

연구보고 96-1

立法理論研究(IV)

# 立法審査의 體系와 方法論

1996. 7.

研究者 : 朴英道(首席研究員)

한국법제연구원



## 發 刊 辭

미래를 형성하는 도구인 法律을 제정하는 작업에 있어서 일정한 目標를 설정하고 가장 바람직한 수단을 선택하는 問題解決의 技法을 개발한다는 것은 대단히 어려운 문제라고 할 수 있습니다. 특히 어떤 目標를 특정하고, 목표와 수단과의 적합관계를 명확히 제시한다는 것은 복잡한 社會現象에서는 매우 곤란할 뿐 아니라 제정법의 해석·운용을 통한 事後的 紛爭解決의 사고방식에 익숙한 既存의 法學的 思考로서는 해결할 수 없는 분야이기도 합니다. 그러나 입법에 즈음하여 무엇이 문제인가를 논의하고 다양한 가치를 통합하여 問題를 발견하는 事前志向의 연구방법론의 모색은 입법의 民主化와 科學化 및 合理化를 위하여 대단히 중요한 분야라고 할 수 있습니다.

이러한 問題認識은 이미 새로운 학문분야의 하나인 立法學이라는 학문영역에서 매우 활발하게 연구가 진행되고 있으며, 일부 선진국가에서는 이를 직접 立法實務에 적용하고 있습니다. 그러나 우리의 경우 立法에 대한 정확한 豫測技法의 결여, 입법설계의 방법론에 대한 전문적 지식의 부족 등으로 인하여 立法活動에 計劃性이 부여되지 못하고 있기 때문에 拙速立法 내지 卽興立法이 양산되고 있는 실정이라고 할 수 있습니다. 따라서 立法의 민주화와 과학화를 위하여 立法設計에 대한 理論的 方法論을 정립하여 문제점에 대한 적절한 豫防手段과 실효성있는 立法의 완성을 위한 技法을 터득할 필요성이 절실히 요구되고 있다고 할 것입니다.

그리하여 이 報告書는 바람직한 立法을 위하여 입법담당요원들이 立法을 요하는 상황에 대해 실제적이고 규범적인 해결방안을 제시할 수 있는 科學化된 立法設計의 技法을 제시하고 있습니다. 특히 여기서는 立法擔當要員들이 입법에 즈음하여 유의하여야 할 입법설계의 기법을 立法的 判斷의 構想段階 → 立法內容의 確定段階 → 立法形式의 定立段階라는 일련의 과정으로 묘사하는 한편, 이들 각 단계에서 준수되어야 할 각종 準則 내지 審査技法을 제시하고 있습니다. 따라서 이 報告書에서 제시된 입법작업의 기법을 터득하여 입법활동에 計劃性을

부여하고, 입법현상에 대한 과학적인 분석·평가를 수행하는 하나의 作業體系를 구상하여 이를 실제에 적용한다면 立法의 質的 向上을 도모하는데 매우 유용한 방법이 될 수 있을 것입니다.

그리고 立法과 司法의 상호보완적인 기능에 착안하는 경우 법률의 合憲性審査라는 제도가 입법에 관해 일정한 방식을 요청하고 있으며, 그것은 결국 입법자에게 어떠한 법률을 제정하여야 할 것인가라는 判斷基準을 제시하는 것으로 이해할 수 있습니다. 따라서 이 報告書에서는 우리의 憲法裁判所가 판시한 일련의 결정례를 분석하여 그곳에서 제시된 각종 違憲審査의 基準이 보다 양호한 立法의 方向을 고려하는데 불가결한 전제가 될 뿐 아니라 合理的인 立法을 위한 중요한 단서를 입법자에게 제공할 수 있다는 의미에서, 이들 결정례를 정밀하게 분석·검토하여 立法者의 합리적 가치판단 내지 價値選擇의 지침을 제시하고 있습니다.

이 報告書에서 제시된 最善의 立法을 위한 보다 양호한 기준을 설정한 내용은 어디까지나 暫定的인 모델에 불과하며, 또한 그 단계적인 구분도 전혀 임의적인 것이라 할 수 있습니다. 그러나 입법자가 이러한 입법설계의 技法 내지 각종 基準을 過失 또는 故意로 고려하지 않을 경우 그 입법의 내용은 合憲性의 문제가 제기될 가능성이 크다고 할 것입니다. 이 報告書에서 제시된 내용을 토대로 앞으로 立法審査의 方法論에 관한 본격적인 연구가 학계 및 실무계에서 활발하게 이루어지길 기대하며, 아울러 立法의 民主化·科學化 및 合理化를 위한 연구의 일환으로 우리 연구원에서 지속적으로 수행되고 있는 「立法理論研究」사업에 대해서도 많은 관심과 참여를 바랍니다. 끝으로 研究遂行過程에서 많은 수고를 한 研究者와 關係者의 제공·자문 등 협조를 해주신 關係者 여러분께 감사드립니다.

1996年 7月

韓國法制研究院  
院長 白南辰



# 目 次

第1章 序論 .....	13
第1節 立法과 豫測 .....	13
I. 立法에 있어서의 豫測 .....	13
II. 豫測整合性を 위한 方法論의 開發必要性 .....	16
1. 政策學에서의 政策過程技法 .....	17
2. 法政策學에서의 法的 意思決定技法 .....	20
3. 立法學에의 導入可能性 .....	29
第2節 合理的 立法을 위한 審査方法論 .....	31
I. 立法의 段階와 審査體系 .....	31
II. 立法審査의 方法論 .....	32
1. K.H.Mattern의 見解 .....	33
2. H.Hill의 見解 .....	34
3. E.Höhn의 見解 .....	34
4. P.Noll의 見解 .....	35
5. C.A.Morand의 見解 .....	35
6. W.Hugger의 見解 .....	36
7. R.Hotz의 見解 .....	36
8. J.Wroblewski의 見解 .....	37
第3節 立法審査方法論과 司法審査 .....	38
I. 立法과 司法審査 .....	38
II. 司法審査基準의 立法審査에의 適用 .....	40

1. 立法者の 豫測判斷에 대한 合憲性審査 .....	41
2. 立法裁量에 대한 合憲性審査 .....	43
<b>第2章 立法審査의 體系와 方法論 .....</b>	<b>49</b>
<b>第1節 意義 .....</b>	<b>49</b>
<b>第2節 立法的 判斷의 構想段階 .....</b>	<b>51</b>
I. 問題의 定立段階 .....	51
1. 問題의 意義/提起 .....	51
2. 問題의 分析 .....	53
3. 原因의 解明 .....	55
II. 立法目標의 設定段階 .....	56
1. 目標의 意義 .....	56
2. 立法目標의 設定 .....	58
3. 設定된 立法目標의 有效性檢討 .....	60
4. 立法目標의 具體化와 修正 .....	61
III. 代案의 摸索·評價와 選擇 .....	64
1. 代案의 開發과 探索 .....	64
2. 代案에 대한 比較·評價 .....	66
3. 代案의 選擇 .....	71
IV. 立法的 決定 .....	72
<b>第3節 立法內容의 確定段階 .....</b>	<b>74</b>
I. 立法目的의 確定段階 .....	74
II. 立法手段의 選擇과 方向設定 .....	75
1. 立法手段의 選擇 .....	75
2. 立法內容의 方向設定 .....	76

III. 法案作成을 위한 主要一般準則의 留意 .....	81
1. 憲法的 要求 .....	82
2. 公的 手段使用에 있어서의 原則(경제성/절감성) .....	85
3. 行政形式性 .....	87
4. 適用適合性 .....	89
第4節 立法形式의 定立段階 .....	92
I. 意義 .....	92
II. 法實體的 定立段階 .....	93
1. 法規範의 序列(等級)選擇 .....	93
2. 規律段階(強度)의 確定 .....	98
3. 委任의 範圍 .....	100
4. 規律內容의 周知와 法運用의 方向設定 .....	107
5. 概念選擇/定式化 .....	120
III. 法技術的 作成段階 .....	126
1. 基本形式의 選擇 .....	126
2. 準用技術의 處理 .....	131
3. 體系性 把握 .....	134
4. 題名/名稱의 選定 .....	136
5. 施行日/經過規定의 마련 .....	138
第3章 우리나라에서의 立法審査體系 .....	147
第1節 問題의 所在 .....	147
I. 立法의 段階와 審査體系 .....	147
II. 立法審査의 基準 .....	149
III. 立法審査를 위한 方法論의 導入必要性 .....	151

第2節 憲法裁判所の 決定例에서 提示된 立法審査基準 .....	154
I. 意義 .....	154
II. 立法者の 形成의 自由(立法裁量) .....	158
1. 立法裁量의 觀念 .....	158
2. 立法裁量의 法的 意味 .....	160
3. 整理 .....	168
4. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 立法裁量論 .....	168
III. 過剩立法禁止의 原則(比例의 原則) .....	183
1. 意義 .....	183
2. 立法에 있어서의 比例의 原則의 適用 .....	185
3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 比例의 原則 .....	191
IV. 明確性의 原則 .....	200
1. 意義 .....	200
2. 立法에 있어서의 明確性의 原則의 適用 .....	202
3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 明確性의 原則 .....	205
V. 平等의 原則 .....	217
1. 意義 .....	217
2. 立法에 있어서의 平等原則의 適用 .....	221
3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 平等原則 .....	222
VI. 二重基準의 原則 .....	230
1. 意義 .....	230
2. 立法에 있어서 二重基準原則의 適用 .....	234
3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 二重基準의 原則 .....	234
VII. 信賴保護의 原則 .....	237
1. 意義 .....	237
2. 立法에 있어서의 信賴保護原則의 適用 .....	238
3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 信賴保護의 原則 .....	243
VIII. 適法節次의 原則 .....	250

1. 意 義 .....	250
2. 立法에 있어서의 適法節次原則의 適用 .....	252
3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 適法節次의 原則 .....	253
IX. 體系正當性の 原則 .....	257
1. 意 義 .....	257
2. 立法에 있어서 體系正當性の 原則의 適用 .....	259
3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 體系正當性の 原則 .....	261
X. 기 타 .....	262

## 附 錄

○獨逸의 法令審査基準表 .....	267
1. 聯邦政府의 法令審査基準表 .....	267
2. 함부르크 州政府의 法令審査基準表 .....	272
3. 라인란트 - 팔츠 州政府의 法令審査基準表 .....	274
4. 헤센 州政府의 法令審査基準表 .....	276
5. 聯邦內務部傘下의 聯邦公共行政教育院의 法令審査基準表 .....	277
6. 聯邦內務部の 市民과 行政의 關係改善을 위한 基準表 .....	280
7. 行政上 強制措置와 관련한 過怠料賦課의 必要性에 대한 指針 .....	285
8. W.Hugger의 法令審査基準表 .....	288
○스위스의 法令審査基準表 .....	298
1. 聯邦政府의 立法技術指針 .....	298
2. 聯邦法務部の 法規範의 水準向上을 위한 審査表 .....	317
○오스트리아의 法令審査基準表 .....	322
參考文獻 .....	333



## 第1章

# 序 論





## 第1章 序論

### 第1節 立法과 豫測

#### I. 立法에 있어서의 豫測

立法자가 立法에 관한 權限을 행사함에 있어서 헌법과 憲法에 내재하는 헌법 원칙을 준수하여야 하는 것은 당연하나, 그 이외 立法자가 어떻게, 어떠한 내용으로 어떠한 형식으로 그리고 어떠한 과정을 거쳐 政治的 目標를 달성하고 生活 事案을 법적으로 규율할 것인가라는 점에 대해서는 광범위한 自由를 누리며, 이것을 「立法者の 形成의 自由」 내지 「立法裁量」이라고 한다. 國家의 최고규범으로서의 憲法에는 그 헌법의 내용을 구체화하고 국민을 규율하는 下位規範인 법률의 존재를 당연히 예정하고 있으므로 법률을 제정하는데 즈음하여 立法者는 그 시기, 방법, 내용 등에 관하여 판단의 자유가 부여되어 있는 것이다. 이러한 입법자에 대한 形成의 自由 내지 裁量의 존재근거는 입법권에 내재하고 있다. 立法權은 주권자의 의사로서의 일반적·추상적 법규범을 정립하는 議會의 기능이며, 그 意思의 구체화에 있어서는 일정한 재량의 존재가 필요불가결하게 요구되기 때문이다. 특히 民主主義國家에 있어서는 입법자의 형성의 자유는 민주주의의 원리와 권력분립의 원리를 기반으로 하면서 이들 원리를 유효하게 기능시키는 역할을 거둔다.<sup>1)</sup> 즉 民主主義의 原理로부터 본다면 추상적으로는 국민을 규율하는 법의 정립은 국민 스스로가 스스로를 위하여만 행할 수 있게 되나, 구체적인 제도로서의 間接民主制를 채용하고 있는 헌법하에서는 국민의 대표자로 구성되어 있는 國會가 이를 행하게 되며, 또한 權力分立의 原理로부터 본다면 국회만이 「唯一의 立法機關」으로서 이것을 행할 수 있게 된다. 그래서 國會는

1) Helmuth Schulze-Fielitz, 「Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung - besonders des 9. Deutschen Bundestages(1980~1983)-」, Berlin 1988, S.144f.

## 第1章 序論

입법에 있어서 국민의 의사에 부응하여 국민적 합의를 形成하고, 그것을 법규범으로서 정립하는 때에 그 판단 및 의사결정에 있어서 광범한 裁量을 행사할 필요가 있게 된다. 나아가 憲法이 상세한 규정을 두고 있지 않기 때문에 헌법을 구체화하기 위하여 立法裁量의 행사가 필요하게 되는 경우가 많으며, 이 경우 국회가 立法裁量을 적절하게 행사함으로써 정치적, 경제적 및 사회적 상황에 부응하는 法律을 제정하는 이른바 헌법의 국회에 대한 기대를 시사하고 있다고 할 수 있다.

또한 司法權은 구체적인 爭訟사건에 법을 적용하고 선언함으로써 이것을 해결하는 권능이며, 권력분립의 원리로부터 본다면 法院이 사법권을 행사할 수 있는 문제는 법적 문제에 한정되며, 政治的 問題에 사법권은 미칠 수 없게 된다. 따라서 입법의 본질은 政治的 判斷 및 의사결정이며, 민주주의의 원리로부터 본다면 이들을 행하는 것은 국회의 立法權의 범위에 속하며 국민의 대표자로부터 구성되지 않고, 이것을 행하는데 관한 권한을 결여한 法院에는 이들에 관한 판단능력도 없게 되는 것이다. 그러나 국회의 立法權이라 할지라도 헌법에 의거하여 헌법에 의해서 부여된 권능이며, 立法裁量도 헌법의 범위내에서만 허용되는 한편 法院에게는 헌법에 의해서 위헌심사권이 부여되어 있다. 그리고 法的 問題와 政治的 問題는 확연히 구별할 수 있는 것이 아니라, 憲法解釋自體가 당연히 정치적 판단 및 의사결정을 포함하는 것이므로 법원은 헌법판단에 직면하고 있는 문제에 관하여 違憲審査權을 행사하여 위헌판단을 내릴 수가 있는 것이다.

이렇게 본다면 立法機關은 법률을 제정하기 위하여 일반적·추상적으로는 立法事實을 인식하고 그에 대응하는 立法政策을 선택함으로써 개별구체적인 법률을 헌법, 법률 또는 규칙에 정해진 절차로 審議하고 의결을 행한다. 그리고 立法裁量은 입법기관이 입법작용을 행하는데 발생하는 제문제에 관해 다양한 立法의 要素에서 행사되며 그곳에 立法裁量의 濫用이 있다면 당해 법률은 위헌이 된다. 즉 違憲立法審査權의 행사는 그 전제로서 國會의 立法裁量에 유월·남용이 없음을 심사하고 그것이 없는 경우에는 당해 법률을 合憲으로 판단한다. 그 경우 법원 또는 헌법재판소는 주로 立法政策에 관한 문제, 法律의 구체적 내용에 관한 문제, 법률의 議決에 관한 문제에 대해 각각의 要素를 고려하게 된다. 따라서 國會가 이러한 고려를 게을리 한다면 이른바 法律이 위헌으로 판단

될 위험성을 부담하게 되며, 결국 立法者는 수립하려는 法秩序가 법적 안정성을 상실하지 않고, 規範領域사이에 모순과 부조화가 발생하지 않고 법질서 또는 규범영역에 대한 國民의 不信을 초래하지 않도록 이를 방지하기 위한 노력이 필요한 것이다.

이러한 노력을 위한 하나의 방법으로는 立法者가 입법에 즈음하여 「장래의 사실(zukünftige Tatsachen)<sup>2)</sup>의 精神的 先取」로서의 「豫測」<sup>3)</sup>을 논리일관성(Schlüssigkeit)의 관점에서 합리적으로 행하지 않으면 안된다. 그리하여 立法者는 효과적인 입법을 위하여 主觀的이고 恣意的인 입법방향을 설정하지 아니하고 또한 그 입법의 목적을 달성하는 手段은 객관성을 구비한 그리고 주관적으로 최대한의 蓋然性으로서 선택하여야 하는 豫測確實性(prognosesicherheit)을 가지고 입법에 임하여야 할 의무가 부여되어 있는 것이다. 法律은 사회적 인식이나 예측에 의거한 사회과정의 제어를 위한 도구일뿐 아니라 人間行動의 사회윤리적·법적 평가이기도 한 것이다. 따라서 사회질서·국가질서에 대해 광범위한 豫見할 수 없는 효과를 지닌 法律을 제정하는 경우에는 국민은 불확실한 상황에 처할 위험이 있게 되는 것이며, 그것은 결국 法律의 實效性面에서 그 妥當性의 면에서도 실패한 것이 되는 것이다.

2) 여기에서 將來的 事實이란 용어는 「현실로 존재하는 것(reale Gegebenheiten)」이 아니라 「장래의 事件과 展開(Geschehnisse und Entwicklungen)」를 의미하는 것으로서 엄격하게는 事實의 개념에 포함되지 않으나, 그러나 既存의 事實에 의거한 합리적 예측에 의해 장래 現實化될 수 있을 것이 기대되는 사실로서의 一般의 事實의 요소라고 이해할 수 있다. Klaus Jürgen Philippi, 「Tatsachenfeststellung des Bundesverfassungsgerichts -Ein Beitrag zur rational- empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidung」, Köln 1971, S.5f.

3) 「豫測은 미래에 일어날 어떤 사실에 대한 精神的 判斷이라고 정의할 수 있다. 이는 미래에 일어날 일에 대한 蓋然性判斷(Wahrscheinlichkeitsurteil)이다. 이러한 예측판단은 현재의 어떤 사실에 대한 眞實이나 正確性判斷의 문제가 아니다. 이는 現實診斷(Diagnose)에 대응되는 개념이다. 이 양 개념은 시간적인 측면에서 그리고 방법상의 측면에서 서로 구분된다. 現實診斷이 이미 존재했던, 또는 현존하는 상태에 대한 판단이나 평가를 의미하는 반면, 未來豫測은 그러한 평가를 넘어서서 인식가능한 범위 내에서 未來 발생할 상태에 대한 평가, 즉 豫測을 말한다.……」, 金海龍, 「行政上의 未來豫測(Prognose)의 法理」, 公法研究 제21집, 1993, 336~337面 參照.

## II. 豫測整合성을 위한 方法論의 開發必要性

이와 같이 法律決定의 내재적 통제의 수단으로서 立法者의 豫測의 합리성, 설득성, 정합성, 논리일관성을 요구하는 하나의 審査方法을 고려하는 경우 입법자의 주관적 사정을 배제한 객관적이고 합리적인 판단에 의한 立法形成이 가능하게 된다. 그러면 입법자의 豫測整合性(Prognosestimmigkeit)이라는 시점에서 법률결정의 내재적 통제의 수법을 어떻게 마련할 것인가가 문제된다. 그런데 이 立法者의 豫測에 대한 적절한 통제수법을 마련하는 것은 豫測의 不確實性 내지 合理性의 결여로 인하여 결코 쉬운 문제가 아니며,<sup>4)</sup> 나아가 立法者의 豫測은 정치적 결정과 정치적 행위에 있어서 본질적·불가결의 요소이며 그 결정은 장래의 社會狀態에 영향을 미치는 것이므로 예측의 당부를 둘러싸고 정치적 대결이 발생하게 된다. 이러한 性格을 가지는 立法者의 예측적 결정에 대해 적절한 統制手法을 마련한다는 것은 대단히 어려우나, 그러나 그러한 통제수법의 마련이 立法者의 예측적 결정을 합리적으로 유도하고 예측의 불확실성을 가능한 축소할 수 있다면 결국 立法의 質的 向上에 기여하는 것이 된다는 점도 인식하지 않을 수 없는 것이다.

이와 관련하여 많은 示唆을 제공하는 것으로서 統計學, 確率論, 게임理論, 數理經濟學 등의 수학의 분야 및 心理學의 분야에서 사용되어 사회현상분석을 위한 일반적 개념으로서의 지위를 확립하여 社會科學의 각 분야에서 널리 채용되고 있는 「意思決定(decision making)」의 이론이 있다. 이 의사결정이란 개인이 일정한 목표(욕구의 충족)를 달성하기 위하여 가능한 行動 가운데 하나를 의식적으로 선택하는 것 또는 그 과정을 말하며, 그 요소는 ①達成되어야 할 目標의 탐색·발견 및 그를 위해 필요한 정보수집, ②목표달성에 필요한 행동의 選擇(代替案)의 발견, ③일정한 기준에 따른 선택의 評價와 그 평가에 따른 選擇 및 實行, ④그 선택의 목표달성의 정도검토, 그에 따른 다음 選擇의 修正 등으로 이루어진다. 원래 이러한 의사결정이론은 각종 사회현상을 이론적 분석의 대상

---

4) Peter Noll, 「Gesetzgebungslehre」, Reinbek 1973, S.95.

으로 취급하는 것이므로 전통적인 法學의 내부에서 이를 채용하는 것은 거의 인식되지 않았으나, 경영학·정치학·심리학·경제학·언어학 등의 분야에서 확립된 지위를 차지하면서 政策決定에 관한 각종 지식을 통합하고 정책결정의 개선을 목적으로 하는 「政策科學(Policy Science)」의 영역에서 매우 활발하게 논의되고 있다. 아울러 法學의 분야에서도 최근 「法政策學(Rechtspolitik)」이라는 새로운 학문유형이 등장하게 되면서 의사결정의 개념을 法政策學의 이론적 출발점으로 가장 적합한 것으로서 채용하고 있다. 여기에서는 바람직한 입법을 위한 하나의 방법론을 개발하는데 유용한 참고가 되는 意思決定의 理論을 적절하게 채용하고 있는 政策學의 분야와 法政策學의 학문분야에서의 의사결정의 기법을 간략하게 살펴보기로 한다.

### 1. 政策學에서의 政策過程技法

政策自體를 연구를 대상으로 하여 그에 대해 科學的·學問的 研究를 진행하는 정책학 또는 정책과학이란 학문영역이 성립하게 된 것은 비교적 최근의 일이며, 현재에는 독립된 학문영역으로서 국내외를 비롯한 수많은 학자들의 주요연구대상 및 관심영역으로 대두되어 하나의 應用社會科學으로서 확립되고 있다. 그런데 政策學에서 의미하는 「政策」개념을 어떻게 파악하는가에 관해서는 학자들의 관점·목적이나 대상 또는 연구방법에 따라 각기 다양하게 규정하고 있으나, 일반적으로 政策(Public Policy)이란 「政府의 정책결정체제 내외로부터 제기된 既存의 또는 豫測되는 문제를 해결하기 위한 현재 및 장래에 대한 政府의 諸般活動指針」이라고 정의되고 있다.<sup>5)</sup> 이와 같은 정책이 수립되어 그 본래의 목적을 달성하기까지에는 問題의 발생단계로부터 政策議題의 형성, 정책의 決定, 그 결정의 執行, 집행결과에 대한 評價, 평가결과의 還流 등과 같은 일련의 과정을 밟게 되며 이 일련의 과정을 ①政策議題形成(Agenda Setting) ②政策決定(Policy Making) ③政策執行(Policy Implementation) ④政策評價(Policy Evaluation)라는 네 가지의 주요과정으로 파악하고 있다.<sup>6)</sup> 그러나 일련의 정책과정의 불확

5) 政策의 개념에 대한 國內外 學者들의 견해에 대한 상세한 내용은 崔鳳基, 「政策議題形成論 -理論과 實際-」, 日新社, 1988, 10~16面 참조.

실성, 정치성, 순환성, 복잡성, 다양성 등으로 인하여 정책과정의 이론을 체계적으로 정립하기에는 매우 곤란한 실정이나, 이러한 政策過程을 논리적으로 설명하며 일정한 단계로 분류하고 이를 체계적으로 검토하는 것이 政策學의 주요 과제라고 할 수 있다. 어떠한 政策學의 분야에서 일반적으로 분류되고 있는 정책의 과정을 위와 같이 네 가지의 주요과정의 관점에서 개략적으로 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 政策議題形成

議題形成過程은 수 많은 사회문제중에서 일정한 문제들이 정책적 해결을 위한 정책담당기구의 관심의 대상으로 부각되고 그것이 政策決定體制의 정책결정대상 항목으로 선정 또는 채택되는 과정을 말한다.<sup>7)</sup> 이 議題形成過程은 수많은 변수가 작용하는 복잡하고 동태적인 과정이며, 이를 분류한다면 開始와 見積의 단계로 나눌 수 있다.<sup>8)</sup> ①개시의 단계는 문제에 대한 創造的 思索, 目標의 明確化, 혁신적 선택의 구상, 개념·요소·가능성에 관한 시험적·준비적 탐색을 그 특징으로 한다. 이 단계에서는 問題의 認知와 確認이다. 문제가 인식되며, 문제를 완화, 경감, 해결하는 다수의 가능한 수단이 기민하게 시험적으로 탐색된다. 이 창조적인 단계에서는 다수의 불완전하고 적절하지 않은 定式化가 이루어지는 것이라 할 수 있다. 또한 問題를 명확화하고 문제가 지닌 잠재적인 중요성을 의식하는 노력이 행해진다. 나아가 복잡한 問題의 윤곽을 개념화하고, 혁신적인 과제에 언급하며 反應의 범위를 점검하는 필요한 정보를 수집하고 그 범위내에서 代替案을 창출한다. ②견적의 단계는 개념과 요소의 조사에 대한 과학적 검사, 일어날 수 있는 결과에 대한 규범적 검사, 기대되는 效用의 기준과 지표를 그 특징으로 한다. 즉 이 단계는 選擇에 수반하는 위험, 비용, 이익에 관한 것이다. 우선 후보에 올라가 있는 選擇의 성과를 예측할 수 있도록 경험적, 과학적, 영향

6) 國內外學者들의 정책과정모형에 대한 상세한 내용은 崔鳳基, 前掲書, 34面の 圖表 참조.

7) 鄭正信, 「政策學原論」, 大明出版社, 1990, 215面.

8) Garry D.Brewer/Peter deLeon, 「The foundations of Policy Analysis」, The Dorsey Press 1983, p.20.

적 측면이 강조된다. 또한 이 단계에서는, 選擇의 成果가 바람직한가라는 평가 또는 정책분석가가 항상 관심을 관심을 가지는 예측의 규범적 단계에 역점을 둔다. 나아가 이 단계에서는 문제가 지닌 複雜性, 不確實性, 黨派的 對立이 중요한 측면으로서 강조되어 그것을 소멸 또는 제거하는 절차가 검색목록으로서 탐색된다.

### (2) 政策決定過程

이 과정은 형성된 政策議題를 정책결정체제가 정책으로 바꾸어 나가는 政策作成 내지 政策樹立過程을 의미한다.<sup>9)</sup> 이 단계에서는 가능한 선택과 토의, 타협, 교섭, 조정 및 선택에 대한 불확실성의 소멸, 결정에 관한 이데올로기적, 비합리적 요소의 전체로의 통합, 선택중으로부터의 결정, 행정상 책임분배 등을 특징으로 한다. 決定과 政策決定者에게는 권위가 부여되며 정확히 정의한다면 제한된 범주의 가운데에서 정책을 결정하는 것이다. 이 단계는 가장 중요한 政治的인 것으로서 문제의 내용, 세력단위, 문제의 중요성, 정보의 입수가능성등이 실천모델로서 제시된다. 그러나 결정은 전단계의 產出과 評價에만 기인하여 행해지는 것은 아니다. 결정작성자는 비합리적 또는 이데올로기적 정보라는 성분을 전체로서 통합하기 위해 자신의 경험과 직관에 의지하지 않을 수 없는 경우도 있다. 또한 특히 前段階에서 분석에 납득할 수 없고 또는 결정작성자가 무엇을 하는데의 危險과 不確實性이 무엇을 하지 않는 위험과 불확실성을 상회하는 경우 非決定은 항상 가능하다. 나아가 중대하다고 생각되는 문제에 대해서는 범외적인 양의 時間, 主義, 資源이 소비되고 타협, 거래, 수정이 행해져 해결이 도모된다.

### (3) 政策執行過程

이 단계는 정책결정체제가 산출한 정책을 현실세계로서의 環境에 적용, 실현시켜나가는 과정이다. 이 과정은 執行準備段階와 執行實行段階로 나누어지며 집행준비단계는 집행계획수립, 집행담당조직구성, 인사예산배정, 기타 관련자원의 지원등이 이루어지는 과정을 말하며 집행실현단계는 계획과 주어진 자원을 활용

9) 金秉辰, 「政策學概論」, 博英社, 1995, 145面 以下.

## 第1章 序論

하여 사회문제를 실제로 해결해나가는 과정을 말한다. 이 段階는 규칙과 규제의 전개, 결정을 실행하는 지침, 유인과 자원을 포함한 作業的 拘束으로 결정의 수정, 결정의 作業적 용어로의 번역, 프로그램목표와 기준의 설정, 作業의 일정등을 특징으로 한다. 執行은 참가자, 규칙, 방법, 절차를 지닌 政策過程의 독특한 단계이다. 결정이 어떻게 집행되는가를 이해하고 제도상의 효과를 예상하기 위해서는 모든 執行分析이라는 부르는 상세를 파악하여야 한다. 또한 執行에 영향을 미치는 요소로서 정책의 원천, 정책의 이해하기 쉬움, 정책을 지지하는 집단, 경영관리의 복잡성, 집무자의 유인, 자원의 배분 등이 지적된다.

### (4) 政策評價過程

政策評價過程은 정책평가체제가 정책의 내용을 포함 그 정책이 산출될 때까지의 제반과정과 집행과정 및 정책성과 등을 탐구하여 評價基準에 따라 심사하고 시정조치를 요구·실현해 나가는 과정이다. 이러한 評價過程은 당해 정책에 대한 정보수집과정, 평가기준설정과정, 평가 및 시정조치과정, 환류과정으로 이루어진다. 이 과정의 특징은 확립된 標準에 의거하여 기대되는 성과와 현실의 성과의 비교, 발견된 성과의 불일치의 책임할당, 축소 또는 종결의 비용, 영향, 이익의 측정, 필요로 요구되는 개선, 중기에 발생한 문제의 명확화 등이다. 評價의 段階는 다른 단계와 비교하여 소급적이다. 개시와 건적은 豫期的이며, 선정은 現在를 강조한다. 이들 각 단계는 잠재적이나 경험되지 않은 것이다. 執行은 잠재적인 것을 현실로 변모하는 경우이다.

## 2. 法政策學에서의 法的 意思決定技法

法政策學(Rechtspolitik)<sup>10)</sup>이라는 새로운 학문유형을 주장하는 자들에 의하면 법정정책학이란 「어떠한 사회적 목표를 어떠한 법적인 수단으로 어떠한 법적인 결과를 달성하여야 할 것인가를 質問하고 判斷하는 것」,<sup>11)</sup> 「意思決定理論을 법

10) 法政策學이라는 學問全般에 관한 개괄적인 것은 Eike von Hippel, 「Rechtspolitik. Ziele · Akteure · Schwerpunkte」, Berlin 1992 참조.

11) Dieter Stempel, 「Zum Begriff Rechtspolitik」, Recht und Politik, 1987.



적으로 재구성하고 이를 現在의 실정법체계와 결부시켜, 법제도 또는 규범체계를 설계함으로써 현재 社會가 직면하고 있는 각종 사회문제를 통제하고 그 해결을 위한 방안을 法的 意思決定 또는 法的 政策決定을 하는 자에게 조언하고 제공하는 일반적인 理論構造 내지 技法」<sup>12)</sup>으로 설명하고 있다. 이러한 학문적 입장을 주장하는 이유는 “立法에 관련하는 자는 資源配分規範을 창출하기 위한 입법기술이 요구되지 않을 수 없다. 그것은 일정한 목적을 달성하기 위하여 최소한 資源을 가장 효율적으로 배분하는데에 있어서 어떻게 하면 좋은가라는 경제학적·경영학적·공학적 의사결정 내지 計劃의 이론 또는 기법과 그것을 制定法의 기술용어로 번역하기 위한 이론 내지 기법이다. 그러나 法人 이상 번역된 것이 正義 내지 公平에 적합한가라는 각도에서 평가하기 위한 이론이 불가결하다. 그리고 그것이 資源配分規範의 입법기술을 단순히 국가법인 制定法의 차원에서 뿐 아니라 조직에 있어서 인간과 인간의 관계를 통제하기 위한 基準作成의 기본적인 도구이다. 즉 현대에서는 일정한 목표를 가장 효율적으로 달성하기 위한 官僚制화된 조직이 고도로 발달되어 있으나, 이들 조직이 관리되고 운영되기 위해서는 그 목표달성을 위해 資源을 어떻게 배분하는 것이 가장 적절한가라는 規範이 요구됨과 아울러 조직이 거대화하면 할수록 누구에게 무엇을 배분하는 것이 正義 내지 公平에 적합한가라는 문제가 필연적으로 발생하기 때문이다. 환언하면 資源配分規範을 어떻게 설계하는가에 관한 이론은 制定法의 立法에서 뿐만 아니라 필시 다수인의 이해에 영향을 부여하는 組織을 통제하는데 있어서, 따라서 조직의 의사결정에 있어서 반드시 要請되지 않을 수 없는 것이다. 마치 工學者가 기계를 설계하는 것처럼 일정한 목표를 가장 효율적으로 달성하고 正義 내지 公平에 적합한 法制度를 設計하기 위한 이론 및 기법은 금후의 법률가에게 필수불가결하다고 생각되며……法政策學은 이러한 요청에 부응하기 위하여 구상되었다.”<sup>13)</sup>라고 한다.

法律家の 입장에서 문제해결의 기법을 발견하기 위하여 의사결정이론을 법적

S.12f.

12) 平井宜雄, 「法政策學(第2版)」, 有斐閣, 1995, 5面.

13) 孫 晟, 「法政策學의 形成과 展開(I) -그 序說의 接近-」, 行政論叢(동국대 행정대학원) 제19집, 1990, 169面.

으로 재구성하는 것을 내용으로 하는 이러한 學問體系는 구체적 문제에 관한 해결책을 학문적으로 제시하는 것이 아니며, 그것은 다수인의利害에 관한 문제가 무엇인가를 발견하고, 問題의 구조를 제시하고 目標와 手段의 복잡한 상관관계를 법적인 가치에 의거하여 다면적으로 평가하기 쉬운 모습을 밝히기 위한 고찰 방식에 불과하다. 그러한 의미에서 法政策學은 그 자체 학문적 구체성이 결여되어 있는 것은 사실이다.<sup>14)</sup> 그러나 「制度的 設計」라는 발상은 일정한 제도목표에 있어서 가장 바람직한 수단을 선택한다는 합리적 사고방법으로서 技術的 合理性이 지배하는 영역을 창출한 점은 입법의 형성에 즈음하여 많은 참고를 제시하고 있다고 생각된다.<sup>15)</sup> 法政策學에서 구상하고 있는 의사결정의 일반적 기법을 살펴보면 다음과 같다.

우선 法政策學에서는 일반적인 意思決定理論은 의사결정의 최초의 단계로서 목표의 정립을 거론하는데 그치고 있는 경우가 많으나 무엇이 目標인가가 반드시 명확하지 않은 것이 사회문제를 취급하는 경우에는 많으므로 이 최초의 단계를 더욱 세분화하여 문제의 정식화에 역점을 두는 問題解決學에서 이를 배울 필요가 있다고 한다. 그리하여 문제해결학에 관한 문헌을 참조하면서 그것에 法政

14) 이와 관련한 자세한 내용은 森田修, 「書評 平井宜雄著 法政策學(第2版)」, 社會科學研究(東京大) 제47권2호, 1995, 277面 以下 참조.

15) 「法令의 作成作業은 그 운용에 밀접한 官廳 또는 組織의 부서만이 개별적으로 취급하는 업무로서 일반적·이론적 취급이 적합하지 않는 것으로 생각되어 왔다. 그 결과 法令作成作業에 관한 이론적 연구가 결여되어 '立法技術'이라는 개별적 기술의 집적이라는 모습으로만 보여졌다. 물론 法令의 作成作業이 소수자의 직업적 훈련에 의해 행해지는 것은 그 성질상 부득이 하다고 하지 않을 수 없다. 그러나 개별적·구체적 입법에 즈음하여 解決이 요구되는 다수인의 이해에 관련한 公共의 問題를 식별하고, 解決을 위한 代替案을 선택하며, 그것에 法技術的 表現을 부여하여 기존의 법령을 수정하거나 새로이 제정하는 立法의 過程을 인식한다면 그것은 고도로 이론적 시각을 요구한다. 그러나 專門的 知識을 구비한 행정관료가 법령작성에 있어서 위와 같은 과정에 따라 해결하여야 할 문제를 一般的·理論的 및 전체적 시야에서 파악하는 것은 곤란하며, 그것만으로도 法令作成作業에 대한 이론적 접근이 한층 요청되고 있다고 생각한다. 그리고 법령작성작업에 관계하는 자는 항상 소수가 되지 않을 수 없다고 하더라도 그 작업의 결과는 광범위하게 영향을 미치는 것이며, 따라서 그 이해에 영향을 받는 사회계층이 法令作成作業을 분석하고 비판하고 또한 對策이나 代替案을 제출하도록 시도하는 것은 당해 이해관계뿐 아니라 일반적 법령작성능력을 높이기 위해서도 制度를 개선하기 위해서도 매우 중요하다.」 平井宜雄, 前掲書, 10面 참조.

策學 特有的 단계를 부가하여 법적의사결정 또는 법적정책결정의 단계를 다음과 같이 제시하고 있다.

### (1) 問題形成段階

#### ① 問題의 探索

문제란 어떤 의미에서 「있어야 할 狀態」 또는 「바람직한 狀態」와 「현재 존재하는 狀態(현상)」와의 간격을 의미한다. 문제해결은 이 間隔을 해소하는 것이다. 여기에서 「있어야 할 狀態」를 「目標」라고 한다면, 목표란 고차의 규범적 상황을 포함한 가장 넓은 의미로 사용된다. 이에 대해 목표보다도 추상도가 낮고 그를 달성하기 위한 手段이 특정될 수 있는 것, 즉 目的과 手段과의 인과관계가 존재하는 「있어야 할 狀態」를 「目的」이라 할 수 있다. 어떤 것이 目標라면 그 목표의 구체화로서 어떠한 수단과의 인과관계에서 확인되는 것이 目的인 것이다. 이러한 目標과 現狀이 분명하다면 문제를 발견할 수 있다. 그러나 사회문제를 다루는 때에는 무엇이 目標인가 또는 무엇이 현상인가라는 자체가 명확하지 않은 경우가 많다. 이 경우에는 集團에서 논의를 행하여 의견을 수렴하거나 창조성개발의 방법으로 수행하는 것이 유용하다. 法政策學의 입장에서 강조하지 않을 수 없는 것은 交渉 또는 對話 내지 論議가 지닌 중요성이다. 이질적인 가치판단을 통합하여 일치할 수 있는 目標나 인식, 가치를 형성하는 데에는 대화 내지 논의가 생산적·창조적이며, 問題의 解決에 즈음하여 다수인이 협력하지 않으면 안 된다. 또한 論理와 規則에 따른 교섭의 기법도 중요하다.

問題의 探索이란 이리하여 목표와 현상을 명확히 하고 어디에서 어느 정도의 간격이 있는가를 탐구하는 것이다. 이 경우 주의하여야 할 점은 다음과 같다. 問題는 법정책학의 이른바 「外部」로부터 부여되는 것이 있다. 즉 장래의 생활환경이나 경제성장 등으로 보아 적정하다는 社會經濟政策上的 判斷 등은 법정책학이 다루는 문제의 범위외에 있다. 이러한 경우에는 목표와 현상의 간격은 이미 명확하게 되어 있으며 이는 후술하는 「問題의 確認」단계까지 진행되고 있다. 이에 대해 法政策學의 이른바 「가운데」로부터, 즉 그 이론구조 자체를 사용하여 問題를 探索하여야 하는 것이 있다. 예컨대 租稅制度중에서 불공정한 것은 어떤 것

인가라는 모습으로 문제의 탐색이 시작되고 따라서 그 대상이 不公正의 의미여하에 의존하는 경우 正義性基準을 응용하여 공정 내지 불공정이란 여러의 기준의 적용의 관점에서 보는 경우이다. 이를 명확히 하는 것이 法政策學의 역할이다. 이 경우에는 正義性에 따른 사고양식, 즉 法的決定모델이 사용된다. 그리고 문제란 항상 社會問題 즉 개인과 개인과의 관계에 관한 문제이어야 한다는 점이다. 또한 法政策學은 법제도설계 즉 決定의 類型化에 의해 사회문제를 통제하려는 것이므로 一回的 또는 個性的인 결정(결단)에 의해 종료되는 문제는 그 대상이 아니라는 점이다. 決斷하였다고 가정한 위에 그것은 장래에서 종종 결단을 하는 때에 어떠한 의미를 가지는가, 그것은 社會의 어느 개인 내지 분야의 이해에 영향을 미치는가라는 것에 이를 때 비로소 法政策學의 문제가 된다.

## ② 問題의 確認

問題의 確認이란 목표와 현상의 간격의 存在를 발견하고 인식하는 것이다. 이 점에서 일반적인 문제해결의 기법에서 지적되는 問題의 種類에 관한 다음의 지적이 참고가 된다. 즉 문제의 종류로서 發生型問題, 設定型問題가 있으며, 전자는 목표와 현상의 간격이 있는 것에서 발생하는 문제이나, 후자는 目標를 이른바 고차원의 것으로 하여 의도적으로 현상과의 간격을 만드는 성질의 문제이다. 前者는 원인을 명확히 할 필요가 있으며, 後者는 목표도 현상도 명확하지 않으므로 문제의 전제가 되는 것을 명확히 할 필요가 있다는 점에서 차이가 있다. 兩者의 區別은 법정책학에서 다음과 같은 의미를 부여한다. 개별적 법률 내지 규칙의 改正論 또는 立法論이라는 형태로 논의되는 예는 대개의 경우 發生型問題이다. 입법은 법제도가 현실의 사회문제에 대응할 수 없게 된 경우에 다수 발생하기 때문이다. 그러나 社會의 變化에 신속히 대응하여야 하는 기업 등에서는 設定型問題로서의 법제도설계가 현실의 것으로 되고 있으며, 국가의 사회에 있어서 역할이 증대하는 현재 國家法次元에서도 법제도설계에서도 설정형문제로서의 그것이 중요하게 되고 있다.

## ③ 問題의 分析

問題의 分析이란 간격이 발생하기에 이르러 이른바 「原因」을 명확히 하는 것이다. 우선 간격 즉 「問題」를 생각하는데 있어서 어디까지가 「法的決定모델에

의한 문제형성」인가, 「目的=手段決定모델에 의한 문제형성」인가를 논리적으로 명확히 구별할 필요가 있다. 현실로는 이 兩者는 혼합된 모습으로 등장하나, 논리적으로는 명확히 분리하여야 할 것이다. 그렇다면 前者에서는 간격의 「原因」은 그 의거하는 正義性基準의 변화 또는 수정이다. 이에 대해 後者에서는 원인인 社會的인 事實이다. 따라서 후자에서는 그 原因이 명확하게 된다면 간격의 解消의 대책이라는 다음 단계로 진행한다. 이에 대해 前者에서는 그러한 의미에서 대책은 없고 주로 어떠한 각도에서 正義性 基準을 채용할 것인가라는 점에 관한, 상호 다른 의견·反論을 통합하는 이른바 「對策」이 된다. 요컨대 兩者의 성질의 다른 問題形成의 區別을 명확히 하는 것이 「문제의 분석」단계에서 중요하다.

그리고 後者の 경우에 原因을 명확히 하더라도 사회현상에서 원인인 이상 그것에는 사회현상에 있어서 因果關係 特有의 곤란한 문제가 영향을 미친다. 특히 복잡한 상호작용에 입각한 사회현상의 경우에는 單一의 原因이 사회현상의 발생에 기여한다고 지적하는 것은 불가능하다. 따라서 目的으로 향한 어떠한 의도적인 행위라도 항상 예측되지 않은 결과(unanticipated consequence of purposive social action)가 발생한다. 또한 因果關係를 파악하여 사회현상의 발생을 예측한 때 그 예측자체가 豫測된 현상에 영향을 부여하는 문제가 사회현상에는 항상 발생한다. 따라서 目的=手段決定모델에 의한 문제의 형성에 따른 문제의 분석에서도 原因의 명확화 내지 因果關係의 파악에는 어려운 문제점 내지 한계가 있다.

問題解決學은 문제해결자의 입장 내지 前提의 명확화와 제약조건의 명시를 이 단계에서 중요한 착안점으로서 지적한다. 특히 後者는 法制度設計에서 중요하며 논리적으로는 이것에 의해 代替案이 채용되어야 할 범위가 확정된다. 法制度設計에서 무엇을 제약조건으로 하는 가는 대상이 되는 법제도에 따라 다르다. 그러나 어떠한 경우에도 항상 제약조건이 되는 것은 憲法上 규정된 권리의무의 분배이며, 실정법상의 법제도인 이상 항상 制約條件의 범위내에서 설계가 행해져야 할 것이다.

④ 問題의 定式化

문제의 정식화는 지금까지 언급한 法政策學의 이론구조를 사용할 수 있도록 즉 법정책학상의 「操作的(operational)」이 될 수 있게 문제를 구성하는 것이다. 조작적이란 구체적으로 다음을 의미한다. 첫째, 「法的決定모델에 의한 문제형성」이던, 「目的=手段決定에 의한 문제형성」이던 궁극적으로는 문제는 항상 누가 財貨의 配分을 받게 되는가라는 모습으로 환원되어야 한다.<sup>16)</sup> 財貨의 配分이라는 것은 법제도상으로는 권리의무의 배분이 되며, 권리의무의 배분이라는 것이 이 단계에서는 그다지 실정법적에 불과하거나 「資格(entitlement)」의 배분이라 해도 좋다. 요컨대 누가 어떠한 방법으로 무엇을 配分하는가라는 모습으로 문제가 구성되어야 한다. 누구란 個人 또는 개인으로 이루는 社會의 構成員이다. 이것은 특히 문제가 法정책상의 「外部」로부터 부여된 경우에는 주의하여야 한다. 問題가 수학에서 부여되던 순수하게 공학적·기술적인 모습으로 부여되는 경우라도 法정책학상의 문제가 되는 곳에서는 어떤 目標를 달성하는데에는 누구에게 어떠한 財貨가 배분되는가 또는 배분되어야 할 것인가라는 因果關係의 파악 내지 규범적 판단을 항상 의식하지 않으면 안된다. 둘째, 目標는 항상 상호모순 내지 갈등을 포함하는 것임을 의식하고 특히 目的=手段決定모델에 의거하는 목표 설정의 경우에는 갈등 그 자체를 명확히 하도록 下位目標 즉 목적상호간을 정식화하는 것이다. 문제 그 자체가 正義性基準으로 분석되는 때 정의성기준의 성질 그 자체에 따라 이 갈등은 쉽게 의식된다. 그러나 目的=手段決定모델에 의거하는 경우에는 반드시 그러하지 않으며 이 점을 주의할 필요가 있다.

16) 個人을 보다 高次의 目的에 대한 手段으로서 파악하는 것이 아니라 그 자체 目的으로 파악하여 개인을 다른 개인과 비교하여 누구에게 무엇을 附與하거나 또는 누구로부터 무엇을 剝奪한다면 균형이 이루어지게 되거나 또는 正義公平에 적합하게 되는가라는 사고양식에 의거한 決定모델을 「法的決定모델」이라 한다. 이에 대해 어떤 目標 내지 目的을 달성하기 위한 수단은 무엇인가라는 질문의 사고양식으로 결정하는 모델을 「目的=手段決定모델」이라 한다. 「目的=手段決定모델」은 목적과 수단간의 因果法則의 존재를 전제로 행해지므로 因果法則에 따른 결정모델이며, 因果法則의 인식 및 응용이 科學技術의 역할이라면 그것은 科學에서 사용되는 결정모델이다. 平井宜雄, 「法政策學(初版)」, 有斐閣, 1987, 60面 참조.

## (2) 對策立案段階

## ① 代替案의 探索

목표와 현상과의 간격이 제시되어 그를 위한 「原因」인 어떤 정의성기준에의 의거 또는 사실 또는 事實群이 특정되면 그 간격을 없애기 위한 대책이 발생한다. 즉 대체안의 탐색이란 目標와 現狀의 간격을 제거하기 위한 對策을 열거하는 것이다. 대체안은 가능한 한 다수일 것이 요망되며 그것을 행하는 것은 創造性開發의 분야이며, 직관·통찰·조사·토론 등에 의해 가능한 한 多數의 것이 열거되는 것이 바람직하다. 그러나 法制度設計로 결부시키는데에는 모든 代替案은 최종적으로는 市場的 決定인가 權威的 決定인가로 정식화되지 않을 수 없으며,<sup>17)</sup> 이 두 가지의 개념에 치환하여 비로소 실정법의 제도로 매개될 수 있기 때문이다. 「問題의 分析」에서 언급한 바와 같이 목표달성에는 누가 어떠한 財貨를 배분하는가라는 관점에서 문제가 정식화되어야 한다면 그 정식화된 문제를 市場的 決定 또는 權威的 決定이라는 代替案으로 보완하는 것은 비교적 용이하다. 이 때 다음의 점에 유의할 필요가 있다.

市場的 決定·權威的 決定은 각각 전제로 하는 人間像을 달리한다. 따라서 문제마다 어떠한 인간상을 전제로 하는가, 그것이 그 問題와 관련한 사회관계에 비추어 현실적인가를 고려하여야 한다. 그리고 市場的 決定·權威的 決定은 가능한 한 넓은 사회관계를 포섭하도록 해석되어야 하며, 또한 어떠한 社會關係도 이 두 가지의 결정에 의해 法制化될 수 있다고 생각하여야 한다. 따라서 理論的으로는 모든 재화에 관하여 그 어느 것도 배분할 수 있다고 인식하여야 한다. 代替案의 탐색에 있어서는 그러한 관점에서 이른바 사고의 모형을 할 필요가 있다.

17) 市場的 決定이란 시장에서 個人이 행하는 결정이며, 權威的 決定이란 시장적 결정이 외의 모든 결정 즉 非市場的인 一切의 결정을 의미한다. 市場的 決定은 제3자의 介入이나 命運에 의하지 않고 오로지 자기의 效用에 대한 배려만에 의거하여 거래교섭에 의해 자유로이 決定한다는 의미가 아니라, 어디까지나 決定하는 자는 個人이라는 의미이다. 權威的 決定은 시장적 결정과 달리 결정주체이외의 다른 자의 효용이 決定主體의 효용에 우선할 가능성이 항상 존재한다. 따라서 그것은 三者關係를 전제로 하며, 그 전형인 配分關係를 전제로 하는 결정이다. 권위적 결정은 集合的(collective), 政治的(political) 또는 社會的(social) 決定이라는 용어로도 사용되고 있다. 자세한 내용은 平井宜雄, 前掲書(初版), 85~89面 참조.

② 各 代替案으로부터 발생하는 事態의 豫測

각 대체안에 대해 각각을 선택한다면 어떠한 事態가 발생할 것인가를 예측하는 것이다. 「法的決定모델에 의한 문제형성」에서는 어떠한 사태가 발생할 것인가라는 예측은 결국 다른 正義性基準에 의거 내지 自由度の 존중여하에 의한 반론이 있는가라는 점의 예측으로 귀착한다. 하나의 正義性基準에의 의거에 대해서는 항상 반론이 가능하다는 점을 인식하는 경우 발생할 수 있는 反論을 가능한 한 다수 상정하는 것이 여기서의 예측이다. 이에 대해 「目的=手段決定모델에 의한 문제형성」은 어떤 대체안을 채용한다면 그 결과로 어떠한 사태가 출현하는가라는 사실 및 因果關係의 차원에 의거한 추론이다. 따라서 다양한 豫測技術을 구사하는 문제가 된다. 이미 살펴본 것처럼 사회현상에서는 예측하지 못한 결과가 항상 발생한다는 점을 여기에서 염두에 두어야 한다.

③ 代替案의 評價

문제해결을 위하여 가장 적당한 代替案은 무엇인가를 평가하는 것이며, 만약 가능하다면 順位를 부여하는 것이다. 평가작업은 效率性基準과 正義性基準을 적용하는 작업이다. 따라서 이미 살펴본 것처럼 「自由度」에의 고려도 더한 위에서 정의성과 효율성의 적용문제로서 어느 것을 포기하고 어느 것을 탐색할 것인가라는 반드시 동일차원의 척도에서의 양적인 序列이 아닌 하나의 결단일 경우가 많다. 그러나 일반적 의사결정에 있어서와 같이 순수부여가 가능하다면 - 評價가 費用으로 표현되는 경우에는 가능할 지도 모른다 - 그것이 제시되는 것이 바람직할 것이다. 따라서 評價하는 경우에 만약 費用의 관점에서 평가가 가능하다면 가능한 한 그것으로 시도하여야 할 것이다. 환산비용이 고가인 경우에 비로소 正義性基準과의 형평의 문제를 다루어야 할 것이다.

④ 代替案의 選擇

평가에 따라 대체안을 선택하는 것이다. 이미 살펴본 것처럼 評價가 일차원적 척도에 의한 순위부여라는 형태로 행해지고 있는 경우에는 간단하며, 이 경우 제1순위를 선택하면 족하다. 그러나 法制度設計의 평가가 다수의 경우에 상호모순하는 요청의 결과인 점을 고려한다면 선택은 복잡하며, 사람들의 衆智를 모아 다수의 토론을 거쳐 평가작업과 동시병행적으로 행한다.



### (3) 行動計劃段階

#### ① 實定法體系와의 接合

선택된 대체안을 실정법의 用語로 보충하고 실정법체계에 정합적으로 편입하는 것을 말한다. 전단계에서 선택된 代替案은 시장적 결정 또는 권위적 결정의 어느 형태를 취하고 있으며 그대로는 實定法의 法技術로서는 사용할 수는 없다. 그래서 실정법상의 각종 법기술을 참고하면서 또는 새로운 법기술을 개발하거나 既存의 法技術을 수정 내지 보완하여 실정법체계과 결부시킬 필요가 있다. 이 필요에 부응하는 작업이 여기에서의 대상이다. 이 작업을 행하는데 있어서는 좁은 의미의 立法技術인 법령용어의 지적, 法文의 작성방법 등 법률실무적 지식이 필요하다.

#### ② 解決策의 實施

실정법체계에 接合할 수 있게 된 해결안을 法律 또는 規則으로 실시로 옮기는 것이다. 이 경우 어떠한 技法이 필요한가는 각각의 법제도설계가 위치한 상황에 다르며 일반적으로 논하는 것은 불가능하다. 오히려 각각의 환경에서 습득한 實務的 知識의 문제이다.

### 3. 立法學에의 導入可能性

政策學 또는 法政策學이건 복잡하고 유동적인 현실의 정책을 이해하려면 일정한 概念構造가 필요함과 동시에 그러한 개념구조가 없다면 정책분석을 연구하는데 많은 어려움에 직면하게 된다. 그러한 의미에서 政策研究의 技法은 사회중의 이해관계가 복잡하고 얽힌 다수의 정책중에서 特定政策을 선택하고 복수의 정책중에서 특정의 계획을 선정하여 실행하는 데 유익한 方法論이라 할 수 있다. 이는 오늘날의 法規範이 종래의 권리·의무확정적 성격에서 탈피하여 임무부여적·문제해결적 성격을 강하게 띠면서 사회 및 국가의 동태적 통합과정을 긍정하고 그 現實的 必要性에 부합하여 통합과정을 촉진하는 政策을 위한 調整道具로서 구비하여 가고 있는 점에서, 법정립에 있어서 정의 및 효율성, 목적달성이라는 가치를 반영하는 政策論的 觀點을 도입하는 것은 입법의 합리화를 위하여 당

## 第1章 序論

연히 긍정되고 있다. 따라서 法規範에서 정책론점 관점을 도입하는 것은 바로 법규범에 함축되어 있는 각종 政策的 要素가 그 목표를 달성할 수 있도록 함으로써 법규범의 실현이 보다 광범위한 合理性을 가질 수 있도록 하는데 그 목적이 있다. 특히 오늘날의 法規範의 기능변화에 적극적으로 대처하고 법치주의의 실현과 유지를 도모하기 위해서는 정책자체의 관점을 法學의 立場에서 이해하고, 또한 정책에 대하여 法的 側面으로서의 위치를 부여할 필요성이 제기되는 것이다. 그러한 의미에서 법의 정립에 있어서 政策體系의 논리를 도입하여 그 구체적인 평가를 시도하는 것은 立法의 科學化와 合理化를 위하여 많은 시사를 제공하고 있다고 생각된다.

그러나 法秩序體系와 논리와 방향을 달리하는 정책체계의 관점을 전부 立法에 도입하는 것은 논리적으로 타당할 수 없으나, 그 가운데 필요한 부분을 취사선택하고 法的인 構成가운데 재구성한다면 바람직한 立法을 위한 이론적 토대가 될 수 있는 충분한 방법론을 구축할 수 있을 것이다. 특히 立法者의 자의적인 예측에 의한 입법판단의 불확실성과 그로 인한 立法의 불비와 결함을 사전에 방지하기 위한 일정한 심사기준을 고려하는 경우 目標로 되어야 할 문제를 定式化하고, 문제점을 분석하고 다양한 각도에서 검토하기 위한 概念圖式을 구축하려는 정책학의 기법은 立法者의 의사형성의 준칙으로서 많은 유용성을 가진다. 立法形成에 있어서 이러한 정책연구의 기법을 도입하는 것은 올바른 법의 定立 내지 바람직한 사회상태의 실현이라는 法的 製作學으로서의 立法學의 실천적 과제를 달성하는 것이기도 하다.

## 第2節 合理的 立法을 위한 審査方法論

### I. 立法의 段階와 審査體系

일반적으로 立法의 形成過程은 ①입법정책의 형성과 입법계획의 수립(企劃過程) → ②법률안의 입안과 의견조정·심사(立案過程) → ③법률안의 심의와 의결·공포(決定過程)의 단계로 구분할 수 있다. 이러한 未來를 형성하는 道具로서의 법률을 제정하는 작업을 크게 분류한다면 위의 ①과 ②를 內的 立法過程(inneres Gesetzgebungsverfahren) 즉 「법률상의 決定發見의 方法」으로, ③을 外的 立法過程(äußeres Gesetzgebungsverfahren) 즉 「법률의 形式的 成立過程」으로 파악할 수 있다.<sup>18)</sup> 立法學의 측면에서 본다면 내적 입법과정은 이른바 立法의 내용을 어떠한 것으로 하는 것이 타당하며, 立法目的의 확정·효율성 등을 감안하는 「立法政策論」과 선택된 입법내용 등을 精密化·體系化하여 조문으로 표현하는 「立法技術論」을 포괄하는 것이라 할 수 있다. 반면 外的 立法過程은 입법의 절차·기구·조직 등 입법의 事實過程에 관한 실증적 연구인 「立法過程論」 내지 「立法機構論」의 영역이라 할 수 있다. 요컨대 내적 입법과정은 法官이 어떠한 사건을 법적으로 처리하는데 있어서 개개의 具體的 事實가운데에서 법규의 적용에 필요한 특정의 法的 事實을 「선택·구성」하는 것처럼 입법자가 복잡다양한 사회적 사실의 가운데에서 불필요한 異物質을 제거하고 법적 규율에 필요한 충분한 만큼의 法的 事實을 선택하여 그것을 유형으로서 파악하고 구성하는 立法의 方法論(Methodik)이라 할 수 있으며, 外的 立法過程은 법률의 정립기관인 의회에서의 심의·확정과정을 제도적으로 고찰하는 한편 나아가 그 法律이 사회에 어떻게 적용·해석되어 社會에 어떠한 영향력을 부여하고 있으며 그러한 효력이 內的 立法過程에 어떻게 置換되고 있는가를 분석하는 것이다.<sup>19)</sup>

18) Hermann Hill, 「Einführung in die Gesetzgebungslehre」, Heidelberg 1982, S.62ff.

19) Ulrich Karpen, 「Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der

社會的 要求를 법이라는 모습으로 파악하고 그 과정을 객관화·과학화하기 위해서는 입법의 배경을 이루는 정치적·경제적·사회적인 諸事情을 조사하고, 그 기초위에 입법을 행하여야 한다. 이것은 立法時에 관계당사자의 주장, 입증 등을 통하여 문제점을 명확히 하고 經驗的 事實의 규명에 의거하여 그 구체적인 해결안을 제시한다면 그것에 의해 立法者의 가치선택은 용이하게 되며 그 合理的인 判斷이 가능하게 된다는 인식이다. 그리하여 立法者가 입법을 요구하는 당사자의 요구를 충분히 음미하지 않거나 그 요구에 굴복하여 입법의 客觀的 必要性을 기초지우는 것을 태만히 한 경우에 司法府는 규범통제절차를 통해서 이른바 立法事實을 규명하여 입법자가 소홀히한 裁量을 보완하는 것이다. 따라서 立法者도 또한 이 입법사실의 규명을 立法節次의 기본적인 요건으로 함으로써 立法時에 발생하는 불비·결함을 미연에 방지할 수 있다는 것이다.

이러한 입법의 形成段階에 대한 전반적이고 실제적인 검토작업은 이미 「立法理論研究」에 관한 보고서를 통하여 개괄적으로 제시한 바 있으나,<sup>20)</sup> 여기에서는 입법형성단계의 모든 과정 가운데 議會에서의 심의·의결과정을 제외한 上記의 이른바 「內的 立法過程」의 수립에 있어서 입법적 판단의 과학화와 합리화를 도모할 수 있는 기본적인 심사기준과 方法論을 모색하려는 것이다.

## II. 立法審査의 方法論

결국 보다 우수한 양질의 立法을 실현하기 위해서는 「내적 입법과정」 즉 입법의 내용적 형성단계와 형식적 정립단계의 客觀化·合理化가 도모되어야 한다는 점이 부각된다. 이는 어떻게 한다면 立法的 判斷의 객관화를 실현할 수 있는가에 관한 문제로서 이를 위하여 일반적인 原理와 理論을 개발하고 그 원칙하에서 필요한 특별한 부분의 구체화를 시도하는 작업이 이루어 져야 한다. 그러나 立法者의 의도를 합목적적으로 규율하여 유용한 法定立의 수립에 이바지하기 위한

---

Bundesrepublik Deutschland, Zeitschrift für Gesetzgebung(ZG) 1986/1, S.6f.

20) 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(I) -立法基礎理論과 立法技術」, 1991 및 同, 「立法理論研究(II) -立法過程의 理論과 實際」, 1994 등 참조.

方法論을 개발하기 위해서는 규범적인 면과 현실적인 면, 法的 實證性과 實際的 效率性, 법이론과 법정책 등의 관점을 전부 종합하여 체계화하는 것이므로<sup>21)</sup> 법학 뿐만 아니라 인접학문의 방법론도 채용하여야 하는 등 많은 어려움이 수반된다. 어떻든 우선 바람직한 立法을 위한 합리적인 입법심사방법론에는 規範體系의 명확성에 대한 탐구, 法體系의 실질적·목적론적 및 세계관적 일치성에 대한 심사, 立法政策의 수립과 관련되는 모든 논증구조-목표개념의 이론, 결과형량의 탐색, 평가 등-에 대한 분석 등이 제시되어야 한다.<sup>22)</sup> 우선 입법의 과학화·객관화를 위하여 이러한 方法論을 채용하여 입법실무에 적용할 것을 주장하는 입법학자들의 견해를 立法의 내용적 형성단계와 형식적 정립단계라는 측면에서 살펴보면 다음과 같다.

### 1. K.H.Mattern의 見解<sup>23)</sup>

#### ○立法의 內容面에서의 體系와 審査方法論

- 문제의 발견(문제의 인식 → 문제의 유형화 → 문제의 표명 → 문제의 정식화)
- 목표의 형성
- 계획의 수립
- 사실분석(원인조사·경험의 평가·법률의 개입가능성의 평가·사회적 역사적 사실)
- 비교법분석
- 통제필요성·규범화의 장애를 고려한 규율필요성심사

#### ○立法의 形式面에서의 體系와 審査方法論

- 규범정립의 형식성심사(체계화·표현의 정밀화와 목적의 유효성심사)

21) Ulrich Karpen, a.a.O., S.6f.

22) Ota Weinberger, 「Syntaktische und semantische Problem der Gesetzgebung」, in : Theo Öhlinger(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, Wien/New York 1982, S.170.

23) Karl Heinz Mattern, 「Zur Anwendung der Gesetzgebungslehre」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung. Ein Lehr-und Lernhilfe, Regensburg 1983, S.2ff.

## 第1章 序論

- 일반인에 대한 친숙도·이해도심사
- 행정적합성과 실용성심사
- 규율의 적합성·유효성심사
- 비용심사

### 2. H.Hill의 見解<sup>24)</sup>

#### ○立法의 內容面에서의 體系와 審査方法論

- 문제의 인식·정의
- 전제상황의 분석
- 원인분석
- 목적의 정의·평가
- 목적달성의 가능성분석
- 목적체계를 기준으로 한 그 평가
- 결정

#### ○立法의 形式面에서의 體系와 審査方法論

- 체계에 대한 심사
- 규율구조와 내용에 대한 심사
- 정밀성·이해가능성·적절성에 대한 심사

### 3. E.Höhn의 見解<sup>25)</sup>

#### ○立法의 內容面에서의 體系와 審査方法論

- 문제의 인식(문제의 환기 → 문제의 발견 → 문제의 특정)
- 목표정립
- 사실확인

---

24) Hermann Hill, a.a.O., S. 62ff.

25) Ernst Höhn, 「Praktische Methodik der Gesetzauslegung」, Zürich 1993, S.10ff.

- 해결책의 전개
- 정식화
- 정책적 결정

○立法의 形式面에서의 體系와 審査方法論

- 규범내용의 확정
- 규범구조의 명확화
- 규율밀도의 선택
- 규범의 구성
- 언어적 심사

4. P.Noll의 見解<sup>26)</sup>

- 문제의 제기
- 문제의 정의
- 목표관념의 구상
- 입법의 사실적·규범적 구속력
- 대안의 계획
- 초안에 대한 진단
- 사후통제 및 개선

5. C.A.Morand의 見解<sup>27)</sup>

- 문제의 제기
- 문제의 특정화

---

26) Peter Noll, 「Gesetzgebungslehre」, Reinbek 1973, S.63ff.

27) Charles Albert Morand, 「Die Erfordnisse der Gesetzgebungsmethodik und des Verfassungsrecht im Hinblick auf die Gestaltung der Rechtsvorschriften」, in : Dieter Grimm/Werner Mehofer(Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, S.13ff.

## 第1章 序論

- 목적의 확정
- 예상되는 법규정과 관련한 요소의 분석
- 일정한 목적추구를 위한 수단을 포함한 대안의 작성
- 목적을 실현하기 위한 수단의 적합성에 대한 예측평가
- 수단의 선택
- 선택된 수단의 평가

### 6. W.Hugger의 見解<sup>28)</sup>

- 문제의 확인·동기부여
- 개념설정과 행동목표의 정립
- 목표의 정당성확보를 위한 검토
- 목표실현을 위한 전략구상
- 목표에 따른 조치에 필요한 비용조사
- 조치의 선택
- 관련 요소항목의 결정
- 법규범의 목적설정
- 법규정이 의도하는 효과분석
- 법규정의 전개에 따른 유효적절한 통제방안검토
- 현실적 모델의 완비
- 법규정의 작성
- 계획의 검증
- 검증결과로의 전환

### 7. R.Hotz의 見解<sup>29)</sup>

#### ○立法의 內容面에서의 體系와 審査方法論

28) Werner Hugger, 「Gesetz-Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung」, Baden-Baden 1983, S.105ff.

29) Reinhold Hotz, 「Methodische Rechtsetzung」, Zürich 1983, S.290f.



- 실정법의 결여유무의 인식과 평가
- 법정립필요성의 분석
- 사실의 확정
- 해결개요의 전개
- 해결개요의 현실화
- 평 가

○立法의 形式面에서의 體系와 審査方法論

- 입법내용과 절차의 명확화
- 초안에 대한 언어적 형식정립
- 시 행

8. J.Wroblewski의 見解<sup>30)</sup>

○立法의 內容面에서의 體系와 審査方法論

- 입법자의 활동목표의 상정
- 상정한 목표의 실현을 위한 가능한 현실화수단의 확정
- 가능한 현실화수단의 법적 수단으로의 정립
- 정립된 법적 수단의 선택
- 법령의 기초

○立法의 形式面에서의 體系와 審査方法論

- 수범자에 대한 지시
- 용어에 대한 지시
- 규율범위에 대한 지시
- 체계에 대한 지시
- 규율안정성에 대한 지시

---

30) Jerzy Wroblewski, 『Einführung in die Gesetzgebungstheorie』, Wien 1984, S.18f.

### 第3節 立法審査方法論과 司法審査

#### I. 立法과 司法審査

一般的으로 「司法」이란 구체적 쟁송에 관해 法을 적용하고 선언하는 국가작용으로서 법을 정립하는 「立法」과 구별되며, 또한 司法은 법을 적용함에 있어 무엇이 법인가를 판단하고 선언함으로써 법질서를 유지하기 위한 消極的 作用이므로 국가목적·공익목적을 적극적으로 실현하기 위하여 법을 執行하는 작용인 「行政」과도 구별된다는 것으로 인식되고 있다.<sup>31)</sup> 그러나 司法의 기능에도 법규범의 단순한 적용을 초월한 準立法的, 創造的인 機能이 다분히 포함되어 있다. 원래 법규범은 유형적인 命題이므로 다소 추상적인 성질을 띠고 있으며, 罪刑法定主義의 견지에서 명확성이 강하게 요청되고 있는 罰則規定에서 조차 일의적인 해석으로 이를 적용하는 것이 곤란한 것이 많기 때문에 司法에도 하위규범의 정립에 준하는 創造的인 判斷이 필요한 것이다. 또한 법규범가운데에는 의식적으로 抽象性, 裁量性이 높은 요건을 정립하여 사법에 대해 이를 구체화하는 準則의 정립과 구체적 사안에 부응한 적절한 적용을 기대하는 형식의 것이 있다. 다만 이러한 경우에도 司法의 판단은 입법을 대행하는 정책결정의 판단은 있을 수 없고 어디까지나 法規範이 명시적 또는 묵시적으로 정한 법가치에 따라 이를 양호하게 실현하는 길을 모색하는 판단에 그치나, 그 실질에 있어서 準立法的, 創造的인 성격을 띠는 것은 부정할 수 없다.<sup>32)</sup>

특히 오늘날 司法은 현대국가의 헌법하에서 특히 違憲審査權의 행사를 통하여 입법·행정을 통제하고 違憲의 국가작용으로부터 국민의 권리·자유를 수호하는 권력이라는 점에 중요한 의미가 있다. 그러한 의미에서 現代憲法下에서 사법이 특히 위헌심사권의 행사를 통하여 커다란 法創造 내지 政策形成의 기능을 영위

31) 權寧星, 「新稿 憲法學原論」, 法文社, 1995, 829面.

32) 天野和夫, 「裁判官による法創造とその政策的機能」, 同(編), 裁判による法創造, 晃洋書房, 1989, 10面 以下.

하고 있으며, 현대사법에 있어서 그러한 기능이 기대되고 있다는 인식에 입각하여 司法權에 대해 법의 해석과 그 적용이라는 근대법적 관념에 중점을 둘 것이 아니라 法創造機能·政策形成機能의 중요성을 명확히 하는 새로운 요건을 가미하여야 할 것이라는 주장도 있다.<sup>33)</sup> 그러나 司法의 법창조기능·법형성기능(Rechtsfortbildung und Rechtsschöpfung)을 적극적으로 해석하는 경우에는 立法者의 고유한 입법형성의 자유가 침해될 우려가 있다. 즉 법관이 立法者의 역할을 대신 수행하게 된다는 민주제하의 원리적인 문제가 발생하게 된다. 司法權을 구체적 사건의 법원리적 결정을 그 본질로 하는 法原理部門으로 규정하고 法院이 행하여야 할 것은 법원리에 의한 權利의 確立을 통한 분쟁의 해결이며, 사회전체의 이익에서 무엇이 중요한가라는 政策判斷이 결코 아니라는 인식에 입각한다면 사법권의 행사와 立法者의 立法形成의 자유는 상호 저촉되지 않을 것이다. 그러나 구체적 사건의 해결을 위한 司法權行使에 즈음하여 법관은 사실과 규범의 양면에 걸쳐 중요한 일종의 裁量을 행사한다고 생각된다. 구체적 사건의 특징의 事實狀況에 한정된 모습에서도 法官은 스스로의 재량에 의거하여 새로운 규범적 현실의 창출에 기여하고 있으며, 이를 단순히 立法者에 의한 일반적 규범의 정립에 대한 補完的인 法形成으로 파악하는 것은 문제이다.<sup>34)</sup> 다른 한편 立法의 機能에도 司法의 機能에 유사한 적용의 판단이 포함되어 있다. 즉 사법이 違憲審査權에 따라 헌법판단을 내리는 경우에는 위헌판단인 때에는 물론 합헌판단인 때에도 그 판단에 일정한 拘束力이 수반되며 立法의 측에 이를 정당하게 적용하여 법규범의 憲法適合性を 유지하는데 필요한 조치를 취할 의무가 발생하는 것이다. 이러한 立法과 司法의 상호보완관계를 건전한 상태로 유지하는 것은 양측의 기능을 충분히 발휘시키는데 필수조건이다.

이와 같이 立法과 司法의 상호보완적인 기능을 인식하는 경우 결국 사법심사 특히 법률의 合憲性審査라는 것이 입법에 관해 일정한 방식을 요청하고 있는 것으로 이해할 수 있다. 즉 憲法은 일정한 범위내에서 立法者에게 裁量을 부여하고 있으나, 그러한 입법자의 재량적 행위가 憲法에 적합한 것인가를 판단하는 제도로서 사법심사제도를 두고 있다. 이 制度下에서 사법권은 입법행위에 대한

33) Alfred Söllner, 「Der Richter als Ersatzgesetzgeber」, ZG 1995/1, S.1f.

34) Ders., Ebd., S.13f.

合憲性的 統制를 행하는 권한을 행사하게 된다. 이 합헌성의 통제과정은 당연히 立法府의 裁量行爲를 통제하는 것도 포함하나 다른 한편 司法權의 합헌성통제기능은 입법자에게 어떠한 법률을 제정하여야 할 것인가라는 判斷基準을 제시하기도 한다. 司法權은 입법의 내용이 헌법에 적합한가의 여부를 심사하며 그 과정에서 立法의 목적이나 목적달성의 수단의 성격 등에 관해서도 심사하여 현재의 立法의 問題點을 분석하고 장래의 입법에 대한 적절한 方法論을 제시하는 것이다. 따라서 立法者는 입법시에 사법의 합헌성판단의 기준에 유의하여 「將來的事實의 精神的 先取」로서의 예측의 합리성을 도모하여 未來評價를 적절하게 함으로써 立法의 合理化와 科學化를 달성할 수 있는 것이다.

## II. 司法審査基準의 立法審査에의 適用

立法者가 법률의 제정에 즈음하여 가능한 한 事實判斷을 하는데 있어서는 장래적 위험을 가능한 한 방어하여야 豫防的 義務가 있는 것이다. 물론 당초 예상되었던 사실판단은 다양한 이유에서 예견할 수 없는 방향으로 나아갈 가능성이 있으나 그릇된 豫測을 기초로 강구된 措置는 그를 이유로 직접 위헌으로 될 수는 없으나, 사후에 법률의 실효성에 중대한 결함이 노출될 가능성이 많다. 이 경우 立法者의 예측판단의 여지(Prognosespielraum)를 객관화하고 의도하는 立法目的을 완수하고 또한 그 입법의 합헌성을 유지하기 위해서는 司法에 의한 合憲性統制의 방법과 기준을 구하는 것은 매우 중요한 의미가 있다. 그것은 이미 언급한 것처럼 司法에 의한 법률심사라는 것이 立法者로 하여금 立法에 즈음하여 일정한 방식을 요청하고 있는 것이 아닌가라는 점이다. 法律審査의 방식에 관해서는 최근 우리나라에서도 憲法裁判의 본격적인 진전과 더불어 그 심화가 도모되고 있으나, 그곳에서 지적하고 있는 「立法裁量」, 「立法者의 形成의 自由」라는 일련의 사고가 하나의 바람직한 立法을 전제로 하고 있다는 것이다. 헌법재판을 통하여 전개되는 이러한 理論形成은 보다 양호한 立法의 方向을 고려하는데 불가결한 전제가 될 뿐 아니라 合理的인 立法을 위한 중요한 단서를 입법자에게 제시하는 것이기도 하다는 의미에서 立法者의 합리적 가치판단 내지 價

值選擇의 지침이 될 수도 있다.

### 1. 立法者의 豫測判斷에 대한 合憲性審査

立法者가 어떤 법률을 제정하려는 경우에는 不確實한 豫測에 의거하기 보다는 이용가능한 經驗的 資料와 經驗則을 진지하게 활용하여 입법화로 인하여 예견되는 영향을 가능한 확실히 평가하여야 한다. 또한 立法의 목적을 달성하기 위한 적절한 立法手段을 채용하는데 있어서도 手段의 目的適合性의 견지에서 당해 조치가 설정된 목적을 달성하기 위한 수단으로서 적합한 것인가의 여부를 충분히 검토하고 심사하여야 한다. 이러한 입법자의 評價와 실험상의 判斷은 법률 그 자체의 합헌성을 좌우하는 중요한 단서를 제공하는 것이며, 입법자의 행동이 객관적으로 부적합한 평가와 실험상의 판단으로 연결되는 경우에는 裁判, 憲法裁判을 통하여 엄격히 심사된다. 물론 입법자의 그릇된 예측은 법률을 자동적으로 위헌·무효로 하는 것은 아니다. 이 점과 관련하여 입법자의 豫測이 처음부터 명백하게 그릇된 경우와 그 부적절한 경우가 시간이 경과함에 따라 명확하게 되는 경우로 나누어 볼 수 있다.<sup>35)</sup> 前者, 즉 입법자의 시점에서도 지지할 수 없으며 그 때문에 직접 처음부터 그릇된 것으로서 판단할 수 있는 立法者의 豫測은 그 잘못된 예측에 의거한 법률적 규제는 무효로 도출된다. 이에 대해 後者 즉 잘못된 예측에 의거한 법률의 不適格性·違憲性이 시간이 경과함에 따라 명확하게 되는 경우 당해 법률에 대해서는 입법자에 대해 經驗을 집성할 필요한 시간적 여유가 부여되어야 하며 따라서 직접 違憲이라는 결론을 도출할 수는 없다. 그것이 헌법재판에서 위헌으로 판단되는 것은 立法者가 현실에 즉응한 올바른 해석을 행하기 위한 풍부한 경험소재를 사후적으로 심사하고 점진적으로 평가하는 것을 소홀히 한 경우이다. 따라서 立法者는 일정한 합리적 기간내에 당해 법률을 파기하거나 그 후의 사태의 전개에 적합한 조치를 취하여야 한다. 立法者가 이를 태만히 하거나 합리적 기간을 경과하게 되는 경우에는 그 태만이 當該法律의 효력에 영향을 미치는 것을 판단하게 된다. 결국 입법자는 立法에 즈음

35) Uwe Seetzen, 「Der Prognosepielraum des Gesetzgebers」, NJW 1975, S.434.

## 第1章 序論

하여 모든 다양한 원인에서 당초기대하였던 사태의 추이가 예측하지 못한 방향으로 진전할 수 있는 可能性의 範圍內에서 장래의 위험을 방지할 위무가 부과되어 있는 것이다.

그러나 이 입법자의 豫測的 決定에 대한 심사는 「豫測의 不確實性」,<sup>36)</sup> 합리성의 결여로 인하여 결코 용이하지 않다. 그렇지만 입법자의 예측이 政治的 決定과 정치적 행위에 있어서 본질적·불가결한 요소이며, 그 決定은 세계의 장래의 상태에 영향을 미치는 것이기 때문에 대개의 경우 豫測의 當否를 둘러싼 정치적 대결이 발생하게 된다. 따라서 이러한 정치적 성격을 가지는 立法者의 豫測的 決定에 대한 사법심사는 입법자에게 매우 광범한 판단의 여지를 부여하며 입법자의 장래에 대한 기대에 필요최소한도의 심사를 가하는데 그친다. 반면 憲法裁判所는 입법자의 예측적 결정을 합리적으로 도출하고 가능한 한 예측의 불확실성을 감소시키기 위하여 이에 대한 적절한 통제를 가함으로써 결국 합리적 예측에 의한 立法의 質的 向上을 기대하고 있는 것이다.

첫째, 立法者는 일정한 임무에 착수할 것인가의 여부 및 그것을 어떻게 실현할 것인가에 관해 결정하는데 있어서 광범위한 規制餘地(Regelungsspielraum)를 가진다. 따라서 이러한 영역에서는 立法者에게 형성의 자유가 보장되나, 입법자의 형량이 이성적으로 보아 立法者의 措置에 어떠한 기초도 부여할 수 없을 정도로 명백히 잘못된 경우에는 입법자의 규제여지는 사법심사의 대상이 된다.<sup>37)</sup>

둘째, 立法者는 입법에 즈음하여 입수가 가능한 자료를 事實에 즉응하여 또한 주장가능하게 평가하여야 한다. 立法者는 法的 規制가 예견되는 영향을 가능한 한 확실히 평가하고 또한 憲法에 위반되는 것을 회피하기 위하여 도달가능한 情報源의 이용에 최선을 다하지 않으면 안된다. 立法者가 이러한 절차적 요청을 충족한 것이라면 사후적으로 예측이 잘못된 것임이 판명되더라도 이 豫測을 기초로 하는 법률은 위헌이 되지 않고 입법자는 다만 當該 法律을 改廢할 의무를 지는데 그친다. 입법자가 절차요청을 충족하고 있다면 입법자의 예측은 내용적으로도 주장가능한 것으로 간주되는 것이다.<sup>38)</sup> 따라서 立法者는 법률을 제정할 경

36) P.Noll, a.a.O., S.95.

37) BVerfGE 37,1(20f).

우 그 법률의 제정당시에 존재하는 실제상의 전제상황에 관한 지식을 정확하고 충분한 방법으로 입수하여 이용가능한 認識手段을 사용하여야 할 의무가 있다.39)

셋째, 立法者는 헌법에 규정된 주요한 국민의 基本權을 규제하는 입법을 행함에 있어서는 그 법률의 효과가 충분한 蓋然性을 가지고 또한 확실히 豫見할 수 있도록 하여야 한다. 그리하여 立法者는 중대한 기본권의 침해우려가 있는 법률을 제정할 때에는 의도한 조치의 상황 및 실효성에 관한 엄격한 판단을 기초로 행하여야 한다.40)

## 2. 立法裁量에 대한 合憲性審査

立法裁量이란 立法者가 立法에 관하여 헌법의 범위내에서 헌법에 부여된 판단 또는 의사결정의 자유를 말한다.41) 그것은 立法을 하는 것 자체, 그 시기나 내용에 관련한 입법자의 판단의 자유이며, 立法政策이라는 용어로 표현되기도 한다. 헌법은 사회를 규율하는 하위규범으로서의 法律의 존재를 당연히 예정하고 있으며 그 경우 입법자에게 다소간 自由로운 判斷의 餘地를 남기는 것은 당연하다. 따라서 일반적 의미에서의 입법재량은 헌법상 당연한 것으로 인정되고 있다

38) BVerfGE 50, 290(333f).

39) BVerfGE 39, 210(225f). Rüdiger Breuer, 「Legislative und administrative Prognoseentscheidungen」, Der Staat 1977, S.44f.

40) BVerfGE 45, 187(237f). 이와 관련하여 Uwe Seetzen은 중요한 공동체 재화에 대한 위협의 예측에 관련하여 입법자의 예측판단여지가 중요한 의미를 가진다고 한다. 이 점에 관해 그는 침해의 강도, 위협의 개연성 및 공동체재화의 중요성의 관계를 문제로 한다. 즉, 공동체에 대한 위협이 중대하면 할수록 위협의 발생의 개연성이 낮고 상정할 수 있는 것에 불과하더라도 입법자는 예방적 조치를 강구할 권한을 가지지 않으면 안된다. 그에 의하면 의식주의 확보, 직장의 확보, 교통수단, 국방, 국가질서·헌법질서의 존립이라는 특별히 중요한 생존과 관련하는 공동체재화에 관해서는 입법자는 모든 상정할 수 있는 위협을 예방하고 이 목적을 위하여 필요한 조치를 강구할 가능성을 지니지 않으면 안된다. 그 이유는 만약 이들 공동체재화에 현실의 위협이 발생한 경우 이를 극복하기 위해서는 사전의 기본권제약에 비해 훨씬 심각한 희생을 하여야 하기 때문이라고 한다. U.Seetzen, a.a.O., S.429f.

41) 立法裁量 내지 立法者의 形成의 自由에 대한 구체적 내용은 이 報告書 제3장을 참조.

## 第1章 序論

고 하겠다. 그러나 어떠한 사항에 관해 어느 정도의 立法裁量이 인정되어 있는가는 헌법상 명확한 규정이 없으므로 해석의 여지를 남겨두고 있다. 그런데 법원의 違憲審査는 통상 입법부가 제정한 법률이나 그에 의거한 처분의 합헌성을 심사하는 것이나, 이 때 헌법상 立法裁量에 맡겨지고 있는 영역에 관해서는 입법부의 정책판단을 존중하고 법원의 독자적인 판단을 하지 않는 것이 이른바 司法審査에 있어서 立法裁量論이라 한다.

이러한 立法裁量論의 존재근거는 司法權에 내재하고 있다. 사법권은 구체적인 쟁송사건에 법을 적용하고 선언함으로써 이것을 해결하는 권능이며, 權力分立의 원리로부터 본다면 法院이 사법권을 행사할 수 있는 문제는 법적 문제에 한정되며, 정치적 문제에 사법권은 미칠 수 없기 때문이다. 또한 立法의 본질은 정치적 판단 및 의사결정이며, 민주주의의 원리로부터 본다면 입법을 행하는 것은 국회의 立法權의 범위에 속하며 국민의 대표자로부터 구성되지 않고, 이것을 행하는 權限이 없는 법원의 사법권은 立法에 관한 판단능력도 없게 되기 때문이다. 그러나 국회의 立法權이라 할지라도 헌법에 의거하여 憲法에 의해서 부여된 권능이며, 立法裁量도 헌법의 범위내에서만 허용되는 한편 法院에게는 헌법에 의해서 違憲審査權이 부여되어 있다. 그리고 法的 問題와 政治的 問題는 분명히 구별할 수 있는 것이 아니라, 憲法解釋自體가 당연히 정치적 판단 및 의사결정을 포함하는 것이므로 法院은 헌법판단을 당면하고 있는 문제에 대해 위헌심사권을 행사하여 위헌판단을 내릴 수가 있는 것이다. 그래서 立法裁量論은 憲法訴訟을 둘러싸고 발생할 수 있는 國會와 法院의 대립을 완화하는 일종의 조정권능을 거두며, 그 때문에 司法의 自己抑制에 관련하며 이것을 도출하기 위해서도 적용될 수 있는 이론으로 생각할 수 있다. 그리고 立法裁量論이 구체적으로 적용된 사안에서는 법원은 司法消極主義를 채용하며, 국회에 敬意를 표시한다고 이해되는 경우도 있다.

따라서 立法裁量論의 적용에는 항상 신중하여야 한다. 입법재량론이 과도하게 적용된다면 인권을 침해 또는 침해할 우려가 있는 법률에서도 立法裁量論의 이름하에서 합헌으로 됨으로써 법원에 違憲審査權을 부여하여 인권보장의 실현을 기도하고 있는 헌법의 취지에 반하기 때문이다. 특히 立法裁量論이 사법의 자기억제·사법소극주의와 결부하여 적용되는 경우에는 그것이 법원의 국회에 대한



과도한 경의에 해당하지 않은가에 관하여 비판적으로 검토할 필요가 있다. 즉 立法裁量論은 가능한 한 좁게 이해하여야 할 것이다.

그런데 문제는 司法過程에서 입법재량론을 적용하는 경우에 어떠한 사항에 관해 어느 정도의 범위내에서 立法裁量을 인정할 것인가라고 할 수 있다. 이 문제에 관하여 법원은 주로 立法政策에 관한 문제, 법률의 구체적 내용에 관한 문제, 법률의 議決에 관한 문제에 대해 각각의 제요소를 고려하여 판단하게 된다. 따라서 立法者는 이러한 고려를 게을리 한다면 法院에 의해 법률이 위헌으로 판단되는 위험을 부담하게 된다. 그런데 現代型 法律은 규범성이 희박화되어 있기 때문에 행정에게 광범한 재량권을 부여하고 있다. 특히 전통적인 警察法領域과는 달리 국민상호간의 복잡한 이해관계의 조정을 도모하기 위하여 법률을 통하여 형성되는 법관계의 단계에서 즉, 주로 行政에 의해 실현되거나 실현되어야 할 형태를 취한다. 그 때문에 오늘날의 立法에서는 입법자의 立法裁量이 광범위하게 인정되는 요소가 필연적으로 증대하며, 따라서 위헌심사를 통한 입법재량에 대한 통제는 적극적으로 기대되고 있는 것이 아니며, 立法裁量의 통제는 주로 選舉를 통한 민주적인 과정에서 수행되는 것이 가장 유효하다. 그러나 그렇다고 하여 違憲審査制度의 역할을 전혀 기대하지 않는 것도 아니다. 전통적인 경찰법 등의 영역, 특히 國民의 自由와 權利를 제약하는 법률이 여전히 다수 존재하고 있으며, 앞으로도 제정될 것이 예상되므로 그 점에서 違憲審査制度가 적극적으로 기능할 것이 기대되는 경우가 한정되더라도 중요한 역할을 담당하는 것이다. 그 경우 사법에 의한 立法裁量의 위헌심사시에 제시한 판단기준은 立法의 形成에 즈음하여 중요한 기준을 제시하게 되는 것이다.



## 第2章

# 立法審査의 體系와 方法論



## 第2章 立法審査의 體系와 方法論

### 第1節 意義

일반적으로 個人的 意思決定은 대략 ①선택과정, ②심리적인 작용, 그리고 ③認知的인 構造라는 三層構造로서 이루어 진다. 우선 「環境」이 변화한 경우 의사결정자는 그것을 지각하고 해석한다. 그러나 그 배후에는 환경을 事前에 어떻게 파악할 것인가를 지정하는 心理的인 構造가 존재한다. 이 심리적인 구조는 世界觀, 信條體系, 環境의 작동에 관한 일반적 이해 및 자기의 기본적인 가치, 목적 등을 포괄하고 있다. 보다 정확하게 말한다면 心理的인 構造 가운데에는 인지에 관한 것, 태도에 관한 것, 평가에 관한 것 등의 차원이 포함되어 있다. 이에 知覺되고 解釋된 「환경」의 변화가 자기에게 바람직하지 않은 영향을 보여준다고 생각하는 경우에는 그 意思決定者는 자기에게 바람직한 상태를 만들려고 생각한다(具體的 目的의 設定). 그렇게 한다면 그는 그것을 달성하기 위한 다양한 手段을 검색한다. 이 검색은 다시 認知構造 가운데 의거하여 「환경」의 작동에 관한 인지, 과거의 경험 등에 따라 적당한 선택을 모색하여 행한다. 그 檢索이 도모되는 가운데 또는 검색의 결과선택이 확정된 단계에서 각각의 선택이 설정된 目的에 어떠한 영향을 부여하는가가 평가된다. 그리하여 選擇에 어떠한 순서를 부여하여 最적의 선택이 행해지게 된다. 이러한 개인의 의사결정과정을 組織體에서의 意思決定過程에 도입하면, 그곳에 참가하는 사람은 각각의 인지구조에 문제를 자각하고, 해석하고 자기의 목적을 설정하고 일정한 행동을 옹호한다. 그와 동시에 全體에 관하여 다양한 분야에 걸쳐 장래의 方向, 目的 나아가서는 計劃을 수립하고 그를 실천하기 위한 手段을 검색하고 평가하게 된다. 즉 組織에서의 의사결정과정(정책결정과정)은 ①政策의 발의 또는 문제의 제기, ②政策代替案의 설정과 그 사전평가, ③選擇, ④政策實施, ⑤政策評價(실시된 정책의 효과를 사후적으로 평가), ⑥政策의 종료라는 단계로 이루어 진다.

이러한 의사결정의 心理學理論을 입법의 분석에 응용하여 보면 장래를 형성하는 도구인 法律을 제정하는 작업에 있어서 立法者가 주관적으로 부적합하다고 느끼는 현상이 확인된다. 그리고 그 다음 段階에서 입법자는 만약 立法者가 어떠한 조치를 강구하지 않는다면 해결하여야 할 問題領域은 금후 어떻게 전개될 것인가, 강구되는 규제가 장래의 현실중에 어떠한 效果를 발휘하는 가, 代替案의 효과는 어떻게 될 것인가라는 판단을 하게 된다. 즉 어떠한 형태로 실제적인 해결이 요구되고 있는 具體的인 問題가 제기되면 우선 그 문제점을 명확히 하고 그 背景, 原因을 해명하고, 달성되어야 할 목표의 정립에 즈음하여 그에 필요한 情報의 수집, 그리고 가능한 選擇의 정립과 그 평가 및 결정을 거쳐 실제의 行動에 이른다는 과정이다. 立法者가 입법을 설계하는 데 있어서 일정한 目標을 설정하고 가장 바람직한 수단을 선택하는 문제해결의 기법을 개발한다는 것은 대단히 어려운 문제라고 할 수 있다. 어떤 目標을 특정하고, 목표와 수단과의 적합관계를 명확히 제시한다는 것은 복잡한 社會現象에서는 매우 곤란하며, 제정법의 해석·운용을 통한 事後的 紛爭解決의 사고방식에 익숙한 法的 思考가 보편화되어 있는 既存의 法學의 領域에서 이를 해결할 수 없는 분야이기도 하다. 그러나 입법에 즈음하여 立法者가 무엇이 문제인가를 논의하고 다양한 가치를 통합하여 問題를 발견하는 事前志向的(future-oriented) 연구방법론의 연구는 입법의 民主化와 科學化 및 合理化를 위하여 대단히 중요한 분야이며, 이 문제는 이미 살펴본 바와 같이 立法學의 학문분야의 하나로서 연구가 진행되고 있다. 특히 바람직한 立法을 위한 입법자의 合理的 意思決定모델을 상징하는 것은 입법자가 이러한 합리적인 의사결정과정을 過失 또는 故意로 고려하지 않은 만큼 입법의 내용은 合憲性을 좌우하게 된다는 점이다.

여기서는 立法者가 행하여야 할 의사결정모델을 立法的 判斷의 構想段階(문제의 정립/입법목표의 설정/대안의 모색·평가와 선택/입법적 결정) → 立法內容의 確定段階(입법목적과 수단의 확정/입법내용의 방향설정/법안작성을 위한 주요일반준칙) → 立法形式의 定立段階(법실체적 정립/법기술적 작성)라는 과정으로 묘사해 보고자 한다. 물론 이것은 어디까지나 暫定的인 모델에 불과하며, 또한 그 단계적인 구분도 전혀 편의적인 것이며, 實際로는 위의 각 단계가 상호 밀접하게 관련하면서 하나의 決定으로 향하는 전체적인 과정을 의미한다.

## 第2節 立法的 判斷의 構想段階

### I. 問題의 定立段階

#### 1. 問題의 意義/提起

問題란 「개선이 필요하다고 인식된 人間의 欲求, 즉 발생한 모든 사건 가운데 해결이나 개선이 필요한 일부 사건」, 「轉換이나 改善을 추구하는 사람에게 욕구나 불만족을 가져오는 條件(condition) 내지 狀況(situation)」이라고 정의할 수 있다.<sup>42)</sup> 입법의 형성과정은 問題의 認識에서 비롯하며 이 단계는 立法의 방향을 결정하는 매우 중요한 것이다. 문제에 대한 定義와 認識은 어디서나 동일한 것은 아니며, 시간과 장소 나아가 문제가 지속되는 동안에도 정의가 변화할 수 있다. 일반적으로 立法에 있어서 문제란 어떠한 의미에 있어서 「있어야 할 狀態(Soll Zustand) 또는 바람직한 상태와 현재 존재하는 狀態(Ist Zustand)와의 간격 내지 차이(緊張關係)」를 의미한다.<sup>43)</sup> 當爲狀態는 우선 의욕하려는 상태의 형성 또는 원상회복으로 이루어지며, 어떠한 경우에도 당위상태는 問題解決을 위한 자극에 반응하는 정치적·규범적인 평가, 중요성 또는 계획표명의 결과라고 할 수 있다.<sup>44)</sup> 問題는 정치적 과정의 속성과 관행에 따라서 정의될 필요가 있으나, 그 事項의인 內容에 따라 정치적으로 표명되고 있는 중요도와 우선순위에 적합할 필요는 없다. 立法擔當者는 이전에 부여받은 문제해결의 필요성을 固定的인 것으로 받아들일 것이 아니라 문제를 새로운 관점에서 出發狀態의 評정의 시점에서 심사하고 일정한 경우에 政治的으로 책임있는 필요한 수정이나 제한을 할 의무가 있다. 事案에 따라서는 문제에 대한 간섭을 포기하여 無代案

42) 金秉辰, 「政策學概論」, 博英社, 1995, 70面.

43) Werner Hugger, 「Ziel und Maßnahmenfindung」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, Regensburg 1984, S.246.

44) Hermann Hill, 「Impulse zum Erlaß eines Gesetzes」, DÖV, 1981, S.487ff.

(Nullalternative)을 유지하는 것도 문제의 해결에 도움이 될 수도 있다. 어떠한 문제의 특성은 다분히 실질적인 解決觀念 또는 解決期待를 포함하고 임시하기 때문에 이러한 포기가능성을 지향하는 개방적 사고는 폭넓은 問題處理를 위하여 필수적이라고 할 수 있다.<sup>45)</sup> 개방된 정치적 과정에 있어서 일반적으로 立法의 問題는 다음과 같은 동기로 제기된다.<sup>46)</sup>

- 憲法自體가 예정하거나 지시한 사항의 이행 또는 社會的 集團의 요구에 의한 헌법의 委託
- 不公正의 시정 또는 부가적인 개별적 發展機會의 부여, 생활환경의 向上 등 헌법상 보장된 請求權과 관련한 政黨의 주장
- 일반적인 組織과 團體 등에 예속된 사회적 집단의 보호, 평등보장 등에 대한 요구
- 필수적으로 요청되는 國家의 將來的 活動에 따른 불공정의 발생, 危險의 발생과 전개 등에 대한 보호의무
- 法的 安定性和 법적 보호 및 法體系的 調和의 촉진
- 원칙적인 解決節次에 대한 제3자의 개입에 따른 조정필요성 및 前提條件의 변경으로 인한 先行決定의 사후개선
- 명백한 缺陷이 있는 결정의 訂正 또는 결정결과의 缺陷 및 規律의 결함의 정정
- 利害關係人의 참여기회의 거부 또는 協助拒否로 인한 필요적 행위의 조정과 보상
- 국제법상의 一般原則 또는 國際條約의 가입에 따른 조정
- 법의 發展, 헌법재판소의 결정, 국제적·국내적인 사회경제적·기술적 조건의 變更

결국 問題의 提起는 개인이 어떤 행위를 할 때 動機에 해당하는 것이며, 입법자의 활동의 계기가 되는 자극을 의미하는 것이다. 따라서 그것은 충분히 강화되지 않으면 立法者에게 전달되지 않고 민주국가에서는 통상 이른바 輿論에

45) W.Hugger, a.a.O., S.246.

46) H.Hill, a.a.O., S.487f.



의해서 담보되지 않는 한 입법자의 귀에까지 도달하지 않게 된다.<sup>47)</sup> 이러한 외부로부터의 자극, 문제환기와 병행하여 立法者는 입법에 관련한 사회적, 정치적, 경제적인 각종 문제에 관하여 스스로 그것을 발견하는 노력을 게을리 해서는 아니된다. 즉, 立法에 관련한 모든 기관은 각각 그 영역에 귀속하는 資料를 수집하고 다양한 매체를 통해서 전파되는 輿論의 동향을 파악하고 관계하는 제단체와 접촉을 도모할 필요가 있는 것이다.<sup>48)</sup> 이러한 외부로부터의 자극 또는 스스로의 調査에 의해서 문제가 되는 점을 입법자가 인식하고, 이해할 수 있게 된다면 그 問題點은 나아가 명확한 것이 되지 않을 수 없다.

問題의 發見을 위한 자료획득의 과정은 다음과 같은 작업단계로 수행한다.

- 理論的 構造의 형성/명확화 : 무엇 또한 어떠한 대상영역을 파악하여야 하는가
- 指示發見 : 무엇을 통하여/무엇을 가지고 명확하게 이해할 수 있는가
- 資料調査 : 무엇으로 명확하게 측정/비교할 것인가
- 資料蒐集 : 필요한 자료를 어떻게 확보할 것인가
- 資料選別 : 수집된 자료를 어떻게 분류/도식화하면 평가에 유용할 것인가
- 資料評價 : 어떠한 기준과 활용도에 따라 자료를 평가할 것인가
- 資料解釋 : 해명되어야 할 대상영역과 관련하여 어떠한 지식을 구비하여야 유용한 자료평가를 도출할 수 있는가
- 모델화 : 자료가 의도하는 대로 종합화·정식화되어 진단과 체계분석이 실시될 수 있는가

## 2. 問題의 分析

문제의 판단과 평가에 있어서 체계적이고 명료한, 그리고 정치규범적이며 숙련된 처리와 성숙한 評價를 위해서는 다음과 같은 徵表에 의해 문제를 처리할 필요가 있다.<sup>49)</sup>

47) Peter Noll, 「Gesetzgebungslehre」, Reinbek 1973, S.72f.

48) H.Hill, 「Einführung in die Gesetzgebungslehre」, Heidelberg 1982, S.67.

49) W.Hugger, 「Gesetz-Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung. Eind Handbuch für Praxis und Studium mit einer Einführung von Carl Böhret」, Baden-

## 第2章 立法審査의 體系와 方法論

- 性質 : 문제는 어디에서 존재하며, 어디에서 표출되었는가
- 動機 : 문제는 무엇에서 유래하며, 그 발생의 제반상황과 원인이 되는 요소는 무엇인가
- 背景 : 그 문제가 다른 사회적 영역이나 사건에 대해 어떠한 관계가 있는가
- 期間 : 그 문제는 일시적인 것인가 아니면 지속적인 성질을 가진 것인가
- 動態性 : 인과관계의 전개를 인식할 수 있는가, 문제가 주기적으로 나타나고 또한 그 범위·표현 및 경과에 있어서 법적합성이 존재하는가
- 效果 : 간섭을 포기한다면 어떻게 되는가, 이러한 문제상황은 다른 영역 내지 사건과 어느 관점에서 어느 정도의 강도로 관련되어 있는가
- 關係性 : 누가 또는 무엇이 어느 정도로 밀접하게 이 문제와 관련되어 있는가, 관련 집단은 어떠한 상태에 있는가, 관련집단은 그 문제상황이 중단된 경우 어떻게 변모하였는가

問題를 내포한 현실의 상태에 관한 엄밀한 분석은 立法者가 환기된 문제점을 명확히하고 그 구체적인 立法을 행하는데 빠트릴 수 없는 전제작업이다.<sup>50)</sup> 보다 우수한 입법의 실현을 그 과제로 하는 立法學에 있어서 어떻게하여 입법자가 이 현상분석을 행할 것인가라는 점은 매우 중요한 문제이다. 아울러 그것은 각종의 實態調査, 전문가의 증언, 당사자로부터의 의견청취, 관계제단체의 立法節次에의 참가, 데이터뱅크 등의 이용에 의해서 거두어야 할 것이다.<sup>51)</sup> 본래 이러한 제반 수단을 다하였더라도 여전히 立法者의 결정에 있어서 중요한 전제가 되는 현상, 사실상태가 충분히 해명된다는 보증을 반드시 없는 것이나, 그러나 立法者는 법 관보보다도 전체로서 보다 풍부한 현상분석능력을 구비하여야 할 뿐만 아니라 나아가 때로는 裁判과 유사한 法適用節次를 이용함으로써 事實狀態의 치밀한 분석을 행할 것이 기대된다.<sup>52)</sup>

---

Baden 1983, S.112f.

50) Ernst Höhn, 「Praktische Methodik der Gesetzesauslegung」, Zürich 1993, S.14.

51) H.Hill, a.a.O., S.68.

52) P.Noll, a.a.O., S.94f.

### 3. 原因의 解明

다음에 이 현상분석과의 관련에서 그 현상을 규정하는 요인을 解明하는 것이 불가결한 것으로서 요청된다.<sup>53)</sup> 본래 입법의 대상이 되는 社會問題에 관해서는 그 복잡한 성격으로 인하여 현상과 원인을 구분하는 것은 결코 용이하지 않다. 그러나 그 原因이 아니라, 특징의 현상을 억제하는 의도에서 자주 立法이 행해질 수 있음은 예를 들면 범죄원인으로서 社會環境, 人間關係, 遺傳的 素質, 個人的 性格이라는 다양한 것이 열거되는 중에서 입법자는 그러한 원인의 제거가 아닌 刑罰이라는 위하적 수단을 사용하여 현실로 존재하는 犯罪症候群을 억제하는 이른바 대응요법을 취하기도 한다.

立法에 있어서 현상을 규정하는 요인을 해명하는 것은 問題解決의 우선순위를 정하는데 도움이 된다. 아울러 國家의 책임소재와 권한의 유무에 따라 문제를 다음의 관점에서 명확히 할 수 있다.<sup>54)</sup>

- 憲法上 또는 法律上의 의무, 전통적인 국가목표, 정치적 요청 등은 問題處理를 위한 국가적 관여의 책임이라는 의미에서 필요한 것인가
- 先行的 정치적 결정의 결과와 관련한 문제인가
- 이러한 문제를 채용한 자들이 政治的·法的 義務外에 그 독자적인 정치적 효용성을 인식하고 있는가
- 處理可能한 것으로 예상되는 시간내에 그리고 가능한 우선적 변경을 고려한 問題處理가 가능하고 실행될 수 있는가
- 문제의 침해화가 私的인 提案으로 해결될 수 있는가
- 반대로 국가적으로 요구되는 責任所在와 權限이 국민의 행위능력의 제한을 강

53) 이 문제를 내포한 현상과 그것을 규정하는 요인의 관계에 관하여 Noll은 醫學上的 症候와 原因의 개념을 사용하여 「醫學의 세계에 있어서 症候는 그 원인이 구명되어 제거됨과 동시에 없어져 버리는 부수적인 현상이다. 따라서 예를 들면 重症의 結核患者에 대해서 약을 투여하여도 결핵이 완치되는 것은 아니다. 그렇지만 어떤 경우에는 약의 투여에 의해서 症勢를 완화시키는 것이 필요하며 이 경우 症候도 또한 하나의 원인으로 그 抑制가 기대되는 것이다」라고 설명하고 있다. P.Noll, a.a.O., S.87.

54) Karl Egbert Wenzel, 「Wettbewerbsverstöße künftig gratis?」, ZRP, 1982, S.195ff.

요하거나 기대욕구에 대한 失望感을 부여하거나 장기적으로 정치적·행정적 처분의 여지가 喪失될 우려가 발생할 것이 예상되는가

## II. 立法目標의 設定段階

### 1. 目標의 意義

目標(Ziel, goal)란 「개인이 달성하려고 추구하는 것」 즉, 「決定이나 行爲뒤에 있는 의도이며, 個人이나 集團을 움직이게 하는 마음의 상태」<sup>55)</sup>라고 정의할 수 있다. 그러므로 立法에 참여하는 구성원의 결정이나 행위에 대한 의도에 일관성이 있다면 그 입법은 목표를 가지고 있다고 할 수 있다. 이 경우 하나의 體系로서 立法은 어떠한 결과를 일관성있게 추구하고 있다고 하겠다. 한편 目的(Zweck, objective)은 「달성도가 측정될 수 있는 형태로 표현된 目標」를 의미한다. 즉 目標과 目的은 모두 미래지향적이라는 점에서는 같은 의미를 가지나, 目標은 보다 上位의 넓은 개념이며 목적은 보다 下位의 구체적 개념이라고 할 수 있다. 目標과 目的은 ①목적사업의 구체화에 있어서 목표는 광범위하게 陳述되는데 반하여, 목적은 구체적으로 陳述된다는 점 ②用語의 정의에 있어서도 목표는 公式的인데 반하여 목적에서는 操作的인 점 ③期間에 있어서 목표는 불특정적이나, 목적은 매우 한정적인 점 ④測定節次에 있어서 목표는 비계량적(nonquantative)이나, 목적은 計量的(quantative)인 점 ⑤對象集團의 정의에서 목표는 광범위하게 정의되나, 목적은 한정적으로 정의된다는 점 등에서 兩者는 구별되고 있다.<sup>56)</sup> 立法에 있어서 목표(정립)와 목적(설정)의 차이를 비교한다면 다음과 같다.<sup>57)</sup>

55) 金秉辰, 前掲書, 167面.

56) 金秉辰, 前掲書, 168~169面.

57) Werner Hugger, 「Ziel-und Maßnahmenfindung」, a. a. O., S.224f.

정 표	法令의 目標定立	法令의 目的設定
정 의	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 법령에 의하여 무엇/어떠한 상태가 발생되어야 하는가</li> <li>· 입법자의 의지에 의해 형성된 법령으로 발생하는 효과는 무엇에 기여하는가</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 도출된 효과의 종류/범위를 법령에 확정/조치/배열</li> </ul>
규 정 위 치	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 법안의 사전준비단계</li> <li>· 법안의 제안이유서에 첨부</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 법령의 제1조에 규정</li> </ul>
기 능	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 법 적용과 법 발견에서의 방향 설정에 이바지</li> <li>· 경합되는 입법 목적의 조정을 용이하게 함</li> <li>· 법령의 효력을 평가하고 법 규정의 효과를 측정(유효성 측정)</li> <li>· 규율 동기의 지속/필요한 유지의 여부를 심사하는 전제</li> <li>· 법령의 채용에 따른 공개성의 조성과 관계자에 대한 고지에 있어서 법 인식의 촉진</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>· 법 적용/법 선언에 있어서 직접적인 해석 기준</li> <li>· 법령에서 의도하는 관여/형성 결과의 공개</li> <li>· 법령의 효과의 사정과 확인을 위한 전제</li> <li>· 상위의 목표 관점에서의 법령의 특성 판단과 법령에 의한 침해/조치/규제의 유용성의 판단의 전제</li> <li>· 수범자에게 법령의 내용 파악을 용이하게 하며 의미적합적인 행동을 유도함</li> </ul>

현실적으로 目標은 매우 다양하고, 불분명하거나 불특정하며 내부적으로 일관성이 없는 경우가 많으므로 目標을 인식하는 문제는 매우 어려운 문제이다. 아울러 입법 목표라고 인식되는 것도 알고 보면 組織內의 지배적인 집단이나 구성원에 의해서 주도되는 目標이 많고, 진정한 의미에서의 立法目標이라고 하기에는 다소 거리가 있다. 또한 목표는 時間의 經過에 따라 변모하기 때문에 목표를 인식하는데는 많은 어려움이 있다. 목표에 관하여 근본적인 합의가 있는 경우라도 時間이 경과함에 따라 이 합의가 변할 수가 있으며, 나아가 하나의 目標은 시간의 경과에 따라 보다 복잡해지고 다원화되기도 한다.

## 2. 立法目標의 設定

무엇을 달성하려고 하는가, 무엇이 어떻게 변모하여야 하는가라는 핵심문제는 문제가 해결되고 目標가 달성된 경우에 이상적으로 어떠한 상태/상황이 일어나야 하는가라는 표현의 관념에서 도출된다. 立法의 形成意思와 정책의 형성의사는 사실상 개별 법률의 목표에 의거하여서는 안되며, 따라서 目標形成에 있어서 행동반경의 성급한 축소는 지양하여야 한다.<sup>58)</sup> 形成意思는 결과를 의욕하여야 하며 그러하지 아니하면 결과에 도달하지 못하고 만다. 아울러 그 形成意思와 함께 전개를 위한 준비성을 내부적으로 적절하게 구비하여야 하며, 이를 적절하게 전개하여야 한다. 立法目標가 명백하지 못하고 한정되지 못하거나 또는 측정이 불가능한 경우에는 과학적인 입법작업을 수행할 수 없다. 立法目標의 설정을 위한 방법을 제시하면 다음과 같다.

- 問題의 個別目錄을 일람표로 작성한다.
- 目標를 한정할 수 있는 上位概念을 모색한다. 이러한 상위개념은 배분기준과 구별기준을 제공하며 동시에 실질적으로 問題領域에 타당하는 한정적 유효범위(기준치)를 제공한다.
- 명시된 목표의 內容的 規模를 심사한다. 즉, 목표가 내용상의 의미의 정도, 응집도, 추상도에 따라 올바르게 동등한 단계로 배열되었는가
- 경우에 따라서는 부가적으로 具體化되거나 또는 특별히 개별적으로 의도하는 목표, 목표내지 목적, 수단의 관계정립을 위한 별도의 階層段階를 채용하여야 한다.
- 모든 目標段階에서는 상위목표 내지 중점목표를 정점으로 우선순위를 부여하며, 수직적으로 전체 목표의 내용은 上位目標 내지 重點目標에 부합되는 것이어야 한다.

---

58) 「立法實務에 있어서 어떠한 문제가 제기되어 그것을 技術的으로 정식화하고 解決策을 제시하기 위해서는 상정하려는 規範의 數가 다수이어야 한다. 중요한 것은 하나의 규범을 상정하여 問題를 해결하는 것이 아니라 달성하려는 目標의 構想 및 우선적 진단, 대체안분석 등에 대한 정확한 調査와 分析作業이라 할 것이다」, Friedrich Lachmayer, 「Zur Theorie der Gesetzgebung」, DÖV, 1978, S.33f.

이 우선순위는 정치적 조건, 문제해결의 긴급성 및 장래의 의미에 대한 해석 등을 통하여 基準이 설정된다.

결국 바람직한 立法目標의 설정을 위해서는 그 실질적 내용면에서 適合性과 適切性의 속성을 구비하여야 한다. 즉, 목표의 適合性은 달성할 가치있는 여러 가지 목표들 중에서 가장 바람직한 것을 目標로 채택하였는가의 여부를 의미한다. 또한 목표의 適切性은 목표의 달성수준이 지나치게 높거나 낮지않고 적당한 水準인가의 여부를 의미한다. 목표는 원래 의도하는 效果를 얻을 수 있도록 충분한 수준이어야 하며, 목표달성을 위하여 지나치게 많은 費用이나 犧牲을 지불 하여서는 안된다. 그리고 하나의 立法은 구체적인 수준에서 보면 거의 언제나 몇 개의 目標을 지니고 있다. 이러한 여러 가지 목표를 하나의 목표로 抽象化시킬 수는 있지만 의미있는 구체적인 목표로서의 역할을 하지는 못한다. 그러므로 추상적인 수준에서 막연하게 표현된 立法目標은 반드시 구체화되어야 한다.<sup>59)</sup> 이 具體化過程에서 여러 입법목표들은 상호 모순·충돌관계 또는 경우에 따라서는 補完關係에 있다. 입법목표가 上下關係에 있을 때에는 여러 목표중에서 어느 목표를 얼마만큼 달성할 것인가를 결정하는 것은 비교적 간단하다. 下位目標가 上位目標의 수단이므로 하위목표만 고려하면 되기 때문이다. 그러나 입법목표들이 同位水準에 있으면서 보완관계에 있거나, 모순·충돌관계에 있으면서 목표달성을 위해서 사용될 資源을 둘러싸고 競爭關係에 있을 때에는 어느 목표를 얼마만큼의 수준으로 달성하도록 하여야 할 것이냐를 결정하는 것은 매우 어렵다. 환언하면 상호보완적, 모순적 관계에 있는 여러 목표들 중에서 重點적으로 推進할 목표의 우선순위를 결정하고 또 각 목표의 달성수준을 결정하는 것이 目標定立의 핵심적 활동이 된다. 바람직한 目標의 設定은 결국 諸目標들의 우선순위와 수준을 바람직스럽게 결정함을 의미하는 것이다.<sup>60)</sup>

여러 가지 目標들 중에서 어느 목표를 보다 중시하고 어느 목표를 중시하지

59) Thomas Fleiner, 「Entwurf und Gestaltung von Gesetzesnormen」, in : Günther Winkler/Bernd Schilcher(Ges.red.), Gesetzgebung, Wien/New York 1981, S.139f.

60) 鄭正佶, 「政策學原論」, 大明出版社, 1990, 280~281面.

않느냐의 우선 순위는 구체적으로 目標들 하나하나의 達成水準에 의하여 결정된다. 따라서 달성될 목표수준을 높이는 작업이 그 目標의 우선순위를 높이는 것이 된다. 그래서 일반적으로 목표의 막연한 優先順位 보다는 구체적인 달성수준을 결정하는 것이 실질적으로 우선순위를 결정하는 것이 된다.

### 3. 設定된 立法目標의 有效性檢討

다수의 목표가 한정된 資源으로부터 보다 많은 양을 획득하기 위해서 경쟁하게 되는 경우에는 동일한 資源으로서 보다 많은 效果를 얻을 수 있는 목표를 우선하여야 함은 당연하다고 할 수 있다. 즉, 일정한 資源의 投入으로부터 보다 많은 效果를 획득할 수 있는 目標을 우선적으로 설정하는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 이는 效果성을 기준으로 목표들의 우선순위를 결정함을 의미하나, 그러나 目標들간의 우선순위를 결정하는데에는 이외에도 목표의 實現 내지 達成可能性, 목표달성의 해결로서 얻게 되는 效果, 목표달성에 소요되는 費用 등의 요소도 반드시 고려하여야 한다. 그리하여 입법목표를 설정함에 있어서는 우선 다수의 목표중에서 實現不可能한 것은 제외시키는 한편 실현가능한 목표중에서 同一한 費用으로 보다 많은 效果를 낼 수 있으며 비용과 效果의 배분이 社會的 正義에 합치하는 목표를 설정하도록 하여야 한다.

그러나 目標들의 달성으로 얻게되는 效果나 費用의 측정·비교가 어렵고 목표선택의 기준간에 모순·충돌이 발생하는 경우에 어느 기준을 우선적으로 적용하여야 하는가에 대한 판단이 매우 곤란하다.<sup>61)</sup> 특히 여러 가지의 目標들이 서로 이질적인 效果를 산출하고 있는 경우에는 어느 效果가 더욱 중요한 것인가의 판단이 어렵고 이에 따라 어느 目標을 우선하여야 하는가의 판단이 어렵다. 이러한 어려움을 극복하는 하나의 방안으로는 목표를 制約條件으로 취급하는 방법이 있다. 이질적인 목표들을 각각 어느 수준으로 하는 것이 최선인가를 판단하는 것이 아니라 몇 개의 目標을 制約條件으로 하여 다른 목표들을 極大化하는 것이다. 하나의 目標을 어느 수준만큼 달성하도록 하고 그 범위내에서 다른 목표를

61) W.Hugger, a.a.O., S.125.



極大化하는 방법은 결국 하나의 목표를 제약조건으로 하여 이 조건의 제약범위 내에서 다른 하나의 목표를 極大化시키는 것이다. 그러나 이 방법은 제약조건으로 취급되는 목표의 달성수준을 결정하는 것이 어려운 문제이며, 이에 대한 客觀的이고 論理的인 해결책을 모색하는 것도 곤란하다.

어떻든 설정된 目標의 有效性은 그 목표를 설정함으로써 어떠한 최종적인 효력이 발생하며 또는 발생될 수 있는가, 그 目標을 설정함으로써 의욕한 目標 또는 當爲狀態가 실현되었는가라는 문제관점에서 그 有效性을 측정하는 작업이 이루어져야 한다. 즉 설정된 목표의 유효성의 측정은 效力을 명확히 하고 효력에 관련있는 事情, 事項 또는 部門 등을 인식하여야 한다.

目標와 관련한 效力測定은 다음과 같은 질문으로 해결하는 것이 바람직하다.

- 受範者가 의욕하는 행위가 무엇때문에 지금까지 전개되지 않고 있으며, 어떠한 動機 또는 利益을 요구하고 있는가
- 전개되는 行動變更 또는 行爲結果는 어느 정도의 예상범위내에서 목표정립에 적합하게 실행될 수 있는가
- 다른 條件이 존재하고 있는가, 만약 존재한다면 기대되는 效力을 달성한다면 그 조건이 어느 정도로 충족되는가

#### 4. 立法目標의 具體化와 修正

바람직한 立法目標의 설정을 위해서는 구체적이고 명확하고 가능한 한 그 달성여부를 측정할 수 있도록 표현되어야 한다. 立法目標가 이러한 실질적 기능을 충분히 수행하기 위해서는 最善의 立法手段選定基準, 評價基準 등과 같은 지침적 기능이 제대로 수행되어야 함은 물론이다. 입법목표가 이러한 기능을 충실히 수행하기 위해서는 目標가 명확하고 구체화되어야 하므로 가능한 범위내에서 구체적이고 명확하게 결정되어야 한다. 目標가 애매모호하거나 상호모순되는 내용을 포함하게 되면 무엇을 달성할 것인지가 분명하지 않게 되며 이는 결국 그것을 달성할 수 있는 手段을 알 수 없게 된다. 즉 서로 모순되는 目標가 아무런 구체적인 설명없이 나열되어 있으면 立法手段의 탐색에서 무엇을 어떻게 하여야

하는가를 알 수 없게 되는 것이다. 아울러 목표가 구체적으로 명시되어야만 그것의 達成與否에 의해 立法效果가 발생하였는가의 여부를 판단할 수 있게 된다. 입법목표를 구체화하고 명확히하려면 目標의 實現可能性을 보다 정밀하게 검토하는 작업이 중요하며, 이를 위해서는 採擇可能性있는 手段에 대한 분석과 검토가 필요하다. 그 이유는 보다 구체적이고 명확한 目標일수록 그것을 달성할 수 있는 수단의 존재여부, 필요한 資源의 동원가능성, 費用 등을 보다 정확하게 판단할 수 있기 때문이다. 따라서 이들에 대한 檢討와 分析의 결과에 따라 이미 설정되었던 목표의 수준이 수정·보완된다. 國家的인 調整手段의 모든 목록은 다음과 같다.

○直接的·外部的 效力을 가지는 手段

① 행정적/규제적

- 명령, 금지
- 조건부 허가
- 실행수단(하명, 강제, 집행)

② 경제적/재정적

- 재정적 조정 또는 급부(사회부조, 수당지급)
- 재정적 원조(교부금, 보조금, 조성금)
- 부담금(조세, 공과금, 분담금, 수수료)
- 인위적 유통(증서, 채권발행)

③ 홍보/정보

- 정보공개활동
- 지시/계몽/강령(정부공표, 방향설정)
- 상징적 보상(훈장, 표창)
- 절차규율(동의필요성, 조정, 협의)

④ 권리형성적 행위(사적 계약, 공법상 계약)

⑤ 공적 담당자를 통한 업무인수

⑥ 국가로부터의 재화/서비스의 구매

○行政內部的으로 實行을 지향하는 效力을 가지는 手段

- ① 하명유도
- ② 규칙유도
  - 목표유도, 목적유도
  - 조건유도
- ③ 인적 유도(직원선발)
- ④ 형식유도(직원, 조직, 절차)
- ⑤ 정보유도
- ⑥ 재정유도

目標關聯的 要素를 정확히 측정하여 보다 내용이 풍부한 목표한 목표의 구체화작업을 위해서는 독창적인 판단력, 이념의 다양성, 독자적인 결단성, 기존의 틀에 얽매이지 않는 解決策의 모색, 무한한 提案能力이 필요하다. 그러나 어떤 목표를 구체화하는 작업은 첫째, 目標의 具體化는 집행단계에 이르러 비로소 가능해지는 경우가 많다. 즉 결정단계에서 막연하고 추상적인 목표를 결정하고 執行段階에 가서 명확하고 구체적인 목표가 결정될 수 있다는 것이다. 目標의 達成可能性을 보다 정확하게 검토하려면 목표달성을 위해서 채택된 手段과 이를 위해서 투입될 社會的 費用이나 犧牲 등을 면밀하게 검토하여야 한다. 보통의 경우 어떠한 手段을 채택할 때 얼마만큼의 목표가 달성되고 어느 정도의 비용이 소요되는가는 여러 가지 條件에 의존한다. 이들 조건의 발생이나 상태는 이미 豫測하기가 어렵고 집행시기에 가까울수록 예측하기가 쉬워진다. 또 초기의 執行結果를 보고 당초의 예측을 수정하여 보다 정확한 예측을 하게 된다. 결국 執行過程에서 계속 還流되어 오는 정보를 이용하여 목표의 구체화도 이루어지고 修正 또한 이루어 질 수 있다. 이와 같이 목표와 수단의 결정, 결정과 집행은 서로 끊임없이 영향을 미치므로 目標를 먼저 설정하고 다음에 手段을 결정하는 것이 아니라 먼저 목표의 개괄적인 테두리를 결정하고 다음에 手段도 개략적으로 결정한다. 이어 수단의 결정에서 얻게 된 情報를 이용하여 目標를 수정보완하여 좀더 구체적인 목표를 결정하고 이를 근거로 手段도 다시 구체적이고 명확하게 결정한다. 수단결정에서 얻게 된 情報를 이용하여 다시 목표를 수정보완하여 더

욱 具體化시킨다. 둘째, 목표가 구체화되고 명확하게 될수록 修正 내지 變更의 필요성이 증대한다. 즉 명확하고 구체적인 목표는 결정후에 수정·변경의 필요성이 증대되는 것이다. 셋째, 目標가 구체화되고 명확하게 될수록 政治的 支持的 획득이 어렵고 정치적 반대가 강화될 가능성이 많다. 바꾸어 말하면 政治的 反對를 감소시키고 보다 많은 정치적 지지를 얻기 위해서는 애매모호하고 추상적인 목표를 제시하여야 하는 것이다. 抽象的이고 애매모호한 목표나 상호 대립하는 目標를 동시에 추구하는 식으로 목표를 결정하게 되면 구체적인 목표가 필요한 시점에 가서 具體的인 目標를 선택하는 결정을 내려야 한다. 즉 애매모호한 목표를 수립하는 것은 실질적으로 구체적인 목표를 결정하는 活動自體를 다음의 기회로 미루는 것이다. 그래서 실질적으로 具體的인 目標를 결정할 때에 종래 찬성하였던 자가 반대편에 서게 되는 경우도 있다. 결정단계에서 추상적으로 결정된 목표는 執行段階에서 구체화되기가 쉬운데 執行過程은 보통 비공개적이고 일반인은 과정상의 문제를 이해하지 못하기 때문에 집행과정상에서 구체적으로 결정되는 目標는 일반인의 이익보다는 利益集團이나 特殊集團의 이익을 반영하는 경향이 발생한다. 따라서 가능한 한 보다 많은 사람이 參與하는 가운데 목표가 구체화될 필요성이 증대된다.

### Ⅲ. 代案의 摸索·評價와 選擇

#### 1. 代案의 開發과 探索

바람직한 立法目標를 설정한 후에 이 목표를 달성할 수 있는 각종 手段중에서 최선의 수단을 선택하게 되면 합리적인 立法的 判斷이 달성될 수 있다. 그러나 현실적으로 입법목표를 달성할 수 있는 最善의 手段을 선택하는 과정은 매우 어려우나, 일반적으로 代案을 광범위하게 분석하고 그것을 비교·평가하여 最善의 代案을 선택하는 경우 최선의 手段을 선택할 수 있는 가능성에 접근한다고 볼 수 있다. 여기에서 代案의 선택이란 일정한 立法目標를 달성하기 위해서는 여러 가지 수단을 채택할 수 있을 때, 입법목표와 이를 달성하기 위한 일정한 手段의

配合 하나하나를 代案이라고 할 수 있다. 일정한 입법목표를 달성하기 위해서는 하나의 手段만을 채택하는 것이 아니라 여러 가지 수단을 채택하게 되며, 각각의 異質的인 手段에 따라 달성하려는 입법목표의 내용이 조금씩 달라지게 된다. 즉 수단의 種類와 實現水準에 따라 달성하려는 목표의 측면과 그 달성수준도 달라지게 되는 것이다. 이와 같이 目標와 手段간의 組合(combination)을 代案이라고 할 수 있다. 최선의 대안을 선택하기 위해서는 우선 예상될 수 있는 여러 가지 代案들을 모색하여 이를 확인하는 한편 발견된 대안들을 전부 比較·評價하는 작업이 이루어져야 한다.

설정된 立法目標를 달성하기 위한 代案의 개발과 탐색작업에서 가장 전형적으로 상정할 수 있는 것은 立法的 先例와 外國法制에 대한 분석이라고 할 수 있다. 우선 과거 또는 현재의 입법적 선례는 立法者에게 대안을 제공해주는 가장 중요한 源泉이 된다. 실제로 입법적 판단에 즈음하여 해결하여야 할 문제와 동질적이거나 유사한 문제가 과거부터 反復的으로 나타나서 立法者가 이에 대한 방안을 마련하고 있는 경우가 사실상 많다. 이러한 경우에 현재 시행중인 法令이나 과거에 시행되었던 法令이 가장 먼저 생각할 수 있는 代案이 된다. 이 경우에는 과거의 입법추진에서 나타난 결과에 대한 정보를 통하여 立法推進의 결과를 비교적 쉽게 예측할 수 있으며, 또한 대안의 채택, 집행과정 등에서 등장하게 되는 各種 勢力의 活動 등을 쉽게 예측할 수 있고 집행과정에 필요한 活動·資源 등을 미리 예측하여 계획할 수 있으며, 과거의 시행상 문제가 되었던 단점들을 개선할 수 있다는 점 등에서 그 장점이 있다. 그러나 반면 과거에 시행하였던 결과로부터 도출된 問題點들이 상황의 변화에 따라 다른 상태로 전개될 가능성이 높다는 점에서 그 단점도 있다.

代案의 출처가 되는 두 번째의 것은 다른 국가의 경험이다. 즉 우리의 問題解決을 위해 다른 外國의 立法例를 고려하는 경우이다. 이 방법을 고려하는 경우에도 앞서의 입법적 선례를 이용하는 경우와 비슷한 장단점을 지니고 있다. 立法을 추진하였을 경우의 結果豫測, 각종 세력의 분석, 집행상 필요한 자원·계획 등의 사전점검이 용이하게 되나, 다만 다른 國家의 立法的 事例를 대안으로서 고려할 때에는 상황의 공간적 차이의 문제가 제기될 수 있다. 어느 국가의 立法推進에서 나타난 여러 가지 현상들이 다른 국가에서 그대로 나타날 가능성은 매

우 적다고 할 수 있다. 정치적·경제적·사회적·문화적인 측면에서의 狀況이 다르게 되면 동일한 입법이라 할지라도 전혀 다른 결과를 초래할 수 있으므로 外國의 立法的 事例를 代案으로 고려할 때에는 신중을 기하고 상황의 차이를 면밀하게 검토하여야 한다.

결국 外國의 경우나 과거의 경험으로부터 代案을 탐색하거나 또는 이를 토대로 과학적 지식이나 이론개발을 통한 새로운 모형을 창출하든지 어느 경우에도 代案을 탐색하거나 개발하는 경우에는 첫째, 定義된 問題를 정확하게 인식하고 목표를 명확히 하여야 한다. 앞서 자세히 언급하였지만 무엇을 달성할 것인지 또는 무엇을 해결할 것인지가 먼저 明確하게 되어야만 다음으로 이를 위한 해결책으로서의 수단이 고려되며 이에 따라 여러 가지 代案을 만들 수 있게 되는 것이다. 둘째, 代案의 개발이나 탐색을 위해서는 科學的 知識이나 理論의 개발뿐 아니라 과거의 선례나 外國의 사례 등을 통해서 수행하거나 전문가 또는 이해관계인의 의견수렴 등을 통하여 여러 가지 수단을 개발하여야 한다. 셋째, 위의 두 번째 단계에서 開發·發見된 여러 가지 수단들을 배합하고 여기에 대응하는 立法目標과 결합시켜 구체적인 대안을 마련하는 것이다. 여러 가지 수단을 배합시킬 때 수단의 실현수준을 다르게 하여 또 다른 多數의 代案을 창출할 수도 있는 것이다.

## 2. 代案에 대한 比較·評價

채택된 수단중에서 어떠한 것이 最善인 가를 알기 위해서는 각 개별적 수단이 실행될 경우 어떠한 결과가 발생하게 될 것인가에 대한 豫測이 필요하다. 이것은 결국 대안 하나하나가 실현될 경우 나타날 結果를 豫想하는 것이기도 하며, 이를 대안에 대한 비교·평가라고 한다. 代案들의 우선순위를 정하여 최선의 대안을 발견하기 위해서는 우선순위를 정하는 기준이 있어야 하며, 이를 代案의 比較·評價基準이라고 할 수 있다. 이 대안의 비교·평가기준은 매우 광범위하고 다양하나 대안의 선택으로 밀접한 영향을 받는 利害關係人의 행위동기, 재정적, 인적, 경제적 그리고 생태학적인 부담 등도 고려하여야 할 뿐만 아니라 選擇된 代案에 대해 민감하게 반응하는 사회영역과 법소재 등도 고려하여야 한다.<sup>62)</sup>

따라서 개별적인 代案의 비교·평가에는 우선 정확한 기준을 설정하고 그 基準에 따라 각각의 代안들을 체계기술적으로 분석하는 작업이 매우 중요한 의미를 가진다. 그러한 의미에서 代안의 비교·평가기준은 다음의 관점에서 파악할 수 있다.

- 有效性(효과성/효율성/공정성)
- 實現可能性(기술적/행정적/재정적/법적)

### (1) 有效性

代안의 평가기준으로서의 有效性이란 代안이 과연 현실화 가치있으며, 의도한 목표에 가장 상응하는 바람직한 것인가를 제시하는 것으로서 여기에는 효과성, 효율성, 공정성 등의 細部的 基準을 열거할 수 있다.<sup>63)</sup>

우선 「效果性(Effektivität)」이란 일반적으로 목표달성의 정도를 의미하는 것이라 할 수 있다. 따라서 효과성이 큰 代안일수록 보다 目標達成의 극대화를 가져준다는 의미에서 효과성기준은 代안의 비교·평가기준으로서 매우 유용한 기준이 될 수 있다. 그러나 어떠한 代안이 目標達成을 극대화시키는 것이라 할 지라도 다른 代안에 비해 費用의 측면에서 많은 지출이 소요된다면 최선의 代안으로 보기는 어려울 것이다. 반면 費用의 면을 고려하더라도 目標達成이 매우 중요하다면 효과성이 가장 중요한 代안의 비교·평가기준이 될 수 있는 것이다. 결국 일반적으로 目標達成의 극대화가 최선이 아니라 비용도 고려하여야 하는 경우가 많으므로 效果性만을 기준으로 삼는 것은 한계가 있으며, 그리하여 효율성의 기준이 제시되는 것이다.

둘째, 「效率性(Effizienz)」이란 投入(Input)과 算出(Output)의 비율을 말하는 것으로서, 일반적으로 산출은 어떤 활동이나 업무수행의 직접적 결과(效果)를 의미하고 투입은 이러한 활동을 위하여 사용되는 인적·물적 자원을 의미하는데, 이 投入된 資源을 貨幣價値로서 표시한 費用으로 나타낸다. 최선의 代안을

62) W.Hugger, a.a.O., S.140f.

63) Carl Böhret/Werner Hugger, 「Entwurfsprüfung」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), a.a.O., S.265f.

찾기 위해서는 동일한 비용으로 최대의 효과를 얻거나 동일한 효과를 위하여 최소의 費用을 들이는 대안을 발굴할 때 이러한 效率性基準이 적합하다.<sup>64)</sup> 立法費用은 입법의 추진으로 인하여 희생되는 사회적 가치로서 경제적인 관점에서 본다면 資源에 해당된다. 그러므로 일정한 비용으로 효과를 최대화하는 代案을 채택하여 추진하게 된다면 사회적 資源을 최대한 효율적으로 사용하는 것이다. 이러한 效率性을 기준으로 대안을 선택한다면 資源의 최적배분(Optimierung)을

64) 立法作業에 즈음하여 이러한 效率性을 측정하는 기법으로서 계획학이나 경영학에서 사용하는 「費用/便益分析(Kosten-Nutzen-Analysen : KNA)」과 「費用/效果分析(Kosten-Wirksamkeits-Analysen : KWA)」이 매우 유용하며 선진국에서는 이러한 기법을 실제의 立法作業에 적용하고 있다. 일반적으로 費用/便益分析은 사회에 있어서 정책의 장점(편익)이 단점(비용)을 상회하는 경우에만 그 정책이 결정되는 것을 의미한다. 따라서 費用/便益分析은 협의로는 정부에 의한 公共財의 비용과 편익을 각각에 대해 推計하고 이에 의거하여 公共財의 공급에 관한 결정을 행하는 후생경제학의 하나의 수법이라 할 수 있다. 그러나 근래에는 넓은 의미로서 費用/便益分析을 사회적인 정책결정 또는 정책분석의 이론으로서 파악하면서 정부에 의한 공공투자의 결정뿐 아니라 政府의 擔當者에 의한 복지정책이나 규제완화와 같은 공공정책전반을 체계적·수량적으로 비교평가하는 수법으로서 파악하고 있다. 費用/便益分析에 있어서 비용과 편익은 그 자신이 고정적인 것이 아니라 분석의 목적·파악하려는 범위·불확실성의 정도 및 영향을 받는 집단의 범위나 기간 등에 따라 다르다. 이러한 費用/便益分析은 공공사업의 비용과 편익이 모두 貨幣價値로 측정되고, 양자의 크기를 동일한 기준으로 비교할 수 있는 것을 전제로 하고 있으나, 현실의 공공사업 중에는 費用과 便益이 화폐가치로 측정될 수 있는 분야가 많지 않기 때문에 이런 경우에 費用/便益分析 方法으로는 대안을 비교·평가하기가 힘들어진다. 이 때에 이용될 수 있는 것이 費用/效果分析이다. 즉 費用/效果分析은 각대안들의 비용이 동일하여 效果만 비교하면 되는 경우나, 각대안들의 효과가 동일하여 費用만 비교하면 되는 경우에 적절히 이용될 수 있다. 이러한 費用/效果分析은 목표달성정도를 貨幣價値로 표현할 수 없는 사업에 資源을 어떻게 가장 능률적으로 투입할 것인가의 문제에 적용하기에 가장 적합한 방법으로서 국방·경찰행정·보건·운수 등의 영역에서 주로 사용되고 있다. 또한 費用/效果分析은 비용/편익분석과는 달리 최소비용으로서 일정수준의 效果水準을 정해 놓은 다음에 이 수준에 도달하는 몇 가지의 대안들의 비용을 비교하여 이 중에서 가장 적은 費用의 代案을 선정하거나, 最大效果로서 비용의 최고한도를 정해 놓고 이 비용한계를 초과하는 것은 제거하고 나머지 중에서 最大效果를 발휘하는 대안을 선택하는 기준을 채택하고 있다. 자세한 내용은 鄭正佶, 前掲書, 703~710面 참조. 또한 이러한 費用/便益分析과 費用/效果分析의 입법작업에로의 응용에 관한 것은 Vorstand des Österreichischen Juristentages (Hrsg.), 「Kosten-Nutzen-Analyse in der Gesetzgebung. Funktionsanalyse. Effektivitäts-und Effizienzüberlegungen in der Rechtssetzung」, Wien 1979 參照.



도모할 수 있는 것이다. 그러나 效率性을 기준으로 하면 效果성을 기준으로 할 때에 비해 效果만이 아니라 비용도 고려하여 最善의 代案을 선택할 수 있는 장점이 있으나, 配分의 公正性問題를 고려하지 못하는 약점도 있다.

셋째, 「公正性」은 正義 또는 平等과 밀접한 관련을 가지는 관념으로서 일반적으로 「동일한 경우는 동일하게 취급하고, 서로 다른 경우에는 서로 다르게 취급하는 것」을 의미한다. 즉 立法의 측면에서 보면 效果와 費用의 배분이 사회적 정의로서 配分的 正義에 합치하는 정도를 의미하게 된다. 앞서 살펴본 效果성이나 효율성에서는 效果가 사회전체적으로 어느 정도 발생하고 費用이 사회전체적으로 어느 만큼 지불될 것인지를 측정하여 계산하는 것이므로 그 效果나 費用이 누구에게 돌아가는가는 效果성이나 효율성에서는 문제시하지 않는다. 여기에서 제외된 문제를 고려하는 것이 바로 公正性의 基準이라 할 수 있다. 이 公正성의 기준은 經濟性의 側面에서 보는 경우에 그다지 비중이 크지 않으나, 政治的인 側面에서는 매우 중요한 척도가 될 수 있다. 效果가 다수인에 의하여 享有되고, 사회적 약자에게 보다 많은 배려가 주어지며 또한 費用의 부담에서도 公正성이 향상된다면 결국 立法化로 인한 저항이나 반감을 최소화할 수 있을 뿐 아니라 社會的 和合과 法遵守에 대한 인식도 향상시키게 될 것이다. 이러한 公正성기준은 그 자체가 중요한 政治的 價値를 지닐뿐 아니라 그로 인하여 여러 가지 정치적으로 바람직한 效果를 가져올 수도 있는 것이다. 그리하여 어떤 代案이 비록 사회·경제적 문제를 해결할 수 있다 하더라도 政治的인 어려움을 가중시킨다면 그 대안은 채택하기 어려우며, 반대로 사회·경제적인 관점에서 바람직하지 않더라도 政治的 改善에 도움이 되는 것이라면 그 대안은 바람직한 것이 될 수 있다.

## (2) 實現可能性

代案의 實現可能性은 그것이 입법으로 채택되고 그 내용이 충실히 시행될 가능성을 의미한다. 그리하여 입법으로서의 採擇可能性과 채택된 후의 施行可能性이 그 내용이 된다. 아무리 바람직한 대안이라 할지라도 그것이 立法化되었을 때 시행이 불가능한 것이라면 最善의 대안이라고 할 수 없는 것이다. 立法의 시

행가능성 내지 실현가능성은 實現을 제약하는 原因이나 條件 등을 극복하여야 한다. 예컨대 어떠한 대안이 유효성의 기준에서 최선의 것이라 할지라도 經費가 예산의 범위를 벗어나는 것이라면 예산상의 제약으로 인하여 實現不可能한 代案이 된다. 대안이 실현가능성이 없다고 판단되면 입법으로서 채택할 수 없기 때문에 有效性의 판단을 위한 여러 가지 분석이나 작업을 할 필요성이 없다고 생각하기 쉽다. 그러나 비록 實現可能性에서 약간의 문제가 있는 대안이라 할지라도 그것이 結果豫測과 評價에서 훌륭한 대안이라고 판단되는 경우에는 이를 실현하기 위하여 노력할 수도 있는 것이다. 따라서 實現可能性이 없는 대안을 처음부터 評價와 分析을 하지 않는 것은 잘못된 것이라 할 수 있다. 오히려 유효성 판단후에 유용하지 못한 대안을 버리고 바람직한 代案을 놓고 이들의 실현가능성을 정확히 검토하여 실현가능성을 제약하는 요인들을 극복·제거하는 노력이 필요하다. 대안의 實現可能性은 다음과 같은 사항이 논의의 핵심을 이룬다.

첫째, 技術的 實現可能性이다. 이것은 대안이 현재 이용가능한 기술로서 그 실현이 가능한 정도를 의미한다. 기술적 실현가능성은 技術開發로서 또는 技術의 獲得으로 이용가능한 기술수준이 향상되면 이에 따라 향상된다. 또한 입법목표와 대안사이에 因果關係가 존재하는지의 여부도 기술적 실현가능성의 측면에서 검토된다. 즉 手段이 실현되었을 때 目標가 달성되지 않으면 그 수단(또는 이를 포함한 대안)의 기술적 실현가능성이 없게 된다.

둘째, 財政的·經濟的 實現可能性이다. 대안의 재정적 실현가능성은 이용가능한 재원으로서 대안이 실현가능한 것인지를 검토한다. 가장 문제가 되는 것이 豫算上의 制約으로 인하여 대안이 실현불가능한 경우이며, 이 재정적인 제약은 法施行機關의 예산이 아니라 사회전체적으로 이용가능한 資源의 제약까지도 포함될 수 있다. 이와 같이 사회전체의 경제적인 능력의 면에서 판단하는 것이 經濟的 實現可能性이다.

셋째, 行政的 實現可能性이다. 이것은 입법의 시행을 위하여 필요한 조직, 인원 및 전문인력 등의 이용가능성을 의미한다. 代案을 추진하기 위하여 기존의 조직으로서서는 집행이 불가능하거나 기존의 인력으로 집행이 어려우면 執行能力上의 제약이 수반된다.<sup>65)</sup>

넷째, 法的 實現可能性이다. 이것은 대안의 내용이 기존의 다른 법령과 모순되

지 않을 가능성을 의미한다. 즉, 代案의 實現過程에서 다른 법과의 관계상 제약을 받지 않을 가능성을 말하는 것이다.

마지막으로는 政治的 實現可能性이다. 이것은 정치체제에 의하여 대안이 채택되고 집행될 가능성을 의미한다. 이 政治的 實現可能性이 가장 큰 대안이 결국 입법으로 채택되기 때문에 정치적 실현가능성은 그 대안의 採擇與否를 가름하는 결정적인 것이라고 할 수 있다. 정치적 실현가능성은 현존하는 정치세력의 지지에 의존하게 되므로 현존하는 政治勢力의 분포가 바람직스럽게 되어 있지 않은 경우에는 정치적 강자에 의하여 정치적 약자가 희생되는 결과가 초래되기도 한다. 이러한 경우 政治的 實現可能性은 비합리적인 성격을 띠게 된다.

### 3. 代案의 選擇

중요한 代案들이 빠짐없이 탐색·검토되어 이들이 추진되었을 때 발생할 것으로 예상되는 결과들이 예측되고, 이들의 比較·評價까지 분석된 후 최선의 대안을 선택하게 된다. 그러나 앞서 살펴본 最善의 代案의 선택을 위한 分析技法과 論理는 각각의 약점이 있어서 현실적으로 적용하기가 어려운 점이 많다. 특히 대안의 비교·평가에 즈음하여 각 기준상호간에 矛盾과 衝突이 있을 경우에 이를 해결할 수 있는 객관적인 척도도 없으며, 基準相互間의 矛盾과 衝突이 발생할 때 어느 기준을 따를 것인가에 대해서도 사람의 가치판단에 따라 달라지게 된다. 나아가 代案을 광범위하게 탐색하는 작업, 대안의 결과를 예측하는 작업, 이들 結果를 평가하고 기준을 적용하여 대안을 비교·평가하는 작업의 모든 과정에서 정확한 情報의 수집능력, 및 이를 분석할 수 있는 능력을 구비하여야 함은 물론이다. 결국 最善의 代案을 선택하는 과정은 대안의 실현가능성을 검토하여 실현불가능한 대안을 제외시킨다. 그리고 다음 단계로 有效性을 평가하기 위한 기준으로서 효과성, 효율성, 공정성이 있는데 이 중 어느 것을 적용하는가는 가치판단의 문제이나, 우선 效率性을 이용하여 주어진 자원이나 경비로서 최대의 효과를 획득하는 대안을 선택한다. 그리하여 먼저 주어진 資源이나 經費로서

65) C.Böhret/W.Hugger, a.a.O., S.268f.

실현가능한 효과를 확인한 후 이들 중에서 最大의 效果를 발생하게 하는 대안을 선택하는 것이 바람직하다. 왜냐하면 최소한의 부작용으로 최대한의 효과를 가질 수 있는 法律을 제정할 때 그 새로운 法律은 의도하려는 목표를 가장 근접하게 달성할 수 있으며 최대한으로 준수될 수 있는 最適合의인 法律이 될 수 있기 때문이다.

#### IV. 立法的 決定

위와 같은 일련의 과정에 따라 예상하는 目標에 적합한 代案이 결정되면, 그 대안을 의도한 目標와 가장 부합되게 실행할 수 있는 방안을 강구하여야 한다. 즉, 選擇된 代案을 실행하려는 경우 과연 그것이 法律을 필요로 하는가 필요하다면 어떠한 내용인가를 판단할 필요가 있다. 代案의 實行을 위한 법률화의 요부 및 법률화하여야 할 경우의 그 법률의 내용의 판단을 立法的 決定이라 할 수 있다. 이 결정의 기초에 있는 것은 法規範이라는 도구를 사용하는 적부의 판단 기준은 무엇인가라는 점이다. 선택된 대안을 실현하는데 立法으로서 하는 경우와 그렇지 않은 경우의 구분은 어떠한 원칙에서 하는가라는 점이다. 이 판단은 代案自體의 適否를 직접 판단하는 것이 아니라 오로지 법률이라는 것의 성질을 인식하여 그것이 대안의 실시수단 또는 명확화수단으로서 부합하는 것인가 또한 부합하는 것이기 위해서는 어떻게 구성하면 좋은가를 묻는 것이다.

우선 立法이 아니면 실현할 수 없는 代案이 있다. 이 점에서 가장 널리 알려진 것이 권리를 제한하는 規制的 代案이다. 또한 기존법과의 관계에서 어떻게 하더라도 입법조치를 강구하여야 하는 대안이 있다. 그러나 반드시 立法에 의하지 않더라도 좋은 대안도 있으며, 立法이라는 형식을 취할 수 없는 경우도 있을 수 있다. 또한 선택된 대안이 그 일부는 法律로서, 다른 부분은 豫算措置로서 또한 다른 일부는 행정적 조치로서 실현될 수도 있다. 어떤 政策이 일부법률과 관련된다고 하여 그 전부를 立法的으로 판단하는 것은 오류가 있으나, 또한 반대로 예컨대 經濟의 要素를 강하게 지닌 것이라 하여 입법적 검토를 포기하는 것도 잘못된 것이다. 또한 최선의 대안이라 할지라도 그것이 立法技術的인 어려움

으로 인하여 입법화단계에서 주저하게 될수도 있다.

첫째, 어떤 대안을 현실화하는 경우에 반드시 法律로서 할 필요가 있는 경우와 반드시 법률로 할 필요는 없으나 法律로서 해도 좋은 경우를 살펴본다면, 하나는 그 대안의 실현이 權利制限과 관련한 경우의 입법이며, 다른 것은 그 대안의 실현이 既存法律과의 관계에서 새로운 法律(기존법의 개정법을 포함)을 필요로 하는 경우이다. 私人的 權利를 제한하고 義務를 과하는데는 법률의 근거를 요한다는 것은 헌법상의 원리이다. 따라서 權利制限인가의 여부선택은 임의적이거나 일단 권리제한을 선택하면 필요적 입법이 된다. 그리고 대안을 실시하는데 그 실시가 다소 既存法과 관련성을 지니며 기존법을 개정하거나 또는 기존법에 대한 特別法을 마련하는 경우 그것은 단적으로 필요적 입법이다.

둘째, 現行法의 축적이 증대하면서 既存法과의 정합성의 영역이 확대하더라도 새로운 代案을 실시하는 데는 豫算措置나 事實行爲로서 이를 행하는 영역은 매우 크다. 또한 대안의 실행의 측면에서 본다면 구태여 立法化할 적극적 동기가 없는 경우에는 입법화하지 않는 것이 타당하다. 즉, 自治와 個人責任의 원칙이 강조되거나 또는 단순히 權利保護를 목적으로 하거나 行政의 다양성과 전문성을 증대시키고 그를 보장하는 것인 경우에는 立法化로 인한 세부적인 介入을 피하는 것은 중요한 의미가 있다.

### 第3節 立法內容의 確定段階

#### I. 立法目的의 確定段階

위의 각단계에서 언급한 立法者의 주로 현상분석에 관련한 문제는 실은 價値의 문제, 立法目的의 명확화라는 문제와 상호 밀접하게 관련하고 있다. 즉, 정확한 현상인식없이 立法目的을 정립하는 것은 필시 불가능하나, 그러나 동시에 가치 내지 목적의 문제를 전혀 없애고 現狀分析을 행하는 것도 또한 불가능하다고 할 수 있기 때문이다. 따라서 입법자가 어떤 문제에 의식하여 그 현상을 분석하고, 原因을 해명하려는 행동은 한마디로 있어야 할 상태를 기존의 그것과 비교하여 前者를 後者보다도 보다 높이 평가하는 것이라고 할 수 있다. 그런데 현상과 대비되는 이 보다 바람직한 未來像은 통상 「목표」 내지 「목적」의 관념에서 제시된다. 이미 살펴본 것처럼 目標이 있어야 할 상태를 단순한 이상으로서 정태적으로 제시하는데 그치는 것에 대해 目的은 그것을 실현하는 구체적인 手段 내지 行爲와 결부한 현실적인 것이라는 점에 차이가 있다.<sup>66)</sup> 즉 입법자가 기존의 상태와 대비하여 묘사한 있어야 할 將來의 狀態란 이 의미에서의 목표와 구분되는 目的이 아니면 안된다.<sup>67)</sup> 요컨대 어떤 이상적인 목표는 그대로는 立法의 目的이라 할 수 없고, 그것을 현실화하는 수단을 수반함으로써 비로소 구체적인 입법목적으로 전화할 수 있다는 것이다.

여기서는 특히 立法者가 행할 수 있는 능력상의 한계의 유무라는 점이 문제가

66) Burkhardt Krems, 「Grundfragen der Gesetzgebungslehre, erörtert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben insbesondere der Neuregelung des Bergschattdensrecht.», Berlin 1979, S.118ff.

67) 이와 관련하여 Noll은 「刑法은 범죄없는 사회라는 이상의 目標이 아니라, 刑罰이라는 위하적 수단을 사용하여 현실의 犯罪와 투쟁하는 것을 그 목적으로 하며, 公法은 완전한 平等社會의 실현을 지향하는 것이 아니라, 경우에 따라서는 역차별적 수단을 사용하여 不平等과 투쟁할 것을 그 목적으로 하며, 또한 家族法은 평화로운 家庭을 실현하는 것을 지향하는 것이 아니라 家庭生活에 있어서 가장 중대한 혼란을 방지하고 그것을 제거할 것을 그 目的으로 하는 것」이라고 언급하고 있다. P.Noll, a.a.O., S.85f.

된다. 이는 입법에 즈음하여 입법자가 유의하여야 할 사항을 의미하는 것으로서 立法者는 원래 백지상태에서 立法을 하는 것이 아니라, 立法에 있어서는 우선 인간의 특성, 사회관계, 순수한 자연현상과 함께 生活과 勞動을 뒷받침하는 자연적·사회적 조건, 법적전통이라는 제반조건을 고려하여야 한다. 그리고 입법자는 이러한 立法을 制約하는 기본적인 제반조건에 적합함으로써 가장 잘 그 입법 목적을 달성할 수 있는 것이다. 입법자는 立法을 규정하는 「事實의 存在法則性 (Seinsgesetzlichkeit)」에 복종하여야 할 것이며, 그럼으로써 비로소 그 목적을 현실화할 수 있음과 동시에 立法을 조건지우는 사실에 대해서 유효한 작용을 할 수 있는 것이다.<sup>68)</sup>

아울러 입법자가 배려하여야 할 것으로서 이외에도 憲法, 條約, 法律, 法制度라는 다양한 것이 있음은 말할 것도 없다. 그리고 입법에 즈음하여 헌법을 필두로 하는 기존의 법체계와의 整合性을 도모하는 것은 입법자가 수행하여야 할 기본적인 과제이다. 특히 입법자는 憲法上的 要請에 유의하여 헌법의 각규정이 立法者에 대해서 실제 어느 정도 규범적인 구속력을 가지는가라는 문제, 다시 말하면 헌법의 규범적인 의미를 立法者가 어떻게 파악하고 그것에 따를 것인가가 문제된다. 그 하나의 방식으로서 입법자가 法令審査權을 가지는 法院의 견해에 유의하고, 그곳에서 제시되고 있는 입법에 즈음하여 입법자가 준수하여야 할 최소한의 원칙을 준수할 것이 요청된다.<sup>69)</sup>

## II. 立法手段의 選擇과 方向設定

### 1. 立法手段의 選擇

立法目的의 효과적·효율적 달성을 위하여 목적적합적인 수단을 선택할 것인가는 매우 정밀한 분석작업이 요구되는 분야이다. 물론 目的과 手段의 관계는 「사회가운데 모든 요소는 목적이며, 동시에 수단」<sup>70)</sup>이기도 하므로 양자는 항상

68) P.Noll, a.a.O., S.99.

69) H.Schneider, a.a.O., S.38ff.

70) P.Noll, a.a.O., S.108.

상호 전환할 수 있는 것이며 그 때문에 매우 한정적으로만 이것을 구분할 수 있다. 다만 立法時에 통상 사용되는 수단은 순수하게 道具의인 性質을 지니며, 따라서 입법자의 역량은 유효한 목적달성수단의 개발여하에 달려있다고 할 수 있다. 그런데 立法目的이 명확히 된 경우 입법자는 통상 그 목적을 달성할 수 있는 複數의 手段에서 그 가운데에서 특정의 수단을 선택하나 문제는 그 선택기준에 있다. 물론 선택된 수단이 일반적으로 적절한가의 여부는 입법자가 그 인식수단을 다한 가운데 행하는 예측, 즉 당해 수단에 의해서 입법자가 의도한 성과가 거의 확실히 달성될 수 있다는 목적달성의 개연성에 의거하여 판단하여야 할 것이나, 이러한 判斷自體가 사실상 매우 어려운 경우가 많다.<sup>71)</sup> 나아가 手段의 選擇에 즈음해서는 後術하는 바와 같이 헌법상의 평등원칙, 과잉금지의 원칙 등에 의거하여 단순히 그 수단이 적절하다는데 그치지 않고 나아가 그것이 當該 立法目的을 달성한 위에서 필요한 것이어야 함은 물론이다.

## 2. 立法內容의 方向設定

立法內容의 방향을 설정하는 작업은 목표(목적)적합적인 介入原理의 선택, 즉 전체구도 가운데에서 規律所在가 인과적으로 또는 최종적으로 파악될 수 있도록 결정하는 것을 의미한다. 여기에는 法適用과 法執行에 대한 결정이론적 조건 또는 최종적 달성을 확정하는 것이며, 법령의 효과적 달성을 위한 행위의 자극과 지시를 위한 중요한 사항의 介入確定 및 이러한 개입을 현실화하기 위한 條件과 受範者의 행위에 미치는 영향, 법령의 施行節次와 管轄權에 대한 확정 기타 법령의 시행으로 소요되는 費用의 충당문제 등을 고려하여야 한다.

### (1) 介入原則의 選擇

介入原則은 당사자의 행동에 영향을 미치는 조치의 사용근거와 위치와 결부시키는 한편 행위·작위의무의 확정을 통하여 개입의 基本的 方向을 설정하게 된다. 개입원칙은 기본적으로 法政策的 또는 法理論的 觀點에서 어떠한 부담의 분

---

71) H.Hill, a.a.O., S.78f.



배 내지 축진의 광범위한 암시와 결부되어야 한다. 법령의 최종적 확정을 위해서는 그 法令의 施行으로 인한 효과와 결과의 측면에 대한 危險性을 미리 예측하여 적절한 조정도구와 조치를 규정함으로써 비로소 실행될 수 있다. 법령의 起草에 있어서 이러한 위험성의 예측은 因果關係에 의거하여 마련된다. 최종적인 개입을 위한 規律計劃이 불완전한 예측에 의거하는 경우에는 법령의 利害關係人은 사실관계의 확정 내지 인정이 곤란하므로 결국 법령에 대해 錯誤 또는 誤解의 개연성이 높아지게 된다. 이에 반하여 사실관계의 해명에 있어서 因果關係를 충분히 고려한 법령은 원칙적으로 완전히 신뢰할 수 있는 것이 될 뿐 아니라 행정에게 강한 執行力을 부여하게 되는 것이다. 따라서 법시행자는 개입원칙의 설정에 있어서 고도의 專門的인 能力을 구비할 것이 요구된다.

그런데 法令에 있어서 개입원칙을 선택하는데 있어서 고려하여야 할 것은 법령에 대한 프로그램적 평가이다. 일반적으로 法規範은 「條件프로그램(Konditionalprogramm)」과 「目的프로그램(Zweckprogramm, Finalprogramm)」으로 구별된다. 條件프로그램은 ‘○○인 경우에는 ○○이어야 한다’라는 명제(Wenn-Dann-Schema)에 바탕을 두어 규정하는 프로그램이며, 目的프로그램이란 목적-수단을 바탕으로 하는 명제(Zweck-Mittel-Schema)에 의하여 규율하는 것을 말한다.<sup>72)</sup> 일반적인 법규범은 원칙으로 法律要件을 규정하고 그 법률요건이 충

72) 이러한 條件프로그램과 目的프로그램의 구별은 루만(N.Luhmann)이 전개한 決定理論(Entscheidungstheorie)의 가설에서 비롯한다. 즉 루만은 전체규범을 條件프로그램·目的프로그램이라는 대개념으로 파악하여, 法이란 決定프로그램으로서 법의 정립은 프로그램을 작성하는 決定作用이며, 법의 적용이란 프로그램된 決定作用으로 파악한다. 그리고 決定프로그램의 작성에는 두 가지의 형태가 존재할 수 있음을 강조하고, 그것을 條件프로그램과 目的프로그램으로 구별하였다. 이러한 루만의 구별은 특히 행정법학의 영역에서 計劃法(Planungsrecht)을 분석하는 도구개념으로서 사용되고 있다. 즉, 行政法의 領域에서는 計劃法規範의 구조적 특색으로서 ‘계획법은 그 목적지도적 부분에서 條件的으로 프로그램된 것이 아니라 目的的으로 프로그램된 것이다. 計劃法은 Wenn-Dann-Schema에 바탕을 둔 법률요건을 포함하지 않고 목표를 정하여 목적프로그램을 확정한다. 따라서 法律執行(Gesetzvollzug)에 대신하여 法律實現(Gesetzesverwirklichung)이 등장한다’라고 설명하고 있으며, 우리나라에서도 計劃法의 구조를 이렇게 파악하고 있다. 자세한 내용은 Niklas Luhmann, 「Lob der Routine», Verw-Arch., 1964, S.1~33 ; Walter Hoppe, 「Zur Struktur von Normen des Planungsrecht», DVBl., 1974, S.641ff. 또한 徐元宇, 「計劃裁量에 대한 法的統制(I)(II)(III)」, 月刊考試 1981.8.9.10. 참조.

족된 경우에는 法律效果가 발생하는 Wenn-Dann-Schema에 의해 구성되어 있다. 따라서 이 경우 行政은 법적용에 있어서 구체적 경우에 대해 法律要件에로의 包攝을 행함으로써 이미 법률에 의해 완전히 내려진 이익평가만을 집행한다. 따라서 이와 같이 규정된 法規範에 있어서는 비록 不確定概念이나 裁量概念이 삽입되어 있다 하더라도 이 영역에서의 행정의 자유영역은 비교적 한정되어 있다. 반면 특별한 法規範(예컨대 계획법 등)은 목표를 설정하고 그 目標를 달성하기 위하여 手段을 확정한다. 이 특수한 구조를 갖춘 법규범은 주로 手段的 構成要素와 目的的 構成要素를 지니고 있으며, Wenn-Dann-Schema에 의한 법규범의 경우보다도 보다 다수의 決定可能性이 부여되어 있다. 그리하여 條件프로그램이 일정한 과거의 사실관계와 관련하는 것이며 일정한 事實關係가 존재하는 때 그 사실이 그 경우에 예정되어 있는 행정작용의 유인으로 되는데 대해(과거지향적), 目的프로그램은 행정이 결정한 상응한 手段을 강구한 때에 달성되어야 할 목표 및 추구하여야 할 목적, 따라서 미래에 있어서 실현하여야 할 상태를 지시하는 것이다(미래지향적). 아울러 決定의 樣式에 대해 條件프로그램의 경우에는 法律의 執行이라고 할 수 있는데 대해 目的프로그램은 法律의 實現을 지향하는 것이라 할 수 있다. 따라서 목적 프로그램은 이념에 대한 높은 연관성을 가지고 있으므로 그 결정에 대해서는 正當性和 結果責任이라는 문제가 발생한다.

법령에 대한 프로그램적 평가, 즉 그것을 條件프로그램으로 할 것인가 또는 目的프로그램으로 할 것인가의 여부를 결정하는 것은 법적 효력결과에 대한 拘束力의 程度를 결정하는데 매우 중요한 의미를 가진다.

目的的으로 프로그램되는 법령은 事實關係를 특정의 법률효과와 결부되고 있는 법률요건으로서 파악하지 않으며, 사실관계를 창조적·주도적으로 개조한다. 따라서 목적적으로 프로그램된 법령은 問題의 解決을 도모하기 보다는 問題의 提起를 제시하며, 목표를 전개하기 위한 형식적 또는 실질적 절차가 배치되고, 그 적용이 규정된다. 그리하여 法律效果를 규정하는 것이 아니라 節次를 규정한다는 점이 특징적인 요소로 등장한다. 이러한 目的프로그램에 적합한 대표적인 법령으로는 각종 計劃法(Planungsrecht)이나 處分法(Maßnahmengesetz) 등이다. 다른 한편 條件的으로 프로그램되는 법령은 사실관계를 특정의 法律效果

와 밀접하게 결부되어 있는 법률요건으로서 파악하며, 따라서 그것은 법률의 執行에 중점을 둔다. 일반적으로 각종 규제법률, 급부법률, 조세관계법률 및 형법, 민법, 상법 등 기본적 법률은 전부 條件的으로 프로그램되는 법령에 속한다. 결국 條件的 또는 目的的으로 프로그램된 법령유형은 입법자로 하여금 어떤 특별한 法律類型의 선택에 즈음하여 완전한 자유를 인정하는 것이 아니라는 것을 제시한다. 그리하여 입법자는 입법에 즈음하여 憲法的 尺度 또는 憲法裁判所가 제시한 결정례를 파악할 필요성이 제기되는 것이다. 특히 目的的으로 프로그램된 법령이 基本權을 제한하거나 형벌을 강화하는 경우에는 법치국가원리, 법적 안정성, 권력분립의 원칙, 민주주의원칙에 위반하는 것임을 인식하여야 할 것이다.

## (2) 介入의 確定

法規範에서 제시된 내용이 특별히 이해관계인에게 요구되는 행위를 달성하기 위해서는 다음과 같은 介入을 위한 원칙을 고려하여야 한다.

- 규범의 위반에 대한 發覺危險性이 높으면 높을수록 규범에 대한 준수도가 향상된다.
- 규범위반에 대한 刑事的 制裁의 개연성이 크면 클수록 규범의 준수도가 높아진다.
- 규범일탈적인 행위로 인하여 획득하는 예상되는 經濟的 利益은 발각위험성이나 형사적 제재강도로서는 規範에 대한 준수도가 향상되지 않는다.
- 違反行爲에 대한 부정적 결과가 철저하면 할수록 規範遵守를 위한 마음의 준비보다 制裁에 대한 불안감이 우위에 있다.

규범에 대한 준수여부는 예상되는 행위에 대한 積極的 制裁 또는 바람직하지 않은 행위에 대한 消極的 制裁의 충분한 검토를 통하여 달성될 수 있다. 즉 제재강도와 집행밀도 및 침해의 개연성에 따라 입법적으로 관철하려는 行爲의 程度를 결정하여야 하는 것이다. 그러나 制裁의 강도와 執行의 밀도는 무제한적으로 고려될 수는 없으며, 적절한 강도와 밀도의 선택은 ①效率性 ②財政的 制限 ③憲法上的 原則 또는 憲法裁判所의 결정례 ④다른 法令에 규정된 내용과의 비

례성 내지 비교가능성의 관점에서 검토되어야 하는 것이다. 介入強度의 확정을 위한 몇 가지 기준을 제시하면 다음과 같다.

○立法의 長點에 관한 사실

- 介入하려는 권리·자유와 관련하여 선택된 立法目的의 성질·중요성  
개입이 실행된 경우에 어떠한 法益이 어느 정도로 실현되는가. 그것은 실질적으로 중요한 정부이익인가 아니면 단순한 법익인가. 그것은 法益의 침해를 방지하는 消極目的인가 아니면 복지국가의 목표와 관련하여 실시되는 積極目的인가
- 立法目的實現의 可能性  
개입의 목적이 실현될 가능성은 어느 정도로 있는가. 그 개입방법을 채용하는 것에서 보다 완화된 다른 방법에 의한 경우에 비해 어느 정도 입법목적의 달성이 전진하는가

○立法의 短點에 관한 사실

- 채용되는 介入手段의 실행에 의한 권리·자유와 제약정도  
개입이 실행된 경우에 어떠한 권리·자유가 어느 정도 제약되는가
- 介入의 實現可能性  
개입이 전면적으로 실행되는 가능성은 어느 정도에 있는가. 그것은 동일한 법목적 달성을 위한 다른 수단과 비교하여 어느 정도로 제약의 엄격성을 증대시키는 것인가

○立法의 長點과 短點의 조화의 문제

- 개입되는 권리가 중요한 것인 경우에는 보호되는 법익도 또한 중요한 것이 한정되도록 되어있는가
- 개입의 존재는 동일한 입법목적달성의 수단 가운데 최저한의 것으로 되어있는가 아니면 합리적인 선택의 하나이나 최저한이 아닌가

이와 같은 介入體系에 따라 개입의 강도를 확정하게 된다. 어떠한 사실관계에 대해 엄격하고 배타적인 측면에서 개입할 가치가 있고 또한 그 개입이 必須的으

로 요구된다면 적절한 介入處方이 요구된다. 개입의 필요성에 따른 介入強度를 확정할 때에는 그 개입강도의 확정으로 인하여 발생하는 法的 效果의 중요성, 범위 등을 고려하여야 함은 물론이다. 法規範의 실현을 위한 개입의 전형적인 유형은 다음과 같다.

○禁止

- 嚴格하고 無制限의인 禁止 : 엄격하게 특정화된 행위는 예외없이 금지된다. 금지는 위반에 대해 벌칙을 부과하거나 또는 정확히 제시한 법률위반적인 행위 또는 행동에 형벌을 부과함으로써 제재한다.
- 許可를 조건으로 한 禁止 : 행위의 일반적 금지는 개별사안에 따라 특정화된 조건하에서는 이를 해제한다. 금지규범은 허가와 관련한 행위를 행정청의 통제하에 두려는 것과 이들 행위를 일반적으로 금지하려는 목적을 가진다.
- 同意를 조건으로 한 禁止 : 어떤 행위에 대해 엄격하게 제시된 상황하에서만 동의거부를 통하여 금지할 수 있다.

○命令

- 行爲義務 : 의무는 구성요건상으로 명확하게 제시된 작위에 대해 가진다. 행위의무는 국가 뿐 아니라 법률의 이해관계인에게도 요구할 수 있다.
- 給付義務 : 급부의무는 행위의무와 마찬가지로 작위, 부작위, 수인에 대해 존재한다. 급부의무는 공법상의 영역에서 국가와 사인간의 가치교환과 관련한다.

○助成

- 급부청구
- 제공/보조

### Ⅲ. 法案作成을 위한 主要 一般準則의 留意

어떤 법형식적인 구축을 위한 조치의 전환은 원칙적으로 道具論的 要求를 확

인하는 것으로서, 그것은 慣例的으로 형성된 절차적합적이고 형식적인 준칙을 반복하는 것을 의미한다. 또한 법안작성을 위한 일반준칙은 이념적으로 모든 法令은 지속성과 안정성을 지향하여야 한다는 척도를 명시적으로 제시하는 것이기도 하다. 여기에 언급하는 주요 일반준칙은 法令案을 射程하는 것으로서, 이 심사기준의 인식과 요청은 법안작성의 정형화에 이바지한다. 나아가 立法者는 법안작성에 즈음하여 이러한 준칙에 익숙하게 적응하도록 용의되어야 한다. 바람직한 법안작성을 위한 主要 一般準則을 제시하면 다음과 같다.

- 憲法的 要求
- 公的 手段使用에 있어서의 原則(경제성/절감성)
- 行政形式性
- 適用適合性

### 1. 憲法的 要求

憲法은 국가의 최고법규로서 입법권을 부여한 授權規範일 뿐 아니라 입법권에 한계를 설정한 권력제한 규범으로서, 立法에 즈음하여 헌법의 명문규정에 위배될 수 없음은 물론 헌법의 基本原理와 基本秩序에 위배되지 않아야 한다. 그러한 의미에서 헌법은 모든 법령의 심사기준이 된다.<sup>73)</sup> 특히 법률의 違憲與否를 심사하면서 헌법규범의 의미와 내용을 발전시키고 보완하는 憲法裁判所의 결정은 법정립행위의 합헌성을 판단하는 경우에 반드시 고려하여야 하는 불변의 기준을 제시하고 있다. 따라서 法令의 立案時에 헌법재판소가 제시한 합헌성판단의 기준을 참고하여 그것을 법령의 심사기준으로 삼아 立案過程에서 중요한 척도로서 고려하여야 한다. 헌법상 요청되는 심사기준을 제시하면 다음과 같다.

#### (1) 規律計劃과 目標定立

①이 단계에서 특히 유의하여야 할 헌법규정으로서는 基本權規定으로서 그 가운

73) Helga Seibert, 「Prüfung der Verfassungsmäßigkeit」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, a.a.O., S.81f.

데 방어권/가치결정적인 기본원칙규정/제도적 보장/참여권과 청구권일반 등으로서, 이들 기본권유형을 法律로서 제한하려는 경우에는 매우 민감하게 대처하여야 할 것이다. 아울러 기본권제한에 있어서 침해할 수 없는 核心的 要素(본질적 내용)를 고려하여야 하며, 법안의 내용에 基本權을 制限하는 경우에는 법률상 명문으로 한정된 범위내에서만 하여야 할 것이다.

② 事案公正性

목표관념, 사안고려와 예측은 납득할 수 있어야 하며 올바르게 測定되고 근거가 명확하여야 한다(정당화통제, 제기된 사건의 조사를 통한 사실확정의 심사)

③ 豫測確實性

입법적 예측과 평가는 合理的이어야 하며, 현존하는 기본권의 침해에 따른 위험의 정도를 명확하게 예측하여야 한다. 입법자의 豫測의 餘地는 법률의 政治外的인 側面과 經濟誘導的인 側面을 참작하여야 한다.

④ 體系正當性

현존하는 법체계상호간에 矛盾이나 抵觸이 있어서는 아니되며, 내부적 법체계가 전체규율의 의미와 목적에 적합하게 구성되어야 한다.

(2) 目的/手段關係

① 이 단계에서 특별히 유의하여야 할 憲法規定으로는 평등의 원칙과 법치국가 원리의 결과로 도출되는 원리인 합법성 - 합법률성, 平等과 正義의 원칙이다.

② 過剩禁止原則

예상되는 기본권침해는 의도한 규율결과와의 관계에서 정립되어야 한다. 실제적인 기초는 오직 기본권제한의 정당화로 향하여야 한다.

③ 恣意禁止原則

합리적 근거있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성존중이라는 헌법 원리에 반하지 않으면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 하여야 한다.

④適合性/必要性原則

기본권제한을 위한 조치는 의도하려는 法的 效果의 달성에 적합하여야 한다. 나아가 적합한 조치의 선택은 목적달성을 위해 必要하고도 效果的이며 상대방에게 最小限의 피해를 주는 것이어야 한다.

(3) 明確性要求

법령의 명확성 요청은 법치국가원리와 민주주의의 원리의 기초를 이룬다.

①規律內容의 明確性

기본권영역에 대한 실질적 조치와 본질적 침해는 반드시 法律의 根據를 요한다. 법률유보의 구체화로서 제시되는 本質性理論(Wesentlichkeitstheorie)은 의회유보의 관점에서 기본권제한의 경우에 타당하다. 본질적이란 基本權實現에 있어서 本質的인 것(wesentlich für die Verwirklichung von Grundrechten)을 의미한다.

②委任의 明確性

하위 법령에 위임하는 경우에는 委任의 내용, 목적과 정도를 명확히 제시하여야 한다. 이 경우 실현하려는 계획의 認識可能性과 헌법적합적인 해석에로의 測定可能性이 필수적으로 요청된다.

③法概念設定의 明確性

불확정법개념의 채용과 재량의 승인은 행정청에게 決定權限을 부여하는 것이어서는 아니되며, 또한 입법자는 개방적인 法領域 가운데 임의적으로 명확성이 요구되는 분야를 설정하여서도 아니된다. 명확성의 요청은 規範自體의 명확성, 적용가능성, 수범자에 대한 인식가능성을 요구하는 것이다.

(4) 法的 安定性

법적 안정성의 차원에서 특히 유의하여야 할 점은 既得權의 溯及的 廢止 또는 負擔의 溯及的 賦課이다. 법률의 효력발생이전에 이미 종결된 과거의 구성요건



에 소급하여 적용되는 眞正溯及效(echte, retroaktive Rückwirkung)는 원칙적으로 금지되며, 헌법적으로 인정되는 것은 현재의 아직 완성되지 아니한 사실이나 법률관계에 장래를 향하여 영향을 미치는 不眞正 溯及效(unechte, retrospektive Rückwirkung)를 가진 법률이다.

## 2. 公的 手段使用에 있어서의 原則(경제성/절감성)

어떤 법적인 조치는 특히 그 시점에서 課題를 수행하는데 중요한 것이어야 한다. 이는 법령의 시행으로 인하여 수반되는 費用 또는 법령에 규정된 어떠한 명령을 수행하는데 소요되는 經費는 그 법령에서 의도한 목적과 그 목적달성에 필요로 하는 수단간의 유효한 관계에 비추어 經濟性이 있도록 하여야 한다(경제성)는 것을 의미한다.<sup>74)</sup> 상위목표의 指示可能性과 후속 법률목적의 명확성도 이러한 경제성의 관점에서 파악할 필요성이 있다. 또한 法的인 課題를 수행하기 위한 수단은 반드시 필요한 범위에 한정하여야 한다(節減性).<sup>75)</sup> 立法에 있어서 目的-手段의 관계에 있어서의 경제성 평가척도는 경영학적인 관점에 따라 이해할 필요가 있다. 즉, 最適의 經濟性을 도모하기 위해서는 最小/最大原則(Mini-Max Regel)에 의거하여, 주어진 목표에 대해 최소한의 수단을 사용할 것인가 아니면 확고한 수단을 채용하여 최대한의 效果를 달성할 것인가라는 점에 대해 양자택일을 하여야 한다. 이러한 관련을 인식하여 각각 개별적으로 目的과 手段의 관계에 대한 경제성을 명확히 평가하여 설정하는 작업을 하여야 하며, 목표 성취가 불확실한 경우에는 手段의 節減이 전면적으로 고려되어야 한다. 또한 이 경우 경제성의 기준에서 산출한 각각의 목적-수단과의 관계에 대해 전체적인 관점에서 상호 비교하여 目的效果에 따라 중요한 수단과 그렇지 아니한 수단간에 차이를 두어 이를 평가하여야 할 것이다.

節減性原則(Sparsamkeitsgrundsatz)은 결과평가에 따른 수단을 평가하여,

74) Rudi Herbold, 「Kosten」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung (Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, a.a.O., S.163f.

75) 이와 관련한 자세한 내용은 Martin-Peter Büch, 「Zur Bestimmung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im öffentlichen Haushalt der Bundesrepublik Deutschland」, Köln 1976 참조.

가능한 한 최소한의 수단을 사용하여 충분한 결과를 달성하여야 한다는 것으로서 한마디로 말한다면 소요되는 支出을 전부 또는 부분적으로 남기는 것을 의미한다. 즉 投入하려는 수단은 임무수행에 필요한 범위에 한정하여야 한다는 것이며, 이러한 최소성의 원리를 의미하는 節減性原則은 목적설정에 대한 수단의 선택시에 반드시 예산의 확정을 통하여 이를 행하여야 할 의무를 뜻한다. 결국 경제성원칙(Wirtschaftlichkeitsgrundsatz)은 規律의 최대화와 節減性원칙(규율의 최소화)으로 이해할 수 있다.

절감성원칙은 「行政은 원칙적으로 豫算計劃에 의거하여 실시되어야 하며, 임의적으로 목표를 설정하는 것은 금지되고 아울러 目的과 수단과의 관계도 예산계획에 의거하여 그것이 완비되어야만 의도하는 바가 충분히 달성될 수 있다」는 관념에서 볼 때 그 의미가 명확하게 된다.<sup>76)</sup> 節減性의 原則은 행정이 어떤 영역에서 과제를 수행함에 있어서 정확한 개념설정하에 목적하려는 방향으로 나아가기 위해서 반드시 필요한 것이며, 이를 경시하는 경우 절감성의 원칙은 最大性의 原理로 변질되어 바람직한 소기의 성과를 거둘 수가 없을 것이다. 그런데 경제성의 원칙과 절감성의 원칙이 상호 대립할 경우에는 經濟性의 原則을 하위에 두어 이를 약화시키거나 또는 포기하는 방향을 나아가야 한다. 따라서 입법자는 과제의 수행을 위한 公的 手段은 가능한 한 최소에 그쳐야 하며, 또한 그 범위는 축소하여야 하는 것이다. 다만 經濟性의 原則과 節減性의 原則을 동등하게 취급하여야 할 필요성이 있는 경우에는 재정적 통제의 관점에서 「어떠한 희생을 치르더라도 節減性의 原則」을 우선시키는 경우에는 비경제적인 효과가 발생할 우려가 있기 때문에 이를 포기하여야 할 것이다.

經濟性/節減性의 原則은 자원재분을 위한 평가와 절차적 준칙이며 목적에 유효한 조치와 수단선택을 위한 중요한 요소라 할 수 있다. 이러한 준칙을 法定立을 위한 의미있는 준칙으로 사용하기 위해서는 다음과 같은 내용을 숙지하여야 할 것이다.

- 어떠한 目標에 적합한 조치를 사용하는 경우에는 경제적 척도에 의하여 조치

76) Klaus Grupp, 「Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Haushaltsrecht」, JZ, 1982, S.236f.

를 선택하는 방법을 결부시켜야 한다. 확정된 목표실현을 위하여 費用의 有用성을 고려한 수단의 최소화에 노력하여야 하며, 조치를 위해 채용한 수단은 상위의 목표실현단계를 기대할 수 있어야 한다.

- 法令은 절감성의 원칙에 따라 목적과 관련한 행위와 결정을 명백하게 규정하여야 한다. 최소성의 원리에 따라 실행하되, 다만 목표지향적 決定과 措置는 경제성의 원칙에 따라 최소성의 원칙을 최대성의 원칙으로 변환할 수 있는 여지를 남겨두어야 한다.
- 법령의 작성은 실행과 관련하여 최소한의 수단을 사용하여 意圖하려는 目的을 달성할 수 있도록 하여야 하며, 특히 법적용과 법적 결과실현(수범자)에 소모되는 비용을 고려하여야 한다.

### 3. 行政形式性

행정형식성(Verwaltungsförmigkeit)이란 법령의 실행을 위해서 합목적적이고 효율적인 과제수행을 위한 組織과 節次技術的인 明確성을 규정하는 것을 의미한다.<sup>77)</sup> 행정형식성은 법의 운용이라는 측면에서 특히 법규범의 效力을 상승시키기 위하여 행정적 실현가능성(Verwaltungspraktikabilität)을 모색하는 것이라 할 수 있다.<sup>78)</sup> 법령의 작성에 있어서 유의하여야 할 行政形式性 내지 行政的 實現可能性의 측면을 제시하면 다음과 같다.<sup>79)</sup>

- 의도하려는 目標觀念이 상위 법령 또는 동등한 다른 법령과 상호 모순·저촉이 발생하지 않도록 권한규정을 명확히 설정할 것
- 구체적 실시가능성, 차별화된 요소의 순차적 전개, 구성요건의 기술, 결정여지, 행위가능성과 의무의 集約化와 抽象化, 기본적 규정의 定型化
- 구성요건적, 법적 결과에 적합하게 법규범의 내용을 사실적합성과 행정적합성에 따라 細分化, 分類化 및 지시등급의 설정 그리고 이러한 형식이 최종적으로

77) W.Hugger, a.a.O., S.188f.

78) Ekkehard Novak, 「Prüfung der Verwaltungsförmigkeit」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, a.a.O., S.127f.

79) 행정적 실현가능성의 관점을 다음과 같은 각도에서 검토하는 견해도 있다.

第2章 立法審査의 體系와 方法論

로는 법적 결과의 실현에 유용한 것이 되도록 유의할 것

- 법적용자와 일정한 수범자가 적절하게 이해할 수 있고 적용할 수 있도록 理解可能性과 명확한 調整可能性이 있을 것
- 개념적 명확성, 명백한 관련요소의 설정과 논리적 구조를 통한 경제적이고 합리적인 適用可能性과 活用可能性의 모색, 그리고 이를 통한 이해가능성, 집행에 있어서의 공정성과 객관성있는 運用可能性을 검토할 것
- 조직상의 일관성/법령의 해석에 따른 현존하는 실상에 대한 독자적이고 직접적인 영향가능성에 관한 認識을 획득할 수 있을 것
- 과제설정에 대한 헌법적인 근거의 명확한 확보와 형성, 실시과 관련한 사항에 있어서 중복을 회피하고 비중있는 사항은 간결한 의미로 完全하게 記述할 것
- 施行部署의 통일과 임무수행의 일관성을 위한 가능한 한 행정조직의 광범위한

행위의 전제	I. 행정상 행위능력의 조건 1. 정보제공 2. 권한 3. 완벽성
인식의 전제	4. 이해성 5. 명확성(간결성) 6. 조망가능성
지속성	7. 무모순성 8. 적합성 9. 비중복성
행위능력	10. 단력적 행위가능성 11. 실행가능성 12. 외부적 자극으로부터의 자주성
행정조직적 측면	II. 집행비용의 관점 13. 처리경비 14. 전문지식의 필요성 15. 시간적 소요
행정내부적 상호작용	16. 조정필요성 17. 협력필요성 18. 보고필요성
행정상 상호작용	19. 갈등의 규율필요성 20. 통제/제재비용 21. 확장필요성

Renate Mayntz, 「Berücksichtigung von Implementationsproblemen bei der Gesetzesentwicklung」, in : D.Grimm/W.Maihofer(Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, a.a.O., S.143f.

일치성을 도모할 것

- 행정의 투명성, 통일성, 조직성과 업무적합성에 상응하도록 하고, 법령에 규정된 소정의 절차진행에 있어서 合理化의 도모와 自動化에 적합할 수 있도록 할 것
- 시행을 위해 필요한 업무를 담당하는 기관(부서) 및 신고의무의 최소화를 도모하고, 法適用者와 受範者間에 행정상 업무협조가 필요한 경우를 제외한 빈번한 접촉의 최소화를 도모할 것
- 방대한 새로운 과제가 대두되어 법령의 개정이 요구될 때에는 행정의 수행에 적합한 組織形式을 확인할 것
- 과제의 달성과 절차의 진행중에 제기된 반작용이나 요구에 관해 참여 내지 협력의 필요성을 새로이 受容할 것인지의 여부를 각각 심사할 것
- 법령의 바람직한 집행을 위한 필요한 인원수 및 자격자의 적절한 배치, 행정 기술적인 비품 등의 需要를 豫測할 것
- 법적용자가 필요로 하는 정확한 정보의 완비 및 법적용자가 사용하기에 편리한 정보의 開發可能性을 적극 모색할 것
- 법률목적의 달성가능성과 立法者의 의도가 법적용자에게 건설적이고 동기부여적인 사고를 제시할 수 있을 것
- 실제의 집행단계에서 裁量이 부여된 곳에서의 재량확정 또는 불확정법개념에 대한 해석의 운용에 대한 판단능력이 있을 것
- 法適用에 있어서 사실인식, 확인 및 평가 등에 대한 명확한 인식이 부여될 것
- 構成要件과 관련한 사실의 핵심부분의 인식에 있어서 상상력과 창의성이 용의될 것
- 조정과정 또는 결정과정에 있어서 意見이 대립하는 경우에 自主性이 부여될 수 있을 것
- 協力者에 대해 개방적이고 탄력성이 부여될 것

#### 4. 適用適合性

法令의 규정내용은 적용이 가능하게 체계적이고 논리적인 구성을 갖추어야 하며, 동등한 事實과 概念群은 상호 연관성있게 동등하게 관련시켜 배열하여야 하

고 구분되는 사실과 개념군은 별도로 배열하여야 한다.<sup>80)</sup> 아울러 單語選擇에 있어서는 이해하기 쉽게 정식화하여야 하며, 가능한 한 해석의 여지를 허용하지 않는 단어를 선택하여야 한다. 또한 가능한 한 완전하게 理解할 수 있고 사안별로 한계를 명확히 설정하도록 하여야 한다. 不確定法概念의 선택은 불가피하게 필요한 경우에 한정하고, 일반조항 내지 재량조항은 하위법령에서 보완되어야 한다. 이러한 일반론적인 기준을 좀더 구체화하여 살펴보면 다음과 같다.

- 規制는 가능한 한 예외적인 경우에 한정하되, 또한 최소한도의 규제에 그쳐야 하며 확정된 내용을 빈번한 改正하거나 경미한 사안을 규제하는 것은 피하여야 한다.
- 規律은 가능한 한 정형되고 망라적이어야 하며, 개별화는 최소한에 그쳐야 한다.
- 다른 法令과의 관계를 비교하여 체계상의 균등성과 표현의 일관성을 고려하여야 한다.
- 數值計算을 위한 수학적 공식을 표시할 경우에는 도표를 첨부하도록 한다.
- 限時的 規律은 가능한 한 단기간으로 하여야 한다.
- 특별한 權限이나 節次를 규정하는 형식은 무시되어야 한다.
- 協力이나 同意를 조건으로 하는 내용은 필수불가결한 경우에 한정하여야 한다.
- 수범자에게 일정한 節次와 形式을 요하는 내용은 그 범위를 수범자가 명확히 이해할 수 있도록 표현하여야 한다.

適用適合性の 문제를 수범자친숙성, 탄력적 운용가능성 및 행정고객에 대한 사적 영역의 보호라는 측면에서 유의하여야 할 점을 제시하면 다음과 같다.

- 法令에서 제시된 모든 규율의 명확성(특히 정의규정에 있어서 추론적으로 설정하는 것은 포기하여야 한다)
- 表示, 記號 등의 일의성
- 규정체계상 적합한 구성을 구비할 것

---

80) Gerda Thielier-Mevissen, 「Automationsgerechtheit」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, a.a.O., S.115f.

- 表現의 명확성과 투명성
- 다른 법령과의 표현기술의 조화

이리하여 立法者는 입법을 위한 실질적·내용적인 결정을 행하는 것이나 그때 공식적인 결정을 도출하는 個個의 節次에 대하여 가능한 한 그것을 공개하고 그 결정에 이르는 근거를 가능한 한 상세히 공표할 것이 요청된다. 그렇게 함으로써 법률의 규범내용에 관한 理解가 용이하게 되며 나아가 憲法裁判所에 의한 입법자의사의 확정, 적절한 사후심사가 가능하게 된다. 입법은 상술한 바와 같이 입법자에 의한 문제점의 이해·인식으로 시작하며, 공식적인 決定으로서 종결하는 것이나 그러나 이 결정으로서 입법의 전과정이 완결했다고 볼 수는 없다. 그곳에서는 나아가 그 결정이 과연 타당한 것이었는가의 여부에 관하여 立法者 스스로가 사후적으로 심사하고 통제를 가하는 것이 기대되고 있는 것이다. 이 사후적 통제는 첫째, 立法者가 그 일반적인 입법개선 의무를 다함으로써 둘째로, 법률의 施行狀況에 관하여 수시로 점검함으로써 그리고 셋째로, 法院의 법령심사, 국민의 선거와 청원, 輿論과 학계의 논의 등을 계기로서 거두어야 할 것이다.<sup>81)</sup>

---

81) H.Hill, a.a.O., S.79f.

## 第4節 立法形式의 定立段階

### I. 意義

立法의 형식적 정립단계는 앞서 살펴본 內容의 形成段階에서 마련된 입법적 판단을 토대로 일반적·추상적인 행위를 일정하게 제시된 수단으로 言語的인 記號와 文體로 작성하여 개별적인 사항으로 轉換하는 과정을 의미한다. 이 과정은 개별 법령을 정식화하고 적절한 概念的 表現을 탐색하여 사항에 적합하게 전문화, 일반화, 구체화 또는 추상화하는 것이며, 法實際的인 屬性을 정확하게 제시하여 법적용자에게 법해석의 지침을 제공하고 개념적으로 어떠한 행위에 대한 적절한 周知를 도모함으로써 수범자에게 이를 전달하는 노력이기도 하다. 이러한 形式的 定立段階는 크게 법실체적 요소의 정립단계와 법기술적 작성단계로 나누어 볼 수 있다. 아울러 法規範의 발견을 위한 이 일련의 사고과정에는 다음의 인식을 전제로 검토되어야 한다.

- 歸納的 : 법문의 구성요건을 탐색하는데 있어서는 가능한 多數의 그리고 實際에 적용하는 사례를 모색하여 概念的으로 보편화하고 추상화하여야 한다. 규범의 개념은 특별한 경우에만 그 의미와 내용의 범위를 한정하여야 한다. 실제에 적용하는 法文을 작성함으로써 현저하게 그 構成이 상실되는 경우에도 실제에의 적용을 우선하여야 한다.
- 演繹的 : 계획조항, 의지표명 또는 效力假說과 결과예견조항은 별도로 분리하여 독립하고 法形式的으로 구체적인 표현으로 정립하여야 한다. 복잡하게 구성된 법문은 실제와 사항에 즉응하여 전달될 수 있도록 충분히 검토하여야 한다.

결국 바람직한 法案作成을 위해서는 위의 두 가지 명제에 제시한 태도관점을 지녀야 할 것이다. 또한 규율동기와 목표에 대해 지속적으로 재검토하여 構成要件과 관련한 사항을 보완하는 한편, 직접적으로 問題의 發見과 목표정립에서 도출된 평가와 결정기준을 근거로 관련 要素에 대한 개념설정과 언어적 표현방법



을 수립하는 작업이 매우 중요하다.

## Ⅱ. 法實體的 定立段階

### 1. 法規範의 序列(等級)選擇

立法者가 다양한 법규범의 態樣가운데 어떠한 법규범을 선택할 것인가에 대한 법규범등급의 선택은 자유롭지 않다. 立法構成에 있어서는 의미적합적인 서열선택의 척도로서 段階正當性(Stufengerechtigkeit)이라는 한계가 존재한다. 즉 모든 法規範은 헌법을 정점으로 法律-命令-規則이라는 계층적 질서가 존재하며 각 법령의 형식은 각기 다른 강한 형식적 효력을 인정받고 있으며, 法體系·法秩序의 상호 모순과 저축을 방지하기 위하여 각 법령마다 所管事項을 규정하고 있다.<sup>82)</sup> 따라서 立法者는 법령의 서열을 정하는데 있어서 目的適合的이고 事案에 적합한 규율단계를 선택하여 법규범을 설정하여야 한다. 그러나 어떠한 事案을 법률로 정할 것인가 또는 명령·규칙으로 정립할 것인가에 대해서는 일관성 있고 체계적인 基準이 존재하지 아니한다. 결국 이 문제는 법치국가에서의 法律의 意義와 機能 및 議會留保 내지 법률유보의 범위와 강도에 따라 달라질 수 밖에 없다.<sup>83)</sup> 이러한 관점에서 법규범의 序列選擇에 대한 몇가지 기준을 살펴보면 다음과 같다.<sup>84)</sup>

82) 이에 관한 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(Ⅰ)-立法基礎理論과 立法技術-」, 152면 이하; 曹正燦, 「立法形式과 所管事項」, 法制研究 제7호, 1994, 236면 이하 참조.

83) 李康熾, 「議會留保의 原則」, 月刊考試 1985.1., 62면.

84) 참고로 국내에서 議會留保의 적용범위의 지시관점에서 법규범의 서열선택을 지시하는 견해를 살펴보면, ①특히 반드시 議會의 심의절차를 밟지 않아도 된다고 생각되는 사항으로서 議會에서 公開的 審議節次를 통하여 상호 타협하거나 이익형량을 행할 필요가 없는 순수 법률시행규정, 授業·進級問題 등의 기술적 전문적 사항, 상위의 법원칙을 機械的으로 구체화하는 결과밖에 가져올 수 없고 어떤 타협이나 이익형량을 행할 여지가 전혀 없는 사항, 計劃法의 부문에서와 같이 행정부문에서 의회에서의 심의절차와 마찬가지로 서로 대립하는 의견이나 이해를 조절하고 타협하는 과정을 거치는 부문, 科學技術의 분야와 같이 상대적으로 변경이 자주 행해지는 부문을 지적하는 견해(李康

(1) 規律所在의 重要性

法律은 헌법상 다른 법률종속적 규율보다도 높은 지위와 가치를 부여받고 있다. 이는 법률의 우위뿐만 아니라 법률의 法律從屬的 規律에 대한 조종기능으로부터 나온다. 또한 法律의 제정절차는 본질적으로 보다 定式化되어있고 보다 복잡한 절차로 이루어져 있으며 보다 철저한 審議를 보장하고 있다. 그리고 법률 제정절차는 더 많은 민주적 정당성을 가지고 있다. 선거에 의하여 國民으로부터 직접 선출되었다는 人的 民主的 正當性이 아니라, 의회의 입법절차에는 반대파의 참가가 보장되어 있고 민주적 다수결이 행하여지기 때문이다. 이 모든 것에 의하면 法律制定節次는 본질적으로 보다 복잡하고 보다 집중적이며 민주주의적·법치국가적 요청을 보다 만족시켜주며, 이러한 절차를 거쳐 제정된 法律은 더 높은 지위를 누리게 되는 것이다. 따라서 내용과 형식의 비례라는 요청에 의할 때 특별히 重要하고 原則的이고 方向設定的인 決定은 오직 법률로 하여야 한다. 憲法이 보다 복잡한 절차와 그렇지 않은 것을 구별하고 법률과 명령에 대하여 상이한 규정을 두며 이 두 가지의 法規範에 상이한 헌법적 지위를 부여하고 있다면 특별히 의미있고 個人이나 公衆에게 특별히 중대한 영향을 끼치는 규율소재는 보다 복잡하고 철저한 절차로 정립되는 法律로 정하여야 하는 것이다.

특히 국민의 自由와 權利와 관련한 중요한 규율은 반드시 법률로 행하여야 한다. 법률과 법률종속적 규율의 機能과 構造的 差異에서 볼 때 법률이 보다 기본권에 적합하며, 기본권보호적인 결정을 가져오기에 보다 적합하다는 점이다.<sup>85)</sup> 그러나 基本權과 관련된 일체의 결정이 법률로 행해질 수는 없기 때문에 이를 좀더 具體化하여 살펴볼 필요성이 있다.<sup>86)</sup> 즉 ①국가와 시민이 당사자로서 서로

嚇, 前揭論文, 62~68面) ②객관적 중요성, 私人的 기본권적 지위에 대한 규율의 강도, 이해관계인의 범위, 民主的 意思形成過程이라는 관점에서의 規律의 정치적 중요성, 聯邦制의 관점에서의 정치적 중요성, 국가 및 사인에 대한 財政的 重要性, 조직·관리의 중요성 등을 법률사항의 척도로 제시하는 견해(徐元宇, 「行政의 留保論의 問題點(下)」, 考試研究 83~84面) ③규율의 중요성, 기본권적 중요성, 정치적 중요성을 지적하는 견해(趙泰齊, 「法律의 留保原則에 관한 研究 -議會留保를 중심으로-」, 한양대 博士論文 1992.12., 144~160面) 등이 있다.

85) Georg Müller, 「Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung」, Basel und Stuttgart 1979, S.110f.

86) 趙泰齊, 前揭論文, 146面 以下 참조.

대립하는 一面的 基本權規律(Eindimensionale Grundrechtsregelungen)에서는 개인의 기본권영역에 대한 국가적 침해로부터의 豫防的 基本權保護가 매우 중요한 의미를 가지므로 이러한 영역에서는 반드시 법률로 정하여야 한다. ② 국가가 基本權主體 상호간의 기본권영역을 구획해 주어야 하는 多面的 基本權規律(Mehrdimensionale Grundrechtsregelungen)에서는 대립하는 기본권주체 상호간의 기본권범위를 형량하여 구획함으로써 基本權領域上의 목적충들의 필수적 이해조정과 결정을 도모하는 것이므로 반드시 법률로 정하여야 한다. ③ 위의 두 가지 요소가 포괄된 複合的 基本權規律(Komplexe Grundrechtsregelungen)에서는 특히 상이한 정치적·사회적 및 세계관적·법적인 이익과 관점이 조정되어야 하므로 法律로 행하여야 한다. 지배적인 가치의 적절한 변천의 문제는 法律形式으로서 해결하는 것이 가장 적합하며, 利益狀況이 복잡하면 할수록 법률제정권자인 의회에서 필요한 규율을 하는 것이 가장 바람직 한 것이다. 多面的이고 複合的인 기본권관계에 있어서 입법자의 과제는 現在的이거나 潛在的인 기본권 상충관계를 조절하는데 있으며, 입법자는 그 충돌관계를 미리 法律 가운데에 해결해 두어야 한다. 만약 이것이 가능하지 않다면 입법자는 집행권에 의하여 개개의 경우에 행해질 수 있는 衝突關係의 해결방안을 가능한 한 미리 규정해야 하고 경우에 따라서는 實體的 規定이 가질 수 있는 만일의 불명확성을 보상하기 위해 組織規定과 節次規定을 제정하여야 한다.

그리고 法律의 優位原則이라는 입장에서 명령보다 법률에 더 많은 법적 가치가 부여되고 있는 관점에서 본다면 綱領的 規律, 근본적·지도적 결정, 大綱的·原則的 規律 등은 명령이 아닌 法律로 정하여야 한다. 특히 경제적·사회적 정책상의 근본적인 결정은 보다 상위의 法規範段階에서 행하여 져야 하는 것이다.

## (2) 議會主義的 正當化의 必要性

議會留保(Parlamentsvorbehalt)의 의미에 의하면 일정한 요건하에서는 일정한 규율은 의회법률로서 행하여져야 하며 또한 그 규율은 明確性을 가져야 한다는 것이다.<sup>87)</sup> 이러한 議會留保는 입법권의 필수적 활동을 표현하는 것으로서,

87) Carl Eugen Eberle, 「Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt」, DÖV.

의회유보의 타당영역에 있어서는 입법자는 그 규율대상을 命令制定權者에게 위임할 수 없음을 의미한다. 의회유보가 적용되는 한 法規範의 序列選擇은 의회의 자의에 맡겨져 있는 것이 아니며, 법률종속적 입법행위에 의한 규율은 금지된다. 이러한 議會留保原則이라는 관점에서 볼 때 특히 法律이 국회의 심의를 거친다는 점이 특별한 의미를 가진다. 의회에서의 심의를 통하여 法律案의 내용이 공개적으로 토론되고 그러한 과정을 통해서 민의가 수렴되며, 여러 가지 상이한 의견이 서로 妥協할 수 있다는 점은 국회에서의 심의가 가지는 최대의 효과라고 할 수 있다.<sup>88)</sup>

그러한 의미에서 의회에서 公開的 審議節次를 통하여 상호 타협하거나 이익형량을 도모할 필요가 있는 법규범은 민주적 정당성의 차원에서 議會法律로서 행하여야 하는 것이 바람직한 것이다. 또한 少數保護의 필요성이 존재할 경우에도 의회유보의 타당성이 지적된다. 법률의 제정절차, 즉 議會立法節次는 소수보호의 기능을 수행한다. 소수의 이익을 고려를 위한 절차법적 수단이 명령제정절차보다 더 잘 보장되어 있다. 어떠한 규율대상을 議會에 귀속시킴으로써 소수가 전혀 고려됨이 없이 방치되는 결과는 없어지는 것이다. 적어도 다수가 소수의 입장을 논의과정에서 근본적으로 검토하고 그 자신의 입장에 충분한 根據를 제시하도록 하기 위해서 의회는 반대파의 참가를 보장한다. 이로써 의회는 민주적 多數決原理와 少數의 保護를 명령제정절차에 있어서 보다 더 잘 조절할 수 있다. 따라서 법률은 민주적인 다수파의 결정이라는 평가를 받고 있으면서도 命令制定節次와 비교할 때 소수파의 참가라는 성질을 가진다. 다수결결정의 과정에서 반대파의 정당한 권리가 중요하게 관계될 수 있는 내용은 命令에 의하여 행해질 수 없는 것이다.

이러한 관점에서 볼 때 주요한 政治的 論爭事項은 반드시 법률이라는 수단으로 결정되어야 한다. 이는 무엇보다도 법률의 제정기관인 의회는 政治勢力間의 특별한 논쟁사항에 대한 討論과 최종적 결정을 위하여 결정절차에의 반대파의 참가를 예정하고 있기 때문이다. 그리고 議會의 立法節次에 구조적으로 마련되어 있는 타협의 강제, 결정이유 내지 근거의 강제, 따라서 기대되는 法律制定節

1984, S.485f.

88) 李康熾, 前掲論文, 62面.

次の 보다 커다란 통합실현기능을 거둘 수 있기 때문이다. 法律制定節次가 명령 제정절차보다 커다란 공개성과 투명성을 가진다면 논쟁이 되고 있는 견해가 토론의 과정에서 분명하게 요약되고 명확해질 수 있는 사항은 반드시 法律로 하여야 하는 것이다.<sup>89)</sup>

### (3) 法定立의 經濟性

법률의 제정절차와 명령의 제정절차를 비교할 때 前者는 본질적으로 매우 정식적이며 복잡하며, 後者는 덜 번잡하므로 신속한 규율화 내지 규율변경으로 나아갈 수 있다. 따라서 법률의 제정은 人的·物的으로 다수의 비용과 시간적 소모를 요하는 반면 명령의 제정절차는 비교적 유연성을 가지고 있어서 법률의 경우보다는 立法經濟的인 측면에서 費用과 時間의 節減을 가져올 수 있다.

### (4) 法認識과 法的 安定性

어떠한 規律의 상대방 내지 이해관계인이 광범하면 할수록 그 규율에 대한 폭넓은 法認識을 확산하여 법적 안정성을 도모할 필요성과 중요성이 증대되므로 이러한 受範者範圍의 광범성은 범규범의 서열을 정하는 중요한 척도가 된다. 따라서 소수에게 적용되는 규정도 물론 커다란 意義가 있을 수 있음은 오늘날 處分的 法律의 증대현상을 보아도 명확히 알 수 있으나, 전체적으로 볼 때 어떠한 규율내용이 適用事例를 더 많이 가질수록 그 規律은 더욱 더 중요한 것으로 간주되므로 이 경우에는 반드시 법률로 하여야 한다. 아울러 어떠한 規律이 未來의 世代에 대하여까지 결과를 야기할 정도로 장기적 확정성을 가진 것(예컨대 핵폐기물의 처리문제/원자력발전소의 건설/교육과정의 확정/군비문제와 관련한 사항 등)이라면 이는 반드시 法律로 정하여 법적 안정성을 도모하여야 한다. 그리고 그 사회의 오랜 경험의 축적으로 성립한 慣習法의 改廢도 법적 안정성의 차원에서 法律로서 하는 것이 적합하다.

89) Michael Kloepfer, 「Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder Grenze des Gesetzesvorbehalts?」, in : Hermann Hill(Hrsg.), Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, Berlin 1989, S.192.

(5) 狀況適合성과 持續性

지금까지의 상태를 본질적으로 변경시키는 결정은 法律이 타당성을 지시하여 준다. 따라서 狀況適合성과 持續性이라는 척도는 법률의 타당지표인 것이다. 그러나 규율사항에 대한 명확한 기본원칙부문을 제외한 신속한 변경과 專門技術의 側面에서의 상황적합성과 지속성이 요구되는 부문은 命命으로도 가능하다.

(6) 法秩序의 眺望可能性

내용적 측면에서 규율단계에 대한 적절한 선택은 法令의 존립에 매우 중요한 의미를 가지는 透明性(Transparenz)을 담보하여 준다. 따라서 사소한 내용에 대한 규율의 확장과 광범한 규율밀도의 채용과 같은 일방적인 法定立行爲는 법률서의 조망가능성을 침해하는 것이 된다. 法律의 制定은 더 많은 시간과 노력을 요하며 이해관계인의 보다 많은 참여가 보장되어 결과적으로 철저하기 때문에 命命보다도 높은 합리성을 부여받는다. 따라서 사실상의 관점에서 필수적으로 不確實性이 존재할 수밖에 없고 특히 潛在的 危險性이 내포되어 있는 예측적 성질을 가지는 결정은 법률로 하는 것이 적합하다. 이러한 관점은 상당한 잠재적 위험성이 내재되어 있거나 커다란 費用을 들인 후에만 변화시킬 수 있는 미래를 확정하는 규율에서 그 효력을 발휘할 것이다.

2. 規律段階(強度)의 確定

규율단계는 법적인 實行을 위하여 규율영역을 구체적으로 세분화하고 전문화하는 단계를 의미한다. 즉 그것은 법적으로 규율하여야 할 사항과 규율할 필요가 없는 사항을 구별하는 한편 나아가 規律必要性이 있는 사항에 대하여는 규율의 강도를 확정하는 것이라고 할 수 있다. 올바른 관점에서의 규율단계의 確定 내지 選擇은 다음의 물음에 대한 결과로서 제시된다.

- 입법자가 法素材를 조정하는데 있어서 어느 정도로 완전하고 정밀하게 할 것인가

- 입법자가 세련된 規律을 위하여 어느 정도의 역량을 발휘하여야 할 것인가

첫 번째의 질문은 특히 法政策的이며 法實際的인 觀點에서 제기되는 것으로서, 다양하게 구별되고 있는 規律사항을 어떻게 각 사항내용의 特殊性에 상응하여 개별화할 것인가라는 점이다. 두 번째의 질문은 憲法的, 立法技術的 觀點에서 제기되는 것으로서 집행 내지 시행과 관련되는 것이다. 이는 우선 입법자의 規律화에 따른 自由度(Freiheitsgraden)와 법적용기관의 소재의 관계를 확인하는 것이다. 어느 입법기관에게 法定立行爲를 유보할 것이며, 規律영역에 대하여 어느 정도의 범위에서 법정립위임을 인정할 것인가를 결정하는 것이다. 그리고 事案에 따라 어느 정도 포괄적인 規律을 할 필요성이 있는 부분을 우선적으로 정하되, 처음부터 엄격하거나 상세하고 평면적인 구조로 規律하는 것은 止揚하여야 한다. 중요한 내용, 어떤 사안을 자주 위반할 가능성이 많은 부분 등은 가능한 한 簡潔하고 明確하게 規律하여야 한다. 구성요건요소에 대한 불확실한 나열이 필요한 경우에는 이를 차단할 것이 아니라, 規律에 적합한 경우에는 一般條項을 사용하는 것도 바람직하다고 볼 수 있다. 모든 規律내용이 간결하고 명확하게 정리되어 통용될 것을 요구하는 것은 무리이며, 실제로 法定立機關의 추상화의 수준은 法官의 解釋으로 추상적인 내용이 어느 정도 명확하게 제시될 수 있을 정도라면 이를 인정하여야 한다. 때로는 個別的·具體的 事實을 적절하게 결정하거나 사실관계가 조정이 불가능할 정도로 다양한 내용을 포함하는 경우 또는 내용의 변경을 확정하는데 어떤 권위있는 價値評價를 특별히 고려하여야 하는 경우 등에는 의식적으로 결함있는 規律을 할 필요성도 있다.

行政의 執行密度는 規律내용을 충족시킬 수 있도록 전문적인 수법을 동원하여 감독하고 통제하는 한편 規律내용의 불이행에 대한 制裁手段의 선택에 있어서도 시민이 規律내용을 준수할 수 있을 정도로 적절한 것이어야 한다. 規律내용을 집행하는 행정기관도 規律內容의 진행경과와 처리를 위한 내부활동에 있어서 주도권을 가지고 활동할 수 있도록 집중화하여야 한다. 規律의 內容을 실행하기에 부적합한 부서에서 規律내용이 집행된다면 그것은 결국 市民에게 부담을 가중하는 것이고 시간낭비밖에 되지 않는다. 아울러 목표설정, 통합, 자원의 이용, 환경친화성 등을 위해서는 規律內容의 실행에 있어서 비공식적인 행정작용의 수법을 적절하게 채용하는 것도 바람직하다. 경우에 따라서는 특히 이러한 非公式的

인 行政作用의 채용은 법적합성, 평등한 취급, 법적 안정성, 사회적 약자의 보호와 민주적인 참여권의 담보의 측면에서 합리적으로 기능하게 된다.

규율밀도를 감안하는 경우에는 다음의 관점을 내부적으로 충분히 인식하여 최적의 規律密度가 되도록 하여야 한다.

- 法律目標指向的 側面 : 충분한 집행성, 규율의 명확성과 확정성
- 適用指向的 側面 : 규율목적에 적합한 사안적합성과 신축성있는 운용가능성
- 關聯性指向的 側面 : 관련사항의 동등성, 다른 분야의 입장고려가능성과 이해가능성

### 3. 委任의 範圍

立法權은 국회에 속한다는 것은 입법자가 법규범에 관한 모든 결정을 직접 행하여야 하는 것을 의미하는 것은 아니며, 또한 그렇게 할 수도 없다. 立法者는 헌법이 그 결정을 법률에 유보하여 둔 범위내에서 責任을 부담하는데 불과한 것이다. 법규범으로서의 법률의 성격과 규범화하는 즉 尺度를 제공하는 입법의 임무로부터 모든 임의의 문제를 입법대상으로 하는 것을 배제하는 內在的 限界가 도출된다.<sup>90)</sup> 여기에서 議會가 가지는 입법권을 下位立法에 위임하여야 할 필요성이 발생한다. 그 필요성은 구체적으로는 執行府의 영향력의 상승과 議會의 입법부담가중으로 나타난다. 오늘날 사회국가에서 사회현상은 복잡성·전문성을 띠게 되고, 國民生活에의 국가적 개입의 빈도가 점차 증대되면서 이를 규율하는 法律 역시 專門性과 技術性을 구비하지 않을 수 없게 되었다. 이러한 法律의 내용상의 복합성은 많은 사람들이 法定立機能에 참여할 것을 요구한다. 특히 執行府가 법정립에 참여하게 된다는 것은 오늘날 법치국가적 유보에도 불구하고 학문적 영역에서도 인정되고 執行府內部의 지침에 의해 규율되고 실무에 있어서도 허용되고 있다.<sup>91)</sup> 그러나 집행부가 입법활동에 광범위하게 참여하는 것이 필연적 현상이면서도 또한 그에 따른 많은 問題點이 도출된다. 그 이유는 집행부는

90) H.Schneider, a.a.O., S.17f.

91) R.Hotz, 「Methodische Rechtsetzung」, a.a.O., S.94.



방대한 관료조직을 배경으로 하여 社會變化에 대응하는 능력이 비전문적인 의원들로 구성된 의회보다 훨씬 앞서고 있고, 行政立法의 과잉증대는 자칫하면 의회의 입법권의 본질을 침해할 가능성이 많기 때문이다. 뿐만 아니라 執行府는 법정립에서 부분적 임무를 수행하기 때문에 보다 良好한 法에 대한 문제가 간과될 우려가 있다. 또한 입법의 임무를 예외없이 의회에 유보하는 경우 그것은 議會의 과잉부담을 초래하게 된다. 동시에 명령제정은 立法節次의 번잡한 과정과 비교하여 볼 때 일반적 구속력있는 법규범의 형식을 명백히 단순화하고 촉진시키는데 그 意義가 있으며 의회의 이해관계에서 벗어나는 법정립을 가능하게 한다.

그리하여 議會의 立法權이 다른 국가기관, 특히 집행부에 위임될 수 있다는 점에 대해서는 확립된 것으로서 정착되어 있으며, 각국의 헌법에서도 이를 명문으로 규정하고 있는 실정이다.<sup>92)</sup> 그러나 立法權委任의 필요성 내지 행정입법의 필요성이 의회의 입법과 집행부의 法定立을 명확히 구별해주고 있는 것은 아니다. 憲法 역시 이 점에 관해서는 침묵을 지키고 있어서 그 해명은 자연히 학설과 판례의 역할에 맡겨지게 된다. 기타 行政規則의 법규범적 성격, 행정입법의 한계 등의 문제가 제기된다. 특히 立法權委任의 限界와 관련하여 헌법이 일정한 규율을 오로지 입법자에게 유보한 경우 또는 입법자가 스스로 몇 가지 사항을 종국적으로 이미 규범화한 경우에는 行政立法에 委任할 수 없게 된다.<sup>93)</sup> 아울러 立法者가 법률의 시행령을 정립하는 권한을 집행권에 위임하는 경우에도 그 형식상 구체적으로 範圍를 정하여 위임하는 것이 일반적인 현상이다. 포괄적이고 일반적 수권을 인정하는 경우 그것은 憲法의 基本原則의 하나인 권력분립의 원리를 근본적으로 파괴하는 결과를 가져오기 때문이다.<sup>94)</sup>

92) 우리 憲法 제75조, 獨逸基本法 제80조 등 參照.

93) W.Hugger, a.a.O., S.53.

94) 包括的 委任의 禁止와 관련하여 가장 상세한 규정을 두고 있는 것이 독일기본법 제80조이다. 이 조항은 聯邦議會의 立法權과 責任을 약화시키지 않기 위하여 법규명령의 제정에서 「……위임된 권한의 내용·목적 및 범위가 법률에 확정되어 있어야」 할 것을 요구하고 있다. 이러한 確定性의 原則(Bestimmtheitserfordernisse)은 입법자로 하여금 법규명령의 방향에 관하여 직접 관심을 가지도록 한다. 立法者는 모든 것을 執行府에 이양함으로써 立法에 관한 책임에서 벗어날 수 없으며, 집행부에 지침을 제공하여야 한다. 다른 한편으로 이러한 요청은 議會의 活動뿐만 아니라 命令定立者의 가동성(Beweglichkeit)도 억제하고 있다. 그 이유는 입법자는 각료가 주어진 시기에 무엇에

결국 委任立法의 보급은 변화된 민주주의관의 결과가 아니라 실제적 필요의 요청에 따른 것임을 알 수 있고, 변화되는 法規定改正의 필요성을 다소 신속하고 적합하게 실효적으로 고려하기 위한 것이며, 집행부의 法定立의 일부를 이양하는 것은 입법부의 부담경감을 위한 것임을 알 수 있다. 그렇다면 실제적으로 어떠한 경우에 委任立法이 허용되는가 허용된다면 어떠한 事案에 대해 위임이 허용되는가가 문제된다. 우선 법정립권한의 위임은 다음과 같은 관점에서 검토하여야 한다.<sup>95)</sup>

- 현상의 세분화필요의 적합성과 인식가능성
- 빈번한 개정, 전문적인 세부규율의 필요성
- 기본법률의 규율구조에 대한 고차의 존속보장성
- 신뢰할 수 있을 정도의 법률목표명확성
- 단순한 규범적 법평등이 아닌 실제상의 전제로서 바람직한 동등한 규율결과의 보장
- 기본법률의 효력전개의 관점에서 하위 명령에 위임할 긴급성과 개연성

위와 같은 觀點에 입각하여 위임가능성의 척도를 살펴보면 다음과 같이 정리

---

관하여 더 狀況에 근접하고 더 적절하게 결정할 수 있는가에 관하여 이미 먼저 方針을 정하고 있어야 하기 때문이다. 이러한 確定性의 原則은 법치국의 원리, 특히 권력분립주의와 민주주의원리에 그 근원을 두고 있다. 그리하여 聯邦憲法裁判所도 그 판례를 통하여 「국민은 어떠한 경향을 가지고 수권이 행사되는가 또한 수권을 기초로 하여 정립되는 命令이 어떠한 내용을 가질 수 있는가를 授權法律로부터 아주 명백히 예견할 수 있어야 할 것」을 요구하고 있다(BVerfGE 29, 210). 立法者는 명령제정권자가 달성하려는 目的과 그에 동원되는 手段의 確定性을 통하여 授權의 限界를 직접 제시하여야 한다. 이 경우 명령제정권자가 상황변화에 적응할 수 있도록 하기 위하여 不確定概念이나 一般條項의 사용을 단념할 수 없다는 것을 인정하고 있다. 그러나 이 確定性의 原則은 개별사안을 결정하는데 어떤 구체적인 척도도 提供하고 있지 않다는 비판도 있다. 그리하여 確定性의 원칙을 완화하여 議會의 統制를 강화하자는 의견도 있다. 그것은 법률에 의한 명령수권의 수가 많은 경우에 때때로 管轄權의 상치 내지 경합을 피할 수 없기 때문이다. 또한 다수의 法律에 의한 수권에 기초하는 명령을 후에 개정하는 경우에 절차상의 하자를 피할 수가 없다는 것이다. 상세한 것은 Ulrich M.Gassner, 「Parlamentarvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz」, DÖV 1996, S.18f 參照. 95) W.Hugger, a.a.O., S.275~276.

할 수 있다.<sup>96)</sup>

(1) 柔軟性和 適應可能性

법률의 제정절차는 명령의 制定節次보다 복잡하고 철저할 뿐만 아니라 둔화되고 오랜 시간을 요하기 때문에 유연하고 쉽게 變化되거나 適應되어야 할 규율에의 필요는 법률종속적 규율을 제시하는 지표가 된다. 憲法이 보다 유연하고 적응력있고 쉽게 변경될 수 있는 規律과 시간상·처리상 번거롭고 반대파의 참가를 보장하며 둔화된 절차에 의해서만 변경될 수 있는 規律이라는 두 가지의 상이한 규율형식을 인정하고 있다면, 이 점은 규율대상의 규율형식에의 배정시에 고려되어야 할 것이다. 이러한 機能法的인 觀點에서 본다면 柔軟性이라는 척도는 규율대상의 위임가능성을 제시하는 기준이 된다. 이 경우 명령은 법률상의 원칙적 결정에 대해 繼續的 記述을 위한 유연한 도구로서 기능할 수 있는 것이다. 法律은 번잡한 절차를 거친 뒤에만 변경될 수 있으며 그것의 기능상 長期的이고 原則的인 규율에 적합한 반면 命令은 유연성과 적응가능성으로 특징되고 있다. 따라서 규칙적으로 適應을 요하는 규율은 명령으로 행하여지는 것이 바람직하다.

(2) 事實關係의 發展

科學技術을 비롯한 각종 기술은 계속 발전되고 있는 반면에 법은 행위규범 내지 기술수준을 일회적으로 확정하는 停滯性을 가지고 있다. 만약 기술수준을 법률로 정한다면 법률로 정해진 기술수준과 사실상의 기술수준간의 일치는 法制定의 초기단계에서만 존재할 뿐이다. 따라서 兩者의 一致를 위해서는 끊임없는 법률개정이 요구된다.<sup>97)</sup> 다만 技術發展이 정체되어 있거나 거의 완성된 경우에는 法律로 규율할 수 있는 규율성숙성은 주어질 수 있다. 그러나 이 경우에도 法律로 기술수준을 상세하고 구체적으로 규정한다는 것은 적절하지 못하며, 법률보

96) 상세한 내용은 趙泰齊, 前揭論文, 161面 以下 참조.

97) Fritz Össenbühl, 「Die Bewertung technischer Risiken bei der Rechtsetzung」, DÖV, 1982, S.833f.

다는 命命이 기능에 적합한 規律道具인 것이다.

### (3) 規律對象의 自律性

流動的이거나 새로운 학문적 연구결과가 가까운 장래에 기대되고 있는 경우에는 법률의 적용대상, 나아가서는 法的 規律의 대상으로 하기에는 곤란한 점이 많다. 學問과 經驗에 의해 계속 발전되는 급속한 변화는 법률에 의한 확정에 의하여 차단되지 말아야 하는 것이다. 물론 법률이 반드시 制限으로 향하는 것이 아니며 그 내용형성에 따라서는 자유영역의 확보와 자율성의 존중에 기여할 수도 있다. 그러나 어떤 領域에서의 구조적인 自律性을 보장하는 영역-예컨대 학 교문제에 있어서의 수업·진급 등 교사의 학문적 자유의 영역<sup>98)</sup>-은 부분적으로는 法律로 규정될 수 있는 구성요건의 범위의외에 있다.

### (4) 實驗狀態

이것은 발전되고 있는 事實關係의 경우와 마찬가지로 새로운 것의 종국적인 채택에 대한 명확성이 존재하지 않고 따라서 우선적으로 實驗이 실시되어야 할 경우에는 법률로 규율하는 것이 타당하지 않다는 것이다. 이러한 實驗狀態에 있어서는 필요한 규율은 법률로된 指導的 決定의 근거하에서 우선적으로 법률종속적인 규율로 행하여지는 것이 바람직하다. 특히 예상되는 실험기간동안 法的 根據의 광범한 변경필요성이 있을 경우에 그러하다. 規律하여야 할 관계가 충분히 조망할 수 없다면 규율을 포기하거나 한정적 효력을 가지는 限時法을 제정하거나 절대적으로 필요한 범위내에서만 法律從屬的 規律을 제정하여야 할 것이다.

### (5) 法律從屬的 規律의 負擔輕減性

법률의 제정절차와 명령의 제정절차의 기능적·구조적 분석에 의하면 立法者는 중요하고 특히 基本權과 관련되고 정치적으로 쟁점이되고 있거나 복잡한 결정은 법률로 하여야 한다. 이 점에서 命命은 중요하지 않고 논쟁이 되지 않으며

98) 李康嫻, 前掲論文, 66面.

거의 기본권과 관련되지 않은 결정으로부터 議會의 責任을 면제시켜주는 기능을 담당하고 있다. 법률로부터 파생되는 법원인 명령은 執行機能, 實施機能, 具體化機能 등에 의하여 의회법률의 부담을 경감하는 기능을 한다. 따라서 사소한 정치적 내용을 가지는 결정은 명령에 위임될 수 있는 것이다.<sup>99)</sup> 이미 법률로서 행하여진 原則的 決定을 속행하는 규율은 명령의 수단으로 행하는 것이 바람직하다. 그러한 規律에 의한 의회법률제정자의 부담경감은 의회에 중요한 결정에 대한 집중을 가능하게 함으로써 法律의 質的 低下를 방지할 수 있는 것이다.

#### (6) 分散的 解決의 必要性

法律은 우선적으로 집중적·중앙적 규율에 적합하며 命命은 집중적 해결이나 분산적 해결을 가능하게 한다. 集中的 解決에 대한 필요성이 존재한다면 그것은 법률이나 명령으로 규율할 수 있다. 반면 事項的·場所的 理由로 또는 지역적 특수성으로 인하여 분산적 규율이 보다 적합한 경우에는 命命이라는 규율도구가 적합한 규율형식이다. 통일적인 규율에 대한 必要性이 존재하지 않으면 분산적인 결정주체의 위임이 고려되어야 하는 것이다.

#### (7) 緊急한 狀況性

긴급한 상황에 대한 규범화의 필요성이 있으면 규율대상 그 자체로는 法律과 관련되는 것이라 할지라도 命命에 의한 규율이 정당화될 수 있다. 이는 어떠한 규율이 법률로 행하기에는 오랜 기간이 소요되고 따라서 適時에 행하여질 수 없는 경우에 그러하다. 그러나 이 경우에는 다음의 前提條件下에서 예외적으로만 인정된다. 즉, 우선 명령제정권자로서의 위임은 명확한 수권법률의 존재를 전제로 한다. 우선적으로 法律로 된 규율이 행하여져야 한다. 둘째, 憲法上的 權限配分이 유용성의 고려에 의하여 쉽게 변화되지 않아야 한다. 보다 번잡하고 많은 시간을 요하기는 하나 기능적·구조적 관점에서 볼 때 보다 높은 價値를 가지는 입법절차를 의식적으로 회피하여 명령이라는 수단에 의하여 規律할 수는 없다. 긴급을 요한다는 관점은 例外的인 狀況에서만 그 자체로는 법률을 요하는 규율

99) F.Ossenbühl, a.a.O., S.835.

의 命令制定權者에로의 委任을 정당화시켜주는 것이다.

(8) 規律對象의 專門性과 技術性

법률의 제정절차는 命令의 그것보다 많은 시간과 노력이 소요되고 매우 철저적이라고 할 수 있다. 이러한 사실은 專門的인 事項에 대해서는 법률로 규율하는 것이 적합하지 않다는 견해를 부정할 수도 있다. 그러나 오늘날 專門的 部門問題를 처리하는 전문지식이나 능력은 여전히 議會보다는 행정부가 우위에 있음은 부인할 수 없는 사실이다. 그러한 의미에서 규율대상은 法律보다는 命令으로 규율하는 것이 바람직하다.

이러한 관점에서 본다면 規律對象의 技術性도 의회유보의 타당성을 부인하는 척도가 된다. 그러나 기술적인 사항에는 자주 고도의 정치적인 價値評價가 부여되는 경우가 있으므로 반드시 命令으로 정하여야 하는 것이 아니고, 개개의 규율사태에 있어서 기능과 구조적 요소를 고려하여 결정하여야 한다. 技術的인 問題가 처음부터 명령으로 규율되는 것은 아니며 또한 세부적인 것에 관한 규율도 경우에 따라서는 매우 중요할 수 있으며 다른 관점에서 法律로 규율할 수도 있는 것이다.

결국 어떤 事案이 헌법에 적합한 규율형식으로 증명될 경우에는 法律을 선택하여야 한다. 당해 規律을 법률로 행하는 것 보다는 모든 관점을 형량하여 命令이 법률보다 더욱 적절한 규율형식으로 입증된다면 法律로 정하여서는 아니된다. 즉 命令에 의한 규율이 最適의 基本權保護라는 의미에서 보다 적절한 규율형식이라면 입법자는 법률보다는 명령에 의한 규율형식을 선택하는 것이 憲法에 합치되는 것이다. 立法者는 법률형식으로 하는 것이 주어진 課題에 적합한 것일 경우에는 그에 전념하여야 하며, 법률형식으로 하는 것이 의심스러운 경우까지만 法律로 완전히 규율해버리고 명령에의 수권을 포기하는 방식은 회피하여야 하는 것이다. 지나친 法律의 過剩을 초래할 수 있는 正當한 범위를 넘어서 立法者의 立法行動은 헌법의 이념과 기능에도 부합하지 않는 것이다.

#### 4. 規律內容의 周知와 法運用의 方向設定

법규범의 文言은 상황구속적인 개인에게 바람직한 행동을 할 수 있게 언어적으로 상세하게 표현하여야 한다. 個人은 법규범에 지시된 개념에 따라 어떤 사안을 법적으로 파악하고 처리하게 되는 것이다. 그러나 法規範에 제시된 표현은 의사전달체계의 언어적 속성과 관점을 채용하여 모든 事案을 포괄하여 이성적이고 합목적적인 판단을 할 수 있도록 한 것이기 때문에 어느 정도 一般的이고 抽象的인 내용을 담고 있다.

그렇다면 구체적으로 言語的 形式으로 제시된 행동과 결정규율로서의 이상적인 법문(Vollkommenen Rechtssatz)은 어떠한 것이어야 하는가가 문제된다. 일반적으로 法文은 일정한 사안에 대한 構成要件을 정한 부분과 그 구성요건에 따른 일정한 법적 결과를 정한 부분으로 나누어 진다. 따라서 法文은 다음과 같이 설정되어야 한다.<sup>100)</sup>

- 法文의 구성요건하에 사실을 포괄하되, 3단논법으로 제시되어 사실과 구성요건요소가 동등한 위치에서 포섭되도록 하여야 한다
- 법적 결과의 推論 또는 3단논법에 의한 법적 결과의 확정 ; 완비된 法文은 구성요건하에 명확히 포섭되고 법적 결과가 명확히 제시되는 경우에 가능하다.

직접적인 包攝이 가능하기 위해서는 명확한 3단논법(구성요건-결과, 사실-구성요건, 사실-결과)이 제시되어야 한다. 따라서 法文은 가능한 한 모든 사실을 규율영역에 귀속시켜 一般化된 意味와 概念으로 이를 표현하도록 하여야 한다. 구체적 사실과 일치하는 법문의 채용을 위해서는 법적용의 방법론에 따라 이를 기술한다.<sup>101)</sup> 일반적으로 法適用의 기본구조는 다음과 같은 과정으로 이루어지며, 이러한 일련의 과정은 세련된 법문을 작성하는데에도 그대로 적용될 수 있다.

100) W.Hugger, a.a.O., S.278f.

101) Karl A.Mollnau, 「Rechtsanwendung rechtsetzungstheoretisch betrachtet」, in : D.Grimm/W.Maihofer(Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, a.a.O., S.35f.

## 第2章 立法審査의 體系와 方法論

- 사실발견(성숙되지 아니한 사실)
- 사실의 조사와 확인
- 법적으로 판단할 수 있는 형태를 구비한 정보에로의 이행
- 법적 평가/적용법조문의 선택
- 법조문과 관련된 사실로의 정립
- 개념적 징표에 대한 근거있는 적절한 주장 : 불확정개념
- 세부사항에 대한 명확화(평가의 인정/부인) : 불확정개념
- 입법목적 내지 법률의 목적의 확정
- 구성요건의 보완 내지 충족 : 불확정개념
- 비례성의 고려
- 구성요건적 요소가 충족되는 시점의 확정(구성요건 포섭)
- 명확화(판단징표)
- 입법목적 내지 법률의 목적의 확정
- 적절한 결정에 대한 논리적 연역가능성에 관한 법규정의 의미론적 해석
- 적절한 목적실현을 달성할 수 있도록 경험적 명확화
- 법적 효과에 대한 비례성의 명확화
- 적절한 결정에 대한 논리적 연역
- 경험적 탐구에 의한 선택항목의 확정
- 목적에 비추어 본 결과에 대한 적합성/부적합성의 확정
- 법적 효과의 결정(법적 효과 포섭)
- 법적 효과실현

이와 같은 法適用의 관점에서 본다면 법문에서 일반조항이나 불확정개념이 전혀 없는 엄격한 법규범은 이해할 수도 없고 적용이 불가능하게 되며, 결국 法解釋을 위한 각종 수단 - 조사, 확인, 비교 등 - 은 쓸모없는 것이 되어 버린다. 결국 규율내용의 주지에 대한 選擇은 다음과 같이 행하여야 한다.

- 決定段階에서는 사실과 구성요건이 상관적으로 배열되도록 하여야 한다. 법문에 포함된 규율내용의 확정은 널리 인식할 수 있는 慣例的인 해석이 아니라



法律을 통하여 법적용기관을 구속할 수 있도록 하여야 한다. 이러한 의미에서 어떤 規律內容을 입법자가 불확정적인 개념으로 규정하는 것은 규범의 개방성을 의도하려는 것으로 볼 수 있다.

- 構成要件과 法的 效果의 결부에 의하여 행동과 결정여지가 상관적으로 될 수 있게 규율단계를 확정하여야 하며,
- 구성요건과 법적 효과의 결부밀도를 통하여 어느 정도의 개입을 할 것인가에 대한 配分의 程度를 귀속시켜야 한다.
- 一般條項(불확정적 일반개념)은 구성요건과 대비한 법적 효과의 결과의 관점에서 사실과악을 집약적으로 규율하려는 경우에 사용한다.
- 규범적 개념은 일반조항을 한정하여 사용하며, 규범적용자가 가치평가적으로 인정하고 있는 견해나 태도에 의할 것이 아니라 經驗科學的인 觀點에서 강조되는 곳에 사용한다. 規範的 概念은 의미적으로 인지하여 묘사할 수 있고 또한 운용할 수 있을 정도로 서술하려는 법개념을 한정하는 의미를 가져야 한다.
- 不確定法概念은 구성요건과 법적효과면에서 사실배열을 집약적으로 규율하는데 사용한다. 부여된 사실이 일반적이고 추상적인 의미를 가지고 있는 경우에는 불확정 법개념을 사용하여야 한다.
- 裁量概念은 법적 효과의 확정에 있어서 행동의 여지를 부여하는 곳에 사용하며 그것은 법문의 내용적인 곳에 명확히 언급되어야 한다.

### (1) 一般條項

규범맥락과의 관계에 있어서 매우 일반적인 그리고 또는 매우 불확정적인 개념들을 포함하고 있고 매우 一般的인 構成要件과 관련하고 있거나 또는 매우 추상적인 법문장은 국민의 권리행사에 있어서나 法解釋과 適用에 있어서 위험을 부담하게 될 뿐 아니라 명확한 立法의 原則이라는 입법기술상의 요청에도 부합하지 않는다. 그러나 불명확한 개념이 전혀 없는 법률은 하나의 理想論에 불과하며 이러한 「一般條項」의 빈번한 적용이 실제이고 보면 이를 法機能的인 側面

에서 유형화하고 일반조항을 구체화하는 방안을 검토하는 것이 현실적인 방안이라고 할 수 있는 것이다.<sup>102)</sup> 이 경우 肯·否사이에 양자택일이 있으며, 법적인 시야에서 양쪽이 똑같이 타당하다거나 동가치일 수 없고 하나의 정당한 결정만이 가능하고 적법하게 평가받는다 고 할 수 있다. 다만 무엇이 정당한가라는 한계영역에 決定의 애매성이 있는 것이다. 그러나 분명한 것은 이러한 일반조항의 문제는 認識의 영역에 있는 것이고 意思決定의 세계에 있는 것이 아니라는 점이다.<sup>103)</sup> 이러한 개념을 개별사건에 적용시키는 경우에 평가 또는 미래에 대한 예견이 필요하다. 물론 그 자체로서 유일하고 적법한 결정이 늘 一義的으로 확정되는 것은 아닌 것이다.<sup>104)</sup>

오늘날의 立法에서 불명확한 법을 낳는 일반조항의 사용이유는 무엇인가. 우선 입법자는 입법을 함에 있어서 두 가지의 방법을 선택할 수 있다. 첫 번째는

102) 一般條項은 여러 가지 시각에서 다양하게 유형화할 수 있고 이에 해당하는 구체적 사례도 實定法秩序內에서 찾아볼 수 있다. 즉 ①규범내용에 따라 실체법적 요청과 금지 및 허용을 하는 「實體法的 일반조항」과 절차와 관할 및 권능에 관련된 「節次法的 일반조항」, ②조문구조에 따라 구성요건과 법적 효과로 구성되어 구성요건이 충족되면 법적 효과가 항상 발생하는 「條件的 일반조항」과 목표의 성취를 의무로 하는 「目的的 일반조항」, ③개념의 불확정성의 종류에 따라 구성요건 측면 또는 법적효과 측면 또는 이들 양자에 있어서 가치충전이 필요한 개념에 의하여 정의된 「評價的으로 開放된 일반조항」과 기술적 개념에 의하여 정의되어 있고 이것에 의하여 경험적으로 탐지되어질 수 있는 행동기준을 원용하는 「經驗的으로 모호한 일반조항」, ④효력근거에 따라 「實定法的 일반조항」, 「慣習法的 일반조항」, 「判例法的 일반조항」, 「法原則的 일반조항」, ⑤법 체계적인 기능의 관점에서 엄격하게 규정된 법조항들을 유연하게 이완시키는 작용을 하는 「調停的 일반조항」, 엄격한 법규정의 효력범위를 제한하지 않고 광범한 권한을 설정하는 「擴張的 일반조항」, 다른 개별조항없이 독자적으로 파악되는 「規律的 일반조항」 등이 있다. 姜熙遠, 「이른바 一般條項에 관한 基礎法學的 理解」, 高鳳法學 창간호, 1994, 254~259面. 또한 일반조항을 형식적으로 존재하는 법률상의 지위를 무시할 수 있게 하고 일정한 구성요건징표에 호소함으로써 다른 결정도 할 수 있게 하는 「救濟的(완화적) 일반조항」과 개별적 수권조항과의 관계에서 확대된 외연을 가지는 「擴張的(수권적) 일반조항」 및 독자적인 규율내용을 가지고 있는 「規律的 일반조항」으로 분류하기도 한다. 상세한 내용은 沈憲燮, 「一般條項小考 -分析的 素描-」, 法學(서울대) 제 30권1·2호, 1989, 114~116面 참조.

103) Andreas Zielcke, 「Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaft」, Baden-Baden 1978, S.133f.

104) 상세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(Ⅲ) - 法令用語에 관한 研究-」, 1995, 94面 以下 참조.

입법자 스스로 構成要件을 구체적으로 규정하는 방법이다. 즉 입법자는 많은 가능한 부류와 다양한 형태의 사안들중 經驗을 통하여 특히 중요하다고 생각되는 것을 並列적으로 나열하여 이들에 각각 필요한 法的 效果를 부여하거나, 또는 개인에게 부여될 법적 지위의 내용을 확정하고 그 내용에 따라 결정되는 다양한 형태의 事案을 확정된 구성요건을 근거로 하여 개별적으로 기술하는 방법으로 법률을 규정하는 방법이다. 두 번째는 立法者가 법률의 構成要件을 가능한 한 일반적·추상적으로 규정하는 방법이다. 이러한 방법은 입법자가 모든 개별현상이 당연한 귀결로서 그 자체속에 포함될 수 있는 一般的 原則만을 규정하는 경우에 사용된다. 이 양자의 방법은 한마디로 표현한다면 「구체-추상의 관계」라고 할 수 있으며, 첫 번째의 방법에서 두 번째의 방법의 형태로의 이행은 「抽象化」, 「一般化」를 통하여 이루어 진다. 이러한 두 가지 형태 가운데 어느 것이 가장 타당한 것인가를 교량하는 것은 쉽지 않다. 첫 번째의 방법은 高度의 正確性에 기하여 개념이 사용되고 있기 때문에 법적용의 正確성을 확실하게 보장할 수 있다. 그러나 이러한 장점은 동시에 중요한 단점으로 작용한다. 즉 범규범의 규율 목적과 관련하여 많은 缺陷을 가지게 되고, 이러한 단점은 범규범에 의하여 파악된 사상의 복잡성이 가중되면 될수록 점점 현저하게 된다. 그리하여 法規範의 결함을 보완하고 변화하는 사회적 여건에 대한 법의 적응력을 살리기 위해서는 두 번째의 방식에 의한 규율이 불가피하게 된다. 사회가 복잡하고 變化可能性이 크면 클 수록 두 번째의 방법에 의한 규율, 즉 일반조항의 사용은 그 진가를 발휘하게 되며 또한 그 의미도 가중된다. 이렇게 볼 때 두 가지의 규율방법은 背反的이 아니라 상호 보완적인 관계라 할 수 있다.<sup>105)</sup>

그런데 立法者가 이러한 일반적·추상적인 표현으로 개념을 구성하는 이유는 어디에 있는가라는 의문은 일반조항이 법질서내에서 어떠한 역할과 기능을 담당하고 있는가라는 기능론적 질문과 관련한다.<sup>106)</sup>

첫째는, 立法技術的 機能이다. 입법자는 그가 규율하려는 복잡한 현실영역을 법조문으로 가능한 한 포괄적으로 기술할 수 있어야 한다. 입법자는 모든 事案

105) 姜熙遠, 前掲論文, 249面.

106) Klaus Lambrecht, 「Generalklauseln und technischer Fortschritt」, DÖV, 1981, S.700. ; W.Hugger, a.a.O., S.284f.

을 개별적으로 규율할 수는 없으며, 입법에 있어서 최대한의 경제성의 원리에 입각하여야 하므로 구체적 사례를 최소한의 構成要件으로 추상화·보편화하여야 종합화를 기도하여야 한다. 一般條項은 바로 입법자에게 이러한 가능성을 제공하여 주는 것이다.<sup>107)</sup> 법조항을 개별사안과 구체적으로 연관하게 된다면 그러한 規律狀況을 어떠한 징표로 기술하는가는 상당히 恣意的이 되며, 특히 사용되는 개념으로는 규율목적을 인식할 수 없게 된다. 아울러 많은 보편화된 事案을 열거함으로써 규율영역이 지나치게 상세하게 되며 비경제적일 뿐 아니라 특히 급변하는 현대 사회에 있어서 변화된 새로운 상황에 부합하는 구체적인 社會的 正義가 강하게 요청되는 시점에서 사회적 요구를 신속하게 충족시켜줄 수 없는 것이다. 그러한 의미에서 사회질서와 법질서의 포괄적인 가교의 외양을 갖추기 위해서 또 유일하게 강한 安全裝置인 法을 통한 윤리적 안정을 기하고 나아가 개별적 정의를 기할 수 있는 융통성있는 法的 規律을 도모할 필요성에서 일반조항이 등장하게 된 것이다.

둘째, 政治的 機能이다. 일반조항은 그 고도의 추상성·일반성으로 인하여 법 적용기관(사법부와 행정부)의 지위를 강화시키는 결과를 가져온다. 즉 一般條項은 행정부와 사법부가 세밀한 구성요건징표를 더 이상 고려할 필요도 없이 또는 특별수권의 결함을 자신의 規準에 따라 판단할 수 있도록 함으로써 법적용기관을 한층 높은 수준으로 격상하게 하는 기능을 가져온다. 일반조항에 의한 規律 形態를 통하여 사회적·정치적 결정은 입법자의 손에서부터 法執行者의 수중으로 사실상 이동하게 된다. 입법자가 앞으로 일어날 수 있는 모든 상황을 예견하여 구체적으로 규정한다는 것은 사실상 불가능하며, 이 경우 입법자는 一般條項을 통하여 구성요건을 개별적으로 확정하지 않고 구성요건을 司法化하는 것이다.<sup>108)</sup> 그러나 일반조항을 두어 구체적 사건에서 그를 적용할 것인가의 여부의 판단을 法適用機關에 맡길 경우 무엇을 기준으로 판단을 행하는가가 문제가 된다. 만약 이 기준이 어떠한 형태로 명확하지 않다면 법적용기관에게 자의적인 판단을 허용하게 됨으로써 법적 안정성을 저해할 우려가 있다.

107) 沈憲燮, 前掲論文, 114面.

108) Dieter Czajka, 「Der Stand von Wissenschaft und Technik als Gegenstand richterlicher Sachaufklärung」, DÖV, 1982, S.99f.

셋째, 社會的 機能이다. 입법자는 일반조항을 사용함으로써 법률의 구성요건의 의연을 상당히 일정하게 確定할 수 있는 가능성을 스스로 포기하는 결과 일반국민이 법적 안정성을 도모할 수 없다는 결점이 있으나, 반면 一般條項은 그 개념적 내용이 미확정적이기 때문에 法主體의 유연한 법생활의 가능성을 제공한다. 일반조항에 있어서는 사회적 발전과 변화에 따른 새로운 法의 可能性이 열려져 있으므로 다양한 법생활영역에서 고유한 관행이 형성될 수 있는 것이다. 이러한 점에서 일반조항은 법영역과 법외적 생활영역을 연결하는 창구기능(Fensterfunktion)을 수행한다.

넷째, 法體系的 機能이다. 법의 일반원칙은 고도의 추상성과 일반성을 가지는 개념들로 이루어진 일반조항으로 표현하게 되는데, 이러한 일반조항은 다양한 법률조항으로 이루어진 법질서를 一體性을 가진 하나의 체계로 파악할 수 있게 해준다. 또한 확정적·구체적 입법은 그 사용된 개념들의 높은 확정성으로 인하여 안정된 法適用을 보장하나, 이 경우 입법은 규율할 법소재를 언제나 단편적이고 잠정적으로만 다룰 위험을 내포하고 있으므로 規律目的과 관련하여 보면 필연적으로 결함을 가지기 마련이며 또 규율할 사태의 변화와 복잡성에 적응할 수도 없게 된다. 그러나 一般條項은 그 높은 일반성으로 인하여 커다란 사태의 集合을 결함없이 또한 적응력있게 규율할 수 있게 결함보완기능(Lückenfunktion)과 적응기능(Anpassungsfunktion)을 수행한다.<sup>109)</sup> 아울러 일반조항은 다양한 個別事案에 있어서 구체적 정의를 실현할 수 있는 공간을 제공하는 正義機能(Gerechtigkeitsfunktion)을 수행한다. 규범이 확정적·추상적일수록 개별적 다양성을 구체적으로 고려할 수 있는 가능성이 커지기 때문이다.

확실히 오늘날의 法治國家의 요구인 법적 안정성과 예측가능성의 측면에서는 법규범은 당사자의 부당한 권리행사를 제한하고 實質的 正義·衡平을 실현하는 제한기능(Schrankenfunktion), 종래의 법규범이 사회의 진전·변화에 의하여 타당성이 결여된 경우에 실정법을 수정하는 授權機能(Ermächtigungsfunktion) 또는 구체화 내지 보완기능(konkretisierungsfunktion oder Ergänzungsfunktion), 사회의 요청에 적합시키는 새로운 법률을 창조하는 修正機能(Korrekturfunktion)

109) Wolfgang Schier, 「Gesetzgebung und Gesetzgebungstechnik」, BayVBl, 1979, S.321.

등을 담당하였다. 그러한 측면에서 앞서 살펴본 일반조항의 각종 기능을 검토하는 경우 일반조항은 규범적 폐쇄성과 인지적 개방성을 결부시키는 구체적인 매카니즘으로서 위치된다. 따라서 一般條項은 법의 현실적합성과 사회적합성을 높이는 커다란 역할을 거두고 있다.<sup>110)</sup>

그러한 의미에서 법규범에서의 一般條項의 확대와 일반조항의 불명확성의 증대(Steigerung/Ansteigen von Unbestimmtheit der Generalklauseln)를 주장하는 논의도 증대하고 있는 실정이다. 즉 일반조항의 不明確性은 법체계의 다른 체계에 대한 개방성이 방대함과 관련하는 것이며 일반조항의 불명확성의 증대에 의하여 법은 그 구조를 다른 부분체계의 구조에 적합하게 하는 能力을 높일 수 있다는 점, 일반조항은 그 고도의 불명확성 때문에 상호 자율적으로 진화발전하는 부분체계상호간의 갈등을 조정하는 구조를 구비하고 있다는 점이다. 이 점에서 일반조항의 不明確性은 법을 현실적합적으로 유연하고, 상황적합적이고 조정적으로 하는데 커다란 역할 거두고 있다고 한다. 요컨대 전통적인 일반조항이론과 같이 구체화·명확화에 의하여 처음부터 불명확성을 감축하는 것이 아니라 거꾸로 당분간 不明確性을 철저히 증대시키는 때 규범구조의 세 가지 차원 - 내용적, 시간적, 사회적 차원 - 전부에 있어서 풍부한 구체화의 선택(eine fülle von Konkretisierungsalternativen)이 발견된다는 것이다.

오늘날 一般條項은 법의 유연성과 사회적 적응력을 도모할 수 있다는 측면에서 법질서에 있어서 과소평가할 수 없을 정도의 역할을 담당하고 있다. 일반조항은 개별사안의 정의와 공공복리의 요청을 고려하여 實定法을 유연하게 하는 적극적 기능을 하고 있다. 그러나 이러한 적극적 기능은 바로 그것이 국민의 法生活에 위협을 초래할 수 있다는 소극적 기능과 결부되어 있다. 이러한 소극적 기능은 한편으로 국가권력행사의 예측가능성이라는 法治國家原理를 약화시키고, 다른 한편으로는 권력분립체계를 변동시키는 것으로 나타난다. 그리하여 일반조항의 등장과 함께 법의 전반적인 유약화를 가져와 전체 법생활의 불안전성을 초래시키므로 일반조항은 「法과 國家에 대한 하나의 위협」이라는 지적도 제기되고

110) Gunther Teubner, 「Recht als autopoietisches System」, 1989, S.123ff.; Ders., 「Reflexives Recht -Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive」, Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, Vol.68, 1982, S.13ff.

있으며, 일반조항은 법률을 적용하는 법관의 가치판단이 반드시 필요하게 되며, 법관이 一般條項에 대해 어떠한 판결을 내리게 될지는 법조항 그자체를 통해서 는 얻지 못한다. 그러므로 일반조항은 수법자에게도 중대한 결과를 초래할 가능성 이 있는 것이다.

이와 같은 의미에서 고도의 추상성, 다의성, 모호성, 가치충전성, 임의성, 불확정성을 구성요건적 징표개념으로 하는 一般條項은 법치국가원리가 요청하는 법규범의 확정성의 원칙과 충돌한다. 그러나 일반조항은 오늘날의 법치국가원리, 즉 실질적 법치국가원리의 하나의 표현이라고 할 수 있다. 아울러 一般條項은 입법이 비워놓은 부분과 같기 때문에 그것은 권력분립원리에 충실한 법치국가에서 입법자에게 부여된 가치판단과 행량의 과제를 행정과 법관에게 위임하는 결과가 되어, 權力分立原理를 와해시킬 우려가 있다. 다시 말하면 「一般條項의 不明確性的 增大」라는 것은 결과적으로는 법관에게 만능의 힘을 부여하는 「帝王條項(königlicher paragraph)」의 현대적 재생과 법관에 대한 백지위임과 관계될 가능성을 남기고 있다.<sup>111)</sup> 따라서 일반조항은 권력분립의 원칙이 形骸化되지 않고 확정성의 원칙을 충족시키는 한에서 허용된다고 할 것이다.

## (2) 不確定法概念과 裁量概念

오늘날의 立法의 특징은 한편으로는 법률규제의 양적확대와 다른 한편으로는 법률의 내용적인 규제밀도의 부족 내지 法律의 불확정성의 증대로 표현될 수 있다. 현대행정의 광범한 영역에 걸친 活動範圍의 擴大는 필연적으로 법률의 양적 증대를 수반하나, 그와는 대조적으로 법률의 규제밀도가 저하되고 법률의 內容이 포괄적으로 되고 있다. 이러한 法律의 規制力의 弱化는 특히 계획법적 성격을 가지는 법률이나 기술적안전에 관한 법률에서 현저하게 나타나고 있다. 이러한 法律規制의 질적변화라는 상태하에서는 실질적인 규제권한의 소재는 法律次元에서 命令 또는 行政規則으로 이행하고 있으며 민주적 법치국가라는 측면에서 볼 때 다분히 문제가 있다고 하지 않을 수 없다. 法律의 留保는 법률의 규제의 필요성뿐만 아니라 최저한도의 명확성을 요구하고 있으며 법률유보가 타당하는

111) 자세한 내용은 韓國法制研究院, 前掲書, 100面 以下.

영역에서는 立法者는 불확정적인 법률개념을 사용함으로써 구체적인 경우에 國民의 自由와 權利의 한계에 관한 규제를 행정에게 맡기는 것은 허용되지 않는다. 그러나 법률의 규제밀도가 어느 정도 精密하여야 하는가, 어느 정도 명확하여야 하는가라는 문제는 매우 곤란한 문제이다.

오늘날 法規範의 명확화와 규율내용의 특정화의 요청으로 인하여 법규범이 극도로 기술화·전문화·표준화·완벽화되고 있으나, 이러한 경향은 인간의 풍부한 想像力이나 力動的 發展에 직면하여 모든 경우를 상세하게 완전무결하게 규율하는 것은 거의 불가능하다는 점 및 모든 경우를 규율하려는 시도는 法規範을 지나치게 복잡하게 하며 그 결과 또 다시 불명확성이 초래될 수 있다는 점 및 법규범의 규율범위가 더욱 좁아지면서 법적용에서 결함이 나타나게 되어 그만큼 改正의 필요성이 자주 제기된다는 점 등에서 법의 繼續性과 豫測可能性이 약화되며 國民의 법에 대한 신뢰가 감소될 우려가 있다. 결국 입법자는 법치국가의 원리에 의거하여 法律의 規律內容을 정밀하고 명확하게 규정하여야 책무가 있으나, 다른 한편 法律留保의 범위를 확대하고 증가시키는 것은 법률의 유연성을 결여하게 되어 법의 透明性과 豫測可能性의 감소를 초래하게 된다. 특히 오늘날과 같은 복잡다난한 사실관계를 규율하는데에는 입법기술상 한계가 있을 뿐 아니라 立法者가 달성하려는 것에 대하여 어떤 일반적인 개념을 가지고는 있으나, 그 개념설정에 특정한 구체적인 것을 분명히 제시하지 않고 社會의 進展 내지 社會變化에 대응하기 위하여 불확정적인 개념을 채용하는 경우도 있다.

그런데 법문에서 이와 같이 抽象的·多義的·彈力的 伸縮性이 있는 개념으로서 불확정법개념을 사용하는 경우 구체적 사실의 개념소속결정에 즈음하여 하나의 명확한 한계의 인식이 과연 가능한가, 가능하다면 어떻게 가능한가라는 점이 문제로 대두된다. 즉 不確定法概念의 불확정성은 개념의 법적자격결정에 즈음하여 어떠한 의의를 가지는가의 문제로서 불확정법개념은 그 概念의 不確定으로 인하여 일차적으로 법의 해석적용을 하는 행정기관에 대해 판단의 자유를 허용하는 취지인가 아닌가 및 허용한다면 어떠한 요건하에 이를 허용할 것인가의 문제이다. 이와 관련하여 다음의 두 가지 관점을 명확히 인식할 필요가 있다.

- 法文에 있어서 不確定法概念과 裁量概念의 位置限定 : 불확정법개념은 법효과



면(Rechtsfolgesseite)에서도 나타날 수 있으나, 일반적으로 구성요건의 면(Tatbestandsseite)에서 나타나며, 또한 법효과면에서 나타난다고 해도 그 해석의 문제는 구성요건상의 경우와 다를 바 없다. 재량개념은 법규상의 전제요건이 충족된 후에 제기되는 것으로서 언제나 법효과면의 문제이다.<sup>112)</sup>

- 不確定法概念과 裁量概念의 區分 : 불확정법개념은 법적 내용의 파악이기 때문에 법적 문제이다. 따라서 입법자가 불확정법개념을 사용하여 구성요건을 정하였을 때 구체적 상황하에서 그 의미는 다의적인 것이 아니고 법률의 의미에서 하나의 정당한 의미만이 있을 뿐이다. 요컨대 不確定法概念의 해석은 다수의 행위중에서의 선택이 아니라 법의 적용이며 그것은 법적 문제이기 때문에 원칙적으로 법원의 심사대상이 되어야 한다. 裁量概念은 입법자가 범집행자인 행정권에 부여한 결정 또는 선택의 자유로서 재량개념의 해석에는 원칙적으로 다수의 정당한 해석이 가능하며 재량영역에서는 법원의 심사가 불가능한 것이 원칙이며 다만 재량권의 일탈·남용의 경우에는 예외적으로 심사가 가능하다.

불확정법개념의 解釋·適用問題는 법적 문제이기 때문에 그것은 원칙적으로 사법심사의 대상이 되어야 한다. 그러나 구체적인 경우에 무엇이 하나의 정당한 해석인가와 관련해서는 동일한 불확정법개념을 적용함에 있어 법을 적용하는 機關마다 서로 다른 결정을 할 수 있기 때문에 어려운 문제가 제기된다. 이는 결국 不確定法概念의 의미내용은 법원과 행정기관중에서 누가 최종적으로 결정할 것인가의 문제에서 원칙은 법원이나 예외적으로 行政機關도 고유한 판단영역을 가질 수 있는가 그리고 있다면 어느 범위까지 가지는가가 문제된다. 이와 관련하여 不確定法概念의 적용에는 하나의 정당한 결정만이 있다는 전제하에 불확정법개념의 추상적 의미내용의 확인은 원칙적으로 사법심사의 대상이 되나, 여기에도 行政의 法的 拘束下에서만 가능하다는 한계를 설정하려고 하는 것이 일반적인 경향이라고 할 수 있다.<sup>113)</sup>

112) 법문에서 不確定法概念은 다의적인 내용으로 표현되나, 裁量概念은 '할 수 있다 또는 하여도 좋다' 등으로 표현된다.

113) 우리나라에서의 불확정법개념의 해석과 적용의 문제를 둘러싼 논의로는 洪井善, 「不確

어떻든 不確定法概念의 해석·적용에 있어서 행정청에게 판단이 인정되는가의 여부는 국민의 권리보호의 문제일 뿐 아니라 行政과 法院과의 정당한 권한분배의 문제이기도 하다. 불확정법개념의 해석·적용에 있어서 행정에게 판단의 여지를 승인하기 위해서는 그것을 法律의 규정으로부터 추정될 필요가 있다고 할 것이다. 不確定法概念에 관한 판단의 인용은 法院의 통제밀도의 상실을 수반하므로 통제밀도의 제한은 그 자체 특별히 헌법상 정당한 것으로 인정되지 않으면 안된다. 따라서 不確定法概念의 해석·적용에 대해 行政機關에게 어느 정도의 판단의 여지를 인정하는 것은 헌법상의 문제와 결부되고 있다는 점을 깊이 인식할 필요가 있다.

그리고 裁量의 문제는 근대국가 즉 국가권력과 법이 어떠한 관계에 있는가의 문제이며, 특히 그것은 입법권과 행정권의 관계의 문제라고 할 수 있다. 國民의 측에서 본다면 국민에게 관계있는 행정의 행동기준이 立法者에 의해 어떠한 범위로 미리 결정되어 있는가, 어떠한 범위로 행정이 스스로 자기의 行動基準를 설정할 수 있는가는 중요한 문제이다. 그러나 오늘날 裁量問題는 행정법영역에서 행정행위중심의 이론이 되고 있으며, 재량론도 행정행위의 재량론에 국한되어 오로지 행정권과 사법권의 관계의 문제, 즉 행정행위에 대한 法院의 統制의 범위와 한계문제로서 다루어지고 있는 실정이다. 국가권력에 대한 권리보호의 보장이 헌법상 확립된 오늘날에는 權利保護의 문제로서의 재량문제는 행정재량은 물론 立法裁量, 司法裁量 등 국가권력일반에 미치고 있으며, 행정에 관한 재량에서도 단순히 법률요건과 법률효과로부터 이루어지는 법규의 해석·적용으로서의 行政行爲에 관한 문제로서 뿐 아니라 법의 실현 내지 법에 의거한 형성기능에 관한 문제로서 검토되어야 할 것으로 본다.

---

定法概念과 判斷餘地, 考試研究 1991.9., 25~33面 : 徐元宇, 「不確定法概念의 解釋과 適用(上)(下)」, 考試界 1982.8/9 등 참조. 또한 不確定法概念과 裁量概念에 관한 상세한 내용은 Hans Joachim Koch, 「Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessenermächtigungen im Verwaltungsrecht-Eine logisch und semantische Studie zur Gesetzbindung der Verwaltung」, Feankfurt am Main 1979, S.113f. 또한 洪準亨, 「不確定法概念과 判斷餘地의 限界 -최근 獨逸에서의 判例 및 理論動向을 중심으로-」, 現代公法과 個人의 權益保護(均齊 梁承斗教授 華甲紀念論文集), 1994, 499面 以下 참조.

立法者가 법규범의 정립에 있어서 어떠한 내용에 대해 불확정법개념을 사용하며, 어떠한 규율내용에 대해 裁量概念을 도입할 것인가의 문제에 대해서는 이를 명확하게 지시하는 기준을 마련할 수는 없다. 다만 불확정법개념 또는 재량개념을 채용하는 경우에는 위와 같은 문제인식을 가져야 할 것이며, 아울러 不確定法概念의 채용시에는 「정당성통제(Richtigkeitskontrolle)」, 재량개념의 채용시에는 「의무적합성(Pflichtgemäßheit)」의 시점을 항상 염두에 두고 행정의 自己拘束과 信賴保護의 原則에 충실한 규율내용이 될 수 있도록 양개념을 선택하여야 할 것이다. 입법의 명확성의 요청이라는 관점에서 規律內容의 明確性이 요구되는 정도의 판단기준을 제시한다면 다음과 같다.

- 규율하려는 사실의 가변성과 속성 ; 일의적으로 완결하여 파악가능한 사실 및 강력한 규율필요성이 요구되지 않는 복잡하고, 가변적인 상황으로 인하여 비규칙적인 판단이 요구되며 그다지 중요하지 않은 관계의 확정을 시사하는 것은 명확성의 강도를 완화한다.
- 법문의 선택에 있어서 도구론적 기능의 고려 ; 특히 전문기술적이고 독창적인 전개에 적합할 수 있게 개방된 규율화로 행정의 구축을 완화할 바람직한 필요성이 있는 경우에는 명확성의 강도를 완화하되, 반대로 법규범의 적용에 따른 예측되는 법적효과를 지속적으로 유지하려는 경우에는 규율의 강도를 강화하여 명확성을 높인다.
- 법정립의 시점에서 규율하려는 사실의 제조건, 사정범위, 행태와 변경속성 등의 인식에 따라 명확성의 강도를 조절한다.
- 오로지 정치적 의도에서 결정된 입법부의 자기결정을 편의상 법적용자에게 맡기는 경우에는 명확성의 강도를 완화할 수 있다.

결국 實際指向的이고 목표실현의 요구의 관점에서 명확성단계는 다음과 같은 관점에서 고려되어야 할 것이다.<sup>114)</sup>

- 지나친 불명확성으로 인하여 고차의 유연성과 탄력성이 부여되어 집행기관이

114) Ortlieb Fliedner, 「Notwendigkeit, Verständlichkeit und Praktikabilität」, ZG 1994/4, S.355f.

독자적으로 법률목표의 달성에 영향을 미치거나, 사실에 부적합하거나 목표가 달성되지 않을 위험이 있는지의 여부를 신중히 고려하여야 한다.

- 규율이 범주체의 책임하에 바람직한 행위를 승인하는 것이어야 하며, 사실의 판단과 평가를 고려한 판단기준하에 법령의 개방화로 그러한 행위와 기회가 지속되어야 한다.
- 규범의 불명확성에 대한 위험부담은 행정에 의한 집행단계와 사법의 적용단계로 이행된다. 입법자가 명확성이 결여된 입법을 함으로써 결국 입법자가 의도한 목표가 법률의 적용과 집행단계에서 왜곡되거나 잘못 해석되기도 하며, 나아가 일반국민에게도 법인식에 대한 혼란을 초래할 위험이 있다. 법인식의 혼란과 법적 수단의 사용에 대한 자의성을 방지하기 위해서 명확성의 강도를 조정하여 이러한 위험부담에 대한 통제를 강화하여야 한다.

### 5. 概念選擇/定式化

입법에 즈음하여 법령 및 조문의 작성방법에 유의할 필요가 있다. 법령명은 어떠한 것을 규정하고 있는가가 분명하여야 한다. 條文은 독자에게 이해하기 쉬운 것이어야 한다. 이해하기 쉬운 법령문이 되기 위해서는 그 법령의 규제를 받는 受範者의 관점에서 개념선택과 형식이 질적인 평가를 촉진하는 것이어야 한다. 즉 법실제적인 관계상 범문의 언어적인 개념, 의미와 내용이 受範者에게 친숙하고 개방된 것이어야 하며, 그러한 경우에만 법에 대한 인식의 획득을 향상시킬 수 있는 것이다. 아울러 조문의 起草에 있어서는 입법자는 조문은 탈법행위의 여지가 없도록 법원의 심사에 견딜 수 있도록 중요시하여야 한다.

法令文이 일반인에게 이해할 수 있도록 하여야 한다는 것은 법령이 구비하여야 할 최소한의 기본원칙이라 할 수 있다. 아울러 法令에서 규율한 구체적 내용은 법집행자에게도 이해가능한 것이어야 한다. 이러한 요청은 매우 보편적이고 오래되었으나, 아직도 오늘날의 법령은 이 점을 도외시한 채 여전히 불명확한 법령문을 가지고 있다. 최근 言語學의 발달에 따라 문장의 이해가능성의 문제와 관련하여 주목할만한 방법론적 발전을 가져오고 있다. 그래서 여기에서는 문장의 이해성을 높이기 위한 적절한 방법론을 개발하기 위하여 言語論的인 方法論

을 구사하여 법령표현에 관한 기준으로서 ①단순성 ②배열성과 정리 ③간결성과 함축성 ④기타 부가적인 자극요소 등의 네 가지를 가지고 그 최적조건을 측정하면 다음과 같다.<sup>115)</sup> 우선 바람직한 法令을 정립하기 위해서는 법령의 성질, 즉 단순성과 배열성 - 정리를 고려하여야 한다. 그리고 簡潔性和 含蓄性은 지나치게 강조되어서는 아니된다. 최상의 이해성을 도모하기 위해서는 간결성과 함축성은 最適條件과 평균치의 중간영역에 두어야 한다. 기타 부가적인 자극요소는 법령문에 있어서 반드시 필요한 것이라기 보다는 사정에 따라 강조하지 아니할 수도 있는 參考事項일 따름이다.

(1) 〈基準 1〉 : 單純性

〈最適條件〉				
+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	

단순하게 작성된 법령은 左側에 열거한 필요요건을 전부 충족하는 것이어야 한다. 반면 매우 복잡하게 작성된 법령은 우측의 -1에 해당하는 것이다. 모든 法令은 이 중간영역에서 작성되어야 한다.

115) Rolf.Bender, 「Die Sprache des Gesetzes, ein Problem der Verständlichkeit und der Regelungstechnik, in : Heinz Schäffer/Otto Triffterer(Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung, Wien/New York 1984, S.46f.

(2) 〈基準 2〉: 配列性-整理

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

배열성과 정리성은 법령문작성의 기본적인 요소로서 잘 정돈되고 명료한 법문은 情報의 提供에 이바지한다. 이 점은 다음의 두 가지 관점으로 구분된다. 즉 하나는 내부적 정리로서 문장이 상호 論理的으로 연결되어 있는가, 傳達의 측면에 있어서 중요한 것을 차례대로 제공하고 있는가라는 점과 다른 하나는 외부적 배열로서 법령문의 작성이 전체적인 관점 또는 章·條·項의 관점에서 체계적으로 되어 있는가라는 점이다.

(3) 〈基準 3〉: 簡潔性-含蓄性

〈最適條件〉				
+2	+1	0	-1	-2
간결성-합축성			방대성	
본질적인 부분을 요약			비본질적 부분을 나열	
간단함			복잡성	
집약적 정보전달			산만함	
요점만 서술			불필요한 부분의 상세함	

간결성과 합축성을 강조하는 것은 법문이 集約的이어야 한다기 보다는 지루하고 산만한 문장이 법령의 理解性을 침해한다는 점으로 이해되어야 한다. 그것은 확실한 법령은 정보의 전달에 유용하기 때문이다.

(4) 〈基準 4〉 : 附加的인 자극要素

〈最適條件〉				
+2	+1	0	-1	-2
활력적인 문제			무미건조한 문제	
흥미있는 내용			특색없는 내용	
다양성			일관성-중립성	
주관적			객관적	

상기의 부가적인 자극요소도 활용한다면 바람직하고 最上의 법령문을 작성하는데 매우 유용할 것이다. 이러한 부가적인 자극요소는 法學者의 경험에서 도출되며, 법령의 해석문제에 즈음하여 하나의 근원을 이룬다.

법령용어와 관련하여 법령문을 이해하기 쉽게 하기 위한 몇 가지 관점을 정리하여 보기로 한다. 우선 법령문의 理解性을 높이기 위해서는 ①意味論的(Semantik) 관점에서 용어의 의미내용을 검토하고, ②文法論的(Grammatik) 관점에서 문장결합에 있어서 지시와 용례에 따라 단어가 올바르게 사용되고 있는가를 검토하며, ③文章論的(Syntax) 관점에서 문장구조가 제대로 배열되어 있는가를 검토하여야 한다. 이들 관점을 제대로 이행하는 경우에 비로소 법령문이 실용적인 言語次元으로 되며, 법령문이 수법자에게 전달될 수 있는 것이다.<sup>116)</sup>

○意味論的 觀點에서 이해가능성을 높이기 위한 기준을 마련하는 것은 실제적·법기술적인 표현과 일반언어적인 의미간의 상충, 법적·전문과학적으로 통용되는 개념과 일상언어적인 표현간의 상충, 내용적 명확성요청과 언어적 다의성 등의 상충으로 인하여 매우 어렵다. 실제로 意味에 적합한 개념을 선택하는 것은 임의적인 것이 아니라 어떤 사정을 직접적으로 고려한 것이라 할 수 있다. 어떤 개념적 내용이 포괄적이거나 상세한 것이라는 의미는 精神的 또는 情緒的인 관점에서 모든 집단이 그것을 이해하고 그 단어가 습관적이며 비자의적이라는 것이다. 결국 의미론적 관점에서 이해가능성을 높이기 위해서는 상충되는 요

116) Peter Becker, 「Juristendeutsch in der Gesetzssprache?」, NJW 1967, S.917~920.

청간의 共通分母를 모색하는 것이 가장 바람직하며, 그 공통분모란 정확성에 부응하는 것이라 할 수 있다.<sup>117)</sup> 의미론적 관점에서 언어의 정확성요청이란 ①그 言語使用基準이 최상의 가능한 척도위에서 완전하게 형성되어야 하며, ②그 언어사용기준이 다수를 겨냥하여 가능한 한 상세하여야 하며, ③그 가능한 한의 상세함이 다수에게 客觀적으로 인정되어야 하며, ④그 가능한 한의 상세함이 중립적인 사람에게도 인정되어야 한다. 결국 明確性和 抽象性, 이해가능성과 정확성의 실제적 조화는 민주국가의 가치로서 단순성과 이해가능성중 어느 것을 우위에 둘 것인가라는 점과 관련하는 것이다.<sup>118)</sup>

○ 文法論的인 觀點은 특히 법령문의 작성에 즈음하여 고려하여야 할 사항으로서 법령문의 이해가능성을 위해서는 標準發音法에 의한 용어를 사용하고, 수동형과 도치법의 빈번한 사용을 회피하여야 하며 지나친 名詞化를 지양하여야 한다. 아울러 간접적인 화법을 구사하여 문장을 장문으로 하는 것보다는 직접적인 표현으로 법령문을 작성하는 것도 일반인에 대한 이해가능성을 높이는 중요한 요소라 할 수 있다.<sup>119)</sup>

○ 文章論的인 觀點에서 부사구문의 삽입, 동의어반복 등으로 불필요하게 복잡하거나 장문인 문장은 문장론적으로 결함이 있다. 法令에 규정된 조치의 내용과 범위는 그 필요성을 감안하여 시의적절하게 규정되어야 하며, 때로는 집약된 상태로 간략하게 서술하거나 때로는 매우 상세하게 내용을 서술하여야 한다. 결국 복잡하거나 다의적이거나 산만한 문장구조는 理解可能性을 침해하는 치명적인 것이며 법령의 간결함의 요청에도 부합하지 않게 된다는 점을 인식할 필요가 있다.

- 법령문은 社會의 實在를 염두에 두어 작성되어야 한다. 따라서 입법자는 법의 사회경제적인 決定論의 관점과 법정책적인 基本原理에 입각하여 용어를 적절

---

117) Ota Weinberger, 「Syntaktische und Semantische Problem der Gesetzgebung」, in : Th.Öhlinger(hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, a.a.O., S.172.

118) Rudolf Wassermann, 「Sprachliche Problem in der Praxis von Rechtspolitik und Rechtsverwirklichung」, ZRP, 1981, S.259.

119) W.Hugger, a.a.O., S.295.



- 하게 구사하여야 한다.
- 법문의 構造形成은 사회적 사정과 제약을 고려하여야 하며 기계적이거나 변증법적으로 치우쳐서는 아니된다. 법규범의 구조는 社會秩序와 독립적인 것이어서는 아니되며 사회질서의 내부에서 그와 상응하여 다양하게 변용되는 법유형의 모습을 갖추어야 한다.
  - 법의 構造와 그 사회에서 필요로 하는 법의 機能은 동일선상에서 관련시켜서는 아니된다. 이 기능은 오히려 다양한 법구조를 낳음으로써 가능하다.
  - 언어로서의 法言語는 법규범적으로 형성되어야 한다.
  - 法學用語는 법규범의 생성, 내용, 구조, 작용과 효력에 관하여 논하여야 한다.
  - 법을 적용하여 결정하는데 있어서 기초가 되는 法適用言語는 그 결정에 법학자가 참여하여야 한다.
  - 일반인이 日常用語를 사용하여 법에 근접하거나 법을 모색하려는 경우 법학자는 일반인이 동기부여적이며 행동조장적으로 法規範에 접근할 수 있도록 용어를 구사하여야 한다.
  - 법규범에서 상세하고 확정된 自然科學 또는 技術的인 用語를 사용할 경우에는 법적 관련성을 가지도록 하여야 한다.

이러한 정보전달을 통한 법의식 내지 범감정을 형성은 「문외한의 영역에서의 평가의 일치」를 도모함으로써 범률을 사회적 규범으로써 一般人에게 친숙하게 하려는데 기인하며, 법령을 정확하게 구체적으로 표현하여 국가적 制裁매카니즘으로 합리화하는 기회를 부여하는 것이다. 이러한 선택적이고 단편적인 이해는 점차적으로 법에 대한 좋은 느낌 내지 감정을 가지게 하여 법질서의 갈등을 해소하고 법의 정상적인 상태를 유지하게 한다. 법에 대한 이와 같은 기본인식의 획득은 法治國家의 課題를 수행하게할 뿐 아니라 국가적 규범의 준수를 위한 전제를 이루며 결국 법질서의 실제적 통용과 국가지배체계의 존립을 이룬다. 법령문은 장황한 說明文(Breitbandtexte)이 되어서는 아니되며, 전문적으로 작성될 때 유효한 것이 된다. 法令文은 법적인 명확성과 간결성을 지향하여야 한다. 일반적 이해가능성은 당연히 추구하여야 할 것이나 그것이 간결성을 저해하는 방향으로 나아가서는 아니된다. 결국 법학자가 법령의 理解可能性에 유의하여 그

요청을 받아들인다면 법령에서 사용하는 용어는 平均人을 겨냥하여 그들의 경험과 예측가능성을 고려하는 것이야말로 이해가능성에 접근하는 것이 될 것이다. 그리하여 이해가능성과 명확성 및 간결성은 실제적으로도 同一한 內容으로 나아가는 것이어야 한다.<sup>120)</sup>

### Ⅲ. 法技術的 作成段階

法技術的 作成段階에서는 입법기술을 구사하여 법령을 외형적으로 일정한 유형으로 정형화하는 것을 의미한다. 이 技術的 過程은 단순히 법령을 편집하는 것이 아니라, 법실체적 의미단계에서 확정된 규율내용의 타당성과 유효성을 간접적으로 親熟性과 理解性의 관점에서 조정하는 것이다. 따라서 입법기술적인 구조화와 정식화에 대한 세심한 주의를 法律의 形成에 필수불가결한 전제조건이라 할 수 있다. 법기술적 작성단계에서 특히 중점적으로 유의하여야 할 사항으로는 기본형식의 선택/준용기술의 처리/체계성과악/제명의 선정/시행일 및 경과 규정 등이 있다.

#### 1. 基本形式의 選擇

基本形式의 선택문제는 법실체적 형성단계에서의 범규범의 단계선택과 관련이 있다. 어떠한 하나의 확정된 기본형식의 결정에는 法體系的인 관점과 法技術的인 관점이 검토되어야 한다. 적절하고 합리적인 기본형식의 선택을 위한 기준을 제시한다면 다음과 같다.

- 규율내용의 개괄성과 조망성
- 기본법의 구체화와 명확화, 기본법의 한계설정과 조정
- 규율내용의 집중화
- 규율영역에서의 동종 또는 관련되는 법소재의 종합

---

120) 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「法令用語에 관한 研究」, 66~85面 참조.

- 빈번한 개정가능성의 축소와 법적안정성의 상승

위와 같은 기준에 의거하여 法規範의 기본형식을 선택하는 것이 바람직하나, 사회의 복잡화와 더불어 법규범도 각종 구체적 상황에 대응할 필요성이 증대되면서 다양한 법형식이 등장하고 있다. 특히 社會國家의 등장과 함께 법규범이 사회생활상의 관행이나 경험칙을 통하여 생성된 일반적 법감정을 성문화하기 보다는 법규범의 목적이 국가의 새로운 정치적·기술적·조정적·지도적인 목적달성을 위하여 그 계획의 수립과 실행을 법규범으로써 근거지우려는 성격이 증대하면서 법의 형식도 외형적인 면에서 다양한 형태의 행위형식을 구비하고 있다.<sup>121)</sup> 따라서 법규범의 기본형식의 선택도 매우 다양하게 제시되고 있으며, 立法技術的으로 이에 대한 충분한 검토가 필요하다. 법규범의 일반적인 기본형식 이외에 특수한 형식으로서 널리 채용되고 있는 몇 가지 유형을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 基本法

기본법형식의 법률은 일반적인 법규범의 형식과 달리 규율내용이 「概括的이고 조망적」인 경우에 많이 채용된다. 이 基本法은 어떤 분야의 정책의 기본적인 방향을 정하고 관련정책의 체계화를 도모하려는 의미가 담겨져 있다.<sup>122)</sup> 즉, 당해 분야에 있어서 정책목표 내지 정책이념을 제시하고 政策內容으로서 목표·이념 등을 실현하기 위한 시책 내지 기본적인 항목을 열거하는 한편 당해 분야의 정책의 策定 내지 調整에 관한 특별기구를 설치하는 것 등을 그 기본적인 내용으로 한다. 이러한 기본법형식은 일종의 計劃法 내지 프로그램법이며, 어떤 분야의 정책을 개괄적으로 선언하고 그 정책실시에 따른 관계자의 책무 등을 선언함으로써 關係政策의 體系化를 도모한다. 또한 이러한 성격과 기능을 담당하는 基本法은 그곳에 열거된 정책이 법률로서 정하여야 할 사항을 포함하는 경우에도 그

121) 이와 관련한 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「特例法の 現況과 整備方向」, 1992, 7~10面 참조.

122) 基本法의 의미와 내용에 관한 자세한 것은 朴英道, 「基本法의 法制上的 位置」, 法制研究 제5호, 1993, 273~287面 참조.

것을 스스로 정하는 것이 아니라 별도의 法律(실시법 내지 집행법)로서 정책의 구체적 사항을 규정한다. 따라서 基本法은 실시법 내지 집행법과의 관계에서 입법의 내용에의 구속 및 현실로 입법된 규정의 해석·적용의 관계상 관계 법령에 대하여 실제상 指導的·優越的·綱領的·憲章的인 기능을 거두고 있으며, 실시법 내지 집행법의 내용은 당연히 기본법의 목적과 취지 및 내용에 적합할 것이 요구된다.

어떻든 규율내용이 광범위한 사항에 걸쳐 추상적·포괄적 내지 탄력적인 내용만을 선언적으로 규정하는 경우에는 基本法形式이 타당하며, 이 경우 기본법은 각분야에 있어서 국가의 책무, 취하여야 할 정책의 목표, 시책의 안목, 법제상·재정상의 조치 등을 규정하는 한편 기본법을 실시 또는 시행하기 위하여 또는 목적달성을 위하여 필요한 법률의 制定·改廢를 예정하는 내용을 담게 된다.

## (2) 處分的 法律

處分的 法律이란 특정한 정책목적을 위하여 집행이나 사법을 매개하지 아니하고 직접 국민에게 개별적·구체적 사항을 규율함으로써 자동집행력을 가지는 법률을 말한다.<sup>123)</sup> 처분적 법률은 급격한 사회경제적 변화에 합리적으로 대처하기 위하여 오늘날의 社會國家에서 널리 채용되고 있으나, 헌법상 권력분립의 원칙과 평등의 원리와 관계에서 많은 문제점이 제기되고 있다. 다만 극단적인 個別的·具體的 處分이 아니며 목적과 수단의 比例原則에 부합하는 처분적 법률에 대해서는 일반적으로 승인되고 있으나, 처분적 법률의 내용이 개별적·구체적 조치에 관한 것이라면 그것은 이미 개별적·구체적 처분을 의미하는 行政의 領域에 대한 침해를 의미하게 된다. 따라서 처분적 법률의 문제는 立法이 어느 정도까지 개별적·구체적 처분을 그 내용으로 할 수 있는가라는 立法의 限界에 관한 문제와 관련하고 있다.

급격한 사회변화에 대응하여야 하는 오늘날의 國家的 機能에 있어서 엄격한 의미에서의 일반적·추상적 규범의 정립과 개별적·구체적 처분사이에 이 양자

123) 處分的 法律에 관한 자세한 내용은 朴英道, 「處分的 法律의 立法論의 檢討」, 法制研究 제9호, 1995, 268面 以下 참조.

의 성격을 가진 여러 가지의 중간단계가 있다. 따라서 극단적인 개별적·구체적 처분의 경우를 제외한 이러한 中間的 段階의 기능은 헌법에 이에 관한 금지규정이 없는 한 그것은 입법의 대상이 될 수 있다. 즉, 不特定多數人을 그 대상으로 하는 것이 아닌 일정한 범위의 소수의 사람만을 그 대상으로 하는 경우(個人的法律 : Einzelpersonengesetz), 개별적·구체적 상황 또는 사건을 그 대상으로 하는 경우(個別事案法律 : Einzelfall-gesetz) 및 적용기간을 한정하는 경우(限時的法律 : Zeitgesetz) 등에는 일정한 목적달성을 위한 수단으로서의 조치를 그 내용으로 하는 처분적 법률을 정립할 수 있다. 다만 그러한 處分的 法律의 형식을 채용하더라도 그 규율하려는 내용이 다음과 같은 일정한 요건을 구비할 필요성은 있다.

- 處分이 특정목표로 향하며 그 목표실현을 위하여 사용하는 수단이 목적에 적합한 특수한 경우이어야 한다.
- 특정한 정황에 유래하며 조망가능하고 논리적으로 실행가능한 순수한 합목적성을 지향하는 경우이어야 한다.
- 구체적인 장애상태가 발생되어 이 장애를 필요하고 적절한 제반처분으로써 극복할 것을 지배적 목적으로 하여야 한다.
- 시간적·양적으로 한정된 범위의 사태를 순수하게 합목적적인 법효과에 복종시킬 것을 의도하는 경우이어야 한다.

### (3) 例外法으로서의 特別法/特例法

개개의 법규범의 基本形式의 선택과 관련하여 어떤 종류와 범위의 법규범이 적당한가를 확정하고, 自由와 正義의 적절한 균형관계를 유지하며 나아가 법규범상호간의 조화를 보장하는 것이 우선적으로 고려되어야 함은 당연하다. 그러한 의미에서 어떤 하나의 事案에 대해 너무나 많은 법규정을 존재시키는 것은 국민들에게 법상태를 인식하고 적응하는데 매우 어렵게 하며, 특히 각종 例外法<sup>124)</sup>으로서의 특별법/특례법을 제정하는 것은 法律關係를 불분명하게 하여 국

124) 「原則法과 例外法」은 어떤 특정한 상황에 관하여 그 원칙과 예외를 정하는 법이며, 「一般法과 特別法」은 이보다도 훨씬 넓은 범위에서 지역적·인적 또는 사항에 관하여

민전체의 입장에서 본다면 안전하게 생활할 수 없게 된다. 그 결과 그것은 국민의 遵法精神을 공동화하고 법의 실효성의 관점에서 법의 수용도 및 지도성의 저하를 초래한다. 그러나 ①일반법의 적용으로는 새로운 입법수요를 충족시킬 수 없는 特殊한 狀況에서 현실의 구체적 상황가운데 전개되는 특수한 입법정책적 목적을 수행하기 위하여 한정된 내용만을 규정하면서, 다른 법률에 대한 適用 排除 또는 例外를 규정하여 강한 법집행력을 수반할 필요성이 있는 경우, ②사회변동으로 인하여 특수한 내용을 규율하고자 하는 立法의 必要性이 대두된 경우에 일반법의 근간은 그대로 유지하면서 한정된 범위내에서 예외적인 조치를 내용으로 하는 特別法/特例法을 제정함으로써 법적용의 탄력성을 유지할 필요성이 있는 경우, ③국가의 정책추진의지와 입법의지를 國民에게 강하게 인식시키기 위하여 동일한 내용이라 할지라도 일반법의 규정가운데 포함시키지 않고 例外法으로서의 특별법/특례법을 마련하여 國家政策에 대한 국민의 이해와 협조를 요구할 필요성이 있는 경우<sup>125)</sup> 및 ④입법기술적인 측면에서 번잡한 절차를 거치지 않고 비교적 신속하게 법규범을 제정 또는 개정할 필요성이 있는 경우 및 立法經濟의 側面에서 많은 비용과 시간이 소요되는 일반법보다는 예외법으로서의 특별법/특례법을 제정하는 것이 효율적인 경우 등이 있다.

따라서 어떤 法律의 기본형식을 원칙법이 아닌 예외법으로서의 특별법/특례법으로 하는 경우에는 다음과 같은 특별한 이유가 존재하는 한도에서만 허용될 수 있다.

---

효력을 정하는 법이라는 점에서 차이가 있다. 또한 「一般法과 特別法」은 법률상호간에서 구별되나, 「原則法과 例外法」은 동일한 법률내에서 또는 동일한 조문내에서 구별되는 것이 보통이다.

125) 立法學의 분야에서 이러한 성격과 기능을 강하게 띠고 있는 입법을 象徴的 立法 (Symbolische Gesetzgebung)이라 하며, 이 유형은 특히 형사법분야에서 특정한 범죄, 즉 죄질이 흉악하거나 그 폐해가 크고 사회적 비난의 강도가 높은 범죄에 효과적으로 대처하기 위하여 많이 채용되고 있다. 자세한 내용은 Harald Kindermann, 「Symbolische Gesetzgebung」, in : Dieter Grimm/Werner Maihofer(Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, S.222~245 ; P.Noll, 「Symbolische Gesetzgebung」, Zeitschrift für schweizerisches Recht, 1981, S.349f ; Rainer Hegenbarth, 「Symbolische und Instrumentelle Funktionen moderner Gesetz」, ZRP, 1981, S.201f ; Arndt Schmehl, 「Symbolische Gesetzgebung」, ZRP, 1991, S.251f 등 참조.

- 일반인의 행위를 목적으로 하는 일반적 법률과는 그 목적이 다소 달리하여 사회정책적 관점에서 특수한 상황을 전제로 일반법률에 대한 특례를 내용하는 규율이 필요한 경우
- 법률의 적용대상을 일반인 가운데 한정된 일부의 자에게만 적용시킬 필요가 있는 경우
- 어떤 사안을 단기에 신속하게 처리하기 위한 일시적인 응급법률을 제정할 필요성이 있는 경우
- 국가주요정책을 신속하고 효율적으로 수행하기 위하여 행정기관사이에 상호 업무협조절차를 간소화할 필요성이 있는 경우
- 일반인의 생활과는 관계가 있으나 규율내용이 간단하여 법조문수가 몇개에 그치므로 그것을 일반적 법률에 편입시키는 것이 부적당한 경우 및 반대로 조문수가 많아 일반적 법률에 규정한다면 일반적 법률과 부조화를 초래할 우려가 있는 경우
- 제정하려는 법률이 어떤 특정한 범영역에 포함시키는 것이 적당하지 않거나 또는 어느 범영역에 포함시킬 것인가가 불분명한 경우

그러나 위와 같은 例外法으로서의 特別法/特例法이라는 기본형식을 채용할 만 할 충분한 이유가 있다 하더라도 경우에 따라서는 그것을 선택함으로써 오히려 비생산적으로 작용하여 법이 촉진하고 보호하려는 가치를 손상하게 하거나, 주어진 문제를 해결하기 보다는 問題를 더욱 악화시키는 경우에는 이를 배제하여야 할 것이다.

## 2. 準用技術의 處理

「準用한다」라는 법령용어는 어떤 사항에 관하여 정하고 있는 규정을 그와는 다르나 본질적으로는 유사한 다른 사항에 관하여 필요한 변경을 가하여 적용하는 경우에 사용된다. 그 의미에서 본래 그 규정이 對象으로 하는 사항에 관하여 수정없이 그대로 다른 곳에 적용되는 경우에 사용하는 「適用한다」와는 구별된다. 입법기술상 법령문에서 동등하게 취급되고 있는 것에 관해서는 규정의 반복

을 피하고 「準用한다」라는 용어를 사용하게 되면 준용에 의해서 法文을 간결하게 그 내용을 표현할 수 있다. 물론 준용조문을 두지 않고 유사한 사항에 관하여 같은 규정을 두는 것도 일반인이 법령을 이해하기 쉽다는 장점도 있으나, 이렇게 하면 法令이 매우 번잡하게 될 뿐만 아니라 입법경제면에서도 바람직하지 않다.<sup>126)</sup>

그러나 準用規定이라는 것은 기술적이며, 번거로운 형식으로 규정되는 것이므로 준용조문을 널리 인정하는 것은 많은 문제를 내포하고 있다. 準用되는 조문이 긴 경우에도 그것이 한곳에 정리되어 있는 경우에는 준용되는 조문을 보아도 이해하는데 곤란이 발생하지 않고 나아가 條文이 간결해지고 편리해지게 된다. 그러나 준용을 인정하지 않더라도 충분히 해결되는 곳에 準用을 인정하거나, 준용되는 조문의 수가 지나치게 많거나 또는 그것이 산재하여 규정되어 있거나, 각종의 법령규정을 준용하고 있는 경우에는 법령의 규정이 복잡하게 되어 분명하지 않게되는 현상이 발생한다. 어쨌든 준용규정에서는 개별규정을 인용하여 이를 準用한다고 정하는 것이 통례이나, 때로는 다수의 규정을 포괄적으로 준용하는 경우도 있다. 準用은 법문을 간단화하기 위하여 발달한 입법기술이며 유사한 규정을 중복하여 제정하지 않아도 되기 때문에 그 점에 관해서는 나름대로의 평가를 할 수 있다. 그러나 준용이라는 입법기술은 법률안의 起案者의 법률안기초의 기술에 관한 자기만족의 표현에 불과한 것이고 法律의 수임자인 국민이 어

126) 法律은 개개의 경우를 규정하는 것이라는 전제하에서는 준용이라는 생각은 떠오르지 않는다. 그러나 法律의 體系化가 완성하여 본다면 비슷한 사정을 여러가지 규정하는 것은 번잡하며 제○조를 준용한다고 하면 제○조가 어디에 있는가를 찾는가는 용이하며 비슷한 조문을 몇개라도 규정하는 것은 독자에게 번거로운 것이 된다. 그보다도 準用條文을 두는 편이 간편한 법률을 제정할 수 있다고 생각하는 것이 입법자에게 부각될 것이다. 물론 체계를 세우지 않고 개개의 사례를 규정하는 경우에도 立法에 즈음하여는 개개의 사례를 생각한대로 규정하는 것이 아니라 그 순서, 사항 등을 고려하여 규정한다. 이러한 순서도 넓은 의미에서 체계라고 할 수 있으나 여기서 體系라는 것은 장래 일어날 수 있는 사건을 해결할 수 있는 체계, 사실상은 불가능할지라도 그 法律部門의 전부에 일어날 수 있는 사건을 해결할 수 있을 것을 목표로 만들어진 체계를 말한다. 이러한 體系가 가능한 위에 어떠한 사건이 일어나더라도 법률의 어느 부문의 조문을 탐구하는가가 용이하게 된다. 조문을 간결하게 하기 위하여 準用條文을 두면 좋다고 생각하여 준용조문을 규정하게 되었다고 생각된다. 이 의미에서는 준용조문은 體系의 所産이라고 할 수 있는 것이다.



다까지 이해할 것인가를 의식한 것인지에 대해서는 의문을 가지게 된다. 법문이 準用條文을 사용한 것은 법문을 간결하고 이해하기 쉽게하기 위한 것인데 현재에는 이 준용조문 때문에 法文을 이해하는 것이 곤란하게 되고 있는 실정인 것이다. 따라서 準用條文을 두는 것은 법문의 기재의 절약과 경우에 따라서는 법문기초자의 시간의 절약도 있으나 이 방법에 관해서는 여러 가지 문제가 있으므로 立法技術의 입장에서 준용의 사용은 필요에 따라 최소한도에 한정시키고, 국민이 법문을 이해하는데 방해가 되지 않도록 신중하고 충분한 주의를 기울여야 할 것이다.

準用條文의 현상을 보면 확실히 準用에 의해서 법문이 간결해지고 준용의 의미도 분명한 경우도 있다. 準用되는 조문이 긴 경우에도 그것이 한 곳에 정리되어 있는 경우에는 준용되는 조문을 보아도 이해하는데 곤란이 발생하지 않고 나아가 조문이 간결해지고 편리해지게 된다. 그와 반대로 美國처럼 준용조문을 두지 않고 유사한 사항에 관하여 같은 규정을 두는 것도 일반인이 법령을 이해하기 쉽다는 장점도 있으나 법령이 매우 번잡하게 되는 것은 피할 수 없다. 그러나 準用條文을 인정하는 것 그 자체에 이미 문제를 내포하고 있다. 즉, 준용을 인정하지 않더라도 해결되는데 준용을 인정하거나, 준용되는 조문의 수가 많거나 또는 그것이 산재하여 규정되어 있거나, 각종의 법령규정을 準用하고 있는 경우 등에는 준용되는 조문의 규정을 어떻게 준용하면 좋은가라는 의문이 발생한다. 그 결과 법령의 규정이 복잡하게 되어 분명하지 않게 되는 현상이 발생하는 것이다.

- 준용하여도 이해하기 쉬운 다른 법률의 부분에 관해서는 준용을 인정하나 같은 사항이더라도 준용에 의하여 이해가 되지 않은 경우에는 準用을 하지 않는다.
- 동등하게 취급이 되는 사항에 관해서 규정의 반복을 피하여 「準用한다」라는 용어를 사용할 때에는 어떠한 내용이 준용되는 가를 비교적 분명하게 알 수 있도록 하여야 한다.
- 準用되는 조문의 숫자가 대단히 많으며, 이 들 조문중에도 준용조문 또는 항이 포함되어 있는 경우 또는 다른 법령의 조문이 준용되는 경우 등은 立法技術的으로는 편리할지 몰라도 일반인이 이 條文을 이해하기에는 매우 어려울

뿐만 아니라 전문가도 면밀히 살펴보지 않으면 이해하기 힘들 정도로 난해하므로 이는 가급적 지양한다.

- 多數規定을 포괄적으로 준용하거나 법률단위로 준용하는 경우에는 준용의 내용을 이해하기 위하여 어느 규정이 준용이 되는가를 분명히 파악하지 않으면 안된다.
- 법령에서는 준용조문을 이해하기 쉽게 하기 위하여 다른 규정을 준용하는 때에는 그 조문의 뜻을 기입하거나 해석상 의문이 발생하지 않도록 준용되는 규정의 어구를 다른 용어로 대체하여 이를 법령문에 명시하는 방법을 널리 채용하여야 한다.

결국 준용되는 조문의 규정을 어떻게 할 것인가의 문제의 해결방법으로서 현재의 입법기술은 그다지 진전을 보지 못하고 있다. 그 결과 規定이 복잡해지고 일반인이 이해하기가 대단히 어렵게 되고 있다. 결론적으로 말하자면 準用條文을 전부 없애는 것은 찬성할 수 없으며, 準用되는 조문이 수도 적고 준용되는 조문이 이해하기 쉬운 경우에는 준용조문을 두는 것이 바람직하다. 일반국민에게 법문을 이해하기 쉽게 하기 위하여 각종 법령에 관하여 同文의 조문을 법령에 나오게 하여 명칭이외의 사항을 전부 동문으로까지는 할 수 없는 것이다. 그렇다면 準用條文을 줄이거나 난해한 준용조문을 가능한 한 이해할 수 있도록 하여야 한다. 그러한 방법을 취함으로써 법문의 의미는 법률가, 일반국민에게도 이해하기 쉬운 것이 된다.

### 3. 體系性 把握

일반적으로 體系에는 논리적 무모순과 목적론적 정합성을 요구하는 內部體系(inneren Systematik)와 내부체계의 소산인 법령문의 구조를 의미하는 外部體系(äußeren Systematik)로 구분된다.<sup>127)</sup> 法規範이 내부체계에 구속되지 않으면 법실체적인 유효성에서 뿐만 아니라 간섭의 확정, 법형태의 선택, 계획형식과 규

127) Karl Engisch, 「Einführung in das juristische Denken」, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1977, S.173ff.

법주지 등에 상당한 결함과 모순이 초래된다. 또한 外部體系, 법령문의 구조와 문장은 이해하기 쉽고 절차적으로 명확하게 운용될 수 있도록 외형적인 형태를 취하여야 한다.<sup>128)</sup> 일반적으로 법령의 形式的 秩序體系는 다음과 같은 원칙에 따라 배열되어야 한다.

- 순서의 원칙 : 법의 적용대상인 일반인이 이해할 수 있도록 조문이 그 전체적인 면에서 수직적 일관성을 유지할 수 있도록 일정한 순서로 배열되어야 한다.
- 경제의 원칙 : 법령의 불필요한 조항을 설정하거나 수식을 달거나 표현의 축소·의제·준용·변환을 도모하여야 한다.
- 분배의 원칙 : 법령의 내용에 있어서 기본적인 것 중심적인 것을 우선 배열하고 그 다음 부차적이고 절차적인 것을 배열하여야 한다.
- 분류의 원칙 : 서로 유사한 유형이나 내용을 순서에 따라 분류하여야 한다.

이러한 形式的인 秩序體系에 따라 법령의 내용적 구조화를 시도하려는 경우에는 어떤, 누구, 무엇, 어떻게라는 원칙에 따라 이를 점검하여야 한다. 즉,

- 법령의 목적은 무엇이며, 그것이 제대로 달성될 수 있는가
- 법령이 누구에게 향하며, 누가 그에 해당하는자인가
- 법령에 규정된 조치로서 작위 또는 부작위 명령은 어느 가운데 있는가, 어떠한 상황이나 조건하에 작위 또는 부작위명령이 명확히 부과되어 있는가, 수범자 및 법적용자에게 요구되는 주의사항으로서 무엇이 부과되어 있는가

한편 體系內에 규율소재가 완비되지 않거나 구조화가 적합하지 않은 경우에는 체계적인 구조로 補完하거나 代替하여 규율소재가 완비되도록 하여야 한다. 결국 체계는 특정한 기준에 따라 질서화되고 결합된 관념이다. 법령에 있어서 체계화는 법령의 효력을 상승시키며, 체계의 주변 내지 체계를 통하여 배열되지 않은 법령은 규범적이고 논리정연한 것이 될 수 없는 것이다.<sup>129)</sup> 사항적으로 연

128) Jerzy Wroblewski, 「Einführung in die Gesetzgebungstheorie」, Wien 1984, S.32.

129) P.Noll, a.a.O., S.223f.

관된 소재를 종합적으로 규율하거나 구별되는 사안을 여러 부분으로 규범화하지 않은 法令은 체계상으로 중대한 결함을 내포한 것이며, 체계원리에 역행하는 것이다.

#### 4. 題名/名稱의 選定

法令에는 각기 그 명칭이 있으며, 이것을 법령의 題名이라고 한다. 제명은 법령의 형식의 종류에 따라 그 명칭을 달리한다. 법률의 제명에는 끝에 法 또는 法律로 표현하지만 그 구별은 법일반에 관한 이론에 의한 것이 아니고 단순히 표현형식상의 문제에 지나지 않는다. 題名은 그 법령의 주요내용을 간결하게 함축적으로 표현한 것이므로 題名만 봐도 그 법률의 기본적인 내용을 짐작할 수 있다. 따라서 제명을 붙이는데 있어서는 우선 그 법령내용의 전모를 잘 표현하고 있어야 한다는 점이며 그 다음은 될 수 있는 한 간결한 題名을 붙여야 한다. 그러나 이 두 가지 요청은 상호모순이 되므로 內容을 잘 표현하려면 제명이 부득이하게 길어지게 되는 경우가 있으며, 법령에서 題名이 길어지게 되면 법령을 인용하는데 불편이 수반된다. 어쨌든 법령의 제명은 그 법령의 목표와 목적정립의 내용에 부합하는 것이어야 하며, 아울러 다음과 같은 기준에 의거하여 채용되어야 할 것이다.

- 가능한 한 대상을 요약하여 정확하게 표현하여야 한다.
- 문제가 되는 단어는 회피한다.
- 오해의 소지가 없는 명칭을 고려한다.
- 간략하게 확정한다.

법령의 題名은 법령의 일부를 이루는 것이며, 국회에 법률안이 제출된 경우에는 그 題名도 심의의 대상이 되며, 題名을 개정하려는 경우에도 법령개정절차를 필요로 함은 물론이다. 그런데 법령명을 이해하기 쉽고 법령내용을 빠짐없이 나타낼 수 있기 위해서는 題名이 길어지게 된다. 이 경우 제명을 확정할 때 그 내용의 표현을 적당한 곳에서 멈추고 나머지는 「등」 또는 「중간점」을 사용하는 경

우가 있다. 법령명에 「等」을 붙인다면 일반인에 따라서는 「等」이란 무엇인가라는 의문을 가지게 되며, 법령명을 이해할 수 없게 느끼는 자도 적지않다. 법령명을 붙이는 경우에 그 법령의 내용전부를 법령명에서 표현한다면 법령명은 길지 않을 수 없다. 그래서 立法者로서는 법령의 중요부분만을 법령명에 붙여 기타 내용은 「等」자를 붙여서 법령명으로 하는 것이다. 그러나 경우에 따라서는 법령명에 「等」자에 관해서도 쉽게 파악할 수 있는 경우도 있으나, 법령명에서 가급적 「等」을 삭제하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 다만 예외로 내용을 전부 정리하면 長文이 될 수 있는 법령명은 장래입법을 하는 경우에 「等」에 대신하여 내용전부를 법령명으로 하는 것이 좋다.

법령의 간결성 내지 명확성의 요청과 관련하여 또 하나의 문제는 법령명의 약어의 사용문제이다. 법령명이 長文이 되면 일기도 쓰기도 분명하게 되나 법령명 외에 약어도 법정하여 공표하면 이해하기 쉽고 읽기도 쓰기도 편리하다.<sup>130)</sup> 略語가 法定되면 약어만을 보아도 어떤 법령인가가 분명한 경우가 많다. 그러나 약어를 법정하여도 저자나 법전편찬자에게 약어를 만들 자유를 제한할 수는 없으나 가급적 약어는 통일된 방향으로 나가야 한다. 본래 略語의 필요는 법령명에게만 존재하는 것이 아니라 저작자에게는 판례집의 약어나 타인저작물의 약어도 필요한 경우가 있으므로 법령명칭의 약어필요는 略語統一의 필요의 일부에 불과하다. 그러나 이 일부만으로도 통일의 방향으로 나아간다면 편리하며 이것이 法令名의 略語를 법정하려는 이유이다. 그리고 대부분의 條約의 정식명칭은 국내법령의 題名에 비하여 비교적 장문이 많으며 이 때문에 일반적으로 이를 인용하는 경우에는 정식명칭이 아닌 약칭명을 사용하는 것이 압도적으로 많다.

130) 外國에서는 법률에 법령명과 동시에 그 略語도 法定하여 공표되는 것이 많다. 법률에 따라서는 약어와 그것보다도 간단한 약어의 두 가지를 공표하는 사례가 많으며, 또한 법정되지 않은 略語도 거의 일정하게 약어를 사용하고 있다. 그리고 약어사전을 구비하여 이 사전을 통하여 법령, 판례집, 법률잡지 등의 약어와 그 완전한 명칭을, 또한 완전한 명칭으로부터 그 약어를 알 수 있도록 하고 있다.

## 5. 施行日/經過規定의 마련

### (1) 施行日

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.<sup>131)</sup>

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을 확보할 수 있도록 배려하여야 한다.<sup>132)</sup> 법령에서 시행일을 규정하는 경우에는 특히 다음의 사항을 유의하여야 한다.

- 규율소재를 비용과 관련시켜 실행과정에서 자료조사 및 행정조직적인 적응 등의 면에서 이행가능한가를 검토하고, 그 법령의 시행과 고지사이에 적절한 시간적 간격을 두어야 한다.
- 법령의 실행에 중요한 의미가 있는 기일을 고려하여야 한다. 법안심의과정에서 당초 예상하였던 보조금 내지 재원의 감소에 따라 소정기간내에 입법목적 달성이 불가능하다고 판단되는 경우에는 시행일을 고려하여야 한다.
- 법령을 실행할 수 있는 여건이 성숙되었더라도 하위법령인 시행령이나 시행규칙의 정립을 확보할 시간적 여유를 두고 시행일을 확정하여야 한다. 또한 기본법률과 기본법률을 실시하는 실시법률 내지 시행법률은 시행일이 일치되도록 하여야 한다.
- 규율내용과 관련하여 관련단체의 전문적 지식에 대한 견해를 조정할 필요성이 있는 경우에는 시행일에 적절한 유예기간을 둔다.
- 法令 중의 어떤 規定에 대해서 施行日을 다르게 할 필요가 있는 경우에는 그

131) 施行日에 대한 국내연구로는 金性賢, 「施行日規定의 유형별 立法例 및 問題點檢討」, 월간 法制 1994.3., 87面 이하 참조.

132) H.Schneider, a.a.O., S.227.

溯及適用하여도 일반국민의 利害와 直接關係가 없는 경우라든가 오히려 그 利益을 증대시킬 수 있는 경우이어야 한다.

- 불가피하게 법령의 소급효를 인정하는 경우에는 불소급의 원칙상 특별한 주의를 요한다. 형사법이나 벌금에 대한 소급적인 시행기일을 정하는 것은 허용되지 아니한다. 입법자는 시행일에 소급효를 인정하는 것이 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것이 아닌지 또는 의도한 규율내용에 대해 부분적인 정보를 제공하고 있는 것이 아닌지를 개별사안별로 면밀히 조사하여 예외적으로 필요한 경우에 한정하여 장해에 대한 예방조치로서만 이를 인정하여야 한다.
- 사안에 적절한 시행일의 확정에 유용한 것으로서 일시적인 규율이 허용된다. 이것은 특히 공간적으로 또는 관계인의 법적 상태의 정립을 위해 과거의 법상태, 새로운 법의 적용에 대한 예의를 일시적으로 유지할 필요성이 있을 때 허용된다.
- 國民의 自由와 權利를 制限하거나 國民에게 새로운 義務를 賦課하려는 경우나 특히 벌칙을 수반하는 경우에는 事前의 주지기간을 부여하여 國民이 그것에 원만하게 대응할 수 있도록 가능하면 일정한 유예기간을 두어 施行하는 方法으로 일정한 範圍를 정하여 施行日을 예측할 수 있도록 정하는 것이 바람직하다.
- 어떤 규율에 대한 시행일을 확정할 때에는 기존의 법령에 대한 신중하고 면밀한 검토가 필요하다. 특히 당해 법령의 실시와 관련된 기존의 법령의 시행일에 대한 완벽한 고려가 행하여져야 한다.

## (2) 經過規定

法令을 制定改廢하는 경우의 기본적인 유의사항의 하나로서 新舊法令下에 있어서 法秩序의 變遷을 원활하게 하여 舊法令下에 있어서 또는 적용되는 法令이 전혀 없는 상태에서 사람들이 차지하는 지위나 이익을 침해하지 않게 보호하고, 또한 사람들의 地位가 급격하게 변동되지 않게 배려하지 않으면 안된다. 따라서 法令을 制定改廢하는 경우에는 종래의 질서를 어느 정도 容認하거나 새로운 秩序에 관해 잠정적인 特例를 둌으로써 新舊秩序의 원만한 交替를 위한 소정의 경과조치를 강구할 필요가 있다. 이러한 經過措置를 정하는 규정을 일반적으로 經

過規定이라고 한다.<sup>133)</sup>

經過規定의 작성은 입법기술상 가장 어려운 것이며, 그것은 종래의 제도와 그 운용을 전제로 작성할 필요가 있으며 그것과 新秩序와의 조화를 도모하는 것은 경우에 따라서는 新制度 자체의 규정화보다도 곤란하다고 할 수 있다. 따라서 經過規定에는 각종 입법기술을 구사하여 대단히 기술성이 강한 용어가 사용되며, 기술적인 규정을 두지 않을 수 없는 경우가 많다. 그런데 법령에 따라서는 他의 法令의 制定改廢에 따른 경과적 사항이 바로 그 法令의 목적으로 하는 것이 있으나, 이 경우에는 經過의 事項을 정하는 것 자체가 그 법령의 목적이므로 經過의 事項이 바로 그 法令의 本則에서 규정되어야 할 사항이 된다.

經過措置는 법률의 制定·改正 등에 따른 新舊法律狀態의 조정을 위한 조치이므로 個別法에서 규정하는 내용에 따라 그 유형도 다양하지만, 新舊法律의 적용 관계에 대하여 과도적 조치를 하고 있음이 공통적이다. 따라서 어떠한 대상에 대하여는 舊法律을 한정적으로 적용시키고 있는가하면 新法律의 시행전에 발생한 어떠한 대상에 대하여 新法律을 溯及適用하는 조치를 취하기도 한다. 經過措置로서 규정을 두어야 할 경우에 유의하여야 할 사항을 몇 가지 지적하면 다음과 같다.

- 經過措置를 규정하는데 있어서 유의하여야 할 가장 우선적이고 기본적인 이념은 既得의 권리 내지 지위를 尊重·保護하는데 있다.<sup>134)</sup> 그러나 현재의 법률

133) 經過規定에 관한 상세한 논의는 韓國法制研究院, 「立法理論研究(I) - 立法基礎理論과 立法技術」, 250面 이하 ; 閔東基, 「立法上の 經過措置에 대한 小考」, 立法調査月報 1989.1., 3面 이하 ; 尹長根, 「經過規定에 관한 研究」, 法制 제259호, 1989.3., 40面 이하 등 참조.

134) 既得權保護와 관련된 경과조치도 法이 규정하고자 하는 내용에 따라 다양하게 표현되고 있으며, 대표적인 것을 몇 가지 살펴보면 ㉠신규로 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 권익이라든지 지위를 보호하기 위하여 經過措置를 두는 예가 많다. ㉡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 효력이 계속 引繼되는 것으로 한다든지 혹은 종래의 法律에 의한 許可를 받고 있는 자에 대해서 특히 일정기간 舊法律의 효력을 연장하고, 일정기간내에 필요한 要件을 갖추도록 하는 規定을 두는 예가 있다. ㉢법률에서 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



상태가 계속되는 것이 국민의 법관념에 위배되어 시급한 法制度改革이 필요한 경우로서 既得의 權利 또는 이익을 변화시키는데 合理的인 이유가 있는 경우에는 예외가 될 수도 있다.

- 國家機關이 폐지되고 새로이 설치되는 國家機關이나 이미 설치되어 있는 타국 가기관에게 그 사무와 職員이 移讓되는 경우에는 이에 대한 경과조치가 필요하다. 조직의 改編으로 행정기관이 格下 또는 格上된 경우에는 행정기관의 실질적인 地位가 달라지므로 所管事務 및 所屬職員에 관한 경과조치를 두도록 하며, 단지 行政機關의 명칭만 변경되는 경우에는 당해 행정기관의 실질적인 지위에 변동이 없으므로 所管事務 및 所屬職員에 관한 경과조치를 두지 아니하기도 한다. 그러나 기관의 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.
- 일반적으로 법령은 시행됨으로써 현실로 구체적으로 일정의 事項에 관해 適用되는 효과를 발생하는 것이나 적용의 대상이 계속적인 사항이나 행위인 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 적용구분을 명백히 하는 經過措置가 필요하다.<sup>135)</sup>

告制를 許可·認可·免許制로 하는 경우에 經過規定을 두는 例가 있다. ㉔행정청이 행하는 行政行爲에는 許可·認可·免許외에도 承認·任命·決定·通知 등의 행정행위가 많고 일반국민의 경우도 行政廳에 대하여 登錄·申告行爲 외에 용자금의 償還·特許出願 등의 행위를 하는 경우가 많으므로 이에 대하여도 필요한 경우 既得權을 보호하는 규정을 두는 例가 많다. ㉕免許·登錄 등의 제도를 중심으로 한 資格賦與法規의 내용이 改正된 경우 舊法律에 의한 資格賦與 기타의 처분 및 私人的 賦與權者에 대해서 한 申請 기타 행위의 효력에 있어서 經過規定을 필요로 하는 것은 許可 등의 經過措置方式과 다를 바 없다.

135) 그러나 이 경우의 경과조치에 관해서는 다음과 같은 문제가 있다. 즉 國民의 法律生活의 安定이라는 관점에서 본다면 구법시행의 시점에서 발생한 사실에 관해서는 舊法の 규정을 적용하고, 신법의 규정을 溯及하여 적용하지 않는 것이 일반적인 原則이다. 그러나 국민의 法律生活의 안정이라는 것을 강조하는 것은 어디까지나 國民의 利益을 위한 것이므로 거꾸로 舊法施行 당시에 발생한 사실에 관해 新法을 溯及適用하여도 일반국민의 이해와 직접관계가 없는 경우 국민에게 不利益이 아닌 利益이 되는 경우 또는 소급적용하는 것이 공익에 부합하는 경우 등 특별한 경우에는 新法令의 溯及適用이 허용된다고 생각된다. 그리고 新法の 소급적용과는 반대로 新法の 施行後에도 일정한 사항에 관하여 舊法の 效力을 인정하거나 또는 舊法の 例에 의한다고 規定하는 경

- 종래의 法律에 의하여 行政機關이 행한 행위에 대하여 新法에 의한 행위와 동일한 효력을 부여하고자 하는 경우에는 이미 이루어진 각각의 個別的 事項에 대하여 經過措置를 규정할 수 있고 포괄적으로 看做規定을 둘 수 있다. 이 경우 상대방이 행정기관에 申請行爲 등을 한 경우 불필요한 절차의 번잡함을 피하기 위하여 이미 행해진 개인의 행위에 대하여도 新法律에 의한 행위와 동일한 효력을 부여하는 經過措置規定을 둠이 타당하다. 新法에 의한 행위와 동일한 효력을 종래의 법률에 의한 행위에 대하여 항구적으로 두는 것이 적절치 못한 경우에는 잠정적으로 일정한 기한을 두어 인정하기도 한다. 주로 許可 등의 요건에 중대한 변동이 있거나 許可 등을 행하는 행정주체가 변동되어 종래의 법률에 의한 행위 등의 효력을 새로운 법률이 施行된 후에도 인정한다면 新法에서 이루고자 하는 입법목적 달성을 위한 곤란한 경우에는 既存의 權益保護라는 측면에서 일정기간만 잠정적으로 유효한 것으로 보고 그 기간내에 새로운 法律에 의한 새로운 행위를 취하도록 규정하는 것이 보통이다. 개정법률에서 有效期限 그 자체를 변경 또는 새로운 有效期限을 설치하는 경우에는 이에 관한 經過規定이 필요하다.
- 新法이 국민의 사회생활에서 새로운 또는 舊法의 경우와는 다른 규제를 예정하고 있는 경우에 新法施行前에 존재하였던 상태를 국민의 법률생활의 안정을 기한다는 견지에서 新法의 규정에도 불구하고 잠정적으로, 경우에 따라서는 恒久的으로 인정할 필요가 있는 때에는 경과조치규정을 둔다.<sup>136)</sup>

우도 있다.

136) 여기에는 ①종래에 자유롭게 할 수 있었던 사업이나 행위에 관해 新法의 규정에 의하여 그 사업을 營爲하거나 행위를 할 수 있기 위해서는 許可를 받아야 하는 경우에 종래부터 그 사업을 營爲하거나 행위를 해온 자가 新法의 규정에 의해 許可를 받지 않고 新法施行日로부터 직접 그 사업이나 행위를 할 수 없게 하는 것은 법질서의 안정, 법률생활의 안정이라는 관점에서 볼 때 매우 부적당하며, 국민의 이익의 관점에서도 커다란 문제가 된다. 따라서 이러한 경우에는 일정한 합리적인 期間(유예기간)에 그 許可를 받지 않고서도 사업이나 행위를 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 영업을 계속할 수 있도록 하는 등의 經過措置를 두는 것이 原則이다. 다만 이것은 어디까지나 원칙일 따름이며 경우에 따라서는 특별한 經過措置를 두지 않고, 오히려 국민의 既得權에 특별한 배려를 하지 않는 것이 法の理想으로 보아 합당하고 국민의 법의식에 적합한 경우가 있다. 이러한 경우에는 오히려 經過措置를 두지 않는 것도 있

- 특정한 자에 대한 기득권 내지 既得의 지위존중을 주된 목적으로 하지 않지만 社會秩序의 안정성확보라는 측면에서 經過規定을 두는 경우도 있으며, 당해 法令의 내용 등에 따라 필요한 규정을 두지 않으면 안되는 경우도 많은 등 經過規定을 필요에 따라 두는 例가 많다.
- 罰則에 관한 경과조치는 범죄행위시와 재판시 사이에 罰則의 변경이 있을 경우 이를 위한 經過規定으로서, 罰則에 관한 경과조치를 부칙에 둘 것인가의 여부는 일률적으로 말하기 곤란하며, 그것은 형사정책상 또는 가치판단의 문제라고 할 수 있다. 그러므로 罰則의 經過規定은 폐지 또는 경감되는 罰則에 대하여 개별적으로 판단하여 결정할 문제인 것이다. 다만 형벌법규의 改廢가 법이념의 변경에 따라 종전의 처벌자체가 부당하였거나 또는 科刑이 과중하였다는 반성적 고려에서 이루어진 것이라면 刑法·刑事訴訟法의 규정정신에 입각하여 經過規定을 두지 않는 것이 바람직하다고 할 수 있다.

---

다. ②그리고 예를 들면 일정한 영업을 하는데 일정한 자격이 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 자격요건을 충족하지 않더라도 종래의 업무를 계속할 수 있게 하거나, 新法의 基準이 舊法의 기준을 상회하는 경우에 일정기간에서는 舊基準下에서 營業을 계속할 수 있게 인정하는 것도 있다.



## 第3章

# 우리나라에서의 立法審査體系



## 第3章 우리나라에서의 立法審査體系

### 第1節 問題의 所在

#### I. 立法의 段階와 審査體系

憲法 제40조는 입법권은 국회에 속한다라고 규정하여 國會立法의 원칙을 선언하는 한편 국회의원이 법률안을 제출할 수 있는 권한을 부여하고 있다(제52조). 그러나 우리의 경우 國會議員에게는 입법자로서의 이미지가 매우 희박하고 의원이 스스로 법률안을 입안하여 제출하는 경우는 매우 적고 개별 의원에게도 立法을 제1차적 임무로 자각하고 행동하는 의원의 수는 그리 많지 않다. 그리하여 議員立法의 경우는 대개 당정책입안부서, 소속정당의 전문위원, 교섭단체소속의 원들의 立法活動을 보좌하는 정책연구위원, 국회의원보좌관·비서관, 그리고 국회내의 각 입법보좌기구(국회사무처·국회도서관) 등을 통하여 議員立法이 마련되는 경우가 많다.<sup>137)</sup> 그동안 議員立法에 대해서는 그 활성화와 입법기능강화를 위하여 많은 법적·제도적 보완책을 마련하여 왔으며, 현재에도 이를 위한 노력이 활발하게 논의되고 있으나,<sup>138)</sup> 그것은 단지 外的 立法過程의 측면을 강조한 것이지 議員立法의 質的 向上을 도모하기 위한 입법적 판단의 구상단계에 대한 검토는 그다지 이루어지지 않고 있다. 특히 국회의원들은 차지하더라도 議員立法을 실질적으로 주도하는 위의 입법담당요원들이 의원입법을 기초하는데 있어서 과연 일정한 立法設計의 技法을 인식하고 의원입법의 질적 향상과 합리적 입

137) 議員立法이라 하더라도 순수의원발의형식과 정부 또는 제3자가 기초하여 제공하는 것을 근간으로 여당위원의 이름을 빌어 제출하는 경우가 있고, 政府가 마련한 입법안을 與黨議員의 이름을 빌어 의원입법으로 제출하는 경우도 있으며 재야단체 등이 마련한 법률안을 野黨議員의 이름을 빌어 제출하는 경우가 있다. 여기에서는 이들 유형의 입법을 議員立法에서 제외하고 검토한다.

138) 이와 관련한 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(II) -立法過程의 理論과 實際」, 1994, 298~307面 참조.

법을 위하여 노력하고 있는가에 대해서는 의문을 가지지 않을 수 없다. 결국 國會의 입법기능강화를 위해서는 立法審議機能의 충실화를 위한 각종 제도적 장치의 마련도 대단히 중요하나, 입법조사·입안 및 심의활동을 지원하고 보좌하는 國會法制機構의 활성화가 무엇보다도 중요하다고 할 수 있다. 그리고 이들 법제 기구가 활성화되기 위해서는 입법담당요원들의 과학적이고 합리적인 立法作業을 위한 審査方法論과 기법을 터득하여야 하는 것이다.

한편 政府提出法律案은 주로 정부고위당국자나 정당, 특히 여당의 정책적 지시에 의해서 입안된다. 또한 감사원이나 각부 각부처의 요청 또는 관련단체, 이해관계인의 건의, 실무자·일선기관의 건의에 의해서 이루어지는 경우가 많다. 때로는 法院의 판결이나 憲法裁判所의 결정에 의해서 이루어지는 경우도 있으며, 헌법상 규정된 請願權行使에 의하여 입안되는 경우도 있다. 이러한 여러 경로를 통하여 발생한 입안의 동기는 당해 사항에 관하여 立法情報를 가장 많이 확보하고 있는 소관부처의 주무부서가 실무자회의를 통하여 立案與否를 결정한다. 이 단계에서 법률안이 고도의 전문성·기술성을 요하는 경우에는 관련연구기관이나 단체에 用役을 주거나 委囑을 하는 수가 있으며, 전문가들로 팀을 구성하여 입안하기도 한다. 특히 여기에는 외국입법례의 조사, 관계인·전문가의 의견수렴, 實務者의 작업과 국·과장의 검토가 이루어지며 각부처의 法務擔當官이 최소한의 법기술적사항을 점검한다. 이와 같은 검토를 거친 후 당해 법률안의 구체적인 原案作成을 위하여 법률안에 수록하여야 할 조문전체에 대하여 要綱과 分析書를 작성한다. 작성된 법률안의 요강에 대하여 의견이 있는 경우에는 이를 충분히 수렴하여 法律案의 기초에 착수하며, 여기서는 특히 조문전체에 대하여 수평적·수직적인 체계·형식·자구에 대한 검토를 행한다. 이렇게 작성된 草案은 관계기관·전문가 또는 이해관계인 등에 회람시켜 그 의견을 들어 修正이 필요한 부분은 이를 보완하여, 기초작업을 마무리 한 후 제안이유·주요골자 등을 명료하고 간략하게 정리하여 기술하는 등 법률안의 提案形式에 맞도록 성안한다. 그러나 이러한 일련의 과정을 거쳐 성립되는 정부제출법률안의 경우에도 의원발의법률안의 경우와 마찬가지로 제도화된 立法設計의 技法을 가지고 법률안이 마련되고 있다고 보기는 어렵다. 특히 정부제출법률안의 경우에도 입법담당요원들이 立法을 요하는 상황에 대해 실제적이고 규범적인 해결방안을 제시



할 수 있을 정도로 입법작업에 대해 전문성을 구비하지 못하고 있기 때문에 科學化된 立法設計의 技法을 인식하여 입법을 추진하기에는 무리라고 할 수 있다. 물론 정부제출법률안의 경우에는 법령안에 대한 심사기능을 담당하는 법제처에서 이를 검토·분석하나, 法制處의 법령안심사기능이 주로 체계·형식·자구 등 형식적 심사에 그치고 있으며 법발견과 법적용에서의 방향설정, 경합되는 입법 목적의 조정, 법령의 효력평가 및 유효성검토, 법령의 규율동기의 존속과 지속적 유지를 위한 심사 등 입법의 구체적 내용에 대한 실질적 검토는 수행하지 않고 있는 실정이다.

결국 우리의 경우 立法에 대한 정확한 豫測技法의 결여, 입법설계의 방법론에 대한 전문적 지식의 부족 등으로 인하여 입법활동에 계획성이 부여되지 못함으로써 졸속입법 내지 즉흥입법이 양산되고 있는 실정이다. 따라서 立法의 민주화와 과학화를 위하여 입법설계에 대한 理論的 方法論을 정립하여 문제점에 대한 적절한 예방수단과 실효성있는 입법의 완성을 위한 기법을 터득할 필요성이 대두되고 있다. 앞서 살펴본 입법적 판단의 구상단계, 입법내용의 확정단계 및 입법형식의 정립단계에서 제시된 각종 準則 내지 審査技法을 터득하여 입법활동에 계획성을 부여하고, 입법현상에 대한 과학적인 분석·평가를 수행하는 한편 最善의 立法을 위한 보다 양호한 기준을 설정하여 입법의 질적 향상을 도모하는 하나의 작업체계를 구상하여 이를 실제에 적용될 수 있도록 하는 것이 시급히 요청되고 있다.

## Ⅱ. 立法審査의 基準

우리의 法制機構에서는 입법에 즈음하여 적용되어야 할 하나의 지침 내지 척도로서 일정한 심사기준을 구비하고 있다.<sup>139)</sup> 그 가운데 특히 法制處에서 마련한 「法令立案審査基準」은 입법작업에 매우 유용한 기준으로서 입법담당자에게

139) 대표적인 것으로서 國會事務處, 「法制實務」, 1990; 國會法制司法委員會, 「法律案審査事例集」; 1991/1993; 內務部, 「自治立法實務要覽」, 1991; 法制處, 「法令立案審査基準」, 1995 등이 있다.

### 第3章 우리나라에서의 立法審査體系

널리 활용되고 있다. 그러나 그 법령입안심사기준은 法案作成을 위한 주요일반준칙, 즉 입법기술적인 측면에서의 심사기준에 불과하다. 물론 그곳에서는 立法的 判斷의 構想段階나 立法內容의 確定段階에 즈음하여 유의하여야 할 기본적인 사항을 언급하고 있으나 구체적으로 이를 제시한 것이 아니라 입법의 원칙상 당연히 준수하여야 할 일반적인 사항을 개괄적으로 지적하고 있을 따름이다. 한편 法制處에서는 1995년 8월 법제업무의 원활한 수행을 도모하고 국가정책수행의 효율화와 국민의 권익신장에 기여하기 위하여 종전의 「법제업무운영규정」을 대통령령으로 제정(1995.8.10. 대통령령 제14748호)하면서 그 시행을 위하여 국무총리훈령 「법제업무운영규정시행지침」(1995.12.28. 국무총리훈령 제325호)을 제정하여 그 제8조에서 法令案의 立案審査基準을 다음과 같이 세부적으로 마련하였다.<sup>140)</sup>

#### ○입법의 필요성

- 새로운 입법조치를 요하는 것으로서 그 내용이 명확히 구체화될 수 있는 것이어야 하며, 그 시행의 효과와 시행에 따른 문제점여부에 대한 면밀한 분석·검토를 기초로 할 것
- 입법내용이 그 적용대상이 되는 합리적 평균인의 준수를 기대할 수 있는 강제적 규범으로서의 실효성을 가질 것

#### ○입법내용의 정당성 및 법적합성

- 헌법이념을 구체화하는 정의와 공평을 실현하는 내용으로서 개인의 지위존중과 공공복리의 요청이 조화를 이루고, 권한행사의 절차와 방법이 공정하여 부당하게 국민의 자유와 권리를 제한하는 일이 없어야 하며, 국민생활에 급격한 변화를 주지 아니하도록 하는 등 사회질서의 안정성과 예측가능성을 보장할 것
- 헌법과 상위법에 모순·저촉되지 아니하도록 하고, 하위법령과 관련하여 위임근거를 명확히 할 것

140) 자세한 내용은 유병훈, 「法令立案審査基準의 基本原則정립에 관한 연구」, 法制 1996. 2., 61~80면 참조.

○입법내용의 통일성 및 조화성

- 다른 법령과의 조화와 균형이 유지되도록 하고 법령상호간에 중복·상충되는 내용이 없을 것
- 입법내용이 당해 법령의 소관사항에 적합한 것일 것

○표현의 명료성 및 평이성

- 입법내용의 의미가 확실하게 전달될 수 있고 입법의도가 오해되지 아니하도록 정확히 표현할 것
- 적용대상이 되는 누구에게나 쉽게 이해될 수 있도록 알기 쉬운 용어를 사용하고, 전체내용을 쉽게 파악할 수 있도록 조문을 배열할 것

法制處에서 마련한 법제업무운영규정 및 동 시행지침의 시행으로 법제업무의 체계화 및 실효성있고 합리적인 입법을 위한 制度的 方案의 틀이 갖추어 졌다고 평가할 수 있으나, 앞으로 이러한 제도적 장치의 구체적 실현을 위한 과학적이고 합리화된 법제업무를 위한 立法擔當者의 부단한 노력과 연구가 필요할 것이다.

### Ⅲ. 立法審査를 위한 方法論의 導入必要性

國家의 입법활동에 있어서 일정한 審査體系와 方法論을 부여한다는 것은 입법의 무절제한 증식을 억제할 수 있다는 측면 뿐만 아니라, 立法過程에서 자주 지적되는 경솔함을 방지할 수 있으며 나아가 立法의 현상에 평가를 가함으로써 과학적이고 합리적인 입법을 위한 토대를 마련할 수 있는 것이다. 따라서 이러한 立法審査에는 제정하려는 법률의 구체적 내용의 합리성, 과학적 기초의 토대위에서 구체적 상황과의 관련에서 취급하는 요소, 資料의 취사선택과 정도, 제반요소의 평가 및 代替案의 선택 등의 과정이 엄격하게 검토되어야 한다. 이러한 제도화된 立法審査없이 법률의 공공성을 확보할 수 없음은 물론 法律의 적절한 실효성도 기대할 수 없는 것이다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 입법심사의 體系와 方法論에 관한 내용은 입법학의 학문영역에서도 비교적 새로운 영역이며, 나아가 개별구체적 입법론이 아닌 이른바 立法設計의 학문이며 입법을 하는 때

에 目標로 하여야 할 문제를 정식화하고 문제점을 분석하고 검토하기 위한 概念圖式을 구축하려는 것이다. 그리하여 이 영역은 방법론의 제기를 포함하여 매우 추상적이고 이론적이며 또한 基礎知識을 매우 광범하게 요구하는 상당히 고차원적인 이론지식이라 할 수 있다.

그러한 의미에서 앞에서 살펴본 바와 같은 立法審査의 體系와 方法論이 직접 우리의 입법의 기초이론적인 고찰에 응용할 수 있는가에 대해서는 검토를 요한다. 先進國家에서 발달한 법학이나 정책과학에서의 法設計的인 이론이나 기법이 그 논리대로 우리의 현실에서의 법이나 입법의 이해에 그대로 결부될 수 있는가는 문제가 많다. 물론 西歐의 발달한 法學의 논리가 우리의 법을 해명하는데 기초적으로 유용한 것은 부인할 수 없으며, 오히려 앞서 고찰한 立法審査의 체계와 방법론은 우리의 입법상의 중요한 시사라고 생각된다. 특히 양적으로는 많은 법령이 있으나 사회적 필요에 부응하는 立法이 제대로 이루어지지 않고 있는 점, 입법의 필요성과 유용성에 대한 충분한 검토와 분석이 없는 拙速立法 내지 卽興立法의 양산, 법률의 실효성 내지 효과성에 대한 충분한 査定을 거치지 않은 채 입법을 함으로써 빈번한 법률개정이 이루어지고 있는 점, 法體系相互間의 정합성 내지 체계정당성에 대한 신중한 검토없이 마련된 입법의 양산 등 많은 문제점과 과제를 안고 있는 우리의 立法現實을 보는 경우 일정한 제도화된 立法審査體系와 方法論은 매우 의미있는 기법이라 하지 않을 수 없다.

오늘날 民主國家에 있어서 법률은 헌법상의 지도이념인 법치국가원리와 민주주의원리하에 사회적 문제상황을 대처하는 手段 내지 새로운 사회질서형성을 위한 하나의 道具로서 기능하고 있다. 그리하여 오늘날의 立法은 사회내에 존재하는 복잡한 이해관계의 조정과 통합을 위해 정밀하고 체계적인 과학적 분석과 정확한 자료를 토대로 한 전문적인 검토를 거쳐 행해지고 있으며, 이는 결국 立法者에게 필연적으로 과학적 합리성과 고도의 분석능력을 요구한다. 단순한 立法技術的인 지식만을 가지고 입법의 형식적인 요건이나 體系·字句 등의 심사에 충실한 입법작업으로는 입법의 과학화와 합리화가 이루어질 수 없으며, 나아가 입법의 實體的 正當性을 확보할 수 없는 것이다. 입법의 형식면에서의 審査技法도 중요하지만 그에 앞서 입법적 판단의 객관화를 도모하기 위한 입법의 내용면에서의 審査技法과 方法論을 터득하여야만 합리적이고 객관적인 그리고 실효성

과 타당성을 구비한 양호한 입법이 마련될 수 있는 것이다. 그러나 「立法者의 입장에서 본 問題解決의 技法」이라 할 수 있는 이러한 입법심사방법론에 대해서는 사회현상 가운데 목표를 특정하고 目標와 手段과의 적합관계를 명확히 하는 것이 대단히 어려운 작업이다. 또한 무엇이 問題이며 무엇이 목표인가를 논의하고 다양한 가치를 통합하여 問題를 發見·解決하는 기법은 입법자에게 구상력, 통찰력, 판단력, 문제의식 등과 같은 능력을 구비할 필요성을 요청한다.

우리의 立法現實에서 이와 같은 입법자의 입장에서 본 문제해결의 기법이 어느 정도 활용될 수 있을 것인가에 대해서는 단언하기 어려우나, 立法에 즈음하여 이러한 내적 입법과정을 마련하는 것은 우리 立法의 科學化와 合理化 및 民主化를 위해서라도 반드시 필요한 것이라고 하지 않을 수 없다. 따라서 입법자는 입법실무에 즈음하여 立法設計를 위한 기법을 개발하는 데 노력하여야 하며, 이러한 기법의 개발을 위해서는 인접학문에 대한 학제적 연구와 憲法裁判所의 判例分析을 통한 입법심사의 준칙을 정립하는데 부단한 노력을 기울여야 할 것이다.

## 第2節 憲法裁判所の 決定例에서 提示된 立法審査基準

### I. 意義

일반적이고 추상적인 법규범을 정립하는 국가작용인 立法作用에 대해서는 입법자에게 폭 넓은 立法形成權이 인정되어 스스로의 판단에 입각하여 법률을 형성하며, 일단 그 법률이 제정되면 이에 대하여 合憲性의 推定(favor legis)을 받는다. 그러나 입법자는 입법형성에 즈음하여 헌법의 명문규정에 위선될 수 없음은 물론 헌법의 기본원리나 기본질서에 위선되지 않아야 하는 등 일정한 限界가 설정되어 있다.<sup>141)</sup> 그 이유는 「국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지선되는 통일체를 형성하는 것이며 그러한 통일체내에서 상위규범은 하위규범의 효력근거가 되는 동시에 해석근거가 되는 것이므로, 헌법은 법률에 대하여 형식적인 효력의 근거가 될 뿐만 아니라 내용적인 합치를 요구하고 있기 때문이다」.<sup>142)</sup> 憲法은 국가의 최고법규로서 立法權을 부여한 수권 규범일 뿐 아니라 立法權의 限界를 설정하는 제한규범이므로 따라서 법률의 합헌성의 원칙에 위선되거나 입법권의 한계를 벗어난 법률은 憲法違反으로 무효가 된다.<sup>143)</sup> 우리 憲法은 어떠한 법률이 과연 合憲性의 原則이나 입법권의 한계를 벗어난 것이고, 따라서 無效가 되는가는 법원의 위헌법률심사제청과 위헌심사형 헌법소원심판제청에 따라 憲法裁判所가 하는 위헌법률심판에 의하여 결정되도록 규정하고 있다.

그리하여 憲法裁判所는 일단 「헌법재판은 구체적 사건을 통하여 법의 안정과 질서를 유지하고, 나아가 사회 각계각층의 문제들을 수용하고 조화를 이루어 그 국가의 조직과 사회의 여러 가지 문제들을 평화적으로 합헌적 차원에서 통합을

141) 裴俊相, 「憲法裁判所와 立法權者」, 法學論叢(한양대 법학연구소) 제9집, 1992.10., 43面.

142) 相續稅法 제32조의2의 違憲與否에 관한 憲法訴願(1989.7.21. 89헌마38).

143) Christoph Moench, 「Verfassungswidriges Gesetz und Normkontrolle」, Baden-Baden 1977, S.12f.

이룩하여 법의 권위와 신뢰가 확립되도록 헌법규범을 적용, 해석하여야 한다. 그러므로 헌법재판의 목적과 기능은 국민주권주의, 의회민주주의, 권력분립주의 원칙에 위선되어서는 아니되며, 법과 정치가 조화를 이루어 가도록 법의 권위와 신뢰를 조성하여 정치적, 사회적 불안을 해소하고, 모든 국민에게 자유와 번영을 약속하는 자유민주주의를 이 땅에 정착시키는데 있다. 그래서 위헌심사제도의 전통이 있는 국가에서도 위헌법률심사는 정치, 경제, 사회적인 모든 면을 두루 살펴 신중하게 다루고, 가급적 헌법해석은 합헌적으로 하여야 한다는 원칙을 지켜가고 있다. 우리도 위헌법률심판제도가 구체적 규범통제를 기본으로 하는 것도 여기에서 유래된다.<sup>144)</sup>라고 하면서, 「법률의 합헌적 해석은 헌법의 최고규범성에서 나오는 법질서의 통일성에 바탕을 두고, 법률이 헌법에 조화하여 해석될 수 있는 경우에는 위헌으로 판단하여서는 아니된다는 것을 뜻하는 것으로서 권력분립과 입법권을 존중하는 정신에 그 뿌리를 두고 있다. 따라서, 법률 또는 법률의 위 조항은 원칙적으로 가능한 범위안에서 합헌적으로 해석함이 마땅하나 그 해석은 법의 문구와 목적에 따른 한계가 있다. 즉, 법률의 조항의 문구가 간직하고 있는 말의 뜻을 넘어서 말의 뜻이 완전히 다른 의미로 변질되지 아니하는 범위내이어야 한다는 문의적 한계와 입법권자가 그 법률의 제정으로 추구하고자 하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 법목적에 따른 한계가 바로 그것이다. 왜냐하면, 그러한 범위를 벗어난 합헌적 해석은 그것이 바로 실질적 의미에서의 입법작용을 뜻하게 되어 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 되기 때문이다.<sup>145)</sup>라고 하여 立法者

144) 社會保護法 제5조의 違憲審判(1989.7.14. 88헌가5·8, 89헌가44 병합). 또한 國會議員選舉法 제33조, 제34조의 違憲審判(1989.9.8. 88헌가6)에서도 「헌법이 국가의 현실적인 정치제도와 국민의 사회적 생활속에서 활용되고 본래의 취지대로 법률적 기능을 다하기 위해서는, 그에 맞는 해석론이 뒷받침되어야 한다는 것은 자명한 일이다. 헌법의 해석은 헌법이 담고 추구하는 이상과 이념에 따른 역사적, 사회적 요구를 올바르게 수용하여 헌법적 방향을 제시하는 헌법의 창조적 기능을 수행하여 국민적 요구와 의식에 알맞는 실질적 국민주권의 실현을 보장하는 것이어야 한다. 그러므로 헌법의 해석과 헌법의 적용이 우리 헌법이 지향하고 추구하는 방향에 바합하는 것이 아닐 때에는, 헌법적용의 방향제시와 헌법적 지도로써 정치적 불안과 사회적 혼란을 막는 가치관을 설정하여야 한다」라고 판시하고 있다.

145) 社會保護法 제5조의 違憲審判(1989.7.14. 88헌가5·8, 89헌가44 병합).

가 형성한 법률에 대하여 그 의사를 존중하여 일단 합헌성의 추정을 강조하고 있다.

그러나 헌법재판소는 어떤 法律이 憲法에 위반되는 경우 그 모습을 「첫째, 제정당시에는 합헌이었으나 후발적인 사정변경으로 인하여 위헌인 법률로 되는 경우 둘째, 법률의 조항 자체에는 위헌성이 없으나 평등의 원칙 위반이나 체계부조화 등으로 말미암아 재조정하지 않으면 위헌을 면할 수 없는 경우 셋째로, 제정당시부터 원시적으로 위헌인 법률 또는 법률의 조항의 경우」<sup>146)</sup> 등을 지적하면서, 이러한 법률의 위헌여부를 판단함에 있어서는 「①국회가 이 사건 법률을 제정함에 있어서 중요한 의미를 갖는 사항을 적절하고 완벽하게 조사하고 그것을 입법의 기초로 삼고 있는가, ②국회가 법률의 모든 공익적 근거 및 긍정적·부정적 효과를 포괄적이고도 합리적으로 형량하였는가, ③국회에 의한 제한이 필요하고 적절한가, 비례의 원칙을 준수하였는가 그리고 사항적합성·체계정당성을 참작하고 있느냐를 고려하여야 하고, 이에 관하여 판단함에 있어서는 위와 같은 사항을 종합 고려하여 ①국회의 판단과 결정이 명백히 잘못되었거나 분명히 반박될 수 있는가 ②헌법상 가치질서에 위헌되는가 여부를 심사하여야 한다」<sup>147)</sup>라고 선언하고 있다.

146) 憲法裁判所法 제47조제2항 위헌제청 등(1993.5.13. 92헌가10, 91헌버7, 92헌바24·50 병합) : 『어떤 법률이 헌법에 위반되는 경우 그 모습에는 여러가지가 있다. 첫째, 제정당시에는 합헌이었으나 후발적인 사정변경으로 인하여 위헌인 법률로 되는 경우가 있다. 그와 같은 예로 외국의 경우를 보면 국회의원 정수 배분규정이 제정당시에는 선거구간의 국회의원 1인당의 선거인수 또는 인구수의 비율차가 크게 벌어지지 아니하여 합헌이었지만, 그 뒤의 인구의 이동 등에 의하여 비율차가 크게 벌어져 헌법의 선거권평등의 요청에 반할 정도에 이름으로써 위헌상태에 이르는 경우가 있는데, 비록 현재까지 우리나라의 경우는 이러한 이유로 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항은 없지만, 헌법재판소는 그 가능성을 여러 차례 시사한 바 있다(1990.6.25. 90헌가11, 1992.1.28. 89헌가8, 1993.3.11. 90헌가70). 둘째, 법률의 조항 자체에는 위헌성이 없으나 평등의 원칙 위반이나 체계부조화 등으로 말미암아 재조정하지 않으면 위헌을 면할 수 없는 경우가 있다. 예컨대 특정집단에게만 특별한 이익을 베푸는 수혜 법률에 대해 있을 수 있는 일로, 헌법재판의 역사가 일천한 우리나라에는 없으므로 외국의 한 사례를 들어보면, 저소득층을 위하여 재판 외의 절차로서 법률상담을 베푸는 내용의 상담부조법에서 노동법사건에서는 상담을 베푸는 것을 배제시켰는데, 이는 노동법사건의 당사자에 대한 수혜배제로 평등의 원칙을 어겼다는 이유로 위헌이 되는 경우이다. 셋째로, 제정당시부터 원시적으로 위헌인 법률 또는 법률의 조항의 경우이다』.



따라서 憲法裁判所の 이러한 태도는 입법활동에 즈음하여 입법자가 입법을 요구하는 당사자의 요구를 충분히 음미하지 않거나 그 강한 요구에 굴복하여 입법의 객관적 필요성을 기초지우는 것을 태만히 한 경우에 憲法裁判所는 규범통제 절차를 통해서 이른바 立法事實을 구명하고 그것에 의해 입법자의 소홀리한 재량을 보완하는 것이라고 볼 수 있는 것이다. 따라서 입법자는 이러한 헌법재판소의 태도를 입법절차의 기본적인 요건으로 함으로써 입법시에 발생하는 不備·缺陷을 미연에 방지할 수 있다.<sup>147)</sup> 결국 헌법재판을 통하여 축적된 判例를 분석하고 그것은 토대로 입법자가 입법시에 경험적 사실의 규명에 의거하여 그 구체적인 立法을 모색한다면 입법의 合理的인 判斷이 가능하게 되며, 나아가 良質의 立法을 실현하기 위한 입법적 판단의 객관화, 합리화가 도모될 수 있을 것이다. 그러한 의미에서 立法의 객관화와 과학화를 도모하기 위하여 매우 유용한 기준을 제시하고 있는 憲法裁判所의 주요 결정례를 분석하고 검토하는 작업이 필요하다.

147) 경기도남양주시등33개도농복합형태의시설치등에관한법률 제4조 違憲確認(1994.12.29. 94헌마201). 또한 보훈기금법 부칙 제5조 및 한국보훈복지공단법 부칙 제4조제2항 후단에 관한 違憲審判(1994.4.28. 92헌가3)에서도 「헌법재판소는 법률의 위헌여부에 대한 법적 문제만 판단하고 법원에 계속중인 당해 사건에 있어서의 사실확정과 법적용 등 고유의 사법작용에는 관여할 수 없으나, 법률의 위헌여부에 대한 법적 문제를 판단하기 위하여 입법의 기초가 된 사실관계 즉 입법사실을 확인하여 밝힐 수 있고, 헌법재판소가 확인하여 밝힐 수 있는 입법사실과 당해 사건이 계속중인 법원에서 확정하여야 할 사실문제가 중복되어 있는 경우에는 법률의 위헌여부를 판단하기 위하여 필요한 범위내에서만 입법사실을 확인하고 밝히는 것이 바람직 하다」라고 하고 있다.

148) 「위헌법률심사와 관련하여 국회의 헌법수호적 자구적 노력이 앞으로 요망된다. 첫째, 국회는 이러한 입법의 원칙 및 기준에 충실함으로써 헌법의 해석문제로서 제기되는 헌법분쟁을 미연에 방지하여야 할 것이다. 둘째, 현재 헌법재판소의 위헌법률심사과정에서 입법자의 입법취지나 입법목적이 정확히 전달될 수 있도록 적극적인 헌법재판과정의 참여가 행하여져야 한다. 셋째, 위헌결정된 법률뿐 아니라 한정합헌결정 등 헌법재판소의 결정사항에 관하여 국회가 적극적으로 입법심의과정에서 이를 다루어야 할 것이다」, 閔東基, 「憲法裁判所の 違憲法律審査에 관한 考察」, 立法調査月報 1992.6., 19面.

## II. 立法者の 形成의 自由(立法裁量)

### 1. 立法裁量の 觀念

주지하는 바와 같이 우리나라의 憲法裁判所는 법률의 위헌성여부를 심사하는 위헌심사권의 행사를 한정하는 논리로서 「立法者の 形成의 自由」 내지 「立法裁量」의 관념을 널리 채용하고 있다. 그런데 헌법재판소의 결정례를 살펴보는 경우 이러한 입법자의 形成의 自由 내지 立法裁量の 관념은 다양한 국면에서 다양한 의미로 사용되고 있으며 나아가 立法裁量の 구체적 내용에 대하여 납득할만할 충분한 설득력이 있는 논리를 전개하고 있지도 않다. 또한 學說의 다방면으로부터의 비판적 검토와 분석에 의해 立法裁量論의 의의와 문제점에 대한 명확한 검토도 현재에는 거의 없는 실정이라 할 수 있다.<sup>149)</sup>

우선 「立法裁量」이란 무엇인가가 문제되나, 일반적으로 입법재량이란 「어떠한 내용의 법률을 제정할 것인가에 대해 立法府가 가지는 판단의 자유」<sup>150)</sup>라고 정의할 수 있다. 이러한 立法裁量の 定義와 관련하여 몇 가지 점을 설명한다면 첫째, 여기서의 입법재량의 정의는 입법자가 法律을 제정하는데 있어서 그 내용을 어떠한 것으로 할 것인가라는 점에 대한 재량(wie裁量)에 한정하고 있으나, 그러나 立法裁量の 관념을 넓힌다면 법률을 제정할 것인가의 여부 또는 법률을 언제 제정할 것인가라는 점에 대한 재량(ob와 wann裁量)도 포함된다. 이 ob와 wann에 관한 재량의 문제는 입법의 不作爲의 문제에 관해 법률을 제정 내지 개정하여야 할 시기에 대하여 立法者를 구속하는 헌법규범이 있는 경우에는 논의

149) 立法裁量에 대한 국내연구로서는 丘秉朔, 「立法裁量論」, 考試界 1985.11., 96~102面; 朴仁圭, 「立法裁量論에 관한 研究」, 건국대 대학원 학술논문집 제34집, 1991, 192~201面 등 참조.

150) 「입법권자의 형성의 자유는 또 '立法裁量'이라고도 부르는데, 입법권자가 어떤 사항을 법률로 규율하려고 할 때 여러 가지의 法的인 規律可能性 중에서 그에게 가장 합목적적이라고 느껴지는 입법의 방법을 선택할 수 있는 자유 내지는 裁量の 여지를 말한다」, 許營, 「韓國憲法論」, 博英社 1995, 293面. 또한 입법재량의 개념에 관한 것은 大貴裕之, 「立法裁量の一考察」, 憲法制定と變動の法理(菅野喜八郎教授還曆記念), 木鐸社, 1992, 492~515面 참조.

할 가치가 있는 문제가 된다. 그러나 ob와 wann의 재량이 실제로 문제되는 사례는 많지 않고 또한 立法裁량이 문제되는 것은 오히려 입법내용의 당부에 관한 것이 통상적이라 할 수 있다. 둘째, 원래 立法裁量論에 있어서 「재량」이라는 단어를 사용하는 것이 적당한가가 문제된다. 裁量の 관념은 본래 자유로운 판단여지를 부여하는 기준의 존재를 전제로 하고 있으며, 재량이란 그 기준하에서의 選擇의 自由를 의미하는 것이다. 그러나 헌법의 영역에서는 그러한 입법자의 판단을 구속하는 기준은 일반적으로는 존재하지 않으며 오히려 立法에 있어서 어떠한 내용의 법률을 제정할 것인가는 기본적으로 立法者의 자유로운 결정에 맡겨져 있는 것으로 간주된다. 즉, 입법자는 원리적으로 「立法의 自由」을 가지고 있다고 인식하여야 할 것으로 생각된다. 물론 입법자는 憲法規定에 구속되나, 그 구속은 입법권을 전체적으로 규율하는 틀로서가 아니라 특정의 입법에 대해 부과되는 憲法上的의 制約으로서 개별적으로 문제가 되는 것으로 이해하여야 할 것이며, 그것을 재량을 구속하는 기준으로 보는 것은 정확한 이해라고 할 수 없다. 이 점과 관련하여 立法裁量(gesetzgeberisches Ermessen)이라는 관념은 입법자의 활동의 자유를 설명하는 관념으로서 부적당하며 오히려 「立法者의 形成의 自由(gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit)」라는 관념으로 설명하는 것이 타당하다는 지적도 있다.<sup>151)</sup>

151) 예를 들면 K.Hesse는 '法院은 정당하게도 이전에 사용되어 온 立法者의 裁量이라는 용어를 사용하지 않고 있다'고 말한다. Konrad Hesse, 「Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland」, 17 Aufl., Heidelberg 1986, S.221. 또한 K.Stern도 '形成의 自由領域(Gestaltungsspielraum)이라는 관념은 때로 재량의 자유(Ermessensfreiheit)라고 쓰여지나 그러나 裁量の 개념은 법률적용기관에 유보되어야 할 것이다'라고 설명한다. 또한 원래 立法裁量이라는 용어에 문제가 있다 하더라도 그것이 立法者의 形成의 自由를 의미하는 한 적극적 의미를 가진다는 것을 Stern은 다음과 같이 설명한다. '연방헌법재판소가 선택한 立法裁量과 그 일탈의 통제라는 공식에 대해 그것이 行政裁判所に 의한 행정통제와의 허용되지 않은 차이의 대비라고 생각하더라도 그러나 그 핵심에서는 적절한 사상이 표현되어 있다. 즉 基本法 제 1조제3항의 입법에 대한 제한은 입법자가 기본권을 존중하는 한 입법자로 부터 법률제정의 임무의 ob와 wie를 박탈할 수는 없다. 立法者에게는 입법형성의 자유의 영역(ein legislativer Gestaltungsspielraum)이 남겨져 있지 않으면 안된다.' Klaus Stern, 「Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland」, Bd.III/1, München 1994, S.1266.

셋째, 두 번째의 문제를 별도의 관점에서 본다면 立法裁量의 관념을 이해하는 때에 「裁量」이라는 단어를 매개로 하여 입법재량과 행정재량을 유사한 것으로서 이해하는 것이 타당한가가 문제된다. 이 문제에 관해 본래 立法裁量은 행정법학에서 말하는 행정재량의 관념을 立法에 대해 응용한 것으로 추측되나, 그러나 입법재량과 행정재량은 근본적으로 다르게 이해하여야 할 것이다. 즉, 行政法에서는 법률에 의한 행정의 원리가 타당하며 行政活動이 법률에 의해 통제된다는 기본전제가 있으며, 그로부터 이른바 그 예외로서 사전에 法律에 의해 부여된 행정의 자유로운 판단여지로서의 「행정재량」의 관념이 성립한다. 이에 대해 憲法の 경우에는 전술한 바와 같이 오히려 입법자는 「立法의 自由」가 인정되어 있으며, 행정의 경우와 같은 일반적인 법적구속은 존재하지 않는다고 생각되므로 행정재량과 같은 의미로 立法裁量이 인정된다고 이해하는 것은 부적절하다.<sup>152)</sup>

## 2. 立法裁量의 法的 意味

立法裁量을 「어떠한 내용의 법률을 제정할 것인가에 대해 입법부가 가지는 판

---

152) 立法裁量과 行政裁量이 단순히 대비되어 재량개념이 安逸하게 유추된다면 부당한 논의가 발생한다. 그 예로서 立法裁量의 일탈·남용론을 거론할 수 있다. 행정재량의 일탈·남용의 법리는 그 자체 행정에 대한 司法審査를 중시하는 입장과 행정의 判斷權을 존중하는 입법자의 타협의 논리로 보는 것이 가능하다. 그곳에서는 이미 행정권의 재량적 판단이 존중되어 결과적으로 法院의 재량통제가 억제된다는 결점이 있다. 마찬가지로 立法裁量에서도 일탈·남용론에서는 일탈·남용의 유무의 판단에 매우 너그러운 합헌성심사가 행해지거나 실질적인 合憲性審査가 행해지지 않는다는 폐단이 발생할 우려가 강하다. 또한 헌법상의 「不確定概念」에 관한 입법재량이 설명되는 경우에도 재량개념의 안일한 유추로부터 나오는 모순이 발생한다. 즉 예컨대 헌법상의 不確定概念으로서의 「公共福利」가 열거되나 무엇이 공공복리인가의 결정이 입법부의 재량적 판단에 맡겨져 있다면 人權制約原理인 공공복리의 내용은 立法者에 의해 결정되게 되며 입법자의 인권제약이 용이하게 합헌으로 될지도 모른다. 마찬가지로 헌법상의 正當한 補償이나 地方自治의 본질에 관해 입법자의 재량을 인정하는 것도 또한 입법권을 구속하여야 할 헌법규범을 무내용한 것으로 해석할 여지를 인정하게 되므로 문제이다. 그리고 이러한 부당한 결론이 발생하는 것은 行政裁量과의 대비하에 불확정개념에 대한 재량의 관념을 立法裁量의 분야에 도입한데 있다고 하지 않을 수 없다. 자세한 것은 戶波江二, 「違憲審査權と立法裁量論」, 憲法理論研究會(編), 違憲審査制の研究, 敬文堂, 1993, 141面 참조.

단의 자유」로 정의하는 경우, ①立法裁量이 어떠한 헌법규정 내지 문제영역에 관해 인정되는가라는 입법재량의 요건과 ②立法裁量の 요건이 충족된 경우 그로부터 어떠한 法的效果가 발생하는가 라는 입법재량의 효과라는 두 가지 문제가 발생한다.

(1) 立法裁量이 認定되는 要件

입법재량의 관념이 어떠한 憲法規範 내지 問題領域에 성립하는가에 대해서는 크게 입법재량이 헌법상 일반적으로 존재한다는 입장과 특정의 헌법규범의 해석에 있어서 입법재량론을 인정하는 입장이 가능하다.<sup>153)</sup> 立法裁量을 일반적으로 파악하는 견해중에서 특히 유력한 것은 立法者는 입법에 있어서 헌법규정에 저촉될 수는 없다는 한계가 있으며, 따라서 헌법규정에 저촉하는 立法이 위헌무효로 되는 한 立法裁量은 한계가 있다는 논의이다. 그리고 이 논의를 더욱 발전시킨다면 입법은 헌법규정의 범주내에서의 입법자의 판단의 자유에 맡겨져 있으며 그 범위내에서 立法裁量을 가지게 된다.<sup>154)</sup> 확실히 立法者는 헌법에 반하는 입법을 하여서는 안된다는 점에서 입법권은 한계가 있다. 그러나 「憲法の 범위내에서의 立法」이라는 논리를 「立法裁量の 論理」로 설명하는 것은 중대한 문제가 있다. 즉 그곳에서는 전술한 바와 같이 ①입법권의 범위는 광범하며, 한정된 범주를 전제로 하는 裁量의 관념은 적합하지 않는 것이 아닌가 또한 ②立法裁量을 행정재량과 동일시하는 것이 부적절하지 않은가라는 문제가 있는 외에 다음과

153) 野中俊彦, 「立法裁量論」, 戶部信喜(編), 講座 憲法訴訟, 有斐閣, 1987, 118面.

154) 이러한 의미에서의 憲法裁判所の 判例로는 ①國會議員選舉法 제33조, 제34조의 違憲審判(1989.9.8. 88헌가6) : 『우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고 이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜나가야 하는 최고의 가치규범이다.』 ②地方議會議員選舉法 제36조제1항에 대한 憲法訴願(1991.3.11. 91헌마21) : 『우리 헌법은 그 전문과 제1조에서 헌법의 최고이념 내지 기본원리가 국민주권주의와 자유민주주의임을 천명하고 있으며 이는 헌법조문을 비롯한 모든 법령해석의 근거 내지 기준이 되는 부동의 최고원리이고 모든 국가작용이 이에 기속되므로 법률의 제정 및 정책의 시행도 위 기본원리를 일탈할 수 없는 것이다.』

같은 근본적인 문제가 있다. 즉 「헌법의 범주내에서의 立法裁量」이라는 관념은 다른 견해를 본다면 違憲과 合憲의 경계에 선을 그어 합헌의 범위내에서 입법재량이 있다는 것이나, 그러나 이러한 「立法裁量」論은 실은 문제가 된 법적규제가 합헌이라는 것을 치환한 것에 불과하며 그 한에서 특별한 논리적인 의의를 가지지 않는다. 즉, 「立法者は 헌법의 범위내에서 立法裁量을 가지고 있으며 그 범위를 일탈한 경우에는 제정된 法律은 위헌이 된다」라는 論理는 논리로서는 대단히 정당한 것이나 그곳에서 서술되고 있는 것은 「憲法에 반하지 않는 法律은 합헌이며, 헌법에 위반하는 법률은 위헌이다」라는 말을 바꾼 것에 불과한 것이다.<sup>155)</sup> 立法裁量이라는 것을 이러한 맥락에서 파악하는 것은 가능하며 그 논리자체에 오류는 없으나, 이러한 立法裁量의 논법에는 독자의 意義 내지 유용성이 거의 없다.

이에 대해 立法裁量을 특정의 헌법규범의 해석에서 인정된다는 견해도 유력하며, 기본적으로는 이 견해가 타당하다. 立法裁量은 입법자의 범형성의 자유가 특히 인정되는 영역, 즉 立法에 의한 법적규제의 필요성이 특히 인정되는 영역에서 입법자의 활동을 광범위하게 시인하는 이론으로서 사용되는 것이 타당하다. 그러나 이 경우 立法裁量이 어떠한 근거에 의거하여 어떠한 영역에서 인정되는 가라는 문제에 대해 학설은 미묘한 대립이 있다.<sup>156)</sup>

155) 野中俊彦, 前掲論文, 95面.

156) 한편 立法裁量에 대해 비교적 활발한 논의가 진행되고 있는 일본에서는 입법재량의 적용에 일정한 판단범위를 부여하여 立法裁量論의 무제한한 적용을 방지하고 입법재량론이 적용되는 경우에 관한 구체적인 예측가능성을 부여함으로써 憲法에서 인정되고 있는 違憲審査權을 의미있는 것으로 한다는 측면에서 그 유형화를 행하는 접근을 시도하고 있다. 그리고 論者에 따라 유형화의 대상, 관점 및 기준에 관한 견해를 다양하게 제시하고 있다. 첫째, 立法裁量을 실체적으로 파악하는 관점에서 헌법규정의 방식 및 국회의 행위, 즉 법률의 성질에 의해 유형화하는 견해가 있다. 이는 헌법규정의 방식으로부터 ①拷問·檢閱 등 입법재량이 매우 명확한 개념을 사용하고 있는 경우 이들에 관한 입법재량은 매우 협소하다. ②公共의 福利·地方自治의 본질 등 헌법이 이른바 불확정개념을 사용하고 있는 경우 이들에 관한 입법재량은 비교적 광범위하다. ③國籍要件·婚姻에 관한 사항 등 헌법이 법률에 의해 일정사항을 정하는 취지를 명확히 규정하여 법률의 위임 또는 유보하고 있는 경우 적절한 법률을 제정하는 것 자체는 국회의 헌법상의 의무이나, 당해 법률의 내용에 관해서는 입법재량은 비교적 광범위하다. ④憲法이 당해사항의 구체화와 규제의 방법에 관하여 전혀 명확히 하고 있지 않은 경우 이들에 관한 立法裁量은 비교적 광범위하나 본래 제약할 수 없는 자연권적 기본권의 제약

立法裁量の 인정되는 영역으로서 일반적으로 우리 헌법재판소는 경제활동의 규제, 사회보장입법, 조세입법, 선거에 관한 사항 등 여러 분야를 열거하고 있다. 문제는 이들 영역에 관한 立法裁량이 인정되는 이유가 무엇인가라는 점이다. 이 점에 대해 「法律로 정하는」라는 헌법규정이 立法裁량을 시인하는 근거가 된다는 견해가 있다.<sup>157)</sup> 그러나 「法律로 정하는」이란 통설적 이해처럼 당해 사항

에 관해서는 입법재량은 매우 협소하다. 또한 法律의 성질로부터 ⑤二重의 基準論을 참조하여 일반적 경향으로서 정신적 자유권의 규제에 관한 입법재량은 매우 협소하나 경제적 자유권의 규제에 관한 입법재량은 비교적 광범하다. ⑥憲法上 人權은 형식적으로는 전부 동렬에 보장되며 최대한의 존중을 필요로 하므로 어떠한 인권에 관해서도 제약은 최소한이어야 할 것임을 염두에 두어 입법재량의 범위를 논해야 할 것이라고 한다. 둘째, 立法裁量論을 사법심사의 기준 또는 이와 밀접하게 관련하는 것으로서 철학적으로 파악하는 관점 내지 재판법리라는 관점에서 유형화하는 견해가 있다. 그리고 유형화의 기준으로서 (1)判例上의 立法裁量論의 적용례를 분석하고 ①公務員의 쟁의권에 관한 사례 등 고도의 정치적 의미에서의 입법정책적 판단에 관련된 경우 ②營業에 대한 경제적 규제의 사례 등 행정정책적인 재량에 관련된 경우 ③議員定數不均衡에 관한 事例 등 매우 기술적인 재량에 관련된 경우로 유형화하는 견해, (2)二重基準論을 기초로 입법재량론이 광범하게 적용되는 순서로 ①단핵, 의회의 자율권 등 헌법상 국회의 판단에 專屬的으로 위임되어 사법판단을 할 수 없는 경우, ②조세, 형벌 등 법원이 판단할 수 없는 것은 아니나, 法律의 구체적인 내용이 필시 입법정책에 맡겨진 경우 ③경제적 기본권 등 明白性의 原則에 의해 법원의 심사에 복종하나 합헌성의 추정을 받아 국회의 판단이 법원의 판단에 우선하는 경우, ④사상·양심의 자유 등 법원의 嚴格한 審査基準에 복종하여 법원의 판단이 ③의 경우보다 강력하게 인정되는 경우로 유형화하는 견해, (3)判例上의 立法裁量論의 적용례의 분석을 통하여 ①조약심사, 조세에 관한 사례 등 넓은 입법재량론이 적용되는 영역, ②의원정수불균형, 약국개설에 대한 규제, 연금 사회보장급부금지에 관한 사례 등 좁은 입법재량론이 적용되는 영역, ③공무원의 정치활동의 자유, 표현의 자유를 제한하는 사례 등 입법재량론의 적용이 배제되는 영역으로 유형화하여 사법심사에 관해 ①의 영역에는 단순한 合理性의 基準, ②의 영역에는 嚴格한 合理性의 基準이, ③의 영역에는 嚴格한 審査基準이 적용된다는 견해, (4)입법의 제요소를 제시하면서 법원의 측으로부터 본 입법재량론의 적용에 관한 實體的 判斷構造의 설정을 시도하여 ①立法政策에 관한 문제에 대해서는 입법재량론을 널리 적용하는 것이 허용되며 또한 널리 적용하여야 할 것 ②법률의 구체적 내용에 관한 문제에 관해서는 입법재량의 적용에 있어서 立法의 要因이 되어야 할 사실, 입법목적, 법률에 관련하는 인권(인권향유주체의 성질, 인권 그자체의 성질, 인권향유주체가 법률체계에 등장하는 양태), 법률에서 사용되고 있는 수단 등을 각각 고려하여 입법재량의 여부를 결정할 것 ③법률의 議決에 관한 문제에서는 입법재량이 널리 인정된다는 견해 등이 있다. 자세한 내용은 木原正雄, 「立法裁量論に關する一考察」, 早稻田法學會誌 第42卷, 1992, 131~182面 참조.

에 관한 헌법으로 정하지 않고 법률로 위임하고, 병행하여 법률이라는 범형식으로 규정하는 것을 요구한 것으로 이해하여야 할 것이며 그것을 넘어 「法律로 정하는」이라는 규정에 立法裁量을 특별히 인정하는 취지로 파악하는 것은 이론적으로도 실제적으로도 부당한 것이다. 「법률로 정하는」이라는 문언으로부터 어떠한 법률을 정하는가에 관한 立法者의 判斷의 自由를 파악하는 것은 무리이며, 또한 실제로도 안이한 立法裁量을 인정하게 되고 매우 불합리한 결과가 발생하기 때문이다. 특정의 영역에 立法裁量이 인정되는 이유로서는 어디까지나 그 영역의 성질상 다양한 立法이 특히 필요하게 되어 그리고 입법자의 전문적 내지 정책적 판단이 특별히 존중된다는 사정이 인정되기 때문이라는 것이다.

立法裁量이 인정되는가의 여부가 특정의 영역의 성질에 의해 결정된다면 거꾸로 말하자면 어느 영역에 立法裁量이 인정되는 가는 각각의 영역의 특질을 고려하면서 개별적으로 검토하여야 할 것이 된다. 그리고 그 경우에는 당해 영역에서는 立法者의 법적규제가 양적으로 다수 행해지는가의 여부, 입법자의 政策的 判斷이 존중되어야 할 것인가의 여부, 法律의 規制에 기술적 요소가 상당정도 인정되는가의 여부 등의 요소가 고려된다. 나아가 당해 영역에 관한 立法裁量이 인정되는 경우에는 그 이유가 명확히 되어야 한다.

또한 立法裁量이 인정되는 영역의 인정과 관련하여 立法裁量論을 위헌심사기준론과 관련시키면서 廣義의 立法裁量論이 합리성의 기준 좁은 입법재량론이 엄격한 합리성의 기준, 입법재량부적용이 엄격한 심사기준에 결부된다고 설명하는 견해가 있다.<sup>157)</sup> 이 견해는 후술하는 바와 같이 立法裁量論과 違憲審査基準과의 관련을 중시하는 점에서 평가할 수 있으며, 의문도 있다. 즉, 이 견해에는 立法裁量論이 어떠한 영역에서 성립하는가라는 시점이 결여되어 있으며, 결국은 「완화된 위헌심사기준이 타당한 곳에서는 입법재량론이 인정된다」라는 것에 그치고 있으며 그리고 이러한 입법재량론은 단순히 위헌심사기준론의 치환에 불과하며 독자의 의미가 없다. 立法裁量論이 독자의 의미를 가진다면 위헌심사권이 완화,

157) 覺道豐治, 「立法裁量と行政裁量」, 公法研究 第41號, 1978, 177面.

158) 이 견해는 立法裁量의 裁判法理로서의 성격을 분석하는 것으로서 판례에서 입법재량론이 적용되는 경우를 유형화하여 이 法理의 적용실정을 파악하는 것이다. 자세한 내용은 戶松秀典, 「立法裁量」, 公法研究 第55호, 1993, 109~135面 및 同, 「立法裁量論」, 有斐閣, 1993 참조.



엄격한가라는 것으로부터 입법재량의 광범을 도출할 것이 아니라 논리를 역전시켜 특정의 영역에서 立法裁量の 存在를 우선 인정하고 그 후에 그곳에서의 人權規制立法에 관해서는 완화된 위헌심사기준이 적용된다고 설명하는 것이 필요하고 유용할 것이다.

(2) 立法裁量이 인정되는 경우의 法的效果 - 合憲인가 緩和된 審査基準인가

입법재량이 일반적으로 또는 특정영역에서 설명되는 경우 그로부터 어떠한 法的 效果가 발생하는가가 문제되나, 이에 대해서도 대체로 두 가지의 견해가 있다. 하나는 어떤 법률이 立法裁量の 범위내에 드는 결과 당해 법률이 合憲으로 된다는 견해이며,<sup>159)</sup> 다른 하나는 입법재량이 인정되는 영역에서는 문제가 된 法律의 합헌성의 심사에 완화된 심사기준이 적용된다는 견해이다.<sup>160)</sup> 이 대립은 立法裁量の 관념이 실제적인 헌법해석의 차원의 논의인가, 위헌심사에 있어서 위헌심사기준과 결부된 논의인가라는 대립과도 관련한다.

立法裁量の 범위내에서의 立法은 합헌이 된다는 견해는 통상의 「재량」관념에도 적합하며 또한 논리적으로도 일관하여 성립할 수 있는 견해이다. 그러나 이 견해에는 문제가 많다. 즉, 이 견해가 立法一般에 대해 立法裁量の 관념을 내세워 헌법상의 제한이 미치지 않는 곳의 立法裁量은 합헌으로 설명하는 것이라면 그것은 논리적으로 일관된 것일지도 모르나, 그러나 전술한 것처럼 그것은 단순히 合憲인 것의 환언에 불과하며 그러한 立法裁量은 법적으로는 적극적 의미가 없게 되는 문제가 있다. 또한 특정영역에 대한 입법재량의 관념을 내세워 그곳에서의 立法이 합헌이 된다고 설명하는 것이라면 그것은 일반적 경향으로서 그 영역에서는 인권규제입법이 合憲으로 되기 쉽다고 할 수 있을지라도 그 영역에

159) 覺道豊治, 前掲論文, 178面.

160) 立法裁量論과 違憲審査基準을 결부시키는 대표적인 견해는 戶松秀典이라 할 수 있다. 그는 「입법재량론의 적용방식이 違憲審査의 내용과 밀접하게 관련하므로 그 수법의 한계는 法院이 소송의 쟁점에 대해 어떠한 심사기준에 의해 처리하는가와 관련되어 있으며, 立法裁量論과 審査基準은 表裏一體를 이룬다」고 한다. 자세한 것은 同, 「立法裁量論」, 3面 以下 참조.

서의 人權規制立法 전부가 합헌이 된다고는 할 수 없을 것이다. 예컨대 조세영역이나 사회보장영역에 관한 立法裁量이 인정되더라도 조세입법이나 사회보장입법이 직접 전부 合憲이 된다고는 할 수 없다. 그 영역내에서의 법률이더라도 그 합헌성의 심사에 완화된 심사기준이 적용되더라도 그 法律의 필요성·합리성이 입법사실에 의거하여 審査되어 개별적 인권규정 내지 평등원칙, 비례원칙, 적법절차원칙 등의 헌법의 일반원칙과의 관계에서 별도로 당해 법률은 違憲으로 판단될 수도 있는 것이다.

다른 한편 立法裁量을 위헌심사기준과 결부시켜 이해하는 입장도 넓게 파악하고 있다. 일반적으로 「立法裁量이 광범위하다」 또는 「좁다」라는 경우는 적지 않으나 그 경우에는 통상 당해 규제입법이 넓은 立法裁量의 영역에 속하기 때문에 그 합헌성은 완화된 위헌심사기준에 의해 판단된다는 결론이 도출되게 된다. 이와 같이 입법재량과 위헌심사기준을 결부시켜 「立法裁量이 인정되는 특정의 영역에서는 인권규제입법의 합헌성의 심사에 완화된 위헌심사기준이 사용된다」라는 것처럼 구성된 立法裁量論은 논리적으로 일응의 정당성을 지니며 실제적으로도 일정한 법적의미 내지 유용성이 인정되는 바이며 가장 적절한 概念構成이라고 생각된다. 다만 立法裁量이 인정되는 경우라도 사정에 따라서는 엄격한 심사가 필요하게 되는 경우가 있을 수 있다고 생각되며, 따라서 상기의 완화된 위헌심사기준과 결부된 立法裁量論도 모든 경우에 예외없이 타당하는 것은 아니다. 예컨대 사회보장입법에서 어떤 사회보장급부가 특정의 사상을 가지는 자에게는 부여하지 않는다고 정한 法律은 憲法違反의 관점에서 엄격하게 심사되어야 한다. 그리고 그렇다면 특정영역에 있어서 立法裁量이 인정되는 경우라도 모든 경우에 완화된 위헌심사기준이 사용되어야 한다는 것은 아니다. 「立法裁量-완화된 위헌심사기준」이라는 立法裁量論도 이른바 위헌심사의 방법에 관한 일반적·개괄적 원칙으로 이해하여야 할 것이며 문제가 된 인권규제입법의 내용, 규제되는 인권의 종류, 규제의 態樣 등에 따라서는 立法裁量이 인정되는 특정영역내에서의 인권제한이라도 완화된 기준보다도 엄격도를 강화한 기준이 채용되어야 하는 경우도 있는 것이다.

두 가지의 立法裁量에 관한 이해를 대비한 경우에 전술한 것처럼 법적 의미있는 논의가 될 수 있는 것은 후자의 위헌심사기준과 결부한 立法裁量論이라고 할

수 있으나, 그러나 주의하여야 할 것은 재량의 범위내에서 합헌으로 설명되는 立法裁量論이 논리적으로 잘못되었다는 것은 아니라는 점이다. 즉, 立法裁量論에 있어서는 실체적인 헌법해석으로서 立法裁量을 파악하고, 立法裁量내의 입법에 대해서는 합헌이라는 의미로 立法裁量論을 구성하는 견해와 立法裁量이 인정되는 영역내에서의 입법의 합헌성심사에는 완화된 위헌심사기준이 채용된다는 의미로 立法裁量論을 구성하는 견해가 실제로 존재하며 이 두 가지의 立法裁量論은 논리로서 동시에 성립할 수 있는 것이다. 따라서 立法裁量論이 채용되는 경우에 그것이 어느 立法裁量論에 속하는 가를 미리 파악할 필요가 있다.

### (3) 技術的 裁量

立法裁量의 이해로서는 위와 같은 이해가 대표적인 것이나, 자주 지적되는 立法裁量의 유형으로서 技術的 裁量이 있다. 기술적 재량이란 입법자가 법률의 제정에 있어서 기술적인 세부에 관한 사항에 대해 그 상세는 立法者의 판단에 맡겨진다는 논리이다. 이 의미에서의 立法裁量은 예컨대 선거운동시의 벽보를 몇 장으로 할 것인가, 취소소송의 출소기간을 몇개월로 할 것인가, 자동차운전면허의 종류를 어떻게 구분할 것인가 등 다양한 법분야에서 다양한 규정으로 제시된다. 물론 이들 규정이더라도 許容限度를 초과한 극단적인 규정 또는 國民에게 과도하게 부담을 부과하는 규정 등의 경우에는 위헌문제가 발생하나 통상은 이들 기술적 재량사항은 합헌으로 판단되게 된다.

이 技術的 裁量의 법적 특징로서 ①특정의 입법영역이 아닌 표현의 자유의 영역도 포함하여 입법전반에 걸친 문제로 될 수 있으며, ②技術的 裁量으로 인정되는 사항을 정한 것은 합헌으로 판단되며, ③그러나 그것은 예외적으로 일정한 범위를 초과한 경우에는 위헌으로 판단될 수 있다는 점이다. 결국 技術的 裁量이란 앞서의 「일반적 재량-합헌」이라는 立法裁量論중에서 특히 세부에 관하여 규정하는 경우에 설명되는 논의가 된다. 이러한 立法裁量論은 합헌의 환언이라는 의미에서 유용성은 결여되며 기술적으로 상세한 것을 규정하는 법률의 합헌성의 설명에 자주 이용되는 점에 주의할 필요가 있다.

### 3. 整理

立法裁量의 관념 내지 立法裁量論의 의의에 관해 다양한 논의를 검토하였으나 여기에서 논의를 정리하면 立法裁量에 대해서는 다음의 사항이 유의된다. 첫째, 立法裁量의 관념은 다의적이며 논자에 따라 이해의 차이가 있다. 따라서 立法裁量이라는 단어가 사용되는 경우에도 그것이 어떠한 의미로 사용되는가를 음미할 필요가 있다. 둘째, 立法裁量論의 의의로서 크게 「일반적 재량 - 합헌」이라는 문맥으로 사용되는 경우와 「특정의 영역에서의 재량 - 완화된 위헌심사기준」이라는 문맥으로 사용되는 경우가 있다. 또한 기술적 재량의 의미로 사용되는 경우도 있다. 셋째, 「일반적 재량 - 합헌」이라는 立法裁量論은 논리적으로는 「재량」의 관념에 충실한 것이라도 실제로는 합헌인 것의 말바꿈에 불과한 경우가 많으며 法論理的 意義는 결여된다. 나아가 합헌인 것의 이유를 명확히 서술하지 않고 합헌성심사를 소홀히하게 한다는 효과도 인정되며 따라서 이러한 立法裁量論은 오히려 삼가하여야 할 것이다. 그러한 경우에는 오히려 합헌인가 위헌인가를 구체적으로 판단하는 것이야말로 중요하다. 넷째, 「특정영역에서의 재량 - 완화된 심사기준」이라는 立法裁量論은 법적 의미를 지니며 유효한 분석도구라고 할 수 있으나, 이 논리에 대해서도 절대적으로 해석할 수는 없다. 즉 立法裁量이 인정되는 영역의 여부를 명확히 판단하여야 한다는 점, 立法裁量이 인정되는 영역에서의 人權規制立法에 대해 모든 경우에 완화된 심사가 타당하다는 것은 무리이며, 그곳에서의 인권제한, 규제적 내용에 따라서 엄격한 심사가 행하여져야 할 경우도 있다는 점이다.

### 4. 憲法裁判所의 決定例에 제시된 立法裁量論

우리의 헌법재판소에서 사용하는 立法裁量의 의미는 다양하며 또한 의문이 있는 것도 적지 않다. 그러나 여기서는 모든 判例를 분석할 수 없고 판례에 제시된 대표적인 立法裁量論중 대표적인 것을 소재로 하여 검토하여 보기로 한다. 결국 판례에서 제시된 立法裁量論은 매우 조잡한 논리로 되어 있다고 할 수 있다. 다의적이고 포괄적인 立法裁量論이 그 내용이나 법적 의미에 관한 설명이

없는 채 合憲의 이유의 보강을 위하여 원용되고 있는 경우가 적지 않다. 법논리로서 유용한 立法裁量論은 지금까지 서술한 것처럼 특정의 범영역에서 立法裁量이 인정되는 경우에 입법자의 판단의 자유가 널리 인정되어 그 결과 완화된 위헌심사기준이 사용된다는 논리로서 구성되는 것이다.

본래 이러한 立法裁量論도 모든 경우에 타당하는 것은 아니며 구체적 상황에 따라 탄력적으로 고려되어야 한다. 특히 위헌심사의 기준과의 관계에서는 다음의 두 가지 점이 특히 유의하여야 한다. 첫째, 立法裁量이 인정되는 영역에서의 인권제한이 문제가 되는 경우에도 문제가 되는 人權의 종류에 따라 해결의 차원을 각각 달리하는 것이다. 예를 들면 전형적인 經濟政策的 規制의 영역에서 문제가 되는 인권은 일반적으로 헌법상의 직업의 자유이며, 이 경우에는 완화된 심사기준이 적용되어도 좋으나 규제입법이 男女平等에 반하여 직업규제를 정하는 경우에는 헌법의 문제가 되며 그 경우에는 엄격한 합리성의 기준에 의한 심사가 요구되는 경우이다. 또한 規制立法이 표현의 자유 내지 정치활동을 제한하는 경우에는 표현의 자유에 대해 타당하는 엄격한 기준에 의해 합헌성이 심사되어야 한다. 즉 立法裁量이 인정되는 영역에서의 인권규제입법의 전부에 완화된 기준이 적용되는 것은 아니라는 점이다. 둘째, 立法裁量의 영역내의 규제로서 완화된 심사기준에 의해 심사되는 경우라도 그곳에서는 규제의 합리성·필요성에 관해 입법사실에 의거한 實質審査가 필요하다는 점이다. 立法裁量이라는 점만 강조하여 그것에 의해 실질심사없이 또는 매우 빈약한 실질심사에 의해 合憲의 결론을 도출하는 것은 違憲審査權의 포기를 의미하는 것이 된다.

### (1) 일반적인 立法裁量論

#### ① 醫師國家試驗應試資格에 대한 憲法訴願(1992.12.24. 90헌마174)

어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가의 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 각종 고려하에서 정하여지는 입법정책의 문제이므로, 국민이 국회에 대하여 일정한 입법을 해달라는 청원을 함은 별론으로 하고, 법률의 제정을 소구하는 헌법소원은 헌법상 기본권보장을 위하여 명시적인 입법위임이 있었음에도 입법자가 이를 방치하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적

인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 내지 보호의무가 발생하였음에도 불구하고 국가가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우가 아니면 원칙적으로 인정될 수 없다(1989.3.17. 88헌마1, 1989.9.29. 89헌마13).

②憲法裁判所法 제47조제2항 違憲提請 등(1993.5.13. 92헌가10, 91헌버7, 92헌바24·50 병합)

우리나라 헌법은 헌법재판소에서 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항의 시적 효력범위에 관하여 직접적으로 아무런 규정을 두지 아니하고 하위법규에 맡겨 놓고 있는 바, 그렇다면 헌법재판소에 의하여 위헌으로 선고된 법률 또는 법률의 조항이 제정 당시로 소급하여 효력을 상실하는가 아니면 장래에 향하여 효력을 상실하는가의 문제는 특단의 사정이 없는 한 헌법적합성의 문제라기보다는 입법자가 법적 안정성과 개인의 권리구제 등 제반이익을 비교형량하여 가면서 결정할 입법정책의 문제인 것으로 보인다. 다시 말하면 위헌결정에 소급효를 인정할 것인가를 정함에 있어 “법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙”과 “개별적 사건에 있어서의 정의 내지 평등의 원칙”이라는 서로 상충되는 두 가지 원칙이 대립하게 되는데, 개별적 사건에서의 정의 내지 평등의 원칙이 헌법상 원칙임은 물론 법적 안정성 내지 신뢰보호의 원칙도 법치주의의 본질적 구성요소로서 수호되어야 할 헌법적 가치이므로, 이 중 어느 원칙을 더 중요시할 것인가에 관하여는 법의 연혁·성질·보호범의 등을 고려하여 입법자가 자유롭게 선택할 수 있도록 일임된 사항으로 보여진다.

③司法書士法施行規則에 관한 憲法訴願(1989.3.17. 88헌마1)

무릇 어떤 사항을 법규로 규율할 것인가, 이를 방치할 것인가는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 그리고 세계관적 고려하에서 정해지는 사항인 것이며, 따라서 일반국민이 입법을 해달라는 취지의 청원권을 향유하고 있음은 별론이로되 입법행위의 소구청구권은 원칙적으로 인정될 수 없다고 할 것이다. 만일 법을 제정하지 아니한 것이 위헌임을 탓하여 이 점에 관하여 헌법재판소의 위헌판단을 받아 입법당국으로 하여금 입법을 강제하게 하는 것이 일반적으로 허용된다면 결과적으로 헌법재판소가 입법자의 지위에 같음하게 되어 헌법재판의 한계를 벗어나게 된다고 할 것이다.

④金融機關의延帶貸出金에 관한特別措置法, 제7조의3에 대한 違憲審判(1990.6.25. 89헌가98 내지 101 병합)

헌법재판소의 위헌심사는 법률을 제정하는 국회의 입법권이 합헌적으로 이루어졌는가, 자의적인 입법권행사로 적법절차에 위배되었는가, 명백하게 헌법위반인 법률인데에도 입법부가 스스로 이를 판정할 수 없는 현존하는 위헌성이 계속되는가에 대한 심사에 한정하여야 하며 그 법률내용의 타당성이나 합리성에 속한 입법정책적 문제에 관심을 가지고 판단해서는 안된다고 할 것이다. 국회나 행정부의 입법정책에 대하여는 원칙적으로 사법적 제한을 할 수 없는 것이며 위헌적 선언을 할 수 있는 헌법재판에서도 권력분립의 원칙과 자유민주주의의 기본적 원리에 입각하여야 하며 그 재판권의 행사에는 민주적 성격이 왜곡되지 않도록 스스로 자제하여야 한다. 입법정책적으로 잘못된 법률을 개폐하는 것은 원칙적으로 선거에 의해 선출된 국민대표기관이 결정하는 것이다라는 기본적인 원리를 망각하지 않아야 한다(소수의견).

(2) 處罰法規의 採用과 立法裁量

①特定犯罪加重處罰等에 관한法律 제5조의3 제2조제1호에 대한 憲法訴願(1992.4.28. 90헌바24)

어떤 범죄행위를 어떻게 처벌할 것인가의 문제 즉 법정형의 형종과 형량은 그 범죄의 죄질과 보호법익의 성격에 대한 고려뿐만 아니라 그 나라의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정 그리고 범죄예방을 위한 형사정책적 측면 등 여러 면을 종합적으로 고려하여 입법부가 결정하는 사항으로서 기본적으로 국가의 입법정책에 속하는 문제이다. 따라서 그 내용이 형벌의 목적과 기능에 본질적으로 배치된다든가 또는 평등의 기본원리인 합리성과 비례성의 원칙을 현저하게 침해하는 것이 아닌 한 이를 쉽사리 헌법에 위배된다고 단정할 수는 없을 것이다. ……이 사건 법률조항은 그 법정형이 매우 높은데 비하여 입법상 여러 가지 미비점을 내포하고 있어서 형사입법으로는 졸렬한 것임을 인정하는 바이나, 이러한 입법정책 내지 입법기술의 당부의 문제와 그것이 헌법에 위반되는지의 여부의 문제는 판단의 기준을 달리하는 것으로서

입법의 줄림이 곧 헌법위반은 될 수 없다고 생각한다(소수의견).

②福票發行, 懸賞其他射倖行爲團束法 제9조 및 제5조에 관한 違憲審判(1991. 7.8. 91헌가4)

죄형법정주의의 원칙상 처벌규정의 위임이 인정되는가, 그리고 그 위임이 인정되면 그 처벌규정의 내용인 범죄의 성립 및 구성요건에 관한 규정과 처벌의 종류인 법정양형의 규정을 어느 범위와 한계에 까지 위임할 수 있는가 하는 것은 입법자의 재량행위에 속하는 입법위임의 문제인 것이며 이에 입각하여 위임입법을 하고 있는 것이 우리나라 뿐만 아니라 세계 각국의 입법례이다. 위임입법의 한계와 범위에 대해서도 현대산업사회의 발전과 변화에 맞추어 과거와 같이 형식논리에 입각한 범죄구성요건의 명확성과 구체성을 상세하게 법정화하여야 한다는 실정법의 해석만을 고집하지 않고, 실질적인 범규범을 확립하기 위하여 필요한 경우에는 효과적인 위임입법을 할 수 있다는 것이 근대입법과정에서 자주 볼 수 있는 입법방향의 하나이며, 더구나 행정단속법에 있어서 이러한 현상이 더욱 두드러지고 있는 것이 세계적인 동향이다. 물론 이에 대하여는 학문적 분야와 법철학에 따라 견해를 달리할 수 있는데 이러한 경우의 입법에 있어서는 어디까지나 입법자가 그 범위를 구체적으로 결정할 입법정책의 문제로서 입법부의 입법재량사항에 속하는 것이지 헌법재판사항은 아니라고 아니할 수 없다(소수의견).

③集會및示威에관한法律 제2조 등에 대한 憲法訴願(1994.4.28. 91헌바14)

무릇 어떤 행정법규 위반행위에 대하여, 이를 단지 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있음에 불과한 경우(단순한 의무태만 내지 의무위반)로 보아 행정질서벌인 과태료를 과할 것인가, 아니면 직접적으로 행정목적과 공익을 침해한 행위로 보아 행정형벌을 과할 것인가, 그리고 행정형벌을 과할 경우 그 법정형의 형종과 형량을 어떻게 정할 것인가는, 당해 위반행위가 위의 어느 경우에 해당하는가에 대한 법적 판단을 그르친 것이 아닌 한 그 처벌내용은 기본적으로 입법권자가 제반사정을 고려하여 결정할 그 입법재량에 속하는 문제라고 할 수 있다.



④特定犯罪加重處罰等에 관한法律 제11조 및 麻藥法 제60조에 대한 憲法訴願  
(1995.4.20. 91헌바11)

어떤 행위를 범죄로 규정하고 이를 어떻게 처벌할 것인가 하는 문제는 원칙적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 입법당시의 시대적 상황과 국민일반의 가치관 내지 법감정, 범죄의 실태와 죄질 및 보호법의 그리고 범죄예방효과 등을 종합적으로 고려하여 결정하여야 할 국가의 입법정책에 관한 사항으로서 광범위한 입법재량 내지 형성의 자유가 인정되어야 할 분야이다. 따라서 어느 범죄에 대한 법정형이 그 죄질의 경중과 이에 대한 행위자의 책임에 비하여 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃게 되고 이로 인하여 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다거나, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조제2항으로부터 파생되는 비례의 원칙 혹은 과잉금지의 원칙에 반하는 것으로 평가되는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한, 법정형의 높고 낮음은 단순한 입법정책 당부의 문제에 불과하고 헌법위반의 문제는 아니라 할 것이다.

⑤軍刑法 제47조에 대한 憲法訴願(1995.5.25. 91헌바20)

어떤 위법행위에 대하여 형사별로 처벌할 것인가 아니면 행정별로 제재를 가할 것인가는 그 위반행위의 위험성의 정도나 비난가능성 및 이를 제재하는 목적 등에 비추어 결정할 사항이고, 이른바 특별권력관계 내부의 질서위반행위라고 하더라도 강력한 제재의 필요가 있을 때에는 국가형벌권을 발동하여 처벌할 수도 있는 것이므로 이는 원칙으로 입법자가 제반사정을 고려하여 결정할 입법재량에 속한다고 할 것이다.

⑥特定犯罪加重處罰等에 관한法律 제5조의3, 제2조제1호에 대한 憲法訴願(1992.4.28. 90헌바24)

형벌법규의 제정은 원칙적으로 국회의 고유권한에 속하는 것으로서 법정형의 종류와 범위의 선택은 국회의 입법정책적인 고려에 따라 결정되며 국가의 모든 기관과 국민은 이를 존중하여야 함은 당연하다 할 것이다. 그러나 한편 우리 헌법은 국가권력의 남용으로부터 국민의 기본권을 보호하려는 법치국가의 실현을

기본이념으로 하고 있고……이는 국회의 입법재량 내지 입법정책적 고려에 있어서도 국민의 자유와 권리의 제한은 필요최소한에 그쳐야 하며, 기본권의 본질적 내용을 침해하는 입법은 할 수 없는 것을 뜻한다. 입법권자는 유동적이고 가변적인 현대사회의 다양한 현상에 탄력적으로 대응하기 위하여 그 제정이 필요하거나 이를 정당하게 할 특별한 사안이 있는 경우에는……통일된 헌법질서내에서 체계와 조화를 이루도록 제정되어야 하는 것이며……단순히 입법의지관찰에만 목적을 두고서 그 입법정책의 수행이 남용되는 경우에는 소위 법률의 홍수와 형벌의 위하속에서 새로운 사회적 불안을 초래하게 될 것이기 때문에 이는 결코 바람직스럽지 못한 입법이라 할 것이다.

⑦不起訴處分取消(1995.7.21. 95헌마8·9·16·17 병합)

공소시효의 적용 범위와 기간을 어떻게 정할 것인가의 문제 특히 공소시효를 모든 범죄에 대하여 일률적으로 적용할 것인지, 그 적용을 배제하는 범죄를 인정할 것인지, 그것을 인정한다면 어떤 범죄로 할 것인지의 문제는 근본적으로 입법자가 우리의 역사와 문화, 형사사법 체계와의 관계, 범죄의 실태, 국민의 가치관 내지 법감정, 특히 사회와 국민의 법적 안정성과 범인에 대한 처벌의 필요성 등 제반사정을 고려하여 구체적으로 결정하여야 할 입법정책에 관한 사항으로서 입법형성의 자유에 속하는 분야라고 할 것이다. 따라서 공소시효제도를 어떻게 정할 것인가의 판단은 원칙적으로 입법자의 폭넓은 재량에 속한다고 할 것이므로 그 입법재량이 헌법규정에 위반하여 자의적으로 행사된 경우가 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수는 없다.

⑧音盤및비디오물에관한法律 제25조제2항 違憲提請(1995.11.30. 94헌가3)

어느 범죄에 대한 법정형이 그 범죄의 실태와 죄질의 경중, 이에 대한 행위자의 책임, 처벌규정의 보호법의 및 형벌의 범죄예방효과 등에 비추어 지나치게 가혹한 것이어서 전체 형벌체계상 현저히 균형을 잃음으로써 다른 범죄자와의 관계에 있어서 헌법상 평등의 원리에 반하게 된다거나, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈함으로써 헌법 제37조제2항의 과잉입법금지원칙에 반하는 등 입법재량권이 헌법규정이나 헌법상의 제원리에 반하여 자의적으로 행사된 것으로 평가되는 경우에는

이와 같은 범정형을 규정한 법률조항은 입법재량권을 남용하였거나 그 한계를 일탈한 것으로서 헌법에 반한다고 보아야 할 것이다.

### (3) 經濟規制立法

#### ①金融機關의延滯貸出金에 관한特別措置法 제5조의2의違憲審判(1989.5.24. 89헌가37·96 병합)

현대사회는 산업사회이며, 생산, 고용, 분배, 물가, 통화관리 및 경제기획 등 경제정책의 중요성이 강하게 요청되고 있다. 이에 따라 경제입법이 대량으로 제정되고 있는 것이 세계적인 추세이다. 그리고 경제정책적 이유에서 제정되는 특별법은 일반법률에 우선될 뿐 아니라 일반법률에서는 수용되지 않는 새로운 규범을 설정할 수밖에 없다. 즉 그것은 입법권의 한계의 폭이 넓을 수밖에 없다는 것을 의미한다(소수의견).

#### ②失火責任에 관한法律에 대한 違憲審判, 失火責任에 관한法律에 대한 違憲訴願 (1995.3.23. 92헌가4, 95헌거3, 93헌바4, 94헌버33 병합)

입법자가 재산권을 제한함에 있어서 명백히 비합리적이라고 보여지는 방법을 채택하는 경우가 아닌 한, 재산권을 제한하는 구체적인 방법이나 기준을 입법자가 법원에 맡기느냐, 아니면 스스로 법률에 정하느냐 하는 점 등 가능한 여러 가지 방안 가운데 하나를 선택하는 것과 같은 것은 원칙적으로 입법부가 변화하는 현실의 여러 사정들을 감안하면서 실제의 상황변화에 즉응하여 합목적적으로 결정하여야 하는 것이어서 입법부의 재량에 맡겨야 하는 것이라 할 것이고, 헌법재판소는 입법권과 재판권의 본질상 차이 및 권력분립의 정신에 비추어 이와 같이 다양한 방법 중 하나의 방법을 선택하는 문제에 대해서는 헌법상 그 개입이 명백히 요구되는 경우가 아닌 한 자제함이 타당하다.

### (4) 社會保障立法

#### ①私立學校法 제55조, 제58조제1항제4호에 관한 違憲審判(1991.7.22. 89헌가106)

교육제도는 한 시대와 국가·사회공동체의 이념 및 윤리와 조화되는 가운데서

형성·발전되어져야 할 성격을 지닌 것이기 때문에 그러한 제도의 구체적 형성과 변경은 국민의 대표기관인 입법부가 그 시대의 구체적인 사회적 여건과 교육의 특수성을 고려하여 민주적인 방법에 의하여 합리적으로 이루어 나가도록 하는 것이 적합하다.……

②教育法 제8조의2에 관한 違憲審判(1991.2.11. 90헌가27)

……헌법상 초등교육에 대한 의무교육과는 달리 중등교육의 단계에 있어서는 어느 점위에서 어떠한 절차를 거쳐 어느 시점에서 의무교육으로서 실시할 것인가는 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항으로서 국회가 입법정책으로 판단하여 법률로 구체적으로 규정할 때 비로소 헌법상 권리로서 구체화되는 것으로 보아야 하기 때문이다. ……다만 국가가 국민에게 혜택을 부여할 때에는 국민의 권리를 제한할때 보다 더 넓은 형성의 자유를 가지는 것은 일반적으로 인정되고 있지만 의무교육제도가 국민에게 혜택을 부여한다는 사실만으로 입법자에게 아무런 제한없이 형성의 자유가 인정되는 것은 아니다.

③1980年解職公務員의報償等에관한特別措置法에 대한 憲法訴願(1993.12.23. 89헌마189)

특조법은 배상적인 성질이 가미되어 있다고 할지라도 그 주된 성질은 시혜적인 것이라 할 것이고, 이러한 시혜적 법률은 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 법률과는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다고 할 것이므로, 입법자는 그 입법의 목적, 수혜자의 상황, 국가예산 내지 보상능력 등 제반사항을 고려하여 그에 합당하다고 스스로 판단하는 내용의 입법을 할 권한이 있다고 할 것이고 그렇게 하여 제정된 법률의 내용이 현저하게 합리성이 결여된 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수는 없는 것인 바……

④勞動爭議調停法에 관한 憲法訴願(1993.3.11. 88헌마5)

제한된 범위의 공무원에게 법률로 단체행동권을 부여하는 세 가지 방안 즉, 사실상 노무에 종사하는 공무원에게 쟁의권을 전면 부여하던 구법상태로 단순히 환원시키는 방안, 이들에게 쟁의권은 주되 전체이익과의 조화를 위하여 그 행사요건과 절차를 신설하는 등의 보완입법을 하는 방안, 기존의 입법형태와는 달리

종사하는 직종이 아니라 직역을 기준으로 하여 선별적으로 쟁의권을 부여하는 방안 등 세 가지 가운데 어느 것이 가장 이상적이며, 어느 것이 선택되어야 하는가는 헌법재판소의 소관일 수 없다. 이 중 어느 방안에 의할 것인가, 이외에도 바람직한 또 다른 합리적인 방안이 있는가의 모색은 광범위한 입법형성권을 가진 입법자의 재량의 영역이며, 입법정책으로 결단되어야 할 문제이다. 그러나 입법자는 어떠한 형태로든 모름지기 헌법불합치의 현행 법 제12조제2항은 더 이상 원형 그대로 존치시켜서는 안되며, 헌법 제33조제2항이 법률로 정한다고 한 이상 법률을 만들어 일정한 테두리의 공무원인 근로자가 단체행동권을 갖도록 하여 헌법불합치인 현재의 상태를 제거할 의무가 있다 할 것이며,……

⑤朝鮮鐵道(株)株式의 補償金請求에 관한 憲法訴願(1994.12.29. 89헌마2)

입법자가 입법의무를 지고 있다고 하여서 그 불이행의 모든 경우가 바로 헌법을 위반한 경우라고는 단정할 수 없다. 즉 입법자에게는 형성의 자유 또는 입법 재량이 인정되므로 입법의 시기 역시 입법자가 자유로이 결정할 수 있음이 원칙이라 할 것이다. 그러나 입법자는 헌법에서 구체적으로 위임받은 입법을 거부하거나 자의적으로 입법을 지연시킬 수는 없는 것이므로, 가령 입법자가 입법을 하지 않기로 결의하거나 상당한 기간내에 입법을 하지 않는 경우에는 입법재량의 한계를 넘는 것이 된다.

⑥國家有功者禮遇등에관한法律 제9조 본문 違憲提請(1995.7.21. 93헌가14)

인간다운 생활을 할 권리로부터는 인간의 존엄성에 상응하는 생활에 필요한 “최소한의 물질적인 생활”의 유지에 필요한 급부를 요구할 수 있는 구체적 권리가 상황에 따라서는 직접 도출될 수 있다고 할 수는 있어도, 동 기본권이 직접 그 이상의 급부를 내용으로 하는 구체적 권리를 발생케 한다고는 볼 수 없다고 할 것이다. 이러한 구체적 권리는 국가가 재정형편 등 여러 가지 상황들을 종합적으로 감안하여 법률을 통하여 구체화할 때에 비로소 인정되는 법률적 권리라고 할 것이다. 예우법이 각종 보호와 지원을 하고 있는 사정과 “인간다운 생활”이라고 하는 개념이 사회의 경제적 수준 등에 따라 달라질 수 있는 상대적 개념이라는 점을 고려하면, 이 사건 법률조항이 헌법 제34조제1항의 인간의 존엄에 상응하는 “최소한의 물질생활”의 보장을 내용으로 하는 인간다운 생활을 할 권

### 第3章 우리나라에서의 立法審査體系

리를 침해하였다거나, 헌법 제34조제2항 소정의 헌법상의 사회보장, 사회복지의 이념이나 이를 증진시킬 국가의 의무에 명백히 반한다거나 헌법 제32조 소정의 국가유공자에 대한 우선적 보호이념에도 반한다고 할 수 없어 입법재량의 범위를 일탈한 규정이라고 할 수 없다.

#### (5) 租稅立法과 立法裁量

##### ①舊 租稅減免規制法 제88조의2 違憲訴願(1995.6.29. 94헌바39)

구체적인 조세관계에서 납세자들을 동일하게 대우할 것인지 혹은 달리 대우할 것인지의 문제는 입법자가 우선 결정하게 된다. 그런데 이러한 결정을 함에 있어서 입법자는 그 조세관계에서 고려하여야 할 제반 요소들을 교량하여 이에 적합한 합리적 조치를 하여야만 평등의 원칙에 부합할 수 있다. 입법자는 조세법의 분야에서도 광범위한 형성의 자유를 가지며 예컨대 재정정책적, 국민경제적, 사회정책적, 조세기술적 제반 요소들에 대한 교량을 할 수 있는 것이나, 다만 납세의무자들간에 차별 또는 동등대우를 함에 있어서 합리적인 이유가 없고 정의의 관념에 합치할 수 없는 조치를 하였다고 인정될 때에는 조세공평주의에 반하여 위헌이 된다고 할 것이다.

##### ②國稅基本法 제35조제1항제3호 가목 등 違憲提請(1995.7.21. 93헌바46)

조세채권과 담보권 사이의 우열을 가리는 기준은 조세의 우선권을 인정하는 공익목적과 담보권의 보호 사이의 조화를 이루는 선에서 법률로 명확하게 정하여야 할 것이므로, 그 기준시기는 담보권자가 조세채권의 존부 및 범위를 확인할 수 있고, 과세관청 등에 의하여 임의로 변경될 수 없는 시기이어야 할 것이다. 다만 그 구체적인 기준시기는 입법자가 위에 밝힌 기준시기에 대한 원칙을 지키는 한 그의 합리적 판단에 의하여 정할 입법재량에 속한다고 할 것이므로 특별한 사정이 없는 한 이를 헌법에 위반된다고 할 수는 없다 할 것이다.

#### (6) 選舉制度

##### ①地方議會議員選舉法 제28조 등에 대한 憲法訴願(1991.3.11. 90헌마28)

헌법질서의 기본은 국민의 생활과 조직속에서 형성되는 것이지 하위 법규의

법률적 체계와 조문의 형식적인 논리에 의하여 이루어지는 것이 아니다. 따라서 헌법상의 구성원리인 권력분립과 권력작용의 견제와 균형의 원리를 무시하고 형식논리에 치우쳐 모든 입법에 대하여 위헌성여부를 판단할 수 있다고 단정하고 위헌을 선언하는 것은 자유민주주의 헌법의 기본정신에 위배된다고 할 것이다. 그 입법제정의 과정에서 우리나라의 농촌경제의 특수한 사정과 위와 같은 조합들의 여러 가지 법적 성격과 공익적 기능을 고려하여 조합장 및 상근임직원에 대하여는 그 조합의 직무의 성실성을 확보하여 농촌경제의 육성발전을 위하여 필요하다고 보고 입후보제한규정을 둔 본 건의 심판대상은 헌법재판의 대상이 아닌 입법정책적인 문제이고 또 기본권의 본질을 침해한 것도 아니며 입법재량권을 남용하여 비례의 원칙과 과잉 제한금지의 원칙에 위배되는 위헌적인 공권력행사로 인하여 제정된 법률이라 할 수 없다(소수의견).

② 地方議會議員選舉法 제36조제1항에 대한 憲法訴願(1991.3.11. 91헌마21)

위헌이나 합헌이나의 결정 외에 한정합헌 또는 헌법불합치 등 중간영역의 주문형식은 헌법을 최고법규로 하는 통일적인 법질서의 형성을 위하여서 필요할 뿐 아니라 입법부가 제정한 법률을 위헌이라고 하여 전면 폐기하기 보다는 그 효력을 가급적 유지하는 것이 권력분립의 정신에 합치하고 민주주의적 입법기능을 최대한 존중하는 것이라 할 것이며(1990.6.25. 90헌가11) 그것은 국민대표기관으로서 입법형성권을 가지는 국회의 정직성·성실성·전문성에 대한 예우이고 배려라고 할 것이다.

③ 地方議會議員選舉法 제12조제3호 違憲確認(1993.7.29. 93헌마23)

선거법으로서 형벌을 받은 자에 대하여 일정기간 피선거권을 정지하는 규정 자체는 이로써 선거의 공정을 확보함과 동시에 본인의 반성을 촉구하기 위한 법적 조치로서 국민의 기본권인 공무담임권과 평등권을 합리적 이유없이 자의적으로 제한하는 위헌규정이라 할 수 없고, 그 경우에 구체적으로 어떤 종류의 형벌을 얼마만큼(형량) 선고받은 자에 대하여 어느 정도의 기간동안 피선거권의 행사를 제한시킬 것인가의 문제는 기본적으로 입법형성권을 갖고 있는 입법권자가 결정할 입법재량에 속하는 사항으로서 그것이 합리적 재량의 한계를 벗어난 것이 아닌 한 위헌이라 볼 수 없다.

④ 國會議員選舉法 제33조, 제34조의 違憲審判(1989.9.8. 88헌가6)

법률의 개폐는 원칙적으로 국회의 입법형성권에 의해 이루어지는 것이 헌법상 권력분립 원칙에 합치된다. 따라서 국회 스스로가 보통, 평등 선거제도와 참정권의 본질에 반하는 선거법을 헌법정신과 사회현실을 종합하여 합리적으로 개정하여, 국민의 기본권을 수호하는 국민의 진정한 대변자로서의 기능을 수행할 수 있게 국회의 권위와 지위가 보장되어야 한다. 이것이 의회민주주의 국가에 있어서 법적정의와 법의 합목적성을 확보하는 가장 합리적이고 객관적인 방법일 뿐만 아니라, 법치주의 국가에 있어서 요구되는 법적 안정성을 보장하는 길이라고 판단된다.

⑤ 國會議員選舉法 제55조의3 등에 대한 憲法訴願(1992.3.13. 92헌마37·39)

자유민주주의국가에 있어서의 선거제도는 유권자인 국민이 자유로이 입후보자를 선택하고 입후보자의 자유로운 의사가 발표되고 홍보될 수 있는 선거운동이 민주적으로 균등하게 행하여지게 보장되어야만 국민 각자의 참정권행사가 합헌적으로 이루어지는 것이다. 이러한 헌법상의 주권행사와 국민각자의 기본권 보장은 일차적으로 선거법을 제정 또는 개정하는 입법과정에서 이루어져야 하며 선거법에서 입후보자의 선거운동을 제한하거나 규제하는데 후보자 간에 차등을 두거나 기회균등을 보장하지 아니하는 것은 헌법의 기본원리에 반하는 입법권행사라고 아니할 수 없다. ……선거법을 제정 또는 개정함에 있어서 정당정치 구현이라는 명목아래 특정 정당간의 협상에 의하여 자의적으로 선거법을 조정하는 입법권을 행사하거나 헌법이 보장하고 있는 선거운동의 기회균등을 침해하는 법규정을 법규정을 설정하는 것은 국회가 임의로 제정할 수 있는 입법재량의 범위를 넘어선 것으로서 헌법상의 과잉입법금지의 원칙에 반하는 사항이 되고 이러한 법규는 헌법에 위반된다…… 지금까지 일반법률을 해석하는 경우에 법률의 헌법합치적 해석은 법문의 의미와 입법자가 이에 부여코자 한 입법목적의 범위를 넘을 수 없는 것이 일반원칙이기 때문에 입법자의 입법목적과 그에 따른 법문의 의미를 법률자체에 표현된 객관화된 문언을 기준으로 하여 이를 해석하고 판단하는 것이다. 그러나 한편 입법자가 입법당사이에 부여코자 했던 정책적 고려는 헌법의 기본원리와 헌법해석상 당연히 설정되는 합헌적인 범위내에서만 참



작될 수 있고 이에 맞추어 입법권을 행사하여야 하는 것이다.……

⑥舊 大統領選舉法 제36조제1항 違憲提請, 舊 大統領選舉法 제34조 등 違憲提請(병합)(1994.7.29. 93헌가4·6 병합)

헌법 제116조제1항은 “선거운동은 각급 선거관리위원회의 관리하에 법률이 정하는 범위안에서 하되, 균등한 기회가 보장되어야 한다”라는 별도의 규정을 두고 있다. 그러나 이 규정의 의미를 선거운동의 허용범위를 아무런 제약없이 입법자의 재량에 맡기는 것으로 해석되어서는 아니된다. 오히려……선거운동은 국민주권 행사의 일환일 뿐 아니라 정치적 표현의 자유의 한 형태로서 민주사회를 구성하고 움직이게 하는 요소이므로 그 제한입법에 있어서도 엄격한 심사기준이 적용된다 할 것이다. 민주정치는 선거를 바탕으로 유지·발전되는 것이고, 선거는 국민의 자유로운 의사결정과 후보자들의 공정한 경쟁을 통하여 훌륭한 대표자를 선출하는 것을 그 이상으로 한다. 따라서 입법자는 선거에 관한 입법을 함에 있어서 위와 같은 선거의 이상이 실현될 수 있도록 선거의 공정성을 크게 해치지 아니하는 한 국민의 선거운동의 자유를 최대한 보장하여야 하고, 그 시대에 있어서의 국민총체의 정치·사회발전단계, 민주시민의식의 성숙도, 종래에 있어 왔던 선거풍토 기타 제반상황을 종합하여 자유·공정의 두 이념이 슬기롭게 조화되도록 정하여야 한다.

⑦國會議員選舉法 제33조, 제34조의 違憲審判(1989.9.8. 88헌가6)

헌법은 동 제10조에서 국민의 기본권을 최대한으로 보장할 것을 국가의 의무로 하고 있으나, 한편 헌법 제37조에서 국민의 기본권은 국가안전보장과 질서유지 및 공공복리를 위하여 부득이한 경우에는 제한할 수 있다고 한 양 규정은 국민의 기본권에 대한 그 제한의 내용을 원칙적으로 입법기관인 국회가 정하는 법률에 위임하면서도, 그 제한법률은 헌법상의 제원칙에 위배되지 않는 범위 내에서 머물러야 한다는 입법형성권의 한계를 명백히 선언하고 있다. ……국회는 선거법을 제정하고 각종 규제를 할 수 있는 광범위한 입법권을 가지고 있다. 그러나 그 입법형성의 제한 방법과 수단이 그보다 높은 헌법상의 기본이념과 국민의 본질적인 기본권을 침해 내지 저해하는 것이라면 이러한 기본권제한은 법규범의 단계적 구조론으로 보아 헌법 체계상 용인될 수 없다. 국회가 입법형성권을 행

### 第3章 우리나라에서의 立法審査體系

사함에 있어서 헌법상 보장된 기본권에 대한 법적 제한을 하는 법률을 제정할 시에는 특정한 법익보호의 필요성만으로는 충분하다 할 수 없고, 다른 법익과 비교하여 어느 쪽이 더 본질적이며 정당하고 합리적인가 그 비례의 원칙에 따라 판단해야 할 또 다른 한계를 가지고 있다. 이는 헌법 제37조제2항 후단의 자유와 권리의 본질적 내용을 침해할 수 없다는 규정이 이를 말하며 또한 국회가 입법을 함에 있어서 적용되어야 할 헌법상의 제 기본원칙도 그 한계의 기준으로 보아야 한다는 것이다.

#### ⑧大統領選舉法 제65조 違憲確認(1995.7.21. 92헌마177·199 병합)

선거에 관한 여론조사결과의 공표금지기간을 어느 정도로 할 것인가는 그 나라의 입법당시의 시대적 상황과 선거문화 및 국민의식수준 등을 종합적으로 고려하여 입법부가 재량에 의하여 정책적으로 결정할 사항이라 할 것이므로, 그 금지기간이 현저하게 불합리하여 입법재량의 범위를 벗어난 것이 아닌 한 위헌이라고 할 수는 없을 것이다. 특히 선거법은 정치성이 짙은 분야이므로 그것이 국민의 기본권을 현저히 제한하는 것이 아닌 한 가능하면 그에 관한 국회의 정치적 판단을 존중해 주는 것이 바람직하다고 할 것이다.

#### (7) 기 타

#### ①定期刊行物の登錄等에관한法律 제7조제1항의 違憲審判(1992.6.26. 90헌가23)

헌법 제21조제3항이 “신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”라고 규정하고 있듯이 우리 헌법은 정기간행물을 발행하는 언론·출판매체의 육성과 그 기능을 보장·유지·발전하도록 하기 위하여 필요한 범위내에서 일정한 물적 시설을 갖추어야 한다는 법률적 규제를 할 수 있도록 입법권한을 국민의 대의기관인 국회에 유보한 것이므로 그에 따라 제정한 본건의 심판대상인 이 사건 법률 제7조제1항의 등록제도를 가지고 입법부가 현저히 입법재량을 남용하여 과잉입법금지의 원칙에 위배되는 법률제정을 하였거나 기타 자의적인 입법권의 행사를 한 위헌적인 법률이라 단정할 수 없다.

#### ②司法書士法施行規則에 관한 憲法訴願(1989.3.17. 88헌마1)

과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미

과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 진정소급효의 입법과 이미 과거에 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 부진정소급효의 입법을 상정할 수 있다고 할 것이다. 전자의 경우에는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호의 견지에서 그리고 법적안정성을 도모하기 위해 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법을 하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 할 것이나, 후자의 경우에는 구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호보다는 광범위한 입법권자의 입법형성권을 경시해서는 안될 일이므로 특단의 사정이 없는 한 새 입법을 하면서 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 의무가 발생하지는 않는다고 할 것이다.

### Ⅲ. 過剩立法禁止의 原則(比例의 原則)

#### 1. 意義

過剩侵害禁止(Übermaßverbot)의 원칙 내지 比例의 原則((Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)은 법치국가원리의 구체화<sup>161)</sup>로서 國民의 자유와 권리의 보호의 現實化와 實效性에 매우 중요하며, 또한 그를 위하여 탁월한 역할을 거두고 있음은 一般的으로 승인되고 있으며, 나아가 이 原則은 이제는 단순히 조리상의 원칙에 그치는 것이 아니라 헌법에 기초를 둔 헌법적 차원의 법원칙으로서 행정작용은 물론 입법·사법작용을 포함한 「모든 國家行爲를 포괄하는 主要準則」<sup>162)</sup>으로서 인정되고 있다.<sup>163)</sup> 이러한 比例의 原則은 일반적으로 「適合性(Geeignetheit)」, 「必要性(Erforderlichkeit)」 그리고 「狹義의 比例原則(Verhäl-

161) Lothar Hirschberg, 「Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit」, Göttingen 1981, S.1. : BVerfGE 19.348f.

162) L.Hirschberg, a.a.O., S.36.

163) 金南辰, 「行政法上の 比例原則」, 韓國公法の 理論(牧村 金道稔博士古稀紀念), 1993, 267~280面.; 徐廷範, 「行政法上の 比例의 原則」, 江原法學 제7권, 1995, 173~189面.

tinsmäßigkeit in energen Sinne)의 세 가지 部分原則을 포함하는 포괄원칙으로 이해하는 것이 일반적이며, 이들 원칙은 서로 그 규율대상을 달리하고 있다.164) 적합성의 원칙과 필요성의 원칙이 대상으로 하는 관계는 주로 원인(수단) - 결과(목적)의 관념적인 인과관계이다. 그 이유는 당해 제원칙은 사용된 수단이 현실적이 의도된 효과를 가질 것이라는 점 및 그들 適合性이 있는 수단중에서 당사자에 의해 가장 침해가 적은 것이 선택될 것을 요구하는 것이기 때문이다. 따라서 적합성과 필요성의 통제는 주로 經驗的 事實認識의 문제가 된다.165) 이에 대해 협의의 비례원칙이 대상으로 하는 관계는 목적이 수단을 정당화하는가라는 目的 - 手段關係의 가치적 측면이다.166)

따라서 이 원칙의 대상이 되는 관계는 관념적으로는 인과관계의 범주외에 있는 것이다. 그리하여 이들 세 개의 部分原則은 다음의 관계가 성립하게 된다. 즉, 적합성·필요성의 심사가 가능한 경우에는 항상 협의의 비례원칙의 統制가 가능하다. 그러나 협의의 비례원칙의 심사가 가능하더라도 반드시 적합성·필요성의 심사가 가능하다고는 할 수 없다. 그 이유는 適合性·必要性의 통제는 현실적인 목적 - 수단관계를 전제로 하나, 협의의 비례원칙의 통제는 반드시 이를 전제로 하고 있지 않기 때문이다.167) 이상과 같이 각 부분원칙은 法的 性質의 차이가 있으므로 이들 원칙을 안이하게 이해할 것이 아니라 실정법질서와의 관련하에서 정밀하고 체계적으로 파악하는 작업이 매우 중요하다고 하겠다.168)

결국 이러한 過剩侵害禁止의 원칙 내지 比例의 원칙은 헌법적으로 보호되고 있는 두 개의 법익이 서로 충돌하는 경우에 한 법익이 다른 법익을 위해 완전히

164) 韓國法制研究院, 「立法理論研究(I) - 立法基礎理論과 立法技術」, 1991, 84面 以下.

165) 適合性和 必要性의 원칙은 요건과 효과로 프로그램된, 따라서 적용가능한 法命題(Rechtssatz)로서의 성질을 지닌 원리이다. Eberhard Grabitz, 「Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts」, AöR 98, 1973, S.581~583.

166) 따라서 협의의 비례의 원칙은 價値評價를 필요로 하는 개방된 원리(offenes Prinzip)이다. E.Grabitz, a.a.O., S.583.

167) L.Hirschberg, a.a.O., S.47f. 또한 林憲素, 「行政法上 比例原則의 法的判斷基準問題」, 公法學의 諸問題(玄濟 金英勳博士華甲紀念), 294面.

168) Friedrich E.Schnapp, 「Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs」, JuS 1983, S.850f.

무시되어서는 아니되고, 두 법익이 최적의 효과에 도달할 수 있도록 조정되어야 하고 그럼으로써 실제적 조화를 이루어야 한다는 원칙이라 할 수 있다. 따라서 이 원칙은 근본적으로는 입법자의 권한남용을 억제하여 國民의 基本權保障에 기여하는 중요한 기능을 수행하는 것이지만, 이는 論理的으로는 증명될 수 없는 따라서 구체적 사안에서 무엇이 비례적인가는 결정할 권한을 가진 자의 주관적 의사에 의존할 수밖에 없는 속성을 가지고 있다. 그리하여 이 원칙의 지나친 확장은 立法者의 形成의 自由를 제약하게 되고, 개별정의를 추구하게 되어 따라서 법적안정성을 희생시키게 되며 법원의 권한을 강화시키는 결과를 초래하게 된다.<sup>169)</sup> 어쨌든 여기서는 과잉침해금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 관한 일반론은 제외하고 立法者의 觀點에서 입법자가 입법시에 유의하여야 할 원칙으로서의 과잉침해금지의 원칙 내지 비례의 원칙이라는 측면에서 살펴보기로 한다.

## 2. 立法에 있어서의 比例의 原則의 適用

### (1) 適合性의 原則

適合性의 原則이란 수단이 목적달성에 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(결과)에 대한 수단(원인)의 관념적인 인과성(Kausalität)을 심사하는 原則이다.<sup>170)</sup> 따라서 適合性이란 실제로는 目的을 위한 수단의 예정된 因果關係로서 표현되어 진다. 즉 당해 수단의 도움으로 「바라던 결과가 촉진될 수 있는 경우」에는 그 手段은 適合的인 것이 되는 것이다. 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. 입법자가 이러한 적합성을 판단하는데 있어서 실제로 가장 중요하고 가장 어려운 문제점으로는 어떠한 기준위에서 적합성의 여부를 판단하여 立法을 할 것인가라는 점이다. 즉, 입법자가 그의 목적을 달성하기 위하여 여러 가

169) 文鴻柱·金炯盛, 「比例性原則과 基本權」, 學術院論文集 제28집, 1989, 152~153面.

170) L.Hirschberg, a.a.O., S.50.

지의 가능한 방법이 있는 경우에 그 중에서 어떠한 방법을 선택할 것인가에 대해서는 원칙적으로 입법자의 형성의 자유 내지 입법재량의 문제이나, 그 선택된 手段과 目的達成의 관계가 어떠한 경우에 위헌이 되는가의 문제이다.

이 점에 대해 獨逸에서는 그 선택된 수단이 목적달성을 위하여 「根源적으로 不適合」<sup>171)</sup>하거나 또는 「完全히 不適合」<sup>172)</sup>한 경우에는 違憲이 된다고 하면서, 目的에 대한 手段이 완전히 적합하여야 한다는 것은 요구하지 않고 있다. 즉 어떠한 수단이 그것에 의하여 의욕하는 效果達成에 도움이 되는 것이라면 적합한 것이 된다고 한다. 그래서 獨逸聯邦憲法裁判所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. 여기서에 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. 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이 되는 것이다.

한편 우리의 憲法裁判所 判例에서도 「국가작용에 있어서 취해진 어떠한 조치나 선택된 수단은 그것이 달성하려는 사안의 목적에 적합하여야 함은 당연하지만 그 조치나 수단이 목적달성을 위하여 유일무이한 것일 필요는 없는 것이다. 국가가 어떠한 목적을 달성함에 있어서는 어떠한 조치나 수단 하나만으로서 가능하다고 판단할 경우도 있고 다른 여러 가지의 조치나 수단을 병과하여야 가능하다고 판단하는 경우도 있을 수 있으므로 과잉금지의 원칙이라는 것이 목적달성에 필요한 유일의 수단선택을 요건으로 하는 것이라고 할 수는 없는 것이다. 물론 여러 가지의 조치나 수단을 병행하는 경우에도 그 모두가 목적에 적합하고 필요한 정도내의 것이어야 함은 말할 필요조차 없다」<sup>173)</sup>라고 하여 어떤 목적을 달성하기 위한 수단을 입법자가 선택함에 있어 입법자에게 광범위한 우선적 평가권을 인정하는 한편, 「……현재 그것이 전혀 목적에 적합하지 아니하다거나 따로 최소침해의 요구를 충족시켜 줄 수 있는 최선의 방법이 제시되어 있다거나

171) BVerfGE 17, 307(315ff).

172) BVerfGE 37, 104(117) ; 39, 210(230) ; 40, 196(222).

173) 國土利用管理法 제21조의3제1항, 제31조의2의 違憲審判(1989.12.22. 88헌가13).

아니면 쉽게 찾을 수 있다거나 함과 같은 사정이 없는 한에서는 토지거래허가제를 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙에 어긋난다고 할 수는 없다고 할 것이다, 라고 하여 그 목적달성을 위한 수단의 채용에 있어서 위의 독일의 판례와 비슷한 입장을 취하고 있다.<sup>174)</sup>

결국 立法者에게는 어떠한 조치 내지 수단이 목적을 달성하기 위해 적합한 것인가에 대해서는 입법자가 그 시각으로부터 가능한 모든 인식 수단을 전부 고려하여 판단할 수 있는 裁量이 부여되어 있다고 할 것이나, 이 경우에도 입법자는 위의 헌법판례를 존중하여 수단과 목적사이에 일응의 因果的 聯關을 고려하여 입법을 하여야 할 것이다. 목적달성을 위한 수단을 잘못 선택하여 입법을 하는 경우에는 그 법률은 민주적 정당성을 결여할 뿐 아니라 違憲性이 높은 법률이 되기 때문에 입법자는 항상 이 점에 유의하여 입법을 하여야 하는 것이다.

174) “우리 헌법재판소는 과잉금지원칙의 내용의 하나로서 목적의 정당성과 방법의 적절성을 거론하고 있는데……여기에서 목적의 정당성은 적합성의 원칙의 당연한 논리적 전제인데 우리 헌법재판소는 아예 과잉금지원칙의 한 내용으로 삼고 있다. 이것은 독일과 우리나라와의 사이에 존재하는 실정헌법상의 규정의 차이에 기인한다고 볼 수도 있다. 독일의 경우와 달리 우리 헌법은 일반적 법률유보에 기본권제한입법의 한계를 명시적으로 규정하고 있다(제37조제2항). ……이러한 측면을 지적하여 목적의 정당성을 언급하는 그 자체는 전체적 시각에서 조망할 때 기본적으로 옳다. 그러나 과잉금지의 테두리내에서 목적의 정당성을 그 내용적 요소로 하는 것은 논리적으로 맞지 않다. 과잉금지원칙의 핵심은 목적의 통제에 있는 것이 아니라 목적과 수단의 관계에 있어서 ‘수단의 통제’에 놓여 있는 것이다. 우리가 과잉금지원칙의 한 내용으로 파악하고 있는 적합성원칙은 목적에 대한 수단의 적합성을 의미하는 것이다. 따라서 목적의 정당성을 적합성의 원칙의 내용으로 삼아도 실제적으로 무의미한 사족에 불과하다. 왜냐하면 수단의 적합성의 원칙에는 목적의 정당성이 당연한 논리적 전제이기 때문이다. ……그리고 우리 헌법재판소가 논급하고 있는 방법의 적절성은 정확히 과잉금지의 한 내용인 적합성의 원칙에 포섭된다. 그런데 방법의 적절성에서 입법목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이어야 한다는 수준까지 설정하고 있는 것은 적합성심사에 있어서 너무나 과중한 요건이라 아니할 수 없다. 적합성의 원칙에는 단지 수단이 목적실현에 기여하는 영향을 주고 있느냐 아니냐의 심사적도에 불과하다. 따라서 방법이 효과적이어야 한다는 것은 입법목적과 수단의 관계에 대한 구체적인 상황에서 타당성있게 요구되어지는 적합성판단의 요건이 될 수 있는 경우가 있을 수 있을지라도 일반적인 적합성의 원칙의 내용으로 볼 수는 없다.……” 黃致連, 「過剩禁止原則의 內容」, 法の一般原理의 公法的檢討(韓國公法學會 제59회 學術發表會), 1996.4.20., 58~60面 참조.

(2) 必要性的의 原則

目的達成에 있어서 手段이 필요한 점을 요청하는 必要性的의 原則은 「他的, 동등하게 效果的인 그러나 基本權을 보다 축소한다든가 제약하지 않는다고 인식되는 手段이 선택되지 않았는가의 여부, 또는 目標가 다른 개개인에게 보다 불리하지 아니한 방법으로 달성될 수 있는가의 여부」를 판단하는 것을 의미한다. 따라서 그것은 立法目的으로부터 추상적으로 고려되어지는 모든 手段으로서가 아니라, 當事者에 의해 「열거된 것과 기타 전문가에 의해서 논의된 선택수단」과 입법자가 선택한 手段을 代置함으로써 결정된다. 이러한 의미에서 必要性的의 원칙은 具體的으로 手段과 手段의 關係를 심사하는 것이라 할 수 있으며, 따라서 이 원칙은 여러 적합한 手段 가운데 그것의 사용이 최소의 侵害效果를 가지는 手段을 선택할 것을 요구하는 의미에서 최소침해의 원칙이라고도 한다.<sup>175)</sup>

필요성의 원칙에 적합한 것인가의 여부를 가리기 위해서는 먼저 동일한 효과를 거둘 수 있는 여러 수단이 존재하여야 하고, 그 다음으로 이 중에서 基本權을 가장 최소한으로 침해하는 수단을 택할 것인지를 살펴보아야 한다. 우선 필요성을 판단하는 첫번째의 전제로서 어떤 수단이 다른 수단에 비교하여 同一한 效果를 얻을 수 없을 경우에는 그 수단을 사용할 것을 요구할 수 없다는 점이다.<sup>176)</sup> 즉 입법자는 보다 침해가 완화된 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의 原則에 구속될 필요는 없는 것이다. 아울러 하나의 手段이 다른 것과 비교하여 同一한 效果를 가지는지는 단지 個別事案에 따라서 결정될 문제이지, 抽象的으로 決定될 문제는 아니다. 둘째로, 입법자는 비슷한 효과를 거둘 수 있는 여러 수단들 중에서 기본권을 가장 적게 침해하는 수단 즉 가장 「온건(milder)」한 수단으로 목적을 달성할 것을 요한다. 이 경우 침해의 최소성의 판단 즉 여러 수단 중에서 무엇이 가장 온건한 手段인가가 문제된다. 이와 관련하여 독일의 판례에서는 가장 적게 침해하는 방법을 선택함에 있어서의 판단은 원칙적으로 입법자에게

175) 梁三承, 「過剩禁止의 原則 -특히 獨逸에서의 理論과 判例를 중심으로-」, 憲法論叢 제1집, 1990, 132面.

176) Manfred Gertz, 「Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen」, NJW, 1968, S.1604.



맡겨져 있으나, 立法者가 그와 같은 판단에 따른 선택을 함에 있어서 「보다 덜 권리를 침해하는 수단이 가능하였다는 점이 명확히(eindeutig) 확인될 수 있는 경우」에는 그러한 법적 규율은 지나치게 부담을 주는 것이고 따라서 憲法에 반하는 것이라고 지적하고 있다.<sup>177)</sup>

결국 이 필요성의 원칙은 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 완화된 手段이 있는가의 문제라고 할 수 있다. 따라서 立法者는 規制目的에서 예측되는 광범한 침해가 어떠한 것보다 나은 結果를 예상하지 아니하는 곳에서만 보다 온건한 手段의 선택의무를 진다고 할 수 있다.

한편 우리의 憲法裁判所는 어떠한 조치가 최소침해의 원칙, 즉 필요성의 원칙을 충족하는 것인가에 대해 명확한 기준을 제시한 판례는 없으며 다만 「무릇 국가가 입법, 행정등 국가작용을 함에 있어서는 합리적인 판단에 입각하여 추구하고자 하는 사안의 목적에 적합한 조치를 취하여야 하고, 그때 선택하는 수단은 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적이며 상대방에게는 최소한의 피해를 줄 때에 한해서 그 국가작용은 정당성을 가지게 되고 상대방은 그 침해를 감수하게 되는 것이다」<sup>178)</sup>라고 설명하고 있으며, 몇 개의 판례에서 이를 적용하고 있다.<sup>179)</sup> 아울러 다수의 판례에서 필요성의 여부를 심사하는데 있어서 法益의 均衡性(이익형량의 원칙)에 의거하여 필요성의 여부를 판단하고 있으나, 필요성의 판단은 어디까지나 개개의 이익을 형량함이 없이 최대효율화할 수 있는 한계를 제시하는 것이기 때문에 利益衡量은 별도의 판단에 의하되, 필요성의 판단에 이익형량을 적용하는 않는 것이 그 전제가 되어야 할 것이다.

177) BVerfGE 39, 210(231).

178) 國土利用管理法 제21조의3제1항, 제31조의2의 違憲審判(1989.12.22. 88헌가13).

179) 公共用地的取得및損失補償에관한特例法 제9조제1항 違憲提請(1994.2.24. 92헌가15 내지 17·20 내지 24) : 불합리한 사태의 발생을 막고 권리관계의 법적 안정성을 도모하기 위해서는 이 법과 같이 환매요건 자체를 기한에 결부시켜 제한하는 것이 적절하고 유효한 방법이라 할 것이며, 또 이러한 입법목적을 효과적으로 달성하면서도 이 방법보다 최소침해의 요구를 충족시켜 줄 수 있는 다른 최선의 방법을 찾아 볼 수도 없으므로 이러한 제한방법이 피해의 최소성의 원칙에 이긋난다고 할 수도 없다. 같은 취지의 판결로서 徵發財産整理에관한特別措置法 제6조 등에 대한 憲法訴願(1995.2.23. 92헌바12) 참조.

(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 라고 할 수 있으며 상당성의 원칙<sup>180)</sup>이라고도 한다. 즉 이 원칙은 目的과 手段 사이의 비교형량을 구체화하는 것이며, 선택된 手段의 사용으로 인한 손실이 압도적인 경우에는 그 고려된 手段을 중지할 것을 요하는 「侵害와 그것을 정당화하는 근거의 단순한 比較衡量」으로 파악할 수 있다. 따라서 狹義의 比例의 原則은 그 자체로는 결정기준을 一般的으로 정립할 수 없으며, 그러한 의미에서 이 원칙은 그 자체 어떠한 내용에 관한 基準을 제시할 수 없는 「개방된 原則(offenes prinzip)」<sup>181)</sup>이라고 말할 수 있다.

여기에서 문제가 되는 것은 利益衡量(Güterabwägung)에 대한 평가가 어떻게 행하여져야 하는가이며, 이러한 평가는 결국 規範的 立場에서 출발하여 헌법의 법익에 定向되어져야 하리라고 본다. 必要성의 原則이 정해진 目的에서 출발하여 개인적 법익을 위하여 여러 適合한 수단의 부담을 심사하는 반면에 狹義의 比例의 原則은 목적 그 자체를 포괄적 상대평가 가운데에서 파악한다. 환언하면 必要성의 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 목적 - 수단관계의 측면에 있어서 중요한 것은 두 개의 變數의 整序인 것이다. 따라서 여기에서 중요한 것은 그 중요성에 있어서 상호 比較衡量될 수 있는 目的과 手段의 調整이다.

이러한 目的과 手段의 조정을 요청하는 狹義의 比例의 原則에 대하여 聯邦憲法裁判所는 그것을 「적절한 관계(angemessenes Verhält)」, 「적정한 관계(gerechtes Verhältnnis)」 등으로 다양하게 표현하고 있으나, 어떠한 表現에 의하더라도 狹義의 比例의 原則은 「침해의 엄격성과 그것을 정당화하는 근거의 重大性 및 緊急性」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 관계에서

180) 林憲素, 前揭論文, 302面.

181) E.Grabitz, a.a.O., S.583~584.

현저히 比例的이지 못한 不利益으로 이끌지는 않는가에 중점을 두고 있다는 점이다. 물론 그곳에서는 立法者가 가장 합리적인 手段을 사용해야 되는 것만은 아니다. 그렇지만 目的과 手段이 相互 均衡에서 벗어나지 않는다고 하여 이들 관계가 또한 最適의 것이라고 단정할 수는 없는 것이다. 결국 目的과 手段 사이의 衡量은 기본적으로 보호되는 個人的 法益의 중요성, 침해의 程度, 공공의 이익의 重要性和 緊急性에 의하여 결정되어야 할 것이다.<sup>182)</sup>

### 3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 比例의 原則

憲法裁判所の 결정례에서 제시된 비례원칙을 개관하여 보면 우리의 헌법재판소는 비례의 원칙과 과잉금지의 원칙을 혼용하여 사용하고 있으나 그 의미는 동일한 것으로 보여진다. 憲法裁判所判例는 비례의 원칙의 근거로서 헌법 제37조 제2항을 들면서, 아울러 비례의 원칙의 개념요소로서 목적의 적합성·방법의 적절성·피해의 최소성·법익의 균형성을 지적하면서 이는 입법작용을 포함한 모든 국가작용을 규율하는 법원리임을 강조하고 있다. 그러나 헌법재판소는 비례 원칙의 개념요소를 위에서 살펴본 바와 같이 독일의 논리에 치중한 결과 그 구체적인 평가과정에서 논리의 중복을 다수 발견할 수 있다. 그 예로서 비례의 원칙을 매개로 하여 헌법원칙의 위반을 판단하고 있는 것인지 또는 비례의 원칙과

182) 地方財政法 제74조제2항에 대한 違憲審判(1992.10.1. 92헌가6·7 병합) : 「국유재산의 잠종재산에 대하여 시효취득을 부정하는 위 규정은 국유재산의 보존·관리에 있어서의 공법적 성격에 기하여 국유의 잠종재산의 잠식방지 내지는 효율적 관리의 방법으로서 국유의 잠종재산에 대한 시효취득을 부인하여야 할 국가공익 내지는 공공복리의 이념과 이로 말미암아 필연적으로 야기되는 국유의 잠종재산을 시효취득할 수 있는 지위 내지는 권리라는 국민의 재산권의 침해와를 비교형량해 보아 후자보다 전자를 중히 여기고 공공의 복리에 대한 불이익을 막고자 하는 것으로서 헌법 제37조제2항에 의하여 공공복리를 위하여 국민의 권리제한이 부득이 한 경우에 해당한다고 평가된다」. 경기도남양주시등33개도농복합형태의시설치등에관한법률 제8조 위헌확인(1995.3.23. 94헌마175) : 「.....입법자가 공공복리를 이유로 지방자치단체의 폐지·병합의 결정을 내리기 전에 일반적으로 상반되는 이익들 간의 형량이 선행되어야 하고, 이러한 이익형량은 이해관계자들의 참여없이 적절하게 이루어 질 수 없다. 국회는 이러한 절차를 통하여 비로소 자신의 결정에 앞서 중요한 사항들에 관한 포괄적이고 신빙성있는 지식을 얻게 된다」.

같이 제시된 憲法原則의 위반은 동등한 가치를 가지고 있는지가 명백하지 않은 경우가 많이 발견된다.<sup>183)</sup>

어떻든 憲法裁判所의 판례에서 제시된 비례의 원칙의 개념요소는 입법작용을 구속하므로 입법자는 이러한 비례의 원칙을 준수하여 立法目的을 효과적으로 달성할 수 있는 입법작업에 만전을 기하여야 한다. 헌법재판소의 판례에서 제시되고 있는 比例의 原則의 내용이 다소 추상적이기는 하나, 입법자는 이러한 헌법재판소의 태도를 견지하면서 그 概念標識을 더욱 구체화하고 사례에의 적용을 면밀히 검토하여 입법시에 비례성의 통제를 위한 합리적인 客觀的 審査基準을 마련하여야 할 것이다. 과잉침해금지의 원칙 내지 비례의 원칙의 적용에 관한 헌법재판소의 판례는 매우 많이 존재하나, 여기서는 입법자의 관점에서 필요하다고 생각되는 몇 가지 관련판례만을 소개하기로 한다.

(1) 國會議員選舉法 제33조, 제34조의 違憲審判(1989.9.8. 88헌마6)

국선법 제33조, 제34조가 선거제도의 본질상 국민의 주권행사를 제한하는 것이라는 점을 보아 왔지만 그 제한이 헌법이 정한 한계를 넘은 입법권의 행사이냐 아니냐 하는 점을 상호 충돌하는 보호법익을 비교교량하여 비례의 원칙에 반하느냐 않느냐하는 측면에서도 볼 수 있다. 그 판단은 기탁금의 금액이 국민주권을 실질화하는데 인간의 존엄성과 기본권을 최대한으로 보장하려는 헌법 정신과 기본원리에 합치하느냐의 여부와도 관계가 있다. ……여기에서 우리는 과열선거의 예방과 후보자난립의 억제필요성이라는 법익과 경제적 약자의 기회균등을 보장하는 기본권 보호라는 양 법익이 충돌하는 것을 보게 된다. 더구나 기탁금이 과다하여 납부할 수 없는 자에게는 재력에 따라 입후보가 좌우되어 평등권 보호와 보통, 평등선거제도의 원칙에도 위반된다. 그러면 선거절차상의 필요성과 실질적 국민주권을 실현하기 위한 기본권보장이라는 두 보호법익중 어느 것이 더 중요하고, 본질적인 것인가 그 보호법익을 비교 교량해 보아야 하고 여기에서 국선법 제33조, 제34조는 헌법상 모든 국민에게 보장하고 있는 참정권과 평

183) 禹聖基, 「公法上の 比例原則 -프랑스公法을 中心으로-, 서울대 博士論文, 1994, 320面.

등권을 침해함으로써 비례보호의 원칙에 반하는 것을 알 수 있다.

(2) 國土利用管理法 제21조의3제1항, 제31조의2의 違憲審判(1989.12.22. 88헌가13)

헌법 제37조제2항에 의하면 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로서 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 규정하고 있다. 따라서 헌법이 제시하는 일반 기본권제한의 원리는 법률로써 하되 첫째로 공공복리에의 해당성이 있어야 하고, 둘째로 필요한 경우에 최소한도에 그쳐야 하는 비례의 원칙 내지 과잉금지의 원칙이 지켜져야 하고, 셋째로 본질적인 내용의 침해가 되어서는 안되는 침해금지의 원칙이 존중되어야 한다는 것으로 풀이된다.

(3) 國稅基本法 제35조제1항제3호의 違憲審判(1990.9.3. 89헌가95)

헌법은 제23조제1항에서 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.”고 규정하여 국민의 재산권을 보장하면서, 이에 대한 일반적 법률유보조항으로 헌법 제37조제2항에서 “모든 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”고 규정하고 있다. 이와 같은 헌법의 규정취지는, 국민의 재산권은 원칙적으로 보장되어야 하고, 예외적으로 공공복리 등을 위하여 법률로서 이것이 제한될 수도 있겠으나 그 본질적인 내용은 침해될 수 없고, 설사 재산권의 본질적인 내용의 침해가 없을지라도 비례의 원칙 내지는 과잉금지의 원칙에 위배되어서는 아니되는 것을 확실하게 하는데 있는 것이다. 생각하건대, 조세우선의 원칙의 헌법적 근거라고 할 수 있는 헌법 제37조제2항의 규정은 기본권제한입법의 수권규정이지만, 그것은 동시에 기본권 제한입법의 한계규정이기도 하기 때문에, 입법부도 수권의 범위를 넘어 자의적인 입법을 할 수 있는 것은 아니며, 사유재산권을 제한하는 입법을 함에 있어서도 그 본질적인 내용의 침해가 있거나 과잉금지

의 원칙에 위배되는 입법을 할 수 없음은 자명한 것이다.

(4) 地方議會議員選舉法 제36조제1항에 대한 憲法訴願(1991.3.11. 91 헌마21)

고액기탁금의 기탁규정이 실질적으로 일부 국민(주권)의 참정권을 유명무실하게 할 소지가 있다고 한다면 그것은 그 후보난립의 방지, 후보자의 성실성 담보 등 합리적인 선거사무의 집행이라는 공적 요구를 위하여 불합리하게 개인의 참정권의 희생을 강요하는 셈이 되어 비례의 원칙에 반하지 않는가 하는 강한 의문을 떨치기 어려운 것이다. 국회가 헌법상 보장된 기본권에 대한 규제 내지 제한을 규정하는 법률을 제정함에 있어서는 특정한 법익보호의 필요성이 인정되는 것만으로는 부족하고 그 때문에 희생되는 법익을 고려하여 비례와 균형이 유지되도록 노력하여야 할 의무를 지니고 있는 것이다.

(5) 地方議會議員選舉法 제28조 등에 대한 憲法訴願(1991.3.11. 90 헌마28)

참정권의 제한은 국민주권원리에 바탕을 두고 자유·평등·정의를 실현시키려는 헌법의 민주적 기본질서를 침해할 위험성이 큰 것으로서 민주주의의 원리와는 배치되는 것이기 때문에 어디까지나 최소한의 정도에 그쳐야 할 것인 바, ...한 가지 직무에만 전념하기 어려운 명예직인 농업협동조합 등의 조합장에게 다소간 있는 공공성만을 강조한 나머지 다른 명예직도 겸직을 금지시키는 것은 명백히 과도한 기본권제한이며 민주국가에 있어서 참정권제한 최소화 원칙에 합치될 수 없는 것이다. ...민주주의는 피치자가 곧 치자가 되는 치자와 피치자의 자동성을 뜻하기 때문에 공무담임권을 통해 최대 다수의 최대 정치참여, 자치참여의 기회를 보장하여야 하는 것이며, 그 제한은 어디까지나 예외적이고 필요부득이한 경우에 국한되어야 한다.

(6) 私立學校法 제55조, 제58조제1항제4호에 관한 違憲審判(1991.7.22. 89헌가106)

흔히 기본권 제한의 위헌성을 판단함에 있어서 피해의 최소성의 원칙을 심사할 때 대상조치의 존재여부를 거론하지만 이는 어디까지나 해당 기본권을 인정하는 바탕위에서 그 제한의 방법상의 한계일탈 여부를 판단하는데 거론되는 기준일 뿐이지 해당 기본권 그 자체를 부정하는 근거로 쓰여지는 원칙은 아니라는 것을 유의할 필요가 있는 것이다. 그러므로 사립학교 교원이 교육회 내지 교총이라는 조직을 통하여 교원의 근로조건 개선을 추진하고 그 결과 그간 교원자녀의 기성회비감면, 중학교 무시험제도의 개혁성취, 교원공제조합의 창설, 스승의 날 부활, 교원장기근속수당의 지급실현 등의 업적을 이룩하였고, 그리고 그 때문에 사실상 근로조건이 현저히 개선 향상되어 근로3권의 현실적인 행사의 필요성이 전혀 고려되지 않고 있다고 하더라도 그것은 기본권 행사의 사실상의 유보일 뿐, 이를 이유로 하여 근로3권의 전면 부정이 정당화될 수는 없는 것이다. …… 그리고 기본권제한에 있어서는 과잉금지의 원칙이 준수되어야 하는 바 만약 기본권 제한규정이 지나치게(그 범위의 경계설정이 불가능할 정도로) 광범위하여 헌법상 보호되고 있는 활동까지 포함하고 있다면 이는 헌법이 허용하는 행위까지를 제한하여 국민의 기본권행사를 위축시키고 기본권 실현에 냉각 효과를 초래하므로 소위 “광범위하여 무효”인 경우에도 해당하는 것이라고 할 것이다(소수의견).

(7) 國家保安法 제19조에 대한 憲法訴願(1992.4.14. 90헌마82)

국가보안법 제19조(구속기간의 연장)가 제7조(찬양·고무) 및 제10조(불고지)의 범죄에 대해서까지 형사소송법상의 수사기관에 의한 피의자구속 30일보다 20일이나 많은 50일을 인정한 것은 국가형벌권과 국민의 기본권과의 상충관계 형량을 잘못하여 불필요한 장기구속을 허용하는 것이어서 입법목적의 정당성만을 강조한 나머지 방법의 적정성 및 피해의 최소성의 원칙 등을 무시한 것이라고 아니할 수 없고 결국 헌법 제37조제2항의 기본권제한입법의 원리로서 요구되는 과잉금지의 원칙을 현저히 위배하여 피의자의 신체의 자유, 무죄추정의 원

칙 및 신속한 재판을 받을 권리를 침해하는 것임이 명백하다.

(8) 特定犯罪加重處罰等에관한法律 제5조의3제2항제1호에 대한  
憲法訴願(1992.4.28. 90헌바24)

입법자가 의도하는 바를 달성함에 있어서 보다 덜 제한적인 다른 선택을 할 수 있는 수단이 이 사건 법률에 충분히 설정되어 있음에도 불구하고 이를 채택하지 아니하고 더 나아가 생명권을 박탈하고 집행유예의 선고를 원천적으로 봉쇄하는 극단적인 방법으로 새로운 규정을 이중으로 설정하여 기본적 인권의 규제에 이르게 하는 이 사건의 법률조항은 인권에 관한 필요최소한의 규제범위를 넘어서는 것이라 아니할 수 없고 위에서 본 바와 같이 가혹한 형벌을 중첩적으로 규정한 것에 불과하므로 헌법에 위반된다고 선언하는 것이다.

(9) 刑事訴訟法 제331조 但書規定에 대한 違憲審判(1992.12.24. 92  
헌가 8)

국가작용중 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 “국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본 원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 가능한 한 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)는 법치국가원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이다. 이를 우리 헌법은 제37조제1항에서 “국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.” 제2항에서 “모든 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도



자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 선언하여 입법권의 한계로서 과잉입법금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있으며 이에 대한 헌법위반여부의 판단은 헌법 제11조와 제107조에 의하여 헌법재판소에서 관장하도록 하고 있다.……「구속제도 자체가 국가형벌권의 실현이라는 정당한 목적을 가지고 있다고 하여도 그에 관한 구체적인 입법권행사는 헌법상 보장된 국민의 기본권중에 가장 중요한 신체의 자유를 제한하는 내용에 관한 것이므로 신체의 자유의 본질적 내용을 침해하거나 침해의 정도가 과잉입법금지의 원칙 내지 비례의 원칙에 위반되는 것이어서는 아니된다는 합헌적인 범위내에서만 그 정당성을 인정 받을 수 있다.」

(10) 刑事訴訟法 제97조제3항 違憲提請(1993.12.23. 93헌가2)

헌법 제37조제2항은 “모든 국민의 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.”라고 규정하여 입법상의 과잉금지의 원칙을 천명하였다. ……따라서 헌법상 보장된 국민의 기본권 중에서도 특히 중요한 신체의 자유를 제한하는 구속제도에 관한 입법권을 행사함에 있어서는 이 원칙이 반드시 준수되어야 하고 이에 위반하는 경우에는 헌법에 위반된다고 할 것이다. ……그러므로 피고인의 신병확보 내지 부당한 보석허거결정의 시정을 도모한다는 명목으로 검사에게 즉시항고를 허용한 것은 방법의 적정성을 갖춘 것이라고 할 수 없다. 그리고 보통항고로도 그 목적을 달성할 수 있는데도 검사에게 즉시항고권을 인정한 것은 목적달성에 꼭 필요하지 않은 심대한 피해를 피고인에게 부담하게 하는 방법이므로 이 사건 규정은 피해의 최소성과 법익의 균형성을 갖춘 것이라고 할 수 없다. 따라서 이 사건 규정은 과잉금지의 원칙에도 위배하여 헌법 제37조제2항에 위반된다고 하겠다.

(11) 公共用地的取得및損失補償에관한特例法 제9조제1항 違憲提請  
(1994.2.24. 92헌가15 내지 17·20 내지 24)

이 법 제9조의 환매권이 헌법상의 재산권보장규정에서 도출되는 것으로서 헌

법이 보장하는 재산권의 내용에 포함되는 권리라고 한다면 “취득일부터 10년이 내”라는 환매기한의 설정은 그에 대한 제한이라 할 것이므로, 헌법 제37조 제2항에 규정된 기본권 제한입법의 한계를 지킨 것인가를 살펴볼 필요가 있다. 만일 환매기한의 설정규정이 없다고 한다면 협의취득된 토지 등의 종전 소유자로서는 가령 이 법에 의한 사업시행자의 소유권 취득 후 50년이나 100년이 지난 후라고 할지라도 그 토지 등이 당해 공공사업에 필요없게 되었을 때에는 언제든지 환매권을 행사하여 그 소유권을 회복할 수 있다는 결론에 이른다. 이러한 결과는 공공사업시행자의 지위나 그 토지 등을 둘러싼 관계인들의 법률관계를 심히 불안정하게 할뿐만 아니라 그 토지 등의 사회경제적인 이용이나 개발을 저해할 우려가 있고, 다른 한편으로는 사회일반의 이익으로 돌려야 할 개발이익이 원소유자 개인의 이익으로 돌아갈 수도 있는 등 오히려 불합리한 사태를 초래할 수도 있다. 이러한 것을 막자고 하는 것이 위 기한설정의 입법목적이므로 이러한 입법목적은 정당한 것이 분명하다. 한편 불합리한 사태의 발생을 막고 권리관계의 법적 안정성을 도모하기 위해서는 이 법과 같이 환매요건 자체를 기한에 결부시켜 제한하는 것이 적절하고 유효한 방법이라 할 것이며, 또 이러한 입법 목적을 효과적으로 달성하면서도 이 방법보다 최소침해의 요구를 충족시켜 줄 수 있는 다른 최선의 방법을 찾아볼 수도 없으므로 이러한 제한방법이 피해의 최소성의 원칙에 어긋난다고 할 수도 없다.

(12) 富川市담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 違憲確認, 江南區 담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 違憲確認(1995.4.20. 92 헌마264·279 병합)

직업수행의 자유는 직업결정의 자유에 비하여 상대적으로 그 침해의 정도가 작다고 할 것이므로 이에 대하여는 공공복리 등 공익상의 이유로 비교적 넓은 법률상의 규제가 가능하지만 그 경우에도 헌법 제37조제2항에서 정한 한계인 과잉금지의 원칙은 지켜져야 할 것이다. 과잉금지의 원칙은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 지켜야 할 기본원칙으로서 지방의회의 조례입법에 의한 기본권제한의 경우에도 준수되어야 할 것이다. ……그런데 자판기를 통한 담배판매는 구입자가 누구인지를 분별하는 것이 매우 곤란하

게 하기 때문에 청소년의 담배구입을 막기 어려워 위 미성년자보호법 규정의 취지를 몰각시키고 있을 뿐만 아니라, 그 특성상 판매자와 대면하지 않는 익명성, 비노출성으로 인하여 청소년으로 하여금 심리적으로 담배구입을 용이하게 하고, 주야를 불문하고 언제라도 담배구입을 가능하게 하며, 청소년이 쉽게 볼 수 있는 장소에 설치됨으로써 청소년에 대한 흡연유발효과도 매우 크다고 아니할 수 없다. 그렇다면 청소년의 보호를 위하여 재판기설치의 제한은 반드시 필요하다고 할 것이고, 이로 인하여 담배소매인의 직업수행의 자유가 다소 제한되더라도 법익형량의 원리상 감수되어야 할 것이다.

(13) 公共用地的取得및損失補償에관한特例法 제6조 違憲提請(1995.11.30. 94헌가2)

헌법상의 복지국가이념을 실천하기 위하여 국가가 공공복리를 위하여 사적 영역에 개입하는 것이 필요하다고 하더라도, 자유주의적 시장경제질서를 근간으로 하고 있는 우리 헌법질서하에서는 국가는 우선 사적 자치 영역에서 그러한 공공복리의 목적수행이 가능하도록 조장하고, 그것이 여의치 않을 때에만 실질적 법치주의에 따른 목적과 비례성 범위내에서 개입하는 것이 타당하다. 이 사건에서와 같은 공공사업에 필요한 토지 등의 취득에 있어서는 공특법이 대체로 사적 자치의 질서를 규정하고 있는 것이라면, 토지수용법은 주로 공공복리에 대한 규정이라고 할 수 있다. 공특법의 목적은 “토지 등의 협의에 의한 취득 또는 사용과 이에 따르는 손실보상에 관한 기준과 방법을 정함으로써 공공사업의 원활한 수행과 손실보상의 적정을” 기하는 것이다(제1조). 따라서 그러한 기준과 방법을 규율하는 한 공특법은 공법적 성격을 지닌 것이라고 할 수도 있으나, 이 경우 ‘협의취득’ 자체는 어디까지나 사업시행자와 소유권자 사이의 사적 자치 영역에 놓여져 있는 사법적인 성격의 것이라고 할 것이다. ……따라서 공특법 제6조에 따른 사실상의 소유권의 강제취득은 협의에 의한 취득 등을 목적으로 하는 공특법 자체의 입법목적체제에 부합하지 않으며, 그러므로 공특법 제6조가 초래하게 되는 기본권의 제한을 정당화시켜 줄만한 입법목적상의 정당성을 갖고 있지 못하다.

## IV. 明確性的의 原則

### 1. 意義

입법의 원칙으로서의 明確性的의 原則은 법규범의 예측가능성의 실현의 법리로서 등장한 것이라 할 수 있다.<sup>184)</sup> 법규범은 시민의 遵法生活規範으로서의 의의와 법관의 재판규범으로서의 의의를 지니게 되므로 법규범의 내용은 전문적 법률지식을 가지고 있는 법조인이 豫測可能할 뿐 아니라 일반시민이 통상적으로 예측가능할 정도의 명확성을 요한다는 것이다. 그렇다면 일반인이 예측가능한 明確性이란 구체적으로 어느 정도의 것이어야 하는가에 대해서는 학설상으로는 판례상으로 많은 시도가 이루어지고 있으나,<sup>185)</sup> 현재로서는 합리적인 기준의 설정이 이루어지지 못하고 있다. 특히 오늘날의 立法은 사회현상의 복잡화 및 가치관의 다원화에 따르는 입법기술상의 요청에 의한 일반조항 내지 불확정개념의 과다현상으로 인하여 明確性的의 原則이 한층 제약을 받고 있다. 그리하여 명확성의 요청은 오히려 司法過程에서 구체적 사건에 적용되는 것을 통하여 명확화되는 것을 기대하고 있는 실정이다. 그러나 사법부의 해석을 통한 입법의 불명확성으로 인한 구제방법으로는 國民의 측에서 본다면 미리 명확하지 아니한 내용의 법적 규제가 사후에 사법과정을 통하여 명확하게 됨으로써 불리한 법적 효과를 받게 됨으로써 國民의 權益保護에 충분하지 못한 결과를 가져온다. 그러한 의미에서 해석을 통한 명확화에 있어서도 한계가 존재한다.

184) 立法에 있어서의 明確性에 관한 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(Ⅲ) -法令用語에 관한 研究」, 1995 참조.

185) 明確性的의 判斷基準으로서 일반적으로 獨逸에서는 「일반인이 특별한 어려움이나 의문없이 판단할 수 있는 정도」 또는 「국민이 그의 행위가 구성요건을 충족한다고 확실하게 판단할 수 있을 정도」이면 明確性的의 原則에 반하지 않는다고 하고 있다. 美國에서는 「보통의 지성을 가진 자가 그 의미를 추량하도록 요구하고 또한 그 적용에 관하여 의견을 달리할 정도로」 불명확한 것은 적법절차위반으로 무효라는 형태로 판시되고 있다. 또한 日本에서는 「통상의 판단능력을 가진 일반인이 금지된 행위와 그렇지 않은 행위를 식별할 수 있는」가를 기준으로 하여야 한다고 되어 있다. 자세한 내용은 康基政, 「罪刑法定主義」, 刑事法學的의 現代的 課題(東山 孫海陸博士華甲紀念), 1993, 26面 참조.

어떻든 不明確한 입법은 몇 가지의 중요한 가치를 침해한다. 즉 첫째, 인간은 합법적인 행위와 비합법적인 행위를 자유로이 할 수 있으므로 法은 통상의 지성을 가진 자에게 어떠한 것이 금지되어 있는가를 알려 그 자가 그에 따라 행동할 수 있는 합리적인 기회를 부여하여야 한다. 不明確한 입법은 이러한 공정한 고지를 부여하지 않음으로써 인간의 중요한 가치를 침해한다는 점이다. 여기에서 公正한 告知는 현실로 법을 완전히 알 수 있게하는 것이 실제상 곤란한 이상 법을 一般社會에 대해 알 수 있게 하는 상태에 두지 않을 수 없다는 것이다. 그 경우 법이 존재하는 것이므로 공정함을 유지하고 국민에게 납득할 수 있게 하기 위해서는 일반국민이 通常의 知識을 가지고 법문을 볼 때 그 법문의 의미를 이해할 수 있는 것이어야 한다. 따라서 실질적으로 法律家에게만 告知되는 법문은 공정한 고지의 이념을 후퇴시키는 것이며, 국민에게 과도한 부담을 주는 것이다. 둘째, 자의적·차별적 집행을 방지하기 위해서는 입법은 執行者에게 명확한 기준을 제시하여야 한다. 불명확한 입법은 기초적인 정책사항을 자의적·차별적 적용의 위험이 있는 法執行者에게 주관적 해결에 맡기게 될 우려가 있다는 점이다. 그러나 어떠한 法도 자의적으로 집행될 여지가 있으며, 여하히 理想的인 法이라 할지라도 裁量의 여지가 있으며 그 때문에 차별적 집행의 잠재적 가능성이 있는 것은 사실이다. 그러나 明確한 法은 일정성·확실성·예견가능성·공정성을 촉진하며 남용이 발생하더라도 그 발견·시정의 능력이 탁월하나 明確한 法은 법으로서의 柔軟性이 결여된다는 약점도 있다. 따라서 법문의 明確性을 고려하는데 있어서는 법의 유연한 집행의 여지를 남기면서 濫用의 위험성을 최소화하는 것을 지향하여야 할 것이다. 셋째, 불명확한 법령이 특히 憲法에 규정된 국민의 자유와 권리에 관계되는 경우에는 그 자유를 억제하는 기능을 하게 되어 헌법상 보장된 자유에 대한 악영향을 가져온다는 점이다.<sup>186)</sup> 또한 不明確한 法은 비용면에 있어서도 법적 조사비용의 증가, 소송비용의 증가, 사법체계비용의 증가, 비합법적인 행위의 증가, 합법적 행위의 감소, 차별화, 권력분립상의 문제, 입법비용의 증가, 효율과 정의의 감소 등을 초래한다.

186) Gregory E. Maggs, 「Reducing the costs of Statutory Ambiguity : Alternative approaches and The Federal Courts Study Committee」, Harvard Journal on Legislation Vol.29, 1992, p.143.

그러나 不明確性이라는 것이 원래 언어의 성질상 본래적인 것이며 명확성·불명확성이라는 기준 역시 절대적인 것이 아니라 상대적인 기준에 불과하며, 특히 일반적으로 法令은 규정의 文言의 표현력에 한계가 있을 뿐 아니라 그 성질상 다소 추상성을 불가피하게 가지므로 모든 법령이 명확하여야 한다는 기준을 엄격히 적용한다면 그것은 立法을 불가능하게 하며 그 목적을 달성하는 수단을 박탈하는 것이 될 것이다. 따라서 명확성의 원칙은 입법에 있어서 일반조항이나 규범적 법률개념의 사용을 금지하지 않으며, 이들은 規範의 논리적 구조하에서 법관의 가치판단에 따라 최소한도의 명확성을 유지할 수 있기 때문이다. 그러나 일반조항이나 규범적 법률개념들은 그 적용범위가 규범적 가치판단에 의한 법률 해석을 통하여 충분히 인식될 수 있어야 한다.<sup>187)</sup> 一般條項이나 規範의 法律概念이 그의 적용범위와 한도가 법관의 가치판단에 따라서도 인식가능하지 않다면 그 법률은 명확성의 원칙에 위배되는 위헌법률이 되는 것이다.

## 2. 立法에 있어서의 明確性の 原則의 適用

어떠한 경우에 不明確한 것인가에 대하여 획일적인 기준을 설정하는 것은 대단히 곤란하며 또한 그 明確性の 原則은 법률의 개별적 규정의 성격에 따라서 요구되는 정도가 다르다. 따라서 立法에 있어서 요구되는 明確性の 限度를 결정하기 위해서는 실질적으로 왜 불명확한 立法이 부정되지 않으면 안되는가라는 機能的인 관점에서 明確性の 原則의 의미를 파악하는 것이 바람직하다.<sup>188)</sup>

첫째로, 法的인 권리의무의 판단의 지표로서의 법률의 기능이 있다. 즉 法律을 적용하여 권리의무의 확정이 일정한 공권력에 의해서 행사되며, 특히 그것이 裁判規範인 경우에는 法官의 판단작용을 통하여 행사된다. 그리고 刑事罰을 부과하는 法律은 이 의미에서 재판규범이며, 그 경우 제정법이 정한 判定基準이 그 판단의 지표가 된다. 따라서 法律에 포함된 법규범이 법관에 의한 規範의 발견

187) 李廷元, 「罪刑法定主義의 原則과 法律의 解釋」, 法學論文集(중앙대) 제17집, 1992, 7面.

188) 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(I) -立法基礎理論과 立法技術-」, 1991, 92~96面 참조.

에서 恣意性을 벗어나고 그 법규범을 적용하는 개개의 사건에 불통일을 발생케 하지 않을 정도의 明確性을 구비하지 않으면 안된다. 즉 어떤 法律의 기능에서 볼 때 법적용의 권한을 지닌 者에게 그 판단의 객관성을 正當化하기에 족한 정도의 明確性이 입법 그 자체 가운데에 구체화될 것이 필요한 것이다. 또한 이것은 法律의 文言이 전부 일반적으로 승인된 의미를 지닐 것을 요구하는 것이 아니라, 특수한 전문적 영역에서 특이한 의미를 지니는 것을 방해하지 않는다. 이에 반하여 광범위한 추측을 야기할 可能性이 있는 기준을 立法適用의 判斷의 지표로 하는 것은 허용되지 아니한다. 우리 헌법재판소의 판례에서도 「헌법은 제27조제1항에서 모든 국민이 헌법과 법률이 정한 법관에 의하여 법률에 의한 재판을 받을 권리를 가짐을 선언하고 있으면서도, 제37조제2항에서 이러한 국민의 기본권의 하나인 재판을 받을 권리도 질서유지와 공공복리를 위하여 필요한 경우에 법률에 의하여 제한될 수 있는 가능성을 인정하고 있다. 그러나 법률에 의하여 국민의 재판청구권을 제한할 수 있다고 하더라도, 그 법률은 그 권리를 제한하는 경우에 국민들이 나무랄 수 없는 법의 오해로 재판을 받을 권리를 상실하는 일이 없도록 알기 쉽고, 여러 가지 해석이 안 나오게끔 명확하게 규정되어야 한다. ……그러므로 제소기간에 관한 규정을 일반국민들이 알아보기 쉽고 명확하게 규정하여야 한다는 요청은 그것이 바로 재판을 받을 권리의 기본권행사에 있어서 예측가능성의 보장일 뿐 아니라 재판을 받을 권리의 실질적인 존중이며 나아가 법치주의의 이상을 실현하는 길이기도 한 것이다. ……이러한 의미에서 이 법 제68조제1항중 괄호부분은 일반인의 주의력으로는 쉽사리 정확하게 이해하기도 어렵거니와 중요한 규정을 괄호내에 압축하여 불충실하고 불완전하게 규정함으로써 그 적용을 받은 국민으로 하여금 재판권행사에 착오와 혼선을 일으키게 하였다. ……또한 법률전문가의 입장에서 그 내용파악이 어렵고 모호한 것이라면 신속한 재판을 받는데 기대만큼의 도움이 될 수 없을 것임은 물론 이를 내세워 정당화시킬 수도 없을 것이므로, 결국 헌법 제27조제1항의 규정에 위반된다고 할 것이다」<sup>189)</sup>라고 하여 이를 뒷받침하고 있다.

둘째로, 특히 刑事罰을 부과하는 法律은 인간이 그 장래의 행위를 결정하는데

189) 國稅基本法 제68조제1항 違憲提請(1993.12.23. 92헌가12).

있어서 지표가 되는 기능을 가진다. 따라서 人間이 자기의 장래의 행위를 결정하는 판단작용을 행하는데 있어서 그 법률의 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 가능성이 있는 것은 결코 法的 효력에 영향이 없으나, 통상의 平均人이 그 법규범을 발견하고 그 적용가능성을 인식하여 그리고 그 의미를 이해할 수 없을 정도로 막연한 표현을 가진 基準을 취하는 경우에는 이미 일반적으로 人間の 행동의 지표기능을 거둘 수 없는 것이다. 따라서 明確性의 原則은 적용가능성의 인식과 의미의 이해와 관련되는 것이다. 헌법재판소의 판례에서도 「법률규정이 건전한 상식과 통상적인 법감정을 가진 사람에게는 그 적용대상자가 누구이며 구체적으로 어떠한 행위가 금지되고 있는지를 충분히 알 수 있다면 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배된다고 할 수 없다」라고 판시하고 있다.<sup>190)</sup>

그리고 법률 그 자체가 이러한 意味의 明確性을 결여하더라도 그 내용이 하위규범에 의해 충족되는 것이 예정되어 있으며, 그것은 憲法上 委任立法의 合法性의 문제를 발생케하나 그러한 충족에 의해 명확화되는 한 적어도 이 原則은 충족되고 있다고 할 수 있다. 우리의 헌법재판소의 判例에서도 「법치주의와의 관계에서 죄형법정주의는……형벌불소급의 원칙과 함께 형사법에 관한 헌법의 2대 원칙이라 할 수 있는 것이다. 따라서 형사법은 원칙적으로 형식적 의미의 법률의 형태로 제정되어야 하고 다만 부득이 예외적으로 행정부에서 법규명령의 형태로 제정하는 경우라 하더라도 그 법규명령에는 반드시 구체적이고 명확한 법률상의 위임근거규정이 있어야 비로소 가능한 것이라 할 것이다. 즉 형벌법규라고 하더라도 일정사항의 위임이 불가능하지는 않지만 죄형법정주의의 원칙에 비추어 보건대 최소한도 범죄의 구성요건의 윤곽만큼은 수권규정 자체에서 예측될 수 있어야 한다는 것이다」<sup>191)</sup>라고 판시하고 있다.

이러한 두 가지의 기능적 고찰을 통하여 立法에 요구되는 明確性의 限度를 결

190) 大統領選舉法 제162조제1항제1호 등 違憲確認(1995.5.25. 93헌바23).

191) 體育施設의設置·利用에관한法律 시행규칙 제5조에 대한 憲法訴願(1993.5.13. 92헌마80).



정하는 것이 가장 바람직하나, 여기에서도 여전히 抽象的인 것을 면할 수는 없다. 그리고 이 原則 그 자체가 법원에 의해서 각종의 요인이 고려될 것을 예정하고 있다고 볼 수 있다. 文言만을 볼 때 명확성이 결여되는 것, 예를 들면 장기간에 걸쳐 행해진 慣行을 전제로 그것을 명문화한 경우에는 일정한 사회적 행동의 유형이 존재하게 되어 人間은 그것에 의해 行動을 규정해 가므로 지표가 없다고는 할 수 없으며, 또한 그 基準을 지지하여 解釋을 한 선례의 집적은 당연히 文言의 의미를 명확화하고, 판단의 지표로서 충분한 것을 제공하게 된다. 또한 法の 규제대상과 法の 목적도 그러하지 않으면 안된다. 예를 들면, 社會의 발전단계에 부응하여 새로운 법적규제를 이룬바 실험적으로 행하는 것도 당연히 입법정책으로서 요구된다. 이 경우 종래의 社會的 定型을 전제로 하는 立法과 같은 정도의 明確性을 요구할 수는 없을 것이다.

### 3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 明確性의 原則

명확성의 원칙에 관한 憲法裁判所の 판례는 대단히 많이 존재한다. 특히 명확성의 원칙이 罪刑法定主義의 原則에서 파생되는 것이기 때문에 형사법의 분야에서 명확성의 원칙을 강조하고 있다.<sup>192)</sup> 그리고 표현의 자유에서도 명확성의 원칙과 그 내용을 같이하는 「불명확하기 때문에 무효의 원칙」, 「과도한 광범성의 원칙」,<sup>193)</sup> 「명백하고 현존하는 위협의 원칙」 등을 사용하고 있다.<sup>194)</sup> 대표적인

192) 「법률문언의 漠然性을 극복하고 법적안정성을 극복하기 위한 가장 강력한 법적 장치는 바로 막연한 법률문언에 대한 違憲審査 또는 憲法訴願이다. 우리 법원과 헌법재판소는 판례 등을 통하여 법률문언의 막연성을 정면으로 문제삼고 있다. 다만 美國의 경우와 달리 위헌결정의 근거를 適法節次에서 구하지 아니하고 법일반 이론에서 도출하고 있다. 이는 법률가들이 미국식 적법절차의 확장에 아직 주저하고 있음을 의미한다. 그러나 適法節次는 종래의 법치국가원리와 충돌하지 아니하며 유연성과 안정성을 동시에 추구한다. 또한 우리 憲法은 이미 적법절차원리를 채용하고 있다. 따라서 우리 법학과 법실무가 공정한 통지라는 형식적 요소를 통하여 발달된 적법절차원리의 漠然性審査理論을 수용하지 못할 이유가 없다」, 全在慶, 「漠然해서 無效인 法律」, 法制研究 제5호, 1993, 185~186面 참조.

193) 이에 관한 내용은 李東洽, 「美國判例法上 과도한 廣範性의 原則(The Overbreadth Doctrine)」, 憲法論叢 제3집, 1992, 201~227面 참조.

194) 자세한 내용은 尹明善, 「表現의 自由의 制約原理 -美聯邦最高法院의 判例傾向을 중

판례를 몇 가지 살펴보면 다음과 같다.

(1) 國土利用管理法 제21조의3제1항, 제31조의2의 違憲審判(1989.12. 22. 88헌가13)

무릇 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 예견할 수 있고 그에 따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다. 여기에서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로서 규정되어져야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. 따라서 다소 광범위하고 어느 정도의 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하여 규정하였다고 하더라도 그 적용단계에서 다의적으로 해석될 우려가 없는 이상 그 점만으로 헌법이 요구하는 명확성의 요구에 배치된다고는 보기 어렵다 할 것이다. 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 복잡하게 정형화되어 다양하게 변화하는 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다.

(2) 勞動爭議調整法 제13조의2 등에 대한 違憲審判(1990.1.15. 89헌가103)

헌법 제12조제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건이 명확히 규정될 것을 요구한다. 그러나 처벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 입법권자가 모든 구성요건을 단순한 의미의 서술적 개념

심으로-, 月刊考試, 1994.9., 14~24面 참조.

에 의하여 규정하여야 한다는 것은 아니다, 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 그 점만으로는 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다. 그렇지 않으면, 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다. 다만, 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 누구나 알 수 있도록 규정되어 있어야 하는 것이다. 따라서 처벌법규의 구성요건이 어느 정도 명확하여야 하는가는 일률적으로 정할 수 없고, 각 구성요건의 특수성과 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 고려하여 종합적으로 판단하여야 한다.

(3) 國家保安法 제7조에 대한 違憲審判(1990.4.2. 89헌가113)

사물의 변별능력을 제대로 갖춘 일반인의 이해와 판단으로는 행위유형을 정형화할 해석의 합리적인 기준을 찾기 어려운 개념이며 구성요건의 내포와 외연이 미치는 한계를 가리기 어려운 광범성을 지닌 법률은……법운영당국에 의한 자의적 집행을 허용할 소지가 있다. 나아가 법규의 적용범위가 과도하게 광범해지면 어떠한 경우에 법을 적용하여야 합헌적인 것이 될 수 있는가 즉 법을 적용하여도 좋은 경우와 적용하여서는 안되는 경우가 법집행자에게도 불확실하고 애매해지는 사태가 온다. 이러한 의미에서 과도한 광범성은 잠재적인 명확성의 원칙에 위배되는 한가지 예에 해당될 수 있다(다수의견).

국가보안법 제7조제1항은 형벌규정이므로 죄형법정주의에 의하여 그 구성요건은 명확해야 할 것이며, 더구나 위 규정은 민주주의의 제도적 토대라고 할 수 있는 표현의 자유에 대한 제한을 수반하는 법률이므로 다른 형벌규정에서 보다도 그 명확성이 더욱 강하게 요구되는 것이다. 그런데 위 법률조항은 그 구성요건이 너무 막연하고 불명확한 규정들로 이루어져 있다. ……도대체 표현의 자유를 규율하는 형벌규정에 “기타의 방법”이라는 구성요건을 둔 것 자체가 이미 죄형법정주의의 본질을 훼손한 것이다. “이롭게 한”이라는 규정 또한 애매모호하

기 짝이 없는 것이어서 과연 어떤행위가 반국가단체를 이롭게 한 것이냐는 오로지 수사기관이나 법관의 주관적 해석에 맡겨질 수밖에 없어 자의적 해석의 여지도 있는 막연한 규정이다. “국민에 의한 정치” 이자 “여론에 의한 정치”인 민주정치가 제대로 그 기능을 발휘하기 위해서는 합리적이고 건설적인 사상 또는 의견의 형성이 필요하며 그러기 위해서는 국민이 국가나 사회로부터 그에 필요한 정보를 광범위하게 수집할 수 있어야 하는데 이는 언론·출판 등의 표현의 자유가 보장됨으로써만이 가능한 것이다. 이런 점에서 표현의 자유는 민주주의의 제도적 토대라고 할 수 있어 헌법에서 보장된 여러 기본권 가운데에서도 특히 중요한 기본권이며, 그러기에 의사표현에 대하여 형벌을 과하는 법률은 최고도의 명확성이 요구될 뿐더러 그 의사표현행위를 처벌하기 위해서는 그것이 장래에 있어 국가나 사회에 단지 해로운 결과를 가져올 수 있는 성향을 띠었다는 것만으로는 부족하고, 법률에 의하여 금지된 해악을 초래할 명백하고도 현실적인 위협성이 입증된 경우에 한정되어야 하는 것이다(명백하고도 현존하는 위협의 원칙)(소수의견).

(4) 教育法 제8조의2에 관한 違憲審判(1991.2.11. 90헌가27)

위임입법의 구성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다. 기본권침해영역에서는 급부행정의 영역에서 보다는 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화되어야 한다. 따라서 중학교의무교육의 구체적인 실시시기와 절차 등을 하위법령에 위임하여 정하도록 함에 있어서는 막대한 재정지출을 수반하는 무상교육의 수익적 성격과 규율대상의 복잡다양성을 고려하여 위임의 명확성의 요구정도를 완화하여 해석할 수 있는 것이다.

법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙을 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의나 기본권 행사에 대한 무제한적 침해 초래할 위험이 있기 때문이다. 그러기에 우리 헌법 제75조도 위임의 범위와 한계에 관하여 “법률에

서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라고 한정하고 있다. 이는 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용과 범위와 목적이 명확히 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 입법자가 의도한 목적과 구체적 계획 및 방법을 명확히 도출해 낼 수 있어야 함을 의미한다. 즉 국회는 대통령에게 불명확하고 포괄적인 위임을 해서는 아니되고, 반드시 그 위임의 내용과 한계를 법률상에 명확히 구체적으로 특정하여야 한다. ……기본적이고 본질적인 사항을 국회가 스스로 결정하지 아니하고 전적으로 대통령령에 위임하는 것은 기본권제한이나 행사를 위한 기본적이고 본질적인 사항은 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률에 이미 규정되어 있어야 한다는 이른바 “법률유보의 원칙”을 그 핵심내용으로 하는 “법치주의 원리”와 이러한 국민의 기본권에 관한 본질적인 중요사항은 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 부여받은 의회의 전속적 결정사항이라고 하는 “민주주의의 원리”에 정면으로 위배되는 것이다(소수의견).

(5) 福票發行, 懸賞其他射倖行爲團束法 제9조 및 제5조에 관한 違憲審判(1991.7.8. 91헌가4)

죄형법정주의는 자유주의, 권력분립, 법치주의 및 국민주권의 원리에 입각한 것으로서 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙이고, 죄형법정주의를 천명한 헌법 제12조제1항 후단이나 제13조제1항 전단에서 말하는 “법률”도 입법부에서 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것임은 물론이다. 그런데 아무리 권력분립이나 법치주의가 민주정치의 원리라 하더라도 현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하여 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 다 정할 수는 없는 것이기 때문에 예외적으로 행정부에서 제정한 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다. 그러나 법률의 위임인 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초

래할 위험이 있기 때문이다. ……그리고 위임입법에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이지만 법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률(형식적 의미의)에 의한 처벌을 특히 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직스럽지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

(6) 私立學校法 제55조, 제58조제1항 제4호에 관한 違憲審判  
(1991.7.22. 89헌가106)

법치주의에서 요구되는 명확성의 원칙은 법률규정의 구성요건적 내용에 따라 국민이 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 명확할 것을 의미하는 것이며, 여기서 그 구성요건적 내용이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 규정되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니고 입법자의 입법의도가 건전한 일반상식을 가진 자에 의하여 일의적으로 파악될 수 있는 정도의 것을 의미하는 것이라고 할 것이다. …… 명확성의 원칙은 모든 법률에 요청되는 기본요건이지만 그 법률이 특히 국민의 표현의 자유와 관련이 있을 때에는 더욱 엄격히 요구된다고 할 것인데 사립학교법의 관계법조항은 헌법상 보장되고 헌법상 보장되고 있는 근로3권과의 관계에서는 물론 표현의 자유까지 침해하게 될 소지가 있고, 법집행기관에 의하여 자의적으로 해석·적용될 여지가 있어서 기본권보장이 유명무실하게 될 우려가 있으므로 그 자체로서 소위 “불명확하고 애매모호하므로 무효”인 경우에 해당하는 것이라고 할 것이다(소수의견).

(7) 軍事機密保護法 제6조 등에 대한 違憲審判(1992.2.25. 89헌가104)

법규의 내용이 애매하거나 그 적용범위가 지나치게 광범하면 어떠한 경우에 법을 적용하여야 합헌적이 될 수 있는지 법집행자에게도 불확실하고 애매하게 되어 어떠한 것이 범죄인가를 법제정기관인 입법자가 법률로 확정하는 것이 아니라 사실상 범운영당국이 재량으로 정하는 결과가 되어 법치주의에 위배되고 죄형법정주의에 저촉될 소지가 생겨나는 것이다. ……명확성의 원칙은 모든 법률에 있어서 동일한 정도로 요구되는 것이 아니고 개개의 법률이나 법조항의 성격에 따라 요구되는 정도에 차이가 있을 수 있으며, 각각의 구성요건의 특수성과 그러한 법률이 제정되게 된 배경이나 상황에 따라서 달라질 수 있다고 할 것이다. 일반론으로는 어떠한 규정이 부담적 성격을 가지는 경우에는 수익적 성격을 가지는 경우에 비하여 명확성의 원칙이 더욱 엄격하게 요구된다고 할 것이고 따라서 형사법이나 국민의 이해관계가 침해하게 대립되는 법률에 있어서는 불명확한 내용의 법률용어가 허용될 수 없으며, 만일 불명확한 용어의 사용이 불가피한 경우라면 용어의 개념정의, 한정적 수식어의 사용, 적용한계조항의 설정 등 제반방법을 강구하여 동 법규가 자의적으로 해석될 수 있는 소지를 봉쇄해야 하는 것이다. ……법률의 구성요건을 일일이 세분하여 명확성의 산술적인 관철을 요구하는 것은 입법기술상 불가능하거나 현저히 곤란한 것이므로 어느 정도의 보편적 내지 일반적 개념의 용어사용은 부득이 하다고 할 수밖에 없으며, 당해 법률이 제정된 목적과 타규범과의 연관성을 고려하여 합리적인 해석이 가능한지의 여부에 따라 명확성의 구비여부가 가려져야 할 것이다. 따라서 일반적 또는 불확정개념의 용어가 사용된 경우에도 동일한 법률의 다른 규정들을 원용하거나 다른 규정과의 상호관계를 고려하거나 기히 확립된 판례를 근거로 하는 등 정당한 해석방법을 통하여 그 규정의 해석 및 적용에 대한 신뢰성이 있는 원칙을 도출할 수 있어, 그 결과 개개인이 그 형사법규가 보호하려고 하는 가치 및 금지되는 행위의 태양과 이러한 행위에 대한 국가의 대응책을 예견할 수 있고 그 예측에 따라 자신의 행동에 대한 결의를 할 수 있는 정도라면 그 범위내에서 명확성의 원칙은 유지되고 있다고 봐야 할 것이다.

(8) 國家公務員法 제66조에 대한 憲法訴願(1992.4.28. 90헌바27 내지 34·36 내지 42·44 내지 46·92헌바15 병합)

법률은 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 그 규제내용을 미리 알 수 있도록 공정한 고지를 하여 장래의 행동지침을 제공하고, 동시에 법집행자에게 객관적 판단지침을 주어 차별적이거나 자의적인 법해석을 예방할 수 있다. 따라서 법률은 국민의 신뢰를 보호하고 법적안정성을 확보하기 위하여 되도록 명확한 용어로 규정하여야 하는 것이다. ……그러나 일반적으로 법률은 그 규율 대상이 복잡 다양하며 변화가 많은 반면 그 문장은 되도록 간결하게 표현하여야 한다는 요청이 따르기 때문에 법률의 구성요건은 필연적으로 일반적·포괄적으로 규정될 수밖에 없다. 따라서 처벌법규의 구성요건이 다소 광범위하여 어떤 범위에서는 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 개념을 사용하였다고 하더라도, 그것만으로는 헌법이 요구하는 처벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다. 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 정형적이 되어 부단히 변화하는 다양한 생활관계를 제대로 규율할 수 없게 될 것이기 때문이다. 다만 자의를 허용하지 않는 통상의 해석방법에 의하더라도 당해 처벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 보통의 상식을 갖춘 사람이면 누구나 알 수 있도록 규정되어야 하는 것이다.

(9) 地方稅法 제58조제3항에 대한 憲法訴願(1993.12.23. 92헌바11)

원래 제소기간과 같은 불변기간은 늘일 수도 줄일 수도 없는 기간이며, 국민의 기본권인 재판을 받을 권리행사와 직접 관련되기 때문에 그 기간계산에 있어서 나무랄 수 없는 법의 오해로 재판을 받을 권리를 상실하는 일이 없도록 쉽사리 이해되게, 그리고 명확하게 규정되어야 한다. 그것이 재판을 받을 권리의 기본권행사에 있어서 예측가능성의 보장이요, 재판을 받을 권리의 실질적 존중이다. 그런데 이 사건 심판대상조항 부분은 통상의 주의력을 가진 이의신청인이 심사청구기간에 관하여 명료하게 파악할 수 없을 정도로 그 규정이 모호하고 불완전하며 오해의 소지가 충분하다. 알아보기 어려운 법률, 오해로 불복신청권 상실 등의 함정에 빠질 소지가 있는 법률은 국민을 규율하기에 적합한 법률일 수



없다. 이는 법치주의의 파생인 불변기간 명확성의 원칙에 반한다.

(10) 水産業法 제52조제2항 등 違憲提請(1994.6.30. 93헌가15·16·17)

위임입법에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이지만 법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 특별히 강조하고 있는 기본권 보장 우위사상에 비추어 바람직스럽지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다(1991.7.8. 91헌가4). ……그리고 위의 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(같은 취지 도시계획법 제92조제1호 등 위헌제청 1994.7.29. 93헌가12).

(11) 舊 租稅減免規制法 제66조의3 違憲訴願(1995.2.23. 93헌바24·42, 94헌바16·30 병합)

법률은 일반성·추상성을 가지는 것으로 법률규정에는 항상 법관의 법보충작용으로서의 해석의 여지가 있으므로, 조세법규가 당해 조세법의 일반이론이나 그 체계 및 입법취지 등에 비추어 그 의미가 분명해질 수 있다면 이러한 경우에도 명확성을 결여하였다고 하여 그 규정을 무효라고 할 수는 없다.

(12) 特定犯罪加重處罰等에관한法律 제4조 違憲訴願(1995.9.28. 93헌바50)

우리 헌법 제12조제1항 후문과 제13조제1항 전단에서 규정하고 있는 죄형법

정주의는 범죄의 구성요건과 그에 대한 형벌의 내용을 국민의 대표로 구성된 입법부가 성문의 법률로 정하도록 함으로써 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가형법의 기본원칙으로서, 형벌법규의 “보장적 기능”을 수행하는 것이다. 따라서 형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요건은 형식적 의미의 법률로 명확하게 규정되어야 하며(명확성의 원칙), 만약 범죄의 구성요건에 관한 규정이 지나치게 추상적이거나 모호하여 그 내용과 적용범위가 과도하게 광범위하거나 불명확한 경우에는 국가형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어 개인의 자유와 권리를 보장할 수 없으므로 죄형법정주의의 원칙에 위배된다. ……그런데 특가법 제4조제1항 소정의 “정부관리기업체”가 어떤 기업체를 가리키는가에 관하여 특가법 자체에는 아무런 규정이 없고 같은 법 시행령을 보아도 그 제2조에서 “법 제4조제1항의 정부관리기업체의 범위는 다음과 같다”고만 규정하여 그에 해당하는 기업체를 개별적, 구체적으로 열거하고 있을 뿐 “정부관리기업체”라는 용어에 관한 아무런 정의규정이나 해설규정이 없으며 다른 법률에서도 그러한 규정을 찾아 볼 수가 없다. 그렇다면 특가법 제4조제1항의 “정부관리기업체”가 어떤 기업체를 가리키는 것인가는 우리의 건전한 상식에 따라 이를 판단할 수밖에 없는데, “정부관리기업체”라는 용어의 정의를 평명하게 풀이해 보면 일응 “정부가 관리하는 기업체”를 말한다고 볼 수 있겠으나 “정부”, “관리” 및 “기업체”라는 세 가지 개념요소 중 “관리”라는 용어는 적어도 구성요건의 개념으로는 그 의미가 지나치게 추상적이고 광범위하다. 정부가 어떤 목적과 법적 근거에서 어떤 사항에 대하여 어떤 내용과 정도의 관리를 함을 의미하는지를 가늠할 수가 없고, 정부가 어떤 기업체를 관리하는 목적과 법적 근거, 관리의 대상, 내용 및 정도 등을 불문하고 그 기업체의 관리에 관하여 직접 또는 간접으로 사실상 또는 법률상 관여하는 모든 경우가 여기에 포함된다면 그 범위가 지나치게 광범하여 적용대상이 매우 모호하게 된다(다수의견).

특가법에서 정부관리기업체에 관하여 따로 그 개념정의를 규정하고 있지 아니하고 있음은 입법론상 바람직한 태도라고는 볼 수 없으나 정부관리기업체라는 개념정의를 관련법규정 및 법률이론에 의한 법관의 보충적 해석을 통하여 충분히 개념을 명확하게 정의할 수 있다 할 것이므로 정의규정이 없다는 점만으로 이를 추상적이거나 모호하다고 할 수는 없으며, 일반형법 또는 다른 특별형사

법에서 규정하고 있는 용어들과 비교하더라도 정부관리기업체라는 용어가 지나치게 추상적이라거나 모호하다고는 할 수 없다(소수의견).

(13) 所得稅法 제60조, 舊所得稅法 제23조 제4항 등에 대한 憲法訴願 (1995.11.30. 91헌바1·2·3·4, 92헌바17·37, 94헌바34·44·45·48, 95헌버12·17 병합)

국민주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안된다고 해석된다. 헌법 제38조 및 제59조의 조세법률주의도 국민의 기본의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 대하여는 가능한 한 법률로써 명확하게 규정하여 납세의무자로서의 국민에게 예측가능성을 부여하고 그럼으로써 국민에게 경제생활에서의 법적 안정성을 확보해 주기 위한 것이다. 그러기에 헌법 제59조의 “조세의 종목과 세율”을 넓게 보아 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용이라고 여겨지는 “과세요건인 납세의무자, 과세물건, 과세표준 및 세율뿐 아니라 조세의 부과·징수절차까지” 모두 법률로써 가능한 한 명확하게 규정할 것을 요청하는 것으로 해석되고 있다. 그런데, 조세법률주의를 지나치게 철저히 시행한다면 복잡다양하고도 끊임없이 변천하는 경제상황에 대처하여 적확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 어려워 담세력에 응한 공평과세의 목적을 달성할 수 없게 된다. 따라서 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실에 응하여 공정한 과세를 할 수 있게 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위하여는 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라 하더라도 그 중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 적응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임할 필요가 있으나 법률로 규정하여야 할 사항을 대통령령 등 하위법규

에 위임하는 경우에 일반적이고 포괄적인 위임을 허용한다면 이는 사실상 입법권을 백지 위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 된다. ……따라서 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항은 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다. 그리고 이와 같은 위임입법의 구체성, 명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다. ……이 사건 위임조항에서는 기준시가의 내용 자체에 관한 기준이나 한계는 물론 내용 결정을 위한 절차조차도 규정함이 없이 기준시가의 내용 및 그 결정절차를 전적으로 대통령령이 정하는 바에 의하도록 하였다. 이는 어떤 사정을 고려하여, 어떤 내용으로, 어떤 절차를 거쳐 양도소득세 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용인 기준시가를 결정할 것인가에 관하여 과세권자에게 지나치게 광범한 재량의 여지를 부여함으로써, 국민으로 하여금 소득세법만 가지고서는 양도소득세 납세의무의 존부 및 범위에 관하여 개략적으로나마 이를 예측하는 것조차 불가능하게 하고, 나아가 대통령을 포함한 행정권의 자의적인 행정입법권 및 과세처분권 행사에 의하여 국민의 재산권이 침해될 여지를 남김으로써 국민의 경제생활에서의 법적 안정성을 현저히 해친 입법으로서 조세법률주의 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법의 취지에 반한다고 하지 않을 수 없다.

(14) 所得稅法 제23조제2항, 제23조제4항제1호 단서 등 違憲提請  
(1995.11.30. 94헌바40, 95헌바13 병합)

소득세법은 1982.12.21. 법률 제3576호로 개정된 이래 동법 제23조제4항 본문 및 제45조제1항제1호 본문에서 토지 등의 부동산의 양도에 대한 양도소득세

에 있어 과세표준 산정의 기초가 되는 양도가액 내지 취득가액의 산정을 원칙적으로 실지거래가액이 아닌 기준시가에 의하도록 하고 있다. 그런데 이 사건 위임조항은 위 기준시가과세원칙에 대한 예외로서 실지거래가액에 의하여 양도차액을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 규정임에도 불구하고 위 조항 자체에는 그 위임의 구체적 범위를 명백히 규정하고 있지 아니한 관계로 이 사건 위임조항만으로는 과연 어느 경우에 실지거래가액에 의하여 양도차액을 산정할 수 있는지가 반드시 명확하다 할 수는 없다. 그러나 이 사건 위임조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명백히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 이 사건 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지 위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없는 것이다.

## V. 平等의 原則

### 1. 意義

平等이라는 것은 비교를 전제로 하는 개념이며 그 자신 일정한 실체적 내용을 가지는 것이 아니다. 比較의 對象이 되는 두개이상의 것의 존재를 전제로 대상 상호간에 비교의 관점에서 일치가 있는 경우에 대상은 평등하다고 할 수 있다. 비교의 대상이 되는 것은 다양하나 法的 意味에서 평등이 문제가 되는 경우는 항상 사람이어야 한다. 즉 平等에 사실상의 평등과 취급상의 평등이 있으며 양자는 혼동되어서는 아니된다. 사실상의 평등은 사람의 自然的 屬性에 착안한 비교의 결과로서 인식되는 균일, 평등이며 취급상의 평등은 사실상의 평등과 관계 없이 人爲的인 制度 또는 規範에 사람을 평등하게 대우하는 것이다. 憲法이 규정하는 평등의 원칙에 있어서 문제가 되는 것은 바로 취급상의 평등인 것이다. 사실 또는 자연의 평등과 제도 또는 법상의 평등이 논리필연적으로 결부되는 것이 아니라면 事實關係가 평등하다고 해서 법적 취급도 항상 평등하여야 한다고 말할 수는 없다. 또한 법적 평등의 論證으로서 사실의 평등을 거론할 수는 없다.

그러나 法的 平等은 사실관계의 평등·불평등과 전혀 무관한 것은 아니다. 양자의 관계를 어떻게 파악하는가 또는 양자를 어떻게 관계지울 것인가에 따라 다양한 평등의 의미가 성립하는 것이다.

결국 오늘날 憲法이 보장하는 평등의 의미는 상대적 의미로 이해되며 별도의 법적 취급이더라도 그것이 합리적인 근거가 있는 때에는 合理的 差別로서 평등 원칙에 반하지 않는 것으로 이해되고 있다.<sup>195)</sup> 그러나 여기에서 별도의 취급이 合理性이 가지며 불평등한 취급이 아니라고 인정되는 것은 어떠한 경우이며 그 인정의 방법과 기준은 무엇인가라는 문제가 제기된다. 여기에는 合理性의 內容을 명확히하는 접근방법과 합리성의 인정방법을 문제로 하는 접근방법이 있다. 前者 즉 합리성의 內容을 명확히 하는 입장에서는 합리성, 정의, 자의의 금지라는 그때그때의 사회의 법의식이나 법적 확신에 의해 판정되는 그 자신 無內容이

195) 이러한 相對的 平等觀은 스위스헌법 제4조의 「법앞의 평등」에 관한 스위스연방법원의 판례의 법리에 유래한다. 즉, 「법앞에 있어서 평등의 원칙의 의미와 범위를 궁극적으로 결정하고 한계지우는 것은 그것이 국가적 정당성의 요청이라는 사실이다. ……법률상의 구별이 모든 법앞에 있어서 불평등에 한하지 않음과 동시에 법앞의 평등의 원칙은 사실상의 사정의 완전히 평등한 경우에만 적용된다고 할 수도 없다. 그렇지 않으면 국민중의 어떠한 계급이더라도 다른 계급과 사실상의 사정에 있어서 차이가 없는 것은 아니므로, 일정한 계급을 다른 시민과 구별하는 특별법은 여하히 자의적인 것이라 할지라도 평등의 원칙에 저촉되지 않고 헌법상의 원칙에 진정으로 반하는 결과가 되기 때문이다. 따라서 법앞의 평등의 원칙은 단순히 사실상의 사정이 완전히 동일한 경우에 시민을 평등하게 취급할 것을 요구하는 것이 아니라 중대한 사실상의 사정이 전부 동등한 한 평등의 취급을 요구하는 것이다. 법률상의 취급의 불균등이 시인되기 위해서는 단순히 어떠한 점에 있어서 사실상의 차이가 있다는 것으로는 불충분하고 사실상의 차이가 일반적으로 승인되는 법질서 및 국가질서의 계원칙에서 보아 문제의 영역을 규율하는 위에서 중대한 것으로 간주되는 것이어야 한다. 위와 같은 중대한 사실상의 차이가 존재하지 않는 경우에 개인 또는 계급을 법상 불평등하게 취급하는 것은 객관적 근거가 아닌 단순히 자의에 의거하여 법원칙에 위반하게 되며 법앞의 평등이라는 헌법상의 원칙에 저촉한다. 이상 언급한 것의 귀결로서 한편으로는 어떤 특정인에 대한 법률상의 예외적인 취급이 어떤 법률의 분야에서는 정당하며 헌법상의 원칙에 적합한 것이라도 다른 법률의 분야에서는 전혀 불합리하고 헌법원칙에 반하는 것이 있다는 점 또 하나는 법앞의 평등원칙은 법률이 입법상의 가치가 의심스러운 법적차별을 한 것만으로는 침해되는 것이 아니라 문제의 차별이 확립된 법원칙으로 보아도 당해의 법률효과에 관해서는 배려할 수 없는 사실상의 차이를 이유로 하는 것인 때 비로소 침해된다는 것이라고 할 수 있다.」, Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung IV Band(1880), S.171.

며 보편타당한 개념에 가치를 내재시킨다. 그리고 차별의 합리성의 판정기준은 인간성을 존중하는 개인주의·민주주의의 이념에 구한다. 後者 즉 차별의 합리성의 판단기준의 방식에 의한 접근방법은 우선 합리성의 기준이라는 일반적인 준칙으로 처리하는 방법이 있다. 立法의 목적을 확정하고 그 목적으로부터 논리적으로 그 입법에 의한 규제를 하여야 할 범위를 정하고 그것을 입법에서 채용된 구별의 징표 및 범위와 비교하는 방법에 의해서 合理性을 인정하는 것이며, 입법상의 구별이나 차별이 헌법에 합치한 立法目的에 대해 합리적 연관성을 가지는가의 여부에 따라 평등원칙적합성에 관한 판단을 내리는 것이다.<sup>196)</sup> 이 방법은 미국에 있어서 평등보호에 관한 전통적인 判例法理이며,<sup>197)</sup> 독일에서도 연

196) 그러나 이러한 合理性의 基準에 대해서는 ①합리성·정의·자의의 금지의 법의 해석·적용에 있어서 적용되어야 할 모든 실질적 기준을 포함한 공허한 정식이다. ②좀더 정밀한 기준을 제시하는 것이 아니라면 주관주의에 빠지게 되며 예측가능한 사법판단 준칙의 포기를 의미한다. ③합리성·정의·자의의 금지의 내용이 보편타당한 것이 아니라 변화하는 것이라면 그때그때의 주관적 해석이 평등원칙의 기준이 된다. ④단순한 부당과 불합리·자의와의 양적 구별은 실적 기준을 결여하며 애매하고 법적 불안정과 혼란의 요인이 된다는 批判도 있다.

197) 美國에서는 평등원칙은 처음에 절대적 의미 즉 형식적·기계적 의미로 파악되었으나, 엄격한 해석적용이 행해지지 않았기 때문에 相對的 平等으로서 작용하고 평등보호 원칙과 결부되었다. 즉, 미국에서는 평등보호원칙의 적용에 있어서 ①修正 제14조의 평등조항은 입법에 즈음하여 구별하는 권한을 주로부터 박탈한 것이 아니라 넓은 재량의 여지를 인정하며 합리적 근거가 없는 구별만을 금한다. ②합리적 근거가 있는 구별은 수학적 정밀성이 결여되어 있거나 또는 결과적으로 불평등을 초래한다는 이유로 平等原則에 반하지 않는다. ③구별의 합리성을 지지하는 사실이 입법시에 존재하였다는 점은 추정된다. ④立法이 차별적임을 주장하는 자는 그것이 합리적 근거에 의하지 않음을 입증할 책임을 진다라는 「합리성의 기준」을 확립하였다. 이 기준은 법률에 의한 차별이 입법목적과의 관계에서 합리적인가의 여부를 문제로 하는 것이며 법률의 목적 그 자체는 비판의 대상이 되지 않고 법률에 대한 완화된 검토를 내용으로 하는 최소한의 심사라고 할 수 있고 따라서 이 기준에 의해서 법률이 위헌으로 되는 사례는 거의 없었다. 따라서 이 合理性의 基準으로는 완만하며 개략적이고 융통성을 많이 허용하였기 때문에 실질적 평등보장의 기준으로는 정밀성이 결여되어 새로운 기준을 모색하게 되었다. 그 후 1938년 Warren대법원은 통상의 사회·경제규제입법에 적용되는 전통적인 단순한 합리성의 기준과 함께 평등보호의 사법심사에 二段階(Two-tiered) 접근을 성립시켰다. 이는 현대사회에 있어서 특별한 보호를 필요하는 특정집단의 사람이나 특수한 이익은 종래의 합리성의 기준으로는 충분히 보호되지 않는다는 점을 인식하여 ①法律에 의한 분류는 정당한 국가목적의 목적에 필요하고 부득이 한 수단이어야 한다. ②分類의 실제적 효과에 대해서도 정밀한 평등을 요구한다. ③법원은 卍의 차별입법의 정당성에

방헌법재판소의 확립된 판례가 되어 있다. 198)

대해 엄격한 심사기준(Strict scrutiny test)을 적용한다. ④差別的 必要性을 입증할 책임은 주에 있다라고 하여 「嚴格한 審査基準」을 적용하여 평등보호조항의 구체화에 관한 입법자의 재량의 범위를 현저히 축소시켰다. 그리고 1971년의 Burger대법원기에 이르러 합리성의 기준보다는 엄격하고, 엄격한 심사기준보다는 완화된 새로운 中間領域의 심사기준(mid-level test)이 등장하여 인종이외의 소수자집단과 관련한 분류의 합헌성 판단에 사용되고 있다. 이는 엄격한 시사를 받는 입법은 거의 모두 무효로 판시되고 합리성의 기준을 적용받는 입법은 거의 합헌으로 판단되었기 때문에 두 기준 중 어느 基準을 적용하느냐에 따라 그 입법의 합헌성이 사실상 결정된데 대한 우려에서 비롯하였다. 그리하여 새로이 성립된 이 「중간적 심사기준」에 의하면 ①立法的 分類가 공익을 위하여 중요한 것이어야 하고, ②그러한 공익달성과 상당한 연관성이 있어야 그 법률이 合憲으로 된다는 것이다. 그러나 이러한 중간적 심사기준은 동기준을 적용하여 목적의 중요성과 상당한 연관성의 여부를 결정하는 것은 주관적인 것이 되어 혼동되고 모순된 결정을 하게 되고 法律의 有效性을 예견할 수 없기 때문에 법의 가치에 대한 특별한 평가일 뿐이라는 비판을 받고 있다. 그러나 이 基準을 적용하면 엄격한 심사기준을 적용할 때 보다 특히 성차별입법을 쉽게 위헌판결할 수 있기 때문에 여성의 평등권보호에 이바지하고 있음을 부인할 수 없다. 美國에서의 평등보호기준의 변모에 관한 자세한 내용은 金寧煥, 「積極的 平等實現措置(Affirmative Action)에 관한 研究」, 영남대 博士論文, 1991 ; 金永休, 「平等保障의 基準에 관한 研究」, 전남대 博士論文 1989 ; 羅康均, 「美國憲法上 平等保護에 관한 研究」, 원광대 博士論文 1992 ; 李邦基, 「美聯邦憲法裁判에 있어서 적용되는 平等保護原則에 관한 研究」, 現代公法理論의 展開(石丁 許永敏博士華甲紀念), 大成社, 1993, 771~803面 등 참조.

198) BVerfGE 18, 124 : 12, 333 ; 20, 33. 獨逸에서는 基本法에서 일반적 평등원칙 규정과 그 헌법에 의한 구체화로서 개별적 평등규정을 두고 있다. 우선 일반적 평등원칙의 의미에 대해 「본질적으로 同等한 것을 평등하게 본질적으로 동등하지 않은 것은 그 차이와 특질에 상응하여 不平等하게 취급하여야 할 것이다. 평등원칙위반의 우려가 있는 것은 법률상의 차별 또는 平等取扱을 근거지우는 합리적인, 사물의 본성에 입각한 명백한 이유가 존재하지 않은 때, 요컨대 규정이 자의적으로 되어 있지 않은 때이다」라는 정식이 헌법재판소의 판례를 통하여 일관되게 유지되고 있다. 이는 동시에 法律의 平等原理適合성을 판단하기 위한 기준을 제시하는 것으로서 입법자에 대한 넓은 재량과 평가의 권한을 인정한 것이다. 立法者는 평등권이외에 기본권을 규제하거나 憲法原理를 구체화하는 점에도 어느 정도의 재량권을 가지나 이 재량권을 제약하기 위하여 평등원칙을 사용할 수는 없다. 差別立法의 불합리성은 명확하여야 하며, 憲法裁判所는 입법재량의 긍정적인 한계를 초월하였는가의 경우에 대해서만 심사하는 것이며, 다른 인권규제입법에 비하여 사법심사는 일반적으로 신중하고 억제적이다. 平等原則의 구체화가 넓은 입법재량에 맡겨져 있으면서도 수익적인 급부 내지 복리행정의 영역에서는 侵害行政의 영역보다도 입법자의 재량이 광범위하게 인정되고 있다. 또한 개별적 평등 보장규정은 일반적 평등원칙에 우선하여 적용되며 그 한에서 後者의 적용을 배제한다. 자세한 내용은 Hans Heinrich Rupp, 「Art.3 als Maßstab verfassungsgerichtlicher



한편 우리나라에서도 학계에서 평등원칙의 기준으로 「합리성과 자의의 금지」<sup>199)</sup> 또는 「정의」<sup>200)</sup> 등을 제시하고 있으며, 헌법재판소의 판례에서도 평등원칙의 의미를 『헌법 제11조제1항의 平等의 原則은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 입법과 법의 적용에 있어서 합리적 근거없는 차별을 하여서는 아니된다는 상대적 평등을 뜻하고 따라서 합리적 근거 있는 차별 내지 불평등은 평등의 원칙에 반하는 것이 아니다』<sup>201)</sup>라고 판시하는 한편, 그 원칙의 적합성판단에 있어서는 합리성의 기준에 의거하고 있으며 나아가 『합리적 근거 있는 차별인가의 여부는 그 차별이 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 반하지 아니하면서 정당한 입법목적 달성을 위하여 필요하고도 적정한 것인가를 기준으로 판단하여야 한다』<sup>202)</sup>라고 하고 있다.

## 2. 立法에 있어서의 平等原則의 適用

平等의 原則은 민주주의적 헌법의 내용을 규제하는 초실정법적 법원칙(Überpositiven Rechtsgrundsatz)을 의미하는 까닭에 그것은 行政, 司法은 물론 立法 까지를 구속하는 立法의 평등으로 파악되며, 그렇게 함으로써 그 평등의 관념이 형식적인 것에서 실질적인 것으로의 확대가 가능하게 된다.<sup>203)</sup> 따라서 입

Gesetzeskontrolle, in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz II, 1976, S.371 참조.

199) 「합리적 차별여부의 판단은 인간의 존엄성이라는 헌법의 최고원리와 정당한 입법목적(공공복리 등)을 달성하기 위한 적정한 수단이라는 두가지 복합적 요소를 기준으로 하여 판단하여야 한다. 결국 인간의 존엄성존중의 원리에 반하지 아니하면서 공공복리를 위한 차별은 합리적 차별이고 그 역의 경우는 자의적 차별이라고 하여야 할 것이다.」, 權寧星, 前掲書, 403面.

200) 「평등의 문제는 평균적인 동시대인의 정의감정에 비추어 판단할 수 밖에 없다고 할 것이다. ……예컨대 입법권자가 입법에 즈음해서 사항적으로 분리취급해야 할 사항을 분리취급하지 않는 경우에는 정의감정을 해치는 정도가 크기 때문에 평등권의 침해를 인정해야 하겠지만, 입법권자가 입법에 즈음해서 사항적으로 분리취급할 수도 있는 사항을 분리취급하지 않은 경우에는 정의감정을 해치는 정도가 약하기 때문에 평등권의 침해를 부인해야 하리라고 본다.」, 許營, 前掲書, 327~328面.

201) 住宅建設促進法 제3조제9호 違憲確認(1994.2.24. 92헌바43).

202) 刑法 제35조 등 違憲訴願(1995.2.23. 93헌바43).

203) 李種祥, 「平等權의 效力」, 現代公法論叢(日巖 下在玉博士華甲紀念), 1994, 49面.

법자는 입법시에 당해입법이 객관적 법규범으로서의 平等의 原則에 위배되지 않도록 하여야 한다. 그러나 과연 어떠한 입법작용이 평등원칙에 위반되는 것이 아닌가라는 점에 대해서는 평등원칙 자체가 고도로 抽象性을 지닌 내용이 불명확한 것이기 때문에 명확한 기준을 정립할 수는 없다. 다만 평등원칙의 구체화의 정도와 방법은 입법자에게 넓은 형성의 자유 내지 재량에 맡겨져 있으나, 평등의 원칙이 「立法者에 대하여 평등한 것은 평등하게, 불평등한 것은 그 특성에 따라 불평등하게 취급한다는 正義思考로의 부단한 適應(stete Orientierung am Gerechtigkeitsgedanken)에 있어서의 일반적 지시」를 의미하는 것라는 점을 인식하여야 한다. 즉, 일반적 평등원칙의 위반은 立法者가 규제되어야 할 생활관계의 사실상의 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 고찰방법의 경우에 고려되지 않으면 안될 정도로 중요하다. 그리하여 입법자는 立法에 즈음하여 평등의 원칙은 첫째로, 恣意의 禁止의 경우에 있어서 뿐만 아니라 일반적 평등의 원칙의 구체화의 경우에 있어서도 그 제한의 한계가 된다. 따라서 立法에 의하여 平等의 原則을 구체화하는 경우에는 그 對象의 여하를 불문하고 「헌법제정권력자의 가치결단의 충실한 반영」이어야 하는 것이다.

둘째로, 立法에 있어서는 자유권의 제한과 같은 제한적 입법의 경우는 물론 개인에게 給付를 주는 복지입법의 경우에도 그것은 평등의 원칙에 따라야 한다. 물론 福祉立法의 경우에는 제한적 입법에 있어서 보다는 그 사회질서에 대한 형성의 자유가 많기는 하지만, 그러나 그러한 形成의 自由가 많을 수록 자의금지의 요청은 더욱 가중되고 있다. 따라서 이러한 경우에 있어서 同一한 事態에 대하여 다르게 취급한다면 그것은 不平等한 취급이며, 서로 다른 사태에 대하여 同一하게 취급한다면 그것은 또한 不平等으로 간주되는 것이다.

셋째로, 立法에 있어서의 평등의 원칙에의 구속은 물론 命令制定과 같은 행정입법의 경우에 있어서도 그대로 적용된다는 점 등을 유의하여야 한다.

### 3. 憲法裁判所의 決定例에 提示된 平等原則

우리의 헌법재판소판례중에서 평등원칙을 언급한 것이 거의 없을 정도로 평등

원칙에 관한 憲法判例는 대단히 많으며, 이 점은 우리의 헌법재판소판례가 지나치게 평등의 원칙을 남용하고 있다는 비판이기도 하다. 또한 憲法裁判所는 서술적 표현에 있어서 평등권이 기본권 실현의 방법적 기초로서의 의미를 가지고 있음을 인식하고 있는 것 같으나 구체적 사안의 해결에 있어서는 구체적 사안과 가장 밀접하게 관련된 개별기본권의 관점에서 논증하지 않고 平等權의 시각에서 출발하여 차별대우 금지라는 평등권의 효과에만 집착하여 문제된 사안을 안이하게 해결함으로써 설득력있는 논리를 제시하지 못하고 個別基本權의 본질과 내용을 간과하고 적절한 구제방법을 제시하지 못하는 경우가 많다.<sup>204)</sup> 여하튼 憲法裁判所는 배분적 정의에 입각한 상대적 평등을 구현함에 있어서 「본질적으로 같은 경우에는 같은 취급을, 그리고 본질적으로 다른 경우에는 다른 취급」을 해야 하는 합리적 차별의 판단기준에 대하여 각 사안에 따라 인간의 다양한 생활영역을 적절히 적용할 수 있는 구체적이고 개별적인 合理的 差別基準을 정립하고 있다. 憲法裁判所의 결정례를 살펴보는 경우 재력이나 사회적 신분에 의한 차별과 재산적 법률관계에서의 차별 그리고 정치적 영역이나 제한적 법률유보에 의한 차별의 경우에는 합리적 차별이 되지 않는 것으로 보고 있으나, 經濟規制立法이나 기본권형성적 법률유보의 경우 그리고 改善過程에 있는 입법사항에 대해서는 보다 많은 입법형성의 자유를 인정하여 합리적 차별에 해당하는 것으로 보고 있다.

### (1) 平等原則의 意義와 法的 性格

#### ① 訴訟促進等에관한特例法 제6조의 違憲審判(1989.1.25. 88헌가7)

헌법은 제11조제1항에 “모든 국민은 법앞에 평등하다”고 규정하여 기회균등 또는 평등의 원칙을 선언하고 있는 바, 평등의 원칙은 국민의 기본권보장에 관한 우리 헌법의 최고원리로서 국가가 입법을 하거나 법을 해석 및 집행함에 있어 따라야 할 기준인 동시에, 국가에 대하여 합리적인 이유없이 불평등한 대우를 하지 말 것과 평등한 대우를 요구할 수 있는 모든 국민의 권리로서, 국민의

204) 許 營, 「憲法裁判의 理論과 實際 -平等權에 대한 判例를 中心으로-」, 延世行政論叢 제17집, 1992.4., 124面.

기본권 중의 기본권인 것이다. 그리하여 이러한 평등의 원칙은 헌법 제23조에 의하여 보장된 “모든 국민의 재산권”과 헌법 제27조제3항에 의하여 보장된 “모든 국민의 신속한 재판을 받을 권리”의 실현에도 당연히 적용되어야 할 것이므로 재산권 등 사권의 구체절차인 민사소송에서도 당사자가 누구인가에 따라 차별대우가 있어서는 아니되는 것이며, 국가가 민사소송의 당사자가 되었다고 해서 합리적 이유없이 우대받아서서는 아니되는 것이다. 왜냐하면 비록 국가라 할지라도 권력적 작용이 아닌, 민사소송의 대상이 되는 국고작용으로 인한 법률관계에 있어서는 사인과 동등하게 다루어져야 하기 때문이다.

② 金融機關의延滯貸出金에관한特別措置法 제5조의2의 違憲審判(1989.5.24. 89헌가37·96 병합)

헌법 제11조제1항에 정한 법 앞에서의 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것은 아니나, 법을 적용함에 있어서뿐만 아니라 입법을 함에 있어서도 불합리한 차별대우를 하여서는 아니된다는 것을 뜻한다. 즉, 사리에 맞는 합리적인 근거없이 법을 차별하여 적용해서는 아니됨은 물론 그러한 내용의 입법을 하여서도 아니된다는 것이다(다수의견).

평등의 개념은 형식적 평등이 아니라 구체적 사회정의와 새로운 질서를 형성하는 실질적 평등으로 보아야 하며, 따라서 평등의 원리는 자의금지를 기본으로 한다. 자의의 금지는 입법, 행정, 사법뿐만 아니라 헌법재판에도 모두 적용된다. 평등의 원리로 적용되는 영·미국에서의 적법절차조항이나, 서독을 비롯한 대륙법계에서의 자의금지의 원칙은 그 본질에 있어서 사회정의의 실현을 의미한다. 즉 평등한 것은 평등하게, 불평등한 것은 불평등하게 취급되어야 하는데, 평등하게 취급할 것을 불평등하게, 불평등하게 취급할 것을 평등하게 취급하는 것은 정의에 반하는 것으로 자의금지의 원칙에 위배된다. 어떠한 조치가 자의금지에 반하는 것인가 하는 것은 객관적으로 보아 실질적 내용이 구체적 정의에 반하느냐 않느냐에 따라 결정될 수밖에 없다. 건전한 일반시민의 상식으로 보아 경우에 어긋나지 않는 선에서 판단하여야 한다. 객관적 상황을 본질적 기준이 아닌 잘못된 기준에 의하여 형식적으로 취급하고 해석할 때에 그것은 자의에 해당한다(소수의견).

③國家公務員法 제66조에 대한 憲法訴願(1992.4.28. 90헌바27 내지 34·36 내지 42·44 내지 46, 92헌바15 병합)

헌법 제11조제1항이 규정하는 평등의 원칙은 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라 법의 적용·입법에 있어서 불합리한 조건에 따른 차별을 하여서는 아니된다는 것을 뜻하고, 따라서 비록 차별적인 대우를 하는 경우에도 그것이 합리적인 근거에 의한 때에는 평등의 원칙에 어긋나는 것이 아니다. 그러므로 모든 국민이 법앞에 평등하다는 것도 형식적인 법 적용상의 평등만을 뜻하는 것이 아니라 법의 제정까지도 포함한 모든 국가작용의 실질적인 평등원리의 구현을 목표로 하는 의미로 이해되며, 이러한 의미에서 평등권의 보장은 형식적으로만 파악할 수 없는 것이고 법의 실질적 내용까지 종합적으로 살핀 뒤에 합리적으로 판단할 것을 요구한다.

## (2) 平等原則의 基準

①土地收用法 제46조제2항의 위헌여부에 관한 憲法訴願(1990.6.25. 89헌마 107)

헌법 제11조제1항이 규정하는 평등의 원칙은 결코 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 법의 적용이나 입법에 있어서 불합리한 조건에 의한 차별을 하여서는 안된다는 것을 뜻한다. 또한 헌법이 보장하는 평등의 원칙은 개인의 기본권신장이나 제도의 개혁에 있어 법적가치의 상향적 실현을 보편화하기 위한 것이지, 불균등의 제거만을 목적으로 한 나머지 하향적 균등까지 수용하고자 하는 것은 결코 아니다. 헌법이 규정한 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 상황이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지 않는다. 말하자면 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용하는 범위내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다. 이러한 점은 그 제도의 개선에 과다한 재원이 소요되거나 이 사건에서와 같이 전체되는 여러 제도적 여건을 동시에 갖추는데에는 기술적인 어려움이 따르는 경우에 더욱 두드러진다. 그것이 허용되지 않는다면, 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적 경우를 제외하고는 어떠한 개선도

평등의 원칙때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리할 뿐 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치와도 어긋나기 때문이다.

②國家保安法 제9조제2항에 대한 憲法訴願(1992.4.14. 90헌바23)

법규의 문언대로 적용하느냐 한정적으로 축소적용하느냐에 대하여 법운영당국의 재량의 여지가 있으므로 편의제공자가 누구인가에 따라 법규문언 그대로 적용하여 합헌행위까지도 처벌하여 국민의 일반적 행동자유권을 침해할 수 있는가 하면, 반대로 가능한 한의 축소해석을 하여 위헌성을 띠는 행위마저도 처벌대상에서 면제시킬 수 있다. 다시말하면 법운영당국으로서 가장 경계하여야 할 편의적·자의적 법운영을 가능할 수 있게 한다. 무릇 법운영에 있어서 주관적인 자의성을 주는 것은 법치주의의 원리에 반하는 것이고, 결국 법집행을 받는 자에 대한 헌법 제11조의 평등권의 침해가 될 것이다……

③特定犯罪加重處罰等에관한法律 제5조의3, 제2조제1호에 대한 憲法訴願  
(1992.4.28. 90헌바24)

우리 헌법이 선언하고 있는 “인간의 존엄성”과 “법앞의 평등”은 행정부나 사법부에 의한 법적용상의 평등만을 의미하는 것이 아니고, 입법권자에게 정의와 형평의 원칙에 합당하게 합헌적으로 법률을 제정하도록 하는 것을 명하는 법내용상의 평등을 의미하고 있기 때문에 그 입법내용이 정의와 형평에 반하거나 자의적으로 이루어진 경우에는 평등권 등의 기본권을 본질적으로 침해한 입법권의 행사로서 위헌성을 면하기 어렵다.

④教育法 제8조의2에 관한 違憲審判(1991.2.11. 90헌가27)

헌법상 평등의 원칙은 국가가 언제 어디에서 어떤 계층을 대상으로 하여 기본권에 관한 사항이나 제도의 개선을 시작할 것인지를 선택하는 것을 방해하지는 않는다. 말하자면 국가는 합리적인 기준에 따라 능력이 허용되는 범위내에서 법적 가치의 상향적 구현을 위한 제도의 단계적 개선을 추진할 수 있는 길을 선택할 수 있어야 한다. 그것이 허용되지 않는다면 모든 사항과 계층을 대상으로 하여 동시에 제도의 개선을 추진하는 예외적인 경우를 제외하고는 어떠한 제도의 개선도 평등의 원칙때문에 그 시행이 불가능하다는 결과에 이르게 되어 불합리

할 뿐 아니라 평등의 원칙이 실현하고자 하는 가치와도 어긋나기 때문이다. 따라서 국가가 종전의 상황을 개선함에 있어서 그 개선의 효과가 일부의 사람에게만 미치고 동일한 상황하에 있는 다른 사람에게는 미치지않아 그들사이에 일견 차별이 생기게 된다고 하더라도 그것만으로는 평등의 원칙에 위반한 것이라고는 할 수 없다.

### (3) 平等原則의 適用範圍

#### ① 刑法 제241조의 위헌여부에 관한 憲法訴願(1990.9.10. 89헌마82)

간통죄의 규정은 남녀평등차별주의를 취하고 있으니 법 앞의 평등에도 반하지 아니한다. 간통죄가 피해자의 인내심이나 복수심의 다과 및 행위자의 경제적 능력에 따라 법률적용의 결과가 달라지고 경제적 강자인 남자에게 보다는 경제적 약자인 여자에게 불리하게 작용하는 측면이 있는 점을 무시할 수는 없으나, 이는 개인의 명예와 사생활보호를 위하여 간통죄를 친고죄로 하는 데서 오는 부득이한 현상으로서 형법상 다른 친고죄에도 나타날 수 있는 문제이지 특별히 간통죄에만 해당되는 것은 아니며, 배우자 있는 자의 간통행위 규제가 불가피하고 배우자 모두에게 고소권이 인정되어 있는 이상 간통죄의 규정이 평등권의 본질적 내용을 침해하는 법률이라고는 할 수 없다.

#### ② 國有財産法 제5조제2항에 대한 違憲審判(1991.5.13. 89헌가97)

잡종재산의 권리관계가 사법상의 권리관계로서 일반 민사법의 적용을 받는 것이라면 국가도 개인과 대등하게 타인의 재산을 시효취득을 원인으로 권리를 취득할 수 있는 것과 같이 국유잡종재산도 타인의 시효취득으로 그 권리가 소멸되어야 하는 것은 당연하며 비록 국가라 할지라도 국고작용으로 민사관계에 있어서는 일반인과 같이 원칙적으로 대등하게 다루어져야 한다. 그렇다면 “국유재산은 민법 제245조의 규정에 불구하고 시효취득의 대상이 되지 아니한다”라고 규정하여 국유잡종재산에 대하여까지 시효취득의 대상이 되지 아니한다고 규정한 국유재산법 제5조제2항은 사권을 규율하는 법률관계에 있어서는 그가 누구냐에 따라 차별대우가 있어서는 아니되며 비록 국가라 할지라도 국고작용으로 인한 민사관계에 있어서는 사경제적 주체로서 사인과 대등하게 다루어져야 한다는 헌

법의 기본원리에 반하고……국가와 일반국민간에 합리적 근거없이 차별대우를 하는 것이므로서 헌법 제11조제1항에 위반된다.

③ 教育法 제8조의2에 관한 違憲審判(1991.2.11. 90헌가27)

교육법 제8조의2가 “3년의 중등교육에 대한 의무교육은 대통령령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시”하도록 규정하여 중학의무무상교육을 전면실시하지 않고 단계적으로 확대실시하도록 한 것은 주로 전면실시에 따르는 국가의 재정적 부담을 고려한 것이고 여기에 평등의 원칙에 대한 예외를 인정할 수 있는 합리적 근거를 찾을 수 있는 것으로 이는 오히려 실질적 평등의 원칙에 부합되는 것이며 따라서 교육법 제8조의2는 헌법 제11조제1항에 위반되지 아니한다.

④ 國會議員選舉法 제33조, 제34조의 違憲審判(1989.9.8. 88헌가6)

기탁금제도는 국민주권에 대한 헌법해석과 그 적용을 오도하여 재력의 유무에 따라 자의적인 차별대우를 하는 규정을 두게 되었고 헌법상 평등보호의 규정을 침해하는 자의금지의 원칙에 반하는 입법이 되고 이로써 세대간의 반목, 빈부간의 감정, 계층간의 대립을 조장하는 결과를 가져와 헌법적 기본가치를 혼동케 함으로써 자유와 권리의 본질적 내용을 침해하는 입법권의 한계를 위반한 위헌적 규정이라 아니할 수 없다.

⑤ 相續稅法 제32조의2의 위헌여부에 대한 憲法訴願(1989.7.21. 89헌마38)

조세평등주의는 헌법규정에 의한 평등의 원칙 또는 차별금지의 원칙의 조세법적 표현이라고 할 수 있다. 따라서 국가는 조세입법을 함에 있어서 조세의 부담이 공평하게 국민들 사이에 배분되도록 법을 제정하여야 할 뿐만 아니라, 조세법의 해석·적용에 있어서도 모든 국민을 평등하게 취급하여야 할 의무를 진다. 이러한 조세평등주의의 이념을 실현하기 위한 법 제도의 하나가 바로 국세기본법 제14조에 규정한 실질과세의 원칙이라 할 수 있다. 또한 이러한 조세평등주의는 정의의 이념에 따라 “평등한 것은 평등하게”, 그리고 “불평등한 것은 불평등하게” 취급함으로써 조세법의 입법과정이나 집행과정에서 조세정의를 실현하려는 원칙이라 할 수 있다.



⑥國家公務員法 제66조제1항에 대한 憲法訴願決定(1992.4.28. 90헌바27·28·29·30·31·32·33·34·36·37·38·39·40·41·42·44·45·46, 92헌바15 병합)

단순노무직에 종사하는 공무원이 아닌 공무원의 경우에는 일반적으로 그 직무의 성질이 고도의 공공성·공정성·성실성 및 중립성이 요구되고, 특히 청구인들과 같은 보통교육 과정의 국·공립학교교원인 교육공무원의 경우에는 교육이라는 직무의 특성상 고도의 전문성·자주성·중립성 및 사회적 책임성이 존중되어야 하며, 이에 따라 사용자인 국가 또는 지방자치단체와 공무원은 바람직한 공무원제도의 승계·유지·향상 및 발전을 공동의 목적으로 하여 상호 협력·존중의 관계에 선다는 점을 고려한다면, 공무원의 근로관계는 근로자와 사용자의 이원적 구조아래에서 서로 투쟁과 타협에 의하여 발전되어 온 노동법관계에 의하여 규율하는 것보다는 오히려 공무원의 지위와 직무의 공공성에 적합하도록 형성·발전되도록 하는 것이 보다 합리적이고 합목적적일 수 있다. 따라서 위법률조항이 사실상 노무에 종사하는 공무원에 대하여서만 근로3권을 보장하고 그 외 공무원에 대하여는 근로3권의 행사를 제한함으로써 일반근로자 또는 사실상 노무에 종사하는 공무원의 경우와 달리 취급하는 것은 합리적 이유있다 할 것이므로 헌법 제11조제1항에 위반되지 않는다.

⑦公職選舉및選舉不正防止法 【別表1】의 「國會議員地域選舉區區域表」 違憲確認 (1995.12.27. 95헌마224·239·285·373 병합)

평등선거의 원칙은 평등의 원칙이 선거제도에 적용된 것으로서 투표의 수적 평등 즉 복수투표제 등을 부인하고 모든 선거인에게 1인1표(one man, one vote)를 인정함을 의미할 뿐만 아니라 투표의 성과가치의 평등 즉 1표의 투표가치가 대표자선정이라는 선거의 결과에 대하여 기여한 정도에 있어서도 평등하여야 함(one vote, one value)을 의미한다. 그러나 이러한 투표가치의 평등은 모든 투표가 선거의 결과에 미치는 기여도 내지 영향력에 있어서 숫자적으로 완전히 동일할 것까지를 요구하는 것이라고는 보기 어렵다. 왜냐하면 투표가치는 그 나라의 선거제도의 구조와 밀접하게 관련되어 있고 따라서 그 구조가 어떠한가에 따라 결과적으로 선거의 결과에 미치는 투표의 영향력에 어느 정도의 차이가 생

기는 것은 면할 수 없기 때문이다. ……따라서 헌법이 요구하는 투표가치의 평등은 선거제도의 결정에 있어서 유일, 절대의 기준이라고는 할 수 없으며, 국회는 구체적인 선거제도를 정함에 있어서 합리적인 다른 정책적 목표도 고려할 수 있는 것이지만, 적어도 선거구의 획정에 있어서는 인구비례의 원칙을 가장 중요하고 기본적인 기준으로 삼아야 할 것이고, 여타의 조건들은 그 다음으로 고려되어야 할 것이다. 왜냐하면 선거구의 획정에 있어서 투표가치의 평등이 확보되는 것은, 국민주권의 원리(헌법 제1조)에 따른 대의제 민주주의에 있어서 국가의사형성의 정당성을 밑받침하는 중심적인 요소를 이루는 것임에 반하여, 그 여타의 요소들은 그 성질상 이러한 국가의사의 정당성과는 직접적 관계가 없는 것으로서, 투표가치의 평등은 여타 고려요소와는 다른 본질적인 중요성을 갖고 있기 때문이다. 따라서 선거구획정에 관한 국회의 재량권에는 이러한 헌법적 요청에 의한 한계가 있음을 유의하여야 한다.

## VI. 二重基準의 原則

### 1. 意義

이중기준의 원칙(Double Standard Doctrine)이라 함은 立法이 국민의 기본적인 인권을 제한하는 경우에 基本權의 성질에 따라 그 제한의 정도뿐만 아니라 제한기준도 달라야 한다는 것을 뜻한다. 구체적으로 말하자면 기본권 중에서 自由權을 「정신적 자유」와 「경제적 자유」를 구별하여 前者의 가치는 後者の 가치보다 우월한 지위(preferred position)를 지니므로 제한입법의 합헌성에 관한 판단은 전자를 제한하는 경우에는 후자를 제한하는 경우보다 매우 엄격히 해석하여야 한다는 것을 그 주된 내용으로 하는 원칙을 말한다.<sup>205)</sup> 이러한 원칙은

205) 「二重基準의 원칙은 기본권 중에서 신체적·정신적 자유권과 재산권·경제적 기본권을 구별하여, 前者의 가치는 後者の 가치에 우월하는 것이므로 양자에 대한 제한방법 내지 제한기준도 달리 하여야 한다는 이론이다. 다시 말하면 신체적·정신적 자유권은 원칙으로 제한되지 아니하며, 예외적으로 제한되는 경우에도 그 制限立法의 合憲性 여부에 대한 판단은 재산적·경제적 기본권에 대한 그것보다도 엄격하지 않으면 안된다

1938년의 United States v. Carolene Products Co. 이래 미국의 연방대법원이 전개한 판례이론으로 구축된 것이다.<sup>206)</sup> 二重基準論에서 정신적 자유권을 경제적 자유권보다 우월하게 취급하여야 하는 이유로는 첫째, 정신적 자유가 民主主義過程에 있어서 불가결하다는 점이다. 즉 정신적 자유가 민주주의과정에서 불가결하므로 법원이 그것을 옹호하는 것은 民主的過程에서 불가결하므로 정신적 자유는 경제적 자유보다도 가치가 높고 法院에 의해 보다 보호가 필요하다는 실체적, 가치서열적 설명이다. 둘째, 精神的自由가 헌법의 가치서열중에서 높은 지위를 차지하고 있다는 점이다. 즉 자유민주주의 사회는 자유로운 토론을 거쳐 국민의 의사가 형성되고, 그것이 국정에 반영되어 국민을 행복하게 하는데 있다. 그렇기 위해서는 무엇보다도 표현의 자유가 핵심이 되는 精神的自由에 있다. 이런 정신적 자유는 그 행사가 民主政治의 실질을 결정하는 성질의 것이므로 정치권력에 의해 부당하게 제약되어서는 안되고 만일 제약되는 경우에는 민주정치체도의 운용자체가 歪曲되어 그 회복이 불가능하게 된다. 그러므로 精神的自由는 민주정치에 의해 구제가 가능한 경제적 자유보다 크게 보호되지 않으면 안된다는 설명이다.

따라서 二重基準의 原則에 의하면 정신적 자유(특히 표현의 자유)의 규제입법에 관해서는 「사전억제금지의 원칙」, 「명확성의 원칙」, 「명백하고 현존하는 위협의 원칙」, 「보다 덜 제한적인 대체수단의 원칙(Less Restrictive Alternative)」 등과 같은 엄격한 기준이 적용되는데 대해 經濟的自由의 규제입법에 관해서는 이른바 「합리성의 기준」이 적용되게 된다. 여기에서 말하는 合理性의 基準이란 합헌성추정의 원칙과 결부된 것으로서 당해법률의 합헌성을 입법자의 판단에 合理性이 있는가의 여부, 즉 합헌성의 추정을 배제하는데 족한 合理的인 의문이 있는가라는 관점에서 심사하는 것이다. 이 경우 중요한 역할을 거두는 것은 입법의 필요성을 뒷받침하는 사회적·경제적 등의 제반사실(立法事實)의 검증이며, 이 합리성의 기준하에도 입법사실의 부존재가 증명된다면 당해법률은 합리

는 논리가 이중기준의 원칙이다.」, 權寧星, 前掲書, 372面.

206) 304 U.S.144(1938). 이 판례에 대한 자세한 내용분석 및 이중기준의 원칙에 대한 학설상황으로는 松井茂記, 「二重の基準論」, 有斐閣 1994 참조. 또한 全一柱, 「二重基準論에 관한 美國憲法判例研究 -Carolene判決을 중심으로-」, 法學論叢(단국대) 제20호, 1994, 169~187面 참조.

성을 결여한 것으로서 違憲이 될 소지가 많게 된다. 그러나 합헌성추정의 원칙이라는 것이 원래 立法事實의 존재의 추정을 의미하는 것이므로 위헌을 주장하는 측은 그 추정을 번복하여 입법사실의 부존재를 적극적으로 증명하지 않으면 안되며, 실제로 이는 거의 불가능에 가깝다. 따라서 이 合理性의 基準이 적용되는 한 실제로 經濟的 自由의 규제입법이 위헌으로 될 여지는 거의 없게된다. 그리하여 이중기준의 원칙을 성립시킨 美國에서도 최근에는 정신적 자유와 경제적 자유를 엄격히 구별하여 양자에게 각각 다른 기준을 적용하는데 재검토를 하고 있다. 즉 精神的 自由와 經濟的 自由와의 가치에 서열이 존재하는가의 문제가 있으며, 경제적 자유의 규제에 대해서도 어떤 것은 엄격한 사법심사에 복종하게 하고 반대로 정신적 자유의 규제입법에 대해서도 일률적으로 엄격한 기준의 적용이 아니라 經濟的 自由의 규제입법에 준하게 하는 영역도 있어야 된다는 논의가 제기되면서 이중기준의 원칙은 조금씩 재검토 내지 수정되고 있다.

그리하여 미국에서는 規制立法의 합리성에 관한 심사기준으로서 주로 정신적 자유의 규제를 목적으로 하는 입법에 대해서는 「合理性의 基準(rationality test)」, 이와 대조적으로 문제된 제한이 헌법에서 보장한 일정한 자유권적 권리·이익인 경우에 법원에 의한 엄격한 심사가 요구되는 「엄격한 審査基準(strict scrutiny test)」, 위의 두 심사기준의 중간영역으로서 합리성의 기준보다는 멩격하고 엄격한 심사기준보다는 완화된 「嚴格한 合理性의 基準(strict rationality test)」을 각각 제시하고 있다.<sup>207)</sup> 또한 정신적 자유의 경우는 내재적 제약=소극목적규제(자유국가적 공공복리에 의한 제약)만이 허용되나 經濟的 自由의 경우에는 정책적 제약=적극목적규제(사회국가적 공공복리에 의한 제약)도 허용되는 것처럼 허용되는 제약의 廣狹이 일반적으로 인정되고 있다. 또한 허용되는 制約의 程度에 관해서도 정신적 자유의 제약이나 경제적 자유의 소극목적규제와 같은 내재적 제약의 경우에는 필요최소한의 制約만이 인정되나 경제적 자유의 적극목적규제와 같은 政策的 制約의 경우에는 필요한 한도의 규제가 인정되어야 할 것이라는 기준을 제시하는 입장도 있다.<sup>208)</sup>

207) 자세한 내용은 丘秉朔, 「人權規制의 二重基準論과 三重基準論」, 考試界, 1993.4., 87~93面 참조.

208) 戶部信喜, 「人權判例と憲法學說」, 法學教室 1986.10., 14面.

二重基準의 原則이 대두된 배경은 단순한 이념으로부터 연역된 것이 아니라 역사적 문맥 가운데에서 탄생한 것이다. 즉 미국에서 이러한 이중기준의 원칙이 등장하게 된 것은 한편으로는 뉴딜기에 있어서 연방대법원이 자유방임주의의 입장에서 뉴딜의 사회경제입법을 빈번하게 위헌으로 선언함으로써 많은 비판이 제기되었던 사정이 있었다. 이 뉴딜기에 있어서 司法積極主義의 반동으로서 연방대법원 내부에서도 사법소극주의의 입장이 지배적이 되어 특히 경제의 문제는 司法이 널리 판단할 것이 아니라고 하여 경제적 자유의 규제입법에 강도의 合憲性推定을 인정하게 되었던 것이다. 아울러 다른 한편 1920년대에 이르러 연방대법원에서 활발하게 주장된 思想의 自由市場論에서 나타난 정신적 자유의 중요성의 인식은 1937년 이후 연방대법원에서 다수의 공감대가 형성되기에 이르렀다. 그 때문에 精神的 自由의 규제입법에 관해서는 합헌성의 추정은 인정되지 않고 보다 적극적으로 위헌심사가 행해지게 되었던 것이다. 그리하여 이러한 태도는 聯邦大法院에 의해 더욱 철저화되어 정신적 자유의 규제입법은 거꾸로 위헌성이 추정된다는 견해로 대두되었던 것이다.<sup>209)</sup> 따라서 二重基準의 原則을 이

정신적 자유		경제적 자유	
과도의 광범규제(검열금지·명확성원칙)		소극목적규제(엄격한 합리성기준)	
표현내용규제(명백하고 현존하는 위협)		적극목적규제(명백성의 원칙)	
표현의 시·장소·방법규제(LRA 기준)			

그러나 위와 같은 經濟的 自由에 대한 소극목적·적극목적 이분론에 대해서는 ①적극목적·소극목적의 어느 것에 속하는가가 불분명한 규제가 많고 그에 대한 심사방법이 불분명하다. ②二分論을 기계적·도식적으로 응용하면 타당한 결론이 도출되지 않으며 일반적으로 의거할 수 있는 일반적 기준이라고 할 수 없다. ③積極目的-明白의 원칙, 소극목적-엄격한 합리성의 기준이라는 심사방법은 다양한 측면을 지닌 규제유형, 規制態樣, 위헌심사기준의 폭에 대응할 수 없는 경직된 논리이다. ④특히 적극목적규제의 범위를 넓히게 되며 違憲審査基準으로 입법재량을 강조하면 위헌심사없이도 경제규제가 합헌으로 되는 결과가 된다는 비판이 있다. 자세한 내용은 戶波江二, 「職業の自由と違憲審査」, 法學教室 1995.3., 26~34면 참조.

209) 한편 獨逸에서는 표현의 자유의 보장은 그 나름대로 도모되어 있으며 어떤 의미에서는 表現의 自由의 담보가 정치구조나 정치문화에 의해 확보되는 여유가 존재하고 있기 때문에 정신적 자유의 優越的 地位라는 논의는 대두되지 않고 있다. 즉 표현의 자

론적 인식이라는 것뿐만 아니라 역사적 문맥 가운데에서 하나의 전략으로서 사용한다면 의미가 있는 기준이 될 것이다.

## 2. 立法에 있어서의 二重基準原則의 適用

規制立法의 합헌성판단의 기준으로 성립한 이중기준의 원칙은 표현의 자유에 대한 다수의 규제와 규제감각이 잔존하고 있는 우리의 立法現實에서 나름대로 의미가 있는 것이라 할 수 있다. 그러나 이 원칙은 우리의 헌법판례상 명확하게 정착되었다고는 할 수 없으며, 또한 基本權사이의 가치서열을 헌법에서 정하지 않았음에도 경제적 자유와 정신적 자유의 가치서열을 인정하는 人權의 二層理論이라든가 현대 복지국가에서는 경제적 자유와 정신적 자유가 복합적으로 규제되는 법률이 다수 존재하고 있으므로 그 구별이 쉽지 않다는 등의 批判도 있다.<sup>210)</sup> 그러나 이중기준의 원칙을 경제적 자유의 합헌성추정이라는 면보다 정신적 자유에 優越的 地位를 인정하여 이를 규제하는 법률에 보다 엄격한 심사를 요구하는 측면에 그 중요성을 둔다면 매우 의미있는 기준이며 이론이라고 할 수 있다.

따라서 二重基準의 原則의 적극적 의미는 입법에 있어서도 강조되어야 할 것이다. 특히 이중기준의 원칙에서 제시되고 있는 立法의 필요성과 수단의 합리성에 관한 법원의 다양한 심사기준은 規制立法에 즈음하여 주요한 판단기준을 제시하는 역할을 하며, 입법자가 사법부의 이러한 판단기준에 유의하여 立法判斷을 하여 법률을 제정하는 경우 그 법률은 위헌성의 여부를 떠나서 매우 수준높은 合理性을 구비한 것이 될 수 있을 것이다.

## 3. 憲法裁判所의 決定例에 提示된 二重基準의 原則

이중기준의 원칙을 명확히 선언하고 이를 구체적으로 적용한 헌법재판소의 결

---

유를 담보하는 것은 법체계전체이며, 基準論은 그러한 체계의 한 요소, 하나의 기술로서 이해하여야 할 것이 된다. 따라서 體系가운데 다른 요소가 표현의 자유의 보호를 위해 충분히 기능한다면 기준론이 등장할 수 있는 여지가 없게 된다는 것이다.

210) 尹英根, 「違憲審査의 基準」, 憲法論叢 제2집, 1991, 219面.

정례는 現在에는 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 다만 아래에서 보는 바와 같이 이중기준의 원칙에 관해 약간씩 언급한 判例만이 존재할 따름이며, 그것도 다수의견에서가 아닌 소수의견에서 주로 언급되고 있다. 이러한 憲法判例의 傾向에서 본다면 정신적 자유의 규제입법에 즈음하여 二重基準의 原則이 입법행위에 대해 강한 영향력을 지니고 있다고는 할 수 없다. 이는 우리 헌법재판소가 정신적 자유의 規制立法에 대한 위헌심사에 있어서 엄격한 심사를 하는 것이 아니라 입법자의 정책결정을 존중하는 자세를 취하고 있기 때문이다. 이에 대해 立法者는 정신적 자유의 높은 가치에 비려한 입법을 하므로 위헌심사에 의한 위헌판단이 발생하지 않는 것이라는 추측을 할 수도 있으나, 우리의 立法過程에서 이를 입증할 만한 충분한 사례가 없는 실정이다. 따라서 이중기준의 원칙이 우리 헌법의 普遍的 價値가 되어 있다고는 단정할 수 없는 것이다. 물론 그것이 보편적 가치이어야 한다면 주장은 가능하나 그러나 그와 관련한 現實은 그렇지 못한 것이 우리의 경우라고 할 수 있을 것이다.

(1) 國土利用管理法 제21조의3제1항, 제31조의2의 違憲審判(1989.12.22. 88헌가13)

토지의 자의적인 사용이나 처분은 국토의 효율적이고 균형있는 발전을 저해하고 특히 도시와 농촌의 택지와 경지, 녹지 등의 합리적인 배치나 개발을 어렵게 하기 때문에 올바른 법과 조화있는 공동체질서를 추구하는 사회는 토지에 대하여 다른 재산권의 경우보다 더욱 강하게 사회공동체 전체의 이익을 관철할 것을 요구하는 것이다. ……그렇기 때문에 토지재산권에 대해서는 입법부가 다른 재산권보다 더 엄격하게 규제를 할 필요가 있다고 하겠는데 이에 관한 입법부의 입법재량의 여지는 다른 정신적 기본권에 비하여 넓다고 봐야 하는 것이다.

(2) 金融機關의延滯貸出金에관한特別措置法 제7조의3에 대한 違憲審判 (1990.6.25. 89헌가98 내지 101 병합)

입법정책적으로 잘못된 법률을 개폐하는 것은 원칙적으로 선거에 의해 선출된 국민대표기관이 결정하는 것이다라는 기본적인 원리를 망각하지 않아야 한다.

더구나 전문적이고 합리적인 경험을 기초로 하여 만들어진 경제관계입법이나 재정금융관계 특별법은 헌법상 자의적이고도 명백한 적법절차의 위배가 없는 한 합헌성이 추정된다고 보아야 한다. 그러므로 헌법상의 기본권보장 조항을 규제하는 입법에 대하여는 합헌성의 추정의 범위를 좁고 엄격하게 보아야 하나 경제관계 법률은 기본권침해의 법률보다 합헌성의 추정의 원칙을 더 넓게 받아들여야 한다. 그리고 헌법재판에 있어서 법을 창조하고 변경하는 입법형성적 권한은 권력분립주의와 현실적 상황을 고려하여야 하는 것이고 따라서 경제적 자유를 규제하는 입법은 인권적 자유를 규제하는 입법과는 다른 이중기준에 의하여 위헌성을 제거해야 하는 것이다(소수의견).

(3) 火災로인한災害報償과保險加入에관한法律 제5조제1항의 위헌여부에 관한 憲法訴願(1991.6.3. 89헌마204)

이 사건 화보법에 의한 보험가입강제는 재산적·경제적 권리(자유)와 관련된 헌법적 제한으로서 그에 관한 합헌성의 판단기준은 신체 및 정신작용과 관련된 인신보호를 위한 기본권 등에 대한 제한의 합헌성 판단기준이 엄격하게 적용되는 것과 달리, 관대하게 적용됨으로써 국가의 재량의 범위를 비교적 넓게 인정하는 것이 현대민주국가의 추세이며 이것이 이른바 기본권제한입법에 있어서 적용되어야 할 2중기준의 원칙이다. 헌법 제23조제1항은 모든 국민의 재산권을 보장하되 그 내용과 한계는 법률로 정하도록 함으로써 재산권에 대하여는 장래의 사회경제적 입법에 문호를 개방시켜 놓고 있으므로 그 규제에 관하여 입법자의 재량의 여지도 넓으며 따라서 이사건과 같은 재산권규제입법에 대하여는 다른 자유권에 대한 규제입법과는 달리 그 규제가 어떤 합리적인 기초에 기하고 있다는 가정을 달리 배제할 만한 사실이 존재하지 아니하는 한 입법자의 판단을 존중하여 그 재량의 여지를 가능한 한 넓게 인정해야 하는 것이다(소수의견).

(4) 地方財政法 제74조제2항에 대한 違憲審判(1992.10.1. 92헌가6·7 병합)

공유의 잠종재산에 대하여 시효취득할 수 있는 권리를 제한하는 것은 재산적



· 경제적 권리(자유)와 관련된 헌법적 제한으로서 그에 관한 합헌성의 판단기준은 신체 및 정신작용과 관련된 인신보호를 위한 기본권 등에 대한 제한의 합헌성 판단기준이 엄격하게 적용되는 것과 달리, 관대하게 적용됨으로써 국가의 재량의 범위를 비교적 넓게 인정하는 것이 현대민주국가의 추세이며 이것이 이른바 기본권제한입법에 있어서 적용되어야 할 2중기준의 원칙이다. 헌법제23조제1항은 모든 국민의 재산권을 보장하되 그 내용과 한계는 법률로 정하도록 함으로써 재산권에 대하여는 장래의 사회경제적 입법에 문호를 개방시켜 놓고 있으므로 그 규제에 관하여 입법자의 재량의 여지도 넓으며 따라서 이 사건과 같은 재산권규제입법에 대하여는 다른 자유권에 대한 규제입법과는 달리 그 규제가 어떤 합리적인 기초에 기하고 있다는 가정을 달리 배제할 만한 사실이 존재하지 아니하는 한 입법자의 판단을 존중하여 그 재량의 여지를 가능한 한 넓게 인정해야 하는 것이다(소수의견).

## Ⅶ. 信賴保護의 原則

### 1. 意 義

신뢰보호의 원칙은 법률, 행정청의 결정 기타 公權力行使의 지속적 존속에 대해 국민이 가지고 있던 保護價値있는 신뢰를 국가가 어느 정도 보호해야 한다는 사상에 그 이론적 기초를 두고 있다. 현대국가는 각 분야에서의 급속한 변화로 말미암아 그에 따른 능동적 대처를 위해서는 기존의 法規定이나 行政作用을 빈번히 개정, 폐지할 수밖에 없는 입장에 놓여있고, 이는 필연적으로 기존의 국가작용의 존속을 믿고 있는 국민의 신뢰와 충돌하게 된다. 특히 國民이 기존의 국가작용을 전적으로 신뢰하고서 그에 따른 어떤 행위를 한 경우 양 이익간의 충돌은 더욱 심화된다. 이러한 國家와 國民間의 이익충돌문제에 대해 종래에는 일방적으로 국가의 입장에서 문제의 해결을 시도하였으나, 福祉國家的 性格이 강한 오늘날에는 양 이익의 균등한 비교형량이 요구되고 그 기준점으로서 법치국가원리에 근거를 두고 있는 信賴保護의 原則이 제시되고 있는 것이다.<sup>211)</sup> 이러

한 신뢰보호의 원칙은 오늘날 개인의 법률문제와 전체적 법구성과 관련한 이론으로서 공·사법을 포함한 모든 분야에서 學說·判例를 통하여 정착되고 있으며, 이 원칙은 입법작용, 행정작용 및 사법작용을 포함한 모든 국가작용을 구속하며 개별법의 구체적인 해석에 있어서도 중요한 기준이 되는 憲法上的의 基本原則으로 발전하였다.<sup>212)</sup>

결국 국가의 입장에서 보았을 때 信賴保護는 그 위법성에 관계없이 지금까지의 국가작용을 그대로 존속시키는 것을 최고목표로 하고 있으며, 경우에 따라 신뢰함으로써 받은 財産上的의 不利益에 대해 보상받는 것을 그 부차적 목표로 하고 있다. 물론 신뢰가 보호받기 위해서는 구성요건인 先行措置에 대한 신뢰 자체가 있어야 할 뿐만 아니라 그러한 신뢰가 공공이익과의 비교형량하에서 보호가치있어야 할 것이다. 따라서 신뢰의 보호결정여부는 결국 憲法的의 秩序內에서 구체적인 비교형량에 의해 결정된다고 할 수 있다. 그런데 이러한 신뢰보호의 원칙은 입법상의 문제와 행정법상의 문제로 크게 대별될 수 있는데 각각 그 법적 근거나 법적 효과<sup>213)</sup> 그리고 성립요건이 상이하므로 양자를 구분하여 고찰하는 것이 타당하며, 여기에서는 立法上的의 신뢰보호의 원칙을 중심으로 몇 가지 점을 살펴본다.

## 2. 立法에 있어서의 信賴保護原則의 適用

### (1) 信賴保護原則의 適用要件

입법에 있어서 신뢰보호의 원칙이 적용되는 것은 溯及立法의 경우이다. 현대 국가는 모든 분야에서 급속한 변화로 인하여 既存의 法律狀態를 자주 변경시킬 수밖에 없기 때문에 溯及效의 문제가 자주 발생되며, 이는 국민의 신뢰보호와 관련해 입법에 있어서 어려운 과제중의 하나로 등장하고 있다. 그런데 신뢰보호

211) 宋東洙, 「公法上的의 信賴保護의 原則」, 現代公法理論의 展開(石正 許永敏博士華甲紀念), 大成社, 1993, 264面.

212) BVerfGE 7, 89(92); 13, 261(271); 45, 142(167).

213) 이와 관련한 자세한 내용은 李相哲, 「信賴保護原則의 法的 根據와 效力」, 公法學의 諸問題(玄齊 金英勳博士華甲紀念), 法文社, 1995, 425~452면 참조.

의 원칙이 적용되기 위해서는 信賴의 構成要件으로서의 법률, 신뢰의 보호가치 등의 일반적 요건이 충족되어야 한다. 즉, 신뢰보호의 원칙은 국민에게 權益을 부여하거나 권리의 制限을 없애는 수익적 소급법률에는 발생하지 않으며, 국민의 권익을 침해하거나 의무를 부과하는 負擔的 溯及法律에만 적용된다.<sup>214)</sup> 또한 信賴保護의 原則은 기존 법률규정의 존속에 대한 국민의 모든 신뢰가 보호되는 것이 아니라 보호가치있는 信賴만이 보호받을 수 있다. 이때 신뢰의 보호가치여부는 法律의 일반적·추상적 성격 때문에 국민 개개인의 기준에 의해서가 아니라 法律規定에 관련된 집단의 일반적이고 정형적인 기준치에 의해 결정된다. 따라서 소급법률에 있어서의 신뢰의 보호가치여부는 결국 일반국민이 기존법률의 존속을 信賴해도 되었는지 여부에 의해 결정된다.

## (2) 眞正溯及效立法과 不眞正溯及效立法

과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 溯及立法에는 어떤 법률이 그 효력발생 이전에 이미 종결된 과거의 構成要件에 소급하여 적용되는 「진정소급효 입법」과 어떤 법률이 그 施行當時에는 종결되지 않고 진행중인 현재의 사실관계나 법관계에 적용되어 관계자의 법적 지위를 사후적으로 침해하는 「부진정소급효 입법」의 두 가지가 있다.<sup>215)</sup> 前者는 법치국가원리에서 도출되는 법적 안정성에 어긋나는 것이어서 원칙적으로 금지되는 반면, 後者는 원칙적으로 허용되나 그 경우에도 해당 법규정의 존속에 대한 개인의 신뢰와 새로운 법률규정

214) Klaus Stern, 「Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland」, Bd. I 1984, S.883.

215) 이러한 法律의 溯及效에 관한 개념정의는 독일연방헌법재판소의 판례(BVerfGE 11, 139)에서 성립한 것이다. 즉 獨逸判例에 의하면 법률이 사후에 개정되어 완성된 과거에 속한 요건에 관여하면 이는 진정소급효(echte, retroaktive Rückwirkung)를 갖는 것이고, 단지 現在의 아직 완성되지 아니한 사실이나 법률관계에 장래를 향하여 영향을 미치는 법률은 부진정소급효(unechte, retrospektive Rückwirkung)를 가질 뿐이라고 한다. 위 判例는 이 두 개념을 소급효라는 상위개념으로 포섭하여 불리한 부담을 가하는 소급효인 한 신뢰보호라는 법치주의원리에 의하여 그 허용성을 검토하고 한 것이다. 다만 진정소급효는 원칙적으로 허용되지 아니하며 違憲인데 반하여, 부진정소급효는 원칙적으로 許容된다는 점에서 개념상 구별의 실익이 있다는 것이다. 자세한 내용은 黃祐呂, 「溯及立法」, 考試研究 1989.11., 92면 참조.

으로 인한 公益이 비교형량되어 그 법률의 허용여부가 결정된다. 이러한 構成要件의 종결여부에 의한 소급효 입법의 구분방법에 대해서는 이미 종결된 구성요건과 아직 종결되지 않은 構成要件의 구별이 애매하며 조작이 가능하고 그러한 애매한 구분방법에 의해 결정적으로 법률의 허용여부가 정해진다는 것은 타당하지 않다는 지적도 있으나,<sup>216)</sup> 아직까지 이에 대한 특별한 대안이 제시되지 않고 있는 실정이다. 우리의 憲法裁判所도 소급입법의 態樣으로 진정소급효 입법과 부진정소급효 입법의 양자를 구분하면서, 『과거의 사실관계 또는 법률관계를 규율하기 위한 소급입법의 태양에는 이미 과거에 완성된 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 진정소급효의 입법과 이미 과거는 시작하였으나 아직 완성되지 아니하고 진행과정에 있는 사실 또는 법률관계를 규율의 대상으로 하는 이른바 부진정소급효의 입법을 상징할 수 있다고 할 것이다. 전자의 경우에는 입법권자의 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했던 신뢰보호의 견지에서 그리고 법적 안정성을 도모하기 위해 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 할 것이나, 후자의 경우에는 구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호보다는 광범위한 입법권자의 입법형성권을 경시해서는 안될 일이므로 특단의 사정이 없는 한 새 입법을 하면서 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 의무가 발생하지는 않는다고 할 것이다』<sup>217)</sup>라고 하고 있다.

법률의 효력발생 이전에 이미 종결된 過去の 構成要件에 소급하여 적용되는 진정소급효 입법에 대해서는, 원래 國民은 현행법에 의거하여 어떤 행위를 하면서 원래 그 법률에서 정하고 있는 법적 효과가 생길 것이라고 信賴하게 되는데, 만일 입법자가 사후적으로 溯及立法을 하게 되면 이러한 신뢰는 근본적으로 침해되는 것이다. 따라서 이러한 소급입법은 신뢰보호의 원칙에 의거하여 원칙적으로 금지되는 것은 당연한 것이다. 따라서 이 경우에는 위의 憲法裁判所의 판례에서 제시된 것처럼 입법자는 입법형성권보다도 당사자가 구법질서에 기대했

216) Maurer, 「Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz」, in : Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd.Ⅲ, 60Rdnr.13.

217) 司法書士法施行規則에 관한 憲法訴願(1989.3.17. 88헌마1).

던 신뢰보호의 견지에서 그리고 法的 安定性을 도모하기 위해 특단의 사정이 없는 한 구법에 의하여 이미 얻은 자격 또는 권리를 새 입법하는 마당에 그대로 존중할 의무가 있다고 할 것이다.<sup>218)</sup>

부진정소급효 입법의 경우에는, 사실 어떤 범영역이나 범문제에 대해 미래를 향해 새로이 개정되는 거의 모든 법률은 실질적으로 시행당시 종결되지 않고 진행중인 사실관계나 法關係에 연관되어 있기 때문에 부진정소급효의 성격을 가지고 있다. 따라서 이러한 부진정소급효를 가지는 法律改正이 있을 경우 기존의 법률규정에 의거한 개인의 특정행위나 처분은 원래의 기대와는 달리 無價値하게 되어 버리기때문에 결국 피해는 개인만 입게 된다. 그리하여 이 경우 법률규정에 대한 개인의 사실적 신뢰를 어느 정도 보호해야되는가가 문제되며, 이는 결국 개인의 信賴利益과 法律改正으로 인한 공익과 비교형량하여 판단하게 된다. 그러나 개인의 신뢰이익과 법률개정으로 인한 공공이익은 서로 쉽게 融和될 수 없는 관계이므로 양자를 비교형량한다는 작업은 대단히 어렵다. 즉, 법치국가 원리상 개인의 信賴利益의 보호도 쉽게 포기할 수 없고 사회적·정치적·경제적 및 문화적 변화로 인한 새로운 법질서의 創造를 위한 법개정 역시 법치국가의 유지를 위한 必須不可缺의 요소이기 때문에 양자를 조화시킨다는 것은 매우 어려운 일이다. 따라서 입법자는 개인의 信賴利益이 보호되는가의 여부는 헌법상의 比例의 原則을 기준으로 하여 공공이익과 신중히 비교형량하여 결정하여야 한다. 이 모든 것이 인정될 때에만 憲法適合性이 인정되고, 그렇지 않은 경우에는 헌법에 어긋나는 것으로서 기존의 법률규정에 대한 국민의 信賴가 보호받게

218) 한편 獨逸의 判例에서는 다만 이 경우에도 신뢰자체가 정당하지 않기 때문에 예외적으로 소급 입법이 허용되는 경우를 인정하고 있다. 즉, ①현행 법률이 아직 효력을 발하고는 있지만 立法者가 이미 새로운 법적 조치를 취하였기 때문에 일반국민이 새로운 법상태를 예견해야 했었을 경우에는 현행 법률규정의 존속에 대한 일반국민의 단순한 信賴는 신뢰보호의 일반요건인 신뢰가치있는 신뢰가 되지 못하며 따라서 진정소급효가 예외적으로 인정된다(BVerfGE 1, 264; 8, 274; 13, 206; 13, 261; 37, 363). ②既存의 法狀態가 불확실하거나 무효인 경우에서의 신뢰는 보호가치 있는 신뢰가 되지 못하므로 진정소급효가 예외적으로 인정된다(BVerfGE 30, 367; 38, 128). ③公共福利의 중요성이 법적 안정성을 능가할 경우에는 법률의 소급효가 예외적으로 허용된다. 다만 이 경우에도 실질적으로 신뢰의 보호가치의 흠결을 그 근거로 하여 소급입법을 인정하고 있기 때문에 공공복리의 유보는 큰 의미는 가지지 못하고 단지 부수적이고 보충적인 성격을 가진다.

될 것이다. 우리의 헌법재판소도 이러한 입장에서 『법치국가라는 헌법원칙상 국민이 종전에 정착된 행정법질서내의 계속적인 법률관계나 제도가 장래에도 지속할 것이라는 합리적인 신뢰를 바탕으로 이에 적응토록 개인의 법적 지위형성을 다져 왔을 때에는 그 장래에 있어서의 예측가능성, 법적안정성과 신뢰를 국가가 되도록 보호할 것을 요구하고 있으므로 국민의 권리의무에 관련된 법규·제도의 개폐에 있어서는 이 신뢰보호를 소홀히 할 수 없다』라고 하면서, 『다만 개정된 법규·제도의 존속에 대한 개개인의 신뢰는 침해된 권리상태(상실된 신뢰의 근거 및 종류) 침해의 강도(신뢰이익상실에 의한 손해의 정도)등 보호가치의 고려하에 새로운 규정이 공헌하는 공공복리의 중요성과 비교형량되어야 할 것이고 이러한 비교형량의 결과 현존상태의 지속에 대한 신뢰가 합리적 이성적 판단으로 우선된다는 점이 인정되는 경우에는 규범정립자는 지속적 또는 과도적으로 이를 보호하는 조치를 취하여야 할 의무가 있다고 할 것이다. 이 원칙은 법률뿐만 아니라 그 하위법규명령 등 규범의 개폐에도 적용되는 것이다』<sup>219)</sup>라고 판시하고 있다.

한편 比較衡量에 있어서 시간적 요소 역시 비례의 요소와 더불어 중요한 판단 기준이 된다. 이는 기존의 법률규정에 대한 개인의 신뢰는 보호받는 것이 마땅하지만 영원히 보호받을 수는 없다는 점에 그 이론적 바탕을 두고 있다. 따라서 遡及效의 입법시 신뢰이익을 상각시킬 수 있는 충분한 時間的 餘裕(경과규정)가 함께 주어졌다면, 이는 헌법에 적합한 것으로 인정될 것이다. 여기에서 경과규정을 둔다는 것은 최소한 경과규정의 만료시까지 기존의 個人의 信賴를 보호한다는 것을 의미한다. 반대로 소급효의 입법시에 경과규정을 전혀 두지 않았다면 이는 헌법에 위배되는 입법을 한 것이 된다. 이 때 어느 정도의 經過規定期間이 허용되어야 하는가에 관한 문제는 입법자가 일괄적으로 정할 수는 없으며 구체적인 경우에 따라 단계적으로 정하여야 한다. 다만 개인이 이미 오래동안 신뢰이익을 누렸을 수록 그만큼 保護價値는 작아질 것이다.

결국 不眞正遡及效의 立法 그 자체는 기존의 개인의 권익에 대한 침해가 되고 신뢰를 저버리는 행위이지만, 부진정소급효의 입법을 할 수밖에 없는 공공이익

219) 1994년도 新入生選拔試案에 대한 憲法訴願(1992.10.1. 92헌마68·76 병합).

과의 비교형량하에 경과규정을 포함한 比例의 原則이 준수되었을 경우 그 헌법적 적합성과 정당성이 부여되는 것이다. 물론 이 경우 개인의 보호이익은 진정 소급효의 경우보다 상대적으로 약하게 보호되고 그 대신 立法으로 인한 공공이익이 더 강하게 보호될 것이다.

### 3. 憲法裁判所の 決定例에 제시된 信賴保護의 原則

이미 살펴본 바와 같이 우리의 헌법재판소도 신뢰보호의 원칙이 입법작용을 비롯한 모든 國家作用을 구속하는 헌법적 원칙임을 강조하고 있고, 입법자에게도 이 원칙을 준수하여 입법을 할 것을 촉구하고 있다. 이러한 信賴保護의 原則에 대한 판례는 이미 살펴본 대표적인 것 이외에 다수의 판례가 형성되어 있으며 입법자는 이 헌법재판소의 판례를 면밀히 검토하여 遡及立法을 정립하는 경우에 그 기준으로 삼아야 할 것이다. 소급입법이 금지되어야 한다는 것은 立法은 인간행동의 안정된 일반적인 지침으로 봉사하여야 하고 누가 이에 의하여 이익을 보는지 정확히 파악된 상태에서 제정되는 입법은 피하여야 한다는 것이다. 이와 아울러 遡及立法을 정립하는데에는 그 개념을 이용하려는 자에게 쓸모있는 도구로서 분별이 용이한 기준이 제시되어야 한다. 그러한 의미에서 立法者는 소급효에 관한 입법기술의 정형화와 경과규정을 통한 기득의 권리, 기대권 및 信賴利益의 조정 및 보상에 관한 이론을 개발하여야 할 것이다.<sup>220)</sup>

#### (1) 國家保衛立法會議法 등의 違憲與否에 관한 憲法訴願(1989.12.18. 89헌마32·33 병합)

국가보위입법회의법 부칙 제4항 전단은 “이 법 시행 당시의 국회사무처와 국회도서관은 이 법에 의한 사무처 및 도서관으로 보며……”라고 규정하고 있는 바, 같은 법 제7조와 제8조를 모두어 판단하건대, 국회사무처와 국가보위입법회의사무처 상호간, 국회도서관과 국가보위입법회의도서관 상호간에 각 그 동질성과 연속성을 인정하고 있어 적어도 규범상으로는 국가공무원법 제70조제1항제3

220) 黃祐呂, 前掲論文, 100面.

호에서 직권면직사유로 규정하고 있는 직제와 정원의 개폐 등 조직변경의 사정은 인정되지 않는다. 그러함에도 그 후단에서는 “그 소속 공무원은 이 법에 의한 후임자가 임명될 때까지 그 직을 가진다”라고 규정함으로써 조직의 변경과 관련이 없음은 물론 소속공무원의 귀책사유의 유무라던가 다른 공무원과의 관계에서 형평성이나 합리적 근거 등을 제시하지 아니한 채 임명권자의 후임자임명이라는 처분에 의하여 그 직을 상실하는 것으로 규정하였으니, 이는 결국 임기만료되거나 정년시까지의 그 신분이 보장된다는 직업공무원제도의 본질적 내용을 침해하는 것으로서 헌법에서 보장하고 있는 공무원의 신분보장규정에 정면으로 위반된다고 아니할 수 없는 것이다. ……본건 청구인들의 경우에는 정당한 이유가 있는 경우를 제외하고는 당사자의 귀책사유없이 인사상 불이익을 받지 않는다는 공무원으로서의 법적지위를 기존의 법질서에 의하여 이미 확보하고 있었고 그와 같은 법적지위는 구헌법의 공무원의 신분보장 규정에 의하여 보호되고 있었는데 국가보위입법회의법이라는 새로운 법률에서 공무원의 위와 같은 기대권을 부칙규정으로 박탈하고 있는 것은 신뢰보호의 원칙에 위배되는 것으로서 입법형성권의 한계를 벗어나 위헌적인 것이라 할 것이다.

(2) 1994학년도 新入生選拔試案에 대한 憲法訴願(1992.10.1. 92헌마 68·76 병합)

예측가능성의 보호 내지 신뢰보호의 원칙은 법적 안정성을 추구하는 자유민주주의, 법치주의 헌법의 기본원칙이며 헌법의 법치주의에 관련된 모든 법조항이 그 근거인 것이다. ……예측가능성 내지 신뢰보호를 위하여서는 정부나 정부의 지침을 승계한 공공기관이 새로이 시행하고자 하는 정책이 기존의 법질서나 법적 상태에 대하여 소급적 침해를 가하는 결과가 되고(소위 부진정 소급효이다) 특히 그 침해를 피해자가 예견할 수 없어 귀책사유가 없는 경우에는 비록 그 시책이 복지증진에 필요한 경우라 하더라도 침해되는 법익과 비교형량하여 공익의 비중이 현저하지 않는 한 그 소급효를 정당화시켜서는 안될 것이다. 그런데 교육부의 시책을 승계한 피청구인이 마련한 주요요강은 현재 시행되고 있는 학력고사제도를 신뢰하고 있고 귀책사유도 없는 학생(국민)에 대하여 중대한 불이익



을 주고 있는 것은 명백하며, 그 시행시기가 반드시 1994년도라야 한다는 공공의 이익을 인정할 만한 사정은 엿보이지 않으므로 기존의 제도에 대한 예측가능성 내지 신뢰보호라는 법치국가적 비례성의 원칙에서 요구되는 충분하고도 적절한 (유예기간)경과규정이 마련되어 있지 않은 이 사건 주요요강은 신뢰보호의 원칙에 위배되어 정당화될 수 없다고 생각한다(소수의견).

(3) 國家安全企劃部職員法 제22조 등에 대한 憲法訴願(1994.4.28. 91헌바 15·19 병합)

국민이 공무원으로 임용된 경우에 있어서 그가 정년까지 근무할 수 있는 권리는 헌법의 공무원신분보장 규정에 의하여 보호되는 기득권으로서 그 침해 내지 제한은 신뢰보호의 원칙에 위배되지 않는 범위내에서만 가능하다고 할 것이고 이 원칙에 위배되는 것은 입법형성권의 한계를 벗어난 위헌적인 것이라 할 것이다. 즉, 공무원법상의 정년규정을 변경함에 있어서 공무원의 임용될 때 발생한 공무원법상의 정년규정까지 근무할 수 있다는 기대 내지 신뢰를 합리적 이유없이 박탈하는 것은 헌법상의 공무원신분보장 규정에 위배된다 할 것이다. 그런데 공무원이 임용됨으로써 임용당시의 공무원법상의 정년규정까지 근무할 수 있다는 기대 내지 신뢰는 절대적인 권리로서 보호하여야만 한다고 보기는 어렵다고 할 것이다. ……그렇다면 공무원이 임용당시의 공무원법상의 정년규정까지 근무할 수 있다는 기대와 신뢰는 행정조직, 직제의 변경 또는 예산의 감소 등 강한 공익상의 정당한 근거에 의하여 좌우될 수 있는 상대적이고 가변적인 것에 지나지 않다고 할 것이므로 정년규정을 변경하는 입법은 구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호 내지 신분관계의 안정이라는 이익을 지나치게 침해하지 않는 한 공익목적 달성을 위하여 필요한 범위내에서 입법권자의 입법형성의 재량을 인정하여야 할 것이다.

(4) 舊 租稅減免規制法 附則 제5조제1항 違憲訴願(1995.3.23. 93헌바 18·31 병합)

법률이 개정되는 경우에는 기존 법질서와 사이에 어느 정도 이해관계의 상충

이 불가피하며 특히 조세법규는 사회환경이나 경제여건의 변화에 따른 정책적인 필요에 의하여 신속적인 개정이 이루어질 수밖에 없으므로, 이 사건 법률규정이 신뢰보호의 원칙에 위배되는지 여부는 매립사업자의 기존 조세법에 의한 특별부가세의 비과세에 대한 신뢰보호의 필요성 및 법적 안정성의 요청과 법률개정으로 달성하고자 하는 공익목적을 비교형량하여 판단하여야 한다. ……그리고 비과세나 감면제도와 같은 조세우대조치는 조세공평에 배치되므로 그에 대한 기대나 신뢰가 절대적으로 보호되어야 할 필요나 가치가 있다고 할 수는 없고 오히려 경제현상의 변화에 따라 신속적인 개정이 요구되는 조세법분야에 있어서 위와 같은 조세우대조치는 잠정적인 것으로서 장래의 개정이 쉽사리 예측가능하다고 할 것이며, 또한 공무수면매립지의 양도로 인한 소득에 대한 특별부가세 감면규정은 수년에 걸쳐 개정을 거듭하면서 점차 폐지되는 방향으로 나아갔고 그 과정에서 이미 매립면허를 받은 사업시행자가 상당한 기간내에 사업을 완료하고 매립지를 양도할 경우에는 법개정으로 인한 불이익을 받지 않을 수 있었으므로 기존의 매립사업자에 대한 배려도 어느 정도 되었다고 볼 것이다. 그러므로 이 사건 법률규정은 조세공평의 원칙을 실현하기 위하여 공유수면매립지의 양도로 인한 소득에 대한 특별부가세의 비과세 및 감면제도를 점차적으로 축소, 폐지해 가는 과정에서 기존 법질서에 대한 신뢰와 개정법률이 달성하고자 하는 공익목적 사이의 조화를 도모하고 있으므로 신뢰보호의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

- (5) 富川市담배自動販賣機設置禁止條例 제4조 등 違憲確認, 江南區담배自動販賣機設置禁止條例 제4조 등 違憲確認(1995.4.20. 92헌마 264·279 병합)

법규를 새로이 제정하거나 개정함에 있어서는 기존 법질서와의 어느 정도의 마찰은 불가피하다고 할 것인바, 위 부칙조항이 신뢰보호의 원칙에 어긋나는지 여부는 기존 법질서하에서 널리 허용되었던 자판기의 설치·사용에 대한 청구인들의 신뢰를 보호할 필요성 및 법적 안정성의 요청과 조례제정으로 달성하고자 하는 공익목적을 형량하여 판단하여야 할 것이다. 이 사건의 경우 위 부칙조항

에서는 재판기의 계속적인 존치·사용을 허용하는 것은 미성년자보호법의 취지를 무색하게 하여 청소년의 보호라는 공익상의 필요에 비추어서 바람직하지 않으므로 재판기를 철거하도록 하되, 3개월의 유예기간을 두어 재판기의 처분경로의 모색 등 경제적 손실을 최소화할 수 있도록 함으로써 이미 재판기를 사용하여 영업을 하고 있는 청구인들을 비롯한 담배소매인에 대하여도 어느 정도의 배려를 하고 있다고 할 것이다. 그렇다면 위 부칙조항에서 이미 설치되어 있는 재판기를 조례의 시행일로부터 3개월 이내에 철거하도록 하였다 하여 청구인들의 신뢰보호와 법적 안정성을 외면하고 헌법상의 법치주의의 원리에 어긋난 것이라고 볼 수 없다.

(6) 舊 租稅減免規制法 제88조의2 違憲訴願(1995.6.29. 94헌바39)

헌법상 법치국가의 원칙으로부터 신뢰보호의 원리가 도출된다. 법률의 개정시 구법질서에 대한 당사자의 신뢰가 합리적이고도 정당하며 법률의 개정으로 야기되는 당사자의 손해가 극심하여 새로운 입법으로 달성하고자 하는 공익적 목적이 그러한 당사자의 신뢰의 파괴를 정당화할 수 없다면 그러한 새 입법은 신뢰보호의 원칙상 허용될 수 없다. 이러한 신뢰보호의 원칙의 위배여부를 판단하기 위하여는 한편으로는 침해받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여야 한다. 그러나 헌법적 신뢰보호는 개개의 국민이 어떠한 경우에도 '실망'을 하지 않도록 하여 주는데까지 미칠 수는 없는 것이며, 입법자는 구법질서가 더 이상 그 법률관계에 적절하지 못하며 합목적적이지도 아니함에도 불구하고 그 수혜자군을 위하여 이를 계속 유지하여 줄 의무는 없다 할 것이다.

(7) 租稅減免規制法 附則 제13조 등 違憲訴願(1995.10.26. 94헌바12)

독일판례의 영향을 받은 우리 재판소나 대법원의 판례에 따르면 소급입법에 관하여 진정·부진정 소급효의 입법을 구분하고 있으며 우리 재판소의 판례상으로는 불명하나 대법원판례에 따르면 이 사건 규정은 부진정소급입법에 해당하는

것으로 보인다(1983.4.26. 선고, 81누423; 1983.12.27. 선고, 81누305 판결 참조). 이와 같이 소급입법을 진정·부진정으로 나누는 척도는 개념상으로는 쉽게 구분되나 사실상 질적 구분이 아닌 양적 구분으로, 단순히 법기술적 차원으로 이루어질 가능성이 있으므로 이와 같은 구분의 기준에 관하여 이견이 있을 수 있다. ……그러나 현재로서는 이를 대체할 새로운 대안을 찾기 어려우므로 종전의 구분을 그대로 유지하는 것이 불가피하다고 생각된다. 다만 부진정 소급입법에 속하는 입법에 대해서는 일반적으로 과거에 시작된 구성요건 사항에 대한 신뢰는 더 보호될 가치가 있다고 할 것이기 때문에 신뢰보호의 원칙에 대한 심사가 장래입법에 비해서 보다는 일반적으로 더 강화되어야 할 것이다. 우리 재판소는 신뢰보호의 원칙의 판단은 신뢰보호의 필요성과 개정법률로 달성하려는 공익을 비교형량하여 종합적으로 판단하여야 한다고 하였던 바(1995.3.23. 선고, 93헌바18·31병합; 1995.6.29. 선고 94헌바39 결정 참조), 이러한 판시는 부진정 소급입법의 경우에도 당연히 적용되어야 할 것이다. 그런데 우리 재판소는 초기에 진정·부진정 소급효를 구분하면서 부진정 소급효의 경우 “구법질서에 대하여 기대했던 당사자의 신뢰보호보다는 광범위한 입법권자의 입법형성권을 경시해서는 안될 일이므로 특단의 사정이 없는 한 새 입법을 하면서 구법관계 내지 구법상의 기대이익을 존중하여야 할 의무가 발생하지는 않는다”라고 하여(1989.3.17. 선고, 88헌마1 결정 참조), 부진정 소급효의 경우에 신뢰보호의 이익이 존중될 수 없다는 일반원칙을 세우고 있어 신뢰보호원칙의 판단에 대한 위 판례와 조화를 이루지 못함을 볼 수 있다. 그러나 특단의 사정을 인정하는 폭에 따라 능히 조화를 이룰 수 있다 할 것이므로 이 사건의 경우도 이와 같은 측면에서 신뢰보호의 이익과 공익을 비교형량하여 판단하여야 할 것이다. ……법치주의는 정의의 실현과 아울러 법적안정성 내지 신뢰보호를 목표로 삼지 않으면 안된다. 국민이 행위시의 법률을 신뢰하고 자신의 행동을 결정하였다면 그러한 신뢰가 보호가치가 있는 한 입법자가 이를 함부로 박탈할 수 없는 것은 당연하다. 법의 본질은 요구 내지 금지규범으로서 수범자의 행위를 향도하고 지시하는데 있다고 할 것인데, 수범자가 실정법(물론 위헌·무효이거나 내용이 불분명하거나, 반공익적이라거나, 조만간 개정될 것이 예상되는 법률이 아닐 것이 전제된다)을 믿고 구체적 행위로 나아간 것이 보호되지 않는다면

법의 본질 내지 법치주의의 목표가 심각히 훼손되는 결과가 되고 국민들에게는 법의 불신을 초래하게 된다. 따라서 입법자로서의 국가 역시 그 자신이 유효하게 정립한 법규범에 원칙적으로 구속되는 것이라고 할 것이다.

(8) 公職選舉및選舉不正防止法 附則 제3조 違憲確認(1995.12.28. 95헌마196)

법률이 변경된 경우 신법의 적용범위에 관하여 신법은 항상 최선의 것이므로 광범위한 시적영역을 가져야 하고 그 법적효과가 과거에 대하여도 미쳐야 한다는 견해와 각 시대에는 그에 맞는 자신의 법규범이 있으므로 신법은 현재와 장래에 발생하는 사태에 대하여만 미쳐야 한다는 견해가 대립되고 있다. 이에 관하여 헌법상으로는 “모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니하며”(헌법 제13조제1항 전단), “모든 국민은 소급입법에 의하여 참정권의 제한을 받거나 재산권을 박탈당하지 아니한다”(헌법 제13조제2항)라고 규정하고 있을 뿐이고, 법률이 변경된 경우 피적용자에 대하여 유리한 신법을 적용할 것인가에 관하여 일반적인 규정을 두고 있지 않으며, 헌법상의 기본원칙인 법치주의로부터 도출되는 법적 안정성과 신뢰보호의 원칙상 모든 법규범은 현재와 장래에 한하여 효력을 가지는 것이기 때문에 소급입법은 금지 내지 제한된다. 다만, 신법이 피적용자에게 유리한 경우에는 이른바 시혜적인 소급입법이 가능하지만 이를 입법자의 의무라고는 할 수 없고, 그러한 소급입법을 할 것인지의 여부는 입법재량의 문제로서 그 판단은 일차적으로 입법기관에 맡겨져 있으며, 이와 같은 시혜적 조치를 할 것인가 하는 문제는 국민의 권리를 제한하거나 새로운 의무를 부과하는 경우와는 달리 입법자에게 보다 광범위한 입법형성의 자유가 인정된다 할 것이다. 따라서 입법자는 입법목적, 사회실정이나 국민의 법감정, 법률의 개정이유나 경위 등을 참작하여 시혜적 소급입법을 할 것인가 여부를 결정할 수 있고, 그 판단은 존중되어야 하며, 그 결정이 합리적 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 헌법에 위반된다고 할 수는 없는 것이다.

## VIII. 適法節次의 原則

### 1. 意義

適法節次의 原則은 미국헌법사에 있어서 인권보장을 위한 가장 중요한 헌법적 도구로서 사용되어 왔으며, 그 목표는 國家權力的 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는데 있다.<sup>221)</sup> 그러나 그 개념은 法院의 判例를 통하여 점진적으로 형성발전되어 왔으므로 이를 포괄적으로 정의하는 것은 사실상 곤란하나,<sup>222)</sup> 적법절차의 원칙은 國家機關과 國民間의 충돌을 합리적인 적법절차를 통해 해결하는 법의 한 유형으로서 기본적 인권의 보장을 위한 자유와 정의의 기본원리 내지 질서화된 정의의 정수로 일컬어지고 있다.<sup>223)</sup> 이러한 적법절차의 원칙은 원래 刑事節次上의 적정에 관한 문제에서 출발한 것이지만 절차일반의 적정의 문제로 전개되었고, 그 후 자유와 재산에 관련된 권력행사의 適正의 문제로 발전하였으며 다시 그 권력행사의 적정의 문제로 발전하였다. 그리고 이것은 다시 그 권한행사의 내용, 방식 및 목적 등의 자의나 불합리성에 적정한 합리성으로 발전하여 마침내 實體法의 문제로 까지 발전하게 되었다. 그리하여 적법절차의 원칙은 입법, 사법 및 행정을 포함한 모든 국가작용의 행사에 있어서 그 절차뿐만 아니라 그 實體的 內容까지도 일정한 기준에 도달할 것을 요구하는 법원칙의 의미로서 사용되고 있다.

우리의 憲法裁判所도 『현행 헌법 제12조제1항 후문과 제3항은 적법절차의 원칙을 헌법상 명문규정으로 두고 있는데 이는 모든 국가작용을 지배하는 일반원리로 해석·적용되는 중요한 원칙으로서, 오늘날 독일 등 대륙법계의 국가에서도 이에 상응하여 일반적인 법치국가원리 또는 기본권제한의 법률유보원리로서

221) 適法節次의 原則에 관한 자세한 내용은 全在慶, 「韓國의 適法節次에 관한 研究 -美國의 適法節次原理가 韓國의 法制에 미치는 영향-」, 동국대 博士論文, 1991 ; 鄭鎭洪, 「人身의 自由保障에 있어서 適法節次에 관한 연구」, 한양대 博士論文, 1993 등 참조.

222) 尹明善, 「實體的 適法節次의 法理」, 月刊考試 1991.10., 29面.

223) 權寧高, 「美國憲法上 適法節次의 法理와 그 展開」, 美國憲法研究 제1집, 1990, 147面.

정립되게 되었다』라고 하면서, 『……현행 헌법상 규정된 적법절차의 원칙을 어떻게 해석할 것인가에 대하여 표현의 차이는 있지만 대체적으로 적법절차의 원칙이 독자적인 헌법원리의 하나로 수용되고 있으며, 이는 형식적인 절차 뿐만 아니라 실제적 법률내용이 합리성과 정당성을 갖춘 것이어야 한다는 실질적 의미로 확대 해석하고 있으며, 우리 헌법재판소의 판례에서도 이 적법절차의 원칙은 법률의 위헌여부에 관한 심사기준으로서 그 적용대상을 형사소송절차에 국한하지 않고 모든 국가작용 특히 입법작용 전반에 대하여 문제된 법률의 실제적 내용이 합리성과 정당성을 갖추고 있는지 여부를 판단하는 기준으로 적용되고 있음을 보여주고 있다(1989.9.8. 88헌가6, 1990.11.19. 90헌가48)』<sup>224)</sup>라고 판시하고 있다. 또한 『현행헌법상 적법절차의 원칙을 위와 같이 법률이 정한 절차와 그 실제적 내용이 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 한다는 것으로 이해한다면, 그 법률이 기본권제한입법에 해당하는 한 헌법 제37조제2항의 일반적 법률유보조항의 해석상 요구되는 기본권제한법률의 정당성 요건과 개념상 중복되는 것으로 볼 수도 있을 것이나, 현행헌법이 명문화하고 있는 적법절차의 원칙은 단순히 입법권의 유보제한이라는 한정적인 의미에 그치는 것이 아니라 모든 국가작용을 지배하는 독자적인 헌법의 기본원리로서 해석되어야 할 원칙이라는 점에서 입법권의 유보적 한계를 선언하는 과잉입법금지의 원칙과는 구별된다고 할 것이다』라고 선언하여 적법절차의 원칙이 헌법조항에 규정된 형사절차상의 제한된 범위내에서만 적용되는 것이 아니라 국가작용으로서 기본권제한과 관련되든 관련되지 않는 모든 입법작용 및 행정작용에도 광범위하게 적용된다고 해석하고 있다.

그러나 이러한 適法節次의 原則의 내용이 구체적으로 무엇을 의미하며 또 그 객관적 표식은 어떠한 것인가에 대해서는 명확하지 아니하나, 미국의 판례를 통하여 형성된 내용을 요약하면 ①자기의 生命, 自由 그리고 財産에 관하여 국가의 주의와 보호를 요구하는 권리, ②절차적으로 각개인의 권리와 자유에 영향을 미치는 國家行爲에 대하여 당해기관이 일반적인 권한을 가짐과 동시에 입법절차와 제정된 법률의 내용이 구체적이고 명확하여야 할 것, ③문제된 행위에 관한

224) 刑事訴訟法 제331조 但書規定에 대한 違憲審判(1992.12.24. 92헌가8).

상대방에의 告知와 聽聞이 부여되어야 하되 변호인의 조력을 받고 反對訊問과 피고의 주장과 유리한 증인의 강제소환 등의 보장, ④권리와 의무를 규정하는 기관은 公正하게 구성되어야 하고 따라서 그 결정으로 금전적 이익이나 혜택을 특정하게 받을 것이 예상되는 자는 그 構成員의 자격이 없으며, ⑤그 결정은 正義의 원칙과 기본적인 헌법상의 이념에 입각하여 전단적·자의적이 아닐 것 등을 요구하는 내용이라고 해석된다.225)

## 2. 立法에 있어서의 適法節次原則의 適用

적법절차의 원칙은 단순히 節次的 次元의 적정성만을 요구하는 것이 아니고 적용된 법률의 내용이 합리적이고 정당한 법이어야 한다는 實體的 次元의 적정성까지를 그 내용으로 하는 것임을 인식하는 경우, 이는 추상적으로는 立法者에게 그리고 구체적으로는 法官에게 형성의 임무를 부여한다. 특히 입법자는 이러한 적법절차의 원리가 「법률의 내용도 제한할 수 있다」는 점을 유의하여야 한다. 다만 適法節次의 原則이 일종의 불확정 법개념이기 때문에 구체적으로 어떠한 경우가 합리적이고 정당한 법률인가에 대해서는 명확한 기준을 제시할 수는 없으나,226) 適法節次의 이념적 요소로 제시되고 있는 내용등, 즉 개인의 권리를 보호하고 실현하기 위하여 확립되어 온 규칙과 원칙에 입각한 절차의 준수·시민과 政治制度에 기본적으로 존재하는 자유와 정의에 관한 기본원칙의 한계를 유지·법의 평등한 확보와 공정한 재판의 기회의 보장·일반 국민이 권리를 정상적으로 추구하는데 基本的이라고 인정되어 온 권리의 보장 등에 유의한 입법은 적법절차의 원칙을 구비한 입법이라고 할 수 있다.227)

225) 劉正福, 「美國憲法上 適法節次에 관한 研究」, 원광대 博士論文, 1990, 43面.

226) 適法節次의 내용은 고정되거나 불변의 내용을 담은 것이 아니라, 미연방헌법이나 주헌법도 구체적 시대상황하에서 法的 紛爭을 해결하면서 일정한 절차 또는 가치를 受容하거나 排除함으로써 적법절차의 의미와 그 적용범위를 확인하는 경향에 있기 때문에 적법절차를 이해하는 가장 좋은 방법은 美國憲政史의 맥락속에서 이를 파악하는 것이 바람직하다는 견해도 있다. 자세한 내용은 尹明善, 「適法節次의 法理」, 慶熙法學 제 26권1호, 1992, 66面 참조.

227) 立法府가 법률을 제정함에 있어서 요구되는 適法節次란 ①입법부가 시민의 생명, 자유 또는 재산과 관련된 基本權을 제약하는 법률을 제정하는 경우에 그 법률의 실제



憲法裁判所도 이와 같은 견지에서 『피고인의 적법절차에 의한 공정한 공개재판을 받을 권리 등 중요한 기본권을 보장하는 법률규정에 대한 예외규정의 입법내용은 입법내용에 있어서 적용될 헌법상의 원리, 즉 적법절차의 원리에 적합한 합헌적이어야 한다. 그러므로 이 사건 법률조문은 그 규정내용이 그 적용범위에 있어서, 부득이한 필요성이 있는 사유이고, 그 필요성이 정당성 있는 경우로 국한하고, 합리적인 제약조건하에 적용범위가 최소한도에 그치게 하여, 정당성과 합리성을 갖춘 내용이어야 한다』라고 판시하고 있다.228)

### 3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 適法節次의 原則

憲法裁判所는 앞서 살펴본 刑事訴訟法 제331조 단서규정에 대한 違憲審判(1992. 12.24. 92헌가8)에서 적법절차의 원칙이 입법작용을 포함한 모든 국가작용을 구속하는 원칙으로서 선언하고 있는 한편, 適法節次의 原則이 형식적인 절차뿐만 아니라 실체조건까지도 合理性과 正當性을 갖춘 적정한 법률일 것을 요구하는 것이라고 거듭 밝히고 있다. 이러한 적법절차의 원칙을 선언한 憲法裁判所の 判例는 아직은 그다지 많지 않으나 立法者는 이러한 헌법재판소의 태도를 면밀히 분석하여 입법에 있어서 적법절차의 원칙이 준수되는 合憲的인 立法基準를 마련할 수 있도록 하여야 할 것이다. 참고로 우리의 憲法裁判所는 적법절차의 원칙의 적용을 신체의 자유에 관한 경우이외에까지 넓게 인정하는 경향을 보여 주고 있음에 주목할 필요가 있다. 적법절차의 원칙을 선언한 主要 判例를 살펴

적 내용이 자의적이거나 불합리하게 되어서는 아니된다. ②입법절차상 그 法律이 자유로운 정부의 확립된 원칙들과 일치하고 憲法上的 制限과 요구사항을 준수하며 司法府와 行政府에 속하는 권한을 침해하지 않을 것을 요구한다. ③法律의 목적이 정부의 합법적인 권능을 행사하는데 있고 그것을 實現하기 위해서 법률에 규정된 수단·방법이 그 목적에 전적으로 합리적이고 적당한 경우여야 한다. ④법률은 반드시 적절한 立法目的과 합리적 관계를 가지고 있어야 하며 그러한 입법목적을 달성하기 위하여 법률에 의해서 채택된 手段은 달성하려는 목적과는 실제적이고 합리적 또는 본질적인 관계가 필수적으로 존재하여야 한다. 그러나 適法節次는 신축성이 있는 개념이므로 立法當時에는 적법절차기준에 합당하여 합헌이었던 법률이라도 후에 가서 위헌으로 판단될 수도 있다. 자세한 내용은 李太薰, 「美國憲法에 있어서 適法節次法理의 變遷에 관한 研究」, 경희대 博士論文, 1994, 42~45面 참조.

228) 勞動組合法 제46조 違憲提請(1995.3.23. 92헌가14).

보면 다음과 같다.

(1) 國會議員選舉法 제33조, 제34조의 違憲審判(1989.9.8. 88헌가6)

입헌민주국가에 있어서는 입법부도 헌법에 의해서 창설되고 입법형성권도 가능한 것이므로 선거법을 비롯한 모든 법률은 참정권을 보장하고 정당하게 수행할 수 있도록 제정하는 것을 원칙으로 하여야 한다. 그 법률이 정치적 타협에 의하여 국민의 정치적 참여를 부당하게 제한하거나 불합리한 선거법을 제정하는 것은 적법절차의 원칙에 반하고, 헌법이 위임한 권한에 벗어나는 것으로 입법형성권의 한계를 이탈하는 위헌적인 법률이라 하지 않을 수 없다. ……자유민주주의의 구조적 원리로 볼 때 각종 선거과정에서 정치적 표현의 자유나 입후보자의 선택의 자유 그리고 입후보자의 자유와 기회균등을 제한하거나 박탈하는 선거법상의 규정까지 당연한 것이라고 하여 임의로 제정하는 것은 헌법에 위배되는 것으로 적법절차의 원칙에 반하는 입법형성이라 아니할 수 없다.

(2) 辯護士法 제15조에 대한 違憲審判(1990.11.19. 90헌가48)

변호사법 제15조는 “법무부장관은 형사사건으로 공소가 제기된 변호사에 대하여 그 판결이 확정될 때까지 업무정지를 명할 수 있다. 다만, 약식명령이 청구된 경우에는 그러하지 아니하다.”라고 규정하고 있다. 이 조문의 문제점으로는……법무부장관의 일방적인 명령에 의하여 변호사의 업무가 정지된다는 것이다. 형사사건으로 기소된 경우에 이를 이유로 징계절차에 붙여져 그 업무를 정지시키는 것이 아니다. 따라서 징계절차에 있어서와 같이 당해 변호사가 자기에게 유리한 사실을 진술하거나 필요한 증거를 제출할 수 있는 청문의 기회가 보장되지 아니하며, 이러한 의미에서 적법절차가 존중되지 않는다.

(3) 國有財産法 제5조제2항에 대한 違憲審判(1991.5.13. 89헌가97)

사적 거래의 대상이 되는 잡종재산이 국유재산이라고 하여 무한정 불확실한 장래에 언젠가 국가공익을 위한 행정재산으로서의 관리 전환을 할 수 있다는 이

유만으로써 사전에 일방적으로 소유권의 변동이나 일반 법률관계의 형성을 임의로 확정하고 제한하는 것은 거래질서의 기본인 사적 자치의 원칙을 무시하고 국민의 기본권을 본질적으로 침해하는 법률규정으로서, 이는 민주헌법의 기본원리인 실질적 적법절차에 위배되며 헌법적 정의에도 반한다.

(4) 反國家行爲者의 處罰에 관한 特別措置法 제5조 등 및 憲法裁判所法 제41조 등에 대한 憲法訴願(1993.7.29. 90헌바35)

헌법 제12조제1항 후단은 “누구든지……법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다.”라고 규정하여 이른바 적법절차주의를 선언하고 있다. 이와 같은 “적법절차주의”를 어떻게 해석할 것인가에 관하여는, 그 개념의 역사성 및 불확정성은 물론 현행 헌법의 특수성 및 논리적 구조 때문에 여러 가지 견해가 대립될 수 있다. 그러나 헌법 제13조에 규정한 형벌법규불소급, 일사부재리 및 연좌제금지의 원칙과 헌법 제12조제3항에 규정한 영장주의의 원칙을 아울러 고려하면, 위 헌법조항이 규정하는 적법절차주의는 적어도 형사소송절차에 있어서는 그 절차를 규율하는 법이 형식적 의미의 법률로 정하여져야 할 뿐만 아니라, 그 법률의 내용이 정의에 합치되는 것이어야 한다는, 다시 말하자면 절차의 적법성뿐만 아니라 절차의 적정성까지 보장되어야 한다는 뜻으로 이해하는 것이 마땅하다고 본다. 종래 우리 재판소는 거듭된 판례를 통하여 적법절차주의를 강조하고, 경우에 따라서는 적법절차주의가 형식적인 절차뿐만 아니라 실체요건까지도 모두 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 법률로 이루어져야 하고, 그 적용대상은 형사소송절차에 국한하지 아니하고 모든 국가작용에 확대되어야 한다고 판단하였다.

(5) 刑事訴訟法 제314조 違憲訴願(1994.4.28. 93헌바26)

적법절차의 원칙은 영미법계의 국가에서 국민의 인권을 보호하기 위한 기본원리의 하나로 발달되어 온 원칙으로, 미국의 수정헌법에서 명문화되기 시작하였으며, 대륙법계 국가에서도 이에 상응하여 법치국가원리 또는 기본권제한의 법률유보원리로 정립되어 있다. 여기서 적법절차라 함은 인신의 구속이나 처벌 등

형사절차만이 아니라 국가작용으로서의 모든 입법작용과 행정작용에도 광범위하게 적용되는 독자적인 헌법원리의 하나로 절차가 형식적 법률로 정하여지고 그 법률에 합치하여야 할뿐만 아니라 적용되는 법률의 내용에 있어서도 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어야 하며, 특히 형사소송절차와 관련시켜 적용함에 있어서는 형벌권의 실행절차인 형사소송의 전반을 규율하는 기본원리로 이해하여야 하는 것이다. ……직접주의와 전문법칙의 예외를 규정한 이 사건 법률조문은 그 내용에 있어 예외를 인정하여야 할 필요성이 있는 사유에 관하여 정당성이 있는 사유에 한정하였고, 그 필요성이 있는 경우도 합리적인 조건하에 적용되는 것으로 한정하여, 그 적용범위를 합리적인 최소한도에 그치게 하였다. 따라서 이 사건 법률조문은 그 내용에 있어서 합리성과 정당성을 갖춘 적정한 것이어서 적법절차에 합치하는 법률규정이라 할 것이다.

(6) 勞動組合法 제46조 違憲提請(1995.3.23. 92헌가14)

이 사건 법률규정은 부당노동행위에 대한 노동조합법 제42조의 규정에 의한 구제명령을 이행하지 않은 사용자에 대하여 2년이하의 징역 또는 3,000만원 이하의 벌금에 처할 수 있는 것을 규정한 형벌법규이므로, 사용자의 신체의 자유 또는 재산권을 제한하는 내용의 법률규정이다. ……그러므로 형사처벌법규인 이 사건 법률규정이 합헌이기 위해서는 그 실제적 내용이 우선 적법절차의 원칙에 합치하여야 한다. 처벌법규는 절차면에서 만이 아니라 실제면에서도 합리성과 정당성이 있어야 적법절차의 원칙에 적합할 것이다. ……그럼에도 불구하고 노동조합법 제46조 중 제42조의 규정에 의한 확정되지 아니한 구제명령, 더욱이 재심이나 행정소송결과로 취소된 구제명령에 있어서 까지 그 취소전에 이행하지 아니하였다 하여, 동법 제43조제4항 위반의 확정된 구제명령을 위반한 경우와 차별함이 없이 똑같이 2년이하의 징역과 3,000만원 이하의 벌금이라는 형벌을 그 제재방법과 이행확보수단으로 선택한 것은 국민의 기본권제한 방법에 있어 형평을 심히 잃어 위 법률규정의 실제적 내용에 있어 그 합리성과 정당성을 더욱 결여하였다고 할 것이다.

(7) 京畿道南楊洲市등33개都農複合形態의市設置등에관한法律 제8조  
違憲確認(1995.3.23. 94헌마175)

이 사건 법률제정절차와 관련한 지방자치법 제4조제2항 및 같은 법 제13조의 2제1항 소정 각 절차는 이른바 청문절차로서 자치단체와 그 주민은 자신의 이해관계와 관련하여 그 법적 지위를 확보하기 위하여 국가적인 재편계획에 대하여 의견을 표명할 기회를 주어야 한다는 것이다. ……따라서 이 의견개진의 기회여부는 헌법적 의미있는 절차이지만 청문절차이므로 영일군과 포항시 통합의 본질적 내용에 관한 사항과 그 근거에 관하여 이해관계인에게 고지하고 그에 관한 의견의 진술기회를 부여하는 것으로 족하고 그 진술된 의견은 국회에 입법자료를 제공하여 주는 기능은 하되, 입법자가 그 의견에 반드시 구속되는 것은 아니다. 그러므로 지방자치단체의 의회의 의견청취절차를 밝은 것 자체로 헌법적 의미의 적법절차는 준수되었다고 보아야 하고…….

## IX. 體系正當性の 原則

### 1. 意義

立法機能은 법질서를 형성하는 기능이기 때문에 모든 법질서 형성기능이 존중하여야 하는 일정한 이론상의 한계를 무시할 수 없다. 즉 體系正當性の 原理(Prinzip der Systemgerechtigkeit oder Systemgemäßheit)가 바로 그것이다. 체계정당성의 원리란 법규범상호간에는 規範構造나 規範內容面에서 서로 상치 내지 모순되어서는 아니된다는 것을 의미한다.<sup>229)</sup> 체계정당성의 요청은 동일법률에서는 물론이고 相異한 法律間에도 그것이 수직적인 관계이건 수평적인 관계이건 반드시 존중되어야 하기 때문에 규범통제를 불가피하게 한다. 上下規範間の 규

229) 許 營, 「韓國憲法論」, 博英社 1995, 861面. 體系正當性の 原理에 관한 상세한 내용은 Franz-Josef Peine, 「Systemgerechtigkeit. Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßgabe der Normkontrolle」, Baden-Baden 1985 참조.

범통제와 동등규범간의 규범통제, 新舊規範間的 규범통제 등이 입법기능에서 반드시 선행 내지 병행되어야 하는 것은 그 때문이다.

일반적으로 입법에 있어서 體系化의 문제는 내부체계와 외부체계로 구분하여 검토할 수 있으며, 또한 내부체계는 다시 合理的 體系와 價値論的 體系로 나누어 볼 수 있다.<sup>230)</sup> 內部體系는 體系의 속성, 즉 체계의 논리적, 가치론적, 목적론적 결과의 정당성과 무모순성을 의미한다. 논리적 모순은 어떤 規範에 의하여 금지된 행위가 다른 규범에 의하여 요구되는 것을 말하며, 가치론적 모순이란 인간의 一般的 平等을 선언하면서 동시에 인종적 차별을 허용하는 법질서 또는 법익보호의 원리에서 출발하지만 동시에 법익침해행위가 아닌 행동양식에 제재를 가하는 것등을 의미한다. 목적론적 모순은 한 規範의 준수가 타의 규범의 목적을 무효로 하는 곳에서 나타난다. 이러한 내부체계는 外部體系와 광범위하게 일치되어야 한다. 그러나 현행 법질서는 문제를 定義하는 실천적 근거에서부터 분류기준이 다양하며 또한 변화할 수밖에 없기 때문에 法秩序內에 있어서 統一的이고 閉鎖的인 체계를 실현하는 것은 거의 불가능하다. 따라서 전체 법체계 또는 부분 법체계의 수립을 위한 다양한 관점과 실마리가 필요한 것이다. 立法은 변화되는 사건과 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.

우선 법률체계는 情報의 완화에 이바지한다. 나아가 그것은 여러 가지 부수적인 效果도 수반한다. 즉 법률체계는 항상 主題를 제한하고 문제를 정의하기 때문에 法律體系는 의도하지 않았으나 수범자도 의식하지 못한 채 문제점에 대한 視角, 認識 및 研究의 이익을 먼저 규정하여 준다. 모든 개념은 그 속에서 개념이 구체적 사실들을 抽象的으로 동종의 것으로 결합하는 體系이다. 體系는 특정의 기준에 따라 질서화되어 서로 결합하는 概念이다. 체계의 근본적 기능은 합리화를 통하여 사고를 축적하고 매개하는 것을 촉진한다. 또한 體系는 부수적으로 도덕적 요구의 충족에도 기여한다. 그리고 법률을 체계화한다는 것은 그 法律의 效力을 상승시키는 작용을 한다. 그것은 그 체계화로 인하여 規範의 인식

230) 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(Ⅰ)-立法基礎理論과 立法技術-」, 1991, 148~151面 참조.

가능성이 높아지면서 일반적인 法意識으로 접근할 수 있기 때문이다. 체계가 없이는 개념의 정확한 파악 및 인식은 불가능하다. 情報의 기억속의 보관과 기억된 것의 재생산은 體系를 통하여 용이하게 이루어 질 수 있다.

결국 개념과 체계는 인식에 도움이 되며 그 결과, 체계는 學問의 基準이 된다는 점은 의문의 여지가 없다. 법학의 학문적 특성은 확실히 그 體系의 언급에 의해 주장되고 그 근거가 제시되는 것이다. 따라서 법학은 객관적으로 타당한 개념의 體系를 획득하고자 부단히 노력을 기울이지 않으면 안된다. 그 이유는 法學은 인식의 체계 또는 객관적 타당성의 개념과 판단을 추구하기 때문이다. 그리하여 모든 인식은 체계적 인식인 것이다(Alle Erkenntnis ist systematische Erkenntnis). 그리고 인식 그 자체 뿐만 아니라 인식의 매개도 개념과 체계를 필요로 한다. 인식의 가능성원리는 立法者가 法律을 체계적 연관속에 둘 것을 요구한다. 그러나 이러한 사회학적인 체계이론과 법이론적인 체계논의는 立法論의인 體系의 實務에 직접 관계되는 문제에 그다지 유용하지 못하다.

## 2. 立法에 있어서 體系正當性の 原則의 適用

立法은 일반적으로 그 규율대상의 광범성과 규율의 일반성으로 인하여 규율대상의 정리, 분류를 통하여 범소재에 대한 이념적 지배를 가능케 하고 동시에 生活事實을 법적 구성요건으로 만들 필요성이 있다. 이것을 「立法的 體系(Gesetzgebungssystematik)」라고 말하며, 입법의 체계는 될 수 있는 한 受範者에게 적합한 정보를 전달할 수 있게 하여야 한다. 입법정책적 문제는 문제가 제기되는 때에는 體系를 구비하지 않기 때문에 입법정책적 문제로서 제기되어 그에 대응하여 등장하는 立法은 매우 한정적인 영역에서만 體系的으로 정돈될 수 있다. 立法者가 연속적으로 제기되는 문제를 體系化한다는 것은 대단히 어려운 작업이며, 전체 범소재에 만족스러운 체계를 제시하는 것도 어렵다. 그리하여 오히려 주어진 체계를 무시하여 無秩序를 초래하는 경우도 있는 것이다. 따라서 立法者는 입법의 기능과 효율성을 도모하기 위하여 다음의 세 가지 가능성을 항상 모색하여야 한다.

첫째, 특징의 문제를 새로이 규율하는 규범은 적어도 가능한 한 現存하는 法

秩序의 기초를 유지하면서 체계적 관점에 따라 체계성있게 질서지워져야 한다.

둘째, 立法者는 가능한 한 새로운 법규를 기존의 법질서의 체계 가운데 편입하여 새로운 법규가 기존의 법질서를 파괴하지 않도록 하여야 한다. 입법자는 기존의 法令을 改正·補完할 경우에 있어서는 새로운 법률을 기존의 법질서와 아무런 관계없이 단순히 제정하기만 하여서는 아니되며, 기존의 법질서 가운데에서 改正하는 規範을 개정된 규범의 위치에 두고 보완하는 규범을 보완된 규범 곁에 두어야 한다.

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

각 개별법령은 처음부터 상호모순이 발생하지 않게 그 제정의 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 존재를 의미하는 것이며, 또한 각각의 法令이 따로 그 制定時期를 달리하여 제정되는 등의 사정이 있으므로 법령간의 모순저축을 완전히 해소한다는 것은 거의 불가능한 것이다. 立法에 즈음하여서는 당연히 완벽을 기하려는 노력을 하지 않으면 안되나, 만일 이러한 모순저축이 발생한 경우에 그것을 방치해 두는 것은 법체계·법질서의 혼란을 초래하게 된다. 따라서 이러한 法令의 體系의 모순저축이 발생한 경우를 해결하기 위한 원리 - 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 - 가 필요하게 된다. 이 원리는 법령의 해석적용의 원리로서 第一義的 機能을 담당하는 것이나, 나아가 보완적 機能으로서 법령의 立案에 있어서도 작용하는 것이다.<sup>231)</sup>

231) 이와 관련한 자세한 내용은 韓國法制研究院, 前掲書, 152~171面 참조.



### 3. 憲法裁判所の 決定例에 提示된 體系正當性의 原理

#### (1) 特定犯罪加重處罰等에관한法律 제5조의3제2항제1호에 대한 憲法 訴願(1992.4.28. 90헌바24)

특정범죄가중처벌법이라는 예외적이고도 특별한 법률제정형식을 빌리는 입법 방법은 일면 특정범죄에 대한 입법정책의 수행에 효과적으로 대응하여 국민의 관심을 불러 일으킴으로써 일반예방적 입법목적을 탄력적으로 달성할 수 있는 긍정적인 효과를 얻을 수 있다는 점에서 그 필요성을 전혀 부인할 수는 없지만, 반면 당시의 특수한 사정과 필요에 따라 제정되는 결과로 총체적인 법체계의 정당성 상실로 법적 안정성을 해칠 우려가 있고 그에 따른 국민의 법인식의 혼란과 형벌의 가중현상을 야기시켜 새로운 흉악범을 양산시킬 수가 있다는 점에서 부정적인 효과도 대단히 크다는 점을 간과할 수가 없다. 그러므로 입법권자는 유동적이고 가변적인 현대사회의 다양한 현상에 탄력적으로 대응하기 위하여 그 제정이 필요하거나 이를 정당하게 할 특별한 사안이 있는 경우에는 기존의 일반형사법에 대한 특별규정으로 특정범죄에 대하여 예외적으로 적용하는 특가법을 제정할 수 있는 것은 당연하다고 할 것이지만, 특가법 역시 다른 법률과 마찬가지로 통일된 헌법질서 내에서 체계와 조화를 이루도록 제정되어야 하는 것이며 만약 특가법이 단순히 특례사항의 입법의지관찰에만 목적을 두고서 그 입법정책의 수행이 남용되는 경우에는 양산되는 특가법으로 인하여 소위 “법률의 홍수”와 형벌의 위하속에서 새로운 사회적 불안을 초래하게 될 것이기 때문에 이는 결코 바람직스럽지 못한 입법이라고 할 것이다.

#### (2) 地方議會議員選舉法 제12조제3호 違憲確認(1993.7.29. 93헌마23)

두 법률조항의 적용상의 상호관계에 있어서……불합리한 일면이 있다고 하더라도, 그것은 우리의 선거법체계가 단일한 선거법으로 되어 있지 아니하고 각종 선거법으로 분산되어 있으며 또 각종 공직선거에 관한 기본적, 공통적인 사항을 통일적으로 규정한 선거기본법 같은 법률도 따로 없는데다가 각종 선거법을 그때 그때의 현실적인 필요에 따라 각각 수시로 개정하면서 선거법체계의 전체적

조정에 유의하지 아니한 입법정책 내지 입법기술의 졸렬에서 기인한 것으로 넓은 의미에서의 체계부조화 내지 부적합이 될 수 있을 뿐,……그것만으로 곧 이 사건 법률조항이 평등의 원칙에 위배된다거나 청구인의 공무담임권을 침해한 것으로서 헌법위반이 된다고는 볼 수 없다. 다만, 이러한 입법정책 내지 입법기술의 졸렬에서 오는 체계상의 부조화 내지 부적합도 경우에 따라서는 헌법위반의 사태를 초래할 수 있으므로 이 기회에 우리나라 선거법 전반에 관한 체계적 재검토와 그에 의한 입법적 시정조치가 있어야 할 것이다.

### (3) 告發權不行使 違憲確認(1995.7.21. 94헌마136)

독점규제및공정거래에 관한 법률은 불공정거래행위를 규제함으로써 소비자를 보호하고 건전한 유통 및 거래질서를 확립함을 목적으로 하고 있고, 이를 실효성 있게 뒷받침하기 위하여 이를 위반한 사업자 등에 대한 다양한 벌칙을 규정하고 있다. 그런데 이 법률규정은 사업자 등에 대한 처벌을 공정거래위원회의 고발이 있어야만 가능하도록 규정함으로써 사용자 등에 대한 벌칙의 실효성을 저해하고, 결국 이 법률의 입법목적과 취지에 정면으로 위반하고 있다. 이는 규범상호간의 내용과 체계상의 조화를 요구하는 헌법상의 체계정당성의 요청에 반하는 것이다. 체계정당성이라 함은 일정한 법률의 규범상호간에는 그 내용과 체계에 있어서 조화를 이루고 상호 모순이 없어, 결국 모든 규정의 내용과 체계가 상호 모순과 갈등 없이 그 본래의 입법목적의 실현에 합치되고 이바지하는 것을 말한다. 그런데 이 법률규정은 앞서 언급한 바와 같이 동법의 벌칙규정의 실효성을 저해하고, 나아가 동법의 입법취지와 목적 실현에 위배되는 것으로서 규범상호간의 모순과 갈등을 야기시키고 있으므로 결국 헌법상의 체계정당성의 요청에도 위배되는 위헌적 규정이라 할 것이다(소수의견).

## X. 기 타

이상과 같이 우리의 憲法裁判所의 결정례에서 제시되고 있는 위헌심사기준은 입법에 즈음하여 매우 참고가 되는 하나의 指針 내지 立法基準을 의미하고 있다.

아울러 헌법재판소는 위에서 언급한 다양한 심사기준이외에도 입법에 즈음하여 입법자가 유의하여야 할 多數의 原理를 지적하고 있으며, 그 가운데 대표적인 사례로서 몇 가지를 선정하여 살펴보면 다음과 같다.

(1) 金融機關의延滯貸出金에관한特別措置法 제5조의2의 違憲審判(1989. 5.24. 89헌가37·96 병합)

헌법은 사회공동체의 정치적, 사회적 가치관을 규범의 형태로 정립한 것이기 때문에 실정법상 위헌적으로 보이는 법률이라 할지라도 그 법률이 과연 헌법규범에 합치하느냐 아니하느냐를 결정함에 있어서는 법률 조항의 형식적인 검토는 물론 헌법규범에 내포된 정치적, 사회적, 경제적인 의미도 함께 거시적으로 고려하여야 한다(소수의견).

(2) 勞動爭議調停法 제13조의2 등에 대한 違憲審判(1990.1.15. 89헌가103)

헌법 제10조 전문은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다”고 규정하고 있다. 이러한 행복추구권 속에 함축된 일반적인 행동자유권과 개성의 자유로운 발현권은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리에 반하지 않는 한 입법 기타 국정상 최대의 존중을 필요로 하는 것이라고 볼 것이다. 보다 구체적으로 본다면 이러한 기본권은 행동이 남의 권리를 침해하거나 합헌적 질서에 위배되거나 또는 선량한 풍속 기타 사회질서에 반하지 않는 한 입법자도 제약해서는 안되는 기본권인 것으로 표현의 자유도 그 하나의 예시에 속한다.

(3) 國有財産法 제5조제2항의 違憲審判(1991.5.13. 89헌가97)

헌법전문 및 헌법상의 평등의 원칙과 사유재산권의 보장은 그가 누구냐에 따라 차별대우가 있어서는 아니되고 비록 국가라 할지라도 국고작용으로 인한 민사관계에 있어서는 일반인과 같이 원칙적으로 대등하게 다루어져야 하며 국가라고 하여 우대하여야 할 헌법상의 근거가 없으며 이는 입법을 함에 있어서도 따

라야 할 우리 헌법의 기본원리이다. 따라서 국가재정의 원칙과 국가공익의 구현 및 사회복지국가의 실현 등은 헌법의 기본질서인 자유민주주의와 법치주의의 기초가 되는 사유재산제도와 자유평등의 원칙에 반하지 아니하여야 하며 이를 망각하고 행정의 능률성만을 앞세워 국가기능의 확대나 행정수요가 증대되어 가고 있다는 이유만을 가지고는 헌법상 보장된 국민의 기본권을 제한할 수 있는 사유가 될 수 없고, 나아가 헌법상의 기본권제한의 근거가 되는 공공의 이익과 복리증진에 합치한다고도 볼 수 없는……것이다.

(4) 私立學校法 제55조, 제58조제1항제4호에 관한 違憲審判(1991.7.22. 89헌가106)

어떠한 법률조항의 내용이 국민의 자유와 권리를 신장하는 내용이라면 오랜 전통과 관행을 그대로 법질서로 정착시켜도 무방하겠지만 그 반대로 국민의 자유와 권리가 침해되는 내용의 것이라면 장기 시행되어 왔다는 이유만으로는 이를 정당화하기 어렵다(1990.9.3. 89헌마95). ……국민의 기본권보장의 사상적 배경을 자연권이라고 이해할 때 모든 국민의 기본권은 존중되면 될수록, 그리고 제한은 억제되면 될수록 헌법의 기본권 보장정신에 합치되는 것이라고 할 수 있기 때문에 최대보장의 원칙, 최소제한의 원칙은 기본권보장의 2대원칙으로 존중되어야 하는 것이다(소수의견).

(5) 刑事訴訟法 제312조제1항 但書 違憲訴願(1995.6.29. 93헌바45)

국민의 기본권은 국가권력에 의하여 침해되어서는 아니된다는 의미에서 소극적 방어권으로서의 의미를 가지고 있을 뿐만 아니라, 헌법 제10조에서 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 적극적으로 보장할 의무를 진다고 선언함으로써, 국가는 나아가 적극적으로 국민의 기본권을 보호할 의무를 부담하고 있다는 의미에서 기본권은 국가권력에 대한 객관적 규범내지 가치질서로서의 의미를 함께 갖는다. 객관적 가치질서로서의 기본권은 입법·사법·행정의 모든 국가기능의 방향을 제시하는 지침으로서 작용하므로, 국가기관에게 기본권의 객관적 내용을 실현할 의무를 부여한다.

## 附 錄

### ○ 獨逸의 法令審査基準表

1. 聯邦政府의 法令審査基準表
2. 함부르크 州政府의 法令審査基準表
3. 라인란트-팔츠 州政府의 法令審査基準表
4. 헤센 州政府의 法令審査基準表
5. 聯邦內務部傘下의 聯邦公共行政教育院의 法令審査基準表
6. 聯邦內務部의 市民과 行政의 關係改善을 위한 基準表
7. 行政上 強制措置와 관련한 過怠料附課의 必要性에 대한 指針
8. W.Hugger의 法令審査基準表

### ○ 스위스의 法令審査基準表

1. 聯邦政府의 立法技術指針
2. 聯邦法務部의 法規範의 水準向上을 위한 審査表

### ○ 오스트리아의 法令審査基準表



## 〈獨逸의 法令審査基準表〉

### ○聯邦政府의 法令審査基準表

(Prüffragen für Rechtsvorschriften des Bundes,

1984.12.11. 결정/1989.12.20. 보완)

법을 단순화하고 과도한 규제를 회피하도록 하는 것이 연방정부의 목표이다. 따라서 규율을 의도하는 경우에는 광범한 의견을 수렴하는 한편 나아가 그 의도하려는 계획에 있어서 필요성, 유효성, 이해성과 관련한 질문을 고려하여야 한다. 이에 연방내무부와 연방법무부는 법령의 작성에 즈음하여 다음과 같은 심사 목록을 설정한다. 모든 연방장관은 그 소관범위내에서 법정립을 의도하는 경우에는 그 전체적 과정을 아래와 같은 단계로 진행하여야 하며, 또한 개별적 규율은 필요성, 유효성, 이해성에 관한 질문으로서 심사하여야 한다. 연방법무부는 법형식성심사(Rechtsförmlichkeitsprüfung)라는 범주에서 아래에서 제시된 질문을 가지고 법령안을 심사한다. 기타 연방장관은 그 전문적 소관사항의 범주내에서 아래의 질문에 적합한 법령안을 작성하도록 한다. 의견의 차이가 있을 경우에는 이를 무시하지 않고 차관회의에서의 심의를 거쳐 협의하도록 한다. 또한 필요성심사에서 제기된 중요한 질문은 기준으로 삼아야 한다.<sup>232)</sup>

232) 이 심사기준은 다음에 보는 것처럼 전체 10개의 항목으로 구성되어 있으며, 연방법무부와 연방내무부가 공동으로 작성한 것이다. 이 심사기준표는 청색의 용지에 인쇄되어 있어서 이를 「Blaue Prüffragen」이라고 한다. 이 심사목록은 연방법무부가 법령을 심사하는 「법형식성심사」에서 기준으로 삼고 있다. 이 심사목록에 관한 자세한 내용 분석은 Klaus König, 「Zur Überprüfung von Rechtsetzungsvorhaben des Bundes」, in : Dieter Grimm/Werner Maihofer(Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik, Opladen 1988, SS.171~184 참조 또한 이 심사목록의 전문은 Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), 「Handbuch der Rechtsförmlichkeit」, Bundesanzeiger 1991, S.27~30 참조.

법령의 필요성·유효성 및 이해성을 위한 심사목록  
(Prüffragen zur Notwendigkeit, Wirksamkeit und Verständlichkeit  
von Rechtsetzungsvorhaben des Bundes)

1. 보편적으로 당연히 제기되는 문제는 무엇인가

- 1-1 무엇을 달성하여야 하는가
- 1-2 규율요구는 어디에서 비롯하는가 : 어떠한 근거가 제시되는가
- 1-3 그에 비하여 현재의 사실 및 법상태는 어떠한가
- 1-4 어떠한 흠결들이 확인되고 있는가
- 1-5 예를 들어 경제·과학·기술 및 판례 등의 발전이 당면문제와 특별한 관계가 있는가
- 1-6 관계인 및 해결가능한 실제 사례들의 수는 어느 정도인가
- 1-7 발생하는 것은 무엇이며, 발생하지 않는 것은 무엇인가

2. 어떤 대안이 있는가

- 2-1 문제분석이 무엇을 결과하는가 : 문제의 원인이 어디에 있는가? 어떤 요소들이 영향을 받을 수 있는가
- 2-2 추구하려는 목표가 어떠한 일반적으로 적합한 작용도구에 의하여 전적으로 또는 대체가능한 표본작성으로 달성될 수 있는가
- 2-3 어떤 작용도구들이 아래 관점의 고려하에서 특히 최상의 것인가
  - a) 시민과 경제의 비용과 부담
  - b) 유효성(특히 정확성, 목표달성의 정도와 개연성)
  - c) 공공예산을 위한 비용과 지출
  - d) 현존하는 규범의 존속과 계획된 프로그램의 효력
  - e) 부수효과, 사후효과
  - f) 수범자와 집행 주체에 대한 이해와 인용준비성



2-4 어떤 수단을 취할 때 새로운 법규정이 회피될 수 있는가

3. 연방이 다루어야 하는가

3-1 주, 자치단체 또는 다른 국가적 기관들의 취급목표가 - 전적으로 또는 부분적으로 - 그들에게 존재하는 처분권의 도움으로 달성될 수 있는가

3-2 왜 연방이 수행하여야 하는가

3-3 어느 범위까지 연방의 권한이 사용되어야 하는가

4. 법률이 제정되어야 하는가

4-1 규율가능한 대상들이 법률의 유보(본질성이론)하에 있는가

4-2 다른 이유로 규율대상이 그렇게 중요하여, 그 규율이 의회의 유보에 머물러야 하는가

4-3 어떤 형식적 법률이 필요하지 않는 한 : 규율이 하나의 법규명령으로 발해져야 하는가? 왜 행정규칙 또는 경우에 따라서는 연방단체의 자치법규는 충분치 않는가

5. 지금 다루어져야 하는가

5-1 어떤 사안 및 연계성이 여전히 추구되어야 하는가? 그럼에도 불구하고 왜 지금 어떤 규율이 발해져야 하는가

5-2 왜 예견 가능한 변경 및 규율필요성 - 예를 들어 단계적인 효력발생 - 이 여전히 기대될 수 없고 바로 그러한 입법절차에서 파악될 수 있는가

6. 규율범위가 필요한가

6-1 그 초안은 무용한 프로그램원칙 또는 계획목표의 묘사로부터 자유로운가

6-2 규율의 깊이(차별화와 상세화)가 일반적인 파악(유형화, 개괄화, 불확정 법개념, 일반조항, 재량의 부여)을 통하여 제한될 수 있는가

6-3 예견가능한 변경들을 포함하여 세부사항들이 명령제정자(주 또는 연방)

에 양도되거나 또는 행정규칙에서 채택될 수 있는가

6-4 이러한 사례들은 이미 다른 방법으로, 특히 보다 상위의 법을 통하여, 규율 되는가? 예를 들어 다음과 같은 것들을 통하여

- 변형된, 직접적으로 효력있는 시민법적 계약
- 유럽공동체의 명령
- (연방명령에 대한)연방법률
- (일반적 행정규칙에 대한)법규명령

6-5 바로 그러한 규율대상에 관하여 소개된 기술적 법률이 있는가

6-6 이미 존재하는 어떤 규율들이 계획된 법규정에 의하여 언급되는가? 그 규율들은 없어질 수 있는가

6-7 구체적 변경의 필요성을 넘어서 절박한 수정의 동기에서 규율범위가 또한 심사되어지는가

## 7. 효력의 지속이 제한받을 수 있는가

7-1 그 규율이 예견가능한 짧은 시간을 위하여서만 필요한가

7-2 기한부 시험규율이 주장될 수 있는가

## 8. 그 규율이 시민과 친숙하고 이해가능한가

8-1 새로운 규율이 시민의 이해 및 인용준비와 일치하는가

8-2 자유여지 또는 협력의무에 대한 예견가능한 제한들이 왜 포기될 수 없는가

- 금지, 허가 및 고지의무
- 관청에의 개인의 출두
- 신청제출, 고시 및 통고의무
- 형벌 또는 과태료
- 기타 부담들

위의 제한들이 더 적은 부담(허가유보를 지닌 금지 대신의 고지의무)을 통하여 보전가능한가

- 8-3 청구권의 전제조건들 또는 관청의 허가/승인절차가 다른 법적 영역에서 그것들에 일치되지 않는가? 그리고 비용과 시간요구를 최소한으로 줄일 수 있는가
- 8-4 관계인들이 용어선택, 문장구성, 문장길이, 개별 규정의 길이, 체계, 논리, 추상성에 관하여 규정하는 규율을 이해할 수 있는가

9. 규율은 실행가능한가

- 9-1 계약적·책임법적 또는 어떤 다른 방법으로 시민법적 규율로서 충분하다면, 행정집행이 회피될 수 있는가
- 9-2 새로운 관청의 통제와 행정의 개별행위(또는 법원의 간섭)가 왜 포기되지 않는가
- 9-3 선택된 규정들이 직접 준수가능한가? 그 규정들은 법률도입의 개별행위에 대하여 최소한 적은 요구를 기대시키는가
- 9-4 행정법적 명령 및 금지규범들이 현재의 수단에 의하여 관철될 수 있는가
- 9-5 절차와 권리보호에 관한 특별규정들이 포기될 수 있는가  
일반규정들로는 왜 충분하지 않은가
- 9-6 왜 a)권한 및 조직규율들, b)새로운 관청, 조언을 주는 단체, c)협력유보, d)보고의무, 직무상 통제, e)행정기술적 지침(예: 서식용지) 등이 포기될 수 없는가
- 9-7 어떠한 관청 또는 그밖의 기관들이 집행을 행해야 하는가
- 9-8 어떠한 이익다툼들이 행정주체들에게 기대될 수 있는가
- 9-9 집행주체들에게 필요한 작용의 여지가 귀속되는가
- 9-10 집행주체들/집행관청들의 의견이 어떻게 규율목적의 명확성 및 집행위임으로 되는가
- 9-11 계획된 규율이 집행주체의 참여하에서 먼저 심사되어지는가
  - 왜 그렇지 아니한가
  - 어떠한 결과를 가지는가

## 10. 비용과 효용이 적절한 관계에 있는가

- 10-1 수범자 또는 그밖의 관계인의 비용부담이 어느 정도인지 예상되는가
- 10-2 추가적 비용부담이 수범자 - 특히 소규모 중간 기업자 - 에게 부당하게 요구될 수 있는가
- 10-3 연방, 주 및 자치단체들의 예산을 위하여 추가 비용이 얼마나 발생하는가
  - 어떠한 보증가능성이 추가비용에 존재하는가
- 10-4 비용 - 효용 - 분석이 철저히 관철되고 있는가
  - 왜 그렇지 않은가
  - 그것이 어떠한 결과를 초래하는가
- 10-5 어떠한 방법으로 효력, 비용 및 경우에 따라서 효력발생 이후의 규율의 부수효과가 조사되는가

### ○ 함부르크 州政府의 法令審査基準表

(Ziele, Auswirkungen und Durchführbarkeit von Vorschriften,  
Fragenkatalog zur Bearbeitung von Vorschriften Senatsamt für  
den Verwaltungsdienst, Hamburg 1975)<sup>233)</sup>

#### A. 목표정립

- 1. 법령이 달성하려는 목표가 무엇인가
- 2. 목표정립이 상위등급의 목표정립을 실현하는 것인가? 또한 다른 동위등급의 목표정립과는 충돌하지 않는가
- 3. 대안적 목표개념을 고려한다면,
  - a) 규정되어 있는 목표범위를 더욱 부각시킬 수 있는가
  - b) 다른 목표권역을 통하여 좀더 유리한 효과를 기대할 수 있는가

---

233) Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, Regensburg 1984, S.189~190.

B. 시민에 대한 인지도

4. 대체가능한 비용으로 행정의 시민에 대한 규율관계가 시민에게 가장 유리하게 형성될 수 있도록 하고 있는가
5. 정보제공책무 또는 유사한 의무를 통하여 시민에게 부적합한 부담을 가하고 있지 않은가
6. 행정결정에 있어서 시민의 참가가능성이 도출될 수 있는가

C. 행정상의 협력자를 통한 성취

7. 협력자의 개인적 사회적 욕구의 충족에 영향을 주었는가
8. 자기책임적 행위 또는 협력자의 참가에 대한 모든 가능성을 도출하였는가
9. 상이한 욕구에 유리한 효과를 지닌 대체적 해결책을 고려하였는가
10. 협력자의 작업동기가 그 규율을 통하여 유리한 방법으로 영향을 미치는가

D. 유용성과 비용

11. 규율에 드는 비용이 의욕된 유용성과 적합한 관계에 있는가
12. 그 규율이 어떻게 유용성이 있어야 하며, 그것을 지향할 수 있는가
13. 그 규율에 어느 정도의 비용이 요구되는가

E. 인력준비와 조직

14. 필요한 인력이 준비될 수 있는가
15. 그 규율이 현존하는 조직의 범위내에서 실현될 수 있는 것이 아니라, 오히려 특별한 조직상 조치가 필수불가결하다는 것이 예상되고 있는가
16. 관할권의 근거부여 또는 변경이 필수적인가
17. 기타 상부조직상의 결정이 필수적인가
18. 경과규정을 어느 정도까지 두어야 그 시행이 준비될 수 있는가
19. 경과규정의 시행에 있어서 기득권을 최대한 보장하고 있는가(그 규정의 소개 내지 조리의 실현)

F. 행정실제적 실현가능성

- 20. 내용적 관점에서 그 규율의 실제적 실현가능성에 반대하는 생각이 존재하고 있는가
- 21. 의도한 규율내용에 대한 시행규칙이 필요불가결한가
- 22. 표현방식이 명확하고 실용적인가
- 23. 표현방식이 문법적으로 적합한가
- 24. 규정이 자동화에 적합하도록 파악되고 있는가

○라인란트-팔츠 州政府의 法令審査基準表

(Fragenkatalog für die Rechtsvereinfachung, Landesregierung Rheinland-Pfalz 1979)<sup>234)</sup>

1. 법령의 필요성

- 법령의 목표정립이 여전히 요구되고 있는가
- 법령의 목표정립이 단지 국가행위에 의해서만 달성될 수 있는가
- 정치적 청원, 공적 발의, 기관 및 단체와의 협력을 통하여 법적 규율을 회피하는 것이 가능한가
- 규율로 인하여 생활영역에 대한 자기규제가 방해되는가
- 법적 규율이 시민의 형성의 자유를 촉진하는가
- 법적 규율에 대한 헌법상의 근거가 존재하고 있는가

2. 규율의 종류, 범위 및 정도(규율에 설정된 행동영역의 수와 강도)의 필요성

- 본문의 범위에 대한 축소가

---

234) Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, Regensburg 1984, S.191~192.

- 규율구성요건들의 포기
- 단순한 정식화
- 일반적 규범화
- 행정기술적 명분에 대한 법적 규율의 포기를 통하여 가능한가
- 규율의 종류, 범위, 정도가 시민에게 이익이 되는가
- 시민이 정보제공책무 또는 유사한 협력의무를 담당함으로써 부당하게 부담을 받지 않는가
- 행정상 결정에 대한 시민의 참여가능성이 도출될 수 있는가
- 법치국가적 필요성 - 특히 평등원칙 - 을 고려하여 세목적인 규율의 완화도 가능한가
- 결정의 흠을 예방하고 사법적 통제를 충족시키기 위하여 보다 완화된 규율 정도로도 충분한가

### 3. 그 규율은 이해가능한가

- 규율이 명확하고 표면상 이해가능한가
- 법령이 명백하고, 포괄적이면서 모순없이 정돈되어 있는가
- 위임규정에 불필요한 전문적 표현이 내포되어 명확성을 저해하는 것이 아닌가
- 규율에 통일적 표현이 사용되어 있는가? 그 규율이 해석상의 곤란을 초래할 수 있는 용어상의 새로운 문구를 내포하고 있는가
- 규정이 다른 법령과 조화를 이루고 있는가

### 4. 그 규율이 의도하려는 효력이 달성될 수 있는가

- 문제가 되는 범위가 어느 정도 광범위한가
- 규율에 있어서의 문제가 되는 것을 어떤 기준으로 요구할 수 있는가
- 그 규율이 시민의 권리와 의무에 반대되는 것으로 향하고 있는가
- 그 규율이 의도하지 않은 부수적 효과를 가지는가

5. 그 규율이 마찰없이 관철될 수 있는가

- 절차의 지속과 비용이 대체가능한가
- 위임 및 탈집중화의 가능성은 없는가
- 표준화(정식화, 도식화로 인한 경과 등)의 정도가 시민에게 부담이 되는가

○ 헷센 州政府의 法令審査基準表

(Checkliste Prüfung von Vorschriften, Minister des  
Innern des Landes Hessen 1980)<sup>235)</sup>

1. 규율의 허용성

- 1.1 규율에 강제적인 법적 의무가 요구되는가
- 1.2 누가 적합한 규율을 요구하는가
- 1.3 법령의 목표가 다른 방법으로도 달성될 수 있는가
- 1.4 구성요건이 충분히 배열되고 정리되어 있는가
- 1.5 실제적인 사안을 어느 정도로 고려하였는가
- 1.6 이해관계자를 어느 정도 고려하였는가
- 1.7 규율을 하지 않을 경우의 불이익을 어느 정도로 고려하였는가
- 1.8 자치단체에 어느 정도의 비용이 소요되는가
- 1.9 사인에게 어느 정도의 비용이 소요되는가

2. 규율을 서열이 낮은 등급으로 할 수 있는가

3. 규정내용의 개별적인 확정을 어느 정도로 기술할 수 있으며, 어느 정도로 변경할 수 있는가

---

235) Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, Regensburg 1984, S.193~194.



#### 4. 합목적성

- 4.1 의도한 규율사항이 합목적적인가
- 4.2 부수적인 행정상의 지출이 발생하는가
- 4.3 부차적인 인적 및 도구수단이 필요한가
- 4.4 규정내용이 법적용자와 이해관계인에게 이해가능한 것인가
- 4.5 규정내용이 다른 규정의 내용과 조화되었는가
- 4.6 금지/명령규정에 본질적인 측면에서 유의하였는가

#### 5. 효력

- 5.1 효력발생의 시점에도 법적 의무가 존속하고 있는가
- 5.2 현재의 규율을 어느 시점까지 통용시킬 것인가
- 5.3 확정된 결함의 숫자와 비중의 감소 또는 상승경향이 어느 시점에서 제시되는가
- 5.4 새로운 규율이 언제 변경될 것으로 예측되는가
- 5.5 광범위한 관련성을 고려하여 폭넓은 규율을 할 수 있는 시점은 언제인가
- 5.6 시행기관을 효력발생시까지 충분히 준비할 수 있는가
- 5.7 관련 시민이 충분한 시간적 여유를 가지고 새로운 규율을 준비할 수 있도록 하였는가

### ○ 聯邦內務部傘下の 聯邦公共行政教育院의 法令審査基準表

(Prüftabelle für den Test von Gesetzentwürfen, Bundesakademie für öffentliche Verwaltung 1982)<sup>236)</sup>

#### 1. 목표정립

1-1 목표는 어디에서 유래하며(발생, 결과영향), 규율은 필연적인 사실인가

236) Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, Regensburg 1984, S.187~188.

## 附 錄

- 1-2 규율을 통하여 마땅히 목표가 달성될 수 있는가
- 1-3 목표정립이 실제적이며, 제목표의 달성이 가능한 한 제시될 수 있는가
- 1-4 목표는 상위단계의 목표정립(헌법, 정치적 행위우선권)과 일치하는가
- 1-5 동등단계의 목표정립과 갈등이 일어날 수 있는가
- 1-6 기존의 목표정립을 그대로 두고 그것을 변환한다면
  - a)상위목표가 더 적합한 것이 아닌가
  - b)동등한 단계의 다른 목표정립이 더 적합하지 않은가
  - c)예상되는 반발을 최소화 할 수 있는가

## 2. 필요성

- 2-1 규율의 필요성의 상태를 이해하고, 그것을 명확히 조사하였는가
- 2-2 현존의 목표가 법규정의 일관된 집행을 통하여 실현될 수 있는가
- 2-3 국가적 법률을 통해서만 목표를 달성할 수 있는가 또는 다른 방법을 모색할 수 있는가
- 2-4 규율을 통한 목표실현을 위하여 그 도달범위를 제한하고, 또한 세분화하는 것이 필요한 정도인가
- 2-5 정선된 영역(법률, 행정명령)을 통한 규율을 행할 수 있는가? 또는 하위 편성분야를 통한 규율은 충분한가

## 3. 적합성

- 3-1 규율적합성에 대한 근거와 채용근거를 명확히 조사하였는가
- 3-2 규율내용이 적합하고, 달성하려는 목표가 획득될 수 있는가
- 3-3 대체안이 가능하고, 그것이 더 적합하고 또한 목표를 달성할 수 있지 않는가
- 3-4 규율의 부수적 결과가 야기되는가, 달성하려는 목표 또는 정선된 목표 기타 동등하게 정립된 규정의 성취가 저해되지 않는가

#### 4. 실용가능성

- 4-1 규율은 이해가능하며 목적에 적합하게 구축되었는가
- 4-2 법률규정을 통한 제시가 필요최소한도로 국한되고 또한 조화를 이루고 있는가
- 4-3 규율이 충분한 탄력성을 유지하고 있으며, 집행에 있어서 재량권행사 및 부확정 법개념의 채용에도 탄력성을 유지하고 있는가
- 4-4 경과조치에 대한 규율이 충분히 제시되었는가
- 4-5 규율이 객관적으로 국가기능의 전개로 이해되고 있는가? 또한 특별히 조직적인 준비가 필수적으로 요구되는가
- 4-6 집행관할이 공정하며 또한 각주간의 협력의 필요가 명백히 모색되었는가
- 4-7 실제의 관철에 있어서 이전의 관점에 대한 고려없이 행하여지지 않았는가
- 4-8 법안기초에 자동화의 가능성은 제시되었는가
- 4-9 구법으로부터 신법으로의 경과가 명백히 규율되었는가

#### 5. 유용성과 비용

- 5-1 규율의 실현을 기대하는 데 있어서 불가결하고 유효한 수단을 확보하였는가
- 5-2 시행에 필요한 인원은 준비되었는가
- 5-3 규율을 통하여 낭비가 초래되거나 적절한 관계에서 기대되는 실익이 존재하는가
- 5-4 규율이 다른 행정영역에서 바라지 않은 부담을 초래하지 않는가
- 5-5 규율이 장기간에 걸친 현저한 비용상승을 초래할 가능성이 존재하지 않은가

#### 6. 시민에 대한 친숙도

- 6-1 규율이 명확하고 이해하기 쉽게 작성되었는가

6-2 행정청의 결정에 시민의 참여가능성이 도출되었는가

6-3 시민이 의무를 이행하는데 있어서 교부에 대한 설명, 당국의 중재, 정보의 제공 등에 부적절하거나 무조건적인 부담을 지우지 않았는가

### ○聯邦內務部の 市民과 行政의 關係改善을 위한 基準表

(Kriterienkatalog zur Verbesserung des Verhältnisses Bürger/Verwaltung -Regelung A-, Bundesminister des Innern 1981)<sup>237)</sup>

아래의 설문에 내포되어 있는 항목들은 시민과 행정과의 관계에 관한 법령(법률·명령·행정규칙·준칙·모든 종류의 강령 등)에 관한 심사에 있어서 우선적으로 적용될 수 있다. 주요항목은 규율의 객관성 뿐만 아니라 절차적합성의 영역과도 관련될 수 있다. 규율의 객관적 영역에 관해서는 개별적인 이해관계에 구체적이며 확정적으로 규율될 수 있는 방안보다 간결하고 탄력성있는 그리고 무엇보다도 명확한 규율이 시민의 이익과 매우 일치하는지 여부의 문제가 특히 다양하게 제기된다. 이것은 일반적 선례에 따를 것이 아니라, 단지 오히려 개별적 경우에 결정되어야 할 것이다.

#### 1. 정치적 목표가 국가적 행위를 통해서만 달성될 수 있는가

1-1 어떠한 정치적 목표정립이 문제의 해결과 직결되는가

1-2 정치적 목표정립에 따른 국가적 행위가 필수적인가

1-3 정치적 목표정립에 공적 과제의 부분적 또는 전체적 수행이 달성될 수 있는가

1-4 사인 또는 간접적인 공적 업무의 간접적 수행자에게 양도하는 것이 가능한가 그리고 이러한 양도가 규율에 있어서 어떠한 결과를 가져오는가

---

237) Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, Regensburg 1984, S.195~199.

## 2. 국가적인 영향력 판단에 다양한 가능성을 야기하였는가

- 2-1 문제에 대한 대체적 해결책을 둘러싸고 어떠한 고려를 하였는가? 법규를 기피하는데 대한 규제로서 어떤 특별한 해결책이 있는가
- 2-2 어떤 법규를 통하여 규율을 위반할 수 없도록 하는 헌법적 또는 그밖의 전제가 있는가
- 2-3 정치적 청원, 공개적인 운동 등을 통하여 규율을 회피하는 것이 가능한가
- 2-4 문제의 징후보다는 원인을 평가하는 해결책이 있는가
- 2-5 국가적 급부를 통하여 문제의 해결이 모색될 수 있는가

## 3. 규율의 위치가 정당히 선택되었는가

- 3-1 규율의 위치가 법체계상의 기반에서 볼 때 사항적으로 정당한가
- 3-2 시민과의 관련에서 그 규율의 실천이 마찰이 없고, 비용도 저렴하게 보장 되도록 그렇게 위치가 선정되었는가

## 4. 규율의 강도가 적절한가

- 4-1 규율이 누구에게 직접적으로 적용되는가(시민 또는 행정기관), 그 규율이 수범자를 의식하고 구성되었는가
- 4-2 생활사안이 법률, 명령 및 행정규칙의 순으로 규율되는가
- 4-3 그때 그때의 규율 및 규율의도가 구성요건상의 구체화 및 명확화정도, 규율목적과 규율종류(법률, 명령, 행정규칙)에 비추어 적절한가
- 4-4 불확정 법개념을 좀 더 사용하는 것이 가능한가
- 4-5 그때 그때의 규율과 규율의도가 법적 효과 및 대체적인 국가작용으로 인하여 포기하거나 또는 현재 확정된 것을 고정화할 수 있는가? 더 많은 결정 및 선택재량이 부여될 수 있는가
- 4-6 법규명령과 행정규칙을 통하여 법률상 허용된 재량여지를 특별히 엄격하게 제한할 수 있는가
- 4-7 법규와 법규내부간의 체계에 대한 향상된 이용을 통하여 지나치게 상세

규율을 회피할 수 있는가? 법률의 개괄적인 명확화로 지나치게 법규명령과 행정규칙의 세부적인 규율을 허용하고 있지 않은가? 어떤 일반적 및 특별한 부분에 법규를 정리함으로써 지나치게 상세규율을 회피할 수 있는가

4-8 특수한 규율을 일반적 규율에 비하여 상위에 위치할 이유가 있는가

## 5. 규정되고 있는 규율이 기한부로 될 수 있는가

5-1 정해진 규율을 지속적으로 존재하는 질서권역으로 설정하여야 하는가

5-2 실제적 문제의 해결에 중점을 두어 조정이 가능하거나 또는 시간이 경과함에 따라 변경되는 것에 대한 해결책이 존재하는가

5-3 규율의 효력의 지속을 제한하는 것이 가능한가, 또는 기한의 확정없이 규율의 재검토를 미리 예견하는 것이 더 합목적적인가

5-4 규율의 효력발생시 법적 효과가 즉시 전범위에 걸쳐 발생하는가, 또는 시간적으로 단계화된 규율을 하는 것이 가능한가? 시민의 부담이 시간적인 단계에서 명확하게 되거나 다시 해제될 수 있는가

5-5 그 규율이 쓸모없게 되려면 어떤 전제조건이 발생하여야 하는가

## 6. 규율의 명확성이 보장되는가

6-1 규율된 법적 소재가 판결 및 문헌에서 명확히 언급된 개념으로 환원될 수 있는가? 법적 개념이 확정되어, 어느 정도까지 그 정의된 개념을 유추적용 할 수 있는가? 규율에 있어서의 모든 개념이 통일적으로 사용되는가

6-2 유사한 범영역에서 어느 정도까지 통용되는 전문용어로 환원될 수 있는가

6-3 어떠한 원인으로부터 개별사안의 해결을 지향하여 행해지는 규율(처분적 법률)의 경우 그것이 가능한 한 동등한 효력을 가지도록 고려하였는가

6-4 법규상의 개념적용에 있어서 어느 정도까지의 예측진단적 결정이 필요한가 그러한 진단, 예를 들면 어떤 제안자의 규율의 명확성의 필요성에 대한 문제제기가 필수적으로 가치있는 요소를 지향하고 있는가

7. 규율이 충분한 탄력성을 제시하는가

- 7-1 신중하지 않고, 비교할 수 있는 집단군과 미리 예견할 수 있는 미래사안을 고려하지 않고서도 일반적인 규율이 가능한가
- 7-2 법의 질적인 면의 감축과 동의필요성의 폐지를 통하여 규범의 변화가능성이 완화될 수 있는가

8. 규율이 시민과 행정에게 이해와 통찰이 가능한가

- 8-1 방법론적 및 전문적인 관점을 고려할 때 쉽게 이해가 되는 평이한 용어 선택이 행하여 졌는가
- 8-2 규율이 명확하고 함축성있는 문장으로 구성되었는가
- 8-3 규율이 모순없이 구성되고, 일목요연하게 배열되었는가
- 8-4 규율 그 자체가 상호 이해되고 있는가

9. 규율의 목표, 내용, 효력 및 실행이 시민에게 충분히 주지되고 있는가

- 9-1 어떠한 정보제공조치들이 필요한가
- 9-2 정보제공조치를 위한 책임과 권한이 명확하게 확정되어 있는가
- 9-3 정보제공조치들이 적시에 준비되었는가
- 9-4 시민에게 특히 절차규율과 그 절차규율에 당연히 참가하는 권리에 관하여서도 충분히 고지하였는가

10. 법률이 마찰없이 실행될 수 있는가

- 10-1 규율의 발동에 있어서 규율의 실행에 필요한 행정능력이 존재하는지의 여부가 고려되고 있는가
- 10-2 규율에 대한 행정상 집행에 곤란성과 문제점이 나타나거나 또는 예상되는 경우에는 어떠한가
- 10-3 집행에 수반한 문제가 가상모형 또는 도상계획을 통하여 인식가능한가
- 10-4 규율의 실행에 관하여 관련 이익대표들 또는 단체로부터의 의견이 제시

되었는가

- 10-5 실행된 규율에 어떠한 이의신청, 재판, 감독절차에 관한 대상이 존재하는가
- 10-6 행정상 집행에 즈음하여 목표상호간의 갈등이 인식될 수 있는가? 즉, 규율의 실현시 다른 보호가치있는 중대한 이익이 침해되는가
- 10-7 규율을 변경할 때 집행문제가 상응하는 고려를 발견한다는 것이 보장되는가
- 10-8 규율이 준수되는지 또는 규율이 준수되지 않는다는 것을 기대할 수 있는가? 준수가 통제가능한가

## 11. 권한-, 조직-, 권리구제규율이 사항적으로 정당한가

- 11-1 권한규율이 필요하고 사항적으로 정당하게 형성되었는가
- 11-2 규율에 유보되어 있는 감독권(적법성 감독, 합목적성 감독, 허가유보, 예외적 승인)이 필요하고 사항적으로 정당하게 형성되었는가
- 11-3 상당한 시민의 참가가 예견되는가
- 11-4 주/자치적 관할구역단체에 대하여 충분한 형성의 자유가 귀속되는가
- 11-5 일반적인 행정내부의 관청에 의하여 또는 특별관청(특별행정)에 의하여 더 잘 규율이 실천되는가
- 11-6 행정절차에서 시민의 권리가 충분히 명백하게 정의되는가
- 11-7 권리구제수단이 사항적으로 정당하게 규정되는가

## 12. 규율로써 효력이 발생되는가 또는 기대할 수 있는가

- 12-1 규율의 사실적 효력에 관한 교시가 주어진 지침이 발견될 수 있는가
- 12-2 규율이 목적으로 삼는 효력을 발생하지 않는다는 것을 위한 다른 근거가 존재하는가
- 12-3 규율이 상대방 및 관계인에 의하여 받아들여지는가? 얼마나 많은 시민이 경우에 따라서는 어떠한 범위로 규율을 실제로 사용하는지에 관한 보고가 있는가



### 13. 비용과 유용성이 상당한 관계에 있는가

- 13-1 규율의 유용성을 어디서 볼 수 있는가? 어떠한 가치, 목표, 척도와 요소가 이것을 위하여 규정되는가? 직접적 유용성 이외에 간접적 유용성도 고려되었는가
- 13-2 성질상 및 또는 양적인 비교척도가 유용성규정을 위하여 발견될 수 있는가 이것이 화폐단위로 가능한가
- 13-3 특히 인적 수단과 물적 수단에 있어서 직접적 비용(예산지출 뿐만 아니라)은 어떠한가
- 13-4 제3자에 있어서 발생하는 간접적 비용, 즉 효력이 고려되었는가
- 13-5 시민에게 비용을 전가하는 규율이 어느 정도까지 존재하는가

### ○行政上 強制措置와 有關한 過怠料賦課의 必要性에 對한 指針

(Leitsätze zur Erforderlichkeit bußgeldrechtlicher Sanktionen, insbesondere im Verhältnis zu Maßnahmen des Verwaltungszwangs, 1983.5.3. 결정)238)

#### 1. 일반원칙

법적 의무를 적시에 이행하지 않거나 불완전하게 이행함으로써 중대한 공동체의 이익에 현저한 불이익이 초래되는 경우에 대해서만 질서위반법상의 수단이 사용되어야 한다.

의무위반이 중대한 공동체의 이익과 무관한 경우에는 과태료는 부과할 필요가 없다.

238) Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), 'Handbuch der Rechtsförmlichkeit', Bundesanzeiger 1991, S.30~31.

## 2. 과태료부과를 통한 특별한 급부의무의 실행

### 2-1 행위의무

규정이 주로 규정적용대상자의 보호나 이익에 기여하는 것을 목적으로 하는 경우 또는 각각의 작위의무를 준수하지 않더라도 중대한 공동체의 이익에 현저한 불이익이 초래되지 않는 경우에는 작위의무의 실행에 관한 규정상에 과태료부과를 규정할 필요가 없다.

### 2-2 보고, 신고 및 통지의무

보고, 신고 또는 통지의무의 이행이 있는 경우에 그로서 중요한 공동체이익의 유지를 위한 관할 행정청의 활동이 가능한 경우에만 정보제공의무, 신고 또는 통지의무의 실행에 관한 규정상에 과태료부과를 규정한다.

### 2-3 수인의무

수인의무의 불이행이 중대한 공동체의 이익에 대한 현저한 불이익을 초래하는 경우에만 보충적으로 사용되는 다른 행정법상의 조치에 방해가 되는 경우에만 수인의무의 실행에 관한 규정상에 과태료부과를 규정한다. 그밖의 경우에는 행정강제수단에 의한 수단이 사용된다.

### 2-4 지급의무

금전채권의 지급의무에 관한 규정상에는 과태료를 규정할 필요가 없다.

### 2-5 기타 협력의무

이미 각각의 협력의무의 비준수가 중대한 공동체의 이익에 대한 현저한 불이익을 초래할 우려가 있는 경우에만 통지에 있어서의 별정서식 용지의 사용과 같은 기타 협력의무의 실행에 관한 규정상에 과태료부과를 규정한다. 협력이 현저한 불이익없이 회복될 수 있는 경우에는 이는 행정강제수단에 의하여 실행되어야 한다.

### 3. 행정급부의 공급거부 또는 박탈

#### 3-1 행정급부의 공급거부

관계인의 행위가 행정급부의 공급거부에 의하여 규제될 수 있는 경우에는 과태료부과는 필요하지 않다.

#### 3-2 행정급부의 박탈

관계인의 행위가 행정급부, 면허, 수익 등에 대한 박탈의 계고나 박탈에 의하여 규제될 수 있는 경우에도 과태료부과는 필요하지 않다.

### 4. 과태료부과에 의한 강제집행대상이 되는 행정행위의 집행

강제집행을 통하여 행정행위의 목적을 달성할 수 있는 행정행위(명령, 부담)에 대하여는 과태료를 규정하지 않는다.

### 5. 과태료부과와 의무의 존재와의 불일치

임의적으로 양도될 것이 전제된 의무에 대하여는 과태료부과가 중지된다.

### 6. 과실에 의한 위반행위에 대한 과태료부과

원칙적으로 고의에 의한 위반행위에 대하여만 과태료가 부과된다. 과실에 의한 위반행위에 대하여는 법적 의무의 실행을 위하여 필요한 경우에만 과태료가 부과된다.

### 7. 일정한 인적 집단에 대하여만 적용되는 의무에 대한 과태료부과

명령 또는 금지가 노동법상, 징계법상 또는 직업법상의 조치에 의하여 충분히 확보될 수 있는 경우에는 과태료부과를 요하지 아니한다.

## ○W.Hugger의 法令審査基準表

(Checkliste zur Erarbeitung und Prüfung von Rechtsvorschriften, 1983)<sup>239)</sup>

### I. 국가적 개입의 필요성과 법형식적 규율의 필요성

1. 문제의 기간, 범위 및 긴급성에서 법제정을 위한 국가적 행동이 필요한가, 국가의 책임하에 놓여있는가, 국가적 개입/행동을 법령으로 할 것인가
2. 공적 과제가 문제로 되어 있는가
3. 과제가 국가적 조정을 필요로 하는가 아니면 사적 또는 간접적 공적 담당자에게 위임할 수 있는가
4. 소재가 특히 법률을 통하여 규율할 것이 요구되는가 아니면 다른 해결가능성이 모색될 수 있는가
5. 법적 형식/비법적 형식의 제안과 해결방안을 다른 행정국면, 다른 주 또는 사인에게 인정하여 위임할 것인가, 아니면 그들의 경험을 충분히 고려할 것인가
6. 연방입법자를 통하여 주의 권한으로서 법령의 발안/규율이 허용되는가
7. 현존하는 법령에 대한 사소한 개정/증보 또는 개선 및 정밀한 집행을 위한 독자적 규율의 여지가 있는가
8. 준비하고 작업중에 있는 법령안에 개정을 위한 조정 및 개괄적 계획이 필수적으로 확보되어 있는가
9. 그 입법계획이 대규모의 정치적, 프로그램적 연관하에 폭넓은 예측가능성을 고려한 가운데 준비하여 도출한 활동인가
10. 상기의 입법계획에 대해 반론이 예상되는가, 계획의 실현에 정치적 갈등이 야기되는가, 법률작업계획(관여/홍보정책)을 완화하여야 할 것인가
11. 시민에게 지나친 요구(법에 대한 몰인식의 증대, 방향성상실)가 우려될

239) Werner Hugger, 「Gesetz-Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung. Ein Handbuch für Praxis und Studium mit einer Einführung von Carl Böhret」, Baden-Baden 1983, S.341~350.

수 있는가

12. 법령의 시행에 있어서 집행부서에게 지나친 부담 또는 마비상태를 초래할 수 있는가
13. 입법계획에 재정적 관점을 예측하여 예산규모에 책정해 두었는가
14. 그 계획에 국가의 행동여지 및 형성가능성을 위하여 어느 정도의 장기간의 효과를 예상하고 있는가

## II. 목표실현전략

1. 법령에 추구하는 목표가 현재 달성가능한가 아니면 추가적인 보조책(홍보, 공개작업)이 필요한가
2. 채용된 사실(실제, 법적 사실)이 집행가능하고 충분히 신뢰할 수 있으며, 입법자가 개입을 결정한 항목과 목표가 객관적인 근거가 있는가
3. 불이익에 대한 처벌 또는 부담을 초래하는 것에 대신하여 적극적인 장려 내지 촉진을 통하여 바람직한 행위 또는 의욕하려는 상태를 달성할 수 있는지를 검토하였는가
4. 처분의 원인과 행위의 근거가 되는 표현형식이 사실/규율동기에 적합하며 명시적으로 표명된 목표와 당위상태에 상응하는 것인가
5. 목표실현을 위한 대안적 조치를 고려하고 그 예상되는 효과와 유용성을 평가하였는가
6. 선택된 조치에 대해 우선적으로 효과비용과 비용효용관계를 고려하였는가
7. 예측하지 못한 방향으로의 전개나 부작용 등에 대한 위험을 얼마나 신중하게 평가하였는가

## III. 법령의 기본적 구상

1. 목적정립이 충분히 신뢰할 수 있으며, 광범위한 규율목표에 적합하고 실현할 수 있는가
2. 법령의 목적이 의도한 결과를 달성할 수 있는가
3. 법령의 목적이 법 적용과 효력의 통제 및 사정을 고려하여 그 방향성을 제

시할 수 있도록 일의적이고 명확하게 충분히 구성되었는가

4. 법령의 전체적 목적확정과 개별 법문의 목적확정이 상호 모순없이 되어 있으며 전체가 상위의 목표관념과 일치하고 있는가
5. 부가적인 목표/목적이 인지되는가, 그것을 법령 그 자체 또는 법령의 기초에 제시할 수 있거나 또는 제시하여야 하는가, 그것을 모순없이 동등하게 상위목표/목적과 일치할 수 있도록 배치할 수 있는가
6. 규율소재를 미래지향적·목표지향적으로 개방된 목적프로그램으로 할 것인가 아니면 사실관계를 특정의 법률효과와 결부되는 조건프로그램으로 규범화할 것인가
7. 규율이 법적용자와 이해관계인이 예측할 수 있도록 허용하고 있는가

#### IV. 규율메카니즘의 형성

1. 입법작업에 즈음하여 가능한 기본적인 요소를 전부 획득하였는가, 폭넓은 정보가 필수적인가, 구성요건형성에 있어서 그 의미를 정당하게 판정하였는가
2. 법령문에 수범자의 바람직한 행동변경/행동보호를 위하여 적극적 또는 소극적 제재강도를 부가하거나 채용할 것이 기대되고 있는가
3. 적극적 또는 소극적 제재/급부청구권 등이 법적 결과의 측면에서 유사한 구성요건을 정한 규정이나 다른 법령의 규정과 조화를 이루고 있는가
4. 어느 정도의 남용, 회피 및 비복종가능성이 있는가, 그것을 어떻게 방지할 수 있는가
5. 범죄행위요건과 질서위반요건을 어느 정도로 확정하였는가, 형벌부과대상과 과태료부과대상을 어느 정도로 예상하였는가
6. 기대되거나 필수적으로 요구되는 집행밀도를 고려하여 적극적/소극적 제재수단을 배분하였는가
7. 법률의 확정에 즈음하여 법률에서 제시된 수범자에 대한 조치와 그 조치의 결과로 발생하는 생활사실에 대해 법적용자에게 빈번한 예측적 결정을 요구한다. 이러한 법적결과의 결정에 대한 예측의 여지가 사실에 적합하

- 고 그 예측이 법적용자에게 규율의 목표와 목적의 방향성과 일치할 수 있게 유용한 것인가
8. 법률에 규정된 법적 결과가 실현되며 또한 실현될 수 있도록 확보되었는가
  9. 구성요건 - 법적 효과라는 도식은 엄격하게 행정과 재판적 결정에 당연히 따라야 한다. 양자가 사실적합성과 상호밀접성을 가지고 항상적이고 단계적인 경과에 있는가
  10. 권리남용적 행동(적절한 회피, 불이익의 조정, 이익의 극대화)을 조장할 수 있도록 고정된 태도와 가치한정을 실현한다. 이러한 위험을 고려하였으며 그것을 감소시키거나 불가능하게 할 수 있는가

#### V. 적용과 집행의 내용확정

1. 법률의 시행을 위하여 다수의 행정명령/지침이 필요한가, 그것이 예상되는 시점에 시의적절하고 통일적으로 발령될 수 있는가
2. 법률의 시행에 따른 주무 행정관청이 배치되었는가
3. 법률의 시행에 즈음하여 행정부문에서 어떠한 정보조사와 정보축적 및 정보처리의 요구가 발생하는가
4. 법률의 시행에 따른 작업경과나 개별활동이 현재의 행정상 진행과정과 조직내부적인 실상과 일치하는가, 그러한 관점에서 법령을 변경할 수 있는가
5. 공동작업의 필요성이라는 난점을 극복하기 위하여 다수의 행정부서를 설치할 수 있는가, 개별적 소관사항을 가능한 한 명확하고 중복되지 않도록 배치하였는가
6. 행정청이 급부를 제공하여야 하는 경우에 시민에 대한 안내, 보고, 판정, 측정의 고지를 어떠한 절차와 방법, 도구로 행할 것인가를 규율하였는가
7. 행정이 신규 또는 개정된 과제를 처리하는데 있어서 전문적이고 충분한 지식을 가지고 있는가, 어떠한 조치가 필요하며 그 조치를 어떻게 주도할 것인가
8. 적용하려는 법문에서 행정에게 어떠한 유보가 존재하는가, 그것을 완화시

킬 수 있는가

9. 행정의 법률의 적용에 있어서 심사와 통제업무에 활용하기 위하여 필요한 정보와 지시를 입수할 수 있는가, 행정임무를 위탁받은 이해관계자에게도 상응하는 정보를 제공하고 또한 협력의무가 있음을 주지하였는가
10. 법률의 시행에 있어서 일정한 서식이 필수적이거나 합목적적인 경우, 그것이 시의적절하게 제공될 수 있고 또한 이해가능하고 실제적인 형식으로 되어 있는가
11. 시민이 권리를 주장하거나 의무를 이행하기 위하여 법률이나 행정명령을 어느만큼 알고 있는가
12. 시민이 법률에 의하여 행하여야 할 의무와 부여된 권리 및 청구가 확보되어 있음을 즉각적으로 완비된 형태로 주지하고 있는가
13. 시민이 권리를 주장하거나 의무를 이행하는데 있어서 몇개의 행정기관과 행정상 어느 만큼의 행정적 접촉이 발생하는가
14. 시민이 집행관할을 명확히 인식할 수 있는가
15. 시민에게 불필요하고 지나치게 나열된 정보, 보고 및 자료를 요구하고 있는 것을 방지할 수 있는가
16. 이해관계인의 참가 및 협력권을 고려하였는가, 그러한 이해관계인의 참가 및 협력이 행정상 실용적이고 효율적인 담보가 될 수 있는가
17. 행정상 급부의 제공에 수수료를 명확히 규정하였는가, 수수료책정의 대강적 기준과 징수권한을 규정하였는가

## VI. 비용과 재정

1. 법령의 시행이 언제 종료 - 평가 - 되는가
2. 실질적 법률비용
  - 2.1 법령에 있어서 결손의 원인이 된 목적지출이 평균적으로 어느 정도인가
  - 2.2 그 지출을 조정하고 확보하는 자금조달이 완전하고 지속적인가
3. 행정적 비용
  - 3.1 법령의 실행을 위해서 어느 정도의 업무부서와 소관부서 및 어느 정



- 도의 지속적 처리가 요구되는가
- 3.2 법률적으로 유보된 개인적 경비를 얼마나 높은 비용으로 계산하였으며, 실제 필요가 발생한 초과비용을 어느 정도 높게 추량하였는가
  - 3.3 경영경제적인 관점에서 재산형성(투자, 이윤) 비용을 어느 만큼 미리 계산하였는가, 필요한 투자조치의 효과비용을 어느 정도 높이 계산하였는가
  - 3.4 행정에 요하는 설비비가 어느 정도 발생하였는가
  - 3.5 전체적으로 어느 정도의 높은 행정비용(개인적비용, 투자비용, 행정적 설비비)과 그로부터 어느 정도의 수입(수수료, 매각)이 발생되었는가
  - 3.6 행정비용의 조달가능성이 확보될 수 있거나 아니면 다른 부문에서의 급부축소를 통한 과중한 부담을 담당하여야 하거나 또는 예측가능한 집행상의 하자를 조절하여야 하는가
4. 법령의 시행에 새로운 자격요원이 요구되는가, 그것을 어떻게 달성할 것인가
  5. 공공 예산상 수입구조와 지출구조가 얼마나 장기적인 효과가 기대되는가
  6. 간접적 자금조달을 위한 부담(조세, 사용료, 수수료, 분담금)이 사인, 즉 개별 시민에게 얼마나 할당되는가, 그 부담의 실행에 있어서 금액의 변동(소득, 조세)이 있을 때 이를 어떻게 관련시킬 것인가
  7. 법률에 근거한 행정업무의 수행에 사인에게 어느 정도의 높은 부담을 주는가. 대가부여를 통한 비용의 전가를 산정하였는가, 그 부담이 부담한도내의 조정에서 볼 때 부족될 가능성이 있는가
  8. 통지의무, 제공의무, 보고 및 신고의무 등으로 시민에게 어느 정도의 과중한 부담을 주는가, 요구된 회답/보고가 부담한도내의 경비로 조달되는가
  9. 행정적 사정에 따라 발생한 결원을 어느 시점에 채용을 요구할 것이며, 결원으로 인한 행정적 처리기간의 지연으로 인하여 시민과 사인의 부담/불이익이 어떻게 발생하는가
  10. 전술한 기본적인 조사결과 비용/효용관계가 정확하게 제시되어 있는가, 새로운 고려에 의하여 개별적 구성요건요소/절차법적 확정이 이루어진 경

우에 비용효과의 변경을 증명할 수 있는가

11. 법률의 사후시행을 위하여 비용의 확보가 고려되었으며, 자금조달이 가능한가.

## VII. 법실체적 작성

1. 기본형식선택 : 적절하고 상응하는 규율형식을 선택하였는가
2. 규율강도
  - 2.1 규율소재를 어느 정도로 완전하게 규율하였는가 아니면 완전하지 못하게 규율하였는가를 심사했는가
  - 2.2 채용된 개별사안의 규율이 불가결하며 허용될 수 있는 것인가
  - 2.3 규율강도의 채용(불확정법개념, 일반조항, 재량 등)에 있어서 행정기관에게 결정 및 행동여지를 부여하고 있는가
  - 2.4 개별적인 규정을 완벽하게 정식화하여 행정기관이 법을 운용하는데 장애가 되지 않는가
  - 2.5. 사실을 무조건적으로 필수적인 규율동기/사안으로 보아 이를 제한하고 있지 않은가, 불필요한 규율을 하고 있지 않은가
3. 법정립위임
  - 3.1 가능한 한 형식적 법률 - 법규명령 - 행정규칙이라는 조성원칙을 준수하였는가
  - 3.2 법정립경제성의 의미에서 개정되기 쉬운 사안의 규율을 위임하였는가
  - 3.3 위임에 있어서 수권규정의 내용, 목적, 범위에 관해 충분히 확정하였는가
  - 3.4 법률의 목표와 일치하는 효력규정을 어느 범위까지 제3자에게 인정할 것인가. 부가적인 효력인정에 관한 내용을 삽입하여야 하는가
  - 3.5 위임의 권한과 재위임의 권한이 확보되어 있으며, 그러한 권한이 시의적절하고 필요한 범위에 사용되었는가
4. 법적 개념
  - 4.1 선택된 법적 개념이 행정기관에게 사실에 즉응한 결정 및 활동여지를

부여하고 있으며 법령의 목표와도 일치하는가

- 4.2 불확정 법개념, 규범적 법개념 및 일반조항이 바람직하고 허용되는 해석에 기초를 둔 명확한 관념으로 선택되어 있는가
- 4.3 법적 개념이 실제적이고 사실과 밀접하고 사실에 적합한 행정적 결정을 도출하고 있는가, 그것이 사법적으로도 그러한가
- 4.4 법적 효과의 결정에 있어서 행정기관의 재량의 여지가 명료하게 정의되고 충분히 한정될 수 있는가
- 4.5 행정자동화의 지향을 위하여 가능한 한 최대한으로 의미와 개념을 명확하게 형성할 가능성을 심사하였는가

5. 개념선택

- 5.1 가능한 한 구체적이고 명확하고 간결하게 정식화하였는가, 다의적이고 막연한 개념을 제거하였는가
- 5.2 개념을 통일적으로 사용하였는가
- 5.3 전문적이고 특수한 개념과 의미를 명료하게 정의하였는가
- 5.4 복잡하고 장문의 문장구조를 회피하였는가
- 5.5 법령문이 전체적으로 탄력적으로 형성되었는가(수동적 문장의 배제, 상세한 표현 등)

6. 절차적, 과정적 규율(법적 수단, 재판관할)이 요구되는가

VIII. 법기술적·법형식적 작성

1. 의미적합적인 범영역군(법률, 법규명령, 행정규칙)을 올바르게 선택하였는가
2. 규율이 광범위한 법적 해결을 필요로 하는가, 그것이 확보되어 있는가
3. 구성/체계
  - 3.1 법령의 구성이 법적용자/독자가 통상적으로 예견할 수 있는 모습(누구에게, 누가, 무엇을, 어떻게)을 취하고 있는가, 그에 상응하는 질서원리를 인식할 수 있는가
  - 3.2 구성이 전체적으로 일목요연한가, 내용적으로 상호 밀접한 관련이 있는 것이 집중적으로 배열되어 있는가

## 附 錄

3.3 파악하기 쉽게 제명/장/절/조/항을 선택하였는가

3.4 개별 항이 충분히 세분화되었는가

### 4. 준용의 처리

4.1 내부적 또는 외부적 준용을 필요 최소한도로 한정하였는가

4.2 법령문을 함목적적으로 간결하게 하기 위하여 내부적인 준용이 반드시 필요한가

4.3 외부적 준용을 국한된 부분에 두어 수시로 현재적 파악을 확인할 수 있도록 하였는가

4.4 법령문의 일부의 개정가능성에 대비하여 동태적인 준용을 고려하였는가, 그러한 개정이 현재 관찰되어 유지되고 있는가

4.5 부가적으로 개방된 해석여지를 위하여 포괄적 준용을 사용하는 것을 고려할 수 있는가

### 5. 시행 및 경과규정

5.1 적절한 시행규정을 마련하였는가

5.2 효력발생의 시점을 선택하는데 있어서 법령의 시행을 위한 충분한 기간을 고려하는 한편 필요한 후속 규정(시행령/시행규칙)을 공포할 수 있는가, 법률의 규정을 서서히 효력을 발생하도록 하는 것도 고려하였는가

5.3 소급효금지(형벌, 과태료규정)를 준수하였는가

5.4 적용제한(지역적, 시간적)에 필요한 경과규정이 포함되었는가

5.5 종전의 법을 완전히 실효하도록 정리하였는가, 실효된 법령을 준용하는 법령에 대해 별도의 조치를 하였는가

## IX. 사후통제의 확보

1. 법령의 공포를 중단하여 최초의 단계로 되돌아가서 그 효력의 불명확성을 광범위하게 심사하고 진단하여 시행하였는가

2. 법령의 통용기간내에 비용과 효력에 대한 현저한 예측불확실성에 직면하여도 바람직한 것인가

3. 책임있는 부처의 보증/집행을 담당하는 소관부서의 법령의 효력상의 하자  
에 대한 정기적인 조사가 필요하고 바람직하게 되어 있는가
4. 법령의 시행에 따른 경과의 정기적인 보고가 법률로 확정되었는가
5. 시행의 권한과 합목적적인 사례실험에 따른 재정적 조치, 규정의 준수 및  
시행에 따른 필요한 정보의 공표가 이루어졌는가
6. 법령의 효력을 통제하기 위해 법외적인 경우를 고려하였는가

## 〈스위스의 法令審査基準表〉

### ○聯邦政府의 立法技術指針

(Richtlinien der Gesetzestechnik 1976, Herausgegeben von der Schweizerischen Bundeskanzlei und der Eidgenössischen Justizabteilung)<sup>240)</sup>

#### 1. 사전준비절차

법안작성에 있어서 행정내부적인 사전준비절차에 대해서는 1972.1.1.에 마련된 내각업무(Bundesratsgeschäfte)의 준비 및 처리에 관한 연방수상의 지침을 준수하여야 한다. 동 지침에 의하면 모든 법안은 연방수상의 보고절차와 연방법

---

240) 스위스의 법안심사기준(Richtlinien der Gesetzestechnik)은 1968년 당시 연방부수상이었던 Felix Weber의 제안에 의하여 법령안입안시의 문장과 구조상의 통일적 형성의 필요성을 위한 작업을 개시한 이래, 1972년 4월 1일 법안심사기준안을 완성하여 잠정적으로 시행하였다. 그 후 이 잠정안은 정부각부처의 경험과 태도표명 및 학계에서의 제안 등을 통하여 상당히 보완되어 마침내 1976년 9월 연방수상과 연방법무부가 공동으로 최종안을 마련하여 현재에 이르고 있다. 연방정부(Bundesrat)는 각 부처의 법령의 준비와 처리에 즈음하여 그 통일적인 행정의 수행을 위하여 이 심사기준에 의거하여 법령안을 작성하여야 하며, 연방법무부에서는 이 심사기준에 의거하여 각부처의 법령안을 전문적으로 평가하고 심사한다. 이 심사기준은 전체 10개 항목으로 구성되어 있으며, 부록으로 규율에 있어서 특별한 법적인 문제가 되는 요소인 행정절차 및 행정법상의 의무/행정적 제재/형벌확정 등 3개 항목에 대한 세부적 지침을 제시하고 있다. 그리고 법안심사기준은 연방뿐 아니라 각 주(Kanton)에서도 나름대로의 법안심사기준을 마련하여 시행하고 있다. 스위스의 법안심사기준에 관한 자세한 내용은 Georg Müller, 「Richtlinien der Gesetzestechnik in Bund und Kantonen」, in : Jürgen Rödiger(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976, SS.211~220 ; Reinhold Hotz, 「Methodische Rechtsetzung」, Zürich 1983, SS.111~115 등 참조. 또한 스위스의 법안심사기준의 전문(부록포함)은 Günther Winkler/Bernd Schilcher(Gesred.), 「Gesetzgebung」, Wien/New York 1981, SS.257~284 참조.

무부의 해당부서에 제출하도록 하고 있다.

## 2. 법안의 형식

### 21 연방의회(Bundesversammlung)의 법안

1962.3.23. 의사처리에 관한 법률(Geschäftsverkehrsgesetz, GVG)의 발효이후 연방의회의 법안은 다음의 범형식을 취한다.

연방법률(Bundesgesetz) : 무기한적, 국민투표가 의무화된 법안(GVG 제5조 제1항)

일반적 구속력을 가지는 연방결의(Allgemeinverbindlicher Bundesbeschluss) :

- 기한부, 국민투표가 의무화된 법안(GVG 제6조제1항)
- 긴급한, 따라서 1년 이상의 발효기간내에 국민투표에 회부하도록 기한을 정하는 법안(GVG 제6조제3항)
- 위임법령에서 국민투표가 명시적으로 배제되는 기한부 또는 무기한부 법안(GVG 제6조제2항)
- 법정립적 행위가 아닌 국민투표가 의무화된 법안(예컨대 국민투표가 의무화된 조약의 비준)

단순한 연방결의(Einfacher Bundesbeschluss) : 사항이 기한부 또는 무기한부 작용으로서 법정립적 행위가 아닌 것은 국민투표에 회부하지 아니한다(GVG 제8조).

연방법률과 연방결의는 제목에 있어서 차이가 있다. 연방결의가 일반적 구속력을 가지는가의 여부는 결의의 형식에 의한다.

### 22 연방정부(Bundesrat)의 법안

연방정부의 모든 법안에는 명령(Verordnung)의 관념을 사용한다.

## 23 각 부처(Departemente)의 법안

각부처의 법안은 명령(Verordnungen)이라고 한다.

## 24 국(Abteilungen)의 법안

국의 법안은 법률의시행에관한법률(Rechtskraftgesetz) 제7조에 의하여 허용되는 경우 명령이 된다.

## 25 연방정부, 부 및 국의 법안에 관한 공통규칙

251 집행명령(Vollziehungs-, Vollzugsverordnung)이나 시행령(Ausführungsverordnung)이라는 명칭은 사용하지 아니한다.

252 법안의 주무관청은 제명에서가 아닌 도입부(Ingress)에서 밝힌다.

예컨대 부의 명령과 국의 명령이 동일한 제목으로 되어 있는 경우와 같이 혼동의 위험이 있는 경우에는 - 연방정부 명령 이외에는 - 법안의 주무관청을 제명에 기재한다. 주무관청에 관하여 통용되는 약칭이 있는 경우에는 그것을 사용한다.

## 3. 인용방법

31 관례적인 명칭을 가지는 법령은 다음과 같은 순서로 인용한다 :

입법형식, 날짜, 제명

예 : Bundesgesetz vom 27. Juni 1901 der die Schweizerische Meteorologische Zentralanstalt(SR 429.1)

32 간략한 명칭의 법령은 제목과 날짜를 인용한다.

예 : Getreidegesetz vom 20. März 1959(SR 916.111.0)



33 인용방식에 있어서 언어적인 조건에 따른 예외(franz./ital.)는 유보된다.

34 연방수상이 작성한 특별한 목록이 포함되어 있는 법령의 경우에는 도입부와 본문에 날짜의 표시를 하지 아니한다.

예 : Gestütat auf Artikel 5 des Vewaltungsstrafrechts...

35 연방법령집(Systematische Sammlung des Bundesrechts, SR)에는 출처만을 제시한다. 신법 또는 구법의 개정이 추록으로 SR에 이기되지 않은 경우에만 AS에 출처를 제시한다.

예외 :

법령 또는 법령의 개별 규정이 폐지되는 경우에는 폐지규정에서 AS상의 출처를 제시한다. 제1의 출처와 법령 내지 관계규범이 발효중에 개정된 조약에 있어서는 당분간 AS-출처를 기재한다.

#### 4. 법안의 제명

##### 41 제명의 목적

제명은 기존법과 신법의 구별에 도움이 되도록 한다. 제명은 그밖의 것들과 쉽고 빠르게 구별될 수 있어야 하며, 다른 것과 혼동되어서는 안된다. 제명은 법안의 내용을 간결하고 함축적으로 제시하여야 한다.

제명에 부가하여 괄호로서 법안의 내용에 관한 상세한 기술을 첨부해서는 안된다.

법안에 번호를 붙이는 것은 - 주기적으로 새롭게 발하여지는 연속적 법령의 경우를 제외하고는 - 가능한 한 회피한다. 부득이하게 번호를 붙여야 하는 경우에는 법안의 법형식 여하를 불문하고 아라비아 숫자를 사용한다.

## 42 간결한 제명

421 새로운 법안에는 가능한 한 간결한 제명을 채용한다. 언어상의 이유에서 이를 벗어나는 것(franz./ital.)은 유보되어 있다. 간결한 제명을 붙일수 없는 경우라도 가능한 한 간결한 제명을 사용하도록 노력하여야 한다.

422 <....에 관한 연방법률>이라는 형식은 연방법이 주의 입법을 통하여(법률의 단계에서) 집행하고 보충해야 하는 경우에만 예외적으로 사용된다. 이 경우 주는 연방법에 비하여 자신의 법령을 보다 더 뚜렷하게 할 수 있다.

## 43 약 칭

적절한 약어가 만들어질 수 있는 경우에는 그것을 괄호안에 넣어 제명에 부가한다. 법전 편찬 및 빈번하게 인용되는 법령에는 통상 약어를 부가한다.

예 : *Verwaltungsverfahrensgesetz(VwVG)*(SR 172.021)

## 44 국제 협약의 제명

스위스와 외국간의 협약의 원문을 번역함에 있어 제목은 완전하게 제시한다. 배타적으로 스위스에서만 사용하는 것, 즉 그러한 협약과 관련되는 보고 및 그에 따른 결정초안에서는 약어를 사용할 수 있다.

# 5. 도입부

## 51 일반론

도입부에서는 입법의 법적 근거를 소개한다. 도입부에는 발의관청과 관할관청 입법에 있어서 논의된 사항이 나타나야 한다. 의도의 설명과 계획은 밝히지 않는다.

## 52 법적 근거

521 입법에 있어서는 수권의 근거 규정을 법적인 근거로서 제시한다: 그것은 하위 단계의 입법에 권능을 부여하는 상위단계의 입법의 규정이 된다. 헌법개정에 있어서는 일반적인 개정규정과 연방헌법 제118조 이하의 헌법규정은 인용되지 않는다. 그에 관한 필요한 것은 보고상으로 시행될 수 있다. 연방법률, 일반적 구속력을 가지는 단순한 연방결의에 있어서는 연방권능의 근거가 되는 헌법규정을 제시하는 것으로 충분하다: 연방의회(연방헌법 제85조) 내지 연방정부(연방헌법 제102조)의 관할권을 특별히 언급하지 않는다.

권한행사에 관한 단순한 방침을 정하고 있는 헌법조항(예컨대: 제42조의 4)은 도입부에서는 언급하지 않는다. 필요한 경우 보고에 그러한 방침이 주의되어야 하는 정도를 <합헌성>의 장에서 설명한다. 하나의 헌법조항이 다수의 다양한 입법권능을 부여하는 경우에는 법적 근거를 가능한 범위내에서 항 등으로 정확하게 제시한다.

522 다수의 규정들을 인용하여야 하는 경우에는 (그 중요성에 따라서가 아니라) 차례로 제시한다. 법령집에 있어서의 권능조항의 출처는 - 연방헌법의 권능조항을 제외하고는 - 각주에서 제시한다.

## 53 보고

연방의회의 입법에 관한 도입부의 두 번째 항에서는 보고(의회 발의의 경우에는 위원회의 보고와 연방정부의 태도결정)를 참조하도록 하고 있는데, 거기에는 입법동기와 해석도 포함된다. 각주에서는 연방관보상의 보고(내지 결정)의 출처(첫 페이지)가 제시된다.

## 54 사례

### 541 헌법단계의 입법

- 헌법개정의 경우에는 다음의 형식을 취한다 : 스위스 연방의회는 연

- 방참의원의 ....에 관한 보고상의 견해에 따라 다음과 같이 결의한다 ;
- 국민발의의 경우에는 다음의 형식을 취한다 : 스위스 연방의회는 .... 국민발의의 심사와 ....에 관한 연방참의원의 보고상의 견해에 따라 다음과 같이 결의한다.

#### 542 법률단계의 입법

연방정부가 제안하는 경우에는 다음의 형식을 취한다 ;

- 예컨대 연방적 의무의 조직에 관한 1943.12.16. 연방법률(SR173.110) : 스위스 연방의회는 연방헌법 제103조 및 제106조 내지 제114조에 근거하여 1943.2.9. 연방정부의 보고상의 견해에 따라 다음과 같이 결의한다 ;
- 산악지대를 위한 조사원조에 관한 1974.6.28.의 연방법률(SR901.1) : 스위스 연방의회는 연방헌법 ...조에 근거하여 1973.5.16. 연방정부의 보고상의 견해에 따라 다음과 같이 결의한다 ;

의회가 발의하는 경우에는 다음의 형식을 취한다 : 스위스 연방의회는 연방헌법 ....조에 근거하여 의회발의의 심사와 국민회의(주 의회) 위원회의 보고상의 견해에 따라, 그리고 연방정부의 ....에 관한 태도결정에 따라 다음과 같이 결의한다 ;

#### 543 명령단계의 입법

명령에 있어서는 다음의 형식을 취한다 ;

- 예컨대 1976 수확 및 1976/77 경작에 관한 1976.6.2. 명령(AS 1976.1395) : 스위스 연방정부는 1951.10.3. 농업법(Landwirtschaftsgesetz) 제20조 및 제120조, 1953.12.21. 농업에관한일반 명령 제12조, 제43조 및 제52조에 근거하여 다음과 같이 명령한다 ;

## 6. 법령의 입안

### 61 일반적인 경우

611 상위법령의 본문은 통상 하위법령에서 재차 규정되지 않는다. 필요한 경

우에는 총괄적인 해석 또는 명시적인 참조지시(즉 각주 또는 괄호)로 나타낸다.

612 특정 규정이 다수의 절 또는 규정에 적용되는 경우에는 다음과 같이 처리할 수 있다 :

공통 규정 : 이것은 다수의 대상에 적용되는 개별 규정을 단 한번 규정한다는 장점을 가진다.

반복(Wiederholung) : 이것을 통하여 모든 대상이 제한적으로 규율될 수 있다.

참조지시(Verweisung) : 명시적인 참조지시는 삼가한다. 참조지시를 이용하기 전에 입법의 구성을 검토하여야 한다. 종종 규범의 순서가 일목요연하게 구성될 수 있다. 참조지시를 사용하는 경우에는 조문의 숫자 뿐 아니라 규정의 내용도 다시 제시하거나 기재하여야 한다.

참조되는 규정이 변경된 사항에 관한 것인 경우에는 <상응하는>(entsprechend) 및 <의의에 맞게>(sinngemäss)라는 표현을 사용한다.

유보(Vorbehalt) : <유보된다>라는 표현은 하나의 규정에서 그밖의 규정(입법의 다른 부분 또는 다른 입법에서)을 예외의 의미로 지시하여야 하는 경우에 사용된다. 공동으로 고려하는 것이 명백한 다른 규정들은 그러한 지시를 필요로 하지 않는다.

## 62 특별한 경우

### 621 서 문

서문에는 통상 다음과 같은 것이 규정된다.

- 목적조항, 예컨대 그것이 의미의 해석을 위한 것이거나 방향제시에 기여하는 경우 ;
- 입법의 인적, 물적 또는 장소적 효력범위를 제시하는 규정 ;
- 개념설명 : 의도의 설명과 계획은 밝히지 않는다.

### 622 본 문

통상 행위규범, 조직규범, 절차규범, 금지규범 및 법적 수단에 관한 규

정들은 본문에 속한다. 분류의 관점은 내용과 목적에 의한다. 본문은 법적 수단, 형벌, 조치, 형사절차, 비용, 수수료에 관한 특별규정들로 종결된다.

### 623 종결규정

이 부분에는 다음과 같은 것을 규정한다 :

- 법령의 집행에 관한 규정
- 구법에 대한 신법의 관계에 관한 규정(현행법의 개정 및 폐지, 경과규정)
- 국민투표 회부 및 법령의 발효에 관한 규정

## 63 부 록

기술적인 규정 또는 임금, Mustern 등에 관한 총괄은 이해가 한층 더 관란해지지 않는 한 법령의 부록에서 규정하는 것이 합목적적이다. 법령과 부록의 관계는 유지되어야 한다. 부록에 대한 참조는 법령 본문에서 지시되며, 법령의 상응하는 규정에 대한 참조는 부록에서 지시한다.

부록은 <부록>(Anhang), <표>(Tafel), <도표>(Karte), <수수료표>(Muster), <요금표>(Gebührentarif) 등의 표제 및 명칭으로 한다. 법령이 다수의 등가적인 추가조항을 두고 있는 경우에는 법령 본문에 대한 소속의 순서에 따라 아라비아 숫자로 번호를 매긴다.

하나의 법령에 의하여 다른 법령의 다수의 규정이 변경되는 경우에는 예외적으로 추가조항에서 참조지시할 수 있다.

## 64 법률과 명령의 관계

명령은 입안에 있어 가능한 한 그것이 시행하여야 하는 법률에 따른다. 명령에서는 소재의 동일한 부분영역에 관하여는 동일한 표시를 사용한다.

## 7. 법령의 형식적인 구성

### 71 법률단계의 입법

#### 711 구성단계

연방의회의 법령의 구성에 관하여는 여기 정하여진 순서로 이하의 명칭을 사용한다 :

- 권(Buch)
- 편(Teil)
- 관(Titel)
- 장(Kapitel)
- 절(Abschnitt)
- 조(Artikel)

<권>과 <편>은 매우 광범위한 법령을 위한 것이다 ; 그렇지 않으면 삼가하여야 한다.

지위가 동일한 구성단계는 일련번호를 붙인다. 매 구성단계는 관련부분의 내용을 지시하는 사항의 제목을 붙인다.

법령의 최하위 구성단위는 조이다.

#### 712 조

##### 1. 번호매김

조는 아라비아숫자로 번호를 매긴다. 법령이 이 조만으로 되어 있는 경우에는 <유일한 조>(Einziger Artikel)로 표시한다.

##### 2. 사항표제

내용의 지시에 관하여 신법령에 있어서 난외제목 대신 조이하에 이 텔릭체로 기재되는 사항표제를 사용한다. 원칙적으로 모든 조(법령이 유일한 또는 소수의 조만으로 구성되는 경우는 제외)는 하나의 표제를 가진다. 하나의 절이 하나의 조만으로 구성되는 경우에는 통상 조표제는 생략할 수 있다.

난외제목은 오직 법전화(ZGB, OR, StGB)에만 사용된다.

### 3. 구 성

조는 다음의 순서로 구성된다 :

항(Absatz), 문자(Buchstabe), 숫자(Ziffer)형별규정이 경우에는 이러한 원칙에서 벗어날 수 있다.

## 72 명령단계의 입법

연방정부, 부 및 국의 입법에는 법률에 있어서와 동일한 구성단계가 사용된다. 필요한 경우에는 다수의 기술적인 명령이나 광범위한 법령에 있어서 10진법을 선택할 수 있다. 그 경우 세번째 그룹은 숫자로 구성된다.

## 8. 종결규정

### 81 순 서

법령의 종결규정은 다음의 순서로 구성한다 :

- 집행형식
- 종전 법률의 변경 및 폐지
- 경과규정
- 국민투표조항
- 발 효

### 82 집행규정

821 법령의 종결규정에 연방정부가 법률의 적용을 관리하며 통상 정확하고 상세한 법정립을 행한다는 일반적인 집행형식으로 표현한다.

연방정부가 필요적 국민투표를 명하고 시행한다는 규정은 하지 않는다.

822 집행이 부 또는 국에 위임되는 경우(연방헌법 제103조제2항 참조)에는 명시적으로 규정한다.

823 집행임무가 주에 위임되는 경우에는 상황에 따라 상세한 규정이 필요하다.



83 종전 법률의 변경 및 폐지 하나의 새로운 법령이 다른 법령에서 규율되는 종전의 권리를 변경 또는 폐지하게 되는 경우에는 다음의 형식을 취한다 ;

831 - 법령 변경의 경우 :

〈...에 관한 ...의 연방법률은 다음과 같이 변경된다〉

- 다수 법령의 변경의 경우 :

〈연방법률의 변경

1. ...에 관한 ...의 연방법률은 다음과 같이 변경된다 ;

2. ...에 관한 ...의 연방법률은 다음과 같이 변경된다〉

- 법령에서 다른 법령의 다수의 규정이 변경되는 경우에는 법령에 관한 추가조항에서 설명할 수 있다 ;

〈현행 연방법의 변경은 이 법률의 구성부분인 추가조항에 규정되어 있다.〉

832 - 법령 폐지의 경우 :

〈...에 관한 ...의 연방법률은 폐지된다.〉

- 다수 법령 폐지의 경우 :

〈다음과 같이 폐지된다 ;

1. ...에 관한 ...의 연방법률 ;

2. ...에 관한 ...의 연방법률 ;

3. ...에 관한 ...의 연방법률〉

- 법령의 개별규정을 폐지하는 경우 :

〈...에 관한 ...의 연방법률은 다음과 같이 변경된다 ; 제 조 폐지〉

종전 권리의 폐지는 원칙적으로 명시적으로 규정된다. (이 ...의 시행에 모순되는 모든 규정은 폐지된다)와 같은 형식은 허용되지 않는다. 예외적으로 신법과 모순되는 개별규정을 전부 열거하지 않는 경우에는 다음과 같은 형식을 이용할 수 있다.

〈특히 ...은 폐지된다.〉

833 하나의 (새로운)법령이 독립적인 입법으로서가 아니라 일정한 종전 규

정의 형식적인 변경 또는 폐지로 작성되는 경우에는 약간의 특별한, 부분적으로는 상이한 형식을 취한다.

## 84 경과규정

모든 경우 시간적 제한 또는 경과규정을 둘 것인가의 여부를 심사한다. 경과규정은 구법하에서 발생한 사실이 여전히 계속되는 경우에 특히 필요하다. 시간적인 충돌법 또는 특유한 실질적인 경과법이 그 사이의 규정(intertemporal Regelung)으로서 필요할 수 있다.

## 85 국민투표

연방의회의 입법에 있어서는 국민투표에 회부할 것인지의 여부가 명시적으로 제시된다.

851 국민투표 회부에 관하여는 다음의 형식을 사용한다 :

### 1. 헌법단계의 입법

- 통상의 개헌의 경우 :

〈이 결의는 국민과 주의 투표에 붙인다〉

- 1년 이상 효력이 지속되는 긴급한 연방결정 :

〈이 결정은 일반적 구속력을 가진다.

이 결정은 연방헌법 제89조의2제1항에 따라 긴급한 것으로 선언되며, 의결한 날 효력을 발생한다.

이 결정은 연방헌법 제89조의2제3항에 따라 국민과 주의 투표에 붙이며, 그 승인을 받을 때까지 효력을 가진다.

### 2. 법률단계의 입법

- 연방법률 :

〈이 법률은 임의적 국민투표에 회부된다〉

- 일반적 구속력을 가지는, 긴급하지 아니한 연방결정 :

〈이 결정은 일반적 구속력을 가진다 ; 이 결정은 임의적 국민투표

에 회부된다)

- 일반적 구속력을 가지는, 긴급한 연방결정(1년 이상 효력이 지속되는) :

〈이 결정은 일반적 구속력을 가진다.

이 결정은 연방헌법 제89조의2제1항에 따라 긴급한 거스로 선언되며 의결한 날 효력을 발생한다.

이 결정은 연방헌법 제89조의2제2항에 따라 임의적 국민투표에 회부되며 ....까지 효력을 가진다〉

852 국민투표를 배제하는 경우에는 다음의 형식을 취한다 :

- 일반적 구속력을 가지는, 최고 1년 이상 효력이 지속되는, 법률단계의 긴급한 연방결정 :

〈이 결정은 연방헌법 제89조의2제1항 및 제2항에 따라 긴급한 것으로 선언한다.

이 결정은 연방의회의 의결 후 1년이 지나면 효력을 상실한다〉

- 일반적 구속력을 가지는, 국민투표에 회부하지 않는 법률단계의 연방결정(GVG 제7조) :

〈이 결정은 일반적 구속력을 가진다 ; 그러나(연방헌법, BG, 일반적 구속력을 가지는 BB) ....조에 근거하여 국민투표에 회부하지 않는다〉

- 단순한 연방결정 :

〈이 결정은 일반적 구속력을 가지지 아니한다 ; 이 결정은 국민투표에 회부하지 아니한다〉

853 조약의 비준에 있어서는 다음과 같은 형식을 취한다 :

〈이 결정은 조약에 관한 국민투표(Staatsvertragsreferendum)에 회부한다〉

내지

〈이 결정은 조약에 관한 국민투표에 회부하지 아니한다〉

## 86 효력발생

861 효력발생의 시점은 확정일자로 제시하며 가능하면 각 달의 1일 또는 15일로 한다. 법령은 공포 후 5일째 되는 날부터 효력을 발생한다(GVG 제 69조제2항). 형식 :

〈이 법률은 ....에 효력을 발생한다〉

862 예 외

1. 긴급한 경우에는 법령의 공포 또는 결정(의결)으로써 발효가 정당화된다. 그러한 경우에는 근거를 부여한다.

형식(의회 입법) :

〈이 결정은 의결된 날 효력을 발생한다〉

2. 중대한 이유로 소급적 시행, 즉 결정일이전에 효력을 발생시키는 것이 불가결한 경우에는 다음의 형식을 취한다 :

〈이 법률은 ....에 소급적으로 효력을 발생한다〉

3. 법령에서 효력발생을 규정하지 않고 위임하는 경우에는 다음의 형식을 취한다 :

〈연방정부가 효력발생에 관하여 결정한다〉

4. 단순한 연방결정에 있어서는 통상(특히 허가결정과 특허부여) 효력발생의 형식을 취하지 아니한다.

## 9. 법령의 개정 및 폐지에 관한 일반원칙

### 91 법형식

근본적인 법치국가의 원칙은 최소한 동일하고 형식적인 법의 단계를 통해서만 규범의 폐지 또는 변경을 허용한다. 예컨대 :

- 헌법을 통한 헌법의 폐지 또는 변경
- 연방법률, 일반적 구속력을 가지며 국민투표에 회부되는 연방결정 또는 헌법을 통한 연방법률의 폐지 또는 변경

## 92 목표의 설정 및 원칙

921 종전 법의 변경과 폐지에는 법적안정성을 위하여 입법자의 의도를 명확히 할 것이 요구된다. 실질적인 관점과 용어에 있어서 다음은 구별된다 :

- 신법(das neue Recht)
- 효력이 지속되는 구법(das weitergeltende alte Recht)
- 경과법(das Übergangsrecht)
- 폐지하는 법(das aufgehobene Recht)

형식적인 관점에 있어서는 순수한 개정법령의 경우 설명을 요한다.

- 개정법령(Änderungserlass)과 개정된 법령(geänderter Erlass)은 명백하게 구별되며,

- 그 때문에 개정법령은 개정된 법령에 있어서 가능한 한 변경되지 않는다.

922 개정법령에서는 원칙상 (표제에서 언급되는) 기본법령(Grunderlass)만 변경하여야 한다. 그밖의 법령의 변경은 그것이 준비된 변경과 밀접하고 실질적인 관계에 있고 범위가 적은 경우에 - 83의 형식으로 - 행하여질 수 있다.

다른 법령을 계속해서 변경하는 것은 허용되지 않는다. 마찬가지로 독립적인 새로운 규정은 기존 법령의 형식적인 변경이 아니다. 그러한 규정은 고유한 법령의 대상이 된다.

923 종전의 법의 효력을 단지 중단시키기만 하는 임시적인 기한부 개정은 특별법을 통하여야 하며 종전 법령의 형식적인 변경을 통해서는 아니된다. 이것은 한시법(befristetes Recht)의 효력이 종료된 후 정지된 종전의 법령이 다시 부활하여야 하는 모든 경우에 적용된다. 그러나 형식적인 변경이 행하여지는 경우에는 <이 ....(결정)이 효력이 지속되는 동안>과 같은 형식을 통하여 종래의 법이 단지 정지 될 뿐이라는 것을 나타내야 한다.

## 93 용 어

개정(Änderung) 내지 개정한다(ändern)라는 개념에는 조, 항, 문, 낱말 및

숫자의 부가와 보충도 속한다.

〈보충〉, 〈변경〉, 〈변경 및 보충〉, 〈변경〉 및 〈보충한다〉, 〈변경한다〉라는 개념과 〈폐지되고 ....으로 대체한다〉의 형식은 더이상 사용되지 않는다.

예외적으로 다른 변경없이 하나의 새로운 부분이 추가되는 경우(특히 추가규정, 부록 등)에는 〈보충〉의 개념이 사용된다.

## 94 법령의 개별적인 부분에 대한 개정가능성

입법자의 의지를 나타내는 법령의 부분은 개정될 수 있다. 날짜와 서명과 같은 요소는 이에 속하지 아니한다.

## 10. 순수한 개정법령 및 폐지법령

### 101 개정법령의 입안

개정법령의 절은 로마숫자로 표시한다. 숫자 I 은 신법을 나타내고, 다른 법령의 개정은 숫자 II 로 나타낸다. 종결규정(특히 경과규정)은 숫자 III 에서 규정한다.

숫자 I 은 다음의 형식을 취한다 ;

〈...에 관한 ...의 연방법률은 다음과 같이 개정된다.〉

숫자 II 는 다음과 같은 표제를 사용한다 ;

〈다른 법령의 개정〉

### 102 개정되는 규정의 구성

개정은 가능한 한 종전 법령의 구성에 잇달아 표시한다 ;

먼저(개정된다는 것을 전제하여) 제목과 도입부를 제시하고, 다음에 구성의 표제와 개별 조항을 제시한다.

## 103 제 목

1031 법령의 제목에서는 종래 법령의 개정이 중요하다는 것이 나타나야 한다.

그 경우 42의 원칙이 표준이 된다.

1032 긴 제목의 법령을 개정하는 경우에는 가능하면 약칭(Kurztitel) 또는 비교적 짧은 제목으로 바꾼다.

개정법령 자체에는 한번 더 구제목을 사용한다 ; 모든 그 밖의 개정 및 폐지 법령에는 그와는 반대로 신제목을 사용한다.

## 104 도입부

1041 최초 법령의 도입부에서 언급된 법적 근거는 개정법령에서는 반복하지 않고 보고에서만 언급하다.

그러나 새로운 법적 근거에 기초하여 법령이 개정된 경우에는 도입부의 법적 근거부분을 전체적으로 새롭게 구성한다.

1042 개정법령에 대한 보고를 제시하여야 한다.

## 105 법령의 개별 규정에 대한 변경 및 폐지

### 1051 조 및 항의 삽입

법령안에 처음으로 삽입되는 규정(새롭게 규정된, 조, 항 등)은 괄호 안에 <신설(neu)>이라고 표시한다. 그러나 최초의 규정이 단순히 변경되는 경우에는 그러하지 아니한다.

(의결된 법안은 공표에 있어 <신설>이라고 부가하지 아니한다. 조, 항 및 숫자를 삽입하는 경우에는 다음에 의한다 ;

- 삽입되는 조는 조 번호 뒤에 이탤릭체의 소문자를 붙인다.
- 삽입되는 항 및 숫자는 로마 수사로 표시한다.)

예외 :

일반원칙과는 달리 제1조(내지 제1항 또는 제1호) 앞에 조, 항, 호를

삽입하는 경우에는 최초의 제1조(내지 제1항 또는 제1호)는 제1조a(내지 제1호)가 된다.

제2조(내지 제2항제2호)부터는 최초의 조문에서와 같이 일련번호를 붙인다.

(j)는 소문자에는 사용하지 아니한다.

신 헌법조항은 여전히 조번호 뒤에 로마숫자로 표시한다.

1052 개정된 규정의 표시한 조에서 개개 단어만이 변경되는 경우에는 최종 구성단위(호, 문자, 항, 문)를 완전한 조문으로 다시 규정한다.

한 조의 변경된 부분(예컨대 호, 문자)가 완전한 문장으로 구성되지 않는 경우에는 문장의 서두도 인용한다.

한 조의 본질적인 부분이 변경되는 경우에는 전체적으로 새로운 법안에 규정한다 ; 종전의 조에 사항표제(또는 난외표제)가 있는 경우에는 이것도 역시 인용한다.

하나의 법령안의 다수의 부분에서 단지 동일한 단어 내지 동일한 문장부분이 변경되는 경우에는 일괄적으로 규정할 수 있다.

1053 조 및 항의 폐지 또는 변경 표시

폐지되는 조 또는 항이 대체되지 않는 경우에는 조번호 내지 항번호 아래 여백을 둔다. 개정법령에 명백하게 다른 내용의 설명이 없는 경우에는 조와 항을 폐지함에 있어 순서를 앞당기지 아니한다.

규정이 대치되지 않는 경우에는 조번호 내지 항번호 아래 폐지의 표시를 한다.

## 106 종결규정

1061 8 이하에 제시된 원칙은 관계있는 집행형식, 경과규정 및 국민투표 조항에도 적용된다.

원래의 경과규정을 개정할 필요가 있는 경우에는 개정법령에 독립된 하나의 절을 두고 종전의 경과규정은 그대로 둔다.

1062 명령의 경우에는 효력발생에 관한 규정에 법령의 법형식을 더 이상



제시하지 않고 변경의 효력발생만을 제시한다. 그 형식은 다음과 같다 :

〈이 개정은 ....에 발효한다.〉

다수의 법령을 동시에 개정하는 경우 :

〈이들 개정은 ....에 발효한다.〉

## 107 법령 전부의 폐지

법령 전부는 다음을 통하여 폐지된다 :

- 신법 또는 개정법령의 규정
- 그것의 폐지만을 목적으로 하는 특별한 법령(폐지법령)

종전 법령의 실효만을 목적으로 하는 법령은 제목에 그러한 것을 표시한다.

그 법령은 폐지를 나타내고 폐지의 효력발생시점을 확정한다. 동일한 규정에 의하여 여러 가지 법령을 폐지하거나 변경하는 경우에는 번호를 붙여야 하며, 각각의 법령을 새로운 행으로 시작한다.

### ○聯邦法務部の 法規範의 水準向上을 위한 審査表

(Checkliste Übereinstimmung mit höherstufigem Recht,  
Bundesamt für Justiz 1978)<sup>241)</sup>

#### 법정립권한의 대상

1. 법안에 포함된 어떤 규정이 법규범의 수준향상을 방해하지 않도록 작성되었는가
2. 법안에 포함된 모든 규정이 법규범의 수준향상을 요구하도록 작성되었는가

241) Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), 「Praxis der Gesetzgebung」, Regensburg 1984, S.200~202.

## 附 錄

### 법정립권한의 담당자

3. 법안작성의 권한이 연방에게 있는가

### 형식과 절차

4. 법안의 형식이 올바른가
5. 법안이 정당한 절차로 성립되었는가

### 내용적 정당성, 충분한 명확성과 확실성

#### 모든 중요한 질문에 대한 답변

6. 어떤 사안을 강행적으로 할 것인가가 명확하고, 법적용자가 직무상 그 적용하려는 규정을 명확히 이해하고 있으며 아울러 어떤 사안을 사적 자치에 맡길 것인가가 명확한가

#### 강행적이며 법적용자가 직무상 적용하는 규정

### 행위규정

7. 지시된 행위에 대해 적용하려는 행위규정을 직무상 강행할 수 있는가
8. 의무가 부과된 자에 대해 적용하려는 행위규정을 직무상 강행할 수 있는가
9. 의무위반의 결과에 대해 적용하려는 행위규정을 직무상 강행할 수 있는가

### 권한규정

10. 과제를 실현하기 위한 권한규정이 있는가
11. 과제의 담당자에 관한 권한규정이 있는가
12. 과제실현의 방식에 대한 권한규정이 있는가

### 사적 자치

13. 사적 자치에 관한 규정에 그 사적자치의 내용, 담당자 및 행사 등이 있는가
14. 사적 자치에 관한 규정이 권리형성적인 것이 아닌 경우에 그 규정이 어느 만큼 통용될 수 있는가
15. 사적자치에 관한 규정에 의무위반에 대한 내용이 있는가

### 적용범위

16. 법안에 장소적 적용범위에 관한 규정이 있는가
17. 법안에 시간적 적용범위에 관한 규정이 있는가
18. 법안에 규율에 대한 수범자의 요구를 고려하였는가
19. 법안의 모든 내용이 필수적이며, 다른 법령의 내용과 중복되지 않는가
20. 법안이 위에서 제시한 모든 중요한 질문에 이의가 없는가

### 사실적 정당성

#### 이익평가

21. 법안이 모든 관련있는 이익을 평가하여 확정하였는가
22. 법안이 모든 보호할 가치있는 이익을 보호하였는가
23. 법안이 어떤 특정한 보호할 가치있는 이익을 보호하였는가
24. 법안이 보호할 가치있는 이익을 편견없이 평가하였는가
25. 법안이 보호할 가치있는 이익을 정당하게 고려하여 결정하였으며, 중요한 이익을 중요하지 않은 이익보다 적게 희생하여 결정하였는가

#### 기본적 원칙

26. 법안이 일반적으로 승인된 기본원칙을 준수하였는가

## 附 錄

### 실행가능성

27. 법안이 실무적으로 채용되어 실행할 수 있도록 되어 있는가

### 통지기술적인 적절성

### 용 어

28. 법안을 적용하는데 명확하고 간결하며 이해하기 쉬운 용어로 되었는가
29. 법안에 대한 간접적인 관계자도 이해하기 쉬운 용어로 되었는가
30. 규율소재가 가능한 한 누구라도 이해할 수 있는 용어로 되었는가
31. 외래어를 자국어에 적합한 용어와 상호 일치하도록 하였는가

### 개 념

32. 채용되는 개념이 적절하게 표현되고, 법안에서 사용한 개념으로 사실을 이해할 수 있도록 일반적으로 일치되어 있는가
33. 법안에서 채용된 개념이 실무적인 문제에 대응할 수 있도록 되었는가
34. 개념이 통일적으로 채용되었는가

### 체 계

35. 법안의 규정이 체계적으로 배열되었는가
36. 시민이 그 체계에 적응할 수 있도록 적합하게 되었는가
37. 법안의 규정이 체계상 요구되는 규율원칙을 따르고 있는가
38. 법안에 규정된 규율내용이 개정 또는 증보되더라도 명확한가
39. 법안이 유효한 결과를 가져오도록 정리되었는가
40. 법안이 사항적으로 밀접한 관련이 있는 것은 서로 연관을 가지도록 정리되었는가
41. 법안이 연대순으로 사건을 정리하였는가

42. 원칙과 예외를 정하는데 있어서 양자가 상호 조화로운 관계에 있도록 하였는가. 그 법안이 원칙에 대한 다수의 예외를 두거나 예외에 대한 다수의 예외를 포함하고 있지 않은가
43. 법령문이 간략하고, 분산된 규율요소가 총칙규정 또는 공통규정에서 집약되어 있는가
44. 법령문의 정의규정에서 관련된 규율요소를 한정하여 명확하고 간결하게 하였는가

### 준 용

45. 법안의 준용을 최소한으로 채용하였는가
46. 준용을 엄격하고, 특별한 경우에만 사용하였는가
47. 준용규정을 이해할 수 있도록 서술되었는가
48. 준용규정을 사용하지 않는 경우 법조문의 나열이 되는가
49. 준용이 포괄적이지 않은가

### 반 복

50. 법안에 불필요한 반복을 회피하였는가

### 입법기술지침

51. 법안이 연방수상과 연방법무부가 마련한 입법기술지침에 적합한가

## 〈오스트리아의 法令審査基準表〉

(Richtlinien für die Gestaltung von Rechtsvorschriften : Legistische Richtlinien 1979, Herausgegeben vom Bundeskanzleramt)<sup>242)</sup>

### I. 법령의 내용입안

#### 일반적 지시

1. 법령은 간결, 단순하게 그리고 가능한 한 능동태로 표현한다. 모든 불필요

242) 오스트리아의 법령심사기준은 행정개혁조치의 일환으로 1970년 10월 14일 법령의 통일적 법기술과 언어적 형성을 위하여 연방수상청에 의해 마련되어 판보에 공포되어 시행되어 왔다. 그러나 1970년 법령심사기준(Legistische Richtlinien 1970)은 그 내용면에서 시대착오적·비합목적적인 것이 다수 포함되어 있어서 연방수상청에서는 새로운 기준의 설정을 위하여 연방각부처장관, 의회파 및 주정부지사 등으로 구성된 회의를 구성하여 논의를 거듭한 결과 1978년에 91개 항목으로 구성된 법령심사기준안을 마련하고, 1979년 이 안을 보완·수정하여 103개의 항목으로 구성된 법령심사기준을 확정·공포하여 현재에 이르고 있다. 동 기준은 전체적으로 4개 분야에 걸쳐 사안별로 일정한 기준을 제시하고 있으며, 부록으로 법령문작성에 있어서 형식적 통일성을 위한 기준을 22개 항목으로 별도로 제시하고 있다. 이 연방차원의 기준외에 몇 개주에서도 나름대로의 법령심사기준을 마련하고 있으며 현재 Steiermark(1969, 1976, 1990), Niederösterreich(1973, 1980, 1987), Tirol(1980) 등 3개 주에서 각각의 법령심사기준을 제정하여 시행하고 있다. 오스트리아의 법령심사기준에 대한 자세한 내용은 Susanne Bachmann, 「Legistik in den österreichischen Bundesländern」, Susanne Bachmann/Dietmar Jahnle/Georg Lienbacher(Hrsg.), Gesetzgebungsverfahren und Gesetzesqualität, Wien 1992, SS.53~62 ; Heinz Schäffer, 「Über Wert und Wirkungsmöglichkeiten von legistischen Richtlinien」, ÖJZ 1991, S.1ff ; Ders., 「Legistische Richtlinien in Österreich - Entwicklung, Stand und wissenschaftliche Kritik」, ZG 1987, S.112f ; Friedrich Lachmayer, 「Legistische Richtlinien als Metanormen des Rechte」, in : G.Winkler/B.Schilcher(Gesred.), Gesetzgebung, aaO., SS.213~222 ; Ludwig K.Adamovich, 「Die Legistischen Richtlinien des Bundes 1979」, in : Theo Öhlinger(Gesred.), Methodik der Gesetzgebung, Wien/New York 1982, SS.232~238 ; Gerhart Holzinger, 「Legistische Richtlinien 1979 und Verwaltungsreform」, in : Th. Öhlinger(Gesred.), aaO, SS.239~249 등 참조. 또한 동 심사기준의 전문(부록포함)은 G. Winkler/B.Schilcher(Gesred.), Gesetzgebung, aaO., SS.223~254 참조.

- 한 단어는 피한다.
2. 명령과 금지는 정언적으로 표현한다.
  3. 사용되지 않는 단어와 문장 및 적절한 독일식 표현대로 하는 외래어는 피한다.
  4. 궤변적 규율은 피한다.
  5. 규율동기는 그 규율의 의미에 대한 조사를 하여 필요한 때에만 법령에 채택한다. 그 외에는 주석에서 동기에 대한 설명이 주어진다. 법령에 채용하려는 규율동기는 그 규율에 필요한 제반의미를 조사하여 채용한다. 기타의 동기는 해석에 맡겨야 한다.
  6. 사례는 개념을 명확히 하거나 일반조항을 구체화하여 법령에 소개한다.
  7. 도표를 채용하는 경우에는 규범적 의미를 가져야 한다.
  8. 법령의 문구는 수범자를 개별적으로 규율하여야 하며, 기술된 내용은 법령의 문구에서 의심없이 도출되어야 한다.
  9. 형사적인 제재가 가해지는 명령과 금지는 개별 사안별로 표시하여야 한다.
  10. 개념설정(법적 정의)은 법적 명확성에 이바지할 수 있도록 표현하여야 하며, 또한 무엇보다도 단어는 명확한 의미를 가지도록 하고, 특히 의미의 활용에 있어서 일반적인 언어관행과는 달라야 한다.
  11. 불확정범개념은 충분히 확정가능하고 그리고 관련 규정을 근거로 하여 나타나는 집행행위에 대한 사후심사통제가 허용될 때에만 사용되어야 한다.
  12. 의도된 집행행위의 모든 본질적 징표들이 오로지 법률에 의해서 판단할 수 있도록 입안되어야 한다.
  13. 법률을 근거로 하여 법규명령을 제정하려는 경우, 그 법규명령이 채용하려는 내용은 법률초안의 입안시에 이미 고려하여야 한다.
  14. 예외의 범위는 일의적으로 확정될 수 있어야 한다.
  15. 열거는 평가적인지 지시적인지 여부가 명확하게 인식되어야 한다. 또한 구성요건의 열거는 중첩적인지 선택적인지 여부가 명확하게 인식되어야 한다.

위 임

16. 위임하려는 경우에는 그것을 통하여 법령의 내용적 묘사에 본질적 단순화가 달성될 수 있고, 이해성이 침해되지 않을 때에만 사용한다.
17. 다른 법령의 “의미와 적합하거나 일치하는” 적용은 그 위임의 내용적 의미가 명확한 경우에만 허용된다.
18. 다른 규범정립기관이 수시적으로 적용하는 방식에 의한 법령의 위임(동태적 위임)은 헌법상 허용될 수 없다.

집행을 위한 관할의 규칙

19. 집행을 위한 관할은 연방내각법(Bundesministeriengesetz 1973)의 관할배분에 의하여 규정한다.

집행조항

20. 집행조항에는 어떤 연방장관이 관련 연방법률 또는 개별 규정의 집행을 위한 주도적 권한을 가지는지 및 연방장관이 협조권을 가지고 있는지 여부 그리고 협조권을 가진다면 어떤 연방장관이 그것을 가지는가를 각각 제시한다.
21. 연방내각법(1973)에 따른 관할배분을 하는 경우 단순한 위임에 의한 집행조항은 부적절하다.
22. 연방의 사경제적 행정과 관련한 연방법률에는 이런 일반적 제지침에 위배되는 어떠한 집행조항도 채용되지 않는다.
23. 연방헌법 §11, §14②, §14a③을 근거로 하는 연방법률도, 연방이 명령제 정권에 대하여 원칙적 관할권이 있는 것을 제외하고, 지방정부가 집행관할이 있음을 집행조항에서 명시하여야 한다.
24. 연방헌법 §12를 근거로 하여 제정되는 연방기본법은 어떠한 집행조항도 필요로 하지 않는다. 어떤 연방장관이 연방헌법 §15⑧에 따라 연방에 귀속하는 권리를 실행하는가는 마지막 문구에서 서술하여야 한다.



### 법령의 효력 및 실효에 관한 규율

25. 명문으로 달리 규정되지 않는 한, 연방관보에 공포되는 법령은 그 공포를 하고 있는 연방관보가 발행되어 발송되는 기간이 경과한 후에 효력을 발생한다.
26. 법령의 소급효는 헌법규정에 위배되지 않는 한, 인정될 수 있다. 그 한계는 형법상의 소급효금지 또는 특별한 법률적 수권 없이는 법규명령의 소급효 인정이 금지된다.
27. 어떤 법령에 의하여 다른 법령을 폐지하려는 경우에는 명문으로 규정하여야 한다. 폐지된 법령은 각각 표시되어야 하고, 폐지의 표시없이 실질적으로 법령을 훼손하는 것은 삼가한다.
28. 법률의 효력발생을 위한 시행에 광범위한 사전준비를 필요로 하는 경우에는 적절한 경과규정을 두는 것이 타당하다.
29. 특히 경과규정이 길어지는 때에는, 통상적으로 법률의 효력발생에 앞서 법규명령을 제정할 필요성이 있기 때문에, 법률초안에서 이미 충분한 수권을 예견하여야 한다.

### 규율의 내용적 통일성

30. 법령에 있어서 하나의 용어는 항상 동일한 의미로 사용하여야 한다. 사용하려는 용어가 다른 법령에서 이미 특정 의미로 사용된다면, 새로운 법령의 제정시에는 통일적 개념형성이 되도록 유의하여야 한다.
31. 동일한 법령내에서 동등하거나 유사한 대상과 관련하는 규율들은 한 규정에서 하나로 포괄적으로 확정하거나 또는 분리하여 확정할 경우에는 동등하게 정식화하여야 한다. 그렇지 아니하고 분리된 규정에서는 위의 규정과 같은 종류로 형식화하여야 한다.

### 특별한 용어상의 지시

32. 내지 36. (생략)

## 계획기술의 사용

37. 법령완성시에 그 가능성에 따라 계획기술(예: 비용효용분석, 시뮬레이션, 도상계획기술)을 도입한다.

## II. 법령의 형식입안

### 제 명

38. 법령의 제명은 그 내용을 간결하고 명확하게 한 내용으로 표시하여야 한다. 제명은 규범범주(연방헌법법률, 연방법률, 법규명령, 행정규칙), 연월일 및 대상을 기재하여야 하고, 법규명령과 행정규칙의 경우에는 발동기관도 표시하여야 한다.
39. 간결한 제목에는 지나치게 긴 단어결합은 피하고, 간결한 제명을 붙인다.
40. 약칭에 있어서는 용어상 단순한 묘사의 가능성에 주의해야 한다.
41. 제정연수는 종래의 것과 구분할 필요가 있을 때에만 간결한 제명 또는 약칭에 부가하여 표시한다. 제정연수는 의회의 의결이 행해진 연도를 기재하여야 한다.
42. 약칭은 괄호안에서 제명뒤에 소개되어야 한다.
43. 많은 연방장관이 법규명령의 제정권한을 공유하므로, 어떤 연방장관이 법규명령제정권을 가지는가 하는 것은 제명에서 표현한다.
44. 연방장관이 법규명령을 제정할 때 다른 연방장관과 협조를 하여야 하거나, 또는 의회 본위원회와의 협력이 필요하다면, 법규명령의 제목에 법규명령의 제정권한있는 연방장관이 명명되어야 한다.

### 공포조항

45. 연방(헌법)법률들의 공포조항에는 「의회가 의결하였다」라고 표시되어야 한다.
46. 법규명령(행정규칙)의 공포조항에는 각각 그 증거가 되는 법률규정을 제

시한다. 단순히 집행조항을 참조하라는 것은 적절하지 않다.

47. 어떤 연방장관의 법규명령 가운데 다른 연방장관과의 협동으로 또는 의회의 본위원회와의 협력하에서 제정되는 것은 공포조항에서만(제명에서가 아닌) 표시되어야 한다. 연방장관과 의회 본위원회가 단순한 청문권만을 가진다고 언급되어서는 안된다.

### 법령의 편성

48. 법령을 편성할 때에는 사항연관성과 일관성을 유의해야 한다. 이런 방법으로 형성된 체계화에 의해서 법령에 있어서 개별 규정의 배열을 확정한다.
49. 법령의 범위여하에 따라서 개별 규정들은 체계적인 관점에 따라 편, 장과 또는 절로 총괄하여 나타난다.
50. 법률과 법규명령은 조문으로 구성하며, 필요한 경우에 항으로, 호로 그리고 작은 문자로 세분한다.
51. 본문의 한 조문은 길어서는 안되고, 하나의 조문내에서 여러 항으로 나타내는 것은 피한다.
52. 개별 규범군은 가능한 한 정확하게 내용을 묘사할 수 있게 표제를 앞에 둔다.
53. 및 54. (생략)

### 동일한 의미를 지닌 법령들의 총괄

55. 동일한 의미를 지닌 본문과 매우 유사한 법령들(예: 교사졸업시험에 관한 법규명령)을 제정할 것이 예상되는 경우, 그 동일한 의미의 규정들이 일반적인 법령에 총괄되어야 할 것이다. 구체적인 사안에 관한 특별한 법령은 각각 일반적인 법규명령을 참조하여야 할 것이다.

### 부 록

56. 법령에 부록을 붙일 경우, 내용적 중요사항은 법령에 두어야 하지 부록에

두어서는 안된다.

57. 부록은 일목요연하게 구성되어야 한다. 특히 그 구성은 쉽게 인용을 할 수 있도록 부록을 다른 제명으로 수정할 때에는 정확하게 규정하여야 한다. 수정법령에서 부록의 다른 부분들에 대해 자세하게 규정할 수 있다.

## 인용규칙

58. 법령의 본문에 있어서 조항의 표시는 규정대로 동일하게 인용하며, 다른 법령을 인용할 때에는 규율영역, 대상 - 날짜 표시는 없이 - 및 출처(수정된 법령인 경우에는 단순수정표시) 등을 표시한다. 인용되는 법령에 간략한 제목이 있으면 그것을 사용하며, 약칭이 있는 경우에는 약칭을 사용한다. 인용상의 정보가치가 침해되지 않을 때에만 출처를 생략할 수 있다.
59. 출처는 공포기관과 공포번호 및 공포연도를 인용한다. 그러나 제명에서 연월일이 기재되거나, 약칭에서 연도를 기재하는 경우 기재연도는 생략할 수 있다.
60. 어떤 법령의 본문에서 그 법령과 동일한 법령이 많이 인용되는 경우 그 법령의 출처는 정보제공가치가 침해되지 않는 한 최초의 인용문에서만 기재한다.
61. 어떤 법령의 인용시에는 예상되는 세분화를 고려하여야 한다. 그 밖에 조, 항, 호 및 작은 문자 등으로 순서를 준수하여야 한다.
62. 법규명령 또는 행정규칙의 공포조항은 그 법령의 기초를 이루는 제명 등을 약칭·출처 등의 순으로 개별적·규칙적으로 규정하여야 하며, 어떠한 경우에도 문자를 요약하여 인용하여서는 아니된다. 규정을 개정하려는 경우에도 일반화된 표현방식대로 모든 개정조항은 규범전역 및 출처의 표시를 인용한다.
63. 법규명령의 공포조항에서 예외적으로 법률의 전체를 인용하는 경우 그 법률은 제명 또는 약칭과 출처를 인용하며, 어떠한 경우에도 문자를 요약하여 인용하지 않는다. 그 법률이 개정된 경우 일반화된 표현방식대로 모든 개정조항은 규범전역 및 출처의 표시를 인용한다. 정보로서의 가치가 침

해되지 않는 한도내에서 근간법률과, 마지막 수정법령은 표시를 한정하여 인용할 수 있다.

## 개정법령

64. 개정법령은 조항속에 정리하여 로마숫자로 표시한다. 개정법령에 근간규정의 변경 또는 보충이 들어있는 한, 그 조문은(아라비아)숫자로 그리고 필요한 경우에는 작은 문자로 정리한다. 기타 조문들(예: 경과규정들)은 항속에 정리되어야 한다.
65. 근간규정의 변경 또는 보충은 개정법령의 개별조항에서 총괄하여 기타규정들(가령, 집행조항)의 본문에 비하여 시각적으로도 두드러지게 한다.
66. 근간규정의 변경, 보충 또는 폐지시에는 모든 발생할 수 있는 세분화를 고려하여야 한다 ; 기타 조, 항, 호 및 작은 문자의 순서로 한다.
67. 개정법령에 의하여 항, 호 또는 작은 문자의 순서가 변경되는 경우, 그 표시는 바르게 고쳐져야 한다.
68. 근간규정이 변경 또는 보충되는 경우에는 이를 개정법령의 하명에서 명확히 표시되어야 한다.
69. 어떤 규정을 새로이 표현할 때 그 표현에 의하여 규율내용이 비개괄적이거나 또는 불명확할 우려가 있게되면, 당해 개별 문장 또는 표현의 변경은 하지않아야 한다.
70. (생략)
71. 제명의 표시없이 다수의 법령을 변경시키는 법률들(법규명령들)은 피해야 한다. 다수의 법령들을 변경하는 경우 중요한 법령은 개별적으로 제명을 명확히 인식할 수 있도록 하여야 한다.
72. 법령의 개정은 어떤 직접적인 동기 부여에 의해서 행해질 뿐 아니라, 오히려 근간법률에서 반복적이고 목적에 적합치않는 규정들을 회피 또는 변경하는데 있다.
73. 법령의 개정으로 근간표현이 본질적으로 길어지게 되면, 그 법령은 새롭게 제정되어야 한다. 어떤 법령이 다수의 수정작업을 통하여 비개괄적으로 되는 경우에도 마찬가지이다. 이 경우에 재공고가 미리 준비되어야 하

는지의 여부를 고려하여야 한다.

74. 개정법령의 제명은 개정된 법규정의 근간표현을 규범범주와 대상에 표시하여 인용한다. 변경된 법령이 간결한 제명이 있으면 이를 사용한다. 약칭으로 변경된 법령을 인용하여서는 안된다.
75. 이전에 행해진 근간규정의 변경은 새로운 개정법령의 제명에 인용되어서는 안된다.
76. 어떤 개정법령의 지침문은 변경된 법령의 제명 내지 약칭 및 출처로서 인용하여야 하며, 결코 문자의 요약으로 인용할 수 없다.
77. (생략)

### 연방관보에 게재되는 법령문의 형식적 통일성

78. 연방관보에 게재되어야 하는 법령본문들은 부록과 일치하게 형성되어야 한다.

### Ⅲ. 자동화의 보조를 받아 집행되어야 하는 법령의 입안

79. 집행시 자동화의 보조를 받는 자료준비에 대한 평가가 합목적적인지 여부가 법령의 완성시에 심사되어야 한다.
80. 어떤 법령의 집행이 자동화의 보조를 받아 결과될 수 있다면, 사전준비시에 이미 그에 상응하는 전문가들이 관련되어야 한다.
81. 사항적 이유들에 의하여 불확정 법개념과 재량결정을 포기할 수 없는 한, 전체를 위하여 필요한 개별결정들이 기계적인 가공에 앞서서 또는 기계적인 가공에 따라서 행해져야 할 정도로 그렇게 불확정 법개념과 재량결정은 체계적으로 배열되어야 한다.
82. 목록(일람표)은 수학적 관점에 따라서 만들어 질 수 있어야 한다.
83. 재사용의 가능성에 기계적으로 이미 파악된 자료들(사안의 요소들)이 고려되어야 한다.
84. 모든 자료들은 기계적으로 쉽게 파악되어야 한다.

#### IV. 법령의 초안에 대한 이유서

##### 개 요

85. 법률 및 의회의 본회의와의 협동으로 제정되는 법규명령들 그리고 감정을 받기 위하여 보내지는 초안들은 이유서를 첨부하여야 한다.

##### 이유서의 내용

86. 이유서는 제안의 기초가 되는 상황과 동기, 그의 본질적 내용과 효력을 기재하여야 한다. 제안의 본문에 대한 단순 반복은 불충분하고 불필요하다.

##### 이유서의 구성

87. 이유서는 원칙적으로 총론과 각론으로 구성한다. 각론은 개별 규정들을 더 자세하게 설명한다.
88. 이유서의 총론을 시작할 때 초안의 본질적 내용은 짧은 문구로 요약한다.
89. 규범적 내용을 지닌 진술은 초안의 본문자체에서 인용하며, 이유서에서 인용하지 아니한다.
90. 제안되는 초안이 재정적인 효과가 나타나는 경우에는 이유서의 총론에서 가능한 정확하게 제시하여야 한다. 기타 그 집행에 소요되는 사물비용이 가능한 정확하게 표시되어야 할 뿐만 아니라, 증가된 작업비용 또는 인적 증원을 필요로 하는지 여부와 그 정도를 제시하여야 한다.
91. 법규정의 초안을 변경하여야 하는 경우 감정을 위하여 보내어진 초안에 대하여 변경에 의하여 관련된(유효한) 법규정과 제안된 새로운 본문의 대조가 이미 연결되어야 한다.

##### 이유서의 정식화

92. 이유서를 정식화할 때 초안이 중요하지 이미 제정된 법규정은 중요하지 않다는 것을 주의하여야 한다.

## 附 錄

93. 개별 규정에 대한 이유서에 표제가 나타난다면, 그것은 수정법령에서 근간 규정 가운데 변경될 수 있는 규정에 대한 참조를 포함해야 한다.

### 특별한 헌법규정에의 유의

94. 제안되는 연방법률적 신규율의 제정을 위한 연방의 권한이 무엇에 근거하는지 하는 것이 이유서의 총론에서 개별적으로 제시되어야 한다.
95. 헌법 특히 평등원칙과의 합치가 의심스러울 수 있는 규정들은 개별적으로 이유를 제시하여야 한다.
96. 내지 100. (삭제)

### 국가조약에 대한 이유서

101. 이유서의 총론에는 정치적, 법률변경적 또는 법률보충적 국가조약이 중요한지 여부와 일반적 또는 개별적 변형이 선택되어야 하는지 여부를 제시하여야 한다. 국가조약이 전체로 또는 개별적으로 헌법변경적 또는 헌법보충적 성격을 가진다면, 이것은 마찬가지로 이유서의 총론에서 제시하여야 한다. 더우기 각 개별적 판단이 무엇에 근거하는 것인가도 제시하여야 한다.
102. (삭제)

### 자동화의 보조를 받는 집행지시

103. 자동화의 보조를 받아 집행하는 법령을 특히 형성하는 경우, 이를 위한 기초는 이유서에 상세히 설명하여야 한다.

## 부 록

- 연방관보에 게재되는 법령문의 형식적 통일성(생략)



## 參 考 文 獻

### 〈國內文獻〉

#### 【單行本】

- \* 權寧星, 『新版 憲法學原論』, 法文社, 1996.
- \* 金明守, 『公共政策評價論』, 博英社, 1993.
- \* 金秉辰, 『政策學概論』, 博英社, 1995.
- \* 金哲洙, 『憲法學概論』, 博英社, 1996.
- \* 法務部, 『委任立法에 관한 研究』, 法務資料 제171집, 1993.
- \* 法制處, 『법령입안심사기준(시안)』, 1995.
- \* 俞 焄, 『政策學原論』, 法文社, 1995.
- \* 鄭正佶, 『政策學原論』, 大明出版社, 1990.
- \* 鄭在晁(編), 『判例憲法』, 吉安社, 1994.
- \* 崔鳳基, 『政策議題形成論 -理論과 實際-』, 日新社, 1988.
- \* 韓國法制研究院, 『立法理論研究(I) -立法基礎理論과 立法技術-』, 1991.
- \* \_\_\_\_\_, 『立法理論研究(II) -立法過程의 理論과 實際-』, 1994.
- \* \_\_\_\_\_, 『立法理論研究(III) -法令用語에 관한 研究-』, 1995.
- \* \_\_\_\_\_, 『特例法の 現況과 整備方向』, 1992.
- \* 許 營, 『韓國憲法論』, 博英社, 1996.
- \* \_\_\_\_\_, 『憲法理論과 憲法』, 博英社, 1995.
- \* 憲法裁判所, 『憲法裁判所判例集 제1권~제7권2집』, 1989~1995.
- \* 홍성방(윤희김), 마르틴 크릴레, 『법발전론』, 한림대학교출판부, 1995.
- \* 洪井善, 『憲法과 政治』, 法文社, 1986.

#### 【一般論文】

- \* 姜京根, 『合憲性統制對象으로서의 法律』, 考試研究, 1994.2.

參考文獻

- \* 康基政, 『罪刑法定主義』, 刑事法學的 現代的 課題(東山 孫海陸博士華甲紀念), 1993.
- \* 姜熙遠, 『法에 대한 體系理論的 把握』, 慶熙法學 제29권2호, 1995.2.
- \* \_\_\_\_\_, 『이른바 一般條項에 관한 基礎法學的 理解』, 高鳳法學(경희대) 장간호, 1994.
- \* 丘秉朔, 『立法裁量論』, 考試界, 1985.11.
- \* \_\_\_\_\_, 『人權規制의 二重基準論과 三重基準論』, 考試界, 1993.4.
- \* 權寧高, 『美國憲法上 適法節次의 法理와 그 展開』, 美國憲法研究 제1집, 1990.
- \* 金明圭, 『憲法上의 適法節次』, 壇國大 論文集 제28호, 1994.6.
- \* 金攻圭, 『嚴格한 合理性의 基準』, 東亞法學(동아대) 제18호, 1995.2.
- \* 金寧煥, 『積極的 平等實現措置에 관한 研究』, 嶺南大 博士論文, 1991.
- \* 金永休, 『平等保障의 基準에 관한 研究』, 全南大 博士論文, 1989.
- \* 羅康均, 『美國憲法上 平等保護에 관한 研究』, 圓光大 博士論文, 1992.
- \* 南宮權, 『政策議題設定과 政策形成』, 考試界, 1994.7.
- \* 文鴻柱/金炯盛, 『比例性原則과 基本權』, 學術院論文集(인문사회과학편) 제28집, 1989.
- \* 閔東基, 『憲法裁判所의 違憲法律審査에 관한 考察』, 立法調查月報, 1992.6.
- \* 朴英道, 『基本法의 法制上의 位置』, 法制研究(한국법제연구원) 제5호, 1993.
- \* \_\_\_\_\_, 『處分의 法律의 立法論的 檢討』, 法制研究 제9호, 1995.
- \* 박인규, 『立法裁量論에 관한 研究』, 建國大大學院 學술논문집 제34집, 1991.12.
- \* 박재송, 『政策議題形成類型과 發生狀況』, 關東大論文集 제23집, 1995.
- \* 裴俊相, 『憲法裁判所와 立法權者』, 法學論叢(한양대) 제9집, 1992.10.
- \* 徐元宇, 『計劃裁量에 대한 法的 統制(I)(II)(III)』, 月刊考試, 1981.8/9/10.
- \* \_\_\_\_\_, 『不確定法概念의 解釋과 適用(上)(下)』, 考試界, 1982.8/9.
- \* 徐廷範, 『行政法上 比例의 原則』, 江原法學(강원대) 제7호, 1995.
- \* 孫 晟, 『法政策學의 形成과 展開(I) - 그 序說的 接近-』, 行政論叢(동국대 행정대학원) 제19집, 1990.
- \* 宋熙俊, 『政策開發과 政策形成』, 考試界, 1994.7.
- \* 沈憲燮, 『一般條項小考 -分析的 素描-』, 法學(서울대) 제30권1·2호, 1989.

- \* 安東洙, 『公法上の 信賴保護의 原則』, 現代公法理論의 展開(石正 許永敏博士華甲紀念), 1993.
- \* 禹聖基, 『公法上の 比例原則 -프랑스 公法을 중심으로-』, 서울大 博士論文, 1994.
- \* 梁三承, 『過剩禁止의 原則 -특히 獨逸에서의 理論과 判例를 중심으로-』, 憲法論叢(헌법재판소) 제1집, 1990.
- \* 유명훈, 『法令立案審査基準의 基本原則정립에 관한 연구』, 月刊法制 제458호, 1996.2.
- \* 劉正福, 『美國憲法上 適法節次에 관한 研究』, 圓光大 博士論文, 1990.
- \* 尹明善, 『表現의 自由의 制約原理』, 月刊考試, 1994.9.
- \* ———, 『適法節次의 法理』, 慶熙法學(경희대) 제26권1호, 1992.
- \* 尹英根, 『違憲審査의 基準』, 憲法論叢(헌법재판소) 제2집, 1991.
- \* 李康嫻, 『法律의 優位』, 考試界, 1984.3.
- \* ———, 『議會留保의 原則』, 月刊考試, 1985.1.
- \* 李東洽, 『美國判例法上 過度한 廣範性의 原則』, 憲法論叢 제3집, 1992.
- \* 李東勳, 『違憲法律審査의 司法消極主義·積極主義 限界에 관한 研究』, 世明論叢(세명대) 제2호, 1994.3.
- \* 李邦基, 『美聯邦憲法裁判에 있어서 적용되는 平等保護原則에 관한 연구』, 現代公法理論의 展開(石正 許永敏博士華甲紀念), 1993.
- \* 李相哲, 『信賴保護原則의 法的 根據와 效力』, 公法學의 諸問題(玄濟 金英勳博士華甲紀念), 1995.
- \* 李廷元, 『罪刑法定主義의 原則과 法律의 解釋』, 法學論文集(중앙대) 제17집, 1992.12.
- \* 李種祥, 『平等權의 效力』, 現代公法論叢(日嚴 卞在玉博士華甲紀念), 1994.
- \* 李太薰, 『美國憲法에 있어서 適法節次法理의 變遷에 관한 研究』, 慶熙大 博士論文, 1994.2.
- \* 林憲素, 『行政法上 比例原則의 法的判斷基準問題』, 公法學의 諸問題, 1995.
- \* ———, 『行政法上 比例原則과 法的統制에 관한 研究』, 司法行政 1994.3/4/5.
- \* 張重植/朴鉉俊, 『信賴의 原則 -法理와 判例의 동향-』, 法政研究(효성여대) 제2호, 1994.

## 參考文獻

- \* 張榮敏, 『法發見의 方法 -問題事案에서의 法發見모델을 중심으로-』, 인하대 사회과학연구소 논문집 제10집, 1991.6.
- \* 全一柱, 『二重基準論에 관한 美國憲法判例研究 -Carolene관결을 중심으로-』, 法學論叢(단국대) 제20집, 1994.
- \* 全在慶, 『漠然해서 無效인 法律』, 法制研究 제5호, 1993.
- \* \_\_\_\_\_, 『韓國의 適法節次에 관한 研究 -美國의 適法節次原理가 韓國의 法制에 미치는 영향』, 東國大 博士論文, 1991.
- \* 鄭鎮洪, 『人身의 自由保障에 있어서 適法節次에 관한 연구』, 漢陽大 博士論文, 1993.
- \* 曹正燦, 『立法形式과 所管事項』, 法制研究 제7호, 1994.
- \* 趙泰濟, 『法律의 留保原則에 관한 研究 -議會留保를 중심으로-』, 漢陽大 博士論文, 1992.12.
- \* 崔大權, 『立法學研究 -立法案 作成을 중심으로-』, 法學(서울대) 제35권3·4호, 1994.
- \* 表時烈, 『行政의 效率性偏向에 대한 憲法上的의 制限』, 韓國行政學報 제28권4호, 1994.
- \* 許 營, 『憲法裁判의 理論과 實際 -平等權에 대한 判例를 중심으로-』, 연세행정논총 제17집, 1992.4.
- \* 黃祐呂, 『溯及立法』, 考試研究, 1989.11.
- \* 黃致連, 『過剩禁止原則의 內容』, 韓國公法學會 제59회 學術發表會, 1996.4.20.
- \* 洪井善, 『不確定法概念과 判斷餘地』, 考試研究, 1991.9.
- \* 洪準亨, 『不確定法概念과 判斷餘地의 限界 -최근 獨逸에서의 判例 및 理論動向을 중심으로-』, 現代公法과 個人의 權益保護(均齊 梁承斗教授華甲紀念), 1994.

## 〈外國文獻〉

○日 本

### 【單行本】

- \* 高橋和之, 『憲法判斷の方法』, 有斐閣, 1995.

- \* 宮川公男,『政策科学入門』,東洋経済新報社,1996.
- \* 白鳥令(編),『政策決定の理論』,東海大学出版部,1990.
- \* 山田 晟,『立法学序説 -體系論の試み-』,有斐閣,1994.
- \* 上田 泰,『集團意思決定研究』,文真堂,1996.
- \* 松井茂記,『二重の基準論』,有斐閣,1994.
- \* 天野和夫(編),『裁判による法創造』,晃洋書房,1989.
- \* 平井宜雄,『法政策学 -法的意思決定および法制度設計の理論と技法-』,有斐閣,1987.
- \* \_\_\_\_\_,『法政策学(第2版) -法制度設計の理論と技法』,有斐閣,1995.
- \* 行政管理研究センター,『政策研究のフロンティア』,財団法人 行政管理研究センター,1988.
- \* \_\_\_\_\_,『政策形成と行政官の役割』,財団法人 行政管理研究センター,1990.
- \* 憲法理論研究会(編),『違憲審査制の研究』,敬文堂,1993.
- \* 戸部信喜,『憲法訴訟の現代的展開』,有斐閣,1981.
- \* \_\_\_\_\_,『憲法訴訟の理論』,有斐閣,1989.
- \* \_\_\_\_\_(編),『講座 憲法訴訟』,有斐閣,1987.
- \* 戸松秀典,『立法裁量論』,有斐閣,1993.

#### 【一般論文】

- \* 高見勝利,『あるべき立法者像と立法のあり方 -立法学研究への一視角-』,公法研究 第47号,1985.
- \* 大貴裕之,『立法裁量の一考察』,憲法制定と變動の法理(菅野喜八郎教授還暦紀念),木鐸社,1992.
- \* 木原正雄,『立法裁量論に関する一考察』,早稻田法学会誌 第42号,1992.
- \* 森田 修,『(書評) 平井宜雄著 法政策学 第2版』,社会科学研究(東京大) 第47卷 2号,1995.
- \* 上村貞美,『委任立法と統制』,公法研究 第47号,1985.

参考文献

- \* 西谷 剛, 『政策の立法判断(1)(2)』, 自治研究 第71卷11・12号, 1995.
- \* 松本哲治, 『経済的 自由権を規制する立法の合憲性審査基準(1)(2)』, 民商法雑誌 第113卷4・5・6号, 1996.
- \* 阿部泰隆, 『法制度の設計序説』, 自治研究 第72卷4号, 1996.
- \* 戸松秀典, 『立法裁量』, 公法研究 第55号, 1993.
- \* 戸波江二, 『職業の自由と違憲審査』, 法學教室 1995.3.

○獨逸/スウイス/オーストリア

【單行本】

- \* Bachmann, Susanne/Jahnel, Dietmar/Lienbacher, Georg(Hrsg.) : 『Gesetzgebungsverfahren und Gesetzesqualität』, Wien, 1992.
- \* Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.) : 『Praxis der Gesetzgebung - Ein Lehr und Lernhilfe』, Regensburg, 1983.
- \* Bundesministerium des Justiz(Hrsg.) : 『Handbuch der Rechtsförmlichkeit』, Bundesanzeiger, 1991.
- \* Engisch, Karl : 『Einführung in das juristischen Denken』, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1977.
- \* Fielitz, Helmuth.S. : 『Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung - besonders des 9. Deutschen Bundestages(1980~1983)-』, Berlin, 1988.
- \* Grimm, Dieter/Maihofer, Werner(Hrsg.) : 『Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik』, Opladen, 1988.
- \* Haller, Herbert : 『Die Prüfung von Gesetzen』, Wien/New York, 1979.
- \* Heinz, Wolfgang(Hrsg.), 『Rechtstatsachenforschung heute』, Konstanz, 1986.
- \* Hill, Hermann : 『Einführung in die Gesetzgebungslehre』, Heidelberg, 1982.
- \* \_\_\_\_\_(Hrsg.) : 『Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung』,

- Berlin, 1989.
- \* Hippel, Eike von : 『Rechtspolitik -Ziele · Akteure · Schwerpunkte』, Berlin, 1992.
  - \* Hirschberg, Lothar : 『Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit』, Göttingen, 1981.
  - \* Höhn, Ernst : 『Praktische Methodik der Gesetzesauslegung』, Zürich, 1993.
  - \* Hotz, Reinhold, 『Methodische Rechtsetzung』, Zürich, 1983.
  - \* Hugger, Werner : 『Gesetz - Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung』, Baden-Baden, 1983.
  - \* Kindermann, Harald(hrsg.) : 『Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982』, Berlin/Heidelberg/New York, 1982.
  - \* Klug, Ulrich/Ramm, Thilo/Rittner, Fritz/Schmiedel, Burkhard(hrsg.) : 『Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil - und Prozeßrecht』, Berlin/Heidelberg/New York, 1978.
  - \* Krems, Burkhardt : 『Grundfragen der Gesetzgebungslehre. erörtert anhand neuerer Gesetzgebungsvorhaben insbesondere der Neuregelung des Bergschadensrecht』, Berlin, 1979.
  - \* Lachmayer, Friedrich/Reisinger, Leo : 『Legistische Analyse der Struktur von Gesetzen』, Wien, 1976.
  - \* Moench, Christoph : 『Verfassungswidriges Gesetz und Normkontrolle』, Baden-Baden, 1977.
  - \* Müller, Friedrich : 『Juristische Methodik』, Berlin, 1990.
  - \* Müller, Georg : 『Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung』, Basel und Stuttgart, 1979.
  - \* Noll, Peter : 『Gesetzgebungslehre』, Reinbek, 1973.
  - \* Öhlinger, Theo(Ges.red.) : 『Methodik der Gesetzgebung』, Wien/New York, 1982.
  - \* Pawlowski, Hans.M. : 『Methodenlehre für Juristen』, Heidelberg, 1981.

## 参考文献

- \* Peine, Franz.J. : 『Systemgerichtigkeit. Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstabe der Normkontrolle』, Baden-Baden, 1985.
- \* Philippi, Klaus.J. : 『Tatsachenfeststellung des Bundesverfassungsgerichts - Ein Beitrag zur rational - empirischen Fundierung verfassungsgerichtlicher Entscheidung』, Köln, 1971.
- \* Rödiger, Jürgen(Hrsg.), 『Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung』, Berlin/Heidelberg/New York, 1976.
- \* Schäffer, Heinz/Triffterer, Otto(Hrsg.) : 『Rationalisierung der Gesetzgebung』, Heidelberg, 1991.
- \* Schneider, Hans : 『Gesetzgebung』, Heidelberg, 1991.
- \* Schreckenberger, Waldemar(Hrsg.), 『Gesetzgebungslehre -Grundlagen, Zugänge, Anwendung』, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz, 1986.
- \* Vorstand des Österreichischen Juristentages(hrsg.) : 『Kosten-Nutzen-Analyse in der Gesetzgebung. Funktionanalyse, Effektivitäts - und Effizienzüberlegung in der Rechtssetzung』, Wien, 1979.
- \* Winkler, Günther/Schilcher, Bernd(Hrsg.) : 『Gesetzgebung』, Wien/New York, 1981.
- \* Wroblewski, Jerzy : 『Einführung in die Gesetzgebungstheorie』, Wien, 1984.
- \* Zielcke, Andreas : 『Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaft』, Baden-Baden, 1978.

### 【一般論文】

- \* Becker, Peter : 『Juristendeutsch in der Gesetzesprache?』, NJW 1967, S.917f.
- \* Breuer, Rüdiger : 『Legislative und administrative Prognoseentscheidungen』, Der Staat 1977, S.44f.
- \* Czajka, Dieter : 『Der Stand von Wissenschaft und Technik als Gegenstand richterlicher Sachaufklärung』, DÖV 1982, S.99f.



- \* Eberle, Carl.E. : 『Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt』, DÖV 1984, S.485f.
- \* Fliedner, Ortlieb : 『Notwendigkeit, Verständlichkeit und Praktikabilität von Rechtsvorschriften』, ZG 1993, S.348f.
- \* Gassner, Ulrich M. : 『Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz』, DÖV 1996, S.18f.
- \* Gentz, Manfred : 『Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen』, NJW 1968, S.1604f.
- \* Grupp, Klaus : 『Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Haushaltsrecht』, JZ 1982, S.236f.
- \* Gusy, Christoph : 『Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre?』, ZRP 1985, S.291f.
- \* Hill, Hermann : 『Bemühungen zur Verbesserung der Gesetzgebung』, ZG 1993, S.1f.
- \* \_\_\_\_\_ : 『Impulse zum Erlaß eines Gesetzes』, DÖV 1981, S.487f.
- \* Hoppe, Walter : 『Zur Struktur von Normen des Planungsrecht』, DVBl 1974, S.641f.
- \* Isensee, Josef : 『Mehr Recht durch weniger Gesetze?』, ZRP 1985, S.139f.
- \* Karpen, Ulrich : 『Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland』, ZG 1986, S.1f.
- \* Kloepfer, Michael : 『Abwägungsregeln bei Satzungsgebung und Gesetzgebung』, DÖV 1995, S.441f.
- \* Lachmayer, Friedrich : 『Zur Theorie der Gesetzgebung』, DÖV 1978, S.33f.
- \* Lambrecht, Klaus : 『Generalklauseln und technischer Fortschritt』, DÖV 1981, S.700.
- \* Össenbühl, Fritz : 『Die Bewertung technischer Risiken bei der

參考文獻

Rechtsetzung』, DÖV 1982, S.833f.

- \* Schier, Wolfgang : 『Gesetzgebung und Gesetzgebungstechnik』, BayVBl 1979, S.321f.
- \* Schnapp, Friedrich.E. : 『Die Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs』, JuS 1983, S.850f.
- \* Seetzen, Uwe : 『Der Prognosepielraum des Gesetzgebers』, NJW 1975, S.434f.
- \* Söllner, Alfred : 『Der Richter als Ersatzgesetzgeber』, ZG 1995, S.1f.
- \* Wassermann, Rudolf : 『Sprachliche Problem in der Praxis von Rechtspolitik und Rechtsverwirklichung』, ZRP 1981, S.259f.
- \* Wenzel, Karl.E. : 『Wettbewerbsverstöße künftig gratis?』, ZRP 1982, S.195f.

연구보고 96-1 立法審査의 體系와 方法論

---

1996년 7월 20일 印刷

1996년 7월 25일 發行

發行人 白 南 辰  
發行處 **한국법제연구원**  
印刷處 東 洋 商 社

서울특별시 종로구 신문로 2가 1-103  
전 화 : (722)2901~3, 0163~5  
등록번호 : 1981. 8.11. 제1-190호

---

1. 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

