

위임입법의 한계와 법령정비기준

권태웅*·서보국**

의회에서 모든 정책결정을 하기는 현실적으로 불가능하고, 그 정책이 법령으로 표현되는 입법행위도 마찬가지이다. 이에 헌법은 제75조와 제95조에서 행정입법을 법형식의 하나로 소개하고 있는데, 이들 규정은 행정입법의 근거이자 한계로 작용한다. 특히, 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여 위임”이라는 포괄위임입법금지원칙은 위임근거법률을 제정하는 입법자(국회)에 대한 명령으로 볼 수 있다.

대법원과 헌법재판소는 법률의 위임근거조항과 다른 규정들을 유기적·체계적으로 검토하여 위임의 구체성·명확성 여부를 판단해야 한다는 입장으로 누구든지 법률을 통하여 위임입법으로 정할 사항의 대강을 예측할 수 있으면 족하다고 본다. 한편, 미연대법원에서 확립한 Chevron원칙에 따른 2단계 심사(1단계 De novo review, 2단계 reasonableness review) 방식은 행정입법의 적법성 및 정당성에 대한 사법적 확인을 위한 주요 기준이 될 수 있다고 보는바, 위임근거법률의 규정이 명확하지 않거나 일반조항으로 규정된 경우에는 위임입법 마련 시 Chevron 2단계의 합리성 심사를 참고할 수 있을 것이다. 따라서 법률만의 해석으로 집행이 원활히 되지 않는 상황이라면 행정부에 대한 입법적 위임이 다소 모호한 경우라 하더라도 행정입법을 통하여 제도를 합리적으로 보충할 수 있는 것으로 보아야 하고, 그렇게 보충된 행정입법은 존중되어야 할 것으로 본다.

행정부 입장에서는 의회제정법률을 집행할 의무가 있으므로 법률에서 다소 모호한 위임근거조항을 두었더라도 일단 그 상태에서 이미 만들어진 법률을 전제로 위임명령을 마련해야 한다. 그런데 이 과정에서 법률로 충분히 표현되지 못한 부분에 대해서 행정입법을 통해 채움으로써 정책의 완결성을 추구하다 보면 다소 무리하게 보이는 하위법령이 입법되기도 한다. 법률의 적극적 해석을 통해서도 하위법령의 정합성을 확보하기 어렵다면 법령정비를 통해 바로잡아야 할 것이다.

모법의 근거가 없이 모법에 규정된 실체적 사항을 변동시키는 규정, 위임범위를 벗어난 규정, 모법의 취지에 맞지 않거나 상위법령의 내용과 충돌하는 규정은 정비대상이 된다. 하위법령의 제도가 필수적인 것으로 인정되면 모법에 하위법령에 대한 위임근거를 “구체적으로 범위를 정하여” 규정할 필요가 있다. 이 경우 법률의 위임규정과 하위법령의 수임규정의 문구를 통한 형식적 연결성은 물론 권리·의무의 변동과 관련되는 사항에 대해서는 내용적 측면에서도 법률과의 연결성이 확보되어야 할 것이다.

주제어: 위임입법, 포괄위임입법금지원칙, 명확성 원칙, 법령정비, 세브론 테스트

* 주저자, 충남대학교 일반대학원 박사과정(공법)(kwon0521@hanmail.net)

** 교신저자, 충남대학교 법학전문대학원 교수(bocookseo@cnu.ac.kr)

목 차

- I. 서론
- II. 위임입법의 근거와 필요성
 - 1. 행정입법의 근거
 - 2. 헌법과 행정입법의 유형
- III. 위임근거법률과 그 정비기준
 - 1. 위임근거법률조항의 정밀도
 - 2. 포괄위임입법금지원칙
 - 3. 위임대상 법령의 형식
- IV. 위임입법에서의 법령정비 기준
 - 1. 위임근거의 명확화
 - 2. 위임범위의 준수
 - 3. 상위법령과의 모순·저촉 방지
 - 4. 형식적 위임에 의한 법률사항 규정의 문제
- V. 결론

I. 서론

법치주의 하에서 국가 정책은 법령으로 표현되는바, 정책결정기능을 입법에 정책집행기능을 행정에 각각 대응시킬 수 있다. 권력분립원칙에 기초하여 국가기관을 구성할 때 법규범은 입법부에서 마련하는 것이 원칙이다. 그러나 다양한 규율대상의 공통점을 법률요건으로 추출하여 언어로 표현해야 하는 법률 문장은 그 자체 고유한 추상성을 띠지 않을 수 없다. 이에 더하여 복잡 다양하고 급변하는 행정환경은 법률 제정 당시 모든 상황을 다 예측하여 법문으로 집약시키기 어렵게 만들고 있다. 이번 코로나 사태에서 보듯 긴급 상황에서 즉각적으로 대응해야 행정목적

효율적으로 달성할 수 있고 그러한 대응을 위하여 법률의 경직성을 보완하는 탄력적 입법수단이 요구되고 있다.¹⁾

헌법은 이러한 현실을 수용하여 제40조에서 국회중심입법의 원칙을 규정하면서도 제75조 및 제95조에서 행정입법의 근거를 두고 있다.²⁾ 헌법은 정부에서 제정할 수 있는 법규범으로 위임명령과 집행명령을 동일한 조항에서 규정하고 있다. 법률의 집행을 위한 시행세칙을 규정하는 집행명령과는 달리 법률의 명시적 수권을 받아 제정되는 위임명령의 경우에는 국민의 권리·의무에 관한 입법사항을 정할 수 있기 때문에 ‘위임범위’는 행정입법의 근거인 동시에 한계로 작용한다.³⁾

정부입법은 헌법이념의 실현을 위한 것으로서 구체적으로는 법령이 헌법과 상위법령에 위배되지 않도록 하여 법체계의 조화와 정책을 법령으로 정확히 표현하는 활동이라 할 수 있다.⁴⁾ 실제 하위법령 없이 법률만으로 집행되는 경우는 찾아보기 힘들 정도로 위임입법이 보편화되고 있으며, 정부의 법제실무에서도 하위법령에 포함시킬 세부 내용이 상위법령의 위임범위 내에 있는지(위임명령의 경우) 및 상위법령의 취지 또는 내용에 위배되는 것은 아닌지(집행명령의 경우)를 중심으로 검토하고 있다. 행정입법에서 위임입법의 원칙을 지키는 것이 중요하지만, 때로는 법률규정이 포괄적이거나 모호한 경우에는 법 시행을 위해 하위법령으로 제도를 보충해야 하는 경우도 있으며 행정입법이 되더라도 법원이나 헌법재판소에서 위임범위 일탈 등을 이유로 위헌·위법 판정을 받기도 한다.

이렇듯 모법의 근거가 없이 규정되거나 위임범위를 벗어나거나 상위법령의 내용에 위배되는 하위법령은 위임의 범위와 한계에 맞게 정비되어야 할 것인바, 이 글에서는 헌법 제75조 및 제95조에 따라 법률의 위임을 받아 행정입법으로 규정할 수 있는 한계, 그리고 위임의 범위를 벗어난 법령에 대한 정비기준을 모색해 보고

1) 실제로는 「물가안정에 관한 법률」 제6조 및 같은 법 시행령 제13조에 따라 「보건용 마스크 및 손소독제 긴급수급조정조치」(2020. 2. 12. 제정, 식품의약품안전처고시 제2020-9호) 등 행정규칙을 발하였다.

2) 헌법 제75조에서는 ‘법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’에 대하여 대통령령을 발할 수 있도록 하고 있다. 헌법 제95조에서는 총리령 또는 부령에 대하여 단순히 ‘위임으로’라는 용어만 두었지만, 예측가능성의 측면에서 위임근거규정에서 ‘구체적으로 범위를 정하여 위임’할 것이 요구되는 것으로 보는 것이 타당하다.

3) 심경수, 헌법(제2판), 법문사, 2020, 514쪽.

4) 법제처, 법령 입안심사 기준, 2019, 7쪽.

자 한다. 다만, 행정입법을 행정부에서 일반적·추상적인 규범을 정립하는 작용 또는 그 결과로서 마련된 규범으로 인식할 경우 대통령령·총리령·부령과 같은 법규명령(법률종속명령)뿐만 아니라 훈령·예규 등과 같은 행정규칙도 행정입법의 범주에 포함될 수 있다. 헌법은 법률에서 대통령령 등 법규명령으로 위임하는 경우만을 제75조 및 제95조에서 규정하고 있으나, 입법현실에서는 전문·기술성 등을 이유로 행정규칙으로 위임하는 경우도 종종 있으며, 판례 또한 행정규칙으로의 위임방식을 인정하고 있다. 따라서 이 글에서는 위임입법의 범위와 관련하여 법규명령 및 행정규칙으로 한정하여 분석하고자 한다.

II. 위임입법의 근거와 필요성

1. 행정입법의 근거

(1) 의회유보원칙의 한계

법치주의를 행정활동에 적용할 때 행정작용은 법률의 근거를 요한다는 법률유보의 원칙으로 나타난다. 국가공동체의 중요사안에 대해서는 국민의 대표기관인 의회에서 직접 결정해야 한다는 것이 의회유보이며⁵⁾ 그 결정은 ‘법률’의 형식으로 마련된다.⁶⁾ 헌법은 ‘법률’로 정해야 할 사항으로 국민이 되는 요건(제2조), 체포·구속·압수·수색 또는 심문(제12조), 재산권의 내용과 한계(제23조제1항), 조세의 종목과 세율(제59조), 행정각부의 설치·조직과 직무범위(제96조) 등을 규정하고 있다. 그러나 모든 사항을 법률로써만 규정할 수는 없다. 심지어 앞서 열거한 헌법상 법률사항들도 마찬가지이며, 실제 각 법률 조항에서 대통령령 등으로 위임하는

5) 김환학, “법률유보: 중요성설은 보장행정에서도 타당한가”, 『행정법연구』 제40호, 행정법이론실무학회, 2014, 5쪽.

6) 헌법재판소는 법률유보가 행정작용이 법률에 근거하기만 하면 되는 것이 아니라 기본권 실현과 같은 국가공동체와 구성원에게 기본적으로 중요한 의미를 갖는 영역에서는 입법자 스스로 본질적 사항에 대해 결정해야 한다는 의회유보를 내포하는 것으로 보고 있다(헌재 1999. 5. 27. 98헌바70, 판례집 11-1, 633, 643-644; 헌재 2008. 2. 28. 2006헌바70, 판례집 20-1상, 250, 261; 헌재 2009. 2. 26. 2008헌마370, 판례집 21-1상, 292, 309; 헌재 2019. 4. 11. 2013헌바112, 판례집 31-1, 378, 385 등).

내용을 두고 있다.

의회유보를 위반했는지의 문제는 의회의 민주적 정당성에 기초하여 법률로써 직접 규정해야 할 사항을 행정입법 등으로 위임하는 등의 입법권 포기의 문제와 연결되지만, 행정권 통제가 목적인 법률유보의 문제는 행정입법에 있어서 국회가 제정한 법률의 위임을 받은 것인지 여부뿐만 아니라 법률 내용에 따른 것인지와도 연결된다.⁷⁾ 따라서 법률 자체의 입법에 적용되는 의회유보는 행정입법과의 직접적 관련성은 그리 크지 않다고 할 것이다. 오히려 설령 다소 포괄위임을 주고 있는 법률 규정이 있다고 하더라도 행정부에서는 헌법재판절차에 따라 해당 법률이 위헌선언되기 전까지는 집행해야 할 의무가 있으므로 어떻게든 하위법령을 마련할 수밖에 없을 것이다. 정부의 법제실무에서도 법률 자체의 문제점을 논의하기보다는 일단 성립된 법률을 전제로 하여 법령안을 입안심사할 때 법률의 위임범위 내의 사항인지, 법률 규정에 위배되는지를 중점적으로 검토하게 된다.

법률유보와 의회유보를 전제로 하면, 헌법 제40조의 국회중심입법의 원칙에 따라 국회에서 국가정책의 근간을 법률로써 형성하고 정부에서는 헌법 제66조제4항에 따라 법률을 집행하는 동시에 헌법 제75조·제95조에 따라 행정입법을 통하여 필요한 규범적 보충을 해 나가는 것으로 볼 수 있다. 즉, 민주주의와 권력분립을 엄격하게 보아 정책결정과 정책집행을 각기 입법과 행정에 기계적으로 대응시키기 보다는 국가의 정책형성을 법률과 행정입법이라는 형식으로 분담하는 기능적 분업체제로 이해하는 편이 바람직할 것으로 본다.⁸⁾

물론, 우리나라의 경우 대통령도 국민이 직접선거를 통하여 선출하기 때문에 대통령에게도 민주적 정당성이 있으므로⁹⁾ 국가원수로서 국민으로부터 통치권을 위임받아 행사하는 기능뿐만 아니라 행정부 수반으로서의 독자적 정책결정권한, 즉 입법부로부터 독립된 입법권한을 부여해도 무방하다는 주장이 제기될 수 있다. 그

7) 이혜진, “입법권 위임금지법리로서의 법률유보: 법률유보에 대한 헌법과 행정법의 정합적 이해”, 「공법학연구」 제20권 제4호, 한국비교공법학회, 2019, 307-308쪽.

8) 김환학, 앞의 글, 9쪽.

9) 간선제라고 하여 민주적 정당성이 부인되는 것으로 보기는 어렵다. 선거인단을 국민이 선출하여 선거인단의 행위 결과로 특정 직위에 취임할 사람을 선출하는 것이나, 국민이 국회의원을 선출하여 입법심사 결과로 법률이라는 결과물을 산출하는 것이나 구조는 똑같기 때문이다.

러나 대통령은 입법기관으로 선출된 직이 아니라 집행기관으로 선출된 직이기 때문에 민주적 정당성을 부여한 목적이 다르다고 할 것이다. 따라서 대통령이 통할하는 행정부의 입법권한은 법률과 유리된 독자적인 정책을 창출한다기보다는 법률의 효율적 집행을 위한 수단으로 인식된다.

헌법은 법률, 대통령령, 총리령, 부령, 헌법기관의 규칙, 자치에 관한 규정 등 다양한 법형식을 규정하고 있다. 그런데 제40조에서 국회중심입법의 원칙을 선언하면서도 법률을 존속 근거로 하거나, 법률의 우위를 명시하는 등 법률과의 관계를 규정하는 방식으로 법률 외의 법규범을 인정하고 있다. 예를 들면, 대통령령은 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항”으로서 정할 수 있고(제75조), 대법원규칙은 “법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리”에 관하여 정할 수 있다(제108조).

한편, 행정입법의 증대와 더불어 급부행정과 같이 법률유보로부터 자유로운 행정이 존재한다는 점을 법치행정의 운영 실태로 소개하기도 한다.¹⁰⁾ 그러나 엄격히 말하면 법률에 전혀 근거를 두지 않고, 행정입법만으로 운영하는 정책은 없다고 본다. 왜냐하면, 국가의 기본조직은 헌법과 법률에 따라 창설되어 기능이 부여되기 때문이다. 예를 들면, 행정각부의 설치·조직과 직무 범위를 법률로 정하도록 한 헌법 규정에 따라 「정부조직법」에서 정부 각 부처의 명칭을 부여하면서 기능을 분담시키고 있다. 행정조직법과 행정작용법을 구분해 본다면, 일반적으로 행정행위에 해당하는 것은 행정작용법에 구체적 근거를 두고 행해진다. 보통 예산에만 근거한 행위라든가 시행령에만 근거한 행위라는 것도 실제로는 행정조직법에 따라 부여된 기능을 수행하기 위한 것이므로 전혀 법률의 근거가 없다고 보기는 어렵다. 오히려 법무부의 직무로 규정된 출입국관리 업무를 기획재정부가 수행하면 주체의 하자에 해당하여 무효가 되듯이 조직법적 근거는 작용법적 근거에 선행하는 규범으로서 작용법의 운영 주체¹¹⁾를 정하는 기준이 된다.

10) 법률유보원칙이 침해유보설과 전부유보설 사이의 어느 지점에 위치하는 것으로 보면서 법률의 직접적인 간섭으로부터 자유로운 영역이 있다고 보는 견해이다(김항규, “거버넌스 하에서의 법치행정의 과제”, 「한국공공관리학보」 제18권 제2호, 한국공공관리학회, 2004, 51-52쪽).

11) 「법제업무 운영규정」 제5조제2항에서는 “법령안 주관기관의 장”으로 표현하고 있다.

(2) 행정입법의 파생성과 독자성

헌법은 국회중심 입법의 원칙을 선언하면서(제40조) 행정입법의 근거와 한계를 규정하고 있는바(제75조, 제95조), 이를 통하여 법률과 행정입법의 관계를 추론할 수 있다. 즉, 행정입법은 법률의 위임이나 법률 집행의 필요에 따라 제정되는 것이므로 행정입법권은 의회입법으로부터 파생적 성격을 갖는다.¹²⁾

다만, 집행권은 정부에 속하는바, 헌법은 법률을 집행하면서 법률에서 위임한 영역에 대하여 행정입법으로 규정을 만들고, 법률의 명시적 위임이 없더라도 법률 집행을 위한 절차 등을 행정입법으로 정하도록 허용하고 있다. 따라서 행정입법을 마련하는 행위는 (법률에 대한) 규범보충작용에 해당하며 집행권 고유의 영역에 속한다.¹³⁾ 만약, 미국 헌법과 같이 헌법 제75조나 제95조와 같은 규정이 없다고 하더라도 집행을 위해서는 법률을 해석해야 하고 그러한 해석과 집행관행이 누적되면 예규와 같은 형식으로 나름대로의 규범을 마련하여 집행의 효율을 기하게 된다, 이렇게 행정규칙을 마련하여 집행하는 것과 법률을 해당 사안이 생길 때마다 나름 합리적으로 해석하여 집행하는 것 모두 집행방식으로 허용되는 것이다. 그러므로 헌법에 명시적 규정이 없다 하더라도 행정부의 규범정립작용은 집행권 고유의 영역으로서 허용된다는 점에서 독자성을 갖는다.

(3) 비교법적 고찰: Chevron 원칙과 그 적용 가능성

대통령제 국가의 전형인 미국 헌법에서는 “이 헌법에서 부여되는 모든 입법권은 연방의회에 귀속된다”(제1조제1항) 및 “행정권은 연방대통령에게 귀속된다”(제2조제1항)라고 규정할 뿐 행정입법에 관한 명시적 규정을 두고 있지 않다. 연방헌법 제1조제1항은 “모든 입법권”이라고 표현함으로써 삼권분립을 기조로 하는 대통령제 하에서 입법권 위임금지 원칙(Non-delegation doctrine)의 근거로 여겨지고 있다.¹⁴⁾ 그러나 연방헌법은 같은 조 제8항에서 연방헌법에 의해 연방정부와 그 부처

12) 권태웅, “행정입법에 대한 국회 관여의 근거와 한계”, 「법제연구」 제57호, 한국법제연구원, 2019, 30쪽.

13) 위의 글, 30-31쪽.

14) Ronald A. Cass, “Delegation Reconsidered: A Delegation Doctrine for the Modern Administrative State”, 40 *Harv. J. L. & Pub. Pol’y*, 2016, pp. 160-161.

및 소속 관리에게 부여된 권한 행사에 필요하고 적절한(necessary and proper) 법률을 제정하는 의회의 권한을 명시함으로써 위임입법의 여지를 마련하고 있다.¹⁵⁾

미국 법원은 전통적으로 해석적 규칙보다 입법적 규칙에 포함된 행정해석에 대해 존중하는 입장을 취해 왔다.¹⁶⁾ 연방대법원은 Chevron 판결¹⁷⁾에서 2단계의 심사방식을 제시하고 있다. 1단계는 새로운 심사(De novo review)로서 법 규정이 명백(clear)하고, 모호하지는 않은지(unambiguous)에 관하여 검토한다. 명백하게 표현된 의회의 의도가 있다면 행정기관과 법원은 모두 이를 존중해야 하나, 그렇지 않다면 2단계 심사로 넘어간다. 2단계는 합리성 심사(reasonableness review)로서 법령에 언급이 없거나(silent) 모호한(ambiguous) 경우 행정기관이 내린 해석의 허용 가능성을 검토하여 이를 통과한 해석에 대해 존중한다는 것이다.¹⁸⁾ 즉, 의회가 특정 사안을 직접 언급하지 않은 경우에는 법원은 이를 보충하는 행정기관의 해석을 배제한 채 자신의 해석으로 대체할 수 없으며, 법률이 특정 사안에 대해 침묵하거나 모호하다면 법원은 행정기관의 해석에 대해 무방한 해석(permissible construction)인지 여부를 기준으로 판단하게 된다.¹⁹⁾ 2000년대 이후 Chevron의 적용 가능성을 축소하는 등 Chevron 존중주의가 다소 약화되어 가는 경향도 보이지만,²⁰⁾ 법원은 여전히 Chevron 적용 여부를 중심으로 판결이유를 구성하고 있다.²¹⁾ 최근에는 의회가 정치경제적으로 중요한 문제를 어떤 행정

15) Robert L. Fischman, *Administrative Law*, Indiana University class pak, 2006, p. 104.

16) Alfred C. Aman, Jr., *Administrative Law and Process*, Matthew Bender, 1993, p. 678; Compare *Crysler Corp. v. Brown*, 441 U.S. 281, 295 (1979); *Skidmore v. Swift and Co.*, 323 U.S. 134 (1944).

17) 각 주로 하여금 동일한 산업분류에 속하는 모든 배출원들을 같은 유형으로 취급할 수 있도록 허용하는 환경 결정(EPA decision)이 고정오염원(stationary source) 용어의 합리적인 해석인가가 쟁점이 되었다. *Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984).

18) Fischman, *supra* note 15, p. 131.

19) 467 U.S. at 843-844.

20) 미연방대법원은 Mead 사건에서 의회가 행정기관에 대하여 일반적으로 법적 효력을 수반하는 규칙들을 제정할 권한을 위임한 경우를 전제로 Chevron 존중주의를 지지하고 있다. *U.S. v. Mead Corp.*, 533 U.S. 218, 226-227 (2001).

21) 예를 들면, Chevron을 전제로 행정기관은 법률을 정부의 정책 목표(bureaucratic policy goals)에 맞추기 위해 명백한 법률적 표현을 고쳐 쓰는 권한까지 갖는 것은 아니고, 오로지 법률적 침묵이나 모호성에 의해 만들어진 간극에 있어서만 재량을 행사할 수 있다고 하였다. *Utility Air Regulatory Group v. E.P.A.*, 573 U.S. 302, 325-326 (2014).

기관에 배정하려고 했다면 명시적으로 했을 것이며, 전문성이 없는 기관에 대한 묵시적 위임은 하지 않았을 것이어서 전문성이 결여된 것으로 보이는 행정기관에서 제정한 규칙에 대해서는 Chevron 존중을 적용할 수 없다는 취지의 판결²²⁾이 내려지면서 의회제정법률에 대한 행정기관의 해석에 대하여 Chevron 원칙의 수정으로서 중요문제원칙(Major Questions Doctrine)이 논의되고 있다.²³⁾ 중요문제원칙은 우리의 의회유보론, 중요사항유보설과 유사한 측면이 있으나, 집행권에 대한 존중이 제한된다는 점에서 권력분립원칙에 대한 위협이 될 수 있고, 무엇이 중요문제인지 기준이 없으며, 적용방식 또한 일관되지 못하다는 비판이 제기되고 있다.²⁴⁾

우리나라 위임명령의 경우 법률의 명시적 위임이 있고 그러한 위임규정은 하위 법령에 규정될 내용을 ‘구체적으로 범위를 정하는’ 방식으로 규정되어야 한다는 점에서 Chevron 1단계 심사보다는 2단계 심사에 의미를 둘 수 있을 것이다. 위임 근거 법률 규정이 명확하지 않거나 일반조항으로 규정되어 행정입법으로 위임 내용을 정하면서 해석규정을 덧붙이는 경우 등에 있어서는 Chevron 2단계 심사를 참고할 수 있을 것으로 본다. 즉, 국회가 명시적으로 행정부의 보충 여지를 남겼다면, 법률의 특정 조항에 대해서 행정입법으로써 명료하게 하는 권한을 위임한 것으로 볼 수 있다. ‘중요문제원칙’을 고려한다면 의회유보와 관련하여 근본적 정책은 국회에서 법률에 규정해야 하지만, 더 나아가 행정의 전문화 경향이 불가피하다는 점을 추가적으로 감안한다면 「정부조직법」에 따라 배분된 행정조직의 기능에 따라 입법권을 위임할 소관 행정기관의 선택과 위임 정도의 문제로 귀결된다고 할 수 있다.²⁵⁾ 나아가 법률만의 해석으로 집행이 원활히 되지 않는 상황이라면 행정부에 대한 입법적 위임이 다소 모호하다고 하더라도 행정입법을 통해 보충된 내용은 합리적인 한 존중되어야 할 것으로 본다.

22) King v. Burwell, 576 U.S. 473, 474 (2015).

23) 중요문제원칙은 종종 Chevron 원칙의 적용을 배척하는 근거로 제시된다. Marla D. Tortorice, “Nondelegation and the Major Questions Doctrine: Displacing Interpretative Power”, 67 *Buff. L. Rev.* 1075, 2019, pp. 1076-1077.

24) 이혜진, “세브론원칙의 수정으로서 중요문제원칙(Major Questions Doctrine)”, 「공법학연구」 제21권 제1호, 한국비교공법학회, 2020, 271-272쪽 및 276쪽.

25) 이러한 관점에서 예를 들어 「주세법」에서 주류 제조면허를 규정한 것이 적절한지 재고의 여지가 있다고 본다.

2. 헌법과 행정입법의 유형

(1) 헌법 제75조와 제95조의 분석: 행정입법의 법규적 효력의 근거

위 ‘1. (2) 행정입법의 파생성과 독자성’에서 살펴본 바와 같이 행정입법은 집행권 고유의 영역에 해당한다. 헌법은 행정부의 규범정립작용 중 대통령령·총리령·부령 등에 대하여 제75조 및 제95조로써 그 근거를 명시하고 있다. 학계에서는 이들을 ‘법규명령’이라고 부르면서 대외적 구속력(법규)을 가지는 것으로 설명하고 있다.

그런데 이들 규정이 과연 대통령령 등에 대하여 법규로서의 효력을 부여하는 근거가 되는지는 다시 생각해 보아야 한다. 예를 들면, 헌법 제75조에서는 “...대통령령을 발할 수 있다”라고만 했지 대통령령의 효력에 관해서는 아무런 언급이 없기 때문이다. 헌법에 명시된 규범에 대해서만 법규적 효력이 인정되고, 그렇지 않은 규범에 대해서는 법규적 효력이 부인되는 것도 아니다. 현실적으로 법률에서 행정규칙으로 위임하는 방식도 이를 법령보충적 행정규칙이라 하여 허용되고 있다. 그 밖의 행정규칙도 ‘명시적 근거’²⁶⁾ 없이 발령되는 경우가 허다하고 판례는 내부적 지침에 해당할 뿐이라고 하여 행정규칙이 대외적 효력을 갖지 않는다는 원칙만을 확인했을 뿐 행정규칙의 존재 자체는 인정하고 있다.

그렇다면 헌법 제75조와 제95조에 따른 대통령령·총리령·부령에 법규적 효력을 부여하는 근거는 어디에서 찾을 수 있는가? 헌법은 국가의 중요정책은 의회유보에 따라 국회가 법률의 형식으로 제정하면서(행정의 민주성) 행정환경의 변화에 따른 개별 사안의 타당성을 확보하기 위해서(행정의 대응성) 대통령령 등으로 정책의 세부사항이나 집행방식을 보충하는 것을 인정하고 있다. 위임명령의 경우 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 ‘위임’하고 있는바, 행정행위(광의)의 요건이나 내용 중 일부를 대통령령으로 정하도록 하여 국민의 권리제한이나 의무부과에 관한 사항까지 정하고 있다. 집행명령의 경우 법률의 집행을 위하여 필요한 사항인데 법률의 명시적 위임 없이 정하게 되므로 국민의 권리·의무 자체를 변동시키는 규정은 둘 수 없고 권리·의무의 실현 절차·방법 등으로 내용이 한정된다.²⁷⁾ 권리·의무 자체뿐

26) 법령보충적 행정규칙과 같이 위임규정이 있는 경우도 있으나, 대부분의 행정규칙은 업무의 편의를 위하여 그 제정을 위한 법률상 명시적 근거 없이도 발령된다.

만 아니라 그 실현방식 또한 권리·의무의 확보 또는 제한에 필수적인 사항으로 볼 때(예: 절차 위반을 이유로 한 취소소송) 헌법이 명시하고 있는 규범 형식인 대통령령·총리령·부령에 법규적 효력을 인정할 수 있게 되는 것이다.

다만, 법규명령의 대외적 구속력은 ‘가능성·능력’으로 보는 것이 타당하다.²⁸⁾ 대통령령 등의 형식으로 제정되었지만 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 ‘직제’와 같은 규범도 있으므로 법규명령이라고 하여 모두 대외적 구속력을 가지는 것은 아니기 때문이다.²⁹⁾

부론으로 감사원규칙, 인권위규칙, 공수처규칙의 경우 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선관위규칙과는 달리 헌법이 명시한 규범이 아니기 때문에 일응 행정규칙으로 분류되어야 한다고 본다.³⁰⁾³¹⁾ 이들 규칙을 행정규칙으로 본다고 하여 법규적 효력이 전면적으로 부인되는 것은 아니며, 법령에서 구체적 위임을 받아 제정된 경우 법령보충적 행정규칙의 효력을 갖게 될 것이다.³²⁾

27) 이 경우 인·허가를 받기 위해서 과도한 절차를 요구하거나, 관계없는 첨부서류를 제출하도록 규정하는 것은 입법재량을 넘는 것으로 보아야 한다.

28) 김남진·김연태, 행정법 I(제24판), 법문사, 2020, 160쪽.

29) 행정객체 입장에서는 행정청의 보조기관이나 보좌기관은 실제 접수업무창구로서의 역할을 하는 것이고, 그 역할도 내부규범인 위임전결규정(훈령)에 의한 것이며, 법적으로는 처분청(행정청)이 행정행위의 주체이자 쟁송의 상대방이 된다.

30) 김남철, 행정법 강론(제6판), 박영사, 2020, 276-277쪽.

31) 감사원이 헌법기관이고 헌법에 명시된 규범만을 법규명령으로 한정하는 뜻으로 볼 것은 아니라는 관점에서 감사원규칙을 법규명령으로 보고 있다. 그러나 감사원의 직무가 국민에 대하여 직접 공권을 설정하거나 공의무를 부과하는 것이 아니라 국가기관에 대한 결산, 직무감찰 등이므로 감사원규칙도 국민에 대한 직접적 효력을 가지는 것으로 보기는 어렵다. 한편, 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」 제3조에서는 감사원 행정규칙을 적용대상에서 제외하고 있는데, 대통령은 중앙행정기관의 집행에 대한 최종적인 결정권자이므로 대통령의 지휘·감독을 받는 각 행정기관의 행정규칙에 대하여 위 규정의 적용 대상으로 할 것인지 여부를 결정할 수 있기 때문에 위 규정의 적용대상에서 제외되었다고 하여 곧바로 법규명령성이 인정되는 것은 아니라고 본다.

32) 법률에서 입법사항을 대통령령이나 부령이 아닌 고시와 같은 행정규칙의 형식으로 위임하는 것이 제한적으로 인정되고 있으나(헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2하, 104, 118-119; 헌재 2014. 7. 24. 2013헌바183, 판례집 26-2상, 149, 158-160; 헌재 2017. 9. 28. 2016헌바140, 판례집 29-2상, 416, 428), 행정규칙이 법규명령으로 바뀌는 것은 아니며, 그 효력만 법규성을 인정한다는 뜻으로 보아야 할 것이다. 법제실무에서도 행정규칙 여부의 판단은 「훈령·예규 등의 발령 및 관리에 관한 규정」 등에 따라 그 발령 형식을 중심으로 이루어지고 있다.

(2) 행정입법의 분류

학계에서는 행정입법 중 법규명령을 헌법 제75조 및 제95조의 법문 표현에 따라 위임명령과 집행명령으로 구분하는 것이 일반적이다. 위임명령을 제정할 수 있는 권한은 국민대표기관인 국회에서 법률을 통하여 수권함으로써 발생하나, 집행명령을 제정할 수 있는 권한은 헌법에 의해 직접 부여되는 것으로 보는 견해가 있다.³³⁾ 그런데 행정부에서 법률을 집행할 권한인 동시에 의무를 가진다고 보면, 법률에서 위임받은 내용을 정하거나 법률의 집행을 위해 필요한 내용을 헌법에 명시된 대통령령 등의 형식으로 보충하는 것은 집행권에 내재된 당연한 권한으로 볼 수 있다. 국가의 기본정책이 일단 법률로 정해지면 그 법률이 다소 추상적이고 포괄적이라 하더라도 행정부의 직무는 일단 해당 법률을 집행하는 것이고, 법률 집행을 하면서 필요한 규범을 합법성, 민주성 등 행정이념에 비추어 나름대로의 합리적인 기준에 따라 마련하는 것도 집행행위의 범주에 속한다고 할 것이다. 이렇게 볼 때 위임명령도 결국 법률의 ‘집행을 위하여’ 법률이 위임한 부분을 채워 규범체계를 완성하는 것이다. 즉, 위임명령이든 집행명령이든 모두 법률의 집행을 궁극적 목적으로 한다. 다만, 집행명령을 통해서도 법률상 권리의무를 직접적으로 변경하는 내용을 둘 수는 없으나, 위임명령의 경우 위임받은 한도 내에서 권리의무의 요건 등을 보충하는 실체적 규정을 둘 수 있는 것이다.³⁴⁾

법제실무에서는 위임명령과 집행명령의 구분이 모호한 경우가 있다. “대통령령으로 정한다”와 같은 위임 문구가 있다고 하여 그에 따라 마련된 하위법령을 위임명령으로 단정할 수도 없다.³⁵⁾ 아래의 [입법례 A]의 경우 법률상 요건의 일부를 대통령령으로 위임하고 이를 받아 대통령령 규정이 마련된 것임을 비교적 용이하게 파악할 수 있다. [입법례 B-1]의 소득세법 시행규칙은 법률의 이자소득을 한정하기 위한 시행령의 내용에 대한 세부집행기준을 특별한 위임 없이 규정한 것이므로 집행명령에 해당하는 것임을 알 수 있다. [입법례 B-2]에서는 이의신청이 권리 실현수단임을 감안하여 그 절차를 부령으로 위임하고 있어 시행규칙을 위임명령으

33) 한수웅, 헌법학(제10판), 법문사, 2020, 1260쪽.

34) 심경수, 앞의 책, 514쪽.

35) 하위법령에서는 상위법령의 근거 규정이 명백하다면 “법 제0조에 따라 …하는 경우”와 같은 표현을 써서 연결성을 나타내는 것이 바람직하다. 법제처, 앞의 책, 19쪽.

로 볼 수 있으나 ‘구체적으로 범위를 정한’ 위임인지는 의문스러우며, 위임 규정이 없더라도 대통령령이나 부령으로 집행명령으로서의 이의신청절차를 정할 수 있다고 할 것이다. 그런데 [입법례 C]에서 보듯 “그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”와 같이 필요한 것이 있으면 행정입법으로 보충하라는 식의 규정은 법문에 위임하는 내용이 들어 있지만, 행정입법의 필요성 여부에 관한 판단을 행정부에 부여한다는 점에서 집행명령으로 분류할 수 있다. 위임명령은 ‘구체적으로 범위를 정하는’ 주체가 국민대표기관인 국회가 되어야 하고, 행정입법으로 규정할 필요성 또한 국회가 판단해야 하기 때문이다.³⁶⁾ [입법례 C]를 위임명령으로 본다면, 이 역시 모법이 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 위임한 것으로 볼 수 있는지 의문이 든다. 그러므로 위임명령과 집행명령의 구분은 ① 하위법령으로 정하도록 한 법문의 표현과 함께 ② 하위법령의 규정 필요성 판단 주체를 모두 고려하여 판단하여야 할 것으로 본다.

[입법례 A]

산지관리법

제28조(토석채취허가의 기준) ① 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제25조제1항에 따른 토석채취허가를 할 때에는 그 허가의 신청내용이 다음 각 호(토사채취의 경우 제1호와 제2호만 해당한다)의 기준에 맞는 경우에만 허가하여야 한다.

6. 토석채취허가를 받으려는 구역 외의 토석을 반입하지 아니할 것. 다만, 토석채취 완료지 복구를 위한 토석 또는 제25조의2제1호에 해당하는 토석을 대통령령으로 정하는 거리 이내에서 대통령령으로 정하는 규모 이하로 반입하려는 경우에는 그러하지 아니하다.

산지관리법 시행령

제36조(토석채취허가의 기준 등) ⑤ 법 제28조제1항제6호 단서에서 “대통령령으로 정하는 거리”란 다음 각 호의 구분에 따른 거리를 말한다.

1. 토석채취완료지 복구를 위한 토석: 거리 제한 없음
2. 법 제25조의2제1호에 해당하는 토석: 토석채취허가를 받으려는 구역의 경계로부터 직선거리로 60킬로미터 이내

36) 헌법 제75조에 따르면 법률의 위임 없이 위임명령으로서의 대통령령을 발할 수는 없으며, 제95조에 따르면 법률이나 대통령령의 위임 없이 위임명령으로서의 총리령·부령을 발할 수 없다.

[입법례 B-1]

소득세법

제16조(이자소득) ① 이자소득은 해당 과세기간에 발생한 다음 각 호의 소득으로 한다.

8. 대통령령으로 정하는 채권 또는 증권의 환매조건부 매매차익

소득세법 시행령

제24조(환매조건부매매차익) 법 제16조제1항제8호에서 “대통령령으로 정하는 채권 또는 증권의 환매조건부 매매차익”이란 금융회사 등(「금융실명거래 및 비밀보장에 관한 법률」 제2조제1호 각 목의 어느 하나에 해당하는 금융회사등과 「법인세법 시행령」 제111조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 법인을 말한다. 이하 같다)이 환매기간에 따른 사전약정이율을 적용하여 환매수 또는 환매도하는 조건으로 매매하는 채권 또는 증권의 매매차익을 말한다.

소득세법 시행규칙

제12조(환매조건부 매매의 범위등) ② 영 제24조에서 “사전약정이율을 적용하여 환매수 또는 환매도하는 조건”이라 함은 거래의 형식 여하에 불구하고 환매수 또는 환매도하는 경우에 당해채권 또는 증권의 시장가격에 의하지 아니하고 사전에 정하여진 이율에 의하여 결정된 가격으로 환매수 또는 환매도하는 조건을 말한다.

[입법례 B-2]

건축물 관리법

제27조(기존 건축물의 화재안전성능보강) ③ 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 이 법 시행 후 6개월 이내에 보강대상 건축물의 관리자에게 화재안전성능보강 대상 건축물임을 통지하여야 한다. 이 경우 해당 통지에 이의가 있는 자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 이의신청을 할 수 있다.

건축물 관리법 시행규칙

제9조(기존 건축물의 화재안전성능보강에 대한 이의신청) ① 법 제27조제3항 후단에 따라 이의신청을 하려는 자는 별지 제2호서식의 화재안전성능보강 이의신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 제출해야 한다.

1. 화재안전성능보강 대상 건축물에서 제외되기를 요청하는 사유에 대한 근거자료
 2. 해당 건축물의 화재안전성능에 관한 근거자료
- ② 특별자치시장·특별자치도지사 및 시장·군수·구청장은 제1항에 따라 이의신청을 받은 경우 「건축법」 제4조에 따른 건축위원회의 심의를 거쳐 해당 건축물을 화재안전성능보강 대상 건축물에서 제외할 수 있다.

[입법례 C]

소득세법

제82조(수시부과 결정) ⑤ 수시부과 절차와 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

소득세법 시행령

제148조(수시부과) ① 법 제82조제1항의 규정에 의한 과세표준 및 세액의 결정은 제142조제1항을 준용하여 사업장 관할세무서장(사업자외의 자에 대하여는 납세지관할세무서장)이 한다.

② 법 제82조제4항에 따라 수시부과를 하려는 세무서장은 관할지방국세청장의 승인을 받아 지체 없이 해당 거주자에게 그 뜻을 통지하여야 한다.

③ 세무서장은 사업자가 주한국제연합군 또는 외국기관으로부터 수입금액을 외국 환은행을 통하여 외환증서 또는 원화로 영수할 때에는 법 제82조의 규정에 의하여 그 영수할 금액에 대한 과세표준을 결정할 수 있다.

④ 삭제 <2008. 2. 22.>

⑤ 삭제 <2008. 2. 22.>

⑥ 법 제82조에 규정하는 수시부과에 있어서 그 세액계산에 필요한 사항은 기획재정부령으로 정한다.

이렇게 볼 때 “대통령령으로 정하는 바에 따라”와 같은 위임 문구만을 기준으로 위임명령과 집행명령을 구분하기보다는 위임을 받아 마련된 하위법령 규정이 법률의 내용을 보충하는 것인지도 함께 판단해야 한다고 본다. 즉, 위임근거에 따라 하위법령에서 법률상 요건이나 효과를 추가하거나 한정하는 등 권리·의무의 실제적 범위가 확정되는 경우를 위임명령으로 볼 수 있다. 위 [입법례 A]의 경우 대통령령으로 거리를 정함으로써 비로소 법률에 따라 허가 여부를 결정할 수 있게 되는 것이다.

Ⅲ. 위임근거법률과 그 정비기준

1. 위임근거법률조항의 정밀도

헌법 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”은 위임명령의 근거이자 규정 한계로 작용한다. 대통령령 입장에서는 모법에서 일단 위임을 해야 위임받은 사항이 정해지고 그에 따라 해당 대통령령의 내용을 구성할 수 있다. 따라서 “구체적으로 범위를 정하여 위임”하라는 것은 대통령령의 내용을 구체적 범위로써 정하라는 뜻이라기보다는 법률의 입법자에 대하여 위임근거규정의 구성방식을 제시한 것으로 볼 수 있다. 즉, 헌법 제75조는 수권법률의 위임방식에 대한 통제원칙으로서³⁷⁾ “구체적으로”는 위임의 질적 한계를, “범위를 정하여”는 위임의 양적 한계를 뜻하는 것으로 볼 수 있다.³⁸⁾

수권법률 자체가 모호하면 하위법령으로 정하고자 하는 내용은 법률 규정만 보아서는 알기 어렵게 된다. 헌법재판소는 수권법률에 대한 명확성과 국민 입장에서의 예측가능성을 기준으로 제시하고 있다.³⁹⁾ 실무적으로는 하위법령에 규정될 내용의 대강을 예측하기 위하여 유사 항목을 예시하거나 위임사항을 한정하는 수식 문구를 활용하거나 범위의 상·하한을 정하기도 한다. 이러한 경우 하위법령에서 요건을 창조하기보다는 법률에서 공백으로 남겨둔 부분을 채워 넣음으로써 법률과 연결되어 일체의 내용을 이루도록 해야 한다. 특히, 백지위임이나 다름없는 규정을 두게 되면 행정부 입장에서는 공포된 법률을 시행해야 하므로 하위법령으로 부족한 부분을 보충할 수밖에 없을 것이다.

위 [입법례 A]도 (법 제28조제1항제6호 본문에서 해당 구역 외로부터의 반입을 제한하면서 단서에서) “대통령령으로 정하는 거리 이내”라고 함으로써 상대적으로 가까운 물리적 거리를 의미하는 것으로 추측할 수는 있지만 필수적 요건의 하나인

37) 이부하, “포괄위임입법금지원칙에 대한 헌법재판소 견해에 대한 평가”, 『법학논총』 제29권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2016, 300쪽.

38) 하명호, 행정법(제2판), 박영사, 2020, 207쪽.

39) 헌재 2003. 7. 24. 2002헌바82, 판례집 15-2상, 131, 141-143; 헌재 2011. 2. 24. 2009헌바13, 판례집 23-1상, 53, 63; 헌재 2011. 12. 29. 2010헌바385, 판례집 23-2하, 673, 677-678.

구체적으로 몇 미터로 정할 것인지에 관한 판단은 행정부에 전적으로 맡긴 것으로 볼 수 있다. 그러나 이러한 경우는 하위법령에서 실질적 내용이 창조되는 것이나 마찬가지로 볼 수도 있는데, 법률 단계에서 하위법령으로 정할 내용이 예측 가능하도록 구체화하는 작업이 필요하다.

2. 포괄위임입법금지원칙

헌법 제75조에서 “구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우”에 대하여 대법원과 헌법재판소는 모두 수권법률의 명확성을 기준으로 설명하고 있다.

(1) 대법원의 입장

대법원은 구체적으로 범위를 정한다는 것을 “위임의 목적·내용·범위와 그 위임에 따른 행정입법에서 준수하여야 할 목표·기준 등의 요소가 미리 규정되어 있는 것”이라고 하면서 기본권 제한적 요소에 대해서는 구체성 내지 명확성이 보다 엄격하게 요구되는 것으로 보고 있다.⁴⁰⁾ 또한 예측가능성을 위임범위 일탈 여부를 판단하는 기준의 하나로 제시하면서 예측가능성 유무는 입법 취지 등을 고려하여 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단해야 한다고 본다.⁴¹⁾

(2) 헌법재판소의 입장

헌법재판소는 헌법 제75조를 “수권법률의 명확성원칙에 관한 것으로서 법률의 명확성원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정”으로 보고 있다.⁴²⁾ 위임의 정도에 관해서는 위임근거가 되는 법률조항의 내용과 해당 법률의 다른 규정 등을 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여 하위법령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 입장이다. 또한 기본권제한의 정도와 규율대상의 성격(전문성·기술성)에 따라 명확성 원칙이 달리 적용되는 것으로 본다.⁴³⁾ 특히, 전문적·기술적

40) 대법원 2000. 10. 19. 선고 98두6265 전원합의체 판결.

41) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006두19570 판결.

42) 헌재 2007. 4. 26. 2004헌가29, 판례집 19-1, 349, 365-366.

분야로서 탄력적 대응이 필요한 경우 법률문언 및 체계적 해석을 통하여 하위법령의 내용을 예측 가능하다면 포괄위임에 해당하지 않는다고 보았다.⁴⁴⁾

(3) 소결

대법원과 헌법재판소는 모두 법률의 위임근거조항과 함께 다른 규정들을 유기적·체계적으로 종합하여 판단해야 한다는 입장으로서 수권법률의 명확성을 심사기준으로 삼고 있다.⁴⁵⁾ 그런데 위임입법의 한계와 관련하여 “누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으면 족하고”⁴⁶⁾, “누구라도 모법 자체로부터 그 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것이어야”⁴⁷⁾ 한다고 하여 판단 주체를 ‘누구’로 지칭함으로써 법률의 입법자인 국회와 그로부터 입법권의 위임을 받아 위임명령을 제정하는 행정부 및 수범자인 국민 모두에게 공통되는 기준을 요구하고 있다. 국민은 의회대표를 통하여 법률을 제정하는 동시에 수범자이기도 하므로 일반 국민의 법인식(해석을 통한 접근성)을 예측가능성의 기준으로 삼은 것은 타당하다고 본다.⁴⁸⁾

헌법 제75조는 입법자인 국회에 대하여 위임근거규정을 구체적이고 명확하게 규정할 것을 요구하고 있고, 정부는 국회가 정한 위임근거규정에 따라 위임입법의 내용을 구성하게 된다. 따라서 규범 형성 영역에 있어서 ‘누구’는 일차적으로 위임명령 제정자인 행정기관을 지칭하는 것으로 볼 수 있다. 대법원이나 헌법재판소는 위임명령이 제정된 이후 법률의 위임근거규정에 대하여 위헌성을 판단할 때 비로

43) 헌재 2003. 7. 24. 2002헌바82, 판례집 15-2상, 131, 142-143.

44) 헌재 2020. 3. 26. 2018헌바205, 판례집 32-1상, 241, 256-257; 헌재 2020. 8. 28. 2018헌바425, 공보 제287호, 1153, 1157-1158.

45) 이부하, 앞의 글, 302쪽; 전종익, “포괄위임금지원칙의 심사기준”, 『아주법학』 제7권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2013, 15쪽.

46) 헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 166.

47) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006두19570 판결.

48) 이에 대하여 인터넷 등을 통하여 하위법령에 쉽게 접근할 수 있으므로 예측가능성을 굳이 국민의 관점으로 한정하기보다는 행정청 중심으로 완화하여 적용할 필요가 있다는 주장이 있다. 이 견해에서는 행정입법 시 입법자가 행정입법에 대하여 준수되어야 하는 기본방침을 제시해야 한다는 독일연방헌법재판소의 방침제 시기준과 미연방대법원의 인식 가능한 원칙(intelligible principle)을 제시하면서 행정청이 그러한 기준(원칙)을 인식하면 족하다고 본다(전종익, 앞의 글, 27-29쪽).

소 ‘누구’에 해당하게 된다. ‘누구’로서의 국민의 예측가능성은 입법과정이나 재판 과정에서 국회나 법원에 의해 판단된다.⁴⁹⁾ 즉, 일반 국민의 인식을 국가기관이 추단하여 법률 및 행정입법에 반영할 수밖에 없는 구조이다. 이렇게 볼 때, 입법과정에 있어서 입법예고 등을 통해 공식적 의견 개진 기회를 실효성 있게 만들고, 행정입법의 시행 이후에도 법령정비를 지속적으로 추진할 필요가 있다고 하겠다.

헌법재판소와 대법원은 최근까지도 종합적으로 판단해야 한다는 입장에서 있는데,⁵⁰⁾ 위임근거규정 자체의 문구에 대한 문리해석, 입법목적과 취지(목적론적 해석), 해당 법률의 다른 조항과의 관계(체계적 해석) 등을 유기적으로 결합하여 하위법령으로 어떤 것이 규정될지 일반 국민의 관점에서 예측이 가능하다면 위임근거규정은 “구체적으로 범위를 정하여 위임”하는 것으로 볼 수 있을 것이다.⁵¹⁾

한편, 위임명령의 위헌성과 위임법률(모법)의 위헌성은 구분되어야 한다.⁵²⁾ 위임법률의 위헌성은 수권법률의 포괄위임금지원칙 위반 여부이고, 위임명령의 위헌·위법성은 행정입법이 모법의 위임 없이 제정되거나 위임범위를 일탈한 경우를 말하기 때문이다.⁵³⁾

수권법률이 포괄위임입법금지원칙에 위배된다면 그에 따라 제정한 위임명령도 그 효력에 영향을 받지 않을 수 없다. 즉, 법률의 위임조항이 위헌결정을 받게 되면 무효가 되기 때문에 당연히 시행령 조항도 무효가 된다. 판례는 위임조항 결여로 무효인 법규명령도 법률이 개정되어 위임근거가 부여되면 그 때부터 유효한 법규명령이 되는 것으로 보고 있다.⁵⁴⁾ 판례의 입장에서는 법률의 위임 조항을 구체적·개별적으로 개정하면 당초 위헌법률조항과 연결되었던 시행령 조항도 효력을 회복

49) 고현환, “행정입법 한계의 기준에 관한 법리”, 「법학연구」 제36집, 한국법학회, 2009, 35쪽; 이부하, 앞의 글, 305쪽.

50) 헌재 2017. 10. 26. 2017헌바58, 판례집 29-2하, 68, 75-76; 대법원 2019. 5. 16. 선고 2017두45698 판결.

51) 여기서 입법과정의 국민 참여의 필요성이 제기된다. 예를 들면, 이해관계 확인을 포함한 정책의 사회경제적 영향, 국민의 법령 인식과 이해도 등을 위해 입법예고와 같은 의견수렴의 활성화라든지 법령안에 대한 국민자문단 제도의 운영 등이 필요하다.

52) 한수웅, 앞의 책, 1263-1264쪽.

53) 위의 책, 1246-1247쪽.

54) 대법원 1994. 5. 24. 선고 93누5666 전원합의체 판결; 대법원 1995. 6. 30. 선고 93추83 판결; 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결.

하는 것으로 볼 수 있다. 이는 법령의 성립(존재)과 효력을 구분하는 입장에서 위헌 결정된 법률의 위임근거규정과 그에 근거하여 제정된 시행령 조항은 효력만 없어진 채 여전히 존재하는 것으로 여기는 것으로 이해된다. 이러한 입장에서는 직접적인 위헌 판단의 대상은 아니었지만 모법의 영향으로 무효가 된 위임입법의 경우 헌법 제75조의 법문에 부합하도록 모법의 위임근거규정이 정비되면 그 적법성을 회복하게 되는 것으로 볼 수 있다.⁵⁵⁾ 그러나 하위법령은 상위법령을 전제로 성립된다는 점에서 대통령령의 공포 시점에는 법률의 수권규정이 제대로 마련되어 있어야 할 것이므로 이러한 방식의 법규명령 성립상의 하자 추완(Nachholung)은 비판의 여지가 있다.⁵⁶⁾ 다만, 비록 법규명령의 성립과 존속이 법률에 의존하는 것이기는 하지만 법률과 대통령령은 위임규정으로 연결되어 하나의 제도로 운영되고 있으므로 법률 부분의 하자만 보완하여 전체적인 체계를 바로잡는 방법도 가능하다고 보며, 법률의 위임규정을 보완한 후 똑같은 내용의 대통령령을 다시 마련하는 것보다는 법률만 바로잡는 편이 절차경제성 측면에서 낫다고 생각한다.

3. 위임대상 법령의 형식

(1) 위임대상 법령의 선택기준

헌법은 대통령령과 총리령 및 부령에 모두 위임명령으로서의 자격을 부여하고 있다. 헌법재판소에서도 대통령령과 총리령 및 부령은 모두 헌법이 명시한 법규명령이므로 위임의 구체성과 명확성만 있다면 부령에 입법사항을 위임할 수도 있다고 본다.⁵⁷⁾ 또한, 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 전문적 영역에서는 행정규칙에 대한 위임입법도 제한적으로 인정되고 있다.⁵⁸⁾ 따라서 법률에서 하위법령으로 위임하는 경우 어느 수준의 규범을 선택해야 하는지가 문제된다.

55) 법령의 근거 없는 행정규칙을 정비하는 방안의 하나로 법령에 관련 근거를 신설하는 방식도 이와 유사하다.

56) “충분한 위임근거규정 없이 발한 법규명령의 하자를 추후의 법률에 의하여 치유하는 것은 명확성의 원칙에 어긋난다.”(김중권, “행정판례의 최근 동향 및 분석”, 법제처 특강자료, 2018. 3. 21., 6쪽).

57) 헌재 1998. 2. 27. 97헌마64, 판례집 10-1, 187, 194-195.

58) 헌재 2004. 10. 28. 99헌바91, 판례집 16-2하, 104, 118-119; 헌재 2008. 11. 27. 2005헌마161, 판례집 20-2하, 290, 312.

법제실무에서는 대통령은 행정부 수반으로서 행정권을 총괄하고 있으므로⁵⁹⁾ 범 부처적으로 통일된 정책이나 다수의 부처에 공통적으로 적용되어야 할 사항은 대통령령으로 규정하고, 소관 중앙행정기관 단독으로 업무를 수행할 수 있는 분야의 경우 총리령이나 부령으로 규정하고 있다.⁶⁰⁾ 그 밖에 중앙행정기관의 세부조직(「정부조직법」 제2조), 권한의 위임·위탁(「정부조직법」 제6조), 주요절차는 대통령령으로, 각종 서식이나 세부절차는 부령으로 정하고 있다. 매우 전문적·기술적인 사항으로서 변경이 잦은 사항에 대해서는 행정규칙으로 규정하면서 법령에 근거를 마련하기도 한다.

(2) 위임입법의 법문 구성

위임입법에서는 상위법령의 위임근거를 명시하여 위임명령임을 표시해 주고 있다. 예를 들면, 목적 조항에서 “○○법에서 위임된 사항…을 규정함을 목적으로” 하면서, 개별 조항에서 “법 제00조에서 대통령령으로 정하는 ○○란…”과 같이 상위법령의 위임근거문구를 인용하는 형태를 취한다. 이는 “법 제00조에 따라 …하는 경우”와 같은 문구로써 상위법령과의 연결성을 나타내는 집행명령의 경우⁶¹⁾와 구분된다.

IV. 위임입법에서의 법령정비 기준

하위법령은 상위법령의 위임을 받거나 집행을 위하여 마련된 보충규범에 해당한다. 즉, 하위법령은 법률에 담긴 기본적 정책 목적을 위한 보조수단이라 할 수 있다. 따라서 법률의 위임범위 내에서 규정되어야 하고, 법률에 위배되지 못한다.

1. 위임근거의 명확화

상위법령의 내용을 인용하고 있지만 실제 상위법령에서는 위임규정을 두지 않은 경우이다. 처음부터 상위법령의 위임이 결여된 채 집행을 위한 해석규정이나 세부

59) 허영, 한국헌법론(전정15판), 박영사, 2019, 1026쪽.

60) 법제처, 앞의 책, 15-16쪽.

61) 위의 책, 19쪽.

사항을 둔 경우가 여기에 해당한다. 대법원은 모법의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 볼 때 모법에 대한 가능한 범위의 해석규정을 두거나 모법 규정을 구체화할 수 있다고 본다.⁶²⁾ 그러나 명시적 위임이 없는데도 집행의 필요성 등을 이유로 하위법령에서 규율 가능한 범위를 벗어나는 해석 규정을 두거나 상위법령의 내용을 실질적으로 변경시키는 내용을 규정하는 경우가 있다.

위임문구는 하위법령으로 정할 사항의 범위를 명확하게 지정해야 한다. 「조세특례제한법」 제69조의3에 따른 어업용 토지등에 대한 양도소득세의 감면 규정의 예를 들면, 법률 제15227호의 입법과정에서 어업용 토지등에 대한 감면요건을 자경농지에 대한 감면규정에 대응하여 ‘사용방법’과 ‘토지 자체의 범위’로 구분하여 각기 대통령령으로 정하려는 의도였으나, 최종 공포된 법률은 ‘사용방법’에 관해서만 대통령령으로 정하는 것처럼 규정되었다. 이러한 경우 토지의 범위에 대해서는 일단 대통령령으로 정하지 못한다고 보아야 한다. 그러나 어업용 토지등에 대한 감면 제도가 자경농지 및 축산용지에 대한 양도소득세 감면 특례와의 형평성을 고려하여 도입되었다는 점⁶³⁾에서 대통령령의 내용을 맞추어 같은 법 시행령 제66조제4항과 같은 규정을 두어 일정 토지를 제외할 필요가 있었다. 따라서 부득이 자경농지의 같은 법 시행령 제66조제3항에 해당하는 제66조의3제3항을 둔 것으로 보인다. 엄밀히 말하면 시행령 제66조의3제3항은 법률 어디에서도 위임 규정을 찾아보기 어렵다. 그나마 제도 도입 당시의 자경농지 및 축산용지와와의 형평을 고려하여 합리적 집행 기준을 세운 것으로 볼 수밖에 없다. 대통령령 제28636호 조세특례제한법 시행령 제66조의3제3항은 법률의 위임 없이 대통령령으로 양도소득세 감면 대상 토지의 범위를 변경하여 실제적 내용을 정하고 있으므로 모법의 위임 없는 위임명령이라는 비판이 제기될 수 있다. 이후 법률 제16009호로 제69조의3제1항의 해당 문구를 “대통령령으로 정하는 방법으로 직접 어업에 사용한 대통령령으로 정하는 어업용 토지등”으로 개정하여 이러한 문제를 해소하였다.

62) 대법원 2014. 8. 20. 선고 2012두19526 판결; 대법원 2020. 4. 9. 선고 2015다34444 판결.

63) 국회 기획재정위원회, 「조세특례제한법 일부개정법률안(의안번호 2008997) 심사보고서」, 2017. 12., 243쪽.

한편, 법률의 위임근거조항에 대해서 위헌결정이 되거나 헌법불합치결정에서 제시된 입법시한까지 개선입법이 되지 않은 경우에는 법률의 해당 위임근거규정의 효력이 상실되는바, 즉각적인 개선입법을 통하여 구체적이고 명확한 위임근거조항을 마련해야 할 것이다.

조세특례제한법 [법률 제16009호, 2018. 12. 24, 일부개정]

제69조(자경농지에 대한 양도소득세의 감면) ① 농지 소재지에 거주하는 대통령령으로 정하는 거주자가 8년 이상(대통령령으로 정하는 경영이양 직접지불보조금의 지급대상이 되는 농지를 「한국농어촌공사 및 농지관리기금법」에 따른 한국농어촌공사 또는 농업을 주업으로 하는 법인으로서 대통령령으로 정하는 법인(이하 이 조에서 “농업법인”이라 한다)에 2021년 12월 31일까지 양도하는 경우에는 3년 이상 대통령령으로 정하는 방법으로 직접 경작한 토지 중 대통령령으로 정하는 토지의 양도로 인하여 발생하는 소득에 대해서는 양도소득세의 100분의 100에 상당하는 세액을 감면한다. 다만, 해당 토지가 주거지역등에 편입되거나 「도시개발법」 또는 그 밖의 법률에 따라 환지처분 전에 농지 외의 토지로 환지예정지 지정을 받은 경우에는 주거지역등에 편입되거나, 환지예정지 지정을 받은 날까지 발생한 소득으로서 대통령령으로 정하는 소득에 대해서만 양도소득세의 100분의 100에 상당하는 세액을 감면한다.

조세특례제한법 시행령 [대통령령 제27848호, 2017. 2. 7, 일부개정]

제66조(자경농지에 대한 양도소득세의 감면) ④ 법 제69조제1항 본문에서 “대통령령으로 정하는 토지”란 취득한 때부터 양도할 때까지의 사이에 8년(제3항의 규정에 따른 경영이양보조금의 지급대상이 되는 농지를 한국농어촌공사 또는 제2항의 규정에 의한 법인에게 양도하는 경우에는 3년) 이상 자기가 경작한 사실이 있는 농지로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외한 것을 말한다.

1.~2. 생략

⑬ 법 제69조제1항 본문에서 “대통령령으로 정하는 방법으로 직접 경작”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 거주자가 그 소유농지에서 농작물의 경작 또는 다년생식물의 재배에 상시 종사하는 것
2. 거주자가 그 소유농지에서 농작업의 2분의 1 이상을 자기의 노동력에 의하여 경작 또는 재배하는 것.

조세특례제한법 [법률 제15227호, 2017. 12. 19, 일부개정]

제69조의3(어업용 토지등에 대한 양도소득세의 감면) ① 어업용 토지등 소재지에 거주하는 대통령령으로 정하는 거주자가 8년 이상 대통령령으로 정하는 방법으로 직접 어업에 사용한 어업용 토지등을 2020년 12월 31일까지 양도함에 따라 발생하는 소득에 대해서는 양도소득세의 100분의 100에 상당하는 세액을 감면한다. 다만, 해당 어업용 토지등이 주거지역등에 편입되거나 「도시개발법」 또는 그 밖의 법률에 따라 환지처분 전에 해당 어업용 토지등 외의 토지로 환지예정지 지정을 받은 경우에는 주거지역등에 편입되거나 환지예정지 지정을 받은 날까지 발생한 소득으로서 대통령령으로 정하는 소득에 대해서만 양도소득세의 100분의 100에 상당하는 세액을 감면한다.

조세특례제한법 시행령 [대통령령 제28636호, 2018. 2. 13, 일부개정]

제66조의3(어업용 토지등에 대한 양도소득세의 감면) ② 법 제69조의3제1항 본문에서 “대통령령으로 정하는 방법으로 직접 어업에 사용한 어업용 토지등”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 사용한 어업용 토지등을 말한다.

1. 거주자가 그 소유 어업용 토지등에서 「수산업법」에 따른 육상해수양식어업, 「내수면어업법」에 따른 육상양식어업 및 「수산종자산업육성법」에 따른 수산종자생산업(이하 이 조에서 “양식등”이라 한다)에 상시 종사하는 것
2. 거주자가 그 소유 어업용 토지등에서 양식등의 2분의 1 이상을 자기의 노동력에 의하여 수행하는 것

③ 법 제69조의3제1항 본문에 따른 어업용 토지등은 해당 토지등을 취득한 때부터 양도할 때까지의 사이에 8년 이상 자기가 직접 양식등에 사용한 어업용 토지등으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외한 것으로 한다.

- 1.~2. 생략

조세특례제한법 [법률 제16009호, 2018. 12. 24, 일부개정]

제69조의3(어업용 토지등에 대한 양도소득세의 감면) ① 어업용 토지등 소재지에 거주하는 대통령령으로 정하는 거주자가 8년 이상 대통령령으로 정하는 방법으로 직접 어업에 사용한 대통령령으로 정하는 어업용 토지등을 2020년 12월 31일까지 양도함에 따라 발생하는 소득에 대해서는 양도소득세의 100분의 100에 상당하는 세액을 감면한다. 다만, 해당 어업용 토지등이 주거지역등에 편입되거나 「도시개발법」 또는 그 밖의 법률에 따라 환지처분 전에 해당 어업용 토지등 외의

토지로 환지예정지 지정을 받은 경우에는 주거지역등에 편입되거나 환지예정지 지정을 받은 날까지 발생한 소득으로서 대통령령으로 정하는 소득에 대해서만 양도소득세의 100분의 100에 상당하는 세액을 감면한다.

조세특례제한법 시행령 [대통령령 제29527호, 2019. 2. 12, 일부개정]

제66조의3(어업용 토지등에 대한 양도소득세의 감면) ② 법 제69조의3제1항 본문에서 “대통령령으로 정하는 방법으로 직접 어업에 사용”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 말한다.

1. 거주자가 그 소유 어업용 토지등에서 「수산업법」에 따른 육상해수양식어업, 「내수면어업법」에 따른 육상양식어업 및 「수산종자산업육성법」에 따른 수산종자생산업(이하 이 조에서 “양식등”이라 한다)에 상시 종사하는 것
2. 거주자가 그 소유 어업용 토지등에서 양식등의 2분의 1 이상을 자기의 노동력에 의하여 수행하는 것

③ 법 제69조의3제1항 본문에서 “대통령령으로 정하는 어업용 토지등”이란 해당 토지등을 취득한 때부터 양도할 때까지의 사이에 8년 이상 자기가 직접 양식등에 사용한 어업용 토지등으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것을 제외한 것을 말한다.

- 1.~2. 생략

2. 위임범위의 준수

상위법령에서 구체적이고 명확하게 위임하였으나 그 위임을 받은 하위법령에서 위임범위를 벗어난 내용을 둔 경우이다. 이는 상위법령의 위임문구가 포괄위임입법금지원칙에 위배되어 체계상 하위법령의 효력이 부인되는 경우와 구분할 필요가 있다.

대법원은 시행령의 규정이 모법의 위임범위를 벗어난 것인지 여부를 판단하는 중요기준으로서 예측가능성을 제시하면서 시행령이 누구라도 모법 자체로부터 위임 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 있어야 한다고 판시하여⁶⁴⁾ 법률의 위임 규정의 한계와 동일한 기준을 제시하고 있다.⁶⁵⁾ 헌법재판소는 하위법령의 개

64) 대법원 2008. 11. 27. 선고 2006두19570 판결.

별적·구체적 조항이 법률조항이 예정한 범위를 벗어나면 해당 하위규범은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 본다.⁶⁶⁾

위임입법의 관점에서 보면, 이러한 기준은 어느 정도까지 규정할 수 있는지의 한계로 작용하게 되는데, 법률(상위법령)의 위임규정의 문언뿐만 아니라 입법취지와 정책목적 등을 감안하여 법률(상위법령)의 내용에 실질적 변동을 주지 않는 한도에서 위임 내용을 구체화해야 할 것이다.⁶⁷⁾ 다만, 조세법규나 형벌법규 등 침익적 사항을 위임하는 경우보다 급부행정 분야에서의 위임은 구체성·명확성의 요구가 완화되므로 그만큼 하위법령에서 입법재량의 여지가 넓어지는 것으로 볼 수 있다.

위임근거규정의 취지와 문언의 의미를 벗어난 사례로서, 대법원은 구 「상속세및증여세법」(법률 제7335호로 개정되기 전의 것) 제41조제1항에서 주주 등이 이익을 얻은 경우를 전제로 같은 조 제2항에서 이익의 계산방법을 대통령령으로 위임했는데도 구 「상속세및증여세법시행령」(2004. 12. 31. 대통령령 제18627호로 개정되기 전의 것) 제31조제6항에서 특정법인의 이익을 주주 등의 이익으로 바로 연결시킨 것은 위임범위를 벗어난 것으로 판시하였다.⁶⁸⁾ 이후 법률을 개정하여 “대통령령으로 정하는 이익”으로 문구를 변경하였으나, 대법원은 동일한 취지에서 위임범위를 벗어난 것으로 판시하였다.⁶⁹⁾ 결국 2015년에 위 조항을 개정하여 증여의제규정으로 변경하였다(제41조 삭제 및 제45조의5 신설).

65) 위임입법의 한계와 관련하여 “누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으면 족하”다(헌재 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155, 166), “누구라도 모법 자체로부터 그 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것이어야” 한다(대법원 2008. 11. 27. 선고 2006두19570 판결).

66) 헌재 2001. 9. 27. 2001헌바11, 판례집 13-2, 332, 336-337.

67) 법제처, 세법 입안·심사 매뉴얼, 2018, 50쪽.

68) 대법원 2009. 3. 19. 선고 2006두19693 전원합의체 판결.

69) 대법원 2017. 4. 20. 선고 2015두45700 전원합의체 판결.

상속세및증여세법 [법률 제7010호, 2003. 12. 30, 일부개정]

제41조 (특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여) ① 결손금이 있거나 휴업 또는 폐업중인 법인(이하 이 條에서 “特定法人”이라 한다)의 주주 또는 출자자와 특수관계에 있는 자가 당해 특정법인과 다음 각호의 1에 해당하는 거래를 통하여 당해 특정법인의 주주 또는 출자자가 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 당해 특정법인의 주주 또는 출자자의 증여재산가액으로 한다.

1. 재산 또는 용역을 무상제공하는 거래
2. 재산 또는 용역을 통상적인 거래관행에 비추어 볼 때 현저히 낮은 대가로 양도·제공하는 거래
3. 재산 또는 용역을 통상적인 거래관행에 비추어 볼 때 현저히 높은 대가로 양도·제공받는 거래
4. 기타 제1호 내지 제3호와 유사한 거래로서 대통령령이 정하는 거래

② 제1항에 규정하는 특정법인, 특수관계에 있는 자, 특정법인의 주주 또는 출자자가 얻은 이익의 계산, 현저히 낮은 대가 및 현저히 높은 대가의 범위에 관하여는 대통령령이 정하는 바에 의한다.

상속세및증여세법시행령 [대통령령 제18177호, 2003. 12. 30, 일부개정]

제31조 (특정법인과의 거래를 통한 이익의 계산방법 등) ⑥ 법 제41조제1항의 규정에 의한 이익은 다음 각호의 1에 해당하는 이익(제1항제1호의 규정에 해당하는 법인의 경우에는 당해 결손금을 한도로 한다)에 제5항에 규정된 자의 주식 또는 출자지분의 비율을 곱하여 계산한 금액(당해 금액이 1억원 이상인 경우에 한한다)으로 한다.

1. 재산을 증여하거나 당해 법인의 채무를 면제·인수 또는 변제하는 경우에는 증여재산가액 또는 그 면제·인수 또는 변제로 인하여 얻는 이익에 상당하는 금액
2. 제1호외의 경우에는 제3항의 규정에 의한 시가와 대가와의 차액에 상당하는 금액

상속세 및 증여세법 [법률 제9916호, 2010. 1. 1, 일부개정]

제41조(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여) ① 결손금이 있거나 휴업 또는 폐업 중인 법인(이하 이 조에서 “특정법인”이라 한다)의 주주 또는 출자자와 특수관계에 있는 자가 그 특정법인과 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 거래를 하여 그 특정법인의 주주 또는 출자자가 대통령령으로 정하는 이익을 얻은 경우에는 그 이익에 상당하는 금액을 그 특정법인의 주주 또는 출자자의 증여재산가액으로 한다.

1. 재산이나 용역을 무상으로 제공하는 거래
 2. 재산이나 용역을 통상적인 거래 관행에 비추어 볼 때 현저히 낮은 대가로 양도·제공하는 거래
 3. 재산이나 용역을 통상적인 거래 관행에 비추어 볼 때 현저히 높은 대가로 양도·제공받는 거래
 4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 거래와 유사한 거래로서 대통령령으로 정하는 거래
- ② 제1항에 따른 특정법인, 특수관계에 있는 자, 특정법인의 주주 또는 출자자가 얻은 이익의 계산, 현저히 낮은 대가 및 현저히 높은 대가의 범위는 대통령령으로 정한다.

상속세 및 증여세법 시행령 [대통령령 제25195호, 2014. 2. 21, 일부개정]

제31조(특정법인과와의 거래를 통한 이익의 계산방법 등) ⑥ 법 제41조제1항 각 호 외의 부분에서 “대통령령으로 정하는 이익”이란 제1호의 금액에서 제2호의 금액을 뺀 금액에 제3호의 비율을 곱하여 계산한 금액(해당 금액이 1억원 이상인 경우로 한정한다)을 말한다.

1. 다음 각 목의 구분에 따른 금액
 - 가. 재산을 증여하거나 해당 법인의 채무를 면제·인수 또는 변제하는 경우: 증여 재산가액 또는 그 면제·인수 또는 변제로 인하여 얻는 이익에 상당하는 금액
 - 나. 가목 외의 경우: 제3항에 따른 시가와 대가와와의 차액에 상당하는 금액
2. 가목의 금액에 나목의 비율을 곱하여 계산한 금액
 - 가. 특정법인의 「법인세법」 제55조제1항에 따른 산출세액(같은 법 제55조의2에 따른 토지등 양도소득에 대한 법인세액은 제외한다)에서 법인세액의 공제·감면액을 뺀 금액
 - 나. 제1호에 따른 이익이 특정법인의 「법인세법」 제14조에 따른 각 사업연도의 소득금액에서 차지하는 비율(1을 초과하는 경우에는 1로 한다)
3. 다음 각 목의 구분에 따른 비율
 - 가. 제1항제1호 및 제2호에 해당하는 특정법인의 경우: 그 특정법인의 최대주주 등의 주식등의 비율
 - 나. 제1항제3호에 해당하는 특정법인의 경우: 그 특정법인의 지배주주등의 주식 보유비율

상속세 및 증여세법 [법률 제13557호, 2015. 12. 15, 일부개정]

제45조의5(특정법인과의 거래를 통한 이익의 증여 의제) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 법인(이하 이 조 및 제68조에서 “특정법인”이라 한다)의 대통령령으로 정하는 주주등(이하 이 조에서 “특정법인의 주주등”이라 한다)과 대통령령으로 정하는 특수관계에 있는 자가 그 특정법인과 제2항에 따른 거래를 하는 경우에는 그 특정법인의 이익에 특정법인의 주주등의 주식보유비율을 곱하여 계산한 금액을 그 특정법인의 주주등이 증여받은 것으로 본다.

1. 대통령령으로 정하는 결손금이 있는 법인
2. 증여일 현재 휴업 또는 폐업 상태인 법인
3. 증여일 현재 제1호 및 제2호에 해당하지 아니하는 법인으로서 제45조의3제1항에 따른 지배주주와 그 친족의 주식보유비율이 100분의 50 이상인 법인

② 제1항에 따른 거래는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 것으로 한다.

1. 재산이나 용역을 무상으로 제공하는 것
2. 재산이나 용역을 통상적인 거래 관행에 비추어 볼 때 현저히 낮은 대가로 양도·제공하는 것
3. 재산이나 용역을 통상적인 거래 관행에 비추어 볼 때 현저히 높은 대가로 양도·제공받는 것
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 거래와 유사한 거래로서 대통령령으로 정하는 것

③ 제1항에 따른 증여일의 판단, 특정법인의 이익의 계산, 현저히 낮은 대가와 현저히 높은 대가의 범위 및 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

반면, 신상정보의 제공 시기를 대통령령으로 정하도록 위임한 법률 규정을 받아 그 시기를 이용자와 상대방의 만남 이전으로 규정한 구 「결혼중개업의 관리에 관한 법률」 제3조의2제3항에 대하여 법률 및 시행령의 규정 내용 및 체계, 국제결혼의 특수성과 실태 등에 비추어 이용자와 상대방의 만남 이전이 될 것임을 충분히 예측할 수 있다는 이유를 들어 위임입법의 한계를 벗어나지 않은 것으로 판시하였다.⁷⁰⁾

70) 대법원 2019. 7. 25. 선고 2018도7989 판결.

결혼증개업의 관리에 관한 법률 [법률 제14405호, 2016. 12. 20, 타법개정]

제10조의2(신상정보 제공) ① 국제결혼증개업자는 제10조제1항에 따라 계약을 체결한 이용자와 결혼증개의 상대방(이하 “상대방”이라 한다)으로부터 다음 각 호의 신상정보를 받아 각각 해당 국가 공증인의 인증을 받은 다음 각 호의 신상정보(증빙서류를 포함한다)를 상대방과 이용자에게 서면으로 제공하여야 한다. 다만, 이용자 또는 상대방이 외국에서 공증인의 인증을 받은 경우 「재외공관 공증법」 제30조제1항에 따라 공증담당영사로부터 확인을 받거나 「외국공문서에 대한 인증의 요구를 폐지하는 협약」에서 정하는 바에 따른 확인을 받아야 한다.

1. 혼인경력
2. 건강상태(후천성면역결핍증, 성병 감염 및 정신질환 여부를 포함한다)
3. 직업
4. 성폭력, 가정폭력, 아동학대, 성매매 알선 및 강요 관련 범죄경력과 최근 10년 이내의 금고 이상의 형에 해당하는 범죄경력
5. 그 밖에 상대국의 법령에서 정하고 있는 사항

④ 제1항에 따른 신상정보의 제공 시기 및 절차, 입증방법 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

결혼증개업의 관리에 관한 법률 시행령 [대통령령 제22494호, 2010. 11. 16, 일부개정]

제3조의2(신상정보 제공) ③ 국제결혼증개업자는 제2항에 따른 국제결혼 개인신상정보 확인서와 제1항 각 호에 따른 서류를 이용자와 상대방이 각각 이해할 수 있는 언어로 번역·제공한 후 만남에 대한 동의 여부를 확인하여야 하고, 이용자와 상대방이 모두 만남에 서면 동의한 경우에 만남을 주선하여야 한다.

3. 상위법령과의 모순·저촉 방지

하위법령으로 규정한 내용이 상위법령과 모순되거나 저촉되는 경우로서 주로 해석규정으로서의 집행명령에서 문제되나, 위임받아 정한 내용이 위임근거가 포함된 당해 상위법령의 다른 규정이나 다른 상위법령과 충돌할 수도 있다. 대법원은 모법과 시행령의 다른 규정들과 그 입법 취지, 연혁 등을 종합적으로 살펴 모법에 합치되는 해석이 가능한 경우가 있다면 무효로 선언해서는 안 된다고 판시하여 규범조화적 해석을 추구한다.⁷¹⁾

법률 내용에 부합하지 않는 경우로서 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령」 제76조의2 개정사례(대통령령 제29318호)를 들 수 있다. 책임이 경미한 위반행위 등에 대해 입찰참가자격 제한 대신 과징금을 부과하는 제도를 활성화하기 위해 책임이 경미한 사유 등을 정비하여 명확히 하려는 것이 개정 취지였다.⁷²⁾ 입법예고안에는 입찰 참가자격 제한을 갈음하여 과징금을 부과할 수 있는 대상을 규정하고 있었다. 그런데 여기에는 서류의 위·변조, 부정행사 또는 허위서류 제출(제76조제1항제1호가목), 고의의 무효입찰(같은 호 나목), 입찰참가방해(같은 호 라목), 증과실에 의한 원가 등 산정 오류(같은 항 제2호나목), 고의 또는 중대한 과실로 인한 부실 타당성조사(같은 항 제2호다목) 등 책임이 경미한 경우에 해당하는 것으로 보기 어려운 사항이 포함되어 있었다. 더구나 법률의 위임조항 역시 “부정당업자의 책임이 경미한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우”로 규정되어 있어 대통령령에서 명확성을 확보해도 경미한 책임으로 한정하려는 모법의 의도에서 벗어나는 것으로 볼 수 있었다. 당시 위법성을 회피하기 위하여 이러한 항목들을 개정대상에서 제외하여 공포된 바 있다.

대통령령 제27475호로 개정된 것	입법예고안(2018. 5. 30)
제76조의2(과징금 부과)의 세부적인 대상과 기준) ① 법 제27조의2제1항제1호에서 “부정당업자의 책임이 경미한 경우로서 대통령령으로 정하는 경우”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. 다만, 법 제27조제1항제2호, 제4호부터 제7호까지, 이 영 제76조제1항제1호가목·나목·라목, 같은 항 제2호나목부터 라목까지, 같은 항 제3호나목 또는 다목에 해당하는 자는 제외한다.	제76조의2(과징금 부과)의 세부적인 대상과 기준) ① ----- ----- ----- ----- 제7호까지 ----- ----- ----- -----

71) 대법원 2001. 8. 24. 선고 2000두2716 판결; 대법원 2019. 7. 10. 선고 2016두61051 판결.
 72) 기획재정부공고 제2018-91호 국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률 시행령 일부개정령(안) 입법예고 조문별 제·개정이유서(2018. 5. 30.), 11쪽.

대통령령 제27475호로 개정된 것	입법예고안(2018. 5. 30)
1. ~ 4. (생략) 〈신설〉 〈신설〉	1. ~ 4. (현행과 같음) 5. 제36조제16호에 따른 입찰공고 내용의 중대한 오류 등으로 인해 입찰금액이 잘못 산정되어 계약체결·이행이 곤란한 경우 6. 금액단위의 오기 등 명백한 단순착오로 가격을 잘못 제시하여 계약을 체결하지 못한 경우
5. (생략) ②·③ (생략)	7. (현행 제5호와 같음) ②·③ (현행과 같음)

4. 형식적 위임에 의한 법률사항 규정의 문제

법률에 위임근거가 있으면 하위법령 규정은 위임범위를 벗어나지 않는 한 일용 법률에 적합한 것으로 여겨진다. 그러나 형식적으로 법률의 위임을 받았으나 실질적으로는 권리·의무에 변동을 초래하는 사항이어서 하위법령에 규정하기 어려운 경우가 있다. 특히, 행정행위의 핵심요건이나 존속기간과 같이 그 효력에 결정적 영향을 미치는 사항은 하위법령으로 위임하는데 신중을 기하여야 할 것이다.

「규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법 시행령」 제6조제1호에서는 지역특화발전특구계획의 내용으로서 특구의 지정기간을 규정하고 있는데,⁷³⁾ 일단 형식적으로는 「규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법」 제9조제10항에 근거를 두어 “대통령령으로 정하는 사항”을 규정한 것으로 보인다. 그런

73) 법률 제15852호로 전부개정되기 전의 「지역특화발전특구에 대한 규제특례법」 제7조제1항제10호에서는 “그 밖에 특구지정에 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항”을 규정하고 있었으나, 대통령령 제29693호로 전부개정되기 전의 「지역특화발전특구에 대한 규제특례법 시행령」 제5조제1항에서는 특구의 지정기간에 관한 규정을 두고 있지 않았으며, 같은 항 제1호에서 에 근거하여 특화사업의 시행기간을 규정하면서 사업의 종료 시점을 정하기 어려운 경우는 기재를 생략할 수 있도록 규정하고 있었다.

데 지역특화발전특구의 지정기간이 경과하면 특별한 조치가 없어도 법률상 각종 규제에 대한 특례, 인·허가 의제 등의 효력이 종료되므로 과연 “그 밖의 사항”에 묶어서 하위법령으로 위임하여 규정할 수 있는 성격의 것인지 매우 의문이 든다. 이에 대해서는 제도 자체가 아닌 효력지속기간과 같은 제도의 설계방식을 국회전속사항으로 보기는 어렵다는 반론이 제기될 수 있겠지만, 법률에서 효력의 종료에 대해서 아무런 언급이 없으면 취소나 철회가 되지 않는 한 그 행위의 효력은 지속되는 것으로 믿을 수밖에 없기 때문에 하위법령에서 효력 규정이 갑자기 등장하는 것은 예측가능성의 측면에서 문제가 있는 것으로 보인다. 더구나 대통령령으로 “지정기간”을 신설하면서 종전 규정에 따라 지정기간 없이 지정된 특구의 효력에 관한 경과조치 등을 두지 않아 종전의 특구는 특별한 종료시점이 없이 지속되는지 아니면 종전 규정에 따라 지정된 특구에 대하여 변경지정절차를 거쳐 지정기간을 추가해야 하는지에 대한 집행상 혼선도 발생할 우려가 있다고 본다.

규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법	규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법 시행령
<p>제9조(지역특화발전특구계획) ① 특화특구 계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 특화특구의 명칭·위치·면적 및 대외적 표시방법 2. 특화특구지정의 필요성 3. 특화사업 및 특화사업자 4. 특화특구토지이용계획(제64조제1항·제3항 및 제65조제1항에 따른 토지이용에 관한 규제특례의 전부 또는 일부를 적용받거나 승인받은 특화특구토지이용계획을 변경하여 적용받으려는 경우만 해당한다. 이하 같다) 5. 특화특구에서 적용되는 규제특례(제2장 제2절의 규제특례를 말한다. 이하 제2장 	<p>제6조(특화특구계획) 법 제9조제1항제10호에서 “대통령령으로 정하는 사항”이란 다음 각 호의 사항을 말한다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <u>특화특구의 지정기간</u> 2. 특화사업의 시행기간 3. 법 제7조제1항에 따른 주민 등의 의견청취 결과 4. 법 제7조제2항에 따른 지방의회의 의견청취 결과 5. 특화특구지역이 표시된 지형도면 또는 지적도(「토지이용규제기본법 시행령」 제7조에 따라 작성된 것을 말한다. 이하 같다) 6. 법 제28조제2항, 제34조제1항·제2항, 제35조제3항, 제36조제4항, 제43조제

규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법	규제자유특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법 시행령
<p>까지 같다) 및 그 필요성과 적용범위 등 규제특례 적용 여부를 결정하는 데 필요한 세부 자료</p> <p>6. 재원조달방법</p> <p>7. 특화특구 및 인근지역의 부동산가격 안정방안</p> <p>8. 제32조제2항, 제44조제5항, 제48조제2항, 제68조제1항·제2항, 제69조제1항, 제70조제1항 및 제71조에 따라 특화특구계획에 포함되어야 하는 사항</p> <p>9. 특화사업으로 조성될 시설의 회원을 모집하려는 경우에는 그 모집에 관한 계획</p> <p>10. 그 밖에 특화특구지정에 필요한 사항으로서 대통령령으로 정하는 사항</p>	<p>2항, 제44조제3항·제4항, 제46조제1항부터 제3항까지, 제58조, 제70조제1항 및 이 영 제32조제3항에 따라 조례로 정하는 사항의 주요 내용</p> <p>7. 법 제62조제1항에 따라 시·군·구 도시계획위원회의 심의를 거친 경우에는 그 결과</p>

V. 결론

헌법은 제75조와 제95조는 제40조의 국회 중심 입법의 원칙을 준수하면서 정책 환경의 복잡 다기화로 인하여 국가의사결정을 의회에 독점시킬 수 없는 현실을 반영하여 입법부와 행정부에 정책형성기능을 분담시킨 것으로 볼 수 있다. 특히, 헌법 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여 위임”하라는 문구는 포괄위임입법금지원칙의 근거인 동시에 위임입법의 근거와 한계가 된다.

위임입법이 무효로 선언되는 경우는 모법의 위임근거규정이 포괄위임입법금지원칙에 위배되어 존속근거가 없어지는 경우와 위임입법 자체에 문제가 있는 경우로 나눌 수 있다. 후자는 하위법령 자체가 모법에 근거를 두고 있지 않거나, 위임범위를 벗어나 규정된 경우, 위임받아 정한 내용이 상위법령에 위배되는 경우, 형

식적으로 법률의 위임을 받았으나 내용적으로는 하위법령에 규정하기 어려운 경우 등으로 세분할 수 있다.

위임입법의 위법성을 평가하는 기준으로 대법원과 헌법재판소 모두 명확성에 기초하고 있는 것으로 보인다. 즉, 위임문구 자체, 입법취지, 다른 조항과의 체계 등을 종합적으로 고려하여 위임근거규정 및 위임입법의 적법성을 판단하되, 여러 해석 중 상위법령에 부합하는 해석이 있으면 무효로 보아서는 안 된다. 법률에서 위임의 명확성이 다소 부족하다고 하더라도 행정부의 법률집행의무에 비추어볼 때 일단은 하위법령을 마련할 의무가 있는바, 미연방대법원에서 확립한 Chevron 2단계의 합리성 심사(reasonableness review)에 따라 행정입법을 존중하는 방향으로 위헌위법심사를 하는 것이 바람직하다.

위임입법의 적법성을 평가하는 요체는 상위법령의 의도와 다르게 하위법령 규정으로 상위법령 내용을 실질적으로 변경시키는지 여부에 있다고 할 것이다. 명확하지 않은 위임근거규정과 모법에 근거가 없는데도 실체적 내용을 규정하거나 위임 범위를 벗어나거나 상위법에 위배되는 위임입법은 정비할 필요가 있다.

법치주의 하에서 정책목적은 법률 제1조의 입법목적으로 표현된다고 할 수 있다. 오늘날 적극행정 기조에 따라 법률의 목적달성을 위해 대통령령에 세부사항을 두는 경우에도 실체적 내용이 포함되어 있다면 입법과정에서 위임입법의 근거와 한계의 준수 여부를 심사할 필요가 있다.

참고문헌

1. 한국문헌

[단행본]

- 김남진·김연태, 행정법 I(제24판), 법문사, 2020.
 김남철, 행정법 강론(제6판), 박영사, 2020.
 법제처, 법령 입안·심사 기준, 2019.
 법제처, 세법 입안·심사 매뉴얼, 2018.
 심경수, 헌법(제2판), 법문사, 2020.
 하명호, 행정법(제2판), 박영사, 2020.
 한수용, 헌법학(제10판), 법문사, 2020.
 허영, 한국헌법론(전정15판), 박영사, 2019.

[논문]

- 고현환, “행정입법 한계의 기준에 관한 법리”, 『법학연구』 제36집, 한국법학회, 2009.
 권태웅, “행정입법에 대한 국회 관여의 근거와 한계”, 『법제연구』 제57호, 한국법제연구원, 2019.
 김항규, “거버넌스 하에서의 법치행정의 과제”, 『한국공공관리학보』 제18권 제2호, 한국공공관리학회, 2004.
 김환학, “법률유보: 중요성설은 보장행정에서도 타당한가”, 『행정법연구』 제40호, 행정법이론실무학회, 2014.
 이부하, “포괄위임입법금지원칙에 대한 헌법재판소 견해에 대한 평가”, 『법학논총』 제29권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2016.
 이해진, “세브론원칙의 수정으로서 중요문제원칙(Major Questions Doctrine)”, 『공법학연구』 제21권 제1호, 한국비교공법학회, 2020.
 이해진, “입법권 위임금지법리로서의 법률유보: 법률유보에 대한 헌법과 행정법의 정합적 이해”, 『공법학연구』 제20권 제4호, 한국비교공법학회, 2019.
 전종익, “포괄위임금지원칙의 심사기준”, 『아주법학』 제7권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2013.

[기타]

- 김중권, “행정판례의 최근 동향 및 분석”, 법제처 특강자료, 2018. 3. 21.

2. 외국분헌

Alfred C. Aman, Jr., *Administrative Law and Process*, Matthew Bender, 1993.

Ronald A. Cass, "Delegation Reconsidered: A Delegation Doctrine for the Modern Administrative State", 40 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y*, 2016.

Robert L. Fischman, *Administrative Law*, Indiana University class pak, 2006.

Marla D. Tortorice, "Nondelegation and the Major Questions Doctrine: Displacing Interpretative Power", 67 *Buff. L. Rev.* 1075, 2019.

논문 투고일: 2020. 10. 28.

심사 완료일: 2020. 11. 19.

게재 확정일: 2020. 12. 01.

[Abstract]

Limitation of Delegated Legislation and Criteria of Legislation Innovation

Tae Woong Kwon* · Bo Cook Seo**

This article examines the limitation of delegated legislation under the provisions of Article 75 and Article 95 of the Constitution of the Republic of Korea and intended to consider room for legislation innovation. It is practically impossible to formulate all policies solely by the Legislature and the same can be said of legislation as policy means. Article 75 and Article 95 of the Constitution work as a legal basis and limitation of administrative legislation which is introduced as a legal form therein. In particular, principle of non-blanket-delegation calling for “delegat[ion] with the scope specifically defined”(Article 75) may be regarded as a command of an instruction to the Legislature(the National Assembly) making Acts containing a basis of delegation to administrative legislation.

The Executive branch which has a responsibility to enforce Acts enacted by the Legislature should establish rules and regulations even if a provision thereof is unclear or ambiguous. And then a clear and specific legal basis should be made in an Act through legislation innovation.

In addition, two step test in accordance with the Chevron deference(1st step: De novo review, 2nd step: reasonableness review) hold by the U.S. Supreme Court can be referred to as main standard of judicial review in order to check legality and justification of administrative legislation. Particularly, the 2nd step review of the Chevron test will be useful to make delegated regulation if a provision of an Act is unclear or ambiguous; or general empowerment clause is prescribed.

According to Supreme Court of Korea and Constitutional Court of Korea, the concreteness and clarity of a certain provision shall be determined organically and systematically by comprehensive view on the whole provisions of related laws, not by the provision only. That is, it is sufficient for anyone can predict contents of a subordinate provision roughly in view of ground provision(s) of delegation in a parent law. Delegation to the Presidential Decree,

* Ph.D. in Law Candidate, Chungnam National University

** Corresponding author, Professor, Chungnam National University Law School

the Ordinance of the Prime Minister, the Ordinance of the Executive Ministry is a principle of the Constitution. Furthermore, Delegation to the administrative rules is also allowed.

Provisions without legality or justification, e. g. a provision changing substantive contents of parent law without legal basis therein, a provision deviating from delegation range, a provision contradictory to the purpose of parent law, and a provision in conflict with contents of parent law, should be improved. A parent law may be revised in order to set up a basis of delegation to a subordinate statute if it is necessary to maintain the policy system of the subordinate statute.

Key Words: Delegated Legislation, Principle of Non-Blanket-Delegation, Principle of Definiteness, Legislation Innovation, Chevron Test

