

研究報告 91-13

# 立法理論研究(I)

—立法基礎理論과 立法技術—

研究者：朴 英 道(責任研究員)

한국법제연구원



# 發 刊 辭

現代國家에 있어서 사회생활의 複雜化와 국민들의 意識進歩에 의해 立法은 법 현실의 가장 중요한 作用으로서 法生活의 영역에 결정적인 役割을 부여받고 있습니다. 특히 福祉國家를 지향하는 오늘날에 이르러서는 각종 사회적·경제적인 현실의 諸問題에 능동적으로 대처할 필요성에서 國家는 국민생활의 광범위한 分野에 걸쳐 法的 統制를 가하지 않을 수 없게 됨으로써 國民生活에 대한 立法의 중요성은 매우 증대하고 있는 실정이라고 할 수 있습니다. 이와 같이 국민생활에 대한 立法比重의 增大現象은 立法에 관한 전문적인 지식을 체계적인 方法으로 파악하고 습득할 수 있는 學問分野인 『立法學』이 필요함을 示唆하는 것이라고 할 수 있을 것입니다.

그러나 현재 우리나라에서의 立法學이라는 학문체계의 展開는 아직 構想段階에 그치고 있으며, 현재의 研究成果 역시 구체적인 學問領域으로서의 구축으로서는 미흡하다고 할 수 있습니다. 따라서 합리적인 立法을 위하여 學問적으로 근거가 제시된 作用指針을 설정하는 것도 현재까지는 基礎段階에 머무르고 있습니다. 그러한 관점에서 이 研究報告書는 앞으로의 立法研究에 의미있는 土臺가 될 수 있는 몇 가지 前提를 제시하고 있습니다. 특히 국내외에서 축적된 주요연구자료를 토대로 하여 立法學의 基礎理論을 검토함으로써 앞으로 實用法學으로서의 立法學이 성립할 수 있는 實際的 可能性을 모색하고 있습니다. 이 기초적인 研究를 계기로 앞으로 우리 學界 및 實務界에서 立法에 관한 체계적인 연구가 진행되어, 國家的 法定立에 관한 포괄적인 學問의 研究領域이 구축될 수 있

기를 바랍니다. 또한 앞으로 본 研究院은 계속하여 立法에 관한 基礎理論研究뿐만 아니라, 實務指向的인 立法學의 發展方向을 제시하는데 많은 努力과 研究을 진행할 예정입니다.

마지막으로 本 研究報告書가 立法研究를 추진하는 관계기관 및 연구자들에게 유익한 시점이 제공되기를 기대하며, 研究遂行過程에 있어 많은 수고를 한 研究者 및 자료제공·자문 등 協助를 아끼지 않은 관계자 여러분께 感謝를 표하는 바입니다.

1991年 11月 1日

韓國法制研究院  
院長李世薰

# 目 次

第1章 立法學序說 .....	11
第1節 立法學의 意義와 性格 .....	11
第2節 立法學의 對象과 課題 .....	17
第3節 立法學의 研究方法論 .....	33
I. 法解釋學과 立法學 .....	34
II. 憲法學과 立法學 .....	35
III. 法社會學과 立法學 .....	36
IV. 法哲學과 立法學 .....	38
V. 政治學과 立法學 .....	39
第4節 外國의 立法學研究의 現況 .....	43
第5節 우리나라의 立法學研究의 現況 .....	53
第2章 立法의 意義와 指導原理 .....	58
第1節 立法의 意義와 機能 .....	58
I. 立法의 意義 .....	58
II. 立法의 機能 .....	61
1. 市民的 法治國家에 있어서의 立法의 機能 .....	61
2. 社會的 法治國家에 있어서의 立法의 機能 .....	64

III. 立法의 危機現象과 對應 .....	69
1. 法學的 觀點에서 본 法的 規範化의 限界 .....	71
2. 規範의 洪水 .....	73
3. 法律의 調整可能性의 缺如 .....	77
第2節 立法의 指導原理 .....	79
I. 意 義 .....	79
II. 平等의 原則 .....	81
III. 比例의 原則 .....	84
1. 適合性의 原則 .....	87
2. 必要性의 原則 .....	89
3. 狹義의 比例原則 .....	90
IV. 明確性의 原則 .....	92
第3節 理想的 立法 .....	97
I. 意 義 .....	97
II. 理想的 立法을 위한 要求條件 .....	99
1. 公的課題, 規律利益과 規律必要性의 存在 .....	99
2. 立法目的과 內容의 明確性 .....	101
3. 立法의 實效性과 適合性 .....	102
4. 現在의 規範的 制約과의 調和 .....	103
5. 國民에 대한 公平性 .....	103
6. 實效性의 統制와 執行力의 統制의 可能性 .....	104

第3章 立法政策 .....	108
第1節 立法政策의 意義 .....	108
I. 法과 政策 .....	108
II. 立法學과 立法政策 .....	110
第2節 立法政策의 理論的 構造 .....	114
I. 立法政策의 一般的 基準 .....	114
1. 諸理念의 調和와 方向性의 調整 .....	116
2. 立法政策基準으로서의 正義 .....	116
3. 個人의 利益과 全體의 利益 .....	118
4. 進歩와 安定 .....	119
II. 立法政策에 있어서 主體·時間·空間 .....	119
1. 主體의 問題 .....	119
2. 時間의 問題 .....	120
3. 政策의 空間的 延長의 問題 .....	120
第3節 立法政策의 評價 .....	122
I. 立法政策過程의 點檢 .....	122
II. 立法政策點檢의 具體的 過程 .....	124
1. 立法政策의 立案·決定過程 .....	124
(1) 問題形成段階 .....	124
(2) 對策立案段階 .....	128
(3) 行動計劃段階 .....	130
2. 立法政策의 實施過程 .....	130

III. 立法政策의 全體的 評價 .....	132
1. 政策의 選擇과 全體的 聯關 .....	132
2. 政策의 有效性的 考慮 .....	134
第 4 章 立法技術 .....	137
第 1 節 立法技術의 意義 .....	137
I. 立法技術의 概念 .....	137
II. 立法技術과 立法學 .....	139
第 2 節 立法技術의 主要準則 .....	142
I. 意 義 .....	142
II. 法的 適格性 .....	143
III. 法的 正當性 .....	144
IV. 法的 協調性 .....	146
第 3 節 立法技術의 實際的 適用 .....	148
I. 立法의 體系 .....	148
1. 意 義 .....	148
2. 外部的 體系와 內部的 體系 .....	149
3. 立法에 있어서 體系의 機能 .....	150
4. 立法體系의 基本原理 .....	152
(1) 所管事項의 原理 .....	152
(2) 形式的 效力의 原理 .....	158
(3) 後法優先의 原理 .....	162



(4) 特別法優先의 原理	168
II. 立法의 表現	171
1. 立法에 있어서 言語	171
2. 立法에 있어서 表現指針	174
(1) 表現의 正確性	176
(2) 表現의 平易性	179
3. 立法表現의 具體的 方法	180
(1) 法令의 用字	180
(2) 法令의 用語	181
(3) 기타의 立法表現	184
III. 立法의 基本形式	187
1. 意 義	187
2. 條文의 配列形式	189
(1) 題 名	189
(2) 章·節등의 區分	191
(3) 條·項·號·目	192
3. 總則에 관한 事項	193
(1) 目的規定	193
(2) 趣旨規定	194
(3) 定義規定	195
(4) 解釋規定	196

4. 實體規定에 관한 事項	198
(1) 事業團束法規	198
(2) 助成法規	202
(3) 資格賦與法規	205
5. 補則에 관한 事項	208
(1) 報告의 提出등	208
(2) 出入檢査 또는 調査	210
(3) 聽 聞	213
(4) 行政行爲의 附款	217
(5) 行政審判·行政訴訟	219
(6) 損失補償	221
(7) 手數料·使用料에 관한 事項	223
(8) 委任規定	225
6. 罰則에 관한 事項	229
(1) 意 義	229
(2) 罰則의 規定方法	231
(3) 犯罪構成要件의 明示	231
(4) 過失犯의  경우	233
(5) 法定刑의 規定方式	234
(6) 兩罰規定	239
(7) 過怠料의 問題	241
(8) 課徵金의 問題	242
(9) 罰則規定의 委任	244

7. 附則에 관한 事項	245
(1) 意 義	245
(2) 施行日에 관한 規定	248
(3) 既存法令의 廢止에 관한 規定	250
(4) 經過措置에 관한 規定	250
(5) 罰則에 관한 經過規定	256
8. 改正·廢止의 方式에 관한 事項	260
(1) 一部改正의 方式	261
(2) 全部改正의 方式	263
(3) 廢止의 方式	264
(4) 改正方式의 具體的 檢討	265
第5章 結 論	280
<參考文獻>	286



# 第 1 章 立法學序說

## 第 1 節 立法學의 意義와 性格

近代的 法治國家의 成立과 더불어 制定法에 절대적 가치를 인정하는 法實證主義(Rechtspositivismus)가 발전하면서 個人과 個人의 관계나 個人과 國家의 관계가 法律에 의하여 規制받게 되어 많은 法律이 制定되기에 이르렀다. 이와 같은 制定法의 進展은 宗教·倫理·道德과 같은 기존의 社會規範으로 부터의 法의 分離와 獨立을 의미하는 것이었다. 制定法의 主종을 이루는 것이 法律이기에 法律이 바로 法을 의미하게 되고, 따라서 法治國家는 바로 法律國家(Gesetzestaat)를 의미하는 것이나 다름이 없는 狀況을 낳게 되었다.<sup>1)</sup>

그러나 이와 같은 법 내지는 法律實證主義의 進전은 自然히 입법자에 의하여 만들어지는 法律의 內容과 그 法에 의하여 規律을 받는 一般人의 法意識間의 괴리를 가져올 위험을 낳았으며, 실제로 그러한 現象을 가져오기도 하였다. 즉 傳統的 法學인 法解釋學은 法官이 裁判을 행하거나 官僚가 行政을 하는데 있어서 근거로 하고 適用하여야 할 法規範을 組織的·體系的으로 명확히 하는 것을 目的으로 하여, 法規範相互間의 論理的 關係를 탐구하는데 重點을 두는 理論法學이었다.

---

1) Günter Püttner, 「Der Rechtsstaat und seine offenen Probleme」, Die Öffentliche Verwaltung(DÖV), 1989, S. 137 ff.

그러나 18世紀末이후의 資本主義經濟體制의 수립당시에 制定된 近代市民法은 資本主義가 高度로 발달한 19세기말에는 法과 社會現實의 괴리가 심각하여 지면서 制定法의 形式的 論理만을 중시하여 解釋하는 概念法學的 法解釋學으로는 이미 타당한 解決을 기대할 수 없게 되면서 制定法의 拘束으로 부터 法官을 解放하여 條理와 信義則등을 도입하여 法官이 自由로이 法을 발견하고 창조할 것을 인정하는 自由法學이 일어나게 되었다. 또한 社會工學의 方法을 도입하여 일정한 法的 結論이 社會에 부여하는 영향과 효과를 測定하여 그 認識과 豫測에 따라서 有效한 法的 統制의 規律을 定立하려는 社會學的 法學등이 생겨났다. 그러나 그것은 아직 裁判이나 立法을 위한 理論法學이며, 法現象을 實證的·科學的으로 관찰하고 그것을 지배하는 法則을 탐구한다는 엄밀한 意味의 科學이 아니었던 것이다.

그러면 個人과 個人의 관계가 權利·義務關係로서의 性質을 띠워가고 있는 現代社會에 있어서 法律이 社會規範으로서의 機能<sup>2)</sup>을 제대로 확보하기 위해서는 어떠한 方法論을 구비하여야 할 것인가가 문제된다. 특히 日常的인 일을 法律의 形式을 통해 결정 집행되는 일이 많아지고, 國家機能이 날로 擴大되는 추세에

2) 社會規範으로서의 法律의 機能에 관하여 마이호퍼(Werner Maihofer)는 ① 規制的 機能(행위자가 當爲로 요구된 행위를 하도록 하는 心理的 행위억제력의 행사) ② 統合的 機能(신뢰의 상실을 社會的 規制 가운데 재건) ③ 合理化 機能(社會的 諸關係의 합목적적이고 가치적합적인 규율의 形成) ④ 豫測的 機能(社會體系를 발전적으로 변화시키기 위한 동적 요소)등의 네가지를 지적하고 있으며, 파브로브스키(Hans Martin Pawlowski)는 ① 規範的 機能(평등한 대우를 실현하기 위한 최선의 수단) ② 改善機能(효력있는 法의 改善) ③ 計劃機能(公職者의 합법적 행위의 組織을 위한 수단과 현재의 인식상태에서 미래의 決定을 확보하는 手段) 등의 세 가지를 지적하고 있다. 상세한 것은 Anke Freibert, 「Das ideale Gesetz」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung (Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung—Eine Lehr- und Lernhilfe, Regensburg 1984, S. 28f 參照. 또한 金南辰, 「法律의 機能과 實效性確保」, 月刊考試 1981. 1., 162-167面 參照.

있는 시점에서 法令의 數와 量이 끊임없이 증가하고 있으며, 따라서 일반국민은 물론 專門家들조차 法律의 內容을 자세히 알 수 없게 되어가고 있다.<sup>3)</sup> 또한 法律이 단순히 「政策遂行의 手段(Mittel zur Politikverwirklichung)」<sup>4)</sup>에 지나지 않는다는 것이 널리 인식되고 있어서 그것이 公共福利보다는 特定集團의 利益追求의 수단으로 전락하고 있는 현상에 비추어 볼 때 종래와 같이 國家의 制定法을 단순히 形式論理의 범주를 통하여 解釋하고, 演繹的으로 結論을 導出하는 概念法學的 法解釋學으로서의 現實의 社會關係에 있어서 法律이 가지는 機能을 제대로 파악할 수 없는 것이다. 물론 解釋法學도 단순히 法의 解釋內容을 발견하려는 것이 아니라, 法的理論構成을 구사하여 評價 내지 價値判斷을 한다는 점에서 보다 실천적으로 法을 창조하는 역할을 담당한다.

그러나 오늘날 法律이 目的으로 하는 社會生活의 實體는 技術의 진보에 따라 매우 다양하고 복잡해지고 있다. 이러한 社會關係의 變動에 대응하기 위하여 종래의 法解釋學에 의한 法學의 배치로서는 대단히 미흡하고 또한 危險하기도 한 것이다. 立法이 法規範의 定立을 통하여 일정한 社會秩序를 사실의 世界에 실현하려는 作業이라면 그러한 立法에 관하여 科學的으로 研究하는 學問體系를 수립하는 것이 절실히 요구되고 있는 것이다.

法學에 있어서 그와 같은 方法論的 變化·發展은 이제 法學의 한 분야로서 「立法理論(Gesetzgebungstheorie)」 또는 「立法學(Gesetzgebungslehre, Gese-

3) Hans Jochen Vogel, 「Zur Diskussion um die Normenflut」, Juristen Zeitung (JZ), 1979, SS. 322-323. 李鳴九, 「法の 인플레이와 法治主義의 方向」, 現代公法の 理論(牧村金道稔 博士 回甲記念), 學研社 1982, 246面.

4) Theo Öhlinger, 「Planung der Gesetzgebung und Wissenschaft」, in: Th. Öhlinger (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis, Wien/New York 1982, S. 5.

tzgebungswissenschaft)」이라는 새로운 學問領域을 形成시키는 단계에 도달한 것 같다.<sup>5)</sup> 그러나 현재 우리나라에서의 立法에 관한 研究는 法の 解釋에 관한 研究와 비교할 경우 대단히 미흡하다고 하지 않을 수 없다. 立法에 관한 研究의 필요성에 관하여 學界가 일반적으로 관심을 둔 것도 겨우 최근에 이르러서이며, 아직까지 그 統一的인 研究部門의 존재조차 보이지 않고 그 方法論議도 거의 찾아볼 수 없는 실정이다. 따라서 立法에 대한 體系的인 研究와 方法論議 또한 그것을 뒷받침하는 實證的인 研究 특히 그 統一的인 研究가 시급한 것은 말할 것도 없는 것이다.

그 이유는 첫째로, 오늘날의 國民生活에 있어서 立法이 거두는 역할과 영향이 결정적인 重要性을 지니고 있으며, 따라서 立法의 全體像을 종합적으로 研究하는 社會科學의 수립이 시급히 기대되고 있다는 점이다. 둘째는, 立法의 중요부분이 議會에서 定立되는 한 形式的으로는 議會·國民도 立法에 참가하는 것이나, 실제로는 議會·國民도 立法의 過程에서 소외되어 國民과 직결하지 않는 官僚機構와 特殊利益을 대표하는 壓力團體의 수중에 맡겨지고 있음은 주지의 사실이다. 따라서 立法의 過程을 民主的으로, 즉 國民의 利益과 직결하는 立法이 행하여지게 한다는 것이 現代立法의 커다란 課題이기 때문이다.

이러한 점을 고려할 때 立法을 둘러싸고 발생하는 全作業의 解明이 社會科學에 있어서 시급한 課題인 것이다. 그런데 立法의 全體的인 研究를 위해서는 그

---

5) 「立法學(Science of Legislation ; Gesetzgebungslehre)이라는 用語가 최근에 이르러 많이 사용되고 있지만 그 概念에 대하여는 아직 定說이 없다. 立法의 背景을 분석하고 어떠한 立法이 어떠한 利害關係에 의해서 나타나는가에 중심을 두는 立場과, 立法의 技術·用語, 특히 憲法違反을 피하면서 法規의 草案을 작성하는 등의 實際的 目的에 중심을 두는 立場등이 있어 각기 그 立場에 따라 概念을 달리하고 있다. 다만 法解釋學이나 理論法學과는 달리 현실적인 立法過程을 중시하고 있다는 점에서는 공통되고 있다.」 「政治學大辭典」, 博英社 1988, 1245面.



各 研究分野, 예컨대 立法政策, 立法의 機構와 節次, 立法技術, 立法의 動的 過程 등에 관하여 충분한 研究의 集積이 있어야 한다. 또한 立法學이 現시 점에서 研究課題適格性을 가지는 것이 틀림없지만, 과연 立法學이란 具體的으로 무엇을 말하는 것인지 그 내용은 명확하지 아니하며, 諸外國에 있어서도 論者의 立法에 관한 문제의식과 관심에 따라 그 內容도 매우 多樣하다. 그리고 중요한 점은 오늘날 일반적으로 承認되고 있는 既存의 學問領域, 특히 憲法學의 존재를 前提로 하는 경우 그곳에 역시 또한 그 위에 憲法學으로 부터 相對的으로 독립된 특수한 하나의 法學分野로서의 立法學이라는 것을 構想하는데 어느 정도의 意義가 있는가라는 점이다.

생각컨대 그것은 오로지 그러한 構想이 學問的으로 各별한 有用性이 있는가의 여부와 관련되어 있다고 할 수 있다. 만약 그것이 既存의 學問領域과 거의 그 對象 및 方法의 점에 있어서 중복된다면 새삼스럽게 「立法學」이라는 學問體系는 필요가 없을 것이다. 적어도 「立法學」이라는 學問을 構想하고 제창하기 위해서는 그곳에 스스로 고유한 對象과 方法을 가질 것이 요구된다. 또한 기존의 學問領域의 分化로서는 이미 그러한 對象의 정확하고 統一的인 認識을 기대하기 곤란하거나 또는 기존의 學問領域의 分化로도 어느 정도 認識이 가능하기는 하지만, 그 對象을 보다 정확하고 統一的으로 認識하기 위해서는 既存의 學問領域으로 부터 오로지 그러한 對象을 고유한 것으로 하는 특별한 하나의 學問領域을 分化·獨立시키는 것이 보다 有效하다는 意義가 존재하지 않으면 안되는 것이다. 그러한 견지에서 本 研究 역시 기존의 憲法學으로 부터 상대적으로 獨立한 새로운 法學의 특수한 一部門으로서 立法을 고유의 認識對象으로 하고 그것을 考察하는 「立法學」을 構想해 보려는 것이다.

결국 입법의 前提條件인 法이란 國家目的 내지 社會正義를 달성 實現하기 위

하여 國民에게 그 준수를 强制하는 것이라 한다면, 立法이란 「각각의 社會的 價値와 要求를 法の 領域에 집어넣어 그것을 法的으로 실현하는 作業이며, 諸目的의 法規範化라는 價値關係的 作業내지 基準定立」을 의미한다고 볼 수 있다. 그리고 「立法學」이란 바로 그와 같은 立法을 둘러싸고 발생하는 각종의 問題를 科學的으로 解明함으로써 合理的인 立法을 위하여 學問的으로 근거를 제공하는 學問이라고 할 수 있을 것이다.

그러나 學問的 研究領域으로서의 立法學을 構想하기 위해서는 무엇보다도 立法의 質에 대하여 책임있는 要素에 學問的인 分析이 가능하며 따라서 學問的으로 기초가 마련된 적용의 지침이 획득될 수 있다는 前提가 있어야 한다. 그와 같은 前提를 바탕으로 方向性이 결여된 단순한 作業을 회피하기 위하여 理論的인 관련토대를 마련함으로써 學問的 研究領域으로서의 立法學이 構想될 수 있는 것이다. 그러나 이러한 理論的인 관련토대를 구축하는 作業은 상당한 研究의 集積이 마련되어야만 가능한 것이므로 本 研究에서 「立法學」의 완결된 體系를 기하는 것은 불가능하다. 따라서 本 研究는 현재의 立法學研究의 成果를 토대로 앞으로의 立法學研究에 의미있는 토대가 될 수 있는 몇 가지 前提를 전개시키는 것에 머무르기로 한다.

## 第2節 立法學의 對象과 課題

주지하는 바와 같이 現代國家에 있어서 社會生活의 복잡화와 國民들의 意識進歩에 의해 立法은 法現實의 가장 중요한 作用으로서 法生活의 領域에 결정적인 역할을 부여받고 있다. 특히 福祉國家를 지향하는 오늘날에 이르러서는 각종 社會的·經濟的인 현실적인 諸問題에 대처할 필요성에서 國家는 國民生活의 광범위한 분야에 걸쳐 法的 統制를 가하지 않을 수 없게 됨으로써 國民生活에 대한 立法의 역할과 영향은 매우 증대하고 있다.

그러한 의미에서 立法에 관한 政策·機構 및 組織·技術 등의 연구분야에서 나타나는 다양한 문제가 어떠한 것인가를 전망하고, 法學으로서의 立法學이 어떠한 範圍와 領域위에 成立할 수 있는가를 검토하는 것은 대단히 중요한 것이라 하겠다. 물론 立法에 관한 諸制度나 機構 및 機能 등에 관해서는 종래에도 憲法學·行政學·政治學 등의 分野에서 研究對象으로 되어 왔었다. 그러나 그곳에서는 立法에 관한 統一的이며 體系的인 研究部門이 존재하고 있지 않은 것이 현재의 實情인 것이다.<sup>1)</sup> 또한 그러한 요청에 科學적으로 解決을 부여할 수 있는 「實用法學으로서의 立法學」이 어떠한 範圍와 問題領域을 가지며, 또한 어떠한 시각

1) 「이와 같이 立法學의 研究範圍의 設定에 관한 일정한 典型이 아직까지 세워지지 못하고 있는 것은 立法學이 본격적으로 研究되기 시작한 것이 그다지 길지 않다는 것과 憲法學·行政法學·民法學·商法學 등이 각기 統一的인 法典을 가지고 있거나 또는 적어도 個別法의 集積이라도 이루고 있음에 반하여, 立法學은 그러한 實定法的인 基礎가 없다는 것에서 비롯되는 現象이라고 보아야 할 것이다…」金承煥, 「立法學에 관한 研究-立法의 主體·原則·技術을 中心으로」, 高麗大 博士學位論文(1987. 7), 5面以下 參照.

에서 研究하여야 할 것인가조차 아직 검토되고 있지 않은 것이 현실이다.<sup>2)</sup> 이러한 시점에서 立法學의 對象과 課題를 망라적으로 다루는 것은 현재로서는 不可能하며 다만 몇 가지 事項의 例示를 통하여 그에 대한 接近의 실마리를 풀어보 고자 한다. 근본적으로 立法은 그 結果가 바로 중요한 法源으로서의 制定法이 되는 까닭에 立法을 옳고 바르게 지도할 法學的 原理가 있어야 하지 않을까하는 立法學의 實踐的 必要性은 存在하는 것이다. 그러한 實踐的 目標로 인하여 立法學은 立法이란 무엇인가, 恣意를 排除하는 立法의 指導原理 또는 法的 原則이 존재하는가, 存在한다면 그것은 어떠한 것일까, 立法에 限界가 없는 것일까하는 質問과 함께<sup>3)</sup> 立法學의 對象範圍와 課題를 確定하는 시각이 필요할 것이다.

우선 國內學者들의 견해를 살펴보면, 立法學의 必要性和 課題에 관하여 우리나라에서 최초이고 가장 體系있는 論文을 쓴 바 있는 李康嬾 教授는 「종래의 憲法學 기타 法學一般은 法律制定의 여러 過程에 대하여 많은 관심을 표명하지 않고, 오직 法律制定이후의 問題인 法律의 適用의 問題에 대해서만 깊은 關心을 가져왔음을 否認할 수 없다」<sup>4)</sup>라고 하면서, 그러한 의미에서 종래의 法學을 判例法學이라고 지적하면서 「立法學」으로의 전환을 강조하고 있다. 그래서 同教授는 立法學의 對象과 課題를 다음과 같이 敘述하고 있다. 즉 ① 종래의 憲法學이 그 法律制定의 節次에 관하여 說明을 하고 있으나, 法律의 制定의 문제에 대해서는 無關心하였다. 그러나 최근에 論議되는 立法學은 立法에 영향을 미치는 動機나

2) 「그러나 立法學이 엄밀한 學問이나 어떠한하는 질문과 관계없이 立法을 體系的·學問的으로 研究·分析하여야 할 요청이 존재하는 것이 사실이다. 그리고 立法을 體系的으로 研究·分析하는 活動을 立法學이라 부를 수 있을 것이다…」崔大權, 「憲法學-法社會學的 接近-」, 博英社 1989, 321面.

3) 崔大權, 前揭書, 321面以下 參照.

4) 李康嬾, 「立法學의 課題」, 現代公法學의 諸問題(尤堂 尹世昌 博士停年記念論文集), 博英社 1983, 696面.

要因등 「立法의 生成」에 관계되는 要素를 그 對象에 포함시키고 있다. ② 福祉 國家의 志向에 따라 國家機能이 增大되고 立法對象 또한 擴大되어 法令과 같은 規範의 과잉과 인플레이를 防止하기 위해서는 그 法令의 制定된 이후에 비로소 整備하는 것으로 만족해서는 안되고, 그러한 現象의 原因을 究明하여 그것을 拔本 塞源하는 作業도 立法學의 對象과 課題이다.<sup>5)</sup> 따라서 「立法學은 立法의 過程을 그의 研究對象으로 하고 있다고 할때, 그 立法學은 動態的 立法過程만이 아니라 立法에 있어서의 보다 세부적인 문제 즉 『立法技術』의 문제에 대해서도 그의 領域으로 확장하는 것은 당연하고도 바람직한 일」이라고 敍述하고 있다.<sup>6)</sup>

그리고 同教授는 外國에 있어서는 立法學, 立法理論 및 立法技術에 대하여 활발한 研究가 행하여지고 있으나 그 歷史가 짧기 때문에 아직도 개척되어야 할 分野는 많다고 하고, 그 立法學이 開拓하여야 할 분야 내지 課題를 다음의 다섯 가지로 說明한다. 즉 ① 立法學은 立法의 問題를 實證的으로 考察하는 學問이므로, 다른 學問分野 특히 行政學, 判例法學에서 쌓아놓은 成果를 가능한 한 많이 受容하고, 그 分野의 學者와 共同研究를 추진하지 않으면 안된다. ② 立法學은 計劃에 관한 研究와 밀접한 관련이 있다. 그것은 憲法에서도 「法律」이라는 것을 政策決定의 手段으로 보고 있기 때문이다. ③ 立法學은 立法의 實務와 共同步調를 취하지 않을 수 없다. ④ 立法을 政策決定 및 政策執行의 手段으로 보는 立法學의 입장에서는 이른바 處分法(Maßnahmegesetz)도 훌륭한 法律로서의 品性を 갖는다. ⑤ 立法學은 法律을 政策遂行을 위한 道具로 간주하고, 그러한 점에서 法律을 중요시하고 있지만, 모든 政策의 遂行이 오직 法律을 통해서만 이루어지는 것은 결코 아니라는 점도 간과해서는 안된다. 따라서 政策의 遂行에

5) 李康嫻, 「立法學과 立法技術」, 月刊考試 1983. 6., 25-26面.

6) 同, 前掲論文 「立法學과 立法技術」, 29面.

있어서 法律에 대하여 지나치게 기대하는 것도 禁物이라는 점을 아울러 경고하고 있는 主張에 대해서도 경청할 必要가 있다.<sup>7)</sup>

이상의 見解를 종합할 경우, 同教授는 立法學을 憲法學의 한 分野로서 파악하고 그 對象과 課題를 크게 ① 立法動機(政策) ② 立法過程 ③ 立法技術의 세 가지 分野로 파악하고 있음을 알 수 있다.

그리고 최근 立法學에 관하여 體系的·學問的 研究를 시도하고 있는 崔大權教授는 「종래의 法學이 制定法이 실제로는 누구에 의하여 어떻게 만들어졌던 그것을 묻지 아니하고 일단 만들어진 法規範의 神聖함을 받아들이고 이를 金科玉條로 하여 法規範의 遵守, 法規範이 의도하는 法目的의 실현, 특히 그 效率的인 解釋등에 집착한 나머지 어떻게 하면 좋은 法을 만들 수 있을까하는 事前的·豫防的 法學의 問題에 충분한 學問的·實務的인 관심을 기울여오지 못하여 왔던 것이 우리의 實情」<sup>8)</sup>이라고 力說하면서 立法學의 必要性을 강조하고, 그러한 만큼 立法學의 課題는 어떻게 하면 좋은 立法을 행할 수 있을까, 어떻게 하면 좋은 立法의 結果를 가질 수 있을까 하는 問題를 규명하는 일일수 밖에 없다고 한다.

즉 立法學의 課題는 立法(=法制定行爲 및 結果)을 規律하는 體系的인 法學理論 내지 當爲理論을 開發·發展시키는 일이라 할 수 밖에 없다고 한다.<sup>9)</sup> 그래서 이러한 實踐的 目標로 인하여 立法學은 「立法이란 무엇인가, 恣意를 배제하는 立法의 指導原理 또는 法的 原則이 存在하는가, 存在한다면 그것은 어떠한 것일까, 立法에 限界는 없는 것일까 하는 質問과 함께 立法機關과 過程 및 節次의

7) 同, 前揭論文「立法學과 立法技術」, 32-34面.

8) 崔大權, 「立法學研究-立法辯論을 中心으로」, 法學(서울大) 第31卷1·2號, 1990, 73面.

9) 崔大權, 前揭論文, 73面.

問題, 立法技術의 問題, 立法의 事前的·事後的 統制의 問題등을 포함한다」<sup>10)</sup>라고 지적하고 있다.

또한 立法學에 관하여 國內에서는 最初로 本格的인 學位論文을 作成한 바 있는 金承煥 教授는 「國民의 基本權을 保障하고 그것을 實現시키는 手段으로서의 法律내지는 그 制定의 作業인 立法에 우리가 관심을 가지는 것은 必須的이며 당연한 일이다. 그렇지만 이제까지의 法學, 특히 우리나라의 法學이 어떠한 理由로 여러 면에 대해서 보다 깊은 注意를 기울이지 않았던가는 잘 알수 없는 일이다. 더우기 外國의 경우 立法學은 法學教育의 專攻分野의 하나로서 開設되어 그에 대한 研究가 날이 갈수록 活性化되어 가고 있음을 볼 때에 이에 대한 體系的 研究는 시급한 實情이라고 하지않을 수 없다」<sup>11)</sup>라고 하여 立法學의 必要性을 지적하고 있다.

그리고 立法學의 研究範圍를 어떻게 劃定하는가에 관하여는 아직 뚜렷한 定說이 없는 것으로 보인다고 지적하면서 그 이유를 立法學이 本格的으로 研究되기 시작한 것이 그다지 길지 않다는 점과 立法學은 實定法的 基礎가 아직 없다는 점에서 비롯하는 現象이라고 한다.<sup>12)</sup> 아울러 同教授는 立法學의 研究範圍를 立法理論(立法政策 및 目的의 問題, 立法體系와 立法參與者의 問題, 立法過程의 問題, 民主立法의 要件의 問題), 立法權·立法主體·法律의 概念 및 類型論, 立法原則論, 立法技術論, 立法節次論등으로 세분하여 考察하고 있다.<sup>13)</sup>

한편 立法學이 아직 學問的으로는 완전히 確立되어 있지 않으나, 비교적 具體

10) 同, 「立法의 原則」, 法學(서울大) 第25卷 4號, 1984, 62面 및 「憲法學-法社會學的 接近-」, 博英社 1989, 321-322面.

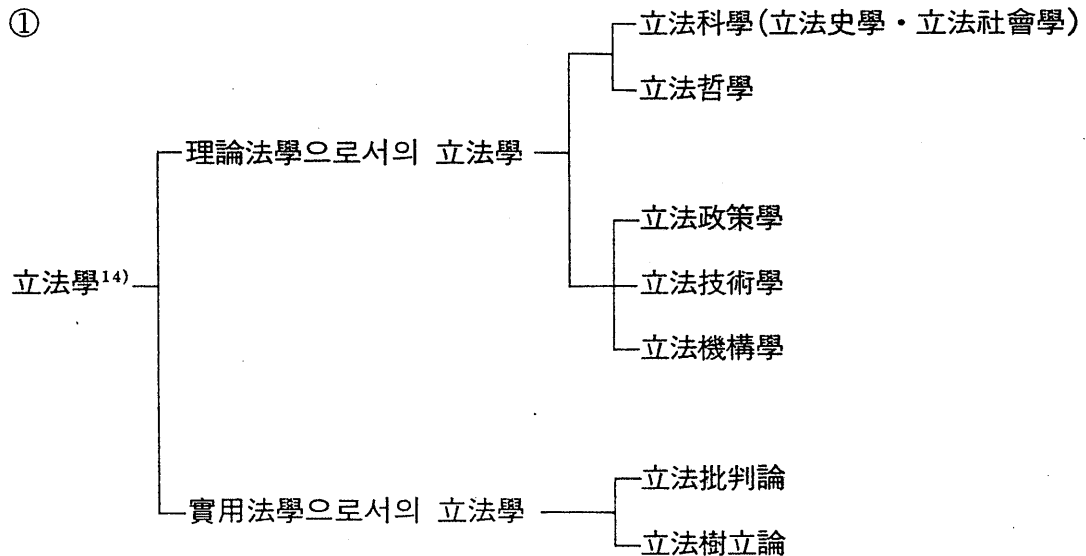
11) 金承煥, 前揭論文, 3面.

12) 同, 前揭論文, 5面以下.

13) 同, 前揭論文, 5-7面以下 參照.

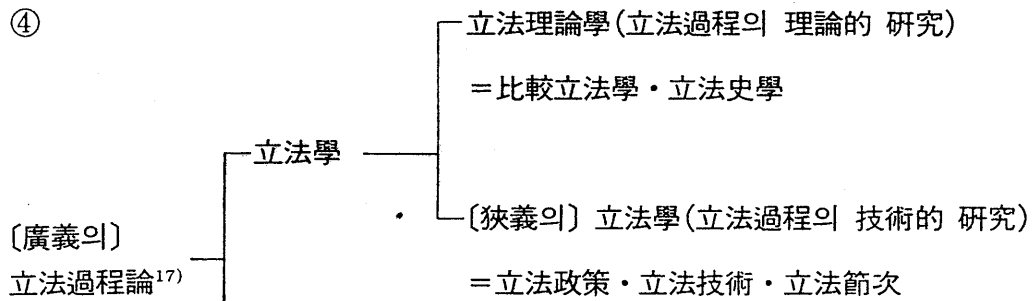
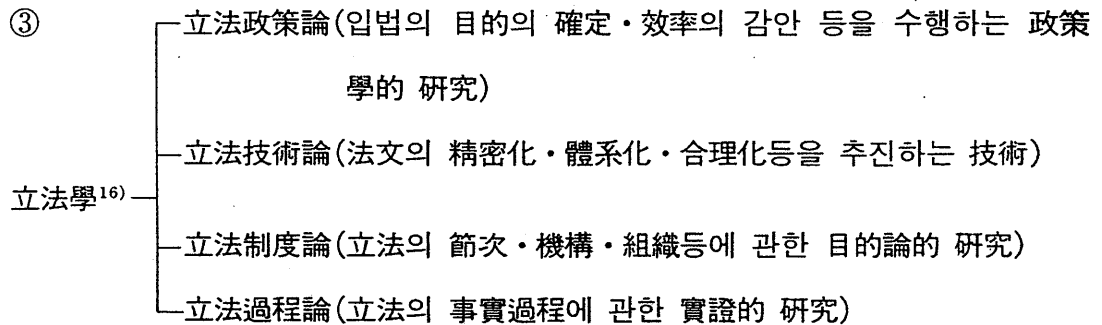
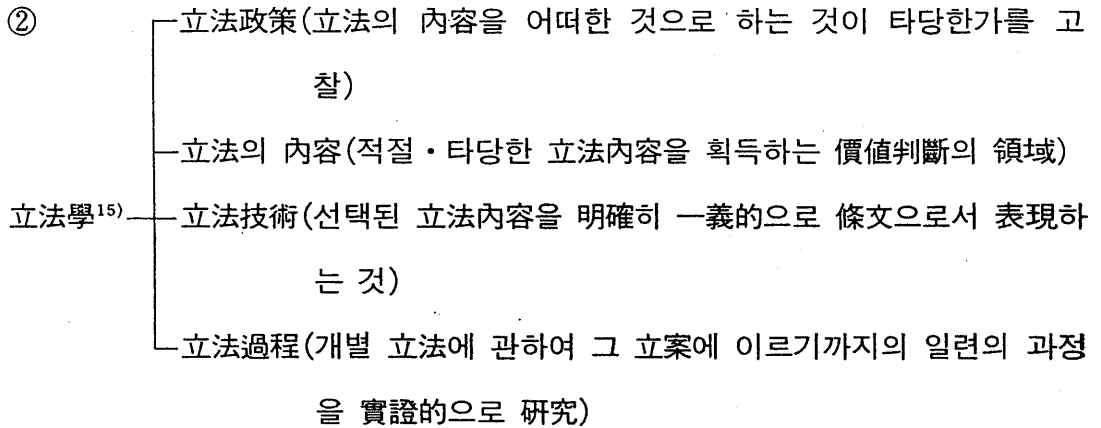
的·體系的으로 研究成果가 集積되어 있는 諸外國에 있어서의 立法學의 對象과 領域 및 課題範圍를 設定하고 있는 學者들의 見解를 몇 가지 살펴보면 다음과 같다.

우선 日本에서는 立法學을 立法이라는 法律實務를 위하여 필요한 技術을 제공 하는 것을 目的으로 하는 「實用法學」으로서 파악하여 그 對象과 課題를 設定하는 견해와 「理論法學」과 「實用法學」으로서의 兩面性을 가진다는 견해로 區分되고 있다. 어쨌든 立法學이 指向하여야 할 그 對象領域과 課題는 論者의 問題意識과 關心에 따라 매우 다양하게 전개되고 있으며, 그것을 圖表로 나타내면 다음과 같다.



14) 松尾敬一, 「立法學の必要性と可能性」, 神戸法學雜誌 第6卷1・2號, 1956, 203面.

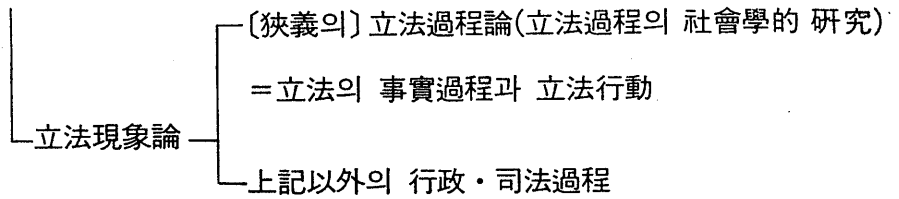




15) 加藤一郎, 「立法學のあり方」, 民事立法學(法律時報 12月 臨時增刊), 法律時報 第53卷 14號, 1981. 12., 6-8面.

16) 小林直樹, 「立法學研究-理論と動態」, 三省堂 1984, 32-33面.

17) 池田政章, 「立法·立法過程」, 日本國憲法體系 補卷(宮澤俊義先生 還曆記念), 有斐閣 1971, 33面.



이상과 같이 論者의 시각에 따라 立法學의 對象과 課題가 다양하게 전개되고 있으나, 立法의 社會的 妥當性·科學性·學問性을 실현하기 위한 실천적인 方法을 研究하는 「實用法學」으로서의 立法學을 成立시키려는 努力이 엿보인다. 그러나 그 學問의 對象領域과 課題를 검토하는 시각이 매우 다양하므로 위의 分析만으로는 정확히 파악할 수 없으나, 일반적으로 立法制度·立法過程·立法技術·立法政策등을 立法學의 對象으로 삼고 있음을 알 수 있다.

한편 立法(學)에 관하여 일찍부터 體系的인 研究가 進行되어 그 理論定立이 具體化되고 있는 獨逸·오스트리아·스위스등에 있어서도 역시 현재의 法學은 判例法學이 주류를 이루고 있으며 또한 國家의 立法에 관한 연구도 立法權의 完成品인 法律이 法學의 주된 對象이 되고 있는 실정이다. 그러나 法學의 한 專門分野로서의 立法에 관한 學問領域을 구축하려는 시도가 활발하게 전개되면서 최근에 이르러는 學問的 基盤과 實務에로의 도입을 겨냥한 하나의 理論으로서 立法學이 적용되고 있는 시점을 나타내고 있다.<sup>18)</sup> 여하튼 立法學을 構想하고 있는

18) 특히 Peter Noll, 「Gesetzgebungslehre」, Reinbek 1973 ; Hans Schneider, 「Gesetzgebung」, Heidelberg 1982 ; Hermann Hill, 「Einführung in die Gesetzgebungslehre」, Heidelberg 1982 ; Harald Kindermann(Hrsg.), 「Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982」, Berlin/Heidelberg/New York 1982 ; Günther Winkler/Bernd Schilcher, 「Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik」, Wien/New York 1981 ; Heinz Schäffer/Otto Triffterer (Hrsg.), 「Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rüdig Gedächtnissymposium」, Baden-Baden 1984등 參照.

주요 學者·實務家들이 제시한 立法學의 對象領域과 課題를 정리하면 다음과 같다.

①

立法 및 法律概念에 관한 方法論

- 問題發見(問題認識·問題의 類型化·問題의 表明·問題의 概念化·다른 學問과의 연관성모색)
- 目標形成(政治的 目的·研究目的·效力의 目的·目的設定者로서의 政府와 議會·目的受領人 및 目的相對方으로서의 行政)
- 道具로서의 計劃
- 事實分析(原因의 調查·經驗의 評價·法律의 介入可能性의 評價·社會的 歷史的 事實)
- 比較法
- 統制의 必要性·規範化의 장애를 고려한 規律 必要性
- 規範定立의 事實的·規範的拘束(法秩序의 단계구조내에서의 規範, 法形式性的의 審査)
- 行政適合성과 實用性的의 審査
- 代案의 起草化(手段과 目的의 관계·規律의 適合性·獨創的 方法論의 發見)
- 實行段階에 들어간 費用

立法學<sup>19)</sup>

19) Karl Heinz Mattern, 「Zur Anwendung der Gesetzgebungslehre」, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., S. 2-3; Der., 「Die Gesetzgebungslehre im Bildungssystem」, in: H. Kindermann(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982, aaO., SS. 271-272. 이와 유사한 分類方法을 취하는 見解로는 P. Noll, Ebd.; G.Winkler/B. Schilcher, Ebd., S.24ff; H. Hill, 「Impulse zum Erfolg eines Gesetzes」, DÖV, 1981, S. 487ff.

立法技術論

- 立案에서 法的制裁에 이르는 過程의 形成(體系的인 秩序化·表現의 精密性和 規律適合性·目的의 有效性)
- 法律用語(國民에 대한 親熟度·理解度)
- 一般化되고 要約된 含蓄적 表現
- 公布 및 施行

立法統制論

- 草案의 審査(시뮬레이션과 計劃의 역할)
- 事後統制(有效性 및 效率性審査)
- 是正(改正節次 또는 轉換)

②

法政策學的 論證論(規範體系에 대한 모순의 研究)

- 法體系의 世界觀的 造化에 따른 實質的·目的論的 再考察
- 관련된 法政策的 근거, 특히 目的分析論·衡量研究·法政策學的 評價 등에 의한 모든 論證構造의 說明
- 法政策的 論證의 構成要素로서의 正義의 理論
- 法的 定義와 措置의 도달을 위한 法社會學的 問題點

立法學<sup>20)</sup>

立法技術論(立法者가 利用하는데 있어서 또한 社會構成員이 요구하는 것을 가능한 한 效率的으로 動機化하는 문제)

- 規範傳達體系를 明確히 하기 위한 수단으로서의 用語整備
- 專門用語의 문제, 定型化된 法律言語, 規範化된 領域의 관련

20) Ota Weinberger, 「Syntaktische und semantische Probleme der Gesetzgebung」, in : Th. Öhlinger(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., SS. 119-171.

- 法體系 가운데에서의 表現과 法條文修正
- 目的에 적합한 體系論의 問題, 指針書
- 設定된 規範主題와 결합없는 規範化의 문제

民主的 節次에 따른 法形成研究(民主的 意思形成節次的 범주내에서  
計劃된 立法의 창조문제)

- 立法計劃에 있어서 公的意見의 수렴과 올바른 形成을 위한 調整 問題
- 民主的 意思形成節次的 범위내에서 民主的 立法創造를 위한 方法論

③

立法에 관한 學問<sup>21)</sup>

(Gesetzgebungswissenschaft:

國家的 法定立의 構造·節次

· 方法論에 관한 研究)

立法理論(Gesetzgebungstheorie)

- 國家的 法定立에 관한 解釋指向의인 學問領域

立法學

(Gesetzgebungslehre)

- 國家的 法定立에 관한 實踐指向의 學問領域

立法節次(論)

- 法定立節次에 대한 問題

立法方法(論)

- 立法者의 非技術的인 作用領域과 관련된 行動指針

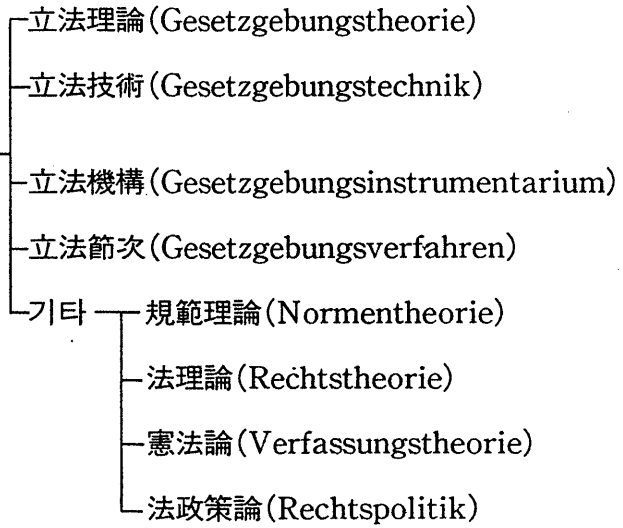
立法技術(論)

- 立法의 形式·敘述에 관한 技術的인 作用指針

21) Burkhardt Krems, 「Grundfragen der Gesetzgebungslehre. erörtert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben insbesondere der Neuregelung des Bergschadensrechts」, Berlin 1979, S. 40.

④

立法(法定立)에 관한 學問<sup>22)</sup>  
(Rechtssetzungswissenschaft)



위의 圖式에서 보는 바와 같이 獨逸등의 國家에서는 立法學의 對象領域과 課題를 설정하는데 있어서 우선 國家的 法定立에 관한 포괄적 學問의 研究領域을 구축한 다음 제기된 課題를 分業的으로 극복할 수 있는 가능성을 제시하고 있다. 따라서 전통적인 學問 또는 理論的인 출발점에 의거하여 概念的으로 또는 立法의 特定機能에 한정하여 그 研究對象領域을 설정하지도 않고 있으나, 대체로 ① 立法의 形式에 관한 技術的인 作用指針으로서의 立法技術(論) ② 立法者의 非技術的인 作用領域과 관련된 것, 즉 規律에 필요한 事案을 탐색하고 目標를 설정하며 手段을 선택하는 方法에 관한 領域등을 그 研究對象 및 課題로서 제시하고 있음을 알 수 있다.

이상과 같이 立法研究의 對象과 課題를 파악하기 위해서 國內外 學者들의 研究成果를 확인하여 보았으나, 이들의 研究業績의 정리토대위에 立法學의 對象과

22) Werner Hugger, 「Gesets-Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung. Ein Handbuch für Praxis und Studium mit einer Einführung von Carl Böhret」, Baden-Baden 1983, S. 33 f.

課題를 정리하여 본다.

우선 一般論으로서 立法學의 實踐的 目的이 立法의 社會的 妥當性—法形成過程·立法內容·法の 社會的 作用過程等—을 추구하는데 있는 이상 立法學에 있어서 그 對象이 되는 立法의 總過程의 科學的 認識과 實踐的 評價判斷은 決定的으로 중요하다. 그런데 立法學의 對象이 되는 立法의 總過程은 ① 政策形成·立案의 段階(立法內容의 決定) ② 立法技術의 段階(立法形式의 決定) ③ 立法制度(機構)·節次의 段階(法成立) ④ 立法內容의 社會的 內部에의 작용의 段階(法の 社會的 適應)를 거친다. 이러한 分析視角에서 볼 때 立法學의 對象과 課題는 ①의 「立法政策論」, ②의 「立法技術論」, ③의 「立法機構論」, ④의 「立法過程論」으로 파악할 수 있다.

첫번째의 「立法政策論」은 일정한 政策 또는 法目的을 設定하고, 그것을 실현하기 위하여 法規의 구체적인 方向과 意味內容을 확정하는 作業을 말하며, 그것이 立法學의 對象이 됨은 물론이다. 그러나 여기에서 問題가 되는 것은 바로 立法의 法理念的 價値가 立法學의 課題가 될 수 있는가의 문제이다. 이점에 관하여 「社會理想을 形式的인 法の 理念으로 생각하는 한 그로부터 一義적으로 一定한 立法政策을 導出할 수는 없으며, 歷史的·現實的인 狀況의 認識과 그에 부응하는 價値的·實踐的인 直觀에 의한 決斷에 의해서 두 가지이상의 立法政策 가운데 어느 것을 採擇할 것인가가 결정되는 것이며, 따라서 모든 立法政策은 社會技術的인 理念的 假說에 불과하다」<sup>23)</sup>라고 하여 그것을 否定하는 견해가 있는 반

23) 小野清一郎, 「立法過程의 理論(2)」, 法律時報 第35卷 1號, 1963. 3., 50面. 또한 「立法의 궁극적 목표의 파악을 立法內容決定過程의 하나로 열거될 수 있으나, 立法學이 實用法學으로서의 領域에서 立法內容의 올바름을 판단하는 임무를 전제로 한 法的 價値의 判斷이 필요하게 되는 경우이며, 立法의 궁극적 목표의 파악을 前提로 하는 한 立法要否의

면 「立法學固有의 課題에서 본다면 적어도 最高價値의 決定問題는 그 任務가 아니다. 立法의 구체적인 目的의 확정·正法의 發見을 위한 보다 合理的인 科學的方法에의 努力은 立法學이 담당하여야 할 任務이며, 社會의 現實에 法價値를 실현시키고 實定法을 社會的 要求에 적응시키기 위하여 立法은 價値와 現實을 合目的으로 매개하는 역할을 담당해야 하며, 世界觀과 價値觀의 충돌이 具體的 立法目的의 定立에 즈음하여 相容되지 않아 相剋을 발생케하는 경우에도 憲法의 原則的 理念과 社會의 현실에 비추어 어느 것을 合理的으로 判斷할 수 없다고 단정하는 것은 이르며 社會의 利害關係와 要求를 가능한 한 客觀적으로 計量하고, 그것에 대해서 어떠한 內容과 方法으로 法的 處理를 해야 할 것인가를 確認하는 것은 전혀 불가능 하지 않다」<sup>24)</sup>라고 하며 具體的인 價値決定의 規準과 原理를 발견하기 위하여 法哲學과의 긴밀한 연락이 필요함을 승인하고 있다.

결국 立法의 理念的 價値의 決定에 관한 問題가 立法學의 課題가 되는가의 여부에 관해서 本 研究者로서는 그것을 檢討할 能力은 없으나, 생각컨대 立法의 궁극적 목표의 파악 및 그 올바른 判斷의 문제는 立法學의 궁극적 課題이며, 立法의 구체적 목표의 設定 및 그 올바른 判斷의 問題를 立法學이 자신의 課題로서 하지 않으면 안되는 이상 그 구체적 목표의 설정 및 그 正邪의 判斷에 즈음하여 무시되어서는 아니되는 중요한 문제이다. 그러나 이 궁극적 목표는 처음부터 先驗적으로 決定되는 것이 아니며, 또한 立法者 내지 立法批評者의 主觀的 價値判斷에 의해 규정되는 것도 아니다. 그것은 歷史的 社會의 발전과 더불어 進化하는 社會的 意識으로서 社會적으로 實在한다. 따라서 그것을 社會學的 研

---

決定·具體的 目標의 設定·立法案作成의 각각의 올바름도 價値에 의해서 좌우된다」, 松尾敬一, 前掲論文, 204面 參照.

24) 小林直樹, 前掲書, 17-18面.



究·調査에 의하여 檢證하는 것은 불가능한 것이라고는 할 수 없을 것이다.<sup>25)</sup>

두번째의 「立法技術論」은 앞서 검토한 立法의 구체적 목적에 言語的 表現을 구사하여 體系的으로 정확·명료한 法文을 作成하는 技術的 問題를 考察하는 領域을 말한다. 좋은 立法을 하기 위해서는 선택된 立法內容을 明確하고 一義적으로 條文으로서 表現하여야 하며, 또한 다른 諸制度와의 사이에 모순이나 충돌이 없이 法體系의 統一性이 확보될 것이 필요한 것이다. 나아가 法의 指導理念의 社會的 現實에 대한 타당한 適應方式에 관하여 社會的 現實에 대한 통찰 및 그에 부합하는 合理的인 法技術의 研究가 필요하다. 물론 立法技術에도 여러 가지의 次元이 있으나, 立法學을 構想하는 거의 모든 學者나 實務家들은 立法技術의 分野를 立法學의 對象과 課題로 하는데에 見解의 일치를 보이고 있다.<sup>26)</sup>

세번째의 「立法機構 내지 組織論」은 종래 憲法學·行政學·政治學 등의 분야에서 활발하게 論議되어온 것으로서, 立法學이 具體적으로 다루어야 할 問題는 그다지 많지 않은 실정이다. 다만 憲法學·行政學·政治學 등의 분야에서 각자의 방식으로 研究된 成果를 立法學의 시점에서 綜合化하고, 立法節次 내지 機構를 거시적으로 檢討하는 것이 立法學의 對象과 課題라고 생각된다. 그러한 의미에서 이 分野는 다음의 立法過程論과 밀접한 關係를 가진다고 할 수 있다.

25) 「...생각컨대 立法目的의 설정이 立法學의 對象이 될 수 있는가에 관한 이러한 다툼은 근본적으로 立法學에 價値의 요소를 도입할 경우 立法의 公正性 내지는 容觀性이 침해될 것인가 아닌가에 관한 다툼에서 비롯된다고 본다. 그러나 立法을 目的과는 무관한 따라서 沒價値的인 作業이라고 보기에는 이론상으로나 실제상으로나 無理가 아닐 수 없다. 왜냐하면 개개의 法律의 制定은 한 國家 또는 그 憲法이 추구하는 기본 目的의 구체화 작업이고, 현실적으로도 立法者는 개개의 法律을 制定함에 있어서 일정한 目的의식하에서, 경우에 따라서는 그러한 目的意識을 法條文에 명기하면서 행동하기 때문이다. ...따라서 立法目的의 設定·發見은 당연히 立法學의 對象으로 삼아야 한다고 생각한다.」 金承煥, 前揭論文, 30面 參照.

26) 李康熾, 前揭論文「立法學의 課題」, 698面; 崔大權, 前揭書, 348面; 金承煥, 前揭論文, 103面; H. Hill, a.a.O., S.96 ff; P.Noll, a.a.O., S. 164 ff.

네번째의 「立法過程論」은 앞서의 立法政策形成·立案의 段階와 立法機構·節次의 단계에 있어서 不合理한 諸力의 영향이 어느정도 배제되고 있는가라는 法形成過程의 妥當性의 확보문제를 제기하는 分野로서, 보다 實效性 있는 立法 및 科學的인 立法論을 전개하기 위해서는 立法過程研究가 필수적인 것이다. 따라서 立法學研究者들은 이 分野를 立法學研究의 發展에 대단히 중요한 것임을 자각하고 있다. 이 立法過程論의 領域은 개별 立法에 관하여 그 立法過程을 實證的으로 研究하는 것과 立法過程의 方式, 즉 立法에 관한 行政府와 議會 등의 역할을 연구하는 것이 포함되고 있다. 특히 法律의 執行이 바로 行政의 任務라는 점을 생각하는 경우에 그 法律에 대한 責任은 議會와 行政府의 兩側에 있다는 점을 주시하지 않을 수 없으며, 따라서 立法學은 필연적으로 立法過程論을 그 研究對象으로 삼지 않을 수 없는 것이다.<sup>27)</sup>

이상이 立法學의 對象과 課題의 總體이며, 이러한 모든 것을 종합하여 그것을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 「立法學」의 研究에는 理論的 研究와 實用的 研究가 있다. 즉 前者에는 「立法政策論」을 포함하며, 後者에는 「立法技術論」, 「立法機構論」, 「立法過程論」이 포함될 수 있다.

둘째, 立法學의 研究對象은 일반적으로 立法의 意味와 目的에 그치지 않고, 그 예비적인 段階부터 문제영역으로 하며 특히 法律의 立案부터 審議·成立에 이르기까지의 立法의 動的인 過程등 立法現象을 검토하는 시각이 있다. 그리고 그곳에는 동시에 立法機構論 내지 組織論을 포섭하여 考察하는 경우가 많다.

---

27) Carl Böhret/Werner Hugger, 「Bessere Gesetz durch Test der Entwürfe」, Zeitschrift für Parlamentsfragen (ZParl), 1979, S. 245-259. 國內에서는 禹炳奎, 「立法過程論」, 一潮閣 1970; 朴東緒(編), 「議會와 立法過程」, 法文社 1985 등을 參照.

### 第3節 立法學의 研究方法論

이상과 같이 立法學의 對象과 課題가 立法政策論·立法技術論·立法機構(組織)論·立法過程論의 考察과 解明에 있다면 立法學의 研究方法論은 그 目的에 적합하고 또한 效果的이지 않으면 안된다. 그러나 앞서 檢討한 바와 같이 立法에 관한 研究의 필요성에 관하여 일반적으로 關心을 두게 된 것도 最近에 이르러서이며, 따라서 그 學問的인 研究部門의 존재조차 미흡한 실정에서 그 方法論을 모색한다는 것은 대단히 어려운 作業이라 할 수 있다. 물론 「立法學」이라는 學問 그 자체는 一定한 立場이나 方法論을 前提로 하는 것은 아니다. 그러나 既存의 憲法學으로 부터 상대적으로 獨立한 새로운 法學의 특수한 一部門으로서 立法을 固有의 認識對象으로 하고 그것을 考察하려는 立法學을 구상한다는 측면에서 볼 때 立法學에 대한 研究方法論의 모색은 필요한 것이기도 하다.<sup>1)</sup> 따라서 立法學의 方法論에 대한 分析을 精밀하게 하기 위하여 既存의 모든 學問내지 科學分野의 研究成果와 方法論을 충분히 섭취하는 것이 필요하다.

결국 立法學도 法學의 한 분야로서 社會科學에 속하는 것이므로 自然科學과는 다른 의미에서 科學性내지 客觀性을 담보 할 것이 요구된다. 특히 한가지의 시점과 方法만으로 그것을 수행하는 것은 거의 不可能에 가까우므로 直接·間接으

---

1) 立法學方法論의 수립에 관한 有用한 것으로는 Th. Öhlinger(Hrsg.), 「Methodik der Gesetzgebung-Legistische Rechtlinien in Theorie und Praxis」, aaO., 및 Charles-Albert Morand, 「Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften」, in : Dieter Grimm/Werner Maihofer(Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, S. 11-17 參照.

로 관련된 事項에 관하여 다양한 대응방법을 통하여 研究方法論을 모색하게 된다.<sup>2)</sup> 社會科學의 경우 檢討하여야 할 問題나 檢討의 視點은 거의 필연적으로 대단히 多樣하므로 法學의 一分野인 立法學도 그 例外가 아닌 것이다. 그러한 意味에서 앞서 검토한 바 있는 立法學의 學問的 性格에 따라서 立法學과 깊은 연관이 있다고 생각되는 社會科學의 諸分野와의 關係를 모색하면서 立法學의 研究方法論을 살펴보기로 한다.

## I. 法解釋學과 立法學

實定法規範의 客觀的 意味를 밝혀내는 法解釋學은 固定된 法律을 대상으로 하는 學問이라고 할 수 있다. 法の 解釋適用의 측면에서 法實現의 타당성과 그 合理的인 進행을 추구하는 그러한 學問이 나름대로의 충분한 存在理由를 가지는 것은 아무도 否認할 수 없을 것이다. 그러나 오늘날 法律이 目的으로 하는 社會生活의 實體는 技術의 進보에 따라 매우 多樣하고 복잡해 지고 있으며, 그러한 社會關係의 變動에 대응하기 위해서도 法解釋學에 의한 法學의 研究方法論은 대단히 위험한 경우가 많다. 특히 解釋·適用되는 法律이 어떻게 制定되는가에 관한 分析과 研究視角을 갖지 않는다면 法學은 立法者의 無知나 恣意로 부터 발생하는 法の 결함과 모순을 지적하지 못하는 空虛한 것이 되고 마는 것이다.

물론 法解釋學도 단순히 法の 解釋內容을 발견하려는 것이 아니라, 法的 理論構成을 구사하여 評價와 價値判斷을 내린다는 점에서 보다 실천적으로 法을 창

---

2) B. Kreams는 「立法에 관한 學問은 현존하는 學問의 여러 分派를 특별한 대상영역에 適用시킴으로써 현존하는 學問의 여러 分派를 상호 結合시켜 研究되어야 하는 國家的 法定立에 관한 學際的 學問(die interdisziplinäre Wissenschaft von der staatlichen Rechtsetzung)으로 定義될 수 있다」라고 한다. Ders., a.a.O., S. 40f.

조하는 機能을 담당한다. 그러나 그것은 역시 法律制定이후의 문제인 法律의 適用의 문제에 국한하여 研究를 진행해온 것이 사실이다. 그러한 意味에서 法解釋學은 개개의 구체적 事件에 적정한 法的 취급을 부여하는 科學的 方法을 연구하는 學問이라면, 「立法學」은 일정한 目的을 위하여 그 目的에 가장 부합하는 法律을 만드는 科學的 方法을 研究하는 學問이라고 할 수 있다. 즉 法解釋學은 法=正義의 思考樣式이 관철되어야 하는 學問分野라면, 「立法學」은 目的=手段의 思考樣式이 상대적으로 優位에 있지 않을 수 없는 분야로 파악되는 것이다.

그러나 그렇다고 해서 法解釋學의 研究方法論이나 研究成果를 立法學이 포기하여야 한다는 것을 의미하는 것이 아니며, 오히려 兩者는 상호 유기적인 연관을 가져야 하는 것이다. 특히 立法學의 領域에서 필수적으로 다루어야 할 立法의 指導原理 또는 法的 原則의 파악에 있어서 法解釋學의 研究方法論과 成果는 대단히 有用한 基準을 제시한다고 할 수 있다.<sup>3)</sup>

## II. 憲法學과 立法學

憲法은 國家의 基本法으로서 國家의 組織 및 作用의 全體에 관한 기본원리를 規定하고 있음은 주지의 사실이다. 그것은 또한 立法·行政·司法의 各 國家機關을 대상으로 그 權限을 확정하는 것이며, 따라서 立法機關인 議會의 立法에 관한 기본방침을 규정하고 있는 것이다. 그리하여 憲法學에서 立法을 그 對象領域으로 하면서 특히 立法權의 所在 및 立法節次에 관한 憲法規定들의 註釋을 위하여 상당한 研究를 하고 있다. 즉 憲法學에 있어서의 立法에 관한 研究는 거의

---

3) 「…法律, 命令 등 制定法의 解釋이란 立法意思(legislative intent)를 밝히는 일이며, 따라서 그것은 바로 立法學의 문제가 된다…」崔大權, 「制定法의 解釋」, 法學(서울大) 第30卷 1·2號, 1989, 122面 以下.

議會制度論의 比較法的 研究, 立法權의 法的性格의 해명과 관련하여 形式的인 法律과 實質的인 法과의 憲法解釋學的 概念分析, 立法機關과 行政機關의 權限배분과 관련한 委任立法의 문제등에 관심을 집중시키고 있으며, 이러한 研究는 憲法學의 主要한 구성부분으로서 憲法學에서 매우 중요한 意味를 가지고 있다.

그러나 憲法學에 있어서 그와 같은 立法研究는 오직 法律制定 이후의 문제인 法律의 適用문제에 대해서만 깊은 관심을 둔 것이라 할 수 있으며, 따라서 法律制定 以前의 段階에 관한 體系的 研究는 종래의 憲法學에서는 그 관심의 대상이 되지 못하였던 것이다. 특히 최근의 憲法學이 종래의 憲法解釋學에서 탈피하여 새로운 觀點에서 그 理論이 구성되어 가고 있는 시점에서 立法을 파악하는 경우에 있어서도 立法에 관한 憲法規定만이 아니라, 立法을 둘러싼 다양한 現象도 아울러 파악하지 않으면 안된다는 인식을 가지게 되기에 이르렀다. 나아가 그와 같은 인식은 傳統的 憲法學으로서는 考察할 수 없는 方法論上의 한계를 더욱 의식하게 되었고, 따라서 그 결과 종래의 憲法學으로 부터 상대적으로 獨立한 一法學分野로서의 「立法學」을 요청하기에 이르렀다.

그러나 「立法學」의 學問性이 아직 완전히 定着되어 있지 않은 시점에서 그것을 憲法學과 정확히 區分한다는 것은 대단히 어려운 것은 사실이다. 따라서 장차 「立法學」이 기존의 憲法學과는 다른 명확한 方法論的 기초하에 하나의 完結된 體系를 구비한 學問으로서 形成되기 까지에는 憲法學과 立法學은 현재 그 學問領域과 對象 및 方法의 점에서 중복되는 것이 상당히 많은 것이 사실이다.

### III. 法社會學과 立法學

法社會學이란 法現象을 一個의 社會現象으로 파악하여 그것을 구성하는 諸事

實의 관련성을 經驗科學的으로 分析하는 것을 의미한다.<sup>4)</sup> 立法이 法規範의 定立을 통하여 일정한 社會秩序를 事實의 世界에 실현하려는 作業이라면 그러한 입법에 관하여 연구하는 「立法學」에 있어서 法社會學은 매우 중요한 意味를 지닌다. 앞서 본바와 같이 立法學에도 여러 側面이 있으므로 그 어느 側面에서 파악하는가에 따라 法社會學과의 관련도 달라진다. 즉 현실로 행해지고 있는 立法 그 자체를 대상으로, 그것이 어떻게 遂行되고 있으며 또한 遂行되어 왔는가라는 立法의 過程을 연구대상으로하는 「立法學」을 고려하면 그것은 확실히 法社會學의 한 分野이다. 즉 立法이라는 하나의 法에 관련된 社會現象을 대상으로한 法社會學인 것이다. 이에 대하여 立法이라는 작업에 필요한 자세를 明確히 하여 훌륭한 立法이 행해지기 위해 필요한 技術을 제공하는 立法學의 領域을 생각한다면, 그곳에 있어서 法社會學이 여하히 기여할 수 있는가가 특히 중요한 문제가 된다. 특히 法社會學의 方法論인 實態調査·歷史的研究·理論的 整理·社會科學 諸分野의 方法利用등은 立法學研究에 필수불가결한 重要性을 가지고 있다.

그리고 立法이 행하여 지는데 관해서는 우선 어떠한 問題에 관한 立法의 必要性이 인정되지 않으면 안되며, 그곳에 있어서도 法社會學的인 認識이 일정한 역할을 거두고 있다. 즉 어떤 社會關係에 관하여 制定法이 필요한가의 여부의 判斷은 制定法이 존재하지 않기 때문에 당해 社會關係에 관하여 어떠한 法狀態가 존재하고 있는가의 인식위에 수립되지 않으면 안된다. 이 경우 法狀態의 客觀的 認識은 바로 法社會學的인 研究에 의하여 획득되는 것이다. 그리고 立法의 對象

---

4) Eugen Ehrlich, 「Grundlegung der soziologie des Rechts」, München/Leipzig, 3 Aufl., 1967, S. 140ff; 梁建, 「法社會學」, 民音社 1989, 19面; 李永熙·崔鍾庫(譯), M.레빈더 「法社會學」, 法文社 1984, 15面 以下.

이 되는 社會關係에 관한 社會學的인 事實調查가 행해져야하며, 이것도 일종의 法社會學的인 分析인 것이다. 나아가 具體的인 立法作業을 진행하는데 있어서 당해 立法이 현실의 社會關係에 어떠한 要素를 부여하는가, 즉 그 立法에 기인한 規制에 의하여 현실로 어떠한 社會關係가 形成되는가에 관한 예측이 수립되어야 한다. 물론 그러한 것 자체는 法社會學의 任務라고 하기는 어려우나, 그러한 예측을 可能케하는 기초적인 지식은 바로 法社會學을 통하여 획득되는 것이다.

결국 立法은 일정한 가치판단에 따른 政策的 判斷에 의거하여 일정한 政策的 目標을 실현할 것을 指向하여 행해지는 것이며, 「立法學」은 그러한 立法이 유효 적절하게 수행되기 위하여 필요한 技術을 제공하는 것이다. 따라서 立法學이 科學的 基礎위에 수립된 有效한 것이 되기 위해서는 法社會學의 研究方法論을 그 가운데 원용하는 것이 필수불가결한 것이다. 그와 같은 意味에서 볼 때 法社會學은 그 立法學의 발전에 대하여 중요한 意味를 가지고 있을뿐 아니라, 「立法學의 開拓者(Wegbereiterin einer Gesetzgebungswissenschaft)」로서 간주될 수 있는 것이다.<sup>5)</sup>

#### IV. 法哲學과 立法學

立法學의 실천적 目的이 立法의 社會的 妥當性을 추구하는 것인 이상 立法學에 있어서 그 對象이 되는 立法의 科學的 認識과 실천적 評價判斷은 매우 중요하며, 그러한 측면에서 「立法學」은 法哲學과 깊은 연관을 가진다고 할 수 있다.<sup>6)</sup> 특히 具體的인 立法目的의 設定 및 發見은 결국 法의 根本目的·理念과 무

5) B. Krems, a.a.O., S. 41.

6) O. Weinberger, 「Zur Theorie der Gesetzgebung」, in: Johann Mokre/O. Weinberger (Ges. Red), Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Wien-New York 1976, S. 173.



관하게 행해질 수 없는 것이다. 나아가 「각종 社會目的과 要求 가운데에서 일정한 目的을 선택하고 그것을 法的으로 가공하고, 또한 상호모순되는 욕구·利害 등을 조절하는 것이 필요한 한 어떠한 統一的 原理과 法哲學的 認識없이 立法作業의 正當한 수행을 기대할 수 없다」.<sup>7)</sup>

그러한 의미에서 法哲學的 認識을 결여한 「立法學」은 그 方向을 상실하게 되는 것이라 하겠다. 이 점과 관련하여 「一定한 社會哲學的 理念을 立法의 法原理로 발전시키는 仲介를 하는 것으로서 法哲學의 立法에 대한 實際的 任務 및 立法學에 대한 理論的 聯關를 중시하고, 특히 실제상 一定한 立法에 즈음하여 그것을 둘러싸고 對立하는 社會的 諸慾求에 관한 선택 또는 조절에 의해 그 立法에 統一的 法原理을 形成하지 않으면 안되는 이상, 그러한 선택 또는 조절적 조작은 그 社會的 慾求에 관하여 正邪를 비판해야 할 法哲學的 素養이 있는 者에게만 가능하다」<sup>8)</sup>는 主張은 깊이 認識할 필요가 있다.

## V. 政治學과 立法學

立法學의 對象이 되는 立法은 특히 政治學의 領域에서도 이를 學問的 研究의 對象으로 삼고 있음을 주지하는 바이다. 특히 立法에 科學的 基礎를 부여하고, 그것을 科學적으로 研究하기 위한 必要性이 대두되면서 美國의 Legislative Process의 강한 영향하에 立法의 政治學的 研究가 활발히 進行되고 있다. 그렇지만 政治學의 學問的 目標과 接近方法이 法學의 그것과 다르므로 立法을 對象으로 하였더라도 그 內容과 方法論이 상당히 다른 바가 있음을 주의하지 않을

7) 小林直樹, 前掲書, 32面.

8) 末弘嚴太郎, 「立法學に關する多少の考察」, 民事立法學(法律時報12月 臨時増刊), 法律時報 第53卷14號, 1981. 12., 14-20面 參照.

수 없는 것이다.<sup>9)</sup> 즉 政治學에 있어서의 立法研究는 方法論적으로는 어디까지나 立法의 사실과정을 因果的으로 고찰하려는 因果科學으로서의 立法論이며, 立法을 規範的으로 고찰하려는 規範科學으로서의 立法論이 아닌 것이다.

存在와 當爲, 因果的 考察方法과 規範的 考察方法, 因果科學과 規範科學이 方法論上 엄밀히 구별될 수 있다면 立法의 연구에 있어서도 兩者는 엄밀히 구별되지 않으면 안된다. 원래 立法에 관한 研究는 궁극적으로는 兩者가 조화를 이루는 경우 그 충분한 成果를 거둘 수 있는 것이고, 因果科學으로서의 立法研究도 規範科學으로서의 立法研究도 함께 그 일익을 담당하는 것으로서 그 필요성이 강조되어야 한다. 그러나 兩者는 그 方法論的 기초를 달리하며, 前者의 方法으로 後者를 인식할 수는 없으며 거꾸로 後者의 方法으로서 前者의 方法을 행할 수는 없는 것이다. 따라서 兩者를 方法論的으로 혼동하는 것은 아무런 學問的 意味가 없는 것이라 할 수 있다.

요컨대 政治學에서는 國會, 즉 立法機關의 機能에 초점을 맞추어, 특히 代表 機能에 초점을 맞추어 立法을 이해하고 있다고 말할 수 있다.<sup>10)</sup> 따라서 代表機關인 立法府가 무엇을 결정하는가에 주로 초점을 맞추어 理論을 전개한다. 그리하여 立法도 하나의 政策決定이라는데 대하여 의문을 두지 아니한다. 그러므로 立法이란 代表機關인 立法府가 행하는 政策決定에 불과하게 된다. 따라서 무엇이 政策決定을 法으로 만드는가 즉 法으로 전환케 하는가 하는 問題를 제기하지도, 대답도 아니한다.<sup>11)</sup>

9) 崔大權, 前掲書, 322面.

10) 崔大權, 前掲論文「立法學研究-立法辯論을 中心으로-」, 75面.

11) 崔大權, 前掲論文, 78面. 「이러한 政治學上의 立法研究는 오로지 公共政策決定으로서의 立法의 研究·分析에 몰두하고 있다고 말할 수 있다. 근대에 美國에서 나온 영향력 있는 立法學教科書가 그 分析의 기초로 삼고 있는 多元主義理論과 共和主義理論도 바로 그러하다」.

결국 政治學에서는 立法機關, 立法過程, 立法行態등을 연구대상으로 하여 이에 관한 事實的 陳述이나 說明을 목표로 한다고 할 수 있으며, 이러한 문제들도 더 크게는 政治機關, 政治過程, 政治行態의 한 중요한 部分으로서 이해하고 있는 것이다. 그러나 이러한 政治學의 研究成果는 立法에 관한 科學的 理解에 도움을 주는 立法의 戰略을 포함한 事實的 資料는 될 수 있으나, 立法에 관한 科學的 質問에 解答을 부여할 수는 없다. 특히 모든 立法에 通用될 立法의 原理 또는 原則, 立法의 限界나 制限, 立法技術과 같은 시각은 政治學의 시각에서는 파악할 수 없는 것이다.<sup>12)</sup>

이상과 같이 立法學은 法解釋學·憲法學·法社會學·法哲學·政治學등과 일정한 관련성을 지니고 있으며, 나아가 그외에도 法史學·比較法學·行政學등과도 많은 관련성을 가지고 있는 하나의 「綜合法學」 내지 「綜合科學」이라고 말할 수 있다. 따라서 立法學의 研究方法論도 法學의 內外를 불문하고 관련있는 모든 學問의 研究成果와 方法論을 섭취하여 檢討되어야 하리라고 본다.<sup>13)</sup> 따라서 이러한 認識의 기초위에 앞서의 立法學의 對象으로서 고찰한 分野와의 관련성을 고찰하면 다음과 같다.

첫째, 「立法政策」의 分野를 고찰하는 경우 立法學은 다른 諸學問과의 協力을 기대해야 할 범위는 더욱 擴大된다. 즉 구체적인 立法目的의 發見·探究 및 그 整序에 있어서는 단순히 法解釋學의 方法論 뿐아니라 法哲學, 法社會學, 政治學

12) 崔大權, 前揭書, 323面.

13) 최근 西獨·오스트리아·스위스등 立法學 내지 立法理論의 연구를 활발히 진행하고 있는 곳에서도 立法學 내지 立法理論에 관한 각종의 著作과 論文이 나오고 있으나, 아직 명확한 方法論의 기초하에 하나의 完결된 體系를 구비한 것은 없는 實情이다. Th. Öhlinger, 「Planung der Gesetzgebung und Wissenschaft」, in : Ders.(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 4f.

등의 지식과 성과가 불가결하게 요구되는 것이다. 특히 오늘날 각종 政策의 중요한 부분은 거의 대부분 立法에 의하여 具體化된다는 점을 인식할 경우 立法學과 이들 諸學問과의 관계는 말할 것도 없이 깊은 연관성을 지니고 있다. 또한 立法政策論의 분야를 고찰하는 경우 일정한 社會目的을 立法的으로 해결할 것인가의 여부 및 한다면 어떠한 方法으로 할 것인가의 문제는 法社會學的인 지식을 결여하고서는 정당하게 判斷할 수 없는 것이다.

둘째, 「立法技術」의 분야는 정확하고 간결·명료한 法條文의 作成이라는 단순한 領域 뿐만 아니라, 既存의 많은 관련 法規全體를 시야에 두어 新立法의 중복과 모순을 피하고 나아가 장래에 解釋·適用되어야 할 方法을 모색하는 다각적인 知識과 機能을 요구하고 있다. 그러한 의미에서 立法技術은 단순한 技術一般을 넘어 法解釋學외에 法史學的·比較法學的 知識과 方法論이 요구되는 것이라 할 수 있다.

셋째, 「立法機構 내지 組織」에 관해서는 立法學은 특히 憲法學·行政學·政治學 등의 學問成果와 研究方法論에 의존한다. 앞서 살펴본 것처럼 이 分野는 주로 行政學·政治學의 분야에서 활발히 論議되고 있기 때문에 立法學이 개척하여야 할 독자적인 領域은 그리 많지 않다고 할 수 있다.

넷째, 「立法過程」의 分野에서는 立法學은 法學·政治學·經濟學·社會心理學 등과 밀접하게 관련한다. 또한 法의 形成過程에 영향을 미치는 社會的 勢力의 대항관계를 분석하고, 그것을 측정하는 立法過程의 研究는 法社會學과 필수 불가분의 관련을 가진다고 할 수 있다.

## 第4節 外國의 立法學研究의 現況

「立法學」이라는 學問이 아직 명확한 方法論的 基礎하에 하나의 完結된 體系를 구비한 學問으로서 形成된 것은 아니나, 앞서 살펴본 것에서 예측할 수 있는 바와 같이 外國에서는 일찌기 立法學 내지 立法理論의 必要性이 역설되어 여러 관점에서 그에 관한 著作과 論文등이 발표되고 있음은 주지의 사실이다. 여기에서는 비교적 立法學에 관한 研究가 활발한 國家들을 中心으로 그 곳에서의 研究狀況을 概觀하여 보기로 한다.

우선 立法學에 관한 研究成果가 두드러지게 진행되어 온 스위스와 오스트리아의 立法學研究現況을 살펴보면, 스위스에 있어서 立法學分野의 개척자로서는 「Peter Noll」 教授를 지적할 수 있다. 그는 刑法上의 觀點에서 立法의 문제에 관심을 두어 立法理論·立法의 方法·立法의 技術등에 관하여 體系的으로 서술하고 있다.<sup>1)</sup> 물론 그 이전에도 立法에 관한 研究가 스위스에서는 일찌기 진행되어 왔으며<sup>2)</sup>, 스위스政府에서도 역시 1960年代부터 立法技術에 대한 指針을 作

1) P. Noll, 「Gesetzgebungslehre」, Hamburg 1973. 기타 Noll의 主要著作으로는 Ders., 「Erfahrungen mit Gesetzen」, in: J. Rödig(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976 ; 「Der gegenwärtige Stand der Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungstechnik」, Bulletin des Press- und Informationsamtes des Bundesregierung vom 10.7. 1968, S. 762-764 ; 「Prinzipien der Gesetzgebungstechnik」, in: Rechtsfindung-Beiträge zur jur. Methodenlehre, Fest. für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag, Bern 1969, S. 159-174 ; 「Von der Rechtsprechungswissenschaft zur Gesetzgebungswissenschaft」, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie Band 2, Düsseldorf 1972, S. 524-541 등이 있다.

2) 대표적인 것으로서는 Hans W. Kopp, 「Inhalt und Form der Gesetz als ein Problem der Rechtstheorie」, 2 Bände, Zürich 1958 ; Victor Kurt, 「Die Kunst der Gesetzgebung」, Schweiz. JZ 1941, S. 337 ; Ernst Schläpfer, 「Die Lehre von der Gesetztech-

成하고 발전시키고 있어 立法學의 分野에 모범을 보이고 있다.<sup>3)</sup> 그 이외에도 스위스에 있어서 代表的 立法學研究者로서는 「Kurt Eichenberger」<sup>4)</sup>, 「R ne A. Rhinow」<sup>5)</sup>, 「Marie-Louise Bruckner」<sup>6)</sup>, 「Richard Frank」<sup>7)</sup> 등의 學者가 있다.<sup>8)</sup> 그리고 오스트리아에 있어서도 역시 오래전 부터 많은 學者들에 의해서 立法學에 관한 심도있는 研究가 계속되어 왔으며,<sup>9)</sup> 그 研究結果가 주로 共同研究의 形式으로 公表되고 있다. 특히 그 가운데 「Günther Winkler」와 「Bernd Schilcher」<sup>10)</sup>가 편찬한 著述, 「Johann Mokre」와 「Ota Weinberger」가 편찬한 著述<sup>11)</sup> 및 「Theo Öhlinger」가 편찬한 著述<sup>12)</sup> 등이 立法學研究에 유익한 示唆點

---

*nik*], Diss. Bern 1930 ; Felix Weber, 「*Koordination der Gesetzgebung im Hinblick auf Gesetztechnik und Gesetzesredaktion*», Z. f. Schweiz. Recht 1950, S. 251-309 ; Yvo Hanganer, 「*Rechtsstaatliche Gesetztechnik*», in : Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, St. Galler Festgabe 1965, Bern 1965, S. 103-116.

- 3) Georg Müller, 「*Richtlinien der Gesetzestechnik in Bund und Kantonen*», in : J. R dig(Hrsg.), Ebd., S. 211f.
- 4) Kurt Eichenberger, 「*Grundfragen der Rechtssetzung*», Basel 1978.
- 5) R ne A. Rhinow, 「*Rechtssetzung und Methodik*», Habil., Basel/Stuttgart 1979.
- 6) Mario-Louise Bruckner, 「*Richtlinien der Gesetzestechnikzusammenfassender Überblick*», Bern 1975.
- 7) Richard Frank, 「*Gesetzgebungslehre in der Praxis. Ein Beitrag aus Schweizerischer Sicht*», Driz 1981, S. 176-185.
- 8) 상세한 것은 金承煥, 前掲論文, 18-19面 參照.
- 9) 특히 Karl Wolff, 「*Die Gesetzessprache*», Wien 1952 ; Robert Walter, 「*Die Lehre von der Gesetzestechnik*»,  sterr. JZ 1963, S. 85-90 ; E. Mannlicher, 「*Die Kunst der Gesetzgebung, Zur Problem der  sterreichischen Innenpolitik*», Wien 1966 ; Gottfried Reissig, 「*Aktuelle Problem der Gesetzestechnik und Rechtsbereinigung*»,  sterr. JZ 1968, S. 177-180 ; 기타 金承煥, 前掲論文, 18面の 註)에 引用한 文獻參照.
- 10) Günther Winkler/Bernd Schilcher, 「*Gesetzgebung-Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungstechnik*», Wien/ New York (Forschungen aus Staat und Recht Bd. 50) 1981.
- 11) Johann Mokre/Ota Weinberger (Red.), 「*Rechtsphilosophie und Gesetzgebung*», Wien/New York 1976.
- 12) Theo Öhlinger (Hrsg.), 「*Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis*», Wien/New York (Forschungen aus Staat und Recht 57) 1982.

을 提示하고 있다. 또한 오스트리아政府에서도 立法指針을 편집·出刊하고 있는데 그것은 立法技術의 分野에서 커다란 수확으로 지적되고 있다.<sup>13)</sup>

獨逸에 있어서도 종래에는 判例法學이 法學研究의 對象이 되었으며, 法學者들 가운데에서 國家의 立法機能에 관하여 연구를 하고 있었으나 그것은 기껏해야 立法權의 完成品인 法律을 法學의 對象으로 하였다. 따라서 기존의 法學은 여전히 判例法學으로 머물러 왔으며, 현재에도 그러한 狀況이 지속되고 있는 실정이다. 물론 과거에 있어서도 立法에 관심을 기울인 많은 著作들이 出刊되었으나,<sup>14)</sup> 立法學을 하나의 專門分野로서 취급하여 온 것은 비교적 근래에 이르러서이며, 지금도 研究의 발전이 진행중에 있다.<sup>15)</sup> 현재 獨逸의 法律 및 立法에 관한

---

13) Ludwig Adamovich, 「Die Legistischen Richtlinien als des Bundes 1979」, in : Th. Öhlinger (Hrsg.), Ebd., S. 232-238 ; Bundesministerium für Justiz, 「Sozialintegrierte Gesetzgebung. Wege zum Guten und Verständlichen Gesetz」, Wien O. J. 1979 ; Heinz Schäffer, 「Legistische Richtlinien in Österreich」, in : J. Rödiger (Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, aaO., SS. 192-210.

14) 독일에 있어서의 立法理論에 관한 文獻目錄으로는 Eberhard Baden, 「Auswahlbibliographie zur Gesetzgebungslehre」, in : Waldemar Schreckenberger/Klaus König/Wolfgang Zeh (Hrsg.), Gesetzgebungslehre-Grundlagen-Zugänge-Anwendung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1986, S. 187-201을 參照. 특히 同文獻目錄에는 과거부터 최근에 이르기까지의 立法學에 관한 320여종의 文獻目錄이 담겨져 있어서 매우 소중한 意味를 담고 있다.

15) 最近의 立法學에 관한 주목할 만한 것으로서는 Hans Schneider, 「Gesetzgebung」, Heidelberg 1982 ; Hermann Hill, 「Einführung in die Gesetzgebungslehre」, Heidelberg 1982 ; Harald Kindermann (Hrsg.), 「Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982」, Berlin/Heidelberg/New York 1982 ; 「Gesetzgebungspraxis und Gesetzgebungslehre. Ein Erfahrungsaustausch über die Verbesserung von Rechtsnormen」, Speyer 1980 ; Bundesakademie für öffentliche Verwaltung (Hrsg.), 「Praxis der Gesetzgebung. Ein Lehr- und Lernhilfe」, Regensburg 1984 ; Wolfgang Zeh, 「Untersuchungen zur Gestaltungswirkung von Bundesgesetzen」, Forschungsbericht Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer 1981 ; Reiner Schulze, 「Policy und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert」, Berlin 1982 ; Okko Behrends/Wolfram Henckel, 「Gesetzgebung und Dogmatik」, Göttingen 1989 ; Dieter Grimm/Werner Maihofer (Hrsg.), 「Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik」, Opladen 1988.

學問體系의 수립은 주로 大學의 學者들을 중심으로 理論的으로 전개되고 있다.<sup>16)</sup> 그들은 立法에 관한 學問은 그 問題設定·方法論 및 適用領域에서 볼 때 단순히 法學的인 學問으로 이해될 수 없다는 인식아래, 立法學은 法律家의 學問으로도 개념지을 수도 없고 法律家를 위한 學問으로도 개념지을 수도 없다고 한다.<sup>17)</sup> 따라서 獨逸에서 전개되고 있는 立法學은 그 方法論上 法學뿐만 아니라, 行政學·政治學등의 方法論도 채용하고 있다. 그러나 여러가지의 方法論에 입각하여 定立한 立法理論은 주어진 문제를 구체적으로 해결하기 위한 적당한 解決策이 되기에는 지나치게 難解하며, 또한 구체적 결과로 轉換시킬 수가 없어서 전체적으로 立法實務의 입장에서는 거의 만족할 수 없는 立法理論을 전개하고 있다는 批判論도 제기되고 있다.<sup>18)</sup> 그러한 批判가운데 實務志向的인 立法學의 발전방향을 모색하려는 著作들이 간행되어<sup>19)</sup> 法律의 質을 높이기 위하여 필요한

16) 특히 Speyer大學을 중심으로 立法學研究가 활발하게 論議되고 있다. 獨逸의 大學에서의 立法學研究의 상황에 관해서는 Detlef Merten, 「Gesetzgebungslehre in der Juristenausbildung」, in: W. Schreckenberger/K.König/W.Zeh(Hrsg.), Gesetzgebungslehre-Grundlagen-Zugänge-Anwendung, aaO., S. 181f. 참고로 Münster大學에서 1981/82年 겨울學期에 開設한 立法學講座(Nobert Achterberg와 Karl-Heinz Mattern이 담당)의 주요 目次를 소개하면 1. 立法學의 對象 2. 法律概念의 발전과 現代的 意味 3. 法秩序의 단계구조에 있어서의 立法 4. 立法과 計劃 5. 立法에 있어서의 民主主義的 原理 6. 立法過程 I(發議段階) 7. 立法過程 II(審議段階: 下院) 8. 立法過程 III(審議段階: 上院) 9. 立法過程 IV(公布段階) 10. 立法과 憲法裁判所 11. 立法과 國家內的·國家外的 裁判權 12. 立法技術 I(주요국가의 立法原則) 13. 立法技術 II(法律用語上的 要求條件) 14. 立法技術 III(法律條文의 分析) 15. 立法技術 IV(法律로서의 定式化). K.H. Mattern, 「Die Gesetzgebungslehre im Bildungssystem」, in: H. Kindermann(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982, aaO., S.277.

17) B. Krems, a.a.O., S. 40.

18) Josef Kölbl, 「Zum Stand der Gesetzgebungstheorie」, Die Verwaltung, 1985, S. 396.

19) 주목되는 것으로는 Reinhold Hotz, 「Methodische Rechtsetzung-Ein Aufgabe der Verwaltung」, Zürich 1983; Carl Böhret/Werner Hugger, 「Der Praxistest von Gesetzentwürfen」, Baden-Baden 1980; W. Hugger, 「Gesetz-Ihre Vorbereitung, Abfassung



法的·事實的 知識을 체계적으로 研究하는 경향도 나타나고 있다. 특히 최근에 出刊된 立法學에 관한 주요 著作등을 검토하는 경우 이제 독일에 있어서는 立法學이 「學問的 기반과 實務上에로의 도입을 겨냥한 하나의 學問體系로서 定着」<sup>20)</sup> 되어가고 있음을 감지할 수 있을 정도로 성숙된 段階에 이르고 있다.

英國法學의 전통은 判例의 集積으로 형성된 普通法(Common Law)만이 진정한 法으로 認識되어 왔으며, 法이란 成文法에 의한 것이 아니라 判例法을 法源으로서 法官에 의해 발견되고 또한 適用되는 것으로 생각하였다. 즉 法은 法官이 만든 것이며, 法官은 判例拘束의 範圍內에서 적용되어야 할 法을 判定하는 것이며 立法機關인 議會가 制定하는 法律은 주된 法源으로 생각하지 않았던 것이다. 이 判例法에 의거하여 法の 支配가 司法過程에서 裁判을 통하여 전개되는데 바로 英國法思想의 기반이 놓여 있었던 것이다. 따라서 法學의 주된 活動領域은 立法이 아니라 司法에 집중되게 되었다. 그러나 현대에 있어서는 이러한 判例에 의한 法の 발전은 매우 불만족스런 成果밖에 거두지 못하였음을 점차 인식하게 되기에 이르렀다. 즉 첫째, 判例에 의한 法の 改革은 매우 우연적이라는 점이다. 法院에 대해 法改革의 기회가 부여되는 것은 오로지 분쟁당사자의 訴提起에 달려 있으며, 一般人은 단지 法院에 의한 法改革의 은혜를 입을 수 없다는 것이다. 둘째, 法官에 의한 法改革의 成果는 最終審法院에 의해 종국적으로 승

---

*und Prüfung. Ein Handbuch für Praxis und Studium, mit einer Einführung von Carl Böhret*], Baden-Baden 1983; Wolfgang Zeh, 「Wille und Wirkung der Gesetze. Verwaltungswissenschaftliche Untersuchung am Beispiel des Städtebauförderungsgesetzes, Bundesimmissionsschutzgesetzes」, Heidelberg 1984; Heinz Schäffer/Otto Triffterer (Hrsg.), 「Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rüdig Gedächtnissymposium」, Baden-Baden 1984.

20) K.H. Mattern, 「Zur Anwendung der Gesetzgebungslehre」, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), a.a.O., S. 2.

인되기까지 確定할 수 없는 결과, 그동안 一般人은 不確定的인 法아래 놓여지게 된다는 점이다. 세째, 法官에 의한 法改革은 미온적이며, 法全體에 대한 영향을 고려하지 않고 행하여지는 것이 상례이므로, 이 점이 法の 不合理·不安定을 초래하는 要因이 된다는 것이다. 네째, 判例에 의한 法改革은 그 性質上 事件發生 후에 소급적으로 法을 變更하는 것이므로 一方當事者에 대해서 不正義를 행하게 되는 경우가 많다는 점이다. 다섯째, 현대의 法官에게는 表面的으로는 法技術的인 性格을 지니는 것에 불과하다고 생각될 지 모르는 改革의 根底에 존재하는 社會的 諸關係에 관한 價値의 선택을 과감하게 수행할 수 없다는 점이다.<sup>21)</sup>

이와 같은 判例法的 改革의 限界가 점차 立法에 의한 法改革의 필요성을 강하게 認識하는 계기가 되면서, 1965年 法の 現代化를 지향하는 광범한 立法的 改革事業을 담당하는 機關으로서 「Law Commission」을 창설함으로써 英國의 立法學이 새로운 전기를 맞이하게 되었다.<sup>22)</sup> 이 Law Commission의 活動은 이러한 法の 內容 및 形式의 개선 전부를 포괄하는 것이나, 특히 制定法的 法の 形式의 개선에 관하여 Law Commission과는 별도로 1973年에 議會主導下에 하나의 委員會인 「랜튼委員會(Renton Committee)」가 설치되어 그 검토결과가 1975年에 「立法의 準備過程(Preparation of Legislation)」으로서 公表되었다. 이 報告書는 議會制定法の 形式 및 起草方法의 現況을 記述하고 그에 대한 各方面으로 부터의 批判 및 改革意見을 포괄적으로 상세하게 검토하여 그 실제적인

21) Norman Marsh, 「What's wrong with Law?」, in : Farrer, Law Reform and the Law Commission, 1974, p.4.

22) 「Law Commission」의 性格과 機能 및 그 活動에 관한 상세한 것은 Farrer, 「LAW REFORM AND THE LAW COMMISSION」, 1974; 下山瑛二, 「イギリスにおける最近の法典化-Law Commissionsの構成・機能およびその問題點」, 比較法研究 第31號 (1970); 望月禮二郎, 「イギリス立法學の現狀」, 法律時報 第53卷14號, 1981. 12., 236-244面 參照.

改善策을 提案한 것이며,<sup>23)</sup> 이 문제에 관한 英國立法學이 도달한 水準을 나타내고 있다.<sup>24)</sup>

美國에 있어서 法學의 發展에 있어서는 英國에서와 마찬가지로 判例가 중요한 意味를 지니고 있으며, 그러한 관점에서 法學 역시 裁判의 실천과정을 문제로 하였고 또한 法官의 意識過程에 주목하였다. 이처럼 裁判을 公法的으로 보는 것도 아니며 또한 訴訟節次的으로도 파악하는 것이 아닌 이른바 그 事實過程에 착안하는 연구방법에 의하여 裁判過程論이 成立한 것이 1920年代이었다. 이러한 문제관심에서 美國에서는 立法 역시 그 事實過程에 중점을 두어 그 社會的·政治的 意味를 科學的으로 연구하는 立法過程(Legislative Process)이 觀念되기에 이르렀던 것이다. 이처럼 立法過程은 裁判過程과 같은 선상에서 파악된 概念이며, 따라서 그것은 立法의 政治學的·法社會學的·法心理學的 概念이었다.<sup>25)</sup> 그

---

23) Renton Committee가 제안한 改善策은 ① 制定法の 用語가 불명료하고 복잡하여 그 의미를 파악하기 어렵고 그 效果가 不確實하다. ② 制定法の 規定이 지나치게 상세하다. 이점이 制定法の 構成을 복잡하게 할 뿐아니라, 개별 制定法の 一般的意圖의 이해를 곤란하게 하고, 당해 制定法の 적용범위를 불명료하게 한다. ③ 개별 制定法の 內部的構造 및 各條文의 배열이 자주 非論理的이며, 그점이 독자의 理解를 방해한다. ④ 遂次制定되는 制定法이 기존의 制定法과의 관련성이 명확하지 않다. 이점이 法 이해의 혼란을 발생케 하고 또한 所與의 구체적인 문제에 관한 法の 現象파악을 곤란케 한다. 상세한 것은 Michael Zander, 「The Law-Making Process」, London 1980, p.272-904; Anthony Stainton, 「Gesetzesvorbereitung in England. hinweise zur Arbeitsweise des Parliamentary counseloffice mit Bemerkungen zur formalen Seite der Gesetzgebung」, in: J. Rödig(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung. aaO., S.123f.

24) 英國의 立法學에 관한 주요 참고문헌으로는 M. Zander, Ibid.; Der., 「Cases and Materials on the English Legal System」, 3rd. London 1980; William Dale, 「Legislative Drafting-A New Approach」, Butterworths 1977 등이 有益하다.

25) 美國에 있어서의 立法學은 立法이라는 하나의 公法的인 절차를 전제로 하여, 그 절차에 참가하는 者에게 필요한 技術的인 지식을 공급한다는 의미에서 實用的으로 연구되고 있다. 즉 立法作用의 역사적 발달, 立法機關의 조직, 立法政策의 形成, 法律案의 作成, 立法節次, 法律의 效果를 확보하기 위한 裁判上의 制裁와 行政上의 規制, 法律의 解釋方法 등 立法의 節次過程 뿐 아니라, 그 社會的 效果까지도 문제로 하고 있다. 따라서 美國

그러나 美國에서도 法律의 制定이 증대하고, 制定法の 영역이 擴大되고 또한 立法에 대한 국민적인 관심이 높아짐에 따라 立法에 대한 實踐的·實用的인 學問研究가 필요하게 되었다. 이 관심이 특히 實用法學의 발전과 더불어 점차 강하게 認識되고 있다. 그러나 美國에 있어서도 立法을 연구하는 方式은 論者의 문제관심에 따라 각양각색이다. 즉 立法은 立法節次(Legislative Procedure)에 中心을 두어 立法의 技術을 주로 하는 實用的 分析 내지 壓力團體·陳情·請願運動 등을 문제로 하는데 그쳐야 한다고 주장하는 견해가 대세를 이루고 있으며,<sup>26)</sup> 반면 立法理論의 核心에 이르는 體系的인 研究의 필요성을 力說하는 견해등이 있다. 그러나 최근의 美國에서의 立法研究는 종래의 立法過程研究의 영역을 벗어나 광범한 시점을 두어 立法研究를 진행하는 경향을 나타내고 있음은 주목할 價値가 있다.<sup>27)</sup>

한편 日本에 있어서는 종래 立法의 合理化·民主化에 대한 인식이 태동하면서

---

에 있어서의 立法研究는 주로 政治學的인 관점에서 立法機關(Legislature)·立法過程(Legislative process)·立法行態(Legislative behavior)등을 주된 研究對象으로 삼고 있다. 특히 이와 관련된 美國文獻으로서는 崔大權, 前揭書, 322面の 註 2)·3)·4)에 引用된 것을 參照.

26) 특히 William J. Keefe/Morris S. Ogul, 「*The American Legislative process. Congress and the States*」, New Jersey 1981 ; George B. Galloway, 「*The Legislative process in Congress*」, New York 1953 ; David M. Olson, 「*The Legislative Process. A Comparative Approach*」, Cambridge 1980 ; Jack Davies, 「*Legislative Law and Process in a Nutshell*」, New York 1975 ; Michael D. Bayles, 「*Principles of Legislation. The Uses of Political Authority*」, Detroit 1978 ; Janet Miller Grenzke, 「*Influence, Chance, and the Legislative process*」, Westport 1982 ; Fred R. Harris, 「*America's Legislative processes. Congress and the States*」, Glenview 1983 ; Donald G. Herzberg/Jess Unruh, 「*Essays on the State Legislative process*」, New York 1970 ; Otto J. Hetzel, 「*Legislative Law and Process. Cases and Materials*」, Virginia 1980 등을 參照.

27) William M. Eskridge/Philip P. Frickey, 「*Cases and Materials on Legislation : Statutes and the Creation of Public Policy*」, St. Paul 1988. 同書에 대한 評價로서는 崔大權, 前揭論文 「立法學研究-立法辯論을 중심으로」, 75-76面 參照.

도 立法學에 관한 學問的·體系의 研究는 전혀 방치되어 있었다. 그 이유는 우선 解釋法學의 편중경향이 강하였던 점을 들 수 있으나, 그외에도 「立法이 國民위에 위치하는 권위적 지배자에 독점되어 法學은 단순히 所與의 法規範을 해석 적용하는 시너적인 역할에 시종한 결과」<sup>28)</sup> 法의 改革과 民主化는 물론 그 合理化를 의도하는 적극적인 立法에 관한 實用學은 그 기반을 가질 수 없었던 점을 지적할 수 있다. 그러나 社會가 진전됨에 따라 立法의 民主化로의 새로운 條件을 가하는 실용법학으로서의 立法學의 必要性和 可能性을 주장하는 견해가 점차 대두되기 시작하였던 것이다.

특히 日本에서의 立法問題에 대한 法學的 關心은 1950年代에 들어온 이후 立法現象의 복잡화와 더불어 그것을 理論적으로 解明하기 위하여 方法論的 課題와 構造의 정밀화를 추구하는 諸研究가 행하여 지면서,<sup>29)</sup> 立法過程論으로서 개괄되는 多面的인 考察對象의 理論的 體系化의 문제에 중점을 두어 立法學의 기초이론의 領域에 研究의 內實을 도모하여 왔다. 동시에 現代의 立法現象을 대상으로 그 立法過程의 法社會學的 研究도 활발히 시도되었다.<sup>30)</sup> 또한 立法의 研究方式을 둘러싸고 法學諸分科로 부터의 論議도 행하여 지고 있으며, 立法問題에 대한

28) 小林直樹, 「立法學-理論と動態」, 三省堂 1984, 32面.

29) 日本에 있어서 立法學研究의 선구자는 未弘嚴太郎 博士이며 특히 그의 「立法學に關する多少の考察」은 日本의 立法學의 成立에 결정적인 계기를 마련해 준 최초의 業積으로 평가되고 있다. 同 論文은 法學協會雜誌 第64卷1號(昭和 21年)에 게재되었고, 法律時報 1981年 12月號 特輯號 「民事立法學」 14-20面に 다시 수록되어 있다. 日本의 立法研究의 現況에 관해서는 池田政章, 「立法·立法過程」, 日本國憲法體系 補卷(宮澤俊義先生還曆記念), 有斐閣 1971, 4-17面을 참조.

30) 田口精一·池田政章, 「現代立法過程의 理論と問題點」, 岩波講座 現代法3(現代の立法), 岩波書店 1963, 209面以下; 小林直樹, 「戰後重要立法의 立法過程研究-立法研究セミナー의 成果」, 社會科學紀要(東京大) 第3號, 1953, 1-229面은 立法過程의 法社會學研究로서 최초의 본격적인 研究로서 평가된다. 또한 比較立法過程研究會(編), 「議會における立法過程의 比較法的 研究」, 勁草書房 1980이 주목된다.

法學의 관심을 체계적으로 遂行하고 있다.<sup>31)</sup> 그리고 최근에는 그러한 연구성과를 토대로 立法의 社會的 妥當性·科學性을 실현하기 위한 구체적·실천적 處分을 연구하여 實用法學으로서의 立法學이 成立할 실제적 가능성을 모색하는 단계에 이르고 있다.<sup>32)</sup> 그러나 日本에서도 역시 立法學이란 구체적으로 무엇을 意味하며, 그 內容 또한 어떠한 것인가에 관하여는 論者의 問題意識과 關心에 따라 다양하게 전개되고 있음은 앞서 살펴 본 諸外國의 狀況과 별로 다를 바 없다고 하겠다.

---

31) 특히 小林直樹, 前掲書「立法學研究-理論と動態」가 주목되며, 기타 法學雑誌(特輯)「日本の立法」, 法學雑誌 第805號(1984. 1); 前掲 法律時報 12月臨時増刊 特輯號「民事立法學」등이 있다.

32) 최근 注目되는 著作으로는 新正 幸, 「憲法と立法過程-立法過程法學序說-」, 創文社 1989; 同, 「立法過程學の可能性」, 法學雑誌 第955號(1990. 5), 105-113面; 高見勝利, 「あるべき立法者像と立法のあり方」, 公法研究 第47號(1985), 95面以下 参照.

## 第5節 우리나라의 立法學研究의 現況

현재 우리나라에 있어서 法學의 中心은 역시 實定法規範의 客觀的 意味를 밝혀내는 解釋法學이 주류를 이루고 있으며, 大學에서의 法學教育도 法典을 中心으로 하는 解釋法學이라고 할 수 있다. 물론 우리나라의 解釋法學은 과거와 달리 抽象化된 方法論爭 내지 具體的인 論文이나 判例研究 등에서 비교적 높은 水準을 유지하고 있으며 또한 立法-個別的인 諸制度나 特定の 法案-에 대한 評價와 批判도 과거에 비하여 내용적으로 상당히 充實하고 있다.<sup>1)</sup> 그러나 그것은 方法論的으로 매우 미흡하며, 「立法學」을 자각적으로 指向한 것은 거의 찾아볼 수 없고 그에 즉응한 구체적 전개 역시 발견할 수 없다. 특히 최근에 美國의 Legislative Process의 강한 영향하에 立法의 事實過程에 대한 政治學的·社會學的·行政學的 측면에서 이른바 立法過程에 대한 연구가 활발히 진행되고 있으나,<sup>2)</sup> 그것도 또한 法律의 立案·發議·審議機關의 制度와 實態의 종합적 연구이지 立法에 대한 法學的 특히 憲法學的 考察이라고 할 수는 없는 것이다.

그리고 현재의 憲法學 역시 憲法典에 規定된 立法權의 所在 및 立法의 節次에 관한 문제에 그 관심을 집중하여 왔다. 따라서 그러한 고찰은 이미 살펴본 바와 같이 體系的으로는 立法組織論 내지 立法節次論에 속하며, 실질적으로는 그 자체로서 憲法學의 주요한 構成部分을 이루며 憲法學에 있어서 중요한 의미를 지

1) 權寧星, 「憲法學原論」, 法文社 1991, 643面; 許 營, 「韓國憲法論」, 博英社 1991, 854面; 金哲洙, 「憲法學概論」, 博英社 1991, 691面; 丘秉朔, 「憲法學(II)」, 博英社 1983, 625面.

2) 특히 朴東緒(編), 「議會와 立法過程」, 法文社 1985에 수록된 일련의 論文 및 韓國議會發展研究會의 「議政研究」·「議政資料」등이 두드러진 成果이다.

님과 동시에 立法學은 그것을 前提로 또한 그것을 기초로 하여 비로소 成立한다는 점은 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 우리의 憲法學은 그 立法의 組織 내지 節次에 관해서 說明을 하고는 있으나, 法律의 生成에 대해서는 깊은 관심을 가졌다고 말 할 수는 없다. 여기에 전통적 憲法學의 方法論的 限界가 존재함과 동시에 그로부터 상대적으로 독립된 새로운 特殊한 一法學分野로서의 「立法學」이 요청되는 이유도 存在하는 것이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 우리나라에서는 여전히 法解釋學이 활발한 가운데 立法의 理論的 研究도 實用法學으로서의 立法의 技術과 政策의 검토도 미미한 상태에 있으며, 立法에 관한 理論과 그 立法의 動態의 분석을 병행한 體系的인 研究書는 아직 찾아 볼 수가 없는 실정이다.

그러한 狀況에도 불구하고 최근 우리나라의 法學者 가운데 기존의 法學으로부터 상대적으로 독립한 새로운 法學의 一部門으로서의 「立法學」을 구축하려는 시도가 엿보이고 있는 것은 諸外國의 狀況에 비할 경우 늦은 감이 있기는 하나 대단히 고무적인 것이라 하지 않을 수 없다. 따라서 이들 學者들의 立法研究의 成果를 확인하는 作業은 우리나라에서의 「立法學」의 學問的 구축을 위해서 커다란 意義가 있다고 생각된다.

우선 立法에 관한 學問의 必要性和 可能性을 力說하는 견해로서는 앞에서 檢討한 바와 같이 李康熾<sup>3)</sup>·崔大權<sup>4)</sup>·金承煥<sup>5)</sup> 教授등의 論文이외에 金道昶 博士의

---

3) 李康熾, 「立法의 動機와 過程」, 月刊考試 1983. 1.; 同, 「立法學과 立法技術」, 月刊考試 1983. 6.; 同, 「立法學의 課題」, 現代公法學의 諸問題(尤堂 尹世昌博士 停年記念), 博英社 1983 所收.

4) 崔大權, 「立法의 原則」, 法學(서울大) 第25卷4號, 1984; 同, 「制定法の 解釋」, 法學(서울大) 第30卷1·2號, 1989; 同, 「立法學研究-立法辯論을 中心으로」, 法學(서울大) 第31卷1·2號, 1990.

5) 金承煥, 「立法學에 관한 研究-立法의 主體·原則·技術을 中心으로-」, 高麗大 博士論文, 1987. 7.



「...차제에 政府樹立이후 우리의 통치구조속에서 立法機能이 어떠한 위치가 부여되고 어떠한 모습으로 운영되어 왔는가를 주로 經驗的인 측면에서 병리학적으로 分析할」<sup>6)</sup> 필요성의 주장 및 「法令의 양적팽창에도 불구하고 立法政策·立法內容·立法過程·立法形式·立法技術·立法統制 등등에 걸친 立法學的 體系化는 완전히 불모상태에 있었던」 현실의 주장등이 주목되며, 또한 徐元宇 教授의 「... 유럽諸國에서의 과잉된 規範化의 論議는 우리나라와는 國家構造나 憲法構造를 비롯하여 議會主義의 전통도 다르고, 또한 法律의 氾濫의 정도도 반드시 같지 않기 때문에 그대로 우리 현실에 들어맞는 주장들은 아니라 할 것이지만, 대국적으로 보며는 法治主義의 현대적인 역할이나 意義와 관련하여 극히 중대한 문제를 提起하고 있음은 의문의 여지가 없다 할 것이다. 우리나라에 있어서도 法治主義와 관련하여 단순히 구태의연하게 法律의 근거의 必要與否에 관한 진부한 論議에 시종할 것이 아니라 法律의 범람의 와중에서 어떻게하면 法律의 質을 향상시킬 것인가 라든가 法律의 準備過程을 立法化할 것인가 어떤가하는, 다시 말해서 환상으로서의 議會主義나 法治主義를 더이상 실추시키지 않는 努力이 기울어져야 할 것이다. 이러한 의미에서 立法學의 발전을 포함하여 現代國家에서의 法律의 意義나 機能등과 관련하여 새로운 質의 法治主義理論이 전개되어 나가지 않으면 아니될 것이다」 라는 견해도 立法學의 可能性을 지적한 有益한 것이라 할 수 있다.”

이러한 관점에서 立法에 대한 관심을 집중시키고자 서울大 法學研究所가 주관한 「韓國에서의 立法의 機能과 問題點」에 관한 學術大會는 立法에 관한 최초의

6) 金道稔, 「韓國에서의 立法의 理想과 現實」, 法學(서울大) 第25卷4號, 1984, 4-5面.

7) 徐元宇, 「韓國立法過程의 理念과 現實」, 法學(서울大) 第25卷4號, 1984, 58-59面.

學術大會라는 점에서 커다란 意味를 지니고 있다.<sup>8)</sup> 그러나 지금도 立法에 관한 本格的인 研究는 研究者의 층도 얇고 관계되는 연구업적도 많지 않은 것이 우리의 現實이라 하겠다. 따라서 우리나라에서의 立法學의 전개는 아직 構想段階에 그치고 있으며, 구체적인 學問領域으로서의 구축은 대단히 미흡하다고 할 수 있다. 그러나 이러한 立法學에 대한 學問的 必要性을 주장하지는 않더라도, 立法 實務에 종사하는 專門家들은 일찍부터 立法의 機能 내지 立法技術, 立法過程 등에 관한 研究를 체계적으로 수행하여 왔다. 그러나 그곳에서도 역시 立法 본연의 모습에 대한 문제 또는 個別的인 立法의 制定過程에 대한 分析에 있어서 커다란 研究上的 진전은 발견할 수 없는 실정이다. 그 가운데에서 비교적 注目할 만한 것으로는 「立法過程論-韓國과 歐美와의 比較」<sup>9)</sup>, 「立法技術講座」<sup>10)</sup>, 「立法 實務」<sup>11)</sup>, 「法制的 理論과 實際」<sup>12)</sup>, 「法制實務」<sup>13)</sup>, 「法令作成의 常識」<sup>14)</sup> 등의 일련의 單行本을 지적할 수 있으며, 관련된 論文 가운데에서도 소중한 것이 많이 있다.<sup>15)</sup>

- 
- 8) 同 學術大會는 1984年 8月31일부터 9月1일에 걸쳐 개최되었으며, 그 전체적인 內容은 서울大 法學 第25卷4號(1984)에 전부 수록되어 있다. 기타 최근에 立法에 관한 주요 심포지움으로는 大韓辯護士協會가 주관한 「法治主義와 立法의 現實」이란 주제로 1990年 7月27일부터 28일에 걸쳐 개최된 바 있다. 상세한 內容은 「人權과 正義」(大韓辯護士協會) 1990年 9月號를 참조할 것.
- 9) 禹炳奎, 「立法過程論-韓國과 歐美와의 比較」, 一潮閣 1970. 또한 同, 「韓國立法過程의 諸問題」, 國會圖書館立法調查局 立法參考資料 第123號(1970)參照.
- 10) 朴鉉旻, 「立法技術講座」, 國民書館 1970.
- 11) 權寧敏, 「立法實務」, 研修社 1977.
- 12) 國會圖書館立法調查局, 「法制的 理論과 實際」, 國會圖書館 1976.
- 13) 國會事務處, 「法制實務」, 國會事務處 1990.
- 14) 立法技術研究所(編), 「法令作成의 常識」, 法令編纂普及會 1990.
- 15) 현재 우리나라에서의 立法에 관한 論文의 거의 대부분은 立法過程·立法技術·立法機能에 관한 內容에 관한 것이다. 그 가운데 주로 法學的인 시각에서 고찰한 것을 살펴보면 우선 ① 立法過程에 관한 것으로는 金容九, 「立法過程에 영향을 미치는 諸要因에 관한 考察」, 立法調查月報 1984. 8.; 全河聲, 「立法審查過程의 機能度分析」, 國會報 1984. 8.; 法制處, 「各國의 法制機構와 立法過程」〈特輯〉, 法制 第45卷(1980.8); 閔東基, 「캐

한편 政府各部處에서 立案되는 각종 法令들을 심사하고 조정하는 유일한 機關인 法制處에서도 立法에 관한 제반 研究-특히 立法技術의 分野-를 충실히 하여, 法令의 起草 및 審査에 관한 사항으로 현재까지 慣行되고 있는 것중에서 가장 기초적인 것을 선정하여 立法事務의 통일과 능률을 기하고자 「法令立案審査基準」<sup>16)</sup>을 발간하여 立法研究에 기여하고 있다. 따라서 立法研究의 活性化를 위해서는 -그리고 나아가서 立法學의 學問的 구축을 위해서는- 學界 뿐만 아니라, 實務界에서도 많은 研究의 集積이 필요하며 그러한 의미에서 특히 현재의 法制處의 機能과 位相을 再定立할 必要性이 강력히 대두되고 있는 것이다.<sup>17)</sup>

나다議會의 立法過程과 法制機構, 立法調查月報 1990. 1·2. ; 丘秉朔, 「美國議會의 立法過程」, 考試界 1983. 3~5. ; 同, 「英國議會의 立法過程」, 考試界 1982. 12. ; 金南辰, 「立法過程에 대한 法學的 考察」, 司法行政 1967. 7. ; 徐柱實, 「現代議會의 立法過程에 관한 考察-英國議會를 中心으로」, 釜山大 論文集 第23輯(1976) ; 同, 「日本議會의 立法過程에 관한 考察」, 釜山大 日本研究 第2輯(1984) ; 徐元宇, 前掲論文 ; 黃迪仁, 「經濟法分野의 立法實態」, 法學(서울大)第25卷4號(1984). ② 立法技術에 관한 것으로는 陳在勳, 「立法技術에 관한 考察」, 國會報 1982. 4. ; 同, 「立法基準에 관한 考察」, 國會報 1983. 6. ; 朴奉國, 「立法의 理論과 實際」, 立法調查月報 1990. 9. ; 同, 「立法의 當爲의 基準과 實際에 관한 研究」, 延世大碩士論文, 1984 ; 同, 「法律案起草에 관한 小考」, 國會報 1984. 2. ; 同, 「立法技術的 側面에서 본 行政刑罰의 現況과 그 定立基準에 관한 考察」, 國會報 1983. 4. ; 李漢柱, 「立法技術에 관한 小論」, 議政資料 第16輯, 1989 ; 高明允, 「法制實務의 基本概念」, 國會報 1983. 9. ; 張明根, 「法令의 起草時 고려할 사항-美國」, 法制 第100號(1984. 10) ; 劉尙炫, 「미국의 법률제정에 관한 연구」, 法制 第 83號(1983. 12) ; 金基杓, 「미국의 법령제정과정과 입법기술」, 法制 第150·151·153-154·156·159號(1986. 2~5). ③ 立法機能에 관한 것으로는 禹炳奎, 「立法機能에 관한 比較研究」, 國會報 1980. 8. ; 朴哲彥, 「國會立法機能에 관한 實驗的 分析」, 朴東緒(編) 議會와 立法過程 所收 ; 崔松和, 「韓國의 立法機構와 立法者」, 法學(서울大) 第25卷4號(1984) 등이 있다.

- 16) 「法令立案審査基準」은 1979年 1月15일에 설정하였으며, 현재 계속 補完하여 발간되고 있다. 또한 法制處, 「法制業務合同訓練教材」, 1982도 立法研究에 중요한 意味를 부여하는 것이라 할 수 있다.
- 17) 法制處의 기능과 역할의 확대 및 활성화에 대한 要求는 최근 行政立法의 증대 및 國會立法機能의 저하 등으로 인하여 더욱 높아지고 있다. 자세한 것은 「法令制定과정 문제 많다-法制業務 전반 재검토필요」, 法政新聞 1991年 2月 4日字 參照.

## 第2章 立法의 意義와 指導原理

### 第1節 立法의 意義와 機能

#### I. 立法의 意義

立憲主義憲法에서는 權力分立의 原理와 더불어 立法은 法律의 制定機能을, 그리고 行政과 司法은 그 法律의 執行과 適用機能을 그 본질적 임무로 하고 있다는 意味에서 立法은 行政·司法과 서로 구별되고 있다. 따라서 立法權은 法律制定權을 意味한다는 면에서 法律은 立法作用을 行政·司法作用과 구별지우는 規準을 意味하는 동시에 또한 法律의 概念은 立法의 概念 그 자체를 意味하고 있다.<sup>1)</sup> 그리하여 立法의 概念에 관한 實質說·形式說·兩立說등의 論爭 역시 法律의 概念이나 法律의 特性 또는 그 內容에 관한 論爭이라고 볼 수 있다. 여하튼 立法이 무엇인가에 관해서는 일반적으로 實質的 意味와 形式的 意味의 두가지로 이해하고 있으며, 前者는 國家機關에 의한 一般的·抽象的인 成文의 法規範의 定立을 意味하고, 後者는 議會가 立法節次에 따라 法律의 形式으로 발하는 모든 指示를 意味한다.<sup>2)</sup>

그러나 이와 같은 立法概念은 라반트(Paul Laband)와 엘리네크(Georg Jellinek)등에 의하여 대표되는 法律概念의 二分說, 즉 實質的 意味의 法律과

1) 朴圭河, 「規範의 法律과 處分的 法律」, 考試研究 1989. 1., 49面.

2) 權寧星, 「立法權의 範圍와 限界」, 考試研究 1979. 11., 67面.

形式的 意味의 法律을 內容으로 한 전통적 二重法律概念을 전제로 하고 있음은 주지의 사실이며, 아울러 여기에서의 法律概念은 어디까지나 憲法上的 法律概念의 파악이라고 할 수 있을 것이다.<sup>3)</sup> 이러한 立法의 이해는 그 문제관심의 측면에서 볼 때, 그 대부분이 制度的인 意味의 그것에 그치고 있다고 할 수 있다. 즉 委任立法의 根據와 限界, 憲法裁判에 있어서 消極的 立法의 限界등은 實質的 意味의 그것이며, 國會에 의한 立法, 國政監査·調査權에 있어서 立法機關의 限界등은 形式的 意味의 그것이다. 이러한 것은 實定憲法의 해석상 論議되고 있으며 따라서 그 한에 있어서 有用한 것이라 할 수 있다.

그러나 立法學에 있어서의 立法은 널리 國家에 있어서 法現象의 定立을 의미하며, 法規範의 形式이나 그 內容을 묻지 아니한다. 즉 전통적 權力分立의 기반 위에 設定된 立法觀念이 아니라, 政治의 총과정에서 作用하고 機能하는 새로운 문제관심의 입장에서 立法觀念을 파악하는 시각이 필요한 것이다. 그와 같은 관점에서 立法을 이해하는 경우, 立法은 行政 또는 司法과 분리되어 考察하는 것이 아니라, 相互 同質性 내지 類似性을 지니는 것으로서 파악된다.

특히 오늘날의 行政國家化現象에 비추어 볼 때 立法과 行政은 一行政立法·處分法등—상호 융합하고 있음은 필연적이며, 立法과 司法 역시 그 機能的인 관점에서 본다면 成文法의 制定과 裁判은 機能的·實際的 관점에서 法의 形成이라는 같은 길을 지향하고 있음은 부인할 수 없는 사실인 것이다. 또한 憲法裁判의 政

3) 일반적으로 法律概念의 해명에는 세가지의 문제적 측면이 있다. 즉 ①「憲法的」問題側面으로서, 이것은 당해 憲法을 중심으로 法律概念을 규명한다. ②「法理論的」側面에서는 一般法學의 견지에서 그 고유의 法規律이 法哲學적으로 다루어 진다. ③「立法學的」, 「立法技術的」側面으로서 여기에서는 一般法學, 憲法, 政治學의 종합적 검토를 시도하는 가운데 法律의 形成過程, 內容, 그리고 效果등의 분석을 통하여 法律概念을 해명하려 한다. 葛奉根, 「憲法上 法律概念의 再檢討(上)」, 考試研究 1985. 9., 77面.

策形成的 性格을 감안할 경우 憲法問題를 다루는 法院은 필연적으로 法律의 모습을 갖춘 政治的 문제와 대결하지 않을 수 없는 일종의 政策形成的 機能을 담당한다고 볼 수 있다는 점에서 立法과 司法은 유사한 機能을 담당하고 있는 것이다. 그 점에서 立法·司法·行政은 法形成的·政策形成的機能의 관점에서 볼 때 같은 目標를 指向하고 있으며, 따라서 司法·行政의 존재를 전제로 한 立法概念에 대한 概念論議는 限界가 있다고 하지 않을 수 없다.<sup>4)</sup> 그리하여 立法學에서 추구하는 立法의 概念은 國家作用의 法的 總과정을 法規範의 定立이라는 徵表에 부합하여 조망하는 것이어야 할 것이다.<sup>5)</sup>

즉 立法을 政策決定 및 政策執行의 手段으로 파악하려는 立法學의 입장에서 볼 때, 전통적인 法律概念으로는 그 「立法」의 意味를 정확히 파악할 수 없는 것이다. 따라서 立法學에 있어서의 立法觀念은 憲法的 측면에서의 立法概念의 파악 뿐만 아니라, 그 立法이 政治的 決定의 媒介物이라는 측면에 유의하여 法律의 形成過程, 內容 및 그 效果등의 分析을 통하여 解明하는 것이 바람직한 것이다.<sup>6)</sup>

4) 立法과 司法의 유사성에 관해서는 ①議會는 자체가 立案하는 法律이 극히적이고 行政府 立案의 法律案에 대하여 그 贊否의 논의와 形량을 하여 判定하므로 法廷과 유사하다. ② 提案者에 대하여 立法責任을 구하고 있고, 立法過程에서 先例를 존중하여 따르는 점과 立法을 둘러싼 利害關係者의 討論등은 司法過程에서의 訴訟當事者, 證人訊問 및 判決에 가까운 유사성이 있다. 자세한 것은 丘秉朔, 「立法裁量論」, 考試界 1985. 11., 97面 參照.

5) J. Rödiger, 「Zum Begriff des Gesetzes」, in: Ders(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, aaO., S. 13f.

6) Anke Freibert, 「Das Ideale Gesetz」, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., S. 28.

## II. 立法의 機能

### 1. 市民的 法治國家에 있어서의 立法의 機能

주지하는 바와 같이 立法을 一般的·抽象的인 法規範을 定立하는 國家作用이라고 정의하는 것만으로는 立法의 實質이나 特性을 명확하게 할 수 없는 것이다. 나아가 그러한 形式的 定義로서는 立法의 機能이라던가 그 特性이 명백히 되지 아니하며, 立法學에 있어서 立法이 가지는 意味는 그 國家에 있어서 國家的 課題와 機能이 무엇인가를 검토하여 봄으로써 비로소 명확히 될 수 있다.<sup>7)</sup> 따라서 立法의 機能에 대한 分析은 國家의 機能과 課題에 대한 研究와 밀접한 연관성이 있으며 또한 그것은 近代立憲國家의 歷史的 發展過程에 있어서 法 및 法律의 機能과 필수적으로 關連되는 것이다.<sup>8)</sup>

주지하는 바와 같이 19세기의 市民的 法治國家에 있어서 法律은 國家로 부터 社會의 방위라는 市民防禦的·民主主義的 概念으로서의 性격을 지니면서 自由主義的 政治原理와 自由主義的 市民法秩序를 지탱하는 基本的 機能을 수행하였다.<sup>9)</sup> 그것은 바로 市民的 法治國家에서는 國民의 利益과 가장 밀접한 關係가 있는 「自由와 財産」에 관한 사항만을 君主의 수중으로 부터 박탈하여 議會의 수중으로 이관하는데 성공한 특수한 政治的·憲法的 狀況에 대응하여 法律의 概念을 완성시켰던 것이다.<sup>10)</sup> 따라서 法律은 議會가 行政府와의 투쟁·타협의 결과로

7) Konrad Hesse, 「Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland」, 15 Aufl., Heidelberg 1984, S. 204. 【桂禮悅(譯), 「西獨憲法原論」, 三英社 1987, 299面.】

8) A. Freibert, a.a.O., S. 28.

9) 法律의 概念의 發展에 관한 상세한 것은 葛奉根, 「憲法上 法律概念의 再檢討」, 考試研究 1985. 9·11, 1986. 1·3·5. 및 李漢柱, 「憲法上 法律의 概念에 관한 研究」, 서울大 碩士論文, 1987. 1. 參照.

10) 朴圭河, 前揭論文, 49面.

획득한 최소한의 權限이며, 무엇보다도 議會에 대한 行政權의 침입을 방지하기 위하여 성립된 概念이며 民主主義的 法律概念과는 친숙하지 못한 이른바 國家 (Staat)와 社會(Gesellschaft)의 대립을 전제로 한 二元主義的 政治體制의 歷史的 產物로서 탄생한 것이었다. 法律이 議會에서의 公開的 討論에서 理性的으로 導出되는 최종의 산물로 간주되어 이른바 眞理와 正義를 구현한다고 생각하였던 그 立憲主義的·市民的 法治國家概念에서는 正義와 眞理의 內容에 대한 基本적 結論을 내리는 規範的 憲法 내지는 理念的 憲法은 필요하지 않았으며, 따라서 憲法은 단지 立憲過程의 순조로운 進行을 보장하는 節次規定만 있으면 족하였던 것이다. 그 결과 法律은 國民代表의 同意가 市民的 自由와 主體性을 확보하며 法律의 「一般性」이 同等한 制限을 넘는 市民的·社會的 自由에 대한 侵害를 방지하며, 討論과 公開의 節次가 法律內容의 合理性을 보증하는 것으로 믿었다.<sup>11)</sup> 즉 그 法律은 國民代表가 公開와 討論의 과정을 거쳐 모든 同意를 부여한 一般的 規律인 것이다.

그러한 市民的·自由民主的 法治國家時代에 있어서의 法律의 一般性은 形式的인 合理性의 최고의 형식이기 때문에 市民階級이 國民의 전부로 간주되었던 당시에 있어서는 一般的 法律만이 法의 基本형식이며 理性的 法律만이 法이고, 따라서 法律이 主權者의 意志 내지는 政治的 命令으로 본다든가 暴力이 지배하는 全體主義國家등에 있어서의 法은 그것이 一般性과는 거리가 먼 것이었기 때문에 法으로서의 性格이 인정될 수 없었다.<sup>12)</sup>

그리고 經濟體制에 있어서는 당시는 이른바 自由放任主義的·自由競爭的 資本

11) 金南辰·李康嫻, 「主題中心 憲法」, 華學社 1985, 77面; 韓泰淵, 「憲法學—近代憲法의 一般理論」, 法文社 1983, 702面.

12) Carl Schmitt, 「Verfassungslehre」, Berlin 1954, S. 139. 【金箕範(譯), 「憲法理論」, 敎文社 1976, 164面.】



主義體制이기 때문에 自由競爭에 있어서는 一般的 法律과 權力分立과 法官의 人的·物的 獨立이 요청되었고 法官의 法律에의 엄격한 羈束과 一般條項의 解釋·通用과 같은 法官의 自由裁量은 부인되었다.<sup>13)</sup> 어쨌든 이러한 法律의 一般性的 관념은 自由主義的 政治原理와 自由主義的 市民法秩序를 지탱하는 다음의 基本的 機能을 수행하여 왔음은 부인할 수 없는 사실이라고 하겠다.<sup>14)</sup>

즉 첫째, 一般的·抽象的 法律은 개인의 최소한의 自由·平等·安全을 保障하는 道德的·倫理的 機能을 수행한다. 法制定權者가 사람의 情況을 抽象적으로 平等한 것으로 보고, 差別的 취급을 하지 않는 法律을 制定할 때 平等이 보장되고 나아가서 個人과 國家사이에도 최소한의 安定이 보장되고 따라서 개개인이 適法하게 행해진 行爲로 인하여 후일에 制定된 法律로써 처벌받지 않는다는 것, 자기만이 不利益을 입지 않는다는 것을 미리 豫測할 수 있다는 것이다. 둘째, 一般的 法律의 形式構造는 自由放任的·自由競爭的 資本主義 社會에 있어서 경쟁적 契約社會를 가능케 하는 經濟的 機能이 있다. 또한 市民社會를 經濟적으로 발전시킨다는 의미가 결정적으로 중요하다. 거의 平等한 經濟力을 가지는 다수의 企業家로서 구성되는 競爭的 社會는 形式的 合理性의 최고의 形式을 의미하는 一般的 法律 위에 성립하기 때문이다. 즉 경쟁적 사회에 있어서 國家의 第1次的 任務는 契約履行을 보장하는 法體系의 확립에 있다.

따라서 國家는 契約上의 義務履行을 확보하는 法秩序를 창설하여 義務는 이행될 것이라는 기대를 예견할 수 있게 하여야 하는 동시에 國家와 企業家의 사이에 있어서도 가능한 한 豫見可能한 상태를 유지하지 않으면 안된다. 그러한 예

13) 朴圭河, 前掲論文, 55面 以下.

14) 이 점에 관한 상세한 內容은 徐元宇·李康燮, 「公法學演習」, 法志社 1987, 345~350面 參照.

전가능성은 法律의 構造가 一般的일 때 비로소 가능한 것이다. 세째는, 一般的 法律은 統治 내지 支配는 法에 의한 支配이지 사람에게 의한 支配가 아니라는 政治的 機能을 수행하며, 法律속에 나타나는 一般的 理性에 대한 확신에 의하여 中立的·超黨派的 國家觀念을 形成하게 된다. 여기에 있어서 一般的·理性的 法律에 대한 확신에 의하여 人間의 人間에 대한 支配 대신에 法律에 의한 支配가 전면에 등장하는 것이다.

그러나 이와 같은 市民的 法治國家에 있어서의 法律의 機能은 國家와 社會의 二元主義에서 社會의 國家에로의 自己組織이 시작되는 一元主義에의 과정에서, 그리고 代議制的 民主主義가 政黨國家的 경향을 띤 政黨制民主主義로 이행·발전함에 따라 많은 변모와 修正을 겪지 않을 수 없게 되었다. 특히 自由主義 후기에 접어들면서 이른바 獨占資本主義에로의 성숙단계에 이르러서는 一般的 法律은 부차적 역할밖에 할 수 없게 되었고, 그 대신에 一般條項<sup>15)</sup>이 중심적 역할을 하게 되었다. 合理的·一般的 法律은 오히려 獨占資本家에게는 生産力發展에 구속물로 인식되기에 이르른 것이다. 나아가 産業社會化의 과정에서의 國家的 課題의 가중과 戰後의 經濟的·社會的 難問題의 시급성은 市民的 法治國家에 있어서와 같은 抽象的인 正義의 理念에 입각한 一般的·抽象的 法律로서는 문제해결이 불가능한 상태가 되면서 立法의 形式面에서 뿐만 아니라, 立法의 역할과 機能面에서도 많은 변화를 초래하게 되었다.

## 2. 社會的 法治國家에 있어서의 立法의 機能

國家와 社會의 구별을 전제로 權力分立의 原理에 입각한 個人의 自由보장의

15) 沈憲燮, 「一般條項 小考—分析的 素描—」, 法學(서울大) 第30卷 1·2號, 1989, 107面以下.

요청에 부합되는 市民的 法治國家에 있어서의 法律概念은 앞서 살펴본 바와 같이 國家로 부터의 社會의 방어라는 市民防禦的·自由主義的 概念으로서의 性格을 지니면서 自由主義的 政治原理와 自由主義的 市民法秩序를 지탱하는 基本的 機能을 수행할 수 있었던 점은 부인할 수 없는 사실이다. 또한 그러한 法治國家的 法律概念으로서의 一般的·抽象的인 規範的 法律은 대체로 개인의 自由權의 基本權의 보장에 대단히 有用하게 機能한 것도 사실이다. 그러나 오늘날의 國家體制가 종래의 自由主義的인 法治國家에서 國民의 生存을 보장하기 위하여 적극적인 國家施策을 도모하는 社會的 法治國家로 이행함에 따라 法律의 概念과 機能 역시 그 이념에 따라 새로운 社會秩序形成을 위한 하나의 도구로서 변모하게 되었다.<sup>16)</sup>

즉 社會的 法治國家는 各人の 生存의 보장과 社會生活에 있어서의 秩序의 均衡을 유지하기 위하여 國家의 적극적인 福祉政策을 촉진하게 함으로써 필연적으로 福祉目的을 實現해야 할 行政의 活動領域을 확대시키게 됨으로써 그것은 당연히 行政權을 중심으로 한 行政國家로의 발전을 가져왔다.<sup>17)</sup> 그러나 전통적인 自由主義的 法治國家의 관점에서 본다면 國家權力은 個人의 自由를 침해할 가능성이 있는 對立的인 존재이며 따라서 그 行政權의 擴大는 전통적인 自由의 觀念에서 판단한다면 그것은 反法治國家的인 경향으로서 排除되지 않을 수 없는 것이다. 이러한 自由主義的인 法治國家思想은 역사적으로는 君主의 絕對權力과 직결된 行政權 내지 政府의 權力行使에 대하여 各자의 自由·財産을 보장하려는

16) Hermann Heller, 「Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung」, in : Martin Drath/Gerhart Niemeyer/Otto Stammer/Fritz Borinski(Hrsg.), Gesammelte Schriften, Leiden 1971, Bd. 2, S.225. 또한 朴英道, 「Hermann Heller의 國家觀에 관한 分析的 研究」, 外國語大 博士論文, 1990. 2., 186面以下.

17) 金德謙, 「法律의 概念」, 高麗大 碩士論文, 1986. 12., 59面.

것이였으며, 따라서 그 경우 立法機關인 議會의 任務는 國民의 自由와 權利를 보장하기 위하여 行政權을 엄격히 法律의 規制아래 두는 것이었다. 즉 行政의 임무는 주로 소극적인 秩序維持의 범위에 限定하였고, 나아가 그에 필요한 權力行使 역시 議會가 정한 法律에 엄격히 羈束되어 필요 최소한의 것에 그치는 것이 전통적인 法治國家思想이었다.

이에 대하여 現代的인 社會的 法治國家에서는 國家의 機能이 적극적인 政策實現으로 변모되어 특히 行政府에 대하여 國家의 生存의 보장과 社會共同의 福利增進을 위하여 적극적으로 國民에 봉사할 것을 요구하고 있다. 즉 社會的 法治國家의 관념에서 본다면 行政府는 이미 國民과 대립하는 權力主體가 아니라 國民을 위하여 그 生活保障에 있어서 필요한 給付를 제공해야 할 主體로서 파악되는 것이다.<sup>18)</sup> 따라서 이러한 現代的인 國家體制下에서는 國民과 직결하여 國民의 利害關係를 대표하는 議會와 國民에게 봉사하여야 할 行政府는 根本的으로 對立하는 것이 아니라, 兩者는 궁극적으로 國民全體를 위하여 相互 共存하는 것으로 이해되어야 하는 것이다. 즉 立憲君主制에 유래하는 종래의 法治國家思想에 의하면 國家와 市民社會, 君主의 政府와 國民의 議會라는 대립적 존재를 前提로 議會의 임무는 단순히 法律을 議決하는 것 뿐만 아니라, 결국은 國民의 自由·權利의 보호를 위하여 國家權力을 제약하기 위한 法律을 制定하는 것이었다.

그러나 國民의 政治力이 발전하고 國民自治의 범위가 확장되면서 議會와 行政府의 대립은 無意味한 것으로 되어 비록 兩者 사이에 담당하는 權限의 차이가 있더라도 궁극적으로는 兩者는 상호 대립하는 것이 아닌 것이다.

이러한 國家의 基本性格에 대한 근본적인 변화와 더불어 立法의 觀念과 機能

18) 朴圭河, 「社會的 法治國家의 概念」, 月刊考試 1977. 9., 31面

도 당연히 변모하지 않을 수 없는 것이다.<sup>19)</sup> 즉 종래의 法治國家에서는 社會생활의 경험 가운데 자연스럽게 形成된 共同社會의 法感情이나 規範意識을 충분히 반영하여 그것을 成文의 法律로 確立하는 것이 立法의 주된 임무였으나, 社會的 法治國家에서는 단순히 그것만으로 그치는 것이 아니라, 國家가 나아가 현대적인 社會立法과 아울러 社會生活의 計劃化를 촉진하고 개인의 活動을 그 方向으로 적극적으로 지도하는 것이 필요하게 되었다. 특히 經濟的 領域에 있어서는 그 政策은 생존의 보장과 직결하므로 전통적인 自由主義經濟는 國家的으로 計劃化되고 현대적인 經濟構造의 확립을 위하여 國家의 적극적인 施策을 필요로 하게 되었던 것이다.

확실히 自由主義的 法治國家의 原理는 國家權力에 의한 侵害로 부터 個人의 自由·財產을 보호하는데 이바지 하였으나, 社會의 經濟情勢의 변동에 수반한 貧困의 공포로 부터 各人の 生活을 보호하는 데에는 전혀 無力하였다. 그 때문에 各人の 人權保障이라는 것은 거의 形式的인 것으로 되어 버렸으며, 人間의 가장 기본적인 生活의 保護라는 점에 관해서는 전혀 확실한 法的 保障도 기대할 수 없는 상태였다.

그러나 現代國家에서는 憲法에 生存權의 保障을 선언하여 國民의 人間다운 生活의 保障을 위하여 國家는 적극적으로 立法措置를 강구하고, 나아가 구체적으로 필요한 政策을 실시하지 않을 수 없게 되었다. 따라서 이러한 政策立法의 경우에 이미 社會生活의 慣行이나 經驗則을 통하여 생성된 一般的 法感情을 成文化하기 보다는 오히려 立法의 目的은 行政府의 새로운 政治的·技術的·調整

---

19) Th.Öhlinger, 「Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen. Skizzen zu einer Grundfrage der Gesetzgebungstheorie」, in : Ders.(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 17.

的·指導的인 行政目的을 달성하기 위하여 그 計劃의 수립과 실행을 法律로서 근거지우려는 性格을 가지게 되었다.<sup>20)</sup> 즉 社會的 法治國家에 있어서는 복잡한 利害關係의 조정과 統合을 위해서는 이른바 立法은 세밀한 科學的인 조정과 정확한 資料를 토대로 한 전문적인 計劃의 수립에 의하여 행하여 지는 것이다. 따라서 國家政策의 複雜化·高度化에 수반한 立法의 專門化·技術化는 國民의 代表者에 의한 立法을 사실상 불가능하게 하여, 결국 行政部門에 의한 立法權의 장악이라는 결과를 가져왔음은 주지의 사실이다.

社會的 法治國家의 발전은 다수의 구체적인 內容을 지닌 개별적인 政策立法의 증대를 가져왔다. 즉 그것은 國家가 立法을 통하여 社會·經濟등의 각종 生活關係에 구체적으로 직접 개입하지 않을 수 없다는 현대의 社會情勢의 변화이다. 이 점은 一般的·抽象的인 生活規範의 具現으로서의 規範的 法律에 대해서, 特定 政策目的을 위하여 필요한 具體的·個別的인 措置를 실시하기위한 處分的 法律(Maßnahmegesetz)<sup>21)</sup>이라는 새로운 法概念을 성립시켰다. 그러나 이 處分的 法律은 形式的으로는 議會가 制定하는 法律이나, 實質的으로는 法이라기 보다는 오히려 일종의 구체적인 行政處分이라고 할 수 있는 것으로서 議會에 의하여 행해진 法律의 形成에 의한 處分이라고 할 수 있는 것이다. 물론 전통적인 法 및 立法의 관념에서 본다면 處分的 法律은 法律이라는 특정의 法制定形式의 남용이며, 또한 權力分立의 관점에서든 그것은 立法에 의하여 행해진 行政에 대한 權

---

20) Ulrich Karpen, 「Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht」, Neue Juristische Wochenschrift(NJW), 1988, S.2512ff ; Ingwer Ebsen, 「Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsrecht」, Deutsches Verwaltungsblatt(DVBl), 1988, S. 883.

21) Konrad Huber, 「Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz. Eine Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff」, Berlin 1963, S. 9 ; 權寧星, 前掲論文, 72~73面.

限侵犯으로서 생각될 수 있다. 즉 전통적인 立憲主義 및 法治主義의 관점에서 본다면 法律의 制定은 社會의 구체적인 生活關係에 직접으로 法律에 의하여 法的인 效力을 미치는 것을 목적으로 하는 것이 아니라, 우선 일정한 生活範圍에 있어서 法秩序의 확립을 위하여 一般的·抽象的인 規律을 행하는 節次로서 실시되는 것이다. 따라서 法治國家의 原理에 따른 法律의 概念을 구성하면 法의 內容의 일반성은 당연히 法律의 實質的인 요소이며, 그것을 제외할 수 없는 것이다.<sup>22)</sup>

그러나 自由主義的인 豫定調和의, 社會의 內部에서 발생하는 자연발생적인 生活秩序의 확립은 기대할 수 없는 것이 현실이며, 따라서 國家 自體가 그 적극적인 立法措置에 의해서 社會生活의 균형상태를 이룩하지 않을 수 없는 것이다. 나아가 이러한 目的을 위하여 행하는 政策的인 立法이 현재 현저히 증대되어 가고 있고, 같은 法律이라 할지라도 社會生活 가운데 전통적인 法感情이나 法原理를 확인하여 그것을 成文法으로 집약하는 典型的인 法律과 社會生活의 구체적인 실정에 비추어 政策目的을 달성하기 위하여 개별적인 措置를 정한 法律은 그 意味內容과 성격이 다른 것이다.

### III. 立法의 危機現象과 對應

이미 살펴본 바와 같이 19세기 후반의 秩序國家는 對內的·對外的으로 秩序와 安定의 보장이 그 課題였다. 따라서 對內的으로는 市民的 自由의 보장에 制限되었 으며 經濟와 社會에 대한 모든 간섭은 금지되었다. 그리하여 行爲準則으로서의 法律은 전체적으로 國家의 正當性을 形成하는 秩序를 만들어내는 權利와 義

22) Nobert Achterberg, 「*Kriterien des Gesetzesbegriffs unter dem Grundgesetz*」, Die Öffentliche Verwaltung(DÖV), 1973, S. 291~293.

務를 정하는데 그쳤으며, 또한 法律은 동시에 그렇게 함으로써 그 秩序를 침해할 때 市民의 個別的 自由를 제한하는 國家의 權限을 정하였던 것이다. 이리하여 法律은 國家權力의 침해로부터 개인의 自由의 領域을 보호하는 역할을 하였으며, 바로 여기에 法治國家의 機能이 있었다. 또한 秩序를 창설하는 行爲準則으로서 法律은 개념적으로 一般性을 갖추게된 결과, 法律은 民主主義的 機能을 담당하였다.

그러나 오늘날의 國家는 그 과제를 단순한 秩序의 유지에 한정하는 秩序國家가 아니라, 오히려 社會國家·給付國家·經濟國家라고 할 수 있다. 이러한 변모를 하나의 公式화된 用語로 표현한다면 「國家的 課題의 급격한 증가(explorationartige Wachsen der Staatsaufgaben)」<sup>23)</sup>라고 표현할 수 있을 것이다. 이러한 변모는 전체적으로 볼 때 마치 自由主義的 法治國家에 대한 전형적인 秩序課題를 自由主義的 法治國家論에 대하여 國家를 그 秩序維持에 한정시키는 관점에서 파악하는 法的 手段으로 대처하려는 것과 같이 오늘날의 國家는 그에게 부여된 課題를 制度的 및 法的인 手段으로 동시에 대처하려는 것이다.

이러한 國家的 課題의 변천은 당연히 法的 道具論의 관점에서 뿐만 아니라, 모든 점에서 파급효과를 미치고 있다. 따라서 현대의 社會國家·經濟國家·給付國家 및 計劃國家의 國家的 活動을 法的 道具論의 관점에서 파악하는 것은 다양한 國家的 活動을 일부분의 領域에서 파악하는 것이며, 國家的 活動의 本質에는 도달하지 못한다고 할 수 있다. 여하튼 오늘날의 國家的 課題를 法的인 手段으로 해결하려는 경우에 제기될 수 있는 몇가지 문제점을 제시하면서 立法에 대한 새로운 認識을 지닐 필요성이 있다.

23) Th. Öhlinger, 「Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen」, in : Ders.(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 18.



## 1. 法學的 觀點에서 본 法的 規範化의 限界

종래의 自由主義的인 法治國家論에서는 그 國家的 課題는 秩序를 유지하기 위하여 秩序國家를 표방하였으며, 그 결과 行政은 公法的 作用形式으로 수행되었다. 그러나 都市化·工業化·技術化등에 따른 社會經濟的 條件의 급격한 變化 및 社會國家·給付國家理念의 정착에 수반하여 行政活動의 範圍가 현저히 증대하면서 行政이 그 임무를 달성하기 위하여 수행하는 法的·事實的인 手段도 현저히 다양화되었다.<sup>24)</sup> 특히 國家에 대한 給付를 제공하는 給付行政의 분야와 經濟秩序에 개입하여 經濟活動과 企業을 指導·組成하는 經濟行政의 분야에서는 그 임무를 달성하기 위하여 私法上의 契約 기타 手段을 사용하는 경우가 급격히 증대되고 있다.

따라서 行政活動의 전체를 公法的 形式과 私法的 形式으로 구분하는 것은 정확하지 못하게 되었으며, 私法의 形式에 의한 行政도 비록 능가할 수는 없지만 고전적인 高權行政(Hoheitsverwaltung)의 범위와 중점에 도달하게 되었으며,<sup>25)</sup> 오늘날의 새로운 國家的 課題의 대부분은 私法的 法形式에 의한 行政으로 수행되고 있다.<sup>26)</sup>

이와 같이 「國家가 私法으로 도피하는 것(Flucht des Staates in das Privatrecht)」에는 公式化된 高權行政의 行政作用을 法治國家的 拘束으로 부터 해방시키려는 의도가 작용하고 있다. 그러나 이러한 도피는 公法的 行政의 作用

24) Peter Badura, 「Auftrag und Grenzen der Verwaltung im Sozialen Rechtsstaat」, DÖV 1968, S. 446ff.

25) Th. Öhlinger, a.a.O., S. 20.

26) 「行政私法」에 관한 자세한 내용은 金南辰, 「行政法 I」, 法文社 1990, 333面以下; 石琮顯, 「一般行政法論(上)」, 三英社 1990, 513面以下; 卞在玉, 「行政法講義(I)」, 博英社 1990, 392面以下 參照.

形式으로는 거의 수행할 수 없거나 또는 部分的인 것만 수행되는 國家的 課題의 영역에 한정된다고 보는 것이 일반적 견해이다. 또한 여기에는 私法的 形式으로 行政을 公法的 作用形式의 法治國家的 拘束, 특히 行政의 法律에 대한 拘束을 현저히 벗어나려는 동기도 존재하고 있음은 否認할 수 없다.<sup>27)</sup>

여하튼 오늘날의 憲法理論에서는 本質적으로 私法的 形式의 行政에 대한 合法性의 原則은 고전적인 高權的 行政과 동일한 방식으로 適用되지 않을 수 있다는 점이 논란으로 되고 있다. 私法的 形式의 行政도 法的으로 規律하여야 한다는 요구는 결국 私法的 行政의 本질 내지 특수한 요소를 인정하지 않을 수 없다는 것과 대비된다. 그러한 限界는 私經濟的 行政의 私法的 形式에서 뿐만 아니라, 그 形式에서 추구되는 課題의 本質的 構造로 부터도 나타난다. 이것은 특히 國家的인 計劃을 法的으로 決定하는 論議에서 두드러지게 나타나며, 여기에서는 行政作用의 形式的 側面(高權行政 내지 私經濟的 行政)이 중요한 것이 아니라 오히려 法學에 있어서 所與의 것인 事物의 本質(Natur der Sache)을 法的으로 規律하는데 대한 觀點이 중요한 비중을 차지하고 있다.<sup>28)</sup>

결국 오늘날의 國家的 課題, 즉 給付課題, 形成課題, 計劃課題의 領域에 있어서 行政은 이러한 國家的 課題를 수행하는데 있어서 필연적으로 法的 規律 이외의 領域에서 活動하지 않을 수 없으며, 따라서 行政作用을 法的으로 規律하는 것의 限界를 인정하지 않을 수 없는 것이다.

27) 行政私法의 성격에 관한 구체적인 論議는 Hans J. Wolff/Otto Bachof, 「*Verwaltungsrecht I*」, 9 Aufl., 1974, § 23IIb ; P. Badura, 「*Zulassung zu öffentlichen Einrichtung der Gemeinde und Verwaltungsprivatrecht*」, Juristische Schulung(JuS), 1966 ; Fritz Ossenbühl, 「*Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht*」, DÖV, 1971 ; Wolfgang Rübner, 「*Formen öffentlicher Verwaltung in Bereich der Wirtschaft*」, 1967 參照.

28) Th. Öhlinger, a.a.O., S. 21.

## 2. 規範의 洪水

앞에서 지적한 現代의 國家的 課題를 法的으로 規律하는데 대한 限界 이외에 그러한 문제와 완전히 상반되는 것으로서 이른바 「法の 인플레이」, 「過剩法律主義」, 「法の 비(rain of Law)」, 「規範洪水(Gesetzesflut)」의 현상을 지적할 수 있다.<sup>29)</sup> 法治主義의 理念에 근거를 두는 憲法秩序內部에서의 國家的 課題의 팽창은 法律의 숫자와 범위의 엄청난 증가를 초래하였다. 法治國家에 있어서 公權力의 發動은 原則으로 法の 形式을 갖추도록 되어 있으므로 國家임무의 증대에 따라 法規의 量도 증대함은 당연한 현상이라고 할 수 있으나, 다른 한편 國家任務가 증대하고 그에 따라 개인의 生活領域 중 法規에 의해 規律받는 領域이 넓으면 넓을수록 개인의 자유로운 活動領域은 그만큼 축소되는 결과가 되는 것이다. 또한 法治主義를 실현하기 위하여 많은 立法을 하였으나 一般國民 뿐만 아니라 專門家조차 어떠한 法이 있는지 알기 어려운 실정이며, 나아가 그들 法 가운데에는 拙速으로 立法된 것들도 없지 않다고 할 때<sup>30)</sup> 法の 過剩이 法治主義

29) H. Hill, 「Impulse zum Erlaß eines Gesetzes」, DÖV 1981, S.487~497 ; Karl Hillermeier, 「Eindämmung der Gesetzesflut」, Bayerische Verwaltungsblätter(BayVBl) 1978, S.321~323 ; K. Huber, 「Gesetzesinflation? Aspekte des Gesetzgebungsprogramms des Bundes」, Schweiz. JZ 1977, S. 1~9 ; Horst Sendler, 「Normflut und Richter」, Zeitschrift für Rechtspolitik(ZRP) 1979, S. 227~232 ; Christian Starck, 「Übermaß an Rechtsstaat」, ZRP 1979, S. 209~214 ; Hans Jochen Vogel, 「Zur Diskussion um die Normenflut」, Juristen Zeitung(JZ) 1979, S. 321~325.

한편 國內에서 「規範의 洪水」현상을 지적한 것으로는 金道稔, 「法治의 確立은 立法에서부터」, 考試研究 1982. 6. ; 李鳴九, 「法の 인플레이와 法治主義의 方向」, 現代公法の 理論(牧村 金道稔 博士 華甲記念), 學研社 1982 所收.

30) 拙束立法의 原因으로는 ①規律의 必要性에 대한 불충분한 審査 ②過剩완벽주의의 指向 ③規律의 明確性·理解度·展望性·彈力性에 대한 불충분한 검토 ④적절하지 못한 費用査定 ⑤缺陷있는 結果統制 ⑥規範化計劃의 수립에 있어서 市民이 요구하는 目標와 內容에 대한 불충분한 檢討등을 지적할 수 있다. Joachim Jacob, 「Das Unbehagen des Bürgers an seinen Gesetzen」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., S.40f.

그 자체를 위기로 몰아 넣을 염려가 있는 것이다.<sup>31)</sup> 그러나 行政의 規範領域, 法에 복종하는 者는 法的 安定性을 필요로 하는 점 및 複雜化·分業化된 産業社會에 있어서 國民生活의 法的關係의 비중의 증대등으로 인하여 모든 生活領域이 規範化(Verrechtlichung)되어가는 현상을 일반적으로 規範의 洪水라고 할 것이 아니라, 「生活必需品法(Lebensmittelrecht)」에 있어서 처럼 專門的 規範이 洪水처럼 증대하고 있는데 불과하다고 지적하며 따라서 規範의 洪水는 專門的 規範의 洪水이지, 一般的으로는 法治國家에 실제적인 위협이라고 할 수는 없다는 견해도 있다.<sup>32)</sup>

여하튼 이러한 規範洪水에 대한 우려는 가급적 많은 立法을 삼가하라는 경고의 意味에 그치고 현대의 規範追求現象(Normenhungers)에 대한 문제를 해결할 수 없는 한 극히 피상적인 것에 그칠 우려가 있다. 法律은 憲法上의 지도이념인 法治國家와 民主主義下에 社會的 問題狀況을 대처하는 手段으로서 機能하는 것이다. 그리고 規範의 洪水는 理性的으로는 國家的 문제해결의 代案의 모색 또는 國家機能의 경감과 관련하여 論議될 필요가 있는 것이다.<sup>33)</sup>

이 점과 관련하여 Kurt Eichenberger는 立法은 法治國家와 밀접한 상관관계가 있다고 하여 法治國家의 價値實現은 결코 閉鎖的인 것이 아니라 널리 包容力이 있는 것이라야 한다는 意味에서 새로운 「立法國家(Gesetzgebungsstaat)」의

31) 李鳴九, 前揭論文, 246面, 規範洪水現象의 否定的인 결과로서는 ①法規範의 過剩과 그 緻密性 및 그 결과로서의 빈번한 改廢는 일반시민 뿐만 아니라, 法律의 전문가도 法을 이해하기 어렵게 되고 있는 점 ②法規의 과도한 緻密性에 의해 市民生活의 세부에 까지 法이 介入하기에 이르른 점 ③法規範의 增殖과 高度의 緻密性은 立法의 不安定과 不統一을 초래하고, 社會생활에 있어서 法의 權威를 약화시키는 점 ④規範洪水現象에 의해 초래된 法의 質的 低下는 法의 實效性을 약화시켜 결국 遵法精神이 무너지고 法文化의 수준이 낮아진다는 점등을 지적할 수 있다.

32) G. Püttner, 「Der rechtsstaat und seine offenen Probleme」, DÖV 1989, SS. 139~140.

33) Th. Öhlinger, a.a.O., S. 21.

탐구를 제창하고 있다. 따라서 現代立法國家로서의 法治國家에 있어서 중요한 것은 法治國家는 社會國家原則에 의하여 補完되어야 한다는 점, 그리고 憲法이나 基本權등의 實質的 拘束에 따르지 않으면 안된다는 점에서 內容의 質이나 民主主義原則과의 관련에서의 正當性的 필요성을 강조하고 있다.<sup>34)</sup> 그리하여 그는 社會的 法治國家에 있어서는 어차피 規範의 洪水에 대한 자기억제는 기대하기 어려운 이상, 立法者의 法定立計劃의 필요성을 審査함으로써 過剩法律主義를 감소시킬 수 있으며, 또한 현실적으로 현대의 法定立의 임무는 단일 立法者만으로는 도저히 감당할 수 없으므로 社會形成的 國家의 法定立은 필연적으로 일정한 方法과 전망, 즉 立法의 부담배분에 대한 구별기준을 마련할 것이 요청된다고 주장한다.<sup>35)</sup>

또한 Richard Novak에 의하면 規範洪水의 質的原因을 形式的 法律適合性에, 그 量的原因을 規範生産의 國際化와 環境의 技術化를 지적하면서 그 對策으로서 立法府와 行政府의 관계에 있어서의 規律權限을 새로이 定立하고 公的 任務遂行의 脫國家化등이 規範의 洪水現象을 저지할 수 있을 것이라 한다.<sup>36)</sup> 그리고 Michael Kloepfer는 過剩된 規範化의 原因으로서 國家機能의 擴大를 들면서 그것이 市民의 請求인플레, 法律이나 法律의 變化의 法律을 活用하는 경우가 증대하고 있는 점, 內閣官僚制와 地方分權的 法定立등을 지적하고 있다.<sup>37)</sup> 따라서 이러한 過剩法律主義에 대한 해결책으로서 그는 政治的 救濟方法으로서 法의 掃除에 의한 規範整理, 規範增大의 沮止, 立法的 負擔의 경감을 지적하는 한편,

34) Kurt Eichenberger, 「Gesetzgebung im Rechtsstaat」, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer(VVDStRL), Heft 40, 1982, S. 12f.

35) Ders., Ebd., S. 26~29.

36) Richard Novak, 「Gesetzgebung im Rechtsstaat」, VVDStRL, Heft 40, 1982, S. 40~60.

37) Michael Kloepfer, 「Gesetzgebung im Rechtsstaat」, VVDStRL, Heft 40, 1982, S. 70f.

나아가 法律의 質의 向上을 지적하고 있다.<sup>38)</sup>

그러나 이러한 規範洪水에 대한 解決策으로서도 역시 過剩法律主義에 대한 解消은 完化될 수 없는 것이다. 法律의 數的 增加가 엄청난 부수적인 문제를 초래하는 것은 논의할 것도 없을 것이다.<sup>39)</sup> 이것은 우선 法의 認識可能性의 次元과 관련된다. 法律의 認識은 오늘날 專門家의 임무로 되어 있으나, 최상의 資格을 갖춘 專門家조차 단지 특별한 法의 領域만을 다루고 있다. 이러한 法의 實體를 파악할 수 없다는 것은 다시 法의 形成에 영향을 미치는 것이다. 새로운 立法은 기존의 社會的 現實의 變化를 야기시킬 뿐만 아니라 나아가 현존하는 法의 要素에 영향을 미치게 된다. 그리하여 모든 法律의 改正은 法 그 자체내에서 뿐만 아니라, 法의 고유한 目的에 대해서도 전혀 아무런 기여도 할 수 없으며 法內在的 問題에 대해서도 부담의 증가를 초래할 따름인 것이다. 따라서 立法에 따른 法的 또는 그와 相關된 政治的 費用은 점차 증가하여지며, 또다른 觀點에서 보면 社會的 管理手段으로서의 法律은 점차 그 實效性을 상실하게 되고 法律의 改正의 事實상의 效果도 점차 劣化된다.<sup>40)</sup>

38) Ders., Ebd., S. 78f. M. Kloepfer의 견해에 관한 상세한 내용은 徐元宇, 「韓國立法過程의 理念과 現實」, 法學(서울大) 第25卷 4號, 1984, 57~58面 參照.

39) 過剩法律主義의 폐단으로서 ① 規範全體에 있는 國家의 權威喪失, ② 立法府의 無力化 초래, ③ 資源의 誤用과 낭비, ④ 社會正義의 問題, ⑤ 個人의 自由의 萎縮現象등을 지적 할 수 있다. 자세한 것은 李鳴九, 前揭論文, 248~250面 參照.

40) 따라서 規範洪水現象의 問題狀況을 정확히 파악하여 그 상세한 實態의 解明을 행하는, 보다 적절한 豫訪手段과 보다 効果적인 抑制方法을 개발하기 위한 「豫防的 研究」를 발전 시킬 필요성이 대두된다. 그러한 것을 위해서는 ① 立法活動에 計劃性을 구비하여 法規의 無節制한 增殖을 억제하고 立法過程에서 나타나는 경솔함을 除去할 것 ② 정기적으로 立法의 現狀을 검토하여 立法의 現狀에 評價를 행하고 科學적인 法의 發展을 위한 기초를 구축할 것 ③ 法의 價値論에 關한 研究을 進行하여 최선의 立法을 定立하기 위한 基準을 마련할 것 ④ 法源體系의 改善을 도모할 것 ⑤ 議會制定法에 關한 立法節次를 일반적 制度化할 것 ⑥ 行政立法의 體系的 秩序를 유지할 것 ⑦ 行政機關에 있어서 法律

### 3. 法律의 調整可能性의 缺如

앞서 살펴본 規範洪水에 대한 論議를 좀더 구체화하여 社會的 調整의 手段으로서의 法律의 속성에 착안하여 立法의 문제점을 지적하여 본다. 이 批判은 우선 社會的 變化의 정도에 法을 결부시키는 것에서 시작한다. 이러한 맥락에서 法의 평가는 法은 社會의 전체적인 變化를 단순히 추종할 따름이라는 명제로 부터 출발하여, 현재의 社會的 狀態의 維持 및 그와 결부된 利益의 維持를 위한 一面的 手段이라는 평가를 거쳐서 社會的 行態에 法이 어느정도 實質的으로 영향을 미칠 수 있는가라는 法의 可能性에 대한 論議에 까지 도달한다.<sup>41)</sup> 그리고 이러한 비판은 現代社會에 있어서 「法의 循環(Konjunktur des Rechts)」과 그와 관련된 「法規範의 洪水」와 시대발생적인 「立法의 消耗(Hektik der Gesetzgebung)」와 현저한 긴장관계에 있다.

실제 立法 또는 法律概念의 전체에 대한 이러한 비난은 시대착오적이며 과잉 반응일 수도 있으나, 전체적으로 볼 때 法 또는 法律概念의 전체에 대한 批判이라고 할 수 있다. 法은 이러한 종류의 一般化를 허용할 수 있는 것보다 훨씬 복잡한 현상을 내포하고 있는 것이다. 法에 의하여 社會的 變化가 사후에 승인된다는 인식은 당연히 성립할 수 있는 것이 아니다. 실제로 宗教教育을 하지 않는 學校를 설치하는 法律을 制定한다든가, 特定人에게 社會保險을 실시할 것을 도입하는 法律등은 물론 社會的 맥락으로 부터 독립할 수 없다. 그러나 그 法律은 단순히 이미 발생된 社會的 變化를 사후에 승인하는 것이 아니라, 社會

---

專門家에 의한 諮問制度를 강화하여 立法者의 資質을 높이기 위한 基本條件을 구축할 것  
⑧ 立法의 合理性을 확보하기 위한 諸般制度를 확립할 것 ⑨ 立法過程의 보조적인 道具로서 法律데이터 베이스를 개발할 것 ⑩ 法學과 立法實務의 相互作用을 높이기 위하여 立法學이라는 독립된 學問分野를 確保할 것등이 요청된다.

41) Th. Öhlinger, a.a.O., S. 23~24.

그 자체를 變化시키는 機能을 담당하고 있는 것이다.

法은 國家機關이 스스로 제기된 문제를 決定할 때 따라야하는 規則의 종합이며, 그 規則全體가 하나의 秩序를 形成한다. 그리고 그 實效性은 法定立 이전에 社會的 關係에서 발생한 秩序와의 합치에 의존하는 것이다. 즉 法秩序는 社會的 秩序의 토대위에 구축되어야 하고 또한 그것에 의하여 담보되는 것이다.<sup>42)</sup> 立法은 바로 社會의 規範體系와 價値體系를 法體系로서 同化시킴으로써 相互間의 矛盾을 극복할 수 있다. 國家機關에 의한 社會的 갈등을 調整하는 秩序體系로서의 立法은 대부분 秩序와 安定의 유지를 지향하는 法の 機能과 부합된다. 그러나 오늘날의 國家의 給付機能·形成機能·計劃機能에 의하여 法律의 機能이 확대되면서 전체적으로 法の 機能 역시 변모되고 있다. 따라서 一般的 行爲準則으로서의 法律과 아울러 給付法律·計劃法律등이 등장하기 시작하였다. 여기에서 法の 특징이 그 外形的 形式上 어느 정도 完化되어, 法の 다양한 機能에 대응하는 새로운 法律이 등장하는 것이다.

---

42) Ders., Ebd., S. 24.



## 第2節 立法의 指導原理

### I. 意 義

一般的으로 法의 基本原理 내지 指導原理는 正義原理에서 도출되는 일정한 原理라고 定義할 수 있다.<sup>1)</sup> 또한 그 正義原理는 그 내용이 객관적이고 일반적으로 인식될 수 있는 것이어야 하는 것으로서, 特定한 世界觀이나 기타 前提要素가 부가되지 아니한 모든 人間의 순수한 理性的 所産(Bestand jedweder menschlichen Vernunft)<sup>2)</sup>이라고 할 수 있다. 이러한 原理는 特定部門의 實定法에 規定되어 있는 것도 있으나, 그 내용은 當該 法領域을 초월하는 一般的 妥當性을 가지는 것으로 이해된다. 즉 實定法上 규정되어 있는 일정한 法原理가 당해 法領域에 한정되지 아니하고 立法者의 價値觀念 또는 基本觀念의 表現으로서 인식될 수 있는 경우에는 이들 原理는 당해 規定의 一般的 適用範圍上의 한계를 넘어 다른 法領域에도 適用될 수 있는 것이다.

그렇다면 立法의 指導原理 내지 原則이란 무엇을 의미하는 것인가를 考察하는 경우 그것을 一般的으로 「立法을 正義에 맞게 合理的으로 만들며 法으로서 正當化할 수 있게 하는 基準 내지 原則」<sup>3)</sup> 또는 「理想的인 內容의 法律을 制定하기 위하여 立法者가 立法에 있어서 반드시 준수하여야할 일정의 原則」<sup>4)</sup>으로 定義되

1) 金東熙, 「行政法의 一般原理에 관한 考察」, 法學(서울大) 第30卷 1·2號, 1989, 61面以下.

2) Erik Wolff/Otto Bachof, 「Verwaltungsrecht I」, 1974, S. 122~125.

3) 崔大權, 前揭書, 355面.

4) 金承煥, 前揭論文, 83面.

고 있다. 즉 그것은 「立法에 있어서 立法者가 立法目的을 확정하고 그 目的으로부터 立法에 즈음하여 채용되는 區別의 徵表 및 範圍등을 設定하는데 있어서 憲法에 합치된 立法目的에 合理的인 연관성을 가질 수 있도록 하는 하나의 基準」이라고 말할 수 있다. 그러나 이러한 原理는 그 본질에 있어서 매우 多樣的이며, 不確實的인 것이므로 이들 原理로부터 客觀的 妥當性을 지니는 立法의 指導原理 내지 原則을 발견한다는 것은 매우 어려운 작업이라고 할 수 있다. 또한 法律의 內容이 時代와 場所에 따라 변할 수 밖에 없고 그 法律에 共通하는 原則 역시 一律적으로 共通할 수 없으므로 立法의 指導原理 내지 原則도 時代的·社會的 狀況과 與件에 따라서 달라질 수 밖에 없다. 물론 그 立法의 指導原理 내지 原則 가운데에는 人間의 共同生活에 있어서의 法秩序의 形成과 동시에 形成된 時間·空間적으로 불변적인 利益狀況을 前提로 하는 모든 法秩序의 최소한의 倫理的 內包 또는 規範的 基礎가 되는 보편타당적인 原理가 당연히 포함되고 있다.

그러나 立法에 있어서의 指導原理 내지 原則은 立法과의 關係에서 具體的 內容을 가지는 것이어야 하며, 따라서 그것은 一般的 原理의 경우와는 달리, 絕對 不變인 것이 아니며 또한 이들 原理도 절대적으로 보편타당성을 가지는 것이거나, 불변인 것은 아닌 것이다. 특히 立法은 關係 事實관계가 복잡하고, 利益對立狀況이 첨예하고 다양하며 關係情況이 다수이고 궁극적인 法的 規律의 效果가 매우 광범하게 미치는 것이어서 그 立法의 指導原理 내지 原則을 구체화하는 작업에 있어서는 특별한 專門知識과 判斷力이 요구되는 것이므로 그 경우 立法의 指導原理 내지 原則의 導出은 立法者의 責務라고 말할 수 있는 것이다. 그러나 이러한 立法의 指導原理 내지 原則은 憲法上의 基本理念 또는 價値觀念에서 도출되는 것이므로 그 範圍는 내용적으로 매우 限定的이라는데 특히 유의하여야

할 것이다.<sup>5)</sup>

그리고 立法의 指導原理 내지 原則을 이해하는데 있어서 그것을 「立法技術上 요구되는 原則」과 混用하고 있는 경우가 있으나,<sup>6)</sup> 立法技術上 요구되는 原則은 立法者의 立法意圖를 명확하고 적절하게 定式化하는 文章的인 표현의 技術에 요구되는 原則이라고 할 수 있다. 따라서 그것은 지금까지의 경험을 토대로 한 當爲의 法則을 앞으로의 실현을 前提로 하는 具體的인 強制規範으로 定立하는데 필요한 原則이라는 점에서 立法의 指導原理 내지 原則과는 다른 것이다.<sup>7)</sup>

## II. 平等의 原則

政治社會體制의 기본구조가 된 封建的 身分關係에 걸쳐 포괄적으로 一般人을 대상으로 하는 抽象的 規制를 내용으로 하는 法律이 등장하였다. 例外措置·免除 또는 특권의 부여를 인정하지 않는 이른바 法律의 一般性은 동시에 平等의 確立을 의미한 것이다. 그러나 모든 法律이 항상 모든 者에게 適用되지 않으면 안되는 것이다. 또한 特定人을 대상으로 하는 法律도 그것이 實質的으로 正當化되는 한 그 存在가 인정되는 것이다. 實質的 正當化라는 것은 形式에 호소하는 것이며 모든 者에게 공통하는 理性的 判斷에 의하여 시인된다. 그리고 이러한 方法에 의하여 시인될 차별적 취급만이 自由와 兩立하는 것이다. 그러나 所有權의 絕對性和 契約의 自由의 制限을 수단으로하는 福祉國家 내지 社會國家로의

5) 金東熙, 前揭論文, 105面.

6) 陳在勳, 「立法技術에 관한 考察」, 國會報 1982. 4., 88面; 同, 「立法基準에 관한 考察」, 國會報 1983. 6., 92面; 朴奉國, 「立法의 理論과 實際」, 立法調查月報 1989. 1., 3面.

7) 同旨: 金承煥, 前揭論文, 84面. 立法技術上 요구되는 主要原則에 관해서는 本論文 第4章 第2節 參照.

국가기능의 전환이 이루어지면서 平等의 觀念도 形式的인 것에서 實質的인 것으로 전환케 되고 平等原則은 正義의 요청에 부응하여 立法도 義務지우는 것이라는 觀念으로 탄생하였던 것이다. 즉 平等의 原則은 「立法者에 대하여 平等한 것은 平等하게, 不平等한 것은 그 特性에 따라 不平等하게 취급한다는 正義思考의 부담한 適應(stete Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken)에 있어서의 一般的 指示」를 意味하는 것이다.

平等原則이 立法者에 대해 그 一般的 指示(allgemeine Weisung)를 포함하는 점에서 「平等原則은 일정한 生活領域의 規制의 경우에 모든 事實上的 差異가 무시되는 것도 또한 有利한 條件을 부여하는 모든 不平等이 고려되는 것도 요구하지 않는다. 오히려 決定的인 것은 正義思考에 적응한 考察方法에 있어서 事實上的 不平等이 그때그때에 문제가 되는 關係에서 그것이 고려되지 않으면 안될 정도로 重大한가의 여부인 것이다」. 환언하면 一般的 平等原則의 違反은 立法者가 規制되어야 할 生活關係의 事實上的 平等 또는 不平等을 고려하는 것을 게을리하는 경우이며, 그 平等 또는 不平等은 그것이 正義思考에 適應한 考察方法의 경우에 고려되지 않으면 안될 정도로 중요하다.

立法者는 이것에 의하여 매우 광범한 形成의 自由를 가진다. 立法者가 그때그때에 가장 正當하며 가장 合目的的인 規制를 할 것인가의 여부를 심사하는 것은 현재의 문제가 아니라, 단지 形成의 自由의 가장 外側의 限界가 遵守되고 있는가의 여부만을 심사하는 것이다. 따라서 平等原則은 「民主的·法治國家的 新秩序의 構築의 基礎」가 되었으며, 그것은 「法の 規定에 의해서만 權利를 부여받고 義務가 부과되는 것이며, 거꾸로 國家機關이 法을 개별적으로 有利하게 또는 부담에서 適用하는 것을 전부 금지되며」 또한 「法律 그 자체가 平等原則에 합치하지 않으면 안된다」라는 原則의 確立을 의미하는 것이다.

어떻든 平等의 原則은 民主主義的 憲法의 內容을 規制하는 超實定法的 法原則 (Überpositiven Rechtsgrundsatz)을 의미하는 까닭에<sup>8)</sup> 그것은 行政, 司法은 물론 立法 까지를 구속하는 立法의 平等으로 파악되며, 그렇게 함으로써 그 平等의 觀念이 形式的인 것에서 實質的인 것으로의 확대가 가능하게 되는 것이다.

立法에 즈음하여 平等의 原則은 첫째로, 恣意의 禁止의 경우에 있어서 뿐만 아니라 一般的 平等의 原則의 구체화의 경우에 있어서도 그 制限의 限界가 된다. 따라서 立法에 의하여 平等의 原則을 구체화하는 경우에는 그 對象의 여하를 불문하고 「憲法制定權力者의 價値決斷의 충실한 반영」이어야 하는 것이다. 둘째로, 立法에 있어서는 自由權의 制限과 같은 制限的 立法의 경우는 물론 個人에게 給付를 주는 福祉立法의 경우에도 그것은 平等의 原則에 따라야 한다. 물론 福祉立法의 경우에는 制限的 立法에 있어서 보다는 그 社會秩序에 대한 形成의 自由가 많기는 하지만, 그러나 그러한 形成의 自由가 많을수록 恣意禁止의 要請은 더욱 가중되고 있다. 따라서 이러한 경우에 있어서 同一한 事態에 대하여 다르게 취급한다면 그것은 不平等한 취급이며, 서로 다른 事態에 대하여 同一하게 취급한다면 그것은 또한 不平等으로 看做되는 것이다.<sup>9)</sup> 세째로, 平等의 原則의 適用에 있어서는 이른바 「處分的 法律(Maßnahme Gesetz)」이 문제되고 있다. 앞서 살펴본 바와 같이 社會的 法治國家에 있어서는 國家가 立法을 통하여 社會·經濟등의 각종 生活關係에 구체적으로 직접 개입하지 않을 수 없게 되어, 특정한 政策目的을 위하여 필요한 具體的·個別的인 措置를 실시하기 위한 處分的 法律이라는 새로운 形式이 불가피하게 인정되지 않을 수 없다. 따라

8) Gerhard Robbers, 「Gerechtigkeit als Rechtsprinzip」, Baden-Baden 1980, S. 23.

9) 韓泰淵, 前揭書, 920~921面; 金承煥, 前揭論文, 87~88面.

서 이러한 立法은 實質的 平等을 위한 社會的 正義의 立場에서의 立法을 의미하는 까닭에 그 法律의 規制가 事態의 特性에 대응하고 또한 社會的 正義에로의 指向이 충족될 때에는 그것은 平等의 原則의 實踐이라고 할 수 있다.<sup>10)</sup> 네째로, 立法에 있어서의 平等의 原則에의 구속은 물론 命令制定과 같은 行政立法의 경우에 있어서도 그대로 적용된다. 다섯째, 立法에 있어서의 平等原則의 適用에 대한 司法的 審査는 다만 그 法律이 恣意禁止의 制限의 限界를 넘는 것인지의 여부만을 심사할 수 있을 따름이다. 따라서 그 法律의 目的이나 그 法律의 正義에로의 指向여부에 관해서는 審査할 수 없는 것이다.<sup>11)</sup>

### III. 比例의 原則

比例의 原則은 法治國家原理의 具體化로서 國民의 自由와 權利의 保護의 現實化와 實效성에 매우 중요하며, 또한 그를 위하여 탁월한 역할을 거두고 있음은 一般的으로 승인되고 있다.<sup>12)</sup> 이러한 比例의 原則은 처음에 독일에 있어서 警察權의 限界의 法理로서 성립되어 行政法의 一般原理라는 이름하에서 모든 行政法에 타당하는 原則으로 전개되었으나,<sup>13)</sup> 이제는 憲法上의 原則으로서 立法을 포

10) 韓泰淵, 前掲書, 921面; 權寧星, 前掲書, 310面; 金哲洙, 前掲書, 329面.

11) 韓泰淵, 前掲書, 921面. 또한 平等原則의 司法審査에서의 구체적 적용에 관해서는 李昌洙, 「憲法裁判과 立法的 示唆點(下)」, 法制 第319號, 1990. 11., 30面以下 參照. 그리고 우리 憲法裁判所가 平等原則을 지나치게 많이 引用하는 경향이 있음을 지적하는 견해로서는 金哲洙, 「韓國憲法裁判所와 人權保障」, 亞細亞·太平洋公法學會 第2回 國際學術大會, 1991. 3. 28., 8面以下 參照.

12) Eberhard Grabitz, 「*Freiheit und Verfassungsrecht. Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrecht*」, Tübingen 1976, S. 84.

13) Hans Uwe Erichsen/Wolfgang Martens(Hrsg.), 「*Allgemeines Verwaltungsrecht*」, 7 Aufl., Berlin-New York 1986, S. 113. 國內에 있어서 行政法的 側面에서 比例의 原則에 관한 것으로는 金南辰, 「比例의 原則—行政法上의 그것을 中心으로—」, 月刊考試 1985. 8.; 尹世昌, 「行政法上의 比例原則」, 考試研究 1977. 8.; 孫鎮相, 「行政上 比例原則(上)

함한 「모든 國家行爲를 포괄하는 主要準則」<sup>14)</sup>으로서 승인되고 있다. 그러나 그 比例의 原則이 구체적으로 무엇을 의미하고 있는가에 관해서는 「전혀 손에 잡히지 않는 術語의 實例」<sup>15)</sup>라고 하는등 그 概念이 대단히 不明確한 실정이다. 우선 一般的으로 比例의 原則(Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)은 廣義와 狹義의 二重意味로 사용되고 있다. 廣義의 比例原則은 一般的으로 「適合性(Geeignetheit)」, 「必要性(Erforderlichkeit)」 그리고 「狹義의 比例原則(Verhältnismäßigkeit in engeren Sinne)」의 세가지 部分原則으로 이루어지는 原則으로 파악하고 있다.<sup>16)</sup> 한편 종래부터 比例의 原則을 의미하는 것으로서 「過剩侵害禁止(Übermaßverbot)」라는 用語를 사용하고 있다.

또한 廣義의 比例原則과 이 過剩侵害禁止의 意味內容을 구별하여 後者を 必要性의 原則과 狹義의 比例原則을 포괄하는 概念으로 파악하고 있는 見解도 있으며,<sup>17)</sup> 「過剩侵害禁止」와 「比例의 原則」을 同義語로 보고 이 兩概念을 適合性·必要性 및 均衡性(Proportionalität)의 概念標識을 내포하는 종합적 개념으로 이해하는 견해<sup>18)</sup>도 있다. 그리고 比例의 原則을 法治國家原理의 구체화이며 基

(下)」, 司法行政 1987. 7·10. 參照. 또한 憲法的 側面에서 比例의 原則을 研究한 것으로는, 文鴻柱·金炯盛, 「比例性原則과 基本權」, 學術院論文集(人文社會科學篇) 第28輯, 1989, 121面以下가 있다.

14) Klaus Stern, 「Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland」, 13 Aufl., München 1982, Rdnr. 318. 333.

15) E. Grabitz, a.a.O., S. 85f.

16) 우리나라에서도 比例의 原則을 廣義·狹義의 두가지로 나누어 설명하고 있는 것이 일반적이다. 金道昶, 「一般行政法論(上)」, 靑雲社 1990, 149面; 金南辰, 前揭論文, 26面以下.

17) Peter Lerche, 「Übermaß und Verfassung」, Köln/Berlin/München/Bonn 1961, S. 62ff.

18) E. Grabitz, 「Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts」, Archiv des öffentlichen Rechts(AöR) 98, 1973, S. 571. 西

本權의 本質로 부터 파생하는 것으로 파악하고 있는 西獨聯邦憲法裁判所에서도<sup>19)</sup> 그 用語法이 제대로 統一되어 있지 아니다. 즉 聯邦憲法裁判所는 廣義의 比例原則의 同義語로서 사용하기도 하고,<sup>20)</sup> 「過剩侵害禁止」와 「比例의 原則」의 兩概念을 동시에 사용하기도 하며,<sup>21)</sup> 狹義의 比例原則을 사용하기도 한다.<sup>22)</sup> 여하튼 國家의 行爲에 대한 合憲性的 基準으로서 이 原則은 國家의 모든 行政的 行爲 뿐만 아니라 나아가 立法者까지도 拘束하는 憲法的 效力을 갖는 一般原則으로 判例 및 學說에서 널리 인정되고 있다.

이와 같이 憲法的으로 보장된 自由의 保護를 현실화시키고 또한 그것을 效率的으로 달성하는데 매우 중요한 역할을 한 比例의 原則은 오늘날 거의 모든 法領域에서 適用되고 있다. 그래서 行政法上的 比例의 原則을 立法에 適用하는 것은 行政法과 憲法의 혼동을 초래하며, 比例原則의 性質을 根本적으로 바꾸는 것이 되므로 立法者에게 比例의 原則을 適用한다는 것은 곤란하다는 批判에도 불구하고,<sup>23)</sup> 이 原則은 立法者의 立法行爲 뿐만 아니라 法的으로 규정되는 共同生活의 모든 次元을 포괄하는 一般的 法原則으로 발전하였다. 따라서 相異한 用語

---

獨聯邦勞動法院에서는 이 세가지 部分原則을 기초로 하여 比例의 原則을 설명하고 있다. 자세한 것은 李鍾馥, 「比例性原則—勞動爭議行爲와 適法性判斷基準」, 判例研究(高大法學研究所) 第2輯, 1983, 209面以下 參照.

19) BVerfGE 35, 382(400); 38, 105(114); 9, 89(98); 20, 323(331); 21, 378(388).

20) BVerfGE 16, 194(202); 30, 292(316).

21) BVerfGE 20, 251(361); 22, 114(123); 23, 127(133); 28, 175(188f); 36, 156(165); 38, 348(368).

22) BVerfGE 30, 292(316); 33, 171(187f); 33, 240(244, 246f).

23) Ernst Forsthoff, 「Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland」, München 1971, S. 137ff. 그러나 Forsthoff의 行政法 教科書에서는 比例의 原則이 憲法의 지위를 가지는 法格律이며, 立法도 拘束한다고 記述하고 있다. Ders., 「Lehrbuch des Verwaltungsrechts」, Bd.1, 10 Aufl., München 1973, S. 70.



使用의 문제점이나 그 概念의 不明確性에도 불구하고 比例의 原則의 構成要素나 내용에 관해서는 一般的으로 다음의 原則이 인정되고 있다.

### 1. 適合性의 原則

適合性의 原則이란 手段이 目的達成에 있어서 適合的이며 필요한 것, 그래서 目的과 手段이 無關係하지 아니한 점을 요청하는 原則을 의미한다. 즉 그것은 目的과 手段의 關係를 審査하는 原則이다. 따라서 適合性이란 실제로는 目的을 위한 수단인 예정된 因果關係로서 표현되어 진다. 즉 當該 手段의 도움으로 「바라던 결과가 촉진될 수 있는 경우」에는 그 手段은 適合的인 것이 되는 것이다.<sup>24)</sup> 그러나 이 因果性은 論理的으로 아직 존재하지 않고 있으므로 事前決斷 내지 立法者의 豫見이 가장 중요한 要素가 된다. 그러나 目的에 대한 手段이 완전히 適合하여야 한다는 것은 요구되지 아니한다.

그래서 西獨聯邦憲法裁判所는 基本權을 制限하는 法律들의 완전한 合目的性을 審査하는 것이 아니라, 오히려 추구된 目的을 장려하거나 部分的 實現을 이루게 되면 이미 適合性의 原則에 충분한 것으로 보고 있다.<sup>25)</sup> 여기에서 그러한 效果가 이미 目的達成을 위한 措置를 決定하는 시점에 발생하는 것인가 또는 長期間에 걸쳐 발생하는가에 대해서는 묻지 아니한다. 그 이유는 法院은 立法者의 措置가 法律의 準備過程에서 立法者에게 가능했던 狀況들의 判定에 비추어 볼 때 適合한 것으로 나타나는가를 묻기 때문인 것이다. 따라서 立法者의 判斷의 여지를 고려하더라도 처음부터 立法者의 目的을 달성하기에 不適合한 措置만이 違憲

24) Lothar Hirschberg, 「Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit」, Göttingen 1981, S. 51; 梁三承, 「過剩禁止의 原則—특히 독일에서의 理論과 判例를 中心으로—」, 憲法論叢(憲法裁判所) 第1輯, 1990, 126面.

25) BVerfGE 25, 1(12); 16, 147(183).

이 되는 것이다.<sup>26)</sup>

그리고 立法者에게 장래의 展開過程에 대해 誤謬를 범할 수 있는 權利를 인정할 수 있는가의 문제가 있는 바, 이 점에 대해서는 1979년에 내려진 被用者共同決定法에 대한 合憲判決에서<sup>27)</sup> 「基本法은 특정한 經濟秩序를 확립하지도 보장하지도 않고 있다. 基本法은 經濟秩序의 形成을 立法者에게 委任하고 있다. 基本法은 經濟秩序에 관하여 中立的이며, 立法者는 基本法을 특히 基本權을 존중하는 한 적당하다고 생각되는 經濟政策을 실행할 수 있다. 중요한 것은 立法者와 經濟·社會政策의 形成에 있어서 原則적인 自由와 개개의 市民이 정당하게 立法者에 대해서도 憲法上 請求權을 가지는 自由의 保護와를 조화시키는 것이다... 社會의 職業의 自由에 대한 制限은 公共福祉의 사실에 適正하고 理性的인 고려에 의하여 正當化된다. 추구되는 目標를 달성하는데 그것이 適合하며 必要하다는 것은 전혀 고려의 기초에 둘 수 없다. 侵害의 엄격성이 그것을 正當化하는 근거의 중대성 및 긴급성과 적절한 關係에 있으면 족하다」<sup>28)</sup>라고 하여 立法者에게 광범위한 優先的 評價權을 인정하고 있다. 이러한 理論에 따르면 立法者가 행한 措置는 適合性統制의 관점에서는 立法者의 形成領域을 고려하여 그것이 目的達成을 위해 「根源적으로 不適合」하거나 또는 「完全히 不適合」한 경우에만 違憲이 된다.<sup>29)</sup>

26) 「결국 이 適合性的인 문제는 ‘立法者의 立場에서’ ‘事前的으로 판단하는 것이지’ ‘法院의 입장에서’ ‘事後的으로 고안된’ 基準에 의한 것은 아니다. 梁三承, 前掲論文, 129面.

27) BVerfGE 50, 290. 이 判決에 대한 상세한 것은 朴英道, 「基本權의 侵害와 比例原則」, 里門論叢(外國語大 大學院 論文集) 第5輯, 1986. 12., 10~11面 參照.

28) BVerfGE 50, 339-41, 362-65. 朴英道, 前掲論文, 11面.

29) E. Grabitz, 「Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts」, aaO., S. 602f.

## 2. 必要性的 原則

目的達成에 있어서 手段이 필요한 점을 요청하는 必要性的 原則은 「他의, 동등하게 效果的인 그러나 基本權을 보다 縮小하거나 制約한다고 인식되는 手段이 선택되지 않았는가의 여부, 또는 目標가 다른 개개인보다 不利하지 아니한 方法으로 달성될 수 있는가의 여부」<sup>30)</sup>를 판단하는 것을 意味한다. 따라서 그것은 立法目的으로 부터 抽象적으로 考慮되어지는 모든 手段으로서가 아니라, 當事者에 의해 「열거된 것과 기타 전문가에 의해서 論議된 選擇手段」과 立法者가 선택한 手段을 對置함으로써 決定된다.<sup>31)</sup> 이러한 의미에서 必要性的 原則은 具體적으로 手段과 手段의 關係를 審査하는 것이라 할 수 있다.

따라서 이 原則은 여러 적합한 手段 가운데 그것의 使用이 最小의 侵害效果를 가지는 手段을 선택할 것을 요구한다. 하나의 手段이 다른 것과 비교하여 同一한 效果를 가지는지는 단지 個別事案에 따라서 決定될 문제이지, 抽象적으로 決定될 문제는 아니다. 따라서 명백히 「온건(milder)」하면서 동등하게 效果를 가지는 手段을 立法者가 활용할 수 있는 경우에는 必要性이 있는 것으로 볼 수 없다.<sup>32)</sup> 그리고 그것은 立法者가 추구하는 目的이 一般的으로 또한 최소한 同一한 강도를 가지고 도달하기에 適合한 경우에만 同等한 效果<sup>33)</sup>를 가지는 것이 되는 것이다. 즉 立法者는 보다 완화된 侵害를 가하는 手段을 사용하여야 하나, 비록 다른 手段이 존재하더라도 그것이 同一한 效果를 가지는 것이 아닌 한 必要性的 原則이 침해되는 것은 아니다.<sup>34)</sup>

30) BVerfGE 38, 281(302).

31) 朴英道, 前揭論文, 7面.

32) H. Schneider, 「Gesetzgebung-Ein Lehrbuch」, Heidelberg 1982, S. 41.

33) 梁三承, 前揭論文, 133面.

34) 金承煥, 前揭論文, 94面.

이 必要性의 原則에 대하여 西獨聯邦憲法裁判所의 태도는 目的決定의 시점에서 뿐만 아니라 手段의 선택의 시점에서도 一定한 行爲의 自由를 立法者에게 認定하고 있어서 立法者의 形成의 自由를 좁히려고 하는 것과 거리가 멀다. 핵심적인 것은 立法者에 의해서 의도된 措置 그 자체가 필요한가의 문제가 아니라, 나아가 目的을 同一하게 달성할 수 있는 그러나 보다 더 完화된 手段이 있는가의 문제라고 할 수 있다. 따라서 「立法者는 規制目的에서 예측되는 광범한 侵害가 어떠한 것보다 나은 結果를 예상하지 아니하는 곳에서만 보다 온건한 手段의 선택의무를 진다」.<sup>35)</sup> 따라서 必要性의 原則은 어떤 경우에도 目的을 상대화시킬 수 없고 또한 그렇게 해서도 안된다. 그의 相對化는 手段의 要素에 제한되며 가장 온건한 手段(das mildeste Mittel)의 요청은 侵害程度에 대한 批判基準, 즉 手段으로 인한 當事者의 충격의 主觀的 程度와 연루되는 것이다.<sup>36)</sup>

### 3. 狹義의 比例原則

狹義의 比例의 原則은 한마디로 가장 適合한 選擇(Optimierung)을 요청하는 實踐的 整合性(Praktische Konkordanz)의 原理<sup>37)</sup>라고 할 수 있다. 즉 이 原則은 目的과 手段 사이의 比較衡量을 구체화하는 것이며, 선택된 手段의 사용으로 인한 損失이 압도적인 경우에는 그 고려된 手段을 中止할 것을 요하는 「侵害와 그것을 正當化하는 根據의 단순한 比較衡量」으로 파악할 수 있다. 따라서 狹義

35) BVerfGE 57, 250(270).

36) 文鴻柱·金炯盛, 前掲論文, 131面. 또한 이 必要性의 原則의 문제점으로는 ①여러가지의 同一한 정도로 效果가 있고 또 同一한 정도의 有害한 手段이 존재하는 상황전개가 가능하다는 점, ②具體的 事案에서 客觀的으로는 덜 侵害的이라고 간주되어지는 수단이 주관적으로는 당사자에게 더 有害한 手段이 될 수 있다는 점등을 지적하고 있다.

37) K. Hesse, a.a.O., S. 318. 【桂禮悅(譯), 前掲書, 203面.】

의 比例의 原則은 그 자체로는 決定基準을 一般的으로 정립할 수 없으며, 그러한 의미에서 이 原則은 그 자체 어떠한 內容에 관한 基準을 제시할 수 없는 「개방된 原則(offenes prinzip)」<sup>38)</sup>이라고 말할 수 있다.

여기에서 문제가 되는 것은 利益衡量(Güterabwägung)에 대한 評價가 어떻게 행하여져야 하는가이며, 이러한 평가는 결국 規範的 立場에서 출발하여 憲法上的 法益과 調和되어야 하리라고 본다.<sup>39)</sup> 必要性的 原則이 정해진 目的에서 출발하여 個人的 法益을 위하여 여러 適合한 手段의 부담을 심사하는 반면에 狹義의 比例의 原則은 目的 그 자체를 포괄적 相對評價 가운데에서 파악한다. 환언하면 必要性的 原則이 확정된 目的과 하나 또는 다수의 手段 사이의 관계에 관한 것이라면, 狹義의 比例의 原則이 포괄하는 目的-手段關係의 측면에 있어서 중요한 것은 두개의 變數의 整序인 것이다.<sup>40)</sup> 따라서 여기에서 중요한 것은 그 重要性에 있어서 상호 比較衡量될 수 있는 目的과 手段의 調整이다.<sup>41)</sup> 예를 들면 西獨基本法 第12條 1項의 職業의 自由의 경우 聯邦憲法裁判所는 「段階理論(Stupentheorie)」<sup>42)</sup>을 採用하고 있음은 주지하는 바이다. 그러나 그 判決에 있어서 실제로 심사되고 있는 것은 狹義의 比例의 原則이다. 요컨대 職業活動의 自由에 관해서는 侵害가 公共의 福利의 理性的인 根據에 의하여 正當化되고 制

38) E. Grabitz, 「Freiheit und Verfassungsrecht」, aaO., S. 95. 따라서 狹義의 比例의 原則은 客觀的 決定基準을 제시하지 못하는 「空式」으로 지칭하는 견해도 있다. 자세한 것은 L. Hirschberg, a.a.O., S. 112ff.

39) 文鴻柱·金炯盛, 前揭論文, 132面.

40) E. Grabitz, 「Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts」, aaO., S. 575.

41) 金承煥, 前揭論文, 96面.

42) 段階理論에 관한 상세한 것은 許營, 「職業의 自由」, 考試研究 1982. 3., 46面以下 및 李康燮, 「營業의 自由와 그 制限의 限界」, 考試界 1983. 7., 186面以下 參照.

限과 目的이 關係하지 않으면 좋다고 하여 狹義의 比例의 原則으로 審査하고 있다.

이러한 目的과 手段의 調整을 요청하는 狹義의 比例의 原則에 대하여 聯邦憲法裁判所는 그것을 「適切한 關係(angemessenes Verhält)」, 「適正한 關係(gerechtes Verhältnis)」등으로 다양하게 표현하고 있으나,<sup>43)</sup> 어떠한 表現에 의하더라도 狹義의 比例의 原則은 「侵害의 嚴格성과 그것을 正當化하는 근거의 重大性 및 緊急性」<sup>44)</sup>의 比較衡量으로 파악하고 있다. 그러나 目的과 手段 사이의 衡量은 적극적인 의미에서 적절한 相關關係가 있다고 하는 것을 겨냥하는 것이 아니라, 오히려 단지 消極的으로 그 手段이 부적절한가 아닌가 또는 결과와의 關係에서 현저히 比例的이지 못한 不利益으로 이끌지는 않는가에 중점을 두고 있다는 점이다. 물론 그곳에서는 立法者가 가장 合理的인 手段을 사용해야 되는 것만은 아니다. 그렇지만 目的과 手段이 相互 均衡에서 벗어나지 않는다고 하여 이들 關係가 또한 最適의 것이라고 단정할 수는 없는 것이다.<sup>45)</sup> 결국 目的과 手段 사이의 衡量은 基本的으로 保護되는 個人的 法益의 重要性, 侵害의 程度, 公共의 利益의 重要性和 緊急性에 응하여 決定되어야 할 것이다.

#### IV. 明確性の 原則

一般的으로 成文法の 表現이 애매하여 그 意味를 파악할 수 없는 경우에는 그것을 解釋을 통하여 救濟하는 方法이 있어도 일정 한도를 초월한 경우에는 결국 救濟할 수 없으며, 그 適用을 拒否하거나 또는 그것을 無效로 할 수 밖에 없다.

43) BVerfGE 16, 194(202) ; 28, 386(391) ; 17, 306(314) ; 38, 31(322) ; 45, 422(431).

44) BVerfGE 51, 324(346).

45) 金承煥, 前揭論文, 96面.

특히 그 成文法이 刑事罰을 부과하는 경우에는 罪刑法定主義의 原則에서 당연히 그 結論이 도출될 수 있을 것이다.

따라서 立法全體, 특히 事後 制裁를 가하는 立法一般에 관하여 이 明確性의 理論은 검토를 요하는 것이라 할 수 있다. 우선 成文法의 制定에 대해서 現實의 立法은 그 技術面에서 완벽하지 못하므로 그 意味가 明確하지 아니한 점은 어떠한 法領域에서도 지적되고 있는 바이다. 또한 立法이 각종 對立하는 利益間의 調整을 행하므로 立法過程에 압력이 가하여 짐으로써 그 결과 法規範이 막연한 表現을 쓰는 경우도 많다. 나아가 立法의 規制對象의 性質로 부터 당연히 어느 정도의 不明確性을 가져오지 않을 수 없으며, 오히려 司法過程에서 구체적 事件에 適用되는 것을 통하여 明確化하는 것을 기대하고 있는 실정이다.

그러나 司法府의 解釋을 통하여 立法의 不明確性으로 인한 救濟方法은 國民의 측에서 본다면 미리 明確하지 아니한 內容의 法的 規制가 사후에 司法過程에서 明確化됨으로써 불리한 法的 效果를 받게됨으로써 國民의 利益保障에 충분하지 못하다. 그러한 의미에서 解釋을 통한 明確化에 있어서도 限界가 存在한다. 따라서 이러한 상반된 立場의 中間에서 明確性의 原則을 파악하는 시각이 필요한 것이다.

明確性의 原則이 구체적으로 전개된 것은 1920~30年代 미국에서 당시의 經濟規制立法을 聯邦憲法의 適法節次條項에 내포된 法規의 명확성의 요구의 違反으로 法院이 違憲·無效로 한 것에서 비롯한다.<sup>46)</sup> 그 후 이 原則은 言論規制立法에 대하여 適用되면서 많은 理論上의 발전을 가져오고 있다.<sup>47)</sup> 그러나 어떠한

46) 대표적인 사건으로는 *Lanzetta v. New Jersey*, 306 U.S. 451(1939).

47) 言論自由와의 관계에 관해서는 文鴻柱, 「基本的人權 研究」, 成大出版部 1976, 91面以下 參照.

경우에 不明確한 것인가에 대하여 劃一的인 基準을 설정하는 것은 대단히 곤란하며 또한 그 明確性의 原則은 法律의 個別的 規定의 性格에 따라서 요구되는 정도가 다르다.<sup>48)</sup> 따라서 立法에 있어서 요구되는 明確性의 限度를 決定하기 위해서는 實質적으로 왜 不明確한 立法이 否定되지 않으면 안되는가라는 機能的인 觀點에서 明確性의 原則의 意味를 파악하는 것이 바람직하다.

우선 첫째로, 法的인 權利義務의 判斷의 指標로서의 法律의 機能이 있다. 즉 法律을 適用하여 權利義務의 確定이 일정한 公權力에 의해서 행사되며, 특히 그것이 裁判規範인 경우에는 法官의 判斷作用을 통하여 행사된다. 그리고 刑事罰을 부과하는 法律은 이 의미에서 裁判規範이며, 그 경우 制定法이 정한 判定基準이 그 判斷의 지표가 된다. 따라서 法律에 포함된 法規範이 法官에 의한 規範의 발견에서 恣意性을 벗어나고 그 法規範을 適用하는 개개의 事件에 不統一을 발생케 하지 않을 정도의 明確性을 구비하지 않으면 안된다. 즉 어떤 法律의 기능에서 볼 때 法適用의 權限을 지닌 者에게 그 判斷의 客觀性을 正當化하기에 족한 정도의 明確性이 立法 그 자체 가운데에 具體化될 것이 필요한 것이다. 또한 이것은 法律의 文言이 전부 一般的으로 承認된 의미를 지닐 것을 요구하는 것이 아니라, 특수한 專門的 領域에서 특이한 의미를 지니는 것을 방해하지 않는다. 이에 반하여 광범위한 推測을 야기할 可能性이 있는 基準을 立法適用의 判斷의 지표로 하는 것은 허용되지 아니한다.

둘째로, 특히 刑事罰을 부과하는 法律은 人間이 그 장래의 行爲를 결정하는데 있어서 指標가 되는 機能을 가진다. 따라서 人間이 자기의 장래의 行爲를 決

48) 美國에 있어서도 「法官이 法文을 모든 方法을 사용, 행위자의 입장에 입각하여 解釋해도 여전히 不明確한 점이 남으며, 法的 確實性을 侵害하는 경우」라고 하여 明確性의 原則을 추상적으로 定義하는데 그치고 있다.



定하는 判斷作用을 행하는데 있어서 그 法律의 의미를 판단하지 않을 수 없으며 또한 그 判斷의 結果가 다를 수 있는 경우에는 明確性의 문제가 발생한다. 물론 어떤 구체적인 個人이 그 판단을 오해할 可能性이 있는 것은 결코 法の效力에 영향이 없으나, 通常의 平均人이 그 法規範을 발견하고 그 適用可能性을 認識하여 그리고 그 의미를 이해할 수 없을 정도로 막연한 표현을 가진 基準을 취하는 경우에는 이미 一般的으로 人間의 行動의 指標機能을 거둘 수 없는 것이다.

따라서 明確性의 原則은 適用可能性의 認識과 意味의 理解와 관련되는 것이다. 그리고 法律 그 자체가 이러한 意味의 明確性을 결여하더라도 그 내용이 下位規範에 의해 충족되는 것이 豫定되어 있으며, 그것은 憲法上 委任立法의 合法性의 문제를 발생케하나 그러한 충족에 의해 明確化되는 한 적어도 이 原則은 충족되고 있다고 할 수 있다.<sup>49)</sup>

이러한 두가지의 機能的 考察을 통하여 立法에 요구되는 明確性의 限度를 決定하는 것이 가장 바람직하나, 여기에서도 여전히 抽象的인 것을 면할 수는 없다. 그리고 이 原則 그 자체가 法院에 의해서 각종의 要因이 고려될 것을 예정하고 있다고 볼 수 있다. 文言만을 볼 때 明確性이 결여되는 것, 예를 들면 장기간에 걸쳐 행해진 慣行을 前提로 그것을 明文化한 경우에는 일정한 社會的 行動의 類型이 존재하게 되어 人間은 그것에 의해 行動을 규정해 가므로 指標가 없다고는 할 수 없으며, 또한 그 基準을 지지하여 解釋을 한 先例의 集積은 당연히 文言의 意味를 明確化하고, 判斷의 指標로서 충분한 것을 제공하게 된다. 또한 法の 規制對象과 法の 目的도 고려하지 않으면 안된다. 예를 들면, 社會의

49) 「確定性의 原則은 委任立法에 적용될 뿐만 아니라, 法律의 구성요건 속에 不確定法概念을 삽입시키는 데에도 적용된다.…」 金承煥, 前揭論文, 98面.

發展段階에 부응하여 새로운 法的規制를 이른바 실험적으로 행하는 것도 당연히 立法政策으로서 요구된다. 이 경우 종래의 社會的 定型을 前提로 하는 立法과 같은 정도의 明確性을 요구할 수는 없을 것이다.

### 第3節 理想的立法

#### I. 意 義

現代社會에 있어서 立法은 量的으로 보면 과거에 비하여 엄청나게 증가되고 있음은 주지하는 바이나, 반면 立法은 그 本質的인 면에서 더욱 어려워지고 있다. 그 이유는 國家의 課題가 점차 증가하면서 동시에 立法의 機能이 質的으로 변모하고 있기 때문이다. 憲法의 실현이 여하히 성취될 것인가,<sup>1)</sup> 즉 어떠한 立法에 의하여 憲法의 실현이 도달되는가라는 것은 비록 동일한 憲法이 사고의 출발점이 된다 하더라도 시대에 따라 다양하게 답변될 수 밖에 없다. 法律의 내용이 時代와 場所에 따라 변모할 수 밖에 없듯이 어떠한 法規定이, 어느 정도의 法規定이 憲法의 실현을 위하여 필요한가라는 문제도 변화될 수 밖에 없다.

法規定의 범위와 종류는 國家가 憲法을 통하여 확립한 國家目的을 발생시키는 과제에서 부터 어떻게 定義되는가에 결정적으로 의존되어 왔다. 國家가 그 과제를 한정적으로 解釋하면 할 수록 規律의 필요성 및 필요한 法律의 수는 적어진다. 반대로 國家가 그 課題를 포괄적으로 보면 볼 수록 또한 法律의 실천이라는 관점에서 國民의 國家에 대한 요구가 많을 수록 그만큼 國家的 規律의 필요성이 증대된다. 또한 구체적인 경우 國家 내지 支配的 多數에 의해 확립된 規律의 필요성과 선택된 우선순위는 立法者에게 상대적으로 큰 영향을 미치게 하므로 그 다수의 政治的 目標의 관념에 의존하고 있는 실정이다. 그리하여 法律의 規制

---

1) H. Hill, 「Einführung in die Gesetzgebungslehre」, aaO., S. 21.

的·維持的·安定化的 機能은 점차 배후로 밀려나고, 社會의 능동적인 目的을 의식한 正義指向的인 관리도구로 변모하고 또한 社會發展의 道具로 되어간다.<sup>2)</sup>

결국 立法은 民主主義에 있어서 社會的 현상의 특수화된 영역 가운데에서 완성되는 것이 아니라, 여러가지 利害와 政治的 力學關係의 協力作用을 통하여 완성되는 것이다. 따라서 立法은 단순히 法律的인 측면에서 완전한 法律일 뿐만 아니라, 多元主義的 社會라는 현실적 조건과 憲法的 要求 아래에서 그 理念을 실현할 수 있는가라는 문제에 관심을 집중할 필요가 있다.<sup>3)</sup>

理想的 立法이란 目標設定, 目標의 達成, 內容 및 形式의 모든 면에서 그 要求가 충족되는 것을 의미하나, 구체적으로 그것이 어떠한 要求라는 것은 명확하게 確定할 수는 없다. 설정된 要求를 구체적 立法意圖에 적용하고 그것을 實現하는 것 또는 實現하지 않을 것을 확정하는 것이 여전히 문제가 된다. 따라서 立法에 있어서 핵심적인 요소를 추구하고, 그렇게 발견된 要求를 가장 잘 實現할 수 있게 하는 方法을 모색하여야 할 것이다.<sup>4)</sup> 그러나 立法의 영역에서 價値評價는 다양하고 또한 그러한 價値評價는 학문적으로 단일하게 一義的으로 도출될 수 없으므로 절대적으로 理想的인 立法(法律)은 존재하지 않는다.<sup>5)</sup> 반대로 어떤 立法을 절대적으로 나쁘다고 주장하는 利益集團은 존재한다. 그 이유는 예

---

2) Th. Öhlinger, 「Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen」, in : Ders.(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 8.

3) P. Noll, 「Gesetzgebungslehre」, aaO., S. 73.

4) Werner Maihofer, 「Gesetzgebungswissenschaft」, in : Günther Winkler/Bernd Schilcher(Red.), Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik, Wien/New York 1981, S. 24.

5) O. Weinberger, 「Zur Theorie der Gesetzgebung」, in : Johann Mokra/Ota Weinberger(Red.), Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, Wien/New York 1976, S. 178ff.

권대 法律의 目標가 잘못된 방법으로 그 의도를 달성하려는 경향이 있기 때문이다.

여하튼 구체적으로 절대적으로 正當한 그리고 理想的인 立法도 존재할 수 없기 때문에 가능한 한 理想的 立法의 가능성을 모색하기 위한 前提를 설정하는 것만이 立法學의 課題가 될 수 있을 것이다.<sup>6)</sup> 즉 立法은 社會的 갈등을 의도적으로 規律하고 또한 예정된 規制措置에 있어서는 規律의 목표가 달성될 수 있어야 할 뿐 아니라, 法治國家的 要求, 立法的 要求, 行政的 要求, 司法的 要求 및 受範者와 관련된 要求등이 충족되어야 한다. 그리고 規律에 있어서는 實效性의 統制가 가능하여야 한다. 아울러 개별적 경우에는 個別的 要求와 全體的 利益과의 調整, 부분적으로 상호모순하는 두가지의 立法目標간의 충돌의 調整등이 의식적으로 결정되어야 할 것이다.

그러나 이러한 노력을 하더라도 理想的 立法을 성립시키기 위한 발전된 성과를 이룩하는 것은 불가능하며, 또한 政治的 事項強制가 立法의 質的인 면에 영향을 미치는 것도 불가피하며 또한 立法技術的인 측면도 무시할 수 없는 등 다양한 개별적인 要求를 도출할 수 있다. 그러나 여기에서 理想的 立法을 위한 그러한 개별적인 요구를 전부 說明할 수는 없고 특히 重要하다고 인식되는 몇가지 要素만 지적하기로 한다.

## II. 理想的 立法을 위한 要求條件

### 1. 公的課題, 規律利益과 規律必要性의 存在

立法에 대한 批判은 規範의 洪水라는 표현에서 나타나고 있는 바와 같이 規律

6) K. Eichenberger, 「Gesetzgebung im Rechtsstaat」, VVDStRL, Heft40, S. 34.

利益과 規律必要性의 문제를 검토하는 경우에도 나타난다. 수많은 立法에 대하여 행하여지고 있는 批判은 결코 새로운 것이 아니며, 오히려 그러한 非難에 대하여 正當하지 못한 것이라고 무시할 수 없는 것이 現實인 것이다.<sup>7)</sup> 여하튼 憲法은 국민생활을 規律하는 포괄적 권한을 國家에 부여하였다. 이것은 國家에 의하여 侵害되는 모든 法律은 그 권한이 누구에게 속하는가를 불문하고 國家에 전속한다는 것을 의미한다. 따라서 國家는 개별적인 경우에 國家的 課題를 수행하기 위하여 規律할 利益과 規律의 필요성에 대하여 審査할 수 있는 것이다. 이 경우 國家가 상세하게 규정하는 規律利益과 필요성의 요구는 근래 계속 강화되고 있으며, 또한 지속적으로 여러 利益集團이 이를 근거 지우는 새로운 立法을 요구하고 있다. 따라서 立法과 관계있는 者, 政治家 및 官僚들도 規律利益을 향상 가지고 있다. 그 결과 立法者가 社會的·經濟的 自己治癒過程을 기다리기 전에 너무 성급하게 輿論이라는 짧은 政治的 傾向을 추종함으로써 「長官의 記念物로서의 法律 또는 經歷裝飾의 手段으로서의 法律」<sup>8)</sup>이 量産되어 규범적 거리감을 초래하는 풍조가 만연되고 있다.

따라서 主觀的 影響力으로 부터 완전히 자유로운 規律利益을 객관적으로 또한 비판적으로 탐구하는 것은 理想的 立法을 성립시키기 위하여 대단히 중요한 作業이라고 할 수 있다. 그리고 規律의 必要性은 법체계 내에서의 法的 代案 뿐만 아니라, 法이외의 代案이 되는 國家的 管理手段도 포함하는 모든 가능한 대안을 고려하여 立法의 준비를 위한 가장 중요한 前提로서 審査되어야 한다.<sup>9)</sup>

7) Hans Jochen Vogel, 「Zur Diskussion um die Normenflut」, JZ 1979, S. 321.

8) Michael Kloepfer, 「Gesetzgebung im Rechtsstaat」, VVDStRL Heft 40, S. 72.

9) Ulrich Scheuner, 「Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit」, DÖV 1960, S. 609f.

## 2. 立法目的과 內容의 明確性

모든 立法意圖는 特定の 政治的 目的의 수행에 이바지하여야 하는 것은 당연하나, 그 目的은 명백하게 규정되고 制限되어야 한다. 그러한 경우에 있어서만 立法作業에 즈음하여 여러가지의 妥協에 의하여 변경된 草案이 목표달성의 가능성이란 觀點에서 심사될 수 있는 것이다. 目標의 명백한 설정은 意圖된 效果와 意圖되지 아니한 效果를 조정할 수 있도록 하며, 또한 目標確定에 방해가 되는 것으로 부터 회피할 수 있다.<sup>10)</sup> 이러한 立法 그 자체에서 收容되는 目標設定은 司法府에게 하나의 解釋基準을 제시하는 역할을 한다. 그리고 이러한 目標의 明確性에 대한 요구는 內容의 明確性의 요구를 요청한다.<sup>11)</sup>

여기에서는 우선 전체적인 體系를 구상하여 그 다음에 구체적인 立法意圖의 고려 하에서 어느 정도의 抽象性의 정도를 선택하고, 規律의 強度가 결정된다. 간략하고 분명한 立法의 形成을 위하여 어떠한 規定을 위임할 것인가, 한다면 어느정도 委任하여야 할 것인가 또는 完全하고 包括的인 立法을 마련하여 委任 規定을 두지 않을 것인가에 관하여 숙고를 하여야 할 것이다.<sup>12)</sup> 可能性과 그 歸結을 명확히 하는 방법을 채용할 때 그때그때의 구체적인 立法意圖에 대한 적절한 內容形態가 발견될 수 있을 것이다.

10) 立法目標의 設定은 ①法適用과 法發見에 있어서 方向設定에 도움을 주며, ②競爭되는 立法目的의 調整을 용이하게 하고, ③法律의 效力을 평가하고 法規定의 效果를 측정하는데 기여하며, ④法律動機의 存續 또는 계속적 유지의 必要性에 관한 審査를 하는데 基準이 되고, ⑤法規定의 채택과 關係者에 대한 通知에 있어서 法知識습득의 촉진과 公開作業을 助成하는 기능을 한다. W.Hugger, 「Ziel-und Maßnahmenfindung」, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., S. 244f.

11) H. Schneider, a.a.O., S. 42.

12) 이 분야는 立法技術의 領域에 그대로 타당하다. 상세한 것은 本論文 第4章을 參照.

### 3. 立法의 實效性和 適合性

法規範은 준수되거나 수행될 때 實效性이 있다. 規範을 遵守하는 國民이 그 規範內容을 실현할 때 規範은 준수되는 것이다. 規範內容이 강제적인 手段으로 실행되는 경우 그것을 規範의 執行이라고 할 수 있다. 規範의 實效性에 대한 審査는 우선 태도의 變化, 또는 기타 立法의 目的이 達成되었는가, 어느 정도 達成되었는가의 確定에 제약된다. 이것은 사실 法律의 改正에 의하여 영향을 받을 수 있다. 그 이유는 빈번한 法律의 改正에 의하여 國民의 실제의 法에 대한 認知度가 축소되고 따라서 法的 安定性和 遵守의 가능성이 감퇴하기 때문이다. 이러한 規範의 實效性은 오직 規範의 사실상의 效力 이외에 立法者의 관념에 따른 立法的 目的을 달성할 수 있는 적당한 手段을 구비하는 경우에만 부여될 수 있다.<sup>13)</sup> 그 이유는 法律이 단순히 준수되는 것 뿐만 아니라, 立法者에 의하여 의도된 社會的 效果가 規範의 遵守에 의하여 발생하고, 意圖되지 아니하거나 要望되지 아니한 效果는 발생하지 않는 것이 理想的 立法을 위한 前提條件이기 때문이다.

適合性은 規範의 實效性和 밀접한 관련을 가지고 있는 것으로서, 手段의 適合性은 한편으로는 국민과의 관계에서 고려되어야 하고 다른 한편으로는 行政과의 관계에서 고려되어야 한다. 즉 規範目的의 달성은 과도한 費用에 의하거나 또는 國民의 自由領域의 지나친 제한에 의한 것이어서는 아니된다.<sup>14)</sup>

---

13) P. Noll, 「Gesetzgebungslehre」, aaO., S. 64 ; Th. Öhlinger, 「Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen」, in : Ders.(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 25f.

14) H. Schneider, a.a.O., S. 40f.



#### 4. 現在の 規範的 制約과의 調和

立法作業을 수행할 때 준수되어야 하는 規範的 制約은 매우 다양하다. 우선 立法에 있어서 同意의 必要性和 기타 法的 形態를 요구하는 것은 준수되어야 한다. 예를 들면 上位의 法을 침해하여서는 아니되며, 새로운 立法은 전체 法規範 體系 가운데 부합하는 것이어야 한다는 것등이 있다. 전체적으로 價値있는 결정이 필요한, 즉 가능한 한 신속하게 決定이 정당하거나 또는 부당하다는 것이 證明될 수 있어야 하는 이 領域에 있어서는 立法作業을 수행하는 者를 위한 일련의 補助手段이 존재한다.<sup>15)</sup> 그러한 체계적인 作業補助手段은 널리 보급되고 活用되는 것이 바람직하다.

#### 5. 國民에 대한 公平性

規範이 規範關係者의 관점에서 이해되고 준수될 때 그리고 管理費用이 적절한 범위에 있는 경우 規範은 公平하게 되는 것이다. 이것은 國民들 사이에 紛爭이 있는 경우에 적절한 費用으로 정보를 제공받을 수 있어야 한다는 것을 意味한다.<sup>16)</sup> 따라서 法律文章은 國民에게 同化되어야 하고 가능한 한 簡潔하게 作成되어 理解할 수 있도록 하여야 한다. 물론 이것에 의하여 法律的 明確性이 침해되어서는 아니된다. 行政은 과도한 費用의 지출없이 規範을 집행할 수 있어야 한다.<sup>17)</sup> 따라서 不完全한 規定, 指示의 誤謬등에 의하여 그 執行을 방해받아서는 안되는 것이다. 이러한 誤謬는 司法府로 하여금 法律을 적용할 수 없게 만드는 것이기도 하다.

15) 이 점에 대한 상세한 內容은 第4章 參照.

16) H. J. Vogel, a.a.O., S. 323.

17) Gerhart Wielinger, 「Bedingungen der Vollziehbarkeit von Gesetzen」, in: Th. Öhlinger(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 156ff.

그리고 費用의 문제는 立法者에게는 거의 의식하지 못한 領域이었으며 費用을 산정하기 위해 사용될 수 있는 公式을 발견하려는 시도 역시 현재 뚜렷한 成果를 거두지 못하고 있는 실정이다.<sup>18)</sup> 그러나 立法에 대하여 발생한 費用은 국민 경제에 대단히 중요하며 결국에는 立法의 效果에 영향을 미치게 한다. 따라서 이러한 영역에서 立法者의 의식을 보다 분명하게 하는 것은 理想的 立法을 위하여 대단히 요구된다.

## 6. 實效性的 統制와 執行力の 統制的 可能性

實效性的 統制와 執行力の 統制에 의하여 誤謬가 있는 效果를 矯正하고, 집행의 條件과 現實을 개선하며 나아가 立法의 整備可能性과 規律의 必要性을 분명하게 할 수 있다.<sup>19)</sup> 이러한 統制는 審査基準이 존재하는 경우에만 효과적으로 가능하게 되며, 이 基準은 立法目的의 公開와 調整에 의하여 획득할 수 있는 것이다.

이와 같은 理想的 立法을 위한 目的達成에 필요한 要求條件의 충족을 위해서 立法者는 첫째, 立法과 관련된 모든 要素를 調査할 義務가 있다. 즉 立法者는 複合的인 社會的·經濟的 現狀의 分析의 토대위에 앞서 설명한 要求條件을 이행하기 위한 手段을 政治的·經濟的 및 法的 觀點下에서 전문적인 資料의 토대 위에서 研究하여야 한다. 둘째, 社會的 問題의 多樣성에 입각하여 立法者는 관련

18) Herbert Ent, 「Gesetzgebungsökonomie」, in ; Th. Öhlinger(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 50.

19) O. Weinberger, 「Zur Theorie der Gesetzgebung」, in : J. Mokre/O. Weinberger(Hrsg.), Rechtsphilosophie und Gesetzgebung, aaO., S. 190ff ; A. Friebert, 「Das Ideale Gesetz」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., S. 36f.

事實資料를 체계적으로 分類·判斷할 것이 요구된다. 그리하여 立法者는 기타의 規律代案을 제시하고 수집된 資料에 따라 最適의 代案을 선택하여야 한다. 세째, 立法者는 立法에 즈음하여 그 法律의 效力을 예견적으로 判斷하여야 한다. 또한 그 豫見的 判斷은 주의깊고 合理的인 것이 되도록 하여야 한다.<sup>20)</sup>

결국 社會的 問題의 해결과 問題調整의 手段으로서의 法律에 요구되는 諸條件을 충족시키기 위해서는 立法機構(議會)의 合理的 制約性, 規範洪水라는 표어가 암시하는 規範受範者의 한정된 受容可能性에 부응할 수 있기 위하여 그 필요성 내지 불가피성에서 도출된 立法意圖를 심사하려는 試圖, 즉 法律이라는 道具를 보다 效率的·計劃的으로 定立하려는 노력이 필요하다. 이러한 思考의 바탕에는 특정 目的을 달성하려는 法律의 能力과 必要性에 관하여 制度化된 審査를 가능케 하는 基準이 마련되어야 함을 그 目標로 하고 있다.<sup>21)</sup>

20) 이러한 점과 관련하여 「흔히 우리나라에서 法律制定을 "主事·事務官 立法"이라고 한다. 어디에서나 높은 사람만을 찾는 風土때문에 차이가 높을수록 누적적으로 바빠진다. 따라서 所管部署의 主事·事務官 起案의 法律案이 상급까지 대체로 무사하게 決裁·通過되기 쉽다. 소관부서에서 起草된 뒤에 法制處로 넘어가서 내용보다도 字句修正·體制맞추기 정도로 정리되는데 그친다. ...선진제국은 탁월한 專門人力을 法務省에 규합하여 여기에서 정부발의의 法律案을 일괄기초하나 우리나라는 그렇지 않다. ...이렇게 졸속立法이 되기 쉬운 메카니즘때문에 어느나라 보다도 憲法秩序에 맞지 않는 立法, 쉽게말해서 惡法이 생겨날 소지가 많다」라는 지적은 시사하는 바가 있다. 자세한 것은 李時潤, 「憲法裁判과 立法統制」, 考試研究 1991. 8., 24-25面 參照.

21) 獨逸에서는 法律이라는 도구를 보다 效率적으로 計劃的으로 定立하려는 노력의 일환으로서, 즉 個別的 立法行爲를 계획적 합리적으로 定立할 기준에 따라 심사하려는 취지에서 일정한 「審査基準表(Prüftabelle für den Post von Gesetzentwürfen, Checkliste Prüfung von Vorschriften)」를 聯邦 및 州에서나 미린하여 立法에 완벽을 기하고 있음은 우리에게 많은 참고가 된다. 二 審査基準表 가운데 「Bundesakademie für öffentliche Verwaltung」이 마련한 것을 소개하면 다음과 같다.

〈法律草案의 檢索을 위한 審査基準表〉

1. 目標定立

- 1-1 問題는 어디에서 由來하며(發生, 結果影響), 規律은 필연적인 事實인가
- 1-2 規律을 통하여 마땅히 目標가 달성될 수 있는가
- 1-3 目標定立이 실제적이며, 諸目標의 達成이 가능한 한 提示될 수 있는가
- 1-4 目標는 上位段階의 目標定立(憲法, 政治的 行爲優先權)과 일치하는가
- 1-5 同等段階의 目標定立과 갈등이 일어날 수 있는가
- 1-6 기존의 目標定立을 그대로 두고 그것을 變換한다면
  - a) 上位目標가 더 적합한 것이 아닌가
  - b) 同等한 段階의 다른 目標定立이 더 적합하지 않는가
  - c) 豫想되는 反撥을 최소화할 수 있는가

2. 必要性

- 2-1 規律의 必要性의 상태를 이해하고, 그것을 명확히 調査하였는가
- 2-2 現存의 目標가 法規定의 相關된 執行을 통하여 실현될 수 있는가
- 2-3 國家的 法律을 통해서만 目標를 달성할 수 있는가 또는 다른 方法을 모색할 수 있는가
- 2-4 規律을 통한 目標實現을 위하여 그 到達範圍를 제한하고, 또한 細分化하는 것이 필요한 정도인가
- 2-5 精選된 領域(法律, 行政命令)을 통한 規律을 행할 수 있는가 또는 下位編成分野를 통한 規律은 충분한가

3. 適合性

- 3-1 規律適合性에 대한 根據와 採用狀態를 명확히 조사하였는가
- 3-2 規律內容이 적합하고, 달성하려는 目標가 획득될 수 있는가
- 3-3 代替案이 가능하며, 그것이 더 適合하고 또한 目標를 달성할 수 있지 않는가
- 3-4 規律의 부수적 結果가 야기되는가, 達成하려는 目標 또는 精選된 目標 기타 동등하게 定立된 規定의 성취가 沮害되지 않는가

4. 實用可能性

- 4-1 規律은 이해가능하며 目的에 적합하게 構築되었는가
- 4-2 法律規定을 통한 指示가 필요최소한도로 국한되고 또한 調和를 이루고 있는가
- 4-3 規律이 충분한 彈力性을 유지하고 있으며, 執行에 있어서 裁量權行使 및 不確定 法概念의 채용에도 彈力性을 유지하고 있는가
- 4-4 經過措置에 대한 規律이 충분히 제시되었는가
- 4-5 規律이 객관적으로 國家機能의 展開로 이해되고 있는가 또한 특별히 조직적인 準備가 필수적으로 要求되는가
- 4-6 執行管轄이 공정하며 또한 各州間의 協力의 필요가 명백히 모색되었는가
- 4-7 실제의 貫徹에 있어서 以前의 觀點에 대한 고려없이 행하여지지 않았는가
- 4-8 法案起草에 自動化의 可能性은 제시되었는가

- 4-9 舊法으로 부터 新法으로의 經過가 명백히 規律되었는가
5. 有用性和 費用
- 5-1 規律의 실현을 기대하는데 있어서 不可缺少하고 有效한 手段을 확보하였는가
  - 5-2 施行에 필요한 人員은 준비되었는가
  - 5-3 規律을 통하여 浪費가 초래되거나 적절한 關係에서 期待되는 實益이 존재하는가
  - 5-4 規律이 다른 行政領域에서 바라지 않은 負擔을 초래하지 않는가
  - 5-5 規律이 장기간에 걸친 현저한 費用上昇을 초래할 가능성이 存在하지 않는가
6. 市民에 대한 親熟度
- 6-1 規律이 明確하고 理解하기 쉽게 작성되었는가
  - 6-2 行政廳의 결정에 市民의 參加可能性이 도출되었는가
  - 6-3 市民이 義務를 이행하는데 있어서 交付에 대한 說明, 當局의 仲裁, 情報의 제공등에 부적절하거나 무조건적인 負擔을 지우지 않았는가

Joachim Vollmuth, 「*Prüffragenkataloge als Instrument der Bedarfs und Wirkungsprüfung*», in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), *Praxis der Gesetzgebung*, aaO., SS. 187-202 參照.

## 第3章 立法政策

### 第1節 立法政策의 意義

#### I. 法과 政策

오늘날의 社會가 그 本質上 끊임없는 變化와 革新을 추구하는 속성을 가지고 있는 이상 이를 規律하는 法規範 역시 폐쇄적인 價値體系에 따른 靜態的 權利劃定이나 이에 따른 國家權力의 拘束 또는 統制를 우선적 관심사로 여기던 것에서 탈피하여 점차 變化해 나가는 價値體系를 적극적으로 수용하지 않을 수 없다. 따라서 오늘날의 法規範은 社會 및 國家의 動態的 統合過程을 肯定하고 그 現實的 필요성에 부합하여 그러한 統合過程을 촉진시키는<sup>1)</sup> 政策 내지 公益實現을 위한 調整法으로서의 性格을 갖추어가고 있는 것이다. 특히 積極國家 내지 行政國家化 상황에서 法規範은 종래의 權利·義務劃定的인 성격에서 탈피하여 任務賦與的·問題解決的 성격을 강하게 띠고 있다.

그런데 이러한 성격을 가진 法規範의 定立과 그 解釋에 있어서는 전통적 法學에서 강조하는 正義라는 價値뿐만 아니라, 效率이나 目的達成이라는 價値도 반영할 것이 필요하게 된다.<sup>2)</sup> 그리하여 오늘날 法律은 政治的 決定의 媒介物로서

1) 許營, 「憲法理論과 憲法(上)」, 博英社 1990, 28面.

2) 崔松和, 「法과 政策에 관한 研究—試論的 考察」, 法學(서울大) 第26卷 4號, 1985.12., 82面.

인식되고 있고, 실제로 政策은 法律의 立法을 통하여 實定法上の 用語가 되어 있는 등, 立法에 있어서도 法과 政策의 긴밀성이 내포된 實定法이 출현하고 있다.<sup>3)</sup> 이러한 觀點에서 보는 경우 法은 일종의 「政策의 表現」이라고 할 수 있을 것이다.

政策은 궁극적으로는 어떠한 公共的 目標을 지향하는 것으로서<sup>4)</sup> 法에서 이러한 政策論的 觀點을 도입하고자 하는 것은 바로 法規範에 함축되어 있는 각종 政策的 要素가 그 目標을 달성할 수 있도록 함으로써 法規範의 實現이 보다 광범위한 合理性을 가질 수 있도록 하는데 그 目的이 있다. 즉 종래의 思考와 같이 法規範을 초월적인 國家意思의 表現으로서 강조하여 法은 法이기 때문에 당연한 權威를 가지며, 그 자신의 權威에 기인하여 당연히 적용된다는 前提는 이미 타당성을 상실하여 성립할 수 없다. 특히 오늘날의 法規範의 機能變化에 적극적으로 대처하고 法治主義의 實現과 維持를 도모하기 위해서는 政策自體의 觀點을 法學의 입장에서 이해하고, 또한 政策에 대하여 法的 側面으로서의 格律을 부여할 필요성이 있다.<sup>5)</sup> 따라서 法規範을 그 단계구조적인 위치 가운데에서가 아니라 現實의 具體的 狀況에서 전개되는 특정 政策의 手段 내지 道具로서 파악하지 않을 수 없는 것이다. 이러한 觀點에서 法規範은 형식적인 法秩序體系의 論理와 方向을 달리하는 政策體系의 論理를 도입하여 그 구체적 평가가 이루어져야 하며, 그와 같은 政策的 見地에서의 평가 없이는 法規範은 그 合理性 뿐만

3) 특히 어떤 分野의 政策의 기본적 方向을 정하고, 각종 政策·法律의 체계적 내지 계획적 일관성을 도모하려는 취지에서 定立되는 「基本法」이라는 명칭이 붙은 法律에 政策에 관련된 規定이 대단히 많다. 자세한 것은 本文 第4章 第3節 參照.

4) 政策의 중요성에 상세한 것은 金圭定, 「行政理論과 政策研究」, 月刊考試 1986. 11., 132面以下 參照.

5) 崔松和, 前揭論文, 95面.

아니라 公共性도 확보할 수 없을 것이다.

최근에 이르러 「意思決定理論을 法的으로 再構成하고, 이것을 현재의 實定法體系와 결부시켜 法制度 또는 規則의 체계를 設計함으로써 현재 社會가 직면하는 각종 社會問題를 調整하고, 그 해결을 위한 方策을 法的 意思決定 또는 法的 政策決定을 하는 者에게 助言·提供하는 일반적인 技法으로서 法政策學 (Rechtspolitik)」이 강조되고 있는 것도 바로 政策의 論議를 法的 觀點에서 수용하려는 시도의 일환인 것이다.<sup>6)</sup>

## II. 立法學과 立法政策

立法은 하나의 政策形成이라고 할 수 있다. 즉 政策이 法律이라는 형태를 취하여 提示되는 行爲가 立法인 것이다. 그래서 立法은 政策을 그 內容으로 하는 것이므로 政策이 없는 立法은 존재할 수 없다. 따라서 立法의 전제에 政策이 존재하며, 그 政策의 形成을 거쳐 法律案의 立案이 개시된다. 政策은 어떠한 方針이며 일정한 目的을 전제로 하여 일정한 價値를 實現하기 위한 手段, 技術, 節次 등을 중심으로 形成된다. 目的은 理想이 아니라, 現實的인 目的을 의미한다.

6) D. Grimm/W. Maihofer (Hrsg.), 「Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik」, aaO., Vorwort S. 9. 특히 O. Weinberger, 「Rechtspolitische Institutionenanalyse」, in: D. Grimm/W. Maihofer (Hrsg.), Ebd., S. 246, 250f. 그러나 우리나라에서의 法政策學研究는 현재까지 未開拓分野로서 학계에서 거의 논의되고 있지 않다. 다만 「法과 政策決定에 관한 學問的 知識과 그것에 기초한 諸技法으로 정의되는 法政策學은 政策指向型訴訟, 資源配分規範의 등장과 法制度設計者로서의 보다 광범위한 法律家의 등장이라는 현대의 새로운 法現象의 대두로 인해 그 필요성이 漸增되고 있다. 기존의 法的 思考樣式이나 決定模型 이외에 경제·공학적 思考樣式이나 決定模型의 技法을 도입하여 그러한 필요성에 대응하고 있는 法政策學은…… 理論, 方法의 면에서 많은 示唆을 주고 있다」라는 점을 지적한 것으로서 孫 晟, 「法政策學의 形成과 展開(I)-그 序說의 接近-」, 行政論叢(東國大 行政大學院) 第19輯, 1990, 177面이 注目된다.



즉 社會生活 및 國家 아래에서 實現할 수 있는 目的인 것이다. 따라서 그 目的은 多種多様하며 그 目的을 대상으로 實現하여야 할 社會生活도 복잡다기한 이상, 그 手段 등 政策의 內容도 다양하다.

그러나 政策은 그대로 立法으로 또는 法律案의 立案과 결부되거나 移行하는 것은 아니다. 政策 가운데 어떤 부분이 法律案의 立案으로 移行하는 것이다. 환언하면 政策을 法的인 觀點에서 정리하고, 立法으로 하여야 할 것과 그렇지 아니한 것을 구분하여 그 가운데 立法化하여야 할 것이 法律案으로서의 형태를 취하게 되는 것이다. 政策을 形成하고 法律案을 立案한다는 것은 形成된 政策을 그대로 立法化한다는 것을 의미하지는 않는다. 政策 가운데에서 立法化할 것과 그렇지 아니한 것을 분리선택하여 그 內容을 法的인 觀點에서 검토하고 정리하지 않으면 안된다. 따라서 法律案의 內容으로서 하여야 할 사항을 法的 觀點에서 정리하고 종합하는 것을 立法政策이라고 한다면, 그 立法政策을 통하여 수립된 內容을 體系的·具體的으로 실시하는 것을 「立法計劃」이라고 할 수 있다. 즉 立法計劃은 立法政策을 통하여 도출된 立法意圖를 效率的으로 또한 計劃的으로 정립하려는 시도를 의미하며, 나아가 個別的 立法行爲를 어떻게 計劃的으로 또한 合理的인 基準에 따라 형성할 것인가라는 점을 그 課題로 한다.<sup>7)</sup>

立法政策을 形成하는데 있어서는 구비하여야 할 法的인 手段도 비교검토하고 政策의 目的에 가장 적합한 手段을 選擇하는 것이 중요하다. 그러나 立法學의 對象領域과 課題에서 立法目的의 確定·效率의 감안 등을 수행하는 政策的 研究

7) 일반적으로 「政策」이란 당해문제나 과제에 대한 關係者 또는 組織의 기본적인 理念과 價値觀 내지 方針에 따라 선택·결정된 目的, 目標과 方法, 手段 그 자체를 의미한다. 반면 「計劃」이란 당해문제나 과제에 대한 對應을 행하기 위하여 필요한 범위내에서 計劃化한 政策의 體系를 의미한다. 즉 「計劃」이란 計劃으로서 표현된 關聯政策의 體系, 그러한 의미에서 政策의 體系的 表現이라고 할 수 있다.

로서의 立法政策은 반드시 고찰되어야 하는 分野임에는 틀림없으나, 과연 그 立法政策이 무엇을 의미하며<sup>8)</sup> 어떠한 內容을 포괄하는가에 대해서는 많은 論議가 진행되지 않고 있는 실정이다. 그러나 최근 일정한 法目的의 實現을 위하여 가장 有效하며 能率的인 法技術의 體系를 과학적으로 탐구하는 學問分野로서의 法政策學이 대두되면서<sup>9)</sup> 立法政策의 구체적 意味內容도 점차 윤곽이 파악되고 있음은 주목할 만한 일이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 法政策學과 立法學은 몇 가지 측면에서 다른 면이 있다. 즉 첫째로, 立法學은 개별구체적인 法律의 制定을 위한 政策論 또는 立法過程의 實證的 研究(立法過程論)를 포함하는 것이 일반적이므로 그 한에서 法政策學이 의도하는 바와 일치하지 않는다는 점이다. 즉 法政策學은 개별의 立法이 아니라, 法制度一般을 고찰하는데 있어서 目標가 될 수 있는 問題를 定式化하고, 문제점을 다양한 각도에서 검토하기 위한 概念圖式을 구축하려는 것이다.<sup>10)</sup> 따라서 法政策學은 개별구체적인 法律을 制定하는 작업의 一段階前에 위치하는 이론적인 作業에 이바지하는 것을 지향한다.

둘째로, 立法學에서는 法律의 立法을 담당하는 者에게 한정되는 인상을 주나, 法制度設計의 일반이론은 立法擔當者에 한하지 않고 法官·辯護士등 널리 意思

8) 「立法政策이란 立法에 의한 國家的·社會的 目的의 추구이며, 그 合目的性을 확보하는 合理的인 思惟이며, ……立法에 의하여 영향을 받는 여러 利益의 고려이며, 立法에 대한 승인을 要求하는 여러 목적의 調節이다.」小野清一郎, 「立法過程의理論(二)」, 法律時報 第35卷 2號(1963.2), 48面以下. 한편 國內에서 立法政策을 「法の理想을 實現하고자 하는 目的意識的인 행위 내지 그 政策을 의미」하는 것으로 파악하는 견해로는 鄭永謨, 「立法政策과 立法技術」, 國會報 1967.7., 80面 參照.

9) 특히 W. Steinmüller, 「Vorschlag einer Wissenschaftlichen Grundlegung der Rechtspolitik」, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie(ARSP) 1982, Supp. A, Vol. 1 pt 2, S. 525ff.; Eike v. Hippel, 「Grundfragen der Rechtspolitik」, JZ 1984, S. 953f; 平井宜雄, 「法政策學」, 有斐閣 1987; 小林直樹, 「憲法政策論序說」, 法律時報 第62卷 4·6·7號, 1990. 4·6·7. 및 同, 「憲法政策論」, 日本評論社 1991.

10) 平井宜雄, 前掲書, 6面.

決定(法的 政策決定)을 행하는 사람들에게 특히 필요하다고 인식된다. 따라서 立法學의 一分野인 立法政策의 問題를 검토하는데 있어서 法政策學의 理論을 도입하려는 것은 問題가 있다고 하지 않을 수 없다. 다만 立法政策에 관한 學問的 知識 및 그에 따른 諸般技法을 터득하기 위해서는 그 法政策學의 研究成果를 토대로 하는 경우, 매우 유용한 結果를 도출할 수 있을 것으로 본다.<sup>11)</sup>

---

11) 平井宜雄, 「實用法學·解釋法學·法政策學」, 法律時報 第53卷 14號, 1981. 12., 48面. 「立法에 종사하는 者는 일정의 目的을 달성하기 위하여 최소한 資源을 가장 效率的으로 配分하는데에는 어떻게 생각하는 것이 좋은가 하는 經濟學的·經營學的·工學的 意思決定 내지 計劃의 理論 또는 技法과 그것을 制定法의 技術用語로 번역하기 위한 理論과 技法이 요구되어진다. ……이것은 마치 工學者가 다리나 기계를 設計하는 것처럼 일정의 目標을 가장 효율적으로 달성하고 또한 正義 내지 公平에 적합한 法制度를 設計하기 위한 理論과 技法은 오늘날의 法律家에게 필요불가결하다고 생각된다. ……法政策學은 이러한 要請에 따르기 위하여 構想되어진 것으로 여기에 그 必要性이 있는 것이다」. 孫晟, 前揭論文, 169面.

## 第2節 立法政策의 理論的 構造

### I. 立法政策의 一般的 基準

立法政策의 方向과 內容을 規律하는 具體적인 價値基準은 무엇보다도 먼저 國家의 基本法인 憲法 가운데에서 모색되어야 한다. 憲法 가운데 어떠한 目的이나 根據를 발견할 수 없는 政策은 精確한 의미에서 立法政策이라고 할 수 없다. 그리고 立法政策이 타당하기 위하여 무시할 수 없는 것은 法體系가 당연히 前提 또는 豫定하고 있는 法의 根本理念이다.<sup>1)</sup> 그 이유는 法의 根本理念은 理論上 立法政策의 規範的 構造를 이룬다고 할 수 있기 때문이다.

일반적으로 法이 실현되어야 할 價値가 있다면 法政策은 당연히 그것을 지향하여 樹立되지 않으면 안된다. 그러한 法의 價値目的으로서 가장 먼저 지적할 수 있는 것은 正義의 理念이다. 그것은 法的 決定모델을 가장 특징지우는 規範的 思考樣式이며, 立法制度設計의 一般的 評價基準이라고 할 수 있다. 또한 이러한 正義性和 아울러 效率性을 지적할 수 있다. 法制度는 될 수 있는 한 무모하게 사용되지 않도록 設計되어야 한다는 의미에서의 效率性의 원칙은 확실히 立法政策의 評價基準이 되지 않으면 안된다. 이것은 또한 立法政策의 有效性과도 關連되는 것이다.<sup>2)</sup>

1) 法의 根本理念이 무엇인가에 대해서는 여러 見解가 있으나, 일반적으로 正義·善·秩序·自由 등을 지적하고 있다. 상세한 것은 崔鍾庫(譯), 구스타브 라트부르흐 「法哲學」, 三英社 1990, 62面以下 參照.

2) 法政策에 있어서 正義性 및 效率性에 관한 상세한 內容은 平井宜雄, 前掲書, 97~157面 參照.

그러나 立法政策의 일반적 기준으로서 正義性과 效率性을 대비하는 것은 첫째로, 正義가 法이 實現하여야 할 價値 내지 理念인데 대하여 效率性은 유용한 배분으로서 이른바 最適을 기준으로 하는 方法上의 척도와 관련되는 것이므로 兩者는 차원을 달리하므로 서로 다른 觀念을 병렬시켜 고찰하는 것은 妥當하지 않다는 지적을 할 수 있다.<sup>3)</sup> 그러나 이 점은 兩者가 分析을 위한 일종의 概念圖式으로서 政策決定의 위에서 필요한 의미를 가진다는 점을 인식하는 경우에는 그 모순의 解決이 가능할 것이다. 둘째로, 立法政策의 一般的 評價基準<sup>4)</sup>은 위의 두 가지만 존재하는가 하는 문제가 제기된다. 法制度가 반드시 구비하지 않으면 안되는 條件으로는 위의 두 가지 이외에도 기본적인 것을 지적한다면 善의 基本價値에 反하지 않는다는 道德性의 要求, 社會의 最大多數의 행복을 指向한다는 公共福祉의 理念, 개개인의 기본적인 自由의 保障, 안정된 秩序의 實現, 社會의 變化와 새로운 要求에 대응하는 의미에서의 進歩의 要請, 立法政策의 경과에 따른 어느 정도의 效率性의 擔保 등이 있을 것이다.<sup>5)</sup>

그러나 이러한 法의 諸般理念이나 目的 내지 價値는 오래전부터 논의되어온 것이며, 여기에서 그 전부를 方法論的으로 考察한다는 것은 불가능하며 따라서

3) 正義가 어떠한 價値判斷에 의해서 정하여 진다고 한다면 價値無關係的인 순수한 效率性과 같은 次元에서 병렬적으로 취급하는 것은 方法論上의 문제가 있다. 또한 반대로 平等한 配分이야말로 가장 效率的인 것으로 보는 것이 가능하다고 생각되나, 그렇다면 그 두 가지의 基準은 一體化되므로 모순관계에 있게 된다. 따라서 兩者를 대립시키는 것은 검토를 요하는 問題라고 볼 수 있다. 「效率性」에 관한 상세한 것은 李炳熙, 「政策執行의 效率性 提高에 대한 小考」, 法政論集(慶南大) 第4輯, 1986. 3., 155~170面; P. Noll, 「Die Berücksichtigung der Effektivität der Gesetz bei ihrer Schaffung」, in: Th. Öhlinger(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO, S. 132f.

4) 「評價基準」이라는 것은 平井에 의하면 「決定에 있어서 고려하여야 할 評價의 제반측면을 分析的으로 나타내는 것」으로 定義하고 있다(前掲書, 98面). 그러나 小林教授는 그러한 定義에 의문을 提起하고 있다(前掲論文(2), 204面).

5) 小林直樹, 前掲論文(2), 199面.

立法政策의 基準과 方向性을 설정하기 위한 節次로서 필요한 최소한의 理論的 基準을 제시하면 다음과 같다.

### 1. 諸理念의 調和와 方向性의 調整

모든 政策은 다양한 利害와 勢力과 서로 다른 思想이 결합된 現實 가운데 그러한 要素의 綜合으로서 결정되어진다. 政治의 場에서 전개되는 立法政策은 특히 政治的인 力學關係에 좌우되는 경우가 많다. 특히 民主社會에서는 國民의 法意識의 정도에 따라 그들의 要求와 利益을 擔保하는 理念은 權力의 恣意를 억제하고, 政策을 움직이는 힘이 될 수 있다. 그러나 諸理念 그 자체 사이에는 때로는 本質的인 對立關係가 존재하며 또한 사람들의 慾求나 利害가 다양화되어 가는 현대에서 政策은 항상 그것에 대한 妥協과 調整을 필요로 한다. 政策의 種類와 局面에 의하여 무한하게 다른 현실여건에 관하여 事前에 理論的 틀을 만들 수는 없으나, 諸理念의 調整, 특히 대립하는 理念과 價値를 調整하려는 시도는 매우 有用한 것이다.<sup>6)</sup> 또한 國家內에서 번영할 수 있는 協同生活을 장려·촉진하고 社會의 생활조건을 확보하는 媒介體가 바로 法의 주요한 機能이므로, 立法政策의 基準設定에 있어서 諸理念의 調和와 方向性의 調整은 대단히 중요하다.

### 2. 立法政策基準으로서의 正義

正義가 立法政策樹立의 일반적 기준인 것은 당연한 것이나, 정의라는 것의 意味內容이 명확하지 않다. 아리스토텔레스(Aristoteles)가 正義理念의 多樣性을 지적한 이래 이 正義의 概念은 여전히 혼란을 겪고 있으나, 여기에서의 正義는

6) 憲法學에 있어서 이러한 側面을 강조하는 것으로서 李康熾, 「憲法上の 基本價値와 社會的 合意」, 月刊考試 1982.7., 42面.

그러한 일반적인 正義의 理念을 파악하는 것이 아니라, 正義가 立法政策의 일반적 評價基準인 것을 전제로 한 위에 正義理念을 그 基準에 부합되게 定式化하는 작업이 필요하다.<sup>7)</sup> 즉 正義性基準의 定立에 있어서는 지금까지 사람들이 正義라고 지칭한 것, 또는 正義에 適合하다고 認識한 狀況과 현저히 벗어나지 않아야 한다는 拘束이 필요하다. 그러한 拘束을 받는 正義概念은 個人을 手段으로서 고찰하는 것이 아니라 그 자체 目的으로서, 다른 個人과 비교하여 어떠한 것이 공평한가라는 社會關係를 規制하는 規範 또는 基準이라고 생각된다. 그것은 전형적으로는 개인과 개인의 利害가 衝突하는 경우에 準據가 되는 思考樣式인 것이다.

이 점과 관련하여 社會契約論의 構造에 입각하여 實質的인 正義原理를 도출하는 롤즈(John Rawls)의 正義構成은 立法政策과 관련하여 주목할 가치가 있다. 즉 원시상태 가운데에서 各人이 基本的 自由에로의 平等의 權利를 가진다는 原理的 前提로부터 機會의 공평한 平等의 原理를 도출한 롤즈의 正義論은 종래의 正義論에 새로운 영역을 개척한 것이다.<sup>8)</sup> 이 롤즈의 正義論에서 社會의 가장 불

7) 正義概念에 대한 接近方式으로서의 다음의 네 가지를 지적할 수 있다. 즉, ① 規範的 接近方式으로서 이것은 「正義란 무엇이다」라는 命題를 定立하여 그 무엇의 뜻을 각각의 방식으로 찾으려는 것이다. 플라톤·아리스토텔레스·토마스 및 최근의 롤즈의 正義論의 주류는 전부 이 接近方式에 따른 것이다. ② 회의론적 接近方式으로서 이것은 正義概念에 관한 지금까지의 定式化는 전부 無內容하다고 하여, 正義概念을 價值相對主義·事實과 規範의 二元論·事實證主義的인 觀點에서 검토한다. 대표적인 學者로는 켈젠·로스(Ross) 등을 지적할 수 있다. ③ 事實的 接近方式으로서 특히 社會心理學的 正義論이라고도 하며 이것은 특정의 누가 또는 일반의 사람들이 「正義」라는 用語에 의하여 표현하려고 한 사실, 또는 사람들은 어떠한 事實이 존재하는 경우에 正義라고 생각하는가라는 사실을 명확히 하려는 接近方式이다. ④ 分析的 接近方式으로서 이것은 正義概念을 分析하기 위한 道具를 만들려는 의도를 지닌 接近方式으로서, 그 前提로 正義의 대상을 社會學的·概念的으로 밝히려는 시도라고 할 수 있다.

8) John Rawls, 「A Theory of Justice」, Cambridge 1971, pp. 22~27. [황경식(옮김), 「사회정의론」, 서광사 1990, 75面以下]. 政策價値로서의 Rawls의 正義論을 평가한 것

리한 입장에 있는 사람들의 利益의 最大化의 原則과 機會의 公평한 平等의 保障이라는 原理를 提示한 것은 立法政策에 있어서 매우 의미있는 基準을 提示한 것으로 평가할 수 있다.

### 3. 個人의 利益과 全體의 利益

個人과 全體라는 對立概念은 일찍부터 論議되어온 문제이며, 個人主義와 團體主義 가운데 어느 것을 취할 것인가는 결국 개인의 信仰 또는 世界觀의 문제라고 볼 수 있다. 그러나 民主主義의 存立의 基礎가 인간의 尊嚴 내지 生命價値의 承認에 있다면 個人을 무시한 全體라는 超越的인 觀念은 성립될 수 없는 것이다. 이 문제는 또한 個人의 基本權과 公共의 利益이라는 理念對立의 형태로 憲法學에서 많이 논의되고 있으나,<sup>9)</sup> 개인의 人權 위에 초월적인 公共의 利益을 두는 것은 허용될 수 없다는 것이 일반적인 견해이다. 이것은 立憲主義의 원칙상 당연한 귀결이며 따라서 立法政策에 있어서도 人權優先의 原則을 끊임없이 확인할 필요가 있다. 즉 公共의 利益의 觀點으로 부터가 아니라, 基本的 人權保障의 觀點으로부터 立法政策을 再構成하는 작업이 필요한 것이다.

그리고 個人의 利益과 全體의 利益과의 關係에서 또 하나 문제가 되는 것은 개인의 自由와 國家(社會)로부터의 統制 — 一般的 理念으로서는 秩序<sup>10)</sup> — 라는 對立關係이다. 특히 최근에 規制立法이 강화되고 있는 視點에서 보는 경우, 國民의 自由가 용이하게 國家權力의 統制에 놓이게 되는 상황하에서 立法政策의

---

으로는 金圭定, 「政策價値의 本質」, 考試研究 1988. 4., 141面; 韓柄鎬, 「正義論에 관한 小考—J. Rawls의 正義論을 中心으로」, 韓國海事法學會 法學研究 第1輯, 1989. 2., 103~130面; 金雨植, 「政策評價基準으로서의 社會的 正義」, 淸州大 行政學論叢 第7輯, 1986. 12., 19面以下.

9) 李康嫻, 「基本權과 公共利益」, 考試界 1978. 3., 27~34面.

10) 秩序의 理念에 관해서는 崔鍾庫(譯), 前掲書, 60面以下 參照.



基準으로서 秩序優位の 경향이 높아지고 있다. 그러나 立法政策은 항상 兩者의 건전한 調和를 도모하지 않으면 안된다. 나아가 民主國家에 있어서 이러한 調整原理는 최대한의 自由尊重을 그 우선적 前提로 하여야 할 것이다.

#### 4. 進歩와 安定

立法政策이 모든 구성원이 自由와 平等의 觀點에서 공정하게 취급되는 共存秩序를 위하여 수립될 수 있다면 그러한 民主的인 社會의 安定은 지향하여야 할 目標가 될 것이다. 그러나 현실의 國家權力擔當者는 자신의 支配體制를 바람직한 秩序라고 認識하여 그것을 維持하는 것이 필요한 安定이라고 확신하는 傾向이 있다. 이 점에서는 국민전체에 보다 공정하고 자유로운 새로운 질서로의 進歩의 要求가 인정되지 않는다면 기존의 낡은 安定과 秩序만이 계속되어 國家와 社會는 침체상태에 빠지게 될 것이다. 또한 변동하는 社會的 要求에 적응하는 先見性있는 政策으로 사후에 발생할 수 있는 問題와 紛爭을 미리 해결하는 자세는 立法政策의 어느 부분에서도 필요한 것이다.

## II. 立法政策에 있어서 主體·時間·空間

### 1. 主體의 問題

立法政策의 立案·實施를 행하는 주체는 물론 立法者이나,<sup>11)</sup> 國民主權의 原則上 公共性이 강한 성격을 가지는 立法政策에 관해서는 國民이 實質的 決定을 행하는 것이 원칙이다. 政策決定過程에 국민이 참가하는 기회를 될 수 있는 한 폭 넓게 保障하는 것은 國民主權의 原理로부터도 요청되는 것이다. 그러나 現實의

11) 立法者의 具體的 概念은 金承煥, 前掲論文, 55面以下 參照.

국민 가운데에는 그러한 과정에 참여할 수 있는 主體는 극히 소수에 불과하며, 또한 政策決定의 國民參加原則의 具體化가 民主的인 決定과 결부된다는 보장도 없다. 그러나 그럼에도 불구하고 公正한 節次로 積極的인 民意를 수렴할 수 있는 길을 모색할 수 있는 方法을 考案하지 않으면 안된다.

## 2. 時間의 問題

앞서 살펴본 法理念의 對立과 調整은 마치 抽象的 空間의 領域에서 행하여지는 것처럼 인식될지 모르나, 現實的으로는 特定の 時點과 場所 가운데에서 행하여지는 人間的인 作業이다. 모든 立法政策은 일정한 역사적인 時點과 場所에서 행하여지는 한, 過去로부터의 現實에의 要請, 즉 現在에 발생한 것이 將來의 사람들을 위한 것이라는 점에 관하여 考察을 할 필요가 있다. 政策은 第1次的으로 現存하는 인간의 福祉나 便宜·共存體系 등을 위하여 立案·實施되므로 그 시간적인 有效射程은 비교적 짧다. 그러나 技術의 進歩에 수반한 巨大計劃이 가능하게 된 오늘날에는 政策의 射程은 매우 멀리까지 연장될 필요가 있다. 특히 人口·交通·環境·都市計劃 등에 관한 立法政策은 그러한 의미에서 장기간에 걸쳐 그 效率性이 인정되지 않으면 안된다.<sup>12)</sup>

## 3. 政策의 空間的 延長의 問題

종래의 立法政策의 대부분은 國家內的 측면에서 행하여졌으며 따라서 國境이라는 空間的 限定을 당연한 條件으로 하였다. 그러나 오늘날에는 科學技術의 發達과 大量生産의 進行 등으로 인하여 종래의 國家 單獨의 立法政策으로는 해결할 수 없는 世界的인 問題가 등장하고 있다.<sup>13)</sup>

12) 金裕盛, 「科學·技術의 進歩와 法의 發展」, 法學(서울大)第43號, 1980.5., 437面.

13) 小林直樹, 前掲書「憲法政策論」, 51面.

특히 環境 등과 같은 政策은 各國家의 國益을 기준으로 立法政策을 實施한다면 심각한 난관에 직면하게 될 것이다. 이러한 狀況의 발생으로 종래의 國家政策의 自己矛盾이 증대되고 있는 시점은 立法政策에 있어서 증대한 要素로 작용하게 되는 것이다.

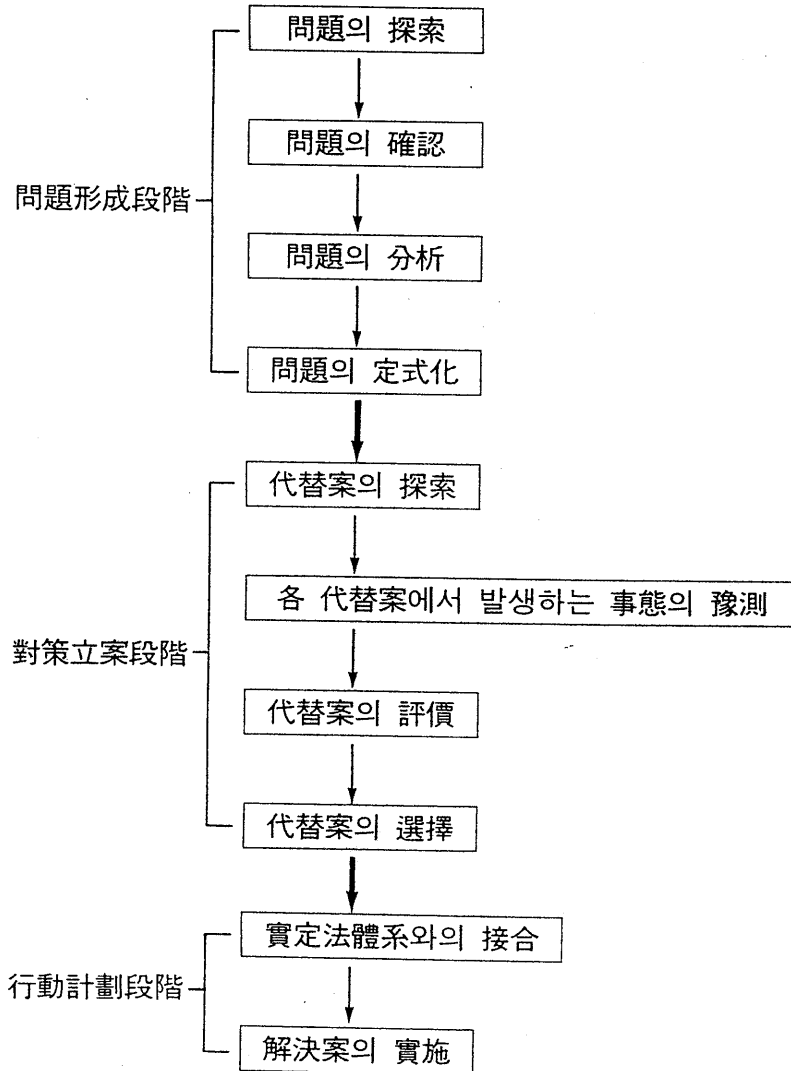
## 第3節 立法政策의 評價

### I. 立法政策過程의 點檢

앞서 검토한 바 있는 立法政策上의 각종 理念과 要素의 調整은 政策決定 및 實施의 단계에서 立法者들이 고려하여야 할 理論的 構造를 提供한다. 또한 그것은 立法政策의 點檢에 있어서 政策의 內容에 따라서 감안하여야 할 指導基準이 된다. 그러나 그러한 點檢작업은 觀點과 方法에 따라 매우 다양하게 전개될 것임은 물론이다.<sup>1)</sup> 그것을 前提로 立法政策의 견지에서 중요한 點檢과 그곳에서

- 1) ① Peter Noll은 問題의 提起→問題의 定義→目標觀念의 構想→立法의 事實的·規範的 拘束力→代案의 計劃→草案에 대한 診斷→事後統制 및 改善이라는 일련의 觀點에서 파악하고 있다(P. Noll, 「Gesetzgebungslehre」, Reinbek 1973, SS. 63~163).
- ② 또한 Charles-Albert Morand는 問題의 提起→問題의 特定化(社會의 희망과 그 구성원의 행위 사이에 成立하는 긴장의 분석)→目的의 確立→豫想되는 法規定과 關連한 要素의 分析→일정한 目的의 추구를 위한 手段을 포함한 代案의 作成→얻고자 하는 目的을 실현하기 위한 手段의 適合性에 關한 豫想評價→手段의 選擇→選擇된 手段의 評價의 觀點에서 파악하고 있다(C. A. Morand, 「Die Erfordernisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrechts im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften」, in ; D. Grimm/W. Maihofer (Hrsg.), a.a.O., S. 13.).
- ③ Ota Weinberger는 立法政策의 論證이라는 問題영역을 規範體系의 明白性에 對한 탐구→法體系의 실질적·목적론적 및 세계관적 일치성에 對한 審査→法政策의 근거에 關連되는 모든 論證構造의 설명, 특히 目標分析의 理論, 結果衡量的 탐색, 法政策의 평가 등으로 파악하고 있다(O. Weinberger, 「Syntaktische und semantische Problem der Gesetzgebung」, in : Th. Öhlinger (Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 170.).
- ④ Werner Hugger는 問題確認·動機賦與→概念設定과 行動目標의 定立→目標의 正當性確保를 위한 檢討→目標實現을 위한 戰略構想→目標에 따른 措置에 필요한 費用調査→措置의 選擇→관련 要素項目의 決定→法規定의 目的設定→法規定이 의도하는 效果分析→法規定의 전개에 따른 有效適切한 統制方案檢討→現實的 모델의 완비→法規定의 作成→計劃의 檢證→檢證結果로의 전환등으로 파악한다(W. Hugger, 「Gesetz-Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung」, Baden-Baden 1983, SS. 105~357.; Ders., 「Ziel und Maßnahmenfindung」, in ; Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.),

의 일반적인 作業課題를 검토하여 보기로 한다. 일반적으로 法政策의 全過程은 政策의 立案·決定過程과 그 實施過程으로 나누어진다. 그 가운데 前者는 다시 ① 問題形成段階, ② 對策立案段階, ③ 行動計劃段階의 3段階로 나누어지며 各段階에 따라 다시 細部的으로 分類하면 다음과 같다.<sup>2)</sup>



Praxis der Gesetzgebung, aaO., S. 245f.

2) 平井宜雄, 前掲書, 206面以下.

法政策에 있어서 意思決定過程의 이러한 圖式은 一般論으로서도 약간 問題가 있는 점은 있으나, 이것은 立法政策의 立案·決定過程의 考察<sup>3)</sup>에도 매우 有用하다고 볼 수 있다. 따라서 立法政策의 견지에서 필요한 補完을 하여 그것의 재구성을 시도하여 보면 다음과 같다.

## II. 立法政策點檢의 具體的 過程

### 1. 立法政策의 立案·決定過程

#### (1) 問題形成段階

##### ① 問題의 探索

「問題」란 어떠한 의미에 있어서 있어야 할 狀態 또는 바람직한 狀態와 현재 存在하는 狀態와의 間격을 의미한다. 問題의 解決이란 그 間격을 解消하는 것, 즉 所與의 또는 豫想되는 存在狀態(IST-Zustand)를 벗어나 未來의 바람직한 當爲狀態(SOLL-Zustand)를 성취하는 것을 말한다. 이러한 명제에서 있어야 할 狀態를 目標로 定義할 수 있다면 目標란 고차의 規範的 狀況을 포함하는 가장 廣義로 사용된다. 이에 대하여 目標보다도 抽象度가 낮으며 또한 그것을 達成하는 手段이 특정될 수 있는 것, 즉 目的과 手段間에 因果關係가 존재하는 있어야 할 狀態를 目的이라고 定義할 수 있다. 이러한 관점에서 본다면 目標와 現狀이 명백하다면 問題를 발견할 수 있다.<sup>4)</sup>

3) W. Hugger, 「Ziel-und Maßnahmenfindung」, in ; Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., SS. 239~263; Ders., 「Gesetz-Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung」, aaO., S. 105f 參照.

4) 여기에서 주의하지 않으면 안되는 것은 첫째, 問題란 항상 社會問題, 즉 개인과 개인의 관계에 관한 問題이어야 한다는 점이다. 둘째, 立法政策은 立法制度設計, 즉 決定의 類

그러나 社會問題를 다루는 경우에는 무엇이 目標인가 또는 무엇이 現狀인가라는 그 자체가 명확하지 아니한 경우가 많다. 이러한 경우에는 集團에서 論議를 하여 그 意見을 綜合하거나 창조적 개발의 方法에 의하는 것이 유용한 것이다. 立法政策의 입장에서 강조하지 않으면 안되는 것은 交渉 또는 對話, 論議가 지닌 중요성이다.<sup>5)</sup> 異質的인 價値判斷을 종합하여 일치될 수 있는 目標와 認識과 價値를 創出하는 것은 對話 내지 論議가 生産的·創造的이며 目標의 해결에 다수인의 協力을 도모하는 것이지 않으면 안된다. 問題의 探索이란 이리하여 目標와 現狀을 명확히 하고, 어느 정도까지의 간격이 있는가를 摸索하는 것을 말한다.

## ② 問題의 確認

問題의 確認이란 目標와 現狀間의 간격의 존재를 發見하고 認識하는 것을 말한다. 이 점에 관하여 일반적인 問題解決의 技法에서 지적되고 있는 問題의 종류는 다음의 것이 있다. 즉 첫째, 發生型問題로서 이것은 目標와 現狀間의 간격이 있는 것에서 발생하는 問題이다. 둘째, 設定型問題로서 이것은 目標를 意圖적으로 높은 次元의 것으로 하여 의도적으로 現狀과의 간격을 만들어내는 性質의 問題이다. 前者는 原因을 명확히 할 것이 필요하며, 後者는 目標도 현상도 명확하지 않으므로 문제의 前提가 되는 것을 명확히 할 필요가 있다는 점에 차이가 있다. 立法論의 次元에서 논의되는 것은 發生型問題이다. 즉 立法은 法制度가 현실의 社會問題에 대응할 수 없는 경우에 많이 발생하기 때문이다.

---

型化에 의하여 社會問題를 조정하려는 것이므로 一回的 또는 個性的인 決定으로 끝나는 문제는 그 對象이 아니라는 점이다.

5) 즉, 그 社會에서 表明된 불만을 制度的인 출구를 통하여 그러한 불만이 전달되어야 하는 것을 의미한다. C.A. Morand, a.a.O., S. 22f.

### ③ 問題의 分析

問題의 分析이란 간격이 발생하기에 이르른 原因을 명확히 하는 것을 의미한다. 그것은 우선 問題를 생각하는 경우에 어디까지가 法的決定形式에 의한 問題形式인가 또는 目的=手段決定형식에 의한 問題形成인가를 논리적으로 명확히 구별할 필요가 있다. 前者에 있어서 간격의 원인은 그 의거하는 正義性基準의 變化 또는 修正이다. 이에 대하여 後者に 있어서 원인은 社會的 事實이다. 따라서 後者에서는 그 原因이 명확하게 된다면 간격해소의 對策이라는 다음의 段階에 도달한다. 이에 대하여 前者에서는 그러한 의미에 있어서 對策이 없이, 주로 어떠한 각도에서의 正義性基準을 채용할 것인가라는 점에 관한 상호 다른 意見·反論을 통합하는 것이 對策이다.

결국 이 두 가지의 성질의 서로 다른 問題形成의 구별을 명확히 하는 것이 問題의 分析段階에서 중요하다.<sup>6)</sup> 특히 後者は 立法政策設計에 있어서 매우 중요하며 논리적으로는 이것에 의하여 代替案이 채용하여야 할 범위가 정하여진다. 立法政策設計에 있어서 무엇을 制約條件으로 할 것인가는 대상이 되는 立法에 의하여 달라진다. 그러나 어떠한 경우에도 항상 制約條件이 되는 것은 憲法上 규정된 權利·義務의 配分이며 또한 實定法上的 法制度인 이상 그 制約條件의 範圍內에서 設計되어야 할 것은 말할 것도 없다.

### ④ 問題의 定式化

問題의 定式化란 지금까지 서술한 理論構造를 사용할 수 있게 문제를 구성하는 것을 의미한다. 따라서 문제는 결국 누가 어떠한 方法으로 무엇을 配分하는

6) 李浩埈, 「政策決定과 政策分析」, 考試研究 1979. 10., 122面.



가라는 모습으로 문제가 構成되지 않을 수 없다.<sup>7)</sup> 그리고 여기에서는 目標을 達成하는 데에는 누구에게 어떻게 權利·義務를 配分할 것인가라는 因果關係의 파악 내지 規範的 判斷을 항상 의식하여야 한다. 또한 目標設定의 경우에는 下位의 目標, 즉 目的相互間을 定式化할 필요가 있다.

立法政策에 있어서 問題形成의 段階는 이상에서 본 바와 같이 問題의 探索— 確認—分析—定式化의 過程은 그대로 타당하나, 여기에 부가하여 몇 가지를 지적한다면 첫째, 同時期에 검토되는 다른 問題와의 優先順位를 衡量하기 위하여 比較·聯關 및 생각할 수 있는 모든 政策體系 가운데에서의 위치를 파악하는 諸 問題의 比較이다. 둘째는, 問題의 分析·定式化에 전후하여 필요성의 測定을 行하여 가능한 한 輿論調査·公聽會 등을 통하여 民意를 여기에 도입하는 節次가 여기에서 요청된다.<sup>8)</sup> 그리고 그 어느 것도 종합적인 觀點에서의 檢討가 前提로 되는 것은 물론이다.<sup>9)</sup>

7) 問題의 定式化 내지 公式化의 어려움을 지적하는 견해로서, C.A. Morand, a.a.O., S. 22f.

8) O. Weinberger, a.a.O., S. 170f.

9) W. Hugger는 問題形成段階에 있어서 問題의 體系的·公開的·政治規範的이고 또한 처리가능한 성숙한 評價를 위해서는 다음과 같은 徵表에 따라 問題를 기술할 것을 要請한다. 즉 ① 屬性: 問題는 무엇으로 構成되어 있는가 ② 原因: 問題는 어디에서 기인하는가, 問題의 發生條件과 原因要素는 무엇인가 ③ 關係: 問題는 다른 社會領域과 事案에 어떠한 관계가 있는가 ④ 期間: 問題는 一時的 또는 持續的 性質을 가진 것인가 ⑤ 動態性: 原因의 展開는 인식할 수 있는가, 問題의 範圍·程度·表現과 評價에 있어서 명확성과 합법성이 존재하는가 ⑥ 效果: 介入을 포기하게 되면 어떻게 되는가, 그 問題狀況에 대해 다른 領域과 事案과 어떠한 緊張관계에 놓여 있는가 ⑦ 關聯性: 누가 또는 무엇이 얼마나 강하게 이 問題와 관련되어 있는가, 問題狀態가 지속되는 경우에는 어떻게 變貌할 것인가 등이 그것이다. Ders., 「Ziel und Maßnahmenfindung」, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., S. 246.

## (2) 對策立案段階<sup>10)</sup>

### ① 代替案의 探索

代替案의 探索이란 目標와 現狀間의 間격을 없애기 위한 對策을 마련하는 것이다. 最善의 代替案을 選擇하기 위해서는 우선 代替案들을 광범하게 탐색하고 개발하여야 한다. 여러 가지 代案들을 比較·評價한 후에야 어떠한 代替案이 最善인지 알 수 있고 그러기 위해서는 우선 중요한 모든 代替案들을 찾아내어 比較·評價의 대상으로 삼아야 한다. 중요한 代替案 또는 바람직한 代替案들이 빠짐없이 比較·評價되어야 그 중에서 가장 좋은 것으로 選擇된 代替案이 비로소 最善의 代替案이 될 수 있다.<sup>11)</sup> 그러므로 代替案은 될 수 있는 한 多數일 것이 요구되며, 그것을 행하는 것은 創造性開發의 분야이기도 하며 直觀·通察·調整·討論 등에 의하여 될 수 있는 한 多數의 것이 나열되는 것이 바람직하다.

### ② 各 代替案에서 발생하는 事態의 豫測

이것은 各 代替案에서 각각을 선택한다면 어떠한 事態가 發生하는가를 豫測하는 것이다. 따라서 발생할 수 있는 反論을 될 수 있는 한 많이 상정하는 것이 여기에서 의미하는 豫測이다. 그리고 代替案을 採用한다면 그 결과로서 어떠한 事態가 발생할 것인가라는 事實 및 因果關係의 차원에 의거한 推論도 필요하다. 各 代替案으로부터 발생하는 事態를 豫測하는 方法으로서는 豫測者의 추측이나 느낌에 따라 행하는 直觀的 判斷의 方法, 과거의 政策이나 外國의 政策結果에 의존하는 方法, 模型에 의하는 方法 및 不確實性下의 結果豫測, 政策評價·政策

10) O. Weinberger는 이것을 民主主義的 觀點에서 파악할 것을 요청하고 있다. Ders., Ebd., S. 170.

11) 鄭正佑, 「政策學原論」, 大明出版社 1990, 297面.

實驗에 의하여 方法 등 여러 가지가 있다.<sup>12)</sup>

### ③ 代替案의 評價

代替案의 評價는 중요한 代替案들이 각각 어떠한 결과를 가져올 것인지를 豫測한 후, 이러한 결과들이 問題解決을 위하여 어느 정도 바람직한 것인지를 評價하고 그것을 비교·평가할 수 있는 기초를 적용하는 것이다. 그리고 최선의 代替案과 최악의 代替案을 판단할 수 있게 가능한 안의 순위를 부여하는 것이다. 代替案을 평가하는 판단기준은 여러 가지가 있으나, 立法政策의 일반적 기준에서 제시한 바 있는 여러 이념 등이 그 기준이 될 것이다.

問題解決을 위하여 가장 적당한 代替案은 무엇인가를 評價하는 것이며 만약 가능하다면 順位를 부여하는 것이다. 評價하는 作業은 앞서 지적한 여러 理念과 基準을 適用하는 作業이다.

### ④ 代替案의 選擇

이것은 代替案의 평가에 따라서 代替案을 選擇하는 것을 말한다. 評價가 一次的인 順位의 形態로 행하여지는 경우에는 비교적 간단하며, 第1順位의 것을 선택하면 족하다. 그러나 立法政策의 評價가 대부분 相互矛盾하는 要請의 결과임을 고려한다면 選擇은 복잡하므로 討論을 거쳐 評價作業과 同時並行的으로 수행하여야 한다.

立法政策에 있어서 이러한 對策立案段階의 過程은 그대로 타당하나, 代替案과의 비교의 경우에 政策을 둘러싼 利害對立이 심각하게 노출되므로 專門家 뿐만 아니라, 國民各層으로부터의 참가가 討議段階에서 制度的으로 보장될 것이 요구

12) 鄭正佶, 前揭書, 309-311面; 盧化俊, 「政策過程의 각 단계에서 활용되는 政策分析技法의 性格」, 考試研究 1989. 8., 162面 以下.

된다. 또한 政策決定의 이 段階에서 各案의 有效性에서 발생할 수 있는 副作用 내지 反作用의 測定이 要請된다.<sup>13)</sup>

### (3) 行動計劃段階

#### ① 實定法體系와의 接合

選擇된 代替案을 實定法의 用語로 정비하고 實定法體系에 整合적으로 組織하는 것을 말한다. 여기에서는 實定法上的의 각종 法技術을 참고로 하면서 또는 새로운 法技術을 개발하여 또는 기존의 法技術을 修正·補完하여 實定法體系와 결부시킬 필요가 있다. 이 작업을 수행하기 위해서는 무엇보다도 立法技術에 대한 지식이 필요한 것은 말할 것도 없다.

#### ② 解決案의 實施

實定法의 體系에 접합할 수 있게 選擇된 代替案을 法律로서 實施하는 것을 말한다. 이 경우, 어떠한 技法이 필요한 것인가는 일반적으로 설명하기에는 곤란하다. 오히려 그것은 實務的인 知識의 問題라고 할 수 있다.

行動計劃段階에서는 實定法體系와의 接합이 문제가 되는 것은 살펴보았으나, 이 문제는 立法政策의 問題로서 다를 것이 아니라 오히려 立法技術의 問題로 돌려야 할 것으로 본다.

## 2. 立法政策의 實施過程

立法政策은 政策案의 實施段階에 끝나는 것이 아니라, 實施過程에 관해서도 그것을 확인할 필요가 있다. 일정한 時間的 段階에서 다음과 같은 要素를 확인하는 것은 실천면에서는 政策의 軌道修正, 경우에 따라서는 政策의 廢止, 나아

13) 副作用 내지 反作用의 測定에 관한 具體的인 모색은 本文 133面 參照.

가 새로운 政策의 採擇의 의미를 지니는 작업에 기여하는 것이다. 또한 理論的으로도 先술한 問題形成 및 對策立案段階에서 행하여진 각종 豫測과 理論假說의 適合性을 再檢討하고, 그것에 의해 形成·立案過程에서 발생할 수 있는 過誤를 발견하여 方法상의 修正의 단서를 발견할 수 있는 것이다. 이러한 實務 및 理論上的의 方面에서 有效한 政策實施의 점검작업은 일반적으로 法政策學의 중요한 임무라고 할 수 있다. 확인을 요하는 중요한 要素로서 다음의 問題를 지적할 수 있다.<sup>14)</sup> 즉 ① 當該政策의 소기의 目的은 과연 어느 정도까지 달성되었는가, ② 그것이 달성되지 않았다면 어떠한 沮害要素가 작용하였는가, ③ 豫想된 또는 예상하지 못하였던 弊端 내지 副作用은 어디에 어느만큼 발생하였는가, ④ 脫法行爲 등의 國民의 反作用은 예상에 비해 어떻게 발생하였는가, ⑤ 法理念과 立法政策의 견지에서 當該政策의 效果는 어떻게 評價되는가라는 점 등이다.

그 이외에 政策의 改善·修正·廢止를 포함하여 종합적 견지에서 代替案과의 비교를 시도하는 것도 並行하여 행하여져야 할 것이다. 물론 이상의 어느 점도 복잡한 社會條件의 脈絡 가운데 實證的·科學的으로 檢討하는 데에는 많은 어려움이 있다. 效果의 規定에서도, 沮害要因의 발견과 특정화에 있어서도 自然科學과 같이 실험을 행할 수 없는 社會問題는 그 정확성에 의문이 발생할 소지는 많은 것이다. 效果와 副作用 등의 인식을 둘러싸고 政治的인 對立으로 비화될 여지도 있을 것이다. 그러나 그러한 事態 自體는 廣義의 政策過程에 불과하므로 立法研究는 그것을 客觀化하면서 냉정하게 檢討要素를 진단할 것이 필요하다. 그러한 작업을 토대로 論議를 深化시켜 나간다면 政策의 科學化가 이루어질 것이다.

14) 小林直樹, 前掲論文(3), 201面以下.

### III. 立法政策의 全體的 評價

#### 1. 政策의 選擇과 全體的 聯關

이상과 같은 前提下에서 일정한 政策을 立案하고 決定·實施하여 가는 데에는 다음의 두 가지 차원의 고려가 필요하다.

첫째, 일정한 政策目的을 達成하기 위하여 고려될 수 있는 복수의 對策(代替案) 가운데에서 比較衡量에 의하여 하나를 선택하는 작업이다. 이것은 앞서 살펴본 바 있는 對策立案段階가 여기에 해당한다. 그 작업의 諸段階는 目標와 現狀과의 간격을 해소하기 위한 對策을 될 수 있는 한 다수로 할 것으로부터 출발한다. 第2段階는 各代替案으로 부터 발생할 수 있는 事態의 豫測을 행하고 나아가 가장 적당한 代替案을 評價하고 가능하다면 순위를 부여하는 작업이 진행된다. 이 評價는 效率性基準과 正義性基準을 적용하는 작업이라고 할 수 있다.<sup>15)</sup> 그러나 발생할 수 있는 事態의 豫測은 社會의 諸般狀況에 널리 비추어 행하는 것은 물론 평가도 또한 正義性基準과 效率性基準에 한정되지 않고 전술한 모든 理念과 要素를 전체적인 연관 가운데에서 파악하여야 할 것이다. 뿐만 아니라, 이 評價와 順位設定 및 代替案의 選擇의 作業은 社會的 諸條件과 諸政策案을 부합시키는 有效性의 검토가 필요한 것이다.

立法政策의 一般的 立案·決定의 과정에 있어서 이러한 評價와 가능한 한의 序列化의 작업은 有效性의 문제를 감안하더라도 광범한 문제임에 틀림없을 것이다. 그 때문에 앞서 지적한 일반적인 法理念 등의 基準만으로서의 評價가 곤란하므로 政策目標의 具體化와 特定化에 의하여 各政策의 평가의 틀을 좁히는 작

15) 平井宜雄, 前掲書, 213面.

업이 필요하다. 立法政策에 관하여 보면 그 작업은 實定憲法의 基本理念에 의하여 問題形成段階에서 미리 행하여지는 바이나 그 實定的 基準은 評價의 전과정에서 거듭 검토되지 않으면 안된다. 法秩序에 있어서 憲法의 優位性을 인정하는 경우 憲法上의 基本價値는 앞서의 理論的 構造에 선행하여 立法政策의 지표가 될 수 있는 것이다.

이리하여 現實의 立法政策의 決定過程은 憲法이 명시하는 目的과 理念에 따라 그 政策의 方向을 設定해 두는 것이 막연한 評價·序列化·選擇의 작업에 일정한 規範的인 지표를 提供할 것이다. 그리고 이러한 憲法의 정신을 보다 구체화하여 어떠한 분야의 政策의 基本的 方向을 정하고 關係政策의 具體化를 도모하려는 基本法을 制定하는 것은 政策의 制定 및 實施에 기여하는 바가 크다고 할 수 있다. 이러한 基本法의 制定은 현재 많은 實例가 있으며 그 나름대로 하나의 立法政策이기도 하나, 일부 학자들 사이에서는 그 基本法의 立法樣式에 부정적 또는 회의적으로 보는 견해도 있다. 그러나 오늘날 基本法의 效用性은 널리 認識되고 있는 실정이며, 우리나라에서도 다수의 基本法이 制定되고 있다.<sup>16)</sup> 이러한 基本法에 의해서 代替案의 評價와 序列化가 決定될 수 없는 경우 전술한 法의 一般理念 등에 의한 衡量이 補完的인 역할을 거둘 수 있을 것이다. 그리고 社會의 現實的 條件과 부합되게 政策의 實施에 수반하여 발생할 수 있는 正·副의 效用과 有效性을 측정하는 작업이 필요할 것이다.

둘째, 서로 다른 政策目標의 實現을 지향하는 서로 다른 政策의 문제에서도 발생할 수 있다. 서로 다른 政策은 동시에 수행되어도 문제는 없으며, 나아가 視差가 存在한다면 比較·衡量의 여지는 없다고 생각된다. 그러나 現實的으로는

16) 李康嫻, 「立法的 動機와 過程」, 月刊考試 1983. 1., 89面.

目標도 性質도 다른 政策 사이에서도 體系의 一貫性이 缺如되어 不合理를 발생케 하는 경우는 적지 않게 발생할 수 있다. 그리고 이러한 명확한 相反關係가 없다 하더라도 同時期에 서로 다른 政策要求가 필요한 경우 무엇을 우선시킬 것인가가 문제가 된다. 現實의 過程에서는 이러한 경우 거의 대부분 政治的인 力學關係에 의하여 選擇되기 때문에 政策上의 選考의 對象이 될 수 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 이 경우에도 現實의 優先決定에 대해서 批判的인 研究는 立法過程과 병행시켜 유용한 작업이라 할 수 있다.

그런데 矛盾 또는 對立하는 意味를 지닌 政策에 관해서는 그 政策이 전체 法秩序 가운데 어떠한 위치를 차지하며 어떠한 目的에 이바지할 것인가를 檢討함으로써 立法政策의 1次的인 評價가 가능할 것이다. 矛盾 또는 對立하는 政策의 어느 것이 보다 憲法의 정신에 적합한 것인가는 상당히 高次元적이며 客觀的으로 판단할 수 있어야 할 것이나, 결국 이같은 法規範과 理念의 解釋에 그치지 아니하고 항상 社會全體와의 관련 속에서 現實的인 意味를 지니는 것을 選擇하여야 할 것이다.

## 2. 政策의 有效性의 考慮

法政策의 有效性이란 當該政策이 社會 가운데 그 目的과 規範內容을 실제로 實現할 수 있는 정도를 의미한다. 그것은 일반적으로 政策이 現實로 운영되는 作用度라고 할 수 있다. 그러나 여기에서 의미하는 有效性의 考慮는 政策을 운영할 수 있는 積極的인 作用에 그치는 것이 아니라, 그것에 발생할 수 있는 副作用의 效果를 포함하는 것이어야 한다. 어떠한 政策도 일정한 目的을 달성하기 위하여 어떤 制度와 設計를 통하여 社會過程에 人爲的으로 機能하는 것이므로 政策目的에 적합한 바람직한 作用과 동시에 社會에 바람직하지 않은 作用을 並



行시키는 것은 오히려 당연한 것이라 할 수 있다. 여기에서 有效性의 개념을 위와 같이 規定한다면 그 계량은 작용에서 反作用을 제외한 것이라는 간단한 圖式으로 표현되나, 채택되는 政策案은 항상 作用이 反作用보다 우월한 것이어야 한다. 副作用의 效果가 큰 것이 명백한 政策案은 目的이 어느 정도 合法的이고 정당한 것이라도 立法政策으로서의 意味는 喪失되었다고 할 수 있다.

그런데 政策의 副作用의 效果를 발생하는 작용에는 크게 두 가지의 종류가 있다. 즉 첫째는, 政策의 實施 그 자체가 사회에 不適合한 결과를 야기하는 副作用이다. 따라서 政策過程에서의 衡量은 그러한 副作用을 최소화하는 노력과 그림에도 불구하고 副作用의 效果가 作用의 效果보다 클 것이 예측되는 경우에는 當該政策案을 폐기하는 결단이 필요하다. 政策目的에 있어 副作用의 效果가 발생하는 또 다른 하나는 政策의 實施에 대해서 사람들이 그 統制를 벗어나 脫法行爲에 의해서 政策目的을 瓦解시키는 경우 및 政策에 반대하는 입장에서부터 抵抗 또는 反政策運動을 계속하는 경우이다. 이들 兩者는 전부 단순히 反作用이라고 할 수 있다. 이러한 反作用이 광범하게 영향을 미치는 경우에는 政策은 어떠한 效果도 거둘 수 없으므로, 有效性의 觀點에서 말하면 그 反作用을 최소화하는 것이 필요하다. 그러나 그 反作用으로부터 작용의 效果를 거둘 수 있는 效果도 지니고 있으므로 反作用이 직접 副作用을 의미하지는 않는다. 단지 一般的·抽象的 次元에서 立法政策은 有效性보다 反作用이 큰 경우에는 그 目的의 實現을 기대할 수 없을 것이다.

이러한 政策의 有效性을 立法政策에 즈음하여 그것을 최대화하기 위해서는 ① 最少의 費用으로 最大의 效果를 얻을 수 있도록 費用效果面에서의 衡量이 필요하며, ② 政策目的을 達成하기 위하여 사용되는 規制手段은 必要最少限度에 그쳐야 할 것이며, ③ 불필요한 紛糾나 反作用의 效果를 방지하기 위하여 政策目

的 및 그를 위한 規制方法 등은 가능한 한 명확하지 않으면 안된다. 그리고 ④ 政策의 實施를 지장없이 행하고 그 反作用을 최소화하기 위해서는 政策內容을 될 수 있는 한 널리 주지시키며, 다수인의 同意와 支持를 획득할 필요가 있다.

## 第4章 立法技術

### 第1節 立法技術의 意義

#### I. 立法技術의 概念

技術이란 設定된 目的에 대한 手段의 性質을 지닌다. 그것이 合目的性의 고려에서 출발되어 專門的 性質을 구비하는 경우 「技術」이라 일컬어지는 것이다. 技術은 手段이므로 目的에 관하여 행해지는 倫理的 批判과는 관계없는, 倫理的으로 無色(amoral)이며 그 자체 中立性을 지닌다. 나아가 技術은 「合理性」을 지니지 않으면 안된다. 그 目的을 위하여 「논리정연하게 배열하고, 內面的인 통일을 유지하는」 技術 그 자체는 바로 일종의 合理性을 창출하기 위한 것이라 할 수 있다.

그러면 法學에 있어서 이러한 技術의 意味는 어떻게 位置하고 있는가. 일반적으로 法秩序는 전체로서 파악하는 경우 目的의 達成을 위한 단순한 手段인 것이 아니다. 그것은 社會生活에 있어서 正義의 具體化이며, 法秩序의 존재는 또한 社會生活 및 個人生活의 手段으로서 作用한다. 즉 法秩序는 한편으로는 그 자체 目的이며, 다른 한편에서는 手段인 것이라 할 수 있다. 이 手段的 側面에서 社會構成員에게 가능한 한 效果的으로 要求된 行爲를 하도록 동기를 부여하고 法秩序를 명확하게 이해할 수 있도록 하기 위하여 立法者가 하여야 할 通知技術의

문제로서의 「立法技術」<sup>1)</sup>이라는 특수한 技術이 발달하며, 오늘날의 法學에 있어서 중요한 部分을 이루고 있다.

이와 같은 立法技術(Gesetzestechnik, Gesetzgebungstechnik, Legislative Technic, Rechtsetzungstechnik)은 넓은 의미에서 볼 때 法令의 形成時에 고려되어야 할 모든 規律 뿐만 아니라 法定立의 方法과 節次에 있어서 基準이 되는 原則을 포함하나<sup>2)</sup>, 일반적으로는 「成文法の 意味를 명확히하기 위한 文章의인 表現의 技術」이라는 좁은 의미에서 파악하고 있다.<sup>3)</sup> 그러나 法令의 形式과 內容은 상호 밀접하게 관련되어 있으며, 法規範의 形式은 그 內容과 效力을 동시에 결정한다는 점에서 볼 경우 立法技術에 있어서는 立法의 內容과 形式의 兩面이 존재한다고 볼 수 있다.<sup>4)</sup> 즉 좁은 의미의 立法技術의 觀點하에서 提起되는 要求는 다른 한편으로 法定立의 方法의 選擇과 節次의 規律에 대해서도 의미를 가진다. 특히 立法의 體系·表現·基本形式 등의 문제는 동시에 形式的 觀點과 實質的 觀點을 보여주기 때문에 그것이 좁은 의미의 立法技術에 속하는 것인지 아니

- 
- 1) Ota Weinberger, 「Syntaktische und Semantische Problem der Gesetzgebung」, in: Th. Öhlinger(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 170.
  - 2) 「立法技術이란 狹義에서 본다면 法令의 立案·起草 및 審議에 요구되는 技術이라고 볼 수 있으나, 立法過程 및 立法政策과 불가분의 관계에 있기 때문에, 立法의 廣義에 있어서의 技術이란 綜合技術 또는 社會技術로서 파악될 수 있다. 즉 立法者가 특정한 문제의 法案을 起草·立案할 때 政治體制와의 관계, 기타 下位體制에 대한 立法府의 地位와 그에 대한 組織, 나아가서는 立法鬭爭의 戰術과 技術등을 떠나서 立法技術을 생각할 수 있는가가 문제일 것이다.…」, 「政治學大辭典」, 博英社 1988, 1244面.
  - 3) 陳在勳, 「立法技術에 관한 考察」, 國會報 1982. 4., 88面; 李康嫻, 「立法學과 立法技術」, 月刊考試 1983. 6., 31面. 또한 立法技術을 넓은 의미로 파악하여 「立法技術은 法案起草者의 文章力을 나타내는 作文이 아니라 立法政策을 法律形式에 적합한 體系·形式으로 수용하여 定立하는 作用」으로 파악하는 견해도 있다. 朴奉國, 「立法의 理論과 實際」, 立法調查月報 1989, 1., 2面.
  - 4) Georg Müller, 「Richtlinien der Gesetzestechnik in Bund und Kantonen」, in: J. Rödiger(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, aaO., S. 211f.

면 넓은 의미의 立法技術에 속하는 것인지는 결정하기가 쉽지 않다.

따라서 立法技術의 觀念은 「立法關係者가 어떠한 立法을 하는데 즈음하여 그 立法을 상식적인 의미에서 올바르게, 適切하게 또한 이해하기 쉬운 立法을 하기 위하여 立法의 內容 및 立法의 形式의 양면에 걸쳐 고려하여야 할 것을 포함하는 여러가지 技術」이라고 정의할 수 있다.<sup>5)</sup>

## II. 立法技術과 立法學

法規範의 의사전달을 분명하고 명확하게 하는 手段으로서의 立法技術이 立法學의 對象領域의 하나임은 일반적으로 승인되고 있다. 특히 오늘날 立法을 「政策의 表現」이라고 일컫고 있듯이, 立法에 의해 國家的·社會的 目的을 추구하며

---

5) 立法技術의 概念에 대하여. ① Josef Kölblle는 前文과 附則形式에 대한 정확한 理解·法規命令의 制定權限·다른 法規定으로 委任·기타 規範의 引用·罰金 또는 刑의 부과·法律의 合目的的 構成에 관한 문제등을 다루는 「좁은 의미의 立法技術」과 立法者의 활동이 수행하려는 目的達成을 위하여 적합한 手段으로 간주될 수 있는지의 여부의 先決問題에 대한 답변을 한 후 훌륭하고, 正當한, 完全하고 效率的인 法律의 문제를 다루는 「넓은 의미의 立法技術」의 두가지로 파악하고 있다(Ders., 「Zum Stand der gesetzgebungstheorie」, Die Verwaltung 1985, S. 389f). ② Ernst Zitelmann은 立法技術은 올바른 目標定立과 그 目標을 실현하기 위한 合目的的인 手段을 선택하는 「內容的 側面」과 내용과는 분리된 모든 問題, 예컨대 規定을 올바르게 形式化하는 것, 所在를 정돈하는 것 등을 의미하는 「技術的 側面」이 있다고 한다(Ders., 「Die Kunst der Gesetzgebung」, Dresden 1904, S. 144ff). ③ Uwe Krüger는 立法技術을 法定立을 受範者에게 적합하게 하는 것, 즉 法律이 최소한의 利害關係있는 文의한에게도 인식될 수 있게 法律을 公式化하고 形成하고 仲介하여야 하는 것으로 파악한다(Ders., 「Der Adressat des Rechtsgesetzes」, Berlin 1969, S. 82ff. 87). ④ Hanswerner Müller는 立法技術의 概念을 立法者의 意思를 用語上으로 表現하는 것으로 파악하여 그 內容을 매우 縮小시키고 있다(Ders., 「Handbuch der Gesetzgebungstechnik」, Köln/Berlin/Bonn/München 1963, S. VII). ⑤ Burkhardt Krems는 技術的인 作用指針이라는 立法技術의 영역을 抽象的으로 限定하여 敘述하는 것은 무리라고 하며, 「立法을 위한 行動指針」이라는 특수한 영역을 立法技術이라고 表現하는 것이 合目的的이라고 한다(Ders., 「Grundfragen der Gesetzgebungslehre」, Berlin 1979, S. 46f).

그 합목적성을 확보하려는 合理的 思惟라고 할 수 있는 立法政策을 法的 立場에서 파악하여 法的인 內容으로 완성시키는 「立法技術」은 立法政策과 밀접한 관련을 가지고 있다. 政策은 目的이 다양하고 그 對象으로 하는 社會生活이 복잡하기 때문에 그 內容도 복잡다기하게 된다. 여기에서 法的 立場에서 政策의 內容을 정비하는 것이 필요하게 되는 것이다. 따라서 「立法技術」은 立法政策의 分野에서 제시된 政策內容 가운데 가장 合理的인 目的을 달성하기 위하여 法的 立場에서 그 內容을 概念的·倫理的 方法 및 言語的 表現의 方法으로 具體化하는 특수한 技術이라고 말할 수 있다.

그리고 立法技術은 하나의 「社會技術」<sup>6)</sup>로서 社會生活의 理念을 달성하기 위한 目的達成의 技術이라는 性格을 가지고 있다. 따라서 立法技術의 分野에 있어서는 일정한 社會的 요구에 부응하기 위하여 어떠한 法을 制定할 것인가 또는 일정한 法的 制定이 실제로 社會的으로 어떠한 결과를 발생시켰는가등 法的 背景이 되는 社會的 事情의 相互關係에 관한 知識을 갖출 것이 要求되며, 그러한 社會的·經濟的 事情에 대한 精確한 知識의 토대 위에서 복잡다기한 社會的 事實 가운데 法的 規律에 필요한 충분한 法的 事實을 法的으로 파악·선택하고 그것을 構成하는 것이 필요하다.

이와 같은 의미에서 立法技術的인 측면을 法內容·法定立主體로부터 단절하고 단순히 「技術」이라는 그 자체로서 고립시킨다면, 立法技術은 立法學의 研究課題에 포괄하여 檢討할 수 없을 뿐 아니라, 民主主義的인 立法의 수립에도 이바지하는 것이 될 수 없을 것이다. 따라서 立法技術의 分野는 法令의 의미를 명확히 하기 위한 文章的인 表現에 관한 立法指針의 문제로 한정할 것이 아니라, 立法

---

6) 鄭永模, 「立法政策과 立法技術」, 國會報 1967. 7., 84面.

學全體의 理論을 기초로 하여 立法學에서의 사실적 역할에 관하여 기초가 되는 理論적으로 확립된 概念과 內容, 그 도입의 明確性, 方法論 및 實用可能性을 검토한 위에 定立되어야 할 것이다.

## 第2節 立法技術의 主要準則

### I. 意 義

立法技術이 立法者가 원하는 意圖 - 政治的 意思를 法的 認識과 法的 安定性의 요구에 가능한 한 부합되는 法律的 形式으로 變形하는 것 - 을 合目的的인 형태로 구현할 수 있게 하는 하나의 法技術이라면, 立法者는 그 技術을 사용하는데 있어서 技術的인 作用指針을 마련하지 않으면 안된다. 즉 提起된 課題를 체계적으로 整理하고 구체적으로 열거된 主題에 대하여 包括的이면서도 直接的으로 적용할 수 있는 「立法을 위한 行動指針(Verhaltenanweisungen für Gesetzgebung)」<sup>1)</sup>을 설정하여 法律을 公式化하고 形成할 것이 요구되는 것이다.

이와 같이 立法者의 立法意圖를 명확하고 적절하게 定式化하는데 필요한 原則을 立法技術의 指導原理 또는 主要準則이라고 하며, 이것은 지금까지의 경험을 토대로 한 當爲의 法則을 앞으로의 실현을 前提로 하는 구체적인 強制規範으로 定立하는데 필요한 原則이라는 점에서 이미 제시한 바 있는 立法의 指導原理 내지 原則과는 다른 것이다. 立法技術論을 지배하는 指導原理 내지 主要準則에 대해서는 論者의 問題關心에 따라 다양하게 파악할 수 있으나<sup>2)</sup>, 여기에서는 法的

1) B. Krems, a.a.O., S. 45.

2) 立法技術上 요구되는 主要準則의 內容으로서 ① 法의 理念具現 ② 立法內容의 強要性 ③ 立法內容의 實效性과 妥當性を 지적하는 見解(朴奉國, 前揭論文, 4-6面), ① 強制性 ② 實效性 ③ 社會正義등을 지적하는 見解(陳在勳, 前揭論文, 89面), ① 經濟性 ② 表現의 適切性과 明確性 ③ 體系整合性 ④ 公布의 原理등을 지적하는 見解(李漢柱, 「立法技術에 관한 小論」, 議政資料 第16輯, 1989. 1., 87-88面), ① 強制性 ② 實效性 ③ 正當性 ④ 統一性등을 지적하는 見解(朴鈞炳, 「立法技術講座」, 國民書館 1970, 1面以下), ① 必要



適格性·法的 正當性·法的 協調性등의 세가지 원칙을 제시하기로 한다.

## II. 法的 適格性

法の 特質은 그 強制性에 있으며, 또한 法은 存在하는 것만으로서는 그 價値가 없고 人間들이 그 意思에 따라 그것을 遵守하는 경우에 實效性을 가질 수가 있으며 또한 그 目的이 달성되는 것이다. 法이 法的 適格性을 가지는가의 여부는 이 「強制性」과 「實效性」의 兩面에서 검토되지 않으면 안되며, 이 兩面이 조화를 이룰때 비로소 法令은 法的 適格性을 가진다고 말할 수 있다.

우선 法の 가장 基本的인 特質은 그 「強制性」에 있다. 人間の 社會生活에 있어서 社會的·經濟的 活動 기타 각종 活動을 規律하는 規範으로서는 法規範외에 道德規範, 宗教規範등 여러 規範이 있으나 이들 規範과 法規範을 구별하는 가장 기본적인 特質로 지적되는 法規範의 特質이 受範者의 意思에 불구하고 公權力에 의해서 強制的으로 구속하는 그 「強制性」인 것이다. 따라서 일정한 政策을 立法의 形式으로 法規範으로 구체화하는 것이 적당한 것인가의 여부에 관해서는 그것이 國民에게 그에 따르는 것을 강요하는 것이 적당한가의 점에서 검토를 필요로 한다.<sup>3)</sup> 이 경우 무엇이 그러한 「強制性」을 가지는 法規範으로서 적합한 사항인가는 모든 時代를 통하여, 또한 모든 場所에서 모든 사람들의 意識에 공통하는 보편적인 것으로서 固定的·絶對的으로 생각하는 것은 곤란하다.

그리고 法規範 가운데 行政權의 내부적인 組織, 行政의 內部的인 運營등을 정하는 것외에 國民을 그 規律의 대상으로 하는 것에 관해서는 「實效性」의 관점에

---

性 ②段階正當性 ③적당한 規律程度 ④體系正當性 ⑤正義 및 合目的性등을 지적하는 見解(Reinhold Hotz, 「*Methodische Rechtsetzung-Ein Aufgabe der Verwaltung*」, Zürich 1983, S. 121f)등 여러 見解가 있다.

3) 同旨: 朴奉國, 前掲論文, 5面.

서 검토를 요한다. 法의 內容이 現實의 規範力을 발휘하고 실현되는가의 여부는 사람들이 그 意思에 따라서 法을 遵守하는가와 밀접한 관련이 있다. 이것이 法의 「實效性」의 문제이다. 어떤 政策을 法의 內容으로서 포괄하는데 있어서는 立法의 결과 그것이 社會一般人の 지지를 받을 수 있는가에 충분한 배려와 검토를 하지 않으면 안된다. 그 內容이 社會平均人の 상식에 합치하는 것이 아니면 많은 부작용이 발생하게 된다. 一般人の 理想과 思考와 현저한 차이가 있는 法은 현실의 社會人の 意識으로 부터 단절된 것이며, 따라서 그것에의 준수를 기대할 수 없을 뿐 아니라 그 法의 적절한 執行을 보장할 수 없는 것이다. 즉 現實과 거리가 먼 法은 거꾸로 不法의 상태를 야기할 가능성이 있는 것이다.

法의 「實效性」을 확보하기 위해서는 立法에 즈음하여 사람들이 法에 관하여 가지는 意識(法意識)이 현재 어떠한가, 장래 어떻게 될 것인가라는 점에 대한 깊은 통찰력이 필요하다. 이 점과 관련하여 최근 立法에 있어서의 公聽會의 개최, 審議會등에서의 討議의 역할이 커다란 평가를 받고 있다.

### III. 法的 正當性

立法에 있어서는 法的 適格性和 더불어 法的 正當性의 측면에서도 검토가 필요하다. 法的 正當性의 判斷基礎가 되는 法의 理念으로는 個人과 社會의 調和, 權力行使의 公正性, 法的 秩序에 대한 배려를 지적할 수 있다. 우선 오늘날의 國家는 個人의 尊嚴을 그 基本理念으로 하고 있다. 그러나 개인도 全體社會의 生成發展을 떠나서 他人과 고립하여서는 그 행복한 生活을 확보할 수 없으며, 個人의 행복은 社會全體의 利益과 密接不可分한 관계에 있다고 할 수 있다. 따라서 個人의 尊嚴과 동시에 公共의 利益에 관한 배려가 필요하며, 이러한 原理는 당연히 立法에 있어서 반영되지 않으면 안된다. 그러나 이것을 어떻게 실현

할 것인가는 대단히 어려운 문제이나, 일반적으로는 구체적인 立法에 즈음하여 具體的인 경우에 따라서 판단하여야 할 것이다.

國家가 個人的 尊嚴을 保障한다는 것은 반면 國民에 대한 國家權力의 행사를 制限한다는 것과 일치한다. 따라서 公共의 利益의 要請下에 國民의 自由와 權利를 制限하는 경우에는 최소한에 그치지 않으면 안된다는 인식이 등장한다. 그리고 立法의 內容이 公權力의 발동을 內容으로 하는 경우에는 널리 그 行使要件, 節次등이 명확하게 되어야 한다. 특히 社會的·經濟的 實態의 복잡화로 抽象的·一般的인 法規範으로 그것을 완전히 대처하는 것이 불가능하여 짐에 따라 法令의 規定이 抽象的이지 않을 수 없는 경우가 다수 존재하고 있다. 이러한 점을 前提로 한다면 法令에 있어서 節次的 規定에 대한 정비는 대단히 중요하며, 그러한 것에 의하여 國民의 權利와 利益의 保護를 기대할 수 있는 것이다.

그리고 國民의 生活은 일정의 社會秩序, 法秩序 위에 영위된다. 따라서 지나치게 法을 變更하는 것은 피하지 않으면 안되며, 또한 社會經濟의 변동등에 따른 새로운 立法이나 既存의 法의 變更이 필요하게 되는 경우에도 國民의 生活秩序의 安定을 저해하지 않도록 배려할 필요가 있다. 이 점에 관해서는 주로 法令의 附則에서 經過規定 내지 經過措置의 문제가 주요한 것이다.<sup>4)</sup> 즉 立法의 內容이 既存의 法에 변경을 가하는 것인 경우에는 그 立法前에 어떤 者가 既存의 法體系下에서 정당하게 누리고 있는 일정한 利益을 享有할 수 있는 地位를 부당하게 침해하지 않도록 배려할 필요가 있다. 다만 既存의 權益的 地位는 절대로 侵害할 수 없는 것이 아니라, 그것을 否定하는 것이 公共利益의 관점에서 보다 바람직하다고 생각되는 경우가 있다. 따라서 이러한 특별한 경우를 제외하고 될

4) 이 問題에 관한 상세한 內容은 本文 248面 參照.

수 있는 한 既存의 權益的인 地位에 대한 배려를 할 필요가 있다.

#### IV. 法的 協調性

立法內容의 판단에 있어서 일정한 政策이 앞서의 法的 適格성과 法的 正當性의 검증을 거쳐서 어느 면에서도 타당하다는 판단이 내려지더라도 그것만으로는 불충분하며, 그 法이 차지해야 할 法體系에 있어서의 位置를 고려하면서 다른 法令과의 관계에서 모순이 발생하지 않도록 배려하지 않으면 안된다. 즉 論理的인 統一體系로서의 實定法의 構造를 고려하는 경우 개개의 法令相互間의 모순과 저촉이 배제되지 않으면 안되며, 法令體系 가운데 調和와 均衡의 관계가 유지되지 않으면 안되는 것이다. 이러한 관점에서 보는 경우 立法에 있어서는 立法內容의 統一的 整序가 도모되어야 하며 또한 立法의 內容이 實質적으로 有機的인 實定法의 체계를 파괴하지 않도록 하여야 한다.

우선 立法內容의 統一的 整序의 관점에서 보는 경우, 實定法은 본래 하나의 法體系를 구성하여야 하는 것은 당연하므로 새로이 生産된 法令이 既存法令과 더불어 論理的으로 모순없는 統一的 體系를 形成하여야 하는 것은 당연하다. 만약 그럼에도 불구하고 相互間에 모순저촉이 발생한 경우에는 法令의 體系 및 秩序維持를 위한 原理—所管事項의 原理, 形式的 效力의 原理, 後法優先의 原理, 特別法優先의 原理等—의 적용으로 해결할 수 있으나, 立法에 있어서는 이들 法原理로서 문제를 해결하면 된다는 安易한 태도를 버리고 가능한한 필요한 調整을 행하여야 하는 것이다.

또한 立法內容의 綜合的 調整의 관점에서 보는 경우, 法令의 각 個別規定은 고립하여 존재하는 것이 아니라, 個別法令規定이 상호 有機적으로 결부하면서 종합적인 法制度, 法令體系를 構成하는 것이며 이들 規定 사이에는 調和의 관계

내지 均衡의 관계가 존재하지 않으면 안된다. 따라서 立法에 있어서는 그러한 관계의 存在를 인식하여 體系를 혼란시키지 않도록 하여야 한다.

### 第3節 立法技術의 實際的 適用

#### I. 立法의 體系

##### 1. 意 義

대부분의 法學에 있어서 體系에 대한 論爭은 立法學의 體系에 대하여 행하여진 것이 아니라 주로 法學方法論 및 法定立의 對象의 次元에서 행하여 졌다.<sup>1)</sup> 예를 들면 刑法에 있어서 행하여진 體系的 犯罪의 構造, 行爲概念, 違法과 責任의 限界 등에 관한 논쟁은 근본적으로 이미 存在하는 概念體系에서 도출되거나 이들과 관련이 있는 어떤 理論的인 解決의 正當性的 價値에 관한 論爭인 것이다. 그래서 거의 모든 法的 問題의 論爭은 體系問題에 제공되어 있다고 說明되고 또한 正當化된다. 그러나 이론적으로 전개되는 이러한 法的 體系의 문제는 立法體系와는 관계가 없다하더라도 立法에는 중대한 영향을 미치고 있음은 否認할 수 없다.

우선 法律體系는 情報의 完화에 이바지한다. 나아가 그것은 여러가지 부수적인 效果도 수반한다. 즉 法律體系는 항상 主題를 制限하고 問題를 定義하기 때문에 法律體系는 의도하지 않았으나 受範者도 의식하지 못한 채 문제점에 대한 視角, 認識 및 研究의 利益을 먼저 規定하여 준다. 모든 概念은 그 속에서 概念이 구체적 사실들을 抽象的으로 同種의 것으로 결합하는 體系이다. 體系는 특정의 기준에 따라 질서화되어 서로 결합하는 概念이다. 體系의 根本的 機能은 合理化를 통하여 思考를 축적하고 媒介하는 것을 촉진한다. 또한 體系는 부수적으로

1) P. Noll, 「Gesetzgebungslehre」, aaO., S. 203f.

로 道德的 要求의 충족에도 기여한다. 그리고 法律을 體系化한다는 것은 그 法律의 效力을 상승시키는 作用을 한다. 그것은 그 體系化로 인하여 規範의 인식 가능성이 높아지면서 일반적인 法意識에 접근할 수 있기 때문이다. 體系가 없이는 概念의 정확한 파악 및 認識은 불가능하다. 情報의 기억속의 보관과 기억된 것의 再生産은 體系를 통하여 용이하게 이루어 질 수 있다.

결국 概念과 體系는 認識에 도움이 되며 그 결과, 體系는 學問의 基準이 된다는 점은 의문의 여지가 없다. 法學의 學問的 特性은 확실히 그 體系의 언급에 의해 주장되고 그 根據가 제시되는 것이다. 따라서 法學은 객관적으로 타당한 概念의 體系를 획득하고자 부단히 노력을 기울이지 않으면 안된다.<sup>2)</sup> 그 이유는 法學은 認識의 體系 또는 客觀的 妥當性의 概念과 判斷을 추구하기 때문이다. 그리하여 「모든 認識은 體系的 認識인 것이다(Alle Erkenntnis ist systematische Erkenntnis)」.<sup>3)</sup> 그리고 認識 그 자체 뿐만 아니라 認識의 매개도 概念과 體系를 필요로 한다. 認識의 可能性原理는 立法者가 法律을 體系的 聯關속에 들 것을 요구한다. 그러나 이러한 社會學的인 體系理論과 法理論的인 體系論議는 立法論的인 體系의 實務에 직접 관계되는 문제에 그다지 有用하지 못하다.<sup>4)</sup>

## 2. 外部的 體系와 內部的 體系

일반적으로 法律에 있어서 體系化의 問題는 엥귀쉬(Karl Engisch)에 의하면 合理的 體系와 價値論的 體系로 구분하고, 이러한 體系의 種類를 全體的으로 內部體系의 觀念으로 파악하고 이를 外部體系와 대응시키고 있다.<sup>5)</sup> 外部體系는

2) Ders., Ebd., S. 205f.

3) Wilhelm Sauer, 「Juristische Methodenlehre」, 1940, §22, S. 171.

4) P. Noll, a.a.O., S. 205~206.

5) Karl Engisch, 「Sinn und Tragweite juristischer Systematik」, in : Studium Generale 1957, S. 180f ; 金承煥, 前揭論文, 107面 ; 李漢柱, 前揭論文, 89面.

어느 정도 內部體系에 반영될 수 있다. 內部體系는 體系의 屬性, 즉 體系의 論理的, 價値論的, 目的論的 結果의 正當性과 無矛盾性을 의미한다. 論理的 矛盾은 어떤 規範에 의하여 금지된 行爲가 다른 規範에 의하여 요구되는 것을 말하며, 價値論的 矛盾이란 人間의 一般的 平等을 선언하면서 동시에 人種的 差別을 허용하는 法秩序 또는 法益保護의 原理에서 출발하지만 동시에 法益侵害行爲가 아닌 行動樣式에 制裁를 가하는 것등을 의미한다. 目的論的 矛盾은 한 規範의 遵守가 他의 規範의 目的을 無效로 하는 곳에서 나타난다. 이러한 內部體系는 外部體系와 광범위하게 일치되어야 한다.

그러나 現行 法秩序는 문제를 定義하는 실천적 근거에서 부터 分類基準이 다양하며 또한 변화할 수 밖에 없기 때문에 法秩序內에 있어서 統一的이고 閉鎖的인 體系를 실현하는 것은 거의 불가능하다. 따라서 全體 法體系 또는 部分 法體系의 수립을 위한 다양한 관점과 실마리가 필요한 것이다. 立法은 변화되는 事件과 관련되어 항상 다시 定立되어야 하고 결코 최종적인 秩序를 수립할 수 없기 때문에 立法體系는 문제적 관점에서 개방되어야 하며, 변모할 가능성이 있는 것이다.<sup>6)</sup>

### 3. 立法에 있어서 體系의 機能

立法은 일반적으로 그 規律對象의 광범성과 規律의 일반성으로 인하여 規律對象의 整理, 分類를 통하여 法素材에 대한 理念的 支配를 가능케 하고 동시에 生活事實을 法的 構成要件으로 만들 필요성이 있다. 이것을 「立法의 體系(Gesetzgebungssystematik)」라고 말하며, 立法의 體系는 될 수 있는 한 受範者에게 적합한 情報를 전달할 수 있게 하여야 한다. 立法政策的 問題는 문제가

6) P. Noll, a.a.O., S. 209.



제기되는 때에는 體系를 구비하지 않기 때문에 立法政策的 問題로서 提起되어 그에 대응하여 등장하는 立法은 매우 한정적인 領域에서만 體系的으로 정돈될 수 있다.<sup>7)</sup> 立法者가 연속적으로 제기되는 問題를 體系化한다는 것은 대단히 어려운 작업이며, 전체 法素材에 만족스러운 體系를 제시하는 것도 어렵다. 그리하여 오히려 주어진 體系를 무시하여 無秩序를 초래하는 경우도 있는 것이다. 따라서 立法者는 立法의 機能과 效率性을 도모하기 위하여 다음의 세가지 가능성을 항상 모색하여야 한다.<sup>8)</sup>

첫째, 特定の 問題를 새로이 規律하는 規範은 적어도 가능한 한 現存하는 法秩序의 기초를 유지하면서 體系的 觀點에 따라 體系性있게 秩序지워져야 한다.<sup>9)</sup>

둘째, 立法者는 가능한 한 새로운 法規를 既存의 法秩序의 體系 가운데 편입하여 새로운 法規가 既存의 法秩序를 파괴하지 않도록 하여야 한다. 立法者는 既存의 法令을 改正·補完할 경우에 있어서는 새로운 法律을 기존의 法秩序와 아무런 관계없이 단순히 制定하기만 하여서는 아니되며, 既存의 法秩序 가운데에서 改正하는 規範을 개정된 規範의 위치에 두고 補完하는 規範을 보완된 規範 곁에 두어야 한다.

셋째, 立法者는 계속하여 全體 法律을 정비하여야 하며 전체적 立法과 調和를 도모하여야 한다. 또한 주기적으로 정비된 法典을 발행하고 동시에 法典에 수록되지 아니한 法律을 失效시킨다는 의미에서 그러한 정비에 法的 效力을 부여하여야 할 것이다.

---

7) Ders., Ebd., S. 202.

8) Ders., Ebd., S. 203.

9) 同旨：金承煥，前揭論文，106面.

#### 4. 立法體系의 基本原理

각 個別法令은 처음부터 相互矛盾이 발생하지 않게 그 制定의 시점에서부터 충분히 배려하지 않으면 안되는 것은 말할 것도 없다. 그러나 法令의 種類가 다양하다는 것은 그 종류마다 個別의 制定權者의 存在를 의미하는 것이며, 또한 각각의 法令이 따로 그 制定時期를 달리하여 制定되는등의 사정이있으므로 法令間의 矛盾抵觸을 완전히 해소한다는 것은 거의 不可能한 것이다. 立法에 즈음하여서는 당연히 완벽을 기하려는 노력을 하지 않으면 안되나, 만일 이러한 모순저촉이 발생한 경우에 그것을 방치해 두는 것은 法體系·法秩序의 혼란을 초래하게 된다. 따라서 이러한 法令의 體系의 모순저촉이 발생한 경우를 解決하기 위한 原理가 필요하게 된다. 이 原理는 法令의 解釋適用의 原理로서 第一義的 機能을 담당하는 것이나, 나아가 보완적 機能으로서 法令의 立案에 있어서도 작용하는 것이다. 이하에 있어서 立法體系의 基本原理로서 일반적으로 認定되고 있는 所管事項의 原理, 形式的 效力의 原理, 後法優先의 原理, 特別法優先의 原理 등을 구체적으로 살펴본다.<sup>10)</sup>

##### (1) 所管事項의 原理

###### ① 意 義

所管事項의 原理란 法令의 所管事項을 정하는 것으로서 法令의 制定에 있어서

10) P. Noll은 立法體系의 基本原理 내지 具體的 基準으로서 ①論理的 基準(上位概念과 下位概念의 單純論理的 區別, 一般과 特殊의 單純論理的 區別을 제시하는 것), ②事實的 基準(人間的 社會的 關係와 機能, 制度와 社會的 課題, 특정한 企業의 活動, 時間의 法則과 관련되는 것), ③規範的 基準(法制度와 法的 地位, 法的 制裁의 形態와 관련되는 것) 등을 제시하고 또한 ④效力의 段階構造의 原理(憲法, 法律 및 命令의 規範的 順序段階)도 법질서의 體系原理로서 인식할 것을 강조한다. 그러나 Noll은 이러한 基準 가운데 ②의 事實的 基準과 ③의 規範的 基準은 상호 엄밀하게 區分되지 않는다고 하고, 나아가 이러한 體系의 原理도 經濟性的의 原理에 대한 고려없이는 그 方向性을 상실한다라고 主張하고 있다. 자세한 것은 P. Noll, a.a.O., S. 204f 參照.

는 정하여진 各 法令의 所管事項을 명확히 함으로써 法令間의 모순 내지 저촉이 발생하는 것을 방지하려는 것이다. 여기에서 所管事項이란 法令의 各形式에 따라 그 法形式에서 規定의 內容으로 할 수 있는 일정한 사항, 그 規律할 수 있는 範圍를 말하는 것이다. 그런데 法令의 所管事項의 配分에 관하여 전부 명확한 所管事項의 分배가 가능하다면 法令의 모순저촉은 대단히 줄어들 것이나, 法令의 規制對象이 廣範圍한 점 또한 그 內容은 流動的으로 變化하는 점등을 고려한다면 현실적으로 그것은 곤란하다. 따라서 그것에서 所管事項에는 「專屬的 所管事項」과 「競合的 所管事項」이 발생하게 된다. 즉 前者는 일정한 사항이 어떤 法令의 形式만의 所管事項으로 된 경우에 있어서 그 사항이며, 後者는 일정한 사항이 둘 이상의 法令의 形式의 共通所管事項이 되는 경우에 있어서 그 사항이다.

그리고 憲法上 어떤 法令의 形式의 專屬的 所管事項으로 되어 있는 사항을 그 法令自體 가운데 規定을 두어 다른 法令의 形式의 所管事項으로서 정하는 것을 「所管事項의 委任」이라고 한다. 즉 法律이 特定の 法律事項을 命令의 所管事項으로 정하는 것이 그 예이다.

所管事項의 委任에 관해서는 그 限界가 어디까지인가라는 문제가 중요하다. 이것에 관해서는 一般的으로는 어떤 사항을 憲法이 어떤 法形式의 專屬的 所管事項으로 정한 것 자체를 무의미하게 하는 包括的·全面的인 委任은 허용되지 않으나, 그 限界內에서의 委任은 허용된다. 또한 所管事項의 委任의 限界와 관련하여 문제가 되는 것은 法律의 委任이며, 憲法은 法律의 委任을 認定하고 있다고 이해할 수 있으나 이 한계에 관하여 때로는 이것을 초월하는가의 여부가 論議될 수 있으며, 이 한계에 관해서는 신중한 판단이 필요하다. 그런데 위임이 포괄적인가의 여부에 관해서는 一般的으로 決定하거나 抽象的·一般的인 基準을

設定하는 것은 곤란하며, 결국 個別·具體적으로 판단하지 않을 수 없다. 다만 최근에 立法의 一般的 傾向은 所管事項의 委任의 폭은 가능한 한 줄이고 특별한 경우—技術的인 專門性이 강하거나 彈力的인 대응이필요한 사정이 있는 경우 등—를 제외하고는 節次的, 技術的, 細目的인 事項에 한정하려는 方法이 강하다고 할 수 있다.

## ② 各種 法令의 所管事項

### i) 憲法의 所管事項

憲法은 國家의 基本法으로서 國家의 統治組織과 作用을 정하고 國民의 基本權을 보장하는 最高法이다. 따라서 憲法은 國家의 法體系 가운데 最上의 段階에 위치하며, 가장 강력한 形式的 效力을 가지고 있다. 憲法의 內容으로 規定된 事項을 變更하기 위해서는 憲法改正의 節次에 따르는 이외에는 方法이 없으므로 이러한 事項은 전부 憲法의 專屬的 所管이다. 憲法에 있어서는 國家의 統治體制에 관한 基本的 事項을 정하고 그 세부적인 것은 法律 및 他法令形式에 의한 規律에 맡기고 있으나, 憲法에서 規定하려 한다면 國家의 어떠한 法令의 所管事項에 관해서도 규정할 수 있다. 또한 他的 法令에게는 憲法과의 관계에 있어서 專屬的 所管이라 는 것은 있을 수 없다. 따라서 法令에 대하여 專屬的 所管이라 함은 당연히 憲法과의 所管의 競合을 前提로 하고, 이것을 제외하고는 專屬的이라는 意味인 것이다.<sup>11)</sup>

### ii) 法律의 所管事項

法律의 所管事項의 문제는 國會의 측에서 一般的·抽象적으로 말하면 國會의 立法權의 實質的인 範圍에 관한 문제이나, 個別具體的인 立法過程에 있어서는

11) 立法技術研究所(編), 「法制實務研修資料集」, 法令編纂普及會 1989, 46面.

하나의 가장 基本的인 實體的 立法要件으로서 파악된다. 따라서 그곳에서 發案된 當該 法律案이 과연 法律의 所管事項에 속하는가의 여부는 必然的으로 法律案의 內容에 어느 정도 關係하여 審査하고, 그것에 關係지위 그 存否를 判斷할 필요가 있다. 法律의 所管事項에는 주지한 바와 같이 「專屬的」인 것과 「競合的」인 것이 있으며 따라서 法律案이 法律의 所管事項에 관한 要件을 구비하기 위해서는 그 중 어느 所管事項에 속할 것을 요한다.

法律의 專屬的 所管事項이란 國家의 法形式 가운데 憲法改正을 제외한 法律만이 그 所管으로 할 수 있는 事項을 말한다. 따라서 그 事項을 內容으로 하는 기타 모든 國法形式은 無效이다. 이것은 「所管外의 行爲는 無效」라는 一般原理의 당연한 귀결이다. 憲法은 法律의 專屬的 所管事項을 정하는데 있어서 한편으로는 包括的으로 그것을 정함과 아울러 다른 한편으로는 特定的으로 정하고 있다. 前者를 「包括的인 專屬的 所管事項」, 後者를 「特定的인 專屬的 所管事項」으로 부를 수 있다. 憲法은 「立法權은 國會에 속한다」라고 規定하고 있으며, 그것은 國會가 國家의 立法權을 獨占하는 것을 의미하며 한편으로는 國會에 의한 立法 이외의 立法이 原則적으로 허용되지 않음을 의미한다. 그것은 또한 이른바 國會中心立法의 原則으로서 實質的 意味의 法律, 즉 法規制定權은 원칙으로 國會에 배타적으로 歸屬되어야 함을 의미한다. 그리하여 法規의 定立은 憲法上 原則으로 法律의 專屬的 所管事項이 된다.

憲法이 예시하고 있는 法規事項으로서 (a) 罪刑法定主義, (b) 國選辯護人 選任權, (c) 財產權의 內容과 限界·收用·制限, 補償의 基準, (d) 選舉權, (e) 公務擔任權, (f) 請願權, (g) 裁判請求權, (h) 刑事補償請求權, (i) 國家賠償請求權, (j) 教育制度等, (k) 勤勞의 義務·勤勞條件, (l) 公務員의 勞動三權, (m) 生活保護請求權, (n) 基本權制限立法, (o) 納稅義務, (p) 國防義務等

이 있다. 그리고 憲法은 特定の 事項에 관하여 반드시 國會의 議決을 거친 形式的 法律로서 制定하도록 明示하고 있는 바, 이는 國民主權의 原則에 따라 國家機關의 構成이라든가 國家의 重要政策에 관해서는 반드시 國會의 同意를 얻어야 한다는 議會留保를 의미하는 것이다.

憲法에서 法律의 形式으로서 정할 것을 요구하고 있는 것으로는 (a) 國軍의 組織·構成·統帥, (b) 大統領選舉, (c) 行政各部의 設置·組織·職務範圍, (d) 監查院, (e) 國會議員選舉, (f) 國會의 內部事項, (g) 法官의 資格, (h) 法官의 連任·退職, (i) 軍事法院, (j) 憲法裁判所, (k) 選舉管理委員會, (l) 地方自治團體등과 같은 國家의 重要機關의 組織에 관한 事項과 (a) 國籍, (b) 政黨, (c) 大統領에 관한 것, (d) 戒嚴, (e) 赦免, (f) 勳章, (g) 農地·山地·國土利用開發, (h) 消費者保護, (i) 重要企業의 國營化·經營管理등과 같은 國家의 重要政策事項에 관한 것 및 기타 國會가 法律로 制定하는 것이 필요하다고 생각되는 事項등이 있다.<sup>12)</sup>

### iii) 命令의 所管事項

國會의 議決을 거치지 아니하고 行政機關에 의하여 定立되는 法規範을 一般的으로 命令이라고 하며, 命令에는 法律과의 關係를 標準으로 하는 경우 그 性質上 「委任命令(法律에 의하여 委任받은 事項을 內容으로 하는 命令)」과 「執行命令(法律의 規定을 執行하기 위하여 필요한 補充的 事項을 內容으로 하는 命令)」이 있다. 앞서 所管事項의 原理에서 설명한 바와 같이 法律事項을 包括的·全面的으로 命令에 委任할 수는 없다. 다만 어느 것이 포괄적인가의 여부는 一義的으로 정할 수 있는 것이 아니고 문제된 事項의 性質, 規律하려는 環境등을 감안

12) 閔東基, 「立法上 法律의 所管事項에 관한 考察」, 立法調查月報 1989. 6., 30面.

하여 相對的으로 정할 수 있는 문제라고 볼 것이다.<sup>13)</sup> 憲法 제75조에서는 「大統領은 法律에서 구체적으로 범위를 정하여 委任받은 事項과 法律을 執行하기 위하여 필요한 事項에 관하여 大統領令을 발할 수 있다」라고 規定하고 있다. 그리고 國務總理와 行政各部의 長도 所管事務에 관하여 法律이나 大統領令의 委任이 있는 경우에 또는 職權으로 總理令 또는 部令을 발할 수 있다. 總理令의 소관사항으로는 國務總理·經濟企劃院·總務處·科學技術處·統一院·法制處와 環境處·公報處·國家報勳處의 所管에 속하는 사항이라고 할 수 있다. 部令의 所管事項은 政府組織法에서 規定하고 있는 各部長官의 所管事務가 된다.

#### iv) 條例·規則의 所管事項

地方自治法 제15조는 「地方自治團體는 法令의 範圍 안에서 제2조의 事務에 관하여 條例를 制定할 수 있다」라고 規定하고 있다. 이 規定에 의하면 條例의 所管事項은 地方自治法 제9조의 事務라고 할 수 있는 바, 그 所管事務에는 「固有事務」와 「委任事務」가 있다. 地方自治團體의 「固有事務(公共事務)」는 地方自治團體의 存立의 目的에 속하는 事務를 말하며, 실제로는 自治團體의 事務 중 法令上 國家의 사무가 아닌 것을 意味한다. 「委任事務」란 地方自治法 제9조에 規定된 「法令에 의하여 그 團體에 所屬된 事務」를 말한다. 즉 地方自治團體가 法令에 의하여 國家 또는 다른 自治團體로부터 委任받아 행하는 事務를 말하며, 여기에는 「團體委任事務」와 「機關委任事務」의 두가지가 있다.

條例의 規定事項은 法令이 특히 條例로서 정할 것을 規定하고 있는 경우와 法令에 規定이 없더라도 國家의 專權에 속하지 아니하는 事務에 관하여 地方自治團體의 裁量에 의하여 정할 수 있는 경우로 구분되고 있다. 그러나 條例의 規定

13) 朴鉉炳, 「立法技術講座」, 國民書館 1970, 18面.

事項은 ①法令 및 上級自治團體의 條例나 規則에 違反할 수 없으며, ②法律의 委任없이는 住民의 權利制限 및 義務賦課에 관한 사항이나 罰則을 규정할 수 없으며, ③市·郡 및 自治區의 條例에서는 어떠한 경우에도 刑罰을 규정하지 못하는 등의 限界가 있다.<sup>14)</sup>

規則으로 규정할 수 있는 事項은 教育·學藝에 관한 事務를 제외하고는 地方自治團體의 長의 權限에 속하는 事務에 관한 사항이며, 固有事務·團體委任事務機關委任事務를 포함한다. 規則은 法令이나 當該 地方自治團體의 條例 및 上級自治團體의 條例·規則의 범위내에서만 정할 수 있으며, 住民의 權利·義務에 관한 사항은 法律이나 條例의 구체적·직접적 委任이 있어야 한다.<sup>15)</sup> 그리고 「地方教育自治에 관한 法律」에 의하여 地方公共團體에 설치된 教育委員會는 法令 또는 條例의 範圍 안에서 그 權限에 속하는 事務에 관하여 教育規則을 制定할 수 있는 權限을 인정받고 있다.

## (2) 形式的 效力의 原理

### ① 意 義

法令의 모순지적을 解決하는 原理로서는 앞서 살펴본 바와 같이 所管事項에는 專屬的 所管事項 이외에 競合的 所管事項이 있기 때문에 所管事項의 原理만으로서는 충분하지 않다. 따라서 法體系가 憲法을 정점으로 하는 계층적 질서를 構

14) 최근에는 條例規定權者가 條例를 制定함에 있어서 광범한 形成領域이 부여되는 경우가 많이 있다는 점을 긍정하면서 條例와 관련되는 公益과 私益의 正當한 形량의 必要性을 條例制定의 基準으로 인정하는 견해도 있다. 상세한 內容은 金南辰, 「行政法II」, 法文社 1989, 117面 參照.

15) 이에 대해 現行 地方自治法 제15조에서는 條例의 경우에 이를 明示하고 있을 뿐 規則의 경우에는 아무런 언급이 없으나, 憲法 제37조2항의 원칙상 이러한 結論은 당연한 것으로 볼 수 있다. 그러나 實際에 있어서 個別法에 아무런 規定이 없는데도 規則에서 이를 規律하고 있는 例가 있는 바, 이는 規則의 規定限界를 넘는 違法이라 할 것이다. 상세한 것은 孟長燮, 「地方自治團體의 自治法規」, 月刊考試 1991. 6., 58面以下 參照.



成하는데 착안하여 「形式的 效力의 原理」가 발생한다. 즉 어떤 事項을 共通의 所管事項으로 하는 다른 法形式에 속하는 法令의 內容이 相互 矛盾抵觸하는 경우의 解決原理가 그것이며, 이것은 法形式을 달리하는 法令相互間에는 上位法令이 下位法令에 우선한다는 原理이다. 이와 같이 어떤 法令의 形式이 다른 法令의 形式보다도 강한 效力이 있게 되는 경우에 그 法令의 形式은 각기 다른 形式的 效力을 가진다고 할 수 있다.

形式的 效力의 原理는 所管事項의 原理에 대해서 이른바 補完的인 原理이나, 현실문제로서는 各法令間의 所管事項의 分配에 관해서는 競合的인 경우가 많으므로 法體系의 維持, 法令相互間의 모순저축을 해결하기 위하여 形式的 效力의 原理가 거두는 역할은 매우 크다고 할 수 있다.

우리나라의 法體系에 있어서도 각 法令의 形式은 각기 다른 강한 形式的 效力을 부여받고 있으며, 그것에 의해 法令相互間의 모순저축의 解決이 가능하게 된다.

## ② 法令의 形式的 效力

法令의 形式的 效力은 그 所管事項과 더불어 法令 相互間의 衝突을 解決하고 전체로서의 法秩序의 통일을 유지하기 위한 기초가 되는 것이므로 각각의 法形式이 어떤 정도의 形式的 效力을 가지는가는 法令의 각 종류마다 다르다.

우선 法令의 諸形式 가운데 「憲法」이 가장 강력한 形式的 效力을 가진다. 規範의 優位, 一般的 效力이라는 의미에서 憲法規範, 특히 基本權은 전체 法秩序의 總則으로 이해되어야 한다.<sup>16)</sup> 일반법률에서의 總則과는 달리 憲法的 根本規範은 단순히 抽象的으로 규정되는 것이 아니라, 價値決斷에 근거하고 있는 것이

16) P. Noll, a.a.O., S. 204.

다. 그리고 憲法 제107조 1항은 「法律이 憲法에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우에는 法院은 憲法裁判所에 提請하여 그 審判에 의하여 裁判한다」라고 規定하여 憲法의 法律에 대한 形式的 效力의 優越, 즉 違憲法律審查制度를 두고 있고, 同條 2항에서는 「命令·規則 또는 處分이 憲法이나 法律에 違反되는 與否가 裁判의 前提가 된 경우에는 大法院은 이를 最終的으로 審查할 權限을 가진다」라고 하여 命令·規則 또는 處分의 合憲性에 대한 大法院의 實質的 審查權을 規定하고 있다. 따라서 憲法은 이러한 審查權에 의하여 그 形式的 效力을 實質的으로 보장받고 있다고 할 수 있다.

그리고 「憲法과 條約과의 效力關係」에 있어서는 어느 것이 優位를 차지하는가는 「條約優位說」과 「憲法優位說」이 있으나,<sup>17)</sup> 憲法의 授權에 기한 條約이 憲法에 優越하는 것을 인정하는 것은 法理論上으로 불가능하며 憲法의 最高規範性과 모순하므로 條約의 國內憲法優位를 인정할 수는 없다고 할 수 있다. 따라서 條約은 一般的으로 法律과 같은 效力을 가진다는 것이 우리나라의 多數說이며,<sup>18)</sup> 다만 行政協定과 같은 것은 政府間에 基本條約의 施行細則을 정한 것이기 때문에 命令·規則과 같은 效力을 가진다고 볼 수 있다.

그리고 憲法의 下位에는 「法律」이 강한 形式的 效力을 가진다. 法律이 이처럼 上位의 形式的 效力이 인정되는 것은 法律이 主權者인 國民의 代表機關인 國會에서 制定되었기 때문이다. 따라서 法律에 저촉하는 命令등은 그 效力을 가지지 않는다. 이러한 法律優位の 原則은 결국 大法院의 命令·規則 및 處分에 대한 審查權에 의하여 현실로 보장되어 있음은 이미 검토한 바이다.

17) 자세한 것은 金哲洙, 「憲法學概論」, 博英社 1991, 205面 參照.

18) 金哲洙, 前掲書, 205面; 權寧星, 前掲書, 187面; 安溶教, 「韓國憲法」, 考試研究社 1990, 189面.

行政機關이 定立하는 「命令」의 形式的 效力은 法律의 下位에 있다. 執行命令의 內容이 法律의 規定에 違反할 수 없는 것은 그 性質상 當然하다. 委任命令의 경우는 法律의 특별한 委任이 있는 範圍內에서는 특정의 경우에 대하여 法律規定의 適用을 排除하거나 또는 特定의 事項에 관하여 法律規定의 適用의 特例를 定할 수 있으나, 이것은 바로 法律의 所管事項의 委任의 效果에 의한 것이다. 그리고 命令 相互間에는 大統領令의 形式的 效力이 우선하며, 다음으로 總理令, 部令의 순서가 된다.

그런데 總理令과 部令사이에는 「總理令優位說」과 「效力同位說」이 對立하고 있다. 「總理令優位說」의 입장은 形式的 效力의 面에서는 優劣의 차이가 없다고 할 수 있으나, 總理令은 國務總理의 所管事務에 관하여 발하는 것이며, 그 所管事 務란 大統領을 補佐하고 行政에 관하여 大統領의 命을 받아 行政各部를 統轄(憲 法 제86조 2항)하는 일이 주된 것이므로, 部令이 總理令에 저촉될 때에는 國務 總理의 統轄權에 대한 실질적인 侵害가 된다는 점에서 總理令이 部令보다 實質 的으로 優越한 效力을 가진다고 볼 수 있다는 주장이다.<sup>19)</sup> 이에 대하여 「效力同 位說」의 입장에서는 憲法은 總理令·部令이 다같이 法律 및 大統領令에 종속하 는 것으로 규정했을 뿐 總理令의 優越性을 규정하지 아니했으며, 總理令·部令 은 다같이 國務總理 및 行政各部의 長이 그의 所管事務에 관하여 발하는 것인 데, 行政各部의 長과 동일한 地位에서의 國務總理가 그의 所管事務에 관하여 발 하는 法規命令이기 때문에 兩者는 同位の 形式的 效力을 가진다고 한다.<sup>20)</sup> 생각 컨대 國務總理는 現行 憲法上의 規定에 비추어 볼 때 行政府의 第2人者의 地位 를 가지므로 이러한 國務總理가 行政組織內部에 있어서 行政各部의 長을 統轄하

19) 金道昶, 前掲書, 290面; 石琮顯, 前掲書, 395面.

20) 李尙圭, 前掲書, 238面; 朴鈺炢, 「最新行政法講義(下)」, 國民書館 1990, 187面.

기 위해서訓令으로 발하는 行政規則은 部令에 비해 우월한 效力을 가짐은 물론이며, 對外的으로 발하는 法規命令이 行政各部의 長의 그것과 충돌할 경우 總理令이 당연히 우선한다고 볼 것이다.<sup>21)</sup>

地方公共團體의 「條例와 規則」의 形式的 效力에 관해서는 어느 것도 國家의 法令과의 關係에서는 그 形式的 效力은 뒤진다. 이는 地方自治法 제15조와 제16조의 規定에서 「法令의 範圍안에서」, 「法令 또는 條例가 委任한 範圍안에서」라고 規定한 것에서 명백하다. 또한 條例·規則의 形式的 效力이 法律에 뒤지는 것은 憲法 제117조에 「法令의 範圍안에서」라고 정하여져 있는 것에서도 엿볼 수 있다. 이와 같이 條例는 國家의 法令의 규정에 위반할 수 없으나, 한편 憲法이 地方自治의 本旨에 의거하여 地方公共團體에 대하여 條例制定權을 인정하고 있는 이상, 적어도 地方公共團體의 본래의 公共事務에 대한 그 自治立法權을 부당하게 制限하는 것과 같은 法令의 규정은 憲法의 정신에 반하는 것으로 생각되며, 條例에 의한 制定事項이 法令의 규정에 의하여 制限된다고 하더라도 그곳에는 일정한 限界가 있다고 할 수 있다.<sup>22)</sup>

規則과 條例의 兩者는 그 所管事項을 달리하여 兩立하므로 그 사이에 形式的 效力의 優劣은 없다고 보아도 좋을 것이나, 다만 條例를 執行하기 위한 規則은 그 성질상 당연히 形式的 效力에 있어서 條例에 뒤지는 것으로 解釋하여야 할 것이다.

### (3) 後法優先의 原理

#### ① 意 義

形式的 效力을 같이하는 두 개 이상의 法令의 內容이 상호 모순저촉하는 경우

21) 同旨：卞在玉, 「行政法講義 I」, 博英社 1989., 200面.

22) 立法技術研究所(編), 前掲書, 68面.

에는 후에 制定된 法令이 전에 制定된 法令에 優先한다는 原理가 「後法優先의 原理」이다. 法體系는 개개의 法律 사이에 외견적인 모순에도 불구하고 통일된 法秩序의 維持가 필요한 것이며, 法이라고 하는 것이 일정한 政治的·經濟的·社會的 기반 위에서 形成되는 것인 이상 社會經濟의 새로운 진전에 수반하여 규정된 새로운 規範에 우월적인 效力을 인정하는 것은 法의 本質에서오는 당연한 귀결이라고 할 수 있다.

그런데 後法優先의 原理는 동일한 形式的 效力을 가지는 法令相互間의 모순저축을 해결하기 위한 原理이며, 최근의 立法에 있어서는 이러한 모순저축에 관해서는 될 수 있는 한 그 制定에 즈음하여 既存의 他法令과의 관계에서 소요되는 改廢措置를 취하는데 노력하고 있으나, 완벽한 정비를 하는 것은 매우 곤란하므로 이 原理는 여전히 필요한 것이다. 또한 다른 法形式 相互間에 있어서 形式的 效力의 차이가 인정되지 않는 것도 있을 수 있다. 이 경우에는 이들 法令의 形式은 形式的 效力에 관해서는 同一한 形式으로서 취급되므로 兩者의 모순저축은 後法優先의 原理로서 해결할 수 있다.

그리고 後法優先의 原理와 관련하여 어떠한 기준에 의하여 前法後法의 판단을 할 것인가가 문제된다. 이 점에 관해서는 「法令의 成立時」, 「法令의 公布時」, 「法令의 施行時」등 여러 견해가 있으나, 立法者의 意思를 존중한다면 「法令의 成立時」라고 해야 할 것이다.

## ② 「基本法」과 後法優先의 原理의 關係

後法優先의 原理와 관련하여 문제가 되는 것은 주로 일정한 法律關係에 관한 政策의 基本的 指針을 밝히는 이른바 「基本法」과의 관계이다. 이 基本法이라는 것은 학문상의 用語라기 보다는 法制實務上 통용되는 概念으로서<sup>23)</sup> 현재 우리

23) 일반적으로 「基本法」이라는 概念은 다음의 세가지 의미로 사용되고 있다. 즉, ① 農業基

나라에서도 「基本法」이라는 특별한 명칭이 붙어 있는 法律이 대단히 많다.<sup>24)</sup> 基本法은 각종 政策을 宣言하며 그 政策實施에 따른 關係者의 責務를 宣言하는 形式을 그 골격으로 하는 것이 많다. 또한 政策의 實施에 따른 각종 機構編成 및 政府가 행하여야 할 事業內容등이 규정되기도 한다.

이것은 확실히 일종의 計劃法(Planungsrecht) 내지 프로그램法이며, 어떤 分野의 政策의 基本的 方向을 정하고 關係政策의 體系化를 도모하려는 것으로 볼 수 있다. 또한 基本法 가운데에는 計劃策定을 義務化하는 것도 많으며, 자신의 政策體系에 따라서 執行法인 각종 法律의 制定을 豫定하는 것도 있다. 그런데 이와 같은 성격을 지닌 基本法의 기본적인 문제점은 基本法이 形式的으로는 하나의 法律에 불과하나, 실질적으로는 상당히 장기간에 걸쳐 장래의 政策·豫算 및 法律을 지배하는 일정의 方向을 부여하려는데 있다. 그 實質的 內容에서 본

---

本法·觀光基本法·中小企業基本法등과 같이 「基本法」이라는 題名이 붙은 法律을 가리키는 것을 의미한다. 이 경우에는 國會가 어떤 法律에 대해 基本法이라는 題名을 붙여 그 法律의 公式名稱으로 하고 있는 점이 특색이다. ② 이른바 基本的인 大綱·準則·原則·方針등을 정하고 있는 法律을 가리키는 취지로 사용한다. 이것은 成交法上 사용하는 일반적인 用例이며, 또한 이러한 의미의 基本法的인 성격을 표시하는 보편적인 용어로서 「基本法」으로도 사용하기도 한다. ③ 國家의 基本組織을 정하는 法을 의미하는 것으로 사용한다. 이것은 法學上의 概念으로서 널리 사용되고 있는 것이다. 本文에서 의미하는 「基本法」은 바로 ①의 것만을 관찰의 對象으로 한다. 또한 이와 거의 비슷한 概念으로 「基本法」의 의미를 ① 실생활에 있어서 광범위한 역할을 담당하는 個別法令들의 일련의 法群을 의미하는 경우 ② 같은 위치에 놓은 法令임에도 어떤 특정한 사항을 통일적으로 規律하기 위하여 어느 하나의 法令을 다른 法令들보다 優越한 地位에 놓는 경우 ③ 어떤 분야의 政策의 基本方向을 제시하는 法令등을 基本法으로 사용하는 것으로 분류하는 견해로는 曹正燦, 「法令相互間的 體系에 관한 研究」, 法制 第268號, 1989. 6., 17面 以下 參照.

- 24) 대표적인 것으로서 國稅基本法·農業基本法·觀光基本法·中小企業基本法·政府投資機關管理基本法·環境政策基本法·民防衛基本法·電氣通信基本法·海洋發展基本法등이 있다. 그리고 實定法上 「基本法」이라는 명칭이 붙지 않더라도 사실상 여기에 해당하는 경우도 있는 바, 예컨대 國土利用管理法·韓國銀行法·教育法등을 들 수 있다.

다면 基本法은 단순한 法律에 우월하는 특수한 效力이 승인되어야 하나, 法形式面에서 본다면 단순한 法律에 불과하므로 優越的인 地位를 인정하는 것은 불가능하다. 결국 基本法은 形式과 內容의 모순이며, 「形式的인 法秩序와 實質的·價值的 政策體系가 衝突 내지 緊張關係」<sup>25)</sup>에 놓여있는 경우라고 할 수 있다.

한편 우리 나라에 있어서도 基本法의 실제 內容을 검토하는 경우 첫째, 「農業基本法」, 「觀光基本法」, 「中小企業基本法」의 경우처럼 광범위한 사항에 걸쳐 抽象的인 內容만을 선언적으로 규정하여 一般法的인 地位에 있음을 明示하는 類型이 있다. 이러한 경우 그 法律은 同法에 규정되어 있는 內容을 具體化하기 위한 法律을 制定할 것을 예시하는 것이 일반적이며, 나아가 그 執行法律은 母法인 基本法에 위배되지 않을 것을 요구하고 있다(觀光基本法 제5조·農業基本法 제13조 1항·中小企業基本法 제8조·環境政策基本法 제32조등).

둘째, 「國稅基本法」등과 같이 國稅에 관한 一般的인 사항 및 共通的인 사항을 規定하면서도 다른 稅法에 우선하여 適用하도록 함으로써 다른 法令의 上位에 있는 것처럼 規定하는 예가 있다(國稅基本法 제3조 1항·政府投資機關管理基本法 附則 제3조등).

여하튼 基本法은 일반적으로 우리가 이해하고 있는 그 이상의 意味, 즉 같은 法律이면서도 다른 法律의 上位에 위치하는 法으로 취급되고 있으며, 실제 法令集에 있어서도 유사한 法令들의 맨앞에 편성되어 있다. 그러나 이와 같은 論理는 종전의 法理論, 즉 法律 상호간에는 同等한 效力이 인정되며, 「後法은 前法에 優先한다」라는 原則과는 명백히 모순되는 것이라 할 수 있다. 따라서 基本法과 執行法은 종래의 原則과 전혀 달리 前法인 「基本法」이 後法인 「執行法」에 優

25) 遠藤博也, 「計劃行政法」, 學陽書房 1976, 70面.

先하고 있음을 보여주고 있다. 다시 말하면 基本法과 執行法은 같은 法律임에도 불구하고 마치 憲法과 法律의 관계와 유사한 관계를 이루고 있는 것이다.

基本法의 다른 法律에 대한 우월성을 확보하는 데에는 基本法의 內容을 憲法 規範을 구체화하는 것으로서 이해하는 構成的 解釋을 함으로써 이것을 달성할 수 있다. 그러나 基本法의 특색은 基本的 政策의 선택이며, 장래의 國家·關係者의 行動方向設定이므로 그러한 內容을 憲法 規範으로 높이는 것만으로는 그 目的을 달성할 수 없을 것이다. 또한 基本法 가운데에는 實質的 內容을 지닌 基本原則을 선언하고 있는 것이 아니라 오히려 넓은 의미에서의 組織法, 즉 政策的인 組織法의 성격을 지닌 것도 있기 때문에 이것을 직접 憲法 規範으로 높이는 것에는 무리가 있다.<sup>26)</sup> 그리고 法形式을 도외시하고 實質的 內容에서 본다면 基本法은 上級の 計劃法으로서 각종 政策과 法律의 體系化 및 일관성을 도모하려는 것이므로 基本法을 立法 내지 國家活動의 어떠한 모습으로 다른 法律보다 優先시켜야 할 필요성도 있다.

이에 대해 外國에서도 「基本法은 超法律(Supergesetz)로서 다른 法律에 優先하는 效力을 인정하는 견해」, 「基本法은 國家的 行動의 綜合調整이며, 國家의 일관된 행동에 대한 私人的 측으로 부터의 예측가능성의 요청이므로 통상의 法律과 內容上的의 모순이 발생하는 경우에는 基本法이 優先하는 것으로 推定하는 견해」<sup>27)</sup> 및 「執行法은 當該 基本法의 내용·정신에 적합할 것을 그 制定의 趣旨로 하고 있는 이상 執行法의 規定은 될 수 있는 한 基本法의 목적·취지에 부합하게 해석하는 것이 요청되어야 한다. 즉 이러한 경우에는 基本法優先의 견지에

26) 憲法과 基本法의 관계에 관해서는 長谷川正安, 「憲法體系と基本法—基本法研究序說」, 法律時報 第45卷 7號, 1973. 6., 8面 以下 參照.

27) Rüdiger Breuer, 「Selbstbindung des Gesetzgebers durch programm- und Plangesetze?」, DVBI 1970, S. 101.



서 해석·적용함으로써 문제를 해결할 것이 요구된다. 따라서 이 경우에는 이른바 後法優先의 原則은 적용할 수 없다…는 견해」<sup>28)</sup>등 基本法의 優先的 機能을 政策體系의 一貫性을 통하여 확보하려 하고 있다.

그러나 立法등의 國家活動의 政策體系로서의 일관성은 반드시 基本法의 존재를 인정하지 않더라도 특정 분야의 複數의 法律의 존재에 의해 자연스럽게 인정되는 경우도 있다. 즉 政策의 흐름이나 구체적 상황을 전제로 하면서 時間의 흐름 가운데 복수의 法律을 비교하여 그 상호간의 차이의 合理性을 고려하는 것이 바람직하다고 생각될 수도 있다. 따라서 既存의 法體系에서 소기의 目的을 달성할 수 있음에도 불구하고, 또다시 基本法을 制定하는 것은 形式의 濫用이며 결코 바람직한 立法態度라고 할 수 없을 것이다.

基本法과 관계되는 다른 法律들을 制定하는데 있어서는 당연히 基本法의 立法目的이나 基本理念을 존중하지 않으면 안되며, 基本法에 규정되어 있는 內容을 구체화하는데 충실하게 制定·改正되어져야 할 것이며, 현재 그러한 방침하에 立法이 추진되고 있다고 볼 수 있으나, 현재의 法體系下에서 다소 무리한 立法을 한 경우도 지적되고 있다.<sup>29)</sup> 그러나 만약 그러한 方針과 矛盾·抵觸하는 法律이 制定된다면 이것은 政策論으로서는 일반적으로 타당하지 않으나, 法理論上으로서서는 이른바 「基本法」은 憲法이 아니라 同格의 法律이므로 결국 이 경우에는 「後法優先의 原理」로서 해결할 수 밖에 없을 것이다. 따라서 이 경우의 後法은 政策的인 當否와는 별도로 法的으로는 당연히 有效한 것으로서 適用된다고 할 수 있다.

28) 菊井康郎, 「基本法の法制上の位置づけ」, 法律時報 第45卷 7號, 1973. 6., 15面 以下.

29) 상세한 것은 曹正燦, 前掲論文, 19面 以下 參照.

#### (4) 特別法優先의 原理

##### ① 意 義

「一般法」이란 어떤 事項에 관하여 널리 一般的으로 規定하는 法令을 말하며, 「特別法」이란 그와 같은 사항에 관하여 特定の 사람, 地域, 期間등을 한정하여 적용되는 內容을 規定하는 法令을 말한다. 一般法과 特別法을 구별하는 實益은 法適用과 解釋에 있어서 特別法이 一般法에 優先하여 적용된다는데 있다. 따라서 兩者가 서로 저촉할 경우에는 特別法의 規定이 우선 적용되고 一般法은 特別法에 規定되어 있지 않은 事項에 대하여 補充적으로 적용된다. 그러나 一般法과 特別法의 관계는 一義的, 絕對的, 固定的으로 정하여지는 것이 아니라 相對的인 觀念이므로 어떤 法令에 대한 特別法이 他의 法令에 대한 一般法인 경우도 다수 존재하고 있는 점에 주의하지 않으면 안된다. 또한 形式的 效力이 同一한 法令 相互間의 모순저촉을 해결하는 原理로서 後法優先의 原則과 特別法優先의 原理의 어느 것을 적용하여야 할 것인가가 문제로 되는 경우도 많다. 特別法인 한에서는 당연히 後法優先의 原理에 의하지 않고 特別法優先의 原理가 적용되나, 경우에 따라서는 特別法으로 볼 수 있는가의 여부에 관해서 그 判斷을 내리기 어려운 경우도 많다. 결국 抽象的, 一般的으로 말하면 개개의 구체적인 法令의 規定에 입각하여 그 規定의 趣旨, 規定의 方式등에 따라 판단하여야 할 것이다. 따라서 立法에 즈음하여 特別法을 두는 경우에는 충분한 注意를 하여 될 수 있는 한 立法的 解釋을 시도하려는 노력이 필요하며, 特別法의 취지를 명백히 할 필요가 있다.

##### ② 「特例法」의 問題

「特例法」이란 一般的으로 어떤 法律에서 規定하고 있는 內容에 대하여 特例를

規定함을 目的으로 制定된 法律을 말한다.<sup>30)</sup> 特例法の 概念은 學問上의 概念이라기 보다는 法制實務上의 概念으로서 實務上 이러한 特例法이 制定되는 理由로서는 첫째, 既存의 一般法の 適用으로는 새로운 立法需要에 충족을 주지 못한 결과 특수한 상황을 전제로 一般法에 대한 特例를 內容으로 하는 새로운 法制定이 필요하게 된 점 둘째, 流動的인 社會의 현실에 탄력적으로 法을 適用하기 위하여 특수한 內容으로 規律하고자 하는 立法의 必要性이 있을때 一般法の 根幹은 그대로 유지하되 限定된 범위에서 例外的 措置를 內容으로 하는 特例法이 제정될 필요가 있는 점 셋째, 一般法을 制定 또는 改正한다는 것은 상당히 어려운 실정이므로 복잡한 節次와 形式을 취하지 않고 단기간 내에 法制定을 이룰 수 있어 立法經濟的인 측면에서 有利하다는 점등을 지적할 수 있다.

그러나 特殊한 立法必要에 의하여 制定되는 개개의 法律이라 할지라도 통일된 法體系내에서 다른 法律과의 論理的 調和가 유지되어야 하므로 特例法の 量産은 바람직하지 못함은 당연하다. 특히 우리 나라의 경우 일반적인 法制度에 비하여 각종의 特例가 너무 남용되는 상황이며,<sup>31)</sup> 나아가 特例法の 범람이 기존의 一般法の 地位까지 有名無實하게 하고 있음은 立法政策上 심각하게 검토되어야 할 것이다.<sup>32)</sup> 또한 特例法을 制定함에 있어서 法體系의 통일성을 유지하기 위하여

30) 「特例法」에 관한 상세한 것은 閔東基, 「特例法에 관한 小考」, 立法調査月報 1980. 7·8., 1面 以下 및 曹正燦, 前掲論文, 19面 以下 參照.

31) 「현재 法制處에서도 特例法에 대하여 별도의 整備作業을 실시하지 않고 있는 바, 이는 特例法の 경우 주무부처와 相關부처에서 그 立法의 必要性을 보다 절실히 느끼고 있으며 部處間의 협조가 미흡하고, 또한 政治的 격변기에 非常立法節次에 의하여 마련된 特例法은 正常的 改正過程에 의하여 환원되기 어려운 점등에 그 原因을 찾아볼 수 있을 것이다」, 曹正燦, 前掲論文, 20面.

32) 우리나라의 特例法을 類型別로 나누어 보면, ① 一般的인 特別措置를 規定하고 있는 臨時特例法, ② 簡易節次를 內容으로 하는 特例法, ③ 特定犯罪에 대한 加重處罰등을 內容으로 하는 特例法, ④ 補償등에 관한 特例法, ⑤ 特定分野·地域에 대한 發展등을 內容으로 하는 特例法.

法體系의 最上에 위치하는 憲法에 위배되어서는 아니됨에도 불구하고, 特定한 目的만을 달성하려는 短篇的이고 部分的인 입장에서 憲法에 위배되는 사항을 規定함으로써 違憲判決을 받은 事例도 있음은 주지하는 바이다.<sup>33)</sup>

결국 「特例法」의 濫用은 法執行에 있어서 기존의 法律關係에 커다란 變化를 초래하고 있어서 國民의 法意識에 혼란을 가져오고 있으며, 特殊한 상황하에서 違反事例를 適法化시키려는 의도하에서 制定된 特例法은 立法에 많은 영향을 미쳐 그릇된 立法先例를 남기기도 하므로, 特例法을 制定함에 있어서는 다각적인 法律效果를 미리 진단하여 法秩序와 國民의 法感情에 혼란을 초래하지 않도록 綜合的이고 巨視的인 검토가 필요하다.

여하튼 特例法은 다른 法律의 적용을 排除함으로써 特別對象法律에 대하여 特別法의 地位를 가지게 된다. 그러므로 法律相互間에 모순·저촉이 발생하는 경우 이를 解決하기 위한 解釋原則으로서 特別法優先의 原理가 一般法的 地位에 있는 特別對象法律과 特別法的 地位에 있는 特例法에 적용됨은 당연하다. 물론 一般法과 特別法의 관계가 절대적인 分類로 볼 수 없고 個別法律間의 相對的인 관계에 따라 分類될 수 있으므로 特別法과 特別對象法律의 관계 역시 명백히 구별하기 곤란한 경우가 많다.

더우기 現行法上 特例法은 一般的으로 그 法題名에서 「○○에 관한 特別法」,

---

로 하는 特例法, ⑥ 特定機關과 관련된 特例法, ⑦ 特定政策을 執行하기 위한 特例法, ⑧ 特定政治的 目的 遂行을 위한 特例法등이 있다. 그 자세한 內容은 閔東基, 前揭論文, 4~12面 參照.

33) 그 例로 「訴訟促進등에 관한 特例法 第6條의 違憲決定」(憲法裁判所 1989. 1. 25. 선고, 88헌 가 결정), 「金融機關의 연체대출금에 관한 特別措置法 第5條의 2의 違憲決定」(憲法裁判所 1989. 5. 24. 선고, 89헌 가 37. 96 결정)등이 있으며, 또한 현재 交通事故處理特例法도 논란이 되고 있다. 상세한 決定의 內容은 金孝全, 「憲法裁判所의 決定例」, 東亞法學(東亞大) 第11號, 1990, 2~4面 및 憲法裁判所, 「憲法裁判所判例集」, 第1卷(1989), 1~5面, 48~65面 參照.

또는 「○○에 관한 臨時措置法」, 「○○에 관한 特別措置法」 등으로 표현하거나 「特定犯罪加重處罰등에 관한 法律」, 「臨時郵便團束法」등의 경우와 같이 표현하고 있으나, 그러한 特例法에서 特例條項등을 두면서 「○○法の 規定에 불구하고」 또는 「○○法에서 規定한 ○○에 관한 特例를 規定함을」등과 같은 表現을 쓰는 경우는 드물고, 단지 「○○하기 위하여」 또는 「○○함을 目的으로」등과 같이 法の 直接 間接的 目的만을 부각시키는 경우가 많아 그 法이 어느 法의 어떠한 內容에 대하여 特例를 정하고 있는지 판단하기 애매한 경우가 많다. 따라서 特例法을 制定하는 경우에는 既存法律과의 관계에서 상호간에 모순·저촉이 생기지 않도록 特例對象法律과의 관계규정을 두어 어느 법이 特別法으로서 우선 適用될 것인가를 명백히 하도록 하여야 할 것이다.

그리고 既存의 特例法 중에는 일시적인 필요에 의하여 制定되었음에도 계속 방치되어 있는 特例法이 있는가 하면 지속적으로 계속 效力을 유지시킬 一般的인 內容에 대하여 特例法의 形式을 빌어 制定하는 경우도 있는 바, 臨時措置法의 성격을 띠고 있으면서 그 立法效果를 완수한 法律은 과감히 廢止시킴과 아울러 一般法에 포함시켜 規定하는 것이 타당하다고 판단되는 法律에 대해서는 法體系의 정비라는 입장에서 一般法規定에 당연히 포함시켜야 할 것이다.<sup>34)</sup>

## II. 立法의 表現

### 1. 立法에 있어서 言語

人間은 言語에 의해 다른 사람과 의사소통을 할 수 있는 能力을 얻게 되는 것 뿐만 아니라 言語에 의하여 共同體에서의 共同生活을 規定하는 法則도 배우게

34) 예를 들면, 「罰金등 臨時措置法」은 1951년에 制定되어 지금까지 계속 適用되어 왔다.

되며, 또한 社會的인 生活을 실천하게 된다. 그러므로 言語라는 매개체를 통해 人間은 世界를 정복해 가며 共存者를 파악해 가고, 言語를 통해 人間은 힘을 구사한다. 그리고 무엇보다 중요한 것은 人間은 言語를 통해서 자기자신 뿐만 아니라, 自己의 世界를 創造해 나가며, 또한 어느 누구도 똑같은 言語를 使用하거나 똑같이 생각하지 않기 때문에 어느 누구도 他人과 同一한 世界를 갖고 있지 않다는 점이다. 모든 言語와 言語表現行爲에는 이미 特定한 世界觀이 내포되어 있다. 또한 相異한 世界解釋은 言語에 의하여 나타나게 되며, 그렇지 않으면 전달될 수 없다. 새로운 언어가 만들어지지 않으면 반드시 예전 單語에 다른 意味가 주어진다.<sup>35)</sup>

그러면 言語가 法全般에 갖는 機能은 무엇인가. 法이 言語를 필요로 하는 것은 지극히 당연하나 그러나 言語를 통해서 비로소 法은 자기자신을 表現한다는 말은 매우 중요하다. 法은 人間共同體에 있어서 중요하다고 인식되는 特性들의 有效한 귀속에 대한 合意에 이바지한다.<sup>36)</sup> 그리고 이와 같은 論議的·情報傳達的 機能이 어느 정도 實效性이 있는가는 各共同體 構成員이 共同體에 대한 根本規約을 어느 정도 인정하느냐에 달려 있다. 따라서 法的 規範은 이와 같은 實用的이고 有效한 言語를 구성하는데 이바지 하여야 하며, 또한 共同體構成員들의 意見對立을 仲裁·和解시키는 기능을 담당하여야 한다. 그러나 法的 言語는 日常生活의 言語와는 달리 일종의 「專門言語」라고 할 수 있다. 즉 日常言語는 抽象的이며 비유적인 것이 주가 되고 그 內容이 풍부하여 情報的인 價値를 갖는 반면, 法的 言語는 비교적 明確하며 記號的인 概念이 중시될 뿐 아니라 形式에

35) 沈憲燮(譯), Arthur Kaufmann 「法과 言語(Recht und Sprache)」, 法學(서울大) 第25卷 2·3號, 1984, 205面.

36) Helmut Herles, 「Gesetzessprache」, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., S. 156.

중점이 주어저 操作的 價値를 갖게 된다.

그러나 모든 專門言語가 그렇듯이 法律言語도 또한 恣意的으로 日常言語로 부터 떨어져서는 안된다. 즉 人間은 合理的인 存在이고 따라서 人間の 認識은 순수한 合理的인 행위이며 모든 認識의 窮極的인 目標은 全體世界를 完結된 體系 하에 一義的으로 그리고 不變的으로 서술하는데 있다. 그러기 위해서는 一般言語가 지니는 不確定性和 二重性 그리고 은유적인 성격을 제거할 수 있는 言語, 즉 論理的으로 순화된 形式的인 언어가 필요하다. 그러한 관점에서 法律言語는 그 의도에 따르면 抽象的·概念的이고, 정확하고 一義的이며 그 言語는 一次元的이며 단지 합리적인 범주의 차원에서만 움직인다. 그러나 엄격한 의미에서의 一義的인 法律言語만을 고집하는 경우 그러한 法律言語는 모든 실제적인 關聯性을 배제하게 되어 具體的인 歷史的 狀況과 個體性을 고려하지 않는 法이 될 것이고, 개개의 人格을 고려함이 없이 맹목적인 것이 되어 버릴 것이다.

따라서 그러한 法律은 恣意的으로 조작할 수 있으며, 따라서 法的 安定性을 보장해 주지도 못하는 것이다. 法律言語는 生産的이며 兩次元的인 것이 되어야 하며 그렇게 함으로써 日常言語·法市民들간의 言語와 상호연관될 수 있다.<sup>37)</sup> 그러므로 日常用語와 法律用語는 상호연관되어야 하며, 그래야만 生活形態를 그 內容으로 하는 日常世界와 法的 規範世界가 서로 분리되지 않는다. 그리고 또한 이 두 세계는 모두 言語的 形象이기 때문에 生活形態를 法的으로 파악하기 위해서는 우선 言語的인 次元에서 두 세계가 상응되어야 하는 것이다.<sup>38)</sup>

결국 法律言語는 훨씬 구체적이며, 무엇보다도 大衆的이어야 하고, 日常言語

37) 자세한 것은 Jurgen Schmidt, 「*Einige Bemerkungen zur Präzision der Rechtssprache*」, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 2, 1972, S. 390ff 參照.

38) 沈憲燮(譯), 前揭論文, 208面.

的인 것이 되어야 하며 또한 간단한 表現方式으로 규정되어야 할 뿐 아니라 상세하고 敎訓的이어야 하는 것임을 유의할 필요가 있다.<sup>39)</sup>

## 2. 立法에 있어서 表現指針

立法實務 내지 法制實務는 制定法の 制定과 관련된 諸般事務이나, 成文法은 文字 文章의 表現方法을 통하여 인식되는 法이므로 成文法에 있어서 表現方法의 역할은 매우 중요하며 決定的인 것이라 할 수 있다. 따라서 立法에 있어서는 表現의 問題에 관하여 최대한의 배려를 하지 않으면 안된다. 法이 成文法으로서 일단 성립하면 그 法은 이른바 立法의 의도나 그 法에 포함되어야 할 것으로 예정된 政策이 어떠한 것이더라도 文字·文章등의 表現方法을 통하여 획득된 意味 內容을 기초로 認識되고 또한 운용되는 것을 의미한다. 즉 成文法의 文字·文章 등으로 表現되는 것에 의해 人間의 權利·義務가 규제되고, 社會·經濟·文化 등의 制限활동이 영위되며 또한 國家機關의 行爲가 規律되어 公行政이 실현되는 것이다. 따라서 특히 立法의 表現의 面에 있어서는 法令審査를 담당하는 者의 責任이 매우 중요한 것이다.

立法의 表現·立法의 形式面에 관한 基本的인 指針에 관해서는 일찍부터 多數의 學者들에 의해 다양한 見解가 提示되고 있다. 즉 몽테스키외(Montesquieu)는 그의 著書「法の 精神」에서 다음과 같이 밝히고 있다. 「①法の 文體는 간결하고 또한 容易하여야 하며, 수사적인 文句는 注意를 산만하게 할 뿐 아니라 군더더기 말이 된다. ②法の 言語는 個別的인 意見의 차이가 생길 여지를 最小限으로 줄일 수 있도록 가능한 한 絕對的이어야 하며, 相對的인 것이어서는 안된

39) 鄭鍾休, 「民法典과 法言語—法律用語와 條文構造를 중심으로」, 司法行政 1988. 5., 56面.



다. ③立法은 평범한 理解力을 가진 사람들을 상대로 하여 만들어 지는 것이므로 難解하여서는 아니된다. ④立法은 眞實되고 現實的인 것에 바탕을 두어야 하며 비유적이거나 假定的인 것이어서는 아니된다. ⑤立法은 絶對的으로 필요한 경우를 제외하고는 例外나 限界 또는 制限을 많이 첨가함으로써 主題를 혼동하게 만들어서는 아니된다. ⑥立法은 基礎的인 理性과 正義와 事物의 本質에 반하는 것이어서는 안된다. ...」<sup>40)</sup>

그리고 一般的으로 大陸法系의 國家에서는 立法表現에 있어서 明確性에 강조를 두는데 비하여, 英美에서는 確實性을 강조하는 입장이라고 할 수 있다.<sup>41)</sup> 이러한 차이는 大陸法系에 속하는 우리 나라에 있어서의 立法表現方式을 보아도 어느 정도 짐작할 수 있을 것이다. 결국 立法의 表現方法은 規律對象을 직접적으로 規定하여야 한다. 따라서 法令의 立案者는 制定權者가 의도하는 立法의 內容이 正確하고 명료하게 또한 平易하게 그대로 表現될 수 있도록 用字·用語 및 文體를 作成하도록 노력하지 않으면 안된다.<sup>42)</sup> 이를 좀더 具體的으로 提示하면 다음과 같다.

40) C. Montesquieu, 「The Spirit of Laws」, Berkeley 1977, pp. 373~378 [申相楚(譯), 「法の精神」, 乙酉文化社 1963, 492~496面]. 또한 崔大權, 「憲法學—法社會學的 接近—」, 博英社 1989, 350面 參照.

41) 崔大權, 前掲書, 351面; H. Hill, 「Einführung in die Gesetzgebungslehre」, aaO., S. 119; O. Weinberger는 「①立法은 분명하고 모순이 없고 명확하여야 한다. ②立法은 규율되어야 하는 모든 경우를 사실상 規律한다는 의미에서 완벽하여야 한다. ③立法은 장래의 해석에 미칠 수 있는 반사적 효과를 고려하여야 하며, 法學的 解釋論에 대해 원하지 아니한 效果를 극복하여야 한다」라고 강조한다. O. Weinberger, 「Syntaktische und semantische Problem der Gesetzgebung」, in: Th. Öhlinger(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 178.

42) 이 점과 관련하여 Rolf Bender는 立法表現에 관한 基準으로서 ①單純性 ②配列性과 整理 ③簡潔性과 含蓄性 ④기타 附加的인 자극 要素등의 네가지를 가지고 그 最適條件을 다음의 方式으로 測定하고 있다.

(1) 表現의 正確性

立法의 表現에 關해서는 우선 무엇보다도 그것이 立法內容에 대해 正確하게

\* [基準 1: 單純性]

<최적조건>

+2	+1	0	-1	-2
단순성			복잡성	
단순묘사			복잡한 묘사	
간결·간단한 문장			길고 복잡한 문장	
친숙한 용어			친숙하지 않은 용어	
전문적 용어로 설명			비전문적 용어로 설명	
구체성			추상성	
명확성			비명확성	

\* [基準 2: 配列性-整理]

<최적조건>

+2	+1	0	-1	-2
배열성-정돈성			혼란성-관련상실성	
일관성			관련성상실-혼란성	
개괄성-명료성			비개괄성	
연결성			비연결성	
체계성			혼동성	
명백성			불명백성	

\* [基準 3: 簡潔性-含蓄性]

<최적조건>

+2	+1	0	-1	-2
간결성-함축성			방대성	
간단함			복잡성	
집약적			산만함	
요점만 서술			상세함	

\* [基準 4: 附加的인 자극要素]

<최적조건>

+2	+1	0	-1	-2
활력적인 문체			무미건조한 문체	
흥미있는 내용			특색없는 내용	
다양성			일관성-중립성	

Ders., 「Die Sprache des Gesetzes, ein Problem der Verständlichkeit und der Regelungstechnik」, in: Heinz Schäffer/Otto Triffterer(Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Röding Gedächtnissmposition, Baden-Baden 1984, S. 46f.

타당하며 政策決定者의 意思를 정확히 표현하는 것이어야 한다. 立法의 表現이 立法의 內容으로서 예정되는데 정확하게 타당하지 아니한 경우에는 그 表現을 통하여 얻어진 意味內容이 立法의 의도와 다른 것으로 認識되지 않을 수 없게 된다.<sup>43)</sup> 만약 그러한 경우가 발생하게 되면 그 立法의 目的이 달성될 수 없으며, 政策決定者의 본래의 政策意圖와 다른 法이 國民生活을 規律하게 됨으로써 본래 의도된 方向과 다른 方向의 政策效果가 발생하게 되는등 여러가지 不合理的 사태가 발생한다.

立法實務에 종사하는 자는 立法에 사용하려는 表現이 立法內容을 정확히 표현할 수 있도록 최선의 노력을 함으로써 그러한 不合理的 사태를 미연에 방지하지 않으면 안된다. 그러한 의미에서 立法에 있어서 表現에 의해 立法內容을 정확하고 틀림없이 表現하는 것은 立法에 있어서 表現의 기본적인 과제이며, 立法實務에 종사하는 者의 必然的 義務라고 할 수 있다.

그런데 立法에 있어서 表現에 관하여 어떠한 方法을 취함으로써 그 正確性を 확보할 것인가에 관해서는 후술하는 바와 같이 立法에 있어서 構成體系·正確한 用語등을 기본으로 진행하게 될 것이나, 이 점에 관한 一般的 指針으로서 立法에 있어서 表現手段은 「明確性」을, 立法에 있어서 表現上의 構成은 「體系性」을 각각의 지침으로 하는 것이어야 한다.

이와 관련하여 現代國家에 있어서 行政機能의 확대와 함께 특히 行政法規에 광범위하게 등장하고 있는 「不確定法概念(unbestimmter Rechtsbegriff)」이 문제가 되고 있다. 法的 構成要件의 특징은 內容上으로 구분되는 簡潔·明確성에

43) 立法에 있어서 正確성이 缺如된 立法이 發生하게 되는 原因으로는 ① 細密하게 表現하고자 하는 意慾, ② 專門用語의 使用, ③ 法律에서 複雜多難한 事實關係規律, ④ 陳腐하고 기계적인 法案의 作成, ⑤ 立案者의 自慢心, ⑥ 立法過程 중 政治的 理由나 妥協등으로 인한 本來의 法文의 變質등을 지적할 수 있다. 자세한 것은 H. Hill, a.a.O., S. 129f 參照.

있다. 法律的으로 사용되는 개념의 영역에는 內容적으로 減하거나 더하여 確定되는 부분이 있고 그 이외에 法律의 解釋이나 判決에 의해 限界지워지는 法律上的의 要件처럼 一義性을 나타내는 것들도 있으며, 確定되어 있지는 않지만 具體的 事件과 관련하여 確定될 수 있는 것들이 있다. 예컨대 「公共福利」, 「公共의 利益」, 「相當한 理由」, 「信賴」, 「必要」등이 이에 속한다. 法令에 있어서 이러한 不確定法概念의 사용은 그 解釋과 具體的 事件에로의 適用에 매우 큰 어려움이 따른다. 이 경우 肯·否사이에 兩者擇一이 있으며, 法的인 시야에서 양쪽이 똑같이 妥當하다거나 同價値일 수 없고 하나의 正當한 決定만이 가능하고 適法하게 평가받는다고 할 수 있다. 다만 무엇이 正當한가라는 限界領域에 決定의 애매성이 있는 것이다.<sup>44)</sup> 그러나 분명한 것은 不確定法概念의 문제는 認識의 領域에 있는 것이고 意思決定의 세계에 있는 것이 아니라는 점이다. 이러한 概念을 個別事件에 적용시키는 경우에 評價 또는 미래에 대한 豫見이 필요하다. 물론 그 자체로서 유일하고 適法한 결정이 늘 一義적으로 確定되는 것은 아닌 것이다. 여하튼 이 不確定法概念을 둘러싸고 여러가지 복잡한 문제를 야기하므로<sup>45)</sup> 法文의 正確性을 도모하기 위해서는 가능한 한 不確定法概念의 사용을 止揚하여야 할 것이다.<sup>46)</sup>

또한 立法에 있어서 表現의 正確性和 더불어 또하나의 立法表現의 基本原則으로서 후술하는 立法의 「平易性」이 있으나, 이 兩者 가운데 어느 것에 중점을 둘

44) 자세한 것은 鄭準鉉, 「不確定法概念의 解釋과 適用」, 成大碩士論文, 1983, 10~19面 參照.

45) 立法者는 不確定法概念의 一義性을 도모하고자 法文에서 定義規定을 사용하는 경우가 많다. 자세한 것은 本 論文 193面 參照.

46) 不確定法概念을 둘러싼 諸問題에 관해서 金哲, 「不確定法概念」, 考試界 1988. 11., 84~96面; 洪井善, 「不確定概念과 裁量概念」, 社會科學論集 7輯(梨大), 1987. 12., 23~37面 參照.

것인가는 事案의 本質에 비추어 볼 때 表現의 正確性이라고 할 것이다. 물론 立法에 있어서는 될 수 있는 한 이 兩原則을 兩立시키는 것이 바람직하나, 경우에 따라서는 表現의 正確性을 위하여 表現의 平易性을 희생하지 않을 수 없는 경우가 있다. 또한 法令의 對象自體의 複雜性, 技術性, 專門性등의 사정이 있는 경우에는 처음부터 그것을 무시하지 않을 수 없는 경우도 있는 것이다.

## (2) 表現의 平易性

成文法에 있어서 그 內容은 表現을 통하여 인식되는 것이며, 특히 現代에 있어서 法은 당연히 民主的인 것이어야 하므로 立法의 表現에 있어서는 平易性이 요구되지 않으면 안된다. 法이 支配者의 支配手段이었던 封建時代 내지 專制君主時代와는 달리 現代 民主國家에 있어서 法은 이른바 國民意思의 表現이므로 民主的인 性格을 가질 것이 요청된다. 또한 國民意思의 表現이므로 法은 國民들에 의하여 이해되고, 나아가 그 준수가 기대되어야 하는 것이다. 따라서 그 表現이 難解한 것이어서는 아니되며, 表現이 難解하거나 不適切하다면 法의 執行 또는 適用에 즈음하여 國家機關의 판단이 중요한 역할을 하게 되어 이들 機關의 恣意的인 解釋의 여지를 광범하게 인정하는 결과가 되는 것이다. 그리하여 立法의 民主化, 法令의 民主化의 일환으로서 法의 平易한 표현을 위한 노력이 필요한 것이다. 또한 최근의 立法에서 간결한 표현이 강조되면서 함축성있는 表現이 다수 규정되고 있다.

法令을 가능한 한 簡潔하게 표현하는 것은 매우 필요한 것이며, 이것이 平易性으로 통하는 경우도 많다. 그러나 만약 簡潔性和 平易性의 양자택일이 필요한 경우가 있다면 平易性에 중점을 두어야 할 것이다. 그 이유는 간결성을 지향한 결과로서 法條文의 다양한 解釋을 낳게 한다면 그것은 바람직하지 않을 것이기 때문이다.

### 3. 立法表現의 具體的 方法

#### (1) 法令의 用字

法令에 있어서의 用字는 한글을 전용한다. 이와 관련하여 「한글전용에 관한 법률」은 「대한민국의 공용문서는 한글로 쓴다. 다만, 얼마동안 필요한 때에는 한자를 병용할 수 있다」라고 규정하는 한편, 「정부공문서규정」 제11조 1항은 「문서의 용어는 한글로 띄어서 가로쓰되, 표준말을 쓴다」라고 규정하고 있다. 그러나 엄격하게 法的으로 보면 大統領令인 「정부공문서규정」만으로는 法律의 用語를 기속할 수 없다고 할 수 있으므로 法律에 대해서는 「한글전용에 관한 법률」의 적용을 받아 필요한 때에는 한자를 병용할 수 있다고 보아야 한다. 그래서 「정부공문서규정」 제39조 2항에서는 「법규문서중 법률문서에 대하여는 이 영의 적용을 받는 기관외의 기관에서 다른 관행이 있는 경우에는 그에 따를 수 있다」라고 하여 法律의 경우에는 한글·漢字를 混用할 수 있음을 규정하고 있다.<sup>47)</sup> 그리고 法律題目의 경우에도 일반적인 國·漢文混用原則에 따라 國·漢文을 混用하며, 한글로 된 法律을 인용할 때에는 한글로 된 法律은 한글 그대로 인용한다.

한편 法制處에서는 法令에 있어서의 한글·漢字表記基準을 마련하여 法令의 한글化作業을 꾸준히 추진하고 있으며,<sup>48)</sup> 그 외에도 ①法令을 한글專用原則에 따라 가급적 한글로 쓴다. 다만 한글로 표기할 경우 뜻이 混用될 우려가 있는

47) 그러나 우리의 現行法律에서는 漢字의 使用이 너무 많아서, 한글의 사용은 法條文에서 다만 助詞의 機能을 담당하고 있을 뿐이다. 그리고 일반 보통명사에 지나치게 漢字의 사용이 두드러지게 많은 점은 문제가 있다. 우리 法典의 漢字의 洪水現狀에 대한 批判은 曹圭昌, 「韓國民法과 獨逸民法의 관계—우리 民法의 難解性을 중심으로」, 韓獨法學 4輯, 1983, 57面 以下 參照.

48) 法令 한글화 事業에 관해서는 金承烈, 「法令 한글화 事業에 관한 小考」, 法制 第227號, 1988. 4., 19~24面 參照.

用語는 漢字로 쓸 수 있다. ② 어떠한 경우에도 하나의 法令에서는 漢字混用基準이 統一되어야 한다. ③ 複合語는 모두를 漢字 또는 한글로 쓴다. ④ 中間點으로 연결되는 경우에는 一般混用原則에 따라 混用한다. ⑤ 法令用語의 漢字·한글表記는 명백한 잘못이 없는 한 提案者의 의도에 따르기로 하고, 審議過程에서는 바꾸지 아니하기로 한다 등의 基準을 설정하고 있다.<sup>49)</sup>

## (2) 法令의 用語

法令중에 사용되는 用語의 意義를 미리 명백히 정한다는 것은 法令解釋上의 의문이 발생하지 않도록 함과 아울러 法令의 民主化를 도모하는데에도 중요한 역할을 한다. 그리고 法令上 자주 慣用되는 法令用語는 學問으로서의 法學分野에 존재하는 전문적 술어로서의 소위 法律用語와는 다소 다른 것이며, 法文構成上 일정한 의미가 부여되고 일정한 用法에 따라 사용되고 있는 技術的인 用語인 것이다. 따라서 立法技術을 습득하는데 있어서는 이 慣用되는 法令用語를 충분히 인식하지 않으면 안된다.

法令에 있어서 用語의 問題에서 중요한 것은 法令에 있어서 特殊한 의미를 가지는 것으로서 約束되어 사용하는 用語의 問題이다. 法令의 세계에서 法令用語라는 특수한 영역의 用語가 존재할 수 있는가의 問題는 立法의 內容으로 해야 할 行政의 복잡다기화, 專門化는 당연히 立法自體에 반영되어 그것이 法令의 복잡다기화, 專門化를 초래하고 있는 것은 否認할 수 없는 사실이다. 또한 본래 法令自體가 지닌 專門技術性이라는 것을 완전히 배제하는 것은 현실문제로서 사실상 곤란하며, 불가능하다고 할 수 있는 것이다. 이러한 制約條件의 存在가 단순히 法令用語 뿐만 아니라 기타의 면에서도 立法技術自體의 技術性이라는 것을

49) 法制處, 「法令立案審查基準」, 111面.

불가피하게 하는 것이나, 이러한 기술을 될 수 있는 한 감추지 않고 그 公開를 도모하면서 또한 다른 한편 그것을 정확히 구사하는 것이 일면에 있어서 正確한 法文을 작성하는 基本條件이 됨을 충분히 인식하면서, 그들 事項에 관한 연구를 할 필요가 있는 것이다.

法令用語의 實例를 상세하게 解說하는 것은 여기서는 불가능하며, 그 자세한 것은 法制處가 발간한 「法令立案審査基準」<sup>50)</sup> 등을 참조하면서 具體的인 法令의 規定을 해독하고 실제 法文을 立案할 때 충분한 지식을 익히도록 할 것이 요망된다. 法令用語의 사용일반에 관해 약간의 유의사항을 지적하면 다음과 같다.

① 法令用語도 立法技術의 일환으로서 使用되는 것이므로 그것이 지니는 技術性에 충분히 유의하여야 한다. 또한 技術은 그 자체 固有한 價値를 지니는 것이 아니라 일정한 목적에 봉사하는데 그 存在意義가 있음을 인식하여야 한다. 法令用語의 사용은 法文을 정확하게 작성하기 위하여 행하여지는 것이므로 그것을 지나치게 사용하는 것은 無意味하며 有害하다. 法令用語를 사용하지 않고 國民一般에게 적절하게 표현이 될 수 있는 用語가 있다면 그것을 사용하는 것이 바람직하다.<sup>51)</sup>

50) 同書에는 약간의 특수한 法令用語의 意味와 그 使用法에 관하여 주요한 12가지의 事例를 열거하고 있다. 法制處, 前掲書, 16~20面 參照. 또한 朴鉉炆, 「立法技術講座」, 國民書館 1970; 38~65面 및 國會事務處, 「法制實務」, 1990, 95~101面 參照. 또한 法制處의 法令用語정비추진실적에 관해서는 申珏澈, 「법령용어정비추진연혁과 실적」, 法制 第285號, 1989. 12., 24~48面 參照.

51) 本 研究院이 1991年 4月 22日부터 28日까지 전국의 20세 이상의 男女2千名을 대상으로 國民法意識을 조사한 연구보고서에 의하면 法條文과 法律用語가 난해하여 이해하기 어렵다는 응답이 全體의 92.2%가 나왔다는 점은 앞으로 法律用語의 난해성을 해소하는데 더욱 많은 노력을 기울여야 할 것임을 시사하고 있다. 특히 학력이나 소득수준이 낮은 계층 및 농어촌지역에서 法律用語의 난해성을 지적하는 것이 많이 나왔다는 점은 法律用語에 대한 정비 뿐 아니라 法의 生活化를 위해서도 유의하여야 할 것이다. 자세한 내용 및 분석결과는 朴相哲·朴尙熙·崔星根(共同研究), 「國民法意識調查研究—法治主義의 정착가능성진단」, 韓國法制研究院, 1991. 7., 67~69面 參照.



② 法令用語의 意義는 法學에서 一定한 慣用이 확립되어 있는 경우에는 그 意義를 살려 사용되는 것이 바람직하다.<sup>52)</sup> 예를 들면 行政法學에서 許可는 一般의인 禁止의 解除를 意味하며, 認可는 法律行爲의 效果를 發生시키는 補充的인 行爲의 意味로 사용되고 있으나 實定法上으로는 이 양자가 혼동되는 例가 많다. 이러한 경우에는 國民에게 혼동을 불러일으키지 않도록 가능한 한 學問上의 用法과 일치하는 것으로 사용하는 것이 적당하다. 단지 人的인 許可에 관해서는 實定法上 用語로서 오히려 免許를 사용하는 慣例가 확립되어 있으므로 그러한 것에 따르는 것이 적당할 것이다.

③ 法令用語는 가능한 한 一般的으로 사용되고 있는 意味로서 사용할 것이 요망된다. 法令用語가 본래 특수한 法令上의 用語인 이상 상당히 난해한 문제는 있으나, 普遍的인 用法에서 현저히 거리가 먼 것은 오해의 原因이 되므로 가능한 한 社會一般에서 사용되는 用法과 차이가 나지 않도록 하는 노력이 필요하다. 그러나 거꾸로 社會一般人에게는 마찬가지로 意味로 사용되고 있는 用語를 法令用語의 技術性에서 각각 별도의 意味로 사용하지 않을 수 없는 것이 있으므로 이 경우에는 그 一般에 대해 취지를 주지시킬 필요가 있다.<sup>53)</sup>

④ 法令用語의 使用에 있어서는 同一趣旨의 表現을 하기 위하여 특별한 用語를 사용하지 않을 것이 요구되며, 또한 어떻게 하면 法令의 目的·趣旨를 表現하기 위하여 가장 적절한 것이며 정확한 表現이 되는가에 관해 항상 배려를 하

52) 法制處가 마련한 「法令用語整備要綱」에서도 「法令用語는 되도록 學術用語와 一致시킨다」라고 강조하고 있다. 法制處, 前揭書, 14面.

53) 法制處가 1969년에 마련한 「法令用語整備要綱」에서도 이 점이 강조되고 있다. 즉 「① 法令에는 알기 쉽고 널리 사용되는 평이한 用語를 사용한다. ② 常用되는 用語라도 非民主的인 것은 적절한 다른 말로 바꾸어 쓴다」. 法制處, 前揭書, 14面.

면서 用語를 선택할 것인가를 인식하여야 한다.<sup>54)</sup>

### (3) 기타의 立法表現

立法의 具體的인 內容으로서는 이미 지적한 用字·用語와 관련하여 숫자·外來語·符號·띄어쓰기·圖表作成의 方法등 여러가지가 지적될 수 있으며, 그 使用時의 留意事項을 지적하면 다음과 같다.

#### ① 숫 자

法令에는 숫자를 사용하는 경우가 매우 많다. 法令을 公布할 때에는 반드시 그 法令에 번호를 붙이고 法令의 同一性을 식별하기 위한 個性이 題名外에 부여될 뿐 아니라, 法令의 內容에서도 예를 들면 施行日·年齡·數量·順位·階級·比率·期間·金額등에서도 많이 사용된다. 숫자는 이러한 의미에서 모든 法令과 분리할 수 없다고 할 수 있다. 法令에서 숫자를 쓰는 방법은 誤植·誤記의 염려가 많기 때문에 특히 유의하여야 하며, 현재 우리나라에서는 모든 法令에 사용하는 숫자는 아라비아숫자를 原則으로 하고 있다. 그러나 例外的으로 法令에 표시하는 숫자가 千單位 이상일 경우에는 漢字 또는 한글로 표시하고 있다. 그러나 別表등에서 복잡한 숫자를 圖表로 표시할 때에는 아라비아숫자를 그대로 쓰는 경우도 있다.

#### ② 外來語

法令에 있어서 外來語의 使用은 表現의 平易性이라는 原則에 어긋날 뿐 아니라 國家의 言語政策이나 國民意識的인 측면에서 바람직하지 못하므로 外來語는 되도록 쓰지 않아야 한다. 그러나 널리 常用되고 있는 外來語로서 바꾸어 쓸 우리말이 적절한 것이 없는 것은 그대로 쓸 수 있으며, 또한 우리말로 바꾸어 쓸

54) 法制處의 「法令用語整備要綱」에서도 「두개 이상의 用語가 같은 뜻으로 사용되고 있는 것은 正確하고 適切한 한가지로 쓴다」라고 하고 있다. 法制處, 前揭書, 14面.

수 있는 外來語라 할지라도 外來語를 씀이 더 적절한 때에는 그대로 쓸 수 있다.<sup>55)</sup> 그리고 外來語를 쓸 때에는 「教育部 制定 外來語表記法」에 따른다.<sup>56)</sup> 法令에서 外來語가 사용되는 경우에는 대체로 두가지가 있다. 그 하나는 外來語가 하나의 符號로서 사용되는 경우가 있으며, 다른 하나는 예컨대 外來語를 번역하여 사용하는 경우에 그 外來語의 본래의 의미를 분명히하기 위하여 外來語를 괄호쓰기로 使用하는 경우가 있다.<sup>57)</sup>

### ③ 符 號

法令에서 사용하는 符號는 한글맞춤법에 따르지만 다소 특수한 用法이 있음을 유의하여야 한다. 우선 「마침표와 쉼표」는 一行의 法令에도 필요하며 이것은 符號라기 보다 오히려 字句 그 자체와 불가분의 意味上的 연관을 가지고 字句와 一體가 되어 文字와 같은 作用을 한다. 마침표는 文章의 完結의 表示이지만 i) 號나 目이 名詞·代名詞등으로 끝나는 法令에는 마침표를 찍지 아니하며, ii) 號나 目이 名詞·代名詞등으로 끝나는 경우에도 계속 但書로 이어질 때에는 마침표를 찍어야 하며, iii) 號나 目 또는 그 但書가 서술문으로 끝날 때에는 다시 마침표를 찍어야 하는등의 例外<sup>58)</sup>를 제외하고는 用法에 의문이 발생하는 경우는 거의 없다. 그러나 쉼표의 사용법은 매우 복잡하여 그 用法이 어렵기 때문에 세심한 주의를 요한다.

둘째로, 法令의 「符號」중 技術的인 法令의 의미에 커다란 영향을 미치지 않

55) 法制處, 「法令用語整備要綱」, 前揭書, 14面.

56) 자세한 것은 文教部, 「外來語表記用例輯」, 1989. 參照.

57) 이것은 주로 條約에서 사용된다. 예를 들면 國際聯合(UN)憲章, 國際聯合教育科學文化機構憲章(UNESCO)등이 그것이다.

58) 그러나 法制處의 「法令立案審查基準」에서는 「條文 各號가 문장으로 끝나거나 단어의 나열로 끝나는 경우를 不問하고 憲法의 예에 따라 마침표를 찍지 아니하기로 한다」라고 하고 있어서 立法實務上 논란을 가져오고 있다. 法制處, 前揭書, 108面.

는 符號로서는 중간점·반점·쌍점등이 있다. 중간점은 원칙적으로 두개의 단어가 연결된 경우에는 「및」을 사용하여야 하나, i) 유사한 의미를 가진 단어를 연결할 때, ii) 義務上의 先後關係등 聯關性을 갖는 단어를 연결할 때 중간점을 사용한다.<sup>59)</sup> 반점은 文章안에서 짧은 휴지를 나타내는 符號로서 주로 띄어쓰여져 있는 구절 또는 文章을 계속 연결할 때에 많이 使用한다는 점에서 중간점과 구별된다. 쌍점은 種類의 구분, 설명등을 할 때 사용하는 경우가 있으며 특히 별표와 별표서식에서 주로 使用된다.

세째, 符號에서 가장 많이 使用되는 것으로는 「괄호」가 있다. 우선 맞춤법상 가로쓰기의 경우에는 작은 따옴표를, 세로쓰기에는 낫표(「」)를 사용하는 것이 원칙이지만 法文에서는 가로쓰기이지만 낫표를 사용하는 경우가 많다. 이러한 낫표는 말을 定義하는 경우, 다른 條文을 준용함에 있어 準用條文을 고쳐 읽는 경우 및 法文 중의 字句의 改正, 附加 또는 削除하는데 그 部分을 표시하는 경우등에 使用한다. 그리고 괄호는(( )) 소괄호·중괄호·대괄호가 있으며 法文表現上 이것을 전부 필요할 때 使用할 수 있으나, 그러한 표현은 法文의 理解를 어렵게 하므로 괄호를 줄이는 것이 바람직하다.<sup>60)</sup> 여하튼 괄호는 그 앞의 用語를 요약하여 일종의 略稱 또는 補足的 定義를 정하는 경우, 그 앞의 用語에서 特定한 범위의 對象을 제외하는 경우, 그 포함되는 대상의 範圍를 분명하게 하는 경우, 그것이 特定한 경우에는 別個의 것으로 바꿔 읽게 되는 경우 및 引用된 法文의 內容을 요약하여 表示하는 경우등 여러가지 경우에 使用되고 있다.

네째, 法文중에는 중요한 部分을 특별히 강조하여 表示하기 위하여 「밑줄」을

59) 法制處, 「法令立案審查基準」, 前掲書, 104面.

60) 괄호의 用法은 法文의 경우와 맞춤법의 경우가 일치되지 않고 있는 例가 많다. 또한 대괄호([ ])는 法令에 別表나 別紙書式을 두고 있을 경우 그 表示를 할 때 使用된다.

사용하는 경우가 있다. 주로 별표의 題目에 밑줄을 많이 사용하고 있으나, 統一的으로 사용하고 있지는 않다.

#### ④ 띄어쓰기

法文에 있어서 띄어쓰기는 한글맞춤법을 標準으로 함을 原則으로 하고 있다. 그러나 「法令立案審查基準」에서는 몇가지 특례를 인정하고 있는 바, i) 3원 20전은 「3원20전」으로, 말 한필은 「말1필」로, 나무 두 그루는 「나무 2그루」로, 1969년 3월14일 하오 1시30분은 「1969년 3월14일하오 1시30분」으로 한다. ii) 한글 학회는 「한글학회」로, 덕수 국민학교는 「덕수국민학교」로 한다. iii) 「기간이내에」, 「區域안에서」, 「期日이전에」, 「公布한 날로 부터 施行한다」, 「學生중에서」, 「30日이상」, 「20日이하」, 「法 제4조제1항 및 제3호 내지 제6호」는 여기에 쓴대로 쓴다. iv) 法令의 題號는 붙여 쓴다라는 것등이 그것이다.<sup>61)</sup> 그러나 이 점에 관해 法令文의 띄어쓰기는 一般國民의 이해를 위하여 한글맞춤법 원칙에 대한 例外는 가급적 인정하지 않는 것이 좋다고 하면서, 위의 특례에 대해 「3원20전」, 「期間이내에」, 「區域안에서」, 「期日이전에」는 각각 「3원 20전」, 「期間이내에」, 「區域 안에서」, 「期日이전에」로 하는 것이 보다 한글맞춤법에 적합하다는 의견도 提示되고 있다.<sup>62)</sup>

### III. 立法의 基本形式

#### 1. 意 義

法令은 그 內容이 되는 事項을 確定하면 일정한 형식을 갖춘 문서로 작성하는

61) 法制處, 「法令立案審查基準」, 12面.

62) 國會事務處, 前揭書, 108面. 또한 이 문제에 관한 상세한 것은 申瑛澈, 「새한글맞춤법·표준어규정 개정의 概要와 法令用語表記」, 法制 第224號, 1988. 3., 21~34面 參照.

것이 成文法主義法制下에서의 일반적인 立法形式이다. 立法의 內容이 아무리 충실하게 研究·檢討되었다 하더라도 그 立法이 실제로 있어 문자로 표현된 일정한 형식을 갖춘 것에 따라 解釋·適用되는 것이므로 그 表現方法 및 形式을 결여한다면 立法의 진정한 의도는 도저히 실현될 수 없는 결과를 초래하는 것이다. 따라서 立法은 法文構成上 뿐만 아니라 그 形式面에 있어서도 여러가지 技術과 體制가 갖추어져야 한다. 이것은 受範者에게 가능한 한 立法의 內容을 명확하게 이해시키고 또한 社會構成員에게 效果的으로 요구된 行爲를 하도록 동기를 부여하기 위하여 立法者가 행하여야 할 通知技術의 문제라고 할 수 있으며,<sup>63)</sup> 나아가 立法의 內容이 불필요하게 손상되지 않도록 立法實務的 立場에서 반드시 준수하여야 할 기준인 것이다. 이러한 立法의 基本形式을 준수하는 것은 立法者에게도 편리할 뿐만 아니라, 일반국민에게도 法의 理解를 가능케 하는 것이라 할 수 있다.

일반적으로 法令이 일정한 形式을 갖추는데 필요한 기준으로는 法이 法다운 모양을 갖추도록 짜임새가 있어야 하고 法의 適用對象인 一般國民의 理解에 기여할 수 있도록 條文이 그 전체적인 면에서 일정한 순서로 배열되어야 한다는 「順序의 原則」과, 法令의 불필요한 條項을 設定하거나 修飾을 달거나 表現의 중복을 피하기 위하여 縮小·擬制·準用·變換을 도모하여야 한다는 「經濟의 原則」등이 요구된다.<sup>64)</sup> 그리고 이 兩原則에 입각하여 立法者가 立法時에 고려하여야 할 문제로서는 立法內容에 있어서 基本的인 것과 副次的인 것을 分配하는

63) O. Weinberger, 「Syntaktische und semantische Probleme der Gesetzgebung」, in: Th. Öhlinger(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S. 170.

64) 朴奉國, 「法律案起草에 관한 小考」, 國會報 1984. 2., 145面; 同, 「立法의 理論과 實際」, 立法調查月報 1989. 1., 11面 參照.

「分配의 問題」, 서로 유사한 類型이나 內容을 순서에 따라 分類하는 「分類의 問題」, 法形式이 수직적 일관성 즉 法秩序가 總括性·統一性이 있도록 하여야 한다는 「順序의 問題」등을 지적할 수 있다.

여하튼 成文法主義法制를 취하는 국가에서는 일반적으로 法令이 일정한 형식을 갖는데 필요한 基準 내지 指針을 마련하여 실제 法令立案時에 반드시 그에 따르고 있으며,<sup>65)</sup> 우리나라에서도 法制處에서 그동안 立法慣行으로 되어왔던 것과 實務上 축적된 결과를 종합하여 「法令立案審查基準」을 마련하고 있다. 또한 總務處에서도 「行政法令立案業務要領」을 作成하여 法令立案의 基準을 마련하고 있으며, 國會에서도 「法制實務」등을 발간하고 있다.

## 2. 條文의 配列形式

### (1) 題名

현재 法令에는 각기 그 명칭이 있으며, 이것을 法令의 題名이라고 한다. 題名은 法律·大統領令·部令 등 形式의 종류에 따라 그 명칭을 달리한다. 法律의 題名에는 끝에 法 또는 法律로 표현하지만 그 구별은 法一般에 관한 理論에 의한 것이 아니고 단순히 表現形式上의 문제에 지나지 않는다. 題名은 그 法律의 主要內容을 함축적으로 표현한 것이므로 題名만 봐도 그 法律의 內容을 짐작할 수 있다.<sup>66)</sup> 따라서 題名을 붙이는데 있어서는 우선 그 法令內容의 전모를 잘 表現하고 있어야 한다는 점이며 그 다음은 될 수 있는 한 간결한 題名을 붙여야 한

65) 美國의 경우는 各州의 憲法에서 制定文의 形式, 主題, 用語의 表現등에 관한 規定을 두고 있고 法制事務處理의 行政的 基準으로서 「OMB規程 4-19」를 두고 있다. 또한 프랑스에서는 法律案 및 諸命令作成에 관하여 首相訓令으로 그 指針을 규정하고 있다. 日本에서도 內閣法制局에서 발간한 「法令審查事務提要」가 있다.

66) 朴奉局, 「立法의 理論과 實際」, 立法調查月報 1989.1., 15面.

다는 점이다.<sup>67)</sup> 그러나 이 두가지 要請은 상호모순이 되므로 內容을 잘 표현하려면 題名이 부득이하게 길어지게 되는 경우가 있다. 특히 이러한 경우는 臨時法·特例法인 事項을 정하는 法令에서 자주 지적된다. 따라서 이러한 경우를 제외하고는 題名을 될 수 있는 한 간결하게 표현하는 것이 바람직하다. 반면, 題名이 간결하여야 된다고 해서 지나치게 簡潔·簡明하게 하는 것은 立法技術上 바람직하지 못하다고 할 수 있다.

題名과 法令內容의 연관성에 대해서는 美國에서는 이것을 대단히 중요시하고 있으며, 이른바 「one, subject, close」라는 規定을 가지고 있다. 이러한 題名에 대한 사고방식은 우리의 경우에도 많은 참고가 될 것이다. 다만 이렇게 생각하는 경우 法令의 題名이 길어지게 되는 경향이 있는데 美國에서는 法令의 題名이 대단히 길어지게 되는 경우에는 그 法令을 다른 法令에서 引用하는 때 약칭을 미리 정하는 방식을 취하고 있다.<sup>68)</sup> 그리고 法令內容을 빠짐없이 나타낼 수 있기 위해서 題名이 길어지게 되는 경우에 그 內容의 表現을 적당한 곳에서 멈추고 나머지는 「등」 또는 「중간점」을 사용한다.

法令種別에 따른 題名の 일반적인 유형을 살펴보면 다음과 같다. 우선 法律의 題名은 대개 「○○法」, 「○○에 관한 法律」, 「○○特別法」, 「○○臨時措置法」, 「○○特別措置法」, 「○○法施行法」등으로 되어 있으며,<sup>69)</sup> 大統領令의 題名은 대개 「○○法施行令」, 「○○規程」, 「○○職制」등으로 되어 있으며,<sup>70)</sup> 總理令이나

67) 法制處의 「法令立案審査基準」에서도 이 점을 강조하여 ① 題名은 간결하여야 한다. ② 題名은 主要內容을 빠짐없이 나타낼 수 있어야 한다. ③ 다른 法令과 혼동될 염려가 없어야 한다고 지적하고 있다. 法制處, 「法令立案審査基準」, 21面.

68) 立法技術研究所(編), 「法令作成의 常識」前掲書, 52面.

69) 기타 法律의 성격이나 내용에 따라 「基本法」, 「促進法」, 「年金法」, 「振興法」, 「基金法」, 「事業法」, 「計劃法」, 「保護法」, 「育成法」, 「銀行法」, 「組合法」등 여러가지가 있다.

70) 家庭儀禮準則과 같이 특이한 표현을 쓰는 경우도 있다.



部令의 경우에는 대개 「○○法(令)施行規則」, 「○○規則」등으로 사용하고 있다.

## (2) 章·節등의 區分

法令의 理解와 檢索引用의 便宜를 제공하기 위하여 상당히 많은 수의 條文으로 된 法令은 몇개의 群으로 나누는 것이 바람직하다. 이러한 구분은 法律에 한하지 않고 法令 全般을 통하여 條文數가 많은 것에 대하여 사용되고 있으며, 그 區分은 일차적으로 「章」이지만 章으로 구분하는 것이 부족하여 그 아래에 다시 小區分을 둘 필요가 있는 경우에는 우선 「節」로 하고, 節을 세분하는 경우에는 「款」으로, 款을 세분하는 경우에는 「目」으로 각각 구분한다. 그리고 특히 條文數가 많은 경우에는 章의 위에 「編」이라는 大區分을 두는 경우도 있다.<sup>71)</sup>

章·節등으로 事項을 구분한 경우 그 章이나 節에 어떠한 제목을 붙이는가는 그 法令의 각각의 內容에 따라 정하여지는 것이므로 一律적으로 말할 수는 없으나, 章을 예로 들면 통상은 第 1 章에는 法令全體를 통하는 總則的인 規定을 두게 되므로 「總則」이라는 제목을 붙이는 경우가 많다. 그리고 그 法令全體를 통하는 共通的 規定이기는 하나 總則에 넣을 정도의 原則的 規定이 아닌 것을 종합한 章의 題目은 「補則」으로 붙이게 된다.

그리고 「通則」이라는 제목은 보통의 경우에는 어떤 章안에 節의 區分을 두는 등 그 章 전체에 통하는 總則的 規定을 종합한 節의 제목과 같이 法令全體에 대한 總則的인 規定의 部分의 題目으로서가 아니라 그 法令의 어떤 부분내에서의 總則的인 規定을 한데 묶은 區分의 題目으로 붙이는 것이 보통이다.<sup>72)</sup>

71) 法制處, 「法令立案審查基準」, 21面.

72) 「어떤 法令全體에 대한 總則的 規定을 모은 것의 標題로는 『總則』, 法令의 어느 부분중의 總則的 規定을 모은 것의 標題로는 『通則』을 쓴다.」 法制處, 「法令立案審查基準」, 22面.

### (3) 條・項・號・目

本則은 法令의 주체를 이루는 것이므로 그 內容을 이해하기 쉽도록 매우 간단한 것을 제외하고는 「條」로 구분한다. 하나의 條文 중 다시 그 內容을 區分할 필요성이 있을 때에는 條文을 「項」으로 구분하며, 項의 표시는 ①・②등으로 아라비아數字에 동그란 테를 둘러 사용한다. 條文을 項으로 나누는 것은 이미 살펴본 바와 같이 法文의 內容의 理解를 용이하게 하기 위한 것이므로 설사 關聯事項을 內容으로 하는 경우에도 지나치게 項의 수가 많은 것은 바람직하지 못하다. 이러한 경우에는 內容을 分類하여 이를 數個項의 條文으로 하는것이 法令의 理解와 檢索引用을 용이하게 하는 것이다.

條・項중에서 몇 개의 事項을 列記적으로 나열하여 規定할 필요가 있는 경우에는 1・2・3 이라는 숫자를 사용한 번호를 붙여 열거하는데 이를 「號」라고 한다. 그리고 號를 다시 細分할 필요가 있을 때에는 가・나・다 등 「目」으로 구분한다. 附則은 項 또는 條로 구분하되, 5個項 이하인 경우에는 項으로, 5個項을 초과한 경우에는 條로 구분한다. 다만 1個項일 경우에는 項으로 구분하지 아니한다. 附則을 項 또는 條로 구분할 때에는 각각 題目을 붙인다.<sup>73)</sup> 그러나 附則을 條로 區分하는 경우 그 條의 條名에 대하여는 本則과 같이 條名을 붙이는 방법과 附則은 附則대로 따로 條名을 새로이 붙이는 방법이 있으나, 현재는 本則과 通番으로 하지 않고 따로 條名을 새로이 붙이는 방법을 採用하고 있다.<sup>74)</sup> 또한 기존 法令의 一部를 改正하는 法令의 附則의 경우에는 필연적으로 附則만으로 第1條・第2條라는 條名을 붙인다.

73) 法制處, 「法令立案審查基準」, 23面.

74) 法制處, 「法令立案審查基準」, 23面.

### 3. 總則에 관한 事項

總則的 規定으로서는 目的規定, 趣旨規定, 定義規定, 解釋規定 등이 설치되는 예가 있으나 최근의 規制的 立法에 있어서는 특별한 規定을 두는 例도 발견되고 있다.

#### (1) 目的規定

目的規定이란 法令의 立法目的을 간명하게 要約한 文章을 말한다. 이것은 題名과 함께 그 法令의 目的을 명확히 하며 또한 그 法令規定의 解釋指針을 제시하는 역할을 한다.<sup>75)</sup> 이 의미에서 目的規定은 다음의 定義規定과 함께 이른바 法規的 解釋의 機能을 거두는 規定이라고 할 수 있다. 여기에서 法規的 解釋이란 法令의 規定의 意味를 그 法令 또는 다른 法令中에서 立法的으로 명확히 하는 것을 의미한다. 이 目的規定은 法律에서 설치하는 경우가 많으며, 命令에는 目的規定을 둘 필요성은 적다. 또한 地方公共團體의 條例·規則에 관해서도 그것이 결정적으로 體系的인 內容을 가지거나, 住民의 權利義務에 중대한 영향을 미치는 경우등에는 法律의 경우와 마찬가지로 目的規定을 두는 것이 적당하다고 생각된다.

그리고 目的規定에 관하여 特例가 될 만한 것은 各種 公社·公團 등 公法人의 조직을 정할 것을 目的으로 하는 法律의 경우에는 그 立法目的을 정하는 規定을 두지 않고 이에 대신하여 그 法律에 의하여 설립되는 公法人의 設立目的 자체를

75) 目的規定의 機能으로는 ① 法適用이나 法발견時에 있어서 직접적인 解釋手段 ② 法律이 의도하는 效果의 確定과 測定(效果分析 및 統制) ③ 上位의 目標達成의 觀點에서의 法規定의 特性판단 및 法律에 의한 侵害·措置·規制의 有用성의 立證 ④ 法律의 受範者에게 법규정의 內容 및 意味의 傳達를 용이하게 한다. W. Hugger, 「Ziel-und Maßnahmenfindung」, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., S. 244f.

정하는 規定을 두고 있는 것이 많다. 물론 公社法에 있어서는 法人設立目的이 동시에 그 法律의 立法目的이기도 하기 때문에 그러한 形式을 취할 수도 있으나 法律의 全體 體制의 일관성을 유지한다는 견지에서는 그러한 公社法의 目的規定도 他法令과 體制를 맞추어 통일된 規定方法을 쓰는 것이 바람직하다.<sup>76)</sup>

目的規定을 쓰는 方法에 대하여는 특히 일정한 原理·原則이란 것은 없으며, 각각의 法令에 따라 가장 적합하다고 생각되는 內容을 표현하면 된다. 目的規定의 類型을 구체적으로 例示하면 ① 法令의 直接目的만을 언급하는 것,<sup>77)</sup> ② 法令의 直接目的 내지 高次의 目的과 그 達成의 手段을 정한 것,<sup>78)</sup> ③ 法令의 直接目的과 그 달성수단외에 궁극적 目的으로 公共의 福利의 向上까지를 정하고 있는 것,<sup>79)</sup> ④ 立法의 動機까지 規定한 것<sup>80)</sup> 등이 있다.

## (2) 趣旨規定

法令에 따라서는 目的規定에 대신하여 그 法令에 規定되어 있는 事項의 內容을 요약한 것을 그 第1條에 두는 경우가 있으며, 이것을 趣旨規定이라고 한다. 第1條에 目的規定을 둘 것인가 또는 趣旨規定을 둘 것인가에 관해서는 명확한 기준이 없다. 다만 최근의 法律에서는 目的規定을 두는 것이 많아지고 있다. 또한 「目的」이라는 것을 부가하고 있어도 그 실제적인 內容은 趣旨規定으로 볼 수 있는 것도 다수있으나, 그것은 본래적으로는 趣旨規定으로서 規定을 정비하는

76) 同旨：韓文洙，「立法實體論(上)－問題點을 中心으로－」，立法調查月報 1974.5.，46面.

77) 道路交通法 제1조 參照.

78) 藥事法 제1조 參照.

79) 道路法 제1조 參照. 그러나 모든 法令은 궁극적으로 볼 때 公共의 福利의 증진을 目的으로 한다고 볼 수 있으며, 따라서 이러한 사항을 目的規定에서 다시 강조하면서 規定하는 것은 불필요한 것으로 생각된다.

80) 産業教育振興法 제1조 參照.

것이 적당하다.<sup>81)</sup>

### (3) 定義規定

최근의 法令 가운데 특히 條文數의 다수가 하나로 된 內容을 가지는 것등에 관해서는 目的規定 또는 趣旨規定에 이어서 그 法令 가운데에서 사용되는 기초적인 중요한 用語 또는 그 法令에 관한 일반적인 用法와 약간 다른 의미를 지니게 사용하는 用語등의 定義를 하나의 條(또는 複數의 條)로 정리하여 規定하는 경우가 많다. 이것을 定義規定이라고 한다.

定義規定은 모든 法令에 반드시 설치되어야 하는 것은 아니다. 다만 그 法令에서 사용되는 기초적인 중요한 用語라든가 또는 그 法令에서 一般的인 意味와는 다소 다른 의미로 사용할 필요가 있을 경우에는 그 用語의 意義를 명백히 規定할 필요가 있기 때문에 이러한 경우에 설치하는 規定이다. 과거에 있어서는 法令에서 사용하는 用語에 대한 定義規定을 두지 않은 것은 아니지만 그것은 오히려 例外이며, 다소 특수한 의미로 사용되는 用語에 대하여도 부득이한 경우가 아니면 아무런 定義도 내리는 일이 없이 이를 사용하고 그 의미는 오로지 法院의 判例나 主務部處의 法令解釋指針등에 의존하는 것이 일반적이었다. 그러나 그러한 방식은 法令民主化의 견지에서 바람직하지 못하며, 또한 國家機關의 恣意的인 解釋에 맡겨지는 경우가 많아서 많은 批判을 받아왔다. 따라서 현재에는 法令의 대부분이 가능한 한 다수의 定義規定을 두고 있다. 그러나 法令 가운데 어떤 用語를 정의할 필요가 있는가의 여부는 그 用語가 가지고 있는 意味의 多樣性과 그 用語가 法令上 차지하는 法的 效力의 중요성 여하에 따라 合理的으로 判斷할 수 밖에 없을 것이다.

81) 「趣旨를 規定하면서 제목은 目的이라고 붙인 경우도 있는 바 그것은 適當한 것이 아니다」, 法制處, 「法令立案審查基準」, 58面.

그리고 定義規定을 둔 이상 그 定義는 될 수 있는 한 엄밀하고 명확한 것이어야 한다. 法令規定의 전체를 통하여 애매모호함을 제거하는 노력을 하지 않으면 안되나, 定義規定에 관해서는 그 性格上 특히 그점을 유의할 필요가 있다. 또한 定義規定을 두는 데에는 通常의 用法과 현저히 거리가 먼 定義를 하는 것은 바람직하지 못한 것이다.

定義規定에 유사한 것으로서 이른바 「略稱規定」이 있으나 이것은 본래 定義를 提示하는 것이 아니라, 略稱을 둠으로써 法令의 規定의 간소화를 도모하고 省略效果를 目的으로 하는 것이다. 따라서 양자는 그 本質을 달리하는 것이므로 서로 혼동하여서는 아니될 것이다. 또한 略稱規定은 省略效果를 거두는 趣旨에서 그것이 사용되는 것이므로 원칙적으로 항상 그 후의 부분은 略稱을 사용할 필요가 있다.

用語의 定義에 관한 規定의 基本型은 「이 法(令)에서 ○○이라 함은 ……을 말한다」라는 방식이다. 定義하여야 할 用語가 2개 이상인 때에는 그 用語별로 몇개의 項 또는 號로 나누어 列記한다. 그리고 어떤 法律과 그에 의거한 命令에 있어서의 用語를 그 法律에서 동시에 定義하려고 하는 경우에는 「이 法 및 이 法에 의하여 발하는 命令에서 “○○”이라 함은 ……을 말한다」라고 쓴다. 그런데 그다지 중요하지 않은 用語나 빈번하게 나오지 않는 用語에 관하여는 定義規定의 형태가 아니라 法令 중에 그 用語가 수시로 나오는 곳에서 定義를 내려 둔다.<sup>82)</sup>

#### (4) 解釋規定

目的規定과 定義規定도 法令의 解釋을 정확하게 수행하기 위한 指針을 제시하는 것이나, 이들 보다도 더 直接的으로 그 法令의 解釋에 관한 方針을 명확히

82) 法制處, 「法令立案審查基準」, 59面.

하려는 目的에서 解釋規定을 두는 例가 있다. 이러한 解釋規定의 類型으로서<sup>83)</sup> ① 正面으로 단적으로 解釋의 方針 내지 法律適用의 指針을 정하는 것과<sup>84)</sup> ② 法令의 適用의 限界를 明示하고 擴張解釋을 禁止하는 것이 있다.<sup>85)</sup> 이러한 解釋規定에 대하여는 비록 그것이 이론상 다소 무리한 解釋이라고 생각되는 경우에도 그것은 法院이나 行政機關이 그 解釋에 구속된다는데 커다란 意義가 있는 것이다.

解釋規定은 해당 規定에만 관계되는 것은 그 規定과 같은 장소에 두게 되나, 그 法令全般에 적용되는 것은 최초의 總則的 部分에 定義規定의 다음에 두게 되는 경우가 많다. 특히 解釋規定과 관련하여 行政機關의 職員이 일정한 장소에서의 出入調査의 權限을 정한 規定에는 이에 계속하여 「第1項의 出入 調査의 權限은 犯罪搜查를 위하여 인정된 것으로 解釋되어서는 아니된다」라는 解釋規定을 두는 것이 바람직하다.<sup>86)</sup>

이상과 같이 總則的 規定으로서 目的規定·趣旨規定·定義規定·解釋規定을 檢討하였으나, 그외에도 總則에 어떠한 規定을 두어야 하는가에 관해서는 一般的인 原則이 없으며, 실제 法令을 制定할 때 具體적으로 判斷하여 정하는 수 밖에 없다. 또한 어떤 事項을 總則에서 規定할 것인가의 여부가 문제로 되는 경우를 생각할 수 있으나, 결국 그것을 判斷하는 基準은 그 規定이 그 法令전체를 통한 原則 또는 基本的事項에 관한 것인가 또는 그 法令의 本體를 이루는 實體

83) 「解釋規定의 類型으로는 대개 ① 基準을 규정한 것, ② 基本原則 또는 指針을 규정한 것, ③ 基本態度를 규정한 것, ④ 適用範圍를 규정한 것, ⑤ 다른 法律과의 關係를 규정한 것등의 類型이 있으나 이들 規定은 補則部分에 규정한 경우도 많아 앞으로 立法形式的 통일을 요하는 사항이라 하겠다」, 朴奉國, 前揭論文, 16面 參照.

84) 警察官職務執行法 제1조 2항 參照.

85) 生活保護法 제22조 3항 參照.

86) 法制處, 「法令立案審查基準」, 60面.

的 規定에 附隨하는 節次的인 事項 기타 附隨的인 것인가에 다르게 될 것이다.

#### 4. 實體規定에 관한 事項

總則的 規定에 이어서 法令의 주된 內容인 實體規定을 規定하게 되며, 그것은 各法令의 本體部分을 이루는 것이다. 法令의 本體部分을 어떻게 構成하고 배열할 것인가는 立法內容이 달라짐에 따라 각각 별개의 理論이 부가되어야 한다. 이 점에 관해서는 필요에 따라 立法의 대상으로서 생각되는 모든 社會的 事實 가운데에서 法的인 規律에 불필요한 事項을 제외하고, 法的인 規律에 필요하며 충분한 사실만을 法的인 要件으로서 선택하여 여기에 일정한 法的 效果를 결합하면서 立法의 具體的인 目的을 중심으로 論理를 전개하고 그 要目에 따라서 規定을 배열하게 되는 것이다. 實體規定이 무엇을 內容으로 하는가에 따라 일반적으로 事業團束法規, 助成法規, 資格賦與法規등의 세가지類型으로 나누어 진다.<sup>87)</sup>

##### (1) 事業團束法規

事業團束法規라 함은 어떤 자가 事業을 영위하거나 어떤 業務와 行爲를 함에 있어서 行政機關의 허가등의 처분을 받도록 하는 것등을 정하는 法令一般을 말한다. 現代國家에 있어서의 福利行政의 積極화에 따라 行政關係立法이 급격히 증가하고 있음은 세계적인 현상으로서, 우리 나라의 경우도 예외가 아니다. 특히 이들 行政關係立法은 積極的인 福利目的을 위하여 規制行政이 가장 많은 비율을 차지하고 있는 한편, 그러한 立法에서 특색적인 점으로서 다분히 行政便宜主義的인 입장을 반영한 것으로 볼 수 있는 문제를 내포하고 있다는 사실이다.

87) 高明允, 「法制實務의 基本概念」, 國會報 1983. 9., 80面; 朴奉國, 「立法의 理論과 實際」, 立法調查月報 1989. 1., 16面; 韓文洙, 前揭論文(上), 47面; 國會事務處, 「法制實務」, 1990, 190面 以下 參照.



따라서 事業團束法規를 規定하는데 있어서는 유의하여야 할 점이 대단히 많다. 즉 事業團束法規를 立案함에 있어서는 그 用語의 사용에 있어서 學問上 用語의 意義를 정확히 理解하여 적절히 사용한다든가 또는 그 申請·處理基準, 有效期間등에 관하여 條文配置나 構成을 어떻게 하여야 할 것인가등에 관하여 신중하게 檢討되지 않으면 안되는 것이다. 그러나 여기에서 事業團束法規의 여러 형태에 관하여 일일이 설명하는 것은 다소 불가능하므로, 그 代表的인 것이라 할 수 있는 許可制度를 設定함에 있어서의 基本的인 方向에 대해서 간략하게 언급하기로 한다. 특히 許可制度에 관한 規定은 行政機關의 여러가지 處分에 대한 規定을 마련하는데 직접 응용이 가능하며 또한 기타의 規定을 쓰는 방법에도 응용할 수 있는 등 그 利用範圍가 넓기 때문에 事業團束法規를 쓰는 방법에 가장 적합하다고 볼 수 있다.

첫째, 事業團束法規에 있어서는 行政機關의 許可등의 處分이 없으면 國民은 그러한 行爲를 할 수 없도록 하는 用語가 사용되고 있는 바, 이것이 學問上의 用語의 意義와 일치하지 않고 있다는 점이다. 원래 「許可(Erlaubnis)」란 法規로서 정하여진 일반적인 相對的 禁止를 특정한 경우에 解除하여 適法하게 그 禁止된 行爲를 할 수 있게하는 行政行爲를 의미한다. 따라서 特定人에게 새로운 法律上의 힘을 設定하여 주는 行政行爲인 「特許(Verleihung)」와 行政客體가 행하는 法律的 行爲를 동의하여 그 行爲의 法律上 效力을 완성시켜주는 行政行爲인 「認可(Genehmigung)」와 구분되는 것이다.

그러나 學問上 사용되고 있는 이러한 用語의 意義는 實定法上 混用되어 사용하고 있기 때문에 法制實務上에 있어서는 이러한 用語가 學問上 구분되어 있어서 어떠한 의미로 사용되고 있는가를 주의깊게 檢討하여야 한다. 그리고 최근 行政關係立法에서는 積極的인 福利目的을 위한 規制行政이 증가하고, 그러한 規制行

政作用으로서의 許可가 증가하고 있으며, 나아가 그러한 許可는 종래의 消極的인 秩序維持目的을 위한 許可와는 달리 特許의 성질을 띤 것이 증대되고 있는 것이 지적되고 있다.<sup>88)</sup> 따라서 法令立案時에 있어서는 가능한 한 用語의 통일을 기하여 혼란이 발생하지 않도록 유의하여야 할 것이다.

둘째, 事業團束法規에 있어서는 특히 許可등의 基準에 관한 規定이 문제로 지적된다. 종래에는 立法에 있어서 그 裁量의 기준이 되는 規定을 法令에 특정하지 않고 그러한 점의 解釋·運用은 오로지 권한 있는 行政機關 또는 法院의 判斷에 맡기는 방식을 취하여 왔다. 그러나 이러한 방법으로는 許可등의 申請에 대한 認定與否가 자칫 그 權限을 가진 行政機關의 恣意的인 判斷에 맡겨져 申請人 또는 利害關係者는 그 處分の 違法 또는 不當을 구제받기가 곤란하였다. 따라서 근래의 立法에서는 許可 또는 이와 비슷한 制度를 채택하는 데 있어서 거의 예외없이 許可등의 可否의 基準을 그 法令 중에 명확히 규정하도록 하여 行政機關의 處分이 恣意的으로 되지 않도록 하는 한편 申請人 또는 利害關係者의 權利救濟의 방법을 강구하고 있다.

이러한 許可등에 있어서 基準을 두게 된 것은 立法民主化의 하나의 커다란 방편으로서 오늘날의 立法에 있어서 특색이라 할 수 있다.<sup>89)</sup> 그러나 許可의 基準을 세우는 방법으로서의 그 法令의 趣旨·目的 또는 그 許可制度가 채용된 이유 등을 종합적으로 고려하여 정하여야 하는 것이기 때문에 일률적으로 말할수는

88) 예컨대 公衆衛生法 제10조·石炭事業法 제21조 1항의 1호·食品衛生法 제22조 4항의 경우등이 대표적이며, 이들의 規定에는 일정한 營業許可와의 관련아래 法令이 부여한 義務를 규정하고 있다. 자세한 내용은 李尙圭, 「最近 行政關係法律의 特色과 問題點」, 月刊考試 1987. 2., 63面 以下; 朴圭河, 「許可의 法的 性質과 效果」, 考試研究 1989. 11., 101面 以下; 金東熙, 「許可와 特許觀念의 再檢討」, 月刊考試 1987. 11., 28面 以下 參照.

89) 韓文洙, 前掲論文(上), 48面.

없을 것이다.<sup>90)</sup> 그러나 許可의 기준을 法令에 規定하는 이상 그 기준은 되도록 구체적이고 또 분명한 것이어야 한다는 것은 당연한 것이라 할 수 있다. 許可의 處分權限을 가지는 行政機關이 그 기준을 適用함에 있어서 폭넓은 恣意的 判斷을 할 여지가 있는 基準등을 규정하는 경우에는 그 基準을 法令에 정한 취지가 상실되어 버릴 것이다. 물론 막연한 包括的 基準은 그 許可制度의 目的 趣旨에도 달려있으나 원칙적으로는 바람직하지 않은 것이다.<sup>91)</sup> 그러나 이것은 사실 原則論이며, 실제적으로는 매우 어려운 문제라 할 수 있다.

세째, 기타 許可制度에 관한 規定을 設定함에 있어서 유의하여야 할 事項으로서 許可등의 申請 및 그 節次·許可의 取消와 事業등의 停止處分·許可事項의 變更등이 있으나, 결국 許可制度를 規定하는데 있어서는 行政上의 편의만을 고려하여 무분별하게 이러한 制度를 채용하여서는 아니된다. 또한 필요에 있어서 이러한 許可制度등을 채용하는 경우에도 그 制度의 내용으로서의 國民의 自由와 權利에 대한 制約은 필요최소한도에 그쳐야 한다. 특히 최근의 行政關係立法의 두드러진 특징으로서 대두되고 있는 規制行政作用으로서의 許可등이 대폭증대되고 있고, 나아가 그 要件이 강화되고 있는 시점에서 볼 때 國民의 自由와 權利에 대한 필요최소한도의 制限이라는 認識은 더욱 강조될 필요성이 있다.

90) 許可의 基準으로는 ①「積極的方法」에 의하는 것, 즉 적극적으로 許可를 할 경우를 정하는 것 및 일정한 기준에 해당하는 경우는 許可를 할 수 있다고 하고, 그 反對解釋의 결과 기타의 경우는 許可를 할 수 없는 것으로 해석되도록하는 방법과 ②「消極的方法」에 의하는 것, 즉 소극적으로 許可를 하여서는 아니되는 경우를 정하는 것 및 구체적 사정에 따라 許可가 거부될 수 있는 이유를 규정하는 방법이 있다. 前者(①)는 주로 許可를 부여할 者の 範圍를 縮小하려는 경우에 사용하며, 後者(②)는 특히 不適格한 자를 배제하고, 그 이외의 자에게는 원칙적으로 許可를 부여하는 경우에 사용된다. 상세한 것은 立法技術研究所(編), 「法令作成의 常識」前掲書, 104~105面 參照.

91) 예컨대 公衆衛生法 제5조 1항의 5호(公益上 그 許可를 制限할 필요가 있다고 인정하는 경우).

## (2) 助成法規

助成行政(Subvention, Subventionierung)의 관념은 學問上 아직 정확한 意味가 파악되어 있지 않고 그 用語 또한 통일되지 못한 실정이나,<sup>92)</sup> 일반적으로 「行政主體가 직접 또는 제3자를 통하여 私人 또는 私企業者에 대하여 經營의 安定, 公共的 需要의 充足등의 行政目的을 달성하기 위하여 資金 기타 財産上 價値가 있는 利益을 提供하는 것을 內容으로 하는 行政活動」으로 지칭되고 있으며, 이러한 助成行政의 근거가 되는 法規를 助成法規라고 한다. 助成行政은 現代福祉國家에서 國民의 經濟的·文化的 領域에 있어서 公共福利의 증진을 위한 하나의 行政作用의 형태로서 대두된 것이라 볼 수 있다. 즉 經濟的·文化的 領域에서의 公共福利는 경제와 문화의 발전과 고도성장을 도모함으로써 실현될 수 있는 것이기 때문에 國家는 國民의 經濟·文化生活의 調整者로서 介入할 必要性이 있는 것이다.

그리하여 國家는 個人의 활동에 대한 적극적인 배려자의 입장에서 經濟活動에 필요한 資金을 지원하거나 技術情報를 제공하는등의 給付活動을 통한 적극적인 개입을 하게되어 이러한 助成行政이 광범위하게 행해지고 있는 것이다.<sup>93)</sup> 어떤 든 이와 같은 助成行政의 관념에 있어서 그 本質的인 基準은 ① 助成을 받는 자의 經濟的 活動, ② 公的인 主體에 의한 給付, ③ 이에 대한 反對給付가 없을 것, ④ 經濟的 助長에 기여할 것등을 의미한다.<sup>94)</sup>

92) 助成行政에 관한 자세한 것은 朴圭河, 「資金助成行政의 概念과 種類」, 考試研究 1987. 12., 72~83面; 李鳴九, 「資金助成의 法的 考察」, 考試研究 1987. 10., 54~64面 參照. 또한 1966年 10月 13日에 개최된 독일 國法學者大會에서의 資金助成行政에 관한 주제 발표를 한 Hans Peter Ipsen·Hans F. Zacher교수의 論文 參照(VVDStRL Heft 25, 1967).

93) 徐元宇, 「企業에 대한 公法的 規制와 補助」, 月刊考試 1987. 9., 81面.

94) Christian-Friedrich Menger, 「Probleme der Handlungsformen bei der Vergabe von

그러나 助成行政의 法理는 물론 그의 概念조차 확립되어 있지 않은 현단계에서 法律의 근거가 필요한 助成行政이 무엇인가는 정확하게 파악하기 곤란하다. 모든 給付行政에 대해서 일일이 法律의 授權을 요하게 하면 給付行政 본래의 목적달성에 저해를 가져올 염려가 있으므로 豫算上의 根據로서도 일단족한 것으로 볼 수 있다는 견해도 제시되고 있으나,<sup>95)</sup> ① 助成이 상대방의 負擔과 결부되어 행하여지는 경우, ② 助成을 받을 權利를 보호할 필요성이 있는 경우, ③ 助成의 法形式 또는 組織을 高權的으로 구성할 필요가 있는 경우, ④ 提供者에게 助成義務를 명할 필요가 있는 경우, ⑤ 助成의 目的·對象·方法을 객관적으로 명확히 할 필요가 있는 경우에는 반드시 法律의 근거가 필요하다고 봄이 타당하다.<sup>96)</sup>

助成法規에 있어서 公共의 事務 또는 개인의 事業에 대해 經濟的인 援助를 하는 事項을 規定하는 경우에 특히 유의해야 할 事項으로는 ① 助成의 內容·程度 또는 範圍를 어떻게 한정할 것인가, ② 개인에 대한 助成에 있어서는 憲法上 平等의 原則과의 관계,<sup>97)</sup> ③ 助成에 대하여 충분한 合理的인 이유가 있는가등을 신중하게 검토하여야 하며, 또한 ④ 監督官廳의 設置必要性の 有無, ⑤ 國有財産法·豫算會計法等 關係法과의 관계등을 고려하여야 한다. 물론 이와 같은 檢討는 立法政策的인 문제라고 볼 수도 있으나, 어떻든 그 助成의 財源은 결국 國民의 稅金으로 充당하는 것임을 고려하여 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 한다.

*Wirtschaftssubventionen*], in : Ders., *Verfassung und Verwaltung in Geschichte und Gegenwart*, Heidelberg 1982, S. 196.

95) H. U. Erichsen/W. Martens(Hrsg.), 「*Allgemeines Verwaltungsrecht*」, 7 Aufl., Berlin/New York 1986, S. 63f.

96) 朴圭河, 前掲論文, 83面; 李鳴九, 前掲論文, 57面.

97) 이 점은 특히 H.J. Wolff/O. Bachof, 「*Verwaltungsrecht III*」, 4 Aufl. 1978, S. 199f 參照.

종래에는 法的 根據없이 政府가 그 豫算의 범위내에서 任意로 補助措置를 하였으며 그 결과 어떤 경우에는 任意團體로서도 그 組織이나 活動에 아무런 지장이 없는데도 불구하고 補助金을 지급하는 立法措置를하여 公法人으로 規定하는 사례도 있었다. 그러나 이러한 助成은 國家的 財源의 적정한 분배를 저해하고, 國民에게도 바람직하지 못한 부작용을 가져올 뿐 아니라 助成에 수반하여 필요 이상으로 對象事業의 內容에 간섭하기 쉽다. 현재는 國家가 지급하는 補助金, 負擔金에 대하여는 「補助金の 豫算 및 管理에 관한 法律」이 있어서 그에 대한 實效的인 統制를 가하고는 있으나, 이 法律의 適用을 받지 않는 助成에 대해서도 이에 준하는 規定을 마련할 필요성이 있다.<sup>98)</sup>

助成의 방법에 대해서는 助成對象인 事務 또는 事業의 性質, 種類, 助成의 效果 등의 요소를 감안하여 적절한 방법을 선택할 것이나, 일반적으로 많이 사용하는 방법으로는 ① 補助金交付,<sup>99)</sup> ② 損失補償,<sup>100)</sup> ③ 債務保證,<sup>101)</sup> ④ 基金助成,<sup>102)</sup> ⑤ 低利資金의 융자 또는 알선,<sup>103)</sup> ⑥ 國有財産의 無上 내지 低價讓渡 또는 貸付,<sup>104)</sup> ⑦ 稅制上의 特別措置<sup>105)</sup> 등의 형식으로 規定되고 있다. 그런데

98) 현재와 같이 關係法律에 助成의 근거정도만 정해놓은 상태에서는 行政權에 지나치게 광범한 裁量權을 주는 것이므로, 많은 문제점이 노출되고 있다. 특히 資金助成이 豫算에만 근거하여 행하여지는 경우가 많음에 비추어 歲入·歲出의 結算에 대한 檢査權을 가지고 있는 監査院의 기능을 더욱 보강할 필요가 있다. 상세한 것은 Gunner Folke Schuppert, 「Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und haushaltskontrolle」, VVDStRL Heft 42, 1984, S. 216ff.

99) 地方文化事業助成法 제4조; 文化財保護法 제28조; 傳統建造物保存法 제10조 參照.

100) 海運業法 제17조; 港灣法 제37조; 電氣事業法 제26조 參照.

101) 外資導入法 제29조; 韓國産業銀行法 제18조 參照.

102) 工業發展法 제17조; 石炭事業法 제28조; 石油事業法 제17조의 2 參照.

103) 農漁村電化促進法 제2조의 2; 都市鐵道法 제14조 參照.

104) 公共鐵道建設促進法 제5조의 3; 새마을運動組織育成法 제4조 參照.

105) 工業配置 및 工場設立에 관한 法律 제46조; 兒童福祉法 제31조; 海底鑛物資源開發法 제31조 參照.

⑦의 稅制上的 特別措置는 經濟的 觀點에서는 助成行政이지만 法的 觀點에서는 資金助成이라고 할 수 없다는 점이다. 그 이유는 租稅上的 特例는 財政學的 概念으로서 稅法의 領域에서 그 重要性이 인식되는 것이고 資金助成의 本質的인 內容과는 거리가 먼 것이기 때문이다.

資金助成의 觀念은 法理論的·法實際的 필요에서 形成되어야 하고 法學과 經濟學을 포함하는 통일적인 資金助成概念의 成立은 불가능하다. 法的 의미에서의 資金助成은 受給者의 申請을 요하는 公的 財政으로 부터의 支出이고, 일반적 포괄적인, 法規에 근거한 財政的으로 불명확한 혜택은 資金助成의 法的 概念에는 적합하지 않은 것이다. 즉 法規에 의하여 創設되고 豫算上에 나타나 있지 않은 受益은 아무런 法的 問題를 발생하지 않으므로 資金助成의 法的 概念에는 포함되지 않는다고 봄이 타당하다. 따라서 助成의 方法으로서의 稅制上的 特別措置의 形式은 助成法規에서 제외시킴이 바람직하다고 할 것이다.<sup>106)</sup>

### (3) 資格賦與法規

資格制度라 함은 「일정한 業務를 수행하는데 필요한 專門的 知識 및 技能의 保有를 設定·公證하는 制度」를 말하며, 이러한 資格制度는 現代社會의 복잡한 職業體系를 구성하는 基本的 構造의 하나이며 직업에 관한 法制度도 또한 이 資格制度를 중요한 基 礎로 하여 전개되고 있다.

현행법상 인정되고 있는 각종의 資格制度를 그 制度의 意義·目的에 따라 분류한다면<sup>107)</sup> ① 國民의 生命·財産의 安全등을 保護하기 위해서는 有資格者 이외에는 그 業務에 종사할 수 없도록 하는 경우에 두는 「業務獨占資格」, ② 일정한

106) 독일의 多數學者들의 견해이다. H.F. Zacher, 「Verwaltung durch Subventionen」, VVDStRL Heft 25, 1967, S. 317; H. Maurer, 「Allgemeines Verwaltungsrecht」, 3 Aufl., München 1983, S. 335; H.P. Ipsen, a.a.O., S. 305.

107) 石村善助, 「資格法の法的構造」, 法律時報 1984. 2., 63~64面.

事業活動에 수반하여 발생하기 쉬운 危險·有害한 또는 소비자에게 예측하지 아니한 損害를 줄 사태등을 미연에 방지하기 위해서 그 事業活動을 有資格者의 管理·監督下에 둘 필요가 있는 경우에 두는 「必要資格」, ③ 그 事業活動自體는 制約하지 않으나 國民의 利益과 職業人의 資質向上을 도모하기 위해서는 有資格者에 대해 일정한 稱號를 부여하거나 또는 단순히 그 취지를 公證할 것이 필요한 경우에 두는 「名稱獨占資格」으로 나누어 볼 수 있다. 그러나 이러한 分類는 排他的인 것이 아니며, 어떠한 자격도 名稱獨占을 내포하고 있으며 必要資格은 또한 그 자체 業務獨占資格이기도 하다.

이와 같은 資格制度의 立法技術的 側面으로서 일정한 資格을 갖출 것을 요구하고 그 資格賦與의 방법과 절차등을 規定하는 法規를 資格賦與法規라고 한다. 國民의 生命·財産·安全에 밀접하게 관련있는 業務에 종사하는 者에게 資格要件을 엄격히 規制하여 法の 감독아래 둠과 아울러 다른 한편 資格者에게 그 業務獨占體制를 容認한다는 原則이 資格賦與法規의 본래의 취지라고 할 수 있는 것이다.

資格賦與法規의 內容으로서는 ① 資格者만으로 限定하는 業務 또는 行爲의 範圍에 관한 規定, ② 資格者의 名稱 및 名稱의 使用制限에 관한 規定<sup>108)</sup>, ③ 資格賦與의 방법에 관한 規定, ④ 資格者의 決定基準에 관한 規定, ⑤ 資格者의 試驗節次에 관한 規定, ⑥ 資格者의 義務에 관한 規定, ⑦ 資格者에 대한 處分에 관한 規定, ⑧ 資格者의 團體組織에 관한 規定등이다. 한편 法制實務上 주요한 것으로는 資格賦與의 방법에 관한 規定과 資格者의 團體組織에 관한 規定등이다.

108) 資格者의 명칭은 定型化된 것은 아니지만 事務의 內容·性格 및 品位를 고려하여 정하여 진다.



첫째, 資格賦與의 방법에 관한 規定에 있어서 통상 資格을 부여함에 있어서는 일정한 學歷, 經歷 또는 일정한 試驗에 合格할 것등을 要件으로 하고 있다. 다만 이러한 要件을 具備한 者가 실제로 營業을 하기 위해서는 그 者가 資格者임을 確認하고 또는 그 중에서 資格者를 決定하여 일반적으로 금지된 業務에 종사할 것을 허용한다는 의미에서 行政機關의 免許를 받거나 行政機關에 登錄을 하도록 하는 立法例가 많다. 資格賦與의 방법으로서 免許나 登錄중 어느 것을 취할 것인가는 그 業務나 行爲의 性格, 社會에 미치는 危險性 기타 社會公共의 利益과 관련하여 정하여 질 것이다.<sup>109)</sup> 그리고 免許 또는 登錄에 관해서는 有效期間을 정하는 경우가 있으나 資格賦與法規에 있어서는 강력한 公共福利의 要請이 있는 경우를 제외하고는 가급적 두지 않는 것이 합리적이다.

둘째, 資格者의 團體組織에 관한 規定에 있어서는 資格賦與法規중에는 그 資格者의 相互親睦의 도모 및 資格者로서의 品位維持 및 그 業務의 進歩改善을 위한 團體에 관한 規定을 두는 것이 있다. 이러한 規定을 두는 주된 이유는 그러한 단체를 통하여 行政指導의 補助的인 역할을 거두기 위하여 두는 것이다. 資格賦與法規에 따라서는 資格者의 團體를 民法上의 法人이 아닌 公共的 性格을 띤 特別法人으로 하여 加入을 強制하는 것이 있다.<sup>110)</sup> 이 경우 資格者에게 加入 強制를 하는 것이 憲法上 結社의 自由와의 관계에서 가능한 것인가가 문제된다.

원래 憲法上 結社의 自由 및 理念的 基礎는 國家와 社會를 구별하는 二元主義이기 때문에 結社의 自由로 하여금 國家的인 영향권으로 부터 社會의 영역을 보존케 하는 憲法上의 機能을 제대로 수행케 하기 위해서는 公法上의 強制結社에

109) 「免許」의 방법을 취하는 例로서 醫師·藥師·看護師·助産師등 公衆衛生과 관계되는 것이 많다. 「登錄」의 방법을 취하는 例로서는 辯護士·公認會計士등이 있다.

110) 辯護士法 제53조; 辨理士法 제12조; 法務士法 제25조; 稅務士法 제18조; 公認會計士法 제14조등 參照.

도 일정한 限界가 반드시 있다고 보아야 한다. 따라서 막연히 公的인 課題 (öffentliche Aufgabe)를 내세워 立法權者가 任意로 公法上의 強制結社를 조직케 할 것이 아니라 다음의 두가지 전제조건, 즉 ① 職業의 專門性·公益性으로 인하여 公法上의 強制結社가 公益目的을 달성키 위해서 필요불가피하고, ② 結社構成員相互間에 職業的·身分的 連帶意識 내지 同質意識이 존재하는 경우에만 公法上의 強制結社를 허용하여야 한다고 생각된다.<sup>111)</sup> 따라서 이러한 前提要件을 무시한 強制結社의 조직은 結社의 自由에 대한 侵害라 보아야 할 것이다.

## 5. 補則에 관한 事項

法令의 본체를 이루는 實體的 規定의 다음으로 罰則에 앞서 그 實體的 規定에 부수하는 사항이나 節次的 事項을 내용으로 하는 補則的 規定을 두는 것이 일반적이다. 이러한 規定은 法令이 章으로 구분되는 경우에는 「補則」이라는 章名을 둔다. 또한 補則的인 規定을 實體規定의 領域 가운데 두는 例도 있다.

일반적으로 法律에서 規定하는 補則的 規定으로서는 ㉠ 報告의 提出(資料提出의 要請), ㉡ 出入檢査 또는 調查, ㉢ 聽聞, ㉣ 處分의 附款, ㉤ 異議申請, ㉥ 行政審判·行政訴訟, ㉦ 損失補償, ㉧ 權限의 委任, ㉨ 手數料 ㉩ 關係人의 意見聽取, ㉪ 審議會 기타 附屬機構의 設置·組織·運營, ㉫ 關係行政機關과의 協助·調整, ㉬ 다른 法令과의 관계等 가운데 필요한 것을 둔다.

### (1) 報告의 提出等

行政廳이 法令에 따른 일정한 事務의 執行을 행하는 경우에 당해 法令의 적정한 執行을 확보하고 당해 行政의 적정한 運用을 도모하는 견지에서 그 法令의

111) 許 營, 「憲法理論과 憲法(中)」, 博英社 1989, 403面.

適用을 받는 個人, 法人등에 대해서 일정한 報告나 書類의 提出을 요구할 필요가 있는 경우가 많다. 이와 같이 報告나 書類의 提出을 요구하는 것은 결국 당해 요구를 받는 者의 측에서 본다면 그 者의 自由와 權利의 制限, 規制를 받게 되는 것이므로 그것을 義務化하기 위해서는 法令의 명확한 根據가 필요하다.<sup>112)</sup> 또한 法令의 規定에 의하여 이것을 요구하는 경우에는 그 필요한도를 초과하지 않도록 충분한 배려가 필요하며, 또한 당해 法令에 따른 規制와 직접관계없는 範圍에까지 이것이 요구되어서는 아니된다.<sup>113)</sup> 따라서 報告나 書類의 提出등의 요건으로서 단순히 「公益上의 필요가 있는 경우에는 이것을 요구할 수 있다」라는 방법으로 包括的, 一般的인 規定을 두는 것은 그 의미에서 부적절한 것이라 할 수 있다.

報告나 書類의 提出등은 一般私人에 대해서 그것을 요구하는 경우가 많으나, 그 이외에도 國家나 公共團體에 대해서 그것을 요구할 필요가 있는 경우도 있다. 法令에 의해 國家가 地方公共團體의 機關에 대해 報告나 書類提出을 요구하는 것은 가능하며, 機關委任事務의 경우라면 上級機關으로서의 中央行政機關이 下級機關으로서의 地方公共團體機關에 이것을 요구하는 것은 監督權의 內容 가운데 당연히 포함된다고 생각된다.

報告나 書類의 提出등에 관한 規定을 作成하는 방법으로서는 일반적으로「○○는 ……필요하다고 인정할 때에는 ……○者에 대하여 ……에 관한 報告를 하게 하거나 書類(資料)의 提出을 요구할 수 있다」라는 형식으로 規定된다.<sup>114)</sup> 여기

112) 法制處, 「法令立案審查基準」, 62面.

113) 「報告를 받는 主體, 報告徵收의 範圍 및 報告義務者를 당해 法律에서 명백히 정하여야 하며, 報告를 받는 主體는 行政機關으로 하여야 하며 行政機關소속公務員으로 하여서는 아니된다」 法制處, 「法令立案審查基準」, 63面.

114) 대표적인 것으로는 都市計劃法 제79조; 國土利用管理法 제28조; 資本市場育成에 관한 法律 제25조; 附加價值稅法 제35조 參照.

에서 「할 수 있다」라는것은 任意選擇을 인정하는 취지가 아니라 權限의 부여를 의미하는 것이다. 또다른 방식으로서 「……者는 ……한 경우에는 ……에 관하여 報告하여야 한다」<sup>115)</sup>라는 형식으로 規定되는 경우도 있다. 이 規定은 주로 定期的인 報告등의 경우가 많다.

## (2) 出入檢査 또는 調査

法令의 적절한 運用을 확보하기 위하여 行政機關의 擔當公務員이 그 法令에 따라 規制의 對象이 되는 個人事務所, 事業所등에 質問 또는 書類등의 檢査를 위하여 출입할 필요가 있는 경우가 있다. 이러한 出入檢査 또는 調査를 개인등에게 受忍하도록 하는 것은 그 個人등의 입장에서 본다면 매우 중대한 자유와 權利의 制限을 의미하게 되므로 이것을 法的으로 義務化하기 위해서는 報告 및 書類의 提出과 마찬가지로 法에서 明文의 根據를 마련할 필요가 있다. 물론 상대방의 任意的인 승락을 전제로 한 出入등은 法令의 根據가 필요없으며, 그것은 여기에서의 出入調査의 문제와 다른 문제이다. 이러한 出入檢査내지 調査의 성격상 그 根據가 되는 法令의 規定에는 出入檢査權이 남용되지 않도록 소정의 規定을 두지 않으면 안된다. 최근의 出入檢査 내지 調査에 관한 規定에서는 出入場所·필요한 出入時間·質問의 相對方·檢査對象物件·필요에 따른 一定物件의 收去등에 관한 要件을 정하는 것이 많으나, 이것은 出入檢査가 필요이상의 規制를 가하는 결과가 되지 않도록 그 目的을 위한 필요한 범위내에 그치도록 規定할 필요가 있다.

出入檢査 내지 調査의 法的規制方法은 여러 각도에서 檢討될 수 있으나 중요한 것은 國民의 自由·權利의 保障이라는 각도에서 보는 것이라 할 것이다. 이

115) 國稅基本法 제85조 ; 外資導入法 제38조 參照.

러한 경우 다음과 같은 사항이 그 주요한 내용이 될 것이다.<sup>116)</sup>

첫째, 出入檢査 내지 調査의 거부에 어떤 制裁나 強制手段이 예정되어 있는 경우에는 法律의 根據가 있어야 한다. 순수한 任意調査라 할지라도 현실에 있어서는 間接強制調査와 구별이 명확하지 않은 경우가 많으므로 法律로서 要件·節次를 規定하는 것이 바람직하다. 현행 우리 나라의 法制에는 出入檢査·調査의 일반적인 根據法은 없고 다만 각 個別法에 그 根據를 마련하고 있다.<sup>117)</sup> 그러나 그 法的 構造를 고찰하는 경우 다음과 같은 공통성이 존재하고 있다. 즉 우선 帳簿·書類의 備置義務, 質問에 대한 答辯義務, 報告書提出義務등의 作爲義務와 物品·施設의 檢査 및 營業所에의 出入·檢査에 대한 受忍義務가 규정되어 있다. 이러한 기초위에 出入檢査·調査權이 발동되는데, 위의 作爲義務·受忍義務를 불이행하거나 거부했을 경우에는 각 개별법규의 處罰規定에 의하여 營業許可의 取消, 補助金の 支給停止, 罰金·懲役등의 不利益處分 또는 處罰을 과할 수 있도록 되어 있다. 따라서 일반적으로 국민은 그러한 調査에 순응하게 된다. 이러한 조사에 있어서 相對方이 끝까지 불응하는 경우에는 法規가 정하는 범위내에서 制裁를 가할 수 있을 뿐이며, 行政廳은 물리적 힘을 행사할 수 없다고 보아야 할 것이다.<sup>118)</sup>

둘째, 要件·節次이다. 調査目的의 正當性, 調査目的과 調査資料의 관련성, 調査要求의 特定性, 調査負擔의 合理性, 調査節次의 適正性등을 확보하기 위해

116) 金元主, 「行政調査」, 考試界 1989. 4., 110~111面.

117) 兵役法에 의한 신체검·적성검사(제12·13조), 生活保護對象者の 조사·검진(生活保護法 제19조), 兒童福祉指導員의 아동에 대한 조사·질문(兒童福祉法 제19조), 勤勞監督官의 사업장·기숙사의 臨檢·質問(勞動基準法 제103조), 土地收用に 있어서 사업준비를 위한 出入·測量·調査(土地收用法 제9조·제12조·제22조), 消防對策物에 대한 資料提出·出入調査·質問(消防法 제5조) 등.

118) 卞在玉, 「行政法講義 I」, 博英社 1989, 433面.

調査의 目的・手段, 強制方法, 調査節次, 調査範圍, 調査資料의 이용등에 관하여 가능한 한 상세한 規定을 두는 것이 바람직하다.

세째, 令狀主義와의 관계이다. 憲法 제12조 3항과 제16조의 令狀主義에 관한 規定이 出入檢査 내지 調査에도 적용되는가의 문제에 관하여는 積極・消極說의 대립이 있으나, 상대방의 반항을 무릅쓰고 身體 및 住居에 대한 出入檢査・調査를 강행할 公益上의 불가피한 필요성이 있으면 法官의 令狀이 있어야 할 것이다. 또한 出入檢査 내지 調査가 犯罪搜查 또는 犯罪調査를 겸하는 경우에는 令狀이 필요하다. 다만 定期・定型적으로 행하여지는 出入檢査 내지 調査에 令狀主義를 요구하는 것은 어느 정도의 意義가 있는지는 문제라고 할 수 있다.<sup>119)</sup>

네째, 權利救濟와의 관계이다. 出入檢査 내지 調査는 國民의 基本的人權이나 財產權을 侵害하는 作用이며, 罰則을 배경으로 非代替的 作爲義務 또는 受忍主義를 과하는 것이므로 상대방의 自發的 協助를 얻어 그 目的을 달성할 수 있도록 하는 방법을 규정하는 것은 事前權利救濟라는 측면에서 반드시 필요하다. 즉 出入檢査 내지 調査의 日時・場所・對象 및 必要性・理由를 事前에 통지하는 것과<sup>120)</sup> 출입검사 내지 조사에 임하는 公務員의 증표휴대 및 提示義務등을 規定하여야 한다. 그리고 違法한 出入檢査・調査가 행하여진 뒤의 事後救濟手段으로는 國家補償과 出入檢査・調査의 違法을 후속하는 行政處分의 違法事由로 인정하는

119) 「住居에 대한 搜索이나 押收에 法官의 令狀을 요구한 憲法 제16조는 刑事節次에 적용되는 것으로 보는 것이 一般的 見解이므로, 行政目的을 위한 出入에는 令狀을 요하는 것으로 規定할 필요는 없다. 그러나 搜索・押收등의 강력한 權限行使를 내용으로 하는 刑事節次에 준하는 것이거나 刑事節次의 前段階的인 것으로 행하여질 때에는 令狀主義의 정신이 존중되어야 한다」, 法制處, 「法令立案審查基準」, 63~64面.

120) 물론 出入檢査・調査의 성질여하에 따라 사전통지를 할 수 없는 경우도 있을 수 있으나, 이것은 例外로서 事前通知를 생략할만한 公益性이 요청이 있어야 할 것이다. 下在玉, 前掲書, 434面.

것등이 고려될 수 있다.

다섯째, 行政裁量の 規制基準의 문제이다. 특히 調査對象과 調査手段의 選擇裁量の 規制에 관한 문제 그리고 調査開始義務에 관한 문제가 중요한 문제로 등장한다.

出入關係의 規定을 작성하는 방법에는 몇가지 유형이 있는데 표준적인 것은 「○○長官 또는 市·道知事は 필요하다고 인정하는 때에는 ○○의 者에 대하여 필요한 報告를 命하거나 資料를 提出하게 할 수 있으며, 關係公務員으로 하여금 당해 施設 또는 事業場등에 출입하여 關係書類나 施設·裝備등을 檢査하게 할 수 있다」<sup>121)</sup>라는 것과 「○○는 필요하다고 認定할 때에는 營業時間중에 ○○의 營業所, ○○의 保管場所에 들어가서 ○○을 檢査하거나 關係者에게 질문을 할 수 있다」<sup>122)</sup>라는 것이 있다. 그리고 이러한 規定에 이어 「○○의 規定에 의하여 出入·檢査를 행하는 公務員은 그 權限을 表示하는 證票를 지니고 이를 關係人에게 내보여야 한다」는 規定을 두는 것이 일반적이다. 또한 法律에 따라서는 出入檢査·調査 이외에 시험을 위한 필요한 소량의 見品을 無償으로 收去를 할 수 있음을 인정한 것도 있다.<sup>123)</sup>

### (3) 聽 聞

종래에 있어서는 法律에 의한 行政의 原理上 行政機關의 行爲는 法律에 기속되며 그 결과에 불만이 있는 경우에 사후적인 救濟措置를 취하면 國民의 權利는 충분히 보호되는 것으로 인식되었다. 그러나 최근에 있어서 行政의 複雜化·多樣化·專門化는 行政機關의 裁量을 증대시켜 法律의 規定을 정비하는 것만으로

121) 大氣環境保全法 제48조 1항·2항; 公衆衛生法 제20조; 水質環境保全法 제49조; 騒音·振動規制法 제51조 參照.

122) 古物營業法 제23조 1항; 典當舖營業法 제26조 參照.

123) 有害化學物質管理法 제28조 1항; 食品衛生法 제17조 1항 參照.

는 國民의 權利를 行政權으로 부터 충분히 보호하는데 곤란하지 않을 수 없게 되었다. 그래서 行政의 節次的인 면을 정비함으로써 그 점을 보완하려는 방법이 모색되었으며, 그것이 行政節次的의 문제이다. 그리고 그 가운데에서 특히 事前節次로서의 聽聞의 중요성이 지적되고 있다.

聽聞이란 國家 및 地方公共團體가 일정한 행위를 하는데 있어서 그 恣意와 獨斷을 배제하고 그 행위의 必要性·妥當性등에 관해 적절한 판단을 하기 위하여 그 행위의 상대방 기타 利害關係人, 專門家등의 의견을 청취하는 節次를 말한다. 이 聽聞節次로 대표되는 이른바 事前節次는 行政權行使의 과정에 私人을 參加시킴으로써 國民의 權利와 利益을 違法不當한 侵害로 부터 사전에 방지하고, 나아가 行政의 民主的 統制를 기할 것을 그 기본적인 목적으로 하는 것이다.<sup>124)</sup> 이 聽聞制度는 최근의 立法에서 널리 採用되고 있으나, 가장 原則적으로 적용되는 곳은 規制行政의 분야이다. 거의 모든 行政機關의 처분은 상대방의 狀態등에 관한 일정한 事實의 認定을 전제로 행하여지나, 이 경우 상대방등의 意見을 聽取함으로써 事實認定의 公正을 기할 수 있는 결과로서 處分의 適正을 기대한다는 效果를 거둘 수 있다. 그러나 聽聞은 規制行政 이외의 行政에서도 그 行政處分의 결과가 다수인의 利害와 직접관련되는 경우에는 利害關係者間의 事前調整으로서 중요한 의미를 가지고 있다. 또한 聽聞의 節次에 대신하여 審議會, 調查會 기타 附屬機關에 대한 諮問節次를 規定하는 것도 최근의 立法에서 두드러지게 나타나고 있다.

聽聞에 있어서도 事前節次로서의 聽聞에 한정되지 아니하고, 事前聽聞, 事後

124) 石琮顯, 「行政上の 事前救濟制度」, 月刊考試 1986.7., 75面; 李尙圭, 「行政節次的의 聽聞」, 考試界 1987.2., 14面.



聽聞 및 法令制定을 위한 聽聞(立法聽聞)등이 있다.<sup>125)</sup>

### ① 事前聽聞

事前聽聞이란 行政機關이 일정한 處分을 하기 전에 행하는 聽聞이다. 이러한 聽聞에 관한 法令의 規定으로는 ① 特定한 處分을 하는데 있어서 公開 또는 非公開의 聽聞을 하여야 하는 것, ② 聽聞을 하는데에는 處分의 理由, 聽聞日時 및 場所를 미리 相對方에게 通知하여야 할 것, ③ 聽聞에 있어서 相對方이나 利害關係人은 事案에 관하여 의견을 진술할 기회가 부여될 것, ④ 경우에 따라서는 證據의 提出을 認定할 것등이 그 주된 것이다. 聽聞에 관한 法令의 規定을 두는 경우에는 그 實施가 필요적 조건으로 되는 것이 일반적이거나,<sup>126)</sup> 경우에 따라서는 行政機關의 裁量에 맡겨지는 것도 있으며 또한 處分의 상대방등의 請求에 의해 聽聞이 행하여지는 경우도 있다. 이 事前聽聞은 특히 상대방에게 不利益을 주는 處分을 행하는 경우에 많이 規定하나, 授益的 處分을 행하는 경우에도 規定되고 있다.<sup>127)</sup>

### ② 事後聽聞

事後聽聞은 事前聽聞과는 달리 行政機關이 일정한 處分을 한 후 그에 대하여 行政審判法등의 規定에 의한 異議申請등이 있을 때에 그 申請者등의 出席을 요

125) 聽聞의 형태는 일반적으로 ① 戰式聽聞·正式聽聞, ② 陳述型聽聞·事實審理聽聞, ③ 公開聽聞·非公開聽聞등 여러가지가 있다. 상세한 것은 李尙圭, 前掲論文, 20~21面 參照.

126) 「關係 行政廳이 식품위생법에 의한 營業停止處分을 하려면 반드시 事前에 聽聞절차를 거쳐야 함은 물론 聽聞書 도달기간등을 엄격하게 지켜 영업자로 하여금 의견진술과 변명의 기회를 보장하여야 할 것이고, 가령 식품위생법 제58조 소정의 사유가 분명히 존재하는 경우라 하더라도 위와 같은 聽聞節次를 제대로 준수하지 아니하고 한 營業停止處分은 違法임을 면치 못하는 것이다」, 大判 1990.11.9. 90 누 4129.

127) 騒音·振動規制法 제54조; 水質環境保全法 제53조; 海洋汚染防止法 제46조의 3; 公衆衛生法 제24조; 典當舖營業法 제28조; 古物營業法 제25조; 住宅建設促進法 제48조의 2 등 參照.

구하여 公開 또는 非公開로 행하는 聽聞을 말한다. 이 聽聞은 당사자에게 자기에게 有利한 證據를 提出함과 아울러 그 意見을 陳述할 기회를 부여함으로써 審査節次를 신중하게 하려는 취지에서 인정되는 制度이다. 現行 行政審判法에는 이에 관한 規定은 없으나, 特別의 法律規定에 의하여 事後聽聞制度를 採用할 수 있다.

### ③ 法令制定을 위한 聽聞(立法聽聞)

이것은 立法의 事前段階에 있어서의 聽聞이며 立法過程에 있어서 利害關係人이나 學識·經驗이 풍부한 關係專門家의 의견을 듣기 위한 것으로서 立法府에서는 國會法 제60조에 根據規定을 두고 주요 法案의 審査過程에서 公聽會를 실시하고 있으며, 政府에서는 「法令案立法豫告에 관한 規程」을 두어 法令案 主管機關의 長은 立法豫告한 法令案에 관하여 필요하다고 인정할 때에는 公開聽聞을 행하고 利害關係人의 의견을 들을 수 있도록 하고 있다.<sup>128)</sup>

그런데 法令에서 聽聞에 관한 規定을 두고 있는 경우에는 그러한 聽聞節次를 밝지 아니하고 한 行政行爲는 節次上的 瑕疵가 있는 것으로서 違法한 行政行爲임은 물론이다. 문제는 聽聞節次의 欠缺, 즉 節次上的 瑕疵만을 이유로<sup>129)</sup> 당해 行政行爲를 取消할 수 있는지의 여부에 관해서는 견해의 대립이 있으나, 節次上的 瑕疵는 內容上的 瑕疵와 마찬가지로 그 자체로서 行政行爲의 取消事由가 되는 것으로서 소정의 聽聞을 거치지 않았다면 그 자체로서 違法한 것이 되어 取消事由에 해당하는 것이라고 보는 것이 타당하다.<sup>130)</sup> 현재는 聽聞에 대한 통일

128) 立法豫告制에 관한 상세한 것은 曹正燦, 「法令案立法豫告制度의 導入 및 運營現況」, 法制 第321號, 1990. 8. 31., 18~39面; 朴鈺炳, 「立法豫告制에 관한 考察」, 考試界 1990. 5., 56~68面 參照.

129) 자세한 것은 金南辰, 「聽聞을 결한 行政行爲의 效力」, 考試研究 1984. 12., 180面 以下 參照.

130) 「聽聞制度의 취지는 이 사건 營業停止와 같은 食品衛生法 제58조등의 규정에 의한 處分

적인 節次를 정하는 行政節次法<sup>131)</sup> 시행되지 않고 있어서 聽聞의 規定은 그것을 필요로 하는 각 法令에 개별적으로 規定되어 있다.

事前聽聞에 대하여는 대개 立法形式이 定型化되어 있으나, 경우에 따라서는 基本規定 이외에 聽聞의 期日을 정하는 방법, 公開·非公開의 區別, 聽聞의 구체적 절차, 聽聞을 행하는 擔當職員의 資格등에 관해 상세히 規定되어 있는 것도 있고 聽聞할 상대방도 당해 處分의 相對方 이외에 利害關係人, 學識經驗者, 一般公衆까지 포함시키는 경우도 있다. 그리고 法令에 따라서는 聽聞에 대신하여 일정한 審議會, 審査會등의 諮問機關에 附議하도록 하는 경우도 있다. 그러나 行政機關은 聽聞의 결과에 구속되는가의 문제는 신중을 요하는것이라 할 수 있으나, 法的으로는 당연히 그것에 구속되는 것이 아니라는 점이 일반적 見解이다. 또한 聽聞의 通知를 했음에도 불구하고 相對方이 그 聽聞에 출두하지 아니한 경우에 관해서도 法令에서 명확히 規定할 것이 요망된다.<sup>132)</sup>

#### (4) 行政行爲의 附款

行政행위의 附款(Nebenbestimmung)이란 行政行爲의 效果를 制限하기 위하여 그 行爲의 주된 意思表示에 부가되는 從的인 意思表示를 말한다.<sup>133)</sup> 法令은

---

으로 말미암아 불이익을 받게된 營業者에게 미리 변명과 유리한 자료를 提出할 機會를 부여함으로써 부당한 營業者의 權利侵害를 예방하려는데 있으므로……法令所定の 聽聞 節次를 전혀 거치지 아니하거나 거쳤다고 하여도 그 절차적 요건을 준수하지 아니한 경우에는 가사 營業停止事由등 食品衛生法 제58조등 所定事由가 인정된다 하더라도 그 處分은 違法하여 取消을 면할 수 없다」, 大判 1991.7.9. 91 누 971 參照.

131) 政府는 1985년에 行政節次法試案을 마련하여 1987年 7月 7日 行政節次法(案)을 立法豫告해 둔 상태에 있다. 자세한 것은 金伊烈·李相敦, 「模範行政節次法案研究」, 三英社 1989, 32面 以下 參照.

132) 立法豫告된 行政節次法(案) 제45조 2항 「聽聞主帝者는 당사자등이 正當한 이유없이 2回 이상 출석하지 아니한 경우에는 聽聞을 終結할 수 있다. 이 경우 聽聞調書에 그 사유를 기재하여야 한다」 參照.

133) 金道昶, 前掲書, 317面; 朴鈞炢, 前掲書, 262面; 卞在玉, 前掲書, 304面. 그러나 金南

行政行爲의 附款이라는 用語 이외에 制限·條件·期限이라는 用語를 사용하는 것이 일반적이다. 이러한 附款은 「行政實務의 불가결한 補助手段」<sup>134)</sup>으로서 行政廳이 行政實務上 자주 행하고 있음은 주지하는 바이나, 오늘날의 行政行爲에 附款의 기능이 중요시되고 있는 이유로서는 다음의 점을 지적할 수 있다.<sup>135)</sup> 즉

① 行政의 탄력성을 부여하는 機能을 한다. 이것은 附款의 一般的·包括的인 기능으로서 예컨대 授益的 行政行爲가 행하여진 뒤 그 후에 法的·經濟的 關係가 變更되었을 경우 이에 대처할 수 있는 수단인 하나로서 授益的 行政行爲를 職權 取消한다거나 撤回하는 것은 信賴保護를 위하여 일정한 制約이 가하여지거나 그에 따른 補償問題가 제기되지만 行政行爲에 解除附款을 부가한다면 行政廳은 이러한 일정한 制約이나 補償의 문제없이도 그 후에 발생하는 새로운 사태에 대응할 수 있을 것이다. ② 公共財政의 確保라는 측면에서 보는 경우 許可나 認可와 같은 行政行爲는 關係人에게 중대한 經濟的인 利益을 주고 있다. 그러나 이때에 關係人의 利益과 이 利益의 향유로서 關係人이 負擔해야 하는 反對給付로 인하여 확보될 수 있는 公共財政이 대처하는 경우, 行政廳은 處分에 의하여 關係人에게 발생하는 經濟的인 利益을 어느 정도 흡수하게 된다. 따라서 行政廳이 원하고 있는 이익을 負擔(Auflage)등의 附款形式으로 行政行爲에 부가하는 것은 公共財政의 確保目的에 기여하게 되는 것이다. 그러나 이 경우 우리나라에서는 附款을 부가하여 行政行爲를 발하는 대신에 行政指導에 의하여 문제점들을 解決하고 있는 것 같다. ③ 節次經濟的인 機能으로서 附款附許可를 행함으로써 申請

辰교수는 「行政行爲의 效果를 制限 또는 補充하기 위하여 주된 行爲에 부가된 종된 規律」로서 定義한다. 金南辰, 「行政行爲의 附款」, 考試界 1986. 3., 162面.

134) H. U. Erichsen/W. Martens(Hrsg.), a.a.O., S. 193.

135) 자세한 것은 朴鍾局, 「行政行爲의 附款의 機能 - 西獨의 理論을 中心으로 -」, 月刊考試 1989. 5., 71~81面 參照.

의 拒否에 대한 再申請을 미연에 방지할 수 있고 뿐만 아니라 그에 따라 行政廳이 行政處分에 대한 再審査를 하지 않아도 되는 節次의 중복을 피하여 주는 장점이 있다.

그러나 附款은 그 구체적인 行政行爲의 목적에 비추어 필요한 한도내에서만 붙여야 하며, 公益上 필요성과 附款으로 인한 상대방의 不利益과의 사이에 均衡이 유지되도록 하여야 한다. 또한 立法에 있어서 附款을 인정할 필요가 있는 경우에는 附款을 붙일 수 있다는 趣旨 기타 필요한 사항을 적극적으로 規定하여 해석상의 혼란의 소지를 피하도록 배려할 필요가 있다.

附款에 관한 規定은 許可등의 行政行爲에 대한 부수적인 規定이므로 그러한 의미에 補則的 規定이며 따라서 補則에 관한 章에 規定되는 例도 있으나, 基本規定인 許可등의 規定과 함께 규정되는 경우가 많다. 附款에 관한 規定을 두는 방식은 매우 다양하며 구체적인 立法에 즈음하여 신중하게 검토하지 않으면 안 된다. 실제 立法에서는 附款이라는 用語는 사용하지 않으며, 주로 條件이라는 用語를 사용하는 것이 通例이다. 그리고 條件을 붙일 수 있는 경우를 한정하여 나열하는 방식이 필요한 경우도 있다.<sup>136)</sup> 또한 附款에 관한 規定으로서 附款에 관한 基本規定외에 附款을 붙일 수 있는 限界에 관한 規定을 둘 것이 필요하다.<sup>137)</sup>

#### (5) 行政審判·行政訴訟

行政審判과 行政訴訟은 違法 또는 부당한 行政處分の 再審議를 통하여 國民의

136) 附款의 근거규정은 대개 「제1항의 許可에는 條件 또는 期限을 붙일 수 있다」고 쓴다. 法制處, 「法令立案審査基準」, 67面.

137) 航空法 제100조 2항 「제1항의 條件 또는 期限은 公衆의 이익을 증진하거나 免許, 許可 또는 認可에 관계되는 사항의 확실한 실시를 도모하기 위하여 필요한 最小限度의 것에 한하여야 하며 當該航空運送事業者, 航空機使用事業者에게 부당한 義務를 과하는 것이어서는 아니된다」.

權利救濟에 이바지하는 行政救濟制度의 일환을 이룬다. 즉 法治國家의 성립에 의해 한편으로 行政이 法規의 拘束을 받는 동시에 다른 한편으로는 違法·不當한 行政作用을 匡正하는 수단으로서의 行政爭訟制度가 발달한 것이다. 다만 行政審判과 行政訴訟의 관계를 고찰함에 있어 전자가 行政監督的 要素를 띤 戰式 節次인데 대하여, 後者는 國民의 權利救濟를 주안으로 하는 正式의 爭訟節次인 점, 行政訴訟의 제기에는 원칙적으로 行政審判을 전치시키는 行政審判前置主義를 채택하고 있는 점이 다르다.

行政廳의 違法한 處分에 대하여는 憲法 및 行政訴訟法에 의하여 法院에 訴訟를 제기할 수 있게 되어 있으므로, 개별 法令에서 그 法令에서 정하여지는 行政廳의 處分이 違法한 경우에 提訴할 수 있다는 취지를 특별히 정할 필요는 없다. 그러나 行爲의 性格上 提訴에 대하여 의문이 있는 경우, 民衆訴訟이나 機關訴訟 등 특수한 訴訟形態를 인정하는 경우, 管轄法院을 다르게 정할 필요가 있는 경우등에는 그에 관한 規定을 두어야 한다.<sup>138)</sup> 그리고 行政審判의 경우는 종래 異議申請·審查請求·訴願 등 여러가지 이름으로 불리우고 있었으며, 이들에는 서로 다른 節次가 마련되어 있었으나, 行政審判에 관한 一般法으로 行政審判法이 制定되어 다른 法律에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 이 법에 의하여 行政審判을 제기할 수 있도록 하고 있다.

行政審判에 관한 特例規定을 두는 경우에는 事案의 專門性과 特例性을 살리기 위하여 특히 필요한 경우가 아니면 請求人에게 불리한 내용의 特例를 정할 수 없다(行政審判法 제43조 1항). 이는 行政審判에 관한 특례를 규정하고자 할 때의 立法方向을 提示하는 宣言的 規定이라고 할 수 있다. 그러나 行政審判에 관

138) 法制處, 「法令立案審查基準」, 68面.

하여 法律에서 특례를 정한 경우에도 그 法律에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 行政審判法이 정하는 바에 의한다(同法 제43조 2항 參照).

行政審判法에 대한 特例를 정하고 있는 현행 法律은 60여개에 달하며, 이들 法律에 規定되어 있는 行政審判法에 대한 特例는 각양각색이며 통일된 規定方式이 없는 실정이다. 다만 便宜上으로 行政審判法에 대한 特例를 規定하는 방법을 類型別로 나누면 ① 行政審判法에 의한 行政審判節次에 버금가는 特例行政審判節次를 規定하고 있는 경우,<sup>139)</sup> ② 行政審判法에 의한 行政審判節次에 비하여 略式인 節次를 정하고 있는 경우,<sup>140)</sup> ③ 行政審判法에 의한 行政審判節次에 따르되 몇가지 特例만 정하고 있는 경우<sup>141)</sup> 등이 있으나 補則에서 이를 規定하고 있는 것은<sup>142)</sup> 거의 찾아보기 힘든 실정이다.

#### (6) 損失補償

行政上 損失補償이란 違法한 公權力의 行使에 의해 가해진 私有財産上의 특별한 희생에 대하여 私有財産의 보장과 公評負擔의 견지에서 行政主體가 이를 調整하기 위하여 행하는 財産的 補償을 말한다.<sup>143)</sup> 憲法은 제23조 1항에서 國民의 財産權을 保障하고 동조 3항에서 공공필요를 위하여 필요한 경우에 財産權에 내재한 社會的 限界를 넘는 財産權侵害의 가능성을 인정하고, 그에 대한 正當한 補償을 하도록 하고 있다. 그러므로 行政上 損失補償制度는 일면에서는 公共必

139) 訴請(國家公務員法 제76조)·租稅審判(國稅基本法 제3조)·特許審判(特許法 제133조) 등이 그 예이다.

140) 土地去來不許可處分에 대한 이의신청(國土利用管理法 제21조의 5)·地方自治團體의 使用料賦課處分에 대한 이의신청(地方稅法 제58조)·勞動委員會의 處分에 대한 재심청구(勞動委員會法 제19조) 등.

141) 都市計劃事業施行者의 처분에 대한 行政審判(都市計劃法 제88조)·行政代執行에 대한 行政審判(行政代執行法 제7조) 등.

142) 開發利益還收에 관한 法律 제22조; 都市計劃法 제88조 參照.

143) 金元主, 「現代福祉國家의 行政上 損失報償」, 考試研究 1982. 11., 66面.

要를 위한 私有財産權의 侵害를 불가피한 것으로 인정하면서, 타면에서는 侵害된 私有財産權을 財産權의 保障이란 견지에서 적정하게 補償함으로써 公益과의 사이에 균형있는 조화를 도모하려는 요청에 따르기 위한 것이라 할 수 있다.

그러나 최근 市民生活에 대한 國家의 介入의 態樣이 다양화하고 公益과 私益의 相互關係도 복잡한 것이 되고 있고 특히 과학기술의 끊임없는 진전은 公共의 安定에 대한 危險의 內容도 극히 대규모의 것인 경우가 적지 아니하기 때문에 그것을 방지하기 위한 조치도 財産權의 극히 중대한 制約이 되지 않을 수 없기도 한다.<sup>144)</sup> 또한 福祉國家의 구현을 목표로 하는 현대국가 특히 開發途上國家에서는 大工業團地의 造成·都市再開發과 같은 生活環境의 정비를 위해 대규모의 公用收用을 하게 될 기회가 많아지게 되었으며 그로 인해 당해 地域住民이 받을 生活侵害도 다양하게 되면서 종래의 對物補償에서 이른바 「生活補償」-住民의 綜合的 價値·營業上의 損失·移住費用·小數殘存者의 補償·離職補償·精神的 補償등-까지도 고려하지 않을 수 없게 되었다.<sup>145)</sup> 그리고 憲法上 요청되는 補償이 아니지만 立法政策으로서 補償을 規定하는 政策上의 補償, 예컨대 財産權에 대한 특별한 희생이라고 할 수 없는 경우, 즉 財産權者가 受忍하여야 할 한도내에 있는 경우라도 立法政策上 補償을 하는 것도 등장하게 되었다.<sup>146)</sup>

따라서 立法에 있어서는 위와 같이 예상되는 사태가 있음에도 불구하고 그 解決을 전부 憲法에 구하려는 태도는 적당하다고 할 수는 없다. 따라서 立法에 있

144) 자세한 것은 徐元宇, 「損失補償制度의 小考-그 根據와 必要與否의 基準을 中心으로-」, 月刊考試 1986. 1., 93面 以下 參照.

145) 石琮顯, 「損失補償制度의 問題點과 그 課題」, 月刊考試 1989. 1., 71面 以下; 徐元宇, 「損失補償의 現代的 問題 -對物的 補償으로부터 對人的·對地域的 補償에로-」, 考試研究 1989. 8., 30面 以下; 金南辰, 「補償의 對象과 生活補償」, 考試研究 1988. 1., 96面 以下.

146) 傳染病豫防法 제54조; 結核豫防法 제29조 參照.



어서는 이러한 점에 관하여 배려하여 損失補償이 필요하다고 생각되는 경우에는 損失補償의 根據, 要件 및 基準에 관한 規定의 整備를 도모할 필요가 있다. 또한 憲法 제23조 3항이 補償의 정도로서 提示하는 「정당한 補償」의 範圍에 관해서도 여러 견해가 있으나, 일반적으로는 완전한 補償을 요구하는 것이 아니라 客觀的·合理的으로 보아 상당한 補償이면 족하다고 하고 있다. 예를 들면 平時에 있어서의 補償과 戰時에 있어서의 그것이 같을 수는 없으며,<sup>147)</sup> 社會改革을 전제로 한 公用侵害와 基礎法秩序內에서의 그것이<sup>148)</sup> 동일할 수가 없을 것이다. 따라서 明文의 규정으로 補償基準을 두는 경우에는 이러한 견해를 기준으로 정하여야 할 것이다.

#### (7) 手數料·使用料에 관한 事項

國民이 行政機關의 役務提供을 받거나 公共의 利用에 提供된 施設을 利用하는 경우에는 이들 役務의 提供이나 施設의 利用에 요하는 경비를 그 提供을 받거나 또는 그것을 利用하는 者가 부담하여야 하는 경우가 많다. 行政에 요하는 經費는 一般國民의 부담인 稅金에 의하는 외에 受益者가 부담하는 것이 공평한 경우가 많기 때문이다. 이 가운데 前者인 個別行政의 役務의 提供에 대한 것이 「手數料」이며, 後者인 施設의 利用에 대한 反對給付가 「使用料」이다.

國家가 제공하는 事務의 性質이 그것을 이용할 것인가의 與否가 이용자의 자유로운 意思에 맡겨져 있는 경우에는 手數料徵收의 근거를 반드시 法律로 정할 필요는 없으며, 大統領令·部令으로 정할 수 있다. 그러나 利用이 강제된 役務에 대한 手數料徵收의 근거는 반드시 法律로 정하여야 한다. 地方自治團體의 事務에 대한 手數料의 경우에는 地方自治法 제128조 1항에서 포괄적인 根據規定을

147) 예컨대 徵發法에 의한 補償과 土地收用法에 의한 補償이 차이가 있음은 물론이다.

148) 예컨대 農地改革法에 의한 補償과 土地收用法에 의한 補償이 그것이다.

두고 있으므로, 地方自治團體는 그 事務가 임의적 또는 강제적 성질의 것인가를 불문하고 個別的인 法律에서 특별한 規定을 두지 않더라도 이 규정에 의하여 手數料를 징수할 수 있다.

그리고 地方自治團體에서 手數料등의 徵收에 관한 사항을 정할 때는 자유로운 형식으로 정할 수는 없으며 반드시 條例의 形式으로 정하여야 한다(地方自治法 제130조 1항). 그러나 手數料 徵收에 관하여 공통적으로 적용되는 일반적 準則을 제외한 나머지 구체적인 徵收行爲는 規則으로 委任할 수 있다. 또한 地方自治團體의 機關이 國家 또는 다른 地方自治團體의 委任에 의하여 행하는 機關委任事務에 대하여는 法令에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 條例로 手數料를 徵收할 수 없다. 다만 이것은 條例로 手數料의 徵收에 관한 事項을 정할 수 없다는 것을 의미하는데 그치며, 手數料를 전혀 徵收할 수 없다는 것을 의미하지는 않는다.

手數料는 特定人을 위한 事務에 대하여 그 反對給付로서 徵收하는 金錢이므로 그 金額은 提供하는 役務와 적당한 均衡이 이루어질 것을 요구한다. 그리고 手數料의 金額은 그 사무수행에 소요되는 經費의 전액일 것을 요하지 아니한다. 그 이유는 國家 또는 地方自治團體의 事務는 公益을 위하여 행하여지는 것이므로 비록 그 事務가 特定人을 위하여 행하여지는 경우일지라도 그것은 동시에 公益의 達成 및 增進을 위한 것이 되며, 따라서 그 事務에 요하는 경비의 일부는 稅收入 기타 國民 또는 住民全體의 負擔으로 충당하는 것이 적당한 경우도 있을 것이기 때문이다. 또한 手數料의 금액은 物價水準의 동향등을 감안하여 適時適切하게 그 改正을 檢討할 필요가 있음을 인식하여야 한다. 이 점은 使用料에 대해서도 마찬가지로 지적할 수 있다. 그리고 手數料의 額의 決定에 관해서는 위의 사항이 기본이나, 國家와 地方自治團體의 手數料 사이에 金額의 均衡에 관해

서도 당연히 유의하여야 하며, 同種의 事務에 관해서 他와 비교하여 현저히 높거나 낮은 手數料을 정하는 것은 부적절한 것이라 할 수 있다.

法律에서 手數料의 金額을 정하는 경우에는 ① 金額을 確定的으로 정하는 것, ② 最高額만을 정하고 具體的인 金額은 下位命令에 委任하는 것, ③ 最高額과 最低額을 정하고 구체적인 금액은 下位命令에 委任하는 것, ④ 手數料徵收에 관한 根據만을 두고 그 구체적인 금액은 下位命令에 委任하는 것등이 있다. 地方自治團體의 事務에 대한 手數料에 관한 사항은 條例로서 정하여야 할 것이며, 특히 手數料의 金額은 住民과의 利害關係가 크므로 그 구체적인 金額을 條例自治體에서 정하는 것이 타당하며, 規則등에 委任하는 경우에도 그 最高額을 정하는 것이 바람직하다.

手數料의 徵收에 대하여는 法令에 특별한 規定을 두어 強制徵收를 인정하는 예도 있을 수 있으나, 다만 手數料는 그 대상인 事務가 행하여지기 전에 納付하여야 하는 것이 일반적인 예이므로 滯納의 문제는 발생하지 않을 것이다. 그러나 關係法令이나 自治法規에서 手數料의 徵收에 대해서 「國稅滯納處分の 例에 의한다」, 「國稅徵收의 例에 의한다」, 「地方稅徵收의 例에 의한다」라는 強制徵收의 規定을 두는 경우가 많다.

#### (8) 委任規定

「權限의 委任」이라고 함은 일반적으로 行政廳이 法令에 根據하여 자기의 意思로서 權限의 일부를 下級行政廳 또는 補助機關에 이전하고 受任機關이 委任받은 權限을 자기의 이름과 責任으로 행사할 수 있게 하는 것을 말하며, 法律에 規定된 어떠한 行政機關의 長의 權限 중 일부가 다른 行政機關의 長에게 委任되어 그의 權限과 責任하에 행사되도록 하는 것을 「權限의 委託」이라고 한다(行政權限의 委任 및 委託에 관한 規程 2조 1호·2호). 이러한 權限의 委任과 구별할

것에 「內部委任(innerbehördliche Delegation)」이라는 것이 있다. 이것은 行政機關이 補助機關 또는 下級機關에 대하여 所管事務에 관한 最終的 決定權을 부여하면서 여전히 대외적으로는 行政機關 자신의 이름으로 표시하게 하는 制度를 말하며, 行政實務적으로는 보통 「專決」, 「委任專決」이라고 말해지고 있다. 이러한 專決制度는 우리나라가 行政(官)廳制, 즉 行政에 관한 대외적인 權限행사를 行政官廳 또는 行政機關의 長의 이름으로 행하도록 하고 있는 制度를 택함으로 인하여 파생된 것으로 보인다.<sup>149)</sup> 內部委任은 行政規則에 의해서도 가능한 것으로 보고 있으며, 이러한 경우 그 行政規則의 違反은 原則으로 違法이 되는 것은 아니나, 判例는 그 內部委任에 관한 行政規則을 違反한 行政處分을 違法·無效로 판시하고 있다.<sup>150)</sup>

行政官廳의 權限의 委任은 法令으로 정하여진 權限分配의 實質的인 變更을 뜻하기 때문에 法的 根據를 요한다. 委任의 根據法令으로는 特定事務의 委任에 관하여 規定한 個別法令이 있는 이외에 權限의 委任에 관한 一般的인 原則을 規定한 政府組織法 제5조와 이에 根據를 둔 「行政權限의 委任 및 委託에 관한 규정」이 있다. 또한 國家行政事務의 地方自治團體의 長에 대한 委任은 地方自治法 제93조에, 地方自治團體의 長의 權限委任은 地方自治法 제95조에 規定되어 있다. 그리고 受任廳이 受任事務의 일부를 다시 다른 機關에 委任하는 再委任의 경우에도 반드시 法令의 근거가 있어야 한다.<sup>151)</sup> 또한 權限의 委任이 效力을 발생하

149) 金南辰, 「行政法 II」, 法文社 1990, 51面.

150) 大判 1986.12.9., 누 569. 이 判例의 문제점에 관해서는 金南辰, 「行政法の 基本問題」, 法文社 1990, 631面; 同, 「組織上 措置에 관한 考察」, 月刊考試 1987.3., 175面.

151) 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」은 서울特別市長·直轄市長 또는 道知事に 대해서만 委任받은 權限의 일부를 委任廳의 승인을 받아 區廳長·市長 또는 郡守에게 再委任을 할 수 있다고 규정하고 있으나(同규정 4), 다른 委任廳의 경우에도 法令의 근거

기 위해서는 受任者에게 그 뜻을 送達하는 것만으로는 부족하고 일반에 이를 公示함이 필요하다. 公示事項은 委任廳, 委任의 상대방, 委任期間등인데 官報·公報를 통해 公示하는 경우가 많다.<sup>152)</sup>

權限의 委任의 態樣으로는 종래에는 委任官廳의 補助機關 또는 下級行政機關에게 행하여 지는 것이 原則이었으나, 現代行政이 다양화되고 복잡다기해지면서 그 사정은 달라지게 되었다. 즉 權限의 委任은 上·下級行政官廳 또는 대등한 行政官廳 상호간에 있어 行政의 效率性提高를 위한 法的 手段으로 인식되고 있기 때문에 委任의 態樣 역시 다양해지고 있다. 따라서 權限의 委任은 ① 補助機關 또는 下級行政機關에 대한 委任, ② 委任官廳의 指揮·監督下에 있지 아니한 대등한 行政官廳 또는 계통을 달리하는 下級行政機關에 대한 委任, ③ 地方自治團體 또는 그 機關에 대한 委任, ④ 私인에 대한 委任등이 행하여 지고 있다. 특히 私인에 대한 委任은 「民間委託」이라고 하는 바, 이것은 行政廳의 所管事務 중 調査·檢査·檢定·管理業務等 國民의 權利·義務와 직접 관계되지 아니하는 事務를 地方自治團體가 아닌 法人·團體 또는 그 機關이나 個人에게 맡겨 그의 名의와 책임하에 행하게 하는 것을 말한다(政府組織法 제5조·행정권한의 위임

---

가 있으면 再委任이 가능하다. 朴統炆, 「最新行政法講義(下)」, 國民書館 1990, 47面. 「政府組織法 제5조 제1항의 규정은 법문상 行政權限의 委任 및 再委任의 근거규정임이 명백하고 政府組織法이 국가행정기관의 設置, 組織과 職務範圍의 大綱을 정하는데 목적이 있다고 하여 그 이유만으로 같은 법의 權限委任 및 再委任에 관한 규정마저 權限委任 및 再委任등에 관한 대강을 정한 것에 불과할 뿐 權限委任 및 再委任의 근거규정이 아니라고 할 수는 없다고 할 것이므로, 道知事등은 政府組織法 제5조 제1항에 기하여 제정된 行政權限의 委任 및 委託에 관한 규정에 정한 바에 의하여 委任機關의 長의 承認이 있으면 그 규칙이 정하는 바에 의하여 그 受任된 권한을 시장, 군수등 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다.」, 大判 1990.6.26. 제2부 판결, 88 누 12158.

152) 그러나 法令 자체에서 委任의 근거는 물론 委任되는 사무를 구체적으로 정하고 있어 더 이상 委任廳의 별도의 행위가 필요없는 경우에는 그 法令의 公布에 의하여 모든 사람이 어떤 事務가 委任되는지를 알 수 있게 되므로 별도의 公示가 필요없다.

및 위탁에 관한 규정 2조 1호, 3장). 이러한 民間委託은 行政組織의 방대화를 억제하는 한편 行政事務의 能率性を 높이고 費用을 절감하고 민간의 특수한 專門技術을 활용하고 국민생활과 직결되는 單純行政業務를 신속하게 처리하기 위하여 인정되며, 최근 점차 확대되는 추세에 있다. 따라서 앞으로 많은 사무를 民間委託하기 위해서는 그에 선행하여 장·단점을 면밀히 검토하여 그에 따른 補完措置를 강구하여야 한다.<sup>153)</sup>

委任은 委任官廳의 權限의 일부에 한하여 인정되며, 權限의 전부의 委任은 委任官廳의 그에 관한 權限의 소멸을 가져오므로 허용되지 않는다. 委任되는 사항에 관해 法은 委任廳의 權限을 일정한 사항으로 명시하는 경우도 있으나, 일반적으로 「事務 또는 權限의 一部」라고 규정하는 例가 많다.<sup>154)</sup> 그러나 委任이 인정되어 있는 경우에도 사물의 성질상 委任할 수 없는 것이 있는 바, 部令의 制定, 地方自治團體의 長의 地方議會의 召集 같은 것이 그 例이다. 行政官廳의 權限이 委任된 경우에는 委任官廳은 委任된 事務를 처리할 權限을 상실하게 되며, 受任機關은 그 受任된 權限을 자기의 權限으로 자기의 명義와 책임 아래에서 행사한다. 따라서 委任官廳은 受任官廳의 행위에 대하여 원칙으로 責任을 지지 아니한다. 그러나 委任官廳이 受任官廳에 대해 지휘 감독할 수 있느냐에 대해서는 受任官廳이 委任官廳의 補助機關 또는 下級行政廳인 때에는 委任官廳이 上級機關으로서 受任機關의 權限行使를 지휘 감독할 수 있으나, 지휘·감독하에 있는

153) 자세한 것은 朴鈺炳, 「最新行政法講義(下)」前掲書, 50~51面 參照.

154) 地方自治法 제95조; 私立學校法 제71조; 電氣事業法 제65조; 國土利用管理法 제30조의 2등 參照. 그러나 印鑑證明法 제14조의 2에서는 「權限의 전부 또는 일부를…… 委任할 수 있다」고 하여 全部委任을 인정하고 있는 바, 이는 行政官廳에서의 權限의 分配를 규정한 法律 스스로가 權限의 委任을 인정하면서 權限을 배정한 예외적인 경우라 할 수 있다.

下級機關이 아닌 경우에는 특별한 規定이 없는 한 지휘·감독권이 없다고 할 수 있다.<sup>155)</sup>

## 6. 罰則에 관한 事項

### (1) 意 義

罰則이란 어떤 法令에 規定하는 義務에 대한 違反이 있는 경우에 그 違反者에 상당한 罰이 부과될 수 있음을 豫告함과 아울러 현실적으로 그러한 違反이 발생한 경우에는 그 違反者에게 그 예정된 罰을 과하는 취지를 정하는 規定을 말한다. 또한 그것은 法令의 實效性을 담보하는 수단으로서 설치한다. 法令의 實體 規定에 있어서 일정한 作爲 또는 不作爲의 義務를 부과한 경우에 그 違反이 있을 때 그 상태가 방치된다면 法令의 實效性을 확보할 수 없으며, 나아가 그 法令에 대한 신뢰를 상실케하고 國民의 遵法精神에 악영향을 미치는 등 여러가지의 폐단이 발생할 가능성이 있다. 그 때문에 法令에 있어서 罰則規定을 두어 法令의 義務에 違反하는 상태가 발생하지 않게 예방적인 효과를 거둘 수 있으며, 동시에 현실로 그러한 상태가 발생한 경우에는 예정된 制裁를 가하는 것이다. 法規範의 특질 중 하나로서 그것이 國家機關의 公權力에 의해서 강제력으로 실현하는 것을 지적할 수 있으나, 그 法的 强制의 하나의 지주가 罰則規定과 그 適用인 것이다.

法令을 立案하는데 있어서는 罰則의 要否가 신중하게 검토되어야 하나, 權利·利益을 특정인에게 부여하거나 또는 그것을 특정인으로 부터 박탈하는 能力 規定에 관해서는 原則으로 罰則을 둘 필요는 없다. 이에 대하여 일정한 作爲 또는 不作爲를 명하는 規定에 관하여는 罰則의 필요성의 유무에 대해 檢討를 요한

155) 金南辰, 前掲書(下), 55面; 石琮顯, 前掲書(下), 93面; 朴鈞炳, 前掲書(下), 53面.

다. 刑罰權의 行使는 國民의 自由와 權利의 制限 가운데 가장 엄격한 것의 하나이며, 刑罰 또는 秩序罰로서의 過料는 國民의 身體의 自由를 制限 또는 財產權의 侵害를 그 내용으로 하는 것이므로 法令의 實體規定에서 作爲 또는 不作爲를 명하는 경우에 있어서도 항상 그것에 대응하는 罰則을 반드시 두어야 할 것은 아니라는데 주의를 요한다. 즉 그 法令의 規定目的에 따라 實體規定의 違反이 있는 경우에, 그 違反狀態를 시정하기 위한 指示, 措置命令등에 관한 규정을 두며, 그것에 대한 違反이 있는 경우에 비로소 후자의 違反에 대해 罰則을 두어야 할 경우 또는 아무런 罰則을 두지않고 規制를 받는 자의 道義的인 문제로서 그 준수를 기대하는 이른바 訓示規定으로서 규정을 두는 경우등 여러가지 경우가 있을 수 있으므로 罰則의 要否에 관해서는 모든 각도에서 신중히 檢討할 필요가 있다.

罰則規定의 實效性을 확보하고 충분한 機能을 거둘 수 있게 하기 위해서는 다음의 事項에 유의하여야 한다.

첫째, 罰則을 두는 경우에는 實行可能한 規制策을 장기적인 시점에서 명확하게 規律하여야 한다. 따라서 制度의 필요성 및 法令의 實效性을 확보하기 위하여 유효하다고 생각되는 수단을 진지하게 檢討하려는 자세가 필요하다.

둘째, 規定하려는 罰則事項이 실제의 運用에서 충분한 機能을 발휘할 수 있도록 規制를 필요로 한다고 생각되는 事項에 관해서는 명확히 立法化하여야 한다. 불분명한 立法態度가 法令의 實現을 방해하는 결과를 초래한다는 점을 인식할 필요가 있는 것이다.

셋째, 罰則規定은 國民의 自由와 權利에 중대한 영향을 미치므로 특히 行政法規에 罰則을 規定하는 경우에는 金錢的 負擔에 의한 間接的 強制手段으로서 法令의 實效性을 확보할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 우리의 경우 法律중에



서 刑罰規定이 없는 것이 거의 없을 정도로 行政刑罰過剩現狀을 보이고 있다고 하고 그 원인을 刑罰만을 義務履行確保手段으로 사용하려고 하는 立法者의 안이한 태도에 있다고 지적하는 見解<sup>156)</sup>에 대해서도 주의를 기울여야 할 것이다.

罰則規定을 두는데 있어서의 立法技術上의 유의사항을 구체적으로 지적하면 다음과 같다.

## (2) 罰則의 規定方法

罰則規定의 配列은 法令이 章·節로 구분되어 있을 경우에는 특별한 사유가 없는 한 補則事項 다음, 즉 本則으로서의 末尾에 배열한다. 그러나 罰則數가 적을 경우에는 補則의 章 속에 포함시키거나 實體規定의 章 속에 포함시킬 수 있으나 이것은 바람직한 立法例라고는 할 수 없다.<sup>157)</sup>

法令이 章·節로 구분되어 있지 않을 경우에는 實體規定과 補則規定을 전부 배열한 다음에 배치하며, 罰則條項 상호간에는 法定刑이 무거운 것부터 순차로 배열하고,<sup>158)</sup> 만약 같은 罰則條項에서 둘 이상의 實體規定을 인용하는 경우에는 條名이 빠른 것부터 배열한다.

## (3) 犯罪構成要件의 明示

罰則을 정하는 경우에는 어떠한 行爲가 犯罪를 構成하며, 犯罪로서 處罰되는 가라는 犯罪構成要件이 명확히 규정되어야 한다. 犯罪構成要件이 명확하게 規定되지 아니한 경우에는 당해 罰則規定을 적용할 수 없게 되므로 결국 그 罰則規

156) 朴光圻, 「行政法上の 義務履行確保手段—그 現況과 改善方向을 중심으로—」, 考試界 1988. 4.; 同, 「行政秩序罰—輕微犯罪의 脫犯罪化와 관련하여—」, 考試研究 1990. 5.; 金鐵容, 「行政罰의 脫刑罰化」, 考試界 1991. 6., 參照.

157) 예를 들면 資本市場育成에 관한 法律 제46조·제47조·제48조; 法院組織法 제54조·제55조 등 參照.

158) 그러나 法定刑이 가벼운 것부터 우선 배열한 立法例도 있다. 住民登錄法 제21조 1항·2항 參照.

定은 아무런 쓸모가 없게 된다.

犯罪構成要件의 規定을 쓰는 방법으로서는 構成要件을 法律의 罰則規定 자체에 표시하는 방법과 實體規定 중에 일정한 作爲·不作為의 義務를 부과하는 뜻을 정하여 두고 罰則規定에서는 그 違反者에 대하여 일정한 刑을 과하는 形式으로 표시하는 방법의 두가지가 있다. 前者는 무엇이 犯罪를 構成하는가가 일반적으로 사람들 사이에 충분히 인식되고 있는 自然犯에 관한 規定이며, 行政犯에 관해서는 그 대상이 되는 行爲 자체는 社會道義的으로 害惡하다기 보다는 法令이 行政目的을 달성하기 위하여 과한 義務에 違反하기 때문에 犯罪로 되는 것이므로 後者의 방법에 의하는 것이 타당하다. 行政法規에 있어서도 前者의 방법에 따른 것도 있으나, 이것은 예외이며 後者의 方法에 의하는 것이 原則이라고 할 수 있다.

그런데 특히 後者의 방법에 따른 경우에는 罰則規定과 그 전제가 되는 義務規定과의 조화에 관하여 충분히 배려하지 않는 경우에는 構成要件으로서 불명확하게 될 가능성이 발생할 수 있음에 주의하여야 한다. 따라서 그러한 점에 유의하여 事後에 문제를 남기지 않도록 規定하는 방법을 검토하지 않으면 안된다. 後者에 의한 規定形式을 現行法上の 立法例를 중심으로 구체적인 類型으로 분류하면 ① 가장 基本的인 形式으로서 「第○條의 規定에 違反한 者는…」라는 形式, ② 「第○條의 規定에 의한 …을 하지 아니하고 …을 한 者는 …」라는 形式, ③ 「第○條의 規定에 違反하여 …을 한 者는 …」 또는 「第○條의 規定에 違反하여 …을 하지 아니하고 …을 한 자는 …」라는 形式, ④ 「…의 行爲로서 …을 한 者는 …」라는 形式, ⑤ 기타 複合形式등이 있다.<sup>159)</sup>

159) 상세한 것은 朴奉國, 「立法技術的 側面에서 본 行政罰則의 現況과 그 定立基準에 관한 考察」, 國會報 1983. 4., 68~39面 參照. 또한 法制處, 「法令立案審查基準」, 76~77面.

그러나 이러한 諸形式은 어디까지나 基本的인 것에 불과하므로 실제 立法例에 있어서는 반드시 엄격하게 지켜지고 있지 않다. 그러나 어떠한 形式을 택할 것인가는 경우에 따라 다를 수 있겠으나 立法技術上 構成要件의 표시를 명확히 할 필요가 있으므로 罰則規定의 작성 때에는 위의 基本形式을 활용할 필요가 있다. 또한 犯罪構成要件에 있어서 犯罪의 既遂時期와 관련하여, 法律上的 일정한 作爲義務를 이행하지 아니하는 것이 犯罪로 되는 이른바 不作爲犯의 경우에는 특히 그 既遂의 시기를 명확히 하는데 주의하지 않으면 안된다. 예를 들면 申告·提出義務의 違反에 대한 罰則이라면 언제까지 申告·提出을 하여야 할 것인가를 明示할 것이 필요하다.<sup>160)</sup> 나아가 犯罪構成要件의 明確化의 要請에서 包括的, 抽象的인 표현을 사용하지 않아야 함은 물론이다.<sup>161)</sup>

#### (4) 過失犯의 경우

刑法 제14조에서는 「正常의 注意를 태만함으로 인하여 罪의 成立要件인 事實을 인식하지 못한 行爲는 法律의 특별한 規定이 있는 경우에 한하여 處罰한다」라고 하여, 過失犯을 處罰하는데 있어서는 法律에 明文의 規定을 요구하고 있다. 이 規定은 同法 제8조의 規定에 의해 他法令에서 刑을 정하는데에도 適用되는 것이므로 法令에 있어서 罰則에 관하여도 適用된다.

따라서 立法에 있어서는 過失犯을 處罰하여야 할 것이라고 생각되는 경우에는

160) 다만 이 경우도 下位法令인 大統領令이나 部令에서 그 기간을 정하는 것이 보통이지만, 罰則에 관한 한 法律이 아닌 下位法令의 規定에 맡기는 것은 바람직하지 않다.

161) 예컨대 文化財保護法 제43조 2항의 「...지체없이...」, 제72조 2항의 「...태만히 한 者...」라는 用語는 문제가 있다. 상세한 것은 法制處, 「法令立案審查基準」, 79面 參照. 기타 犯罪構成要件의 明確化와 관련하여 處罰對象者가 명확하지 않거나(建築士法 제10조·제66조 3호 등), 어떠한 行爲를 벌할 것인가가 불분명한 立法(食品衛生法 제23조 1항·제44조 1항 등)은 지양하여야 할 것이다. 상세한 것은 朴奉國, 前揭論文, 70面 參照.

明文의 規定을 들 것이 필요하다. 過失犯의 處罰規定에서는 過失을 「過失」, 「重大한 過失」, 「業務上 過失」등으로 표시하고, 過失犯에 대한 法定刑은 故意犯에 비하여 훨씬 가벼워야 하며, 重大한 過失 또는 業務上 過失의 경우를 제외하고는 일반적으로 罰金 이하의 刑이 정하여 진다.<sup>162)</sup> 過失犯에 대한 處罰規定의 하나로 채택되는 방법에는 「刑法 제14조의 規定은 적용하지 아니한다」는 規定도 있다.

#### (5) 法定刑의 規定方式

法定刑을 規定할 경우에는 그 法定刑에 어느 정도 폭을 두어 法院이 구체적 사건에 관하여 刑을 언도할 때 犯罪의 情況 기타 事件의 내용에 따라 法定刑의 범위내에서 量定을 행할 수 있는 여지를 남겨두는 것이 原則이다. 그러나 그 法定刑의 폭을 극단적으로 넓게 인정하는 것은 罪刑法定主義의 원칙상 금지되나 刑事政策的인 입장에서 어느 정도의 폭을 두어 法院의 판단에 맡기는 것이 바람직한 일이다.

立法에 있어서 量刑의 기준을 어떻게 設定할 것인가의 문제는 대단히 어려우며, 현실적으로 보는 경우에도 現行法上 동일한 違反行爲에 대하여 量刑에 큰 차이가 있는 例가 많은 실정이다. 물론 行政府와 立法府의 상반된 시각에서 파생되는 문제절도 많으나, 立法時 이 부분을 소홀히 하는 立法者의 태도에도 책임이 있다고 생각된다. 따라서 立法에 있어서 量刑의 표시는 ① 公共福利의 維持·增進을 위한 必要성과 均衡이 이루어지도록 하여야 하며, ② 다른 法令에 規定된 罰則의 한도를 고려하고, ③ 違法行爲의 反社會性和 可罰性의 정도에 따른 타당한 量刑의 고려등을 인식하여야 할 것이다.<sup>163)</sup>

162) 關稅法 제193조는 過失犯을 故意犯과 동일하게 處罰하도록 規定하고 있다.

163) 法制處, 「法令立案審查基準」에서는 ① 公共福利의 유지·증진을 위한 필요성과 均衡도

法定刑의 規定方式 가운데 立法技術上 유의하여야 할 事項을 살펴보면 다음과 같다.

① 「懲役과 禁錮」에는 有期와 無期가 있고 有期는 1月 이상 15年 이하로 하게 되어 있으며(刑法 제42조), 이를 加重하는 때에는 25년까지 할 수 있다. 따라서 懲役과 禁錮의 法定刑의 폭을 정하는 경우에 그 長期를 15년으로 할 때는 그 長期를, 短期를 1月로 할 때에는 그 短期를 특히 表示할 필요는 없다. 다만 「○年 이상의 懲役」이라 함은 無期懲役까지 포함되므로 「○年 이상의 有期懲役」으로 표시하여야 한다.

② 「罰金」은 그 適用이 가장 빈번한 刑罰制度로서 종래 自由刑을 보충하는 부수적 위치에서 벗어나 오늘날 刑罰制度의 주종으로서 正當性和 合目的性을 갖춘 합리적인 制度로 인식되고 있다.<sup>164)</sup> 그러나 우리 나라의 現行 罰金刑制度는 刑法 제45조에서 罰金의 下限만 정하고 있을 뿐 罰金刑策定에 있어서의 標準等 구체적인 基準이 제시되고 있지 않아서 法律立案時 罰則規定에서 罰金額을 얼마로 정할 것인가를 둘러싸고 많은 논란이 提起되고 있는 실정이다.<sup>165)</sup>

여하튼 現行法上 罰金에 관해서는 刑法에서 「罰金은 5백원이상으로 한다」(제45조)라고 규정하고 있지만, 罰金等臨時措置法에 의하면 「罰金은 刑法 제45조의 規定에 불구하고 3萬원이상으로 한다. 다만 이를 감경할 때에는 3萬원이하로 할 수 있다」(제3조 1항)라고 規定하고 있으므로 현재의 罰金의 法定刑은 3萬원이상

---

모, ② 行政罰則의 刑量相互間의 균형, ③ 刑法上 刑量과 비교하여 균형을 이루도록 한다라고 강조하고 있다. 同, 80面 參照.

164) 罰金刑制度에 관한 상세한 사항은 鄭圭萬, 「立法上 罰金刑制度에 관한 考察」, 立法調査月報 1990. 9., 74~92面 參照.

165) 朴舞用, 「現行罰金刑制度의 改善」, 刑法改正의 諸論點(刑事法改正資料III), 刑事法改正特別審議委員會 1985. 12., 182面 以下.

으로 하게 되어 있다. 그러나 罰金의 法定刑의 多額에 관하여는 刑法이나 罰金等臨時措置法에 아무런 규정이 없으므로, 罰則으로 罰金を 정하려는 경우에는 違反行爲의 종류·社會經濟的 性格, 對象者등의 經濟的 事情등에 따라 그 多額을 각 本條에 정하지 않으면 안된다.

罰則規定 중에 罰金を 표시하는 경우 가장 일반적인 規定방식은 「○원 이하의 罰金에 처한다」와 같이 多額과 少額을 함께 各本條에 정하는 방법이 있다.<sup>166)</sup> 그리고 犯罪行爲의 양태에 따라 罰金額을 增減할 수 있는 方式을 채택하는 경우도 있는데 이것은 現行法에서 보편적으로 사용하는 방법이 아니라 주로 利慾的 犯罪 특히 租稅法에서 주로 사용하는 方式이다.<sup>167)</sup> 또한 犯罪行爲의 형태에 따라 罰金額의 多額·少額의 判斷없이 자동적으로 정하여지게 하는 방법도 있다.<sup>168)</sup>

그리고 罰金刑은 被處分者의 財產權을 強制的으로 박탈하는 것을 그 本質的 內容으로 하고 있으므로 被處分者의 給付能力, 즉 일신적인 經濟的 能力의 고려가 필수적으로 요구된다. 따라서 罰金刑 算定에 있어서는 行爲者의 개인적인 經濟的 상태를 고려하여야 한다는 明文規定을 두는 것도 바람직하다고 할 것이다.<sup>169)</sup>

166) 이러한 방법은 罰金額이 명백하여 適用에 편리하다는 장점도 있으나, 화폐가치가 자주 변하는 사회에 있어서는 시간이 경과함에 따라 현실에 적합하지 않게 되거나, 다른 罰則과의 균형을 상실 할 우려가 있다는 단점이 있다.

167) 關稅法 제180조 1항·貿易去來法 제32조·輸出自由地域設置法 제23조·船路標識法 제18조 등. 그러나 이러한 방법은 罰金額의 한도가 명확하지 않을 뿐 아니라, 犯罪行爲의 處罰은 그 反社會性의 정도에 따라 정하여지는 것이 원칙인데 단순히 金錢的 評價에 의하여 處罰하게 되는 것은 不合理的하다는 비판을 받고 있다.

168) 租稅犯處罰法 제10조 參照. 그러나 이 방법은 罰金刑에 관해 法院의 量定의 여지를 전혀 인정하지 않고 있다는 점에서 타당한 立法方法인지 의문이다.

169) 이러한 관점에서 日數罰金刑制度·罰金の 分納 및 延納制 등의 導入도 신중하게 검토되어야 할 것으로 본다. 자세한 것은 鄭圭萬, 前揭論文, 88~89面 參照.

③ 「拘留·科料」의 경우, 自由刑인 拘留은 1日이상 30日미만이며 財産刑인 科料는 50원이상 500원미만으로 되어 있다(刑法 제46조 제47조 參照). 그러나 科料에 대하여는 罰金의 경우와 마찬가지로 罰金等臨時措置法에서는 2천원이상 3만원미만으로 되어 있다(제3조 2항). 이러한 拘留와 科料에 대하여는 附加的인 沒收를 제외하면 가장 가벼운 刑罰로 보고 그 가운데에서 科料를 더 가벼운 刑罰로 보고 있다.

拘留와 科料에 대하여도 特別法에서 그 法定刑을 정하는 경우에 1日이상 30日미만으로 또는 2천원이상 3만원미만의 범위안에서 다시 長期와 短期 또는 多額이나 少額을 정하는 것은 理論的으로 가능하다. 그러나 실제 現行法에서는 대부분 단지 「拘留에 處한다」, 「科料에 處한다」라고 정하고 있을 따름이다.

④ 「沒收·追徵」의 경우, 沒收를 보통의 刑과는 달리 독립하여 그것만을 科하지 않고 他刑에 부가하여 科하는 것이 原則이며(刑法 제49조), 犯人 이외의 者の 所有에 속하는 것은 이를 科할 수 없고 또한 沒收는 法官의 자유로운 判斷에 의하여 그 여부를 決定한다. 따라서 이러한 原則은 다른 法令에서 刑을 정하는 경우에도 당연히 適用되는 것이므로, 行政罰則으로 沒收의 刑을 정하는 경우에는 刑法上의 原則에 대한 特則을 정할 필요가 있는 경우에 한하여 그 특칙을 정하면 된다.

沒收의 대상이 刑法總則에 의한 것과 다른 때에는 이를 표시하되, 이른바 占有沒收의 경우 즉 犯罪行爲와 일정한 연관이 있으면 犯人 이외의 者の 所有에 속하는 경우에도 沒收를 할 수 있도록 하는 規定은 그 物件이 犯罪와 일정한 관련이 있다하더라도 犯人이 그 物件을 占有하고 있었다는 것만으로 犯人 이외의 者の 所有權을 박탈하는 것일 뿐 아니라, 또한 그 所有者는 犯人이 刑事被告人이 아니어서 法院에서 陳述할 기회도 없으며 上訴權도 없으므로 憲法 제23조 1

항(財産權保障)·제27조 5항(刑事被害者의 公判廷陳述權)과의 관계상 문제가 많기 때문에 가능한 한 두지 아니하는 것이 바람직하다. 그러나 부득이 이와 같은 規定을 두어야 할 필요가 있는 때에는 그 要件을 엄격하게 정할 것이 요구된다.<sup>170)</sup>

追徵의 경우에도 刑法 제48조 2항에 一般規定을 두고 있으므로, 필요적 追徵을 정할 필요가 있을 때에는 行政罰則에 그러한 취지의 特別規定을 두어야 한다.<sup>171)</sup> 한편, 追徵을 표시함에 있어서는 沒收의 대상이 刑法總則에 의한 것과 다를 때에는 반드시 그 대상을 밝히고 追徵을 표시할 필요가 있고, 또한 追徵의 時期를 명확히 할 것이 요구된다.

⑤ 「懲役과 罰金の 併科」의 경우, 즉 刑罰 가운데 懲役과 罰금이 동시에 포함되어 있는 경우에는 法院이 선택적으로 그 중 하나를 科하는 任意的 併科의 形式을 原則으로 한다. 그러나 경우에 따라서는 例外的으로 懲役과 罰金を 함께 併科하도록 정하는 形式도 있으나,<sup>172)</sup> 그것은 구체적 事件에 대한 科刑의 妥當性을 상실할 우려가 있으므로 특별한 경우의에는 가능한 한 피하는 것이 좋다.

任意的 併科의 規定方法은 i) 選擇刑의 條項을 먼저 정하고 다음에 條項을 달리하여 정황에 따라 이를 併科할 수 있다는 趣旨의 병과규정을 두는 방법과

170) 朴奉國, 前掲論文, 75面; 法制處, 「法令立案審查基準」, 81面. 「向精神性 醫藥品管理法 제47조 제1항에 정한 沒收나 追徵은 刑法上의 沒收나 追徵이 犯罪行爲로 인한 利得의 剝奪을 주목적으로 하는 것과 달라 그 행위에 제공된 醫藥品을 필요적으로 沒收하고 그 沒收가 불가능한 때에는 그 價額을 納付하게 하는 懲罰的 성질의 처분이라 할 것이므로 向精神性醫藥品의 所有者나 最終所持人에 대하여서만 追徵을 명하는 것이 아니라 동일한 醫藥品을 취급한 자들에 대하여 그 取扱한 範圍內에서 醫藥品價額 全額의 追徵을 명하여야 한다」, 大判 1989. 12. 8. 제3부 판결 89도 1920.

171) 그러나 沒收에 관한 특별규정을 두면서 追徵에 관한 규정을 두지 아니한 立法例도 있다. 예를 들면 外國刊行物輸入配布에 관한 法律 제11조·郵便法 제52조 參照.

172) 韓國產業銀行法 제54조 參照.



ii) 通常의 選擇刑과 併科規定을 1개의 條項에 모두 표시하는 방법 및 iii) 罰金만의 선택을 허용하지 않는 방법등이 있다.

#### (6) 兩罰規定

일반적으로 자연법에 관해서는 法人은 犯罪能力을 가지지 않는다고 이해되고 있으나,<sup>173)</sup> 行政法令에서는 法人의 代表者 또는 法人의 代理人, 使用人 기타 종업원이 그 法人의 義務에 관한 일정한 違反行爲가 있을 경우에는 行爲者 뿐만 아니라 當該 法人을 동시에 處罰하는 趣旨의 規定을 두는 例가 많다. 이와 같이 行爲者를 處罰하는 외에 그 자와 일정한 관계에 있는 他人도 處罰하는 취지를 정하는 規定을 兩罰規定이라고 한다. 오늘날 法人의 犯罪主體性은 널리 認定되고 있으며 그것이 특히 강조되는 부분은 소위 企業犯罪, 公害犯罪 및 일반 經濟犯罪의 영역이다.<sup>174)</sup> 따라서 法人이라는 組織을 통하여 행하여진 脫法的인 違反行爲를 방지하고 장래에 대한 豫防措置를 강구하기 위해서는 法人自體에도 刑을 과하는 것이 犯罪豫防의 實效性을 높이려는 취지에서 行爲者인 自然人 뿐 아니라 法人도 處罰하는 兩罰規定을 두게 된 것이다.

兩罰規定의 유형으로는 첫째, 法人의 共犯責任을 근거로 處罰하는 경우,<sup>175)</sup> 둘째, 法人의 過失責任을 근거로 處罰하는 취지가 明示된 경우,<sup>176)</sup> 셋째, 아무 조건없이 또는 免責事由가 規定되어 있지 않은 전형적인 兩罰規定인 경우<sup>177)</sup> 등

173) 李炯國, 「法人의 犯罪能力」, 月刊考試 1983. 9., 95~103面; 鄭榮錫, 「法人의 犯罪能力」, 延世行政論叢 7輯, 1981. 2., 199~205面 등 參照. 그러나 行政犯에 관한 한 法人의 犯罪能力을 인정하는 것이 국내학자들의 공통된 견해이다. 金南辰, 前揭書, 530面.

174) 金日秀, 「刑法總論」, 博英社 1990, 136面.

175) 船員法 제148조 2항 參照.

176) 船員法 제148조 1항 단서 參照.

177) 文化財保護法 제94조 參照. 이 경우의 法人處罰의 합리적인 근거에 대해서는 ①無過失責任說, ②過失推定說, ③過失擬制說, ④過失責任說 등의 견해가 대립하고 있으나,

이 있다.

行政法上 兩罰規定을 두는 形式으로는 거의 통일되어 있는 바, 「法人의 代表者 또는 法人이나 個人의 代理人·使用人 기타 從業員이 그 法人 또는 個人의 業務 (또는 財産)에 관하여 第○條의 違反行爲를 한 때에는 行爲者를 罰하는 외에 그 法人 또는 個人에 대하여도 各 該當條의 罰金刑을 科한다」라는 방법이 그것이다. 그리고 兩罰規定에 의하여 刑이 科하여지는 것은 現行法上으로는 犯罪가 個人이나 法人의 業務 또는 財産에 관하여 행하여진 경우에 한정된 결과 그 刑은 罰金 기타 財産刑에 한정되고<sup>178)</sup> 生命刑·自由刑을 정한 兩罰規定은 없다. 또한 후술하는 過怠料에 관해서는 兩罰規定을 두지 아니한다.

그러나 犯罪現狀의 變化와 오늘날의 刑事政策的 目標設定 및 立法의 추세에 비추어 볼 때 現行法上의 兩罰規定은 대단히 낙후되어 있으며, 특히 兩罰規定에 의한 法人의 法定刑이 너무 낮다는 점이 문제가 되고 있다. 따라서 法人의 활동이 중시되는 실정에 비추어 法人에 대해 生命刑에 상응한 解散, 自由刑에 상응한 일정기간의 營業活動停止, 金融의 制限, 免許의 박탈등을 立法論적으로 고려하여야 할 것으로 본다.<sup>179)</sup>

---

責任原則·行政處罰의 合目的的 要素 및 法人의 社會的 活動에 대한 경험실재적 평가등을 고려할 때 過失責任說이 타당하다.

178) 이에 대하여 「그러나 법인에 대한 벌금형제도는 비록 그것이 집행가능하다고 해도 입법 기술적으로 잘못된 것이고 형법이론적으로 정당화될 수 없다. 그것은 과태료로 전환되어야 한다. 동일한 제재효과를 거둘 수 있음에도 굳이 형벌인 벌금으로 규정하여 사회 통제 전체체계의 질서를 깨트려야 할 이유가 없다. 이러한 파행적 입법관행은 전통사회의 法思考에 그 뿌리가 있는 것으로 보인다. ...이러한 입법관행은 하루빨리 시정되어야 한다」라고 주장하는 견해도 있다. 상세한 것은 裴鍾大, 「法人의 犯罪能力」, 考試研究, 1991. 9., 164面以下 參照.

179) 상세한 것은 崔英哲, 「法人處罰規定에 관한 事務的 考察」, 檢察 1979. 12., 152~166面 및 李世薰(譯), 「法人處罰에 관한 立法上의 問題點」, 法制 第227號, 1978. 12., 22~34面 參照. 이에 대해 「형법에는 이러한 형벌이 존재하지 아니한다. 만일 “입법론

### (7) 過怠料의 問題

行政秩序罪인 過怠料는 行政目的을 직접 侵害하는 行爲에 대하여 과하는 行政罰과는 달리, 行政法規의 違反의 정도가 비교적 경미하여 직접적으로 行政目的이나 社會法益을 侵害하는데 까지 이르지 않고 다만 간접적으로 行政上의 秩序에 장애를 줄 위험성이 있을 정도의 단순한 業務怠慢에 대하여 과하는 일종의 金錢罰을 지칭하는 것을 말한다. 過怠料는 그것이 刑罰과는 그 성격이 다르기 때문에 刑法總則의 規定이 적용되지 않으며 따라서 過怠料가 과하여져도 前科者가 되는 것은 아니며, 다른 罰則과의 사이에 累犯관계가 생길수 없다. 그리고 過怠料라는 명칭으로 불리우는 金錢刑에는 法令違反에 대한 制裁로서 과하여지는 秩序罰로서의 過怠料,<sup>180)</sup> 強制執行의 한 방법으로 과하여지는 執行罰로서의 過怠料, 特別權力關係에 있어서의 懲戒의 手段으로 과하여지는 懲戒罰로서의 過怠料 등이 있으나,<sup>181)</sup> 그 개념의 구체적 한계에 대해서는 분명하지 않다. 특히 行政上 秩序罰의 경우 實定法上 行政罰則(특히 罰金의 경우)과의 區別標準이 명확하지 않은 경우가 많고, 거의 同質的 行爲에 대하여 어떤 法律에서는 過怠料를 과하고 어떤 法律에서는 刑罰을 과하는 경우도 없지 않아 兩者의 구별기준을 확실하게 정립할 필요가 있다.

過怠料의 規定形式은 罰金의 規定形式에 준하여 표시된다. 過怠料는 刑罰이

---

적으로” 고려해야 한다고 한다면 ① 해당법분야에서 이미 이와 같은 제재를 규정하여 시행하고 있기 때문에 사회통제 전체체계의 관점에서 불필요하고, ② 刑事政策的으로 보면 그것은 형법의 私法化 경향으로 형법의 비대화를 초래할 수 있을 뿐이다. …우리는 형법과 형벌이 너무 많아서 올바른 형사정책을 펼 수 없다는 사실을 거듭 새겨야 할 것이다”라는 비판론도 제기되고 있다. 裴鍾大, 前揭論文, 162面 以下.

180) 戶籍法 제136조; 商法 제635조; 民事訴訟法 제273조·제282조; 住民登錄法 제20조; 銀行法 제38조의 3 參照.

181) 公證人法 제83조 1항의 2; 辯護士法 제21조 1항 參照.

아니기 때문에 이것을 과하는 節次에는 물론 刑事訴訟法이 適用되지 않고, 民事上의 秩序罰의 경우처럼 非訟事件節次法(제276조·제278조·제280조 參照)에 정한 바에 따라 過怠料處分을 받은 자의 住所地를 관할하는 地方法院에서 과한다. 따라서 過怠料를 規定할 경우 그 管轄·節次 및 執行등에 관하여 非訟事件節次法과 다르게 規定하고자 할 때에는 特別規定을 두어야 할 것이다.<sup>182)</sup> 또한 過怠料의 規定方法에 있어서도 地方自治團體의 自治立法으로 정하는 過怠料에 대하여는 地方自治法 제130조 2항에 최고액의 制限이 정하여져 있으나, 그 밖에는 일반적으로 그 金額을 制限한 規定이 없기 때문에 각각 義務違反行爲의 내용에 따라 적절히 정할 수 밖에 없다.<sup>183)</sup>

#### (8) 課徵金の 問題

최근의 立法例를 檢討하는 경우 行政目的의 달성을 위한 行政上 義務履行 확보 수단의 하나로서 종래의 立法에서는 별로 사용되지 않는 課徵金制度가 도입되고 있다. 이러한 課徵金은 行政法上의 義務에 대한 間接的 強制效果를 수반하고 금전적 부담이라는 점에서 앞서 살펴본 罰金·過怠料와 같은 것이나, 形式的으로는 行政罰인 罰金이나 過怠料와는 그 성질이 다른 것이라 할 수 있다.

이 課徵金制度는 특히 公益事業에서 두드러지게 채용되고 있는 바, 그것은 一般公衆의 日常生活이 당해 事業에 크게 의존하고 있어 당해 事業者가 業務를 違反한 때에도 事業의 取消 또는 停止處分을 행하는 것이 사실상 불가능한 경우에 取消·停止處分에 갈음하여 課徵金이라는 금전상의 制裁를 가함으로써 間接的으

182) 建築法 제56조의 2; 建築法施行令 제103조 參照.

183) 地方自治團體의 條例에 의해 과해지는 過怠料 가운데에는 실질적으로 刑罰事項이지만 自治立法에 의하는 까닭에 過怠料라고 한 것으로 인정되는 行政罰인 性質의 것도 있다. 예컨대 地方自治法 제130조 2항의 使用料·手數料·負擔金徵收등에 대한 過怠料는 行政刑罰的 性質의 것이라 할 수 있다.

로 義務履行을 확보하려는 취지에서 등장한 制度라 할 수 있다. 그런데 課徵金 制度는 傳統的인 行政法上의 用語나 概念이 아니라, 최근에 法令上 用語로 사용 되어 定立되어 가는 것이므로 그 法的 性格 내지 內容面에서 명확하지 않다.<sup>184)</sup>

여하튼 課徵金의 特質로 들 수 있는 것은 첫째, 改善命令 또는 是正措置의 後 續措置로 그것이 부과된다는 점이다. 課徵金制度를 채용한 實定法의 例에서 보 는 바와 같이 行政上 義務者가 그 義務를 違反한 때에는 우선 1차적 경고로서 改善命令을 발하고 그것을 준수하지 아니하면 2차적인 實效性의 확보를 위하여 制裁의 뜻을 가지는 課徵金의 納付를 명한다. 課徵金은 또한 許可停止處分에 갈 음하여 부과되기도 한다. 이러한 경우는 許可停止處分이 國民生活에 밀접한 관 계가 있으므로 事業의 중단이 公益上의 요청으로 곤란하기 때문이다.<sup>185)</sup> 둘째, 課徵金의 또 한가지 특징은 徵收한 金額의 용도이다. 罰金의 경우에는 國庫에 귀속되지만 課徵金은 그 분야의 行政目的을 달성하기 위하여 직접 쓰여진다는 점이다.<sup>186)</sup> 또한 課徵金은 단순한 금전부담으로 刑事處罰이 아니므로 따라서 이 론상으로는 동일한 違反行爲에 대하여 罰金과 課徵金을 동시에 과할 수도 있으 나, 실질적으로는 課徵金이나 罰金이나 다같은 金錢負擔으로 양자를 동시에 부 과한다는 것은 二重處罰의 문제가 생기므로 같은 違反行爲에 대해서는 課徵金과 罰金은 선택적으로 과하게 하고 있다. 따라서 課徵金規定은 形式上 罰則規定에

184) 상세한 내용은 金鍾斗, 「行政法上 課徵金制度에 관한 考察」, 立法調查月報 1988. 1. 2., 1~9面; 曹正燦, 「課徵金制度에 관한 小考 ①②③」, 法制 第196號·第197號·第 198號, 1987. 6., 34面 以下; 安大熙, 「課徵金의 法制的 性格과 問題點」, 法曹 1987. 3. 參照.

185) 自動車運輸事業法 제31조의 2; 石油事業法 제13조의 2 參照.

186) 따라서 課徵金으로 징수한 金額은 徵收主體가 특정용도로 사용할 수 있다는 점에서 課 徵金制度가 남용되고 있다고 지적한다. 상세한 것은 曹正燦, 前揭論文③, 法制 第198 號, 1987. 6. 30., 42面 以下 參照.

두지 않고 實體規定 가운데 별도로 規定하게 된다.<sup>187)</sup>

그러나 課徵金制度는 行政制裁를 금전적으로 해결할 수 있다는 그릇된 인식을 조장할 우려가 있다는 점, 課徵金을 부과할 수 있는 行爲는 管轄廳의 告發이 있어야 公訴를 提起할 수 있어 司法制度와의 關係에서 중요한 例外規定이 되고 있다는 점, 違反行爲의 分類 및 金額策定에 있어 각 法律마다 均衡이 이루어지지 않고 있다는 점 및 課徵金을 徵收主體에게 귀속시켜 收入增大를 위한 무리한 法執行이 행해지고 있다는 점등의 문제점<sup>188)</sup>을 안고 있기 때문에 앞으로 많은 研究檢討가 이루어져야 할 분야이며, 특히 課徵金制度를 規定하고 있는 현행 個別法律마다 그 規定內容이 서로 다른 점은 시급히 改善되어 정비되어야 할 것이다.

#### (9) 罰則規定의 委任

憲法上的 罪刑法定主義의 原則에 입각할 경우 罰則은 法律로 정하여야 하나, 특히 法律의 委任이 있으면 命令에서 이를 정할 수 있다. 그러나 憲法上 許容된다고 하여 罰則의 制定을 命令에 委任하는 것은 바람직한 것이 될 수 없으며, 부득이하게 委任하는 경우에는 刑罰의 최고한도를 法律自體에 規定하여야 하며 구체적인 處罰對象行爲의 委任도 필요한 최소한에 그쳐야 한다.

일반적으로 罰則을 委任하는 경우는 「罰則의 전제가 되는 義務의 設定自體를

187) 金鍾斗, 前掲論文, 16~17面. 「課徵金の 初期立法例에서는 罰則規定의 特例規定을 두어 課徵金을 부과할 수 있는 犯罪에 대하여는 주무부장관의 告發이 있어야 논하도록 하고, 주무부장관은 課徵金을 納付한 자에 대하여는 고발할 수 없도록 하게 하여 같은 違反行爲에 대하여 課徵金과 罰金을 선택적으로 하나만 과하게 하였다. …최근의 立法例에서는 罰則 중 일부를 過怠料로 완화함과 아울러 課徵金을 부과한 행위에 대하여 過怠料를 이중으로 부과할 수 없도록 規定하는데 그치거나, 한 걸음 더 나아가서 아예 罰則 適用의 特例規定을 두지 않고 있다.」

188) 金鍾斗, 前掲論文, 16~17面; 曹正燦, 前掲論文③, 42~43面 參照.

命令에 委任하지 않으면 안될 특별한 사정이 있고 또한 그 命令에 의하여 設定될 義務에 違反하는 行爲의 可罰性的 정도에 輕重이 예상되기 때문에 이에 대한 處罰의 정도를 法律 자신이 미리 量定하여 法定刑을 정하기가 매우 곤란한 경우<sup>189)</sup>에 罰則의 委任이 행하여지고 있다. 따라서 處罰對象인 行爲의 設定(犯罪構成要件)에 대해서는 法律은 行政廳이 일정한 處罰對象인 行爲를 規定함에 있어서 따라야 할 구체적·객관적인 基準을 제시하고 있는 한 法規命令으로서 處罰對象인 行爲를 設定하도록 委任할 수 있다.<sup>190)</sup> 또한 일정한 行爲에 대한 處罰을 規定하는 權限을 委任하는 것도 授權法(母法)이 處罰의 최고한도를 정한 후, 그 범위안에서 구체적 범위를 命令으로써 정하도록 委任할 수 있다.<sup>191)</sup> 現行 立法例를 보면 法律이 어떤 事項에 대한 行爲의 設定(構成要件)만을 命令에 委任하고, 罰則自體는 法律에서 정한 것과<sup>192)</sup>, 行爲의 設定 및 法定刑의 양자를 전부 命令에 委任한 것<sup>193)</sup>이 있다.

## 7. 附則에 관한 事項

### (1) 意 義

法令의 規定은 目次등의 특별한 것을 제외하고 당해 法令의 이른바 本體的인 事項을 規定하는 부분과 附隨的·經過的인 事項을 規定하는 부분으로 나누어 진다. 그 가운데 前者가 本則이며 後者가 附則이다. 附則에 있어서 規定해야 할

189) 法制處, 「法令立案審查基準」, 73面.

190) 최근(1991. 7. 8) 憲法裁判所에서는 舊射倖行爲團束法 제5조와 제9조의 처벌대상행위에 대하여 「실시상 필요한 규정과 단속상 필요한 규정은 본 법에 규정한 것을 제외하고는 각령으로 정한다」라고 委任한 規定에 대하여 罪刑法定主義가 정하는 명확성과 예측가능성을 결여한 것으로 違憲으로 決定하였다. 法政新聞 1991年 7月 15日字 參照.

191) 權寧星, 「新稿 憲法學原論」, 法文社 1991, 847面.

192) 糧穀管理法 제17조·제23조 參照.

193) 地方自治法 제20조; 消防法 제13조 參照.

事項은 法令의 施行期日 그 法令의 施行에 따른 經過措置 關係法令의 改正廢止의 措置등이나, 경우에 따라서는 그 法令의 施行地域에 관한 規定이나 그 法令의 有效期間에 관한 規定을 두는 것도 있다. 이러한 附則規定의 순서에 관해서는 일정한 원칙적인 순서가 있으며, 통상 다음과 같이 배열한다.<sup>194)</sup>

- ① 당해 法令의 施行期日에 관한 規定
- ② 당해 法令의 施行地域을 限定하는 規定 또는 당해 法令의 有效期間 내지 有效期限에 관한 規定
- ③ 당해 法令의 各規定의 適用關係의 規定
- ④ 당해 法令의 制定施行에 따른 經過措置에 관한 規定
- ⑤ 당해 法令의 制定에 따른 廢止하여야 할 法令의 廢止에 관한 規定 및 그에 따른 經過措置에 관한 規定
- ⑥ 당해 法令에 관련된 他法令의 改正에 관한 規定 및 그에 따른 經過措置에 관한 規定

여기에서 ②의 당해 法令의 有效期間에 관한 規定은 최후에 배열되는 경우도 있으며, ④의 經過措置에 관해서는 本則의 規定의 순서에 대응하여 소정의 規定을 두는 것이 통례이다. 그리고 ⑥의 他法令이 複數인 경우의 배열에 관해서는 本則과의 실질적인 연관성을 고려하면서 배열하는 방법이 있다. 최근의 法律에서는 後者의 方法에 의한 경우가 많으나, 이 경우에도 組織法에 관한 것은 最後에 종합하여 規定되는 것이 일반적이다.

194) 法制處의 「法令立案審查基準」에서는 附則에 規定되는 사항의 순서를 ① 그 法令의 施行期日에 관한 規定, ② 既存法令의 廢止에 관한 規定, ③ 그 法令의 施行에 따르는 經過措置에 관한 規定, ④ 그 法令의 직접관련된 다른 法令의 改正에 관한 規定, ⑤ 그 法令의 有效期間에 관한 規定, ⑥ 기타의 規定의 순서에 의한다고 한다. 同, 「法令立案審查基準」, 86面 參照.



이러한 附則規定의 배열순서도 일정한 원칙이 있으며, 예컨대 당해 法令의 制定에 따른 廢止되어야 할 法令의 廢止에 관한 規定은 그 廢止가 당해 法令의 構成上 基本的으로 중요한 경우 및 本則施行에 따른 經過規定이 다수이어서 그 후에 規定하는 것이 적당한 경우에는 당해 法令의 施行日에 관한 規定에 이어서 規定되는 경우도 있다.

附則에서 規定하는 事項에 관하여 일반적으로 주의하여야 할 것은 附則이 본래 本則에 부수한다는 기본적인 성질을 가지고 있으므로 本則에 規定되어 있는 事項과 전혀 관계없는 事項은 附則에서 정할 수 없다는 점이다. 이 原則은 특히 一部改正法令의 附則에 관해 문제가 되는 경우가 많으며, 이 原則을 무시하고 당해 法令의 本則과 전연 무관계한 法令의 改正을 附則으로 행하는 것은 적절한 것이 아닌 것이다. 이 경우라면 本則에서 행해진 改正과의 관계에서 어떠한 理由 내지 說明이 가능한 것이어야 한다.

그리고 附則에서 規定해야 할 사항이 대단히 많고 복잡한 경우에는 附則에서 規定해야 할 事項 가운데 施行期日에 관한 부분 이외의 부분을 독립시켜 單獨立法의 形式을 취하는 경우도 있다.<sup>195)</sup> 그리고 新法令의 制定에 따른 다수의 關係法令의 改廢를 행할 필요가 있는 경우에도 附則에서 이를 규정하지 않고 單獨法令을 制定하는 경우도 있다. 이 경우 단순한 정리만을 내용으로 하는 경우에는 「整理」라는 用語를 사용하며, 實質적인 內容의 整備인 경우에는 「整備」라는 用語를 사용한다.<sup>196)</sup> 附則에서 規定하여야 할 事項 가운데 중요한 것에 관하여 설명하면 다음과 같다.

195) 보통 「○○法 施行法」이라는 形式을 취하며, 이 경우에도 施行日에 관한 규정만은 母法의 附則에 남기는 것이 보통이나, 「이 法律의 施行日은 다른 法律로 정한다」고 하여 施行法에서 구체적으로 정하는 경우도 있다. 法制處, 「法令立案審查基準」, 87면.

196) 일반적으로 「○○法 施行에 따른 關係法律의 整理에 관한 法律」의 形式을 취한다.

## (2) 施行日에 관한 規定

法令은 각각의 法形式에 따른 절차를 거쳐 制定되면 그 내용은 확정된다. 그러나 法令이 法規範으로서 현실로 적용되기 위해서는 그것이 公表되어 施行될 것이 필요하다. 따라서 各法令은 각각 특별히 施行日에 관해 規定을 두고 있는 것이 일반적이다. 그런데 「法令등 公布에 관한 法律」과 같이 다른 法令의 施行日을 정하는 것을 目的으로 하는 法律도 있다. 그러한 法律을 둔 이유는 法令의 實體規定은 法規範으로서의 성질에서 스스로의 適用을 당연히 필요로 하는 것이므로 法令이 그 施行時期에 관하여 規定을 두는 것은 사실은 法令의 實體規定의 適用을 일정시기까지 制御하는 것인데 대해, 法令의 施行日을 정하는 法令에 관해서는 다시 그 施行時期를 制御할 필요는 없기 때문으로 설명되고 있다.

法令의 施行日을 정하는 경우에는 우선 國民이 그 法令을 주지할 수 있는 시간적 여유를 주어야 하며, 下位法令의 立法所要時間을 확보하여야 하며 또한 國民의 權利制限 또는 義務賦課와 직접 관련되는 경우에는 法的 安定性を 확보할 수 있도록 배려하여야 한다.<sup>197)</sup> 현행 「法令등 公布에 관한 法律」에서는 大統領令·總理令 및 部令은 특별한 規定이 없는 한 公布한 날로부터 20日을 經過함으로써 效力을 발생한다(제13조)라고 規定하고 있으며, 또한 「國民의 權利制限 또는 義務賦課와 직접 관련되는 法律·大統領令·總理令·部令은 긴급히 施行하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 公布日로부터 적어도 30日이 經過한 날로부터 施行되도록 하여야 한다」라고 規定하고 있다(제13조의 2).

施行日에 관한 規定의 形式을 예로 들면 다음과 같다.

197) 國會事務處, 「法制實務」, 1990, 207面.

① 「이 법은 公布한 날부터 施行한다」

이 형은 國民의 自由와 權利를 制限하거나 國民에게 새로운 義務를 賦課하려는 경우에는 事前의 주지기간을 결여하여 國民이 그것에 원만하게 대응할 수 없다는 문제가 있으며, 특히 罰則을 수반하는 경우에는 현저히 부적당한 것이 된다. 그리고 종래에는 「公布한 날로부터」라고 하였으나, 지난 145회 臨時國會에서 法制司法委員會의 지적에 따라 「公布한 날부터」로 통일되었다.

② 「公布한 날부터 일정한 유예기간을 두어 施行하는 方式」

이 방식에는 ㉠ 「이 법은 ○年○月○日부터 施行한다」, ㉡ 「이 법은 公布後 ○月(또는 ○日)이 經過한 날부터 施行한다」, ㉢ 「이 법의 施行日은 大統領令으로 정한다」, ㉣ 「이 법은 公布日로부터 ○月을 넘지 아니하는 범위안에서 大統領令이 정하는 날부터 施行한다」등 여러가지가 있다. 이 가운데 ㉢의 방식은 法律施行 자체를 전적으로 大統領이 정하는 바에 白紙委任하는 결과가 되므로 그것은 民主政治의 본질에 비추어 바람직한 方法이라 할 수 없으며, 따라서 가능하다면 ㉣와 같은 方法으로 일정한 範圍를 정하여 施行日을 예측할 수 있도록 委任하는 것이 바람직하다.<sup>198)</sup>

③ 「特定한 事實의 發生과 관련시키는 方式」

이것은 특수한 경우에 취하게 되는 방식으로서 예컨대, 「이 법은 ○年○月○日에 公布된 ○法の 施行日로부터 施行한다」, 「이 법은 ○條約의 效力發生日로부터 施行한다」라는 방식이 그것이다.

④ 「法令중의 各規定에 따라 施行日을 달리하는 方式」

하나의 法令은 대체로 전체로서 하나의 종합된 내용을 가지므로 全規定이 일

198) 委任方法에 따른 經過措置의 문제에 관한 것은 尹長根, 「經過規定에 관한 研究」, 法制第259號, 1989. 3. 10., 40~48面 參照.

제히 施行되는 것이 보통이나 경우에 따라서는 法令 中の 어떤 規定에 대해서 施行日을 다르게 할 필요가 있는 경우도 있다. 이 경우에도 「이 法은 ○年○月○日부터 施行하되 第○條의 (改正)規定은 ○年○月○日부터 施行한다」, 「이 法은 ○年○月○日부터 施行하되 제○條의 (改正)規定은 ○年○月○日부터 適用한다」등 여러 方式이 있다. 일반적으로는 前者의 方式을 주로 사용하나, 後者の 方式은 特定條項을 遡及適用할 필요가 있을 때 사용하는 것이다. 그러나 이 경우에 그 遡及適用하여도 일반국민의 利害와 直接關係가 없는 경우라든가 오히려 그 利益을 증대시킬 수 있는 경우라야 함은 물론이다.

### (3) 既存法令의 廢止에 관한 規定

附則에서 既存法令을 폐지하려는 경우에는 法律은 法律의, 大統領令은 大統領令의 附則에서 하여야 한다. 또한 附則에서 다른 法令을 廢止할 경우에도 相互 聯關性 유무를 검토하여야 하며, 내용이 무관한 法令에서 다른 法令을 廢止한다면 立法秩序에 커다란 혼란을 초래하게 된다.

附則에서 既存法令을 廢止하려는 경우에는 일반적으로 「○○法(律)은 이를 廢止한다」라고 規定한다. 그러나 廢止·代替方式에 의한 制定法律에서는 廢止法律의 號數를 明記하여야 한다. 즉 「法(律) 第○號○○法(律)은 이를 廢止한다」<sup>199)</sup>라고 規定한다.

### (4) 經過措置에 관한 規定

法令을 制定改廢하는 경우의 基本的인 留意事項의 하나로서 앞서 살펴본 바와 같이 新舊法令下에 있어서 法秩序의 變遷을 원활하게 하여 舊法令下에 있어서 또는 適用되는 法令이 전혀 없는 상태에서 사람들이 차지하는 地位나 利益을 侵

199) 大統領選舉法 附則 제5조.

害하지 않게 保護하고, 또한 사람들의 地位가 급격하게 변동되지 않게 배려하지 않으면 안된다는 점을 지적하였다. 따라서 法令을 制定改廢하는 경우에는 종래의 秩序를 어느 정도 容認하거나 새로운 秩序에 관해 잠정적인 特例를 둠으로써 新舊秩序의 원만한 交替를 위한 소정의 經過措置를 강구할 필요가 있다.<sup>200)</sup> 이러한 經過措置를 정하는 規定을 일반적으로 經過規定이라고 하며, 이것은 附則 가운데 가장 중요한 부분을 이루고 있다.

經過規定의 작성은 立法技術上 가장 어려운 것이며, 그것은 종래의 制度와 그 運用을 前提로 作成할 필요가 있으며 그것과 新秩序와의 조화를 도모하는 것은 경우에 따라서는 新制度 자체의 規定化보다도 곤란하다고 할 수 있다. 따라서 經過規定에는 각종 立法技術을 구사하여 대단히 기술성이 강한 용어가 사용되며, 기술적인 規定을 두지 않을 수 없는 경우가 많다.<sup>201)</sup> 그런데 法令에 따라서는 他의 法令의 制定改廢에 따른 經過的 事項을 바로 그 法令의 목적으로 하는 것이 있으나, 이 경우에는 經過的 事項을 정하는 것 자체가 그 法令의 목적이므로 經過的 事項이 바로 그 法令의 本則에서 規定되어야 할 事項이 된다.

經過措置는 法律의 制定·改正등에 따른 新舊法律狀態의 調整을 위한 措置이므로 個別法에서 規定하는 내용에 따라 그 類型도 다양하지만, 新舊法律의 적용 관계에 대하여 과도적 措置를 하고 있음이 공통적이다. 따라서 어떠한 대상에

200) 經過規定에 대한 注意事項으로는 ① 既得의 權利·地位의 존중, ② 급격한 變化에 대한 완화조치, ③ 不利益措置效果이 계속, ④ 本則에 대한 補充措置등이 지적되고 있다. 자세한 것은 立法技術研究所(編), 「法令作成의 常識」, 前掲書, 146~148面 參照.

201) 尹長根, 前掲論文, 40~41面, 「經過措置를 제대로 規定할 수 있으면 立法實務者로서 제 몫을 하는 사람으로 보아도 과언이 아니라고 할 정도로 經過措置를 제대로 규정하는 것이 立法技術上 가장 어려운 것 중의 하나라고 할 수 있다. …그러나 우리 立法事務에 있어서는 …經過規定을 두는 것에 수반하는 諸問題에 대한 研究는 그다지 눈에 띄지 않는다.」

대하여는 舊法律을 한정적으로 적용시키고 있는가 하면 新法律의 施行前에 발생한 어떠한 대상에 대하여 新法律을 遡及適用하는 措置를 취하기도 한다. 經過措置로서 規定을 두어야 할 事項에 관하여 몇가지 類型을 지적하면 다음과 같다.<sup>202)</sup>

① 既得의 權利·地位의 尊重·保護 또는 承繼를 위한 事項

經過措置를 規定하는데 있어서 유의하여야 할 가장 우선적이고 기본적인 理念은 既得의 權利 내지 地位를 尊重·保護하는데 있다. 法을 改廢하는 立法目的이 社會正義의 實現과 公共福利의 增進이라는 社會的 慾求에 부응하는데 있다하더라도 法自體가 社會的 秩序를 유지하는 規範으로서의 理念을 가지고 있기 때문에 급격한 社會秩序의 변화를 가져오는 立法은 바람직하지 않을 것이다. 물론 현재의 法律상태가 계속되는 것이 國民의 法觀念에 위배되어 시급한 法制度改革이 필요한 경우로서 既得의 權利 또는 利益을 變化시키는데 合理的인 이유가 있는 경우에는 예외가 될 수도 있을 것이다.

여하튼 既得權保護와 관련된 經過措置도 法이 規定하고자 하는 내용에 따라 다양하게 표현되고 있으며, 대표적인 것을 몇가지 살펴보면 ㉠ 新規로 許可·認可 등의 制度를 採用하는 경우에 새로이 금지된 營業을 영위하고 있는 者가 갑자기 違法狀態에 놓이게 되는 것을 피하게 하고 그 既得의 權益이라든지 地位를 保護하기 위하여 經過措置를 두는 例가 많다.<sup>203)</sup> ㉡ 許可 등의 要件 節次 등이 변경된 경우에 일반적으로 종래의 法律에 의한 許可등을 新法律에 의한 許可등으로 보는 看做規定을 두고 그 效力이 계속 引繼되는 것으로 한다든지 혹은 종

202) 자세한 내용은 閔東基, 「立法上の 經過措置에 대한 小考」, 立法調査月報 1989. 11., 3面 以下 參照.

203) 海洋汚染防止法 附則 제7조; 食品衛生法 附則 제5조; 靑少年育成法 附則 제3조; 韓國水資源公社法 附則 제4조 등 參照.

래의 法律에 의한 許可를 받고 있는 자에 대해서 특히 일정기간 舊法律의 效力을 연장하고, 일정기간내에 필요한 要件을 갖추도록 하는 規定을 두는 例가 있다.<sup>204)</sup> ㉔ 法律에서 許可·認可·免許·登錄·申告를 하도록 되어 있는 制度를 변경하는 경우로서 許可·認可·免許制를 登錄·申告制로 하는 方法과 登錄·申告制를 許可·認可·免許制로 하는 경우에 經過規定을 두는 例가 있다.<sup>205)</sup> ㉕ 行政廳이 행하는 行政行爲에는 許可·認可·免許외에도 承認·任命·決定·通知 등의 行政行爲가 많고 一般國民의 경우도 行政廳에 대하여 登錄·申告行爲 외에 용자금의 償還·特許出願 등의 行爲를 하는 경우가 많으므로 이에 대하여도 필요한 경우 既得權을 保護하는 規定을 두는 例가 많다.<sup>206)</sup> ㉖ 免許·登錄 등의 制度를 중심으로 한 資格賦與法規의 내용이 改正된 경우 舊法律에 의한 資格賦與 기타의 處分 및 私人的 賦與權者에 대해서 한 申請 기타 行爲의 效力에 있어서 經過規定을 필요로 하는 것은 許可 등의 經過措置方式과 다를 바 없다.<sup>207)</sup>

## ㉗ 機關의 新設·廢止와 관련된 事項

國家機關이 廢止되고 새로이 設置되는 國家機關이나 이미 設置되어 있는 他國家機關에게 그 事務와 職員이 移讓되는 경우에는 이에 대한 經過措置가 필요하다.<sup>208)</sup> 組織의 改編으로 行政機關이 格下 또는 格上된 경우에는 行政機關의 實質的인 地位가 달라지므로 所管事務 및 所屬職員에 관한 經過措置를 두도록 하며, 단지 行政機關의 명칭만 변경되는 경우에는 당해 行政機關의 實質的인 地位

204) 障礙人福祉法 附則 제4항; 母子保健法 附則 제2조 등 參照.

205) 住宅建設促進法 附則 제2항; 不動產仲介業法 附則 제3조 12항 등 參照.

206) 原子力法 附則 제2조; 食品衛生法 附則 제2조; 廢棄物管理法 附則 제4조; 都市再開發法 附則 제2항 參照.

207) 國家技術資格法 附則 제2항; 農業協同組合法 附則 제3조 2항 등 參照.

208) 憲法裁判所法 附則 제3조·제6조 參照.

에 변동이 없으므로 所管事務 및 所屬職員에 관한 經過措置를 두지 아니하기도 한다. 그러나 機關의 名稱變更은 주로 기관의 所管事項과 地位에 따라 행하여지는 것이 일반적이므로 이 경우 經過措置가 필요하다.

### ③ 舊法과 新法の 適用에 관한 事項

일반적으로 法令은 施行됨으로써 현실로 구체적으로 일정의 事項에 관해 適用되는 효과를 발생시키는 것이나 適用의 對象이 계속적인 事項이나 行爲인 경우에는 이것을 施行하는데 있어서 新法, 舊法이 어떻게 적용되는가를 특히 명백히 할 필요가 인정되는 경우가 많다. 이러한 의문을 해소하기 위하여 新舊法律의 適用區分을 명백히 하는 經過措置가 필요하다. 그러나 이 경우의 經過措置에 관해서는 다음과 같은 문제가 있다. 즉 國民의 法律生活의 安定이라는 관점에서 본다면 舊法施行의 시점에서 발생한 사실에 관해서는 舊法의 規定을 適用하고, 新法の 規定을 遡及하여 적용하지 않는 것이 일반적인 原則이다.

그러나 國民의 法律生活의 安定이라는 것을 강조하는 점은 어디까지나 國民의 利益을 위한 것이므로 거꾸로 舊法施行 당시에 발생한 사실에 관해 新法을 遡及 適用하여도 일반국민의 利害와 직접관계가 없는 경우, 국민에게 不利益이 아닌 利益이 되는 경우 또는 遡及適用하는 것이 公益에 부합하는 경우등 특별한 경우에는 新法令의 遡及適用이 許容된다고 생각된다. 그리고 新法の 遡及適用과는 반대로 新法の 施行後에도 일정의 事項에 관하여 舊法의 效力을 인정하거나 또는 舊法의 例에 의한다고 規定하는 경우도 있다.

### ④ 舊法の 規定에 의한 行爲의 效力등에 관한 事項

이것은 종래의 法律에 의하여 行政機關이 행한 행위에 대하여 新法에 의한 행위와 동일한 效力을 부여하고자 하는 경우에는 이미 이루어진 각각의 個別的 事項에 대하여 經過措置를 規定할 수 있고 포괄적으로 看做規定을 들 수 있다. 이



경우 상대방이 行政機關에 申請行爲등을 한 경우 불필요한 節次의 번잡함을 피하기 위하여 이미 행해진 個人의 行爲에 대하여도 新法律에 의한 행위와 동일한 效力을 부여하는 經過措置規定을 둠이 타당하다.

新法에 의한 행위와 동일한 效力을 종래의 法律에 의한 행위에 대하여 항구적으로 두는 것이 적절치 못한 경우에는 잠정적으로 일정한 期限을 두어 인정하기도 한다. 주로 許可등의 要件에 중대한 변동이 있거나 許可등을 행하는 行政主體가 변동되어 종래의 法律에 의한 행위등의 效力을 새로운 法律이 施行된 후에도 인정한다면 新法에서 이루고자 하는 立法目的을 달성하기 곤란한 경우에는 既存의 權益保護라는 측면에서 일정기간만 잠정적으로 有效한 것으로 보고 그 기간내에 새로운 法律에 의한 새로운 행위를 취하도록 規定하는 것이 보통이다. 改正法律에서 有效期限 그 자체를 變更 또는 새로운 有效期限을 설치하는 경우에는 이에 관한 經過規定이 필요하다.

⑤ 新法施行前에 存在한 狀態를 新法の 規制에도 불구하고 잠정적으로 容認하도록 하는 事項

新法이 國民의 社會生活에서 새로운 또는 舊法の 경우와는 다른 規制를 예정하고 있는 경우에 新法施行前에 존재하였던 상태를 國民의 法律生活의 安定을 기한다는 견지에서 新法の 規定에도 불구하고 잠정적으로, 경우에 따라서는 恒久的으로 인정할 필요가 있는 때에는 經過措置規定을 둔다. 여기에는 ㉠ 종래에 자유롭게 할 수 있었던 事業이나 行爲에 관해 新法の 規定에 의하여 그 事業을 營爲하거나 行爲를 할 수 있기 위해서는 許可를 받아야 하는 경우에 종래부터 그 事業을 營爲하거나 行爲를 해온 者가 新法の 規定에 의해 許可를 받지 않고 新法施行日로부터 직접 그 事業이나 行爲를 할 수 없게 하는 것은 法秩序의 安定, 法律生活의 安定이라는 관점에서 볼 때 매우 부적당하며, 國民의 利益의 관

접에서도 커다란 문제가 된다. 따라서 이러한 경우에는 일정한 合理的인 期間(유예기간)에 그 許可를 받지 않고서도 事業이나 行爲를 한 자에 관해 申告義務를 부과하여 그 申告가 있으면 許可가 있는 것으로 하거나, 또는 既營業者에 대해서는 許可를 받지 않고서도 항구적으로 營業을 계속할 수 있도록 하는등의 經過措置를 두는 것이 原則이다. 다만 이것은 어디까지나 原則일 따름이며 경우에 따라서는 특별의 經過措置를 두지 않고, 오히려 國民의 既得權에 특별한 배려를 하지 않는 것이 法の 理想으로 보아 합당하고 國民의 法意識에 적합한 경우가 있다. 이러한 경우에는 오히려 經過措置를 두지 않는 것도 있다. ⑤ 그리고 예를 들면 일정한 營業을 하는데 일정의 資格이 요구되는 경우에 舊法과 新法을 비교하여 新法이 엄격한 자격을 정하는 경우에 일정기간에 대해 잠정적으로 또는 항구적으로 新法의 規定에 의한 資格要件을 충족하지 않더라도 종래의 業務를 계속할 수 있게 하거나, 新法의 基準이 舊法의 基準을 상회하는 경우에 一定期間에서는 舊基準下에서 營業을 계속할 수 있게 인정하는 것도 있다.

## ⑥ 기 타

특정한 자에 대한 既得權 내지 既得의 地位尊重을 주된 目的으로 하지 않지만 社會秩序의 安定性確保라는 측면에서 經過規定을 두는 경우도 있으며,<sup>209)</sup> 당해 法令의 내용등에 따라 필요한 規定을 두지 않으면 안되는 경우도 많은등 經過規定을 필요에 따라 두는 例가 많다.

### (5) 罰則에 관한 經過規定

일반적으로 法律은 그 施行時로부터 廢止時까지 效力을 가진다. 따라서 한 法律에 있어서 罰則에 관한 規定 역시 특별한 規定이 없는 한 그 法律의 施行後

209) 建築法 附則 제2항; 不動產仲介業法 附則 제5조등.

廢棄에 이르기까지의 사이에서 이루어진 犯罪에 대해서만 適用된다. 그러나 行爲時法 犯罪을 裁判時法에 의하여 裁判하는 경우와 같이 行爲時的 法律과 裁判時에 있어서의 法律이 서로 다를 때에는 適用하여야 할 法이 行爲時法이나 아니면 裁判時法이나 하는 것이 문제된다. 罰則에 관한 經過措置는 이처럼 犯罪行爲時와 裁判時 사이에 罰則의 변경이 있을 경우 이를 위한 經過規定이다.

이와 같은 經過措置의 근거로서는 첫째, 刑事訴訟法 제326조 4호에서 犯罪後의 法令改廢로 刑이 廢止되었을 때 判決으로써 免訴의 宣告를 하여야 한다라고 規定하고 있다. 따라서 刑罰法規를 廢止한 경우에는 특히 이 刑事訴訟法の 規定을 排除하는 經過措置를 規定하지 않으면 그 후의 判決에 있어서는 免訴가 되고 만다. 따라서 刑事政策上 이미 刑罰을 받은 者와 廢止前에 그 폐지된 刑罰法規에 저촉되는 行爲를 하였으나, 아직 裁判을 받지 않고 있는 者 사이에 형평을 유지하고 그 刑罰法規 廢止 후에도 그러한 反社會的인 行爲를 여전히 추궁할 필요가 있을 때에는 附則에서 廢止된 罰則에 대하여 經過規定을 두고 있는 것이다.

둘째는, 刑法 제1조 2항에서는 犯罪後 法律의 變更에 의하여 그 行爲가 犯罪을 構成하지 아니하거나 刑이 舊法보다 경한 때에는 新法에 의한다고 規定하고 있고, 同條 3항에서는 裁判確定後 法律의 變更에 의하여 그 行爲가 犯罪을 구성하지 아니하는 때에는 刑의 執行을 免除한다라고 規定하고 있으므로 이 刑法規定에 의거하는 것이 부당하다고 생각할 때에는 특별한 經過規定을 두고 있는 것이다.

셋째로, 刑罰法規의 일정한 有效期間을 미리 한정하여 두는 이른바 「限時法」<sup>210)</sup>의 경우에 그 限時法은 일시적 사정의 필요에 의하여 또는 일정기간만을

210) 限時法에 관한 자세한 것은 白亨球, 「限時法」, 考試研究 1989. 2., 參照.

위하여 制定되었기 때문에 그 法律은 일시적 사정의 消滅 또는 일정기간의 經過에 의하여 廢止된다. 이 경우 刑法 제1조 2항 및 刑事訴訟法 제326조 4호에 따르면 失效前의 行爲는 處罰할 수 없게 된다. 그러므로 限時法에 있어서 그 失效前에도 有效期間중의 違法行爲를 處罰할 수 있을 것인가의 여부가 문제된다. 이 점에 관해서 學說은 限時法이라는 성격에 비추어 有效期間內에 행하여진 行爲에 관해서는 有效期間 經過後에도 處罰할 수 있다는 「肯定說」과 刑罰法規 그 자체의 失效後에도 違反效를 認定하는 明文規定이 없는 한 處罰할 수 없다는 「否定說」이 있으므로 실제 立法例에 있어서는 解釋上의 의문의 여지를 없애기 위하여 종전의 違反行爲를 處罰할 필요성이 있는 경우에는 經過規定을 두는 것이 立法上 바람직하다.

그러나 刑罰適用에 관한 한 언제나 行爲者에게 유리하게 決定하여야 한다는 罪刑法定主義의 정신에 입각하여 限時法의 效力을 인정하지 않는 입장에서는 종전의 刑罰法規의 追及適用은 불필요하며, 법해석상의 形式論理에서도 이미 失效된 法律을 가지고 廢止期間前의 行爲에 대하여 適用한다는 것은 不合理하기 때문에 罰則에 관하여 經過規定을 두는데 강력히 반대하고 있다.<sup>211)</sup> 여하튼 罰則

211) 상세한 것은 尹長根, 前掲論文, 46面 以下 参照. 「公衆衛生法(1986. 5. 10. 법률 제 3822호) 附則 제2조 제1항 제4호에 의하면 舊 遊技場業法은 公衆衛生法이 施行되면서 廢止되었는 바, 같은 법 附則 제3조 제1항에 의하면 廢棄되는 舊 遊技場業法에 의하여 遊技場業許可를 받은 것은 公衆衛生法에 의하여 遊技場業許可를 받은 것으로 보도록 규정되어 있으므로 1971. 12. 31. 대통령령 제5916호로 遊技場法施行令이 개정·시행될 당시 종전의 舊遊技場法의 규정에 의하여 아케이드 이킵프먼트의 遊技場業許可를 받은 遊技場業者가 公衆衛生法이 시행된 이후에도 계속하여 遊技場業을 함에 있어서 公衆衛生法에 위반하는 행위를 한 경우에는 같은 법이 시행된 이후의 같은 법 위반행위로서 같은 법의 규정이 적용되어야 하고, 같은 법 附則 제6조(罰則適用에 대한 경과조치)도 같은 취지에서 같은 법이 시행되기 전에 한 遊技場業法 위반행위에 대해서만 종전의 遊技場業法에 의하여 벌칙을 적용할 것을 밝혀 두고 있는 것이다」, 大判 1990. 7. 13. 제3부 판결 90 도 604.

에 관한 經過措置를 附則에 둘 것인가의 여부는 一律적으로 말하기 곤란하며, 그것은 刑事政策上 또는 價値判斷의 문제라고 할 수 있다. 그러므로 罰則의 經過規定은 廢止 또는 輕減되는 罰則에 대하여 개별적으로 판단하여 결정할 문제인 것이다. 다만 刑罰法規의 改廢가 法律理念의 變更에 따라 종전의 處罰自體가 부당하였거나 또는 科刑이 과중하였다는 반성적 고려에서 이루어진 것이라면 刑法·刑事訴訟法の 規定정신에 입각하여 經過規定을 두지 않는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

그러나 政府에서 提出하는 法律案 중에는 많은 法律案이 刑罰法規를 改廢하면서 신중한 고려없이 科罰의 衡平을 유지한다는 이유로 지나치게 행위자의 利益을 도외시한 刑罰에 관한 經過規定을 획일적으로 두고 있는 경향이 있다. 그러나 1984년 이후부터 政府提出法律案 중 罰則에 관한 經過規定을 전부 削除하고 있으며, 현재 이러한 방침을 유지하고 있다.<sup>212)</sup> 附則에서 罰則에 관한 經過規定을 두는 방식으로는 ① 「이 法 施行전의 行爲에 대한 罰則의 適用에 있어서는 종전의 規定에 의한다」, ② 「이 法 施行前的 行爲에 대한 罰則의 適用에 있어서는 종전의 例에 의하고 1개의 罪가 이 法 施行前後에 걸쳐서 행하여진 때에는 이 法 施行前に 犯한 것으로 본다」, ③ 「이 法 施行前的 제○조에 해당하는 行爲에 대한 罰則의 適用에 있어서는 이 法 제○조의 規定에 의한다」<sup>213)</sup> 등이 있다.

212) 閔東基, 前掲論文, 12面. 「그 주된 이유로는 종전의 罰則이 과중하다는 배려에서 罰則을 경감하고 있는 改正案의 立法趣旨에서 볼 때 改正法施行前的 行爲에 종전의 罰則을 적용하는 것은 지나치게 가혹하다는 것이다」.

213) 이 방식은 종전의 행위에 대한 罰則이 刑罰인 罰金에서 施行秩序罰인 過怠料로 改正되는 法律案에 있어서 刑法 제1조 2항에 따라 처벌할 수 없다는 이유에서 취하는 것이다. 예를 들면 用役警備業法 中 改正法律 附則 제2조(法律 제3678호); 消防法改正法律 附則 제6조(法律 제3675호); 鳥獸保護 및 狩獵에 관한 法律 附則 제5조(法律 제3673호) 등이 있다.

## 8. 改正·廢止의 방식에 관한 事項

法令의 改正·廢止의 방식은 一部改正, 全部改正, 廢止·代替方式이 있다. 「一部改正方式」은 改正하고자 하는 條項 및 그 一部만을 改正하여 現行法에 흡수 또는 增補시키는 것이며, 「全部改正方式」은 法律全文을 새로이 열거하는 방법으로 改正하는 방식을 말한다. 또한 「廢止·代替方式」이란 既存法令에 갈음하는 새로운 법령을 制定하는 방식을 말한다. 그런데 어느 法令을 一部改正 또는 全部改正할 것인가, 나아가 廢止·代替할 것인가라는 문제는 보편적으로 간단한 문제라고 볼 수 있으나 특수한 경우에는 그 선택이 간단하지 않은 경우도 있다.

現行法을 改正하고자 할 때에는 보통은 一部改正方式으로 하는 것이 상례이지만 ① 改正되는 條文이 既存條文의 3분의 2이상을 차지하는 경우, ② 制定된 후 장기간이 경과되어 法文에 나타난 用語와 規制의 태도가 전체적으로 보아 현실과 맞지 아니하고 수차의 改正을 거듭한 결과로서 삭제된 條項과 가지 番號의 條·號가 많아 새로운 체제로 정비할 필요가 있는 경우, ③ 法令의 核心的 부분을 근본적으로 改正함과 아울러 상당한 部分에 걸쳐 이와 관련된 事項을 정비할 필요가 있는 경우등에는 全部改正方式을 취하는 것이 합리적이다.<sup>214)</sup>

또한 法令의 全部改正方式과 既存法令에 갈음하는 새로운 法令을 制定하면서 廢止 代替하는 방식은 그 效果에 있어서 큰 차이가 없어서 서로 혼용되어 왔으나, ① 既存法令과 新法令간의 制度上的 同質性을 강조할 필요가 있을 때에는 全部改正方式을 原則으로 하고, 制度 그 자체가 新舊兩法令間에 전면적 또는 본질적으로 변형되는 경우에는 廢止·代替方式을 취하며 ② 全面改正의 경우 法令의 題名이 바뀔 때에는 廢止·代替方式을 취하는 것이 바람직하다.<sup>215)</sup> 法制處의

214) 法制處, 「法令立案審查基準」, 26面 參照.

215) 法制處, 「法令立案審查基準」, 26面.

「法令立案審査基準」을 중심으로 法令의 改正・廢止의 方式을 예시하면 다음과 같다.

(1) 一部改正의 方式

法令을 一部改正하는 方式에는 크게 두가지의 方式이 있다. 그 하나는 이른바 增補方式과 다른 하나는 이미 있는 條項을 修正 또는 削除하거나 새로운 條項을 삽입하는 方式이다. 增補方式은 당초 制定된 法令을 그대로 둔 채 改正條項만을 추가하는 것이므로 당초의 法令과 增補條項이 추가되어 現行의 適用法令을 형성한다. 즉 이 경우에는 어떤 法令의 一部를 修正變更하는 法令은 그 成立 後에도 既存의 法令에 흡수되지 않고 그대로의 모습으로 존속하며, 既存의 法令과 함께 現行法令으로서의 適用이 행해지는 方式이며 現行法令이 어떻게 되어 있는가는 당초의 法令과 增補하는 法令의 全部를 조망할 수 있다.

이에 대하여 後者의 方式은 당초 制定된 法令에 관하여 一部改正이 행하여지고, 一部改正法令의 施行에 의해 그 내용이 당초의 條文 가운데 흡수되어 행하여 지므로 당초의 條文의 修正을 행하는 方式이다. 이 경우에는 法令集의 加除가 시의적절하게 행하여 진다면 法令集에 등재되어 있는 法令을 살펴 봄으로써 現行法令을 확인할 수 있다.

이 두가지 方式을 비교하는 경우 法令의 檢索의 편리, 法令의 規律을 받는 國民의 理解度의 관점에서 본다면 後者의 方式을 취하는 것이 바람직하다. 현재 우리나라에서도 法令의 一部改正의 方式은 후자를 취하고 있다. 그런데 法令의 一部를 改正하는 法令은 당해 一部改正法令의 附則부분을 제외하고, 당해 一部改正法令의 施行에 따라 그 내용이 既存法令에 흡수되게 되어 一部改正法令은 그 사명을 다하게 된다. 따라서 一部改正法令의 施行後는 그 本則에 관해 改正을 하는 것은 불가능하다. 이에 대해 一部改正法令의 附則부분에 관해서는 一部

改正法令의 施行後의 사정변경등에 의해서 필요한 경우에는 그 一部를 改正하는 것이 인정된다. 이와 같이 一部改正法令의 附則은 기존의 法令에 대해 일종의 독립성을 가지고 있으나, 그 독립성은 既存의 法令이 존재하는 한에 있어서 이며, 기존의 法令이 廢止되는 경우에는 당해 法令의 一部改正法令의 附則은 특별한 경과조치가 강구되지 않는 한 既存 法令과 함께 廢止된다.

이하에서는 法令의 一部改正方式에 관한 立法技術을 구체적으로 살펴본다. 다만 一部改正方式은 立法技術 가운데 가장 技術性이 강한 것 중의 하나이며 약속으로서의 성질을 강하게 가지고 있음에 유의하여야 한다.<sup>216)</sup>

### ① 一部改正의 一般的 形式

法令의 一部改正에 있어서는 일반적으로 條文을 설치하지 아니한다. 다만 예외적으로 하나의 改正法令에서 수개의 法律을 改正하거나 하나의 改正法令에서 同一條項을 施行期日이 다르게 改正하는 경우에는 條文을 둔다. 그리고 改正方式은 흡수改正方式을 채용하나, 一部改正法令의 附則은 既存法令의 附則에 흡수될 수 없으므로 계속 增補된다. 또한 一部改正法令案을 立案하여 國會에 提出할 때에는 改正內容을 쉽게 이해할 수 있도록 新·舊條文對比表를 作成하여 첨부하도록 하고 있다.<sup>217)</sup>

### ② 一部改正法令의 題名·改正文

一部改正法令의 題名에는 그것이 一部改正을 위한 法令이라는 취지가 명확하게 表示된다. 또한 一部改正法令의 경우에는 新規制定法令의 경우와는 달리 題

216) 法制處의 「法令立案審查基準」에서는 一部改正法令의 改正規定을 成案함에 있어서 ① 가능한 한 改正되는 既存法令의 用語 및 體制를 따를 것, ② 法令의 손쉬운 이해를 해치지 않는 범위내에서 改正規定은 가능한 한 간략하게 表示한다라는 유의사항을 提示하고 있다. 同, 27面 參照.

217) 新·舊條文對比表의 作成方法은 國會事務處, 「法制實務」, 124~125面 參照.



名에 이어 一部改正의 의사를 명시하는 改正文을 두고 있다. 一部改正法令의 題名은 하나의 改正法令으로 하나의 既存法令을 改正하는 경우에 있어서는 改正되는 既存法令의 題名을 쓰고 이어서 「中改正法律(令)」이라고 쓴다.

그리고 一部改正의 대상이 되는 法令이 두가지인 경우에는 일반적으로 그 두가지 法令의 題名을 「및」으로 연결하여 國民의 理解를 쉽게 하는 것이 바람직하나, 다만 i) A라는 法令의 制定 또는 改正한 결과로서 B라는 法令의 개정필요성이 발생한 경우에는 「A法中改正法律(令)」이란 題名을 쓰고 B라는 法令의 改正은 附則에서 改正하도록 하며, ii) A라는 法令의 制定·改廢에 즈음하여 B, C라는 상당다수의 關係法令의 關係규정을 동시에 改正할 필요성이 있을 경우에는 이들의 원인을 발생시킨 法令의 附則에서 改正하기에는 改正內容이 중요하며 부적당한 때에는 制定形式을 취하여 本則으로 改正하되 題名은 「A法の 施行(制定 또는 改正)에 따른 B法등의 整備에 관한 法律」이라는 題名을 쓴다.<sup>218)</sup> iii) 또한 一部改正의 대상이 되는 法令이 세가지 이상인 경우에는 題名중에 改正되는 法令의 題名을 일일이 표시하지 아니하고 「○○法等中改正法律」이라고 하여 「等」을 사용하여 표시한다. iv) 아울러 다수의 法令의 一部改正과 동시에 어느 法令을 廢止하는 때에는 「○○法中改正等法律(令)」이라고 한다.

改正文의 경우에는 題名 다음에 줄을 바꾸어 「○○法(令)중 다음과 같이 改正한다」라는 改正文을 붙이고 다시 줄을 바꾸어 改正할 事項을 쓴다. 그러나 공통된 동기에 기하여 두가지 이상의 法令을 동시에 병렬적으로 改正할 때에는 改正文은 法令別 各條文 다음에 둔다.

## (2) 全部改正의 方式

法令의 내용을 전체에 걸쳐 완전히 새로이 고쳐쓰는 방법으로서는 新規로 法

218) 法制處, 「法令立案審查基準」, 31面.

법을 制定함과 동시에 廢止하는 방법 외에 廢止의 法令의 全部를 改正하는 방법이 있으며, 이 후자의 방법이 全部改正의 방법이다. 改正의 效果面에서는 위의 양자는 차이가 없으나, 다만 形式的으로 全部改正의 경우에는 題名 다음에 全部改正의 취지를 밝히는 改正文을 붙인다는 점 및 全部改正의 경우에는 廢止의 法令의 廢止를 별도로 요하지 않는다는 점에 차이가 있다.

全部改正의 경우에 改正法令의 題名은 「○○法改正法律(令)」으로 쓰며,<sup>219)</sup> 題名 다음에 줄을 바꾸어 단일의 改正文인 「○○法(令)을 다음과 같이 改正한다」라는 문장을 둔다. 아울러 法令의 全部改正方式을 택할 때에는 廢止의 附則이 모두 소멸되므로 廢止 附則條項의 효력 존속의 필요성 여부에 유의하여야 한다.

### (3) 廢止의 方式

法令은 스스로 정한 有效期限이 도래하거나 그 制定의 근거가 된 上位法令이 改廢된 경우 등의 사정이 발생함으로써 그 效果가 喪失되는 외에 法令에 부과된 政策目的이 실현됨으로써 그 사명을 다한 경우 등에는 그 존속의 필요성이 없어지게 된다. 따라서 이러한 경우에는 그 法令에 대하여 廢止의 節次가 취하여지게 된다.

法令을 廢止하는 方式에는 ① 새로 당해 法令의 廢止를 위한 法令을 制定하는 方式과 ② 새로 改正 또는 制定하는 法令의 附則에 廢止規定을 두는 方式이 있다. 우선 다른 法令의 制定·改正과는 관계없이 어느 法令을 廢止할 필요가 생긴 경우에 취하는 ①의 方式에 있어서는 「○○法(令)廢止法律(廢止令)」이라는 題名을 붙이고 本則으로 「法律(大統領令) 第○號 ○○法(令)은 이를 廢止한다」라는 廢止文을 쓴다. 그리고 어느 法令이 制定되거나 改正되는 결과로서 기존의

219) 「全部改正의 題名에는 改正法令 그 자체의 題名과 改正文 다음에 붙이는 改正된 후의 題名の 두가지가 있음에 유의하여야 한다」. 法制處, 「法令立案審查基準」, 54面.

法令을 廢止할 필요가 생긴 경우에 취하는 ②의 방식에 있어서는 附則 중 施行日에 관한 條項 다음에 條나 項을 두어 규정한다.<sup>220)</sup> 아울러 廢止되는 法律의 내용중 당분간 계속 效力이 존속할 필요가 있는 事項은 經過措置를 둔다는 점은 이미 살펴 본 바와 같다.

#### (4) 改正方式의 具體的 檢討

法令의 一部 또는 全部改正의 방식을 주요 항목을 중심으로 구체적으로 살펴 보면 다음과 같다. 또한 이것은 法制處의 「法令立案審查基準」에 상세하게 整理되어 있다.<sup>221)</sup>

##### ① 題名의 改正方式

###### i) 題名중 一部字句를 改正하는 경우

<例>

題名중 “...”을 “...”로 한다

###### ii) 題名을 全部改正할 경우

<例 1>

題名 “○○○”을 “○○○”으로 한다.

<例 2>

題名을 다음과 같이 한다.

○○○

220) 廢止規定은 대개 附則 제2조(항)에 두게 된다.

221) 法制處, 「法令立案審查基準」, 32~53面 參照.

## ② 條·項·號의 改正方式

條·項·號등의 改正方式은 改正方式의 기본을 이루는 부분으로서 매우 중요한 위치를 차지한다.

### i) 條·項·號를 一部改正하는 경우

우선 條·項·號를 一部改正하는 방식에 있어서 유의하여야 할 점은 改正·削除·追加되는 字句가 들어갈 장소가 어디인지 명확하게 지정하여야 한다. 즉 條가 여러 개의 項·號로 이루어져 있거나 이것이 다시 前段·後段·本文·但書등으로 세분되어 있을 때에는 가능한 한 최소단위까지 引用하여야 하며 法令중에 빈번하게 나오는 하나의 用語를 全部 改正하고자 할 때에는 일일이 條·項·號등을 明記하여야 한다. 그리고 하나의 條·項·號중 여러 곳을 改正·追加 또는 削除함으로써 改正規定이 매우 복잡하게 될 때에는 그 條·項·號의 全文을 改正하는 방식이 바람직하다. 條·項·號의 一部改正의 구체적 방식을 예시하면 다음과 같다.

### ㉑ 條·項·號중 一部字句를 改正하는 경우

<例>

第○條(第○項 第○號)중 “...”을 “...”로 한다.

### ㉒ 같은 條·項·號중의 一部를 연결하여 改正할 경우

<例>

第○條(第○項 第○號)중 “...”을 “...”로,  
“...”을 “...”로 한다.

㉔ 같은 條의 다른 項의 一部로 연결하여 改正할 경우

<例>

第○條第A項 “...”을 “...”로 하고, 同條 第B項 중  
“...”을 “...”로 한다.

㉕ 既存의 條·項·號중의 字句에 약간의 字句를 중간에 追加할 경우

<例>

第○條(第○項 第○號)중 “...” 다음에(앞에) “...”을 삽입한다.

㉖ 既存의 條·項·號의 字句에 약간의 字句를 末尾에 追加할 경우

<例>

第○條(第○項 第○號)중 “...” 다음에 “...”을 追加한다.

㉗ 既存의 條·項·號 중 一部字句를 削除할 경우

<例>

第○條(第○項 第○號)중 “...”을 削除한다.

㉘ 條·項·號에 但書 또는 後段을 追加할 경우

<例 1>

第○條(第○項 第○號)에 但書를 다음과 같이 新設한다.  
다만(그러나), ...

<例 2>

第○條(第○項 第○號)에 후단을 다음과 같이 新設한다.  
이 경우...

ii) 條・項・號를 全部改正하는 경우

<例 1>

第○條(第○項 第○號)를 다음과 같이 한다.  
第○條(②, 2)...

<例 2>

第○條(第○項)중 第2項(號) 내지 第5項(號)를 다음과 같이 한다.  
第○條 ② ...  
⑤ ...

iii) 條・項・號를 追加하는 方式

㉠ 末尾에 條・項・號를 追加할 경우

<例>

- ◎ 第○條를 다음과 같이 新設한다.  
第○條...
- ◎ 第○條에 第6項을 다음과 같이 新設한다.  
⑥...
- ◎ 第○條 第○項에 第6號를 다음과 같이 新設한다.  
6. ...

⑤ 既存의 條·項·號 사이에 條·項·號를 追加할 경우에는 첫째, 追加될 위치 다음에 있는 條·項·號들을 순차적으로 끌어내려(올려) 빈자리에 삽입 추가한다. 둘째, 끌어올리거나 내림에 있어서 맨 앞의 條文(맨끝의 條文)부터 이동하도록 한다. 셋째, 끌어올릴(내릴) 條文의 수가 많아 번잡하거나 다른 法令 등에서 많이 인용되고 있는 경우에는 가지 條·號를 사용한다. 넷째, 項에는 가지 번호를 사용하지 아니한다. 다섯째, 다른 關係法令에 인용되는 條·項·號의 경우에 이동에 신중을 기하고 引用하고 있는 關係法令의 整備措置도 함께 강구하여야 한다는 점에 유의하여야 할 것이다.

◇ 既存의 條를 끌어 내리고 條를 追加하는 方式

<例 1>

第10條를 第12條로, 第9條를 第11條로, 第8條를 第9條로 하고, 第8條 및 第10條를 다음과 같이 新設한다.

第8條…

第10條…

<例 2>

第10條를 第12條로 하고, 第9條를 第11條로 하며, 第10條를 다음과 같이 新設한다.

第10條…

第8條를 第9條로 하고, 第8條를 다음과 같이 新設한다.

第8條…

◇ 既存의 項(號)을 끌어내리고 2개項(號)을 追加하는 方式

<例 1>

第○條 中 第1項(號)을 第3項(號)으로, 第2項(號)을 第1項(號)으로 하고, 同條(項)에 第2項(號) 및 第4項(號)을 다음과 같이 新設한다.

②... (號의 경우:2)

④... (號의 경우:4)

◇ 가지番號를 사용하여 2개條를 追加하는 경우

<例 1>

第○條의 2 및 第○條의 3을 다음과 같이 新設한다.

第○條의 2

第○條의 3

<例 2>

第○條(제○項)에 第○號의 2 및 第○號의 3을 다음과 같이 新設한다.

○의 2...

○의 3...

<例 3>

第1條(號)를 第1條(號)의 2로 하고, 第1條(號)를 다음과 같이 新設한다.

第1條... (號의 경우:1)



◇ 追加되는 條가 章·節의 境界에 들어가는 경우

<例>

第○章(節)에 第10條를 다음과 같이 新設한다.  
第10條...

iv) 條·項·號 또는 但書등을 廢止하는 方式

<例 1>

第○條(第○項, 第○號)를 削除한다.

<例 2>

第○條 但書(後段)를 削除한다.

v) 條·項·號의 複合的 改正方式

① 어느 條를 3個條로 나누는 경우

<例>

第2條를 다음과 같이 한다.

第2條...

第2條의 2 및 第2條의 3을 다음과 같이 新設한다.

第2條의 2...

第2條의 3...

㉞ 條文順序를 變更한 후 變更前의 條文內容을 一部改正하는 경우

<例 1>

「第3條 내지 第10條를 각각 第4條 내지 第11條로 하고」라고하여 條文順序를 변경한 후 「第6條(중전의 第5條)중 “A”를 “B”로 한다」.

<例 2>

第10條를 第11條로, 第9條를 第10條로...하고,  
第5條 중 “A”를 “B”로 하여 이를 第6條로 한다.

㉟ 2個項으로 이루어진 條의 各項에 字句를 修正할 부분이 있고 또한 第2項을 한 項 끌어내리고 그 자리에 第2項을 追加하는 경우

<例>

第○條 第1項 중 “...”을 “...”로 하고, 同條 第2項 중 “...”을 “...”으로 하여 이(또는 同項)를 第3項으로 하며, 同條에 第2項을 다음과 같이 新設한다.

②...

㊱ 3個項으로 이루어진 項의 各項에 字句를 修正할 부분이 있고 또한 第1項및 第2項의 項번호는 그대로 두되, 第2項에 但書를 新設하고, 第3項은 한 項 끌어내리고 그 자리에 第3項을 追加하는 경우

<例>

第○條 第1項 중 “...”을 “...”로 하고,  
同條 第2項 중 “...”을 “...”으로 하며  
同項에 但書를 다음과 같이 新設한다.

다만, ...

第○條 第3項 중 “...”을 “...”로 하여,  
이(同項)를 第4項으로 하고, 同條에 第3項을 다음과 같이 新設한  
다.

③...

㉔ 2個項으로 이루어진 條에 있어서 第2項을 全部改正하여 이를 第4項으로 하  
고 새로이 第2項 및 第3項을 追加하는 경우

<例 1>

第○條 第2項을 第4項으로 하되 同項을 다음과 같이 한다.

④...

第○條 第2項 및 第3項을 다음과 같이 新設한다.

②...

③...

<例 2>

第○條 第2項을 다음과 같이 한다.

②...

第○條 第3項 및 第4項을 다음과 같이 新設한다.

③...

④...

㉞ 第○條가 5個條로 이루어져 있을 때 第3號를 全部改正하고 第4號와 第5號를 한 號씩 끌어 내리고 第4號를 追加하는 경우

<例 1>

第○條 第3號를 다음과 같이 한다.

3. ...

第○條 중 第5號를 第6號로 하고, 第4號를 第5號로 하며, 同條에 第4號를 다음과 같이 新設한다.

4. ...

<例 2>

第○條 중 第5號를 第6號로, 第4號를 第5號로 하고, 第3號를 다음과 같이 하며 同條에 第4號를 다음과 같이 新設한다.

3. ...

4. ...

㉟ 어느 條·項의 各號를 全部改正하면서 各號의 數에 變更이 있을 경우

<例>

第○條(第○項) 各號를 다음과 같이 한다.

1. ...

2. ...  
3. ...

h) 條·項 중 어느 項(號)을 削除하고, 다른 項(號)을 이동하는 경우

<例>

第○條 第○項(號)을 削除하고 第4項(號)을 第3項(號)으로 한다.

i) 어느 條의 第2項을 削除하고, 第3項 내지 第5項을 한 項씩 끌어올리는 경우

<例 1>

第○條 中 第2項을 削除하고, 第3項을 第2項으로,  
第4項을 第3項으로, 第5項을 第4項으로 한다.

<例 2>

第○條 中 第2項을 削除하고, 第3項 내지 第5項을 第2項 내지 第4  
項으로 한다.

vi) 기타 특수한 改正例

a) 各號가 없는 條(項)에 各號를 追加하는 경우

<例>

第○條 (號)에 各號를 다음과 같이 新設한다.  
1. ...  
2. ...  
3. ...

㉞ 2個條로 이루어진 本則(또는 附則) 중 1個條를 削除함으로써 條名이 없는 法令으로 하는 경우

<例 1>

第1條의 條名 및 題目과 第2條를 削除한다.

<例 2>

第1條의 條名과 題目을 削除한다.

第2條를 削除한다.

㉟ 條·項으로 구성되어 있지 않은 本則(附則)에 條 또는 項을 追加하는 경우

<例>

本則(附則)을 本則(附則) 第1條(項)로 하고,

本則(附則)에 第2條(項)를 다음과 같이 新設한다.

第2條(條의 경우)

②...(項의 경우)

㊱ 附則의 條名이 本則과 通番으로 되어 있는 法令의 附則을 改正할 경우에는 「附則 第○條」라 하지 아니하고 「第○條」라고만 한다.

㉡ 章·節등이 관련되는 경우의 改正方式

i) 章·節등의 題目을 改正하는 方式

㉢ 全部改正하는 경우

<例 1>

第○章(節)의 題目을 “...”로 한다.

<例 2>

第○章(節)의 題目 “...”을 “...”로 한다.

㉑ 一部字句를 修正하는 경우

<例>

第○章(節)의 題目 중 “...”을 “...”로 한다.

ii) 章·節등을 追加하는 경우

<例>

第○章(節)을 다음과 같이 한다.

第○章 ○○○

第○條...

第○條...

iii) 章·節등을 全部 改正하는 경우

<例>

第○章(節)을 다음과 같이 한다.

第○章 ○○○

第○條...

第○條...

iv) 既存의 條文에는 變動없이 어떤 條의 다음이나 그 앞에 章名만을 追加하는 경우

<例>

第○條 다음에(앞에) “第○章 ○○○”을 삽입한다.

v) 既存의 章·節의 구분 중 條는 남긴 채 그 章名(節名)만을 削除하는 경우

<例>

第○條 다음에(앞에) 있는 “第○章 ○○○”을 削除한다.

④ 表의 改正方式

i) 表를 全部改正할 경우

<例>

【別表 ○】을 다음과 같이 한다.  
【別表 ○】  
(表略)

ii) 表의 欄을 削除할 경우

<例>

【別表 ○】중 ○○○란을 削除한다.

iii) 表의 欄을 全部改正할 경우

<例>

【別表 ○】중 ○○○란을 다음과 같이 한다.

○ ○ ○	.....	.....
-------	-------	-------



iv) 表의 란을 一部改正할 경우

<例>

【별표 ○】의 ○○○란 중 “...”을 “...”로 한다.

v) 表의 란을 追加할 경우

<例>

【別表 ○】중 ○○○란 다음에 □□□란을 다음과 같이 신설한다.  
(表略)

vi) 別表를 全部改正하여 2個의 別表로 하는 경우

<例>

【別表】를 【別表1】로 하여 다음과(별지와) 같이 한다.

【別表1】 ○○○

(表略)

【別表2】를 다음과 같이 新設한다.

【別表2】 ○○○

(表略)

vii) 2個의 別表를 改正하여 하나의 別表로 統合하는 경우

<例>

【別表2】를 削除하고, 【別表1】을 【別表】로 하여 다음과(별지와) 같이 한다.

【別表】 ○○○

(表略)

## 第5章 結 論

1.

立法을 하나의 學問으로서 취급할 수 있는가의 문제, 즉 立法學(Gesetzgebungslehre, Gesetzgebungswissenschaft)이 學問的 및 認識論的으로 가능한가의 문제에 대하여는 오늘날 이미 기본적인 合意가 成立되어 있음은 주지하는 바이다. 立法은 法の 實定性의 결과로서 人間의 作用과 決斷의 產物이므로 당연히 學問的 分析에서 제외될 수 없으며, 또한 立法은 民主主義的 正當性의 한 부분, 즉 최소한의 民主主義를 法治國家的으로 表現한 形式이기도 하다는 점에서 立法學에 관한 研究는 憲法의 民主主義的 要請을 실현하는데 기여할 뿐만 아니라, 民主主義的인 立法過程을 촉진하는데 기여하는 「民主主義的으로 규정된 學問(demokratische bestimmte Wissenschaft)」이라고 할 수 있을 것이다. 특히 國家的 課題가 점차 증가하고 이와 함께 立法의 機能이 질적으로 변모하고 있는 오늘날의 시점에서 立法에 관한 전문적 지식을 體系的 方法으로 파악하고 습득할 수 있는 學問分野인 「立法學」은 반드시 필요한 領域이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

그러나 이와 같은 「立法學」이라는 새로운 學問領域에 대하여 學界가 일반적 관심을 둔 것이 겨우 최근에 이르러서이기 때문에 아직까지 그 統一的인 研究部門의 존재도 대단히 미흡하며, 나아가 그 方法論議도 論者의 立法에 관한 問題意識과 關心에 따라 매우 다양하게 전개되고 있는 실정이다. 그럼에도 불구하고 目的意識的이며 正義指向的인 社會의 관리도구이며 그 발전의 도구인 立法에 대

한 포괄적 學問의 研究領域을 구축하려는 구체적인 試圖은 여전히 전개되고 있다. 즉 「立法學」은 法律을 사실상 執行하는 機能과 관련되고, 學問의 構造와 立場에 의해 制約되는 政治的·行政的인 制約에도 불구하고 사실상 부여된 不完全한 條件下에서 가능한 한 理想的인 法律을 制定할 수 있도록 立法者를 보조하는 機能과 관련되어야 한다는 점 및 「立法者」는 法의 多機能的 現象을 認識하여야 하며 그렇게 함으로써 立法學은 法의 制반 機能을 확인하는 것 뿐만 아니라 立法者에게 機能的 統合關係를 고려할 수 있도록 有用한 것이어야 한다는 점등을 인식하면서 立法學의 學問的 可能性을 모색하고 있는 것이다.

本 研究에서도 그와 같은 점에 유의하여 立法學에 관하여 國內外 學者들의 研究成果를 토대로 앞으로의 立法學研究에 의미있는 토대가 될 수 있는 몇가지 事項을 導出하여 보았으나, 이것은 어디까지나 立法學이 설정하여야 할 문제 가운데 부분적인 것에 불과하다. 따라서 지금까지의 研究에서 획득된 成果는 분명히 허점이 있음을 시인하며, 앞으로 우리 學界·實務界에서 立法學에 관한 研究가 活性化되어 本 研究가 해결하지 못한 과제가 補完되기를 바라는 마음이다.

## 2.

立法學에 관한 현재까지의 研究成果에서 나타나고 있는 바와 같이 어떠한 研究領域을 設定하여 이를 어떻게 서술해야 하는가에 관해서는 아무런 合意가 成立되어 있지 않다. 그러나 비록 研究領域에 대한 표현이 다양할지라도 일반적으로 立法學 研究者들은 立法學의 對象領域을 立法政策·立法過程·立法技術·立法機構(組織)의 分野로 그 研究의 範圍를 劃定하고 있음은 주지하는 바이다. 물론 立法學이 利益의 조절과 社會全體의으로 의미있는 解決策 및 장기적으로 기 능하는 效率的인 規律을 도모하려는 學問이기 위해서는 많은 研究領域이 개척되

어야 하며, 아울러 최근의 經驗的 社會科學의 비약적 발전과 함께 그 研究領域이 점차 體系化·擴大化되고 있다. 특히 이러한 새로운 研究方向은 立法學을 「法學的 規律理論(juristischen Regelungstheorie)」, 「實驗的 法學(experimentelle Jurisprudenz)」이라는 表現으로 代替하여 立法에 관한 포괄적인 문제를 연구하고 있다. 여하튼 立法學의 研究領域設定에 대해서는 이 학문이 완전하게 성숙하기를 기다릴 수 밖에 없으나, 立法에 관한 文獻의 重要부분에서 논의되고 있는 사항을 정리한다면 立法學의 研究領域은 일정한 政策 또는 法目的을 設定하고 그것을 실현하기 위하여 法規의 具體的인 方向과 意味內容을 確定하는 作業으로서의 「立法政策論」, 立法의 具體的인 目的에 言語的 表現을 구사하여 體系的으로 正確·明瞭한 法文을 作成하는 技術的 問題를 고찰하는 領域으로서의 「立法技術論」, 立法節次의 合目的的인 組織에 관한 「立法構造論」, 實效性 있는 立法을 확보하기 위하여 立法의 動的인 過程등 立法 현상을 연구하는 「立法過程論」등으로 파악할 수 있다.

그러나 本 研究에서는 이러한 研究領域을 전부 檢討하는 것은 불가능하였으며, 그 가운데에서 立法政策 및 立法技術의 分野만 概括的으로 살펴보는데 불과하였다. 따라서 나머지의 研究領域, 특히 立法過程의 分野는 다음의 研究 課題로 設定하여 그 內容을 파악하려 한다.

### 3.

결국 立法學은 法學的·技術的으로 완전한 法律의 추구라는 理想 뿐만 아니라, 議會制 民主主義와 多元主義 社會라는 現實的 條件과 憲法의 要求 아래에서 그 理想을 어떻게 실현할 수 있는가 하는 문제를 그 中心的인 課題로 하여야 한다. 환언하면 具體的이고 絶對的으로 正當한 理想的인 法律이란 존재할 수 없기

때문에 가능한 한 理想的인 法律의 가능성을 위한 前提를 마련하는 것만이 立法學의 課題가 될 수 있을 것이다. 그래서 立法에 관한 단순한 常識의 차원을 넘어 현상에 대한 포괄적 진단아래 代案의 形式으로 改善策을 제시하는 것이 바로 이 立法學의 課題인 것이다.

여기에서는 法律이 어느 정도 遵守 내지 適用되는가라는 점이 중요할 뿐 아니라, 특히 立法의 目的이라는 의미에서 法律의 社會的 實效성을 고려하는 것이 필요하다. 즉 法律의 필요성과 효과성을 어느 정도 改善하고, 적절한 수준으로 상승시키기 위하여 기본적인 문제에 대한 심화된 인식을 필요로 한다. 이것이 바로 「立法技術」의 領域으로서 立法學이 이러한 實用的 次元으로 擴大될 때 그 學問은 現實성을 지닌 實用法學으로서의 機能을 담당할 수 있는 것이다. 社會構成員에게 法規範의 의미를 명확하게 전달하여 가능한 한 效率的으로 요구된 行爲를 하도록 動機를 부여하기 위하여 立法者가 행하여야 할 通知技術의 分野인 立法技術은 立法에 관한 理論的 노력의 성과를 다시 實際的으로 適用한다는 측면에서 立法學의 발전에 매우 중요한 의미를 가지고 있다. 그리하여 本 研究에서도 立法技術의 體系的인 研究를 위하여 주로 實務에서 탐구된 문제제기를 중심으로 그 내용을 살펴보았으나, 역시 보편적으로 논의되고 있는 주변적인 내용에만 주의를 집중한 결과 立法技術의 정확한 實體를 파악하는 데에는 도달하지 못하였다.

그러나 그 과정에서도 現行 우리나라의 法令 가운데 用語의 難解性 및 欠缺, 法律內容 正確性的 缺如, 體系가 없거나 體系에 맞지 않는 規定등이 다수 지적되었으며, 앞으로 立法技術分野에 있어서 많은 研究가 필요함을 本 研究를 통하여 확인할 수 있었다.

4.

현재 우리나라에 있어서立法에 대하여 가해지고 있는 비판은 결국學問的으로 바람직한立法을 위한 근거를 연구하고立法者에 대한作用의指針을 마련할 것을 요구하도록 시사하는 것이라 볼 수 있다. 물론 그동안實務에 의해서도立法의改善을 위한 많은 성과있는 시도를 행하였으며, 그러한 노력의 성과를 과소평가할 수는 없다. 그러나立法에 관한學問的 問題設定, 立法論 및 領域의 마련에 있어서 우리學界와 實務界의 그동안의 成果는 대단히 미흡하였던 것이 사실이며, 그러한 상황은 현재까지도 마찬가지라고 말할 수 있다. 환언하면 우리나라에서의立法에 관한 研究現狀은 전통적으로 우리法學一般이 實定法規範의 客觀的 意味를 밝혀내는 解釋法學에 머물러 온 결과立法研究에서도 주로立法의 概念, 立法府의 組織·過程의 形式的 特性的 技術的 및 法的인 傾向의 연구에 집중되어 왔다. 아울러 政治學·行政學의 입장에서의立法研究 역시立法의 전통적 연구가 진행되고 있어서立法의 科學的 研究는 아직도 구체적으로 進行되고 있지 않은 상태에 있다고 할 수 있다.

그리고 實務에 있어서도立法의 研究는立法의 體系·表現·基本形式등 法令을 立案하는데 즈음하여 갖추어야 할 문제, 즉立法技術에만 치중하여 왔다. 더우기立法學이 현재 생성중에 있는學問分野라는 점에서 그 학문의 발전을 위해서는 무엇보다도 현존하는 관련學問領域과의 有機的인 통합이 필요할 뿐 아니라,學界와 實務界의 활발한 交流가 필요한 시점인데도 불구하고 현재 우리나라의 實情은學問的인 研究活動도 미흡하며,學界와 實務界간의 交流도 기초단계에 그치고 있다.

그러나 이제는學問的으로 체계화된立法的 作業을 위한 一般的 指針, 즉 問題點을學問的으로 정리하는 시각이 필요한 시점에 있다. 또한立法에 관한學

間的 研究를 定立하는데 있어서도 그것을 단순한 理論的인 次元으로만 파악하여 實際로 適用할 경우에 성과가 없는 것이라면 立法學은 實用法學으로서의 역할을 담당할 수 없게 되어 立法學은 현실성을 가질 수 없게 된다. 따라서 立法學의 學問的인 定立의 시도는 理論的 次元을 넘어서 實用的인 次元으로 확대되어야 한다. 그러한 의미에서 立法學의 학문적 구축을 위해서는 立法業務에 종사하는 實務家들의 역할이 매우 중요하다는 점을 강조하고 싶다.

## 參 考 文 獻

### I. 國內文獻

[單行本]

- \* 桂禧悅(譯) Konrad Hesse, 『西獨憲法原論』, 三英社, 1987.
- \* 國會圖書館立法調查局, 『韓國立法過程의 諸問題』(立法參考資料 第123號), 1970.
- \* \_\_\_\_\_, 『法制의 理論斗 實務』, 1976.
- \* 國會事務處, 『法制實務』, 1990.
- \* \_\_\_\_\_, 『立法研究論文集 I · II』, 1991.
- \* 權寧敏, 『立法實務』, 研修社, 1977.
- \* 權寧星, 『憲法學原論』, 法文社, 1990.
- \* 吉基祥(譯) William F. Willoughby, 『立法府의 組織 및 運營』, 語文閣, 1968.
- \* 金箕範(譯) Carl Schmitt, 『憲法理論』, 敎文社, 1976.
- \* 金南辰, 『行政法 I, II』, 法文社, 1990.
- \* \_\_\_\_\_, 『行政法의 基本問題』, 法文社, 1990.
- \* 金道昶, 『一般行政法論(上)(下)』, 青雲社, 1990.
- \* 金哲洙, 『憲法學概論』, 博英社, 1990.
- \* 朴東緒·金光雄, 『議會斗 行政府』, 法文社, 1989.



- \* 韓國法制研究院, 『國民法意識調查研究』, 1991. 7.
- \* 朴欽炘, 『立法技術講座』, 國民書館, 1970.
- \* \_\_\_\_\_, 『最新行政法講義(上)(下)』, 國民書館, 1990.
- \* 法制處, 『法制業務合同訓練教材』, 1982.
- \* \_\_\_\_\_, 『法制處40年史』, 1988.
- \* \_\_\_\_\_, 『한글표기용례집』. 1988.
- \* \_\_\_\_\_, 『6·29선언과 법제개혁』, 1989.
- \* \_\_\_\_\_, 『法令立案審查基準』, 1989.
- \* 卞在玉, 『行政法講義 I』, 博英社, 1989.
- \* 서울特別市, 『法務行政實務』, 1991.
- \* 石琮顯, 『一般行政法(上)(下)』, 三英社, 1990.
- \* 禹炳奎, 『立法過程論-韓國과 歐美와의 比較-』, 一潮閣, 1970.
- \* 李鳴九, 『行政法原論』, 考試研究社, 1990.
- \* 李尙圭, 『新行政法論(上)(下)』, 法文社, 1990.
- \* 立法技術研究所(編), 『法制實務研修資料集』, 法令編纂普及會, 1989.
- \* \_\_\_\_\_, 『日本の 立法』, 法令編纂普及會, 1990.
- \* \_\_\_\_\_, 『法令作成의 常識』, 法令編纂普及會, 1990.
- \* 鄭正佶, 『政策學原論』, 大明出版社, 1990.
- \* 中央公務員教育院, 『法制實務』, 1988.
- \* 崔大權, 『憲法學 -法社會學的 接近-』, 博英社, 1989.
- \* 韓泰淵, 『憲法學 -近代憲法의 一般理論-』, 法文社, 1985.
- \* 許 營, 『憲法理論과 憲法(上)(中)』, 博英社, 1989.
- \* \_\_\_\_\_, 『韓國憲法論』, 博英社, 1990.

\* 憲法裁判所, 『憲法裁判所判例集 第1卷』, 1989.

\* 洪井善, 『憲法와 政治』, 法文社, 1986.

[論 文]

\* 葛奉根, 『憲法上 法律概念의 再檢討』, 考試研究 1985.9·11./1986.1·3·5.

\* 姜慶善, 『立法과 解釋學의 法認識方法』, 法制 第152號, 1986.3.

\* 姜星達, 『行政節次로서의 立法豫告制』, 國會報 1983.7.

\* 高明允, 『法制實務의 基本概念』, 國會報 1983.9.

\* 丘秉朔, 『憲法訴訟의 判斷基準論』, 考試界 1984.11.

\* \_\_\_\_\_, 『立法裁量論』, 考試界 1985.11.

\* 權寧高, 『法令制定過程의 現況과 그 改善方向』, 人權과 正義 1990.9.

\* 權寧星, 『立法權의 範圍와 限界』, 考試研究 1979.11.

\* 金圭定, 『政策價値의 本質』, 考試研究 1988.4.

\* 金南辰, 『權限의 代理·委任·專決』, 考試研究 1979.6.

\* \_\_\_\_\_, 『行政行爲의 附款』, 考試界 1986.3.

\* \_\_\_\_\_, 『法律의 機能과 實效性確保』, 月刊考試 1989.1.

\* 金德謙, 『法律의 概念』, 高麗大 碩士論文, 1986.

\* 金道昶, 『韓國에 있어서의 立法의 理想과 現實』, 法學(서울大) 第25卷 4號,  
1984.12.

\* 金東熙, 『行政法의 一般原理에 관한 考察』, 法學(서울大) 第30卷 1·2號,  
1989.

\* 金淑鉉, 『法令整備에 대한 小考』, 國會報 1981.6.

\* 金承烈, 『法令한글화事業에 관한 小考』, 法制 第227號, 1988.4.

- \* \_\_\_\_\_, 『條例·規則의 立法限界』, 法制 第260號, 1989.3.
- \* 金承煥, 『立法學에 관한 研究 -立法의 主體·原則·技術을 中心으로-』, 高麗大 博士論文, 1987.
- \* 金元主, 『現代福祉國家의 行政上 損失補償』, 考試研究 1982.11.
- \* \_\_\_\_\_, 『行政調查』, 考試界 1989.4.
- \* 金鍾斗, 『現行法上 課徵金制度에 관한 考察』, 立法調查月報 1988.1·2.
- \* 金鐵容, 『行政罰의 脫刑罰化』, 考試界 1991.6.
- \* 金哲洙, 『韓國立法에 대한 統制』, 法學(서울大) 第25卷4號, 1984.12.
- \* \_\_\_\_\_, 『國會立法權의 範圍와 限界』, 考試界 1986.1.
- \* 金孝全(譯) E.W. Böckenförde, 『法治國家概念의 成立과 變遷』, 月刊考試 1985.1·2.
- \* 盧化俊, 『政策代案評價基準으로서의 公平性』, 考試研究 1989.3.
- \* \_\_\_\_\_, 『政策過程의 各段階에서 活用되는 政策分析技法의 性格』, 考試研究 1989.8.
- \* 文鴻柱·金炯盛, 『比例性原則과 基本權』, 學術院論文集 第28輯(人文社會科學 篇), 1989.
- \* 閔東基, 『立法上 法律의 所管事項에 관한 研究』, 立法調查月報 1989.6.
- \* \_\_\_\_\_, 『立法上의 經過措置에 관한 小考』, 立法調查月報 1989.11.
- \* \_\_\_\_\_, 『特例法에 관한 小考』, 立法調查月報 1990.7.8.
- \* 朴圭河, 『法治國家의 法律과 民主主義의 法律』, 考試研究 1978.6.
- \* \_\_\_\_\_, 『法治主義에 대한 緊張關係』, 考試界 1979.1.
- \* \_\_\_\_\_, 『資金助成行政의 概念과 種類』, 考試研究 1987.12.
- \* \_\_\_\_\_, 『規範的 法律과 處分의 法律』, 考試研究 1989.1.

- \* \_\_\_\_\_, 『許可의 法的性質과 效果』, 考試研究 1989.11.
- \* 朴旻緒, 『政策의 效果的 執行에 관한 研究』, 木浦大論文集 第10卷2號, 1989.12.
- \* 朴奉國, 『立法技術的 側面에서 본 行政刑罰의 現況과 그 定立基準에 관한 考察』, 國會報 1983.4.
- \* \_\_\_\_\_, 『立法의 當爲的 基準과 實際에 관한 研究』, 延世大 行政大學院 碩士論文, 1984.
- \* \_\_\_\_\_, 『法律案起草에 관한 小考』, 國會報 1984.2.
- \* \_\_\_\_\_, 『立法의 理論과 實際』, 立法調查月報 1989.1.
- \* \_\_\_\_\_, 『國會의 立法過程과 實際』, 法制 第301號, 1990.5.
- \* 朴松圭, 『委任立法의 限界』, 法制 第293號, 1990.2.
- \* 朴英道, 『基本權의 侵害와 比例原則』, 里門論叢(外國語大 大學院論文集) 第6輯, 1986.12.
- \* 朴鉉炳, 『立法豫告制에 관한 考察』, 考試界 1990.5.
- \* \_\_\_\_\_, 『行政秩序罰』, 考試研究 1990.5.
- \* 朴貞美, 『立法節次』, 議政資料 第7輯, 1985.1.
- \* 朴鍾局, 『行政行爲의 附款의 機能』, 月刊考試 1989.5.
- \* 徐元宇, 『韓國立法過程의 理念과 現實』, 法學(서울大) 第25卷4號, 1984.12.
- \* \_\_\_\_\_, 『損失補償制度의 小考』, 月刊考試 1986.1.
- \* \_\_\_\_\_, 『節次的 正義論序說(上)(下)』, 考試研究 1987.10 11.
- \* 石琮顯, 『行政上 事前救濟制度』, 月刊考試 1986.7.
- \* \_\_\_\_\_, 『損失補償制度의 問題點과 그 課題』, 月刊考試 1989.1.
- \* 孫 晟, 『法政策學의 形成과 展開(I) -그 序說의 接近』, 行政論叢(東國大)

第19輯, 1990.

- \* 孫鎮相, 『行政上 比例原則』, 司法行政 1987.7·10.
- \* 申珏澈, 『새 한글맞춤법 표준어규정개정의 概要와 法令用語表記』, 法制 第224號, 1988.3.
- \* \_\_\_\_\_, 『法令用語整備 推進沿革과 實績』, 法制 第286號, 1989.12.
- \* 沈憲燮(譯) Arthur Kaufmann, 『法과 言語』, 法學(서울大) 第25卷2·3號, 1984.
- \* \_\_\_\_\_, 『法的安定性에 관한 研究』, 法學(서울大) 第25卷2·3號, 1984.
- \* \_\_\_\_\_, 『一般條項小考』, 法學(서울大) 第30卷1·2號, 1989.
- \* 安海均, 『政策決定의 理論模型』, 月刊考試 1988.8.
- \* 梁三承, 『過剩禁止의 原則 - 특히 獨逸에서의 理論과 判例를 中心으로』, 憲法論叢(憲法裁判所) 第1輯, 1990.
- \* 禹炳奎, 『立法機能에 관한 比較研究』, 國會報 1980.8.
- \* 劉尙炫, 『美國의 法律制定에 관한 研究』, 法制 第83號, 1983.12.
- \* \_\_\_\_\_(譯) Michael S. Moore, 『立法의 限界(上)(下)』, 法制 第105號·第106號, 1984.11.12.
- \* 尹長根, 『經過規定에 관한 研究』, 法制 第259號, 1989.3.
- \* 李康嫻, 『立法學의 課題』, 現代公法學의 諸問題(尤堂 尹世昌博士停年記念), 博英社 1983.
- \* \_\_\_\_\_, 『立法의 動機와 過程』, 月刊考試 1983.1.
- \* \_\_\_\_\_, 『立法學과 立法技術』, 月刊考試 1983.6.
- \* \_\_\_\_\_, 『法律의 優位』, 考試界 1984.3.
- \* 李建鎬, 『立法技術과 Macro法學』, 國會報 1982.9.

- \* 李鳴九, 『法の 인플레이와 法治主義의 方向』, 現代公法の 理論(牧村 金道昶博士華甲記念), 學研社, 1982 所收
- \* \_\_\_\_\_, 『資金助成의 法的 考察』, 考試研究 1987.10.
- \* 李範烈, 『法の 理念과 立法의 傾向』, 人權과 正義 1990.9.
- \* 李尙圭, 『最近行政關係法律의 特色과 問題點』, 月刊考試 1987.2.
- \* \_\_\_\_\_, 『行政節次와 聽聞』, 考試界 1987.2.
- \* 李昌洙, 『憲法裁判과 立法의 示唆點』, 法制 第318號 第319號, 1990.10·11.
- \* 李漢柱, 『立法技術에 관한 小論』, 議政資料 第16輯, 1989.1.
- \* \_\_\_\_\_, 『憲法上 法律의 概念에 관한 研究』, 서울大 碩士論文, 1987.
- \* 李浩竣, 『行政學研究에 있어서 政策決定과 政策分析』, 考試研究 1979.10.
- \* 張明根(譯) Reed Dickerson, 『法令의 起草時 考慮할 事項』, 法制 第100號, 1984.10.
- \* 全河聲, 『立法審查過程의 機能度分析』, 國會報 1984.8.
- \* 鄭圭萬, 『立法上 罰金刑制度에 관한 考察』, 立法調查月報 1990.9.
- \* 鄭永模, 『立法政策과 立法技術』, 國會報 1967.7.
- \* 鄭鍾休, 『民法典과 法言語 -法律用語와 條文構造를 中心으로』, 司法行政 1988.5·6·7.
- \* 鄭準鉉, 『不確定法概念의 解釋과 適用』, 成均館大 碩士論文, 1983.
- \* 曹圭昌, 『韓國民法과 獨逸民法의 關係 -우리民法典의 難解性을 中心으로』, 韓獨法學 第4號, 1983.
- \* 曹正燐, 『課徵金制度에 관한 小考』, 法制 第196號·第197號·第198號, 1987.6.
- \* \_\_\_\_\_, 『法令相互間의 體系에 관한 研究』, 法制 第268號, 1989.6.

- \* \_\_\_\_\_, 『法令案立法豫告制度의 導入 및 運營現況』, 法制 第312號, 1990. 8.
- \* 陳在勳, 『立法基準에 관한 考察』, 國會報 1983. 6.
- \* \_\_\_\_\_, 『立法技術에 관한 考察』, 國會報 1982. 4.
- \* 崔大權, 『立法의 原則』, 法學(서울大) 第25卷4號, 1984.
- \* \_\_\_\_\_, 『制定法의 解釋』, 法學(서울大) 第30卷1 2號, 1989.
- \* \_\_\_\_\_, 『憲法裁判所의 違憲決定과 그 根據의 提示』, 法學(서울大) 第30卷 3·4號, 1989.
- \* \_\_\_\_\_, 『立法學研究-立法辯論을 中心으로』, 法學(서울大) 第31卷1·2號, 1990.
- \* 崔松和, 『韓國의 立法機構와 立法者』, 法學(서울大) 第25卷4號, 1984. 12.
- \* \_\_\_\_\_, 『法과 政策에 관한 研究-試論的 考察-』, 法學(서울大) 第26卷4號, 1985. 12.
- \* 韓文洙, 『立法實體論(上)(下)』, 立法調查月報 1974. 5·6.
- \* 黃祐呂, 『遡及立法』, 考試研究 1989. 11.

## II. 外國文獻

### 1. 日本文獻

[單行本]

- \* 內閣法制局, 『法令審査事務提要(I)(II)』, 內閣法制局, 1976, 1977.
- \* 渡邊久丸, 『現代日本の立法過程』, 法律文化社, 1981.
- \* 林修三, 『法令作成の常識』, 日本評論社, 1975.
- \* 林修三·吉國一郎·角田禮次郎, 『例解立法技術』, 學陽書房, 1983.
- \* 法律時報 臨時增刊, 『民事立法學』, 日本評論社, 1981.

- \* 法木義幸(編),『圖説 法制執務入門』,ぎょうせい,1989.
- \* 比較立法過程研究会(編),『議會における立法過程の比較法的 研究』,勁草書房,1980.
- \* 山内和夫,『立法 システム』,前野書店,1990.
- \* 小島和夫,『法律ができるまで』,ぎょうせい,1979.
- \* 小林直樹,『立法學研究-理論と動態』,三省堂,1984.
- \* \_\_\_\_\_,『憲法政策論』,日本評論社,1991.
- \* 矢田 誠,『法律文章學』,早稻田經營出版,1990.
- \* 新 正幸,『憲法と 立法過程-立法過程法學序説』,創文社,1988.
- \* 岩井奉信,『立法過程』,東京大出版部,1988.
- \* 遠藤博也,『計劃行政法』,學陽書房,1976.
- \* 有斐閣,『日本の立法』,シヨリスト第805號,1984.
- \* 淺野一郎,『法律と條例-理論□動態』,1984.
- \* \_\_\_\_\_(編),『立法の過程』,ぎょうせい,1988.
- \* 秋田 周,『條例と規則』,ぎょうせい,1977.
- \* 平井宜雄,『法政策學-法的意思決定および 法制度設計の 理論と 技法』,有斐閣,1987.
- \* 芦部信喜(編),『現代法 第3卷(現代の 立法)』,岩波書店,1965.

[論文]

- \* 高見勝利,『あるべき立法者像と立法のあり方』,公法研究 第47號,1985.
- \* 大石 眞,『立法と權限分配 原理(1)(2)』,法學(東北大) 第42卷4號・第43卷1號,1978・1979.



- \* 小林直樹, 『憲法政策論序説(1)(2)(3)』, 法律時報 第62卷 4・6・7號, 1987.
- \* 小野清一郎, 『立法過程の理論(1)(2)』, 法律時報 第35卷 1・2號, 1963.
- \* 松尾敬一, 『立法學の必要性と可能性』, 神戸法學雜誌 第6卷1・2號, 1956.
- \* 山田 晟, 『立法技術の一断面 -準用・読み替え條文について-』, 國家と市民  
(國家學會百年記念) 第3卷, 有斐閣, 1987.
- \* 新 正幸, 『立法過程學の可能性』, ジュリスト第955號, 1990.5.
- \* 阿部昌樹, 『行政裁量の立法技術論的 検討(1)(2)』, 法學論叢(京都大) 第121  
卷2號・第122卷2號, 1987.5・11.
- \* 野中俊彦, 『議員立法』, ジュリスト 第955號, 1990.5.
- \* 前田雅英, 『法文の明確性と解釋の明確性』, ジュリスト 第853號, 1986.2.
- \* 田中英夫・谷川久, 『Legal Process(1)(2)-アメリカにおける立法學の一つのか  
たち』, ジュリスト 第225號, 1961.
- \* 池田政章, 『立法と立法過程』, 日本國憲法體系(宮澤俊義先生還曆記念) 補  
卷, 有斐閣, 1971.

## 2. 英美文獻

[單行本]

- \* Bayley, Michael. D: 『*Principle of Legislation: The Use of political Authority*』, Detroit 1978.
- \* Davis, Jack: 『*Legislative Law and Process in a Nutshell*』, New York 1975.
- \* Dickerson, Reed: 『*Legislative Drafting*』, Boston 1954.
- \* Grenzke, Janet. M: 『*Influence, Chance and the Legislative Process*』, Westport 1982.

- \* Harris, Fred. R: 『*America's Legislative Processes: Congress and the States*』,  
Glenview 1983.
- \* Herzberg, Donald. G/Unruh, Jess: 『*Essays on the State Legislative Process*』,  
New York 1970.
- \* Hetzel, Otto. J: 『*Legislative Law and Process*』, Virginia 1980.
- \* Jacobstein, Myron. J/Mersky, Roy. M: 『*Fundamentals of Legal Research*』,  
New York 1981.
- \* Keefe, William. J/Ogul, Morris. S: 『*The American Legislative Process.  
Congress and the State*』, New Jersey 1981.
- \* Miers, Davis. R/Page, Alan. C: 『*Legislation*』, New York 1982.
- \* Olson, David. M: 『*The Legislative Process. A Comparative Approach*』,  
Cambridge 1980.
- \* Zandler, Michael: 『*The Law-Making Process*』, London 1980.

### 3. 獨逸文獻

[單行本]

- \* Baden, Eberhard: 『*Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommuni-  
kationsprozeß. Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetz-  
gebungslehre*』, Baden-Baden 1977.
- \* Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.): 『*Praxis der  
Gesetzgebung-Ein Lehr-und Lernhilfe*』, Regensburg 1984.
- \* Behrend, Okko/Henckel, Wolfram(Hrsg.): 『*Gesetzgebung und Dogmatik.  
3. symposion der Kommission "Die funktion des Gesetzes in Geschich-*

- te und Gegenwart" am 29. und 30. April 1988*], Göttingen 1989.
- \* Bender, Rolf: 『*Zur Notwendigkeit einer Gesetzgebungslehre dargestellt an aktuellen Problemen der Justizreform*』, Stuttgart 1974.
  - \* Böhret, Carl(Hrsg.): 『*Gesetzgebungspraxis und Gesetzgebungslehre. ein Erfahrungsaustausch(Speyerer Forschungsberichte, Heft 13)*』, Speyer 1980.
  - \* Böhret, Carl/Hugger, Werner: 『*Test und Prüfung von Gesetzentwürfe-Anleitung zur Vorabkontrolle und Verbesserung von Rechtsvorschriften*』, Köln-Bonn 1980.
  - \* \_\_\_\_\_: 『*Der Praxistest von Gesetzwürfen*』, Baden-Baden 1980.
  - \* Böckenförde, Ernst-Wolfgang: 『*Gesetz und gesetzgebende Gewalt*』, Berlin 1981.
  - \* Beutel, Frederic K.: 『*Die experimentelle Rechtswissenschaft. Möglichkeiten eines neuen Zweiges der Sozialwissenschaft*』, Berlin 1971.
  - \* Chryssogonos, Kostas: 『*Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetzgebung: Zur Methode der Verfassungsinterpretation bei der Normkontrolle*』, Berlin 1987.
  - \* Eichenberger, Kurt: 『*Grundfragen der Rechtssetzung*』, Basel 1978.
  - \* Engisch, Karl: 『*Einführung in das juristische Denken*』, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1977.
  - \* Erichsen, Hans-Uwe/Martens, Wolfgang(Hrsg.): 『*Allgemeines Verwaltungsrecht*』, Berlin-New York 1978.
  - \* Grimm, Dieter/Maihofer, Werner(Hrsg.): 『*Gesetzgebungstheorie und*

*Rechtspolitik(Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 13)*], Opladen 1988.

- \* Grabitz, Eberhard: *『Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte』*, Tübingen 1976.
- \* Hugger, Werner: *『Gesetz-Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung. Ein Handbuch für Praxis und Studium mit einer Einführung von Carl Böhret』*, Baden-Baden 1983.
- \* Hill, Hermann: *『Einführung in die Gesetzgebungslehre』*, Heidelberg 1982.
- \* Hesse, Konrad: *『Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland』*, 15 Aufl., Heidelberg 1984.
- \* Hucke, Jochen/Wollmann, Hellmut: *『Kriterien zur Bestimmung der Wirkung von Gesetzen(Schriftenreihe des Bundesministerium des Innern)』*, Bonn 1982.
- \* Handschuh, Ekkehard: *『Gesetzgebung. Programm und Verfahren』*, Heidelberg-Mannheim 1988.
- \* Huber, Konrad: *『Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz. Ein Studie zum rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff』*, Berlin 1963.
- \* Krems, Burkhardt: *『Grundfragen der Gesetzgebungslehre. erörtert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben insbesondere der Neuregelung des Bergschadensrechts(Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstats-achenforschung, Bd.44)』*, Berlin 1979.
- \* Kindermann, Harald(Hrsg.): *『Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982』*, Berlin-Heidelberg-New York 1982.

- \* \_\_\_\_\_: 『Ministerielle Richtlinien der Gesetzestechnik. Vergleichende Untersuchung der Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich in der Schweiz』, Berlin-Heidelberg-New York 1979.
- \* Klug, Ulrich/Ramm, Thilo/Rittner, Fritz/Schmiedel, Burkhard(Hrsg.) : 『Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil -und Proze recht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig』, Berlin-Heidelberg-New York 1978.
- \* Kriele, Martin: 『Theorie der Rechtsgewinnung』, Berlin 1967.
- \* Kloepfer, Michael: 『Vorwirkung von Gesetzen』, München 1974.
- \* Lautmann, Rüdiger/Maihofer, Werner/Schelsky, Helmut(Hrsg.): 『Die Funktion des Rechts in der Modernen Gesellschaft(Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd.1)』, Gütersloh 1970.
- \* Larenz, Karl: 『Methodenlehre der Rechtswissenschaft』, 5 Aufl., Berlin-Heidelberg 1983.
- \* Leisner, Walter: 『Von der Verfassungsmäßigkeit der Gesetze zur Gesetzmäßigkeit der Verfassung(Recht und Staat, Heft 286/287)』, Tübingen 1964.
- \* Maurer, Hartmut: 『Allgemeines Verwaltungsrecht』, 3 Aufl., München 1983.
- \* Mächler, August: 『Rahmengesetzgebung als Instrument der Aufgabenteilung (Züricher Studien zum öffentlichen Recht)』, Zürich 1987.
- \* Müller, Hanswerner: 『Handbuch der Gesetzgebungstechnik』, 2 Aufl., Köln-Berlin-Bonn-New York 1968.

- \* Noll, Peter: 『*Gesetzgebungslehre*』, Reinbek 1973.
- \* Olivercrona, Karl: 『*Der Imperativ des Gesetzes*』, Kopenhagen 1942.
- \* Öhlinger, Theo(Ges.red.): 『*Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis(Forschungen aus Staat und Recht, 57)*』, Wien-New York 1982.
- \* Rüdiger, Jürgen(Hrsg.): 『*Studie zu einer Theorie der Gesetzgebung*』, Berlin-Heidelberg-New York 1976.
- \* Robbers, Gerhard: 『*Gerechtigkeit als Rechtsprinzip. Über dem Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*』, Baden-Baden 1980.
- \* Schäffer, Heinz/Triffterer, Otto(Hrsg.): 『*Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rüdiger Gedächtnissymposium 28-30. Oktober 1982 Salzburg-Residenz*』, Baden-Baden 1984.
- \* Schreckenberger, Waldemar/König, Klaus/Zeh, Wolfgang(Hrsg.): 『*Gesetzgebungslehre. Grundlagen-Zugänge-Anwendung*』, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1986.
- \* Schneider, Hans: 『*Gesetzgebung-Ein Lehrbuch*』, Heidelberg 1982.
- \* Stern, Klaus: 『*Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I, II*』, München 1977, 1980.
- \* Schulze, Reiner: 『*Policy und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert*』, Berlin 1982.
- \* Schmidt, Walter: 『*Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*』, München 1982.

- \* Winkler, Günther/Schilcher, Bernd(Red.): 『Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik』, Wien-New York 1981.
- \* Zeh, Wolfgang: 『Wille und Wirkung der Gesetze. Verwaltungswissenschaftlich Untersuchung am Beispiel des Städtebauförderungsgesetzes, Bundesimmissionsschutzgesetzes, Fluglärmmgesetzes und Bundesausbildungsförderungsgesetzes』, Heidelberg 1984.

[論文]

- \* Achterberg, Nobert: 『Kriterien des Gesetzbegriffs unter dem Grundgesetz』, Die Öffentliche Verwaltung(DÖV) 1973, S. 289f.
- \* \_\_\_\_\_: 『Gesetzgebung als Wissenschaftsdisziplin』, DÖV 1982, S. 976f.
- \* Adomeit, Klaus: 『Positivismus, Gesetzgebung und Methodenlehre』, Juristen Zeitung(JZ) 1978, S. 1f.
- \* Armin, Hans Herbert von: 『Grundfragen der Kontrolle von Gesetzgebung und Verwaltung』, DÖV 1982, S. 917f.
- \* Badura, Peter: 『Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat』, DÖV 1968, S. 446f.
- \* Bender, Rolf: 『Gesetzgebungslehre -ein neuer Zweig der Rechtswissenschaft』, Zeitschrift für Rechtspolitik(ZRP) 1976, S. 132f.
- \* \_\_\_\_\_: 『Ein Maßnahme für ein Bündel von Problemen -ein Beitrag zur Gesetzgebungslehre』, ZRP 1983, S. 168f.
- \* Blankenburg, Erhard: 『Über die Unwirksamkeit von Gesetzen』, Archiv für

Rechts und Sozialphilosophie(ARSP) 1977, S. 31f.

- \* Böhret, Carl/Hugger, Werner: 『*Bessere Gesetz durch Test der Entwürfe*』, Zeitschrift für Parlamentsfragen(ZParl) 1979, S. 245f.
- \* Degenhart, Christoph :『*Gesetzgebung im Rechtsstaat*』, DÖV 1981, S. 477f.
- \* Dilcher, Gerhard: 『*Gesetzgebungswissenschaft und Naturrecht*』, JZ 1969, S. 1f.
- \* Ebson, Ingwer: 『*Gesetzesgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsstaat*』, Deutsches Verwaltungsblatt(DVBl) 1988, S. 883f.
- \* Eichenberger, Kurt: 『*Gesetzgebung im Rechtsstaat*』, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer(VVDStRL) Heft 40, 1982, S. 7f.
- \* Frank, Richard: 『*Gesetzgebungslehre in der Praxis*』, Deutsche Richterzeitung 1981, S. 181f.
- \* Frohn, Hansgeorg: 『*Gesetzgebungslehre-Rechtspolitik am Zügel der Logik? Versuch einer Standortbestimmung*』, Deutsches Verkehrssteuer-Rundschau(DVR), 1977, S. 241f.
- \* Haverkamp, Hans: 『*Entstehung und Entwicklung von Normen*』, ARSP 1981, S. 217f.
- \* Hegenbarth, Rainer: 『*Symbolische und instrumentelle Funktionen moderner Gesetz*』, ZRP 1981, S. 201f.
- \* Hennecke, Frank: 『*Gesetzgebung im Leistungsstaat*』, DÖV 1988, S. 768f.
- \* Hesse, Hans Albrecht: 『*Die Praxis der juristischen Berufe und die Juristenausbildung*』, JZ 1982, S. 272f.



- \* Hill, Hermann: 『*Impulse zum Erla eines Gesetzes*』, DÖV 1981, S. 487f.
- \* Hippel, Fritz v.: 『*Grundfragen der Rechtspolitik*』, JZ 1984, S. 953f.
- \* Hirsch, Ernst E.: 『*Zum sogenannten Gesetzesgehorsam*』, JZ 1983, S. 1f.
- \* Hugger, Werner: 『*Legislative Effektivitätssteigerung. Von den Grenzen der Gesetzesevaluierbarkeit zum Gesetz auf Zeit*』, Politische Vierteljahresschrift(PVS) 1979, S. 202f.
- \* Häberle, Peter: 『*Grundrechte und Parlamentarische Gesetzgebung im Verfassungsstaat -das Beispiel des deutschen Grundgesetzes*』, Archiv des öffentlichen Rechts(AöR) 1989, S. 361f.
- \* Karpen, Ulrich: 『*Gesetzgestaltung und Gesetzesanwendung im Leistungsstaat*』, Neue Juristische Wochenschrift(NJW) 1988, S. 2512f.
- \* Kindermann, Harald: 『*Gesetzgebungstheorie als Forschungsaufgabe*』, ZRP 1983, S. 204f.
- \* \_\_\_\_\_: 『*Neue Richtlinien der Gesetzestechnik*』, DÖV 1981, S. 855f.
- \* \_\_\_\_\_: 『*Plan und Method der Gesetzgebungslehre*』, Rechtstheorie 9, 1978, S. 229f.
- \* Kirchhof, Paul: 『*Richterliche Rechtsfindung, gebunden an Gesetz und Recht*』, NJW 1986, S. 2275f.
- \* Kloepfer, Michael: 『*Gesetzgebung im Rechtsstaat*』, VVDStRL Heft 40, 1982, S. 63f.
- \* Krause, Hermann: 『*Gesetzgebung*』, Adalbert Erler/Ekkehard Kaufmann(Hrsg.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, Bd.1, Berlin 1971, S. 1606f.

- \* Kölbl, Josef: 『*Zum Stand der Gesetzgebungstheorie*』, Die Verwaltung 1985, S. 389f.
- \* Lachmayer, Friedrich: 『*Zur Theorie der Gesetzgebung*』, DÖV 1978, S. 33f
- \* Lepa, Manfred: 『*Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtssetzung durch Rechtsverordnung*』, AöR 1981, S. 337f.
- \* Lorenz, Dieter: 『*Der Grundrechtliche Anspruch auf effektiven Rechtsschutz*』, AöR 1981, S. 623f.
- \* Maassen, Hermann: 『*Die Freiheit des Bürgers in einer Zeit ausufernder Gesetzgebung*』, NJW 1979, S. 1473f.
- \* Müller, Erika: 『*Gesetzgebung-Flut oder Ebbe*』, PVS 1984, S. 3f.
- \* Noll, Peter: 『*Prinzipien der Gesetzgebungstechnik*』, Rechtsfindung-Beitrag zur jur. Methodenlehre(Festschrift für Oscar Adolf Germann zum 80. Geburtstag), Bern 1969, S. 159f.
- \* \_\_\_\_\_: 『*Zur Gesetzestchnik des Entwurfs eines Strafgesetzbuches*』, JZ 1963, S. 297f.
- \* Novak, Richard: 『*Gesetzgebung im Rechtsstaat*』, VVDStRL Heft 40, 1982, S. 40f.
- \* Ossenbühl, Fritz: 『*Die Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik*』, DVBI 1967, S. 401f.
- \* Pawlowski, Hans Martin: 『*Die rechtsstaatliche Dimension von Gesetzgebung und Judikatur*』, DÖV 1976, S. 505f.
- \* Pestalozza, Christian: 『*Gesetzgebung im Rechtsstaat*』, NJW 1981, S. 2081f.
- \* Püttner, Gunter: 『*Der Rechtsstaat und seine offenen Probleme*』, DÖV 1989,

S. 137f.

- \* Scheuner, Ulrich: 『*Die Aufgabe der Gesetzgebung in unserer Zeit*』, DÖV 1960, S. 601f.
- \* Schier, Wolfgang: 『*Gesetzgebung und Gesetzgebungstechnik*』, Bayerische Verwaltungsblätter(BayVBI) 1979, S. 321f.
- \* \_\_\_\_\_: 『*Über Notwendigkeiten und Grenzen der Gesetzgebung in unserer Zeit*』, BayVBI 1977, S. 681f.
- \* Schmidt, Richard: 『*Zur Sprache des Gesetzgebers*』, Neue Rundschau 1963, S. 687f.
- \* Sandler, Horst: 『*Normflut und Richter*』, ZRP 1979, S. 227f.
- \* Starck, Christian: 『*Übermaß an Rechtsstaat*』, ZRP 1979, S. 209f.
- \* Strss, Walter: 『*Das Versehen des Gesetzgebers*』, Juristische Schulung(JuS) 1969, S. 403f.
- \* Udke, Gerwin: 『*Effektivität der Rechtsvorschriften und Gesetzgebungs technik*』, Staat und Recht 1973, S. 228f.
- \* Vogel, Hans Jochen: 『*Zur Diskussion um die Normenflut*』, JZ 1979, S. 322f.
- \* Vogel, Klaus: 『*Gesetzgeber und Verwaltung*』, VVDStRL Heft 24, 1966, S. 125f.
- \* Wassermann, Richard: 『*Sprachliche Problem in der Praxis von Rechtspolitik und Rechtsverwirklichung*』, ZRP 1981, S. 257f.
- \* Wyduckel, Dieter: 『*Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungstechnik. Aktueller Stand und künftige Entwicklungstendenzen*』, DVBI 1982, S. 475f.



研究報告 91-13

立法理論研究(I) -立法基礎理論과 立法技術-

---

1991年 11月 20日 印刷

1991年 11月 30日 發行

發行人 李世薰

發行處 韓國法制研究院

印刷處 한국컴퓨터산업(주)

서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103

전화 : (722)2901~3, 0163~5

등록번호 : 1981.8.11 제1-190호

---

本院의 承認없이 轉載 또는 譯載를 禁함.

