

다른 法規範의 適用·準用(指示)의 公法的 問題點에 관한 小考

金重權*

차 례

- I. 처음에
- II. 用語·概念上的 明確化
 1. 용어상의 명확화
 2. 개념상의 명확화
- III. 다른 法規範의 適用·準用(指示)의 機能과 效果
 1. 다른 法規範의 적용·준용(지시)의 기능과 단점
 2. 다른 法規範의 적용·준용(지시)의 효과
- IV. 다른 法規範의 適用·準用(指示)의 類型과 方式
 1. 다른 法規範의 적용·준용(지시)의 유형
 2. 다른 法規範의 적용·준용(지시)의 방식
- V. 다른 法規範의 適用·準用(指示)과 다른 법형상과의 구분
 1. 위임과의 구분
 2. 입법유보와의 구분
 3. 기타의 법형상과의 구분
- VI. 다른 法規範의 適用·準用(指示)의 公法的 問題點
 1. 공법적 문제점의 개관
 2. 근거규범의 충분한 명확성
 3. 대상규범의 공포
 4. 대상규범의 법치국가원리적·민주주의적 정당성
- VII. 맺으면서

* 忠北大 法大 教授, 法學博士

I. 처음에

독일의 1908년의 '증기보일러규정'이 민간전문가위원회가 만든 공업기술적 규정을 동적 적용지시하였듯이, 적용·준용(지시)¹⁾은 사실 입법기술상으로 오래전에 도입된 수단이다. 이미 Glosser가 적용·준용(지시)을 "덧문"으로 표현하는 식으로 적용·준용(지시)에 대해서 의문을 제기하였고,²⁾ Hanswerner Müller 또한 적용·준용(지시)을 "규정을 가장 간파하기 어렵게 처리하는 것의 일종"으로 표현하였다.³⁾ 그러나 이러한 비난은 공법적 견지에서 구체적으로 행해진 것이 아니었다. 그런 차에 적용·준용(지시)의 대상규정이 법률이 아니라 행정규칙인 경우가 생겨났다. 즉, 1958. 6. 14자 바이에른 주공무원보수법 제47조 1항 1문(지금은 Art. 11 I BayBesG)에 의하여, 공무원 등의 질병·출산·사망시의 보조금수여를 위해서 연방의 보조금규칙이 통용되게끔 되었는데, 문제는 이 연방보조금규정이 1959. 3. 17자 연방내무장관의 행정규칙으로 발해되었다는 점이다. 바이에른의 상급행정법원⁴⁾과 헌법재판소⁵⁾는 동규정이 문제없다고 판시하였다.

Ossenbühl은 먼저 적용·준용(지시)기법을 헌법적 관점에서 평가하는 것이 이제껏 행해지지 않았다고 지적함과 아울러 이들 법원의 논거가 설득력이 없다고 평가하였다. 그리하여 그는 헌법적 견지에서 적용·준용(지시)에 대한 의문을 민주주의원리, 법치국가원리, 연방주의원리, 그리고 권력분립의 원칙과 법률공포의 요청과 관련시켜서 자세히 고찰하였다.⁶⁾ Ossenbühl이 조교시절에 쓴 이 논문을 시발로 하여, 그후 1970년에 출간된 Karpen의 박사학위청구논문을 거쳐, 1970년 중반의 Breuer의 논문과 1980년대 중반의 Clemens와 Brugger의 논문을 통해서 관련 논의가 심화되었다.⁷⁾

1) 이러한 용어의 사용문제는 후술할 '용어상의 명확화'에서 살펴보겠다.

2) Glosser, "Geheimwissenschaft", *NJW* 1956, 1307.

3) Müller, *Handbuch der Gesetzgebungstechnik*, 1963, S.167.

4) BayVGH BayVBl.1960, 321.

5) BayVerfGHE N.F.17(1964), 61.

6) Ossenbühl, "Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik", *DVBl.* 1967, S.401ff.

7) 관련 문헌이 반대함은 Brugger의 논문(Fn.12)의 주 1·2를 통해 잘 알 수 있다. 최근의 문헌으로는 Vgl. Klindt, "Die Zulässigkeit der dynamischer Verweisung auf EG-Recht aus verfassungs- und europarechtlicher Sicht", *DVBl.* 1998,

초창기의 Ossenbühl과 Karpen 등이 취한 엄격한 형식론적 입장은 오늘날 문헌상으로 광범한 지지를 받지 못하고, (특히 Brugger와 같은) 현실론적 입장이 우세한 편이다. 이러한 흐름의 변화는 당연하다. 왜냐하면 적용·준용(지시) 특히 동적 적용·준용(지시)의 여러 문제점이 판례와 문헌상으로 인식되고서 그 점이 입법에 반영되었으며, 아울러 적용·준용(지시)에서의 동적 요인을 가능한 정적 요인으로 파악하려고 시도되었기 때문이다. 그러나 동적 적용·준용(지시)의 문제성을 논의의 출발점으로 삼는다는 변함이 없다는 점에서, Ossenbühl 등의 주장이 여전히 바탕이 된다 하겠다. 오늘날 독일에서 적용·준용(지시)의 문제는 민간 전문가단체의 규범(예: 독일 산업규격화 단체의 표준규격규정), 특히 이 표준규격규정의 구속효 및 규범구체화 규칙과 관련하여 여전히 활발히 논의되고 있다.⁸⁾ 그래서 기술수준에 지속적으로 합치해야 할 공업기술적 표준규격(technische Norm)과 관련있는 동적 적용·준용(지시)의 경우에는, 번복가능한 추정의 법리를 도입함으로써 사적 규범에 대해서 법률적 효력을 부여함에 따른 헌법적 의문을 해소시켰다.⁹⁾

일단 본 논문에서는 적용·준용(지시)에 관한 독일에서의 논의를 바탕으로 하여 관련 문제점을 살펴봄으로써 우리의 문제상황을 인식하고자 한다. 관련 문헌이 거의 없을 정도로 적용·준용(지시)에 대한 문제인식이 낮은 여건에서, 오늘날 독일에서 대부분이 주장하는 법현실론적 관점의 강조를 받아들이기에는 다소 주저된다. 왜냐하면 자칫 관련 문제점이 간과된 채 미흡한 법상황이 온존할 수 있기 때문이다. 이 점에서 오늘의 우리 입법상황에는, Ossenbühl의 입

S.373ff.: Wegge, "Zur verfassungsrechtlichen Abgrenzung unbestimmter Rechtsbegriffe von unzulässigen dynamischen Verweisungen am Beispiel der betriebswirtschaftlichen Grundsätze nach §6 Abs. 2.Satz 1 KAG NW", *DVBl.* 1997, S.648ff.

8) 우리의 경우 독일에서와는 달리 법규범이 사적 규율을 기준으로 삼는 예가 殆無하다 할 수 있다. 독일의 DIN-Norm이 지난 세기초에 설정한 증기보일러의 표준규격에서 비롯되었음이 보여주듯이, 사회와 국가의 분화 그리고 민간전문가단체의 공고한 위상이 전제되지 않고선 이 같은 법현상이 생겨날 수 없다. 이 점에서 여기서의 논의가 우리의 경우에는 아직은 매우 한정적으로만 주효할 것이다. 하지만 오늘날 우리의 현실에서 공적 권위와 정당성이 널리 부인되고 있으며, 그 결과 NGO가 본연의 기능과 역할을 넘어서 공권력을 능가 내지 대체하는 경향을 띤다. 따라서 비록 차원의 다름은 있겠지만, '민간 단체의 결정의 국가에 대한 구속력'과 관련한 법치국가원리적·민주주의적 정당성의 문제는 비단 독일에서만이 아니라, 우리의 경우에도 시급한 공법적 테제이다.

9) Vgl. Di Fabio, *Produkttharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung*, 1996, S.19ff.

장을-비록 지나친 법형식론적 관점이라고 오늘날에 비판받고 있지만-기본 출발점으로 삼는 것이 바람직하다. 사실 이러한 문제는 입법학의 바른 정립에서 해소될 수 있다.

II. 用語 · 概念上의 明確化

1. 용어상의 명확화

준용(準用)이란 우리 법전에 가장 빈번히 등장하지만 역설적으로 그것의 본질에 관한 규명이 미흡하다. 우선 용어·개념의 명확화가 이루어져야 한다. 준용의 사전적 의미는 (무엇을) 표준으로 하여 적용함을 뜻한다. 우리의 경우 실무상으로 문헌상으로 '적용'과 '준용'을 구별하여 설명하고 있다. 즉, 「'준용한다'라는 법령용어는 어떤 사항에 관하여 정하고 있는 규정을 그와는 다르나 본질적으로는 유사한 다른 사항에 관하여 필요한 변경을 가하여 적용하는 경우에 사용된다. 그 의미에서 본래 그 규정이 대상으로 하는 사항에 관하여 수정 없이 그대로 다른 곳에 적용되는 경우에 사용하는 '적용한다'와는 구별된다」¹⁰⁾고 한다. 준용은 그 자체가 유추적 적용을 일컫는다. 이 점에서 적용지시하거나 관련시키는 것을 의미하는 독일어인 'Verweisung'이나 'Bezugnahme'를 우리가 사용하는 준용으로 옮기는데는 다소 거리낌이 있다. 그리고 그들의 'Verweisungsanalogie' 즉, 유추적 적용지시가 다름 아닌 우리의 준용에 해당한다. 그런데 준용에 유추적 징표가 당연히 담겨져 있다고 볼 순 없는가? 해당 법률·법규정에 없는 다른 법규정이 적용되는 법현상을 준용이라고 볼 것 같으면, 이러한 의미의 '준용'은 '적용'을 함께 어우릴 수 있다. 다시 말해 현재의 준용에 '유추적'이란 수식어를 덧붙여 사용할 수 있다. 독일의 경우에도 유추적 적용지시 다시 말해 준용의 방식이 일반적이기에, 'Verweisung'을 그대로 '준용'으로 옮길 수도 있다. 하지만 우리의 법생활에서 '준용'이란 용어를 '적용'이 어울어진 의미로 사용하기에는 법률언어생활의 측면에서 자칫 더 큰 혼란이 초래될 수 있다. 따라서 생경하지만, 여기선 'Verweisung'을 '적용(지시)'으로, 'Verweisungsanalogie'를 '준용(지시)'으로 이름 붙이되, 양자를 하나로 합쳐서 '적용·준용(지시)'으로 하여 논의를 전개하고자 한다.

10) 박영도, 「입법기술의 이론과 실제」, 1977, 512면 이하; 조정찬, "준용에 관한 몇 가지 문제", 「법제」, 2000. 10, 27면 이하; 「법령입안심사기준」(법제처간), 173면.

2. 개념상의 명확화

동일하거나 다른 법률상의 (다른) 규정을 적용·준용시킨다 함은, 적용·준용(지시)의 대상규범이 적용·준용(지시)의 근거규범의 요소가 되게끔 만드는 것을 의미한다.¹¹⁾ 규범위계상으로 보자면, 이러한 적용·준용(지시)은 형식적 법률·법규명령·행정규칙간에 뿐만 아니라, 국가법규와 자치법간에, 국내법과 국제법간에도 있을 수 있다. 나아가 국가법규범에 사적 규범(가령 독일에 있어서의 고용계약, 민간표준규격화 단체의 규준집)이 적용·준용되기도 한다. 이러한 여러 가지 광범한 적용·준용(지시)의 이면에는 서로 다른 동기, 다양한 법형식 그리고 그에 따른 이질적 법적 문제가 깔려 있다.

Brugger는 적용·준용(지시)을 광의의 의미와 협의의 의미로 나눈다.¹²⁾ 광의의 (선언적·의미론적) 의미에서 적용·준용(지시)개념은 일종의 법률발견이나 법률해석을 적시하는 것, 다시 말해서 법해석자에게 도움을 줄 수 있게끔 명확히 하는 것이다. 이러한 적용·준용(지시)의 경우엔, 해석대상규범으로부터 이끌어 낼 수 없는 것은 덧붙여지지 않는다. 이러한 예를 이른바 각론의 여러 규정에 총론의 여러 규정을 적용·준용(지시)하는데서 찾을 수 있다. 사실 총론은 각론에서의 빈번히 반복되는 개념·상관관계·문제점을 통일적으로 다루고 확정하는데 기여한다. 따라서 광의의 적용·준용(지시)은 동일한 규정의 반복을 회피하는 점에서 법률경제를 촉진할 뿐만 아니라, 당해 규범에 관한 체계적인 관련성을 유지케 한다. 명확화의 성격을 지니는 광의의 적용·준용(지시)은 궁극적으로 규범의 의미관련성을 내재적으로 판독하는 것과 같다.¹³⁾

반면 협의의 고유한 의미의 적용·준용(지시)은 규범의 의미관련성을 외부적으로 매우는 경우이다. 즉, 그 자체나 그것이 속하는 법령에서 보진대, 불완전한 법규범을 완전하게 하기 위해서 다른 규정을 반복하기보다는 적용·준용하도록 되어 있는 경우가 이에 해당한다. 여기서의 적용·준용(지시)은 다른 규

11) Creifelds, *Rechtswörterbuch*, 8.Aufl. 1986, S.1273. 다만 유의할 점은 쟁송법에서의 'Verweisung'은 "移送"에 해당한다.

12) Brugger, "Rechtsprobleme der Verweisung im Hinblick auf Publikation, Demokratie und Rechtsstaat", *VerwArch*(78), 1987, S.1(2).

13) 그러나 광의의 적용·준용(지시)과 협의의 적용·준용(지시)과의 경계는 유동적이다. 광의의 적용·준용(지시)은 내부적 적용·준용(지시)을 포함하나, 협의의 적용·준용(지시)은 외부적 적용·준용(지시)에 한한다.

범의 내용(즉, 요건과 법효과)를 적용·준용(지시)시키는 규범(적용·준용의 근거규범)에 편입시키는 것을 의미한다. 다시 말해 적용·준용의 대상규범(적용·준용의 객체, Verweisungsobjekt)상의 요소(요건과 법효과)를 마치 흡사 사진을 찍어서 적용·준용의 주체(Verweisungssubjekt), 즉 적용·준용의 근거규범(Verweisungsnorm)에 편입시키는 셈이다.¹⁴⁾ 따라서 협의의 적용·준용(지시)은 창설적 성격을 지닌다.

Ⅲ. 다른 法規範의 適用·準用(指示)의 機能과 效果

1. 다른 법규범의 적용·준용(지시)의 기능과 단점

입법자로 하여금 적용·준용(지시)기법을 취하게 하는 이유, 달리 말하면 적용·준용(지시)의 기능은 다음과 같다.¹⁵⁾ 우선 적용·준용(지시)은, 그것을 통하여 근거규범이 대상규범을 반복적으로 담는 것을 피하여 관보가 두꺼워지는 것을 저지할 수 있다는 점에서, 법률경제적 목적에 이바지한다. 그리고 적용·준용(지시)은 법규정의 공통점을 드러낼 수 있어서 법내부에 있어서의 목적론적 관련성 즉, 내적 관련성을 분명하게 할 수 있다. Karpen은 불완전한 법규를 보완하기 위한 보조수단으로서의 의미를 지닌다고 지적하였다.¹⁶⁾ 이상과 같은 적용·준용(지시)의 체계화기능 말고도 특히 동적 적용·준용지시의 경우에는 대상규범의 변경은 곧바로 또는 유보하에 근거규범의 변경이 되어 버리는 이른바 적용·준용(지시)의 완전한 또는 부분적인 자동성을 통해서 근거규범의 입법자에게 부담경감을 가져다준다. 부담경감과 병행해서, 다른 곳에서 생긴 변화에 탄력적으로 순응시켜서 일종의 승수효과를 가져다준다는 점에서 적용·준용(지시)은 법의 탄력성 또한 제고시킨다. 그리고 근거규범의 제정자가 적용·준용(지시)기법을 통하여 대상규범의 제정자로 하여금 근거규범의 제정에 참여할 기회를 제공해 준 셈이 되기 때문에, 양자의 협력을 가져다주기도 한다.

적용·준용(지시)의 이러한 기능이자 이점에 반해서, 단점은 바로 법적용자는 물론 국민이 자신의 권리를 한 곳이 아닌 여러 곳에서 찾아야 한다는 사실이다. 나아가 여러 규정을 함께 보아야 하기에, 하나의 결집된 규정을 검토할

14) 이러한 용어는 일찍이 Ossenbühl이 사용하였다.

15) Vgl. Schenke, "Die verfassungsrechtliche Problematik dynamischer Verweisungen", *NJW* 1980, S.743(743).

16) Karpen, *Die Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*, 1970, S.30.

때보다 더 많은 법학지식이 요구된다. 그래서 적용·준용(지시)이 추구하는 법률경제적 측면이, 자칫 전문가조차도 곤란을 느낄 정도로 적용상의 어려움과 불명확함을 초래하는 현실을 고려에 넣어야 한다. 오늘날 고도 산업·정보사회에서 국가는 더 이상 과거처럼 유능하지도 전문적이지도 않다. 따라서 지극히 전문적인 분야에서는 해당 부분사회(예: 관련 민간단체나 민간 전문가위원회)의 판단에 행정결정이 맡겨지고 있는 현실 속에서, 자칫 협력을 넘어서 법규범이 민간단체의 규정에 전적으로 의존할 경우에는 국가결정의 주체상의 정당성이 훼손될 우려도 있다. 한마디로 적용·준용(지시)의 장·단점을 말하자면 입법자에게는 간단함을, 국민에게는 어려움을, 법학자에게는 흥미로움을 준다.

2. 다른 법규범의 적용·준용(지시)의 효과

창설적인 협의의 적용·준용(지시)은 다음의 세가지 효과를 발생시킨다.¹⁷⁾

첫째로, 실제적으로 적용·준용(지시)의 대상규범의 내용¹⁸⁾이 적용·준용(지시)의 근거규범상으로 변환되어 그대로 또는 유보하에 편입된다(적용·준용의 자동성).¹⁹⁾ 적용·준용(지시)은 대상규범 그 자체의 효력은 손대지 않는다. 마치 그것의 내용이 촬영되어서(fotographiert) 적용·준용시키는 법률에 접합된다. 즉, 근거규정의 요건·효과가 대상규정의 내용을 통해서 보완·완전하게 된다. 이는 마치 대상규범의 효력범위가 근거규범의 영역에서 제2차적으로 발생하는 셈이 된다.

둘째로, 규범의 위계상으로 보면, 편입된 대상규범의 내용은 근거규범의 효력과 위계를 같이한다.²⁰⁾

17) Brugger, *aaO.*, S.4ff.; Karpen, *aaO.*, S.30ff.; Clemens, "Die Verweisung von einer Rechtsnorm auf andere Vorschriften- insbesondere ihre Verfassungsmäßigkeit", *AöR*111(1986), S.63(65).

18) 결코 규범 그 자체가 아니다. 따라서 대상규범의 법적 성격이나 효력범위가 적용·준용(지시)과 무관하게 유지됨을 의미한다.

19) 엄밀히 말하면 자동성(Automatismus) 여부에서 적용지시와 준용지시가 구별된다. 그러나 준용 또한 비록 相違可能性이 예정되어 있긴 해도 자동성이 통용되는 점을 감안해야 한다. 그래서 필자는 자동성에 '완전한'이나 '부분적'이란 수식어를 덧붙였다.

20) 한편 독일헌법재판소(BVerfGE 49,268)는 고용계약이 형식적 의미의 연방법률을 적용·준용시킨 한에 있어서는 독일 기본법 제100조 1항에 따른 절차내에서 편입원칙의 예외를 두었다. 이는 연방법률의 내용이 고용계약법(Tarifrecht)으로 되지 않음을 의미한다. 이러한 해석은 독일 기본법 제100조 1항의 보호목적에서 정당화될 수 있다고 한다.

셋째로, 쟁송법적 측면에서 보자면, 대상규범의 내용은 근거규범 자체의 불가분적 요소가 되어 버린다. 따라서 근거규범에 해당하는 권리구제수단으로 대응할 수 있다. 즉, 권리구제는 근거규범에 의해서 정해진다. 물론 대상규범 자체에 대한 본래의 권리구제는 적용·준용(지시)과는 당연히 무관하다.

IV. 다른 法規範의 適用·準用(指示)의 類型과 方式

1. 다른 법규범의 적용·준용(지시)의 유형

적용·준용(지시)은 모든 법영역에서 여러 가지 형태로 존재하는데, 이 다양한 유형은 크게, i) 규범제정자, ii) 규범유형, iii) 적용·준용지시형태에 따라서 나눌 수 있다. i)은 국가규범에 의한 비국가적 규범에의 적용·준용(지시)인지, 연방규범에 의한 다른 연방규범에의 적용·준용(지시)인지, 연방규범에 의한 주규범에의 적용·준용(지시)인지, 그 정반대인지에 따라 구분되며, ii)는 대상규범으로서 다른 법률·법규명령·행정규칙·비국가적 규범을 적용·준용시키는지 여부에 따라 구분되며, iii)은 소위 정적 혹은 동적 적용·준용(지시)에 관한 것이다.²¹⁾

특히, 마지막의 구분이 중요하다.²²⁾ 정적·고정된(statisch, starr) 적용·준용(지시)의 경우, 가결된 날짜²³⁾ 혹은 예전의 일정시점²⁴⁾을 적시하여 확실히 적용·준용시키는 것이다. 반면, 동적·유도적(dynamisch, gleitend) 적용·준용(지시)은 관련된 규정의 장래의 개정(변경)까지도 예견하여 함께 고려에 넣은 것이 특징이다. 전자의 경우에는 -반드시 현재 유효하거나²⁵⁾ 아무런

21) 이하에선 논의의 중점을 국가의 법규범(법률·법규명령)에 의한 적용·준용에 국한하고, 행정규칙과 비국가적 규범(가령 독일 고용계약상의 규정과 DIN-Norm)을 적용·준용시킨 경우는 부분적으로만 다루고자 한다. 독일에서 논의의 주 대상인 후자에 대해선 차후에 살펴보겠다.

22) 이 구분은 일찍이 Ossenbühl이 처음으로 행한 뒤에 보편화되었다. 그런데 이미 Walter Jellinek가 가변적(wandelbar) 적용·준용(지시)과 비가변적(unwandelbar) 적용·준용(지시)을 언급하였다고 한다. Jellinek, *Gesetzanwendung und Zuverlässigkeitserwägung*, 1913, S.94.

23) 공표날짜인지 가결인지 논란이 있었으나, BVerfGE 67, 348은 후자임을 분명히 하였다.

24) 독일의 판례상으로도 효력이 상실된 규범을 적용·준용지시 시킬 수 있음이 시인된다. Vgl. BVerfGE 60, 135(125).

25) 가령 독일 기본법은 제140조에서 바이마르헌법의 교회조항의 적용을 규정하고 있다. 이는 일종의 '죽은'(tot) 적용(지시)이다.

헌법적 의문이 없을 것까지는 필요치 않지만 - 근거규범이 확정되어 있는 규정을 적용·준용시킴으로써, 대상규범의 변경이 근거규범에 전혀 고려되지 않는다. 반면, 근거규범이 명시적으로나 추론적으로 “당시에 통용되는(die jeweils geltende Fassung) 규범이나 규범의 요건”을 적용·준용시킨 경우에는 후자의 적용·준용(지시)이다.

법문이 불분명하면, 해석이 필요한데, 이때 규정의 의미관련성이 매우 중요하다.²⁶⁾ 물론 그것의 성립연혁, 법사적 전개, 적용·준용(지시)규정의 영역에서의 규범의 규율목표도 고려에 넣어야 한다. 만약 성립연혁에 비추어 적용·준용(지시)이 법규일화의 목적에 이바지하게 되거나,²⁷⁾ 대상규정이 처음부터 빈번한 개정을 목표로 한²⁸⁾ 경우에는, 동적 적용·준용(지시)의 존재에 관한 특별한 증빙이 될 수 있다고 Clemens는 지적하였다.²⁹⁾

동일한 규범내에서 또는 동일한 제정자의 상이한 규범에의 적용·준용(지시)이 소위 ‘내부적 적용·준용(지시)’(Binnenverweisung)인데 대해서, 특히 다른 제정자의 다른 규범 특히 사적 규율(특히 법령이외의 비국가적 규범)을 적용·준용시킨 것이 ‘외부적 적용·준용(지시)’(Fremdverweisung)이다. 독일의 경우에는 적용·준용(지시)의 문제가 동적 적용·준용(지시)으로서 외부적 적용·준용(지시)의 경우에 한하는데 대해, 현재의 입법상황에 비추어 우리의 경우에는 외부적 적용·준용(지시)의 경우를 찾기란 어렵다. 따라서 독일에서는 외부적 적용·준용(지시)과 동적 적용·준용(지시)이 어우러진 경우가 문제상황이라면, 우리에게 있어서는 내부적 적용·준용(지시)과 동적 적용·준용(지시)이 어우러진 경우가 그 대상이다.³⁰⁾ 이 점에서 독일의 입법

26) BVerfGE 60, 135(155).

27) Vgl. BayVGH *BayVBl.* 1960, 321(322); BayVerfGHE N.F.17(1964), 61(65/66).

28) Vgl. BVerfGE 60, 135(160); RGHZ 15, 221(223).

29) Clemens, *aaO.*, S.81.

30) 우리의 행정소송법 제16조 4항은 제3자의 소송참가와 관련해서 민사소송법 제63조의 규정을 준용한다고 규정하고 있다. 그런데 1990. 1. 13에 민사소송법에 제63조의2(필요적 공동소송인의 추가)가 신설되어 규정되었다. 이 경우에 행정소송법 제8조 2항의 포괄적 적용(지시)을 통하여 동조항이 적용될 여지가 있지만, 근거규범의 내용상의 변화가 대상규범에 의해서 야기될 수 있음을 간취할 수 있다. 그리고 실용신안법(동법 제42조), 의장법(동법 제30조), 상표법(동법 제33조)은 특허법의 소정의 조항을 준용시키고 있는데, 관련조항을 동시적으로 손질하여야 하지 만약 시간을 달리하여 손질한다면 자칫 적용상의 불일치가 생겨날 수 있다. 사실 그대로 편입한다는 의미에서의 적용·준용(지시)의 참뜻을 오해하여 세심한 배려없이 적용·준용(지시)란 용어를 법전에 사용한 것

사항을 바탕으로 하는 논의를 우리의 입법상황에 견주는 것은 우리가 따른다고 할 수 있지만, 大가 小를 포함한다는 관점에서 보면 그다지 문제가 되지 않는다. 그리고 내부적 적용·준용(지시)이 민주적 정당성이나 법치국가원리와 관련해선 큰 문제가 없지만, 공포원칙과 명확성의 요청과 관련해선 상황이 다르다. 또한 우리의 경우 동적 적용·준용(지시)이 적용·준용(지시)의 전형이기에 문제점이 더욱 부각된다. 결국 우리는 동적·정적과 내부·외부를 불문하고 적용·준용(지시) 전반이 문제가 된다.

2. 다른 법규범의 적용·준용(지시)의 방식

적용·준용(지시)의 방식과 관련해서, 특정 조항을 바로 적시하여 규정하는 식도 있지만, 독일의 경우에는 어떤 법률의 제 몇조가 “알맞게 적용된다”(gilt entsprechend)는 식으로 이른바 준용의 형태가 대부분이다. 반면 우리의 경우엔 독일 법령상에서 자주 보이는 ‘알맞게’(entsprechend)나 ‘의미에 맞게’(sinngemäß)란 수식어 없이 특정조항이나 법령 전체를 직접 적용·준용시키는 것이 통례인데,³¹⁾ ‘준용’이란 어의에 이미 ‘알맞게’란 의미가 내포되어 있다 하겠다.

한편 준용문의 표현방식에는 「(어떠한 법률의) 제 몇 조의 규정은 …에 준용한다」는 방식과 「…에 관하여는 (어떠한 법률의) 제 몇 조의 규정을 준용한다」는 방식이 있다. 내부적 준용의 경우라면 전자의 방식이 더 나올 수 있겠지만, 여기서 준용이 동일한 규범내에서만 그리고 동위의 규범간에서만 이루어지진 않는다는 점을 고려에 넣어야 한다. 생각건대 대상규정이 근거규범에 편입된다는 점에서 후자의 방식이 더 낫다.³²⁾

그리고 공인회계사법 시행령 제18조처럼 하위법령에서 상위법령의 조문을 준용하는데 대해서 소관의 원칙과 관련해서 문제점이 제기된다.³³⁾ 입법사항

이 문제지만, 오히려 법령호수를 병기하지 않은 우리의 입법관례가 문제의 근원이다. 이 점에서 하루바삐 법령의 개폐가 빈번하고, 대상이 되는 법령이 과거의 것이 많은 점을 감안하면, 법령의 표기를 조속히 바꾸어야 한다. 그런데 관례가 서술하는 방식(몇년 몇월 몇일자 법령 제몇호로 개정되기 전의 것)보다는 바로 ‘몇년 몇월 몇일자 법령 제몇호’의 무슨 법령이라고 적시하는 것이 더 낫다.

31) 우리의 입법현실에선 준용과 유사한 표현방법 「…의 예에 의한다」, 「…에 준한다」가 많이 등장하는데, 하루바삐 통일적으로 정비되어야 한다. 조정찬, 앞의 논문, 32면 이하 참조.

32) 반론 : 조정찬, 앞의 논문, 34면.

33) 조정찬, 앞의 논문, 31면 이하 참조.

을 대통령령에 포괄위임한 공인회계사법 제25조 1항 자체의 문제점은 충분히 지적할 수 있지만, 동법 시행령 제18조가 비송사건절차법의 규정을 준용시킨 그 자체는 문제되지 않는다. 왜냐하면 이 경우에 준용되는 비송사건절차법의 규정은, 준용될 때 더 이상 법률적 효력을 지니는 것이 아니라, 준용근거규범과 동일한 다시 말해 시행령으로서의 효력을 지니기 때문이다. 요컨대 법률이 법규명령을 준용시킬 경우에는 권력분립의 원리, 법치국가의 원리(특히 법률유보에 따른 의회유보의 원칙)에서 문제가 될 수 있지만, 이처럼 하위법령이 상위법령을 그것도 법률을 준용시킬 경우에는 별문제가 되지 않는다. 왜냐하면 그것 자체로 의회의 입법권에 아무런 손상을 가져오지 않기 때문이다. 생각하기에 따라선, 포괄적 위임의 측면에서 문제점이 있는 모법의 규정이 이런 식의 준용을 통해서 문제의 여지를 해소시킨 것으로 볼 수도 있다.

V. 다른 法規範의 適用·準用(指示)과 다른 법형상과의 구분

적용·준용(지시)의 합헌성 문제를 독일에서 이미 많은 판례와 문헌이 다루었지만, 관련한 개별적 물음만이 다루어졌을 뿐, 많은 문제점은 아직 충분히 규명되지 않았다. 그리고 고려되는 여러 상이한 관점이 종종 서로 뒤섞여 있다. 특히 적용·준용(지시)과 다른 법형상과의 경계설정이 무시되어서, 다른 법형상이 엄존함에도 불구하고, 많은 법규범이 적용·준용지시규범으로 여겨지고 있다고 Clemens는 진단하였다.³⁴⁾

1. 위임과의 구분³⁵⁾

어떤 규범제정자에게 닫혀져 있는 규율영역을 다른 규범제정자가 열어 주었을 경우에, 적용·준용(지시)이 아니라, 법제정의 수권, 즉 위임(Delegation)이 존재한다.³⁶⁾ 위임명령상의 위임이란, 다른 곳에서 이미 성립한 규율내용을 안으로 끌어들이 편입시킨 것이 아니라, 고유한 규율권한을 외부로 보낸 즉, 넘

34) Clemens, *aaO.*, S.65.

35) 사실 Ossenbühl이 적용·준용(지시)의 문제점을 지적한 배경에는, 위임의 경우에는 일정한 제어장치가 있는데 대해서 적용·준용(지시), 특히 동적 적용·준용(지시)의 경우에는 그것이 전혀 없기에 자칫 여러 제한을 면탈키 위하여 적용·준용(지시)기법을 무분별하게 동원하지 않을까 하는 의구심에서 비롯된 것 같다. 이 점은 그가 동적 적용·준용(지시)을 “전거가 의심스러운(apokryph) 위임”으로 평가한 사실에서 잘 알 수 있다.

36) 적용·준용지시와 위임의 구분에 관한 자세한 내용은 Vgl. Clemens, *aaO.*, S.67f.

겨준 것이다. 따라서 수권은 힘의 분배(Machtverteilung)인 반면에, 적용·준용(지시)은 힘의 집합(Machtanknüpfung)이다.³⁷⁾ 따라서 위임의 경우에는 규범의 규율내용을 확정짓는 것이 수임자에게 이행되고, 수임자의 위계에 따라서 그가 발할 법규범의 효력이 정해진다. 적용·준용(지시)의 경우에 대상 규범이 근거규범으로 편입되기에, 국민은 단 하나의 규범체계와 규범제정자를 마주한다. 그러나 위임의 경우에는 수임된 규범제정자가 관련인을 마주하고, 그들의 권리구제가 경우에 따라선 2원적이어서 어려워진다. 이러한 점에선, 위임이 적용·준용(지시)보다 국민에 대해 더 침익적이다. 그런데 수권법률의 내용이 구체화하는 법규명령에 의해서 메워지는 즉, 위임명령의 경우에는 양자의 구분이 매우 어렵다.³⁸⁾

우리 헌법은 물론 독일 기본법도 적용·준용(지시)에 대한 특별한 직접적 규정을 담고 있진 않으나, 허용되는 위임의 영역에선 적용·준용(지시) 역시 원칙적으로 합헌이라 여겨진다. 그런데 Karpen 등은 위임이 명시적으로 허용되지 않는 영역에선 적용·준용(지시)이 일반적으로 위헌이라고 주장한다.³⁹⁾ 그러나 Clemens는 이러한 일괄적인 평가는 너무 지나치며, 오히려 그러한 영역에서도 다음에 살필 일반적인 헌법적 요청을 충족하면 허용될 수 있을 것이라고 주장한다.⁴⁰⁾

2. 입법유보와의 구분

입법자가 다른 법에의 적용·준용지시와 편입을 시키지 않았고, 오히려 일정한 영역에선 자기 스스로 입법활동을 하기보다는 다른 법제정자의 규율을 허용하고자 한 경우에는 여기서의 적용·준용(지시)과 구별된다. 입법자가 일정사항의 경우 다른 법규범에 의한다고 규정한 것도 이에 해당할 수 있지만(사실 이것은 준용지시에 해당한다), 독일에서 주로 논의되는 것은 주입법에의 유보이다.⁴¹⁾

37) Karpen, "Die Verweisungstechnik im System horizontaler und vertikaler Gewaltenteilung", in: Rödiger(Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1976, S.221(233).

38) Vgl. BVerwGE 14, 245(252); 22, 1(18); 51, 60(74).

39) Karpen aaO.(Fn.16), S.129; Arndt, "Die dynamische Rechtsnormverweisung in verfassungsrechtlicher Sicht-BVerfGE 47, 285", *JuS* 1979, S.784 (787); Marburger, *Die Regeln der Technik im Recht*, 1979, S.391f.

40) Clemens, aaO., S.82.

41) 우리의 경우에도 많은 행정법규에서 "법령이 정하는 범위안에서 당해 지방자치단체의

가령 독일 연방국경경비법(Bundesgrenzschutz) 제63조 4항에 의하면, 일정한 경우에 경찰의 권능이 주의 법에 따른다. 이러한 법률규정형태는 연방법의 주법에로의 적용·준용(지시)을 의미할 수 있고 - 결과적으로 적용·준용(지시)된 주법의 내용이 연방법으로서 적용된다. 다른 한편으로 연방입법자가 그 영역을 직접 연방법적으로 규율하기보다는 자신의 규율에서 배제하여 주의 고유한 규율에 유보시키고자 하는 의미일 수도 있다 - 결과적으로 이처럼 배제된 영역에서의 규율은 주법으로서 적용된다.⁴²⁾

적용·준용(지시)이 존재하는지 아니면 주입법을 위한 유보가 존재하는지는 입법권한에 따라서 상이하게 판단이 내려질 수 있다. 먼저 주의 전속적 입법권한의 영역에선 주입법을 위한 유보로 해석하는 것이 요구된다. 또한 연방의 대강입법·원칙입법의 영역(독일 기본법 제75조)에서도 마찬가지로 유보로 받아들일 것이 요구될 수 있다. 반면에 그 밖의 다른 경우엔 양자의 구별이 어려울 수 있다. 이 경우 입법권한이 연방에게도 주에게도 존재할 수 있어서 두가지 해석이 다 고려되기에, 법률의 문언과 규범들의 상관관계에 의거해서 결정을 내려야 한다. 만약 법률이 "... 관련 주법규정이 무관하게 존재한다."고 규정하면, 이는 유보에 찬성하고 적용·준용(지시)에 반대하는 셈이다. 독일 헌법재판소 역시 이러한 법률을 유보로서 타당하게 해석하였다.⁴³⁾

그런데 앞서의 연방국경경비법의 규정이 만약 적용·준용(지시)이라면, 소위 지역적으로 천차만별인 연방법이란 실로 의아스러운 법형상이 만들어질 것이다라는 점을 들어 Clemens는 주입법을 위한 유보로 본다.⁴⁴⁾ 한편 거의

조례"로 정하게끔 하고 있지만, 자치입법의 유보적 성격보다는 법령의 집행적 성격이 강하기에 독일의 사정과는 명백히 다르다. 따라서 여기선 편의상 독일에서의 논의를 소개하고자 한다. 시간이 흘러서 진정한 자치입법이 실현된다면, 독일에서 종종 문제되는 연방과 주의 법제상의 문제가 제기될 수 있을 것이다.

42) Vgl. Karpen, *aaO.*(Fn.16), S.43~46; Baden, "Dynamische Verweisungen und Verweisungen auf Nichtnormen", *NJW* 1979, S.623(625).

43) Vgl. BVerfGE 7, 120(124f.); 11, 192(200); 20, 238(251ff.); 47, 285(314). 예외: BVerfGE 67, 348(363f.).

44) Clemens, *aaO.*, S.71. 한편 특별한 경우에만 "지역적으로 천차만별인 연방법"의 적용·준용(지시)이 인정될 수 있다. 예컨대 독일의 1953년의 약국개설중지법 제1조는, "연방법적 규율이 발하기전까지 약국설치의 허가는 연방의 각주에서 1945. 10. 1에 통용되었던 규정에 의거해서만 내려질 수 있다"고 규정하였는 바, 독일 헌법재판소는 이 규범을 정당하게 적용·준용(지시)으로 해석하였다(E5, 25). 왜냐하면 일정한 시점(1945. 10. 1)에 고정시키는 것이 주입법을 위한 유보의 경우에는 불가능하기 때문이다. 사실 시점의 고정으로 인한 정적 적용·준용(지시)에 해당한다.

모든 연방법은 주를 넘어서는(포괄하는) 의미를 가지며, 그에 맞춰 주법의 조항은 한 주의 법이 아니라 그때그때 주의 법에 관련하기 때문에, 연방법률의 경우에 일단 적용·준용(지시)이 아니라 주입법을 위한 유보가 존재한다고 추정될 수 있다고 한다.⁴⁵⁾

3. 기타의 범형상과의 구분

적용·준용(지시)을 그 밖의 범형상과 구분할 수 있는 지 여부와 구분하여야 하는지 여부는 적용·준용(지시)개념을 광의나 협의로 보느냐에 결정적으로 좌우된다. 본고에선 앞서 말했듯이, 법규범에 의해서 개별·구체적인 다른 곳의 규범이나 규범총체에 관련될 경우만을, 즉 “엄격한” 적용·준용(지시)이 존재하는 경우에만 상징한다. 따라서 행정규칙이 불확정 법개념의 해석을 위하여 그것을 내용적으로 확정(구체화)한다 하더라도, 적용·준용(지시)구조는 존재치 않는다. 법원은 행정규칙에 의한 내용확정에 원칙적으로 구속받지 않는다.⁴⁶⁾ 이점에서, 근거규범의 내용이 대상규범의 내용에 의해서 구속적으로 확정되는 썬인 적용·준용(지시)과는 결정적으로 구별된다. 그런데 이러한 행정규칙이 유형상으로 ‘선취된 전문가감정서’나 ‘규범구체화규칙’에 해당한다 하더라도, 적용·준용(지시)과의 차이점이 성립한다. 왜냐하면 학문적으로 인정 받은 새로운 지식이 다른 손해발생치를 제시하지 않거나 이형적인 사안이 존재하지 않는 경우에만, 행정규칙상의 오염한계치와 공업적 측정절차(과정)가 구속력을 지닌다. 따라서 엄격한 구속이 존재하지 않기에, 적용·준용(지시)에 따른 규범의 자동적 편입 구조가 존재하지 않는다.

VI. 다른 法規範의 適用·準用(指示)의 公法的 問題點

1. 공법적 문제점의 개관

위임과는 달리 적용·준용(지시)의 공법적 한계는 우리는 물론 독일의 경우에도 명시되어 있지 않다.⁴⁷⁾ 독일에서 근 30년간 다음의 측면에서 적용·준

45) Clemens, *aaO.*, S.71; H. Schneider, *Gesetzgebung*, 1982, Rn.395.

46) 자기구속이나 신뢰보호원칙을 통해서 구속력이 발생될 수 있지만, 이 점이 행정규칙의 원칙적인 성격을 뒤바꾸진 않는다.

47) 한편 Brugger와 Karpen은 ‘국제법의 일반적 원칙은 연방법의 구성요소이다’라는 그들 기본법 제25조 1문을 근거규범의 일종으로 보고 있다.

용지시의 공법적 문제점이 논의되었다.

첫째로, 근거규범이 어떠한 규정(대상규범)을 적용·준용시키는지를 충분히 알 수 있는지?(명확성의 원칙)⁴⁸⁾

둘째로, 대상규범의 본문이 충분히 고시되거나 공포되었는지 그리하여 관련인이 접근가능한지?(공포의 원칙)⁴⁹⁾

셋째로, 동적 적용·준용(지시)의 경우엔 다음과 같은 추가적인 물음이 제기된다: 근거규범에 편입된 대상규범이 근거규범 제정자의 의사에 의해서 충분히 포함되어 있는지, 그리하여 법치국가적·민주주의적으로 정당한지, 혹은 이 규범제정자가 규범내용의 형성을 허용되지 않을 정도로 다른 기관에 넘겨 버렸는지?(법치국가적·민주주의적 원리)⁵⁰⁾

그런데 독일에서 적용·준용(지시)의 문제점을 공법적으로 바라보는데는 두 가지 방향이 있다. 개개의 헌법규범의 본문에서 엄격히 해석하는 태도와, 헌법 전반이나 그것의 개괄조항의 의미와 목적을 우위에 두고서 해석하는 태도가 있다. 전자는 법현실보다는 법규의 구조에 주목하는 형식론적인 법이해의 경향을 띠고, 후자는 합리적인 결과를 얻기 위해서 실용적인·법현실적인 메움 혹은 개별법규의 상대화를 강조한다. 전자의 대표자가 바로 Ossenbühl, Karpen이고, 후자의 대표자는 Brugger이다. 반면 Clemens는 기본적으로 후자의 입장에 서되, 전자의 주장을 완전히 배격하지는 않는다. 즉, 그는 도그마적 엄격주의와 실무의 요청(특히 입법자에 대한 과중부담의 회피)간에 중도를 취하겠다고 전제하였다.⁵¹⁾ 그래서 그는 적용·준용(지시)의 효과인 편입의 자동성을 감안하여 사적 공포에 의한 적용·준용(지시)의 경우에는 형식적 법률에 의한 대상규범의 (법률로서의) 위계·내용과 고시형식간의 간극이 너무 현격할 수 있다는 점을 논거로 근거규범의 성질을 강조한다(후술).

48) 이는 법치국가원리에서 파생한다. Vgl. BVerfGE 21, 312(324): 22, 330(346).

49) 법적 안정성의 측면을 지녀서 법치국가원리에서 파생한다. Vgl. BVerfGE 65, 283(291).

50) 그 밖에 독일의 경우 연방과 주, 주와 연방, 주와 주 사이에서의 적용·준용(지시)의 경우, 기본법의 권한규정과 연방국가원리와의 합치여부가 검토되어야 한다. 본 논문에선 이것은 일단 배제하고서 논하고자 한다.

51) Clemens, *aaO.*, S.63(65).

2. 근거규범의 충분한 명확성

근거규범이 어떠한 규정을 개개의 경우에 적용·준용시키는지 충분히 알 수 있게끔 하여야만, 비로소 명확성의 원칙을 충족시킨다. 즉, 근거규범은 관련인이 어떠한 규정이 적용·준용되는 규정인지를 알 수 있도록 자세히 그 규정을 표시하여야 한다. 근거규범이 대상규범을, 가령 법규정의 경우엔 관보나(독일의 경우엔) 법률보에 출처를 명기하거나, 비국가적 규정(예: DIN-Norm)의 경우엔 해당 잡지와 그 출판사를 명기하면서 공표원이나 출처와 함께 표시한 경우에는 법상황이 가장 분명하다. 이러한 경우에는 일단 명확성 요청은 충족되었다 하겠다. 그러나 이것과 후술할 공포요청의 문제는 구분된다. 통상 근거규범은 어떠한 규정이 적용·준용되는지를 충분히 알게끔 하고 있다. 따라서 극히 이례적인 경우에만 근거규범이 불명확하다고 평가내려진다.⁵²⁾ Clemens는 만약 근거규범이 불명확하여 위헌일 경우에는, 헌법합치적 해석의 방법은 배제된다고 지적하였다.

한편 우리의 경우 전체적인 규정의 총체를 적용·준용시킨 경우가 많은데, 여기에는 특별한 문제가 생길 수 있다. 비록 근거규범이 대상규범 총체를 분명히 표시하였다 하더라도, 그 총체에 속하는 규정을 쉽게 분명히 알아낼 수 없을 정도로 이들 대상규범 총체가 개관할 수 없는 경우에는 충분한 명확성이 의문스러울 수 있다. 참고로 독일 연방헌법재판소는 1953년의 약국개설중지법 제1조와 관련해서, 주법 규정의 총체(Gesamtkomplex)를 적용·준용시킨 것을 이러한 점에 의거해서 위헌으로 보았다.⁵³⁾

3. 대상규범의 공포

1) 공포의 의의

공포원칙(Publikationsprinzip)은 적용·준용(지시)과 관련해서 소위 법치국가원리의 표현상의 요청을 구체화한 것이다. 규정에 맞는 공포는 당해 규범의 적법성요건일 뿐만 아니라, 성립·효력요건이다.⁵⁴⁾ 국가의 여러 명령을

52) Clemens, *aaO.*(Fn. 93), S. 86.

53) BVerfGE 5, 25(33).

54) Vgl. BVerfGE 7, S.330(337); Ossenbühl, *aaO.*, S.408; Karpen, *aaO.* (Fn.37.), S.235f.

공포하는 것은 입법을 비롯한 법제정절차의 완결점이어서, 이후에 비로소 법규의 구속력과 효력이 국민에게 발생한다. 다시 말해 무엇이 적용될런지 가능할 수 없는 한, 법률공포란 존재치 않으며, 단지 법률예고만이 존재할 뿐이다. 우리의 '법령등공포에관한법률' 제11·12조에 의해서 형식적 의미의 법률과 법규명령은 관보에 게재하여 공포되어야 한다. 한편, 독일의 경우 연방 법령은 연방법률보(Bundesgesetzblatt)에서 공포되어야 하되, 개별 법률상의 규정에 따라선 연방법규명령이 연방관보(Bundesanzeiger)에서도 공포될 수 있다.⁵⁵⁾ 몇몇 법률은 - 법규명령에 자세한 관련출처가 표기되는 한에 있어서 - 법규명령제정자에게 가령 공업기술단체와 같은 사적인 규범제정자의 규정집(예 : DIN-Norm)을 적용·준용시키는 것을 허용한다.

2) 공포원칙이 문제되는 상황

소위 '내부적 적용·준용(지시)'은 공포원칙과 관련해서 문제가 없다.⁵⁶⁾ 왜냐하면 그러한 적용·준용(지시)의 경우, 근거규범과 대상규범의 내용이 동일한 형태로 공포되어 있기 때문이다. '외부적 적용·준용(지시)' 가운데 형식적 법률이 법규명령을 적용·준용시킨 경우와 그 반대의 경우에도 공포가 문제되지 않는다. 왜냐하면 여기서 공고가 관보(독일의 경우 원칙적으로 법률보)에서 규정되어 있기 때문이다. 그리고 지방자치단체의 조례·규칙이 법률과 법규명령을

55) 이 점에서 법령의 게재지를 관보로 하는 우리의 상황이 문제가 없는지 검토할 필요가 있다. 과거와는 달리 무수한 법령이 제정·개정·폐지되는데 언제까지 행정의 일상사항과 더불어 동일 장소에서 게재되어야 하는가? 법령해석의 한 방법인 역사적 해석을 하자면, 먼저 입법이유를 제대로 충분히 알아야 한다. 의회에서의 토의나 그 경과가 제대로 남아 있지 않은 우리의 현실에서, 관보상의 매우 축약된 입법이유가 그나마 역사적 해석의 착안점이 된다. 따라서 그에 관한 충분한 지면이 제공되기 위해선, 관보가 아닌 이른바 '법령보'가 발간되어야 한다. '법령보'의 필요성은 이밖에도 법조인대량배출이란 이미 변화된 법조상황에서도 타당하다. 무릇 모든 학문이 그렇지만, 법학은 축적의 학문임이 두드러지고, 법령이란 그 시대의 대표적 산물이다. 후일에 되새겨 보기 위해서라도 그것의 체계화의 바탕인 '법령보'상의 게재가 하루바빠 이루어져야 한다. '법령보'의 필요성은 이상과 같은 정책적인 고려에서 뿐만 아니라, '접근가능성'을 바탕으로 한 공포원칙 및 그것의 근거인 법치국가원리에서도 제기할 수 있다. 그리고 '법령보'란 명칭에도 불구하고, 그것이나 그와 유사한 것에 행정규칙까지 게재케 하면, 자주 거론되는 '행정규칙의 공포' 문제가 해소될 것이다. 생각건대 '법령보'의 발간은 민국수립 이후의 모든 법률의 정리에 못지 않게 중요한 시급과제이다.

56) BVerfGE 37, 201(208f.); 48, 48(55); 55, 144(152); 60, 135(155ff.); 67, 348(362); Clemens, aaO., S.92; Karpen, aaO.(Fn.16), S.143; Brugger, aaO., S.16.

적용·준용시킨 경우에도, 민주적 정당성이나 지방자치제 차원에선 문제될지언정 공포상의 문제는 없다. 왜냐하면 주민에게는 자신의 이중적 지위에서 그러한 사정의 인식 내지 관보의 습득이 기대될 수 있기 때문이다.⁵⁷⁾ 결국 문제가 되는 상황이란, 법규범이 비국가적 규범인 사적 규율이나 단체협약을 적용·준용시킨 경우와 행정규칙을 적용·준용시킨 경우이다. 후술할 적용·준용(지시)의 법치국가원리적·민주주의적 정당성의 문제도 이 마지막의 경우에 주로 제기된다.

3) 공포원칙에 대한 엄격한 입장

Ossenbühl 등은 형식적 의미의 법률과 법규명령에 관한 독일 기본법 제 82조에는, 공포의 요식성의 원칙이 내재되어 있다고 한다.⁵⁸⁾ 그에 따르면, 법령의 공포가 규정에 적합한지 여부는, 당해 법규범과 관련한 사람에게 현행법을 공적·사적 출처에서 아는 것이 쉬우냐 어려우냐에 좌우되는 것이 아니라, 헌법상에 규정된 공포형식이 준수되었는지 여부에 좌우된다고 한다.⁵⁹⁾ 다만 공표가 불가능한 경우 가령 도표나 지도의 경우에는 예외로 하였다. 과거에는 독일의 문헌상으로 이와 같은 법형식론적 고찰방법이 우세하였다.⁶⁰⁾

이처럼 엄격한 기준을 적용하면, 사적 규율을 적용·준용시킨 앞서 언급한 특별 개별법상의 규정은 당연히 위헌의 판단을 면치 못한다. 이러한 점은 입법자나 명령제정자가 독일 고용계약(Tarifverträge)이나 행정규칙을 적용·준용시킨 경우에도 마찬가지다. 즉, 공포원칙에 위배되어 위헌일 수 밖에 없다.

57) 엄격한 형식적 입장의 대표자인 Ossenbühl 역시 일찍이 이점을 시인하였다.

58) Ossenbühl, *aaO.*, S.406; Karpen *aaO.*(Fn.16), S.142, 154ff.; Marburger, *aaO.*, S.408 Fn.1; Backherms, "Unzulässige Verweisungen auf DIN-Normen", *ZRP* 1978, S.261(262); Staats, "Verweisung und Grundgesetz", in: Rödig(Hrsg.), *aaO.*, S.244ff.; ders. "Zur Problematik bundesrechtlicher Verweisung auf Regelungen privatrechtlicher Verbände", *ZRP* 1978, S.59ff.; Baden, *aaO.*, S.623(626).

59) 이에 더해 Karpen은 현대의 거대국가에서 형식적인 공표가 실질적인 공표를 대체 하였으며, 수법자의 인식의 의제가 실제의 인식의 확인을 대체했다고 지적하였다. Vgl. Karpen, *aaO.*(Fn.37), S.221(236). Ossenbühl 또한 다른 회보(Blätter)에서의 통지는, 비록 그것이 누구나 접근할 수 있고 오히려 법률보보다 더 널리 유통된다고 하더라도, 규정에 맞지 않으며 따라서 법률의 효력발생을 가져다 줄 순 없다고 강조하였다. Ossenbühl, *aaO.*, S.407.

60) 여기서 유의할 점은 어떤 특정 견해·입장이 산술적으로 우세한지 여부를 단언하기 곤란하다는 사실이다. 필자가 보기에 Ossenbühl이나 Karpen의 엄격한 입장을 적극적으로 옹호하는 문헌이 오늘날에는 많지 않기에 '과거에는'이란 한정사를 덧붙였다.

독일의 고용계약은 공적으로 통지되지도 않고, 사적 공표에서도 고시되지 않는다. 해당 영업장에서만 열람가능하고 고용계약등록부에 등록될 뿐이다. 그리고 행정규칙은 통상 형식적인 공보에 고시되지 않고, 다양한 관보나 부처보, 회람을 통해서 행정내부적으로 통지된다.⁶¹⁾ 여기서 형식적인 고시가 존재하는지 여부가 의문스럽다. 엄격한 의미상으론 법규정의 고시란 국가적인 회보에서만 행해질 수 있는데, 독일의 경우 연방의 차원에서 연방법률공보와 연방관보만이 이에 속하고, 부처회보는 이에 속하지 않는다고 한다. 반면 Clemens는, 이처럼 도그마적 엄격한 해석은 적용·준용지시가 추구하는 법률경제적 효과가 형식적 법률의 경우에는 현행 실정헌법상으론 불가능하리라는 바람직하지 않은 결론에 다다를 것이라고 지적하였다.⁶²⁾

4) 공포원칙에 대한 완화된 입장

독일의 판례⁶³⁾와 문헌상의 압도적 견해⁶⁴⁾는 이상의 견해를 따르지 않는다. 이러한 점에서 독일연방행정법원이 일찍이 1961년에 행한 절충적 공식은 특별히 중요하다: 「법규범은 그것이 외부의 여러 명령을 자신의 구성요소로 만드는 점을 명백히 표현해야 한다: 보충되는 법규범에서는 보충하는 명령이 충분히 확정되어 있어야 한다. 보충하는 규정(즉, 대상규범)의 고시가 관련인을 위해서 접근가능하여야 하고, 그것의 종류에 따라서 공무규정에 적합하여야 한다」⁶⁵⁾ 독일 연방헌법재판소 역시 이런 경향을 띄는 것 같다. 동법원의

61) 여기서 행정규칙의 공표의무가 문제되는데, 우리의 경우 종전에는 '행정규제및민원사무기본법' 제11조에서 처분 등의 심사기준을 공표하도록 규정하고 있기에 여기에 행정규칙까지도 포함될 수 있었다. 그러나 동법을 대체한 '행정규제기본법'과 '민원사무처리에 관한법률'에는 그에 해당하는 규정이 보이지 않는다. 결국 이제는 행정절차법 제46조의 행정예고의 차원에서 바라보아야 한다.

62) 그러한 결과는 입법자로 하여금 자신의 종전의 입법관례를 근본적으로 바꾸든지 아니면 헌법을 개정하든지 선택을 하게 할 것이다. Clemens, *aaO.*, S.90f.

63) BVerwGE 55, 250; BVerwG, *NJW* 1962, 506.

64) Breuer, "Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung", *AöR* 101(1976), S.46(52); Hömig, "Zur Zulässigkeit statischer Verweisung des Bundesrechts auf nichtnormative Regelungen", *DVBl.* 1979, S.307(309); Arndt, *aaO.*, S.784(788); Schenke, *aaO.*, S.744; Gusy, *DVBl.* 1979, S.595; Ebsen, "Fremdverweisungen in Gesetzen und Publikationsgebot", *DÖV* 1984, S.654(662). Staats까지도 공포원칙의 의미와 목적은 모든 이에겐 언제든지 법규범 자체를 알 수 있게 해 주는데 있다고 강조하였다.

65) BVerwG, *NJW* 1962, 506; *NJW* 1978, 1450(1453); BVerwGE 55, 250(264).

1983. 11. 22자 결정(DVB1. 1984.183)에 의하면 공포는 통상 법규범이 公衆에게 어떠한 방식으로 공식적으로 접근 가능할 수 있게 하여야 하고, 관련인은 그 규범의 내용을 신뢰성있게 알 수 있어야 하고, 이러한 가능성이 수인할 수 없는 방식으로 곤란하게 되어선 안된다. '접근가능성'(Zugänglichkeit), '공무규정적합성' 그리고 '신뢰성'(Verlässigkeit)이란 법현실론적 착안점에서 비롯한 이러한 입장에 서면, 광범위하게 행해지는 고시관례가 헌법위반이란 평결을 면하게 된다.

그런데 이러한 완화론의 입장에서도 나뉘어 있는데, 대부분 근거규범의 법적 성질을 문제삼지 않는데 대해서, Clemens는 독특하게도 근거규범이 법률인 경우와 법률하위적 명령(법규명령이나 조례)인 경우에 공포원칙의 완화정도가 달라야 한다고 주장하였다. 적용·준용(지시)의 효과인 편입의 자동성을 염두에 둔 이 같은 견해를 Brugger는 정면으로 거부한다.⁶⁶⁾ 그는 법현실적 사고의 일관된 통용을 강조하면서, 의회에겐 금지되는 것이 명령제정자에겐 허용되어지는 점이 설득력이 약하다고 지적하였다. 법률과 명령의 위계상의 차이점을 감안한다면 Clemens의 견해가 설득력이 더 있다고 여겨진다. 따라서 아래에선 그의 문헌을 바탕으로 이 문제를 검토하고자 한다.

가) 형식적 법률에 의한 적용·준용(지시)의 경우

형식적 법률이 다른 규정을 적용·준용시킬 때 그 대상규범 또한 법률의 형식으로 공포되어야 하는가? 공포규정(예 : 독일 기본법 제82조 1항 1문)은 본시 법률 본문의 게재만이 아니라, 그것의 목적에 맞춰서 전체적인 법률내용의 게재를 요구하고 있다.⁶⁷⁾ 대상규범이 근거규범에 편입(합체)되는 것이 적용·준용(지시)의 효과임을 생각할 때, Ossenbühl과 같이 공포규정을 엄격히 적용할 것 같으면, 근거규범을 공포할 때 동시에 대상규범의 내용 또한 새로이 관보(독일의 연방법률보)에서 공포해야 함은 당연하다. 하지만 그러한 요구는 적용·준용(지시)기법이 지향하는 법률경제적 목적에 배치된다. 그렇지만 공포원칙을 완전히 몰각시킬 순 없고, 두 가지 방향으로 즉, 시간적 측면과 공포형태에서 완화가 인정되고 있다.

66) Brugger, aaO., S.18f.

67) Ebsen, aaO., S.657ff.

먼저 독일의 판례(68)와 문헌(69)은, 대상규범의 공포가 시간적으로 이미 앞서 있는 경우에는 무방하다고 본다. 그래서 형식적 법률이 다른 규정을 적용·준용시킬 경우에, 대상규범의 내용이 법률형식으로 새로이 공포될 필요는 없으며, 일반적으로 접근가능한 공보(관보든 법률보든)⁷⁰⁾에 궁극적으로 시간적으로 앞서 게재가 되어야 한다. Clemens는, 이러한 완화의 견해가 독일 기본법 제82조 1항 1문과 법치국가원리에 의거한 공포원칙에도 부합한다고 강조하였다. 나아가 동규정이 적용·준용(지시)의 경우에는 제한적으로 해석될 수 있다고 지적하였다.⁷¹⁾

그런데 공포형태의 완화가 허용되면, 그 완화를 어느 정도까지 허용할 것인가? 여기선 공포에 있어서 공보를 요구할 것인지 아니면 다른 공포형태 가령 독일 산업규격화단체의 표준규격규정(예 : DIN-Norm)처럼 민간에서 만들고 일반서점에서 구입할 수 있는 전문잡지에 게재하여도 충분한지가 문제된다. 대부분은 순전히 사적인 잡지에 게재하는 것만으로 아무런 공포상의 의문은 없다고 한다.⁷²⁾ 특히 Brugger는, 현대의 법률·명령제정자가 복잡하고 전문지식을 요구하는 규율임무에 직면하고 있고, 공보가 지나치게 두꺼워질 뿐더러 때론 특정전문적 내용을 담아야 할 친숙치 않은 경우가 많음으로써, 필연적으로 현행법에 대한 수범자의 접근가능성이 실현될 수 없을 정도라고 평하였다. 그래서 사적공포가 많은 경우에 공포에 비견되거나 심지어 뛰어날 수 있다고 보며, 아울러 표준규격에 관한 규정집을 행정규칙에 수용함으로써, 근거규범의 제정자가 대상규범을 공보에서 고시할 수 있는 길이 열려 있다고 강변하였다.⁷³⁾

68) BVerfGE 8, 274(302); 22, 330(346f.); 26, 338(367); 47, 285(311); BVerwG NJW 1962, 506; BVerwGE 17, 192(196f.).

69) Schenke, aaO., S.744 Fn.6; Hömig, aaO., S.308ff.; Arndt, aaO., S.788.

70) Staats는 독일 기본법 제20조 1항 의미상의 독일 국가권력의 공무기관에 의한 공보만이 “공무적”이라 여겨질 수 있다고 지적하였다. 따라서 외부효를 지닌 법규범의 고시를 내용으로하는 공무상의 회보만이 이에 해당한다고 할 수 있고, 부처회보는 대개는 단지 행정규칙만을 담고 있는 한 충분하다고 볼 수 없다.

71) 이러한 제한 해석 역시 새로운 것이 아니라, 독일 연방헌법재판소가 이미 행한 바 있다(BVerfGE 20, 56(93)). 그러나 Ebsen은 이러한 제한적 해석을 할 필요가 없다고 하였다. 그는 통지요청이란 규범명확성의 요청의 하위의 것이기에, 수범자로 하여금 매우 간단한 방식으로 법률내용을 알 수 있게 만든 공포형태만으로 충분하다고 지적하였다. Ebsen, aaO., S.660f.

72) 특히 Vgl. Ebsen, aaO., S.662.

73) Brugger, aaO., S.13f.

그런데 형식적 법률에 의한 적용·준용(지시)의 경우, 독일 판례는 여태 대상규범의 내용이 공보에 게재되어야 함을 항상 요구하였다.⁷⁴⁾ 특히 독일 연방행정법원은 “관련인이 접근가능하고 유형상으로 공무규정에 적합한 공포가 반드시 필요할 뿐만 아니라, 충분하다”고 거듭 판시하였다.⁷⁵⁾ 즉, 반드시 공보상으로 고시가 되어야 한다. 따라서 “완화된 공포형태”의 허용은 법치국가원리에 의거한 일반적인 공포요청에 비추어서만 판단 내려진다. 동요청에 의해서, 관련인이 법규범 내용을 신뢰성 있게 알 수 있고, 이러한 인지가능성이 예기치 않게 곤란하지 않을 정도로, 그 법규범에 일반공중이 접근가능하여야 한다.⁷⁶⁾

요컨대 형식적 법률에 의한 적용·준용(지시)의 경우에, 대상규범의 내용이 공보에 게재되는 때에는 이 공포요청에 부합될 수 있다. 그러나 만약 그 규정의 내용이 공보가 아니라, 민간이 발행하고 사실 서점에서 구입할 수 있는 전문잡지에서만 게재된 경우에는, 대상규범의 위계상의 변위(즉, 적용·준용에 의해서 형식적 법률로서의 위계를 갖게 된다)와 공포형태간의 간극이 너무 크다할 것이다. 즉, 형식적 법률에 의한 적용·준용(지시)의 경우 대상규범의 내용이 반드시 공보로 고시되어야 공포요청에 부합한다.⁷⁷⁾ 이러한 입장을 취하면, 형식적 법률이 행정규칙을 적용·준용시킨 경우에는 문제가 된다. 왜냐하면 행정규칙은 대부분 공보에 게재되지 않고, 드물게 공보에 고시되기 때문이다.⁷⁸⁾ 그리고 형식적 법률이 사적 공포되는데 불과한 사적(민간)기관의 규범총체집(예 : DIN-

74) 문헌상으로 Schenke가 동일한 입장이다. Schenke, *aaO.*, S.744.

75) BVerwGE 1, 104(107); 10, 322(323); 55, 250(264); BVerwG *NJW* 1962, 506; *DVBl.* 1964, 765(766). 그런데 동법원의 태도는 상충되기도 한다. 즉, 단지 행정청 내부에서 보관중인 지도에의 적용·준용지시는 충분치 못하다고 보았다(BVerwGE 17, 192). 그러나 만약 지도의 보관장소가 적용·준용지시규범에 표기되어 있고, 어려움 없이 접근할 수 있으며, 지도가 수정 변경에 대해서 문서기록상으로 방지책이 있을 때에는 행정청의 보관도 충분할 것이라고 원칙 없는 완화의 태도를 보인다(BVerwGE 19, 7; 26, 129).

76) BVerfGE 65, 283(291).

77) Clemens, *aaO.*, S.91f. 양자의 간극이 너무 커서는 안된다는 주장은 여지껏 문헌상으로도 판례상으로도 제기되지 않았다.

78) 그러나 Clemens는 공무원부조(Beihilfe)에 관한 연방행정규칙이 늘 공보에 게재되기 때문에, 문제가 되었던 바이에른 주공무원보수법(BayBesG) 제47조 1항 1문(지금은 Art. 11 I BayBesG)이 동 연방행정규칙을 적용시킨 것은, Ossenbühl의 주장과는 달리 공포의 측면에선 아무런 문제가 없다고 강조하였다. 한편 Clemens와는 달리 Brugger를 비롯한 많은 이들은, 원칙적으로 발간되고 모든이가 접근가능한 ‘부처회보’ 상으로 고시되는 일반적인 행정규칙을 적용·준용시킨 경우에, 공포원칙상의 ‘접근가능성’ 요청이 원칙적으로 충족되었다고 본다.

Norm)이나 공무상으로 등록될 뿐인 독일 단체협약(Tarifverträge)상의 규정을 적용·준용시킨 것은 원칙적으로 위헌이 되어 버린다.

나) 법규명령에 의한 적용·준용(지시)의 경우

우리의 경우 법규명령이라 하더라도 법률과 동일하게 관보에 게재하여야 하지만, 독일의 경우 독일 기본법 제82조 1항 2문에 의하여 입법자는 법규명령을 연방법률보의 게재요청에서 제외시킬 수 있다. 따라서 그들의 경우 입법자는 일반적으로 법규명령의 게재를 연방법률보나 연방관보를 통해서 선택적으로 행할 수 있다. 가령 독일 의약품법 제55조 2항 등에 의거해서 명령제정자가 비국가적 전문단체의 규정집을 적용·준용시킨 경우에는, 대상규범의 출처를 표시하는데 그쳐도 무방하다. 따라서 이러한 수권에 의거해서 발해진 법규명령에 의한 적용·준용(지시)은 충분한 공포의 관점에서 문제가 없다.

하지만 다른 영역에서도 법규명령에 의한 적용·준용(지시)의 경우에는, 공포요청을 완화시킬 수 있으며, 완화시켜야 한다. 법규명령의 위계는 법률의 그것과 같지 않기에, 법규명령의 경우에는 일반적인 공포요청에서 적용·준용지시대상규정의 내용이 어떤식이든 일반적으로 접근가능하다는 점을 이끌어 내기만 하면 족하다.⁷⁹⁾ 공보상의 게재말고도, 그것의 내용이 민간측에 의해서 발간되고 보통의 서점에서 구입할 수 있는 간행물에 게재되어 있다 하더라도 무방하다. 물론 접근가능성을 저해할 정도로 구입가격이 터무니없게 비싸선 안된다. 이렇게 보면, 과거 독일에서 문제가 되었던 독일 '도로교통허가령'(StVZO)⁸⁰⁾ 제35조의 h 1항·3항이 관련 출처를 적시함이 없이 구급상자에 관한 독일 산업규격화단체의 표준규격(DIN-Norm)을 적용·준용시킨 것은 이상과 같은 공포의 최소한 요청을 충족한 셈이다.⁸¹⁾ 하지만 독일 단체협약상의 규정에 적용·준용지시시킨 경우에는 사정이 다르다고 한다. 이유인 즉, 그 단체협약은 원칙적으로 그것의 내용이 외부로 알려지지 않고 단지 공적으로 등록될 뿐이어

79) Clemens, *aaO.*, S.96.

80) 1974. 11. 15자 것(*BGBI.* I S.3193).

81) Staats, Baden 등은 불충분한 공포를 이유로 위헌이라 주장하지만, 관련인이 서점을 통해서 관련 표준규격에 관한 회보를 열람할 수 있었을 뿐만 아니라, 구급함의 제조자가 그러한 적용·준용지시에 맞춰서 자신의 제품이 그 표준규격에 합치한다고 표시한다. 그리고 통상적으로 관련제조자, 판매상, 국민, 관련공무원, 법원은 해당하는 사적 규율(표준규격집)을 서점을 통하거나 출판사를 통해서 구입할 수 있다. 그리하여 Brugger는 이러한 사정에 비추어 이 경우에 일반적인 접근가능성을 시인한다. Brugger, *aaO.*, S.14f.

서 일반적인 접근가능성이란 존재하지 않기 때문이다.

다) 법령하위법적 규범에 의한 적용·준용(지시)의 경우

법령하위법적 규범인 행정규칙의 고시는 '법령등공포에관한법률'의 적용을 받지 않고 사무관리규정시행규칙(제3조 3호)의 규율을 받지만, 여기에서도 일반적인 공포원칙이 완전히 무시되어선 안된다. 하지만 이경우 대상규범의 내용이 일반적으로 접근가능해야 한다고 까지 요구할 순 없다. 왜냐하면 대상규범에 대해서 근거규범보다 더 높은 요청을 설정할 순 없기 때문이다. 하지만 대상규범이 관련인에게만은 접근가능하여야 한다.

4. 대상규범의 법치국가원리적·민주주의적 정당성

1) 중복된 연결점 : 법치국가원리와 민주주의 원리

법치국가원리의 목적은, 권력남용을 막고 개개인의 자유가 보장되도록 공권력을 법적으로 구속하는 것이다. 그리고 민주주의원리는 생활영역의 모든 질서가 국민에 의해 선출된 입법기관의 의사결정에 기인할 수 있게 한다. 양원리는 국민대표자의 의회활동에서 함께 작용하는데, 그러한 활동에서 규율의 인적·물적·권력분립적·법치국가적 정당성이 기대된다. 적용·준용(지시)기법을 통해서 의회는 법전은 물론 그 스스로를 부담경감시킬 수 있지만, 자칫 자기의 직접적인 결정권을 최소한 부분적이거나 포기하는 셈이 되어, 의회입법의 기능이 완화되거나 심지어 폐기되어 버릴 우려가 있다. 그 결과 헌법상의 구조나 권한이 위헌적으로 形骸化될 수도 있다. 따라서 근거규범의 제정자가 규범의 내용형성을 적용·준용(지시)의 방식으로 다른 기관에 어느 정도로 맡길 수 있는가는, 민주주의원리의 관점뿐만 아니라 법치국가원리의 관점에서 검토되어야 한다.

독일 헌법재판소는 專門醫결정(Facharzt-Beschluß)에서, 「입법자는 자신의 입법권능을 완전히 포기해선 안되고 민간단체가 발한 규범의 내용에 대한 자신의 영향력을 전반적으로 넘겨주어서도 안된다는 원칙은, 그 자체 허용된 자율보장의 범주에서도 여전하다. 이것은 법치국가원리와 민주주의원리에서 도출된다. 전자는 권력남용을 막고 개인의 자유권을 보호하도록 공권력을 법적 구속시킬 것을 요구하고, 후자는 생활영역의 모든 질서(규율)가 객관적

인 법규정에 의해서 국민이 임명한 입법기관의 의사결정에 귀착할 수 있어야 함을 요구한다」고 올바르게 판시하였다.⁸²⁾

2) 문제되는 상황

앞서의 명확성의 요청과 공포원칙과 관련한 문제는 동적·정적 적용·준용(지시) 모두에 제기되나, 법치국가적·민주주의적 정당성의 문제는 동적 적용·준용(지시)에만 해당된다. 대상규범의 내용이 충분히 근거규범제정자의 의사에 포함되었는지 여부, 혹은 이 근거규범제정자가 자신의 규범내용형성을 허용되지 않을 정도로 다른 기관에 맡겼는지 여부의 물음은, 내부적이든 외부적이든 관계없이 정적 적용·준용(지시)의 경우엔 제기될 수 없다. 이유인즉, 이미 그들은 근거규범의 가결시점에 대상규정을 알고 있으며, 따라서 그 대상규범이 그들의 의사에 함께 포함되어 있어서 정당화된다. 이처럼 정적 적용·준용(지시)는 민주주의적·법치국가적 정당성의 관점에서 전혀 문제가 없다는데 대해서, 독일에서는 Ossenbühl이 설파한 이래로 어느 누구도 이의를 제기하지 않는다. 독일 연방헌법재판소 역시 이러한 지배적 견해를, 「정적 적용·준용(지시)의 경우, 해당 입법자는 대상규범이 어떠한 내용을 지니는지 알고 있으며, 또한 그 대상규범 자체를 자신의 것으로 만들려고 하는지 여부를 심사할 수 있다」고 확인하였다.⁸³⁾

결국 동적 적용·준용(지시)의 경우에만 문제되는데, 그렇지만 동적 적용·준용(지시)의 경우에도 내부적 적용·준용(지시)인 경우에는 전혀 문제되지 않는다. 왜냐하면 그 경우엔 근거규범을 발하는 동일한 규범제정자가 대상규범의 내용에 관한 결정권도 갖기 때문이다. 결국 법치국가적·민주주의적 정당성과 관련한 문제는 동적·외부적 적용·준용(지시)의 경우에만 제기된다. 따라서 독일 헌법재판소는 내부적 적용·준용(지시)의 경우엔 법치국가적·민주주의적 정당성의 문제를 거론하지 않곤 하였다. 이러한 관점에서 보면, 다른 규범유형 간의 동적 적용·준용(지시)의 경우에도 규범제정자가 동일하면, 예컨대 법규명령이 행정규칙을 적용·준용시킨 경우에는 문제가 되지 않을 수 있다.⁸⁴⁾

82) BVerfGE 33,125(158). 同旨 : BVerfGE 64, 208(214f.).

83) BVerfGE 47, 285(312). 우리의 경우에는 모든 적용·준용(지시)의 형태가 동적 적용·준용(지시)임을 유의해야 한다.

84) Clemens, aaO., S.101.

3) 이른바 민주주의극대론적 입장⁸⁵⁾

동적 적용·준용(지시)의 문제성에 대한 평가에서 두가지 입장이 대립된다. 엄격한 민주주의극대론적 입장에 따르면, 그것은 원칙적으로 헌법위반이다. 반면 오늘날 독일의 판례와 다수 문헌이 취하는 법현실론적 입장에 의하면 많은 경우에 동적 적용·준용(지시)이 허용된다. 양견해는 의회를 최고의 최우선의 법제정 기관으로 보는 점에서는 다툼이 없다. 다만 의회가 과연 유일한, 다시 말해 배타적인 입법기관인지 여부에 다툼이 있다. 민주주의극대론자가 취하는 관점은 당연히 매우 좁으며, 당연히 규범정립정도의 권력분립적 문제점과 결부되어 있다. 왜냐하면 입법과 법적용의 구분에 관계없이 불확정법개념·개괄조항·가치충족적 개념을 사용할 경우에는 법적용이 실제론 입법이 되기 때문이다. 반면 법현실론적 입장은 이 문제를 법률유보 및 본질성의 이론과 아울러 대상규범의 구조성과 관련해서 論究하는데, 공포문제에서와는 달리 현격한 차이를 드러내지 않는다.

엄격한 민주주의극대론적 입장의 주창자인 Ossenbühl은, 「의회에서 대변되는 국민은 제1차적 입법기관일 뿐만 아니라, 권력적으로 유일한 헌법상의 입법기관이다. 사전에 내용상으로 의회의 의사에서 수용되지 않은 법률이란 결코 가능하지 않다」고 주장하였다.⁸⁶⁾ 비슷하게 Karpen은 「민주주의 원리에서 의회가 국민에 의한 자신의 직접적 정당성에 따라서 원칙적으로 법률을 발하는 유일한 기관이다. 의회의 입법독점은 권리이자 의무이다」고 지적하였고,⁸⁷⁾ VG Hamburg은 「의회는 독점적 지위를 갖는다. 그의 다수의 의사만이 어떠한 내용으로 법률을 만들 것인가를 결정한다. 의회는 제1차적일 뿐만 아니라 원칙적으로 유일한 입법기관이다. 민주주의 원리는 형식적 법률이 의회의 의사형성에 기인하여 성립할 것, 보다 정확히 말하면 관련재료를 고유하게 내용적으로 규범화하는 의미에서 법률로서 성립할 것을 요구한다」고 판시하였다.⁸⁸⁾ Arndt 역시 의회는 자신의 입법권능을 벗어선 안된다고 지적하였다.⁸⁹⁾ 그리하여 Ossenbühl은, 「동적 적용·준용(지시)은 위헌이다. 왜냐하

85) 이 표제는 Brugger의 표현에 따른 것이다.

86) Ossenbühl, aaO., S.402. 여기서 Ossenbühl은 의회가 적용·준용(지시)사례에서 법률내용을 스스로 확정하지 않거나 알지 못한 점을 비난한다.

87) Karpen, aaO.(Fn.37), S.237.

88) NJW 1979, 667/668.

89) Arndt, aaO., S.786.

면 그 경우 의회가 구체적으로 자신의 것으로 만드는 것이 없기 때문이다. 동적 적용·준용(지시)은 실제로 관련 규범제정자의 완전한 권능의 공백을 의미하고, 자세히 살펴보면 실질적으로 '典據가 의심스러운(apokryph) 입법상 위임'임이 드러난다」고 강변하였다.⁹⁰⁾

4) 법현실론적 입장

가) 개별적 법률유보와 본질성이론이 적용되는 영역

법률유보의 의미와 목적은, 법률유보에 의해서 커버되는 영역에 대한 개입에 관해선 입법자가 스스로 책임을 진다는데 즉, 입법자 스스로 개입의 여부와 정도를 심사하고 이를 자신의 의사결정을 통해서 정당화시키는데 있다. 독일 헌법재판소가 전개하여, 비록 상세한 내용에서는 강력한 비판을 받지만 수용되고 있는 본질성이론⁹¹⁾은 법률유보에서 표현된 사고를 일반화한 것이다. 그에 의하면, 기본권관련한 국가의 규율 혹은 법제도·사회제도에 대해서 본질적인 국가의 규율은 의회의 정당성을 필요로 한다. 이러한 관점을 취하면 적용·준용(지시)문제와 관련해선, 입법자가 가능한 많은 결정을 가능한 자세히 스스로 결정을 내릴 필요는 없다. 그러나 실은 입법자는 기본권상의 한계유보를 비롯한 본질적인 결정의 영역에선 결코 동적 적용·준용(지시)을 행해선 안된다. 왜냐하면 그럴 경우에는 헌법에서 제시된 의회의 긴밀한 책임관련성, 즉 의회유보원칙이 붕괴되기 때문이다.⁹²⁾

요컨대 동적·외부적 적용·준용(지시)이 소관 입법자의 필수적인 기본권관련한 심사없이 기본권개입을 가능케 한다면, 이는 위헌이다. 하지만 그렇다고 해서, 개별적 법률유보의 영역에서의 모든 종류의 동적 적용·준용(지시)이 위헌이라고 결론내릴 순 없다. 입법자가, 동적 적용·준용(지시)의 대상·내용·목적·범위를 충분히 확정하고 그에 따라서 대상규범의 제정자의 여지가 극히 좁아지게 될 경우에는, 법률유보의 의미·목적이 충족되었다고 할 수 있다. 그리하여 민간단체가 '공업기술의 수준'(Stand der Technik)에 맞춰서 발한 전문적인 규정(예: DIN-Norm)을 법규명령이 동적 적용·준용시킨

90) Ossenbühl aaO., S.403f. 전체적으로 Ossenbühl의 견해를 따르지 않았지만, 이러한 공식을 독일헌법재판소(E 47, 285/312) 역시 받아들였다.

91) BVerfGE 34, 165(192f.): 68,1(87).

92) Brugger, aaO., S.24; Clemens, aaO., S.105.

경우에는 받아들여질 만한데, 그 까닭은 공업기술의 수준과 더불어 실제로 가능한 수단에 비례하여, 적용·준용(지시)의 내용·목적·범위가 충분히 제한될 수 있다고 한다.⁹³⁾ Clemens는 만약 그러한 제한없이 민간 전문가단체의 규정을 동적 적용·준용시킨 경우에는, 그것이 좁게 한정되고 전체적으로 중요치 않은 규율영역만을 적용·준용시켰는지 여부를 감안하면서, 충분한 법치국가적·민주주의적 정당성의 존부를 판단해야 한다고 지적하였다.⁹⁴⁾ 결국 개별적 법률유보의 영역에선 동적인 공백적용·준용(지시)은, 쉽게 개관할 수 있는 개개의 개념을 매우는 것만을 적용·준용지시대상규범의 제정자에게 맡긴 경우처럼, 매우 좁은 범주가 부여된 경우에는 받아들여질 수 있다. 그리고 본질성이론이 적용되는 곳에서도, 동적·외부적용·준용(지시)은 기본권관련하여 중요치 않은 영역에서 극히 좁은 범주를 부여한 경우에만 허용된다.

나) 기타의 영역 : 대상규정의 구조성

개별적 법률유보나 본질성이론이 통용되지 않은 영역에선 즉, 기본권관련이 크지 않은 영역에선 근거규범의 제정자가 여하튼 대상규범의 제정자를 위해서 적용·준용(지시)의 대상·내용·목적·범위를 스스로 확정할 필요는 없지만, 이를 위한 여지가 분명히 제한되어 있어야 한다. 즉, 근거규범의 제정자가 규율의 내용적 대강 그 자체는 구체화해야 한다.⁹⁵⁾ 이와 관련해서 동적 적용·준용(지시)의 헌법상의 의문스러움을 완화하기 위해서, 법현실론적 입장은 민주주의극대론적 입장에서 전혀 고려하지 않거나 불충분하게 고려하였던 대상규범의 '구조성'(Strukturiertheit)이란 관점을 사용한다. 즉, 동적 적용·준용(지시)내에서도, 이를 통해서 대상규범의 제정자에게 구조적인 결정여지나 비구조적인 결정여지가 부여되어 있는지 여부에 따라 구분할 수 있다고 한

93) Clemens, *aaO.*, S.103f.

94) Clemens, *aaO.*, S.104. 그러나 Marburger는 엄격한 입장을 견지하여 그러한 동적 적용·준용(지시)이 항상 위헌이라고 한다 : Clemens, *aaO.*, S.390ff. 同답 : Breuer, *aaO.*, S.62ff.

95) Schenke는 동적 적용·준용(지시)의 허용으로 독일 기본법 제80조 1항이 임의적으로 공동화될 수 있음을 우려하여, 그것이 완전히 위헌은 아니나, 일정한 요건하에 즉, 제한적으로 합헌이라고 본다. 즉, 대상규범이 내용·목적·범위의 측면에서 확정되어 있고 그래서 충분히 개관할 수 있는 경우에는, 동적·외부적 적용·준용(지시)이 허용된다고 한다. 하지만 그는 개별적 법률유보의 영역과 일반적 법률유보의 영역을 구분하지 않았다. Schenke, *aaO.*, S.784.

다. 다시 말해 대상규범의 제정자에게 이들이 항상 무엇이든지 결정내릴 수 있다는 의미에서 규율권한이 부여되는 경우와, 관련 규율영역의 상태가 형식적으로 동적 적용·준용이나 실제적으로 “구속적” 적용·준용에 해당하도록 되어 있는 경우로 나뉜다. 그래서 구조적 규율영역이 존재할 경우에는, 비록 동적 적용·준용(지시)에 해당하더라도 사물의 본성에 비추어 법치국가원리의 관점 - 예측가능성, 법적 안정성 - 과 민주주의원리의 관점 - 상당한, 합의가능한 규율 - 이 목적론적으로 고려되었다고 할 것이고, 아울러 입법자가 적용·준용(지시)을 통해서 맹목적인 비준기제로 전락하진 않을 것이라 평하였다.

5) 소 결

독일의 판례상으로 보면, 다음의 경우에 동적 적용·준용(지시)이 위헌이 된다. 즉, i) 연방입법자가 기본권관련하여 주법에 적용·준용시켰는데, 장차의 주법상의 규율범위를 예측할 수 없는 경우에,⁹⁶⁾ ii) 적용·준용(지시)의 한계설정이 더 이상 명료할 수 없는 경우에,⁹⁷⁾ iii) 근거규범의 제정자가 대상규범의 장래의 규율이 적합한 규율을 담고 있는지 여부를 판단·예상할 수 없는 경우이다.⁹⁸⁾ 위헌이 되는 경우를 뒤집어 보면, 동적 적용·준용(지시)의 헌법상의 의문점은, 대상규범의 내용이 대체적으로 확정되어 있는 한에 있어선 저하된다. 형식적으로 동적 적용·준용(지시)이 있지만, 그 대상이 뚜렷한 윤곽을 지닌 법제도와 관련되어 있는 경우가 그 예이다. 이 경우엔 사실상 대상규범의 내용이 대체적으로 확정되어 있는 셈이다.⁹⁹⁾

Brugger는 이러한 판례의 태도를 환영하였다. 이유로 법치국가원리와 민주주의를 일반적으로 극대화하지 않은 점, 민주주의와 법치국가원리의 최적 관계를 달성하려고 한 점, 그리고 법률경제, 의회의 부담경감, 의회밖의 전문지식의 활용을 달성하려고 한 점을 든다.¹⁰⁰⁾ 아울러 동적 적용·준용(지시)은 본

96) BVerfGE 47, 285(316).

97) BVerfGE 64, 208(215).

98) BAG, NJW 1981, 1574(1575).

99) BVerfGE 26, 338(366f.).

100) Brugger, aaO., S.26. Brugger는 기본적으로 독일 기본법 제80조 1항상의 법규명령에 관한 수권의 요청이 모든 규율영역에 공히 통용되는 것이 아니라, 비구조적인 규율영역에 국한하여 미치는 것으로 본다. 그 이유는 입법자는 구조적인 규율영역에선, 본질성이론의 테두리내에서 수권을 발하거나 - 기본법 제80조 1항상의 문언상의 요청에는 모순되는 - 형식적인 동적 적용·준용(지시)을 활용할 수 있기 때문이다.

질적으로 감쪽같이 위장한 입법수권일 수 있다는 Ossenbühl의 疑懼와는 달리, 동적 적용·준용(지시)의 의문성은 일반적으로 해당하지 않고, 비구조적인 규율영역의 범주에서만 있을 법하다고 한다.¹⁰¹⁾ Ossenbühl이나 Karpen과 같은 민주주의극대론적 입장은, 의회밖의 사회여건이나 법세계의 광범한 비구조성에 출발점을 두고 있다고 평가내린 Brugger는, 사회적·법적 사실구조에 관한 연결점을 잠정적으로 나누고자 시도하였다. 이를 통해서, 근거규범의 제정자와 대상규범의 제정자가 임의적인, 예상할 수 없는, 그리고 필시에는 사안에 맞지 않는 규율을 내릴 가능성을 완화하거나 배제할 수 있다고 한다.¹⁰²⁾

결국 동적 적용·준용(지시)에 있어서 그 적용·준용(지시)의 범위에 관한 충분한 제한을 근거규범 그 자체는 물론 대상규범의 내용구조에서도 끌어낼 수 없을 경우에, 비로소 그 적용·준용(지시)이 위헌이 된다. 그래서 단계적 법조인양성에 관한 Hamburg주법률이 장학금 액수와 관련해서 그때그때의 연방장학법(BAföG)의 적용을 지시하는 식의 동적 적용지시에 대해서 합헌으로 본 OVG Hamburg의 견해¹⁰³⁾는 시인될 수 있다. 왜냐하면 근거규범이 적용지시의 분명한 제한을 담고 있지 않았지만, “수입관계와 재산형성의 발전·생활비의 변화·재정적 발전”에 따라서만 교육보조금(장학금)을 올릴 것을 규정하고 있는 대상규범(연방장학법 제35조 2항)의 내용을 통해서, 연방장학법의 적용의 범위가 충분하고 명확히 제한되어 있다고 할 수 있기 때문이다. 비슷한 이유에서 논의의 발단이 된 문제의 Bayern 주공무원보수법(舊法) 제47조 1항 1문이 공무원부조금에 관한 연방행정규칙을 (동적으로) 적용시킨 것을 합헌으로 본 BayVGH의 견해¹⁰⁴⁾ 역시 시인될 수 있다. 왜냐하면 여기서도 적용 범위의 제한이 근거규범에선 끌어낼 순 없지만, 대상규범의 구조상 으론 다시 말해 연방부조금규칙이 그것의 목적·본질에 맞춰서 부조금을 기껏 질병에 소요되는 비용정도로 규정하기에, 그 적용은 애시당초 충분히 제한되어

101) 동적 적용·준용(지시)을 원칙적으로 위헌으로 여기던 많은 사람들은 형식적인 동적 적용·준용(지시)과 실질적인 동적 적용·준용(지시)을 구별함을 간과하였다고 Brugger는 지적하였다.

102) Brugger, *aaO.*, S.28ff. 이러한 유형론은 이미 적용·준용(지시)논의에서 부분적으로 언급된 것을 체계적 형식으로 집약한 것인데, 규범제정자의 임의적인 규율은 i) 법적·사회적 언어사용, ii) 소재상의 밀접한 사실적 관련성, iii) 현실적·정책적 고려, iv) 규율영역의 확고한 구조성에 의해서 제한·배제될 수 있다고 한다.

103) *NJW* 1980,2830.

104) *BayVBl.* 1960,321.

있는 셈이다. 한편 이상과 같이 법률에 의해서 행정규칙(규범)을 적용·준용시킨 것은 이밖에도 권력분립의 관점에서 문제될 순 없다고 한다.¹⁰⁵⁾

이러한 척도에 가늠해서 동적 적용·준용(지시)이 위헌으로 판명되는 경우에도, 필연적으로 적용·준용(지시)이 전체적으로 위헌이고 무효라고 결론 내리기에 앞서, 그 동적 적용·준용(지시)을 헌법합치적 해석의 방법으로 헌법적으로 문제되지 않는 정적 적용·준용(지시)으로 파악할 수 있는지 숙고해야 한다.¹⁰⁶⁾ 요컨대 제한적 해석의 방법으로 동적 요인을 제거함으로써, 동적 적용·준용(지시)은 정적 적용·준용(지시)으로의 성질을 얻을 수 있다 하겠다. 이러한 의미에서 독일 연방헌법재판소는 다음과 같이 변호사수임료법(Kost0) 제144조상의 동적 적용·준용(지시)을 “수정하면서” 정적 적용·준용(지시)으로 해석하였다. 즉, 「동적 적용·준용(지시)의 그러한 영향은 적어도 법률유보가 입법자에 의한 고유한 심사를 요구하는 기본권관련한 규율의 경우에만 헌법적으로 용인될 수 없다. 이상의 고찰을 통해서, 동법 제144조가 주법상의 수수료면제규정을 적용·준용시킨 것이 무효라 되진 않는다. 왜냐하면 이 적용·준용(지시)은 헌법적으로 문제되지 않는 정적 적용·준용(지시)으로도 해석될 수 있기 때문이다. 하나의 규범에 대해서 여러 해석이 허용되면, 이러한 해석 가운데 하나 또는 다수가 헌법에 합치될 경우에는 그 규범을 무효로 판시해선 안된다」¹⁰⁷⁾

한편 독일의 경우 행정절차법이 연방차원은 물론 주차원에서도 통용되기에 양자의 제정방식에 적용·준용(지시)의 기법이 사용되곤 한다. 가령 Rheinland-Pfalz의 주행정절차법은 자신의 규정을 담기보다는 그때그때 통용되는 연방행정절차법규정이 적용된다고 규정할 뿐이었다. 이 경우에는 연방행정절차법의 개정이 직접 주영역에 미치게 된다. 반면, Niedersachsen주 등은 분명히 날짜를 명기하여 연방행정절차법을 적용지시하였다(정적 적용·준용). Ehlers는 Rheinland-Pfalz와 Berlin의 주 행정절차법이 취하는 동적 적용·준용(지시)의 방식은 자칫 주권력의 중요한 부분을 스스로 양도하여 연방주의적 체도를 공허화시킬 우려가 있는데, 기본법상에서 그러한 체계를 바꾸는 것은

105) 그러나 Ossenbühl, Karpen, Arndt, Koja, Schenke 등은 일괄적으로 법률에 의한 법규명령·행정규칙에의 적용·준용(지시)을 일반적으로 권력분립원칙과 일치하지 않는 것으로 본다.

106) 여기서 헌법합치적 해석의 한계를 함께 고려에 넣어야 한다.

107) BVerfGE 47, 285(317).

허용되지 않는다고 비판하였다.¹⁰⁸⁾ Maurer는 비록 동적 적용·준용(지시)이 헌법적으로 문제스럽고 원칙적으로 부인되어야 하지만, 일반행정법의 통일적인 여러 원칙을 출발점으로 삼으면서 내용적인 일치를 목표로 하는 행정절차법에선 통용될 수 있다고 본다.¹⁰⁹⁾ Clemens는 오늘날 기본권과 법치국가원리에 의해서 절차법적 요청이 강화된 점을 들어, 적용·준용(지시)의 범위가 근거규범 그 자체나 대상규범의 내용구조에 의해서 명확히 한계지워져야 한다는 점을 절차법의 영역에선 무조건적으로 요구할 필요가 없다고 지적하였다. 그리하여 절차법영역의 이러한 특수성을 시인하면, 그 결과적으로 절차법률상의 수많은 동적·외부적 적용·준용(지시)이 법치국가원리·민주주의원리의 정당성의 관점에서 전혀 문제될 순 없다고 하였다.¹¹⁰⁾

Ⅶ. 맺으면서

법치국가원리를 구체화하는 것에 행정법의 존재이유가 있다. 이젠 무분별하게 널리 이루어지고 있는 적용·준용(지시)의 실무를 법치국가원리와 민주주의원리에 의거해서 제어하는 것이 꼭 필요한 듯 싶다. 입법자가 적용·준용(지시)을 어느 정도로 그리고 어떠한 형식으로 이용하는가는 결코 입법자의 아무런 제한 없는 재량에 속하진 않는다. 입법자가 최대한도로 나아갈 수 있는 법적 한계를 적시(제시)하는 것이 법학의 소임이다.¹¹¹⁾ 동적이자 외부적 적용·준용(지시)의 경우에는 그것이 근거규범의 뒷문을 통해서 심대한 법변경을 유발케 하여 자칫 법적 진공이 초래될 우려가 있고, 입법자로 하여금 재치의 부재와 편안함에 만족케 한다. 왜냐하면 알맞은 다른 규정을 특히 “준용된다”는 식으로 선언하기란 매우 간단하기 때문이다. 또한 입법기술상의 간소화가 빈번히 입법의 질을 저하시키는 대가를 치른다. 우리는 Ossenbühl의 엄격한 입장이 적용·준용(지시)의 입법기법 그 자체를 백안시 한 것은 아님을 유의해야 한다.¹¹²⁾

108) Ehlers, *DVBl.* 1977, S.693(694f.) 물론 Ehlers는 적용·준용지시의 근거법률을 절대적으로 무효화하지 않고, 동적 적용·준용지시로 되는 경우에 한하여 무효라고 하여, 다소 명문에 합치하지는 않지만 헌법합치적 해석을 취하고 있다.

109) Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13.Aufl. 2000, §5 Rn.19.

110) Clemens, *aaO.*, S.111.

111) Ossenbühl, *aaO.*, S.408.

112) 사실 유럽지침의 자국법제로의 전환이 유럽법적으로 요구되기에, 유럽법을 동적 적용·준용시키는 것은 더욱 증대되는데, 최근에 유럽법원과 Münster 상급법원이 유럽법

적용·준용(지시)의 입법기술이 지닌 이상의 의문점이 자각되더라도, 그것이 현행의 법현실에서 어느 정도로 해소되어야 하는지가 문제된다. 여기서 일찍이 Ossenbühl이 설파하였듯이, 법현실(법실무)에서 행해진 현상을 공법적으로 평가하려는 자는, 이러한 현상을 먼저 현실적 이해심을 갖되, 실무에 손상을 입히는지 여부에 관한 고려에 앞서, 우선 헌법과 공법이론에 의거하여 가능하여야 한다. 그로 인한 결과가 실제적인 유용성의 측면에서 인정하기 어려운 경우에, 즉 그러한 국가적 관례가 불가피하다고 입증될 경우에만 비로소 이러한 심사고찰의 수정이 고려되어야 한다.¹¹³⁾ 그리고 기존의 적용·준용(지시)관행이 여지껏 오랜 동안 통용되었다는 점은 설득력이 없고, 아울러 입법상의 악습이 그것의 지속에 대한 정당성을 부여할 순 없다고 본다. 따라서 Ossenbühl의 선구적 논문이 계기가 되어 관련 문제점이 주지되어 해소된 독일의 논의상황을 우리의 입법현실에도 반영하여야 한다. 결코 화남의 굴나무가 화북에서 탕자가 되어선 안된다.

을 적용·준용시킨 것을 유럽법적으로 헌법적으로 받아들였다(EuGH, *EuZW* 1997, 348; OVG Münster, *NWVBZ.* 1996, 307).

113) Ossenbühl은 자신의 엄격한 입장에 터잡은 해결책에 그러한 수정이 요구되지 않는다고 본다. Ossenbühl, *aaO.*, S.408. Vgl. Otto Bachof, "Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik", in: *Summum ius summa iniuria* 1963, 41(43).