

行政立法節次에 관한 研究

鄭壽夫*

차 례

第1節 序

第2節 主要各國의 例

- I. 日本의 行政立法節次
- II. 獨逸의 行政立法節次
- III. 美國의 行政立法節次

第3節 우리 나라의 行政立法節次

- I. 立法節次의 現況
- II. 立法節次上의 問題點과 反省
- III. 行政立法節次의 改善方向

* 法制處 次長, 法學博士

第1節 序

1. 行政節次法과 行政立法節次

최근에 制定·施行되고 있는 行政節次法은 주지하는 바와 같이 行政計劃의 策定節次(특히, 대규모시설의 설치에 따른 행정절차)와 行政立法節次에 대한 규율에 소극적인 모습을 보이고 있다. 이것은 法案調整段階에서의 妥協의 結果이나, 이들에 대한 절차의 法定化 및 理論的 基礎의 제공은 행정법학이 해야 할 향후의 과제라 할 것이다.

어쨌든, 현행 行政節次法이 行政立法節次에 대한 規律에 소극적이었던 원인을 들라고 한다면, 다음의 네가지로 추측할 수 있을 것이다.

첫째는, 行政立法의 意義 및 性質 등에 대하여 學說·判例上 理論的 合意를 보지 못하였다고 하는 점이다. 특히 전통적으로 볼 수 있었던 法規命令과 行政規則間的 二元論的인 區別理論이 법적인 관심을 法規命令에 한정시켜버린 결과, 實務行政을 사실상 지배하고 있는 行政規則의 制定節次가 무시되어 버리고 行政立法에 대한 節次的 統制는 그 의미를 상실하게 된 것이다.

둘째로는, 우리 나라의 행정관료제에서 형성된 전통적인 意思形成過程이 行政立法節次的 도입을 가로막는 장애요인으로 기능 하였다는 점이다. 구체적으로 말하자면, 어떠한 정책을 立法措置하고자 할 경우에는 部處間 또는 黨政間의 조정을 피하면서도¹⁾ 利害關係있는 國民의 意見을 수렴하려 하지 아니하고 意思決定을 행한다는 것이다.²⁾ 이것은 여러 외국의 行政立法節次에서 중시되고 있는 公開制와는 동떨어진 것이라고 할 것이다.

셋째로는, 법률의 制定節次에 관한 理論的인 研究가 제대로 이루어지지 아니하였고, 이러한 인접분야에 대한 연구부족이 行政立法節次的 중요성을 간과

1) 法制業務運營規程 제12조 및 당정협조업무운영규정 참조.

2) 法制業務運營規程 제4장 및 同施行規則 제7조에서는 입법과정에서의 대국민 홍보 및 의견수렴을 정하고는 있으나 해당 조문에 대한 충분한 정보를 얻을 수 없는 경우가 많다. 예컨대, 海洋水産部公告 제1998-108호는 “海洋警察廳 告示로 제정하여 시행중인 ‘旅客船管理指針’ 上位法令에 근거를 마련키 위해 關係法令을 개정함에 있어 이를 국민에게 미리 알려 의견을 듣고자 그 개정취지와 내용을 행정절차법 제41조의 규정에 의하여 다음과 같이 공고합니다”고 하면서 입법예고된 여객선운항관리규칙개정령(안)입법예고에는 그 전제가 되는 여객선관리지침의 내용에 대한 어떠한 정보도 제공하고 있지 않는 모순을 범하고 있는 것이다.

하게 하였다는 점이다. 구체적으로 말하자면, 위에서 언급한 意思形成過程이 충분하게 분석되지 않았고, 行政立法의 實務現況을 전제로 한 法律制定節次에 대한 規範的 解明 및 審議節次에 대한 理論的 分析이 제대로 이루어지지 않았다는 것이다.

넷째로는, 비교법적 연구의 불충분함을 들 수 있을 것이다.

2. 行政立法節次的 意義

이러한 상황에도 불구하고 다음과 같은 4가지의 이유로 행정입법절차의 法制的 整備는 불가결한 것으로 생각된다.

첫째로, 現行 行政節次法이 갖는 장점, 즉 비교적 높은 평가를 받고 있는 行政基準[處分基準(행정절차법 제20조)]에 대해서 그 제정절차를 정비한다는 관점이다. 이러한 장점을 신장시킨다고 하는 시각에서 行政立法節次的 整備가 요청되는 것이다. 바꾸어 말하면, 행정절차법이 행정기준의 제정을 의무지우고 公表하도록 한 것은 法規命令과 行政規則間的 二元主義를 이미 극복한 것으로 볼 수 있다. 즉 전통적으로 대치되는 두 가지의 行爲形式間에 複數의 行爲形式이 연속적인 형태로 존재하고 그 각각의 특색에 대응하는 規制強度를 갖는 節次的 統制가 요청되는 것이다.

둘째로는, 現行行政節次法이 갖는 단점, 즉 規制緩和의 흐름과 연동하기 때문에 第三者保護의 관점이 약한 점을 극복한다고 하는 이유이다.³⁾ 이러한 단점을 보완하려고 하는 관점에서 行政立法節次的 정비가 요청되고 있는 것이다. 바꾸어 말하면, 行政立法節次에 第三者에 대한 保護裝置의 도입을 목적으로 하는 보완작업이 요청되고 있는 것이다. 이것은 보다 대국적인 견지에서 보자면 다음의 것을 의미한다고도 할 수 있다. 즉 전통적으로 행정법은 공공사업추진형 모델, 행정과 업계를 축으로 하는 産業育成모델에 중심을 두어 왔으나, 앞으로는 지금까지 경시되어 왔던 생활자에게 보다 많은 비중을 두는 討論모델의 구축에 나서야 한다는 것이다.

셋째로는, 行政의 行爲形式論의 발전과 함께 行政立法制定權限은 광범위한 재량을 포함함에도 불구하고 매우 한정된 형태의 司法審査만이 허용되어 있다고 하는 불만의 소리이다. 바꾸어 말하면, 행정입법상 인정되는 광범위한 形成可能性을 전제로 하면, 이러한 실체면에 있어서의 規制不足을 보상하는 조치로

3) Vgl. Schmidt-Aßmann, Neuere Entwicklungen im deutschen Verwaltungsrecht, S. 45.

서, 制定節次의 整備가 한층 중요성을 갖게 되는 것이다.⁴⁾ 社會學에서 일반적으로 승인되고 있는 견해에 의하면, 組織과 節次는 결정내용에 큰 의의를 가지며, 그것은 법률이 특히 不確定法概念을 포함할 경우에 타당하게 된다.⁵⁾

넷째로는, 地球村時代를 맞아 국제적으로도 통용될 수 있는 行政制度를 가져야 한다고 하는 관점이다. 이러한 전망으로부터, 특히 행정과정의 투명성을 높이는 의미에 있어서도 行政立法節次의 整備가 요청되는 것이다. 이러한 多國間關係法則과 투명한 國內法制定과의 사이에서 발견되는 관련성은, 예를 들면, EU법의 節次水準이 獨逸法の 水準을 높이고 있다고 하는 양자의 相互關係로 이해할 수 있다. 行政立法이라고 하는 中間段階가 현대 행정과정에서 차지하는 중요성에 비추어 보게 되면, 行政立法段階에서의 透明性確保와 그것이 가져오는 行政施策에 대한 시민의 同意形式機能은 향후의 情報公開法制에서도 좌표축을 형성하게 될 것으로 생각된다.

本稿는 위에서 기술한 것처럼 지금까지 연구가 완전하게 이루어지지 아니한 행정입법절차를 이론과 실무의 양면을 검토하려는 것이다. 이하에서는 주요각국의 행정법학이 갖고 있는 행정입법절차에 대한 태도를 검토하여 우리 나라에 있어서의 行政立法節次와 관련한 法制的 미비점을 분석하고자 하는 것이다.

第 2 節 主要各國의 例

I. 日本의 行政立法節次

1. 序

일본에서도 행정입법절차에 대한 법적 통제의 필요성은 일찍부터 인식되었던 바, 비교법적으로는 英國에 있어서의 規則 또는 規則草案의 議會 提示制度

4) Ossenbühl교수는 “法律制定上の 裁量性(立法裁量)과 행정입법을 제정함에 있어 인정되는 裁量性(命令裁量性)과의 차이를 다음과 같이 설명한다. 입법재량과의 차이로서 명령재량에는 내용면에 있어서 법률에 의한 지령이 존재한다는 것 및 명령제정권자는 입법권자에 비하여 민주적 정당성이 약하다는 것 등이다. 따라서 명령은 내용·목적·정도에 관하여 규정된 법률의 범주내에서의 행정입법이다. 다른 한편, 동교수는 명령재량과 행정재량과의 차이로서 행정재량은 개별결정에서 인정되는 일정한 범위의 자유를 의미하고 법률적용의 구성요소로 되지만, 명령재량은 입법인 점을 들고 있다. Rechtsverordnung, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, S. 239.

5) Vgl. Brohm, Sachverständige Beratung des Staates, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 1987, S. 239.

와 美國에 있어서의 規則草案의 告知·規則制定에 대한 利害關係者の 參加制度 등에 관심이 집중되었다.

日本憲法上 行政立法節次에 대해 어떠한 適正節次가 요구되고 있는지에 관하여는 논란이 되고 있지만,⁶⁾ 議會立法에 의한 行政立法의 內容統制와 法院에 의한 行政立法의 事後的인 統制에는 限界가 있고 行政立法의 대부분이 議會와 個人의 監視가 미치기 어려운 行政組織의 內部에서 행하여지고 있다는 현실을 감안할 때, 立法政策論으로서의 行政立法의 制定節次를 統制하는 法的制度, 특히 行政立法節次로서 個人參加制度를 충실하게 해 갈 필요가 있다는 점에는 모두 공감하고 있다. 그리고 그것은 行政立法의 內容에 利害關係를 갖는 個人法益의 事前保護, 行政立法內容의 公正性·合理性의 確保 그리고 立法에 관한 國民主權 내지는 住民自治의 實質化 등에 유용한 것이어야만 한다고 생각된다.⁷⁾

2. 個別法令에 의한 行政立法節次規律

현행 議會立法에 의한 行政立法節次의 規制는 전체적으로 불충분하고, 行政立法過程에 대한 個人과 議會의 關與를 인정하고 있는 예가 많다고 할 수는 없다. 또한 개별 法律이 정하고 있는 行政立法의 制定節次에 관한 規律內容도 다음과 같이 다양하다.

가. 議會의 關與

행정입법에 대한 의회의 관여형태는 다음과 같다. 즉, 災害緊急事態에 관계되는 政令에 대한 國會의 事後的 承認 등(災害對策基準法 第109條第4項), 健康保護醫療費에 관계되는 本人負擔分을 輕減하는 期日을 정하는 厚生省告示에 대한 國會의 事前承認(健康保險法 附則 제4조제2항) 및 國가의 행정조직에 관한 政令의 制定·開閉의 國會報告(國家行政組織法 第22조제1항) 등이 그것이다.

6) 일본인 학자들은 “행정입법에 대하여는 憲法上の 節次保障으로서의 參加權이 있다고는 할 수 없다”(橋本公巨, ‘憲法理念の行政法への投影’, 公法研究 第40號, 150頁)고 하나 의문이다.

7) 行政立法의 手續의 規制의 意義·目的에 관하여는 杉村敏正·兼子仁, 行政手續/行政爭訟法, 筑摩書房, 1973, 155~156頁 참조.

나. 審議會 또는 個人의 關與

① 행정입법에 대한 審議會의 諮問 또는 意見聽取를 정한 것으로는 漁業法 제65조제5항·제7항(中央漁業調整審議會, 海區漁業調整委員會·內水面漁場管理委員會), 建設業法 제27조의2제3항(中央建設業審議會), 公害健康被害報償法 제63조의2(中央環境審議會), 工業標準化法 제11조·제12조제2항(日本工業標準調查會), 消費生活用製品安全法 제89조제1항(製品安全 및 家庭用品品質表示審議會), 健康保護法 제43조의14제1항(社會保險醫療協議會), 電波法 제99조의11제1항제1호(電波監理審議會), 環境衛生營業適正化法 제58조제3항·4항(中央·都道府縣環境衛生適正化審議會), 鳥獸保護法 제1조의4제4항·야생동식물양도규칙법 제2조제2항(自然環境保全審議會), 輸出入去來法 제37조·輸出中小企業製品統一商標法 제17조(輸出入去來審議會), 輸出檢査法 제38조(수출검사와 디자인 장려심의회) 등이 있고, ② 공청회를 개최함으로써 널리 일반인의 의견청취를 듣도록 한 법률로는 독점금지법 제71조, 液化石油가스의保安確保및去來適正化에 관한法律 제89조, 가스사업법 제48조, 화약류거래법 제53조, 고압가스거래법 제75조, 전기용품거래법 제49조 등이 있으며, ③ 노동자·사용자·공익대표자 등의 의견청취를 정한 법률로는 노동기준법 제113조, 선원법 제121조 등이 있고, ④ 해당법률에 의해 설립된 法人의 意見聽取를 정한 것으로는 고압가스거래법 제75조·액화석유가스보안확보거래적정화법 제89조(고압가스보안협회)등이 있으며, ⑤ 同種 또는 關聯事業者의 意見聽取를 정한 것으로는 독점금지법 제71조, 不當景品類및不當表示防止法 제5조 등이 있고, 끝으로 ⑥ 原案을 첨부한 이해관계인의 制定申請權을 규정한 공업표준화법 제12조 등이 있다.⁸⁾

다. 다른 行政機關의 關與

政令制定에 있어서 각 大臣, 府令·省令의 制定에 있어서 각 外局의 長 등의 發案權을 정한 것으로는 國家行政組織法 제11조·제12조제2항·제3항이 있고, 國家行政機關間의 意見調節次로서 다른 행정기관의 의견청취를 정한 것으로는 가스사업법 제47조의3제2항·液化石油가스保安確保去來適正化法 제

8) 이외에, 事前節次는 아니지만 命令制定의 理由公表를 요구하고, 그 命令에 직접 이해관계 있는 자에게 大臣의 不服申立을 인정하는 규정도 있다(食糧管理法 제9조제2항).

87조제3항(消防廳長官의 意見聽取) 등이 있으며, 政令制定에 대한 都道府縣 知事の 意見聽取 및 都道府縣 知事に 의한 政令制定의 申請權을 정한 것으로는 대기오염방지법 제5조의2제5항·제15조의4 및 수질오탁방지법 제4조제2항·제3항 등이 있다.

그밖에 機關委任事務에 관계되는 地方自治團體長의 規則制定에 대한 主務大臣의 認可를 요하는 것이 있고(어업법 제65조제6항), 훈령·예규 등 행정규칙이 국가의 관련 部局과의 협의를 요하는 것도 있다.⁹⁾

3. 行政節次法

이상과 같은 현실을 전제로 해서 일본에서는 원칙적으로 국가의 모든 行政立法에 적용되는 최저한도의 節次的 規制를 정하는 一般的 法律을 제정하거나 그것을 통일적인 행정절차법의 일부로 하는 것이 관념되었다. 그리고 지금까지의 행정절차법에 관한 여러 제언 중 다음 두 가지 答申類가 行政立法節次에 관한 規定案을 담고 있다.

가. 第1次 臨時行政調查會案(1964년)

제1차 臨時行政調查會의 행정절차에 관한 答申(1964년 9월)은 행정절차법에 규정해야 할 사항의 하나로서 “行政立法에 관한 節次를 整備하여 行政의 公正한 운영을 도모할 것”을 들고, 고도의 정책에 속하는 것을 제외하고 行政立法節次의 基本的原則을 정하는 것이 필요하다는 점을 밝히고 있다. 그리고, 同第3專門部會 第二分科會가 발표한 行政節次法에 관한 報告(1964년 2월) 중의 行政節次法草案에서는 行政立法 一般에 관한 규정이 발견되지 않지만, 법령에 근거를 두고 있는 기준의 설정, 구역의 지정 및 품목 지정(변경·폐지를 포함한다)에 관하여 이러한 행위에 직접 이해관계를 가지는 자에게 해당 행위의 신청권을 인정하는 규정을 두고 있다(草案 제24조). 이 규정안은 주로 告示의 형태로 정립되는 것으로, 일정 범위의 행정입법 또는 일반처분에 관한 것으로 이해할 수 있다.

9) 예컨대, 都市計画法 제31조 단서에 근거한 規則制定에 대하여 建設省計劃局宅地開發課 民間宅地指導室長通達 “都市計画法施行令의 一部改正에 따른 留意事項에 대하여”라는 것을 들 수 있다.

나. 第1次 行政節次法研究會案(1983년)

(舊)行政管理廳內에 설치된 行政節次法研究會(제1차)(1980년 8월 발족)가 그 후 발표한 報告書(1983년 11월)에는 통일적 행정절차법의 法律案要綱案이 포함되고 있고, 이 法律案要綱案에는 國家機關에 의한 命令制定에 관해 일반적으로 적용되는 最低限의 節次를 규정한 것으로서 “命令制定節次”라고 하는 별도의 章이 설치되어 있다. 거기에서는 命令案公表의 의무화, 命令案에 대한 利害關係人の 意見表明機會提供 등을 기본골자로, 일정한 예외를 제외하고는 명령(제1001조제1항에 의하면 政令, 總理府令, 省令·委員會 및 廳의 規則 또는 命令)의 制定·改正節次에 대하여는 ① 命令案 및 命令制定의 法律上的 根據를 官報에 公表하는 것과 ② 정당한 방법으로 利害關係人을 周知하게 하는 것(이상, 제1003조제1항·제2항) 및 ③ 命令案에 대한 利害關係人の 意見提出權保障(제1003조제3항) 등이 규정된 외에 ④ 命令案公表 후 상당한 기간이 경과한 후에 명령을 제정할 것(제1004조제1항) 등을 규정하고 있다.

다. 第2次臨時行政調查會의 행정개혁에 관한 最終答申(1983년 3월)

第2次臨時行政調查會의 最終答申은 行政節次法案에 수용할 것인지 여부에 관해 검토되어야 하는 것의 하나로서 行政指導·計劃策定 외에 行政立法에 관한 節次規定도 들고 있지만, 第1次臨時行政改革推進審議會 발족 후에 總務廳內에 설치된 行政節次法研究會(제2차; 1985년 6월 발족)가 第2次臨時行政改革推進審議會 발족 후에 제출한 報告書(1989년 10월) 중의 (假稱)行政節次法要綱案에는, 전술한 第1次 行政節次法研究會案(1983년)과는 달리 命令制定節次가 計劃策定節次와 동시에 대상에서 제외되었다. 그 후 이 要綱案에 수정을 가하여 성립을 보게 된 1994년 10월 1일 시행의 行政節次法에는 行政立法節次에 관한 規定이 수용되지 않았다.

4. 課題로서의 行政立法節次的 整備

行政節次法이 행정처분·행정지도의 상대방인 私人의 權利保護를 주된 목적으로 하는 行政節次的 整備를 최우선으로, 現代的 課題로서의 對應 또는 行政에 대한 國民·住民參加制의 구현이라고 하는 목적을 가미하여 行政立法節次

(및 計劃策定節次)를 앞세운 것은 불가피하다. 물론 行政立法節次의 法的 整備는 이후의 중요한 立法課題의 하나로서 남겨져 있으나, 현재 그 적용대상이 가장 넓고 또한 가장 상세한 내용을 갖고 있는 一般的인 行政立法節次規定案인 第1次行政節次法研究會의 案을 기초로 行政立法實務를 고려하면서 行政立法節次의 구체적인 내용에 대하여 검토를 계속해 가는 것이 필요하다. 그리고 第1次行政節次法研究會案을 토대로 말하자면 다음과 같은 과제 내지 논점이 거론되고 있다.

먼저, ① 기초적인 용어의 정비 즉, 행정입법절차로 할 것인지 명령제정절차로 할 것인지 여부의 문제, ② 行政立法(또는 명령)의 定義 및 具體的인 範圍, ③ 일반적인 절차의 적용을 받는 行政立法과 例外가 인정되는 行政立法을 區別하는 基準, ④ 事前公表義務의 대상이 되는 行政立法案 및 法律上 根據의 구체적인 정도 등이 문제로 된다. 또한 ⑤ 行政立法節次는 '現代的 課題에 대응하기 위한 개인의 國政參加'라고 하는 理念의 실현에 기여하는 것이어야 한다면, 意見書의 提出은 利害關係人에게만 국한하지 말고 일반국민 전체에 대하여 인정하여야 할 것이다. 그 밖에 운용상의 과제도 있지만, ⑥ 現行 行政法規上의 審議會의 諮問節次·公聽會開催節次 등과의 關係調整, ⑦ 行政立法案公表 후 상당한 기간을 유예해야 한다는 要求와 法律改正에 따른 行政立法의 신속한 施行必要性 등과의 調整이라고 하는 문제도 있다.

한편, 行政立法 일반에 대하여 적용되는 원칙적인 절차규정으로는 볼 수 없지만, 行政立法을 授權하는 個別法律에서는 ⑧ 個人的 代表的 參加라고 하는 기능을 부여할 수 있는 審議會諮問節次가 보다 중시되는 것이 바람직하며, ⑨ 行政立法案을 국회에 事前提示하도록 하거나 制定後 국회(관계위원회를 포함한다)에 보고하도록 하는 제도를 채택하는 것도 바람직하다고 한다. 또한 ⑩ 국가의 行政立法節次에 대하여 地方自治團體(또는 그 연합조직)의 關與方式에 대해서도 별도의 검토가 필요하다.

국가에 있어서의 行政節次法의 시행과 함께 동법의 적용을 받지 않는 지방자치단체의 조례에 근거하는 행정처분 등의 절차에 대한 검토가 각 지방자치단체별로 진행되어야 할 것이며, 그 경우 개별 條例의 授權에 기초하는 行政立法과 地方自治法 제15조제1항 등에 의한 一般的 授權에 근거하는 自治事務에 관한 行政立法의 制定節次의 방식도 檢討對象이 되어야 한다고 한다.

II. 獨逸의 行政立法節次

1. 行政立法節次에 대한 現況

가. 行政立法節次에 대한 종래의 태도

독일의 전통적 행정법학에서는 行政立法節次에 대한 관심이 낮았던 이유를 분석하고 관련 있는 상황의 변경을 가져온 최근의 동향을 살펴보기로 한다.

먼저 확인해 두어야 할 것은 독일에서 행정법학이 형성될 당시에 있어서 이미 넓은 행정활동을 대상으로 한 것이 아니라 行政行爲를 중심으로 하였다고 하는 사실이다. Schmidt-Aßmann교수는 이러한 사실과 관련하여 “고전적인 규범정립, 즉 一般的·抽象的인 規範定立의 절차에 대하여는 지금까지 체계적 관심을 거의 기울이지 않았다”고 술회하고 있다.¹⁰⁾

이러한 경향에 대한 이유로는 다음의 세가지가 고려될 수 있을 것이다.

첫째로, 전통적인 공법학의 중심에 존재하는 自由主義에 입각한 消極的인 관점을 들 수 있다. 여기에서 말하는 消極主義란, 예를 들면, 委任立法을 논하는 경우에도 議會의 領域을 지키는 점에 주된 목표를 설정하고, 實體的基準論(=委任의 限界論)을 확립하려고 하는 기본적인 입장 가운데서 발견될 수 있다. 행정이 정립하는 法規命令을 實質的 意味의 立法이라 설명하는 전통적인 입장이 존재하는 것은 이러한 議會의 權限擁護를 중시한 자세로 환원가능한 것이다. 이러한 시각 하에서 行政立法은 例外로 자리매김을 하는 것에 그치는 것이다.

둘째로, 산업화·도시화가 고도로 진전되지 않았던 시대배경을 들 수 있다. 이러한 시대에는 行政立法이라고 하는 法律과 行政行爲 사이에 位置하는 中間段階의 필요성이 요구되지 않았던 것이다. 이러한 사정이 行政立法에 대한 節次的 統制가 약화된 원인을 제공한 것으로 보인다. 이것을 단적으로 나타내는 하나의 증거로서, 行政行爲와 行政契約에 그 시야를 한정시켜 버린 獨逸聯邦 行政節次法 제9조를 들 수 있을 것이다. 확실히 독일에서도 슐레스비히-홀스타인州의 一般行政法(Allgemeines Verwaltungsrecht für das Land

10) Der Verfahrensgedanke in der Dogmatik des öffentlichen Rechts in.: Lerche · Schmitt · Glaeser · Schmidt-Aßmann, Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie, 1984, S. 22.

Schleswig-Holstein)은 그 둘째 부분(Teil II)에서 命令(제53조 내지 제64조), 條例(제65조 내지 제70조), 給付基準(제71조)을 정하고 있어, 行政立法이라고 하는 행정의 행위형식에 대한 배려를 도모한 예로서 들 수 있는 것이 많다. 그러나 同法에 있어서의 行政節次에 대한 定義(제74조)도 역시 行政行爲와 公法契約을 주 대상으로 삼고 있다. 이러한 점에서는 聯邦行政節次法과 같은 수준에 그치는 것이라고 평할 수 있을 것이다.

셋째로, 行政立法節次의 문제는 다양한 學問分野로부터의 學際的 接近을 필요로 하는 복합적인 과제임에도 불구하고 行政法學은 지금까지 隣接學問과의 연대를 경시해 왔다는 점에 있다. 구체적으로 말하면, 立法學의 未成熟,¹¹⁾ 立法過程과 立法實務分析의 未發展이라고 할 것이다. 立法學이 충분한 발전을 보지 않았던 점에 대해서 Starck교수는 “法實證主義의 傳統이 실정법만으로서의 관심을 환기시켜, 法律 그 자체에 대한 合目的性·簡索性·平易性·經濟性 등에 대한 고려가 소홀했다”는 점을 지적하고 있다.¹²⁾

한편, 行政立法에 대한 研究의 지체는 行政立法節次의 중요한 구성요소인 諮問節次에 대한 가치를 제대로 평가하지 못하였다는 사실 및 諮問과 助言이라고 하는 활동을 國法學이 무시해 왔던 사실 등에도 기인한다. 그 이유를 Brohm교수는 國家와 社會의 二元論에서 찾으며 구체적으로는 다음의 두가지 사실을 지적하고 있다.¹³⁾

그 한가지는, 團體나 諮問이 국가의 의사결정에 대해 영향을 주는 것은 종래 否定的인 것으로 인식되어, 그러한 영향은 意思決定에 있어서 危險要素로서 받아들여졌다는 점이다. 다른 한가지는, 傳統的인 法理論의 構造가 諮問節次의 해명을 방해해 왔다는 것이다. 즉 國家와 社會의 二元論을 前提로 하는 관점에서는 諮問節次 등은 國家의 內部事項으로서 법적으로 규율할 대상이 아닌 것으로 인식되었던 것이다.¹⁴⁾ 내부과정이 법적 중요성을 갖는다는 사실이 승인된

11) 芦部信喜교수는 立法學의 지체는 “立法을 제세력의 妥協에 의해 立案되고, 審議·修正을 거쳐 성립되는, 따라서 구체적으로 解釋·適用되면서 일련의 法形成過程의 일환으로 고찰하려는 자세가 결여된 데에 있다”고 한다. 憲法と議會政, 東京大出版會, 1971, 244頁 참조.

12) C. Starck, Rechtsdogmatik und Gesetzgebung im Verwaltungsrecht, in: O. Behrend(Hrsg.), Gesetzgebung und Dogmatik, 1989, S. 1f.

13) W. Brohm, Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee·Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, S. 228.

14) Brohm, aa.O., S. 228.

후에도 決定과 결정의 準備過程을 엄격하게 구별한다고 하는 관점에서 諮問節次는 여전히 국가의 내부사항으로서 법적 외면의 대상이 되었던 것이다.

나. 行政의 行爲形式으로서 行政立法

그러나 위에서 기술한 경향은 변경을 부득이 하게 되었다. 그 이유로는 다음의 세가지를 지적할 수 있다.

첫째 요인은, 行政立法도 行政의 行爲形式으로 널리 承認받게 되었다고 하는 것이다. 바꾸어 말하면, 傳統的 理論은 法規命令을 實質的 意味의 法律로 설명하고 있는 데에서도 단적으로 발견되는 바와 같이 行政立法을 法律의 變種으로서 받아들이고 있다는 사실이다. 즉 一般的·抽象的 規律의 發令은 의회에만 留保되어 授權의 형태로만 行政에 위임할 수 있다고 하는 前提로부터 출발했기 때문에 다양한 형태로 실무에 존재하는 行政立法은 부적절하게도 視野에서 제외되었던 것이다. 法規命令에 대한 議會의 授權을 요청하는 基本法 제80조도 委任立法의 限界規定이라고 하는 견지에서 위치지워졌던 것이다.

그러나 行政立法도 行政의 行爲形式 중의 하나라고 하는 견지로부터 보면 일정한 行政活動에 法律上의 근거를 요청하는 法理論 이른바, 法律留保理論에 따라 基本法의 위 規定도 法規命令이라고 하는 형식에 착안하여 法律의 根據를 요청하는 규정으로 받아들이는데 만족하였던 것이다. 즉 法律에 근거해서 發令되는 行政行爲를 實質的 意味의 法律이라고 하지 않는 것과 마찬가지로, 法律의 授權을 받은 行政立法을 實質的 意味의 法律이라고 할 필요도 존재하지 않는다고 한다.¹⁵⁾

이러한 관점을 발전시켜 간다면, 전통적인 行政裁量과 行政立法裁量を 분석·파악하려는 종래의 分類學은 이유가 없는 것으로 될 것이다. 바꾸어 말하면, 양자 사이에는 단지 裁量性的 정도에 관한 差異가 존재함에 지나지 않게 된다. 이러한 행정입법을 행정의 행위형식으로서 정식으로 받아들일 경우에는 다음과 같은 두가지의 새로운 관점이 관련하게 된다.

첫째로는, 계속 증가해 가고 있는 法律의 不確定性을 보상하기 위해서 활용되는 행정입법에 대해서 실체적으로나 절차적으로도 통제를 더한다고 하는 관점이다.¹⁶⁾

15) Schmidt-Aßmann, *aa.O.*, S. 44.

16) Vgl. Salzwedel, Risiko im Umweltrecht- Zuständigkeit, Verfahren und

둘째로는, 行政의 行爲形式에 대응한 行政訴訟의 문제이다. 독일의 통설에 의하면, 장래의 法律關係¹⁷⁾ 및 法規範의 有效·無效確認 모두가 確認訴訟의 대상으로는 되지 않는 것으로 인정되어 왔다. 이에 대해 최근 논란이 되고 있는 것은 規範發令訴訟(Normenerlaßklage)의 허용성에 관한 문제이다. 이것은 法規命令과 條例(독일에서는 조례도 행정활동의 한 종류이기 때문에 여기에 포함되고 있다)의 制定없이 補完을 요구하는 一般的 確認訴訟이며, 이러한 訴는 基本權에 근거를 두고 있는 것도 있고 法律에 근거한 것도 있다. 聯邦行政裁判所는 基本法 제19조제4항을 근거로 이러한 權利救濟의 可能性을 긍정하였다.¹⁸⁾ 달리 표현을 하자면, 行政裁判所法 제47조의 規範審査訴訟은 그 때문에 適切한 방법이 아니라는 것이다. 이렇게 規範發令訴訟이 승인됨으로써, 독일에 있어서는 行政의 行爲形式과 訴訟類型과의 對應關係가 完成을 보게 되었던 것이다.¹⁹⁾

행정입법의 중시를 촉구하는 둘째 요인으로서 諮問節次에 대한 이해가 변화한 점을 들 수 있다.²⁰⁾ 즉 傳統的인 見解에 의하면, 諮問이 이루어 질 경우에도 國家機關이 갖는 決定權限·決定責任이 중심을 이루게 된다(이것을 여기에서는 決定論모델이라고 칭한다). 그러나 法律과 行政立法 등 行政決定이 장기에 걸쳐서 決定過程 안에서 처음으로 형성된다는 점에 착안하면, 위와 같이 파악하는 방법은 현실에 적합하지 않다. 이에 대한 對立命題로서 등장한 새로운 관점이 交渉모델이다. 이것에 의하면, 諮問者와 國家機關은 相互交渉 중에 상호간에 영향을 미치게 된다고 한다. 즉 助言者에 의해 利益間의 對立狀況 및 相互依存狀況, 行政의 活動可能性 및 目標達成過程이 지적되고, 이것을 통해 決定機關의 構想이 한층 정확하게 수정된다. 여기에서는 대화에 근거하는 意思形成過程을 찾아 볼 수 있고, 助言者도 決定에 참여하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 따라서 助言은 내용적으로 보면 共同決定이며, 이러한 관점의 移行은 行政立法의 制定過程에 대한 관심을 촉발하는 것이다.

셋째로, 行政立法에 대한 理由附記를 요하는 인식이 높아진 점을 지적할 수 있다. 그 기본적인 관점은 理由附記를 통하여 다른 國家機關에 의한 통제

Maßstäbe der Bewertung, NVwZ, 1987, S. 276f.

17) BVerwG v. 14. 5. 63, DVBl, 1963, S. 782f.

18) BVerwGE 80, 355, 359f.

19) Vgl. W. Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozeßrecht, 13. Aufl., 1994, S. 201.

20) Brohm, aa.O., S. 229.

가 가능하게 된다는 점 및 일반 公衆의 의견일치를 얻을 수 있다는 점 등 두 가지이다.²¹⁾

2. 行政實務와 行政立法

위에서 본 것처럼, 行政立法에 대한 학계의 관심은 점차로 높아지고 있다. 그렇지만 실정법의 차원에 있어서는 그 취급이 어떠한지 의문이 아닐 수 없다. 이하에서는 우선 행정의 여러 영역에 공통하는 一般的인 法律을 살펴 본 후에, 個別法上의 行政立法에 대한 규율을 실증적으로 분석하기로 한다.

가. 一般的 節次

(1) 法規命令의 根據提示原則

독일의 행정법학에 있어서는 전통적으로 行政立法의 테두리 내에서 法規命令과 行政規則을 엄격하게 구별하여 왔다. 그러나 의외로 간과되어 왔던 점의 한 가지로 주목을 끄는 것은 양자의 구별이 어렵다고 하는 것이다. 우리 나라의 문헌중에서도 法規命令과 行政規則間의 峻別論을 비판하는 견해를 많이 찾아 볼 수 있다. 이 점에서 흥미를 끄는 것은 法規命令과 行政規則간의 區分은 우리 나라가 독일법으로부터 계수받은 것임에도 불구하고, 母法에서는 이러한 구분의 어려움이 발생하지 않는다는 것이다. 즉, 基本法 제80조제1항제3문에 의하면, 명령의 法的 根據는 해당 命令에 제시되어 있어야 하며(法的 根據는 명령 안에 포함되어야 한다), 授權規定의 提示를 담고 있다는 것이 法規命令과 행정규칙을 구별할 수 있는 形式的 判斷基準이 된다는 것이다. 이러한 根據提示原則은 단순한 任意規定이 아니라 民主的 法治國家에 불가결한 構成要素라 할 것이다. 예를 들면, Bartlsperger교수는 이 원칙에 대해 1945년 이후에 얻어낸 법치국가원칙의 발전성으로 높은 평가를 주고 있다.²²⁾ 이러한 원칙을 위반한 法規命令은 無效로 된다.

21) Vgl. J. Lücke, Begründungszwang und Verfassung, 1987, S. 88f.

22) Bartlsperger교수는 “오늘날 근거제시명령을 민주적 법치국가의 불가결의 요소로 열거하는 것은 본질적인 이유가 있다. 그것은 1945년 이후의 헌법발전에서 법치국가원칙의 특색으로서 형성된 것 가운데서 발견된다”고 한다. R. Bartlsperger, Zur Konkretisierung verfassungsrechtlicher Strukturprinzipien, VerwArch, 58(1967), S. 270.

위 原則의 意義는 첫째로, 수권근거를 제시하고 있는 것은 형식상 법규명령으로서 성격지을 수 있다는 점 즉, 行政規則과의 區分을 용이하게 한다는 점이다. 둘째, 보다 더 중요한 것은 命令制定者가 法律에 의한 授權의 테두리를 벗어났는지 여부에 대한 審査가 法的 根據의 明示를 통하여 처음으로 가능하게 되었다고 하는 점이다. 따라서 法規命令의 서문에는 해당 명령의 기초가 되는 법률조문을 반드시 명시하게 된다.

(2) 行政各部共通事務規則

① 法的 性格: 독일에 있어서 입법자인 의회 자신에 의한 立法理由의 附記義務는 존재하지 않지만, 聯邦各부가 法律案과 行政立法의 草案을 작성하고자 할 때에는 이유부기의 의무를 지게 된다. 이러한 것을 규정하고 있는 것이 聯邦各部共通事務規則²³⁾이다. 따라서 內閣提出法案이 그대로 가결되면 草案에 관한 내각의 理由附記가 입법을 이해하는 기초자료가 된다. 그러나 의회에서 修正이 된 경우에는 그 범위내에서 理由附記는 삭제되게 된다.

법률과 마찬가지로 法規命令도 연방각부에 의하여 초안이 작성·준비된다. 이러한 준비단계에서 고려되어야 할 態樣, 參加, 節次方法은 聯邦各부의 共通事務規則(各則) 제63조 이하에 규정되어 있다. 命令草案은 法律案作成의 경우와 마찬가지로 권한있는 행정기관에 의해 같은 절차를 거쳐 작성된다(規則 제67조). 이것은 草案을 作成함에 있어 聯邦各부의 參加에 대해서나, 專門參加團體, 그밖의 단체, 上級自治團體, 各州의 各部處, 議會內의 會派, 議員 및 다른 機關에 대한 통지에 대하여도 타당하다. 흥미를 끄는 것은, Ossenbühl교수가 올바르게 지적한 것처럼, 公同사무규칙 제74조에 의하면, 行政規則도 법규명령과 같은 취급을 받고 있다는 점이다.²⁴⁾

共通事務規則의 總則은 聯邦各부의 조직과 직무과정을 규율한다. 특히 직무처리방법, 초안의 종류·내용·서명, 閣議事項의 준비, 보고, 협의, 직무규칙 등을 정하고 있다. 이에 대해 事務規則의 各則은 연방의회·聯邦參議院·연방헌법재판소와의 관계, 立法과 命令制定時의 協力, 그 公表 등을 규율한다. 本稿의 테마와 밀접한 관계를 갖는 것은 바로 各則部分이다. 共通事務規則의 法的 性格에 대하여 Achtenberg교수는 규칙의 주요부분은 職務上의 地圖에

23) Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien Besonderer Teil (GGO II), GMBI, 1976, S. 550ff.

24) Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, S. 460.

해당하며, 各部에 대한 拘束力을 갖는 것으로 성격짓고 있다.²⁵⁾ Ossenbühl 교수에 의하면 共通事務規則은 내부절차에 그치고 外部效果를 갖지 않기 때문에, 일반 국민 또는 시민이 共通事務規則上의 聽聞瑕疵를 命令制定節次의 瑕疵로 주장할 수는 없다고 한다.²⁶⁾

이하에서는 공통사무규칙이 규정하고 있는 절차에 관하여 살펴보기로 한다.

② 團體의 參加: 同規則 제25조는 상급자치단체에 대한 정보의 제공을 규정하고 있다. 한편, 동규칙 제24조는 專門集團 또는 단체에 대한 통지, 資料提供의 可能性 및 意見表明의 機會附與 등을 규정하고 있다.

③ 理由附記: 同規則 제66조는 다음과 같이 어떠한 명령초안에 대하여는 理由附記를 요청하며 어떠한 명령에 대하여는 의무로 규정하고 있다.

『제66조(理由附記)聯邦各部 또는 聯邦參議院에 命令을 제출하고자 함에 있어서는 命令이 그 자체로부터 용이하게 이해하기 쉬운 경우와 理由附記에 의한 案內가 목적에 합당하다고 생각될 경우에는, 理由附記가 바람직하다. 命令이 聯邦參議院의 同意를 필요로 할 경우, 命令이 公共의 豫算에 財政的 影響을 줄 경우 또는 命令이 個別價格, 價格水準, 특히 消費者 價格水準에 影響을 줄 경우에, 命令에는 理由가 附記되어야 한다. 제40조제2항 및 제3항제2문은 이를 준용한다. 命令이 多數의 法的 根據에 기초하고 있는 경우에는 개개의 命令規定이 어떤 법적 근거에 기초하고 있는 것인지가 理由附記 안에 明示되는 것이 바람직하다.』

위의 규정은 앞서도 언급한 것처럼 내부적인 命令制定節次를 대상으로 한 것이며, 規範의 影響을 받는 일반 국민 또는 시민을 염두에 둔 것은 아니다. 바꾸어 말하면, 機關相互間 내지는 機關內部的 關係가 주요한 관심사로 되는 것이다.²⁷⁾

나. 個別法律上的 行政立法節次

이하에서는 개별법에 산재하는 行政立法節次를 概觀하기로 한다. 다양한 분류방법을 생각할 수 있지만, 본고에서는 關與하는 主體에 착안하여 行政立

25) Achtenberg, Innere Ordnung der Bundesregierung, in: J. Isensee · P. Kirchhof(Hrsg), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1987, S. 662.

26) Ossenbühl, a.a.O., Rn., 64.

27) Vgl. Ossenbühl, a.a.O., Rn. 67.

法節次를 유형별로 구분하고자 한다. 구체적으로는 議會(聯邦議會, 聯邦參議院 및 議會委員會), 團體(國家機關 및 非國家機關), 專門家, 自治團體에 의한 구별이다.

(1) 議會的 關與

의회에 관여라고 할 경우에도 세 가지의 종류가 존재한다. 이 중 중요한 것으로는 聯邦參議院의 參加와 聯邦議會의 參加가 있다. 일반적으로 前者는 많고 後者는 적다고 말할 수 있다. 그 밖에 특수한 형태로서 議會委員會의 參加가 있다. 여기에서는 먼저 聯邦議會의 參加부터 살펴 보기로 한다.

① 聯邦議會의 關與 : 이것은 聯邦議會가 동의권행사 등을 통하여 영향력을 행사하는 것인바, 議會는 命令의 內容에 共同責任을 지게 된다. 한편, 命令을 제정하는 行政側도 議會로부터의 同意를 통해 법률이 갖는 정도의 民主的 正當性을 획득하는 것이 가능하게 된다.²⁸⁾ 1949년부터 1984년까지 모두 52건의 법률이 이러한 關與方法을 규정하고 있는 것으로 알려져 있다. Ossenbühl교수의 정리를 참고로 하면 聯邦議會의 關與形態에는 다음의 5가지의 그룹을 확인할 수 있다.²⁹⁾

첫째는, 命令을 制定하기 전에 관련있는 행정청에 대한 通知 및 議會에 대한 意見表明의 機會附與이다.

둘째는, 議會에 대한 行政權의 理由附記義務이다. 이러한 예로는 經濟安定 및 成長造成을 위한 法律(Gesetz zur Förderung der Stabilität und Wachstum der Wirtschaft) 제2조제2항을 들 수 있다.

『이 법 제6조제2항, 제15조 및 제19조에 의한 조치와 소득세법 제51조제3항 및 법인세법 제19조의c에 의한 조치는 聯邦政府가 동시에 聯邦議會·聯邦參議院에 대해 當該措置가 제1조 소정의 목표를 위협하게 하는 것을 방지하기 위해서 필요한 이유를 부가한 경우에만 이를 할 수 있다.』

셋째는, 의회의 동의권을 규정하고 있는 것이다(許可制). 議會에 異議權을 인정하는 것은 이러한 유형의 한 가지 변형으로 볼 수 있다. 이러한 예로서는 1990년 所得稅法 제51조제3항을 들 수 있다. 이것은 經濟均衡을 유지하기 위해 所得稅率을 최고 10%까지 상하한을 정하게 하는 法規命令을 인정하는 것과 관련하여, 聯邦議會의 同意를 다음과 같이 규정하고 있다.

28) Ossenbühl, a.a.O., Rn. 39.

29) Ossenbühl, a.a.O., Rn. 52.

『聯邦政府는 給料 및 資本收入으로부터 세금공제, 限定納稅義務者에 대한 稅金控除를 포함하여 聯邦參議院의 동의를 거쳐서 다음 각호에 대하여 所得稅에 관한 規定을 法規命令으로 제정하는 권한을 갖는다. …… 이 수권에 근거하는 法規命令은 聯邦議會의 同意를 요한다.』

넷째는 議會의 廢止請求이다.

다섯째는, 의회의 修正權이다.

Ossenbühl교수는 議會의 同意에 복종하는 行政立法의 形式은 법률에서는 기대할 수 없는 명령 자체의 柔軟性和 議會와의 共同責任을 겸비하는 것으로 평가할 수 있다는 이유를 들어 議會同意附與命令은 法律·法規命令과 나란히 제3의 立法形式으로 위치시키고 있다.³⁰⁾ 특히 이 형식은 授權法律의 明確性不足을 同意權이라고 하는 형태로 보충하는 것이다.

② 聯邦參議院의 關與: 基本法 제80조제2항에 의하면, 聯邦法規命令의 상당한 부분은 聯邦參議院의 同意를 요한다. Ossenbühl교수에 의하면, 최초 10회의 회기에서 제정된 聯邦法規命令 12,639건 중 聯邦參議院에 回附·審議된 것은 5,002건, 즉 약 4할이 동의를 거쳐 처리되었다. 여기에는 두 개의 그룹이 존재한다.

첫째는, 철도의 이용·건설·조업 등 交通關係의 命令이다. 이것은 州行政의 대표자인 聯邦參議院의 同意를 거치도록 함으로써 各州의 經濟·交通事情을 반영할 수 있도록 한 것이다.

둘째는, 州가 聯邦法律을 委任事務 또는 固有事務로 집행하는 경우이다. 이와 관련한 각종의 聯邦命令은 聯邦參議院의 同意를 통해 各州의 行政廳이 보유한 행정에 관한 각종 전문지식과 그 집행에 관련된 경험이 명령제정에 반영될 수 있다는 점에서 이용된다. 물론, 聯邦參議院의 동의를 연방법에서 배제하는 것은 가능하다.

위에서 소개한 聯邦參議院의 關與는 우리 나라에서도 흥미깊은 것이라고 할 수 있을 것이다. 즉 독일의 聯邦參議院은 各州의 行政代表者로 구성되고 있다는 점 및 독일의 行政事務의 대부분이 州 차원에서 이루어지는 현실을 감안할 때, 입법에 있어서 관계되는 代表機關의 관여를 요구한다는 것은 집행을 관장하고 있는 行政擔當部處의 의견을 반영한다는 의미를 갖게 된다. 따라서 이러한 順機能을 우리 나라에서도 기대한다고 하면, 法令制定過程에서 광역지방자

30) Ossenbühl, *aa.O.*, Rn., 56.

치단체와 기초자치단체의 公務員代表를 參加시키도록 하는 형태의 法制를 검토할 수 있을 것이다. 이것을 통해 지방자치단체의 사정에 대한 배려와 집행상의 문제점을 입안단계에서 미리 濾過할 수 있게 될 것이다.

③ 議會委員會의 關與 : 지금까지는 의회자체의 관여에 대해 소개하였지만 실정법 중에는 議會委員會의 參加를 규정한 예를 찾아 볼 수 있다. 이러한 규정은 聯邦法 차원에서는 존재하지 않지만, 州法 중에는 수권법률에서 열거하고 있는 州議會委員會의 同意가 있어야 비로소 州政府의 法規命令이 發令可能하게 된다고 규정한 것도 있다. 구체적인 예로서, Nordrhein-Westfalen州의 一般學校規則 및 教育·試驗規則을 들 수 있다. 그러나, 이 규정에 대한 평가는 현재 분석 중에 있다. Nordrhein-Westfalen州 公立學校의 財政에 관한 法律 제7조제3항(通學費用에 관한 規定)은 다음과 같다.

『교육부장관은 내무부장관, 재무부장관, 경제·중산층·교통부장관의 양해를 얻어 법규명령으로 다음 각호의 사항을 규율할 권한을 갖는다.

1. 財政造成的 요건
 2. 距離 및 通學費用을 필연적으로 유발하는 그 밖의 事情
 3. 通學費用을 학생 1인당 월 200마르크 이하의 범위내에서 제한하는 것
 4. 장애를 가진 학생을 위한 특별규정
 5. 통학비용을 지원받더라도 본인 부담이 월 100마르크를 넘는 경우에, 州 專門學校와 地域專門學校의 학생에 대한 특별규정
- 法規命令은 州議會의 예산·재정위원회의 동의를 요한다.』

Nordrhein-Westfalen州 學校行政法 제26조의b(教育·試驗規定)도 마찬가지로 규정을 두고 있다.

이 규정에 대한 反對論은 議會의 本會議와 議會委員會와의 차이에 착안하여, 구체적으로 委員會는 民主的 正當性을 결하고 있다는 점, 多元的 代表性을 결하고 있다는 점 및 委員會에서의 審議는 非公開에 그친다는 점 등을 비판한다. 이에 대해, 贊成論은 議會統制의 一種으로서 議會委員會의 同意制를 肯定的으로 평가한다.³¹⁾

(2) 團體의 參加

① 國家機關의 參加 : 議會 및 委員會의 關與規定 외에도 國家機關의 關與를 規定하고 있는 立法例도 존재한다. 예컨대, 貨物委員會는 營業內水航行法(Gesetz

31) Ossenbühl, a.a.O., Rn., 58.

über gewerblichen Binnenschiffsverkehr)의 여러 규정에 의하여 運送서비스의 對價나 航行業者의 分擔金에 대한 決定 등에 關與한다. 爆發危險物質에 관한法律(Gesetz über explosionsgefährliche Stoffe) 제6조제2항도 다음과 같이 專門委員會의 意見聽取를 규정하고 있다.

『聯邦內務部長官은 官轄 연방장관에 대하여 기술문제에 관한 조언을 하기 위한 조직으로서 爆發危險物專門委員會를 설치할 수 있다. 기술문제에 관한 法規 命令을 제정하고자 할 경우에는 專門家委員會의 意見을 청취하여야 한다. 聯邦·州의 關係行政機關, 檢査局, 事故保險業體, 經濟界 및 勞動界의 代表로 구성되는 委員會는 該當經濟界의 上部組織의 意見을 청취한 후에 소집되어야 한다.』

手工業規制法(Gesetz zur Ordnung des Handwerkes)도 새로운 교육형식과 교육기간의 산정방법에 대하여 聯邦職業教育協會의 常任委員會의 意見聽取를 규정하고 있다. 이처럼 국가기관 안에 각계의 대표자로 구성되는 위원회를 설치하여 社會各界各層의 多元的인 法情緒를 法規命令에 반영하고 있는 것이다.

② 非國家機關의 參加: 위에서 기술한 것 외에 國家機關이 아닌 것의 關與를 인정하고 있는 立法例도 있다. 예를 들면, 學校制度에서는 教育公務員會의 參加制度가 존재하고 있고, 계획법 분야에도 다양한 참가제도가 있다. 이하에서는 參加主體를 기준으로 자연보호단체, 상부단체, 경제계를 살펴보기로 한다.

③ 자연보호단체: 自然保護및景觀保護에 관한法律(Gesetz über Naturschutz und Landschaftspflege) 제29조는 단체의 관여를 규정하고 있다. 이에 의하면, 承認을 받은 團體가 행정의 프로그램이나 계획에 의해 그 활동영역에서 영향을 받게 될 경우에는, 當該團體에 대하여는 發言의 機會와 專門家鑑定書의 閱覽이 인정되고 있다. 이 條가 규정하고 있는 團體參加는 申請者·處分의 受範者·行政契約의 當事者 등을 내용으로 하는 行政節次關與者의 參加(行政節次法 제13조)을 넘어서는 것이며, 團體의 關與는 命令制定, 拘束的 프로그램作成, 禁止·命令의 免除 및 計劃確定에 대해서도 인정된다. 參加가 認定되는 團體의 承認은 各州에 의하지만 그 요건은 넓게 해석되고 있다.³²⁾

이 規定에 의한 參加는 裁判상 주장될 수 있는 권리라고는 생각되고 있지 않았다. 그러나 聯邦行政裁判所는 參加機能의 保障으로부터 團體의 出訴權을 도출하여, 실질적으로는 團體訴訟를 인정하기에 이르렀다.³³⁾

32) Vgl. E. Gassner, Zur Mitwirkung von Naturschutzverbänden in Verwaltungsverfahren, Natur und Recht, 1991, S. 211ff.

33) Vgl. BVerwGE 87, 62, 72.

⑥ 上部團體: 業界的 上部團體參加를 인정하고 있는 입법례도 있다. 예를 들면, 金融機關法 제23조는 金融機關의 廣告中止에 대하여 上部團體의 意見聽取를 규정하고 있는 외에, 營業內水航行法 제31조의d도 內水航行業團體에 대하여 分擔金에 관한 法規命令을 제정함에 있어서 意見聽取의 기회를 준다. 마찬가지로 聯邦公務員法 제94조도 “소관 勞動組合의 上部團體는 公務員關係의 一般的 規律을 준비에 참가해야 한다”고 규정하고 있다.

⑦ 經濟界: 法規命令의 제정에 대하여 關係各界의 意見聽取를 정한 法律이 相當數 존재한다.³⁴⁾ 예를 들면, 大氣汚染·騒音·振動및 이와類似的인作用에의한 有害한環境影響으로부터의保護에관한法律(聯邦임미시온防止法) 제51조는 關係 있는 各界意見聽取를 다음과 같이 규정하고 있다.

『行政規則의 制定 또는 一般的인 法規命令의 制定에 대한 授權이 關係있는 各界의 意見聽取를 규정하고 있는 경우에는, 學界·被害者·關聯經濟界·關聯交通制度 및 임미시온防止를 관할하는 最上級州行政機關으로부터 그때 그때마다 選출된 代表者의 意見聽取가 이루어져야 한다.』

聯邦임미시온防止法 제51조가 규정하고 있는 “관계있는 各界”는 다음 Jarass교수의 해석에서도 볼 수 있듯이 매우 넓게 해석되고 있다.³⁵⁾

被害者의 概念은 넓게 해석되어야만 한다. 이 개념은, 특히 環境保護團體와 市民運動聯合을 포함한다. 經濟界에 대해서도 疑問이 있는 경우에는 개개의 企業이 아닌 上部團體의 意見이 聽取되어야 한다. 이러한 집단의 代表者를 選擇함에 있어서는 사건의 유형별로 規則의 制定權限을 갖는 기관이 選擇를 하여야 한다. 權限이 행정각부에 있는 경우에는 권한 있는 部處의 장이 選擇權限을 갖지만, 이 경우에는 聯邦各部의共通事務規則이 정한 바에 따라 다른 部處가 참가해야만 한다. 선택은 내용적으로는 제51조의 기능을 고려하면서 各規範制定者의 情報需要에 따라야 된다. 선택을 함에 있어서는, 制定者에게 폭 넓은 決定餘地가 인정된다. 學界, 被害者(企業), 積極的 關與者(環境保護團

34) 洗劑·洗淨制의環境親和性에관한法律(Gesetz über Umweltverträglichkeit von Wasch- und Reinigungsmitteln) 제3조제2항에 의하면, 聯邦環境·自然保護·原子爐保全部長官은 관계있는 각계의 의견을 들은 후 聯邦經濟部長官 및 聯邦兒童·家庭·女性·健康部長官의 동의를 거쳐 聯邦參議院의 동의를 얻어 제1조제1항 소정의 不利益의 影響의 防止를 위하여 生物學的 分解可能性에 대한 要請 또는 化學反應物質의 除去可能性, 洗濯·洗淨水에 함유되어 있는 다른 有機物質의 규정을 위한 測定節次를 法規命令으로 정할 권한을 갖는다.

35) Vgl. H. D. Jarass, Bundes-Immissionschutzgesetz, 1993, S. 623.

體) 및 州行政機關 각각에 대하여는 최소 1인 이상의 대표에 대해 의견진술의 기회를 제공하여야 한다. 이러한 의견청취를 결한 행정입법의 효력에 대하여는 다툼이 있다.³⁶⁾

(3) 專門家の 關與

個別法律 중에는 專門家の 判斷을 요하는 것도 있다. 자주 인용되는 예로는 聯邦社會扶助法 제114조(社會經驗이 있는 者の 參加)를 들어 볼 수 있다. 제 114조제1항은 다음과 같이 규정하고 있다.

『一般行政規則 및 給付基準을 제정하고자 할 경우에는 사전에 社會經驗이 있는 者の 의견을 들어야만 하고, 특히 保護를 필요로 하는 者の 介護를 담당하고 있는 協會 또는 社會福祉給付協會 내의 社會經驗있는 者の 의견을 청취하여야 한다.』

위의 條項에서 규정하고 있는 社會經驗있는 者로는 그밖에 社會福祉事業團體, 社會扶助受給者團體, 障害者團體 등이 있을 수 있다.

(4) 自治團體의 關與

독일에서는 헌법상 보장되고 있는 地方自治團體의 計劃策定權限을 침해하거나 침해할 우려가 있는 내용을 가진 行政立法을 制定함에 있어서는 自治團體의 意見聽取 외에도 다양한 關與形態가 要請되고 있다.

3. 行政立法節次的 改革論議

앞에서 본 것처럼 독일에는 行政立法의 節次的 規制를 내용으로 하는 法律이 상당수 있기 때문에, 독일에는 行政立法節次는 존재하지 않는다고 하는 命題는 정확하지 않고, 一般的인 節次規定이 부족할 뿐이다. 바꾸어 말하면, 獨逸學界에서의 批判論은 行政立法節次規定의 散在性에 대한 것이다. 이하에서는 一般節次規則의 신설을 향한 최근의 동향을 紹介·分析하고자 한다. 검토의 대상은 環境法典總則草案으로 삼았는 바, 그 이유는 다음과 같다. 즉, 첫째로 이 초안은 現行法에 대한 反省의 立場에서 제안되었다는 것이고, 둘째로는 독일의 現代行政法을 대표하는 학자가 작성하였다는 점이다.

36) 청문없이 제정된 法規命令은 無效라는 입장(Ule·Laubinger, Bundes-Immissions-schutzgesetz, 1993, §51, S. 3.)과 法的 安定性이라는 측면에서 聽聞節次的 違反은 法規命令의 效力에 영향을 미치지 아니한다는 견해(Jarass, a.a.O., S. 624.)가 대립한다.

行政立法節次에 관한 이 草案의 특징은 參加와 理由附記의 整備이다. 草案의 전제인 基本認識은 法律의 不確定性은 불가피하기 때문에 이를 行政立法의 段階에서 補完할 필요가 있다는 점에 있다.

이러한 기본인식은 현대행정의 특징을 나타내는 것으로, 최근에는 재판상 문제가 제기되어 사회의 폭넓은 관심을 모았다. 예컨대, Hessen州上級行政裁判所の 判決³⁷⁾은 遺傳子를 造作한 미생물을 사용하여 人間의 인술린을 만들기 위하여 中間生産物施設의 建設·作業許可가 紛爭이 되었던 사례에 대해, 本質性理論에 입각하여, 聯邦임미시온防止法과 다른 部門法律이 法律의 根據로서 불충분하다고 判示하였다. 그 후 立法者는 1990년 6월 20일 遺傳子技術問題規律에 관한法律을 제정하여 法定化로써 문제의 해결을 보았다. 여기에서 法律理論問題로서 남겨진 것은 科學技術의 進歩에 대해 法律留保原則이 멈춤기능을 하더라도 좋은 것인가 하는 점이다. 일찍이 原子力發電所의 許可가 다툼이 된 Kalkar判決에서도 마찬가지로 문제가 제기되었다. 여기에서 聯邦憲法裁判所는 動態的 基本權保障이라고 하는 관점을 확립하고, 科學技術의 領域에서는 科學技術의 進歩에 대응할 필요성으로 인하여 法律規範의 柔軟性, 즉 授權의 不確定性이 용인된다고 한다. Breuer교수는 이 점에 대해 “聯邦憲法裁判所는 不確定性이 남게되는 것을 인간의 經驗知識의 성격안에서 찾고 있다”고 평하고 있다.³⁸⁾ 법률단계에서의 이러한 不確定法概念을 감수해야만 하는 상황하에서는, 明確性의 不足을 行政立法이라고 하는 中間段階의 創設을 통해 節次的으로 報償하려고 하는 견해가 대두되게 된다. 이하에서는 改革提案 중에서도 특색있는 몇 가지를 소개하기로 한다.

가. 參加規定

行政立法의 作成過程으로서 參加에 대하여 草案 제151조는 法規命令의 제정에 대한 聯邦參議院의 關與를 규정하고 있고, 제152조는 다음과 같이 관계 있는 各界 및 專門委員會의 意見聽取를 규정하고 있다.

『① 이 법에 근거하여 발령되는 法規命令으로서, 環境의 質에 관한 限界值 및 基準值, 施設 및 그 造作方法에 대한 要請, 材料·加工·製品에 대한 要請,

37) VGH. Kassel Beschluß v. 6. 11. 1989, NVwZ, 1990, S. 276.

38) R. Breuer, Umweltschutzrecht, in: Schmidt-Aßmann(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, Rn., 21.

環境承認節次의 原則, 유럽공동체의 法規命令 및 行政規則의 統一化 등을 내용으로 하는 것에 대하여는 제정전에 관계있는各界의 意見이 청취되어야 한다. 關係있는 各界는 規制利益의 代表者, 특히 제131조에 의해 승인된 團體 및 關聯經濟界의 代表者 또는 學界 및 州最上級管轄行政機關의 代表者로 하되, 균형있는 구성에 배려하여야 한다. 세부적인 사항은 법규명령으로 규율할 수 있다.

② 제1항의 法規命令을 제정하기 전에 이 법 또는 이 법에 근거하는 法規命令에 의해 構成된 專門委員會는 委員會의 業務範圍內에서 의견을 제시하여야 한다.』

이러한 규정취지를 草案은 다음과 같이 설명하고 있다.³⁹⁾

이 규정은 不確定法概念에 의한 環境法規정의 實體的인 규율밀도의 부족, 특히 議會關與의 不足과 行政에 의한 規範定立時 약간의 法律從屬性을 節次法的으로 報償하려고 하는 점에 중요한 의의가 있다. 이 規定이 現行法の 기존 규정을 一般化하여 內容的으로 擴張하고 있는 점으로는 관계있는各界의 意見聽取와 이 法에 根據하여 構成된 專門家委員會의 意見聽取가 있다. 이 규정은 제153조의 理由附記義務, 제154조의 定期的 審査義務에 의해 補完된다. 이러한 규정으로 명확해진 것은 從來의 法과 비교할 때 한층 강도있는 參加가 法的으로 表明되었다는 점이나, 전체적으로 볼 때에는 여전히 公式的인 參加에 머물고 있다. 이러한 參加規定은 命令制定節次의 政治的 性格에 적합하다.

參加規定은 제3자의 共同決定權을 근거지우는 것이 아니다. 광범위한 利益代表를 가능하게 하여 專門家を 투입하는 것에 의해 제정되어야 할 規定의 客觀性과 中立性을 節次的으로 保障하려는 것이다. 그러므로 關係있는 各界의 構成에 대한 要請이 존재하게 된다. 이 요청은 環境利害의 必要的 代表와 균형있는 구성을 확보하려는 것이다. 종래의 法에서는 被害者의 代表만이 環境利害의 代表者로 고려되었던 것이다. 어쨌든 중요한 것은 승인된 環境단체는 항상 참가되어야 한다는 점이다.

나. 理由附記

草案 제153조제1항은 行政立法의 草案段階에서의 理由附記를 다음과 같이 規定하고 있다.

39) Vgl. Kloepfer · Reh binder · Schmidt-Abmann · Kunig, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 476f.

『① 제152조제1항 소정의 法規命令의 草案에는 理由가 附記되어야 한다. 특히, 環境의 質에 관한 限界值 및 基準值, 施設 및 그 操業方法에 대한 요청 및 材料·加工·製品에 대한 요청을 내용으로 하는 規定에 대해서는 그것이 의거하는 學問上의 所見, 方法 및 技術的·經濟的 現象이 설명되어야만 한다.』

이 규정의 취지에 대해 草案은 “이 규정은 이 법에 근거하는 중요한 命令의 草案에 대해 理由附記義務를 규정한다. 이렇게 하면 行政決定過程의 合理性, 學術的 正當性 및 透明성과 연계되어 環境基準의 제정에 있어의 改善과 命令의 收容이 促進되게 된다”고 설명하고 있다.⁴⁰⁾

다. 行政規則과 法規命令에 공통하는 節次的 標準

草案에서 주목할 것은 行政規則에 대해서도 法規命令과 동일한 節次的 規制를 과하고 있다는 점이다. 草案 제159조제1항은 위에서 언급한 參加와 理由附記에 관한 규정을 행정규칙에 대해 준용하도록 하고 있다

『① 環境의 質에 관한 限界值 또는 基準值, 施設 또는 操業方法에 대한 要請을 정한 이 법에 근거한 行政規則을 制定한 후에는 제152조 및 제153조가 준용된다.』

이 규정에서 주목해야 할 것은 전통적인 學說처럼 授權與否라고 하는 의회측의 관점에서 法規命令과 行政規則을 峻別하고 있지 않다는 점이다. 즉 草案은 보다 機能的인 觀點에서 “環境의 質에 관한 限界值, 基準值 또는 施設과 操業方法에 관한 要請을 정한 行政規則의 制定節次에 대해 상응하는 法規命令을 制定할 경우와 마찬가지로의 요구가 타당하다. 따라서 관계있는 各界와 專門委員會는 제152조에 의해 意見을 聽取해야만 하고, 草案에는 제153조에 의해 理由가 附記되어야 한다. 즉 규정의 法的 特質보다는 오히려 規程의 內容이 節次的 要請을 근거지워야만 한다는 것이다. 法律이 정하고 있는 중심적인 保護·豫防任務를 行政規則이 具體化한다는 意義에 비추어 보면 광범위한 市民參加가 특히 요청된다.

法律上的 授權에 근거하여 發令된 行政規則의 公表에 대하여도 規則制定에 관한 公式期間內에 公表할 것을 제2항이 규정하고 있다. 行政規則이 公表를 요하는 것인지 여부에 대하여 草案은 태도를 표명하고 있지 않다고 기술하고 있다.⁴¹⁾

40) Vgl. Kloepfer · Reh binder · Schmidt-Aßmann · Kunig, aa.O., S. 477f.

41) Vgl. Kloepfer · Reh binder · Schmidt-Aßmann · Kunig, aa.O., S. 481f.

라. 行政立法에 대한 定期的 再評價

提案理由의 제154조는 法規命令의 定期的 再評價(8년을 기한으로 한)를 聯邦內閣, 管轄聯邦長官, 州內閣에 의무지우고 있다. 마찬가지로의 규정을 제160조가 行政規則에 대해 정하고 있다. 양규정의 기본적인 취지는 行政立法의 內容이 낱게 되는 것을 방지한다는 점에 있다. 양규정의 차이는 行政規則의 경우에는 8년의 期間經過와 함께 自動的으로 失效하는 점에서 인정된다(같은 조 제2항). 이 규정의 正當性을 提案理由는 다음과 같이 설명하고 있다.⁴²⁾

즉 學術上의 專門知識없이 技術的 發展이 充分하게 確立되지 아니한다고 하는 理由에서, 제155조에 의하면, 필요한 경우에 한하여 行政規則은 法形式으로서 命令에 대신하여 選擇될 수 있다고 한다.

8년의 경과후에 一般的으로 承認되어야 할 것은 事實상황이 변하여 그 對象을 法規命令으로 規律해야할 誘因이 존재하게 된다는 것이다. 行政規則의 自動的 失效는 事後의 發展을 진지하게 받아들이도록 강제하는 것이다.

즉, 學術上·技術上의 不確定性을 이유로 行政이 行政規則의 制定을 선택한 경우에 있어서도, 일정기간이 경과한 후에 行政規則을 失效하도록 함으로써 法規命令의 制定을 考慮하도록 行政을 의무지운 것이다. 또한 法規命令의 경우에는 8년의 기간이 경과하더라도 自動的 失效되지는 않지만, 提案理由에 의하면, 8년의 기간이 경과한 후에는 법원에 의한 審査密度가 높게 된다고 한다.⁴³⁾ 여기에서 法規命令에 대해서도 定期的 再評價를 促求하려는 觀點이 발견된다.

Ⅲ. 美國의 行政立法節次

미국에 있어서도 행정입법의 문제로 규칙제정의 문제가 논의되고 있는 바, 이것은 行政規則의 問題가 大陸法에 고유한 것이 아니라 세계각국의 일반적인 문제임을 알 수 있게 한다.

이하에서는 미국의 規則制定法制를 통하여 그 行政規則에 관한 法理를 살펴 보기로 한다.

42) Vgl. Kloepfer · Reh binder · Schmidt-Aßmann · Kunig, aa.O., S. 481f.

43) Vgl. Kloepfer · Reh binder · Schmidt-Aßmann · Kunig, aa.O., S. 478.

1. 規則의 基本的 理解(意義와 類型)

가. 規則의 意義

規則(Rule)은 聯邦行政節次法 제551조제4호에서 정의되고 있는 바, 이에 의하면 규칙에는 節次規則, 組織規則, 解釋規則 및 그밖에 행정기관의 내부사항에 관한 規則 등 우리 나라에서 말하는 行政規則이 포함될 뿐만 아니라, 法律의 授權에 근거하여 行政이 정하는 소위 法規命令도 포함된다는 점에 주의를 요한다.⁴⁴⁾ 따라서 美國法上 規則은 講學上의 行政立法에 해당한다고 하는 편이 정확할 것이다. 우리 나라에서는 行政處分으로 이해되는 料金の 認可도 規則에 포함된다는 점에서 美國의 規則은 講學上의 行政立法 보다는 넓은 의미의 것이라고 해야 할 것이다. 개별적인 대상에 적용되는 것이 규칙에 포함된다는 점에서 미국법의 특색을 지적하는 견해도 있지만 개별적인 내용의 행정규칙이 우리 나라에도 존재한다는 점에서는 인정하기 어렵다.

미국의 행정기구는 대통령하에 各部 및 獨立行政機關인 行政委員會 등으로 구성되며, 聯邦行政節次法에서 말하는 規則은 各部 및 行政委員會에서 제정되는 것을 포함한다. 1970년대 이래 健康·環境·消費者保護·安全對策 등 다수의 시민을 대상으로 한 社會規則(social regulation)이 요청되었기 때문에 신속한 대응능력을 결한 法律보다는 規則에 기대하는 경향이 생기게 되었다.⁴⁵⁾

나. 性質에 따른 區分

미국에서는 전통적으로 규칙을 유형별로 구분하고, 이를 기초로 聯邦行政節次法이 제정되었다. 오늘날 規則을 논할 경우에는 實體的 規則(substantial rule), 節次規則(procedure rule), 解釋規則(interpretive rule) 등이 중요한 規則類型으로 거론되고 있으며,⁴⁶⁾ 實體的 規則은 立法規則(legislative

44) 이상돈, '행정입법절차', 行政節次法研究, 三英社, 1989, 176면 참조.

45) Warren III, The Notice Requirement in Administrative Rulemaking, An Analysis of Legislative and Interpretive Rules, 29 DA.L.Rev., 1977, p. 367, 374.; E. Gellhorn · B. B. Boyer, Administrative Law and Process, 1981, p. 239.

46) D. D. Barry · H. R. Whitcomb, The Legal Foundation of Public Administration, 1981, pp. 151~152.; B. Schwartz, Administrative Law, 1984, pp. 158~159.

rule)으로 불리기도 한다.⁴⁷⁾ 實體的 規則 내지 立法規則은 法律의 授權에 근거하여 행정기관이 제정하는 것으로 授權法律과 동일한 효력을 갖는다고 한다. 이것은 우리 나라나 독일의 法規命書에 해당한다.

聯邦行政節次法上の 規則制定節次는 그 규칙의 유형에 따라 차이를 보이고 있다. 오늘날 미국에 있어서도 授權은 一般的인 것으로 인정되고 있어 委任禁止原則(none-delegation doctrine)은 形骸化되었다고 할 것이다.⁴⁸⁾ 授權의 緩和傾向은 授權의 有無의 判定를 어렵게 하고 또한 수권을 받은 경우에도 行政機關은 후술할 解釋規則을 제정할 수 있기 때문에 어떠한 規則을 제정할 意思가 있었는가 하는 行政機關의 意思解釋의 문제가 생기는 등 복잡한 문제가 있다.

이에 대해 法令의 解釋을 목적으로 하는 規則이 解釋規則으로 불리운다. 그러나 이 규칙의 내용은 현재에는 法令의 解釋에 한정되지 않는 多義의이다. 입법자는 解釋規則을 행정기관이 “그 시행하는 法律 및 規則에 관한 자기의 해석을 국민에게 알리기 위해서 말하는 規則 또는 表示”로 좁게 보고 “政策에 관한 一般的 表示(general statements of policy)”를 行政機關이 “그의 裁量을 행사하는 基準을 事前에 공중에게 알리기 위해 말하는 表示”로 이해한다. 그러나 양자의 구별은 오늘날 명확하다고 할 수 없고,⁴⁹⁾ “행정관이 制定法에 의미를 부여하는 경우, 制定法上の 의미의 탐구에 의해서는 대답되지 않는 문제에 응하는 경우 및 행정관이 행하고자 하는 것을 일반적인 말로 표하는 경우 등 행정기관의 표명은 실제로 어떤 것이 해석되었는가에 관계없이 解釋規則으로 통칭된다. 대다수의 解釋規則이 실제로는 어떤 것의 해석이 아니

47) “substantive”라 함은 절차와는 관계없다는 것(non-procedural)을 의미하는 것이기 때문에 수권에 근거한 규칙을 표현하는 경우에는 legislative라는 용어를 사용하는 것이 바람직하다고 한다. K. C. Davis, Administrative Law Treatise 2d. ed., 1979, p. 48.

48) Asimow, Public Participation in the Adoption of Interpretive Rules and Policy Statements, 75 Mich. L. Rev., 1977, p. 520, 561.

49) “解釋規則·節次規則과 實體的 規則(立法規則)間에 구별을 피하려고 시도하는 것은 본건에 포함된 규칙이 행정절차법 제4조의 告示·意見提出의 규정에 따라야 하는가를 확정함에 있어 별로 역할하지 못한다. …… 제4조의 기본적인 취지는 다음의 경우에 告示와 意見提出의 機會가 事前에 부여되지 않으면 안된다는 것을 최소한 포함하고 있다. 요컨대 일반적인 적용가능성을 가진다는 것은 예정된 규제가 피규제기업, 그 구성원의 상당부분 내지는 기업의 생산품에 실질적인 영향(substantial impact)을 미치는 경우이다.”(Pharmaceutical Manufactures Association v. Finch(1970. 1. 16)).

기 때문이다.” 이와같이 解釋規則이 다의적으로 사용되고 있는 이유로는 聯邦行政節次法上 狹義의 解釋規則과 政策의 一般的 表示를 구별하는 실익이 존재하지 않는 점, 양자 모두 法定의 規則制定節次에서 제외되지 않는 점이 제시되고 있다.

解釋規則의 制定에는 授權을 요하지 않는다. 그 이유는 法律執行이라고 하는 행정기관의 임무 내지는 행정권을 창설한 취지에 위 規則의 制定이 당연 포함되는 것으로 보기 때문이다.⁵⁰⁾ 授權에 근거한 規則과 解釋規則을 구별하는 입장이 비교법적으로 널리 인정되고 있고 데이비스교수도 이 점을 지적한다. 解釋規則이라고 하는 유형은 우리 나라에도 존재하는 것이지만 미국법의 해석규칙이 보다 다의적이고 광의의 것이며, 우리 나라에서 말하는 裁量規則의 일부를 포함하는 것으로 이해된다.⁵¹⁾

앞의 두 가지의 규칙 외에는 節次規則이 주요한 규칙유형으로서 거론된다. 이에 관하여는 특별한 취급이 요구된다. 즉 授權의 有無에 관계없이 節次規則의 違反이 違法의 문제를 야기한다는 것이 判例·學說上 인정되고 있다.⁵²⁾ 이 점에는 절차에 대한 엄격한 자세를 간과할 수 있다.

2. 類型別規則制定節次

聯邦行政節次法の 제정후 規則의 類型에 따라 同法の 規則制定節次를 달리 하고 있다. 同法은 正式規則制定(formal rulemaking) 및 非正式規則制定(unformal rulemaking)의 2가지의 制定節次를 규정하고 있지만, 前者는 규칙의 제정에 선행하여 事實審型聽聞(trial-type hearing)을 행하여 이해관계자에게 反對審問(cross examine)의 機會를 부여하는 등 절차요건이 엄격하다. 당연히 이 절차에는 비용과 시간이 들게 된다. 이에 대해 後者는 規則制定의 告示를 하고 이에 대한 意見書의 제출을 인정하고 口述의 意見陳述을 必要的 節次로 하지 아니하는 간이한 형태를 취하고 있다.⁵³⁾ 正式規則制

50) 2. K. C. Davis, supra note 10., p. 55.

51) 解釋規則이 法律과 同一한 效力을 갖는 경우로는 ① 법률제정과 동시에 행하여진 해석을 규칙이 담고 있는 경우, ② 규칙이 장기간 계속되는 경우, ③ 규칙을 개정하는 것 없이 법률이 개정된 경우 등이 거론된다(2. K. C. Davis, supranote 10, pp. 64~69.). 이 중에서 ②는 獨逸에서 말하는 自己拘束의 法理에 유사한 것이다.

52) B. Schwarz, Administrative Law 1984, p. 158.; Vitarelli v. Seaton, 359 U. S. 535, 539~540(1959).

53) 5 U. S. C. 553(c).

定은 개별 法律에 의한 행정기관이 聽聞의 機會를 부여한 후에 그 기록에 근거하여 規則을 제정하는 경우에 적용되는 것으로 정식이라고는 하지만 그래도 예외적인 절차이다.

聯邦行政節次法은 앞의 2가지의 절차를 정한 외에 많은 規則을 앞의 절차에서 제외하고 있다. 除外되는 規則을 총칭하여 除外規則制定(exempted rulemaking)이라고 한다.⁵⁴⁾ 이 규칙에 관하여는 規則制定에 있어서 規則의 告示·意見提出이 인정되지 아니한다. 논자에 따라서는 미국의 전체규칙의 6할 이상이 이것에 해당하기 때문에 비율면에서 본다면 대다수의 規則은 規則制定節次에서 제외되고 예외적으로 非正式規則制定, 극히 예외적으로 正式規則制定에 따른다.

正式規則制定은 個別法의 明文規定에 의거하기 때문에 그 判定이 비교적 용이하다. 문제가 되는 것은 非正式規則制定과 除外規則制定과의 관계이다. 聯邦行政節次法은 解釋規則, 政策의 一般的 表明, 行政機關의 組織規則, 節次規則 등을 非正式規則制定節次에서 제외하고 있어 결과적으로 본다면 法律의 授權에 근거한 立法規則만이 法定의 規則制定의 節次에 따르게 된다. 바꾸어 말하자면, 우리 나라에서 말하는 法規命令만이 法定의 規則制定節次에 따르고 行政規則에 해당하는 것은 적용을 받지 아니하는 것이다. 立法理由로서 行政機關의 自發的인 規則制定을 촉구하기 위해 法定節次에서의 除外를 인정한다고 설명된다.

이에 대해서는 授權에 근거하지 아니한 規則이더라도 市民의 權利·利益에 實質的인 영향을 미치는 경우에는 非正式規則制定의 節次要件(告示·意見提出)을 과해서는 안된다고 하는 주장이 學說·判例上 전개되고 있다.⁵⁵⁾ 이 점에서는 授權에 근거한 規則이라고 하더라도 市民의 權利保護의 見地에서 規則의 裁判規範性을 인정하고 있는 우리 나라 및 독일과 동일한 문제의식이 인정되고 있다.

聯邦行政節次法에 있어서는 立法規則의 경우라도 사항이 ① 합중국의 군대 및 외교에 관한 직무, ② 행정기관의 관리, 인사, 공공재산, 대부, 조성금, 부조금 또는 계약에 관한 사항의 경우에는 非正式節次에서 제외된다. 특히, 일련의 재무사무가 제외되는 것은 입법당시에 있어서 “權利·特權의 區分論(the

54) E. Gellhorn · B. B. Boyer, supra, note 8, p. 245.

55) Asimow교수는 “行政節次法の 改正이 最善의 해결책이지만 解釋論으로는 實質的 影響基準이 그 적용의 불확정성에 관계없이 요구된다”고 한다. supra, note 12, p. 575.

Right - Privilege Distinction)”이 아직 극복되지 아니하였다고 하는 사정에 기인한다.⁵⁶⁾

이러한 종류의 除外事項에 대해서도 實質的 影響基準이 주장되고 있는 점은 獨逸에서 行政規則에 外部效果를 인정하고 있는 견해가 주로 給付의 領域에서 전개되고 있는 점과 공통된다고 할 것이다.

그 외에도 “正當한 理由에 근거하여 告示 및 公開節次가 實行不可能, 不必要 또는 公共의 利益에 반한다고 行政機關이 인정한 경우”에도 法定의 規則制定節次가 생략될 수 있는 趣旨의 規定이 존재한다.⁵⁷⁾ 다만, 그 경우에는 여타의 포괄적 규정과 달리 書面에 의한 個別의 正當化理由의 表明이 요구된다. 判決중에는 그 表明의 欠缺을 이유로 規則의 無效를 선언한 것도 있다.⁵⁸⁾

요컨대, 規則制定에 관하여 事前節次를 규정한 미국의 聯邦行政節次法은 行政立法에 관한 統一的인 規定을 포함하고 있다는 점에서 特徵을 찾을 수 있지만 그것은 우리 나라에서 말하는 法規命令에 표준을 합친 것이고 行政規則에 관하여는 여전히 숙제를 남기고 있다. 이것에 대해서는 學說·判例上 實質的 影響基準論⁵⁹⁾에 의해 우리 나라에서 말하는 行政規則에 대해서도 非正式規則制定節次下에 두어야 한다고 하는 見解가 강력히 주장되고 있다. 그러나 前記한 주장이 인정되는 경우라도 法律이 규정하는 節次要件은 規則의 告示와 그것에 대한 意見書提出에 그치고, 後者는 시민에게 決定權이라든가 應答請求權을 인정하지는 않는다. 그 점에서는 非正式規則制定節次 自體의 節次要件을 가중하는 것이 필요하며, 이에 해당하는 것이 混合規則制定(hybrid rulemaking)이다. 그러나 미국의 법원은 解釋에 의한 節次要件의 加重에는 소극적이다.

56) E. Gellhorn · B. B. Boyer, supra note 8., pp. 245~246.

57) 5 U. S. C. §553(b)(3)(B).

58) Texaco Inc. v. FPC, 412 F. 2d 740.

59) 實質的 影響의 判斷에 있어서 法院은 “① 규칙이 갖는 복잡성(the complexity)· 광범위성(the pervasiveness), ② 규칙에 의해 기존의 법이 받게 되는 변화의 강도(the drastic changes), ③ 소급의 정도와 그 영향력, ④ 새로운 규칙의 준수가 가져오는 실제상의 어려움에 의한 혼란과 논쟁(the confusion and controversy)” 네가지 요소를 고려한다. Continental Oil Company v. Burns, 317 F. Supp 194, 195(D. Del. 1970).: Energy Reserves Group, Inc. v. Department of Energy, 589 F. 2d. 1082 判決에서는 “실질적 영향기준은 법 및 경험칙에 비추어 볼 때 근거없는 것이다. ‘실질적 영향’이라고 하는 것은 聯邦行政節次法 제553조에서는 채택하고 있지 않는 것이다. 그것은 그러한 상황에 있어서 잘못 적용된 法院에 의한 制定法의 不當한 解釋을 구성하는 것이다”고 하여 實質的 影響基準을 배척하고 있다.

3. 規則의 公表要請

가. 聯邦行政節次法の 基本的 構造

미국에 있어서 규칙의 공표는 2가지의 단계가 존재한다. 즉 正式規則制定 및 非公式規則制定에 관하여 規則制定前에 그의 告示가 행하여지고 이해관계자에 의한 意見提出이 있게 된다. 그것은 規則作成過程에 있어서 公表라는 점에서 다른 나라의 법에서는 볼 수 없는 것이다. 여기에서 주의해야 할 것은 公表가 요구되는 것은 立法規則 즉 우리 나라에 있어서의 法規命令에 한정된다.

그밖에 聯邦行政節次法은 제정절차를 거친 規則을 聯邦公報에 掲載할 것을 규정하고 있다. 이때의 규칙에는 立法規則 외에 一般的인 適用可能性을 갖는 解釋規則·政策의 一般的 表明이 포함된다는 점에서 純熟的한 規則案의 告示보다는 광범위한 것이라고 할 수 있다.⁶⁰⁾ 특히 공표되는 것은 일반적인 적용가능성을 갖는 것이라는 제한을 받기 때문에 제외되는 解釋規則 등이 결코 적지 않다는 것 및 각종 解釋規則이 작성되지 않은 경우도 있다는 것에 주의를 요한다.

나. 公表의 制度化傾向

완성된 規則은 『聯邦公報에관한法律』(Federal Register Act)에 의한 공표가 요청된다. 여기에서는 연방규칙, 규제, 명령, 일반적 적용가능성 및 법적 효력을 갖는 다른 문서가 대상으로 된다. 공보는 월요일부터 금요일까지 공간되며 일정정도에 이르게 되면 색인을 붙이게 된다. 매년 1회 연방공보집이 개정되고 50개의 주제로 구분되고 있다.

다. 公表의 法的 效果

연방행정절차법에서 공표가 요구되는 규칙이 공표되지 않는 경우에는 그 규칙은 無效로 된다.⁶¹⁾ 그것은 판례에 있어서도 인정되고 있는 것이다. 공표는 단지 법정책상의 요청에 그치지 않는다. 예컨대, *Morton v. Ruiz*, 415 U. S. 199 사건에 있어서 최고재판소는 *Snyder Act*하에 있는 지원부조금수급 자격을 정한 非公開의 要領(Manual)을 무효로 하였다.⁶²⁾

60) 5 U. S. C. §552 (a)(1)(D); D. D. Barry · H. R. Whitcomb, *supra* note 9, pp. 187~188.

61) D. D. Barry · H. R. Whitcomb, *supra* note 9, p. 163.

62) “수급자격을 갖고 있는 수익자로부터 그 자격을 박탈하기 전에 인디안문제부는 최저한

第3節 우리 나라의 行政立法節次

I. 立法節次的 現況

1. 法律案提案節次

가. 法律案的 基礎

행정각부는 소관사항에 대한 법률의 제정 또는 개정사유가 발생하여 입법화 하는 것이 적절하다는 판단이 서면 법률안의 기초에 착수하게 된다.

나. 關係部處와의 協議

해당부처에서 성안된 법률제정안 또는 개정안은 다른 부처 또는 다른 행정 기관과의 협의를 필요로 하는 경우에는 입법예고를 하기 전에 먼저 관계부처와의 협의를 하게 된다.⁶³⁾

다. 立法豫告

제정 또는 개정하고자 하는 법률안이 행정절차법 제41조제1항과 법제업무 운영규정 제15조제1항에서 규정하고 있는 사항으로서 국민의 일상생활과 직접 관련되는 경우에는 해당 법령안의 주관기관의 장이 그 내용을 입법예고하여야 한다(法制業務運營規程 第14條第2項 및 第5項). 이때에도 關係部處와의 協議 내지 黨政協議를 거친 후에 立法豫告를 하도록 함으로써 국민에게 예고되지 아니한 내용이 행정내부적으로 성립되는 일은 가급적 방지되어야 할 것이다.⁶⁴⁾

의 요청으로서 (공표를 정한)자기의 내부절차에 따르지 않으면 안된다. …… 수급자격을 갖고 있는 인디안에게 부조가 거부되기 전에 인디안문제부는 이미 제정된 절차에 따라 자격요건을 공표하여야 한다.”

63) 관계부처와의 협의는 정부제안법률안이 의원발의법률안에 비하여 정책의 실현가능성을 높여줄 수 있는 제도이므로 그 역기능을 가능한 한 제거하여 순기능이 충분히 발휘될 수 있다고 한다. 최정일, “立法過程에 있어서의 立法府와 行政府間的 協力”, 『法制研究』, 한국법제연구원, 1997, 268면 참조.

64) 최정일, 行政立法節次的 定着方向, 69면 참조.

라. 規制改革委員會의 審査

1997년 8월 22일에 공포·시행된 行政規制基本法에 의하여 中央行政機關의 長이 規制를 新設 또는 強化하는 法律案을 제안하고자 할 경우에는 국무총리소속의 規制改革委員會의 事前審査를 받은 후 그 심사의견서를 첨부하여 법체처의 심사를 받아야 한다.

마. 經濟長官·次官會議

지난 정부에서는 경제관계부처에서 제안하는 법령안은 경제관계장관으로 구성되는 경제장관회의 및 경제관계차관으로 구성되는 경제차관회의를 거침으로써 경제정책에 관한 관련부처간의 충분한 협의가 이루어지도록 하였었다. 이 회의의 의의는 법령안의 직접적인 관계부처는 아니라도 경제정책의 통일성과 효율성을 높이기 위하여 전 경제부처가 참여한다는데 있었다. 그러나 국민의 정부에서는 경제부총리제가 폐지되면서 경제 장·차관회의 자체도 폐지되었으나, 그후 “경제분야 정책에 대한 경제관계부처간의 협의 및 조정을 통하여 정책의 수립 및 집행의 효율성을 도모하기 위하여” 재정경제부장관이 주재하는 경제장관 간담회를 설치·운영하고 있다. 따라서 경제부처제안의 주요 법령안은 차관회의·국무회의 심의전에 경제장관간담회에서 경제부처간의 의견조율을 거치게 된다.

바. 黨政協議

정부는 국민의 이해관계가 있는 법령안을 입안할 때에는 미리 여당과 당정 협의를 한다.⁶⁵⁾ 이러한 당정협이는 행정부와 여당의 입장을 상호조화시켜 보다 합리적인 정책대안을 모색하여 정책효과를 높이는데 기여하기도 하나 때로는 여당과 행정부간의 대립과 갈등을 가져오기도 한다.

사. 主務部處案의 確定

앞에서 언급한 과정을 거치는 과정에서 주관부처는 당초의 초안을 수정하거나 보완하여 주무부처의 원안으로 확정하게 된다.

65) 당정협의제도는 제3공화국 초기인 1965년부터 실시되어 온 것이다. 유병채, “한국의 정책결정에 있어서의 여당과 행정부의 관계에 관한 연구 - 당정협의를 중심으로 -”, 연세대학교 행정대학원 석사학위논문, 1994, 45면.

아. 法制處의 審査

주무부처로부터 법령안에 대한 심사의뢰가 있으면 법제처는 법령의 체계·자구·형식 뿐만 아니라 내용의 타당성 등 실질적인 사항에 관하여도 심사를 하여 주무부처의 원안을 수정·보완한다. 법령안에 대한 법제처의 심사는 법제처가 마련한 내부자료인 법령입안심사기준에 의하여 행하여진다.

자. 次官會議·國務會議

법제처의 심사가 완료되어 법제처심사필이 찍힌 법률안은 차관회의와 국무회의에 각각 상정되어 심사를 받게 된다. 다만, 긴급을 요하는 안건의 경우에는 국무회의규정 제5조의 규정에 의하여 차관회의를 생략하고 바로 국무회의에 상정할 수도 있다. 그런데 이러한 例外認定條項이 때로는 입법의 편의도모의 수단으로 이용되는 경우가 나타나기도 하므로 예외의 대상과 요건을 엄격하게 규정하여 운영할 필요성이 인정된다.

차. 大統領의 署名과 國務總理·關係國務委員의 副署

국무회의의 심의를 마친 법률안에 대해 대통령의 서명과 국무총리 및 관계 국무위원의 부서가 있게 되면, 주관부처는 지체없이 해당 법률안을 국회에 제출한다.

2. 緊急命令 등 制定節次

대통령이 긴급명령권 등을 발동함에 있어서는 첫째로 국가안전보장과 관련되는 대외정책 군사정책과 국내정책 수립에 관하여 국무회의의 심의에 앞서 국가안전보장회의의 자문을 받아야 하며(헌법 제91조), 둘째로 국무회의의 심의를 거쳐야 하고(헌법 제89조), 셋째로 문서로 하여야 하며, 넷째로 국무총리와 국무위원의 부서가 있어야 한다(헌법 제82조). 또한 긴급명령 등은 국회의 승인을 얻어야 하며, 승인을 얻지 못한 때에는 그때부터 효력이 상실된다. 이 경우 그 명령에 의하여 개정 또는 폐지되었던 법률은 그 명령이 승인을 얻지 못한 때부터 당연히 효력을 회복한다(憲法 제76조제4항). 대통령은 헌법 제76조제3항과 제4항에 관한 사유를 지체없이 공포하여야 한다(헌법 제76조제5항).

대통령의 긴급명령도 그 자구체제는 법제처에서 심사하게 되며 기초는 해당 소관부처에서 이를 한다. 法令等公布에관한法律에는 대통령의 긴급명령의 공포절차규정이 없지만 헌법개정안이나 법률안에 준하여 이를 관보에 게재하여 공포하여야 할 것이다.

3. 法規命令의 制定節次

가. 대통령령

대통령령은 주무부처의 기초, 관계기관과의 협의(중요 대통령령안에 대한 당정협의포함) 및 입법예고와 규제개혁위원회의 심사를 거쳐 법제처의 심사를 받은 후 차관회의·국무회의의 심사를 거쳐 대통령의 재가를 받아 공포한다.

나. 총리령·부령

(1) 總理令

總理令案은 國務總理所屬 中央行政機關인 법제처·국가보훈처·공정거래위원회·금융감독위원회 및 비상기획위원회가 소관 總理令案을 기초하여 관계기관과의 협의, 立法豫告 및 規制改革委員會의 심사절차를 거친 후 법제처의 심사를 의뢰하게 되며, 법제처심사가 완료되면 國務總理의 결재를 받아 法制處가 행정자치부에 법제처의 심의필증을 붙여 官報掲載을 의뢰함으로써 이를 공포한다.

(2) 部令

部令案은 소관 行政各部에서 기초하여 관계기관과의 협의 등 事前節次와 법제처의 심사를 거쳐 주무부장관이 행정자치부에 법제처 심의필증을 붙여 관보 게재를 의뢰함으로써 이를 공포한다. 共同部令案은 법제처의 심사를 거쳐 각 주무부장관별로 이를 공포한다.

4. 行政規則의 制定節次

행정규칙은 법령에서 인정한 직무권한 내에서 재량이 인정된 경우에 그 범위 안에서 발하는 것으로 法令의 個別的·具體的 授權을 요하지 아니하고, 그 제정절차를 규율하는 法定의 節次도 없다.

그러나 대통령훈령과 국무총리훈령의 제정은 정부의 법제에 관한 사무의 일종으로 보아 관례적으로 법제처의 사전심사를 받고 있으며 1984년부터는⁶⁶⁾ 훈령·예규·고시 등 행정규칙에 대하여도 법제처심사의 사후심사를 받도록 하였다. 그러나 이것은 1년에 2번 한꺼번에 받아 이루어지는 形式的 審査에 머물고 있다.

II. 立法節次上的 問題點과 反省

입법절차상의 문제점은 법규창설적 효력을 갖는 법률안제안절차에 대한 것과 법률에 의하여 창설된 범위내에서 법률의 위임을 받아 행정이 정립하게 되는 법규명령제정절차에 대한 것을 별도로 살펴보면, 행정에 의한 입법절차의 민주적 정당성을 확보하기 위한 문제에 대한 반성은 공통적으로 검토하기로 한다.

1. 法律案制定節次上的 問題點

정부제안법률안은 그 법률의 정책수립과 집행을 책임지고 있는 주무부처에서 성안하고 있는 바, 법률안의 성안단계의 문제점으로는 주무부처의 법무담당관실직원⁶⁷⁾과 이를 심사하게 되는 법제처 직원의 전문성확보라고 할 것이다.

이러한 전문성의 확보는 법률안의 내용을 이루고 있는 입법사실⁶⁸⁾에 대한

66) 訓令·例規發刊및訓令·例規의效率의管理에관한特別指示(국무총리훈령 제197호) 훈령·예규관리지침은 다음과 같이 정하고 있다.

「가. 각원·부·처·청은 당해 반기에 발령한 모든 훈령·예규(명칭여하를 불구하고 국민의 권리·의무에 관련되거나 기타 법령의 시행과 직접 관련하여 발령하는 지시·통첩 등을 포함한다)를 상, 하반기종료 후 10일 이내에 법제처에 2부씩 제출하여야 한다.

나. 법제처는 각원·부·처·청으로부터 제출받은 훈령·예규를 평가하여 법령으로 정하여야 할 사항을 훈령으로 정하거나 관계법령에 저촉되는 사항 등 불합리한 사항을 정한 훈령·예규가 있는 경우에는 국무총리의 명을 받아 이를 각원·부·처·청에 통보하여야 하며, 통보를 받은 각원·부·처·청은 그 처리결과를 법제처에 회보하여야 한다.」

67) 법제업무운영규정 제28조에서 법제업무의 효율적 수행 및 전문성 향상을 도모하기 위하여 소속 법무담당 공무원의 보직기준 등 필요한 인사관리기준을 별도로 정하도록 규정하고 있으나 이는 국가공무원법 등 기본법으로 규정할 사항이지 하위법령으로 규정할 사항은 아닌 것으로 보인다.

68) 입법사실의 내용은 다음과 같다고 한다(K.L.Karst, "Legislative Facts in Constitutional Litigation", 1960, p. 58.).

첫째, 입법의 목적 또는 효용의 측면에서는 다음과 같은 것이 입법사실로 된다.

기본권에 대한 규제가 선택된 입법목적을 촉진하는 정도

전문지식과 법령에 대한 전문지식의 구비를 전제로 한다. 왜냐하면, 입법사실은 법률을 제정함에 있어서 기초를 형성하여 합리성을 지지하는 일반적 사실, 즉 사회적·경제적·정치적 혹은 과학적 사실⁶⁹⁾ 내지는 법 또는 정책의 형성에 있어 制定機關의 立法的 判斷에 참고자료를 제공하는 사실 또는 법의 창조 내지 정책결정의 기초를 형성하는 사실⁷⁰⁾로 이해될 수 있는 바, 立法事實의 適合性與否에 대한 판단은 규제가 달성하려고 하는 목적의 중요성과 규제되는 권리와 자유의 중요성을 측정·예측하는 衡量調整이라고 하는 法的인 판단과 결부되어 違憲判斷의 基準을 제시하기 때문이다.

2. 法規命令制定節次上の 問題點

법규명령제정절차상의 문제점은 그 입법절차가 국회심사절차를 제외하고는 정부제안법률제정절차와 같기 때문에 법률제정절차상의 문제점과 그 궤를 같이 한다. 그러나 정부제안법률은 국민의 대표기관에 의해 정립되나 행정입법으로서 법규명령은 그러하지 아니하다는 점에서 의회의 국민대표성에 준하는 입법절차의 민주화와 과학기술 등 사회의 변화·발전이 시간적으로 적응할 수 있는 새로운 형식의 법규명령의 도입문제 등이 문제점으로 지적될 수 있을 것이다.

특히 행정규제기본법은 법률·대통령령·총리령·부령의 위임하에 전문적 기술적 사항이나 경미한 사항을 정하는 告示를 法令으로 인정하고 있어(제2조제2호, 제4조제2항) 주목을 끌고 있다. 이러한 告示를 법규명령으로 보는 데에는 헌법 제75조·제95조와의 관계에서 法規命令의 發令權者가 아닌 행정기관에 의한 입법이라는 측면에서 違憲의 문제를 야기할 수 있으나, 행정규칙형식

① 규제가 완전히 작용하는 경우 사회의 안녕질서와 보건 또는 사회윤리에 기여하는 정도

② 완전한 성공 또는 부분적인 성공의 확률

채용된 규제방법이 헌법상 보장된 권리의 침해를 최소화하면서도 규제의 목적을 가장 효과적으로 실현하는 수단인지 여부

둘째, 영향 내지 희생의 측면에서는 다음과 같은 것이 입법사실이 된다.

규제에 의해 초래되는 기본권의 제한정도

① 규제가 전면적으로 작용하는 경우의 규제정도

② 규제가 전면적으로 작용할 확률

채용된 규제수단이 동일한 목적을 달성하는 다른 방법에 비하여 제도적인 정도

69) 內野正辛, 法律의 違憲審査における 舉證責任, 芦部信喜先生還曆記念 憲法訴訟と人權의 理論, 325~328頁.

70) H. W. Baade, "Social Science Evidence and The Federal Constitutional Court of West Germany", 1961. pp. 421~426.

의 법규명령을 憲法裁判所⁷¹⁾나 판례⁷²⁾·학설 등이 보편적으로 인정하고 있는 현실면에서 본다면, 이러한 형식을 법규명령으로 인정하는데 필요한 내부적 통제절차의 강화 및 그 성립과정상 민주적 절차의 적용여부에 違憲與否의 判斷基準이 설정되어야 할 것이다.

III. 行政立法節次の 改善方向

1. 國家間 行政立法節次の 相對化

우리 나라에서도 잘 알려진 것처럼 美國法에서는 行政立法節次가 일찍부터 정비되었으나 대륙법계 국가에서는 그러하지 않았다. 이에 대해 독일인 학자 Schmidt-Aßmann교수는 “美國法에서는 政策思考가 강해 거시적 수준으로 논의가 진행되었기 때문에 예를 들면 行政立法의 문제에 대해서도 法定化를 피하는 입장에서 다양한 논의가 축적된 점에 비하여, 獨逸法은 개인의 권리 보장과 미시적 세계에서 論議를 시작하였기 때문에, 반대로 行政立法에 관한 法制化가 늦었다”고 한다.⁷³⁾ 그러나 이러한 차이도 앞에서 살펴본 바와 같이 장기적으로는 상대화되고 있다.

2. 再評價 規定과 條例의 活用

독일의 행정입법에 관한 法制는 이미 본 것처럼 일반적인 타당범위를 갖는 共通事務規則 외에는 參加·理由附記規定이 산재되어 있다. 이러한 현행규정에 대해 參加·理由附記規定을 포함하는 統一的인 法制로의 轉換이 제창되고 있다.

71) 法令의 直接的인 委任에 따라 受任行政機關이 그 法令을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 制定形式은 비록 法規命令이 아닌 告示·訓令, 例規 등과 같은 행정규칙이더라도, 그것이 上位法令의 委任限界를 벗어나지 아니하는 한 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 法規命令으로서 기능하게 된다고 보아야 할 것이다(憲裁判, 1992. 6. 26. 91헌마25).

72) 법령의 내용이 특정 행정기관에게 그 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 아니한 관계로 수입행정기관이 행정규칙형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 행정규칙은 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라 행정기관에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령규정의 효력에 의하여 대외적 구속력을 갖는 법규명령으로서 효력을 갖는다(大判 1987. 9. 29 86누484).

73) 大橋洋一, “行政立法手續の比較法研究”, 『法政研究』第62卷 第3-4合併號, 406頁.

여기에서 관심사가 되는 것은 參加制度和 理由附記制度의 비중 문제이다. 독일의 환경법초안의 理由附記는 法規命令과 行政規則의 양쪽에 대해 요구하고 있으며, 최근에는 私人이 合意로 草案을 작성하여 行政에 提示하는 경향도 나타나고 있는 바, 이러한 自主管理型·同意型의 行政立法도 參加의 한 형태로서 주목할 필요가 있다.⁷⁴⁾

行政立法節次라고 하는 새로운 과제, 특히 그 參加節次에 있어서 參加主體의 對象範圍의 確定 문제는 향후 깊은 연구가 요구되기는 하나, 國家의 立法政策上 국민의 관심이 높은 분야부터 限時法의 형태로 국민의 참가제도를 실험적으로 운영해 볼 필요가 있다. 즉 일정시한의 경과 후 참가절차규정의 적정성여부를 평가할 수 있는 근거조항으로서 再評價規定을 해당 법률에 두는 것이다.

국가의 입법정책적인 실험으로서 무리가 따른다고 판단될 경우에는 國家內的 부분사회인 地方自治團體에서 조례에 의한 시행을 반복하고 여기에서 얻어진 경험을 통합해서 장기적으로는 國家立法化하는 방법을 택할 수도 있을 것이다.

3. 行政立法節次改革

행정입법절차를 정비하는 방법으로는 독일법에서 볼 수 있었던 것처럼 절차를 法定化하거나 共通事務規則이라고 하는 형태로 정비하는 방법이 있으나, 궁극적으로는 行政節次法內에 行政立法節次規定을 신설함이 바람직하다고 할 것이다.

(1) 諮問節次

자문절차에 대해서는 諮問과 助言이 共同決定의 기능을 실질상 부여할 수 있는 점에 착안할 필요가 있다. 이러한 관점에서, 예컨대 독일법상 議會에 의한 審議會節次的 統制手段으로서, 의회가 審議會委員을 소환·질문할 권한을 인정하는 것을 고려할 수 있다(議會의 公開性). 이와 같이 行政立法節次整備의 課題는 審議會節次와 밀접한 관계를 가지며, 특히 議會와 審議會를 연결하는 구조의 구축을 내용으로 하고 있다.

(2) 獨逸의 共通事務規則과 環境法典總則草案을 보고 흥미 깊은 점은, 法律案의 作成節次와 法規命令·行政規則의 草案準備節次가 구분되어 있지 않다고 하는 것이다. 즉 이들 規範의 草案作成에는 공통점이 많다고 하는 인식이 그 근거에 깔려있는 것이다. 따라서 行政立法節次를 구성할 때에도 法律案準備節

74) Vgl. Hoffmann-Riem, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrecht, Vorüberlegungen, DVBl 1994, S. 1381ff.

次를 참고로 하지 않을 수 없고 또한 行政立法節次의 改革論議는 필연적으로 法律案의 準備過程의 改革에 연결되는 것처럼 양자 사이에는 연속성 내지 피드백의 관계가 인정되는 것이다.

(3) 節次整備로서 중시되고 있는 草案의 理由附記와 準備過程에 있어서 參加機構의 整備는 모두 制定過程의 透視可能性을 높이기 위한 것이다. 바꾸어 말하면, 제정과정의 일부 이익집단의 이해에 편중하여 진행되는 것을 막기 위한 “法治國家的 間隔(Rechtsstaatliche Distanz)”⁷⁵⁾를 확보하기 위한 것이다. 입법의 제정과정에서 정보를 공개하고 시민의 논의를 촉구한다는 관점에서 법률안의 제출이유가 상세하게 예고될 필요성이 있다고 할 것이다.

현재 우리 나라의 法律制定過程에 있어 情報提供은 매우 불충분하며, 국회에 제출하기 전에 확정된 법률안을 접할 수 있는 기회도 거의 전무한 실정이다.

특히 종래 법안제출이유는 지극히 형식적인 것에 그치고 있을 뿐 오늘날의 국제적인 환경 안에서 요청되고 있는 規律密度를 갖춘 理由附記는 존재하지 않았다는 점을 지적할 수 있을 것이다.

이러한 점에서, 향후 법안제출이유의 비교법적 연구도 중요한 분석대상이 될 것이다. 이러한 理由附記의 不實은 법률 내지는 법률에 근거하는 처분의 사후심사를 어렵게 하고, 법률제정과정에서 법안을 둘러싼 다양한 論議의 기회를 차단하는 결과를 초래할 수도 있는 것이다. 마찬가지로 사정은 행정입법에 대해서도 타당하다. 향후, 法令案에 대한 理由附記를 정착하려는 선상에서 행정입법절차에 대한 연구·검토가 계속되어야 할 것이다. 또한 참가를 실질적인 것으로 하기 위해서도 參加主體에 대한 배려, 즉 단체의 참가를 촉진하는 것도 중요한 검토과제가 된다.

(4) 독일법에서는 행정규칙과 법규명령과의 전통적인 이원론이 극복되어 양자의 기능에 상응하는 양자의 적절한 사용이 지지받고 있다. 우리 나라의 행정절차법도 기준의 設定·公表(법 제20조)라고 하는 제도를 두어서 양자에 대한 구분없이 절차적 규제를 진행하고 있는 점에서 行政立法의 定期的 再評價라고 하는 관점에서의 검토는 우리 나라에서도 중요하다고 할 것이다.⁷⁶⁾

75) Schmidt-Aßmann교수는 국가조직 또는 이익집단의 힘에 의한 책동(das gesellschaftliche Kräftespiel)에 대해 일정한 간격의 유지를 확보하여야 하고 이러한 간격을 통해 균형있는 결정이 가능하게 된다고 한다. Der Rechtsstaat, in: Isensee · Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, S. 1001.

76) 이러한 절차는 특히 각종 제재적인 처분의 기준에 관한 위임입법에 중요하다고 할 것이다. 이러한 점에서도 행정절차법내에 입법절차조항을 신설함이 시급하다고 할 것이다.

물론 독일에서도 모든 행정규칙에 대해 일반적으로 參加와 理由附記를 요구하고 있지는 않고 중요한 행정규칙에 대해 그러한 절차규칙을 채용하고 있다.

이와 관련하여 생각한다면, 우리 나라의 경우에는 행정규제기본법에 의한 각종 규제사항을 담고 있는 告示 등이 이해관계인의 參加와 理由附記를 요구할 수 있는 좋은 예라고 할 것이다(告示가 法律에 의한 法規命令의 形式으로 認定되지 않을 경우 특히 그러하다고 할 것이다).

4. 열린 協議過程과 爭點의 明示化

法律制定節次에 있어서 행정청과 힘있는 관련 이익단체간에 행하여지는 사전교섭의 예를 찾아 볼 수 있는 바, 法案의 사전교섭과 더불어 행정입법까지 사전에 타협되는 경우도 존재하는 것으로도 추정된다. 이러한 실상에 비추어 행정입법절차의 정비는 입법자와 이해관계인간에 일정한 간격유지가 이루어지고 그 과정의 투명성이 담보되는 철저한 개혁으로 되어야 할 것이다.

行政立法節次의 整備라고 하는 과제는 일본과 독일의 과정을 他山之石으로 삼아 말하자면, 행정의 내부과정이 되어 온 行政立法草案의 준비과정에서의 다양한 協議過程을 체계화·세분화하고, 그 결과를 문서형태로 일반 국민에게 공개하여 모든 사회구성원과의 대화를 촉진하는 노력이라고 할 것이다. 바꾸어 말하면, 행정입법절차의 정비는 어떠한 정책에 관하여 行政組織間의 協議, 行政과 市民 및 각종단체와의 논의 중에 타협을 보지 못한 쟁점을 명시하여, 법령의 입안과정·제정과정 및 행정입법 제정 후의 사전·사후적 검토에 충분한 정보제공을 한다는 의의를 갖는다. 이러한 열린 制定節次의 尊重은 우리나라의 행정관료제에 이미 근착되어 있는 協議過程秘密主義에 반하는 觀念論이라고 하는 批判도 예상된다. 그러나 비판의 대상이 되고 있는 중앙행정기관간의 세다툼의 현실을 감안할 때 모든 행정청이 자신의 소관이익을 옹호하는 역할분담의 한 종류이며, 시장원리가 작용하기 어려운 행정분야에서 이익조정을 행하기 위한 지혜의 하나라고 보는 것도 가능하다.

어쨌든 행정입법절차상의 민주적인 요소인 이해관계인의 참가확대를 통한 의견청취도 단순히 들으면 좋다고 하는 자세로 일관한다거나, 제정이유를 명시한다고 하더라도 처음부터 끝까지 유일하게 제시된 A안이 뛰어난 것을 강조하여 그것을 채용의 정당화근거로 삼는다면 절차개혁은 의례적인 것으로 전락할 것이다. 오늘날 요구되고 있는 것은 복수의 대립안이 비교되는 성안과정

의 제시이며, 그 과정에서 노출된 쟁점의 명시라고 할 수 있다. 이러한 점에서, 전술한 意見聽取나 理由附記의 질을 제고하는 수단이 다름아닌 爭點의 明示化라고 할 것이다.

5. 法律關係와 行政立法

행정입법의 문제를 고려할 때 간과되어서는 안되는 또다른 중요한 점은 행정과 국민간의 관계가 법률관계이며, 여기에서 말하는 국민은 業界 뿐만 아니라 生活者를 포함하는 넓은 개념이다. 이 점에서 授權法律이 現代行政에 과하는 역할로서 국민간의 調整·合意形成이라는 과제에 중점을 둔 配分者·調整者로서의 기능이 중시되는 것이다.⁷⁷⁾ 바꾸어 말하면, 行政立法過程에 있어서 제삼자의 관점이 끊임없이 의식되어야만 한다. 행정입법 절차에 있어서 초안의 理由附記를 요구받고 성안과정에 대한 광범위한 참가가 요청되고 있는 것은, 모두 행정과정의 객관성·투명성을 확보하여, 조정·배분과정의 公正성과 說得性を 담보하는 점에 있다. 이러한 기능이 그 후의 개별처분단계에 있어서 紛爭調停의 負擔을 경감시켜 立法者와 受範者間的 충돌을 완화시키게 될 것이다.

77) Vgl. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee und System, 1982, S. 21ff.