상은 행정부발안의 모든 법률안이지만 해당 법률안의 내용에 대해서는 개괄적이 아니라 한정적으로 규정하고 있다. 한편 이 규정을 통하여 국민투표에 회부할 수 있는 법률안의 내용은 한정되어 있지만 적용할 수 있는 법률안의 종류에 대해서는 어떠한 제한도 규정되어 있지 않으므로 법률안의 종류에는 구애받지 않는다. 이러한 법률안의 발안권은 내각과 양

원이 모두 가지고 있으며, 양원이 이러한 법률안을 발안하려는 경우에는 각원에서 동일한 문안에 대해 표결한 공동법률안이어야 한다. 그리고 양원이나 내각에 의해 발안된 법률안을 국민투표에 부의할 것인가의 여부에 관한 결정은 전적으로 대통령의 배타적 권한에 속한다. 유효투표의 과반수가 국민투표에 부의한 법률안에 대하여 찬성할 경우 당해법률안은 확정되어 대통령이 이를 공포함으로써 법률로서의 효력이 발생한다. 국민투표제를 통하여 채택된 법률은 국민주권이 직접 표현된 법률이므로 헌법위원회도 이 법률에 대한 합헌성심사를 할 권한이 없다.

【참조】 조직법률(Loi organique)

#### ○ 국사원(Conseil d'Etat)

프랑스의 국사원은 정부의 입법 및 행정에 관한 최고자문기관으로서의 자문기능과 행정소송에 관한 최고법원으로서의 사법기능을 담당하는 행정부로부터 완전히 독립된 국가기관이다. 국사원은 정부제출법률안, 헌법 제 38조에 의하여 제정되는 대통령의 법률명령안, 헌법 제37조제2항에 의거하여 제정되는 행정입법안 등에 관하여 심사할 뿐 아니라 법적 문제와 관련된 중요정책사항이나 행정사항을 의무적 또는 임의적으로 심사하여 그 의견을 정부에 제시하는 자문적 역할(attributions consultatives)을 수행한다.

국사원의 조직은 행정부문의 1개부인 소송부(la section du contentieux)와 행정부문의 5개부인 내무부(la section de l'intérieur), 재무부(la section des finances), 공토목부(la section des travaux publics), 사회부(la section sociale), 보고·조사부(la section du rapport et des études) 등 6개부로 구성되어 있다. 행정부문의 5개부 중 보고·조사부를 제외한 4개부의 소관사항은 현존하는 각부처에 대응하고 있으며 관할부처에 관한 사안을 다루는 권한을 부여받고 있다. 보고·조사부는 다른 4개부와는 권한과 기능이 다르며, 수상의 요청에 의하여 또는 스스로 일반적인 조사연구를 수행하여 정부에 대하여 일반적 이익에 적합하다고 생각되는 법령의 개정 또는 행정개혁에 관한 조언을 행할 수 있다.

국사원의 구성원은 ①부원장, ②행정각부 및 소송부의 부장, ③평정관 (conseiller d'Etat), -일반직 평정관(service ordinaire)과 특별직 평정관(service extraordinire)-, ④조사관(maitre des requetes), ⑤ 1급방청관(auditeur de lère classe), ⑥2급방청관(auditeur de 2ème classe) 등 6등급이 있다. 구성원의 임명은 국립행정학교(l'Ecole Nationale d'Administration : ENA)의 졸업생중 임명, 외부임명의 두종류가 있다. 방청관 및 조사관의 임명은 대통령의 데크레에 의하여 행해지며, 일반직 평정관 및 특별직 평정관·행정각부 및 소송부의 부장·국사원 부원장의 임명은 각의를 거쳐 대통령의 데크레에 의하여 행해진다(1945년 7월 31일 오르디낭스 제5조 내지 제10조). 소송부 부부장, 보고·조사부 총괄보고관(rapporteur général dela section du rapport et des études), 정부위원, 사무총장, 사무차장의 임명은 정부의 자유재량이나 임명시 행정각부 및 소송부의 장과 협의를 거쳐 국사원 부원장의 제청으로 행해진다.

국사원은 최고행정재판기관으로서의 지위를 가질 뿐 아니라 정부의 자문기관으로서의 지위를 아울러 가지는 국가기관으로서, 특히 입법과정에 있어서 국사원의 행정상 권한 내지 자문적 권한으로서는 법령안의 심사, 정부의 의견조회에 대한 회답, 일반적인 조사연구의 실시 및 법령개정등의 조언 등이 있다. 우선 헌법상 정부제출법안(제39조), 법률명령안(제38조) 및 행정입법사항에 속하는 법률을 개정하는 décret안(제37조)에 관하여는 국사원에의 사전자문이 의무화되어 있다. 우선 ①법률사항에 관해서는 국사원은 정부가 그 발의권을 행사하는 경우에 조언자로서만 관여한다. 즉 정부제출법률안은 각의에 토의되기 전에 의견을 구하기 위하여 국사원에 회부되어야 한다(헌법 제39조). 정부가 법률로 유보된 영역에 관하여 제정하는 수권을 받은 경우 정하는 법률명령에 관해서도 마찬가지이다(헌법 제38조). ②행정입법권의 행사에 관해서는 두 가지 경우가 있다. 행정입법이 행정입법사항(헌법 제37조)을 대상으로 하고 있으며 그것에 의해 이전에 당해사항에 관하여 제정된 법률을 개폐하게 되는 경우에는 국사원의 의견이 요구된다. 이에 대해 행정입법이 법률을 보충하거나 그 적용을 확보하기 위하여 행해지는 의회입법적 영역(domaine législatif)에서는 특별시행령에 관하여 국사원의 의견을 구하는 것이 의무화된다. ③개별처분

(décision particulière)에 관해서는 법령에서 국사원의 관여를 규정하고 있다. 이러한 국사원의 의견을 거칠 것이 의무화되고 있는 경우 이외에는 정부는 행정입법, 개별처분에 관해서 언제라도 국사원의 자문을 받을 수 있으며, 나아가 조사검토(étude)를 의뢰할 수도 있다. 국사원은 수상의 요청으로 또는 스스로의 발의로 일반적인 조사연구를 수행하는 외에 스스로의 발의로 정부에 대하여 일반적 이익에 적합하는 것이라고 사료되는 법령의 개정 또는 행정개혁에 관하여 조언을 할 수 있다(1945년 7월 31일 오르디낭스 제24조).

국사원이 정부의 의무적 또는 임의적 자문에 대한 의견을 형성하는 기관으로서 ①국사원 행정각부 및 합동부(안건이 2개이상의 부의 소관사항에 관계하는 경우) 또는 특별위원회(행정소송에 관한 법령심사등 특별한 안건에 관하여 부원장에 의하여 설치되는 복수 부의 구성원으로 이루는 기관), ②국사원총회로서 통상총회(부원장, 6개부장 전원 및 국사원 평정관 35인으로 구성)와 전원총회(부원장, 6개부장 전원 및 국사원 평정관 전원)로 구성), ③상설위원회(부원장, 부장1명, 국사원평정관 12인, 조사관 및 방청관으로 구성)의 3종류가 있다. 국적상실등 예외적인 경우를 제외하고 국사원의 의견은 원칙적으로 정부를 구속하지 아니한다. 다만 국사원에 의 자문이 의무화되어 있는 법령안에 관해서는 정부는 원안 또는 국사원의 수정안중 어느 것을 선택하여야 하며, 국사원의 수정안과 다른 제3안을 국사원에 의 자문을 거치지 않고 선택하는 것은 허용되지 아니한다. 또한 국사원의 자문이 의무화되고 있는 décret안 등에 관하여 국사원의 자문을 결여한 경우 또는 그 자문절차가 위법한 경우에는 당해 décret안 등은 월권소송에서 무권한으로 취소되게 된다. 즉, 법원은 직권으로 국사원의 자문을 거쳤는가의 여부를 조사하고 거치지 아니한 것이라고 판단되는 때에는 직권으로 무권한을 이유로 당해행위를 취소할 수 있다. 이것은 국사원이 단순히 입법절차에서의 자문기관에 불과한 것이 아니라 의회 및 정부와 아울러 입법의 주체로서 중요한 역할을 담당하고 있다는 것을 의미한다.

**【참조】** 데크레(Décret), 법률명령(Ordonnance)



## ○ 국회전속입법사항의 위임금지(國會專屬立法事項의 委任禁止)

국민의 자유와 권리는 국민의 대표로서 구성된 국회에서 법률로 정하여야 한다는 당위성과 실제적으로는 행정부에 위임하여 명령으로 그 내용을 규정할 수밖에 없는 현실적 여건을 어떻게 조정할 것인가의 문제가 위임입법의 범위와 한계의 문제라고 할 수 있다. 이에 대하여 헌법은 제75조에서 “법률에 구체적으로 범위를 정하여”라고 규정하여 위임입법의 범위와 한계를 설정하고 있다. 우리 헌법이 포괄적 위임을 허용하지 아니하고 개별적으로 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 경우만을 인정한 것은 위임입법의 필요에 응하면서 법률에 미리 위임입법으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 정하기 두기 위한 것이다. 그러나 과연 위임입법의 근거법률인 수권법은 어느 정도 구체적으로 범위를 정하여야 할 것인가 또는 그 기준은 모든 종류의 위임입법에 일률적으로 적용될 수 있는 보편적인 내용을 가지는 것인가에 대하여 헌법규정은 명확한 지침을 제시하지 않고 있다. 따라서 실제로 적용 가능한 위임의 범위와 한계를 어떻게 설정할 것인가라는 점에 관하여 논의가 제기되고 있으며, 일반적으로서 헌법이 국회의 전속적 입법사항으로 하고 있는 것에 관하여는 위임할 수 없다는 점에 대하여는 이론이 없다.

헌법재판소에서도 “법률로 규정하여야 할 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 경우에 일반적이고 포괄적인 위임을 허용한다면 이는 사실상 입법권을 백지 위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 아무런 제한 없이 행하여지는 행정권의 자의로 말미암아 기본권이 침해될 위험이 있다(1998.3.26. 96헌바57)”라고 하여 이를 전면적으로 부인하고 있다. 예컨대 적법절차와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조, 조세법률주의를 규정한 헌법 제59조 또는 행정조직법정주의를 규정한 헌법 제96조 기타 헌법규정에 “법률이 정하는 바에 의하여”, “법률로 정한다”, “법률에 저촉되지 아니하는 범위 내에서” 또는 “법령의 범위 안에서” 등과 같은 형태로 규정한 것은 법률유보 내지 법률사항에 해당하는 것으로서 위임입법이 허용되지 아니한다.

**【참조】 위임입법(委任立法)**

### ○ 국회전속형 입법(國會專屬型 立法)

의원제출 법률안을 입안의 동기 내지 목적을 가지고 분류하는 경우 국회의 조직, 권한, 운영 등에 관한 것이나 국회의원 또는 직원의 신분 등에 관계되는 것으로서 국회가 자주적으로 입법하는 것을 국회전속형 입법이라 한다. 물론 예산에 관계되는 것은 정부·예산관련부처와의 조정을 행한다. 이들 입법은 초당파적으로 행해지는 것이 보통이며 입안상의 특색은 별로 없고 거의 국회 내에서 입안작업이나 조정이 완결된다.

### ○ 규범홍수(規範洪水)

도시화·공업화·기술화 등에 따른 사회경제적 조건의 급격한 변화 및 사회국가·급부국가이념의 정착에 수반하여 행정활동의 범위가 현저히 증대하면서 법치주의의 이념에 근거를 두는 헌법질서내부에서의 법률의 숫자와 범위의 엄청난 증가를 초래하였으며, 이러한 현상을 전체적으로 “법의 인플레이”, “과잉법률주의”, “법의 비(rain of Law)”, “규범홍수(Gesetzesflut)” 현상이라고 한다. 법치국가에 있어서 공권력의 발동은 원칙으로 법의 형식을 갖추도록 되어 있으므로 국가임무의 증대에 따라 법규의 양도 증대함은 당연한 현상이라고 할 수 있으나, 다른 한편 국가임무가 증대하고 그에 따라 개인의 생활영역 중 법규에 의해 규율 받는 영역이 넓으면 넓을수록 개인의 자유로운 활동영역은 그만큼 축소된다. 또한 법치주의를 실현하기 위하여 많은 입법을 하였으나 일반국민 뿐만 아니라 전문가조차 어떠한 법이 있는지 알기 어려운 실정이며, 나아가 그들 법 가운데에는 졸속으로 입법된 것들도 없지 않다고 할 때 규범의 홍수현상이 법치주의 그 자체를 위기로 몰아 넣을 염려가 있다.

규범홍수현상의 부정적인 결과로서는 ①법규범의 과잉과 그 치밀성 및 그 결과로서의 빈번한 개폐는 일반시민 뿐만 아니라, 법률의 전문가도 법을 이해하기 어렵게 하고 있는 점 ②법규의 과도한 치밀성에 의해 시민생활의 세부에까지 법이 개입하기에 이르러 점 ③법규범의 증식과 고도의 치밀성은 입법의 불안정과 불통일을 초래하고, 사회생활에 있어서 법의 권위를 약화시키는 점 ④규범홍수현상에 의해 초래된 법의 질적 저하는 법의

실효성을 약화시켜 결국 준법정신이 무너지고 법문화의 수준이 낮아진다는 점등을 지적할 수 있다. 그러나 행정의 규범영역, 법에 복종하는 자는 법적 안정성을 필요로 하는 점 및 복잡화·분업화된 산업사회에 있어서 국민 생활에의 법적관계비중의 증대 등으로 인하여 모든 생활영역이 규범화(Verrechtlichung)되어 가는 현상을 일반적으로 규범의 홍수라고 할 것이 아니라, “생활필수품법(Lebensmittelrecht)”에 있어서처럼 전문적 규범이 홍수처럼 증대하고 있는데 불과하다고 지적하고 따라서 규범의 홍수는 전문적 규범의 홍수이지, 일반적으로는 법치국가에 실제적인 위협이라고 할 수는 없다는 견해도 있다.

규범홍수에 대한 우려는 현대의 규범추구현상(Normenhungers)에 대한 문제를 해결할 수 없는 한 가급적 많은 입법을 삼가하라는 경고의 의미에 그칠 우려가 있다. 규범홍수에 대한 해결책으로서도 역시 과잉법률주의에 대한 혐오는 완화될 수 없다. 법률의 수적 증가가 엄청난 부수적인 문제를 초래하는 것은 논의할 것도 없을 것이다. 이것은 우선 법의 인식가능성의 차원과 관련된다. 법률의 인식은 오늘날 전문가의 임무로 되어 있으나, 최상의 자격을 갖춘 전문가조차 단지 특별한 법의 영역만을 다루고 있다. 이러한 법의 실체를 파악할 수 없다는 것은 다시 법의 형성에 영향을 미치는 것이다. 새로운 입법은 기존의 사회적 현실의 변화를 야기시킬 뿐만 아니라 나아가 현존하는 법의 요소에 영향을 미치게 된다. 그리하여 모든 법률의 개정은 법 그 자체 내에서 뿐만 아니라, 법의 고유한 목적에 대해서도 전혀 아무런 기여도 할 수 없으며 법내재적 문제에 대해서도 부담의 증가를 초래할 따름인 것이다. 따라서 입법에 따른 법적 또는 그와 관련된 정치적 비용은 점차 증가하여지며, 또다른 관점에서 보면 사회적 관리수단으로서의 법률은 점차 그 실효성을 상실하게 되고 법률의 개정의 사실상의 효과도 점차 약화된다. 따라서 규범홍수현상의 문제상황을 정확히 파악하여 그 상세한 실태의 해명을 행하는, 보다 적절한 예방수단과 보다 효과적인 억제방법을 개발하기 위한 “예방적 연구”를 발전시킬 필요성이 대두된다.

이를 위해서는 ①입법활동에 계획성을 구비하여 법규의 무절제한 증식을 억제하고 입법과정에서 나타나는 경솔함을 제거할 것 ②정기적으로 입법의

현상을 검토하여 입법의 현상에 평가를 행하고 과학적인 법의 발전을 위한 기초를 구축할 것 ③법의 가치론에 관한 연구를 진행하여 최선의 입법을 정립하기 위한 기준을 마련할 것 ④법원체계의 개선을 도모할 것 ⑤의회제 정법에 관한 입법절차를 일반적으로 제도화할 것 ⑥행정입법의 체계적 질서를 유지할 것 ⑦행정기관에 있어서 법률전문가에 의한 자문제도를 강화하여 입법자의 자질을 높이기 위한 기본조건을 구축할 것 ⑧입법의 합리성을 확보하기 위한 제반제도를 확립할 것 ⑨입법과정의 보조적인 도구로서 법률데이터 베이스를 개발할 것 ⑩법학과 입법실무의 상호작용을 높이기 위하여 입법학이라는 독립된 학문분야를 확보할 것등이 요청된다.

【참조】 법화(法化), 위임입법의 홍수현상(委任立法의 洪水現象)

#### ○ 규제설정 · 개폐에 관한 의견제출절차(Public Comment)

1999년 3월 23일 일본에서는 현행 행정절차법상 공백부분으로 남겨져 있었던 행정입법절차에 관한 내용을 보완하기 위하여 정령, 성령 등 행정입법절차전체의 공정성을 확보하고 투명성을 제고함과 동시에 행정과정에의 공중참가의 요청에 부응하기 위하여 각의 결정으로 “규제의 설정 또는 개폐에 관련한 의견제출절차(Public Comment)”를 제정하여, 1999년 4월 1일부터 시행하였다. 이 절차는 행정기관이 규제의 설정 또는 개폐와 관련한 정 · 성령 등을 책정하려는 때에는 사전에 그 안을 홈페이지나 신문, 홍보지, 관보 등을 통하여 일반에게 공표한다. 그리고 1개월 정도 의견 · 정보의 제출을 받고, 행정기관은 제출된 의견 · 정보를 고려하여 의사결정을 행하도록 하며, 이 경우 제출된 의견 · 정보에 대한 행정기관의 견해를 정리하여 공표하도록 하고 있다. 또한 각성청은 이 절차를 행하고 있는 안건의 일람을 작성하고 홈페이지에 게재하도록 하고 있다.

동 절차는 행정기관이 이 절차에 위반하는 행위를 한 경우의 시정수단의 미비, 대상을 규제에 한정하고 있다는 점 및 하나의 행정입법이 규제적 측면과 급부적 측면을 동시에 지니고 있는 경우의 적용문제, 동절차의 범형식적인 대상이 법규명령에 한정되고 있지 않다는 점에서 법규명령과 행정규칙을 구분하고 있는 측면에서 볼 때 이를 어떻게 평가할 것인가라는 점

등에서 약간의 문제점이 제기되고 있으나, 동절차의 시행으로 인하여 최초로 각성청공통으로 행정입법절차에 관한 통일적인 기준을 마련하였다는 점에 의미가 있다. 동 절차의 개요를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 동 절차의 적용을 받는 대상으로는 널리 일반에게 적용되는 국가의 행정기관 등의 의사표시로서 규제의 설정 또는 폐쇄와 관련한 것은 이 절차를 거쳐 책정된다. 다만 신속성·긴급성을 요하거나 경미한 것등에 관해서는 본 절차에 의하지 않을 수 있다. 본 절차를 거쳐 책정되는 의사표시는 정령, 부령, 성령, 고시 등이며, 행정절차법상의 심사기준·처분기준·복수의 자를 대상으로 하는 행정지도에 공통하여 내용이 될 수 있는 사항을 포함한다. “널리 일반에게 적용되는” 의사표시이므로 개별 구체적인 처분·계획은 이 절차의 대상이 아니며, 조약 기타 외교문서 및 그 작성과 실시에 관련하여 행해지는 외국정부, 국제기구등에 대한 의사표시는 본 절차의 대상이 아니다. 또한 이 절차에서 “국가의 행정기관등”이란 내각, 부, 성, 위원회, 청 또는 그곳에 배치된 기관 또는 부국 등을 말하므로 이들 기관의 의사표시가 아닌 법률·조례·지방자치단체의 규칙은 본 절차의 대상이 아니다. 이 절차는 행정내부에서 완결하여 널리 일반에게 적용되는 의사표시를 대상으로 하므로 국회에서 심의를 거치는 법률안은 그 대상에서 제외된다. 그러나 특수법인·인가법인·민법상의 법인 등이 법령에 의하여 부여된 처분권한과 관계되는 심사기준 및 처분기준을 정하는 경우에 관해서도 동절차에 준한 절차를 거치도록 하여, 그 규제의 근거가 되는 법령을 소관 하는 행정기관이 지도한다. 이 절차는 규제의 설정 또는 폐쇄와 관련되는 것이므로 백서와 같은 사실인정이나 현상분석, 조직령·정원령과 같은 행정내부에게만 적용되는 것, 보조금요강·연금급부와 같은 행정서비스와 관련되는 것 및 시행일정령과 같은 사무적인 것은 동절차의 대상이 되지 아니한다. 아울러 동 절차를 거쳐 책정되어야 할 의사표시에 관하여 공청회개최나 사전고지등의 절차가 법령에서 규정되어 있는 경우에는 당해 법령에 의거한 절차를 취하도록 하되, 동절차에서 규정된 취지에 비추어 그 운용에 있어서 가능한 한 본절차에 따르도록 하고 있다.

둘째, 의견제출절차로서 ①공표주체 및 공표시기는 본절차를 거쳐 책정하는 의사표시를 행하는 행정기관은 최종적인 의사결정을 행하기 전에 그

안등을 공표한다. 또한 내각의 의사표시인 정령에 관해서는 그 사무를 소관하는 행정기관이 안등을 공표한다. 공표되는 안등은 의사표시의 안 그 자체에 한하지 않고 그 내용을 명확히 제시하는 것이라도 무방하다. 또한 사안에 따라 몇 가지의 대체안을 동시에 제시하는 것이 유효한 경우에는 그러한 방법을 취하도록 하고 있다. ②공표자료에 관하여 행정기관은 일반의 이해에 이바지하기 위하여 안등의 본체에 추가하여 가능한 한 당해안등을 작성한 취지·목적·배경, 당해안등에 관련하는 자료(근거법령, 당해규제의 설정 또는 폐지에 따라 발생할 것으로 생각되는 영향의 정도·범위 등) 및 당해안등의 위치에 관한 자료를 공표하도록 하고 있다. ③공표방법으로서 행정기관은 홈페이지, 창구배부, 신문·잡지, 홍보지, 관보, 보도발표 등의 공표방법을 활용하여 적극적으로 주지를 도모하는 한편 복수의 방법을 활용하는 경우로서 공표의 내용이 상당양에 이르는 경우에는 안등의 개요와 공표자료전체의 입수방법등을 명확히 해두는 경우에는 공표자료전체를 공표할 필요가 없다. 아울러 전문가, 이해관계인에게는 필요에 따라 수시로 주지하도록 노력하여야 한다. ④의견·정보의 모집시기는 의견·정보의 제출에 필요하다고 판단되는 시간 등을 감안하여 1개월 정도를 하나의 목표로 하여 안등을 공표시에 명시한다. ⑤의견·정보의 제출방법으로서 우편, 팩시밀리, 전자메일 등의 수단을 안등의 공표시에 명시하며, 또한 공청회의 개최에 의하여 의견·정보를 청취할 수도 있으나 서면으로서의 의견·정보의 제출신청이 있는 경우에는 이를 접수하여야 한다. 공청회의 개최, 서면으로서의 의견·정보의 제출신청에 관한 절차를 안등의 공표시에 명시하도록 하고 있다. ⑥안등을 공표한 행정기관은 제출된 의견·정보를 고려하여 의사결정을 행함과 아울러 이에 대한 당해행정기관의 견해를 정리하여 제출된 의견·정보와 함께 공표한다. 다만 제출된 의견·정보를 공개함으로써 개인 또는 법인의 권리, 경쟁상의 지위 기타 정당한 이익을 저해할 우려가 있는 것에 관해서는 행정기관의 판단으로 그 전부 또는 일부를 공개하지 아니할 수 있다. 의견·정보를 제출한 개인 또는 법인의 성명·명칭 기타 속성에 관한 정보를 공표 또는 공개하는 것은 안등의 공표에 즈음하여 이를 공표 또는 공개할 것이 예정되어 있다는 것을 명시하는 경우에 한한다.

셋째, 기타 의사결정과정의 특례로서 이 절차를 거쳐 책정되어야 할 의사표시라도 그 책정과정에서 의사표시를 행하는 기관이외의 행정기관이 본절차에 준한 절차를 거쳐 의사표시를 행하여 이를 받아 그와 실질적으로 같은 내용의 의사표시를 행하는 경우에는 다시 이 절차를 거칠 필요는 없다. 이러한 사례는 심의회가 본절차에 준한 절차를 거쳐 정한 답신을 받아 정령을 규정하는 경우나 각성대신이 성령, 고시 등을 정하는 경우 및 각성대신이 본절차에 준한 절차를 거쳐 정한 통첩을 받아 지방지분부국의 장이 심사기준을 정하는 경우 등이다. 의사표시를 행하는 기관이외의 행정기관 등이 안등을 공표한 경우에는 당해행정기관등이 제출된 의견·정보에 대한 견해를 정리한다. 그리고 각성청은 본절차를 수행하고 있는 안등의 일람을 작성하고 홈페이지에 이를 게재함과 아울러 문서열람창구에 비치하도록 하는 한편 각성청은 각성청에 있어서 규제의 설정 또는 개폐와 관련한 의견 제출절차의 실시상황을 당분간 총무청에 보고하도록 하고 있다.

### ○ 규칙(規則)

현행 지방자치법 제16조에는 “지방자치단체의 장은 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 규칙을 제정할 수 있다”라고 하여 자치법규로서의 규칙을 규정하고 있다. 또한 지방교육자치에 관한법률 제35조제1항에서는 “교육감은 법령 또는 조례의 범위 안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 교육규칙을 제정할 수 있다”라고 하여 시·도의 교육감이 시·도의 교육·학예에 관한 사무에 관하여 제정하는 자치법규로서의 규칙을 규정하고 있다. 현행 지방자치법상의 “규칙”이라는 용어가 법규의 사법심사와 관련하여 규정하고 있는 헌법 제107조제2항에서도 “규칙”이라는 용어를 사용하고 있는 것과 관련하여 지방자치단체의 규칙이 헌법 제107조제1항의 규칙에 해당한다고 하는 데는 이견이 없으나, 법체계상의 위치를 고려하여 그 용어상의 혼란을 피하기 위하여 지방자치법상의 “규칙”의 명칭을 변경할 필요가 있다는 지적도 있다.

규칙은 조례와 아울러 지방자치단체가 정립하는 자치입법의 하나의 형식이다. 헌법 제117조제1항이 보장하는 지방자치의 “자치에 관한 규정”에는

지방의회 의결을 거쳐 제정되는 조례뿐 아니라 규칙제정권도 당연히 포함한다고 이해할 수 있다. 다만 규칙은 법령 또는 조례가 위임한 범위 안에서 제정할 수 있으므로 규칙은 법령·조례의 하위에 있는 법으로서, 조례와 규칙의 충돌시에는 조례가 우선한다고 볼 것이다. 그런데 규칙의 성질과 관련하여 규칙제정에 있어서 법령 및 조례의 위임이 없는 경우에 지방자치단체의 장은 법령이나 조례와 관계없는 새로운 사항에 관하여 규칙을 제정할 수 있는가가 문제된다. 이에 대해 “규칙은 조례와는 별개의 법형식이며, 국가의 경우에 있어서 법률과 그 위임에 의하여 정립되는 명령과의 관계와 같은 관계의 것이 아니다. 규칙의 제정권자인 지방자치단체의 장은 직접 주민에 의하여 선출되어 주민에 대하여 직접적인 책임을 지는 지위에 있기 때문이다. 따라서 규칙은 법령 또는 조례의 위임이 없어도 지방자치단체의 주민의 권리의무에 관한 법률로서의 성질을 가지는 것을 정할 수 있다. 동시에 규칙이 단순한 지방자치단체의 내부적 규칙인 성질을 가지는 것 및 조례의 위임을 받거나 조례를 집행하기 위한 것을 정할 수 있음은 물론이다”라고 주장하는 견해가 있다. 헌법과 지방자치법에 의하여 지방자치단체의 장이 의회와 더불어 주민의 직접선출기관으로서 한 것은 양자의 견제균형에 의해 자치운명을 도모하려 한 점 및 지방자치단체의 사무가 점차 증대하고 있는 시점에서 장의 권한도 증대하고 있는 경향에 비추어 볼 때 일응 타당한 견해라고도 볼 수 있다.

그러나 현행 지방자치법의 규정을 충실히 해석하면 규칙은 법령 또는 조례의 위임이 있는 사항에 관해서만 규정할 수 있다고 생각된다. 따라서 규칙은 상위법의 근거 없이는 비록 지방자치단체의 사무와 관련된 것이라 하여도 주민의 권리의무에 관한 사항을 규정할 수 없다고 할 것이다. 다만, 규칙에도 주민에 대하여 구속력을 가지는 법규적 성질의 것과 지방자치단체의 내부적인 관계에서만 구속력을 가지는 행정규칙적인 성질을 가지는 것이 있으므로, 규칙의 제정에 반드시 상위법의 근거가 있어야 한다고 볼 것은 아니다. 그렇지만 지방자치법에서는 ①집행기관인 지방자치단체의 장과 의회를 대등한 관계로서 구성하고 있으며, 지방자치단체의 사무중 지방자치단체의 장의 권한에 속하는 사항이 점차 증대하고 있는 점, ②지방자치단체의 장은 법률 또는 이에 의한 명령이 정하는 바에 의하여 국가 또는



다른 지방자치단체 기타 공공단체의 사무를 관리하고 집행하고 있다는 점, ③장은 국가와 지방자치단체의 기관으로서 지위에 의해 기관위임사무의 관리 및 집행에 관해 규칙제정권을 가진다는 점에서 규칙제정에 있어 보다 광범위한 재량권을 부여할 필요가 있다는 지적도 의미 있게 새겨야 할 것으로 본다.

규칙은 조례와는 달리 승인을 요하지 않으며 공포예정일 15일전에 시·도에 있어서는 행정자치부장관에게, 시·군·구에 있어서는 시·도지사에게 그 전문을 첨부하여 보고하여야 한다. 보고를 받은 행정자치부장관은 이를 관계중앙행정기관의 장에게 통보하여야 한다. 또한 시·도지사는 시장·군수·구청장으로부터 보고 받은 사항 중 행정자치부장관이 지정한 사항이 있을 경우에는 지체없이 이를 행정자치부장관에게 보고하여야 한다(지방자치법 제21조). 사전보고를 받은 감독관청에서는 규칙이 위법성이 있다고 인정될 경우 시행을 보류시키거나 별단의 지시를 내릴 수 있다(전언통보). 공포예정일 전일까지 아무런 통보가 없을 때에는 그 규칙안은 적법한 것으로 보고 공포할 수 있다. 규칙안을 감독관청의 승인을 얻어야 할 때가 있는데 이때 감독관청이 행정자치부장관, 시·도지사일 경우에는 사전보고로 승인신청으로 갈음한다. 그러나 타부처장관이 감독관청일 때에는 먼저 승인을 받은 후 행정자치부장관에게 사전보고 하여야 한다.

#### 【참조】 조례(條例)

#### ○ 규칙심사제도(Congressional Review of Agency Rulemaking)

미국에서의 행정입법에 대한 의회통제수단으로서 등장한 규칙심사제도는 1996년 3월 29일 클린턴 행정부가 행정기관에 의한 중소기업의 과도한 규제를 완화하여 중소기업의 적극적 육성을 도모하기 위하여 “The Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act(SBREFA)”을 제정하면서 제도화되었다. 동법에서는 행정기관이 중소기업에 대한 규제를 가하는 주요 규칙을 제정하려는 경우에는 의회가 그 규칙의 효력발생전에 일정한 심사를 행할 수 있도록 함으로써 행정입법에 대한 의회의 통제수단을 규정하고 있다. 나아가 동법 제8장에서 행정입법전반에 대한 의회의 심

사(Congressional Review of Agency Rulemaking)를 삽입하였다. 그리하여 동법의 효력발생일인 1996년 3월 29일부터 모든 연방행정기관의 규칙은 그 시행전에 의회에 의한 사전통제를 받게 되었다.

첫째, 동법에 의하면 행정기관은 규칙의 시행전에 의회에 대하여 규칙의 사본 및 동규칙의 비용효용분석(cost-benefit analyse) 보고서, 규제유연성법(Regulatory Flexibility Act) 및 unfunded Mandates Reform Act와의 관련성, 기타 관련정보 또는 다른 법령과의 관련성, 동규칙의 시행일 등을 구체적으로 분석한 요약보고서를 양원 및 회계감사원장(Comptroller General)에게 제출하여야 한다(\$801(a)). 행정기관의 규칙이 관리예산처(The Office of Management and Budget)의 정보·규제관리국(Administrator of the office of Information and Regulatory Affairs)이 경제적으로 연간 1억달러이상의 효과가 있거나, 소비자·개인사업자·연방 및 주정부 등에 중대한 비용 및 가격의 인상을 가져오는 것, 해외투자기업 등에 고용안정·생산·투자·공정거래 등에 삼각한 영향을 초래하는 결과를 가져오거나 가져올 우려가 있다고 판단하는 “중요한 규칙”인 경우에는 회계감사원장은 행정기관의 보고서를 접수한 날부터 15일 이내에 회계감사원의 평가보고서를 양원에 제출하여야 한다. 행정기관은 회계감사원장의 평가보고서작성에 관련 정보를 제공하는 등 협조하여야 한다.

이들 중요한 규칙이 의회에서 심사되는 경우 동규칙은 의회가 접수한 날부터 60일간 효력이 정지된다. 다만 의회에 송부된 규칙안이라 할지라도 대통령이 당해규칙이 건강·안전에 긴급한 위협을 가져오거나 또는 긴급사태의 대처필요성, 형법의 시행에 필요한 경우, 국가안보의 필요성, 국제무역협정의 수행에 필요하다고 판단되는 경우 등에는 의회에 그 사실을 서면으로 통보하여 즉시 효력을 발생하게 할 수 있다(\$801(c)). 또한 상업적·오락적 또는 생계유지를 위한 낚시, 사냥, 캠페인활동 등과 관련된 규제계획의 수립·시행 및 개정·종료 또는 집행을 하는 규칙 등이나 행정기관이 규칙에 대한 고지절차를 거칠 필요가 없는 경우 또는 그 절차를 거치는 것이 불가능한 경우, 고지를 하는 것이 공익에 반한다고 판단되고 그 판단이 정당한 이유가 있는 경우에는 행정기관의 결정으로 동규칙은 즉시 효력

이 발생한다(\$808). 그러나 이들 경우에도 보고서 등의 자료제출의무와 의회에 의한 심사는 계속 진행된다. 그리고 특정분야에 적용되는 규칙이나 행정기관의 경영과 인사에 관한 규칙 및 행정기관의 조직, 절차 또는 집행에 관한 규칙으로서 행정객체에게 권리나 의무를 부과하지 아니하는 규칙 등은 예외적으로 처리된다(\$804).

둘째, 행정기관으로부터 규칙을 접수한 때에는 상·하원의 그 규칙의 상위법을 소관하는 소관상임위원회의 위원장 및 위원에게 각각 송부한다. 회계감사원장은 각 원의 소관 상임위원회에 회부된 규칙에 대한 평가보고서를 각각 15일 이내에 송부하여야 한다. 소관 상임위원회에 회부된 규칙에 대하여는 양원의 합동결의(joint resolution)에 의하여 승인 또는 불승인의 결정을 내린다. 또한 상하양원위원회중 하나의 원에서 규칙에 대한 불승인의결을 한 경우 그 원의 위원회에서 통과된 규칙은 다른 원의 위원회에 회부할 필요 없이 바로 최종표결에 회부된다(\$802(f)). 각원의 소관상임위원회에 회부된 규칙에 대하여 20일이 경과하여도 승인 또는 불승인의 결정을 하지 아니하는 경우에는 상원의원 30인 이상의 서면에 의한 결의로 소관상임위원회의 심사권을 박탈할 수 있다(\$802(c)). 이 경우 상원은 동규칙안에 대하여 10시간이내의 토론시간을 할애하되, 찬반양측에게 균등하게 시간을 배분하여야 하며, 이 경우에도 규칙이 의회에 제출되거나 관보에 게재된 날로부터 60일 이내에 하여야 한다. 의회의 이러한 심사절차에 대한 조사나 결정, 작위 또는 부작위 등 어떠한 행위도 법원의 사법심사의 대상이 되지 아니하며, 행정기관도 의회의 심사행위에 대하여 간여할 수 없다(\$805).

셋째, 효력이 발생하지 아니한 규칙에 대하여 불승인의결을 한 때에는 행정기관은 동일한 규칙안을 다시 제출할 수 없으며, 불승인의결을 받은 규칙과 동일한 규칙은 특별법에 의하여 특별히 인정되는 경우가 아닌 한 이를 다시 제출할 수 없다.

원래 규칙심사제도란 의회거부권을 행사하기 전에 전문위원이 행정기관에 대하여 자문적인 이의(advisory objection)를 표명하는 과정을 둔다면 권력분립원리에 저촉하지 않고 전문적 지식을 구비하지 못한 의회가 비교적 단기간에 행정기관이 제정한 규칙의 문제점을 판단하여 규칙가운데

체계적으로 자기의 의사를 반영할 수 있다는 점에서 고안된 제도이다. 이러한 의회의 규칙심사제도에 대하여는 광범하게 정의된 규칙의 범위로 인하여 심사대상이 양적으로 폭증하여 의회가 효율적인 규칙통제를 할 수 없다는 점, 제출된 규칙에 대한 심사제도는 의회측에서 본다면 엄청난 비용과 시간이 소요되어 정상적인 입법활동에 지장을 초래하고 있다는 점, 동법이 시행되면서 1997년 3월 현재 의회 및 회계감사원에 제출된 규칙은 1주당 약 75건이며, 그 중에서 의회가 불승인의결을 한 경우는 하나도 없었다는 점등에서 볼 때 동법에 의한 규칙심사제도는 규칙제정과정에 의회의 통제를 추가함으로써 더욱 정치한 규칙을 만들게 하였다기보다는 오히려 비용과 시간을 낭비하고 있다는 비판이 제기되고 있다.

**【참조】 규칙제정(Rulemaking)**

○ **규칙제정(Rulemaking)**

미국에 있어서 위임입법, 특히 행정입법에 해당하는 개념용어로서는 “규칙(Rule)”이 존재하며, 이 규칙의 제정, 개정 또는 폐지에 관한 행정기관의 절차를 규칙제정(Rulemaking)이라고 부르고 있다. 규칙의 개념은 대륙법계에서 말하는 행정규칙과 혼동되기 쉬우나, 미국에서의 규칙은 대륙법계의 법규명령이 포함된 것으로서 이해되고 있다. 그런데 이 규칙이란 연방행정절차법(APA)에서 “행정기관의 의사표시의 전부 또는 일부로서 법률 또는 시책의 보완, 해석 또는 설명하는 것을 향하거나 행정기관의 조직, 절차 또는 실무상의 취급요령을 명확히 하는 것이며 일반적 또는 특정 사항에 적용되며 장래에 그 효력을 미치는 것을 말한다. 규칙은 장래의 요금, 임금, 단체 또는 경리상의 기구 또는 그 재구성, 가격, 시설, 비용 또는 경리 내지 그들 사항에 관한 실무상의 취급을 인가하거나 장래에 향하여 규정한 것을 포함한다”라고 정의되고 있다(5 U.S.C.A. §551(4)).

행정절차법이 정의하는 규칙과 우리의 경우를 비교하여 본다면, ①“법률 또는 시책의 보완”이라는 점은 우리의 법규명령에 해당한다. 그러나 “해석, 설명”을 위한 규칙은 오히려 우리의 고시, 훈령 등 행정규칙에 가깝다고 생각된다. ②“행정기관의 조직, 절차, 실무상의 취급”은 우리의 행정규칙에

해당한다. ③규칙이 “일반적”적용을 규정하는 점은 우리의 경우에도 타당하나, 그러나 “개별적인 사항”에 적용된다는 점은 우리의 경우 행정처분으로 행해진다는 점에서 약간 다르다. 이와 같이 행정절차법에서 정의하는 “규칙”은 우리의 법규명령, 행정규칙, 행정처분을 포괄하는 광범한 것이라 할 수 있다. 특히 우리의 경우 행정처분으로 행해지는 것을 규칙으로 정할 수 있다는 점은 중요하다. 여기에서 “특정의 사항에 적용되는” 이라는 부분은 주로 공익사업이나 일반운송사업등의 운임·요금결정을 염두에 둔 것이다. 또한 장래효에 관하여는 대부분의 규칙은 장래에 향해서만 효력을 가지는 것이나, 그 중에는 소급적으로 적용되는 것을 염두에 둔 것이라 할 수 있다. 의회가 소급효를 가지는 규칙을 정한 때에는 이는 연방행정절차법상의 규칙에 해당하지 않는다.

【참조】 재결(Adjudication)

○ 기관위임사무(機關委任事務)

기관위임사무라는 용어는 학문상의 개념이며, 실정법상의 것이 아니다. 기관위임사무는 행정의 모든 분야에 걸쳐 존재하며, 그 존재이유도 확일적이지 않으며, 위임하는 단체도 국가, 다른 지방자치단체 기타 공공단체 등 다양하며 위임되는 기관도 장, 기타 집행기관, 집행기관이외의 기관인 경우도 있으며 법정의 공공물의 관리와 같이 법률이나 명령에 의거하지 않더라도 기관위임사무라고 해석될 수 있으며, 규정의 방식도 다양하다. 그러한 의미에서 기관위임사무라는 정의도 매우 곤란할 뿐 아니라 무의미하다는 지적도 있다.

기관위임사무는 ①지방자치단체의 장이 국가기관으로서 처리하는 사무로서 이것을 위임한 국가·지방자치단체의 사무의 성질을 상실하지 않고, 따라서 지방자치단체의 기관은 국가기관으로서 그 사무를 처리하는 경우에는 이를 위임한 국가의 일반적인 지휘·감독에 복종한다. 이 경우 단체위임사무의 경우와 달리 지휘감독권을 가지는 행정청이 지방자치단체의 자의 상급행정관청이 된다. ②기관위임사무는 단체위임사무와 달리 국가의 강력한 강제권이 인정되고 있다. ③기관위임사무는 집행기관에 위임된 국가의 사

무이며, 이를 국가기관으로서 행하는 것이므로 그 사무의 처리에 관해서는 당해단체의 의회의 권한이 미치지 아니한다. 의회는 기관위임사무에 관한 설명의 요구 의견진술 및 의견서의 제출권이 없다. 또한 의회는 기관위임사무에 관해서는 조례를 제정할 수 없으며 기관위임사무의 처리에 관해서는 집행기관의 규칙으로서만 정할 수 있다. ④지방자치단체는 당해자치단체의 사무가 특정한 자를 위한 것인 경우 수수료를 징수할 수 있으며, 기관위임사무의 경우에도 마찬가지로 수수료를 징수할 수 있다. 이 경우 단체사무의 수수료에 관한 사항에 대해서는 조례로, 기관위임사무의 수수료에 관해서는 법률 또는 그에 의거한 명령으로 정하는 것을 제외하고 규칙으로 정하도록 하고 있다.

이와 같이 국가는 지방자치단체의 장 기타 기관을 국가기관으로서 기관위임사무를 담당케 하여 그에 관한 국가의 일반적 지휘감독권을 인정하여 권력적 관여를 수행하고 있다. 국가의 측에서 이러한 기관위임사무를 인정하는 취지는 ①주민운동이 격화함에 따라 주민의 저항을 받을 우려가 있는 번거로운 실시업무는 중앙부처가 행하는 것보다 자치단체에게 행하게 하는 것이 수월할 것이라는 현상인식 ②국가가 일선기관을 만들거나 또는 그 증원을 피하기보다는 기관위임방식이 국가의 경비부담이 덜하다는 점 ③각부처로서는 사무사업을 전면적으로 자치단체에 행하게 하는 것을 바라지 않는다는 점 및 자치단체의 자주적인 처리에 불신감을 가지고 있으며 실효성의 확보에도 의문이 있다는 점등을 지적할 수 있다. 현실적으로 기관위임사무는 우리의 경우 지방자치단체의 사무중 7할 이상을 차지할 정도로 사무의 상당부분이 지방자치단체의 기관에 대하여 국가가 위임한 사무로 되어 있어서 지방자치의 취지를 무색하게 만들고 있는 실정이다.

기관위임사무의 문제점으로는 ①지방자치단체가 그 존립목적인 자치사무를 처리하기보다는 국가사무를 더 많이 처리함으로써 본말을 전도한 것이라는 점 ②지방자치단체의 장이 국가의 지방행정기관으로 전락된다는 점 ③기관위임사무의 증대를 통하여 국가의 지방자치단체의 장에 대한 지휘감독권의 강화 ④행정책임소재의 불명확화와 행정능률의 저하 ⑤자치사무에 대한 지방적 특수성이 없어지고 민중적 통제가 불가능해 진다는 점등이 지적되고 있다. 그러한 의미에서 현행 기관위임사무에 대한 전반적인 재검토

를 통하여 그것을 지방자치단체의 사무로 이양하여야 할 것이며, 나아가 지방의회에 의한 관여방식의 강화를 도모하여야 할 것이라는 주장도 활발하게 제기되고 있다. 그러나 기관위임사무에 대해서는 지방자치의 활성화라는 측면에서 문제뿐만 아니라 법리적인 측면 및 현실적인 측면에서도 상당한 문제점이 지적되고 있다.

### ○ 기본법(基本法)

최근 사회국가의 등장과 함께 법규범이 사회생활상의 관행이나 경험칙을 통하여 생성된 일반적 법감정을 성문화하기보다는 법규범의 목적이 국가의 새로운 정치적·기술적·조정적·지도적인 목질달성을 위하여 그 계획의 수립과 실행을 법규범으로써 근거지우려는 성격이 증대하면서 법의 형식도 외형적인 면에서 다양한 형태의 형식을 구비하고 있다. 특히 법규범의 일반적인 기본형식외에 특수한 형식으로서 널리 채용되고 있는 입법유형이 바로 기본법이다. 기본법이라는 것은 학문상의 용어라기 보다는 법제실무상 통용되는 개념으로서, 현재 우리 나라에서도 “○○기본법”이라는 특별한 명칭이 붙어있는 법률이 대단히 많다.

기본법형식의 법률은 일반적인 법규범의 형식과 달리 규율내용이 개괄적이고 조망적인 경우에 많이 채용된다. 기본법은 어떤 분야의 정책의 기본적인 방향을 정하고 관련정책의 체계화를 도모하려는 의미가 담겨져 있다. 즉, 당해분야에 있어서 정책목표 내지 정책이념을 제시하고 정책내용으로서 목표·이념 등을 실현하기 위한 시책 내지 기본적인 항목을 열거하는 한편 당해분야의 정책의 책정 내지 조정에 관한 특별기구를 설치하는 것 등을 기본적인 내용으로 한다. 기본법형식은 일종의 계획법 내지 프로그램 법이며, 어떤 분야의 정책을 개괄적으로 선언하고 그 정책실시에 따른 관계자의 책무 등을 선언함으로써 관계정책의 체계화를 도모한다. 또한 이러한 성격과 기능을 담당하는 기본법은 그곳에 열거된 정책이 법률로서 정하여야 할 사항을 포함하는 경우에도 그것을 스스로 정하는 것이 아니라 별도의 법률(실시법 내지 집행법)로서 정책의 구체적 사항을 규정한다. 따라서 기본법은 실시법 내지 집행법과의 관계에서 입법의 내용에의 구속 및 현실로 입법된 규정의 해석·적용의 관계상 관계 법령에 대하여 실제상 지

도적·우월적·강령적·현장적인 기능을 거두고 있으며, 실시법 내지 집행법의 내용은 당연히 기본법의 목적과 취지 및 내용에 적합할 것이 요구된다. 규율내용이 광범위한 사항에 걸쳐 추상적·포괄적 내지 탄력적인 내용만을 선언적으로 규정하는 경우에는 기본법형식이 타당하며, 이 경우 기본법은 각분야에 있어서 국가의 책무, 취하여야 할 정책의 목표, 시책의 안목, 법제상·재정상의 조치 등을 규정하는 한편 기본법을 실시 또는 시행하기 위하여 또는 목적달성을 위하여 필요한 법률의 제정·개폐를 예정하는 내용을 담게 된다.

일정한 법률관계에 관한 정책의 기본적 지침을 밝히는 이른바 기본법은 후법우선의 원리와 관련하여 문제가 있다. 실질적 내용에서 본다면 기본법은 단순한 법률에 우월하는 특수한 효력이 승인되어야 하나, 법형식면에서 본다면 단순한 법률에 불과하므로 우월적인 지위를 인정하는 것은 불가능하다. 결국 기본법은 형식과 내용의 모순이며, “형식적인 법질서와 실질적·가치적 정책체계가 충돌 내지 긴장관계”에 놓여있는 경우라고 할 수 있다. 기본법은 일반적으로 우리가 이해하고 있는 그 이상의 의미, 즉 같은 법률이면서도 다른 법률의 상위에 위치하는 법으로 취급되고 있으며, 실제 법령집에 있어서도 유사한 법령들의 맨 앞에 편성되어 있다. 그러나 이와 같은 논리는 종전의 법이론, 즉 법률 상호간에는 동등한 효력이 인정되며, “후법은 전법에 우선한다”라는 원칙과는 명백히 모순되는 것이라 할 수 있다. 따라서 기본법과 집행법은 종래의 원칙과 전혀 달리 전법인 “기본법”이 후법인 “집행법”에 우선하고 있음을 보여주고 있다. 다시 말하면 기본법과 집행법은 같은 법률임에도 불구하고 마치 헌법과 법률의 관계와 유사한 관계를 이루고 있다.

기본법의 다른 법률에 대한 우월성을 확보하는 데에는 기본법의 내용을 헌법규범을 구체화하는 것으로서 이해하는 구성적 해석을 함으로써 달성할 수 있다. 그러나 기본법의 특색은 기본적 정책의 선택이며, 장래의 국가·관계자의 행동방향설정이므로 그러한 내용을 헌법규범으로 높이는 것만으로는 그 목적을 달성할 수 없을 것이다. 또한 기본법 가운데에는 실질적 내용을 지닌 기본원칙을 선언하고 있는 것이 아니라 오히려 넓은 의미에서의 조직법, 즉 정책적인 조직법의 성격을 지닌 것도 있기 때문에 이것을



직접 헌법규범으로 높이는 것에는 무리가 있다. 다만 범형식을 도외시하고 실질적 내용에서 본다면 기본법은 상급의 계획법으로서 각종 정책과 법률의 체계화 및 일관성을 도모하려는 것이므로 기본법을 입법 내지 국가활동의 어떠한 모습으로 다른 법률보다 우선시켜야 할 필요성도 있다. 그러나 입법등의 국가활동의 정책체계로서의 일관성은 반드시 기본법의 존재를 인정하지 않더라도 특정 분야의 복수의 법률의 존재에 의해 자연스럽게 인정되는 경우도 있다. 즉 정책의 흐름이나 구체적 상황을 전제로 하면서 시간의 흐름 가운데 복수의 법률을 비교하여 그 상호간의 차이의 합리성을 고려하는 것이 바람직하다고 생각될 수도 있다. 따라서 기존의 법체계에서 소기의 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고, 또다시 기본법을 제정하는 것은 형식의 남용이며 결코 바람직한 입법태도라고 할 수 없을 것이다.

그러나 일단 기본법이 제정된 이상 기본법과 관계되는 다른 법률들을 제정하는데 있어서는 당연히 기본법의 입법목적이나 기본이념을 존중하지 않으면 안되며, 기본법에 규정되어 있는 내용을 구체화하는데 충실하게 제정·개정되어야 할 것이다. 따라서 입법에 있어서 기본법의 취지와 성격을 일관되게 유지하려는 경우에는 순수한 조직법적인 통상의 법률로서의 의미가 있는 기본법은 그 제명에서 기본법이라는 명칭을 삭제하는 것이 바람직할 것이다. 그리고 각종 기본법의 제정에 있어서도 기본법의 성격과 기능에 유의하여 그 법적 구성을 도모하는 한편 기본법에 규정된 개별 시책을 구체적으로 실현하는 시행법 내지 집행법의 제정에 있어서도 기본법의 취지·목적과 부합하게 이를 체계화할 것이 요망된다. 기본법체계에 속하는 법제군이 상호 저촉되거나 모순·중복되지 않도록 하여야만 기본법에 규정된 각종 정책내용이 조화롭고 원만하게 그리고 적정하게 운용·집행될 것이다. 그러나 만약 그러한 방침과 모순·저촉하는 법률이 제정된다면 이것은 정책론으로서의 일반적으로 타당하지 않으나, 법이론상으로는 이른바 기본법은 헌법이 아니라 동격의 법률이므로 결국 이 경우에는 “후법우선의 원리”로서 해결할 수밖에 없을 것이다. 따라서 이 경우 후법은 정책적인 당부와는 별도로 법적으로는 당연히 유효한 것으로서 적용된다.

**【참조】** 후법우선의 원리(後法優先의 原理)

## ○ 기술적 재량(技術的 裁量)

입법재량의 유형으로서 기술적 재량이란 입법자가 법률의 제정에 있어서 기술적인 세부에 관한 사항에 대해 그 상세는 입법자의 판단에 맡겨진다는 논리이다. 이 의미에서의 입법재량은 예컨대 선거운동시의 벽보를 몇 장으로 할 것인가, 취소소송의 출소기간을 몇 개월로 할 것인가, 자동차운전면허의 종류를 어떻게 구분할 것인가 등 다양한 법분야에서 다양한 규정으로 제시된다. 물론 이들 규정이더라도 허용한도를 초과한 극단적인 규정 또는 국민에게 과도하게 부담을 부과하는 규정 등의 경우에는 위헌문제가 발생하나 통상은 이들 기술적 재량사항은 합헌으로 판단되게 된다. 기술적 재량의 법적 특질로서 ①특정의 입법영역이 아닌 표현의 자유의 영역도 포함하여 입법전반에 걸친 문제로 될 수 있으며, ②기술적 재량으로 인정되는 사항을 정한 것은 합헌으로 판단되며, ③그러나 그것은 예외적으로 일정한 범위를 초과한 경우에는 위헌으로 판단될 수 있다는 점이다. 결국 기술적 재량이란 “일반적 재량-합헌”이라는 입법재량론중에서 특히 세부에 관하여 규정하는 경우에 설명된다.

### 【참조】 입법재량(立法裁量)

## ○ 기준의 요건이론(Requirement of standards)

미국에 있어서 행정부에 의한 입법권의 위임문제에 대하여 19세기말부터 연방대법원이 오랜 판례사 가운데 생성·발전시킨 이론을 말한다. 즉, 권력분립원리의 관점에서 본질적인 입법권의 포기는 허용되지 않으며, 그러한 본질적인 입법권의 포기에 이르지 않기 위한 조건으로서 수임기관이 실현하여야 할 정책을 위임법률중에 명확히하고, 또한 수임기관이 피위임권한을 행사하는 때의 기준을 위임법률중에 설정해 둘 것을 요구하는 것을 기준의 요건(standards requirement, requirement of standards)이라 한다. 연방대법원은 입법부가 권한위임의 목적을 명확히하고(입법정책의 천명), 그 목적을 실현하기 위한 수단 즉 피위임권한의 행사의 방법에 제한을 가하여(기준의 설정), 수임기관의 재량을 목적과 수단의 양면에서 제약시키려 하고 있다. 아울러 연방대법원은 입법권위임 그 자체가 행

정국가·적극국가라는 현상에 유래하는 것인 만큼 이러한 위임법리의 적용에 있어서도 행정국가화현상·적극국가화현상에 대한 사법부의 정책적 판단에 따라 동법리를 운용하고 있다.

연방대법원은 입법권위임의 합헌성을 판단하는 때에 계쟁의 위임법률은 물론 관련법령·입법경과·행정선례 등을 심사대상으로 하고 있으며 나아가 행정국가화현상등에 대한 사법부의 인식 및 그러한 현상에 대한 정치부문의 정책적 대응과 그에 대한 사법부의 판단이라는 법리적 요소이외의 요인도 포함하여 동법리를 운용하여 왔다. 그 의미에서는 연방대법원이 정립한 위임법리는 시대상황에 부응한 운용방식에 의하여 일정한 헌법적 통제를 거두어 왔다고 할 수 있다. 연방대법원의 판례에서 전개된 기준의 요건을 중심으로 하는 위임법리의 내용을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 위임입법의 원칙과 기준에 관하여, 연방대법원은 입법권의 본질적 부분이란 “입법정책을 결정하는 것 및 명확하고 구속력 있는 행동준칙으로서 그것을 정식화하고 선언하는 것”이며, 입법부가 이 본질적 부분을 타기관에 이양하여 포기하는 것은 허용되지 아니한다고 한다. 그리고 이러한 원칙을 유지하기 위한 조건으로는 ①입법부는 위임법률 가운데 입법정책을 명시하고(피위임권한행사의 목적의 한정), 피위임권한을 행사하는 기준도 명시하여야 한다(목적실현을 위한 수단 한정). ②정책과 기준은 규제대상자인 국민에게 충분히 이해할 수 있는 것이어야 한다. ③정책과 기준은 수임행정기관의 재량권 유월을 법원이 심사하는 때의 유효한 척도로서 기능하여야 한다. ④위임법률 가운데 기준의 명확성은 그 기준에 따라 규칙등을 제정하는 때에 수임행정기관이 고려한 요인을 명시하여야 할 것을 입법부가 동수임기관에게 의무화함으로써 높아진다. ⑤고지·청문 등 절차적 보장은 수임행정기관에 의한 재량권행사를 완전한 것으로 하나, 위헌적인 입법권위임 그 자체를 정당화할 수는 없다고 한다.

둘째, 연방대법원은 위임법리의 적용완화·제외에 관하여 ①외교·군사에 관련하는 영역, 즉 “통치”의 분야에서 대통령에 의한 법제정작용에 관하여 입법부가 위임법률을 정하는 경우에는 위임법리를 완화하거나 그 적용을 제외한다. ②일반행정분야에서는 위임법률중의 정책과 기준의 명확성을 심사하는 때에 당해권한위임조항 뿐 아니라 관련조항도 포함한 위임법률전

체를 고찰하고, 입법권위임이 행해지기에 이르러 배경적 사정을 고려하며, 당해위임법률하에서 전개된 행정선례와 그에 대한 입법부의 대응으로부터 기준의 의미를 탐구함으로써 위임법리의 적용을 완화하고 있다. 아울러 연방대법원은 위의 기준의 요건을 중심으로 하는 위임법리를 원용하지 않고 위임법률을 온존시키려는 경우도 있다. 그러나 그 경우에도 연방대법원은 위임입법이 형벌을 포함하거나 중대한 인권을 제약하는 경우에는 권한위임을 행하고 있는 법문을 한정적으로 해석한 다음 위임법률에 관한 헌법판단이나 위헌판단을 회피하고 일정한 헌법적 통제를 행하고 있다.

**【참조】 위임입법의 통제(委任立法의 統制)**

○ 내각법제국(內閣法制局)

일본의 내각제출법안의 심사업무를 담당하는 법제기구인 내각법제국은 내각제도의 창설에 수반하여 내각법제국설치법에 설치된 내각의 보좌기구로서, 내각의 법률고문의 입장을 견지하고 있다. 내각법제국은 각의에 부의되는 법률안·정령안(政令案) 및 조약을 입안·심사하며 그에 의견을 첨부하고 필요한 수정을 가하여 내각에 상신하며, 법률문제에 관한 내각 및 내각총리대신·각성대신(各省大臣)에 대해 의견을 개진하며, 내외 및 국제법제와 그 운용에 관한 조사연구, 기타 법제일반에 관한 업무를 담당한다(내각법제국설치법 제3조). 내각법제국의 기구는 내각법제국장관, 내각법제국차장 및 4부1실 체제로 조직되어 있다. 제1부는 의견부로서 내각법제국설치법 제3조제3호에 규정된 법률문제에 관하여 내각, 내각총리대신 및 각성대신에 대해 의견을 진술하는 역할을 주로 한다. 제2부부터 제4부는 심사부이며 각 성청의 법안을 심사하며, 각 성청이 입안하는 법률안, 정령안은 전부 이를 경유하지 않으면 안된다. 내각법제국설치법시행령 제2조, 제3조 및 제3조의2에는 각각의 부가 담당하는 府·省·廳이 규정되어 있다.

공식적으로는 내각법제국의 심사는 법률·정령안을 작성한 각 성청으로부터 내각총리대신에게 제출되는 각의청의서(閣議請議書)가 회부되면서부터 개시되도록 하고 있다. 그러나 실제로는 각 성청의 입안작업중에 각 성청의 담당자가 법제국의 심사담당참사관에게 비공식적으로 법률적 의견을

타진하는 경우도 많고, 또한 각성절충에서 내용이 이미 확정된 것에 관해서는 예비심사(하심사)라는 방식으로 사전심사가 행해지고 있다. 예비심사에는 헌법 및 타헌행법제와의 관계 및 입법내용의 법적타당성, 조문의 표현 및 배열의 적부, 용자·용어에 있어서의 오류유무등 모든 각도에서 검토를 가한다. 수순은 독회제, 즉 처음부터 이 법률이 필요한가부터 시작하여 법률안의 골자·대강→조문의 배열등 구성→개별조문으로 독회를 진행하면서 세부를 결정해 가는 방식이 취해진다. 독회에서는 설명, 질의응답, 토의를 통하여 문제점을 검토하며 원안에 수정을 가한다.

법안심사와 함께 내각법제국의 주요한 권한중의 하나는 법제의견이다. 그 법적 근거는 내각법제국설치법중의 소관사무를 규정한 제3조제3호의 “법률문제와 관하여 내각, 내각총리대신 및 각성대신에 대하여 의견을 진술하는 것”에 있다. 이 사무는 제1부가 담당하며, 각 성청에서 헌법이나 법령의 해석에 관하여 의문이 발생하거나 각 성청간에 해석을 둘러싸고 의견이 나누어지는 경우에는 내각법제국이 견해를 제시하여 문제를 해결한다. 각 성청으로부터의 문서에 의한 조회에 대하여 내각법제국이 문서로 회답하는 것을 “법제의견”, 구두조회에 대한 구두회답을 “구두의견회답”이라 한다. 이들 의견사무는 연간 수백건에 달하며, 거의 대부분이 구두의견회답이다. 내각법제국의 의견은 단순한 참고의견에 그치는 것이 아니라, 사실상 행정부내의 통일적인 해석으로서 각 성청을 규율하는 매우 강력한 구속력을 지닌다. 법제의견은 유권해석으로서 정치나 행정을 좌우하며, 내각법제국장관의 임무중 가장 중요한 것은 법안심사보다도 헌법·법률의 해석문제, 특히 그 공식표명이다. 여기서의 의견·해석이 행정부내에서 최고 권위를 지닌 최종적인 유권해석으로서 실질적으로 법률 등의 해석을 결정하며 정치나 행정을 움직이는 규범이 된다.

**【참조】 의원법제국(議院法制局)**

○ 내각부령·성령·정령(內閣府令·省令·政令)

일본의 행정입법을 의미하는 것으로서, 행정기관의 명령에 관해서 헌법에는 직접적인 규정은 없으나, 내각부령에 관하여는 내각부설치법 제7조제

3호에서 “내각총리대신은 내각부와 관련하는 주임행정사무에 관하여 법률 또는 정령을 시행하기 위하여, 법률 또는 정령의 특별한 위임에 의거하여 내각부의 명령으로서 내각부령을 발할 수 있다”라고 규정하고 있다. 또한 동법 제7조제4호에서는 “내각부령에는 법률의 위임이 없으면 벌칙을 두거나 의무를 부과하거나 또는 국민의 권리를 제한하는 규정을 둘 수 없다”라고 규정하고 있다. 한편 성령에 관해서는 국가행정조직법 제12조제1항에서 “각성대신은 주임의 행정사무에 관하여 법률 또는 정령을 시행하기 위하여, 법률 또는 정령의 특별한 위임에 의거하여 각각 기관의 명령으로서 성령을 발할 수 있다”라고 규정하고 있다. 여기에서 총리부의 장으로서 내각총리대신이 발하는 명령을 내각부령이라고 하며, 각성대신이 발하는 명령을 성령이라 한다. 성령은 이를 발하는 각성대신의 구별에 상응하여 “법무성령”, “외무성령”등이라고 한다. 공동사무에 관해서는 “내각부, 대장성령”등과 같이 공동성령이 발해지나 이것은 발령권자가 복수일 따름이며 보통의 단독성령과 형식적 효력은 동일하다. 일본헌법 제73조제6호단서 및 내각법 제11조의 취지에서 성령에도 법률의 위임이 없으면 벌칙을 두거나 의무를 과하거나 또는 국민의 권리를 제한하는 규정을 둘 수 없다(국가행정조직법 제12조제3항). 구헌법에서는 “각령”이라는 법형식이 있었으나, 이것은 내각총리대신이 발한 명령이며 현재의 내각부령에 해당한다.

내각부령·성령에도 집행명령과 위임명령이 있으며, 그 소관사항은 법률 또는 정령을 실시하기 위하여 필요한 보충적 사항으로서 제정권자인 각성대신이 주임대신으로서 분담관리하는 사무에 관한 것, 법률 또는 정령의 특별한 위임이 있는 경우 법률 또는 정령의 소관사항에 속하는 것이다. 내각부령과 성령상호간에 그 형식적 효력은 동일하나, 법률, 정령보다는 하위이다. 내각부령·성령은 내각총리대신 또는 각성대신이 그 권한에 의하여 제정하며, 통상 소관부서에서 기안되어 부내의 소정절차를 거쳐 대신의 결재가 있을 때에 성립한다. 내각부령·성령은 내각총리대신 또는 각성대신이 서명하고 관보로 공포된다. 공동성령인 경우에는 관계 각대신이 서명한다.

정령이란 합의체로서의 내각이 발하는 명령을 말한다. 정령의 소관사항은 법률을 실시하기 위하여 필요한 보충적 사항으로 행정부가 처리하여야 할 것과 법률에 의하여 특별히 위임된 사항이다. 전자에 상당하는 것이 집

행명령으로서의 정령이며, 후자에 상당하는 것이 위임명령으로서의 정령이다. 내각법 제11조는 “정령에는 법률의 위임이 없으면 의무를 과하거나 권리를 제한하는 규정을 둘 수 없다”라고 규정하여 이를 명확히 하고 있다. 정령의 소관사항은 헌법 및 법률의 규정을 실시하기 위하여 필요한 보충적 사항으로서 내각 또는 그 하에 있는 행정기관이 처리하여야 할 것, 개별 법률에 의하여 특별히 위임된 사항이다. 의무를 부과하거나 권리를 부여하는 규정은 위임이 없더라도 정령으로 둘 수 있는가가 문제되나, 국회가 유일의 입법기관이라는 점에서 권리·의무에 관한 사항은 법률로 규정하여야 할 사항이며, 위임이 없으면 이러한 사항은 정령으로 규정할 수 없다고 이해한다. 따라서 가령 국민전체에게 이익이 된다하더라도 법률의 구체적 해석규정에 그치는 것 또는 법률에 의한 특별한 위임이 없으면 정령으로 정할 수 없다고 한다.

정령은 내각이 제정하며, 천황이 공포한다. 정령안의 발의는 내각총리대신 및 각대신이 안을 작성하여 내각총리대신에게 제출하며 각의에 의하여 결정된다. 각의에서 결정되면 내각총리대신은 천황에게 진상하고 천황이 이를 공포한다(헌법 제7조제1호). 정령에는 법률과 달리 제정문이 첨부되며, 일반적으로 “내각은 ○○법을 실시하기 위하여 이 정령을 제정한다”, “내각은 ○○법제○호의 규정에 의거하여 이 정령을 제정한다” 또는 “내각은 ○○법제○조의 규정에 의거하여, 동법을 실시하기 위하여 이 정령을 제정한다”라고 한다. 다만 “제○조의 규정에 의거하여”라는 규정이 있다고 하여 당해조항과 관련된 규정이 반드시 위임명령은 아니다. 이는 단지 제정의 근거를 명시하는데 불과하다. 정령의 형식적 효력은 법률보다 하위이나, 총리령, 성령 기타 명령보다는 상위에 있다.

#### ○ 내각사무처(Secrétariat Général du Gouvernement)

프랑스의 내각사무처는 정부의 입법활동과 관련하여 국사원의 입법활동에 관한 연락임무를 담당하는 기관으로서 설치된 것으로서, 특히 정부의 입법활동과 관련된 기구로서는 내각사무처의 사무총국 법제실(service législatif)이 있다. 내각사무처의 사무총국(Cabinet du Secrétaire

General)에는 법제실과 행정 및 재정관리국의 2대기구로 구성되어 있으며, 기능은 ①대통령주재의 각의나 수상주재의 각료회의의 사무국을 구성하며 관계부처 기타 행정기관과의 연락조정과 협의를 거쳐 의사를 준비하며 그 결과를 관계각부처에 전달한다. ②의회입법이나 행정입법의 기안을 보조하거나 중개하며 법문의 내용적 검토와 관계부처·자문기관과의 연락조정을 행함과 아울러 관보에의 게재 기타 공포수순을 확보하는 등 법제정과정의 전반에 관여한다. ③시정·행정전반에 걸친 운용방침이나 취급요령, 재량기준 등의 행정내규를 관계성청이나 기타 행정기관에 전달하며, 시정·행정의 통일성의 확보와 시책의 실효성을 도모하는 것을 그 임무로 한다.

법제실은 입법과정부·연구협조부·관보담당부·법령카드부의 4개 기구로 구성되고 ①입법과정부는 법제실에서 심의된 법령안이나 행정안건의 국사원에로의 회부 및 문서연락과 사후처리, 법령등의 각의상정, 국회제출 및 공표에 관한 사항을 담당한다. ②연구협조부는 법령 등의 형식, 체제 및 유관기관간의 협조상황 등에 관한 형식적 심사와 입법시기 등 제반사항에 관한 행정적 조정 기타 법제도에 관한 연구업무를 담당한다. ③관보담당부는 관보에 공표될 법령 및 법전의 편찬과 관보의 정정에 관한 사항을 담당한다. ④법령카드부는 각종법령의 분류별 카드화작업과 그 정리에 관한 사항을 담당한다. 특히 연구협조부는 국사원의 자문기구의 체제에 따라 4개의 부서를 두어 부문별로 업무를 담당하고 있다.

법제실은 국사원의 자문을 위하여 각부처로 부터 법령안이나 중요한 법적 문제와 관련된 행정안건을 접수하여 그 형식심사와 필요한 행정적 조정을 행한 후 그 심사결과를 수상에게 보고하여 승인을 얻은 경우 당해안건을 수상의 명의로 국사원에 회부한다. 아울러 국사원에 회부한 법령안을 반송 받아 그 채택여부를 토의하여 결정하여 각의에 상정하며, 각의의 의결에 따라 법령안을 정리하여 의회에 제출하거나 관보에 공포절차를 취한다. 내각사무처는 각부처로부터 법령안을 접수하여 이를 심사·조정한 후 그 법령안을 일건서류와 함께 수상명의로 국사원에 송부한다. 국사원의 심의를 받아야 할 법령안의 제출문서에는 당해안건에 관하여 국사원에서 활동할 정부위원의 성명·직위·주소·전화번호가 명시되어야 한다. 국사원



은 내각사무처 또는 각부처로 부터 법령안을 접수하면 제반절차에 따라 이를 형식 및 내용 등 모든 면에 걸쳐 세밀히 심사한 후 양원의 의견 또는 수정안을 첨부하여 당해법령안을 내각사무처 또는 제안관청으로 회송한다. 아울러 경제적 또는 사회적 성격을 가진 모든 계획 또는 정책에 관한 정부의 법률안은 의무적으로, 대통령법률명령안 및 법규명령안은 의무적 또는 임의적으로 국사원은 심의에 앞서 내각사무처를 통하여 경제사회평의회(Conseil Economique et social)의 자문을 거쳐야 한다. 내각사무처는 국사원의 의견이 접수되면 각의에 이를 상정하여 의회에 이를 제출하거나 공포의 절차를 거쳐 당해법령안에 대한 사무를 종결 지운다. 각부처에 회송된 국사원의 의견이 접수되면 당해법령안에 대한 국사원의 의견대로 시행하여야 한다.

#### ○ 내적 입법과정 · 외적 입법과정(內的 立法過程 · 外的 立法過程)

일반적으로 미래를 형성하는 도구로서의 법률을 제정하는 작업인 입법형성과정은 ①입법정책의 형성과 입법계획의 수립(기획과정)→②법률안의 입안과 의견조정 · 심사(입안과정)→③법률안의 심의와 의결 · 공포(결정과정)의 단계로 구분할 수 있다. 여기에서 ①과 ②를 내적 입법과정(inneres Gesetzgebungsverfahren) 즉 법률상의 결정발견의 방법으로, ③을 외적 입법과정(äußeres Gesetzgebungsverfahren) 즉 법률의 형식적 성립과정으로 파악할 수 있다. 입법학의 측면에서 본다면 내적 입법과정은 이른바 입법의 내용을 어떠한 것으로 하는 것이 타당하며, 입법목적의 확정 · 효율성 등을 감안하는 “입법정책론”과 선택된 입법내용 등을 정밀화 · 체계화하여 조문으로 표현하는 “입법기술론”을 포괄하는 것이라 할 수 있다. 반면 외적 입법과정은 입법의 절차 · 기구 · 조직 등 입법의 사실과정에 관한 실증적 연구인 “입법과정론” 내지 “입법기구론”의 영역이라 할 수 있다.

내적 입법과정은 법관이 어떠한 사건을 법적으로 처리하는데 있어서 개개의 구체적 사실가운데에서 법규의 적용에 필요한 특정의 법적 사실을 선택 · 구성하는 것처럼 입법자가 복잡다양한 사회적 사실의 가운데에서 불필요한 이물질질을 제거하고 법적 규율에 필요한 충분한 만큼의 법적 사실을

선택하여 그것을 유형으로서 파악하고 구성하는 입법의 방법론(Methodik)이라 할 수 있으며, 외적 입법과정은 법률의 정립기관인 의회에서의 심의·확정 과정을 제도적으로 고찰하는 한편 나아가 그 법률이 사회에 어떻게 적용·해석되어 사회에 어떠한 영향력을 부여하고 있으며 그러한 효력이 내적 입법과정에 어떻게 치환되고 있는가를 분석하는 것이다.

보다 우수한 양질의 입법을 실현하기 위해서는 내적 입법과정, 즉 입법의 내용적 형성단계와 형식적 정립단계의 객관화·합리화가 도모되어야 한다는 점이 부각된다. 이는 어떻게 한다면 입법적 판단의 객관화를 실현할 수 있는가에 관한 문제로서 이를 위하여 일반적인 원리와 이론을 개발하고 그 원칙하에서 필요한 특별한 부분의 구체화를 시도하는 작업이 이루어져야 한다. 그러나 입법자의 의도를 합목적적으로 규율하여 유용한 법정립의 수립에 이바지하기 위한 방법론을 개발하기 위해서는 규범적인 면과 현실적인 면, 법적 실증성과 실제적 효율성, 법이론과 법정정책 등의 관점을 전부 종합하여 체계화하는 것이므로 법학뿐만 아니라 인접학문의 방법론도 채용하여야 하는 등 많은 어려움이 수반된다.

**【참조】 입법과정(立法過程)**

○ 단계정당성의 원리(段階正當性の 原理)

입법자가 다양한 법규범의 태양가운데 어떠한 법규범을 선택할 것인가에 대한 법규범등급의 선택은 자유롭지 않다. 그 이유는 입법구성에 있어서는 의미적합적인 서열선택의 척도로서 단계정당성(Stufengerechtigkeit)이라는 한계가 존재하기 때문이다. 즉 모든 법규범은 헌법을 정점으로 법률-명령-규칙이라는 계층적 질서가 존재하며 각 법령의 형식은 각기 다른 강한 형식적 효력을 인정받고 있으며, 법체계·법질서의 상호 모순과 저축을 방지하기 위하여 각 법령마다 소관사항을 규정하고 있다. 따라서 입법자는 법령의 서열을 정하는데 있어서 합목적적으로 사안에 적합한 규율단계를 선택하여 법규범을 설정하여야 한다는 것을 단계정당성의 원리라고 한다. 그러나 어떠한 사안을 법률로 정할 것인가 또는 명령·규칙으로 정립할 것인가에 대해서는 일관성 있고 체계적인 기준이 존재하지 아니한다. 결국

이 문제는 법치국가에서의 법률의 의의와 기능 및 의회유보 내지 법률유보의 범위와 강도에 따라 달라질 수밖에 없다.

어떤 사안이 헌법에 적합한 규율형식으로 증명될 경우에는 법률을 선택하여야 한다. 당해 규율을 법률로 행하는 것보다는 모든 관점을 형량하여 명령이 법률보다 더욱 적절한 규율형식으로 입증된다면 법률로 정하여서는 아니된다. 즉 명령에 의한 규율이 최적의 기본권보호라는 의미에서 보다 적절한 규율형식이라면 입법자는 법률보다는 명령에 의한 규율형식을 선택하는 것이 헌법에 합치되는 것이다. 입법자는 법률형식으로 하는 것이 주어진 과제에 적합한 것일 경우에는 그에 전념하여야 하며, 법률형식으로 하는 것이 의심스러운 경우까지만 법률로 완전히 규율해버리고 명령에의 수권을 포기하는 방식은 회피하여야 한다. 지나친 법률의 과잉을 초래할 수 있는 정당한 범위를 넘어선 입법자의 입법행동은 헌법의 이념과 기능에도 부합하지 않는다.

【참조】 위임입법의 허용기준(委任立法의 許容基準)

#### ○ 대통령령 · 총리령 · 부령(大統領令 · 總理令 · 部令)

우리의 행정입법은 그 제정권한의 소재에 따라 대통령령 · 총리령 및 부령으로 나누어지며, 대통령령에 대하여는 헌법 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하고 있다. 그리고 헌법 제95조에서는 국무총리와 행정각부의 장도 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임이 있는 경우에 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있도록 하고 있다. 총리령의 소관사항으로는 국무총리 소속기관인 법제처 · 국가보훈처 · 공정거래위원회 · 금융감독위원회 · 비상기획위원회의 소관에 속하는 사항이라고 할 수 있다. 부령의 소관사항은 정부조직법에서 규정하고 있는 각부처장관의 소관사무가 된다. 입법실무적으로는 대통령령을 “시행령”, 부령을 “시행규칙”이라 한다.

그리고 이들 명령 상호간에는 대통령령의 형식적 효력이 우선하며, 다음으로 총리령, 부령의 순서가 된다. 그런데 총리령과 부령사이에는 “총리령

우위설”과 “효력동위설”이 대립하고 있다. “총리령우위설”의 입장은 형식적 효력의 면에서는 우열의 차이가 없다고 할 수 있으나, 총리령은 국무총리의 소관사무에 관하여 발하는 것이며, 그 소관사무란 대통령을 보좌하고 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할(헌법 제86조제2항)하는 일이 주된 것이므로, 부령이 총리령에 저촉될 때에는 국무총리의 통할권에 대한 실질적인 침해가 된다는 점에서 총리령이 부령보다 실질적으로 우월한 효력을 가진다고 볼 수 있다는 주장이다. 이에 대하여 “효력동위설”의 입장에서는 헌법은 총리령·부령이 다같이 법률 및 대통령령에 종속하는 것으로 규정했을 뿐 총리령의 우월성을 규정하지 아니했으며, 총리령·부령은 다같이 국무총리 및 행정각부의 장이 그의 소관사무에 관하여 발하는 것인데, 행정각부의 장과 동일한 지위에서의 국무총리가 그의 소관사무에 관하여 발하는 법규명령이기 때문에 양자는 동위의 형식적 효력을 가진다고 한다. 생각건대 국무총리는 현행 헌법상의 규정에 비추어 볼 때 행정부의 제2인자의 지위를 가지므로 이러한 국무총리가 행정조직내부에 있어서 행정각부의 장을 통할하기 위해서 훈령으로 발하는 행정규칙은 우월한 효력을 가짐은 물론이며, 대외적으로 발하는 법규명령이 행정각부의 장의 그것과 충돌할 경우 총리령이 당연히 우선한다고 볼 것이다.

한편 법률의 집행을 위하여 필요한 사항은 이를 대통령령으로 정할 수도 있고, 총리령 또는 부령으로 정할 수도 있다. 어떠한 사항을 규정하는 법령형식을 무엇으로 하여야 할 것인가에 관해서는 명확한 기준이 없으나, 대통령령으로 정하는 사항은 ①법률에서 위임한 사항, ②법률의 집행을 위하여 필요한 사항, ③국정의 통일적 추진·집행을 위한 기본방침에 관한 사항, ④각부처에 공통되는 사항, ⑤행정기관의 조직에 관한 사항, ⑥권한의 위임·위탁에 관한 사항 등이며, 총리령·부령으로 정하는 사항은 ①법률·대통령령에서 위임한 사항, ②법률·대통령령을 집행하기 위하여 필요한 사항, ③각부처가 단독으로 업무를 수행할 수 있는 사항, ④복제·서식 등에 관한 사항, ⑤절차적·기술적 사항 등을 예시할 수 있다.

대통령령의 입법과정은 정부 내에서만 이루어지기 때문에 국회심의와 같은 절차는 없으며, ①성안→②관계부처와의 협의→③입법예고→④법제처심사→⑤국무회의 심의→⑥국무총리 및 관계국무위원의 부서를 거친 후 바로

대통령의 재가를 받아 법제처가 행정자치부에 관보게재를 의뢰하여 관보에 게재함으로써 대통령령안이 대통령령으로 성립한다. 총리령과 부령은 각각 국무총리 및 각부장관의 헌법상 권한에 기초하여 발령되는 것으로서 경제 장관·차관회의나 국무회의를 거치지 아니한다. 총리령에 있어서는 국무총리 소속기관인 법제처·국가보훈처·공정거래위원회·금융감독위원회·비상기획위원회가 소관 총리령안을 기초하여 관계기관과의 협의, 입법예고와 규제개혁위원회의 심사절차를 거친 후 법제처심사와 국무총리의 결재를 받은 후 법제처가 행정자치부에 법제처 심의필증을 붙여 관보 게재를 의뢰하여 관보에 게재함으로써 성립한다. 부령에 있어서는 주무부처에서 부령안을 작성한 다음 관계부처가 있으면 관계부처와의 협의 등 사전절차를 거쳐 법제처의 심사를 거쳐 주무부장관이 행정자치부에 법제처심의필증을 붙여 관보게재를 의뢰함으로써 이를 공포한다. 공동부령안은 법제처의 심사를 거쳐 각 주무부장관별로 이를 공포한다.

### ○ 데크레(Décret)

프랑스에 있어서 수상 또는 대통령이 정립하는 행정입법의 총칭을 말한다. décret는 ①수상이 각의(conseil des ministres)를 경유하지 않고 독자적인 권한에 의거하여 정립하는 수상décret(헌법 제21조), ②각의를 거친 후 대통령이 친서하는, 이른바 각의를 거친 décret(헌법 제13조), ③대통령이 각의를 거치지 않고 독자적인 권한에 의거하여 정립하는 대통령décret(헌법상 명문규정은 없으나, 실무상 인정되고 있음) 등이 있다. 어느 경우에도 décret는 집행을 담당하는 장관에 의하여 부서된다. 이와는 별도로 행정입법영역에 속하는 법률을 décret로서 개폐하는 경우등 그 제정절차에 있어서 국사원의 자문을 요하는 décret는 국사원을 거친 décret(décret en Conseil d'Etat)로서 다른 décret와 구별된다. 이 구별은 décret를 대상으로 하는 월권소송에서 국사원을 거치지 아니하였다고 인정되는 경우에 절차의 하자가 아니라 무권한에 의한 위법이 되는 점에서 중요한 의미가 있다.

한편 행정부의 장관이 정립하는 행정입법을 Arrêté ministériel이라 한다. 프랑스에서는 장관의 일반적 행정입법권을 정한 법령의 규정은 존재

하지 않으며, 장관은 개별적으로 법령에서 수권되고 있는 경우를 제외하고 행정입법권을 가지지 않는다. 국사원의 1936년 2월 7일 판결(C.E. Section, 7 février 1936, Jamar, Rec. p.172)에서는 장관은 설사 행정입법권한에 관하여 법률의 근거규정이 결여된 경우라도 모든 행정부서의 장과 마찬가지로 그 지휘감독하에 있는 행정의 원만한 운영을 위하여 필요한 조치를 취할 권한을 가지며, 공무원의 이익이 요구되는 한에서 그 자의 존재가 공무의 정상적인 운영을 방해할 우려가 있는 자에 대하여 당해부서가 위치하고 있는 장소에의 출입을 금지할 수 있다고 판시함으로써 장관의 개별법령에 의한 수권이 결여된 경우에 일정한도에서의 행정입법권을 인정하고 있다. 또한 국사원의 1970년 12월 11일 판결(C.E. Section, 11 décembre 1970, Credit Foncier de France, Rec. p.750)에 의하여 행정청이 어떤 권한의 행사에 관하여 재량권이 인정되고 있는 경우에는 당해규제목적에 적합하고 강제력을 가지지 않는 한에서 행정입법의 성질을 가지지 않는 내부적 조치로서의 당해권한행사의 기준(directive)을 정립하는 것이 인정되고 있다. 장관이 법령의 근거 없이 정립하는 통첩(circulaire), 훈령(instruction de service), 각서(note)나 재량기준(directive)등이 실질적으로 볼 때 행정입법의 성질을 가지는 규정을 포함하고 있다고 해석되는 경우에는 당해 통첩은 위의 1936년 2월 7일 판결의 법리가 적용되는 경우를 제외하고 무권한을 이유로 월권소송에서 취소되게 된다.

### ○ 독립명령(Règlements autonomes)

현행 프랑스헌법 제34조와 제37조에는 의회의 입법영역(domaine de la loi, 법률사항)과 행정의 입법영역(domaine du règlement, 행정입법영역)을 명문으로 구별하고 있다. 제34조는 “법률은 다음 사항에 관하여 정한다”라고 규정하고 기본적 인권에 관한 사항, 선거제도와 공무원제도 및 공기업에 관한 사항, 국방, 지방제도, 교육, 물권과 채권, 사회보장제도 등에 관한 사항을 열거하고 이들 사항을 법률사항으로 규정하고 있다. 그리고 제37조는 “법률사항이외의 사항은 행정입법적 성격을 가진다”라고 규정하여 헌법은 법률사항이외의 사항이 행정에 의한 입법의 대상으로 하여

행정입법이 행정권고유의 권한행사로써 정해지는 것임을 명확히하고 있다. 이 법률사항이외의 사항을 정하는 행정입법을 *réglements autonomes* 이라고 하며, 이것은 1790년대에 경찰사항을 규정할 수 있었기 때문에 독립명령이라고 부른다.

헌법 제34조와 제37조의 관계에서 통상 프랑스헌법은 법률사항을 한정 열거하여 열기주의를 취하고 행정입법에 관해서는 개괄주의를 채용하고 있다고 할 수 있으나, 헌법의 실제운용은 행정입법이 제34조의 법률사항에 침입하는 것을 금지하며 오히려 행정에 대하여 행정입법의 범위를 제34조에 규정하는 법률사항이외의 것에 한정하는 것으로서 행해지고 있다. 그리고 제37조가 “법률사항이외의 사항”을 행정입법사항으로서 하고 있는 것은 제34조에 열거된 사항뿐 아니라 다른 조항에서 헌법이 조직법률(*lois organiques*)이나 통상법률(*lois ordinaires*)로 규정하고 있는 사항을 제외한 것을 행정입법사항으로 하는 것으로서 행정입법으로 규정되는 것은 매우 협소한 것이 현실이다. 그리고 의회가 행정입법사항에 개입하지 않는 것처럼 정부에게 행정입법사항을 정한 법률의 불수리와 헌법원(*Conseil Constitutionnel*)에 의한 심사를 규정한 헌법 제41조에 관해서도 정부에 의한 불수리는 행해지지 않고 헌법원은 행정에 의한 법률사항에의 개입에는 명확한 법률상의 근거를 요구하고 있는데 대하여, 의회에 의한 행정입법사항에의 침입에 관해서는 아무런 근거도 요구함이 없이 이를 인정하고 있다. 이러한 헌법의 실제의 운용에서 법규는 법률사항으로서 의회의 입법 영역으로 되어 있으며, *réglements autonomes*는 단순히 형식적으로 법률사항이외의 사항을 대상으로 하는 행정입법이며 행정입법을 정하는 행정권고유의 권한 가운데 위치하고 있다.

독립명령에 대한 우려는 비교적 일찍부터 국사원에 의하여 제기되었다. 우선 독립명령은 제37조의 영역내에서는 의회입법에 대신하는 “제2의 입법권”이 되지 않는 가라는 우려, 즉 입법권한은 헌법전에 의하여 국회와 정부로 공유되고 있어서 의회입법과 행정입법이 법적 성격에서 동일하지 않은가라는 우려이다. 또한나는 독립명령은 그 영역내에서는 상위규범으로서의 법률을 가지지 않으므로 법적인 계층단계에서 법률과 독립명령의 계층관계가 어떻게 되는 가라는 우려였다. 이러한 법적 성격의 문제에 관하

여 국사원은 1960년의 Eky사 판결에서 제37조의 독립명령이라 할지라도 다른 모든 행정입법과 마찬가지로 재판적 통제에 복종한다고 판시하였다. 그러나 그로부터 법적성격은 법률과는 다른 것이라도 독립명령에는 상위규범으로서의 법률이 존재하지 않는 이상 당연히 법적 효력에서도 법률이 우선할 수는 없다. 다만 법적성격에 있어서 독립명령을 다른 행정입법과 같은 것이라고 한 점은 행정입법보다도 상위에 있는 규범(헌법, 법의 일반원리)에 독립명령이 복종할 수 있음을 의미하였다.

또한 국사원도 1959년의 토목기사조합사건 판결(C.E., 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, G.A., p.484)에서 “독립명령권자는 법률의 규정이 없는 경우라도 특히 헌법전문으로부터 유래하고 여하한 행정입법권자도 구속하는 법의 일반원리를 준수하여야 한다”라고 하여 법의 일반원리를 독립명령에 대한 적법성심사의 기준으로 채용함으로써 법률·독립명령동위론을 후퇴시켰다. 이러한 태도는 1969년에 헌법원에 의해서도 인정되기에 이르렀다. 따라서 독립명령의 법적성격·법적 효력을 실제의 운용에 비추어 본다면 독립명령에 대하여 제1차적 입법적용의 성격을 그곳에 발견할 수는 없으며 또한 재판적 통제에 복종한다는 점이다.

#### ○ 독일연방의회조사국(Hauptabteilung wissenschaftliche Dienste)

독일연방의회의 사무처에 소속하여 위원회의 의사운영의 보좌기관과 입법조사기관으로서의 두 가지의 임무를 동시에 지닌 조직이며, 1970년의 개혁에 의해 종래의 각위원회와 의회정보자료기구가 통합되어 설치된 기관이다. 동국은 연방의회 및 연방의회위원회의 소관업무에 상응하여 각 분야에 걸쳐 책임을 맡고 있는 4개부서(학술자료국·제1조사국·제2조사국·중앙청원진정사무국)로 구성되며, 그 가운데 제1조사국과 제2조사국은 위원회운영의 보좌와 의원의 입법조사활동의 보좌를 직접 임무로 하며, 학술자료국은 주로 의원에 대한 문헌정보의 제공과 데이터의 처리를, 중앙청원·진정사무국은 그 소관사항에 속하는 청원 및 진정에 관하여 조사하여 청원위원회에 의한 이들 처리를 보좌하는 임무를 담당하고 있다.



조사국은 의원의 입법활동에 필요한 각종 정보제공 및 자료조사의 임무를 수행하는 외에 독자적으로 연방의회에 정확한 정보를 제공한다. 조사국에서 간행하는 능동적인 정보제공물로는 세 가지가 있다. Der Aktuelle Begriff는 정치적 논의에서 새로이 등장하는 각종 용어해설과 배경정보를 제공하며 분량은 2페이지정도로 휴대가 가능하도록 소형책자로 제공되고 있다. Die Aktuelle Gerichtsentscheidung은 정치적 문제와 관련된 판결이나 판례를 요약하여 정리한 것이다. Info -Brief는 현안정책에 대하여 간략한 해설을 기재하여 전문지식을 갖추도록 제공하는 간행물이다. 조사국의 업무는 오로지 의회활동과 관련성이 있는 주제만을 다루며, 주 또는 자치단체 차원의 문제나 개인적인 문제는 다루지 않는다. 조사국은 철저한 정치적 중립성을 유지한다. 조사국에서 간행한 각종 간행물은 연방의회에 의석을 가지는 모든 정당에게 중립성을 유지한다.

#### ○ 동의권의 유보(同意權의 留保)

독일기본법 제80조제2항은 독일이 연방제를 채용하고 있음에 비추어 일정한 법규명령의 경우에 연방참의원의 동의를 얻을 것을 필요로 하고 있다. 그 이외의 경우에도 구체적인 수권법률에 의하여 연방의회, 연방참의원 나아가서는 동의절차의 간소화를 위하여 연방의회의 위원회의 동의를 요구하는 경우가 있다. 연방의회 및 연방참의원의 동의를 요구하는 것은 합헌으로 해석되고 있으나, 연방의회의 위원회의 동의를 요구하는 것에 관해서는 당해위원회가 독립한 의결기관이 된다는 점을 이유로 위헌이라는 견해가 있으며, 또한 연방헌법재판소에서도 1955년 7월 7일의 결정에서 위헌판단을 내렸다. 동의에는 법규명령이 공포되기전의 동의(사전동의)와 공포된 후의 동의(사후인가)가 있으며 그것도 수권법률이 규정하는 바에 따른다.

연방의회의 동의는 수권법률이 규정되어 있다면 모든 법규명령에 대하여 과하는 것이 가능한가 또는 일정영역의 법규명령에 한정되는 가라는 문제가 있다. 한정설은 1958년 11월 12일의 연방헌법재판소의 판결에서 제기되었다. 즉, “사안의 중요성으로 인하여 명령의 공포에의 본질적인 영향을

유보한다는 입법자의 정당한 이익이 존재하는 경우”에 동의권의 유보를 한정할 수 있다라고 하였다. 이 한정설은 많은 사람들에 의하여 지지되고 있으나, 그에 대하여 정당한 이익, 중요한 이익이라는 개념이 애매하며 기준이 불명확하다는 비판적인 견해도 주장되고 있다.

동의권의 유보라는 제도의 존재이유는 입법부에 있어서는 행정부에 의한 법규명령의 제정에 영향을 미치게 하려는 것이며, 행정부에게는 사후에 입법부에 의하여 취소되거나 수정되는 것을 회피하기 위한 것이다. 이 제도가 다른 형식의 입법부의 협력제도에 비하여 가장 효과적인 것은 부정할 수 없으나, 다만 이 제도의 합목적성에 관해서는 의문이 있다. 그 이유는 법규명령에 대하여 연방의회의 동의를 요구하는 것은 시간적으로도 기술적으로도 의회의 부담경감이라 할 수 없고 위임입법의 본래의 제도목적에 반한다고 생각하기 때문이다. 법규명령에 대한 의회의 협력의 형식 중에는 이 동의권의 유보가 가장 널리 이용되고 있다. 기본법 제80조제2항에 의하여 연방참의원의 동의를 요하는 법규명령은 다음과 같다.

①우편제도 및 원거리통신의 시설이용에 관한 원칙과 요금, 연방철도의 시설이용에 대한 대가의 징수원칙, 철도건설 및 경영에 관하여 연방정부 또는 연방장관의 법규명령이다. 이것은 내용을 조건으로 동의를 요하는 명령(inhaltsbedingten Zustimmungsgesetzen)으로서 바이마르헌법 제88조제3항 및 제91조의 규정에 유래하는 것이며, 그 숫자는 그다지 많지 않다.

②연방참의원의 동의를 요하는 연방법률에 의한 법규명령이다. 이것은 연방참의원의 동의를 요하지 아니하는 법률(Einspruchsgesetz)이 아닌 이른바 동의법률(Zustimmungsgesetz)에 의하여 발해지는 법규명령에 대하여는 연방참의원의 동의가 필요하다. 동의법률은 연방의회의 의결과 함께 연방참의원의 동의를 필요로 하는 법률로서 연방적 법률(föderatives Gesetz)이라고 일컬어진다. 이 법률은 주의 고권(Hoheitsrecht)에 관한 법률이다. 기본법 제84조1항에 의하면 주가 연방법률을 고유의 사무로서 집행하는 경우에는 연방법률이 연방참의원의 동의를 얻어 별도의 정함이 없는 한 관청의 조직 및 행정절차를 규율한다. 따라서 주가 고유의 사무로서 집행하는 연방법률은 그것이 주의 관청의 조직 및 행정절차를 규율

하는 경우에는 연방참의원의 동의를 필요로 하게 된다. 동의를 요하는 법률은 다른 보통의 법률에 우월한다. 그러나 기본법에 의하면 연방이 입법권을 가지는 영역에 있어서 연방에 새로운 임무가 발생한 경우에 연방고유의 중급 및 하급의 관청의 설치에 관한 법률도 동의를 요하는 법률로서 열거할 수 있다(제87조3항). 나아가 그 전부 또는 일부가 각주 또는 계마인테의 수입이 되는 조세에 관한 연방법률(제105조3항), 그것에 의해 연방이 소득세 또는 법인세의 일부를 요구하는 연방법률(제106조4항)도 연방참의원의 동의를 필요로 한다. 이 규제는 주의 권리를 옹호하려는 것이다. 이러한 동의법률에 의하여 제정되는 사안은 연방과 주의 관계설정을 위한 것이므로, 이들 법률에 의하여 정립되는 법규명령에 대하여는 입법기술적으로 통일성을 도모할 필요가 있으므로 연방참의원의 동의를 요하게 하는 것이다.

③연방법률에 의하여 주가 연방의 위임 또는 고유사무로서 집행하는 법규명령은 연방법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 연방참의원의 동의를 요한다. 이 법규명령은 그 숫자면에서 매우 많으며, 법규명령 가운데 중요한 비중을 차지하고 있다.

### ○ 로비(Lobby)

입법과정에 영향력을 미치는 참여자로서는 행정부, 입법부, 정당 및 유권자 등 여러 집단 내지 개인이 있으나, 그 가운데 특히 이익단체(Interest Groups) 내지 압력단체(Pressure Group)의 영향력은 오늘날 “제3원”, “보이지 않는 정부” 또는 “왕좌의 배후에 있는 권력”으로 일컬어질 정도로 무시할 수 없게 되고 있다. 이익단체 내지 압력단체는 단순히 사회과정의 차원에 있어서 상호작용하고 그 내부에서 여러가지 조직을 만들어 사회적 영향력을 발휘할 뿐 아니라 정보의 교류와 정치자금 등을 통하여 정치권력에 직접적인 영향력을 행사하며, 정책형성에서는 구체적인 제안이나 반대의견을 제시함으로써 자기의 이익을 실현하려 한다. 특히 의회의 입법활동으로 이해관계에 영향을 받는 사회집단과 개인들은 자신들의 이익에 의회의 활동을 조화시키기 위하여 위원회·국회의원 등 의회의 기관 및 개

인에 대해 영향력을 행사하며, 의회의 기능이 크면 클수록 또 이익충돌의 정도가 심할 수록 이들의 활동영역은 점차로 광범해지고 있는 추세이다. 그리하여 이들 단체의 이익을 대신하여 정책결정자의 결정행위에 영향력을 행사할 의도에서 정책형성자에게 지향되는 의사소통을 로비(Lobby)라고 하며, 이러한 일을 하는 전문적인 집단을 로비스트(Lobbist)라고 부르는 집단이 등장하게 되었다.

로비스트의 등장으로 인하여 조직된 국민의 요구를 입법과정에 투입하고 타협과정에 참가하여 그들의 요구를 반영시키며 그 결과 국가정책에 대한 국민의 관심과 지지를 용이하게 하여 국민의 정치적 참여를 촉진시키게 되었다. 특히 로비행위는 ①직능대표의 차원에서 지역에 근거한 종래의 대의제를 보완하는 기능(supplemental representation)을 한다는 점, ②정치권력에 대한 적절한 정책의 수립 내지 수정을 위한 의사전달활동을 행함으로써 기존 정당이 수행하기 어려운 정책정치 기능을 담당한다는 점, ③의원과 행정공무원들에게 국민의 요구를 주지시키며 의안 등에 관한 정보를 제공하여 정치활동에 기여하고 공직에 대한 견제기능을 한다는 점, ④당파를 초월하여 행정부의 정책을 지원하기도 하며 때로는 행정부의 정책에 반대하는 정당과 연계하기도 하는 등 권력분립제도상의 견제와 균형에 보조적 역할(Balancing Force)을 수행한다는 점, ⑤양당제의회나 정부정책의 결함을 발견하여 보다 구체적인 이익과 지방적인 이익을 대변하는 자신들의 입장을 주장하고 그 반사적 결과로서 정치교육적인 기능을 수행한다는 점등에서 현대정치에 있어서 중요한 역할을 담당하게 되었다.

그러나 로비스트의 등장은 공공의 이익을 특수이익집단의 이익에 종속시키는 결과를 초래하였으며 또한 이익단체의 추상적인 대표성만으로는 정부기구의 확대와 정부기능의 복잡화에 따른 전문성·기술성에 효과적으로 대응할 수 없다는 점, 사회집단존재의 본질상 한 이익단체의 정치적 활동은 다른 단체의 그것을 필연적으로 유발하게 되어 사회집단의 양극화현상을 초래한다는 점등의 폐단도 가져왔다. 그리하여 선진의회제도 운영하고 있는 국가들에서는 이들 로비스트에 대한 관리의 문제가 오래 전부터 대두되어 로비행위를 적법한 범위내에서 인정하면서, 또한 이를 적절히 규제하는 제도적 장치를 마련하고 있다. 대표적인 예로서 미국에서는 로비규제

관계법률로서 “연방로비행위규제법(Federal Regulation of Lobbying Act)”, “외국대리인등록법(Foreign Agents Regulation Act)”이 있으며 또한 연방법률 제18장(범죄 및 형사소송편) 중 전·현직 연방공무원과 일반국민간의 금품수수·독직 및 이해상충행위 등의 부정행위를 금하는 법(제201조 내지 제224조)과 선거에 의하여 선출되는 공무원이 선거자금의 조달과 관련하여 부당한 압력이나 영향을 받는 것을 방지하는 “연방선거운동법(Federal Election Campaigns Act)”이 있다. 그리고 캐나다에서도 “로비스트등록법(Lobbyists Registration Act)”이 1988년에 제정되어 현재 시행중에 있다. 한편 우리나라에서는 로비행위를 직접적으로 규제하고 있는 법률은 없으나, 간접적으로 로비행위의 한계를 설정하거나 기타의 방법으로 이를 규제하고 있는 법률로서 형법상의 뇌물죄(제129조 이하), 정치자금에관한법률, 변호사법, 특정범죄가중처벌등에관한법률 등이 외에 국회법이나 국가공무원법 등에서 청렴의무를 규정하는 등의 방법으로 로비행위의 한계를 간접적으로 규정하고 있다. 그러나 우리의 의회제도하에서는 로비스트제도가 아직 정착화 되었다고 볼 수는 없으나 국회의 정책형성기능과 이익조절기능이 더욱 발전함에 따라 머지않은 장래에 우리도 로비스트관리의 필요성에 직면할 것으로 예상된다.

### ○ 명확성의 원리(明確性의 原理)

입법의 원칙으로서의 명확성의 원칙은 법규범의 예측가능성의 실현의 법리로서 등장하였다. 법규범은 시민의 준법생활규범으로서의 의의와 법관의 재판규범으로서의 의의를 지니게 되므로 법규범의 내용은 전문적 법률지식을 가지고 있는 법조인이 예측 가능할 뿐 아니라 일반시민이 통상적으로 예측 가능할 정도의 명확성을 요한다는 것이다. 그렇다면 일반인이 예측 가능한 명확성이란 구체적으로 어느 정도의 것이어야 하는가에 대해서는 학설상으로는 판례상으로 많은 시도를 하고 있으나, 현재까지 합리적인 기준의 설정이 이루어지지 못하고 있다. 특히 오늘날의 입법은 사회현상의 복잡화 및 가치관의 다원화에 따르는 입법기술상의 요청에 의한 일반조항 내지 불확정개념의 과다현상으로 인하여 명확성의 원칙이 한층 제약을 받고 있다. 그리하여 명확성의 요청은 오히려 사법과정에서 구체적 사건에

적용되는 것을 통하여 명확화되는 것을 기대하고 있는 실정이다. 그러나 사법부의 해석을 통한 입법의 불명확성으로 인한 구제방법으로는 국민의 측에서 본다면 미리 명확하지 아니한 내용의 법적 규제가 사후에 사법과정을 통하여 명확하게 됨으로써 불리한 법적 효과를 받게 됨으로써 국민의 권익보호에 충분하지 못한 결과를 가져온다.

불명확성이라는 것이 원래 언어의 성질상 본래적인 것이며 명확성·불명확성이라는 기준 역시 절대적인 것이 아니라 상대적인 기준에 불과하며, 특히 일반적으로 법령은 규정의 문언의 표현력에 한계가 있을 뿐 아니라 그 성질상 다소 추상성을 불가피하게 가지므로 모든 법령이 명확하여야 한다는 기준을 엄격히 적용한다면 그것은 입법을 불가능하게 하며 그 목적을 달성하는 수단을 박탈하게 된다. 따라서 명확성의 원칙은 입법에 있어서 일반조항이나 규범적 법률개념의 사용을 금지하지 않으며, 그러한 논리적 구조하에서 법관의 가치판단에 따라 최소한도의 명확성을 유지할 수 있도록 하는 것이다. 결국 일반조항이나 규범적 법률개념들은 그 적용범위가 규범적 가치판단에 의한 법률해석을 통하여 충분히 인식될 수 있어야 한다. 일반조항이나 규범적 법률개념이 그의 적용범위와 한도가 법관의 가치판단에 따라서도 인식가능하지 않다면 그 법률은 명확성의 원칙에 위배되는 위헌법률이 되는 것이다.

명확성의 원칙은 법령의 개별적 규정의 성격에 따라서 요구되는 정도가 다르기 때문에 어떠한 경우에 불명확한 것인가에 대하여 획일적인 기준을 설정하는 것은 대단히 곤란하다. 입법에 있어서 요구되는 명확성의 한도를 결정하기 위해서는 실질적으로 왜 불명확한 입법이 부정되지 않으면 안되는가라는 기능적인 관점에서 명확성의 원칙의 의미를 파악하는 것이 바람직하다.

첫째, 법적인 권리의무의 판단의 지표로서의 법규범의 기능이 있다. 법령에 규정된 권리의무의 내용은 일정한 공권력에 의해서 행사되며, 특히 그것이 재판규범인 경우에는 법관의 판단작용을 통하여 적용된다. 그리고 형사벌을 부과하는 법률은 이 의미에서 재판규범이며, 그 경우 제정법이 정한 판정기준이 그 판단의 지표가 된다. 따라서 법령에 포함된 내용은 법관에 의한 법발견에서 자의성을 벗어나고 그 법규범을 적용하는 개개의 사

건에 불통일을 발생케 하지 않을 정도의 명확성을 구비하지 않으면 안된다. 즉 법률의 기능면에서 볼 때 법적용의 권한을 지닌 자에게 그 판단의 객관성을 정당화하기에 족한 정도의 명확성이 입법 그 자체 가운데에 구체화될 것이 필요한 것이다. 또한 이것은 법률의 문언이 전부 일반적으로 승인된 의미를 지닐 것을 요구하는 것이 아니라, 특수한 전문적 영역에서 특이한 의미를 지니는 것을 방해하지 않는다. 이에 반하여 광범위한 추측을 야기할 가능성이 있는 기준을 입법적용의 판단의 지표로 하는 것은 허용되지 아니한다. 우리 헌법재판소의 판례에서도 “법치주의에서 요구되는 명확성의 원칙은 법률규정의 구성요건적 내용에 따라 국민이 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 명확할 것을 의미하는 것이며, 여기서 그 구성요건적 내용이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다”, “일반인의 주의력으로는 쉽사리 정확하게 이해하기도 어렵거니와 중요한 규정을 괄호내에 압축하여 불충실하고 불완전하게 규정함으로써 그 적용을 받은 국민으로 하여금 착오와 혼선을 일으키게 하였다. ……또한 법률전문가의 입장에서 그 내용과약이 어렵고 모호한 것이라면 신속한 재판을 받는데 기대만큼의 도움이 될 수 없을 것임은 물론 이를 내세워 정당화시킬 수도 없을 것(1993.12.23. 92헌가12)”라고 하여 이를 뒷받침하고 있다.

둘째, 특히 형사벌을 부과하는 법률은 인간이 그 장래의 행위를 결정하는데 있어서 지표가 되는 기능을 가진다. 따라서 인간이 자기의 장래의 행위를 결정하는 판단작용을 행하는데 있어서 그 법률의 의미를 판단하지 않을 수 없으며 또한 그 판단의 결과가 다를 수 있는 경우에는 명확성의 문제가 발생한다. 물론 어떤 구체적인 개인이 그 판단을 오해할 가능성이 있는 것은 결코 법의 효력에 영향이 없으나, 통상의 평균인이 그 범규범을 발견하고 그 적용가능성을 인식하여 그리고 그 의미를 이해할 수 없을 정도로 막연한 표현을 가진 기준을 취하는 경우에는 이미 일반적으로 인간의 행동의 지표기능을 거둘 수 없는 것이다. 따라서 명확성의 원칙은 적용가능성의 인식과 의미의 이해와 관련되는 것이다. 헌법재판소의 판례에서도

“법률규정이 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람에게는 그 적용대상이 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다”라고 판시하고 있다(1995.5.25. 93헌바23). 그리고 법률 그 자체가 이러한 의미의 명확성을 결여하더라도 그 내용이 하위규범에 의해 충족되는 것이 예정되어 있으며, 그것은 헌법상 위임입법의 합법성의 문제를 발생케하나 그러한 충족에 의해 명확화되는 한 적어도 이 원칙은 충족되고 있다고 할 수 있다. 우리의 헌법재판소의 판례에서도 “법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항은 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 그리고 이와 같은 위임입법의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다”라고 결정하고 있다(1995.11.30. 91헌바1·2·3·4, 92헌바17·37, 94헌바34·44·45·48, 95헌바12·17 병합).

**【참조】** 명확성조항(Bestimmtheitklausel)

○ 명확성조항(Bestimmtheitklausel)

독일기본법 제80조제1항에서는 법규명령의 제정에 즈음하여 수권의 내용, 목적 및 범위가 명확하여야 한다는 규정을 두고 있으며, 이를 통상 명확성조항(Bestimmtheitklausel)이라고 한다. 명확성조항이 규정된 취지는 위임의 내용, 목적 및 범위에 명확성의 요건을 부과함으로써 명령의 내용을 법률과 결부시켜 입법부의 통제하에 두는 것이었다. 그러나 실제문제로서 명확성조항은 일의적으로 해석할 수 있을 정도로 명확하지 아니하다. 원래 부여된 권한의 내용, 목적 및 범위란 각각 무엇을 의미하는 가는



자명한 것이 아니다. 내용, 목적 및 범위의 각각의 명확성의 기준을 설정하는 것도, 명확성에도 단계가 있으므로 결코 용이하지 않다. 특히 법률과 명령에 의하여 규정되는 내용이 점차 복잡다기하게 되고있는 만큼 더욱 곤란하다. 결국 수권의 내용, 목적 및 범위의 명확성여부의 판단은 사례별로 결정하지 않을 수 없다.

명확성조항의 해석에 관하여는 연방헌법재판소가 초기단계에서 다음과 같은 몇 가지 정식을 도출하였다. ①자기결정방식(Selbstentscheidungsformel)이라고 부르는 것으로서 “입법자는 일정한 문제가 규제되어야 하며 그러한 규제의 한계를 확정하고 그리고 규제가 어떠한 목적에 봉사할 것인가를 제시하여야 한다는 결정을 스스로 하지 않으면 안된다”라는 것이다. ②프로그램정식(Programmformel)이며, 그것은 “명령에 의하여 어떠한 프로그램이 달성되어야 하는가가 법률로써 명확히 정하여지지 않으면 안된다”라는 것이다. ③예견가능성정식(Vorhersehbarkeitsformel)이다. 그것은 “수권이 불확정하며 어떠한 사례에서 또한 어떠한 경향으로서 그것이 사용되고 있는가, 그리고 수권에 의거하여 발해지는 명령이 어떠한 내용을 가질 수 있는 가라는 점이 예견되지 않는 때에는 필요한 한정이 결여되어 있다”라는 것이다. 자기결정방식은 의회를 염두에 둔 것이며, 예견가능성정식은 특히 국민을 염두에 두는 것인데 대하여 프로그램정식은 행정기관에 대한 명령정립에의 수권의 명확성에 관한 관심을 고려한 것이라고 생각되나, 이들 3자는 상호 밀접한 관련성을 가진다고 할 수 있다.

연방헌법재판소는 수권법률이 명확성조항에 합치하고 있는가의 여부에 관하여 지금까지 상당수의 판결을 내리고 있으나, 초기단계에서는 위에 언급한 명확성조항의 해석에 관한 정식을 도출하여 상당히 엄격하게 해석하고 약반수의 법률을 이 명확성조항에 위반하는 것으로서 위헌판결을 내렸다. 그러나 1970년대 이후에는 위헌판결이 나오지 않고 있다. 그 이유는 명확성조항의 해석이 완화되었기 때문이다. 그 점은 제80조제1항의 제2명제인 “법률로써 위임된 권한의 내용, 목적 및 범위를 확정하여야 한다”라는 문언의 해석의 변천가운데 특징적으로 나타난다. 연방헌법재판소는 당초는 “원칙적으로 명시적으로 어떻든 이론의 여지가 없는 명백성으로서” 그 법률중에 규정되어 있지 않으면 안된다고 엄격히 해석하였으나, 서서히 후

퇴하여 간다. 수권의 내용, 목적 및 범위에 관한 규정 그 자체가 아니라 그 법률의 다른 규정에서부터 명확히 되면 족하다고 완화하여 해석하고 나아가서는 법률의 조문 가운데 명시적으로 규정될 필요는 없고 그 법률전체의 해석을 통하여 그것이 명확히 되면 족하다라고 확대하여 간다. 때로는 당해법률의 범주를 넘어서 다른 법률 또는 국제법인 조약에 비추어 의미를 연관시켜 명확성의 근거를 구하는 방향으로 일탈하고 있다. 이러한 명문의 헌법규정에 저촉하는 확장해석에 대하여는 시민이 그 법률의 수권에 의거하여 어떠한 내용의 명령이 발해지는가가 예측할 수 없다고 강력하게 비판 받고 있다.

연방헌법재판소는 이와 같이 명확성조항의 해석을 현저히 완화하였으나 최근에 이르러 통일적인 명확성의 기준을 추구하는 것을 단념하고 그에 대신하여 명확성의 기준에 단계를 부여하여 세분화하고 있는 경향을 나타내고 있다. 그 단계별 세분화의 기준은 제80조제1항과 기본법전체와의 관계로부터 발생한다. 즉 한편에서 명령에 의한 규제에 관련된 사항의 헌법적 가치 내지 지위의 중요성여하에 의하여, 환언하면 기본권에의 관련성을 기준으로 명확성의 정도를 세분화하는 것이다. 구체적으로는 일정한 특수한 기본권에 대한 규제는 명령이 아니라 오로지 형식적 법률에 의해서 행하여야 한다(의회유보 내지 법률유보). 그 이외의 영역에서는 문제가 되는 기본권의 중요성이 높아지면 높아질수록 요구되는 명확성의 기준은 엄격하며 수권의 내용, 목적 및 범위는 엄밀하게 규정되어야 한다. 그와는 반대로 기본권의 비본질적인 침해가 문제가 되는 경우에는 명확성의 기준은 완화된다. 다른 한편 수권의 내용, 목적 및 범위에 관하여 어디까지 엄격하게 규정하는 것이 가능한가라는 실제적·법기술적인 관점이 명확성의 단계를 설정하는데 중요하다.

구체적으로는 ①다양하고 급속한 경제적·사회적·기술적 변화에 대응하여 신속하게 법제정을 하는 것이 요구되나 의회의 입법절차로서는 그것을 실현할 수 없는 영역이 존재할 것 ②규제가 장소적, 시간적, 기술적으로 세분화되어 있어서 국가에게 본질적인 문제를 결정하여야 하는 의회에는 시간적 여유가 없을 것 ③법기술적인 이유에서 수권의 내용, 목적 및 범위에 관하여 의회가 엄밀히 규정할 수 있는 가라는 규범정립가능성의 문제가

명확성의 단계에 중요한 요인이 된다. 여하튼 오늘날에는 획일적이고 확정적인 기준이 되는 한계는 존재하지 않으므로 위임의 한계에 관한 이론을 구축하는데 이들 고찰은 대단히 참고가 된다.

### ○ 목적규정(目的規定)

목적규정이란 법령의 입법목적을 간명하게 요약한 문장으로서, 제명과 함께 그 법령의 목적을 명확히 하며 또한 그 법령규정의 운용·해석지침을 제시하는 역할을 한다. 이 의미에서 목적규정은 정의규정과 함께 이른바 법규적 해석의 기능을 거두는 규정이라고 할 수 있다. 여기에서 법규적 해석이란 법령의 규정의 의미를 그 법령 또는 다른 법령중에서 입법적으로 명확히 하는 것을 의미한다. 목적규정은 어느 정도 체계적인 내용을 가지며, 조문수가 많은 행정관계법령에서 설치하는 경우가 많으며, 명령에는 목적규정을 둘 필요성은 적다. 지방자치단체의 조례·규칙에 관해서도 그것이 결정적으로 체계적인 내용을 가지거나, 주민의 권리·의무에 중대한 영향을 미치는 경우 등에는 법률과 마찬가지로 목적규정을 두는 것이 적당하다.

목적규정을 쓰는 방법에 대하여는 특히 일정한 원리·원칙이란 것은 없으며, 각각의 법령에 따라 가장 적합하다고 생각되는 내용을 표현하면 된다. 목적규정은 단순히 그 목적만을 규정하는 것은 적고, “……함으로써……규정함을 목적으로 한다”라고 하여 우선 목적달성에 필요한 수단을 나열하고 그 후에 목적을 규정하는 경우가 많다. 이 경우 목적규정의 마지막 부분에서 일부 법령에서는 “정함을 목적으로”와 같이 표현방법을 약간 달리 사용하고 있는 사례도 있으나, “……규정함을 목적으로 한다”로 통일하여 사용한다. 통상의 목적규정은 그 법령의 입법목적을 간결하게 표현한 것으로서, 그 법령이 달성하고자 하는 목적을 이해하기 쉽게 함과 동시에 그 법령의 다른 조문의 해석에도 도움이 되도록 하려는 취지에서 두게 된다.

법령에 따라서는 목적규정에서 그 법령에 규정되어 있는 사항의 내용을 요약한 것을 표현하거나 입법목적이나 법령에서 규정하는 사항의 내용을 직접적으로 언급하지 아니하고 간접적으로 그 법령의 취지를 언급하는 경우가 있다. 이러한 것을 표현하고 있는 법령은 제1조에서 “목적”이라는 제

목을 붙이고 있으나, 그 실제적 내용을 볼 때 법령의 목적이라기 보다는 “취지”로서의 성격이 강하다고 할 수 있다. 이러한 입법취지적인 내용을 담은 목적규정을 두고 있는 법령은 주로 법률의 위임에 의거한 명령·규칙에 두는 경우가 많다. 명령이나 규칙은 이미 일정한 입법목적의 지닌 법률의 보충적 총목적의 것이므로 목적규정을 둘 필요성은 적기 때문이다. 취지적 성격을 가진 목적규정은 “이 법은 ○○에 관하여 필요한 사항을 규정함을 ……”이라고 하는 것이 일반적이다. “○○에 관해서는(○○에 규정한 것의 예는) 이 법이 정한 바에 의한다”라는 형식은 당해 법령이 규정하려는 사항에 관하여 달리 규정한 법령이 있음을 주의적으로 나타내기 위하여 사용하는 경우가 많다. 또한 이 방법은 당해 법령이 일반법 또는 특별법인 성질을 가진다는 실제적 의미, 즉 달리 특별한 규정이 없는 한 이 법령이 적용되거나 또는 어떤 사항에 관해서는 이 법령이 우선적으로 적용된다는 의미를 가지려 하는 경우에 사용된다. 목적규정과 관련하여 각종 공사·공단 등 공법인의 조직을 정할 것을 목적으로 하는 법률의 경우에는 그 법률에 의하여 설립되는 공법인의 설립목적 자체를 정하는 규정을 첫머리에 두는 것이 통례이다. 각종 공사·공단법에 있어서는 법인설립목적이 동시에 그 법률의 입법목적이기도 하기 때문에 그러한 형식을 취하고 있으나, 그 설립목적으로 언급된 사항에 의하여 그 법인의 권리능력이 제약되는 것이므로 이 경우의 목적규정은 그러한 의미에서 통상의 목적규정과 약간 다른 실질적 의의를 가진다.

### ○ 벌칙규정(罰則規定)

벌칙이란 어떤 법령에 규정하는 의무에 대한 위반이 있는 경우에 그 위반자에 상당한 벌이 부과될 수 있음을 예고함과 아울러 현실적으로 그러한 위반이 발생한 경우에는 그 위반자에게 그 예정된 벌을 과하는 취지를 정하는 규정을 말한다. 또한 그것은 법령의 실효성을 담보하는 수단으로서 설치한다. 법령의 실제규정에 있어서 일정한 작위 또는 부작위의 의무를 부과한 경우에 위반이 있을 때 그 상태가 방치된다면 법령의 실효성을 확보할 수 없으며, 나아가 그 법령에 대한 신뢰를 상실케하고 국민의 준법정

신에 악영향을 미치는 등 여러가지의 폐단이 발생할 가능성이 있다. 그 때문에 법령에 있어서 별칙규정을 두어 법령의 의무에 위반하는 상태가 발생하지 않게 예방적인 효과를 거둘 수 있으며, 동시에 현실로 그러한 상태가 발생한 경우에는 예정된 제재를 가하는 것이다. 법규범의 특질 중 하나로서 국가기관의 공권력에 의해서 강제력으로 실현하는 것을 지적할 수 있으나, 법적 강제의 하나의 지주가 별칙규정과 그 적용인 것이다.

법령을 입안하는데 있어서는 별칙의 요부가 신중하게 검토되어야 하나, 권리·이익을 특정인에게 부여하거나 그것을 특정인으로부터 박탈하는 능력규정에 관해서는 원칙으로 별칙을 둘 필요는 없다. 이에 대하여 일정한 작위 또는 부작위를 명하는 규정에 관하여는 별칙의 필요성의 유무에 대해 검토를 요한다. 형벌권의 행사는 국민의 자유와 권리의 제한 가운데 가장 엄격한 것의 하나이며, 형벌 또는 질서벌로서의 과태료는 국민의 신체의 자유를 제한 또는 재산권의 침해를 그 내용으로 하는 것이므로 법령의 실체규정에서 작위 또는 부작위를 명하는 경우에 있어서도 항상 그에 대응하는 별칙을 반드시 두어야 할 것은 아니라는 데 주의를 요한다. 법령의 규정 목적에 따라 실체규정의 위반이 있는 경우에, 그 위반상태를 시정하기 위한 지시, 조치명령등에 관한 규정을 두며, 그것에 대한 위반이 있는 경우에 비로소 후자의 위반에 대해 별칙을 두어야 할 경우 또는 아무런 별칙을 두지 않고 규제를 받는 자의 도의적인 문제로서 그 준수를 기대하는 이른바 훈시규정으로서 규정을 두는 경우등 여러가지 경우가 있을 수 있으므로 별칙의 요부에 관해서는 모든 각도에서 신중히 검토할 필요가 있다. 별칙규정의 실효성을 확보하고 충분한 기능을 거둘 수 있게 하기 위해서는 다음의 사항에 유의하여야 한다.

① 별칙을 두는 경우에는 실행 가능한 규제책을 장기적인 시점에서 명확하게 규율하여야 한다. 따라서 제도의 필요성 및 법령의 실효성을 확보하기 위하여 유효하다고 생각되는 수단을 진지하게 검토하려는 자세가 필요하다. ② 규정하려는 별칙사항이 실제의 운용에서 충분한 기능을 발휘할 수 있도록 규제가 필요하다고 생각되는 사항에 관해서는 명확히 입법화하여야 한다. 불분명한 입법대도가 법령의 실현을 방해하는 결과를 초래한다는 점을 인식할 필요가 있다. ③ 별칙규정은 국민의 자유와 권리에 중대한 영향

을 미치므로 특히 행정법규에 벌칙을 규정하는 경우에는 금전적 부담에 의한 간접적 강제수단으로서 법령의 실효성을 확보할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 우리의 경우 법률 중에서 형벌규정이 거의 없을 정도로 행정형벌 과잉현상을 보이고 있다고 하고 그 원인을 형벌을 의무이행확보수단으로 사용하려고 하는 입법자의 안이한 태도에 있다고 지적하는 견해에 대해서도 주의를 기울여야 할 것이다.

우리 헌법재판소에서도 “원래 행정형벌제도는 원칙적으로 행정명령에 대한 의무확보수단으로서 최후적·보충적인 것이어야 한다. 즉 행정명령불이행에 대하여 형벌을 과함은 불가피한 경우에 한하여야 한다. 그런데도 오늘날 미확정인 행정명령위반의 경우에 있어서까지 형벌이 다른 의무이행확보수단과 중복 내지 병렬적 수단으로 되어 있고, 현행 각행정법규에 있어서 행정명령위반의 제재방법으로 거의 모두가 형벌을 채택하고 있어서 형벌법규과잉현상을 보이고 있다. 행정상의 의무이행확보라면 행정목적실현을 위한 것이므로 그 제재수단도 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서벌 등의 수단이어야 할 것이다. 여기에서 세계각국의 입법례는 행정명령위반에 대하여 탈형벌화 경향으로 나가고 있다. 우리도 현행 행정법규상의 형사처벌규정은 대폭 정비·개선되어야 한다고 널리 주장되고 있는 것이 현실이다. 그러한 정비·개선의 방향으로 행정형벌로서의 단기자유형과 벌금을 원칙적으로 행정질서벌로 전환하는 것이, 처벌법규는 절차면에서 만이 아니라 실제면에서도 합리성과 정당성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙에 적합할 것이다”라고 지적하고 있다.

벌칙규정의 배열은 법령이 장·절로 구분되어 있을 경우에는 특별한 사유가 없는 한 보칙사항 다음, 즉 본칙으로서는 말미에 배열한다. 벌칙수가 적을 경우에는 보칙의 장 속에 포함시키거나 실체규정의 장 속에 포함시킬 수 있으나 바람직한 입법례라고는 할 수 없다. 법령이 장·절로 구분되어 있지 않을 경우에는 실체규정과 보칙규정을 전부 배열한 다음에 배치하며, 벌칙조항 상호간에는 법정형이 무거운 것부터 순차로 배열하고, 만약 같은 벌칙조항에서 둘 이상의 실체규정을 인용하는 경우에는 조명이 빠른 것부터 배열한다. 양벌규정은 벌칙규정 뒤에 배열하며, 과태료에 관한 규정은 형벌규정 다음에(양벌규정이 있을 경우에는 그 다음에) 배열한다.

## ○ 법규명령과 행정규칙(法規命令과 行政規則)

법규명령과 행정규칙은 행정기관이 정립하는 명령이라는 점에서 공통하나, 법규명령이란 법령상의 수권에 근거하여 행정권이 정립하는 규범으로서 국민과의 관계에서 일반적인 구속력 있는 규범이라고 하며, 행정명령 내지 행정규칙은 행정조직내부 또는 특별한 공법상의 법률관계내부에서 그 조직과 활동을 규율하는 일반적 추상적 명령으로서 법규적 성질을 가지지 아니한 것을 의미한다. 양자는 ①수권의 여부면에서 법규명령은 반드시 헌법, 법률 또는 상위명령의 근거가 있어야 하나 행정규칙은 법령상의 근거 없이 행정기관이 내부적 규범으로서 당연히 발할 수 있다는 점 ②법규명령은 국민의 권리의무와 관계 있는 사항도 그 대상으로 할 수 있으나, 행정규칙은 국민의 권리의무와 직접 관계없는 사항을 그 대상으로 한다는 점 ③법규명령은 대국민적 구속력이 있는 법규의 성질을 가지므로 재판규범성이 있는데 반하여, 행정규칙은 행정기관내부에서만 효력이 있으므로 법규의 성질을 가지지 않는다는 점 ④법정립절차면에서도 법규명령의 제개정은 행정절차법에서 일정한 경우 입법예고를 거치는 등 입법참여권을 보장하고 있으나, 행정규칙의 제개정에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 않고, 법규명령은 행정내부적 통제절차를 거쳐 관보에 공포하여야 효력이 발생하는데 반하여 행정규칙은 조직법상의 권한자가 발하게 된다는 점등에서 구별되고 있다.

그러나 양자의 구별은 상대적이며, 법규명령과 행정규칙이라는 용어가 단일의 개념형상으로 파악되기보다는 다층적인 개념이므로 이분법적인 사고로 획일적으로 성격규정하는 것은 바람직하지 않다는 지적도 있다. 실제로도 행정규칙의 형식에 대외적인 구속력이 인정되는 규율이 포함되기도 하고, 상위법령에서 행정규칙에 수권을 하는 경우도 있으며 법규명령의 형식이지만 상위법의 수권이 없고 독자적으로 제정되기도 하며 또한 행정기관 내부에만 효력이 있는 규율이 법령에 정하여 지는 경우가 있다. 그리하여 학설·판례 등에서도 이를 둘러싸고 활발한 논의가 진행되고 있으나, 명확한 해결점에 도달하지는 않고 있는 실정이다. 법제실무적인 면에서는 어떤 법규정이 법규명령 또는 행정규칙인가를 구분하기 위해서는 법적 명확성을 위하여 형식적 기준에 입각하여 법규명령의 법형식인 대통령령·총

리령·부령으로 발령된 법규정은 그 내용에 관계없이 법규명령으로 보고, 이른바 법규명령의 형식으로 제정된 행정처분의 기준도 그 것이 대통령 또는 부령이건 이를 전부 법규명령으로 보고 법규명령으로서의 효력을 인정하는 것이 타당하다고 한다. 아울러 행정규칙형식의 법규명령 역시 형식적 기준에 따라 행정규칙으로 보되, 직접적인 대외적 효력이 인정되는 법률보충규칙으로 보면 된다는 지적도 있다.

결국 어떠한 내용을 법규명령으로 제정할 것인지 아니면 행정규칙으로 제정할 것인지에 대하여는 명백한 기준이 설정되어 있지는 않다. 아울러 실정법상으로도 헌법, 법률 또는 법규명령에서 명확한 근거를 찾아볼 수 없으며, 기타 헌법의 기본원리에서도 도출되지 않고 있다. 이와 같이 헌법, 법률 또는 법규명령에서 명확하게 근거를 찾을 수 없다면 이는 결국 행정의 시원적인 권한에서, 즉 기능적 권력분립의 원칙에 따라 행정규칙으로 제정되어야 하는 사항을 도출할 수 있는 방안을 모색할 수밖에 없다. 물론 권력분립의 원칙상 법률이나 행정규칙, 즉 위임명령의 경우에는 법률에서 구체적으로 위임을 받은 범위내에서 행정규칙을 제정할 수 있는 범위가 부여되어 있고, 집행명령의 경우에는 법률의 위임 없이도 집행에 관한 사항을 규정할 수 있다. 헌법 제75조와 제95조에서 법규명령을 제정할 수 있는 규정을 제시한 점은 일차적으로는 법규명령의 제정범위와 한계를 명확히 하고 있는 점도 있으나, 다른 한편으로는 법률의 집행권을 가지는 행정부의 법규명령 제정권을 헌법적으로 명백하게 보장하고 있다고도 할 수 있다. 이는 바로 행정부도 기능적 권력분립의 원칙상 고유한 법규명령제정권이 허용된다는 것을 의미한다.

그러나 그렇다고 하여 행정규칙으로 제정할 수 있는 사안이 특별히 정하여져 있다고는 단정할 수 없다. 그렇다면 행정권의 고유한 권한은 행정규칙을 독자적으로 정할 수 있다는 측면보다는 오히려 법률의 집행을 위하여 법규명령을 제정할 수 있는 권한에 있다고 할 수 있다. 이는 특히 의원내각제의 권력구조를 채택하고 있는 헌법질서하에서의 행정부의 권한과는 달리 직접적인 민주적 정당성을 밀도있게 가지고 있는 대통령제하의 행정부에서는 어떠한 규율의 내용을 행정규칙으로 하고 어떠한 내용을 법규명령으로 하는가는 규범제정권자인 행정각부의 장관의 독자적인 판단에 있다



고 할 수 있다. 그렇다면 행정각부장관이 법규명령으로 즉, 시행규칙으로 행정규칙으로도 제정할 수 있는 내용을 규정하였다고 하더라도 이는 구속력이 있는 법규범으로서 대외적으로 효력을 가지고, 법원도 이에 구속되어야 한다고 할 수 있다.

**【참조】** 대통령령·총리령·부령(大統領令·總理令·部令)

### ○ 법령용어정비기준(法令用語整備基準)

법령용어는 입법기술의 일환으로서 사용되는 것이므로 그것이 지니는 기술성에 충분히 유의하여야 한다. 또한 기술은 그 자체 고유한 가치를 지니는 것이 아니라 일정한 목적에 봉사하는데 그 존재의의가 있음을 인식하여야 한다. 법령용어의 사용은 법문을 정확하게 작성하기 위하여 행하여지는 것이므로 그것을 지나치게 사용하는 것은 무의미하며 유해하다. 법령용어를 사용하지 않고 국민일반에게 적절하게 표현이 될 수 있는 용어가 있다면 그것을 사용하는 것이 바람직하다. 그리고 법령용어의 의의는 법학에서 일정한 관용이 확립되어 있는 경우에는 그 의의를 살려 사용되는 것이 바람직하다. 법령용어는 가능한 한 일반적으로 사용되고 있는 의미로서 사용할 것이 요망된다. 법령용어가 본래 특수한 법령상의 용어인 이상 상당히 난해한 문제는 있으나, 보편적인 용법에서 현저히 거리가 먼 것은 오해의 원인이 되므로 가능한 한 사회일반에서 사용되는 용법과 차이가 나지 않도록 하는 노력이 필요하다. 그러나 거꾸로 사회일반인에게는 마찬가지로 의미로 사용되고 있는 용어를 법령용어의 기술성에서 각각 별도의 의미로 사용하지 않을 수 없는 것이 있으므로 이 경우에는 그 일반에 대해 취지를 주지시킬 필요가 있다. 결국 법령용어의 사용에 있어서는 동일취지의 표현을 하기 위하여 특별한 용어를 사용하지 않을 것이 요구되며, 또한 어떻게 하면 법령의 목적·취지를 표현하기 위하여 가장 적절한 것이며 정확한 표현이 되는가에 관해 항상 배려를 하면서 용어를 선택할 것인가를 인식하여야 한다.

대한민국정부수립 이후부터 꾸준히 법제처가 중심이 되어 과거의 일본 법령의 영향하에 적용되던 법령을 총정리할 때에 법령용어도 많이 정비한 바 있고, 또한 1969년 법령의 한글화 작업으로 대통령령과 부령을 모두 한글로 표기하도록 하여 쉬운 법령용어로 바꾸어 쓰기등 많은 실적을 쌓았

다. 법제처에서는 법령문을 정확하게 표현하기 위하여 1983년 4월 “법령용어순화정비기준”을 제정하여 법령용어의 순화정비업무의 지침으로 관계부처에 통보하였다. 법령용어순화정비기준은 종전의 법령정비 및 한글화 추진이 대부분 일본식 표현을 바꾸거나 한자용어의 한글화 등 형식적인 면을 중요시 하였으나 새로 제정된 정비기준은 법령용어를 될 수 있는 한 쉬운말로 쓰고, 명확히 표현하여야 한다는 원칙아래 다음과 같이 구체적인 기준을 설정하였다는 데에 그 의미가 크다.

1. 한자용어는 가능한 한 한글용어로 풀어쓴다. 그러나 한글로 풀어쓰므로써 오히려 그 뜻을 이해하기 어려운 경우에는 그대로 쓴다.
2. 일상생활공용용어는 중등교육을 받은 정도의 사람이면 누구나 그 뜻을 쉽게 이해할 수 있도록 어려운 용어는 가능한 한 쉬운 용어로 바꾸어 쓴다.
3. 권위적이거나 비민주적인 용어와 국민감정이나 시대성에 맞지 아니하는 용어는 다른 말로 바꾸어 쓴다.
4. 표현이 너무 간단하여 알기 어려운 용어 또는 간략하게 쓴 약어는 가능한 한 알맞게 풀어 쓴다.
5. 발음이 같고 뜻이 다른 용어는 가능한 한 서로 혼동되지 아니하도록 다른 적절한 말로 바꾸어 쓴다.
6. 같은 용어라도 쓰는 곳에 따라 뜻이 달라지는 용어는 가능한 한 그 뜻이 명백해지도록 다른 말로 바꾸어 쓴다.
7. 고유명사나 학술·기술분야의 전문용어로서 우리의 언어감정에 맞지 아니하는 것은 관계부처 또는 관계전문가의 의견을 들어 이에 맞는 적절한 용어로 바꾸어 쓴다.
8. 외래어는 가능한 한 쓰지 아니한다. 그러나 바꾸어 쓸 적절한 우리말 용어가 없는 것은 그대로 쓴다.
9. 문화관광부 기타 각부처에서 추진하는 국어순화운동에 의하여 결정된 용어는 검토를 거쳐 특별한 사유가 없는 한 그대로 쓴다.

**【참조】 법령용자(法令用字)**

○ **법령용자(法令用字)**

용자란 문장에 사용하는 문자 및 부호를 말한다. 법령의 용자로서 통상 사용되는 문자는 각국의 고유한 문자로 표현되며, 우리 법령에 있어서의 용자는 “한글”을 전용한다. 이와 관련하여 “한글전용에관한법률”은 “대한민국의 공용문서는 한글로 쓴다. 다만, 얼마동안 필요한 때에는 한자를 병용

할 수 있다”라고 규정하는 한편, “사무관리규정” 제10조는 “문서는 쉽고 간명하게 한글로 작성하되, 올바른 뜻의 전달을 위하여 필요한 경우에는 괄호안에 한자 기타 외국어를 넣어 쓸 수 있으며, 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 한글맞춤법에 따라 가로로 쓴다”라고 규정하고 있다. 그러나 엄격하게 법적으로 보면 대통령령인 사무관리규정만으로는 법률의 용어를 기속할 수 없다고 할 수 있으므로 법률에 대해서는 한글전용에 관한 법률의 적용을 받아 필요한 때에는 한자를 병용할 수 있다고 보아야 한다. 그리고 법률제목의 경우에도 일반적인 국·한문혼용원칙에 따라 국·한문을 혼용하며, 한글로 된 법률을 인용할 때에는 한글로 된 법률은 한글 그대로 인용한다.

법령의 한자사용의 범위에 관해서는 특별한 원칙이 없으나, 법령중에는 법률분야이외의 각종 전문적·학술적 분야의 전문어도 상당한 정도로 필연적으로 나오게 되므로 이러한 다른 분야에서도 전문적으로 사용되는 한자어를 전혀 무시하고 법문을 작성할 수도 없기 때문에 법령을 순수한 한글로 쓰는데에는 어느 정도 한계가 있다. 그리하여 법제처에서는 법령용어정비에 있어서도 이미 제정된 용어(한자용어)를 한글로 풀어서 바꾸는 번잡을 피하고 한글의 사용범위를 대폭 확대하는 방안으로서, 애당초 법률의 제정·개정과정에서 부터 한글·한자사용기준을 정하고 이에 따라 표기하도록 권장하기 위하여 1988년 8월 “법령제정과정에서의 용어·용자사용기준”을 마련하여 국회등 실무부서와 정부 각 부처에 배포한 바 있다. 이 기준을 마련하는데 있어서는 한글전용에 관한 법률과 사무관리규정 및 동 시행규칙을 사용기준의 근거법규로 하여 용어·용자의 사용원칙을 제시하는 한편 국회와 협의하여 확정된 “법령에 있어서의 한글·한자사용기준”을 정하여 구체적으로 한자용어 411건, 한자 805자를 예시하여 이를 반드시 한글로 표기하도록 하였다. 아울러 법제처에서는 그 외에도 ①법령을 한글사용원칙에 따라 가급적 한글로 쓴다. 다만 한글로 표기할 경우 뜻이 혼용될 우려가 있는 용어는 한자로 쓸 수 있다. ②어떠한 경우에도 하나의 법령에서는 한자혼용기준이 통일되어야 한다. ③복합어는 모두를 한자 또는 한글로 쓴다. ④중간점으로 연결되는 경우에는 일반혼용원칙에 따라 혼용한다. ⑤법령용어의 한자·한글표기는 명백한 잘못이 없는 한 제안자의 의도에

따르기로 하고, 심의과정에서는 바꾸지 아니하기로 한다등의 기준을 설정하고 있다.

### ○ 법령의 개정·폐지방식(法令의 改正·廢止方式)

법령의 개정·폐지의 방식은 일부개정, 전부개정, 폐지·대체방식이 있다. 어느 법령을 일부개정 또는 전부개정할 것인가, 폐지·대체할 것인가라는 문제는 보편적으로 간단한 문제라고 볼 수 있으나 특수한 경우에는 그 선택이 간단하지 않은 경우도 있다. 현행법을 개정하고자 할 때에는 보통은 일부개정방식으로 하는 것이 상례이지만 ①개정되는 조문이 기존조문의 3분의 2이상을 차지하는 경우, ②제정된 후 장기간이 경과되어 법문에 나타난 용어와 규제의 태도가 전체적으로 보아 현실과 맞지 아니하고 수차의 개정을 거듭한 결과로서 삭제된 조항과 가지번호의 조·호가 많아 새로운 체제로 정비할 필요가 있는 경우, ③법령의 핵심적 부분을 근본적으로 개정함과 아울러 상당한 부분에 걸쳐 이와 관련된 사항을 정비할 필요가 있는 경우 등에는 전부개정방식을 취하는 것이 합리적이다. 또한 법령의 전부개정방식과 기존법령에 갈음하는 새로운 법령을 제정하면서 폐지·대체하는 방식은 그 효과에 있어서 큰 차이가 없어서 서로 혼용되어 왔으나, ①기존법령과 신법령간의 제도상의 동질성을 강조할 필요가 있을 때에는 전부개정방식을 원칙으로 하고, 제도 그 자체가 신규양법령간에 전면적 또는 본질적으로 변형되는 경우에는 폐지·대체방식을 취하며 ②전면개정 경우 법령의 제명이 바뀔 때에는 폐지·대체방식을 취하는 것이 바람직하다.

법령을 일부개정하는 방식에는 크게 두 가지의 방식이 있다. 그 하나는 이른바 증보방식과 다른 하나는 이미 있는 조항을 수정 또는 삭제하거나 새로운 조항을 삽입하는 방식이다. 증보방식은 당초 제정된 법령을 그대로 둔 채 개정조항만을 추가하는 것이므로 당초의 법령과 증보조항이 추가되어 현행의 적용법령을 형성한다. 이 경우에는 어떤 법령의 일부를 수정변경하는 법령은 그 성립 후에도 기존의 법령에 흡수되지 않고 그대로의 모습으로 존속하며, 기존의 법령과 함께 현행법령으로서의 적용이 행해지는 방식이며 현행법령이 어떻게 되어 있는가는 당초의 법령과 증보하는 법령

의 전부를 조망할 수 있다. 이에 대하여 후자의 방식은 당초 제정된 법령에 관하여 일부개정이 행하여지고, 일부개정법령의 시행에 의해 그 내용이 당초의 조문 가운데 흡수되어 행하여지므로 당초의 조문의 수정을 행하는 방식이다. 이 경우에는 법령집의 가제가 시의적절하게 행하여진다면 법령집에 등재되어 있는 법령을 살펴봄으로써 현행법령을 확인할 수 있다.

두 가지 방식을 비교하는 경우 법령의 검색의 편리, 법령의 규율을 받는 국민의 이해도의 관점에서 본다면 후자의 방식을 취하는 것이 바람직하다. 현재 우리나라에서도 법령의 일부개정의 방식은 후자를 취하고 있다. 그런데 법령의 일부를 개정하는 법령은 당해 일부개정법령의 부칙부분을 제외하고, 당해 일부개정법령의 시행에 따라 그 내용이 기존법령에 흡수되게 되어 일부개정법령은 그 사명을 다하게 된다. 따라서 일부개정법령의 시행 후는 그 본칙에 관해 개정을 하는 것은 불가능하다. 이에 대해 일부개정법령의 부칙부분에 관해서는 일부개정법령의 시행후의 사정변경등에 의해서 필요한 경우에는 그 일부를 개정하는 것이 인정된다. 이와 같이 일부개정법령의 부칙은 기존의 법령에 대해 일종의 독립성을 가지고 있으나, 그 독립성은 기존의 법령이 존재하는 한에 있어서이며, 기존의 법령이 폐지되는 경우에는 당해 법령의 일부개정법령의 부칙은 특별한 경과조치가 강구되지 않는 한 기존 법령과 함께 폐지된다.

법령의 일부개정에는 크게 두 가지 유형이 존재한다. 즉, 본칙에 의한 개정과 부칙에 의한 개정이 그것이다. 본칙에 의한 개정도 하나의 개정법령으로 하나의 법령을 개정하는 경우와 하나의 일부개정법령으로 2개이상의 법령을 개정하는 경우가 있다. 일반적으로 기존법령의 일부개정은 일부개정법령의 본칙에서 행한다. 이 경우 하나의 일부개정법령으로 하나의 법령을 개정하는 경우가 대부분을 차지하나, 일정한 개정동기(개정원인)하에 하나의 일부개정법령으로 2개이상의 법령을 개정할 필요가 있는 경우도 있다. 또한 부칙에 의한 개정방식도 제정법령 또는 일부개정법령의 부칙에서 기존의 법령의 일부를 개정할 수도 있다. 우선, 일부개정을 본칙을 할 것인가 아니면 부칙으로 할 것인가에 관해서는 원칙적으로 본칙에서 행하는 것이 타당하며, 부칙으로 행할 수 있는 경우에는 법령의 자구수정 내지 경미한 사항의 개정등 정리적 차원의 개정에 한정된다. 그리고 본칙에서 수개

의 법령을 개정할 경우에는 개정하려는 수개의 법령상호간에 관련성이 있어야 하며, 그 관련성의 범위는 개정되는 각 법령의 시행일이 동일하거나 서로 근접할 것외에 ①개정되는 각 법령이 규정하고 있는 대상이 동일 또는 동질적이고 개정되는 각 법령의 개정취지가 동일하거나, ②예산안과의 밀접한 관련하에 동일 또는 관련성이 깊은 정책을 일괄적으로 실시하기 위하여 관계법령을 개정할 필요가 있어야 한다. 법령의 일부개정에 있어서 개정규정을 성안함에 있어서는 법령내에서의 일관성유지를 위하여 가능한 개정되는 기존법령의 용어 및 체제를 따라야 하며, 법령의 제명은 바꾸지 않는 것을 원칙으로 한다.

특히 이와 관련하여 유의하여야 할 사항으로 ①법령의 일부개정에 있어서는 개정법령의 제명을 먼저 쓰고, 그 아래에 “○○법중 다음과 같이 개정한다”라는 표현의 개정문을 붙이며, 개정할 사항에 조를 두지 아니하고 개정대상 법령규정의 조문순서에 따라 개정할 사항을 쓴다. 다만, 예외적으로 하나의 개정법령에서 수개의 법률을 개정하거나 하나의 개정법령에서 동일조항을 시행일이 다르게 개정하는 경우에는 조문을 둔다. ②개정방식은 흡수개정방식을 채용하나, 일부개정법령의 부칙은 기존법령의 부칙에 흡수될 수 없으므로 계속 증보된다. ③일부개정법령안을 입안하여 국회에 제출할 때에는 개정내용을 쉽게 이해할 수 있도록 신·구조문대비표를 작성하여 첨부하도록 하고 있다.

법령중에는 그 유효기간이 규정되어 있는 것도 있으므로, 이러한 법령에 관하여는 그 기간의 도래와 동시에 자동적으로 실효되므로 폐지절차를 강구할 필요가 없음은 물론이다. 법령을 폐지하는 방식에는 ①새로이 당해 법령의 폐지를 위한 법령을 제정하는 방식과 ②새로이 개정 또는 제정하는 법령의 부칙에 폐지규정을 두는 방식이 있다. 폐지를 위한 법령을 제정하는 방식은 다른 법령의 제정·개정과는 관계없이 어느 법령을 폐지할 필요가 생긴 경우에 취하는 방식이다. 여기에서 다른 법률을 폐지하기 위하여 그 법률명을 인용할 때 법률호수까지 명시할 것인가에 대하여는 혼동이 없는 경우에만 법률호수를 생략한다. 법률호수를 인용할 경우 인용되는 법률의 호수는 폐지되는 법령의 제정호수(당해 법령이 전문개정된 적이 있는 경우에는 그 전문개정된 호수)를 표시한다. 부칙에서 폐지하는 방식은 어

는 법령이 제정되거나 개정되는 결과로서 기존의 법령을 폐지할 필요가 생긴 경우에 취하는 방식이다. 이 방식은 부칙 중 시행일에 관한 조항 다음에 조나 항을 두어 규정한다. 아울러 폐지되는 법률의 내용중 당분간 계속 효력이 존속할 필요가 있는 사항은 경과조치를 둔다.

### ○ 법령의 이해가능성(法令의 理解可能性)

법령은 일반적으로 이해가능한 것(Allgemeinverständlichkeit)이어야 하며, 단순하고 명확하게 일반인이 그 의미와 관념을 파악할 수 있도록 하여야 한다는 요청은 매우 오래되었으며 그리고 항상 새롭게 제기되고 있다. 법령은 일반적·대중적 요구에 의하면 이해 가능한 것이어야 한다는 점은 당연하나, 여기에서 누구에게 이해 가능한 것이어야 하는 가라는 문제가 제기된다. 이해가능성이라는 관념도 절대적인 것이 아닌 상대적 개념이기 때문에 법령에서 권리와 의무를 규정하는 경우 모든 사람에게 대하여 이해 가능한 것이어야 하는가 아니면 평균적 시민을 위하여 이해 가능한 것이어야 하는 가라는 점이 문제가 된다. 물론 법령용어에 대한 실제적 문제를 살펴보면 우선 법령은 문외한도 알 수 있는 것이 아니면 이해 가능한 것이라 할 수 없다. 그러나 문제를 다른 측면에서 검토하면 법령이란 법전문가에게 향하며 그들을 통하여 구체화되므로 법령을 직업적으로 사용하는 자에게 이해 가능한 것이면 되지 않는 가라는 점이다.

입법자가 법을 정립하는 경우 법령용어는 “입법자의 의지”의 표현이라고 할 수 있으나, 오늘날의 법령용어를 보면 입법자의 의지의 표현이라고 하기에는 매우 불명확하고 불충분한 점이 많다. 법적용자는 더 명확한 법령을 요구하며, 이에 따라 입법자는 가능한 한 사안을 명확하고 구체적으로 규율하려 한다. 어떤 법령에서 법적용자의 관점과 다른 용어를 사용하게 되면 그 법령은 불명확한 것이 되기 쉽다. 그 결과 때로는 법률을 적용하는 자에게 이해 가능한 표현을 사용하게 된다. 여기에 법령용어의 불충분성에 대한 실제적 문제가 있다. 즉 모든 자에 대한 이해가능성이 법령을 적용하는데 있어서 명확성, 확실성 및 간결성의 요청이 그것이다.

그러나 수범자에 대한 이해력, 즉 어떤 법령이 일반적으로 준수되기 위

해서는 법주체가 법령을 정식화하는데 있어서 권위적이어서는 아니된다. 국가의 법령은 실제적으로 “평이하고 친숙성”이 있어야 하며, 주석적인 성격을 가진 법령문은 일반국민에게 충분한 정보를 제공할 수 없으며, 재판이나 행정작용을 통한 법령의 구체화를 단념하는 것이다. 입법자는 그 표현에 즈음하여 법규범의 체계적 정리보다는 수범자가 법문의 내용을 올바르게 이해하고 있는가에 중점을 두어야 하며, 나아가 입법자 스스로 이해할 수 있어야 한다(자기이해성). 그러한 관점에서 법안을 작성하는데 있어서는 다음 사항을 유의하여야 한다.

첫째, 법안의 작성은 국가사회발전의 영향을 통하여 성취하려는 목표와 일치할 수 있게 가능한 한 명확하고 평이하게 표현하는 것을 지향하여야 한다. 그것은 법령용어의 판단의 척도를 이해가능성에 두어야 하는 것을 의미한다. 법안작성의 방법은 기대되는 법해석에 선행하여 “통상적이고 보편적”인 규율로 행해질 것을 고려하여야 한다. 입법담당공무원은 물론 법학자, 행정공무원, 법조인, 국가적 임무를 사적 또는 단체적으로 수행하는 모든 자는 전문적인 용어를 구사하지 않고 법적 척도를 평범한 일반인에게 적용되도록 유의하여야 한다. 특정한 자에게 적용되는 특별법도 법문을 작성하거나 적용하는데 있어서 그에 상응하여 정비하여야 한다. 아울러 입법자는 어떤 전문적인 표현과 법적 개념사용을 포기할 것이 아니라 신중하게 사용하는 것도 잊어서는 아니된다. 입법자는 법적 내용을 부가함에 있어서 전문적 지식을 사용하여 규율되는 요소, 법적 효과 등을 종합하여 검토하되, 특히 장황한 설명이나 다른 법령에 규정된 것을 반복함이 없이 이해할 수 있도록 하여야 한다. 결국 법령은 그 지배력을 전개하고 강제력을 실효성있게 하기 위해서는 간결하고 함축성있게 형성하여야 한다는 것이 첫번째의 유의사항이다.

둘째, 법문은 법소재에 관하여 문외한의 자라도 이해할 수 있도록 언어적 중재능력을 구비하여야 한다. 이러한 수범자에 유의하는 것은 법률의 일반적 이해가능성에 필요할 뿐만 아니라 명료하고 간결하고 함축성있는 법령을 위해서도 필요하다. 그것은 역시 전문적인 예비지식으로 이해하기 까다로운 법문을 친숙하게 정식화하고 복잡한 문제를 해결하여 통용될 수 있도록하는 언어전문가의 조정이 필요하다. 이와 비슷한 상황을 법률의 제



정자로서 국회의원에게도 적용할 수 있다. 입법부의 구성원이자 입법자이기도 한 그들은 법안의 심사시에 전문적인 해석과 반복된 법령용어를 사용하지 않고 간결하고 이해 가능한 법령용어를 사용할 것을 촉구할 수 있다. 이상을 종합하면 법령의 이해가능성이 의미있는 것이 되기 위해서는 그 규율에 구속되는 시민뿐만 아니라, 법안의 내용을 심사하고 조정하는데 있어서 법률의 결정에 책임있는 의원도 법적 척도로 고려하여야 한다. 낙관적인 조정력을 가지고 법령의 일반적 이해가능성에 도달하려 해서는 아니되며, 규범내용의 명확성, 간결성, 함축성있는 법안의 작성과 조정에 많은 의지와 노력을 기울여야 한다. 즉, 법령의 일반적 이해가능성을 위해서는 법적 내용이 가급적 드러내지 않아야 하며 전문적 표현과 법개념의 적용이 완화되어야 하고, 엄격한 조정력과 강제력이 적절하게 감소되어야 한다. 결국 법령은 법학자의 전문적 인식뿐 아니라 일반인의 법인식을 조화시켜 나가야 한다. 요컨대 법령의 내용을 명확하게 표현하는데 있어서 입법자는 법령문과 친밀하게 교류하여 수범자에게 본질적인 법내용을 알리는데 노력하여야 한다. 입법자는 법안의 작성에 몰두하는데 있어서 그 결정이나 계획에서 일반성의 인식을 지녀야 할 것이다. 그렇게 함으로써 법률은 일반적 이해가능성이라는 목표를 달성할 수 있으며, 법률의 효율성을 증대시킬 수 있다.

셋째, 이해하기 쉬운 법령이 되기 위해서는 그 법령의 규제를 받는 수범자의 관점에서 개념선택과 형식이 질적인 평가를 촉진하는 것이어야 한다. 즉 법실제적인 관계상 법문의 언어적인 개념, 의미와 내용이 수범자에게 친숙하고 개방된 것이어야 하며, 그러한 경우에만 법에 대한 인식의 획득을 향상시킬 수 있는 것이다. 아울러 법령의 입안에 있어서는 입안자는 법조문이 탈법행위의 여지가 없도록 하는 한편 법원의 위헌·위법심사에 견딜 수 있도록 하여야 한다. 법령의 이해가능성과 관련하여 최근 언어학의 발달에 따라 문장의 이해가능성의 문제와 관련하여 주목할만한 방법론적 발전을 가져오고 있다.

우선 법령의 이해성을 높이기 위해서는 의미론적(Semantik) 관점에서 용어의 의미내용을 검토하여야 한다. 의미론적 관점에서 이해가능성을 높이기 위한 기준을 마련하는 것은 실제적·법기술적인 표현과 일반언어적인

의미간의 상충, 법적·전문과학적으로 통용되는 개념과 일상언어적인 표현간의 상충, 내용적 명확성요청과 언어적 다의성 등의 상충으로 인하여 매우 어렵다. 실제적으로 의미에 적합한 개념을 선택하는 것은 임의적인 것이 아니라 어떤 사정을 직접적으로 고려한 것이라 할 수 있다. 어떤 개념적 내용이 포괄적이거나 상세한 것이라는 의미는 정신적 또는 정서적인 관점에서 모든 집단이 그것을 이해하고 그 단어가 습관적이며 비자의적이라는 것이다. 결국 의미론적 관점에서 이해가능성을 높이기 위해서는 상충되는 요청간의 공통분모를 모색하는 것이 가장 바람직하며, 그 공통분모란 정확성에 부응하는 것이라 할 수 있다. 의미론적 관점에서 언어의 정확성 요청이란 ①그 언어사용기준이 최상의 가능한 척도위에서 완전하게 형성되어야 하며, ②그 언어사용기준이 다수를 겨냥하여 가능한 한 상세하여야 하며, ③그 가능한 한의 상세함이 다수에게 객관적으로 인정되어야 하며, ④그 가능한 한의 상세함이 중립적인 사람에게도 인정되어야 한다. 결국 명확성과 추상성, 이해가능성과 정확성의 실제적 조화는 민주국가의 가치로서 단순성과 이해가능성중 어느 것을 우위에 둘 것인가라는 점과 관련하는 것이다.

그리고 문법론적(Grammatik) 관점에서 문장결합에 있어서 지시와 용례에 따라 단어가 올바르게 사용되고 있는가를 검토하여야 한다. 문법론적인 관점은 특히 법령문의 작성에 즈음하여 고려하여야 할 사항으로서 법령문의 이해가능성을 위해서는 표준발음법에 의한 용어를 사용하고, 수동형과 도치법의 빈번한 사용을 회피하여야 하며 지나친 명사화를 지양하여야 한다. 아울러 간접적인 화법을 구사하여 문장을 장문으로 하는 것보다는 직접적인 표현으로 법령문을 작성하는 것도 일반인에 대한 이해가능성을 높이는 중요한 요소라 할 수 있다.

마지막으로 문장론적(Syntax) 관점에서 문장구조가 제대로 배열되어 있는가를 검토하여야 한다. 문장론적인 관점에서 부사구문의 삽입, 동의어 반복 등으로 불필요하게 복잡하거나 장문인 문장은 문장론적으로 결함이 있다. 법령에 규정된 조치의 내용과 범위는 그 필요성을 감안하여 시의적절하게 규정되어야 하며, 때로는 집약된 상태로 간략하게 서술하거나 때로는 매우 상세하게 내용을 서술하여야 한다. 결국 복잡하거나 다의적이거나

산만한 문장구조는 이해가능성을 침해하는 치명적인 것이며 법령의 간결함의 요청에도 부합하지 않게 된다는 점을 인식할 필요가 있다. 법령은 장황한 설명문(Breitbandtexte)이 되어서는 아니되며, 전문적으로 작성될 때 유효한 것이 된다.

**【참조】 법령용어정비기준(法令用語整備基準)**

○ **법령입안심사기준(法令立案審査基準)**

입법자가 어떤 법령을 제정·개정 또는 폐지하려는 경우에는 이용가능한 경험적 자료와 경험칙을 진지하게 활용하여 적절한 입법설계의 기법을 적용하여야 한다. 이러한 제도화된 입법설계의 기법없이는 법령의 공공성을 확보할 수 없음은 물론 법령의 적절한 실효성도 기대할 수 없을 것이다. 즉, 제기된 과제를 체계적으로 정리하고 구체적으로 열거된 주제에 대하여 직접적으로 적용할 수 있는 입법을 위한 적용지침을 설정하여 법령을 정식화하고 입안할 것이 요구된다. 법령의 입안자가 어떠한 사안에 대하여 적절한 입법기술을 구사하여 일단 입법화되면 그것은 입안자의 수준에서 벗어나 객관적인 존재가 되며, 입안자의 의사는 참고가 되면서도 당해 법령 조문 그 자체에서 파악되는 의미, 내용에 의하여 해석, 운용되며 또한 그 적용을 받는 국민에게는 조문자체가 최종적인 행동의 근거가 된다. 따라서 입법기술을 구사하는 조문화의 작업은 대단히 중요한 것이라 할 수 있다. 이러한 법령의 형식, 구성 및 규정의 순서 등에 관한 입법기술의 적용지침에 대하여는 국가의 최고법인 헌법에서 선언적으로 입법형성에 즈음하여 준수하여야 할 기본원칙등을 선언하고 있으나 이를 명문으로 정하는 기준은 없으며, 다만 입법상 표현이 정확하고 이해하기 쉬워야 한다는 관점에서 다년간의 입법상의 경험을 통하여 저절로 일정한 기준이 형성되고 있으며 이것을 법령입안심사기준이라 한다.

성문법주의법제를 취하는 국가에서는 일반적으로 법령이 일정한 형식을 갖는데 필요한 기준 내지 지침을 마련하여 실제 법령입안시에 반드시 그에 따르고 있으며, 우리나라에서도 그동안 입법관행으로 되어왔던 것과 실무상 축적된 결과를 종합하여 입법에 즈음하여 적용되어야 할 하나의 지침

내지 척도로서 일정한 심사기준을 구비하고 있다. 그 가운데 특히 법제처에서 마련한 “법령입안심사기준”은 법안작성을 위한 주요일반준칙을 상세히 규정하여 입법작업에 매우 유용한 기준으로서 입법담당자에게 널리 활용되고 있다. 또한 법제처에서는 1995년 8월 법제업무의 원활한 수행을 도모하고 국가정책수행의 효율화와 국민의 권익신장에 기여하기 위하여 종전의 “법제업무운영규정”을 대통령령으로 제정(1995.8.10. 대통령령 제14748호)하면서 그 시행을 위하여 총리령 “법제업무운영규정시행규칙”(1999.11.30. 전문개정 총리령 제703호)을 제정하여 그 제2조에서 법령안의 입안심사기준을 세부적으로 마련하였다.

#### ○ 법령정비형 입법(法令整備型 立法)

정부제출 법률안을 입안의 동기 내지 목적을 가지고 분류하면, 법령의 형식이나 내용을 단순히 정비하거나 다른 정책의 실시에 수반하여 법령이나 법제도를 정비할 것이 필요하여 입안하는 경우가 있으며, 이를 법령정비형 입법이라 한다. 특히 국가의 기본법인 헌법시행 직후에 필요하게 되며 헌법의 실시에 수반하여 부적당한 규정내용을 정비하는 경우에 다수 입안된다. 이 외에 다른 법률의 제정·개폐에 수반하여 필요한 정비를 하는 경우도 있다. 또 법령의 형식적인 정비라기 보다는 운용상의 정비의 면이 강한 경우도 있다. 법률의 해석에 견해가 나누어지면서 행정, 사법상의 혼란을 초래하는 경우에 입법적으로 이를 해결하는 사례가 여기에 해당한다. 해석규정을 두거나 새로운 규정을 두거나 현재의 모순되는 조항을 삭제하는 경우 등 적절한 것을 채용한다. 또한 판결에 대응하여 조치하려는 경우도 정비의 범위에 포함된다. 전형적인 경우로는 위헌판결에 의거하여 법령을 개정하는 경우이며, 위헌판결에 반드시 한하지 않고 해석에 다툼의 여지가 있는 경우에 입법적으로 해결하는 경우도 있다. 이 해결에는 판결과는 반대의 입장에서 이를 명확히 하기 위한 입법을 하는 경우도 있으며, 정책의 정비적인 면보다도 적극적인 정책의 실시라는 면이 강조되는 것도 있다.

## ○ 법률개념(法律概念)

전통적인 법률관념에 의하면 법률의 개념을 형식적 법률개념과 실질적 법률개념으로 구분하고, “형식적 의미의 법률”이란 그 내용여하를 막론하고 의회에서 제정한 법형식을 말하고, “실질적 의미의 법률”이란 그 제정주체의 여하를 막론하고 그 내용의 여하 즉 일정한 내용을 가진 법규범을 의미한다. 따라서 이 양자는 경우에 따라서 일치할 때도 있으며 또한 경우에 따라서 일치하지 않을 때도 있다. 예컨대 예산안의 의결, 조약의 비준, 선전과 강화의 결단과 같은 것은 그것이 비록 법률의 형식을 띤다고 할지라도 그 내용이 법규가 아니므로 실질적 의미의 법률은 아니며, 이에 대하여 행정부에서 발하는 법규명령이나 자치단체의 조례 등은 그것이 입법권이의 기관에서 제정된 법형식이라는 의미에서 형식적 의미의 법률은 아니나, 법규범을 그 내용으로 하고 있다는 점에서 실질적 의미의 법률로 간주되는 것이다. 다만 실질적 의미의 법률개념에서는 그 법률의 실질로 간주되는 내용이 무엇인가를 둘러싸고 견해가 대립되고 있다.

첫째는, 실질적 법률이란 법규(Rechtssatz)를 그 내용으로 한 법규범이라는 견해이다. 여기에서 법규란 사회적 제한을 목적으로 하는, 즉 인격적 주체의 자유로운 영역을 제한하는 것을 그 목적으로 하는 법규범을 의미한다. 따라서 이러한 목적을 내용으로 하지 않는 것은 실질적 의미의 법률이 아니라 형식적 의미의 법률을 의미한다.

둘째, 자유와 재산을 그 내용으로 하는 것이 실질적 의미의 법률이라는 견해이다. 즉, 일반적으로 개인의 자유를 개별적으로 개인의 재산을 제한하는 것을 내용으로 하는 법규범이 실질적 의미의 법률이라는 것이다.

셋째, 추상적·일반적 법규정을 그 내용으로 하는 것을 실질적 의미의 법률이라고 보는 견해이다. 즉, 일반성과 추상성을 실질적 의미의 법률의 징표로 보고 이 징표에 의하여 입법과 기타의 국가작용을 구별한다. 실질적 의미의 법률개념은 19세기의 독일 입헌군주제에 있어서 군주의 집행권과 시민적 의회간의 권력분배에 있어서 개인의 자유와 재산의 규제는 의회의 법률로 하게 하고, 기타의 사항인 행정조직, 군대의 유지와 관리, 공무원의 복무규율 등과 같은 것은 군주의 권한으로 하려는 것이었다. 그러한 의미에서

이 실질적 법률개념은 입법권과 집행권의 권한한정(Kompetenzabgrenzung)을 위한 개념이라고 할 수 있으며, 또한 여기에서의 법률개념은 군주적 권력으로부터의 시민의 자유와 재산에 대한 보장을 의미하였다. 따라서 19세기에 있어서 독일에서는 모든 법규에 관하여 입법부의 의결을 요하며 집행부에게는 헌법에 의하여 특히 부여되거나 법률에 의하여 집행부에게 부여된 명령권만을 인정한다는 입장을 취하였던 것이다. 여기에서 명령이란 그 본질에 있어서 단순히 행정에게 부여된 법을 정립하는 규정으로서 이해되었다. 따라서 실질적 의미에 있어서 명령이란 이른바 행정명령에 불과하며, 그것은 국민의 영역, 본래의 권리영역에 관계하지 않고 그 발령은 특별한 수권을 필요로 하지 않는다. 이에 대하여 법규명령은 개인의 권리영역을 침해하며 동시에 법을 창설하는 법규는 본래 입법에 의해서만 발할 수 있는 것으로서 법률에 의한 위임이 있어야 하는 것으로 되었다. 그리하여 입헌주의시대의 법규개념은 행정기관의 일반적 지시, 처분은 전부 법률의 근거를 요한다는 원칙과의 관련에서 무제한적으로 통용되게 되었던 것이다. 또한 그것은 자유로운 시민계급에게 부여된 권리, 즉 입법권의 우위를 획득시켜 명령을 법률에 종속시키는 것을 가능케 하였다.

우리 헌법 제40조의 입법이란 무엇인가를 둘러싸고 학설은 전통적인 입법·법률의 이중개념에 대응하여 이를 형식적 의미의 입법, 즉 형식적 의미의 법률의 정립이라고 이해하는 입장과 실질적 의미의 입법, 즉 실질적 의미의 법률의 정립이라고 이해하는 입장으로 나누어지고 있다. 형식적 법률설에 의하면 형식적 법률이란 그 형식에 착안한 개념이며 내용여하를 불문하고 국회가 소정의 절차에 따라 제정하는 국법의 한 형식으로서의 법률을 지칭하며, 제40조의 입법은 이러한 형식적 법률을 정립하는 작용이라고 한다. 다른 한편 실질적 법률설에 의하면 제40조의 입법은 일정한 내용 또는 성질을 지닌 성문법규범을 정립하는 작용이라고 한다. 실질적 법률은 법형식의 여하를 불문하고 내용 또는 성질에 착안한 개념이라 할 수 있으며, 여기에는 실질적 법률이라 하더라도 그것을 법규로서 이해하는 입장과 일반적·추상적 법규범으로 이해하는 입장이 있다. 전자는 실질적 법률을 법규, 즉 국민의 권리의무 내지 국가와 국민간의 관계에 관한 법규범으로 파악한다. 후자는 실질적 법률을 일반적 법규범, 즉 불특정다수인에

대하여 불특정다수의 경우 내지 사건에 적용되는 법규범으로 파악한다. 이 견해는 국민의 권리의무와의 관련성이라는 관점에서 구성되는 법규개념으로부터 벗어나 국회의 입법권한에 속하는 사항적 한정을 취급하는 결과, 헌법이 허용하는 범위내에서 모든 사항을 국회에 의한 입법의 대상으로 하는 것을 가능케 한다.

○ 법률대위명령(gesetzvertretende Rechtsverordnung)

독일에 있어서 행정입법인 명령은 그 법률에 대한 관계에서 법률대위명령과 법률종속명령(gesetzabhängige Rechtsverordnung)으로 나눈다. 전자는 그 수권법이 충분한 실질적 규정을 포함하지 않고 수임자에게 이 규정을 행할 권한을 위임하고 있으며 법률과 동등한 지위와 효력을 가진다. 법률대위명령은 법률의 우위의 원칙에 저촉하는 것으로서 인정되지 않는다. 다만 현행 독일기본법에서는 기본법의 붕괴를 방지하고 향후 법률의 우위를 담보하기 위하여 한정된 경우에 그 예외를 인정하고 있다. 즉, 제115k조제1항에서 방위사태의 경우에 제정된 법규명령은 그 적용기간중에 그에 저촉되는 법의 적용을 배제할 수 있도록 규정하고 있으며, 제119조에서 망명자와 피추방자의 업무수행을 위하여 연방법률의 규정이 마련될 때까지 연방정부가 법률의 효력을 가지는 명령을 제정할 수 있도록 한 규정이 그것이다. 법률종속명령은 근거법이 완전한 실질적 규정을 포함하고 있으며 법률과 같은 지위를 가지는 것이 아니라 법률에 종속하는 것을 말한다. 기본법은 상위의 법령에 저촉하거나 이를 폐지 또는 변경하는 명령을 발하는 위임은 인정하지 아니하며, 법률의 효력을 가지는 명령을 발하는 위임은 원칙적으로 인정하지 아니한다.

【참조】 법률변경명령(gesetzesändernde Rechtsverordnung)

○ 법률명령(Ordonnance)

프랑스헌법 제38조제1항에서는 “정부는 그 강령을 실시하기 위하여 일정기간에 대해 통상 법률의 소관사항에 속하는 조치를 법률명령으로서 정

하는 승인을 국회에 요구할 수 있다”고 하여 법률명령제도를 규정하고 있다. 프랑스에 있어서 Ordonnance라는 용어는 특별한 의미를 지니고 있으며, 이 명칭은 제5공화국헌법에서 처음으로 등장한 것이 아니라 매우 오랜 역사를 가지고 있다. 그것은 멀리 구체제하의 절대군주하에서 국왕의 법적인 행위로 사용되었다. 이 시기에 Ordonnance는 물론 위임입법의 의미가 아니라 군주가 그 고유한 규칙제정권에 의거하여 제정하는 왕령을 지칭하는 용어였다. 그 후 프랑스혁명의 발발과 더불어 이 용어는 소멸되었으나, 1814년의 헌법에 다시 채용되기에 이르렀다. 1830년 7월 혁명후에 제정된 8월 14일헌법에서도 Ordonnance라는 명칭이 사용되었다. 다만 그 법적 성격은 혁명을 거치면서 약간 변경되어 국왕은 법률의 집행에 필요한 명령, Ordonnance를 제정하나 법률의 집행을 정지 또는 지연시킬 수 없다라고 하였다. 여기서는 국왕의 Ordonnance는 법률에 종속하는 지위로 전락하고 법률을 개정할 수 없으며 다만 법률의 집행을 담당하는 명령에 불과하였다.

전제군주기를 제외하고 공화제체제하에서는 Ordonnance라는 명칭은 전혀 그 모습이 나타나지 않았다. 이 명칭이 다시 등장한 것은 제2차대전 중 드골의 자유프랑스정부가 제정하는 명령에서 나타났다. 1940년 10월 27일 자유프랑스정부의 수반이었던 드골은 프랑스국민의 이름으로 전시하의 공권력의 조직을 대상으로 하는 Ordonnance를 발하였다. 그러나 종전후 프랑스가 정상적인 지위를 회복하면서 이 임시정부의 명령을 지칭하는 Ordonnance의 명칭도 소멸하였다. 이러한 오랜 역사적 과정을 거치면서 현재 제5공화국헌법에서 위임입법의 법형식으로서 Ordonnance가 등장하게 된 것이다. 즉, 그것은 헌법에 의한 수권, 의회에 의한 수권 또는 국민에 의한 수권에 의거하여 법률사항에 개입하여 법률을 개폐할 수 있는 행위이며 국가원수의 정치적 의견을 실제에 반영하는 조치라고 할 수 있다.

법률명령은 의회의 입법영역에 속하는 사항을 정부가 의회의 위임에 의거하여 제정하는 명령이라는 점에서 그러한 위임입법이 행해지기 위해서는 다양한 요건이 헌법상 요청되고 있다. 즉, ①의회에 수권이 정부에 부여되어야 한다. ②제안권은 정부에 속하며 의회 스스로 법률사항에 관한 권한



을 위임하는 수권법(loi d'habilitation)을 발의할 수 없다. ③수권기간은 무한정일 수는 없으며 반드시 일정기간을 수권법에 명시하여야 한다. ④위임의 대상사항을 규정하여야 한다. ⑤법률명령의 제정에서는 정부는 사전에 국사원의 의견을 청취할 의무가 있다. ⑥법률명령은 각의(conseil des ministres)에서 제정되어야 한다. ⑦수권법에서는 수권기간과 아울러 추인의 정부법안을 의회에 제출하는 기간을 규정할 필요가 있다. 만약 이 기간 내에 추인의 정부법안의 제출이 없는 경우에는 법률명령은 무효가 된다. ⑧수권기간만료에 즈음하여 법률의 영역에 속하는 사항을 대상으로 하는 법률명령은 이후 법률이외의 형식으로는 개정할 수 없다. ⑨수권기간 중 의회가 위임사항에 관하여 입법을 하는 것은 허용되지 않으며, 이러한 사태가 입법절차중에 명확히 되지 않은 경우 정부는 불수리의 항변으로 대항할 수 있다는 점등이다.

법률명령은 관보에 게재되어 즉시 시행된다(제38조제2항). 시행일부터 수권기간만료일까지 법률명령은 수권범위내에서 법률사항에 관한 법률명령을 제정할 수 있으며, 기존의 법률도 개폐할 수 있다. 법률명령의 개정은 법률명령에 의해서만 가능하나, 형식상으로 어디까지나 행정행위이므로 이 단계에서는 행정재판소의 심사대상이 된다. 수권기간만료후에는 헌법상 명시되어 있는 것처럼 수권기간중에 시행된 법률명령을 개정하는 데에는 의회의 법률에 의할 것이 필요하다. 다만 당해법률명령 가운데 명령의 영역에 속하는 사항은 정부의 전권이므로 정부의 décret로서 개정할 수 있다(제38조제3항). 드골,蓬피두, 지스카르대스탱의 보수정권하에 수권법률의 대부분은 해외영토 또는 유럽공동체에 관한 것이며, 의회에서 혼란을 피하고 국내법과의 조정을 도모하려는 기술적인 이유 때문에 사용되었다. 다만 1967년 6월 22일법은 예외적으로 정치적 이유를 위하여 사용되었다. 이 법률은 사회보장의 개혁에 관한 것이었으나, 개혁내용이 국민에게 불만이어서 의회내의 여당이 지지하지 않은 결과 법률안이 성립하지 않을 것으로 예측되었으므로 그것을 회피하여 개혁의 실질을 Ordonnance에 의하여 실현하는 것을 기도한 것이다. 보수정권하의 이들 13건의 수권법률은 “달성하여야 할 목적 내지 취하여야 할 조치의 범위를 제한”하고 있는 것이며 Ordonnance가 법률영역전체에 개입할 수 있도록 한 점이 특색이다.

1981년 5월 미테랑사회당정권이 성립한 이래 이 제38조는 두차례 사용되었다. 한번은 1982년 1월 6일 법이다. 이 법률은 미테랑정권이 고용정세 및 노동자의 생활조건의 개량에 관한 프로그램을 실시하기 위하여 정부에게 일정한 조치를 취할 권한을 부여하고 있다. 이 법률의 특색은 수권사항에 번호를 붙여 명시하고 있는 점이다. 그 중에는 1주당 35시간의 노동시간, 연간 5주의 유급휴가, 60세의 정년 및 연금지급 등의 정책목표가 열거되고 있다. 이 법률은 “방향성 법률(Loi d'orientation)”이라는 제목을 부기하고 있으나 단순한 수권법률이라고 이해할 수 있다. 두 번째는 1983년 4월 22일 법으로서 다양한 재정상의 조치를 취하는 것을 정부에 수권하고 있으나, 수권사항에는 마찬가지로 번호를 붙여 명시하고 있는 점이 특징적이다.

#### ○ 법률발안권(法律發案權)

법률안의 발안(발의 또는 제출)이란 의회에 대해 법률안의 심의·의결을 요구하는 것, 즉 의회에 대한 법률안의 심의·의결청구권이라고 할 수 있다. 그것은 법률안의 기초자가 입법기관에 대해 그 법률안에 관계하는 또는 그 법률안에 대해서 의사표시를 행할 것을 요구하는 것이다. 그것은 “형식적으로 본다면 문서에 의해서 확정된 법률안의 의회로의 송부이며, 내용상으로는 법률안을 의사규칙에 따라 심리·의결하고 나아가 회부할 것을 신청(Antrag)하는 것”, “입법에 즈음하여 입법장치를 활동시키는 공적 권능이며, 그에 대한 반작용의무를 입법부에게 부과하는 권능”으로서 주요 입법과정을 개시하는 기점이 되는 행위로서의 성격을 가진다.

근대헌법사상 군주주의적 색채가 강한 헌법에서는 법률발안권은 군주를 수장으로 하는 정부의 권한에 속하였으며, 의회의 발안권은 군주주의원리와 상용되지 않는다고 인식하였다. 그러나 민주주의의 발전에 수반하여 의회의 권한신장과 더불어 정부외에 의회에게도 발안권이 인정되기에 이르렀다. 다만 그 경우에도 법률안의 발안은 본래 군주를 수장으로 하는 정부의 권한에 속하며 의회위원의 법률발안은 군주의 정부와의 투쟁의 결과 의회가 쟁취한 것, 정부와 분배하여 가졌던 것으로 파악되어 의사의 처리에 있

어서도 국법상 정부발안의 법률안에 다소 우선권이 부여되었다. 그것은 정치적으로는 무엇보다도 약화되어 가는 군주의 권력을 옹호하는데 있었으나, 이론적 근거로는 권력분립의 원칙하에서 법률안의 발안은 형식적으로는 입법도정(Weg der Gesetzgebung)의 일부로서 “입법”에 속하나, 실질적으로는 입법에로의 기인(Anstoß)으로서, “통치(Regierung)”에 속한다고 하였다. 따라서 정부의 발안이 원칙이며, 그 이외의 기관에 의한 발안은 예외적 현상이며, 정부에 의한 발안이야말로 “정규”이며 “정상”으로 간주되었다.

그러나 입법의 민주화는 의회의 내부발안의 승인에 그치지 않았으며 그것은 국민 그 자체의 영역에도 미치면서 법률발안에 국민이 참여하는 것을 인정하는 국민발안제도를 승인하였다. 국민발안의 승인은 정부 또는 의회 등 국가기관에 발안을 독점시키지 아니하고 국민에게 발안을 인정한다는 의미에서 “국가발안독점주의”의 부정을 의미한다. 그러나 현실적으로 법률안의 발안권을 의회 및 정부에 동시에 부여하는 국가라도 실질적으로는 정부가 발안기관으로서 양적·질적으로 압도적인 지위를 차지하고 있는 것은 주지의 사실이다. 현대의 정부발안우위의 경향이 발생하게 된 이유로서 ① 분업화된 사회를 수반한 복잡한 현대 대중국가에서는 모든 규범화는 매우 많은 특수한 자료와 상세한 지식을 전제로 하며, 그 한에서 행정부가 확실히 독점적 지위를 차지하기에 이르렀다는 점, ②법기술적으로는 19세기말부터 발생한 사회정세에 수반한 행정권의 확대와 국회의 입법기능의 저하에 기인하고 있다는 점등이 지적되고 있다. 이러한 “정부발안독점주의적 경향”을 과거의 군주주의시대의 경향과 이론적으로도 실제적으로도 결국 동일하게 논할 수 없는 것은 명백하다. 그 이유는 국가이념에 있어서 자유국가로부터 사회국가에로의 변천과 그에 수반한 국가기능의 확대, 그리고 그로부터 필연적으로 발생하기에 이른 입법의 사회화의 요청에 대응하여 그에 대처하기 위한 기술적인 사회적 분업의 필요성으로부터 생겨난 것이기 때문이다.

고도의 지식과 기술을 필요로 하는 현대의 입법, 특히 사회입법·정책입법에 있어서는 입법목적의 정당성 및 입법목적을 달성하기 위한 수단의 적합성의 판단은 본래 고도의 정치적 판단을 요한다고는 하나 방대한 입법자

료에 의해서 입법사실의 탐구를 요하며 의원의 정치적인 직관이나 경험이 여하히 두드러진 것이라도 그것만으로는 아무것도 할 수 없으며 여기에 필연적으로 입법의 탐구행위와 판단행위(표결·의결)의 주체적 분리가 요청되며, 전자는 입법에 관하여 고도의 지식과 기술을 구비하여 적극적으로 입법자료·증거를 수집·분석·종합할 수 있는 능력과 지위를 가진 집행부에, 후자는 주권자인 국민을 대표하는 의회에 맡긴다는 기술적인 사회적 분업이 발생하기에 이르러는 것이다.

원래 입법탐구자와 입법판단자의 주체적 분리·분업은 현재의 사회국가 하에서 처음으로 수행된 것은 아니다. 그러한 현상은 자유국가하에서도 특히 의원내각제를 취하는 국가에서는 이미 다소 발견된 현상이었다. 그러한 현상이 헌법상 형식적으로 어떠한 발안유형을 취하는가를 불문하고 또한 의원내각제를 취하는가의 여부를 불문하고 집약적으로 수행되기에 이르러는 것은 무엇보다도 우선 현대민주주의국가에 있어서 국가이념의 자유국가로부터 사회국가로의 변천과 그에 수반한 국가기능의 변모, 그로부터 필연적으로 발생하기에 이르러는 입법의 사회화의 요청에 대응하여 그에 대처하기 위한 기술적인 사회적 분업의 필요성에 있다.

### ○ 법률변경명령(gesetzesändernde Rechtsverordnung)

법률변경명령(gesetzesändernde Rechtsverordnung)이란 형식적 법률의 내용을 일탈하거나 법률의 근거없이 새로운 규율을 행하는 것을 말한다. 이것은 그 속성상 법률배제적인 성격을 가지며, 법률적 효력을 가지므로 인정될 수 없다. 아울러 그 법률배제적인 효과가 기존 법률의 적용범위를 축소하기 위한 것일 때에도 인정되지 아니한다. 다만 법률의 개별적 결정 또는 단순한 경과규정을 명령에 의하여 수정하는 것을 위임하는 법률은 독일기본법 제80조의 범위내에서 인정된다. 그러나 이 경우에도 법률이 변경에 관한 일정한 기준을 제시하고 또한 그것이 법률의 기본적 요소 내지 그 전체적 성격을 본질적으로 변경하지 않는 때에만 인정될 수 있다. 한편 법률보충명령(gesetzesergänzende Rechtsverordnung)은 입법부는 이미 대상등 실질적 내용을 규율하고 행정부등에는 이 규정을 보충하

는 권한만을 위임한다. 법률의 규정을 보충하는 권한의 위임은 입법자가 기초만을 규정하고 다른 전부는 명령에 위임하는 경우와 반대로 보충이 매우 미세한 정도로 행해지는 경우가 있다. 법률의 보충을 위하여 법률의 범위내에서 새로운 권리의무를 기초지우는 법률보충명령에 관하여는 일반적으로 독일기본법 제80조에 의하여 인정된다고 보고 있으나, 다만 그 경우에도 적어도 명확히 한정된 사항에 관해서만 인정될 수 있다.

### ○ 법률선점론(法律先占論)

법률선점론 내지 국법선점이론이란 1960년대 일본에서 제기된 이론으로서, “국가가 법률로서 규정하는 사항은 국가가 그 이상도 그 이하도 아닌, 이른바 필요하고 충분한 규제라고 하는 것이며 다시 조례를 제정하거나 또는 법률의 규제와 다른 내용의 규제를 정하는 것은 조례가 법률의 선점영역을 침해하는 것이 되므로 법률로 이를 인정하는 특단의 규정이 없는 이상 허용되지 않는다”고 해석하는 것이다. 따라서 법률과 동일한 사항에 대해 동일한 목적을 지닌 규제를 하기 위하여 거듭 조례를 제정하는 것은 위법하고 불필요한 이중규제이며, 법률로 일단 규제한 것은 당해사항은 법률이 명시 또는 묵시로 선점한 영역에 속하며, 조례로서 규제할 수 없다고 생각한다. 법률선점론에 대해서는 지방자치의 헌법적 보장이 이루어진 시대에 있어서 조례제정권의 법률적 전래설을 탈피하지 못하고 있는 것으로서 법률의 규정내용은 다양하므로 그 전부가 당연히 조례에 의한 다른 규제를 허용하지 않는다는 것은 고려할 수 없으며, 국가의 법령과 동일목적으로 동일사항에 관하여 조례로서 규제하는 경우에서도 양자가 공존할 수 있는 여지가 있으며, 법률자체 사실은 지방자치의 본질을 존중한 것이어야 하는 것은 헌법원칙인 점등을 지적하면서 이를 비판하는 견해가 많다. 따라서 당해행정영역에 있어서 일정한 사항에 관해 법률이 특정의 규제를 하지 아니한 경우에는 조례제정권은 널리 인정되어야 할 것이라고 한다.

법률선점론은 그 후 약간의 수정된 이론을 거치면서 전개되었다. 종래의 법률선점론에 입각한 견해는 선점영역을 지나치게 확장하고 있는데 의문을 제시하면서 선점영역의 관념을 인정하면서도 그 범위는 당해법령이 조례에

의한 규제를 명백히 인정하고 있지 않는다고 해석되는 경우에 한정하려는 것이다. 즉, 국가의 법령의 선점영역을 가능한 한 한정적으로 해석하려는 입장에서 “이른바 자치사무에 관해서도 국가가 국가의 법령으로 전국일률로 규제하는 합리적인 이유가 있는 경우가 적지 않다. 그러나 원래 자치사무라는 것은 지역의 실정에 즉응한 행정의 요청에 의한 것이 많으며 그 기준이라 할 수 있는 조례의 제정을 허용하지 않고 따라서 지역의 실정에 즉응한 행정조치를 부정하려는 국가의 법령은 지역주민을 충분히 납득시키기에는 족할만큼의 합리적 이유가 없는 한 국가 법령 그 자체가 부당하게 자치사무에 개입하며 지방자치단체의 자치권을 침해하는 것으로서 그 한에서 국가의 법령자체의 효력이 문제되지 않을 수 없다. 이러한 견지에서 국가의 법령의 선점영역 -조례를 제정할 수 없는 범위-은 가능한 한 한정적으로 해석하고 법령이 조례와의 관계에서 침묵하고 있는 경우에는 충분한 합리성이 인정되는 법령의 규정에 명확히 저촉하는 것이 아닌 한 조례를 제정할 수 있다고 해석하여야 할 것이다”라고 주장하면서, “①국가의 법령이 일정한 기준을 두어 규제하고 있는 경우에 국가의 법령과 동일한 목적으로 동일사항에 관해 법령보다도 고차의 기준을 부가하는 조례, ②국가의 법령이 일정한 규제를 하고 있는 사항에 대해 국가의 법령의 규제보다 강한 태양의 규제를 하는 조례 등이 그에 해당한다”고 설명한다.

이 견해는 자치입법권의 범위가 부당하게 제약하지 않도록 법률의 선점영역을 법률이 명백히 인정하고 있는 경우에 한정하여 해석하려 한다. 그러나 이 수정된 견해 역시 그 기반은 법률선점영역인가의 여부를 법령 내지 조례의 문언에 의거하여 판단하려는 태도라고 할 수 있다. 법률선점론을 주장하는 견해는 무엇이 법률이 선점하는 사항인가에 관해서는 다음과 같이 유형적으로 정리한다.

법령에 위반되지 않는 조례	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 당해사항을 규율하는 국가의 법령이 없고 국법상 완전히 공백상태에 있는 것에 관하여 규제하는 조례</li> <li>· 국가의 법령이 규제하고 있는 사항(대상)에 관하여 당해 국가의 법령과는 다른 목적으로 규제하는 조례</li> <li>· 국가의 법령이 규제하고 있는 목적과 동일한 목적하에 국가의 법령이 규제의 범위에 있는 사항 또는 대상을 규제하는 조례</li> <li>· 국가의 법령이 일정한 기준을 설정하여 규제하고 있는 경우에 국가의 법령과 동일한 목적으로 동일한 사항에 관해 법령보다 고차의 기준을 부가하는 조례</li> <li>· 국가의 법령이 일정한 규제를 하고 있는 사항에 관하여 국가의 법령과 동일한 목적으로 국가의 법령의 규제보다 강한 태양의 규제를 하는 조례</li> <li>· 법률의 특별한 위임이 있는 경우에 그 위임의 한계를 넘는 조례</li> </ul>
----------------	--

**【참조】 조리해석론(條理解釋論)**

○ 법률안 발안요건(法律案 發案要件)

개별구체적인 입법과정에 있어서 당해 법률안의 발안이 설사 정당한 권한이 있는 기관에 의해서 행해지더라도 그 발안의 절차가 유효한 것이 아니면 법률안의 내용 그 자체의 구체적 심의에 들어가지 않게 된다. 개별구체적인 입법과정에 있어서 당해법률안에 관하여 구체적 심의·의결이 행해지기 위해서는 형식면에서 단순히 발안이 정당한 권한이 있는 기관에 의해서 행해질 뿐 아니라 발안의 요건이 유효한 것도 필요하다. 법률안의 발안 요건은 기술적인 문제로서 각국의 입장에 따라 매우 다양하므로 이를 어떤 정립된 이론구조에 의해 설명할 수는 없다. 다만, 발안의 요건이 유효한 것이 되기 위하여 필수적으로 검토되어야 할 몇 가지 사항을 지적하면 다음과 같다.

첫째, 법률안을 발안하는 데에는 법률“안”이 일정한 문서로 조문의 형식을 구비하여 편성되어야 한다. 따라서 조문으로 정확히 정식화된 것이 아닌 단순한 법률소재(Gesetzesmaterie) 또는 장래의 입법에 관한 단순한 지침은 아직 법률안이 아니다.

둘째, 법률안에는 “제안이유”가 첨부되어야 한다. 어떠한 방식으로 어느 정도의 이유를 필요로 하는 가는 법률안의 형태에 따라 일정하지 않으며 그 전부를 통해서 필요로 하는 이유가 무엇인가를 확인하는 것은 쉽지 않다. 다만, 일반적으로 말하면 문서의 형태로 발안의 이유의 기본이 인식할 수 있는 정도로 될 것을 요하며 그것으로 족하다. 좀 더 구체적으로 말한다면 ①당해 법률안제출의 주된 요인·목적(제안이유), ②당해 법률안의 내용과 편성의 기본사고(법안요강), ③그들과의 관계에 있어서 각조항작성의 기본이유(기본적 축조설명) 등이 이유의 필요적 기재사항이라고 할 수 있다. 이러한 발안의 이유는 취지설명의 단계에서 행해지는 제안이유, 내용의 개요 등 제반설명과 상응하여 입법과정에서 법적 주장의 기초가 되는 이유이기 때문에 입법사실에 관한 판단의 표시행위로서 입법과정에서 중요한 의미를 지닐 뿐 아니라, 법률로서 성립하는 경우에는 국회가 인정한 입법사실의 근간을 이루는 것으로서 그 후의 입법과정과 특히 그 법률의 개정 또는 폐지법률안의 심의에 있어서 중요한 의미를 지닌다. 뿐만 아니라 당해법률안이 법률로서 성립하여 시행된 후에 헌법재판에서 그 법률의 합헌성이 다투어지는 경우에는 그러한 국회가 인정한 입법사실과 동질의 일반적 사실이 법원에 의해 이른바 입법사실의 심사의 대상이 되며 국회가 인정한 입법사실 그 자체가 법원의 입법사실인정의 결정적인 자료로서 매우 중요한 의미를 지니는 점에 유의할 필요가 있다.

셋째, 의원발의법률안의 경우 소정의 찬성자의 연서를 필요로 하는 경우가 있다. 이것은 의원의 자의적인 법률안의 발의를 저지하고 그 남용을 제재하기 위한 것으로서 의사의 능률화라는 점에서도 시인될 수 있다. 이러한 요건의 설정은 한편으로는 필연적으로 입법통제의 강화를 가져오며 특히 법소정의 찬성자수에 미달하는 소수당의 의원이 법률안을 발의하는 것을 사실상 불가능하게 하며, 이미 발의의 단계에서 소수당의 입법활동을 제약하는 결과를 초래한다는 점에 유의하여야 한다. 의원의 자의적인 법률안발의의 남용을 방지하는 것은 그 나름대로 중요하나 소수의견을 보장하는 것도 그와 대등하게 중요하며 오히려 의사규칙의 하나의 커다란 존재의 의는 소수의견을 존중하고 그것을 보장하는 점에 있다고 할 수 있으므로 이 점에서 이러한 요건을 설정하는 것에는 문제의 소지가 있다.



넷째, 위원회의 법률발안권에 관해서는 원래 위원회에 의한 법률안의 제출은 하나의 독립된 발안형식으로서 인정되지 않고 오히려 이른바 의원발안의 일종, 그 특수한 하나의 형태로 취급되는 것에 불과하다는 점이다. 위원회에 의한 법률안의 제출은 의원에 의한 법률안의 발의와 더불어 내부발안에 속하며 나아가 그 발단이 의원발의에 유래하는 것이 많으므로 그것을 이른바 의원입법의 일종으로 보는 것은 그 나름의 이유가 있다고 할 수 있으나, 그와 같이 파악하는 것은 충분하지 않다는 지적도 있다. 그 이유는 위원회는 의원에 있어서 각회파의 소속의원수의 비율에 의해서 구성되는 합의제의 기관이며 그에 의한 법률발안은 단순한 의원의 법률발안과는 다른 고유의 성질을 가지므로, 그것을 단순히 “의원입법의 일종”으로 파악하는 것만으로는 이론상·실제상 그 독자의 존재의의를 상실하는 것이라 한다. 따라서 그 자체 독립고유의 하나의 발안형식으로 취급할 필요가 있다고 한다. 특히 오늘날 위원회발안은 의원입법가운데 중심적인 위치를 획득하고 있으며, 그러한 점에서 위원회발안을 하나의 독립고유의 발안형식으로서 이론적·실제적으로 고찰할 필요가 점차 강하게 요청되고 있다.

#### ○ 법률안심의(法律案審議)

법률안의 심의란 제출권자가 제출한 법률안을 위원회 또는 본회의에서 심사 또는 심의하는 것뿐 아니라, 소관위원회에서 소관사항에 관한 법률안을 제안하는 것까지 포함한다. 법률안의 심의에 있어서 질의·토론·표결 등 적법한 입법절차를 거치는 입법작용은 의회주의의 본질에 속한다. 그 이유는 입법기능과 합의제원리는 의회주의의 본질적 원리 내지 요소를 이루는 것이고 입법상의 합의제원리는 이러한 질의·토론 등의 과정을 내포하기 때문이다. 입법에 있어서의 심의는 입법의 본질적 절차를 이루는 것이며 이러한 절차를 거치지 아니한 입법은 입법의 본질적 절차를 결여한 것으로서 위헌으로 보아야 한다. 또한 심의는 의회주의의 요소인 다원주의의 보장 및 이를 위한 소수자의 보호와 소수의견의 존중을 위한 것이기도 하다. 입법에 있어서 일정한 준비를 요구하고, 또한 일정한 형식을 갖추도록 하는 것은 이러한 절차를 거침으로써 사려 깊은 신중한 입법을 행하게

하는 것임은 말할 것도 없고, 신중한 토론을 거쳐 이루어진 입법만이 국민의 진정한 의사를 제대로 집약할 수 있는 것이다. 입법에서의 심의·의결 등에 필요한 요건 등은 헌법 또는 의사규칙에 의해 명시적으로 부여되어 있으며 그것을 부여하는 “의사규칙 그 자체는 의회자율의 유출물(Ausfluß der Parlamentsautonomie)이며, 또한 그 근거가 되는 헌법규정 그 자체가 의회자율의 형성물(Ausgestaltungen der Parlamentsautonomie)”이다.

민주주의의 기본적인 고찰방식은 평등하고 자유로운 개개의 인간이 각자의 의견을 자유로이 표명하고 논의를 거듭하여 대립하는 의견과의 조정을 도모하며 최종적인 의사를 형성하는 한편 일치가 되지 않은 경우에는 다수결의 원리가 작용하며 다른 한편 소수의견을 존중하는 것이 요청된다고 할 수 있다. 이 생각은 의회민주주의하에서도 그대로 타당하며, 따라서 법률안의 심의에 관해서도 마찬가지이다. 법률안의 심의는 제안된 법률안에 관하여 질의하고, 문제점을 명확히하고 이를 요소로서 서로 논의하고 일치점을 발견하면서 의사를 형성함으로써 성안을 이룬다. 나아가 입안자체도 의원상호간의 의논을 거쳐 내용을 확정하고 성안을 얻어 입법한다. 즉, 심의는 의견을 교환하는 “토론”이 중요한 위치를 차지하게 되며 이에 의해 결론이 도출된다는 도식이다.

그러나 현재의 입법과정을 보는 경우 의회에 있어서 의원상호간의 논의를 거쳐 입안을 하는 사례는 현실로 거의 없다. 의회전의 입법과정에서 법률안의 내용은 여러 세력, 주장, 의견 등의 타협·조정이 도모되어 거의 확정되어 버린다. 그 결과 국회에 제출된 법률안은 입안과정에서 실질적인 “심의”를 거친 것이라고 할 수 없다. 국회에 있어서 법률안의 심의는 정책 표명을 제외하면 원안대로 신속하게 성립시킬 것인가가 중심이며, 그것은 또한 심의의 장에서가 아니라 의회운영의 장에서 실질적으로 결정되고 있다. 법률안심의의 중심인 위원회에서는 정부에 대한 질의가 대부분을 차지하며 회파에 할당된 시간을 소화하기 위해 주장의 반복, 사실폭로 등으로 되기 쉽다. 당의구속의 존재, 의원간의 논의의 부재에 의해 타협이 성립할 수 있는 여건이 없는 점도 있다.

특히 오늘날 국회에 있어서 심의의 구조의 특징은 기본적으로 정부(여

당)주도형이다. 즉 심의의 면에서 본다면 정부 또는 관료대 의원 그것도 특히 야당이라는 도식에서 정부제출법률안을 우선하며 또한 그것을 중심으로 심의하여 장관이나 정부위원에 대한 질의중심에서 명확히 나타난다. 이것은 의회운영의 면에서도 정부제출법안의 성립을 우선하며 위원회의 심의에도 여당이 실질적으로 참가하지 않고 즉 실질적으로는 “토론”없이 진행하는데도 나타난다. 이러한 의회운영이 행하여짐으로써 대립의 격화는 심의의 강행과 심의거부, 지연이라는 대항수단으로 귀착하게 되는 것이다. 심의의 중심인 질의에 관해서도 주로 정부측에 대한 질의를 중심으로 하며 전문적이며 축조적인 심사 및 건설적인 의견교환보다도 대립적인 의견표명이 다수의 경향이다. 이러한 구조를 지닌 국회에 있어서의 심의는 과연 어떠한 기능을 거두어야 할 것인가가 문제된다.

우선 국회는 입법기관이므로 입법기능을 거두고 있는 것은 당연하나 이 입법기능은 기안으로부터 조정·타협을 거친 결론으로서의 입법이라는 의미가 아니라, 최종적으로 국회에서 승인하지 않으면 법률로서 성립되지 않는다는 의미의 입법이다. 즉 입법과정에서는 국회는 정부 및 여당이 입안한 법률안을 심의하고 수정하고 승인하는 작용을 거두고 있다. 따라서 오늘날 국회의 심의는 법률안의 내용을 명확히 하며 문제점을 발견하는 것이며, 결론을 도출하는 것이 아니다. 오늘날 국회에서의 심의는 법률안에 대한 질의를 통하여 국정전반, 특히 행정집행에 대한 감시의 기능을 거두는, 이른바 법률안에 대해 조사를 행하고 문제점을 명확히 하며 경우에 따라서는 재검토를 약속하는 기능을 거두고 있는 것이다.

#### ○ 법률안 심의유형(法律案 審議類型)

법률안이 일단 국회에 제출되면 심의절차는 개시되나, 제출된 법률안의 각각은 전부 같이 심의되는 것이 아니라 법률안의 내용이나 양 또는 정치 상황에 따라서 각각 다르게 심의된다. 법률안을 심의과정에서 어떻게 처리하는가에 관해서는 심의가 대립하는 의견을 표명하고 문제점을 명확히 하며 그 해결책을 모색하고 토론을 거쳐 타당한 결론에 도달하는 형태를 취하는 것이라면, 그 처리방법에서 차이가 발생하지 않을 것이다. 현실적으

로 심의는 반드시 그러한 처리방식으로 되는 것이 아니라, 의사절차 또는 심의절차가 생략되기도 하며, 심의과정에 커다란 지위를 차지하는 질의도 경우에 따라서는 법률안의 세부에 걸쳐 문제점을 명확히 하는 수단이 되기 보다는 그 법률안과 거의 관련 없는 사항에 관하여 시간을 소모하기도 한다.

이러한 심의실패가 이루어지는 것에 관해서는 몇 가지의 원인이 있다. 제도적인 것으로는 우선 위원회중심주의를 지적할 수 있다. 법률안의 심의는 거의 위원회에서 행해지며 그곳에서 실제상의 취급이 결정된다. 또한 심사대상인 법률안을 보는 경우 정부제출법률안이 우선하여 취급되고 있다. 즉 정부제출법률안은 여당과의 조정을 거친 것이며 여당으로서는 성립을 도모하여야 하며, 정부·여당으로서는 가능한 한 내용에 관계없이 신속하게 성립시키려 한다. 이에 대응하여 야당은 각각의 입장에서 심사에 임하게 되며 그 결과 법률안의 처리에 유형화가 발생한다. 그리고 심사의 주체인 의원의 경우에는 소속정당의 결정에 강하게 구속되는 결과 각의원은 스스로의 양심에 따라 개인적인 의견에 입각하여 대응할 수 없게 된다. 물론 당의 결정과 개인의 견해가 일치하는 경우도 있으나 그렇지 않은 경우도 있다. 정당은 위원회의 심사를 통하여 그 법률안에 대한 태도를 결정하며 어떠한 타협이 있는가를 모색하는 방법을 취하기보다도 그 심사개시전에 이미 태도를 결정한다. 그 결정된 태도·방침에 따라 의원은 위원회의 심사에 임하는 것이 보통이다. 따라서 법률안의 취급은 이 사전의 태도결정여하에 따라 달라지게 된다. 이러한 관점에서 법률안의 심사과정을 다음과 같이 유형화할 수 있다.

첫째, 평온형이다. 이 경우는 정부제출법률안 가운데 전회파가 일치하여 찬성하는 것이 전형적인 예이나 일부야당이 반대하고 있어도 거의 같은 양태가 된다. 또한 경우에 따라서는 일부야당이 찬성하게 됨으로써 그러한 사태가 되기도 한다. 즉 법률안의 내용과 야당의 찬부상황에 의해서 결정된다. 나아가 간단한 내용의 법률안일 경우 모든 야당이 반대하더라도 그 반대가 적극적이 아닌 때 평온하고 신속하게 성립하는 경우도 있다. 의원 입법의 경우에는 여당도 포함하여 초당파적으로 법률안을 제출하는 것이 그 전형적인 예이다. 여당과 일부야당이 공동으로 법률안을 제안하는 경우

도 이에 준하며, 여당이 제출한 법률안에 각야당이 이에 적극적으로 찬성하지 않더라도 묵시적인 양해를 나타내면 같은 사태가 될 수 있다. 여기에 해당하는 법률안의 심의는 취지설명, 질의일정, 시간 등이 매우 신속하게 진행되며 성립한다.

둘째, 조건형이다. 이 유형은 정부제출법률안에 주로 많으며, 의원입법에서는 적다. 즉, 야당측이 당의 태도로서는 반대하나 그 성립에는 반대하지 않는 것이다. 따라서 질의도 충분히 행하여 문제점을 명확히 함으로써 정부측의 행정상의 책임을 추궁하며, 성립에 즈음하여 어떠한 타협도 하게 된다. 이 유형은 여야당이 침예하게 대립하는 정도에는 이르지 않은 법률안의 경우가 많다.

셋째, 대립형으로서 이것은 여당과 야당이 대립하여 심의되는 법률안의 경우이다. 주로 정부제출의 경우가 많으며, 법률안의 내용은 사회에서 기본적인 견해가 대립하는 것이 많다. 또한 사회적으로 어떠한 대처를 하지 않으면 안된다는 인식에서는 일치하나 그 수단에 있어서 각종 이해나 이념 등이 결부되어 대립하는 것도 이 사례에 속한다. 대립형의 법률안심의를 여당측은 이를 성립시키려하고 법률안의 존재의의, 중대한 이해, 국익 등과 관련하여 강행방침으로 대응하는 경향에 있다. 이에 대해 야당측은 절대대지, 폐안을 지향하여 각종 수단을 사용하는 결과 타협·조정의 도모가 매우 곤란하게 된다.

넷째, 방치형이다. 이것은 제출된 법률안을 전혀 심의하지 않거나 일단 심의는 하되 폐안되는 법률안의 경우이다. 이 유형에 포함되는 것은 의원제출법률안의 경우가 거의 대부분이다. 의원입법은 주로 정책표명형이 많고 직접 성립될 수는 없기 때문이다. 또한 여당제출의 법률안에도 방치형이 다수 존재한다. 이는 여당으로서 법률안을 성립시킬 여건은 성숙되어 있지 않으나 제출하였다는 실적을 고려할 목적으로 하기 때문이다. 정부제출법률안에서 이 유형에 속하는 것은 거의 없으나, 그 가운데 방치형으로 되는 것은 정부의 입장상 제출하지 않을 수 없으나 여당도 반드시 찬성하지 않고 야당은 당연히 이에 반대하는 것이 전형적인 예이다.

## ○ 법률안의결(法律案議決)

법률안의 의결은 발안된 법률안의 내용 및 정도에 관하여 심사하고 그 존부를 판단하는 것이다. 법률을 가결할 것인가의 여부는 심의를 통하여 국민적 합의가 형성·획득되었는가의 여부에 관한 국회의 판단이며, 입법기관인 국회의 전권에 속하는 사항이라 할 수 있다. 의결에는 다음의 법적 효과가 발생한다.

첫째, 의결의 불가변경성이다. 이것은 하나의 안전에 관하여 일단 의결이 행하여져 그것이 확정된 경우에는 그 의결을 행한 기관은 당해 심의단계에서 스스로 그 의결을 철회·취소하거나 변경할 수 없다는 당해의결기관 그 자체에 향한 구속력이다. 일단 확정된 의결에 일정의 하자가 존재하는 경우에 그 취소·변경을 자유로이 할 수 있다면 하나의 심의단계에 있어서 최종성을 가지고 의결한 의미는 없고 스스로 의결의 존엄성을 손상할 뿐 아니라, 나아가서는 후속심의단계의 수행도 현저한 지장을 받아 의결의 법적 안정성을 스스로 파괴하게 된다. 이 의미에서의 의결의 불가변경성은 의결의 법적 안정성을 확보하기 위하여 의결한 기관 그 자체에 향해진 당해심의단계에 있어서 의결의 불가변경적 구속력이므로 그것이 인정되어야 할 범위·정도는 의결의 종류나 성질에 따라 다르게 된다. 즉 의원에 있어서 의결에는 법률안 등 독립의 실체를 포함한 이른바 독립동의에 대한 기본적 의결도 있다면 그에 관한 수정동의에 대한 부수적 의결도 있으며 또한 그러한 실체동의에 대한 의결이외에 의사의 절차·진행등에 관한 의사규칙동의에 대한 파생적 의결도 있다. 일반적으로 의결의 불가변경적 구속력이 문제가 되는 것은 실체동의 특히 법률안에 대한 의결이며 그곳에서는 원칙으로 타당하다. 이에 대해 의사규칙동의에 대한 파생적 의결에 관해서는 단지 한정적으로만 타당하다. 그 이유는 의사의 절차·진행에 관해서는 합목적성의 원리가 지배하며, 그에 관한 의결에 특히 절차의 확실성의 견지에서 법적 안정성이 강하게 요청되는 경우를 제외하고 불가변경적 구속력을 형식적으로 관철하면 본래의 목적인 합목적성이 저해되기 때문이다.

둘째, 의결의 내용적 구속력이다. 즉 하나의 안전에 관하여 일단 의결이 행해지고 그것이 확정된 경우에는 그 판단내용은 동일회기중 유지되며, 후

행행위는 이미 확정된 의결의 판단내용에 구속되어 그것을 변경하는 것은 허용되지 않는다는 것이다. 이러한 내용적 구속력은 동일회기중 이미 의결된 것과 동일안건을 내용으로 하는 동의가 제출된 경우 그 동의를 적법요건이 결여된 것으로서 부적법하다고 하며 그 심의를 금지함으로써 확보된다. 따라서 이것은 ①이미 행한 의결의 후행행위에 대한 내용적 구속력이므로 하나의 안건에 관하여 의결이 행해져 그것이 확정하고 있음을 전제로 한다. 그러므로 안건이 일단 제출되어도 그것이 그 후 철회되거나 아직 의결에 이르지 않는 경우에는 원래 의결은 존재하지 않으므로 내용적 구속력은 발생할 여지가 없다. ②이미 행한 의결의 후행행위에 대한 “내용적 구속력”이므로 여기서 문제되는 것은 본래의 의미에 있어서 내용적 구속력을 지닐 수 있는 의결, 즉 법률안 등 독립동의에 대한 기본적 의결 및 그에 대한 수정동의에 관한 부수적 의결이다.

**【참조】 일사부재의의 원칙(一事不再議의 原則)**

### ○ 법률안입안(法律案立案)

법률안의 작성은 정책형성을 받아 개시되는 작업이다. 형성된 정책에 의거하여 법률안의 입안필요성을 검토하고, 필요하다고 판단한 경우에 법률안작성작업에 들어간다. 그러나 실제로는 정책형성과 법률안작성은 명확히 구분되는 작업이 아니며, 오히려 양자가 혼재되는 것이 보통이다. 정책의 형성이나 조정도 법률안을 작성하면서 행하는 경우가 많다. 즉, 조정되고 형성된 정책에 의거하여 법률안을 작성·수정하며 또한 이에 의거하여 정책조정이 행해진다는 순환과정을 거치면서 법률안이 작성된다. 정책형성과정은 정책·법률안의 형성·입안의 전과정을 정책이라는 면에서 표면화를 시도한 것이며, 여기에서의 법률안작성의 과정은 그것을 법률안이라는 면에서 표면화한 것이다. 정책형성으로부터 법안입안에 이르는 과정은 반드시 그 각단계가 명확히 구분할 수 있는 것은 아니나, 유형으로서 도식화한다면 ①정책을 형성하고 그 정립된 정책에 의거하여 필요로 하는 입법을 행하는 경우, ②처음부터 입법을 하기 위하여 정책을 형성해가는 즉 처음부터 법안의 입안을 지향하는 경우, ③정책형성의 결과 입법초치를 강구할

필요가 없는 경우의 세 가지로 구분할 수 있다. 형성된 정책으로부터 법안의 입안으로 이행하는 과정에는 다음의 몇 가지의 요소를 고려하여야 한다.

첫째, 입법에 있어서는 우선 당해법률의 필요성, 합리성, 당해법률제정의 시의성 등을 판단하기 위하여 다양하고 다량의 관계정보를 수집할 것이 필요하다. 그러한 정보로서는 ①입법화의 대상이 되는 정보 또는 그러한 문제의 경위, 상황에 관한 정보이다. 특히 유의하여야 할 것은 정보 가운데 국회에 있어서 질의 및 이익단체 등에 의한 진정이의외의 것은 특정집단의 이익이나 정책으로 하지 않고 개별적인 이익으로부터 “중립적인 성질”을 가져야 한다. ②관련제도 또는 관계대응책의 경위, 실정에 관한 정보이다. 여기에서는 당해법률안이 국회에서 심의되는 이상 과거의 국회에 있어서 질의나 국회의 부대결의 등에 관하여 지적된 사항이 중요한 의미를 지닌다. ③보다 현실적인 입법화의 적시성 등 정치적 판단에 관한 정보 등을 지적할 수 있다. 또한 입법에 즈음하여 일반적인 법률 기타 지식의 인식이 필요한 것은 당연하다. 이러한 정보의 필요성의 문제는 법률안의 작성 및 국회에서의 심의의 양면에서도 발생하며 또한 정보가 필요한 것에 수반하여 그 정보에의 접근방법 또는 수집된 정보의 취사선택의 방법의 필요성이 라는 문제도 발생하게 된다.

둘째, 입법작업은 일정한 제도적으로 질서화된 조직에서 행해지는 작용이므로 법률안의 작성, 심의의 주체와 관련하는 관계조직간의 각종 연락조정, 특히 정보의 수집과의 관계에서 이에 관련한 판단·의견교환이 필요하게 된다. 이러한 연락조정, 판단, 의견교환 및 형성의 문제에 관해서는 그 자체 적절한 방식이 요청된다. 특히 오늘날 국회에서 심의되고 성립되는 법률의 대다수가 정부제출법률안이라는 상황에서 본다면 법률안의 제출권자인 정부와 국회의 상호조정, 의사소통을 어떻게 도모할 것인가가 실제상 중요한 문제로서 대두된다.

셋째, 법률은 사인의 권리의무를 설정하는 것으로부터 국가기관의 행동을 규제하는 것, 권리의무에 관해 규정하는 것으로부터 행동의 유도에 관해 규정하는 것 또한 일정한 이익의 배분에 관해 규정하는 것 등 다양한 역할을 거두고 있다. 이 점에서 당해관계자는 작성되고 심의되는 법률안에 관해서 그러한 상황·사정에 관한 정보를 수집하고, 나아가 필요한 판단을



형성하는데 있어서 참작하여야 할 사정을 충분히 배려할 것이 필요하다.

넷째, 입법에 있어서는 당해법률의 제정이유, 당해법률이 가지는 보다 상세한 의미내용 등에 관한 정보 등의 일정한 개시가 필요하다. 이 점은 법률은 한편으로는 집행을 예정하고 있으며 다른 한편으로는 국민·관련기관의 준수를 요구하는 것이므로 법률안의 작성, 심의에 즈음하여 관계정보를 정리하고 일정한 공개를 하는 것은 관계자에게 이해시키기 위해서도 필요하며 이 점은 특히 입법자의사의 탐구에 즈음하여 필요하다. 이상의 점을 고려함으로써 정책은 법안으로 이행하나 이들 점에 있어서도 정책형성과 법안입안과는 밀접하며 혼재하고 있는 것은 말할것도 없다.

우리의 경우 법률안은 주로 정부고위당국자나 정당, 특히 여당의 정책적 지시에 의해서 입안된다. 한편 법률안의 개정은 감사원이나 각부 각부처의 요청 또는 관련단체, 이해관계인의 건의, 실무자·일선기관의 건의에 의해서 이루어지는 경우가 많다. 때로는 법원의 판결이나 헌법재판소의 결정에 의해서 이루어지는 경우도 있으며, 헌법상 규정된 청원권행사에 의하여 입안되는 경우도 있다. 이와 같이 입안된 법률안이 국회의 의결을 거쳐 확정된 때 하위법규인 명령안 등이 작성된다. 명령안의 작성은 당해 사항에 관하여 입법정보를 가장 많이 확보하고 있는 소관부처의 주무부서가 실무자 회의를 통하여 입안한다. 이 단계에서 명령안이 고도의 전문성·기술성을 요하는 경우에는 관련연구기관이나 단체에 용역을 주거나 위촉을 하는 수가 있으며, 전문가들로 팀을 구성하여 입안하기도 한다. 특히 여기에는 외국입법례의 조사, 관계인·전문가의 의견수렴, 실무자의 작업과 국·과장의 검토가 이루어지며 각부처의 법무담당관이 최소한의 법기술적사항을 점검한다. 이와 같은 검토를 거친 후 명령안의 기초에 착수하며, 여기서는 특히 조문전체에 대하여 수평적·수직적인 체계·형식·자구에 대한 검토를 행한다. “수평적 검토”라 함은 조문의 내용·표현의 적합성·통일성여부, 용어의 통일, 오자, 탈자 기타 자구상의 문제와 다른 법률과의 표현방식통일, 인용조문 등을 검토하는 것을 말하며, “수직적 검토”라 함은 헌법 기타 상하법령 상호간의 조화, 조문배열, 형식상의 일반원칙과 약속(기준)에의 적합성 등을 검토하는 것을 말한다. 이 때 작성된 초안은 관계기관·

전문가 또는 이해관계인 등에 회람시켜 그 의견을 들어 수정이 필요한 부분은 이를 보완하여, 기초작업을 마무리 한 후 제안이유·주요골자 등을 명료하고 간략하게 정리하여 기술하는 등 법령안의 제안형식에 맞도록 성안한다.

【참조】 입법정책(立法政策)

○ 법률유보(法律留保)

행정권의 발동에는 반드시 개별적인 법률의 수권을 필요로 한다는 법률유보의 원칙은 국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 행정권의 활동을 국민의사를 대표하는 의회가 제정한 법률에 기속되게 함으로써 법률에 의한 행정의 원리를 실현하려는데 있다. 법률의 우위의 원칙이 소극적으로 법률에 위반하는 행정작용의 금지를 의미하는데 대하여, 법률유보의 원칙은 적극적으로 행정권의 발동에는 법률에 의한 수권 내지 법적 근거가 필요하다는 것을 의미한다. 따라서 법률유보의 원칙하에서는 원칙적으로 입법자의 위임권이 인정된다. 일정한 행정분야에 법률유보의 원칙이 적용되는 한 행정부는 법률의 수권없이 그 분야에 활동할 수 없다는 점에서 법률유보의 원칙은 국가내에서의 기능분리 내지 권력분립을 필연적인 전제로 한다. 그러한 의미에서 법률유보의 핵심은 행정권이 어떤 분야에서 법률에 의한 수권이 필요하고 어떤 분야에서는 행정권이 독자적으로 활동할 수 있는가라는 그 적용범위에 있다고 할 수 있으나, 그것은 헌법질서와 관련되어 시대의 헌법구조와 국가관에 따라 매우 다르게 전개되어 왔다.

전통적인 관점에서의 법률유보는 법률에 의한 수권 내지 근거의 문제만이 중요시될 뿐이고, 그 규율형식에 관하여는 문제삼지 않았다. 법률 그 자체에 의하건 법률에 근거한 명령에 의하건 법률적인 근거가 있으면 법률유보의 원칙에 벗어나지 않는 것으로 생각되었다. 그러나 현대국가에 있어서 행정의 복잡다양성, 전문성 등의 요청과 의회자신에 의한 규율의 한계성으로 인하여 행정권독자의 법정립권한이 증대하게 됨으로써 법률유보의 원칙이 공동화할 위험성이 처하게 되고 있다. 그리하여 한편으로는 행정기능의 변화와 국민의 기본권보장을 위한 법률유보의 영역확대의 필요성과

다른 한편으로는 법률의 과잉화현상과 행정작용의 경직성의 보완·조화를 위하여 법률유보의 범위와 강도를 둘러싸고 많은 논의가 진행되고 있다. 그 가운데 특히 법치국가원리 및 민주주의원리에 따라 본질적인 사상의 결정은 의회가 스스로 행하여야 하며, 행정권에 맡겨서는 아니된다는 이른바 “본질성이론(Wesentlichkeitstheorie)”의 등장은 법률유보의 발판이 변화하였음을 의미하는 것이며, 일정한 것은 의회가 직접 의회법률로써 규율하여야 하며, 하위규범에 위임하여서는 아니된다는 의회유보의 원칙을 제기하기에 이르렀다.

**【참조】 의회유보(議會留保)**

○ 법적 의사결정이론(法的 意思決定理論)

의사결정이란 개인이 일정한 목표(욕구의 충족)를 달성하기 위하여 가능한 행동 가운데 하나를 의식적으로 선택하는 것 또는 그 과정을 말하며, 그 요소는 ①달성되어야 할 목표의 탐색·발견 및 그를 위해 필요한 정보 수집, ②목표달성에 필요한 행동의 선택(대체안)의 발견, ③일정한 기준에 따른 선택의 평가와 그 평가에 따른 선택 및 실행, ④그 선택의 목표달성의 정도검토, 그에 따른 다음선택의 수정 등으로 이루어진다. 의사결정(decision-making)의 이론은 통계학, 확률론, 게임이론, 수리경제학 등의 수학의 분야 및 심리학의 분야에서 사용되어 사회현상분석을 위한 일반적 개념으로서의 지위를 확립하여 현재 사회과학의 각 분야에서 널리 채용되고 있다. 원래 의사결정이론은 각종 사회현상을 이론적 분석의 대상으로 취급하는 것이므로 전통적인 법학의 내부에서 이를 채용하는 것은 거의 인식되지 않았으나, 경영학·정치학·심리학·경제학·언어학 등의 분야에서 확립된 지위를 차지하면서 정책결정에 관한 각종 지식을 통합하고 정책결정의 개선을 목적으로 하는 정책과학(Policy Science)의 영역에서 매우 활발하게 논의되고 있다. 아울러 법학의 분야에서도 법정정책학(Rechtspolitik)이라는 새로운 학문유형이 등장하게 되면서 의사결정의 개념을 법정정책학의 이론적 출발점으로 가장 적합한 것으로서 채용하고 있다.

법정정책학에서는 일반적인 의사결정이론은 의사결정의 최초의 단계로서

목표의 정립을 거론하는데 그치고 있는 경우가 많으나, 사회적 문제를 다루는데 있어서는 무엇이 목표인가라는 점이 명확하지 않은 경우가 많으므로 이 최초의 단계를 더욱 세분화하여 문제의 정식화에 역점을 두는 문제해결학에서 이를 배울 필요가 있다고 한다. 따라서 문제해결학에 관한 문헌을 참조하면서 그것에 법정정책학 특유의 단계를 부가하여 법적의사결정 또는 법적정책결정의 단계를 문제형성단계→대책입안단계→문제해결단계로 나눈다.

첫째, 문제형성단계는 ①문제의 탐색단계(『있어야 할 상태』 또는 『바람직한 상태』와 『현재 존재하는 상태(현상)』와의 간격을 발견하는 것), ②문제의 확인단계(목표와 현상의 간격의 존재를 발견하고 인식하는 것), ③문제의 분석단계(간격이 발생하기에 이르러 이른바 『원인』을 명확히 하는 것), ④문제의 정식화단계(법정정책학상 『조작적(operational)』이 될 수 있게 문제를 구성하는 것) 등으로 구분된다.

둘째, 대책입안단계는 ①대체안의 탐색단계(목표와 현상의 간격을 제거하기 위한 대책을 열거하는 것), ②각 대체안으로부터 발생하는 사태의 예측단계(각 대체안에 대해 각각을 선택한다면 어떠한 사태가 발생할 것인가를 예측하는 것), ③대체안의 평가단계(문제해결을 위하여 가장 적당한 대체안은 무엇인가를 평가하는 것이며, 만약 가능하다면 순위를 부여하는 것), ④대체안의 선택단계(평가에 따라 대체안을 선택하는 것) 등으로 구분된다.

셋째, 행동계획단계는 ①실정법체계와의 접합단계(선택된 대체안을 실정법의 용어로 보충하고 실정법체계에 정합적으로 편입하는 것), ②해결책의 실시단계(실정법체계에 접합할 수 있게 된 해결안을 법률 또는 규칙으로 실시로 옮기는 것) 등으로 구분된다.

## ○ 법정정책학(Rechtspolitik)

법정정책학(Rechtspolitik)이란 어떠한 사회적 목표를 어떠한 법적인 수단으로 어떠한 법적인 결과를 달성하여야 할 것인가를 질문하고 판단하는 기법을 개발하기 위하여, 정책학에서의 의사결정이론을 법적으로 재구성하

고 이를 현재의 실정법체계와 결부시켜 법제도 또는 규범체계를 설계함으로써 현재 사회가 직면하고 있는 각종 사회문제를 통제하고, 그 해결을 위한 방안을 법적 의사결정 또는 법적 정책결정을 하는 자에게 조언·제공하는 일반적인 이론구조 내지 기법이라고 할 수 있다. 현대에서는 일정한 목표를 가장 효율적으로 달성하기 위한 관료제화된 조직이 고도로 발달되어 있으나, 이들 조직이 관리되고 운영되기 위해서는 그 목표달성을 위해 자원을 어떻게 배분하는 것이 가장 적절한가라는 규범이 요구됨과 아울러 조직이 거대화하면 할수록 누구에게 무엇을 배분하는 것이 정의 내지 공평에 적합한가라는 문제가 필연적으로 발생하게 된다. 환언하면 자원배분규범을 어떻게 설계하는가에 관한 이론은 제정법의 입법에서뿐만 아니라 필시 다수인의 이해에 영향을 부여하는 조직을 통제하는데 있어서, 따라서 조직의 의사결정에 있어서 반드시 요청되지 않을 수 없는 것이다. 마치 공학자가 기계를 설계하는 것처럼 일정한 목표를 가장 효율적으로 달성하고 정의 내지 공평에 적합한 법제도를 설계하기 위한 이론 및 기법은 금후의 법률가에게 필수불가결하다고 생각되며 법정책학은 이러한 요청에 부응하기 위하여 구상되었다.

법률가의 입장에서 문제해결의 기법을 발견하기 위하여 의사결정이론을 법적으로 재구성하는 것을 내용으로 하는 이러한 학문체계는 구체적 문제에 관한 해결책을 학문적으로 제시하는 것이 아니며, 그것은 다수인의 이해에 관한 문제가 무엇인가를 발견하고, 문제의 구조를 제시하고 목표와 수단의 복잡한 상관관계를 법적인 가치에 의거하여 다면적으로 평가하기 쉬운 모습을 밝히기 위한 고찰방식에 불과하다. 그러한 의미에서 법정책학은 그 자체 학문적 구체성이 결여되어 있는 것은 사실이다. 그러나 제도의 설계라는 발상은 일정한 제도목표에 있어서 가장 바람직한 수단을 선택한다는 합리적 사고방법으로서 기술적 합리성이 지배하는 영역을 창출한 점은 입법의 형성에 즈음하여 많은 참고를 제시하고 있다. 종래 법령의 작성 작업은 그 운용과 밀접한 관계가 있는 행정부서만이 개별적으로 취급하는 업무로서 일반적·이론적 취급이 적합하지 않는 것으로 생각되어 왔다. 그 결과 법령작성작업에 관한 이론적 연구가 결여되어 입법기술이라는 개별적 기술의 집적이라는 모습으로만 보여졌다. 그러나 최근 개별적·구체적 입

법에 즈음하여 법정책학의 기법을 도입하여 해결이 요구되는 다수인의 이해에 관련한 공공적 문제를 식별하고, 해결을 위한 대체안을 선택하며, 그것에 법기술적 표현을 부여하여 기존의 법령을 수정하거나 새로이 제정하는 입법의 과정을 법령작성과정으로 인식하여 이를 재평가하고 재설계하려는 시도가 활발하게 진행되고 있다.

【참조】 법적 의사결정이론(法的 意思決定理論)

### ○ 법형식성심사(Rechtsförmlichkeitsprüfung)

독일에서는 행정부내에서 법제업무를 수행하는 독립된 법제기구가 없으나, 각부처에서는 법제업무를 전담하는 전문가들이 일차적으로 법제업무를 수행하고, 연방차원에서의 총괄적이고 최종적인 법제업무는 연방법무부가 수행한다. 연방법무부는 소관업무범위내에서의 입법준비 뿐 아니라 모든 연방정부의 법률안에 대하여 형식성심사를 행하는 권한을 가지고 있다. 각부처에서 작성되는 법령안은 사전에 각부처에 마련되어 있는 법령입안심사기준에 의거하여 필요성, 적합성, 실현가능성, 유용성과 비용 및 시민에 대한 친숙도 등에 관하여 정밀하게 검토된 후에 작성된 것이다. 또한 연방차원에서도 이러한 심사기준표를 설정하여 입법에 만전을 기하고 있다. 어쨌든 법령안이 연방정부의 의결을 위하여 제출되기 전에 동 법령안은 연방법무부에 의하여 연방정부의 통일적 의견의 집합으로 될 수 있게 하기 위하여 법형식성심사를 받아야 한다. 독일에서는 이미 1949년 10월 24일 내각결의로서 내각에서 제출하는 모든 법령안은 원칙적으로 연방법무부의 법형식성심사(Prüfung der Rechtsförmlichkeit)를 반드시 거치도록 함으로써 연방법무부가 입법분야의 중요한 부서로서 그 역할을 담당하게 되었다.

이 법형식성심사는 기본법 및 연방각부직무통칙(GGO)에 의거하여 마련된 것으로서 동 심사기준은 크게 법규범의 단순화와 불필요한 과잉규제를 제거하기 위한 “필요성심사”, 법령의 헌법적 문제성 및 유럽공동체의 각종 규범이 헌법에 적합한 것인지의 여부를 심사하는 “합헌성심사”, 올바른 체계를 구비하였는가 또한 수범자에 대하여 법령용어와 법문이 이해가능하

게 작성되었는가를 심사하는 “이해성심사”, 법안의 형식이 통일적으로 구비되었는가를 심사하는 “통일성심사” 등 네 가지 분야로 구성되어 있다.

연방법무부가 제시한 이 범형식성심사기준은 입법실무에서 매우 중요한 보조수단을 제시하고 있으며, 동 심사기준은 그 후 1984년 12월 11일에 내각결의로서 “법령의 필요성, 유효성 및 이해성을 위한 세부적 심사목록”을 마련하여 구체적으로 시행하기에 이르렀으며, 1989년 12월 20일에 그 내용의 일부가 보완되어 현재에 이르고 있다. 따라서 모든 연방장관은 그 소관범위내에서 법령의 제정을 의도하는 경우에는 반드시 그 전체적 과정을 동 기준에 따라 진행하여야 하며, 또한 개별적 규율은 동 기준에서 제시된 필요성, 유효성, 이해성에 관한 질문으로서 심사하도록 하고 있다. 아울러 연방법무부는 그 범형식성심사기준에서 제시된 질문을 가지고 법령안을 심사한다. 기타 연방장관은 그 전문적 소관사항의 범주내에서 그 지침에 제시된 질문에 적합한 법령안을 작성하도록 하여야 하며, 의견의 차이가 있을 경우에는 이를 무시하지 않고 차관회의에서의 심의를 거쳐 협의하도록 하고 있다. 아울러 이러한 범형식성심사에 대한 세부적인 내용은 연방법무부가 발간한 “범형식성심사 입문서(Handbuch der Rechtsförmlichkeit)”에서 매우 상세하게 해설하고 있다. 한편 연방차원에서 뿐만 아니라 거의 모든 각주에서도 연방의 범형식성심사에 의거한 입법기술지침을 마련하여 법안 작성에 활용하고 있으며, 연방내무부에서도 법률의 하위규범인 법규명령과 행정규칙에 대한 세부적인 작성지침을 마련하여 이를 실무에 활용하고 있다.

## ○ 법화(法化)

법화(Verrechtlichung, Legalization)라는 용어는 각국의 문제상황이나 학자의 문제관심에 따라 구체적 의미내용에 차이가 있으나, 대표적인 이해로서는 ①일정한 사회적 요구에 대처하는 제도가 법적 형태를 취하여 법적 성질을 강조함으로써 법규범·절차가 증가, 복잡화되어 가는 법적 제도화의 의미를 법화라는 견해, ②법문화에 초점을 두어 사람들의 의식이나 행동이 법적인 가치·원리·절차 등을 내면화하여 법적으로 된다는 법적 사회화의 의미에서 법화를 파악하는 견해, ③사회의 법적 요구에 초점을

두어 사회내부의 구조·관계의 변동으로 법시스템에 대한 필요성·의존성이 높아지는 사회의 법화경향으로서 법화를 파악하는 견해 등이 있다. 일반적으로 법화는 ①의 의미에서 복지국가에 의한 사회개입의 도구·수단으로 변모한 법의 현저한 증대 및 그 질적 전환이라는 현상을 말한다. 즉 현대국가는 국민생활의 모든 방면에서 정치적, 경제적 및 사회적 상황에 대응하여 복잡다양한 목적과 내용을 실현하기 위하여 다양한 수단 및 수법을 사용하여 통치작용을 행하고, 국가가 사회에 있어서 각종 모순이나 폐해 등을 제거하기 위하여 적극적인 역할을 담당하여 개인의 존엄, 인간다운 생활보장을 도모하고 있다. 즉 현대의 적극국가는 단순히 법적·정치적 차원에서의 형식적인 자유와 평등만이 아니라 사회경제차원에서의 실질적인 자유와 평등을 실현하기 위하여, 사회경제생활에 적극적으로 개입·배려하고 사회적 정의의 관점에서 자유경쟁시장의 모순점을 시정하려 한다. 그 결과 국가의 이러한 역할에 대응하여 법의 수비범위도 단순히 종래의 교환적 내지 교정적 정의뿐 만 아니라, 사회경제적인 이익과 부담의 적정한 할당이라는 배분적 정의로까지 확대되고 있는 등 시민의 사회경제생활의 질적 향상을 지향하는 다양한 공공정책의 실현을 위한 중요한 수단으로서 기능하고 있다.

그러나 현대국가의 이러한 기능은 자유주의에 있어서는 시민의 자율에 맡겨졌던 문제영역이 국가에 의한 규제(staatliche Regulierung)의 대상이 되고 그 규제가 법의 형태를 취하게 되면서 이른바 “생활세계의 식민지화”, “관료주의적·법적 간섭”, “관리세계”, “규범의 범람”, “법률완벽주의” 또는 “법화”라는 현상에 직면하게 되었다. 이 같은 국가에 의한 규제의 확대가 개인의 자유를 제한하는 것이라는 위기에 직면하여 독일에서는 1970년대 이후 과도한 법화에 따른 국가 내지 정치의 기능마비 내지 통치무능력(Unregierbarkeit)현상을 비판하고, 현대법에 대한 새로운 진단과 해명을 시도하고 있다. 그 가운데 특히 주목되고 있는 것은 독일의 진보적 학자들에 의해 주장되고 있는 포스트모던법모델로서 이 경향을 대표하는 학자로서 토이프너(Gunter Teubner)가 주장하는 자성적 법(Reflexives Recht)이론과 비트헤르트(Rudolf Wiethölter)가 주장하는 법의 절차화(Prozeduralisierung)이론이다. 양인의 이론은 루만의 시스템이론으로



부터 많은 시사를 얻으면서, 사회국가의 실현=법형식에 의한 사회개입=개인의 자유박탈이라는 법화현상을 진단하여, 그에 내재하는 각종 모순을 해소하기 위하여 새로운 법모델을 구상하려는 것이라 할 수 있다.

결국 이들의 논의는 ①법규의 과잉화 내지 법화는 법치국가하에서는 어떤 의미에서는 피할 수 없는 현상이라고 할 수 있으며, 원래 인권보호를 목적으로 하는 법치국가가 그러한 현상하에서 역작용을 미칠지도 모른다는 비난의 사태가 발생한다는 점, ②사회적 법치국가에 있어서는 국민생활에 대한 국가의 후견적 개입이 필요하게 되나 사회생활관계가 복잡하게 되면서 법규의 상세화의 요청이 발생함과 동시에 그 지나침으로 인해 법규제의 경직화현상이 발생하며 거꾸로 상세화의 반대의 요청(어떤 의미에서의 일 반조항화)이 상세화의 한계의 문제로서 등장하는 것도 부정할 수 없다는 점, ③사회적 법치국가라 할지라도 그것은 어디까지나 자유주의적 국가사상의 수정원리로서 등장하는 것이며, 법은 법주체로서 자유로운 인격자를 예정하고 있다. 따라서 인간의 행동의 매우 상세한 분야에 이르기까지 법률로서 규제하는 것은 위의 이념에도 반하며, 그것이 결국 준법정신을 공동화하며, 법의 권위의 실추와도 연결됨을 주의하지 않으면 안된다는 점등에 유의하고 있다. 따라서 과학기술시대에 있어서 생활관계의 복잡화의 결과 국민의 모든 생활영역에서 지나친 법화가 촉진되며, 그 결과 법의 실효성의 저하, 법의 수용도의 저하 및 법의 지도성의 저하 등을 우려하면서 법화의 원인 및 결과의 포괄적인 분석에 의해서 입법에 관한 의식전환의 계기를 부여하려 한다.

#### ○ 보다 덜 제한적인 수단의 선택(Less Restrictive Alternative Test)

미국에서의 위헌심사에 있어서 인권을 제약하는 입법을 위헌무효로 선언하는데 자주 사용하는 기준의 하나로서 less drastic means, less intrusive alternative, less destructive measures, less invasive means, narrower means, less offensive alternative, less subversive alternative, less harmful means, alternative means 등 다양한 용어로 사용되고 있다. 이 기준은 규제의 수단에 초점

을 두어 위헌성을 심사하는 점에 특징이 있으며, 어떤 입법의 합헌성이 문제가 된 경우 가령 그 입법목적이 적법하다 하더라도 그 목적을 달성하기 위하여 당해입법이 채용하고 있는 수단이 필요최소한의 것인가라는 점에 유의하여, 그 입법목적의 달성을 위하여 보다 덜 제한적인 다른 수단을 이용하는 것이 가능하다고 판단되는 경우에는 그곳에서 채용하고 있는 수단이 헌법상 보장된 권리를 필요이상으로 제한하는 것으로서 그 입법이 위헌이 된다는 것이다.

이 기준은 규제목적에 일정한 적법한 이유가 인정되는 경우에 법이 정한 수단이 그 목적달성에 필요한 한도를 넘어 권리와 자유를 제약하고 있지 않은가를 엄격하게 요구하는 것이다. 또한 이 기준은 법적 규제에 관하여 일정한 엄격한 위헌심사가 요청되는 모든 경우에 적용가능성을 가진다. 즉, 법적 규제에 관한 입법부의 정책적 재량적 판단에 맡겨야 할 사항을 제외하고 정신적 자유에 대한 규제, 선거권의 제한, 평등권의 침해, 경제적 자유의 소극적 규제, 노동기본권 등 사회권의 일정한 제한에 대해서도 널리 적용가능성이 있다. 그러나 LRA기준으로부터 위헌판단을 내리는데 즈음하여 동일목적을 달성하기 위하여 다른 어떠한 수단이 존재하는가에 외 그 능률성, 경비, 사회적 영향 및 억제적 효과의 정도 등을 탐구하여 이를 판단하여야 하나 그 조사, 탐구를 통하여 판단하는 것은 쉽지 않다는 비판도 제기되고 있다.

#### ○ 부칙규정(附則規定)

법령의 규정은 목차 등의 특별한 것을 제외하고 당해 법령의 이른바 본체적인 사항을 규정하는 부분과 부수적·경과적인 사항을 규정하는 부분으로 나누어진다. 그 가운데 전자가 본칙이며 후자가 부칙이다. 부칙은 본칙에 부수하는 것이므로 본칙에서 정하고 있는 사항과 전혀 관계없는 사항을 부칙에 정하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 본칙과 전혀 관계없는 사항에 관해서는 별도의 입법조치를 강구하여야 하며 부칙에 둘 수는 없다. 마찬가지로 부칙에서 다른 법령을 개폐하는 경우에도 그 개폐는 신법의 시행에 수반하여 필요한 조정의 범위에 한정하여야 할 것이며 본칙과 관계없는

개정조치를 규정하는 것은 바람직하지 않다. 부칙에 있어서 규정해야 할 사항은 법령의 시행일·그 법령의 시행에 따른 경과조치·관계법령의 개정 폐지의 조치 등이나, 경우에 따라서는 그 법령의 시행지역에 관한 규정이나 그 법령의 유효기간에 관한 규정을 두는 것도 있다. 그리고 당해 법령의 제정에 따른 폐지되어야 할 법령의 폐지에 관한 규정은 그 폐지가 당해 법령의 구성상 기본적으로 중요한 경우 및 본칙시행에 따른 경과규정이 다수이어서 그 후에 규정하는 것이 적당한 경우에는 당해 법령의 시행일에 관한 규정에 이어서 규정되는 경우도 있다. 이러한 부칙규정의 순서에 관해서는 일정한 원칙적인 순서가 있으며, 통상 ①법령의 시행일에 관한 규정, ②법령의 유효기간에 관한 규정, ③기존 법령의 폐지에 관한 규정, ④법령의 시행을 위한 준비행위에 관한 규정, ⑤법령의 시행에 따른 적용례에 관한 규정, ⑥법령의 시행에 따른 경과조치에 관한 규정, ⑦법령과 관련된 다른 법령의 개정에 관한 규정, ⑧기타 규정 등의 순서로 배열한다.

그리고 부칙에서 규정해야 할 사항이 대단히 많고 복잡한 경우에는 부칙에서 규정해야 할 사항 가운데 시행일에 관한 부분이외의 부분을 독립시켜 단독입법의 형식(○○○법시행법)을 취하는 경우도 있다. 그리고 신법령의 제정에 따른 다수의 관계법령의 개폐를 행할 필요가 있는 경우에도 부칙에서 이를 규정하지 않고 단독법령(○○법시행에따른관계법률의정리에관한법률)을 제정하는 경우도 있다.

### ○ 불확정법개념(不確定法概念)

오늘날 법규범의 명확화와 규율내용의 특정화의 요청으로 인하여 법규범이 극도로 기술화·전문화·표준화·완벽화되고 있다. 이러한 경향은 ①인간의 풍부한 상상력이나 역동적 발전에 직면하여 모든 경우를 상세하게 완전무결하게 규율하는 것은 거의 불가능하다는 점, ②모든 경우를 규율하려는 시도는 법규범을 지나치게 복잡하게 하며 그 결과 또다시 불명확성이 초래될 수 있다는 점, ③법규범의 규율범위가 더욱 좁아지면서 법적용에서 결함이 나타나게 되며 그만큼 개정의 필요성이 자주 제기된다는 점 등에서 법의 계속성과 예측가능성이 약화되며 국민의 법에 대한 신뢰가 감소될 우

려가 있다. 결국 입법자는 법치국가의 원리에 의거하여 법률의 규율내용을 정밀하고 명확하게 규정하여야 책무가 있으나, 다른 한편 법률유보의 범위를 확대하고 증가시키는 것은 법률의 유연성을 결여하게 되어 법의 투명성과 예측가능성의 감소를 초래하게 된다. 특히 오늘날과 같은 복잡한 사실관계를 규율하는 데에는 입법기술상 한계가 있을 뿐 아니라 입법자가 달성하려는 것에 대하여 어떤 일반적인 개념을 가지고는 있으나, 그 개념설정에 특정한 구체적인 것을 분명히 제시하지 않고 사회의 진전 내지 사회변화에 대응하기 위하여 불확정적인 개념을 채용하는 경우도 있다.

입법기술적으로 법문에서 이와 같이 추상적·다의적·탄력적 신축성이 있는 개념으로서 불확정법개념의 사용은 부득이 하다고 할 수밖에 없으나, 이 경우에도 헌법재판소가 결정한 것처럼 “당해 법률이 제정된 목적과 타규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 구비여부가 가려져야 할 것이다. 따라서 일반적 또는 불확정개념의 용어가 사용된 경우에도 동일한 법률의 다른 규정들을 원용하거나 다른 규정과의 상호관계를 고려하거나 기히 확립된 판례를 근거로 하는 등 정당한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출할 수 있어, 그 결과 개개인이 그 형사법규가 보호하려고 하는 가치 및 금지되는 행위의 태양과 이러한 행위에 대한 국가의 대응책을 예견할 수 있고 그 예측에 따라 자신의 행동에 대한 결의를 할 수 있는 정도라면 그 범위내에서 명확성의 원칙은 유지되고 있다고 봐야 할 것이다”(1992.2.25. 89헌가 104)라는 기준을 주의 깊게 인식하여야 할 것이다.

입법자가 법령의 입안에 있어서 어떠한 내용에 대해 불확정법개념을 사용하며, 어떠한 규율내용에 대해 재량개념을 도입할 것인가의 문제에 대해서는 이를 명확하게 지시하는 기준을 마련할 수는 없다. 다만 불확정법개념 또는 재량개념을 채용하는 경우에는 불확정법개념의 채용시에는 “정당성통제(Richtigkeitskontrolle)”, 재량개념의 채용시에는 “의무적합성(Pflichtgemäßheit)”의 시점을 항상 염두에 두고 행정의 자기구속과 신뢰보호의 원칙에 충실한 규율내용이 될 수 있도록 양개념을 선택하여야 할 것이다.

**【참조】 일반조항(一般條項)**

## ○ 비상법률(非常法律)

독일기본법에서는 중대한 정치적 위기상황 이나 전쟁 등 비상사태가 발생한 경우에 특별한 의결절차에 의거하여 성립되는 법률유형으로서 다음의 두 가지 비상법률을 규정하고 있다. ①입법긴급사태(Gesetzgebungsnotstand) 법률이다. 기본법 제81조의 규정에 의하면 연방대통령은 연방수상 자신의 신임동의를 연방의회의 과반수를 얻지 못하고 연방의회가 해산되지 않는 경우에 연방정부가 어떤 법률안을 긴급한 것이라고 표명했음에도 불구하고 연방의회가 이를 부결한 경우 및 연방수상이 어떤 법률안과 신임의 표명을 요구하는 동의를 결부시켰음에도 불구하고 그 법률안이 부결된 경우에는 연방정부의 신청에 의해 연방참의원의 동의를 얻어 그 법률에 관하여 입법 긴급사태(Gesetzgebungsnotstand)를 선언할 수 있다고 규정하고 있다.

이 제도는 통상 정부가 긴급을 요하는 법률안에 관하여 그 조속한 성립을 기대하고 있음에도 불구하고 의회측이 그 심의를 지연시키고 있는 경우에 의회에 일정한 기간내에 그 법률안을 의결할 것을 요구하는 제도이다. 이러한 입법긴급사태가 선언되면 다음과 같은 효과가 발생한다. 즉 입법 긴급사태가 선언된 법률안은 연방의회가 당해법률안을 다시 부결한 경우 또는 당해법률안 가운데 연방정부가 수락할 수 없다고 표명하는 문언으로 채택된 경우에는 연방참의원이 당해법률안에 대해 동의하는 한 그 법률안은 성립된 것으로 간주된다. 연방의회에 법률안이 다시 제출된 후 4주간 이내에 그 법률안을 통과시키지 않은 때에도 같다(기본법 제81조제2항). 또한 어떠한 다른 법률안도 동일수상은 입법긴급사태가 최초로 선언된 후 6개월이내의 기간내에는 긴급사태의 법률로서 이를 통과시킬 수 있다. 이러한 입법긴급사태제도는 기본법제정이래 한번도 행사되지 않았으며, 헌법학자인 Konrad Hesse는 독일에 있어서 연방대통령이 입법긴급사태를 선언하지 않을 수 없는 입장에 처해진다면 그것은 독일에게 매우 불행한 사태라고 지적하고 있다. 또한 그는 이 입법긴급사태제도에 의해서 정치적 위기상황에 대처하려는 것에 대해 매우 비판적인 입장을 취하고 있다.

②방위사태(Verteidigungsfall)법률이다. 이것은 전시 등 이른바 연방이 무력으로 공격을 받거나 그 공격이 직접적으로 위협되고 있는 외부적

위기상태에 처하였을 경우 연방의 입법에는 통상의 입법절차가 아닌 특별한 입법절차가 적용된다. 즉 방위사태에서는 연방정부가 긴급한 것이라고 표시하는 연방정부법률안은 연방의회로의 제출과 동시에 연방참의원에 송부된다. 연방의회와 연방참의원은 지체없이 이들 법률안을 일괄하여 심의한다. 어떤 법률에 연방참의원의 동의를 필요한 한 그 법률의 성립에는 연방참의원의 투표의 다수의 동의를 필요로 한다(기본법 제115a조 참조). 이러한 방위사태의 확인은 연방의회가 연방참의원의 동의를 얻어 행한다. 이 확인은 연방정부의 요청에 의거하여 행해지며 연방의회재적의원 과반수의 투표의 3분의 2의 다수를 필요로 한다. 그러나 연방의회의 집회가 불가능하거나 연방의회가 의결할 능력이 없는 경우 합동위원회(Gemeinsamer Ausschuss)가 전항의 확인을 행한다.

#### ○ 사법의 법형성기능(司法의 法形成機能)

일반적으로 사법이란 구체적 쟁송에 관해 법을 적용하고 선언하는 국가작용으로서 법을 정립하는 입법과 구별되며, 또한 사법은 법을 적용함에 있어 무엇이 법인가를 판단하고 선언함으로써 법질서를 유지하기 위한 소극적 작용이므로 국가목적·공익목적을 적극적으로 실현하기 위하여 법을 집행하는 작용인 행정과도 구별된다는 것으로 인식되고 있다. 그러나 사법의 기능에도 법규범의 단순한 적용을 초월한 준입법적, 창조적인 기능이 다분히 포함되어 있다. 원래 법규범은 유형적인 명제이므로 다소 추상적인 성질을 띠고 있으며, 죄형법정주의의 견지에서 명확성이 강하게 요청되고 있는 별칙규정에서조차 일의적인 해석으로 이를 적용하는 것이 곤란한 것이 많기 때문에 사법에도 하위규범의 정립에 준하는 창조적인 판단이 필요하다. 또한 법규범가운데에는 의식적으로 추상성, 재량성이 높은 요건을 정립하여 사법에 대해 이를 구체화하는 준칙의 정립과 구체적 사안에 부응한 적절한 적용을 기대하는 형식의 것이 있다. 다만, 사법의 판단은 입법을 대행하는 정책결정의 판단은 있을 수 없고 어디까지나 법규범이 명시적 또는 묵시적으로 정한 법가치에 따라 이를 양호하게 실현하는 길을 모색하는 판단에 그치나, 그 실질에 있어서 준입법적, 창조적인 성격을 띠는 것

은 부정할 수 없다.

특히 오늘날 사법은 현대국가의 헌법하에서 특히 위헌심사권의 행사를 통하여 입법·행정을 통제하고 위헌의 국가작용으로부터 국민의 권리·자유를 수호하는 권력이라는 점에 중요한 의미가 있다. 그러한 의미에서 현대헌법하에서 사법이 특히 위헌심사권의 행사를 통하여 커다란 법창조 내지 정책형성의 기능을 영위하고 있으며, 현대사법에 있어서 그러한 기능이 기대되고 있다는 인식에 입각하여 사법권에 대해 법의 해석과 그 적용이라는 근대법적 관념에 중점을 둘 것이 아니라 법창조기능·정책형성기능의 중요성을 명확히 하는 새로운 요건을 가미하여야 할 것이라는 주장도 있다. 그러나 사법의 법창조기능·법형성기능(Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung)을 적극적으로 해석하는 경우에는 입법자의 고유한 입법형성의 자유가 침해될 우려가 있다. 즉 법관이 입법자의 역할을 대신 수행하게 된다는 민주제하의 원리적인 문제가 발생하게 된다. 사법권을 구체적 사건의 법원리적 결정을 그 본질로 하는 법원리부문으로 규정하고 법원이 행하여야 할 것은 법원리에 의한 권리의 확립을 통한 분쟁의 해결이며, 사회전체의 이익에서 무엇이 중요한가라는 정책판단이 결코 아니라는 인식에 입각한다면 사법권의 행사와 입법자의 입법형성의 자유는 상호 저촉되지 않을 것이다. 그러나 구체적 사건의 해결을 위한 사법권행사에 즈음하여 법관은 사실과 규범의 양면에 걸쳐 중요한 일종의 재량을 행사한다고 생각된다. 구체적 사건의 특정의 사실상황에 한정된 모습에서도 법관은 스스로의 재량에 의거하여 새로운 규범적 현실의 창출에 기여하고 있으며, 이를 단순히 입법자에 의한 일반적 규범의 정립에 대한 보완적인 법형성으로 파악하는 것은 문제이다. 다만 한편 입법의 기능에도 사법의 기능에 유사한 적용의 판단이 포함되어 있다. 즉 사법이 위헌심사권에 따라 헌법판단을 내리는 경우에는 위헌판단인 때에는 물론 합헌판단인 때에도 그 판단에 일정한 구속력이 수반되며 입법의 측에 이를 정당하게 적용하여 법규범의 헌법적합성을 유지하는데 필요한 조치를 취할 의무가 발생하는 것이다. 이러한 입법과 사법의 상호보완관계를 건전한 상태로 유지하는 것은 양측의 기능을 충분히 발휘시키는 필수조건이다.

**【참조】** 입법과정과 사법과정(立法過程과 司法過程)

### ○ 사실의 존재법칙성(Seinsgesetzlichkeit)

입법에 즈음하여 입법자가 유의하여야 할 사항을 의미하는 것으로서 입법자는 원래 백지상태에서 입법을 하는 것이 아니라, 입법에 있어서는 우선 인간의 특성, 사회관계, 순수한 자연현상과 함께 생활과 노동을 뒷받침하는 자연적·사회적 조건, 법적전통이라는 제반조건을 고려하여야 한다. 이러한 입법에 즈음하여 준수하여야 할 기본적인 전제조건을 사실의 존재법칙성이라 한다. 입법자는 이러한 입법을 제약하는 기본적인 제반조건에 적합함으로써 가장 잘 그 입법목적을 달성할 수 있는 것이다. 입법자는 입법을 규정하는 사실의 존재법칙성(Seinsgesetzlichkeit)에 복종하여야 할 것이며, 그럼으로써 비로소 그 목적을 현실화할 수 있음과 동시에 입법을 조건지우는 사실에 대해서 유효한 작용을 할 수 있는 것이다.

【참조】 입법사실(立法事實)

### ○ 상임위원회 조사실(常任委員會 調査室)

일본의회의 양원 각 상임위원회에는 사무국소속이지만 거의 독립적인 성격을 가진 조사실을 두고 있으며, 이곳에는 위원회나 의원이 발의하는 법률안 기타 의안등에 관하여 그 기초를 위한 조사와 참고자료의 작성 및 원안의 초안작성, 위원회에 회부된 안건에 제안이유·문제점과 기타 필요한 사항의 조사 및 참고자료의 작성, 소관사항에 관한 법률의 제정 및 개폐와 국정조사를 뒷받침하기 위한 조사 및 자료의 작성, 조사보고서의 원안작성, 회부안건의 위원회보고서작성 및 본회의에서의 위원장의 구두보고의 원안작성, 기타 소관사항에 관한 기초조사와 자료수집 및 정리 등의 업무를 수행한다(중의원상임위원회조사실규정 제5조). 상임위원회 조사실은 1명의 전문원과 10인내외의 주임조사원·조사원으로 구성되어 있으며, 전문원(조사실장)은 그 소고하는 상임위원회의 상임위원장의 명을 받아 그 조사실의 조사원을 지휘감독하고 관리 운영하는 책임자로서의 지위에 있다. 전문원은 상임위원장의 신청에 의해 사무총장이 의장의 동의 및 의원운영위원회의 승인을 얻어 임면한다. 주임조사원은 전문원을 직접보좌하며 전문원이 사고 또는 결원이 있는 경우에 그 직무를 대행한다. 주임조사원



은 조사원중에서 상임위원장의 승인하에 조사실장의 신청에 의하여 사무총장이 임명한다.

상임위원회의 각조사실에 대한 국회의원의 질의는 각조사실의 실장(전문원)을 통하는 경우 또는 주임조사원을 통하는 경우가 있으나 간단한 것을 포함하여 직접담당조사원에 대해서 행하는 질의도 많다. 이 점에서 상임위원회조사실은 국회직원중 다른 부서보다도 매우 활용도가 높다. 상임위원회조사실은 당해소관의 위원회에 부의된 법률안 기타 안건에 관하여 국회의원의 위원회질의의 편의에 제공하기 위하여 해설 및 참고자료를 첨부한 법률안 등 “심사자료” 작성하여 당해위원회의 위원에게 배포한다. 그리고 국회의 회기종료후에는 그 회기에서 당해담당의 위원회에서 제안 내지 질의된 안건에 관하여 사항별로 정리한 “심의요록” 작성하여 보존한다. 아울러 각원의 조사실은 업무수행에 있어 상호 밀접하게 연락·협조하며 필요한 경우 자료교환과 합동조사연구도 수행한다.

【참조】 조사입법고사국(調査立法考査局)

### ○ 선결처분(先決處分)

현행 지방자치법 제100조제1항에서는 “지방자치단체의 장은 지방의회가 성립되지 아니한 때와 지방의회의 의결사항중 주민의 생명과 재산보호를 위하여 긴급하게 필요한 사항으로서 지 의회를 소집할 시간적 여유가 없거나 지방의회에서 의결이 지체되어 의결되지 아니한 때에는 선결처분할 수 있다”라고 규정하여 일정한 요건하에서는 의회의 의결없이 실질적으로 조례제정과 같은 효과를 얻을 수 있는 권한을 부여하고 있다. 선결처분권은 헌법상 긴급재정경제처분 및 명령권, 긴급명령권과 유사한 제도라 할 수 있으며, 지방자치단체의 장과 의회의 조정을 도모하고 지방행정의 정체를 방지하는 것을 주된 목적으로 한다. 선결처분은 비상시에 지방자치단체의 장이 지방의회가 의결하여야 할 사항을 임시적으로 결정하는 것이므로 엄격한 요건하에서만 허용된다.

선결처분의 요건으로서 ①“지방의회가 성립되지 아니한 때”란 의원이 집합하여 적법하게 의회활동을 행할 수 있는 추상적 활동능력을 가지지 못하

는 경우를 의미한다. 즉, 지방자치법 제56조의 규정에 의한 의원의 구속등의 사유로 의결정족수에 미달하게 된 때를 의미하며, 의회의 자진해산등으로 일시적으로 지방의회가 존재하지 아니하게 된 경우도 포함된다. 이 경우에는 지방의회의 의결사항 전반에 대해 선결처분이 가능하다. ②“지방의회를 소집할 시간적 여유가 없거나 지방의회에서 의결이 지체되어 의결되지 아니한 때”란 지방의회의 의결사항중 주민의 생명과 재산보호를 위하여 긴급하게 필요한 사항을 의미한다. 즉, 절대적으로 의회의 의결을 얻는 것이 불가능한 경우는 아니나, 당해 사안이 시급을 요하며 의회를 소집하여 그 의결을 얻는다면 시기를 상실할 사정이 있는 경우를 말한다. 이러한 판단은 장이 행하는 것이나, 그 인정에는 객관성이 있어야 함은 물론이다. 지방자치법시행령에서는 주민의 생명과 재산보호를 위하여 긴급하게 필요한 사항으로서 천재지변이나 대형화재로 인한 피해의 복구 및 구호, 중요한 군사안보상의 지원, 급성전염병에 대한 예방조치, 기타 긴급하게 조치하지 아니하면 주민의 생명과 재산에 대하여 중대한 피해가 발생될 우려가 있는 사항 등을 제시하고 있다(지방자치법시행령 제38조제1항). 기타 지방자치법 제122조에 의한 예산의 불성립시에의 예산집행도 넓은 의미의 선결처분으로 볼 수 있다.

지방자치단체의 장이 선결처분을 한 때에는 지체없이 지방의회에 보고하여 승인을 얻어야 하며(동조 제2항), 승인을 얻지 못한 때에는 그 선결처분은 소급실효되는 것이 아니라 일단은 적법한 처분으로서의 효력을 발생하나 승인을 얻지 못한 때로부터 효력을 상실한다. 선결처분은 의결기관인 의회가 그 본래의 책책을 거둘 수 없는 경우에 장이 보완적으로 의회에 대신하여 그 권능을 행사하는 것이며 또한 시간적으로 유예할 수 없기 때문에 행사하는 것이므로 의회의 승인을 얻지 못하였기 때문에 그 처분이 무효가 된다고 한다면 이미 처분을 받은 자의 이익을 해하고 행정의 안정을 훼손하며 신속한 조치를 취하기 위하여 설정된 제도의 취지를 상실하게 하는 것이 되기 때문이다. 지방자치단체의 장은 선결처분을 지방의회에 보고하여 승인을 얻거나 얻지 못한 사실을 지체없이 공고하여야 한다(지방자치법 제101조제4항). 선결처분을 한 때와 지방의회의 승인을 얻은 때에는 시·도에 있어서는 행정자치부장관에게, 시·군·자치구에 있어서는 시·

도지사에게 이를 보고하여야 한다(동법 시행령 제38조제2항).

### ○ 소관사항의 원리(所管事項의 原理)

소관사항의 원리란 법령의 소관사항을 정하는 것으로서 법령의 제정에 있어서는 정하여진 각 법령의 소관사항을 명확히 함으로써 법령간의 모순 내지 저촉이 발생하는 것을 방지하려는 것이다. 소관사항이란 법령의 각 형식에 따라 그 법형식에서 규정의 내용으로 할 수 있는 일정한 사항, 규율할 수 있는 범위를 말한다. 이 원리로부터 법령은 스스로의 소관사항에 관해서만 유효하게 규율할 수 있으며, 소관외의 사항에 관하여는 설사 규정을 하더라도 그것은 무효라는 원칙이 도출된다. 법령의 소관사항의 배분에 관하여 전부 명확한 소관사항의 분배가 가능하다면 법령의 모순저촉은 대단히 줄어들 것이나, 법령의 규제대상이 광범위한 점 또한 그 내용은 유동적으로 변화하는 점등을 고려한다면 현실적으로 그것은 곤란하다. 따라서 소관사항에는 “전속적 소관사항”과 “경합적 소관사항”이 발생하게 된다. 즉 전자는 일정한 사항이 어떤 법령의 형식만의 소관사항으로 되는 경우이며, 후자는 일정한 사항이 둘 이상의 법령의 형식의 공통소관사항이 되는 경우이다. 어떤 종류의 법령의 소관사항이 그 전속적인 소관에 속하는가 또는 다른 종류의 법령과 경합적인 소관에 속하는가는 명백하지 않은 경우가 많으며, 실정법상 각 법형식간에 있어서 소관사항은 서로 중복하고 경합적인 분배가 행하여지고 있는 것이 오히려 원칙이라고도 할 수 있다. 법령의 입안자로서는 어떤 규정의 내용이 그 소관사항을 일탈하여 법질서의 안정성을 저해하지 않도록 법령의 입안에 있어서 소관사항의 한도를 준수하도록 신중한 노력을 하지 않으면 안된다. 법제처의 법령입안심사기준에서 제시하고 있는 법령별 소관사항은 다음과 같다.

법률의 소관사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 헌법에서 법률로 정하도록 한 사항</li> <li>○ 국민의 권리·의무에 관한 사항</li> </ul>
대통령령의 소관사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 법률에서 위임한 사항</li> <li>○ 법률의 집행을 위하여 필요한 사항</li> <li>○ 국정의 통일적 추진·집행을 위한 기본방침에 관한 사항</li> <li>○ 각 부처에 공통되는 사항</li> <li>○ 행정기관의 조직에 관한 사항</li> <li>○ 권한의 위임·위탁에 관한 사항</li> </ul>
총리령·부령의 소관사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 법률·대통령령에서 위임한 사항</li> <li>○ 법률·대통령령의 집행을 위하여 필요한 사항</li> <li>○ 각 부처가 단독으로 업무를 수행할 수 있는 사항</li> <li>○ 복제·서식 등에 관한 사항</li> <li>○ 절차적·기술적 사항</li> </ul>

【참조】 대통령령·총리령·부령(大統領令·總理令·部令)

#### ○ 소관사항의 위임(所管事項의 委任)

입법권은 국회에 속한다는 것은 입법자가 법규범에 관한 모든 결정을 직접 행하여야 하는 것을 의미하는 것은 아니며, 또한 그렇게 할 수도 없다. 입법자는 헌법이 그 결정을 법률에 유보하여 둔 범위내에서 책임을 부담하는데 불과한 것이다. 법규범으로서의 법률의 성격과 규범화하는 즉 척도를 제공하는 입법의 임무로부터 모든 임의의 문제를 입법대상으로 하는 것을 배제하는 내재적 한계가 도출된다. 여기에서 의회가 가지는 입법권을 하위 입법에 위임하여야 할 필요성이 발생한다. 그 필요성은 구체적으로는 집행부의 영향력의 상승과 의회의 입법부담가중으로 나타난다. 오늘날 사회국가에서 사회현상은 복잡성·전문성을 띠게 되고, 국민생활에의 국가적 개입의 빈도가 점차 증대되면서 이를 규율하는 법률 역시 전문성과 기술성을 구비하지 않을 수 없게 되었다. 이러한 법률의 내용상의 복잡성은 많은 사람들이 법정립기능에 참여할 것을 요구한다. 특히 행정부가 법정립에 참여하게 된다는 것은 오늘날 법치국가적 유보에도 불구하고 학문적 영역에서도 인정되고 행정부내부의 지침에 의해 규율되고 실무에 있어서도 허용되고 있다.

그러나 행정부가 입법활동에 광범위하게 참여하는 것이 필연적 현상이면 서도 또한 그에 따른 많은 문제점이 도출된다. 그 이유는 행정부는 방대한 관료조직을 배경으로 하여 사회변화에 대응하는 능력이 비전문적인 의원들 로 구성된 의회보다 훨씬 앞서고 있고, 행정입법의 과잉증대는 자칫하면 의회의 입법권의 본질을 침해할 가능성이 많기 때문이다. 뿐만 아니라 행 정부는 법정립에서 부분적 임무를 수행하기 때문에 보다 양호한 법에 대한 문제가 간과될 우려가 있다. 또한 입법의 임무를 예외 없이 의회에 유보하 는 경우 그것은 의회의 과잉부담을 초래하게 된다. 동시에 명령제정은 입 법절차의 번잡한 과정과 비교하여 볼 때 일반적 구속력 있는 법규범의 형 식을 명백히 단순화하고 촉진시키는데 그 의의가 있으며 의회의 이해관계 에서 벗어나는 법정립을 가능하게 한다. 그리하여 의회의 입법권이 다른 국가기관, 특히 행정부에 위임될 수 있다는 점에 대해서는 확립된 것으로 서 정착되어 있으며, 우리 헌법에서도 제75조에서 이를 명문으로 규정하 고 있다. 그러나 입법권위임의 필요성 내지 행정입법의 필요성이 의회의 입법과 행정부의 법정립을 명확히 구별해주고 있는 것은 아니다. 헌법 역 시 이 점에 관해서는 침묵을 지키고 있어서 그 해명은 자연히 학설과 판례 의 역할에 맡겨지게 되며, 행정규칙의 법규범적 성격, 행정입법의 한계 등 의 문제가 제기된다. 특히 입법권위임의 한계와 관련하여 헌법이 일정한 규율을 오로지 입법자에게 유보한 경우 또는 입법자가 스스로 몇 가지 사 항을 종국적으로 이미 규범화한 경우에는 행정입법에 위임할 수 없게 된 다. 아울러 입법자가 법률의 시행령을 정립하는 권한을 집행권에 위임하는 경우에도 그 형식상 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 것이 일반적인 현 상이다. 포괄적이고 일반적 수권을 인정하는 경우 그것은 헌법의 기본원칙의 하나인 권력분립의 원리를 근본적으로 파괴하는 결과를 가져오기 때문이다.

#### 【참조】 위임입법(委任立法)

##### ○ 소급입법(遡及立法)

과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법에는 어떤 법 률이 그 효력발생이전에 이미 종결된 과거의 구성요건에 소급하여 적용되

는 “진정소급효 입법”과 어떤 법률이 그 시행당시에는 종결되지 않고 진행 중인 현재의 사실관계나 법관계에 적용되어 관계자의 법적 지위를 사후적으로 침해하는 “부진정소급효 입법”의 두 가지가 있다. 전자는 법치국가원리에서 도출되는 법적 안정성에 어긋나는 것이어서 원칙적으로 금지되는 반면, 후자는 원칙적으로 허용되나 그 경우에도 해당 법규정의 존속에 대한 개인의 신뢰와 새로운 법률규정으로 인한 공익이 비교형량되어 그 법률의 허용여부가 결정된다. 이러한 구성요건의 종결여부에 의한 소급효 입법의 구분방법에 대해서는 이미 종결된 구성요건과 아직 종결되지 않은 구성요건의 구별이 애매하며 조작이 가능하고 그러한 애매한 구분방법에 의해 결정적으로 법률의 허용여부가 정해진다는 것은 타당하지 않다는 지적도 있으나, 아직까지 이에 대한 특별한 대안이 제시되지 않고 있는 실정이다.

우리의 헌법재판소도 소급입법의 태양으로 진정소급효 입법과 부진정소급효 입법의 양자를 구분하면서, “과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 진정소급효의 입법과 이미 과거는 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 부진정소급효의 입법을 상정할 수 있다고 할 것이다. 전자의 경우에는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호의 견지에서 그리고 법적 안정성을 도모하기 위해 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 할 것이나, 후자의 경우에는 구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호보다는 광범위한 입법권자의 입법형성권을 경시해서는 안될 일이므로 특단의 사정이 없는 한 새 입법을 하면서 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 의무가 발생하지는 않는다고 할 것이다”(1989.3.17. 88헌마1)라고 하고 있다.

법률의 효력발생 이전에 이미 종결된 과거의 구성요건에 소급하여 적용되는 진정소급효 입법에 대해서는, 원래 국민은 현행법에 의거하여 어떤 행위를 하면서 원래 그 법률에서 정하고 있는 법적 효과가 생길 것이라고 신뢰하게 되는데, 만일 입법자가 사후적으로 소급입법을 하게 되면 이러한 신뢰는 근본적으로 침해되는 것이다. 따라서 이러한 소급입법은 신뢰보호

의 원칙에 의거하여 원칙적으로 금지되는 것은 당연한 것이다. 따라서 이 경우에는 헌법재판소의 판례에서 제시된 것처럼 입법자는 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호의 견지에서 그리고 법적 안정성을 도모하기 위해 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 할 것이다. 부진정소급효 입법의 경우에는, 사실 어떤 범영역이나 범문제에 대해 미래를 향해 새로이 개정되는 거의 모든 법률은 실질적으로 시행당시 종결되지 않고 진행중인 사실관계나 법관계에 연관되어 있기 때문에 부진정소급효의 성격을 가지고 있다. 따라서 이러한 부진정소급효를 가지는 법률개정이 있을 경우 기존의 법률규정에 의거한 개인의 특정행위나 처분은 원래의 기대와는 달리 무가치하게 되어 버리기 때문에 결국 피해는 개인만 입게 된다. 그리하여 이 경우 법률규정에 대한 개인의 사실적 신뢰를 어느 정도 보호해야되는가가 문제되며, 이는 결국 개인의 신뢰이익과 법률개정으로 인한 공공이익과 비교형량하여 판단하게 된다. 그러나 개인의 신뢰이익과 법률개정으로 인한 공공이익은 서로 쉽게 융화될 수 없는 관계이므로 양자를 비교형량한다는 작업은 대단히 어렵다. 즉, 법치국가 원리상 개인의 신뢰이익의 보호도 쉽게 포기할 수 없고 사회적·정치적·경제적 및 문화적 변화로 인한 새로운 법질서의 창조를 위한 법개정 역시 법치국가의 유지를 위한 필수불가결의 요소이기 때문에 양자를 조화시킨다는 것은 매우 어려운 일이다.

따라서 입법자는 개인의 신뢰이익이 보호되는가의 여부는 헌법상의 비례의 원칙을 기준으로 하여 공공이익과 신중히 비교형량하여 결정하여야 한다. 이 모든 것이 인정될 때에만 헌법적합성이 인정되고, 그렇지 않은 경우에는 헌법에 어긋나는 것으로서 기존의 법률규정에 대한 국민의 신뢰가 보호받게 될 것이다. 헌법재판소도 이러한 입장에서 “법치국가라는 헌법원칙상 국민이 종전에 정착된 행정법질서내의 계속적인 법률관계나 제도가 장래에도 지속할 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 이에 적응토록 개인의 법적 지위형성을 다져 왔을 때에는 그 장래에 있어서의 예측가능성, 법적 안정성과 신뢰를 국가가 되도록 보호할 것을 요구하고 있으므로 국민의 권리의무에 관련된 법규·제도의 개폐에 있어서는 이 신뢰보호를 소홀히

할 수 없다”라고 하면서, “다만 개정된 법규·제도의 존속에 대한 개개인의 신뢰는 침해된 권리상태(상실된 신뢰의 근거 및 종류) 침해의 강도(신뢰이익상실에 의한 손해의 정도)등 보호가치의 고려하에 새로운 규정이 공헌하는 공공복리의 중요성과 비교형량 되어져야 할 것이고 이러한 비교형량의 결과 현존상태의 지속에 대한 신뢰가 합리적 이성적 판단으로 우선된다는 점이 인정되는 경우에는 규범정립자는 지속적 또는 과도적으로 이를 보호하는 조치를 취하여야 할 의무가 있다고 할 것이다. 이 원칙은 법률뿐만 아니라 그 하위법규명령 등 규범의 개폐에도 적용되는 것이다”(1992.10.1. 92 헌마 68,76 병합)라고 판시하고 있다.

한편 비교형량에 있어서 시간적 요소 역시 비례의 요소와 더불어 중요한 판단기준이 된다. 이는 기존의 법률규정에 대한 개인의 신뢰는 보호받는 것이 마땅하지만 영원히 보호받을 수는 없다는 점에 그 이론적 바탕을 두고 있다. 따라서 소급효의 입법시 신뢰이익을 상각시킬 수 있는 충분한 시간적 여유(경과규정)가 함께 주어졌다면, 이는 헌법에 적합한 것으로 인정될 것이다. 여기에서 경과규정을 둔다는 것은 최소한 경과규정의 만료시까지 기존의 개인의 신뢰를 보호한다는 것을 의미한다. 반대로 소급효의 입법시에 경과규정을 전혀 두지 않았다면 이는 헌법에 위배되는 입법을 한 것이 된다. 이 때 어느 정도의 경과규정기간이 허용되어야 하는가에 관한 문제는 입법자가 일괄적으로 정할 수는 없으며 구체적인 경우에 따라 단계적으로 정하여야 한다. 다만 개인이 이미 오랫동안 신뢰이익을 누렸을 수록 그만큼 보호가치는 작아질 것이다. 결국 부진정소급효의 입법 그 자체는 기존의 개인의 권익에 대한 침해가 되고 신뢰를 저버리는 행위이지만, 부진정소급효의 입법을 할 수밖에 없는 공공이익과의 비교형량하에 경과규정을 포함한 비례의 원칙이 준수되었을 경우 그 헌법적 적합성과 정당성이 부여되는 것이다. 물론 이 경우 개인의 보호이익은 진정소급효의 경우보다 상대적으로 약하게 보호되고 그 대신 입법으로 인한 공공이익이 더 강하게 보호될 것이다.

**【참조】 신뢰보호의 원칙(信賴保護의 原則)**



## ○ 시행일(施行日)

법령은 각각의 법형식에 따른 절차를 거쳐 제정되면 그 내용은 확정된다. 그러나 법령이 법규범으로서 현실로 적용되기 위해서는 그것이 공포되어 시행될 것이 필요하다. 따라서 각법령은 각각 특별히 시행일에 관해 규정을 두고 있는 것이 일반적이다. 법령의 시행일을 정하는 경우에는 우선 국민이 그 법령을 주지할 수 있는 시간적 여유를 주어야 하며, 하위법령의 입법소요시간을 확보하여야 하며 또한 국민의 권리제한 또는 의무부과와 직접 관련되는 경우에는 법적 안정성을 확보할 수 있도록 배려하여야 한다. 법령에서 시행일을 규정하는 경우에는 특히 다음의 사항을 유의하여야 한다.

①규율소재를 비용과 관련시켜 실행과정에서 자료조사 및 행정조직적인 적응 등의 면에서 이행가능한 가를 검토하고, 그 법령의 시행과 고지사이에 적절한 시간적 간격을 두어야 한다. ②법령의 실행에 중요한 의미가 있는 기일을 고려하여야 한다. 법안심의과정에서 당초예상하였던 보조금 내지 재원의 감소에 따라 소정기간내에 입법목적을 달성할 수 없다고 판단되는 경우에는 시행일을 고려하여야 한다. ③법령을 실행할 수 있는 여건이 성숙되었다라도 하위법령인 시행령이나 시행규칙의 정립을 확보할 시간적 여유를 두고 시행일을 확정하여야 한다. 또한 기본법률과 기본법률을 실시하는 실시법률 내지 시행법률은 시행일이 일치되도록 하여야 한다. ④규율내용과 관련하여 관련단체의 전문적 지식에 대한 견해를 조정할 필요성이 있는 경우에는 시행일에 적절한 유예기간을 둔다. ⑤법령 중의 어떤 규정에 대해서 시행일을 다르게 할 필요가 있는 경우에는 그 소급적용하여도 일반국민의 이해와 직접관계가 없는 경우라든가 오히려 그 이익을 증대시킬 수 있는 경우이어야 한다. ⑥불가피하게 법령의 소급효를 인정하는 경우에는 불소급의 원칙상 특별한 주의를 요한다. 형사법이나 벌금에 대한 소급적인 시행기일을 정하는 것은 허용되지 아니한다. 입법자는 시행일에 소급효를 인정하는 것이 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것이 아닌지 또는 의도한 규율내용에 대해 부분적인 정보를 제공하고 있는 것이 아닌지를 개별 사안별로 면밀히 조사하여 예외적으로 필요한 경우에 한정하여 장래에 대

한 예방조치로서만 이를 인정하여야 한다. ⑦사안에 적절한 시행일의 확정  
 에 유용한 것으로서 일시적인 규율이 허용된다. 이것은 특히 공간적으로  
 또는 관계인의 법적 상태의 정립을 위해 과거의 법상태, 새로운 법의 적용  
 에 대한 예외를 일시적으로 유지할 필요성이 있을 때 허용된다. ⑧국민의  
 자유와 권리를 제한하거나 국민에게 새로운 의무를 부과하려는 경우나 특  
 히 벌칙을 수반하는 경우에는 사전의 주지기간을 부여하여 국민이 그것에  
 원만하게 대응할 수 있도록 가능하면 일정한 유예기간을 두어 시행하는 방  
 법으로 일정한 범위를 정하여 시행일을 예측할 수 있도록 정하는 것이 바  
 람직하다. ⑨어떤 규율에 대한 시행일을 확정할 때에는 기존의 법령에 대  
 한 신중하고 면밀한 검토가 필요하다. 특히 당해법령의 실시와 관련된 기  
 존의 법령의 시행일에 대한 완벽한 고려가 행하여 져야 한다.

**【참조】 공포(公布)**

○ 신뢰보호의 원칙(信賴保護의 原則)

신뢰보호의 원칙은 법률, 행정청의 결정 기타 공권력행사의 지속적 존속  
 에 대해 국민이 가지고 있던 보호가치 있는 신뢰를 국가가 어느 정도 보호  
 해야 한다는 사상에 그 이론적 기초를 두고 있다. 현대국가는 각 분야에서  
 급속한 변화로 말미암아 그에 따른 능동적 대처를 위해서는 기존의 법  
 규정이나 행정작용을 빈번히 개정, 폐지할 수밖에 없는 입장에 놓여있고,  
 이는 필연적으로 기존의 국가작용의 존속을 믿고 있는 국민의 신뢰와 충돌  
 하게 된다. 특히 국민이 기존의 국가작용을 전적으로 신뢰하고서 그에 따  
 른 어떤 행위를 한 경우 양 이익간의 충돌은 더욱 심화된다. 이러한 국가  
 와 국민간의 이익충돌문제에 대해 종래에는 일방적으로 국가의 입장에서  
 문제의 해결을 시도하였으나, 복지국가적 성격이 강한 오늘날에는 양 이익  
 의 균등한 비교형량이 요구되고 그 기준점으로서 법치국가원리에 근거를  
 두고 있는 신뢰보호의 원칙이 제시되고 있는 것이다. 신뢰보호의 원칙은  
 오늘날 개인의 법률문제와 전체적 법구성과 관련한 이론으로서 공·사법을  
 포함한 모든 분야에서 학설·판례를 통하여 정착되고 있으며, 이 원칙은  
 입법작용, 행정작용 및 사법작용을 포함한 모든 국가작용을 구속하며 개별  
 법의 구체적인 해석에 있어서도 중요한 기준이 되는 헌법상의 기본원칙으

로 발전하였다.

결국 국가의 입장에서 보았을 때 신뢰보호는 그 위법성에 관계없이 지금까지의 국가작용을 그대로 존속시키는 것을 최고목표로 하고 있으며, 경우에 따라 신뢰함으로써 받은 재산상의 불이익에 대해 보상받는 것을 그 부차적 목표로 하고 있다. 물론 신뢰가 보호받기 위해서는 구성요건인 선행조치에 대한 신뢰 자체가 있어야 할뿐만 아니라 그러한 신뢰가 공공이익과의 비교형량하에서 보호할 가치가 있어야 한다. 따라서 신뢰의 보호결정여부는 결국 헌법적 질서내에서 구체적인 비교형량에 의해 결정된다. 그런데 이러한 신뢰보호의 원칙은 입법상의 문제와 행정법상의 문제로 크게 대별될 수 있는데 각각 그 법적 근거나 법적 효과, 성립요건이 상이하므로 양자를 구분하여 고찰하는 것이 타당하며, 입법상의 신뢰보호의 원칙을 중심으로 몇 가지 사항을 살펴본다.

입법에 있어서 신뢰보호의 원칙이 적용되는 것은 소급입법의 경우이다. 현대국가는 모든 분야에서 급속한 변화로 인하여 기존의 법률상태를 자주 변경시킬 수밖에 없기 때문에 소급효의 문제가 자주 발생되며, 이는 국민의 신뢰보호와 관련해 입법에 있어서 어려운 과제중의 하나로 등장하고 있다. 신뢰보호의 원칙이 적용되기 위해서는 신뢰의 구성요건으로서의 법률, 신뢰의 보호가치 등의 일반적 요건이 충족되어야 한다. 즉, 신뢰보호의 원칙은 국민에게 권익을 부여하거나 권리의 제한을 없애는 수익적 소급법률에는 발생하지 않으며, 국민의 권익을 침해하거나 의무를 부과하는 부담적 소급법률에만 적용된다. 또 신뢰보호의 원칙은 기존 법률규정의 존속에 대한 국민의 모든 신뢰가 보호되는 것이 아니라 보호가치있는 신뢰만이 보호받을 수 있다. 이때 신뢰의 보호가치여부는 법률의 일반적·추상적 성격때문에 국민 개개인의 기준에 의해서가 아니라 법률규정에 관련된 집단의 일반적이고 정형적인 기준치에 의해 결정된다. 따라서 소급법률에 있어서의 신뢰의 보호가치여부는 결국 일반국민이 기존법률의 존속을 신뢰해도 되었는지 여부에 의해 결정된다. 우리의 헌법재판소도 신뢰보호의 원칙이 입법작용을 비롯한 모든 국가작용을 구속하는 헌법적 원칙임을 강조하고 있고, 입법자에게도 이 원칙을 준수하여 입법을 할 것을 촉구하고 있다.

## ○ 실체규정(實體規定)

실체규정에 관한 사항이란 입법형식적으로 본칙과 부칙으로 대별되는 법령조문중에서 본칙에 규정되는 조문중 총칙적 규정에 이어서 규정되는 것을 말하며, 실체규정은 당해 법령이 달성하고자 하는 입법목적을 구체적으로 실현하기 위한 가장 기본적인 내용을 규정하게 되며, 각법령의 본체적 부분을 이룬다. 법령의 본체적 부분을 이루는 실체적 규정을 어떻게 구성하고 배열할 것인가는 법령의 형식과 목적에 따라 매우 다양하기 때문에 이를 일률적으로 말하기는 곤란하다.

실체적 규정의 내용을 분야별로 개관하면 ①행정작용법령중 영업관련법령에 있어서는 일정한 영업을 적법하게 영위할 수 있는 권리의 취득·변경에 관한 기본적인 사항으로서 영업허가등을 받을 의무, 결격사유 및 허가기준, 변경허가 및 영업을 승계에 관한 사항을 규정한 다음 영업의 운영에 관한 기본적사항으로서 일정기간내의 영업개시의무, 휴·폐업신고, 영업제한사항, 위생·안전관리 기타 영업자의 준수사항, 생산제품의 표시 및 규격사항등이 규정되며, 마지막부분에 영업자에 대한 지도·감독사항으로서 출입·검사, 행정지도 및 개선명령, 위반시의 영업정지 및 취소등 행정처분, 과징금 및 청문에 관한 사항이 규정된다. ②행정조직관련법령중 법인의 설립에 관한 법령에 있어서는 주로 법인격, 정관 및 설립등기, 이사회, 임원수·임면·결격사유등, 사업 내지 업무범위, 사업계획, 자금차입·채권발행등 당해 법인의 업무집행 및 재정에 관한 사항등이 규정된다. ③국토이용·환경·농지등 국토의 보전과 이용에 관한 법령에 있어서는 중장기 계획등 행정계획, 필요한 용도지역·보전지역의 지정, 동지역안의 각종 행위제한, 제한행위의 인·허가, 훼손시의 원상회복등 개선조치 및 각종 부담금의 부과·징수등이 규정된다. ④농어촌발전, 중소기업지원, 과학기술진흥등 일정분야의 경제활동의 지원이나 개발촉진법령에 있어서는 주로 보조·융자등 금융지원, 세제지원 및 기술지원, 특정분야 사업추진에 대한 인·허가의 특례, 입지선정지원등에 관한 내용이 규정된다. ⑤사회보장이거나 사회복지의 증진을 위한 법령에 있어서는 각종 생활지원수당, 자녀학비보조등 교육보호 및 의료보호등에 관한 내용이 규정된다.

실체규정작성시 유의사항으로는 ①법령에 의한 규제의 경우 그 효과에 대한 고려이다. 인간의 사회생활은 법외에도 도덕, 관습등 다양한 것에 의해 규제를 받는다. 일정한 행정목적의 달성을 위하여는 경우에도 강제력을 수반한 법적인 규제보다도 다른 방법에 의하는 것이 효과적인 경우도 적지 않으며 또한 사회의 자주적인 작용에 맡기는 것이 적당한 경우도 있다. 따라서 법령에 의한 규제가 적당한가의 여부, 법령에 의한 규제이외의 적당한 방법이 있는 가라는 점을 우선적으로 고려하지 않으면 안된다. 이어 법령에 의한 규제가 적당하더라도 어떠한 내용의 법령에 의하면 공공복리의 요청에 입각하여 행정기관이 가지는 목적을 보다 효과적으로 달성할 수 있는 가라는 점을 고려하여야 할 것이다. ②기본적 인권에 대한 배려이다. 법령은 국민의 자유와 권리를 제한하는 것이므로 그러한 제한이 인정되기 위해서는 충분한 이유가 존재하여야 한다. 또한 국민의 자유·권리의 제한이 인정되더라도 그것은 필요최소한에 그쳐야 함은 헌법이 정하는 기본권보장의 원칙에서 당연한 것이라 할 수 있다.

헌법재판소에서도 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 입법활동을 함에 있어서는 ……국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성). ……위와 같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 부동의 위치를 점하고 있으며, 헌법 제37조제2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다”라고 판시하고 있다(1990.9.3. 89 헌가 95).

③제도적 측면에 대한 고려이다. 법령상의 규제조치는 하나의 제도로서의 성격을 가지므로 그 규제를 받는 국민은 이른바 제도의 이용자로서의 입장에 서게 된다. 따라서 제도 그 자체가 이에 구속되는 국민에게 이해하기

쉽고 또한 부담이 적은 합리적인 것이 되도록 하여야 한다. 따라서 모든 법령에서 일정한 제도를 규정하는 경우에는 이러한 점을 고려하는 것이 대단히 중요하다. 그리고 행정절차도 행정의 의사형성의 과정으로서 하나의 제도를 구성하는 것이라고 이해된다. 법령에 의거한 행정운영이 공정하게 되기 위해서는 그 절차가 적정한 것이어야 할 것이 요구된다.

### ○ 실험법률(experimentelle Gesetzgebung)

실험법률이라는 관념은 1990년대에 독일정치학·행정학에서 본격적으로 논의되기 시작하였으며, 그곳에서 “실험”이라는 형용사를 강조하여 논의가 행해지고 있는 취지는 실험법률은 법률일반과는 구별된 유형의 법률로서 파악한다. 즉, 모든 법률은 일정한 목적을 달성하고 일정한 결과를 획득하는 것을 지향하고 있으며 항상 장래에 대한 도박이다. 만약 기대된 결과가 달성되지 않으면 그 법률은 재검토된다. 따라서 넓은 의미에서 모든 법률은 실험적 성격을 가진다. 그렇다고 하여 실험법률의 문제를 법률 일반의 문제로 해소하여 버리는 것은 아니며, 실험법률은 다음의 4가지 요건을 충족하는 것으로서 정의한다. ①법률의 유효기간이 규정되어 있는 점이다. 이로써 실험법률의 잠정적 성격이 나타난다. ②이 기한이 당해법률 가운데 가장 처음부터 규정되어 있는 점이다. 이로써 실험이라는 의사가 보증된다. ③입법평가가 행해지는 것을 규정하고 있는 점이다. 이로써 단순한 한시입법과 구별된다. ④실험법률의 항구화가 그 입법평가를 거쳐서 행해지는 사후의 법률의 채택에 따르고 있다는 점이다. 그 의미에서 실험법률의 제정은 사후에 전개되는 복잡한 입법과정의 제1단계에 불과하다.

실험법률의 특수성은 그 잠정적 성격과 입법평가의 의무화의 결합이며, 어느 것이 결합되어도 실험법률이 아니다. 시행기간만이 규정되고 평가와 재심의를 결합되어 있는 법률은 피드백의 매카니즘이 결합되어 있으므로 실험적 성격을 가지지 않는다. 반대로 법률의 시행에 관한 보고서의 제출 의무가 규정되어 있더라도 법률의 유효기간이 규정되어 있지 않으면 그것은 단순한 입법조사, 입법평가가 문제가 되는데 불과하다. 실험법률에 있어서 입법평가는 불가결의 요소이나 입법평가는 그 자체 독립되어 행해질

수도 있는 것이다. 결국 실험법률은 입법을 준비하기 위한 사회학적 조사(sociologie Pre-Legislative)와 구별된다. 그것은 확정적 규범을 내용으로 하는 통상의 법률제정에 선행하는 사전조사이다. 조사는 실험과 동일시될 수 있는 것은 아니다. 또한 실험적 법률은 입법시 예상될 수 있는 효과를 측정하는 시뮬레이션(Simulation)과도 구별된다. 시뮬레이션은 데이터에 상응한 수량적 비교에 따르는 영역에 적합한 실제로는 시행되지 않는 가공의 실험이다. 즉, 시뮬레이션은 법률의 제정에 우선하여 “가정의 법적 실험”이며 이에 대하여 실험법률의 경우의 실험은 규범의 효과를 평가하는데 결부되어 있으며 규범적 효력이 부여된 법문의 존재를 전제로 하므로 실험법률에서는 “현실의 법적 실험”이 문제가 된다. 이 의미에서 실험법률은 통상의 확정적 법률과 같은 본질적 속성을 가지고 있다.

실험법률은 현재 각국에서 학교·교육개혁, 법조교육, 언론정책, 교통정책, 건설제도, 임차인보호등의 행정영역에서 적용되고 있으며 그 배경에는 개개의 실험법률을 제정하게 된 동기와 관련된다. 다시말하면 입법효과의 불확실성의 감축이라는 동기와 실험적 시용을 염분으로 한 대립의 수습이라는 동기를 지적할 수 있다. 실험법률은 입법의 기술적 곤란함을 극복하거나 변혁에 반대하는 사람을 설득한다는 전략의 범위내에서 구사되고 있다. 의도한 개혁에 대한 정치적 저항을 극복하기 위한 전략적 수단으로서 투입된다는 사정이 있다. 새로운 규율이 후에 간단하게 제거·수정가능하다고 유보를 강조하는 전략이 실험법률의 배후에 존재한다. 이와 같이 실험법률은 그 과도성·합리성을 논함으로써 법률의 부작용을 우려하는 반대자를 설득하는 기능을 지니고 있다. 법률에 대해 원칙적으로 반대를 주창하는 자는 시행에 의거한 경험의 획득조차 반대하는 자라는 낙인을 하여 고립시키게 된다. 실험법률이 근래 다용되고 그 이론적인 분석이 진행되고 있는 배경에는 이 법률유형이 입각하는 사고방법과 현대사회의 요청이 친화적이라는 관계가 인정된다. 그러나 실험법률은 입법을 둘러싼 현대적인 제문제를 한꺼번에 해결할 수 있는 만능약은 아니라 극복하기 어려운 한계가 있다. 또한 실험법률은 정치의 장에서 전략적 수단으로 이용될 수도 있음을 우려하여 법적 허용성을 둘러싸고 다양한 논의가 전개되고 있다. 예컨대 형사법과 같이 법률의 공정성에 대한 법의식이 높은 분야에는 향하지

않는다던가, 공무원법과 같이 계속적 성격을 지닌 분야에 관한 실험은 적합하지 않는다라는 법영역에 착안한 제한론등이 있다.

【참조】立法評價制度(Gesetzesevaluation)

### ○ 실효성의 원칙(實效性的의 原則)

법규범의 특질은 그 강제성에 있으며, 또한 법규범은 존재하는 것만으로서 그 가치가 없고 사람들이 그 의사에 따라 준수하는 경우에 법규범은 실효성을 가질 수가 있으며 목적이 달성된다. 법규범이 법적인 적격성을 가지는가의 여부는 강제성과 더불어 실효성의 측면에서 검토되지 않으면 안되며, 이 양면이 조화를 이룰 때 비로소 법규범은 법적 적격성을 가진다고 말할 수 있다. 우선 일정한 정책을 입법의 형식으로 법규범으로 구체화하는 것이 적당한 것인가는 그것이 일반국민에게 그에 따를 것을 강요하는 것이 적당한가의 점에서 검토가 필요하다. 이 경우 무엇이 그러한 강제성을 가지는 법규범으로서 적합한 사항인가는 모든 시대를 통하여, 또한 모든 장소에서 모든 사람들의 의식에 공통하는 보편적인 것으로서 고정적·절대적으로 생각하는 것은 곤란하다. 법규범 가운데 행정권의 내부적인 조직, 행정의 내부적인 운영 등을 정하는 것외에 일반국민을 그 규율의 대상으로 하는 것은 실효성의 관점에서 검토를 요한다. 법의 내용이 현실의 규범력을 발휘하고 실현되는가의 여부는 사람들이 그 의사에 따라서 법규범을 준수하는가와 밀접한 관련이 있다. 이것이 법규범의 실효성의 문제이며, 입법에 있어서 실효성확보문제는 다음의 두 가지 측면에서 고려되어야 한다.

①법령을 입안함에 있어서는 입법의 결과 그것이 사회일반인의 지지를 받을 수 있는가에 대한 충분한 배려와 검토를 하지 않으면 안된다. 입법의 내용이 사회평균인의 상식에 합치하는 것이 아니면 많은 부작용이 발생하게 된다. 일반인의 이상과 사고와 현저한 차이가 있는 법령은 현실의 사회인의 의식으로부터 단절된 것이며, 따라서 그 준수를 기대할 수 없을 뿐 아니라 법령의 적절한 집행을 보장할 수도 없는 것이다. 즉 현실과 거리가 먼 법령은 거꾸로 불법의 상태를 야기할 가능성이 있다. 특히 오늘날 법규



법은 단순한 전문적인 관점에서 정책수행의 도구일 뿐 아니라 그 포괄적인 범위에서 형성된 정책을 사회적인 과정에 적용하는 것으로 인식하는 것이 보편화되고 있으며, 법규범의 위치를 이같이 사회적인 과정의 형성과 조정에 두는 것은 실효성의 관점에서 매우 중요한 변화를 가져온다. 그것은 법규범의 실효성은 적절한 시기에 효력이 발생될 것이라는 기대감과 그 법규범이 부정적인 효과를 가져오지 않을 것이라는 신뢰감 및 그 표현이 사회적 영역을 왜곡하지 않는다는 느낌을 가지는 경우에 궁극적으로 달성될 수 있다. 그리하여 법령의 실효성을 확보하기 위해서는 입법에 즈음하여 사람들이 법령에 대하여 가지는 의식(법의식)이 현재 어떠한가 장래 어떻게 될 것인가라는 점에 대한 깊은 통찰력이 필요하다. 사회일반인이 어떠한 행위를 함에 있어서 예측가능성을 박탈하는 입법은 그 실효성의 면에서 중대한 의문이 제기될 수 있다. 따라서 입법에 즈음하여 국민의 법의식·법감정이 어떠한가를 조사하고 분석하는 작업은 법령의 실효성확보에 중요한 사항이라 할 수 있다.

②법령정보에 대한 충분한 전달이다. 일반국민은 개별적인 법률의 각종 개념에 대해서는 전혀 알 수가 없다. 특히 오늘날의 급부·행정국가가 지속적으로 생산하고 교정하는 수많은 법규범의 홍수현상 가운데 현재 통용되는 개별적인 법령의 제개념을 이해한다는 것은 전혀 불가능하며, 단지 법소재를 다루는 특수한 영역에 종사하는 법전문가도 간신히 알 수 있을 따름이다. 그러나 비록 일반인이 법령에서 규정하고 있는 개별적인 사항을 충분히 알 수 없다고는 하더라도 그 사회적 행동양식에 있어서는 법령의 내용을 수용하고 그곳에 규정된 소재를 개략적으로라도 알 수 있도록 일정한 주지가 필요하다. 법령에서 개별적인 문제를 충분히 규율한다고 해도 일반인이 법령을 수용하는 데에는 보다 많은 지식수준이 필요하기 마련이나, 다른 한편으로 충분한 정보전달을 하지 아니한 법령문은 어디로 나아가야 하며, 법령에 대한 지식 없이 일반국민이 어떻게 합법적으로 행동할 수 있는 가라는 문제가 제기된다.

**【참조】** 벌칙규정(罰則規定), 입법정보(立法情報)

## ○ 양벌규정(兩罰規定)

일반적으로 자연법에 관해서는 법인은 범죄능력을 가지지 않는다고 이해되고 있으나, 행정법령에서는 법인의 대표자 또는 법인의 대리인, 사용인 기타 종업원이 그 법인의 의무에 관한 일정한 위반행위가 있을 경우에는 행위자뿐만 아니라 당해 법인을 동시에 처벌하는 취지의 규정을 두는 예가 많다. 이와 같이 행위자를 처벌하는 외에 그 자와 일정한 관계에 있는 타인도 처벌하는 취지를 정하는 규정을 양벌규정이라고 한다. 오늘날 법인의 범죄주체성은 널리 인정되고 있으며 그것이 특히 강조되는 부분은 소위 기업범죄, 공해범죄 및 일반 경제범죄의 영역이다. 따라서 법인이라는 조직을 통하여 행하여진 탈법적인 위반행위를 방지하고 장래에 대한 예방조치를 강구하기 위해서는 법인자체에도 형을 과하는 것이 범죄예방의 실효성을 높이려는 취지에서 행위자인 자연인 뿐 아니라 법인도 처벌하는 양벌규정을 두게 된 것이다. 그러나 범죄현상의 변화와 오늘날의 형사정책적 목표설정 및 입법의 추세에 비추어 볼 때 현행법상의 양벌규정은 대단히 낙후되어 있다는 지적이 많다. 즉, 현대사회에 있어서는 법인의 사회적 활동이 널리 승인되기에 이르러 점, 법인의 업무활동에 관련하는 범죄가 현저히 증가되고 있는 점등에서 현행양벌규정에 의한 법인처벌은 무의미하다는 지적이 그것이다. 따라서 현행법은 법인의 유해한 활동을 억제하는 방법으로서 양벌규정에 기인한 벌금을 채용하고 있으나, 이러한 양벌규정은 ①법인에 대한 과형을 행위자의 행위책임과 연계시키기 위하여 자연인인 행위자의 위반행위에 대한 법정형의 최고벌금액이상의 벌금을 법인에게 과할 수 없다는 점, ②양벌규정에 의하여 처벌되는 범죄의 종류가 한정되어 있으며 본래 법인의 업무활동의 일환으로서 행해지는 중회죄등과 같이 형법범에 관해서는 적용할 수 없다는 점, ③과실추정의 명문규정을 두고있는 것과 그렇지 아니한 것이 있어서 규정형식상으로 통일이 되고 있지 않다는 점, ④양벌규정을 두어야 할 것인가의 여부에 관한 기준이 불명확한 점등 내용상·형식상의 문제점이 있다. 이러한 문제점을 극복하기 위해서는 법인처벌을 자연인인 기관 내지 종업원의 행위책임으로 부터 해방하고, 법인범죄에 대한 제재를 독자의 것으로 할 것등이 필요하나 이 문제를 한꺼번

에 해결하는 방법으로는 종업원의 행위를 법인자체의 행위로서 독립하여 처벌하는데 있다.

이 문제에 관해서는 법이론적인 문제로서 ①법인의 업무에 관한 행위자 가운데 어떠한 자의 행위를 법인의 행위로 할 것인가라는 행위주체의 문제, ②어떠한 행위를 법인자체의 행위로 할 것인가라는 행위태양의 문제, ③법인의 행위를 독립적으로 처벌하려는 경우 양벌규정에서 인정되고 있는 감독책임을 어떻게 할 것인가는 법인의 행위책임과 감독책임을 관계의 문제 등이 있으며, 입법정책적으로는 ④법인처벌의 대상으로 하여야 할 범죄의 범위, ⑤법인범죄에 대한 제재의 내용 등의 문제가 있다. 어떻든 오늘날 법인의 활동이 증시되는 실정에 비추어 법인에 대해 생명형에 상응한 해산, 자유형에 상응한 일정기간의 영업활동정지, 금융의 제한, 면허의 박탈 등을 입법론적으로 고려하여야 할 것으로 본다.

행정법상 양벌규정을 두는 형식으로는 거의 통일되어 있는 바, “법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제○조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다”라는 방법이다. 또한 양벌규정의 위치는 벌칙규정다음, 과태료규정 앞에 둔다. 그러나 법률에서 양벌규정을 두는 경우에는 일정한 정형을 그대로 답습할 것이 아니라, 유의하여야 할 사항이 매우 많다는 점을 인식하여 신중하게 규정하여야 한다.

법인의 처벌에 관해서는 원래 법인이라는 단체조직이 스스로 범죄를 범할 수 있는 가라는 법인의 범죄능력의 유무에 관한 기본적인 문제가 있는 외에 양벌규정에 의하여 법인을 처벌하는 근거에 관해서도 논의가 대립하고 있으며, 벌금 이외의 제재로서 제재규정의 형식이나 제재 그 자체의 방식에 대해서도 논란이 있다. 따라서 양벌규정에 있어서 벌금 이외의 방식을 두는 것에 관해서는 위와 같은 기본적인 문제와 깊은 관련성이 있는 만큼 벌금 이외의 다른 제재가 가능하다 또는 아니다를 단적으로 말하기는 어려운 문제이다. 법인의 범죄능력을 부인하는 입장에서는 과태료제도의 도입을 주장하나, 과태료제도를 채용하고 있는 독일이나 프랑스에서도 책임주의 등의 관점에서 비판이 제기되고 있을 뿐 아니라, 벌금만을 인정하는 영

국에서는 법원의 명령에 의거한 불이익공표, 사회봉사명령, 징벌적 금지명령, 손해배상명령 등이 도입되고 있다. 어떻든 양벌규정에 있어서 벌칙은 금전적 제재가 유효하며, 그것은 법인범죄가 문제가 되는 법인의 대부분은 이윤을 추구하는 영리법인이며 영리법인에 있어서는 금전적 제재가 가장 범죄억제에 유효하다. 따라서 문제는 법인에 대한 적절한 벌금을 양정하는데 적합한 방법을 모색하는 것에 있다고 할 것이다. 그러나 이에 대해 “법인에 대한 벌금형제도는 비록 그것이 집행 가능하다고 해도 입법기술적으로 잘못된 것이고 형법이론적으로 정당화될 수 없다. 그것은 과태료로 전환되어야 한다. 동일한 제재효과를 거둘 수 있음에도 굳이 형벌인 벌금으로 규정하여 사회통제 전체체계의 질서를 깨트려야 할 이유가 없다. 이러한 파행적 입법관행은 전통사회의 법사고에 그 뿌리가 있는 것으로 보인다…… 이러한 입법관행은 하루빨리 시정되어야 한다”라고 주장하는 견해도 있다.

**【참조】 벌칙규정(罰則規定)**

○ 월권의 법리(Ultra Vires)

영국에서 법원의 고유한 기능으로서의 사법심사에서 중심이 되고 있는 것은 “월권(*ultra vires*)”의 원리라고 할 수 있다. 즉, 행정의 활동이 적법하기 위해서는 그것이 제정법의 수권의 범위내에 있을 것을 요하며, 그것이 예정된 권한범위를 넘어서는 경우에는 위법한 것으로서 취소되고, 위법이라고 선언되어 집행이 금지된다는 원리를 말한다. 월권이라는 용어는 일반적으로 19세기중반에 독립된 제정법상의 기관 및 철도회사가 법적인 권한을 초월하는 경우에 사용되었다. 그 후 지방자치기관에게 최종적으로는 국왕과 그 공무원 및 하위의 사법기관에 대하여 사용되게 되었다.

영국에서는 법관이 의거할 수 있는 인권선언 내지 성문헌법이 존재하지 않기 때문에 제정법이 상소에 관하여 규정하고 있지 않은 경우에는 법원은 권한유월이 존재하는 경우를 제외하고는 행정의 활동에 개입할 수 없다. 그 때문에 이 권한유월의 원리는 행정활동의 사법적 통제에 유일한 무기로써 간주되었다. 그리하여 법원은 행사된 위임입법권 또는 행사하려는 위임입법권이 국회제정법에 의하여 직접 또는 간접으로 수권된 범위를 벗어나

고 있는가의 여부를 둘러싸고 심사한다. 이 심사는 소송의 과정에서 실제상의 사항전반에 걸친 심사를 의미하는 것이 아니라 그 일부, 즉 행사된 위임입법권이 당해제정법의 취지·목적에 위반하고 있지 않는가 또는 위임입법권의 남용은 없었는가, 그 행사에 과실은 없었는가 등의 점에 한정된다. 권한유월로서 통상 불복의 대상이 되는 것은 절차면에서의 월권행위이다. 즉 장관 기타 행정기관이 위임입법을 하는데 있어서 법적 의무를 이행하지 않았는가, 지방공청회를 개최하지 않고 이해관계자와도 협의하지 않았는가 기타 법률이 정하는 절차를 무시하였는가 등과 같이 법률에 규정하는 절차를 준수하지 않은 경우이다. 아울러 이 법리는 국민에게 보장되고 있는 재판을 받을 권리와 같은 기본적인 권리를 제한하는 위임입법을 저지하기 위해서도 사용되고 있다. 결국 월권의 법리는 국회제정법에 의하여 입법권이 위임되는 경우 그것이 당해제정법의 취지·목적의 범위내에서 행사되고 있는가를 감시하는 중요한 법원리라고 할 수 있다.

그런데 법원이 위임입법이 근거법인 국회제정법의 취지·목적의 범위를 벗어나고 있지 않은가를 확정하는데 있어서 부동의 해석기준은 존재하지 않는다. 구체적인 사건을 처리하는데 있어서 관계위임입법이 법률의 취지·목적의 범위를 일탈하고 있는가의 여부는 법의 해석으로 귀착하므로 이 문제에 관한 법원의 판단도 다양하다. 행정권을 현실로 행사하는데 있어서 법이 정하는 목적을 일탈하는 것이 적지 않으나 이러한 일탈의 형태로서 몇 가지 형태를 상정할 수 있다. 그 하나는 외견상 법이 정하는 권한의 범위내에서 행사하는 것이라도 근거법이 전혀 의도하지 아니한 목적으로 그 권한을 행사하는 경우이다. 이것은 목적을 벗어나 권한을 행사한다는 의미이다. 이와 같이 법이 정하는 취지·목적의 범위를 일탈하여 권한을 행사한 경우 설사 그것이 법이 정하는 범위내에서 행사된 것이라 할지라도 이를 월권으로 보아 효력을 부인하는 것이 영국법의 원리가 되고 있다.

【참조】 자연적 정의의 원리(自然的 正義의 原理)

#### ○ 위원회 스텝(Committee Staff)

미국의 연방의회에 소속된 위원회Staff는 1946년 및 1970년의 입법부 개혁법을 필두로 하는 제법률 및 각원의 결의에 의해 보장된 기구이다. 위

위원회Staff는 법률안의 기초(drafting bills), 조사의 실시(Investigating), 정보의 제공(Providing information), 로비스트와의 면접(Seeing lobbying) 등의 활동을 통하여 정책의 결정이나 행정감독의 이행에 적극적으로 관여한다. 이들은 그 직무수행과정에서 거의 매일 행정관료와 접촉하여 장래의 입법, 공법률의 시행, 특정계획에 관한 정보, 예산할당 또는 행정감독에 관련하는 제반문제를 토의한다. 하원에서는 현재 각상임위원회는 원칙으로 상근Staff를 고용할 수 있으며, 이들 상근Staff는 그 직종상 전문Staff와 사무Staff로 나누어진다. 위원회 Staff의 임명권은 각 위원회에 있으나 그 가운데 3분의 1은 소수당측 위원에 봉사하는 Staff로서 그 임명을 위한 지명권은 소수당위원에게 부여되어 있다(하원의사규칙 제11조6항). 이러한 상근Staff외에 각위원회는 의원의 예비비에서 의원의 결의에 의해 다액의 조사비의 지출을 인정하며 이 조사비에 의해 다수의 Staff를 고용하고 있다. 상원의 상임위원회도 하원과 마찬가지로 상근 Staff를 고용하는 권한을 지니고 있으나, 의원의 예비비로부터 지출되는 각위원회의 조사비에 의한 Staff의 고용으로 통일되고 있다. 또한 이 가운데 소수당Staff의 고용비율은 하원과 같다(상원의사규칙 제27조). 위원회 Staff이 행하는 주요 업무는 ①법률안, 관계안건 기타 소관사항에 관한 청문회의 개최·준비, ②법률안에 대한 기초조사·현행법 및 규칙·관행 등의 모순점 분석, ③법률안 및 수정안 작성의 보조, ④보고서작성, ⑤행정부 및 이익집단과의 연락, ⑥입법에 관한 각종 홍보활동 등이다.

#### ○ 위원회정치(Committee Government)

미국의 입법과정은 전형적인 위원회 중심주의를 채택하고 있다는 점이 특색이다. 미국에 있어서 위원회제도는 입법과정의 결정적인 부분이 되고 있으며, 입법에 있어서 가장 중요한 심의과정은 위원회를 중심으로 행해진다는 의미에서 미국의 정치를 위원회정치(Committee Government)라고 한다. 위원회는 국가기능의 전문화에 대응하고 행정부에 대한 의회의 독자성과 기능을 유지시켜주는 역할을 수행하며, 각 위원회는 각자의 영역에서 전문적 지식과 경험을 가지고 고도의 입법능력을 개발하여 행정부에 대항하며 조사능력을 발휘하여 입법자료로 하는 동시에 행정에 대한 유효

한 통제기능을 행사한다. 따라서 위원회 중심주의의 의회를 운영하는 결과 미국은 입법조사 등을 보좌하는 기구가 가장 잘 정비되어 있으며, 이들 입법보좌기구는 보이지 않는 정부(Shadow Government, Invisible Government)라고 일컬어 질 정도로 의회의 입법활동에 커다란 영향력을 부여하고 있다. 아울러 정당기반이 약한 미국에서는 의원의 소속정당에 대한 구속력이 희박하며 따라서 입법활동도 거의 의원개인의 활동에 의존하고 있다. 이 점에 관해 정당의 결속력이 약하기 때문에 의회에 의한 행정부의 통제가 제대로 기능하는 측면도 있으며, 이러한 측면이 의원내각제 하에서의 입법과정과는 다른 독특한 구조를 이루고 있는 점이 미국의 입법과정의 특색이라 할 수도 있다.

**【참조】 위원회중심주의(委員會中心主義)**

○ 위원회중심주의(委員會中心主義)

입안된 법률안은 국회에 제출되어 심의되며, 심의절차는 국회법·의사규칙 또는 선례에서 정하는 바에 의하나 그 기초에는 의회절차의 전통이 있다. 물론 헌법의 정신과 기본원칙은 여기에서도 기본적인 규범이다. 의회에서의 심의방식은 본회의에 중심을 두는 본회의중심주의(영국형)와 위원회에 중심을 두는 위원회중심주의(미국형)가 있다. 다수인으로 구성되는 합의체에 있어서는 심의를 효율화하기 위하여 소수의 위원으로 구성되는 위원회를 설치하여 그곳에 예비적 내지 제1차적 심사 또는 조사를 행하게 하거나 권한의 일부를 대행하도록 하는 것이 기술적 필요에서 요청되고 있는 것은 사실이다. 그러나 위원회를 전체로서의 합의체의 가운데 어떻게 위치지우면서 대외적인 관계에서 어떠한 권능을 지니게 할 것인가는 매우 어려운 문제이다. 다만 오늘날과 같은 복잡·광범한 시대에서는 위원회의 권능이 점차 중요하게 되면서 법률안의 심의의 중점은 이른바 위원회중심주의가 채용되고 있으며, 본회의에서의 심의는 형식화되는 경향에 있다. 즉 위원회의 효용으로서는 ①위원회는 소수의 위원으로 구성되는 합의체이므로 심의가 간편하다는 점, ②다수의 위원회에 의원이 분산되므로 다수의 의안에 관해 동시에 회의를 개시할 수 있다는 점, ③위원에게 전문적인 지식경험을 기대할 수 있다는 점, ④위원회의 회의는 대개 비공개이며 간략

한 의사절차이므로 외부의 압력이나 번잡한 의사절차에 구속되지 않고 충분히 토론할 수 있다는 점, ⑤정당의 통제력이 엄격하게 미치지 않는다는 점, ⑥회기종료후에도 활동할 수 있다는 점등이다.

다른 한편 위원회제도는 ①의회정치는 공개의 장에서 간명한 토론을 생명으로 한다. 비공개외의 장에서 전문적·기술적 논의는 국민들로 하여금 의회를 멀리하게 한다. ②소수자의 전문적·기술적인 심의의 결과가 본회의의 의결을 좌우하며 다른 대부분의 의원은 의안의 심의에 실질적으로 참여할 수 없다. ③정당이나 압력단체의 영향력이 더욱 강하여 진다. ④일반의원은 본회의에서 정당지도자의 지시대로 기계적으로 투표하게 되며 위원회제도는 개개의 의원의 권리에 대한 극단적인 간섭이 된다. ⑤전문화의 결과 의안의 심의가 소관의 전문적 견지에서만 행해지며 전체적 통일이 곤란하게 되거나 국가재정적 배려가 소홀하게 된다. ⑥의원이 충분한 능력을 가지지 못하고 관료정치 전통이 확립된 곳에서는 상임위원회는 관료의 지배하에 놓이게 되어 행정각부처의 일선기관화한다. 상임위원회가 관료정치 민주적 방어역할을 한다. ⑦위원은 전문적 견지에서 재임되는 것이므로 압력단체나 행정관청과 유착관계가 발생하기 쉽다. ⑧비밀거래가 발생할 소지가 많다. ⑨책임을 불분명하게 한다는 등의 폐단을 초래할 우려가 있다는 비판도 강력하게 제기되고 있다.

오늘날의 의회정치는 위원회정치라고 할만큼 위원회제도는 사회의 다양한 요청에 대응하는 기능을 하고 있는 것은 부인할 수 없으나, 그러나 위원회제도로 인하여 본회의에 참석하는 의원들이 당해법률안을 심사한 위원회소속의 의원을 제외하고는 법률안의 내용이나 취지를 본회의에서 비로소 알게되는 경우가 많다는 점, 중요한 쟁점법률안에 대해서는 당의구속으로 인하여 의원이 자주적으로 결정할 수 없다는 점, 본회의에서의 법률안상정이 사전에 여야간의 조정이 이루어졌다고 한다면 본회의의 심의는 형식화될 수밖에 없을 것이다.

### ○ 위임명령과 집행명령(委任命令과 執行命令)

위임명령은 헌법에 근거하고 법률의 위임에 따라 발하는 것으로서, 우리 헌법 제75조와 제95조에서는 대통령령과 총리령 및 부령으로서 위임명령



을 발할 수 있음을 규정하고 있다. 위임명령은 법률이 위임한 사항에 관한 법률을 대신하는 것으로서, 위임한 법률에 종속하여 법률의 내용을 보충한다는 의미에서 보충명령이라고도 한다. 위임명령은 그 발효시기, 내용 및 효력 등이 모법인 법률을 전제로 하므로, 모법에 위반하는 것을 규정할 수 없다. 또한 위임명령의 경우는 법률의 특별한 위임이 있는 범위내에서 특정의 경우에 대하여 법률규정의 적용을 배제하거나 특정의 사항에 관하여 법률규정의 적용의 특례를 정할 수 있으나, 이것은 바로 법률의 소관 사항의 위임의 효과에 의한 것이다.

집행명령은 법률의 규정을 집행하기 위하여 필요한 보충적 사항을 내용으로 하는 명령으로서, 특정법률이나 상위명령을 시행하기 위하여 필요한 구체적 절차나 방법 등을 규정하는 것이므로 위임명령과 달리 새로운 입법 사항을 규정할 수는 없다. 그러나 실제적으로 새로운 권리의무의 설정과 구체적·기술적 세목의 구별이 반드시 용이한 것이 아니며, 위임명령과 집행명령의 구별은 상대적이며 애매한 경우가 많기 때문에 상위명령의 위임 없이 위임명령에 해당하는 사항을 집행명령으로 규정하는 사례가 다수 있다. 또한 상위법령의 시행에 필요한 세부적 사항을 정하기 위하여 행정관청이 일반적 직권으로 제정하는 집행명령은 근거법령인 상위법령이 폐지되면 특별한 규정이 없는 이상 실효되는 것이나, 상위법령이 개정됨에 그친 경우에는 개정법령과 성질상 모순·저촉되지 아니하고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 집행명령은 상위법령의 개정에도 불구하고 당연히 실효되지 아니하며, 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정·개폐될 때까지는 여전히 효력을 유지한다.

**【참조】** 대통령령·총리령·부령(大統領令·總理令·部令)

### ○ 위임입법(委任立法)

위임입법(delegated legislation)이란 국가기관의 분화를 전제로 어떤 국가기관이 그 권한을 다른 국가기관에게 수권(Ermächtigen)하는 것을 말한다. 즉, 의회가 법률로써 정하여야 할 사항을 스스로 정하지 않고 다른 성문법제정권자에게 위임하여 법규범을 정립하도록 하는 것을 의미한

다. 따라서 위임입법은 의회에서 제정되는 입법에 대비하여 “종속적 입법(subordinate legislation)” 또는 그 성질상 입법적인 것이나, 전적으로 입법은 아니라는 의미에서 “준입법(quasi-legislation)”이라고도 한다. 위임입법은 본래의 입법기관인 의회로부터의 위임(수권)에 의거하여 정립되는 입법을 의미하므로, 국가기관이 헌법을 근거로 의회제정법의 수권에 의하여 제정하는 모든 법규범이 위임입법에 해당한다. 즉, 입법부에 의한 행정부로의 권한의 위임에 의거하여 제정되는 행정입법 뿐 아니라 다른 국가기관이 헌법을 근거로 의회제정법의 수권에 의하여 제정하는 입법 및 지방자치단체의 의회가 제정하는 조례중 법률에 의한 수권에 의하여 제정되는 것도 위임입법에 속하게 된다. 그러나 이와 같은 위임입법의 관념은 본래적 입법권을 지닌 입법권자의 존재를 전제로 하여 그것을 다른 주체에게 위임하여 행사하도록 한다는 의미에서의 위임입법의 관념과는 많은 차이가 있다. 따라서 일반적으로 위임입법이란 의회의 입법권을 전제로 의회이외의 기관이 법률의 특별한 위임을 받아 그 기관에서 인정되고 있는 범형식으로 법규범을 정립하는 것을 말하며, 그 중에서도 주로 행정부에 대한 입법권의 위임과 이에 의거한 행정부의 입법, 즉 행정입법을 의미하는 것으로 이해되고 있다. 물론 행정입법이 전부 위임입법이라거나 행정입법은 전부 의회입법에 의한 위임(수권)을 필요로 하는 것이라고 단적으로 말하기는 어려우며, 이를 구체적으로 파악하기 위해서는 행정입법의 개념이나 의회에 의한 수권의 요부·구체적 태양에 관한 검토가 필요하다.

입헌주의국가에서는 국민의 기본적 인권을 보장하는 동시에 그 기본적 인권의 유효한 보장을 위하여 제도로서의 권력분립원리를 채용하고, 기본적 인권에 관한 사항은 법률사항이라 하여 국회가 이를 규율하는 국회입법의 원칙과 법률에 의한 기본적 인권의 제약원리로서의 법치주의원칙을 기본으로 삼는다. 우리 헌법도 제40조에서 “입법권은 국회에 속한다”라고 규정하는 한편 제37조제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”라고 규정하여 이러한 기본원리를 명시하고 있다. 그러나 우리 헌법도 국가기능의 확대, 그의 전문화·기술화 등의 현상과 요청에 따라 국회입법의 원칙과 법률에 의한 기본적 인권의 제한원리에 대한 예외로

서 행정부에 의한 실질적 의미의 입법인 위임입법을 명문으로 허용하고 있다. 즉, 헌법 제75조에서는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하는 한편 제95조에서도 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사항에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”라고 규정하여 행정권에 의한 일반적·추상적 규율을 제정하는 권한으로서의 위임입법을 허용하고 있다.

【참조】 위임입법의 허용기준(委任立法의 許容基準)

### ○ 위임입법법(Statutory Instrument Act)

영국에서는 1890년대까지 위임입법의 연간제정건수나 그 제정기관의 하나하나를 알 수 있는 단서는 존재하지 않았다. 또한 현저하게 증가의 경향을 나타내기 시작한 위임입법을 어떠한 방법으로 규제할 것인가라는 수단을 검토하려는 동향도 나타나지 않았다. 1890년대를 기점으로 이른바 행정권에 의한 입법을 수록한 법규집이 연간형태로 간행되기 시작하여, 3년 후에는 Rule Publication Act 1893이 국회를 통과하여 사후 행정권에 의한 입법은 이 법률의 규제를 받기에 이르렀다. 이 법률은 특정의 제정법이 위임입법의 제정을 수권하고 이들 입법을 국회에 제시할 것을 규정하고 있는 경우에는 사전에 이를 London Gazette에 공시함과 동시에 그 사본을 필요로 하는 사람을 위하여 사본기관의 소재지를 표시할 것을 요청하였다. 이러한 규정을 둔 취지는 위임입법에 있어서는 사전에 이해관계자에게 의견진술의 기회를 부여하여 행정과 시민의 일체화를 도모하고 위임입법절차의 공정성을 확보하려는 점에 있었다.

그 후 위임입법제도의 개혁을 위하여 1946년 Statutory Instrument Act를 제정하여 국왕이 위임된 입법권에 의하여 Order in Council의 형식으로 입법한 경우, 주무장관이 위임된 입법권에 의하여 Order, Rule, Regulation등을 제정한 경우에 그곳에는 Statutory Instrument가 정립된 것이 된다. Statutory Instrument를 제정하기 위하여 장관에게 위임된 권한은 장관에 의한 위임입법제정권임과 아울러 위임입법인가권이

기도 하다. 동법은 재무부, 국방부, 무역부 기타 행정관청에 입법권을 위임하나 이들 입법권은 당해행정관청의 직무를 관장하는 장관(국왕의 대신)에게 위임된 것으로 간주되고 있다. 국왕의 대신이라 하더라도 행정실무에는 당해행정관청의 상급공무원을 의미하는 경우가 많다. 그러나 이것은 상급공무원이 국왕의 대신에 대신하여 당해직무에 관한 법적 책임을 지는 것을 의미하는 것은 아니다. 문제가 되는 것은 행정관청이란 무엇인가, 행정부라고 부르는 것은 어느 관청인가라는 점이다. 종류도 많고 형태도 다양한 행정관청이 병존하는 오늘날 행정부의 의미를 엄격하게 확정하려는 동향이 없는 것은 아니나 Statutory Instrument Act의 기초자는 어떤 행정관청이 행정부에 속하는가의 여부를 구체적으로 확정하는 경우 관계행정관청 상호간에 해석을 둘러싼 의문이 발생하는 것을 상정하였다. 그 이유는 이러한 의문이 발생한 경우에 이를 결정하는 권한을 특정관청에 부여하고 있다. 즉 Department, Board, Commission, Body, Corporation 등의 명칭을 가진 기관중 현실로 Government Department에 속하는 것은 어느 것이며, 어떤 Department의 활동에 책임을 지는 장관은 누구인가 등 구체적으로 의문 또는 다툼이 있는 경우에는 재무장관이 이를 결정하도록 하고 있다.

한편 동법 제1조제1항은 국왕 및 장관에 의한 위임입법에 관하여 규정하고 있다. 즉, 이 법률에 의하여 또는 이 법률의 제정후에 통과한 법률에 의하여 Order, Rule, Regulation 기타 위임입법을 제정하는 권한이 추밀원의 국왕 및 장관에 위임되고 있는 경우 국왕은 위임된 입법권에 의하여 Order in Council을 제정할 수 있으며, 장관도 같은 수단에 의하여 Instrument를 제정할 수 있다. 국왕이 제정한 Order in Council도 장관이 제정한 Instrument도 같이 Statutory Instrument로 부르며 동법의 적용을 받게 된다. 동법 제1조제2항은 동법성립이전의 국회제정법에 의거한 위임입법에 관하여 규정하고 있다. 즉, Rules Publication Act 1893이 규정하는 위임입법기관이 Order, Rule, Regulation 기타 입법을 이미 제정하여 그들이 Statutory Instrument Act 1946의 시행 후에도 여전히 효력을 가지는 것에 관하여는 그들을 Statutory Instrument라는 명칭으로 통괄하여 동법을 적용한다는 것이다. 그러나 이 경우 다음의

예외사항이 있다. 즉, ①당해위임입법이 입법적 성질을 지니지 않고 집행적 성질을 지니는 것일 것 ②당행위임입법에 대하여 상위의 법규범인 국회제정법의 효력이 배제되고 있는 것일 것(당해위임입법이 국회제정법과의 관계에서 위법이 되어 효력이 부인되는 것이 아닐 것) 등이다. 이들 두 가지의 예외사항의 어느 하나에 해당하는 위임입법은 Statutory Instrument의 범주에서 제외되게 된다. 이 예외사항과 관련하여 입법적 성질의 위임입법과 집행적 성질의 위임입법을 어떻게 구별할 것인가, 그 구별의 표준을 어떻게 정할 것인가라는 곤란한 문제가 제기되었다. 이 문제는 위임입법 제정과정에서 당해입법을 사전에 관보에 게재하여 공표할 필요가 있는 것은 불특정다수인의 권리의무에 법적 영향을 직접 미치는 것으로서 이를 사전에 이해관계자에게 알려 입법절차에 참가시킬 필요가 있으므로 이 절차를 거쳐 정립되는 입법은 Legislative의 성질을 가진 위임입법이며, 이에 대하여 위임입법의 형식을 취하면서 사전에 공표할 필요가 없는 것은 불특정다수인의 권리의무에 관계없고 특정개인의 권리의무에만 관련성을 가지는데 불과하므로 executive의 성질을 가진 위임입법이며, 그 한에서 이것은 Statutory Instrument의 범주에서 제외되어 동법의 적용을 받지 않게 된다.

#### ○ 위임입법심사위원회(Scrunity Committee)

영국에 있어서 위임입법을 체계적으로 심사하는 의회의 전문적 위원회를 설치하려는 시도는 이미 1932년 “장관의 권한에 관한 위원회”의 보고서에서도 위임입법권의 행사에 따른 모든 위임입법권의 검토보고를 담당하는 상설위원회를 설치할 것을 권고한 바 있었다. 그 후에도 제2차대전중 Rule 및 Order을 심사하는 위원회를 설치할 필요가 몇 차례 주장되었으나, 무산되고 말았다. 당시의 전문가의 의견은 이러한 위원회를 설치하더라도 실제적인 효과를 기대할 수 없다고 하였다. 1944년 5월 위임입법의 적부를 심사하는 위원회를 설치하는 동의를 국회에 제출되었으나 주무장관이 동위원회의 설치를 전향적으로 검토한다는 조건을 제시하여 당해동의를 철회되었다. 그러나 동위원회는 위임입법에 관한 심사를 주체로 하는 위원

회의 설치를 강조하는 보고서를 작성하여 이를 정부에 제출하였다. 이 권고가 있은후 1953년에 하원에 위임입법특별위원회(Select Committee on Statutory Instruments), 즉 “Scrutiny Committee”가 설치되었다. 한편 상원에서는 이미 1925년에 위임입법을 체계적으로 심사하는 “Special Orders Committee”가 구성되어, Order in Council, 행정기관의 Order, Rule, Regulation, Scheme 등을 심사하였다. 그러나 동위원회는 승인결의를 요하는 위임입법의 심사기능을 담당하였다.

그러나 양원에 각각 설치된 위임입법심사위원회는 효율적이지 못하였으며 낭비적이라는 지적도 있었으며 특히 상원은 negative Instrument에 대하여는 심사하지 않았으며, 하원은 상원이 심사한 위임입법에 대하여는 심사를 하지 않았다. 아울러 위임입법에 대한 청원은 오직 상원에게 할 수 있었다. 그리하여 양원은 공동위원회(Joint Committee)를 구성하여 위임입법을 체계적으로 심사할 것을 제안하여 각원의 특별위원회 위원 7인으로 구성되는 Joint Committee on Statutory Instruments(Joint Scrutiny Committee)를 1973년에 설치하였다. 동위원회는 ①국민의 소득에 대한 과세를 정하는 위임입법 또는 행정권에 의한 허가, 동의, 서비스등에 대한 반대급부로서 관계기관에게 금전을 납부하는 취지를 규정한 위임입법, ②Order등에 대한 사법심사의 배제를 정하는 국회제정법을 근거로 한 위임입법, ③근거법인 국회제정법의 취지에 위반하는 의문이 있는 위임입법, ④국회제정법의 명시적 수권이 없는데 소급적 효력을 정한 위임입법, ⑤정당한 이유가 없이 국회에 대한 제출을 지연한 위임입법, ⑥국회에 제출하기 전에 시행할 수 있는 위임입법으로서 시행후 정당한 이유없이 하원의장에 대한 통지를 지연한 위임입법, ⑦형식 및 목적에 관한 설명을 필요로 하는 위임입법, ⑧결함이 있는 위임입법의 초안 등에 관하여 국회의 심의가 필요한가의 여부를 결정한다.

동 위원회는 위임입법에 관하여 하원의장의 전문적 조연자로서의 역할을 담당하며, 위원회는 국회에 제출하여야 하는 위임입법에 관하여 심사하며, 이는 전체 위임입법의 약 70%에 해당한다. 이 가운데에는 중요한 위임입법이 포함되어 있음은 물론이나 중요하지만 이 가운데 포함되지 않는 것도 있다. 위원회는 위임입법의 취지, 목적, 법적 가치 등에 관하여는 이론적

으로 국회에서 심의하는 사안으로서 간주하고 이를 심사할 권한이 없다. 국회에 제출한 위임입법에 관하여 위원회로부터 질문이 있는 때에는 주무 장관 또는 주무행정기관은 질문에 답변하여야 하며, 이 경우 회답은 문서로 하는 것이 관례이다. 주무장관 또는 주무행정기관은 당해위임입법에 관한 위원회의 견해를 무시하지 않고 있으며, 주무행정기관이 스스로의 과실을 솔직하게 인정하거나 주무장관이 월권행위가 있음을 자인하는 경우도 있다. 위원회의 의사록은 Stationery Office에 의하여 공표된다. 또한 위원회는 국회의 회기말에 일련의 보고서를 공표하며, 이 보고서는 위임입법의 연구에 매우 가치 있는 문서로서 인정되고 있다. 위원회가 중점적으로 다루는 사안은 위임입법권의 재위임, 위임입법의 정리통합, 국회에 있어서 affirmative의 절차와 negative절차의 우열, 전문용어의 의미와 평가, 자의에 의한 위임입법, 자문위원회의 위치 등이다.

상원에서의 위임입법에 관한 전문위원회는 1992년에 설치된 Select Committee on Delegated Powers and Deregulation이 있다. 동 위원회는 행정기관에 의하여 의회에 제출된 위임입법 및 규제완화관련 법안을 심사하는 특별위원회로서, 위원은 8인으로 구성되어 있다. 회의는 회기중에 정기적으로 개최하며, 심의는 비공개로 하나, 일반인을 대상으로 청문회를 개최하기도 한다. 동위원회는 위임입법의 근거가 되는 관련법률의 조항의 확인, 위임의 목적 내지 위임필요성 등에 관하여 심사하며 위원회는 자문적 기능을 담당한다.

하원에 있어서의 위임입법을 심사하는 상임위원회로서 Standing Committee on Delegated Legislation이 있다. 동위원회는 위임입법의 법기술적 사항이 아니라 실체적 사항(Merits)을 심사하는 위원회로서 Merits Committee라고도 한다. 국회의 정당간에 합의에 의하여 장관은 특별한 위임입법 또는 초안, 즉 승인결의를 요하는 위임입법(affirmative resolution)을 동위원회에 제출하며, 제출된 위임입법 또는 초안은 90분간의 토의에 회부된다. 위원회에서는 위임입법의 실체적 사항을 심사하며 그에 대한 표결은 하지 아니한다. 정부는 동위원회에서 심사된 내용을 고려하며, 특히 초안의 경우에는 심사결과를 고려하고 있다. 위원회의 심사와 관련하여 하원본회의에서는 토론이 행해지지 않는다.

## ○ 위임입법의 공시제도(Publication)

영국의 Rule Publication Act 1893 제1조에는 특정한 제정법이 위임입법의 제정을 수권하고 이들 입법을 국회에 제시할 것을 규정하고 있는 경우에는 사전에 이를 London Gazette에 공시함과 동시에 그 사본을 필요로 하는 사람을 위하여 사본기관의 소재지를 표시할 것을 요청하였다. 이러한 규정을 둔 취지는 위임입법에 있어서는 사전에 이해관계자에게 의견진술의 기회를 부여하여 행정과 시민의 일체화를 도모하고 위임입법절차의 공정성을 확보하려는 점에 있었다. 그러나 동법은 긴급한 경우 또는 특별한 사유가 있는 경우 및 Provision Order 등에 대하여는 예외를 인정하며, 또한 재무부 등 일정한 행정기관에 대하여는 사전공시에 관한 규정을 적용하지 않았다. 이러한 예외사유는 동법의 취지의 실효성을 감퇴시키는 주요한 원인으로 작용하였으며, 그 후 장관의 권한에 관한 위원회는 사전공시(antecedent publication)제도의 필요성을 권고하였으나, 이 권고는 고려되지 않고 1944년 하원의 위임입법특별위원회에서 1893년법에 대한 개정의 필요성이 강조되어 1946년 Statutory Instrument Act를 제정, 시행하게 되었다.

동법에 의하면 동법에서 규정하고 있는 Statutory Instrument에 해당하는 경우 및 수권법이 당해 위임입법에 대하여 1946년법을 적용한다는 특별규정을 두고 있는 경우에는 소정의 번호부여·인쇄 및 공시에 관한 요건이 적용된다. 아울러 위의 경우에 해당하는 위임입법을 제정한 때에는 즉시 인쇄국(The King's Printer of Acts of Parliament)에 송부하여 번호를 부여하여야 하며, 동법 시행일인 1948년이후에 제정된 국회제정법 및 본법시행령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 인쇄국은 즉시 인쇄·판매하도록 규정하고 있다. 위임입법을 접수한 인쇄국은 이를 제정연도별로 정리하여 접수된 순서에 따라 번호를 부여하며, 의회의 확인이나 승인 또는 의회에서의 특별한 절차를 필요로 하는 위임입법인 경우에는 제정권자가 통지한 위임입법발효일 또는 발효예정일에 접수된 것으로 본다. 다만 동법에 의하면 ①제정권자가 지방적 또는 사적 법률의 성질을 가지는 것으로 분류한 지방적 위임입법(Local Instrument), ②일반적 위



임입법중 제정권자에 의하여 정기적으로 인쇄되고 이해관계인의 구독이 용이한 위임입법, ③존속기간이 짧고 국민에게 주지하기가 곤란하여 제정권자가 공시할 필요가 없다고 판단하는 잠정적 위임입법(Temporary Instrument), ④위임입법으로 간주되나 그 성질·분량 또는 내용공지에 관한 특별규정에 비추어 인쇄할 필요가 없거나 바람직하지 아니한 문서(Schedule, Document), ⑤시행일이전에 공시 또는 공지하는 것이 공익에 반한다고 판단되는 위임입법 등은 공시에 관한 규정이 적용되지 아니한다(동법 제8조 참조). 한편 1997년부터 인쇄되는 Statutory Instrument에 대하여는 그 전문을 공시한 날부터 15일 이내에 HMSO(Her Majesty's Stationery Office)의 인터넷을 통하여 게재하도록 하고 있다.

【참조】 위임입법법(Statutory Instrument Act)

#### ○ 위임입법의 국회제출제도(Laying before the Parliament)

위임입법에 대한 국회제출제도(Laying before the Parliament)는 영국특유의 위임입법 통제제도라 할 수 있다. 이것은 위임입법을 사전 내지 사후에 국회에 제출함으로써 의회의 통제를 가하는 것을 목적으로 한다. 영국에서는 위임입법을 국회에 제출할 의무화하는 일반적인 법률은 존재하지 아니한다. 따라서 위임입법을 국회에 제출하여야 할 것인가의 여부를 결정하는 것은 개별 수권법률이다. 실제로 어느 정도의 비율로서 국회에의 제출이 의무화되고 있는가에 관한 정확한 통계자료가 없으나, 대체로 70% 내지 80%의 비교적 높은 비율로 제출된다고 한다. 국회에의 제출이 요구되지 않는 것은 위임입법의 중요성이 낮은 순수히 기술적인 사항에 관한 경우가 많다. 수권법률 가운데 제출절차에 관한 규정이 포함되어 있는가의 여부는 국회에서의 법률안의 심의에 즈음하여 의원에게 특별한 주의를 환기하는 것이 아니다. 수권법률이 위임입법을 국회에 제출할 것이 명해진 경우에는 1946년의 Statutory Instrument Act가 정하는 절차에 따라서 행해진다.

첫째, 수권법이 장관 또는 행정기관이 위임입법을 정립하는 경우 “가능한 한 신속하게” 이를 국회에 제출하도록 규정한 경우가 있으며, 이를 단

순제출절차(bare laying procedure)라고 한다. 이 경우 Statutory Instrument Act 제4조가 적용되어 위임입법은 시행전에 국회에 제출하여야 한다. 제출된 위임입법은 미리 예정된 날짜에 시행된다. 다만 위임입법을 제출전에 시행할 필요가 있는 경우에는 제출전에 시행하는 취지의 규정을 둘 수 있으며, 이 경우 대법관 및 하원의장에게 그 이유를 설명하는 통지서를 송부하여야 한다. 국회에 제출되었다고 하여 사후 국회가 입법부의 입장에서 독자의 절차를 진행하는 것은 아니다. 국회에 제출되어도 국회는 제출된 Order 또는 Rule에 관하여 토의하는 것이 아니며, 또한 수정하는 것도 아니다. 하원의 절차에서도 토의에 관한 규정은 존재하지 않는다. 그러나 국회에 무조건으로 제시된 Order에 관해서는 의원은 동의할 수 있다. 그것은 “토론을 요하지 않은 안건”이라고는 할 수 없기 때문이다. 하원의원은 제출자인 장관에 대하여 질문할 수 있다. 질문에 대하여 어떠한 답변이 행해지더라도 의원은 이에 찬성 또는 불복의 의사를 표명하여서는 아니된다. 그러나 답변내용이 회기연장사유에 해당하는 때에는 별도로이다. 이 절차의 목적은 의원에 대하여 위임입법의 존재를 주의환기하는데 있으며, 위임입법의 효력에는 아무런 영향도 미칠 수 없으며 통제를 위한 특별한 기회가 있는 것도 아니다. 이 절차는 19세기에 소송에 관한 절차나 법원절차에 관한 위임입법에서 사용되었으나, 현재에는 거의 사용되고 있지 않으며 상대적으로 중요성이 낮은 위임입법에 사용된다.

둘째, 부인결의절차가 있다. 국회제정법이 일정한 기간을 한정하여 위임입법을 국회에 제출할 것을 규정하고 있는 경우에 제정된 위임입법은 국회에 제출되어 바로 시행되나, 제출후 40일 이내에 상원 또는 하원의 어느 한곳이나 하원이 취소의 결의를 할 수 있는 일종의 해제조건부라고 할 수 있으며, 40일이 경과하면 위임입법의 효력은 확정된다. 취소의 결의를 구하는 동의를 청원(prayer)이라 하며 모든 의원이 할 수 있다. 취소의 결의가 성립하면, 즉 40일내에 당해위임입법을 폐기하여야 할 것이라는 국회의 결의가 있을 때에는 이 결의의 취지에 따라서 Order in Council이 제정되어 당해위임입법은 폐기된다. 폐기에 즈음하여 구체적인 집행행위는 필요없다. 폐기된 것을 “부인결의(negative resolution)”에 의한 폐안이라고 한다. 부인결의의 절차는 두 가지 경우가 있다. ① 위임입법이

국회에 제출되어 각원의 취소결의에 복종하는 경우이다. 이 경우에는 Statutory Instrument Act 제5조가 적용되어 의원은 제출된 날부터 40일 이내에 위임입법의 취소를 구하는 청원을 할 수 있으며, 그 청원이 가결되면 Order in Council로서 위임입법은 폐지된다. 그러나 그 결의와 폐지는 이전에 위임입법에 의거하여 행해진 처분의 유효성에는 영향을 미치지 아니하며 또한 새로운 위임입법의 제정을 방해하지 않는다. 그런데 이 취소는 위임입법 전체를 취소하는 것이며 일부의 취소, 수정은 할 수 없다. 그 이유는 일부의 수정을 허용한다면 입법의 세부적 부분의 검토를 국회로부터 해방한다는 위임입법의 기본적 목적에 반하게 되기 때문이다.

② 위임입법의 초안이 국회에 제출되어 각원의 취소결의에 복종하는 경우이다. 이 경우에는 Statutory Instrument Act 제6조가 적용되어 초안의 사본이 제출된 날부터 40일이 경과하기까지는 위임입법을 제정할 수 없으며, 만약 그 기간내에 양원중 어느 일원이 위임입법은 제정되어서는 아니된다는 결의를 한 경우 위임입법에 관하여 그 이상의 의사는 진행되지 않는다. 다만 새로운 초안의 제출을 방해하지 않는다. 이 부인결의의 절차는 의회에 대한 제출절차중 가장 널리 이용되고 있으며, 특히 중요성이 높은 위임입법에서 사용되는 것이 통례이다. 이용되는 비율이 높는데 비하여 평가는 그다지 높지 않다. 그 이유로서는 40일이라는 기간은 의회에서 심의하기에 불충분한 시간이라는 점이다. 위임입법을 위한 심사위원회의 구성원이 임명되기 전에 40일이 경과하기도 하며 또한 이 심사위원회의 보고서가 의회에 제출되기까지 40일이 만료되어 버리기도 하였다. 이러한 사태를 회피하기 위하여 심사위원회의 보고서를 의원이 충분히 검토할 수 있는 기간으로 연장하여야 할 것이라는 제안도 있었다. 그리고 영국과 같은 양대정당제의 국가에서는 내각이 제정한 위임입법에 대하여 부인결의의 동의를 제출하는 것은 여당이 아니라 야당의원인 것이 통례이나, 이 동의는 1인이라도 제출할 수 있으며 토론개시를 위하여 40인의 정족수가 의사규칙상 필요하다. 따라서 “통상은 동의를 제출자는 적어도 40인의, 밤낮없이 출석하고 있는 자기희생적인 협력자” “커다란 열정과 공공적 정신”을 가진 동조자가 필요하나 그것을 얻기가 쉽지 않다. 아울러 이 동의에 관한 토론은 하원의 의사규칙에 의하여 통상의 의사가 종료하는 오후 10시부터

개시되도록 규정되어 있다. 이전에는 정부를 곤란하게 할 목적으로 철야심 의가 행해지기도 하였으나, 현재의 의사규칙은 11시 30분에 심의가 종료 되도록 규정하고 있다. 만일 이 경우에는 장관은 여당의 수의 힘을 빌어 동의를 부인하는 것도 가능하므로 취소의 결의가 성립하는 사례는 거의 없다고 한다. 다만 경우에 따라서는 정부는 야당의 반대를 고려하여 토론종료 후에 위임입법을 자발적으로 철회하는 사례가 있다. 또한 부수적 효과로서 위임입법과 관련하여 정부를 비판하는 기회가 설정되므로, 이 측면에서 이 절차는 커다란 가치가 있는 것으로 평가되고 있다.

셋째, 승인결의절차가 있다. 국회제정법중에는 제시된 위임입법에 관하여 국회가 일정기간내에 적극적으로 명시적 동의를 하지 않은 경우에는 그 기간의 경과에 의하여 당해위임입법은 소멸한다고 규정하는 것도 있다. 또한 국회제정법은 제시된 위임입법에 관하여 양원의 결의를 요한다고 규정하는 것도 있으며, 하원에게만 결의를 요한다고 규정하는 것도 있다. 또한 위임입법은 국회의 승인을 얻을 때까지는 효력을 발생하지 않는다고 규정하는 국회제정법도 있다. 이러한 규정이 있는 경우에는 국회에 제시하여 40일을 경과하지 않은 때 당해위임입법을 근거로 행동하여도 그 행위는 무효가 된다. 그러나 이러한 규정이 존재하지 않는 경우에는 위임입법은 행정기관에서 정립됨과 동시에 효력을 취득한다. 제시된 위임입법에 대하여 국회가 40일 이내에 동의 또는 부인의 의사를 표시하지 않은 경우에는 당해위임입법을 근거로 행동하여도 무효가 되지 아니한다. 이러한 승인결의절차(affirmative resolution procedure)는 일종의 정지조건부 절차라고 할 수 있으며, 여기에 속하는 것으로서는 세 가지의 유형이 있다. ① 위임입법이 국회에 제출되어 위임입법이 시행되기에는 각원의 승인결의를 요하는 경우이다. 이 경우 위임입법은 승인결의가 행해지기까지는 효력을 발생하지 않으며, 통제의 정도가 가장 높다. ② 위임입법은 제출됨과 동시에 시행되나 일정기간경과후의 효력이 승인결의와 관련되는 경우이다. 즉 과세의 경우와 같이 신속한 사항을 필요로하며 확고한 국가의 감독이 필요한 경우에 사용된다. 예컨대 위임입법이 28일 이내에 각원의 승인결의가 없으면 28일로 효력을 상실한다고 규정하는 것이다. ③ 위임입법의 초안을 국회에 제출하고 각원의 승인결의가 있기까지는 위임입법을 제정할

수 없는 경우이다. 이 절차는 의회의 위임입법에 대한 가장 효과적인 통제 방법이나, 그 양식이 사용되는 비율은 매우 낮다. 그 이유는 내각에 있어서 승인결의의 안을 의회에 제출하고 심의를 위한 시간을 확보할 필요가 있는 점 또한 신속하게 위임입법을 성립시키는데 장애가 되기 때문에 내각이 이 절차를 채용하는 것을 회피하기 때문이다.

넷째, 초안의 제출절차가 있다. 위임입법은 초안의 형태로 국회에 제시되거나 또한 국회의 동의결의가 있기까지에는 입법절차를 속행하지 아니한다는 단서를 붙여 제시하는 것도 있다. 이것은 위임입법의 작성단계에 국회의 의사를 반영하기 위하여 고안된 것이다. 초안의 형태로 국회에 제시하는 것은 40일 이내에 국회의 어느 일원이 이를 부결할 수 있음을 의미한다. 부결이 있을 때에는 당해위임입법의 성립가능성은 단절된다. 그러나 주무장관은 부결된 초안에 대신하여 새로운 초안을 국회에 제출할 수도 있다.

이상과 같이 국회는 제정된 위임입법 내지 위임입법의 초안을 제출하도록 함으로써 또는 국회의 취소, 승인결의에 복종하게 함으로써 위임입법권한의 행사를 감독하려 하고 있으나, 그들 절차에는 문제점이 많으며 실제로 이 제도가 유효하게 기능하고 있는가에 관해서는 의문이 많다. 그리하여 일부에서는 “의회가 위임입법에 대한 어떠한 현실적인 통제를 하고 있다고 말하는 것은 헌법상의 허구”라고 지적하는 견해도 있다. 앞에서 살펴본 affirmative 또는 negative의 절차는 각각 독립한 일정 부동의 절차를 구성하는 것이 아니며 또한 어느 절차를 채용하는 것이 타당한가에 대한 확정된 원칙도 존재하지 않는다. 따라서 이 점이 각종 절차에 대한 이해를 한층 어렵게 하고 있다. 또한 국회의 제출을 필요로 하는 위임입법과 국회에의 제출을 필요로 하지 않는 위임입법에 관하여 각각 제정을 위한 절차가 확정되어 있지도 않고 근거법의 차이에 상응한 절차도 다양하다. 그리고 의원들이 위임입법의 심사의 전제가 되는 위임입법에 관한 정보를 충분히 가지지 않고 있다는 점이다. 이 점을 보완하기 위하여 위임입법조사위원회를 두고 있으나, 실제로 이 위원회의 보고가 지연되기도 하고 또한 충분한 정보가 제공되고 있다고 말하기 어렵다. 그리고 위임조항을 포함한 법률안은 정부안에 의한 것이 많으며 여당의원은 정당규율하에 행동하므로 위임입법의 공격은 소극적인 것이 되지 않을 수 없고 또한 소수당

인 야당의 공격에도 한계가 있다는 점이다. 또한 위임입법의 양이 많고 그 전부를 심사하는 것이 불가능하다는 점이다. 또한 전문적·기술적 내용을 지닌 위임입법을 심사하기 위한 능력을 의원이 충분히 가지고 있지 못하다는 점이다. 결국 행정권에 의한 위임입법의 현상이 현저하게 되면서 국회의 고유한 입법권을 방어하려는 요구가 발생되나, 이 요구는 필연적 요구라 할 수 있다. 방어를 위한 수단은 법적으로 구성되어 따라서 법적 효과를 가져오는 방어수단으로서의 역할을 거두어야 하나, 그러나 그것은 방어의 목적을 충분하게 달성할 수는 없으며 부인결의절차에도 보듯이 어느 정도밖에 자기를 방어할 수 없는 한계를 가지고 있다.

【참조】 규칙심사제도(Congressional Review of Agency Rulemaking)

#### ○ 위임입법의 통제(委任立法의 統制)

행정기능의 확대와 기능강화에 따른 위임입법의 증가현상은 오늘날의 현저한 법현상이라 할 수 있으며, 이것은 입법적 권한에도 그대로 적용되고 있다. 따라서 이를 어떻게 통제할 것인가라는 점이 현대 국가에 있어서 매우 중요한 것으로 되고 있음은 의문의 여지가 없다. 위임입법에 대한 통제는 본래의 입법기관인 입법부에 의한 통제 그리고 구체적인 분쟁의 심판기능을 가지는 사법부에 의한 통제 및 행정입법절차 등을 통한 행정적 통제로 구분할 수 있다. 입법부에 의한 통제는 위임입법권의 수임기관인 의회가 위임입법을 감시할 수 있는 당연한 권한으로서 행사되는 통제방법이며, 이것은 일반적으로 사전적·예방적 성격을 가지게 된다. 사법부에 의한 통제는 위법여부의 유권적 해석을 내릴 수 있는 법원이 법령심사권에 의거하여 위임입법을 통제하는 것으로서 이는 지극히 당연한 것이라 할 수 있다. 다만 위임입법을 통제하기 위해서는 재판적 통제의 경우에는 물론 의회에 의한 통제의 경우에도 그 전제로서 위임입법의 한계를 확정하는 작업이 불가결하다. 한계가 존재하지 않거나 한계가 불명확한 위임입법에 대한 통제는 법적으로는 불가능하거나 현저히 곤란하게 되기 때문이다. 이 점에 관해서는 일반적으로 구체적·개별적 위임은 허용되며 추상적·일반적·백지 위임은 허용되지 않는다고 하거나 적어도 입법권을 국회가 독점하고 있다

는 원칙이 본질적으로 부정되는 정도의 위임은 허용되지 않는다라고 일컬어지고 있다. 그러나 구체적으로 위임하는 법률이 위임의 명확한 한계를 확정하고 있는가, 그리고 그 하에서 제정된 위임입법이 그 한계에 있는가 또는 그 한계를 초과하고 있는가의 판단은 매우 곤란하다. 이 점은 독일이나 프랑스 등과 같이 위임입법의 한계를 헌법상 명문으로 규정하고 있는 국가에서도 마찬가지이다.

우리 나라에서의 국회에서의 위임입법에 대한 통제는 실제로 직접적인 통제라기 보다는 간접적인 통제가 주류를 이루고 있다. 간접적 통제로는 헌법상 국회가 행정부에 대하여 가지는 국정통제수단의 행사에 의하여 간접적으로 행해지는 경우(국정감사 및 조사권, 국무총리 등에 대한 질문, 해임건의권, 탄핵소추 등)와 국회법 등의 규정에 의하여 행해지는 경우(공청회 등의 개최, 본회의 또는 상임위원회에서의 질의·토론, 법제사법위원회에서의 법안심사 등)가 있다. 그러나 이들 통제수단은 위임입법에 대한 실질적인 통제수단이라고 하기에는 미흡한 점이 많다. 이를 보완하기 위하여 국회법 제98조의2에서는 “①중앙행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령·훈령·예규·고시 등이 제정·개정 또는 폐지된 때에는 7일 이내에 이를 국회에 제출하여야 한다. ②상임위원회는 위원회 또는 상설소위원회를 정기적으로 개최하여 그 소관 중앙행정기관이 제출한 대통령령·총리령 및 부령에 대하여 법률에의 위반여부 등을 검토하여 당해 대통령령등이 법률의 취지 또는 내용에 합치되지 아니하다고 판단되는 경우에는 소관 중앙행정기관의 장에게 그 내용을 통보할 수 있다. ③전문위원은 제2항의 규정에 의한 대통령령등을 검토하여 그 결과를 당해 위원회 위원에게 제공한다.”라고 위임입법에 대한 유효한 통제장치를 새로이 규정하였다.

행정부에 의한 통제수단은 일반적인 행정감독권으로서의 지휘·감독권의 행사에 의한 통제장치외에 개별법령에서 의견제출 또는 공청회·청문 등의 규정, 행정절차법 및 법제업무운영규정에 의한 공청회·청문, 입법예고등의 절차규정과 행정규제기본법에 의하여 규제영향분석 및 심사, 규제와 관련한 의견제출 등의 절차적 규정이 마련되어 있다. 아울러 정부입법의 총괄적 심사기구인 법제처를 통한 심사 등의 제도적 장치가 마련되어 있다.

우리 헌법은 제107조제2항에서 명령·규칙이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가지고 있음을 규정하고 있다. 따라서 우리의 경우 위임입법의 위헌·위법성은 재판의 전제가 되는 경우에 한하여 당해사건의 심판을 위한 선결문제로서 다루어질 수 있을 따름이다. 행정처분의 근거가 된 행정입법의 위법이 당사자에 의하여 주장되지 않더라도 법원은 직권으로 당해 행정입법의 위법여부를 심사할 수 있다. 위임입법에 대한 구체적 규범통제의 결과 위법으로 판정된 명령의 효력에 대하여는 일반적으로 무효라는 입장이 있으나, 공식절차에 의하여 폐지되지 않는 한 동규정은 형식적으로는 여전히 유효하다고 보는 입장이 타당하다. 행정소송법에서는 행정소송에 대한 대법원의 판결에서 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 행정자치부장관에게 통보하여야 하고, 통보를 받은 행정자치부장관은 지체없이 이를 관보에 게재하도록 규정하고 있다(동법 제6조제1항 및 제2항 참조). 또한 행정소송법에서는 항고소송의 대상으로서 처분 등에 한정하여 인정하고 있으므로, 일반적·추상적 규범으로서 직접적이고 구체적인 법적 효과를 수반하지 않는 행정입법에 대하여는 항고소송의 대상이 되지 아니한다. 다만 학설은 명령 중에서 처분적 성질을 가지는 명령으로서 별도의 집행행위가 없더라도 국민에 대하여 직접적이고 구체적인 법적 효과를 미치는 명령은 예외적으로 취소소송의 대상이 될 수 있다고 보고 있다.

헌법 제107조제2항에서 명령·규칙에 대한 최종적인 심사권을 대법원에 부여하고 있으므로 명령·규칙은 헌법재판소의 위헌제청의 대상이 되지 아니한다. 다만 법률과 시행령·규칙 등이 결합하여 전체로서 하나의 완결된 법적 효력을 발휘할 경우에는 법률의 위임에 의한 시행령·규칙 등 하위법규가 부수적으로 법률의 내용을 판단하는 자료가 될 수 있을 것이다. 그리고 헌법 제11조제1항제5호에서는 헌법재판소에 법률이 정하는 헌법소원에 대한 심판권을 부여하고 있으며, 헌법재판소법 제68조제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하



고 있다. 이에 대하여 공권력의 행사 또는 불행사에 명령·규칙이 당연히 포함되므로 헌법재판소는 명령·규칙에 대한 위헌심사권이 있다는 견해와 헌법상 법률에 대한 위헌심사권과 명령·규칙에 대한 위헌·위법심사권을 구분하므로 헌법재판소는 명령·규칙에 대한 심사권을 갖지 않는다고 한다. 한편 헌법재판소는 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원을 받아들여 동규칙을 위헌으로 결정한 바 있다. 또한 헌법재판소는 법령의 직접적인 위임에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 가능하게 된다고 보아야 할 것인바, 청구인이 법령과 예규의 관계규정으로 말미암아 직접 기본권침해를 받았다면 이에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하였다.

행정입법의 부작위에 대하여 헌법소원이 가능한가에 대하여는 헌법재판소는 “삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법하에서 행정권의 행정입법등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 한다”라고 전제하고 “행정명령의 제정 또는 개정 자체가 위법으로 되어 그에 대한 법적 통제가 가능하기 위해서는 첫째, 행정처에게 시행명령을 제정(개정)할 법적 의무가 있어야 하고 둘째, 상당한 기간이 지났음에도 불구하고 셋째, 명령제정(개정)권이 행사되지 않아야 하는 바, 이 사건과 같이 치과전문의제도의 실시를 법률 및 대통령령이 규정하고 있고 그 실시를 위하여 시행규칙의 개정 등이 행하여져야 함에도 불구하고 행정권이 법률의 시행에 필요한 행정입법을 하지 아니하는 경우에는 행정권에 의하여 입법권이 침해되는 결과가 되기 때문에 보건복지부장관에게는 헌법에서 유래하는 행정입법의 작위의무가 있다”라고 하였다(1998.7.16. 96헌마246.)

#### ○ 위임입법의 허용기준(委任立法의 許容基準)

의회의 입법권이 다른 국가기관, 특히 집행부에 위임될 수 있다는 점에 대해서는 확립된 것으로서 정착되어 있으며, 각국의 헌법에서도 이를 명문으로 규정하고 있는 실정이다. 그러나 입법권위임의 필요성 내지 행정입법

의 필요성이 의회의 입법과 집행부의 법정립을 명확히 구별해주고 있는 것은 아니다. 헌법 역시 이 점에 관해서는 침묵을 지키고 있어서 그 해명은 자연스럽게 학설과 판례의 역할에 맡겨지게 된다. 결국 위임입법의 보급은 변화된 민주주의관의 결과가 아니라 실제적 필요의 요청에 따른 것임을 알 수 있고, 변화되는 법규정개정의 필요성을 다소 신속하고 적합하게 실효적으로 고려하기 위한 것이며, 집행부의 법정립의 일부를 이양하는 것은 입법부의 부담경감을 위한 것임을 알 수 있다. 그렇다면 실제적으로 어떠한 경우에 위임입법이 허용되는가 허용된다면 어떠한 사안에 대해 위임이 허용되는가가 문제된다.

①유연성과 적응가능성이다. 법률의 제정절차는 명령의 제정절차보다 복잡하고 철저할 뿐만 아니라 둔화되고 오랜 시간을 요하기 때문에 유연하고 쉽게 변화되거나 적응되어야 할 규율에의 필요는 법률종속적 규율을 제시하는 지표가 된다. 헌법이 보다 유연하고 적응력 있고 쉽게 변경될 수 있는 규율과 시간상·처리상 번거롭고 반대파의 참가를 보장하며 둔화된 절차에 의해서만 변경될 수 있는 규율이라는 두 가지의 상이한 규율형식을 인정하고 있다면, 이 점은 규율대상의 규율형식에의 배정시에 고려되어야 할 것이다. 이러한 기능법적인 관점에서 본다면 유연성이라는 척도는 규율대상의 위임가능성을 제시하는 기준이 된다. 이 경우 명령은 법률상의 원칙적 결정에 대해 계속적 기술을 위한 유연한 도구로서 기능할 수 있는 것이다. 법률은 번잡한 절차를 거친 뒤에만 변경될 수 있으며 그것의 기능상 장기적이고 원칙적인 규율에 적합한 반면 명령은 유연성과 적응가능성으로 특징되고 있다. 따라서 규칙적으로 적응을 요하는 규율은 명령으로 행하여지는 것이 바람직하다.

②사실관계의 발전이다. 과학기술을 비롯한 각종 기술은 계속 발전되고 있는 반면에 법은 행위규범 내지 기술수준을 일회적으로 확정하는 정체성을 가지고 있다. 만약 기술수준을 법률로 정한다면 법률로 정해진 기술수준과 사실상의 기술수준간의 일치는 법제정의 초기단계에서만 존재할 뿐이다. 따라서 양자의 일치를 위해서는 끊임없는 법률개정이 요구된다. 다만, 기술발전이 정체되어 있거나 거의 완성된 경우에는 법률로 규율할 수 있는 규율성숙성은 주어질 수 있다. 그러나 이 경우에도 법률로 기술수준을 상

세하고 구체적으로 규정한다는 것은 적절하지 못하며, 법률보다는 명령이 기능에 적합한 규율도구인 것이다.

③규율대상의 자율성이다. 유동적이거나 새로운 학문적 연구결과가 가까운 장래에 기대되고 있는 경우에는 법률의 적용대상, 나아가서는 법적 규율의 대상으로 하기에는 곤란한 점이 많다. 학문과 경험에 의해 계속 발전되는 급속한 변화는 법률에 의한 확정에 의하여 차단되지 말아야 하는 것이다. 물론 법률이 반드시 제한으로 향하는 것이 아니며 그 내용형성에 따라서는 자유영역의 확보와 자율성의 존중에 기여할 수도 있다. 그러나 어떤 영역에서의 구조적인 자율성을 보장하는 영역-예컨대 학교문제에 있어서의 수업·진급 등 교사의 학문적 자유의 영역-은 부분적으로는 법률로 규정될 수 있는 구성요건의 범위외에 있다.

④실험상태이다. 이것은 발전되고 있는 사실관계의 경우와 마찬가지로 새로운 것의 종국적인 채택에 대한 명확성이 존재하지 않고 따라서 우선적으로 실험이 실시되어야 할 경우에는 법률로 규율하는 것이 타당하지 않는 것이다. 이러한 실험상태에 있어서는 필요한 규율은 법률로 된 지도적 결정의 근거하에서 우선적으로 법률종속적인 규율로 행하여지는 것이 바람직하다. 특히 예상되는 실험기간동안 법적 근거의 광범한 변경필요성이 있을 경우에 그러하다. 규율하여야 할 관계가 충분히 조망할 수 없다면 규율을 포기하거나 한정적 효력을 가지는 한시법을 제정하거나 절대적으로 필요한 범위내에서만 법률종속적 규율을 제정하여야 할 것이다.

⑤법률종속적 규율의 부담경감성이다. 법률의 제정절차와 명령의 제정절차의 기능적·구조적 분석에 의하면 입법자는 중요하고 특히 기본권과 관련되고 정치적으로 쟁점이 되고 있거나 복잡한 결정은 법률로 하여야 한다. 이 점에서 명령은 중요하지 않고 논쟁이 되지 않으며 거의 기본권과 관련되지 않은 결정으로부터 의회의 책임을 면제시켜주는 기능을 담당하고 있다. 법률로부터 파생되는 법원인 명령은 집행기능, 실시기능, 구체화기능 등에 의하여 의회법률의 부담을 경감하는 기능을 한다. 따라서 사소한 정치적 내용을 가지는 결정은 명령에 위임될 수 있는 것이다. 법률로서 행하여진 원칙적 결정을 속행하는 규율은 명령의 수단으로 행하는 것이 바람직하다. 그러한 규율에 의한 의회법률제정자의 부담경감은 의회에게 중요

한 결정에 대한 집중을 가능케 함으로써 법률의 질적 저하를 방지할 수 있는 것이다.

⑥분산적 해결의 필요성이다. 법률은 우선적으로 집중적·중앙적 규율에 적합하며 명령은 집중적 해결이나 분산적 해결을 가능케 한다. 집중적 해결에 대한 필요성이 존재한다면 그것은 법률이나 명령으로 규율할 수 있다. 반면 사항적·장소적 이유로 또는 지역적 특수성으로 인하여 분산적 규율이 보다 적합한 경우에는 명령이라는 규율도구가 적합한 규율형식이다. 통일적인 규율에 대한 필요성이 존재하지 않으면 분산적인 결정주체의 위임이 고려되어야 하는 것이다.

⑦긴급한 상황성이다. 긴급한 상황에 대한 규범화의 필요성이 있으면 규율대상 그 자체로는 법률과 관련되는 것이라 할지라도 명령에 의한 규율이 정당화될 수 있다. 이는 어떠한 규율이 법률로 행하기에는 오랜 기간이 소요되고 따라서 적시에 행하여질 수 없는 경우에 그러하다. 그러나 이 경우에는 다음의 전제조건하에서 예외적으로만 인정된다. 즉, 우선 명령제정권 자에로의 위임은 명확한 수권법률의 존재를 전제로 한다. 우선적으로 법률로 된 규율이 행하여져야 한다. 둘째, 헌법상의 권한배분이 유용성의 고려에 의하여 쉽게 변화되지 않아야 한다. 보다 번잡하고 많은 시간을 요하기는 하나 기능적·구조적 관점에서 볼 때 보다 높은 가치를 가지는 입법절차를 의식적으로 회피하여 명령이라는 수단에 의하여 규율할 수는 없다. 긴급을 요한다는 관점은 예외적인 상황에서만 그 자체로는 법률을 요하는 규율의 명령제정권자에로의 위임을 정당화시켜주는 것이다.

⑧규율대상의 전문성과 기술성이다. 법률의 제정절차는 명령의 그것보다 많은 시간과 노력이 소요되고 매우 철저적이라고 할 수 있다. 이러한 사실은 전문적인 사항에 대해서는 법률로 규율하는 것이 적합하지 않다는 견해를 부정할 수도 있다. 그러나 오늘날 전문적 부문문제를 처리하는 전문지식이나 능력은 여전히 의회보다는 행정부가 우위에 있음은 부인할 수 없는 사실이다. 그러한 의미에서 규율대상의 전문성은 법률보다는 명령으로 규율하는 것이 바람직하다. 이러한 관점에서 본다면 규율대상의 기술성도 의회유보의 타당성을 부인하는 척도가 된다. 그러나 기술적인 사항에는 자주 고도의 정치적인 가치평가가 부여되는 경우가 있으므로 반드시 명령으로

정하여야 하는 것이 아니고, 개개의 규율사례에 있어서 기능과 구조적 요소를 고려하여 결정하여야 한다. 기술적인 문제가 처음부터 명령으로 규율되는 것은 아니며 또한 세부적인 것에 관한 규율도 경우에 따라서는 매우 중요할 수 있으며 다른 관점에서 법률로 규율할 수도 있는 것이다.

### ○ 위임입법의 홍수현상(委任立法의 洪水現象)

현대국가는 19세기에 있어서 자유보호를 목적으로 하는 야경국가와는 대조적으로 사회·경제분야등에서 적극적으로 조정·급부를 시행하여야 하는 사회국가라고 일컬어지면서, 그에 수반하여 국가임무의 비약적 증대를 가져왔다. 아울러 그 임무는 직접 전부 행정권에 부과되는 것이 아니라 민주적 법치국가하에서는 무엇보다도 우선 입법화가 필요한 것이다. 그러한 의미에서 Gesetzesinflation, Gesetzesflut 내지 법질서의 모든 단계를 포괄하여 Normenflut 등으로 표현되는 것은 이러한 사정을 표현한 것이라 할 수 있다. 물론 이러한 상황은 제정되는 입법의 숫자만으로 판단하기에는 위험하며 보다 상세한 데이터나 국가임무의 내용·동향 등을 정확하게 종합하여 판단하여야 한다. 입법의 홍수현상은 입헌체제가 당초 예상하지 못하였던 정도로 입법부에게 과중한 부담을 가져오게 되었으나, 반면 그 결과는 입법의 위임의 증대라는 상황을 초래하게 되었다. 사회경제적 국가임무의 증대와 그에 대처하여야 할 전문기술적이며 신속탄력적인 조치를 강구하기 위해서는 행정부로의 위임은 현실 기능적 요청에 부응하는 것이며 불가피한 것으로 간주되며, 그것은 범형식의 성격에도 적합한 것은 부정할 수 없다. 물론 행정부로의 입법의 위임이 실제로 입법부의 부담을 경감하고 국회의 정상적인 입법기능의 유지·회복에 이바지하였는가에 대해서는 의문이 없지 않다.

입법이 국민의 일반의사를 구현하는 것이라는 법률관에 입각하는 경우 입법은 그 내용보다는 형식·기관에 의해서 규정된다. 따라서 입법이 행하는 명령으로의 수권도 입법의 작품 그 자체로 간주되며 수권내용이 어느 정도 광범하더라도 형식적 조건이 충족되는 한 어떠한 소송의 대상도 될 수 없는 것이다. 물론 그러한 이론은 극단적인 것이라 하더라도 방대한 국

가임무를 수행하는 현대국가하에서 입법권의 우위, 입법의 민주적 성격이 강조되면 될수록 입법임무의 증대를 초래하고 이것이 거꾸로 위임입법의 질적·양적 확대를 가져오게 되는 것이다. 이 경우 입법소관을 부분적으로 명령 등으로 보충시키는 것이므로 그 한도에서 명령은 법률과 대등·경합 관계는 없다. 즉 그곳에서는 입법의 권한상실(Kompetenzverlust)이 아니라 어디까지나 법률에 의한 행정원리를 관철하고 있는 것이며, 위임은 입법을 포기하는 것이 아니라 “끊임없이 장래에 관하여 그 고유한 권한을 행사할 수 있다는 묵시적 유보하에(stetz unter stillschweigendem Vorbehalt kunftiger und jederzeit moglicher eigener Ausubung seiner Zustandigkeit)” 수권하고 있다고 이해할 수 있는 것이다. 물론 이러한 법리해석에 관해서는 사실상 행정입법을 정당화하는 이데올로기이며 정부·행정에 의한 권한의 박탈(Kompetenzusurpation)이라는 정치적 실천을 가져온 것에 불과하다는 비판도 제기되고 있으므로, 그러한 비판적 견해를 충분히 자각하면서 의회주의의 현실 기능적 요청에 적합하는 실정법 이론으로서의 위임입법에 관한 법리를 구축할 필요성이 요청된다.

결국 현대국가에 있어서 위임입법의 필요성이 증대하고 있으나 그에 수반하는 대가를 무시할 수는 없다. ①우선 국회에 의한 명확한 정책의 결여는 행정기관에게 커다란 정책결정을 하도록 방임한 결과를 의미하며 그에 수반하여 행정기관은 본래 의회과정에서 활동하는 각종이익단체에 의한 정치적 압력을 직접적으로 받게 됨으로써 행정기관의 본질인 전문기술적·관리적 기능의 수행이 방해받고 왜곡될 우려에 처하게 되었다. ②이와 관련하여 국회에 의한 명확한 기준의 제시가 결여된 위임으로 인하여 공정한 행정운영이 곤란하게 됨과 아울러 효율적인 행정을 저해하고 있다. ③국회에 의한 지침이 되는 정책적 선택의 결여는 법원이 행정기관의 행위를 평가하는 실질적 기준을 가지지 못함을 의미하며 따라서 법원에 기대되는 행정기관의 행위를 감독·억제하는 기능이 충분히 발휘되지 못하게 된다. ④국회가 지침이 되는 정책적 선택을 하지 않는다는 것은 입법부와 행정부가 협력하여 지혜를 모아 통일적인 정책결정을 행하는 노력과 자세의 포기를 의미하는 것이며, 또한 그러한 정책적 선택의 결여의 결과 국회, 행정기관 및 국민도 그 법률의 목적이 달성되어가고 있는가를 평가하는 것이 곤란하

게 되어, 결국 통일성을 결여한 각 행정기관의 의사에 따른 행정으로 귀착하기 쉽다. ⑤중요한 가치선택이 집행부에 의하여 행해지게 됨으로써 행정부의 결정에 대하여 헌법적·민주적 정당성에 문제가 발생하고 있다. 우리의 경우 정책을 결정하여 그에 관한 중요한 기준이 되는 것을 직접 법률에서 규정하고, 기술적·세부적인 사항이나 긴급한 대처를 필요로 하는 사항 등은 그에 대응함에 적합한 행정부로의 위임입법을 허용하고 있으나 그 행정입법절차가 입법부의 입법절차에 비견되는 절차로서 정비되지 않고 있는 실정이다.

특히 종래 우리나라는 행정부 주도로 경제개발·사회발전을 이룩하는 과정에서 국회는 국민의 다양한 의견을 수렴하여 입법에 반영하는 민주·법치국가적인 의회로서의 역할수행이 상대적으로 미흡하여 행정부에서 마련해 온 법률안을 신중하고 면밀한 검토과정을 소홀히 한 채 통과시키는 사례가 적지 않았고, 그로 말미암아 위임입법이 양산되어 “법률에 의한 행정”이라기 보다 “행정규칙에 의한 행정” 또는 “행정규칙으로의 도피”라고 많은 비판을 하고 있기도 하다. 실제로 보더라도 우리의 위임입법 가운데에는 상위법의 위임근거없이 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과한 경우, 상위법의 위임의 범위를 벗어나 권리의 제한 또는 의무를 부과한 경우, 상위법의 규정의 취지를 일탈한 경우, 포괄적으로 재위임한 경우 등 현재의 위임입법에 다수의 문제가 지적되고 있는 실정이다.

사회·경제적 국가임무의 증대와 그에 대처하여야 할 전문·기술적이며 신속·탄력적인 조치를 강구하기 위하여 행정부로의 위임은 현실기능적 요청에 부응하는 것이며, 불가피한 것으로 간주되어 그것은 법형식의 성격에도 적합하는 것은 부정할 수 없다. 그러나 개괄적·다의적 법률의 제정과 행정기관에 대한 광범한 실질적 규범정립권한의 부여를 전부 방치한다면 행정권의 한층 비대화와 그에 수반한 의회의 지위의 상대적 저하를 조장함으로써 우리 헌법의 기본원리인 권력분립과 민주주의에 저촉하게 된다. 또한 법률에서 구체화되어야 할 개념이 매우 추상적인 차원으로 규정됨으로써 법률을 헌법적 가치를 구체적으로 실현하는 것으로서 파악하는 것을 곤란하게 할 우려가 있다. 이러한 폐단을 배제 내지 감소시켜 권력분립과 민주주의를 유지하고 확보하기 위해서는 무엇보다도 중요한 것은 위임입법에

대한 법리를 재구축하고 위임입법이 본래의 기능을 발휘할 수 있도록 실제로 유효하게 기능할 수 있는 전제조건을 모색하며, 그 남용에 대비하여 항상적으로 감독하는 제도를 설정하는 것이라 할 수 있다.

【참조】 규범홍수(規範洪水)

○ 의원법제국(議院法制局)

일본국회법에 의거하여 설치된 의원입법을 보좌하는 가장 중요한 법제기구로서 내각제출법률안을 관장하는 내각법제국에 대응하여 각원에 설치되어 있다. 그 주요기능으로는 의원발의법률안 및 위원회제출법률안에 대한 자료조사와 이를 기초로 한 법률안의 기초작업, 의원·위원회제출법률안 및 내각제출법률안과 그 수정안에 대한 위헌여부검토, 기존법령과의 관계검토, 예산조치의 필요성에 대한 타당성검토 등 의원입법의 보좌기능을 수행하는 외에 의원이나 위원회의 요구에 의하여 법률 및 법제상의 문제점에 대한 의견진술·제시를 함으로써 그 자문에 응한다. 각원의 법제국은 국장을 정점으로 하여 차장·부장·과장·참사 등의 조직으로 구성되어 있으며, 법제국장은 의장이 그 의원의 동의를 얻어 임면한다. 중의원법제국은 5개의 부를 두고 있으며, 각부는 2개과를 두어 부의 업무를 분장하고 있다. 참의원법제국의 경우도 중의원법제국의 경우와 거의 유사하다.

법제국내의 입안절차는 먼저 소관부서에서 일정기간의 검토를 거친 다음 과장주관아래 과심사를 거쳐 과단계의 안을 성안한다. 그 다음 부장심사·차장심사·법제국장의 심사순으로 공동토의를 거치는데 어느 단계에서나 소관과의 참사전원이 참석한다. 법제국장의 심사를 마친 최종안은 의회의 원에게 제출하며 의회의원의 의견은 최종안확정전에 조정작업을 거쳤으므로 의회의원은 법제국안을 별다른 수정 없이 최종적인 발의법률안으로 확정한다. 의원법제국의 직무내용을 내각법제국과 대비하여 보면, 내각법제국은 내각의 보좌기구로서 각의에 회부된 법률안, 정령안 및 조약안의 헌법적합성, 법적 정합성 등을 심사하고 또한 법률문제에 관하여 내각 등에 대하여 의견을 개진하는 것이 그 주된 임무이므로 내각법제국이 스스로 법률안 및 정령안을 기안하지 않는다. 이에 대하여 의원법제국의 직무는 의



원발의법률안에 관하여 이를 기안하고 심사하여 법률안으로서 마무리하는 것을 그 주된 직무내용으로 한다. 의원법제국이 의원으로부터 의뢰 받은 법률안의 입안을 하는 경우에 그 의뢰와 관련한 법률안은 그 기본적 구상·골자·대강이므로 점차 그 내용을 구체적으로 확정하여 이를 법률안으로서 마무리하는 것이 법제국의 임무로서 원칙적인 모습이다. 그러나 의원 제출법률안의 성격상 의원법제국은 이러한 과정을 매우 신속한 단계, 즉 법률안의 기본적인 구상의 단계부터 기획하지 않을 수 없으므로 법률안의 작성에 이르는 배경의 실정조사는 물론 정책으로서의 합리성에 관해서도 검토를 행하여 법률안으로 마무리하는 과정을 취하는 것도 많다. 따라서 단순히 법률안의 입안작업이라는 것은 의원법제국이 법률의 조문으로서의 체계를 정비하는 것에 그치는 것이 아니다. 그리하여 의원법제국의 역할은 법률안의 작성에 관하여 말한다면 내각제출법률안의 작성에 관하여 각성청과 내각법제국의 역할을 겸비한 것이라 할 수 있다.

**【참조】 내각법제국(內閣法制局)**

○ **의회거부권(議會拒否權)**

의회거부권이란 “광의로는 기존의 법률에 따라 행해진 대통령 또는 행정기관의 행위를 취소하는 의회의 행위”를 의미하며 기동적인 행정활동을 행하기 위하여 더욱 광범한 재량권의 부여를 바라는 행정기관의 요구와 새로운 법률을 제정하지 않고서도 행정기관의 광범한 재량권을 통제할 수 있는 간편한 수단의 획득을 바라는 의회의 요구를 조화시키는 것을 주된 목적으로 한다. 이러한 의회거부권은 ①양원 또는 일원 내지 그 위원회의 결의에 의하여 거부권이 행사되지 않으면 특정일이후에 대통령 또는 행정기관의 행위의 효력이 발생하는 효력부정형(negative form), ②양원 또는 일원 내지 그 위원회의 결의에 의하여 행정기관등의 행위의 효력이 승인됨으로써 비로소 당해행위의 효력이 발생하는 효력긍정형(affirmative form), ③의회가 일정한 유예기간내에 법률을 가결하지 않으면 당해기간경과후에 행정기관등의 행위의 효력이 발생하는 심의형(deliberative form) 내지 법률형(law form) 등의 세 가지가 있다. ①과 ②는 대통령에 대한 결의의 제시가 없이 그 거부권에 복종하지 않는데 대하여 ③은 의회거부권의

행사를 법률의 형식으로 승화시킨 것으로 통상의 입법과정과 같이 양원의 일치와 대통령에 대한 지시를 수반하며 그 거부권에 복종한다는 점에서 양자는 다르다.

의회거부권은 1932년에 미국에서 처음으로 법률에 도입되었으나, 1970년대이후 특히 월남전쟁과 워터게이트사건등에 의하여 행정기관에의 불신감이 증대하면서부터 주목된 수단이다. 의회거부권은 그 후 다수의 법률에 삽입되었으나 연방대법원의 Immigration and Naturalization Service v. Chadha 사건(462 U.S. 919, 1983)을 계기로 새로운 전기를 맞이하게 되었다. 즉, 본건은 이민귀화국이 외국인인 Chadha에 대하여 이민국적법(Immigration and Nationality Act) 제244조(c)항제1호에 의거하여 국외강제퇴거를 정지하는 결정을 내린 바, 연방하원이 동제2호에 의거하여 본건정지를 거부하는 결의를 행하여 이에 따라 이민귀화국이 다시 Chadha에게 퇴거를 명하였으므로 동인이 이민불복심사회에의 불복신청을 거쳐 출소한 것이다. 원심의 합중국제9지구순회항소법원은 의회에는 외국인의 퇴거를 명하여야 할 헌법상의 권한이 없으므로 이민국적법 제244조(c)항제2호는 권력분립의 원리에 반하여 위헌이라고 판시하였다. 이에 대하여 연방대법원은 상고를 기각하면서 그 판결이유는 원심과는 다른 것이었다. 즉 본건의 일원거부권(one house veto)은 의회의 외부에 있는 법무장관, 집행부의 공무원, Chadha를 필두로 하는 이해관계인등의 법률상의 권리·의무를 변경하는 목적 및 효과를 가지는 입법행위이며, 본래는 연방헌법 제1조에 따라서 양원의 다수결에 의한 가결과 대통령에의 제시가 필요한데 대하여, 이 절차를 거치지 않은 이상 위헌이라고 판시하였다. 본판결에서의 다수의견에 따르면 이원거부권(both house veto) 이더라도 의회거부권에 관한 전술의 유형중 효력긍정형과 효력부정형이 위헌으로 판단되게 된다.

그러나 연방대법원의 다수의견에 따르더라도 모든 의회거부권이 권력분립에 반하여 위헌이 되는 것은 아니다. 즉, 의회거부권의 유형중 심의형(법률형)을 채용한다면 다수의견의 반대해석으로부터 합헌이 될 수 있다. 다만, 이에 관하여는 규칙제정의 지체현상을 악화시켜 규제의 시기지연을 증대시킨다는 비판이 있으며, 또한 원래 전문적 지식이 결여된 의회가 의

회거부권을 행사하여도 행정기관을 체계적으로 통제하기에는 곤란하다는 비판도 있다.

### ○ 의회법률법무관실(Parliamentary Council)

영국의 법제기구로서, 법률안의 기술적인 형식과 표현에 책임을 지며 또한 각부처에 의한 성문법규의 기초에 어느 정도의 자문적인 영향력을 지니는 기구로서 재무부 산하에 설치되어 있다. 의회법률법무관실의 지위는 19세기에서는 비공식기관으로 단순한 법정변호사에 불과하였으나, 오늘날 특정한 정식의 법률안을 제외한 모든 법률안은 여기에서 기초된다. 이 부처는 입법계획의 정부통제를 전제로 기초상에 필요한 입법을 위한 면밀한 회기예정표에 따라 모든 법률안을 집중적으로 기초한다. 의회법률법무관실은 정부의 모든 법률안을 기초하므로 각부처상호간의 의견조정을 수행한다. 즉 특정부처의 법률안을 전체로서 그 구성과 형식에 적합하도록 하며, 특정부처의 요구와 다른 부처의 그것을 조화시킨다. 의회관계법무관이라는 직책은 1869년에 설치되었으며, 그 이전에 법률안의 기초는 입법을 발의하려는 정부 또는 개인의원에 의해 그 때마다 의뢰되는 법정변호사에 의해 행해졌다. 변호사는 반드시 법률안기초의 전문가가 아니므로 입법의 기술적인 면에 차이가 크고 법률안의 형식이 통일되지 않았다. 이에 19세기 중반 법정변호사 H.Thring이 이러한 사태의 개선의 방법을 제창하여 스스로 기초한 Merchant Shipping Act 1854에서 자기의 제안을 실천하여 두드러진 성과를 보였다. 그 후 1860년 그는 내무부의 기초담당관(Counsel to the Home Office)으로 임명되어 나아가 1869년 정부를 설득하여 정부의 각부처를 위하여 법률안기초임무를 담당하는 부서를 설치하였다.

이 기구에 소속된 의회관계법무관(Parliamentary Counsel)은 현재 영국에서 법률안의 기초·심사에 중심적인 역할을 거두는 자이며, 그들은 법정변호사 또는 사무변호사의 자격을 지니며 법률안의 기초를 위하여 정부에 고용되는 상근직원이다. 의회관계법무관의 설치이후 정부제출법률안의 기초는 거의 전부 그들에 의해서 수행되고 있으나, 그 예외가 없는 것

은 아니다. 즉 특정의 법률안의 기초가 외부의 자에 의뢰되는 것도 있다 (외부에 의뢰할 것인가의 여부를 결정하는 것은 의회관계법무관의 주임의 권한이다). 또한 의원제출의 법률안의 기초는 그 법률안이 정부의 지원을 받는 경우에는 의회관계법무관의 기초원조를 받을 수 있으나, 그렇지 않은 법률안에 관해서는 당해의원이 자신이 스스로 전문법률가에 의뢰하여 기초한다. 의회관계법무관이 기초업무를 하는 경우에는 우선 당해법률안의 발의자(정부의 담당부처 등)로부터 입법의도 기타 배경적 입법자료에 관하여 충분한 정보를 제공받으며, 구체적인 법안의 작성에서는 전문직으로서 독립하여 작업한다. 작업은 주임의 지시에 의해 그때마다 편성되는 팀에 의한 공동작업의 형태를 취하며, 작업과정에서 정부의 담당부처와 협의하기도 한다. 이러한 의회관계법무관에 의한 기초작업의 일원화는 전문직에 의한 입법기술의 향상외에 입법문제의 취급방법, 용어 및 양식의 통일을 가져온다는 장점이 있다.

#### ○ 의회조사국(Congressional Research Service)

미의회도서관에 부속하는 고도로 전문성을 지닌 입법보좌기구로서 연방 의회의 입법기능 및 국정감독기능 등을 종합적인 조사와 전문적인 관점에서 분석하고, 일반적인 정보제공을 한다. 이러한 임무하에 CRS는 연방의 회각부문으로 부터의 조사, 분석 기타 정보제공의 의뢰에 응함과 동시에 그때마다의 중요문제를 해설한 간행물을 발행하여 학제적이고 종합적인 방법으로 정책문제를 분석하고 있다. CRS는 의회의원, 위원회, 직원들로부터 연간 약 60만건이상의 자료 등 지원요청에 회답하며, 그 모든 업무에 있어서 비밀성·적시성·정확성·객관성·균형성 및 비당파성을 유지하고 있다. 특히 CRS는 입법과정과 관련하여 새로운 법안이 제출되기전 입법필요성의 평가로부터 대통령의 승인 또는 거부를 위해 정부에 이송하기 전 최종합의과정의 기술적 지원에 이르기까지 입법과정의 전과정에서 양원의 의원, 위원회 및 지도자를 지원한다. 또한 CRS는 의원과 직원들의 관심있는 현안문제를 협의하기 위하여 국내외의 전문가를 찾아 확인하기도 하며, 의회의 다양한 관심사에 대하여 의원들이 전문가와 만나 논의할 수

있는 기회를 마련하기도 한다.

### ○ 의회유보(Parlamentsvorbehalt)

의회유보의 원리란 일정한 요건하에서 일정한 규율은 반드시 법률로 정하여야 하며, 그 규율은 일정한 명확성을 가져야 한다는 원리를 말한다. 법률유보의 개념이 행정의 어떠한 영역에 대하여 법률이나 법률에 근거하여 규율할 것인가에 관련되는 것인데 반하여, 의회유보의 개념은 이러한 규율을 행정기관과의 관계에 있어서 행정기관에게 위임하는 것이 아니라, 헌법상의 법률제정기관인 의회가 직접 법률로써 규율하여야 하는 영역 내지 사항과 명령에 위임할 수 있는 사항을 구별하면서 법률사항인 경우에는 반드시 의회가 형식적 법률로써 규율하여야 한다는 원칙을 말한다. 따라서 의회유보라는 용어는 오히려 법률유보를 보다 강조하는 것을 의미한다. 그 이유는 의회유보의 원칙은 행정의 어느 부분이 법률의 수권을 요한다는 점을 강조하는 것에 그치지 않고 그 부분을 명령 등에 위임하지 아니하고 의회 스스로가 입법절차에 따라 반드시 법률로써 규율할 것을 요구하는 것이기 때문이다. 소관사항의 원리와 관련하여 특히 중요한 것은 의회유보와의 관계상 어떠한 사항을 법률로 정하여야 할 것인가라는 점이다.

의회유보는 입법권의 필수적 활동을 표현하는 것으로서, 의회유보의 타당영역에 있어서는 입법자는 그 규율대상을 명령제정권자에게 위임할 수 없음을 의미한다. 의회유보가 적용되는 한 법규범의 서열선택은 의회의 자의에 맡겨져 있는 것이 아니며, 법률종속적 입법행위에 의한 규율은 금지된다. 의회유보원칙이라는 관점에서 볼 때 특히 법률이 국회의 심의를 거친다는 점이 특별한 의미를 가진다. 의회에서의 심의를 통하여 법률안의 내용이 공개적으로 토론되고 그러한 과정을 통해서 민의가 수렴되며, 여러 가지 상이한 의견이 서로 타협할 수 있다는 점은 국회에서의 심의가 가지는 최대의 효과라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 볼 때 주요한 정치적 논쟁사항은 반드시 법률이라는 수단으로 결정되어야 한다. 이는 무엇보다도 법률의 제정기관인 의회는 정치세력간의 특별한 논쟁사항에 대한 토론과 최종적 결정을 위하여 결정절차에의 반대파의 참가를 예정하고 있기 때문

이다. 그리고 의회의 입법절차에 구조적으로 마련되어 있는 타협의 강제, 결정이유 내지 근거의 강제, 따라서 기대되는 법률제정절차의 보다 커다란 통합실현기능을 거둘 수 있기 때문이다. 법률제정절차가 명령제정절차보다 커다란 공개성과 투명성을 가진다면 논쟁이 되고 있는 견해가 토론의 과정에서 분명하게 요약되고 명확해질 수 있는 사항은 반드시 법률로 하여야 하는 것이다.

**【참조】 법률유보(法律留保)**

○ 이유부기제도(理由附記制度)

독일의 연방각부직무통칙에서는 법안의 초안이 확정되면 초안에는 당해 법안을 제안하기에 이르러 동기과 그 지도원리 및 목적이 명시된 이유서(Begründung)를 첨부하도록 규정하고 있다(GGO. 제42조제1항). 이유서에는 ①법안의 목표와 필요성 및 개별규정, ②당해 법안의 배경 및 동기, ③다른 해결가능성 또는 사적부분에서 문제를 해결할 수 있는지, 필요한 경우에는 그것을 포기할 것을 고려하였는지의 여부, ④통지의무, 국가적인 감독 내지 동의절차를 요하는 경우에 행정적 의무 또는 동의유보를 거쳤는지의 유무, 수범자의 법적인 자기의무의 유무, ⑤입법의 결과에 대한 평가, ⑥한시법 유무, ⑦당해 법안이 법적·행정적 단순화를 지향하고 있는가, 시행되고 있는 관련규정이 불필요하게 되거나 정리되는가의 유무, ⑧유럽공동체의 법규범과 저촉하지 않는가의 유무, ⑨다른 법률의 개정유무 등을 기재한다(GGO. 제43조제1항). 특히 위의 ③의 항목과 관련하여 연방각부직무통칙 부록 7.에서는 “자율규제가능성에 관한 심사목록(Prüfkatalog zur Feststellung von Selbstregulierungsmöglichkeiten)”을 다음과 같이 제시하고 있다.

<p>1. 규율체계가 문제에 적합한가?</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 자율적인 제한이나 자율적 의무 등을 통하여 사회적 자율규제나 자율적인 의무가 충분한가</li> <li>- 구조 또는 절차가 국가적 측면에서 준비되고 있으며, 자율적인 규제가 가능한가</li> <li>- 사회적인 자율규제를 국가적으로 정할 준비가 되어 있는가</li> </ul>
<p>2. 국가이외의 담당자나 민간부문이 과제수행에 적합하다면 ;</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 당해 급부에 대하여 국가이외의 급부신청자와 공익계약을 체결할 수 있는 여건이 확보되어 있는가</li> <li>- 어떠한 규제조치와 규제기관이 필요한가</li> <li>- 여건이 결여되어 있는 경우 그 과제를 국가부문에서 재수행할 수 있는가</li> </ul>
<p>3. 문제를 민간과 협력하여 해결할 수 있는가?</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- 그러한 협력관계를 형성하려는 경우 어떠한 법적 체계가 요구되는가</li> <li>- 그러한 협력관계를 조직화하고 수행하기 위하여 어떠한 실제적 체제가 적합하고 필요한가</li> </ul>
<p>4. 문제를 적절하게 해결하기 위하여 목적 또는 계획조정을 하려는 경우 법적 규제에 있어서 법치국가적으로 필요한 최소한의 내용을 고려하였는가?</p>	

이 이유서의 첨부는 기관상호간의 관계 내지는 기관내부의 관계를 염두에 둔 절차라고 할 수 있으며, 수범자인 일반국민을 대상으로 하는 것이 아니다. 이러한 이유서의 첨부제도는 법정립의 기초가 되며 법적 행위의 발달에 가장 중요한 법적·사실적 고려의 기본이 될 뿐 아니라 이유서의 제시로 공중에 대한 공감대를 획득할 수 있는 것이다.

#### ○ 이익대표형 입법(利益代表型 立法)

의원제출 법률안을 입안의 동기 내지 목적을 가지고 분류하면 이익대표형 입법이 있다. 의원이나 정당은 특정업계·단체·지역과 밀접한 관련을

가지는 경우가 많으며 그 이익을 실현하기 위한 입법을 의미하며, 이것은 압력단체, 이익단체, 지역적 사정 등 비판되기 쉬운 면도 가지고 있는 입법이다. 제출은 여당의 경우가 많으며 그런 면에서 성립할 가능성도 높으나 반드시 여당에 한정되지 않고 야당의 경우, 초당파에 의한 경우도 있다. 또한 여당으로부터 제출되나 야당이 반대하지 않는다는 정도의 공동적 성격을 지니는 것도 있다. 내용으로서는 업계조성입법 등 어떤 업계를 특히 조성하는 것, 어떤 업종의 자격이나 업무범위를 확정·명확화하는 것, 특정지역의 진흥을 도모하는 것 등이 있다.

#### ○ 이중기준의 원칙(Double Standard Doctrine)

입법이 국민의 기본적 인권을 제한하는 경우에 기본권의 성질에 따라 그 제한의 정도뿐만 아니라 제한기준도 달라야 한다는 것을 이중기준의 원칙이라 한다. 구체적으로 말하자면 기본권 중에서 자유권을 “정신적 자유”와 “경제적 자유”를 구별하여 전자의 가치는 후자의 가치보다 우월한 지위(preferred position)를 지니므로 제한입법의 합헌성에 관한 판단은 전자를 제한하는 경우에는 후자를 제한하는 경우보다 매우 엄격히 해석하여야 한다는 것을 그 주된 내용으로 하는 원칙을 말한다. 이중기준의 원칙은 1938년의 *United States v. Carolene Products Co.*(304 U.S.144) 이래 미국의 연방헌법재판소가 전개한 판례이론으로 구축된 것이다. 이 기준론에서 정신적 자유권을 경제적 자유권보다 우월하게 취급하여야 하는 이유로는 ①정신적 자유가 민주주의과정에 있어서 불가결하다는 점이다. 즉 정신적 자유가 민주주의과정에서 불가결하므로 법원이 그것을 옹호하는 것은 민주적과정에서 불가결하므로 정신적 자유는 경제적 자유보다도 가치가 높고 법원에 의해 보다 보호가 필요하다는 실체적, 가치서열적 설명이다. ②정신적 자유가 헌법의 가치서열중에서 높은 지위를 차지하고 있다는 점이다. 즉 자유민주주의 사회는 자유로운 토론을 거쳐 국민의 의사가 형성되고, 그것이 국정에 반영되어 국민을 행복하게 하는데 있다. 그렇기 위해서는 무엇보다도 표현의 자유가 핵심이 되는 정신적 자유에 있다. 이런 정신적 자유는 그 행사가 민주정치의 실질을 결정하는 성질의 것이므로 정치



권력에 의해 부당하게 제약되어서는 안되고 만일 제약되는 경우에는 민주 정치체도의 운용자체가 왜곡되어 그 회복이 불가능하게 된다. 그러므로 정신적 자유는 민주정치에 의해 구제가 가능한 경제적 자유보다 크게 보호되지 않으면 안된다는 설명이다.

따라서 이중기준의 원칙에 의하면 정신적 자유(특히 표현의 자유)의 규제입법에 관해서는 “사전억제금지의 원칙”, “명확성의 원칙”, “명백하고 현존하는 위협의 원칙”, “보다 덜 제한적인 수단의 선택원칙(Less Restrictive Alternative)” 등과 같은 엄격한 기준이 적용되는데 대해 경제적 자유의 규제입법에 관해서는 이른바 “합리성의 기준”이 적용되게 된다. 합리성의 기준이란 합헌성추정의 원칙과 결부된 것으로서 당해법률의 합헌성을 입법자의 판단에 합리성이 있는가의 여부, 즉 합헌성의 추정을 배제하는데 족한 합리적인 의문이 있는 가라는 관점에서 심사하는 것이다. 이 경우 중요한 역할 거두는 것은 입법의 필요성을 뒷받침하는 사회적·경제적 등의 제반사실(입법사실)의 검증이며, 이 합리성의 기준하에도 입법사실의 부존재가 증명된다면 당해법률은 합리성을 결여한 것으로서 위헌이 될 소지가 많게 된다. 그러나 합헌성추정의 원칙이라는 것이 원래 입법사실의 존재의 추정을 의미하는 것이므로 위헌을 주장하는 측은 그 추정을 반복하여 입법사실의 부존재를 적극적으로 증명하지 않으면 안되며, 실제로 이는 거의 불가능에 가깝다. 따라서 합리성의 기준이 적용되는 한 실제로 경제적 자유의 규제입법이 위헌으로 될 여지는 거의 없다.

그리하여 이중기준의 원칙을 성립시킨 미국에서도 최근에는 정신적 자유와 경제적 자유를 엄격히 구별하여 양자에게 각각 다른 기준을 적용하는데 재검토를 하고 있다. 즉 정신적 자유와 경제적 자유와의 가치에 서열이 존재하는가의 문제가 있으며, 경제적 자유의 규제에 대해서도 어떤 것은 엄격한 사법심사에 복종하게 하고 반대로 정신적 자유의 규제입법에 대해서도 일률적으로 엄격한 기준의 적용이 아니라 경제적 자유의 규제입법에 준하게 하는 영역도 있어야 된다는 논의가 제기되면서 이중기준의 원칙은 조금씩 재검토 내지 수정되고 있다. 즉, 미국에서는 규제입법의 합리성에 관한 심사기준으로서 주로 정신적 자유의 규제를 목적으로 하는 입법에 대해서는 “합리성의 기준(rationality test)”, 이와 대조적으로 문제된 제한이

헌법에서 보장한 일정한 자유권적 권리·이익인 경우에 법원에 의한 엄격한 심사가 요구되는 “엄격한 심사기준(strict scrutiny test)”, 위의 두 심사기준의 중간영역으로서 합리성의 기준보다는 명격하고 엄격한 심사기준보다는 완화된 “엄격한 합리성의 기준(strict rationality test)”을 각각 제시하고 있다. 또한 정신적 자유의 경우는 내재적 제약 = 소극목적규제(자유국가적 공공복리에 의한 제약)만이 허용되나 경제적 자유의 경우에는 정책적 제약 = 적극목적규제(사회국가적 공공복리에 의한 제약)도 허용되는 것처럼 허용되는 제약의 광범이 일반적으로 인정되고 있다. 또한 허용되는 제약의 정도에 관해서도 정신적 자유의 제약이나 경제적 자유의 소극목적규제와 같은 내재적 제약의 경우에는 필요최소한의 제약만이 인정되나 경제적 자유의 적극목적규제와 같은 정책적 제약의 경우에는 필요한 한도의 규제가 인정되어야 할 것이라는 기준을 제시하는 입장도 있다.

규제입법의 합헌성판단의 기준으로 성립한 이중기준의 원칙은 표현의 자유에 대한 다수의 규제와 규제감각이 잔존하고 있는 우리의 입법현실에서 나름대로 의미가 있는 것이라 할 수 있다. 그러나 이 원칙은 우리의 헌법 판례상 명확하게 정착되었다고는 할 수 없으며, 또한 기본권사이의 가치서열을 헌법에서 정하지 않았음에도 경제적 자유와 정신적 자유의 가치서열을 인정하는 인권의 이중이론이라든가 현대 복지국가에서는 경제적 자유와 정신적 자유가 복합적으로 규제되는 법률이 다수 존재하고 있으므로 그 구별이 쉽지 않다는 등의 비판도 있다. 그러나 이중기준의 원칙을 경제적 자유의 합헌성추정이라는 면보다 정신적 자유에 우월적 지위를 인정하여 이를 규제하는 법률에 보다 엄격한 심사를 요구하는 측면에 그 중요성을 둔다면 매우 의미 있는 기준이며 이론이라고 할 수 있다. 따라서 이중기준의 원칙의 적극적 의미는 입법에 있어서도 강조되어야 할 것이다. 특히 이중기준의 원칙에서 제시되고 있는 입법의 필요성과 수단의 합리성에 관한 법원의 다양한 심사기준은 규제입법에 즈음하여 주요한 판단기준을 제시하는 역할을 하며, 입법자가 사법부의 이러한 판단기준에 유의하여 입법판단을 하여 법률을 제정하는 경우 그 법률은 위헌성의 여부를 떠나서 매우 수준 높은 합리성을 구비한 것이 될 수 있을 것이다.

## ○ 일반조항(一般條項)

법규범의 문언은 상황구속적인 개인에게 바람직한 행동을 할 수 있게 언어적으로 상세하게 표현하여야 한다. 개인은 법규범에 지시된 개념에 따라 어떤 사안을 법적으로 파악하고 처리하게 되는 것이다. 그러나 법규범에 제시된 표현은 의사전달체계의 언어적 속성과 관점을 채용하여 모든 사안을 포괄하여 이성적이고 합목적적인 판단을 할 수 있도록 한 것이기 때문에 어느 정도 일반적이고 추상적인 내용을 담고 있다. 법적용의 관점에서 본다면 법문에서 일반조항이나 불확정개념이 전혀 없는 엄격한 법규범은 이해할 수도 없고 적용이 불가능하게 되며, 결국 법해석을 위한 각종 수단-조사, 확인, 비교 등-은 쓸모없는 것이 되어 버린다. 규범맥락과의 관계에 있어서 매우 일반적인 그리고 또는 매우 불확정적인 개념들을 포함하고 있고 매우 일반적인 구성요건과 관련하고 있거나 또는 매우 추상적인 법문장은 국민의 권리행사에 있어서나 법해석과 적용에 있어서 위험을 부담하게 될 뿐 아니라 입법의 명확성의 원칙이라는 입법기술상의 요청에도 부합하지 않는다.

그러나 불명확한 개념이 전혀 없는 법률은 하나의 이상론에 불과하며 이러한 일반조항의 빈번한 적용이 실제이고 보면 이를 법기능적인 측면에서 유형화하고 일반조항을 구체화하는 방안을 검토하는 것이 현실적인 방안이라고 할 수 있다. 이 경우 금·부사이에 양자택일이 있으며, 법적인 시야에서 양쪽이 똑같이 타당하다거나 동가치일 수 없고 하나의 정당한 결정만이 가능하고 적법하게 평가받는다 할 수 있다. 다만, 무엇이 정당한가라는 한계영역에 결정의 애매성이 있다. 그러나 분명한 것은 일반조항의 문제는 인식의 영역에 있는 것이고 의사결정의 세계에 있는 것이 아니라는 점이다. 이러한 개념을 개별사건에 적용시키는 경우에 평가 또는 미래에 대한 예견이 필요하다. 물론 그 자체로서 유일하고 적법한 결정이 늘 일의적으로 확정되는 것은 아니다.

일반조항은 여러가지 시각에서 다양하게 유형화할 수 있고 이에 해당하는 구체적 사례도 실정법질서내에서 찾아볼 수 있다. 즉 ①규범내용에 따라 실체법적 요청과 금지 및 허용을 하는 “실체법적 일반조항”과 절차와

관할 및 권능에 관련된 “절차법적 일반조항”, ②조문구조에 따라 구성요건과 법적 효과로 구성되어 구성요건이 충족되면 법적 효과가 항상 발생하는 “조건적 일반조항”과 목표의 성취를 의무로 하는 “목적적 일반조항”, ③개념의 불확정성의 종류에 따라 구성요건 측면 또는 법적효과 측면 또는 이들 양자에 있어서 가치충전이 필요한 개념에 의하여 정의된 “평가적으로 개방된 일반조항”과 기술적 개념에 의하여 정의되어 있고 이것에 의하여 경험적으로 탐지되어질 수 있는 행동기준을 원용하는 “경험적으로 모호한 일반조항”, ④효력근거에 따라 “실정법적 일반조항”, “관습법적 일반조항”, “판례법적 일반조항”, “법원칙적 일반조항”, ⑤법체계적인 기능의 관점에서 엄격하게 규정된 법조항들을 유연하게 이완시키는 작용을 하는 “조정적 일반조항”, 엄격한 법규정의 효력범위를 제한하지 않고 광범한 권한을 설정하는 “확장적 일반조항”, 다른 개별조항없이 독자적으로 파악되는 “규율적 일반조항” 등이 있다. 또한 일반조항을 형식적으로 존재하는 법률상의 지위를 무시할 수 있게 하고 일정한 구성요건징표에 호소함으로써 다른 결정도 할 수 있게 하는 “구제적(완화적) 일반조항”과 개별적 수권조항과의 관계에서 확대된 외연을 가지는 “확장적(수권적) 일반조항” 및 독자적인 규율내용을 가지고 있는 “규율적 일반조항”으로 분류하기도 한다.

오늘날의 입법에서 불명확한 법을 낳는 일반조항의 사용이유는 무엇인가. 우선 입법자는 입법을 함에 있어서 두 가지의 방법을 선택할 수 있다. 첫째, 입법자 스스로 구성요건을 구체적으로 규정하는 방법이다. 즉 입법자는 많은 가능한 부류와 다양한 형태의 사안들중 경험을 통하여 특히 중요하다고 생각되는 것을 병렬적으로 나열하여 이들에 각각 필요한 법적 효과를 부여하거나, 또는 개인에게 부여될 법적 지위의 내용을 확정하고 그 내용에 따라 결정되는 다양한 형태의 사안을 확정된 구성요건을 근거로 하여 개별적으로 기술하는 방법으로 법률을 규정하는 방법이다. 둘째, 입법자가 법률의 구성요건을 가능한 한 일반적·추상적으로 규정하는 방법이다. 이러한 방법은 입법자가 모든 개별현상이 당연한 귀결로서 그 자체속에 포함될 수 있는 일반적 원칙만을 규정하는 경우에 사용된다. 이 양자의 방법은 한마디로 표현한다면 “구체-추상의 관계”라고 할 수 있으며, 첫번째의 방법에서 두번째의 방법의 형태로의 이행은 추상화, 일반화를 통하여 이루어진

다. 이러한 두 가지 형태 가운데 어느 것이 가장 타당한 것인가를 교량하는 것은 쉽지 않다. 첫번째의 방법은 고도의 정확성에 기하여 개념이 사용되고 있기 때문에 법적용의 정확성을 확실하게 보장할 수 있다. 그러나 이러한 장점은 동시에 중요한 단점으로 작용한다. 즉 법규범의 규율목적과 관련하여 많은 결함을 가지게 되고, 이러한 단점은 법규범에 의하여 파악된 사상의 복잡성이 가중되면 될수록 점점 현저하게 된다. 그리하여 법규범의 결함을 보완하고 변화하는 사회적 여건에 대한 법의 적응력을 살리기 위해서는 두번째의 방식에 의한 규율이 불가피하게 된다. 사회가 복잡하고 변화가능성이 크면 클 수록 두번째의 방법에 의한 규율, 즉 일반조항의 사용은 그 진가를 발휘하게 되며 또한 그 의미도 가중된다. 이렇게 볼 때 두가지의 규율방법은 배반적이 아니라 상호 보완적인 관계라 할 수 있다.

그런데 입법자가 이러한 일반적·추상적인 표현으로 개념을 구성하는 이유는 어디에 있는 가라는 의문은 일반조항이 법질서 내에서 어떠한 역할과 기능을 담당하고 있는 가라는 기능론적 질문과 관련한다. 특히 입법기술적인 기능에서 본다면 입법자는 그가 규율하려는 복잡한 현실영역을 법조문으로 가능한 한 포괄적으로 기술할 수 있어야 한다. 그러나 입법자는 모든 사안을 개별적으로 규율할 수는 없으며, 입법에 있어서 최대한의 경제성의 원리에 입각하여야 하므로 구체적 사례를 최소한의 구성요건으로 추상화·보편화 및 종합화를 기도하여야 한다. 일반조항은 바로 입법자에게 이러한 가능성을 제공하여 주는 것이다. 법조항을 개별사안과 구체적으로 연관하게 된다면 그러한 규율상황을 어떠한 징표로 기술하는가는 상당히 자의적이 되며, 특히 사용되는 개념으로는 규율목적은 인식할 수 없게 된다. 아울러 많은 보편화된 사안을 열거함으로써 규율영역이 지나치게 상세하게 되며 비경제적일 뿐 아니라 특히 급변하는 현대 사회에 있어서 변화된 새로운 상황에 부합하는 구체적인 사회적 정의가 강하게 요청되는 시점에서 사회적 요구를 신속하게 충족시켜줄 수 없는 것이다. 그러한 의미에서 사회질서와 법질서의 포괄적인 가교의 외양을 갖추기 위해서 또 유일하게 강한 안전장치인 법을 통한 윤리적 안정을 기하고 나아가 개별적 정의를 기할 수 있는 융통성 있는 법적 규율을 도모할 필요성에서 일반조항이 등장하게 된 것이다.

일반조항은 법의 유연성과 사회적 적응력을 도모할 수 있다는 측면에서 법질서에 있어서 과소평가할 수 없을 정도의 역할을 담당하고 있으며, 개별사안의 정의와 공공복리의 요청을 고려하여 실정법을 유연하게 하는 적극적 기능을 하는 것은 사실이다. 그러나 이러한 적극적 기능은 바로 그것이 국민의 법생활에 위협을 초래할 수 있다는 소극적 기능과 결부되어 있다. 소극적 기능은 한편으로 국가권력행사의 예측가능성이라는 법치국가원리를 약화시키고, 다른 한편으로는 권력분립체계를 변동시키는 것으로 나타난다. 그리하여 일반조항의 등장과 함께 법의 전반적인 유약화를 가져와 전체 법생활의 불안전성을 초래시키므로 일반조항은 “법과 국가에 대한 하나의 위협”이라는 지적도 제기되고 있으며, 일반조항은 법률을 적용하는 법관의 가치판단이 반드시 필요하게 되며, 법관이 일반조항에 대해 어떠한 판결을 내리게 될지는 법조항 그 자체를 통해서도 알지 못한다. 그러므로 일반조항은 수범자에게도 중대한 결과를 초래할 가능성이 있다는 단점도 있다. 또한 일반조항은 입법이 비위놓은 부분과 같기 때문에 그것은 권력분립원리에 충실한 법치국가에서 입법자에게 부여된 가치판단과 형량의 과제를 행정과 법관에게 위임하는 결과가 되어, 권력분립원리를 와해시킬 우려가 있다. 다시말하면 “일반조항의 불명확성의 증대”라는 것은 결과적으로는 법관에게 만능의 힘을 부여하는 “제왕조항(königlicher paragraph)”의 현대적 재생과 법관에 대한 백지위임과 관계될 가능성을 남기고 있다. 고도의 추상성, 다의성, 모호성, 가치충전성, 임의성, 불확정성을 구성요건적 징표개념으로 하는 일반조항은 법치국가원리가 요청하는 범규범의 명확성의 원칙과 충돌한다. 그러나 일반조항은 오늘날의 법치국가원리, 즉 실질적 법치국가원리의 하나의 표현이라고 할 수도 있다. 따라서 일반조항은 권력분립의 원칙이 형해화되지 않고 명확성의 원칙을 충족시키는 한에서 허용된다.

【참조】 불확정법개념(不確定法概念)

○ 일사부재의의 원칙(一事不再議의 原則)

법률안의 발안과 관련하여 준수되어야 할 주요한 원칙의 하나로서 한번

부결된 안건은 동일회기중에 다시 제출 또는 발의하지 못한다는 것으로서, 동일회기중에 이미 의결된 것과 실질적으로 동일한 법률안을 발안하는 것은 부적법하게 된다. 이 원칙은 영국의회에서 17세기초에 확립된 것으로서 그 후 많은 변화와 발전을 거치면서 각국의 의회법에 채용되고 있다. 그러나 이 원칙은 국가 또는 시대마다 그 적용범위, 적용의 엄격성의 정도 등 현저한 차이가 있으며, 그 구체적 내용도 고정적이 아니라 매우 유동적이며 그 일반적인 의의를 추출하는 것은 매우 곤란하나, 그 근저에는 의결의 법적 안정성이라는 근본이념·요청이 존재한다.

우선 일사부재의의 원칙에 있어서 문제가 되는 것은 의회에서 하나의 법률안에 관하여 최종적 의결이 행하여지고 그것이 확정된 후에 동일회기중에 별도의 법률발안에 의해서 법률안이 제출된 경우, 기존의 의결된 법률안과 후에 제출된 법률안이 “일사”인가의 여부이다. 이 경우 법률안이 형식적으로 완전히 동일한 경우, 즉 완전히 동일한 법률안이 중복되어 제출된 경우는 물론 형식상 다른 경우에도 실질적으로 동일한가의 여부가 문제가 되며 실질적으로 동일한 경우에는 이 원칙이 적용된다는 것이다. 그런데 여기에서 “실질적 동일성”의 범위 내지 판정기준을 어디에 둘 것인가가 문제된다. 이에 관하여는 ①법률안의 규율사항을 기준으로 동일사항을 규율의 대상으로 하는 법률안은 실질적으로 동일하다라는 고찰방식, ②규율사항 뿐만 아니라 그것을 규율하는 취지·목적·태양을 기준으로 예컨대 동일사항을 규율대상으로 하더라도 규율의 취지·목적·태양을 달리하면 실질적 동일성이 없다는 고찰방식, ③규율사항, 취지·목적·태양뿐 아니라 객관적인 사회적 조건도 일사의 판정기준으로서 파악하여 규율사항이 동일하며 또한 취지·목적·태양이 동일하더라도 객관적인 사회적 조건을 달리한다면, 즉 사정변경이 있는 경우에는 “일사”가 아니라는 고찰방식 등 여러 유형이 있다.

원래 일사부재의의 원칙이 문제되는 것은 새로이 별도의 법률발안에 의해 법률안이 제출된 경우 당해 입법과정에 있어서 그것이 이미 의결된 법률안과 별개의 것으로서 의결할 가치가 있는 의의를 지니는 가이다. 그러한 관점에서 본다면 새로이 제출된 법률안이 이미 의결된 법률안과 단순히 규율사항에 있어서 관념적·추상적·형식적으로 동일한 것만으로는 부족하

며, 그것에 내재하는 개별 구체적인 규율의 취지·목적·태양을 세밀하게 실체적으로 파악할 필요가 있다. 가령 규율사항에 있어서 동일하더라도 그것에 내재하는 개별 구체적인 규율의 취지·목적·태양이 다르다면 별개의 법률안으로서 가치 있는 의의를 가지는 것이라 할 수 있다. 그리고 위의 ①과 ②의 기준은 법률안 그 자체에 관한 문제인데 대하여 ③의 기준은 법률안의 배경을 이루는 사회적 사실 그 자체의 문제로서 양자는 밀접한 관계를 지니나, 논리적으로는 어디까지나 차원을 달리하는 별개의 문제로서 이론상 명확히 구별되어야 할 것이다.

둘째, 일사부재의는 법률안에 관하여 본회의에서 “부결”된 경우에만 적용하는가 아니면 그 이외의 경우에도 적용되는 가가 문제된다. 여기에서 문제되는 것은 위원회에서 본회의에 부의할 필요가 없다고 결정된 의안에 관한 문제이다. 일반적으로 위원회의 “결정”은 의안을 부결시키는 것과 전혀 성질을 달리하는 것이며, 그 이유는 위원회에서 의안을 가결 또는 부결하는 것은 의안의 예비적 심사기관으로서 본회의에의 보고 및 본회의에 있어서 심의를 전제로 한 의결이며 따라서 위원회가 부결한 의안도 본회의에 부의할 수 있다. 따라서 “결정”은 본회의의 의결과는 달리 의안을 최종적 대외적인 구속력으로서 폐기하는 것이며, 같은 의안을 폐기하는 결과가 되는 것이어도 부결의 경우와는 전혀 다르다. 이 점을 이론적으로 본다면 “결정”이 “부결”과 전혀 성질을 달리하는 것은 “결정”은 위원회가 본회의의 예비적 심사기관으로서 의안의 내용에 관하여 실체적으로 심사하여 그것을 부결한다는 실체적 의결이 아니며, 그와는 전혀 성질을 달리하는 의안발안의 적법요건의 존부에 관한 판단으로 볼 수 있다.

### ○ 임의적 입법(任意的 立法)

어떤 정책을 실현하는 경우에 반드시 법률로써 할 필요가 있는 경우의 입법을 필요적 입법이라 하고, 그 경우의 정책을 필요적 입법정책이라 한다. 반드시 법률로 할 필요는 없으나 법률로써 해도 좋은 경우의 입법을 임의적 입법이라 하고 그 경우의 정책을 임의적 입법정책이라 한다. 현행 법의 축적이 증대하면서 기존법정합성의 영역이 확대하더라도 새로운 정책



을 실시하는데에 있어서 예산조치나 사실행위로서 이를 행하는 영역은 매우 크다. 이러한 경우에 그 정책을 입법화한다면 그곳에 임의적 입법이 행해진다. 급부행정법, 공공사업법, 계획법, 절차법, 정책선언법 등이 일반적으로 임의적 입법이며 최근 이러한 임의적 입법이 활용되는 방향에 있다. 법률이라는 것을 이른바 법규론에서 전형적으로 제시하는 것처럼 한정적인 도구로서 위치하는 사고방식에서 보면 임의적 입법은 배제되어야 할 것이 된다. 또한 행정의 측면에서 본다면 법률화하지 않더라도 가능한 것을 구태여 법률화하는 적극적 동기가 결여된다. 그 의미에서 어떤 방침이나 정책을 선언하는 것과 같은 훈시적 규정만을 규정하는 법률이나 예산의결이 있다면 실행 가능한 사항만을 내용으로 하는 법률을 입법하려는 경향이 최근 현저히 대두하고 있다.

임의적 입법의 중요성은 ①임의적입법에 규정된 절차적규정은 단순히 권리보호를 목적으로 할 뿐아니라 다양성과 전문성이 증대되고 있는 현대사회의 실제규범의 공동화를 보장하는 점, ②임의적 입법에 규정된 단순한 정책선언규정은 자치와 개인책임이 강조되어야 할 현대에서 국가가 세부에의 개입을 피하여 단지 기본적 방향을 제시하는 점에서 커다란 의의가 있다.

**【참조】 필요적 입법(必要的 立法)**

### ○ 입법경제성의 원칙(立法經濟性的의 原則)

오늘날 법규범은 입법자의 빈번한 입법행위로 인한 양적 증가뿐 아니라 법규범의 내용면에서도 규율밀도의 지나친 세분화로 법규범의 효율성과 규범적 통용력에 우려할만한 수준을 제시하고 있다. 물론 입법자의 의욕에 비하면 규범의 숫자는 그다지 많지 않을 지도 모르나, 입법행위에 대한 신중한 구상과 계획을 경시하는 입법자의 경향으로 인하여 결함이 많고 방향성이 상실된 입법이 다수 양산되고 있는 것은 사실이다. 따라서 그러한 입법을 생산한 입법자는 스스로 불완전한 입법을 한데 대한 일종의 “하자책임”을 자각하여야 할 것이다. 진부하고 개선이 되지 않은 입법을 생산하는 것은 바로 입법행위 그 자체의 의미를 상실하게 한다.

입법에 있어서 경제성의 원칙은 넓은 의미에서는 법사회학적인 측면에서

입법수단의 투입과 투입된 것에 대한 효과를 고려하여 양자를 상호 관련시켜 조사·분석하는 것이며, 좁은 의미로는 입법이 그 비용과 성과면에서 최대한 유리하게 정립되고 또한 그것이 준수되었는가를 검증하는 것이라 할 수 있다. 그러한 의미에서 입법에 있어서 경제성의 원칙은 필요성, 효과성(Effektivität) 및 효율성(Effizienz)이 교차하는 영역이라고 말할 수 있다. 복잡한 법규범은 불완전하고 예견 불가능한 행정을 초래하며 또한 결함 있는 결정을 가져올 뿐만 아니라, 나아가 법적 쟁송의 남발을 야기하게 된다. 법규범의 임무는 문제를 조정, 해결, 교정하는 것으로써 법규범은 필요한 주의력과 신중함을 지속적으로 구비하여야 하며, 그러한 경우 법규범의 양적인 증대에서 도출되는 자체의 문제점을 해결할 수 있게 되는 것이다. 입법에 있어서의 경제성의 원리는 일찍이 몽테스키외가 지적한 바와 같이 “무엇보다도 입법은 심사숙고하여 행하여야 하며, 실제적인 효용성이 있어야 한다. 설득력이 약한 불필요하고 부당한 입법은 전체입법의 권위를 실추시키며 국가의 권위를 해친다”라는 말을 입법자는 음미하여야 할 것이다. 따라서 입법자는 헌법상의 척도하에 필요성의 원칙에 대한 충분한 인식을 가지는 입법적 자기제한(legislative self-restraint)의 태도로서 입법에 임하여야 한다. 경제적인 입법을 위해서는 다음의 원칙을 준수하여야 한다.

①어떤 법적인 조치는 특히 그 시점에서 과제를 수행하는데 중요한 것이어야 한다. 즉, 법령의 시행으로 인하여 수반되는 비용 또는 법령에 규정된 어떠한 명령을 수행하는데 소요되는 경비는 그 법령에서 의도한 목적과 그 목적달성에 필요로 하는 수단간의 유효한 관계에 비추어 경제성이 있도록 하여야 한다. ②법적인 과제를 수행하기 위한 수단은 반드시 필요한 범위에 한정하여야 한다. 입법에 있어서 목적-수단의 관계는 최소/최대원칙(Mini-Max Regel)에 의거하여, 주어진 목표에 대해 최소한의 수단을 사용할 것인가 아니면 확고한 수단을 채용하여 최대한의 효과를 달성할 것인가라는 점에 대해 양자택일을 하여야 한다. 이러한 관련을 인식하여 각각 개별적으로 목적과 수단의 관계에 대한 경제성을 명확히 평가하여 설정하는 작업을 하여야 하며, 목표성취가 불확실한 경우에는 수단의 절감이 전면적으로 고려되어야 한다. 또한 이 경우 경제성의 기준에서 산출한 각

각의 목적-수단과의 관계에 대해 전체적인 관점에서 상호 비교하여 목적효과에 따라 중요한 수단과 그렇지 아닌 수단간에 차이를 두어 이를 평가하여야 할 것이다.

입법에 있어서의 경제성원칙(Wirtschaftlichkeitsgrundsatz)은 규율의 최대화와 절감성원칙(규율의 최소화)으로 이해할 수 있다. 절감성원칙은 “행정은 원칙적으로 예산계획에 의거하여 실시되어야 하며, 임의적으로 목표를 설정하는 것은 금지되고 아울러 목적과 수단의 관계도 예산계획에 의거하여 그것이 완비되어야만 의도하는 바가 충분히 달성될 수 있다”는 관념을 말한다. 절감성의 원칙은 행정이 어떤 영역에서 과제를 수행함에 있어서 정확한 개념설정하에 목적하려는 방향으로 나아가기 위해서 반드시 필요한 것이며, 이를 경시하는 경우 절감성의 원칙은 최대성의 원리로 변질되어 바람직한 소기의 성과를 거둘 수가 없을 것이다. 그런데 경제성의 원칙과 절감성의 원칙이 상호 대립할 경우에는 경제성의 원칙을 하위에 두어 이를 약화시키거나 또는 포기하는 방향을 나아가야 한다. 따라서 입법자는 과제의 수행을 위한 공적 수단은 가능한 한 최소에 그쳐야 하며, 또한 그 범위는 축소하여야 한다. 다만, 경제성의 원칙과 절감성의 원칙을 동등하게 취급하여야 할 필요성이 있는 경우에는 재정적 통제의 관점에서 “어떠한 희생을 치르더라도 절감성의 원칙”을 우선시키는 경우에는 비경제적인 효과가 발생할 우려가 있기 때문에 이를 포기하여야 할 것이다. 이러한 경제성/절감성의 원칙은 자원재분을 위한 평가와 절차적 준칙이며, 목적에 유효한 조치와 수단선택을 위한 중요한 요소라 할 수 있다.

#### 【참조】 입법비용분석기법(立法費用分析技法)

#### ○ 입법계획(立法計劃)

입법계획이란 입법정책을 통하여 도출된 입법의도를 효율적·계획적으로 실현하기 위한 법수단이나 법기술 및 그 체계를 의미한다. 환언하면 정책을 법률로서 표현하기 위하여 정책 가운데 필요한 부분을 취사선택하고 법적인 구조가운데 구성하는 것이다. 그러나 입법계획은 단순히 필요로 하거나 또는 적절한 법적인 수단이나 기술만을 구사하는 것이 아니라, 그 이론 구성도 포함한다. 입법계획의 수립은 법률안을 입안하는데 있어서의 기초

이며 이른바 토대와 골격이다. 따라서 입법계획의 수립에 있어서는 그 기초인 논리가 확고히 구성되지 않으면 안된다. 논리가 취약한 입법계획의 수립은 그것에 의거하여 작성되는 법률안의 내용과 그 표현을 뒷받침할 수 없게 된다. 입법계획을 수립하기 위해서는 일련의 준비작업이 필요하다. 즉 사실관계를 명확히 파악하고 분석하는 작업 위에 현행법제상의 문제점을 발견하고 이것을 평가한다. 그 위에 대안을 모색한다. 그리고 그 대안은 어떠한 효과를 지니며 어떻게 가능한가 또한 어떻게 이론부여를 할 수 있는가 등의 논리전개에 입각하여 그 가운데 어느 대안을 선택하고 주장하는 가를 결정한다.

입법계획의 수립에 있어서 검토하여야 할 구체적인 내용은 ①어떻게 현상을 인식하고 그것을 어떻게 평가할 것인가, ②그 인식과 평가에 의거하여 어떠한 내용의 범수단이나 기술을 어떠한 목적으로 선택할 것인가, ③그 범수단·기술을 선택한 이유와 그것에 의해 어떠한 효과를 발생시킬 수 있는가, ④그 목적과 수단은 어떠한 법적인 논리와 결부되어 있는가, ⑤그 논리구성을 뒷받침하는 법적인 이론은 어떠한 것인가라고 말할 수 있다. 또한 이 구성에는 가치와 논리가 상호 영향을 미치면서 주요한 작용하고 있으며, 그 가운데 가치가 불명확하고 논리에 정합성과 설득력이 결여된다면 입법계획은 유효하게 구성되었다고 할 수 없다.

그리고 입법계획의 수립에 채택될 수 있는 수단·법기술은 복수일 수 있으나 그 가운데 어느 것을 선택하는 가는 목적과의 관계, 실시가능성, 가치실현에 대한 적절성, 효과의 예측과 평가, 사회·정치상황 등을 감안하여 결정하지 않을 수 없는 경우가 많다. 이것은 단순히 논리 필연적으로 결론이 도출되는 것이 아니라, 각각의 장점과 단점을 비교·검토하여 판단하며 또한 그 판단은 인간이 하는 것인 이상 정서적인 요소나 성격, 호의 등에도 좌우될 수 있는 판단이다. 나아가 범수단이나 법기술은 현존의 것일 수도 있으며, 현존의 몇 가지를 종합하거나 벗어난 것도 있다. 또한 새로이 구상된 것일 수도 있다. 그러나 법적인 수단인 이상 어떠한 새로운 요소가 부가되거나 현존의 것의 일부와 교대하거나 개량하는 것은 있을 수 있으나, 완전히 과거나 현재의 것으로부터 분리되어서는 아니된다. 그리고 수립된 입법계획은 법률안의 골격이므로 그에 필요한 성격을 지니지 않으

면 안된다. 즉, 입법계획은 합리성을 지녀야 하며, 헌법에 위반하지 않아야 할 뿐 아니라 법률로서 실시 가능한 것, 그 법률의 적용을 받는 측에서 본다면 준수 가능한 것이어야 함은 물론이다. 확정된 입법계획은 그 결정을 도출하는 개개의 절차에 관하여 가능한 한 그것을 공개하고 그 결정에 이르는 근거를 가능한 한 상세히 공표할 것이 요구된다. 그렇게 함으로써 법률의 규범내용에 관한 이해가 용이하게 되며, 법원에 의한 입법자의사의 확정, 적절한 사후심사가 가능하게 되기 때문이다.

현재 우리 나라에서는 헌법상 규정된 입법절차의 개시에 이르기까지의 법령안의 계획수립과 초안작성은 법률에 의해서 규율되고 있지는 않다. 물론 행정각부처내에서는 법령안의 작성, 준비작업의 공동처리 및 입법계획에 대한 일정한 지침 등이 존재하고 있으나, 제도화된 입법의 준비절차는 없다. 한편 정부에 있어서의 입법계획의 수립에 관해서는 대통령령인 “법제업무운영규정”에서 법률안·대통령령안 등 하위법령안에 대한 입법계획의 수립 및 정책결정과 입안·심의 및 공포 등 입법활동의 전과정에 대한 협조체계를 구성하여 효율적인 입법을 도모하고 있다. 우선 정부에서 추진하는 법령안의 입법계획을 총괄·조정하는 법제처장은 매년 각 중앙행정기관이 당해 연도에 추진할 법령안 입법계획의 작성방법·제출시기 기타 협조사항을 마련하여 전년도 12월 31일까지 중앙행정기관의 장에게 통보하며, 중앙행정기관의 장은 그 통보내용에 따라 당해 연도 주요업무계획 등의 추진에 필요한 법령안의 연간 입법계획을 마련하여야 한다(동규정 제5조 참조). 각부처의 입법계획에는 법령안별로 입법의 필요성, 내용요지, 추진일정, 입법에 따라 예상되는 문제점 등이 포함되어야 하며, 입법의 필요성과 관련하여 종전의 제도운영실태, 입법추진배경, 입법으로 얻어지는 효과와 관련단체 등의 입법의견이 있는 경우에는 그 의견을 명시하여야 하며 추진일정에는 입안시기, 관계기관과의 협의계획, 입법예고 및 공청회계획이 있는 경우에는 그 계획, 법제처 제출시기 및 시행예정일을 명시하여야 한다(동규정 제6조). 아울러 이러한 입법계획을 수립함에 있어서는 관계기관과의 충분한 협의기간을 두도록 하고 법제처와의 충분한 심의기간이 확보될 수 있도록 하고 있다(동규정 제7조제1항). 이러한 중앙행정기관의 장이 마련한 자체연간입법계획은 매년 2월 15일까지 법제처에 이를 제출

하며, 법제처장은 제출된 입법계획을 종합·조정하여 국무회의에 이를 보고한 후 관보에 고시하고 컴퓨터통신 등을 통하여 국민에게 알리도록 하고 있다(동규정 제8조). 특히 법령안주관기관의 장은 국가정책을 적기에 실현하고 법령단계별로 유기적인 체계를 유지하기 위하여 법률의 시행을 위한 대통령령안·총리령안 및 부령안 등 하위법령안이 가능한 한 당해 법률안의 입안시 함께 성안될 수 있도록 하여야 하며(법제업무운영규정시행규칙 제12조), 공포와 동시 또는 공포후 1월이내에 시행되어야 할 법률의 하위 법령에 대하여는 당해법률안의 국회심의기간중에 필요한 입법준비절차를 완료하는 등 하위법령이 법률시행과 동시에 시행될 수 있도록 충분한 사전 준비를 하여야 한다(동시행규칙 제13조).

### ○ 입법과정(立法過程)

입법과정은 법률을 제정하고 행정부를 감독하며 국민을 대표하는 입법부의 모든 기능과 활동뿐 아니라 입법에 참여하는 한에 있어서 내각·관료·정당·압력단체 등 공식·비공식의 기관이나 세력이 의회의 장을 중심으로 입법을 둘러싼 운동이나 작용을 영위하는 총과정을 의미하는 것으로 파악할 수 있다. 입법과정의 관념을 이와 같이 포괄적으로 파악하지 않고 기술적·절차적 관점에 한정하여 어떻게 법률이 생겨나고 최종적으로 법률로서 성립되어 가는가라는 입법의 절차적 과정(Legislative Procedure)으로서 정의하는 견해도 있다. 입법과정이라는 개념을 광의 또는 협의로 파악하던 그 관념에는 사회변화의 일반과정과 관련하는 매우 동태적인 요소가 내포되어 있다. 이에 관련하여 입법과정을 고도로 조직화된 자본주의사회에서 점증하는 복잡성으로 인하여 초래되는 어려운 문제를 해결하는 방법으로서 규정하는 견해가 있다. 즉 입법과정의 기능은 법률제정 그 자체보다도 오히려 정치체계의 유지와 발전을 위하여 대립의 처리와 정치사회의 통합화에 이바지한다는 것이다. 따라서 시민사회에 있어서의 각종 부분적 이익의 대립을 인정하면서 그를 조절하고 특수한 목적의 모순을 인식하면서 그것을 초월하는 올바른 것을 구하며 가능한 한 올바른 법에 의한 사회규율의 실현을 기하는데 국가적 행동으로서의 입법과정이 수행하는 기능이

있다고 한다.

실정법을 정립하는 입법과정은 확실히 기능과 특징 면에서 매우 동태적인 요소를 내포하고 있는 관념이라고 할 수 있다. 즉 입법과정은 절차의 각단계에 있어서 입법담당자의 행위와 입법에 관여하는 각기관의 권한배분 및 그 협동관계, 나아가 입법의 전과정을 통하여 전개되는 당국자와 국민의 교섭대립관계 등에 주목하더라도 그곳에는 정치적·정책적·제도적·기술적인 현상뿐만 아니라 법적으로도 광범위에 걸쳐 다수의 법현상이 전개되고 있어서 체계적으로 연구하는 데에는 매우 많은 어려움이 있는 것이 사실이다. 아울러 입법과정은 본질적으로 정치권력의 영향을 받기 쉬운 분야이기 때문에 그 움직임이 매우 다양하고 잡다하며 통일성이 결여되어 있는 분야이다. 따라서 입법과정연구의 대상과 범위를 정리하고 체계화하여 이를 확정하는 작업도 매우 곤란하며, 논자의 문제관심에 따라 다양하게 전개될 수 있다.

입법과정의 연구범위는 단순히 입법의 사실적 과정뿐만 아니라 입법의 제도적·절차적 과정도 동시에 연구영역으로 포괄하는 매우 광범위한 분야를 그 대상으로 하고 있다. 즉 법률이 제정법의 일종으로서 매우 인위적인 작업 가운데 창조되는 국가사회의 법규범인 점에 착안하여 그러한 인위적인 법률을 제정하는데 있어서 유의하여야 할 사정 등을 어떻게 현실의 법률의 제정과정 가운데 담보할 것인가를 고찰하는 것 뿐 아니라, 법률이 의회에서 제정된다는 점에 착안하여 그러한 의회에서의 법률안의 심의·확정 과정을 제도적으로 고찰하는 영역을 포함하고 있다. 나아가 그 법률이 사회에 어떻게 적용·해석되어 사회에 어떠한 영향력을 부여하고 있으며 그러한 효력이 입법정책의 형성과 법률안의 입안에 어떻게 치환되고 있는가 등도 연구대상으로 포함하고 있다. 그러나 입법과정의 연구범위와 대상에 관한 것은 다음과 같이 입법과정의 연구시각을 어디에 중점을 두어 내용을 전개하는가에 따라 그 연구영역도 크게 달라지게 된다.

첫째, 입법과정 -보다 정확하게는 입법의 사실과정- 을 동태적으로 정치학적·사회학적·심리학적으로 즉 인과적으로 고찰하려는 시각에서는 그 연구대상과 범위도 당연히 입법의 사실과정에 관한 실증적 연구에 한정된다. 따라서 이러한 시각하에서는 입법과정연구는 “어떤 특정국가의 어떤

특정의 시기에 어떤 특정의 법률안이 어떠한 사회적 요구에 의해서 발안되어 어떠한 항쟁의 가운데 국회의 심의나 수정이나 표결을 거쳐 그 법률안의 운명은 어떻게 되었는가를 실증적으로 연구하는 개별적·구체적인 분석과 그로부터의 귀결인 추상화·일반화된 결론의 제시”, “입법의 사실적 과정을 사회학적·정치학적인 동태의 면으로부터 해명하려는 것”, 또는 “입법의 사실적 과정을 대상으로 그 외부적인 면 -사회적·정치적 과정- 과 내부적인 면 -의식적·사상적(정신적) 과정- 을 과학적으로 인식하는 것” 등이 기본적인 연구대상이 된다.

둘째, 입법과정 -보다 정확하게는 입법의 법적 과정-을 규범적으로 고찰하려는 시각에서는 연구대상과 범위는 무엇보다도 우선 법단계설을 중심으로 하는 규범적인 동태적 고찰에 의거한 입법과정론에 한정된다. 따라서 여기서는 “입법과정에 대한 법학적, 특히 헌법학적인 그리고 동태적인 파악을 목적으로 한 연구”가 여기에 속하는 것으로 볼 수 있다. 전자에 관해서는 특히 정치학·사회학·행정학 등의 분야에서 입법의 동태적인 사실과정에 초점을 두어 그 이론적 고찰과 실증적 연구에 의해서 구체적으로 수행되고 있으며, 후자에 관해서는 법학자 특히 헌법학자를 중심으로 입법과정의 비교법적 연구를 통해서 또는 성립과정의 사례연구를 통해서 주로 진전되고 있다. 그런데 입법과정의 연구는 궁극적으로는 양자를 혼동하지 않고 양자가 함께 충분한 성과를 거두어야 하며, 각각의 연구성과가 그 일익을 담당하는 것으로서 필요성이 강조되지 않으면 안된다. 즉 입법과정의 연구범위를 단순히 입법의 사실과정연구에 한정하는 경우에는 법률이 창조되고 적용되는 법과정을 동태적으로 파악하는 장점이 있으나 입법과정의 논리적·제도적 파악이 소홀하게 되며, 입법과정을 법적 과정 즉 개별·구체적인 입법절차론에 한정하여 고찰하는 것도 역시 입법이 “그 정확한 기원 및 입법을 형성하는 제요소를 각각 분리할 수 없는 합성작품(Resultat des Zusammenwirkens)”이라는 현재적 의미를 제대로 파악할 수 없는 단점이 있다. 따라서 입법과정의 연구범위는 양자를 동시에 포괄하는 연구의 범위와 그에 따른 분석시각을 정립할 필요가 있다.

**【참조】 입법과정법학(立法過程法學)**



## ○ 입법과정과 사법과정(立法過程과 司法過程)

일반적으로 입법을 문제로 하는 경우 사법, 행정이라는 다른 국가작용의 존재를 예상하여 그들의 구별을 전제로 하여 이것을 이해한다. 따라서 입법과정의 특징에 대한 이해도 사법과정 또는 행정과정과의 구별속에서 발견할 수 있다. 원래 사법과정 또는 재판과정은 재판의 실천과정을 문제로 하고 나아가 구체적 사건에 적용하여야 할 법을 발견하려는 법관의 의식과정에 주목한다. 따라서 사법과정에서는 적어도 원칙으로 이미 존재하는 법, 법규범으로서 정치적·사회적으로 구속력을 인정하고 있는 법으로서의 효력있는 법을 전제로 한다. 사법과정에 있어서 법관은 “존재하는 법”을 전제로 하여 그것을 발견하여 해석 적용한다는 심적 태도를 취한다. 그 한에 있어서 개념적·논리적인 방법이 우선한다. 그럼으로써 사법의 실천에 있어서 객관성이 확보되는 것이다. 그러나 입법과정은 법을 정립하는 실천의 과정으로서 존재하는 법률을 적용하는 것이 문제가 아니라 만드는 법률이 문제인 것이다. 물론 그곳에서 “존재하는 법”이 문제가 되지 않는 것은 아니나, 그것을 적용하는 것이 아니라 비판함으로써 새로운 법률을 만들려는 것이다. 그곳에 입법과정에 있어서 실천적 태도의 특수성이 있다.

이러한 인식에 의거하더라도 성문법의 제정과 재판은 기능적, 실제적인 관점에서 보는 한 법의 형성이라는 같은 길을 걷는다는 사실을 부정할 수 없다. 그리하여 “입법과정과 사법과정은 헌법의 구체화과정의 일환이며, 국민의 기본적 합의에 의거하여 국민의 구체적 합의의 현실적·제도적 표현이라는 점에서는 동질의 것이다. 입법과정이 철저하게 정치적인 것이며 사법이 헌법 그 자체의 단적인 표현이라는 의미에서 양자는 이질적인 것이라는 생각은 타당하지 않다. 양자는 헌법의 구체화를 목표로 협동관계가 성립하고 상호연계가 가능하다는 점에서 동질적인 것이다”라고 하여, 그 논거를 의회자체가 안출하는 입법은 거의 없고 의회는 국민생활의 제준칙을 변경하는 제안에 대한 찬부의 의논을 형량하고 그에 판정을 내리므로 법정과 유사하다는 점, 제안자에게 이른바 입증책임이 있다는 점에 구하는 견해도 있다. 물론 입법을 둘러싼 서로 대립하는 이익을 주장하는 당사자, 위원회의 청문 및 보고 등은 사법과정에 있어서 소송당사자, 증인신문 및

판결에 가까운 것이라고 생각할 수도 있다.

그러나 ①입법과정에는 재판과정과는 달리 어떠한 증거절차도 존재하지 않으며, 다투어지고 있는 사실에 대해 어떠한 입증의무도, 입법상의 결정에 대한 어떠한 이유구비강제(Begründungszwang)도 존재하지 않는다. ②입법과정은 정기적인 선거외에 끊임없이 외부로부터의 압력·비판에 처하게 되며 그곳에 표명된 사회의 요청에 부응하지 않을 수 없는데 대해 사법과정은 외부로부터의 정치적 압력에서 강력하게 보호되고 있다는 점이 다르다. ③법관에 의한 법의 형성은 본래적인 입법권의 행사가 아니라 원칙으로 성문법의 범위내에 있어서 한정적·부분적이다. 그것은 위임명령을 정하는 행정기관의 권한에 가까운 “위임된 권력”의 행사라고 할 수 있다. ④법원의 법형성은 구체적인 사건이 제기되면서부터 특징의 다툼을 해결하는데 중점을 두는 수동적인 활동인데 대해, 제정법은 구체적인 사건과 관계없이 일반적인 원칙을 정하는 것을 그 목적으로 한다. 따라서 사법과정에서는 개념적·논리적 사고방법이 우선하는데 대해 입법과정은 목적성·기술성이 우선한다는 점에서 양자는 그 성격을 달리한다. ⑤사법과정은 현행법, 즉 이미 존재하고 있으며 현재 타당하는 법을 적용하여 사건을 재판하는 것인데 대해 입법과정은 정면으로 법을 정립하는 작용이라는 점에서 입법과정에는 사법과정보다 광범위한 형성의 자유를 지니고 있다는 점에서 양자는 그 성격이 다르다.

### ○ 입법과정법학(立法過程法學)

실정법을 제정하는 입법의 과정은 그 절차의 각단계에 있어서 입법담당자의 행위 및 입법에 관여하는 각기관의 권한배분 및 그 협동관계를 파악하고 나아가 입법의 전과정을 통해서 전개되는 당국자와 국민의 교섭대립관계에 주목하는 경우 그것은 정치적·정책적·제도적·기술적인 현상에 그치는 것이 아니고 법학적으로도 무시할 수 없는 다수의 법현상이 전개되고 있다. 그러나 전통적으로 법학은 입법과정을 간과하여 그 연구의 주된 활동영역을 사법과정이나 행정과정 가운데 구하였다. 법학연구의 주류는 재판이나 구체적인 행정작용에 관련하는 법해석학의 분야에 있다고 생각되

었다. 법학의 연구대상은 오로지 제정된 법이며, 이미 제정되어 확립된 실정법을 다루어 추상화된 법원리의 테두리 가운데에서 구체적인 결론으로 논리적인 추측의 길을 모색하는 것이 법학의 주요한 임무가 되었다. 즉, 인위적인 제정법은 숙명적으로 결합이나 불비를 지니고 있다고 하여 그것을 사법이나 행정의 구체적인 법의 집행의 단계에서 몇 가지 보완·수정하며, 구체적으로 타당한 살아있는 법률의 운용에 노력하는 것이 법학의 기본적인 연구태도였다.

이러한 법학의 입장에서 본다면 법은 어디까지나 제정되어 확정된 객체이며, 법을 제정하고 법을 낳는 입법의 주체 그 자체에 대한 고찰은 법학의 영역에는 어울리지 않는 것이 되었다. 그리고 입법론이나 입법의 동태를 파악하는 것은 정치학적인 것으로서 법학의 영역에서 배제되어야 한다고 생각하였다. 물론 지금까지 헌법학에서도 의회제도나 선거제도는 중요한 과제로써 제도의 운영절차의 법적인 해명이나 제외국의 제도와의 비교에는 매우 많은 연구의 진전이 있다. 그러나 그것은 형식적인 법제도론 내지 비교법연구이거나, 실제문제를 다루고 있어도 의회의 심의절차에 관한 법률 내지 의사규칙의 부분에 대한 상세한 형식적인 해석을 주로 하는 것이며, 입법자의 의사형성과정의 발전을 법적으로 동태적으로 각절차의 단계를 종합적으로 체계화한 연구는 매우 적다. 또한 의회를 둘러싼 각당파의 정치세력의 움직임이나 선거의 실태 내지 정세의 조사·분석, 통계적인 비교검토에 의한 정치동향의 모색 등 정치학적인 실태조사도 매우 성행하고 있다. 뿐만 아니라 관료기구나 정당의 내부사정, 각종 이익단체의 활동상황의 조사등 정치학적인 실태관찰과 정세분석적인 연구에는 현재 현저한 진보를 나타내고 있다. 그러나 이에 비교하여 입법과정에 대한 법학적, 특히 입법학적인 고찰은 매우 적다.

이미 사법과정 및 행정과정에 관하여 현대의 법학은 해석학의 영역으로부터 발전하여 사회학, 심리학, 통계학 기타 인접학문영역의 방법을 응용하면서 각각의 과정의 동태적인 현상을 종합적으로 객관적인 사회사실에 의거한 자료를 통하여 파악하는 방향으로 연구를 진행하고 있다. 그러나 법학은 지금까지의 법의 인식과 확립에 있어서 가장 기본적인 제1차적인 단계인 입법과정을 도외시하여 법의 구체적인 집행의 영역만을 취급하였

다. 그 결과 법은 재판이라는 공정한 절차·제도를 통하여 사회의 구체적인 생활사실 가운데 흐르고 있는 살아있는 법을 발견함으로써 실현되지 않으면 안된다고 믿었다. 그 때문에 재판작용에 관한 사법절차의 과정이 다른 행정이나 입법의 부문에 비교하여 가장 정확하게 법학적으로 체계화되고 제도화된 분야이었다. 또한 행정과정의 영역에서도 법학은 확립된 행정의 선례나 재량에 관한 경험칙 가운데에서 실제로 행해지고 있는 행정의 법을 발견하려고 노력하였던 것이다.

그런데 현재의 입법과정연구의 실정은 사법 또는 행정과정에 비하여 그 법적인 조직화 내지 체계화가 가장 미흡한 분야라고 할 수 있다. 입법작용은 헌법에 의거한 국가의 기본조직의 법적인 확립과 운영에 직결하는 것임에도 불구하고, 그것은 본질적으로 정치적인 것이며 법적 규율의 대상에는 해당되지 않는 것으로서 동태적이며 탄력성이 있는 정치학에 이를 맡기는 것이 상책이라고 생각하였다. 따라서 입법과정분야에 있어서의 주된 관심은 구체적인 어떤 법률이 만들어지는 사실경과의 분석, 즉 입법을 추진하는 세력과 그에 반대하는 세력과의 대립관계와 이해의 조정, 입법기관간의 실제적 기능이라는 사실이나 행동을 분석하고 기술하는 것으로 향하였다. 그러므로 거꾸로 보다 좋은 법률을 제정하여 적어도 그 불완전성을 제거하기 위해서는 우선 처음부터 입법이 어떠한 제도와 절차에 의해서 준비되어야 할 것인가라는 사고방향에 있어서의 입법과정 그 자체에 대한 연구는 사법과정이나 행정과정의 연구에 비해서 지금까지 충분하게 전개되지 않고 있는 실정이라고 할 수 있다. 특히 입법의 민주화·사회화를 촉진하고 사실에 즉응한 입법의 객관화·합리화를 확보하는 것이 중요한 과제로 등장하고 있는 현대의 입법상황을 고려하는 경우 종래와 같은 전통적인 입법과정연구의 방법론으로서 그러한 과제를 해결하는데 다수의 난관에 직면하게 될 것이다.

법률제정의 목적이 국민전체의 행복의 유지와 촉진에 있으며, 법률제정의 궁극의 주체가 주권자인 국민이라는 현대의 헌법원리에 의하면, 입법작용의 전과정이 법적으로 정비되고, 법적으로 완비된 기구하에서 올바르게 운영되지 않으면 안된다는 것은 국민의 당연한 요구라고 할 수 있다. 또한 법률의 제정이라는 기본적 과정이 충분히 정비되지 않으면 좋은 법률

의 제정이나 그 구체적 시행을 기대할 수 없다는 것을 의미한다. 따라서 법률자체가 완비된 입법제도 및 심의절차의 운영을 통해서 국민전체의 관심하에 충분한 검토가 가해져 국민이 납득할 만한 법률로서 제정되지 않는다면 다음의 사법이나 행정의 법집행의 단계에서 법률의 해석이나 적용에 전력하더라도 국민의 기대를 만족시키는 충분한 성과를 거둘 수 없는 것은 당연하다고 할 수 있다.

사회의 실정에 즉응한 보다 좋은 입법을 행하지 않고 올바른 재판이나 우수한 행정의 집행을 요구하는 것은 처음부터 무리이며, 나아가서는 법률 운용상의 장애에 직면하게 될 것이다. 나아가 또한 법학상의 곤란한 문제나 법률해석의 무리한 혼란은 입법의 불비나 결함에 의한 것임은 당연한 결과이다. 그렇다고 해서 법률의 해석을 왜곡하여 목적달성의 필요에 의의의 논리를 도출하는 것은 결코 바람직한 법률의 해석이라고 할 수 없을 것이다. 즉 법의 해석이라 할지라도 결코 무제한의 것이 아니라 법적으로 일정한 한계가 있는 것이며, 해석에 의해서 성문법의 결함을 시정하려 해도 그곳에는 어디까지나 법적으로 가능한 한도라는 것이 존재한다. 그렇다면 만약 입법의 단계에서 성문법의 결함이 제거된다면 재판이나 행정의 법집행의 단계에서 자주 직면하는 많은 문제는 경험하지 않게 될 것이다. 그러나 현실적으로 입법의 단계에서는 다수의 정치적·사회적·경제적 등 각종 문제가 제대로 처리되지 않고, 그것이 법률문제로 모습을 대신하여 그대로 재판이나 행정의 단계로 넘겨지고 있는 실정이다. 이러한 법의 교착상태를 근본적으로 해결하기 위해서는 우선 입법과정을 각종의 문제에 대처할 수 있도록 정비하여, 법적으로 질서 지우는 것이 필요함은 말할 것도 없다.

이 의미에서 입법과정의 동태적인 발전 가운데 입법작용 그 자체에 준수하여야 할 법을 발견하여 확립하는 것은 사법과정·행정과정의 경우와 마찬가지로 현대법학의 가장 중요한 과제의 하나라고 할 수 있다. 즉 입법과정이라는 연구영역에 법학적인 종합적인 연구체계를 확립하는 것은 오늘날의 법학이 직면하고 있는 다수의 곤란한 법해석상의 문제를 새로운 관점에서 해결하게 될 것이다. 입법이 민주적인 것이어야 한다면 입법과정자체가 국민의 기대에 응하여 보다 좋은 입법을 행할 수 있게 그 조직·제도·절차 등을 법적으로 정비할 필요성이 있으며, 이를 위해서도 입법과정에 대

한 법학적 고찰은 더욱 요청된다. 이러한 시각에서 종래 우리의 헌법학에서 입법의 절차에 관하여 행하여진 고찰을 보는 경우, 그것은 압도적으로 정태적이라고 할 수 있다. 그곳에서는 법률의 제정절차는 통상 국가작용론 내지 국법형식론의 가운데에서 법률안의 발안·심의·의결, 법률의 공포 등의 각단계로 구별되어 취급되고 있으며, 그것은 동태적·발전적 고찰로 보이나 절차의 진행에 즉응한 고찰에 불과하다. 그 이유는 그것은 사실 입법의 절차에 참가하는 기관의 정지상태에 있는 일반적·추상적 권능을 입법의 진행순서에 즉응하여 개별적으로 단지 배열하는 것일 따름이며, 입법 절차를 “운동하고 있는”상태에서 파악하고, 그것이 적용되어 법률이 창설되는 “법과정”, 즉 입법과정을 동태적으로 고찰한 것이 아니기 때문이다. 이 의미에 있어서 오히려 체계적으로는 입법조직론에 속하며, 실질적으로는 입법조직론 그 자체라고 하지 않을 수 없다.

오늘의 입법과정분야에서 현재 행하여지고 있는 것은 기본적으로 전통적인 방법론에 의한 의회의 조직·구성과 작용·절차에 관한 체계적이며 상세한 법적 고찰이다. 물론 그곳에는 운영의 실태에 상당하는 커다란 고려를 도모하고 있다. 그러나 방법론적으로는 어디까지나 정태적이며, 그 자체 학문상 중요한 의의를 지니는 것은 물론이나 입법과정의 동태적 고찰이 행해지고 있지 않다. 이 점은 “의회제의 원리와 제도와 실태의 종합적 연구”라는 “의회제적 접근”을 취하는 입법과정의 비교법적 연구에 관해서도 마찬가지이다. 근래 입법사무에 직접 종사하는 전문가에 의해서 입법과정에 관하여 실례를 풍부하게 하는 실태의 고찰을 필두로 제도적·절차적인 면을 포함한 개관으로서 매우 유익한 연구가 행해지고 있으나, 그곳에도 마찬가지라고 하겠다.

지금까지의 헌법학 또는 의회법학의 영역에서 입법과정의 정태적·법적 고찰은 행하여졌으나, 입법과정의 동태적·법적 고찰은 거의 행하여지지 않고 있다. 그러나 그렇다고 하여 본래 종래부터 행해진 입법절차의 정태적 고찰의 중요성을 부인하는 취지는 아니다. 그것은 체계적으로는 입법조직론에 속하고, 실질적으로는 입법조직론 그 자체로서 헌법학의 주요 구성부분을 이루며, 그 자체 중요한 의의를 지니는 것인 점, 입법과정의 동태적 고찰은 그것을 기초로 비로소 성립한다는 의미에서 입법과정의 동태적

고찰에 불가결한 것이라고 하지 않을 수 없기 때문이다. 그러나 그렇다고 하여 입법절차의 정태적 고찰로서 입법과정의 동태적 구조가 해명될 수 있는 것은 아니다. 여기에 전통적 헌법학의 방법론적 한계가 존재함과 아울러 그로부터 상대적으로 독립한 특수한 법학분야로서의 입법학적 관점에서의 “입법과정연구”가 요청되는 이유도 존재하는 것이다.

이제는 입법과정에 대한 과학의 역할을 높이기 위한 질적으로 새로운 접근을 시도하는 실천적·실용적인 학문영역이 필요하기에 이르렀다. 이 관심은 특히 법학과 입법실무와의 상호작용을 높이기 위한 하나의 독립된 학문영역인 입법학의 발전과 아울러 점차 강해지고 있다. 입법학적 측면에 있어서의 입법과정에 대한 고찰은 다음의 두 가지 관점을 특히 강조하여 분석한다. ①입법에 즈음하여 어떠한 점에 유의하여야 할 것인가를 고찰한다. 즉 그곳에서는 법률이 제정법으로서 매우 인위적인 작업 가운데 창조되는 국가사회의 법규범이므로 그러한 인위적인 작업에 있어서 유의하여야 할 사항을 발견, 확정하고 그러한 유의사항을 어떻게 법률의 제정과정 가운데 담보할 것인가를 고찰하게 된다. ②법률이 의회에서 제정된다는 점에 착안하여 그러한 의회의 실제의 역할, 활동을 평가한다. 이것은 종래의 입법기관으로서의 의회의 조직, 권한, 운영, 입법절차를 개별적으로 관찰하는 것이 아니라, 이들 개별적으로 나누어진 법분야를 입체화, 종합화하여 분석하고 관찰하는 것이라 할 수 있다.

#### 【참조】 입법학(立法學)

#### ○ 입법권비위임의 원칙(Non delegation doctrine)

미국헌법에서는 위임입법에 관한 직접적 규정이 존재하지 않더라도 헌법의 각조항으로부터 또는 헌법상의 제원칙등으로부터 간접적으로 위임입법에 관한 원칙을 도출하고 있으며, 이 원칙을 이른바 입법권비위임원칙(rule of non delegation, Non delegation doctrine)이라고 한다. 헌법상 의회가 입법권을 위임하는 것을 금지하는 명문의 규정이 없음에도 불구하고 입법권비위임원칙은 미국헌법사상 매우 일찍부터 법원에 의하여 헌법의 일부로서 일반적으로 승인되어 왔다. 이 원칙의 헌법상 근거에 관하여는 몇 가지의 원리가 도출되나, 이 중 주된 것으로서 권력분립의 원리,

delegata potestus non potest delegari(원래 위임된 권한은 재 위임할 수 없다), 적법절차(due process of law) 및 대표원리(representative principle) 등 네 가지를 열거한다.

그러나 입법권비위임의 원칙의 근거로서 인용되는 네 가지의 주요한 원리에 대해서는 어느 것도 비판이 제기되고 있으며 입법권비위임원칙의 확고한 헌법상의 근거라고는 말할 수 없다. 주목되는 것으로서 헌법의 최고법규성(constitutional supremacy)을 입법권비위임원칙의 근거로 하는 견해가 있다. 즉, 헌법은 인민의 어떤 집단에 의하여 어떤 목적을 위하여 비준된 것이나, 국가의 최고법인 지위에 있으며 어떠한 특별한 목적으로부터도 독립하고 있다는 것이다. 요컨대 헌법은 후세대에게도 정부의 책무를 거두는 일정한 양식을 의무화하고 있는 것이다. 또한 극단적인 모습의 위임은 권한의 헌법상의 배분을 붕괴하는 것이므로 헌법상의 의무를 포기시키게 되는 것이다. 그래서 부서나 권한의 헌법상의 배분을 유지하려는 것이 헌법의 최고법규성의 개념에 표현되는 것이므로 이 헌법의 최고법규성의 개념은 헌법상의 의무가 포기되는 것을 방지하는 비위임원칙에 근거를 부여하는 것이라 한다. 이 점에서 권한의 포기로 간주되는 극단적인 입법권의 위임을 금지하는 원칙은 확고한 헌법상의 지위를 지닌 헌법의 최고법규성을 근거로 한다고 결론 내리고 있다.

입법권비위임원칙은 이미 쇠퇴하였다는 견해가 다수 지적되는 가운데 그 근거를 헌법의 최고법규성에 발견하는 견해는 이채를 띠나, 이 견해에 의하더라도 권한의 위임을 전혀 인정하지 않는 것이 아니라 입법권비위임원칙의 범위도 헌법의 최고법규성의 개념에 의하여 확정되는 한계를 초과할 정도로 확대될 필요는 없는 것이다. 입법권비위임원칙의 적용을 지지하는 다른 견해도 이와 마찬가지로, 입법권의 위임을 전부 부정하는 것이 아니라 다만 그것에는 한계가 있다는 점을 주장한다. 결국 입법권비위임원칙은 입법권의 위임을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 어떤 범위의 입법권의 위임을 인정하는 형태로 변모하지 않을 수 없다. 그러나 이것은 다른 각도에서 보면 입법권에는 위임되어서는 아니되는 부문, 즉 위임입법의 한계가 결국 존재한다는 점을 의미하고 있다.

**【참조】 위임입법의 통제(委任立法의 統制)**



## ○ 입법기술(立法技術)

입법기술(Gesetzgebungstechnik, Legislative Technik, Juristische Technik) 또는 법정립기술(Rechtsetzungstechnik)이라는 관념은 크게 세 가지로 파악되고 있다. ①넓은 의미로는 법안의 형성에 유의하여야 할 모든 원칙뿐 아니라 입법의 방법과 절차에 관한 결정적인 기본원칙을 포함한다. 여기에는 입법자의 활동이 수행하려는 목적달성을 위하여 적합한 수단으로 간주될 수 있는지의 여부의 선결문제에 대한 답변을 한 후 훌륭하고 정당한, 완전하고 효율적인 법률의 문제를 다루는 영역도 입법기술로서 파악한다. ②좁은 의미로는 법안의 형성에 관한 모든 원칙을 의미하는 것으로 파악한다. 즉 입법기술이란 전문과 부칙형식에 대한 정확한 이해·하위규범의 제정권한·다른 법규정으로의 위임·기타 규범의 인용·벌금 또는 형의 부과·법률의 합목적적 구성에 관한 문제 등을 다루는 것이라고 한다. ③가장 좁은 의미로는 법령의 외형적 구성과 구조에 관한 주요한 형식적 원칙으로 이해한다. 즉, 입법기술이란 법의 정립을 수범자에게 적합하게 하는 것, 즉 법률이 최소한의 이해관계 있는 문외한에게도 인식될 수 있게 법률을 공식화하고 형성하고 중개하는 것으로 파악한다.

일반적으로 법문을 작성하는 행위는 매우 기계적이며 복잡한 단계와 절차, 형식을 요구하며 또한 법규범에 관련된 특정한 논리를 구사하는 등 특수한 기술이 요구된다. 이러한 입법에 있어서의 기술성의 요청은 법규범의 실효성을 높이고 기존의 법규범과의 논리적·사상적인 모순과 충돌을 방지함으로써 타당하고 정당한 법체계를 갖추기 위하여 불가결한 것이라 할 수 있다. 입법에 즈음하여 그러한 기술이 담보됨으로써 비로소 법규범은 그 고유한 기능을 발휘할 수 있으며, 사회구성원의 법행동·법의식을 올바르게 이끌어 갈 수 있다. 결국 입법기술이란 입법관계자가 어떠한 입법을 하는데 즈음하여 그 입법을 상식적인 의미에서 올바르게, 적절하게 또한 이해하기 쉬운 입법을 하기 위하여 입법의 내용 및 입법의 형식의 양면에 걸쳐 고려하여야 할 것을 포함하는 여러 가지 기술이라고 정의할 수 있다. 또한 입법기술은 입법적 판단을 토대로 일반적·추상적인 행위를 일정하게 제시된 수단으로 언어적인 기호와 문체로 작성하여 개별적인 사항으로 전

환하는 과정을 의미한다. 이 과정은 개별 법령을 정식화하고 적절한 개념적 표현을 탐색하여 사항에 적합하게 전문화, 일반화, 구체화 또는 추상화하는 것이며, 법실제적인 속성을 정확하게 제시하여 법적용자에게 법해석의 지침을 제공하고 개념적으로 어떠한 행위에 대한 적절한 주지를 도모함으로써 수범자에게 이를 전달하는 노력이기도 하다. 좋은 입법을 하기 위해서는 선택된 입법내용을 명확하고 일의적으로 조문으로서 표현하여야 하며, 다른 제도와의 사이에 모순이나 충돌이 없이 법체계의 통일성이 확보될 것이 필요하다. 나아가 법의 지도이념의 사회적 현실에 대한 타당한 적용방식에 관하여 사회적 현실에 대한 통찰 및 그에 부합하는 합리적인 입법기술의 연구가 필요하다.

【참조】 법령입안심사기준(法令立案審査基準)

#### ○ 입법대안의 선택(立法代案의 選擇)

바람직한 입법목표를 설정한 후 이 목표를 달성할 수 있는 각종 수단중에서 최선의 수단을 선택하게 되면 합리적인 입법적 판단이 달성될 수 있다. 그러나 현실적으로 입법목표를 달성할 수 있는 최선의 수단을 선택하는 과정은 매우 어려우나, 일반적으로 대안을 광범위하게 분석하고 그것을 비교·평가하여 최선의 대안을 선택하는 경우 최선의 수단을 선택할 수 있는 가능성에 접근한다고 볼 수 있다. 여기에서 대안의 선택이란 일정한 입법목표를 달성하기 위해서는 여러 수단을 채택할 수 있을 때, 입법목표와 이를 달성하기 위한 일정한 수단의 배합 하나하나를 대안이라고 할 수 있다. 일정한 입법목표를 달성하기 위해서는 하나의 수단만을 채택하는 것이 아니라 여러 수단을 채택하게 되며, 각각의 이질적인 수단에 따라 달성하려는 입법목표의 내용이 조금씩 달라지게 된다. 즉 수단의 종류와 실현수준에 따라 달성하려는 목표의 측면과 그 달성수준도 달라지게 되는 것이다. 이와 같이 목표와 수단간의 조합(combination)을 대안이라고 할 수 있다. 최선의 대안을 선택하기 위해서는 우선 예상될 수 있는 여러 가지 대안들을 모색하여 이를 확인하는 한편 발견된 대안들을 전부 비교·평가하는 작업이 이루어져야 한다.

설정된 입법목표를 달성하기 위한 대안의 개발과 탐색작업에서 가장 전형적으로 상정할 수 있는 것은 입법적 선례와 외국법제에 대한 분석이라고 할 수 있다. 우선 과거 또는 현재의 입법적 선례는 입법자에게 대안을 제공해주는 가장 중요한 원천이 된다. 실제로 입법적 판단에 즈음하여 해결하여야 할 문제와 동질적이거나 유사한 문제가 과거부터 반복적으로 나타나서 입법자가 이에 대한 방안을 마련하고 있는 경우가 사실상 많다. 이러한 경우에 현재 시행중인 법령이나 과거에 시행되었던 법령이 가장 먼저 생각할 수 있는 대안이 된다. 이 경우에는 과거의 입법추진에서 나타난 결과에 대한 정보를 통하여 입법추진의 결과를 비교적 쉽게 예측할 수 있으며, 또한 대안의 채택, 집행과정 등에서 등장하게 되는 각종 세력의 활동 등을 쉽게 예측할 수 있고 집행과정에 필요한 활동·자원 등을 미리 예측하여 계획할 수 있으며, 과거의 시행상 문제가 되었던 단점들을 개선할 수 있다는 점등에서 그 장점이 있다. 그러나 반면 과거에 시행하였던 결과로부터 도출된 문제점들이 상황의 변화에 따라 다른 상태로 전개될 가능성이 높다는 점에서 그 단점도 있다.

대안의 출처가 되는 두 번째의 것은 다른 국가의 경험이다. 즉 우리의 문제해결을 위해 다른 외국의 입법례를 고려하는 경우이다. 이 방법을 고려하는 경우에도 앞서의 입법적 선례를 이용하는 경우와 비슷한 장단점을 지니고 있다. 입법을 추진하였을 경우의 결과예측, 각종 세력의 분석, 집행상 필요한 자원·계획 등의 사전점검이 용이하게 되나, 다만 다른 국가의 입법적 사례를 대안으로서 고려할 때에는 상황의 공간적 차이의 문제가 제기될 수 있다. 어느 국가의 입법추진에서 나타난 여러 가지 현상들이 다른 국가에서 그대로 나타날 가능성은 매우 적다고 할 수 있다. 정치적·경제적·사회적·문화적인 측면에서의 상황이 다르게 되면 동일한 입법이라 할 지라도 전혀 다른 결과를 초래할 수 있으므로 외국의 입법적 사례를 대안으로 고려할 때에는 신중을 기하고 상황의 차이를 면밀하게 검토하여야 한다.

결국 외국의 경우나 과거의 경험으로부터 대안을 탐색하거나 또는 이를 토대로 과학적 지식이나 이론개발을 통한 새로운 모형을 창출하든지 어느 경우어나 대안을 탐색하거나 개발하는 경우에는 ①정의를 문제물 정확하게 인식하고 목표를 명확히 하여야 한다. 무엇을 달성할 것인지 또는 무엇을

해결할 것인지가 먼저 명확하게 되어야만 다음으로 이를 위한 해결책으로서의 수단이 고려되며 이에 따라 여러가지 대안을 만들 수 있게 되는 것이다. ②대안의 개발이나 탐색을 위해서는 과학적 지식이나 이론의 개발뿐 아니라 과거의 선례나 외국의 사례 등을 통해서 수행하거나 전문가 또는 이해관계인의 의견수렴 등을 통하여 여러가지 수단을 개발하여야 한다. ③위의 두번째 단계에서 개발·발견된 여러가지 수단들을 배합하고 여기에 대응하는 입법목표와 결합시켜 구체적인 대안을 마련하는 것이다. 여러가지 수단을 배합시킬 때 수단의 실현수준을 다르게 하여 또다른 다수의 대안을 창출할 수도 있는 것이다.

채택된 수단중에서 어떠한 것이 최선인가를 알기 위해서는 각 개별적 수단이 실행될 경우 어떠한 결과가 발생하게 될 것인가에 대한 예측이 필요하다. 이것은 결국 대안 하나하나가 실현될 경우 나타날 결과를 예상하는 것이기도 하며, 이를 대안에 대한 비교·평가라고 한다. 대안들의 우선 순위를 정하여 최선의 대안을 발견하기 위해서는 우선 순위를 정하는 기준이 있어야 하며, 이를 대안의 비교·평가기준이라고 할 수 있다. 대안의 비교·평가기준은 매우 광범위하고 다양하나 대안의 선택으로 밀접한 영향을 받는 이해관계인의 행위동기, 재정적, 인적, 경제적 그리고 생태학적인 부담 등도 고려하여야 할뿐만 아니라 선택된 대안에 대해 민감하게 반응하는 사회영역과 법소재 등도 고려하여야 한다. 따라서 개별적인 대안의 비교·평가에는 우선 정확한 기준을 설정하고 그 기준에 따라 각각의 대안들을 체계 기술적으로 분석하는 작업이 매우 중요한 의미를 가진다.

중요한 대안들이 빠짐없이 탐색·검토되어 이들이 추진되었을 때 발생할 것으로 예상되는 결과들이 예측되고, 이들의 비교·평가까지 분석된 후 최선의 대안을 선택하게 된다. 그러나 최선의 대안의 선택을 위한 분석기법과 논리는 각각의 약점이 있어서 현실적으로 적용하기가 어려운 점이 많다. 특히 대안의 비교·평가에 즈음하여 각 기준상호간에 모순과 충돌이 있을 경우에 이를 해결할 수 있는 객관적인 척도도 없으며, 기준상호간의 모순과 충돌이 발생할 때 어느 기준을 따를 것인가에 대해서도 사람의 가치판단에 따라 달라지게 된다. 나아가 대안을 광범위하게 탐색하는 작업, 대안의 결과를 예측하는 작업, 이들 결과를 평가하고 기준을 적용하여 대

안을 비교·평가하는 작업의 모든 과정에서 정확한 정보의 수집능력, 및 이를 분석할 수 있는 능력을 구비하여야 함은 물론이다. 결국 최선의 대안을 선택하는 과정은 대안의 실현가능성을 검토하여 실현 불가능한 대안을 제외시킨다. 그리고 다음 단계로 유효성을 평가하기 위한 기준으로서 효과성, 효율성, 공정성이 있는데 이 중 어느 것을 적용하는가는 가치판단의 문제이나, 우선 효율성을 이용하여 주어진 자원이나 경비로서 최대의 효과를 획득하는 대안을 선택한다. 그리하여 먼저 주어진 자원이나 경비로서 실현 가능한 효과를 확인한 후 이들 중에서 최대의 효과를 발생케 하는 대안을 선택하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 최소한의 부작용으로 최대한의 효과를 가질 수 있는 법률을 제정할 때 그 새로운 법률은 의도하려는 목표를 가장 근접하게 달성할 수 있으며 최대한으로 준수될 수 있는 최적합적인 법률이 될 수 있기 때문이다.

위와 같은 일련의 과정에 따라 예상하는 목표에 적합한 대안이 결정되면, 그 대안을 의도한 목표와 가장 부합되게 실행할 수 있는 방안을 강구하여야 한다. 즉, 선택된 대안을 실행하려는 경우 과연 그것이 법률을 필요로 하는가 필요하다면 어떠한 내용인가를 판단할 필요가 있다. 대안의 실행을 위한 법률화의 요부 및 법률화하여야 할 경우의 그 법률의 내용의 판단을 입법적 결정이라 할 수 있다. 이 결정의 기초에 있는 것은 법규범이라는 도구를 사용하는 적부의 판단기준은 무엇인가라는 점이다. 선택된 대안을 실현하는데 입법으로서 하는 경우와 그렇지 않은 경우의 구분은 어떠한 원칙에서 하는 가라는 점이다. 이 판단은 대안자체의 적부를 직접 판단하는 것이 아니라 오로지 법률이라는 것의 성질을 인식하여 그것이 대안의 실시수단 또는 명확화수단으로서 부합하는 것인가 또한 부합하는 것이기 위해서는 어떻게 구성하면 좋은가를 묻는 것이다. 우선 입법이 아니면 실현할 수 없는 대안이 있다. 이 점에서 가장 널리 알려진 것이 권리를 제한하는 규제적 대안이다. 또한 기존법과의 관계에서 어떻게 하더라도 입법 조치를 강구하여야 하는 대안이 있다. 그러나 반드시 입법에 의하지 않더라도 좋은 대안도 있으며, 입법이라는 형식을 취할 수 없는 경우도 있을 수 있다. 또한 선택된 대안이 그 일부는 법률로서, 다른 부분은 예산조치

로서 또한 다른 일부는 행정적 조치로서 실현될 수도 있다. 어떤 정책이 일부법률과 관련된다고 하여 그 전부를 입법적으로 판단하는 것은 오류가 있으나, 반대로 예컨대 경제의 요소를 강하게 지닌 것이라 하여 입법적 검토를 포기하는 것도 잘못된 것이다. 또한 최선의 대안이라 할지라도 입법 기술적인 어려움으로 인하여 입법화단계에서 주저하게 될 수도 있다.

첫째, 어떤 대안을 현실화하는 경우에 반드시 법률로서 할 필요가 있는 경우와 반드시 법률로 할 필요는 없으나 법률로서 해도 좋은 경우를 살펴본다면, 하나는 그 대안의 실현이 권리제한과 관련한 경우의 입법이며, 다른 것은 그 대안의 실현이 기존법률과의 관계에서 새로운 법률(기존법의 개정법을 포함)을 필요로 하는 경우이다. 사인의 권리를 제한하고 의무를 과하는데는 법률의 근거를 요한다는 것은 헌법상의 원리이다. 따라서 권리 제한인가의 여부선택은 임의적이거나 일단 권리제한을 선택하면 필요적 입법이 된다. 그리고 대안을 실시하는데 그 실시가 다소 기존법과 관련성을 지니며 기존법을 개정하거나 또는 기존법에 대한 특별법을 마련하는 경우 그것은 단적으로 필요적 입법이다.

둘째, 현행법의 축적이 증대하면서 기존법과의 정합성의 영역이 확대하더라도 새로운 대안을 실시하는데는 예산조치나 사실행위로서 이를 행하는 영역은 매우 크다. 또한 대안실행의 측면에서 본다면 구태여 입법화할 적극적 동기가 없는 경우에는 입법화하지 않는 것이 타당하다. 즉, 자치와 개인책임의 원칙이 강조되거나 또는 단순히 권리보호를 목적으로 하거나 행정의 다양성과 전문성을 증대시키고 그를 보장하는 것인 경우에는 입법화로 인한 세부적인 개입을 피하는 것은 중요한 의미가 있다.

**【참조】 법률안입안(法律案立案)**

○ 입법목표(立法目標)

목표(Ziel, goal)란 “개인이 달성하려고 추구하는 것” 즉, “결정이나 행위 뒤에 있는 의도이며, 개인이나 집단을 움직이게 하는 마음의 상태”라고 정의할 수 있다. 그러므로 입법에 참여하는 구성원의 결정이나 행위에 대한 의도에 일관성이 있다면 그 입법은 목표를 가지고 있다고 할 수 있다.

이 경우 하나의 체계로서 입법은 어떠한 결과를 일관성 있게 추구하고 있다고 하겠다. 한편 목적(Zweck, objective)은 “달성도가 측정될 수 있는 형태로 표현된 목표”를 의미한다. 즉 목표와 목적은 모두 미래지향적이라는 점에서는 같은 의미를 가지나, 목표는 보다 상위의 넓은 개념이며 목적은 보다 하위의 구체적 개념이라고 할 수 있다. 목표와 목적은 ①목적사업의 구체화에 있어서 목표는 광범위하게 진술되는데 반하여, 목적은 구체적으로 진술된다는 점 ②용어의 정의에 있어서도 목표는 공식적인데 반하여 목적에서는 조작적인 점 ③기간에 있어서 목표는 불특정적이나, 목적은 매우 한정적인 점 ④측정절차에 있어서 목표는 비계량적(nonquantative)이나, 목적은 계량적(quantative)인 점 ⑤대상집단의 정의에서 목표는 광범위하게 정의되나, 목적은 한정적으로 정의된다는 점등에서 양자는 구별되고 있다.

현실적으로 목표는 매우 다양하고, 불분명하거나 불특정하며 내부적으로 일관성이 없는 경우가 많으므로 목표를 인식하는 문제는 매우 어려운 문제이다. 아울러 입법목표라고 인식되는 것도 알고 보면 조직내의 지배적인 집단이나 구성원에 의해서 주도되는 목표가 많고, 진정한 의미에서의 입법 목표라고 하기에는 다소 거리가 있다. 또한 목표는 시간의 경과에 따라 변모하기 때문에 목표를 인식하는데는 많은 어려움이 있다. 목표에 관하여 근본적인 합의가 있는 경우라도 시간이 경과함에 따라 이 합의가 변할 수가 있으며, 나아가 하나의 목표는 시간의 경과에 따라 보다 복잡해지고 다원화되기도 한다.

무엇을 달성하려고 하는가, 무엇이 어떻게 변모하여야 하는 가라는 핵심 문제는 문제가 해결되고 목표가 달성된 경우에 이상적으로 어떠한 상태/상황이 일어나야 하는 가라는 표현의 관념에서 도출된다. 입법의 형성의사와 정책의 형성의사는 사실상 개별 법률의 목표에 의거하여서는 안되며, 따라서 목표형성에 있어서 행동반경의 성급한 축소는 지양하여야 한다. 형성의사는 결과를 의욕 하여야 하며 그러하지 아니하면 결과에 도달하지 못하고 만다. 아울러 그 형성의사와 함께 전개를 위한 준비성을 내부적으로 적절하게 구비하여야 하며, 이를 적절하게 전개하여야 한다. 입법목표가 명백하지 못하고 한정되지 못하거나 또는 측정이 불가능한 경우에는 과학적인

입법작업을 수행할 수 없다.

결국 바람직한 입법목표의 설정을 위해서는 그 실질적 내용면에서 적합성과 적절성의 속성을 구비하여야 한다. 즉, 목표의 적합성은 달성할 가치 있는 여러 가지 목표들 중에서 가장 바람직한 것을 목표로 채택하였는가의 여부를 의미한다. 또한 목표의 적절성은 목표의 달성수준이 지나치게 높거나 낮지 않고 적당한 수준인가의 여부를 의미한다. 목표는 원래 의도하는 효과를 얻을 수 있도록 충분한 수준이어야 하며, 목표달성을 위하여 지나치게 많은 비용이나 희생을 지불하여서는 안된다. 그리고 하나의 입법은 구체적인 수준에서 보면 거의 언제나 몇 개의 목표를 지니고 있다. 이러한 여러가지 목표를 하나의 목표로 추상화시킬 수는 있지만 의미 있는 구체적인 목표로서의 역할을 하지는 못한다. 그러므로 추상적인 수준에서 막연하게 표현된 입법목표는 반드시 구체화되어야 한다. 이 구체화과정에서 여러 입법목표들은 상호 모순·충돌관계 또는 경우에 따라서는 보완관계에 있다.

입법목표가 상하관계에 있을 때에는 여러 목표 중에서 어느 목표를 얼마만큼 달성할 것인가를 결정하는 것은 비교적 간단하다. 하위목표가 상위목표의 수단이므로 하위목표만 고려하면 되기 때문이다. 그러나 입법목표들이 동위수준에 있으면서 보완관계에 있거나, 모순·충돌관계에 있으면서 목표달성을 위해서 사용될 자원을 둘러싸고 경쟁관계에 있을 때에는 어느 목표를 얼마만큼의 수준으로 달성하도록 하여야 할 것이냐를 결정하는 것은 매우 어렵다. 환언하면 상호보완적, 모순적 관계에 있는 여러 목표들 중에서 중점적으로 추진할 목표의 우선순위를 결정하고 또 각 목표의 달성수준을 결정하는 것이 목표정립의 핵심적 활동이 된다. 바람직한 목표의 설정은 결국 제목표들의 우선 순위와 수준을 합리적으로 결정함을 의미하는 것이다. 여러가지 목표들 중에서 어느 목표를 보다 중시하고 어느 목표를 중시하지 않느냐의 우선 순위는 구체적으로 목표들 하나하나의 달성수준에 의하여 결정된다. 따라서 달성될 목표수준을 높이는 작업이 그 목표의 우선 순위를 높이는 것이 된다. 그래서 일반적으로 목표의 막연한 우선순위보다는 구체적인 달성수준을 결정하는 것이 실질적으로 우선순위를 결정하는 것이 된다.

**【참조】 입법설계(立法設計)**



## ○ 입법문제의 인식(立法問題의 認識)

문제란 “개선이 필요하다고 인식된 인간의 욕구, 즉 발생한 모든 사건 가운데 해결이나 개선이 필요한 일부 사건”, “전환이나 개선을 추구하는 사람에게 욕구나 불만족을 가져오는 조건(condition) 내지 상황(situation)”이라고 정의할 수 있다. 입법의 형성과정은 문제의 인식에서 비롯하며 이 단계는 입법의 방향을 결정하는 매우 중요하다. 문제에 대한 정의와 인식은 어디서나 동일한 것은 아니며, 시간과 장소 나아가 문제가 지속되는 동안에도 정의가 변화할 수 있다. 일반적으로 입법에 있어서 문제란 어떠한 의미에 있어서 “있어야 할 상태(Soll Zustand) 또는 바람직한 상태와 현재 존재하는 상태(Ist Zustand)와의 간격 내지 차이(긴장관계)”를 의미한다. 당위상태는 우선 의욕하려는 상태의 형성 또는 원상회복으로 이루어지며, 어떠한 경우에도 당위상태는 문제해결을 위한 자극에 반응하는 정치적·규범적인 평가, 중요성 또는 계획표명의 결과라고 할 수 있다. 문제는 정치적 과정의 속성과 관행에 따라서 정의될 필요가 있으나, 그 사항적인 내용에 따라 정치적으로 표명되고 있는 중요도와 우선 순위에 적합할 필요는 없다.

입법담당자는 이전에 부여받은 문제해결의 필요성을 고정적인 것으로 받아들일 것이 아니라 문제를 새로운 관점에서 출발상태의 판정의 시점에서 심사하고 일정한 경우에 정치적으로 책임있는 필요한 수정이나 제한을 할 의무가 있다. 사안에 따라서는 문제에 대한 간섭을 포기하여 무대안(Nullalternative)을 유지하는 것도 문제의 해결에 도움이 될 수도 있다. 어떠한 문제의 특성은 다분히 실질적인 해결관념 또는 해결기대를 포함하고 인식하기 때문에 이러한 포기가능성을 지향하는 개방적 사고는 폭넓은 문제처리를 위하여 필수적이라고 할 수 있다. 결국 문제의 제기는 개인이 어떤 행위를 하는 때 동기에 해당하는 것이며, 입법자의 활동의 계기가 되는 자극을 의미하는 것이다. 따라서 그것은 충분히 강화되지 않으면 입법자에게 전달되지 않고 민주국가에서는 통상 이른바 여론에 의해서 담보되지 않는 한 입법자의 귀에까지 도달하지 않게 된다. 이러한 외부로부터의 자극, 문제환기와 병행하여 입법자는 입법과 관련한 사회적, 정치적,

경제적인 각종 문제에 관하여 스스로 그것을 발견하는 노력을 게을리 해서 는 아니된다. 즉, 입법과 관련한 모든 기관은 각각 그 영역에 귀속하는 자료를 수집하고 다양한 매체를 통해서 전파되는 여론의 동향을 파악하고 관계단체와 접촉을 도모할 필요가 있다. 외부로부터의 자극 또는 스스로의 조사에 의해서 문제가 되는 점을 입법자가 인식하고, 이해할 수 있게 된다면 문제점은 명확한 것이 되지 않을 수 없다.

문제를 내포한 현실의 상태에 관한 엄밀한 분석은 입법자가 환기된 문제점을 명확히 하고 그 구체적인 입법을 행하는데 빠트릴 수 없는 전제작업이다. 보다 우수한 입법의 실현을 그 과제로 하는 입법학에 있어서 어떻게 하여 입법자가 이 현상분석을 행할 것인가라는 점은 매우 중요한 문제이다. 아울러 그것은 각종의 실태조사, 전문가의 증언, 당사자로부터의 의견청취, 관계제단체의 입법절차에의 참가, 데이터뱅크 등의 이용에 의해서 거두어야 할 것이다. 원래 이러한 제반수단을 다하였다도 여전히 입법자의 결정에 있어서 중요한 전제가 되는 현상, 사실상태가 충분히 해명된다는 보장은 반드시 없는 것이나, 그러나 입법자는 법관보다 풍부한 현상분석능력을 구비하여야 할뿐만 아니라 때로는 재판과 유사한 법적용절차를 이용함으로써 사실상태의 치밀한 분석을 행할 것이 기대된다.

다음에 이 현상분석과의 관련에서 현상을 규정하는 요인을 해명하는 것이 불가결하다. 입법의 대상이 되는 사회문제는 복잡한 성격으로 인하여 현상과 원인을 구분하는 것은 결코 용이하지 않다. 그러나 그 원인이 아니라, 특정의 현상을 억제하려는 의도에서 자주 입법을 하기도 한다. 예를 들면 범죄원인으로서 사회환경, 인간관계, 유전적 소질, 개인적 성격이라는 다양한 것이 열거되나, 입법자는 그러한 원인의 제거가 아닌 형벌이라는 위하적 수단을 사용하여 현실로 존재하는 범죄증후군을 억제하는 이른바 대응요법을 취하기도 한다.

#### ○ 입법비용분석기법(立法費用分析技法)

입법작업에 즈음하여 효과성·효율성을 측정하는 기법으로서 계획학이나 경영학에서 사용하는 비용/편익분석(Kosten-Nutzen-Analyse : KNA)과

비용/효과분석(Kosten-Wirksamkeits-Analysen :KWA)이 매우 유용하며 선진국에서는 이러한 기법을 실제의 입법작업에 적용하고 있다. “효과성”이란 일반적으로 목표달성의 정도를 의미하는 것이라 할 수 있다. 따라서 효과성이 큰 법안일 수록 보다 목표달성의 극대화를 가져준다는 의미에서 효과성기준은 법안의 비교·평가기준으로서 매우 유용한 기준이 될 수 있다. 그러나 어떠한 법안이 목표달성을 극대화시키는 것이라 할 지라도 다른 대안에 비해 비용의 측면에서 많은 지출이 소요된다면 최선의 법안으로 보기는 어려울 것이다. 반면 비용의 면을 고려하더라도 목표달성이 매우 중요하다면 효과성이 가장 중요한 법안의 비교·평가기준이 될 수 있다. 결국 일반적으로 목표달성의 극대화가 최선이 아니라 비용도 고려하여야 하는 경우가 많으므로 효과성만을 기준으로 삼는 것은 한계가 있으며, 그리하여 효율성의 기준이 제시되는 것이다.

“효율성”이란 투입(Input)과 산출(Output)의 비율을 말하는 것으로서, 일반적으로 산출은 어떤 활동이나 업무수행의 직접적 결과(효과)를 의미하고 투입은 이러한 활동을 위하여 사용되는 인적·물적 자원을 의미하는데, 이 투입된 자원을 화폐가치로서 표시한 비용으로 나타낸다. 최선의 법안을 작성하기 위해서는 동일한 비용으로 최대의 효과를 얻거나 동일한 효과를 위하여 최소의 비용을 들이는 법안을 발굴할 때 이러한 효율성기준이 적합하다. 입법비용은 입법의 추진으로 인하여 희생되는 사회적 가치로서 경제적인 관점에서 본다면 자원에 해당된다. 그러므로 일정한 비용으로 효과를 최대화하는 법안을 채택하여 추진하게 된다면 사회적 자원을 최대한 효율적으로 사용하는 것이다. 이러한 효율성을 기준으로 법안을 선택한다면 자원의 최적배분(Optimierung)을 도모할 수 있는 것이다. 그러나 효율성을 기준으로 하면 효과성을 기준으로 할 때에 비해 효과만이 아니라 비용도 고려하여 최선의 대안을 선택할 수 있는 장점이 있으나, 배분의 공정성 문제를 고려하지 못하는 약점도 있다.

**【참조】 입법경제성의 원칙(立法經濟性的의 原則)**

○ 입법사실(立法事實)

입법정책이 형성되면 법률안의 입안에 우선하여 몇 가지의 준비작업이

필요하다. 실제로는 이들 작업은 정책형성의 과정에서 행해지며 정책형성의 준비작업인 것도 많으며, 또한 법률안입안과정에서 행해지기도 한다. 준비작업으로는 ①관계사실을 파악하여 입법사실을 확정하고, ②현행법제를 분석하며, ③외국의 입법례 등을 조사하여 현재의 법논리·법이론을 확인하는 것 등의 과정을 거치게 된다. 여기에서 관계사실의 파악, 입법사실의 확정 등은 형성되는 또는 형성된 정책의 기초에 있는 사실로부터 법적으로 의미 있는 사실을 추출하고 입법의 관점으로부터 그 사실을 확정하는 작업이다. 이 “사실”은 입법적으로 의미 있는 사실이라는 점에서 단순한 제 사실, 사회적 사상인 사실과는 다르며, 입법정책 또는 이에 의거한 법률안의 내용을 뒷받침하는 사실이다. 그것은 법률을 제정하는 경우의 기초를 형성하며 또한 그 합리성을 담보하는 사회적·경제적·정치적 또는 과학적인 일반적 사실을 의미한다.

입법사실은 재판이라는 법의 적용단계에 있어서 법해석을 기초지우는 사실관계와 마찬가지로 생각할 수 있다. 재판과정에 있어서는 법을 적용하는 전제로서 그 적용되는 법으로부터 볼 때 의미 있는 사실관계를 확정할 것이 요청된다. 그 확정된 법적 사실에 대해 법을 적용하고, 분쟁을 해결한다. 이 법적 사실이 입법에 있어서 입법사실에 대응한다. 다만 입법사실은 입법정책을 근거지우는 이유 있는 사실이므로 비교한다면 범위는 입법사실이 넓다. 즉 그것은 입법을 필요로 하며 그 내용으로서 채용하는 법정책 또는 법수단을 이면으로 하는 사실이며, 법정책 또는 법률안의 구성과 논리를 지지하는 사실관계이다. 따라서 입법의 객관적 합리성을 담보하기 위해서는 이 사실의 인정 및 평가에 관하여 자의성이 배제되어야 한다. 또한 그것은 개별적·구체적인 사실이라기 보다 그 집적 내지 신중성의 면에서 거시적인 사실의 의미를 지니는 것이 많다. 입법사실의 내용을 유형화하면 다음과 같다.

입법장점에 관한 사실	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 규제되는 권리·자유와의 관련에 있어서 선택된 입법목적의 성질·중요성 <ul style="list-style-type: none"> <li>- 규제가 실행된 경우에 어떠한 법익이 어느 정도 실현되는가</li> <li>- 그것은 실질적으로 중요한 정부이익인가 아니면 단순한 이익인가</li> <li>- 그것은 법익의 침해를 방지하는 소극적인 목적인가 아니면 복지국가목표와 관련하여 실시되는 적극적인 목적인가</li> </ul> </li> <li>○ 입법목적실현의 가능성 <ul style="list-style-type: none"> <li>- 규제의 목적이 실현될 가능성은 어느 정도인가</li> <li>- 그 규제방법을 채용하는 것이 보다 숨겨진 다른 방법에 의한 경우에 비해 어느 정도로 입법목적의 달성이 진전되는가</li> </ul> </li> </ul>
입법단점에 관한 사실	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 채용된 규제수단의 실행에 따른 권리·자유 제약정도 <ul style="list-style-type: none"> <li>- 규제가 실행된 경우에 어떠한 권리·자유가 어느 정도 제약되는가</li> </ul> </li> <li>○ 규제의 실현가능성 <ul style="list-style-type: none"> <li>- 규제가 전면적으로 실행될 가능성은 어느 정도인가</li> <li>- 그것은 동일한 법목적 달성을 다른 수단과 비교하여 어느 정도로 제약의 엄격함을 증대시키는가</li> </ul> </li> </ul>
입법장점과 단점의 균형 문제	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ 규제되는 권리가 중요한 것인 경우에는 보호되는 법익도 또한 중요한 것에 한정되고 있는가</li> <li>○ 규제의 존재는 동일한 입법목적달성의 수단 가운데 최저한의 것인가 아니면 합리적인 선택의 하나이기는 하나 최저한의 것이 아닌가</li> </ul>

이들 사실관계의 인식에 의거하여 현행법제의 분석을 하게 된다. 현행법제는 어떻게 되어 있는가, 어떻게 운용되고 있는가, 어떠한 해석을 하고 있는가를 파악하고 입법사실과의 관계에서 어떠한 문제점이 있는가, 현행법제에서 해결할 수 있는 방안은 없는가 등을 분석한다. 이러한 작업도 역진행방법을 취하는 경우가 있다. 즉 행정청이 법률을 집행하는데 있어서 현행법제도하에서 대처할 수 없는 상황이 발생한 경우에 현행법제 가운데 해결을 도모하려고 노력을 하더라도 여전히 그러한 상황이 계속되면 상황의 파악이나 원인해명이라는 작업으로 이행하지 않을 수 없다. 그래서 파악된 사태를 법적으로 정리하고 의미 있는 사실로 재편성하여 정책형성·입안으로 전개하게 된다.

주요 외국의 입법례의 연구나 법이론의 탐구는 입법사실에 대응하는 법정책의 형성을 기초지우며 보강한다. 이것은 현행법제의 분석과 연관된다. 법정책의 형성은 법이론의 구축을 수반하는 것이므로 현재의 법적인 논리나 법이론으로부터 분리되는 것이라고 할 수 없다. 이론을 구사하여 새로운 법정책을 구성하지 않으면 안된다. 또한 외국의 입법례는 법정책입안시에 중요한 시사도 되며 참고가 될 뿐만 아니라 이면에 있는 법이론도 이론구성에 참고가 된다. 현재의 법이론이나 논리의 검토·연구는 현행법제의 분석이기도 하다. 현행법제의 구성논리는 현재의 법논리에 입각하는 것이며 현재의 법이론에 기초를 부여한다. 따라서 그것을 분리하는 것은 곤란하며, 그곳에서 허용되는 범위, 포함되는 문제점이 새로운 법정책의 구축과 결부된다.

**【참조】 입법문제의 인식(立法問題의 認識)**

### ○ 입법설계(立法設計)

일반적으로 개인의 의사결정은 대략 ①선택과정, ②심리적인 작용, ③인지적인 구조라는 삼층구조로 이루어진다. 우선 “환경”이 변화한 경우 의사결정자는 그것을 지각하고 해석한다. 그러나 그 배후에는 환경을 사전에 어떻게 파악할 것인가를 지정하는 심리적인 구조가 존재한다. 이 심리적인 구조는 세계관, 신조체계, 환경의 작동에 관한 일반적 이해 및 자기의 기본적인 가치, 목적 등을 포괄하고 있다. 보다 정확하게 말한다면 심리적인 구조 가운데에는 인지에 관한 것, 태도에 관한 것, 평가에 관한 것 등의 차원이 포함되어 있다. 이에 지각되고 해석된 “환경”의 변화가 자기에게 바람직하지 않은 영향을 보여준다고 생각하는 경우에는 그 의사결정자는 자기에게 바람직한 상태를 만들려고 생각한다(구체적 목적의 설정). 그렇게 한다면 그는 그것을 달성하기 위한 다양한 수단을 검색한다. 이 검색은 다시 인지구조 가운데 의거하여 “환경”의 작동에 관한 인지, 과거의 경험 등에 따라 적당한 선택을 모색하여 행한다. 그 검색이 도모되는 가운데 또는 검색의 결과선택이 확정된 단계에서 각각의 선택이 설정된 목적에 어떠한 영향을 부여하는가가 평가된다. 그리하여 선택에 어떠한 순서를 부여하여

최적의 선택이 행해지게 된다.

이러한 개인의 의사결정과정을 조직체에서의 의사결정과정에 도입하면, 그곳에 참가하는 사람은 각각의 인지구조하에 문제를 자각하고, 해석하고 자기의 목적을 설정하고 일정한 행동을 옹호한다. 그와 동시에 전체에 관하여 다양한 분야에 걸쳐 장래의 방향, 목적 나아가서는 계획을 수립하고 그를 실천하기 위한 수단을 검색하고 평가하게 된다. 즉 조직에서의 의사결정과정(정책결정과정)은 ①정책의 발의 또는 문제의 제기, ②정책대체안의 설정과 그 사전평가, ③선택, ④정책실시, ⑤정책평가(실시된 정책의 효과를 사후적으로 평가), ⑥정책의 종료라는 단계로 이루어진다.

이러한 의사결정의 심리학이론을 입법의 분석에 응용하여 보면 장래를 형성하는 도구인 법률을 제정하는 작업에 있어서 입법자가 주관적으로 부적합하다고 느끼는 현상이 확인된다. 그리고 그 다음 단계에서 입법자는 만약 입법자가 어떠한 조치를 강구하지 않는다면 해결하여야 할 문제영역은 금후 어떻게 전개될 것인가, 강구되는 규제가 장래의 현실 중에 어떠한 효과를 발휘하는가, 대체 안의 효과는 어떻게 될 것인가라는 판단을 하게 된다. 즉 어떠한 형태로 실제적인 해결이 요구되고 있는 구체적인 문제가 제기되면 우선 그 문제점을 명확히 하고 그 배경, 원인을 해명하고, 달성되어야 할 목표의 정립에 즈음하여 그에 필요한 정보의 수집, 그리고 가능한 선택의 정립과 그 평가 및 결정을 거쳐 실제의 행동에 이른다는 과정이다. 입법자가 입법을 설계하는 데 있어서 일정한 목표를 설정하고 가장 바람직한 수단을 선택하는 문제해결의 기법을 개발한다는 것은 대단히 어려운 문제라고 할 수 있다. 어떤 목표를 특정하고, 목표와 수단과의 적합관계를 명확히 제시한다는 것은 복잡한 사회현상에서는 매우 곤란하며, 제정법의 해석·운용을 통한 사후적 분쟁해결의 사고방식에 익숙한 법적 사고가 보편화되어 있는 기존의 법학의 영역에서 이를 해결할 수 없는 분야이기도 하다. 그러나 입법에 즈음하여 입법자가 무엇이 문제인가를 논의하고 다양한 가치를 통합하여 문제를 발견하는 사전지향적(future-oriented) 연구방법론의 연구는 입법의 민주화와 과학화 및 합리화를 위하여 대단히 중요한 분야이며, 이 문제는 입법학의 학문분야의 하나로서 연구가 진행되고 있다. 특히 바람직한 입법을 위한 입법자의 합리적 의사결정모델을 상

정하는 것은 입법자가 이러한 합리적인 의사결정과정을 과실 또는 고의로 고려하지 않은 만큼 입법의 내용은 합헌성을 좌우하게 된다

【참조】 법적 의사결정이론(法的 意思決定理論)

### ○ 입법수단(立法手段)

입법목적의 효과적·효율적 달성을 위하여 목적적합적인 수단을 선택할 것인가는 매우 정밀한 분석작업이 요구되는 분야이다. 물론 목적과 수단의 관계는 “사회가운데 모든 요소는 목적이며, 동시에 수단”이므로 양자는 항상 상호 전환할 수 있는 것이며 그 때문에 매우 한정적으로만 이것을 구분할 수 있다. 다만 입법시에 통상 사용되는 수단은 순수하게 도구적인 성질을 지니며, 따라서 입법자의 역량은 유효한 목적달성수단의 개발여하에 달려있다. 그런데 입법목적이 명확히 된 경우 입법자는 통상 그 목적을 달성할 수 있는 복수의 수단에서 그 가운데에서 특정의 수단을 선택하나 문제는 그 선택기준에 있다. 물론 선택된 수단이 일반적으로 적절한가의 여부는 입법자가 그 인식수단을 다한 가운데 행하는 예측, 즉 당해수단에 의해서 입법자가 의도한 성과가 거의 확실히 달성될 수 있다는 목적달성의 개연성에 의거하여 판단하여야 할 것이나, 이러한 판단자체가 사실상 매우 어려운 경우가 많다. 나아가 수단의 선택에 즈음해서는 헌법상의 평등원칙, 과잉금지 원칙 등에 의거하여 단순히 그 수단이 적절하다는데 그치지 않고 나아가 그것이 당해 입법목적 달성을 위하여 필요한 것이어야 함은 물론이다.

입법내용의 방향을 설정하는 작업은 목표(목적)적합적인 개입원리의 선택, 즉 전체구도 가운데에서 규율소재가 인과적으로 또는 최종적으로 파악될 수 있도록 결정하는 것을 의미한다. 여기에는 법적용과 법집행에 대한 결정이론적 조건 또는 최종적 달성을 확정하는 것이며, 법령의 효과적 달성을 위한 행위의 자극과 지시를 위한 중요한 사항의 개입확정 및 이러한 개입을 현실화하기 위한 조건과 수범자의 행위에 미치는 영향, 법령의 시행절차와 관할권에 대한 확정 기타 법령의 시행으로 소요되는 비용의 충당 문제 등을 고려하여야 한다.



개입원칙은 당사자의 행동에 영향을 미치는 조치의 사용근거와 위치와 결부시키는 한편 행위·작위의무의 확정을 통하여 개입의 기본적 방향을 설정하게 된다. 개입원칙은 기본적으로 법정책적 또는 법이론적 관점에서 어떠한 부담의 분배 내지 축진의 광범위한 암시와 결부되어야 한다. 법령의 최종적 확정을 위해서는 그 법령의 시행으로 인한 효과와 결과의 측면에 대한 위험성을 미리 예측하여 적절한 조정도구와 조치를 규정함으로써 비로소 실행될 수 있다. 법령의 기초에 있어서 이러한 위험성의 예측은 인과관계에 의거하여 마련된다. 최종적인 개입을 위한 규율계획이 불완전한 예측에 의거하는 경우에는 법령의 이해관계인은 사실관계의 확정 내지 인정이 곤란하므로 결국 법령에 대해 착오 또는 오해의 개연성이 높아지게 된다. 이에 반하여 사실관계의 해명에 있어서 인과관계를 충분히 고려한 법령은 원칙적으로 완전히 신뢰할 수 있는 것이 될 뿐 아니라 행정에게 강한 집행력을 부여하게 되는 것이다. 따라서 법시행자는 개입원칙의 설정에 있어서 고도의 전문적인 능력을 구비할 것이 요구된다.

#### ○ 입법시간 분석기법(立法時間 分析技法)

입법과정에 있어서 시간을 분석하는 기법으로서, 의학등의 분야에서 널리 응용되고 있는 “생존분석”을 응용하여 법안의 심의일정을 계량적으로 분석하는 것이다. 입법과정에 있어서 회기라는 제도적 제약을 고려하여 개별 법안의 성립확률을 추계한다. 생존분석에 의한 추계결과는 우선 입법에 있어서 시간의 영향이 회기를 통하여 일정하지 않음을 밝히고, 법안의 성립을 규정하는 요인을 시간의 영향이 시간의 경과에 따라 변화한다는 상정하에 해명하려는 것이다. 즉, 회기라는 시간적 제약에서 법안에 따라서는 회기내에 성립할 수 없는 경우가 발생하며 종래에는 이를 불성립 내지 계속법안으로 구별되었다. 생존분석에서는 그러한 시간적 제약이 없다며 성립하였을 것이라는 법안이 법안으로서 존재하는 기간을 단순히 인위적으로 선을 그은 것이라고 파악하고 회기내에 성립한 법안의 법안으로서의 존재기간과 동시에 처리하는 것이 가능하게 된다. 또한 예컨대 위원회에서의 심의일수라는 지표에 언급하는 경우, 회기중에 어떠한 시점에서의 일수인

가라는 점은 사상된다. 이러한 지표가 의미를 가지는 것은 회기중의 1일의 중요성이 일정하다는 전제가 성립하는 한에서이다. 생존분석에서는 어떠한 사상의 발생이 시간의 경과에 어떻게 의존하는 가라는 점을 시간과 그 사상의 발생확률에 관한 매개변수의 선택으로서 파악하는 것이 가능하게 된다.

입법시간의 분석기법은 주로 입법과정연구를 정치학적 측면에서 파악하려는 연구방법론에서 시도되고 있으며, 종래의 입법과정연구는 입법적으로 생존기간이 비교적 짧고 성공리에 법안으로서의 생존이 종료된 입법의 대부분을 주된 분석대상으로 하지 않고 오히려 비효율적인 입법에 관심을 집중하여 왔다고 한다. 이에 대하여 입법시간분석에 관한 연구는 입법과정의 시간적 차원을 상정하고 의회외적 파급구조도 시야에 두면서 개별 법안을 입법시간이라는 공통의 척도로부터 파악하여 회기라는 제도적 제약이 입법 과정에 미치는 영향을 해명하려는 것이다.

#### ○ 입법심사방법론(立法審査方法論)

국가의 입법활동에 있어서 일정한 심사체계와 방법론을 부여한다는 것은 입법의 무절제한 증식을 억제할 수 있다는 측면뿐만 아니라, 입법과정에서 자주 지적되는 경솔함을 방지할 수 있으며 나아가 입법의 현상에 평가를 가함으로써 과학적이고 합리적인 입법을 위한 토대를 마련할 수 있는 것이다. 따라서 이러한 입법심사에는 제정하려는 법률의 구체적 내용의 합리성, 과학적 기초의 토대위에서 구체적 상황과의 관련에서 취급하는 요소, 자료의 취사선택과 정도, 제반요소의 평가 및 대체안의 선택 등의 과정이 엄격하게 검토되어야 한다. 이러한 제도화된 입법심사없이 법률의 공공성을 확보할 수 없음은 물론 법률의 적절한 실효성도 기대할 수 없는 것이다. 그러나 입법심사의 체계와 방법론에 관한 내용은 입법학의 학문영역에서도 비교적 새로운 영역이며, 나아가 개별구체적 입법론이 아닌 이른바 입법설계의 학문이며 입법을 하는 때에 목표로 하여야 할 문제를 정식화하고 문제점을 분석하고 검토하기 위한 개념도식을 구축하려는 것이다. 이 영역은 방법론의 체계를 포함하여 매우 추상적이고 이론적이며 또한 기초지식을 매우 광범하게 요구하는 상당히 고차원적인 이론지식이라 할 수 있

다. 그러한 의미에서 입법심사의 체계와 방법론이 직접 우리의 입법의 기초이론적인 고찰에 응용할 수 있는가에 대해서는 검토를 요한다.

선진국가에서 발달한 법학이나 정책과학에서의 법설계적인 이론이나 기법이 그 논리대로 우리의 현실에서의 법이나 입법의 이해에 그대로 결부될 수 있는가는 문제가 많다. 물론 서구의 발달한 법학의 논리가 우리의 법을 해명하는데 기초적으로 유용한 것은 부인할 수 없으며, 입법심사의 체계와 방법론은 우리의 입법상의 중요한 시사라고 생각된다. 특히 양적으로는 많은 법령이 있으나 사회적 필요에 부응하는 입법이 제대로 이루어지지 않고 있는 점, 입법의 필요성과 유용성에 대한 충분한 검토와 분석이 없는 졸속 입법 내지 즉흥입법의 양산, 법률의 실효성 내지 효과성에 대한 충분한 사정을 거치지 않은 채 입법을 함으로써 빈번한 법률개정이 이루어지고 있는 점, 법체계상호간의 정합성 내지 체계정당성에 대한 신중한 검토 없이 마련된 입법의 양산 등 많은 문제점과 과제를 안고 있는 우리의 입법현실을 보는 경우 일정한 제도화된 입법심사체계와 방법론은 매우 의미 있는 기법이라 하지 않을 수 없다.

오늘날 민주국가에 있어서 법률은 헌법상의 지도이념인 법치국가원리와 민주주의원리하에 사회적 문제상황을 대처하는 수단 내지 새로운 사회질서형성을 위한 하나의 도구로서 기능하고 있다. 오늘날의 입법은 사회내에 존재하는 복잡한 이해관계의 조정과 통합을 위해 정밀하고 체계적인 과학적 분석과 정확한 자료를 토대로 한 전문적인 검토를 거쳐 행해지고 있으며, 이는 결국 입법자에게 필연적으로 과학적 합리성과 고도의 분석능력을 요구한다. 단순한 입법기술적인 지식만을 가지고 입법의 형식적인 요건이나 체계·자구 등의 심사에 충실한 입법작업으로는 입법의 과학화와 합리화가 이루어질 수 없으며, 입법의 실체적 정당성을 확보할 수 없는 것이다. 입법의 형식면에서의 심사기법도 중요하지만 그에 앞서 입법적 판단의 객관화를 도모하기 위한 입법의 내용면에서의 심사기법과 방법론을 터득하여야만 합리적이고 객관적인 실효성과 타당성을 구비한 양호한 입법이 마련될 수 있는 것이다.

“입법자의 입장에서 본 문제해결의 기법”이라 할 수 있는 입법심사방법론에 대해서는 사회현상 가운데 목표를 특정하고 목표와 수단과의 적합관

계를 명확히 하는 것이 대단히 어려운 작업이다. 또한 무엇이 문제이며 무엇이 목표인가를 논의하고 다양한 가치를 통합하여 문제를 발견·해결하는 기법은 입법자에게 구상력, 통찰력, 판단력, 문제의식 등과 같은 능력을 구비할 필요성을 요청한다. 우리의 입법현실에서 이와 같은 입법자의 입장에서 본 문제해결의 기법이 어느 정도 활용될 수 있을 것인가에 대해서는 단언하기 어려우나, 입법에 즈음하여 이러한 입법심사방법론을 마련하는 것은 우리 입법의 과학화와 합리화 및 민주화를 위해서라도 반드시 필요한 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 입법자는 입법실무에 즈음하여 입법설계를 위한 기법을 개발하는 데 노력하여야 하며, 이러한 기법의 개발을 위해서는 인접학문에 대한 학제적 연구와 헌법재판소의 판례분석을 통한 입법심사의 준칙을 정립하는데 부단한 노력을 기울여야 할 것이다.

**【참조】 입법기술(立法技術)**

○ **입법예고(立法豫告)**

입법예고제도는 국민의 일상생활과 직접 관련되는 법령안에 대해 이를 국민에게 예고하여 국민의 입법참여기회확대·입법의 민주화 및 법령의 실효성을 높이려는 취지에서 마련된 제도로서, 특히 학사제도·공중위생·환경보전·농지 기타 토지제도·국토 및 도시계획·건축·도로교통·행정심판·국가시험·정보화관련제도 기타 국민의 권리·의무 또는 다수 국민의 일상생활과 관련되는 분야의 사항에 대한 명령안의 경우에는 반드시 이를 입법예고하도록 규정하고 있다(법제업무운영규정 제14조). 다만 이러한 법령안에 있어서도 긴급을 요하는 경우, 입법내용의 성질 기타 사유로 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우, 상위법령의 단순한 집행을 위한 경우 및 예고함이 공익에 중대한 영향을 미치는 경우에는 입법예고를 행하지 아니할 수 있다(행정절차법 제41조제2항). 한편 법령안 주관기관의 장은 입법추진중인 법령안이 예고대상 법령안이 아니라 하더라도 필요하다고 인정되는 경우에는 그 법령안을 입법예고할 수 있다(동규정 제14조제2항). 입법예고는 당해 법령안의 제안을 주관하는 행정청이 예고하며(동법 제41조제1항), 입법예고의 대상법령임에도 입법예고를 하지 아니하

는 경우에는 법제처장은 당해 행정청에 대하여 입법예고를 권고하거나 직접 입법예고를 할 수 있다(동법 제41조제3항). 입법예고대상인 법령안이 다른 기관과의 협의를 필요로하는 것인 경우에는 그 협의를 한 후에 입법예고를 하여야 한다(동규정 제14조제3항).

입법예고의 방법으로는 법령안의 입법취지·주요내용 또는 전문을 관보·공보 또는 신문·방송·컴퓨터통신 등의 방법으로 하며(동법 제41조제1항), 필요시에는 당해 법령안의 내용에 관하여 직접적인 이해관계가 있다고 인정되는 단체 기타의 자에게 예고사항을 개별적으로 통지할 수 있다(동법 제41조제2항). 또한 입법안에 대하여는 관계전문가 또는 일반인이 참석하여 토론을 하는 공청회를 개최할 수 있다(동법 제45조). 입법예고 기간은 예고시에 정하며 특별한 사정이 없는 한 20일 이상으로 한다. 다만 법령안 주관기관의 장은 법령안을 긴급하게 추진하여야 할 사유가 발생하는 등 특별한 사정으로 인하여 입법예고기간을 20일미만으로 하고자 할 경우에는 법제처장과 협의하여 그 기간을 단축할 수 있다(동규정 제14조제4항). 또한 이해관계인은 누구든지 예고된 법령안에 대해 의견을 제출할 수 있으며, 법령안주관기관의 장은 의견접수기관·의견제출기간 등을 당해 입법안을 예고할 때 함께 공고한다(동법 제42조제2항). 법령안 주관기관의 장은 입법예고결과 제출된 의견을 검토하여 법령안에의 반영여부를 결정하고 그 처리결과 및 처리이유 등을 지체없이 의견제출자에게 통지하여야 하며, 제출된 의견은 이를 분석·정리하여 중요한 사항에 대하여는 그 처리결과를 대통령령안의 경우에는 국무회의상정안에 첨부하고, 총리령안·부령안의 경우는 법제처에 제출하여야 한다(동규정 제18조).

### ○ 입법예측(立法豫測)

예측이란 미래에 일어날 어떤 사실에 대한 정신적 판단이라고 정의할 수 있다. 이는 미래에 일어날 일에 대한 개연성판단(Wahrscheinlichkeitsurteil)이다. 이러한 예측판단은 현재의 어떤 사실에 대한 진실이나 정확성판단의 문제가 아니며, 현실진단(Diagnose)에 대응되는 개념이다. 이 양 개념은 시간적인 측면에서 그리고 방법상의 측면에서 서로 구분된다. 현실진단이

이미 존재했던, 또는 현존하는 상태에 대한 판단이나 평가를 의미하는 반면, 미래예측은 그러한 평가를 넘어서서 인식 가능한 범위내에서 미래 발생할 상태에 대한 평가, 즉 예측을 말한다. 입법예측이란 입법자가 입법에 즈음하여 “장래의 사실(zukünftige Tatsachen)의 정신적 선취”로서의 “예측”을 논리일관성(Schlüssigkeit)의 관점에서 합리적으로 행하지 않으면 안된다는 것을 말한다. 그리하여 입법자는 효과적인 입법을 위하여 주관적이고 자의적인 입법방향을 설정하지 아니하고 또한 그 입법의 목적을 달성하는 수단은 객관성을 구비한 그리고 주관적으로 최대한의 개연성으로서 선택하여야 하는 예측확실성(prognosesicherheit)을 가지고 입법에 임하여야 할 의무가 부여되어 있는 것이다. 법률은 사회적 인식이나 예측에 의거한 사회과정의 제어를 위한 도구일 뿐 아니라 인간행동의 사회윤리적·법적 평가이기도 하다. 따라서 사회질서·국가질서에 대해 광범위한 예견할 수 없는 효과를 지닌 법률을 제정하는 경우에는 국민은 불확실한 상황에 처할 위험이 있게 되는 것이며, 그것은 결국 법률의 실효성 면에서 그 타당성의 면에서도 실패한 것이 된다.

이와 같이 법률결정의 내재적 통제 수단으로서 입법자의 예측의 합리성, 설득성, 정합성, 논리일관성을 요구하는 하나의 심사방법을 고려하는 경우 입법자의 주관적 사정을 배제한 객관적이고 합리적인 판단에 의한 입법형성이 가능하게 된다. 그러면 입법자의 예측정합성(Prognosestimmigkeit)이라는 시점에서 법률결정의 내재적 통제의 수법을 어떻게 마련할 것인가가 문제된다. 그런데 이 입법자의 예측에 대한 적절한 통제수법을 마련하는 것은 예측의 불확실성 내지 합리성의 결여로 인하여 결코 쉬운 문제가 아니며, 나아가 입법자의 예측은 정치적 결정과 정치적 행위에 있어서 본질적·불가결의 요소이며 그 결정은 장래의 사회상태에 영향을 미치는 것이므로 예측의 당부를 둘러싸고 정치적 대결이 발생하게 된다. 이러한 성격을 가지는 입법자의 예측적 결정에 대해 적절한 통제수법을 마련한다는 것은 대단히 어려우나, 그러한 통제수법의 마련이 입법자의 예측적 결정을 합리적으로 유도하고 예측의 불확실성을 가능한 축소할 수 있다면 결국 입법의 질적 향상에 기여하는 것이 된다는 점도 인식하지 않을 수 없는 것이다. 이와 관련하여 많은 시사를 제공하는 것으로서 통계학, 확률론, 게임

이론, 수리경제학등의 수학의 분야 및 심리학의 분야에서 사용되어 사회현상분석을 위한 일반적 개념으로서의 지위를 확립하여 사회과학의 각 분야에서 널리 채용되고 있는 “의사결정(decision making)”의 이론이 있다. 결국 입법자는 수립하려는 법질서가 법적 안정성을 상실하지 않고, 규범영역사이에 모순과 부조화가 발생하지 않게 법질서 또는 규범영역에 대한 국민의 불신을 초래하지 않도록 이를 방지하기 위한 노력이 필요하다.

【참조】 법적 의사결정이론(法的 意思決定理論)

### ○ 입법요건(Gesetzgebungsvoraussetzungen)

법률안이 의회에서 심의·의결되기 위해서는 실정법상 각종의 요건을 충족하지 않으면 안된다. 즉, 그 법률의 발안이 정당한 권한이 있는 기관에 의해서 행해질 것, 발안의 절차가 유효할 것, 당해 법률안이 법률의 소관 사항에 속할 것, 동일회기중에 동일법률안에 관하여 이미 의결이 행해지지 않을 것 등 각종의 사항이 있을 수 있다. 이러한 각종 요건은 개별구체적인 법률안에 관하여 실제적인 심의·의결이 행해지기 위한 것으로서, 의회의 조직이나 구성에 관한 사항에 유래하는 조직상의 요건 및 의사절차일반에 관한 사항(정족수·표결수·공개 등의 원칙)에 유래하는 일반적인 절차상의 것과는 다르다. 이들은 입법기관의 조직·구성에 관한 문제인데 대해 후자는 이미 조직된 입법기관의 존재를 전제로 그것이 어떠한 절차로 입법이 행해져야 할 것인가라는 수단 그 자체에 관한 문제이기 때문이다.

이러한 개별구체적인 입법과정에 있어서 당해법률안에 관하여 심의·의결이 행해지기 위하여 구비하여야 할 사항을 소송법이론을 도입하여 입법요건으로 정의하는 견해도 있다. 즉 법률안이 의회에 발의됨으로써 법률안은 의회에서 심리·의결되어야 할 상태인 “입법계속”이 발생하며 당해법률안의 실제적인 심리·의결이 행해지기 위해서는 각종 요건을 구비할 것을 요한다. 그러한 요건으로서 법률안의 발안이 정당한 권한 있는 기관에 의해서 행해질 것, 발안절차가 유효할 것, 당해법률안이 법률의 소관사항에 속할 것, 동일회기중에 동일법률안에 관하여 이미 의결이 행해지지 않고 있을 것 등의 사항이 있으며 이를 전체적으로 입법요건으로 규정하는 것이다.

## ○ 입법위원회(Legislative Committee)

영국에 있어서 정부의 법제기구로서 입법위원회는 법률안의 기초, 중요한 위임입법과 회기동안의 입법계획의 수립 등을 진행하는 전문적 위원회로서, 상·하양원의 지도자, 대법관, 국왕의 법률관계장관, 원내총무 및 제한된 수인의 각료 등으로 구성된다. 또한 이 위원회에는 법률에 책임을 지는 각료와 의회법률법무관도 참석한다. 동 위원회는 법적 및 정치적·전략적인 관점에서 법률안을 검토하며, 특히 법률안의 검토에 있어서 통상 정책상의 관점이 아니라, 전반적인 법률안의 구성, 적절한 법적 표현, 공정성, 부처의 의도를 수행하는데 있어서의 양식 그리고 기능하는 법률안으로서의 일반적인 수용성 등의 견지에서 이를 검토한다. 또한 입법위원회는 중요한 성문법규의 체계적인 고려를 행한다. 즉 성문법규가 주요한 것인가 또는 논쟁의 여지가 있을 수 있는 경우에는 그리고 어떠한 자유의 원칙이 포함된 경우에는 반드시 국민의 고유한 권리가 손상되지 않도록 하는 등 형식과 헌법적 타당성에 관해서도 면밀한 검토를 한다.

아울러 동 위원회는 법률안에 포함되어야 할 위임권한의 형식과 범위에 대해 위임권한의 결과로서 각부처에 의해 작성된 성문법규에 통제권을 행사한다. 즉 입법이 어느 정도 실질적인 위임입법조항의 내용을 포함하여야 할 것인가 또는 그러한 위임입법이 특히 제정조항을 포함한다면 어떻게 할 것인가를 결정한다. 특히 입법위원회의 임무로서 요구되는 것은 제정을 필요로 하는 위임입법에 관하여 심의하는 것이다. 입법위원회는 중요한 위임입법의 체계에 관하여 검토하며, 의문이 있는 위임입법, 자유의 요소에 관련된 위임입법에 관하여는 법률안과 동등하게 심의한다. 위임입법을 초안의 단계에서 입법위원회에 회부하여 심의를 거칠 것인가를 결정하는 권한은 주무장관의 재량에 맡겨져 있으나, ①유사시에 국토의 안전과 방위를 도모할 목적으로 제정하는 추밀원령, ②어떤 다른 이해관계를 지닌 다수의 행정기관에 영향을 미치는 위임입법, ③위임입법심사위원회의 심사를 받게 되는 위임입법, ④선례에 반하는 위임입법(제재를 규정하는 위임입법, 이의신청절차를 규정하는 위임입법, 국민의 자유를 침해하는 위임입법 등)은 반드시 내각의 입법위원회에 회부하여 심의를 받아야 한다. 입법위원회의 심의는 비밀로 하며 공개되지 아니한다.



입법위원회는 통상은 상위의 장관이 주재자가 된다. 기타 위원에는 당해 법률의 요부를 법적 측면에서 검토할 수 있는 위원과 정치적 측면에서 검토할 수 있는 위원이 각각 선정되게 된다. 법적측면에서 검토하는 위원은 대법관과 법무총재(Law Officer of Crown)중에서 각각 선임되며 정치적 측면에서 검토하는 위원에는 국회양원의 리더가 해당되게 되어있다. 법안이 입법권의 위임조항을 포함하고 있는 경우 입법위원회는 입법권을 장관 또는 행정기관에게 위임하고 특정사안에 관하여 행정권에 의한 입법이 행정상 정책을 실현하는데 특히 요구되고 있는 가라는 측면에서 심의한다. 또한 위임입법을 포함한 법안의 작성에 관련되는 장관은 당해위임입법의 필요에 관하여 각료에게 설명하는 것이 관례로 되어 있다. 이 설명은 통상 주무부처의 공무원에 의하여 수행된다.

【참조】 위임입법심사위원회(Scrunity Committee)

#### ○ 입법자의 법률수정의무(立法者の 法律修正義務)

사회국가에 있어서 법률은 반드시 사회윤리상의 가치관념을 영구적인 모습으로 표현한 것이 아니라 계획·유도를 위한 수단으로 기능하고 있다. 이 점에서 법률은 결코 한정적으로 가결된 것이 아니라 그후의 관찰, 수정, 변경, 개선에 개방된 것이라 할 수 있다. 경우에 따라서는 그러한 관찰·수정 등이 헌법상 의무화되기도 한다. 입법자의 수정의무라는 전제에 있는 인식은 입법자는 사실관계의 발전이 불확실하다고 해서 부작위로 방치할 것이 아니라, 입법자가 그 생산물의 효력을 조사하고 평가하고 경우에 따라서는 수정하여야 한다는 것을 의미한다. 이는 장래의 상황전개에 관하여 불확실성이 존재함에도 불구하고 입법할 수 있다는 입법자의 권한과 표리의 관계에 있다. 입법의 기반이 법률제정시에 예측할 수 없었던 새로운 전개에 의하여 현저히 의문시되기에 이르러 경우에는 당초의 결정이 변화된 상황하에서 유지되어야 할 것인가의 여부를 심사할 의무가 입법자에게 헌법상 부과되어 있다. 불확실한 상황하에서도 입법은 하여야 하며, 그 때에는 입법자는 그 법률이 현실사회와 적합한가를 법률제정후에도 계속하여 관찰·조사할 의무를 진다.

## ○ 입법재량(立法裁量)

일반적으로 입법재량이란 “어떠한 내용의 법률을 제정할 것인가에 대해 입법부가 가지는 판단의 자유”라고 정의할 수 있다. 입법재량의 정의와 관련하여 몇 가지 점을 설명하면, ①입법재량의 정의는 입법자가 법률을 제정하는데 있어서 그 내용을 어떠한 것으로 할 것인가라는 점에 대한 재량(wie재량)에 한정되나, 입법재량의 관념을 넓힌다면 법률을 제정할 것인가의 여부 또는 법률을 언제 제정할 것인가라는 점에 대한 재량(ob와 wann재량)도 포함된다. 이 ob와 wann에 관한 재량의 문제는 입법의 부작위의 문제에 관해 법률을 제정 내지 개정하여야 할 시기에 대하여 입법자를 구속하는 헌법규범이 있는 경우에는 논의할 가치가 있는 문제가 된다. 그러나 ob와 wann의 재량이 실제로 문제되는 사례는 많지 않고 또한 입법재량이 문제되는 것은 오히려 입법내용의 당부에 관한 것이 통상적이라 할 수 있다. ②원래 입법재량론에 있어서 “재량”이라는 단어를 사용하는 것이 적당한가가 문제된다. 재량의 관념은 본래 자유로운 판단여지를 부여하는 기준의 존재를 전제로 하고 있으며, 재량이란 그 기준하에서의 선택의 자유를 의미한다. 그러나 헌법의 영역에서는 그러한 입법자의 판단을 구속하는 기준은 일반적으로는 존재하지 않으며 오히려 입법에 있어서 어떠한 내용의 법률을 제정할 것인가는 기본적으로 입법자의 자유로운 결정에 맡겨져 있는 것으로 간주된다. 즉, 입법자는 원리적으로 “입법의 자유”를 가지고 있다고 인식하여야 할 것으로 생각된다. 물론 입법자는 헌법규정에 구속되나, 그 구속은 입법권을 전체적으로 규율하는 틀로서가 아니라 특정의 입법에 대해 부과되는 헌법상의 제약으로서 개별적으로 문제가 되는 것으로 이해하여야 할 것이며, 그것을 재량을 구속하는 기준으로 보는 것은 정확한 이해라고 할 수 없다. 이 점과 관련하여 입법재량(gesetzgeberisches Ermessen)이라는 관념은 입법자의 활동의 자유를 설명하는 관념으로서는 부적당하며 오히려 “입법자의 형성의 자유(gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit)”라는 관념으로 설명하는 것이 타당하다는 지적도 있다.

입법재량은 행정법학에서 말하는 행정재량의 관념을 입법에 대해 응용한 것으로 추측되나, 입법재량과 행정재량은 근본적으로 다르게 이해하여야

할 것이다. 즉, 행정법에서는 법률에 의한 행정의 원리가 타당하며 행정활동이 법률에 의해 통제된다는 기본전제가 있으며, 그로부터 이른바 그 예외로서 사전에 법률에 의해 부여된 행정의 자유로운 판단여지로서의 “행정재량”의 관념이 성립한다. 이에 대해 헌법의 경우에는 오히려 입법자는 “입법의 자유”가 인정되어 있으며, 행정의 경우와 같은 일반적인 법적구속은 존재하지 않는다고 생각되므로 행정재량과 같은 의미로 입법재량이 인정된다고 이해하는 것은 부적절하다.

입법재량을 “어떠한 내용의 법률을 제정할 것인가에 대해 입법부가 가지는 판단의 자유”로 정의하는 경우, ①입법재량이 어떠한 헌법규정 내지 문제영역에 관해 인정되는 가라는 입법재량의 요건과 ②입법재량의 요건이 충족된 경우 그로부터 어떠한 법적 효과가 발생하는 가라는 입법재량의 효과라는 두 가지 문제가 발생한다. 입법재량의 관념이 어떠한 헌법규범 내지 문제영역에 성립하는가에 대해서는 크게 입법재량이 헌법상 일반적으로 존재한다는 입장과 특정의 헌법규범의 해석에 있어서 입법재량론을 인정하는 입장이 가능하다. 입법재량을 일반적으로 파악하는 견해 중에서 특히 유력한 것은 입법자는 입법에 있어서 헌법규정에 저촉될 수는 없다는 한계가 있으며, 따라서 헌법규정에 저촉하는 입법이 위헌무효로 되는 한 입법재량은 한계가 있다는 논의이다. 그리고 이 논의를 더욱 발전시킨다면 입법은 헌법규정의 범주 내에서의 입법자의 판단의 자유에 맡겨져 있으며 그 범위내에서 입법재량을 가지게 된다. 입법자는 헌법에 반하는 입법을 하여서는 안된다는 점에서 입법권은 한계가 있다. 그러나 “헌법의 범위내에서의 입법”이라는 논리를 “입법재량의 논리”로 설명하는 것은 중대한 문제가 있다.

즉, 그곳에서는 ①입법권의 범위는 광범하며, 한정된 범주를 전제로 하는 재량의 관념은 적합하지 아니한 것이 아닌가, ②입법재량을 행정재량과 동일시하는 것이 부적절하지 않은가라는 문제가 있는 외에 다음과 같은 근본적인 문제가 있다. 즉 “헌법의 범위내에서의 입법재량”이라는 관념은 다른 견해를 본다면 위헌과 합헌의 경계에 선을 그어 합헌의 범위내에서 입법재량이 있다는 것이나, 그러나 이러한 입법재량론은 실은 문제가 된 법적규제가 합헌이라는 것을 치환한 것이 불과하며 그 한에서 특별한 논리적

인 의의를 가지지 않는다. 즉, “입법자는 헌법의 범위내에서 입법재량을 가지고 있으며 그 범위를 일탈한 경우에는 제정된 법률은 위헌이 된다”라는 논리는 논리로서는 대단히 정당한 것이나 그곳에서 서술되고 있는 것은 “헌법에 반하지 않는 법률은 합헌이며, 헌법에 위반하는 법률은 위헌이다”라는 말을 바꾼 것에 불과한 것이다.

입법재량이라는 것을 이러한 맥락에서 파악하는 것은 가능하며 그 논리 자체에 오류는 없으나, 이러한 입법재량의 논법에는 독자의 의의 내지 유성성이 거의 없다. 이에 대해 입법재량을 특정의 헌법규범의 해석에서 인정된다는 견해도 유력하며, 기본적으로는 이 견해가 타당하다. 입법재량은 입법자의 범형성의 자유가 특히 인정되는 영역, 즉 입법에 의한 법적규제의 필요성이 특히 인정되는 영역에서 입법자의 활동을 광범위하게 시인하는 이론으로서 사용되는 것이 타당하다. 그러나 이 경우 입법재량이 어떠한 근거에 의거하여 어떠한 영역에서 인정되는 가라는 문제에 대해 학설은 대립이 있다.

우리 헌법재판소는 법률의 위헌성여부를 심사하는 위헌심사권의 행사를 한정하는 논리로서 “입법자의 형성의 자유” 내지 “입법재량”의 관념을 널리 채용하고 있다. 그런데 헌법재판소의 결정례를 살펴보는 경우 이러한 입법자의 형성의 자유 내지 입법재량의 관념은 다양한 국면에서 다양한 의미로 사용되고 있으나, 입법재량의 구체적 내용에 대하여 납득할만한 충분한 설득력이 있는 논리를 전개하고 있지 않다. 또한 학설의 다방면으로부터의 비판적 검토와 분석에 의해 입법재량론의 의의와 문제점에 대한 명확한 검토도 현재에는 거의 없는 실정이라 할 수 있다. 입법재량의 인정되는 영역으로서 일반적으로 우리 헌법재판소는 경제활동의 규제, 사회보장입법, 조세입법, 선거에 관한 사항등 여러 분야를 열거하고 있다. 문제는 이들 영역에 관한 입법재량이 인정되는 이유가 무엇인가라는 점이다.

이 점에 대해 “법률로 정하는”라는 헌법규정이 입법재량을 시인하는 근거가 된다는 견해가 있다. 그러나 “법률로 정하는”이란 통설적 이해처럼 당해사항에 관한 헌법으로 정하지 않고 법률로 위임하고, 병행하여 법률이라는 범형식으로 규정하는 것을 요구한 것으로 이해하여야 할 것이며 그것을 넘어 “법률로 정하는”이라는 규정에 입법재량을 특별히 인정하는 취지로

파악하는 것은 이론적으로도 실제로도 부당하다. “법률로 정하는”이라는 문언으로부터 어떠한 법률을 정하는가에 관한 입법자의 판단의 자유를 파악하는 것은 무리이며, 또한 실제로도 안이한 입법재량을 인정하게 되고 매우 불합리한 결과가 발생하기 때문이다. 특정의 영역에 입법재량이 인정되는 이유로서는 어디까지나 그 영역의 성질상 다양한 입법이 특히 필요하게 되어 그리고 입법자의 전문적 내지 정책적 판단이 특별히 존중된다는 사정이 인정되기 때문이라는 것이다. 입법재량이 인정되는가의 여부가 특정의 영역의 성질에 의해 결정된다면 거꾸로 말하자면 어느 영역에 입법재량이 인정되는 가는 각각의 영역의 특질을 고려하면서 개별적으로 검토하여야 할 것이 된다. 그리고 그 경우에는 당해영역에서는 입법자의 법적규제가 양적으로 다수 행해지는가의 여부, 입법자의 정책적 판단이 존중되어야 할 것인가의 여부, 법률의 규제에 기술적 요소가 상당정도 인정되는가의 여부 등의 요소가 고려된다. 나아가 당해영역에 관한 입법재량이 인정되는 경우에는 그 이유가 명확히 되어야 한다.

#### ○ 입법적 규칙(legislative rule)

미국의 연방행정절차법상 규칙의 범주에는 몇 가지의 성질을 달리하는 것이 있으며, 사인이나 행정기관을 법적으로 구속하는가의 여부에 따라 크게 두 가지로 나눌 수 있다. 즉, 사인과 정부를 구속하는 규칙을 “입법적 규칙(legislative rule)”이라 하고, 이와는 달리 연방행정절차법상의 규칙에는 해당하나 사인과 행정을 구속하지 않는 것을 “비입법적규칙(nonlegislative rule)”이라고 한다. 전자는 법원에서 소송의 대상이 될 수 있으며 경우에 따라서는 취소될 수도 있다. 그러나 법원에서 취소되지 않는 한 입법적규칙은 규칙의 대상이 되고 있는 사항에 관하여 행정차원에서의 종국적인 판단이 된다. 입법적 규칙과 비입법적 규칙은 이론적으로는 명확히 구별된다. 즉, 입법적 규칙은 제정법에 의한 권한의 위임에 의거하여 작성되는 것이며, 그 작성에 관하여는 연방행정절차법(APA)이 정한 절차 특히 제53조의 고지 및 Comment의 절차를 거쳐야 한다. 입법적 규칙은 입법자가 의도하는 바의 불충분한 부분을 보완한다는 의미에서 새

로운 법(new law)이라고 할 수 있다. 따라서 그 내용은 권리, 의무, 면제 등을 규정하거나 수정 또는 폐지하는 것이 많다.

이에 대하여 비입법적 규칙은 위임된 입법권한의 행사로서 작성되는 것이 아니며, 그 의미에서는 입법적 규칙과는 달리 행정법규(administrative statute)라고 할 수 없다. 비입법적 규칙은 사인이나 행정에 일정한 안내(guidance)를 부여하는 것이나 사인을 법적으로 구속하는 것이 아니다. 그러나 현실적으로는 입법권한을 위임받은 행정기관이 규칙을 작성하는 경우에 그 규칙이 입법적인가 비입법적인가는 애매한 경우가 많다. 그 이유는 ①양자가 사인에게 부여하는 실제의 영향은 동일하며, 사인 측에서도 양자를 그다지 구별하지 않고 유효하고 올바른 것으로 받아들이고 있다는 점, ②입법적 규칙에서나 비입법적 규칙에서도 제정법의 해석을 행하거나 재량권의 행사에 관하여 규정하고 있으며, 법적 효과의 점에서 양자를 구별하는 것이 곤란한 점등을 지적할 수 있다.

#### ○ 입법정보(立法情報)

입법에 있어서는 우선 당해법률의 필요성, 합리성, 당해법률제정의 시의성 등을 판단하기 위하여 다양하고 다량의 관계정보를 수집할 것이 필요하다. 그러한 정보로서는 ①입법화의 대상이 되는 정보 또는 그러한 문제의 경위, 상황에 관한 정보이다. 이것은 법률이라는 국법형식을 정립하는 것이 필요한가에 관한 정보의 문제이다. 즉 법이라는 국가의 강제력을 배경으로 한 실시가 필요한가, 법이라는 일반적인 규범을 정립하는 것이 그 정책목적으로 부터 필요한가라는 관념이며 그 필요성이 인정되지 않으면 입법으로 이행하지 않는다. 특히 여기에서 유의하여야 할 것은 그 정보 가운데 국회에 있어서 질의 및 이익단체 등에 의한 진정 이외의 것은 특정집단의 이익이나 정책으로 하지 않고 개별적인 이익으로 부터 “중립적인 성질”을 가져야 한다는 점이다. ②관련제도 또는 관계대응책의 경위, 실정에 관한 정보이다. 여기에서는 당해법률안이 국회에서 심의되는 이상 과거의 국회에 있어서 질의나 국회의 부대결의 등에 관하여 지적된 사항이 중요한 의미를 지닌다. ③보다 현실적인 입법화의 적시성 등 정치적 판단에 관한

정보이다. 정보는 법률로서의 “현실성”과 직결하는 문제이다. 그 내용은 정의에 적합하고, 법규범으로서 필요하다더라도 실행이 가능한 것이어야 한다. 또한 널리 국민에게 받아들여지는 것이어야 한다. 나아가 국민의 법감정에 적합하며 합치할 것이 요구된다. 또한 입법에 즈음하여 일반적인 법률 기타 지식의 인식이 필요하다.

이것은 법률이라는 절차를 취하는 것이 정책목적에 상응하는 것인가, 내용은 정의나 헌법에 적합한 것인가, 취하려는 법수단·법기술은 합리적이며, 법체계상 모순은 없는가 등을 인식하는 것이다. 이를 긍정할 수 없으면 입법 이외의 다른 수단을 취하던가 적어도 그 내용을 변경하지 않으면 안된다. 이러한 정보의 필요성의 문제는 법률안의 작성 및 국회에서의 심의의 양면에서도 발생하며 또한 정보가 필요한 것에 부수하여 그러한 정보에로의 접근방법 또는 수집된 정보의 취사선택의 방법의 필요성이라는 문제도 발생하게 된다.

### ○ 입법정책(立法政策)

입법의 내부적 과정을 주도하는 것은 목적이다. 그러한 목적을 달성하기 위하여 법률을 제정하고 국가 및 국민의 행동을 규제함으로써 사회질서를 유지하고 제도를 형성한다. 그 목적에 적합한 것처럼 합리적으로 그 규제의 방법을 모색하는 것이 입법에 있어서 “정책”, 입법정책이다. 따라서 입법정책이란 입법에 있어서 국가적·사회적 목적의 추구이며, 그 합목적성을 확보하는 합리적 사유이다. 즉 입법정책은 “실정법을 기초로 하여 법의 이념을 실현시키려는 목적의식적 행위”로서, 그것은 실정법을 기초로 하여 무엇이 법의 이상인가의 인식을 전제로 한다. 그러나 정책은 그대로 입법으로 또는 법률안의 입안과 결부되거나 이행하는 것은 아니다. 정책 가운데 어떤 부분이 법률안의 입안으로 이행하는 것이다. 환언하면 정책을 법적인 관점에서 정리하고, 입법으로 하여야 할 것과 그렇지 아니한 것을 구분하여 그 가운데 입법화하여야 할 것이 법률안으로서의 형태를 취하게 되는 것이다. 정책을 형성하고 법률안을 입안한다는 것은 형성된 정책을 그대로 입법화한다는 것을 의미하지는 않는다. 정책 가운데에서 입법화할 것

과 그렇지 아니한 것을 분리선택하여 그 내용을 법적인 관점에서 검토하고 정리하지 않으면 안된다.

따라서 법률안의 내용으로서 하여야 할 사항을 법적 관점에서 정리하고 종합하는 것을 입법정책이라고 한다면, 그 입법정책을 통하여 수립된 내용을 체계적·구체적으로 실시하는 것을 “입법계획”이라고 할 수 있다. 즉 입법계획은 입법정책을 통하여 도출된 입법의도를 효율적으로 또한 계획적으로 정립하려는 시도를 의미하며, 나아가 개별적 입법행위를 어떻게 계획적으로 또한 합리적인 기준에 따라 형성할 것인가라는 점을 그 과제로 한다. 결국 입법정책은 법관이 사건의 법적 처리에 즈음하여 개개의 구체적 사실 가운데에서 법규의 적용에 필요한 특정의 법적 사실을 “선택·구성”하는 것처럼 입법자도 또한 복잡다양한 사회적 사실의 가운데에서 불필요한 이물질을 제거하고 “법적 규율에 필요한 충분한 만큼의 법적 사실을 선택하고”, 그것을 유형으로 “파악하고 구성하는” 것이 필요하다는 의미에서 입법적 판단의 과학화·객관화를 도모하기 위한 하나의 방법론(Methodik)이라고 할 수 있다. 이러한 입법정책의 수립·전개를 입법에 있어서 기본적인 요건으로 함으로써 입법시에 발생하는 입법의 불비·결함을 사전에 방지하게 되는 것이다.

#### ○ 입법정책형성의 주체(立法政策形成의 主體)

입법정책의 형성은 다양한 과정을 거치므로 이에 관여하는 사람, 조직, 기관, 사회적인 요소도 다양하다. 그러나 그것은 단지 복잡하게 얽혀있는 것이 아니라 입법정책을 형성해 가는 경우에는 중심이 되는 핵이 있으며 그 중심에 각종의 힘, 요소가 상호 영향을 부여하면서 진행해 간다. 그 중심은 정책의 발단으로부터 입법까지의 전과정을 통하여 거의 변경되지 않는다. 그와 같이 입법정책형성의 전과정을 장악하는 것이 여기에서의 입법정책형성의 주체이다. 그런데 이 주체는 입법으로 향하여 움직이는 주체이므로 법안을 입법기관인 국회에 제출할 수 있는 자 또는 적어도 그 권능에 커다란 관계를 가지는 자로 한정할 수 있다. 물론 법률안제출권을 지니고 있지 않더라도 입법정책의 형성에 참여할 수 있으나, 그러나 그것은 주체



의 정책형성과정에 관계하고 영향을 부여하는 제요소의 하나로 위치할 수 있는 것이며, 입법정책을 책임지고 형성하는 입법정책의 중심에 있는 주체라고 할 수는 없다. 여기에서 말하는 입법정책형성의 주체란 ①법안제출권을 가지거나 그것을 실질적으로 행사할 수 있는 입장에 있는 자이며 ②입법정책의 형성으로부터 입안, 의회의 심의까지 즉 입법과정의 전체에 걸쳐 책임을 지고 추진하며 또한 전과정을 장악하는 자, 입법과정을 주체적으로 담당하는 자라고 할 수 있다. 따라서 여기에서 말하는 “입법정책형성의 주체”와 “입법의 주체”는 그 의미가 다르다. 즉 입법의 주체란 법률을 제정할 수 있는 권한, 즉 입법권과 관련된 관념인데 반하여 입법정책형성의 주체란 법률안의 입안에서 의회에서의 심의에 이르기까지 입법의 전과정을 책임지고 추진하는 자를 말한다.

이와 관련하여 입법의 주체를 입법의 본래적 주체와 입법의 종속적 주체로 구분하여 전자는 헌법상 일반적·추상적으로 법률의결권을 가지는 합의체의 국가기관인 국회를 의미하며, 후자는 법률안의 의결 즉 입법의 본래적 주체의 의사결정을 목표로 하여 그를 수행하는 권능을 가진 입법수행자로서 발안권·동의권·질의권·토론권을 가지는 자로서의 의원·위원을 의미한다는 견해도 있다. 이러한 의미에서 입법정책형성의 주체, 즉 주된 참여자(Hauptbeteiligte)는 우선 법안제출권을 가지는 정부와 의회가 된다.

우선 어느 국가를 막론하고 입법정책은 관련분야의 업무를 담당하고 있는 행정부에 의하여 주도적으로 수행된다. 행정부가 입법정책을 주도할 수 있는 요인으로는 ①정부의 행정조직은 대부분의 일상적인 공공업무를 수행하면서 국민들의 일상생활에 밀접한 관련을 맺고 있다는 점, ②특정한 분야의 업무에 전념함으로써 축적한 전문성, ③행정조직의 계속성, ④관련분야의 업무수행과 관련한 이해관계자와의 상호협력의 토대가 어느 정도 확보되어 있다는 점등을 지적할 수 있다. 실제로 정부자체가 주도권을 가지고 정책제시, 입안을 행할 수도 있으나, 정부제출의 법안은 거의 각 행정청이 각각의 소관사항의 범위내에서 분담하여 입안한 것이다. 즉, 입법정책의 형성·법안입안의 과정의 거의 전부를 각 행정청이 장악하고 있다는 점에서 정부외에 정책형성의 주체로서 각 부처도 들지 않을 수 없다.

아울러 행정부의 수반 특히 대통령제 정부형태하에서는 대통령이 입법정

책형성과정에서 결정적인 역할을 거둔다. 대통령은 제1의 입법자(Chief Legislator)로서 입법의 주도권을 장악하고 있으며, 입법과정에 있어서도 중심적인 역할을 수행한다. 특히 입법정책의 형성에 있어서 대통령은 연두교서 등 일련의 국정연설을 통하여 입법의 권고를 행함으로써 법안의 우선순위를 제시하여 입법정책의 형성에 결정적으로 참여한다. 또한 대통령은 입법적 리더들과의 접촉, 국민들과의 접촉 등 입법과정에 여러 중요한 영향력 있는 자원을 이용하여 입법정책의 기초를 형성하는 등 입법정책의 형성과정에 결정적인 역할을 수행한다.

의회는 입법권을 통하여 강력한 입법정책을 추진할 수 있다. 우선 의원은 원칙으로 개개인으로 법안을 제출할 수 있으므로 개개의 의원이 입법정책형성의 주체가 될 수 있다. 원내의 조직인 위원회도 입법정책형성의 주체가 될 수 있다. 나아가 의원에 관해서는 각각의 의원이 소속하는 정당 또는 회파가 관계한다. 정당은 정책을 중심으로 하는 집단인 이상, 정책과 분리하여 존재할 수 없다. 정당은 국민의 여론과 행정부를 연계시킬 뿐 아니라 특히 내각책임제 하에서는 행정부가 정당의 지도나 영향에 좌우될 정도로 상호간의 관계는 밀접하다. 또한 의회에 있어서 의원의 입법활동은 소속정당의 정책에 의거하는 것이고 중요한 의제에 관하여 의원은 거의 당규와 당의를 따르게 되어있는 것이 현실이다. 그리고 의회내의 정당지도자는 소속의원들의 활동에 관한 판단과 방향제시를 담당하고 있다. 이와 같이 정당이 당기구를 통하여 입법정책형성에 미치는 영향이 크기 때문에 정책형성·입안은 확실히 정당에 본질적인 것이며, 법안제출권은 없으나 실질적으로 입법정책형성의 주체인 것은 말할 것도 없다.

입법정책의 형성은 위의 공식적 주체가 중심이 되어 추진하는 것이나, 그 주체만이 담당하는 것은 아니다. 특히 국가의 입법과정에서는 밀접하게 당해 입법내용에 이해관계 있는 자, 단체, 조직 등이 존재하며 이들 이해관계자가 입법정책에 여러 모습으로 참여한다. 이들은 상호 영향을 미치면서 입법정책형성과정에서 각각의 역할을 한다. ①입법정책에 참여하는 비공식적 주체로서 “이익단체”가 존재한다. 이익단체는 입법정책과정에 개입하고 자기의 이익을 실현하기 위하여 입법정책을 유도하며 작용한다. 또한 이들은 그들의 입법목적에 위해 의원들이나 정당의 지도자 또는 간부와 접

근하여 입법정책형성에 영향을 미치기도 한다. ②“여론”도 입법정책형성의 비공식적 주체가 된다. 여론은 또한 언론매체와 밀접하게 결부되어 있으며, 언론매체는 여론을 형성하고 지도하며 여론을 체현하는 등의 기능을 한다. ③“일반국민”도 입법정책형성의 주체가 될 수 있다. 다만 일반국민이 구체적으로 입법정책의 형성에 어떠한 영향을 미치는 가는 파악하기 어렵다. 그러나 국민주권의 원칙상 공공성이 강한 성격을 가지는 입법정책에 관해서는 국민이 실질적 결정을 행하는 것이 원칙이다. 정책결정과정에서 국민이 참가하는 기회를 될 수 있는 한 폭넓게 보장하는 것은 국민주권의 원리로부터도 요청되는 것이다. 그러나 현실의 국민 가운데에는 그러한 과정에 참여할 수 있는 주체는 극히 소수에 불과하며, 또한 정책결정의 국민참가원칙의 구체화가 민주적인 결정과 결부된다는 보장도 없다. 그럼에도 불구하고 공정한 절차로 적극적인 민의를 수렴할 수 있는 길을 모색할 수 있는 방법을 고안할 필요성은 있다.

#### ○ 입법청문회(立法聽聞會)

입법청문회·공청회제도는 입법과정에 있어서 법안과 관련된 이해관계자 또는 학식·경험이 있는 자로부터 의견을 청취함으로써 법안과 관계되는 정보를 제공하고, 또한 법안을 심의하는 의원들에게 국민의 의견과 지식을 알게하고 그 운영에 따라서는 국민들에게 입법에 관한 관심을 높임으로써 정치참가의 기회를 제공한다. 그리고 각 이익단체의 이해조정을 통하여 갈등을 해결하는 수단으로서의 기회를 제공한다. 그리하여 입법청문회·공청회는 입법을 생산하는데 필요한 자료와 의견이 제시될 수 있도록 공개토론회의 형식을 취한다. 이 때에 정부의 전문가, 이익단체대표, 의회의 관련 의원과 일반인들은 제안된 입법안의 장점과 단점을 위원회에 알리는 기회를 가지게 된다. 그 결과 입법청문회·공청회는 그 안건에 관한 입법역사의 일부분이 되며, 또한 이익단체와 행정기관의 그 안건에 대한 견해를 포함하는 기록을 남게 되는 것이다.

우리 나라에서는 입법청문회·공청회와 관련하여 행정절차법상의 의견청취제도외에 국회법에서 국회의 위원회에서 심의하는 중요한 안건 또는 전

문지식을 요하는 안건을 심사하기 위하여 공청회를 열어 이해관계자나 학식·경험자로 부터 의견을 들을 수 있고(국회법 제64조), 증인·감정인·참고인으로부터 증언·진술의 청취와 증거의 채택을 위한 청문회를 열거나(동법 제65조) 안건과 관련 있는 위원회끼리 연석회의를 열 수 있도록 규정하고 있다(동법 제63조). 이러한 제도는 국민의 입법과정에서의 참가의 한 형태로서 전문가의 의견, 증인·감정인·참고인의 증언이나 진술 등을 수렴하여 입법과정의 민주화와 효율화를 기하려는데 있다. 특히 국회에서의 입법공청회·청문회는 위원회중심주의를 취하는 국가에서 필요한 정보를 수집하는 역할을 하며, 행정부와의 관계에 있어 견제와 감독을 통하여 균형을 유지할 수 있는 중요한 제도라고 할 수 있다.

그러나 국민의 다양한 의견수렴장치로서 현행 제도상 인정되고 있는 공청회·청문회는 과거보다 매우 활발하게 이루어지고 있으나, 아직도 형식적인 면에 그치고 있는 실정이며 특히 입법의 사전단계에서의 공청·청문, 즉 입법에 필요한 사실을 확인하는 장치로서 입법과정상 중요한 부분을 차지하는 입법공청회·청문회는 아직도 보편화되지 못하고 있다. 선진국가의 입법과정에서는 어떠한 법안이 심의되는 과정에서 공청회·청문회를 거치지 않은 예는 극히 드물며, 특히 미국과 같이 청문회가 보편화되어 있는 곳에서는 입법청문회가 대부분을 차지하고 있다. 따라서 우리의 경우에도 입법과정에 국민의 다양한 의견이 수렴되어 입법에 즈음하여 필요한 자료와 의견들이 제시되는 입법공청회·청문회제도를 활성화하여야 할 것이다. 물론 입법공청회·청문회에서 제출된 의견들은 대부분 의견제출자의 개인적 이해관계를 반영하는 것이기도 하므로 이를 그대로 입법에 반영하기는 곤란할 것이다. 이 점에 관하여 의견제출자의 과도한 기대를 불식시키고 의견의 반영절차가 번거롭다고 하여 입법공청회·청문회를 불신할 것이 아니라, 입법공청회·청문회제도는 입법과정에 있어서 널리 일반국민의 의견을 청취하는데 그 의의가 있으므로 국민이 일반적 관심을 가지며 이해관계자 또는 학식과 경험이 있는 자로부터 의견을 들을 필요가 있다고 인정되는 법안에 대해서는 적극적으로 이를 개최하여야 할 것이다.

그리고 종래 공청회나 청문회를 개최함에 있어서 진술인 등의 선정, 그 의견의 공평성에 의구심을 가질 정도로 정당간의 시나리오에 따라서 각당

파의 추천진술인 등이 각각의 당파의 당해법안에 대한 기본적 견해의 범위 내에서 일방적으로 의견을 진술하는 등 추천당파이외의 인사들에게 설득력을 가지지 못하는 점이 지적되곤 하였다. 따라서 입법공청회·청문회에서 진술인 등의 선정에서는 의견진술 등을 신청한 자와 그 외의 자중에서 법안에 대한 찬성·반대와 각계각층을 고려하여 한편에 치우치지 않도록 균등한 기회를 부여하여야 할 것이다. 아울러 지방자치의 본격적인 실시로 인하여 주민의 의견을 반영시키기 위한 지방공청회를 중요조례·규칙안에 관해서는 이를 적극적으로 추진하도록 하는 제도적 장치가 마련되어야 할 것이다.

**【참조】 입법예고(立法豫告)**

○ **입법체계(立法體系)**

일반적으로 “법과정”이란 법체계를 구성하는 법규범의 태양 및 법기관의 작동과 그를 둘러싼 인간과 조직의 법행동의 총칭이라고 표현할 수 있다. 따라서 이러한 법과정의 관념에서 입법과정을 정의한다면 그것은 입법체계를 구성하는 입법의 태양 및 입법기관의 입법의사형성의 과정과 그를 둘러싼 인간과 조직의 입법행동을 의미하는 것으로 파악할 수 있다. 즉 입법부를 헌법에 의해 규정된 형식적인 의회적 기관(Parliamentary bodies)의 구성원으로서 선거되는 개인들의 집합이라고 정의한다면, 그러한 개인들이 입법부 그 자체의 내부와 외부에서 인출되는 규범적 기대의 점에서 상호작용하는 사회체계를 입법체계(Legislative System)라고 할 수 있다. 입법체계에서는 단순히 입법자들 뿐 아니라 정치과정가운데 어떤 역할을 지니며 또한 그들과 상호작용하는 입법부 이외의 정치적 행위자들 -선거구민, 압력단체, 로비스트, 집행부, 행정관료, 정당 등- 이 포함된다. 그러므로 이러한 입법체계의 견지에서 볼 때 입법과정은 시간(time)과 공간(space)에 있어서 일정 시점으로부터 다른 시점으로의 입법체계에 있어서 운동을 의미하는 것이 된다.

**【참조】 입법과정(立法過程)**

## ○ 입법판단(立法判斷)

어떤 정책을 실행하려는 경우 과연 그것이 법률을 필요로 하는가 필요하다면 어떠한 내용인가를 판단할 필요가 있다. 정책실행을 위한 입법화의 요부 및 입법화하여야 할 경우에 그 법률의 내용판단을 입법판단이라 한다. 입법판단의 기초에 있는 것은 사회에 있어서 인간의 각종 활동기준 가운데 법이라는 형식을 취하여야 하는 경우는 무엇인가, 즉 법이라는 도구를 사용하는 적부의 판단기준은 무엇인가라는 점이다. 정책을 실현하는데 법률로서 하는 경우와 그렇지 않은 경우의 구분은 어떠한 원칙에서 하는 가라는 점이다. 어떤 정책의 입법화에 관해서는 개개의 정책마다 조건의 차이가 있는 것은 당연하나, 그러나 입법화의 요부와 그 내용의 규정방식에 관한 공통의 판단기준과 논점이 있다. 입법학에서 이 부분에 대한 연구 성과는 매우 미흡한 실정이다. 입법판단은 정책자체의 적부를 직접 판단하는 것이 아니라 오로지 법률이라는 성질을 인식하여 그것이 정책의 실시수단 또는 정책의 명확화수단으로서 부합하는가 또한 부합하는 것이기 위해서는 어떻게 구성하면 좋은가를 묻는 것이다. 입법의 적부의 판단을 통하여 정책의 적부의 판단에 이르는 것도 당연하나 입법판단은 그 주된 관심이 정책의 측이 아닌 법률의 성질면에 있다는 점에서 법정정책판단 내지 법정정책학과 다르다.

입법판단중 입법의 요부의 판단과 입법내용의 판단은 서로 부합한다. 그러나 그 상관은 입법내용이 권리제한인 경우에는 입법이 필요하다는 추상적 차원의 상관으로서 그로부터 권리제한의 구체적 내용과 입법의 요부가 상관하는 것이 아니다. 또한 권리제한이외에 일정한 급부조치를 강구하는 정책의 경우 그것이 기존법과 모순하기 때문에 모순해소를 위한 입법조치를 요하나, 어떠한 급부조치가 기존법과 모순하는가를 일반적으로 말하기에는 어렵다. 그것은 개별적 판단을 요하기 때문이다. 다만 기존법이 일반적으로 어떠한 급부조치를 강구하고 있는가를 어느 정도 추상화하는 것은 가능하며, 그것이 가능하다면 입법내용과 입법의 요부의 판단의 상관은 더욱 구체화된다.

입법판단은 어떤 정책의 실현을 법률이라는 형식으로 하는 것의 적부 및

법률내용의 적부의 판단이며 그 정책의 실현 그 자체의 적부의 판단(사회적 경제적 기타 각 영향을 고려하여 정책의 적부를 판단하는 것: 정책판단)과는 구분한다. 입법판단은 그 정책자체가 실현될 수 있는가의 여부를 직접 묻는 것이 아니다. 정책자체의 적부판단(정책판단)으로부터 그 실현 방법까지 널리 연구하는 학문을 정책학이라 한다면 정책학은 입법판단을 그 일환으로서 포함하는 넓은 개념으로서 이해한다. 정책판단과는 구별된 입법판단이라는 개념을 둔 이유는 다음과 같다. ①입법이 아니면 실현할 수 없는 정책이 있다. 여기에서 반드시 입법에 의하여야 하는 정책(필요적 입법정책)과 입법에 의하지 않더라도 좋은 정책(임의적 입법정책)이 구분된다. ②입법의 구체적 내용에 관한 법률상의 한계가 있다. 권리제한의 정도, 방법에 관해서는 법률에서 한계를 확정하며 기존법과의 정합성도 정책의 적부의 판단과는 별도로 오로지 법률상의 판단으로 확정한다. 이 두가지 점은 정책자체의 적부의 판단과는 독립된 입법판단이라는 개념이 존재함을 의미한다.

입법판단과 정책판단이 구별되나 양자가 접근하는 경우도 있다. 오로지 권리제한을 하는 정책의 경우 그 법률화에 즈음하여 제한의 정도는 입법판단이지만 그 한도내의 어떠한 제한을 선택하는가는 입법판단임과 동시에 정책판단이 된다. 어떤 정책이 일부법률과 관련된다고 하여 그 전부를 법률학만으로 판단하는 것은 오류가 있으나, 또한 반대로 예컨대 경제적 요소를 강하게 지닌 것이라 하여 법률학이 검토를 포기하는 것도 잘못된 것이다. 그 일부에 관해서 행해진 입법판단은 정책전체에 관한 정책판단에 뒷받침되어야 한다.

입법판단과 입법기술사용과는 동시에 행해진다. 예컨대 법률화하려는 정책내용이 기존의 관련조항간에 모순이 발생하는가의 여부를 검토한 후 관련조항을 개정하여 새로운 정책을 실시할 것인가의 판단 또는 관련조항의 특례로서 합리적인 설명을 할 수 있는 등의 판단이 행해지며 그 후 비로소 하나의 신법률의 내용이 결정되게 된다. 그러나 양자는 구분되는 경우도 있다. 기존조항관련분석은 우선 정책의 적부를 도외시하여 소여의 정책과 현행법과의 관련을 객관적으로 명확히 하는 것이다. 관련분석은 가치판단으로부터 중립이라는 의미에서 기술적인 것이다. 입법기술적으로 복잡곤란

하다는 것만으로 입법판단에 영향을 미쳐서는 아니된다. 현행제도를 근본적으로 개혁하려는 정책을 취하면 관련분석은 복잡하게 되며 관계자도 다수가 되는 것이 당연히 예상된다. 이 예상단계에서 그 정책의 도입을 주저할 수도 있다. 입법기술적으로 복잡곤란하더라도 이와는 별도의 입법판단으로서 실시하여야 할 정책은 실시하여야 한다. 그러나 거꾸로 양자가 완전히 독립한 개념으로 보는 것은 아니다. 입법기술을 일방적으로 무시하는 것은 타당하지 않다. 또는 정책이 선결된 이상 단지 기술적으로 관련조항의 정리를 하거나 법문을 작성하면 된다는 것도 아니다. 정책은 그 적절한 표현을 함으로써 비로소 명확히 위치된다. 그리고 표현기술과 기존조항관련분석기술에 의해 거꾸로 정책이 변경되기도 한다.

**【참조】 입법정책(立法政策)**

○ 입법평가제도(Gesetzesevaluation)

입법평가제도(Gesetzesevaluation)란 과학기술시대에 있어서 생활관계의 복잡화의 결과 국민의 모든 생활영역에서 지나친 법화가 촉진되며, 그 결과 법의 실효성 저하, 법의 수용도 저하 및 법의 지도성 저하 등을 우려하면서 법화의 원인 및 결과를 법정정책적 관점에서 포괄적으로 분석함으로써 입법의 질을 높이려는 하나의 제도라고 할 수 있다. 입법평가에 관하여는 입법학의 분야에서 이미 다양한 관심을 가지고 그 중요성도 인식되어 왔으나 충분한 연구는 행해지고 있지는 않았다. 그러나 최근에 이르러 입법학의 연구방법론이 어느 정도 구체화되면서 이 문제에 대한 학문적 관심이 높아지고 있으며, 독일, 스위스 등 입법학이 하나의 학문영역으로 구축된 곳에서는 이미 실무에서도 입법평가제도를 도입·시행하고 있으며 최근에는 유럽통합에 즈음하여 EU차원에서도 이 제도의 도입을 추진하고 있다.

일반적으로 평가(evaluation)의 개념에 관해서는 어떠한 기본적인 합의가 없는 실정이며, 그 의미는 시대와 함께 확장되어 최근에는 어떠한 정책의 사전단계(기획입안단계)부터 사후단계까지 각각에 있어서 분석하는 활동일반을 포함하는 것으로 이해되고 있다. 즉, 그것은 목적, 목표, 개입



이론, 실시과정, 결과, 성과 및 효율성을 명확히 하기 위한 체계적인 사회조사활동이라 할 수 있다. 또한 입법평가제도는 법의 실효성의 관점을 중시하는 법사회학, 비용과 효용의 관점을 중시하는 법경제학의 기법을 입법에 포섭하여 입법행위의 실시, 효과에 관한 과학적 분석을 행하는 것이라 할 수 있다. 입법평가는 입법에 대한 비평과는 다르며 단순한 통계와도 다르다. 또한 판결에 대한 효과를 연구의 대상으로 할 수도 있으나 입법평가는 그 대상을 입법에 한정한다는 점에 특징이 있다. 입법평가는 입법에 우선하여 장래의 입법을 위하여 행해지는 미래전망형(prospective) 평가와 이미 행해진 입법에 대한 과거회고형(retrospective) 평가가 있다. 이를 위하여 시뮬레이션기법, 게임이론, 경험적 조사 및 비용편익분석 등이 사용된다.

입법평가는 세 가지의 기능을 가진다. 첫째는, 입법의 합리화기능이다. 법해석학에 있어서는 법률은 합리적인 것이라는 점을 전제조건으로 출발하나, 입법학은 법률의 합리성은 도달하여야 할 목표가 된다. 입법평가제도는 입법의 합리화를 위한 절차로써 과도한 규율을 제거하고 자원의 명확화와 손실을 제거함으로써 기본적으로 향상되고 간소하며 간단하게 이해할 수 있는 규율체계를 가능하게 한다. 둘째는, 정책의 타당성과 정당성기능이다. 정부정책의 정당성은 종래 합법성과 합리성에 의거하였으나 오늘날에는 민주적 참가와 평등이 요구되고 있으며, 나아가 결과의 타당성과 그것을 지지하는 과학성이 요구되고 있다. 입법평가는 결과와 집행에 대한 예견가능성을 측정하는 기능을 가진다. 마지막으로 입법평가는 입법의 통제에도 이바지하는 기능을 가진다. 입법평가제도는 여론, 의회에 의한 정치적 통제외에 행정적·재정적·사법적 통제의 도구가 될 뿐 아니라 입법과정을 투명화함으로써 입법자의 의사결정을 지원함과 아울러 비판적인 기능을 거두게 된다는 것이다.

입법평가제도는 정책학의 분야에서 이론화·체계화되고 있는 정책평가(Programm Evaluation)의 이론을 입법학의 분야에 응용·도입한 것이라 할 수 있다. 일반적으로 입법평가는 평가시기를 중심으로 할 때 사전평가, 부가평가 및 사후평가의 3단계로 나누어진다.

평가유형	대 상	입법과정에서의 중점단계	사용용어
사전평가	○ 규율필요성분석 및 규율대안모델에 대한 심사분석	○ 사전적 ○ 구상단계(규율의 도, 규율안의 제 안)	○ P r o s p e c t i v e Gesetzesevaluation ○ P r o s p e c t i v e Gesetzfolgenabschätzung (GFA) ○ P r o s p e c t i v e Rechtswirkungsforschung (RWF) ○ Wirkungsprognose
부가평가	○ 효력최적화, 비용편 익관계, 지속성, 이 해가능성, 집행유용 성, 시민에 대한 친 숙성 등의 관점에서 의 초안심사	○ 사전적 ○ 초안단계(행정부 안의 제출, 의회 제안)	○ b e g l e i c t e n d e Gesetzesevaluation ○ b e g l e i c t e n d e Gesetzfolgenabschätzung (GFA) ○ b e g l e i c t e n d e Rechtswirkungsforschung (RWF) ○ Wirkungsprognose ○ Entwurfprüfung
사후평가	○ 법령의 목표달성 실 증, 무수정·수정· 폐지 또는 신규제정 의 추론	○ 사후적 ○ 적용단계	○ r e t r o s p e k t i v e Gesetzesevaluation ○ r e t r o s p e k t i v e Gesetzfolgenabschätzung (GFA) ○ r e t r o s p e k t i v e Rechtswirkungsforschung (RWF) ○ Wirkungskontrolle

【참조】 입법비용분석기법(立法費用分析技法)

○ 입법학(Gesetzgebungslehre)

입법학이란 어떻게 하면 법적 규범에 의하여 사회상태에 가장 바람직한 영향을 부여할 수 있는 가라는 시각에서 입법적 판단의 방향을 탐구하는 학문영역이라 할 수 있다. 또한 입법자가 관심을 가지고 있는 문제에 대해

학문적으로 근거가 제시된 선택의 기준을 마련함과 동시에 법률이 수범자에게 적합하도록 하는 것, 즉 법률이 최소한 이해관계에 있는 자에게도 인식될 수 있게 법률을 정식화하고 형성하는 것이라 할 수 있다. 현대사회에 있어서 사회적 정의의 실현을 위하여 국가가 시민생활에 광범하고 적극적으로 배려·개입하게 됨으로써 국가에 의한 서비스의 제공, 사회계획, 경제통제, 재화의 재분배 등을 위한 중요한 수단으로서 법적 도구가 동원되고 있다. 이러한 법의 정책화 내지 행정화라고 불리우는 경향이 현저함에 따라 일정한 정책목표의 실현을 위한 수단으로서 색채가 짙은 입법의 비중이 높아지고, 국가의 시민생활에의 관여에 있어서도 입법의 역할이 비약적으로 확대되고 있다. 또한 국가기능이 날로 확대되는 추세에 있는 시점에서 일상적인 일이 법률의 형식을 통해 결정·집행되는 경우가 많아지면서 법령의 수와 양이 끊임없이 증대하면서 일반국민은 물론 전문가들조차 법률의 내용을 자세히 알 수 없게 되어 가고 있다. 아울러 법적인 쟁점이 정치적·도덕적·사회경제적인 성격의 쟁점과 복잡하게 얽혀있는 것이 일반화된 오늘날의 입법에서는 법적 사고의 현대적 재편성이 불가피하게 요청되지 않을 수 없는 것이다. 이러한 시점에서 입법에 대한 학문적 지식을 체계적으로 파악하고 습득할 수 있는 과학적으로 연구하는 학문체계를 수립하는 것이 절실히 요구되면서, 종래의 해석법학에 대한 반성, 특히 법학교육에 있어서 지금까지의 법의 제정자, 제작자가 아니라 오로지 법의 사용자, 즉 그 적용자·해석자의 양성에만 노력하여 온 데 대한 반성으로서, 어떻게 한다면 법적 규범에 의해 사회상태에 가장 바람직한 영향을 부여할 수 있는 가라는 시각에 입각하여 정교한 법해석학에 필적할 수 있는 법의 제작학, 입법론(Gesetzgebungstheorie) 또는 입법학(Gesetzgebungslehre, Gesetzgebungswissenschaft)이라는 새로운 학문영역을 불가결한 학문영역으로서 수립할 필요성이 제기되었다.

입법학은 종래의 법해석학으로 구성된 법학에 정책적·경험적 문제제기와 태도관점이라는 새로운 원리를 부가하는 실제적 법학으로서의 종합법학(Gesamten Rechtswissenschaft) 내지 통합과학(Integrationswissenschaft)이라고 할 수 있다. 다만 입법의 사회적 타당성·과학성·학문성을 실현하기 위한 실천적인 방법을 연구하는 “실용법학”으로서의 입법학을 성립시키려

는 노력에도 불구하고, 입법학은 아직 생성중의 학문이기 때문에 그 대상 영역과 과제를 검토하는 시각은 매우 다양하게 전개되고 있는 실정이다. 그러나 일찍부터 입법학을 하나의 학문체계로 구축한 독일 등의 국가에서는 입법학의 대상영역과 과제를 설정하는데 있어서 우선 국가적 법정립에 관한 포괄적 학문의 연구영역을 구축한 다음 제기된 과제를 분업적으로 극복할 수 있는 가능성을 제시하고 있다. 따라서 전통적인 학문 또는 이론적인 출발점에 의거하여 개념적으로 또는 입법의 특정기능에 한정하여 그 연구대상영역을 설정하는 것이 아니라 전체사회과정으로서의 입법을 그 대상으로 하여 입법의 원칙에서부터 구체적인 개별 법규범의 제정상황, 그리고 입법의 사회적 제조건에 이르기까지 전반적인 내용을 입법학의 대상으로 다루고 있다.

입법학의 연구영역은 크게 “이론적 영역”과 “실제적 영역”으로 크게 구분할 수 있다. 이론적 영역은 입법학문의 학문적 완성을 위한 가능성을 모색하려는 분야로서 입법이론(Gesetzgebungstheorie), 법정책학적 논증론(Theorie der rechtspolitischen Argumentation), 입법 및 법률구상에 관한 방법론(Methodik der Gesetzgebung und der Gesetzeskonzeption) 등으로 다양하게 표현되고 있으며 나아가 입법에 관한 보편적인 원칙을 발견하려는 입법의 원칙에 대한 논의도 이론적 영역에 속한다. 실제적 영역은 주로 “입법과정론”, “입법전략론”, “입법기구(제도)론”, “입법기술론”, “입법방법론” 등을 포함한다.

#### ○ 입법행동론(legislative behavior theory)

입법연구에 있어서 정치학에서의 정치행동론(political behavior)의 기법을 채용하여 입법부의 행동적 측면과 제도적 측면을 연관시키는 연구를 입법행동론이라 한다. 즉, 입법부란 헌법에 의하여 규정된 형식적인 의회적 기관의 구성원으로서 선거되는 개인들의 집합이라는 개념구성을 가지고 입법부의 형식적인 규칙, 절차, 조직 뿐 아니라 의원들이 입법부 그 자체의 내부와 외부로부터 어떠한 역할을 가지며, 그들과 상호작용하는 입법부외의 정치적 행위자, 선거구민, 압력단체, 로비스트, 집행부, 행정공무원, 정당 등의 역할을 분석하는 연구를 말한다. 이러한 입법행동(legislative

behavior)연구의 대상은 두 가지의 유형으로 분류할 수 있다. 첫째로는 입법시스템의 특성에 관한 연구로서 legislative settings, legislative contexts, legislative capacity, legislative consequences, legislative diffusion patterns 등에 관한 연구와 둘째로는 입법자의 역할지향과 정책 또는 쟁점과 관련한 그들의 태도분석에 관한 연구가 있다. 입법행동을 설명하기 위해서는 단순히 입법자 자신의 성격, 태도 및 목표등 뿐만 아니라 그들이 소속하고 있는 정당의 영향력, 선거구민의 의견 나아가서는 입법부의 구조 등에까지 각종 변수를 고려하여야 하며, 이를 하나의 이론체계를 가지고 다루는 것은 불가능하다. 따라서 입법행동연구에 있어서는 역할이론(role theory), 유인이론(incentive theory), 권력이론(power theory), 시스템분석(systems analysis) 등 다양한 분석기법을 원용하여 상호 보완적으로 연구한다. 입법연구, 특히 입법부에 관한 연구의 유형을 살펴보면 다음과 같다.

유형	관심대상	중심개념	설문	추론	조사방법
제도론적 연구	의회제도 구조 및 기능	제도 입법절차	기술적 분류적 평가적 처방적 설문	형식적 법적 논리적 역사적 주관적 판단	각국의회 사례연구 법적문서 선례기록
과정론적 연구	입법과정 결정작성 기능	권력 영향력 대표	사실적 설명적	귀납적 경험적	각국의회 사례연구 의회기록 관찰
행동론적 연구	의원 태도 행동 입법결정	대표 입법 정치시스템	사실적 기술적 관계적 설명적 이론적	논리적 경험적 귀납적 연역적 경험적	각국의회 사례연구 교차적 비교연구 자료

**【참조】 입법과정(立法過程)**

○ 자연적 정의의 원리(自然的 正義의 原理)

자연적 정의의 원칙은 공정한 절차 내지 적절한 절차가 문제되는 모든 경우에 적용되는 법원리로서, 일반적으로는 “어느 누구도 자신이 관계하는

사건의 재정자가 될 수 없다(Nemo iudex in causa sua)”와 “상대방 당사자의 주장을 들어라(Audi alteram partem)”를 기본적인 내용으로 한다. 영국의 법원은 행정권의 행사가 사인의 법적 권리 내지 지위를 좌우하는 모든 사건에 관하여 자연적 정의의 원칙을 적용하여 왔다. 그 내용인 “공정한 청문을 받을 권리”는 자기에게 불리한 사실 내지 증거에 관하여 고지를 받을 권리, 자기에게 유리한 증거를 제출할 권리 및 이들에 관하여 주장을 할 권리라고 할 수 있다. 그리고 이 원칙의 적용을 통하여 법원은 공정한 행정절차를 위한 법전에 유사한 것을 창출하여 왔다. 그런데 자연적 정의의 원리가 행정의 행위에 대하여도 적용되는 가라는 문제가 있다. 사인의 권리·자유를 좌우하는 행정의 결정이 이른바 불이익처분인 경우에는 그것이 법관이 피고인에게 형벌을 과하는 경우와 유사한 성격을 가지고 있다. 그러한 행정의 행위를 준사법적(quasi judicial) 행위라고 부를 수 있으며, 여기에서도 자연적 정의의 원리를 준수하여야 할 것으로 본다. 그러나 계획의 책정과 실시와 같은 새로운 유형의 행정의 행위에 대하여 이 원칙이 적용될 수 있는 가라는 점에 대하여는 사법적 행위와의 유사성을 전제로서 고찰하는 것이 용이하지 않다. 특히 정책적·공익적 판단을 요소로 하는 행정의 행위는 사법적 행위와는 현저히 그 성질을 달리하는 것이다. 따라서 그곳에서 자연적 정의의 원칙을 준수하여야 할 것이라고 요구하는 것은 곤란하다.

여기에서 자연적 정의의 원칙의 적용유무와의 관련에서 “준사법적”이라는 용어에 대하여 검토할 필요가 있다. 판례는 단순히 사법적 행위도 행정적 행위도 같이 자연적 정의에 따라야 한다는 것은 아니다. 즉 행정의 행위중에 사법적 요소를 발견하고 모든 사법적 행위는 자연적 정의의 원칙에 따라야 한다는 전제하에 “사법적 요소를 가지는 행정의 행위는 자연적 정의의 원칙에 따라야 한다”는 것이다. 따라서 어떤 행정의 행위가 자연적 정의의 원칙에 따라야 하기 위해서는 “사법적”인 성격을 가질 것을 요한다. 그리고 사인의 권리를 침해하거나 처벌을 수반하는 행정의 행위는 사법적이 되는 것이다. 이와 같이 사인의 권리에 영향을 미치는 모든 권한행사가 사법적이 된다면 “행정적”이라는 용어는 사실상 아무런 의미가 없게 된다. 그래서 행정적 권한이나 사법적 권한인 것처럼 행사되는 것, 즉 자연적 정

의의 원칙에 따라 행사되어야 하는 것을 형용하는 어구로서 “준사법적”이라는 용어가 사용되기에 이르렀던 것이다.

### ○ 자원배분규범(資源配分規範)

근대국가의 역할은 야경국가라고 일컬어지는 것처럼 방위·경찰·재판운영 등 기본적으로 소극적 사후구제적인 것에 한정되었다. 법시스템도 종교의 자유 등의 자유권적 인권과 평등한 참정권을 보장하고, 사회통제와 활동촉진이라는 기본적인 기능을 거두고 입헌민주제와 자유경쟁시장의 원만한 작동을 외적으로 보장한다면 그것으로 충분하였다. 그러나 현대국가는 모든 시민에 대해서 단지 법적·정치적 차원에서의 형식적인 자유와 평등만이 아니라 사회·경제차원에서의 실질적인 자유와 평등도 실현하기 위하여 사회경제생활에 적극적으로 배려·개입하고, 사회적 정의의 관점에서 자유경쟁시장의 폐해를 시정하려 한다. 그 상징적인 법적 표현이 생존권을 필두로 하는 사회적 기본권이 삽입되기에 이르렀던 것이다.

현대국가의 역할도 모든 사람들에게 최저생활수준을 보장하기 위한 사회적 서비스의 제공자, 계약·재산의 자유의 제한 내지 경제권력의 부당한 집중의 완화 등 경제활동의 규제자, 공익사업을 중심으로 각종 공기업을 경영하는 기업가, 경제활동의 공·사부문간의 공정과 균형을 유지하는 심판자로서의 역할이 중시되면서 법시스템의 수비범위도 계약의 공정한 확보, 균형있는 형벌·손해배상의 부과라는 교환적 내지 교정적 정의만이 아니라, 사회경제적인 이익과 부담의 적정한 할당이라는 배분적 정의로까지 확대되고 있다. 현대법시스템은 경제활동의 규제에 한하지 않고 사회보장, 생활환경의 정비, 교육·공중위생 등에 관한 공적서비스의 제공, 각종보험이나 조세에 의한 재화의 재분배 등 시민의 사회경제생활의 질적 향상을 지향하는 다종다양한 공공정책의 실현을 위하여 중요한 수단으로서 널리 사용되기에 이르렀던 것이다. 법의 이러한 현대적 기능을 자원배분기능이라고 한다.

여기에서 자원배분기능이란 각종의 자원·재화·서비스의 관리·조장·배분에 사회적 정의를 필두로 배분적 정의의 관점에서 계획적으로 관여하

는 것이다. 이러한 기능을 지닌 법령은 행정법과 세법 등 공법외에 노동법, 사회보장법, 경제법, 공해환경법, 소비자보호법 등 공법과 사법의 융합영역에 많다. 자원배분적 법령은 시민과 기업에 일정의 행동양식을 취할 것을 지향하거나, 공권력행사를 규제하거나 또는 시민상호간의 자주적인 이해조정과 분쟁해결을 촉진하는 기능을 지닌다. 자원배분기능은 그 한에서는 사회통제기능과 활동촉진기능과 중복되고 있다. 그러나 사회통제나 활동촉진이라는 기능은 주로 형법이나 민법 등 고전적인 보편주의형 법을 통하여 입법에 의한 사전적·일반적 규제와 사법에 의한 사후적·개별적 규제라는 모습으로 확일적으로 실현된다. 그에 대해서 자원배분기능은 특정의 사회경제적 목적의 달성을 위한 수단이라는 성질을 지닌 관리형 법을 통해서 각종 행정기관에 의한 적극적인 사전·사후 및 일반적·개별적인 규제나 지도 등의 모습으로 탄력적으로 실현되는 수가 많으며, 사회통제나 활동촉진이라는 기능의 실현양식과는 중요한 차이가 발견된다.

자원배분적 관리형 법의 증대는 근대법에서 현대법으로의 전개에 가장 중요한 특징으로서, 법의 정책화 내지 행정화를 추진하며, 근대법시스템하에서 형성된 법의 기본적인 특질과 구조의 변용을 초래하는 원동력이 된다. 최근의 자원배분적 법령은 이른바 기본법 내지 계획법에 의해서 정책목표가 개괄적으로 제시되고 각정책의 실시에 즈음한 기관의 조직·권한이나 활동의 기준·절차를 구체적으로 규정하는 각종 법령이 제정되는 방식을 취하는 것이 많다. 형법이나 민법 등 고전적·보편주의형 법은 시민에 대해 구체적인 권리나 의무를 명확히 규정하고, 권리침해나 의무위반에는 사법적 규제나 강제력의 발동을 예정하고 행위규범과 재판규범이라는 중층구조로서 작동한다. 그에 대해 자원배분적인 관리형 법령은 시민에 의해서 직접 준수되거나, 법원에서 일반적으로 적용되는 것을 반드시 예정하지 않은 규정이 많고, 각정책의 실시에 있어서 기관의 조직·권한이나 활동의 기준·절차를 정하는 조직규범을 중심으로 작동한다. 그 때문에 자원배분적 법령에는 이른바 국가의 정책목표 내지 정치도덕적 의무를 정하는 등 개개의 국민에게 구체적인 청구권을 보장한 것이 아닌 규정이 많다.



## ○ 자주입법(自主立法)

국가의 입법권에 의거하여 국가의 입법권에 유보되어 있는 사항에 관해 정립되는 법을 “국가법”이라고 하는데 대해 지방자치단체가 자치단체에 부여된 자치법정립권에 의거하여 자기의 사무에 속하는 사항에 관하여 정립하는 따라서 당해자치단체의 목적·기능에 의한 일정한 제약을 받는 법을 “자주법”이라 한다. 자치권의 내용으로서의 자치입법권을 인정하는 취지는 자치권에 속하는 사항은 이를 지방의 입장에서 지방의 특수성을 고려하여 처리하는 자치단체자신의 규제에 맡기는 것이 보다 합목적적이라는 점에 있으므로, 조례는 본래 당연히 그 지방자치단체의 자주입법으로서의 성격을 가진다고 할 수 있다. 조례의 성질을 이와 같이 파악하는 경우 현행법 제하에서 자치단체의 조례는 헌법에 직접 근거를 둔 지방자치권에 의거한 자치입법으로서, 각자치단체의 법규·자치법규이며 원칙으로 자치단체의 구역내에서만 통용된다. 따라서 전국적으로 통용되는 국가의 통치권에 의거한 국가입법과는 그 성질을 달리한다.

여기에 대해서는 “조례의 자치입법성에서 국가법과는 법적 본질과 효력을 달리하는 자주법이라는 견해에는 수긍할 수 없다. 자치입법과 자주법, 국가입법·국가법과 국법(국법질서전체)은 사이비 개념인 것이다. 『국법』이 이른바 국가질서로서 국가의 사법권·사법재판소에 의하여 적용이 보장되는 국가의 현행법을 의미하므로 각자치단체의 지방자치권과 지방자치조례가 직접 헌법상 근거에 의해 보장되고 있는 국가에서는 조례는 자치입법·자치단체법규임과 동시에 『국법』·국가의 현행법을 이룬다고 이해할 수 있다. 국법질서·『국법』은 이미 국가의 법규 내지 국가로부터의 위임입법이 아닌 것이다. 자치단체의 자치입법이 『자주법』이라는 점에서 국법으로서의 효력을 당연히 지니지 않고 『국가법』·법령보다도 본질적으로 효력이 하위에 있다고 생각하는 것은 그 헌법적 보장성에 상응하지 않는 것이다. 현실적으로 조례별칙이 국가의 사법재판소에 의해서 보장될 뿐 아니라 조례를 필두로 한 자치법규의 전부가 행정처분의 취소소송 기타 민사소송에서도 국가의 현행법·국법으로서 적용이 보장되고 있는 것이다. 그 점에서 자치입법과 국가의 법령은 국가의 『국법』·현행 실정법으로서 동질적이

라고 할 수 있다. 따라서 조례를 『자주법』이라고 하여 국가법보다 국법적 효력이 하위에 있다고 생각하는 것은 이제 적절한 것이 아니라고 할 수 있다”라는 견해도 제시되고 있다.

조례를 자주입법으로 파악하는 견해는 지방자치단체의 자치권보장에 충실하고자 하고 자치권의 신장을 통하여 자치제도의 활성화 내지 내실화를 강조하고자 하는 측면이 잠재되어 있다. 즉, “자치입법 제정권의 근거는 헌법자체에 존재하는 것이므로 법률에 의한 수권을 필요로 하지 않는다. 즉, 지방자치법에 조례의 제정에 관한 규정이 있고 기타 법률에 조례의 제정에 관하여 규정하고 있는 것은 그에 따라 새로이 조례제정권을 부여하는 것을 규정한 것이 아니라, 오히려 헌법자체에 의거하여 그 권능을 전제로 그 범형식을 명확히하고 그 규정사항의 범위를 다른 범형식과의 관계에서 확정하는 것을 의도한 것”이라 한다. 따라서 이 점에서 조례는 국가법으로서의 명령과 다르다고 본다.

즉, “명령은 법률의 위임에 의거한 것이며 법률의 위임은 본래 법률로 정하여야 할 사항의 일부를 명령의 형식으로 정하는 것을 인정하고 그 명령에서 정하는 바가 법률의 보충으로서 국가법으로서의 효력을 가지는 것을 의미하는데 대해, 조례는 가령 법률의 위임에 의하더라도 법률의 보충으로서 국가법으로서의 효력을 가지는 것이 아니라 자주법정립의 위임을 의미하는데 그치기 때문”이라고 한다. 그리하여 조례와 명령은 넓게는 헌법과 법률하에 존재하는 것이나, 조례는 지방자치단체의 자주법으로서 정립되는 것인데 대해 명령은 법률과 같이 직접 국가법으로서 정립되는 것으로 본다. 법률과 명령은 “같은 영역, 같은 기반위에 타당하는 법”이며 제도상 입법권과 행정권과의 권한배분의 결과 발생한 구분에 불과하며, 반면 법률과 자주법인 조례는 “다른 영역, 다른 기반위에 타당하는 법”이며 국가와 자치단체의 권리의 배분의 결과 발생하는 구분에 불과하다고 한다. 따라서 조례제정에 관해서 통상의 행정입법이 법률의 개별적·구체적 수권에 의거하여 그 위임의 범위에서 한정적으로 인정되는데 반해 조례제정은 개별적인 법률의 위임을 필요로 하지 않는다는 점에 본질적으로 다른 성격을 가지는 것이라 한다.

그러한 의미에서 조례자주입법설의 견해에서는 우리 헌법 제117조제1항

의 “법령의 범위안에서” 조례를 제정할 수 있는 규정은 자치사무에 관하여 아무런 의미가 없는 규정으로 보거나 극히 완화하여 해석하며, 지방자치법 제15조단서의 규정도 조례제정권을 근거지우는 수권규정이 아니라 헌법규정에 따라 조례의 명칭·형식·규정사항의 범위 등을 단순히 확인하는 것에 불과하다고 본다. 따라서 헌법이 지방자치단체의 조례제정을 “법령의 범위안에서” 행할 수 있도록 한 취지는 조례는 국가의 현행 법령에 위반하여 제정할 수 없다는 법령우위의 원칙을 규정한 것이지, 법률의 위임이 있어야 제정할 수 있다는 법령유보의 원칙을 정한 것은 아니라고 한다.

【참조】 조례(條例), 조리해석론(條理解釋論)

### ○ 자치사무(自治事務)

조례로서 규정할 수 있는 사항은 지방자치법 제15조의 사무, 즉 지방자치단체가 그 권능으로서 처리할 수 있는 사무를 말한다. 그리고 지방자치단체의 사무와 관련하여 지방자치법 제9조제1항에서는 “지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다”라고 규정하여 지방자치단체의 사무의 종류와 범위를 규정하고 있다. 여기에서 “자치사무”란 그 지방자치단체의 고유사무를 뜻하며, “법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무”란 위임사무를 의미한다. 지방자치단체의 사무를 자치사무와 위임사무로 구분하는 것은 주민자치와 단체자치에 대한 개념구분이 서구의 자치법사상에서 발생되었듯이 이 자치사무라는 개념도 국가이전의 사회로부터 전래된 사무라는 지방권사상에 기초하고 있고, 오늘날의 현대 민주정치이론과 부합하지 않을 뿐 아니라 실제에 있어서도 자치사무와 위임사무를 명확히 구분하기에는 많은 어려움이 있다. “자치사무”란 지방자치단체가 자기의 책임과 부담하에 주민의 복지증진을 위하여 처리하는 사무로서 지방자치단체의 본래적 사무라는 의미에서 고유사무라고도 한다. 자치사무에 관해서는 당해자치단체가 그 시행여부를 자주적으로 결정할 수 있음을 원칙으로 하나, 법령에 의하여 사무처리의무가 부과되는 경우도 있어서 자치사무를 임의적 사무(수의적 사무)와 필요적 사무로 개념상 구분하기도 한다. 임의적 사무란 당해자치단체가 그 시행여

부를 임의적으로 결정할 수 있는 자치사무를 말하며, 필요적 사무란 법령에 의하여 그 시행이 자치단체의 사무로 되어있는 자치사무를 말한다.

자치사무에 관해서는 현행 지방자치법 제9조에서 예시적 열거주의를 채택하여, ①지방자치단체의 구역·조직 및 행정관리 등에 관한 사항(11개 종류) ②주민의 복지증진에 관한 사무(10개 종류) ③농림·상공업등 산업진흥에 관한 사항(14개 종류) ④지역개발 및 주민생활환경시설의 설치·관리사무(15개 종류) ⑤교육·체육·문화·예술의 진흥에 관한 사무(5개 종류) ⑥지역민방위·소방사무(2개 종류) 등 6개분야 57개 종류를 규정하고 있다. 다만 지방자치법은 동법에서 예시하고 있는 사무를 지방자치단체의 사무로 하되 법률에 이와 다른 규정이 있는 경우에는 그러하지 아니하도록 규정하고 있다(동법 제9조제2항단서). 이는 동법에서 예시하고 있는 지방자치단체의 사무중 어느 것을 법률이 국가나 다른 지방자치단체 또는 공공단체의 사무로 규정하고 있는 경우에는 당해 지방자치단체의 사무에서 제외된다는 것을 의미한다.

“위임사무”는 다시 단체위임사무와 기관위임사무로 구분되는 바, 전자는 지방자치단체의 본래의 사무가 아니고 각 개별법령 또는 조례의 규정에 의하여 국가 또는 타지방자치단체로부터 위임받아 처리하는 사무를 말한다. 이 단체위임사무는 일단 지방자치단체에 위임될 경우 자치사무와 마찬가지로 자치단체의 사무로 취급된다. 다만 법률상 중앙의 통제범위가 자치사무에 비하여 넓고 경비를 국가가 일부 부담한다는데 차이가 있으나, 현행 지방자치단체가 수행하는 사무중 단체위임사무는 극소수이다. 한편 후자는 법령의 규정에 의하여 국가 또는 상급자치단체로부터 지방자치단체의 장에게 처리를 위임한 사무로서 그 성질상 지방적 이해관계보다 국가적 이해관계가 큰 사무로서 지방자치단체의 집행기관은 국가의 하급기관으로서의 지위에서 그 사무를 처리한다고 할 수 있다. 기관위임사무에 관해서는 지방자치법 제93조에서 “시·도와 시·군 및 자치구에서 시행하는 국가사무는 법령에 다른 규정이 없는 한 시·도지사 및 시장·군수 및 자치구의 구청장에게 위임하여 행한다”라고 규정하고, 동법 제94조에서는 “지방자치단체의 장은 당해 지방자치단체의 사무와 법령에 의하여 그 지방자치단체의 장에게 위임된 사무를 관리하고 집행한다”라고 규정하고 있다. 여기에서 “시·

도와 시·군 및 자치구에서 시행하는 국가사무” 내지 “법령에 의하여 그 지방자치단체의 장에게 위임된 사무”가 기관위임사무를 의미한다. 또한 국가사무를 지방자치단체의 장에게 위임하는 근거는 정부조직법 제5조제1항 및 그 하위법령의 하나인 “행정권한의위임및위탁에관한규정” 제4조에서 규정하고 있다.

자치사무와 위임사무는 그 구분이 모호할 뿐 아니라 지방자치단체가 처리하고 있는 국가사무의 비중이 높아 사무구분의 실익은 적다고 하겠으나, 현행 지방자치법 제155조(지방자치단체의 사무에 대한 지도·지원), 동법 제156조(국가위임사무, 시·도위임사무처리에 대한 지도감독) 및 동법 제157조의2(국가위임사무에 대한 직무이행명령)의 규정에서 보는 것처럼 위임사무는 자치사무와 달리 국가 또는 시·도의 지도와 감독의 범위에 차이가 있을 뿐 아니라 행정사무감사 및 조사대상에 있어서도 지방의회는 기관위임사무에 대해 원칙적으로 행정사무감사나 조사를 실시할 수 없기 때문에(동법 제36조제3항), 현실적으로 사무구분이 필요하다고 하겠다. 또한 위임사무는 위임기관에서 원칙적으로 경비보전을 하여야 하는 등 경비부담의 주체를 명확히 한다는 측면에서도 그 구별의 의의가 있다.

**【참조】** 기관위임사무(機關委任事務)

### ○ 자치입법의 기능(自治立法의 機能)

자치입법은 자치단체와의 관계에서 살펴보는 경우 지역진흥의 수단으로서의 기능을 거둔다. 지방적인 문제는 전국적인 문제가 되기 전에 신속하게 지방적으로 대응하여 해결할 것이 요구된다. 한편 지역적으로 다양성이 있는 문제에 관해서는 전국일률적인 법적규제로서 처리하는 것이 곤란할 수도 있으며 그러한 문제에 관해서는 구체적인 지역의 실정에 즉응한 규제가 요구된다. 어느 경우에도 지역특유의 문제나 수요를 가장 잘 파악할 수 있는 입장에 있는 지방자치단체가 직접 행정책임을 지는 체제가 필요하며 자치입법권도 이러한 지방적 문제를 지방적으로 해결하기 위하여 적절하게 행사되어야 한다. 특히 최근에는 지역경제의 활성화가 국정운영상의 기본과제로서 부각되고 있는 시점에서 중앙정부가 지역경제활성화 등의 구체적

인 시책내용의 수립에 즈음하여 지방자치단체에 창의적인 지혜를 요구하는 경향이 있다. 또한 지역복지 등의 분야에서도 지역중심의 시책화가 중요하며 지방자치단체의 실정에 적응한 시책이 주목되지 않을 수 없는 상황이 발생하고 있다. 그러한 의미에서 지역진흥을 위한 지방자치단체의 시책은 결국 자치입법을 통하여 구체화되며, 자치입법은 지역의 발전을 선도하는 기능을 거둔다.

자치입법은 자치행정의 근거·지침을 제시한다. 자치단체가 독자적으로 주민의 권리 등을 규제하는 데에는 나름대로의 근거가 필요하다. 물론 행정지도 등을 통한 경우도 고려할 수 있으나, 의회의 의결을 거친 조례가 더욱 합법성과 법적 안정성을 보장해준다. 또한 자치입법이 없으면 자치행정을 수행할 수 없지는 않으나, 조례의 존재에 의해 그 방향성이 보다 명확해지고 구체화된다. 특히 조례의 제정에 있어서는 지방자치단체의 대의기관인 지방의회의 의결을 거치도록 되어 있으므로 그에 기인한 구체적인 시책에 있어서도 의회의 협력을 도모할 수도 있다. 그리하여 자치입법은 자치행정의 근거와 준칙을 명확히 하는 기능을 가지며, 나아가 자치단체의 행정의 개관가능성을 담보하는 기능을 거둔다.

자치입법은 행정의 계속성을 유지하는 기능을 가진다. 어떠한 시책이라 할지라도 자치단체장의 교체에 의하여 행정의 연속성이 유지되기 어렵다. 새로이 선출된 후임단체장이 정치적으로 반대의 입장에 있는 경우에는 그 경향이 현저하다. 그러나 그 시책을 자치입법을 통하여 전개한다면 그에 구속되므로 별로 관계가 없다. 일단 성립한 조례를 폐지하는 데에는 의회의 의결이 필요하므로 자의적으로 폐지할 수 없다. 그러한 의미에서 자치입법은 단체장의 교체에 따른 혼란을 방지하고 행정의 계속성을 유지하는 역할을 거둔다.

자치입법은 지역주민의 다양한 욕구와 이해관계를 조정하고 주민이 필요한 요구를 충족시킨다. 그것은 지방자치의 국가기관에 의한 관치행정과 비교하는 경우 주민과 밀접한 지방자치단체에서 처리되어 지방행정에 대해 주민의 의사가 반영되는 구조로 채용되고 있다는 점에서도 자치입법이 주민의 요구를 적절적으로 실현하는 것임을 알 수 있다. 특히 자치입법은 지역사회의 이해관계가 매우 복잡하게 되어 있는 사안의 조정을 도모하여 문

제를 해결할 수 있다. 특히 오늘날의 사회는 참가형, 분권형 사회로 변모하기 위한 구조조정의 시기에 해당하며, 지금까지 평등화를 추구하는 국민의 의식은 지역의 독자성보다도 전국적인 동일성·획일성을 지향하여 왔으나 지방자치의 금후의 지도이념은 평등으로부터 자유로 전환할 필요가 있으며, 자주적이며 자율적인 지방자치는 자유로운 주민이 주체적, 능동적으로 발상하고 창조하지 않으면 안된다. 금후 우리의 지방자치가 지향하는 것은 획일로부터 다양성의 추구이며 지역적 다양성을 여하히 보장할 것인가가 지방자치의 자유도를 측정하는 하나의 척도가 될 것이다.

전국적으로 일률적으로 적용되는 법령과 달리 자치입법은 자치단체마다 그 내용이 다양하다. 자치입법은 속지주의의 측면도 있으며 때로는 그 토지의 주민뿐 아니라 지역에 관계 있는 모든 자에게 적용된다. 이러한 주민의 권리를 제한하거나 의무를 과하는 이상 그 근거가 있어야 함은 당연하며, 자치입법은 이를 명확히 하는 기능을 한다. 자치입법은 그 핵심에 있어서 주민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 뿐 아니라, 자치단체의 주민에 대하여 계발·선도기능도 한다. 경우에 따라서는 주민의 생활태도나 사고방식에도 영향을 미친다. 자치입법은 살아있는 법으로서 일상생활 가운데 지역주민을 지배하고 있는 불완전하고 미성숙된 행위규범을 완전하고 성숙된 제정법으로서 이끄는 기능을 담당한다.

자치입법은 외부관계에서의 기능으로 국가법제의 종합기능을 가진다. 대부분의 법령은 국가의 행정조직을 그대로 반영하여 각각의 부서의 권한에 속하는 것만을 규정한다. 따라서 자치단체가 무엇을 수행하려는 경우에 관계하는 법령의 규제를 받는 것이 다수 불편하다. 자치입법은 자치단체라는 현장에서 법과 법을 연결하여 이를 종합화한다. 특히 중앙행정기관은 전통적으로 각부처의 소관사항에 따른 권한배분이 엄격히 규정되어 행정의 종합성의 확보가 곤란한 상황에 있다. 각부처는 각각의 부문별로 특화되어 소관부처의식이 강하여 종합적인 행정의 전개가 어려운 경향에 있다. 이에 대해 지방자치단체는 비교적 소규모의 조직으로서 행정조직상 주민으로부터 선출된 단체장이라는 단일의사하에 집행기관이 일체로서 조직화되고 있으며, 또한 그 하에 지역행정에 관련한 광범한 사무처리권한이 부여되어 있기 때문에 종합적인 시점에 입각하여 관계 있는 각분야에 걸쳐 행정상의

연대를 도모하면서 대처하는 조건이 정비되어 있다. 따라서 지방자치단체는 당해 지역에 커다란 영향을 미치는 국가적 시책의 전개에 즈음하여 지방자치단체가 지역의 이해의 대표가 됨과 아울러 지방자치행정이 국가의 사업추진에 커다란 역할을 거두고 있다.

자치입법권은 국가와 대립하기 위하여 부여된 것이 아니라 법령과 적절한 분담관계를 전제로 상호보완적으로 적용된다. 또한 국가의 법령도 국민의 수요가 복잡다원화하고 있는 오늘날 국가의 법령에 의한 일률적인 규제가 개개의 지역의 구체적 상황에 충분히 대응할 수 있는가에 대해서는 의문이 있으며, 국가의 법령에 의한 일률적인 규제로는 한계가 지적되고 있다. 이러한 점에서 입법면에 있어서 국가와 지방자치단체와의 새로운 역할 분담이 필요하다.

국가는 자치단체의 현장에서 일어나는 것이나 주민의 고민을 고려하지 않는 경우가 많다. 전국을 대상으로 하는 법은 새로운 움직임에 유연하게 적용하지 못하는 면이 있다. 이 경우 선도적인 자치입법은 전국적인 중요성을 지닌다. 자치입법은 그 성질상 당해 지방자치단체의 구역내에서만 효력이 미친다. 따라서 선도적, 선구적인 행정의 시도를 한정된 지방차원에서 시험적으로 실시하여 보는 것도 가능하다.

자치입법에 의하여 각각의 자치단체가 지향하는 방향을 국가에 호소할 수 있다. 기초자치단체에서는 상급자치단체에 대한 호소의 효과도 기대할 수 있으며 예산의 획득에도 유리하다. 자치입법이 존재하는 곳에 국가의 이해를 얻기 쉽다. 어떤 자치단체에서 선도적인 조례가 제정되는 경우 같은 문제를 가진 다른 자치단체에 널리 확산된다. 자치입법을 매개로 자치단체간의 담당자의 교류가 진행되고, 어떤 자치단체에서 자치입법이 제정되면 같은 문제를 안고 있는 다른 자치단체에서 자료를 수집하거나 정보를 교환함으로써 자치단체상호간에 교류가 이루어 지게 된다. 자치입법은 지역외적으로도 파급효과가 있다. 활력 있는 지역을 만들기 위해 자치입법이 거두는 역할은 크다. 자치입법은 지역외이 사람들의 지역에 대한 이미지를 제고시키고, 나아가서는 지역의 창의성을 확립하는 수단이 된다.

**【참조】** 조례(條例), 규칙(規則)



## ○ 재결(Adjudication)

미국의 연방행정절차법에서는 명령(Order)을 “규칙제정을 제외한 인가 행위를 포함한 행정기관의 최종적 처분의 전부 또는 일부를 의미하며, 그 형식이 긍정적, 부정적, 금지적 또는 선언적인 것을 불문한다”라고 정의하고 있다. 이 명령을 형성하는 행정기관의 절차과정을 “재결(adjudication)”이라 한다. 행정기관이 정책결정을 하는 경우 행정절차법에서는 재결 또는 규칙제정의 어느 절차에 의하여 행해진다. 재결과 규칙제정의 차이점을 비교하면 다음과 같다.

①고지와 참가(notice and participation)라는 점에서 규칙제정에서는 연방관보에의 공고가 요건으로 되어있다. 이에 의하여 이해관계인에 대하여 참가의 기회를 보장하게 되는 것이다. 반면 재결에는 공고가 요건으로 되어있지 아니하다. 그리고 규칙제정에서는 널리 제3자로부터의 정보를 획득함으로써 행정기관에게 폭넓은 시야를 부여하는 것을 목적으로 하나, 재결의 경우에는 참가자의 범위가 좁다.

②실시에 즈음한 능률성과 통일성(efficiency and uniformity in enforcement)의 관점에서 정책결정이라는 점에서 본다면 재결보다는 규칙제정이 시간 및 비용의 점에서 능률적이다. 정책의 통일성이라는 점에서도 마찬가지이다.

③장래적 적용(prospective application)에 관하여 일반적으로 재결은 소급적 효력을 지니며 규칙은 소급적 효력이 없다. 물론 규칙제정에서도 소급효를 수반하는 경우가 있다. 문제는 재결에 장래효가 인정되는가에 있다. 재결이 소급효를 가진다고 결정한 분명한 이유는 없고 공정성이 보장되는 경우에는 재결에 장래효를 인정하지 않을 이유도 원칙적으로 없으며, 그리고 재결에 장래효가 금지되고 있지 않는다면 정책결정의 수단으로 규칙제정이 유리하다는 이유도 없다. 그러나 행정절차의 재결에 대하여 엄밀히 장래효를 인정하는 것은 곤란하다.

④절차적 자유(procedural freedom)에 관하여 재결은 규칙제정에 비하여 엄격한 절차가 진행된다. 행정의 전문적 지식이나 경험에 관한 지식이 없었던 시대에는 재결은 정책결정의 정당성을 뒷받침하는 법형식으로서

존중되었다. 특히 개인의 자유가 포함된 경우에는 법원도 학자도 증거적 방법, 특히 반대신문을 공정하게 하는 기본적 요건으로서 뿐만 아니라 오류나 편견을 배제하기 위한 유일한 방법이었다. 그러나 자원의 배분과 경제운영등의 사례에서는 재결이 적절하지도 적당하지도 않다. 정책결정의 기초가 되는 입법사실의 경우 정책결정의 기법으로서는 규칙제정절차가 이 점이 많다.

⑤당사자에 대한 공정성(fairness to parties)의 면에서 엄격한 절차에 의하는 재결은 당사자에게는 공정한 것처럼 생각되나, 정책결정이라는 점에서 본다면 그러하지 않다. 어떤 사건의 재결이 하나의 정책의 결과로서 다른 유사한 사례에도 구속되면 그 사건에 참가하지 않았던 당사자에게는 명확하게 공정성을 결여하는 결과가 된다. 결국 당사자에 대한 공정성의 확보라는 점에서도 규칙제정이 유리하다.

결국 재결과 규칙제정을 비교하는 경우 정책결정의 절차로서는 규칙제정이 일반적으로 적합하다는 점에 대하여는 거의 명확하다. 그러나 행정절차법의 성립초기부터 그 점이 분명히 인식되었다는 뜻은 아니다. 오히려 1960년대중반에는 정책결정의 수단으로서 재결이 그 주류를 차지하고 있었으며, 그 이후부터 규칙제정이 일반화되었던 것이다. 그 이유로서는 우선 사회경제적 현상의 변화로 사법절차에 따르는 재결의 방법으로는 사안에 신속하게 대처하지 못하게 된 점이 주된 이유라 할 수 있다.

#### 【참조】 규칙제정(Rulemaking)

#### ○ 재위임(再委任)

재위임(Subdelegation)을 허용할 것인가에 대하여 위임자의 명문에 의한 위임이 없으면 재위임은 원칙적으로 인정되지 아니하며, 명문의 위임이 없는 재위임은 법적으로 효력이 없다는 견해가 지배적이다. 독일기본법 제80조제1항에서는 “위임받은 권한을 재 위임할 수 있음을 법률이 규정하고 있는 때에는 위임받은 권한의 위임을 위한 법규명령이 필요하다”라고 하여 재위임을 원칙적으로 허용하고 있다. 이 경우 ①수권받은 권한을 양도하기 위해서는 당해 법률에서 이를 규정하고 있거나 연방의 다른 법률을 통하여 전체적, 부분적 또는 보충적으로 위임을 허용하고 있는 것으로 인

식할 수 있는 경우에 한하여 인정된다. ②재위임은 법규명령에 의하여 부여하여야 한다. 따라서 재위임은 행정명령이나 행정행위에 의하여 부여할 수 없다. 결국 기본법 제80조제1항의 재위임의 문언은 입법자에게 원칙적으로 재위임의 가능성에 대한 입법재량권을 부여하는 한편 그에 상응하여 법률에 의하여 권한을 위임받은 첫 번째 위임자에게 재위임에 관한 선택권을 부여하고 있다. 재위임의 문제와 관련하여 연방정부, 연방장관 상호간에 상위서열에 있는 기관이 하위서열에 있는 기관에게 그 권한을 재위임하거나 주정부상호간에 상위서열의 주가 하위서열의 주에게 권한을 재위임하거나 또는 연방의 장관이 주에게 권한을 재위임하는 등은 원칙적으로 인정되지 아니한다. 재위임에 의하여 상위법에 규정된 권한을 침해하거나 상위법의 범위를 초과하여 권한을 확장 또는 변경하는 것은 인정되지 아니한다. 재위임과 관련하여 법령에 의하여 위임받은 사항을 하위법령에 백지위임하는 것은 실질적으로 수권법의 내용을 변경하는 것이 되기 때문에 이를 허용할 수 없으나, 위임받은 사항에 관한 대강을 정하여 재위임하는 것은 무방하다고 보고 있다.

우리 헌법재판소에서도 “법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 ‘위임받은 권한을 그대로 다시 위임할 수 없다’는 복위임 금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이다. 따라서 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다(1996.2.29. 94헌마 213)”라고 판시하고 있다.

**【참조】 위임명령과 집행명령(委任命令과 執行命令)**

### ○ 적법절차의 원칙(適法節次의 原則)

적법절차의 원칙은 미국헌법사에 있어서 인권보장을 위한 가장 중요한 헌법적 도구로서 사용되어 왔으며, 그 목표는 국가권력의 자의적인 행사로

부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는데 있다. 이 개념은 법원의 판례를 통하여 점진적으로 형성발전되어 왔으므로 이를 포괄적으로 정의하는 것은 사실상 곤란하나, 국가기관과 국민간의 충돌을 합리적인 적법절차를 통해 해결하는 법의 한 유형으로서 기본적 인권의 보장을 위한 자유와 정의의 기본원리 내지 질서화된 정의의 정수로 일컬어지고 있다. 적법절차의 원칙은 원래 형사절차상의 적정에 관한 문제에서 출발한 것이지만 절차일반의 적정의 문제로 전개되었고, 그 후 자유와 재산에 관련된 권력행사의 적정의 문제로 발전하였으며 다시 그 권력행사의 적정의 문제로 발전하였다. 그리고 이것은 다시 그 권한행사의 내용, 방식 및 목적 등의 자의나 불합리성에 적정한 합리성으로 발전하여 마침내 실체법의 문제로 발전하게 되었다. 그리하여 적법절차의 원칙은 입법, 사법 및 행정을 포함한 모든 국가작용의 행사에 있어서 절차뿐만 아니라 실체적 내용까지도 일정한 기준에 도달할 것을 요구하는 법원칙의 의미로서 사용되고 있다.

우리의 헌법재판소도 “현행 헌법 제12조 제1항 후문과 제3항은 적법절차의 원칙을 헌법상 명문규정으로 두고 있는데 이는 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하여 일반적인 법치국가원리 또는 기본권제한의 법률유보원리로서 정립되게 되었다”라고 하면서, “……현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며, 이는 형식적인 절차뿐만 아니라 실체적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있으며, 우리 헌법재판소의 판례에서도 이 적법절차의 원칙은 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용 특히 입법작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 있음을 보여주고 있다(1989.9.8. 88헌가6, 1990.11.19 90헌가48)”라고 판시하고 있다. 또한 “현행헌법상 적법절차의 원칙을 위와 같이 법률이 정한 절차와 그 실체적 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것으로 이해한다면, 그 법률이 기본권제한입법에 해당하는 한 헌법 제37조 제2항의

일반적 법률유보조항의 해석상 요구되는 기본권제한법률의 정당성 요건과 개념상 중복되는 것으로 볼 수도 있을 것이나, 현행헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다”라고 선언하여 적법절차의 원칙이 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련되든 관련되지 않든 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하고 있다.

그러나 적법절차의 원칙의 내용이 구체적으로 무엇을 의미하며 또 그 객관적 표시는 어떠한 것인가에 대해서는 명확하지 아니하나, 미국의 판례를 통하여 형성된 내용을 요약하면 ①자기의 생명, 자유 그리고 재산에 관하여 국가의 주의와 보호를 요구하는 권리, ②절차적으로 각개인의 권리와 자유에 영향을 미치는 국가행위에 대하여 당해기관이 일반적인 권한을 가짐과 동시에 입법절차와 제정된 법률의 내용이 구체적이고 명확하여야 할 것, ③문제된 행위에 관한 상대방에의 고지와 청문이 부여되어야 하되 변호인의 조력을 받고 반대신문과 피고의 주장과 유리한 증인의 강제소환등의 보장, ④권리와 의무를 규정하는 기관은 공정하게 구성되어야 하고 따라서 그 결정으로 금전적 이익이나 혜택을 특정하게 받을 것이 예상되는 자는 그 구성원의 자격이 없으며, ⑤그 결정은 정의의 원칙과 기본적인 헌법상의 이념에 입각하여 전단적·자의적이 아닐 것 등을 요구하는 내용이 라고 해석한다.

적법절차의 원칙은 단순히 절차적 차원의 적정성만을 요구하는 것이 아니고 적용된 법률의 내용이 합리적이고 정당한 법이어야 한다는 실체적 차원의 적정성까지를 그 내용으로 하는 것임을 인식하는 경우, 이는 추상적으로는 입법자에게 그리고 구체적으로는 법관에게 형성의 임무를 부여한다. 특히 입법자는 이러한 적법절차의 원리가 법률의 내용도 제한할 수 있다는 점을 유의하여야 한다. 다만 적법절차의 원칙이 일종의 불확정 법개념이기 때문에 구체적으로 어떠한 경우가 합리적이고 정당한 법률인가에 대해서는 명확한 기준을 제시할 수는 없으나, 적법절차의 이념적 요소로

제시되고 있는 내용등, 즉 개인의 권리를 보호하고 실현하기 위하여 확립되어 온 규칙과 원칙에 입각한 절차의 준수·시민과 정치제도에 기본적으로 존재하는 자유와 정의에 관한 기본원칙의 한계를 유지·법의 평등한 확보와 공정한 재판의 기회의 보장·일반 국민이 권리를 정상적으로 추구하는데 기본적이라고 인정되어 온 권리의 보장 등에 유의한 입법은 적법절차의 원칙을 구비한 입법이라고 할 수 있다. 헌법재판소도 이와 같은 견지에서 “피고인의 적법절차에 의한 공정한 공개재판을 받을 권리 등 중요한 기본권을 보장하는 법률규정에 대한 예외규정의 입법내용은 입법내용에 있어서 적용될 헌법상의 원리, 즉 적법절차의 원리에 적합한 합헌적이어야 한다. 그러므로 이 사건 법률조문은 그 규정내용이 그 적용범위에 있어서, 부득이한 필요성이 있는 사유이고, 그 필요성이 정당성 있는 경우로 국한하고, 합리적인 제약조건하에 적용범위가 최소한도에 그치게 하여, 정당성과 합리성을 갖춘 내용이어야 한다”라고 판시하고 있다(1995.3.23. 92헌가14).

#### ○ 적용외규칙제정절차(exempted Rulemaking)

미국연방행정절차법 제553조는 합중국의 군사 또는 외교상의 사항에 관한 기능, 행정기관내부의 관리·인사·공공재산·대부금(loans)·급부금(benefits)·계약에 관한 사항, 해석적 규칙·정책의 일반적 표명·행정기관의 조직·절차·실무상의 취급에 관한 규칙, 행정기관이 정당한 이유로 고지 및 고지에 의거한 공개절차가 실제상 불가능하거나 불필요 또는 공공의 이익에 반한다고 인정되는 경우 등을 적용제외로 하고 있다. 이들 분야의 규칙은 특별법이 아닌 한 고지나 의견제출절차를 거치지 않고 제정하는 것이 가능하다.

첫째, 합중국의 군사 또는 외교에 관한 사항에 대하여 규칙제정절차를 요하지 않도록 한 이유로는 행정기관의 업무부담을 증대시켜 그를 위한 비용이 증가하고 정부의 중대하고 예민한 행정집행의 기능을 지연시키게 된다는 점, 공중은 이러한 규칙제정에 관심이 희박하며 크게 공헌도 할 수 없다는 점, 그러한 규칙을 제외하지 않는 경우에는 규칙제정에 관련하는 행정기관과 직접 이해관계를 지닌 공중은 대립하는 입장에 서게 되므로 이

경우 공통의 문제에 관하여 최선의 해결을 위한 상호협력이 감퇴된다는 점, 공중은 군사 또는 외교상의 사항에 관하여 개별적인 권리를 가지 않으며 공중의 범위를 확정할 수 없다는 점, 제외사항을 폐지하게 되면 행정기관의 활동의 유연성을 박탈하게 된다는 점등을 지적하고 있다.

둘째, 행정기관내부의 관리, 인사에 관한 사항에서 내부관리란 단순히 행정기관내부로만 이해되는 것이 아니라 행정기관이 내부관리의 문제를 처리하기 위하여 설치한 각부처간의 위원회(interdepartmental committee)의 기능의 대부분도 포함된다. 이들 사항에 대하여는 연방관보에 공고하는 것을 면제하고 있으나 그 취지는 이들 사항이 행정기관에만 관계되며 일반 국민은 아무런 영향을 받지 않는다는 점이다.

셋째, 공공재산(public property), 대부금(loans), 보조금(grants), 급부금(benefits), 공공계약(public contracts) 등 일정한 재산상의 사항에 대하여 적용제외를 규정한 것은 이들 사항이 정책과정의 효율상 바람직하다는 점과 위에 열거된 사항은 권리라기 보다는 오히려 특권이므로 절차의 참가를 거부하는 것은 당연하다는 점이다.

넷째, 해석규칙, 정책에 관한 일반적 표명, 행정기관의 조직·절차 또는 실무상의 취급의 경우에는 행정기관은 고지를 필요로 하지 않으며 의견제출절차를 취할 필요도 없다. 따라서 행정기관은 해석규칙등을 만든 경우에는 단순히 최종적인 것을 공포하면 족하다. 해석규칙이나 정책의 일반적 표명 등은 입법적 규칙에 비하여 개인의 권리에의 실질적 영향이 적다는 점, 행정기관은 통상적 해석적 규칙의 공포 내지 일반적 정책표명에 의하여 스스로 정책을 명확히 하는데 관하여 재량권을 가진다는 점이다.

다섯째, 행정기관이 정당한 이유로 고지 및 고지에 의거한 공개절차가 실제상 불가능하거나 불필요 또는 공공의 이익에 반한다고 인정되는 경우에는 고지, 공개절차를 취할 필요가 없다. 따라서 이 경우 행정기관은 규칙을 임의로 공포할 수 있다. 다만 법은 이 경우 제정하는 규칙 중에 그 사실의 인정과 그 이유의 요지를 규칙 중에 기재할 것을 요구하고 있다.

**【참조】** 규칙제정(Rulemaking)

## ○ 적용적합성(適用適合性)

법령의 규정내용은 적용이 가능하게 체계적이고 논리적인 구성을 갖추어야 하며, 동등한 사실과 개념군은 상호 연관성 있게 동등하게 관련시켜 배열하여야 하고 구분되는 사실과 개념군은 별도로 배열하여야 한다. 단어선택에 있어서는 이해하기 쉽게 정식화하여야 하며, 가능한 한 해석의 여지를 허용하지 않는 단어를 선택하여야 한다. 또한 가능한 한 완전하게 이해할 수 있고 사안별로 한계를 명확히 설정하도록 하여야 한다. 불확정법개념의 선택은 불가피하게 필요한 경우에 한정하고, 일반조항 내지 재량조항은 하위법령에서 보완되어야 한다. 이들 전부를 적용적합성의 원칙이라고 한다. 이를 좀더 구체화하여 살펴보면 ①규제는 가능한 한 예외적인 경우에 한정하되, 또한 최소한도의 규제에 그쳐야 하며 확정된 내용을 빈번한 개정하거나 경미한 사안을 규제하는 것은 피하여야 한다. ②규율은 가능한 한 정형되고 망라적이어야 하며, 개별화는 최소한에 그쳐야 한다. ③다른 법령과의 관계를 비교하여 체계상의 균등성과 표현의 일관성을 고려하여야 한다. ④수치계산을 위한 수학적 공식을 표시할 경우에는 도표를 첨부하도록 한다. ⑤한시적 규율은 가능한 한 단기간으로 하여야 한다. ⑥특별한 권한이나 절차를 규정하는 형식은 무시되어야 한다. ⑦협력이나 동의를 조건으로 하는 내용은 필수 불가결한 경우에 한정하여야 한다. ⑧수범자에게 일정한 절차와 형식을 요하는 내용은 그 범위를 수범자가 명확히 이해할 수 있도록 표현하여야 한다.

적용적합성의 문제를 수범자친숙성, 탄력적 운용가능성 및 행정고객에 대한 사적 영역의 보호라는 측면에서 유의하여야 할 점으로는 ①법령에서 제시된 모든 규율의 명확성(특히 정의규정에 있어서 추론적으로 설정하는 것은 포기하여야 한다) ②표시, 기호 등의 일의성 ③규정체계상 적합한 구성을 구비할 것 ④표현의 명확성과 투명성 ⑤다른 법령과의 표현기술의 조화 등이다.

이리하여 입법자는 입법을 위한 실질적·내용적인 결정을 행하는 것이나 그 때 공식적인 결정을 도출하는 개개의 절차에 대하여 가능한 한 그것을 공개하고 그 결정에 이르는 근거를 가능한 한 상세히 공표할 것이 요청된



다. 그렇게 함으로써 법률의 규범내용에 관한 이해가 용이하게 되며 나아가 헌법재판소에 의한 입법자의사의 확정, 적절한 사후심사가 가능하게 된다. 입법은 입법자에 의한 문제점의 이해·인식으로 시작하며, 공식적인 결정으로서 종결하는 것이나 그러나 이 결정으로서 입법의 전과정이 완결했다고 볼 수는 없다. 그곳에서는 결정이 과연 타당한 것이었는가의 여부에 관하여 입법자 스스로가 사후적으로 심사하고 통제를 가하는 것이 기대되고 있는 것이다. 이 사후적 통제는 입법자가 그 일반적인 입법개선 의무를 다함으로써 법률의 시행상황에 관하여 수시로 점검함으로써 그리고 법원의 법령심사, 국민의 선거와 청원, 여론과 학계의 논의 등을 계기로서 거두어야 할 것이다.

#### ○ 적법성의 원리(le principe de légalité)

프랑스에서의 행정입법에 대한 통제는 사법적 통제가 가장 전통적인 것으로서 특히 행정재판소에 의한 통제가 효과적인 제도로 평가되고 있다. 프랑스의 행정입법에 대한 재판적 통제는 주로 국가원을 정점으로 하는 행정재판소에 의하여 실현되고 있으며, 특히 행정입법의 적법성의 심사를 목적으로 하는 월권소송이 가장 유력한 수단으로 되어 있다. 여기에서 적법성의 원리(le principe de légalité)란 행정의 행위는 법규범에 적합하여야 한다는 원리이며, 프랑스행정법이론의 골격을 이루는 기본원리이다. 집행적 결정(décision exécutoire)이 이 원리에 위반하여 법규범에 적합하지 아니한 경우에는 월권소송에 의하여 취소의 대상이 된다. 이 행정의 행위를 구속하는 법규범의 체계를 적법성블록(bloc de légalité)이라고 한다. 한편 집행적 결정이란 월권소송의 수리요건으로서의 대상적격을 확정하는 개념으로서 행정이 행하는 일방적 행위중 기존의 법률관계에 변경을 가하는 행위를 말한다. 이것은 법적 효과를 발생시키는 것을 목적으로 하는 행정의 의사표시라고 정의할 수 있다. 따라서 집행적 결정은 이른바 개별 구체적 처분행위뿐 아니라 기존의 법률관계에 변경을 가하는 것인 한에서 일반적 규범의 정립을 내용으로 하는 행정입법도 포함된다.

적법성의 원리의 실효성을 확보하기 위하여 프랑스에서는 위헌법률심사

를 행하는 헌법원과 적법성심사를 행하는 사법 및 행정재판소로 양분되어 있다. 그리고 재판소에 있어서 그것은 본안을 해결하기 위하여 어떤 행정입법이 법률에 적합한가의 여부에 대한 판단이 요구되는 경우에, 즉 본안에 대한 선결문제로서의 이 적법성심사를 필요로 하는 것이다. 그러나 프랑스형 권력분립론은 사법재판소가 행정권에 개입하여 행정의 행위의 의미를 해석하고 그 적법성에 관하여 판단하는 것을 금지하므로(행정사항에 관한 사법재판소의 무권한의 원칙), 행정행위인 행정입법의 적법성심사는 사법재판소의 권한이 아니라 행정재판소의 권한에 속하며 적법성심사소송이라는 행정소송에 맡겨지고 있다. 따라서 민사사건에서 소송당사자의 일방이 본안을 해결하기 위하여 당해법률관계의 기초가 되는 행정입법의 위법을 다투는 경우(위법의 항변 *exception d'illégalité*), 사법재판소는 본안심리를 중단하고 문제를 행정재판소에 맡겨 적법성심사소송에 의한 해결을 기다려야 한다. 다만 형사사건, 민사사건이더라도 기본적인 인권에 관련되는 행정입법인 경우에는 사법재판소에 의한 적법성심사가 행해지며 행정재판소의 적법성심사소송과 아울러 행정입법에 대한 규범통제로서 중요한 의의를 인정할 수 있다.

### ○ 적합성의 원칙(適合性의 原則)

적합성의 원칙이란 수단이 목적달성에 있어서 적합적이며 필요한 것, 그래서 목적과 수단이 무관계하지 아니한 점을 요청하는 원칙을 의미한다. 즉 그것은 목적(결과)에 대한 수단(원인)의 관념적인 인과성(Kausalität)을 심사하는 원칙이다. 적합성이란 실제로는 목적을 위한 수단의 예정된 인과관계로서 표현되어 진다. 즉 당해 수단의 도움으로 “바라던 결과가 촉진될 수 있는 경우”에는 그 수단은 적합적인 것이 되는 것이다. 그러나 이 인과성은 논리적으로 아직 존재하지 않고 있으므로 사전결단 내지 입법자의 예견이 가장 중요한 요소가 된다. 입법자가 적합성을 판단하는데 있어서 실제적으로 가장 중요하고 어려운 문제점은 어떠한 기준 위에서 적합성의 여부를 판단하여 입법을 할 것인가라는 점이다. 즉, 입법자가 그의 목적을 달성하기 위하여 여러 가지의 가능한 방법이 있는 경우에 그 중에서 어떠한

한 방법을 선택할 것인가에 대해서는 원칙적으로 입법자의 형성의 자유 내지 입법재량의 문제이나, 그 선택된 수단과 목적달성의 관계가 어떠한 경우에 위헌이 되는가의 문제이다.

이 점에 대해 독일에서는 그 선택된 수단이 목적달성을 위하여 “근본적으로 부적합하거나 또는 완전히 부적합한 경우”에는 위헌이 된다고 하면서, 목적에 대한 수단이 완전히 적합하여야 한다는 것은 요구하지 않고 있다. 즉 어떠한 수단이 그것에 의하여 의욕 하는 효과달성에 도움이 되는 것이라면 적합한 것이 된다고 한다. 그래서 독일연방헌법재판소는 기본권을 제한하는 법률들의 완전한 합목적성을 심사하는 것이 아니라, 오히려 추구된 목적을 장려하거나 부분적 실현을 이루게 되면 이미 적합성의 원칙에 충분한 것으로 보고 있다. 여기서에 그러한 효과가 이미 목적달성을 위한 조치를 결정하는 시점에 발생하는 것인가 또는 장기간에 걸쳐 발생하는가에 대해서는 묻지 아니한다. 따라서 입법자의 판단의 여지를 고려하더라도 처음부터 입법자의 목적을 달성하기에 부적합한 조치만이 위헌이 되는 것이다.

우리의 헌법재판소 판례에서도 “국가작용에 있어서 취해진 어떠한 조치나 선택된 수단은 그것이 달성하려는 사안의 목적에 적합하여야 함은 당연하지만 그 조치나 수단이 목적달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없는 것이다. 국가가 어떠한 목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나만으로서 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러 가지의 조치나 수단을 병과하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 과잉금지의 원칙이라는 것이 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없는 것이다. 물론 여러가지의 조치나 수단을 병행하는 경우에도 그 모두가 목적에 적합하고 필요한 정도내의 것이어야 함은 말할 필요조차 없다(1989.12.22. 88헌가 13)”라고 하여 어떤 목적을 달성하기 위한 수단을 입법자가 선택함에 있어 입법자에게 광범위한 우선적 평가권을 인정하는 한편, “……현재 그것이 전혀 목적에 적합하지 아니하다거나 따로 최소침해의 요구를 충족시켜 줄 수 있는 최선의 방법이 제시되어 있다가 아니면 쉽게 찾을 수 있다가나 함과 같은 사정이 없는 한에서는 토지거래허가제를 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 어긋난다고 할 수는

없다고 할 것이다”라고 하여 그 목적달성을 위한 수단의 채용에 있어서 독일의 판례와 비슷한 입장을 취하고 있다.

결국 입법자에게는 어떠한 조치 내지 수단이 목적을 달성하기 위해 적합한 것인가에 대해서는 입법자가 그 시각으로부터 가능한 모든 인식 수단을 전부 고려하여 판단할 수 있는 재량이 부여되어 있다고 할 것이나, 이 경우에도 입법자는 위의 헌법판례를 존중하여 수단과 목적사이에 일응의 인과적 연관을 고려하여 입법을 하여야 할 것이다. 목적달성을 위한 수단을 잘못 선택하여 입법을 하는 경우에는 그 법률은 민주적 정당성을 결여할 뿐 아니라 위헌성이 높은 법률이 되기 때문에 입법자는 항상 이 점에 유의하여 입법을 하여야 한다.

#### ○ 전속적 입법(Ausschließliche Gesetzgebung)

독일의 기본법에서는 연방과 주간의 입법권의 배분에 관하여 연방의 권한을 한정하고 잔여권한은 각주에 소속시키는 방법을 취하고 있다. 이 경우 원리적으로는 연방과 주는 그 소관영역에서 각각 자주적으로 그 권한을 행사한다. 기본법하에서는 연방의 입법부와 주의 입법부사이에 권한의 배분을 행하고 약간의 사항은 오로지 중앙의 입법부에 기타 약간의 사항은 연방 및 주의 경합적 입법권으로 하며, 잔여의 권한은 주에 맡기고 있다. 전속적 입법이란 연방에만 전속하는 입법으로서 그 입법의 대상은 연방만이 통일적으로 규제할 수 있는 영역에 속한다. 이 사항영역에서는 각주는 연방법률에서 명문으로 위임이 있는 경우에만 또한 그 범위내에서만 입법의 권능을 가진다(기본법 제71조). 위임에 의거하지 않은 입법은 입법의 요청에도 불구하고 연방이 입법권을 행사하지 않은 경우에도 위헌이 되며, 무효가 된다. 이 전속적 입법에 속하는 사항은 외교사무, 국방, 연방의 국적, 여권, 입국 및 이주, 범죄인인도, 통화, 화폐제도 및 도량형관계, 외국 무역, 철도, 항공운수, 우편, 전신 및 전화, 연방의 관료, 상표, 저작권 및 출판권, 형사경찰 및 헌법보호의 사무에 관한 연방과 주의 협력, 국제범죄의 방지 및 연방용의 통계 등이 여기에 속하며 기본법 제73조에 상세히 규정하고 있다.

## ○ 정식규칙제정절차(formal Rulemaking)

미국연방행정절차법 제553조(c)에는 “제정법이 행정기관이 행하는 청문의 기회를 부여한 후 그 기록에 의거하여 규칙을 제정하도록 규정하고 있는 경우에는 본항의 규정에 의하지 아니하고 제556조 및 제557조를 적용한다”라고 규정되어 있다. 이 절차는 매우 신중한 절차로서 행정기관은 규칙의 제정에 즈음하여 사실심리청문을 하여야 한다. 즉 이해관계인에게 증언의 기회를 제공하고 불리한 증인에 반대신문하는 기회를 제공하여야 한다. 그리고 행정기록을 작성하고 이에 의거하여 규칙을 제정하도록 하는 의미에서 “기록에 의거한 규칙제정(rulemaking on a record)”이라고 한다. 정식규칙 제정절차는 행정기관에 의한 청문의 기회를 거쳐 기록에 의거하여 규칙이 제정되어야 할 것을 제정법이 요구하고 있는 때에 사용된다. 즉 다른 법률이 정식규칙 제정절차로서 규칙을 제정할 것을 정하고 있는 경우에 이 절차가 사용된다.

그러나 제정법중에는 그 문언상 과연 이 정식규칙 제정절차를 지시한 것인가의 여부에 대해 애매한 것이 있다. 행정절차법의 문언상 “행정기관이 행하는 청문의 기회를 부여한 후 그 기록에 의거하여 규칙제정을 하도록 규정하고 있는 경우”로 되어 있으며, 여기에서 ①청문의 기회부여 ②기록에 의거하여라는 두 가지의 요소가 있다. 그러나 제정법 중에는 그 하나만 규정한 것이 있을 수 있다. 이 경우에는 두 가지의 해석이 가능하다. 하나는 정식규칙 제정절차의 성립요건으로서 ①과 ②가 동시에 필요하다고 해석하는 것이며, 또 하나는 두 가지 중 하나만 충족하면 된다는 것이다. 정식규칙 제정절차의 경우 그 목적은 합리적인 정책결정에 있는 것이므로 구체적인 당사자간의 분쟁해결을 지향하는 의미는 아니다. 따라서 개인의 권리와 강하게 결부된 청문보다도 정책의 합리성을 설득력을 가지고 제시하기 위하여 기록을 남기는 것에 중점을 두고 있다고 할 수 있다. 제정법이 적어도 기록에 의거하여 규칙을 제정할 것을 요구하고 있는 경우에는 정식규칙 제정절차라고 생각하여도 타당하며, 단순히 규칙제정전에 청문을 행할 것을 규정하고 있는 경우에는 정식규칙 제정절차의 적용을 면제하려는 취지에 의거한 것이라고 할 수 있다. 이 절차는 사실심리청문을 행하도

록 하므로 매우 까다로운 절차라는 점, 비용이 소요된다는 점 및 복잡한 절차라는 점등에서 실제 행정도 법원도 그다지 사용하지 않는다.

【참조】 규칙제정(Rulemaking)

○ 정의규정(定義規定)

최근의 법령 가운데 특히 조문수의 다수가 하나로 된 내용을 가지는 것 등에 관해서는 목적규정에 이어서 그 법령 가운데에서 사용되는 기초적인 중요한 용어 또는 그 법령에 관한 일반적인 용법과 약간 다른 의미를 지니게 사용하는 용어 등의 정의를 하나의 조(또는 복수의 조)로 정리하여 규정하는 경우가 많다. 이것을 정의규정이라고 한다. 정의규정은 모든 법령에 반드시 설치되어야 하는 것은 아니다. 다만 그 법령에서 사용되는 기초적인 중요한 용어의 의의를 명확히 하거나 또는 그 법령에서 일반적인 의미와는 다소 다른 의미로 사용할 필요가 있을 경우에는 그 용어의 해석상의 의의를 명백히 규정할 필요가 있기 때문에 이러한 경우에 설치하는 규정이다. 용어의 의의는 일반적으로 국어적 또는 사회통념에 의해 정하는 것이나 광협의 폭이 있거나 다의적인 경우도 있다. 이러한 경우에는 어떠한 의미에서 그 용어를 사용하는 가를 명확히 해둘 필요가 있으며, 이 경우 정의규정을 둔다. 종래에 있어서는 법령에서 사용하는 용어에 대한 정의규정을 두지 않은 것은 아니지만 그것은 오히려 예외이며, 다소 특수한 의미로 사용되는 용어에 대하여도 부득이한 경우가 아니면 아무런 정의도 내리는 일이 없이 이를 사용하고 그 의미는 오로지 법원의 판례나 주무부처의 법령해석지침등에 의존하는 것이 일반적이었다. 그러나 그러한 방식은 법령민주화의 견지에서 바람직하지 못하며, 또한 국가기관의 자의적인 해석에 맡겨지는 경우가 많아서 많은 비판을 받아왔다. 따라서 현재에는 법령의 대부분이 가능한 한 다수의 정의규정을 두고 있다.

법령 가운데 어떤 용어를 정의할 필요가 있는가의 여부는 그 용어가 가지고 있는 의미의 다양성과 그 용어가 법령상 차지하는 법적 효력의 중요성 여하에 따라 합리적으로 판단할 수밖에 없다. 그리고 정의규정을 둔 이상 그 정의는 될 수 있는 한 엄밀하고 명확한 것이어야 한다. 법령규정의

전체를 통하여 애매모호함을 제거하는 노력을 하지 않으면 안되나, 정의규정에 관해서는 그 성격상 특히 그 점을 유의할 필요가 있다. 사회통념상 일정한 의미가 있는 용어를 법령에서도 그대로 사용하더라도 특히 다툼이 없는 것으로 생각되는 경우에는 그 용어를 정의할 필요가 없으며, 이러한 용어에까지 정의를 두게 된다면 오히려 법령의 이해가능성을 저해하게 된다. 또한 정의규정을 두는 데에는 통상의 용법과 현저히 거리가 먼 정의를 하는 것은 바람직스럽지 않다. 따라서 정의규정을 두는 경우에 주의하여야 할 사항은 ①정의하여야 할 것인가(정의할 필요가 있는가), 정의하려는 경우에 어떻게 정의할 것인가(정의에 과부족이 생기지 않도록)라는 점에 유의하고, ②정의한다면 어떠한 의미로 용어를 사용해도 좋은 것이 아니라, 일반적으로 그 용어가 지니고 있는 의미에 포함되지 않은 특수한 의미를 부여하려는 것은 피하여야 한다.

첫째, 총칙적 규정으로서의 정의규정은 법령에서 중요한 의의를 가지는 용어나 빈번하게 사용하는 용어에 관해 요약하여 규정하여, 목적규정의 다음에 두는 것이 일반적이다. 총칙적 규정으로서의 정의규정은 당해법령의 전체에 미친다.

둘째, 입법에 있어서 특히 창작한 용어(예를 들면 「특정○○」, 「제1종○○」 등)에 정의를 하는 경우가 있다. 본래적 의미에 있어서 정의규정이 용어의 의의에 사회통념상 광협의 폭이 있거나 해석의 여지가 있기 때문에 그 용어의 의의, 용법을 확정하기 위하여 설정하는 것이라면 이것은 이러한 용어를 당해법령의 주요한 개념으로서 사용하기 위한 기술적인 정의규정이다.

셋째, 법령 중에 부분적으로만 사용하는 용어에 관하여 정의를 하는 경우(당해용어에 관해서는 총칙적 규정으로서의 정의규정을 두고 있지 않은 경우 -다른 용어에 관해서는 총칙적 규정으로서의 정의규정을 두는 것이 있을 수 있다)에는 개개의 규정중에 괄호로서 이를 표시한다. 또한 당해규정이 법령에 있어서 중요한 의의를 가지는 용어나 빈번하게 사용되는 용어라도 법령전체의 구성으로부터 정리된 정의규정을 둘 필요가 없는 경우에 당해용어에 관하여 정의를 하는 경우에도 개개의 규정 중에 괄호로서 표시한다. 이러한 경우에 있어서 정의규정을 작성하는 방법은 「(……을 말한

다. 이하 같다)』의 방법과 『(이하 “……”라 한다)』라는 방법이 있다. 전자는 어떤 자구를 설명하는 형태로 정의하는 경우에 사용하며, 후자는 어떤 자구를 요약하는 형태로 정의하는 경우에 사용한다. 이러한 정의규정은 그 두어진 위치이후의 규정에 미친다. 따라서 그 용어가 법령 중에서 최초로 사용되는 곳에 정의하는 것이 통례이다. 법령의 규정 중에 괄호를 사용하여 정의하는 경우에는 당해 괄호 내에서 표시되는 범위에서 사용되지만 그 규정된 위치이후의 동일한 내용에 대하여만 효력을 미치며, 그 위치보다 앞에 동일한 용어가 있더라도 그에 미치는 것이 아니다.

다섯째, 자구를 정의하는 경우에 그 자구로부터 일정한 것을 제외하거나 그 자구에 일정한 것을 포함시키거나 또는 그 자구를 일정한 것에 한정하거나 그 자구를 일정한 경우에 다른 자구로 치환하는 것으로서 정의하는 경우가 있다. 이 경우에는 『(……을 제외한다. 이하 같다)』, 『(……을 포함한다. 이하 같다)』, 『(……에 한한다. 이하 같다)』, 『(……인 때에는……. 이하 같다.)』라고 작성한다. 괄호로서 행한 정의가 미치는 조항을 한정하여 사용하는 경우에는 괄호 중에서 그 뜻을 규정하여 『(이하 이 조에서 “……”라 한다)』, 『(……을 말한다. 이하 이 조에서 같다)』라고 한다. 이 경우에 『이 조』, 『이 항』, 『이 장』과 같이 『이……』라는 경우에는 『이하……』라고 하며, 『이……』라고 하지 않은 경우에는 『이하……』라고 하지 않는다.

법률의 위임에 의거한 시행령이나 시행규칙에 있어서 사용되는 용어는 당연히 상위법에서 사용되고 있는 것과 같은 의의로서 사용되어야 할 것이므로 상위법에서 설정된 정의규정을 하위법에서 다시 언급할 필요는 없다. 다만 상위법에서 사용되는 용어의 의의를 한정하여 사용하거나 상위법에서 사용되는 용어를 그대로 사용하기에는 혼동의 우려가 있는 경우에는 하위법에서 정의규정을 둘 필요가 있다. 또한 상위법에서 사용되지 않은 용어를 하위법에서 사용하는 경우에는 하위법에서 정의규정을 둘 필요가 있다.

### ○ 정책실시형 입법(政策實施型 立法)

정부제출 법률안을 입안의 동기 내지 목적을 가지고 유형화하면 어떠한 정책을 실시하기 위하여 제출하는 법안을 정책실시형 입법이라고 한다. 정



책실시를 목적으로 하는 것도 다음의 세 가지로 구별할 수 있다. 그러나 이들 유형은 명확히 구분될 수 있는 것은 아니며 복수의 유형에 해당하는 경우도 있을 수 있다. ①내각이나 여당의 정책결정에 의거한 것이다. 즉 여당이나 내각이 중요정책이나 기본정책을 결정하여 이를 소관부처에서 입안한다. ②행정집행상 필요한 시책을 입안하고 법안화하는 것이다. 그 계기는 다양하며 대개 행정청 스스로의 필요성에 의해 입안하는 경우, 장관의 명령에 의하는 경우, 관련단체나 업계, 이익단체 등의 진정에 의한 경우, 심의회의 권고에 의한 경우나 다른 특별한 기관으로부터의 요청이나 권고에 의한 경우 등이 있다. ③입안주체와 관련되는 것은 아니나 현행 법제도를 보완하려는 것이 있다. 적극적인 정책실시라기 보다는 제도의 유지·계속조치를 취하려는 것으로서 이 점에서 위의 ① 및 ②와 상대적으로 구분된다.

**【참조】 정책실현형 입법(政策實現型 立法)**

○ **정책실현형 입법(政策實現型 立法)**

의원제출 법률안을 입안의 동기 내지 목적을 가지고 분류하면 다수파의 정책실현을 도모하기 위하여 입안되는 것으로서, 거의 성립될 것을 예정하여 입안작업이 행해지는 것을 정책실현형 입법이라 한다. 정책은 정당의 정책이 기본이며 희박하나 의원개인이 초당파적으로 협동하여 제시하는 경우도 있다. 제안의 형식은 ①초당파적 제출 즉 모든 정당이 공동하여 제출하는 형, ②여당과 일부야당이 공동하여 제출하는 형, ③여당이 제출하는 형으로 분류할 수 있다. 초당파의 경우에는 통상 위원회제출 법률안이 된다. 즉 각의원의 위원회가 제출하는 것이 되며 이 경우에는 제출자는 그 위원장이 된다. 여당이 단독으로 제출하는 경우도 성립할 가능성은 많으나 소수파의 반대로 성립하지 않은 경우가 있다. 정책실현형 가운데 특히 초당파제출의 것은 그 내용이 국민적인 기반을 지닌 것이 많다. 또한 정부가 대응하지 않거나 정부가 처리하는 것이 부적당한 것이므로 각정당간의 조정을 필요로 하는 것도 많다. 이들 입안상의 특색은 입법과정에서 정부, 행정청과의 조정이 필요하게 된다는 점이다. 법률이 성립한 후에 그 집행

을 담당하는 부처의 예산상의 조치에 관해서는 관계부처의 의견을 청취하여 조정한 후에 법률안을 작성하게 된다. 입안작업에서 이 조정은 매우 중요한 비중을 차지한다.

**【참조】 정책표명형 입법(政策表明型 立法)**

○ **정책표명형 입법(政策表明型 立法)**

의원제출 법률안을 입안의 동기 내지 목적을 가지고 분류하면 정당, 특히 야당이나 의원의 정책·정견을 표명하기 위하여 작성하는 것을 정책표명형 입법이라 한다. 기본적으로는 정책실현형과 같은 내용이나 성립될 여지가 당장은 없는 것을 전제로 하고 있다. 주로 야당이나 의원개인이 정책을 제시하는 수단으로서 이용하는 경향이 강하다. 제안은 야당인 정당이 행하는 것이 통상이며 복수의 야당이 공동제안으로 하기도 한다. 의원개인의 경우도 있으나 찬성자를 요한다. 현재는 정당정치가 진전되고 개인으로 제안하는 경우에도 당의 승락을 필요로 하는 경우가 많아서 이 사례는 거의 없다. 정책표명의 내용으로서는 ①정책선택형이 있다. 새로운 문제에 시급히 대응하였다는 생각을 표명하고 이것이 분명하게 되어 정부·국회전체에서 거론되거나 각정당이 각각 그에 대응하는 정책을 제시하여 그 간의 조정, 나아가 정부와의 조정을 거쳐서 정책실현형의 입안에 이르게 된다. 정책제시만으로 중단되는 사례도 없지 않다. 정부·여당으로서는 문제는 파악하고 있으나 각각의 사정에 의해 법률안의 입안을 할 수 없는 경우에 야당 측으로부터 제시하는 경우 이는 정책선택의 성격을 지니게 되나 그 때문에 내용이 이상적으로 될 경향이 있다. ②대안으로서 제출되는 것이 있다. 중요한 문제에 관하여 정부·여당 안에 대해 각정당이 스스로 정책을 대안으로서 입안하는 것이다. 대안으로서 제출되면 정부·여당 안의 가결에 대해서 부결되는 경우, 정부·여당안과 함께 폐기되는 경우, 정부·여당 안의 가결에 즈음하여 그 일부분이 수정의 형태로 삽입되는 경우 등이 있다. 또한 각정당이 안을 제시하여 그로부터 정책실현형으로 이행하는 경우도 있다. 정책표명형의 입안에 있어서는 정부의 협력은 얻을 수 없는 것이 보통이며 그 점에서 정책조정 필요는 희박하나 실제의 집행에 이르는 행정청의 의견이 반영되고 또한 전문적 지식을 활용하는 면도 있다. 또

한 대안으로서 극비리에 입안할 것이 요청되는 경우도 있다.

### ○ 제1의 입법자(Chief Legislator)

미국의 통치체제는 전형적인 권력분립원리에 기초하고 있기 때문에 입법권은 의회만이 가지고 행정부는 의회의 입법과정에 간섭할 수 없는 것이 원칙이다. 따라서 행정부는 법률안제출권이 인정되지 않는 것이 미국의 대통령제 정부형태의 기본원리적 요소이다. 그러나 헌법은 동시에 국가기관 상호간의 견제와 균형의 관점에서 행정부에 대해 입법과정에 대한 일정한 관여를 허용하고 있다. 즉 헌법상 입법권의 행사자로서 연방의회는 상원과 하원으로 구성되지만 사실상 행정부의 수반인 대통령이 의회의 제3원(The Third House of Congress)으로서 참여하고 있는 것이다.

특히 입법정책의 형성 및 법률안의 수립 등은 행정부 특히 대통령이 주도권을 장악하고 있기 때문에 입법과정에서 대통령의 역할은 대단히 중요하다. 실제 연방정부 및 대통령은 제1의 입법자(Chief Legislator)로서 “대통령의 계획은 연방의회에 제출되는 법안총수의 5%를 구성하는데 불과하나, 연방의회의 에네르기의 대부분을 소비하며 그리고 법제화된 공법의 최대수를 구성한다. 대통령은 입법에 있어서 최대의 원천이며 또한 그의 요구는 연방의회의 가장 중요한 작업분담(workload)이다”라고 일컬어 질 만큼 입법에 결정적인 역할을 담당한다. 실제 대통령은 헌법에 규정된 입법적 지도력을 발휘하는 적극적인 수단으로서 정부측에서 법률안을 작성하여 의회내의 유력의원을 통하여 의회에 다수의 법률안을 제출하고 있으며 실제로 제정된 중요입법의 80%는 정부제출법안이 차지하고 있다.

그리고 대통령은 직접 법률안제출권은 없으나, 의원들의 입법정책형성에 결정적인 역할을 할 수 있다. 즉, 현행 미국헌법 제2조3항은 “대통령은 연방의 상황에 관하여 수시로 합중국의회에 보고하고 또한 필요하고 적절하다고 인정하는 시책의 심의를 합중국의회에 보고하여야 한다(He shall from time to time give to the Congress Information of the State of the Union, and recommend to their Consideration such Measures as he shall judge necessary and expedient)”라

고 규정하고 있다. 따라서 대통령은 이 규정에 의거 일반교서(State of the Union Message), 예산교서(Budget Message), 경제교서(State of the Economy Message) 등의 일련의 교서(Presidential Message)를 통하여 연방의회에 대해 입법준비의 필요성을 권고할 수 있다. 대통령은 이들 교서에서 입법적 의사일정(legislative agenda)을 확정하면서 법률안의 우선을 제시하고 그리고 연방의회가 우선법안에 그 주의를 집중할 것을 촉구한다. 이러한 주된 교서이외에도 대통령은 그 자신의 발의에 의하거나 또는 어떤 법률의 근거에 입각하여 특정법안문제를 취급하는 수많은 특별교서를 의회에 제출하고 있다. 이러한 행정부의 의사전달은 입법에 있어서 결정적인 역할을 하며, 이러한 교서는 이와 관련되어 제정된 법률의 해석에 소중한 지침이 되며 특정 법률의 입법배경을 설명하기 위하여 법원의 판결에도 자주 인용된다. 이것은 해당 상임위원회에 회부되어 의원에 의해서 법률안으로 제안된다.

교서의 형식에 의한 권고라는 적극적인 방법으로 대통령이 의회입법에 영향력을 행사하게 된 것은 금세기에 들어와서부터이며 그 선구자는 루즈벨트(Theodore Roosevelt)이었다. 그 후 윌슨 대통령도 교서의 방법을 적극 활용하여 의회의 입법과정에 지도적 역할을 수행하였다. 또한 프랭클린 루즈벨트(Franklin D. Roosevelt)시대에는 의회와의 관계에 있어서 강력한 지도력을 발휘하였는데 그의 교서는 특정문제에 관하여 입법의 필요성을 단지 권고하는 것이 아니라, 요청되는 입법의 내용을 특정하였으며 그중 몇몇의 경우에는 법안의 초안까지 첨부하였다. 이러한 입법지도의 방법은 New Deal의 초기에 현저하였으며, 그 후에도 관행화하였다.

**【참조】 입법정책형성의 주체(立法政策形成의 主體)**

○ 조건프로그램과 목적프로그램(條件프로그램과 目的프로그램)

법령에 있어서 개입원칙을 선택하는데 있어서 고려하여야 할 것은 법령에 대한 프로그램적 평가이다. 일반적으로 범규범은 조건프로그램(Konditionalprogramm)과 목적프로그램(Zweckprogramm, Finalprogramm)으로 구별된다. 조건프로그램은 ‘○○인 경우에는 ○○이어야 한다’라는 명제(Wenn -

Dann - Schema)에 바탕을 두어 규정하는 프로그램이며, 목적프로그램이란 목적 - 수단을 바탕으로 하는 명제(Zweck - Mittel - Schema)에 의하여 규율하는 것을 말한다. 조건프로그램과 목적프로그램의 구별은 N.Luhmann이 전개한 결정이론(Entscheidungstheorie)의 가설에서 비롯한다. 즉 루만은 전체규범을 조건프로그램·목적프로그램이라는 대개념으로 파악하여, 법이란 결정프로그램으로서 법의 정립은 프로그램을 작성하는 결정작용이며, 법의 적용이란 프로그램된 결정작용으로 파악한다. 그리고 결정프로그램의 작성에는 두 가지의 형태가 존재할 수 있음을 강조하고, 그것을 조건프로그램과 목적프로그램으로 구별하였다. 루만의 구별은 특히 행정법학의 영역에서 계획법(Planungsrecht)을 분석하는 도구개념으로서 사용되고 있다. 즉, 행정법의 영역에서는 계획법규범의 구조적 특색으로서 계획법은 그 목적지도적 부분에서 조건적으로 프로그램된 것이 아니라 목적 적으로 프로그램된 것이다. 계획법은 Wenn - Dann - Schema에 바탕을 둔 법률요건을 포함하지 않고 목표를 정하여 목적프로그램을 확정한다. 따라서 법률집행에 대신하여 법률실현(Gesetzesverwirklichung)이 등장한다고 설명하고 있으며, 우리 나라에서도 계획법의 구조를 이렇게 파악하고 있다.

일반적인 법규범은 원칙으로 법률요건을 규정하고 그 법률요건이 충족된 경우에는 법률효과가 발생하는 Wenn - Dann - Schema에 의해 구성되어 있다. 따라서 이 경우 행정은 법적용에 있어서 구체적 경우에 대해 법률요건에로의 포섭을 행함으로써 이미 법률에 의해 완전히 내려진 이익평가만을 집행한다. 따라서 이와 같이 규정된 법규범은 비록 불확정개념이나 재량개념이 삽입되어 있다 하더라도 이 영역에서의 행정의 자유영역은 비교적 한정되어 있다. 반면 특별한 법규범(예컨대 계획법 등)은 목표를 설정하고 그 목표를 달성하기 위하여 수단을 확정한다. 이 특수한 구조를 갖춘 법규범은 주로 수단적 구성요소와 목적적 구성요소를 지니고 있으며, Wenn - Dann - Schema에 의한 법규범의 경우보다도 보다 다수의 결정가능성이 부여되어 있다. 그리하여 조건프로그램이 일정한 과거의 사실관계와 관련하는 것이며 일정한 사실관계가 존재하는 때 그 사실이 그 경우에 예정되어 있는 행정작용의 유인으로 되는데 대해(과거지향적), 목적

프로그램은 행정이 결정한 상응한 수단을 강구한 때에 달성되어야 할 목표 및 추구하여야 할 목적, 따라서 미래에 있어서 실현하여야 할 상태를 지시하는 것이다(미래지향적). 아울러 결정의 양식에 대해 조건프로그램의 경우에는 법률의 집행이라고 할 수 있는데 대해, 목적프로그램은 법률의 실현을 지향하는 것이라 할 수 있다. 따라서 목적 프로그램은 이념에 대한 높은 연관성을 가지고 있으므로 그 결정에 대해서는 정당성과 결과책임이라는 문제가 발생한다.

법령에 대한 프로그램적 평가, 즉 그것을 조건프로그램으로 할 것인가 또는 목적프로그램으로 할 것인가의 여부를 결정하는 것은 법적 효력결과에 대한 구속력의 정도를 결정하는데 매우 중요한 의미를 가진다. 목적적으로 프로그램되는 법령은 사실관계를 특정의 법률효과와 결부되고 있는 법률요건으로서 파악하지 않으며, 사실관계를 창조적·주도적으로 개조한다. 따라서 목적적으로 프로그램된 법령은 문제의 해결을 도모하기보다는 문제의 제기를 제시하며, 목표를 전개하기 위한 형식적 또는 실질적 절차가 배치되고, 그 적용이 규정된다. 그리하여 법률효과를 규정하는 것이 아니라 절차를 규정한다는 점이 특징적인 요소로 등장한다. 이러한 목적프로그램에 적합한 대표적인 법령으로는 각종 계획법(Planungsrecht)이나 처분법(Maßnahmengesetz) 등이다. 다른 한편 조건적으로 프로그램되는 법령은 사실관계를 특정의 법률효과와 밀접하게 결부되어 있는 법률요건으로서 파악하며, 따라서 그것은 법률의 집행에 중점을 둔다. 일반적으로 각종 규제법률, 급부법률, 조세관계법률 및 형법, 민법, 상법 등 기본적인 법률은 전부 조건적으로 프로그램되는 법령에 속한다. 결국 조건적 또는 목적적으로 프로그램된 법령유형은 입법자로 하여금 어떤 특별한 법률유형의 선택에 즈음하여 완전한 자유를 인정하는 것이 아니라는 것을 제시한다. 그리하여 입법자는 입법에 즈음하여 헌법적 척도 또는 헌법재판소가 제시한 결정례를 파악할 필요성이 제기되는 것이다. 특히 목적적으로 프로그램된 법령이 기본권을 제한하거나 형벌을 강화하는 경우에는 법치국가원리, 법적 안정성, 권력분립의 원칙, 민주주의원칙에 위반하는 것임을 인식하여야 할 것이다.

## ○ 조례(條例)

조례란 넓은 의미(실질적 의미)로는 지방자치단체 또는 그 기관이 지방자치단체의 자치입법권에 의거하여 정립하는 법규범을 말한다. 이러한 입장은 조례의 관념을 본질적인 측면에서 이해하는 것으로서, 이 의미에서의 조례에는 자치입법 가운데 지방의회의 의결을 거친 “조례” 외에 지방자치단체의 장이 제정하는 “규칙” 및 교육감이 교육·학예에 관한 사무를 제정하는 “교육규칙” 등도 포함한다. 반면 좁은 의미(형식적 의미)에서의 조례는 조례의 본질적·이론적 개념이 아니라 현실적으로 지방의회의 민주적 절차를 기준으로 정립하는 관념으로서, 이 의미에서 조례란 국가로부터 독립된 법인격을 인정받고 있는 행정주체인 지방자치단체가 법령의 범위안에서 그 권한에 속하는 사무에 관하여 지방의회의 의결을 거쳐 정립하는 법형식을 말한다. 법령상 조례라는 용어를 사용하는 경우에는 통상 후자의 의미에서 사용된다.

지방자치단체의 조례는 일반적으로 불특정다수인에 대해 일반적·추상적으로 권리의무를 규율하는 일반적 구속력을 가지는 규정을 그 내용으로 하며 따라서 이른바 법규범으로서의 성질을 가진다. 또한 그것은 원칙적으로 지방자치단체의 사무에 관하여 정립되는 지방자치의 법원으로서의 성격을 가진다. 이 점은 헌법 제117조제1항에서 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”라고 규정한 점 및 지방자치법 제15조에서 “지방자치단체는 법령의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다”라고 규정한 점에서도 잘 나타나 있다. 다만 그 강요성과 실효성은 최종적으로는 국가의 사법권에 의하여 담보되는 것이며, 광의로는 조례도 국법의 체계, 국법질서의 일환을 이룬다고 할 수 있다. 다만 조례가 법규성을 가진다고 하더라도 그 효력의 면에서는 대외적인 효력을 가지는 법규적인 성질인 것이 보통이나 지방자치단체의 내부조직을 규율하는 등의 조례는 그 효력이 직접 주민에게 미치지 아니하므로 대외적 효력이 없다.

조례는 그 제정주체·효력 또는 구속력의 면에서 국가법으로서의 법률, 명령 등과는 일정한 차이가 있다. 조례는 행정 기술적인 측면에서 볼 때

행정의 형성적 수단 내지 행정작용으로서의 성격을 가지고 있다. 지방자치단체가 행정과제의 수행에 법적 조치가 요구될 경우, 그 수행은 우선 행정행위와 같은 개별적·구체적 결정에 의하여 행하여질 것이지만 일반적·추상적 규율로서의 조례에 의해서도 행해질 수 있다. 그러한 의미에서 조례는 무엇보다도 대량행정의 처리, 균일하고 계속된 행정작용의 보장 등에 이용된다. 따라서 조례는 행정의 형성적 수단 내지 행정작용의 하나로서 행정목적의 실현에 이바지한다. 특히 헌법 제117조제1항은 지방자치단체의 임무로서 “주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며”라고 규정함과 아울러 지방자치법 제9조제1항에서도 “지방자치단체는 그 관할구역의 자치사무와 법령에 의하여 지방자치단체에 속하는 사무를 처리한다”라고 한 점은 행정작용적 성격이 지방자치단체의 주요 임무임을 표명한 것이라 할 수 있다. 조례는 당해지방자치단체가 놓여있는 지역적 특수한 사정을 기반으로 그 내용이 되는 정책위에 지역적 특수성을 실현하는 지역법으로서의 성격을 가진다. 따라서 조례의 효력은 원칙적으로 당해 지방자치단체의 구역 내에서만 효력을 미친다는 점에서 국가법과 구별된다.

【참조】 규칙(規則), 자주입법(自主立法)

#### ○ 조례안 재의제도(條例案 再議制度)

일반적으로 재의란 의회의 의결 또는 선거에 관하여 장이 부당·위법하다고 인정하는 경우 이를 거부하여 의회의 반성을 촉구하기 위하여 다시 한번 의회의 의결에 부의하는 것을 말한다. 이러한 재의 제도는 대통령제 정부형태하에서 거부권(Veto)제도의 범주에 속하는 것이라 할 수 있다. 재의에는 일반적 거부권으로서의 재의와 특별적 거부권으로서의 재의의 두 가지가 있으며, 전자는 의회의 의결이 장의 의사대로 정책에 반한다고 생각되는 경우에 이의를 피력하여 재의에 붙이는 제도이며, 후자는 하자있는 의결등 특정의 한정된 사유가 있는 경우에 재의에 붙이는 제도이다. 이러한 재의는 의회의 회의원칙과의 관계에서 본다면 일사부재의의 원칙에 대해서 자치법상 인정된 예외적 제도라 할 수 있다.

현행 지방자치법에서는 단체장과 의회를 독립된 기관으로서 설치함으로써



써 상호대립형을 채택하는 한편 단체장의 권한과 의회의 권한을 엄격하게 분리하여 배분하면서 상호 권한의 남용을 방지하는 한편 지방자치의 원만한 운영을 도모하고 단체장과 의회의 조정을 위한 제도적 장치를 두고 있다. 이에 따라 지방의회는 행정사무감사와 조사권등에 의하여 단체장의 사무집행을 감시·통제하고 단체장은 의회의 의결에 대한 재의요구권 등으로서 의회의 의결권행사에 대응하도록 하고 있다. 지방자치단체의 장은 지방의회에서 이송되어 온 조례안에 이의가 있을 때에는 송부받은 날로부터 20일 이내에 이의서를 붙여 지방의회로 환부하고, 그 재의를 요구할 수 있다(지방자치법 제19조). 이 경우 조례안의 일부에 대하여 또는 조례안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다(동법 제19조3항). 또한 지방의회에서 의결된 조례안이 법령에 위반하거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때에는 시·도에 대하여는 행정자치부장관이, 시·군 및 자치구에 대하여는 시·도지사가 재의를 요구하게 할 수 있고, 재의를 요구받은 지방자치단체의 장은 지방의회에 그 이유를 붙여 재의를 요구하여야 한다(동법 제159조1항). 교육감의 경우에도 시·도의회의장으로부터 이송 받은 조례안에 대하여 이의가 있을 때에는 지방자치단체의 장과 마찬가지로 15일 이내에 이유를 붙여 지방의회에 조례안을 환부하여 그 재의를 요구할 수 있다(지방교육자치에관한법률 제14조6항). 재의요구제도의 유형으로는 세 가지가 있다.

구 분	제19조의 재의	제98조·제99조의 재의	제159조의 재의
대상	조례안	지방의회의 의결	지방의회의 의결
요건	이의가 있을 때	월권 또는 법령위반	법령위반 현저한 공익저해
재의요구권자	단체장	단체장	행정자치부장관 또는 시·도지사의 요구에 따라 단체장
재의요구기간	이송일로부터 20일 이내	의결사항을 송부받은 날부터 20일 이내	명문규정 없음
일부·수정재의	불가능	명문규정 없음	명문규정 없음
대법원 제소	명문규정 없음	가능	가능
재의결정족수	재적의원 과반수 출석 출석의원 3분의 2이상	좌동	좌동

현행 지방자치법상의 재의 제도는 법체계 상으로 매우 복잡한 구조로 되어 있으며, 최근 지방자치단체장에 의한 재의 요구가 급증하고 있는 시점에서 제도의 운영상으로도 적지 않은 혼란을 가져오고 있는 실정이다.

첫째, 지방자치법 제19조의 재의 제도와 제98조의 재의제도(제99조의 재의제도와 제98조의 재의제도는 지방의회 의결내용상의 차이에 의한 구분이므로 양자는 같이 취급할 수 있다)와의 관계에 관한 논의이다. 제19조의 재의제도는 그 대상이 “조례안”, 요건으로는 “의의가 있을 때”이며, 제98조의 재의제도의 경우 그 대상은 “지방의회의 의결”, 요건으로는 “월권 또는 법령위반”으로 되어 있다. 조례안도 지방의회의 의결사항이기 때문에 제98조에 의한 재의요구의 대상이 될 수 있음은 물론이다. 다만 제19조에서 특별히 “조례안”에 대해서 재의제도를 둔 것은 다른 의결안과 달리 조례안의 경우에는 단순히 의의가 있다는 이유로도 재의를 요구할 수 있다고 해석되므로, 따라서 제19조는 제98조에 대한 특례규정으로 보아야 할 것이다. 다만 제98조 및 제99조에 의한 재의제도는 지방의회에서 재의결된 경우 그 재의결된 사항이 법령에 위반된다고 인정되는 때에는 대법원에 제소할 수 있는 반면, 제19조에 의한 재의제도는 재의결에 의하여 조례로 확정된다는 점과 그 공포절차를 규정하였을 뿐 대법원내의 제소여부에 대하여는 아무런 언급이 없기 때문에 제19조의 재의요구와 제98조 및 제99조에 의한 재의요구는 형식적으로 그 법적 효과를 달리한다고 볼 수 있다.

둘째, 지방자치법 제19조에 의한 재의제도와 동법 제159조에 의한 재의제도의 관계이다. 제159조에 의한 재의요구제도는 제19조에 의한 재의요구제도와 달리 재의요구의 기간에 대하여 아무런 규정이 없다. 따라서 제19조에 의한 재의요구기간 즉, 20일이 지나서도 재의를 요구할 수 있는지 또한 제19조에 의하여 재의요구한 사항에 대하여 제159조에 의하여 다시 재의요구를 할 수 있는지가 문제된다. 제159조에 의한 재의제도는 그 요건이 “법령에 위반되거나 공익을 현저히 해한다고 판단될 때”라고 규정하고 있고 그 절차에 있어서도 상급기관의 장이 당해 지방자치단체의 장에게 재의요구를 지시함으로써 지방자치단체의 장의 의사와 관계없이 재의요구

를 하도록 되어 있으며, 그 법적 효과에 있어서도 제19조에 의한 재의요구제도는 대법원에의 제소가 허용되지 않는다고 해석할 수 있으므로 양제도는 서로 그 성격을 달리하는 별개의 것이라고 할 수 있다. 따라서 제19조에 의하여 재의요구기간이 경과한 사항에 대하여 제159조에 의하여 다시 재의요구를 할 수는 없다고 할 것이다. 그리고 20일 이내에 제19조에 의한 재의요구와 제159조에 의한 재의요구를 동시에 할 수 있는가의 문제는 양 제도는 그 법적 효과의 면에서 전혀 다른 성질의 것이므로 조례안을 이송받은 날부터 20일 이내에 제19조와 제159조에 의한 재의요구를 전부 할 수 있다.

실무에 있어서는 제19조·제98조 및 제99조에 의한 재의요구가 제159조에 의한 재의요구지시에 따른 재의요구보다 먼저 이루어지는 경우가 많을 것인 바, 지방자치단체의 장은 이송 받은 조례안에 대하여 그것이 법령에 위반된다고 판단될 경우에는 가급적 제98조에 근거하여 재의요구를 하여야 할 것이고, 이 경우에도 상급기관의 장은 제159조에 근거하여 재의요구를 지시할 수 있으며 지방자치단체의 장은 이에 따라 재의요구를 별도로 하는 것이 원칙이지만 재의요구대상조항과 재의요구이유가 완전히 일치하는 경우라면 굳이 별도의 재의요구를 하지 아니하여도 무방하다고 판단된다.

지방자치단체의 장이 법령에 위반된 조례안에 대하여 제19조 또는 제98조의 규정에 근거하여 독자적인 재의요구를 한 후 상급기관의 장으로부터 재의요구서를 받아 새로이 재의요구를 하여야 할 경우 그 재의요구방법에 관하여 보면, 먼저 그 재의요구대상 내지 이유가 상이한 경우에는 이미 재의요구한 문서를 철회하고 동문서에 기재된 사항과 재의요구지시에 나타난 사항을 포함하여 새로이 재의요구를 하여야 할 것이며, 재의요구대상 내지 이유가 동일한 경우에는 이미 시행한 재의요구문서를 굳이 철회할 필요가 없고 상급기관의 장으로부터 같은 취지의 재의요구지시가 있었다는 사실만을 통지하면 된다고 본다. 다만, 이 경우 제19조에 의한 재의요구후에 제159조에 의한 재의요구를 하는 때에는 먼저 요구의 철회를 한 후에 뒤의 요구를 하여야 할 것이다.

## ○ 조리해석론(條理解釋論)

법률선점론에 의한 법률우선주의가 법전래설에 의거하는 것이라고 하고, 거꾸로 지방자치의 헌법적 보장을 적극적으로 평가·재검토하면서 법률선점론을 비판하는 견해가 대두되었으며, 이 견해를 조리해석론 내지 법령의 취지해석론이라 한다. 이 견해는 조례제정권이 단순히 법에 전래하는 것이 아니라 그 상위규범인 헌법에 전래하는 것임을 중요시한다. 그리고 헌법내의 가치구조를 인정하여 일정한 가치형량을 진행하여 가치의 선택을 도출한다. 특히 이 견해가 제기된 1970년대 당시의 일본에서는 고도경제성장하에서 공해에 의한 환경파괴가 진행된 상황이었으며, 각 자치단체에서는 국가의 법령보다도 강력한 규제수단이나 고차의 규제기준을 정하거나 법령이 지정하는 지역·시설이외의 것도 대상에 포함하여 규제하는 조례의 필요성이 증대하였으며, 실제로 1969년 동경도의 공해방지조례를 필두로 각 지방자치단체가 그러한 조례를 제정하기에 이르렀다. 이를 반영하여 전통적 학설인 법률선점론에 대한 비판을 가하면서 현실로 제정되고 있는 법률이라는 국가법의 실질적 내용이 사실상 지역주민의 환경권을 보장하는데 충분하지 않은 경우가 다수 발생하고 있다는 현실을 기초로 이를 타개할 수 있는 조례의 사명을 담보할 필요에 대응하는 것으로서 전통적 헌법이론에 대해 법규가 그 내용으로서 구비하여야 할 헌법적합성을 다룬다는 매우 논쟁적인 성격을 가지고 있다.

법령과 조례의 관계를 헌법에 의거하여 재검토하여 새로운 이론구성을 시도하려는 조리해석론은 공해방지조례의 초과, 추가규제의 필요성을 계기로 활발하게 논의가 진행되고 있다. 즉, “상승조례(초과조례)”란 동일대상에 관하여 법령에 의한 규제를 상회하는 엄격한 규제를 하는 조례의 것이며, “횡출조례(추가조례)”란 법령의 대상외의 지역 또는 사항을 규제의 대상으로 하는 조례이다. 이들 조례, 특히 상승조례는 엄격한 법률선점론으로서 인정하기 곤란한 것이었다. 그리하여 우선 공해규제영역에 있어서는 공해현상의 지역성, 생존권과 재산권(기업의 자유)의 대항관계에 있어서 생존권의 가치우월성, 공해행정은 적극행정이어야 할 것이라는 현대적 요청 등을 판단의 기초로 하여 국가의 법령에 의한 규제는 전국적 견지에

서 규제의 최저기준을 제시한 것으로 해석되며, 조례에 의한 지정지역, 시설외규제, 초과규제, 추가규제도 허용된다고 하는 견해가 대두되었다(법률=최저기준설).

이 견해는 다시 규제사무의 성질과 인권보장에 비추어 법률을 규제한도 법률과 최저기준법률로 구별하여 논하는 견해로 발전하였다. 즉, 규제한도 법률이란 당면에 있어서 입법적 규제의 최대한까지를 규정하고 있다고 해석되는 법률이며, 이 경우에는 법률이 제시한 규제한도를 초과하여 규제하려는 조례는 법률에 위반하게 된다. 이에 대해 최저기준법률은 전국적인 규제를 최저기준으로서 정하고 있다고 해석되는 법률(전국적 최저기준법률)로서 그것은 그 이상의 규제를 각지방에 있어서 행정수요에 상응하여 자치체에 맡겨진다는 취지이므로 확실히 “초과조례”가 법률에 반하지 않고 제정될 수 있다고 한다. 이 최저기준법률에 관해서는 사무의 성질상 행정수요에 지역차가 있는 규제사항의 경우에는 그 규제가 지방자치사무에 부합함과 아울러 그에 관한 국가의 법령만으로는 행정수요에 충분히 부응할 수 없고 국가의 법령은 전국적인 최저기준을 정하는데 그치는 것이라고 조리 해석할 수 있다고 한다(규제한도법률/최저기준법률설).

다른 견해는 “지역사회에 있어서 공해로부터 주민의 건강을 보호하고 생활환경을 보전하는 것은 지방자치단체가 행하여야 할 사무라는 인식을 기초로 하여 조례에 의해 국가의 법령보다도 엄격한 배출기준을 정할 필요가 객관적으로 인정되고 있음에도 불구하고 어떤 법률이 그러한 필요성을 충족시킬 수 있는 조례를 금지하는 취지라고 해석되지 않을 수 없는 경우에는 당해법률의 규정은 헌법상 지방자치의 본지에 반하여 무효”라고 한다(필요한 공해시책금지법률 위헌론).

또한 고유의 자치사무영역이라는 개념을 가지고 “지방자치행정의 핵심적 부분에 관해서는 지방자치의 본지를 보장한 헌법의 취지에서 볼 때 국가의 입법정책의 여하에 의하지 않고 이른바 고유의 자치사무영역으로서 제1차적책임과 권한이 지방자치에 유보되어 있는 것이 아닌가라고 생각한다. 그러한 영역에 관해 국가가 법률을 제정하여 규제조치를 정하는 경우에는 그것은 전국일률로 적용될 수 있는 내셔널미니멈의 규정이라고 해석하여야 할 것이며, 자치단체가 만약 그것을 불충분하다고 생각하는 경우에는 그

자체 기본적 인권의 보장과 비례원칙에 위반하거나 또는 그 수단목적이 불합리하지 않는 한 독자로 조례로서 횡출 내지 상승규제를 추가하는 것도 항상 허용된다는 해석이 솔직히 도출된다”라고 하고 적어도 공해방지, 지역적 자연환경의 보호, 토지용의 계획화등 주민생활의 안전과 복지에 직접 불가결한 사무는 당분간 그러한 사무에 포함하여 이해하여도 좋은 것이 아닌가라고 한다(고유의 자치사무영역론).

그리고 국가의 법령에 의하여 규정되고 있는 영역인가의 여부, 국가의 법령과 목적이 동일한가의 여부 및 국가의 법령의 취지는 어떠한 것인가라는 점을 묻지 아니하고 아울러 법률의 범위내라는 헌법상의 제약에도 반하지 아니하고 지방자치단체가 헌법으로 보장된 자치입법권을 최대한 행사할 수 있도록 필요한 조례의 제정이 가능하도록 하는 해석론도 있다. 즉, “국가의 법령이 조례에 의한 규율을 명문규정으로 배척하고 있는 경우, 국가의 법령이 일정한 사항의 준수를 최저기준으로서 요구하고 있는 경우에 당해법령에 의한 수권 내지 그 준수의무를 면제하는 등의 예외를 규정하여 조례가 국가의 법령에 적극적으로 저촉하지 않는 한, 조례에 의한 규제가 특별한 의의와 효과를 지니고 그 합리성이 인정된다면 조례의 제정이 가능하다”라고 하며, “이 견해에 의하면 지역적인 사정에서 규제가 필요하나 그것을 규제하는 적당한 국가의 법령이 존재하지 않거나 존재하더라도 불충분한 경우 조례에 의한 규제에 특별한 의의(필요성)가 인정되므로 일단 조례에 의한 당해규제의 합리성 및 실요성이 구비되고 있다면 조례의 제정이 가능하게 되어, 대기오염방지법, 도시계획법, 건축기준법등에 관한 법률선점론이 지닌 한계를 극복할 수 있다”라고 한다(특별의의론).

**【참조】** 법률선점론(法律先占論), 자치입법의 기능(自治立法의 機能)

#### ○ 조사입법고사국(調査立法考査局)

일본의회에서 의원의 입법활동과 국정심의를 보조하기 위하여 국립국회도서관에 설치된 기구로서, 그 주요업무는 양의원의 위원회 또는 의원의 요구에 응하여 국회에 제출될 법률안 기타 안건의 분석·평가, 위원회나 의원의 요구에 응하여 자료의 수집·분석 등의 업무수행, 입법준비를 위한

의안의 기초, 국회의 업무가 방해당하지 않는 범위내에서의 행정·사법의 각부문 및 일반공중에게 수집자료의 제공 등을 담당한다(국립국회도서관법 제15조). 동국에서는 이러한 업무를 능률적으로 수행하기 위하여 전문조사원 및 100여명의 조사요원이 각각의 전문분야에서 조사·연구를 수행하고 있다. 이 조사국의 조사는 일본최대의 도서관자료를 구사하고 있는 점에 특색이 있으며 이들 조사자료중에는 양서, 주요각국의 법령 및 의회자료, 정부간행물 등이 포함되어 있다.

조사입법고사국의 활동은 개개의 의원 및 각정당의 중앙사무기구와 양원의사국으로부터의 자료요구에 의한 조사활동과 이러한 요구에 대비하여 독자적인 조사활동의 두 가지로 대별된다. 국회의원으로부터 문의중 간단한 것은 전화로서 신속하게 회답하거나 또는 질문사항을 취급한 문헌을 대여, 복사를 하며 필요한 경우에는 조사원이 국회의원에게 직접 설명한다. 복잡하고 난해한 내용의 조사의뢰에 대해서는 조사국이 독자적으로 작성한 문서로서 회답하며 조사에 있어서는 비밀을 준수하고 있다. 그리고 조사국은 국회의원의 의뢰에 의거한 조사외에 의뢰를 예측하여 조사업무를 계속적으로 수행하고 있다. 또한 이러한 정보서비스를 한층 충실하게 하기 위하여 당면한 국정과제에 관한 간결한 해석, 분석을 내용으로 하는 속보적인 자료와 조사보고서, 해외문헌의 번역 기타 자료를 수시로 간행하고 있다.

조사입법고사국은 조사사무의 수준을 향상하고 그 효율적인 수행을 도모하기 위하여 종합조사실외에 11개의 조사실을 두고 있으며, 각 조사실마다 동일분야의 1개과를 연계시켜 13개의 과가 설치되어 있다. 요원은 국장·차장·전문조사원·주간·주임조사원·과장 등으로 구성되어 있으며, 전 조사원은 각전문분야에 관하여 국립국회도서관법 제15조제1호부터 제4호에 규정하는 사무 가운데 중요한 사항을 다루며, 주간과 주임조사원은 국이 소장하는 조사사무중 특히 중요한 사항의 기획 및 조정에 참여하여 그 일부를 총괄정리하며 또는 특히 중요한 사항의 조사업무를 수행한다. 그리고 각조사실에 대응하는 과의 과장은 당해조사실의 주임으로부터 그 조사사무에 관하여 필요에 따른 지시를 받아 과의 업무를 수행한다.

## ○ 조직법률(Loi organique)

조직법률이란 프랑스 헌법에 의하여 규정된 법률로서 제공권력에 관한 규칙을 규정하는 조직법적 성격을 띤 법률을 말한다. 이러한 조직법에 관한 사항은 프랑스헌법에 규정되어 있으며, 헌법에 의해 조직법의 성격을 부여받은 법률안은 헌법 제46조에 규정된 특별한 절차에 따라 제정된다. 즉 조직법률안은 제출후 15일이 지난 후 먼저 제출된 의원의 심의와 의결에 붙여지며, 양원의 의견이 일치하지 않은 경우 그 법률안은 하원의 최종 독회에서 그 의원의 절대다수에 의하여 채택되지만 상원에 관계되는 조직법은 양원에 의하여 동일한 조문으로 가결되어야 한다. 따라서 상원에 관계되는 조직법률은 상원에 의해 채택되어야 하며 하원은 결코 그 법률안에 대하여 우선권을 가질 수 없다.

헌법은 조직법률은 헌법평의회가 합의성선언후에만 공포될 수 있도록 규정하고 있다(제46조5항). 헌법에 규정된 조직법에 관한 사항으로는 대통령선거의 시행방법(제6조2항), 각의에서 임명되는 관직의 명부(제13조4항), 각료의 직과 겸임할 수 없는 직을 수행하는 자의 충원요건(제23조2항), 각원의 권한기간·의원수·세비·피선거자격요건·피선거자격의 결격사유·겸직금지·의원의 쉼위의 충원문제(제25조1·2항), 의원의 표결수의 위임(제27조3항), 국가의 세입과 세출을 규정하는 예산법률에 관한 제요건(제34조5항), 헌법평의회위원의 겸직금지(제57조), 헌법평의회조직·운영·제소절차(제63조), 법관의 신분(제64조3항), 법관임명에 관한 사법관최고회의의 의견 및 그 구성원(제65조2·3항), 고등법원의 구성·운영·제소절차(제67조3항), 경제사회평의회 구성·운영(제71조), 공동체의 집행위원회·상원·중재재판소 등의 구성과 운영(제82조3항·제83조6항·제84조2항) 등이다.

## ○ 준용(準用)

준용은 법문을 간단화하기 위하여 발달한 입법기술이며 유사한 규정을 중복하여 제정하지 않아도 되기 때문에 그 점에 관해서는 나름대로의 평가를 할 수 있다. 그러나 준용이라는 입법기술은 법률안의 기안자의 법률안



기초의 기술에 관한 자기만족의 표현에 불과한 것이고 법률의 수입자인 국민이 어디까지 이해할 것인가를 의식한 것인지에 대해서는 의문을 가지게 된다. 법문이 준용조문을 사용한 것은 법문을 간결하고 이해하기 쉽게 하기 위한 것인데 현재에는 이 준용조문때문에 법문을 이해하는 것이 곤란하게 되고 있는 실정이다. 준용조문을 두는 것은 법문의 기재의 절약과 경우에 따라서는 법문기초자의 시간의 절약도 있으나, 이 방법은 여러가지 문제가 있으므로 입법기술의 입장에서 준용의 사용은 필요에 따라 최소한도에 한정시키고, 국민이 법문을 이해하는데 방해가 되지 않도록 신중하고 충분한 주의를 기울여야 할 것이다.

우리 법제에서 준용조문의 현상을 보면 확실히 준용에 의해서 법문이 간결해지고 준용의 의미도 분명한 경우도 있다. 준용되는 조문이 긴 경우에도 그것이 한곳에 정리되어 있는 경우에는 준용되는 조문을 보아도 이해하는데 곤란이 발생하지 않고 나아가 조문이 간결해지고 편리해지게 된다. 그와 반대로 미국처럼 준용조문을 두지 않고 유사한 사항에 관하여 같은 규정을 두는 것도 일반인이 법령을 이해하기 쉽다는 장점도 있으나 법령이 매우 번잡하게 되는 것은 피할 수 없다. 그러나 준용조문을 인정하는 것 그 자체에 이미 문제를 내포하고 있다. 즉, 준용을 인정하지 않더라도 해결되는데 준용을 인정하거나, 준용되는 조문의 수가 많거나 또는 그것이 산재하여 규정되어 있거나, 각종의 법령규정을 준용하고 있는 경우 등에는 준용되는 조문의 규정을 어떻게 준용하면 좋은가라는 의문이 발생한다. 그 결과 법령의 규정이 복잡하게 되어 분명하지 않게 되는 현상이 발생하는 것이다. 그리하여 현재 독일에서도 준용하여도 이해하기 쉬운 다른 법률의 부분에 관해서는 준용을 인정하나 같은 사항이더라도 준용에 의하여 이해가 되지 않은 경우에는 준용을 하지 않는 것이 보통이다.

결국 준용되는 조문의 규정을 어떻게 할 것인가의 문제의 해결방법으로서 우리 입법기술은 그다지 진전을 보지 못하고 있다. 그 결과 규정이 복잡해지고 일반인이 이해하기가 대단히 어렵게 되고 있다. 그러나 준용조문을 전부 없애는 것은 찬성할 수 없으며, 준용되는 조문이 수도 적고 준용되는 조문이 이해하기 쉬운 경우에는 준용조문을 두는 것이 바람직하다. 일반국민에게 법문을 이해하기 쉽게 하기 위하여 각종 법령에 관하여 동문

의 조문을 법령에 나오게 하여 명칭이외의 사항을 전부 동문으로까지 할 수 없는 것이다. 그렇다면 준용조문을 줄이거나 난해한 준용조문을 가능한 이해할 수 있도록 하여야 한다. 그러한 방법을 취함으로써 법문의 의미는 법률가, 일반국민에게도 이해하기 쉬운 것이 된다. 결국 준용조문을 두는 것은 법문의 기재의 절약과 경우에 따라서는 법문기초자의 시간의 절약도 있으나 이 방법에 관해서는 문제가 있으므로 입법기술의 입장에서 준용의 사용은 필요에 따라 최소한도에 한정시키고, 국민이 법문을 이해하는데 방해가 되지 않도록 신중하고 충분한 주의를 기울여야 할 것이다.

### ○ 처분적 법률(Maßnahmegesetz)

특정한 정책목적을 위하여 집행이나 사법을 매개하지 아니하고 직접 국민에게 개별적·구체적 사항을 규율함으로써 자동집행력을 가지는 법률을 말한다. 처분적 법률(Maßnahmegesetz)은 급격한 사회경제적 변화에 합리적으로 대처하기 위하여 오늘날의 사회국가에서 널리 채용되고 있으나, 헌법상 권력분립의 원칙과 평등의 원리와 관계에서 많은 문제점이 제기되고 있다. 다만 극단적인 개별적·구체적 처분이 아니며 목적과 수단의 비례원칙에 부합하는 처분적 법률에 대해서는 일반적으로 승인되고 있으나, 처분적 법률의 내용이 개별적·구체적 조치에 관한 것이라면 그것은 이미 개별적·구체적 처분을 의미하는 행정의 영역에 대한 침해라 의미하게 된다. 따라서 처분적 법률의 문제는 입법이 어느 정도까지 개별적·구체적 처분을 그 내용으로 할 수 있는 가라는 입법의 한계에 관한 문제와 관련하고 있다.

급격한 사회변화에 대응하여야 하는 오늘날의 국가적 기능에 있어서 엄격한 의미에서의 일반적·추상적 규범의 정립과 개별적·구체적 처분사이에 이 양자의 성격을 가진 여러 가지의 중간단계가 있다. 따라서 극단적인 개별적·구체적 처분의 경우를 제외한 이러한 중간적 단계의 기능은 헌법에 이에 관한 금지규정이 없는 한 그것은 입법의 대상이 될 수 있다. 즉, 불특정다수인을 그 대상으로 하는 것이 아닌 일정한 범위의 소수의 사람만을 그 대상으로 하는 경우(개인적 법률 : Einzelpersonengesetz), 개

별적·구체적 상황 또는 사건을 그 대상으로 하는 경우(개별사건법률 : Einzelfallgesetz) 및 적용기간을 한정하는 경우(한시적 법률 : Zeitgesetz) 등에는 일정한 목적달성을 위한 수단으로서의 조치를 그 내용으로 하는 처분적 법률을 정립할 수 있다.

우리 헌법재판소에서도 “개별사건법률금지의 원칙은 법률은 일반적으로 적용되어야지 어떤 개별적 사건에만 적용되어서는 아니된다는 법원칙으로서 헌법상의 평등원칙에 근거하고 있는 것으로 풀이되고, 그 기본정신은 입법자에 대하여 기본권을 침해하는 법률은 일반적 성격을 가져야 한다는 형식을 요구함으로써 평등원칙위반의 위험성을 입법과정에서 미리 제거하려는 데 있다 할 것이다. 개별사건법률은 개별사건에만 적용되는 것이므로 원칙적으로 평등원칙에 위배되는 자의적인 규정이라는 강한 의심을 불러일으킨다. 그러나 개별사건법률금지의 원칙이 법률제정에 있어서 입법자가 평등원칙을 준수할 것을 요구하는 것이기 때문에, 특정규범이 개별사건법률에 해당한다고 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니다. 비록 특정법률 또는 법률조항이 단지 하나의 사건만을 규율하려고 한다 하더라도 이러한 차별적 규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다. 따라서 개별사건법률의 위헌 여부는, 그 형식만으로 가려지는 것이 아니라, 나아가 평등의 원칙이 추구하는 실질적 내용이 정당한지 아닌지를 따져야 비로소 가려진다(1996.2.16. 96헌가2, 96헌바7·13 병합)”라고 결정하고 있다.

#### 【참조】 특례법(特例法)

#### ○ 체계정당성의 원리(Prinzip der Systemgerechtigkeit)

입법내용의 판단에 있어서 일정한 정책이 그 적격성과 정당성의 검증을 거쳐서 어느 면에서도 타당하다는 판단이 내려지더라도 그것만으로는 불충분하며, 그 법이 차지해야 할 법체계에 있어서의 위치를 고려하면서 다른 법령과의 관계에서 모순이 발생하지 않도록 배려하지 않으면 안된다. 즉, 입법내용의 종합적 조정의 관점에서 보는 경우, 법령의 각 개별규정은 독립하여 존재하는 것이 아니라, 개별법령규정이 상호 유기적으로 결부하면

서 종합적인 법제도·법령체계를 구성하는 것이며 이들 규정 사이에는 조화의 관계 내지 균형의 관계가 존재하지 않으면 안된다. 이것을 입법에 있어서 체계성의 원리 내지 체계정당성의 원리(Systemgemäßheit)라고 한다. 어떤 법령이 체계내에 있어서 규율소재가 완비되지 않거나 구조화가 적합하지 않은 경우에는 체계적인 구조로 보완하거나 대체하여 규율소재가 완비되도록 하여야 한다. 법령에 있어서 체계화는 법령의 효력을 상승시키며, 체계의 주변 내지 체계를 통하여 배열되지 않은 법령은 규범적이고 논리 정연한 것이 될 수 없는 것이다. 사항적으로 연관된 소재를 종합적으로 규율하거나 구별되는 사안을 여러 부분으로 규범화하지 않은 법령은 체계상으로 중대한 결함을 내포한 것이며, 체계원리에 역행하는 것이다. 따라서 입법에 있어서는 그러한 관계의 존재를 인식하여 체계를 혼란하지 않도록 하여야 한다.

법률체계는 정보의 완화에 이바지하며, 여러가지 부수적인 효과도 수반한다. 즉 법률체계는 항상 주제를 제한하고 문제를 정의하기 때문에 법률체계는 의도하지 않았으나 수범자도 의식하지 못한 문제점에 대한 시각, 인식을 부여한다. 체계는 특정의 기준에 따라 질서화되어 서로 결합하는 개념이다. 체계의 근본적 기능은 합리화를 통하여 사고를 축적하고 매개하는 것을 촉진한다. 또한 체계는 부수적으로 도덕적 요구의 충족에도 기여한다. 법률을 체계화한다는 것은 법률의 효력을 상승시키는 작용을 한다. 그것은 체계화로 인하여 규범의 인식가능성이 높아지면서 일반적인 법의식에 접근할 수 있기 때문이다. 체계가 없이는 개념의 정확한 파악 및 인식은 불가능하다. 정보의 기억속의 보관과 기억된 것의 재생산은 체계를 통하여 용이하게 이루어 질 수 있다. 그러나 입법자가 연속적으로 제기되는 문제를 체계화한다는 것은 대단히 어려운 작업이며, 전체 법소재에 만족스러운 체계를 제시하는 것도 어렵다. 오히려 주어진 체계를 무시하여 무질서를 초래하는 경우도 있는 것이다.

따라서 입법자는 입법의 기능과 효율성을 도모하기 위하여 논리적인 통일체계로서의 실정법의 구조를 고려하는 경우 개개의 법령상호간의 모순과 저촉을 배제하지 않으면 안되며, 법령체계 가운데 조화와 균형의 관계가 유지되도록 하여야 한다. 이러한 관점에서 보는 경우 입법에 있어서는 입

법내용의 통일적 정서가 도모되어야 하며 입법의 내용이 실질적으로 유기적인 실정법의 체계를 파괴하지 않도록 하여야 한다. 또한 입법내용의 통일적 정서의 관점에서 보는 경우, 실정법은 본래 하나의 법체계를 구성하여야 하는 것은 당연하므로 새로이 생산된 법령이 기존법령과 더불어 논리적으로 모순 없는 통일적 체계를 형성하여야 하는 것은 당연하다. 그럼에도 불구하고 상호간에 모순저촉이 발생한 경우에는 법령의 체계 및 질서유지를 위한 원리 - 형식적 효력의 원리, 후법우선의 원리, 특별법우선의 원리 등 - 의 적용으로 해결할 수 있으나, 입법에 있어서는 이들 법원리로서 문제를 해결하면 된다는 안이한 태도를 버리고 가능한 한 필요한 조정을 행하여야 한다.

#### ○ 추상적 규범통제(抽象的 規範統制)

독일기본법 제93조제1항제2호에서는 “연방정부, 주정부 또는 연방의회의원 3분의 1이상의 제청에 의하여 연방법 또는 주법이 기본법과 합치하는 바에 관하여 또는 주법이 연방법에 합치하는가에 관하여 견해차이나의 문이 있는 경우에 연방헌법재판소가 결정한다”라고 하여 추상적 규범통제 제도를 인정하고 있다. 추상적 규범통제의 제청권자는 연방정부, 주정부, 연방의회의원 3분의 1이상 등으로 한정되며, 이들 중 어느 하나가 어떠한 법규범의 추상적인 타당성에 관하여 심판제청을 하는 경우에만 가능하다. 따라서 연방의회내의 정당, 교섭단체, 연방대통령, 연방참의원 및 법원도 추상적 규범통제의 제청권자가 될 수 없다. 추상적 규범통제의 대상은 기본법의 규정 및 연방헌법재판소법 제76조의 규정에 따라 연방법이나 주법이 헌법에 위반되는 가를 검토하는 것이므로 그 대상은 주법, 연방법이든 간에 넓은 의미의 법규범을 뜻한다. 따라서 그 존재형식과는 상관없이 모든 형태의 법규가 이에 포함되며, 법규명령도 여기에 당연히 포함된다. 즉, 기본법 제80조의 규정에 의한 모든 법규명령 뿐 아니라 지방자치단체의 자치법규, 자치단체조합, 공법상의 법인 등의 규약 등도 여기에 포함된다. 아울러 추상적 규범통제절차에서의 연방의 법규명령에 대한 헌법적 심사는 그 법규명령이 법률적 수권근거가 있는가의 여부와 법규명령이 그 법

위에 있는가의 여부에 까지 미친다. 따라서 연방헌법재판소는 법규명령에 대한 추상적 규범통제에서는 우선 당해법규명령이 법률적 수권근거가 있는가의 여부 및 법규명령이 그 범위내에서 정립된 것인가의 여부를 선결문제로서 우선 심사한 후, 이것이 긍정되는 경우 비로소 법규명령의 규정이 실질적으로 기본법에 반하지 않는가의 여부를 심사한다. 아울러 이미 폐기된 법규범이나 제정 중에 있는 법규범 및 일단 관보를 통하여 공포되기는 하였으나 효력발생시점에 이르지 못한 경우에도 심판대상이 될 수 있다.

추상적 규범통제를 하기 위해서는 연방법 또는 주법이 기본법에 합치하는가 또는 주법이 연방법에 합치하는가에 관한 견해차이(Meinungsverschiedenheit)나 의문(Zweifel)이 있어야 한다. 여기에서 견해차이란 어떠한 두 주체간에 특정법규범의 합헌여부와 관련하여 의견의 불일치가 있는 경우를 의미하고, 의문이란 의견의 불일치라기 보다는 단순히 개인적 차원에서 불분명한 점을 규명하려는 의욕에 바탕을 둔 것을 의미한다. 재판소가 심판의 대상이 되는 규범이 기준이 되는 규범과 불합치하는 것으로 간주하는 경우에는 당해규범을 무효로 선언하며, 이 경우 무효선언은 규범의 일부에 한정하여 선언할 수 있고 무효규범이 다른 규범과 분리할 수 없는 의미통일체를 이루고 있는 경우에는 기타 규범에까지 확대할 수도 있다.

### ○ 특례법(特例法)

일반적으로 어떤 법률에서 규정하고 있는 내용에 대하여 특례를 규정함을 목적으로 제정된 법률을 말한다. 특례법의 개념은 학문상의 개념이라기 보다는 법제실무상의 개념으로서, 실무상 이러한 예외법으로서의 특례법이 제정되는 이유로서는 ①일반법의 적용으로는 새로운 입법수요를 충족시킬 수 없는 특수한 상황에서 현실의 구체적 상황가운데 전개되는 특수한 입법정책적 목적을 수행하기 위하여 한정된 내용만을 규정하면서 다른 법률에 대한 적용배제 또는 예외를 규정하여 강한 법집행력을 수반할 필요성이 있는 경우, ②사회변동으로 인하여 특수한 내용을 규율하고자 하는 입법의 필요성이 대두된 경우에 일반법의 근간은 그대로 유지하면서 한정된 범위 내에서 예외적인 조치를 내용으로 하는 특별법/특례법을 제정함으로써 법

적용의 탄력성을 유지할 필요성이 있는 경우, ③국가의 정책추진의지와 입법지지를 국민에게 강하게 인식시키기 위하여 동일한 내용이라 할지라도 일반법의 규정가운데 포함시키지 않고 예외법으로서의 특별법/특례법을 마련하여 국가정책에 대한 국민의 이해와 협조를 요구할 필요성이 있는 경우 및 ④입법기술적인 측면에서 번잡한 절차를 거치지 않고 비교적 신속하게 법규범을 제정 또는 개정할 필요성이 있는 경우 및 입법경제적인 측면에서 많은 비용과 시간이 소요되는 일반법보다는 예외법으로서의 특별법/특례법을 제정하는 것이 효율적인 경우 등이다.

그러나 특수한 입법필요에 의하여 제정되는 개개의 법률이라 할지라도 통일된 법체계 내에서 다른 법률과의 논리적 조화가 유지되어야 하므로 특례법의 양산은 바람직하지 못하다. 특히 우리 나라의 경우 일반적인 법제도에 비하여 각종의 특례가 너무 남용되는 상황이며, 나아가 특례법의 범람이 기존의 일반법의 지위까지 유명무실하게 하고 있음은 입법정책상 심각하게 검토되어야 한다. 특례법을 제정함에 있어서 법체계의 통일성을 유지하기 위하여 법체계의 최상에 위치하는 헌법에 위배되어서는 아니 됨에도 불구하고, 특정한 목적만을 달성하려는 단편적이고 부분적인 입장에서 헌법에 위배되는 사항을 규정함으로써 위헌판결을 받은 사례도 다수 있다. 특례법의 남용은 법집행에 있어서 기존의 법률관계에 커다란 변화를 초래하고 있어서 국민의 법의식에 혼란을 가져오고 있으며, 특수한 상황에서 위반사례를 적법화시키려는 의도하에서 제정된 특례법은 입법에 많은 영향을 미쳐 그릇된 입법선례를 남기기도 하므로, 특례법을 제정함에 있어서는 다각적인 법률효과를 미리 진단하여 법질서와 국민의 법감정에 혼란을 초래하지 않도록 종합적이고 거시적인 검토가 필요하다.

특례법은 다른 법률의 적용을 배제함으로써 특별대상법률에 대하여 특별법의 지위를 가지게 된다. 그러므로 법률상호간에 모순·저촉이 발생하는 경우 이를 해결하기 위한 해석원칙으로서 특별법우선의 원리가 일반법적 지위에 있는 특별대상법률과 특별법적 지위에 있는 특례법에 적용됨은 당연하다. 물론 일반법과 특별법의 관계가 절대적인 분류로 볼 수 없고 개별 법률간의 상대적인 관계에 따라 분류될 수 있으므로 특별법과 특별대상법률의 관계 역시 명백히 구별하기 곤란한 경우가 많다. 따라서 특례법을 제

정하는 경우에는 기존법률과의 관계에서 상호간에 모순·저촉이 생기지 않도록 특례대상법률과의 관계규정을 두어 어느 법이 특별법으로서 우선 적용될 것인가를 명백히 하여야 한다. 기존의 특례법 중에는 일시적인 필요에 의하여 제정되었음에도 계속 방치되어 있는 특례법이 있는가 하면 지속적으로 계속 효력을 유지시킬 일반적인 내용에 대하여 특례법의 형식을 빌어 제정하는 경우도 있는 바, 임시조치법의 성격을 띠고 있으면서 그 입법효과를 완수한 법률은 과감히 폐지시킴과 아울러 일반법에 포함시켜 규정하는 것이 타당하다고 판단되는 법률에 대해서는 법체계의 정비라는 입장에서 일반법규정에 당연히 포함시켜야 할 것이다.

개개의 법규범의 기본형식의 선택과 관련하여 어떤 종류와 범위의 법규범이 적당한가를 확정하고, 자유와 정의의 적절한 균형관계를 유지하며 나아가 법규범상호간의 조화를 보장하는 것이 우선적으로 고려되어야 함은 당연하다. 그러한 의미에서 어떤 하나의 사안에 대해 너무나 많은 법규정을 존재시키는 것은 국민들에게 법상태를 인식하고 적응하는데 매우 어렵게 하며, 특히 각종 예외법으로서의 특별법/특례법을 제정하는 것은 법률관계를 불분명하게 하여 국민전체의 입장에서 본다면 안전하게 생활할 수 없게 된다. 그 결과 국민의 준법정신을 공동화하고 법의 실효성의 관점에서 법의 수용도 및 지도성의 저하를 초래한다. 따라서 어떤 법률의 기본형식을 원칙법이 아닌 예외법으로서의 특별법/특례법으로 하는 경우에는 다음과 같은 특별한 이유가 존재하는 한도에서만 허용될 수 있다. 그러나 예외법으로서의 특별법/특례법이라는 기본형식을 채용할 만한 충분한 이유가 있다 하더라도 경우에 따라서는 그것을 선택함으로써 오히려 비생산적으로 작용하여 법이 촉진하고 보호하려는 가치를 손상하게 하거나, 주어진 문제를 해결하기보다는 문제를 더욱 악화시키는 경우에는 이를 배제하여야 할 것이다.

#### ○ 특별명령(sonder Verordnungen)

독일의 위임입법에서 특별명령이란 특별법관계의 규율을 위하여 행정기관에 의하여 발해지는 명령으로서, 이에 대하여는 긍정하는 견해와 부정하



는 견해가 있다. 특별명령을 부정하는 견해에 의하면 기본법하에서는 법규 명령만 인정되며, 특별명령이 기본법 제80조의 전제조건에 적합하는 경우에는 그것은 법규명령에 해당된다고 한다. 따라서 특별명령이 기본법 제 80조의 규정에 의한 조건을 충족시키지 못할 경우에는 그것은 허용되지 않는다고 한다. 반면 긍정하는 견해는 행정활동의 원활한 기능수행을 위하여 불가피한 경우에는 법치국가적으로 문제가 없는 규범의 시행시까지의 행정부의 긴급권에 의하여 과도기법으로서의 특별명령의 효력이 인정된다고 보고 있다. 행정명령(Verwaltungsverordnung, Dienstanweisungen)이란 행정기관의 내부에서 행정의 조직과 활동을 규정하기 위하여 발하는 명령으로서 행정기관에 의하여 그 기능영역에서 발하는 것이라는 점에서 의회의 기능영역에서 위임에 의하여 발해지는 행정기관의 파생적 법규인 법규명령과 구분된다. 행정명령은 국가기능으로서의 행정에 고유한 것이며, 개별 법률의 위임에 의거하여 비로소 부여되는 것이 아니다.

#### ○ 특별법우선의 원리(特別法優先의 原理)

일반법이란 어떤 사항에 관하여 널리 일반적으로 규정하는 법령을 말하며, 특별법이란 그와 같은 사항에 관하여 특정의 사람, 지역, 기간 등을 한정하여 적용되는 내용을 규정하는 법령을 말한다. 일반법과 특별법을 구별하는 실익은 법적용과 해석에 있어서 특별법이 일반법에 우선하여 적용된다는데 있다. 따라서 양자가 서로 저촉할 경우에는 특별법의 규정이 우선 적용되고 일반법은 특별법에 규정되어 있지 않은 사항에 대하여 보충적으로 적용된다. 그러나 일반법과 특별법의 관계는 일의적, 절대적, 고정적으로 정하여지는 것이 아니라 상대적인 관념이므로 어떤 법령에 대한 특별법이 타의 법령에 대한 일반법인 경우도 다수 존재하고 있는 점에 주의하지 않으면 안된다.

또한 형식적 효력이 동일한 법령상호간의 모순저축을 해결하는 원리로서 후법우선의 원칙과 특별법우선의 원리의 어느 것을 적용하여야 할 것인가가 문제로 되는 경우도 많다. 특별법인 한에서는 당연히 후법우선의 원리에 의하지 않고 특별법우선의 원리가 적용되나, 경우에 따라서는 특별법으

로 볼 수 있는가의 여부에 관해서 그 판단을 내리기 어려운 경우도 많다. 결국 추상적, 일반적으로 말하면 개별 구체적으로 법령의 규정에 입각하여 그 규정의 취지, 규정의 방식 등에 따라 판단하여야 할 것이다. 따라서 입법에 즈음하여 특별법을 두는 경우에는 충분한 주의를 하여 될 수 있는 한 입법적 해석을 시도하려는 노력이 필요하며, 특별법의 취지를 명백히 할 필요가 있다.

### ○ 특수사정형 입법(特殊事情型 立法)

의원제출 법률안을 입안의 동기 내지 목적을 가지고 분류하면, 특수한 사정이 발생하여 의원입법으로 맡겨진 경우를 특수사정형 입법이라 한다. 대표적인 것으로는 행정청간의 조정이 없이 의원입법으로 되는 경우와 정부의뢰에 의한 의원입법의 경우이다. 전자는 행정청상호간에 각각의 정책을 조정할 수 없고 나아가 입법의 필요에 임박하는 경우에 의원입법에 맡겨지는 사례가 전형이다. 그 외에 헌법상의 의문에 대해 입법부의 판단을 맡기는 것, 정부가 대응을 주저하는 것, 제안을 정치적 판단에 맡기는 것 등이 있다. 후자는 의원입법의 활성화를 위하여 형식상 정부제안의 법안을 의원입법으로서 제출하는 것이며 제안은 물론 여당의원이 한다. 이들의 입안에는 다소 정부의 담당행정청이 관련하고 있으며 실제에 있어서 원안작성, 국회에서의 답변도 그 담당부처에서 행하는 경우가 많다.

### ○ 특수한 형태의 위임입법(特殊한 形態의 委任立法)

영국에서는 위임입법을 통상적 형태의 위임입법과 특수한 형태의 위임입법으로 구분한다. 통상적 형태의 위임입법이라는 것은 국회제정법에 의하여 위임의 한계가 설정되고 있어서 입법에 있어서 행정기관도 입법후에도 적용받는 국민도 그 한계를 알 수 있는 위임입법이다. 이 형태의 위임입법은 법원이 월권의 법리를 적용하여 사법적으로 통제할 수 있다. 위임입법은 국회제정법으로부터 입법권의 위임을 받아 정립되는 법형식이므로 국회제정법은 위임입법과의 관계에서는 근거법이며 상위법이다. 나아가 그것이 근거법이며 상위법이기 때문에 위임입법에 의하여 국회제정법 그 자체를

수정하는 것은 인정될 수 없다. 특수한 형태의 위임입법 내지 변칙적 형태의 위임입법이라는 것은 위임의 한계가 명확하지 않고 입법에 있어서 행정기관은 무제한이라고 할 수 있는 광범한 입법권을 행사할 수 있으며, 법원도 전통적인 월권의 법리를 원용하여 이를 사법적으로 통제하기 어려운 위임입법을 말한다. 이러한 특수한 형태의 위임입법은 위임입법제도의 본래의 취지에 벗어나는 것으로서, 일반인들에게 널리 비판받고 있다. 특수한 형태의 위임입법은 다음과 같은 것이 존재한다.

①원칙적 사항에 관한 위임이다. 이것은 본래 국회제정법에 의하여 규정되어야 할 사항을 행정입법의 형식으로 규정하도록 입법권을 위임하고 이 입법권의 행사에 있어서는 광범한 무제한이라 할 수 있는 자유재량을 인정하여 법원도 이를 통제할 수 없게 되는 위임을 말한다. 이러한 위임입법은 국회주권에 대해 위협이 된다.

②과세권의 위임이다. 국가가 법률을 매개로 행정기관과 관련성을 지니게 하는 과정에서 특히 관심을 가지는 것은 행정기관의 과세작용이었다. 국가의 재정에 관한 책임은 행정부가 져야할 것이라는 원칙을 확립하기 위해서는 국회가 행정기관에게 과세권을 위임하여야 할 것이라고 주장하나, 이들 과세권의 위임은 과세를 위하여 입법하는 권한을 관계행정기관에게 위임하는 것을 의미하므로, 과세를 부과하거나 과세대상을 변경하는 것을 행정입법에 의하여 주무장관의 권한으로 하는 경우에는 일정한 범위내에서 국회의 통제가 필요하다.

③재위임입법이다. 국회제정법의 위임을 받아 Regulation을 제정하고, 그 Regulation의 위임을 받아 재차 Order 또는 Rule을 제정하는 것을 입법권의 재위임이라 한다. 그러나 재위임에 의하여 입법권을 위임하는 것은 법의 체계화, 통일화를 저해하는 것이 되며 또한 필요이상으로 자유로운 조건하에 행정기관에게 입법권을 장악하도록 하게된다.

④소급효를 지닌 위임입법이다. 영국국민의 법률생활 가운데에는 소급적 효력을 지닌 법은 국회가 제정하는 법률을 제외하고는 존재하지 않는다는 사고가 널리 형성되어 있다. 따라서 행정기관이 정립하는 법형식으로 소급적 효력을 인정하는 것은 국회주권의 원리에 위반하는 것이 된다. 그러한 입법은 국회자신이 제정하여야 할 것이며 국회의 수중을 벗어난 위임입법

의 형식으로 정립되어서는 아니된다.

⑤사법심사를 배제하는 위임입법이다. 위임입법에 대한 법원의 권한은 월권을 이유로 소송의 제기가 있을 때 소송절차에 따라서 심리를 행하고 그 후 당해위임입법을 월권으로 판단하는 점에 있다. 이러한 법원의 권한은 Common Law의 오랜 역사 속에서 형성된 불멸의 권한이며 국회제정법에 의하여도 이 권한을 박탈할 수는 없다. 하물며 위임입법에 의하여 이를 배제하는 것은 이유여하를 막론하고 인정될 수 없다. 법원의 역할을 경시하고 위임입법에 사법적 통제의 배제를 규정하는 것은 그러한 위임입법은 사법권 그 자체에 의해 월권을 이유로 부정되게 된다.

⑥국회제정법을 수정하는 위임입법이다. 위임입법은 국회제정법인 법률과의 관계에서 하위의 규범이라도 위임입법으로 국회제정법이 수정되는 경우가 없는 것은 아니다. 적용범위가 광범한 지역에 미치고 내용도 다기에 걸치거나 복잡한 법률이 국회에서 제정된 경우 적용에 즈음하여 그 지역의 실정에 상응하는 적절한 수정이 필요하다. 그러나 위임입법에 의하여 국회제정법을 수정하는 것은 국가의 법질서의 통일화를 부정하는 것을 의미하며, 매우 위험한 발상이라 할 수 있다. 수정이 필요하다면 법률 그 자체를 수정하는 것이 필요하며 위임입법을 원용하여 법률을 수정하여서는 아니된다. 장관에 대하여 위임입법으로 국회제정법을 수정하는 권리를 부여하는 것은 국회주권의 원리를 부정하게 되는 결과를 초래한다.

### ○ 평등원칙(平等原則)

평등이라는 것은 비교를 전제로 하는 개념이며 그 자신 일정한 실체적 내용을 가지는 것이 아니다. 비교의 대상이 되는 두개이상의 것의 존재를 전제로 대상상호간에 비교의 관점에서 일치가 있는 경우에 대상은 평등하다고 할 수 있다. 비교의 대상이 되는 것은 다양하나 법적 의미에서 평등이 문제가 되는 경우는 항상 사람이어야 한다. 즉 평등에 사실상의 평등과 취급상의 평등이 있으며 양자는 혼동되어서는 아니된다. 사실상의 평등은 사람의 자연적 속성에 착안한 비교의 결과로서 인식되는 균일, 평등이며 취급상의 평등은 사실상의 평등과 관계없이 인위적인 제도 또는 규범에 사

람을 평등하게 대우하는 것이다. 헌법이 규정하는 평등의 원칙에 있어서 문제가 되는 것은 바로 취급상의 평등인 것이다. 사실 또는 자연의 평등과 제도 또는 법상의 평등이 논리 필연적으로 결부되는 것이 아니라면 사실관계가 평등하다고 해서 법적 취급도 항상 평등하여야 한다고 말할 수는 없다. 또한 법적 평등의 논증으로서 사실의 평등을 거론할 수는 없다. 그러나 법적 평등은 사실관계의 평등·불평등과 전혀 무관한 것은 아니다. 양자의 관계를 어떻게 파악하는가 또한 양자를 어떻게 관계지을 것인가에 따라 다양한 평등의 의미가 성립하는 것이다.

오늘날 헌법이 보장하는 평등의 의미는 상대적 의미로 이해되며 별도의 법적 취급이더라도 그것이 합리적인 근거가 있는 때에는 합리적 차별로서 평등원칙에 반하지 않는 것으로 이해되고 있다. 다만 별도의 취급이 합리성이 가지며 불평등한 취급이 아니라고 인정되는 것은 어떠한 경우이며 그 인정의 방법과 기준은 무엇인가라는 문제가 제기된다. 여기에는 합리성의 내용을 명확히 하는 접근방법과 합리성의 인정방법을 문제로 하는 접근방법이 있다. 전자 즉 합리성의 내용을 명확히 하는 입장에서는 합리성, 정의, 자의의 금지라는 그때그때의 사회의 법의식이나 법적 확신에 의해 판정되는 그 자신 무내용이며 보편 타당한 개념에 가치를 내재시킨다. 그리고 차별의 합리성의 판정기준은 인간성을 존중하는 개인주의·민주주의의 이념에 구한다. 후자 즉 차별의 합리성의 판단기준의 방식에 의한 접근방법은 우선 합리성의 기준이라는 일반적인 준칙으로 처리하는 방법이 있다. 입법의 목적을 확정하고 그 목적으로부터 논리적으로 그 입법에 의한 규제를 하여야 할 범위를 정하고 그것을 입법에서 채용된 구별의 징표 및 범위와 비교하는 방법에 의해서 합리성을 인정하는 것이며, 입법상의 구별이나 차별이 헌법에 합치한 입법목적에 대해 합리적 연관성을 가지는가의 여부에 따라 평등원칙적합성에 관한 판단을 내리는 것이다. 이 방법은 미국에 있어서 평등보호에 관한 전통적인 판례법리이며, 독일에서도 연방헌법재판소의 확립된 판례가 되어 있다.

우리 나라에서도 학계에서 평등원칙의 기준으로 “합리성과 자의의 금지”, “정의” 등을 제시하고 있으며, 헌법재판소의 판례에서도 평등원칙의 의미를 “헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절

대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거 없는 차별을 하여서는 아니 된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다(1994.2.24. 92헌바43)”라고 판시하는 한편, 그 원칙의 적합성판단에 있어서는 합리성의 기준에 의거하고 있으며 나아가 “합리적 근거 있는 차별 인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단하여야 한다(1995.2.23. 93헌바43)”라고 하고 있다.

평등의 원칙은 민주주의적 헌법의 내용을 규제하는 초실정법적 법원칙(Überpositiven Rechtsgrundsatz)을 의미하는 까닭에 행정, 사법은 물론 입법까지를 구속하는 입법의 평등으로 파악되며, 그렇게 함으로써 그 평등의 관념이 형식적인 것에서 실질적인 것으로의 확대가 가능하게 된다. 따라서 입법자는 입법시에 당해입법이 객관적 법규범으로서의 평등의 원칙에 위배되지 않도록 하여야 한다. 그러나 과연 어떠한 입법작용이 평등원칙에 위반되는 것이 아닌가라는 점에 대해서는 평등원칙 자체가 고도로 추상성을 지닌 내용이 불명확한 것이기 때문에 명확한 기준을 정립할 수는 없다. 다만 평등원칙의 구체화의 정도와 방법은 입법자에게 넓은 형성의 자유 내지 재량에 맡겨져 있으나, 평등의 원칙이 “입법자에 대하여 평등한 것은 평등하게, 불평등한 것은 그 특성에 따라 불평등하게 취급한다는 정의사고로의 부단한 적응(stete Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken)에 있어서의 일반적 지시”를 의미하는 거라는 점을 인식하여야 한다. 즉, 일반적 평등원칙의 위반은 입법자가 규제되어야 할 생활관계의 사실상의 평등 또는 불평등을 고려하는 것을 게을리 하는 경우이며, 그 평등 또는 불평등은 그것이 정의사고에 적응한 고찰방법의 경우에 고려되지 않으면 안될 정도로 중요하다.

그리하여 입법자는 입법에 즈음하여 평등의 원칙은 ①자의의 금지의 경우에 있어서 뿐만 아니라 일반적 평등의 원칙의 구체화의 경우에 있어서도 그 제한의 한계가 된다. 따라서 입법에 의하여 평등의 원칙을 구체화하는 경우에는 그 대상의 여하를 불문하고 “헌법제정권력자의 가치결단의 충실한 반영”이어야 한다. ②입법에 있어서는 자유권의 제한과 같은 제한적 입

법의 경우는 물론 개인에게 급부를 주는 복지입법의 경우에도 그것은 평등의 원칙에 따라야 한다. 복지입법의 경우에는 제한적 입법에 있어서 보다는 그 사회질서에 대한 형성의 자유가 많기는 하지만, 그러나 그러한 형성의 자유가 많을 수록 자의금지의 요청은 더욱 가중되고 있다. 따라서 이러한 경우에 있어서 동일한 사태에 대하여 다르게 취급한다면 그것은 불평등한 취급이며, 서로 다른 사태에 대하여 동일하게 취급한다면 그것은 또한 불평등으로 간주되는 것이다. ③입법에 있어서의 평등의 원칙에의 구속은 물론 명령제정과 같은 행정입법의 경우에 있어서도 그대로 적용된다는 점등을 유의하여야 한다.

### ○ 표결(表決)

표결은 회의의 의사결정에 직접 참하는 것을 말하며, 표결에 참가할 수 있는 자는 회의의 구성원인 의원에 한한다. 또한 표결에 즈음하여 회의장에 출석하지 아니한 의원은 표결에 참가할 수 없다. 이는 표결은 본래 표결을 선포할 때의 시점에 있어서 재석한 의원이 동시에 가부의 의사표시를 하는 것을 의미하기 때문이다(부재표결의 금지). 그리고 의원은 표결에 있어서 의사를 일단 표시한 후에는 어떠한 이유 또는 착오가 있더라도 그것을 변경 또는 정정할 수 없다(표결의 정정의 금지). 아울러 표결은 가 또는 부의 어느 것을 결정하는 것이므로 조건을 붙여서는 아니된다. 여기에서 조건이란 의원이 의안에 대해 찬부의 의사로 표명하는 법률행위를 함에 있어서 그 행위를 하는 의원의 표결의 효과를 장래의 불확실한 사실과 연계시키는 것을 말한다(표결의 조건의 금지). 표결의 방법으로는 기립, 거수, 기명투표, 무기명투표, 이의유무를 묻는 방법 등 5가지 유형이 있으나 의사규칙 등에서 자주적으로 결정된다.

### ○ 필요성의 원칙(必要性的의 原則)

목적달성에 있어서 수단이 필요한 점을 요청하는 필요성의 원칙은 “타의, 동등하게 효과적인 그러나 기본권을 보다 축소하거나 제약하지 않는다고 인식되는 수단이 선택되지 않았는가의 여부, 또는 목표가 다른 개개인

에게 보다 불리하지 아니한 방법으로 달성될 수 있는가의 여부”를 판단하는 것을 의미한다. 이것은 입법목적으로부터 추상적으로 고려되어지는 모든 수단으로서가 아니라, 당사자에 의해 열거된 것과 기타 전문가에 의해서 논의된 선택수단과 입법자가 선택한 수단을 대치함으로써 결정된다. 필요성의 원칙은 구체적으로 수단과 수단의 관계를 심사하는 것이라 할 수 있으며, 여러 적합한 수단 가운데 최소의 침해효과를 가지는 수단을 선택할 것을 요구하는 의미에서 최소침해의 원칙이라고도 한다.

필요성의 원칙에 적합한 것인가의 여부를 가리기 위해서는 먼저 동일한 효과를 거둘 수 있는 여러 수단이 존재하여야 하고, 그 다음 기본권을 가장 최소한으로 침해하는 수단을 택할 것인지를 살펴보아야 한다. 필요성을 판단하는 첫 번째의 전제로서 어떤 수단이 다른 수단에 비교하여 동일한 효과를 얻을 수 없을 경우에는 그 수단을 사용할 것을 요구할 수 없다는 점이다. 즉 입법자는 보다 침해가 완화된 수단을 사용하여야 하나, 비록 다른 수단이 존재하더라도 그것이 동일한 효과를 가지는 것이 아닌 한 필요성의 원칙에 구속될 필요는 없다. 하나의 수단이 다른 것과 비교하여 동일한 효과를 가지는가는 단지 개별사안에 따라서 결정될 문제이지, 추상적으로 결정될 문제는 아니다. 둘째로, 입법자는 비슷한 효과를 거둘 수 있는 여러 수단들 중에서 기본권을 가장 적게 침해하는 수단 즉 가장 “온건(milder)”한 수단으로 목적을 달성할 것을 요한다. 이 경우 침해의 최소성의 판단 즉 여러 수단 중에서 무엇이 가장 온건한 수단인가가 문제된다. 독일의 판례에서는 가장 적게 침해하는 방법을 선택함에 있어서의 판단은 원칙적으로 입법자에게 맡겨져 있으나, 입법자가 그와 같은 판단에 따른 선택을 함에 있어서 “보다 덜 권리를 침해하는 수단이 가능하였다는 점이 명확히(eindeutig) 확인될 수 있는 경우”에는 그러한 법적 규율은 지나치게 부담을 주는 것이고 따라서 헌법에 반하는 것이라고 지적하고 있다.

필요성의 원칙은 입법자에 의해서 의도된 조치 그 자체가 필요한가의 문제가 아니라, 목적을 동일하게 달성할 수 있는 보다 더 완화된 수단이 있는가의 문제라고 할 수 있다. 따라서 입법자는 규제목적에서 예측되는 광범한 침해가 어떠한 것보다 나은 결과를 예상하지 아니하는 곳에서만 보다 온건한 수단의 선택의무를 진다. 헌법재판소에서는 어떠한 조치가 최소침



해의 원칙, 즉 필요성의 원칙을 충족하는 것인가에 대해 명확한 기준을 제시한 판례는 없으며 다만 “무릇 국가가 입법, 행정등 국가작용을 함에 있어서는 합리적인 판단에 입각하여 추구하고자 하는 사안의 목적에 적합한 조치를 취하여야 하고, 그때 선택하는 수단은 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적이며 상대방에게는 최소한의 피해를 줄 때에 한해서 그 국가작용은 정당성을 가지게 되고 상대방은 그 침해를 감수하게 되는 것이다 (1989.12.22. 88헌가 13)”라고 설명하고 있으며, 몇 개의 판례에서 이를 적용하고 있다.

### ○ 필요적 조례사항(必要的 條例事項)

일정한 사항을 정하는데 있어서 조례의 제정이라는 형식이 필요한 경우에 이를 필요적 조례사항이라 한다. 또한 조례사항이라는 용어는 이 필요적 조례사항의 의미로 사용되기도 한다. 어떤 사항이 필요적 조례사항인가는 특히 조례와 장의 규칙간의 소관사항의 배분에 관한 문제로서 검토된다. 우선 지방자치단체의 명칭변경, 지방자치단체의 기구의 조직·운영 등은 필요적 조례사항이 된다. 국민의 권리의무에 관하여 규범을 정립하는데에는 국가의 입법의 경우라면 국회의 의결을 거친 법률의 형식에 의하거나 적어도 법률의 위임에 의할 것을 필요로 하나, 지방자치단체의 자치입법에 관해서는 장이 의회와 동등하게 주민에 의해 직접 선출되어 그 의미에서 의회에 필적하는 민주적 정당성을 지닌 기관임을 고려하여 장의 규칙에도 독자의 법규 창조력을 인정할 여지가 없는 것은 아니다. 다만 실제로는 지방자치법 또는 다른 법률의 규정에 의하면 이른바 행정사무의 처리에 관한 사항, 지방세에 관한 사항등 권리의무규범의 정립에 수반하려는 종류의 사항중 기본적인 것은 어느 것도 필요적 조례사항이 된다. 이들 제규정에 비추어보면 일반적으로 지방자치단체의 사무로서 권리의무규범의 정립을 수반하는 것은 그 처리에 있어서 조례의 제정이 필요하다는 의미에서 필요적 조례사항으로 이해하는 것이 현행법의 전체의 취지에 합치하는 것이라고 생각된다. 물론 이와 관련 없이 조례가 권리의무규범의 정립을 장의 규칙등 조례이외의 법정립형식에 위임하는 것은 가능하다. 장이 조례로

정하여진 사무를 집행하는데 있어서는 조례의 명시적 위임이 없더라도 권리의무규범을 규칙으로 정할 수 있다고 이해할 여지가 있다. 위원회규칙은 각종의 위원회에 관한 법률이 규정됨으로써 제정되는 것이며, 어떠한 조건 하에서 권리의무규범을 정립할 수 있는 가는 각각 개별적으로 검토되어야 할 문제이다.

급부적 행정활동에 관한 것 가운데 기본적인 것은 결국 필요적 조례사항으로 되는 것이 많다. 공공시설의 설치관리에 관한 사항, 사용료에 관한 사항, 공영주택의 관리에 관한 사항, 각종지방공영기업의 설치 및 그 경영의 기본에 관한 사항 등이 그것이다. 어떤 사항이 필요적 조례사항으로 되어있는 경우에 조례의 규정에 의거하여 사무를 집행하여야 할 지위에 있는 집행기관이 필요에 따라 세목적 사항에 관하여 정하는 것은 원칙적으로 가능하다. 어떤 사항이 조례로 정할 수 있도록 된 것임과 동시에 당해사항에 관한 권한의 소재에 따라 장의 규칙, 위원회규칙등의 형식으로 정할 수도 있는 경우에는 그것은 조례와 다른 법정립형식과의 경합적 소관사항이 된다. 조례와 장의 규칙의 경합되는 일정한 사항에 관하여 조례 및 규칙이 각각 내용에 있어서 상호 양립할 수 있는 규정을 두고 있는 경우에는 양자의 형식적 효력을 동등하게 보아 후법은 전법을 파기한다는 원칙에 의하여야 할 것이라는 견해도 있으나, 조례가 지방자치단체의 의결기관의 지위에 있는 의회의 의결을 거쳐 제정되는 것이므로 그 형식적 효력은 장의 행위에 의하여 제정되는 규칙보다도 우월한다고 해석하는 것이 타당하다. 위원회의 규칙 기타 규정은 조례의 소관사항과 경합하는 경우에도 그 형식적 효력은 당연히 조례가 우위에 있다.

#### ○ 필요적 입법(必要的 立法)

어떤 정책을 실현하는 경우에 반드시 법률로서 할 필요가 있는 경우의 입법을 필요적 입법이라 하고, 그 경우의 정책을 필요적 입법정책이라 한다. 필요적 입법에는 두 가지 유형이 있다. 하나는 그 정책의 실현이 권리제한과 관련한 경우의 입법이며, 다른 하나는 그 정책의 실현이 기존법률과의 관계에서 새로운 법률(기존법의 개정법을 포함)을 필요로 하는 경우

의 입법이다. 전자를 권리제한법이라 한다. 사인의 권리를 제한하고 의무를 과하는데 법률의 근거를 요하는 것은 헌법상의 원리이다. 헌법상 법률로서 규정할 것이 명시된 정책, 예컨대 조세정책, 노동기본권, 자치법을 제약하는 정책 등도 당연히 법률사항이라는 의미에서 필요적 입법정책이다. 보조금교부등 급부행정의 분야에서 예산조치만으로 가능한 것은 일반적으로는 필요적 입법정책이 아니다. 다만 급부행정의 경우 권리제한인가의 여부선택은 임의적이거나 일단 권리제한을 선택하면 필요적 입법이 된다.

어떤 정책을 실시하는데 그 실시가 기존법과 관련성을 지니며 기존법과 모순 저촉되는 경우가 많다. 이 경우 기존법을 개정하고 또는 기존법에 대한 특별법을 제정하는 경우 그것은 단적으로 필요적 입법이다. 기존법과의 정합성의 판단은 개별적으로 명확한 경우 외에 포괄적, 다원적인 경우도 있다. 예컨대 장애인, 노인 등의 약자보호를 강화하는 정책을 취하고 싶은 경우 기존법의 어디에 핵심이 있는가, 그것을 어떻게 개정 내지 특례화할 것인가의 검토를 다원적으로 행하여야 한다.

### ○ 합리화된 의회주의(parlementarisme rationalisé)

합리화된 의회주의란 프랑스 제5공화국헌법의 기초자들이 의회에 대한 정부의 통제를 강화하고 의사운영에 있어서 정부의 주도권을 확립할 것을 목적으로 의회에 대하여 대규모의 개혁을 단행하면서, 그 개혁에 의하여 변모된 의회제도를 말한다. 이 개혁은 의회개혁으로서 중대한 의의를 가지나 의회자신의 주도에 의한 것이 아니라 행정부의 주도에 의하여 실현되었으며, 헌법에 명문으로 규정된 점에 특색이 있다. 프랑스는 강력한 대통령제에 의원내각제를 가미한 양제도의 절충적인 체제를 채용하고 있다. 다만 의원내각제적 요소를 지니고 있다 하더라도 영국이나 일본과는 달리 수상 이하의 각료는 양원의 의원을 겸직할 수 없다(헌법 제113조). 제4공화국헌법에서는 의회중심주의를 채택하여 그 가운데에도 하원이 국정상 중요한 역할을 하였으며 상원에는 자문기관적인 권능만이 부여되었다. 이에 대해 “합리화된 의회주의(parlementarisme rationalisé)”의 이름하에 의회에 대한 행정권의 우위가 확립된 제5공화국에서는 헌법은 법률사항을 한

정하고(제34조) 그 이외에 관해서는 정부가 명령으로서 입법할 수 있게 하는 등(제37조), 의회의 입법권이 대폭 제한됨과 아울러 전통적인 의회주의에 입각한 법률은 국민의 일반의사의 표현이라는 체제에 중지부를 찍고 헌법위원회라는 새로운 헌법기관을 창설하여 법률과 양원규제에 대한 위헌성심사를 할 수 있게 하였다.

Maurice Duverger는 합리화된 의회주의의 의미를 “이 세련되지 못한 표현은 제1차세계대전이 끝날무렵 1919년-1920년의 유럽국가의 신헌법전의 특징을 나타내기 위하여 고안되었으나 이들 헌법은 의원내각제의 관행상의 제준칙을 상세히 법전화(codifier)하고 또한 양원과 집행부의 상호균형을 유지하기 위하여 정밀하고 엄격한 기구를 고안하려 하였다. 이 최초의 합리화된 의회주의의 실험은 즉시 행해지지 않았다. 그 이유는 이들 헌법전의 대부분은 오래 지속되지 못하였기 때문이다. 그러나 이 용어는 제5공화제에 관하여 다소 다른 의미로 사용되고 있다. 그것은 오히려 의회의 의사절차(travail parlementaire)의 규율 및 입법절차에 관한 제준칙을 지칭하는 것이다. 확실히 그것은 신임문제 및 정부책임의 규율에도 사용되고 있으나 이것은 그다지 중요하지 않다”라고 피력하고 있다. 또한 의회에서 채택될 수 있는 법안에서도 공권력의 조직에 관한 법률안, 프랑스공동체간의 협정을 승인하는 법안 및 제제도의 운영에 영향을 미치는 조약의 비준을 승인하는 법률안에 관해서는 대통령은 정부의 제안 또는 양원일치의 제안에 의거, 의회를 통하지 않고 이를 직접 국민투표에 회부하여 입법할 수 있다(제11조). 나아가 그것이 법률사항이라도 정부는 그 시정방침을 실시하기 위해 기간을 한정하여 정부의 명령의 한형식인 법률명령(Ordonnance)으로서 입법하는 권한의 위임을 의회에 요구할 수 있다(제38조). 이와 같이 프랑스의 입법과정에서는 정부의 개입은 매우 강력하나, 법안의 전부가 정부의 의도대로 가결되는 것은 아니며 양원에 의한 수정후 가결되는 법안이 반수에 가깝다.

### ○ 합헌성추정의 원리(合憲性推定の原理)

일반적이고 추상적인 범규범을 정립하는 국가작용인 입법작용에 대해서는

입법자에게 폭 넓은 입법형성의 자유(gesetzgeberisches Ermessen)가 인정되어 입법자는 스스로의 판단에 입각하여 법률을 형성하며, 일단 그 법률이 제정되면 이에 대하여 합헌성의 추정(favor legis)을 받는다. 그러나 입법자는 입법형성에 즈음하여 헌법의 명문규정에 위배될 수 없음은 물론 헌법의 기본원리나 기본질서에 위배되지 않아야 하는 등 일정한 한계가 설정되어 있다. 그 이유는 국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 내용적인 합치를 요구하고 있기 때문이다(헌재결 1989.7.21. 89헌마38). 그러한 의미에서 입법자는 헌법의 범주내에서 입법형성의 자유가 부여되어 있으며, 그 한도에서 입법재량을 인정받게 된다. 따라서 입법자가 국가의 최고법규로서 입법권을 부여한 수권규범일 뿐 아니라 입법권의 한계를 설정하는 제한규범인 헌법에 위배되는 입법을 하는 경우에는 법률의 합헌성의 원리에 의거하여 그 입법은 위헌무효가 되는 것이다.

법률의 합헌성의 원리를 담보하기 위하여 우리 헌법에서는 법원의 위헌법률심사제청과 위헌심사형 헌법소원심판제청에 따라 헌법재판소가 하는 위헌법률심판에 의하여 결정되도록 규정하고 있다. 이 제도를 둔 취지는 입법자가 입법활동에 즈음하여 입법을 요구하는 당사자의 요구를 충분히 음미하지 않거나 그 강한 요구에 굴복하여 입법의 객관적 필요성을 기초지우는 것을 태만히 한 경우에 헌법재판소는 규범통제절차를 통해서 이른바 입법사실을 규명하고 그것에 의해 입법자가 소홀히 한 재량을 보완하는 것이라고 볼 수 있다. 따라서 입법시에는 이러한 헌법재판소의 태도를 입법절차의 기본적인 요건으로 함으로써 입법에 즈음하여 발생하는 불비·결함을 미연에 방지할 수 있다. 결국 국가의 모든 법령은 헌법의 구체화 내지 집행의 의미하기 때문에 헌법의 명문규정에 위배되어서는 아니됨은 물론 헌법에 규정된 기본질서와 기본제도에 위배되거나 그것을 부정하는 것이어서는 아니된다. 입법에 있어서는 우리 헌법에 규정된 대한민국의 기본성격, 기본질서 및 기본제도를 항상 염두에 두고 헌법정신을 구현하는 것을 입법의 첫번째의 준칙으로 삼아야 할 것이다.

### ○ 해석규칙(interpretative rule)

미국의 연방행정절차법상의 규칙의 전부가 입법적 규칙인 것은 아니다. 입법적 규칙외에 해석규칙(interpretative rule), 일반적 정책표명(general statement of policy) 및 절차규칙(procedural rule) 등이 있다. 해석규칙은 입법적 규칙과는 달리 사인과 정부를 법적으로 구속하는 효력은 없으며, 단순히 현행법의 의미내용에 관하여 행정기관의 견해를 피력한 것에 불과하다. 물론 행정기관의 해석규칙은 법원에서 참고가 되고 있으며 또한 사인의 권리의무에 사실상 영향을 부여하기도 한다. 그러나 재판의 장에서는 행정기관은 해석규칙을 근거로하여 행정의 활동을 법적으로 정당화할 수는 없으며 어디까지나 당해활동의 근거법에 비추어 법적으로 정당화하지 않으면 안된다. 일반적 정책표명이란 직접 사인이나 정부를 법적으로 구속하는 것은 아니며, 행정기관이 장래 행정입법권한을 어떻게 사용한다는 방침에 관한 의사표시이다. 이 의사표명자체가 사인의 권리의무를 변동시킬 수 없다.

그러나 행정기관이 일반적 정책표명으로서 발한 것이라도, 즉 당사자를 구속시키지는 않더라도 정책표명의 내용이나 현실의 실시방법에서 볼 때 행정기관이 그것에 구속적 효과를 부여하고 있는 경우는 법원은 이를 입법적 규칙으로 하여 필요한 절차를 거친 후 제정하여야 할 것이라고 판단하고 있다. 절차규칙이란 사실 입법적 규칙인 경우가 있다. 절차규칙에 대응하는 개념은 실체규칙(substantive rule)이나, 실체-절차의 구별과 입법적-비입법적의 구분과는 일치하는 것이 아니다. 해석규칙이나 정책표명은 입법적 규칙이 아니나, 절차규칙의 경우에는 입법적 규칙이 아닌 것도 있으며 입법적 규칙인 경우도 있다.

### ○ 행정명령(Executive Order)

미국의 연방정부의 집행부공무원이 준수하여야 할 공식적이며 법적 구속력이 있는 대통령의 지시사항이라고 할 수 있다. 행정명령에 대해서는 그 정의 및 법적 근거에 대한 어떠한 명문규정도 없으나, 대통령의 법률안제출권이 제한된 미국에서는 매우 유용한 수단으로 사용되고 있다. 즉 ①현

안에 신속하게 적응할 수 있는 기동성이 있고, ②현상에 탄력적으로 적응할 수 있는 유연성이 있으며, ③어떤 정책에 대한 의회의 반대를 회피하거나 의회에 형성되는 반대세력의 예봉을 물리칠 수 있다는 점등에서 대통령에게 매우 유용한 정책형성수단을 제공한다. 그러나 이것은 적절하게 사용한다면 의회의 비능률을 보완하는 유용한 도구가 되나, 적정선을 넘는 경우 권력분립적 견지에서 의회의 입법권에 대한 도전적 요소를 내포하고 있다는 점에서 비판을 받고 있는 실정이다.

미국에서의 행정입법에 대한 행정부자체의 통제수단으로는 행정절차법에 규정된 소정의 절차적 통제가 가장 중심적으로 되어 있었으며, “행정기관의 규칙제정의 절차는 현대의 정부가 지닌 가장 위대한 발명중의 하나”라고 일컬어져 왔다. 그러나 정책결정의 실질적 권한이 행정부로 이행되면서 행정절차법에 의한 행정입법의 통제에도 한계가 노출되기 시작하였다. 특히 1960년대 중반을 필두로 행정부의 규칙제정의 숫자는 1970년대에 와서는 대폭 확대하기 시작하였다. 그 근거에는 월남전쟁을 하나의 상징으로 하는 미국의 사회적·경제적 기반의 변화에 수반하여 환경, 건강, 안전, 에너지, 소비자보호라는 새로운 문제가 제기되면서 다수의 규제적 프로그램을 필연화하였다. 의회는 새로운 위임입법을 창출하였으며 행정기관도 새로운 행정수요에 대응하기 위하여 자기의 직무범위의 확대를 행하게 되었던 것이다. 이러한 상황에서는 규칙제정의 방법을 활용하지 않으면 그 임무를 수행할 수 없게 되었고, 그와 아울러 규칙제정의 방법에서도 포괄적이고 합리적(comprehensive rationality) 접근방법을 채용하게 되었다. 즉, 포드·카터·레이건의 대통령들은 일련의 행정명령(Executive Order)에 의하여 이러한 분석적 기법을 보다 한층 강화하여 규칙제정절차에 영향력을 행사하였으며, 그 특징은 항상 규칙제정에 즈음하여 경제적 배려가 행하여 질 것을 보장하는 시스템을 설정하게 되었다.

#### ○ 행정형식성(Verwaltungsförmigkeit)

행정형식성이란 법령의 실행을 위해서 합목적적이고 효율적인 과제수행을 위한 조직과 절차기술적인 명확성을 규정하는 것을 의미한다. 행정형식성은 법의 운용이라는 측면에서 특히 법규범의 효력을 상승시키기 위하여

행정적 실현가능성(Verwaltungspraktikabilität)을 모색하는 것이라 할 수 있다.

법령의 작성에 있어서 유의하여야 할 행정형식성 내지 행정적 실현가능성의 측면을 제시하면, ①의도하려는 목표관념이 상위 법령 또는 동등한 다른 법령과 상호 모순·저촉이 발생하지 않도록 권한규정을 명확히 설정할 것 ②구체적 실시가능성, 차별화된 요소의 순차적 전개, 구성요건의 기술, 결정여지, 행위가능성과 의무의 집약화와 추상화, 기본적 규정을 정형화할 것 ③구성요건적, 법적 결과에 적합하게 범규범의 내용을 사실적합성과 행정적합성에 따라 세분화, 분류화 및 지시등급의 설정 그리고 이러한 형식이 최종적으로는 법적 결과의 실현에 유용한 것이 되도록 유의할 것 ④법적용자와 일정한 수범자가 적절하게 이해할 수 있고 적용할 수 있도록 이해가능성과 명확한 조정가능성이 있을 것 ⑤개념적 명확성, 명백한 관련 요소의 설정과 논리적 구조를 통한 경제적이고 합리적인 적용가능성과 활용가능성의 모색, 그리고 이를 통한 이해가능성, 집행에 있어서의 공정성과 객관성 있는 운용가능성을 검토할 것 ⑥조직상의 일관성/법령의 해석에 따른 현존하는 실상에 대한 독자적이고 직접적인 영향가능성에 관한 인식을 획득할 수 있을 것 ⑦과제설정에 대한 헌법적인 근거의 명확한 확보와 형성, 실시과 관련한 사항에 있어서 중복을 회피하고 비중 있는 사항은 간결한 의미로 완전하게 기술할 것 ⑧시행부서의 통일과 임무수행의 일관성을 위한 가능한 한 행정조직의 광범위한 일치성을 도모할 것 ⑨행정의 투명성, 통일성, 조직성과 업무적합성에 상응하도록 하고, 법령에 규정된 소정의 절차진행에 있어서 합리화의 도모와 자동화에 적합할 수 있도록 할 것 ⑩시행을 위해 필요한 업무를 담당하는 기관(부서) 및 신고의무의 최소화를 도모하고, 법적용자와 수범자간에 행정상 업무협조가 필요한 경우를 제외한 빈번한 접촉의 최소화를 도모할 것 ⑪방대한 새로운 과제가 대두되어 법령의 개정이 요구될 때에는 행정의 수행에 적합한 조직형식을 확인할 것 ⑫과제의 달성과 절차의 진행 중에 제기된 반작용이나 요구에 관해 참여 내지 협력의 필요성을 새로이 수용할 것인지의 여부를 각각 심사할 것 ⑬법령의 바람직한 집행을 위한 필요한 인원수 및 자격자의 적절한 배치, 행정기술적인 비품 등의 수요를 예측할 것 ⑭법적용자가 필요로 하는 정



확한 정보의 완비 및 법적용자가 사용하기에 편리한 정보의 개발가능성을 적극 모색할 것 ⑮법률목적의 달성가능성과 입법자의 의도가 법적용자에게 건설적이고 동기부여적인 사고를 제시할 수 있을 것, 실제의 집행단계에서 재량이 부여된 곳에서의 재량확정 또는 불확정법개념에 대한 해석의 운용에 대한 판단능력이 있을 것, 법적용에 있어서 사실인식, 확인 및 평가 등에 대한 명확한 인식이 부여될 것, 구성요건과 관련한 사실의 핵심부분의 인식에 있어서 상상력과 창의성이 용의될 것, 조정과정 또는 결정과정에 있어서 의견이 대립하는 경우에 자주성이 부여될 수 있을 것, 협력자에 대해 개방적이고 탄력성이 부여될 것 등이다.

#### ○ 협의의 비례원칙(狹義의 比例原則)

협의의 비례원칙은 가장 적합한 선택(Optimierung)을 요청하는 실천적 정합성(Praktische Konkordanz)의 원리로서, 상당성의 원칙이라 한다. 이 원칙은 목적과 수단 사이의 비교형량을 구체화하는 것이며, 선택된 수단의 사용으로 인한 손실이 압도적인 경우에는 고려된 수단을 중지할 것을 요하는 “침해와 그것을 정당화하는 근거의 단순한 비교형량”으로 파악할 수 있다. 따라서 협의의 비례의 원칙은 그 자체로는 결정기준을 일반적으로 정립할 수 없으며, 그 의미에서 그 자체 어떠한 내용에 관한 기준을 제시할 수 없는 “개방된 원칙(offenes prinzip)”이라 할 수 있다. 여기에서 이익형량(Güterabwägung)에 대한 평가를 어떻게 하여야 하는가이며, 이러한 평가는 결국 규범적 입장에서 출발하여 헌법상의 법익에 비추어 판단하여야 한다.

필요성의 원칙이 정해진 목적에서 출발하여 개인적 법익을 위하여 여러 적합한 수단의 부담을 심사하는 반면에 협의의 비례의 원칙은 목적 그 자체를 포괄적 상대평가 가운데에서 파악한다. 환언하면 필요성의 원칙이 확정된 목적과 하나 또는 다수의 수단 사이의 관계에 관한 것이라면, 협의의 비례의 원칙이 포괄하는 목적 - 수단관계의 측면에 있어서 중요한 것은 두 개의 변수의 정서인 것이다. 따라서 중요한 것은 그 중요성에 있어서 상호 비교형량될 수 있는 목적과 수단의 조정이다. 이러한 목적과 수단의 조정

을 요청하는 협의의 비례의 원칙에 대하여 독일연방헌법재판소는 그것을 “적절한 관계(angemessenes Verhält)”, “적정한 관계(gerechtes Verhältnnis)”등으로 다양하게 표현하고 있으나, 어떠한 표현에 의하더라도 협의의 비례원칙은 “침해의 엄격성과 그것을 정당화하는 근거의 중대성 및 긴급성”의 비교형량으로 파악하고 있다. 그러나 목적과 수단 사이의 형량은 적극적인 의미에서 적절한 상관관계가 있다고 하는 것을 겨냥하는 것이 아니라, 오히려 단지 소극적으로 그 수단이 부적절한가 아닌가 또는 결과와의 관계에서 현저히 비례적이지 못한 불이익으로 이끌지는 않는가에 중점을 두고 있다. 물론 그곳에서는 입법자가 가장 합리적인 수단을 사용해야 되는 것만은 아니다. 그렇지만 목적과 수단이 상호 균형에서 벗어나지 않는다고 하여 이들 관계가 또한 최적의 것이라고 단정할 수는 없다. 목적과 수단사이의 형량은 기본적으로 보호되는 개인적 법익의 중요성, 침해정도, 공공이익의 중요성과 긴급성에 의하여 결정되어야 할 것이다.

#### ○ 혼합규칙제정절차(Hybrid Rulemaking)

혼합규칙제정절차 또는 부가적 절차(Additional Procedure)란 미국의 법원이 창출한 것으로서 헌법상 또는 관련되는 제정법상으로 직접적인 명문의 규정은 없다. 또한 법적 근거 내지 절차상의 요건이 무엇인가에 대하여 법원의 판례도 다양하며 혼합규칙제정절차에 관한 개념을 명확히 정의하는 것은 쉽지 않다. 어쨌든 혼합규칙제정절차란 정식규칙제정절차도 약식규칙제정절차도 아닌 그 중간적인 규칙제정절차로서, 정식규칙제정절차와 같이 엄격한 절차를 필요로 하지 않으나, 다른 한편 약식규칙제정절차와 같이 완화된 것도 아닌 절차를 의미한다. 이 절차는 1960년대 후반부터 급증하기 시작한 약식규칙제정절차가 이해관계인의 보호에 불충분하다는 인식하에 이해관계인의 참가를 보다 실효적인 것으로 하는 한편 정식규칙제정절차의 과도한 사법화를 회피할 수 있는 절충적인 규칙제정의 창조가 각방면에서 요청되면서 법원에 의하여 널리 채용되기에 이르렀다. 혼합규칙제정의 근거에 대하여는 초기에는 절차적 due process에 의거하였다. 즉, 1966년의 American Airlines, Inc. v. CAB(359 F. 2d 624)사

건판결에서 원고는 허가의 변경에 즈음하여 사전에 대심구조의 청문을 행할 것을 법률에서 규정되어 있음에도 불구하고 민간항공위원회(Civil Aeronautics Board)가 약식규칙제정에 의하여 이를 행한 것은 위법이라고 주장하였다. 법원은 이러한 사례에서 약식규칙제정에 의하여 일반적 기준을 정하는 것은 적법하다고 하였으나, 그 경우에도 절차적 due process의 요청으로서 대심형청문(trial-type hearing)이 요구될 수 있음을 시사하였다.

그러나 연방대법원은 1973년의 *Unites States v. Florida East Coast Ry.*(410 U.S. 224)사건판결에서 규칙제정에 있어서는 due process의 요청으로서 구두절차가 의무화되어 있는 것이 아니며 하물며 대심형청문이 요구되는 것은 아님을 명확히 하였다. 그러나 하급법원은 혼합규칙제정을 인정하기 위한 다른 방법을 고찰하였다. 하나는 제정법이 규칙제정에 관하여 일반적으로 수권하면서 규칙에 관해서는 실질적 증거심사(substantial evidence review)를 행할 수 있는 규정을 둔 때에는 이 유형의 사법심사는 통상 정식규칙제정에 대하여 인정됨에도 불구하고, 혼합규칙제정을 의무화한 것이라고 이해하는 방법이다. 또한 행정절차법 제 553조의 확장해석을 통하여 이해관계인의 절차적 보호를 확장하고 있는 경향도 인정되었다. 즉 제553조는 규칙제정의 기초가 되는 중요한 자료의 개시를 행정청에게 의무화하고 있지는 않으나, 판례 중에는 기본적 자료가 제공되지 않음으로써 의미 있는 의견진술을 행하지 못한 때에는 의견진술이 거부된 것과 동등하다고 판시함으로써 규칙안의 기초가 되는 중요한 자료를 공표할 것을 행정청에게 요구한 사례도 있다. 그러나 1978년 *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. National Resources Defense Council Inc.*(435 U.S. 519)사건판결에서 연방대법원은 판례에 의한 혼합규칙제정의 창조를 부인하였다. 본건에서 행정청은 약식규칙제정에도 불구하고 구두청문을 행한 것이나, 항소심에서는 이것도 불충분하며 중요사항에 관해 반대신문이 필요하다고 판시하였다. 연방대법원은 이 판결을 과기하여 대립하는 사회적·정치적 세력의 타협으로서 성립한 APA에 제시된 입법자의 의도를 변경하는 것은 사법의 영역이 아니라고 하고, 만약 법원이 새로이 절차요건을 창조하는 것이 허용된다면 사법심사

는 전혀 예견할 수 없는 것이 된다고 판시하였다. 다만 이 판결은 법률이나 행정청의 규칙에 의하여 혼합규칙제정을 정하는 것까지 부정하는 것은 아니며, 이 유형의 혼합규칙제정은 현재에도 다수 존재하고 있다.

### ○ 후법우선의 원리(後法優先의 原理)

형식적 효력을 같이하는 두개 이상의 법령의 내용이 상호 모순 저촉하는 경우에는 후에 제정된 법령이 전에 제정된 법령에 우선한다는 원리를 말한다. 법체계는 개개의 법률 사이에 외견적인 모순에도 불구하고 통일된 법질서의 유지가 필요한 것이며, 법규범이 일정한 정치적·경제적·사회적 기반 위에서 형성되는 것인 이상 사회경제의 새로운 진전에 수반하여 규정된 새로운 규범에 우월적인 효력을 인정하는 것은 법의 본질에서 오는 당연한 귀결이라고 할 수 있다. 후법우선의 원리는 동일한 형식적 효력을 가지는 법령상호간의 모순저촉을 해결하기 위한 원리이며, 최근의 입법에 있어서는 이러한 모순저촉에 관해서는 될 수 있는 한 그 제정에 즈음하여 기존의 타법령과의 관계에서 소요되는 개폐조치를 취하는데 노력하고 있으나, 완벽한 정비를 하는 것은 매우 곤란하므로 이 원리는 여전히 필요하다. 또한 다른 법형식 상호간에 있어서 형식적 효력의 차이가 인정되지 않는 것도 있을 수 있다. 이 경우에는 이들 법령의 형식은 형식적 효력에 관해서는 동일한 형식으로서 취급되므로 양자의 모순저촉은 후법우선의 원리로서 해결할 수 있다.

후법우선의 원리와 관련하여 어떠한 기준에 의하여 전법·후법의 판단을 할 것인가가 문제된다. 이 점에 관해서는 “법령의 성립시”, “법령의 공포시”, “법령의 시행시”등 여러 견해가 있으나, 입법자의 의사를 존중한다면 “법령의 성립시”라고 해야 할 것이다. 후법우선의 원리에 있어서 예외가 되는 것은 후법과 전법이 그 내용에 있어서 일반법과 특별법의 관계에 있는 경우로서, 이 경우에는 전법인 특별법은 후법인 일반법에 의하여 영향을 받지 않고 여전히 유효하게 존속하고 그 특별법에 의하여 규율되고 있는 사항에 대하여는 후법인 일반법의 규정은 특별법과 모순되지 않는 범위내에서 보충적으로 통용된다.