

연구보고 97-1

立法理論研究(V)

# 立法技術의 理論과 實際

1997. 9.

研究者 : 朴英道(首席研究員)

한국법제연구원



## 發 刊 辭

일반적으로 法文을 작성하는 행위는 매우 기계적이며 복잡한 단계와 절차, 형식을 요구하며 또한 法規範에 관련된 특정한 논리를 구사하는 등 특수한 기술이 요구되고 있습니다. 立法에 있어서 이러한 기술성의 요청은 법규범의 실효성을 높이고 기존의 법규범과의 논리적·사상적 모순과 충돌을 방지함으로써 正當하고 합리적인 法體系를 갖추기 위하여 불가결한 것이라 할 수 있습니다. 따라서 보다 좋은 입법을 하기 위해서는 선택된 立法內容을 명확하고 일의적으로 條文으로 표현하여야 하고, 또한 다른 제도와의 모순이나 충돌없이 법체계의 통일성을 확보하기 위한 "立法技術"이라는 전문지식을 습득할 필요성이 제기되고 있습니다.

이러한 입법기술의 분야에 대해서는 이미 선진외국에서는 實務에서 뿐만 아니라 學問적으로도 활발한 연구를 진행하고 있으며, 특히 입법기술의 분야를 단순히 法案作成의 구체적 방법제시에 그치지 않고 立法學이라는 학문의 중요한 부분영역으로서 이론적 내용을 가지면서 실제에 직접 적용될 수 있도록 學問的體系를 구비하는데 많은 노력을 기울이고 있습니다.

그러나 우리나라에서는 立法技術의 문제가 주로 입법실무가를 위한 전문적인 사항에 한정되고 있어서 실제로 법령의 입안을 담당하는 입법담당공무원을 제외하고는 學界나 實務界에서 그다지 유용한 것으로 인식되지 않고 있습니다. 또한 입법기술에 관한 각종 指針書나 著述등은 아직도 개별적인 법문작성의 구체적 방식인 體系·形式·字句 등을 언급하는데 중점을 두고 있으며, 어떤 체계화된 입법기술의 내용을 언급하고 있지 않은 실정에 있습니다.

그러나 최근 입법기술의 문제가 단순히 法案作成의 요령에 관한 실무지향적인 측면을 벗어나 우리 立法全般을 이해하고 현행 법체계의 모순점과 문제점을 발견하는데 상당한 도움을 주고 있을 뿐 아니라, 현행 법제에 대한 국민의 理解度を 높이는데 매우 필요한 영역으로 인식되면서 입법실무가는 물론 학계에서도 깊은 관심을 가지고 있습니다.

이러한 법령의 形式, 構成 및 規定의 順序 등에 관한 입법기술의 적용지침에 대해서는 국가의 최고법인 憲法에서 선언적으로 입법형성에 즈음하여 준수하여

야 할 기본원칙 등을 제시하고 있으나, 이를 명문으로 정하는 기준은 없으며 다만 다년간의 立法上의 經驗을 통하여 저절로 일정한 기준이 형성되고 있습니다. 우리의 경우에도 정부의 법제기구인 法制處에서 그동안 입법관행으로 되어온 것과 실무상 축적된 경험을 종합하여 “법령입안심사기준”을 마련하고 있습니다. 法制處에서 마련한 법령입안심사기준은 법안작성을 위한 주요일반준칙을 상세히 규정하여 立法作業에 매우 유용한 기준으로서 현재 입법담당자들에게 널리 활용되고 있습니다. 특히 法制處에서는 1995년 8월 법제업무의 원활한 수행을 도모하고 국가정책수행의 효율화와 국민의 권익신장에 기여하기 위하여 종전의 “법제업무운영규정”을 대통령령으로 새로이 제정하면서 그 시행을 위하여 법제업무운영규정시행지침을 마련하여 法令案의 입안심사기준을 세부적으로 규정하고 있습니다. 법제처가 마련한 이들 규정 및 시행지침의 시행으로 이제 우리도 法制業務의 체계화 및 실효성있고 합리적인 입법을 위한 제도적 방안의 틀이 갖추어졌다고 평가할 수 있습니다.

이 報告書는 법제처가 마련한 법령입안심사기준을 토대로 입법의 체계·표현 및 기본형식 등 우리의 立法技術의 실제적 적용을 위한 적절한 해설과 사례를 가미하여 검토하고 있습니다. 특히 이 보고서에는 선진외국의 입법기술지침에 대한 개괄적인 소개 및 立法技術과 관련한 憲法裁判所의 결정례를 관련되는 부분에 적절하게 언급하여 입법시에 유용한 참고가 되도록 배려하고 있습니다. 이 報告書에서 제시하고 있는 입법기술분야의 각종 내용을 토대로 앞으로 이 분야에 관한 본격적이고 심도있는 연구가 學界 및 實務界에서 활발하게 논의되기를 기대하며, 아울러 立法의 민주화·합리화 및 과학화를 위한 연구의 일환으로서 우리 研究院에서 지속적으로 수행하고 있는 “立法理論研究”사업에 대해서도 많은 관심과 참여를 바랍니다. 끝으로 연구수행과정에서 많은 수고를 한 研究者와 관련자료의 제공·자문등 협조를 아끼지 않으신 관계자 여러분께 감사를 드립니다.

1997년 9월

韓國法制研究院長  
法學博士 朴松圭



# 目次

## 第1章 序論

第1節 技術로서의 立法 .....	1
I. 立法과 技術의 關係 .....	1
II. 立法技術의 觀念 .....	3
第2節 立法學의 對象으로서의 立法技術 .....	7
I. 立法學과 立法技術 .....	7
II. 立法技術의 問題領域 .....	11
1. 國內에서의 問題領域 .....	12
2. 主要外國에서의 問題領域 .....	15

## 第2章 立法技術의 適用原理

第1節 序說 .....	27
第2節 立法技術의 內容的 適用原理 .....	28
I. 合憲性の 原理 .....	28
II. 段階正當性の 原理 .....	32
1. 所管事項의 原理 .....	32
2. 所管事項의 委任 .....	39
III. 實效性の 原理 .....	46
IV. 經濟性の 原理 .....	50
第3節 立法技術의 形式的 適用原理 .....	54
I. 體系性の 原理 .....	54

1. 後法優先의 原理 .....	58
2. 特別法優先의 原理 .....	64
II. 明確性의 原理 .....	71
1. 意義 .....	71
2. 明確性의 基準 .....	74
3. 法令에서的一般條項과 裁量條項의 問題 .....	78
4. 法令의 理解可能性 .....	87

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

第1節 序說 .....	97
第2節 法令文의 文章構造와 基本形式에 관한 事項 .....	99
I. 法令文의 文章構造 .....	99
1. 一條一文主義 .....	100
2. 法令文의 主語 .....	101
3. 法令文의 述語 .....	103
II. 法令文의 基本形式 .....	103
1. 意義 .....	103
2. 題名/名稱 .....	104
3. 章·節 등 .....	109
4. 條·項·號·目 등 .....	112
5. 表·別表·別紙書式 등 .....	115
6. 기타 .....	116
7. 法令의 引用條項의 表示方法 .....	117
第3節 總則에 관한 事項 .....	122
I. 總則의 意義 .....	122
II. 目的規定 .....	122
1. 意義 .....	122

2. 作成方法 .....	123
3. 目的規定의 例外 .....	125
III. 定義規定 .....	127
1. 意義 .....	127
2. 作成方法 .....	129
IV. 解釋規定 .....	140
1. 意義 .....	140
2. 作成方法 .....	141
V. 기타의 總則的 規定 .....	142
1. 適用範圍에 관한 規定 .....	142
2. 理念規定·責務規定 .....	145
第4節 實體規定에 관한 事項 .....	146
I. 意義 .....	146
II. 事業規制法規 .....	148
1. 許可制에 관한 規定 .....	149
2. 기타 事業規制法規에 있어서의 共通規定에 관한 事項 .....	183
III. 助成法規 .....	186
1. 補助金交付 .....	189
2. 助成의 形式으로서의 損失補償 .....	199
3. 低利資金의 融資 또는 斡旋 .....	200
4. 國有財産의 無償讓渡 또는 貸付 .....	201
5. 政府出資 .....	204
6. 稅制上の 特別措置 .....	205
7. 利子支給·私債引受 등 .....	207
IV. 資格賦與法規 .....	208
1. 資格者의 名稱과 業務 .....	210
2. 資格者의 使命, 任務 .....	212
3. 無資格者의 業務從事禁止規定 .....	212

4. 名稱使用制限 .....	214
5. 資格賦與方法 .....	215
6. 資格者の 決定基準 .....	220
7. 缺格事由 .....	223
8. 資格者の 業務와  관련된 義務 .....	225
9. 資格取消 기타 處分 .....	227
10. 資格者の 團體 .....	233
V. 기타 實體規定에  관한 事項 .....	235
1. 委員會에  관한 規定 .....	235
2. 延滯料 및 加算金の 賦課·徵收 .....	239
第5節 補則에  관한 事項 .....	240
I. 意義 .....	240
II. 報告義務 .....	241
1. 報告義務의 主體 및 相對方 .....	242
2. 報告의 範圍 .....	244
III. 出入檢査 또는 調查 .....	246
1. 出入檢査·質問에  관한 規定方式 .....	248
2. 出入의 範圍 .....	249
3. 出入拒否의  경우 .....	250
IV. 聽聞 .....	251
1. 立法形式 .....	252
2. 聽聞의 形態 .....	254
3. 聽聞의  대상이  되는 事項 .....	258
V. 行政審判·行政訴訟 .....	260
1. 行政審判 .....	261
2. 行政訴訟 .....	269
VI. 損失補償 .....	272
1. 補償의 對象 .....	274

2. 補償의 節次 .....	277
3. 補償의 範圍 .....	280
VII. 手數料에 관한 事項 .....	282
1. 徵收根據 .....	283
2. 手數料金額 .....	288
3. 手數料納付方法 .....	292
4. 手數料의 歸屬 .....	297
5. 기타 .....	299
VIII. 權限의 委任·委託規定 .....	304
1. 立法의 基本形式 .....	306
2. 權限의 再委任 .....	308
3. 民間委託의 경우 .....	309
4. 기타 .....	313
IX. 罰則適用에 있어서의 公務員擬制 .....	315
X. 기타 .....	318
1. 類似名稱使用禁止 .....	318
2. 關係行政機關과의  협조·협의 등 .....	319
第6節 罰則에 관한 事項 .....	320
I. 意義 .....	320
II. 罰則規定의 順序와 構成 .....	323
III. 罰則規定의 作成方法 .....	324
1. 犯罪構成要件의 明示 .....	324
2. 法定刑의 規定方式 .....	330
3. 過失犯의 경우 .....	340
4. 未遂·豫備·陰謀 .....	342
5. 教唆·幫助 .....	344
6. 刑의 감경·면제 .....	346
7. 告訴·告發(請求) .....	350

8. 兩罰規定 .....	354
9. 過怠料 .....	367
10. 罰則規定의 委任 .....	382
11. 法令중 一部가 準用되는 者에 대한 罰則適用 .....	384
12. 課徵金의 問題 .....	385
第7節 附則에 관한 事項 .....	397
I. 意義 .....	397
II. 施行日에 관한 規定 .....	398
1. 公布日로부터 즉시 시행하게 하는 方式 .....	399
2. 公布한 날부터 일정한 猶豫期間을 두어 시행하는 方式 .....	400
3. 特定日字부터 시행하게 하는 方式 .....	401
4. 특정한 事實의 發生과 관련시키는 方式 .....	402
5. 法令중의 各규정에 따라 시행일을 달리하는 方式 .....	402
6. 施行日을 하위법령에 委任하는 方式 .....	404
7. 法令의 遡及適用 .....	406
8. 기 타 .....	407
III. 既存法令의 廢止에 관한 規定 .....	408
IV. 經過措置에 관한 規定 .....	409
1. 經過規定의 작성방법 .....	410
2. 經過規定의 類型 .....	412
V. 適用例·特例에 관한 規定 .....	427
1. 適用例의 규정 .....	427
2. 特例의 규정 .....	428
VI. 法令의 有效期間에 관한 規定 .....	429
VII. 法令의 施行을 위한 準備行爲에 관한 規定 .....	430
VIII. 다른 法令의 改正에 관한 規定 .....	432
第8節 改正·廢止의 方式에 관한 事項 .....	437
I. 一般原則 .....	437

II. 一部改正方式 .....	438
1. 一部改正의 原理 .....	438
2. 一部改正의 類型 .....	439
3. 一般的 유의사항과 基本形式 .....	440
4. 改正法令의 題名·改正文 .....	441
5. 改正方式의 구체적 검토 .....	445
III. 全部改正方式 .....	484
1. 全部改正의 意義 .....	484
2. 全部改正의 方式 .....	485
IV. 廢止方式 .....	486
1. 廢止의 意義 .....	486
2. 廢止의 方式 .....	486
第9節 用字·用語에 관한 事項 .....	489
I. 法令에 있어서 用字·用語의 意義와 使用目的 .....	489
1. 意味의 差異의 明確化 .....	490
2. 條文構造의 明確化 .....	490
3. 表現의 簡略化 .....	490
4. 條文相互間의 關係의 明確化 .....	491
II. 法令의 用字에 관한 事項 .....	491
1. 한글·한자의 표기 .....	491
2. 外來語 .....	494
3. 숫자 .....	495
4. 符號 .....	498
III. 法令의 用語에 관한 事項 .....	505
1. 적절한 用語의 선택 .....	505
2. 法令用語整備基準 .....	506
3. 주요한 法令用語 .....	508
參考文獻 .....	539





## 第1章 序論

## 第1節 技術로서의 立法

## I. 立法과 技術의 關係

「기술(Technik)」이란 그 자신 목적이 아니라 手段的인 것이며 그 목적이 한정되어 있다. 즉 일정한 목적을 달성하기 위하여 합리적, 즉 넓은 의미의 經濟主義에 따라 일정한 법칙을 응용하는 것을 技術이라 한다. 법이 일정한 기술을 내용으로 하는 것은 이 기술이 法의 目的을 달성하기 위한 합리적 수단이기 때문이다. 기술은 주관적 의미에서는 목적에 대한 올바른 道程의 術이며, 객관적 의미에서는 인간활동의 일정범위에 있어서 行動의 경로 및 보조수단의 세련된 총체이다. 기술은 한정된 목적을 달성하기 위한 행동의 방법을 지시하는 규율이다. 그러나 기술은 法의 手段으로서 사용되고 있음에도 불구하고 그것이 사회생활의 규율로서 평가되고 법의 내용으로서 받아들여 진다. 따라서 기술을 이용하는데 있어서는 일정한 目的을 달성하기 위해 다양한 의미에서의 合目的性과 合理性이 고려된다. 아울러 기술은 상식 등으로 해결할 수 없는 특별한 지식을 필요로 하는 것이며 매우 의식적이고 형식적인 성격을 지닌다.<sup>1)</sup>

이와 같이 技術은 설정된 목적에 대한 수단의 성질을 지니며, 그것이 합목적성의 고려에서 출발하여 전문적 성질을 구비하는 경우 「技術」이라 일컬어지는 것이다. 기술은 수단이므로 목적에 관하여 행해지는 倫理的 批判과는 관계없는, 윤리적으로 無色(amoral)이며 그 자체 中立性을 지닌다. 나아가 기술은 「합리성」을 지니지 않으면 안된다. 그 목적을 위하여 「논리정연하게 배열하고, 내면적인 통일을 유지하는」 기술 그 자체는 바로 일종의 合理性을 창출하기 위한 것이라 할 수 있다.

그러면 立法에 있어서 이러한 기술의 의미는 어떻게 위치하고 있는가. 일반적으로 입법, 특히 법문을 작성하는 행위는 매우 機械的이며 복잡한 단계와 절차,

1) Alexander Roßnagal, 「Technik und Recht -Wer Beeinflußt Wen-», in : Ders. (Hrsg.), Freiheit im Griff, Stuttgart 1989, S.11f.

형식을 요구하며 또한 法規範에 관련된 특정한 논리를 구사하는 등 특수한 기술이 요구된다. 이러한 입법에 있어서의 기술상의 요청은 법규범의 實效性を 높이고 기존의 법규범과의 논리적·사상적인 모순과 충돌을 방지함으로써 타당하고 정당한 법체계를 갖추기 위하여 불가결한 것이라 할 수 있다.立法에 즈음하여 그러한 기술이 담보됨으로써 비로소 법규범은 그 고유한 기능을 발휘할 수 있으며, 나아가 사회구성원의 법행동·법의식을 올바르게 이끌어 갈 수 있는 것이다.

그러한 의미에서 立法에 있어서의 技術은 단순한 요령으로서의 기술이 아닌 법체계적·법원리적 사고기술을 필요로 한다. 규율대상을 선택하고 그것을 立法化하는 일련의 기술적 조작을 한정된 시야를 가지고 임한다면 그 법규범은 實際의 구체적 사실관계에 직접 적용될 수도 없으며 社會적으로 승인될 수도 없을 것이기 때문이다. 입법의 수단으로서의 기술은 社會體制의 원리를 기준으로 사회의 요청을 사회적 여러 조건과의 관련에서 선택·정서하는 것일 때 그 立法은 비로소 합리성을 구비한 것이 되는 것이다. 기술의 조작이 合理性을 상실하는 경우에는 그 기술은 생명력을 상실할 뿐 아니라 그 기능성도 발휘할 수 없게 된다. 따라서 입법에 있어서 다양한 기술의 습득과 구사·전개는 바로 합리성과 기능성을 구비한 技術精神에 의하여 담보되지 않으면 안된다.

오늘날 국가의 모든 활동은 일정한 法規範에 의해서 실시된다. 즉 일정한 주기로 반복되고 또한 조직적으로 행해지는 국가의 모든 개별적 조치는 정교한 法秩序를 통하여 담보되고 시행될 수 있는 것이다. 따라서 國家는 역사적·실제적 경험의 기초하에서 형성되어진 규율에 의해서 활동하고, 그 조건하에서 최소한의 노력과 시간의 비용으로 바라는 소기의 성과를 달성하게 된다. 특히 오늘날에 있어서의 國家活動은 매우 증대하고 細分化되고 있으며 그에 상응하여 더욱 광범위하고 세분화된 법규범을 필요로 하고 있다. 그러한 법규범의 缺如 내지 간과는 무질서를 낳고 정상적인 업무활동의 지장을 초래할 뿐 아니라 불필요한 官僚主義를 야기하고, 문제의 올바르게 시의적절한 해결을 방해하며 나아가 국가기관의 활동을 지연시키는 결과를 초래한다.<sup>2)</sup> 그와 반대로 상응하는 規範體系

2) Hans A.Engelhart, 「Aktuelle Fragen von Recht und Gesetz im demokratischen Rechtsstaat」, in : Dieter Stempel(Hrsg.), Mehr Recht durch weniger Gesetz?, Köln 1987, S.13. 【朴英道(譯), 民主的 法治國家에 있어서 權利와 法律에 관한 現代的 諸問題, 法制研究 제3호, 1992, 132面.】

를 완비하면 국가의 임무는 정확하게 질서화되고, 제정된 법규범은 실제의 영역에서 엄격하게 준수될 뿐 아니라 개별 국가기관이 담당하여야 할 과제가 유효적절하게 실현될 수 있는 것이다.

立法의 任務는 그러한 중요하고 복잡한 기능을 수행하는 국가의 제기관에게 적절한 권한을 부여하는데 있다. 따라서 입법에 있어서는 국가의 복잡하고 세분화된 활동을 保證하고 이를 가능케 하기 위하여 正當한 法形成節次를 구비하여야 하며 또한 입법실제의 문제가 올바르게 해결될 수 있도록 하는 조건을 갖추어야 한다.<sup>3)</sup> 그러한 의미에서 입법의 영역에 있어서 특히 중요한 요소로 기능하는 것은 法制의 形成을 위한 방법론과 관련한 문제라고 할 수 있다. 즉, 법규범은 어떠한 외부적인 형식과 구조를 구비하여야 하며, 개별 法條項은 어떻게 구성할 것인가 또한 실질적으로 통용되고 있는 입법과 어느 단계 및 어떠한 방법으로 이를 모순·저촉없이 調和시키면서 이를 시행할 것인가라는 점이다. 법형성절차에 있어서 가능한 민주적인 방식으로 국민과의 참여를 도모하는 것도 매우 중요하나, 技術的인 관점에서의 법문의 배열과 구성에 관한 기술적 규율과 일반적이고 개별적인 소재를 고려하는 것도 강조되어야 하는 것이다. 결국 兩者가 상호 보완하면서 형성된 법규범이야말로 법치국가의 원리에 이바지하며 또한 국민들로부터 친숙하게 되는 것이다.

## II. 立法技術의 觀念

法秩序는 전체로서 파악하는 경우 목적의 달성을 위한 단순한 수단인 것이 아니다. 그것은 사회생활에 있어서 正義의 具體化이며, 법질서의 존재는 또한 사회생활 및 개인생활의 수단으로서 작용한다. 즉 법질서는 한편으로는 그 자체 目的이며, 다른 한편에서는 手段인 것이라 할 수 있다. 이 수단적 측면에서 사회구성원에게 가능한 한 효과적으로 요구된 행위를 하도록 動機를 부여하고 법질서를 명확하게 이해할 수 있도록 하기 위하여 立法者가 하여야 할 通知技術의 문제로서의 「立法技術」이라는 특수한 기술이 발달하며, 그것은 오늘날의 법학에 있어서 중요한 부분을 이루고 있다.<sup>4)</sup> 그런데 이러한 立法技術(Gesetzge-

3) D.A.Kerimow, 「Fragen der Gesetzgebungstechnik」, Berlin 1958, S.16.

## 第1章 序 論

bungstechnik, Gesetzestechnik, Legielative Technik, Juristische Technik, Technik des Rechts, Rechtsetzungstechnik)이라는 관념은 논자의 문제관심에 따라 크게 세가지의 관점으로 파악되고 있다.

첫째, 입법기술의 관념을 넓은 의미로 파악하여 法案의 形成에 유의하여야 할 모든 원칙뿐 아니라 입법의 方法과 節次에 관한 결정적인 기본원칙을 포함하는 것이라 한다. 여기에는 입법자의 활동이 수행하려는 목적달성을 위하여 적합한 수단으로 간주될 수 있는지의 여부의 先決問題에 대한 답변을 한 후 훌륭하고, 정당한, 완전하고 효율적인 법률의 문제를 다루는 영역도 立法技術로서 파악하는 것이다.<sup>5)</sup>

둘째, 입법기술을 좁은 의미로 法案의 形成에 관한 모든 원칙을 의미하는 것으로 파악하는 견해가 있다. 즉, 입법기술이란 前文과 부칙형식에 대한 정확한 이해·하위규범의 제정권한·다른 법규정으로의 위임·기타 규범의 인용·罰金 또는 刑의 부과·법률의 합목적적 구성에 관한 문제등을 다루는 것이라고 한다.<sup>6)</sup>

셋째, 입법기술을 가장 좁은 의미로 파악하여 법령의 外形的 構成과 構造에 관한 주요한 형식적 원칙으로 이해하는 견해가 있다. 즉, 입법기술이란 법의 정립을 수범자에게 적합하게 하는 것, 즉 법률이 최소한의 이해관계있는 문외한에게도 인식될 수 있게 법률을 公式化하고 형성하고 중개하는 것으로 파악한다.<sup>7)</sup>

결국 입법기술의 관념에는 올바른 목표정립과 그 목표를 실현하기 위한 합목적적인 수단을 선택하는 「內容的 側面」과 내용과는 분리된 모든 문제, 예컨대 규정을 올바르게 형식화하는 것, 규율소재를 체계적으로 정돈하는 것등을 의미하는 「技術的 側面」의 양자가 포함되고 있다는 견해와,<sup>8)</sup> 입법기술의 개념을 오

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

5) Reinhold Hotz, 「Methodische Rechtsetzung. ein Aufgabe der Verwaltung」, Zürich 1983, S. 113.

6) Josef Kölblle, 「Zum Stand der Gesetzgebungstheorie」, Die Verwaltung 1985, S. 389f.

7) Uwe Krüger, 「Der Adressat des Rechtsgesetzes」, Berlin 1969, S.82ff., 87.

8) Ernst Zitelmann, 「Die Kunst der Gesetzgebung」, Dresden 1904, S.14ff.

로지 입법자의 의사를 용어상으로 명확히 표현하는 것으로 파악하여 그 내용을 매우 축소시키는 견해<sup>9)</sup>가 있다. 우선 「立法技術」이라는 표현이 법정립에 있어서 내용의 확정과 기술적 의미에서의 형식적 정비를 명확히 분리하게 하는 인상을 주고 있으나,<sup>10)</sup> 입법기술을 한가지 측면에서만 이해하는 경우에는 法律概念에 대한 혼란으로 인하여 위험성이 지적된다. 즉, 법률에 대한 技術의 대상이 형식적 의미의 법률 또는 실질적 의미의 법률 가운데 어느 것을 의미하는지가 불분명하다. 그러나 법률의 內容과 形式은 매우 밀접하게 관련되어 있다. 어떠한 법규범을 제정하는데 있어서 형식은 그 내용과 효력을 동시에 결정한다. 아울러 法治國家原理, 民主主義原理 등의 원칙은 법률의 형식의 확정에도 매우 필요하고 요구되는 원칙이다. 기술적인 것을 고려하는데 있어서 법적 규율에 필수적인 실질적인 관점에 대한 고려없이 어떠한 법규정이 필요한가, 어떠한 법형식을 선택할 것인가 또한 어느 정도로 委任의 권한을 인정할 것인가, 어느 범위에서 법적용자에게 裁量의 여지를 인정할 것인가 등에 관한 내용을 확정할 수는 없을 것이다. 그리고 법문에 있어서 전형적으로 技術的인 것이라고 할 수 있는 체계, 정식화 및 공포 등의 문제도 위의 일반적 기본원칙 등이 의미있는 역할을 거두는 경우에 비로소 해결가능한 것이라 할 수 있다.

입법에 있어서 內容의 형성과 技術的 전개는 양자가 상호작용하고 또한 사항적으로 상호의존하는 것이다. 따라서 법령의 형식과 내용은 상호 밀접하게 관련되어 있으며, 법규범의 형식은 그 內容과 效力을 동시에 결정한다는 점에서 볼 경우 입법기술의 관념에 있어서는 입법의 내용과 형식의 양면이 존재한다고 볼 수 있다. 즉 좁은 의미의 입법기술의 관점에서 제기되는 요구는 다른 한편으로 法定立의 방법의 선택과 절차의 규율에 대해서도 의미를 가진다. 특히 입법

국내에서도 대체로 이 입장을 취하고 있다. 陳在勳, 「立法技術에 관한 考察」, 國會報 1982.4., 88面. ; 朴奉國, 「立法의 理論과 實際」, 立法調査月報 1989.1., 1面.

9) Hanswerner Müller, 「Handbuch der Gesetzgebungstechnik」, Köln/Berlin/Bonn/München 1963, S.VII.

10) 그러한 의미에서 立法技術이라는 용어 대신에 法定立技術(Rechtsetzungstechnik)이라는 용어를 사용하는 것이 타당하다는 지적도 있다. Georg Müller, 「Richtlinien der Gesetzestchnik in Bund und Kantonen」, in : Jürgen Rödig(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, Berlin/Heidelberg/New York 1976, S.211f.

의 體系·表現·基本形式 등의 문제는 형식적 관점과 실질적 관점을 동시에 제시하는 것이기 때문에 그것이 좁은 의미의 입법기술에 속하는 것인지 아니면 넓은 의미의 입법기술에 속하는 것인지는 결정하기가 쉽지 않다.<sup>11)</sup> 요컨대 立法技術의 觀念은 입법관계자가 어떠한 입법을 하는데 즈음하여 그 입법을 상식적인 의미에서 올바르게, 적절하게 또한 이해하기 쉬운 입법을 하기 위하여 입법의 內容 및 입법의 形式의 양면에 걸쳐 고려하여야 할 것을 포함하는 여러가지 기술이라고 정의할 수 있다.<sup>12)</sup> 또한 立法技術은 입법적 판단을 토대로 일반적·추상적인 행위를 일정하게 제시된 수단으로 언어적인 記號와 文體로 작성하여 개별적인 사항으로 전환하는 과정을 의미한다.<sup>13)</sup> 이 과정은 개별 법령을 정식화하고

11) Dieter Löchelt, 「Modifikation des Kassenarztrechts im Sozialgesetzbuch -Ein Beitrag zur Rechtsetzungstechnik-», Hamburg 1981, S.12. 그러한 의미에서 기술적인 작용지침이라는 立法技術의 領域을 추상적으로 한정하여 서술하는 것은 무리라고 하며, 「입법을 위한 適用指針」이라는 특수한 영역을 입법기술이라고 표현하는 것이 합목적적이라고 하는 견해도 있다. Burkhardt Krems, 「Grundfragen der Gesetzgebungslehre», Berlin 1979, S.46f.

12) 林修三·吉國一郎·角田禮次郎, 「例解立法技術」, 學陽書房 1983, 3面.

13) 「立法技術이란 법령을 만드는 방식이다. 立法判斷과의 관계에서 말하자면 법률화하여야 할 정책의 내용이 결정된 후 이를 法文으로 하는 것이다. 정책을 정확히 표현하기 위한 공부이며 일반과는 다른 법령의 세계에 통용되는 用語의 사용등의 表現技術이기도 하다. 또 하나의 중요한 행위로서 실시하려는 政策과 기존의 법률과의 關聯分析이 있다. 어떤 政策을 결정하려면 기존의 법률의 各條項에 어떠한 영향이 발생하는가, 중복 내지 모순이 없는가 그렇다면 그 整備方法은 어떻게 할 것인가를 조사분석하는 등 기존조항관련 분석기술이다. 실제로는 입법판단과 입법기술사용과는 일체로 행해진다. 예컨대 法律化하려는 정책내용이 기존의 관련조항과의 사이에 모순이 발생하는지의 여부를 검토한 후 그 關聯條項을 개정하더라도 新政策을 실시할 것인가의 판단 또는 그 관련조항의 特例로서 합리적인 설명이 가능한지 등의 판단이 행해지면서, 그 후 비로소 하나의 새로운 법률의 내용이 결정된다. 이와 같이 兩者는 일체를 이루나, 그러나 양자는 구분하여 고찰하여야 할 것이다. 기존조항관련분석은 우선 政策의 適否를 도외시하여 소여의 정책과 현행법의 관련을 객관적으로 명확히 하는 것이어야 한다. 관련분석은 價値判斷으로부터 중립이라는 의미에서 기술적인 것이다. 立法技術이 복잡곤란하다는 것만으로 입법판단이 영향을 받을 수는 없다. 현행제도를 근본적으로 개혁하려는 정책을 취하면 관련분석은 복잡하게 되고 관계자도 다수가 되는 것은 당연히 예상된다. 이 예상단계에서 그 政策의 導入을 주저할 수도 있다. 立法判斷과 立法技術을 구분한다면 여하튼 관련분석은 기술적으로 평범하게 보는 것만으로 가능하다. 여하히 입법기술이 복잡곤란하더라도 이와는 별도의 입법판단으로서 실시하여야 할 政策은 실시하지 않으면 안된다. 그러나 거꾸로 兩者가 완

적절한 개념적 표현을 탐색하여 사항에 적합하게 전문화, 일반화, 구체화 또는 추상화하는 것이며, 法實際的인 속성을 정확하게 제시하여 법적용자에게 법해석의 지침을 제공하고 개념적으로 어떠한 행위에 대한 적절한 周知를 도모함으로써 수법자에게 이를 전달하는 노력이기도 하다.

따라서 입법기술을 채용함에 있어서는 가능한 다수의 그리고 實際에 적응하는 사례를 모색하여 이를 개념적으로 普遍化하고 抽象化하여야 하며, 규범의 개념은 특별한 경우에만 그 의미와 내용의 범위를 한정하여야 한다. 또한 실제에 적응하는 立法技術의 적용을 우선하여야 하며, 법형식적으로 구체적인 표현으로 정립하여야 한다. 복잡하게 구성된 法文은 실제와 사항에 즉응하여 전달될 수 있도록 충분히 검토하여야 한다. 또한 입법의 動機와 目標에 대해 지속적으로 재검토하여 형식적인 사항을 보완하는 한편, 직접적으로 문제의 발견과 목표정립에서 도출된 評價와 결정기준을 근거로 관련 요소에 대한 개념설정과 언어적 표현방법을 수립하는 작업이 매우 중요하다.

## 第2節 立法學의 對象으로서의 立法技術

### I. 立法學과 立法技術

法學의 對象으로서의 입법에 관한 연구는 최근 다른 사회과학에서도 다양한 모습으로 전개되면서 그 이론적 발전을 거듭하고 있다. 결론적으로 말하면 立法을 학문적으로 취급하는 것이 가능한가의 문제, 즉 입법에 관한 연구가 학문적 및 인식론적으로 가능한가에 관해서는 이미 기본적인 합의가 성립되어 있다고 할 수 있다.<sup>14)</sup> 그것은 立法은 인간의 작용과 결단에 의해 행해지므로 처음부터

---

전히 독립한 개념이라는 것은 아니다. 立法技術을 일방적으로 무시하는 것은 타당하지 않다. 또한 정책이 선결된 이상 단지 기술적으로 관련조항을 정리하거나 법문을 작성하면 된다는 것도 아니다. 政策은 그 적절한 표현에 의해서 비로소 명확하게 위치한다. 立案者의 머리에서 외부로 객관화된다. 기존조항관련분석으로도 어떠한 政策을 추진할 것인가의 판단이 가능하게 된다. 그리고 표현기술과 기존조항관련분석에 의하여 거꾸로 정책이 변경되기도 한다. 西谷 剛, 「政策の立法判斷(1)」, 自治研究 제71권11호(1995), 10~11面 참조.

학문적 분석에서 제외될 수 없는 것이다. 또한 立法의 모든 단계에서 최고의 목표는 법의 合理性과 民主性을 추구하는 것이므로 입법을 학문적으로 분석하는 것은 民主主義를 법치국가적으로 표현하는 것이기도 하다.

특히 현대사회에 있어서는 사회적 정의의 실현을 위하여 국가가 시민생활에 광범하게 그리고 적극적으로 배려·개입하게 됨으로써 國家에 의한 서비스의 제공, 사회계획, 경제통제, 財貨의 재분배 등을 위한 중요한 수단으로서 법적 도구가 동원되고 있다.<sup>15)</sup> 이러한 법의 政策化 내지 行政化라고 불리는 경향이 현저함에 따라 일정한 정책목표의 실현을 위한 수단으로서의 색채가 짙은 입법의 비중이 높아지고, 국가의 시민생활에의 관여에 있어서도 立法의 役割이 비약적으로 확대되고 있다. 또한 국가기능이 날로 확대되는 추세에 있는 시점에서 일상적인 일이 法律의 形式을 통해 결정·집행되는 경우가 많아지면서 법령의 數와 量이 끊임없이 증대하면서 일반국민은 물론 전문가들조차 법률의 내용을 자세히 알 수 없게 되어 가고 있다.<sup>16)</sup> 아울러 법적인 쟁점이 정치적·도덕적·사회경제적인 성격의 쟁점과 복잡하게 얽혀있는 것이 일반화된 오늘날의 立法에서는 법적 사고의 현대적 재편성이 불가피하게 요청되지 않을 수 없는 것이다. 이러한 시점에서 입법에 대한 學問的 知識을 체계적으로 파악하고 습득할 수 있는 학문영역을 마련하는 것은 중요한 의미가 있다고 하지 않을 수 없다.

그리하여 입법이 法規範의 정립을 통하여 일정한 사회질서를 사실의 세계에 실현하려는 작업이라면 그러한 입법에 관하여 과학적으로 연구하는 학문체계를 수립하는 것이 절실히 요구되고 있는 것이다. 즉, 법학의 분야에서도 종래의 解釋法學에 대한 반성, 특히 법학교육에 있어서 지금까지의 법의 제정자, 제작자가 아니라 오로지 법의 사용자, 즉 그 적용자·해석자의 양성에만 노력하여 온데 대한 반성으로서, 「어떻게 한다면 法的 規範에 의해 사회상태에 가장 바람직한

14) 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 참조.

15) 아울러 國家機能에 대한 시민참가의 기회가 다양화되면서 私人間的 자주적인 교섭에 의해 권리의 확보·실현이나 상호조정을 행하려는 활동도 활발하여지는 등 法院이외의 분쟁해결방식이 확충되어 法院의 紛爭解決機能의 비중도 상대적으로 저하되고 있다. 자세한 것은 徐元宇, 「現代法을 보는 시각(II)」, 考試界 1989.2., 158~168面 참조.

16) Hans Joachim Vogel, 「Zur Diskussion um die Normflut」, Juristen Zeitung(JZ), 1979, SS.322~323.



영향을 부여할 수 있는가」라는 시각에 입각하여 정교한 법해석학에 필적할 수 있는 「법의 製作學」, 「立法論(Gesetzgebungstheorie)」 또는 「立法學(Gesetzgebungslehre, Gesetzgebungswissenschaft)」이라는 새로운 학문영역을 불가결한 학문영역으로서 수립할 필요성이 제기되기에 이르른 것이다.<sup>17)</sup>

결국 입법학은 어떻게 하면 법적 규범에 의하여 사회상태에 가장 바람직한 영향을 부여할 수 있는가라는 시각에서 立法的 判斷의 방향을 탐구하는 것이라 할 수 있다. 나아가 입법자가 관심을 가지고 있는 문제에 대해 學問的으로 근거가 제시된 선택의 기준을 마련함과 동시에 다른 한편 법률이 수범자에게 적합하도록 하는 것, 즉 법률이 최소한 이해관계에 있는 자에게도 인식될 수 있게 법률을 定式化하고 형성하는 것이라 할 수 있다.<sup>18)</sup> 그리하여 입법학은 종래의 법해석학으로 구성된 법학에 정책적·경험적 문제제기와 태도관점이라는 새로운 원리를 추가하는 실제적 법학으로서의 「綜合法學(Gesamten Rechtswissenschaft)」 내지 「統合科學(Integrationswissenschaft)」<sup>19)</sup>이라고 할 수 있다.

다만 입법의 사회적 타당성·과학성·학문성을 실현하기 위한 실천적인 방법을 연구하는 「實用法學」으로서의 입법학을 성립시키려는 노력에도 불구하고, 입법학은 아직 생성중의 학문이기 때문에 그 대상영역과 과제를 검토하는 시각은 매우 다양하게 전개되고 있는 실정이다.<sup>20)</sup> 그러나 일찍부터 立法學을 하나의 학

17) Ulrich Karpen, 「Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland」, Zeitschrift für Gesetzgebung(ZG) 1986/1, S.7f. ; Detlef Merten, 「Gesetzgebungslehre in der Juristenausbildung」, in : Waldemar Schreckenberger(Hrsg.), Gesetzgebungslehre. Grundlagen - Zugänge - Anwendung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1986, S.178. ; Werner Maihofer, 「Gesetzgebungswissenschaft」, in : Günther Winkler/Bernd Schilcher(Hrsg.), Gesetzgebung, Wien/New York 1981, S.19.

18) Rolf Bender, 「Zur Notwendigkeit einer Gesetzgebungslehre. dargestellt an aktuellen Problemen der Justizreform」, Stuttgart 1974, S.7~8.

19) Helmuth Schulze-Fielitz, 「Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung: besonders des 9.Deutschen Bundestages(1980~1983)」, Berlin 1988, S.35.

20) 최근 獨逸·오스트리아·스위스등 立法學 내지 立法理論의 연구를 활발하게 진행하고 있는 곳에서도 立法學 내지 立法理論에 관한 각종 著作과 論文이 나오고 있으나, 아직 명확한 방법론적 기초하에 하나의 완결된 體系를 구비하지 못하고 있는 실정에 있다. Th.Öhlinger, 「Planung der Gesetzgebung und Wissenschaft」, in :

문체제로 구축한 독일등의 국가에서는 입법학의 대상영역과 과제를 설정하는데 있어서 우선 국가적 법정립에 관한 포괄적 학문의 연구영역을 구축한 다음 제기된 과제를 分業的으로 극복할 수 있는 가능성을 제시하고 있다. 따라서 전통적인 학문 또는 이론적인 출발점에 의거하여 개념적으로 또는 立法의 특정기능에 한정하여 그 연구대상영역을 설정하는 것이 아니라 전체사회과정으로서의 立法을 그 대상으로 하여 입법의 원칙에서부터 구체적인 개별 법규범의 제정상황, 그리고 입법의 사회적 제조건에 이르기까지 전반적인 내용을 立法學의 대상으로 다루고 있다.

이러한 입법학의 연구방향을 살펴보면 크게 「理論的 領域」과 「實際的 領域」으로 크게 구분할 수 있다. 즉, 이론적 영역은 입법학문의 학문적 완성을 위한 가능성을 모색하려는 분야로서 立法理論(Gesetzgebungstheorie), 法政策學的 論證論(Theorie der rechtspolitischen Argumentation), 입법 및 법률구상에 관한 方法論(Methodik der Gesetzgebung und der Gesetzeskonzeption) 등으로 다양하게 표현되고 있으며 나아가 입법에 관한 보편적인 원칙을 발견하려는 立法의 原則에 대한 논의도 이론적 영역에 속한다고 할 수 있다. 그리고 실제적 영역은 주로 「立法過程論」, 「立法戰略論」, 「立法機構(제도)論」, 「立法技術論」, 「立法方法論」 등을 포함하고 있다. 특히 입법학의 대상 가운데 실제적인 영역으로서의 立法技術論에 대해서는 입법학을 구상하는 거의 모든 학자나 실무가들에 의해서 입법학의 주요한 연구대상으로 하는데에 견해의 일치를 보이고 있다.<sup>21)</sup> 좋은 입법을 하기 위해서는 선택된 立法內容을 명확하고 일의적으로 조문으로서 표현하여야 하며, 또한 다른 制度와의 사이에 모순이나 충돌이 없이 법체계의 통일성이 확보될 것이 필요하다. 나아가 법의 指導理念의 사회적 현실에 대한 타당한 적응방식에 관하여 사회적 현실에 대한 통찰 및 그에 부합

Ders(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S.4f.

21) H. Hill, 「Einführung in die Gesetzgebungslehre」, Heidelberg 1982, S.96ff ; P.Noll, 「Gesetzgebungslehre」, Reinbek 1973, S.164ff. 또한 國內學者들의 견해도 마찬가지이다. 자세한 것은 金承煥, 「立法學에 관한 研究 - 立法의 主體·原則·技術을 中心으로」, 高麗大 博士學位論文(1987. 7) ; 李康燦, 「立法學의 課題」, 現代公法學의 諸問題(尤堂 尹世昌博士停年記念論文集), 博英社 1983. ; 이상영, 「열린법학을 위하여 -입법에 관한 연구-」, 민주법학 제7호(1994), 160面. ; 崔大權, 「憲法學 - 法社會學的 接近 -」, 博英社 1989 등 참조.

하는 합리적인 法技術의 연구가 필요하며, 그것이 立法學의 주요한 연구대상이 된다는 점은 말할 것도 없을 것이다.

## II. 立法技術의 問題領域

입법기술은 하나의 「社會技術」<sup>22)</sup>로서 사회생활의 이념을 달성하기 위한 목적 달성의 기술이라는 성격을 가지고 있다. 따라서 입법기술의 분야에 있어서는 일정한 사회적 요구에 부응하기 위하여 어떠한 법을 제정할 것인가 또는 일정한 법의 제정이 실제로 사회적으로 어떠한 결과를 발생시켰는가 등 法의 背景이 되는 사회적 사정의 상호관계에 관한 지식을 갖추는 것이 요구되며, 그러한 사회적·경제적 사정에 대한 정확한 지식의 토대 위에서 복잡다기한 社會的 事實 가운데 법적 규율에 필요한 충분한 法的 事實을 법적으로 파악·선택하고 그것을 구성하는 것이 필요하다.<sup>23)</sup>

이와 같은 의미에서 입법기술적인 측면을 법내용·법정립주체로부터 단절하고 단순히 「技術」이라는 그 자체로서 고립시킨다면, 立法技術은 입법학의 연구과제에 포괄하여 검토할 수 없을 뿐 아니라, 민주주의적인 입법의 수립에도 이바지하는 것이 될 수 없을 것이다. 따라서 입법기술의 분야는 法命의 意味를 명확히 하기 위한 문장적인 표현에 관한 입법지침의 문제로 한정할 것이 아니라, 立法學 전체의 이론을 기초로 하여 입법학에서의 사실적 역할에 관하여 기초가 되는 이론적으로 확립된 개념과 내용, 그 도입의 명확성, 방법론 및 실용가능성을 검토한 위에 정립되어야 할 것이다. 이러한 立法技術의 문제영역으로서 포함되고

22) 鄭永模, 「立法政策과 立法技術」, 國會報 1967.7., 84面.

23) 「立法技術이 종래 대체로 관계관리의 직업적 훈련에 맡겨졌던 것은 이 분야에서는 다른 곳에서 찾아볼 수 없는 특수한 知識과 機能이 요구되었고, 기술론도 정확·간결·명료한 법문의 작성이라는 매우 단순한 요구에 부응하기 위해서도 검토하여야 할 獨自의 問題를 가지고 있다. 특히 이 기술은 단순히 개별 조문의 해석뿐 아니라 기존의 방대한 관계법규전체를 시야에 넣으면서 新立法의 중복이나 모순을 회피하고 나아가 장래의 해석·적용의 방향을 고려하면서 엄밀히 法條文을 작성하지 않으면 안되는 다각적인 조건을 요구하고 있다. 그러한 의미에서 立法技術은 단순한 기술일반을 넘어 法解釋學의 法史學과 比較法學的인 지식을 요구하는 특수기술이라고 하지 않을 수 없다」, 小林直樹, 「立法學研究 -理論と動態-」, 三省堂 1984, 30~31面 참조.

있는 내용을 살펴보면 다음과 같다.

### 1. 國內에서의 問題領域

우리나라에 있어서 입법기술의 분야를 구체적으로 언급하고 있는 著述은 극히 적은 편이다.<sup>24)</sup> 그 이유는 立法技術의 問題가 주로 입법실무가를 위한 전문적인 사항을 언급하고 있어서 실제로 법령의 입안을 담당하는 입법담당 공무원을 제외하고는 그 내용을 잘 알 수 없다는 점도 있지만 立法技術의 문제가 입법담당자가 유의하여야 할 法案의 구체적 작성요령에만 치우쳐있기 때문에 法學界나 一般에게는 그다지 유용한 것으로 인식되고 있지 못한 점도 많다. 그러나 최근에 이르러서 입법기술의 문제가 단순히 법안의 작성요령에 관한 實務指向의 인 측면을 벗어나 우리 입법전반을 이해하고 현행 법체계의 모순점과 문제점을 발견하는데 상당히 도움을 주고 있을 뿐 아니라 현행 법체계의 對國民 이해도에 있어서도 매우 필요한 문제영역임을 인식하면서 입법실무가는 물론 학계에서도 깊은 관심을 가지고 있다.<sup>25)</sup>

한편 우리나라의 법제기구인 國會事務處<sup>26)</sup>와 法制處<sup>27)</sup>에서는 입법기술의 분야에서 많은 경험을 축적하고 있어서 그에 관한 두드러진 역할을 하고 있고, 아울러 입법기술분야에 관한 각종 指針과 立案基準에 관한 책자를 발간하고 있다.

24) 立法技術에 관한 국내단행본으로는 朴鈞旻, 「立法技術講座」, 國民書館 1970 ; 權寧敏, 「立法實務」, 研修社 1977 ; 立法技術研究所(編), 「法制實務研修資料集」, 法令編纂普及會 1989 ; 同, 「法令作成의 常識」, 法令編纂普及會 1990 ; 朴奉國, 「條例立法의 理論과 實際」, 壯元社 1992 등이 있다.

25) 대표적인 것으로서 李康燦, 「立法學과 立法技術」, 月刊考試 1983.6. ; 이상영, 「입법학정립을 위한 변증론」, 법학연구(충북대) 7권1호, 1995. ; 崔大權, 「立法學研究 -立法案作成을 中心으로-」, 法學(서울대) 35권3·4호, 1996 등 참조.

26) 國會事務處에서 발간한 입법기술에 관한 대표적 책자로는 「法制的 理論과 實際(1976)」, 「法制實務(1990)」, 「法律案의 起草 및 審査基準(1992)」, 「法制便覽(1996)」, 「問答式 法制實務(1996)」, 「法律案 立案·檢討 事例集(1997)」등이 있으며, 國會法制司法委員會에서도 「法律案審査事例集 -體系·形式·字句-(1991/1993)」등을 발간하고 있다.

27) 法制處에서 발간하고 있는 입법기술에 관한 책자로는 최근에 새로이 보완한 「법령입안 심사기준(1996)」이 가장 대표적이며, 그외에도 「법령안심사사례집(1996)」, 「法律教育教材」, 「自治立法實務 및 地方自治關係法解説」, 「법령용어순화편람」, 「법제연구총서」등이 있다.

또한 최근에는 지방자치가 활성화되면서 각 자치단체에서 自治立法에 관한 관심이 증대되어 자치법규에 관한 입법기술지침서가 다수 간행되고 있다.<sup>28)</sup> 그러나 이들 입법기술에 관한 각종 지침서나 저서들은 아직도 개별적인 法文作成의 구체적 방식인 체계·형식·자구 등을 언급하는데 중점을 두고 있으며, 어떤 체계화된 立法技術의 내용을 언급하고 있지는 않은 실정에 있다. 어떻든 우리나라의 입법기술의 영역에 있어서는 政府의 법제기구인 「法制處」가 많은 경험과 연구성과를 축적하고 있으며, 실제로 법제처가 발간한 「법령입안심사기준」은 우리의 입법기술의 성과를 집대성한 중요한 지침서로서 인식되고 있고, 실무에서도 이를 중심으로 실제의 法令立案을 하고 있다. 따라서 법제처의 「법령입안심사기준(1996)」에서 제시하고 있는 입법기술의 문제영역을 열거하면 다음과 같다.

○ 總則에 관한 사항

- 목적규정
- 정의규정
- 해석규정
- 적용범위규정

○ 實體的 規定

- 결격사유에 관한 규정
- 행정처분규정
- 과징금 제도
- 부관에 관한 규정
- 위임입법의 범위·기준 등
- 입법시 기존사업자의 보호규정
- 연체료 및 가산금의 부과·징수
- 위원회 규정
- 위원회 등에서 가부동수인 경우의 의사결정방법
- 법인의 보궐임원의 임기
- 특수법인설립법에서의 등기사항규정방식

28) 대표적인 것으로서 內務部, 「自治立法實務要覽」, 1991 ; 서울특별시, 「地方自治團體의 法務行政實務」, 1991 등이 있다.

## 第1章 序論

### ○ 補則規定

- 수수료
- 출입검사 및 질문
- 보고의무의 부과
- 청문절차
- 행정심판·행정소송
- 권한의 위임·위탁
- 유사명칭의 사용금지
- 벌칙적용에 있어서의 공무원의제

### ○ 罰則規定

- 벌칙일반
- 벌칙규정의 배치
- 벌칙의 명령에의 위임
- 구성요건
- 법정형
- 과실범, 미수범, 공범, 형의 감면, 친고죄
- 법령중 일부가 준용되는 자에 대한 벌칙적용
- 양벌규정
- 행정질서벌(과태료)

### ○ 附則規定

- 시행일에 관한 규정
- 경과규정
- 법령의 유효기간·적용시한
- 다른 법령의 개정
- 법령의 소급적용

### ○ 法令의 體制 및 改正·廢止方式

- 법령의 용자 및 용어
- 법령의 제명

- 장·절 등의 구분
- 법령의 각 조항 및 서식 등의 사용법
- 법령의 개정 및 폐지방식

## 2. 主要外國에서의 問題領域

立法學이 어느 정도로 학문적인 체계로 진전되어 상당한 연구성과를 축적하고 있는 선진외국의 경우에도 立法技術의 연구영역에 있어서는 입법실무가의 저서가 주류를 이루고 있음은 우리와 비슷하다. 또한 그들 역시 입법기술의 분야에서는 일종의 專門分野로서 실무지향적(praxisorientierte)인 대표적인 분야로 지적하고 있다.<sup>29)</sup> 그러나 입법기술을 단순히 法案作成의 구체적 방법제시에 그치지 않고 입법학의 중요한 부분영역으로서 이론적인 내용을 가지면서 실제에 직접 적용될 수 있도록 어느 정도의 學問的 體系를 구비하도록 하는데 많은 노력을 기울이고 있다. 그리하여 입법기술의 연구에 있어서 법이론, 헌법사회학, 법학방법론, 법논리학, 언어학, 법정보학, 법정책학 등의 연구성과를 채용하여 合理性과 科學性을 구비한 「立法技術學」으로 발전할 수 있도록 많은 연구를 진행하고 있다.<sup>30)</sup> 주요국가의 법제기구 및 학자들에 의해서 제기되고 있는 입법기술의 문제영역을 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 日本

입법기술의 분야에서 우리나라에서 대체로 참고가 되고 있는 곳은 日本이라 할 수 있다. 일본에 있어서는 立法學에 관한 연구성과는 우리의 경우에 비해 조금은 나은 편이지만 아직도 기초적 단계에 머물러 있으며,<sup>31)</sup> 立法技術의 분야 역시 일본의 법제기구인 內閣法制局에서 발간한 책자<sup>32)</sup>와 입법실무가들이 주로 발간한 전문적인 저서가 약간 있으나,<sup>33)</sup> 법령작성의 구체적 방식의 서술수준에

29) P.Noll, a.a.O., S.7.

30) 자세한 내용은 U.Karpen, a.a.O., S.18f 참조.

31) 최근의 저서로는 山田 晟, 「立法學序說 -體系論の試み-, 有斐閣 1994 참조.

32) 內閣法制局, 「法令審査事務提要」, 1976/1977.

33) 일본의 입법기술에 관한 대표적인 저서로는 林修三, 「法令作成の常識」, 日本評論社 1975 ; 林修三·吉國一郎·角田禮次郎, 「例解立法技術」, 學陽書房 1983 ; 前田正道, 「ウ-クブツク 法制執務」, 學陽書房 1990 ; 田島信威, 「法令用語の基礎知識」, きょうせい

## 第1章 序論

그치고 있다. 그러나 최근에는 입법기술의 분야를 실제의 法制研究에 적용하여, 현행 법체계나 제도내용의 문제점을 구체적으로 분석하는 저서도 나오는 등 특히 行政法學의 개별적 연구에서 입법기술의 내용이 접목되고 있다.<sup>34)</sup> 일본의 입법기술에 관한 대표적인 저서인 「例解 立法技術」에서 제시하고 있는 입법기술의 문제영역을 살펴보면 다음과 같다.

### ○法令의 起案方式에 관한 基本原則

- 제명
- 장·절등의 구분과 목차
- 전문과 제정문
- 법령의 각조항의 작성방식에 관한 기본적 사항
- 법령상 약간의 관용례

### ○總則

- 법령의 목적에 관한 규정
- 용어정의에 관한 규정

### ○實體的 規定

- 사업단속법규의 예(허가등)
- 조성법규의 예(보조금/이자지급/손실보상/채무보증·용자 및 알선·국유재산양여·세제상의 특례형식 등)
- 자격부여법규

### ○雜則

- 수수료
- 보고

1991: 同, 「法令의 讀解法」, ぎょうせい 1990; 石毛正純, 「自治立法實務のための法制執務詳解」, ぎょうせい 1994; 秋田 周, 「條例と規則」, ぎょうせい 1977 등이 있다.  
34) 대표적인 것으로서 阿部泰隆, 「政策法學の基本指針」, 弘文堂 1996 참조.



- 출입검사
- 청문
- 처분의 부관
- 행정불복심사 및 행정사건소송
- 권한의 위임

○罰則

- 벌칙의 배치
- 범죄의 구성요건의 표시
- 법정형의 표시
- 징역과 벌금의 병과, 몰수 및 추징, 과실범, 미수죄 및 예비죄, 교사 및 방조, 형의 감경과 면제, 고소·고발 및 청구, 양벌규정, 명령에의 벌칙의 위임, 과료

○附則

- 시행시기에 관한 규정
- 경과조치에 관한 규정
- 기타(법령의 유효기간/법령시행전의 준비행위/법령의 시행지역에 관한 규정)

(2) 독일·스위스·오스트리아

입법학문을 하나의 독립된 학문체계로서 구축하여 활발한 연구를 진행하고 있는 독일·스위스·오스트리아등에서는 立法技術의 분야에서도 상당한 정도의 연구성과가 축적되어 있고, 종래의 실무에서 중점적으로 다루어 온 입법기술의 영역도 學界등에서 이론적인 측면을 가미하여 이론과 실무가 조화를 이루는 立法技術의 영역을 마련하고 있다.<sup>35)</sup> 실무에서의 입법기술은 聯邦政府가 「법령입안 심사기준」을 마련하고 있고 또한 각 自治團體에서도 나름대로의 「법령입안심사

35) 자세한 것은 Eberhard Baden, 「Auswahlbibliographie zur Gesetzgebungslehre」, in : Waldemar Schreckenberger(Hrsg.), Gesetzgebungslehre, Grundlagen - Zugänge - Anwendung, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1986, S.187ff 참조.

## 第1章 序論

기준」을 세부적으로 마련하여 이를 직접 활용하고 있다.<sup>36)</sup> 한편 學界에서도 입법기술의 분야를 단순한 법령의 체계·형식·자구 등의 분야에 한정하지 아니하고 이를 입법의 내용과 결부하여 많은 연구를 진행하고 있다. 독일·스위스·오스트리아의 주요 입법연구자들의 저서 및 입법기술지침에서 제시하고 있는 입법기술의 문제영역을 살펴보면 다음과 같다.

### ① 主要 立法研究者의 立法技術의 問題領域

#### ● <H.Hill의 견해><sup>37)</sup>

- 체계에 대한 요구
- 규율의 조정에 대한 요구(헌법적/규율구조/규율내용)
- 표현에 대한 요구(포섭범위/표현력/간결성/이해성/타당성)
- 시행에 대한 요구

#### ● <E.Höhn의 견해><sup>38)</sup>

- 초안구상
- 규범내용의 확정
- 규범구조의 설정
- 규율밀도의 측정
- 법규의 구성
- 언어적 형성(언어유형/문체/조문구성/준용/조건문/열거조항)

36) 자세한 내용은 Harald Kindermann, 「Ministerielle Richtlinien der Gesetzestchnik. Vergleichende Untersuchung der Regelungen in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und der Schweiz.», Heidelberg/New York 1979 참조.

37) Hermann Hill, a.a.O., S.VIII.

38) Ernst Höhn, 「Praktische Methodik der Gesetzesauslegung.», Zürich 1993, S.19f.

● 〈K.H.Mattern의 견해〉<sup>39)</sup>

- 초안의 형성에서 법률의 승인(체계적 질서화/표현의 간결성/목표실현에 대한 규율적합성)
- 법령용어의 문제(국민에 대한 친숙성/이해성)
- 일반화, 약칭, 적절한 준용
- 공포 및 시행

● 〈J.Wroblewski의 견해〉<sup>40)</sup>

- 수범자에 대한 지시
- 언어에 대한 지시
- 규율범위에 대한 지시
- 체계에 대한 지시
- 규율안정성(법적 규율의 지속성)에 대한 지시

● 〈W.Hugger의 견해〉<sup>41)</sup>

- 법실체적 정립단계
  - 법규범의 서열선택
  - 규율강도의 확정
  - 위임의 범위
  - 규율내용의 주지와 법운용의 방향설정(일반조항/재량 및 불확정법개념)
  - 개념선택/정식화

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

40) Jerzy Wroblewski, 'Einführung in die Gesetzgebungstheorie', Wien 1984, S.6.

41) Werner Hugger, 'Gesetz - Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung. Ein Handbuch für Praxis und Studium mit einer Einführung von Carl Böhret', Baden-Baden 1983, S.33f.

- 법기술적 작성단계
  - 기본형식의 선택
  - 준용기술의 처리
  - 체계성과악
  - 제명/명칭의 선정
  - 시행일/경과규정의 마련

● <H.Schneider의 견해><sup>42)</sup>

- 적시의 원칙
- 공용수용에서의 부대조항
- 법적 정의
- 법률에 있어서의 실례
- 법률상의 추정
- 의제
- 유추
- 기술원칙의 인용
- 반복규정
- 법률의 문체와 용어
- 이해가능성
- 평가

● <P.Noll의 견해><sup>43)</sup>

- 법률의 공포
- 법률의 체계
- 법령문의 내용(법령용어)

42) Hans Schneider, 'Gesetzgebung', 2 Aufl., Heidelberg 1991, S.197f.

43) Peter Noll, a.a.O., S.7.

● 〈H.W.Müller의 견해〉<sup>44)</sup>

- 개별법문의 구성
- 법령의 내용
- 법령용어
- 다른 법률의 인용
- 준용/벌칙/공포 및 시행 등

● 〈U.Karpen의 견해〉<sup>45)</sup>

- 법령의 인식가능성
- 수범자의 문제
- 법령의 체계, 표현, 공포, 정비, 구성

② 聯邦·各州에서의 立法技術指針

1) 오스트리아의 立法技術指針 概要

오스트리아의 입법기술지침은 행정개혁조치의 일환으로<sup>46)</sup> 1970년 10월 14일 법령의 통일적 법기술과 언어적 형성을 위하여 聯邦首相廳에 의해 마련되어 관보에 공포되어 시행되어 왔다. 그러나 1970년 立法技術指針(Legistische Richtlinien 1970)은 그 내용면에서 시대착오적·비합목적적인 것이 다수 포함되어 있어서 연방수상청에서는 새로운 기준의 설정을 위하여 연방각부처장관, 의회회파 및 주정부지사 등으로 구성된 회의를 구성하여 논의를 거듭한 결과 1978년에 91개항목으로 구성된 입법기술지침안을 마련하고, 1979년 이 案을 보완·수정하여 103개의 항목으로 구성된 立法技術指針을 확정·공포하였다. 그 후 동 지침을 보완·수정하여 1990년에 149개항목에 이르는 「입법기술지침(Legistische Richtlinien 1990)」을 마련하여 현재 시행하고 있다.<sup>47)</sup> 이 지

44) Hans Werner Müller, 「Handbuch der Gesetzgebungstechnik」, Köln/Berlin/Bonn/München 1963, S.XI.

45) U.Karpen, a.a.O., S.10.

46) Gerhart Holzinger, 「Legistische Richtlinien 1979 und Verwaltungsreform」, in : Th.Öhlinger(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO, SS.239~249.

침은 전체적으로 3개분야에 걸쳐 사안별로 일정한 기준을 제시하고 있으며, 附錄으로 법령문작성에 있어서 인용방식에 관한 기준을 별도로 제시하고 있다. 한편 이 연방차원의 기준외에 몇개주에서도 나름대로 입법기술지침을 마련하고 있으며, 현재 Steiermark(1969, 1976, 1990), Niederösterreich(1973, 1980, 1987), Tirol(1980) 등의 주에서 각각의 입법기술지침을 제정하여 시행하고 있다. 48) 오스트리아의 연방수상청이 마련한 입법기술지침의 개요는 다음과 같다.

○법령용어에 관한 사항

- 일반론(명확성과 간결성/이해가능성)
- 문장구조(체계/용어선택/표현기법)
- 표현(정의/통일적 의미/친숙한 단어/시의적절한 단어)

○법기술에 관한 사항

- 시간적 적용범위(효력발생/실효/소급효/경과조치)
- 준용방법
- 개정법률
- 시행일
- 재량조항
- 합법성(불확정법개념/처분적 법률)

○형식에 관한 사항

- 제명
- 공포조항
- 시행령의 작성
- 숫자/구두점에 관한 사항
- 약칭에 관한 사항

47) 오스트리아의 立法技術指針의 成立背景에 관한 것은 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 참조.

48) Susanne Bachmann, 「Legistik in den österreichischen Bundesländern」, Susanne Bachmann/Dietmar Jahnel/Georg Lienbacher(Hrsg.), Gesetzgebungsverfahren und Gesetzesqualität, Wien 1992, SS.53~62.

## 2) 스위스의 立法技術指針 概要

스위스의 입법기술지침은 1968년 당시 聯邦副首相이었던 Felix Weber의 제안에 의하여 법령안입안시의 문장과 구조상의 통일적 형성의 필요성을 위한 작업을 개시한 이래, 1972년 4월 1일 입법기술지침안을 완성하여 잠정적으로 시행하였다. 그 후 이 잠정안은 정부각부처의 경험과 태도표명 및 학계에서의 제안 등을 통하여 상당히 보완되어 마침내 1976년 9월 聯邦首相廳과 聯邦法務部가 공동으로 최종안을 마련하여 「입법기술지침(Richtlinien der Gesetzestechnik 1976)」을 완성하여 시행하였다.<sup>49)</sup> 이 1976년의 지침은 전체 10개 항목으로 구성되어 있으며, 附錄으로 규율에 있어서 특별한 법적인 문제가 되는 요소인 행정절차 및 행정법상의 의무/행정적 제재/형벌확정 등 3개항목에 대한 세부적 지침을 제시하고 있다.<sup>50)</sup> 그 후 스위스에서는 1986년부터 동 지침의 문제점을 보완하고 이를 대폭 수정하여 새로이 개정된 「立法技術指針(Gesetzestechnische Richtlinien : GTR 1996)」을 마련하여 현재에 이르고 있다.

聯邦政府(Bundesrat)는 각 부처의 법령의 준비와 처리에 즈음하여 그 통일적인 행정의 수행을 위하여 이 지침에 의거하여 법령안을 작성하여야 하며, 聯邦法務部에서는 이 지침에 의거하여 각부처의 법령안을 전문적으로 평가하고 심사한다. 그리고 이 지침은 이른바 좁은 의미의 立法技術 -체제·형식·자구등-을 열거하고 있으며, 이 GTR의 자세한 해설을 포함한 넓은 의미의 立法技術 및 입법전반에 관한 것은 연방법무부에서 발간한 「立法入門書(Gesetzgebungslleitfaden)」에 상세하게 서술하고 있다.<sup>51)</sup> 또한 스위스에서는 聯邦뿐 아니라 각 州(Kanton)에서도 나름대로의 입법기술지침을 마련하여 시행하고 있다. 연방수상청과 연방법무부가 공동으로 마련한 1996년 입법기술지침의 개요를 살펴

49) 스위스의 立法技術指針의 成立背景에 관한 자세한 내용은 Martin Keller, 「Zum Stand der Gesetzgebungslehre in der Schweiz」, ZG 1986/3, S.197~221 참조.

50) 1976년의 지침에 대한 자세한 내용은 Georg Müller, 「Richtlinien der Gesetzestechnik in Bund und Kantonen」, in : Jürgen Rüdiger(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, aaO., SS.211~220 참조.

51) Bundesamt für Justiz, 「Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes」, Bern 1995.

보면 다음과 같다.

- 법령안의 형식과 명칭
- 법령안작성의 기본원칙
  - 일반적 원칙(편·장·절의 구성방법/조의 구성 및 작성방법)
  - 법령의 개정·폐지의 방식
- 법령안의 내용형성
  - 장·절·조 등의 제명
  - 부록(별표 등)의 작성방법
  - 총칙적 규정의 작성방법(정의규정/목적규정/적용범위에 관한 규정)
  - 본칙적 규정의 작성방법
  - 종결규정의 작성방법(다른 법령의 개정·폐지/경과조치/시행일)
- 법정립의 형식에 의하지 않은 법안작성

### 3) 독일의 立法技術指針 概要

독일의 입법기술은 학문적으로나 실무적으로 상당한 수준을 나타내고 있으며, 立法技術의 分野가 단순한 법문의 작성요령이나 용어에 관한 사항에 한정하지 아니하고 입법의 필요성, 유효성(비용/효용), 실제적 적용가능성 등 立法의 內容面에까지 입법기술의 분야로서 다루고 있다. 독일에 있어서 특히 입법기술분야에 있어서 매우 두드러진 역할을 발휘하고 있는 곳은 聯邦法務部(Bundesministerium der Justiz)라고 할 수 있다. 독일에서는 이미 1949년 10월 24일 내각결의로서 내각에서 제출하는 모든 법령안은 원칙적으로 연방법무부의 法形式性審査(Prüfung der Rechtsförmlichkeit)를 반드시 거치도록 함으로써 연방법무부가 입법기술분야의 중요한 부서로서 그 역할을 담당하게 되었다. 이 법형식성심사는 基本法 제23조제2항 및 聯邦各部職務通則 (Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien : GGO II) 제38조와 제67조의 규정에 의거하여 마련된 것으로서 동 審査基準은 크게 법규범의 단순화와 불필요한 과잉규제를 제거하기 위한 「必要性審査」, 법령의 헌법적 문제성 및 유럽공동체의 각종 규범이 헌법에 적합한 것인지의 여부를 심사하는 「合憲性審査」,



올바른 체계를 구비하였는가 또한 수범자에 대하여 법령용어와 법문이 이해가능하게 작성되었는가를 심사하는 「理解性審査」, 법안의 형식이 통일적으로 구비되었는가를 심사하는 「統一性審査」등의 네가지 분야로 구성되어 있다.

聯邦法務部가 제시한 이 法形式性審査基準은 입법실무에서 매우 중요한 보조수단을 제시하고 있으며, 동 심사기준은 그 후 1984년 12월 11월에 내각결의로써 「법령의 필요성, 유효성 및 이해성을 위한 세부적 심사목록」을 마련하여 구체적으로 시행하기에 이르렀으며, 1989년 12월 20일에 그 내용의 일부가 보완되어 현재에 이르고 있다. 따라서 모든 연방장관은 그 소관범위내에서 법령의 제정을 의도하는 경우에는 반드시 그 전체적 과정을 동 기준에 따라 진행하여야 하며, 또한 개별적 규율은 동 기준에서 제시된 필요성, 유효성, 이해성에 관한 질문으로서 심사하도록 하고 있다. 아울러 연방법무부는 그 법형식성심사기준에서 제시된 질문을 가지고 법령안을 심사한다. 기타 연방장관은 그 전문적 소관사항의 범주내에서 그 지침에 제시된 질문에 적합한 법령안을 작성하도록 하여야 하며, 의견의 차이가 있을 경우에는 이를 무시하지 않고 차관회의에서의 심의를 거쳐 협의하도록 하고 있다.<sup>52)</sup>

아울러 이러한 법형식성심사에 대한 세부적인 내용은 연방법무부가 발간한 「法形式性審査 入門書(Handbuch der Rechtsförmlichkeit)」<sup>53)</sup>에서 매우 상세하게 해설하고 있다. 한편 연방차원에서 뿐만 아니라 거의 모든 各州에서도 연방의 법형식성심사에 의거한 「立法技術指針」을 마련하여 법안작성에 활용하고 있으며, 聯邦內務部(Bundesministerium des Innern)에서도 법률의 하위규범인 법규명령과 행정규칙에 대한 세부적인 작성지침을 마련하여 이를 실무에 활용하고 있다.<sup>54)</sup> 聯邦法務部の 「법형식성심사기준」 및 각주의 입법기술지침에

52) 이 審査基準은 전체 10개의 항목으로 구성되어 있으며, 심사기준표는 청색의 용지에 인쇄되어 있어서 이를 「Blaue Prüffragen」이라고 한다. 이 심사목록에 관한 자세한 내용분석은 Klaus König, 「Zur Überprüfung von Rechtsetzungsvorhaben des Bundes」, in : Dieter Grimm/Werner Maihofer(Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Pechtpolitik, Opladen 1988, SS. 171~184 참조.

53) Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), 「Handbuch der Rechtsförmlichkeit」, Bundesanzeiger 1991.

54) Bundesministerium des Innern(Hrsg.), 「Handbuch zur Vorbereitung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften」, Bundesanzeiger 1992.

## 第1章 序論

대해서는 이미 자세히 소개한 바 있기 때문에 여기에서는 그 전문을 소개하는 것은 생략하며, 55) 연방법무부가 발간한 「법형식성심사 입문서」에 제시된 주요 내용을 소개하면 다음과 같다.

### 제A부(법형식성심사 개요)

- 법령의 필요성·유효성 및 이해성을 위한 심사목록
- 행정상 강제조치와 관련한 과태료부과의 필요성에 대한 지침
- 법령의 합헌성심사기준

### 제B부(법령의 작성을 위한 일반적 권고)

- 법령의 용어선택
- 법령의 인용지시
- 다른 법령과의 관계(준용 등)
- 법령의 공포

### 제C부(제정법률의 작성방법)

- 제명
- 시행일
- 전문
- 목차
- 본문
- 경과규정
- 효력발생
- 종결형식

### 제D부(개정법률의 작성방법)

### 제E부(법규명령의 작성)

### 제F부(법률과 법규명령의 신규공포)

55) 全文紹介는 韓國法制研究院, 「立法理論研究(IV) -立法審査의 體系와 方法論-」, 1996, 附錄 참조.

## 第2章 立法技術의 適用原理

### 第1節 序說

立法技術이 입법자가 원하는 의도 -정치적 의사를 법적 인식과 법적 안정성의 요구에 가능한 한 부합되는 법률적 형식으로 변형하는 것- 를 합목적적인 형태로 구현할 수 있게 하는 하나의 法技術이라면, 입법자는 그 기술을 사용하는데 있어서 기술적인 작용지침 내지 적용원리를 마련하지 않으면 안된다. 즉 제기된 과제를 체계적으로 정리하고 구체적으로 열거된 주제에 대하여 包括的이면서도 직접적으로 적용할 수 있는 「입법을 위한 適用指針(Verhaltenanweisungen für Gesetzgebung)」<sup>1)</sup>을 설정하여 법령을 정식화하고 형성할 것이 요구되는 것이다. 이와 같이 입법자의 立法意圖를 명확하고 적절하게 정식화하는데 필요한 원칙을 立法技術의 適用原理 또는 主要準則이라고 하며, 이것은 지금까지의 경험을 토대로 한 당위의 법칙을 앞으로의 실현을 전제로 하는 구체적인 강제규범으로 정립하는데 필요한 원칙이라는 점에서 立法의 일반적 지도원리 내지 원칙과는 다르다. 이러한 立法技術論을 지배하는 적용원리 내지 주요준칙에 대해서는 논자의 문제관심에 따라 매우 다양하게 파악되고 있으나,<sup>2)</sup> 이미 살펴본 것

1) B.Krems, 「Grundfragen der Gesetzgebungslehre」, aaO., S.45.

2) 立法技術의 적용원리 내지 주요준칙에 대한 몇가지 견해를 살펴보면 ①경제성의 원리·타당성의 원리·체계적 질서의 원리·고지의 원리를 지적하는 견해(Robert Walter, 「Die Lehre von der Gesetzestechnik」, ÖJZ 1963, S.85f), ②경제성의 원리·효과성의 원리·효율성의 원리·행정상 실행가능성·친숙성의 원리를 지적하는 견해(W.Hugger, 「Gesetz - Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung」, aaO., S.39f), ③필요성·단계정당성·적당한 규율정도·체계정당성·정의 및 합목적성을 지적하는 견해(R.Hotz, 「Methodische Rechtsetzung」, aaO., S.121f), ④입법목표의 정립·필요성·적합성·유용성과 비용·시민에 대한 친숙성을 지적하는 견해(Bundesakademie für öffentliche Verwaltung, 「Praxis der Gesetzgebung」, aaO., S.187f), ⑤강요성·실효성·정당성·통일적 정서·법문구성상의 약속·법문형식상의 약속을 지적하는 견해(林修三 外, 「例解立法技術」, 5面이하), ⑥법적적격성·법적정당성·법적협조성·표현의 정확성과 평명성을 지적하는 견해(秋田 周, 「條例と規則」, 231面이하)등이 있다. 한편 국내에서의 立法技術의 적용원리에 대해서도 대체로 외국의 경우와

처럼 일반적으로 立法技術의 觀念을 넓게 이해하는 입장에서는 단순히 입법형식면에서의 적용원리(체계성, 명확성 등) 뿐 아니라 입법내용면에서의 적용원리(정당성, 실효성 등)도 고려하는 한편 立法技術을 법령의 체계·형식·자구 등 좁은 의미로 한정하는 입장에서는 입법내용면에서의 적용원리를 배제하는 견해를 취하고 있다. 여기에서는 立法技術의 觀念을 넓은 의미로 파악하여 그 적용원리에 있어서도 내용면과 형식면으로 나누어 살펴보기로 한다.

## 第2節 立法技術의 內容的 適用原理

### I. 合憲性的 原理

일반적이고 추상적인 법규범을 정립하는 국가작용인 立法作用에 대해서는 입법자에게 폭 넓은 立法形成의 自由(gesetzgeberisches Ermessen)가 인정되어 스스로의 판단에 입각하여 법률을 형성하며, 일단 그 법률이 제정되면 이에 대하여 合憲性的 推定(favor legis)을 받는다.<sup>3)</sup> 그러나 입법자는 입법형성에

거의 비슷하며 ①법의 이념구현·입법내용의 강요성·입법내용의 실효성과 타당성을 지적하는 견해(朴奉國, 전계논문, 4면), ②강제성·실효성·사회정의 등을 지적하는 견해(陳在勳, 전계논문, 89면), ③경제성·표현의 적절성과 명확성·체계정합성·공포의 원리등을 지적하는 견해(李漢柱, 「立法技術에 관한 小論」, 議政資料 제16집, 1989.1., 87면이하), ④강제성·실효성·정당성·통일성등을 지적하는 견해(朴鈺旣, 「立法技術講座」, 1면이하)등이 있다. 또한 ⑤國會事務處의 법제편람에서는 강요성·실효성·타당성·안정성·통일성·정확성과 평이성을 지적하고 있으며(국회사무처, 「法制便覽」, 9면이하), ⑥法制處의 법령입안심사기준에서는 법제업무운영규정시행지침(국무총리훈령 제325호) 제8조에 의거하여 입법의 필요성·입법내용의 정당성 및 법적합성·입법내용의 통일성과 조화성·표현의 명료성 및 평이성을 지적하고 있다(법제처, 「법령입안심사기준」, 21면이하).

- 3) 憲法裁判所에서도 「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

즈음하여 헌법의 명문규정에 위배될 수 없음은 물론 憲法의 기본원리나 기본질서에 위배되지 않아야 하는 등 일정한 限界가 설정되어 있다.<sup>4)</sup> 그 이유는 「국가의 법질서는 헌법을 최고법규로 하여 그 가치질서에 의하여 지배되는 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>5)</sup> 그러한 의미에서 입법자는 憲法의 범주내에서 입법형성의 자유가 부여되어 있으며, 그 한도에서 立法裁量을 인정받게 된다. 따라서 입법자가 국가의 최고법규로서 立法權을 부여한 수권규범일 뿐 아니라 立法權의 限界를 설정하는 제한규범인 헌법에 위배되는 입법을 하는 경우에는 법률의 합헌성의 원리에 의거하여 그 입법은 위헌 무효가 되는 것이다.<sup>6)</sup>

이러한 법률의 합헌성의 원리를 담보하기 위하여 우리 憲法에서는 法院의 위헌법률심사제청과 위헌심사형 헌법소원심판제청에 따라 憲法裁判所가 하는 위헌법률심판에 의하여 결정되도록 규정하고 있다. 이러한 제도를 둔 취지는 입법자가 입법활동에 즈음하여 입법을 요구하는 당사자의 요구를 충분히 음미하지 않거나 그 강한 요구에 굴복하여 입법의 객관적 필요성을 기초치우는 것을 태만히 한 경우에 憲法裁判所는 규범통제절차를 통해서 이른바 立法事實을 구명하고 그것에 의해 입법자가 소홀히한 재량을 보완하는 것이라고 볼 수 있는 것이다. 따라서 입법시에는 이러한 헌법재판소의 태도를 입법절차의 기본적인 요건으로 함으로써 입법에 즈음하여 발생하는 不備·缺陷을 미연에 방지할 수 있다.<sup>7)</sup> 결국

---

하는 입법자의 명백한 의지와 입법의 목적을 헛되게 하는 내용으로 해석할 수 없다는 법 목적에 따른 한계가 바로 그것이다. 왜냐하면, 그러한 범위를 벗어난 합헌적 해석은 그것이 바로 실질적 의미에서의 입법작용을 뜻하게 되어 결과적으로 입법권자의 입법권을 침해하는 것이 되기 때문이다」(社會保護法 제5조의 違憲審判 1989.7.14. 88헌가5.8, 89헌가44 병합)라고 하여 立法者가 형성한 법률에 대하여 그 의사를 존중하여 일단 合憲性의 推定을 강조하고 있다.

- 4) 裴俊相, 「憲法裁判所와 立法權者」, 法學論叢(한양대 법학연구소) 제9집, 1992.10., 43面.
- 5) 相續稅法 제32조의 2의 違憲與否에 관한 憲法訴願(1989.7.21. 89헌마38).
- 6) Christoph Moench, 「Verfassungswidriges Gesetz und Normkontrolle」, Baden-Baden 1977, S.12f.
- 7) 「위헌법률심사와 관련하여 국회의 헌법수호적 자구적 노력이 앞으로 요망된다. 첫째, 국

헌법재판을 통하여 축적된 判例를 분석하고 그것을 토대로 입법자가 입법시에 경험적 사실의 규명에 의거하여 그 구체적인 立法을 모색한다면 입법의 合憲性 判斷이 가능하게 되며, 나아가 良質의 立法을 실현하기 위한 입법의 객관화, 합리화 및 민주화가 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.<sup>8)</sup>

우선 국가의 모든 법령은 憲法의 구체화 내지 집행을 의미하기 때문에 헌법의 명문규정에 위배되어서는 아니됨은 물론 헌법에 규정된 基本秩序와 基本制度에 위배되거나 그것을 否定하는 것이어서는 아니된다. 그리하여 憲法裁判所에서도 「우리 헌법의 전문과 본문의 전체에 담겨있는 최고이념은 국민주권주의와 자유민주주의에 입각한 입헌민주헌법의 본질적 기본원리에 기초하고 있다. 기타 헌법상의 제원칙도 여기에서 연유되는 것이므로 이는 헌법전을 비롯한 모든 법령 해석의 기준이 되고, 입법형성권 행사의 한계와 정책결정의 방향을 제시하며, 나아가 모든 국가기관과 국민이 존중하고 지켜나가야 하는 최고의 가치규범이다」라고 결정하고 있다.<sup>9)</sup> 따라서 입법에 있어서는 우리 憲法에 규정된 대한민국의 기본성격, 기본질서 및 기본제도를 항상 염두에 두고 헌법정신을 구현하는 것을 입법의 첫번째의 準則으로 삼아야 할 것이다.

그리고 국민의 자유와 권리를 제한하는 입법을 하려는 경우에는 基本權制限에

---

회는 이러한 입법의 원칙 및 기준에 충실함으로써 헌법의 해석문제로서 제기되는 헌법분쟁을 미연에 방지하여야 할 것이다. 둘째, 현재 헌법재판소의 위헌법률심사과정에 있어서 입법자의 입법취지나 입법목적이 정확히 전달될 수 있도록 적극적인 헌법재판과정의 참여가 행하여 져야 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의 違憲法律審査에 관한 考察」, 立法調査月報 1992.6., 19面.

8) 이와 관련한 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(IV) -立法審査의 體系와 方法論-」, 1996 참조.

9) 國會議員選舉法 제33조, 제34조의 違憲審判(1989.9.8. 88헌가6). 또한 地方議會議員選舉法 제36조제1항에 대한 憲法訴願(1991.3.11. 91헌마21)에서도 「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」라고 하여 같은 취지의 決定을 하고 있다.

관한 일반원칙을 선언한 憲法 제37조제2항의 규정에 따라야 하며, 기본권의 본질적인 내용을 침해하지 않도록 하여야 한다. 오늘날의 민주주의국가에서도 합리적인 기본권의 제한은 헌법상의 價値秩序의 實現을 위하여 불가피한 것으로 받아들여지고 있으며 대다수의 국가에서는 공공의 이익을 위하여 필요불가결한 경우에 한하여 기본권을 제한할 수 있도록 기본권제한의 방법과 한계를 헌법에 명시하고 있고, 우리 憲法 제37조제2항의 규정도 그러한 취지에서 基本權制限의 方法과 限界를 규정하고 있는 것이다. 이와 관련하여 憲法裁判所에서도 「헌법 제37조 제2항에 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」라고 판시하고,10) 이를 좀더 구체화하여 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 立法活動을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한계로서, 「①국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), ②그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), ③입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 가능한 한 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), ④그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성)」라는 기준을 제시하고 있다.11)

이와 같이 憲法裁判所가 제시하고 있는 기본권제한입법의 주요한 준칙인 목적의 정당성, 방법의 적절성, 피해의 최소성, 법익의 균형성은 기본권제한입법의

10) 國土利用管理法 제21조의3 제1항, 제31조의2의 違憲審判(1989.12.22. 88헌가 13).

또한 國稅基本法 제35조 제1항 제3호의 違憲審判(1990.9.3. 89헌가95) 및 地方議會議員選舉法 제36조 제1항에 대한 憲法訴願(1991.3.11. 91헌마21)등 참조.

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

경우에만 타당하는 원칙이라기 보다는 국가의 모든 立法活動에 있어서 하나의 척도를 제시하는 것이라 할 수 있다. 따라서 立法實務에 있어서는 위와 같은 헌법의 규정, 기본원리 내지 기본제도를 법안기초시에 가장 중요한 적용원리로 삼아야 할 것이며, 바로 여기에 입법의 민주적 정당성과 필요성이 담겨져 있다.

## II. 段階正當性の 原理

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. 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 일관성있고 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>12)</sup> 법령의 입안시 단계정당성의 원리와 관련한 몇가지 중요한 사항을 설명하면 다음과 같다.

### 1. 所管事項의 原理

소관사항의 원리란 법령의 소관사항을 정하는 것으로서 법령의 제정에 있어서는 정하여진 각 법령의 所管事項을 명확히 함으로써 법령간의 모순 내지 저축이 발생하는 것을 방지하려는 것이다. 여기에서 소관사항이란 법령의 각 형식에 따라 그 법형식에서 규정의 내용으로 할 수 있는 일정한 사항, 그 規律할 수 있는 범위를 말하는 것이다. 이 원리로부터 法令은 스스로의 소관사항에 관해서만 유효하게 규율할 수 있으며, 소관외의 사항에 관하여는 설사 규정을 하더라도 그

12) 李康懋, 「議會留保의 原則」, 月刊考試 1985.1., 62面.



것은 無效라는 원칙이 도출된다. 그런데 법령의 所管事項의 配分에 관하여 전부 명확한 소관사항의 분배가 가능하다면 법령의 모순저촉은 대단히 줄어들 것이나, 법령의 규제대상이 광범위한 점 또한 그 내용은 유동적으로 변화하는 점등을 고려한다면 현실적으로 그것은 곤란하다. 따라서 소관사항에는 「專屬的 소관사항」과 「競合的 소관사항」이 발생하게 된다. 즉 前者는 일정한 사항이 어떤 법령의 형식만의 소관사항으로 되는 경우이며, 後者는 일정한 사항이 둘 이상의 법령의 형식의 공동소관사항이 되는 경우이다. 어떤 종류의 법령의 소관사항이 그 專屬的인 所管에 속하는가 또는 다른 종류의 법령과 競合的인 所管에 속하는가는 명백하지 않은 경우가 많으며, 실정법상 각 법형식간에 있어서 소관사항은 서로 중복하고 경합적인 분배가 행하여지고 있는 것이 오히려 원칙이라고도 할 수 있다.<sup>13)</sup>

어떻든 법령의 입안자로서는 어떤 규정의 내용이 그 소관사항을 일탈하여 법질서의 안정성을 저해하지 않도록 法令의 立案에 있어서 소관사항의 한도를 준수하도록 신중한 노력을 하지 않으면 안된다.<sup>14)</sup> 法制處의 「법령입안심사기준」에서 제시하고 있는 법령별 소관사항은 다음과 같다.<sup>15)</sup>

13) 예컨대 憲法은 국가의 기본법으로서 국가의 통치조직과 작용을 정하고 국민의 기본권을 보장하는 최고법이다. 따라서 憲法은 국가의 법체계 가운데 최상의 단계에 위치하며, 가장 강력한 形式的 效力을 가지고 있다. 헌법의 내용으로 규정된 사항을 변경하기 위해서는 헌법개정의 절차에 따르는 이외에는 방법이 없으므로 이러한 사항은 전부 헌법의 專屬的 所管이다. 또한 헌법에서는 국가의 통치체제에 관한 기본적 사항을 정하고 그 세부적인 것은 法律 및 타법령형식에 의한 규율에 맡기고 있으나, 憲法에서 규정하려 한다면 국가의 어떠한 法令의 所管事項에 관해서도 규정할 수 있다. 그러한 의미에서 타의 법령에게는 憲法과의 관계에 있어서 전속적 소관이라는 것은 있을 수 없다. 따라서 法令에 대하여 전속적 소관이라 함은 당연히 헌법과의 所管의 競合을 전제로 하며, 이것을 제외하고 전속적이라는 의미이다. 자세한 내용은 立法技術研究所(編), 「法制實務研修資料集」, 法令編纂普及會 1989, 46面.

14) 개별 立法形式에 따른 소관사항의 구체적 내용은 曹正燦, 「立法形式과 所管事項」, 법제연구 제7호(1994), 236面이하 참조.

15) 법제처, 「법령입안심사기준」, 73面이하.

법률의 소관사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>○헌법에서 법률로 정하도록 한 사항</li> <li>○국민의 권리·의무에 관한 사항</li> </ul>
대통령령의 소관사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>○법률에서 위임한 사항</li> <li>○법률의 집행을 위하여 필요한 사항</li> <li>○국정의 통일적 추진·집행을 위한 기본방침에 관한 사항</li> <li>○각 부처에 공통되는 사항</li> <li>○행정기관의 조직에 관한 사항</li> <li>○권한의 위임·위탁에 관한 사항</li> </ul>
총리령·부령의 소관사항	<ul style="list-style-type: none"> <li>○법률·대통령령에서 위임한 사항</li> <li>○법률·대통령령의 집행을 위하여 필요한 사항</li> <li>○각 부처가 단독으로 업무를 수행할 수 있는 사항</li> <li>○복제·서식등에 관한 사항</li> <li>○절차적·기술적 사항</li> </ul>

소관사항의 원리와 관련하여 특히 중요한 것은 議會留保와의 관계상 어떠한 사항을 법률로 정하여야 할 것인가라는 점이다. 이와 관련하여 일정한 요건하에서 일정한 규율은 반드시 法律로 정하여야 하며, 그 규율은 일정한 明確性을 가져야 한다는 「의회유보(Parlamentsvorbehalt)」의 관점<sup>16)</sup>에서 입법자가 받

16) Carl Eugen Eberle, 「Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt」, DÖV, 1984, S.485f. 「法律留保」의 개념이 행정의 어떠한 領域에 대하여 법률이나 법률에 근거하여 규율할 것인가에 관련되는 것인데 반하여, 「議會留保」의 개념은 이러한 규율을 행정기관과의 관계에 있어서 行政機關에게 委任하는 것이 아니라, 헌법상의 법률 제정기관인 議會가 직접 법률로써 규율하여야 하는 領域 내지 事項과 명령에 위임할 수 있는 사항을 구별하면서 法律事項인 경우에는 반드시 의회가 형식적 법률로써 규율하여야 한다는 원칙을 말한다. 따라서 議會留保라는 용어는 오히려 法律留保를 보다 강조하는 것을 의미한다. 그 이유는 議會留保의 原則은 행정의 어느 부분이 법률의 수권을 요한다는 점을 강조하는 것에 그치지 않고 그 부분을 命命등에 위임하지 아니하고 議會 스스로가 입법절차에 따라 반드시 법률로써 규율할 것을 요구하는 것이기 때문이다. 자세한 내용은 金忠默, 「法律留保의 原則」, 現代行政法學理論(佐齊 李鳴九博士華甲紀念論文

시 법률로 정하여야 할 사항의 선택기준을 살펴보면 다음과 같다.17)

(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되어 있고 보다 복잡한 절차로 이루어져 있으며 보다 철저한 審議를 보장하고 있다. 그리고 법률제정절차는 더 많은 민주적 정당성을 가지고 있다. 선거에 의하여 國民으로부터 직접 선출되었다는 人的 民主的 正當性이 아니라, 議會의 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 두가지의 法規範에 상이한 헌법적 지위를 부여하고 있다면 특별히 의미있고 個人이나 公衆에게 특별히 중대한 영향을 끼치는 규율

集), 1996, 3면이하 참조.

17) 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 부문 등을 지적하는 견해(李康懋, 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·관리상의 중요성 등을 법률사항의 척도로 제시하는 견해(徐元宇, 「行政의 留保論의 問題點(下)」, 考試研究 1986.9., 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.

소재는 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>18)</sup> 그러나 基本權과 관련된 일체의 결정이 법률로 행해질 수는 없기 때문에 이를 좀더 具體化하여 살펴볼 필요성이 있다.<sup>19)</sup> 즉 ①국가와 시민이 당사자로서 서로 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. ②국가가 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 목적충돌의 필수적 이해조정과 결정을 도모하는 것이므로 반드시 법률로 정하여야 한다. ③위의 두가지 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 바람직한 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 정책

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

19) 趙泰齊, 前揭論文, 146面이하 참조.

상의 근본적인 결정은 보다 상위의 法規範段階에서 행하여져야 하는 것이다.

(2) 議會主義的 正當化의 必要性

이미 언급한 것처럼 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. 이러한 議會留保는 입법권의 필수적 활동을 표현하는 것으로서, 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, 법률중속적 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, 여러가지 상이한 의견이 서로 妥協할 수 있다는 점은 국회에서의 심의가 가지는 최대의 효과라고 할 수 있다.<sup>20)</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 보장되어있다. 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.<sup>21)</sup>

20) 李康熾, 前揭論文, 62面.

21) 朴英道, 「議員立法活性化를 위한 制度的 課題와 提言」, 법제연구 제10호(1996), 13

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 法律制定節次의 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>22)</sup>

### (3) 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 법규범의 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.

### (4) 狀況適合성과 持續性

지금까지의 상태를 본질적으로 변경시키는 결정은 法律이 타당성을 지시하여

面.

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

준다. 따라서 狀況適合性과 持續性이라는 척도는 법률의 타당지표인 것이다. 그러나 규율사항에 대한 명확한 기본원칙부문을 제외한 신속한 변경과 專門技術的 側面에서의 상황적합성과 지속성이 요구되는 부문은 命令으로도 가능하다.

### (5) 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 법질서의 조망가능성을 침해하는 것이 된다. 法律의 制定은 더 많은 시간과 노력을 요하며 이해관계인의 보다 많은 참여가 보장되어 결과적으로 철저하기 때문에 命令보다도 높은 합리성을 부여받는다. 따라서 사실상의 관점에서 필수적으로 不確實性이 존재할 수 밖에 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. 所管事項의 委任 -委任立法의 범위와 한계-

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>23)</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 법률의 내용상의 복잡성은 많은 사람들이 法定立機能에 참여할 것을 요구한다. 특히 行政

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

府가 법정립에 참여하게 된다는 것은 오늘날 법치국가적 유보에도 불구하고 학문적 영역에서도 인정되고 行政府內部的의 지침에 의해 규율되고 실무에 있어서도 허용되고 있다.<sup>24)</sup>

그러나 행정부가 立法活動에 광범위하게 참여하는 것이 필연적 현상이면서도 또한 그에 따른 많은 문제점이 도출된다. 그 이유는 행정부는 방대한 관료조직을 배경으로 하여 社會變化에 대응하는 능력이 비전문적인 의원들로 구성된 議會보다 훨씬 앞서고 있고, 行政立法의 과잉증대는 자칫하면 의회의 입법권의 본질을 침해할 가능성이 많기 때문이다. 뿐만 아니라 行政府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 불 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 행정부에 위임될 수 있다는 점에 대해서는 확립된 것으로서 정착되어 있으며, 우리 헌법에서도 제75조에서 이를 명문으로 규정하고 있다. 그러나 立法權委任의 필요성 내지 행정입법의 필요성이 의회의 입법과 행정부의 法定立을 명확히 구별해주고 있는 것은 아니다.<sup>25)</sup> 憲法 역시 이 점에 관해서는 침묵을 지키고 있어서 그 해명은 자연히 학설과 판례의 역할에 맡겨지게 되며, 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 몇가지 사항을 중국적

24) R.Hotz, 'Methodische Rechtsetzung', aaO., S.94.

25) 「헌법 제75조의 규정이 입법권자에게 위임입법의 재량을 수권하고 있는 것은 사실이지만, 그렇다고 하여 "구체적으로 범위를 정하여"라는 조건마저 입법권자의 재량이 성립한다고는 볼 수는 없는 것이다. 만일 그것이 입법권자에게 포괄적인 입법재량을 부여한 것을 의미한다면 우리 헌법의 기본적 조직원리인 권력분립의 원리와 이를 바탕으로 헌법 제40조가 분명히 하고 있는 국회입법의 원칙이 사실상 형해화·공동화될 것이고 그 결과는 국민의 불이익으로 돌아가고 말 것이기 때문이다. 따라서 헌법 제75조는 "구체적으로 범위를 정하여"라는 공식에 의하여 위임입법의 형성의 여지를 부여하면서 그 허용되는 범위와 요구되는 규율의 구체성에 관하여 위임입법의 현실적 필요와 위임입법의 한계를 부과하는 헌법의 요구를 비교형량할 것을 입법권자에게 의무화한 것이라 할 것이다.....」, 洪準亨, 「委任立法의 限界」, 考試界 1996.12., 38面 참조.



으로 이미 규범화한 경우에는 行政立法에 委任할 수 없게 된다.<sup>26)</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 일반적인 수권을 인정하는 경우 그것은 憲法의 基本原則의 하나인 권력분립의 원리를 근본적으로 파괴하는 결과를 가져오기 때문이다.<sup>27)</sup>

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>28)</sup>

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

27) 「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 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다. 그러기에 우리 헌법 제75조도 위임의 범위와 한계에 관하여 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라고 한정하고 있다. 이는 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용과 범위와 목적이 명확히 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로 부터 입법가가 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 기본적인 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.」, 教育法 제8조의 2에 관한 違憲審判(1991.2.11. 90헌가27).

28) W.Hugger, a.a.O., S.275~276. 또한 委任立法의 範圍와 限界에 관련하여 「①수권의 일반적 근거로서 의회의 전문적·기술적 능력의 한계와 시간적 적응성·임기성의 한계등이 음미되어야 하고, 그와 관련하여 위임대상의 범위등이 정하여져야 한다. ②헌법상 법률주의사항의 경우 모두를 법률로 정해야 하는 것은 아니고 대상을 한정하고 기준을 명백히하여 일정한 범위에서 행정입법에 위임할 수 있으나, 어느 범위에서 행정입법

- 현상에 대한 세분화의 필요성과 적합성 및 인식가능성
- 빈번한 개정의 요구, 전문적인 세부규율의 필요성
- 기본법률의 규율구조에 대한 고차의 존속보장성
- 신뢰할 수 있을 정도의 법률목표명확성
- 기본법률의 효력전개의 관점에서 하위 명령에 위임할 긴급성과 개연성

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 정당한 범위를 넘어선 立法者의 立法行動은 헌법의 이념과 기능에도 부합하지 않는 것이다. 이러한 觀點에 입각하여 위임가능성의 범위와 기준을 구체적으로 살펴보면 다음과 같이 정리할 수 있다.

에 위임할 수 있는 지를 사항별로 개별적으로 정해야 한다. ③법적 규율은 국민에 대해 미치는 영향의 정도에 따라 벌칙이나 의무부과적·제재적 행정처분이나 행정강제에 관한 규율, 그 밖의 행정처분에 관한 규율, 행정처분의외의 국민에 대한 구체적 행정작용에 관한 규율, 행정작용과 관계없는 행정내부조직에 관한 규율등으로 구분될 수 있는데 일반적으로 이러한 순서에 따라 한정성의 요구가 완화된다. ④관련되는 기본권의 성질 및 행정분야에 따라 한정성의 요구가 달라진다. ⑤규율대상의 한정성과 기준의 명확성은 상호 영향을 미치는 요인들로서, 규율대상의 범위가 좁고 중요성의 정도가 낮은 때에는 기준의 명확성의 요구도 덜 엄격하다. ⑥수입기관이 누구인가에 따라서도 한정성등의 요구가 달라진다. 가령 대통령에게 위임되는 대통령령의 경우 국무회의의 심의를 거쳐 제정되므로 어느 정도 한정성등의 요구가 완화되지만, 행정각부장관에게 위임되는 부령의 경우 당해 부만의 입장을 내세울 소지도 있으므로 한정성등이 엄격하게 요구된다. ⑦이해관계인의 참가를 포함한 행정입법의 제정절차가 얼마나 정비되어 있느냐에 따라서도 수권법률에 의한 행정입법의 내용에 대한 통제의 요구가 완화된다」라는 지적도 있다. 자세한 것은 朴鈞旻, 「最新 行政法講義(上)」, 博英社 1996, 218~220面 참조.

(1) 柔軟성과 適應可能性

법률의 제정절차는 명령의 制定節次보다 복잡하고 철저할 뿐만 아니라 둔화되고 오랜시간을 요하기 때문에 유연하고 쉽게 變化되거나 適應되어야 할 규율에의 필요는 법률중속적 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 두가지의 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 거친뒤에만 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 法定의 초기단계에서만 존재할 뿐이다. 따라서 兩者의 一致를 위해서는 끊임없는 법률개정이 요구된다.<sup>29)</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, 법률보다는 命令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 경우에

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

는 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 학교문제에 있어서의 수업·진급 등 교사의 학문적 자유의 영역-30) 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 쟁점이 되고 있거나 복잡한 결정은 법률로 하여야 한다. 이 점에서 命命은 중요하지 않고 논쟁이 되지 않으며 거의 기본권과 관련되지 않은 결정으로 부터 議會의 責任을 면제시켜주는 기능을 담당하고 있다. 법률로 부터 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.31) 이미 법률로서

30) 李康燦, 前掲論文, 66面.

31) F.Össenbühl, a.a.O., S.835.

행하여진 原則的 決定을 속행하는 규율은 명령의 수단으로 행하는 것이 바람직하다. 그러한 規律에 의한 의회법률제정자의 부담경감은 의회에게 중요한 결정에 대한 집중을 가능케 함으로써 法律의 質의 低下를 방지할 수 있는 것이다.

#### (6) 分散的 解決의 必要性

法律은 우선적으로 집중적·중앙적 規율에 적합하며 命令은 집중적 해결이나 분산적 해결을 가능케 한다. 集中的 解決에 대한 필요성이 존재한다면 그것은 법률이나 명령으로 規율할 수 있다. 반면 事項的·場所的 理由로 또는 지역적 특수성으로 인하여 분산적 規율이 보다 적합한 경우에는 命令이라는 規율도구가 적합한 規율형식이다. 통일적인 規율에 대한 必要性이 존재하지 않으면 분산적인 결정주체의 위임이 고려되어야 하는 것이다.

#### (7) 緊急한 狀況性

긴급한 상황에 대한 規범화의 必要性이 있으면 規율대상 그 자체로는 法律과 관련되는 것이라 할지라도 命令에 의한 規율이 정당화될 수 있다. 이는 어떠한 規율이 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 規율이 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 規율의 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 規율하는 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 규율대상의 전문성은 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 규율사례에 있어서 기능과 구조적 요소를 고려하여 결정하여야 한다. 技術的인 問題가 처음부터 命令으로 규율되는 것은 아니며 또한 세부적인 것에 관한 규율도 경우에 따라서는 매우 중요할 수 있으며 다른 관점에서 法律로 규율할 수도 있는 것이다.

### (9) 法定立의 經濟性

이미 언급한 것처럼 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.

## III. 實效性의 原理

法規範의 특질은 그 강제성에 있으며, 또한 법규범은 존재하는 것만으로서는 그 가치가 없고 사람들이 그 의사에 따라 그것을 준수하는 경우에 법규범은 實效性을 가질 수가 있으며 또한 그 목적이 달성되는 것이다. 법규범이 법적인 적격성을 가지는가의 여부는 強制性과 더불어 실효성의 측면에서 검토되지 않으면 안되며, 이 양면이 조화를 이룰때 비로소 법규범은 法的 適格性을 가진다고 말할 수 있다. 우선 일정한 정책을 입법의 형식으로 법규범으로 구체화하는 것이 적당한 것인가의 여부는 그것이 일반국민에게 그에 따를 것을 강요하는 것이 적당한가의 점에서 검토가 필요하다. 이 경우 무엇이 그러한 強制性을 가지는 법규범으로서 적합한 사항인가는 모든 시대를 통하여, 또한 모든 장소에서 모든 사람들의 意識에 공통하는 보편적인 것으로서 고정적·절대적으로 생각하는 것은 곤란하다. 그리고 法規範 가운데 행정권의 내부적인 조직, 행정의 내부적인

운영등을 정하는 것 외에 일반국민을 그 규율의 대상으로 하는 것에 관해서는 實效性의 관점에서 검토를 요한다. 법의 내용이 현실의 規範力을 발휘하고 실현되는가의 여부는 사람들이 그 意思에 따라서 법규범을 준수하는가와 밀접한 관련이 있다. 이것이 법규범의 「實效性」의 문제이며, 입법에 있어서 실효성의 확보문제는 다음의 두가지 측면에서 고려되어야 한다.

첫째, 법령을 입안함에 있어서는 立法의 결과 그것이 사회일반인의 지지를 받을 수 있는가에 대한 충분한 배려와 검토를 하지 않으면 안된다. 立法의 內容이 사회평균인의 상식에 합치하는 것이 아니면 많은 副作用이 발생하게 된다. 일반인의 이상과 사고와 현저한 차이가 있는 法令은 현실의 사회인의 의식으로 부터 단절된 것이며, 따라서 그 준수를 기대할 수 없을 뿐 아니라 법령의 적절한 執行을 보장할 수도 없는 것이다. 즉 현실과 거리가 먼 法令은 거꾸로 불법의 상태를 야기할 가능성이 있는 것이다. 특히 오늘날 법규범은 단순한 전문적인 관점에서 政策遂行의 道具일뿐 아니라 그 포괄적인 범위에서 형성된 정책을 사회적 과정에 적용하는 것으로 인식하는 것이 보편화되고 있으며, 法規範의 위치를 이같이 사회적 과정의 형성과 조정에 두는 것은 그 實效性의 관점에서 매우 중요한 변화를 가져온다.<sup>32)</sup> 그것은 법규범의 실효성은 적절한 시기에 효력이 발생될 것이라는 期待感과 그 법규범이 부정적인 효과를 가져오지 않을 것이라는 信賴感 및 그 표현이 사회적 영역을 왜곡하지 않는다는 느낌을 가지는 경우에 궁극적으로 달성될 수 있다는 점이다. 그리하여 법령의 實效性을 확보하기 위해서는 立法에 즈음하여 사람들이 법령에 대하여 가지는 意識(法意識)이 현재 어떠한가 장래 어떻게 될 것인가라는 점에 대한 깊은 통찰력이 필요하다. 社會一般人이 어떠한 행위를 함에 있어서 예측가능성을 박탈하는 입법은 그 實效性의 면에서 중대한 의문이 제기될 수 있다. 따라서 입법에 즈음하여 국민의 법의식·법감정이 어떠한가를 조사하고 분석하는 작업은 법령의 실효성 확보에 매우 중요한 사항이라 할 수 있다.

둘째, 法令情報에 대한 충분한 전달이다. 우선 일반국민은 개별적인 법률의 각종 개념에 대해서는 전혀 알 수가 없다. 특히 오늘날의 급부·행정국가가 지속

32) Karl A. Mollnau, 「Wechselbezüge zwischen Regelungsstruktur, sprachlicher Gestalt und Kommunikationsfähigkeit des Rechts」, in : Th. Öhlinger (Hrsg.), Recht und Sprache, Wien 1986, S. 71f.

적으로 생산하고 교정하는 수많은 法規範의 洪水現象 가운데 현재 통용되는 개별적인 법령의 諸概念을 이해한다는 것은 전혀 불가능하며,<sup>33)</sup> 단지 법소재를 다루는 특수한 영역에 종사하는 法專門家도 간신히 알 수 있을 따름이다. 그러나 비록 일반인이 법령에서 규정하고 있는 개별적인 사항을 충분히 알 수 없다고는 하더라도 그 사회적 행동양식에 있어서는 法令의 內容을 수용하고 그곳에 규정된 소재를 개략적으로라도 알 수 있도록 일정한 주지가 필요하다.<sup>34)</sup> 법령에서 개별적인 문제를 충분히 규율한다고 해도 일반인이 법령을 수용하는 데에는 보다 많은 知識水準이 필요하기 마련이나, 다른 한편으로 충분한 정보전달을 하지 아니한 법령문은 어디로 나아가야 하며, 法令에 대한 지식없이 일반국민이 어떻게 合法的으로 행동할 수 있는가라는 문제가 제기된다.

법령문은 때로는 법을 인식하는데 있어서 직접적인 근원이 된다. 일반적으로 국민은 새로이 제정된 법률과 그 절차에 관하여 言論媒體등의 도움으로 구체적인 사건에 법이 적용되는 방법에 관한 정보를 획득한다. 그리고 일상생활에서의 대화 등을 통하여 법령의 생소한 내용을 습득하기도 하고 나아가서는 公的인 통지, 고시, 공고등을 통하여 법령이 지시하는 바를 인식한다. 때로는 전문직에 종사하는 자는 그들의 私的 團體(경제단체 등 각종 직능단체)를 통하여 규율내용에 대한 의견표명을 함으로써 이해관계있는 일반시민에게 정보를 제공하기도 한다.<sup>35)</sup> 이러한 情報은 정확하고 충분히 만족할 수 있도록 법령의 대략적인 개요와 함께 전달되어야 한다. 이러한 정보전달을 통한 법의식 내지 법감정을 형성은 「문외한의 영역에서의 평가의 일치」를 도모함으로써 법률을 사회적 규범으로써 一般人에게 친숙하게 하려는 것이며, 법령을 정확하게 구체적으로 표현하여 국가적 制裁매카니즘으로 합리화하는 기회를 부여하는 것이다.<sup>36)</sup> 이러한 선택적

33) Ernst E.Hirsch, 「Die Steuerung des menschlichen Verhalten」, JZ 1982, S.44ff.

34) Th.Öhlinger, 「Das Gesetz als Instrument gesellschaftlicher Problemlösung und seine Alternativen」, in : Derg(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S.22f.

35) Ferdinand Kirchhof, 「Rechtspflicht zur Zusatzveröffentlichung Kommunaler Norem」, DÖV, 1982, S.399f.

36) 이 점은 Manfred Rebinder, 「Rechtskenntnis, Rechtsbewußtsein und Rechtsethos als Problem der Rechtspolitik」, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd.3, Düsseldorf 1972, S.30ff 참조.



이고 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 수행하게 할 뿐 아니라 법규범의 준수를 위한 전제를 이루며 결국 법질서의 실제적 통용과 국가지배체계의 존립을 이룬다.<sup>37)</sup>

이러한 實定法에 대한 정보는 여러가지 관점 -공적 또는 사적, 서면 또는 구술- 에서 수범자에게 적합한 형태로 이해되어 효과를 거둔다. 또 한편으로는 정보의 요소와 강도는 규율기관, 규율소재 및 수범자영역을 변모하게 한다. 정치적으로 증대하는 赦免, 특히 헌법적단계의 규범과 주로 형사 및 민사와 행정법적 영역에서 발생하는 논의의 여지가 있는 규범, 논란이 되는 判決등은 여론의 주의환기를 받는다. 법규범을 생활경험과 일치하기 위해서는 법률의 강력한 주지를 필요로 하며, 그를 통하여 사회적 발전을 도모할 수 있다. 禁止와 警告에 대한 엄격한 준수를 요구하면 사람들은 목적설정이나 조직된 규율에 대한 좀더 상세한 정보를 알려고 하는 반면 상대적으로 그것이 적으면 한정된 受範者들만이 그것을 알려고 노력한다. 즉 복종받는 시민은 규범의 존재와 내용에 대하여 문의하거나 나아가 사적 단체를 통하여 방향설정을 한다. 국가는 법인식에 이러한 구별되는 욕구를 仲裁하여 그 활동을 적합하게 수행하는 것이다.

따라서 법안의 작성에 있어서 위와 같은 實效性確保의 전제조건을 면밀하게 검토하고 이를 명확히하는 작업을 소홀히 한다면 법규범 자체의 의미를 파악할 수 없는 것은 물론 그 실효성을 기대할 수도 없을 것이다. 법령은 法認識을 확산하는 기능뿐 아니라 사회적 갈등을 해소하는 기능을 우선적으로 구비하여야 한다. 법령에 대한 광범한 인식없이는 裁判過程 또는 법실제에 대한 폭넓은 인식이 충족될 수 없으며 복잡한 문제를 처리할 수도 없다. 법적으로 고차의 기준과 세련된 논리성으로 법률을 정립하는 것이 진정한 의미의 입법의 태도라 할 수 없으며 法の 규율내용에 대한 인식의 확산도 기대할 수 없는 것이다. 그러한 의미에서 입법에 있어서 최선의 實效性을 확보하기 위하여 유의하여야 할 사항을 지적하면 다음과 같다.

37) Klaus Stern, 'Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland', Bd. I, München 1977, S.651f.

- 법규범의 기본적인 실행가능성과 준수가능성의 모색
- 사회경제적인 체계 가운데에서의 법문화(법의식, 법감정, 도덕적·사회적 관념 등)와의 조화성
- 법규범에 대한 충분한 정보를 고지하는 주지성
- 의미내용의 이해가능성, 용어의 명확성과 간결성
- 규율을 통한 사회생활에의 개입에 있어서 모순과 예외의 최대한 배제

#### IV. 經濟性的의 原理

오늘날 법규범은 立法者의 빈번한 입법행위로 인한 양적 증가뿐 아니라 법규범의 내용면에서도 규율밀도의 지나친 細分化로 법규범의 효율성과 규범적 통용력에 우려할만한 수준을 제시하고 있다. 물론 입법자의 의욕에 비하면 規範의 숫자는 그다지 많지 않을 지도 모르나, 立法行爲에 대한 신중한 구상과 계획을 경시하는 입법자의 경향으로 인하여 결함이 많고 방향성이 상실된 立法이 다수 양산되고 있는 것은 사실이다. 따라서 그러한 立法을 생산한 입법자는 스스로 불완전한 입법을 한데 대한 일종의 瑕疵責任을 자각하여야 할 것이다. 진부하고 개선이 되지 않은 입법을 생산하는 것은 바로 입법행위 그자체의 의미를 상실하게 한다. 立法에 있어서 經濟性的의 原則은 넓은 의미에서는 法社會學的인 측면에서 입법수단의 투입과 투입된 것에 대한 효과를 고려하여 양자를 상호 관련시켜 조사·분석하는 것이며, 좁은 의미로는 입법이 그 費用과 成果面에서 최대한 유리하게 정립되고 또한 그것이 준수되었는가를 검증하는 것이라 할 수 있다.<sup>38)</sup> 그러한 의미에서 입법에 있어서 경제성의 원칙은 必要性, 效果性(Effektivität) 및 效率性(Effizienz)이 교차하는 영역이라고 말할 수 있다.<sup>39)</sup>

38) Carl Böhret/Werner Hugger, 「Entwurfsprüfung」, in : Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., S. 265f.

39) 立法作業에 즈음하여 이러한 效果性·效率性を 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. 「效果性」이란 일반적으로 목표달성의 정

오늘날의 다원주의적 시민사회에 있어서 규율하려는 事實이 복잡하고 항상 새로운 문제와 과제가 대두되는 곳에서는 입법에 있어서 수준있는 규율밀도를 고려할 때 비로소 증대하는 規範의 수요를 극복하고 문제를 적절하게 해결할 수 있다. 우리의 憲法裁判所가 빈번하게 강조하는 바와 같이 입법자에게는 立法에 있어서 폭넓은 形成의 自由를 부여하고 있다. 그러나 입법자의 그러한 일반적인 권한행사는 어떠한 법적상황이 발생한 경우에 명확하고 적절하게 행사되어야 할 것임은 물론이다. 또한 정형화된 입법행위는 法規範의 증가를 가져오며 이는 결국 법질서의 약화, 즉 법의 한계효용성의 감소를 초래한다. 따라서 입법에 있어서는 법규범의 기본적인 가치를 위태롭게 하는 태도는 지양하여야 할 것이며, 그와 같은 관점이 지속된다면 國民은 법규범에 대하여 불안감을 가지게 될 뿐 아니라 국가의 立法行爲에 대해서도 커다란 실망감을 가지게 된다. 아울러 입법

---

도를 의미하는 것이라 할 수 있다. 따라서 효과성이 큰 법안일 수록 보다 目標達成의 극대화를 가져준다는 의미에서 효과성기준은 법안의 비교·평가기준으로서 매우 유용한 기준이 될 수 있다. 그러나 어떠한 법안이 目標達成을 극대화시키는 것이라 할 지라도 다른 대안에 비해 費用의 측면에서 많은 지출이 소요된다면 최선의 법안으로 보기는 어려울 것이다. 반면 費用의 면을 고려하더라도 目標達成이 매우 중요하다면 효과성이 가장 중요한 법안의 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. 「效率性」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 법안을 작성하기 위해서는 동일한 비용으로 최대의 효과를 얻거나 동일한 效果를 위하여 최소의 費用을 들이는 법안을 발굴할 때 이러한 效率性基準이 적합하다. 立法費用은 입법의 추진으로 인하여 희생되는 사회적 가치로서 경제적인 관점에서 본다면 資源에 해당된다. 그러므로 일정한 비용으로 효과를 최대화하는 법안을 채택하여 추진하게 된다면 사회적 자원을 최대한 효율적으로 사용하는 것이다. 이러한 效率性을 기준으로 법안을 선택한다면 자원의 최적배분(Optimierung)을 도모할 수 있는 것이다. 그러나 效率性을 기준으로 하면 효과성을 기준으로 할 때에 비해 효과만이 아니라 비용도 고려하여 최선의 代案을 선택할 수 있는 장점이 있으나, 配分の 公正性問題를 고려하지 못하는 약점도 있다. 이러한 費用/便益分析과 費用/效果分析의 입법작업에로의 응용에 관한 자세한 내용은 Vorstand des Österreichischen Juristentages(Hrsg.), 「Kosten-Nutzen-Analyse in der Gesetzgebung. Funktionsanalyse, Effektivitäts- und Effizienzüberlegungen in der Rechtssetzung」, Wien 1979 參照.

자는 법적용시의 편리함을 고려하여 法規範의 內容을 의도적으로 상세하고 완전하게 규율하려는 경향이 있다. 그것은 법규범의 수범자인 국민의 요구를 고려하지 않은 관료주의적인 행태의 소산이라 할 수 있다. 물론 法規範이 불명확성, 불공평성 및 부당성을 제거하고 법적용자에 대하여 광범한 해석의 여지를 제거하기 위해서는 어느 정도의 세밀함이 요구된다. 그러나 이러한 좁은 시야와 경직성의 결과로 정립된 법령은 법집행을 담당하는 公務員에게도 많은 제한을 가하는 결과가 되어 법운용의 탄력성과 방향성을 상실하게 한다. 公的 領域에 있어서의 법령의 엄격한 적용은 행정의 활동을 정체시키는 요인이 된다. 복잡한 법규범은 불완전하고 예견불가능한 행정을 초래하며 또한 결함있는 결정을 가져올 뿐만 아니라, 나아가 法的 爭訟의 남발을 야기하게 된다. 법규범의 임무는 문제를 조정하고 해결하고 교정하는 것이며, 그러한 의미에서 법규범은 필요한 주의력과 신중함을 지속적으로 구비하여야 하며 그러한 경우 법규범의 양적인 증대에서 도출되는 자체의 문제점을 해결할 수 있게 되는 것이다.

입법에 있어서의 經濟性의 原理는 일찌기 몽테스키외가 지적한 바와 같이 「무엇보다도 입법은 심사숙고하여 행하여야 하며, 실제적인 효용성이 있어야 한다. 설득력이 약한 불필요하고 부당한 입법은 전체입법의 권위를 실추시키며 국가의 권위를 해친다」라는 말을 입법자는 음미하여야 할 것이다. 따라서 立法者는 헌법상의 척도하에 필요성의 원칙에 대한 충분한 인식을 가지는 입법적 자기제한 (legislative self-restraint)의 태도로서 입법에 임하여야 한다.<sup>40)</sup> 경제적인 입법을 위해서는 다음의 원칙을 준수하여야 한다.

첫째, 어떤 법적인 조치는 특히 그 시점에서 課題를 수행하는데 중요한 것이어야 한다. 즉, 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.

둘째, 法的인 課題를 수행하기 위한 수단은 반드시 필요한 범위에 한정하여야 한다.<sup>41)</sup> 立法에 있어서 目的-手段의 관계는 最小/最大原則(Mini-Max Regel)

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

41) Martin-Peter Büch, 「Zur Bestimmung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im öffentlichen Haushalt der Bundesrepublik

에 의거하여, 주어진 목표에 대해 최소한의 수단을 사용할 것인가 아니면 확고한 수단을 채용하여 최대한의 효과를 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, 목표성취가 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.<sup>42)</sup>

결국 입법에 있어서의 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 수단의 관계도 예산계획에 의거하여 그것이 완비되어야만 의도하는 바가 충분히 달성될 수 있다」는 관념에서 볼 때 그 의미가 명확하게 된다.<sup>43)</sup> 節減性의 原則은 행정이란 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 치루더라도 節減

Deutschland」, Köln 1976 참조.

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

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

性的 原則」을 우선시키는 경우에는 비경제적인 효과가 발생할 우려가 있기 때문에 이를 포기하여야 할 것이다. 이러한 經濟性/節減性的 原則은 자원재분을 위한 평가와 절차적 준칙이며 목적에 유효한 조치와 수단선택을 위한 중요한 요소라 할 수 있다. 이러한 준칙을 입법에 있어서 의미있는 準則으로 사용하기 위해서는 다음과 같은 내용을 숙지하여야 할 것이다.

- 어떠한 目標에 적합한 조치를 사용하는 경우에는 경제적 척도에 의하여 조치를 선택하는 방법을 결부시켜야 한다. 확정된 목표실현을 위하여 費用의 有用性을 고려한 수단의 최소화 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.

이러한 과제를 준수하는 경우 법규범은 추구하려는 목표에 도달할 수 있으며 나아가 필요성과 합목적성의 요구를 충족하게 되는 것이다. 아울러 법규범은 실행가능하고 사안에 적합한 탄력성있는 法令이 될 수 있다. 經濟性을 갖춘 효율적인 입법은 법정정책 목표일 뿐아니라 입법의 자기이해의 일부분이기도 하다. 규율에서의 결함과 불명확성이 제거된 법령은 必要性, 效率性 그리고 合目的性을 구비한 법령이며, 그러한 법령은 수범자에게도 법적 안정성과 평등을 보장하는 것이다.

### 第3節 立法技術의 形式的 適用原理

#### I. 體系性的 原理

입법내용의 판단에 있어서 일정한 정책이 그 適格性和 正當性的 검증을 거쳐

서 어느 면에서도 타당하다는 판단이 내려지더라도 그것만으로는 불충분하며, 그 법이 차지해야 할 法體系에 있어서의 위치를 고려하면서 다른 법령과의 관계에서 모순이 발생하지 않도록 배려하지 않으면 안된다. 즉, 입법내용의 종합적 조정의 관점에서 보는 경우, 법령의 각 개별규정은 고립하여 존재하는 것이 아니라, 개별법령규정이 상호 유기적으로 결부하면서 종합적인 法制度·법령체계를 구성하는 것이며 이들 규정 사이에는 조화의 관계 내지 균형의 관계가 존재하지 않으면 안된다. 이것을 입법에 있어서 體系性의 原理 내지 體系正當性의 原理(Prinzip der Systemgerechtigkeit oder Systemgemäßheit)라고 한다.<sup>44)</sup> 어떤 법령이 體系內에 있어서 규율소재가 완비되지 않거나 구조화가 적합하지 않은 경우에는 체계적인 구조로 補完하거나 代替하여 규율소재가 완비되도록 하여야 한다. 결국 體系는 특정한 기준에 따라 질서화되고 결합된 관념이다. 법령에 있어서 體系化는 법령의 효력을 상승시키며, 체계의 주변 내지 체계를 통하여 배열되지 않은 법령은 규범적이고 논리정연한 것이 될 수 없는 것이다.<sup>45)</sup> 사항적으로 연관된 소재를 종합적으로 규율하거나 구별되는 사안을 여러 부분으로 규범화하지 않은 法令은 체계상으로 중대한 결함을 내포한 것이며, 체계원리에 역행하는 것이다.<sup>46)</sup>

44) 자세한 내용은 Franz-Josef Peine, 'Systemgerechtigkeit. Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normkontrolle', Baden-Baden 1985 참조.

45) Jerzy Wroblewski, 'Einführung in die Gesetzgebungstheorie', Wien 1984, S.32. ; P.Noll, a.a.O., S.223f.

46) 「독점규제및공정거래에관한법률은 불공정거래행위를 규제함으로써 소비자를 보호하고 건전한 유통 및 거래질서를 확립함을 목적으로 하고 있고, 이를 실효성있게 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 규

따라서 입법에 있어서는 그러한 관계의 존재를 인식하여 체계를 혼란하지 않도록 하여야 한다. 일반적으로 법령의 秩序體系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>47)</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 것 등을 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 수 밖에 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.

우선 법률체계는 情報의 완화에 이바지한다. 나아가 그것은 여러가지 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 개념의 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 가능성이 높아지면서 일반적인 法意識으로 접근할 수 있기 때문이다. 체계가 없는 개념의 정확한 파악 및 인식은 불가능하다. 情報의 기억속의 보관과 기억된 것의 재생산은 體系를 통하여 용이하게 이루어 질 수 있다. 그러나 立法者가

정이라 할 것이다」(告發權不行使 違憲確認 1995.7.21. 94헌마136).

47) 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(1) -立法基礎理論과 立法技術-」, 1991, 148~151面 참조.



연속적으로 제기되는 문제를 體系化한다는 것은 대단히 어려운 작업이며, 전체 법소재에 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 세가지 가능성을 항상 모색하여야 한다.

- 특정한 문제를 새로이 입법화하는 경우에는 가능한 한 현존하는 법질서의 기초를 유지하면서 체계적 관점에 따라 체계성있게 입법하여야 한다.
- 입법자는 가능한 한 새로운 법규를 기존의 법질서의 체계 가운데 편입하여 새로운 법규가 기존의 법질서를 파괴하지 않도록 하여야 한다. 입법자는 기존의 법령을 개정·보완할 경우에 있어서는 새로운 법률을 기존의 법질서와 아무런 관계없이 단순히 제정하기만 하여서는 아니되며, 기존의 법질서 가운데에서 개정하는 규범을 개정된 규범의 위치에 두고 보완하는 규범을 보완된 규범 곁에 두어야 한다.
- 입법자는 계속하여 전체 법률을 정비하여야 하며 전체 법규범과 조화를 도모하여야 한다. 또한 주기적으로 정비된 법령집을 발행하고 동시에 법령집에 수록되지 아니한 법률을 실효시킨다는 의미에서 그 정비에 법적 효력을 부여하여야 한다.

따라서 논리적인 統一體系로서의 실정법의 구조를 고려하는 경우 개개의 법령 상호간의 모순과 저축이 배제되지 않으면 안되며, 法令體系 가운데 조화와 균형의 관계가 유지되지 않으면 안되는 것이다.<sup>48)</sup> 이러한 관점에서 보는 경우 입법

48) 「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 재검토

에 있어서는 입법내용의 統一的 整序가 도모되어야 하며 또한 입법의 내용이 실질적으로 유기적인 실정법의 체계를 파괴하지 않도록 하여야 한다. 또한 입법내용의 통일적 정서의 관점에서 보는 경우, 實定法은 본래 하나의 법체계를 구성하여야 하는 것은 당연하므로 새로이 생산된 법령이 기존법령과 더불어 논리적으로 모순없는 통일적 체계를 형성하여야 하는 것은 당연하다. 만약 그럼에도 불구하고 상호간에 모순저촉이 발생한 경우에는 법령의 체계 및 질서유지를 위한 원리 -形式的 效力의 원리, 後法優先의 원리, 特別法優先의 원리등 - 의 적용으로 해결할 수 있으나, 입법에 있어서는 이들 법원리로서 문제를 해결하면 된다는 안이한 태도를 버리고 가능한 한 필요한 조정을 행하여야 한다. 입법체계와 관련한 주요 원리를 살펴보면 다음과 같다.

### 1. 後法優先의 原理

#### (1) 意義

후법우선의 원리란 形式的 效力을 같이하는 두개 이상의 법령의 내용이 상호 모순저촉하는 경우에는 후에 제정된 법령이 전에 제정된 법령에 우선한다는 원리를 말한다. 法體系는 개개의 법률 사이에 외견적인 모순에도 불구하고 통일된 법질서의 유지가 필요한 것이며, 법규범이 일정한 정치적·경제적·사회적 기반 위에서 형성되는 것인 이상 사회경제의 새로운 진전에 수반하여 규정된 새로운 규범에 優越的인 效力을 인정하는 것은 법의 본질에서 오는 당연한 귀결이라고 할 수 있다. 그런데 後法優先의 原理는 동일한 형식적 효력을 가지는 법령상호간의 모순저촉을 해결하기 위한 원리이며, 최근의 입법에 있어서는 이러한 모순저촉에 관해서는 될 수 있는 한 그 제정에 즈음하여 기존의 타법령과의 관계에서 소요되는 改廢措置를 취하는데 노력하고 있으나, 완벽한 정비를 하는 것은 매우 곤란하므로 이 원리는 여전히 필요한 것이다. 또한 다른 법형식 상호간에 있어서 形式的 效力의 차이가 인정되지 않는 것도 있을 수 있다. 이 경우에는 이들 법령의 형식은 형식적 효력에 관해서는 동일한 형식으로서 취급되므로 양

---

와 그에 의한 입법적 시정조치가 있어야 할 것이다. (地方議會議員選舉法 제12조 제3호 違憲確認 1993.7.29. 93헌마23).

자의 모순저축은 後法優先의 原理로서 해결할 수 있다.

그리고 후법우선의 원리와 관련하여 어떠한 기준에 의하여 前法·後法の 판단을 할 것인가가 문제된다. 이 점에 관해서는 「법령의 성립시」, 「법령의 공포시」, 「법령의 시행시」 등 여러 견해가 있으나, 입법자의 의사를 존중한다면 「法令의 成立時」라고 해야 할 것이다. 後法優先의 原理에 있어서 예외가 되는 것은 후법과 전법이 그 내용에 있어서 일반법과 특별법의 관계에 있는 경우로서, 이 경우에는 前法인 특별법은 後法인 일반법에 의하여 영향을 받지 않고 여전히 유효하게 존속하고 그 특별법에 의하여 규율되고 있는 사항에 대하여는 後法인 일반법의 규정은 특별법과 모순되지 않는 범위내에서 보충적으로 통용된다.<sup>49)</sup>

## (2) 「基本法」과 後法優先의 原理

최근 사회의 복잡화와 더불어 法規範도 각종 구체적 상황에 대응할 필요성이 증대되면서 다양한 법형식이 등장하고 있다. 특히 사회국가의 등장과 함께 법규범이 사회생활상의 관행이나 경험칙을 통하여 생성된 일반적 법감정을 成文化하기 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 형식을 구비하고 있다. 따라서 法規範의 기본형식의 선택도 매우 다양하게 제시되고 있으며, 立法技術的으로 이에 대한 충분한 검토가 필요하다. 특히 법규범의 일반적인 기본형식에 특수한 형식으로서 널리 채용되고 있는 입법유형이 바로 「基本法」이다. 이 기본법이라는 것은 학문상의 용어라기 보다는 법제실무상 통용되는 개념으로서,<sup>50)</sup> 현재 우리 나라에서도 「○○基本法」이라는 특별한 명칭이 붙어있는 법률

49) 立法技術研究所(編), 「法制實務研修資料集」, 41面.

50) 일반적으로 「基本法」이라는 개념은 다음의 세가지 의미로 사용되고 있다. 즉, ①農業基本法·觀光基本法·中小企業基本法등과 같이 「基本法」이라는 題名이 붙은 법률을 가리키는 것을 의미한다. 이경우에는 국회가 어떤 법률에 대해 基本法이라는 題名을 붙여 그 법률의 공식명칭으로 하고 있는 점이 특색이다. 본문에서 의미하는 기본법이 여기에 해당한다. ②이른바 기본적인 大綱·準則·原則·方針등을 정하고 있는 법률을 가리키는 취지로 사용한다. 이것은 成文法上 사용하는 일반적인 用例이며, 또한 이러한 의미의 기본법적인 성격을 표시하는 보편적인 용어로서 「基準法」으로도 사용하기도 한다. ③국가 의 基本組織을 정하는 법을 의미하는 것으로 사용한다. 이것은 법학상의 개념으로서 널리

이 대단히 많다.

기본법형식의 법률은 일반적인 법규범의 형식과 달리 규율내용이 「개괄적이고 조망적」인 경우에 많이 채용된다. 이 基本法은 어떤 분야의 정책의 기본적인 방향을 정하고 관련정책의 체계화를 도모하려는 의미가 담겨져 있다.<sup>51)</sup> 즉, 당해 분야에 있어서 政策目標 내지 政策理念을 제시하고 정책내용으로서 목표·이념 등을 실현하기 위한 시책 내지 기본적인 항목을 열거하는 한편 당해분야의 정책의 책정 내지 조정에 관한 特別機構를 설치하는 것 등을 그 기본적인 내용으로 한다. 이러한 기본법형식은 일종의 계획법 내지 프로그램법이며, 어떤 분야의 정책을 개괄적으로 선언하고 그 정책실시에 따른 關係者의 責務 등을 선언함으로써 관계정책의 체계화를 도모한다. 또한 이러한 성격과 기능을 담당하는 기본법은 그곳에 열거된 政策이 법률로서 정하여야 할 사항을 포함하는 경우에도 그것을 스스로 정하는 것이 아니라 별도의 법률(實施法 내지 執行法)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 지도적·우월적·강령적·헌장적인 기능을 거두고 있으며, 실시법 내지 집행법의 내용은 당연히 基本法의 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 基本法을 실시 또는 시행하기 위하여 또는 목적달성을 위하여 필요한 법률의 제정·개폐를 예정하는 내용을 담게 된다. 그런데 이와 같은 일정한 법률관계에 관한 정책의 기본적 지침을 밝히는 이른바

---

리 사용되고 있는 것이다. 또한 이와 거의 비슷한 觀念으로 「基本法」의 의미를 ①실생활에 있어서 광범위한 역할을 담당하는 個別法令들의 일련의 法群을 의미하는 경우 ②같은 위치에 놓인 法令임에도 어떤 특정한 사항을 통일적으로 규율하기 위하여 어느 하나의 法令을 다른 법령들보다 優越한 地位에 놓는 경우 ③어떤 분야의 政策의 基本方向을 제시하는 법령등을 基本法으로 사용하는 것으로 분류하는 견해도 있다. 자세한 것은 曹正燦, 「法令相互間的 體系에 관한 研究」, 法制 제268호(1989.6.), 17면이하 참조.  
51) 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), 273~287면 참조.

「基本法」은 후법우선의 원리와 관련하여 문제가 있다. 그 실질적 내용에서 본다면 기본법은 단순한 법률에 우월하는 특수한 효력이 승인되어야 하나, 法形式面에서 본다면 단순한 법률에 불과하므로 우월적인 지위를 인정하는 것은 불가능하다. 결국 基本法은 형식과 내용의 모순이며, 「형식적인 법질서와 실질적·가치적 정책체계가 충돌 내지 긴장관계」<sup>52)</sup>에 놓여있는 경우라고 할 수 있다.

基本法은 일반적으로 우리가 이해하고 있는 그 이상의 의미, 즉 같은 법률이면서도 다른 법률의 상위에 위치하는 법으로 취급되고 있으며, 실제 법령집에 있어서도 유사한 법령들의 맨앞에 편성되어 있다. 그러나 이와 같은 논리는 종전의 법이론, 즉 법률 상호간에는 동등한 효력이 인정되며, 「後法은 前法에 우선한다」라는 원칙과는 명백히 모순되는 것이라 할 수 있다. 따라서 기본법과 집행법은 종래의 원칙과 전혀 달리 전법인 「基本法」이 후법인 「執行法」에 우선하고 있음을 보여주고 있다. 다시 말하면 기본법과 집행법은 같은 법률임에도 불구하고 마치 憲法과 法律의 관계와 유사한 관계를 이루고 있는 것이다. 기본법의 다른 법률에 대한 우월성을 확보하는 데에는 기본법의 내용을 헌법규범을 구체화하는 것으로서 이해하는 구성적 해석을 함으로써 이것을 달성할 수 있다.<sup>53)</sup> 그러나 기본법의 특색은 基本的 政策의 선택이며, 장래의 국가·관계자의 행동방향설정이므로 그러한 내용을 헌법규범으로 높이는 것만으로는 그 목적을 달성할 수 없을 것이다. 또한 基本法 가운데에는 실질적 내용을 지닌 기본원칙을 선언하고 있는 것이 아니라 오히려 넓은 의미에서의 組織法, 즉 정책적인 조직법의

52) 遠藤博也, 「計劃行政法」, 學陽書房 1976, 70面.

53) 이에 대해 외국에서도 「基本法은 초법률(Supergesetz)로서 다른 법률에 우선하는 효력을 인정하는 견해」, 「기본법은 국가적 행동의 綜合調整이며, 국가의 일관된 행동에 대한 사인의 측으로 부터의 예측가능성의 요청이므로 통상의 법률과 내용상의 모순이 발생하는 경우에는 基本法이 우선하는 것으로 추정하는 견해(Rüdiger Breuer, 「Selbstbindung des Gesetzgebers durch programm - und Plangesetze?」, DVBI 1970, S.101.) 및 「집행법은 당해 기본법의 내용·정신에 적합할 것을 그 제정의 취지로 하고 있는 이상 집행법의 규정은 될 수 있는 한 기본법의 목적·취지에 부합하게 해석하는 것이 요청되어야 한다. 즉 이러한 경우에는 기본법우선의 견지에서 해석·적용함으로써 문제를 해결할 것이 요구된다. 따라서 이 경우에는 이른바 후법우선의 원칙은 적용할 수 없다……」는 견해(菊井康郎, 「基本法の法制上の位置づけ」, 法律時報 第45卷 7號, 1973.6., 15面이하)등 基本法의 優先的 機能을 정책체계의 일관성을 통하여 확보하려 하고 있다.

성격을 지닌 것도 있기 때문에 이것을 직접 헌법규범으로 높이는 것에는 무리가 있다.54) 다만 법형식을 도외시키고 실질적 내용에서 본다면 基本法은 상급의 계획법으로서 각종 정책과 법률의 체계화 및 일관성을 도모하려는 것이므로 기본법을 입법 내지 국가활동의 어떠한 모습으로 다른 法律보다 우선시켜야 할 필요성도 있다.55)

그러나 입법등의 국가활동의 政策體系로서의 일관성은 반드시 기본법의 존재를 인정하지 않더라도 특정 분야의 복수의 법률의 존재에 의해 자연스럽게 인정되는 경우도 있다. 즉 정책의 흐름이나 구체적 상황을 전제로 하면서 시간의 흐

54) 長谷川正安, 「憲法體系と基本法 -基本法研究序說」, 法律時報 第45卷 7號, 1973. 6., 8面.

55) 우리의 基本法의 유형을 보는 경우에도 基本法의 우월적 성격을 강조하거나 또는 基本法으로서의 母法的 내지 誘導의 性格을 강조하는 법률유형이 있다. 즉, ①규정의 내용이 광범위한 사항에 걸쳐 抽象的·포괄적 내지 탄력적인 내용만을 선언적으로 규정하여 一般法的인 地位에 있음을 명시하는 類型이 있다. 이러한 구조에서는 基本法이 문자 그대로 각분야의 기본에 관하여 정하고 있으며, 그 내용도 그 분야의 基本을 정하는 것에 그치는 恣意的인 규정이 많다. 이러한 경우 그 法律은 同法에 규정되어 있는 恣意的인 內容을 具體化하기 위한 法律을 제정할 것을 예시하는 것이 일반적이다. 이러한 유형의 基本法은 각분야에 있어서 국가·공공단체의 책무, 취하여야 할 정책의 目標, 시책의 眼目, 법제상·재정상의 조치를 취할 것을 의무화한다. 그러나 이러한 義務의 性格은 어디까지나 국가·지방자치단체 등에 대해 공익상의 견지에서 그러한 措置를 취할 것을 요청하는 것이며, 관계 국민에 대해 당국이 이러한 조치를 취할 것을 요구하는 權利까지는 인정되는 않는다고 본다. 여기에 해당하는 법제로서는 農業基本法, 觀光基本法, 中小企業基本法, 海洋開發基本法, 環境政策基本法이 대표적이다. ②基本法의 유도적 역할을 발휘할 수 있도록 이들 基本法을 실시 또는 시행하기 위하여 또한 목적달성을 위하여 필요한 법률의 제정·개폐를 행할 것을 義務化하거나 豫定하고 있음을 나타낸 것이 있다. 나아가 그 執行法律은 母法인 基本法에 위배되지 않을 것을 요구하고 있는 유형이 있다(觀光基本法 제5조·農業基本法 제13조제1항·中小企業基本法 제8조·環境政策基本法 제32조, 海洋開發基本法 제22조). 이러한 규정방식은 동법의 基本法이 각각의 분야에서 基本法으로서의 지위를 차지하고 있음을 전제로 하면서 이를 實施하기 위한 법률에 대해 일종의 우월적, 유도적, 지침적 역할을 하는 性格을 나타내고 있다고 할 수 있다. ③國稅基本法등과 같이 國稅에 관한 一般的인 사항 및 공통적인 사항을 規定하면서도 다른 稅法에 우선하여 適用하도록 함으로써 다른 法令의 上位에 있는 것처럼 規定하는 예가 있다(國稅基本法 제3조제1항·政府投資機關管理基本法 附則 第3조, 靑少年基本法 第4조 등). 따라서 이들 類型에 속하는 基本法은 각각의 분야의 기본·대강·기준·방향 등을 정하고 있으며 각각의 분야에서 基本法的인 性格을 지니고 있다. 따라서 이러한 基本法은 그 분야의 기본적인 준칙을 제시하는 優越的인 性格이 어느 정도 있다고 생각된다.

를 가운데 복수의 법률을 비교하여 그 상호간의 차이의 合理性을 고려하는 것이 바람직하다고 생각될 수도 있다. 따라서 기존의 法體系에서 소기의 목적을 달성할 수 있음에도 불구하고, 또다시 기본법을 제정하는 것은 형식의 남용이며 결코 바람직한 입법태도라고 할 수 없을 것이다. 그러나 일단 기본법이 제정된 이상 그 基本法과 관계되는 다른 법률들을 제정하는데 있어서는 당연히 基本法의 입법목적이나 기본이념을 존중하지 않으면 안되며, 基本法에 규정되어 있는 내용을 구체화하는데 충실하게 제정·개정되어져야 할 것이며, 현재 그러한 방침하에 입법이 추진되고 있다고 볼 수 있으나, 현재의 법체계하에서 다소 무리한 입법을 한 경우도 지적되고 있다.<sup>56)</sup> 따라서 입법에 있어서 基本法의 취지와 성

56) 한편 우리나라가 기본법체계를 구성하는데 있어서 많이 참고를 한 日本의 경우에도 어떠한 법률에 관하여 그 題名에 「기본법」이라는 명칭을 사용하는 가에 관하여 일정한 基準이 정립되어 있는 것은 아니다. 그러나 일본의 基本法立法例를 살펴보면 그곳에는 다소 공통하는 일정한 형태하에서 制定되어 왔다고 할 수 있다. 그리고 그러한 基本法의 형태로서 특히 1961년의 「農業基本法」에서 제시되어 그 이후에 확립·정착되었다. 즉, 일본의 基本法은 그 내용에서 ①당해분야에 있어서 정책목표 내지 정책이념을 제시하고, ②政策內容 즉 그 목표·이념을 실현하기 위한 施策의 기본적인 항목을 열거하고, ③審議會 기타 당해분야의 정책의 책정 내지 조정에 관한 特別機構를 설치하는 것 등을 그 기본적인 내용으로 하고 있다. 또한 ④당해분야에 있어서 영위되는 제활동의 綜合的·效率的인 전개를 도모하기 위한 계획구조에 관하여 규정하는 것도 基本法의 중요한 내용을 이루고 있다. 또한 위의 사항 가운데 ②는 거의 모든 基本法에서 주요한 요소를 이루고 있으며, 그 이외의 점에서는 政策理念의 제시 또는 政策機構 및 계획에 관해 상세한 규정을 두는 예도 있다(土地基本法·交通安全對策基本法). 한편 基本法은 그곳에 열거하는 시책이 가령 국민의 권리의무의 규율을 수반하는 등 法律로서 정하여야 할 사항을 포함하고 있는 경우에도 그것을 基本法自體에서 이를 규정하는 것이 아니라, 별도의 법률, 즉 施行法 내지 執行法에 맡기는 것이 통례로 되어 있다. 다만 여기에는 예외가 있으며, 法律로서 규정하여야 할 부분을 기본법자체에 상세하게 自己完決的으로 규정하고 있는 것도 있다(災害對策基本法). 이상과 같은 내용을 구비한 일본의 基本法體系는 주로 정부의 정책활동에 관하여 일정한 방향을 제시하는 것을 그 본래의 취지로 하고 있다. 그러나 基本法이라고 해도 제도상의 형식으로서서는 단순한 법률이며, 국회자신의 立法權을 장래에 향하여 구속할 수 있는 것은 아니라고 하는 것이 일반적인 견해이다. 즉 정부제출법안 또는 국회제출법안을 불문하고 일반적으로 基本法의 制定趣旨는 국회가 스스로 장래의 활동을 방향설정 한다기 보다는 오히려 정부에게 일정한 政策目標를 실현하기 위한 시책의 책정 및 수행 -경우에 따라서는 법률안을 작성하여 국회에 제출하는 것도 포함한다- 을 요구하는데 있다고 보는 것이다. 아울러 基本法은 전부 국가뿐 아니라 지방공공단체에 대해서도 일정한 施策을 강구할 것을 요구하는 취지로 이해하고 있다. 이에 대해

격을 일관되게 유지하려는 경우에는 이 순수한 組織法的인 통상의 법률로서의 의미가 있는 基本法은 그 題名에서 기본법이라는 명칭을 삭제하는 것이 바람직할 것이다. 그리고 앞으로 각종 基本法의 제정에 있어서도 「基本法」의 성격과 기능에 유의하여 그 法的 構成을 도모하는 한편 基本法에 규정된 개별 시책을 구체적으로 실현하는 施行法 내지 執行法의 제정에 있어서도 基本法의 취지·목적과 부합하게 이를 체계화할 것이 요망된다. 그리하여 基本法體系에 속하는 法制群이 상호 저촉되거나 모순·중복되지 않도록 하여야만 基本法에 규정된 각종 정책내용이 조화롭고 원만하게 그리고 적정하게 운용·집행될 것이다. 그러나 만약 그러한 방침과 모순·저촉하는 법률이 제정된다면 이것은 정책론으로서도 일반적으로 타당하지 않으나, 법이론상으로는 이른바 「基本法」은 헌법이 아니라 동격의 법률이므로 결국 이 경우에는 「後法優先의 原理」로서 해결할 수 밖에 없을 것이다. 따라서 이 경우의 후법은 정책적인 당부와는 별도로 법적으로는 당연히 유효한 것으로서 적용된다고 할 수 있다.

## 2. 特別法優先의 原理

### (1) 意義

「一般法」이란 어떤 사항에 관하여 널리 일반적으로 규정하는 법령을 말하며,

法律의 형식으로 지방공공단체의 行政의 指針을 제시하는 것은 지방자치의 정신에 위배되는 것이 아닌가라는 견해도 제기되고 있으나, 그것이 憲法上 허용되지 않는 것은 아니라는 입장을 취하고 있다. 여하튼 그러한 法律이 제1차적으로는 中央政府의 정책활동을 방향지우는 것이라는 점은 긍정한다. 그리고 일본의 基本法에는 국가·지방공공단체 이외의 자에 대해 당해정책목표와의 관련에서 「責務」 내지 「役割」에 관한 규정을 두고 있는 것이 많다. 이 점에 관하여 事業者나 住民에 대해 국가·지방공공단체가 실시하는 시책에 협력하여야 할 책무를 규정하는 것이 論理的으로 어느 정도 의미를 지니는가에 대해 의문을 제기하는 견해도 있다. 즉 事業者·住民 등이 부담하여야 할 책무 내지 역할의 내용을 규정하고는 있으나, 구체적으로 어떠한 상황에서 누가 무엇을 하여야 할 것인가에 관해 特定되어 있지 않다는 점을 지적한다. 이에 대해 그러한 責務條項은 당해기본법에 의거하여 사업자·주민 등에 대해 실시되어야 할 國家 또는 地方公共團體의 제정책을 근거지우고 그럼으로써 具體化되는 일종의 기본이념에 관하여 규정한 것이라는 견해가 지배적이다. 자세한 내용은 小早川光郎, 「行政政策過程と基本法」, 國際化時代の行政と法(成田頼明先生橫兵國立大學退官記念), 良書普及會, 1993, 64面이하 참조.



「特別法」이란 그와 같은 사항에 관하여 특정의 사람, 지역, 기간등을 한정하여 적용되는 내용을 규정하는 법령을 말한다. 일반법과 특별법을 구별하는 실익은 법적용과 해석에 있어서 特別法이 一般法에 우선하여 적용된다는데 있다. 따라서 양자가 서로 저촉할 경우에는 특별법의 규정이 우선 적용되고 일반법은 특별법에 규정되어 있지 않은 사항에 대하여 보충적으로 적용된다. 그러나 一般法과 特別法의 관계는 일의적, 절대적, 고정적으로 정하여지는 것이 아니라 상대적인 관념이므로 어떤 법령에 대한 특별법이 타의 법령에 대한 일반법인 경우도 다수 존재하고 있는 점에 주의하지 않으면 안된다. 또한 형식적 효력이 동일한 法令相互間의 모순저촉을 해결하는 원리로서 후법우선의 원칙과 특별법우선의 원리의 어느 것을 적용하여야 할 것인가가 문제로 되는 경우도 많다. 特別法인 한에서는 당연히 후법우선의 원리에 의하지 않고 특별법우선의 원리가 적용되나, 경우에 따라서는 특별법으로 볼 수 있는가의 여부에 관해서 그 판단을 내리기 어려운 경우도 많다. 결국 추상적, 일반적으로 말하면 개별 구체적으로 법령의 규정에 입각하여 그 규정의 취지, 규정의 방식 등에 따라 판단하여야 할 것이다. 따라서 立法에 즈음하여 특별법을 두는 경우에는 충분한 주의를 하여 될 수 있는 한 입법적 해석을 시도하려는 노력이 필요하며, 특별법의 취지를 명백히 할 필요가 있다.

## (2) 特例法の 問題

「特例法」이란 일반적으로 어떤 법률에서 규정하고 있는 내용에 대하여 特例를 규정함을 목적으로 제정된 법률을 말한다.<sup>57)</sup> 특례법의 개념은 학문상의 개념이라기 보다는 법제실무상의 개념으로서 실무상 이러한 例外法<sup>58)</sup>으로서의 특례법이 제정되는 이유로서는 ①일반법의 적용으로는 새로운 입법수요를 충족시킬 수 없는 특수한 상황에서 현실의 구체적 상황가운데 전개되는 특수한 立法政策的

57) 「特例法」에 관한 상세한 것은 閔東基, 「特例法에 관한 小考」, 立法調査月報 1990. 7·8., 1面이하 및 韓國法制研究院, 「特例法の 現況과 整備方向」, 1992 참조.

58) 「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 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.

目的을 수행하기 위하여 한정된 내용만을 규정하면서 다른 법률에 대한 적용배제 또는 예외를 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 특별법/특례법을 제정함으로써 법적용의 탄력성을 유지할 필요성이 있는 경우, ③國家의 정책추진의지와 입법의지를 국민에게 강하게 인식시키기 위하여 동일한 내용이라 할지라도 일반법의 규정가운데 포함시키지 않고 예외법으로서의 특별법/특례법을 마련하여 국가정책에 대한 국민의 이해와 협조를 요구할 필요성이 있는 경우<sup>59)</sup> 및 ④立法技術的인 측면에서 변잡한 절차를 거치지 않고 비교적 신속하게 법규범을 제정 또는 개정할 필요성이 있는 경우 및 입법경제적인 측면에서 많은 비용과 시간이 소요되는 일반법보다는 예외법으로서의 특별법/특례법을 제정하는 것이 효율적인 경우 등이 있다.

그러나 특수한 입법필요에 의하여 제정되는 개개의 법률이라 할지라도 통일된 법체계내에서 다른 법률과의 論理的 調和가 유지되어야 하므로 특례법의 양산은 바람직하지 못한은 당연하다. 특히 우리 나라의 경우 일반적인 법제도에 비하여 각종의 특례가 너무 남용되는 상황이며,<sup>60)</sup> 나아가 특례법의 범람이 기존의 일반법의 지위까지 유명무실하게 하고 있음은 입법정책상 심각하게 검토되어야 할 것이다. 또한 특례법을 제정함에 있어서 법체계의 통일성을 유지하기 위하여 법

59) 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.

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

체계의 최상에 위치하는 憲法에 위배되어서는 아니됨에도 불구하고, 특정한 목적만을 달성하려는 단편적이고 부분적인 입장에서 憲法에 위배되는 사항을 규정함으로써 위헌판결을 받은 사례도 다수 있다.<sup>61)</sup> 결국 「特例法」의 남용은 법집행에 있어서 기존의 법률관계에 커다란 변화를 초래하고 있어서 국민의 법의식에 혼란을 가져오고 있으며, 특수한 상황에서 위반사례를 적법화시키려는 의도하에서 제정된 特例法은 입법에 많은 영향을 미쳐 그릇된 입법선례를 남기기도 하므로, 특례법을 제정함에 있어서는 다각적인 법률효과를 미리 진단하여 법질서와 國民의 法感情에 혼란을 초래하지 않도록 종합적이고 거시적인 검토가 필요하다.

여하튼 特例法은 다른 법률의 적용을 배제함으로써 특별대상법률에 대하여 특별법의 지위를 가지게 된다. 그러므로 법률상호간에 모순·저촉이 발생하는 경우 이를 해결하기 위한 해석원칙으로서 特別法優先의 原理가 일반법적 지위에 있는 특별대상법률과 특별법적 지위에 있는 특례법에 적용됨은 당연하다. 물론 일반법과 특별법의 관계가 절대적인 분류로 볼 수 없고 개별법률간의 상대적인 관계에 따라 분류될 수 있으므로 특별법과 특례대상법률의 관계 역시 명백히 구별하기 곤란한 경우가 많다.<sup>62)</sup> 따라서 특례법을 제정하는 경우에는 기존법률과의 관계에서 상호간에 모순·저촉이 생기지 않도록 特例對象法律과의 관계규정을 두어 어느 법이 特別法으로서 우선 적용될 것인가를 명백히 하도록 하여야 할 것이다. 그리고 기존의 특례법 중에는 일시적인 필요에 의하여 제정되었음에

61) 그 대표적인 예로 「訴訟促進등에 관한 特例法 第6條의 違憲決定」(1989.1.25. 88헌가1), 「金融機關의 연체대출금에 관한 特別措置法 第5條의 2의 違憲決定」(1989.5.24., 89헌가37. 96), 「國家保衛에 관한 特別措置法 제5조제4항 違憲決定」(1994.6.30. 92헌가18), 「公共用地的取得및損失補償에 관한 特例法 제6조 違憲決定」(1995.11.30. 94헌가2), 「反國家行爲者의處罰에 관한 特別措置法 제2조제1항제2호의 違憲決定」(1996.1.25. 95헌가5) 등이 있다.

62) 더우기 현행법상 特例法은 일반적으로 그 法題名에서 「○○에 관한 特別法」, 또는 「○○에 관한 臨時措置法」, 「○○에 관한 特別措置法」등으로 표현하거나 「特定犯罪加重處罰등에 관한 法律」, 「臨時郵便團束法」등의 경우와 같이 표현하고 있으나, 그러한 特例法에서 特例條項등을 두면서 「○○法の 規定에 불구하고」 또는 「○○法에서 規定한 ○○에 관한 特例를 規定함」등과 같은 표현을 쓰는 경우는 드물고, 단지 「○○하기 위하여」 또는 「○○함을 目的으로」등과 같이 法の 直接·間接的 目的만을 부각시키는 경우가 많아 그 법이 어느 법의 어떠한 내용에 대하여 特例를 정하고 있는지 판단하기 애매한 경우가 많다.

도 계속 방치되어 있는 特例法이 있는가 하면 지속적으로 계속 효력을 유지시킬 일반적인 내용에 대하여 特例법의 형식을 빌어 제정하는 경우도 있는 바, 臨時措置法의 성격을 띠고 있으면서 그 입법효과를 완수한 법률은 과감히 폐지시키고 아울러 일반법에 포함시켜 규정하는 것이 타당하다고 판단되는 법률에 대해서는 법체계의 정비라는 입장에서 일반법규정에 당연히 포함시켜야 할 것이다.

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 사안에 대해 너무나 많은 법규정을 존재시키는 것은 국민들에게 법상태를 인식하고 적응하는데 매우 어렵게 하며, 특히 각종 例外法으로서의 特別法/特例法을 제정하는 것은 법률관계를 불분명하게 하여 국민전체의 입장에서 본다면 안전하게 생활할 수 없게 된다. 그 결과 그것은 국민의 준법정신을 공동화하고 법의 실효성의 관점에서 법의 수용도 및 지도성의 저하를 초래한다.<sup>63)</sup> 그러나 따라서 어떤 법률의 기본형식을 원칙법이 아닌 예외법으로서의 특별법/특례법으로 하는 경우에는 다음과 같은 특별한 이유가 존재하는 한도에서만 허용될 수 있다.

63) 헌법재판소에서도 特定犯罪加重處罰等에관한法律 제5조의3제2항제1호에 대한 憲法訴願(1992.4.28. 90헌바24)사건에서 「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 흉악법을 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 입법의지관철에만 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」라고 지적하고 있다.

- 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 특별법/특례법이라는 기본형식을 채용할 만 할 충분한 이유가 있다 하더라도 경우에 따라서는 그것을 선택함으로써 오히려 비생산적으로 작용하여 법이 촉진하고 보호하려는 價値를 손상하게 하거나, 주어진 문제를 해결하기 보다는 문제를 더욱 惡化시키는 경우에는 이를 배제하여야 할 것이다.

### (3) 處分的 法律의 問題

처분적 법률(Maßnahmegesetz)이란 특정한 정책목적을 위하여 執行이나 司法을 매개하지 아니하고 직접 국민에게 개별적·구체적 사항을 규율함으로써 자동집행력을 가지는 법률을 말한다.<sup>64)</sup> 處分的 法律은 급격한 사회경제적 변화에

64) 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이하 및 鄭夏重, 「法律의 概念 -處分的 法律, 個別的 法律 그리고 執行의 法律에 대하여-」, 公法研究 제24집2호(1996), 179面이하 참조.

합리적으로 대처하기 위하여 오늘날의 사회국가에서 널리 채용되고 있으나, 헌법상 권력분립의 원칙과 평등의 원리와와의 관계에서 많은 문제점이 제기되고 있다. 다만 극단적인 개별적·구체적 처분이 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 個別的·구체적 처분을 의미하는 행정의 영역에 대한 침해를 의미하게 된다. 따라서 처분적 법률의 문제는 입법이 어느 정도까지 개별적·구체적 처분을 그 내용으로 할 수 있는가라는 立法의 限界에 관한 문제와 관련하고 있다.<sup>65)</sup>

급격한 사회변화에 대응하여야 하는 오늘날의 국가적 기능에 있어서 엄격한 의미에서의 일반적·추상적 규범의 정립과 개별적·구체적 처분사이에 이 양자의 성격을 가진 여러가지의 중간단계가 있다. 따라서 극단적인 개별적·구체적 처분의 경우를 제외한 이러한 중간적 단계의 기능은 헌법에 이에 관한 금지규정이 없는 한 그것은 입법의 대상이 될 수 있다. 즉, 불특정다수인을 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(個別事件法律 : Einzelfallgesetz) 및 적용기간을 한정하는 경우(限時的法律 : Zeitgesetz)등에는 일정한 목적달성을 위한 수단으로서의 조치를 그 내용으로 하는 처분적 법률을 정립할 수 있다. 우리 憲法裁判所에서도 「개별사건법률금지의 원칙은 “법률은 일반적으로 적용되어야지 어떤 개별적 사건에만 적용되어서는 아니된다”는 법원칙으로서 헌법상의 평등원칙에 근거하고 있는 것으로 풀이되고, 그 기본정신은 입법자에 대하여 기본권을 침해하는 법률은 일반적 성격을 가져야 한다는 형식을 요구함으로써 평등원칙위반의 위험성을 입법과정에서 미리 제거하려는데 있다 할 것이다. 개별사건법률은 개별사건에만 적용되는 것이므로 원칙적으로 평등원칙에 위배되는 자의적인 규정이라는 강한 의심을 불러일으킨다. 그러나 개별사건법률금지의 원칙이 법률제정에 있어서 입법자가 평등원칙을 준수할 것을 요구하는 것이기 때문에, 특정규범이 개별사건 법률에 해당한다고 하여 곧바로 위헌을 뜻하는 것은 아니다. 비록 특정법률 또는 법률조항이 단지 하나의 사건만을 규율하려고 한다 하더라도 이러한 차별적

65) 權寧星, 「新稿 憲法學原論」, 法文社 1997, 697面.

규율이 합리적인 이유로 정당화될 수 있는 경우에는 합헌적일 수 있다. 따라서 개별사건법률의 위헌 여부는, 그 형식만으로 가려지는 것이 아니라, 나아가 평등의 원칙이 추구하는 실질적 내용이 정당한지 아닌지를 따져야 비로소 가려진다」<sup>66)</sup>라고 결정하고 있다.

다만 그러한 處分的 法律의 형식을 채용하더라도 그 규율하려는 내용이 다음과 같은 일정한 요건을 구비할 필요성은 있다.

- 처분은 특정목표로 향하여야 하며 그 목표실현을 위하여 사용하는 수단은 목적에 적합한 특수한 경우라야 한다.
- 특정한 정황에 유래하며 조망가능하고 논리적으로 실행가능한 순수한 합목적성을 지향하는 경우라야 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 경우라야 한다.

## II. 明確性의 原理

### 1. 意義

입법의 원칙으로서의 明確性의 原則은 법규범의 예측가능성의 실현의 법리로서 등장한 것이라 할 수 있다.<sup>67)</sup> 법규범은 시민의 준법생활규범으로서의 의의와 법관의 재판규범으로서의 의의를 지니게 되므로 법규범의 내용은 專門的 법률지식을 가지고 있는 법조인이 예측가능할 뿐 아니라 일반시민이 통상적으로 예측가능할 정도의 명확성을 요한다는 것이다. 그렇다면 일반인이 예측가능한 명확성이란 구체적으로 어느 정도의 것이어야 하는가에 대해서는 학설상으로는나 판례

66) 5.18民主化運動등에관한特別法 제2조 違憲提請 등(1996.2.16. 96헌가2, 96헌바7·13 병합).

67) 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.

상으로 많은 시도를 하고 있으나, 68) 현재까지 합리적인 기준의 설정이 이루어지지 못하고 있다. 특히 오늘날의 立法은 사회현상의 복잡화 및 가치관의 다원화에 따르는 입법기술상의 요청에 의한 一般條項 내지 不確定概念의 과다현상으로 인하여 명확성의 원칙이 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 규제방법으로는 국민의 측에서 본다면 미리 명확하지 아니한 내용의 법적 규제가 사후에 司法過程을 통하여 명확하게 됨으로써 불리한 법적 효과를 받게 됨으로써 국민의 권익보호에 충분하지 못한 결과를 가져온다. 그러한 의미에서 해석을 통한 명확화에 있어서도 한계가 존재한다. 어떠한 불명확한 입법은 몇가지의 중요한 가치를 침해한다.

첫째, 인간은 합법적인 행위와 비합법적인 행위를 자유로이 할 수 있으므로 법은 통상의 知性을 가진 자에게 어떠한 것이 금지되어 있는가를 알려 그 자가 그에 따라 행동할 수 있는 합리적인 기회를 부여하여야 한다. 불명확한 입법은 이러한 公正한 告知를 부여하지 않음으로써 인간의 중요한 가치를 침해한다는 점이다. 여기에서 公正한 고지는 현실로 법을 완전히 알 수 있게 하는 것이 실제 상 곤란한 이상 법을 일반사회에 대해 알 수 있게 하는 상태에 두지 않을 수 없다는 것이다. 그 경우 법이 존재하는 것이므로 公正함을 유지하고 국민에게 납득할 수 있게 하기 위해서는 일반국민이 통상의 지식을 가지고 법문을 볼 때 그 法文의 의미를 이해할 수 있는 것이어야 한다. 따라서 실질적으로 법률가에게만 고지되는 법문은 公正한 고지의 이념을 후퇴시키는 것이며, 국민에게 과도한 부담을 주는 것이다.

둘째, 자의적·차별적 집행을 방지하기 위해서는 입법은 집행자에게 명확한

68) 明確性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 있는가를 기준으로 하여야 한다고 되어 있다. 자세한 내용은 康基政, 「罪刑法定主義」, 刑事法學의 現代的 課題(東山 孫海睦博士華甲紀念), 1993, 26面 참조.



기준을 제시하여야 한다. 불명확한立法은 기초적인 정책사항을 자의적·차별적 적용의 위험이 있는 법집행자의 주관적 해결에 맡기게 될 우려가 있다는 점이다. 그러나 어떠한 법도 자의적으로 집행될 여지가 있으며, 여하히 이상적인 법이라 할지라도 재량의 여지가 있으며 그 때문에 差別的 執行的 잠재적 가능성이 있는 것은 사실이다. 그러나 명확한 법은 일정성·확실성·예견가능성·공정성을 촉진하며 남용이 발생하더라도 그 발견·시정의 능력이 탁월하나, 반면 법으로서의 유연성이 결여된다는 약점도 있다. 따라서 법문의 명확성을 고려하는데 있어서는 법의 유연한 집행의 여지를 남기면서 남용의 위험성을 최소한으로 하는 것을 지향하여야 할 것이다.

셋째, 불명확한 법령이 특히 헌법에 규정된 국민의 자유와 권리에 관계되는 경우에는 그 자유를 억제하는 기능을 하게 되어 헌법상 보장된 자유에 대한 악영향을 가져온다는 점이다.<sup>69)</sup> 또한 불명확한 법은 立法費用面에 있어서도 법적 조사비용의 증가, 소송비용의 증가, 사법체계비용의 증가, 비합법적인 행위의 증가, 합법적 행위의 감소, 차별화, 권력분립상의 문제, 입법비용의 증가, 효율과정의 감소 등을 초래한다.

그러나 不明確性이라는 것이 원래 언어의 성질상 본래적인 것이며 명확성·불명확성이라는 기준 역시 절대적인 것이 아니라 상대적인 기준에 불과하며, 특히 일반적으로 법령은 규정의 문언의 표현력에 한계가 있을 뿐 아니라 그 성질상 다소 추상성을 불가피하게 가지므로 모든 법령이 명확하여야 한다는 기준을 엄격히 적용한다면 그것은 입법을 불가능하게 하며 그 목적을 달성하는 수단을 박탈하는 것이 될 것이다. 따라서 明確性의 原則은 입법에 있어서 일반조항이나 규범적 법률개념의 사용을 금지하지 않으며, 그러한 논리적 구조하에서 법관의 가치판단에 따라 최소한도의 명확성을 유지할 수 있도록 하는 것이다.<sup>70)</sup> 따라서 一般條項이나 규범적 법률개념들은 그 적용범위가 규범적 가치판단에 의한 법률 해석을 통하여 충분히 인식될 수 있어야 한다.<sup>71)</sup> 일반조항이나 규범적 법률개념

69) 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.

70)金香基, 「法律의 留保理論의 展開와 課題」, 公法學의 諸問題(玄齋 金英勳博士 華甲紀念), 1995, 379面.

71)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.

이 그의 적용범위와 한도가 법관의 가치판단에 따라서도 인식가능하지 않다면 그 법률은 明確性의 原則에 위배되는 위헌법률이 되는 것이다.

## 2. 明確性의 基準

明確性의 원칙은 법령의 개별적 규정의 성격에 따라서 요구되는 정도가 다르기 때문에 어떠한 경우에 불명확한 것인가에 대하여 획일적인 基準을 설정하는 것은 대단히 곤란하다. 따라서 입법에 있어서 요구되는 明確性의 限度를 결정하기 위해서는 실질적으로 왜 불명확한 입법이 부정되지 않으면 안되는가라는 기능적인 관점에서 明確性의 원칙의 의미를 파악하는 것이 바람직하다.

첫째로, 법적인 권리의무의 판단의 지표로서의 법규범의 기능이 있다. 즉 법령에 규정된 권리의무의 내용은 일정한 공권력에 의해서 행사되며, 특히 그것이 재판규범인 경우에는 법관의 판단작용을 통하여 적용된다. 그리고 刑事罰을 부과하는 법률은 이 의미에서 재판규범이며, 그 경우 제정법이 정한 판정기준이 그 판단의 지표가 된다. 따라서 법령에 포함된 내용은 法官에 의한 법발견에서 자의성을 벗어나고 그 법규범을 적용하는 개개의 사건에 불통일을 발생케 하지 않을 정도의 明確性을 구비하지 않으면 안된다. 즉 법률의 기능면에서 볼 때 법 적용의 권한을 지닌 자에게 그 판단의 객관성을 정당화하기에 족한 정도의 明確性이 입법 그 자체 가운데에 구체화될 것이 필요한 것이다. 또한 이것은 법률의 문언이 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 입법적용의 판단의 지표로 하는 것은 허용되지 아니한다. 우리 憲法裁判所의 판례에서도 「법치주의에서 요구되는 明確性의 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」.<sup>72)</sup> 「일반인의 주의력으로

7面.

로는 쉽사리 정확하게 이해하기도 어렵거니와 중요한 규정을 괄호내에 압축하여 불충실하고 불완전하게 규정함으로써 그 적용을 받은 국민으로 하여금 착오와 혼선을 일으키게 하였다. ……또한 법률전문가의 입장에서도 그 내용파악이 어렵고 모호한 것이라면 신속한 재판을 받는데 기대만큼의 도움이 될 수 없을 것임은 물론 이를 내세워 정당화시킬 수도 없을 것」<sup>73)</sup>라고 하여 이를 뒷받침하고 있다.

둘째로, 특히 형사벌을 부과하는 법률은 인간이 그 장래의 행위를 결정하는데 있어서 지표가 되는 기능을 가진다. 따라서 인간이 자기의 장래의 행위를 결정하는 판단작용을 행하는데 있어서 그 法律의 의미를 판단하지 않을 수 없으며 또한 그 판단의 결과가 다를 수 있는 경우에는 명확성의 문제가 발생한다. 물론 어떤 구체적인 개인이 그 판단을 오해할 가능성이 있는 것은 결코 법의 효력에 영향이 없으나, 통상의 평균인이 그 법규범을 발견하고 그 적용가능성을 인식하여 그리고 그 의미를 이해할 수 없을 정도로 막연한 표현을 가진 기준을 취하는 경우에는 이미 일반적으로 인간의 행동의 지표기능을 거둘 수 없는 것이다. 따라서 明確성의 原則은 적용가능성의 인식과 의미의 이해와 관련되는 것이다. 憲法裁判所의 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>74)</sup>

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

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

74) 大統領選舉法 제162조제1항제1호 등 違憲確認(1995.5.25. 93헌바23). 한편 명확성의 원칙에 관한 憲法裁判所의 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. 그리고 표현의 자유에서도 명확성의 원칙과 그 내용을 같이하는 「불명확하기 때문에 무효의 원칙」, 「과도한 광범성의 원칙」, 「명백하고 현존하는 위협의 원칙」 등을 사용하고 있다. 대표적인 결정례를 살펴보면 다음과 같다. ① 國土利用管理法 제21조의3 제1항, 제31조의2의 違憲審判(1989.12.22. 88헌가 13) : 무릇 죄형법정주의는 범죄와 형벌이 법률로 정하여져야 함을 의미하는 것으로 이러한 죄형법정주의에서 파생되는 명확성의 원칙은 누구나 법률이 처벌하고자하는 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 적용

그리고 법률 그 자체가 이러한 의미의 明確性을 결여하더라도 그 내용이 하위 규범에 의해 충족되는 것이 예정되어 있으며, 그것은 헌법상 위임입법의 합법성의 문제를 발생케하나 그러한 충족에 의해 명확화되는 한 적어도 이 원칙은 충족되고 있다고 할 수 있다. 우리의 憲法裁判所의 판례에서도 「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

하는 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 제 13조의 2 등에 대한 違憲審判(1990.1.15. 89헌가103) : 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 개념에 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.

때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다」라고 결정하고 있다.<sup>75)</sup>

이러한 두가지의 기능적 고찰을 통하여 입법에 요구되는 명확성의 한도를 결정하는 것이 가장 바람직하나, 여기에서도 여전히 抽象的인 것을 면할 수는 없다. 그리고 이 원칙 그 자체가 法院에 의해서 각종의 요인이 고려될 것을 예정하고 있다고 볼 수 있다. 문언만을 볼 때 명확성이 결여되는 것, 예를 들면 장기간에 걸쳐 행해진 관행을 전제로 그것을 明文化한 경우에는 일정한 사회적 행동의 유형이 존재하게 되어 인간은 그것에 의해 행동을 규정해 가므로 지표가 없다고는 할 수 없으며, 또한 그 기준을 지지하여 해석을 한 선례의 집적은 당연히 문언의 의미를 명확화하고, 판단의 지표로서 충분한 것을 제공하게 된다. 또

75) 所得稅法 제60조, 舊所得稅法 제23조제4항 등에 대한 憲法訴願(1995.11.30. 91헌바1·2·3·4, 92헌바17·37, 94헌바34·44·45·48, 95헌바12·17 병합). 한편 포괄적 위임의 금지와 관련하여 가장 상세한 규정을 두고 있는 것이 독일기본법 제80조이다. 이 조항은 연방의회의 입법권과 책임을 약화시키지 않기 위하여 법규명령의 제정에서 「……위임된 권한의 내용·목적 및 범위가 법률에 확정되어 있어야」 할 것을 요구하고 있다. 이러한 확정성의 원칙(Bestimmtheitsfordernisse)은 입법자로 하여금 법규명령의 방향에 관하여 직접 관심을 가지도록 한다. 입법자는 모든 것을 집행부에 이양함으로써 입법에 관한 책임에서 벗어날 수 없으며, 집행부에 지침을 제공하여야 한다. 다른 한편으로 이러한 요청은 의회의 활동뿐만 아니라 명령정립자의 가동성(Beweglichkeit)도 억제하고 있다. 그 이유는 입법자는 각료가 주어진 시기에 무엇에 관하여 더 상황에 근접하고 더 적절하게 결정할 수 있는가에 관하여 이미 먼저 방침을 정하고 있어야 하기 때문이다. 이러한 확정성의 원칙은 법치국가의 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 명령이 어떠한 내용을 가질 수 있는가를 수권법률로 부터 아주 명백히 예견할 수 있어야 할 것」을 요구하고 있다(BVerfGE 29, 210). 입법자는 명령제정권자가 달성하려는 목적과 그에 동원되는 수단의 확정을 통하여 수권의 한계를 직접 제시하여야 한다. 이 경우 명령제정권자가 상황변화에 적응할 수 있도록 하기 위하여 불확정개념이나 일반조항의 사용을 단념할 수 없다는 것을 인정하고 있다. 그러나 이 확정성의 원칙은 개별사안을 결정하는데 어떤 구체적인 척도도 제공하고 있지 않다는 비판도 있다. 그리하여 확정성의 원칙을 완화하여 의회의 통제를 강화하자는 의견도 있다. 그것은 법률에 의한 명령수권의 수가 많은 경우에 때때로 관할권의 상치 내지 경합을 피할 수 없기 때문이다. 또한 다수의 법률에 의한 수권에 기초하는 명령을 후에 개정하는 경우에 절차상의 하자를 피할 수가 없다는 것이다. 상세한 것은 Ulrich M.Gassner, 「Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz」, DÖV 1996, S.18f 참조.

한 법의 규제대상과 법의 목적도 그러하지 않으면 안된다. 예를 들면, 사회의 발전단계에 부응하여 새로운 법적규제를 이른바 실험적으로 행하는 것도 당연히 立法政策으로서 요구된다. 이 경우 종래의 사회적 정형을 전제로 한 법규범과 같은 정도의 명확성을 요구할 수는 없을 것이다. 그러한 관점에서 규율내용의 명확성이 요구되는 정도의 판단기준을 제시한다면 다음과 같다.<sup>76)</sup>

- 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.
- 전문기술적이고 독창적인 전개에 적합할 수 있게 개방된 규율화로 행정의 구축을 완화할 바람직한 필요성이 있는 경우에는 명확성의 강도를 완화되, 반대로 법규범의 적용에 따른 예측되는 법적효과를 지속적으로 유지하려는 경우에는 규율의 강도를 강화하여 명확성을 높인다.
- 입법의 시점에서 규율하려는 사실의 제반조건, 사정범위, 행태와 변경속성 등의 인식에 따라 명확성의 강도를 조절한다.
- 오로지 정치적 의도에서 결정된 입법부의 자기결정을 편의상 법적용자에게 맡기는 경우에는 명확성의 강도를 완화할 수 있다.

### 3. 法令에서의 一般條項과 裁量條項의 問題

法規範의 문언은 상황구속적인 개인에게 바람직한 행동을 할 수 있게 언어적

76) 헌법재판소에서도 「……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 첨예하게 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」라고 하여 명확성의 원칙에 대한 기준을 제시하고 있다. 軍事機密保護法 제6조 등에 대한 違憲審判 1992.2.25. 89헌가 104.

으로 상세하게 표현하여야 한다. 개인은 법규범에 지시된 개념에 따라 어떤 사안을 법적으로 파악하고 처리하게 되는 것이다. 그러나 법규범에 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. 이와 같은 법적용의 관점에서 본다면 法文에서 일반조항이나 불확정개념이 전혀 없는 엄격한 법규범은 이해할 수도 없고 적용이 불가능하게 되며, 결국 법해석을 위한 각종 수단 -조사, 확인, 비교 등- 은 쓸모없는 것이 되어 버린다.

### (1) 一般條項

규범맥락과의 관계에 있어서 매우 일반적인 그리고 또는 매우 불확정적인 개념들을 포함하고 있고 매우 일반적인 구성요건과 관련하고 있거나 또는 매우 추상적인 법문장은 국민의 권리행사에 있어서나 법해석과 적용에 있어서 위험을 부담하게 될 뿐 아니라 입법의 明確性의 原則이라는 입법기술상의 요청에도 부합하지 않는다. 그러나 불명확한 개념이 전혀 없는 법률은 하나의 이상론에 불과하며 이러한 「一般條項」의 빈번한 적용이 실제이고 보면 이를 법기능적인 측면에서 유형화 하고 일반조항을 구체화하는 방안을 검토하는 것이 현실적인 방안이라고 할 수 있는 것이다.<sup>77)</sup> 이 경우 公·부사이에 양자택일이 있으며, 法的

77) 一般條項은 여러가지 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 구성요건측면 또는 법적효과측면 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」, ⑤법체계적인 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 일반조

인 시야에서 양쪽이 똑같이 타당하다거나 동가치일 수 없고 하나의 정당한 결정만이 가능하고 적법하게 평가받는다고 할 수 있다. 다만 무엇이 정당한가라는 限界領域에 결정의 애매성이 있는 것이다. 그러나 분명한 것은 이러한 일반조항의 문제는 인식의 영역에 있는 것이고 의사결정의 세계에 있는 것이 아니라는 점이다.78) 이러한 개념을 個別事件에 적용시키는 경우에 평가 또는 미래에 대한 예견이 필요하다. 물론 그 자체로서 유일하고 적법한 결정이 늘 일의적으로 확정되는 것은 아닌 것이다.79)

오늘날의 입법에서 불명확한 법을 낳는 일반조항의 사용이유는 무엇인가. 우선 입법자는 입법을 함에 있어서 두가지의 방법을 선택할 수 있다. 첫째, 입법자 스스로 구성요건을 구체적으로 규정하는 방법이다. 즉 立法者는 많은 가능한 부류와 다양한 형태의 사안들중 경험을 통하여 특히 중요하다고 생각되는 것을 병렬적으로 나열하여 이들에 각각 필요한 법적 효과를 부여하거나, 또는 個人에게 부여될 법적 지위의 내용을 확정하고 그 內容에 따라 결정되는 다양한 형태의 사안을 확정된 구성요건을 근거로 하여 개별적으로 기술하는 방법으로 법률을 규정하는 방법이다. 둘째, 立法者가 법률의 구성요건을 가능한 한 一般的·추상적으로 규정하는 방법이다. 이러한 방법은 입법자가 모든 개별현상이 당연한 귀결로서 그 자체속에 포함될 수 있는 일반적 원칙만을 규정하는 경우에 사용된다. 이 양자의 방법은 한마디로 표현한다면 「具體-抽象의 관계」라고 할 수 있으며, 첫번째의 방법에서 두번째의 방법의 형태로의 이행은 「추상화」, 「일반화」를 통하여 이루어 진다. 이러한 두가지 형태 가운데 어느 것이 가장 타당한 것인가를 교량하는 것은 쉽지 않다. 첫번째의 방법은 고도의 正確性에 기하여 개념이 사용되고 있기 때문에 法適用의 正確性을 확실하게 보장할 수 있다. 그러나 이

---

항을 형식적으로 존재하는 법률상의 지위를 무시할 수 있게 하고 일정한 구성요건징표에 호소함으로써 다른 결정도 할 수 있게하는 「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) 제30권1·2호, 1989, 114~116面 참조.

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

79) 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이하 참조.



러한 장점은 동시에 중요한 단점으로 작용한다. 즉 법규범의 규율목적과 관련하여 많은 결함을 가지게 되고, 이러한 단점은 法規範에 의하여 파악된 사상의 복잡성이 가중되면 될수록 점점 현저하게 된다. 그리하여 법규범의 缺陷을 보완하고 변화하는 사회적 여건에 대한 법의 적응력을 살리기 위해서는 두번째의 방식에 의한 규율이 불가피하게 된다. 사회가 복잡하고 변화가능성이 크면 클수록 두번째의 방법에 의한 규율, 즉 일반조항의 사용은 그 진가를 발휘하게 되며 또한 그 의미도 가중된다. 이렇게 볼 때 두가지의 規律方法은 배반적이 아니라 상호 보완적인 관계라 할 수 있다.<sup>80)</sup>

그런데 입법자가 이러한 일반적·추상적인 표현으로 개념을 구성하는 이유를 어디에 있는가라는 의문은 一般條項이 법질서내에서 어떠한 역할과 기능을 담당하고 있는가라는 機能論的 質問과 관련한다.<sup>81)</sup> 특히 立法技術的인 機能에서 본다면 입법자는 그가 규율하려는 복잡한 현실영역을 법조문으로 가능한 한 포괄적으로 기술할 수 있어야 한다. 그러나 立法者는 모든 사안을 개별적으로 규율할 수는 없으며, 입법에 있어서 최대한의 경제성의 원리에 입각하여야 하므로 구체적 사례를 최소한의 구성요건으로 추상화·보편화하여야 종합화를 기도하여야 한다. 一般條項은 바로 입법자에게 이러한 가능성을 제공하여 주는 것이다.<sup>82)</sup> 법조항을 개별사안과 구체적으로 연관하게 된다면 그러한 규율상황을 어떠한 징표로 記述하는가는 상당히 자의적이 되며, 특히 사용되는 개념으로는 규율 목적을 인식할 수 없게 된다. 아울러 많은 보편화된 사안을 열거함으로써 規律領域이 지나치게 상세하게 되며 비경제적일 뿐 아니라 특히 급변하는 현대 사회에 있어서 변화된 새로운 상황에 부합하는 구체적인 社會的 正義가 강하게 요청되는 지점에서 사회적 요구를 신속하게 충족시켜줄 수 없는 것이다. 그러한 의미에서 사회질서와 법질서의 포괄적인 가교의 외양을 갖추기 위해서 또 유일하게 강한 안전장치인 법을 통한 倫理的 安定을 기하고 나아가 개별적 정의를 기할 수 있는 융통성있는 법적 규율을 도모할 필요성에서 一般條項이 등장하게 된 것이다.<sup>83)</sup>

80) 姜熙遠, 前揭論文, 249面.

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

82) 沈憲燮, 前揭論文, 114面.

83) 기타 一般條項의 機能으로는 ①고도의 추상성·일반성으로 인하여 법적용기관(사법부

확실히 오늘날의 法治國家의 요구인 법적 안정성과 예측가능성의 측면에서는 법규범은 당사자의 부당한 권리행사를 제한하고 실질적 정의·형평을 실현하는 제한기능(Schrankenfunktion), 종래의 법규범이 사회의 진전·변화에 의하여 타당성이 결여된 경우에 실정법을 수정하는 수권기능(Ermächtigungsfunktion) 또는 구체화 내지 보완기능(konkretisierungsfunktion oder Ergänzungsfunktion), 사회의 요청에 적합시키는 새로운 법률을 창조하는 수정기능(Korrekturfunktion) 등을 담당하였다. 그러한 측면에서 일반조항의 각종 기능을 검토하는 경우 一般條項은 규범적 폐쇄성과 인지적 개방성을 결부시키는 구체적인 메카니즘으로서 위치된다. 따라서 일반조항은 법의 현실적합성과 사회적합성을 높이는 커다란 역할을 거두고 있다.<sup>84)</sup> 일반조항은 법의 유연성

와 행정부의 지위를 강화시키는 결과를 가져오는 政治的 機能, ②일반조항은 그 개념적 내용이 미확정적이기 때문에 법주체의 유연한 법생활의 가능성을 제공하는 社會的 機能, ③일반조항은 다양한 법률조항으로 이루어진 법질서를 일체성을 가진 하나의 체계로 파악할 수 있게 해주는 法體系的 機能, ④일반조항은 높은 일반성으로 인하여 커다란 사태의 집합을 결합없이 또한 적응력있게 규율해주는 缺陷補充機能과 適應機能, ⑤일반조항은 다양한 개별사안에 있어서 구체적 정의를 실현할 수 있는 공간을 제공하는 正義機能 등을 수행한다. Wolfgang Schier, 「Gesetzgebung und Gesetzgebungstechnik」, BayVBl, 1979, S.321f. ; Dieter Czajka, 「Der Stand von Wissenschaft und Technik als Gegenstand richterlicher Sachaufklärung」, DÖV, 1982, S.99f.

84) 그러한 의미에서 법규범에서의 일반조항의 확대와 일반조항의 불명확성의 증대(Steigerung/Ansteigen von Unbestimmtheit der Generalklauseln)를 주장하는 논의도 증대하고 있는 실정이다. 즉 一般條項의 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 능력을 높일 수 있다는 점, 一般條項은 그 고도의 불명확성 때문에 상호 자율적으로 진화발전하는 부분체계상호간의 갈등을 조정하는 구조를 구비하고 있다는 점이다. 이 점에서 일반조항의 불명확성은 법을 현실적합적으로 유연하고, 상황적합적이고 조정적으로 하는데 커다란 역할을 거두고 있다고 한다. 요컨대 전통적인 一般條項理論과 같이 구체화·명확화에 의하여 처음부터 불명확성을 감축하는 것이 아니라 거꾸로 당분간 불명확성을 철저히 증대시키는 때 규범구조의 세가지 차원 -내용적, 시간적, 사회적 차원 - 전부에 있어서 풍부한 구체화의 선택(eine fülle von Konkretisierungsalternativen)이 발견된다는 것이다. 자세한 논의는 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.

과 사회적 적응력을 도모할 수 있다는 측면에서 法秩序에 있어서 과소평가할 수 없을 정도의 역할을 담당하고 있으며, 개별사안의 正義와 公共福利의 요청을 고려하여 실정법을 유연하게 하는 적극적 기능을 하는 것은 사실이다. 그러나 이러한 積極的 機能은 바로 그것이 국민의 법생활에 위험을 초래할 수 있다는 消極的 機能과 결부되어 있다. 이러한 소극적 기능은 한편으로 國家權力行使의 예측가능성이라는 법치국가원리를 약화시키고, 다른 한편으로는 권력분립체계를 변동시키는 것으로 나타난다. 그리하여 一般條項의 등장과 함께 법의 전반적인 유약화를 가져와 전체 법생활의 불안전성을 초래시키므로 一般條項은 「법과 국가에 대한 하나의 위험」이라는 지적도 제기되고 있으며, 일반조항은 법률을 적용하는 法官의 가치판단이 반드시 필요하게 되며, 법관이 일반조항에 대해 어떠한 판결을 내리게 될지는 법조항 그자체를 통해서도 알지 못한다. 그러므로 일반조항은 수범자에게도 중대한 결과를 초래할 가능성이 있다는 단점도 있다.

또한 一般條項은 입법이 비워놓은 부분과 같기 때문에 그것은 權力分立原理에 충실한 법치국가에서 입법자에게 부여된 價値判斷과 衡량의 과제를 행정과 법관에게 위임하는 결과가 되어, 권력분립원리를 와해시킬 우려가 있다. 다시말하면 「일반조항의 불명확성의 증대」라는 것은 결과적으로는 法官에게 만능의 힘을 부여하는 「帝王條項(königlicher paragraph)」의 현대적 재생과 법관에 대한 白紙委任과 관계될 가능성을 남기고 있다.<sup>85)</sup>

이와 같은 의미에서 고도의 抽象性, 多義性, 모호성, 가치충전성, 임의성, 불확정성을 구성요건적 징표개념으로 하는 일반조항은 법치국가원리가 요청하는 법규범의 明確性의 原則과 충돌한다. 그러나 일반조항은 오늘날의 법치국가원리, 즉 실질적 법치국가원리의 하나의 표현이라고 할 수도 있다. 따라서 一般條項은 권력분립의 원칙이 형해화되지 않고 명확성의 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 법률의 不確定性의 增大로 표현될 수 있

85) 자세한 내용은 韓國法制研究院, 前掲書, 100面以下.

다. 현대행정의 광범한 영역에 걸친 활동범위의 확대는 필연적으로 법률의 양적 증대를 수반하나, 그와는 대조적으로 法律의 規制密度가 저하되고 법률의 내용이 포괄적으로 되고 있다. 이러한 법률의 규제력의 약화는 특히 計劃法的 性格을 가지는 법률이나 기술적안전에 관한 법률에서 현저하게 나타나고 있다. 이러한 법률규제의 질적변화라는 상태하에서는 실질적인 규제권한의 소재는 법률차원에서 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 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 정밀하여야 하는가, 어느 정도 명확하여야 하는가라는 문제는 매우 곤란한 문제이다.

오늘날 法規範의 명확화와 규율내용의 특정화의 요청으로 인하여 범규범이 고도로 기술화·전문화·표준화·완벽화되고 있으나, 이러한 경향은 인간의 풍부한 상상력이나 역동적 발전에 직면하여 모든 경우를 상세하게 완전무결하게 규율하는 것은 거의 불가능하다는 점, 모든 경우를 규율하려는 시도는 法規範을 지나치게 복잡하게 하며 그 결과 또다시 불명확성이 초래될 수 있다는 점 및 범규범의 규율범위가 더욱 좁아지면서 法適用에서 결함이 나타나게 되어 그만큼 개정의 필요성이 자주 제기된다는 점 등에서 법의 계속성과 예측가능성이 약화되며 국민의 법에 대한 신뢰가 감소될 우려가 있다. 결국 立法者는 법치국가의 원리에 의거하여 法律의 규율내용을 정밀하고 명확하게 규정하여야 책무가 있으나, 다른 한편 法律留保의 範圍를 확대하고 증가시키는 것은 법률의 유연성을 결여하게 되어 법의 투명성과 예측가능성의 감소를 초래하게 된다. 특히 오늘날과 같은 복잡다난한 사실관계를 규율하는 데에는 立法技術上 한계가 있을 뿐 아니라 立法者가 달성하려는 것에 대하여 어떤 일반적인 개념을 가지고는 있으나, 그 개념설정에 특정한 구체적인 것을 분명히 제시하지 않고 사회의 진전 내지 사회변화에 대응하기 위하여 不確定的인 概念을 채용하는 경우도 있다.

어떻든 입법기술적으로 法文에서 이와 같이 추상적·다의적·탄력적 신축성이 있는 개념으로서 불확정법개념의 사용은 부득이 하다고 할 수 밖에 없으나, 이 경우에도 헌법재판소가 결정한 것처럼 「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.<sup>86)</sup>라는 기준을 주의깊게 인식하여야 할 것이다.

그리고 裁量의 問題는 근대국가 즉 국가권력과 법이 어떠한 관계에 있는가의 문제이며, 특히 그것은 입법권과 행정권의 관계의 문제라고 할 수 있다. 국민의 측에서 본다면 국민에게 관계있는 행정의 행동기준이 立法者에 의해 어떠한 범위로 미리 결정되어 있는가, 어떠한 범위로 행정이 스스로 자기의 행동기준을 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 법원의 통제의 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 법률효과로 부터 이루어지는 법규의 解釋·適用으로서의 행정행위에 관한 문제로서 뿐 아니라 법의 형성, 특히 입법에 관한 문제로서 검토되어야 할 것으로 본다.

立法者가 법령의 입안에 있어서 어떠한 내용에 대해 불확정법개념을 사용하며, 어떠한 규율내용에 대해 재량개념을 도입할 것인가의 문제에 대해서는 이를 명확하게 지시하는 기준을 마련할 수는 없다. 다만 不確定法概念 또는 裁量概念을 채용하는 경우에는 불확정법개념의 채용시에는 「정당성통제(Richtigkeitskontrolle)」, 재량개념의 채용시에는 「의무적합성(Pflichtgemäßheit)」의 시점을 항상 염두에 두고 행정의 자기구속과 신뢰보호의 원칙에 충실한 규율내용이 될

86) 軍事機密保護法 제6조 등에 대한 違憲審判(1992.2.25. 89헌가 104).

수 있도록 양개념을 선택하여야 할 것이다. 결국 실제지향적이고 목표실현의 요구의 관점에서 명확성단계는 다음과 같은 관점에서 고려되어야 할 것이다.<sup>87)</sup>

- 지나친 불명확성으로 인하여 고차의 유연성과 탄력성이 부여되어 집행기관이 독자적으로 법률목표의 달성에 영향을 미치거나, 사실에 부적합하거나 목표가 달성되지 않을 위험이 있는지의 여부를 신중히 고려하여야 한다.
- 규율이 법주체의 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 입법자의 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.
- 일반조항(불확정적 일반개념)은 구성요건과 대비한 법적 효과의 결과의 관점에서 사실파악을 집약적으로 규율하려는 경우에 사용한다.
- 규범적 개념은 일반조항을 한정하여 사용하며, 규범적용자가 가치평가적으로 인정하고 있는 견해나 태도에 의할 것이 아니라 경험과학적인 관점에서 강조되는 곳에 사용한다. 규범적 개념은 의미적으로 인지하여 묘사할 수 있고 또한 운용할 수 있을 정도로 서술하려는 법개념을 한정하는 의미를 가져야 한다.
- 불확정개념은 구성요건과 법적효과면에서 사실배열을 집약적으로 규율하는데 사용한다. 부여된 사실이 일반적이고 추상적인 의미를 가지고 있는 경우에는 불확정 법개념을 사용하여야 한다.
- 재량개념은 법적 효과의 확정에 있어서 행동의 여지를 부여하는 곳에 사용하며 그것은 법문의 내용적인 곳에 명확히 언급되어야 한다.

87) Ortlieb Fliedner, 'Notwendigkeit, Verständlichkeit und Praktikabilität', ZG 1994/4, S.355f.

## 4. 法令의 理解可能性

## (1) 意義

법률은 일반적으로 이해가능한 것(Allgemeinverständlichkeit)이어야 하며, 단순하고 명확하게 일반인이 그 意味와 觀念을 파악할 수 있도록 하여야 한다는 요청은 매우 오래되었으며 그리고 항상 새롭게 제기되고 있다.<sup>88)</sup> 법령은 일반적·대중적 요구에 의하면 이해가능한 것이어야 한다는 점은 당연하나, 그러나 여기에서 누구에게 이해가능한 것이어야 하는가라는 문제가 제기된다. 즉 이해가능성이라는 관념도 절대적인 것이 아닌 상대적 개념이기 때문에 法令에서 권리와 의무를 규정하는 경우 모든 사람에게 대하여 이해가능한 것이어야 하는가 아니면 평균적 시민을 위하여 이해가능한 것이어야 하는가라는 점이 문제가 된다.<sup>89)</sup> 물론 법령용어에 대한 실제적 문제를 살펴보면 우선 법령이 문외한에게도 알 수 있는 것이 아니면 이해가능한 것이라 할 수 없다. 그러나 문제를 다른 측면에서 검토하면 법령이란 法專門家에게 향하며 그들을 통하여 구체화되므로 법령을 직업적으로 사용하는 자에게 이해가능한 것이면 되지 않는가라는 점이다. 立法者가 법을 정립하는 경우 法令用語는 「입법자의 의지」의 표현이라고 할 수 있으나, 오늘날의 법령용어를 보면 입법자의 의지의 표현이라고 하기에는 매우 불명확하고 불충분한 점이 많다. 法適用者는 더 명확한 법령을 요구하며, 이에 따라 입법자는 가능한 한 사안을 명확하고 구체적으로 규율하려 한다. 어떤 법령에서 법적용자의 관점과 다른 용어를 사용하게 되면 그 법령은 불명확한 것이 되기 쉽다. 그 결과 때로는 법률을 적용하는 자에게 이해가능한 표현을 사용하게 된다. 여기에 法令用語의 불충분성에 대한 실제적 문제가 있다. 즉 모든 자에 대한 이해가능성이 법령을 적용하는데 있어서 명확성, 확실성 및 간결성의 요청

88) Georg Müller, 「Adressatengerechtheit und Allgemeinverständlichkeit -der Verständnishorizont des Adressaten als Kriterium der Gesetzessprache, in : Heinz Schäffer/Otto Triffterer(Hrsg.), Rationalisierung der Gesetzgebung. Jürgen Rüdiger Gedächtnissymposium, Baden-Baden 1984, S.36.

89) Ernst Strouhal, 「Rechtssprache und Bürokratismus. Aspekt der Kritik und einer Reform der Rechtssprache, in : Th.Öhlinger(Hrsg.), Sprache und Recht, aaO., S.129f.

이 그것이다.

그러나 수범자에 대한 이해력, 즉 어떤 法命이 일반적으로 준수되기 위해서는 法主體가 법령을 정식화하는데 있어서 권위적이어서는 아니된다. 국가의 法命은 실제적으로 「평이하고」 「친숙성」이 있어야 하며, 註釋的인 성격을 가진 법령문은 일반국민에게 충분한 정보를 제공할 수 없으며, 裁判이나 행정작용을 통한 법령의 구체화를 단념하는 것이다. 따라서 立法者는 그 표현에 즈음하여 법규범의 체계적 정리보다는 수범자가 법문의 내용을 올바르게 이해하고 있는가에 중점을 두어야 하며, 나아가 입법자 스스로 이해할 수 있어야 한다(自己理解性). 그러한 관점에서 법안을 작성하는데 있어서는 다음의 두가지 사항을 유의하여야 한다.

첫째, 법안의 작성은 국가사회발전의 영향을 통하여 성취하려는 目標와 일치할 수 있게 가능한 한 明確하고 평이하게 표현하는 것을 지향하여야 한다. 그것은 법령용어의 판단의 척도를 이해가능성에 두어야 하는 것을 의미한다. 법안작성의 방법은 기대되는 法解釋에 선행하여 「통상적이고 보편적」인 규율로 행해질 것을 고려하여야 한다.<sup>90)</sup> 따라서 입법담당공무원은 물론 법학자, 행정공무원, 법조인, 국가적 임무를 사적 또는 단체적으로 수행하는 모든 자는 전문적인 用語를 구사하지 않고 법적 척도를 평범한 일반인에게 적용되도록 유의하여야 한다. 나아가 특정한 자에게 적용되는 特別法도 법문을 작성하거나 적용하는데 있어서 그에 상응하여 정비하여야 한다. 아울러 입법자는 어떤 전문적인 표현과 법적 개념사용을 포기할 것이 아니라 신중하게 사용하는 것도 있어서는 아니된다. 즉 立法者는 법적 내용을 부가함에 있어서 전문적 지식을 사용하여 규율되는 요소, 법적 효과 등을 종합하여 검토하되, 특히 장황한 설명이나 다른 법령에 규정된 것을 반복함이 없이 이해할 수 있도록 하여야 한다. 결국 법령은 그 지배력을 전개하고 강제력을 실효성있게 하기 위해서는 간결하고 함축성있게 형성하여야 한다는 것이 첫번째의 유의사항이다.<sup>91)</sup>

둘째, 법문은 법소재에 관하여 문외한의 자라도 이해할 수 있도록 言語的 仲裁能力을 구비하여야 한다. 이러한 수범자에 유의하는 것은 법률의 일반적 이해가능성에 필요할 뿐만 아니라 명료하고 간결하고 함축성있는 법령을 위해서도

90) H.Schneider, a.a.O., S.234.

91) Gerhart Wielinger, 「Bedingungen der Vollziehbarkeit von Gesetz」, in : Th.Öhlinger(Hrsg.), Methodik der Gesetzgebung, aaO., S.163f.



필요하다. 그것은 역시 전문적인 예비지식으로 이해하기 까다로운 法文을 친숙하게 정식화하고 복잡한 문제를 해결하여 통용될 수 있도록하는 언어전문가의 조정이 필요하다.<sup>92)</sup> 이와 비슷한 상황을 법률의 제정자로서 國會議員에게도 적용할 수 있다. 입법부의 구성원이자 입법자이기도 한 그들은 法案의 심사시에 전문적인 해석과 반복된 법령용어를 사용하지 않고 간결하고 이해가능한 法令用語를 사용할 것을 촉구할 수 있다.

이상을 종합하면 法令의 이해가능성이 의미있는 것이 되기 위해서는 그 규율에 구속되는 시민뿐만 아니라, 法案의 내용을 심사하고 조정하는데 있어서 법률의 결정에 책임있는 의원도 법적 척도로 고려하여야 한다.<sup>93)</sup> 낙관적인 조정력을 가지고 법령의 일반적 이해가능성에 도달하려 해서는 아니되며, 規範內容의 명확성, 간결성, 함축성있는 법안의 작성과 조정에 많은 의지와 노력을 기울여야 한다. 즉, 법령의 일반적 이해가능성을 위해서는 法的 內容이 가급적 드러내지 않아야 하며 전문적 표현과 법개념의 적용이 완화되어야 하고, 엄격한 調整力과 強制力이 적절하게 감소되어야 한다. 결국 법령은 법학자의 전문적 인식뿐만 아니라 일반인의 법인식을 조화시켜 나가야 한다. 요컨대 법령의 內容을 명확하게 표현하는데 있어서 입법자는 법령문과 친밀하게 교류하여 수법자에게 본질적인 법내용을 알리는데 노력하여야 한다. 立法者는 법안의 작성에 몰두하는데 있어서 그 결정이나 계획에서 一般性의 인식을 지녀야 할 것이다. 그렇게 함으로써 법률은 일반적 理解可能性이라는 목표를 달성할 수 있으며, 법률의 效率性을 증대시킬 수 있는 것이다.

## (2) 理解可能性의 基準

법령은 어떠한 것을 규정하고 있는가가 명확하여야 하나, 또한 一般人에게 이해하기 쉬운 것이어야 한다. 법령이 일반인에게 이해할 수 있도록 하여야 한다는 것은 법령이 구비하여야 할 최소한의 基本原則이라 할 수 있다. 아울러 법령에서 규율한 구체적 내용은 法執行者에게도 이해가능한 것이어야 한다. 이러한

92) H.Kindermann, 「Gesetzessprache und legistische Ausbildung」, in : Ders.(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982, aaO., S.259.

93) P.Noll, 「Erfahrungen mit Gesetzen」, in : J.Rödig(Hrsg.), Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung, aaO., S.552ff.

요청은 매우 보편적이고 오래되었으나, 아직도 오늘날의 법령은 이 점을 도외시한 채 여전히 불명확한 법령문을 가지고 있다. 이해하기 쉬운 법령이 되기 위해서는 그 법령의 규제를 받는 수범자의 관점에서 개념선택과 형식이 質的인 評價를 촉진하는 것이어야 한다. 즉 법실제적인 관계상 법문의 언어적인 개념, 의미와 내용이 수범자에게 친숙하고 개방된 것이어야 하며, 그러한 경우에만 법에 대한 認識의 획득을 향상시킬 수 있는 것이다. 아울러 법령의 입안에 있어서는 立案者는 법조문이 탈법행위의 여지가 없도록 하는 한편 법원의 위헌·위법심사에 견딜 수 있도록 하여야 한다.

법령의 이해가능성과 관련하여 최근 言語學의 발달에 따라 문장의 이해가능성의 문제와 관련하여 주목할만한 방법론적 발전을 가져오고 있다.<sup>94)</sup> 그래서 여기에서는 문장의 이해성을 높이기 위한 적절한 방법론을 개발하기 위하여 언어론적인 방법론을 구사하여 법령표현에 관한 기준으로서 ①단순성 ②배열성과 정리 ③간결성과 함축성 ④기타 부가적인 자극요소등의 네가지를 가지고 그 최적조건을 측정하면 다음과 같다. 우선 바람직한 法命을 정립하기 위해서는 법령의 성질, 즉 단순성과 배열성 - 정리를 고려하여야 한다. 그리고 간결성과 함축성은 지나치게 강조되어서는 아니된다. 최상의 이해성을 도모하기 위해서는 간결성과 함축성은 최적조건과 평균치의 중간영역에 두어야 한다. 기타 부가적인 자극요소는 법령문에 있어서 반드시 필요한 것이라기 보다는 사정에 따라 강조하지 아니할 수도 있는 참고사항일 따름이다.

①<기준 1> : 단순성

〈최적조건〉					
+2	+1	0	-1	-2	
단순성				복잡성	
단순묘사				복잡한 묘사	
간결·간단한 문장				길고 산만한 문장	
친숙한 용어				친숙하지 않은 용어	
전문적 용어로 설명				비전문적인 용어로 설명	
구체성				추상성	
명확성				불명확성	

94) 특히 이상돈, 「법이론 -법인식의 사회적 지평과 근대성」, 博英社 1996 참조.

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

②<기준 2> : 배열성 - 정리

〈최적조건〉				
+2	+1	0	-1	-2
배열성 - 정돈성				혼란성 - 관련상실성
일관성				관련성상실 - 혼란성
개발성 - 명료성				비개발성
연결성				비연결성
체계성				혼동성
명백성				불명백성

배열성과 정리성은 법령문작성의 기본적인 요소로서 잘 정돈되고 명료한 법문은 정보의 제공에 이바지한다. 이 점은 다음의 두가지 관점으로 구분된다. 즉 하나는 내부적 정리로서 문장이 상호 논리적으로 연결되어 있는가, 전달의 측면에 있어서 중요한 것을 차례대로 제공하고 있는가라는 점과 다른 하나는 외부적 배열로서 법령문의 작성이 전체적인 관점 또는 장·조·항의 관점에서 체계적으로 되어 있는가라는 점이다.

③<기준 3> : 간결성 - 함축성

〈최적조건〉				
+2	+1	0	-1	-2
간결성				방대성
본질적부분의 요약				비본질적 부분을 나열
간단함				복잡성
집약적 정보전달				산만함
요점만 서술				불필요한 부분의 상세함

간결성과 함축성을 강조하는 것은 법문이 집약적이어야 한다기 보다는 지루하고 산만한 문장이 법령의 이해성을 침해한다는 점으로 이해되어야 한다. 그것은 확실한 법령은 정보의 전달에 유용하기 때문이다.

④〈기준 4〉 : 부가적인 자극요소

〈최적조건〉				
+2	+1	0	-1	-2
활력있는 문제				무미건조한 문제
흥미있는 내용				특색없는 내용
다양성				일관성 - 중립성
주관적				객관성

상기의 부가적인 자극요소도 활용한다면 바람직하고 최상의 법령문을 작성하는데 매우 유용할 것이다. 이러한 부가적인 자극요소는 법학자의 경험에서 도출되며, 법령의 해석문제에 즈음하여 하나의 근원을 이룬다.

이상을 종합하여 이해하기 쉬운 法令의 作成을 위하여 쉽게 하기 위한 몇가지 관점을 정리하여 보면 다음과 같다. 이들 관점을 제대로 이행하는 경우에 비로소 법령이 실용적인 것으로 될 수 있으며 그 법령이 수범자에게 전달될 수 있는 것이다.

첫째, 법령의 이해성을 높이기 위해서는 意味論的(Semantik) 관점에서 용어의 의미내용을 검토하여야 한다. 의미론적 관점에서 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. 실제적으로 의미에 적합한 개념을 선택하는 것은 임의적인 것이 아니라 어떤 사정을 직접적으로 고려한 것이라 할 수 있다. 어떤 개념적 내용이 포괄적이거나 상세한 것이라는 의미는 정신적 또는 정서적인 관점에서 모든 집단이 그것을 이해하고 그 단어가 습관적이며 비자의적이라는 것이다. 결국 의미론적 관점에서 이해가능성을 높이기 위해서는 상충되는 요청간의 공통분모를 모색하는 것이 가장 바람직하며, 그 공통분모란 正確性에 부응하는 것이라 할 수 있다. 의미론적 관점에서 언어의 정확성요청이란 ①그 언어사용기준이 최상의 가능한 척도위에서 완전하게 형성되어야 하며, ②그 언어사용기준이 다수를 겨냥하여 가능한 한 상세하여야 하며, ③그 가능한 한의 상세함이 다수에게 객관적으로 인정되어야 하며, ④그 가능한 한의 상세함이 중립적인 사람에게도 인정되어야 한다. 결국 명확성과 추상성, 이

해가능성과 정확성의 실제적 조화는 민주국가의 가치로서 단순성과 이해가능성 중 어느 것을 우위에 둘 것인가라는 점과 관련하는 것이다.

둘째, 文法論的(Grammatik) 관점에서 문장결합에 있어서 지시와 용례에 따라 단어가 올바르게 사용되고 있는가를 검토하여야 한다. 문법론적인 관점은 특히 법령문의 작성에 즈음하여 고려하여야 할 사항으로서 법령문의 이해가능성을 위해서는 표준발음법에 의한 용어를 사용하고, 수동형과 도치법의 빈번한 사용을 회피하여야 하며 지나친 명사화를 지양하여야 한다. 아울러 간접적인 화법을 구사하여 문장을 장문으로 하는 것보다는 직접적인 표현으로 법령문을 작성하는 것도 일반인에 대한 이해가능성을 높이는 중요한 요소라 할 수 있다.

셋째, 文章論的(Syntax) 관점에서 문장구조가 제대로 배열되어 있는가를 검토하여야 한다. 문장론적인 관점에서 부사구문의 삽입, 동의어반복 등으로 불필요하게 복잡하거나 장문인 문장은 문장론적으로 결함이 있다. 법령에 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 이해가능성을 침해하는 치명적인 것이며 법령의 간결함의 요청에도 부합하지 않게 된다는 점을 인식할 필요가 있다.

- 법령문은 사회의 실재를 염두에 두어 작성되어야 한다. 따라서 입법자는 법의 사회경제적인 관점과 법정책적인 기본원리에 입각하여 용어를 적절하게 구사하여야 한다.
- 법문의 구조형성은 사회적 사정과 제약을 고려하여야 하며 기계적이거나 변증법적으로 치우쳐서는 아니된다. 법규범의 구조는 사회질서와 독립적인 것이어서는 아니되며 사회질서의 내부에서 그와 상응하여 다양하게 변용되는 법유형의 모습을 갖추어야 한다.
- 언어로서의 법언어는 법규범적으로 형성되어야 한다.
- 법학용어는 법규범의 생성, 내용, 구조, 작용과 효력에 관하여 논하여야 한다.
- 법을 적용하여 결정하는데 있어서 기초가 되는 법적용언어는 그 결정에 법학자가 참여하여야 한다.

- 일반인이 일상용어를 사용하여 법에 근접하거나 법을 모색하려는 경우 법학자는 일반인이 동기부여적이며 행동조장적으로 법규범에 접근할 수 있도록 용어를 구사하여야 한다.
- 법규범에서 상세하고 확정된 자연과학 또는 기술적인 용어를 사용할 경우에는 법적 관련성을 가지도록 하여야 한다.

법령은 장황한 설명문(Breitbandtexte)이 되어서는 아니되며, 전문적으로 작성될 때 유효한 것이 된다. 법령문은 법적인 명확성과 간결성을 지향하여야 한다. 일반적 이해가능성은 당연히 추구하여야 할 것이나 그것이 간결성을 저해하는 방향으로 나아가서는 아니된다. 결국 법령에서 사용하는 용어는 평균인을 겨냥하여 그들의 경험과 예측가능성을 고려하는 것이야말로 이해가능성에 접근하는 것이 될 것이다. 그리하여 이해가능성과 명확성 및 간결성은 실제적으로도 동일한 내용으로 나아가는 것이어야 한다.

### (3) 準用技術의 問題

준용은 법문을 간단화하기 위하여 발달한 입법기술이며 유사한 규정을 중복하여 제정하지 않아도 되기 때문에 그 점에 관해서는 나름대로의 평가를 할 수 있다. 그러나 준용이라는 입법기술은 법률안의 기안자의 법률안기초의 기술에 관한 자기만족의 표현에 불과한 것이고 법률의 수입자인 국민이 어디까지 이해할 것인가를 의식한 것인지에 대해서는 의문을 가지게 된다. 법문이 준용조문을 사용한 것은 법문을 간결하고 이해하기 쉽게하기 위한 것인데 현재에는 이 준용조문때문에 법문을 이해하는 것이 곤란하게 되고 있는 실정인 것이다. 따라서 준용조문을 두는 것은 법문의 기재의 절약과 경우에 따라서는 법문기초자의 시간의 절약도 있으나 이 방법에 관해서는 여러가지 문제가 있으므로 입법기술의 입장에서 준용의 사용은 필요에 따라 최소한도에 한정시키고, 국민이 법문을 이해하는데 방해가 되지 않도록 신중하고 충분한 주의를 기울여야 할 것이다.<sup>95)</sup>

95) 그런데 법문에서 이와 같은 準用條文을 두게된 것은 법률의 체계화의 문제와 관련하여 독일민법(1900년 1월 1일시행)의 제1초안에서 비롯한다. 당시 독일은 민법시행이전에 獨逸民法은 「독일보통법(Gemeines Recht)」, 「프로이센보통법(Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten)」, 「나폴레옹법전(Code Napoleon)」, 「작센

우리 법제에서 準用條文의 현상을 보면 확실히 준용에 의해서 법문이 간결해지고 준용의 의미도 분명한 경우도 있다. 준용되는 조문이 긴 경우에도 그것이 한곳에 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, 準用되는 조문의 수가 많거나 또는 그것이 산재하여 규정되어 있거나, 각종의 法令規定을 준용하고 있는 경우 등에는 준용되는 조문의 규정을 어떻게 준용하면 좋은가라는 의문이 발생한다. 그 결과 법령의 규정이 복잡하게 되어 분명하지 않게 되는 현상이 발생하는 것이다. 그리하여 현재 獨逸에서도 준용하여도 이해하기 쉬운 다른 법률의 부분에 관해서는 준용을 인정하나 같은 사항이더라도 준용에 의하여 이해가 되지 않은 경우에는 준용을 하지 않는 것이 보통이다.

결국 準用되는 조문의 규정을 어떻게 할 것인가의 문제의 해결방법으로서 우리 立法技術은 그다지 진전을 보지 못하고 있다. 그 결과 규정이 복잡해지고 일반인이 이해하기가 대단히 어렵게 되고 있다. 결론적으로 말하자면 準用條文을 전부 없애는 것은 찬성할 수 없으며, 준용되는 조문이 수도 적고 준용되는 조문이 이해하기 쉬운 경우에는 준용조문을 두는 것이 바람직하다. 一般國民에게 법문을 이해하기 쉽게 하기 위하여 각종 법령에 관하여 동문의 조문을 법령에 나오게 하여 명칭이외의 사항을 전부 동문으로 할 수 없는 것이다. 그렇다면 준용조문을 줄이거나 난해한 준용조문을 가능한 한 이해할 수 있도록 하여야 한다. 그러한 방법을 취함으로써 법문의 의미는 법률가, 일반국민에게도 이해하기 쉬운 것이 된다.<sup>96)</sup> 결국 준용조문을 두는 것은 법문의 기재의 절약과 경우에 따라

---

왕국민법(Bürgerliches Gesetzbuch für das Königreich Sachsen)이 시행되었다. 그러나 당시의 이들 법전에는 準用規定이 없었으며, 1814년 독일에 통일운동이 활발하게 전개되면서 독일을 통일하는 데에는 民法 기타 法律의 統一이 필요하다는 논의가 일어났다. 이에 입법은 개별의 경우에 관한 규정을 둘 것이 아니라 구체적인 경우를 포괄한 추상적인 규정을 두어 이를 체계적으로 配列하여야 할 것이라는 견해가 대두되면서, 그 일환으로 준용조문의 문제가 제기되었다.

96) 최근의 法令중에서는 준용조문을 이해하기 쉽게 하기 위하여 다른 규정을 준용하는 때

## 第2章 立法技術의 適用原理

서는 법문기초자의 시간의 절약도 있으나 이 방법에 관해서는 여러가지 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.

- 준용하여도 이해하기 쉬운 다른 법률의 부분에 관해서는 준용을 인정하나 같은 사항이더라도 준용에 의하여 이해가 되지 않은 경우에는 준용을 하지 않는다.
- 동등하게 취급이 되는 사항에 관해서 규정의 반복을 피하여 「準用한다」라는 용어를 사용할 때에는 어떠한 내용이 준용되는가를 비교적 분명하게 알 수 있도록 하여야 한다.
- 준용되는 조문의 숫자가 대단히 많으며, 이 들 조문중에도 준용조문 또는 항이 포함되어 있는 경우 또는 다른 법령의 조문이 준용되는 경우 등은 입법 기술적으로는 편리할지 몰라도 일반인이 이 조문을 이해하기에는 매우 어려움을 뿐 아니라 전문가도 면밀히 살펴보지 않으면 이해하기 힘들 정도로 난해하므로 이는 가급적 지양한다.
- 다수규정을 포괄적으로 준용하거나 법률단위로 준용하는 경우에는 준용의 내용을 이해하기 위하여 어느 규정이 준용이 되는가를 분명히 파악하지 않으면 안된다.
- 법령에서는 준용조문을 이해하기 쉽게하기 위하여 다른 규정을 준용하는 때에는 그 조문의 요지를 기입하거나 해석상 의문이 발생하지 않도록 준용되는 규정의 어구를 다른 용어로 대체하여 이를 법령문에 명시하는 방법을 널리 채용하여야 한다.

에는 그 조문의 요지를 기입하거나 해석상 의문이 발생하지 않도록 준용되는 규정의 어구를 다른 용어로 대체하여 이를 法令文에 명시하는 방법을 널리 채용하고 있다.



## 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

### 第1節 序說

입법자가 어떤 法令을 제정·개정 또는 폐지하려는 경우에는 이용가능한 경험적 자료와 경험칙을 진지하게 활용하여 적절한 立法設計의 技法을 적용하여야 한다. 이러한 제도화된 입법설계의 기법없이 法令의 공공성을 확보할 수 없음은 물론 법령의 적절한 실효성도 기대할 수 없을 것이다. 즉, 提起된 課題를 체계적으로 정리하고 구체적으로 열거된 주제에 대하여 직접적으로 적용할 수 있는 입법을 위한 適用指針을 설정하여 법령을 정식화하고 立案할 것이 요구된다. 法令의 입안자가 어떠한 사안에 대하여 적절한 입법기술을 구사하여 일단 立法化되면 그것은 입안자의 수중에서 벗어나 객관적인 존재가 되며, 立案者의 意思는 참고가 되면서도 당해 법령조문 그 자체에서 파악되는 의미, 내용에 의하여 解釋, 운용되며 또한 그 적용을 받는 국민에게는 조문자체가 최종적인 행동의 근거가 된다. 따라서 立法技術을 구사하는 조문화의 작업은 대단히 중요한 것이라 할 수 있다. 이러한 법령의 형식, 구성 및 규정의 순서 등에 관한 입법기술의 적용지침에 대하여는 國家의 최고법인 憲法에서 선언적으로 입법형성에 즈음하여 준수하여야 할 기본원칙 등을 선언하고 있으나<sup>1)</sup> 이를 明文으로 정하는 기준은 없으며, 다만 입법상 표현이 정확하고 이해하기 쉬워야 한다는 관점에서 다년간의 立法上의 經驗을 통하여 저절로 일정한 기준이 형성되고 있다.

한편 우리나라의 法制機構에서는 입법에 즈음하여 적용되어야 할 하나의 지침 내지 척도로서 일정한 심사기준을 구비하고 있다.<sup>2)</sup> 그 가운데 특히 法制處에서

1) 憲法에서 법률과 그 下位規範의 설정에 관한 일반적 규율범위에 관한 기준을 제시한 규정으로는 제37조제2항의 기본권의 법률유보조항, 제75조 및 제95조의 위임명령을 발할 수 있는 근거조항, 제117조의 地方自治團體의 자치입법권에 관한 규정등이 있다.

2) 成文法主義法制를 취하는 국가에서는 일반적으로 법령이 일정한 형식을 갖는데 필요한 기준 내지 지침을 마련하여 실제 法令立案時에 반드시 그에 따르고 있으며, 우리나라에서도 法制處에서 그동안 입법관행으로 되어왔던 것과 실무상 축적된 결과를 종합하여 「法令立案審査基準」을 마련하고 있다. 또한 총무처에서도 「行政法令立案業務要領」을 작성하여 법령입안의 기준을 마련하고 있으며, 국회에서도 「法制便覽」, 「法制實務」등을 발

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

마련한 「法令立案審査基準」은 法案作成을 위한 주요일반준칙을 상세히 규정하여 입법작업에 매우 유용한 기준으로서 입법담당자에게 널리 활용되고 있다. 또한 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>3)</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, 국민 생활에 급격한 변화를 주지 아니하도록 하는 등 사회질서의 안정성과 예측가능성을 보장할 것
- 헌법과 상위법에 모순·저촉되지 아니하도록 하고, 하위법령과 관련하여 위임근거를 명확히 할 것

간하고 있다. 기타 법령입안과 관련한 입법기술상의 요령에 관한 해설서로는 權寧敏, 「立法實務」, 研修社 1977 ; 朴鈞旻, 「立法技術講座」, 國民書館 1970 ; 서울특별시, 「法務行政實務」, 1991 ; 立法技術研究所(編), 「法令作成의 常識」, 1990 ; 同, 「法制實務研修資料集」, 1989 ; 中央公務員教育院, 「法制實務」, 1988 ; 內務部, 「自治立法實務要覽」, 1991 ; 國會法制司法委員會, 「法律案審査事例集」, 1991/1993 등이 있다.

3) 자세한 내용은 유병훈, 「法令立案審査基準의 基本原則정립에 관한 연구」, 法制 1996.2., 61~80面 참조.

○입법내용의 통일성 및 조화성

- 다른 법령과의 조화와 균형이 유지되도록 하고 법령상호간에 중복·상충되는 내용이 없을 것
- 입법내용이 당해법령의 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 입법기술의 개발을 위한 立法擔當者의 부단한 노력과 연구가 필요할 것이다. 여기에서는 법제처가 마련한 「법령입안심사기준」<sup>4)</sup>을 토대로 하여 우리나라의 입법기술의 실제적 적용을 적절한 해설과 사례를 가 미하면서 검토하여 본다.

## 第2節 法令文의 文章構造와 基本形式에 관한 事項

### I. 法令文의 文章構造

법령문은 법규범을 文章化한 것이므로 문학작품이나 학술서 등에 비하여 그 문장구조에 있어서 논리성·추상성·간결성·명확성·유형성 등 많은 특색이 있

4) 法制處가 마련한 「법령입안심사기준」은 1989년의 법령입안심사기준이 사실상 미흡하여 새로이 발령된 국무총리훈령(법제업무운영규정시행지침)의 기준에 따라 이를 全面改正하기로 하고 1995년 12월에 「법령입안심사기준 시안」을 마련, 이를 검증·보완하는 작업을 진행하여 1996년 12월에 새로이 「법령입안심사기준」을 마련하였다.

다. 법령문은 법규범의 내용을 文章으로 하는 것을 목적으로 한 것이므로 현실로 일어나거나 또는 일어날 것으로 예상되는 각종 事案을 논리적으로 정리한 후에 一切의 불필요한 것을 배제하여 요건과 효과를 간결·명료하게 표현할 필요가 있다. 法令文은 문학작품과 같이 사상·신조·정서 등을 표현하는 것이 아니므로 수려한 名文일 필요는 없으며, 정확한 표현을 사용하더라도 역사서·기록문 등과 같이 사실에 따른 구체성이나 기록적인 정확성과는 거리가 멀다. 法令文은 요건·효과라는 필요한 요소이외에는 전부 이를 배제하며, 構文도 간소한 1條(項) 1文章이라는 단문형식을 원칙으로 한다. 그 때문에 내용을 정확하게 표현하기 위하여 法令特有的 法令用語가 사용되며, 구두점 사용방법 등에도 엄격한 원칙이 있다. 나아가 오랜 기간에 걸친 입법기술적 검토의 성과로서 인허가에 관한 규정, 처벌규정 등에서도 對象事項의 내용에 상응하여 일정한 형식이 갖추어져 있다.<sup>5)</sup>

이 때문에 法令文은 무미건조한 문장처럼 보이나 이는 모든 법령문의 특질로부터 도출되는 것이다. 이 점을 이해하지 않고 자주 법령문은 惡文이라고 비난하게 되는 경우도 있다. 확실히 법령문 가운데에는 立法技術的으로 교묘하게 일반인의 감각과 거리가 먼 악문·난해문이 지적되고는 있으나, 이러한 극단적인 사례는 별도로 법령문의 성격에서 나오는 이러한 特色은 충분히 이해해 둘 필요가 있다. 한편 법령문중에서도 憲法前文과 같이 제정이유와 이념을 격조높은 문장으로 하는 사례도 있으나 이는 법령문으로서는 어디까지나 例外이며 보통 일반적인 법령문에는 이러한 표현은 사용하지 않고 있다.

### 1. 一條一文主義

法令文은 1條(그 조가 항으로 나누어져 있는 경우에는 각각의 1항)는 1文으로 완결하는 것을 원칙으로 한다. 최근의 법령에서는 長文의 형태의 조문도 있으나 이것은 요건이나 효과를 정확하게 표현하기 위하여 條件文이나 수식어, 병렬어 등이 덧붙여지면서 복잡하게 보일 따름이며 기본적 구문자체는 대체로 단순한

5) 우리 현행법령에서 定型化되어 사용되고 있는 것으로는 「과태료규정」, 「청문규정」, 「양벌규정」, 「과징금규정」, 「부담금규정」, 「법칙 및 통고처분규정」, 「결격사유규정」, 「공무원의제규정」, 「위원회규정」 등이 있다. 자세한 형식은 大韓民國國會 法制司法委員會, 「法律案審査事例集 -體系·形式·字句-」, 1993, 147~161面 참조.

것이 많다. 이 一條一文主義의 예외로서 전단·중단·후단·본문·단서의 형태를 구비한 것도 자주 보이나 이들에 관해서는 다음에 설명한다. 法令文에 있어서는 하나의 항목은 하나의 條 가운데 함께 두는 것이 통례이다. 이 때문에 하나의 條에 몇개의 項을 가지는 것도 있으나 항이 많거나 대상사항이 복잡다기한 것일 경우에는 이해하기 쉽게 수개의 조로 나누어 규정하기도 한다. 이 경우에는 수개의 條를 정리한 공통사항이 부가되며 그들이 하나의 그룹의 사항을 다룬 것이 된다. 아울러 法令이 아주 간단하여 조로 구분할 필요가 없을 때에는 조로 구분하지 아니하는 경우도 있다.<sup>6)</sup>

## 2. 法令文의 主語

法令文에서는 권리의무의 주체가 누구인가라는 것은 대단히 중요하다. 그 때문에 주어를 명확하게 하기 위한 각종 원칙이 정해져 있으며 이 원칙을 파악하여 주어를 우선 올바르게 파악하는 것이 法文을 이해하는 첫번째 조건이다.

①우선 법령문의 주문의 主語는 일반적으로 「……은(는)……」이라는 형식으로 표현된다. 主語는 법령문에 있어서 권리의무의 主體가 누구인가라는 것을 제시한다는 의미에서 중요하며, 조문의 冒頭에 두는 것이 통례이다.

〈사례-1〉

※憲法

第10條 모든 國民은 人間으로서의 尊嚴과 價値를 가지며, 幸福을 追求할 權利를 가진다. 國家는 개인이 가지는 不可侵의 基本的 人權을 확인하고 이를 保障할 義務를 진다.

②그러나 假定的 條件을 나타내는 중문이 있어서 이것이 長文일 경우에는 주문의 주어와 중문을 교체하여 주문의 主語와 述語가 직접연결되게 하는 경우도 있다.

6) 예를 들면 「年號에 관한法律」, 「한글전용에 관한 법률」 등이 그 대표적인 사례이다.

<사례-2>

※憲法

第58條 國債를 모집하거나 豫算외에 國家의 부담이 될 契約을 체결하려 할 때에는 政府는 미리 國會의 議決을 얻어야 한다.

③한편 법령문에서는 반드시 主語를 두어야 하는 것은 아니며 경우에 따라 이를 생략하는 사례도 있다.

<사례-3>

※憲法

第118條 ①地方自治團體에 議會를 둔다.

④법령문에서는 目的語를 도치하여 이를 주어와 같이 표현하는 경우가 자주 발견된다. 예를 들면 附則의 시행일의 규정은 「이 法律은 ○年○月○日부터 施行한다」라고 보통 표현하고 있으나 정확하게 말하면 「이 法律」이라는 것은 본래의 주어가 아니라 意味의으로는 목적어이며, 따라서 「이 法律은 ○年○月○日부터 施行된다」라고 수동형으로 표현되어야 할 것이다. 이와 같은 경우에는 「이 法律은 ○年○月○日부터 이를 施行한다」라고 하여 「이를」이라는 形式的 目的語를 삽입하여야 하나 현행법령에서는 사용하지 않고 있다.

그리고 법령문에서는 意味를 강조하기 위하여 목적어를 도치하여 이를 형식적으로 主語와 같이 취급하는 표현을 자주 찾아볼 수 있다.

<사례-4>

※憲法

第8條 ④政黨의 目的이나 活動이 民主的 基本秩序에 違背될 때에는 政府는 憲法裁判所에 그 解散을 提訴할 수 있고, 政黨은 憲法裁判所의 審判에 의하여 解散된다.

⑤ 또한 法令文에서는 가정적 조건을 널리 사용하는 사례가 많다. 이 假定的條件을 나타내는 종문은 보통 「경우에는」, 「때에는」, 「경우를 제외하고는」 등으로 사용되고 있으나 이 종문이 長文化하여 조문을 복잡하게 하는 원인이 되는 경우가 많다. 이러한 가정적 조건을 사용하는 방법은 법령의 用字·用語에 관한 사항에서 언급하기로 한다.

### 3. 法令文의 述語

법령문의 슬어는 그 내용에 상응하여 여러가지 표현이 사용된다. 종래에는 법령문에는 난해한 표현이 많이 사용하였으나 현재에는 日常生活에서 사용되는 이해하기 쉬운 용어를 사용하여 각각 法規범의 내용을 표현하고 있다. 그러나 법령의 기술성의 관계나 법령이 지닌 독특한 표현 등 때문에 日常用語와는 다른 법령상 사용되는 法令用語라는 것이 있다. 이 점에 관한 사항은 법령의 用字·用語에 관한 사항에서 언급하기로 한다.

## II. 法令文의 基本形式

### 1. 意義

법령은 그 내용이 되는 사항을 확정하면 일정한 形式을 갖춘 문서로 작성하는 것이 성문법주의법제하에서의 일반적인 입법형식이다. 법령의 내용이 아무리 충실하게 연구·검토되었다 하더라도 그 法令이 실제에 있어 문자로 표현된 일정한 형식을 갖춘 것에 따라 해석·적용되는 것이므로 그 表現方法 및 形式을 결여한다면 법령의 진정한 의도는 도저히 실현될 수 없는 결과를 초래하는 것이다. 따라서 법령은 법문구성상 뿐만 아니라 그 형식면에 있어서도 여러가지 技術과 體制가 갖추어져야 한다. 이것은 수법자에게 가능한 한 법령의 내용을 명확하게 이해시키고 또한 사회구성원에게 효과적으로 요구된 행위를 하도록 동기를 부여하기 위하여 입법자가 행하여야 할 通知技術의 문제라고 할 수 있으며, 나아가 법령의 內容이 불필요하게 손상되지 않도록 입법실무적 입장에서 반드시 준수하여야 할 기준인 것이다. 이러한 법령의 기본형식을 준수하는 것은 立法者에게도 편리할 뿐만 아니라, 일반국민에게도 法에 대한 理解를 높이는 것이라 할 수 있다.

법령의 내용을 표현하기 위하여 어떠한 形式을 취할 것인가에 관해서는 일정한 규칙이 없다. 다만 일반적으로 法令이 일정한 형식을 갖추는데 필요한 기준으로는 ①법이 법다운 모양을 갖추도록 짜임새가 있어야 하고 법의 적용대상인 일반국민의 이해에 기여할 수 있도록 條文이 그 전체적인 면에서 일정한 순서로 배열되어야 한다는 「順序의 원칙」과, ②법령의 불필요한 조항을 설정하거나 수식을 달거나 표현의 중복을 피하기 위하여 축소·의제·준용·변환을 도모하여야 한다는 「經濟의 원칙」 등이 요구된다. ③그리고 이 양원칙에 입각하여 立法者가 입법시에 고려하여야 할 문제로서는 입법내용에 있어서 기본적인 것과 부차적인 것을 분배하는 「分配의 문제」, ④서로 유사한 유형이나 내용을 순서에 따라 분류하는 「分類의 문제」, ⑤법형식이 수직적 일관성 즉 법질서가 총괄성·통일성이 있도록 하여야 한다는 「順序의 문제」 등을 지적할 수 있다.<sup>7)</sup>

또한 입법활동을 통한 경험 등을 통하여 법령의 내용을 정확하고 이해하기 쉽게 할 수 있도록 일정한 방식이 채용되고 있다. 즉 本則, 附則의 구분이나 편·장·절·관·목, 조·항·호 등이 소정의 용법에 따라 사용되어 법령내용의 표현에 이용되고 있다. 이들 법령의 基本的 形式을 이해하는 것은 법령을 이해하는데 중요한 지식이 된다.

## 2. 題名/名稱

현재 법령에는 각기 그 명칭이 있으며, 이것을 法令의 題名이라고 한다. 題名은 法律·大統領令·部令 등 형식의 종류에 따라 그 명칭을 달리한다. 法律의 題名에는 끝에 法 또는 法律로 표현하지만 그 구별은 법일반에 관한 이론에 의한 것이 아니고 단순히 표현형식상의 문제에 지나지 않는다. 題名은 그 法律의 主要內容을 함축적으로 표현한 것이므로 題名만 봐도 그 法律의 內容을 짐작할 수 있다. 따라서 題名을 붙이는데 있어서는 우선 그 법령내용의 전모를 잘 표현하고 있어야 한다는 점이며 그 다음은 될 수 있는 한 간결한 題名을 붙여야 한다는 점이다. 그러나 이 두가지 요청은 상호모순이 되므로 내용을 잘 표현하려면 題名이 부득이하게 길어지게 되는 경우가 있다. 특히 이러한 경우는 臨時法·特

7) 이 점에 관한 상세한 것은 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, 187~189面 참조.



例法인 事項을 정하는 法令에서 자주 지적된다. 따라서 이러한 경우를 제외하고는 題名을 될 수 있는 한 간결하게 표현하는 것이 바람직하다. 반면, 題名이 간결하여야 된다고 해서 지나치게 간결·간명하게 하는 것은 입법기술상 바람직하지 못하다고 할 수 있다.<sup>8)</sup>

결국 법령에 있어서 제명을 작성하는 경우에는 다음의 사항을 유의하여야 한다.

①법령의 제명은 붙여쓰되, 가능한한 대상을 요약하여 정확하게 표현하여야 한다.

②문제가 되는 단어는 회피한다.

③오해의 소지가 없는 명칭을 고려한다.

④간략하게 확정한다.

⑤필요한 경우에는 약어를 확정하되, 합목적적이며 이해가능하도록 한다.

법령종별에 따른 제명은 다음과 같이 구분한다.

### (1) 法律의 경우

法律의 題名은 일반적으로 「○○法」, 「○○에관한法律」, 「○○特別法」, 「○○臨時措置法」, 「○○特別措置法」 등으로 되어 있다.

<사례-1>

※○○法

輕犯罪處罰法, 國軍組織法, 國民體育振興法, 環境政策基本法

※○○에관한法律

家庭儀禮에관한法律, 不動產實權利者名義登記에관한法律

※○○特別法

廢鑛地域開發支援에관한特別法, 施設物の安全管理에관한特別法

※○○臨時措置法

罰金等臨時措置法, 法院災難에基因한民刑事事件臨時措置法

8) 題名과 法令內容의 연관성에 대해서는 美國에서는 이것을 대단히 중요시하고 있으며, 이른바 「one, subject, close」라는 規定을 가지고 있다. 이러한 題名에 대한 사고방식은 우리의 경우에도 많은 참고가 될 것이다. 다만 이렇게 생각하는 경우 法令의 題名이 길어지게 되는 경향이 있는데 美國에서는 法令의 題名이 대단히 길어지게 되는 경우에는 그 法令을 다른 法令에서 引用하는 때 약칭을 미리 정하는 방식을 취하고 있다.

- ※○○特別措置法  
不動產登記特別措置法, 農漁家負債輕減에 관한特別措置法
- ※○○特例法  
特定強力犯罪의 處罰에 관한特例法, 婚姻申告特例法
- ※○○臨時特例法  
在外國民就學·戶籍訂正 및 戶籍整理에 관한臨時特例法
- ※○○廢止法律  
國家保衛에 관한特別措置法廢止法律

## (2) 大統領令의 경우

大統領令의 제명은 대개 「○○법(법률)시행령」, 「○○規程」, 「○○令」, 「○○職制」등으로 있다. 모법의 시행에 관한 전반적인 사항을 정하는 경우에는 「○○법(법률)시행령」으로 하고, 모법의 일부규정의 시행에 필요한 개별적인 사항을 정하거나 대통령의 권한 범위안의 사항을 정할 경우에는 「○○規程」, 「○○令」으로 하되, 조직법규에 속하는 경우에는 「○○규정」으로, 적용법규에 속하는 경우에는 「○○령」으로 한다. 다만, 조직법규에 속하지만 행정기관의 조직과 직무범위등에 관한 사항을 정하는 직제의 경우에는 「○○직제규정」이라 하지 아니하고 「○○職制」로 통상 표현한다.

### <사례-1>

- ※○○법(법률)시행령  
지방자치법시행령, 음반및비디오물에 관한법률시행령
- ※○○규정  
別定職公務員人事規程, 공무원수당규정
- ※○○령  
공무원임용령, 공무원임용시험령
- ※○○직제  
국무총리비서실직제, 법제처직제, 국가보훈처와그소속기관직제

(3) 總理令·部令의 경우

총리령이나 부령의 제명에는 대개 「○○법(법률)시행규칙」, 「○○규칙」 등으로 사용하고 있다. 母法의 시행에 관한 전반적인 사항을 정하는 경우에는 「○○법(법률)시행규칙」으로, 상위법령의 일부규정의 시행에 필요한 개별적인 사항을 정하거나 발령권자의 권한 범위안의 사항을 정하는 경우에는 「○○규칙」으로 한다.

<사례-1>

※○○법(법률)시행규칙 행정심판법시행규칙, 위생사등에관한법률시행규칙
※○○규칙 공문서분류및보존에관한규칙, 의무관인규칙

(4) 法令名에서의 「等」의 문제

법령의 題名은 법령의 일부를 이루는 것이며, 국회에 법률안이 제출된 경우에는 그 제명도 심의의 대상이 되며, 題名을 개정하려는 경우에도 법령개정절차를 필요로 함은 물론이다. 이러한 법령의 제명은 간결함과 동시에 그 내용을 가능한 한 正確하게 표현한다는 요청에 대해서는 이미 살펴본 바 있다. 그런데 법령명을 이해하기 쉽게 작성하기 위해서는 법령명에 부가된 「等」이라는 자를 생략하고 그 약칭을 법령과 동시에 공표할 것이 필요하다. 법령명에 「等」을 붙인다면 독자에 따라서는 「等」이란 무엇인가라는 의문을 가지게 되며, 법령명을 이해할 수 없게 느끼는 자도 적지않을 것이다. 현재 우리 법령에도 등이 부가된 것이 많다. 이러한 법령명을 보면 우선 「等」이란 무엇인가라는 의문이 발생한다. 조문이 간단한 것은 조문을 읽어보면 분명하다. 예를 들면 「罰金等臨時措置法」의 조문은 3개뿐이며 그 내용은 벌금외에 과료의 금액을 정한 것이다. 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 대부분의 독자에게는 최초에는 주로 무엇을 규정한 법률인가를 알면 좋은 것이다. 독자에 따라서는 법령명에 「等」자에 관해서도 쉽게 파악하는 자도 있다고 생각된다. 예컨대 일정한 사실관계에 적용되는 법률조문을 보려는 자는 별도로 법률명에 「等」이 있는가의 여부에 관계없이 일정한 사실관계에 적용되는 조문을 보면 당해조문을 알 수 있는 것이다. 결국 장래에는 법령명에서 가급적 「等」을 삭제하는 방향으로 나아가야 할 것으로 본다. 다만 예외로 내용을 전부정리하면 長文이 될 수 있는 법령명은 장래입법을 하는 경우에 「等」에 대신하여 내용전부를 법령명으로 하는 것이 좋다.

#### (5) 法令名의 略語의 問題

將來制定되는 법령에 관하여 법령명의 약어를 법정할 필요가 있는 이유는 다음의 두가지이다. 첫째, 법령명이 長文이 되면 읽기도 쓰기도 분명하게 되나 법령명외에 약어도 법정하여 공표하면 이해하기 쉽고 읽기도 쓰기도 편리하기 때문이다. 외국에서는 법률에 법령명과 동시에 그 略語도 法定하여 공표되는 것이 많다. 법률에 따라서는 약어와 그것보다도 간단한 약어의 두가지를 공표하는 사례가 많으며, 또한 법정되지 않은 略語도 거의 일정하게 약어를 사용하고 있다. 그리고 약어사전을 구비하여 이 사전을 통하여 법령, 판례집, 법률잡지등의 약어와 그 완전한 명칭을, 또한 완전한 명칭으로부터 그 약어를 알 수 있도록 하고 있다. 우리나라에서도 장래의 입법에서는 법령명에 그 약어를 부여하는 방법을 고려할 필요가 있다. 둘째이유로 현재 법령명의 약어는 저서에 따라 또는 법령의 출판사에 따라 각각 달리 표현되어 일반인에게 불편하다. 물론 저서나 약어표에 기재되어 있는 것은 약어표만을 보면 분명하나 약어표가 있는 저서이외의 저서를 읽는 독자는 약어만을 보는 것만으로는 분명하지 않은 것도 많다.

略語가 法定되면 약어만을 보아도 어떤 법령인가가 분명한 경우가 많다. 그러나 약어를 법정하여도 저자나 법전편찬자에게 약어를 만들 자유를 제한 할 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 이것

이 法令名의 略語를 법정하려는 이유이다. 그러나 약어를 법정한다는 것은 장래 제정되는 법령에 관해서이며, 종래의 법령에 관해서는 다소 불통일하여도 일반적으로 약어가 사용되고 있는데 이를 법정할 필요까지는 없을 것이다.

### 3. 章·節 등

#### (1) 本則과 附則

題名다음에 그 법령의 본체를 이루는 조문이 내용에 상응하여 본칙과 부칙으로 구분하여 배열된다. 附則에는 그 모두에 「부칙」이라는 표제가 부기되나 본칙에는 특히 「本則」이라는 표제는 붙이지 않는다. 즉 법령의 본체를 이루는 각조항중 부칙을 제외한 부분이 本則이라고 할 수 있다. 본칙은 그 법령의 제정목적이 되는 本件的·實質的 規定을 두며 부칙에는 본칙의 제규정에 수반하여 필요로 하는 부수적·경과적 규정을 둔다. 이와 같이 규정을 그 내용에 따라 본칙과 부칙으로 구분하여 법령을 구성하는 것은 그렇게 함으로써 법전체의 질서를 쉽게 이해할 수 있도록 하기 위한 것이다. 本則이 간단한 법령의 경우에는 1項 또는 수개항으로 구성하는 경우도 있으나 대부분의 법령에서는 條를 기본단위로 구성되어 있다. 本則에는 그 법령의 실체를 이루는 실질적 규정을 두고 있으며 법령의 내용이 천차만별이므로 그곳에 들어가는 규정내용에 관해서는 일률적으로 말하기 어렵다.

한편 附則에 있어서 규정해야 할 사항은 법령의 시행일·그 법령의 시행에 따른 경과조치·관계법령의 개정폐지의 조치 등이나, 경우에 따라서는 그 법령의 施行地域에 관한 규정이나 그 법령의 有效期間에 관한 규정을 두는 것도 있다. 그리고 附則에서 규정해야 할 사항이 대단히 많고 복잡한 경우에는 부칙에서 규정해야 할 사항 가운데 施行日에 관한 부분 이외의 부분을 독립시켜 단독입법의 형식을 취하는 경우도 있다. 그리고 신법령의 제정에 따른 다수의 관계법령의 개폐를 행할 필요가 있는 경우에도 부칙에서 이를 규정하지 않고 單獨法令을 제정하는 경우도 있다.

#### (2) 章·節의 區分

법령의 이해와 검색인용의 편의를 제공하기 위하여 상당히 많은 수의 조문으

로 된 법령은 논리적 체계하에 조문을 정리하여 몇개의 群으로 나누고 있다. 이러한 구분은 법률에 한하지 않고 법령 전반을 통하여 조문수가 많은 것에 대하여 사용되고 있으며, 그 구분은 일차적으로 「章」이지만 장의로 구분하는 것이 부족하여 그 아래에 다시 소구분을 둘 필요가 있는 경우에는 우선 「節」로 하고, 절을 세분하는 경우에는 「款」으로, 관을 세분하는 경우에는 「目」으로 각각 구분한다. 그리고 특히 조문수가 많은 경우에는 장의 위에 「編」이라는 대구분을 두는 경우도 있다.

章·節을 어떠한 기준으로 구분하는가는 법령의 내용에 따라 그 방법도 각각 다르기 때문에 이를 일률적으로 말하기는 어렵다. 다만 장·절의 구분에 있어서는 章, 節로 구분하는 것이 그 나름의 이유가 있으므로 그 구분이 지닌 의미를 항상 염두에 두어야 하며, 특히 章·節·款·目으로 복잡하게 세분화되어 있는 경우에는 개개의 조문이 전체의 체계 가운데에서 어떠한 위치를 차지하고 있는가에 대하여 항상 주의하여야 한다. 그리고 장·절 등의 구분은 本則規定에 한정되고, 부칙에서는 장·절 등으로 구분하지 아니하며, 장·절 등을 둘 경우에는 그 장·절 등의 내용을 대표할 수 있는 題目을 붙인다.

<사례-1>

※所得稅法

第1章 總則

.....

第2章 居住者의 綜合所得·退職所得 및 山林所得에 대한 納稅義務

第1節 非課稅 및 減免

.....

第2節 課稅標準과 稅額의 計算

第1款 稅額計算 通則

.....

第2款 所得의 種類와 金額

.....

〈사례-2〉

※民法
第1編 總則
第1章 通則
.....
第2章 人
第1節 能力
.....

(3) 通則과 總則

章·節 등으로 사항을 어떠한 기준으로 구분하며 그 장이나 절에 어떠한 제목을 붙이는가는 그 법령의 각각의 내용에 따라 정하여지는 것이므로 일률적으로 말할 수는 없으나, 章을 예로 들면 통상은 제1장에는 법령전체를 통하는 총칙적인 규정을 두게 되므로 「總則」이라는 제목을 붙이는 경우가 많다. 그리고 그 법령전체를 통하는 공통적 규정이라는 하나 총칙에 넣을 정도의 원칙적 규정이 아니라 장을 종합한 제목은 「補則」으로 붙이게 된다.

그리고 「通則」이라는 제목은 보통의 경우에는 어떤 장안에 절의 구분을 두는 등 그 장 전체에 통하는 총칙적 규정을 종합한 節의 제목과 같이 법령전체에 대한 총칙적인 규정의 부분의 제목으로서가 아니라 그 법령의 어떤 부분내에서의 총칙적인 규정을 한데 묶은 구분의 제목으로 붙이는 것이 보통이다.

〈사례-1〉

※關稅法
第1章 總則
.....
第2章 課稅
第1節 課稅要件
第1款 通則
.....

#### 4. 條·項·號·目 등

##### (1) 條·項·號·目 등의 區分

본칙은 법령의 주체를 이루는 것이므로 그 내용을 이해하기 쉽도록 매우 간단한 것을 제외하고는 기본적인 구성단위인 「條」로 구분한다. 하나의 조문 중 다시 그 내용을 구분할 필요성이 있을 때에는 조문을 「項」으로 구분하며, 항의 표시는 ①·②등으로 아라비아수자에 동그란 테를 둘러 사용한다. 조문을 항으로 나누는 것은 이미 살펴본 바와 같이 법문의 내용의 이해를 용이하게 하기 위한 것이므로 설사 관련사항을 내용으로 하는 경우에도 지나치게 項의 수가 많은 것은 바람직하지 못하다. 이러한 경우에는 내용을 분류하여 이를 수개항의 조문으로 하는 것이 법령의 이해와 검색인용을 용이하게 하는 것이다.

條·項중에서 몇 개의 사항을 열거적으로 나열하여 규정할 필요가 있는 경우에는 1·2·3이라는 숫자를 사용한 번호를 붙여 열거하는데 이를 「號」라고 한다. 그리고 호를 다시 세분할 필요가 있을 때에는 가·나·다 등 「目」으로 구분한다.

<사례-1>

※國會法

第37條(常任委員會와 그 所管) ①常任委員會와 그 所管은 다음과 같다.

1. 國會運營委員會

- 가. 國會運營에 관한 사항
- 나. 國會法 기타 國會規則에 관한 사항
- 다. 國會事務處所管에 속하는 사항
- 라. 國會圖書館所管에 속하는 사항
- 마. 議政研修院所管에 속하는 사항

2. 法制司法委員會

- 가. 法務部所管에 속하는 사항
- 나. 法制處所管에 속하는 사항
- 다. (이하 생략)



附則은 항 또는 조로 구분하되, 5개항 이하인 경우에는 項으로, 5개항을 초과한 경우에는 條로 구분한다. 다만 1개항일 경우에는 項으로 구분하지 아니한다. 그러나 5개항을 초과하지 아니하더라도 각항의 전부 또는 일부를 세분하여 규정할 필요가 있는 경우에는 條로 구분하고 項으로 세분한다. 부칙을 항 또는 조로 구분할 때에는 각각 題目을 붙인다. 그러나 부칙을 條로 구분하는 경우 그 조의 條名에 대하여는 본칙과 같이 조명을 붙이는 방법과 附則은 부칙대로 따로 조명을 새로이 붙이는 방법이 있으나, 현재는 본칙과 통번으로 하지 않고 따로 條名을 새로이 붙이는 방법을 채용하고 있다. 또한 기존 법령의 일부를 개정하는 법령의 부칙의 경우에는 필연적으로 부칙만으로 第1條·第2條라는 조명을 붙인다.

〈사례-2〉

※公職選舉및選舉不正防止法

附則(1994.3.16. 법률 제4739호)

第1條(施行日) 이 법은 公布한 날부터 施行한다.

第2條(廢止法律) ~ 第11條(다른 法令과의 관계) 〈생략〉

附則(1994.12.22. 법률 제4796호)

第1條(施行日) 이 법은 1995年 1月 1日부터 施行한다.

第2條 ~ 第4條 〈생략〉

附則(1995.4.1. 법률 제4947호)

이 법은 公布한 날부터 施行한다.

附則(1997.1.13. 법률 제5262호)

①(施行日) 이 법은 公布한 날부터 施行한다.

②(地域區國會議員候補者の 放送演說에 관한 經過措置) 〈생략〉

③(罰則에 관한 經過措置) 〈생략〉

(2) 法令條文의 題目과 內容表示

위의 여러 사례에서 보는 것처럼 法令의 條文(부칙이 항으로 구분된 경우에는

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

항)에는 그 조문이 무엇에 관하여 규정하고 있는가를 쉽게 알 수 있도록 함과 동시에 법령내용을 찾는 데 편리하도록 하기 위하여 조문의 내용을 간결하게 요약하여 제○조 다음에 괄호를 하여 題目을 표시하되, 한 조문에 여러가지 사항을 규정하여 그 내용을 요약하기 곤란할 경우에는 「(○○등)」이라고 표시한다.

<사례-1>

※ 流通産業發展法

第7條(地方自治團體의 事業施行令) ①市·道知事는 基本計劃 및 施行計劃에 따라 地域別 施行計劃을 수립·施行하여야 한다.

②關係中央行政機關의 長은 流通産業의 발전을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 市·道知事에게 施行計劃의 施行에 필요한 措置를 취할 것을 요청할 수 있다.

그리고 罰則등을 규정한 조문과 같이 동일한 사항을 계속적으로 2개이상의 조문에 걸쳐 규정할 경우에는 「(同前)」이라고 표시하지 아니하고 동일한 내용의 제목을 각각 붙인다.

<사례-2>

※ 道路交通法

제106조(罰 則) 제50조제1항의 규정에 의한 .....〈생략〉

제107조(罰 則) 〈생략〉

제107조의2(罰 則) 〈생략〉

제108조(罰 則) 〈이하 생략〉

또한 법령문을 문장으로 표시하기가 곤란한 경우나 文章으로 표시하더라도 그 의미내용을 이해하기가 어려운 경우에는 數式, 表 또는 그림으로 표시하고 규정할 사항의 종류, 성질, 분량등을 고려하여 당해 조문에서 바로 규정하기가 곤란하거나 조문내용이 복잡하게 될 경우에는 부칙 다음에 別表, 別圖, 附圖, 別紙書式등을 만들어 사용한다.

(3) 前段·後段·本文·但書

조 또는 항의 내용에 상응하여 구분을 할 필요가 있는 경우에도 項을 새로이 둘 필요가 없는 때에는 같은 條 또는 項 가운데 법문을 몇개의 문장으로 구분하며, 이 경우 법문을 두개의 것으로 구분하여 앞부분을 「前段」, 뒷부분을 「後段」이라고 한다. 그리고 전단·후단과 같이 하나의 條 또는 項 가운데 문장을 구분하는 경우 後段이 전단의 예외를 정하고 있는 경우에는 후단은 「但書」로 시작하며 이를 단서라 한다. 이에 대해 원칙을 정하는 전단부분을 「本文」이라 한다.

5. 表·別表·別紙書式 등

동일한 성질을 가지는 사항은 이를 상세하게 전부 나열하기 보다도 간편한 表의 형태로 정리해두는 것이 이해가 쉽다. 이러한 목적하에 법문중에서는 표가 자주 사용된다. 이들 表는 형식으로 본다면 표자신이 비교적 간단한 것일 경우에는 본조 가운데 삽입된 「表」와 법령의 말미에 두는 「別表」라는 형식의 표가 있다. 조 가운데 삽입된 「표」와 「별표」는 그 효과면에서 차이가 있는 것이 아니며 또한 어떠한 경우에 「표」 또는 「별표」를 사용할 것인가에 대한 특별한 기준이 있는 것은 아니다. 다만 「表」의 형식을 사용하는 경우에는 비교적 간단하고 단순한 내용으로서 본칙의 조문중에 두는 것이 당해 조문과 관련시켜 보기가 쉬울 때 사용하며, 「別表」는 약간 복잡하여 이를 한 곳에 집중시켜 두는 것이 적당한 경우에 법령의 말미에 두는 것이 통례이다. 「별표」는 표자신이 방대한 것이거나 표의 내용이 몇가지의 조와 관계되는 경우에 개개의 조와 분리하여 별표를 사용한다. 別表가 두개이상의 경우에는 [별표1] 등과 같이 표시하여 구별하고 있다. 별표방식은 근거가 되는 조문과 분리하여 이해하기가 쉽다는 결점이 있으므로 이를 극복하기 위하여 關係條文을 명시하거나 별표의 내용을 간결하게 표현한 表題를 붙인다.

표 또는 별표는 여러 형식이 있으나 대개의 경우 그 외측을 선으로 그어 중·횡으로 구분하는 선을 둔다. 또한 별표상의 기호표시방식으로는 1. → 가. → (1) → (가) → 1) → 가)의 순서로 표시한다. 별표에는 주 또는 비고가 붙어있는 경우가 있으며 이것은 별표에서 사용하는 자구의 정의나 적용시의 유의사항 등을 규정하는 경우에 사용된다.

별표와 유사한 형식으로 「別紙書式」이 있다. 이것은 법률에는 그리 흔하지 않으나 절차적인 사항이나 기술적인 사항을 정하는 施行令·施行規則 등에서 정한다. 별지서식도 별표와 같이 [별지서식] 으로 하고, 서식란의 구비서류는 본칙 규정의 관계조문에서 열거한 사항만을 규정한다. 별표 또는 별지서식란의 비고란, 구비서류란의 번호표시는 1, 2, 3, ……등으로 표시한다(자세한 내용은 개정·폐지에 관한 사항 참조).

## 6. 기 타

### (1) 目次

외국에 있어서는 어떤 법령을 공포할 때 관보에는 물론 당해 법령을 수록한 법령집에서 章·節등으로 구분한 법령에는 목차를 두는 것이 일반적이나, 우리의 경우에는 그렇지 않다. 이 目次는 복잡한 법령인 경우 우선 그 전체의 구성을 파악하기 위해서는 대단히 중요한 역할을 하며 또한 일반인도 목차를 살펴보면 어떠한 구조로 그 法令이 편성되었는가를 쉽게 알 수 있다. 그 때문에 목차에는 반드시 關係條文이 부기되어 있으며 자신이 찾으려는 조문이 어느부분에 있는가를 쉽게 알 수 있다. 법령집에는 目次를 생략하거나 수록되어 있는 경우에도 관계조문을 생략하는 경우도 있다. 법령을 공포할 때 관보에서 그 법령의 주요목차를 게재하는 한편 법령집에서도 당해 법령의 목차를 기재하는 방법도 앞으로 고려할 필요가 있을 것이다.

### (2) 前文

前文이란 법령의 각조문의 앞에 두어 그 法令의 제정목적이나 유래, 그 법령의 기본원칙 등을 서술한 문장을 말한다. 이들 前文에 관해서는 특히 구체적인 내용을 담고 있는 것은 아니나 그 법령을 制定하는 때의 경위나 運用方針등이 언급되어 있으며 그 법령의 각규정을 해석·운용하는 경우에 기본적인 지침으로서 작용한다. 현재 이러한 성격을 가진 전문을 둔 것은 憲法밖에 없다. 한편 「法令等公布에 관한法律」에서는 第2條에서 「憲法改正·法律·條約 및 大統領令의 公布文과 憲法改正案·豫算 및 豫算外國庫負擔契約의 公告文에는 前文을 붙여야 한다」라고 규정되어 있는 바, 여기에서의 전문은 법령의 공포를 위한 형식적인

전문이라고 할 수 있으며, 앞에서 설명한 의미의 전문과는 그 성격이 다르다.

## 7. 法令의 引用條項의 表示方法

### (1) 당해 법령을 인용할 경우

동일법령중에서 그 법령중 다른 조항을 인용할 경우에는 「이 法(영, 규칙)」이라고 하지 아니하고 「第○條第○項」, 「第○條第○號」, 「第○條第○項 내지 第○項」 등과 같이 인용되는 조항만을 표기한다.

<사례-1>

※行政審判法

第40條(證據書類등의 반환) 裁決廳이 裁決을 한 후 申請이 있는 때에는 第27條와 第28條第1項第2號의 規定에 의하여 제출된 文書·帳簿·물건 그밖에 證據資料의 原本을 지체없이 제출자에게 반환하여야 한다.

### (2) 다른 법령을 인용할 경우

법령중에서 다른 법령의 조항을 인용할 경우에는 다른 법령의 제명과 조항을 함께 표기하되, 2이상의 조항을 인용할 경우에는 「○○法 第○條·第○條 및 第○條」와 같이 다른 법령의 제명이 처음 나올 때에만 표기한다.

<사례-1>

※國土利用管理法

第27條(다른 法律과의 관계) ①第7條 및 第8條의 規定에 의하여 決定·告示된 準都市地域안에서 第14條의2第1項第2號의 規定에 의하여 행하는 開發行爲 및 第20條의 規定에 의하여 建設交通部長官과의 協議 또는 승인을 얻은 公共施設등의 立地指定에 따라 행하는 公共施設등의 設置를 위한 開發行爲에 대하여는 農地의 保全및 利用에 관한 法律 第4條第1項·第2項 및 第5條第1項, 山林法 第62條 및 第90條와 砂防事業法 第14條의 規定은 이를 적용하지 아니한다.

②~④(이하 생략)

(3) 당해 법령과 다른 법령을 동시에 인용할 경우

당해 법령과 다른 법령을 동시에 인용할 경우에는 혼동을 일으키지 않도록 「○  
○法 第○條와 이 法 第○條」라고 표기한다.

<사례-1>

※都市再開發法

第54條(다른 法令의 적용 및 排除) ②施行者의 關係帳簿 閱覽등에 關하여는  
土地區劃整理事業法 第38條의 規定을 準用하며, 管理處分計劃에 關하여 이  
法에서 특별히 規定한 것을 제외하고는 土地區劃整理事業法의 換地計劃에 關  
한 規定을 準用한다.

③(이하 생략)

(4) 부칙규정에서의 조문인용

부칙규정중에서 당해법령의 본칙규정을 인용할 경우에는 「본칙 제○조」라고  
표기하지 아니하고 본칙의 조문만을 명시하되, 당해 법령의 다른 부칙규정을 인  
용할 경우에는 「附則 第○條」라고 표기하여 본칙규정을 인용하는 경우와 구별  
한다.

<사례-1>

※租稅減免規制法

附則(1994.12.22. 법률 제4806호)

第1條(施行日) ①이 法은 1995年 1月 1日부터 施行한다. 다만, 第61條第2  
項第1號·第119條 및 별표의 개정규정은 公布한 날부터 施行하고, 第80  
條, 第81條, 第83條第2項 내지 第4項, 第84條 및 第85條의 개정규정은  
1996年 1月 1日부터 施行하며, 附則 第18條第3項의 規定에 의한 農漁家  
목돈마련貯蓄에 關한法律의 개정규정은 1999年 1月 1日부터 施行한다.

②(이하 생략)

(5) 하위법령에서 모법규정을 인용할 경우

법률에서 일정한 사항을 정하는 실체규정을 두고 당해 사항과 관련하여 구체적인 절차·방법·요건 등을 하위법령에서 정하도록 하는 위임규정을 따로 둔 경우에, 하위법령에서 그 위임사항을 정할 때에는 위임규정이 아닌 실체규정과 위임규정을 인용하도록 하되, 실체규정과 위임규정이 동일한 조에 속한 때에는 당해 조명만 인용하고 구체적인 항은 위임하지 아니한다.9)

<사례-1>

※ 兒童福祉法

第6條(兒童福祉指導員) ① 兒童福祉에 관한 事項을 相談·指導하기 위하여 道와 區, 市, 郡 및 第8條第1項의 規定에 의한 兒童相談所에 兒童福祉指導員을 들 수 있다.

② 兒童福祉指導員은 別定職公務員으로 하고, 그 資格과 職務에 관하여 필요한 事項은 大統領令으로 정한다.

※ 아동복지법시행령

제3조(아동복지지도원) ① 법 제6조의 규정에 의한 아동복지지도원은 다음 각 호의 1에 해당하는 자중에서 당해 지방자치단체의 장이 임명한다.

1. ~ 4. (생략)

② 아동복지지도원은 법 제8조제3항 각호의 업무를 담당한다.

(6) 다른 규정을 인용하는 경우 「제○조의 규정에 의한……」과 「제○조의……」의 차이

「第○條의 規定에 의한……」은 인용되는 제○조에 어떤 사항이 확정적으로 규정되어 있지 아니한 경우에 사용하고, 「第○條의……」는 인용되는 제○조에 어떤 사항이 확정적으로 규정되어 있는 경우에 사용한다.

9) 법제처, 「법령입안심사기준」, 192面.

<사례-1>

※社會福祉事業法

第40條(罰則) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 1年이하의 懲役 또는 300萬원 이하의 罰金에 處한다.

1. 第23條의 規定에 의한 停止命令을 받고도 계속 그 收益事業을 행하는 者
2. 第28條第2項의 規定에 의한 許可를 받지 아니하고 施設을 設置·운영한 者
3. 第33條의 規定에 위반하여 秘密을 누설한 者

(7) 조문에 나열된 각호중 일부를 각호외 부분에서 인용하는 경우

법령조문에 각호가 열거되어 있고 각호외 부분의 단서에서 각호중 일부를 인용하는 경우에는 인용하고자 하는 내용만을 표기하여 「第○號 또는 第○號에」로 표현한다.

<사례-1>

※먹는물管理法

第14條(調査代行者의 指定取消등) ①環境部長官은 調査代行者가 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 그 指定을 取消하거나 6月이내의 기간을 정하여 業務停止를 할 수 있다. 다만, 第1號 또는 第2號에 해당하는 경우에는 그 指定을 取消하여야 한다.

1. ~ 7. (이하 생략)

(8) 인용조문의 조명기재

법령의 이해를 쉽게하기 위한 입법기술의 하나로서, 어떤 법령중에서 그 법령중의 다른 조항이나 다른 법령의 조항을 인용한 경우에 그 조항의 조명까지 인용된 조항의 다음에 괄호를 하여 표현하는 경우가 있다. 이것은 보통 준용규정



에 있어서 다른 법령의 규정을 준용하는 경우에 사용되는 것이나 「公職選舉및選舉不正防止法」, 「獨占規制및公正去來에 관한法律」 등에서는 좀 더 넓게 이 인용 조항의 제명을 기재하고 있다.

<사례-1>

※公職選舉및選舉不正防止法

第60條(選舉運動을 할 수 없는 者) ①다음 各號의 1에 해당하는 者는 選舉運動을 할 수 없다. 다만 第4號 내지 第9號에 해당하는 者가 候補者의 配偶者인 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 大韓民國 國民이 아닌 者
2. 未成年者
3. 第18條(選舉權이 없는 者)第1項의 規定에 의하여 選舉權이 없는 者
4. 國家公務員法 第2條(公務員의 구분)에 規定된 國家公務員과 地方公務員法 第2條(公務員의 구분)에 規定된 地方公務員. 다만, 政黨法 第6條(發起人 및 黨員의 資格)第1號 但書의 規定에 의하여 政黨의 黨員이 될 수 있는 公務員(國會議員과 地方議會議員외에 政務職 公務員을 제외한다)은 그러하지 아니하다.
5. ~ 9. (이하 생략)

<사례-2>

※獨占規制및公正去來에 관한法律

第14條의3(關係機關에 대한 資料의 確認要求등) 公正去來委員會는 第9條(相互出資의 禁止등) 내지 第11條(金融會社 또는 保險會社의 議決權 제한), 第13條(株式所有現況등의 申告) 내지 第14條의2(系列會社의 編入 및 제외등)의 規定의 施行을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 다음 各號의 1의 機關에 대하여 大規模企業集團 또는 債務保證制限大規模企業集團의 國內系列會社株主의 株式所有現況, 債務保證 關聯資料, 假支給金·貸與金 또는 擔保의 제공에 관한 資料, 不動産의 去來 또는 제공에 관한 資料등 필요한 자료의 確認 또는 調査를 요청할 수 있다.

1. 韓國銀行法 第28條(銀行監督院의 設置, 職務)의 規定에 의한 銀行監督院
2. 證券去來法 第130條(證券監督院의 設立)의 規定에 의한 證券監督院
3. ~ 4. (이하 생략)

## 第3節 總則에 관한 事項

### I. 總則의 意義

법령의 「總則」이란 법령 전체에 관한 원칙적·기본적 사항을 내용으로 하는 부분을 말하며, 총칙적 규정으로서는 目的規定, 定義規定, 解釋規定 등이 설치되는 예가 있으나 최근의 立法에 있어서는 理念規定이나 責務規定 등 특별한 規定을 두는 예도 발견되고 있다. 이러한 총칙적 규정으로서 目的規定·定義規定·解釋規定 외에도 총칙에 어떠한 규정을 두어야 하는가에 관해서는 일반적인 원칙이 없으며, 실제 법령을 제정할 때 구체적으로 판단하여 정하는 수 밖에 없다.<sup>10)</sup> 또한 어떤 사항을 총칙에서 규정할 것인가의 여부가 문제로 되는 경우를 생각할 수 있으나, 결국 그것을 판단하는 기준은 그 규정이 그 법령전체를 통한 原則 또는 基本的事項에 관한 것인가 또는 그 법령의 본체를 이루는 實體的 規定에 付隨하는 절차적인 사항 기타 부수적인 것인가에 따르게 될 것이다.

### II. 目的規定

#### 1. 意義

목적규정이란 법령의 입법목적에 간명하게 요약한 문장을 말한다. 이것은 題名과 함께 그 법령의 목적을 명확히 하며 또한 그 법령규정의 運用· 해석지침을 제시하는 역할을 한다. 이 의미에서 목적규정은 다음의 定義規定과 함께 이른바

10) 위에서 언급한 사항외에 현행 법제상 總則에 규정하고 있는 사항으로는 「적용범위규정」, 「국가사업의 기본계획의 수립·시행, 계획 및 시책연구와 집행규정」, 「법전체에 관련되는 관할·관장사무·관할청·권한·사업·기능·업무규정」, 「부처간 협조·협력의무규정」 등이 있다. 國會事務處 法制豫算室, 「法制便覽」, 1996, 19面.

법규적 해석의 기능을 거두는 규정이라고 할 수 있다. 여기에서 법규적 해석이란 법령의 규정의 의미를 그 법령 또는 다른 법령중에서 입법적으로 명확히 하는 것을 의미한다. 이 目的規定은 어느 정도 체계적인 내용을 가지며, 條文數가 많은 행정관계법령에서 설치하는 경우가 많으며, 命命에는 목적규정을 들 필요성은 적다. 또한 지방자치단체의 條例·規則에 관해서도 그것이 결정적으로 체계적인 내용을 가지거나, 주민의 권리·의무에 중대한 영향을 미치는 경우등에는 법률의 경우와 마찬가지로 목적규정을 두는 것이 적당하다고 생각된다.

## 2. 作成方法

目的規定을 쓰는 방법에 대하여는 특히 일정한 원리·원칙이란 것은 없으며, 각각의 법령에 따라 가장 적합하다고 생각되는 내용을 표현하면 된다. 목적규정은 단순히 그 목적만을 규정하는 것은 적고, 「……함으로써 ……規定함을 目的으로 한다」라고 하여 우선 목적달성에 필요한 수단을 나열하고 그 후에 목적을 규정하는 경우가 많다. 이 경우 목적규정의 마지막 부분에서 일부 법령에서는 「정함을 목적으로」와 같이 표현방법을 약간 달리 사용하고 있는 사례도 있으나, 「……規定함을 目的으로 한다」로 통일하여 사용한다.<sup>11)</sup>

目的規定의 類型을 구체적으로 예시하면 ①法令의 직접목적만을 언급하는 것, ②法令의 직접목적 내지 고차의 目的과 그 달성의 手段을 정한 것, ③法令의 直接目的과 그 달성수단외에 궁극적 目的으로 공공의 복리의 향상까지를 정하고 있는 것, ④立法의 動機까지 規定한 것등이 있다.

### (1) 法令의 直接目的만을 언급하는 것

〈사례-1〉

※外國人의 土地取得 및 管理에 관한 法律

第1條(目的) 이 法은 外國人 및 外國法人의 大韓民國 領土안에서의 土地에 관한 權利의 得실변경 및 취득한 土地의 管理에 관하여 필요한 사항을 規定함을 目的으로 한다.

11) 법제처, 「법령입안심사기준」, 1996, 45面.

(2) 法令의 直接目的과 그 達成의 手段을 정한 것

<사례-1>

※環境汚染被害紛爭調整法

第1條(目的) 이 法은 環境汚染의 被害로 인한 紛爭을 신속하고 公正하게 解決하기 위하여 斡旋·調停 및 裁定的 節次등을 規定함으로써 國民의 健康 및 財産상의 被害를 救濟함을 目的으로 한다.

(3) 法令의 直接目的과 그 達成수단외에 공공복리의 향상등 高차의 目的까지를 정하고 있는 것

①달성수단→직접목적→고차의 목적

<사례-1>

※特定多目的댐法

第1條(目的) 이 法은 多目的댐의 建設 및 管理에 關하여 河川法의 特例에 關한 사항과 建設投資金의 回轉活用 및 水沒移住民의 支援에 關한 사항등을 規定함으로써 多目的댐의 建設을 촉진하고 水資源을 합리적으로 개발·이용하여 國民經濟의 발전을 도모함을 目的으로 한다.

②직접목적→달성수단→고차의 목적

<사례-1>

※計量및測定에關한法律

第1條(目的) 이 法은 計量 및 測定에 關한 國家標準을 확립하고 이의 體系의 普及과 統一의 적용으로 적정한 計量 및 測定의 실시를 확보하여 産業의 先 進化에 이바지함을 目的으로 한다.

(4) 立法의 動機까지 規定한 것

<사례-1>

※産業教育振興法  
 第1條(目的) 이 法은 産業教育이 國家經濟의 발전과 國民生活 향상의 기초임에 비추어 産業教育을 통하여 勤勞精神을 함양하고 産業技術을 習得시켜 創造能力을 培養함으로써 國民經濟의 발전에 이바지할 수 있는 産業人力의 養成에 필요한 産業教育의 振興을 目的으로 한다.

3. 目的規定의 例外

위에서 보는 것처럼 통상의 목적규정은 그 법령의 입법목적을 간결하게 표현한 것으로서, 그 법령이 달성하고자 하는 목적을 이해하기 쉽게함과 동시에 그 법령의 다른 조문의 해석에도 도움이 되도록 하려는 취지에서 두게 된다. 그러나 法令에 따라서는 目的規定에서 그 법령에 규정되어 있는 사항의 내용을 요약한 것을 표현하거나 입법목적이나 법령에서 규정하는 사항의 내용을 직접적으로 언급하지 아니하고 간접적으로 그 法令의 趣旨를 언급하는 경우가 있다. 이러한 것을 표현하고 있는 법령은 第1條에서 「目的」이라는 제목을 붙이고 있으나, 그 실제적 내용을 볼 때 법령의 「목적」이라기 보다는 「趣旨」으로서의 성격이 강하다고 할 수 있다. 이러한 입법취지적인 내용을 담은 목적규정을 두고 있는 법령은 주로 법률의 위임에 의거한 명령·규칙에 두는 경우가 많다. 명령이나 규칙은 이미 일정한 입법목적에 지닌 법률의 보충적 총목적인 것이므로 목적규정을 둘 필요성은 적기 때문이다.

취지적 성격을 가진 목적규정은 「이 법은 ○○에 관하여 필요한 사항을 규정함을 ……」이라고 하는 것이 일반적이다.

<사례-1>

※건설기계저당법시행령  
 제1조(목적) 이 영은 건설기계저당법의 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

<사례-2>

※방문판매등에관한법률시행령

제1조(목적) 이 영은 방문판매등에관한법률(이하 “법”이라 한다)에서 위임된 사항과 그 시행에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

위의 사례외에 「○○에 관해서는(○○에 규정한 것외에는) 이 법이 정한 바에 의한다」라는 형식이 있다. 이것은 당해 법령이 규정하려는 사항에 관하여 달리 규정한 법령이 있음을 주의적으로 나타내기 위하여 사용하는 경우가 많다. 또한 이 방법은 당해 법령이 一般法 또는 特別法인 성질을 가진다는 실체적 의미, 즉 달리 특별한 규정이 없는 한 이 법령이 적용되거나 또는 어떤 사항에 관해서는 이 법령이 우선적으로 적용된다는 의미를 가지려 하는 경우에 사용된다.

<사례-3>

※소액사건심판규칙

제1조(준거법) 소액사건의 심판에 관해서는 소액사건심판법(이하 “법”이라 한다)에 규정한 것외에는 이 규칙의 정한 바에 의한다.

그리고 목적규정과 관련하여 각종 公社·公團 등 공법인의 조직을 정할 것을 목적으로 하는 법률의 경우에는 그 법률에 의하여 설립되는 공법인의 설립목적 자체를 정하는 규정을 첫머리에 두는 것이 통례이다. 각종 공사·공단법에 있어서는 법인설립목적이 동시에 그 법률의 입법목적이기도 하기 때문에 그러한 형식을 취하고 있으나, 그 설립목적으로 언급된 사항에 의하여 그 법인의 권리능력이 제약되는 것이므로 이 경우의 목적규정은 그러한 의미에서 통상의 목적규정과 약간 다른 실질적 의의를 가진다.

<사례-4>

※韓國土地公社法  
 第1條(目的) 이 법은 韓國土地公社(이하 “公社”라 한다)를 設立하여 土地를 취득·관리·開發 및 供給하게 함으로써 土地資源의 효율적인 이용을 촉진하고 國土의 종합적인 이용·開發을 도모하여 건전한 國民經濟의 발전에 이바지함을 目的으로 한다.

### Ⅲ. 定義規定

#### 1. 意義

최근의 법령 가운데 특히 조문수의 다수가 하나로 된 내용을 가지는 것등에 관해서는 목적규정에 이어서 그 법령 가운데에서 사용되는 기초적인 중요한 용어 또는 그 법령에 관한 일반적인 용법과 약간 다른 의미를 지니게 사용하는 용어등의 정의를 하나의條(또는 복수의 조)로 정리하여 규정하는 경우가 많다. 이것을 定義規定이라고 한다. 정의규정은 모든 법령에 반드시 설치되어야 하는 것은 아니다. 다만 그 법령에서 사용되는 기초적인 중요한 용어의 意義를 명확히 하거나 또는 그 법령에서 일반적인 의미와는 다소 다른 의미로 사용할 필요가 있을 경우에는 그 용어의 해석상의 의의를 명백히 규정할 필요가 있기 때문에 이러한 경우에 설치하는 규정이다. 용어의 의의는 일반적으로 국어적 또는 사회통념에 의해 정하는 것이나 광협의 폭이 있거나 다의적인 경우도 있다. 이러한 경우에는 어떠한 의미에서 그 용어를 사용하는가를 명확히 해둘 필요가 있으며, 이 경우 정의규정을 두는 것이다.<sup>12)</sup>

과거에 있어서는 법령에서 사용하는 용어에 대한 정의규정을 두지 않은 것은 아니지만 그것은 오히려 예외이며, 다소 특수한 의미로 사용되는 용어에 대하여도 부득이한 경우가 아니면 아무런 정의도 내리는 일이 없이 이를 사용하고 그 의미는 오로지 법원의 판례나 주무부처의 법령해석지침등에 의존하는 것이 일반

12) 定義規定에 관한 자세한 내용은 李益鉉, 「用語定義規定에 관한 연구」, 법제처, 법제연구총서(법제개선자료 2집), 1995, 129~153面 참조.

적이었다. 그러나 그러한 방식은 法令民主化의 견지에서 바람직하지 못하며, 또한 국가기관의 자의적인 해석에 맡겨지는 경우가 많아서 많은 비판을 받아왔다. 따라서 현재에는 법령의 대부분이 가능한 한 다수의 정의규정을 두고 있다. 그러나 법령 가운데 어떤 용어를 정의할 필요가 있는가의 여부는 그 용어가 가지고 있는 의미의 다양성과 그 용어가 법령상 차지하는 법적 효력의 중요성 여하에 따라 합리적으로 판단할 수 밖에 없을 것이다.<sup>13)</sup>

그리고 정의규정을 둔 이상 그 정의는 될 수 있는 한 엄밀하고 명확한 것이어야 한다. 법령규정의 전체를 통하여 애매모호함을 제거하는 노력을 하지 않으면 안된다. 정의규정에 관해서는 그 성격상 특히 그 점을 유의할 필요가 있다. 사회통념상 일정한 의미가 있는 용어를 법령에서도 그대로 사용하더라도 특히 다툼이 없는 것으로 생각되는 경우에는 그 용어를 정의할 필요가 없으며, 이러한 용어에까지 정의를 두게 된다면 오히려 법령의 이해가능성을 저해하게 된다. 또한 정의규정을 두는 데에는 통상의 용법과 현저히 거리가 먼 정의를 하는 것은 바람직하지 못한 것이다. 따라서 정의규정을 두는 경우에 주의하여야 할 사항은 ①定義하여야 할 것인가(정의할 필요가 있는가), 정의하려는 경우에 어떻게 정의할 것인가(정의에 과부족이 생기지 않도록)라는 점에 유의하고, ②定義한다면 어떠한 의미로 용어를 사용해도 좋은 것이 아니라, 일반적으로 그 용어가 지니고 있는 의미에 포함되지 않은 특수한 의미를 부여하려는 것은 피하여야 할 것이다.

13) 「특가법 제4조제1항 소정의 “정부관리기업체”가 어떤 기업체를 가리키는가에 관하여 특가법 자체에는 아무런 규정이 없고 같은 법 시행령을 보아도 그 제2조에서 “법 제4조 제1항의 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 수 밖에 없는데, “정부관리기업체”라는 용어의 정의를 평명하게 풀이해 보면 일응 “정부가 관리하는 기업체”를 말한다고 볼 수 있겠으나 “정부”, “관리” 및 “기업체”라는 세가지 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. (特定犯罪加重處罰等에 관한法律 제4조 違憲訴願, 1995.9.28. 93헌바50).



## 2. 作成方法

### (1) 총칙적 규정으로서의 정의규정

총칙적 규정으로서의 정의규정은 법령에서 중요한 의의를 가지는 용어나 빈번하게 사용하는 용어에 관해 요약하여 규정하여, 목적규정의 다음에 두는 것이 일반적이다. 총칙적 규정으로서의 정의규정은 당해법령의 전체에 미친다.

용어의 定義에 관한 규정의 기본형은 「이 법(영, 규칙)에서 “○○”이라 함은 ……을 말한다」라는 방식이다. 정의하여야 할 용어가 2개 이상인 때에는 그 용어별로 몇개의 項 또는 號로 나누어 열기한다. 또한 그다지 중요하지 않은 용어나 빈번하게 나오지 않는 용어에 관하여는 定義規定의 형태가 아니라 법령 중에 그 용어가 수시로 나오는 곳에서 정의를 내려 둔다.

#### <사례-1>

※産業技術情報院法

第2條(定義) 이 법에서 “데이타베이스”라 함은 國內·外의 産業·貿易 및 産業技術에 관한 情報를 體系的으로 蒐集·처리하여 컴퓨터등 電子計算組織에 의하여 蓄積 및 檢索할 수 있도록 한 情報의 集合體를 말한다.

#### <사례-2>

※半導體集積回路의配置設計에관한法律

第2條(定義) 이 법에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.

1. “半導體集積回路”라 함은 ……(생략)
2. (생략)
3. (생략)
4. “利用”이라 함은 다음 各目的 1에 해당하는 행위를 말한다.
  - 가. 配置設計를 複製하는 행위
  - 나. (이하 생략)

<사례-3>

※男女雇傭平等法

第2條의2(定義) ①이 法에서 “差別”이라 함은 事業主가 勤勞者에게 性別, 婚姻 또는 家族上의 地位, 妊娠등의 사유로 合理的인 이유없이 採用 또는 勤勞의 조건을 달리하거나 기타 불이익한 措置를 취하는 것을 말한다.

②(생략)

③現存하는 差別을 解消하기 위하여 國家, 地方自治團體 또는 事業主가 暫定的으로 특정 性의 勤勞者를 優待하는 措置를 취하는 것은 이 法에서 말하는 差別로 보지 아니한다.

(2) 기술적인 정의규정

입법에 있어서 특히 창작한 용어(예를 들면 「특정○○」, 「제1종○○」 등)에 정의를 하는 경우가 있다. 본래적 의미에 있어서 정의규정이 用語의 意義에 사회통념상 광협의 폭이 있거나 해석의 여지가 있기 때문에 그 용어의 의의, 용법을 확정하기 위하여 설정하는 것이라면 이것은 이러한 용어를 당해법령의 주요한 개념으로서 사용하기 위한 技術的인 定義規定이다.

<사례-1>

※高壓가스安全管理法

第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.

1. ~ 4. (생략)

5. “特定施設”이라 함은 貯藏탱크 및 通商産業部令이 정하는 高壓가스關聯設備를 말한다.

<사례-2>

※資源의節約과再活用促進에관한法律

第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.

1. ~ 2. (생략)
3. “第1種指定製品”이라 함은 사용되었거나 사용되지 아니하고 버려진 후 收去되어 그 전부 또는 일부를 再活用하는 것이 그 資源의 효율적 이용을 위하여 특히 필요하고 再活用이 쉽도록 製品의 構造나 才質의 개선등이 필요한 製品으로서 大統領令이 정하는 製品을 말한다.
4. ~ 9. (생략)

(3) 괄호에 의한 정의규정

①법령중에 부분적으로만 사용하는 용어에 관하여 정의를 하는 경우(당해용어에 관해서는 총칙적 규정으로서의 정의규정을 두고 있지 않은 경우 -다른 용어에 관해서는 총칙적 규정으로서의 정의규정을 두는 것이 있을 수 있다)에는 개개의 규정중에 괄호로서 이를 표시한다. 또한 당해규정이 법령에 있어서 중요한 의미를 가지는 用語나 빈번하게 사용되는 용어라도 법령전체의 구성으로 부터 정리된 定義規定을 둘 필요가 없는 경우에 당해용어에 관하여 정의를 하는 경우에도 개개의 규정중에 괄호로서 표시한다.

이러한 경우에 있어서 정의규정을 작성하는 방법은 「(.....을 말한다. 이하 같다)」의 방법과 「(이하 “.....”라 한다)」라는 방법이 있다. 前者는 어떤 자구를 설명하는 형태로 정의하는 경우에 사용하며, 後者는 어떤 자구를 요약하는 형태로 정의하는 경우에 사용한다. 이러한 정의규정은 그 두어진 위치이후의 규정에 미친다. 따라서 그 용어가 법령중에서 최초로 사용되는 곳에 정의하는 것이 통례이다.

법령의 규정중에 괄호를 사용하여 정의하는 경우에는 당해 괄호내에서 표시되는 범위에서 사용되지만 그 규정된 위치이후의 동일한 내용에 대하여만 효력을 미치며, 그 위치보다 앞에 동일한 용어가 있더라도 그에 미치는 것이 아니다.

<사례-1>

※醫療保護法

第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.

1. “醫療保護診療機關”이라 함은 醫療保護對象者(이하 “保護對象者”라 한다)에 대한 診療를 담당하기 위하여 保健福祉部長官, 特別市長·廣域市長·道知事(이하 “市·道知事”라 한다) 또는 市長·郡守·區廳長(自治區의 區廳長을 말한다. 이하 같다)이 지정한 醫療機關을 말한다.
2. (이하 생략)

②자구를 정의하는 경우에 그 자구로 부터 일정한 것을 제외하거나 그 자구에 일정한 것을 포함시키거나 또는 그 자구를 일정한 것에 한정하거나 그 자구를 일정한 경우에 다른 자구로 치환하는 것으로서 정의하는 경우가 있다. 이 경우에는 「(……을 제외한다. 이하 같다)」, 「(……을 포함한다. 이하 같다)」, 「(……에 한한다. 이하 같다)」, 「(……인 때에는 …… 이하 같다)」라고 작성한다.

<사례-2>

※農漁村電化促進法

第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.

1. ~ 2. (생략)
3. “單位工事”라 함은 이 法에 의하여 未電化地域의 電氣供給을 促進하기 위하여 행하는 電氣施設工事로서 電氣事業者가 하나의 集團工事로 인정하는 配電施設工事(送電·變電施設工事を 제외한다. 이하 같다) 또는 ……(이하 생략)

<사례-3>

※藥事法

第2條(定義) ①이 法에서 “藥事”라 함은 醫藥品·醫藥部外品·化粧品·醫療用具 및 衛生用品의 製造·調劑·鑑定·保管·輸入·販賣(授與를 포함한다. 이하 같다)와 기타 醫學技術에 관련된 事項을 말한다.

②~⑭(생략)

<사례-4>

※地價公示및土地등의評價에관한法律

第7條(公示地價의 閱覽등) 建設交通部長官은 第4條의 規定에 의하여 地價를 公示한때에는 그 내용을 特別市長·廣域市長 또는 道知事를 거쳐 市長·郡守 또는 區廳長(地方自治團體인 區의 區廳長에 한한다. 이하 같다)에게 송부하여 一般으로 하여금 閱覽하게 하고, 大統領令이 정하는 바에 따라 이를 圖書·圖表등으로 작성하여 關係行政機關등에 供給하여야 한다.

<사례-5>

※訪問販賣등에관한法律

第33條(契約締結전의 告知義務) ①多段階販賣者가 商品의 販賣 또는 用役의 제공에 관한 契約을 체결하고자 하는 때에는 契約의 相對方(多段階販賣業者가 多段階販賣員 또는 消費者와 契約을 체결하고자 하는 때에는 多段階販賣員 또는 消費者를, 多段階販賣員이 消費者와 契約을 체결하고자 하는 때에는 消費者를 말한다. 이하 같다)이 契約의 내용을 이해할 수 있도록 通商産業部令이 정하는 바에 따라 다음 各號의 사항을 相對方에게 書面으로 告知하여야 한다.  
1. ~ 9. (이하 생략)

③괄호로서 행한 정의가 미치는 조항을 한정하여 사용하는 경우에는 괄호중에서 그 뜻을 규정하여 「(이하 이 條에서 “……”라 한다)」, 「(……을 말한다. 이하 이 條에서 같다)」라고 한다. 이 경우에 「이 조」, 「이 항」, 「이 장」과 같이 「이……」라는 경우에는 「이하……」라고 하며, 「이……」라고 하지 않은 경우에는 「이하……」라고 하지 않는다.

<사례-1>

※産業立地및開發에관한法律

第38條(開發한 土地·施設등의 처분) ①事業施行者가 開發한 土地·施設등을 分讓·賃貸·讓渡(이하 이 條에서 “처분”이라 한다)하고자 할 때에는 處分計劃을 작성하여 工業配置및工場設立에관한法律 第30條의 規定에 의한 管理機關과 協議하여야 한다.

<사례-2>

※컴퓨터프로그램保護法

第3條(外國人의 프로그램) ①外國人(外國法人을 포함한다. 이하 이 條에서 같다)의 프로그램은 大韓民國이 加入 또는 체결한 條約에 따라 보호를 받는다.

(4) 시행령·시행규칙 등에 있어서의 용어의 의의

법률의 위임에 의거한 시행령이나 시행규칙에 있어서 사용되는 용어는 당연히 상위법에서 사용되고 있는 것과 같은 의의로서 사용되어야 할 것이므로 상위법에서 설정된 정의규정을 하위법에서 다시 언급할 필요는 없다. 다만 上位法에서 사용되는 용어의 의의를 한정하여 사용하거나 상위법에서 사용되는 용어를 그대로 사용하기에는 혼동의 우려가 있는 경우에는 下位法에서 정의규정을 둘 필요가 있다. 또한 상위법에서 사용되지 않은 용어를 하위법에서 사용하는 경우에는 하위법에서 정의규정을 둘 필요가 있다.

<사례-1>

※증권거래법시행령

제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 법이 정하는 바에 의한다.

※증권거래법시행규칙

제1조의2(정의) 이 규칙에서 사용하는 용어의 정의는 법 및 영이 정하는 바에 의한다.

<사례-2>

※국세기본법시행령

제1조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 국세기본법(이하 "법"이라 한다)이 정하는 바에 의한다.

〈사례-3〉

※진폐의예방과진폐근로자의보호등에관한법률시행령  
제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 이 영에 특별히 규정이 있는 경우를 제외하고는 법이 정하는 바에 의한다.

〈사례-4〉

※교통안전법시행령  
제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 법 제2조의 규정에 의하는 외에 다음 각호와 같다.  
1. "관할관청"이라 함은 당해 사업의 면허 또는 허가를 한 행정기관을 말하되, 비사업용 차량등에 대한 업무의 경우에는 그 차량등의 등록행정기관을 말한다.  
2. (이하 생략)

〈사례-5〉

※장애인고용촉진등에관한법률시행령  
제2조(정의) 이 영에서 사용하는 용어의 정의는 법과 고용정책기본법 및 직업안정법이 정하는 바에 의한다.

(5) 略稱規定

정의규정에 유사한 것으로서 이른바 「약칭규정」이 있으나 이것은 본래 정의를 제시하는 것이 아니라, 略稱을 됴으로써 법령의 규정의 간소화를 도모하고 생략효과를 목적으로 하는 것이다. 따라서 양자는 그 본질을 달리하는 것이므로 서로 혼동하여서는 아니될 것이다.<sup>14)</sup> 또한 약칭규정은 생략효과를 거두는 취지에

14) 「定義規定」은 용어의 의미에 사회통념상 광협의 폭이 있거나 해석의 여지가 있는 경우에 어떠한 의미로 그 용어를 사용할 것인가를 명확히 하기 위하여 두는 것이며, 「略稱規

서 그것이 사용되는 것이므로 원칙적으로 항상 그 후의 부분은 약칭을 사용할 필요가 있다.

약칭규정에 관해 주의하여야 할 사항으로는 ①약칭자체가 적절한 것이어야 한다. 약칭이라고 하더라도 어떠한 약칭으로 하여도 좋다는 것이 아니라 적절한 약칭이어야 한다. ②어느 범위의 字句를 약칭하는가가 명확하여야 한다. 즉, "A, B 및 C"라는 자구전체를 약칭하는 경우에는 "A, B 및 C(이하 「A등」이라 한다)"라고 한다면 「A등」이라는 자구로 부터 그것이 「A, B 및 C」전체를 지시하고 있다는 점이 이해된다. 그리하여 「A등」이라기 보다 「D」라고 하는 편이 약칭으로서 적당한 경우에는 "A, B 및 C(이하 「D」라고 한다)"라고 하거나, "(이하 「D」라고 한다)"라고 한것만으로는 이해하기 어려운 경우에는 "(이하 ○○을 합하여 「D」라고 한다)"라고 하는 것이 타당하다.

定」은 일정한 길다란 표현을 반복하는 것을 피하기 위하여 이를 약하여 법문을 간결하게 하기 위하여 사용하는 것이다. 정의규정과 약칭규정은 이와 같이 구별되나 법문중의 용어의 의미내용을 한정한다는 점에서는 공통된 기능을 가지고 있다. 따라서 정의규정과 약칭규정을 구분하는 실익은 없다고 생각되나, 양자의 차이점을 살펴보면 다음과 같다.

①定義規定의 본래적인 의미를 살펴보면 정의의 대상이 되는 용어는 「사회통념상 일정한 의미를 가지는 용어」이며, 이러한 용어에 관해서 「그 용어의 의의에 사회통념상 광범의 폭이 있거나 해석의 여지가 있는 경우」에 정의의 필요가 발생하는 것이며 정의규정을 둔 다라고 한다. 여기에서 「社會通念上 일정한 의미를 가지는 용어」라는 것은 이른바 일상 보통에 사용되는 언어(일상용어)이며, 그것은 국어사전에 掲載되어 있는 언어 또는 전문 용어적인 것이라도 일반화되고 있는(적어도 당해법령의 적용되는 사회에서는 일반화되어 있는 것)언어가 된다. 그러나 실제상 용어에 정의규정이 설정되는 경우는 이러한 본래적 의미에서 용어를 정의하는 경우에 한하지 않는다. 입법에 의해 새로운 제도를 창설하거나 새로운 규제를 행하는 경우에는 기존의 일상용어가 아닌 새로운 용어(개념)을 창설할 필요가 발생하며, 그 새로운 용어를 어떠한 의미로 사용할 것인가가 정해지지 않으면 안 되기 때문이다. 또한 일정한 용어의 직후에 괄호로서 주석이 부가되고 있는 경우에 이 「주석」의 실질적 내용은 「단서」나 「후단」이나, 법문을 간결하게 하기 위하여 괄호로 되어 있는 것이 적지 않고 그리하여 이 주석을 덧붙인 의미에서 그 용어를 이후에도 사용하는 경우에는 괄호중에 「이하 같다」라고 작성되며 정의규정이 된다.

②略稱規定에 관해서 「약칭」은 「일정한 긴 표현」을 단순히 약하는 것에 한정하지 않고 총칭적인 것이나 별도의 용어로 치환한 것도 있다. 이 경우 그 약칭이 일상용어에 가깝거나 「특정○○」이라는 기술적인 경우에는 정의규정에 있어서도 같은 용어가 사용된다.



<사례-1>

※都市再開發法

第9條(地方自治團體등의 施行) ①市長·郡守 또는 區廳長은 다음 各號의 1에 해당하는 사유가 있을 때에는 第8條의 規定에 불구하고 직접 再開發事業을 施行하거나 大韓住宅公社·韓國土地公社(都心再開發事業에 한한다) 또는 地方公企業法 第49條의 規定에 의하여 再開發事業의 施行을 事業種目으로 하여 設立된 地方公社(이하 이들 公社를 합하여 “公社”라 한다)중에서 施行者를 지정하여 再開發事業을 施行하게 할 수 있다.

1. ~ 8. (이하 생략)

약칭규정의 주된 것을 유형화하면 다음과 같다.

①긴명사의 일부를 사용한 경우

<사례-1>

※社會保障基本法

第16條(社會保障審議委員會) 社會保障에 관한 主要施策을 심의하기 위하여 社會保障審議委員會(이하 “委員會”라 한다)를 둔다.

<사례-2>

※海洋汚染防止法

第15條(國際協約規定의 적용) 國際協約에서 規定하는 有害液體物質의 分類가 이 法에 의한 分類와 다를 때에는 1973年船舶으로부터의汚染防止를위한國際協約 및 1973年船舶으로부터의汚染防止를위한國際協約에 관한1978年議政書(이하 “國際協約”이라한다)의 附屬書II의 規定에 따른다.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

② 병렬하는 자구를 약칭한 경우

〈사례-1〉 최초의 자구에 「등」을 부가한 자구를 사용한 것

※ 高壓가스安全管理法

第5條(容器·冷凍機 및 特定設備의 製造許可) ①容器·冷凍機 또는 特定設備(이하 “容器등”이라 한다)를 製造하고자 하는 者는 市·道知事の 許可를 받아야 한다. 許可받은 사항중 通商産業部令이 정하는 重要사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

②~④(생략)

〈사례-2〉 총괄적인 자구를 사용한 것

※ 都市公園法

第7條(兼用工作物の 管理) ①都市公園 또는 公園施設과 河川·道路·上下水道 기타 施設이나 工作物(이하 “다른 工作物”이라 한다)등이 상호 그 效用을 兼하는 경우에는 公園管理廳과 다른 工作物の 管理者는 協議에 의하여 그 管理方法을 따로 定할 수 있다. 다만, 다른 工作物の 管理者가 非行政廳인 경우로서 都市公園을 관리하는 경우에는 都市公園에 관한 工事와 維持·修繕 이 외의 管理는 할 수 없다.

②~③(생략)

③ 약칭하는 자구의 일부를 조합시킨 용어를 사용하는 경우

〈사례-1〉

※ 地方自治法

第13條(住民의 權利) ②國民인 住民은 法令이 정하는 바에 의하여 그 地方自治團體에서 실시하는 地方議會議員 및 地方自治團體의 長의 選舉(이하 “地方選舉”라 한다)에 참여할 權利를 가진다.

④수식어를 붙이고 있는 경우

<사례-1>

※大氣環境保全法

第8條의3(大氣環境規制地域의 지정) ②市·道知事は 大氣環境規制地域이 지정·告示된 때에는 環境部長官의 승인을 얻어 당해 地域에 대하여 環境基準을 달성·유지하기 위한 計劃(이하 “實踐計劃”이라 한다)을 수립·施行하여야 한다.

<사례-2>

※水質環境保全法

第30條의2(特定施設의 設置申告등) ①水質을 汚染시킬 우려가 크다고 인정되는 시설로서 大統領令이 정하는 施設(이하 “特定施設”이라 한다)을 設置하고자 하는 者は 環境部令이 정하는 바에 의하여 環境部長官에게 申告하여야 한다. 申告한 사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

②~⑤(생략)

⑤괄호의의 자구로부터 일정한 것을 제외하거나 포함시켜 약칭한 경우

<사례-1>

※水質環境保全法

第29條(排出등의 금지) ①누구든지 正當한 사유없이 다음 各號의 1에 해당하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 公共水域에 特定水質有害物質, 廢棄物管理法에 의한 指定廢棄物, 石油事業法에 의한 石油製品 및 原油(석유가스를 제외한다. 이하 “油類”라 한다), 有害化學物質管理法에 의한 有毒物, 農藥管理法에 의한 農藥을 누출·유출시키거나 버리는 행위

2. ~ 4. (이하 생략)

⑥조항을 한정하여 약칭한 경우

<사례-1>

※流通産業發展法

第18條(다른 法律과의 關係) ①第17條第1項의 規定에 의한 示範都賣센터의 指定을 받은 者는 다음 各號의 許可·決定·認可·免許·同意·승인·解除 또는 처분 등(이하 이 條에서 “認·許可”라 한다)을 받은 것으로 본다.

1. ~ 11. (이하 생략)

#### IV. 解釋規定

##### 1. 意義

목적규정과 정의규정도 법령의 해석을 정확하게 수행하기 위한 지침을 제시하는 것이나, 이들보다도 더 직접적으로 그 법령의 解釋에 관한 방침을 명확히 하려는 목적에서 해석규정을 두는 예가 있다. 이러한 해석규정의 유형으로서는 ① 정면으로 단적으로 해석의 방침 내지 법률적용의 지침을 정하는 것과 ②법령의 적용의 한계를 명시하고 확장해석을 금지하는 것이 있다. 이러한 해석규정에 대하여는 비록 그것이 이론상 다소 무리한 해석이라고 생각되는 경우에도 그것은 법원이나 행정기관이 그 해석에 구속된다는데 커다란 의의가 있는 것이다.<sup>15)</sup>

解釋規定은 그 법령전반에 적용되는 것은 본칙 앞부분이나 뒷부분에 두게 되나 해당 규정에만 관계되는 것은 그 규정과 같은 장소에 둔다.<sup>16)</sup>

15) 해석규정과 관련하여 行政節次法 제4조제2항에서는 「행정청은 법령등의 해석 또는 행정청의 관행이 일반적으로 국민들에게 받아들여진 때에는 공익 또는 제3자의 정당한 이익을 현저히 해할 우려가 있는 경우를 제외하고는 새로운 해석 또는 관행에 의하여 소급하여 불리하게 처리하여서는 아니된다」라고 규정하고 있다.

16) 해석규정과 관련하여 공권력의 공정한 행사를 기하기 위하여 필요한 경우에는 출입조사권과 관련하여 “제1항의 출입조사의 권한은 범죄수사를 위하여 인정된 것으로 해석되어서는 아니된다”는 등의 해석규정을 둘 수도 있다. 법제처, 「법령입안심사기준」, 49面.

<사례-1>

※約款의 規制에 관한 法律

第5條(約款의 解釋) ①約款은 信義誠實의 원칙에 따라 公正하게 解釋되어야 하며 顧客에 따라 다르게 解釋되어서는 아니된다.  
②約款의 뜻이 명백하지 아니한 경우에는 顧客에게 有利하게 解釋되어야 한다.

<사례-2>

※割賦去來에 관한 法律

第4條(割賦契約의 書面主義) ①~③(생략)

④割賦契約이 第1項 各號의 要件을 갖추지 못하거나 그 내용이 불확실한 경우에는 賣渡人과 買受人간의 特約이 없는 한, 그 契約內容은 어떠한 경우에도 買受人에게 불리하게 해석되어서는 아니된다.

2. 作成方法

(1) 법령의 해석·운용의 지침을 단적으로 제시한 것

<사례-1>

※關稅法

第2條의2(이 法解釋의 基準, 遡及課稅의 금지) ①이 法의 解釋·適用에 있어서는 課稅의 衡平과 당해 條項의 合目的性에 비추어 納稅者의 財産權이 不當히 침해되지 아니하도록 하여야 한다.

<사례-2>

※淪落行爲等防止法

第3條(적용상 留意事項) 이 法을 解釋·적용함에 있어서는 國民의 權利가 不當하게 침해되는 일이 없도록 하여야 한다.

(2) 법령의 적용한계를 제시하고 확장해석을 금지한 것

<사례-1>

※國家保安法

第1條(目的等) ②이 法을 解釋適用함에 있어서는 第1項의 目的達成을 위하여 필요한 最小限度에 그쳐야 하며, 이를 擴大解釋하거나 憲法上 보장된 國民의 基本的人權을 부당하게 제한하는 일이 있어서는 아니된다.

(3) 어떠한 방향의 해석을 금지하는 것

<사례-1>

※著作權法

第35條(著作人格權과의 관계) 이 節 各條의 規定은 著作人格權에 영향을 미치는 것으로 解釋되어서는 아니된다.

## V. 기타의 總則的 規定

### 1. 適用範圍에 관한 規定

법령전체 또는 법령중의 일정한 조항을 어떤 범위에 한정하거나 또는 어떤 범위의 것을 제외하여 적용하여야 할 경우가 있다. 이러한 경우에 사용하는 것이 적용범위에 관한 규정이다. 適用範圍에 관한 규정이 법령전체 또는 그 대부분과 관련하는 경우에는 총칙적 규정으로서 두는 것이 일반적이나, 그것이 특정한 조항만에 관련하는 경우에는 당해조항의 직후에 두거나, 補則의 章에 두기도 한다. 결국 전체의 체계를 고려하여 어느 위치에 적용범위를 두는 것이 적당한가를 결정한다.

(1) 總則에 둔 경우

<사례-1>

※行政規制및民願事務基本法

第3條(적용범위) ①行政規制와 民願事務 및 苦衷民願의 처리에 관하여는 다른 法律에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 이 法에 정하는 바에 따른다.  
②이 法을 적용함에 있어서 行政機關에는 法令에 의하여 行政權限을 행사하거나 同權限을 위임 또는 委託받은 法人·團體 또는 그 機關이나 개인이 포함된다. 다만 大統領令이 정하는 法人·團體 또는 개인은 제외한다.

(2) 특정조항에 관련하여 당해조항의 직후에 둔 경우

<사례-1>

※保險業法

第197條의19(適用範圍) 이 章의 適用을 받는 保險事業者·保險金 또는 諸支給金の 支給등을 보장하는 保險契約의 범위는 大統領令으로 정한다.

(3) 補則의 章에 둔 경우

<사례-1>

※約款의規制에관한法律

第30條(適用範圍) ①이 法은 約款이 商法 第3編, 勤勞基準法 기타 大統領令이 정하는 非營利事業의 분야에 속하는 契約에 관한 것일 때에는 이를 適用하지 아니한다.  
②(삭제)  
③특정한 去來分野의 約款에 대하여 다른 法律에 특별한 規定이 있는 경우에는 이 法의 規定에 우선한다.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

현행 법령에서 적용범위에 관한 규정을 유형별로 살펴보면 다음과 같다.

<사례-1>

※公職選舉및選舉不正防止法

第2條(적용범위) 이 法은 大統領選舉·國會議員選舉·地方議會議員 및 地方自治團體의 長選舉에 적용한다.

<사례-2>

※職業訓練基本法

第3條(適用範圍) 職業訓練에 관해서는 다른 法律에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 이 法에 의한다.

<사례-3>

※環境汚染被害紛爭調整法

第1條의2(적용범위) 이 法은 放射能汚染의 被害로 인한 紛爭에 대하여는 적용하지 아니한다.

<사례-4>

※基礎科學研究振興法

第3條(適用範圍) 이 法은 基礎科學研究振興에 관하여 다른 法律에 우선한다.

<사례-5>

※産業安全保健法

第3條(適用範圍) ①이 法은 모든 事業 또는 事業場(이하 “事業”이라 한다)에 適用한다. 다만, 有害·위험의 정도, 事業의 종류·規模 및 事業의 所在地등을 고려하여 大統領令이 정하는 事業에 대해서는 이 法의 전부 또는 일부를 適用하지 아니할 수 있다.

②이 法과 이 法에 의한 命令은 國家·地方自治團體 및 政府投資機關에 이를 適用한다.



## 2. 理念規定 · 責務規定

「理念規定」이란 법령의 기본원리를 지시하는 것으로서 법령제정의 이념이나 방침을 강조하려는 경우에 규정되는 것이 많다. 「責務規定」이란 국가 또는 지방자치단체, 사업자, 주민 등의 책무를 제시하는 것이며 법령의 목적을 달성하기 위해서 이들 자에게 일정한 책무가 있음을 강조하려는 경우에 규정된다. 어느 것도 총칙적 규정으로서 목적규정 다음에 두는 것이 일반적이다. 이념규정과 책무규정은 그 표현이 지나치게 추상적이어서는 아니되며, 주요방향, 정책내용, 의무주체, 의무내용 등을 구체적으로 알 수 있도록 작성하여야 한다.

### 〈사례-1〉

#### ※女性發展基本法

第2條(基本理念) 이 법은 개인의 尊嚴을 기초로 하여 男女平等의 촉진, 母性의 保護, 性差別的 意識의 解消 및 女性의 能力開發을 통하여 健康한 家庭의 구현과 國家 및 社會의 발전에 男女가 共同으로 參與하고 責任을 分擔할 수 있도록 함을 그 基本理念으로 한다.

### 〈사례-2〉

#### ※地下水法

第3條(國家의 責務) 國家는 地下水에 대한 효율적인 보전 · 관리를 통하여 모든 國民이 良質의 地下水를 이용할 수 있도록 地下水에 關한 綜合的인 計劃을 수립하고 합리적인 施策을 강구할 責務를 진다.

## 第4節 實體規定에 관한 事項

### I. 意義

실체규정에 관한 사항이란 입법형식적으로 본칙과 부칙으로 대별되는 법령조문중에서 본칙에 규정되는 조문중 總則的 規定에 이어서 규정되는 것을 말하며, 실체규정은 당해 법령이 달성하고자 하는 입법목적을 구체적으로 실현하기 위한 가장 기본적인 내용을 規定하게 되며, 그것은 各法令의 本體的 部分을 이룬다. 法令의 本體的 部分을 이루는 실체적 규정을 어떻게 구성하고 배열할 것인가는 법령의 형식과 목적에 따라 매우 다양하기 때문에 이를 일률적으로 말하기는 곤란하다.<sup>17)</sup> 결국 법령에 있어서 실체적 규정을 작성하는 경우의 요점은 어떠한 이유(공공복리의 요청)에 의거하여, 어떠한 행위·사업을 대상으로, 어떠한 規制를 할 것인가라는 점에 있다. 이 경우에 다음의 세가지 점을 유의하여야 한다.

첫째, 법령에 의한 규제의 경우 그 效果에 대한 고려이다. 인간의 사회생활은 법의 예에도 도덕, 관습 등 다양한 것에 의해 규제를 받는다. 일정한 행정목적은 달

17) 실체적 규정의 내용을 분야별로 개관하면 ①行政作用法令중 영업관련법령에 있어서는 일정한 영업을 적법하게 영위할 수 있는 권리의 취득·변경에 관한 기본적인 사항으로서 영업허가등을 받을 의무, 결격사유 및 허가기준, 변경허가 및 영업을 승계에 관한 사항을 규정하고, 다음 영업의 운영에 관한 기본적사항으로서 일정기간내의 영업개시의무, 휴·폐업신고, 영업제한사항, 위생·안전관리 기타 영업자의 준수사항, 생산제품의 표시 및 규격사항등이 규정되며, 마지막부분에 영업자에 대한 지도·감독사항으로서 출입·검사, 행정지도 및 개선명령, 위반시의 영업정지 및 취소등 행정처분, 과징금 및 청문 등에 관한 사항이 규정된다. ②行政組織關聯法令중 법인의 설립에 관한 법령에 있어서는 주로 법인격, 정관 및 설립등기, 이사회, 임원수·임면·결격사유등, 사업 내지 업무범위, 사업계획, 자금차입·채권발행등 당해 법인의 업무집행 및 재정에 관한 사항등이 규정된다. ③國土利用·環境·農地등 국토의 보전과 이용에 관한 법령에 있어서는 중장기계획등 행정계획, 필요한 용도지역·보전지역의 지정, 동지역안의 각종 행위제한, 제한행위의 인·허가, 훼손지의 원상회복등 개선조치 및 각종 부담금의 부과·징수등이 규정된다. ④農漁村發展, 中小企業支援, 과학기술진흥등 일정분야의 경제활동의 지원이나 개발촉진법령에 있어서는 주로 보조·융자등 금융지원, 세제지원 및 기술지원, 특정분야 사업추진에 대한 인·허가의 특례, 입지선정지원등에 관한 내용이 규정된다. ⑤社會保障이나 社會福祉의 증진을 위한 법령에 있어서는 각종 생활지원수당, 자녀학비보조등 교육보호 및 의료보호 등에 관한 내용이 규정된다. 법제처, 「법령입안심사기준」, 53~55면.

성하려는 경우에도 강제력을 수반한 법적인 규제보다도 다른 방법에 의하는 것이 효과적인 경우도 적지 않으며 또한 사회의 自主的인 작용에 맡기는 것이 적당한 경우도 있다. 따라서 법령에 의한 규제가 적당한가의 여부, 법령에 의한 규제 이외의 적당한 방법이 있는가라는 점을 우선적으로 고려하지 않으면 안된다. 이어 법령에 의한 규제가 적당하더라도 어떠한 내용의 법령에 의하면 公共福利의 요청에 입각하여 행정기관이 가지는 목적을 보다 효과적으로 달성할 수 있는가라는 점을 고려하여야 할 것이다.<sup>18)</sup>

둘째, 基本的人權에 대한 배려이다. 법령은 국민의 자유와 권리를 제한하는 것이므로 그러한 제한이 인정되기 위해서는 충분한 이유가 존재하여야 한다. 또한 국민의 자유·권리의 제한이 인정되더라도 그것은 필요최소한에 그쳐야 함은 헌법이 정하는 기본권보장의 원칙에서 당연한 것이라 할 수 있다. 이와 관련하여 憲法裁判所에서도 「국가가 국민의 기본권을 제한하는 입법활동을 함에 있어서는 ……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 기본권의 조치가 입법목적달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교衡量할 때 보호되는 공익이 더 커야한다(법익의 균형성). ……위와 같은 요건이 충족될 때 국가의 입법작용에 비로소 정당성이 인정되고 그에 따라 국민의 수인의무가 생겨나는 것으로서, 이러한 요구는 오늘날 법치국가의 원리에서 당연히 추출되는 확고한 원칙으로서 부동의 위치를 점하고 있으며, 헌법 제37조제2항에서도 이러한 취지의 규정을 두고 있는 것이다」라고 판시하고 있다.<sup>19)</sup>

셋째, 制度的 側面에 대한 고려이다. 법령상의 규제조치는 하나의 제도로서의 성격을 가지므로 그 규제를 받는 국민은 이른바 제도의 이용자로서의 입장에서 서

18) 「무릇 국가가 입법, 행정등 국가작용을 함에 있어서는 합리적인 판단에 입각하여 추구하고자 하는 사안의 목적에 적합한 조치를 취하여야 하고, 그 때 선택하는 수단은 목적을 달성함에 있어서 필요하고 효과적이며 상대방에게는 최소한의 피해를 줄 때에 한해서 그 국가작용은 정당성을 가지게 되고 상대방은 그 침해를 감수하게 되는 것이다」(國土利用管理法 제21조의3제1항, 제31조의2의 違憲審判, 1989.12.22. 88헌가13).

19) 國稅基本法 제35조제1항제3호의 違憲審判(1990.9.3. 89 헌가 95).

게 된다. 따라서 제도 그 자체가 이에 구속되는 국민에게 이해하기 쉽고 또한 부담이 적은 합리적인 것이 되도록 하여야 한다. 따라서 모든 법령에서 일정한 제도를 규정하는 경우에는 이러한 점을 고려하는 것이 대단히 중요하다. 그리고 행정절차도 행정의 의사형성의 과정으로서 하나의 제도를 구성하는 것이라고 이해된다. 법령에 의거한 행정운영이 공정하게 되기 위해서는 그 절차가 적정한 것이어야 할 것이 요구된다.<sup>20)</sup>

여기에서는 실체규정에 관한 사항을 事業規制法規, 助成法規, 資格賦與法規 등의 세가지 유형으로 나누어 살펴보기로 한다.

## II. 事業規制法規

事業規制法規라 함은 어떤 자가 사업을 영위하거나 어떤 業務와 行爲를 함에 있어서 행정기관으로 부터 허가, 인가, 확인을 받거나 행정기관에 등록, 신고를 하도록 하는 것등을 정하는 법령일반을 말한다. 현대국가에 있어서의 복리행정의 적극화에 따라 행정관계입법이 급격히 증가하고 있음은 세계적인 현상으로서, 우리 나라의 경우도 예외가 아니다. 특히 이들 행정관계입법은 적극적인 복리목적에 위하여 規制行政이 가장 많은 비율을 차지하고 있는 한편, 그러한 입법에서 특색적인 점으로서 다분히 행정편의주의적인 입장을 반영한 것으로 볼 수 있는 문제를 내포하고 있다는 사실이다.

따라서 事業規制法規를 규정하는데 있어서는 유의하여야 할 점이 대단히 많다. 즉 사업규제법규를 입안함에 있어서는 그 용어의 사용에 있어서 학문상 용어의 意義를 정확히 이해하여 적절히 사용한다든가 또는 그 신청·처리기준, 유효기간등에 관하여 조문배치나 구성을 어떻게 하여야 할 것인가 등에 관하여 신중하게 검토되지 않으면 안된다. 그러나 여기에서 사업규제법규의 여러 형태에 관하여 일일이 설명하는 것은 다소 불가능하므로, 그 대표적인 것이라 할 수 있는 許可制度를 설정함에 있어서의 기본적인 방향에 대해서 주로 설명하며, 기타

20) 行政節次法에서도 第5條에서 「행정청이 행하는 행정작용은 그 내용이 구체적이고 명확하여야 하며, 행정작용의 근거가 되는 법령등의 내용이 명확하지 아니한 경우 상대방은 당해 행정청에 대하여 그 해석을 요청할 수 있다. 이 경우 당해행정청은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다」라고 하여 行政의 透明性을 규정하고 있다.

사업규제법규의 공통사항에 관한 규정에 관하여도 살펴보기로 한다. 특히 허가제도에 관한 규정은 행정기관의 여러가지 처분에 대한 규정을 마련하는데 직접 응용이 가능하며 또한 기타의 규정을 쓰는 방법에도 응용할 수 있는 등 그 이용 범위가 넓기 때문에 사업규제법규를 쓰는 방법에 가장 적합하다고 볼 수 있다.

## 1. 許可制에 관한 規定

### (1) 許可制를 규정하는 경우의 유의점

원래 「許可(Erlaubnis)」란 법규로서 정하여진 일반적인 상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 그 금지된 행위를 할 수 있게하는 행정행위를 의미한다. 따라서 특정인에게 새로운 법률상의 힘을 설정하여 주는 행정행위인 「特許(Verleihung)」와 행정객체가 행하는 법률적 행위를 동의하여 그 행위의 법률상 효력을 완성시켜주는 행정행위인 「認可(Genehmigung)」와 구분되는 것이다. 그래서 허가에 있어서 허가를 받지 않고 금지된 행위를 하는 것은 부작위의 의무위반으로서 위법이 되며, 허가를 받음으로써 금지된 행위를 적법하게 행할 수 있게 된다. 즉, 허가제는 우선 허가의 전제로서 금지되는 행위가 존재하고 그것이 허가라는 행정행위(처분)에 의해서 해제되는 구조를 가지고 있다.

그러나 학문상 사용되고 있는 이러한 용어의 의미는 실정법상 혼용되어 사용하고 있기 때문에 法制實務上에 있어서는 이러한 용어가 학문상 구분에 있어서 어떠한 의미로 사용되고 있는가를 주의깊게 검토하여야 한다.<sup>21)</sup> 그리고 최근 행정기관입법에서는 적극적인 복리목적을 위한 規制行政이 증가하고, 그러한 규제 행정작용으로서의 허가가 증가하고 있으며, 나아가 그러한 허가는 종래의 소극적인 질서유지목적만을 위한 허가와는 달리 特許의 성질을 띤 것이 증대되고 있는 것이 지적되고 있다.<sup>22)</sup> 따라서 법령입안시에 있어서는 가능한 한 용어의 통일을 기하여 혼란이 발생하지 않도록 유의하여야 할 것이다.

21) 인·허가등에 관한 실정법상의 용례는 房基浩, 「認許可制度 設定의 基準」, 법제처, 법제연구총서, 1993, 24~39面 참조.

22) 자세한 내용은 李尙圭, 「最近 行政關係法律의 特色과 問題點」, 月刊考試 1987. 2., 63面 以下 ; 朴圭河, 「許可의 法的 性質과 效果」, 考試研究 1989. 11., 101面 以下 ; 金東熙, 「許可와 特許觀念의 兩檢討」, 月刊考試 1987. 11., 28面 以下 參照.

허가제를 규정하는 법령을 입안할 경우에 가장 중요한 요점은 허가의 단위를 어떻게 설정하는가(무엇에 관하여 허가를 필요로 하는가)라는 점이다. 허가의 단위를 어떻게 설정하는가라는 점이 허가제도전체의 구성을 결정한다. 즉, 許可單位의 設定은 허가신청의 개수나 허가신청서의 기재사항을 결정하는 요소가 되며 나아가 허가사항의 변경 등에도 영향을 미치게 되기 때문이다. 허가단위의 설정은 허가의 기본규정에 있어서 행해진다. 그래서 허가의 단위를 설정하는데 있어서는 그 논리적 전제로서 어떠한 이유로 어떠한 행위를 금지하는가라는 점에 관한 판단이 있지 않으면 안된다. 즉, 허가제를 규정하는 법령을 입안하는 경우의 첫번째 요점은 허가의 단위를 어떻게 설정하는가, 그 전제로서 어떠한 행위를 금지할 것인가라는 점을 고려하는데 있다. 즉, 허가제라는 제도를 설정하여 그 목적하는 바를 효과적으로 달성하고, 이를 집행하는 행정기관에게도 또한 이 制度의 規制를 받는 국민에게도 간명하고 적정한 것이 되기 위해서는 허가의 단위를 어떻게 설정하는가가 중심적인 사항이다. 그러나 허가의 단위를 어떻게 설정할 것인가, 그 전제로서 「禁止되는 行爲」를 어떻게 파악할 것인가는 반드시 일률적인 것이 아니다.

결국 許可制度를 규정하는데 있어서는 행정상의 편의만을 고려하여 무분별하게 이러한 제도를 채용하여서는 아니된다. 또한 필요에 있어서 이러한 허가제도 등을 채용하는 경우에도 그 제도의 내용으로서의 국민의 자유와 권리에 대한 제약은 필요최소한도에 그쳐야 한다. 특히 최근의 행정관계입법의 두드러진 특징으로서 대두되고 있는 규제행정작용으로서의 허가등이 대폭증대되고 있고, 나아가 그 요건이 강화되고 있는 시점에서 볼 때 국민의 자유와 권리에 대한 필요최소한도의 제한이라는 인식은 더욱 강조될 필요성이 있다.

둘째로, 許可制를 규정하는 경우의 유의점으로서 허가사항의 위임과 관련한 문제가 있다. 인·허가의 처분은 일반적으로 특정한 개인 또는 법인에 대하여 특별한 권리를 설정하거나 일반적 금지를 특정한 경우에 해제하는 등 어떠한 종류의 권익을 국민에게 부여하는 성질이 있다. 따라서 인·허가등의 처분에 관하여는 공공복리를 도모하는 입장에서 행정기관이 그 당부를 자유로이 판단해도 좋을 것이므로 국민의 자유와 권리를 제한하는 행위와 달리 엄격하게 법률에 구속될 필요는 없다는 주장이 있다. 그러나 인·허가처분은 국민에게 이익을 부여한다는 측면도 있으나 그 당부를 판단함에 있어서 행정기관의 자의를 방지한다

는 측면에서 법률에 그 根據規定을 두고 이에 따르도록하는 법치행정의 원리가 적용되어야 한다. 다만 모든 사항을 법률로 규정할 수는 없기 때문에 대부분의 사업규제법규에서는 인·허가처분의 기준으로서 일정한 요건을 명시하여 당해 처분의 판단근거를 법률에 규정하는 한편 인·허가절차나 방식에 관하여는 委任立法을 인정하고 있다.<sup>23)</sup> 그러나 이 경우에도 국민의 권리와 의무에 관계되는 입법사항에 관한 내용을 위임하는 것은 바람직하지 못하므로 委任立法의 範圍를 구체적으로 정하여 행정기관의 자의적 판단에 의하여 국민의 자유와 권리를 부당하게 제약할 위험성이 발생하지 않도록 위임입법의 명확화·한정화를 도모할 필요가 있다.

## (2) 許可制의 基本規定

허가의 기본규정은 통상 실체적 규정의 모두에 두며 허가를 받을 수 있는 主體, 허가를 받아야 할 사항 및 허가권자에 관하여 규정한다. 이러한 허가의 기본

23) 「이 사건 유료직업소개사업의 허가와 같은 경찰허가는 법령에 의하여 일반적으로 금지된 행위를 특정한 경우에 해제하여 일정한 행위를 적법하게 할 수 있도록 해 주는 행정행위로서 허가의 기준이 법령에 정하여진 경우에는 그 허가여부는 기속행위에 속하는 것이지만 허가기준이 법령에 정하여지지 않은 경우에는 그 허가는 허가관청이 허가 여부를 합목적적으로 판단하여 행하는 재량행위라고 할 것이다. 따라서 이 사건 유료직업소개사업의 허가도 법령에 허가기준에 관하여 특별한 규정이 없는 경우에는 허가관청인 노동부 장관의 재량에 속하는 것이고 또한 그 허가는 법률에 의하여 금지된 영업의 자유를 회복하는 것으로서 허가를 받아야만 영업을 할 수 있도록 하여 영업의 자유를 제한하는 것과는 근본적으로 성질을 달리 하므로 허가의 기준은 반드시 법률로써 정하여야 하는 사항은 아니라고 할 것이나, 허가에 관한 업무의 통일성, 허가관청의 재량권 남용방지 등을 위하여 허가의 기준을 설정하고 그 기준에 따라 허가업무를 수행하는 것이 바람직하여 직업안정법 제10조제1항에서 유료직업소개업을 하려면 허가를 받도록 하여 영업의 자유를 제한하면서 그 제2항에서는 허가의 종류, 요건 등 허가기준을 대통령령으로 정하여 허가를 허가기준에 따라 기속행위로 하도록 한 것이므로 위 제10조제2항을 헌법 제75조가 금지하는 포괄입법에 해당한다고 할 수 없다. 그리고 위임조항인 같은 법 제10조제2항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명확히 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 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다.……」(職業安定및雇傭促進에관한法律 제10조제2항 등 違憲訴願, 1996.10.31. 93헌바14).

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

규정에 관한 입법례를 살펴보면 다음과 같다.

①허가와 금지를 동시에 규정한 경우

〈사례-1〉 동일조문으로 규정한 경우

※相互信用金庫法

第6條(營業의 認可) ①相互信用金庫의 業務는 다른 法律에 特別한 規定이 있는 경우를 제외하고는 財政經濟院長官의 認可를 받지 아니고는 이를 영위할 수 없다.

〈사례-2〉 다른 조문으로 규정한 경우

※典當舖營業法

第2條(典當舖營業의 許可) ①典當舖主가 되려는 者는 大統領令이 定하는 節次에 의하여 營業所마다 그 所在地를 管轄하는 警察署長의 許可를 받아야 한다.

第5條(無許可營業의 禁止) 典當舖主가 아닌 者는 典當舖營業을 하여서는 아니 된다.

②허가만을 규정한 경우

〈사례-3〉

※電氣事業法

第5條(事業의 許可) ①一般電氣事業 또는 發電事業을 하고자 하는 者는 供給區域 또는 供給地點別로 通商産業部長官의 許可를 받아야 한다. (이하 생략)

위의 기본규정 가운데 근래의 입법례는 〈사례-1〉 또는 〈사례-3〉의 형식을 취하는 경우가 많으며, 양자중 특히 〈사례-3〉의 입법례가 많다. 〈사례-2〉의 형식은 비교적 오래된 營業(사업)規制法規에서 나타난다. 영업을 허가제로 하고 허가를 받은 자 이외의 자의 영업을 금지하는 규정을 허가규정의 다음에 두고 있



다. 금지규정에 있어서 「금지」는 「허가」의 논리적 전제로서의 「금지」이다. 이 형식을 취하는 경우에는 「금지」의 취지가 법문상 명확히 제시되어 금지규정위반에 대해서 벌칙규정을 둔다. 다만 이 금지규정을 두지 않고 허가규정만을 두어도 당해허가규정위반에 대해서 벌칙규정을 둔다면 실질적으로는 마찬가지가 되므로 <사례-3>의 형식에 의하는 것이 좋으며 또한 「금지」의 취지를 나타낸 것이라면 번거롭게 조문을 두곳에 두는 <사례-2>의 형식 보다 <사례-1>의 형식도 타당하다. 근래 영업(사업)규제법규에서 <사례-1> 내지 <사례-3>의 형식을 취하는 立法例가 많은 것은 바로 이 때문이라 할 수 있다.

법령에서 허가의 기본규정의 작성방법으로 「허가」 + 「금지」를 규정하더라도 또한 「허가」만을 규정하더라도 실질적인 차이는 없으므로 「금지」는 「허가」의 논리적 전제로서 파악하고, 법문상으로는 許可規定만을 두는 것으로 족하며 또한 그러한 방식이 간결하다. 따라서 허가의 기본규정으로서는 제1차적으로는 <사례-3>의 방식에 의하는 것이 타당하며 당해법령의 규제의 對象이나 態樣 등의 차이를 고려하여 <사례-1> 또는 <사례-2>의 형식을 취하는 것이 타당하다고 본다.

### (3) 許可의 申請節次에 관한 규정

허가는 이를 받으려는 자의 신청에 의하여 부여되는 것이 통상적이므로 그 신청절차를 정해둘 필요가 있다. 申請節次가 명확하게 규정되지 않으면 국민은 어떻게 신청하면 허가를 받을 수 있는가를 알 수 없게 되어 불안정한 입장에 처해지게 되기 때문이다. 따라서 절차의 민주화의 관점에서 신청절차의 기본적인 사항에 관해서는 법률에서 직접 규정하는 것이 바람직하며, 하위법령에 대한 委任은 신청서의 기재사항의 세목이나 신청서의 양식등 기본적 사항이외의 사항에 한정하여야 할 것이다. 허가의 신청절차에 관한 규정은 허가의 기본규정을 받아 허가를 받으려는 경우에는 일정한 사항을 기재한 신청서를 제출할 것이 필요하다는 취지를 규정함과 아울러 경우에 따라서 당해신청에 첨부하여야 할 書類, 圖面등에 관해서도 규정하는 것이 일반적이다.<sup>24)</sup>

許可申請書의 기재사항으로서는 우선 신청자를 명확히 하기 위하여 그 성명

24) 이와 관련하여 行政節次法에서는 「행정청은 신청에 필요한 구비서류·접수기관·처리기간 기타 필요한 사항을 게시하거나 이에 대한 편람을 비치하여 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다」라고 규정하고 있다(제17조제2항).

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

및 주소가 명기되고 다음에 허가처분의 내용이 되는 사항이나 허가기준에 의거하여 허가·불허가의 처분을 하는 경우의 판단자료로서 필요하게 되는 사항이 열거된다. 이러한 것은 그 중요도나 체계를 고려하여各號에 열거되는 것이 일반적이다. 허가의 신청절차에 관한 규정의 구체적 작성방법에 관해서는 아래의 사례와 같이 허가의 기본규정과 동일한 조에 別項으로 규정하는 것과 허가의 기본규정과 는 별도로 시행령이나 시행규칙으로 규정하는 것이 있다. 법령전체의 체계나 조문의 규정내용과 균형을 고려하여 어떠한 작성방법을 선택하게 된다.

#### <사례-1>

##### ※送油管事業法

第5條(送油管事業의 許可) ②第1項의 規定에 의한 許可를 받고자 하는 者는 다음 各號의 사항을 기재한 申請書를 通商産業部長官에게 제출하여야 한다.

1. 姓名(法人인 경우에는 그 代表者의 姓名)·商號 및 住所
2. 送油管 및 그 附屬設備로서 送油管事業用으로 제공되는 것(이하 “事業用施設”이라 한다)중 다음 各目에 관한 사항
  - 가. 送油用配管의 設置場所·길이·지름 및 配管안의 壓力
  - 나. 送油用탱크의 設置場所 및 容量
  - 다. 送油用 加壓펌프의 設置場所 및 加壓能力別 數量
3. 事業用施設에 의하여 輸送하는 石油의 종류 및 事業用施設의 石油輸送能力
4. 事業用施設에 대한 安全管理를 확보하기 위하여 通商産業部令이 정하는 사항
5. 기타 送油管의 設置 및 운영에 관하여 通商産業部令이 정하는 사항

#### <사례-2>

##### ※原子力法

第11條(建設許可) ②第1項의 許可를 받고자 하는 者는 許可申請書에 放射線環境影響評價書·豫備安全性分析報告書 및 設計·建設에 관한 品質保證計劃書 기타 總理令이 정하는 書類를 첨부하여 科學技術處長官에게 제출하여야 한다.

〈사례-3〉

※證券去來法

第30條(許可申請) 第28條 및 第29條의 規定에 의한 許可를 받고자 하는 者는 大統領令의 정하는 바에 의하여 申請書를 財政經濟院長官에게 제출하여야 한다.

한편 허가의 신청에 필요한 添附書類에 관해서는 위의 〈사례-2〉와 같이 법률에서 이를 규정할 것인가 아니면 총리령 또는 부령에서 정할 것인가가 문제된다. 添附書類는 허가절차 및 방식에 관한 세부적·기술적 사항이므로 특히 법률의 위임이 없더라도 이를 하위법령에서 규정할 수 있으나, 첨부서류의 제출이 許可申請者에게 특별한 부담이 되지 않는 것이라면 이를 법률에서 규정하는 것이 타당하다.<sup>25)</sup>

(4) 許可基準에 관한 규정

허가제를 두는 경우에는 행정청이 허가·불허가의 처분을 행할 때 準據가 되어야 할 기준에 관한 규정을 설정한다. 이것은 ①허가·불허가의 처분이 행정청의 자의적·편의적인 판단으로 행하는 것을 방지하기 위한 것이며, ②신청자인 국민에게 허가를 얻기 위해서는 어느 정도의 준비를 하여야 하는가에 대한 예측을 부여하고 불허가가 되는 것이 명백한 경우에 무모한 신청을 하지 않도록 하기 위한 것이며, ③신청자인 국민에게 신청에 대한 처분의 適否의 판단이 가능하도록 하기 위한 것이다. 따라서 허가의 기준에 관한 규정은 가능한 한 구체적이며 객관적으로 정할 필요가 있으며, 포괄적이고 추상적인 표현은 피하여야 할 것이다.

나아가 허가처분의 성격에 따라서는 행정청의 개별구체적인 경우에 상응한 임기응변적인 판단이 필요하게 되는 것도 적지 않으며 포괄적인 허가기준을 용의하지 않으면 안되는 경우도 있을 수 있다. 따라서 包括的, 抽象的인 기준을 일률

25) 김승렬, 「입법례분석 -허가규정에 관하여」, 法制 제462호, 1996.6., 64면.

적으로 정할 수는 없으나, 허가기준의 구체화, 객관화의 노력은 지속적으로 행하여야 할 것이다. 종래에는 입법에 있어서 그 재량의 기준이 되는 규정을 법령에 특정하지 않고 그러한 점의 해석·운용은 오로지 권한 있는 행정기관 또는 법원의 판단에 맡기는 방식을 취하여 왔다. 그러나 이러한 방법으로는 허가등의 신청에 대한 인정여부가 자칫 그 권한을 가진 행정기관의 자의적인 판단에 맡겨져 신청인 또는 이해관계자는 그 처분의 위법 또는 부당을 구제받기가 곤란하였다. 따라서 근래의 입법에서는 허가 또는 이와 비슷한 제도를 채택하는데 있어서 거의 예외없이 허가등의 可否의 基準을 그 법령 중에 명확히 규정하도록 하여 행정기관의 처분이 자의적으로 되지 않도록 하는 한편 신청인 또는 이해관계자의 권리구제의 방법을 강구하고 있다.

이러한 許可 등에 있어서 기준을 두게 된 것은 입법민주화의 하나의 커다란 방편으로서 오늘날의 입법에 있어서 특색이라 할 수 있다. 그러나 허가의 기준을 세우는 방법으로서 그 법령의 취지·목적 또는 그 허가제도가 채용된 이유 등을 종합적으로 고려하여 정하여야 하는 것이기 때문에 일률적으로 말할 수는 없을 것이다.<sup>26)</sup> 그러나 허가의 기준을 법령에 규정하는 이상 그 기준은 되도록 구체적이고 또 분명한 것이어야 한다는 것은 당연한 것이라 할 수 있다. 허가의 처분권한을 가지는 행정기관이 그 기준을 적용함에 있어서 폭넓은 자의적 판단을 할 여지가 있는 기준등을 규정하는 경우에는 그 基準을 법령에 정한 취지가 상실되어 버릴 것이다. 물론 막연한 포괄적 기준은 그 허가제도의 목적·취지에도 달려있으나 원칙적으로는 바람직하지 않은 것이다. 그러나 이것은 사실 원칙론이며, 실제적으로는 매우 어려운 문제라 할 수 있다.

실제로 행정청이 허가·불허가의 처분을 행하는 경우에는 법령에 규정된 기준에 해당하는가를 구체적으로 판단하기 위하여 내부적인 지침 등을 정하여 이에 따라 처리하는 경우가 적지 않다. 따라서 허가의 기준에 관한 규정 자체가 구체적, 객관적인 것이 되기 위해서는 行政廳의 판단과정이 가능한 한 투명한 상태에 놓여있을 것이 중요하다.<sup>27)</sup>

26) 상세한 것은 立法技術研究所(編), 「法令作成의 常識」, 104~105面 참조.

27) 이러한 관점에서 行政節次法에는 행정기관의 판단과정을 가능한 한 투명한 상태에 두기 위하여 제20조에서 「①행정청은 필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 공표하여야 한다. 처분기준을 변경하는 경우에도 또한 같다.

허가의 기준에 관한 규정을 작성하는 방법은 ①「積極的 方法」에 의하는 것, 즉 적극적으로 허가를 할 경우를 정하는 것 및 일정한 기준에 해당하는 경우는 허가를 할 수 있다고 하고, 그 반대해석의 결과 기타의 경우는 허가를 할 수 없는 것으로 해석되도록하는 방법과 ②「消極的 方法」에 의하는 것, 즉 소극적으로 허가를 하여서는 아니되는 경우를 정하는 것 및 구체적 사정에 따라 허가가 거부될 수 있는 이유를 규정하는 방법이 있다. 前者는 주로 허가를 부여할 자의 범위를 축소하려는 경우에 사용하며, 後者는 특히 부적격한 자를 배제하고, 그 이외의 자에게는 원칙적으로 허가를 부여하는 경우에 사용된다.

①적극적 규정

〈사례-1〉 적극적으로 許可를 할 경우를 정한 것

※農水産物流通및價格安定에관한法律

第15條(許可基準) ①主務官廳은 第14條의 規定에 의한 許可申請의 內容이 다음 各號의 要件을 갖춘 때에는 이를 許可한다.

1. 都賣市場을 開設하고자 하는 場所가 農水産物去來의 中心地로서 適切한 位置에 있을 것
2. 第57條第2項의 規定에 의한 基準에 適合한 施設을 갖추고 있을 것
3. 業務規程의 內容이 都賣市場의 健全한 運營을 기함에 적합하다고 인정되는 것일 것
4. 運營管理計劃書의 內容이 充實하고 그 實現이 확실하다고 인정되는 것일 것

②(생략)

②제1항의 규정에 의한 처분기준을 공표하는 것이 당해 처분의 성질상 현저히 곤란하거나 공공의 안전 또는 복리를 현저히 해하는 것으로 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우에는 이를 공표하지 아니할 수 있다. ③당사자들은 공표된 처분기준이 불명확한 경우 당해 행정청에 대하여 그 해석 또는 설명을 요청할 수 있다. 이 경우 당해 행정청은 특별한 사정이 없는 한 이에 응하여야 한다」라고 규정하고 있다.

〈사례-2〉 일정한 기준에 해당하는 경우는 許可를 할 수 있다고 한 것

※海底鑛物資源開發法

第13條(探查權의 許可基準) 通商産業部長官은 第12條의 規定에 의한 出願이 있을 때에는 다음 各號에 해당하는 者로서 海底鑛物을 探查함에 적합하다고 인정되는 出願人에게 이를 許可한다.

1. 探查業務를 수행함에 있어 充分한 財力과 技術能力 및 裝備保有가 충분하다고 인정되는 者
2. 合理的으로 海底鑛物의 探查를 할 수 있다고 인정되는 者

②소극적 규정

〈사례-1〉 許可를 하여서는 아니되는 경우를 정한 것

※都市가스事業法

第3條(사업의 許可) ③第1項 및 第2項의 規定에 의한 許可는 다음 各號의 기준에 적합한 경우에 한하여 이를 할 수 있다.

1. 都市가스事業이 公共의 이익 및 一般需要에 적합한 經濟規模가 될 수 있을 것
2. 都市가스事業을 적정하게 수행하는데 필요한 財源 및 技術的 능력이 있을 것
3. 都市가스의 안정적 供給을 위하여 적합한 供給施設을 설치·유지할 능력이 있을 것

④第3項의 規定에 의한 許可基準에 관한 細部的인 사항은 通商産業部令으로 정한다.

〈사례-2〉 구체적 사정에 따라 許可가 거부될 수 있는 이유를 규정한 것

※國土利用管理法

第21條의4(許可基準) ①市長·郡守 또는 區廳長은 第21條의3第1項의 規定에 의 한 許可申請이 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 許可를 하여서는 아니된다.

1. 削除
2. 土地去來契約을 체결하고자 하는 者의 土地利用目的이 다음 各目的의 1에 해당되지 아니한 경우
  - 가. 자기의 居住用 住宅用地에 이용하고자 하는 것인 때
  - 나. 許可區域안에 居住하는 者의 福祉 또는 便益을 위한 施設로서 管轄 市長·郡守 또는 區廳長이 확인한 施設의 設置에 이용하고자 하는 것인 때
  - 다. ~ 사. (생략)
3. 土地去來契約을 체결하고자 하는 者의 土地利用目的이 다음 各目的의 1에 해당되는 경우
  - 가. 國土利用計劃·都市計劃 기타 土地의 이용에 관한 計劃에 적합하지 아니한 경우
  - 나. 周邊의 自然環境 또는 生活環境保全상 명백히 적합하지 아니한 경우
4. 削除
5. 그 面積이 그 土地의 利用目的으로 보아 적합하지 아니하다고 인정되는 경우

금지되는 행위(사업)을 행하기 위하여 필요한 적격요건을 정하고 이를 만족하지 않은 자를 우선 배제하려는 것이 〈사례-2〉이며, 나아가 이를 만족하는 한 반드시 허가를 하여야 하는 경우가 〈사례-1〉의 경우이다. 許可基準이 명확히 규정되어 있다는 것은 국민은 물론 행정청에게도 바람직한 것이라 할 수 있다. 어떠한 경우에 허가를 하며, 어떠한 경우에 不許可를 할 것인가는 허가기준에 비추어 판단되는 것이며 또한 허가, 不許可의 처분의 적부가 다투어지는 경우를 고려한다면 허가기준은 명확히 규정되는 것이 좋다. 그러한 관점에서 적극적 규정의 작성방법이 적당하다.

그러나 적극적 규정의 작성방법에 따르더라도 그곳에 나열된 기준이 포괄적

기준이라면 결과는 마찬가지가 될 것이다. 오히려 문제는 실태적인 면에 있어서 허가·불허가의 처분에 관한 행정청의 개별구체적인 적절한 판단에 기대하지 않을 수 없는 경우가 많다는 점에 있다. 그렇다면 형식적인 면에서만 積極的 規定의 방식이 좋다는 것은 단순한 논리가 된다. 결국 허가의 기준에 관한 규정을 작성하는데 있어서는 당해허가제의 취지에 비추어 적당하다고 생각되는 규정방식을 선택하여 가능한 한 구체적·객관적인 기준을 설정하려는 노력을 기울여야 할 것이다.

### (5) 許可의 附款에 관한 규정

행정행위의 附款(Nebenbestimmung)이란 행정행위의 효과를 제한하기 위하여 그 행위의 주된 의사표시에 부가되는 종적인 의사표시를 말한다. 법령은 행정행위의 부관이라는 용어 이외에 제한·조건·기한이라는 용어를 사용하는 것이 일반적이다. 이러한 부관은 「행정실무의 불가결한 보조수단」으로서 행정청이 행정실무상 자주 행하고 있음은 주지하는 바이나, 28) 附款은 그 구체적인 행정행위의 목적에 비추어 필요한 한도내에서만 붙여야 하며, 공익상 필요성과 부

28) 오늘날의 행정행위에 부관의 기능이 중요시되고 있는 이유로서는 다음의 점을 지적할 수 있다. 즉 ①행정의 彈力性을 부여하는 기능을 한다. 이것은 부관의 일반적·포괄적인 기능으로서 예컨대 수익적 행정행위가 행하여진 뒤 그 후에 법적·경제적 관계가 변경되었을 경우 이에 대처할 수 있는 수단의 하나로서 수익적 행정행위를 직권취소한다거나 철회하는 것은 신뢰보호를 위하여 일정한 제약이 가하여지거나 그에 따른 보상문제가 제기되지만 행정행위에 해제부관을 부가한다면 행정청은 이러한 일정한 제약이나 보상의 문제없이도 그 후에 발생하는 새로운 사태에 대응할 수 있을 것이다. ②公共財政의 確保라는 측면에서 보는 경우 허가나 인가와 같은 행정행위는 관계인에게 중대한 경제적인 이익을 주고 있다. 그러나 이때에 관계인의 이익과 이 이익의 향유로서 관계인이 부담해야 하는 반대급부로 인하여 확보될 수 있는 공공재정이 대치하는 경우, 행정청은 처분에 의하여 관계인에게 발생하는 경제적인 이익을 어느 정도 흡수하게 된다. 따라서 행정청이 원하고 있는 이익을 부담(Auflage)등의 부관형식으로 행정행위에 부가하는 것은 공공재정의 확보목적에 기여하게 되는 것이다. 그러나 이 경우 우리 나라에서는 부관을 부가하여 행정행위를 발하는 대신에 행정지도에 의하여 문제점들을 해결하고 있는 것 같다. ③節次經濟的인 機能으로서 부관부허가를 행함으로써 신청의 거부에 대한 재신청을 미연에 방지할 수 있고 뿐만 아니라 그에 따라 행정청이 행정처분에 대한 재심사를 하지 않아도 되는 절차의 중복을 피하여 주는 장점이 있다. 자세한 것은 朴種局, 「行政行爲의 附款의 機能 -서독의 이론을 중심으로-」, 月刊考試 1989. 5., 71~81面 참조.



관으로 인한 상대방의 불이익과의 사이에 균형이 유지되도록 하여야 한다. 또한 입법에 있어서 부관을 인정할 필요가 있는 경우에는 부관을 붙일 수 있다는 취지 기타 필요한 사항을 적극적으로 규정하여 해석상의 혼란의 소지를 피하도록 배려할 필요가 있다.

따라서 許可制의 취지·내용에 비추어 행정청에게 부관을 붙일 수 있는 권한을 인정할 필요가 있는 경우에는 그 뜻을 규정하지 않으면 안된다. 행정행위의 부관은 강학상으로는 조건, 기한, 부담, 취소권의 유보, 법률효과의 일부배제등으로 분류되고 있으나, 실정법상으로는 단순히 「조건」 또는 「조건 또한 기한」으로서 규정되는 것이 통례이다. 일반적으로는 실정법상의 「條件」은 강학상의 「부관」과 동의로 이해되고 있다. 다만 실정법상의 「조건」이라고 하나 위의 5종류의 전부의 의미내용을 포함하고 있다고 볼 수 있는가에 관해서는 문제가 있다.<sup>29)</sup> 다음에 부관에 관한 규정을 두는 경우에는 행정청이 자의적·편의적으로 부관을 붙이지 않도록 부관을 붙일 수 있는 한계에 관해서도 규정하는 것이 바람직하다.

행정행위에 부관을 붙이는 것은 처분의 상대방의 지위를 불안정하게 하는 것이므로 어떠한 내용의 부관을 어떠한 경우에 붙일 수 있는가가 명시되는 것이 바람직하다. 그러나 어떠한 내용의 부관을 어떠한 경우에 붙일 것인가는 개별구체적인 경우에 있어서 행정청의 적절한 판단에 맡기지 않을 수 없는 면이 많고, 입법으로서 정비하는 것은 곤란하다. 다만 아래의 <사례-1>과 같이 최근의 법령에서 부관을 붙일 수 있는 한계에 관해서 규정하는 것은 이 점에 관하여 배려한 것이며, 또한 부관의 내용에 관한 행정법학상의 분석을 입법에 반영하려는 노력도 필요하다. 나아가 행정청에 취소권을 부여하는 경우에는 원칙으로 取消事由를 명시한 취소권에 관한 규정을 두어야 할 것이며, 부관으로서의 운용에 맡길 수는 없을 것이다.

허가의 부관에 관한 규정은 법률의 경우에는 補則的 規定에 두는 사례가 많으나, 실체적 규정에 두는 사례도 있다. 이는 법령의 조문이 복잡하여 실체적 규정이 다기에 걸쳐 조문수가 많아서 부관에 관한 규정은 이에 대한 부수적인 것으로서 위치하는 경우와 내용적으로 복잡하지 않은 법령의 경우에는 실체적 규정에 두는 것이 이해하기 쉽다는 이유에서 비롯한다. 附款에 관한 규정을 두는 방식은

29) 이와 관련한 자세한 내용은 金東熙, 「行政行爲의 附款에 관한 考察」, 法學(서울대) 제 36권1호, 1995.5., 68~74面 참조.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

매우 다양하며 구체적인 입법에 즈음하여 신중하게 검토하지 않으면 안된다.

<사례-1>

※航空法

第135條(免許등의 附款) ①第112條·第116條 내지 第118條·第120條·第121條·第124條·第127條 및 第132條의 規定에 의한 免許·登錄·認可 또는 許可에는 조건 또는 期限을 붙이거나 이를 변경할 수 있다.

②第1項의 規定에 의한 조건 또는 期限은 公共의 이익을 증진하거나 免許·登錄·認可 또는 許可의 시행에 필요한 最小限度의 것에 한하여야 하며, 당해 航空運送事業者·航空機使用事業者에게 不當한 義務를 賦課하는 것이어서는 아니된다.

<사례-2>

※河川法

第25條(河川의 占用許可등) ①河川區域안에서 다음 各號의 1에 해당하는 行爲를 하고자 하는 者는 大統領令이 정하는 바에 의하여 管理廳의 許可를 받아야 한다. 다만 이 許可에는 河川의 汚染으로 인한 公害 기타 保健衛生上 危害를 防止함에 필요한 附款을 붙여야 한다.

1. 流水의 占用
2. 土地의 占用
3. 河川附屬物의 占用
4. (이하 생략)

<사례-3>

※畜産物衛生處理法

第4條(作業場의 設置許可) ①作業場을 設置·經營하고자 하는 者는 道知事의 設置許可와 品目許可를 받아야 하며, 許可받은 事項을 變更하고자 할 때에도 또한 같다.

②(생략)

③道知事が 第1項의 規定에 의하여 許可를 할 때에는 畜産物의 衛生的인 管理와 그 品質의 향상을 도모하기 위하여 필요한 條件을 붙일 수 있다.

<사례-4>

※觀光振興法

第5條의4(條件附 營業許可) ①文化體育部長官은 第4條第6項의 規定에 의한 許可를 함에 있어서 大統領令이 정하는 기간내에 第5條의3의 規定에 의한 施設 및 機具를 갖추는 것을 조건으로 이를 許可할 수 있다.

②文化體育部長官은 第1項의 規定에 의한 許可를 받은 者가 正當한 사유없이 그 기간내에 당해 施設 및 機具를 갖추지 아니할 때에는 그 許可를 取消하여야 한다.

<사례-5>

※公益法人의 設立·運營에 관한 法律

第4條(設立許可基準) ①(생략)

②主務官廳은 公益法人의 設立許可를 함에 있어서 大統領令이 정하는 바에 의하여 會費徵收, 受惠對象에 관한 事項 기타 필요한 條件을 붙일 수 있다.

<사례-6>

※保險業法

第5條(保險事業의 許可) ①~③(생략)

④財政經濟院長官은 保險市場의 安定維持와 經濟力集中의 방지를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 조건을 붙여 保險事業의 許可를 하거나 그 許可를 제한할 수 있다.

(6) 許可事項의 변경

허가는 「허가의 단위」를 틀로 하여 일정한 구체적인 사항에 관해 행해진다. 따라서 허가가 일단 행해진 후에 허가를 받은 자가 허가사항을 변경하려고 의욕하는 경우가 있다. 또한 허가를 받은 자의 의사와 관계없이 허가사항이 변경되는 경우도 있다. 이러한 경우를 어떻게 취급할 것인가에 관해서는 대체로 다음의 세가지 방법이 있다.

①허가사항의 변경에 있어서 행정청의 허가를 받을 것을 요하는 방법이다. 이것은 허가를 받은 자가 허가사항을 변경하려는 때에는 사전에 행정청의 허가를

받아야 한다고 하는 것이다. 이 경우의 허가를 「變更許可」라 한다.

②허가사항의 변경에 있어서 사전에 申告할 것을 요하는 방법이다. 이것은 허가를 받은 자가 허가사항을 변경하려는 때에는 사전에 행정청에 신고하여야 한다는 것이다.

③허가사항의 변경에 있어서 사후에 신고할 것을 요하는 방법이다.

이러한 방법중 허가사항의 내용이나 특성, 그 중요성의 정도등에 상응하여 적당하다고 생각되는 것을 선택하게 된다. 일반적으로는 변경하려는 사항이 중요하며 변경을 인정해도 타당한가에 관하여 다시 판단하지 않으면 안되는 것에 대해서는 변경을 허가와 관련지우고, 변경에 관해 행정지도를 할 수 있는 가능성을 유보하려는 것에 대해서는 사전신고를 요구하며, 단순히 변경을 파악해 둘 필요성이 있는 경우에는 사후신고로 족하게 된다.

허가사항의 변경에 관한 규정의 작성방법은 「○○을 하고자 하는 者는(때에는) ○○의 許可를 받아야 한다. 許可받은 사항을 變更하고자 하는 경우에도 또한 같다」라고 하는 것이 일반적이다. 다만 허가사항의 변경에는 허가를 받은 자의 의사에 의거한 것과 그 의사와 관계없는 것이 있을 수 있다. 따라서 허가를 받은 자의 의사와 관계없이 변경이 발생하는 것에 관하여 「……을 변경하고자 하는 때(경우)는 ……」이라는 표현을 쓰는 것이 타당하지 않고(변경허가에 관한 규정위반에 대해서는 벌칙이 정해지는 것이 많고 따라서 그러한 경우에는 죄형법정주의의 요청이 발생하므로 더욱 그러하다), 또한 事前의 변경허가를 요구하는 것은 불가능하거나 곤란하므로 그러한 것에 관하여 변경의 허가에 관한 규정을 둘 경우에는 條文의 작성방법을 연구할 필요가 있다. 또한 「허가의 단위」를 초과하는 것은 허가사항의 변경이 아니라 新規許可의 문제가 됨에 주의할 필요가 있다.

①변경허가만을 규정한 경우

〈사례-1〉

※公演法

第7條(設置許可等) ①~③(생략)

④公演場에 관한 許可事項을 變更하고자 할 때에는 市長·郡守 또는 區廳長의 變更許可를 받아야 한다.

②중요한 변경사유에 대해 변경허가를 규정한 경우

<사례-1>

※都市가스事業法

第3條(사업의 許可) ①가스都賣事業을 하고자 하는 者는 通商産業部長官의 許可를 받아야 한다. 許可받은 사항중 通商産業部令이 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

②~⑥(생략)

③경미한 변경사유에 대해 변경허가를 받지 않도록 한 경우

<사례-1>

※競輪·競艇法

第5條(競走場의 設置등) ①競走事業者는 競輪場 또는 競艇場(이하 “競走場”이라 한다)을 設置하고자 할 때에는 大統領令이 정하는 요건을 갖추어 文化體育部長官의 許可를 받아야 한다. 이를 변경(文化體育部令이 정하는 경미한 사항을 제외한다)하고자 할 때에도 또한 같다.

④변경사유에 대한 승인과 신고를 규정한 경우

<사례-1>

※骨材採取法

第25條(許可內容의 변경승인) 骨材採取의 許可를 받은 者가 許可받은 내용을 변경하고자 할 때에는 市長·郡守 또는 區廳長의 승인을 얻어야 한다. 다만, 大統領令이 정하는 경미한 사항의 변경인 경우에는 市長·郡守 또는 區廳長에게 申告하여야 한다.

⑤변경사유에 대한 허가와 신고를 규정한 경우

<사례-1>

※公衆衛生法

第7條(營業許可 및 申告事項의 變更) ①第4條第1項의 規定에 의한 許可를 받은 者가 大統領令이 정하는 重要사항을 變更하고자 하는 때에는 市長·郡守·區廳長의 許可를 받아야 하며, 그외의 사항을 變更한 때에는 市長·郡守·區廳長에게 申告하여야 한다.

⑥변경사유에 대한 신고만을 규정한 경우

<사례-1>

※畜産法

第19條(精液等處理業의 許可) ①~②(생략)

③第1項의 規定에 의하여 精液等處理業의 許可를 받은 者(이하 "精液等處理業者"라 한다)는 그 營業을 休業·廢業하거나 休業後 營業을 再開한 때 또는 許可事項중 農林部令이 정하는 사항을 변경한 때에는 그로부터 20日 이내에 農林部長官에게 申告하여야 한다.

(7) 禁止事項·遵守事項에 관한 규정

허가를 받은 자에 대해서 허가제의 취지·목적에 달성하기 위하여 일정한 不作爲義務나 의무의 집행방법등에 관한 준수사항이 규정되는 경우가 많다. 이들 규제에 관해서는 개별구체적인 경우에 상응하여 여러 유형이 있으나, 그 실효를 담보하기 위하여 위반행위에 대해서는 일정한 행정처분을 대상으로 하고 또는 벌칙규정을 두는 사례가 많다. 다만 罰則規定을 두는 경우에는 죄형법정주의의 요청인 형벌법규명확성의 원칙에 주의하여야 한다. 즉, 不作爲義務나 준수사항의 내용이 추상적인 것이라면 국민으로서 어떠한 경우에 처벌되며 어떠한 경우에 처벌되지 않는가를 판단할 수 없게 되기 때문이다. 따라서 벌칙규정에 의해 담보될 수 있는 사항은 필요최소한의 것에 그치며 가능한 한 명확한 구성

요건이 되도록 규정하여야 하며 반대로 구성요건을 명확히 규정할 수 없는 것에 관해서는 행정처분 내지 사실상의 행정지도에 의해 대응하도록 하며, 벌칙규정을 두는 것은 피하여야 할 것이다.

구성요건의 명확성이 결여되기 때문에 위반행위에 대해서 直接的 罰則規定을 둘 수가 없는 경우에는 위반행위에 대해 행정처분할 수 있는 뜻을 규정하고 그 실효를 확보하기 위하여 처분위반행위에 대해서 벌칙규정을 두는 것이 많다. 이러한 방법을 취함으로써 구성요건이 불명확한 벌칙규정을 두는 것을 피하면서 의무규정의 준수를 도모하는 것이 가능하게 된다. 다만 그를 위해서는 행정청의 行政處分이 적절하게 행해질 것이 중요하다. 잘못된 행정처분이 행해지면 그 잘못된 처분을 벌칙규정을 배경으로 강제하게 되는 결과가 되기 때문이다.

<사례-1>

※食品衛生法

第31條(營業者등의 준수사항) 食品接客營業者등 大統領令이 정하는 營業者 및 그 從業員은 營業의 衛生的 管理 및 秩序維持와 國民保健衛生의 증진을 위하여 保健福祉部令이 정하는 사항을 지켜야 한다.

<사례-2>

※文化財保護法

第64條(遵守事項) 文化財賣買業者는 다음 事項을 遵守하여야 한다.

1. 賣買·交換등에 관한 帳簿를 備置하고 그 去來內容을 記錄할 것
2. 賣買 또는 委託받은 文化財가 盜掘된 埋藏文化財 또는 贓物이라고 인정될 때에는 지체없이 그 事實을 市長·郡守 또는 區廳長이나 搜查機關에 申告하고 그 指示에 따라야 하되, 특별한 指示가 없는 때에는 당해 文化財를 적어도 3月間 保管할 것
3. 기타 文化體育部令으로 정하는 事項

〈사례-3〉

※信用情報의 이용 및 보호에 관한 法律

第26條(信用情報業者등의 금지사항) 信用情報業者등은 다음 各號의 行위를 하여서는 아니된다. 第5號 本文 및 第6號의 行위는 信用情報業者의 의 者의 경우에도 또한 같다.

1. 허위사실을 依賴人에게 알리는 일
2. 信用情報에 관한 調査의 의뢰를 强要하는 일
3. 信用情報에 관한 調査對象者에게 調査資料의 제공과 답변을 强要하는 일
4. ~ 6. (생략)

(8) 許可取消 기타 행정처분에 관한 규정

허가를 받은 자가 일정한 規制基準이나 허가의 조건등을 준수하지 않은 경우에는 행정청으로서 그 위반상태를 시정할 필요가 발생한다. 그래서 허가와 관련한 행위·사업의 性質이나 態樣 등에 상응하여 개선명령, 사업정지명령, 시설의 폐쇄명령 등 각종 행정처분에 관한 규정을 둔다. 허가의 효력을 존속시키는 것이 이미 인정되지 않는 경우에는 당해허가를 취소할 수 있는 것이어야 한다. 이 경우 허가의 「取消」란 허가의 효력을 장래에 향하여 상실시키는 것을 의미하며, 강학상의 「撤回」라고 일컬어진다. 허가의 취소는 행정처분으로서 가장 강력하며 최종적인 것이며, 행정청의 재량에 의해서 취소권이 행사된다면 허가를 받은 자의 지위가 매우 불안정하게 된다. 따라서 허가의 기준을 정하는 때와 마찬가지로 어떠한 경우에 허가의 취소를 할 수 있는가에 관하여 법령상 가능한 한 명확하고 구체적으로 규정하지 않으면 안된다.

어떠한 경우에 허가의 취소가 가능한가, 즉 허가의 取消事由에 관해서는 허가와 관련한 행위·사업의 性質이나 態樣에 따라서 다르나, 대체로 ①당해법령 또는 당해법령에 의거한 처분에 위반하는 것, ②허가의 조건에 위반하는 것, ③허가후 일정기간내에 허가와 관계된 행위·사업을 開始하지 않거나 일정기간이상 계속하여 당해행위·사업을 休止하는 것, ④허위신청 또는 기타 부정한 수단으로 허가를 받은 것, ⑤허가를 받는 자격으로서 일정한 缺格事由에 해당하지 않



을 것이 규정되어 있는 경우에 허가후 그에 해당하는 것 등의 사항이 열거되고 있다.

그리고 허가의 취소나 기타 행정처분을 행하는데 있어서는 그 상대방의 이익을 보장하고 처분의 公正性을 확보할 필요성에서 신중히 판단하여야 할 것이므로 가능한 한 시정명령, 영업정지 등 가벼운 제재수단도 함께 규정하도록 하며, 구체적인 사안에 따라 탄력적으로 운용할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 또한 영업정지등의 처분을 규정하는 경우에는 정지기간의 상한을 명시하도록 하며, 취소·정지 등 처분규정은 「하여야 한다」는 표현보다는 「할 수 있다」라고 표현하도록 한다.

<사례-1>

※公演法

第12條(許可取消等) 다음 各號의 1에 該當하는 때에는 市長·郡守 또는 區廳長은 第7條의 規定에 依한 許可를 取消하거나 또는 3月以下의 期間을 定하여 公演場營業의 停지를 命할 수 있다.

1. 詐僞 기타 不正한 方法으로 許可를 받은 때
2. 公演場에 關하여 許可를 받은후 3月以內에 工事を 着手하지 아니하거나 그 許可日로부터 2年以內에 公演場을 竣工하지 아니한 때
3. 삭제
4. 正當한 事由없이 3月以上 休場한 때
5. 이 法 또는 이 法에 의한 命令이나 許可條件에 違反한 때

<사례-2>

※農漁村整備法

第98條(許可取消等) ①農林部長官 또는 海洋水産部長官 및 地方自治團體의 長은 이 法에 의한 整備事業의 施行者가 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 農林部令 또는 海洋水産部令이 定하는 바에 依하여 이 法에 의한 認可·승인·許可 또는 지정을 取消하거나 工事의 中止, 物건의 改築· 변경· 移轉· 제거의 措置를 命하거나 기타 필요한 처분을 할 수 있다.

1. 이 法 또는 이 法에 의한 命令이나 처분에 위반한 경우
  2. 허위 또는 부정한 방법으로 이 法에 의한 許可·승인 또는 지정을 받은 경우
  3. 사정의 변경으로 인하여 整備事業의 계속적인 시행이 不可能하거나 현저히 公益을 해할 우려가 있다고 인정되는 경우
- ② 農林部長官 또는 海洋水産部長官 및 地方自治團體의 長은 第1項의 規定에 의하여 措置를 명하거나 처분을 한 때에는 大統領令이 정하는 바에 따라 이를 告示하고, 地方自治團體의 長은 주요사항에 대하여는 農林部長官 또는 海洋水産部長官에게 보고하여야 한다.
- ③ 農林部長官 또는 海洋水産部長官 및 地方自治團體의 長은 第1項의 規定에 의한 처분이나 措置를 하고자 할 때에는 미리 당해 整備事業의 施行者 또는 그 代理人의 출석을 요구하여 聽聞을 행하여야 한다.
- ④ 第1項의 경우에 農林部長官 또는 海洋水産部長官 및 地方自治團體의 長은 처분을 하고자 하는 사유와 聽聞日時 및 場所를 聽聞日 1週日前에 당해 整備事業의 施行者에게 통지하여야 한다.

<사례-3>

※ 大氣環境保全法

第20條(許可의 取消등) ① 環境部長官은 事業者가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 排出施設의 設置許可 또는 變更許可를 取消하거나 排出施設의 閉鎖를 명하거나 또는 6月이내의 기간을 정하여 排出施設 操業停止를 명할 수 있다.

1. 詐僞 기타 부정한 방법으로 許可·變更許可를 받았거나 申告·變更申告를 한 때
2. 이 法 또는 이 法에 의한 命令에 위반한 때
3. 第15條第1項 各號의 1에 해당하는 행위를 한 때

② 第1項의 規定에 의하여 排出施設의 設置許可가 取消되거나 排出施設의 閉鎖를 명령받은 者는 許可取消日 또는 閉鎖命令日부터 1年間 동일 場所에서 다시 排出施設의 設置許可를 받거나 排出施設의 設置申告를 할 수 없다.

<사례-4>

※文化財保護法

第65條(許可取消등) 市長·郡守 또는 區廳長은 文化財賣買業者가 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 그 許可를 取消하거나 1年이하의 期間을 정하여 營業의 정지를 命할 수 있다.

1. 이 法의 規定에 違反하여 罰金이상의 刑을 받은 때
2. 第64條에 規定된 遵守事項을 違反한 때

<사례-5>

※發明振興法

第17條(情報센터의 許可取消등) 特許廳長은 情報센터가 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 情報센터의 許可 또는 지정을 取消할 수 있다. 다만, 第1號의 경우에는 이를 取消하여야 한다.

1. 詐僞 기타 부정한 방법으로 情報센터의 許可 또는 지정을 받은 경우
2. 第16條第2項의 規定에 의한 사업을 수행할 能力을 상실한 경우
3. 第16條第4項의 規定에 의한 許可基準 또는 지정기준에 미달한 경우
4. 이 法 또는 이 法에 의한 命令이나 처분에 위반한 경우

<사례-6>

※靑少年基本法

第31條(許可取消등) ①市·道知事는 第26條第2項의 規定에 의하여 修鍊施設을 設置·운영하는 者가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 그 修鍊施設의 許可를 取消할 수 있다.

1. 詐僞 기타 부정한 방법으로 許可를 받았거나 登錄한 때
2. 第2項의 規定에 의하여 그 修鍊施設의 전부 또는 일부에 대한 운영정지의 命令을 3회이상 반복하여 받은 때
3. 正當한 사유없이 修鍊施設의 許可를 받은 후 1年이내에 그 修鍊施設의 設置에 착수하지 아니하거나 市·道知事가 정하는 기간내에 修鍊施設의 登錄을 하지 아니한 때

위의 법률에서 규정한 취소·정지 등 행정처분의 세부적 기준은 위반행위의

態樣·性質 및 정도 등을 고려하여 總理令이나 部令에서 두게 된다.

(9) 缺格事由에 관한 규정

허가를 받는 전제요건으로서 일정한 사유에 해당하지 않을 것이 요구되는 경우가 있다. 이 「일정한 사유」를 「缺格事由」라 한다. 허가의 조건이 허가·불허가의 처분을 하는 때의 판단기준인데 대해 「결격조항」은 그 전제로서의 자격요건을 정하는 것이다. 법령상의 결격사유는 법률에 규정됨으로써 행정목적의 달성을 기함과 동시에 결격사유에 해당되는 사람을 일상생활의 여러부문에서 제약하는 것이므로 결격사유를 입법화하는 경우에는 헌법상 기본권의 最大保障과 最小侵害의 原則을 고려하여야 한다.<sup>30)</sup>

①결격사유는 직접 국민의 자유와 권리를 제한하게 되는 것이므로 직접 법률에서 규정하여야 한다. 따라서 법률에서 허가기준은 大統領令으로 정한다고 규정하여 허가기준을 하위법령에 위임한 후에 그 하위법령에서 허가기준의 하나로 결격사유를 규정하는 것과 같은 방식은 취하지 않도록 하여야 한다.<sup>31)</sup>

②결격사유를 두는 경우에는 당해 법령에 의한 자격 또는 허가제도나 허가대상 영업(사업)의 성질에 비추어 결격사유를 둘 만할 합리적인 이유가 있어야 하며, 이를 두는 경우에도 필요한 범위내에서 최소한의 제한이 되도록 하여야 한다.

③결격사유는 공공복리의 증진과 공공질서의 유지를 위하여 필요한 것이어야 한다. 따라서 단순히 행정상의 편의를 위해 결격사유를 두어서는 안된다.

④결격사유의 도입여부 및 그 구체적인 규정내용은 특별한 사유가 없는 한 다른 유사제도와 균형을 이루도록 하여야 한다.

결격사유의 규정방식으로는 특별한 사유가 없는 한 「다음 各號의 1에 해당하는 者는……認·許可를 받을 수 없다」라고 한다. 현행 법령에 있어서 결격사유의 규정내용으로는 ①무능력자·파산자, ②일정한 전과사실이 있는 자, ③허가가 취소·실효된 자, ④임원중 결격사유가 있는 법인 등을 규정하고 있다.

30) 결격사유전반에 관한 자세한 내용은 김성호, 「법령상의 결격사유에 관한 연구」, 法制 제437호, 1994.5., 211面이하 참조.

31) 법제처, 「법령입안심사기준」, 55面.

①無能力者·破産者를 규정하는 경우

민법상의 행위무능력자나 파산자를 결격사유로 하는 것으로서 이는 당해 영업이나 사업이 거래상의 신뢰 또는 재산상의 신용을 요하거나 그 업무의 성격상 행위무능력자 또는 파산자를 배제할 필요성이 있는 경우에 둔다.

<사례-1>

※集團에너지事業法  
 第10條(缺格事由) 다음 各號의 1에 해당하는 者は 사업의 許可를 받을 수 없다.

1. 禁治産者 또는 限定治産者
2. 破産宣告를 받고 復權되지 아니한 者
3. ~ 5. (생략)

②일정한 前科事實이 있는 자를 규정하는 경우

일정한 전과사실이 있는 자를 결격사유로 하는 것은 실형의 집행중에는 당해 영업이나 사업을 영위할 수 없거나, 당해 영업 또는 자격의 享有가 고도로 윤리성을 요구하거나, 당해 법령의 실효성을 확보하기 위하여 부득이 한 경우등에 한정하여야 할 것이며 과잉규제가 되지 않도록 하여야 한다. 罰金刑을 결격사유로 함에 있어서는 신중을 기하되 특히 다른 법령위반으로 벌금형을 선고받은 경우에는 결격사유에서 제외하도록 하며, 執行猶豫를 결격사유로 함에 있어서는 형법의 취지를 존중하여 유예기간만료후 「○年이 경과되지 아니한 者」까지 결격사유에 포함시키는 것은 특별한 사유가 없는 한 이를 억제하도록 한다. 형의 宣告猶豫를 받은 자는 고도의 윤리성을 요하는 등 특별한 이유가 없는 한 결격사유에 포함시키지 아니하도록 하고, 포함시키더라도 집행유예와 마찬가지로 형법의 취지를 존중하여 그 유예기간중에 있는 자만을 결격사유로 하도록 한다.

한편 법제처에서는 일정한 전과사실이 있는 자에 대한 결격사유를 규정한 입법례는 매우 다양하여 그 해석·집행상의 어려움이 있으므로 앞으로는 다음과 같이 벌금형과 자유형의 실형 그리고 집행유예등을 별개의 號로 구분하여 표현하도록 하고 있다.<sup>32)</sup>

1. 금고이상의 실형의 선고를 받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 날부터 ○년이 경과되지 아니한 자
2. 금고이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간중에 있는 자
3. 벌금형의 선고를 받고 ○년이 경과되지 아니한 자

<사례-1>

※水産業法

第10條(免許의 缺格事由) 市長·郡守 또는 自治區의 區廳長은 다음 各號의 1에 해당하는 者에 대하여는 漁業의 免許를 하여서는 아니된다.

1. ~ 4. (생략)
5. 이 法 또는 漁船法에 위반하여 禁錮이상의 刑의 宣告를 받고 그 執行이 종료되거나 執行을 받지 아니하기로 確定된 후 2年이 지나지 아니한 者
6. 이 法 또는 漁船法에 위반하여 禁錮이상의 刑의 執行猶豫의 宣告를 받고 그 執行猶豫期間중에 있는 者
7. 이 法 또는 漁船法에 위반하여 100萬원이상의 罰金刑의 宣告를 받고 그 刑이 確定된 후 2年이 지나지 아니한 者

<사례-2>

※流通産業發展法

第9條(登錄의 缺格事由) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 第8條의 規定에 의한 大規模店舖의 登錄을 할 수 없다.

1. ~ 2. (생략)
3. 이 法에 위반하여 懲役의 實刑을 宣告받고 그 執行이 終了(執行이 終了된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 執行이 免除된 날부터 1年이 경과되지 아니한 者

①無能力者·破産者를 규정하는 경우

민법상의 행위무능력자나 파산자를 결격사유로 하는 것으로서 이는 당해 영업이나 사업이 거래상의 신뢰 또는 재산상의 신용을 요하거나 그 업무의 성격상 행위무능력자 또는 파산자를 배제할 필요성이 있는 경우에 둔다.

<사례-1>

※集團에너지事業法

第10條(缺格事由) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 사업의 許可를 받을 수 없다.

1. 禁治産者 또는 限定治産者
2. 破産宣告를 받고 復權되지 아니한 者
3. ~ 5. (생략)

②일정한 前科事實이 있는 자를 규정하는 경우

일정한 전과사실이 있는 자를 결격사유로 하는 것은 실형의 집행중에는 당해 영업이나 사업을 영위할 수 없거나, 당해 영업 또는 자격의 享有가 고도로 윤리성을 요구하거나, 당해 법령의 실효성을 확보하기 위하여 부득이 한 경우등에 한정하여야 할 것이며 과잉규제가 되지 않도록 하여야 한다. 罰金刑을 결격사유로 함에 있어서는 신중을 기하되 특히 다른 법령위반으로 벌금형을 선고받은 경우에는 결격사유에서 제외하도록 하며, 執行猶豫를 결격사유로 함에 있어서는 형법의 취지를 존중하여 유예기간만료후 「○년이 경과되지 아니한 者」까지 결격사유에 포함시키는 것은 특별한 사유가 없는 한 이를 억제하도록 한다. 형의 宣告猶豫를 받은 자는 고도의 윤리성을 요하는 등 특별한 이유가 없는 한 결격사유에 포함시키지 아니하도록 하고, 포함시키더라도 집행유예와 마찬가지로 형법의 취지를 존중하여 그 유예기간중에 있는 자만을 결격사유로 하도록 한다.

한편 법제처에서는 일정한 전과사실이 있는 자에 대한 결격사유를 규정한 입법례는 매우 다양하여 그 해석·집행상의 어려움이 있으므로 앞으로는 다음과 같이 벌금형과 자유형의 실형 그리고 집행유예등을 별개의 號로 구분하여 표현하도록 하고 있다.<sup>32)</sup>

1. 금고이상의 실형의 선고를 받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 날부터 ○년이 경과되지 아니한 자
2. 금고이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간중에 있는 자
3. 벌금형의 선고를 받고 ○년이 경과되지 아니한 자

<사례-1>

※水産業法

第10條(免許의 缺格事由) 市長·郡守 또는 自治區의 區廳長은 다음 各號의 1에 해당하는 者에 대하여는 漁業의 免許를 하여서는 아니된다.

1. ~ 4. (생략)
5. 이 法 또는 漁船法에 위반하여 禁錮이상의 刑의 宣告를 받고 그 執行이 종료되거나 執行을 받지 아니하기로 確定된 후 2年이 지나지 아니한 者
6. 이 法 또는 漁船法에 위반하여 禁錮이상의 刑의 執行猶豫의 宣告를 받고 그 執行猶豫期間중에 있는 者
7. 이 法 또는 漁船法에 위반하여 100萬圓이상의 罰金刑의 宣告를 받고 그 刑이 確定된 후 2年이 지나지 아니한 者

<사례-2>

※流通産業發展法

第9條(登錄의 缺格事由) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 第8條의 規定에 의한 大規模店舖의 登錄을 할 수 없다.

1. ~ 2. (생략)
3. 이 法에 위반하여 懲役의 實刑을 宣告받고 그 執行이 終了(執行이 終了된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 執行이 免除된 날부터 1年이 경과되지 아니한 者



4. 이 法에 위반하여 懲役刑의 執行猶豫宣告를 받고 그 猶豫期間중에 있는 者
5. ~ 6. (생략)

③허가가 取消된 자를 규정하는 경우

인·허가가 취소된 후 일정기간이 경과되지 아니한 자를 결격사유에 포함시키는 경우에는 당해 인·허가의 대상이 되는 영업이 여러 종류의 것으로 구분되는 때에는 어느 한 종류의 영업에 관한 인·허가가 취소된 경우 다른 종류의 營業許可에 있어서도 결격사유로 할 것인지를 명확히 하여야 한다. 이 경우 영업의 성질이 같은 것이 아니고 실질적으로 영업의 種類가 다른 것인 경우에는 같은 종류의 영업에 한하여 결격사유를 적용하도록 하는 것이 바람직하다. 33)

<사례-1>

※原子力法

第13條(缺格事由) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 第11條第1項의 許可를 받을 수 없다.

1. ~ 2. (생략)
3. 第17條의 規定에 의하여 許可가 取消된 후 2年이 경과되지 아니한 者
4. (생략)

④任員중 결격사유가 있는 법인

법인의 임원중에 개인사업자와 같은 결격사유가 있는 임원이 있는 경우에는 결격사유가 있는 임원이 법인의 운영에 영향을 미치는 것을 배제하고자 하는 것이므로, 당해 인·허가영업의 성질에 따라서는 代表者 또는 일정수이상의 任員이 결격사유에 해당하는 경우 또는 해당 업무분야에 있어서만 그 법인의 결격사유로 하는 방안도 고려하여야 한다.

33) 법제처, 「법령입안심사기준」, 61面.

〈사례-1〉

※液化石油가스의安全및事業管理法

第4條(缺格事由) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 第3條의 規定에 의한 許可를 받을 수 없다.

1. ~ 5. (생략)

6. 任員중 第1號 내지 第5號의 1에 해당하는 者가 있는 法人

〈사례-2〉

※電波法

第5條(缺格事由) ①다음 各號의 1에 해당하는 者에게는 無線局의 開設을 허용하지 아니한다. 다만, 第4條第1項 但書의 規定에 의하여 開設하는 것으로서 情報通信部長官이 정하는 것은 그러하지 아니하다.

1. ~ 3. (생략)

4. 法人 또는 團體로서 第1號 내지 第3號에 該當하는 者가 그의 代表者인 때 또는 그들의 任員의 3分の 1以上이거나 議決權의 3分の 1以上을 占하는 때. 다만, 特別法에 의하여 設立된 法人이나 國際機關, 外國 또는 外國人과의 合作投資에 의한 事業體인 경우에는 그 任員과 議決權은 2분지 1 이상으로 한다.

5. ~ 7. (생략)

⑤결격사유로서 심신상실자, 정신장애자를 규정한 경우

인·허가의 특성에 따라서는 心身喪失者, 마약중독자 등을 결격사유로 규정하는 경우가 있으며, 이 경우에는 그 결격사유에 해당하는 자를 구체적으로 특정하여 명확히 표현하도록 하여야 한다.

<사례-1>

※銃砲·刀劍·火藥類等團束法

第5條(製造業者의 缺格事由) 다음 각호의 1에 해당하는 사람은 총포·도검·화약류·분사기·전자총격기·석궁제조업의 허가를 받을 수 없다.

1. ~ 2. (생략)
3. 심신상실자, 마약·대마·향정신성의약품 또는 알콜의 중독자 그밖에 이에 준하는 정신장애자
4. ~ 7. (생략)

⑥미성년자를 규정한 경우

미성년자를 결격사유로 규정할 경우에는 거래상의 신뢰 또는 재산상의 신용을 요하거나 그 업무의 성격상 未成年者를 특히 보호할 필요성이 있는 등의 경우에 규정하도록 한다.

<사례-1>

※都·小賣業振興法

第7條(缺格事由) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 第6條의 規定에 의한 市場等의 開設許可를 받을 수 없다.

1. 禁治産者, 限定治産者 또는 未成年者
2. 破産宣告를 받고 復權되지 아니한 者
3. ~ 6. (생략)

⑦다른 법률에 의한 형벌을 받은 경우

당해 인·허가나 資格享有와 관련이 없는 다른 법령위반으로 인한 전과사실은 가급적 결격사유에서 제외하도록 하고, 부득이 다른 법령 위반사실을 결격사유로 하는 경우에는 당해 법령위반의 경우보다 制限을 가볍게 하도록 한다.

<사례-1>

※ 觀光振興法

第6條(缺格事由等) ②다음 各號의 1에 해당하는 者는 카지노業의 許可를 받을 수 없다.

1. 未成年者
2. 暴力行爲等處罰에關한法律 第4條의 規定에 의한 團體 또는 集團을 구성하거나 그 團體 또는 集團에 資金을 제공하여 禁錮이상의 刑의 宣告를 받고 刑이 확정된 者
3. 租稅逋脫 또는 外國換管理法의 위반행위로 禁錮이상의 刑의 宣告를 받고 刑이 확정된 者

⑧기 타

기타 결격사유와 관련한 것으로 허가가 취소된 영업장소에서의 許可制限, 신고영업에 대한 閉鎖命令 등이 있다.

우선 허가의 제외사유로서 예외적으로 허가가 취소된 장소에서는 일정기간동안 같은 영업허가를 할 수 없도록 규정하는 경우가 있다. 이러한 제한은 국민의 기본권에 대한 중대한 제한이 될 우려가 있으므로 부득이 한 경우에만 두도록 하여야 한다.

<사례-1>

※ 公衆衛生法

第5條(許可 및 申告의 제한) ①다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 第4條第1項의 規定에 의한 營業許可를 할 수 없다.

1. (생략)
2. 第23條第1項의 規定에 의하여 營業許可가 取消된 후 6月이 지나지 아니한 場所에서 그 許可取消된 營業과 같은 종류의 營業을 하고자 하는 경우. 다만, 食品接客業者가 正當한 사유없이 休業 또는 廢業을 함으로 인하여 營業許可가 取消된 경우에는 그러하지 아니하다.
3. ~ 5. (생략)

허가취소와 유사한 것으로서 신고영업에 대하여는 취소에 갈음하여 事業閉鎖 命令을 할 수 있도록 규정한 입법례도 있다. 이 경우 폐쇄명령의 실효성확보를 위하여 필요한 경우에는 적절한 申告猶豫期間을 두도록 한다.

<사례-2>

※遊船및渡船事業法

第6條(缺格事由) ②제9조제1항의 규정에 의하여 유·도선사업의 폐쇄명령을 받은 자는 그 사업이 폐쇄된 후 1년이 지나지 아니하고는 제3조의 규정에 의한 유·도선사업의 신고를 할 수 없다.

(10) 有效期間·許可證·許可의 地位承繼에 관한 규정

기타 허가제를 규정하는 법령에서 다수 제시되고 있는 것으로는 ①유효기간, ②허가증, ③허가의 지위승계에 관한 규정 등이 있다.

①有效期間

허가의 효력에 관해서는 취소하지 않는 한 영속한다고 하는 경우와 일정한 유효기간을 설정하는 경우의 두가지가 있다. 허가의 유효기간이 설정되는 것은 허가의 효력을 영속적인 것으로 하는 것이 적당하지 않다고 생각되는 경우이다. 허가의 유효기간에 설정하는 방법으로서서는 직접적으로 허가의 유효기간을 두는 방법과 허가증 등의 유효기간으로서 간접적으로 정하는 방식이 있다.

<사례-1>

※有線放送管理法

第3條(有線放送事業) ②有線放送事業許可의 有效期間은 5年の 범위안에서 有線放送의 종류별로 大統領令으로 정한다.

③第2項의 規定에 의한 有效期間이 만료된 때에는 再許可를 할 수 있다.

〈사례-2〉

※ 內水面漁業開發促進法

第10條(漁業의 有效期間) ①第7條第1項第1號의 免許漁業은 10年, 同條 第1項 第2號 내지 第4號의 免許漁業은 5年, 第8條의 許可漁業 및 第9條의 申告漁業은 3年이내를 각각 그 有效期間으로 한다.

②道知事는 漁業의 免許有效期間이 滿了되어 漁業權者의 申請이 있을 때에는 다음 各號의 1에 해당하는 事由가 있을 경우를 제외하고는 第1項의 期間 내에서 免許期間의 延長許可를 하여야 한다.

1. ~ 3. (생략)

② 許可證

허가제의 취지·목적 내지 규제 대상이 되는 사업의 실태에 비추어 허가를 하는 경우에 허가증을 교부하는 사례가 있다. 따라서 허가증 등에 관한 규정을 두는 경우에는 허가증 등에 관해서 일정한 의무나 재교부, 반납 등에 관해서도 병행하여 규정하는 경우가 많다.

〈사례-1〉

※ 大麻管理法

第6條(許可證의 交付等) ①市長·郡守·區廳長은 第5條의 規定에 의한 許可를 한 때에는 保健福祉部令이 정하는 바에 의하여 大麻取扱者 許可臺帳에 登載하고 許可證을 交付하여야 한다.

②大麻取扱者가 許可證을 紛失 또는 汚損하였거나 그 記載事項에 變更이 있을 때에는 保健福祉部令이 정하는 바에 의하여 이를 再交付받아야 한다.

③許可證은 他人에게 貸與하거나 양도하여서는 아니된다.

〈사례-2〉

※銃砲・刀劍・火藥類等團束法  
 第65條(許可證等) ①이 법의 규정에 의하여 허가관청 또는 면허관청이 허가 또는 면허를 하는 경우에는 내무부령이 정하는 바에 의하여 허가증이나 면허증을 교부하여야 한다.  
 ②제1항의 규정에 의하여 허가증이나 면허증을 교부받은 사람은 그 허가 또는 면허가 취소된 때 또는 영업정지, 사용정지, 면허의 효력정지처분을 받은 때에는 내무부령이 정하는 바에 의하여 허가증이나 면허증을 그 허가관청 또는 면허관청에 지체없이 반납하여야 한다.  
 ③제1항의 규정에 의하여 허가증이나 면허증을 교부받은 사람은 그 허가증 또는 면허증의 기재사항에 관하여 변경이 있는 때에는 내무부령이 정하는 바에 의하여 그 허가관청 또는 면허관청에 신고하여야 한다.  
 ④허가증 또는 면허증을 잃어버렸거나 그 허가증 또는 면허증이 헐어 못쓰게 된 때에는 내무부령이 정하는 바에 의하여 그 허가관청 또는 면허관청에 신고하여 다시 교부받을 수 있다.

③許可의 地位承繼

허가의 지위의 승계(특정승계·포괄승계)를 인정할 것인가의 여부, 인정하더라도 어느 범위에서 어떠한 절차로 인정할 것인가가 문제된다. 이 문제는 허가가 어떠한 요건을 판단하여 부여한 것인가에 따라 결정된다. 즉, 일반적으로 말하면 物的 要件만을 판단하여 부여한 것에 관해서는 허가의 지위승계를 인정해도 관계없으며, 반대로 人的 要件을 판단하여 부여한 것에 관해서는 허가의 지위의 승계를 인정할 수가 없게 된다. 또한 허가의 지위승계를 어느 범위에서 어떠한 절차로 인정할 것인가에 관해서는 허가의 내용에 상응하여 개별구체적으로 판단하지 않으면 안된다. 허가의 지위승계에 관한 규정이 없는 경우에는 일반적으로는 이를 인정하지 않는 뜻으로 해석되므로 허가의 지위승계를 인정하는 경우에는 그 취지를 규정하지 않으면 안된다.

〈사례-1〉

※오존層보호를위한特定物質의製造規制등에관한法律

第6條(製造業者의 地位承繼) ①製造業者가 死亡하거나 그 事業을 讓渡한 때 또는 法人인 製造業者의 合併이 있는 때에는 그 相續人, 事業을 讓受한 者 또는 合併후 存續하는 法人이나 合併에 의하여 設立되는 法人이 그 製造業者의 地位를 承繼한다. 다만, 그 事業을 讓受한 者 또는 合併후 存續하는 法人이나 合併에 의하여 設立되는 法人이 第5條 各號의 1에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

②第1項의 規定에 의하여 製造業者의 地位를 承繼한 相續人이 第5條第1號 내지 第3號의 1에 해당하는 경우에는 相續開始日부터 6月이내에 다른 사람에게 이를 讓渡하여야 한다.

③第1項의 規定에 의하여 製造業者의 地位를 承繼한 者는 通商産業部令이 정하는 바에 의하여 그 承繼한 날부터 30日이내에 이를 通商産業部長官에게 申告하여야 한다.

〈사례-2〉

※鹽管理法

第5條(許可·申告의 承繼) ①第3條의 規定에 의하여 許可를 받거나 申告를 한 鹽製造業者가 그 鹽製造業을 讓渡하거나 死亡한 때 또는 法人의 合併이 있는 때에는 그 讓受人·相續人 또는 合併후 存續하는 法人이나 合併에 의하여 設立되는 法人은 그 鹽製造業者의 地位를 承繼한다.

②民事訴訟法에 의한 競賣, 破産法에 의한 換價나 國稅徵收法·關稅法 또는 地方稅法에 의한 押留財産의 賣却 기타 이에 준하는 節次에 따라 鹽製造施設의 전부를 引受한 者는 그 鹽製造業者의 地位를 承繼한다.

③第1項 또는 第2項의 規定에 의하여 鹽製造業者의 地位를 承繼한 者는 그 承繼의 原因이 발생한 날부터 2月이내에 通商産業部令이 정하는 바에 의하여 通商産業部長官에게 申告하여야 한다.



2. 기타 事業規制法規에 있어서의 共通規定에 관한 事項

기타 사업규제법규에 있어서 그 실체적 규정에 포함되는 사항으로는 법령에 따라 각각 내용을 달리하고 있기 때문에 이를 전부 검토하는 것은 불가능하나, 입법상 참고가 될 수 있는 몇가지 공통적인 사항을 살펴보면 다음과 같다.

(1) 業務의 範圍와 制限

행정기관의 인·허가 등의 처분에 의하여 원래는 일반적으로 금지되고 있는 일정한 사업이나 행위 등을 특정한 자에 대하여 이를 해제하거나 특히 일정한 사업이나 행위 등을 행하는 자의 권리·능력을 설정하고 있는 경우에 그 처분에 의해서 일정한 사업, 행위 등을 적법하게 행할 수 있게 된 자에 대하여 公益上의 견지에서 그 자가 행하는 업무의 범위를 한정하거나 다른 業務를 겸직하는 것을 금지, 제한하는 규정을 두는 사례가 많다. 특히 업무의 범위를 한정하거나 다른 업무의 겸직을 금지하는 규정은 金融業 기타 신용을 주안으로 하는 사업, 공익사업의 경우에 많다. 이러한 조치를 규정함으로써 사업자에게 그 본래의 업무에 전념하게 하고, 다른 한편 사업의 면허나 허가 등의 기준의 운용과 부합하게 공중의 이익을 보호하도록 하는 것이다.

<사례-1>

※電氣事業法

第11條(一般電氣事業者의 兼業) ①一般電氣事業者가 一般電氣事業외의 事業을 하고자 하는 경우에는 通商産業部長官의 許可를 받아야 한다. 다만, 政府投資機關管理基本法의 적용을 받는 一般電氣事業者의 경우에는 그러하지 아니하다.

②通商産業部長官은 一般電氣事業者가 一般電氣事業외의 事業을 함으로써 一般電氣事業의 적절한 수행에 지장을 招來할 우려가 있다고 인정되는 경우에는 第1項의 許可를 하여서는 아니된다.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-2>

※證券去來法

第51條(兼業의 制限) ①證券會社는 證券業 및 總理令이 정하는 附隨業務의 다른 業務를 兼營하지 못한다. 다만 財政經濟院長官의 認可를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

②(생략)

<사례-3>

※保險業法

第9條(他事業 兼營의 制限) ①保險事業者는 保險事業 이외의 事業을 營爲하지 못한다. 다만, 財政經濟院長官의 許可를 받아 다음 各號의 業務를 營爲할 수 있다.

1. ~ 2. (생략)

<사례-4>

※職業安定法

第26條(兼業禁止) 食品衛生法 第21條의 規定에 의한 食品接客業, 公衆衛生法 第2條의 規定에 의한 宿泊業, 家庭儀禮에 관한法律 第5條의 規定에 의한 結婚相談 또는 仲媒行爲를 하는 業 기타 大統領令으로 정하는 營業을 하는 者는 職業紹介事業을 할 수 없다.

그리고 이러한 업무의 범위의 제한, 금지와 같은 취지로 사업주가 법인인 경우에 그 任員이 다른 업무에 종사하는 것이 제한, 금지되는 경우도 있다.

<사례-1>

※國民年金法

第33條(任·職員의 兼職制限) 公團의 理事長·常任理事·監事 및 職員은 營利를 目的으로 하는 業務에 종사하지 못하며, 理事長과 常任理事 및 監事は 保健福祉部長官의, 職員은 理事長의 許可없이 다른 職務를 겸할 수 없다.

<사례-2>

※短期金融業法

第15條(兼職禁止) 短期金融會社의 業務에 종사하는 任·職員은 營利를 目的으로 하는 다른 職務에 종사하지 못한다. 다만, 財政經濟院長官의 許可를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

<사례-3>

※證券投資信託業法

第34條(任員의 兼職禁止) 委託會社의 常務에 종사하는 任員은 財政經濟院長官의 승인을 얻은 경우를 제외하고는 다른 會社의 常務에 종사하거나 다른 事業을 營위하지 못한다.

(2) 事業設備·施設 등의 基準

사업규제법규에 있어서는 사업자가 허가 등을 받는데 즈음하여, 일정한 事業設備나 施設 등을 구비할 것을 허가 등의 기준으로 정하는 것이 일반적이다. 또한 허가 등을 받은 사업자는 이러한 사업시설, 사업설비 등을 설치하고 유지하여야 할 의무를 부담하는 경우가 많다.

<사례-1>

※電氣事業法

第7條(電氣設備의 設置 및 事業의 開始義務) ①電氣事業者는 通商産業部長官이 지정한 準備期間내에 電氣設備를 設置하고 事業을 開始하여야 한다.

②~④(생략)

<사례-2>

※ 都市가스事業法

第5條(사업의 開始義務등) ① 都市가스事業者는 그 許可를 받은 날부터 3年의 범위내에서 通商産業部長官 또는 市·道知事가 정하는 기간내에 가스供給施設을 設置하고 그 사업을 開始하여야 한다.

②~④(생략)

(3) 業務運營과 관련한 規制

인·허가등의 행정처분에 의해 어떠한 행위나 사업을 수행하는 사업자등에 관해서는 공익의 유지, 공공복리의 실현의 견지에서 그 업무의 운영방법에 관하여 여러가지 규제를 가하는 경우가 많다. 이러한 業務運營과 관련한 규제의 態樣에 관해서는 일률적으로 말하기는 어려우나 대체로 사업의 유지·장려 또는 감독상의 견지 내지 공중의 이익보호라는 입장에서 「각종 위험물의 취급·보관에 관한 규제」, 「요금규제 또는 사업자와 일반공중사이에 체결하는 계약의 내용이나 계약조건에 관한 규제」, 「위해방지를 위한 안전관리규제」 등이 가해진다. 또한 사업규제법규에 있어서는 당해법령의 성질에 상응하여 공익의 증진, 공공의 안전의 유지등의 견지에서 그 사업방식전반에 걸쳐 주무행정기관이 여러 監督上的 權限을 가지게 되며, 이 감독권을 적절하게 행사할 수 있도록 규정하는 경우가 많다. 이러한 감독에 관한 사항은 補則에서 규정하는 경우가 많다.

Ⅲ. 助成法規

조성행정(Subvention, Subventionierung)의 관념은 학문상 아직 정확한 의미가 파악되어 있지 않고 그 用語 또한 통일되지 못한 실정이나,<sup>34)</sup> 일반적으로

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

로 「행정주체가 직접 또는 제3자를 통하여 私人 또는 私企業者에 대하여 경영의 안정, 공공적 수요의 충족등의 행정목적을 달성하기 위하여 자금 기타 재산상 가치가 있는 이익을 제공하는 것을 내용으로 하는 행정활동」으로 지칭되고 있으며, 이러한 조성행정의 근거가 되는 법규를 助成法規라고 한다. 조성행정은 현대 복지국가에서 국민의 경제적·문화적 영역에 있어서 공공복리의 증진을 위한 하나의 행정작용의 형태로서 대두된 것이라 볼 수 있다. 즉 경제적·문화적 영역에서의 공공복리는 경제와 문화의 발전과 고도성장을 도모함으로써 실현될 수 있는 것이기 때문에 국가는 국민의 경제·문화생활의 조정자로서 개입할 필요성이 있는 것이다. 그리하여 국가는 개인의 활동에 대한 적극적인 배려자의 입장에서 경제활동에 필요한 資金을 지원하거나 기술정보를 제공하는 등의 급부활동을 통한 적극적인 개입을 하게되어 이러한 조성행정이 광범위하게 행해지고 있는 것이다.<sup>35)</sup> 어떻든 이와 같은 조성행정의 관념에 있어서 그 본질적인 기준은 ①조성을 받는 자의 경제적 활동, ②공적인 주체에 의한 급부, ③이에 대한 반대 급부가 없을 것, ④경제적 助長에 기여할 것 등을 의미한다.

그러나 조성행정의 법리는 물론 그의 개념조차 확립되어 있지 않은 현단계에서 법률의 근거가 필요한 조성행정이 무엇인가는 정확하게 파악하기 곤란하다. 모든 급부행정에 대해서 일일이 법률의 수권을 요하게 하면 급부행정 본래의 목적달성에 저해를 가져올 염려가 있으므로 예산상의 근거로서도 일단 족한 것으로 볼 수 있다는 견해도 제시되고 있으나,<sup>36)</sup> ①조성이 상대방의 부담과 결부되어 행하여지는 경우, ②조성을 받을 권리를 보호할 필요성이 있는 경우, ③조성의 법형식 또는 조직을 高權的으로 구성할 필요가 있는 경우, ④제공자에게 조성의무를 명할 필요가 있는 경우, ⑤조성의 목적·대상·방법을 객관적으로 명확히 할 필요가 있는 경우에는 반드시 법률의 근거가 필요하다고 봄이 타당하다.

助成法規에 있어서 공공적 사무 또는 개인의 사업에 대해 경제적인 원조를 하는 사항을 규정하는 경우에 특히 유의해야 할 사항으로는 ①조성의 내용·정도 또는 범위를 어떻게 한정할 것인가, ②개인에 대한 조성에 있어서는 헌법상 평등의 원칙과의 관계, ③조성에 대하여 충분한 합리적인 이유가 있는가 등을 신

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

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

중하게 검토하여야 하며, 또한 ④감독관청의 설치필요성의 유무, ⑤國有財産法·豫算會計法등 관련법제와의 관계 등을 고려하여야 한다. 물론 이와 같은 검토는 입법정책적인 문제라고 볼 수도 있으나, 어쨌든 그 조성의 재원은 결국 국민의 稅金으로 充당하는 것임을 고려하여 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 한다.

종래에는 법적 근거없이 정부가 그 예산의 범위내에서 임의로 補助措置를 하였으며 그 결과 어떤 경우에는 임의단체로서도 그 조직이나 활동에 아무런 지장이 없는데도 불구하고 보조금을 지급하는 입법조치를 하여 공법인으로 규정하는 사례도 있었다. 그러나 이러한 조성은 국가적 재원의 적정한 배분을 저해하고, 국민에게도 바람직하지 못한 부작용을 가져올 뿐 아니라 조성에 수반하여 필요 이상으로 대상사업의 내용에 간섭하기 쉽다. 현재는 국가가 지급하는 補助金, 負擔金에 대하여는 「補助金の豫算및管理에관한法律」이 있어서 그에 대한 실효적인 통제를 가하고는 있으나, 이 법률의 적용을 받지 않는 조성에 대해서도 이에 준하는 규정을 마련할 필요성이 있다.<sup>37)</sup>

조성의 방법에 대해서는 조성대상인 事務 또는 事業의 성질, 종류, 조성의 효과 등의 요소를 감안하여 적절한 방법을 선택할 것이나, 일반적으로 많이 사용하는 방법으로는 ①보조금교부, ②조성의 형식으로서의 손실보상, ③저리자금의 융자 또는 貸付, ④국유재산의 무상 내지 저가양도 또는 대부, ⑤정부출자, ⑥이자 지급·사채인수, ⑦세제상의 특별조치<sup>38)</sup> 등의 형식으로 규정되고 있다.

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

38) 그런데 資金助成의 관념은 법이론적·법실제적 필요에서 형성되어야 하고 법학과 경제학을 포함하는 통일적인 자금조성개념의 성립은 불가능하다. 법적 의미에서의 자금조성은 受給者의 신청을 요하는 공적 재정으로 부터의 지출이고, 일반적·포괄적인 법규에 근거한 재정적으로 불명확한 혜택은 資金助成의 법적 개념에는 적합하지 않은 것이다. 법규에 의하여 창설되고 예산상에 나타나 있지 않은 수익은 아무런 법적 문제를 발생하지 않으므로 자금조성의 법적 개념에는 포함되지 않는다고 봄이 타당하다. 그러한 의미에서 稅制上的 特別措置는 경제적 관점에서는 조성행정이지만 법적 관점에서는 자금조성이라고 할 수 없다는 지적이 있다. 그 이유는 세제상의 특례는 財政學的 概念으로서 세법의 영역에서 그 중요성이 인식되는 것이고 자금조성의 본질적인 내용과는 거리가 먼

## 1. 補助金交付

「보조금」이란 행정주체가 특정한 공공목적의 촉진을 위하여 무상으로 행하는 금전적 급부를 말한다. 보조금은 이러한 넓은 의미로 사용되는 외에 좁은 의미로는 「국가외의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 보조금·부담금 기타 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금」으로 정의하기도 한다(補助金の豫算및管理에 관한法律 제2조제1호).<sup>39)</sup> 보조금이라는 것은 본래 은혜적, 장려적인 것이며 법령 등에 정하는 그 교부요건에 해당한다고 하여 반드시 그 상대방에 대해 보조금청구의 권리를 부여하는 것이 아니다. 다만 보조금의 교부를 정한 법령의 규정내용에 따라 국가 또는 지방자치단체 등은 일정범위내에서 보조금을 교부하여야 할 구속을 받게 될 따름이다.

이러한 補助金交付에 관한 규정으로는 「보조할 수 있다」, 「교부할 수 있다」라고 하여 정부에 대해 보조금지출의 권한을 부여하는 형식하는 형식을 취한다. 보조금교부에 관해서 의무적인 규정을 두게된다면 그 보조제도의 법적안정성을 위해서는 타당하나, 현행 보조금의 실태로 부터 볼 때 그 固定的인 制度가 보조목적의 달성 내지 감퇴, 보조효과의 감소, 경기조정등의 재정정책등의 필요성 등에 적응하여 수시로 개폐되지 못하고 비효율성을 가져올 뿐 아니라 財政의 硬直化를 초래하기 쉽다는 실제적인 비판이 제기된다. 아울러 보조금을 지출하는 권한은 예산에 의해서 부여하는 「예산의 범위내에서」라는 형식을 취하고 있는 것이 대부분이다. 이러한 권한부여규정의 방식은 재정정책으로서의 유연성을 부여하려는 실제적인 의미가 있다.<sup>40)</sup>

---

것이기 때문이라고 한다. 따라서 조성의 방법으로서의 세제상의 특별조치의 형식은 조성 법규에 제외시킴이 바람직하다고 보는 것이 獨逸의 다수학자들의 견해이다. H.F. Zacher, 「Verwaltung durch Subventionen」, VVDStRL Heft 25, 1967, S.317 ; H. Maurer, 「Allgemeines Verwaltungsrecht」, 3 Aufl., München 1983, S.335 ; H.P. Ipsen, a.a.O., S.305.

39) 보조금의 정의에 관한 구체적인 것은 韓國法制研究院, 「補助金制度 關聯法制的 現況과 改善方案」, 1994, 16~18面 참조.

40) 俞載英, 「補助金에 관한 研究 -입법기술론 또는 입법학의 관점에서-」, 立法調査月報 1993.8., 54面.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

(1) 交付의 主體

① 국가(정부)를 규정한 경우

<사례-1>

※ 枯葉劑後遺疑症患者支援등에관한法律

第7條의2(補助金) 國家는 枯葉劑後遺症患者, 枯葉劑後遺疑症患者 및 그 家族의 生活安定과 福祉增進을 위한 사업을 수행하는 法人에 대하여 豫算의 범위안에서 補助金を 교부할 수 있다.

<사례-2>

※ 韓國漁業技術訓練所法

第6條(補助金) 政府는 訓練所의 建設·裝備 및 運營에 所要되는 經費에 相當하기 위하여 豫算의 범위안에서 補助金を 支給할 수 있다.

② 지방자치단체를 규정한 경우

<사례-1>

※ 遊船및渡船事業法

第36條(補助金의 지급) 지방자치단체는 道선의 安全운항과 주민의 交通편의를 위하여 필요한 경우 영세도선사업자의 노후선박의 교체, 안전시설의 설치 및 개수, 적자노선에 대한 손실보전등에 소요되는 비용의 전부 또는 일부를 보조금으로 지급할 수 있다.

③ 국가 또는 지방자치단체를 규정한 경우

<사례-1>

※ 傳統建造物保存法

第10條(補助金) 國家 또는 地方自治團體는 保存對象傳統建造物, 傳統建造物保存地區 또는 그 地區안에 있는 傳統建造物의 保存·管理에 필요한 經費의 전부 또는 일부를 補助할 수 있다.



④공사를 규정한 경우

<사례-1>

※人蔘協同組合法  
 第7條(公社의 補助) 公社는 組合 또는 中央會에 대하여 補助金을 支給할 수 있다.

(2) 交付對象

①지방자치단체에게 교부하는 경우

<사례-1>

※地方財政法  
 第20條(補助金의 교부) ①國家는 施策上 필요하다고 인정될 때 또는 地方自治團體의 財政事情上 특히 필요하다고 인정될 때에는 豫算의 범위안에서 地方自治團體에 補助金을 교부할 수 있다.  
 ②市·道는 施策上 필요하다고 인정할 때 또는 市·郡 및 自治區 財政事情上 특히 필요하다고 인정될 때에는 豫算의 범위안에서 市·郡 및 自治區에 補助金을 교부할 수 있다.  
 ③(생략)

②단체 또는 사업자에게 교부하는 경우

<사례-1>

※觀光振興法  
 第53條(財政支援) ①文化體育部長官은 觀光에 관한 事業을 하는 地方自治團體·觀光事業者團體 또는 觀光事業者에게 大統領令이 정하는 바에 의하여 補助金을 支給할 수 있다.  
 ②地方自治團體는 그 管轄區域안에서 觀光에 관한 事業을 하는 觀光事業者團體 또는 觀光事業者에게 條例로 정하는 바에 의하여 補助金을 支給할 수 있다.

③기 타

〈사례-1〉

※放送法

第24條(補助金) 國家는 豫算의 범위안에서 委員會에 補助金을 支給할 수 있다.

〈사례-2〉

※韓國石油開發公社法

第15條(補助金) 政府는 公社의 事業에 대하여 豫算의 범위안에서 補助金을 交付할 수 있다.

(3) 交付方法

보조금은 그 교부의 態樣에 따라 여러가지로 분류할 수 있다. 즉, ①국가 또는 지방자치단체가 보조금을 교부하는 경우 그 효과를 확실하게 하기 위해서는 통상 보조사업을 실제로 행하는 자에게 직접교부하는 「直接交付」의 방식에 의하나, 보조대상이 전국적으로 다수인 경우에는 사무가 번잡해지는 것을 피하고 중간기관에게 적정한 감독을 하도록 하는 등 이른바 「間接交付」의 방식에 의하는 경우도 있다.

〈사례-1〉 직접보조

※土地區劃整理事業法

第76條(補助金) 國家 또는 地方自治團體는 區劃整理事業을 촉진하기 위하여 특히 필요한 때에는 豫算의 범위안에서 大統領令이 정하는 바에 의하여 區劃整理事業에 관한 費用의 一部를 施行者에게 補助할 수 있다.

〈사례-2〉 간접보조

※文化財保護法

第28條(補助金) ①國家는 다음 經費의 全部 또는 一部를 補助할 수 있다.

1. ~ 4. (생략)

②(생략)

③第1項第2號 내지 第4號의 補助金은 市·道知事를 통하여 交付하고, 그 指示에 따라 管理·사용하게 한다. 다만, 文化體育部長官이 필요하다고 인정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

②그리고 통상의 보조금은 일반적으로 그 용도, 목적이 정해진 「特定費補助」인 경우가 많고 이에 대해 「一般費補助」는 공공단체, 공법인 등의 존립목적에 대하여 규정되고 있다.

〈사례-1〉 특정비보조

※史料의 蒐集및 보존등에 관한 法律

第10條(補助金의 교부등) ①國家는 다음 各號의 1에 해당하는 事業을 하는 者에 대하여 豫算의 범위안에서 補助金의 교부 기타 필요한 지원을 할 수 있다.

1. 史料의 發掘·翻譯·謄寫·整理 또는 發刊

2. 史料의 複寫刊行

3. 史料의 研究 또는 編纂

②(생략)

〈사례-2〉 일반비보조

※大韓鑛業振興公社法

第16條(補助金) 政府는 公社의 事業에 대하여 豫算의 범위안에서 補助金을 교부할 수 있다.

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

③보조금의 지급은 일반적으로 예산의 범위안에서 지급하는 「定額補助」가 대부분이며, 보조금액을 보조사업의 비용 등에 대해 일정율을 인상하여 산정하는 「定率補助」를 규정하는 입법례도 있다.

#### 〈사례-1〉 정액보조

※鹽業組合法

第49條(補助金) 通商産業部長官은 鹽業의 育成을 위하여 每事業年度마다 豫算의 범위안에서 規格制度 및 檢査 또는 其他 國家補助事業에 필요한 經費의 一部 또는 全部를 組合에 補助할 수 있다.

#### 〈사례-2〉 정률보조

※廢鑛地域開發支援에관한特別法

第19條(國庫補助金の 引上 지원) 開發事業중 大統領令이 정하는 사업에 대한 國家의 補助金은 補助金の豫算및管理에관한法律 第10條의 規定에 의한 差等補助率과 다른 法律에 의한 補助率에 불구하고 大統領令이 정하는 補助率에 따라 이를 引上하여 지원할 수 있다.

#### (4) 交付節次

보조금의 교부신청 및 결정절차등에 관해서는 법률에서 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 「補助金の豫算및管理에관한法律」이 적용된다. 일반적으로 보조금에 관한 규정을 두고 있는 법률에서는 「大統領令이 정하는 바에 의하여」라고 하여 그 교부신청 및 구체적 절차에 관하여 시행령 또는 시행규칙(교부규칙, 교부규정)에서 규정하고 있다.

<사례-1>

※傳統寺刹保存法

第14條(補助金) 國家 또는 地方自治團體는 傳統寺刹의 보존·管理를 위하여 필요한 經費의 일부를 補助할 수 있다.

※전통사찰보존법시행령

제10조(보조금의 관리등) 법 제14조의 규정에 의한 보조금의 신청 및 지급등에 관하여는 보조금의예산및관리에관한법령이 정하는 바에 의한다.

<사례-2>

※農村振興法

第13條(國家의 財政的인 지원) ②國家는 農業科學技術開發에 관한 試驗研究事業 및 農村指導事業을 실시하는 學校·團體 또는 개인에 대하여 大統領令이 정하는 바에 의하여 補助金의 지급등 財政的인 지원을 할 수 있다.

※농촌진흥법시행령

제15조(보조금의 교부신청등) 법 제13조제2항의 규정에 의하여 보조금을 지급받고자하는 학교·단체 또는 개인은 보조금교부신청서에 다음 각호의 서류를 첨부하여 매년 1월 10일까지 농촌진흥청장에게 제출하여야 한다.

1. ~ 5. (생략)

제16조(보조금의 지급등) 생략

※농촌진흥법시행규칙

제5조(보조금교부신청) 영 제15조 본문의 규정에 의한 보조금교부신청서는 별지 제1호 서식과 같다.

<사례-3>

※水産業法

第87條(補助) 行政官廳은 水産業의 獎勵와 振興을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 補助金을 교부할 수 있다.

※수산업장려보조금교부규칙

제4조(보조금교부신청서) ①이 영에 의한 보조금의 교부를 받고자 하는 자는 보조금교부신청서에 다음의 서류를 첨부하여 매년 4월 30일까지 해양수산부장관에게 제출하여야 한다. 다만, 해양수산부장관이 부득이 하다고 인정할 때에는 해양수산부장관이 정하는 날까지 제출할 수 있다.

1. ~ 5. (생략)

(5) 補助에 수반하는 義務

보조금의 교부를 받은 자(법인)는 통상 보조금을 보조법규 및 교부의 목적 또는 조건에 따라 사용하며 달리 유용하지 않을 의무, 보조금의 교부를 행하는 행정기관이 조성의 효과를 확인하는 등 필요한 범위안에서 補助事業에 관하여 보고의 제출을 명하거나 보조사업의 시행상황 및 보조금의 사용상황의 검사등의 요구에 따라야 할 의무 등을 부담한다. 그 외에 보조와 관련한 사업 또는 보조를 받아 취득한 물건의 관리 또는 처분에 관한 지시 또는 제한에 따를 의무, 일정한 경우에 있어서 보조금의 반환의무등이 규정되어 있는 경우도 있다. 이러한 보조금의 교부를 받은 자에 대한 義務는 법령상 특히 규정되지 않더라도 어떤 범위에 있어서는 補助의 條件으로서 붙일 수가 있으나, 최근에는 보조금의 교부에 관한 행정의 투명성을 제고하고 공정한 보조가 이루어 지도록 하기 위하여 보조금의 교부를 신청하는 자에 대해 미리 보조의 조건을 주지시킨다는 의미에서 법령상 이를 명확히 규정하는 사례가 많다.

국가의 보조금등에 관한 一般법인 「補助金の豫算및管理에관한法律」에서는 제18조에서 「①中央官署의 長은 補助金の 교부를 결정함에 있어서 法令과 豫算이 정하는 補助金の 交付目的을 達成함에 필요한 조건을 붙일 수 있다. ②中央官署

의 長은 補助金의 교부를 결정함에 있어서 補助事業이 완료된 때에 그 補助事業 者에게 상당한 收益이 발생하는 경우에는 그 補助金의 交付目的에 違背되지 아 니하는 범위안에서 이미 교부한 補助金의 전부 또는 일부에 해당하는 금액을 國 家에 반환하게 하는 조건을 붙일 수 있다」라고 하여 이들 사항에 대해 상세히 규정하고 있다.

아울러 보조금이 그 교부목적대로 유효하게 사용될 것을 확보하기 위하여 그 교부를 받은 자 또는 받을 예정인 자가 그 교부목적에 반하여 교부금을 사용하 거나 기타 보조에 관한 규정을 위반하는 경우에는 그 교부할 보조금의 전부 또 는 일부에 관하여 교부정지 또는 교부결정을 취소하거나, 이미 교부한 보조금을 반환하게 하는 조치를 취한다. 이 점에 관해서는 경우에 따라서는 補助金交付의 條件인 행정조치로서 할 수 없는 것은 아니나, 행정의 공정화, 민주화를 도모하 기 위해서는 법령에서 분명히 이에 관한 규정을 두는 것이 바람직하다. 補助金 에 관한 일반법인 「補助金の豫算및管理에관한法律」에서도 第4章(보조사업의 수 행), 第5章(보조금의 반환) 및 第6章(보칙)에서 이러한 사항을 상세하게 규정하 고 있으나 기타 입법에서도 다음과 같은 규정을 법률, 시행령 또는 시행규칙에 서 상세히 정할 수 있다.

①법률에 규정한 경우

<사례-1>

※母子福祉法

第26條(補助金의 返還命令) 國家 또는 地方自治團體는 母子福祉施設의 長 또 는 母子福祉團體의 長이 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 이미 교부한 補助 金의 전부 또는 일부의 반환을 命할 수 있다.

1. 補助金의 교부조건에 위반한 때
2. 詐欺 기타 부정한 방법으로 補助金의 交부를 받은 때
3. 母子福祉施設을 經營함에 있어 개인의 營利를 도모하는 행위를 한 때
4. 이 法 또는 이 法에 의한 命令에 위반한 때

②시행령에 규정한 경우

<사례-1>

※관광진흥법시행령

제40조(보조금의 사용제한등) ①보조사업자는 보조금을 지급받은 목적외에 이를 사용할 수 없다.

②보조금의 교부결정을 받은 자 또는 보조사업자가 다음 각호의 1에 해당할 때에는 문화체육부장관은 보조금의 교부결정의 취소, 보조금의 지급정지 또는 이미 지급한 보조금의 전부 또는 일부의 반환을 명할 수 있다.

1. 허위 기타 부정한 방법으로 보조금의 지급을 신청하였거나 지급받은 때
2. 보조금의 지급조건에 위반한 때

③시행규칙에 규정한 경우

<사례-1>

※산업교육진흥법시행규칙

제6조(보조금의 목적이외의 사용금지) 보조금의 교부를 받은 자는 그 보조금을 보조목적 이외의 다른 목적에 사용할 수 없다.

제7조(보조금교부의 정지 또는 취소) 교육부장관은 보조금의 교부를 받은 자에 다음 각호의 1에 해당하는 사유가 있다고 인정될 때에는 보조금의 전부나 일부의 교부를 정지 또는 취소하거나 교부한 보조금의 전부나 일부의 반환을 명할 수 있다.

1. 제6조의 규정에 위반하여 보조금을 보조목적 이외에 사용한 때
2. 실험·실습시설의 공사 또는 실험·실습의 전부나 일부를 중지한 때
3. 실험·실습시설의 공사 또는 실험·실습의 시행결과가 저조하여 계속 보조함이 부적당하다고 인정되거나 그 목적을 달성할 가망이 없다고 인정되는 때
4. 제8조의 규정에 의한 보고를 허위로 하거나 태만한 때 또는 동조에 의한 감독청의 검사를 방해하거나 기피한 때



제8조(보고와 감독) ①보조금의 교부를 받는 자는 매년 당해연도의 실험·실습시설의 공사 또는 실험·실습의 진도와 보조금의 경리 및 사업실적현황을 다음 연도 1월말까지 문서로서 교육부장관에게 보고하여야 한다.

②교육부장관은 보조금의 효율적인 사용을 위하여 필요하다고 인정될 때에는 필요한 보고를 하게 하거나 관계공무원으로 하여금 서류등의 검사를 하게 할 수 있다.

## 2. 助成의 형식으로서의 損失補償

공공복리를 위하여 필요하나 採算上 위험성이 많은 특정사업의 안정 또는 발달을 장려, 조성하기 위하여 그 사업을 수행하는 자에 대해 사업수행상 발생할 수 있는 손실을 국가 또는 지방자치단체가 보상하는 경우가 있다. 또한 이러한 사업의 수행을 일정한 자에게 명령하거나 그 명령을 받은 자가 그 사업을 행하는데 대해 손실이 발생한 때에 이를 보상하는 형식을 취하기도 한다. 일반적으로 損失補償이란 공권력의 적법한 행사에 의거하여 특정한 자에게 손실을 입힌 경우에 이를 보상하는 것을 말하나 이러한 사업수행조성을 위한 손실보상은 일반적으로 공권력의 행사에 의거하지 않은 것이며 경제적 성질은 일종의 보조 내지 조성이라 할 수 있다. 일반적인 補助金이 통상 정액으로 교부되어 사업의 손익과 엄밀하게 대응하지 않는데 대해 이러한 의미의 손실보상은 손실이 발생한 경우 그 손실을 보전하기 위한 소요액을 교부한다는 점에서 일반적인 보조금과 다르다. 조성의 한 형식으로서의 損失補償의 방법으로는 우선 법률에서 사업수행을 명하고, 이에 대해 손실보상을 할 것을 규정하고 나아가 하위법령에서 보상금의 한도, 보상하여야 할 손실의 범위, 손실보상을 받는데 따른 상대방의 의무등에 관한 규정을 두고 있다.

<사례-1>

※海運法

第17條(船舶就航命令등) ①海洋水産部長官은 公共福利의 增進을 위하여 필요하다고 인정할 때에는 旅客運送事業者에게 旅客船의 就航·航路의 延長 또는 變更이나 豫備船舶을 확보할 것을 命할 수 있다.

② 海洋水産部長官은 第1項의 規定에 의한 命令으로 인하여 損失을 받은 者가 있을 때에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 그 損失을 補償하여야 한다.

※ 海運법시행령

제4조(손실보상) ① 법 제17조제1항의 규정에 의한 명령으로 인하여 손실을 받은 여객운송사업자는 해양수산부령이 정하는 바에 의하여 매월 해양수산부장관에게 손실보상금의 지급을 청구할 수 있다.

② 해양수산부장관은 제1항의 규정에 의한 손실보상금의 지급청구를 받은 때에는 예산의 범위안에서 매월 손실보상금을 지급하여야 한다.

③ 손실보상금의 예산기준은 전년도에 발생한 손실액과 당해연도에 해양수산부장관이 새로이 법 제17조제1항의 규정에 의하여 여객선의 취항등을 명령함으로써 발생할 손실액을 합산한 금액으로 한다.

〈사례-2〉

※ 電氣事業法

第24條(需給調節등) ① 通商産業部長官은 災害 기타 緊急事態에 있어서 公共의 이익을 확보하기 위하여 특히 필요하다고 인정되는 때에는 電氣事業者 또는 自家用電氣設備設置者에 대하여 다음 各號의 사항을 命할 수 있다.

1. 一般電氣事業者에 대한 電氣의 供給
2. 發電事業者로부터의 電氣의 受電
3. 電氣設備의 賃貸 및 共用

②(생략)

第26條(損失補償) 通商産業部長官이 第24條第1項의 規定에 의한 命令에 의하여 電氣事業者 또는 自家用電氣設備設置者에게 損失을 발생하게 한 경우에는 國家는 正當한 補償을 하여야 한다.

3. 低利資金의 融資 또는 斡旋

低利의 정부자금 또는 정부출자의 특별금융기관으로부터의 자금융통을 받는 것이 실질적으로 조성의 효과를 거두는 것은 말할 것도 없다. 民間이 행하는 사

업에 공익성이 있고 정부가 이를 적극적으로 촉진·진흥시키거나 발전시켜 나가야 할 필요성이 있는 경우에는 재정자금등을 이용하여 저리로 융자함으로써 사업자가 자금을 용이하게 확보할 수 있도록 하는 것을 低利資金의 融資 또는 斡旋이라 한다. 이러한 저리융자금제도의 규정은 특혜라는 논란의 소지가 있으므로 그 사업의 공익성여부에 대한 철저한 검토가 필요하고 자유경쟁원리에 충실하여야 하는 사업의 경우에는 이러한 규정을 두는 데에 신중을 기하여야 한다.

〈사례-1〉

※農水産物加工産業育成및品質管理에관한法律  
 第11條(加工業者의 經營改善支援) ②農林部長官은 産地加工業者가 輸入開放등으로 競爭力이 약화되거나 經營이 악화되어 生産하는 加工品の 品質轉換등 經營개선을 하고자 할 때에는 資金의 融資등 필요한 지원을 할 수 있다.  
 ③第2項의 規定에 의한 지원대상 및 지원내용등 필요한 사항은 大統領令으로 정한다.

〈사례-2〉

※障擧人福祉法  
 第24條(補獎具業體의 육성) ②國家 및 地方自治團體는 補獎具業體의 육성을 위하여 특히 필요하다고 인정할 때에는 第1項의 補獎具를 生産하는 業體중 優秀業體를 지정하여 그 資金을 融資 또는 補助할 수 있다.

#### 4. 國有財産의 無償讓渡 또는 貸付

조성의 방법은 金錢에 의한 원조에 한하지 않으며, 국가 또는 지방자치단체가 소유하는 재산을 無償 또는 低價로 양도 또는 대부하거나 특정재산과 교환함으로써 특정사업등의 조성, 발달을 도모할 수도 있다. 다만 이 방법은 반드시 법률 또는 조례에 의거하여 행할 것을 요한다. 국가의 財産은 법률에 의거한 경우를 제외하고 이를 교환하거나 기타 지불수단으로 사용하거나 적정한 대가없이 양

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

도, 대부하여서는 아니되기 때문이며, 지방자치단체의 재산에 대해서도 마찬가지이다. 私人 또는 私企業에 대해 國有재산 또는 公有財산을 무상 또는 저가로 대부하거나 양도하는 것은 매우 큰 이익을 상대방에게 부여하는 것이므로 강력한 공공복리의 요청이 없는 한 임의로 하여야 할 것은 아니다. 그러한 의미에서 무상양도 또는 무상대부, 저가양도 또는 저가대부에 관한 입법례는 공공단체에 대해 특수한 용도에 충당하기 위하여 하는 경우에 많으며, 私人 또는 私企業에 대한 것은 거의 없다. 아울러 입법에 즈음하여 國有재산의 경우에 있어서는 그 관리처분에 관한 일반법으로서 「國有財産法」이 있으며 그 중에 무상대부, 무상양도에 관한 일반적인 규정이 있으므로 이들 규정과의 관계를 명확히 할 필요가 있음에 주의하여야 한다. 또한 「讓與」라는 용어는 법령상 무상양도의 의미로 사용되고 있다는 점도 유의하여야 한다.

#### <사례-1>

##### ※獨立紀念館法

第14條(國·公有財産의 無償讓與等) 國家 또는 地方自治團體는 紀念館施設의 設置 및 運營을 위하여 필요한 때에는 國有財産法 또는 地方財政法의 規定에 불구하고 國有財産이나 公有財産을 紀念館에 無償으로 讓與하거나 貸付할 수 있다.

#### <사례-2>

##### ※兒童福祉法

第30條(國有財産의 無償貸與) ①國家는 이 法에 의한 兒童福祉施設을 設置, 運營하는 法人에 대하여, 이 法에 의하여 委託한 業務의 處理를 위하여 필요하다고 인정할 때에는 國有財産을 無償으로 貸與할 수 있다.

②第1項의 規定에 의한 貸與의 對象·條件 및 節次에 관하여는 國有財産法의 規定을 適用한다.

<사례-3>

※새마을運動組織育成法

第4條(國·公有財産의 貸付등) 國家 또는 地方自治團體는 새마을運動組織의 育成을 위하여 필요한 때에는 大統領令이 정하는 바에 따라 國有財産法 또는 地方財政法의 規定에 불구하고 國·公有財産을 無償으로 貸付 또는 讓與하거나 사용·收益하게 할 수 있다.

그리고 國有財産法에 규정된 國유재산외에 國유의 물품의 무상 또는 저가양도 내지 대부에 관해서도 규정하는 입법례도 있다.

<사례-1>

※工業및에너지技術基盤造成에관한法律

第17條(國有財産의 無償讓與등) ①政府는 研究院의 設立·운영을 위하여 필요한 때에는 研究院에 國有財産과 大統領令이 정하는 物品을 無償으로 讓與하거나 貸付할 수 있다.

②研究院은 無償讓與된 國有財産을 讓與받은 目的에 직접 사용하지 아니한 때에는 政府에 이를 반환하여야 한다.

③(생략)

<사례-2>

※釜山交通公團法

第18條(國·公有財産의 無償貸付등) ①政府 또는 地方自治團體는 第7條의 規定에 의한 公團의 事業을 효율적으로 수행하게 하기 위하여 필요하다고 인정할 때에는 國有財産法 및 地方財政法의 規定에 불구하고 公團에 國·公有財産(物品·國有鐵道 및 釜山地下鐵의 使用權을 포함한다. 이하 같다)을 無償으로 貸付하거나 사용·收益하게 할 수 있다.

②第1項의 規定에 의한 貸付 또는 사용·收益의 조건 및 節次에 관하여 필요한 사항은 大統領令으로 정한다.

### 5. 政府出資

영리사업은 國營 또는 公營의 공기업이 되는 것을 제외하고 사인의 자유로운 경제활동으로서 행하여야 할 것이나, 그중 특히 국가 또는 지방자치단체가 밀접한 이해관계를 가지고 그 발전에 특별한 관심을 가지려는 것에 관해서는 정부 또는 지방자치단체가 자본의 일부 또는 전부를 現金이나 現物로 출자함으로써 그 성립을 용이하게 하고, 이를 통하여 그 조성을 도모함과 아울러 그 사업에 대해 발언권을 확보하려는 경우가 있다. 국가 또는 지방자치단체가 어떤 法人에 대해 자본의 일부 또는 전부를 출자하는 경우에는 전액출자의 경우는 물론 일부 출자의 경우도 그 만큼의 조성을 부여하는 것으로서 그 법인을 特殊法人 또는 特殊會社로서 정부 또는 지방자치단체의 감독권을 강화하는 것이 당연히 고려된다. 이들 감독규정의 내용으로는 통상 법인의 사업범위를 한정하고, 임원의 임면권을 장악하며, 사업계획·예산·결산·이익배당 기타 재무경영에 관해서 인허가권을 가지며, 사업 또는 중요한 재산의 양도 또는 합병·해산 등을 제한하고 기타 감독상의 일반적인 명령권·지시권을 가지는 것을 내용으로 한다. 또한 이러한 감독을 받는 반면 사업의 독점, 법인의 명칭독점 기타 특권부여에 관한 규정도 두는 것이 많다.

#### <사례-1> 정부의 전액출자의 경우

※ 農水産物流通公社法

第4條(資本金) 公社의 資本金은 800億원으로 하고, 그 全額을 政府가 出資한다.

#### <사례-2> 현물출자의 경우

※ 農漁村振興公社及農地管理基本法

第7條(資本金 및 出資) ① 公社의 資本金은 1兆원으로 하되 國家가 그 全額을 出資한다.

② 國家는 公社의 事業에 필요한 動産 또는 不動産을 公社에 現物로 出資할 수 있다.

③ 國家는 大統領令이 정하는 바에 의하여 國家가 造成한 土地 또는 國家가 가지는 農地改良施設管理權을 公社에 出資할 수 있다.

〈사례-3〉 국가·지방자치단체 및 기관이 출자하는 경우

※集團에너지事業法

第32條(資本金 및 出資) ①公社의 資本金은 2千億원으로 한다.

②第1項의 資本金은 國家·供給對象地域을 管轄하는 地方自治團體 및 大統領令이 定하는 機關이 이를 出資하되, 필요한 경우 定款이 定하는 바에 依하여 資本金의 2分の 1을 초과하지 아니하는 범위안에서 一般으로 부터 株主를 모집할 수 있다.

③第2項의 規定에 의한 出資는 現金이외의 財産으로도 할 수 있다.

6. 稅制上의 特別措置

조성입법으로서는 경제적 원조를 적극적으로 부여하는 것 외에 私人이 동등하게 부담하는 것을 원칙으로 하는 租稅를 사회적·경제적·문화적 기타 정책적 입장에서 감면함으로써 소극적으로 원조하는 방법도 있다. 조세에 관해 조성의 의미에서 특례를 두는 것은 憲法 제59조와의 관계에서 법률 또는 법률로 정하는 조건에 의하여야 한다. 조세의 감면을 의미하는 세제상의 특례에 의해 조성의 목적을 달성하려는 경우에 우선 고려하여야 할 것은 租稅의 생명인 부담의 公平原則을 무시하는 것만큼의 강한 공공복리상의 요청이 있는가라는 점이다.<sup>41)</sup> 이러한 필요가 인정되는 경우에 세제상의 특례에 의한 조성의 방법으로서는 면세, 감면세 등이 있다.

41) 「조세감면의 우대조치는 조세평등주의에 반하고 국가나 지방자치단체의 재원의 포기가 기도 하여 가급적 억제되어야 하고 그 범위를 확대하는 것은 결코 바람직하지 못하므로 특히 정책목표달성이 필요한 경우에 그 면제혜택을 받는 자의 요건을 엄격히 하여 극히 한정된 범위내에서 예외적으로 허용되어야 하는 것이다」(租稅減免規制法 제74조제1항제1호 違憲訴願, 1996.6.26. 93헌바2).

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

#### <사례-1>

##### ※ 嬰幼兒保育法

第25條(稅制支援) 第21條의 規定에 의하여 保護者가 영유아의 保育을 위하여 支出한 保育費用과 第7條第3項 및 第23條의 規定에 의하여 事業主가 負擔하는 保育施設의 設置 및 運營에 所要되는 費用에 대하여는 租稅減免規制法이 定하는 바에 의하여 租稅를 減免한다.

#### <사례-2>

##### ※ 兒童福祉法

第31條(免稅) 兒童福祉施設에서 收容兒童을 위하여 사용하는 建物 및 土地에 대하여는 租稅減免規制法이 定하는 바에 의하여 租稅 기타 公課金을 免除할 수 있다.

#### <사례-3>

##### ※ 都·小賣業振興法

第36條(資金 및 稅制支援) 政府 또는 地方自治團體는 都·小賣業의 振興을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 豫算의 範圍안에서 필요한 資金을 보조 또는 融資하거나 租稅減免規制法이 定하는 바에 따라 稅制上의 支援를 할 수 있다.

#### <사례-4>

##### ※ 農漁村發展特別措置法

第72條(租稅의 減免) 國家 또는 地方自治團體는 이 法에 의한 農漁村의 발전을 위한 事業을 효율적으로 추진하기 위하여 租稅減免規制法 또는 地方稅法이 定하는 바에 의하여 租稅를 減免할 수 있다.



<사례-5>

※ 農業基本法

第8條(租稅減免措置) 政府는 農産物의 加工輸出, 農業災害, 農地의 交換·分合과 耕地整理, 農業機械化, 原種輸入 및 農村福祉와 文化向上등을 위한 施設에 대하여는 일정한 期間 그 租稅를 減免할 수 있도록 法制上 필요한 措置를 取하여야 한다.

7. 利子支給·私債引受 등

일반적으로 보조금이 직접사업비의 전액 또는 일부에 충당하기 위하여 보조대상사업을 행하는 자에게 교부되는 것을 통례로 하는데 대하여 보조사업자에 대한 조성의 내실을 기하고 공적인 조성을 확대하기 위한 수단으로서 보조대상기관이 발행한 債券에 대하여 국가 또는 지방자치단체가 이자를 지급하거나 私債를 인수하는 경우도 있다.

<사례-1>

※ 釜山交通公團法

第28條(補助金등) ①政府 또는 地方自治團體는 豫算의 범위안에서 公團의 業務에 필요한 費用을 補助하거나 財政資金을 融資하며 公團이 발행하는 釜山交通債券을 引受할 수 있다.

②政府 및 地方自治團體는 필요한 경우에는 第26條의 規定에 의하여 公團이 발행하는 釜山交通債券의 利子支給에 소요되는 費用의 일부를 補助할 수 있다.

<사례-2>

※ 韓國가스公社法

第15條(補助金등) ②政府는 필요한 경우에는 第14條의 規定에 의하여 公社가 발행하는 私債의 利子の 일부를 補助할 수 있다.

<사례-3>

※ 韓國放送公社法

第30條(補助金等) 國家는 豫算의 범위안에서 大統領令이 정하는 바에 의하여 公社의 業務에 필요한 費用의 一部를 補助하거나 財政資金을 融資할 수 있으며 公社의 私債를 引受할 수 있다.

#### IV. 資格賦與法規

자격제도라 함은 「일정한 업무를 수행하는데 필요한 전문적 지식 및 기능의 보유를 설정·공증하는 제도」를 말하며, 이러한 資格制度는 현대사회의 복잡한 직업체계를 구성하는 기본적 구조의 하나이며 직업에 관한 법제도도 또한 이 자격제도를 중요한 기반으로 하여 전개되고 있다. 최근의 입법에서 자격부여법규가 증가하고 있는 원인으로는 사회생활상의 복잡화와 더불어 각 전문분야가 현저히 기술화하고 고도의 기능과 지식을 필요로 하게 되었고, 사회생활상의 안전의 관점에서 일정한 업무나 행위를 하는데 있어서 일정한 자격을 필요로 하는 것이 많아지게 되었기 때문이다.

현행법상 인정되고 있는 각종의 자격제도를 그 제도의 의의·목적에 따라 분류한다면 ①국민의 생명·재산의 안전등을 보호하기 위해서는 유자격자 이외에는 그 업무에 종사할 수 없도록 하는 경우에 두는 「業務獨占資格」, ②일정한 사업활동에 수반하여 발생하기 쉬운 위험·유해한 또는 소비자에게 예측하지 아니한 손해를 줄 사태등을 미연에 방지하기 위해서 그 사업활동을 유자격자의 관리·감독하에 둘 필요가 있는 경우에 두는 「必要資格」, ③그 사업활동자체는 제약하지 않으나 국민의 이익과 직업인의 자질향상을 도모하기 위해서는 유자격자에 대해 일정한 칭호를 부여하거나 또는 단순히 그 취지를 공증할 것이 필요한 경우에 두는 「名稱獨占資格」으로 나누어 볼 수 있다. 그러나 이러한 분류는 배타적인 것이 아니며, 어떠한 자격도 명칭독점을 내포하고 있으며 필요자격은 또한 그 자체 업무독점자격이기도 하다.

이와 같은 資格制度의 입법기술적 측면으로서 일정한 자격을 갖출 것을 요구

하고 그 자격부여의 방법과 절차등을 규정하는 법규를 자격부여법규라고 한다. 국민의 생명·재산·안전에 밀접하게 관련있는 업무에 종사하는 자에게 자격요건을 엄격히 규제하여 법의 감독아래 둔과 아울러 다른 한편 자격자에게 그 업무독점체제를 용인한다는 원칙이 자격부여법규의 본래의 취지라고 할 수 있는 것이다.

資格附與法規의 입법례를 살펴보면 그 규정의 방식도 복잡한 것과 단순한 것 등 여러가지가 있다. 이것은 각각의 자격자가 사회생활에 있어서 거두는 역할의 중요성, 그 자격자가 행하는 업무의 공공성과의 관련성의 차이등에 따라 이들 규정의 세밀도에서 달라진다. 이러한 자격부여법규는 통상 일정한 자격을 가진 자에 한하여 職業으로서 할 수 있는 업무 또는 행위의 범위를 정하는 것에서 출발한다. 각종 자격부여법규의 대상이 되는 업무 또는 행위는 만약 무제한적인 취업 내지 종사를 인정한다면 사회생활상 중대한 지장을 초래하는 것이어야 한다. 과학기술의 진보 및 사회생활의 기능분화와 복잡화에 수반하여 일정한 지식 또는 기능이 있는 자에 한하여 일정한 업무 또는 행위를 할 수 있도록 할 필요성이 증대하는 것은 당연하다. 그러나 헌법상 규정된 職業選擇의 自由에 비추어 자격부여법규의 중심을 이루는 취업자격을 한정하는 업무의 선택에 관해서는 그 필요성의 판정을 엄밀하게 하여야 하며 또한 그 필요성에 부응하는 합리적인 한도에 있어서만 규제가 가능하도록 하여야 한다. 그러나 이러한 판정은 사회의 진보와 발달에 따라 새로이 대두되는 업무 또는 행위가 증가하고 있는 시점에서 그리 용이한 작업은 아니다.

한편 자격부여법규와 관련하여 최근 「資格基本法(법률 제5314호)」이 제정되어 각종 자격제도에 관한 기본적인 사항을 정하여 자격제도의 관리·운영을 체계화·효율화하고 자격제도의 공신력을 높여 국민의 직업능력개발을 촉진하고 자격자의 사회경제적 지위향상을 도모하고 있다. 따라서 자격부여법규를 작성할 때에는 「資格基本法」의 규정내용에 부합하도록 입법시 유의하여야 할 것이다. 자격부여법규의 내용으로서는 ①자격자만으로 한정하는 업무 또는 행위의 범위에 관한 규정, ②자격자의 명칭 및 명칭의 사용제한에 관한 규정, ③자격부여의 방법에 관한 규정, ④자격자의 결정기준에 관한 규정, ⑤자격자의 시험절차에 관한 규정, ⑥자격자의 의무에 관한 규정, ⑦자격자에 대한 처분에 관한 규정, ⑧자격자의 단체조직에 관한 규정 등이 있다.

### 1. 資格者의 名稱과 業務

자격자에게 한정되는 업무 또는 행위에 관한 규정의 방식으로는 우선 그 자격자의 명칭을 정하여 그것을 행할 수 있거나 그 자격자만이 그 이름으로 행하는 것을 인정하는 업무 또는 행위를 규정하는 형식을 취하는 것이 보통이다. 자격자의 명칭으로는 일반적으로 「○○士」, 「○○師」, 「○○技師」 등 여러 가지가 있으나 그 명칭을 붙이는 기준이 정해져 있는 것은 아니다. 「○○師」의 사례는 주로 의사, 치과 의사, 한의사, 이용사, 미용사, 간호사, 조산사 등 보건·의사계통의 직업에 비교적 널리 사용되고 있으며 주로 면허제도를 채용하고 있다. 이에 대해 「○○士」의 경우는 조리사, 영양사 등과 같이 위생계통등에서도 사용되고 있으나 일반적으로 이러한 것을 제외한 비교적 폭넓게 사용되고 있으며, 등록제도 또는 면허제도에서 채용되고 있다. 또한 최근의 입법례에서는 일정한 업무 등을 적정하게 처리하기 위하여 그 사업을 행하는 자가 일정한 자격자를 선임할 것을 명하고 이것에 「○○管理者」 또는 이와 유사한 명칭을 사용하는 경우도 있다. 이 자격자가 행할 수 있는 업무 또는 행위의 규정방식으로는 다음과 같은 형식이 있다.

#### <사례-1>

※技術士法

第2條(定義) 이 法에서 “技術士”라 함은 해당 技術分野에 관한 高度의 專門知識과 實務經驗에 입각한 應用能力을 보유한 者로서 國家技術資格法 第4條의 規定에 의하여 技術士의 資格을 취득한 者를 말한다.

#### <사례-2>

※法務士法

第2條(業務) ①法務士는 다른 사람의 위임에 의하여 報酬를 받고 다음 各號의 事務를 행함을 業務로 한다.

1. 法院과 檢察廳에 제출하는 書類의 작성

2. 法院과 檢察廳의 業務에 관련된 書類의 작성
  3. 登記 기타 登錄申請에 필요한 書類의 작성
  4. 登記·供託事件의 申請代理
  5. 第1號 내지 第3號에 의하여 작성된 書類의 提出代行
- ②(생략)

<사례-3>

※交通安全法

第7條(車輛등의 使用者의 義務) ①車輛등의 使用者는 그 사용하는 車輛등의 安全한 運行 또는 運航을 확보하기 위하여 交通安全管理者를 雇傭하여야 하며, 安全計劃을 樹立·施行하여야 한다.

②~④(생략)

또한 자격부여법규중에는 상호 업무등의 범위가 중복될 가능성이 있는 것이 많기 때문에 입법에 있어서는 그 상호관계에 유의하여 모순저촉이 발생하지 않도록 배려하는 것이 중요하다. 이와 같이 資格者 상호간의 조정을 도모한 규정의 사례로서는 다음과 같은 것이 있다.

<사례-1>

※行政士法

第2條(業務) ①行政士는 他人의 委囑에 依하여 手數料를 받고 다음 各號의 事務를 行함을 業務로 한다. 다만, 다른 法律에 依하여 制限되어 있는 것은 이를 行할 수 없다.

1. 行政機關에 提出하는 書類의 作成
2. 權利義務나 事實證明에 관한 書類의 作成
3. 行政機關의 業務에 關聯된 書類의 繙譯
4. ~ 7. (생략)

## 2. 資格者의 使命, 任務

자격부여법규에 있어서 일정한 사무 또는 행위를 하는데 일정한 자격자일 것이 요구되는 것은 그러한 사무 또는 행위를 業으로서 행하는 경우에만 해당되는 것이 통례이다. 業으로서가 아니라 개인적인 관계에서 또는 내부적으로 사회일반에 영향이 없는 방법으로 이들 사무 또는 행위를 행하는 것은 원칙으로 이들 자격자에게 한정되지 않는 것이다. 나아가 자동차의 운전과 같이 필연적으로 그 자체가 사회공공의 안전성과 관계있는 경우에는 業으로서가 아니더라도 일정한 자격이 요구된다. 그리고 법령에 따라서는 이러한 업무 또는 행위의 범위를 정하는 외에 다음의 사례와 같이 그 자격자의 사명 내지 임무를 특히 강조하는 경우가 있다.

### <사례-1>

#### ※辯護士法

第1條(辯護士의 使命) ①辯護士는 基本的人權을 擁護하고 社會正義를 實現함을 使命으로 한다.

②辯護士는 그 使命에 따라 성실히 職務를 수행하고 社會秩序의 維持와 法律制度의 改善에 노력하여야 한다.

### <사례-2>

#### ※稅務士法

第1條의2(稅務士의 使命) 稅務士는 公共性을 지닌 稅務專門家로서 納稅者의 權益을 보호하고 納稅義務의 성실한 이행에 이바지함을 使命으로 한다.

## 3. 無資格者의 業務從事禁止規定

자격부여법규에 있어서 다음의 사례와 같이 일정한 자격자가 할 수 있는 업무 또는 행위를 정하는 반면 그러한 자격자가 아니면 그 업무 또는 행위를 할 수

없도록 하는 뜻을 규정하는 것이 일반적이다. 이러한 규정은 각종 입법례에서는 보통 자격자의 권리의무에 관한 사항을 규정하는 부분에 두는 경우가 많다. 無資格者의 業務從事禁止規定을 두는 것은 자격자의 업무 또는 행위의 범위의 규정방식과 관련되는 것이나 또한 다른 한편으로는 이들 자격자의 업무 또는 행위의 공공성, 기술성의 정도와 상응하는 것이기도 하다.

<사례-1>

※公認會計士法  
 第50條(業務의 제한) 公認會計士 또는 會計法人이 아닌 者는 다른 法律에 規定하는 경우를 제외하고는 第2條의 職務를 行하여서는 아니된다.

<사례-2>

※法務士法  
 第3條(法務士가 아닌 자의 團束) ①法務士가 아닌 者는 第2條에 규정된 事務를 業으로 하지 못한다.  
 ②(생략)

이와 관련하여 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서 당해 자격자의 독자적인 영업을 금지하여 일정한 資格者의 지도하에서만 업무를 수행하도록 하는 경우도 있다.<sup>42)</sup>

42) 이와 관련하여 憲法裁判所에서는 「의료기사의 업무는 의사의 지도하에서 의사의 진료 행위의 일부를 담당하거나 진료에 필요한 검사를 행하는 것을 그 내용으로 한다. 시험에 합격하여 일정한 자격을 갖추고 면허를 받은 자만이 의료기사가 될 수 있도록 한 것은, 바로 의료기사의 업무가 국민의 건강과 보전에 밀접하게 관련된 것이기 때문이다. 만약 무자격자가 의료기사업무를 행할 경우 국민보전에 중대한 위험을 초래할 염려가 있으므로 일정한 자격제도를 두어 전문기술을 갖춘 자격자로 하여금 업무를 담당하도록 한 것이다. 의료기사제도의 입법목적이 의사의 진료행위를 지원하는 업무도 국민의 보건과 관련이 있는 이상 일정한 자격자로 하여금 담당하게 함으로써 국민의 건강에 대한 위험을 예방하려는 것이므로, 의료기사가 국민을 상대로 독자적으로 업무를 수행할 수 없도록 하고 반드시 의사의 지도하에서만 업무를 수행하도록 한 것은 위와 같은 입법목적에 당

<사례-3>

※의료기사등에관한법률시행령  
 제2조(의료기사·의무기록사 및 안경사의 업무범위등) ②의료기사는 의사 또는 치과의사의 지도를 받아 제1항에 규정된 업무를 행한다.  
 ③~④(생략)

4. 名稱使用制限

무자격자의 업무종사의 금지제한규정과 병행하여 자격자의 법정명칭 또는 이와 유사하거나 분쟁의 소지가 있는 명칭의 사용제한에 관한 규정을 두는 것이 일반적이다. 한편 「資格基本法」에서는 「국가자격을 취득하지 아니하고는 당해 국가자격의 종목 및 등급에 따르는 명칭을 사용하지 못한다(제11조제2항)」라고 하는 한편 민간자격에 대해서도 「공인받은 민간자격을 취득하지 아니하고는 공인받은 민간자격의 종목 및 등급에 따르는 명칭을 사용하지 못한다(제30조제4항)」라고 규정하고 있다.

<사례-1>

※食品衛生法  
 第39條(名稱使用의 금지) 調理士 또는 營養士가 아니면 調理士 또는 營養士라는 名稱을 사용하지 못한다.

<사례-2>

※藥事法  
 第3條의2(韓藥師의 資格과 免許) ①~②(생략)  
 ③ 韓藥師의 免許를 받지 아니한 者는 “韓藥師”라는 名칭을 사용할 수 없다.

연한 것이다. ……따라서 입법부가 여러가지 정책적인 고려하에 의사에게 고용되어 의사의 지도하에서 각 업무를 수행하게 함으로써 의사의 진료행위를 지원하도록 제도를 마련하였다고 하더라도 특별한 사정이 없는 한 이를 두고 입법재량을 남용하였다거나 그 범위를 일탈하였다고 판단할 수 없다」라고 결정한 바 있다(醫療技士法 제1조등 違憲確認 1996.4.25. 94헌마129, 95헌마121 병합).



<사례-3>

※ 辨理士法

第23條(非辨理士의 辨理士等의 名稱의 使用禁止) 辨理士가 아닌 者는 辨理士의 名稱 또는 이와 類似한 名稱을 使用하지 못한다.

5. 資格賦與方法

자격부여법규에 있어서 자격자가 되기 위한 요건을 정하는데 관하여 통상 일정한 시험에 합격하거나 일정한 학력 또는 실무경력을 가질 것 등이 요건으로 되어 있다. 다만 이러한 요건을 구비한 자가 실제로 「○○士」, 「○○師」가 되는데 있어서는 그 자가 그러한 자격자임을 확인하거나 그 중에서 資格者가 될 수 있는 자를 결정하여 일반적으로 금지되고 있는 업무에 종사하는 것을 허용한다는 의미에서 행정기관 등의 처분을 요하도록 하는 것이 일반적이다. 이와 같이 어떠한 자를 자격자로 하는 행정기관 등의 처분방식은 각종 입법례에서 볼 때 대체로 두가지의 종류로 구분할 수 있다. 첫번째는 행정기관의 免許를 요하도록 하는 것이며 둘째는 행정기관에 비치하는 일정한 명부에의 登錄을 요하도록 하는 것이 있다. 前者는 허가의 성질을 가지는 처분이며, 後者는 공증의 성질을 가지는 것이라 할 수 있다.

자격부여법규에 있어서 자격부여의 방법에 대한 두 가지의 종류는 그 자격자가 행할 수 있는 업무 또는 행위의 성질, 공공성 등으로부터 도출되는 것이라 할 수 있다.<sup>43)</sup> 즉 그 업무 또는 행위가 충분한 지식과 경험이 없는 일반인에 의해서 행해지는 때에는 위험하거나 부적절한 경우, 公共의 福利를 위하여 일반적으로

43) 「일반적으로 직업선택의 자유를 제한함에 있어, 어떤 직업의 수행을 위한 전제조건으로서 일정한 주관적 요건을 갖춘 자에게만 그 직업에 종사할 수 있도록 제한하는 경우에는, 이러한 주관적 요건을 갖추도록 요구하는 것이, 누구에게나 제한없이 그 직업에 종사하도록 방임함으로써 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 적절한 수단이고, 그 직업을 희망하는 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 하며, 주관적 요건 자체가 그 제한목적과 합리적인 관계에 있어야 한다는 비례의 원칙이 적용되어야 할 것이다.」(軍法務官任用法 附則 제3항등에 대한 憲法訴願, 1995. 6. 29. 90헌바43).

로 금지되어 있는 것을 일정한 자격자에 대해서만 그 금지를 해제하는 경우는 우선 면허 또는 허가 등의 방식을 채용하나 그 업무 또는 행위를 적절하게 하는데에는 일정한 수준의 지식과 경험 등을 요한다고 인정되는 경우에 국가 또는 지방자치단체가 그 수준에 도달한 者임을 공증하고, 그 공증을 받은 자만이 그 업무 또는 행위를 할 수 있도록 하는 것이 충분하다고 인정된다면 登錄의 방식을 채용하게 된다. 또한 양방식의 한계적인 경우에는 그 자격자선정의 방식도 다소 관련하게 된다. 즉, 資格者가 될 수 있는 자의 범위와 그 자격자에 대한 사회적 수요의 대비에서 그 자원자의 경쟁이 치열한 경우에는 좀더 신중한 기준으로 선발할 필요가 발생하며, 공익성의 판단과 아울러 그곳에 재량의 여지가 약간 있는 면허제도를 취할 수 있으며, 그렇지 않은 경우에는 시험합격자 또는 일정한 학력, 실무경력을 가진 자를 특별한 결격사유가 없는 한 그대로 등록하여 자격자로서 하게 한다.

그러나 자격부여법규로서는 어디까지나 시험 또는 학력, 실무경력 등의 기준에 의해 자격자가 될 수 있는 자의 범위를 정하는 한편 나아가 免許, 許可 등의 처분으로 자격을 부여하는 방식을 취하는 경우라도 그 면허, 허가 등은 명확한 기준에 따라 법규재량의 방식을 채용하여야 할 것이다. 자격부여방법에 관한 주요사항을 입법례와 함께 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 免許制

자격부여의 형식으로서 면허의 방식을 취하는 것으로서는 醫師, 齒科醫師, 韓醫師, 藥師, 衛生士, 理容師, 美容師, 調理士 등 공중위생에 관계가 있는 자가 많으나, 기타 건축사, 자동차운전기사 등의 예도 있다.

#### <사례-1>

※ 建築士法

第7條(建築士의 면허) 建築士가 되고자 하는 者는 第14條의 規定에 의한 建築士資格試驗에 合格하고 建設交通部長官의 免許를 받아야 한다.

<사례-2>

※醫療法

第5條(醫師·齒科醫師 및 韓醫師의 免許) 醫師·齒科醫師 및 韓醫師가 되고자 하는 者는 다음 各號의 1에 該當하는 資格을 가진 者로서 第9條의 規定에 의한 該當 國家試驗에 合格한 後 保健福祉部長官의 免許를 받아야 한다. 다만, 大統領令이 정하는 外國에서 醫師 또는 齒科醫師의 免許를 받은 大韓民國의 國籍을 가지고 永住權을 얻은 者에 대하여는 大統領令으로 정하는 試驗을 거쳐 그 免許를 할 수 있다.

1. ~ 4. (생략)

그리고 면허를 하는데 있어서는 그 면허 등이 있음을 증명하기 위하여 면허대장에 등록하고 본인에게 免許證을 교부하도록 하는 규정을 두며, 아울러 면허 등에 관한 기본적인 사항을 규정한다. 또한 면허증등록 등에 관한 세부적인 사항은 시행령에 위임한다.

<사례-1>

※衛生士등에관한法律

第7條(免許의 登錄) ①保健福祉部長官은 衛生士등의 免許를 할 때에는 衛生士 등의 等級에 따르는 免許臺帳에 그 免許에 관한 事項을 登錄하고 免許證을 交付하여야 한다.

②免許의 登錄·手數料 및 免許證에 관하여 필요한 事項은 保健福祉部令으로 정한다.

(2) 登錄制

등록제란 특정업무를 행하는데 관하여 법률상 필요한 자격을 가진 자임을 공적인 기관이 확인하여 公簿에 등록하는 제도를 말한다. 辯護士, 公認會計士, 法務士, 關稅士, 辨理士, 稅務士, 行政士 등에 관해서는 시험의 합격 또는 학력,

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

실무경력등에 의해 일정한 자격을 취득한 자는 행정기관 또는 일정한 공법인에 비치한 등록부에 등록을 함으로써 정식으로 그 업무를 행할 수 있는 자격자가 되는 것이다.

<사례-1>

※公認會計士法

第7條(登錄) ①公認會計士의 資格이 있는 者가 第2條의 規定에 의한 職務를 행하고자 하는 경우에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 2年이상의 實務修習을 받은 후 財政經濟院長官에게 登錄하여야 한다. 다만, 第6條第1項 各號의 1에 해당하는 者에 대하여는 實務修習을 免除한다.

②~③(생략)

<사례-2>

※辯護士法

第7條(資格登錄) ①辯護士로서 開業을 하고자 할 때에는 大韓辯護士協會에 登錄을 하여야 한다.

②~④(생략)

위의 <사례-2>에서 보는 바와 같이 당해자격자가 조직하는 團體나 協會에 등록하여야 하도록 되어 있는 경우로는 법무사법, 행정사법 등에서도 같은 제도가 도입되고 있으나, 일반적으로는 <사례-1>과 같이 행정기관에 등록하도록 하고 있다(公認勞務士法, 辨理士法, 稅務士法 등 참조).

등록은 일정한 자가 일정한 자격요건에 해당하는 것을 공증하는 행위이므로 등록기관으로서 등록신청을 한 자가 당해자격을 가지는 것을 확인한 경우에는 반드시 등록을 하여야 할 것이며, 그곳에 裁量의 여지는 없다. 공익적 이유 기타 이유로 부터 결격사유를 정할 수는 있으나, 그 결격사유도 이에 해당하는가의 여부가 객관적으로 명확히 판단할 수 있는 것이어야 할 것이며 그곳에 재량의 여지가 있는 것이어서는 아니된다. 만약 재량의 여지가 있는 것을 등록거부사유

로 채용할 정도로 공익적 이유가 있다면 등록제에 의하지 않고 오히려 免許制로 하는 것이 타당하다.

(3) 登錄 또는 免許證의 有效期間

등록 또는 면허에 관해서는 경우에 따라서는 그 효력이 한시적으로 되는 것이 있다. 자격부여법규에 있어서는 그러한 자격의 부여를 일정기간에 한정하는 것은 문제가 있으며, 公衆에게 위험을 미칠 가능성이 있는 강력한 공공복리상의 요청이 있는 것은 예외로 하나 원칙으로는 유효기간을 두지 않는 것이 바람직하다. 면허에 有效期間을 두는 경우에는 更新에 관한 규정을 마련하는 것이 적절하다. 또한 유효기간을 두고 있지는 않으나 등록을 받은 자는 일정기간에 걸쳐 등록갱신을 하도록 규정하고 있다.

<사례-1>

※導船法

第8條(免許의 更新) ①導船士免許의 有效期間은 그 免許를 받은 날로부터 5年으로 하되, 申請에 의하여 이를 更新할 수 있다. 다만, 業務停止 또는 休業중에 있는 導船士의 免許更新은 申請에 의하여 당해 業務停止期間 또는 休業期間이 만료된 후에 행한다.

②~④(생략)

<사례-2>

※稅務士法

第6條(登錄) ①稅務士의 資格을 가진 者가 稅務代理의 業務를 開始하고자 할 때에는 財政經濟院에 備置하는 稅務士登錄簿에 登錄하여야 한다.

②第1項의 規定에 의한 登錄은 大統領令이 정하는 바에 의하여 이를 更新할 수 있다. 이 경우 更新期間은 3年으로 한다.

③~④(생략)

## 6. 資格者의 決定基準

자격을 부여할 수 있는 자로서 면허 또는 등록의 대상이 되는 자는 각각의 자격부여법규의 취지목적에 상응하여 일정한 技術, 技能 또는 學力 등을 습득한 자에게 한정되는 것이 일반적이다. 그러한 자의 범위를 결정하는 방식으로서 일반적으로 시험에 합격하도록 하는 것이 주로 사용되나 기타 일정한 직무경험 또는 학력 기타 자격, 경력을 가진 자 또는 어떠한 자격, 경력을 가진 자로서 일정한 行政機關 등에 근무한 경력이 있는 자와 같이 정하는 것도 있으며 시험과 학력, 경력 등을 병용하는 사례도 많다. 그리고 자격자가 될 수 있는 자의 범위를 정하는 반면 그러한 자격자가 될 수 없는 자의 범위(결격사유)를 정하는 것도 보통이다.

資格者의 자격요건을 엄격히 하고 소질의 향상을 도모하기 위해서는 공정한 시험의 합격이라는 것을 요건으로 하는 것이 타당하나 그것도 결국 자격자가 행하는 업무의 공공성 등의 정도와 상응하여 고려되어야 할 것이며, 비교적 경미한 기술, 기능 등이 요구되는 자격에 관해서는 행정사무의 간소화 및 국민의 직업선택의 자유보장이라는 견지에서 간소한 시험 또는 일정한 학력, 직무경력을 기초로 하는 시험면제 등의 방법을 채용하는 것이 바람직한 경우가 많을 것이다.<sup>44)</sup>

<사례-1> 시험합격을 주된 자격으로 한 사례

※公認會計士法

第3條(資格) 公認會計士試驗에 합격한 者는 公認會計士의 資格이 있다.

44) 「어떤 자격제도를 만들면서 그 자격요건을 어떻게 설정할 것인가 하는 것은 그 업무의 내용과 제반여건 등을 종합적으로 고려한 입법형성의 자유에 속하는 것이다. 다만 그 자격요건의 설정이 재량의 범위를 넘어 명백히 불합리하게 된 경우에는 평등권 침해등의 위헌문제가 생길 수도 있다.……」(法務士法 부칙 제3조 등 違憲訴願, 1996.10.4. 94헌 바32).

〈사례-2〉 시험합격외에 일정한 학력을 규정한 사례

※公衆衛生法  
第9條(理容師 및 美容師의 면허등) ①理容師 및 美容師가 되고자 하는 者는 다음 各號의 1에 해당하는 者로서 保健福祉部令이 정하는 바에 의하여 特別市長·廣域市長·道知事(이하 “市·道知事”라 한다)의 免許를 받아야 한다.  
1. 市·道知事が 지정하는 專門大學 또는 이와 동등이상의 學力이 있다고 教育部長官이 인정하는 學校의 理·美容에 관한 學科를 卒業한 者  
2. 市·道知事が 지정하는 高等技術學校에서 1年이상 理容 또는 美容에 관한 소정의 課程을 履修한 者  
3. 國家技術資格法에 의한 理容師 또는 美容師의 資格을 취득한 者  
②(생략)

〈사례-3〉 시험합격외에 일정한 직무경력 기타 자격을 규정한 사례

※稅務士法  
第3條(稅務士의 資格) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 稅務士의 資格을 가진다.  
1. 第5條의 規定에 의한 稅務士資格試驗에 合格한 者  
2. 國稅(關稅를 제외한다. 이하 같다)에 관한 行政事務에 종사한 經歷이 10年이상인 者로서 그중 一般職 5級이상 公務員으로 5年이상 在職한 經歷이 있는 者  
3. 公認會計士의 資格이 있는 者  
4. 辯護士의 資格이 있는 者

위의 〈사례-3〉에서와 같이 일정분야의 경력자에 대한 자동자격부여제도에 관해서는 약간의 문제가 있다. 특히 이러한 경우에는 주로 관련분야의 公務員을 대상으로 하고 있는 것이 많기 때문에 합리적인 이유없이 공무원에게 자격을 주는 것이 헌법상 平等權의 침해소지가 있음은 물론 공무원이 해당 자격제도의 운영에 있어 공익보다는 해당 자격자의 이익을 더 우선하게 되는 불합리가 발생할 소지가 있다. 따라서 公務員에 대한 자동자격부여의 방법을 검토함에 있어서는

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

우선 相關분야를 定하는데 있어서 해당 資格업무와 直接的인 相關이 있으며, 充足한 專門性이 있는 분야인지를 검토하여 이를 엄격하게 定하여야 할 것이며 나아가 相關분야의 근무경력 등의 要件을 定함에 있어서도 해당 資格 종사자에게 요구되는 것 이상의 充足한 專門性이 있다고 인정될 만한 엄격한 要件을 定하여야 할 것이다.<sup>45)</sup>

〈사례-4〉 일정한 시험에 합격하고 일정한 실무경력을 요하도록 규정한 사례

#### ※ 辦理事法

第3條(資格) ① 滿20歲以上の 國民으로서 다음 各號의 1에 該當하는 者는 辦理事의 資格이 있다.

1. 辦理事試驗에 合格하여 1年以上 實務修習을 마치고 銓衡에 合格한 者
2. ~ 3. (생략)

그리고 資格부여법규에 있어서 外國人에게도 이들 資格을 인정할 것인가는 입법정책상의 問題이나, 우리 憲法은 「外國인은 國제법과 조약이 定하는 바에 의하여 그 位위가 保障된다(제6조제2항)」라고 定하고 있다. 이러한 憲法정신에 입각하여 現행 各 國內법령도 外國인과 內國인을 同等하게 授給하고 있으나 합리적인 理由가 있는 경우에는 內國인과 달리 授給하고 있다.<sup>46)</sup> 그리고 外國에서 동종의 업무 또는 行위를 行할 수 있는 資格을 취득한 者를 國內법상 어떻게 授給할 것인가의 問題는 위의 問題와는 別도의 問題이다. 現행법상 外國에서 동종의 資格을 취득한 자가 國內에서 當해직업에 종사하는 경우에 受驗資格이 부여되거나 資格시험의 一部免除가 되는 것으로는 公인회계사, 건축사, 衛生사, 수 의사, 의료기사, 營養사, 응급구조사, 약사 등이 있다.

45) 자세한 내용은 우병렬, 「직업면허제도 관련법제연구」, 法制 제468호, 1996.12., 68면 이하 참조. 이와 관련하여 憲法裁判所에서도 “사법서사법시행규칙에 관한 憲法訴願”에서 「무슨 직종이던 단순히 법원에 근무하였다는 사실만으로 되도록 호의적 방향의 資格부여의 입법만이 능사가 아니며 국민의 법률생활의 안정과 불의의 侵害방지를 위하여 그 資格부여에 있어서 合목적적으로 신중히 定할 입법사항이라 할 것이다」라고 定한 바 있다(1989.3.17. 88 헌마 1).

46) 이와 相關한 상세한 內容은 韓國法制研究院, 「外國人の 法的 地位 - 解説과 法令-」, 1994, 17~29면 参照.



한편 「資格基本法」에서는 국가자격관리자는 검정시행에 있어서 외국에서 취득한 국가자격 또는 외국의 국가자격과 동등한 효력을 가지는 외국의 民間資格을 취득한 자, 軍事分界線以北地域에서 자격을 취득한 자등에 대하여는 개별법령이 정하는 바에 따라 검정과목 등 검정의 一部 또는 全部를 면제할 수 있도록 규정하고 있다(제10조 참조).

<사례-1>

※地價公示및土地등의評價에관한法律  
 第16條(外國鑑定評價士) ①外國의 鑑定評價士資格을 가진 者로서 第15條의 規定에 의한 缺格事由에 해당하지 아니하는 者는 그 本國에서 大韓民國政府가 賦與한 鑑定評價士資格을 인정하는 경우에 한하여 建設交通部長官의 認可를 받아 鑑定評價士의 業務를 행할 수 있다.  
 ②建設交通部長官은 第1項의 規定에 의한 認可를 하는 경우에 필요하다고 인정하는 때에는 그 業務의 일부를 제한할 수 있다.

<사례-2>

※食品衛生法  
 第37條(營養士의 면허) 營養士가 되고자 하는 者는 다음 各號의 1에 해당하는 者로서 營養士資格試驗에 합격한 후 保健福祉部長官의 免許를 받아야 한다.  
 1. (생략)  
 2. 外國에서 營養士免許를 받은 者  
 3. 外國의 營養士養成學校중 保健福祉部長官이 인정하는 學校를 卒業한 者

7. 缺格事由

자격자가 행할 수 있는 업무 또는 행위의 공익성, 공공성등에 비추어 각 업무 등의 실태에 적응하여 각 자격자에 대해서는 일정한 缺格事由가 규정되는 것이 일반적이다. 그리고 유사한 다른 자격부여법규의 규정에 의해 등록취소 등의 처분을 받은 자도 결격사유로 하기도 한다. 면허제를 취하는 자격부여법규에 관해서는 이러한 결격사유는 앞서 事業規制法規에서 설명한 許可등에서의 경우와 같다.

<사례-1>

※資格基本法

第18條(缺格事由) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 民間資格의 公認을 받을 수 없다.

1. 未成年者 · 禁治産者 또는 限定治産者
2. 破産者로서 復權되지 아니한 者
3. 禁錮이상의 實刑의 宣告를 받고 그 執行이 종료(執行이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 執行이 免除된 날부터 3년이 경과되지 아니한 者
4. 禁錮이상의 刑의 執行猶豫 宣告를 받고 그 猶豫期間중에 있는 者
5. 第22條第1項의 規定에 의하여 民間資格의 公認이 取消된 후 3년이 경과되지 아니한 者
6. 第1號 내지 第5號에 해당하는 者가 任員으로 되어 있는 法人 또는 團體

<사례-2>

※稅務士法

第4條(稅務士의 缺格事由) 다음 各號의 1에 該當하는 者는 稅務士가 될 수 없다.

1. 未成年者
2. 禁治産者와 限定治産者
3. 破産者로서 復權되지 아니한 者
4. 彈劾 또는 懲戒處分에 의하여 그 職에서 罷免 또는 解任되거나 이 法 · 公認會計士法 또는 辯護士法에 의한 懲戒에 의하여 除名 또는 登錄取消를 당한 者로서 3년이 경과되지 아니한 者와 停職된 者로서 그 停職期間중에 있는 者
5. 禁錮이상의 刑을 받고 그 執行이 終了되거나 또는 執行을 받지 아니하기로 確定된 後 3년을 經過하지 아니한 者
6. 刑의 執行猶豫를 받고 그 기간이 종료한 후 1년이 경과하지 아니한 者
7. 禁錮이상의 刑의 宣告猶豫를 받고 그 기간중에 있는 者
8. 租稅犯處罰法과 이 法의 規定에 의하여 罰金의 刑을 받은 者 또는 租稅犯處罰節次法의 規定에 의한 通告處分을 받은 者로서 各各 그 刑의 執行이 終了되거나 執行을 받지 아니하기로 確定된 後 또는 그 通告대로 履行된 後로부터 3년을 經過하지 아니한 者

### 8. 資格者의 業務와 관련한 義務

자격자의 종류에 따라서는 그 공익성, 공공성 내지 위탁자간의 고도의 신뢰성 등에 비추어 자기와 밀접한 관계가 있는 사건, 과거 자기가 직무상 취급한 사건 등에 관해서는 업무를 행할 수 없도록 하는 경우가 있다(사례-1). 또한 公共性이 강한 자격자에 대하여 공직 등과의 겸임을 제한하는 경우도 있다(사례-2).

#### <사례-1>

※公認會計士法

第21條(職務制限) 公認會計士는 다음 各號의 1에 해당하는 者에 대한 財務諸表(株式會社의 外部監査에 관한 法律 第1條의 2의 規定에 의한 聯結財務諸表를 포함한다. 이하 같다)를 監査하거나 증명하는 職務를 행할 수 없다.

1. 자기 또는 配偶者가 任員이나 그에 준하는 職位(財務에 관한 事務의 責任있는 담당자를 포함한다)에 있거나, 過去 1年 이내에 그러한 職位에 있었던 者(會社를 포함한다. 이하 이 條에서 같다)
2. 자기가 그 使用人이거나 過去 1年 이내에 使用人이었던 者
3. 第1號 및 第2號외에 자기와 뚜렷한 이해관계가 있어서 그 職務를 공정하게 행하는데 지장이 있다고 인정되어 大統領令으로 정하는 者

#### <사례-2>

※稅務士法

第16條(有給公務員兼任 또는 營利業務禁止) ①稅務士는 報酬있는 公務員을 兼할 수 없다.

②~③(생략)

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

그리고 자격자가 준수하여야 할 의무에 관해서는 각 자격자가 행할 수 있는 업무 또는 행위의 내용, 그 업무 등의 공공성, 공익성에 상응하여 결정될 수 있으나, 그중 특히 이른바 自由職業으로 되는 것에 관하여 일반적으로 규정되는 의무로서는 업무상 지득한 비밀의 준수의무, 성실히 업무를 행할 의무, 위촉에 응할 의무, 품위유지의무, 대장작성의 의무 등이 있다.

#### <사례-3>

##### ※資格基本法

第5條(資格取得者의 誠實義務) 資格을 취득한 者는 당해 資格과 관련된 職務를 성실히 수행하여야 한다.

#### <사례-4>

##### ※公認勞務士法

第12條(성실의무등) ①開業勞務士는 항상 品位를 유지하고 信義와 성실로써 공정하게 職務를 수행하여야 한다.

②開業勞務士는 第2條第1項의 規定에 의하여 그 작성 또는 확인한 書類에 記名·捺印하여야 한다.

③開業勞務士는 職務에 관하여 他人의 의뢰가 있는 때에는 정당한 사유없이 이를 거절할 수 없다.

第14條(秘密嚴守) ①開業勞務士 또는 開業勞務士이었던 者는 정당한 사유없이 職務上 알게된 사실을 他人에게 누설하여서는 아니된다.

②職務補助員 또는 職務補助員이었던 者도 第1項과 같다.

第17條(帳簿의 비치등) ①開業勞務士는 그 事務所에 職務에 관한 帳簿를 비치하고 이를 성실하게 記錄·管理하여야 하며, 3年間 이를 보존하여야 한다.

②(생략)

<사례-5>

※法務士法

第20條(위임에 응할 義務등) ①法務士는 正當한 사유없이 業務에 관한 위임을 거부할 수 없다.

②法務士는 當事者 一方의 위임을 받아 催급한 事件에 관하여 상대방을 위하여 書類를 작성하지 못한다. 다만, 當事者 雙方의 同意가 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

第21條(業務範圍超過行爲 및 登錄證貸與의 금지) ①法務士는 그 業務範圍를 초과하여 다른 사람의 訴訟 기타 爭議事件에 관여하지 못한다.

②法務士는 登錄證을 다른 사람에게 貸與하지 못한다.

第22條(事件簿·記名捺印) ①法務士는 事件簿를 비치하고, 事件을 위임받은 때에는 事件簿에 위임받은 순서에 따라 一連番號, 위임받은 年月日, 件名, 報酬額과 委任人의 住所·姓名 기타 필요한 사항을 기재하여야 한다.

②(생략)

第24條(부당한 事件誘致의 금지) 法務士는 事件의 알선을 業으로 하는 者를 이용하거나 기타 부정한 방법으로 事件을 誘致하는 행위를 하여서는 아니 된다.

第27條(秘密漏泄禁止) 생략

第28條(地方法務士會 加入義務) 法務士는 그 事務所의 所在地를 관할하는 地方法院의 管轄區域안에 設立된 地方法務士會에 加入하여야 한다.

第30條(會則등의 遵守義務) 法務士는 성실히 그 業務를 수행하여야 하며 그 品位를 보전하고 소속 地方法務士會 및 大韓法務士會의 會則을 준수하여야 한다.

第31條(會費負擔義務) 法務士는 소속 地方法務士會의 운영에 필요한 會費를 부담할 義務를 진다.

9. 資格取消 기타 處分

자격자가 행할 수 있는 업무 또는 행위가 사회공공의 복리에 있어서 중요한 것임에 비추어 資格者가 그 업무 등을 올바르게 수행하지 않고 기타 자격부여법규

에 위반한 경우에는 그 책임이 추궁되지 않으면 안된다. 그 방법으로서는 통상 資格取消 및 업무정지처분이 있으며, 자격자가 결격사유에 해당한 경우에도 자격취소가 행해진다. 그리고 자격자가 그 의무에 위반한 경우 또는 그 자격자에 상응하지 않는 중대한 非行이 있는 경우의 처분으로서 懲戒處分을 규정하기도 한다. 이것은 국가 또는 지방자치단체의 공적 사무의 처리와 관계하여 고도의 품위가 요구되거나 실질적으로 볼 때 公務員에 준하는 지위에 있는 자로서 특별한 징계의 대상이 되는 것이다. 징계의 종류는 일정기간의 업무정지, 除名, 면허 또는 登錄取消 등이 있다. 입법에 있어서 이들 징계조치중 어느 것을 정할 것인가에 대해서는 입법자가 자유로이 정할 수 있으나, 특히 이 점과 관련하여 憲法裁判所에서는 「일정한 업무범위를 위반한 자격자에 대한 제재조치는 그 제한하는 목적의 상당성이 인정되어야 하고, 제한의 방법이 합리적이어야 함은 물론 과잉금지의 원칙에 위배되어서도 아니되며 직업선택의 자유의 본질적인 내용을 침해하는 것이어서는 안된다」<sup>47)</sup>라고 판시하고 있음에 유의하여야 한다. 「資格基本法」에서 규정하고 있는 자격취소 등은 다음과 같다.

※資格基本法

第12條(國家資格의 取消등) 부정한 방법으로 國家資格을 취득한 者등에 대하여는 個別法令이 정하는 바에 따라 資格의 取消·정지등을 할 수 있다.

第26條(資格의 정지) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 大統領令이 정하는 바에 의하여 일정기간 公認받은 民間資格을 취득한 者로서의 資格이 정지된다.

1. 第24條의 規定에 위반하여 民間資格을 他人에게 貸與한 者
2. 第25條第1項·第3項의 規定에 의한 登錄 또는 更新登錄을 하지 아니한 者

(1) 資格取消·業務停止

자격취소는 각각의 자격이 면허 또는 등록에 의해서 부여되므로 면허취소 또는 등록취소에 의해서 행해지는 것이 원칙이다. 資格取消의 원인으로서는 그 자

47) 建築士法 제28조제1항제2호 違憲提請, 1995.2.23. 93헌가1.

격부여법규에 대한 위반이 있거나 결격사유를 규정한 법령에서 이에 해당하는 경우등외에 당해자격자에게 상응하지 않는 非行이 있는 경우, 부정한 방법으로 면허 또는 등록을 받은 경우, 心身의 장애로 당해자격자로서 적합하지 않은 경우, 일정기간 계속하여 업무를 행하지 않은 경우등을 규정한다. 이러한 취소의 의의, 이유, 절차등에 관해서는 앞서의 許可의 取消의 경우와 마찬가지로 생각할 수 있다. 또한 사업자가 위험한 작업 등의 보안을 위하여 자격자를 선임할 것을 규정한 법령에서는 본인에 대한 조치외에 사업자에 대한 조치가 병행하게 된다.

〈사례-1〉

※建築士法

第11條(免許의 取消등) ①建設交通部長官은 建築士가 다음 各號의 1에 해당되는 때에는 그 免許를 取消하여야 한다.

1. 詐僞 기타 不正한 方法으로 免許를 받은 事實이 判明된 때
2. 第9條第2號 또는 第3號에 해당하게 된 때
3. 第10條의 規定에 違反하여 他人에게 자기의 姓名을 사용하여 第19條의 規定에 의한 業務를 행하게 하거나 免許證 또는 免許手帖을 貸與하거나 부당하게 이를 行使한 때
4. 第28條의 規定에 의한 建築士事務所의 登錄取消處分을 받고 계속하여 그 業을 營爲한 때
5. 당해 建築士에게 責任을 돌릴 수 있는 사유로 인하여 第28條第1項의 規定에 의한 建築士事務所의 登錄取消處分을 3回 받은 때
6. 故意 또는 중대한 過失로 建築法 第19條 또는 第21條의 規定에 위반하여 設計 또는 工事監理를 함으로써 工事が 不實하게 되어 着工후 建設業法 第21條의2의 規定에 의한 瑕疵擔保責任期間내에 大統領令이 정하는 構造上 主要部分에 중대한 損潰를 야기하여 公共의 위험을 발생하게 한 때

②삭제

③第1項의 規定에 의하여 免許가 取消된 者는 그 取消된 날로부터 15日내에 免許證 및 免許手帖을 建設交通部長官에게 返納하여야 한다.

<사례-2>

※ 法務士法

第10條(필요적 登錄取消) 大韓法務士協會는 法務士가 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 그 登錄을 取消하여야 한다. 이 경우, 第3號에 해당하여 登錄을 取消하고자 하는 때에는 미리 第66條의 規定에 의한 登錄審査委員會의 審査를 거쳐야 한다.

1. 廢業한 경우
2. 死亡한 경우
3. 第6條의 規定에 의한 缺格事由에 해당하는 경우
4. 第12條의 規定에 의한 登錄取消命令이 있는 경우

第11條(임의적 登錄取消) ①大韓法務士協會는 法務士가 身體 또는 精神상의 장애로 인하여 法務士의 業務를 行할 수 없다고 인정되는 경우에는 第66條의 規定에 의한 登錄審査委員會의 審査를 거쳐 그 登錄을 取消할 수 있다.

②大韓法務士協會가 第1項의 規定에 의하여 登錄取消을 하고자 할 때에는 당해 法務士 또는 그 代理人을 出席하게 하여 의견을 進술할 기회를 주어야 한다. 다만, 당해 法務士 또는 代理人이 正當한 사유없이 이에 응하지 아니하거나 法務士의 住所不明등으로 의견進술의 기회를 줄 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

③(생략)

자격취소와 아울러 그 원인이 되는 사항중 처분으로서 자격취소까지는 이르지 않을 정도의 것에 관해서는 일정기간내의 業務停止命令을 규정한다. 이 정지의 기간에 대해서는 입법레마다 다양하나 이 기간은 결격사유중에서 자격취소를 받아 일정기간을 경과하고 있지 않을 것을 규정하고 있는 경우의 당해기간을 초과 하여서는 아니된다.

<사례-1>

※ 行政士法

第13條(業務停止命令) ①大韓行政士會는 行政士가 다음 各號의 1에 해당되는 때에는 3月이내의 기간을 정하여 그 業務의 停止를 명할 수 있다.



1. 第23條의 規定에 의한 業務處理簿를 備置하지 아니하거나 그 內容을 성실하게 記載하지 아니한 때
  2. 第24條第1항의 規定에 의한 申告義務를 履行하지 아니한 때
  3. 第26條의 規定에 의한 標示나 揭示義務를 위반한 때
  4. 기타 이 법이나 이 법에 의한 命令에 違反한 때
- ②第1項의 業務停止命令에 관하여 필요한 事項은 大統領令으로 정한다.

<사례-2>

※ 醫療技士등에 關한 法律

第22條(資格의 正지) ①保健福祉部長官은 醫療技士등이 다음 各號의 1에 해당 하는 때에는 6月이내의 기간을 正하여 該 免許資格을 正지시킬 수 있다.

1. 品位를 현저히 損傷시키는 行爲를 한 때
  2. 眼鏡業所의 開設者가 될 수 없는 者에게 고용되어 眼鏡士의 業務를 行한 時
  3. 기타 이 법 또는 이 법에 의한 命令에 위반한 때
- ②第1項第1號의 規定에 의한 品位損傷行爲의 범위에 關하여는 大統領令으로 正한다.

(2) 懲戒

자격자가 의무위반을 한 경우에 국가 또는 지방자치단체가 자격취소 및 업무정지를 포함한 制裁的 處分을 징계처분으로서 행하도록 하는 입법례가 있다. 자격자에 대한 이 징계처분은 국가 또는 지방자치단체가 그에 소속하는 공무원에 대해 행하는 징계와는 다르며, 그 직무의 성질상 公共行政 또는 司法作用과 밀접한 관계가 있기 때문에 그 특별한 감독을 필요로 하는 자격자등의 직무상의 의무위반, 법령위반에 대해 행하는 일종의 행정처분이다. 징계처분의 내용으로는 견책, 업무정지, 면허 또는 등록취소가 보통이며 기타 제명, 업무금지, 과태료등도 있다. 懲戒에 關한 규정으로서 是 징계의 종류 及 적용구분등을 正하는 외에 절차로서 사전청문 또는 위원회등의 심사를 요하도록 하는 것이 일반적이다. 이러한 懲戒處分이라는 제도가 채용되고 있는 것은 사업규제법규와는 달리 순수하

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

게 一身專屬的인 屬人的 地位를 정하는 자격부여법규에서만 나타나는 특색이라 할 수 있다. 아울러 징계의 성질로 부터 국가사무와 밀접한 관계가 없는 단순기술적인 자격자에 관하여 징계를 규정하는 것은 적당하지 않고 이러한 경우에는 단순한 자격취소 또는 업무정지 등의 처분으로 하여야 할 것이다.

<사례-1>

※ 關稅士法

第27條(懲戒) ① 關稅廳長은 關稅士가 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 關稅士懲戒委員會의 의결에 의하여 懲戒處分을 행한다.

1. 이 法 또는 關稅法을 위반하거나 이 法과 關稅法에 의한 命令에 위반한 때

2. 關稅士會長이 關稅士會 會則을 위반하여 關稅士의 懲戒를 건의한 때

② 懲戒는 다음의 4種으로 한다.

1. 譴責

2. 6月の 범위내에서 第2條 各號의 업무중 일부의 정지

3. 1年이하의 業務停止

4. 登錄取消

③ 關稅廳長이 關稅士의 懲戒議決을 요구한 때에는 당해 關稅士에게 이를 통보하여야 한다.

④ 懲戒議決의 요구를 통보받은 關稅士는 關稅士懲戒委員會의 의결이 있을 때까지 第9條第3項의 合同事務所 또는 새로운 事務所를 設置하거나 다른 關稅士 또는 職務補助者를 채용할 수 없다.

<사례-2>

※ 辯護士法

第71條(懲戒事由) 辯護士에 대한 懲戒事由는 다음 各號와 같다.

1. 이 法에 위반한 때

2. 削除

3. 소속 地方辯護士會 또는 大韓辯護士協會의 會則에 위반한 때

4. 職務의 내의를 막론하고 辯護士로서의 品位를 損傷하는 행위를 한 때

第72條(懲戒의 종류) ①懲戒는 다음의 4種으로 한다.

1. 除名
2. 2年이하의 停職
3. 500萬원이하의 過怠料
4. 譴責

②過怠料의 決定은 執行力있는 債務名義와 같은 효력이 있고, 檢事의 指揮로 執行한다.

第73條(辯護士懲戒委員會의 設置) ①辯護士의 懲戒는 辯護士懲戒委員會가 행한다.

②大韓辯護士協會와 法務部에 각각 辯護士懲戒委員會를 둔다.

## 10. 資格者의 團體

자격자의 단체조직에 관한 규정에 있어서는 자격부여법규중에는 그 자격자의 상호친목의 도모 및 자격자로서의 품위유지 및 그 업무의 진보개선을 위한 단체에 관한 규정을 두는 것이 있다. 이러한 규정을 두는 주된 이유는 그러한 團體를 통하여 행정지도의 보조적인 역할을 거두기 위하여 두게 된다. 자격부여법규에 따라서는 자격자의 단체를 민법상의 법인이 아닌 공공적 성격을 띤 特別法人으로 하여 가입을 강제하는 것이 있다. 이 경우 자격자에게 가입강제를 하는 것이 헌법상 結社의 自由와의 관계에서 가능한 것인가가 문제된다.

원래 헌법상 結社의 自由의 이념적 기초는 국가와 사회를 구별하는 二元主義이기 때문에 결사의 자유로 하여금 국가적인 영향권으로 부터 사회의 영역을 보존케 하는 헌법상의 기능을 제대로 수행케 하기 위해서는 공법상의 強制結社에도 일정한 한계가 반드시 있다고 보아야 한다. 따라서 막연히 公的인 課題(öffentliche Aufgabe)를 내세워 입법권자가 임의로 공법상의 강제결사를 조직케 할 것이 아니라 다음의 두가지 전제조건, 즉 ①職業의 전문성·공익성으로 인하여 공법상의 강제결사가 공익목적 달성을 위해서 필요불가피하고, ②結社構成員상호간에 직업적·신분적 연대의식 내지 동질의식이 존재하는 경우에 한해서만 공법상의 강제결사를 허용하여야 한다고 생각된다. 따라서 이러한 전제

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

요건을 무시한 강제결사의 조치는 결사의 자유에 대한 침해라고 보아야 할 것이다.48)

<사례-1>

※建築士法

第31條(建築士協會) ①建築士事務所開設者는 建築士의 品位保全·業務改善 및 建築技術의 研究·開發을 통한 建築物의 質的向上과 建築文化의 발전을 기하기 위하여 建築士協會를 設立하여야 한다.

②建築士協會는 法人으로 한다.

③建築士協會는 그 主事務所의 所在地에서 設立登記를 함으로써 成立한다.

<사례-2>

※稅務士法

第18條(稅務士會의 設立과 監督) ①稅務士는 그 品位向上과 事務改善을 爲하여 法人인 稅務士會를 組織하고 이에 入會하여야 한다.

②第1項의 稅務士會는 會則을 定하여 財政經濟院長官의 認可를 받아야 한다.

③稅務士會는 財政經濟院長官의 監督을 받는다.

<사례-3>

※醫療技士등에관한法律

第16條(協會) ①醫療技士등은 그 免許의 種別에 따라 각각 全國的 組織을 가지는 團體(이하 "協會"라 한다)를 設立하여야 한다.

②協會는 法人으로 한다.

③第1項의 規定에 의하여 協會가 設立된 때에는 醫療技士등은 당연히 그 해당하는 協會의 會員이 된다.

④協會에 관하여 이 法에 規定되지 아니한 사항은 民法중 社團法人에 관한 規定을 準用한다.

48) 許 營, 「韓國憲法論」, 博英社 1995, 541面 참조.

## V. 기타 實體規定에 관한 事項

위에서 지적한 실체규정에 관한 사항외에도 법령의 유형에 따라서는 여러 종류의 내용이 실체규정에 규정되고 있다. 그 가운데에서 특히 주요한 몇가지를 살펴보면 다음과 같다.

### 1. 委員會에 관한 規定

위원회는 직능대표제의 하나의 형태로 발전되어 왔으나, 현재에는 일반적으로 행정의 민주화, 전문지식의 도입, 공정성의 확보, 이해의 조정, 각종행정의 종합 조정등을 위하여 주로 설치되고 있다. 行政機能의 양적증대와 질적전문화를 내용으로 하는 현대행정의 특질에 비추어 행정부자신의 기능을 보완하기 위한 수단의 한 형태로서 委員會를 두는 경향이 증대하고 있다. 그러나 개별 구체적인 위원회의 성격이나 기능은 행정작용상의 기능, 행정조직법상의 지위, 각행정기관과의 관계, 소관사무, 위원의 자격·구성 등을 고려하여 판단하게 된다.

#### (1) 委員會의 種類

현행 법제상 위원회에 관한 규정은 대단히 많으며 각법령에 따라 위원회의 성격·기능이 다르기 때문에 이를 일정한 기준에 의하여 분류하는 것은 대단히 어려우나,<sup>49)</sup> 개별 법령에 규정되고 있는 각종 위원회를 일반적으로 그 기능적 측면에 착안할 경우 단순한 諮問的 機能을 가지는 것뿐 아니라 위원회의 결정등이 행정청을 법적으로 구속하는 것과 스스로 행정청으로서 行政主體의 意思를 결정·표시하는 것까지 다양하게 존재한다.

우선 政府組織法 제4조의2의 규정에 의한 스스로 행정청으로서 행정주체의 의사를 결정·표시하는 합의제 행정기관으로서의 위원회는 반드시 법률에서 설치근거를 둔다. 아울러 이러한 위원회에 民間委員을 포함하는 경우에는 위원의 신

49) 위원회의 분류방법에 대하여는 임병수, 「위원회제도에 관한 연구」, 法制 제448호, 1995.4., 51面이하 참조.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

분보장, 결격사유, 벌칙적용에 있어서의 公務員擬制등에 관한 규정을 둔다.

<사례-1>

※ 國家公務員法

第9條(訴請審査委員會의 設置) ①行政機關所屬公務員의 懲戒處分 기타 그 意思에 反하는 不利한 處分에 대한 訴請을 審査決定하게 하기 위하여 總務處에 訴請審査委員會를 둔다.

②~⑤(생략)

<사례-2>

※ 土地收用法

第28條(設置) 土地의 收用과 使用에 關한 裁決을 하게 하기 爲하여 建設交通部에 中央土地收用委員會를, 特別市·廣域市 및 道에 地方土地收用委員會를 둔다.

한편 부속기관으로서의 위원회는 단순한 자문기관에 불과한 경우에는 법률에서 설치근거를 둘 필요성은 없고 大統領令으로 설치한다. 또한 행정기관의 부속기관으로서 위원회 또는 심의회등의 자문기관을 두는 경우에는 「행정기관의조직과정원예관한통칙」 제20조에서 규정한 ①업무의 내용이 전문적인 지식이나 경험이 있는 자의 의견을 들어 결정할 필요가 있을 것, ②업무의 내용이 다수기관에 관련되어 기관간의 의견을 조정하여야 할 필요가 있을 것, ③업무의 성질상 특히 신중한 절차를 거쳐 처리할 필요가 있을 것등의 요건을 갖추어야 하며, 또한 총무처장관과 협의하도록 하고 있다.

<사례-3>

※지역보건법시행령  
 제3조(지역보건의료심의위원회의 설치등) ①지역보건법(이하 “법”이라 한다)제3조의 규정에 의한 지역보건의료계획의 수립등 지역보건의료시책의 추진에 필요한 사항에 관하여 특별시장·광역시장·도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 또는 시장·군수·구청장(자치구의 구청장에 한한다. 이하 같다)의 자문에 응하기 위하여 특별시·광역시·도(이하 “시·도”라 한다) 및 시·군·구(자치구에 한한다. 이하 같다)에 지역보건의료심의위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.  
 ②~⑤(생략)

<사례-4>

※品質經營促進法  
 第23條(品質經營審議委員會) ①工業振興廳에 工業振興廳長의 諮問에 응하기 위하여 品質經營審議委員會(이하 “委員會”라 한다)를 둔다.  
 ②委員會는 品質保證體制認證·品質表示 및 安全檢査에 관하여 필요한 사항을 審議한다.  
 ③委員會의 구성 기타 필요한 사항은 大統領令으로 정한다.

그러나 부속기관으로서의 委員會의 의결에 법적 구속력을 부여하는 경우에는 법률에 설치근거를 두는 것이 바람직하며, 또한 委員의 신분보장과 책임성확보를 위한 필요한 규정을 둔다.

<사례-5>

※行政審判法  
 第6條(行政審判委員會) ①行政審判의 請求(이하 “審判請求”라 한다)를 審理·議決하기 위하여 각 裁決廳(國務總理 및 中央行政機關의 長인 裁決廳을 제외한다)所屬하에 行政審判委員會를 둔다.  
 ②~⑦(생략)

(2) 委員會規定을 두는 경우의 留意事項

위와 같이 위원회에는 그 성격에 따라 여러 종류로 나누어 볼 수 있으므로 위원회설치에 관한 입법을 하는 경우에는 당해 위원회가 行政官廳으로서의 위원회인지 아니면 非行政官廳으로서의 자문기관인 위원회 또는 의결기관인 위원회인지의 여부를 명확히 하여 그 권한과 책임을 명확히 할 필요가 있다. 여기서는 현행 법령에서 그 대부분을 차지하는 비행정관청으로서의 諮問機關 또는 議決機關인 위원회를 규정하는 경우의 몇가지 유의사항에 대하여 지적하여 본다.

①위원회의 구성원은 통상 委員으로 부르며, 위원은 위원장과 위원으로 이루어진다. 법령에 따라서는 전문적 사항을 조사하는 專門委員등을 두기도 한다. 위원의 수는 개별 위원회설치법령에서 정하며, 확정수로 정하는 경우와 「○인이 내」라고 하여 한도수로 정하는 방식이 있다. 委員會에는 그 목적, 기능 및 심의 내용이 천차만별이므로 일반화된 위원수를 정하는 것은 곤란하며 개개의 구체적인 위원회의 목적, 기능을 감안하여 그에 사용하는 위원의 수를 결정하게 된다.

②위원은 非常勤이 원칙이며, 아울러 「행정기관의조직과정원에관한통칙」 제20조에서는 위원회는 특별한 경우를 제외하고는 위원회에 상근인 專門委員등의 직원을 둘 수 없도록 하고 있다. 위원에게는 임기가 있으며, 임기는 위원회의 운영이 타성에 흐르는 것을 방지하기 위하여 상당한 기간을 한정하는 것이 바람직하다.

③위원의 선임방법은 일정한 資格要件을 구비한 자를 소관행정기관의 장이 자유재량으로 임명 또는 위촉하는 경우가 대부분이다. 또한 위원의 자격요건은 각 설치법령에서 위원회의 목적, 기능등을 반영하여 학식경험자, 관계행정공무원, 이익대표자등 다양하게 규정되고 있다.

④위원회의 회의는 委員長이 소집하는 것이 일반적이며, 의사 및 의결정족수는 과반수로 정하고 있는 경우가 대부분을 차지한다. 여기에서 過半數의 찬성으로 의결하는 규정을 둔 경우에 가부동수인 경우에는 否決되도록 하거나 위원장이 결정권을 가지도록 한 입법례가 있으나, 이것은 의사결정의 민주적 방식과 부합하지 않으므로 이러한 규정을 두지 아니하도록 한다.<sup>50)</sup> 또한 위원회의 공정

50) 법제처, 「법령입안심사기준」, 79面.



한 정보·자료의 수집을 위한 관계기관등에 대한 협조요청, 이해관계인의 의견 수렴을 위한 공청회·세미나등의 개최등을 규정하기도 한다.

## 2. 延滯料 및 加算金の 賦課·徵收

가산금·연체료는 일정한 행정법상의 금전납부의무를 진 者가 그것을 이행하지 아니할 경우에 그 의무불이행에 대한 制裁로서 과해지는 금전적 부담이다. 따라서 이들 제재는 국민에게 금전적 부담을 지운다는 측면에서 그 부과·징수에 관한 사항은 법률에서 직접 규정하거나 下位法令에서 부과·징수할 수 있는 위임근거를 둔다.<sup>51)</sup>

<사례-1>

※ 障礙人雇傭促進등에관한法律  
第39條(加算金 및 延滯金の 徵收) ① 勞動部長官은 第38條第6項 및 第7項의 規定에 의하여 負擔金を 徵收하는 때에는 大統領令이 정하는 경우를 제외하고는 事業主가 납부하여야 할 負擔金에 대하여 100分の 10에 상당하는 금액을 加算金으로 徵收한다.  
② 勞動部長官은 負擔金の 納付義務者가 그 納付期限까지 이를 납부하지 아니한 때에는 그 금액에 納付期間 滿了日의 다음 날부터 完納日의 前日까지 期間에 대하여 그 금액 100원에 대하여 1日 7錢의 限度안에서 大統領令이 정하는 比率에 따라 計算한 延滯金を 徵收한다. 다만, 大統領令이 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

<사례-2>

※ 醫療保險法  
第57條(加算金) ① 保險者 또는 保險者團體는 保險料등의 納付義務者가 納付期限까지 이를 납부하지 아니한 때에는 그 納付期限이 경과된 날부터 滯納된 保險料등의 100分の 5에 해당하는 加算金を 徵收한다.

51) 법제처, 「법령입안심사기준」, 76面.

- ②納期經過후 3月이내에 滯納된 保險料등을 납부하지 아니한 때에는 그 3月을 경과한 날부터 滯納된 保險料등의 100分の 5에 해당하는 加算金を 第1項의 規定에 의한 加算金에 加算하여 徵收한다.
- ③納期經過후 6月이내에 滯納된 保險料등을 납부하지 아니한 때에는 그 6月을 경과한 날부터 滯納된 保險料등의 100分の 5에 해당하는 加算金を 第1項 및 第2項의 規定에 의한 加算金에 加算하여 徵收한다.
- ④第1項 내지 第3項의 規定에 불구하고 天災·地變 기타 保健福祉部令이 정하는 부득이한 사유가 있는 경우에는 第1項 내지 第3項의 規定에 의한 加算金を 徵收하지 아니할 수 있다.

## 第5節 補則에 관한 事項

### I. 意義

법령의 본체를 이루는 實體的 規定의 전제로서 그 전반에 걸쳐 공통적으로 적용되는 사항으로서 총칙적 규정으로 하기에는 적합하지 않은 절차적, 기술적인 사항을 罰則에 앞서 補則的 規定을 두는 것이 일반적이다. 이러한 규정은 法令이 章으로 구분되는 경우에는 「補則」이라는 章名을 둔다. 그러나 이것은 일반적인 원칙이 아니며, 어떠한 조문내용이 총칙에 규정된 입법례와 보칙에 규정된 입법례가 공존하는 경우 그 규정을 보칙에 둘 것인가는 법제실무자가 판단하여야 한다. 다만 일반적으로 당해 법률전체에 공통적인 사항중 중요한 것은 總則編에 두고 상대적으로 덜 중요한 사항이거나 몇 개의 장에만 관련되는 규정은 補則으로 편재하여야 할 것이다.

그러한 관점에서 보칙에서 규정하는 것이 적절하다고 생각되는 것으로는 ①報告의무(자료제출의 要請), ②出入檢査 또는 조사, ③청문, ④행정심판·行政訴訟, ⑤損失補償, ⑥手數料, ⑦권한의 위임·위탁, ⑧기타 벌칙적용에 있어서의 공무원의제, 審議會 기타 부속기구의 設置·조직·운영, 관계행정기관과의 協助·調整, 다른 法令과의 관계 등 가운데 필요한 것을 둔다.

## II. 報告義務

행정청이 法令에 따른 일정한 事務의 집행을 행하는 경우에 당해 法令의 적정한 집행을 확보하고 당해 행정의 적정한 운용을 도모하는 견지에서 그 法令의 적용을 받는 개인, 法人등에 대해서 일정한 報告나 書類의 提出을 요구할 필요가 있는 경우가 많다. 이와 같이 보고나 書類의 제출을 요구하는 것은 결국 당해 요구를 받는 者의 측에서 본다면 그 자의 자유와 權利의 제한, 규제를 받게 되는 것이므로 그것을 의무화하기 위해서는 法令의 명확한 근거가 필요하다. 또한 法令의 규정에 의하여 이것을 요구하는 경우에는 그 필요한도를 초과하지 않도록 충분한 배려가 필요하며, 또한 당해 法令에 따른 규제와 직접관계없는 범위에까지 이것이 요구되어서는 아니된다. 따라서 보고나 書類의 제출등의 요건으로서 단순히 「公益上の 필요가 있는 경우에는 이것을 요구할 수 있다」라는 방법으로 포괄적, 일반적인 규정을 두는 것은 그 의미에서 부적절한 것이라 할 수 있다. 그리고 보고의무를 위반한 자에 대하여 벌칙을 두는 경우에는 형사벌보다는 過怠料에 처하도록 하고, 그 위반이 既遂로 되는 시기 및 보고기한을 확실히 정하도록 하여야 한다.

報告나 書類의 제출 등에 관한 규정을 작성하는 방법으로서 일반적으로 「○ ○는 …… 필요하다고 인정할 때에는 ……○○者에 대하여 ……에 관한 報告를 하게 하거나 書類(資料)의 提出을 요구할 수 있다」라는 형식으로 규정된다. 여기에서 「할 수 있다」라는 것은 임의선택을 인정하는 취지가 아니라 권한의 부여를 의미하는 것이다. 또다른 방식으로서 「○○者는 ……한 경우에는 ……에 관하여 報告하여야 한다」라는 형식으로 규정되는 경우도 있다. 이 규정은 주로 정기적인 報告 등의 경우가 많다.

<사례-1>

※保險業法

第14條(보고와 檢査) ①財政經濟院長官은 公益 또는 保險契約者등의 보호를 위하여 필요하다고 인정되는 때에는 保險事業者에 대하여 株主의 現況 기타 事業에 관한 보고 또는 資料의 제출을 命할 수 있다.

②~④(생략)

<사례-2>

※建設技術管理法

第6條의3(建設關聯業體의 報告義務) ①第6條의2第1項 各號에 해당하는 建設關聯業體는 建設技術者의 就業 및 退職現況에 관하여 半期別로 建設交通部 長官에게 報告하여야 한다.

②(생략)

1. 報告義務의 主體 및 相對方

보고나 書類의 제출 등은 일반사인에 대해서 그것을 요구하는 경우가 많으나, 그 이외에도 국가나 공공단체에 대해서 그것을 요구할 필요가 있는 경우도 있다. 法令에 의해 國家가 지방자치단체의 기관에 대해 報告나 서류제출을 요구하는 것은 가능하며, 機關委任事務의 경우라면 상급기관으로서의 중앙행정기관이 하급기관으로서의 지방자치기관에 이것을 요구하는 것은 감독권의 內容 가운데 당연히 포함된다고 생각된다.

(1) 우선 국가 또는 지방자치단체가 일정한 사무에 관하여 개인 또는 법인으로 부터 보고를 받는 것은 이들 개인 또는 법인이 특별한 사업 또는 업무에 종사하고 있는 경우가 많다. 이들 事業 또는 業務에 종사하는 자에 대해서는 국가 또는 지방자치단체는 공공복리를 유지하기 위하여 특별한 감독을 행할 필요가 있으며 그 수단으로서 보고를 의무화하는 것이다. 그러나 보고를 하여야 할 個人 또는 法人은 국가 또는 지방자치단체와는 별개의 인격자이므로 이들 자에 대해 보고를 의무화하기 위해서는 법률의 근거를 요한다. 命令으로 하는 경우에는 법률의 위임에 의거한 것어야 한다.

<사례-1> 국가 또는 지방자치단체 → 단체 또는 사업자

※觀光振興法

第51條(보고·檢査) ①文化體育部長官 또는 道知事는 필요한 때에는 觀光事業者團體 또는 觀光事業者에 대하여 그 事業에 관한 보고를 하게 하거나 書類의 제출을 命할 수 있다.

②~③(생략)

(2) 그리고 국가 또는 지방자치단체의 기관이 下級機關으로 부터 보고를 의무화하는 경우도 있다. 이것은 상급행정기관의 하급행정기관에 대한 監督權의 작용이며 상급기관과 하급기관과의 意思를 통일하고 그 의사의 모순저축, 차이를 방지하기 위한 하나의 방법이다. 이러한 보고는 위의 <사례-1>과는 달리 국민에 대해 의무를 부과하는 작용이 아니라 國家 또는 地方自治團體의 행정기관내부에 있어서의 문제이므로 본래는 법률의 근거를 요하지 않는다. 그러나 그렇다고 하여 법령으로 정하는 것이 불가능하다는 취지는 아니며 이러한 보고에 대해서도 법령으로 정할 수 있으며, 이것을 규정한 경우에는 그 정한 바에 따라 보고를 하여야 한다.

<사례-2> 국가 → 지방자치단체

※骨材採取法

第46條(보고) 建設交通部長官은 市·道知事로 하여금 骨材採取業者의 登錄現況·骨材採取現況등에 관한 사항을 보고하게 할 수 있다.

<사례-3> 국가 → 지방자치단체 또는 사업자/ 지방자치단체 → 사업자

※都市가스事業法

第41條(報告등) ①通商産業部長官은 大統領令이 정하는 바에 의하여 市·道知事 또는 都市가스事業者에게 필요한 보고를 하게 할 수 있다.

②市·道知事は 通商産業部令이 정하는 바에 의하여 一般都市가스事業者에게 그 事業에 관한 보고를 하게 할 수 있다.

③都市가스事業者는 가스供給施設 및 그가 供給하는 가스의 使用施設과 관련하여 事故가 발생한 때에는 通商産業部令이 정하는 바에 따라 公社에 통보하여야 하며, 통보를 받은 公社는 이를 通商産業部長官 또는 市·道知事에게 보고하여야 한다.

④(생략)

〈사례-4〉 국가 또는 지방자치단체 → 법인 및 사업개설자 → 개인

※農水産物流通및價格安定에관한法律

第60條(보고) ①農林部長官 또는 市·道知事는 都賣市場法人 및 共販場의 開設者에 대하여 그 財産 및 業務執行狀況을 보고하게 할 수 있다.

②都賣市場 또는 共販場의 開設者는 仲都賣人·賣買參加人·蒐集商에 대하여 農水産物의 價格과 需給安定을 위하여 특히 필요하다고 인정할 때에는 業務執行狀況을 보고하게 할 수 있다.

## 2. 報告의 範圍

국가 또는 지방자치단체가 그 행정을 집행하기 위하여 일정한 사항에 관하여 보고를 받을 필요가 있는 경우에 그것을 어떠한 경우에, 어느 범위의 사항에 관하여 상대방에게 보고를 義務化할 것인가에 대해서는 일반적인 법령의 규정은 없다. 따라서 개별 법령에서 이 점에 관하여 구체적으로 규정할 수 밖에 없다. 여기에서 유의하여야 할 사항으로는 어떤 법령에서 報告義務에 관한 규정을 두는 경우에는 그 보고의 범위는 보고의 필요성과 국민의 자유·권리의 제한과의 조정을 고려하여, 법령의 목적을 달성하기 위한 필요최소한도에 그치지 않으면 안된다는 점이다. 즉, 個人 또는 法人에 대하여 보고의 제출을 의무화하는 것은 國民의 自由와 權利의 제한에 관한 것이며, 그러한 국민의 자유와 권리의 제한에 관한 사항은 공공상 필요한 경우에 한하며 또한 그 필요한 범위에 한하여 인정하는 것이 民主的인 立法으로서 당연히 요청되기 때문이다. 따라서 보고의 범위를 규정하는 경우에는 구체적으로 명확한 범위를 한정하는 것이 바람직하며, 구체적으로 규정하지 않더라도 비교적 명확히 그 範圍를 限定하는 것이 바람직하다. 또한 法律自體에서 보고사항 등을 한정하는 것이 곤란한 경우에는 시행령, 시행규칙 등에서 그 범위를 위임하는 것도 하나의 방법이다.

<사례-1>

※ 港灣運送事業法

第27條(報告徵收等) ① 海洋水産部長官은 필요하다고 인정할 때에는 港灣運送事業者로 하여금 事業에 관한 필요한 事項을 보고하게 할 수 있다.

②~③(생략)

<사례-2>

※ 自動車運輸事業法

第70條(報告, 檢査) ① 建設交通部長官·道知事は 必要하다고 認定할 때에는 自動車運輸事業者 其他 自動車の 所有者 또는 使用者에 對하여 當該 事業 또는 自動車の 所有 또는 使用에 關한 報告 또는 書類의 提出을 命할 수 있다.

②~③(생략)

<사례-3>

※ 工業配置 및 工場設立에 관한 法律

第48條(보고 및 檢査) ① 通商産業部長官은 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長, 工場의 所有者 또는 占有者에 對하여 通商産業部令이 정하는 바에 의하여 工場立地·工場建築·工場登錄등에 관한 필요한 보고를 하게하거나 資料의 제출을 命할 수 있으며 所屬公務員으로 하여금 이를 檢査하게 할 수 있다.

② 通商産業部長官은 管理機關·入住企業體·支援機關에 對하여 通商産業部令이 정하는 바에 의하여 産業團地의 管理에 關하여 필요한 보고를 하게하거나 資料의 제출을 命할 수 있으며 所屬公務員으로 하여금 産業團地의 管理에 관한 業務를 檢査하게 할 수 있다.

③(생략)

④ 第1項 내지 第3項의 規定에 의한 보고 및 檢査에 關하여 필요한 사항은 通商産業部令으로 정한다.

### Ⅲ. 出入檢査 또는 調査

법령의 적절한 운용을 확보하기 위하여 행정기관의 담당공무원이 그 法令에 따라 규제 대상이 되는 개인사무소, 사업소 등에 質問 또는 서류 등의 檢査를 위하여 출입할 필요가 있는 경우가 있다. 이러한 출입검사 또는 調査를 개인 등에게 受忍하도록 하는 것은 그 개인 등의 입장에서 본다면 매우 중대한 자유와 권리의 제한을 의미하게 되므로 이것을 法的으로 의무화하기 위해서는 보고 및 서류의 제출과 마찬가지로 법에서 明文의 근거를 마련할 필요가 있다. 물론 상대방의 임의적인 승락을 전제로 한 出入등은 法令의 근거가 필요없으며, 그것은 여기에서의 출입검사·조사의 문제와 다른 문제이다. 이러한 출입검사 내지 조사의 성격상 그 근거가 되는 法令의 규정에는 出入檢査權이 남용되지 않도록 소정의 규정을 두지 않으면 안된다. 최근의 출입검사 내지 調査에 관한 규정에서는 출입장소·필요한 出入時間·질문의 相對方·검사대상물건·필요에 따른 일정물건의 收去 등에 관한 요건을 정하는 것이 많으나, 이것은 出入檢査·조사가 필요이상의 규제를 가하는 결과가 되지 않도록 그 목적을 위한 필요한 범위내에 그치도록 규정할 필요가 있다.

출입검사 내지 조사의 법적규제방법은 여러 각도에서 검토될 수 있으나 중요한 것은 國民의 자유·權利의 보장이라는 각도에서 보는 것이라 할 것이다. 이 경우 다음과 같은 사항이 그 주요한 내용이 될 것이다.<sup>52)</sup>

①출입검사 내지 조사의 거부에 어떤 制裁나 강제수단이 예정되어 있는 경우에는 法律의 근거가 있어야 한다. 순수한 임의조사라 할지라도 현실에 있어서는 간접강제조사와 구별이 명확하지 않은 경우가 많으므로 法律로서 요건·節次를 규정하는 것이 바람직하다. 현행 우리나라의 法制에는 출입검사·조사의 일반적 인 근거법은 없고 다만 각 개별법에 그 근거를 마련하고 있다. 그러나 그 法的構造를 고찰하는 경우 다음과 같은 공통성이 존재하고 있다. 즉 우선 帳簿·서류의 비치의무, 질문에 대한 답변의무, 보고서제출의무 등의 작위의무와 物品·시설의 검사 및 영업소예의 出入·검사에 대한 受忍義務가 규정되어 있다. 이러

52) 金元主, 「行政調査」, 考試界 1989. 4., 110~111面.



한 기초위에 출입검사·調査權이 발동되는데, 위의 作爲義務·受忍義務를 불이행하거나 거부했을 경우에는 각 개별법규의 처벌규정에 의하여 영업허가의 취소, 보조금의 지급정지 등의 불이익처분 또는 처벌을 과할 수 있도록 되어 있다. 따라서 일반적으로 국민은 그러한 調査에 순응하게 된다. 이러한 조사에 있어서 相對方이 끝까지 불응하는 경우에는 법규가 정하는 범위내에서 制裁를 가할 수 있을 뿐이며, 행정청은 물리적 힘을 행사할 수 없다고 보아야 할 것이다. 53)

②要件·節次이다. 조사목적의 정당성, 조사목적과 조사자료의 관련성, 조사요구의 특정성, 조사부담의 합리성, 조사절차의 적정성 등을 확보하기 위해 調査의 목적·手段, 강제방법, 조사절차, 조사범위, 조사자료의 이용 등에 관하여 가능한 한 상세한 규정을 두는 것이 바람직하다.

③令狀主義와의 관계이다. 憲法 제12조3항과 제16조의 영장주의에 관한 규정이 출입검사 내지 조사에도 적용되는가의 문제에 관하여는 적극·소극설의 대립이 있으나, 상대방의 반항을 무릅쓰고 신체 및 주거에 대한 출입검사·조사를 강행할 公益上的 불가피한 필요성이 있으면 법관의 令狀이 있어야 할 것이다. 또한 출입검사 내지 調査가 범죄수사 또는 범죄조사를 겸하는 경우에는 令狀이 필요하다. 54) 다만 정기·定型的으로 행하여지는 출입검사 내지 조사에 令狀主義를 요구하는 것은 어느 정도의 의의가 있는지는 문제라고 할 수 있다.

④權利救濟와의 관계이다. 출입검사 내지 조사는 국민의 기본적 인권이나 재산권을 침해하는 작용이며, 벌칙을 배경으로 非代替的 作爲義務 또는 수인의무를 과하는 것이므로 상대방의 자발적 협조를 얻어 그 목적을 달성할 수 있도록 하는 방법을 규정하는 것은 사전권리구제라는 측면에서 반드시 필요하다. 즉 출입검사 내지 調査의 日時·장소·대상 및 필요성·이유를 事前에 통지하는 것 55) 출입검사 내지 조사에 임하는 公務員의 증포휴대 및 제시의무 등을 규정하여야 한다. 그리고 위법한 출입검사·調査가 행하여진 뒤의 사후구제수단으로는 국가보상과 출입검사·調査의 違法을 후속되는 행정처분의 위법사유로 인정하는

53) 卞在玉, 「行政法講義 I」, 博英社 1996, 433面.

54) 洪井善, 「行政法原論(上)」, 博英社 1997, 474面.

55) 물론 出入檢査·調査의 성질여하에 따라 사전통지를 할 수 없는 경우도 있을 수 있으나, 이것은 例外로서 事前通知를 생략할만한 公益性的의 요청이 있어야 할 것이다. 卞在玉, 前掲書, 434面.

것등이 고려될 수 있다.

⑤行政裁量의 규제기준의 문제이다. 특히 조사대상과 조사수단의 선택재량의 규제에 관한 문제 그리고 조사개시의무에 관한 문제가 중요한 문제로 등장한다.

### 1. 出入檢査·質問에 관한 規定方式

출입관계의 법률규정은 아래와 같이 정형화되어 있으며, 또한 출입은 사인에 대한 권리, 자유의 제한이므로 이를 행하는 자가 권한있는 기관임을 명확히 할 필요성에서 출입·검사를 행하는 공무원은 그 권한을 표시하는 證票를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다는 규정을 둔다.<sup>56)</sup>

第〇〇條(보고 및 검사등) ①〇〇〇장관은 필요하다고 인정되는 때에는 〇〇 사업을 하는 자에 대하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 필요한 보고를 명하거나 자료를 제출하게 할 수 있으며, 관계 공무원으로 하여금 〇〇사업자의 사무실·사업장 기타 필요한 장소에 출입하여 장부·서류 또는 기타 물건을 검사하거나 관계인에게 질문하게 할 수 있다.  
②第1項의 규정에 의하여 출입·검사를 하는 공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

그리고 법률에서 위와 같이 보고 등을 대통령령이 정하는 바에 의하여 행하도록 위임한 경우외에는 大統領令으로 따로 정할 필요는 없다. 總理令이나 部令에서는 주로 출입검사공무원의 권한을 표시하는 증표의 서식을 정하는 것이 일반적이다.

제〇〇조(출입검사공무원증) 법 제〇〇조제〇항의 규정에 의하여 출입검사를 하는 공무원의 권한을 표시하는 증표는 별지 제〇〇호서식과 같다.

56) 법제처, 「법령입안심사기준」, 89面.

## 2. 出入의 範圍

그리고 출입의 권한은 행정상 목적을 위한 범위내에만 인정되는 것이나 그러한 출입권한이 인정되는 결과 私人이 행정기관의 출입을 수인하지 않으면 안되는 것은 사인의 자유의 강한 침해가 되는 것이므로 이를 행하는 경우에는 공익상 필요가 있는 경우에 한하며 또한 그 정도는 공익상 필요한 최소한도의 침해에 그쳐야 한다. 따라서 법령에서 出入權限을 규정하는 경우에는 이를 행할 수 있는 경우와 정도를 한정적으로 규정하고 사인에 대한 부당한 권리, 자유의 침해가 발생하지 않도록 배려할 것이 요구된다. 또한 출입하는 장소에서도 포괄적으로 막연하게 규정할 것이 아니라 한정적으로 그 대상이 되는 場所의 範圍를 열거하는 것이 적절하다. 나아가 출입을 행하는 시간에 있어서의 제한도 필요에 따라 규정하여야 할 것이다.

〈사례-1〉

※典當舖營業法

第26條(出入 및 調査) ①警察官은 營業時間中에 典當舖主의 營業所나 營業物의 保管場所에 들어가서 典當物 또는 第16條의 規定에 依한 帳簿를 檢査하거나 關係者에게 質問을 할 수 있다.

②第1項의 境遇에 있어서는 警察官은 그 權限을 證明하는 證票를 携帶하여 關係者에게 이를 提示하여야 한다.

그리고 법령에서 규정하는 출입검사·조사는 통상 행정상의 감독을 위하여 사업장등에 출입하여 장부서류 기타 물건을 검사하거나 관계자에게 질문하는 것등을 주된 내용으로 하는 것이나, 경우에 따라서는 出入檢査·調査 이외에 시험을 위한 필요한 소량의 見品을 無償으로 收去를 할 수 있음을 인정한 것도 있다. 이 경우 수거자체는 장소의 이전으로 소유권의 박탈을 목적으로 하는 것이 아니다. 다만 피수거물이 검사 또는 시험에 제공되는 결과로서 所有權의 消滅을 가져오게 되므로 이 처분이 무상인 경우에는 약간의 문제가 있으나, 대개의 경우 특별한 사업을 영위하는 자에 대한 일종의 부담으로서 그 양이 최소량의 범위내의 것인 한 허용될 수 있다.

<사례-2>

※食品衛生法

第17條(出入·檢査·收去등) ①保健福祉部長官, 特別市長·廣域市長·道知事(이하 "市·道知事"라 한다), 市長·郡守 또는 區廳長(自治區의 區廳長에 한한다. 이하 같다)은 필요하다고 인정하는 때에는 營業을 하는 者 또는 기타 關係인에 대하여 필요한 보고를 하게하거나 關係公務員으로 하여금 營業所場·事務所·倉庫·製造所·貯藏所·販賣所 또는 기타 이와 유사한 場所에 出入하여 販賣를 目的으로 하거나 營業上 사용하는 食品등 또는 營業施設등을 檢査하게 하거나 檢査에 필요한 最少量의 食品등을 無償으로 收去하게 할 수 있으며 필요에 따라 營業關係의 帳簿나 書類를 閱覽하게 할 수 있다. ②第1項의 경우에 出入·檢査·收去 또는 閱覽을 하고자 하는 公務員은 그 權限을 표시하는 證票를 지녀야 하며 關係인에게 이를 내보여야 한다.

3. 出入拒否의 경우

정당한 이유없이 출입검사·조사를 거부하거나 방해 또는 기피한 자에 관하여는 통상 罰金 또는 過怠料를 과하는 규정을 둔다. 그러한 벌칙규정은 출입권한에 관한 규정과는 별도로 벌칙에서 규정한다.

<사례-1>

※海洋汚染防止法

第56條(出入檢査·보고등) ①~②(생략)

③船舶所有者 또는 海洋施設設置者등은 第1項의 規定에 의한 關係公務員의 出入檢査·보고요구등을 正當한 사유없이 거부·방해 또는 기피하여서는 아니된다.

第76條(罰則) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 200萬원이하의 罰金에 處한다.

1.~6. (생략)

7. 第56條第3項의 規定에 의한 出入檢査·보고요구등을 正當한 사유없이 거부·방해 또는 기피한 者

〈사례-2〉

※ 青少年基本法

第69條(監督) ①國家 및 地方自治團體는 青少年育成등을 위하여 필요한 경우에 修鍊施設·青少年團體·開發院·相談院의 業務·會計 및 財産에 관한 사항을 보고하게 하거나 소속公務員으로 하여금 그 帳簿·書類 기타 물건을 檢査하게 할 수 있다.

②第1項의 規定에 의하여 檢査를 하는 公務員은 그 權限을 표시하는 證票를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

第76條(過怠料) ①第69條第1項의 規定에 의한 보고를 하지 아니하거나 檢査를 거부· 방해 또는 기피한 者는 500萬원이하의 過怠料에 處한다.

②~⑥(생략)

#### IV. 聽聞

종래에 있어서는 법률에 의한 행정의 원리상 행정기관의 행위는 法律에 기속되며 그 결과에 불만이 있는 경우에 사후적인 구제조치를 취하면 국민의 권리는 충분히 보호되는 것으로 인식되었다. 그러나 최근에 있어서 行政의 복잡화·多樣化·전문화는 행정기관의 재량을 증대시켜 법률의 규정을 정비하는 것만으로는 국민의 권리를 행정권으로부터 충분히 보호하는데 곤란하지 않을 수 없게 되었다. 그래서 행정의 절차적인 면을 정비함으로써 그 점을 보완하려는 방법이 모색되었으며, 그것이 행정절차의 문제이다. 그리고 그 가운데에서 특히 사전절차로서의 聽聞의 중요성이 지적되고 있다.

聽聞이란 국가 및 지방자치단체가 일정한 행위를 하는데 있어서 그 자의와 독단을 배제하고 그 행위의 필요성·妥當性등에 관해 적절한 판단을 하기 위하여 그 행위의 상대방 기타 利害關係人, 전문가등의 의견을 청취하는 절차를 말한다. 이 청문절차로 대표되는 이른바 事前節次는 행정권행사의 과정에 私人을 참가시킴으로써 국민의 권리와 이익을 위법부당한 침해로부터 사전에 방지하고, 나아가 행정의 민주적 통제를 기할 것을 그 기본적인 목적으로 하는 것이다. 이 聽

聞制度는 최근의 입법에서 널리 채용되고 있으나, 가장 원칙적으로 적용되는 곳은 규제행정 분야이다. 거의 모든 행정기관의 처분은 상대방의 상태등에 관한 일정한 사실의 인정을 전제로 행하여지나, 이 경우 상대방 등의 의견을 聽取함으로써 사실인정의 公正을 기할 수 있는 결과로서 처분의 적정을 기대한다는 효과를 거둘 수 있다. 그러나 聽聞은 규제행정이외의 행정에서도 그 행정처분의 결과가 다수인의 이해와 직접관련되는 경우에는 이해관계자간의 事前調整으로서 중요한 의미를 가지고 있다. 또한 聽聞의 절차에 대신하여 審議會, 調查會 기타 부속기관에 대한 諮問節次를 규정하는 것도 최근의 立法에서 두드러지게 나타나고 있다.

그런데 法令에서 聽聞에 관한 규정을 두고 있는 경우에는 그러한 청문절차를 밟지 아니하고 한 행정행위는 절차상의 瑕疵가 있는 것으로서 위법한 行政行爲임은 물론이다. 문제는 聽聞節次의 欠缺, 즉 절차상의 瑕疵만을 이유로 당해 행정행위를 취소할 수 있는지의 여부에 관해서는 견해의 대립이 있으나,<sup>57)</sup> 절차상의 瑕疵는 내용상의 瑕疵와 마찬가지로 그 자체로서 행정행위의 취소사유가 되는 것으로서 소정의 聽聞을 거치지 않았다면 그 자체로서 위법한 것이 되어 취소사유에 해당하는 것이라고 보는 것이 타당하다.<sup>58)</sup>

### 1. 立法形式

현행 법령에 있어서 청문의 규정은 그것을 필요로 하는 각 법령에 개별적으로 규정되어 있으며, 그 立法形式은 다음과 같이 정형화되어 있다. 그리고 경우에 따라서는 기본규정 이외에 청문의 기일을 정하는 방법, 공개·비공개 구별, 청문의 구체적 절차, 청문을 행하는 담당직원의 자격 등에 관해 상세히 규정되어

57) 자세한 것은 金南辰, 「聽聞을 결한 行政行爲의 效力」, 考試研究 1984. 12., 180面 이하 참조.

58) 「聽聞制度의 취지는 이 사건 營業停止와 같은 食品衛生法 제58조등의 규정에 의한 處分으로 말미암아 불이익을 받게된 營業者에게 미리 변명과 유리한 자료를 提出할 機會를 부여함으로써 부당한 營業者의 權利侵害를 예방하려는 데 있으므로……法令所定の 聽聞節次를 전혀 거치지 아니하거나 거쳤다고 하여도 그 절차적 요건을 준수하지 아니한 경우에는 가사 營業停止事由등 食品衛生法 제58조등 所定事由가 인정된다 하더라도 그 處分은 違法하여 取消를 면할 수 없다」, 大判 1991.7.9. 91 누 971 參照.

있는 것도 있고 청문할 상대방도 당해 처분의 상대방 이외에 이해관계인, 학식 경험자, 일반공중까지 포함시키는 경우도 있다. 그리고 법령에 따라서는 청문에 대신하여 일정한 審議會, 審査會 등의 자문기관에 부의하도록 하는 경우도 있다. 한편 「행정절차법」의 시행으로 동법에서 청문 등의 절차에 관하여 상세한 규정을 두고 있으므로<sup>59)</sup> 개별법률에서는 실시근거만 규정하도록 한다. 다만, 행정절차법상의 청문 등 절차와 달리 정할 특별한 사유가 있는 경우에는 法律에서 이를 규정한다.

그리고 행정기관은 청문의 결과에 구속되는가<sup>60)</sup> 문제는 신증을 요하는 것이라 할 수 있으나, 法的으로는 당연히 그것에 구속되는 것이 아니라는 점이 일반적 견해이다.<sup>60)</sup> 또한 청문의 통지를 했음에도 불구하고 상대방이 그 청문에 출두하

59) 한편 최근 성립한 「行政節次法(법률 제5241호)」에서는 청문에 관하여 상세한 규정을 두고 있으며 그 개요를 살펴보면 다음과 같다. (1) 행정절차법은 행정청이 불이익처분(당사자에게 의무를 과하거나 권익을 제한하는 처분)을 하는 경우에는 원칙으로 처분에 대한 사전통지를 하도록 규정하고 있다(제21조제1항). 다만 ①공공의 안전 또는 복리를 위하여 긴급히 처분을 할 필요가 있는 경우, ②법령등에서 요구된 자격이 없거나 없어지게 되면 반드시 일정한 처분을 하여야 하는 경우에 그 자격이 없거나 없어지게 된 사실이 법원의 재판등에 의하여 객관적으로 증명된 때, ③당해처분의 성질상 의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요하다고 인정될 만한 상당한 이유가 있는 경우등에는 예외로 한다(동조제4항). 그리고 행정청은 다른 법령등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우 뿐 아니라 행정청이 필요하다고 인정하는 경우에는 청문을 실시하여 의견을 청취하도록 규정하고 있다(제22조제1항). (2) 한편 청문절차는 행정청의 직원과 당사자의 주장·입증에 의거하여 청문주재자가 판정하는 구조로 되어 있다. ①청문절차는 행정청의 서면 통지에 의해 개시된다. 이 통지에는 처분하고자 하는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적근거, 청문의 일시와 장소등이 기재된다. ②청문은 행정청이 소속직원 또는 대통령이 정하는 자격을 가진 자중에서 선정하는 자가 주재한다(제28조제1항). ③청문의 개시는 먼저 청문주재자가 예정된 처분의 내용, 그 원인이 되는 사실 및 법적근거등을 설명하고, 당사자들이 의견을 진술하고 증거를 제출하며 또한 참고인·감정인등에 대하여 질문을 한다(제31조). ④청문은 당사자의 공개신청, 청문주재자가 필요하다고 인정하는 경우에는 이를 공개한다(제30조). ⑤청문주재자는 청문을 마친 때에는 지체없이 청문조서 기타 관계서류등을 행정청에 제출하며, 행정청은 제출받은 청문조사 기타 관계서류등을 충분히 검토하고 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 처분을 함에 있어서 청문 결과를 적극 반영하여야 한다(제35조).

60) 「광업법 제88조제2항에서 처분청이 같은 법조 제1항의 규정에 의하여 광업용 토지수용을 위한 사업을 인정하고자 할 때에 토지소유자와 토지에 관한 권리를 가진 자의 의견을 들어야 한다고 한 것은 그 사업인정여부를 결정함에 있어서 소유자나 기타 권리자의

지 아니한 경우에 관해서도 법령에서 명확히 규정할 것이 요망된다.

## 2. 聽聞의 形態

聽聞에 있어서도 事前節次로서의 청문에 한정되지 아니하고, 사전청문, 사후청문 및 法令制定을 위한 청문(立法聽聞) 등이 있다.<sup>61)</sup>

### (1) 事前聽聞

事前聽聞이란 행정기관이 일정한 처분을 하기 전에 행하는 청문이다. 이것은 국가 또는 지방자치단체가 각종 인·허가 등의 처분을 하거나 또는 이를 취소·정지하거나 일정한 행위를 할 것을 명하는 경우와 같이 상대방에게 권리를 부여하거나 의무를 과하는 경우에 사전에 國家 또는 地方自治團體가 청문을 행할 것을 요하는 취지를 규정하는 것이다. 이 경우의 청문은 국가 또는 지방자치단체에 의해서 공정적절하지 않은 처분이 행해져 관계자의 권리, 이익이 부당하게 침해되는 것을 방지하는 것을 주된 목적으로 행하는 것으로 법령에 있어서 이 의미의 청문을 하여야 할 취지를 규정한 경우에는 이 절차를 거치지 않은 행정청의 처분은 無效가 된다.<sup>62)</sup> 법령에 있어서 이러한 사전청문에 관한 규정을 두는 경우에는 그 실시가 필요적 조건으로 되는 것이 일반적이나, 경우에 따라서는 행정기관의 裁量에 맡겨지는 것도 있으며 또한 處分의 상대방등의 청구에 의해 청문이 행하여지는 경우도 있다. 이 事前聽聞은 특히 상대방에게 불이익을 주는 처분을 행하는 경우에 많이 규정하나, 授益的 處分을 행하는 경우에도 規定되고 있다.

---

의견을 반영할 기회를 주어 이를 참작하도록 하고자 하는 데 있을 뿐, 처분청이 그 의견에 기속되는 것은 아니다」, 大判 1995.12.22, 95누30.

61) 聽聞의 형태는 일반적으로 ①略式聽聞·正式聽聞, ②陳述型聽聞·事實審理聽聞, ③公開聽聞·非公開聽聞등 여러가지가 있다.

62) 「關係 行政廳이 식품위생법에 의한 營業停止處分을 하려면 반드시 事前에 聽聞절차를 거쳐야 함은 물론 聽聞書 도달기간등을 엄격하게 지켜 영업자로 하여금 의견진술과 변명의 기회를 보장하여야 할 것이고, 가령 식품위생법 제58조 소정의 사유가 분명히 존재하는 경우라 하더라도 위와 같은 聽聞節次를 제대로 준수하지 아니하고 한 營業停止處分은 違法임을 면치 못하는 것이다」, 大判 1990. 11. 9. 90누 4129.



<사례-1>

※담배事業法

第22條의3(聽聞) 財政經濟院長官은 第15條 또는 第17條의 規定에 의하여 登錄取消·營業停止 또는 指定取消를 하고자 하는 경우에는 미리 당해 처분의 相對方에게 의견을 陳述할 기회를 주어야 한다. 다만, 당해 처분의 상대방이 正當한 이유없이 이에 응하지 아니하거나 住所不明등으로 意見陳述의 기회를 줄 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

<사례-2>

※農漁村發展特別措置法

第70條(許可取消등) ①(생략)

②農林水産部長官 또는 地方自治團體의 長은 第1項의 規定에 의하여 措置를 命하거나 處分을 한 때에는 大統領令이 정하는 바에 따라 이를 告示하여야 한다.

③農林水産部長官 또는 地方自治團體의 長은 第1項의 規定에 의한 處分이나 措置를 하고자 할 때에는 미리 당해 事業施行者 또는 그 代理人의 출석을 要求하여 聽聞을 行하여야 한다.

④第1項의 경우 農林水産部長官 또는 地方自治團體의 長은 處分을 하고자 하는 사유와 聽聞期日 및 場所를 期日 1週日전에 당해 事業施行者에게 通知하여야 한다.

(2) 事後聽聞

사후청문은 사전청문과는 달리 행정기관이 일정한 처분을 한 후 그에 대하여 행정심판법등의 규정에 의한 異議申請등이 있을 때에 그 신청자등의 출석을 요구하여 공개 또는 비공개로 행하는 청문을 말한다. 이 청문은 당사자에게 자기에게 유리한 증거를 제출함과 아울러 그 의견을 진술할 기회를 부여함으로써 심사절차를 신중하게 하려는 취지에서 인정되는 제도이다. 현행 行政審判法에는

이에 관한 규정은 없으나, 특별의 법률규정에 의하여 사후청문제도를 채용할 수 있다.

### (3) 立法聽聞

법령제정을 위한 청문(입법청문)은 입법의 사전단계에 있어서의 청문이며 입법과정에 있어서 이해관계인이나 학식·경험이 풍부한 관계전문가의 의견을 듣기 위한 것으로서 입법부에서는 國會法 제64조·제65조에 근거규정을 두고 주요 법안의 심사과정에서 공청회와 청문회를 실시하고 있으며, 정부에서는 「법제업무운영규정(대통령령 제14748호)」에서 이를 상세히 규정하고 있다.<sup>63)</sup>

아울러 행정청이 일정한 행위를 하는 경우에 위와 같은 聽聞에 대신하여 관계인이나 전문가 등으로부터 의견을 수렴하도록 규정하는 경우도 있다.<sup>64)</sup>

- 
- 63) 법제업무운영규정 제22조(공개청문) ①법령안 주관기관의 장은 예고한 법령안에 관하여 필요하다고 인정할 때에는 공개청문을 행하고 이해관계인의 의견을 들을 수 있다.  
②제1항의 규정에 의하여 공개청문을 하고자 할 때에는 입법예고와 함께 공개청문의 일시·장소·공개청문사항·발언자수·발언신청 기타 필요한 사항을 공고하여야 한다.  
③공개청문에서 발언할 자는 공개청문일전 또는 공개청문일에 선정하며, 발언자의 선정에 있어서 당해 공개청문사항에 관하여 찬성과 반대의 의견이 고르게 진술될 수 있도록 하여야 한다.  
④법령안 주관기관의 장은 공개청문일전에 당해 공개청문사항에 관한 업무를 담당하는 과장이상의 직위에 있는 공무원 또는 법무담당관을 청문관으로 지명하여 공개청문에 관한 업무를 담당하게 하여야 한다.  
⑤청문관은 공개청문에 있어서 참여자의 발언이 있기 전에 공개청문 사항의 내용에 관하여 설명하여야 한다.  
⑥공개청문에 있어서는 발언이 끝난 후 발언자 상호간과 발언자와 청문관 상호간에 질문이 허용되어야 한다.  
⑦공개청문에 있어서 발언자는 공개청문사항에 직접 관계된 사항에 한하여 발언할 수 있다.  
⑧제21조의 규정(제출의견의 처리)에 관한 규정은 공개청문을 행한 경우에 이를 준용한다.
- 64) 이 경우 行政節次法에서는 「聽聞」이 행정청이 어떠한 처분을 하기에 앞서 당사자등의 의견을 직접 듣고 증거를 조사하는 절차라고 정의하고, 행정청이 공개적인 토론을 통하여 어떠한 작용에 대하여 당사자등, 전문지식과 경험을 가진 자 기타 일반인으로부터 의견을 널리 수렴하는 절차를 「公聽會」라고 정의하고 있다(동법 제2조 참조). 또한 행정청이 어떠한 행정작용을 하기에 앞서 당사자등이 의견을 제시하는 절차로서 청문이나 공청회에 해당하지 아니하는 절차를 「意見提出」이라고 정의한다.

〈사례-1〉 공청회를 규정한 경우

※ 産業標準化法

第8條(公聽會) ① 工業振興廳長은 産業標準의 制定·改正 또는 廢止에 관하여 필요하다고 인정할 때에는 公聽會를 開催하고 利害關係가 있는 者의 의견을 들을 수 있다.

② 産業標準 및 産業標準化에 관하여 利害關係가 있는 者는 書面으로 工業振興廳長에게 公聽會의 開催를 要求할 수 있다.

③ 工業振興廳長은 第2項의 規定에 의한 要求가 있는 경우 필요하다고 인정할 때에는 지체없이 公聽會를 開催하여야 한다.

〈사례-2〉 공청회를 규정한 경우

※ 濟州道開發特別法

第10條(公聽會) ① 道知事 또는 市長·郡守가 綜合計劃 또는 實施計劃을 수립하고자 하는 경우에는 公聽會를 열어 住民 및 關係專門家등으로부터 의견을 들어야 하고 그 의견이 타당하다고 인정할 때에는 이를 綜合計劃 또는 實施計劃에 반영하여야 한다.

② 第1項의 規定에 의한 公聽會의 開催 기타 住民의 意見聽取에 관하여 필요한 사항은 道條例로 정한다.

〈사례-3〉 의견제출을 규정한 경우

※ 都市再開發法

第25條(關係書類의 供覽과 意見聽取) ①(생략)

② 土地등의 所有者와 기타 再開發事業에 관하여 利害關係를 가진 者(이하 "利害關係人"이라 한다)는 第1項의 供覽期間내에 市長·郡守 또는 區廳長에게 의견서를 제출할 수 있다.

③ 市長·郡守 또는 區廳長은 第2項의 規定에 의하여 제출된 의견을 審査하여 채택할 필요가 있다고 인정할 때에는 이를 채택하고, 그러하지 아니한 경우에는 그 사유를 의견서를 제출한 者에게 통지하여야 한다.

### 3. 聽聞의 대상이 되는 事項

청문의 대상이 되는 것은 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 公權力의 행사 또는 그 거부와 기타 이에 준하는 행정작용(처분)이다. 현행 법령에서 청문을 하도록 규정하고 있는 사례는 주로 인·허가의 취소, 영업 또는 자격정지 등이다.<sup>65)</sup>

#### (1) 許可取消을 규정한 경우

<사례-1>

※射擊및射擊場團束法

第18條의2(聽聞) 許可官廳은 第18條(허가취소)의 規定에 의한 처분을 하고자 하는 경우에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 미리 당해 처분의 相對方 또는 그 代理人에게 의견을 陳述할 기회를 주어야 한다. 다만……(이하 생략).

#### (2) 免許取消·資格停止 등을 규정한 경우

<사례-1>

※醫療法

第63條의2(聽聞) 保健福祉部長官·道知事 또는 市長·郡守·區廳長은 第45條(설립허가취소), 第50條(시정명령등), 第51條第1項(개설허가취소등), 第52條第1項(면허취소), 第53條第1項(자격정지등) 또는 第53條의2(과징금처분)의 規定에 의한 處分을 하고자 할 경우에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 미리 당해 處分の 相對方 또는 그 代理人에게 의견을 陳述할 機會를 주어야 한다. 다만, ………(이하 생략).

65) 청문의 대상에 관한 사항을 정한 입법례의 분석으로는 金復年, 「類型別로 살펴본 聽聞 등 行政節次에 관한 立法例」, 立法調査月報 1994.6., 141~157面 참조.

(3) 기타 財産權 등 당사자의 권익침해를 규정한 경우

<사례-1>

※資源의節約과再活用促進에관한法律

第36條(聽聞) 主務部長官 또는 市長·郡守·區廳長은 第13條第2項(자원재활용권고 및 조치명령), 第15條第2項 및 第5項(포장폐기물의 발생억제를 위한 권고 및 조치명령) 또는 第16條第2項(폐기물배출자의 재활용의 이행등)의 規定에 의한 措置命令을 하고자 하는 경우에는 大統領令이 정하는 바에 따라 미리 당해 命令의 相對方 또는 그 代理人에게 의견을 陳述할 기회를 주어야 한다. 다만, ……(이하 생략).

(4) 각종 命令違反 등을 규정한 경우

<사례-1>

※水質環境保全法

第53條(聽聞) 環境部長官 또는 市·道知事는 다음 各號의 1에 해당하는 處分을 하고자 하는 경우에는 環境部令이 정하는 바에 의하여 미리 당해 處分의 상대방 또는 그 代理人에게 의견을 陳述할 기회를 주어야 한다. 다만, 당해 處分의 상대방 또는 그 代理人이 정당한 사유없이 이에 응하지 아니하거나 住所不明등으로 의견진술의 기회를 줄 수 없는 경우와 水質環境保全에 큰 危害를 미치거나 미칠 우려가 있어 행하여지는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 第11條第3項의 規定에 의한 승인의 取消

1의2. 第17條의 規定에 의한 操業停止命令

2. 第18條第1項의 規定에 의한 移轉命令

3. 第20條의 規定에 의한 操業停止·許可取消 또는 閉鎖命令

3의2. 第20條의2의 規定에 의한 課徵金の 賦課

3의3. 第30條의2第4項 및 第5項의 規定에 의한 操業停止, 閉鎖命令, 移轉命令

4. 第37條第2項의 規定에 의한 使用中止命令

5. 第41條第1項의 規定에 의한 登錄의 取消 또는 營業停止(第43條第4項 및 第44條第5項의 規定에 의하여 準用되는 경우를 포함한다)
- 5의2. 第43條의2第3項의 規定에 의한 汚水·廢水處理劑의 製造 또는 販賣 禁止命令
6. 기타 大統領令으로 정하는 處分

## V. 行政審判·行政訴訟

행정심판과 행정소송은 위법 또는 부당한 행정처분의 재심의를 통하여 국민의 권리구제에 이바지하는 行政救濟制度의 일환을 이룬다. 즉 법치국가의 성립에 의해 한편으로 행정의 법규의 구속을 받는 동시에 다른 한편으로는 위법부당한 행정작용을 시정하는 수단으로서의 행정쟁송제도가 발달한 것이다.<sup>66)</sup> 다만 행정심판과 행정소송의 관계를 고찰함에 있어 前者가 행정감독적 요소를 띤 약식절차인데 대하여, 後者는 국민의 권리구제를 주안으로 하는 정식의 쟁송절차인 점, 행정소송의 제기에는 원칙적으로 행정심판을 전치시키는 행정심판전치주의를 채택하고 있는 점이 다르다.<sup>67)</sup> 행정청의 위법한 처분에 대하여는 憲法 및 行政訴訟法에 의하여 법원에 소송을 제기할 수 있게 되어 있으므로, 개별 법령에서 그 법령에서 정하여지는 행정청의 처분이 위법한 경우에 제소할 수 있다는 취지를 특별히 정할 필요는 없다. 그러나 행위의 성격상 제소에 대하여 의문이 있는 경우, 民衆訴訟이나 機關訴訟등 특수한 소송형태를 인정하는 경우, 관할법원을 다르게 정할 필요가 있는 경우 등에는 그에 관한 규정을 두어야 한다.<sup>68)</sup>

66) 자세한 내용은 李尙圭, 「改稿 新行政爭訟法」, 法文社 1996, 61面이하 참조.

67) 「헌법 제101조제1항, 제2항은 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다. 법원은 최고 법원인 대법원과 각급법원으로 조직된다”라고 규정하고 있고 헌법 제107조제3항 전문은 “재판의 전심절차로서 행정심판을 할 수 있다”라고 규정하고 있다. 이는 우리 헌법이 국가권력의 남용을 방지하고 국민의 자유와 권리를 확보하기 위한 기본원리로서 채택한 3권분립주의의 구체적 표현으로서 일체의 법률적 쟁송을 심리 재판하는 작용인 사법작용은 헌법 그 자체에 의한 유보가 없는 한 오로지 대법원을 최고법원으로 하는(헌법 제101조제2항) 법원만이 담당할 수 있고 또 행정심판은 어디까지나 법원에 의한 재판의 전심절차로서만 가능하여야 함을 의미한다.」(特許法 제186조제1항 등 違憲提請, 1995.9.28. 92헌가11, 93헌가8·9·10 병합).

## 1. 行政審判

행정심판이란 행정기관에 의하여 심리·판단되는 행정쟁송을 총칭하는 것으로서 행정청의 위법·부당한 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 권익을 침해당한 경우에 행정소송을 제기하기에 앞서 행정청에 대하여 그 시정을 구하는 쟁송 절차를 말한다(행정심판법 제1조). 이러한 행정심판은 실정법상 행정심판·異議申請·심사청구·訴請 등 여러가지 명칭으로 불리워지며 각각 다른 절차가 규정되어 있다. 행정심판에 관해서는 行政審判法이 기본법으로서의 지위를 가지고 있다.<sup>69)</sup> 다만 넓은 의미의 행정기관의 행위중에는 원래 이 법률의 적용대상이 되지 않는 것도 있으며 또한 다른 법률에서 특별한 규정이 있어서 본래 이 법률의 적용을 받아야 할 것에 관하여 이 법률의 적용을 제외하거나 이 법률의 규정에 대한 약간의 특례를 두는 사례가 적지 않다. 현행 행정심판법에서도 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 行政審判法에 의한 행정심판을 제기할 수 없다고 규정하고 있다(동법 제3조제1항). 이러한 적용제외 내지 특례가 어느 정도로 인정되어야 하는가는 立法政策의 문제이나 그러한 것을 인정하게 되면 통일

68) 법제처, 「법령입안심사기준」, 93面.

69) 1984년에 제정된 行政審判法은 동법시행이후 행정수요가 질적·양적으로 팽창되고 국민의 권리의식증대로 행정관청의 위법·부당한 처분등에 대한 행정심판청구사건이 급증하였고, 그에 부응하여 국민의 권리구제에 상당히 기여하였다고 평가할 수 있으나, 현행 제도가 심판청구의 處分廳經由主義, 서면심리원칙등 행정편의위주로 운영되고 있어서 국민의 권리구제수단으로서의 기능이 미흡하다는 지적을 많이 받아왔다. 그러한 가운데 司法制度改革의 일환으로 행정소송법이 1994년 7월 27일에 개정(1998년 3월1일부터 시행)되어 종래에 행정소송을 제기하려면 반드시 행정심판을 거치도록 되어 있던 것을 앞으로는 당사자의 선택에 따라 行政審判을 거치지 않고도 행정소송을 제기할 수 있도록 하였고, 또한 동년 法院組織法이 개정되어 종전에는 행정소송사건의 제1심을 高等法院에서 관장하였으나, 앞으로는 행정법원 또는 지방법원합의부에서 제1심을 관장하도록 하였다. 또한 國民苦衷處理委員會가 행정규제및민원사무기본법의 제정(1994. 1. 7. 법률 제 4735호)으로 국무총리소속으로 설치되어 행정기관의 위법·부당한 처분등에 대하여 국민의 권리를 구제할 수 있는 기능을 담당하게 되었다. 이러한 국민의 권리구제와 관련한 제도의 변경등으로 종래의 행정심판제도를 획기적으로 개선하여 동제도가 국민의 권리구제절차로서의 기능을 확실히 수행할 수 있도록 하기 위하여 1995년 12월 6일 법률 제 5000호로서 行政審判法이 대폭 개정되었다. 자세한 내용은 朴松圭, 「行政審判法論」, 한국법제연구원 1996 참조.

된 행정심판제도를 복잡하고 불통일되게 할 우려가 있으므로 신중한 고려가 필요하다.

行政審判에 관한 특례규정을 두는 경우에는 사안의 전문성과 특례성을 살리기 위하여 특히 필요한 경우가 아니면 청구인에게 불리한 내용의 특례를 정할 수 없다(행정심판법 제43조제1항). 이는 행정심판에 관한 특례를 규정하고자 할 때의 입법방향을 제시하는 선언적 규정이라고 할 수 있다. 그러나 행정심판에 관하여 법률에서 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 정하지 아니한 사항에 대하여는 행정심판법이 정하는 바에 의한다(동법 제43조제2항 참조).<sup>70)</sup>

아울러 법령에 있어서 행정심판에 관하여 규정하는 경우에는 法制處가 행정심판일반에 관한 총괄정책부서임을 감안하여 개별법률에서 行政審判類似委員會를 설치하거나 행정심판을 異議申請으로 전환하려 하거나 또는 청구기간 등에 있어서 행정심판법보다 청구인에게 불리한 규정을 한다거나 또는 하는 경우에는 반드시 법제처와 사전에 협의를 하여야 한다.<sup>71)</sup> 법령에 있어서 行政審判에 관한 규정을 두는 경우에 유의하여야 할 사항을 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 行政審判事項

현행 행정심판법은 행정심판사항에 대하여 계괄주의를 취함으로써 모든 행정청의 처분 또는 부작위에 대하여 심사청구를 할 수 있도록 하고 있다(동법 제3조). 여기에서 「行政廳」이란 국가 또는 지방자치단체의 행정에 관한 의사를 결정하고 이를 외부에 대하여 표시할 수 있는 행정기관을 말하며, 권한의 위임이나 위탁을 받는 행정기관 및 공공단체나 사인도 행정청이 된다(동법 제2조제2

70) 「행정심판법 제43조는 행정심판에 관하여 다른 법률에서 특례를 정한 경우에도 그 법률에서 규정하지 아니한 사항에 관하여는 이 법이 정하는 바에 의한다고 규정하고 있고, 한편 같은 법 제17조제2항은 행정청이 심판청구의 경유절차를 알리지 아니하였거나 잘못 알려서 청구인이 심판청구서를 다른 행정기관에 제출한 때에는 당해 행정기관은 그 심판청구서를 지체없이 정당한 권한있는 행정청에 송부하여야 한다고 규정하고, 같은 조제6항은 제18조의 규정에 의한 심판청구기간을 계산함에 있어서 제2항의 규정에 의한 행정기관에 심판청구서가 제출된 때 심판청구가 제기된 것으로 본다고 규정하고 있으므로, 지방공무원의 불이익처분에 대한 소청절차규정에 같은 법 제17조의 규정을 배제하거나 저촉되는 내용의 규정이 없는 한 그 소송절차에 관하여도 위 제17조의 규정이 적용된다」, 大法 1992.6.23. 判決 92누1834.

71) 법제처, 「법령입안심사기준」, 94面.



항). 아울러 처분이나 부작위가 있는 뒤에 그 처분이나 부작위에 관한 권한이 다른 행정청에 승계된 때에는 그 권한을 승계한 행정청이 처분청 또는 부작위청이 된다(동법 제13조제1항 단서). 「處分」이란 행정청이 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서의 공권력의 행사 또는 그 거부와 그밖에 이에 준하는 행정작용을 말하며,<sup>72)</sup> 「不作爲」란 행정청이 당사자의 신청에 의하여 상당한 기간내에 일정한 처분을 하여야 할 법률상의 의무가 있음에도 불구하고 이를 하지 아니하는 것을 말한다(동법 제2조제1항 참조). 그리고 대통령의 처분 또는 부작위, 다른 절차에 의하여야 하는 경우 및 심판청구에 대한 재결인 경우 등은 행정심판을 제기할 수 없다(동법 제3조제2항, 제3조제1항, 제39조 참조)고 규정하고 있으며 그외에도 다른 법률에서 개별적으로 이를 추가하여 규정하는 것을 인정하고 있다(동법 제3조제1항).

<사례-1>

※ 社會保障基本法  
 第35條(權利救濟) 違法 또는 不當한 처분을 받거나 필요한 처분을 받지 못함으로써 權利 또는 利益의 침해를 받은 國民은 行政審判法 및 行政訴訟法の 規定에 의한 審判請求 및 行政訴訟를 제기하여 그 처분의 取消 또는 變更등을 청구할 수 있다.

72) 「행정청의 어떤 행위를 행정처분으로 볼 것이냐의 문제는 추상적, 일반적으로 결정할 수 없고, 구체적인 경우 행정처분은 행정청이 공권력의 주체로서 행하는 구체적 사실에 관한 법집행으로서 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 행위라는 점을 고려하고 행정처분이 그 주체, 내용, 형식, 절차에 있어서 어느 정도 성립 내지 효력요건을 충족하느냐에 따라 개별적으로 결정하여야 할 것이며, 행정청의 어떤 행위가 법적 근거도 없이 객관적으로 국민에게 불이익을 주는 행정처분과 같은 외형을 갖추고 있고 그 행위의 상대방이 이를 행정처분으로 인식할 정도라면 그로 인하여 파생되는 국민의 불이익 내지 불안감을 제거시켜 주기 위한 구제수단이 필요한 점에 비추어 볼 때 행정청의 행위로 인하여 그 상대방이 입는 불이익 내지 불안이 있는지 여부도 그 당시에 있어서의 법치행정의 원리와 국민의 권리의식수준 등은 물론 행위에 관련한 당해 행정청의 태도도 고려하여 판단하여야 한다」(大判 1992.1.7. 91누1714). 또한 처분에 관한 판례분석으로는 法制處, 「法律教育教材」, 1996, 33~51面 참조.

〈사례-2〉

※先物去來法

第91條(行政審判) 去來所 또는 委員會가 이 法에 의하여 행한 처분의 違法 또는 부당함으로 인하여 權利 또는 이익의 침해를 받은 者는 行政審判法에 의하여 財政經濟院長官에게 行政審判을 청구할 수 있다.

〈사례-3〉

※産業災害補償保險法

第88條(審査請求의 제기) ⑤保險給與에 관한 결정에 대하여는 行政審判法에 의한 行政審判을 제기할 수 없다.

(2) 審判機關

현행 행정심판법에는 행정심판기관을 이원화하여 심판청구를 수리하고 이에 대한 재결을 할 수 있는 권한을 가지는 「裁決廳」과 합의제 의결기관인 「行政審判委員會」를 규정하고 있다. 재결정은 원칙적으로 당해 행정청의 직근상급행정기관이 되며 직근상급행정기관이 아닌 재결청으로는 행정심판법에서 상세히 규정하고 있다(제5조 참조). 이와 관련하여 입법시 유의하여야 할 사항으로는 行政廳이 아닌 자의 처분에 대하여 행정심판을 인정할 때에는 재결청을 누구로 할 것인가에 관한 규정을 두도록 하여야 한다는 점이다.

〈사례-1〉

※公共機關의 個人情報保護에 관한 法律

第15條(不服請求) 第12條第1項 및 第14條第1項의 規定에 의한 請求에 대하여 公共機關의 長이 행한 處分 또는 不作為로 인하여 權利 또는 이익의 침해를 받은 者는 行政審判法이 정하는 바에 따라 行政審判을 請求할 수 있다. 이 경우 國家行政機關 및 地方自治團體외의 公共機關의 長의 處分 또는 不作為에 대한 裁決廳은 關係中央行政機關의 長으로 한다.

<사례-2>

※都市計画法

第88條(行政審判) 이 法에 의한 都市計劃事業施行者의 處分에 대하여는 行政審判法에 의하여 行政審判을 提起할 수 있다. 다만, 行政廳이 아닌 施行者의 處分에 대하여는 管轄 市·道知事에게 行政審判을 提起하여야 한다.

<사례-3>

※都市再開發法

第60條(行政審判) 施行者가 이 法에 의하여 행한 처분에 대하여 불복이 있을 때에는 市·道知事에게 行政審判을 제기할 수 있다. 다만, 大韓住宅公社 및 韓國土地公社의 처분에 관한 것은 建設交通部長官에게 行政審判을 제기하여야 한다.

<사례-4>

※土地區劃整理事業法

第82條(行政審判) 行政廳이 아닌 施行者가 이 法에 의하여 행한 處分에 대하여 不服이 있는 者는 當該 處分이 있는 것을 안 날로부터 1月이내, 當該 處分이 있는 날로부터 3月이내에 서울特別市長·釜山廣域市長 또는 道知事에게 行政審判을 提起할 수 있다.

(3) 審判請求期間

행정심판청구기간에 관해서는 行政審判法은 처분이 있음을 안 날로부터 90일 이내에, 正當한 사유가 없는 한 처분이 있는 날부터 180일 이내에 심판청구를 하도록 규정하고 있다(동법 제18조 참조). 다만 합리적인 필요가 있다면 개별 법률에서 이에 대해 특례를 규정하는 것도 가능하다.

<사례-1>

※保險業法

第197條(行政審判) 이 法에 의한 保險監督院의 處分이 違法 또는 不當하므로 인하여 權利 또는 利益의 侵害를 받은 者는 그 處分이 있는 것을 안 날로부터 1月내에, 處分이 있는 날로부터 3月내에 財政經濟院長官에게 行政審判을 提起할 수 있다.

<사례-2>

※宅地開發促進法

第27條(行政審判) 이 法에 의하여 施行者가 행한 處分에 대하여 異議가 있는 때에는 당해 處分이 있는 것을 안 날로부터 1月내, 處分이 있는 날로부터 3月내에 建設交通部長官에게 行政審判을 提起할 수 있다.

(4) 行政審判에 대한 特例

행정심판법에 대한 특례를 정하고 있는 현행 법률은 조세심판, 특허심판, 공정거래관계, 토지행정, 인사행정, 사회보장행정, 경찰행정 등 다양한 분야에서 광범하게 분포되어 있으며, 또한 이들 法律에 규정되어 있는 행정심판법에 대한 특례는 각양각색이며 통일된 규정방식이 없는 실정이다. 이러한 特例規定은 사안의 전문성·기술성과 행정통제의 능률성보장이라는 점에서 그 의의를 인정할 수 있으나, 현실적으로 국민의 입장에서 본다면 權利救濟節次가 복잡하게 되고 다양한 심판기관사이에 심판결과가 상충되며, 심판기관의 예측성 및 절차적 기본권의 제한이라는 문제점이 지적되고 있는 실정이다.<sup>73)</sup> 따라서 전문적 사안을

73) 이와 관련한 자세한 내용은 權泰雄, 「행정심판법에 대한 특례규정의 개정방향」, 法制 제462호, 1996.6., 43면이하 참조. 또한 憲法裁判所에서도 舊 國稅基本法 제61조제1항 단서 중 判決內인 「決定의 通知를 받지 못한 경우에는 동조 동항 단서에 규정하는 決定期間이 경과한 날」 부분이 憲法에 違反된다고 하면서, 「제소기간과 같은 불변기간은 국민의 기본권인 재판받을 권리의 행사와 직접 관련되는 사항이므로 제소기간에 관한 규정은 국민들이 나무랄 수 없는 법의 오해로 재판을 받을 권리를 상실하는 일이 없도록 알기 쉽

特例節次化하는데 있어서는 사건의 복잡성·전문성등 그 요건판단에 신중을 도모할 필요가 있다.

行政審判法에 대한 특례를 규정하는 방법을 유형별로 나누면 ①行政審判法에 의한 행정심판절차에 버금가는 특별행정심판절차를 규정하고 있는 경우, ②行政審判法에 의한 행정심판절차에 비하여 약식인 절차를 정하고 있는 경우, ③行政審判法에 의한 행정심판절차에 따르되 몇가지 특례만 정하고 있는 경우 등이 있다.

<사례-1> 특별행정심판절차의 경우

※國家公務員法  
 第76條(審査請求와 後任者補充發令) ①第75條의 規定에 의한 處分事由說明書를 받은 公務員은 그 處分에 不服이 있을 때에는 그 說明書를 받은 날부터, 公務員이 第75條에서 정한 處分이외의 그 意思에 反한 不利한 處分을 받았을 때에는 그 處分이 있는 것을 안날부터 각각 30日이내에 訴請審査委員會에 이에 대한 審査를 請求할 수 있다. 이 경우에는 辯護士를 代理人으로 선임할 수 있다.  
 ②~⑤(생략)

고, 여러가지 해석이 나오지 않게끔 명확하게 규정되어야 하며, 그것이 바로 재판을 받을 권리의 기본권행사에 있어서 예측가능성의 보장일 뿐만 아니라 재판을 받을 권리의 실질적 존중이며 나아가 법치주의의 이상을 실현시키는 것이기도 할 것인바, 위법한 과세처분에 대한 국세청장예의 심사청구기간을 정한 이 사건 심판대상규정중 세무서장의 이의 신청에 대한 결정의 통지를 받지 못한 경우의 청구기간에 관한 괄호부분은 어구가 모호하고 불완전하여 그 기산일에 관하여 여러가지 해석이 나올 수 있고, 일반인의 주의력으로는 험사리 정확하게 이해하기도 어렵거니와 중요한 규정을 괄호 내에 압축하여 불충실하고 불완전하게 규정함으로써 그 적용을 받는 국민으로 하여금 재판권행사에 착오와 혼선을 일으키게 하였으므로 법치주의의 한 내용인 명확성의 원칙에 반할 뿐만 아니라 재판을 받을 권리의 파생인 불변기간 명확화의 원칙에도 반하고, 또한 헌법으로 확보된 기본권이 그 하위법규로 인하여 잃기 쉽게 된다면 이는 입법과정에서 국가의 기본권보장의무를 현저히 소홀히 한 것이라 할 것이므로 위 괄호규정은 헌법 제10조 후문에도 저촉된다"라고 하였다(舊 國稅基本法 제61조제1항 단서 違憲提請, 1996.11.28. 96헌가15).

〈사례-2〉 약식절차의 경우

※開發利益還收에 관한法律

第22條(行政審判의 特例) ①開發負擔金 등의 賦課·徵收에 대하여 異議가 있는 者는 土地收用法에 의한 中央土地收用委員會에 行政審判을 請求할 수 있다.  
②第10條第1項但書의 規定에 의한 精算에 대하여 異議가 있는 者는 그 精算을 別개의 처분으로 보아 第1項의 規定에 의한 行政審判을 請求할 수 있다.  
③第1項 및 第2項의 規定에 의한 行政審判請求에 대하여는 行政審判法 第5條 및 第6條의 規定에 불구하고 土地收用法에 의한 中央土地收用委員會가 審理·議決하여 裁決한다.

〈사례-3〉 일부특례규정의 경우

※雇傭保險法

第77條(다른 法律과의 관계) ①再審査의 請求에 대한 裁決은 行政訴訟法 第18條를 적용함에 있어서 이를 行政審判에 대한 裁決로 본다.  
②審査 및 再審査의 請求에 관하여 이 法에서 정하고 있지 아니하는 사항에 대하여는 行政審判法의 規定에 의한다.

(5) 異議申請과의 關係

현행법상으로는 위법 또는 부당한 처분에 불복을 제기하는 이의신청에 관한 일반법은 없으므로 이의신청을 인정하려고 하는 경우에는 법률에 규정을 두어야 한다. 이의신청을 인정할 때에는 행정심판과의 관계, 즉 前後審關係인지 선택적 관계인지를 명확히 하고, 前後審關係인 때에는 동행정심판의 행정심판법상의 제 기기간에 관한 특례를 두어야 한다.

<사례-1>

※ 國土利用管理法

第23條(異議申請) ①第8條第1項 및 第9條第1項의 規定에 의한 國土利用計劃의 決定에 관하여 異議가 있는 者는 그 決定·告示가 있는 날로부터 3月이 內에 建設交通部長官에게 異議를 申請할 수 있다.

②第1項의 異議申請에 관하여는 第1項에 規定된 것을 제외하고는 行政審判法을 準用한다. 이 경우 同法上의 行政審判委員會는 第22條의 審議會 또는 同小委員會로 본다.

<사례-2>

※ 出入國管理法

第76條의4(異議申請) 第76條의2第1項의 規定에 의하여 難民인정의 申請을 하였으나 難民의 人정을 받지 못한 者 또는 第76條의3第1項의 規定에 의하여 難民의 人정이 取消된 者는 그 통지를 받은 날부터 7日이내에 大統領令이 정하는 바에 따라 法務部長官에게 異議申請을 할 수 있다. 이 경우 行政審判法에 의한 行政審判을 請求할 수 없다.

## 2. 行政訴訟

행정소송은 행정작용으로 인하여 침해된 국민의 권리·이익의 구제와 행정법규의 정당한 적용을 그 기능으로 하는 것으로서, 행정소송에 관한 기본법으로서 行政訴訟法이 있다.<sup>74)</sup> 그러나 행정소송에 관한 모든 사항이 이 법률에서 정하여져 있는 것이 아니라 이 법률에서 정하지 않은 사항에 관해서는 法院組織法과

74) 行政訴訟法은 1994년 7월 27일 행정심판의 임의절차화, 재판관할, 제소기간 및 상고 제한등에 관하여 대폭 개정되어 개정된 내용은 1998년 3월 1일부터 시행토록 하였다. 개정행정소송법의 내용 및 문제점에 관한 것은 李尙圭, 「改正行政訴訟制度의 內容과 問題點」, 한국공법학회 제47회 학술발표회 자료집(행정소송제도의 개선과 권리구제), 1994.10.22., 19~29面 참조.

民事訴訟法의 규정이 준용되며 또한 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 이 법률이 정하는 바에 의하도록 하여 다른 법률에서 이 법률에 대한 특례를 정할 수 있음을 예정하고 있다(行政訴訟法 제8조 참조).<sup>75)</sup> 그리고 이미 살펴본 바와 같이 행위의 성격상 제소에 대하여 의문이 있는 경우, 民衆訴訟이나 機關訴訟등 특수한 소송형태를 인정하는 경우, 관할법원을 다르게 정할 필요가 있는 경우등에는 법률로 그에 관한 규정을 두어야 한다.

그리고 1998년 3월 1일부터 시행되는 행정소송법 제18조에 의하면 행정청의 위법한 처분에 대한 取消訴訟은 당사자의 선택에 따라 행정심판을 먼저 거치거나 이를 거치지 아니하고 직접 제기할 수 있도록 하되, 다른 법률이 行政審判을 반드시 거치도록 규정한 경우에만 예외적으로 이를 거치도록 규정하고 있으므로, 입법에 있어서는 행정심판을 거쳐야 할 필요성이 인정되는 사항이 있는가를 면밀히 검토하여 필요한 경우에는 행정심판절차를 거치도록 하는 규정을 두어야 할 것이다.

<사례-1>

※保安觀察法

第23條(行政訴訟) 이 법에 의한 法務部長官의 決定을 받은 者가 그 決定에 異議가 있을 때에는 行政訴訟法이 정하는 바에 따라 그 決定이 執行된 날부터 60日이내에 서울高等法院에 訴를 제기할 수 있다. 다만, 第11條의 規定에 의한 免除決定申請에 대한 棄却決定을 받은 者가 그 決定에 異議가 있을

75) 行政訴訟에 관한 特例를 규정할 경우에 특히 유의하여야 할 사항은 提訴期間에 관한 사항이다. 이와 관련하여 우리 憲法裁判所에서도 「일반적으로 행정소송에 관한 절차를 어떻게 규정할 것인가, 특히 제소기간을 얼마동안으로 할 것인가는 기본적으로 입법형성권을 가진 입법권자가 결정할 사항이나, 법률관계의 조속한 확정의 필요가 인정되는 경우에 있어서도, 그 제소기간을 너무 짧게 정하여 소를 제기하는 것이 사실상 불가능하거나 매우 어렵게 되는 경우라든가, 제소기간은 소송을 제기하기에 상당한 기간을 두고 있다 하더라도, 기간을 계산함에 있어서 그 기산일을 누구나 쉽사리 이해할 수 있도록 명확하게 규정하지 아니하고, 법률전문가로서도 혼란을 일으킬 정도로 불명확하고 모호하게 규정한 경우에는 헌법상 보장된 기본권인 재판청구권의 본질적 내용을 침해하거나 비례의 원칙에 위배되는 것」이라고 하고 있다(土地收用法 제75조의2제1항 등 違憲訴願, 1996.8.29. 93헌바63, 95헌바8 병합).



때에는 그 決定이 있는 날부터 60日이내에 서울高等法院에 訴를 제기할 수 있다.

第24條(行政訴訟法의 準用) 第23條의 訴訟에 관하여 이 法에 規定한 것을 제외하고는 行政訴訟法을 準用한다. 다만, 行政訴訟法 第18條 및 第23條와 同法 第8條第2項에 의하여 準用되는 民事訴訟法중 假處分에 관한 規定은 準用하지 아니한다.

<사례-2>

※ 關稅法

第38條의2(行政訴訟法等과의 관계) ②第38條의 規定에 의한 違法한 처분에 대한 行政訴訟는 行政訴訟法 第18條第2項·第3項 및 同法 第20條의 規定에 불구하고 審判請求에 대한 決定期間내에 결정통지를 받은 경우에는 그 결정통지를 받은 날부터 60日이내에, 審判請求에 대한 決定期間내에 결정통지를 받지 못한 경우에는 그 決定期間이 경과한 날부터 60日이내에 제기하여야 한다.

②第38條에 規定된 違法한 처분에 대한 行政訴訟는 行政訴訟法 第18條第1項 本文·第2項 및 第3項의 規定에 불구하고 이 法에 의한 審判請求와 그에 대한 決定을 거치지 아니하면 이를 제기할 수 없다. <시행일 98.3.1.>

③第2項의 期間은 不變期間으로 한다.

③第2項의 規定에 의한 行政訴訟는 行政訴訟法 第20條의 規定에 불구하고 審判請求에 의한 決定의 통지를 받은 날부터 60日이내에 제기하여야 한다. 다만, 第43條의6의 規定에 의한 決定期間내에 決定의 통지를 받지 못한 경우에는 第2項의 規定에 불구하고 決定의 통지를 받기 전이라도 그 決定期間이 경과한 날부터 行政訴訟를 제기할 수 있다. <시행일 98.3.1.>

〈사례-3〉

※ 國家公務員法

第16條(行政訴訟과의 關係) ①第75條의 規定에 의한 처분 기타 本人의 의사에 반한 불리한 처분에 관한 行政訴訟의 被告는 大統領이 행한 처분의 경우에는 所屬長官(大統領令이 정하는 機關의 長을 포함한다. 이하 같다)으로, 國會議長이 행한 처분의 경우에는 國會規則이 정하는 所屬機關의 長으로, 中央選舉管理委員長이 행한 처분의 경우에는 中央選舉管理委員會事務總長으로 한다.

②第1項의 規定에 의한 行政訴訟은 訴請審査委員會의 審査·決定을 거치지 아니하면 이를 제기할 수 없다.

## VI. 損失補償

행정상 손실보상이란 위법한 공권력의 행사에 의해 가해진 사유재산상의 특별한 희생에 대하여 사유재산의 보장과 공평부담의 견지에서 행정주체가 이를 조정하기 위하여 행하는 재산적 보상을 말한다.<sup>76)</sup> 憲法은 제23조제1항에서 국민의 재산권을 보장하고 동조 제3항에서 公共必要를 위하여 필요한 경우에 재산권에 내재한 사회적 한계를 넘는 재산권침해의 가능성을 인정하고, 그에 대한 정당한 보상을 하도록 하고 있다. 그러므로 행정상 손실보상제도는 일면에서는 공공필요를 위한 私有財産權의 침해를 불가피한 것으로 인정하면서, 타면에서는 침해된 사유재산권을 재산권의 보장이란 견지에서 적정하게 보상함으로써 公益과의 사이에 균형있는 조화를 도모하려는 요청에 따르기 위한 것이라 할 수 있다.

그러나 최근 시민생활에 대한 국가의 개입의 태양이 다양화하고 공익과 사익의 상호관계도 복잡한 것이 되고 있고 특히 과학기술의 끊임없는 진전은 공공의 안전에 대한 위협의 내용도 극히 대규모의 것인 경우가 적지 아니하기 때문에 그것을 방지하기 위한 조치도 財産權의 극히 중대한 제약이 되지 않을 수 없기도 한다.<sup>77)</sup> 또한 복지국가의 구현을 목표로 하는 현대국가 특히 개발도상국가에

76) 李尙圭, 「國家補償法」, 法文社 1995, 189面.

서는 대공업단지의 조성·도시재개발과 같은 생활환경의 정비를 위해 대규모의 공용수용을 하게 될 기회가 많아지게 되었으며 그로 인해 당해 지역주민이 받을 생활침해도 다양하게 되면서 종래의 대물보상에서 이른바 「生活補償」-주민의 종합적 가치·영업상의 손실·이주비용·소수잔존자의 보상·이직보상·정신적 보상 등-까지도 고려하지 않을 수 없게 되었다.78) 그리고 헌법상 요청되는 보상이 아니지만 입법정책으로서 보상을 규정하는 정책상의 보상, 예컨대 재산권에 대한 特別한 犧牲이라고 할 수 없는 경우, 즉 재산권자가 수인하여야 할 한도내에 있는 경우라도 입법정책상 보상을 하는 것도 등장하게 되었다.79)

따라서 입법에 있어서는 위와 같이 예상되는 사태가 있음에도 불구하고 그 해결을 전부 헌법에 구하려는 태도는 적당하다고 할 수는 없다. 따라서 입법에 있어서는 이러한 점에 관하여 배려하여 損失補償이 필요하다고 생각되는 경우에는 손실보상의 근거, 요건 및 기준에 관한 규정의 정비를 도모할 필요가 있다. 또한 憲法 제23조제3항이 보상의 정도로서 제시하는 「正當한 補償」의 범위에 관해서도 여러 견해가 있으나, 일반적으로는 원칙적으로 완전한 보상을 인정하되 사안에 따라서는 완전보상을 하회하거나 생활보상까지 해주어야 하는 경우를 인정하도록 허용하는 것으로 해석하고 있다.80) 예를 들면 평시에 있어서의 보상과 전시에 있어서의 그것이 같을 수는 없으며, 사회개혁을 전제로 한 공용침해와 기초법질서내에서의 그것이 동일할 수가 없을 것이다. 따라서 명문의 규정으로 보상기준을 두는 경우에는 이러한 견해를 기준으로 정하여야 할 것이다.

현행 법체계상 행정상 본실보상제도에 관한 일반법은 존재하고 있지 않으며 다만 「土地收用法」과 「公共用地的取得및損失補償에관한特例法」등 각 개별법에서 적법행위로 인한 손실보상에 대하여 규정하고 있을 따름이다. 따라서 법령에서

77) 자세한 것은 徐元宇, 「損失補償制度의 小考 -그 根據와 必要與否의 基準을 中心으로-」, 月刊考試 1986. 1., 93面이하 참조.

78) 石琮顯, 「損失補償制度의 問題點과 그 課題」, 月刊考試 1989. 1., 71面이하 ; 徐元宇, 「損失補償의 現代的 問題 -對物的 補償으로 부터 對人的·對地域的 補償으로-」, 考試研究 1989. 8., 30面이하 ; 金南辰, 「補償의 對象과 生活補償」, 考試研究 1988. 1., 96面이하.

79) 柳在成, 「現代福利國家下에서의 多元的 補償」, 文松 鄭鐘學博士華甲記念論文集, 1993, 581面이하.

80) 洪준형, 「행정구제법」, 한울 1996, 162面.

재산권의 공권적 침해를 규정하는 경우에는 그에 대한 보상규정을 두어야 할 것이다.<sup>81)</sup> 현행법상 보상규정에 나타난 몇가지 규정사례를 살펴보면 다음과 같다.

### 1. 補償의 對象

손실보상은 공공의 필요에 의한 적법한 공권력의 행사로 국민의 재산권에 침해를 가함으로써 인정된다. 이러한 공권력의 행사는 원칙적으로 행정청에 의하여 이루어지지만 사인 등에 의한 公用收用도 가능하다. 현행법상 보상의 대상을 公用 수용보상·공용사용보상·공용제한보상으로 유형화하여 살펴보면 다음과 같다.

#### (1) 公用收用補償

우선 公用수용보상이란 공익사업 기타 복리목적을 위하여 타인의 특정한 재산권을 법률에 의하여 강제적으로 취득함으로써 생기는 손실을 보상하는 것을 말한다. 이러한 公用수용에 관해서는 일반법인 「土地收用法」이 있다. 公用수용은 주로 토지를 대상으로 하여 행하여지지만 토지수용법에서는 토지이외에 수용의 대상으로 되는 것으로서 토지에 관한 소유권 이외의 권리, 건축물·입목 기타 토지에 정착된 물건, 토지정착물에 관한 소유권이외의 권리, 토지에 속한 토석·사력, 광업권·어업권 또는 물의 사용에 관한 권리등도 수용의 대상이 된다(土地收用法 제2조 참조). 따라서 이러한 公用수용에 의한 보상에 대해서는 각 개별법령에서 「土地收用法을 적용한다」, 「土地收用法을 준용한다」 또는 「土地收用法에 의한다」라는 표현으로 보상규정을 두는 것이 일반적이다.<sup>82)</sup>

81) 이와 관련하여 法令에서 개인의 재산권에 대한 특별한 희생을 정하면서도 그에 따른 보상규정을 두지 아니한 경우에 관계법령규정은 위헌적인 것으로서 무효가 되고, 그에 따라 피해자는 損失補償이 아니라 損害賠償을 청구하여 손해의 전보를 받을 수 있다고 보는 것이 우리 학계의 다수의 입장이다. 자세한 것은 金東熙, 「補償規定없는 法律에 기한 財産權侵害에 따른 損失의 填補의 問題」, 公法學의 現代的 地平(心泉 桂禧悅博士 華甲記念論文集), 1995, 723面.

82) 「공공필요에 의한 재산의 공권력적, 강제적 박탈을 의미하는 公用수용은 헌법상의 재산권 보장의 요청상 불가피한 최소한에 그쳐야 한다. 즉, 公用수용은 헌법 제23조제3항에 명시되어 있는 대로 국민의 재산권을 그 의사에 반하여 강제적으로라도 취득해야 할 공익적 필요성이 있을 것, 법률에 의거할 것, 정당한 보상을 지급할 것의 요건을 모두 갖추어야 한다. 따라서 일단 公用수용의 요건을 갖추어 수용절차가 종료하였다고 하더라도

〈사례-1〉

※大氣環境保全法  
 第5條(土地등의 收用 및 사용) ①環境部長官 또는 市·道知事は 第4條의 規定에 의하여 告示된 測定網設置計劃에 따라 測定網 設置에 필요한 土地·建築物 또는 그 土地에 定着된 物건을 收用 또는 사용할 수 있다.  
 ②第1項의 規定에 의한 收用 또는 사용의 節次·損失補償등에 관하여는 土地收用法이 정하는 바에 의한다.

(2) 公用使用補償

공용사용은 공익사업의 주체가 타인의 재산권위에 공법상의 사용권을 취득하고 상대방은 그 사용을 受忍할 義務를 지는 것을 그 내용으로 한다. 공용사용은 보통의 경우에는 민법상의 제약에 의하여야 할 것이지만 권리자의 승인을 얻지 못하거나 긴급하여 그 승낙을 얻을 여유가 없는 경우에는 權利者의 의사를 불문하고 직접 법률에 의하여 또는 법률에 근거한 행정행위에 의하여 사용권이 설정된다. 따라서 公用使用權은 공법상의 권리이며, 사업자가 私企業者인 경우에도 국가적 공권으로서의 공용사용권을 취득하게 된다. 이러한 공용사용권은 주로 토지에의 출입, 일시사용, 계속사용, 지하 또는 공간사용, 대리개발 등에서 주로 행해지며, 이러한 공용사용의 경우에는 그에 관한 보상규정을 마련하여야 한다.

---

그 후에 수용의 목적인 공공사업이 수행되지 아니하거나 또는 수용된 재산권이 당해 공공사업에 필요없게 되거나 이용되지 아니하였다고 한다면, 수용의 헌법상 정당성과 공공사업시행자에 의한 재산권 취득의 근거가 장애에 향하여 소멸한다고 보아야 한다」(公共用地의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).

〈사례-1〉

※都市가스事業法

第37條(損失補償) 都市가스事業者는 第32條第1項의 規定에 의하여 他人의 土地를 一時 사용하거나, 第33條第1項의 規定에 의하여 他人의 土地의 地下를 사용하거나, 第34條第1項의 規定에 의하여 他人의 土地에 出入하거나, 第35條第1項의 規定에 의하여 他人의 土地를 通行하거나, 第36條第1項의 規定에 의하여 植物을 伐採 또는 移植함으로써 損失을 입힌 때에는 그 損失을 받은 者에게 正當한 補償을 하여야 한다.

(3) 公用制限補償

공용제한이란 공익사업 기타 복리행정상의 목적을 위하여 또는 물건의 효용을 확보하기 위하여 개인의 재산권에 가하여지는 공법상의 제한을 의미한다. 이러한 공용제한은 財産權에 대한 공법상의 제한이라는 점에서 경찰상의 제한이나 재정상의 제한 등과 같으나, 公用制限은 그 목적이 복리행정상 또는 물건의 효용을 확보하기 위한 것이라는 점에서 차이가 있다. 공용제한은 재산권에 대하여 일정한 제한이 가해지는 것에 그치며, 재산권 그 자체를 강제적으로 박탈하거나 交換·分合하지 않는다는 점에서 공용수용이나 공용사용 등과 구분된다.<sup>83)</sup> 이러한 공용제한에 의한 재산권침해의 경우에는 원칙적으로 憲法 제23조제2항에서 재산권행사의 공공복리적합의무를 두고 있기 때문에 이러한 범위내에서의 공용제한의 경우에는 손실보상이 필요없게 된다. 따라서 대부분의 공용제한에 관한 법령은 보상에 관한 규정을 두고있지 않다. 그러나 이에 대해 재산권의 사회적 제약을 넘어서 特別한 犧牲에 해당하는 공용제한의 경우에는 보상규정을 두어야 하며, 따라서 그러한 경우에 보상규정을 두지 않은 법률은 違憲이라고 주장하는 견해도 있다.<sup>84)</sup> 현행법상 이러한 경우에 보상규정을 두고 있는 공용제한법제도 그 보상의 형태는 매우 다양하다.<sup>85)</sup>

83) 공공제한에 관한 상세한 것은 韓國法制研究院, 「現行 公用侵害法制的 現況과 改善方案」, 1992, 82面이하 참조.

84) 李尙圭, 前掲書, 301面.

<사례-1>

※山林法  
 第63條(損失補償) 國家는 保安林에 關하여 第62條의 規定에 의한 許可를 받지 못한 山林所有者에 對하여는 그 行爲의 制限으로 因하여 그 者가 普通 損失을 大統領令이 定하는 바에 따라 補償한다.

## 2. 補償의 節次

행정상 손실보상을 규정한 현행 법제를 살펴보면 보상의 절차로는 일반적으로 당사자간의 협의를 규정하고, 協議가 성립되지 않은 경우에는 행정청이 재결 또는 결정하도록 규정하고 있다. 그러나 보상의 절차에 관해서는 각 개별법령마다 매우 다양한 방법으로 그 절차를 규정하고 있을 뿐 아니라 보상절차에 관한 규정이 없는 경우도 있어서 어서 이를 일률적으로 파악하기에는 매우 어렵다. 보상의 절차에 관해서는 法律로서 규정하는 경우도 있으며, 施行令에서 이를 규정하는 사례도 다수 있다.

### (1) 協議→裁決申請을 規정한 경우

<사례-1>

※公有水面管理法  
 第14條(損失補償) ②管理廳은 損失補償을 함에 있어서는 그 損失을 받은 者와 協議하여야 한다.  
 ③前項의 協議가 성립되지 아니할 때에는 大統領令이 定하는 바에 依하여

85) 일반적으로 입법자가 공용제한에 대하여 보상을 행할 것인지의 여부를 결정하는 기준으로서 ①개발계획에 따라 私有地의 이용행위가 제한 또는 금지되는 경우라도 종전 방법에 의한 토지이용의 계속이 가능하고 또한 그 제한이 객관적으로 보아 그 재산권의 본래 기능에 반하지 않는 한 보상이 불필요하나, ②그 제한이 객관적으로 현실화되어 있는 재산가치를 현저히 손상하거나 私的 開發成果를 본질적으로 저해하는 것인 때에는 특별한 희생으로 보아 그 나타난 개발이익에 대하여 공공개발계획에서 오는 개발이익과의 형량을 통해서 보상이 이루어져야 한다는 점이 지적되고 있다. 金道稔, 「一般行政法論(下)」, 645面.

土地收用法 第28條의 規定에 의한 土地收用委員會에 裁決을 申請할 수 있다.

④土地收用委員會의 裁決이 있을 때에는 第2項의 規定에 의한 協議가 成立된 것으로 본다.

(2) 協議→決定→裁決申請을 규정한 경우

<사례-1>

※農漁村道路整備法

第28條(公用負擔으로 인한 損失補償) ②第1項의 規定에 의한 損失의 補償에 관하여는 당해 郡守가 그 損失을 받은 者와 協議하여야 한다.

③第2項의 規定에 의한 協議가 성립되지 아니할 때에는 당해 郡守는 스스로 決定한 金額을 損失을 받은 者에게 支給하여야 한다.

④補償金에 관하여 불복이 있는 者는 補償金의 支給을 받은 날부터 30日이 내에 大統領令이 정하는 바에 의하여 管轄土地收用委員會에 裁決을 申請할 수 있다.

(3) 協議→조정신청을 규정한 경우

<사례-1>

※都市가스事業法

第38條(調停申請) ①第37條의 規定에 의한 損失補償에 관하여 都市가스事業 者와 損失을 받은 者간에 協議를 할 수 없거나 協議가 이루어지지 아니할 경우에는 都市가스事業者 또는 損失을 받은 者는 市·道知事에게 調停을 申請할 수 있다.



(4) 協議→決定을 규정한 경우

①법률의 경우

<사례-1>

※航空法

第82條(障礙物의 제한등) ⑤第3項의 規定에 의하여 제거되는 障礙物로서 當事者間의 協議가 이루어지지 아니하여 당해 障礙物을 제거할 수 없는 경우로서 당해 飛行場의 원활한 관리·운영을 위하여 특히 필요하다고 인정되는 경우에는 建設交通部長官은 飛行場設置者에 대하여 당해 障礙物의 제거를 명할 수 있다.

⑥第5項의 경우에 建設交通部長官 또는 飛行場設置者는 障礙物에 대한 所有權 기타의 權利를 가진 者에 대하여 당해 障礙物의 제거로 인한 損失을 補償하여야 한다. 이 경우 損失補償의 금액은 當事者間의 協議에 의하되, 協議가 이루어지지 아니하거나 協議를 할 수 없는 경우에는 建設交通部長官이 決定한다.

②시행령의 경우

<사례-1>

※농어촌정비법시행령

제52조(손실보상) ①법 제51조제6항의 규정에 의한 손실보상액은 농업기반등 정비사업시행자와 손실을 받은 자가 협의하여 결정한다.

②제1항의 협의가 이루어지지 아니하거나 협의할 수 없을 때에는 시·도지사가 결정한다. 다만, 농업기반등정비사업시행자가 국가·농어촌진흥공사인 경우에는 농림부장관이 결정한다.

(5) 協議→委員會의 조정·결정

〈사례-1〉

※水産業法

第83條(土地등 사용에 대한 補償) ②第1項의 規定에 의한 補償의 請求가 있을 때에는 漁業者는 그 損失을 입은 者와 協議하여 補償額을 정하여야 한다.

③市·道知事는 第2項의 協議가 이루어지지 아니하거나 協議할 수 없는 때에는 漁業者 또는 損失을 입은 者의 申請에 의하여 第89條의 規定에 의한 市·道水産調整委員會의 審議를 거쳐 그 報償額을 調整·決定할 수 있다.

3. 補償의 範圍

침해된 재산가치에 대하여 어느 정도 보상할 것인가에 대한 손실보상의 범위는 손실보상의 기준에 의하여 결정된다. 이러한 損失補償의 범위는 각국의 입법태도와 헌법을 뒷받침하는 사회윤리적 가치관의 차이에 따라 동일하지 않다. 일반적으로 우리 憲法의 경우 보상의 기준은 「正當한 補償」으로 표현되고 있으며, 이것이 무엇을 의미하는가에 대한 학설은 완전보상설, 상당보상설 그리고 양자를 경우에 따라 선택할 수 밖에 없다는 절충설로 나누어져 있다. 사유재산권의 침해가 특별한 희생에 해당되어 보상의 대상이 된다고 하더라도 우리 헌법이 의미하는 정당한 보상에 대해 반드시 완전보상 또는 相當補償이어야 한다는 양자택일적인 해석은 아무런 유용성이 없다.<sup>86)</sup>

결국 무엇이 정당한 보상인가는 구체적인 권리의 침해를 인정하는 법률의 목적 및 침해행위의 態樣을 고려하여 침해행위의 성질 및 정도에 따라 보상이 주어지는 당시의 사회통념에 비추어 보아, 그리고 사회적 정의의 관점에서 보아

86) 「헌법 제23조제3항에서 규정한 “정당한 보상”이란 원칙적으로 피수용재산의 객관적인 재산가치를 완전하게 보상하여야 한다는 완전보상을 뜻하는 것이지만, 공익사업의 시행으로 인한 개발이익은 완전보상의 범위에 포함되는 피수용토지의 객관적 가치 내지 피수용자의 손실이라고 볼 수 없다」(土地收用法 제46조제2항의 違憲與否에 관한 憲法訴願, 1990.6.25. 89헌마107).

객관적으로 공정타당한가의 여부를 판단하여 결정할 수 밖에 없을 것이다. 한편 현행 토지수용과 보상에 관한 일반법인 「土地收用法」과 「公共用地的取得및損失補償에관한特例法」에서는 공시지가에 의한 보상기준을 규정하여 상당보상을 채택하고 있다. 각 개별법령에서 규정하고 있는 보상의 범위를 열거하면 다음의 유형이 있다.

(1) 정당한 보상

<사례-1>

※水路業務法

第14條(損失補償) ①海洋水産部長官은 第11條 내지 第13條의 規定에 의한 행위로 인하여 損失을 받은 者가 있는 때에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 正當한 補償을 하여야 한다.

(2) 상당한 보상

<사례-1>

※公有水面管理法

第14條(損失補償) ①管理廳은 前條의 規定에 의한 處分으로 인하여 損失을 받은 者가 있을 때에는 相當한 補償을 하여야 한다.

(3) 기타

<사례-1>

※山林法

第63條(損失補償) 國家는 保安林에 관하여 第62條의 規定에 의한 許可를 받지 못한 山林所有者에 대하여는 그 行爲의 制限으로 인하여 그 者가 普通반을 損失을 大統領令이 정하는 바에 의하여 補償한다.

<사례-2>

※特定多目的법

第41條(損失補償) 多目的법建設로 인하여 農地·林野·家屋等이 水沒되거나 기타의 損失을 받은 者가 있을 때에는 建設交通部長官은 適正한 補償을 하여야 한다.

## VII. 手數料에 관한 事項

국민이 행정기관의 役務提供을 받거나 공공의 이용에 제공된 시설을 이용하는 경우에는 이들 역무의 제공이나 시설의 이용에 요하는 경비를 그 제공을 받거나 또는 그것을 이용하는 자가 부담하여야 하는 경우가 많다. 行政에 요하는 경비는 일반국민의 부담인 세금에 의하는 외에 수익자가 부담하는 것이 공평한 경우가 많기 때문이다. 이 가운데 前者인 개별행정의 역무의 제공에 대한 것이 「手數料」이며, 後者인 시설의 이용에 대한 반대급부가 「使用料」이다. 수수료와 조세는 국가나 지방자치단체등이 일방적으로 결정하여 징수한다는 점에서는 서로 같은 점이 있으나, 조세는 담세능력있는 모든 국민에 대하여 부과·징수되는데 반하여 수수료는 이익을 받는 특정인에 대하여 특수보상의 원칙에 따라 부과·징수되는 점에서 차이가 있다. 아울러 수수료는 공익사업자체에 수반하여 소요되는 경비의 분담으로서 그 사업에 특별한 이해관계가 있는 모든 자에게 부과되는 負擔金과 구별된다.<sup>87)</sup>

수수료는 특정인을 위한 사무에 대하여 그 反對給付로서 징수하는 금전이므로 그 금액은 제공하는 역무와 적당한 균형이 이루어질 것을 요구한다. 그리고 수

87) 김기표, 「手數料制度에 관한 考察」, 法制 1994.8., 81면. 아울러 실정법상의 입법례에서는 사인간의 역무제공에 대한 대가로 지급하는 금전에 대하여 「報酬」 또는 「手數料」라는 용어를 혼용하여 사용하고 있다(부동산중개업법 제20조, 공인노무사법 제10조, 공증인법 제7조, 신용조사사업법 제8조등). 이러한 사법상의 보수에 해당하는 것을 수수료라는 용어를 사용하는 것은 원래의 개념에도 부합하지 않을 뿐 아니라 일반 국민이 그 법적성격을 오해할 소지가 있기 때문에 입법시에는 이를 정확히 구분하여 사용하여야 할 것이다.

수료의 금액은 그 사무수행에 소요되는 경비의 全額일 것을 요하지 아니한다. 그 이유는 국가 또는 지방자치단체의 사무는 공익을 위하여 행하여지는 것이므로 비록 그 사무가 특정인을 위하여 행하여지는 경우일지라도 그것은 동시에 공익의 달성 및 증진을 위한 것이 되며, 따라서 그 사무에 요하는 경비의 일부는 稅收入 기타 국민 또는 주민전체의 부담으로 충당하는 것이 적당한 경우도 있을 것이기 때문이다. 또한 수수료의 금액은 물가수준의 동향등을 감안하여 적시적절하게 그 개정을 검토할 필요가 있음을 인식하여야 한다. 이 점은 使用料에 대해서도 마찬가지로 지적할 수 있다. 그리고 수수료의 액의 결정에 관해서는 위의 사항이 기본이나, 국가와 지방자치단체의 수수료 사이에 금액의 균형에 관해서도 당연히 유의하여야 하며, 동종의 사무에 관해서 타와 비교하여 현저히 높거나 낮은 수수료를 정하는 것은 부적절한 것이라 할 수 있다.

## 1. 徵收根據

### (1) 國家事務에 대한 수수료

국가가 제공하는 사무의 성질이 그것을 이용할 것인가의 與否가 이용자의 자유로운 의사에 맡겨져 있는 경우에는 手數料徵收의 근거를 반드시 法律로 정할 필요는 없으며, 대통령령·총리령 또는 部令으로 정할 수 있다. 그 이유는 법령에 의해 그 이용이 강제되지 않고 그 이용자의 자유로운 의사에 맡겨져 있는 사무에 관해서는 이용자가 그것을 이용하는 것은 수수료 납부의무도 이용자가 자기의 자유로운 의사에 따라 승낙한 것으로 볼 수 있기 때문이다. 따라서 이러한 경우의 수수료의 징수에 관해서는 법률의 형식에 의할 필요가 없다. 役務의 이용이 이용자의 자유로운 의사에 맡겨져 있는 경우에도 수수료의 획일화·명확화 기타 공공상 필요에 의하여 법률에서 수수료에 관한 규정을 두거나 그에 관한 감독규정을 두고 있는 경우도 있다. 그러나 법령에서 그 사무를 이용하여야 하는 취지를 직접 규정한 것이 아니라 그 사무를 이용하는가의 여부가 이용자의 자유에 맡겨져 있기는 하나 그 사무를 이용하지 않으면 일정한 행위를 할 수 없도록 하는 취지를 法令이 정하고 있는 경우에는 그 역무제공에 대한 수수료의 징수는 반드시 법률의 근거가 있어야 한다.

그러나 이용이 강제된 役務에 대한 수수료징수의 근거는 반드시 法律로 정하

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

여야 한다. 이용이 강제된 역무에 관해서는 수수료를 징수하는 것은 이용자의 자유로운 의사에 의하여 할 수 없고 수수료의 납부를 일방적으로 명하는 의미가 되기 때문이다. 이것은 결국 이용자인 국민에게 새로운 의무를 부과하는 것이 되므로 법률의 근거가 있어야 함은 말할 것도 없다. 이 경우 이용이 강제되어 있는 역무라는 것은 직접적으로 이용이 강제되어 있는 것뿐 아니라 간접적으로 이용이 강제되어 있는 것도 포함한다는 것은 이미 언급하였다. 手數料徵收의 대상이 되는 역무가 그 이용을 강제하는 성질의 것인 경우에는 수수료징수의 근거 규정에 의해서 수수료를 징수할 수 있는 권능을 부여하는 의미를 가지게 되며, 이 규정으로 비로소 수수료의 징수가 가능하게 된다.

①이용이 강제된 경우

<사례-1>

※旅券法

第12條(手數料) 旅券의 發給 또는 記載事項의 變更이나 再發給을 받은 者는 大統領令이 定하는 바에 依하여 手數料를 納付하여야 한다. 다만, 官用旅券과 外交官旅券에 對하여는 例外로 한다.

②이용이 사실상 강제된 경우

<사례-1>

※電氣通信基本法

第33條(型式承認) ①情報通信部長官이 관계行政機關의 長과 協議하여 定하는 電氣通信機資材를 製造 또는 販賣하거나 輸入하고자 하는 者는 그 電氣通信機資材의 型式에 關하여 情報通信部長官의 승인을 얻어야 한다. 다만, 試驗·研究 또는 輸出用 電氣通信機資材등 情報通信部令이 定하는 電氣通信機資材의 경우에는 그러하지 아니하다.

②~④(생략)

⑤第1項의 規定에 依하여 型式承認을 얻고자 하는 者는 情報通信部令이 定하는 手數料를 납부하여야 한다.

③이용이 자유의사에 맡겨진 경우  
 <사례-1>

※公共機關의 個人情報保護에 관한 法律  
 第17條(手數料等) 第12條第1項 및 第14條第1項의 規定에 의하여 閱覽請求  
 또는 訂正請求를 하는 者는 大統領令이 정하는 바에 따라 手數料와 郵送料  
 (處理情報 寫本의 郵送을 請求하는 때에 한한다)를 납부하여야 한다.

(2) 自治事務에 대한 수수료

地方自治團體의 사무에 대한 手數料의 경우에는 地方自治法 제128조제1항에서 「지방자치단체는 당해 지방자치단체의 사무가 특정인을 위한 것일 경우 그 사무에 대하여 수수료를 징수 할 수 있다」라고 하여 포괄적인 근거규정을 두고 있으므로, 地方自治團體는 그 事務가 임의적 또는 강제적 성질의 것인가를 불문하고 개별적인 법률에서 특별한 규정을 두지 않더라도 이 규정에 의하여 手數料를 징수할 수 있다. 그러나 地方自治團體에서 手數料 등의 징수에 관한 사항을 정할 때는 자유로운 형식으로 정할 수는 없으며 반드시 條例의 형식으로 정하여야 한다(地方自治法 제130조제1항). 그러나 手數料 징수에 관하여 공통적으로 적용되는 일반적 準則을 제외한 나머지 구체적인 徵收行爲는 規則으로 위임할 수 있다. 그러나 수수료의 부과·징수·이의신청 등의 절차는 지방자치법 제131조에서 명시하고 있으므로 이에 반하여서는 아니된다. 한편 개별법률에서 직접 시장·군수·구청장이나 시·도지사의 권한으로 되어있는 자치사무에 대한 수수료의 징수에 대하여는 보통 당해 개별법률에서 수수료징수의 근거를 두고 구체적인 금액 등은 條例로 정하도록 하고 있다.88)

88) 이와 관련하여 자치사무의 수수료징수에 관하여 개별법률에서 전혀 근거규정이 없는 경우에도 條例로서 수수료징수가 가능한가에 관해서는 地方自治法 제128조에 자치사무의 수수료를 조례로 정하여 징수할 수 있도록 일반적 근거규정이 있으므로 개별법률에서 징수근거가 없더라도 그 사무가 자치사무에 해당되는 사무인 경우에는 조례로서 수수료징수의 근거를 정할 수 있다고 해석하는 것이 타당하다. 김기표, 전계논문, 88面 참조.

<사례-1>

※國民健康增進法

第30條(手數料) ①지방자치단체의 장은 건강사업에 소요되는 경비중 일부에 대하여 그 이용자로 부터 조례가 정하는 바에 의하여 수수료를 징수할 수 있다.

②(생략)

<사례-2>

※汚水·糞尿및畜産廢水의 처리에 관한法律

第19條(糞尿의 처리) ⑥市長·郡守·區廳長은 糞尿를 收集·運搬·처리함에 있어서 당해 地方自治團體의 條例가 정하는 바에 따라 手數料를 徵收할 수 있다.

(3) 委任事務에 대한 수수료

또한 지방자치단체의 기관이 국가 또는 다른 지방자치단체의 위임에 의하여 행하는 기관위임사무에 대하여는 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 조례로 수수료를 징수할 수 없다. 다만 이것은 條例로 수수료의 징수에 관한 사항을 정할 수 없다는 것을 의미하는데 그치며, 수수료를 전혀 징수할 수 없다는 것을 의미하지는 않는다.

즉 機關委任事務의 경우에는 국가사무에 대한 수수료와 마찬가지로 그 사무의 성질상 이용이 강제되는 때에는 법률에 반드시 그 근거가 있어야 하며 사무의 성질상 이용여부가 이용자의 자유로운 의사에 맡겨져 있는 경우에는 법률에서 수수료의 징수근거가 마련되어 있지 않더라도 規則 등 적당한 형식으로 징수할 수 있다. 한편 團體委任事務의 경우에는 조례가 정하는 바에 따라 수수료를 징수할 수 있다.



<사례-1>

※高壓가스安全管理法

第34條(手數料等) ①다음 各號의 1에 해당하는 者는 通商産業部令이 정하는 바에 따라 手數料를 납부하여야 한다.

1. 第4條第1項 및 第3項의 規定에 의한 高壓가스의 製造·貯藏·販賣의 許可 또는 變更許可를 받고자 하는 者
2. 第5條第1項의 規定에 의한 容器등의 製造의 許可 또는 變更許可를 받고자 하는 者
3. 第5條의2의 規定에 의한 登錄 또는 變更登錄을 하고자 하는 者

※고압가스안전관리법시행규칙

제57조(수수료등) ①법 제34조1항의 規定에 의한 수수료는 별표 35와 같다.

②제1항의 規定에 의한 수수료는 당해 지방자치단체의 수입증지로 납부하여야 한다.

<사례-2>

※軍納에 관한 法律

第4條(登錄) ①軍納業을 하고자 하는 者는 大統領令이 정하는 바에 의하여 通商産業部에 登錄하여야 한다.

②第1項의 規定에 의한 登錄을 하지 아니한 者는 軍納業을 할 수 없다.

③第1項의 規定에 의하여 軍納業의 登錄을 申請하는 者는 通商産業部令이 정하는 바에 의하여 手數料를 納付하여야 한다.

※군납에 관한 법률시행령

제10조(권한의 위임) ①통상산업부장관은 법 제11조의 規定에 의하여 다음 각호의 권한을 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 위임한다. 이 경우 위임 사무에 대한 수수료는 당해 지방자치단체의 수입증지로 징수한다.

1. 법 제4조의 規定에 의한 군납업의 등록
2. (생략)

(4) 公企業役務에 대한 수수료

공공단체나 공기업이 제공하는 역무에 있어서도 그 이용이 강제되거나 독점이 인정되는 경우에는 이용대가로서의 수수료징수는 반드시 법률의 근거가 있어야 한다. 그러나 공공단체나 공기업이 제공하는 役務의 이용에 있어서도 이용자의 자유로운 의사에 맡겨져 있는 경우에는 반드시 법률의 근거가 없더라도 당해 공공단체나 공기업이 자체적으로 利用規則 등을 정하여 징수할 수 있다.

<사례-1>

※韓國産業人力管理公團法

第21條(手數料의 徵收) 公團은 第6條의 事業에 관하여 手數料 기타 實費를 徵收할 수 있다.

2. 手數料金額

수수료는 특정인을 위하여 제공하는 역무에 대한 反對給付로서 징수하는 것이므로 그 금액은 적당한 반대급부의 정도를 넘는 것은 바람직하지 않다. 특히 그 사무가 이용이 강제되는 사무인 경우에는 그러하다. 또한 반대로 수수료의 금액은 그 사무에 요하는 경비를 전부 징수하는 것도 반드시 필요하지 않다고 본다. 그 이유는 국가 또는 지방자치단체의 사무는 공익을 목적으로 수행하는 것이므로 가령 그 사무가 특정인을 위하여 행해지더라도 그것은 동시에 公益을 유지, 증진하는 취지를 가지는 것이며, 따라서 그 사무에 요하는 경비의 전부를 수수료로 징수하지 않고 일부를 세수입이나 기타 국민 또는 주민전체의 부담으로 하는 것도 적당한 경우도 있다.

수수료는 그 성격상 實費辨償의 原則에 따라야 하므로 사회경제적인 여건의 변화에 적응하기 위하여 적정한 금액을 유지하도록 현실성을 가지도록 하여야 한다. 그러나 국민생활의 안정이라는 측면에서 수수료의 인상은 財政經濟院의 협의 내지 상급감독기관의 승인을 요하도록 하고 있으므로 수수료의 인상의 의

도적으로 장기간에 걸쳐 억제하는 경우가 많고, 또한 당해 관청에서도 이와 같은 협의·승인 등 절차의 번잡을 이유로 개정에 소극적인 경우가 많다.<sup>89)</sup> 原價에 미치지 못하는 수수료는 결국 그 적자폭만큼 일반 재원에서 보전하게 되므로 수혜자와 일반국민사이에 부담의 공평성에 관한 문제가 제기되기 마련이다. 따라서 수수료금액은 이러한 현실을 반영하여 적정하게 책정하도록 하여야 한다.

법률에서 수수료의 금액을 정하는 경우에는 ①금액을 확정적으로 정하는 것, ②최고액만을 정하고 구체적인 금액은 하위명령에 위임하는 것, ③최고액과 최저액을 정하고 구체적인 금액은 하위명령에 위임하는 것, ④수수료징수에 관한 근거만을 두고 그 구체적인 금액은 하위명령에 위임하는 것등이 있다. 지방자치단체의 사무에 대한 수수료에 관한 사항은 條例로서 정하여야 할 것이며, 특히 수수료의 금액은 주민과의 이해관계가 크므로 그 구체적인 금액을 條例 자체에서 정하는 것이 타당하며, 규칙 등에 위임하는 경우에도 그 최고액을 정하는 것이 바람직하다.

#### (1) 役務利用이 강제된 경우

역무이용이 강제된 국가사무나 위임사무의 경우에 수수료의 금액에 대해서는 일반적으로 대통령령이나 부령에서 이를 정하고 있다. 그리고 <사례-3>에서 보는 것처럼 구체적인 금액은 하위법령에서 정하도록 하되, 수수료의 상한선을 법률에서 규정하는 경우도 있다. 수수료금액은 국민의 금전적 부담과 직결하는 것이므로 하위법령에 구체적 금액을 정하도록 위임이 없더라도 하위법령으로 정하는 것이 타당하며 例規나 告示 등으로 이를 정하는 것은 바람직하지 않다.

89) 物價安定에관한法律 제4조에 의하여 주무부장관은 다른 법률의 규정에 따라 수수료를 결정·승인·인가·허가할 때는 미리 재정경제원장관과 협의하여야 하며, 지방자치단체의 장도 당해 지방자치단체가 영위하는 사업으로서 대통령령이 정하는 사업의 요금을 결정할 때에는 미리 재정경제원장관과 협의하도록 하고 있다.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

〈사례-1〉 대통령령으로 정한 사례

※온천법시행령

제15조(수수료) ①법 제23조의 규정에 의한 수수료는 다음 각호와 같다.

1. 토지의 굴착허가 : 공당 6만원
2. 온천의 용출구 확대 또는 심도증가 허가 : 공당 3만원
3. 동력장치의 설치허가 : 개소당 3만원
4. 동력장치의 변경허가 : 개소당 1만5천원
5. 온천의 이용허가 : 건당 10만원

②~③(생략)

〈사례-2〉 부령으로 정한 사례

※광업법시행규칙

제29조(수수료) ①법 제11조의 규정에 의하여 광업에 관한 출원·청구·신청 또는 신고를 하고자 하는 자는 다음 각호의 구분에 의하여 수수료를 납부하여야 한다. 다만, 국가 또는 지방자치단체의 경우에는 수수료를 납부하지 아니한다.

〈사례-3〉 법률에서 상한선을 규정한 사례

※輸出品品質向上에 관한法律

第21條(手數料) ①第7條第3項의 規定에 의한 輸出檢査를 받고자 하는 者는 工業振興廳長이 정하는 바에 따라 檢事機關에 手數料를 납부하여야 한다.

②第1項의 規定에 의한 手數料는 그 總額이 당해 輸出品의 輸出價格의 100분의 1을 초과할 수 없다.

③(생략)

(2) 役務利用이 자유의사에 맡겨진 경우

역무이용이 이용자의 자유의사에 맡겨진 국가사무 또는 위임사무의 경우에는 그 구체적인 수수료금액은 시행규칙으로 정하거나 징수기관의 자체규정으로 정하면 된다.

<사례-1>

※국립수산진흥원시험·조사·감정및분석의뢰규칙  
제5조(수수료) ①제3조의 규정에 의하여 시험·조사·감정 또는 분석을 의뢰하고자 하는 자는 수산청장이 정하여 고시하는 수수료를 수입인지로 납부하여야 한다.

<사례-2>

※국립환경연구원시험의뢰규칙  
제7조(수수료) ①시험을 의뢰하는 자는 별표에 의한 수수료를 그에 상당하는 수입인지로 납부하여야 한다.

(3) 自治事務의 경우

자치사무에 대한 수수료금액은 地方自治法상 조례로 정하도록 하고 있다(동법 제128조 참조). 개별법령에서 자치사무에 대한 수수료 징수근거를 규정하고 있는 경우에도 그 구체적 금액은 條例로 정하도록 하는 것이 대부분의 입법례이다. 다만 유사한 사무가 각 지역에 따라 차이가 나는 것을 방지하고 지방자치단체 상호간에 균형을 도모할 필요가 있는 경우에는 구체적 금액은 조례로 정하도록 하되, 대통령령이나 총리령, 부령에서 일정한 기준을 정하는 사례도 있다.

<사례-1>

※공공기관의개인정보보호에관한법률시행령

제21조(수수료의 금액등) ①법 제17조의 규정에 의한 수수료의 금액은 처리 정보의 열람 또는 정정에 소요되는 실비의 범위안에서 당해 기관의 장이 정하는 바에 의한다. 다만, 지방자치단체의 경우에는 조례가 정하는 바에 의한다.

<사례-2>

※結核豫防法

第29條(傳染性結核患者의 醫療) ③第1項의 醫療를 받은 者로 부터 徵收하는 手數料 또는 醫療費는 保健福祉部長官이 정하는 基準에 따라 당해 地方自治 團體의 條例로 정한다.

### 3. 手數料納付方法

수수료의 납부는 現金으로 하는 것이 원칙이나, 수입인지나 수입증지로 납부하도록 규정하는 것이 대부분의 입법례이며 국가에 납부할 수수료는 收入印紙로, 지방자치단체에 납부할 수수료는 收入證紙로 납부하도록 규정하고 있다. 그리고 개별법령에서 수수료납부방법을 규정하고 있지 않은 경우에는 원칙적으로 現金으로 납부하여야 한다. 다만, 개별법령에 규정이 없더라도 「收入印紙에관한法律」 제5조제2항의 규정에 의하여 국가에 납부할 수수료는 收入印紙로 납부하게 할 수 있으며,<sup>90)</sup> 「지방재정법시행령」 제47조제1항의 규정에 의하여 地方自

90) 수입인지로 국가에 납부하게 할 수 있는 수수료종목은 ①국가기관이 시행하는 검정·인정·확인·검인·감정·시험 또는 검사를 받기 위하여 납부할 수수료 ②국가기관의 허가·인가·면허·특허 또는 등록을 받기 위하여 납부할 수수료 ③국가기관의 공증 또는 증명을 받기 위하여나 수리를 요청하기 위하여 납부할 수수료 ④공부의 등본 또는 초본의 교부를 받기 위하여 납부할 수수료 ⑤형사판결의 정본·등본 또는 초본의 교부를 받기 위하여 납부할 수수료 ⑥공부를 열람하거나 계약서의 정본의 교부를 받기 위하여 납

治團體에 납부할 수수료는 당해 지방자치단체의 조례나 규칙이 정하는 바에 따라 수입증지로 납부하게 할 수 있다. 수수료의 납부방법에 관해서는 법률에서 직접 이를 규정한 경우는 거의없고,91) 대통령령이나 총리령·부령에서 정하고 있다. 수수료의 납부방법은 납부의무자에게 새로운 의무를 부과하는 것이 아니므로 반드시 법률로 정하여야 할 사항이라기 보다는 대통령이나 총리령·부령으로 정하는 것이 타당하다.

(1) 현금납부를 규정한 경우

<사례-1>

※보험업법시행규칙  
제51조(등록수수료) ①법 제159조의 규정에 의한 보험대리점의 등록수수료는 1건당 2만원으로 한다.  
②제1항의 수수료는 등록신청을 하는 때에 현금으로 납부하여야 한다.

(2) 수입인지를 규정한 경우

<사례-1> 시행령

※사격및사격장단속법시행령  
제15조(수수료) ①법 제20조의 규정에 의한 수수료는 다음과 같다.  
1. 사격장(공기총·석궁사격장은 제외한다)의 설치허가 : 20,000원  
2. 공기총·석궁사격장의 설치허가 : 10,000원  
3. 사격장의 위치 및 구조·설비 변경허가 : 8,000원  
4. 허가증 재교부 : 1,000원  
②제1항의 규정에 의한 수수료는 해당신청서에 수입인지를 첨부하여 납부하여야 한다.

부할 수수료 ⑦공무원이 집달관에 관한 직무를 행하는 경우에 징수할 수수료등이다(수입인지에관한법률시행령 제8조).

91) 수수료의 납부방법을 법률에서 정한 것으로는 建設機械管理法 제37조가 있다.

〈사례-2〉 시행규칙

※건설업법시행규칙

제28조(면허등의 수수료) ①법 제58조의 규정에 의한 건설업면허등의 수수료 액은 별표 4와 같다.

②제1항의 규정에 의한 수수료는 정부수입인지로 납부하여야 한다.

③(생략)

(3) 수입증지를 규정한 경우

〈사례-1〉 시행령

※공유토지분할에관한특례법시행령

제13조(등본교부수수료) 법 제13조제2항의 규정에 의하여 공유토지분할에 관한 서류의 등본교부를 청구하고자 하는 자는 다음 각호의 수수료를 당해 지방자치단체의 수입증지로 소관청에 납부하여야 한다.

1. (이하 생략)

〈사례-2〉 시행규칙

※여객자동차터미널법시행규칙

제37조(수수료) ①법 제34조의2의 규정에 의하여 면허, 허가 또는 인가신청인이 납부하여야 할 수수료는 다음과 같다.

1. (이하 생략)

②제1항의 수수료는 신청서에 당해 시·도의 수입증지를 첨부하여 납부하여야 한다.



(4) 수입인지 또는 수입증지를 규정한 경우

〈사례-1〉 시행령

※사방사업법시행령  
제21조(대장의 열람등) 제20조의 규정에 의한 사방사업대장등을 열람하거나 그 등본의 교부를 받고자 하는 자는 신청서에 농림부령이 정하는 수수료에 해당하는 수입인지 또는 수입증지를 첨부하여 시·도지사 또는 지방산림청장에게 제출하여야 한다.

〈사례-2〉 시행규칙

※마약법시행규칙  
제27조(수수료) 법 제58조의2의 규정에 의한 수수료는 별표 2에 의하되, 면허청 또는 허가관청이 보건복지부장관 또는 지방청장인 경우에는 수입인지로, 시·도지사인 경우에는 당해 시·도의 수입증지로 납부하여야 한다.

(5) 현금 또는 수입인지·수입증지를 규정한 경우

〈사례-1〉

※계량및측정에관한법률시행규칙  
제79조(수수료등) ④제1항 내지 제3항의 규정에 의한 수수료와 필요한 비용은 국가기관에 납부하는 때에는 수입인지로, 시·도지사에게 납부하는 때에는 당해 시·도의 수입증지로, 제52조의 규정에 의한 지정검정기관에 납부하는 때에는 현금으로 각각 납부하여야 한다.

(6) 현금 또는 우편환을 규정한 경우

<사례-1>

※전파법시행규칙  
제207조(납부방법) ①제201조·제205조 및 제206조의 규정에 의한 수수료는 신청시에 현금 또는 우편환으로 납부하여야 한다.  
②~③(생략)

그리고 아래의 <사례-1>, <사례-2>, <사례-3>에서 보는 것처럼 이미 납부한 수수료에 대해서는 이를 반환하지 않는다는 규정을 두는 立法例도 상당수 있다. 이것은 수수료징수를 하는 측의 철저적인 번거로움을 피하고 수수료의 수입증대를 도모하기 위한 행정편의주의적인 규정으로서 입법상 바람직한 방식이라고는 할 수 없을 것이다. 다만 국가나 지방자치단체가 役務의 제공을 하였으나 이용자의 귀책사유로 인하여 役務를 이용하지 못한 경우에는 수수료의 반환을 하지 않는다는 규정을 <사례-4>에서 처럼 하위법령에서 두는 것은 무방할 것이다.

<사례-1> 법률로 규정한 경우

※商標法  
第38條(商標登錄料등의 반환) 납부된 商標登錄料 및 手數料는 이를 반환하지 아니한다. 다만, 商標登錄料 및 手數料가 잘못 납부된 경우에는 그 납부된 날부터 1年이내에 납부한 者의 請求에 의하여 이를 반환한다.

<사례-2> 시행령으로 규정한 경우

※유선및도선사업법시행령  
제12조(안전검사) ③제1항의 규정에 의하여 유·도선에 대한 안전검사를 받고자 하는 자는 당해 시·도의 조례나 해양경찰청장이 정하는 바에 따라 수료를 납부하여야 한다.  
④제4항의 규정에 의한 수수료는 당해 시·도의 수입증지 또는 수입인지로 하되, 납부한 수수료는 이를 반환하지 아니한다.

〈사례-3〉 시행규칙으로 규정한 경우

※ 공유수면매립법시행규칙

제5조(면허수수료) ③제1항의 수수료의 납입기간은 면허한 날로부터 1월내로 한다.

④이미 납입된 수수료는 사유 여하를 불문하고 이를 반환하지 아니한다.

〈사례-4〉

※ 공인회계사법시행령

제8조(응시수수료) ①시험에 응시하고자 하는 자는 수수료로서 총리령이 정하는 금액의 수입인지를 응시원서에 붙여야 한다.

②제1항의 규정에 의한 수수료는 응시하지 아니한 경우에도 이를 반환하지 아니한다.

#### 4. 手數料의 歸屬

수수료의 귀속에 있어서 국가사무인 경우에는 국가가, 자치사무인 경우에는 당해 지방자치단체가 각각 그 수입으로 하는 것은 당연하나, 다만 委任事務의 경우에 수수료의 귀속문제에 대하여 논의가 있다. 團體委任事務인 경우에는 그 성질상 자치사무와 다를바 없으므로 그에 따른 수수료의 수입은 법령에 특별한 규정이 없어도 당해 사무를 처리한 지방자치단체에 귀속된다. 그런데 機關委任事務에 있어서는 수수료의 귀속주체가 국가인가 아니면 지방자치단체인가라는 문제가 있다. 이에 대해 종전에는 법령에 특별한 규정이 없는 한 수수료는 당해 사무를 위임한 國家에 귀속한다는 것이 다수의 입장이었다. 그러나 지방자치단체의 사무중 기관위임사무의 범위가 압도적으로 많은 우리의 실정에서 機關委任事務의 처리에 따른 수수료를 전부 국고에 귀속시키고 이를 다시 지방자치단체에 교부하도록 하는 것은 지방자치제도의 본질에도 부합하지 않을 뿐 아니라 지방자치단체의 財政自立度를 약화시키는 것으로서 불합리하다는 지적을 많이 받

아왔다.

따라서 현행 地方自治法의 규정에 의하면 지방자치단체는 국가 또는 지방자치단체의 위임사무에 대하여 수수료를 징수할 수 있으며, 이 경우 그 수수료는 당해 지방자치단체의 수입으로 한다고 하고 있는 바(동법 제128조 참조), 이 규정은 형식적으로는 團體委任事務의 경우를 규정한 것처럼 되어 있으나 기관위임사무의 경우에도 그 수수료수입은 당해 役務를 실제로 제공하는 지방자치단체에 귀속하는 것으로 이해할 수 있다는 점과 部令등 하위법령에서 기관위임사무의 수수료에 대하여 당해 사무의 수입기관인 지방자치단체의 수입증지로 납부하게 한 것은 機關委任事務의 수수료가 그 업무를 실제로 집행하는 지방자치단체에 귀속되어야 할 것으로 해석되는 점등에 비추어 기관위임사무의 경우에도 수수료 수입은 실제로 그 사무를 직접 처리하는 지방자치단체에 귀속한다고 보아야 할 것이다.<sup>92)</sup>

어떻든 개별법령에서 國家事務를 대통령령에서 시·도지사등 지방자치단체에 위임하는 경우에는 각종 인·허가권의 위임과 함께 징수된 수수료의 귀속문제도 명시하는 것이 바람직할 것이다.

〈사례-1〉

※銃砲·刀劍·火藥類등團束法

第67條(手數料) ①이 법에 의한 허가 또는 면허를 받거나 허가증 또는 면허증을 재교부받고자 하는 사람은 내무부령이 정하는 바에 의하여 수수료를 납부하여야 한다.

②제1항의 수수료중 지방경찰청장 또는 경찰서장이 허가 또는 면허를 하거나 허가증 또는 면허증을 재교부하는 경우의 수수료는 그 특별시·광역시 또는 도의 수입으로 한다.

92) 同旨, 김기표, 전계논문, 96面이하 참조.

<사례-2>

※環境汚染被害紛爭調整法

第48條(手數料) ②地方環境委員會에 대하여 알선·調停 또는 證據保全의 申請을 하는 者나 第17條第1項의 規定에 의한 참가 및 第17條의2第1項의 規定에 의한 更正의 申請을 하는 者는 條例로 정하는 바에 의하여 手數料를 납부하여야 한다. 이 경우 手數料는 당해 地方自治團體의 收入으로 한다.

<사례-3>

※住民登錄法

第4條(手數料와 過怠料등의 歸屬) 이 法의 規定에 依하여 收納하는 手數料·使用料 및 過怠料는 당해 特別市·廣域市·道(이하 “市·道”라 한다) 또는 市·郡·區의 收入으로 한다.

<사례-4>

※공유수면매립법시행령

제13조(면허수수료의 징수와 귀속) ①(생략)

②면허수수료는 시·도지사가 행한 면허에 대한 것은 당해 시·도의 수입으로 하고 그외의 것은 국가의 수입으로 한다.

## 5. 기 타

### (1) 手數料의 부과·징수

위의 사항이외에도 수수료제도와 관련하여 문제가 되는 것은 수수료의 부과·징수에 대한 不服의 경우이다. 우선 국가사무의 경우에는 법령에서 수수료금액이 定額 또는 定率로 정해져 있기 때문에 이의신청이나 불복의 문제는 그다지 발생하지 않으나, 이의가 있는 경우에는 行政訴訟節次에 의하여 다투어야 할 것

이다. 자치사무나 위임사무에 대한 수수료의 부과·징수에 불복이 있는 경우에는 地方自治法에서 명문의 규정을 두고 있다(동법 제131조 참조).

## (2) 手數料滯納의 강제징수

체납된 수수료의 강제징수에 대해서는 수수료가 그 대상인 사무가 행하여지기 전에 그 사무와 동시에 납부하는 것이 일반적이기 때문에 실제로 체납의 문제가 특별히 발생하지 않으므로 이를 구태여 法令에 규정할 필요는 없을 것이다. 다만 強制徵收의 절차를 두는 경우에는 반드시 법률의 근거가 있어야 하며 대통령령이나 총리령·부령 또는 조례에서 강제징수규정을 두어서는 아니된다. 法律에서 강제징수규정을 두지 않는 경우에는 수수료를 체납하더라도 강제징수의 방법에 의할 수 없으며 통상적인 民事訴訟節次에 의하여야 한다.<sup>93)</sup> 그리고 지방자치단체가 수수료를 징수하는 경우에는 지방세징수의 예에 의하도록 되어 있으므로(지방자치법 제131조제2항), 수수료를 납부기간내에 납부하지 아니할 때에는 체납처분절차에 의하여 강제징수할 수 있다.<sup>94)</sup>

### <사례-1>

#### ※ 郵便法

第24條(滯納料金の 徵收方法) ①料金 등의 滯納金額은 國稅徵收法에 의한 滯納處分の 例에 의하여 이를 徵收한다.

②第1項의 경우 滯納料金 등에 대하여는 大統領令이 정하는 바에 의하여 延滯料를 加算하여 徵收한다.

③(생략)

93) 법제처, 「법령입안심사기준」, 88面.

94) 이 경우 수수료를 납부기간내에 납부하지 않을 때 加算金を 부과할 수 있는가의 여부에 대해서는 지방자치법 제131조제2항의 수수료징수에 관해서는 지방세징수의 예에 의한다는 규정을 근거로 加算金を 부과할 수 있다고 보는 견해가 있으나, 여기에서 地方稅徵收의 예에 의한다는 것은 수수료부과·징수절차 및 체납처분절차등을 준용한다는 의미이며, 地方稅法상의 가산금조항까지 준용할 수 없다고 보는 것이 타당하다. 김기표, 전제 논문, 99面.

<사례-2>

※電波法

第75條(手數料의 徵收) ①(생략)

②第1項의 規定에 의한 手數料를 滯納한 때에는 國稅滯納處分의 例에 의하여 이를 徵收한다. 이 경우에 手數料는 國稅를 제외한 다른 債權에 優先한다.

이와 관련하여 手數料 등을 납부하지 아니할 경우에 절차의 보정이나 등록기관에 의한 등록거부를 규정한 입법례도 있다.

<사례-1> 절차의 보정을 규정한 경우

※種子産業法

第7條(節次의 補正) 農林部長官 또는 審判長은 品種保護에 관한 節次가 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 기간을 정하여 補正을 명할 수 있다.

1. ~ 2. (생략)

3. 第160條의 規定에 의하여 납부하여야 할 手數料를 납부하지 아니한 경우

<사례-2> 등록거부를 규정한 경우

※公事채등록법시행령

제13조(등록의 거부) ②청구자가 법 제13조의 규정에 의한 수수료를 납부하지 아니한 경우에는 등록기관은 등록을 거부한다.

※광업법시행령

제18조(출원서의 불수리등) ①통상산업부장관은 법 제17조제1항의 규정에 의한 광업권설정의 출원이 다음 각호의 1에 해당할 때에는 이를 수리하지 아니한다.

1. ~ 6. (생략)

7. 출원수수료를 납부하지 아니한 때

〈사례-3〉 등록각하를 규정한 경우

※반도체집적회로의배치설계에관한법률시행령  
제12조(설정등록신청의 각하) 법 제20조제1항제4호에서 “기타 대통령령이 정하는 사유”라 함은 다음 각호의 1과 같다.

1. ~ 3. (생략)
4. 법 제40조의 규정에 의한 수수료를 납부하지 아니한 경우

(3) 手數料減免

수수료에 대한 감면규정은 필요한 경우 법률 또는 하위법령 어디에서 규정할 수 있다.

① 법률에서 규정한 경우

〈사례-1〉

※原子力法

第112條(手數料) 이 法에 의하여 許可·指定·承認·免許·登錄·檢査를 申請하는 者는 總理令이 정하는 바에 따라 手數料를 納付하여야 한다. 다만, 科學技術處長官은 國家·地方自治團體·教育法에 의한 各級學校와 이 法 또는 다른 法律에 의하여 政府가 出捐金을 支給하는 機關으로서 大統領令이 정하는 機關에 대하여는 手數料의 納付를 免除할 수 있다.

〈사례-2〉

※農水産物輸出振興法

第15條(諸手數料의 減免) 政府는 지정생산자, 지정수입·가공업자 또는 지정 수출업자가 납부하여야 할 수수료는 대통령령이 정하는 바에 의하여 감면할 수 있다.



②시행령에서 규정한 경우

<사례-1>

※여권법시행령

제23조(수수료) ①(생략)

②발급권자는 구호를 필요로 하는 난민 또는 특히 불가피한 사유가 있다고 인정되는 자에 대하여는 제1항의 수수료를 면제할 수 있다.

<사례-2>

※재외국민등록법시행령

제3조(등록증·등록등본의 교부) ①(생략)

②법 제6조제2항에 의하여 등록등본을 교부할 때에는 미화 50센트에 해당 하는 금액의 수수료를 징수한다.

③전항의 경우 일본에 있어서는 반액에 해당하는 금액을 징수한다.

③시행규칙에서 규정한 경우

<사례-1>

※항공법시행규칙

제328조(수수료) ①~②(생략)

③국가 또는 지방자치단체에 대하여는 제1항의 규정에 의한 수수료를 면제 한다. 항공교통관제사 및 공무집행을 하는 항공기승무원이 신체검사 증명을 받는 경우에도 또한 같다.

〈사례-2〉

※외국인의토지취득및관리에관한법률시행규칙

제8조(처분비용 및 수수료) 영 제15조제4항의 규정에 의한 처분에 소요되는 비용 및 수수료는 다음과 같다.

1. (생략)

2. 수수료

가. 토지에 관한 권리처분에 따른 수수료는 처분금액의 100분의 1로 하고, 그 지급시기는 반액은 계약체결시로, 나머지 반액은 대금완납시로 한다.

나. 매수인이 계약을 체결하지 아니하여 보증금이 외국인 또는 외국법인에게 귀속되는 경우의 수수료는 가목의 수수료의 반액으로 한다.

### VIII. 權限의 委任 · 委託規定

「權限의 委任」이라고 함은 일반적으로 행정청이 법령에 근거하여 자기의 의사로서 권한의 일부를 하급행정청 또는 보조기관에 이전하고 수임기관이 위임받은 권한을 자기의 이름과 책임으로 행사할 수 있게 하는 것을 말하며, 법률에 규정된 어떠한 행정기관의 장의 권한 중 일부가 다른 행정기관의 장에게 위임되어 그의 권한과 책임하에 행사되도록 하는 것을 「權限의 委託」이라고 한다(행정권한의위임및위탁에관한규정 제2조제1호·제2호). 이러한 권한의 위임과 구별할 것으로는 「內部委任(innerbehördliche Delegation)」이라는 것이 있다. 이것은 행정기관이 보조기관 또는 하급기관에 대하여 소관사무에 관한 최종적 결정권을 부여하면서 여전히 대외적으로는 행정기관 자신의 이름으로 표시하게 하는 제도를 말하며, 행정실무적으로는 보통 「專決」, 「위임전결」이라고 말해지고 있다. 이러한 전결제도는 우리나라가 행정(관)청제, 즉 행정에 관한 대외적인 권한 행사를 행정관청 또는 행정기관의 장의 이름으로 행하도록 하고 있는 제도를 택함으로 인하여 파생된 것으로 본다.<sup>95)</sup> 內部委任은 행정규칙에 의해서도 가능한 것으로 보고 있으며, 이러한 경우 그 행정규칙의 위반은 원칙으로 위법이 되는

95) 金南辰, 「行政法II」, 法文社 1990, 51面.

것은 아니나, 判例는 그 내부위임에 관한 행정규칙을 위반한 행정처분을 위법·무효로 판시하고 있다.<sup>96)</sup>

행정관청의 권한의 위임은 법령으로 정하여진 權限分配의 실질적인 변경을 뜻하기 때문에 법적 근거를 요한다. 위임의 근거법령으로는 특정사무의 위임에 관하여 규정한 개별법령이 있는 이외에 권한의 위임에 관한 일반적인 원칙을 규정한 政府組織法 제5조와 이에 근거를 둔 「행정권한의 위임 및 위탁에 관한 규정」이 있다. 또한 국가행정사무의 지방자치단체의 장에 대한 위임은 地方自治法 제93조에, 지방자치단체의 장의 권한위임은 地方自治法 제95조에 규정되어 있다. 그리고 受任廳이 수입사무의 일부를 다시 다른 기관에 위임하는 再委任의 경우에도 반드시 법령의 근거가 있어야 한다.<sup>97)</sup> 또한 권한의 위임이 효력을 발생하기 위해서는 수입자에게 그 뜻을 송달하는 것만으로는 부족하고 일반에 이를 公示함이 필요하다. 공시사항은 위임청, 위임의 상대방, 위임기간 등인데 관보·공보를 통해 공시하는 경우가 많다.<sup>98)</sup>

권한의 위임의 態樣으로는 종래에는 위임관청의 보조기관 또는 하급행정기관에게 행하여 지는 것이 원칙이었으나, 현대행정이 다양화되고 복잡다기해지면서 그 사정은 달라지게 되었다. 즉 權限의 委任은 상·하급행정관청 또는 대등한 행정관청 상호간에 있어 행정의 효율성제고를 위한 법적 수단으로 인식되고 있기 때문에 위임의 태양 역시 다양해지고 있다. 따라서 권한의 위임은 ①보조기관 또는 하급행정기관에 대한 위임, ②위임관청의 지휘·감독하에 있지 아니한

96) 大判 1986. 12. 9., 누 569. 이 判例의 문제점에 관해서는 金南辰, 「行政法의 基本問題」, 法文社 1990, 631面; 同, 「組織上 措置에 관한 考察」, 月刊考試 1987. 3., 175面.

97) 「政府組織法 제5조제1항의 규정은 범문상 行政權限의 委任 및 再委任의 근거규정이 명백하고 政府組織法이 국가행정기관의 設置, 組織과 職務範圍의 大綱을 정하는데 목적이 있다고 하여 그 이유만으로 같은 법의 權限委任 및 再委任에 관한 규정마저 權限委任 및 再委任등에 관한 대강을 정한 것에 불과할 뿐 權限委任 및 再委任의 근거규정이 아니라고 할 수는 없다고 할 것이므로, 道知事등은 政府組織法 제5조제1항에 기하여 제정된 行政權限의 委任 및 委任에 관한 규정에 정한 바에 의하여 委任機關의 長의 承認이 있으면 그 규칙이 정하는 바에 의하여 그 受任된 권한을 시장, 군수등 소속기관의 장에게 다시 위임할 수 있다.」, 大判 1990. 6. 26. 제2부 판결, 88 누 12158.

98) 그러나 法令 자체에서 委任의 근거는 물론 委任되는 사무를 구체적으로 정하고 있어 더이상 위임청의 별도의 행위가 필요없는 경우에는 그 法令의 公布에 의하여 모든 사람이 어떤 사무가 委任되는지를 알 수 있게 되므로 별도의 公示가 필요없다.

대등한 행정관청 또는 계통을 달리하는 하급행정기관에 대한 위임, ③지방자치단체 또는 그 기관에 대한 위임, ④私人에 대한 위임등이 행하여지고 있다. 특히私人에 대한 위임은 「民間委託」이라고 하는 바, 이것은 행정청의 소관사무 중 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 그 기관이나 개인에게 맡겨 그의 명의로 책임하에 행하게 하는 것을 말한다(정부조직법 제5조·행정권한의 위임및위탁에관한규정 제2조제1호).

이러한 民間委託은 행정조직의 방대화를 억제하는 한편 행정사무의 능률성을 높이고 비용을 절감하고 민간의 특수한 전문기술을 활용하고 국민생활과 직결되는 단순행정업무를 신속하게 처리하기 위하여 인정되며, 최근 점차 확대되는 추세에 있다. 따라서 앞으로 많은 사무를 민간위탁하기 위해서는 그에 선행하여 장·단점을 면밀히 검토하여 그에 따른 보완조치를 강구하여야 한다.

委任은 위임관청의 권한의 일부에 한하여 인정되며, 권한의 전부의 위임은 위임관청의 그에 관한 권한의 소멸을 가져오므로 허용되지 않는다. 위임되는 사항에 관해 법은 위임청의 권한을 일정한 사항으로 명시하는 경우도 있으나, 일반적으로 「사무 또는 권한의 일부」라고 규정하는 예가 많다. 그러나委任이 인정되어 있는 경우에도 사물의 성질상 위임할 수 없는 것이 있는 바, 부령의 제정, 지방자치단체의 장의 지방의회의 소집 같은 것이 그 예이다. 행정관청의 권한이 위임된 경우에는 위임관청은 위임된 사무를 처리할 권한을 상실하게 되며, 委任機關은 그 수임된 권한을 자기의 권한으로 자기의 명의로 책임 아래에서 행사한다. 따라서 위임관청은 수임관청의 행위에 대하여 원칙으로 책임을 지지 아니한다. 그러나 위임관청이 수임관청에 대해 지휘·감독할 수 있느냐에 대해서는 수임관청이 위임관청의 보조기관 또는 하급행정청인 때에는 위임관청이 상급기관으로서 수임기관의 권한행사를 지휘·감독할 수 있으나, 지휘·감독하에 있는 하급기관이 아닌 경우에는 특별한 규정이 없는 한 지휘·감독권이 없다고 할 수 있다.

### 1. 立法의 基本形式

권한위임규정의 방식에 대해서는 <사례-1>과 같이 “이 법에 의한 ○○○장관

의 권한은 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 일부를 ……위임할 수 있다”라고 규정하는 방식과 <사례-2>와 같이 “○○○장관은 이 법에 의한 권한의 일부를 대통령령이 정하는 바에 의하여 ……위임할 수 있다”라고 규정하는 방식이 있는 바, 앞으로는 원칙적으로 <사례-1>의 입법형식을 취하도록 하고 있다.<sup>99)</sup> 한편 權限의 委任·委託에 따라는 행정기관간의 업무분배의 불명료등 어려움을 감안하여 법률의 제정이나 개정시에는 위임·위탁의 방식에 의하지 아니하고 권한이 양등의 방법을 검토하는 것이 바람직하다. 이 경우에는 업무의 성격이 國家事務인지 自治事務인지를 잘 판단하여 국가사무의 성격이 강한 경우에는 지방자치단체장을 권한의 주체로 하지 않도록 유의하여야 할 것이다.

<사례-1>

※映畫振興法  
 第32條(權限의 위임·委託) 이 법에 의한 문화체육부장관의 권한은 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 일부를 지방자치단체의 장에게 위임하거나 영상 문화 및 영상산업진흥을 목적으로 설립된 기관 또는 단체에 위탁할 수 있다.

<사례-2>

※送油管事業法  
 第32條(權限의 委任·委託) 通商産業部長官은 이 法에 의한 權限의 일부를 大統領令이 정하는 바에 따라 市·道知事에게 委任하거나 관계 中央行政機關의 長 또는 大統領令이 정하는 檢査機關에게 委託할 수 있다.

아울러 위와 같이 각 개별법률에서 委任·委託을 할 수 있는 근거를 두고 있는 경우에는 각 개별법률의 시행령에서 위임·위탁사항을 구체적으로 규정하도록 하고, 각 개별법률에 위임·위탁의 근거규정이 없는 경우에는 「행정권한의위임및위탁에관한규정」을 적용한다. 그리고 법률에 근거하여 大統領令에서 권한위임사항을 정한 경우 대통령령의 각 조항상의 소관기관은 「위임기관」으로 표현하

99) 법제처, 「법령입안심사기준」, 97면.

고, 총리령·부령의 각 조항상의 소관기관은 「수입·수탁기관」으로 표현한다.

<사례-1>

※영화진흥법시행령

제24조(권한의 위임·위탁) ①문화체육부장관은 법 제32조의 규정에 의하여 법 제18조의 규정에 의한 영화상영의 금지 및 정지명령에 관한 권한을 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 위임한다.

②문화체육부장관은 법 제32조의 규정에 의하여 법 제14조의 규정에 의한 영화필름등의 제출과 관련한 업무를 영상문화 및 영상산업진흥을 목적으로 설립된 기관 또는 단체중 문화체육부장관이 지정하는 기관 또는 단체에 위탁한다.

<사례-2>

※송유관사업법시행령

제9조(권한의 위임·위탁) 상공자원부장관은 법 제32조의 규정에 의하여 다음의 권한을 고압가스안전관리법 제28조의 규정에 의하여 설립된 한국가스공사에 위탁한다.

1. 법 제14조제1항 및 제4항의 규정에 의한 송유관사업용 시설의 완성검사
2. 법 제24조제3항의 규정에 의한 안전관리자의 채용·해임 및 퇴직신고의 수리
3. 법 제25조의 규정에 의한 송유관사업용 시설의 안전검사

## 2. 權限의 再委任

위임받은 기관이 위임받은 권한을 재위임할 수 있도록 하는 경우에는 위임받은 사무의 일부를 보조기관 또는 하급행정기관에 재위임할 수 있다는 규정을 두어 명확히하는 것이 바람직하다.<sup>100)</sup>

100) 「법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정지 않고 재위임하는 것은 "위임받은 권한을 그대로 다시 위임할 수 없다"는 복위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을

<사례-1>

※觀光振興法  
 第55條(權限의 위임·委託등) ①文化體育部長官은 이 法의 規定에 의한 權限의 일부를 大統領令이 정하는 바에 의하여 道知事에게 위임할 수 있다.  
 ②道知事는 第1項의 規定에 의하여 文化體育部長官으로 부터 위임받은 權限의 일부를 文化體育部長官의 승인을 얻어 市長·郡守 또는 區廳長에게 재위임할 수 있다.  
 ③~④(생략)

<사례-2>

※山林法  
 第5條(權限의 委任·委託) ①山林廳長은 이 法에 規定된 그 權限의 一部를 大統領令이 정하는 바에 따라 特別市長·廣域市長·道知事(이하 “市·道知事”라 한다)·文化財管理局長 또는 地方山林管理廳長에게 委任할 수 있으며, 委任받은 市·道知事 또는 地方山林管理廳長은 委任權者의 承認을 얻어 그 權限의 一部를 市長·郡守·自治區의 區廳長(이하 “市長·郡守”라 한다) 또는 地方山林管理廳 國有林管理所長에게 再委任할 수 있다.  
 ②(생략)

3. 民間委託의 경우

민간위탁에 관해서는 「행정권한의위임및위탁에관한규정」 제11조에서 조사·검사·검정·관리업무 등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무로서 ①단순사실행위인 행정작용, ②공익성보다 능률성이 현저히 요청되는 사무, ③특수한 전문지식 및 기술을 요하는 사무, ④기타 국민생활과 직결된 단순행정사무

초래하는 것이 되고, 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이다. 따라서 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 아니하고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 아니하며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다」(風俗營業의規制에관한法律 제2조제6호 등 違憲審判, 1996.2.29. 94헌마213).

를 민간위탁의 대상으로 예시하고 있다. 이것은 公益과 관련되는 독자적인 재량적 판단을 요하거나 국민의 권리·의무에 대하여 규제적인 효과를 가져오는 사무가 아닌 단순한 사실행위와 민간에 맡겨 처리하더라도 객관성이 확보되는 경제적 능률성이 중시되는 사무 및 민간의 전문지식이나 기술을 활용할 필요가 있는 기술적 사무를 의미하는 것이다. 따라서 입법에 있어서 민간위탁을 규정할 경우에는 위의 기준에 당연히 따라야 하며, 이러한 기준을 넘은 사무의 民間委託은 입법에 있어서의 한계에 해당한다.<sup>101)</sup> 그리고 政府組織法 제5조제3항은 민간위탁을 할 수 있는 사무로서 조사·검사·검정·관리업무등 국민의 권리·의무와 직접 관계되지 아니하는 사무를 명시하고 있다. 즉, 공익과 관련되어 독자적인 재량적 판단을 요하거나 국민의 권리·의무에 대하여 규제적인 효과를 가져오는 사무가 아닌 단순한 사실행위와 민간의 전문적인 지식이나 기술을 활용할 필요가 있는 기술적 사무를 민간위탁의 대상으로 하고 있다.

한편 「행정권한의위임및위탁에관한규정」에서는 행정기관이 민간위탁사무의 수탁자를 선정하고자 할 때에는 인력과 기구, 재정적인 부담능력, 시설과 장비, 기술보유의 정도, 책임능력과 공신력, 지역간 균형분포 등을 종합적으로 검토하여 적정한 기관을 수탁기관으로 선정하도록 규정하고 있다(제12조제1항).<sup>102)</sup>

101) 이와 관련하여 「행정권한의위임및위탁에관한규정」 제10조에서는 민간위탁사무에 관하여는 다른 법령에 특별한 규정이 없는 한 이 영이 정하는 바에 의한다라고 규정하고 있어서 동규정의 제11조에서 예시한 민간위탁의 대상사무까지 배제할 수 있는 것처럼 규정하고 있으나, 제11조는 민간위탁의 대상사무의 내재적 한계를 명문화한 것으로서 실질적으로 이러한 기준을 넘는 사무의 민간위탁은 입법에 있어서의 한계에 해당하며, 제10조는 다른 법령에서 민간위탁 처리절차나 감독등에 관하여 달리 정할 수 있다는 것으로 해석하여야 한다는 견해가 제시되고 있다. 兪炳勳, 「행정사무의 민간위탁법제에 관한 고찰」, 법제처, 법제연구총서, 1993, 208~209面 참조. 한편 總務處의 「행정사무의 민간위탁검토기준(1981.10)」에서는 민간위탁 대상사무를 ①검정업무 : 검사·심사, 조사, 시험, 검정 ②조장업무 : 교육, 등록·승인, 증명·확인, 추천, 인·허가 ③단순사실행위 : 측량·측정, 청소·오물수거, 지도·단속, 관리, 자료, 기타 등으로 유형화하고 있는 바, 이러한 총무처의 분류는 위의 위임위탁규정상의 민간위탁 대상사무의 선정기준보다 확대된 기준을 제시하고 있어서 현행 정부조직법 내지 위임위탁규정상의 민간위탁 대상업무의 제한은 현실과 거리가 멀기 때문에 입법론적으로 검토의 소지가 있다는 견해도 있다. 자세한 것은 조정찬, 「사인에 의한 행정에 관한 연구」, 法制 제458호, 1996.2., 97~100面 참조.

102) 이 점에 대해서도 앞서의 총무처의 기준에서는 ①민간위탁을 위하여 새로운 기관이나



그리하여 입법시 민간위탁의 경우에는 당해 업무가 민간위탁의 대상이 되는지의 여부와 수탁자가 당해 업무를 수행할 자격이 있는지의 여부를 법률단계에서 미리 검토하여 受託機關이 공단인 경우에는 위탁할 업무와 해당기관을 법률에서 명시하도록 하되, 수탁기관을 명시할 수 없는 경우에는 수탁자가 갖추어야 할 인적·물적 기준을 총리령 또는 부령 등의 하위법령으로 정하도록 하여야 할 것이다. 위탁할 업무 및 수탁기관을 법률의 개정 또는 개정당시에는 예측할 수 없거나 전문성·기술성 등의 사정에 따라 당해 사항이 변경될 수 있는 경우에는 수탁업무 및 수탁기관을 대통령령으로 정할 수도 있다.103)

<사례-1>

※交通安全法  
 第28條(權限의 委任·委託) ①(생략)  
 ②建設交通部長官은 第7條의2第1項 및 第7條의4第3項의 規定에 의한 試驗 및 教育의 實施業務를 大統領令이 정하는 바에 의하여 交通安全公團에 委託할 수 있다.

<사례-2>

※半導體集積回路의 配置設計에 관한 法律  
 第42條(權限의 委任등) ①(생략)  
 ②通商産業部長官은 이 法에 의한 權限의 일부를 大統領令이 정하는 바에 의하여 法人 또는 團體에 위탁할 수 있다.  
 ③第2項의 規定에 의한 法人 또는 團體는 大統領令으로 정한다.

단체를 신설하지 않도록 하며, 가급적 업무의 연관성을 고려하여 기존의 산하단체를 최대한 활용하도록 한다. ②책임성이 문제되는 전문적이고 기술적인 사무는 공공단체에 한하여 민간위탁을 하도록 한다. ③청소·수거등 단순반복적이고 재량의 여지가 없는 집행 사무는 사법인에게도 위탁할 수 있다. ④관세사·공인회계사·세무사·건축사등 국가가 인정하는 자격을 소지한 사람을 최대한 활용하도록 한다라는 수탁기관의 선정원칙을 정하고 있다.

103) 법제처, 「법령입안심사기준」, 98面.

〈사례-3〉

※鑛山保安法

第4條(權限의 委任·委託) 通商産業部長官은 이 法에 의한 權限의 一部를 大統領令이 定하는 바에 의하여 特別市長·廣域市長 또는 道知事, 通商産業部長官 所屬機關의 長에게 委任하거나, 施設의 安全檢査를 目的으로 設立된 法人에게 委託할 수 있다.

※광산보안법시행령

제47조(권한의 위임·위탁) ①(생략)

②법 제4조의 규정에 의하여 상공자원부장관이 그 권한의 일부를 위탁할 수 있는 법인은 대한광업진흥공사로 하고, 다음 각호의 권한을 대한광업진흥공사의 사장에게 위탁한다.

1. 법 제8조의 규정에 의한 시설계획의 승인 및 공사착수신고의 수리, 공사착수금지 및 계획변경명령, 공사완료 및 시설폐지신고의 수리
2. 법 제9조의 규정에 의한 광산시설의 검사

또한 民間委託의 경우에는 수탁받은 민간기관이 그 수탁업무를 행함에 있어 뇌물수수 등의 죄를 범하는 경우에는 公務員으로 의제하여 처벌할 수 있는 규정을 두어야 할 것이다.

〈사례-1〉

※公衆衛生法

第41條(委任 및 委託등) ①(생략)

②保健福祉部長官은 大統領令이 定하는 바에 의하여 第12條第2項第3號目의 規定에 의한 安全性 檢査業務와 第12條의2의 規定에 의한 檢査業務 및 第20條의 規定에 의한 檢査業務의 일부와 第37條의 規定에 의한 衛生教育을 關係專門機關 또는 第32條의 規定에 의한 團體에 委託할 수 있다.

③第2項 및 第27條第4項의 規定에 의하여 委託받은 業務를 수행하는 機關 또는 團體의 職員은 刑法 第129條 내지 第132條의 適用에 있어서 이를 公務員으로 본다.

<사례-2>

※먹는물管理法  
 第45條(위임 및 委託등) ①(생략)  
 ②環境部長官은 大統領令이 정하는 바에 따라 第23條第2項 또는 第34條의 規定에 의한 檢査業務와 第25條의 規定에 의한 品質管理教育의 일부를 關係 專門機關에 委託할 수 있다.  
 ③第2項의 規定에 의하여 委託받은 業務를 수행하는 關係 專門機關의 職員은 刑法 第129條 내지 第132條의 적용에 있어서 이를 公務員으로 본다.

아울러 民間委託의 경우 업무처리에 소요되는 경비의 일부를 지원할 필요가 있는 경우에는 그 근거를 마련하여 민간위탁과 관련한 업무를 기피하거나 업무의 質이 떨어지는 등의 부작용이 없도록 한다.

<사례-1>

※消防法  
 第108條(權限의 委任·委託) ②내무부장관은 大統領령이 정하는 바에 의하여 제12조의 規定에 의한 檢사업무를 公家 그밖의 關係 전문기관에, 제50조의 規定에 의한 檢정사업을 公사에, 제105조의 規定에 의한 敎育사업을 협회에 각각 위탁할 수 있다. 이 경우 內무부장관은 檢査·檢정업무에 소요되는 경비의 일부를 公사에 보조할 수 있다.  
 ③~④(생략)

4. 기 타

권한의 위임·위탁에 관한 규정을 둔 立法例에서는 법률 또는 시행령에서 위임기관 또는 수임·수탁기관에 대한 지휘감독을 규정하여 보고, 감독 등을 규정하고 있는 사례가 있다.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-1>

※昇降機製造및管理에관한法律

第23條(權限의 위임 및 위탁) ①(생략)

②通商産業部長官은 第1項의 規定에 의하여 위임 또는 위탁한 업무의 효율적 수행을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 업무처리지침을 시달하거나 업무처리를 지도·감독할 수 있다.

<사례-2>

※對外貿易法

第53條(權限의 委任·委託) ①(생략)

②通商産業部長官은 第1項의 規定에 의하여 委任 또는 委託한 事務에 관하여 그 委任 또는 委託을 받은 者를 指揮·監督한다.

③通商産業部長官은 第1項의 規定에 의하여 委任 또는 委託한 事務에 관하여 그 委任 또는 委託을 받은 者에게 필요한 보고를 命할 수 있다.

<사례-3>

※액화석유가스의안전및사업관리법시행령

제33조(권한의 위임·위탁) ④시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항 내지 제3항의 규정에 의하여 위임 또는 위탁한 업무에 관하여 그 위임 또는 위탁을 받은 자를 감독한다.

<사례-4>

※택지개발촉진법시행령

제18조(권한의 위임 또는 위탁) ④시·도지사 또는 시행자가 제1항 또는 제2항제3호의 규정에 의하여 위임 또는 위탁받은 사항을 처리한 때에는 이를 건설교통부장관에게 보고하여야 한다.

## IX. 罰則適用에 있어서의 公務員擬制

특정한 업무를 수행하도록 하기 위한 정부의 필요에 의하여 설립된 각종 公團이나 公社 등의 임직원 또는 각종 물품의 품질검사, 각종 시설의 완성 및 안전검사, 물품의 추천, 성능시험 및 검정 등에 관한 업무를 민간에 위탁하는 경우에는 행정기관으로 부터 위탁받은 사무를 수행하는 법인 또는 단체의 임직원 및 개인등에 대하여 그 업무수행의 공정성 및 책임성을 확보하기 위하여 金品の收受 등에 있어서는 이들을 공무원과 같이 취급하여 처벌할 수 있도록 규정하는 사례가 있다. 이러한 경우를 벌칙적용에 있어서의 공무원의제에 관한 규정이라 하며, 이 규정은 벌칙에 관한 규정보다는 보칙에 관한 규정중에 위치하도록 하고 있다.<sup>104)</sup>

그리고 정부투자기관에 대하여는 기업성과 자율성을 보장하되, 당해기관이 광의의 정부기관임을 감안하여 政府投資機關의 임원 및 일부직원에 대하여는 형법상의 수뢰·收賂後不正處事 및 斡旋收賂등 뇌물에 관한 죄의 적용에 있어서 이를 공무원으로 보아 처벌할 수 있도록 규정하고 있다(政府投資機關管理基本法 제18조 참조). 또한 정부투자기관이 행정기관으로 부터 위탁받은 사무를 처리하는 경우에는 그 업무수행의 공정성 및 책임성을 확보하기 위하여 담당 임직원의 전부에 대하여 공무원으로 의제하여 위와 같은 형법상의 뇌물죄를 적용하고 있다.

벌칙적용에 있어서의 공무원 의제규정을 두는 경우에는 그 적용대상을 각 법인·단체의 임원 및 간부직원에 한정할 것인지 아니면 전직원에 까지 확대할 것인지와 공무원으로 보아 任員 등에 적용할 법률중 형법중 뇌물에 관한 죄로 한정할 것인지 아니면 다른 법률에 의한 벌칙규정까지 확대할 것인지는 政府投資機關管理基本法의 규정 및 그가 담당하는 책임의 정도와 업무의 성격에 따라 판단하여야 할 것이다.

104) 법제처, 「법령입안심사기준」, 102面.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

①政府投資機關管理基本法에 의한 公社등의 임직원에 대한 경우

<사례-1>

※韓國土地公社法

第27條(罰則適用에 있어서의 公務員擬制) 政府投資機關管理基本法 第18條의 規定에 해당하는 任員 및 職員외에 第19條의 規定에 의하여 委託받은 業務에 종사하는 職員에 대하여도 刑法 第129條 내지 第132條의 適用에 있어서는 이를 公務員으로 본다.

②公團 또는 財團 등의 임원 또는 직원에 대한 경우

<사례-1>

※韓國產業人力管理公團法

第29條(罰則適用에 있어서의 公務員擬制) 公團의 任員 및 職員은 刑法 第129條 내지 第132條의 適用에 있어서는 이를 公務員으로 본다.

<사례-2>

※에너지利用合理化法

第99條(罰則適用에 있어서 公務員擬制) 試驗機關·診斷機關·公團 또는 協會에서 이 法에 의한 業務에 종사하는 任員 및 職員은 刑法 第129條 내지 第132條의 適用에 있어서는 이를 公務員으로 본다.

③委託된 業務를 수행하는 者에 대한 경우

<사례-1>

※外國刊行物輸入配布에 관한法律

第18條(罰則適用에 있어서의 公務員擬制) 文化체육부장관이 제13조의 規定에 의하여 위탁한 업무에 종사하는 법인 또는 단체의 임원 및 직원은 形법 제129조 내지 제132조의 적용에 있어서 이를 공무원으로 본다.

<사례-2>

※電氣事業法

第74條(罰則適用에 있어서의 公務員擬制) 通商産業部長官 또는 市·道知事가 第65條의 規定에 의하여 委託한 業務에 종사하는 安全公社의 任員 및 職員은 刑法 第129條 내지 第132條의 적용에 있어서는 이를 公務員으로 본다.

④委員會의 委員에 대한 경우

<사례-1>

※行政規制및民願事務基本法

第21條(罰則適用에 있어서의 公務員擬制) 委員會의 委員중 公務員이 아닌 委員은 刑法 기타 法律에 의한 罰則의 적용에 있어서 이를 公務員으로 본다.

<사례-2>

※農地法

第50條(罰則適用에 있어서의 公務員擬制) 第47條第2項의 規定에 의한 委員會의 委員중 公務員이 아닌 委員은 刑法 기타 法律에 의한 罰則의 적용에 있어서 이를 公務員으로 본다.

⑤각종 個別法律에서 고유한 업무를 수행하는 자에 대한 경우

<사례-1>

※建築法

第77條(罰則適用에 있어서의 公務員擬制) 第23條의 規定에 의하여 現場調査·檢査 및 確認業務를 代行하는 者 및 第28條의 規定에 의한 建築指導員으로서 公務員이 아닌 者는 刑法 第129條 내지 第132條의 適用에 있어서는 이를 公務員으로 본다.

<사례-2>

※ 社會福祉事業法

第43條(罰則適用에 있어서의 公務員擬制) 第38條의 規定에 의하여 社會福祉士 資格證의 교부에 관한 事務를 수행하는 協議會의 任·職員은 刑法 第129條 내지 第132條의 적용에 있어서는 이를 公務員으로 본다.

<사례-3>

※ 昇降機製造 및 管理에 관한 法律

第29條(罰則適用에 있어서의 公務員擬制) 第7條第1項의 規定에 의한 性能試驗을 실시하는 者와 第15條第1項의 規定에 의한 檢事機關의 任員 또는 職員은 刑法 第129條 내지 第132條 및 特定犯罪加重處罰等에 관한 法律 第2條의 적용에 있어서는 이를 公務員으로 본다.

X. 기 타

위의 사항이외에도 법령에서 보칙에 두는 사항으로는 유사명칭사용금지, 審議會 기타 附屬機構의 設置·組織·運營, 關係行政機關과의 協助·調整, 다른 法令과의 관계 등이 있다.

1. 類似名稱使用禁止

유사명칭의 사용금지에 관한 규정은 자격제도중 명칭독점자격과 밀접한 관련이 있다. 특정한 명칭 또는 유사한 명칭의 사용을 특별히 제한할 경우에는 그 제한이 업무독점과 결합하여 사회경제활동에 제한을 하게 되므로, 법률에서 이에 관한 규정을 두는 때에는 그 업무의 性格·전문성에 비추어 특히 필요한 경우에 한정하여야 한다. 아울러 이러한 유사명칭사용금지에 위반한 경우에는 특별한 사유가 없는 한 형사벌이 아닌 행정질서벌인 過怠料를 부과하도록 하여야 할 것이다. 유사명칭 사용금지의 규정방식은 「이 법에 의한 ○○○이 아닌 자는 ○○○ 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다」라고 정형화되어 있다.



<사례-1>

※性暴力犯罪의 處罰및被害者保護등에관한法律

第32條(類似名稱使用禁止) 이 法에 의한 相談所 또는 保護施設이 아니면 性暴力被害相談所·性暴力被害者保護施設 또는 이와 유사한 名稱을 사용하지 못한다.

<사례-2>

※公認會計士法

第11條(유사명칭의 사용금지) 公認會計士가 아닌 者는 公認會計士 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

## 2. 關係行政機關과의 협조·협의 등

보칙규정에서는 다른 국가기관 또는 지방자치단체에 대하여 법령의 특정규정과 관련하여 상호 업무의 협조나 협의 등을 규정하는 경우도 있다. 이러한 관계 행정기관과의 협조·협약에 관한 규정도 다음과 같이 비교적 정형화되어 있다.

<사례-1>

※大氣環境保全法

第50條(關係機關의 協調) 環境部長官은 이 法의 目的을 달성하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 다음 各號에 해당하는 措置를 關係中央行政機關의 長 또는 市·道知事에게 요청할 수 있다. 이 경우 關係中央行政機關의 長 또는 市·道知事は 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

1. 煖房容器的 개선
2. 自動車엔진의 變更 또는 대체
3. 自動車の 車齡制限
4. 自動車の 通行制限
5. 기타 大統領令으로 정하는 사항

<사례-2>

※應急醫療에 관한 法律

第50條(關係機關의 協調) 保健福祉部長官 또는 市·道知事는 應急醫療政策上 必要하다고 認定하는 경우에는 關係機關의 長에게 必要한 措置를 要請할 수 있다. 이 경우에 關係機關의 長은 特別한 事由가 없는 한 이에 應하여야 한다.

<사례-3>

※後天性免疫缺乏症豫防法

第21條(協助義務) ①保健福祉部長官은 後天性免疫缺乏症의 豫防과 그 感染者의 保護·管理에 관하여 필요한 協助를 關係行政機關의 長에게 요구할 수 있다.

②第1項의 規定에 의한 요구를 받은 機關의 長은 적극적으로 이에 協助하여 야 하며 正當한 사유없이 이를 거부할 수 없다.

<사례-4>

※컴퓨터프로그램保護法

第30條(關係部處와의 協議) 이 法의 規定에 의하여 情報通信部長官이 프로그램 著作權에 관한 重要사항을 決定·施行하고자 하는 경우에는 미리 文化體育部長官과 協議하여야 한다.

## 第6節 罰則에 관한 事項

### I. 意義

罰則이란 어떤 법령에 규정하는 의무에 대한 위반이 있는 경우에 그 위반자에 상당한 벌이 부과될 수 있음을 예고함과 아울러 현실적으로 그러한 위반이 발생

한 경우에는 그 위반자에게 그 예정된 벌을 과하는 취지를 정하는 규정을 말한다. 또한 그것은 법령의 실효성을 담보하는 수단으로서 설치한다. 법령의 實體規定에 있어서 일정한 작위 또는 부작위의 의무를 부과한 경우에 그 위반이 있을 때 그 상태가 방치된다면 법령의 실효성을 확보할 수 없으며, 나아가 그 법령에 대한 신뢰를 상실케하고 국민의 준법정신에 악영향을 미치는 등 여러 가지의 폐단이 발생할 가능성이 있다. 그 때문에 법령에 있어서 罰則規定을 두어 법령의 의무에 위반하는 상태가 발생하지 않게 예방적인 효과를 거둘 수 있으며, 동시에 현실로 그러한 상태가 발생한 경우에는 예정된 제재를 가하는 것이다. 법규범의 특질 중 하나로서 그것이 국가기관의 공권력에 의해서 강제력으로 실현하는 것을 지적할 수 있으나, 그 법적 강제 하나의 지주가 벌칙규정과 그 적용인 것이다.

법령을 입안하는데 있어서는 罰則의 要否가 신중하게 검토되어야 하나, 권리·이익을 특정인에게 부여하거나 또는 그것을 특정인으로 부터 박탈하는 능력규정에 관해서는 원칙으로 벌칙을 둘 필요는 없다. 이에 대하여 일정한 作爲 또는 不作爲를 명하는 규정에 관하여는 벌칙의 필요성의 유무에 대해 검토를 요한다. 형벌권의 행사는 국민의 자유와 권리의 제한 가운데 가장 엄격한 것의 하나이며, 형벌 또는 질서벌로서의 과료는 국민의 신체의 자유를 制限 또는 財産權의 침해를 그 내용으로 하는 것이므로 법령의 실체규정에서 작위 또는 부작위를 명하는 경우에 있어서도 항상 그것에 대응하는 罰則을 반드시 두어야 할 것은 아니라는데 주의를 요한다. 즉 그 법령의 규정목적에 따라 실체규정의 위반이 있는 경우에, 그 違反狀態를 시정하기 위한 지시, 조치명령 등에 관한 규정을 두며, 그것에 대한 위반이 있는 경우에 비로소 후자의 위반에 대해 벌칙을 두어야 할 경우 또는 아무런 벌칙을 두지않고 규제를 받는 자의 도의적인 문제로서 그 준수를 기대하는 이른바 訓示規定으로서 규정을 두는 경우 등 여러가지 경우가 있을 수 있으므로 罰則의 要否에 관해서는 모든 각도에서 신중히 검토할 필요가 있다.

벌칙규정의 실효성을 확보하고 충분한 기능을 거둘 수 있게 하기 위해서는 다음의 사항에 유의하여야 한다.

첫째, 벌칙을 두는 경우에는 실행가능한 규제책을 장기적인 시점에서 명확하게 규율하여야 한다. 따라서 制度의 必要性 및 법령의 실효성을 확보하기 위하

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

여 유효하다고 생각되는 수단을 진지하게 검토하려는 자세가 필요하다.

둘째, 규정하려는 벌칙사항이 實際의 運用에서 충분한 기능을 발휘할 수 있도록 규제를 필요로 한다고 생각되는 사항에 관해서는 명확히 입법화하여야 한다. 불분명한 입법태도가 法令의 實現을 방해하는 결과를 초래한다는 점을 인식할 필요가 있는 것이다.

셋째, 벌칙규정은 국민의 자유와 권리에 중대한 영향을 미치므로 특히 행정법규에 벌칙을 규정하는 경우에는 金錢的 負擔에 의한 간접적 강제수단으로서 법령의 실효성을 확보할 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 우리의 경우 법률 중에서 형벌규정이 거의 없을 정도로 行政刑罰 과잉현상을 보이고 있다고 하고 그 원인을 형벌을 의무이행확보수단으로 사용하려고 하는 입법자의 安易한 태도에 있다고 지적하는 견해<sup>105)</sup>에 대해서도 주의를 기울여야 할 것이다. 이와 관련하여 우리 憲法裁判所에서도 「원래 행정형벌제도는 원칙적으로 행정명령에 대한 의무확보수단으로서 최후적·보충적인 것이어야 한다. 즉 행정명령불이행에 대하여 형벌을 과함은 불가피한 경우에 한하여야 한다. 그런데도 오늘날 미확정인 행정명령위반의 경우에 있어서까지 형벌이 다른 의무이행확보수단과 중복 내지 병렬적 수단으로 되어 있고, 현행 각행정법규에 있어서 행정명령위반의 제재방법으로 거의 모두가 형벌을 채택하고 있어서 형벌법규과잉현상을 보이고 있다. 행정상의 의무이행확보라면 행정목적실현을 위한 것이므로 그 제재수단도 가능하다면 형벌이 아닌 행정질서벌 등의 수단이어야 할 것이다. 여기에서 세계각국의 입법례는 행정명령위반에 대하여 탈형벌화 경향으로 나가고 있다. 우리도 현행 행정법규상의 형사처벌규정은 대폭 정비·개선되어야 한다고 널리 주장되고 있는 것이 현실이다. 그러한 정비·개선의 방향으로 행정형벌로서의 단기자유형과 벌금을 원칙적으로 행정질서벌로 전환하는 것이, 처벌법규는 절차면에서 만이 아니라 실제면에서도 합리성과 정당성이 있어야 한다는 적법절차의 원칙에 적합할 것이다」라고 지적하고 있다.<sup>106)</sup>

罰則規定을 두는데 있어서의 입법기술상의 유의사항을 구체적으로 지적하면

105) 朴鈞析, 「行政法上の 義務履行確保手段 -그 現況과 改善方向을 중심으로-, 考試界 1988. 4. ; 同, 「行政秩序罰 -輕微犯罪의 脫犯罪化와 관련하여-, 考試研究 1990. 5. ; 金鐵容, 「行政罰의 脫刑罰化, 考試界 1991. 6., 참조.

106) 勞動組合法 제46조 違憲提請(1995.3.23. 92헌가14).

다음과 같다.

## II. 罰則規定의 順序와 構成

벌칙규정의 配列은 법령이 章·節로 구분되어 있을 경우에는 특별한 사유가 없는 한 보칙사항 다음, 즉 本則으로서의 末尾에 배열한다. 그러나 벌칙수가 적을 경우에는 補則의 章 속에 포함시키거나 실체규정의 章 속에 포함시킬 수 있으나 이것은 바람직한 입법례라고는 할 수 없다.

법령이 章·節로 구분되어 있지 않을 경우에는 실체규정과 보칙규정을 전부 배열한 다음에 배치하며, 벌칙조항 상호간에는 法定刑이 무거운 것부터 순차로 배열하고,<sup>107)</sup> 만약 같은 벌칙조항에서 둘 이상의 실체규정을 인용하는 경우에는 條名이 빠른 것부터 배열한다. 또한 양벌규정은 벌칙규정 뒤에 배열하며, 과태료에 관한 규정은 형벌규정 다음에(양벌규정이 있을 경우에는 그 다음에) 배열한다.<sup>108)</sup>

<사례-1>

※建設勤勞者の雇傭改善등에관한法律

第1章 總 則

第2章 建設勤勞者の 雇傭改善

第3章 建設勤勞者退職共濟事業

第4章 補 則

第5章 罰 則

第24條(罰 則)

第25條(兩罰規定)

第26條(過怠料)

附 則

107) 그러나 法定刑이 가벼운 것부터 우선 배열한 立法例도 있다. 住民登錄法 제21조제1항·제2항 參照.

108) 법제처, 「법령입안심사기준」, 110面.

〈사례-2〉

※音盤및비디오물에관한法律

第25條(罰則) ①다음 各號의 1에 해당하는 者는 3年以下の 懲役 또는 2千萬 원이하의 罰金에 處한다.

1. 第4條第1項의 規定에 의하여 登錄을 하지 아니하고 販賣·配布·貸與 또는 視聽提供등의 目的으로 音盤 또는 비디오물을 製作한 者
2. 第15條第1項또는 第2項의 規定에 의한 추천을 받지 아니하고 外國音盤 또는 外國비디오물을 輸入 또는 製造한 者
3. 第17條第3項의 規定에 위반한 者
4. (생략)

②(생략)

第26條(罰則) 第7條第1項의 規定에 의하여 登錄을 하지 아니하고 音盤 또는 비디오물을 販賣·配布·貸與 또는 視聽提供한 者는 2年이하의 懲役 또는 1千萬원이하의 罰金에 處한다.

第27條(罰則) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 300萬원이하의 罰金에 처한다.

1. ~ 4. (생략)

第28條(兩罰規定) 생략

第29條(過怠料) 생략

### Ⅲ. 罰則規定의 作成方法

#### 1. 犯罪構成要件의 明示

범죄의 구성요건이라는 것은 어떠한 행위가 범죄를 구성하며, 범죄로서 처벌되는가라는 범죄의 성립요건이며, 따라서 그 표시는 범죄가 되는 행위 그 자체의 기술에 불과하다. 즉, 어떤 작위 또는 부작위를 범죄로서 처벌하려는 경우에는 범죄의 구성요건으로서 그 作爲 또는 不作爲를 記述하고 또한 그 행위가 일정한 시기, 장소, 조건하에서 행해지거나 그 행위에 의해서 일정한 결과가 발생한 때에 그 행위자를 처벌하려는 경우에는 범죄의 구성요건으로서 그 작위 또는 부작위의외에 그 시기, 장소, 조건 내지 그 결과의 발생을 표시하게 되는 것이다.

이러한 구성요건을 정하는 경우에는 罪刑法定主義의 관점에서 다음의 두가지 점이 중요하다.

첫째, 罰則은 원래 국민에 대한 관계와 사회에 대한 관계라는 두가지 기능을 가지고 있다. 즉, 그 적용을 받는 국민에 대한 관계에서는 법령에 의하여 미리 범죄로 규정되어 있는 행위를 하지않는 이상 절대로 처벌받지 않는다는 보장을 부여함과 동시에 일반사회에 대한 관계에서는 그 위하적 작용에 의해 犯罪의 發生, 즉 사회의 법익이 침해되는 것을 미연에 방지하여 사회를 방위하는 기능을 가지고 있다. 이들 기능은 물론 그 범죄의 구성요건이 명확하여야만 비로소 그 기능을 충분히 거둘 수 있는 것이다. 구성요건이 명확하게 제시되지 않는 경우에는 그 벌칙은 국민에 대한 보장으로서의 의미를 가질 수 없게 될 뿐 아니라 사회방위의 기능도 다할 수 없게 된다. 그러한 의미에서 처벌의 대상이 되는 행위의 범위가 명확하지 않으면 안된다. 또한 犯罪構成要件이 명확하게 규정되지 아니한 경우에는 당해 罰則規定을 적용할 수 없게 되므로 결국 그 罰則規定은 아무런 쓸모가 없게 된다.<sup>109)</sup>

둘째, 구성요건을 정하는 경우에는 고의범처벌의 원칙이 중요하다. 후술하는 바와 같이 刑法 제14조에서는 「正常의 注意를 대만함으로 인하여 罪의 成立要件인 事實을 인식하지 못한 行爲는 法律의 특별한 規定이 있는 경우에 한하여 處罰한다」라고 하여, 過失犯을 처벌하는데 있어서는 법률에 명문의 규정을 요구하

109) 「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 그에따라 자신의 행위를 결정지을 수 있도록 구성요건이 명확할 것을 의미하는 것이다. 여기서 구성요건이 명확하여야 한다는 것은 그 법률을 적용하는 단계에서 가치판단을 전혀 배제한 무색투명한 서술적 개념으로 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 광범하고 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 어렵다고 할 것이다. 그렇지 않으면 처벌법규의 구성요건이 지나치게 구체적이고 복잡하게 정형화되어 다양하게 변화하는 생활관계를 제대로 규율 할 수 없게 될 것이기 때문이다.(國土利用管理法 제21조의3제1항, 제31조의2의 違憲審判, 1989.12.22. 88헌가 13).

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

고 있다. 이 규정은 同法 제8조의 규정에 의해 他法令에서 刑을 정하는데에도 적용되는 것이므로 행정법령에 있어서 罰則에 관하여도 적용된다.

#### (1) 自然犯과 法定犯

범죄구성요건의 규정을 쓰는 방법으로는 <사례-1>과 같이 構成要件을 법률의 벌칙규정 자체에 표시하는 방법과 <사례-2>와 같이 實體規定 중에 일정한 작위·부작위의 의무를 부과하는 뜻을 정하여 두고 벌칙규정에서는 그 위반자에 대하여 일정한 형을 과하는 형식으로 표시하는 방법의 두가지가 있다. 前者는 무엇이 범죄를 구성하는가가 일반적으로 사람들 사이에 충분히 인식되고 있는 자연법에 관한 규정이며, 형법에 규정된 이른바 刑法犯은 자연법의 전형적인 사례이다. 後者の 방법은 그 대상이 되는 행위자체는 사회도의적으로 害惡하다기 보다는 법령이 행정목적 달성을 위하여 과한 의무에 위반하기 때문에 범죄로 되는 것으로서 각종 행정법규에 규정되어 있는 범죄는 법정법의 대표적인 사례라고 할 수 있다. 따라서 行政法規에 있어서 벌칙을 규정하는 경우에는 후자의 방법에 의하는 것이 타당하다. 행정법규에 있어서도 前者의 방법에 따른 것도 있으나, 이것은 예외이며 後者の 방법에 의하는 것이 원칙이라고 할 수 있다.

#### <사례-1>

##### ※軍用電氣通信法

第16條(通信妨害罪) 軍用通信設備을 損壞하여 그 機能에 障礙를 주거나 軍用通信을 妨害한 者는 10年以下の 懲役 또는 1千萬원以下の 罰金에 處한다.

#### <사례-2>

##### ※水質環境保全法

第56條(罰則) 第10條第1項 또는 第2項의 規定에 의한 許可 또는 變更許可를 받지 아니하거나 詐僞로 許可 또는 變更許可를 받아 排出施設을 設置 또는 변경하거나 그 排出施設을 이용하여 操業한 者는 7年이하의 懲役 또는 5千萬원이하의 罰金에 處한다.



그런데 특히 後者의 방법에 따른 경우에는 벌칙규정과 그 전제가 되는 의무규정과 조화에 관하여 충분히 배려하지 않는 경우에는 구성요건으로서 불명확하게 될 가능성이 발생할 수 있음에 주의하여야 한다. 따라서 그러한 점에 유의하여 사후에 문제를 남기지 않도록 규정하는 방법을 검토하지 않으면 안된다. 後者에 의한 규정형식을 현행법상의 입법례를 중심으로 구체적인 유형으로 분류하면 ①가장 기본적인 형식으로서 「제○조의 규정에 위반한 자는 ……」라는 형식, ②「제○조의 규정에 의한 ……을 하지 아니하고 ……을 한 자는 ……」라는 형식, ③「제○조의 규정에 위반하여 ……을 한 자는 ……」 또는 「제○조의 규정에 위반하여 ……을 하지 아니하고 ……을 한 자는 ……」라는 형식, ④「……의 행위로서 ……을 한 자는 ……」라는 형식, ⑤기타 복합형식 등이 있다.110)

그러나 이러한 제형식은 어디까지나 기본적인 것에 불과하므로 실제 입법례에 있어서는 반드시 엄격하게 지켜지고 있지 않다. 그러나 어떠한 형식을 택할 것인가는 경우에 따라 다를 수 있겠으나 입법기술상 구성요건의 표시를 명확히 할 필요가 있으므로 벌칙규정의 작성 때에는 위의 基本形式을 활용할 필요가 있다. 다만 벌칙적용의 전제가 되는 의무위반행위의 내용이 단순하여 법해석상의 의문이 없는 명백한 경우를 제외하고는 위의 ①과 같은 표현을 하는 것은 피하여야 한다.

<사례-1>

※環境管理公團法  
 第24條의2(罰則) 第12條의2의 規定에 위반한 者는 2年이하의 懲役 또는 500萬원이하의 罰金에 處한다.

<사례-2>

※資源의節約과再活用促進에관한法律  
 第38條(罰則) 第34條第1項의 規定에 의한 보고나 資料提出을 하지 아니하거나 허위의 보고나 資料를 제출한 者, 출입·檢査를 거부·방해 또는 기피한 者는 1年이하의 懲役 또는 500萬원이하의 罰金에 處한다.

110) 상세한 것은 朴奉國, 「立法技術的 側面에서 본 行政罰則의 現況과 그 定立基準에 관한 考察」, 國會報 1983. 4., 68~69面 참조.

<사례-3>

※雇傭保險法

第85條(罰則) ①第78條의 規定을 위반하여 勤勞者에 대하여 解雇 기타 불이익한 處分을 한 事業主는 3年이하의 懲役 또는 1,000萬원이하의 罰金에 處한다.

②(생략)

<사례-4>

※特許法

第228條(詐僞行爲의 罪) 詐僞 기타 부정한 行爲으로써 特許·特許權의 存續期間의 延長登錄 또는 審決을 받은 者는 3年이하의 懲役 또는 500萬원이하의 罰金에 處한다.

(2) 構成要件과 既遂時期

범죄구성요건에 있어서 범죄의 기수시기와 관련하여 일반적으로는 構成要件을 명확히 표시하면 당해 범죄의 기수시기도 명확하게 되나, 법률상의 일정한 作爲義務를 이행하지 아니하는 것이 범죄로 되는 이른바 不作爲犯의 경우에는 특히 그 기수의 시기를 명확히 하는데 주의하지 않으면 안된다. 국민에게 일정한 경우에 행정기관에 대해 일정한 사항을 申告·제출할 것을 명하고 이 신고·제출을 하지 않은 자를 처벌하려는 경우가 부작위범의 전형적인 사례이다. 이 경우 실체규정에서 단순히 「신고·제출하여야 한다」 또는 「지체없이 신고·제출하여야 한다」라고 규정되어 있고 罰則에서 이에 위반한 자를 처벌하도록 규정되어 있으면 언제 신고 또는 제출을 하지 않으면 처벌되는가가 불명확하게 된다. 따라서 이러한 경우에는 實體規定에서 의무이행의 기한을 명시하거나 벌칙에서 일정한 기간을 경과한 경우에 직접 이를 처벌하는 취지를 규정하는 것이 바람직하다.<sup>111)</sup> 나아가 犯罪構成要件의 명확화의 요청에서 포괄적, 추상적인 표현을 사

111) 다만 이 경우에도 하위법령인 大統領令이나 部令에서 그 기간을 정하는 것이 보통이지만, 罰則에 관한 한 법률이 아닌 下位法令의 규정에 맡기는 것은 바람직하지 않다.

용하지 않아야 함은 물론이다.112)

<사례-1>

※不正手票團束法  
 第7條(金融機關의 告發義務) ①金融機關에 종사하는 者가 職務上 第2條第1項(發行人이 法人 기타 團體인 경우 포함) 또는 第5條에 規定된 手票를 발견한 때에는 48時間이내에, 第2條第2項(發行人이 法人 기타 團體인 경우 포함)에 規定된 手票를 발견한 때에는 30日이내에 搜查機關에 이를 告發하여야 한다.  
 ②前項의 告發을 하지 아니한 때에는 100萬원이하의 罰金에 處한다.

112) 「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 법운영당국이 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 첨예하게 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 부득이하다고 할 수 밖에 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 인용하거나 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」(軍事機密保護法 제6조등에 대한 違憲審判, 1992.2.25. 89헌가 104).

<사례-2>

※屋外廣告物等管理法

第3條(廣告物 등의 許可 또는 申告) ②第1項의 規定에 의한 廣告物 등의 종류 · 모양 · 크기 · 색깔 · 표시 또는 設置의 방법 및 期間 등 許可 또는 申告의 基準에 관하여 필요한 사항은 大統領令으로 정한다.

第18條(罰則) ①다음 各號의 1에 해당하는 者는 1年이하의 懲役 또는 500萬 원이하의 罰金에 處한다.

1. 第3條의 規定에 의한 許可를 받지 아니하고 廣告物 등을 표시하거나 設置한 者
2. ~ 3. (생략)

②第3條의 規定에 의한 申告를 하지 아니하고 廣告物 등을 표시하거나 設置한 者는 300萬원이하의 罰金에 處한다.

## 2. 法定刑의 規定方式

법정형이란 형벌규정에서 구성요건에 대응하는 것으로 규정된 刑을 말한다. 현재의 형벌법규에 있어서 법정형의 규정방식은 상대적 法定刑主義가 원칙이다. 즉, 일정한 범죄에 대한 형의 종류 및 정도에 관하여 형벌규정상 일정한 폭을 정하고 그 범위내에서 형의 적용을 法官의 裁量에 맡기는 주의이다. 법정형을 규정할 경우에는 그 법정형에 어느 정도 폭을 두어 법원이 구체적 사건에 관하여 형을 언도할 때 범죄의 정황 기타 사건의 내용에 따라 법정형의 범위내에서 양정을 행할 수 있는 여지를 남겨두는 것이 원칙이다. 그러나 그 法定刑의 폭을 극단적으로 넓게 인정하는 것은 죄형법정주의의 원칙상 금지되나 형사정책적인 입장에서 어느 정도의 폭을 두어 法院의 판단에 맡기는 것이 바람직한 일이다.<sup>113)</sup>

113) 「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 결

입법에 있어서 量刑의 기준을 어떻게 설정할 것인가의 문제는 대단히 어려우며, 현실적으로 보는 경우에도 현행법상 동일한 위반행위에 대하여 양형에 큰 차이가 있는 예가 많은 실정이다. 물론 行政府와 立法府의 상반된 시각에서 발생하는 문제점도 많으나, 입법시 이 부분을 소홀히 하는 입법자의 태도에도 책임이 있다고 생각된다. 따라서 입법에 있어서 양형의 표시는 ①공공복리의 유지·증진을 위한 필요성과 균형이 이루어지도록 하여야 하며, ②다른 법령에 규정된 벌칙의 한도를 고려하고, ③위법행위의 반사회성과 가벌성의 정도에 따른 타당한 양형의 고려 등을 인식하여야 할 것이다. 법정형의 규정방식 가운데 立法技術上 유의하여야 할 사항을 살펴보면 다음과 같다.

### (1) 懲役과 禁錮

刑法 제42조에 의하면 징역과 금고에는 유기와 무기가 있고 有期는 1년 이상 15년 이하로 하게 되어 있으며, 이를 가중하는 때에는 25년까지 할 수 있다. 이러한 형법총칙의 규정이 다른 법령에서 형을 정하는 경우에도 당연히 적용되는 결과, 다른 법령에서 징역과 금고의 법정형의 폭을 정하는 경우에 그 長期를 15년으로 할 때는 그 장기를, 短期를 1월로 할 때에는 그 단기를 특히 표시할 필요는 없다. 다만 「○年이상의 懲役」이라 함은 무기징역까지 포함되므로 「○年이상의 有期懲役」으로 표시하여야 한다.<sup>114)</sup>

---

정하여야 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 현법상 평등의 원리에 반하게 된 다거나, 그러한 유형의 범죄에 대한 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 일탈함으로써 헌법 제37조제2항으로 부터 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」(特定犯罪加重處罰等에 관한法律 제11조 및 癡藥法 제60조에 대한 憲法訴願, 1995.4. 20. 91헌바11).

114) 법제처, 「법령입안심사기준」, 113面.

<사례-1>

※原子力法

第115條(罰則) ①放射性物質등과 原子爐 및 關係施設·核燃料週期施設·放射線發生裝置를 不當하게 操作하여 사람의 生命 또는 身體에 危險을 가한 者는 1年이상 10年이하의 懲役 또는 禁錮에 處한다.

②第1項의 罪를 犯하여 사람을 死亡하게 한 者는 3年이상의 有期懲役に 處한다.

(2) 罰 金

「벌금」은 그 적용이 가장 빈번한 형벌제도로써 종래 自由刑을 보충하는 부수적 위치에서 벗어나 오늘날 형벌제도의 주종으로서 정당성과 합목적성을 갖춘 합리적인 제도로 인식되고 있다.<sup>115)</sup> 그러나 우리 나라의 현행 벌금형제도는 刑法 제45조에서 벌금의 하한만 정하고 있을 뿐 벌금형책정에 있어서의 표준등 구체적인 기준이 제시되고 있지 않아서 법률입안시 벌칙규정에서 罰金額을 얼마로 정할 것인가를 둘러싸고 많은 논란이 제기되고 있는 실정이다.

여하튼 현행법상 벌금에 관해서는 刑法에서 「벌금은 5만원이상으로 한다. 다만 감경하는 경우에는 5만원미만으로 할 수 있다」(제45조)라고 규정하고 있으므로 현재의 벌금의 법정형은 5萬원이상으로 하게 되어 있다. 그러나 벌금의 법정형의 다액에 관하여는 형법에 아무런 규정이 없으므로, 罰則으로 벌금을 정하려는 경우에는 위반행위의 종류·사회경제적 성격, 대상자 등의 경제적 사정등에 따라 그 다액을 각 본조에 정하지 않으면 안된다.

①벌칙규정 중에 벌금을 표시하는 경우 가장 일반적인 규정방식은 「○원이하의 罰金에 處한다」와 같이 다액만을 정하고 하한액은 형법총칙 및 罰金等臨時措置法에 맡기는 방법이 있다.<sup>116)</sup>

115) 罰金刑制度에 관한 상세한 사항은 鄭圭萬, 「立法上 罰金刑制度에 관한 考察」, 立法調査月報 1990. 9., 74~92面 참조.

116) 이러한 방법은 罰金額이 명백하여 適用에 편리하다는 장점도 있으나, 화폐가치가 자주 변하는 사회에 있어서는 시간이 경과함에 따라 현실에 적합하지 않게 되거나, 다른 罰則과의 균형을 상실할 우려가 있다는 단점이 있다.

<사례-1>

※海運法

第60條(罰則) 第53條의 規定에 의한 申告를 하지 아니한 者는 500萬원이하의 罰金에 處한다.

②그리고 범죄행위의 양태에 따라 벌금액을 增減할 수 있는 방식을 채택하는 경우도 있는데 이것은 現行法에서 보편적으로 사용하는 방법이 아니라 주로 利慾的 犯罪에서 주로 사용하는 方式이다.117)

<사례-1>

※農漁村振興公社및農地管理基金法

第50條(罰則) 詐僞 기타 부정한 방법으로 第13條第2項·第16條第1項·第19條第2項 및 第20條第1項의 規定에 의한 資金을 지원받거나 第15條第2項의 規定에 의한 賃借料를 지급받은 者는 지원금액 또는 지급받은 賃借料의 100分の 20에 상당하는 금액이하의 罰金에 處한다.

<사례-2>

※證券去來法

第207條의2(罰則) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 10年이하의 懲役 또는 2千萬원이하의 罰金에 處한다. 다만, 그 위반행위로 얻은 이익 또는 回避한 損失額의 3倍에 해당하는 금액이 2千萬원을 초과하는 때에는 그 이익 또는 回避損失額의 3倍에 상당하는 금액이하의 罰金에 處한다.

1. ~ 2. (생략)

117) 그러나 이러한 방법은 罰金額의 한도가 명확하지 않을 뿐 아니라, 범죄행위의 處罰은 그 반사회성의 정도에 따라 정하여지는 것이 원칙인데 단순히 金錢的 評價에 의하여 處罰하게 되는 것은 불합리하다는 비판을 받고 있다.

③ 또한 범죄행위의 형태에 따라 罰金額의 多額·少額의 觀念없이 자동적으로 정하여지게 하는 방법도 있다.118)

<사례-1>

※租稅犯處罰法  
第10條 納稅義務者가 正當한 事由없이 1會計年度에 3回以上 滯納하는 境遇에  
는 1年以下의 懲役 또는 滯納額에 相當한 罰金에 處한다.

그리고 벌금형은 피처분자의 財産權을 강제적으로 박탈하는 것을 그 본질적 내용으로 하고 있으므로 피처분자의 給付能力, 즉 일신적인 경제적 능력의 고려가 필수적으로 요구된다. 따라서 벌금형 산정에 있어서는 행위자의 개인적인 경제적 상태를 고려하여야 한다는 명문규정을 두는 것도 바람직하다고 할 것이다.119)

(3) 拘留·科料

「拘留·科料」의 경우, 자유형인 拘留은 1日이상 30日미만이며 재산형인 科料는 2천원이상 5만원미만으로 되어 있다(刑法 제46조·제47조 參照). 이러한 拘留와 科料에 대하여는 부가적인 몰수를 제외하면 가장 가벼운 형벌로 보고 그 가운데에서 科料를 더 가벼운 형벌로 보고 있다.

구류와 과료에 대하여도 특별법에서 그 법정형을 정하는 경우에 1일이상 30일 미만으로 또는 2천원이상 5만원미만의 범위안에서 다시 長期와 短期 또는 다액이나 소액을 정하는 것은 이론적으로 가능하다. 그러나 실제 현행법에서는 대부분 단지 「구류에 처한다」, 「과료에 처한다」라고 정하고 있을 따름이며, 기간 또는 금액을 한정하여 구류·과료의 법정형을 정하는 사례는 거의 없다.

118) 그러나 이 방법은 벌금형에 관해 法院의 量定의 여지를 전혀 인정하지 않고 있다는 점에서 타당한 입법방법인지 의문이다.

119) 이러한 관점에서 日數罰金刑制度·罰金の 分納 및 延納制 등의 도입도 신중하게 검토되어야 할 것으로 본다. 자세한 것은 辛義基, 「벌금형제도의 문제점과 개선방안 -일수벌금형제도를 중심으로-」, 형사정책연구 1996 가을, 101面이하 참조.



<사례-1>

※埋葬및墓地等에관한法律

第20條(罰則) 다음 各號의 1에 該當하는 者는 拘留 또는 科料에 處한다.

1. 第3條, 第9條 내지 第13條 또는 第17條의 規定에 違反한 者
2. 第14條第1項의 規定에 依한 關係公務員의 檢査를 拒否, 妨害하거나 忌避한 者 또는 同條의 規定에 依한 報告를 하지 아니하거나 虛僞의 報告를 한 者

<사례-2>

※山林法

第118條(山林의 形質變更罪등) ②第1項第1號·第2號 또는 第7號의 規定에 違反한 者로서 그 被害價格이 原產地價格으로 1萬圓未滿인 때에는 그 精狀에 따라 拘留 또는 科料에 處할 수 있다.

(4) 沒收·追徵

몰수란 재판에 의하여 범죄와 일정한 관계에 있는 물건을 국가에 귀속시키는 처분으로서 형의 일종이나, 통상의 刑과는 달리 독립하여 과할 수 있는 것이 아니라 사형, 징역등 主刑에 부가하여 과해진다(형법 제49조). 형법은 이를 附加刑이라고 한다. 몰수에 관해서는 刑法 제48조에서 범죄행위에 제공하였거나 제공하려한 물건, 범죄행위로 인하여 발생하였거나 이로 인하여 취득한 물건 및 그 대가로 취득한 물건에 한하여 몰수할 수 있도록 하고 있다. 그리고 刑法 제49조에 의한 몰수는 법원이 그 재량에 의하여 몰수여부를 결정할 수 있는 이른바 任意的 沒收이며, 또한 원칙적으로 범인외의 자에 속하는 경우에는 과할 수 없는 몰수이다. 따라서 이러한 원칙은 다른 법령에서 형을 정하는 경우에도 당연히 적용되는 것이므로, 行政罰則으로 몰수의 형을 정하는 경우에는 형법상의 원칙에 대한 特則을 정할 필요가 있는 경우에 한하여 그 특칙을 정하면 된다.120)

<사례-1>

※自然環境保全法

第39條의2(沒收) 이 法에 위반하여 輸入 또는 搬入되거나 그 輸入 또는 搬入 目的의의 用途로 사용되거나 승인을 얻지 아니하고 輸入·搬入된 사실을 알 면서 賣買·賣買의 알선·授受·占有·所有 또는 陳列되고 있는 滅種危機에 처한 野生物·植物은 이를 沒收한다.

몰수의 대상이 刑法總則에 의한 것과 다른 때에는 이를 표시하되, 이른바 占有沒收의 경우 즉 범죄행위와 일정한 연관이 있으면 범인 이외의 자의 소유에 속하는 경우에도 몰수를 할 수 있도록 하는 규정은 그 물건이 범죄와 일정한 관련이 있다하더라도 범인이 그 물건을 점유하고 있었다는 것만으로 犯人 이외의 者의 소유권을 박탈하는 것일 뿐 아니라, 또한 그 所有者는 범인이 형사피고인이 아니어서 법원에서 진술할 기회도 없으며 상소권도 없으므로 憲法 제23조제1항(재산권보장)·제27조제5항(형사피해자의 공판정진술권)과의 관계상 문제가 많기 때문에 가능한 한 두지 아니하는 것이 바람직하다.<sup>121)</sup> 그러나 부득이 이와

120) 몰수재판은 목적물을 국고에 귀속시키는 효과를 가지며 國庫歸屬의 態樣은 원시취득이다. 國庫에 귀속되는 시기에 대하여는 재판확정시설과 집행시설이 있는데, 大法院判例는 「그 범죄물건이 압수되어 있는 한 재판확정과 동시에 국고에 귀속된다」라고 하여 몰수물이 압수되어 있는 경우에는 裁判確定時說을 취하고 있으나 압수되어 있지 않은 경우에는 아무런 언급이 없다. 沒收物이 압수되어 있지 않은 경우로는 주로 부동산의 경우가 많을 것이고 이때의 물권변동은 판결등 법률의 규정에 의한 물권변동으로서 등기를 요하지 아니하므로 판결확정시 당연히 소유권이 국고에 귀속된다고 보아야 할 것이다. 不動產이외의 물건으로서 압수되어 있지 아니한 것을 몰수하는 경우에는 국가에서 점유권을 취득한 집행시에 권리를 취득한다고 해석함이 상당하다.

121) 「음반및비디오물에관한법률 제16조·제17조에 의한 공연윤리위원회의 심의절차 및 심의기준, 형사재판에서 음반 등 판매업자 등에게 필요한 몰수형을 선고하게 되면 주형인 벌금액보다 부가형인 몰수의 가액이 훨씬 많은 결과가 발생할 수 있다는 점, 풍속영업의규제에관한법률 제10조제1항은 풍속영업을 영위하는 장소에서 음란한 음반·비디오물 기타 물건의 반포·판매·대여 등의 행위를 할 경우 이 법 제25조제1항의 법정형보다 중한 3년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처하도록 규정하면서 필요적 몰수규정을 두지 아니하고 있는 점, 필요적 몰수규정을 두지 않는다고 하여 위 법률조항이 보호하고자 하는 이 법 제6조제1항의 등록제가 무너지는 결과를 가져온다고 하기 어려울 뿐

같은 규정을 두어야 할 필요가 있는 때에는 그 요건을 엄격하게 정할 것이 요구된다. 122)

<사례-1>

※ 農藥管理法

第39條(沒收) 第32條의 規定에 의하여 處罰을 받은 者가 소유·소지하는 農藥과 그 情을 알고 第3者가 취득한 農藥은 그 전부를 沒收한다. 다만, 그 農藥을 沒收할 수 없을 때에는 그 價額을 追徵한다.

<사례-2>

※ 辯護士法

第94條(沒收·追徵) 第27條의 規定에 違反하거나 第90條第1號·第2號 또는 第92條의 罪를 犯한 者 또는 그 情을 아는 第3者가 받은 金品 기타 利益은 이를 沒收한다. 이를 沒收할 수 없을 때에는 그 價額을 追徵한다.

追徵이란 몰수하여야 할 물건의 전부 또는 일부를 몰수할 수 없는 경우에 이에 대신하여 그 가액을 징수하는 처분이다. 추징의 경우에도 刑法 제48조제2항

아니라, 위 법의 입법목적을 달성하는 데 커다란 지장이 초래된다고 볼 수도 없는 점을 종합하면, 무등록 음반판매업자 등이 소유 또는 점유하는 모든 음반 등을 그것이 적법한 것인지 여부를 묻지 아니하고 필요적으로 몰수하도록 규정한 음반및비디오물에관한법률 제25조제2항은 지나치게 가혹한 형벌을 규정함으로써 형벌체계상 균형을 잃고 형벌 본래의 기능과 목적을 달성함에 있어 필요한 정도를 현저히 일탈하여 헌법 제37조제2항의 과잉입법금지원칙에 반하는 규정으로 결국 입법재량권이 자의적으로 행사된 법률조항으로서 헌법에 위반된다.(音盤및비디오물에관한法律 제25조제2항 違憲提請, 1995.11.30. 94헌가3).

122) 「向精神性醫藥品管理法 제47조제1항에 정한 沒收나 追徵은 刑法上的 沒收나 追徵이 犯罪行爲로 인한 利得의 剝奪을 주목적으로 하는 것과 달라 그 행위에 제공된 의약품을 필요적으로 沒收하고 그 沒收가 불가능한 때에는 그 價額을 納付하게 하는 懲罰的 성질의 처분이라 할 것이므로 向精神性醫藥品의 所有者나 最終所持人에 대하여서만 追徵을 명하는 것이 아니라 동일한 의약품을 취급한 자들에 대하여 그 取扱한 範圍內에서 醫藥品價額 全額의 追徵을 명하여야 한다」, 大判 1989. 12. 8. 제3부 판결 89도 1920.

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

에 일반규정을 두고 있으므로, 필요적 추징을 정할 필요가 있을 때에는 행정벌칙에 그러한 취지의 특별규정을 두어야 한다. 한편, 추징을 표시함에 있어서는沒收의 대상이 刑法總則에 의한 것과 다를 때에는 반드시 그 대상을 밝히고 추징을 표시할 필요가 있고, 또한 追徵의 시기를 명확히 할 것이 요구된다.<sup>123)</sup>

#### <사례-1>

##### ※ 競輪·競艇法

第29條(沒收·追徵) 第26條 내지 第28條의 財物은 沒收한다. 다만, 財物을 沒收하기 불가능하거나 財産상의 이익을 취득한 때에는 그 價額을 追徵한다.

#### <사례-2>

##### ※ 糧穀管理法

第31條(罰則) ②第1項의 경우에는 輸出하거나 輸入한 糧穀을 沒收하고, 이를 沒收할 수 없는 때에는 그 糧穀을 時價로 換算한 價額을 追徵한다.

### (5) 懲役과 罰金의 병과

징역과 벌금의 병과의 경우, 즉 형벌 가운데 징역과 벌금이 동시에 포함되어 있는 경우에는 法院이 선택적으로 그 중 하나를 과하는 임의적 병과의 형식을 원칙으로 한다. 그러나 경우에 따라서는 예외적으로 懲役과 罰金을 함께 병과하도록 정하는 형식도 있으나, 그것은 구체적 사건에 대한 과형의 타당성을 상실할 우려가 있으므로 특별한 경우외에는 가능한 한 피하는 것이 좋다.

任意的 併科는 주로 영리를 목적으로 하는 범죄나 영업에 관한 범죄에서 사용

123) 추징가액의 산정기준시에 대하여는 犯行時說, 裁判宣告時說, 裁判確定時說 등 여러 학설이 있으나 우리 판례는 재판선고시설을 따르고 있다. 대법원판결(1991.5.28. 91도352)에 의하면 「물수의 취지가 범죄에 의한 이득의 박탈을 목적으로 하는 것이고 추징도 이러한 물수의 취지를 관철하기 위한 것이라는 점을 고려할 때 추징하여야 할 가액은 범인이 그 물건을 보유하고 있다가 물수의 신고를 받았더라면 잃었을 이득 상당액을 의미한다고 보아야 할 것이므로 그 가액산정은 재판선고시의 가액을 기준으로 하여야 한다」라고 판시하고 있다. 자세한 것은 金日秀, 「韓國刑法II」, 博英社 1997, 606面 참조.

되고 있다. 임의적 병과의 규정방법은 ①선택형의 조항을 먼저 정하고 다음에 조항을 달리하여 정황에 따라 이를 병과할 수 있다는 취지의 병과규정을 두는 방법과 ②통상의 선택형과 병과규정을 1개의 조항에 모두 표시하는 방법 등이 있다.

<사례-1>

※鹽業組合法

第51條(罰則) ①任員이 組合의 事業範圍를 離脫하여 그 財産을 處分한 때에는 3年이하의 懲役 또는 10萬원이하의 罰金에 處한다.

②第1項의 規定에 의한 懲役과 罰金은 이를 併科할 수 있다.

<사례-2>

※都市가스事業法

第49條(罰則) 第3條第1項 前段 또는 第2項 前段의 規定에 의한 都市가스事業 許可를 받지 아니하고 都市가스事業을 營爲한 者는 3年이하의 懲役 또는 3千萬元이하의 罰金에 處하거나 이를 併科할 수 있다.

그리고 임의적 병과의 규정방식으로 다음의 사례와 같이 통상의 선택형조항을 두면서 「情狀에 따라」 이들 형을 병과할 수 있는 취지의 병과조항을 두는 것도 있다.

<사례-1>

※保險業法

第219條(併科) 第211條 내지 第218條의 罪를 犯한 者에게는 情狀에 따라 懲役과 罰金을 併科할 수 있다.

<사례-2>

※典當舖營業法

第36條(併科) 第31條 乃至 第33條에 該當하는 罪를 犯한 者에 對하여는 情狀에 依하여 各本條의 懲役과 罰金을 併科할 수 있다.

3. 過失犯의 경우

刑法 제14조에서는 「正常의 注意를 怠만함으로 인하여 罪의 成立要件인 事實을 인식하지 못한 行爲는 法律의 特별한 規定이 있는 경우에 한하여 處罰한다」라고 하여, 과실범을 처벌하는데 있어서는 법률에 명문의 규정을 요구하고 있다. 이 규정은 동법 제8조의 규정에 의해 타법령에서 형을 정하는데에도 적용되는 것이므로 법령에 있어서 벌칙에 관하여도 적용된다.

따라서 입법에 있어서는 과실범을 처벌하여야 할 것이라고 생각되는 경우에는 명문의 규정을 둘 것이 필요하다. 過失犯의 처벌규정에서는 과실을 「과실」, 「중대한 과실」, 「업무상 과실」 등으로 표시하고, 과실범에 대한 법정형은 故意犯에 비하여 훨씬 가벼워야 하며, 중대한 과실 또는 업무상 과실의 경우를 제외하고는 일반적으로 罰金 이하의 형이 정하여 진다.

<사례-1>

※文化財保護法

第88條(過失犯) ①過失로 인하여 第85條 또는 第86條의 罪를 犯한 者는 100萬원이하의 罰金에 處한다.

②業務上 過失 또는 中대한 過失로 인하여 第82條第3項·第85條 또는 第86條의 罪를 犯한 者는 3年이하의 禁錮 또는 300萬원이하의 罰金에 處하고, 第82條第3項의 경우에는 당해 文化財를 沒收한다.

<사례-2>

※對外貿易法  
 第57條(過失犯) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 2千萬원이하의 罰金에 處한다.  
 1. 重大한 過失로 第23條第1項의 規定에 의한 原産地의 表示를 하지 아니  
 하고 物品을 輸出 또는 輸入한 者  
 2. 重大한 過失로 第23條第3項의 規定에 위반하여 原産地를 오인하도록 原  
 産地를 表示한 者 또는 原産地의 表示를 損傷하거나 변경한 者  
 3. 重大한 過失로 第39條第1項第2號의 規定에 의한 原産地를 허위로 표시  
 한 物品 또는 原産地의 表示를 損傷하거나 변경한 物品을 輸出 또는 輸入  
 한 者

<사례-3>

※環境犯罪의 處罰에 관한 特別措置法  
 第3條(過失犯) ①業務上 過失로 인하여 第2條第1項의 罪를 범한 者는 7年이  
 下の 懲役이나 禁錮 또는 5千萬원이하의 罰金에 處한다.  
 ②業務上 過失로 인하여 第2條第2項의 罪를 범한 者는 10年이하의 懲役이  
 나 禁錮 또는 1億원이하의 罰金에 處한다.

위와 같이 단순히 과실범을 처벌하는 취지가 규정된 경우에는 과실에 의한 犯  
 意의 제거가 범죄의 구성요건중 어느 점에 있는 경우에도 過失犯으로서 처벌하  
 게 되나, 구성요건중 특정의 점에 관하여 과실에 의한 범의가 없는 경우에만 過  
 失犯으로서 처벌할 것을 규정하는 특수한 입법례도 있다.

<사례-1>

※風俗營業의 規制에 관한 法律  
 第10條(罰則) ③第3條第4號의 規定에 위반한 者는 18歲未滿의 者의 年齡을  
 알지 못하였다는 이유로 第2項의 規定에 의한 處罰을 免할 수 없다. 다만,  
 過失이 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

또한 과실범은 위와 같이 형법범이거나 特別法犯이거나를 불문하고 법률에 특

별한 규정이 있는 경우에 한하여 처벌되도록 하는 것이 바람직하다. 그러나 특수한 행정상의 의무에 관해서는 법문에 직접 過失犯을 처벌하는 취지의 규정이 없더라도 법률전체의 취지 또는 사안의 본질에 비추어 과실범의 규정이 있는 것과 마찬가지로 해석할 수 있는 것도 있을 수 있다. 그러나 行政犯, 특히 공공의 복리상의 요청에 의해 일정한 형식적인 절차의 이행을 강제하거나 일정한 사실 또는 사태의 실현을 강제하려는 규정에 대한 위반의 처벌규정에 대해서는 그 성질에 비추어 이러한 해석이 가능한 경우가 있더라도 법문상 그 뜻을 분명히 하는 것이 바람직하다.

#### 4. 未遂·豫備·陰謀

##### (1) 未遂

刑法 제25조에서는 「범죄의 실행에 착수하여 행위를 종료하지 못하였거나 결과가 발생하지 아니한 때에는 미수범으로 처벌한다」라고 규정하고 있다. 따라서 어떤 범죄에 관하여 그 미수를 처벌하기 위해서는 각본조에서 그 뜻을 규정하여야 하나, 각본조에서는 단순히 미수를 처벌한다는 것만을 규정하면 되며 그 경우의 未遂犯의 형은 당연히 刑法 제25조제2항에 의해서 기수죄의 법정형에 임의적 경감을 하게 된다. 따라서 각본조에서는 「미수범은 처벌한다」라는 간단한 규정을 두고, 미수죄의 형에 관해서는 특별히 규정을 두지 않는 것이 일반적이다. 그러나 特別法인 죄를 범한 경우에 그 죄의 미수는 처벌하나 그 때의 형에 관하여는 형법규정에 의한 감경을 배제하여 특별한 法定刑을 두거나 또는 기수에 관한 형과 동일한 형에 처한다는 특별규정을 둘 수도 있다.<sup>124)</sup>

124) 「관세법은 행정법(재정법)으로서 국가경제에 미치는 영향이 크며, 조직성과 전문성, 지능성, 국제성을 갖춘 영리범이라는 특성을 갖고 있어 쉽게 근절되기 어려울 뿐 아니라 범행의 인지·범인의 체포 등이 극히 어렵고 특히 기수와 미수, 미수와 예비를 엄격하게 구별하기 어려울 뿐 아니라 범익침해가능성이나 위험성에 있어서도 크게 차이가 없으므로, 관세법 제182조제2항이 관세포탈죄 등의 예비범과 미수범을 기수범에 준하여 처벌하도록 규정한 것은 관세법의 입법목적 달성을 위하여 선택된 수단 및 방법으로서 적당하다고 인정된다. 또한 관세법 제182조제2항은 특수한 범죄구성요건에 해당되는 자에 한하여 특별히 기수에 준하여 처벌하도록 규정하고 있을 뿐, 어느 특정인에 대하여 그 조항의 적용을 배제하는 것은 아니며, 위와 같이 특수한 구성요건에 해당하는 행위를 특별



<사례-1>

※計量및測定에관한法律

第55條(未遂犯) 第52條第3號, 第53條第4號·第5號, 第54條第2號 내지 第4號  
에 規定된 罪의 未遂犯은 處罰한다.

<사례-2>

※貿易業務自動化促進에관한法律

第25條(罰則) ①第18條第1項의 規定에 위반하여 指定事業者·貿易業者·貿易  
有關機關 및 代行處理事業者의 컴퓨터화일에 記錄된 電子文書 또는 데이터베  
이스에 入力된 貿易情報를 偽造 또는 變造하거나 이를 행사한 者는 1年이상  
10年이하의 懲役 또는 1億원이하의 罰金에 處한다.  
②第1項의 未遂犯은 處罰한다.

<사례-3>

※對外貿易法

第56條(未遂犯) 第54條第2號·第55條第7號 및 第9號의 未遂犯은 각각 해당  
하는 本罪에 準하여 處罰한다.

(2) 豫備·陰謀

예비·음모에 관해서는 刑法 제28조에서 「범죄의 음모 또는 예비행위가 실행  
의 착수에 이르지 아니한 때에는 법률에 특별한 규정이 없는 한 벌하지 아니한  
다」라고 규정하고 있다. 따라서 형법의 각본조 또는 특별법에서 어떠한 범죄의

하게 처벌하는 이유가 질서유지와 공공복리를 위하여 필요함에 있을 뿐, 합리적 근거없  
이 어느 특정인을 일반국민과 차별하거나 다른 특정범죄와 차별하여 특별히 엄단하려 함  
에 있지 아니하므로, 헌법 제11조의 평등원칙이나 헌법 제10조의 인간의 존엄성 존중원  
리에 반하지 아니하며 입법형성재량권의 범위를 일탈한 바가 없다고 할 것이다.……」(關  
稅法 제182조제2항 違憲提請, 1996.11.28. 96헌가13).

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

예비·음모를 처벌하는 규정을 두려는 경우에는 豫備·陰謀를 처벌한다는 것 외에 반드시 그 예비·음모죄에 관하여 형을 정하여야 한다. 예비·음모죄의 형은 既遂의 刑보다 비교적 가볍게 정하는 것이 일반적이다. 또한 煽動에 관해서도 어떤 행위를 선동하는 행위를 처벌하려는 때에는 그 뜻을 규정하여야 한다.

#### <사례-1>

※大麻管理法

第19條(罰則) ①~②(생략)

③第1項의 罪를 범할 目的으로 豫備 또는 陰謀한 者는 10年이하의 懲役に 處한다.

#### <사례-2>

※原子力法

第114條(罰則) ①原子爐를 破壞하여 사람의 生命·身體 또는 財産을 害하거나 기타 公共의 安全을 紊亂하게 한 者는 死刑·無期 또는 3年이상의 有期懲役に 處한다.

②戰爭·天災·地變 또는 이에 準하는 非常事態에 있어서 第1項의 罪를 犯한 者는 死刑 또는 無期懲役に 處한다.

③第1項 및 第2項의 未遂犯은 處罰한다.

④第1項 또는 第2項의 罪를 犯할 目的으로 豫備·陰謀 또는 煽動한 者는 3年이상의 有期懲役に 處한다.

## 5. 教唆·幫助

교사에 관해서는 刑法 제31조제1항에 「타인을 교사하여 죄를 범하게 한 자는 죄를 실행한 자와 동일한 형으로 처벌한다」라고 규정하고 있다. 따라서 특별히 教唆範에 관해 규정하지 않더라도 어떤 범죄행위에 관하여 교사가 있으면 당연히 위의 형법규정이 적용된다.

그러나 교사의 성질에 따라서는 교사하는 행위 그 자체에 상당한 정도로 강한 반사회성을 인정하여 教唆받은 者가 행한 행위와는 관계없이 이를 처벌의 대상으로 하는 것이 적당한 경우가 있다. 이러한 취지를 표현하기 위해서는 教唆行爲 그 자체를 하나의 독립한 범죄유형으로서 특별히 이를 규정할 필요가 있다. 이러한 독립범죄로서의 교사의 죄를 정하는 경우에는 그 教唆의 罪에 관한 법정형은 刑法과는 관계없이 별도로 정한다. 즉 獨立犯으로서의 教唆罪의 규정이 형법의 교사범의 규정에 대한 특별규정을 두는 것은 刑法의 교사범의 규정의 적용이 배제되어 가벼운 법정형으로 처벌되는 것을 피하기 위하여 두게 되는 것이다.

<사례-1>

※畜産物衛生處理法

第21條(罰則) ①다음 各號의 1에 해당하는 者는 5年이하의 懲役 또는 500萬 원이하의 罰金에 處한다.

1. 第3條第1項의 規定에 違反하여 作業場이 아닌 곳에서 獸畜을 屠殺·解體한 者 또는 그 行爲를 教唆하거나 幫助한 者
2. 第11條의 規定에 違反하여 獸畜에 대한 虐待行爲를 한 者 또는 그 行爲를 教唆하거나 幫助한 者
3. 第10條 또는 第14條第1項의 規定에 違反한 者

②第1項의 경우에 懲役과 罰金은 이를 併科할 수 있다.

타인의 범죄를 방조한 방조행위도 형법에서는 從犯으로서 正犯의 형보다 감경하도록 되어 있으나(형법 제32조), 이에 관한 형량에 특별규정을 둘 필요가 있는 때에는 그에 한하여 규정을 둔다.

<사례-1>

※關稅法

第182條(未遂犯등) ①그 情을 알고 第179條 및 第180條의 規定에 의한 行爲를 教唆하거나 幫助한 者는 正犯에 準하여 處罰한다.

②(생략)

## 6. 刑의 감경·면제

형의 減輕이란 각범죄에 관하여 각각 법령으로 정하고 있는 형의 범위, 즉 법정형을 특정한 경우에 일정한 비율로 가볍게 하는 것을 말하며, 형의 免除란 특정의 경우에 유죄이기는 하나 범인에 대한 형을 면제하는 것을 말한다. 형의 감면사유중 모든 범죄에 공통하는 것은 형법총칙에 정해져 있으며, 특별한 범죄에 관해서만 적용되는 감면사유는 각본조에 정하도록 되어 있다. 刑法總則에서는 정상에 따라 언제든지 행할 수 있는 酌量減輕외에(형법 제53조), 심신장애자(제10조), 농아자(제11조), 정당방위(제21조), 과잉방위에 관한 형의 감경(제23조 2항), 미수범(제25조), 중지범(제26조), 불능범(제27조), 중범(제32조), 자수·자복자(제52조) 등을 규정하고 있으며 이들 감경은 법령에서 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 어떠한 법령에 의한 죄에 관하여도 당연히 적용된다.

이러한 일반적 감면외에 특별한 범죄에 관해서만 적용되는 형의 감면사유가 특별한 법령에서 규정되어 있는 사례도 있다. 이러한 특별한 法令에서 규정되는 특별한 감면사유에도 일정한 유형이 있으며, 형법총칙이외에 규정되고 있는 형의 감면사유를 유형별로 살펴보면 다음과 같다.

① 직접 치안에 관계되는 범죄에 대해 그 예비음모를 한 자가 자수한 경우의 형의 감면자수의 경우에 형법 제52조에서 일반적으로 형을 감경할 수 있도록 되어 있으나, 직접 治安에 관계되는 범죄의 예비·음모자에 대하여 필히 刑을 감경 또는 면제하도록 하는 것이 있으며, 이것은 刑法 제52조에 대한 특별규정이라 할 수 있다.

### <사례-1>

※航空機運航安全法

第10條(航空機拉致 豫備陰謀) 第8條의 罪를 犯할 目的으로 豫備 또는 陰謀한 者는 5年이하의 懲役に 處한다. 다만, 그 目的한 罪의 實行에 이르기전 自首한 者는 그 刑을 減刑 또는 免除한다.

②贈賄者가 자수한 경우의 형의 감면

이 경우에는 형을 감경하거나 면제할 수 있도록 규정하는 것이 일반적이며, 임의적 면제가 포함되는 점에서 위의 ①과 마찬가지로 刑法 제52조에 대한 특별 규정이라 할 수 있다.

<사례-1>

※破産法

第373條(破産贈賄罪) ①破産管財人, 監査委員, 破産債權者나 그 代理人 또는 理事나 이에 準하는 者에게 賂物을 約束 또는 供與하거나 供與의 意思를 表示한 者는 3年以下의 懲役 또는 30萬圓이하의 罰金에 處한다.

②前項의 罪를 犯한 者가 自首한 때에는 그 刑을 減輕 또는 免除할 수 있다.

③偽證罪, 허위감정 기타 형사사건 또는 이와 유사한 사건에 관하여 국가의 적정한 공권력행사를 방해하는 범죄에 관하여 범인이 그 사건의 終局處理전에 자수한 경우의 형의 감면의 경우에도 형을 감경하거나 면제할 수 있음을 규정하는 것이 일반적이다.

<사례-1>

※特許法

第226條(偽證罪) ①이 法의 規定에 의하여 宣誓한 證人·鑑定人 또는 通譯人 이 特許審判院에 대하여 虛偽의 陳述·鑑定 또는 通譯을 한 때에는 5年이하의 懲役 또는 500萬圓이하의 罰金에 處한다.<시행일 98.3.1.>

②第1項의 規定에 의한 罪를 범한 者가 그 事件의 査定 또는 審決의 확정전에 自首한 때에는 그 刑을 減輕 또는 免除할 수 있다.

④범인과 일정한 신분관계에 있는 경우의 형의 감면

<사례-1>

※特定經濟犯罪加重處罰等에 관한法律

第12條(報告義務) ⑤第3項 또는 第4項의 罪를 범한 者가 本犯과 親族關係에 있는 때에는 그 刑을 減輕 또는 免除할 수 있다.

⑤단순과실범에 대한 형의 감면

<사례-1>

※應急醫療에 관한法律

第58條(應急醫療行爲에 대한 刑의 減免) 應急醫療從事者가 應急患者에게 發生된 生命의 危險, 心身上의 重大한 危害 또는 症狀의 현저한 惡化를 防止하기 위하여 緊急히 提供하는 應急醫療로 인하여 應急患者가 死傷에 이른 경우 그 應急醫療行爲가 불가피하고 應急醫療行爲者에게 重大한 過失이 없는 때에는 그 情狀을 참작하여 刑法 第268條의 刑을 減輕하거나 免除할 수 있다.

⑥說明, 報告 등 의무위반자에 대한 형의 감면

<사례-1>

※和議法

第74條(說明, 報告, 調查義務違反의 罪) ①第23條 또는 第37條의 規定에 依하여 說明의 義務가 있는 者가 正當한 事由없이 說明을 하지 아니하거나 虛偽의 說明을 한 때에는 1年以下의 懲役 또는 10萬圓이하의 罰金에 처한다. 和議申請人 또는 債務者가 第21條 또는 第36條의 規定에 의한 調查나 報告를 拒否하거나 虛偽의 報告를 한 때에도 또한 같다.

②前項의 罪를 犯한 者가 和議法院에 그 事實을 申告한 때에는 그 刑을 減輕 또는 免除할 수 있다.

⑦拘留 또는 科料에 해당하는 죄에 있어서의 형의 면제

<사례-1>

※輕犯罪處罰法  
 第2條(刑의 免除와 併科) 제1조의 규정에 의하여 사람을 벌함에 있어서는 그 사정과 형편을 헤아려서 그 형을 면제하거나 또는 구류와 과태료를 함께 과할 수 있다.

⑧형의 감경 또는 면제를 하지 않는 경우

위의 사항은 형의 감경 또는 면제하는 것을 규정한 것이나, 형법총칙에 정하는 從犯輕減, 酌量輕減 등의 규정을 적용하지 않는다는 것을 규정한 사례도 있다. 이 사례는 주로 국가의 재정권확보를 위해 전매권을 침해하는 사안에 관하여 그 특수성을 중시하여 벌금을 과하여야 할 경우에 한하여 형법총칙에 정한 형의 감경에 관한 원칙의 적용을 배제한 것이다.

<사례-1>

※담배事業法  
 第31條(刑法의 適用制限) 이 법에 정한 罪를 犯한 者에 대하여는 刑法 第9條·第10條第2項·第11條·第16條·第32條第2項·第38條第1項第2號중 罰金競合에 관한 制限加重規定과 同法 第53條의 規定은 이를 適用하지 아니한다. 다만, 懲役刑에 處할 경우 또는 懲役刑과 罰金刑을 併科할 경우에 있어서의 懲役刑에 대하여는 그러하지 아니하다.

<사례-2>

※關稅法  
 第194條(刑法規定의 배제) ①이 법에 規定한 罰則에 위반되는 行爲를 한 者에 대하여는 刑法 第9條·第10條第2項·第11條·第32條第2項·第38條第1項第2號와 第53條의 規定을 適用하지 아니한다.  
 ②刑法 第16條를 적용하는 경우에 있어서는 法律의 錯誤에 正當한 理由의 有無를 불문한다.  
 ③第1項 및 第2項의 規定은 懲役刑에 處할 경우에는 例外로 한다.

## 7. 告訴, 告發(請求)

### (1) 告訴

고소란 범죄에 따른 피해자 또는 피해자와 일정한 관계에 있는 자가 수사기관에 범죄사실을 신고하여 범인의 처벌을 요구하는 것이나, 법률상 告訴가 문제되는 것은 친고죄의 경우이다. 즉, 고소란 일반적으로는 수사기관에게 범죄수사의 단서가 되는데 불과하고 수사기관은 고소가 있는 사건에 관해서도 반드시 소추하여야 하는 것이 아니라 또한 고소가 없더라도 원칙으로 모든 범죄에 관하여 유효하게 소추할 수 있는 것이나, 예외로서 親告罪에 대해서는 고소가 없으면 유효하게 소추할 수 없는 것이다. 어떠한 죄가 친고죄임을 표현하기 위해서는 「……의 罪는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다」라는 규정을 둔다. 그리고 <사례-2>와 같이 법령에 따라서는 「……의 罪는 告訴가 있어야 論한다」라는 표현을 사용하기도 하나, 이러한 표현은 종래의 일본의 구법령에서 통용되는 사용법을 그대로 모방한 것으로서 적절하지 않다. 법령에서 어떤 죄를 친고죄로 하는 규정을 두게 되면 刑事訴訟法중 고소에 관한 규정이 당연히 적용되므로 고소의 효력 등에 관하여 중복하여 규정을 둘 필요는 없다.

#### <사례-1>

※半導體集積回路의 配置設計에 관한 法律

第45條(侵害罪 등) ①第8條의 規定에 의한 配置設計權 또는 第11條의 規定에 의한 專用利用權을 침해한 者는 3年이하의 懲役 또는 1千萬원이하의 罰金에 處한다.

②第1項의 罪는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다.

#### <사례-2>

※意匠法

第82條(侵害罪) ①意匠權 또는 專用實施權을 침해한 者는 5年이하의 懲役 또는 2千萬원이하의 罰金에 處한다.

②第1項의 罪는 告訴가 있어야 論한다.



그런데 어떠한 범죄가 親告罪인가는 소송법상 매우 중요한 의의를 가지나, 어떠한 죄가 친고죄인가는 형사소송법에 규정이 없으며 각각의 범죄에 관하여 실체법으로 정하고 있다. 따라서 어떠한 죄를 친고죄로 할 것인가는 결국 그 죄를 규정한 당해법령에서 자유로이 정하도록 되어 있으나, 어떤 죄를 親告罪로 하는 것은 환언하면 그 죄의 범인에 대한 국가의 처벌을 피해자 기타 고소권자의 의사와 관련시키는 것이므로 광범하게 친고죄를 인정하는 것은 刑罰의 本質에 비추어 타당하다고는 할 수 없을 것이다. 통상적으로는 범죄자체가 경미한 것이어서 피해자의 의사를 무시하여 범인을 처벌할 필요가 없다고 인정되는 경우 또는 피해자의 의사를 묻지 않고 범인을 소추하는 것이 나아가 피해자에게 불이익하게 되는 경우에 그 죄가 친고죄로 된다. 행정법규에서 친고죄로 규정하고 있는 것을 살펴보면 秘密漏泄에 관한 죄가 많다.<sup>125)</sup>

<사례-1>

※醫療技士등에관한法律  
 第30條(罰則) ①다음 各號의 1에 해당하는 者는 3年이하의 懲役 또는 1千萬 원이하의 罰金에 處한다.  
 1. ~ 2. (생략)  
 3. 第10條의 規定에 위반하여 業務上 알게 된 秘密을 누설한 者  
 4. (생략)  
 ②第1項第3號의 罪는 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다.

<사례-2>

※不正競爭防止法  
 第18條(罰則) ①다음 各號의 1에 해당하는 者는 3年이하의 懲役 또는 3千萬 원이하의 罰金에 處한다.  
 1. ~2. (생략)

125) 그러나 비밀누설에 관한 죄인 경우라도 단순한 피해자개인의 비밀의 보호외에 공공적인 보호법익이 고려되는 때에는 親告罪로 되지 않는 경우가 많다(統計法 제14조 참조).

3. 企業의 任員 또는 職員으로서 不正한 이익을 얻거나 그 企業에 損害를 가할 目的으로 그 企業에 特有한 生産技術에 관한 營業秘密을 第3者에게 누설한 者

②第1項第3號의 規定의 罪에 대한 公訴는 被害者의 告訴가 있어야 한다.

<사례-3>

※發明振興法

第38條(罰則) ①第12條의 規定에 위반하여 不正한 이익을 얻거나 使用者등에 損害를 가할 目的으로 職務發明의 내용을 公開한 者에 대하여는 3年이하의 懲役 또는 3千萬원이하의 罰金에 處한다.

②第1項의 規定의 罪는 使用者등의 告訴가 있어야 公訴를 제기할 수 있다.

(2) 告 發

고발에 관해서도 고소의 경우와 마찬가지로 어떤 범죄에 대하여 고발이 있음이 소송조건으로 되고 있는 경우이며, 법률상으로는 그러한 죄에 관해서만 고발에 관한 규정을 두면된다.

<사례-1>

※外國人投資및外資導入에관한法律

第53條(告發) 第45條 내지 第49條의 罪는 財政經濟院長官의 告發이 없으면 公訴를 提起할 수 없다.

<사례-2>

※工業發展法

第29條(罰則) ①第8條第2項의 規定에 의한 措置命令에 위반한 者는 5千萬원 이하의 罰金에 處한다.

②(생략)

③第1項의 罪는 通商産業部長官의 告發이 있어야 論한다.

刑事訴訟法 제232조에 의하면 고소는 제1심판결선고전까지 취소할 수 있음을 규정하고 있으나, 고발의 취소에 관해서는 별다른 규정이 없다. 따라서 특별법에서 고발을 규정하는 경우에 그 고발의 取消을 인정할 것인가의 여부 및 그 허용되는 시기의 범위를 정할 수 있다.

<사례-1>

※ 獨占規制 및 公正去來에 관한 法律  
第71條(告發) ①第66條(罰則) 및 第67條(罰則)의 罪는 公正去來委員會의 告發이 있어야 公訴를 제기할 수 있다.  
②~③(생략)  
④ 公正去來委員會는 公訴가 제기된 후에는 告發을 取消하지 못한다.

<사례-2>

※ 關稅法  
第232條(通告의 不履行과 告發) 關稅犯人이 通告書의 送達을 받은 때에는 그 날로부터 10日이내에 이를 履行하여야 한다. 이 期間내에 이행하지 아니할 때에는 關稅廳長 또는 稅關長은 즉시 告發하여야 한다. 다만, 10日이 경과한 경우에 있어서도 告發전에 이행한 때에는 例外로 한다.

그리고 고발을 규정한 입법례중에는 법령에 규정된 일정한 위반행위를 주무관청이나 수사기관에 申告 또는 고발한 자에 대하여 褒賞金·보상금을 지급할 수 있다는 취지를 규정한 것도 있다.

<사례-1>

※ 農地法  
第54條(褒賞金) 農林部長官은 다음 各號의 1에 해당하는 者를 主務官廳이나 搜查機關에 申告 또는 告發한 者에 대하여 大統領令이 정하는 바에 의하여 褒賞金을 지급할 수 있다.  
1. ~ 6. (생략)

〈사례-2〉

※大麻管理法

第16條(報償金) 이 法 기타 法令이 規定하는 大麻에 관한 犯罪를 發覺전에 搜查機關에 申告 또는 告發하거나 檢舉한 者에 대하여는 大統領令이 定하는 바에 의하여 報償金을 지급한다.

8. 兩罰規定

(1) 兩罰規定의 必要性

일반적으로 자연법에 관해서는 법인은 범죄능력을 가지지 않는다고 이해되고 있으나, 126) 행정법령에서는 法人의 대표자 또는 법인의 代理人, 사용인 기타 종업원이 그 법인의 의무에 관한 일정한 위반행위가 있을 경우에는 행위자 뿐만 아니라 당해 법인을 동시에 처벌하는 취지의 규정을 두는 예가 많다. 이와 같이 행위자를 처벌하는 외에 그 자와 일정한 관계에 있는 타인도 처벌하는 취지를 정하는 규정을 양벌규정이라고 한다. 오늘날 法人의 犯罪主體性은 널리 인정되고 있으며 그것이 특히 강조되는 부분은 소위 기업범죄, 공해범죄 및 일반 경제범죄의 영역이다. 127) 따라서 법인이라는 조직을 통하여 행하여진 탈법적인 위반행위를 방지하고 장래에 대한 예방조치를 강구하기 위해서는 법인자체에도 형을 과하는 것이 범죄예방의 실효성을 높이려는 취지에서 행위자인 자연인 뿐만 아니라 法人도 처벌하는 양벌규정을 두게 된 것이다. 128)

126) 李炯國, 「法人의 犯罪能力」, 月刊考試 1983. 9., 95~103面 ; 鄭榮錫, 「法人의 犯罪能力」, 延世行政論叢 7輯, 1981. 2., 199~205面 등 參照. 그러나 行政犯에 관한 한 法人의 犯罪能力을 인정하는 것이 국내학자들의 공통된 견해이다. 金南辰, 前揭書, 530面.

127) 金日秀, 「刑法總論」, 博英社 1990, 136面.

128) 그러나 법인의 犯罪能力을 否認하는 입장에서는 ①범죄는 인간의 의사에 기인한 행위이어야 하며 법인은 관념적인 존재이지 그 자체로서의 행위도 의사도 가지지 않으므로 범죄를 행하는 것은 불가능하다. ②형법상의 책임은 윤리적인 비난가능성이므로 윤리적인 실천의 주체가 아닌 법인에게 형법상의 책임을 지울 수는 없다. ③형벌은 책임에 기인한 정신적 작용을 의도하는 제도이며, 이러한 형벌의 작용을 법인에게 부여할 수는 없다. ④현행법상의 형벌은 自由刑이 중심이며 벌금형에 관해서도 이를 남부하지 않는 경

그러나 범죄현상의 변화와 오늘날의 형사정책적 목표설정 및 입법의 추세에 비추어 볼 때 현행법상의 양벌규정은 대단히 낙후되어 있다는 지적이 많다. 즉, 현대사회에 있어서는 法人의 사회적 활동이 널리 승인되기에 이르러 점, 법인의 업무활동에 관련하는 범죄가 현저히 증가되고 있는 점등에서 현행양벌규정에 의한 법인처벌은 무의미하다는 지적이 그것이다. 따라서 現行法은 법인의 유해한 활동을 억제하는 방법으로서 양벌규정에 기인한 罰金을 채용하고 있으나, 이러한 양벌규정은 ①법인에 대한 과형을 행위자의 행위책임과 연계시키기 위하여 자연인인 행위자의 위반행위에 대한 법정형의 최고벌금액이상의 罰金을 법인에게 과할 수 없다는 점, ②兩罰規定에 의하여 처벌되는 범죄의 종류가 한정되어 있으며 본래 법인의 업무활동의 일환으로서 행해지는 중회죄등과 같이 형법범에 관해서는 적용할 수 없다는 점, ③과실추정의 명문규정을 두고있는 것과 그렇지 아니한 것이 있어서 규정형식상으로 통일이 되고 있지 않다는 점, ④兩罰規定을 두어야 할 것인가의 여부에 관한 기준이 불명확한 점등 내용상·형식상의 문제점이 있다. 이러한 문제점을 극복하기 위해서는 법인처벌을 자연인인 기관 내지 종업원의 행위책임으로 부터 해방하고, 법인범죄에 대한 제재를 독자의 것으로 할 것등이 필요하나 이 문제를 한꺼번에 해결하는 방법으로는 종업원의 행위를 법인자체의 행위로서 독립하여 처벌하는데 있다.

이 문제에 관해서는 法理論的인 문제로서 ①법인의 업무에 관한 행위자 가운데 어떠한 자의 행위를 법인의 행위로 할 것인가라는 행위주체의 문제, ②어떠한 행위를 법인자체의 행위로 할 것인가라는 行爲態樣의 문제, ③법인의 행위를 독립적으로 처벌하려는 경우 양벌규정에서 인정되고 있는 감독책임을 어떻게 할 것인가라는 법인의 행위책임과 감독책임을 관계의 문제등이 있으며, 立法政策的으로는 ④법인처벌의 대상으로 하여야 할 범죄의 범위, ⑤법인범죄에 대한 制裁의 내용등의 문제가 있다.<sup>129)</sup> 어떻든 오늘날 法人의 활동이 중시되는 실정에 비추

우의 환형처분으로서 노역장유치가 규정되어 있으며 자유의 구속이라는 점이 관념될 수 없는 법인의 범죄능력이 인정되지 않는 것은 당연하다. ⑤법인을 처벌한다면 위반행위를 현실로 행하고 있지 않은 법인 기타 구성원을 처벌하게 된다. ⑥법인에 관해서는 자연인인 行爲者 本人을 처벌하면 족할 뿐 아니라 법인의 대표자가 위반행위를 한 경우에 법인도 처벌한다면 하나의 행위를 이중으로 처벌하게 된다는 등을 근거로 내세우고 있다.

129) 한편 이 문제와 관련하여 日本에서는 1990년부터 법인처벌의 입법문제가 본격적으로 논의된 바 있다. 즉 1991년에 발생한 이른바 證券不祥事事件이 커다란 사회문제가 되면

어 법인에 대해 生命刑에 상응한 재산, 자유형에 상응한 일정기간의 영업활동정지, 금융의 제한, 면허의 박탈 등을 입법론적으로 고려하여야 할 것으로 본다.<sup>130)</sup>

## (2) 兩罰規定의 立法形式

행정법상 양벌규정을 두는 형식으로는 거의 통일되어 있는 바, 「법인의 대표자나 법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원이 그 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제○조의 위반행위를 한 때에는 행위자를 벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 해당조의 벌금형을 과한다」라는 방법이 그것이다. 또한 兩罰規定의 위치는 벌칙규정다음, 과태료규정 앞에 둔다. 그러나 법률에서 兩罰規定을 두는 경우에는 위의 일정한 정형을 그대로 답습할 것이 아니라, 다음과 같이 유의하여야 할 사항이 매우 많다는 점을 인식하여 신중하게 규정하여야 할 것이다.

서 이사건과 관련하여 國會에서 현행 양벌규정으로는 법인등에 대한 벌금액이 낮아서 형벌로서의 효과가 불충분하다는 점이 지적되어, 법인의 처벌을 엄격하게 하는 제도의 도입문제가 본격적으로 논의되기 시작하였다. 그리하여 法務大臣산하의 法制審議會에서 이 문제에 관하여 집중적으로 심의한 결과 1991년 12월에 개최된 법제심의회 刑事法部會에서 「현행 양벌규정의 방식에 관한 검토결과」가 보고되어 원안대로 통과되었다. 이 안에 의하면 현행법의 양벌규정의 범주내에서 법인등에 대한 벌금형의 다액과 행위자에 대한 벌금액의 다액의 연동을 분리하는 것이 가능한가를 검토하고 그 결과 兩罰規定의 연혁, 사업주처벌의 근거를 검토함으로써 법인의 범죄능력에 관한 입법상의 조치를 하지 않더라도 현행법하에서 분리하는 가능하다는 결론에 도달하였다. 그리하여 양벌규정에 있어서 사업주와 행위자의 連動의 문제가 해결되어 약60년에 걸쳐 계속되어 온 양벌규정은 근본적으로 그 취지가 바뀌게 되었다. 자세한 내용은 山本和昭, 「兩罰規定における業務主に對する罰金額と行爲者に對する罰金額の連動の切り離しについて」, 判例時報 제1402호(1993), 3面 ; 大谷 實, 「法人處罰の在り方 -將來の立法の選擇(1)(2)」, 同志社法學 43권2호, 1993, 183面이하 ; 角田正己, 「兩罰規定の制度見直しの動向について」, NBL 제490호, 1992.2.1., 19面이하 참조.

130) 상세한 것은 崔英哲, 「法人處罰規定에 관한 實務的 考察」, 檢察 1979. 12., 152~166面 참조. 이에 대해 「형법에는 이러한 형벌이 존재하지 아니한다. 만일 “입법론적으로” 고려해야 한다고 한다면 ① 해당법분야에서 이미 이와 같은 제재를 규정하여 시행하고 있기 때문에 사회통제 전체체계의 관점에서 불필요하고, ② 刑事政策的으로 보면 그것은 형법의 私法化 경향으로 형법의 비대화를 초래할 수 있을 뿐이다.……우리는 형법과 형벌이 너무 많아서 올바른 형사정책을 펼 수 없다는 사실을 거듭 새겨야 할 것이다」라는 비판론도 제기되고 있다. 裴鍾大, 前揭論文, 162面以下.

〈사례-1〉

※著作權法

第103條(兩罰規定) 法人의 代表者나 法人 또는 個人의 代理人·使用人 기타의 從業員이 그 法人 또는 個人의 業務에 관하여 이 章의 罪를 범한 때에는 行爲者를 罰하는 외에 그 法人 또는 個人에 대하여도 각 해당條의 罰金刑을 과한다.

〈사례-2〉

※鑛業法

第117條(兩罰規定) 法人의 代表者나 法人 또는 個人의 代理人·使用人 기타의 從業員이 그 法人 또는 個人의 業務에 관하여 第114條 내지 第116條의 違反行爲를 한 때에는 行爲者를 罰하는 외에 그 法人 또는 個人에 대하여도 각 本條의 罰金刑을 科한다.

(3) 兩罰規定과 관련한 몇가지 유의사항

현행 법령에 규정하고 있는 약260여개의 兩罰規定중 그 대부분은 위의 사례에서 보는 것과 같은 전형적인 유형에 따라 양벌규정을 두고 있다. 그러나 현행법에 규정하고 있는 양벌규정 가운데에는 다음과 같은 약간의 특별한 사례도 있다.

①우선 전형적인 입법례와 같은 유형에 속하나 아래의 사례와 같이 단서규정을 두어 양벌규정에 의한 처벌이 법인이나 개인의 過失에 기인하는 것임을 밝히고 있는 것이 있다.

〈사례-1〉

※農漁村道路整備法

第33條(兩罰規定) 法人의 代表者 또는 法人이나 自然人的 代理人, 使用人 기타의 從業員이 그 法人 또는 自然人的 義務에 관하여 第32條에 規定하는 行爲를 하였을 때에는 行爲者를 罰한 외에 그 法人 또는 自然人에 대하여 各 本條에 規定한 罰金刑을 科한다. 다만, 그 위반행위를 방지하기 위하여 당해 業務에 관하여 상당한 주의와 監督을 태만히 하지 아니하였을 때에는 그 法人 또는 自然人은 罰하지 아니한다.

〈사례-2〉

※ 産業安全保健法

第71條(兩罰規定) 法人의 代表者 또는 法人이나 個人의 代理人·使用人(管理 監督者를 포함한다) 기타 從業員이 그 法人 또는 個人의 업무에 관하여 第 67條 내지 第70條의 違反行爲를 한 때에는 그 行爲者를 罰하는 외에 그 法 人 또는 個人에 대하여도 同條의 罰金刑을 科한다. 다만 管理監督者가 위반 의 計劃을 알고 그 방지에 필요한 措置를 하였거나 違反行爲를 알고 그 是正 에 필요한 措置를 하였을 때에는 그러하지 아니하다.

〈사례-3〉

※ 地下生活空間空氣質管理法

第12條(兩罰規定) 法人의 代表者나 法人 또는 個人의 代理人·使用人 기타 從 業員이 그 法人 또는 個人의 業務에 관하여 第10條의 위반행위를 한 때에는 그 行爲者를 罰하는 외에 그 法人 또는 個人에 대하여 해당 條의 罰金刑을 과한다. 다만, 法人 또는 個人이 그 위반행위를 방지하기 위하여 당해 業務 에 관하여 상당한 주의와 監督을 태만히 하지 아니하였을 때에는 그 法人 또 는 個人은 罰하지 아니한다. 〈시행일 97.12.30〉

일반적으로 양벌규정에 의하여 법인이 처벌되는 경우 법인의 형사책임의 근거에 관해서는 無過失責任說(법인의 범죄능력부인론을 전제로 하여 양벌규정상 법인의 처벌은 행정단속의 목적을 위해 정책상 인정되는 무과실책임이라는 견해)과 過失責任說(양벌규정상 법인의 처벌은 종업원의 선임·감독상의 과실책임을 근거로 한다는 견해)이 있다. 그리고 통설은 양벌규정에 의해 법인이 처벌되는 근거로서 과실책임설을 취하고 있다.<sup>131)</sup> 그런데 위의 사례와 같이 과실에 대한 포괄적인 면책규정을 둔 경우에 이를 어떻게 보아야 할 것인가가 문제된다. 이

131) 자세한 내용은 이기현 외, 「법인의 형사책임에 관한 비교법적 연구」, 한국형사정책연구원, 1996.7., 103면이하 참조.



러한 免責規定의 취지에 관하여 우리의 판례는 「법인은 엄격한 무과실책임은 아니라 하더라도 그 과실의 추정을 강하게 하고 그 입증책임도 법인에게 부과함으로써 양벌규정의 실효를 살리자는데 그 목적이 있다」라고 하고 있다.<sup>132)</sup> 결국 이러한 단서규정을 두면 업무주체인 法人이나 개인의 책임이 과실에 근거한다는 것이 분명해지고 또한 과실이 없음에 대한 입증책임도 법인 등 업무주체에게 전환되는 것이 분명하다. 그러나 이러한 단서규정이 없더라도 양벌규정에서 업무주체의 책임은 종업원의 選任監督에 관한 과실에 근거하고 있는 것이고 이러한 과실은 일을 추정되는 것으로 보는 해석기준이 확립되어 있으므로 구태여 단서규정을 붙일 필요는 없을 것이다.<sup>133)</sup> 최근의 우리의 兩罰規定의 입법례의 흐름은 이러한 면책규정을 삭제해가는 추세에 있으며 실제로 종래 양벌규정의 단서가 있던 公衆衛生法, 建築法 등도 법률개정시에 면책규정을 삭제하였다.

② 일부 양벌규정의 입법례에서는 위반행위의 주체를 일정범위로 한정하여 규정하고 있는 것이 있다. 일반적인 兩罰規定의 입법례에서는 위반행위의 주체를 「법인의 대표자», 「법인 또는 개인의 대리인·사용인 기타 종업원」으로 한정되어 있다. 그러나 다음의 사례와 같이 違反行爲의 主體를 달리 표현하고 있는 입법례도 있다. 이러한 경우는 주로 특수한 업무영역에서 그 업무주체를 규율하기 위한 목적으로 규정하는 것으로서 위반행위의 주체를 한정하고 있는 것은 그 위반행위가 일종의 身分犯으로서의 성격을 지니고 있다.

<사례-1>

※ 建築士法

第42條(兩罰規定) 建築士事務所開設者の 代理人·使用人 기타 從業員이 그 開設者の 業務에 관하여 第39條의 違反行爲를 한 때에는 그 行爲者를 罰하는 외에 당해 建築士事務所의 開設者에 대하여도 各 本條에 規定된 罰金刑을 科한다.

132) 1992.8.18. 92도1395.

133) 同旨 ; 윤장근, 「양벌규정의 입법례에 관한 연구」, 法制 제438호, 1994.6., 107면.

<사례-2>

※不動産仲介業法

第40條(兩罰規定) 仲介業者인 法人의 任員·從業員이나 仲介業者가 雇傭한 公認仲介士 및 仲介補助員이 仲介業務에 關하여 第38條의 規定에 해당하는 違反行爲를 한 때에는 그 行爲者를 罰하는 外에 그 仲介業者에 대하여도 同條에 規定된 罰金刑을 科한다.

<사례-3>

※關稅法

第195條(兩罰規定) 다음 各號의 1에 해당하는 者의 使用人이 本人의 業務에 關하여 이 法에 規定한 罰則에 위반되는 行爲를 한 때에는 그 行爲者를 處罰하는 外에 本人도 處罰한다. 第192條의2에 해당하는 경우에는 그러하지 아니다.

1. 特許保稅區域의 設營人
2. 輸出(輸出用原材料에 대한關稅等還給에 關한特例法 第2條第2項의 規定에 의 한 輸出등을 포함한다)·輸入 또는 運送을 業으로 하는 者
3. 關稅士
4. 開港場안 用達業者

아울러 다음의 사례와 같이 양벌규정의 적용을 일반적으로 법인에게 한정하고 개인에 대하여는 적용하지 않는 경우도 있다.

<사례-1>

※法務士法

第76條(兩罰規定) 法務士合同法人의 構成員 또는 構成員이 아닌 소속 法務士가 法人의 業務에 關하여 第72條·第73條 또는 第75條의 위반행위를 한 때에는 그 行爲者를 罰하는 外에 法務士合同法人에 대하여도 各 해당條의 罰金刑을 科한다.

〈사례-2〉

※새마을金庫法

第67條(兩罰規定) 금고 또는 聯合會의 代表者나 代理人, 使用人 기타 從業員이 그 금고 또는 聯合會의 業務에 관하여 第66條第1項 또는 第2項의 規定에 해당하는 行爲를 한 때에는 그 行爲者를 罰하는 외에 금고 또는 聯合會에 대하여도 同條同項의 規定에 의한 罰金에 처한다.

이와 같이 위반행위의 주체를 특정인 또는 법인 등으로 한정하는 입법례도 있으므로 양벌규정의 작성에 있어서는 별칙전반을 상세히 검토하여 그 주체를 한정할 것인가의 여부에 관하여 신중한 판단을 할 것이 요구된다.

③위의 두번째와 관련하여 위반행위의 주체를 법인에게 한정하는 경우에도 법인중 法人格없는 團體를 포함하는 사례도 있다. 사법상 「法人」이라는 형식적 인격취득절차가 형법상의 범죄능력의 존부에 그대로 적용될 것인가, 즉 법인격없는 단체도 일정한 조직기구를 가지고 사회적·경제적으로 사업의 하나의 단위로 인정되고 사업주체로서 사업을 하는 경우에 법인격없는 단체의 처벌규정이 없는 경우에 법인과 똑같이 처벌되어야 할 것인가라는 점이 문제가 된다. 이 문제에 대하여는 실질적으로 조직체로서 활동하고 있고, 사회적 위험성이나 법익 침해의 정도가 법인격취득 여부에 따라 차이가 없다면 법인과 법인격없는 단체를 구분하여 논할 필요는 없다는 지적도 있다.<sup>134)</sup>

그러나 행정법규의 규정에 「法人 또는 個人」이라는 명문의 규정이 있는 경우에 법인격없는 단체까지 포함된다고 하는 것은 죄형법정주의의 유추해석금지의 원칙에 반하는 것이라 할 수 있다. 구성원 개인에게 통제를 가함으로써 충분히 단체범죄의 규제에 대한 효과를 거둘 수 있으므로 명문의 규정이 없는 한 유추 적용은 허용될 수 없다고 하여야 한다. 따라서 현행법상 法人格없는 團體등에 관해서는 다음의 사례와 같이 명문규정을 두어야 할 것으로 본다.<sup>135)</sup>

134) 자세한 논의내용은 강창웅, 「행정형법에 있어서 법인의 처벌·공범문제」, 사법논집 제14집, 442면이하 참조.

135) 이와 관련하여 日本의 학설에서는 ①국가·지방자치단체, 외국법인에 관해서는 적용

<사례-1>

※獨占規制및公正去來에관한法律

第70條(兩罰規定) 法人(法人格 없는 團體를 포함한다. 이하 이 條에서 같다)의 代表者나 法人 또는 개인의 代理人·使用人 기타 從業員이 그 法人 또는 개인의 업무에 관하여 第66條(罰則) 내지 第68條(罰則)의 違反行爲를 한 때에는 行爲者를 罰하는 외에 그 法人 또는 개인에 대하여도 各 本條의 罰金刑을 科한다.

<사례-2>

※嬰幼兒保育法

第32條(兩罰規定) 法人이나 團體의 代表者 또는 法人이나 團體·個人의 代理人·使用人·其他의 從事者가 그 法人이나 團體 또는 個人의 業務에 關하여 第31條의 違反行爲를 한 때에는 그 行爲者를 處罰하는 외에 그 法人이나 團體 또는 個人에 對하여도 各 本條의 罰金刑을 科한다.

<사례-3>

※保險業法

第227條(兩罰規定) ①法人(法人이 아닌 社團 또는 財團으로서 代表者 또는 管理人制가 있는 것을 포함한다. 이하 이 項에서 같다)의 代表者 또는 法人이나 個人의 代理人·使用人 기타의 從業員이 法人 또는 個人의 業務에 關하여 第211條, 第218條, 第221條 또는 第225條의 違反行爲를 한 때에는 行爲者를 罰하는 외에 그 法人 또는 個人에 對하여 各 本條의 罰金刑을 科한다.

②第1項의 規定에 依하여 法人이 아닌 社團 또는 財團을 處罰하는 경우에는 그 代表者 또는 管理人이 그 訴訟行爲에 關하여 當해 社團 또는 財團을 代表하며 法人을 被告人으로 하는 경우의 刑事訴訟에 關한 法律의 規定을 準用한다.

제외규정이 없는 한 법인의 처벌은 가능하다. 그에 관하여 명문규정을 두어야 할 것이다. ②1인회사법인에 관해서는 법인으로서 법제상 유리한 취급을 받는 이상 법인으로서制裁가 가능하다. ③설립준비중의 법인에 관해서는 위반행위시에 법인격이 존재하지 않으므로 처벌할 수 없으며, ④해산후의 법인에 관해서는 처벌이 가능하다. ⑤사회조직변경후의 법인도 동일성을 상실하지 않는한 처벌이 가능하다고 본다. 자세한 것은 松原久利, 「現行의 法人處罰の在り方とその理論上の問題」, 同志社法學 제42권4호, 1993, 111면.

④양벌규정에 있어서의 違反行爲의 범위의 문제이다. 일반적인 양벌규정에 있어서 위반행위의 범위는 「법인 또는 개인의 業務에 관하여」 위반행위를 한 경우에만 처벌대상으로 하고 있다. 그러나 다음의 사례와 같이 違反行爲의 範圍를 한정하지 않은 입법례도 있다. 이 경우 업무주체인 법인이나 개인의 처벌은 종업원등에 대한 선임감독에 관련한 過失責任을 전제로 하고 있고, 선임감독은 업무관계에서 발생하는 것이므로 「업무에 관하여」라는 제한을 두지 않은 경우에도 업무외의 일에 관하여 책임을 지게 되는 것이 아니라고 할 수 있으나, 위반행위의 범위를 특정하는 것이 바람직하다고 본다.<sup>136)</sup>

〈사례-1〉

※國土利用管理法  
 第35條(兩罰規定) 法人의 代表者, 法人 또는 個人의 代理人, 使用人 기타의 從業員이 第31條의2 또는 第32條의 違反行爲를 한 때에는 그 行爲者를 罰하는 외에 그 法人 또는 個人에 대하여도 각 本條의 罰金刑을 科한다.

〈사례-2〉

※醫療法  
 第70條(兩罰規定) 法人의 代表者 또는 法人이나 個人의 代理人, 使用人 其他 從業員이 第66條 乃至 第69條의 違反行爲를 한 때에는 行爲者를 處罰하는 외에 그 法人 또는 個人에 對하여도 各本條에 規定된 罰金刑을 科한다.

아울러 위반행위의 범위와 관련하여 「業務」를 특정한 사례도 있고, 「업무」뿐 아니라 「재산」에 관한 경우까지 확장하고 있는 입법례도 다수 있다.

---

136) 윤장근, 전계논문, 104面.

<사례-1>

※麻藥法

第71條(兩罰規定) 法人의 代表者 또는 法人이나 個人의 代理人·使用人 기타 從事者가 그 法人 또는 個人의 麻藥業務에 關하여 이 法에 定한 罪를 犯한 때에는 行爲者를 罰하는 外에 當해 法人 또는 個人에 對하여도 500萬원이하의 罰金에 處한다. 다만, 第66條에 規定된 罪에 해당하는 경우에는 그 해당 條에서 定한 罰金에 處한다.

<사례-2>

※文化財保護法

第94條(兩罰規定) 法人의 代表者 또는 法人이나 個人의 代理人·使用人 기타 從業員이 그 法人 또는 個人의 業務나 財産의 管理에 關하여 第82條 내지 第92條의 違反行爲를 한 때에는 行爲者를 罰하는 外에 그 法人 또는 個人에 對하여도 各 本條의 罰金刑을 科한다.

<사례-3>

※小河川整備法

第28條(兩罰規定) 法人의 代表者, 法人 또는 個人의 代理人·使用人 기타의 從業員이 그 法人 또는 個人의 業務 또는 財産에 關하여 第27條의 規定에 의한 違反行爲를 한 때에는 行爲者를 罰하는 外에 그 法人 또는 個人에 對하여도 同條의 罰金刑을 科한다.

⑤현행 양벌규정의 처벌에 있어서 대부분의 입법례에서는 罰金刑을 과하도록 규정하고 있다. 그런데 다음의 사례에서 보는 것처럼 일부 입법례에서는 벌금외에 科料를 포함시키거나 행정질서벌인 過怠料를 규정한 경우가 있다.

<사례-1>

※印章業法

第11條(兩罰規定) 법인의 대표자, 법인 또는 개인의 대리인, 사용인 기타 종사자가 법인 또는 개인의 업무에 관하여 제8조·제9조 및 제10조에 해당되는 행위를 한 때에는 행위자를 처벌하는 외에 그 법인 또는 개인에 대하여도 각 본조의 벌금 또는 과료에 처한다.

<사례-2>

※相互信用金庫法

第41條(兩罰規定) 法人의 代表者 또는 法人이나 個人의 代理人·使用人 기타 從業員이 그 法人 또는 個人의 業務에 관하여 前2條의 規定에 해당하는 행위를 한 때에는 그 行爲者를 處罰하는외에 當해 法人 또는 個人에 대하여도 各 本條의 罰金 또는 過怠料에 處한다.

<사례-3>

※郷校財産法

第17條(兩罰規定) 郷校財團의 代表者, 代理人, 使用人 其他 從業員이 前3條의 規定에 該當하는 行爲를 한 境遇에는 그 行爲者를 處罰하는 外에 그 郷校財團에 대하여도 罰金, 科料 또는 過怠料를 科한다.

법인의 처벌에 관해서는 원래 法人이라는 단체조직이 스스로 범죄를 범할 수 있는가라는 법인의 범죄능력의 유무에 관한 기본적인 문제가 있는외에 양벌규정에 의하여 법인을 처벌하는 근거에 관해서도 논의가 대립하고 있으며, 나아가 벌금이외의 제재로서 제재규정의 형식이나 제재 그 자체의 방식에 대해서도 논란이 있다. 따라서 양벌규정에 있어서 罰金이외의 방식을 두는 것에 관해서는 위와 같은 기본적인 문제와 깊은 관련성이 있는 만큼 벌금이외의 다른 제재가

가능하다 또는 아니다를 단적으로 말하기는 어려운 문제이다.<sup>137)</sup>

법인의 범죄능력을 부인하는 입장에서는 過怠料制度의 도입을 주장하나, 과태료제도를 채용하고 있는 독일이나 프랑스에서도 책임주의 등의 관점에서 비판이 제기되고 있을 뿐 아니라, 벌금만을 인정하는 영국에서는 법원의 명령에 의거한 불이익공표, 사회봉사명령, 징벌적금지명령, 손해배상명령 등이 도입되고 있다. 어떻든 양벌규정에 있어서 벌칙은 金錢的 制裁가 유효하며, 그것은 法人犯罪가 문제가 되는 법인의 대부분은 이윤을 추구하는 영리법인이며 영리법인에 있어서는 금전적 제재가 가장 범죄억제에 유효하기 때문이다. 따라서 문제는 법인에 대한 적정한 벌금을 양정하는데 적합한 방법을 모색하는 것에 있다고 할 것이다. 그러나 이에 대해 「법인에 대한 벌금형제도는 비록 그것이 집행가능하다고 해도 입법기술적으로 잘못된 것이고 형법이론적으로 정당화될 수 없다. 그것은 過怠料로 전환되어야 한다. 동일한 제재효과를 거둘 수 있음에도 굳이 형벌인

137) 이와 관련하여 외국의 입법례를 살펴보면, ①獨逸의 경우에는 법인에 대한 제재는 「질서위반법」 제30조에서 규정하고 있다. 독일에서는 법인은 범죄능력을 가지지 않는다는 것이 일관된 판례의 입장이며 법인에 대해서는 형벌로서의 罰金이 아니라 過怠料에 처해지고 있다. 그 최고액은 고의의 범죄행위의 경우에는 100만마르크, 과실행위의 경우에는 50만마르크로 되어 있으며, 과태료는 위반행위로 부터 얻은 재산상의 이익을 초과하는 것이어야 하도록 되어있기 때문에 이득액이 상기의 금액을 초과하는 경우에는 이 상한을 초과하는 過怠料를 과할 수 있다. ②스위스의 경우에는 법인등의 인적단체의 범죄능력은 일반적으로 부인되고 있다. 그러나 경찰형법, 행정형법, 경제형법의 영역에서는 예외로서 인적단체에 대해 罰金, 過怠料를 과하고 있는 외에 인적단체의 기관 또는 포괄적 대리인이 업무에 관해 행한 행위에 대해 벌금, 과태료를 과하고 있다. ③프랑스의 경우에는 법인은 형법상 책임을 지는 것이 아니라 그 책임은 기관 내지 대리인개인이 지는 것이 원칙으로서 판례가 확립되어 있다. 그러나 特別法에서 규정이 있는 경우에는 별도로 법인에 대해서는 영업정지를 인정하고, 벌금에 대한 법인의 연대책임 및 법인으로 부터의 몰수를 규정하고 있다. ④영미국가에서는 자연인만이 범할 수 있는 범죄 및 법정형이 체형뿐이어서 법인에게 적용할 수 없는 범죄를 제외한 일질의 범죄에 관해 법인도 하나의 Person으로서 형사책임이 긍정되고 있으며, 그 처벌은 罰金에 의한다. ⑤일본의 경우에는 양벌규정은 형벌에 관해서만 정하는 것이 일반적인 예이며, 동일한 법령중에 형벌과 과료가 규정되어 있는 경우에도 양벌규정에 관해서는 料料를 제외하여 형에 관해서만 적용하도록 규정하고 있다. 과료에 해당하는 행위는 그 위법성도 대체로 경미한 것이므로 그 행위가 타인의 업무 또는 재산에 관해 행해진 경우에 있어서도 그 타인에 대해서까지 연좌적으로 처벌할 정도의 필요가 없기 때문이라고 한다. 종래에는 일부 법령에서 우리의 경우처럼 과료를 규정한 사례가 있었으나 현재에는 없다.



벌금으로 규정하여 사회통제 전체체계의 질서를 깨트려야 할 이유가 없다. 이러한 파행적 입법관행은 전통사회의 法思考에 그 뿌리가 있는 것으로 보인다.…… 이러한 입법관행은 하루빨리 시정되어야 한다」라고 주장하는 견해도 있다.138)

## 9. 過怠料

### (1) 意義

과태료란 행정목적에 직접 침해하는 행위에 대하여 과하는 行政刑罰과는 달리, 행정법규의 위반의 정도가 비교적 경미하여 직접적으로 행정목적이나 사회법익을 침해하는데 까지 이르지 않고 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있을 정도의 단순한 업무태만에 대하여 과하는 일종의 金錢罰을 지칭하는 것을 말한다.139) 과태료는 금전에 의한 행정벌의 수단이라는 점에서 행정형벌인 벌금·과료등과 공통점이 있으나, 행정형벌인 罰金·科料는 직접적으로 행정목적이나 사회법익을 침해하는 경우에 과하며 과태료는 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 줄 위험성이 있는 정도의 단순한 의무태만에 대하여 과하는 것이라는 점에서 양자는 서로 다르다. 따라서 과태료는 그것이 형벌과는 그 성격이 다르기 때문에 형법총칙의 규정이 적용되지 않으며 따라서 과태료가 과하여져도 前科者가 되는 것은 아니며, 다른 벌칙과의 사이에 누범관계가 생길 수 없다.

한편 최근에는 과태료와 같이 금전에 의한 행정상 의무이행확보수단이 증가하고 있는 바, 그 가운데 加算金·加算稅·不當利得稅등과 같은 금전적인 제재수단은 금전상의 제재라는 점에서 과태료와 유사하나, 그것은 행정벌이 아니라 행정상 의무위반에 대한 이행을 확보하기 위한 행정상의 수단이라는 점과 부과금액이 가벌성의 정도에 따라 정해지는 것이 아니라 금전상의 의무위반정도에 의하여 결정된다는 점등에서 과태료와 구별된다.

이러한 과태료는 행정기관의 입장에서 보면 행정적 판단에 의하여 직접부과하고, 복잡한 사법적 절차를 거치지 않고 신속한 절차에 의하여 부과할 수 있으며,

138) 상세한 것은 裴鍾大, 「法人의 犯罪能力」, 考試研究 1991.9., 164面以下 參照.

139) 과태료의 개념에 관한 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「過怠料制度의 現況과 改善方案」, 1994, 11面이하 참조.

행정법규위반자도 복잡한 절차나 전과의 우려없이 처벌을 받을 수 있다는 점과 行政刑罰에 비해서 상대적으로 가벼운 制裁手段이라는 이유 등에서 법령에서 널리 채용되고 있다. 행정의무위반자에 대한 제재수단으로서의 과태료는 행정형벌에 비하여 국민의 편의, 행정능률 등 여러 면에서 효율적인 제도로서 인식되면서 앞으로도 법령에 있어서 과태료제도를 규정하는 사례가 증가할 것으로 예상된다. 그러나 현행 過怠料制度는 벌금등과 같은 행정형벌에 비해 부과 및 귀속 주체의 문제, 부과기준의 상이 등 여러가지 측면에서 개선·보완하여야 할 점이 다수 있다.<sup>140)</sup>

## (2) 過怠料의 規定方式

과태료의 규정방식은 종래에는 몇가지 유형이 있었으나,<sup>141)</sup> 1985년 8월 법제처내부의 법령입안심사기준으로 과태료규정의 입법형식을 정형화한 이래 현재는 거의 대부분의 법률이 정형화된 형식으로 過怠料를 규정하고 있다.<sup>142)</sup>

140) 자세한 것은 김석균, 「과태료제도의 발전에 관한 연구 -지방자치법을 중심으로」, 法制 제465호, 1996.9., 69~95面 참조.

141) 이에 관한 것은 조정찬, 「과태료제도의 현황과 개선방안」, 법제연구총서, 1993, 113面이하 참조.

142) 그러나 과태료의 입법형식과 관련하여 과태료처분대상자가 이의신청을 하는 경우 불복에 대한 법원의 판단은 非訟事件節次法에 의하도록 하는 것은 문제가 있다는 지적도 있다. 즉, 일반적으로 비송사건이라 함은 사인간의 생활관계의 결정은 사적자치의 원칙에 따라 사인상호간의 자유로운 의사결정에 의하고 국가는 이에 관여하지 않는 것이 원칙이지만 공익상 중요한 관계가 있는 私法關係에 있어서는 이를 개인의 자유에 방입하는 것은 적당하지 않으므로 그 필요에 의하여 국가기관이 사권관계에 관여하는 사건이라고 할 수 있다. 그러나 過怠料事件은 행정상 의무위반에 대한 제재수단으로 국가권력에 기초하여 부과되는 금전벌로서 비송사건과는 그 성격을 달리한다. 따라서 非訟事件節次法에 의하여 과태료재판을 하는 경우에는 행정기관의 과태료부과에 대하여 이의신청의 경우에 당해 의무위반사건을 직접 조사한 행정기관의 부과를 위한 전치절차는 法院의 결정을 위한 법적효력이 인정되지 않으며 행정기관이 의견을 진술하거나 제출하는등 행정기관의 과태료재판의 참여기회가 봉쇄되고 있으며, 검사의 기소에 의하여 앞의 행정절차와는 다른 사법절차가 다시 진행되는 문제점이 있다는 점과 아울러 과태료사건을 법원이 관여하도록 하는 것은 법원의 업무과중에 따른 졸속재판의 우려가 있다는 점등을 지적하고 있다. 그리하여 과태료의 부과·징수절차에 있어서 불복시 비송사건절차법에 의하여 법원이 판단하도록 하는 규정은 지방자치법 제130조제3항과 같이 불복절차는 행정쟁송법에 의하도록 하는 것이 타당하다고 한다. 자세한 내용은, 김석균, 전게논문, 91面이하 참조.

①법률의 규정방식

제○○조(과태료) ①다음 각호의 1에 해당하는 자는 ○만원이하의 과태료에 처한다.

1. ~5. (생략)

②제1항의 규정에 의한 과태료는 대통령령이 정하는 바에 의하여 ○○○장관(시·도지사, 시장·군수·구청장)이 부과·징수한다.

③제2항의 규정에 의한 과태료처분에 불복이 있는 자는 그 처분의 고지를 받은 날부터 30일 이내에 ○○○장관(시·도지사, 시장·군수·구청장)에게 이의를 제기할 수 있다.

④제2항의 규정에 의한 과태료처분을 받은 자가 제3항의 규정에 의하여 이의를 제기한 때에는 ○○○장관(시·도지사, 시장·군수·구청장)은 지체없이 관할법원에 그 사실을 통보하여야 하며, 그 통보를 받은 관할법원은 비송사건절차법에 의한 과태료의 재판을 한다.

⑤제3항의 규정에 의한 기간내에 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니한 때에는 국세체납처분(지방세체납처분)의 예에 의하여 이를 징수한다.

②대통령령의 규정방식

제○○조(과태료의 부과·징수절차) ①법 제○○조제1항의 규정에 의하여 과태료를 부과할 때에는 당해 위반행위를 조사·확인한 후 위반사실과 과태료금액등을 서면으로 명시하여 이를 납부할 것을 과태료처분대상자에게 통지하여야 한다.

②○○○장관(시·도지사, 시장·군수·구청장)은 제1항의 규정에 의하여 과태료를 부과하고자 할 때에는 10일 이상의 기간을 정하여 과태료처분대상자에게 구술 또는 서면에 의한 의견진술의 기회를 주어야 한다. 이 경우 지정된 기일까지 의견진술이 없는 때에는 의견이 없는 것으로 본다.

③○○○장관(시·도지사, 시장·군수·구청장)은 과태료의 금액을 정함에 있어서는 당해 위반행위의 동기와 그 결과등을 참작하되, 그 부과기준은 별표○와 같다.

④과태료의 징수절차는 총리령(○○부령)으로 정한다.

③총리령·부령의 규정방식

제○○조(과태료의 징수절차) 영 제○○조제○항의 규정에 의한 과태료의 징수 절차에 관하여는 세입징수관사무처리규칙을 준용한다. 이 경우 납입고지서에는 이의방법 및 이의기간등을 함께 기재하여야 한다.

(3) 過怠料의 類型

현행법상 과태료에 대한 총칙적인 정의규정은 없으나, 일반적으로 과태료는 행정상 질서위반에 대한 제재로서 과하여지는 金錢罰로 정의되지만 법률상 과태료라는 용어로 정의되고 있는 금전벌이 모두 동일한 성질의 과태료가 아니며 또한 과태료는 모두 행정법에 대한 制裁도 아니다. 과태료는 여러가지 목적의 제재를 위하여 과하여지는 것이며, 그것이 과하여지는 목적과 성질에 따라 다양하게 분류할 수 있다. 따라서 입법에 즈음하여 특정한 과태료가 어떠한 성질의 과태료인가는 개개의 과태료가 과하여지는 생활관계 및 그것을 규정하는 법률의 목적이나 성질등을 종합적으로 고려하여 구체적으로 판단하여야 한다.

과태료라는 명칭으로 불리우는 금전형에는 법령위반에 대한 제재로서 과하여지는 秩序罰로서의 과태료, 강제집행의 한 방법으로 과하여지는 執行罰로서의 과태료, 특별권력관계에 있어서의 징계의 수단으로 과하여지는 懲戒罰로서의 과태료 등이 있으나, 그 개념의 구체적 한계에 대해서는 분명하지 않다. 또한 질서벌로서의 과태료는 다시 그 제재목적에 따라 民事秩序罰인 과태료, 訴訟秩序罰인 과태료 및 行政秩序罰인 과태료가 있고 행정상 질서벌로서의 과태료는 그 부과주체에 따라 국가의 법령위반에 대한 과태료, 조례위반에 대한 과태료로 나누어 지고 있다.

①집행벌로서의 과태료

執行罰이란 비대체적 작위의무 또는 부작위의무를 불이행하는 경우에 그 의무를 강제적으로 이행시키기 위하여 일정한 기간내에 의무이행이 없을 때에는 일정한 과태료를 처할 것을 戒告하여 그 기간내에 이행이 없을 경우에는 과태료를 부과하는 것을 말한다. 이러한 집행벌은 의무자 자신에 의하지 않으면 이행될

수 없으므로 의무자 자신을 심리적으로 압박하여 자발적으로 이행하도록 하기 위한 제도이다. 현행법상 執行罰로서의 過怠料는 거의 채용되고 있지 않으며, 다만 건축법상의 「履行強制金」이 집행벌로서의 성격에 가까운 것으로 보고 있다.<sup>143)</sup> 집행벌로서 과태료가 도입되더라도 이는 순전한 행정처분으로서 비송사건절차법이 도입될 여지는 없다고 보며 그에 대한 불복은 行政訴訟으로, 그 집행은 행정상 강제징수에 의하게 된다.

<사례-1>

※ 建築法

第83條(履行強制金) ①市長·郡守·區廳長은 第69條第1項의 規定에 의하여 是正命令을 받은 후 是正期間내에 당해 是正命令의 이행을 하지 아니한 建築主등에 대하여는 당해 是正命令의 이행에 필요한 상당한 履行期限을 정하여 그 期限까지 是正命令을 이행하지 아니하는 경우에는 다음 各號의 履行強制金を 賦課한다.

1. ~ 2. (생략)

② 징계벌로서의 과태료

이것은 특정한 조직이나 집단내부의 질서유지를 위하여 부과된 의무에 대하여 이를 위반한 경우에 권력관계의 작용으로서 과하여지는 과태료이며, 조직구성원에 대해서만 부과된다는 점이 특징이다. 현행법상 懲戒罰로서의 過怠料는 주로 자격법규를 규정한 법령에서 다수 규정하고 있다.<sup>144)</sup>

143) 건축법에 규정된 履行強制金を 집행벌의 일종으로 보는 견해에 대해 이행강제금을 종래의 강제벌에서 발전된 것이기는 하나 그것은 「罰」이 아니라 순수한 복종수단일 따름이라고 하여 강제금의 집행벌적 성격을 부인하는 견해도 있다. 상세한 내용은 정준현, 「이행강제금」, 法制 제344호, 1991.7.20., 27面 참조.

144) 자격법규에 있어서의 징계벌조항은 법률마다 다소 상이하게 표현되고 있어서 징계벌로서의 과태료규정에 관해서도 적절한 입법유형의 개발이 요구된다. 조정찬, 전제서, 137面 참조.

<사례-1>

※辯護士法

第72條(懲戒의 종류) ①懲戒는 다음 4種으로 한다.

1. 除名
2. 2年이하의 停職
3. 500萬원이하의 過怠料
4. 譴責

②過怠料의 決定은 執行力있는 債務名義와 같은 효력이 있고, 檢事의 指揮로 執行한다.

③질서벌로서의 과태료

일반적으로 과태료는 행정질서벌로서의 과태료가 그 대부분을 차지하며 이러한 질서벌로서의 과태료는 일반권력관계에 있어서의 경찰·保育·규제·財政등 행정상 목적으로 위하여 과하여진 의무에 대한 위반의 制裁로서 과한다. 질서벌로서의 과태료는 신고의무위반, 유사명칭사용, 등록·등기·공고의무위반, 통지·보고·자료제출의무위반 등 주로 행정상의 의무에 대한 위반의 정도가 경미하여 직접적으로 행정목적이나 사회법익을 침해하지 않고 다만 간접적으로 행정상의 질서에 장애를 초래할 위험성이 있을 정도의 단순한 의무해태에 대하여 과하여 진다. 질서벌로서의 과태료는 그 부과주체에 따라 法律違反에 의한 과태료와 조례위반에 대한 과태료로 구분되며, 前者는 현행 법령에 규정된 과태료의 대부분은 이 유형에 속하며, 後者에 관해서는 지방자치법에서 규정하고 있다.<sup>145)</sup> 또한 질서벌로서의 과태료는 그 제재목적에 따라 民事秩序罰인 과태료, 訴訟秩

145) 地方自治法에서는 지방자치단체는 조례로써 조례위반행위에 대하여 1천만원이하의 과태료를 부과할 수 있으며(동법 제20조제1항), 출석요구를 받은 증인이 정당한 이유없이 출석을 하지 아니하거나 증언을 거부하는 때에는 500만원이하의 과태료를 부과할 수 있도록 규정하고 있고(동법 제36조제5항), 사기 기타 부정한 방법으로 사용료·수수료 또는 분담금의 징수를 면한 자에 대하여는 그 징수를 면한 액의 5배이내의 과태료에, 공공시설을 부정사용한 자에 대하여는 50만원이하의 과태료에 처하는 규정을 조례로 정할 수 있도록 규정하고 있다(동법 제130조제2항).

序罰인 과태료로 유형화할 수 있다. 민사질서벌로서의 과태료는 사법적 질서를 유지하기 위하여 법령에 의하여 과하여진 의무의 위반에 대한 제재이며, 이것은 처벌의 원인인 행위가 일정한 법률위반이라는 점에서는 다른 질서벌과 같으나 법률이 그 의무를 명한 목적이 사인간에 있어서의 사법관계의 질서를 유지함에 있다는 점이 다르다. 訴訟秩序罰인 과태료는 소송법상의 의무위반에 대한 제재로서 과하여지는 것으로서, 주로 소송의 진행을 위한 질서유지를 위하여 부과되는 의무인 증인불출석, 선서·증언거부 기타 법정소란행위등에 대하여 부과된다.

〈사례-1〉 민사질서벌인 과태료

※商 法  
 第28條(商號不正使用에 대한 制裁) 第20條와 第23條第1項에 違反한 者는 200萬원이하의 過怠料에 處한다.

〈사례-2〉 소송질서벌인 과태료

※法院組織法  
 第61條(監置등) ①法院은 職權으로 法廷內外에서 第58條第2項의 命令 또는 第59條에 違背하는 行위를 하거나 暴言·騷亂등의 行위로 法院의 審理를 방해하거나 裁判의 威信을 현저하게 毀損한 者에 대하여 決定으로 20日이내의 監置 또는 100萬원이하의 過怠料에 處하거나 이를 併科할 수 있다.

(4) 過怠料의 부과대상

행정법규위반에 대한 과태료의 부과대상을 확정함에 있어서 가장 중요한 것은 제재수단을 형벌로 할 행정법규위반과 과태료로 규정할 행정법규위반을 구별하는 기준을 어디에 둘 것인가라는 문제이다. 그러나 양자의 구별기준에 대해서는 일반적인 지침이 없는 실정이며, 전적으로 입법자의 재량에 맡겨지고 있다. 실제로 우리 憲法裁判所에서도 「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」라고 결정하고 있다.<sup>146)</sup>

결국 행정형벌과 행정질서벌의 구별에 관하여 학문상의 논의는 있으나, 어느 견해에 의하더라도 한계선에 있는 의무위반이 어느 것에 속할 것인가는 명확하지 않다. 이러한 상황에서 결국 限界線에 있는 의무위반에 대하여는 행정목적의 달성과 이익형량에 의하여 입법자가 적극적인 결정을 할 수 밖에 없을 것이다.

이와 관련하여 法制處에서는 그동안 형벌을 제재수단으로 규정하고 있는 법률을 지속적으로 검토하여 벌금의 과태료전환의 대상이 되는 유형을 제시한바 있으며, 이는 행정형벌과 행정질서벌의 구별기준으로 적합한 예시가 되고 있다. 즉 행정목적의 달성에 지장이 적은 경미한 의무위반행위에 대한 지나친 형사처벌을 지양하여 다수 국민의 전과자화를 막고, 동일 또는 유사한 의무위반행위에 대한 벌칙의 불균형을 해소하기 위하여 행정목적달성에 지장이 적은 것으로 보이는 다음과 같은 의무위반유형은 가능한 한 이를 과태료로 처분하도록 하고 있다.<sup>147)</sup>

1. 신고의무위반

- 휴업·폐업 또는 재개업
- 신고·허가 또는 등록사항변경
- 사업등의 양도·양수·승계
- 종업원 임면(법정고용의무가 있는 경우)
- 기타 신고 또는 신청

2. 장부의 작성·비치·보존의무위반

3. 허가증·요금표등 포지물의 게시위반등

4. 허가증·등록증등의 반납불이행

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

147) 법제처, 「법령입안심사기준」, 124~125面.



5. 보고·자료제출·출석답변 또는 통지등 명령위반, 정기보고등의 불이행
6. 검사·조사 또는 입검등의 기피
7. 유사명칭 사용금지 위반
8. 정부투자·출연기관 기타 특수법인등의 등기 또는 공고의 해태, 지정·감독 등 명령위반
9. 겸직금지위반
10. 조사·측량등을 위한 토지에의 출입의 거부·방해 또는 기피
11. 본의무이행후 그 부수 의무의 불이행(변호사·공인회계사등의 미등록업무 수행등)
12. 사용료·수수료등의 요금면탈과 승인된 요금외의 요금수수
13. 기타 경미하거나 수시로 부과되는 행정질서유지를 위한 명령위반

그러나 위의 유형에 속하더라도 다음의 경우에는 형사별로 처벌하도록 하고 있다.

1. 단순한 행정질서위반이라도 이와 관련성이 깊은 범죄예방을 위하여 필요한 사항
2. 행정질서위반이 결과적으로 위생 및 안전확보를 크게 저해시키는 사항
3. 정부역점시책에 관련되는 사항
4. 제도의 목적자체를 침해하는 사항(신고영업의 경우 영업신고등)
5. 기타 제도의 목적달성을 위하여 반드시 형별로 처벌하여야 할 사항등

#### (5) 過怠料의 부과·징수절차

행정질서벌로서의 과태료부과·징수절차를 규정하는 방식은 위에서 본 바와 같이 법제처에서 마련한 과태료의 규정형식의 모델에 따라 이를 행정절차화하여 행정청의 부과결정을 前置시켜 일차적으로 행정청이 과태료를 부과·징수하고 상대방이 이에 동의하는 경우 그것으로 과태료의 부과·징수절차는 종결되고 만약 상대방이 이의가 있는 경우 법원이 非訟事件節次法에 따라 결정으로 과하도록

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

록 하는 것이 일반적인 입법례이다. 그러나 현행 법령중에는 아래의 사례와 같이 전형적인 방식에 따라 과태료의 부과·징수절차를 규정하지 않는, 즉 행정청의 부과결정을 전치시키지 않고 직접 법원이 비송사건절차법에 따라 과태료를 부과·징수하도록 하는 입법형식을 취하는 사례도 있다. 이러한 경우는 과태료의 규정형식이 통일적으로 정비되기 이전의 법령에서 흔히 볼 수 있는 바, 종래 이들 유형에 속하였던 법령들도 최근 개정에서 즈음하여 전형적인 과태료의 규정방식을 따르고 있다. 과태료의 부과·징수절차에 관한 규정방식에서 과태료규정의 입법모델을 따르지 않고 있는 입법례는 주로 과태료부과대상이 1건정도에 불과하여 법률에서 행정절차를 규정하는 것이 조문수만 많게 하는 번잡함을 초래하기 때문에 이를 생략한 것으로 보이는 경우가 많다.

#### <사례-1>

##### ※公社債登錄法

第17條(罰則) ①公社債의 登錄業務에 종사하는 登錄機關의 任員이나 職員이 이 法 또는 이 法에 의한 命令에 違反하거나 檢査를 거부· 방해 또는 忌避한 때에는 1萬원이하의 過怠料에 處한다.

②登錄機關이 第14條第2項의 規定에 의한 報告를 하지 아니하는 때에는 그 機關에 대하여 前項의 過怠料에 處한다.

#### <사례-2>

##### ※都市計劃法

第94條(過怠料) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 50萬원이하의 過怠料에 處한다.

1. 第57條의2第4項의 規定에 의한 通知를 怠慢히 한 者
2. 削除
3. 第59條第1項의 規定에 위반한 者
4. 第79條第1項의 規定에 의한 報告 또는 資料提出을 怠慢히 한 者

그리고 訴訟秩序罰로서의 과태료부과·징수절차에 대해서는 각 개별법에서 독립적으로 부과·징수의 절차를 규정하고 있는 경우와 과태료의 부과대상행위만을 규정하고 이에 대한 구체적인 징수절차에 관하여는 전혀 규정하고 있지 않은 경우가 있으며, 이중 後者의 경우에는 비송사건절차법에 따라 과태료의 재판을 하게 된다.<sup>148)</sup> 그리고 징계별인 과태료의 부과·징수절차에 관해서도 독립적으로 부과·징수절차를 규정하는 경우도 있고 아무런 규정을 두지 않은 경우도 있다. 나아가 개별적인 절차를 규정하고 있는 입법례에서도 자기완결적인 절차를 규정하고 있는 사례가 있는 반면 부과절차, 불복절차, 징수절차 등의 어느 한쪽만 규정하는 사례도 있어서 통일적인 기준의 마련이 요청되고 있다. 또한 지방자치법상의 조례에 의한 과태료의 부과·징수절차 역시 이원화되어 있다. 즉, 地方自治法 제20조의 조례위반에 대한 과태료와 제36조제5항의 행정사무감사 및 조사에 대한 과태료의 경우에는 행정절차화된 과태료부과절차에 의하는 반면, 제130조의 사기 기타 부정한 방법으로 사용료·수수료 또는 분담금의 징수를 면한 자나 공공시설을 부정사용한 자에 대한 과태료는 사용료 등의 부과·징수절차에 의하도록 하고 있다.<sup>149)</sup>

#### (6) 過怠料 부과기준

행정기관의 과태료부과결정을 전치시키는 것은 행정상 의무이행확보의 측면과 소송경제를 위한 非訟事件節次法의 장점을 결합시킨 것으로서 그 제도적 의의가 있다. 다만 여기에서 행정관청에 의한 과태료의 일차적 부과는 법원에 의한 부과보다 행정편의적 내지 자의적으로 운영될 소지가 많으므로 過怠料를 부과할

148) 소송법상의 과태료는 재판절차에 협력하지 아니한 행위에 대하여 당해 재판부에서 부과하는 것이지만 그 절차가 일관성있게 규정되어 있지 않고 또한 불복방법 및 검사에 관한 규정을 제외하고는 비송사건절차법상의 과태료제도와 큰 차이가 없기 때문에 구태여 별도의 절차를 규정할 필요성이 있는가에 대해서는 의문이 제기되고 있다. 韓國法制研究院, 전게서, 89面 참조.

149) 이와 같이 조례에 의한 과태료의 부과·징수절차를 이원화하는 것은 주민으로 하여금 어떠한 근거에 의하여 過怠料가 부과·징수되고 이에 대한 이의방법은 어떻게 하여야 할 것인가에 대한 의문을 가지게 한다. 따라서 조례에 의한 과태료의 부과·징수절차를 이원화할 필요가 없으므로 동법 제130조의 과태료의 부과·징수절차와 같이 불복이 있는 경우 행정쟁송을 할 수 있는 방안으로 통일하는 것이 바람직하다는 지적도 있다. 韓國法制研究院, 전게서, 87面 참조.

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

때에는 그 금액산정기준에 있어서 위반행위의 동기와 그 결과를 참작하도록 하여야 할 것이다. 아울러 과태료부과기준은 행정부의 내부적인 기준일 뿐이며 이의신청이 있어 법원에서 과태료재판을 하게될 경우 法院을 구속하는 것이 아니므로 내부훈령으로 정하여 운영할 수도 있으나 유사한 위반행위에 대한 처분기준의 불균형을 방지하고 立法豫告節次를 거쳐 국민의 의견이 수렴될 수 있도록 법령으로 정하여야 할 것이다. 과태료의 부과기준에 대하여 가중 또는 감경을 규정한 입법례로서는 다음과 같다.

#### <사례-1> 법률에서 규정한 사례

##### ※不動産登記特別措置法

第11條(過怠料) ①登記權利者가 상당한 사유없이 第2條 各項의 規定에 의한 登記申請을 滯延한 때에는 그 滯延한 날 당시의 그 不動産에 대한 登録稅額(登録稅가 非課稅·免稅·減輕되는 경우에는 地方稅法의 規定에 의한 不動産價額에 不動産登記稅率을 곱한 금액)의 5倍이하에 상당하는 금액의 過怠料에 處한다. 다만, 不動産實權利者名義登記에 관한法律 第10條第1項의 規定에 의하여 課徵金을 賦課한 경우에는 그러하지 아니하다.

②第1項의 規定에 의한 過怠料의 금액을 정함에 있어서 滯延기간, 滯延사유, 目的不動産의 價額등을 참작하여야 한다.

#### <사례-2> 시행령에서 규정한 사례

##### ※교통안전법시행령

제20조(과태료) ④건설교통부장관은 사업자의 사업규모, 사업지역의 특수성과 위반행위의 정도 및 회수등을 참작하여 제3항의 규정에 의한 과태료 부과금액의 2분의 1의 범위안에서 가중 또는 감경할 수 있다.

⑤과태료는 이를 분할하여 납부할 수 없다.

<사례-3> 시행규칙에서 규정한 사례

※에너지이용합리화법시행규칙

제26조(과태료의 부과기준) 법 제100조제3항의 규정에 의한 과태료의 금액 및 부과기준은 별표 4와 같다. 이 경우 사업자의 사업규모, 위반정도 및 위반회수등을 참작하여 과태료 금액의 3분의 1의 범위안에서 이를 감경할 수 있다.

그리고 과태료의 부과에 있어서 위와 같이 가중 또는 감경을 규정하는 외에 금액가중시에 그 금액의 上限線을 규정한 입법례도 있다.

<사례-1>

※해양오염방지법시행령

제55조(과태료의 부과) ③위반행위의 종류에 따른 과태료의 부과기준은 별표 3과 같다. 다만, 부과권자는 당해 위반행위의 동기 및 그 횟수를 참작하여 그 해당금액의 2분의 1의 범위안에서 이를 가중하거나 감경할 수 있다. 이 경우 가중부과 할 때에도 과태료의 총액이 100만원을 초과할 수 없다.

<사례-2>

※낙시어선업법시행령

제11조(과태료의 부과등) ③제1항의 규정에 의하여 과태료를 부과하는 위반행위별 과태료부과기준은 별표와 같다. 다만, 부과권자는 과태료처분대상자의 위반행위의 정도 및 회수등을 참작하여 과태료부과금액의 2분의 1의 범위안에서 가중 또는 감경할 수 있다.

④제3항의 단서규정에 의하여 과태료를 가중하여 부과하는 때에는 과태료총액이 법 제23조제1항 및 제2항의 규정에 의한 과태료 상한액을 초과할 수 없다.

<사례-3>

※ 축산물위생처리법시행령

제11조(과태료의 부과) ③ 관할관청이 제1항의 규정에 의한 과태료의 금액을 정함에 있어서는 별표의 부과기준에 의하되, 당해 위반행위의 동기와 결과등을 참작하여 과태료의 금액을 가중하거나 감경할 수 있다. 다만, 가중하는 경우에도 별표의 부과기준에 의한 과태료의 금액의 2분의 1을 초과하지 못한다.

(7) 過怠料의 징수방법 · 귀속

과태료의 징수는 원칙적으로 국가사무에 대한 것은 당사자가 이의를 제기하지 아니하고 과태료를 납부하지 아니하는 경우에는 國稅滯納處分의 예에 따라 징수하고, 단체위임사무 및 자치사무에 대하여 과태료를 부과한 경우에는 地方稅處分의 예에 따라 징수한다. 따라서 중앙행정기관이 과태료를 부과하는 경우에는 국세체납처분의 예에 따라 징수하고, 지방자치단체의 장이 부과권자인 경우에는 지방세체납처분의 예에 따라 징수하도록 하는 것이 일반적인 입법례이다.

<사례-1>

※ 海洋汚染防止法

第80條(過怠料의 賦課 · 徵收等) ① 第79條의 規定에 의한 過怠料는 大統領令이 정하는 바에 따라 內務部長官 · 環境部長官 · 水産廳長 또는 海運港灣廳長이 賦課 · 徵收한다.

② ~ ③(생략)

④ 第2項의 規定에 의한 期間내에 異議를 제기하지 아니하고 過怠料를 納付하지 아니한 때에는 國稅滯納處分의 예에 의하여 이를 徵收한다.

<사례-2>

※ 地域保健法  
 第26條(過怠料) ②第1項의 規定에 의한 過怠料는 당해 地方自治團體의 條例가 정하는 바에 따라 당해 市·道知事 또는 市長·郡守·區廳長이 賦課·徵收한다.  
 ③~④(생략)  
 ⑤第3項의 規定에 의한 期間내에 異議를 제기하지 아니하고 過怠料를 납부하지 아니한 때에는 地方稅滯納處分의 예에 의하여 이를 徵收한다.

그러나 위와 같은 원칙에도 불구하고 부과주체와 징수예가 일치하지 않는 사례도 있다.

<사례-1>

※ 高壓가스安全管理法  
 第43條(過怠料) ④第1項 내지 第3項의 規定에 의한 過怠料는 大統領令이 정하는 바에 의하여 管轄 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長(이하 이 條에서 "管轄官廳"이라 한다)이 賦課·徵收한다.  
 ⑤~⑥(생략)  
 ⑦第5項의 規定에 의한 期間내에 異議를 제기하지 아니하고 過怠料를 納付하지 아니한 때에는 國稅滯納處分의 例에 의하여 이를 徵收한다.

<사례-2>

※ 草地法  
 第31條의2(過怠料) ②第1項의 規定에 의한 過怠料는 大統領令이 정하는 바에 따라 市長·郡守가 賦課·徵收한다.  
 ③~④(생략)  
 ⑤第3項의 規定에 의한 期間내에 異議를 제기하지 아니하고 過怠料를 납부하지 아니한 때에는 國稅滯納의 예에 의하여 이를 徵收한다.

위와 같이 부과주체와 징수예가 일치하지 않는 경우는 바람직한 입법례가 아

니므로 관련법령의 개정시에 양자를 일치시켜야 할 것으로 본다.

그리고 過怠料의 귀속은 과태료부과에 대하여 이의신청이 있는 경우 부과주체나 부과형식에 관계없이 전부 國庫에 귀속된다. 그런데 지방자치단체가 국가의 위임사무를 처리하면서 당해 사무에 관한 과태료를 부과하는 경우에 과태료수입의 귀속주체가 문제되나, 이 경우에는 地方財政法 제28조에서 명문의 규정을 두어 원칙적으로 수입받은 자치단체의 수입으로 하되, 다른 법령에 특별한 규정이 있거나 비송사건절차법이 정하는 바에 의하여 부과·징수한 과태료는 國庫에 귀속하도록 하고 있다. 150)

## 10. 罰則規定의 委任

죄형법정주의의 원칙상 처벌규정의 위임이 인정되는가, 그리고 그 委任이 인정되면 처벌규정의 내용인 범죄의 성립 및 구성요건에 관한 규정과 처벌의 종류인 법정양형의 규정을 어느 범위와 한계에 까지 위임할 수 있는가는 입법자의 재량범위에 속하는 것이라 할 수 있다. 따라서 헌법상의 罪刑法定主義의 원칙에 입각할 경우 벌칙은 법률로 정하여야 하나, 특히 법률의 위임이 있으면 명령에서 이를 정할 수 있다. 그러나 헌법상 허용된다고 하여 벌칙의 제정을 명령에 위임하는 것은 바람직한 것이 될 수 없으며, 부득이하게 위임하는 경우에는 刑罰의 최고한도를 법률자체에 규정하여야 하며 구체적인 처벌대상행위의 위임도

---

150) 이와 관련하여 현행 과태료징수제도는 일차적으로 지방자치단체에서 과태료를 부과·징수하여 자치단체의 수입으로 하고, 과태료금액등에 이의가 있어 불복하는 경우 비송사건절차법에 의하여 法院의 결정에 의한 과태료처분을 거쳐 검사가 집행함으로써 국고에 귀속되는등 그 귀속에 있어서 이원화가 되고 있다. 현재 전체과태료징수액중 그 대부분이 自治團體에 의하여 부과되고 있고 그 비율은 높지 않지만 그중 일정부분이 이의신청에 의하여 국고에 귀속됨으로 인하여 자치단체는 이의신청이 있는 過怠料에 대하여는 부과를 위한 위반사실의 조사에 인적·물적으로 낭비가 될 뿐 아니라 취약한 지방재정을 보전한다는 측면에서도 지방자치단체가 부과·징수하는 과태료에 대해서는 자치단체의 수입으로 하여야 할 것이라는 지적이 많다. 나아가 이를 위한 개선책으로서 현행법에 따라 과태료에 대한 불복신청을 판단하되, 이의신청에 대하여 法院이 부과한 금액은 일단 國庫에 귀속되었다가 소송에 소요된 경비를 제외하고 交付金으로서 국고에서 징수된 만큼 지방자치단체에 보전하는 방안을 제시하고 있다. 자세한 내용은 김석균, 전계논문, 94面이하 참조.



필요한 최소한에 그쳐야 한다. 우리 憲法裁判所도 「위임입법에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이지만 법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 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 경우 일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다」라고 판시하고 있다.<sup>151)</sup>

일반적으로 罰則을 위임하는 경우는 「벌칙의 전제가 되는 의무의 설정자체를 명령에 위임하지 않으면 안될 특별한 사정이 있고 또한 그 명령에 의하여 설정될 의무에 위반하는 행위의 가벌성의 정도에 경중이 예상되기 때문에 이에 대한 처벌의 정도를 법률 자신이 미리 양정하여 법정형을 정하기가 매우 곤란한 경우」<sup>152)</sup>에 벌칙의 위임이 행하여지고 있다. 따라서 처벌대상인 행위의 설정(범죄구성요건)에 대해서는 법률은 행정청이 일정한 처벌대상인 행위를 규정함에 있어서 따라야 할 구체적·객관적인 기준을 제시하고 있는 한 法規命令으로서 처벌대상인 행위를 설정하도록 위임할 수 있다. 그리고 일정한 행위에 대한 처벌을 규정하는 권한을 위임하는 것도 수권법(모법)이 처벌의 최고한도를 정한 후, 그 범위안에서 구체적 범위를 명령으로써 정하도록 위임할 수 있다.<sup>153)</sup>

현행 입법례를 보면 <사례-1>과 같이 법률이 어떤 사항에 대한 행위의 설정(구성요건)만을 명령에 위임하고, 벌칙자체는 법률에서 정한 것과, <사례-2>와 같이 행위의 설정 및 법정형의 양자를 전부 명령에 위임한 것이 있다.

151) 福票發行, 懸賞기타射倖行爲團東法 제9조 및 제5조에 관한 違憲審判(1991.7.8. 91헌가4).

152) 법제처, 「법령입안심사기준」, 110面.

153) 權寧星, 「新稿 憲法學原論」, 法文社 1997, 847面.

<사례-1>

※屋外廣告物等管理法

第4條(廣告物등의 금지 또는 제한) 市·道知事は 第3條第1項 各號의 1에 해당하는 地域·場所 또는 물건에는 美觀風致·美風良俗의 유지 또는 公衆에 대한 危害의 妨지를 위하여 大統領令이 정하는 바에 의하여 廣告物등의 표시·設置를 금지하거나 제한할 수 있다.

第18條(罰則) ①다음 各號의 1에 해당하는 者는 1年이하의 懲役 또는 500萬 원이하의 罰金에 處한다.

1. (생략)
2. 第4條 또는 第5條第1項의 規定에 위반하여 廣告物등을 표시하거나 設置한 者

<사례-2>

※地方自治法

第20條(條例違反에 대한 過怠料) ①地方自治團體는 條例로써 條例違反行爲에 대하여 1千萬원이하의 過怠料를 정할 수 있다.

11. 法令중 一部가 準用되는 者에 대한 罰則適用

벌칙은 실체규정을 전제로 하여 그것에 규정된 의무의 실현을 도모하는 것이므로 실체규정과 분리하여 벌칙의 규정 그 자체가 準用되지는 아니한다. 다만 犯罪의 구성요건의 전부가 실체규정중에 있고 그 위반에 대하여 별도로 罰則이 설정되어 있는 법정형의 경우에 준용되는 實體規定에 關連되는 벌칙이 적용되는 것을 주의하기 위하여 이를 명시하는 방식을 취하는 것이 바람직하다. 즉, 법령 중 일부규정이 다른 대상자에 대하여도 準用되는 경우, 원래의 규율대상자외에 준용규정에 의하여 준용되는 자에 대하여 벌칙을 적용하고자 할 경우에는 원래의 규율대상자를 벌하기 위하여 구성요건으로서 벌칙규정에서 열거되는 근거조항 다음에 「제○○조에서 준용하는 경우를 포함한다」라고 표기하여 법령규정중 일부규정이 준용되는 자에 대한 벌칙규정의 적용여부에 관하여 해석상의 의문이 없도록 한다.<sup>154)</sup>

<사례-1>

※證券去來法

第208條(罰則) 다음 各號의 1에 해당하는 者는 3年이하의 懲役 또는 2千萬원 이하의 罰金에 處한다.

1. 第28條第1項·第28條의2第1項·第70條의2第2項·第70條의9第1項·第145條第1項·第179條第1項 또는 第180條第1項의 規定에 의한 許可를 받지 아니하고 당해 業務를 營爲하거나 第55條(第70條의7에서 投資一任業에 대하여 準用하는 경우를 포함한다) 또는 第155條(第179條 또는 第180條에서 準用하는 경우를 포함한다)의 規定에 의하여 許可가 取消된 후 당해 業務를 營爲한 者
- 2.~6. (생략)

## 12. 課徵金の 問題

### (1) 意義

최근의 입법례를 검토하는 경우 행정목적의 달성을 위한 행정상 의무이행확보수단의 하나로서 종래의 입법에서는 별로 사용되지 않는 과징금제도가 도입되고 있다. 과징금은 일정한 행정법상의 의무를 위반함으로써 그 違反者에게 일정한 경제적 이익이 발생하게 되는 경우에 그 이익을 박탈하여 오히려 경제적 불이익을 과하는 일종의 금전적 행정제재금이라고 할 수 있다. 따라서 課徵金を 과하면 위반행위로 인한 불법적인 경제적 이익을 박탈당하기 때문에 사업자는 위반행위를 하더라도 아무런 경제적 이익을 얻을 수 없게 되므로 간접적으로 행정법상의 의무이행을 강제하는 효과를 거두게 되는 것이다. 이러한 과징금은 행정법상의 의무에 대한 간접적 강제효과를 수반하고 금전적 부담이라는 점에서 앞서 살펴본 罰金·過怠料와 같은 것이나, 형식적으로는 행정벌인 벌금이나 과태료와는 그 성질이 다른 것이라 할 수 있다. 그런데 과징금제도는 전통적인 행정법상의 용어나 개념이 아니라, 최근에 법령상 용어로 사용되어 정립되어 가는 것이므로 그 법적 성격 내지 내용면에서 명확하지 않다.<sup>154)</sup> 또한 최근의 법령에서

154) 법제처, 「법령입안심사기준」, 121면.

규정하고 있는 방식을 보더라도 그 법적인 성격을 정확히 파악하기에는 상당한 어려움이 있다. 그 주된 이유로는 원래의 과징금제도가 경제법상의 위무위반행위자체로 얻은 불법적인 경제적 이익을 박탈하는 行政制裁金인데 반하여,<sup>156)</sup> 현재 다수의 법령에서 규정되어 있는 課徵金은 이를 변형하여 위반행위자체로 인한 경제적 이익을 박탈하는 것이 아니라, 위반행위로 인하여 단속상 마땅히 停止되어야 할 사업을 당해 사업의 이용자의 편의등을 고려하여 이를 정지하지 아니하고 사업을 계속함으로써 얻은 이익을 박탈하는 제도로 활용되고 있는 실정이다.

결국 과징금제도는 그 유형이 어떠한 입법취지면에서 볼 때 행정상의 목적을 달성하기 위한 수단 내지 유효적 담보수단으로서 위치하고 있다는 점에서 일종의 制裁的인 性格을 가지고 있다. 여기에서 「制裁的」이라는 것은 형벌에서의 제재와는 달리 응보적인 성격을 가지는 것이 아니라 어떠한 행정상의 목적을 달성하기 위한 수단으로서 사용하는 것이다. 아울러 행정상의 제재라는 것은 장래의 위법한 행위를 예방한다는 측면을 가지고 있는 것이라 할 수 있다. 과징금은 벌금과 달리 국고에 귀속되지 아니하는 경우가 많으며, 그 분야의 행정목적을 달성하기 위하여 직접 사용되고 있다는 점에서 과징금제도를 규정하는 입법례가 최근 증가추세에 있다.

여하튼 과징금의 특질로 들 수 있는 것은 ①개선명령 또는 시정조치의 후속조치로 그것이 부과된다는 점이다. 과징금제도를 채용한 실정법의 예에서 보는 바와 같이 행정상 의무자가 그 의무를 위반한 때에는 우선 1차적 경고로서 개선명령을 발하고 그것을 준수하지 아니하면 2차적인 실효성의 확보를 위하여 제재의 뜻을 가지는 과징금의 납부를 명한다. 課徵金은 또한 허가정지처분에 갈음하여 부과되기도 한다. 이러한 경우는 허가정지처분이 국민생활에 밀접한 관계가 있으므로 사업의 중단이 공익상의 요청으로 곤란하기 때문이다. ②과징금의 또 한

155) 상세한 내용은 金鍾斗, 「行政法上 課徵金制度에 관한 考察」, 立法調查月報 1988. 1·2., 1~19面 ; 曹正燦, 「課徵金制度에 관한 小考 ①②③」, 法制 제196호·제197호·제198호, 1987. 6., 34面 이하 ; 安大熙, 「課徵金의 法的 性格과 問題點」, 法曹 1987. 3. ; 韓國法制研究院, 「과징금제도의 현황과 개선방안」, 1993 참조.

156) 과징금제도가 실정법상 최초로 도입된 것은 1980년 12월 31일 법률 제3320호로 제정된 「獨占規制및 公正去來에 관한 法律」에서 였다. 즉, 동법 제6조에서 경제기획원장관의 가격인하명령에 불응한 시장지배적 사업자에게 그 가격인상의 차액에 해당하는 금액을 국고에 납입하도록 하였는 바, 이를 課徵金이라고 명명하였던 것이다.

가지 특징은 징수한 금액의 용도이다. 벌금의 경우에는 國庫에 귀속되지만 과징금은 그 분야의 행정목적에 달성하기 위하여 직접 쓰여진다는 점이다.<sup>157)</sup> ③과징금은 단순한 금전부담으로 형사처벌이 아니므로 따라서 이론상으로는 동일한 위반행위에 대하여 罰金과 課徵金을 동시에 과할 수도 있으나, 실질적으로는 과징금이나 벌금이나 다같은 금전부담으로 양자를 동시에 부과한다는 것은 이중처벌의 문제가 생기므로 같은 위반행위에 대해서는 과징금과 벌금은 선택적으로 과하게 하고 있다. 따라서 과징금규정은 형식상 벌칙규정에 두지 않고 실제규정 가운데 별도로 규정하게 된다.<sup>158)</sup>

그러나 과징금제도는 행정제재를 금전적으로 해결할 수 있다는 그릇된 인식을 조장할 우려가 있다는 점, 과징금을 부과할 수 있는 행위는 관할청의 고발이 있어야 공소를 제기할 수 있어 司法制度와의 관련에서 중요한 예외규정이 되고 있다는 점, 위반행위의 분류 및 금액책정에 있어 각 법률마다 균형이 이루어지지 않고 있다는 점 및 과징금을 징수주체에게 귀속시켜 收入增大를 위한 무리한 법집행이 행해지고 있다는 점등의 문제점<sup>159)</sup>을 안고 있기 때문에 앞으로 많은 연구검토가 이루어져야 할 분야이며, 특히 과징금제도를 규정하고 있는 현행 개별 법률마다 그 규정내용이 서로 다른 점은 시급히 개선되어 정비되어야 할 것이다.

## (2) 立法形式

과징금부과에 관한 입법형식을 살펴보기전에 우선 현행 법령에 규정되고 있는 과징금의 취지·목적 및 성격면에 비추어 볼 때 과징금제도는 크게 세가지 유형이 있다. ①원래의 과징금제도 즉 經濟法상의 의무위반행위 자체로 얻은 불법적

157) 따라서 課徵金으로 징수한 금액은 징수주체가 특정용으로 사용할 수 있다는 점에서 과징금제도가 남용되고 있다고 지적한다. 상세한 것은 曹正燦, 前掲論文③, 法制 第198號, 1987. 6. 30., 42面이하 참조.

158) 金鍾斗, 前掲論文, 16~17面. 「課徵金의 初期立法例에서는 罰則規定의 特例規定을 두어 課徵金을 부과할 수 있는 犯罪에 대하여는 주무부장관의 告發이 있어야 논하도록 하고, 주무부장관은 課徵金을 納付한 자에 대하여는 고발할 수 없도록 하게 하여 같은 違反行爲에 대하여 課徵金과 罰金을 선택적으로 하나만 과하게 하였다. …… 최근의 立法例에서는 罰則 중 일부를 過怠料로 완화함과 아울러 課徵金을 부과한 행위에 대하여 過怠料를 이중으로 부과할 수 없도록 規定하는데 그치거나, 한 걸음 더 나아가서 아예 罰則適用의 特例規定을 두지 않고있다」.

159) 金鍾斗, 前掲論文, 16~17面 ; 曹正燦, 前掲論文③, 42~43面 參照.

인 경제적 이익을 박탈하는 제도로서의 과징금을 규정한 입법유형,<sup>160)</sup> ②과징금의 일반화된 유형으로서 다수국민이 이용하는 사업이나 국가 및 사회에 중대한 영향을 미치는 사업을 시행하는 자가 行政法規를 위반하였을 경우 그 위반자에 대하여 허가취소·영업정지처분 등에 갈음하여 과징금을 부과시키고 영업자로 하여금 당해 사업을 계속 수행하게 하여 국민의 편의를 도모하려는 방향으로 과징금제도를 규정하는 입법유형, ③그 제도의 성격면에서 과징금제도와 유사한 제도를 규정하고 있는 입법유형등이 있다.<sup>161)</sup> 여기서 이들 유형중 두번째인 일반형의 과징금제도를 규정하는 입법방식을 살펴보면, 아래와 같이 어느 정도 정형화되어 있으나 개별 법령을 살펴보면 다양한 형태로 규정되고 있다. 경우에 따라서는 표현방식이 달라질 필요가 있는 것을 제외하고는 입법기술적인 관점에서 課徵金制度의 규정방식을 어느 정도 일관성있게 하는 것은 법해석상의 오해 및 운용상의 문제점을 제거할 뿐 아니라 일반국민에게도 제도의 취지와 목적을 이해시키는데 유용할 것이다. 법제처에서 마련한 과징금에 관한 규정방식은 다음과 같다.<sup>162)</sup>

①법률의 규정방식

제〇〇조(과징금처분) ①〇〇〇장관은 제〇〇조제〇항각호의 1에 해당하는 경우로서 그 〇〇정지가 〇〇〇에게(그 이용자에게) 심한 불편을 주거나 기타 공익을 해할 우려가 있는 때에는 〇〇정지처분에 갈음하여 〇〇원이하의 과징금을 부과할 수 있다.

②제1항의 규정에 의한 과징금을 부과하는 위반행위의 종별·정도에 따른 과징금의 금액 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③〇〇〇장관은 제1항의 규정에 의한 과징금을 납부하여야 할 자가 납부기한까지 이를 납부하지 아니하는 때에는 국세채납처분의 예에 의하여 이를 징수한다.

160) 여기에 해당하는 법률로서는 「독점규제및공정거래에관한법률」이 대표적 사례이다.

161) 이 유형에 속하는 것으로는 법령의 문언상 「課徵金」이라는 용어를 사용하고 있지 않더라도, 그 취지·목적 및 성격면에서 과징금과 유사한 제도를 규정하고 있는 「賦課金制度」를 들 수 있다. 환경관계법령에서 주로 규정하고 있는 부과금제도는 명칭에 있어서는 과징금제도와는 다르지만, 그 명칭과는 상관없이 성격상 과징금과 유사하다.

162) 법제처, 「법령입안심사기준」, 69~70면.

②대통령령의 규정방식

제○○조(과징금을 부과할 위반행위의 종별과 과징금의 금액) ①법 제○○조제○항의 규정에 의하여 과징금을 부과하는 위반행위의 종별과 정도에 따른 과징금의 금액은 별표○와 같다.

②○○○장관은 위반행위의 정도 및 위반회수등을 참작하여 제1항의 규정에 의한 과징금의 금액의 2분의 1의 범위안에서 가중 또는 감경할 수 있다. 다만, 가중하는 경우에도 과징금의 총액은 ○○○원(법률에서 정한 과징금의 상한액)을 초과할 수 없다.

제○○조(과징금의 부과 및 납부) ①○○○장관이 법 제○○조제○항의 규정에 의하여 과징금을 부과하고자 할 때에는 그 위반행위의 종별과 해당 과징금의 금액을 명시하여 이를 납부할 것을 서면으로 통지하여야 한다.

②제1항의 규정에 의하여 통지를 받은 자는 20일 이내에 과징금을 ○○○장관이 정하는 수납기관에 납부하여야 한다. 다만, 천재·지변 기타 부득이한 사유로 인하여 그 기간내에 과징금을 납부할 수 없는 때에는 그 사유가 없어진 날부터 7일 이내에 납부하여야 한다.

③제2항의 규정에 의하여 과징금의 납부를 받은 수납기관은 영수증을 납부자에게 교부하여야 한다.

④과징금의 수납기관은 제2항의 규정에 의하여 과징금을 수납한 때에는 지체없이 그 사실을 ○○○장관에게 통보하여야 한다.

⑤과징금은 이를 분할하여 납부할 수 없다.

(3) 課徵金의 부과·징수주체

과징금의 징수 및 부과는 위의 입법형식에서와 같이 원칙적으로 주무부장관이 하도록 규정하고 있다. 따라서 과징금의 부과·징수주체를 地方自治團體나 국가기관으로 할 경우에는 이에 관한 명문의 규정을 두어야 한다. 그리고 과징금 부과권자가 지방자치단체의 장이 포함되는 경우에는 위의 입법모델에서 「국세채납처분의 예에 의하여」는 「국세 또는 지방세채납처분의 예에 의하여」라고 표현한다.

<사례-1>

※汚水·糞尿및畜産廢水의 처리에 관한 法律

第37條(許可의 取消 및 課徵金賦課等) ②市長·郡守·區廳長은 糞尿關聯營業者가 第1項第4號 내지 第6號의1에 해당하여 營業停止處分을 하여야 할 경우로서 그 營業停止가 당해 事業의 利用者들에게 심한 불편을 주거나 기타 公 益을 해할 우려가 있는 때에는 그 營業停止에 같음하여 2千萬元이하의 課徵金을 납부할 것을 命할 수 있다.

<사례-2>

※高壓가스安全管理法

第9條의2(課徵金) ①許可官廳 또는 登錄官廳은 第9條의 規定에 의하여 사업 또는 貯藏所使用의 정지 또는 제한을 명하여야 할 경우 그 처분에 같음하여 2千萬元이하의 課徵金을 賦課할 수 있다.

<사례-3>

※農水産物流通및價格安定에 관한 法律

第63條의2(課徵金 處分) ①農林部長官, 市·道知事 또는 都賣市長의 開設者는 都賣市場法人등이 第63條第2項에, 仲都賣人이 第63條第3項에 해당하여 業務停止를 하고자 할 경우, 그 業務의 정지가 당해 業務의 利用者들에게 심한 불편을 주거나 公益을 해할 우려가 있을 때에는 業務의 정지에 같음하여 都 賣市場法人등에게는 1億원이하, 仲都賣人에게는 1,000萬元이하의 課徵金을 부과할 수 있다.



<사례-4>

※都·小賣業振興法  
 第15條(課徵金處分) ①市·道知事は 市場등의 開設者が 第14條第3號·第4號 또는 第7號에 해당하여 營業의 정지를 명하고자 하는 경우 그 營業의 정지가 당해 市場등의 利用者등에게 심한 불편을 주거나 公益을 해할 우려가 있는 때에는 大統領令이 정하는 바에 따라 그 營業의 정지에 갈음하여 1千萬 원이하의 課徵金을 賦課할 수 있다.

(4) 課徵金의 부과절차

위에서 살펴본 바와 같이 과징금의 부과절차에 관한 것은 대통령령에서 이를 규정한다. 과징금을 규정하고 있는 입법례는 대체로 부과절차를 위반행위의 종별과 금액을 명시한 서면통지→일정기간내에 수납기관에 납부→영수증교부 및 해당기관에 통보 등의 형식으로 되어 있다. 그리고 입법례에 따라서는 이들 절차를 總理令이나 部令에서 규정하기도 하며, 부과절차상의 특기사항으로서 독촉장발부 등을 규정하는 사례도 있다.

<사례-1>

※삭도·궤도법시행령  
 제5조(과징금의 독촉 및 징수) 건설교통부장관은 법 제16조의2제3항의 규정에 의하여 과징금의 납부통지를 받은 자가 납부기한까지 과징금을 납부하지 아니한 경우에는 납부기한이 경과한 날부터 7일이내에 독촉장을 발부하여야 한다. 이 경우 납부기한은 독촉장발부일부터 10일이내로 하여야 한다.

<사례-2>

※여객자동차터미널법시행령

제4조(과징금의 독촉 및 징수) ①건설교통부장관은 법 제16조의2제3항의 규정에 의하여 과징금의 납부통지를 받은 자가 납부기한까지 과징금을 납부하지 아니한 경우에는 납부기한이 경과한 날부터 7일이내에 독촉장을 발부하여야 한다. 이 경우 납부기한은 독촉장발부일로부터 10일이내로 하여야 한다.

②건설교통부장관은 제1항의 규정에 의하여 독촉을 받은 자가 납부기한까지 과징금을 납부하지 아니한 경우에는 소속공무원으로 하여금 국세체납처분의 예에 의하여 과징금을 강제징수하게 할 수 있다. 이 경우 소속공무원은 그 권한을 표시하는 증표를 지니고 이를 관계인에게 내보여야 한다.

(5) 課徵金의 귀속 및 용도

과징금은 주무부장관 또는 시·도지사가 부과·징수하도록 규정하고 있으며, 징수주체에 관계없이 징수된 과징금은 국가세입의 일부이기 때문에 豫算會計관계법령에 의하여 國庫에 귀속한다. 다만 과징금제도를 규정한 일부 입법례에서는 징수주체인 국가 또는 지방자치단체가 징수하되, 귀속에 관한 특칙을 두고 있는 경우가 있다. 과징금을 귀속주체인 지방자치단체에 귀속시키거나 또는 국가기관이 징수하되 특정기금이나 특별회계에 귀속시킬 경우에는 다음의 사례와 같이 명문의 규정을 두어야 한다.

<사례-1>

※公衆衛生法

第25條의2(課徵金處分) ④第1項 및 第3項의 規定에 의하여 課徵金으로 徵收한 금액은 당해 市·郡·區(自治區에 한한다. 이하 같다)의 收入으로 한다.

<사례-2>

※大氣環境保全法

第20條의2(課徵金處分) ④第1項의 規定에 의하여 徵收한 課徵金은 環境改善 特別會計法에 의한 環境改善特別會計의 歲入으로 한다.

<사례-3>

※都市鐵道法

第19條의2(課徵金の 賦課) ④第1項 및 第3項의 規定에 의하여 課徵金으로 徵收한 金額은 徵收主體가 使用하되, 다음 各號 이외의 用途로는 使用할 수 없다.

1. 都市鐵道關聯施設의 확충 및 整備
2. 都市鐵道技術의 研究開發
3. 都市鐵道利用者의 서비스改善사업
4. 都市鐵道運營人力의 養成·教育訓練 기타 資質向上을 위한 教育訓練施設의 建設 및 운영
5. 都市鐵道事業의 경영개선 기타 都市鐵道事業의 발전을 위하여 필요한 사항

<사례-4>

※石油事業法

第14條(課徵金) ⑥第1項 내지 第3項의 規定에 의하여 課徵金으로 徵收한 金額은 에너지및資源事業特別會計法에 의한 에너지및資源事業特別會計(이하 “에너지및資源事業特別會計”라 한다)에 귀속된다. 다만, 第32條第1項의 規定에 의하여 地方自治團體의 長이 權限의 위임을 받아 課徵金을 徵收한 경우에는 地方財政法 第28條의 規定에 따라 해당 地方自治團體에 귀속된다.

<사례-5>

※食品衛生法

第65條(課徵金處分) ④第1項 및 第3項의 規定에 의하여 徵收한 課徵金중 保健福祉部長官이 賦課·徵收한 課徵金은 國家에, 市·道知事, 市長·郡守 또는 區廳長이 賦課·徵收한 課徵金은 第71條의 規定에 의한 食品振興基金에 各 歸屬된다.

(6) 課徵金부과시 罰則適用의 特례

과징금은 금전적 제재인 벌금이나 과태료와 유사하여 과징금을 납부한 후 기소되는 경우 국민들에게 이중처벌이라는 오해를 초래할 우려가 있기 때문에 그 정확한 의미를 파악할 수 있도록 벌칙적용상의 특례를 규정하는 입법례가 있다. 그러나 이러한 벌칙적용의 특례를 규정하는 것이 올바른 입법방식인가에 대해서는 논란의 소지가 있으나,<sup>163)</sup> 이는 결국 현행 實定法에 규정되어 있는 행정상의무이행확보수단의 전반적인 재검토를 통해서 그 타당성여부를 정밀하게 연구 검토하여야 할 사항이라 할 수 있다. 과징금제도를 도입한 취지를 고려한다면 과징금부과시 벌칙적용의 특례를 두는 것이 당연하나, 벌칙적용의 特例條項을 두지 않을 경우에는 개별 법령에서 규정한 행정형벌규정, 과태료규정, 과징금규정 등을 전반적으로 검토하여 이 가운데 어느 한 가지만을 선택하여 규정하는 방식을 채용하는 것이 바람직할 것이다. 과징금제도를 도입한 현행 법령중 과징금부과시 벌칙적용의 특례를 둔 입법례는 다음과 같은 유형이 있다.

<사례-1>

※自動車運輸事業法

第76條(過怠料에 관한 規定適用의 特例) 第75條의 過怠料에 관한 規定을 適用함에 있어서 第31條의2의 規定에 의하여 課徵金を 賦課한 행위에 대하여는 過怠料를 賦課할 수 없다.

163) 이점에 관한 상세한 내용은 韓國法制研究院, 前掲書, 136~138面 참조.

<사례-2>

※飼料管理法

第35條(罰則適用의 特例) 第30條 및 第31條의 罰則을 適用함에 있어서 第18條第1項의 規定에 의하여 課徵金을 賦課할 수 있는 行爲에 대하여는 農林部長官 또는 道知事의 告發이 있어야 公訴를 제기할 수 있다.

<사례-3>

※航空法

第181條(罰則適用의 特例) 第174條(第1項 및 第3項을 제외한다) 내지 第178條의 罰則에 관한 規定을 適用함에 있어서 第131條(第132條第4項, 第134條第3項, 第142條第1項·第3項 및 第150條第2項에서 準用하는 경우를 포함한다)의 規定에 의하여 課徵金을 賦課할 수 있는 行爲에 대하여는 建設交通部長官의 告發이 있어야 公訴를 제기할 수 있으며, 課徵金을 賦課한 行爲에 대하여는 過怠料를 賦課할 수 없다.

<사례-4>

※海運法

第65條(罰則適用의 特例) ①第59條 내지 第61條의 罰則을 適用함에 있어서 第21條第1項(第33條에서 準用하는 경우를 포함한다) 및 第22條(第33條 및 第39條에서 準用하는 경우를 포함한다)와 第38條의 規定에 의하여 課徵金을 賦課할 수 있는 行爲에 대하여는 海運港灣廳長의 告發이 있어야 公訴를 제기할 수 있다.

②海運港灣廳長은 第21條第1項(第33條에서 準用하는 경우를 포함한다) 및 第22條(第33條 및 第39條에서 準用하는 경우를 포함한다)와 第38條의 規定에 의한 課徵金을 納付한 者에 대하여는 第1項의 規定에 의한 告發을 하거나 第64條의 規定에 의한 過怠料를 賦課할 수 없다.

(7) 기타

①과징금을 규정하는 입법형식과 관련하여 과징금의 금액산정기준의 설정을

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

어떻게 할 것인가가 문제된다. 課徵金은 그 최고한도액에 제한이 없기 때문에 그 한도액의 결정에 있어서는 당해 법률의 입법목적의 실효성의 관점에서 신중한 검토가 필요하다. 과징금의 上限額은 영업정지등의 最長期間을 정한 것과 마찬가지로, 위반행위별 금액등 구체적인 처분기준은 일선공무원들에게 집행상의 부담을 경감하고 처분상대방에게 예측가능성을 부여한다는 점에서 매우 바람직하지만, 다만 구체적인 경우에 있어서 형평성과 공정성을 도모하는데 만전을 기하여야 할 것이다. 과징금의 부과한도액은 법률에서 일반적으로 금액을 명시하는 것이 대부분이지만 입법례에 따라서는 금액을 명시하지 않은 경우도 있다.

#### <사례-1>

##### ※送油管事業法

第12條(許可의 取消등) ①通商産業部長官은 送油管事業者가 다음 各號의 1에 해당하는 때에는 그 送油管事業의 許可를 取消하거나 6月이내의 期間을 정하여 事業의 정지를 命하거나 당해 送油管事業者의 前年度賣出額의 1千分の 1이상 1千分の 10이하의 범위안에서 課徵金을 賦課할 수 있다. 다만, 送油管事業者가 第1號에 해당하는 경우 그 사유가 발생한 날부터 6月이내에 그 營業을 讓渡하거나 任員(法人인 경우에 한한다)을 改任하는 때에는 그러하지 아니하다.

##### 1. (이하 생략)

②그리고 과징금의 부과와 관련하여 일부 입법례에서는 부과회수를 제한하는 사례도 있다.

#### <사례-1>

##### ※肥料管理法

第21條(課徵金處分) ①主務部長官은 肥料生産業者 또는 肥料輸入業者가 第20條第1項第8號 내지 第11號의 1에 해당하는 때에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 營業停止處分에 갈음하여 2千萬원이하의 課徵金을 賦課할 수 있다. 이 경우 課徵金賦課는 營業停止處分으로 肥料需給의 불균형과 이로 인한 價格의 급등을 방지하기 위하여 필요한 경우에 한하며 3회를 초과할 수 없다.

##### ②~④(생략)

〈사례-2〉

※ 痲藥法

第53條의3(課徵金處分) ① 保健福祉部長官 또는 市·道知事は 痲藥取扱者에 대하여 第53條第1項의 規定에 의한 業務停止處分을 하게 되는 경우에는 大統領令이 정하는 바에 따라 業務停止處分에 갈음하여 1億원이하의 課徵金を 賦課할 수 있다. 이 경우 課徵金の 賦課는 業務停止處分으로 인하여 國民保健에 큰 危害를 가져오거나 가져올 우려가 있는 때에 한하며, 3회를 초과하여 賦課할 수 없다.

## 第7節 附則에 관한 事項

### I. 意義

법령의 규정은 목차 등의 특별한 것을 제외하고 당해 법령의 이른바 本體的인 事項을 규정하는 부분과 부수적·경과적인 사항을 규정하는 부분으로 나누어진다. 그 가운데 전자가 本則이며 후자가 附則이다. 부칙은 본칙에 부수하는 것이므로 본칙에서 정하고 있는 사항과 전혀 관계없는 사항을 부칙에 정하는 것은 바람직하지 않다. 따라서 본칙과 전혀 관계없는 사항에 관해서는 별도의 立法措置를 강구하여야 하며 부칙에 들 수는 없다. 마찬가지로 附則에서 다른 법령을 개폐하는 경우에도 그 개폐는 신법의 시행에 수반하여 필요한 조정의 범위에 한정하여야 할 것이며 본칙과 관계없는 개정조치를 규정하는 것은 바람직하지 않다. 부칙에 있어서 규정해야 할 사항은 법령의 시행일·그 법령의 시행에 따른 경과조치·관계법령의 개정폐지의 조치등이나, 경우에 따라서는 그 법령의 施行地域에 관한 규정이나 그 법령의 有效期間에 관한 규정을 두는 것도 있다. 그리고 당해 법령의 제정에 따른 폐지되어야 할 법령의 폐지에 관한 규정은 그 폐지가 당해 법령의 구성상 기본적으로 중요한 경우 및 본칙시행에 따른 경과규정이 다수이어서 그 후에 규정하는 것이 적당한 경우에는 당해 법령의 시행일에 관한 규정에 이어서 규정되는 경우도 있다. 이러한 부칙규정의 순서에 관해서는 일정

한 원칙적인 순서가 있으며, 통상 다음과 같이 배열한다.<sup>164)</sup>

- ①법령의 시행일에 관한 규정
- ②법령의 유효기간에 관한 규정
- ③기존 법령의 폐지에 관한 규정
- ④법령의 시행을 위한 준비행위에 관한 규정
- ⑤법령의 시행에 따른 적용례에 관한 규정
- ⑥법령의 시행에 따른 경과조치에 관한 규정
- ⑦법령과 관련된 다른 법령의 개정에 관한 규정
- ⑧기타 규정

그리고 부칙에서 규정해야 할 사항이 대단히 많고 복잡한 경우에는 부칙에서 규정해야 할 사항 가운데 시행일에 관한 부분이외의 부분을 독립시켜 單獨立法의 형식(○○○법시행법)을 취하는 경우도 있다. 그리고 신법령의 제정에 따른 다수의 관계법령의 개폐를 행할 필요가 있는 경우에도 附則에서 이를 규정하지 않고 단독법령(○○○법시행에따른관계법률의정리에관한법률)을 제정하는 경우도 있다(자세한 내용은 개정·폐지의 방식에 관한 사항 참조).<sup>165)</sup> 부칙에서 규정하여야 할 사항 가운데 중요한 것에 관하여 설명하면 다음과 같다.

## II. 施行日에 관한 規定

법령은 각각의 법형식에 따른 절차를 거쳐 제정되면 그 내용은 확정된다. 그러나 법령이 법규범으로서 현실로 적용되기 위해서는 그것이 公布되어 시행될 것이 필요하다. 즉, 법령의 시행이란 지금까지 미발동의 상태에 있었던 법령의 효력이 현실로 발동하고 그 규율하려는 사실관계에 대해 작용하게 되는 것을 의미한다. 따라서 각법령은 각각 특별히 施行日에 관해 규정을 두고 있는 것이 일반적이다. 그런데 「법령등공포에관한법률」과 같이 다른 법령의 施行日을 정하는 것만을 목적으로 하는 법률도 있다. 그러한 법률을 둔 이유는 법령의 실제규정

164) 법제처, 「법령입안심사기준」, 131面.

165) 이 경우 단순한 정리만을 내용으로 하는 경우에는 「整理」라는 用語를 사용하며, 실질적인 내용의 整備인 경우에는 「整備」라는 用語를 사용한다.



은 법규범으로서의 성질에서 스스로의 적용을 당연히 필요로 하는 것이므로 법령이 그 시행시기에 관하여 규정을 두는 것은 사실은 법령의 실제규정의 적용을 일정시기까지 制御하는 것인데 대해, 법령의 시행일을 정하는 법령에 관해서는 다시 그 시행시기를 제어할 필요는 없기 때문에 설명되고 있다.

법령의 시행일을 정하는 경우에는 우선 국민이 그 법령을 주지할 수 있는 시간적 여유를 주어야 하며, 하위법령의 입법소요시간을 확보하여야 하며 또한 국민의 권리제한 또는 의무부과와 직접 관련되는 경우에는 법적 안정성을 확보할 수 있도록 배려하여야 한다. 법령의 시행일에 관하여 憲法은 「법률은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다」라고 규정하고 있으며(동법 제57조제3항), 「법령등공포에관한법률」에서는 대통령령·총리령 및 부령은 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다(제13조)라고 규정하여 헌법에서 규정하고 있는 대상을 법률에서 대통령령·총리령 및 부령에 까지 확대하여 적용하고 있다. 아울러 同 法律에서는 「국민의 권리제한 또는 의무부과와 직접 관련되는 법률·대통령령·총리령·부령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일로부터 적어도 30일이 경과한 날로부터 시행되도록 하여야 한다」라고 규정하고 있다(제13조의2). 그런데 헌법 및 법령등공포에관한법률의 규정은 모든 법령에 적용되는 것이 아니라 시행일에 관하여 특별한 규정이 없는 경우에 적용되는 것이며, 공포기간에 대한 基準的 例示規定이라고 할 수 있다. 따라서 개별법령에서는 그 법령의 효력발생을 명확히 하기 위하여 부칙에 시행일규정을 두는 것이 일반적이다.

시행일을 어떠한 내용으로 정할 것인가는 그때마다의 정책의 문제이나 형식적인 면에서 볼 때 시행일을 규정하는 방식으로는 보통 다음의 형식이 있다.<sup>166)</sup>

### 1. 公布日로부터 즉시 시행하게 하는 方式

이 법은 공포한 날부터 시행한다.

166) 시행일규정의 입법유형에 관한 상세한 내용은 김성현, 「시행일규정의 유형별 입법례 및 문제점검토」, 法制 제435호, 1994.3., 89면이하 참조.

법령은 그 위반자를 처벌하는데 목적이 있는 것이 아니라 일정한 사항을 준수하게 하는데 목적이 있으므로 그 규제력을 발동시키기전에 국민일반이 알 수 있도록 상당한 유예기간을 두거나 사전에 국민이 법령의 내용을 알 수 있도록 입법예고절차를 반드시 거치도록 하는 것이 바람직하다. 따라서 이 유형은 국민의 자유와 권리를 제한하거나 국민에게 새로운 의무를 부과하려는 경우에는 事前의 周知期間을 결여하여 국민이 그것에 원만하게 대응할 수 없다는 문제가 있으며, 특히 벌칙을 수반하는 경우에는 현저히 부적당한 것이 된다. 아울러 이 유형에서는 공포의 시기가 문제가 된다. 이 점에 관해서는 법령을 官報에 의해 공포하는 경우에는 그 법령을 공포한 官報가 서울 중앙보급소에 도달하여 일반국민이 이를 구독하고자 원하면 그것이 가능한 상태에 놓인 최초의 시점이라는 것이 판례의 태도이다.<sup>167)</sup> 이 유형은 국민의 권익을 침해하지 않음이 명백하거나 국민에게 이익을 주는 경우 또는 피할 수 없는 급박한 사유가 있는 경우에만 한정적으로 사용하는 것이 바람직하다.<sup>168)</sup>

## 2. 公布한 날부터 일정한 猶豫期間을 두어 시행하는 方式

이 법은 공포후 ○○일(○월)이 경과한 날부터 시행한다.

이 유형은 공포후 시행에 이르기까지 국민이 이를 주지할 수 있는 시간적 여유를 둔다는 점에서 바람직한 입법방식이라고 할 수 있다. 이와 같이 일정한 유예기간을 두어 시행하도록 하는 방식에 있어서 그 猶豫期間의 設定은 국민이 주지할 수 있는 시간적 여유, 하위법령의 입법기간 등을 고려하여 적절하다고 생각되는 기간을 정한다. 이와 관련하여 법령등공포에관한법률에서는 「국민의 권리제한 또는 의무부과와 직접 관련되는 법률·대통령령·총리령 및 부령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일로부터 적어도 30일이 경과한 날로부터 시행되도록 하여야 한다(동법 제13조의2)」라고 규정하고 있으나, 실제의 입법례에서는 매우 다양하게 그 유예기간을 두고 있다. 이 유

167) 大判 1970.10.23, 70누126 ; 大判 1970.7.21, 70누76.

168) 김성현, 전제논문, 90면. 그리고 종래에는 「公布한 날부터」라고 하였으나, 지난 145회 臨時國會에서 法制司法委員會의 지적에 따라 「公布한 날부터」로 통일되었다.

형에 있어서의 문제는 유예기간에 대한 計算은 다른 법령에 특별한 규정이 없는 한 民法의 期間計算에 관한 규정이 적용된다. 그런데 이 유형의 경우와 같이 규정한 법령에서 그 시행일에 해당하는 날, 즉 유예기간의 말일이 公休日인 경우에 민법 제161조에 의하여 그 翌日부터 시행하여야 하는가에 대한 문제가 남는다. 이에 대해서는 민법에 따른 해석에 의하여 익일이 적용된다는 견해도 있으며, 그에 반대하여 시행일에 해당하는 날이 公休日이라도 당연히 규정된 날에 시행되는 것이 타당하다는 입장도 있다. 입법실무적으로는 민법상의 기간의 말일이 공휴일인 경우에 만료일이 다음 날로 연장되는가는 사안의 성질에 따라 판단할 문제이며, 법령의 시행과 같은 경우에는 적용되지 않는다는 입장을 취하고 있다.<sup>169)</sup>

### 3. 特定日字부터 시행하게 하는 方式

이 법은 ○년 ○월 ○일부터 시행한다.

법령의 시행일은 당해법령의 제정권자가 스스로 확정하는 것이 적절하다. 그러한 의미에서 이 방식은 일단 바람직한 방식이라 할 수 있다. 施行日前에 상당한 기간을 두어 공포될 것이 예상되는 경우 및 사전에 시행일을 예정할 수 있는 때에는 이 방식에 의하는 것이 바람직하다. 그러나 이 유형은 시행일에 매우 근접하여 법령을 공포할 경우에는 公布日로부터 시행하는 것과 다를 바 없으므로 공포일과 시행일간에 적절한 간격이 유지되도록 하여야 한다. 이 유형은 母法에서 일정한 유예기간을 두는 경우에 시행령·시행규칙에서 시행기간을 특정하는 경우에 주로 사용된다. 이 유형에 속하는 입법례로서 시행일규정을 예시하는 방식으로는 사안에 따라 매우 다양하게 규정하고 있으며 일반적으로 매월 1일이나 초반인 경우가 많다.

169) 자세한 내용은 윤장근, 「기간계산규정에 관한 연구」, 法制處, 법제연구총서, 1993, 188~189面 참조.

#### 4. 特정한 事實의 發生과 關聯시키는 方式

이 법은 ○년 ○월 ○일에 공포된 ○법의 시행일부터 시행한다.  
이 법은 ○조약의 효력발생일로부터 시행한다.

이 방식은 다른 제도적으로 일체를 이루고 있는 법령이나 조약이 있는 경우에 채용된다. 즉, 이 유형은 법령의 시행에 있어서 그 全部 또는 一部條項은 필수적으로 전제조건이 충족되어야만 시행 가능하도록 하려는 특수한 방식이라 할 수 있다.

<사례-1>

※廢棄物의 國家間移動 및 그 處理에 關한 法律

附 則

①(施行日) 이 법은 條約이 우리나라에 대하여 그 效力을 發生하는 날부터 施行한다.

<사례-2>

※檢事懲戒法

附 則(1963.12.16)

이 법은 1962年 12月 26日에 公布된 改正憲法의 施行日부터 施行한다.

#### 5. 法令중의 各규정에 따라 施行일을 달리하는 方式

이 법은 ○년 ○월 ○일부터 시행한다. 다만, 제○조의 (개정)규정은 ○년 ○월 ○일부터 시행한다.

하나의 법령은 대체로 전체로서 하나의 종합된 내용을 가지므로 全規定이 일제히 시행되는 것이 보통이나 경우에 따라서는 法令 중의 어떤 규정에 대해서

施行日을 다르게 할 필요가 있는 경우도 있으며, 이 방식은 그러한 경우에 채용된다. 이와 같은 유형에 의한 방식을 채용하는 경우에는 시행되는 조항의 수가 많은 쪽을 본문에, 수가 적은 쪽을 단서에서 규정한다. 비록 단서에 규정되는 조항의 시행일이 본문의 시행일보다 빠르다고 하더라도 같은 방식에 의한다. 또한 위에서 「제○조의 개정규정」이라 함은 부분개정에 있어 제○조를 개정, 삭제 및 신설하는 경우를 포함하고, 법령의 신규제정 및 전문개정의 경우에는 단순히 「제○조의 규정」으로 한다.

〈사례-1〉

※農水産物流通및價格安定에관한法律

附則(1994.11.1)

第1條(施行日) 이 法은 1994年 11月 1日부터 施行한다. 다만, 第27條의2, 第28條第2項·第3項, 第30條第1項 但書, 第39條의3第4項, 第39條의5第4項, 第66條第5號 내지 第7號 및 第67條第1號의 改正規定은 1995年 7月 1日부터, 第35條第1項第5號 및 同條第3項의 改正規定은 1996年 1月 1日부터 각각 施行한다.

〈사례-2〉

※食品衛生法

附則(1995.1.5)

第1條(施行日) 이 法은 1995年 9月 1日부터 施行한다. 다만, 第34條第1項第1號의 規定은 1997年 7月 1日부터 施行한다.

〈사례-3〉

※國民年金法

附則(1986.12.31)

第1條(施行日) 이 法은 1988年 1月 1日부터 施行한다. 다만, 第22條 내지 第44條 및 第82條 내지 第87條의 規定은 公布한 날로부터 施行한다.

<사례-4>

※放送法

附則(1990.8.1)

①(施行日) 이 법은 公布후 1月이 經過한 날부터 施行한다. 다만, 第4章(第25條 내지 第29條)의 改正規定은 1991年 1月 1日부터 施行한다.

<사례-5>

※證券去來法

附則(1996.12.16)

第1條(施行日) 이 법은 1997年 4月 1日부터 施行한다. 다만, 第3條第6號 및 第189條의4의 改正規定은 公布한 날부터, 第28條第4項 및 第70條의9(外國投資諮問業者가 國內에서 직접 投資諮問業 또는 投資一任業을 營爲하는 경우에 한한다)의 改正規定은 1998年 12月 1日부터, 第8章第2節의 改正規定(第167條를 제외한다)은 韓國證券業協會가 성립한 날부터 각각 施行한다.

6. 施行日을 下位法令에 위임하는 方式

이 법은 공포한 날부터 ○월을 넘지 아니하는 범위내에서 대통령령이 정하는 날부터 시행한다.

시행일 하위법령에 위임하는 방식으로 종래의 입법례에서는 법령전체의 시행일을 하위법령에 위임하는 방식을 채용하여 왔으나, 이러한 방식은 법률의 施行自體를 하위법령에 포괄적으로 위임하는 결과가 되어 하위법령이 정비되지 않을 경우에는 모법의 시행이 지체되게 된다. 따라서 시행일을 하위법령에 위임할 경우에는 위의 유형과 같이 일정한 기한을 정하여 위임하는 것이 바람직하다.

<사례-1>

※ 商品券法

附 則

第1條(施行日) 이 法은 公布한 날부터 6月の 범위안에서 大統領令이 정하는 날부터 施行한다.

<사례-2>

※ 應急醫療에 관한 法律

附 則

①(施行日) 이 法은 公布후 1年の 범위안에서 大統領令이 정하는 날부터 施行한다.

<사례-3>

※ 領海 및 接續水域法

附 則(1995.12.6)

이 法은 公布한 날부터 1年の 범위안에서 大統領令이 정하는 날부터 施行한다.

위와 같이 법령의 시행일을 하위법령에 위임한 경우에 그 하위법령에서 상위 법령의 시행일을 규정하는 방식으로는 다음과 같은 방식이 있다.

<사례-1> 하위법령의 부칙에서 정하는 방식

※ 商標權법 시행령

제15조(시행령) 법률 제4700호 商標權법개정법률은 이 영의 시행일부터 시행한다.

부 칙

이 영은 공포한 날부터 시행한다.

〈사례-2〉 하위법령의 부칙에서 정하는 방식

※응급의료에관한법률시행령  
부 칙  
①이 영은 1995년 1월 1일부터 시행한다.  
②법률 제4730호 응급의료에관한법률은 1995년 1월 1일부터 시행한다.

〈사례-3〉 시행일을 정하는 별도의 하위법령을 만드는 경우

※영해법중개정법률의시행일에관한규정  
법률 제4986호 영해법중개정법률은 1996년 8월 1일부터 시행한다.  
부 칙  
①이 영은 1996년 8월 1일부터 시행한다.  
②(생략)

그러나 위의 하위법령의 부칙에서 시행일을 정하는 경우에 있어서도 〈사례-1〉과 같이 「법률 제○○호 ○○(개정)법률은 이 영의 시행일부터 시행한다」라는 형식으로 규정하는 것은 바람직한 방식이 아니므로 〈사례-2〉 또는 〈사례-3〉과 같은 방식을 채용하여야 할 것이다.<sup>170)</sup>

7. 法令의 溯及適用

이 법은 공포한 날부터 시행하되, ○년 ○월 ○일부터 적용한다.  
이 법은 공포한 날부터 시행하되, 제○조의 (개정)규정은 ○년 ○월 ○일부터 적용한다.

일반적으로 법령을 소급적용하는 것은 바람직스러운 것은 아니나, 어느 법령을 그 시행일보다 소급하여 과거의 사안에 적용할 필요가 있는 경우가 있다. 법

170) 법제처, 「법령입안심사기준」, 139面.



령의 소급적용은 원칙적으로 인정하지 않으나, ①근거법령 자체가 헌법이나 상위법에 위반되어 시행당시로 소급되어 무효화하는 경우, ②법령의 제·개정당시 정책판단에 심각한 하자가 있어 소급적용하는 것이 正義觀念에 일치한다는 판단이 있는 경우, ③법령을 소급적용함으로써 既得權을 침해하지 아니하고 절차의 개선등 국민의 편익을 도모하는 경우, ④법령의 제·개정과 그 시행이 확실히 예견되고, 그로 인한 침해를 예측할 수 있으며 그 침해를 받아들이는 것이 당연하다고 인정될 수 있는 경우 등과 같이 부득이 소급적용하여야 하는 경우에는 위와 같은 방식에 의하도록 한다. 이러한 법령의 소급적용의 문제는 새로운 법령을 제정하는 경우에 있어서 당해 법령과 기존의 관계사실 및 규범간의 조정의 문제로서 파악되고 있으며, 이 문제는 후술하는 經過措置의 문제에서 다루어지고 있다.

<사례-1>

※공탁금의이자에관한규칙

부 칙(1984.2.22)

이 규칙은 공포한 날로부터 시행하되, 1984년 2월 1일부터 적용한다.

<사례-2>

※私立學校敎員年金法

附 則(1991.12.27)

①(施行日) 이 법은 公布한 날부터 施行한다. 다만, 第35條第2項의 改正規定은 1991年 10月 1日부터 適用한다.

8. 기 타

기타 시행일을 규정하는 방식과 관련하여 기타 시행일전 準備行爲 등을 인정하고 있는 사례가 있다. 이것은 법령을 시행하기 위한 조직구성 등 사전준비가 필요한 경우에 둔다.

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

#### <사례-1>

※畜産業協同組合法

附 則(1988.12.31)

第1條(施行日) 이 법은 公布후 3月이 經過한 날로부터 施行한다. 다만, 이 법을 施行하기 위하여 필요한 定款의 作成 및 變更과 이 법에 의한 組合의 任員 및 代議員의 選出 기타 이 법 施行에 관한 準備는 이 법 施行前에 할 수 있다.

#### <사례-2>

※物品目錄情報의 관리 및 이용에 관한 法律

附 則

이 법은 2001年 1月 1日부터 施行한다. 다만, 制度總括機關·制度擔當機關 및 각 機關은 이 법 施行前이라도 이 법 施行을 위하여 필요한 준비행위를 할 수 있다.

그리고 限時法인 경우에 그 법령의 유효기간을 독립된 조항으로 두지 아니하고, 시행일규정에 단서로서 규정하는 사례도 있다.

#### <사례-1>

※都市低所得住民의 住居環境改善을 위한 臨時措置法

附 則

①(施行期間) 이 법은 公布후 3月이 경과한 날부터 施行하되, 1999年 12月 31日까지 그 效力을 가진다.

### Ⅲ. 既存法令의 廢止에 관한 規定

부칙에서 기존법령을 폐지하려는 경우에는 법률은 법률의, 대통령령은 대통령

령의 부칙에서 하여야 한다. 또한 부칙에서 다른 법령을 폐지할 경우에도 상호  
연관성 유무를 검토하여야 하며, 내용이 무관한 법령에서 다른 법령을 폐지한다  
면 입법질서의 커다란 혼란을 초래하게 된다. 附則에서 기존법령을 폐지하려는  
경우에는 일반적으로 「○○法(律)은 이를 廢止한다」라고 규정한다. 그러나 폐  
지·대체방식에 의한 제정법률에서는 폐지법률의 號數를 명기하여야 한다. 즉 「法  
(律) 第○號 ○○法(律)은 이를 廢止한다」라고 규정한다.

〈사례-1〉

※公職選舉및選舉不正防止法  
附 則  
第2條(廢止法律) 大統領選舉法·國會議員選舉法·地方議會議員選舉法 및 地方  
自治團體의長選舉法은 이를 廢止한다.

〈사례-2〉

※農水產物流通및價格安定에관한法律  
附 則  
第2條(廢止法律) 法律 第2483號 農水產物都賣市場法과 法律 第1815號 農水  
產物價格安定基金法은 이를 廢止한다.

#### IV. 經過措置에 관한 規定

법령을 제정개폐하는 경우의 기본적인 유의사항의 하나로서 앞서 살펴본 바와  
같이 新舊法令하에 있어서 법질서의 변천을 원활하게 하여 舊法令하에 있어서  
또는 적용되는 법령이 전혀 없는 상태에서 사람들이 차지하는 지위나 이익을 침  
해하지 않게 보호하고, 또한 사람들의 지위가 급격하게 변동되지 않게 배려하지  
않으면 안된다는 점을 지적하였다. 따라서 법령을 제정개폐하는 경우에는 종래  
의 질서를 어느 정도 용인하거나 새로운 질서에 관해 잠정적인 특례를 둬으로써

신구질서의 원만한 교체를 위한 소정의 경과조치를 강구할 필요가 있다.<sup>171)</sup> 이러한 경과조치를 정하는 규정을 일반적으로 經過規定이라고 하며, 이것은 부칙 가운데 가장 중요한 부분을 이루고 있다. 경과규정의 작성은 입법기술상 가장 어려운 것이며, 그것은 종래의 제도와 그 운용을 전제로 작성할 필요가 있으며 그것과 신질서와의 조화를 도모하는 것은 경우에 따라서는 신제도 자체의 규정 확보보다도 곤란하다고 할 수 있다. 따라서 경과규정에는 각종 입법기술을 구사하여 대단히 기술성이 강한 용어가 사용되며, 기술적인 규정을 두지 않을 수 없는 경우가 많다.<sup>172)</sup> 그런데 법령에 따라서는 타의 법령의 제정개폐에 따른 경과적 사항이 바로 그 법령의 목적으로 하는 것이 있으나, 이 경우에는 경과적 사항을 정하는 것 자체가 그 법령의 목적이므로 경과적 사항이 바로 그 법령의 본칙에서 규정되어야 할 사항이 된다.

### 1. 經過規定의 작성방법

경과규정의 작성은 입법기술상 가장 어려운 분야로서,<sup>173)</sup> 특히 그 작성방법에 있어서는 다음의 몇가지 사항을 인식하여야 한다.

① 경과조치를 정하는데 있어서 첫번째의 기초이념으로서는 既得의 권리 내지

---

171) 경과규정에 대한 주의사항으로는 ①기득의 권리·지위의 존중, ②급격한 변화에 대한 완화조치, ③불이익조치효과의 계속, ④본칙에 대한 보충조치등이 지적되고 있다. 자세한 것은 立法技術研究所(編), 「法令作成의 常識」, 146~148面 참조.

172) 尹長根, 前掲論文, 40~41面. 「經過措置를 제대로 規定할 수 있으면 立法實務者로서 제 몫을 하는 사람으로 보아도 과신이 아니라고 할 정도로 經過措置를 제대로 규정하는 것이 立法技術上 가장 어려운 것 중의 하나라고 할 수 있다.…… 그러나 우리 立法事務에 있어서는…… 經過規定을 두는 것에 수반하는 諸問題에 대한 研究는 그다지 눈에 띄지 않는다」.

173) 경과규정의 난해함은 「……본다」, 「……중전의 예에 의한다」라는 일상생활에서는 그다지 사용하지 않는 법령용어가 최대한으로 구사되고 있다. 이것은 新舊制度의 관계를 간결·명확하게 표현하기 위하여 입법기술상 부득이 한 것이라 할 수 있다. 또한 법령을 읽는 일반인의 입장에서 본다면 특히 「……중전의 예에 의한다」라는 규정에서 제시되는 改廢時의 「중전의 예」의 내용이 법령의 개폐에 의하여 법령집에서 제거되기 때문에 그 내용을 파악하기가 어렵게 된다. 개폐시에는 新舊條文對比表를 살펴보면 양자의 내용을 알 수 있으나, 시간이 경과하면 구법령집이나 법령연혁집을 살펴보지 않고서는 그 개폐시의 법령의 내용을 파악하는 것이 대단히 어렵다.

지위의 존중과 보호이다. 예컨대 어떤 법령에서 허가제도를 새로이 규정하는 경우 종래의 영업자에 대해 일정기간 새로운 법령의 적용을 유예하거나 어떠한 특례를 인정할 필요가 있으며, 종래부터 운용되어온 허가제도를 개정하는 경우에는 舊法令에 의해서 허가를 부여받은 자에 대해서는 그 허가를 잠정적 또는 항구적으로 유효한 것으로 인정할 필요가 있는 경우도 있다. 또한 어떤 조직의 개폐에 즈음하여 종래의 職員의 신분이 변경되는 경우에는 기득권을 존중하여 신분변경후에도 일정한 권리를 보호할 필요성이 발생한다. 그리고 일정한 직업에 종사하는 자에 대해 특별한 자격이 요구되는 법령이 새로이 제정되는 경우에도 그러한 자격없이 종래부터 그 직업에 종사하여 온 자의 구제를 위한 조치를 강구할 필요성이 생기는 경우에도 그러하다.

②위와 같이 특정의 자에 대한 기득권 내지 기득의 지위의 존중이 아니나, 이 정신의 연장이라고 할 수 있는 暫定的 特例가 필요한 경우도 있다.

③이른바 불이익한 규범의 효력을 계속시키기 위한 조치이다. 사회생활상의 안전의 요청은 과거의 사실에 관해서도 장래에도 여전히 동일한 조치를 할 것을 요구하는 경우가 있다. 따라서 법령이 개폐되더라도 지금까지 법령이 요구한 여러 규정은 과거에 일어난 사실에 관해서는 將來에도 그것을 지속시킬 필요가 발생한다.

④법령의 本則規定을 보완하기 위하여 필요한 조치이다. 예컨대 특별한 자격을 가진 자에 대해서만 일정한 직업에 종사할 것을 허용하는 경우에 어떤 법령에 위반한 것을 가지고 결격요건으로 하는 때에는 당해법령과 같은 취지의 구법령에 위반한 것도 마찬가지로 취급할 필요가 있다. 그러한 경우에 본칙에서는 구법령의 위반에 관해서는 정하지 않고 부칙에서 이를 정하는 것이 통례이다.

법령의 부칙에서 규정하여야 할 경과조치는 당해법령의 내용에 상응하여 또한 당해사항에 관한 현재의 질서에 관한 평가여하에 따라 일률적으로 이를 정할 것이 아니라, 위의 기초적인 인식에 의거하여 규정되어야 할 것이다. 우리의 憲法裁判所도 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 하위법규 명령 등 규범의 개폐에도 적용되는 것이다」<sup>174)</sup>라고 판시하고 있다.

## 2. 經過規定의 類型

어떻든 경과조치는 법률의 제정·개정등에 따른 신규법률상태의 조정을 위한 조치이므로 個別法에서 규정하는 내용에 따라 그 유형도 다양하지만, 신규법률의 적용관계에 대하여 과도적 조치를 하고 있음이 공통적이다. 따라서 어떠한 대상에 대하여는 구법률을 한정적으로 적용시키고 있는가하면 新法律의 시행전에 발생한 어떠한 대상에 대하여 신법률을 소급적용하는 조치를 취하기도 한다. 경과조치로서 규정을 두어야 할 사항에 관하여 몇 가지 유형을 지적하면 다음과 같다.<sup>175)</sup>

### (1) 既得의 권리·지위의 존중·보호 또는 승계를 위한 사항

경과조치를 규정하는데 있어서 유의하여야 할 가장 우선적이고 기본적인 이념은 기득의 권리 내지 지위를 존중·보호하는데 있다. 법을 개폐하는 입법목적이 사회정의의 실현과 공공복리의 증진이라는 사회적 욕구에 부응하는데 있다하더라도 법자체가 사회적 질서를 유지하는 규범으로서의 이념을 가지고 있기 때문에 급격한 사회질서의 변화를 가져오는 입법은 바람직하지 않을 것이다. 물론 현재의 법률상태가 계속되는 것이 국민의 法觀念에 위배되어 시급한 법제도개혁이 필요한 경우로서 기득의 권리 또는 이익을 변화시키는데 합리적인 이유가 있

174) 1994년도 新入生選拔試案에 대한 憲法訴願(1992.10.1. 92헌마68,76 병합).

175) 자세한 내용은 閔東基, 「立法上の 經過措置에 관한 小考」, 立法調査月報 1989. 11., 3面이하 참조.

는 경우에는 예외가 될 수도 있을 것이다.

憲法裁判所에서도 「헌법상 법치국가의 원칙으로 부터 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」<sup>176)</sup>라고 판시하고 있다. 여하튼 기득권보호와 관련된 경과조치도 법이 규정하고자 하는 내용에 따라 다양하게 표현되고 있으며, 대표적인 것을 몇가지 살펴보면 다음과 같다.

①신규로 인·허가 등의 제도를 채용하는 경우에 새로이 금지된 영업을 영위하고 있는 자가 갑자기 違法狀態에 놓이게 되는 것을 피하게 하고 그 기득의 권익이라든지 지위를 보호하기 위하여 경과조치를 두는 예가 많다.

<사례-1>

※外國人投資및外資導入에관한法律

附 則

第3條(認可등에 관한 經過措置) 이 法 施行전에 종전의 法律에 의하여 認可·許可·承認·申告·報告·確認 또는 登錄등(이하 “認可등”이라 한다)을 받은 것은 이 法에 의하여 각각 認可등을 받은 것으로 본다.

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

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

②허가등의 요건·절차 등이 변경된 경우에 일반적으로 종래의 법률에 의한 허가등을 신법률에 의한 허가 등으로 보는 看做規定을 두고 그 효력이 계속 인계되는 것으로 한다든지 혹은 종래의 법률에 의한 허가를 받고 있는 자에 대해서 특히 일정기간 구법률의 효력을 연장하고, 일정기간내에 필요한 요건을 갖추도록 하는 규정을 두는 예가 있다.

<사례-1>

※結核豫防法

附則(1993.12.27)

②(私立結核診療所등의 設置許可에 관한 經過措置) 이 法 施行당시 종전의 規定에 의하여 設置許可를 받은 私立의 結核診療所와 療養所는 이 法의 規定에 의하여 設置許可를 받은 것으로 본다.

<사례-2>

※海洋汚染防止法

附則(1995.12.29)

第3條(廢油處理業者에 관한 經過措置) 이 法 施行당시 종전의 規定에 의하여 廢油處理業의 許可를 받은 者는 第37條 내지 第44條의 改正規定에 불구하고 종전의 規定에 의하여 이 法 施行日부터 1年 6月까지 廢油處理業을 계속 할 수 있다.

<사례-3>

※障礙人福祉法

附則

④(障礙人 利用施設과 障礙人 職業再活施設에 대한 經過措置) 이 法 施行當時 社會福祉法人 기타 非營利法人이 運營하는 障礙者 綜合福祉館과 自立作業場은 이 法 施行後 1年以內에 이 法에 의한 施設基準을 갖추어 障礙人利用施設 또는 障礙人職業再活施設로 許可를 받아야 한다.



③법률에서 허가·인가·면허·등록·신고를 하도록 되어 있는 제도를 변경하는 경우로서 허가·인가·면허제를 등록·신고제로 하는 방법과 등록·신고제를 허가·인가·면허제로 하는 경우에 경과규정을 두는 예가 있다.

<사례-1>

※住宅建設促進法

附則(1980.1.4)

②(經過措置) 이 법 施行당시 종전의 規定에 의하여 住宅資材生産業의 免許를 받은 者는 第41條의 規定에 의한 住宅資材生産業의 登錄을 한 것으로 본다.

<사례-2>

※不動産仲介業法

附則

第3條(紹介營業者에 관한 經過措置) ①1983年 11月 30日이전에 종전의 紹介營業法에 의하여 申告를 하고 紹介營業을 營爲하고 있는 者로서 第7條의 規定에 의한 缺格事由에 해당하지 아니한 者는 이 법에 의한 仲介業의 許可를 받은 것으로 본다.

②~③(생략)

④행정청이 행하는 행정행위에는 허가·인가·면허외에도 승인·임명·결정·통지 등의 행정행위가 많고 일반국민의 경우도 행정청에 대하여 등록·신고행위 외에 융자금의 상환·특허출원 등의 행위를 하는 경우가 많으므로 이에 대하여도 필요한 경우 기득권을 보호하는 규정을 두는 예가 많다.

<사례-1>

※原子力法

附則

第2條(종전의 處分등에 관한 經過措置) 이 법 施行당시 종전의 規定에 의하여 행한 處分·節次 기타 行爲는 이 법에 의하여 행한 것으로 본다.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-2>

※社會福祉事業法

附則

第5條(처분등에 관한 經過措置) 이 法 施行전에 종전의 規定에 의하여 행하여진 처분·申請 기타 行政機關에 대한 행위는 이 法의 規定에 의하여 행하여진 처분·申請 기타 行政機關에 대한 행위로 본다.

⑤면허·등록 등의 제도를 중심으로 한 자격부여법규의 내용이 개정된 경우 舊法律에 의한 자격부여 기타의 처분 및 私人的 부여권자에 대해서한 신청 기타 행위의 효력에 있어서 경과규정을 필요로 하는 것은 허가 등의 경과조치방식과 다를 바 없다.

<사례-1>

※國家技術資格法

附則

第2條(다른 法令에 의한 資格取得者에 대한 經過措置) ①이 法 施行當時 다른 法令에 의하여 資格을 取得하고 있는 者중 그 資格이 大統領令이 정하는 바에 의하여 이 法에 의한 技術資格에 相當하다고 認定되는 者는 이 法에 의한 技術資格을 取得한 者로 본다.

②~③(생략)

<사례-2>

※公認勞務士法

附則(1995.12.6)

②(資格에 관한 經過措置) 이 法 施行당시 종전의 第3條第1項第2號의 規定에 의하여 公認勞務士의 資格을 취득한 者는 同號의 改正規定에 불구하고 이 法에 의한 公認勞務士로 본다.

<사례-3>

※藥事法

附 則(1994.1.7)

第2條(藥師國家試驗의 應試資格에 관한 經過措置) 이 法 施行당시 證전의 規定에 의하여 藥師國家試驗의 應試資格이 있는 者와 保健社會部長官이 인정하는 外國의 해당大學에 在學중인 者는 證전의 規定에 의한다.

(2) 處分廳의 변경에 관한 사항

①인·허가 등의 처분청이 변경된 경우에 증전의 처분청이 행한 처분 또는 증전의 행정청에 대한 신청·신고 등의 효력을 명확히 하기 위하여 경과조치에 관한 규정을 둔다.

<사례-1>

※文化財保護法

附 則(1995.12.29)

④(文化財賣買業의 許可에 관한 經過措置) 이 法 施行당시 證전의 規定에 의하여 文化體育部長官으로부터 文化財賣買業의 許可를 받은 者는 이 法에 의하여 管轄市長·郡守 또는 區廳長으로부터 文化財賣買業의 許可를 받은 것으로 본다.

<사례-2>

※海洋汚染防止法

附 則(1995.12.29)

第4條(油艙清掃業의 登錄에 관한 經過措置) 이 法 施行당시 證전의 規定에 의하여 海運港灣廳長으로부터 油艙清掃業의 許可를 받은 者는 이 法에 의하여 內務部長官에게 登錄한 油艙清掃業者로 본다.

第5條(油艙清掃業者에 대한 行政處分에 관한 經過措置) 이 法 施行전에 증

전의 規定에 의하여 海運港灣廳長이 油艙清掃業者에 대하여 발한 각종 命令·처분등은 이 法에 의하여 內務部長官이 油艙清掃業者에 대하여 발한 각종 命令·처분으로 본다.

第6條(自家處理施設의 設置·使用者에 관한 經過措置) 이 法 施行당시 종전의 規定에 의하여 海運港灣廳長에게 申告한 自家處理施設의 設置·使用者는 이 法에 의하여 環境部長官에게 申告한 自家處理施設의 設置·使用者로 본다.

② 또한 처분청·처분절차 등 개정된 부분이 다수인 경우에는 다음과 같은 경과규정을 둔다.

<사례-1>

※ 體育施設의 設置·利用에 관한 法律

附 則

第7條(行政處分등에 관한 經過措置) 이 法 施行당시 종전의 規定에 의하여 文化體育部長官·市·道知事등 行政機關이 행한 승인 기타 行政機關의 행위 또는 각종 登錄 기타 行政機關에 대한 행위는 그에 해당하는 이 法에 의한 行政機關의 행위 또는 行政機關에 대한 행위로 본다.

(3) 機關의 新設·廢止와 관련된 사항

국가기관이 폐지되고 새로이 설치되는 국가기관이나 이미 설치되어 있는 타국가기관에게 그 사무와 직원이 移讓되는 경우에는 이에 대한 경과조치가 필요하다. 조직의 개편으로 행정기관이 格下 또는 格上된 경우에는 행정기관의 실질적인 지위가 달라지므로 소관사무 및 소속직원에 관한 경과조치를 두도록 하며, 단지 행정기관의 명칭만 변경되는 경우에는 당해 행정기관의 실질적인 지위에 변동이 없으므로 所管事務 및 소속직원에 관한 경과조치를 두지 아니하기도 한다. 그러나 기관의 명칭변경은 주로 기관의 소관사항과 지위에 따라 행하여지는 것이 일반적이므로 이 경우 경과조치가 필요하다.

〈사례-1〉

※社會福祉事業法

附 則

第3條(社會福祉專擔公務員에 관한 經過措置) 이 法 施行당시 社會福祉專門要員은 이 法에 의한 社會福祉專擔公務員으로 보며, 第11條의 規定에 의하여 福祉事務專擔機構가 設置되는 때에는 당해 福祉事務專擔機構의 業務 開始日 부터 福祉事務專擔機構에 配置한다.

〈사례-2〉

※警察法

附 則

第3條(警察廳設置등에 관한 經過措置) 이 法 施行당시의 內務部 治安本부와 그 所屬公務員은 각각 이 法에 의한 警察廳과 그 所屬公務員으로, 서울特別市·直轄市·道警察局 및 警察署와 그 所屬公務員은 각각 地方警察廳 및 警察署와 그 所屬公務員으로, 海洋警察隊 및 地區海洋警察隊와 그 所屬公務員은 각각 海洋警察廳 및 海洋警察署와 그 所屬公務員으로 본다.

(4) 舊法과 新法의 적용에 관한 사항

일반적으로 법령은 시행됨으로써 현실로 구체적으로 일정의 사항에 관해 적용되는 효과를 발생하는 것이나 적용의 대상이 계속적인 사항이나 행위인 경우에는 이것을 시행하는데 있어서 新法, 舊法이 어떻게 적용되는가를 특히 명백히 할 필요가 인정되는 경우가 많다. 이러한 의문을 해소하기 위하여 신구법률의 적용구분을 명백히 하는 경과조치가 필요하다. 그러나 이 경우의 경과조치에 관해서는 다음과 같은 문제가 있다. 즉 국민의 법률생활의 안정이라는 관점에서 본다면 구법시행의 시점에서 발생한 사실에 관해서는 舊法의 규정을 적용하고, 新法의 규정을 소급하여 적용하지 않는 것이 일반적인 원칙이다. 그러나 국민의 법률생활의 안정이라는 것을 강조하는 것은 어디까지나 국민의 이익을 위한 것

이므로 거꾸로 舊法施行 당시에 발생한 사실에 관해 신법을 소급적용하여도 일반국민의 이해와 직접관계가 없는 경우, 국민에게 불이익이 아닌 이익이 되는 경우 또는 소급적용하는 것이 공익에 부합하는 경우 등 특별한 경우에는 신법령의 소급적용이 허용된다고 생각된다.<sup>177)</sup>

이에 관하여 우리 憲法裁判所에서도 「법률이 변경된 경우 신법의 적용범위에 관하여 신법은 항상 최선의 것이므로 광범위한 시적영역을 가져야 하고 그 법적 효과가 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 것인가의 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」라고 판시하고 있다.<sup>178)</sup>

그리고 신법의 소급적용과는 반대로 신법의 시행후에도 일정한 사항에 관하여

177) 加藤幸嗣, 「行政法規の遡及適用」, 行政法の争点(ジュリスト増刊), 有斐閣, 1988, 44面.

178) 公職選舉및選舉不正防止法 附則 제3조 違憲確認(1995.12.28. 95헌마196).

구법의 효력을 인정하거나 또는 구법의 예에 의한다고 규정하는 경우도 있다.

<사례-1>

※少年法

附則

②(經過措置) 이 법은 이 법 施行당시 調査 또는 審判중에 있는 保護事件 또는 刑事事件에 대하여도 適用한다. 다만, 이 법 施行전에 종전의 規定에 의하여 행한 保護節次 또는 刑事節次の 效力에는 영향을 미치지 아니한다.

<사례-2>

※環境汚染被害紛爭調整法

附則

②(經過措置) 이 법 施行당시 종전의 環境保全法 第53條의 規定에 의하여 계속중인 紛爭調停 申請事件에 대한 調停은 종전의 예에 의한다.

<사례-3>

※特許法

附則

第2條(一般的 經過措置) 이 법은 附則 第3條 내지 第9條에 특별히 規定한 경우를 제외하고 이 법의 施行전에 발생한 사항에도 適用한다. 다만, 종전의 規定에 의하여 발생한 效力에 관하여는 영향을 미치지 아니한다.

(5) 書式, 복제등에 관한 사항

각종 서식이나 복제 등의 법령이 개정되는 경우에 기존의 서식이나 복제 등을 일정기간 사용할 필요가 있을 때에는 이에 관한 경과조치를 둔다.

<사례-1>

※상표법시행규칙

부 칙

②(서식에 관한 경과조치) 이 규칙 시행당시 종전의 규정에 의한 서식은 이 규칙 시행일부터 6개월간 이 규칙에 의한 서식과 함께 사용할 수 있다.

<사례-2>

※경찰공무원임용령시행규칙

부 칙(1988.12.29)

②(경과조치) 이 규칙 시행전에 종전의 규정에 의하여 작성되어 사용중인 서식은 계속하여 사용하되 이 규칙에 의하여 삭제된 난은 기재하지 아니한다.

(6) 限時法을 제정하는 경우의 잔무처리를 위한 사항

한시법을 제정하는 경우에 그 법의 有效期間이 만료되는 때에도 그 한시법에 의하여 신청 등을 한 사무로서 진행중인 것은 이를 계속 처리하여 완료할 수 있게 하도록 하는 규정을 둔다.

<사례-1>

※不動產所有權移轉登記등에관한特別措置法

附 則(1992.11.30)

第2條(有效期間) 이 법은 1994年 12月 31日까지 效力을 가진다. 다만, 이 법 施行중에 第10條의 規定에 의하여 確認書의 發給을 신청한 不動產에 대하여는 有效期間 경과후 6個月까지는 이 법에 의한 登記를 신청할 수 있다.

(7) 法人의 해산·조직변경등에 관한 사항

종전의 법률규정에 의하여 설립된 法人 기타 團體의 설립근거가 되는 법률이 개폐된 경우에 그 내용에 따라 법인의 해산, 재산의 처분 기타 조직변경 등에 관한 경과규정을 둔다.



〈사례-1〉

※畜産業協同組合法  
附則(1994.12.22)  
第3條(既存組合에 관한 經過措置) ①이 法 施行당시 종전의 規定에 의하여 認可를 받아 設立되거나 設立중에 있는 地域組合과 業種組合은 각각 이 法에 의한 認可를 받아 設立되거나 設立중인 地域組合과 業種組合으로 본다.  
②이 法 및 다른 法律에 의하여 登記簿 기타 公簿에 기재된 組合의 명칭은 각각 이 法에 의하여 변경된 해당 組合의 명칭으로 본다.

〈사례-2〉

※建設技術管理法  
附則(1995.1.5)  
第5條(韓國建設技術人協會에 관한 經過措置) ①이 法 施行당시 社團法人 韓國建設技術人協會는 建設部長官의 승인을 얻어 그 모든 權利와 義務를 이 法에 의한 韓國建設技術人協會에 承繼시킬 수 있다.  
②第1項의 規定에 의하여 建設部長官의 승인을 얻은 社團法人 韓國建設技術人協會는 民法중 法人의 解散 및 清算에 관한 規定에 불구하고 解散된 것으로 본다.  
③第1項의 規定에 의하여 建設部長官의 승인을 얻은 社團法人 韓國建設技術人協會의 財産은 이 法에 의한 韓國建設技術人協會의 財産으로 본다.

(8) 罰則에 관한 사항

일반적으로 법률은 그 시행시로부터 폐지시까지 효력을 가진다. 따라서 한 법률에 있어서 벌칙에 관한 규정 역시 특별한 규정이 없는 한 그 법률의 시행후 폐기에 이르기까지의 사이에서 이루어진 범죄에 대해서만 적용된다. 그러나 行爲時法 범죄를 재판시법에 의하여 재판하는 경우와 같이 行爲時의 법률과 裁判時에 있어서의 법률이 서로 다를 때에는 적용하여야 할 법이 행위시법이나 아닌 재판시법이나 하는 것이 문제된다. 벌칙에 관한 경과조치는 이처럼 범죄행위시와 재판시 사이에 벌칙의 변경이 있을 경우 이를 위한 경과규정이다.

이와 같은 경과조치의 근거로서는 ①刑事訴訟法 제326조제4호에서 범죄후의 법령개폐로 형이 폐지되었을 때 판결로써 免訴의 선고를 하여야 한다고 규정하고 있다. 따라서 형벌법규를 폐지한 경우에는 특히 이 刑事訴訟法의 규정을 배제하는 경과조치를 규정하지 않으면 그 후의 판결에 있어서는 면소가 되고 만다. 따라서 형사정책상 이미 형벌을 받은 자와 폐지전에 그 폐지된 형벌법규에 저촉되는 행위를 하였으나, 아직 재판을 받지 않고 있는 자 사이에 형평을 유지하고 그 형벌법규 폐지 후에도 그러한 반사회적인 행위를 여전히 추궁할 필요가 있을 때에는 부칙에서 폐지된 벌칙에 대하여 경과규정을 두고 있는 것이다. ②刑法 제1조제2항에서는 범죄후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하거나 형이 구법보다 경한 때에는 신법에 의한다고 규정하고 있고, 동조 제3항에서는 재판확정후 법률의 변경에 의하여 그 행위가 범죄를 구성하지 아니하는 때에는 刑의 執行을 면제한다라고 규정하고 있으므로 이 형법규정에 의거하는 것이 부당하다고 생각할 때에는 특별한 경과규정을 두고 있는 것이다.

여하튼 벌칙에 관한 經過措置를 부칙에 둘 것인가의 여부는 일률적으로 말하기 곤란하며, 그것은 형사정책상 또는 가치판단의 문제라고 할 수 있다. 그러므로 벌칙의 경과규정은 폐지 또는 경감되는 벌칙에 대하여 개별적으로 판단하여 결정할 문제인 것이다. 다만 형벌법규의 개폐가 법률이념의 변경에 따라 종전의 처벌자체가 부당하였거나 또는 科刑이 과중하였다는 반성적 고려에서 이루어진 것이라면 형법·형사소송법의 규정정신에 입각하여 경과규정을 두지 않는 것이 바람직하다고 할 수 있다. 그러나 정부에서 제출하는 법률안 중에는 많은 법률안이 형벌법규를 개폐하면서 신중한 고려없이 과벌의 형평을 유지한다는 이유로 지나치게 행위자의 이익을 도외시한 형벌에 관한 경과규정을 획일적으로 두고 있는 경향이 있다. 그러나 1984년 이후부터 정부제출법률안 중 罰則에 관한 경과규정을 전부 삭제하고 있으며, 현재 이러한 방침을 유지하고 있다.<sup>179)</sup> 다만, 행정형벌의 특수성이나 형평성유지를 위하여 위와 같은 刑法이나 刑事訴訟法과 다르게 처리하여야 할 필요가 있는 경우에는 경과규정을 둔다.

· 벌칙에 관한 구성요건의 전부 또는 일부가 大統領令에 위임되어 있는 경우에

179) 閔東基, 前掲論文, 12面. 「그 주된 이유로는 종전의 罰則이 과중하다는 배려에서 罰則을 경감하고 있는 改正案의 立法趣旨에서 볼 때 改正法施行前의 行爲에 종전의 罰則을 적용하는 것은 지나치게 가혹하다는 것이다」.

는 대통령령에서 그 범죄의 구성요건을 개폐한 때에는 대통령령에서 경과규정을 두도록 한다. 附則에서 벌칙에 관한 경과규정을 두는 방식으로는 다음과 같은 유형이 있다.

①이 法 施行전의 行爲에 대한 罰則의 適用에 있어서는 종전의 規定에 의한다.

<사례-1>

※外國人投資및外資導入에관한法律  
附 則  
第5條(罰則에 관한 經過措置) 이 法 施行전의 行爲에 대한 罰則의 適用에 있어서는 종전의 規定에 의한다.

②이 法 施行前の 行爲에 대한 罰則의 適用에 있어서는 종전의 例에 의하고 1개의 罪가 이 法 施行前後에 걸쳐서 행하여진 때에는 이 法 施行前에 犯한 것으로 본다.

<사례-2>

※大麻管理法  
附 則(1977.1.1)  
②(經過措置) 이 法 施行전의 大麻에 관한 犯罪行爲에 대한 罰則의 適用에 있어서는 종전의 例에 의하고 1個의 罪가 이 法 施行전후에 걸쳐서 행하여진 때에는 이 法 施行전에 犯한 것으로 본다.

③이 法 施行前の 제○조에 해당하는 行爲에 대한 罰則의 適用에 있어서는 이 法 제○조의 規定에 의한다.

<사례-3>

※鳥獸保護및狩獵에관한法律  
附 則  
第5條(罰則에 관한 경과조치) 이 法 施行전의 第28條에 該當하는 行爲에 대한 罰則의 適用에 있어서는 이 法 第28條의 規定에 의한다.

위의 방식은 종전의 행위에 대한 벌칙이 형벌인 罰金에서 행정질서벌인 過怠

料로 개정되는 법률안에 있어서 刑法 제1조제2항에 따라 처벌할 수 없다는 이유에서 취하는 것이다.

④ 한시법과 경과규정의 문제

형벌법규의 일정한 유효기간을 미리 한정하여 두는 이른바 「限時法」의 경우에 그 한시법은 일시적 사정의 필요에 의하여 또는 일정기간만을 위하여 제정되었기 때문에 그 법률은 일시적 사정의 소멸 또는 일정기간의 경과에 의하여 폐지된다. 이 경우 刑法 제1조제2항 및 刑事訴訟法 제326조제4호에 따른다면 실효전의 행위는 처벌할 수 없게 된다. 그러므로 한시법에 있어서 그 失效前에도 유효기간중의 위법행위를 처벌할 수 있을 것인가의 여부가 문제된다. 이 점에 관해서 學說은 한시법이라는 성격에 비추어 유효기간내에 행하여진 행위에 관해서는 유효기간 경과후에도 처벌할 수 있다는 「肯定說」과 형벌법규 그 자체의 실효후에도 위반효를 인정하는 명문규정이 없는 한 처벌할 수 없다는 「否定說」이 있으므로 실제 입법례에 있어서는 해석상의 의문의 여지를 없애기 위하여 종전의 위반행위를 처벌할 필요성이 있는 경우에는 경과규정을 두는 것이 입법상 바람직하다.

그러나 형벌적용에 관한 한 언제나 행위자에게 유리하게 결정하여야 한다는 죄형법정주의의 정신에 입각하여 한시법의 효력을 인정하지 않는 입장에서는 종전의 형벌법규의 追及適用은 불필요하며, 법해석상의 형식논리에서도 이미 실효된 법률을 가지고 폐지기간전의 행위에 대하여 적용한다는 것은 불합리하기 때문에 벌칙에 관하여 경과규정을 두는데 강력히 반대하고 있다.<sup>180)</sup>

180) 상세한 것은 尹長根, 前掲論文, 46面이하 참조. 「公衆衛生法(1986.5.10. 법률 제 3822호) 附則 제2조제1항제4호에 의하면 舊 遊技場業法은 公衆衛生法이 施行되면서 廢止되었는 바, 같은 법 附則 제3조제1항에 의하면 廢止되는 舊 遊技場業法에 의하여 遊技場業許可를 받은 것은 公衆衛生法에 의하여 遊技場業許可를 받은 것으로 보도록 규정되어 있으므로 1971. 12. 31. 대통령령 제5916호로 遊技場法施行令이 개정·시행될 당시 종전의 舊 遊技場法의 규정에 의하여 아케이드 이큅먼트의 遊技場業 許可를 받은 遊技場業者가 公衆衛生法이 시행된 이후에도 계속하여 遊技場業을 함에 있어서 公衆衛生法에 위반하는 행위를 한 경우에는 같은 법이 시행된 이후의 같은 법 위반행위로서 같은 법의 규정이 적용되어야 하고, 같은 법 附則 제6조(罰則適用에 대한 경과조치)도 같은 취지에서 같은 법이 시행되기 전에 한 遊技場業法 위반행위에 대해서만 종전의 遊技場業法에 의하여 벌칙을 적용할 것을 밝혀 두고 있는 것이다」, 大判 1990. 7. 13. 제3부 판결

<사례-1>

※ 公有土地分割에 관한 特例法

附 則

③(罰則에 관한 經過措置) 이 法 施行중의 第46條의 罪를 犯한 者에 대하여는 이 法의 有效期間經過後에도 이 法을 適用한다.

## V. 適用例 · 特例에 관한 規定

### 1. 適用例의 규정

이미 살펴본 바와 같이 법령이 현실적으로 효력을 발휘하기 위해서는 법령의 시행일을 정할 것을 요한다. 그러나 법률의 내용에 따라서는 시행일만을 정하는 것으로는 구체적으로 어느 대상부터 적용될 것인가가 명확하지 않은 경우가 있다. 이러한 경우에는 시행일을 정함과 아울러 어떠한 대상에 대하여 어느 경우부터 규율을 할 것인가를 특히 「適用」이라는 용어를 사용하여 명확히 한다.

<사례-1>

※ 特別消費稅法

附 則(1994.12.22)

第1條(施行日) 이 法은 1995年 1月 1일부터 시행한다. 다만 第25條의 改正規定은 1995年 7月 1일부터 시행한다.

第2條(一般的 適用例) 이 法은 이 法 施行후 최초로 課稅對象物品을 販賣場에서 판매하거나 製造場에서 搬出 또는 輸入申告를 하는 分부터 적용한다.

第3條(入場行爲에 관한 適用例) 第1條第3項의 改正規定은 이 法 施行후 최초로 入場行爲를 하는 分부터 시행한다.

<사례-2>

※소득세법시행령

부 칙(1995.12.30)

제1조(시행일) 이 영은 1996년 1월 1일부터 시행한다. 다만, 제162조제6항

제1호 및 동조제7항제1호의 개정규정은 1997년 1월 1일부터 시행한다.

제2조(일반적 적용례) 이 영은 이 영 시행후 최초로 개시하는 과세기간에 발

생하는 소득분부터 적용한다. 다만, 제62조·제63조·제67조·제72조·제

73조제2항·제84조제3항·제141조제1항의 개정규정 및 이 영 부칙 제17조

제1항의 규정은 이 영 시행후 최초로 신고기한이 도래하는 것부터 적용한다.

2. 特例의 규정

부칙에서 特例規定을 두는 경우에는 법률의 제정·개정시에 정책적인 관점 또는 특수한 상황을 전제로 하여 한정된 기간 또는 대상등에 대하여 예외적으로 본칙의 내용과 다른 제도를 도입하여 운용할 필요가 있을 때이다. 어떠한 내용을 附則에서 특례규정을 둘 것인가에 대해서는 현행 입법례를 볼 때 일정한 기준이 있다고는 보기 힘들고, 각 개별법마다 매우 다양하게 규정하고 있다.

<사례-1>

※自然公園法

附 則(1986.12.31)

第4條(理事任命에 대한 特例) 公園設立시의 公園의 理事는 第49條의7第5項의

規定에 불구하고 建設部長官이 임명한다.

<사례-2>

※建築士法

附 則

第2條(建築士免許에 관한 特例) ①이 法 施行당시 地方長官의 許可를 받아 建築에 관한 行政書士의 業務를 營爲하고 있는 者에게는 第7條의 規定에 不拘하고 大統領令이 정하는 바에 의하여 銓衡을 거쳐 이 法에 의한 1級建築士의 資格이 있다고 인정되는 者는 1級建築士의 免許를, 기타의 者는 2級建築士의 免許를 받을 수 있다.

②(생략)

## VI. 法令의 有效期間에 관한 規定

법령에는 그 규정하는 내용으로 부터 당연히 어떤 기간에만 적용되는 것임을 명확히 하는 경우도 있으나, 경우에 따라서는 여러가지 필요상 특히 당해 법령 중에 그 유효기간을 한정하여 두는 경우가 있다. 이러한 경우에는 附則에서 그 법령의 유효기간 내지 적용시한을 규정하게 되며, 일반적으로 부칙의 시행일다음에 이를 규정한다. 그러나 위의 시행일에 관한 규정방식에서 본 바와 같이 有效期間規定을 독립된 규정으로 두지 않고 시행일규정의 단서로 두는 사례도 다수 있다.

<사례-1>

※公有土地分割에 관한 特例法

附 則

①(施行日) 이 法은 1995年 4月 1日부터 施行한다.

②(施行期間) 이 法은 2000年 3月 31日까지 그 效力을 가진다. 다만, 2000年 3月 31日이전에 이 法에 의한 分割申請을 한 公有土地로서 2001年 3月 31日이전에 第33條의 規定에 의한 分割調書의 確定이 있는 土地에 대하여는 이 法의 有效期間經過후에도 이 法을 適用한다.

<사례-2>

※ 在外國民就籍·戶籍訂正 및 戶籍整理에 관한 臨時特例法

附 則

- ①(施行日) 이 法은 公布한 날로부터 施行한다.
- ②(施行期間) 이 法은 2000年 12月 31日까지 效力을 가진다.

<사례-3>

※ 工業 및 에너지 技術 基盤 造成에 관한 法律

附 則(1996.12.16)

- ①(施行日) 이 法은 公布 후 3月이 經過한 날부터 施行한다.
- ②(有效期間) 第14條의2 및 第14條의3의 改正規定은 2001年 12月 31日까지 그 效力을 가진다.

## VII. 法令의 施行을 위한 準備行爲에 관한 規定

행정조직에 관한 법령, 法人의 조직에 관한 법령 등의 경우에는 그 법령 전체가 시행되기 전에 委員의 선임을 위한 의결, 설립위원의 임명 등의 준비행위를 할 필요가 있는 경우가 있다. 이러한 준비행위 가운데에는 事實行爲로서 별도의 법규없이도 할 수 있는 것이 많으나 법적 의미를 지닌 행위에 관해서는 특별히 규정을 둘 필요성이 발생한다. 이러한 경우에 부칙에서 준비행위에 관하여 규정한다.



<사례-1>

※環境親和的産業構造로의轉換促進에 관한法律

附 則

- ①이 法은 1996年 7月 1日부터 施行한다.
- ②(環境經營體制 認證業務에 관한 準備行爲) 工業振興廳長은 이 法 施行전에 環境經營體制的 認證機關 및 研修機關의 지정, 審査員의 養成 기타 環境經營體制 認證業務에 필요한 準備行爲를 하거나 관련 機關으로 하여금 準備行爲를 하게할 수 있다. 이 경우 그 準備行爲로서 행한 行위는 이 法에 의하여 한 것으로 본다.

<사례-2>

※建設勤勞者の雇傭改善등에 관한法律

附 則

- ①(施行日)이 法은 1998年 1月 1日부터 施行한다.
- ②(共濟會의 設立準備) 勞動部長官 및 建設交通部長官은 이 法 施行전에 第9條의 規定에 의한 共濟會의 設立認可, 共濟會의 設立業務에 대한 지원등 共濟會設立에 필요한 事務處理를 할 수 있다.

<사례-3>

※國民年金法

附 則(1995.1.5)

第8條(法 施行을 위한 準備行爲) 保健社會部長官 또는 公團은 이 法 施行전이라도 國家·地方自治團體 기타 公共團體와 地域加入者 기타 관계인에 대하여 이 法 施行의 準備에 필요한 資料의 제출등 協助를 요청할 수 있다.

## VIII. 다른 法令의 改正에 관한 規定

법규범은 형식적으로는 각각 독립한 법률로 존재하나 내용적으로는 憲法을 최상위의 규범으로 하여 상호 유기적인 체계를 이루고 있으므로 어느 법률이 개정되면 그 개정의 효과는 그와 관련되는 다른 법률에까지 縱橫으로 파급된다. 어떤 법률의 제정 또는 개정에 수반하여 영향을 받는 다른 법률의 자구 또는 인용조문을 정리하는 등 경미한 사항의 개정을 필요로 하는 경우에 그 제정 또는 개정하는 법률의 附則規定으로써 다른 법률의 규정을 개정하는 것은 관련법령을 동시에 정비할 수 있어 입법경제적인 면에서 효율성이 있다는 점과 법령개정시 차에 따른 시행상의 통일을 기할 수 있다는 점에서 매우 편리한 방법이라고 할 수 있다. 그러나 附則에서 다른 법령을 개정하는 방법을 쉽게 허용하면 立法經濟를 이유로 행정부의 입법편의적 경향이 증가될 수 있어 법체계와 입법질서의 혼란을 초래할 수 있을 뿐 아니라 일반국민이 그 개정내용을 잘 알 수가 없게 된다는 단점도 있다.

따라서 부칙에서의 다른 법령의 개정은 그 법령의 제정 또는 개정, 폐지에 수반하여 다른 법령의 인용조문 또는 자구정리등 경미한 사항에 한정하여야 할 것이며 다른 법령의 실체적 내용까지 개정하여서는 아니된다. 실제로 改正法律案에 따라서는 자구 또는 인용조문정리 등 경미한 사항을 넘어서 실체적인 내용까지 부칙규정의 형식으로 이를 개정하거나 유사한 改正目的을 가진 수개의 법률을 1개의 개정법률로 개정하는 사례도 있으나, 이러한 방식은 지양되어야 할 것이다. 또한 部令의 경우에는 그 발령권자와 소관사항이 다르기 때문에 단순한 인용조문 또는 자구정리 등 경미한 사항일지라도 부령의 附則에서 다른 부처소관의 부령을 개정하지 않도록 유의하여야 할 것이다.

부칙에서 다른 법률을 개정하는 방식은 다음의 두가지 방식이 있으며, 어느 형식이건 각 조문에 개정문을 두어야 한다.

<사례-1>

※地方教育財政交付金法

附則(1990.12.31)

第2條(다른 法律의 改正) ①教育法중 다음과 같이 改正한다.

제68조중 “지방교육재정교부금·”을 “지방교육재정교부금, 지방교육양여금·”  
으로 한다.

(중략)

②教育環境改善特別會計法중 다음과 같이 改正한다.

제5조를 다음과 같이 한다.

(이하 생략)

<사례-2>

※行政審判法

附則(1984.12.15)

第4條(다른 法律의 改正) ①이 法 施行에 따라 관계法律을 다음과 같이 改正  
한다.

1. 國稅基本法 제56조제1항중 “소원법”을 “행정심판법”으로 한다.
2. 關稅法 (이하 생략)

부칙에서 다른 법령을 개정하는 경우에는 다음과 같이 整理的 次元에서의 개  
정에 한정하여야 한다.

①법령의 개정으로 단순히 條項의 번호가 바뀐 경우 바뀐 사항을 인용하고 있  
는 다른 법령의 해당 인용조문의 정리를 위한 개정과 정리적 차원의 경미한 사  
항의 追加

<사례-1>

※ 自動車管理法

附 則

第7條(다른 法律의 改正) ① 地方稅法중 다음과 같이 改正한다.

제128조제14항중 “자동차관리법 제13조제5항”을 “자동차관리법 제13조제7항”으로 한다.

② 自動車損害賠償保障法중 다음과 같이 改正한다.

제24조1항중 “자동차관리법 제7조·제12조·제41조제1항제2호 또는 제44조제1항”을 “자동차관리법 제8조·제12조·제43조제1항제2호 또는 제48조제1항”으로 한다.

②법령의 題名이나 용어가 바뀐 경우 그를 인용하고 있는 다른 법령의 해당부분의 정리를 위한 개정

<사례-1>

※ 國民年金法

附 則

第3條(다른 法律의 改正) ① 이 法의 施行에 따라 관계법률을 다음과 같이 改正한다.

1. 相續稅法 제8조의2제2항제3호중 “국민복지연금법”을 “국민연금법”으로 한다.

2. 國民投資基金法 제8조제1항제2호중 “국민복지연금법”을 “국민연금법”으로 한다.

3. 所得稅法 제5조제4호 라목중 “국민복지연금법”을 “국민연금법”으로 한다.

4. 住宅建設促進法 제10조의2제1항제1호중 “국민복지연금특별회계법”을 “국민연금법”으로 한다.

②(생략)

③ 다른 법령에서 규율하고 있던 사항중 일부사항을 당해 법령에서 規律하도록

하기 위하여 해당사항을 追加하는 改정을 하는 경우에 그 다른 법령의 정리를 위한 改定

〈사례-1〉

※情報化促進基本法

附 則

第4條(다른 法律의 改正) ①基金管理基本法중 다음과 같이 改正한다.

별표중 제28호를 다음과 같이 한다.

28. 정보화촉진기본법

②電算網普及擴張과利用促進에관한法律중 다음과 같이 改正한다.

제4조제3항중 “제6조의 규정에 의한 전산망조정위원회의 조정을”을 “정보화 촉진기본법 제8조의 규정에 의한 정보화촉진심의회 심의를”로 한다.

④機構新設을 위하여 법령을 改定하는 경우 신설될 기구의 소관업무와 관련하여 다른 법령중 相關기관의 업무의 變경을 위한 행위

〈사례-1〉

※首都圈新空港建設公團法

附 則

第7條(다른 法律의 改正) ①韓國空港公團法중 다음과 같이 改正한다.

제7조제5호의2를 삭제하고, 동조제6항중 “제1호 내지 제5호의2의 사업”을 “제1호 내지 제5호의 사업”으로 한다.

제8조제1항제2호중 “2인”을 “1인”으로 하고, 동항제3호중 “이사8인”을 “이사 5인”으로 한다.

제15조제1항제2호를 삭제한다.

제23조의2 및 제23조의3을 각각 삭제한다.

(이하 생략)

⑤하나의 법령에 統合規定되어야 사항이 여러 법률에 분산규정되어 있는 경우 相關법률의 체계화를 위하여 기본이 되는 법령에 통합규정하면서 相關법령의 해당사항을 정리하기 위한 改定

〈사례-1〉

※ 基金管理基本法

附 則(1995.12.6)

第2條(다른 法律의 改正) ① 矯導作業特別會計法중 다음과 같이 改正한다.

제2조제2항 및 제3항을 각각 삭제한다.

② 生命工學育成法중 다음과 같이 改正한다.

제16조제3항·제17조 및 제18조를 각각 삭제한다.

③ 農水産物輸出振興法중 다음과 같이 改正한다.

제19조 내지 제31조를 각각 삭제한다.

④ 藥事法중 다음과 같이 改正한다.

(중략)

⑤ 消費者保護法중 다음과 같이 改正한다.

제27조제1항제4호 및 제48조를 각각 삭제한다.

⑥ 韓國刑事政策研究院法중 다음과 같이 改正한다.

제10조를 삭제한다.

제11조제1항중 “경비와 제10조의 규정에 의한 기금에”를 “경비에”로 한다.

⑦ 國防科學研究所法중 다음과 같이 改正한다.

(이하 생략)

⑥ 새로운 제도의 신설을 위한 법률의 제정·개정에 따라 이와 관련된 사항을 정리하기 위한 既存法律의 개정

〈사례-1〉

※ 女性發展基本法

附 則

②(다른 法律의 改正) 基金管理基本法중 다음과 같이 改正한다.

별표에 제199호를 다음과 같이 신설한다.

119. 여성발전기본법

⑦기본이 되는 법률에서 제도가 신설·변경되는 경우 관련 법률을 기본이 되는 법률에 부합하도록 개정

〈사례-1〉

※地方教育自治에관한法律

附 則

第11條(다른 法律의 改正) ①教育法중 다음과 같이 改正한다.

제2장 및 제3장(제15조 내지 제72조)을 각각 삭제한다.

제84조제1항을 다음과 같이 한다.

(중략)

②教育公務員法중 다음과 같이 改正한다.

제2조제3항중 “시·군 및 자치구”를 삭제한다.

③私立學校法중 다음과 같이 改正한다.

제4조제1항을 다음과 같이 하고, 동조제2항을 삭제한다.

(중략)

④圖書館振興法중 다음과 같이 改正한다.

제22조제1항중 “교육법 제52조”를 “지방교육자치에관한법률 제41조”로, “교육장”을 “교육감”으로 한다.

## 第8節 改正·廢止의 방식에 관한 事項

### I. 一般原則

법령의 개정·폐지의 방식은 일부개정, 전부개정, 폐지·대체방식이 있다. 「一部改正方式」은 개정하고자 하는 조항 및 그 일부만을 개정하여 현행법에 흡수 또는 증보시키는 것이며, 「全部改正方式」은 법률전문을 새로이 열거하는 방법으로 개정하는 방식을 말한다. 또한 「廢止·代替方式」이란 기존법령에 갈음하는 새로운 법령을 제정하는 방식을 말한다. 그런데 어느 법령을 일부개정 또는 전부개정할 것인가, 나아가 폐지·대체할 것인가라는 문제는 보편적으로 간단한

문제라고 볼 수 있으나 특수한 경우에는 그 선택이 간단하지 않은 경우도 있다. 현행법을 개정하고자 할 때에는 보통은 일부개정방식으로 하는 것이 상례이지만 ①개정되는 조문이 既存條文의 3분의 2이상을 차지하는 경우, ②제정된 후 장기간이 경과되어 法文에 나타난 용어와 규제의 태도가 전체적으로 보아 현실과 맞지 아니하고 수차의 개정을 거듭한 결과로서 삭제된 조항과 가지번호의 條·號가 많아 새로운 체제로 정비할 필요가 있는 경우, ③법령의 핵심적 부분을 근본적으로 개정함과 아울러 상당한 부분에 걸쳐 이와 관련된 사항을 정비할 필요가 있는 경우 등에는 전부개정방식을 취하는 것이 합리적이다.<sup>181)</sup>

또한 법령의 전부개정방식과 기존법령에 갈음하는 새로운 법령을 제정하면서 廢止·代替하는 방식은 그 효과에 있어서 큰 차이가 없어서 서로 혼용되어 왔으나, ①기존법령과 신법령간의 제도상의 同質性을 강조할 필요가 있을 때에는 전부개정방식을 원칙으로 하고, 제도 그 자체가 신규양법령간에 전면적 또는 본질적으로 변형되는 경우에는 폐지·대체방식을 취하며 ②전면개정의 경우 법령의 題名이 바뀔 때에는 폐지·대체방식을 취하는 것이 바람직하다.

## II. 一部改正方式

### 1. 一部改正의 原理

법령을 일부개정하는 방식에는 크게 두가지의 방식이 있다. 그 하나는 이른바 증보방식과 다른 하나는 이미 있는 조항을 수정 또는 삭제하거나 새로운 조항을 삽입하는 방식이다. 增補方式은 당초 제정된 법령을 그대로 둔 채 개정조항만을 추가하는 것이므로 당초의 법령과 증보조항이 추가되어 현행의 적용법령을 형성한다. 즉 이 경우에는 어떤 법령의 일부를 수정변경하는 법령은 그 성립 후에도 기존의 법령에 흡수되지 않고 그대로의 모습으로 존속하며, 既存의 法令과 함께 현행법령으로서의 적용이 행해지는 방식이며 현행법령이 어떻게 되어 있는가는 당초의 법령과 增補하는 법령의 전부를 조망할 수 있다. 이에 대하여 後者의 방식은 당초 제정된 법령에 관하여 일부개정이 행하여지고, 一部改正法令의 시행에 의해 그 내용이 당초의 조문 가운데 흡수되어 행하여 지므로 당초의 조문의

181) 법제처, 「법령입안심사기준」, 197面.



수정을 행하는 방식이다. 이 경우에는 법령집의 가제가 시의적절하게 행하여 진다면 법령집에 등재되어 있는 법령을 살펴봄으로써 현행법령을 확인할 수 있다.

이 두가지 방식을 비교하는 경우 법령의 검색의 편리, 법령의 규율을 받는 국민의 이해도의 관점에서 본다면 後者의 방식을 취하는 것이 바람직하다. 현재 우리나라에서도 법령의 一部改正의 방식은 후자를 취하고 있다. 그런데 법령의 일부를 개정하는 법령은 당해 일부개정법령의 부칙부분을 제외하고, 당해 일부개정법령의 시행에 따라 그 내용이 기존법령에 흡수되게 되어 일부개정법령은 그 사명을 다하게 된다. 따라서 일부개정법령의 시행후는 그 本則에 관해 개정을 하는 것은 불가능하다. 이에 대해 일부개정법령의 부칙부분에 관해서는 일부개정법령의 시행후의 事情變更등에 의해서 필요한 경우에는 그 일부를 개정하는 것이 인정된다. 이와 같이 일부개정법령의 부칙은 기존의 법령에 대해 일종의 獨立性을 가지고 있으나, 그 독립성은 기존의 법령이 존재하는 한에 있어서이며, 기존의 법령이 폐지되는 경우에는 당해 법령의 일부개정법령의 부칙은 특별한 경과조치가 강구되지 않는 한 기존 법령과 함께 폐지된다.

이하에서는 법령의 일부개정방식에 관한 立法技術을 구체적으로 살펴본다. 다만 일부개정방식은 立法技術 가운데 가장 기술성이 강한 것 중의 하나이며 약속으로서의 성질을 강하게 가지고 있음에 유의하여야 한다.

## 2. 一部改正의 類型

법령의 일부개정에는 크게 두가지 유형이 존재한다. 즉, 本則에 의한 개정과 附則에 의한 개정이 그것이다. 본칙에 의한 개정도 하나의 개정법령으로 하나의 법령을 개정하는 경우와 하나의 일부개정법령으로 2개이상의 법령을 개정하는 경우가 있다. 일반적으로 기존법령의 일부개정은 일부개정법령의 본칙에서 행한다. 이 경우 하나의 일부개정법령으로 하나의 법령을 개정하는 경우가 대부분을 차지하나, 일정한 개정동기(개정원인)하에 하나의 일부개정법령으로 2개이상의 법령을 개정할 필요가 있는 경우도 있다. 또한 부칙에 의한 개정방식도 제정법령 또는 일부개정법령의 부칙에서 기존의 법령의 일부를 개정할 수도 있다.

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

#### ○本則에 의한 개정

- 하나의 일부개정법령으로 하나의 법령을 개정하는 경우
- 하나의 일부개정법령으로 2개이상의 법령을 개정하는 경우

#### ○附則에 의한 개정

- 제정법령의 부칙으로 개정하는 경우
- 일부개정법령의 부칙으로 개정하는 경우

우선, 일부개정을 본칙을 할 것인가 아니면 부칙으로 할 것인가에 관해서는 원칙적으로 本則에서 행하는 것이 타당하며, 부칙으로 행할 수 있는 경우에는 이미 설명한 바와 같이 법령의 자구수정 내지 경미한 사항의 개정 등 정리적 차원의 개정에 한정된다(부칙에 관한 사항 참조). 즉, 이를 정리하면 다음의 순서로 하는 것이 타당하다.

일정한 개정동기 → 어떤 법령의 개정필요성 → 본칙에 의한 개정 → 그 결과 다른 법령의 개정필요성 → 부칙에 의한 개정

그리고 본칙에서 수개의 법령을 개정할 경우에는 개정하려는 수개의 법령상호간에 관련성이 있어야 하며, 그 관련성의 범위는 개정되는 각 법령의 시행일이 동일하거나 서로 근접할 것외에 ①개정되는 각 법령이 규정하고 있는 대상이 동일 또는 동질적이고 개정되는 각 법령의 개정취지가 동일하거나, ②豫算案과의 밀접한 관련하에 동일 또는 관련성이 깊은 정책을 일괄적으로 실시하기 위하여 관계법령을 개정할 필요가 있어야 한다.<sup>182)</sup>

### 3. 一般的 유의사항과 基本形式

법령의 일부개정에 있어서 개정규정을 成案함에 있어서는 법령내에서의 일관성유지를 위하여 가능한 한 개정되는 기존법령의 용어 및 체제를 따라야 하며, 법령의 題名은 바꾸지 않는 것을 원칙으로 한다. 특히 이와 관련하여 유의하여야 할 사항으로는 다음과 같다.

182) 법제처, 「법령입안심사기준」, 199面.

- 項番號의 표시가 없거나 조문의 제목이 없는 법령을 개정함에 있어서는 개정 법령의 추가조항에 항 번호나 조문의 제목을 표시하지 아니한다.
- 尺度法을 사용하고 있는 법령을 개정함에 있어서는 이를 전부 미터법으로 개정한다.
- 기타 용어의 사용에 있어서도 새로운 용어를 사용함으로써 개정되지 않는 부분과 이질성을 갖게 되지 않도록 한다.

법령의 일부개정에 있어서는 개정법령의 제명을 먼저 쓰고, 그 아래에 「○○법중 다음과 같이 개정한다」라는 표현의 개정문을 붙이며, 개정할 사항에 條를 두지 아니하고 개정대상 법령규정의 조문순서에 따라 개정할 사항을 쓴다. 다만 예외적으로 하나의 개정법령에서 수개의 法律을 개정하거나 하나의 개정법령에서 동일조항을 시행일이 다르게 개정하는 경우에는 조문을 둔다. 그리고 개정방식은 吸收改正方式을 채용하나, 일부개정법령의 附則은 기존법령의 부칙에 흡수될 수 없으므로 계속 증보된다. 또한 일부개정법령안을 입안하여 국회에 제출할 때에는 개정내용을 쉽게 이해할 수 있도록 新・舊條文對比表를 작성하여 첨부하도록 하고 있다.

#### 4. 改正法令의 題名・改正文

##### (1) 題名

일부개정법령의 제명에는 그것이 일부개정을 위한 법령이라는 취지가 명확하게 표시된다. 일부개정법령의 제명은 하나의 개정법령으로 하나의 기존법령을 개정하는 경우에 있어서는 개정되는 기존법령의 제명을 쓰고 이어서 「中改正法律(령)」이라고 쓴다.

○○○법중개정법률 ○○○법시행령중개정령 ○○○법시행규칙중개정령
--

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

그리고 一部改正의 대상이 되는 법령이 두가지인 경우에는 다음과 같이 여러 유형이 있으므로 그에 상응하는 방식을 채용한다.

①A라는 法令의 제정 또는 개정된 결과로서 B라는 法令의 개정필요성이 발생한 경우

“A법중개정법률(A령중개정령)”이란 제명을 쓰고, B라는 법령의 개정은 부칙에서 개정하도록 한다.

<사례-1>

※ 港灣運送事業法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5335號)

港灣運送事業法中改正法律

(중략)

附 則

第1條~第4條(생략)

第5條(다른 法律의 改正) 海運法중 다음과 같이 改正한다.

第2條第2號중 “港灣運送附帶事業”을 “港灣運送關聯事業”으로 한다.

②A라는 법령의 제정·개폐에 즈음하여 B, C라는 상당다수의 관계법령의 관 계규정을 동시에 개정할 필요성이 있을 경우에는 이들의 原因을 발생시킨 법령의 부칙에서 개정하기에는 개정내용이 중요하며 부적당한 때에는 制定形式을 취 하여 본칙으로 개정하되 제명은 다음과 같이 한다.

A법의시행(제정 또는 개정)에따른B법등의정비에관한법률

<사례-1>

※ 附加價値稅實施에따른稅法調整에관한臨時措置法(1976.12.22. 法律 第2932號)

<사례-2>

※ 기능직공무원정원감축을위한각급행정기관직제의일부개정령(1997.3.20. 대통령령 제15305호)

③A,B 두 법령이 하나의 공통된 동기에 기하여 제정되지만 양자의 개정필요성에 있어서 원인·결과의 관계가 없고 並列的인 경우에 있어서, 개정되는 법령의 수가 2개일 때에는 다음과 같이 한다.

A법(률)및B법(률)중개정법률안

④그리고 일부개정의 대상이 되는 법령이 세가지 이상인 경우에는 제명중에 개정되는 법령의 題名을 일일이 표시하지 아니하고 다음과 같이 「등」을 사용하여 표시한다.

○○○법등중개정법률

<사례-1>

※認許可등의整備를위한行政書士法등の一部改正法律(1981.4.13. 法律 第3441號)

<사례-2>

※농지법시행규칙등중개정령(1996.12.28. 농림부령 제1246호)

(2) 改正文

①일부개정법령의 경우에는 신규제정법령의 경우와는 달리 제명에 이어 일부개정의 의사를 명시하는 개정문을 두고 있다. 개정문의 경우에는 題名 다음에 줄을 바꾸어 “○○법(영)중 다음과 같이 개정한다”라는 개정문을 붙이고 다시 줄을 바꾸어 개정할 사항을 쓴다.

○○법중개정법률  
○○법중 다음과 같이 개정한다.  
제○조제○항중 “……”을 “……”로 한다.

<사례-1>

※警察法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5260號)

警察法中改正法律

警察法중 다음과 같이 改正한다.

第11條에 第4項을 다음과 같이 新設한다.

④警察廳長은 退職日부터 2年이내에는 政黨의 發起人이 되거나 黨員이 될 수 없다.

附 則

(이하 생략)

②그러나 공통된 동기에 기하여 두가지 이상의 法令을 동시에 병렬적으로 改正할 때에는 改正文은 法令別 各條文 다음에 둔다.

A법및B법중개정법률안

제1조(A법의 개정) A법중 다음과 같이 개정한다.

제○조중 “.....”을 “.....”로 한다.

제2조(B법의 개정) B법중 다음과 같이 개정한다.

제○조중 “.....”을 “.....”로 한다.

<사례-1>

※認許可등의整備를위한行政書士法등の一部改正法律

第1條(行政書士法の 改正) 行政書士法중 다음과 같이 改正한다.

第16條第2項을 削除한다.

第2條(古物營業法の 改正) 古物營業法중 다음과 같이 改正한다.

第5條를 다음과 같이 한다.

(이하 생략)

## 5. 改正方式의 구체적 검토

### (1) 題名의 개정방식

제명 “○○○”을 “○○○”로 한다.

#### <사례-1>

※國家有功者禮遇등에관한法律中改正法律(1997.1.13. 法律 第5291號)

(중략)

題名 “國家有功者禮遇등에관한法律”을 “國家有功者등禮遇및지원에관한法律”로 한다.

(이하 생략)

#### <사례-2>

※外資導入法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5256號)

(중략)

題名 “外資導入法”을 “外國人投資및外資導入에관한法律”로 한다.

(이하 생략)

### (2) 章・節의 개정방식

①章(절)의 題目만을 개정하는 경우

1) 章(절)의 제목을 전문개정하는 경우

제○장(절)의 제목 “……”을 “……”로 한다.

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

#### <사례-1>

※證券去來法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5254號)

(중략)

第3章의 題目 “有價證券의 모집 또는 賣出”을 “有價證券申告書”로 한다.

(이하 생략)

#### <사례-2>

※兵役法中改正法律(1997.1.3. 法律 第5271號)

(중략)

第6章第3節의 題目 “戰時勤務召集”을 “戰時勤勞召集”으로 한다.

(이하 생략)

#### <사례-3>

※消防法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5294號)

(중략)

제6장의 제목 “消防設備工事業등”을 “消防施設工事業등”으로 하고, 동장제1절의 제목 “消防設備工事業”을 “消防施設工事業”으로 한다.

(이하 생략)

### 2) 章(절)의 제목중 일부자구를 개정하는 경우

제○장(절)의 제목중 “……”을 “……”로 한다.

#### <사례-1>

※消防法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5294號)

(중략)

제5장의 제목중 “製造 및 檢定”을 “型式承認등”으로 한다.

(이하 생략)



3) 章(절)의 제목을 추가하는 경우

제○조 다음에(앞에) “제○장 ○○○”을 삽입한다.

<사례-1>

※農漁村電化促進法中改正法律(1984.12.31. 法律 第3781號)

(중략)

第1條 앞에 “第1章 總則”을 插入한다.

(이하 생략)

<사례-2>

※證券去來法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5254號)

(중략)

第33條 앞에 “第2節 健全營業秩序의 유지”를 插入한다.

(중략)

第162條 앞에 “第1款 設立 및 監督”을 插入한다.

(이하 생략)

4) 章(절)의 제목을 삭제하는 경우

제○조 다음의(앞의) “제○장 ○○○”을 삭제한다.

<사례-1>

※信用卡業法中改正法律(1990.12.31. 法律 第4290號)

(중략)

“第3章 禁止事項”을 削除한다.

(이하 생략)

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

②條文을 포함한 章(절)을 개정하는 경우

1) 章(절)을 전문개정하는 경우

제○장을 다음과 같이 한다.  
제○장 ○○○  
제○조 .....  
제○조 .....

제○장(제○조 내지 제○조)을 다음과 같이 한다.  
제○장 ○○○  
제○조 .....  
제○조 .....  
제○조 .....

<사례-1>

※企業活動規制緩和에 관한 特別措置法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5328號)  
(중략)  
第3章을 다음과 같이 한다.  
第3章 義務雇傭의 緩和  
第28條(企業에 의한 自律雇傭) (이하 생략)

<사례-2>

※韓國放送公社法中改正法律(1990.8.1. 法律 第4264號)  
(중략)  
第5章(第35條 내지 第39條)을 다음과 같이 한다.  
第5章 텔레비전放送受信料의 納付와 徵收  
第35條(텔레비전受像機의 登錄과 受信料納付義務) (이하 생략)

2) 章(절)을 추가하는 경우

제○장을 다음과 같이 신설한다.  
제○장 ○○○  
제○조 .....  
제○조 .....  
제○조 .....

<사례-1>

※教育公務員法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5207號)  
(중략)  
第8章(第54條 내지 第57條)을 다음과 같이 新設한다.  
第8章 公立大學의 教育公務員  
第54條(地方教育公務員人事委員會) (이하 생략)

<사례-2>

※山林法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5323號)  
(중략)  
第7章에 第3節을 다음과 같이 新設한다.  
第3節 技術研究開發  
第114條의2(技術研究開發의 促進) 山林廳長은 山林資源의 보존, 山林의  
경영관리 및 이용과 林業에 관한 이해를 증진시키기 위하여 大統領令  
이 정하는 技術研究開發을 촉진하여야 한다.  
第114條의3(共同研究開發) (이하 생략)

<사례-3>

※不動産登記法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5205號)  
(중략)  
第177條 다음에 第4章의2(第177條의2 내지 第177條의6)를 다음과 같이 新  
設한다.  
第4章의2 電算情報處理組織에 의한 登記事務處理에 관한 特例  
第177條의2(電算情報處理組織에 의한 登記事務處理등) (이하 생략)

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-4>

※證券去來法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5254號)

(중략)

第69條 다음에 第3節을 다음과 같이 新設한다.

第3節 證券投資者保護基金

第69條의2(保護基金의 積立등) (이하 생략)

③章(절)을 폐지하는 경우

제○장(제○조 내지 제○조)을 삭제한다.

<사례-1>

※騒音·振動規制法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5303號)

(중략)

第5章(第39條 내지 第41條)을 削除한다.

(이하 생략)

<사례-2>

※山林法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5323號)

(중략)

第7章 第1節(第110條 내지 第112條의2)을 削除한다.

(이하 생략)

(3) 條·項·號의 改正方式

①조·항·호의 개정원칙

條·項·號의 개정은 개정전의 법령에서의 조·항·호의 순서에 따라 하나의 조마다 하나의 개정규정으로 행하는 것을 원칙으로 한다. 예컨대 어떤 법령의 제3조, 제4조 및 제8조를 개정하는 경우에는 제3조→제5조→제8조의 순서대로

각각의 條마다 하나의 개정규정으로 개정한다. 조가운데 項·號가 있어서 각각의 항·호에 개정이 있는 경우에도 개정전의 법령에서의 項·號의 순서로 정리하여 one sentence로 개정한다. 다만 예컨대 정부조직의 개편에 따라 법령에서 어느 부처의 장관의 명칭을 변경하는 경우와 같이 다수의 조·항·호에서 다른 개정부분이 없고 동일사항만을 개정하는 경우의 조·항·호는 본칙부분의 맨 마지막에 모아서 개정한다. 기타 법제처의 「법령입안심사기준」에서 제시하고 있는 條·項·號를 일부개정하는 방식에 있어서 유의하여야 할 점은 다음과 같다.

- 개정·삭제·추가되는 자구가 들어갈 장소가 어디인지 명확하게 지정하여야 한다. 즉 條가 여러 개의 項·號로 이루어져 있거나 이것이 다시 전단·후단·본문·단서등으로 세분되어 있을 때에는 가능한 한 최소단위까지 인용하여야 한다.
- 어느 법령중에 빈번하게 나오는 하나의 용어를 개정하고자 할 때에는 본칙의 끝부분에서 일괄개정하되, 일일이 條·項·號, 단서·전단·후단등을 명기하여야 한다.
- 하나의 조·항·호중 여러 곳을 개정·추가 또는 삭제함으로써 개정규정이 매우복잡하게 될 때에는 그 조·항·호의 전부를 개정하는 방식이 바람직하다.
- 인용부호로 개정될 자구를 인용함에 있어서는 다음의 기준에 의한다.
  - 인용대상자구는 개정내용과 관련있는 최소한의 명사(복합명사 포함)단위로 인용한다. 이 경우 조항을 인용할 때에는 조항을 명사(복합명사 포함)로 보고 인용하며, 인용되는 조항이 법이나 영의 조항일 때에는 “법”이나 “영”도 함께 인용한다.
  - 구와 절을 인용하는 경우에는 그 내용을 잘 알 수 있도록 가능한 한 친절히 앞뒤 구와 절 전체(쉼표를 포함한다)를 인용한다. 다만, 구와 절중 명사구만 개정하는 경우에는 당해 명사구만 인용하고 조사는 조사자체를 개정할 필요가 있는 경우를 제외하고는 이를 인용하지 아니한다.
- 법령조문을 추가하는 경우 필요한 때에는 가지번호의 條 또는 號를 사용할 수 있으나, 項의 경우에는 가지번호를 사용하지 아니한다.

○기존의 조·항·호에 약간의 자구를 추가(삽입)·삭제할 경우 종전에는 「제○조(제○항제○호)중 “……” 다음에 “……”을 추가(삽입)한다」 또는 「제○조(제○항제○호)중 “……”을 삭제한다」고 하는 방식을 사용하기도 하였으나, 개정내용의 정확성을 높이기 위하여 이러한 방식은 사용하지 아니하기로 한다.

○개정문은 어느 부분이 어떻게 개정되는지 쉽게 이해할 수 있도록 작성하여야 한다. 여러 개의 개정사항을 하나의 문장으로 너무 길게 작성하면 개정내용을 이해하기 어렵게 되고 반대로 간단한 개정사항을 너무 세분하여 여러 개의 개정문으로 작성하면 불필요하게 번잡하여 진다. 따라서 개정문은 이해하기 쉽게 적절히 끊어서 작성할 필요가 있다.

- 개정문은 조문순서에 따라 작성하는 것을 원칙으로 한다.
- 개정문은 조 단위로 작성하는 것을 원칙으로 한다.
- 연속되는 다수 조문이나 인접한 다수 조문을 전문개정하는 경우에는 각 조문마다 개정문을 둘 필요없이 하나의 개정문을 둔다.
- 한 조문에 여러개의 항·호가 있고 이들의 개정사항이 많거나 항·호의 부분개정과 전문개정이 동시에 필요한 것과 같이 개정문이 복잡하여 이해가 어려울 경우에는 같은 조라도 적절히 분리하여 다수의 개정문으로 한다. 별표를 개정할 때에도 마찬가지이다.
- 하나의 개정문에 다수의 개정사항이 있는 경우 각 개정사항마다 「……하고, ……하며」로 연결하고, 맨 마지막은 「……로 한다.」고 하여 문장을 마친다. 다만, 하나의 법령문장에 개정사항이 2이상 있는 경우 그 개정부분은 「……로, ……로」와 같이 연결한다.

## ②條·項·號중 一部字句를 改正하는 경우의 개정방식

### 1) 條文의 제목을 개정하는 경우

#### ● 전문개정

제○조의 제목 “( )”을 “( )”로 한다.

〈사례-1〉

※糧穀管理法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5280號)  
(중략)  
第4條의 題目“(糧穀의 買入)”을“(糧穀의 買入 및 先金支給 등)”으로 한다.  
(이하 생략)

- 일부개정(가급적 하지 아니한다)

제○조의 제목중 “……”을 “……”로 한다.

〈사례-1〉

※租稅減免規制法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5195號)  
(중략)  
第80條의 題目중 “利子所得”을 “長期住宅마련貯蓄”으로 한다.  
(이하 생략)

- 제목과 조를 동시에 개정

제○조의 제목 및 본문(단서)중 “……”을 각각 “……”로 한다.

〈사례-1〉

※汚水·糞尿및畜産廢水の처리에관한法律中改正法律(1997.3.7. 法律 第5301號)  
(중략)  
第27條의 題目 및 本文중 “畜産廢水淨化施設”을 각각 “畜産廢水處理施設”로 하고, 同條 但書중 “環境處長官”을 “環境部長官”으로, “畜産廢水淨化施設”을 “畜産廢水處理施設”로 한다.  
(이하 생략)

2) 조·항·호중 一部字句를 개정하는 경우

조·항·호의 일부자구를 개정하는 경우에는 「제○조(제○항제○호)중」이라고 하여 개정하려는 부분을 지시하여 행하는 것이 일반적이며, 특히 개정할 부분이 2이상인 경우에는 앞의 改正部分은 「로」, 마지막의 改正部分에서는 「로 한다」라고 지시한다. 그리고 개정하려는 자구의 범위에 있어서는 위에서 제시한 기준에

따른다.

● 개정하려는 부분이 하나인 경우

제○조중 “……”을 “……”로 한다.  
제○조제○항중 “……”을 “……”로 한다.  
제○조제○호중 “……”을 “……”로 한다.  
제○조제○항제○호중 “……”을 “……”로 한다.

<사례-1>

※ 道路交通法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5296號)  
(중략)  
第100條중 “사람”을 “사람과 기능검정원 또는 강사자격시험에 응시하고자 하는 사람”으로 한다.  
(이하 생략)

※ 農漁村構造改善特別會計法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5326號)  
(중략)  
第2條 및 第14條중 “農林水産部長官”을 각각 “農林部長官”으로 한다.

※ 騒音·振動規制法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5303號)  
(중략)  
第10條 本文중 “許可를 받은 者”를 “申告를 하거나 許可를 받은 者”로 한다.  
(이하 생략)

<사례-2>

※ 草地法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5324號)  
(중략)  
第27條第1項중 “許可廳은”을 “市長·郡守는”으로 한다.  
(이하 생략)



※下水道法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5300號)

(중략)

第15條第2項 및 第19條第2項중 “總理令”을 각각 “環境部令”으로 한다.

(이하 생략)

※山林法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5323號)

(중략)

第125條第5項 本文중 “10萬원이하”를 “20萬원이하”로 한다.

(이하 생략)

※科學館育成法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5231號)

(중략)

第7條第1項 前段중 “私立科學館 또는 企業等附設科學館”을 “私立科學館”으로 한다.

(이하 생략)

<사례-3>

※傳統寺刹保存法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5320號)

(중략)

第15條第2號중 “第9條의”를 “第9條의2의”로 한다.

(이하 생략)

● 개정할 부분이 2개이상인 경우

제○조(제○항제○호)중 “……”을 “……”로, “……”을 “……”로 한다.

<사례-1>

※下水道法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5300號)

(중략)

第1條중 “都市”를 “都市 및 地域社會”로, “公共用水域”을 “公共水域”으로 한다.

(이하 생략)

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-2>

※ 電氣事業法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5212號)  
 (중략)  
 第44條第1項 前段중 “商工資源部令”을 “通商産業部令”으로, “정하여 商工資源部長官 또는 市·道知事에게 제출하여야 한다”를 “작성하여 비치하여야 한다”로 한다.  
 (이하 생략)

<사례-3>

※ 證券去來法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5254號)  
 (중략)  
 第25條 前段중 “有價證券”을 “株式등”으로 하고, 同條 後段중 “미리 委員會에”를 “지체없이 委員會와 證券去來所 또는 協會에”로 한다.  
 (이하 생략)

● 조(항)에 각호가 있는 경우 각호의 부분의 개정

제○조(항) 각호의 부분중 “……”을 “……”로 한다.

<사례-1>

※ 教育公務員法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5207號)  
 (중략)  
 第28條 各號외의 부분중 “第24條第1項 但書”를 “第24條第1項 後段 또는 第55條第1項 後段”으로 한다.  
 (이하 생략)

③條·項·號 또는 단서를 新設하는 경우의 개정방식

1) 기존의 조·항·호末尾에 條·項·號를 追加할 경우

● 條를 추가할 경우

제○조를 다음과 같이 신설한다.  
 제○조(제목) ……………

<사례-1>

※工業配置및工場設立에 관한法律中改正法律(1996.12.31. 法律 第5240號)  
 (중략)  
 第9條를 다음과 같이 新設한다.  
 第9條(工場立地基準確認) 市長·郡守 또는 區廳長(自治區의 區廳長을 말한다.  
 이하 같다)은 土地所有者 기타 利害關係人의 申請이 있는 경우에는 그 管轄  
 區域안의 土地에 대하여 地番別로 工場設立이 가능한지 여부를 확인하여 통  
 지하여야 한다.  
 (이하 생략)

<사례-2>

※映畫振興法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5321號)  
 (중략)  
 第12條의3을 다음과 같이 新設한다.  
 第12條의3(關聯業界의 自律淨化) 영화업에 종사하는 자와 이들로 구성된 단  
 체 및 협회등은 제12조의 규정에 의한 상영등급의 준수와, 제12조의2제2항  
 의 규정에 의한 광고와 선전물의 배포·게시 제한의무등과 관련하여 자율적  
 인 정화가 이루어 질 수 있도록 노력하여야 한다.

● 項을 추가할 경우

제○조에 제2항을 다음과 같이 신설한다.  
 ②.....

<사례-1>

※雇傭保險法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5226號)  
 (중략)  
 第25條에 第2項을 다음과 같이 新設한다.  
 ②勞動部長官은 .....(이하 생략)

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-2>

※私立學校法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5274號)

(중략)

第31條에 第4項 및 第5項을 각각 다음과 같이 新設한다.

- ④管轄廳은 學校法人이 ……(생략)
- ⑤第4條의 規定에 의하여 ……(이하생략)

<사례-3>

※糧穀管理法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5280號)

(중략)

第4條에 第2項 내지 第5項을 각각 다음과 같이 新設한다.

- ②農林部長官은 ……(생략)
- ③第2項의 規定에 의하여……(생략)
- ④農林部長官은……(생략)
- ⑤第2項 및 第3項의 規定에 의한……(이하 생략)

● 號를 추가할 경우

제○조(제○항)에 제2호를 다음과 같이 신설한다.

2. ……

<사례-1>

※不動產登記法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5205號)

(중략)

第40條第1項에 第8號를 다음과 같이 新設한다.

- 8. 所有權의 移轉의 登記를 申請하는 경우에는 ……(이하 생략)

<사례-2>

※工業및에너지技術基盤造成에관한法律中改正法律(1997.1.13. 法律 第5281號)  
 (중략)  
 第2條에 第5號 및 第6號를 각각 다음과 같이 新設한다.  
 5. “電子商去來”라 함은 共同의 標準을 사용하여 電子化한 商業적인 去來를 말한다.  
 6. “新技術擔保制度”라 함은 ………(이하 생략)

2) 條·項·號에 但書 또는 後段을 新設할 경우

제○조(제○항제○호)에 但서를 다음과 같이 新設한다.  
 다만, ………

<사례-1>

※環境影響評價法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5302號)  
 (중략)  
 第10條에 但書を 다음과 같이 新設한다.  
 다만, 環境影響評價代行者가 事業者와 獨占規制및公正去來에관한法律 第2條 第3號의 規定에 의한 系列會社의 關係에 있는 경우에는 그러하지 아니하다.  
 (이하 생략)

<사례-2>

※國際金融機構에의加入措置에관한法律中改正法律(1996.12.12. 法律 第5172號)  
 (중략)  
 第5條第1項에 但書を 다음과 같이 新設한다.  
 다만, 國際決濟銀行의 경우에는 韓國銀行總裁가 正會員이 된다.  
 (이하 생략)

제○조(제○항제○호)에 後段을 다음과 같이 新設한다.  
 이 경우 ………

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-1>

※株式會社의 外部監査에 관한 法律中 改正法律(1996.12.30. 法律 第5196號)  
(중략)  
第4條第1項에 後段을 다음과 같이 新設한다.  
이 경우 財務諸表와 聯結財務諸表의 監査人은 동일하여야 한다.  
(이하 생략)

3) 項이 없는 條에서 項을 新設하는 경우

● 現行조문을 개정하는 경우

제○조중 “……”을 “……”로 하고, 동조에 제2항을 다음과 같이 新設한다.  
②……………

<사례-1>

※騒音·振動規制法中 改正法律(1997.3.7. 法律 第5303號)  
(중략)  
第8條중 “關係中央行政機關의 長의 의견을 들어 總理令으로 정한다.”를 “環境部  
令으로 정한다.”로 하고, 同條에 第2項을 다음과 같이 新設한다.  
②環境部長官은 ……(이하 생략)

<사례-2>

※雇傭保險法中 改正法律(1996.12.30. 法律 第5226號)  
(중략)  
第16條중 “勤勞者의 職業轉換에 필요한 職業訓練등의 실시”를 “職業轉換에 필  
요한 職業訓練, 人力의 再配置등의 실시”로 하고, 同條에 第2項 및 第3項을 각  
각 다음과 같이 新設한다.  
②勞動部長官은 ……(생략)  
③勞動部長官은 ……(이하 생략)

● 現行조문을 개정하지 않는 경우

제○조에 제2항 내지 제4항을 각각 다음과 같이 신설한다.

②…………

③…………

④…………

<사례-1>

※獨占規制및公正去來에 관한法律中改正法律(1996.12.30. 法律 第5235號)  
(중략)

第71條에 第2項 내지 第4項을 각각 다음과 같이 新設한다.

②公正去來委員會는 第66條 및 第67條의 罪중 ……(생략)

③檢察總長은 第2項의 規定에 의한 告發要件에 ……(생략)

④公正去來委員會는 公訴가 제기된 후에는 告發을 取消하지 못한다.  
(이하 생략)

4) 기존의 조·항·호사이에 조·항·호를 신설하는 경우

- 추가될 위치 다음에 있는 條·項·號들을 순차적으로 끌어내려(올려) 그 빈 자리에 條·項·號를 삽입하여 추가한다.
- 條·項·號를 끌어올리거나 내림에 있어서 맨 앞의 條文(맨끝의 條文)부터 이동하도록 한다.
- 끌어올릴(내릴) 條文의 수가 많아 번잡하거나 다른 법령등에서 많이 인용되고 있는 경우에는 가지번호의 條·號를 사용한다.
- 다른 관계법령에 인용되는 條·項·號의 경우에 이동에 신중을 기하고 인용하고 있는 관계법령의 정비조치도 함께 강구하여야 한다.

● 既存의 條를 끌어 내리고 條를 追加하는 경우

제A조를 제B조로 하고, 제A조를 다음과 같이 신설한다.

제A조(○○) ……

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-1>

※ 消防法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5294號)

(중략)

제8조의2를 제8조의3으로 하고, 제8조의2를 다음과 같이 신설한다.

제8조의2(消防·防火施設등 完備證明) ……(이하 생략)

제A조를 제C조로 하고, 제A조 및 제B조를 각각 다음과 같이 신설한다.

제A조(○○) ……

제B조(○○) ……

<사례-1>

※ 稅務士法中改正法律(1989.12.30. 法律 第4166號)

(중략)

第12條의2를 第12條의5로 하고, 第12條의2 내지 第12條의4를 각각 다음과 같이 新設한다.

第12條의2(脫稅相談등의 금지) ……(생략)

第12條의3(名義貸與등의 금지) ……(생략)

第12條의4(稅務士의 職務補助者에 대한 감독) ……(이하 생략)

● 既存의 項(號)을 끌어내리고 項(號)을 追加하는 경우

제○조제A항(호)을 제B항(호)으로 하고, 동조(항)에 제A항(호)을 다음과 같이 신설한다.



<사례-1>

※ 電氣事業法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5212號)  
 (중략)  
 第3條第3項을 第4項으로 하고, 同條에 第3項을 다음과 같이 新設한다.  
 ③ 관계 中央行政機關의 長은 ……(이하 생략)  
 第49條第1項第4號를 第5號로 하고, 同項에 第4號를 다음과 같이 新設한다.  
 4. 災難管理法에 의한 災難管理責任機關이 災難豫防을 위하여 부담하는 災難豫防點檢費用등  
 (이하 생략)

<사례-2>

※ 獨占規制및公正去來에 관한法律中改正法律(1996.12.30. 法律 第5235號)  
 (중략)  
 第19條第2項 및 第3項을 第4項 및 第5項으로 하고, 同條에 第2項 및 第3項을 각각 다음과 같이 新設한다.  
 ② 第1條의 規定은 ……(생략)  
 ③ 第2項의 規定에 의한 ……(이하 생략)

● 가지番號를 사용하여 2개條(호)를 追加하는 경우

제○조의2 및 제○조의3을 각각 다음과 같이 新設한다.  
 제○조의2(○○) ……………  
 제○조의3(○○) ……………

<사례-1>

※ 電氣事業法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5212號)  
 (중략)  
 第4條의2 및 第4條의3을 각각 다음과 같이 新設한다.  
 第4條의2(電力技術開發計劃) ① 電氣事業者는 ……(생략)  
 第4條의3(原子力發電燃料의 製造·供給計劃) ① 發電用燃料중 ……(이하 생략)

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-2>

※株式會社의 外部監査에 關한 法律中 改正法律(1996.12.30. 法律 第5196號)

(중략)

第17條의2 내지 第17條의4를 각각 다음과 같이 新設한다.

第17條의2(損害賠償共同基金의 積立등) ①會計法人은 ……(생략)

第17條의3(共同基金의 지급 및 한도등) ①韓國公認會計士會는 ……(생략)

第17條의4(共同基金의 관리등) ①韓國公認會計士會는 ……(이하 생략)

제○조(제○항)에 제○호의2 및 제○호의3을 각각 다음과 같이 신설한다.

<사례-1>

※雇傭保險法中 改正法律(1996.12.30. 法律 第5226號)

(중략)

第8條에 第1號의2를 다음과 같이 新設한다.

1의2. 65歲이상인 者

(이하 생략)

제3조(호)를 제3조(호)의2로 하고, 제3조(호)를 다음과 같이 신설한다.

제3조(○○) ……………

<사례-1>

※消防法中 改正法律(1997.3.7. 法律 第5294號)

(중략)

제115조제1호를 제1호의2로 하고, 제1호를 다음과 같이 신설한다.

1. 제9조제1항 또는 제10조의 규정에 위반하여 방화관리자를 선임하지 아니한 사람

(이하 생략)

● 追加되는 條가 章・節의 境界에 들어가는 경우

제○장(절)에 제○조를 다음과 같이 신설한다.  
제○조(제목) ……………

<사례-1>

※ 僱傭保險法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5226號)  
(중략)  
第1章에 第8條의2를 다음과 같이 新設한다.  
第8條의2(僱傭保險關聯 調査・研究) ①(이하 생략)  
(중략)  
第5章第1節에 第30條의2를 다음과 같이 新設한다.  
第30條의2(失業給與의 적용연장) 第33條의 規定에 의한 失業의 申告를 하여  
……(이하 생략)

④조・항・호 또는 단서를 전부개정하는 방식

1) 條를 전문개정하는 경우

제○조를 다음과 같이 한다.  
제○조(○○)……

<사례-1>

※ 測量法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5284號)  
(중략)  
第55條를 다음과 같이 한다.  
第55條(定款의 기재사항등) 協會의 定款의 기재사항, 監督 기타 필요한 사항  
은 大統領令으로 정한다.  
(이하 생략)

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

〈사례-2〉

※ 騒音·振動規制法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5303號)

(중략)

第25條 및 第26條를 각각 다음과 같이 한다.

第25條(特定工事의 事前申告)……(생략)

第26條(防音·防振施設의 設置등)……(이하 생략)

〈사례-3〉

※ 汚水·糞尿 및 畜産廢水의 처리에 관한 法律中改正法律(1997.3.7. 法律 第5301號)

(중략)

第11條 내지 第13條를 각각 다음과 같이 한다.

第11條(汚·廢水併合處理에 관한 特例)……(생략)

第12條(汚水淨化施設등의 竣工檢査)……(생략)

第13條(汚水淨化施設의 設計·施工)……(이하 생략)

2) 項을 전문개정하는 경우

제○조제2항을 다음과 같이 한다.

②……

〈사례-1〉

※ 建設技術管理法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5287號)

(중략)

第23條第1項을 다음과 같이 한다.

①發注廳은 그가 施行하는 ……(이하 생략)

<사례-2>

※昇降機製造및管理에관한法律中改正法律(1996.12.30. 法律 第5213號)

(중략)

第14條第1項 및 第2項을 각각 다음과 같이 한다.

- ①通商産業部長官은 ……(생략)
- ②通商産業部長官은 ……(이하 생략)

3) 號를 전문개정하는 경우

제○조제1호를 다음과 같이 한다.

1. ……

<사례-1>

※開發利益還收에관한法律中改正法律(1997.1.13. 法律 第5285號)

(중략)

第5條第1項第1號를 다음과 같이 한다.

1. 宅地開發事業(住宅團地造成事業을 포함한다. 이하 같다)  
(이하 생략)

<사례-2>

※汚水·糞尿및畜産廢水의처리에관한法律中改正法律(1997.3.7. 法律 第5301號)

(중략)

第56條第2號 및 第3號를 각각 다음과 같이 한다.

2. 合併淨化槽 또는……(생략)
3. 淨化槽에 관하여……(이하 생략)

4) 조·항중의 본문·단서·전단·후단·각호·각호외의 부분등을 전문개정하는 경우

제○조제○항 본문(단서·전단·후단·각호외의 부분)을 다음과 같이 한다.  
.....

<사례-1>

※ 風俗營業의 規制에 關한 法律中 改正 法律(1997.3.7. 法律 第5295號)  
(중략)  
第3條 本文을 다음과 같이 한다.  
風俗營業을 營위하는 者……(이하 생략)

<사례-2>

※ 軍人事法中 改正 法律(1997.1.13. 法律 第5267號)  
(중략)  
第7條第2項 前段을 다음과 같이 한다.  
軍人으로서 外國에 ……(생략)  
第58條第1項 各號외의 部分을 다음과 같이 한다.  
各級部隊 또는 機關의 長은 소속 部下 또는 그의 監督을 받는 者에 대하여  
다음 各號의 구분에 따른 懲戒權을 가진다.  
(이하 생략)

<사례-3>

※ 特許法中 改正 法律(1997.4.10. 法律 第5329號)  
(중략)  
第64條第1項 但書를 다음과 같이 한다.  
다만, 第87條第3項의 規定에 의하여 登錄公告를 한 特許에 대하여는 그러하  
지 아니하다.

⑤條・項・號 또는 但書등을 廢止하는 方式

1) 조(항·호)전부를 폐지하는 경우

제○조(제○항, 제○호)를 삭제한다.

<사례-1>

※印鑑證明法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5203號)

(중략)

第8條를 削除한다.

(중략)

第11條第2號를 削除한다.

(이하 생략)

2) 조(항·호)의 단서·후단을 삭제하는 경우

제○조(항·호)단서(후단)을 삭제한다.

<사례-1>

※私立學校法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5274號)

(중략)

第18條 後段을 削除한다.

(중략)

第58條의2第1項 但書를 削除한다.

(이하 생략)

3) 연속된 수개조를 폐지하는 경우

- 중간에 삭제된 條가 있는 경우 : 제5조가 폐지된 경우

제2조 내지 제4조 및 제6조를 각각 삭제한다.

제2조 내지 제5조를 각각 삭제한다.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-1>

※ 關稅法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5194號)

(중략)

第186條의2 내지 第186條의4 및 第186條의6을 각각 削除한다.

(이하 생략)

<사례-2>

※ 證券去來法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5254號)

(중략)

第90條 내지 第93條, 第102條, 第105條 및 第106條를 각각 削除한다.

(이하 생략)

● 가지번호가 있는 경우 : 제5조의2가 있는 경우

제2조 내지 제5조, 제5조의2 및 제6조를 각각 삭제한다.

제2조 내지 제6조를 각각 삭제한다.

<사례-1>

※ 原子力法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5233號)

(중략)

第84條의3 내지 第84條의5, 第85條 및 第85條의2를 각각 削除한다.

(이하 생략)

<사례-2>

※ 農村近代化促進法中改正法律(1971.1.22. 法律 第2298號)

(중략)

第11條 내지 第12條를 削除한다.

(이하 생략)



⑥條·項·號의 複合的 改正方式

1) 어느 조를 3개조로 나누는 경우

제2조를 다음과 같이 한다.  
 제2조(○○) ……  
 제2조의2 및 제2조의3을 각각 다음과 같이 신설한다.  
 제2조의2(○○) ……  
 제2조의3(○○) ……

<사례-1>

※汚水·糞尿및畜産廢水의처리에관한法律中改正法律(1997.3.7. 法律 第5301號)  
 (중략)  
 第35條를 다음과 같이 한다.  
 第35條(糞尿등關聯營業) ①糞尿 또는 畜産廢水의 ……(생략)  
 第35條의2 및 第35條의3을 각각 다음과 같이 新設한다.  
 第35條의2(權利·義務의 承繼) ①第35條의 規定에 의하여……(생략)  
 第35條의3(糞尿등關聯營業者의 준수사항) ①糞尿등關聯營業者는 ……(이하 생략)

2) 조문순서를 변경한 후 변경전의 조문내용을 일부개정하는 경우

제5조중 “……”을 “……”로 하여 동조를 제6조로 하고, 제4조를 제5조로 한다.

제4조 내지 제6조를 각각 제5조 내지 제7조로 하고, 제6조(중전의 제5조)중 “……”을 “……”로 한다.

<사례-1>

※草地法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5324號)

(중략)

第31條의2第1項第1號 내지 第3號를 각각 第2號 내지 第4號로 하고, 同項第2號(중전의 第1號)중 “第15條第1項”을 “第15條의2第3項”으로 하며, 同項에 第1項을 다음과 같이 新設한다.

1. 第11條第1項 前段 또는 同條 第4項의 規定에 의한 申告義務를 이행하지 아니한 者  
(이하 생략)

- 3) 2개항으로 이루어진 조의 각항에 자구를 수정할 부분이 있고 또한 제2항을 한 항 끌어내리고 그 자리에 제2항을 추가하는 경우

제○조제1항중 “……”을 “……”로 하고, 동조제2항중 “……”을 “……”로 하여 동항을 제3항으로 하며, 동조에 제2항을 다음과 같이 신설한다.

②……

<사례-1>

※發電所周邊地域支援에 관한法律中改正法律(1997.1.13. 法律 第5282號)

(중략)

第9條第1項중 “發電所周邊地域”을 각각 “周邊地域”으로 하고, 同條第2項을 第3項으로 하며, 同條에 第2項을 다음과 같이 新設한다.

②公사는 第1項의 規定에……(이하 생략)

4) 3개항으로 이루어진 항의 각항에 자구를 수정할 부분이 있고 또한 제1항 및 제2항의 항번호는 그대로 두되, 제2항에 단서를 신설하고, 제3항은 한 항 끌어내리고 그 자리에 제3항을 추가하는 경우

제○조제1항중 “……”을 “……”로 하고, 동조제2항중 “……”을 “……”로 하며, 동항에 단서를 다음과 같이 신설한다.  
다만, ……………  
제○조제3항중 “……”을 “……”로 하여 동항을 제4항으로 하고, 동조에 제3항을 다음과 같이 신설한다.  
③……………

<사례-1>

※環境影響評價法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5302號)  
(중략)  
第22條第1項중 “再協議對象에 해당하지 아니하는 事業計劃등의 변경의 경우로서 事業計劃등의 변경에 따른”을 “再協議對象에 해당하지 아니하는 事業計劃등의 변경을 함으로써”로 하고, 同條第2項 本文中 “環境處長官”을 “環境部長官”으로 하며, 同項에 但書を 다음과 같이 新設한다.  
다만, 承認機關의 長등은……(이하 생략)

<사례-2>

※工業및에너지技術基盤造成에관한法律中改正法律(1997.1.13. 法律 第5281號)  
(중략)  
第10條第2項중 “第1項의 規定에 의한 基盤을 구축함에 있어서”를 “第2項의 사업을 추진함에 있어서”로 하여 이를 第3項으로 하고, 同條에 第2項·第4項 및 第5項을 각각 다음과 같이 新設한다.  
②通商産業部長官은……(생략)  
④國家 및 地方自治團體는……(생략)  
⑤通商産業部長官은……(이하 생략)

5) 2개항으로 이루어진 조에 있어서 제2항을 전부개정하여 이를 제4항으로 하고 새로이 제2항 및 제3항을 추가하는 경우

제○조제2항을 제4항으로 하고, 동조에 제2항 및 제3항을 각각 다음과 같이 신설하며, 동조제4항(중전의 제2항)을 다음과 같이 한다.

- ②……
- ③……
- ④……

<사례-1>

※證券去來法中改正法律(1997.1.13. 法律 第5254號)  
(중략)  
第200條의2第2項 내지 第4項을 각각 同條第4項 내지 第6項으로 하고, 同條에 第2項 및 第3項을 각각 다음과 같이 新設하며, 同條第5項(중전의 第3項)중 “株式”을 “株式등”으로, “檢査”를 “調査”로 하고, 同條第6項(중전의 第4項)중 “第3項”을 “第5項”으로, “檢査”를 “調査”로 한다.  
②第21條第4項의 規定은 第1項에서 規定하는 株式등의 數 및 株式등의 總數의 算定方法에 關하여 이를 準用한다.  
③第1項의 規定에 의하여……(이하 생략)

6) 제○조가 5개호로 이루어져 있을 때 제3호를 전부개정하고 제4호와 제5호를 한 호씩 끌어 내리고 제4호를 추가하는 경우

제○조제3호를 다음과 같이 한다.

- 3. ……

제○조제5호를 제6호로 하고, 동조제4호를 제5호로 하며, 동조에 제4호를 다음과 같이 신설한다.

- 4. ……

〈사례-1〉

※山林法中改正法律(1997.4.10. 法律 第5323號)  
(중략)  
第53條第3項을 다음과 같이 한다.  
③第2項의 規定에 의한 林産物의에……(생략)  
第53條第4項 및 第5項을 각각 第5項 및 第6項으로 하고, 同條 第5項(중전의 第4項) 및 第6項(중전의 第5項)중 “第3項”을 각각 “第4項”으로 한다.  
第53條에 第4項을 다음과 같이 新設한다.  
④山林廳長은 관계공무원으로 하여금 第2項 또는 第3項의 規定에 ……(이하 생략)

7) 어느 조·항의 각호를 전부개정하면서 각호의 수에 변경이 있을 경우

- 각호의 수를 감소시키는 경우 : 5개호→3개호

제○조(제○항) 각호를 다음과 같이 한다.  
1. ……  
2. ……  
3. ……

〈사례-1〉

※昇降機製造및管理에관한法律中改正法律(1996.12.30. 法律 第5213號)  
(중략)  
第26條 各號를 다음과 같이 한다.  
1. 第11條의5 本文의 規定에 위반하여……(생략)  
2. 第13條第1項의 規定에 의한……(생략)  
3. 第13條第4項의 規定에 위반하여……(이하 생략)

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

- 각호의 수를 추가하는 경우 : 3개호→4개호

제○조(항) 각호를 다음과 같이 한다.

1. ……
2. ……
3. ……
4. ……

<사례-1>

※電氣事業法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5212號)  
(중략)  
第3條第2項 各號를 다음과 같이 한다.

1. 電力需給에 관한 基本方向
- 2.(이하 생략)

8) 조·항 중 어느 항(호)을 삭제하고, 다른 항(호)을 이동하는 경우

제○조제3항(호)을 삭제하고, 동조 제4항(호)을 제3항(호)으로 한다.

<사례-1>

※電源開發에 관한 特例法中改正法律(1996.12.30. 법률제5215호)  
(중략)  
第5條第5項을 削除하고, 同條第4項을 第5項으로 하며, 同條에 第4項을 다음과 같이 新設한다.

- ④通商産業部長官이 ……(이하 생략)

9) 어느 조의 제2항을 삭제하고, 제3항 내지 제5항을 한 항씩 끌어올리는 경우

제○조제2항을 삭제하고, 동조 제3항 내지 제5항을 각각 제2항 내지 제4항으로 한다.

(4) 附則의 改正 기타 특수한 개정방식

① 기존부칙의 조·항을 개정할 경우의 개정방식

1) 제정 또는 전문개정된후 부분개정된 적이 없는 경우

부칙 제○조제○항을 다음과 같이 한다.  
부칙 제○조제○항중 “……”을 “……”로 한다.

<사례-1>

※國民福祉年金法中改正法律(1974.12.21. 法律 第2702號)  
(중략)  
附則 第1條중 “1974年 1月 1日”을 “1976年 1月 1日”으로 한다.  
(이하 생략)

2) 부분개정된 법령의 부칙을 개정하는 경우

법률 제○호 ○○○법중개정법률 부칙 제○조제○항을 다음과 같이 한다.  
법률 제○호 ○○○법중개정법률 부칙 제○조제○항중 “……”을 “……”로 한다.

<사례-1>

※所得稅法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5191號)  
(중략)  
法律 第5031號 所得稅法中改正法律 附則 第8條第1項에 但書를 다음과 같이 新設한다.  
다만, ……………(이하 생략)

<사례-2>

※租稅減免規制法中改正法律(1996.12.30. 法律 第5195號)

(중략)

法律 第4806號 租稅減免規制法中改正法律 附則 第1條第2項중 “1996年”을 “1998年”으로, “1997年”을 “1999年”으로 한다.

(이하 생략)

②부칙의 조명이 본칙과 연번으로 되어 있는 법령 부칙의 개정방식

“부칙 제○조”라 하지 아니하고 “제○조”라고만 한다.

③개조로 이루어진 본칙(또는 부칙)중 제2조를 삭제함으로써 조명이 없는 법령으로 하는 경우의 개정방식

제1조의 조명 및 제목과 제2조를 각각 삭제한다.

제1조의 조명과 제목을 삭제한다.

제2조를 삭제한다.

④조로 구성되어 있지 아니한 법령에 조를 추가하는 경우의 개정방식

본칙을 본칙 제1조로 하고, 동조의 제목으로 “(○○)”을 삽입하며, 제2조를 다음과 같이 신설한다.

제2조(○○) ……

⑤부칙과 별표(또는 별지서식)를 개정하는 경우

이 경우에는 별표(또는 별지서식), 부칙의 순서로 개정문을 쓴다.



(5) 別表 및 서식의 改正方式

- 별표를 개정할 때에는 “ [별표 2] 를 별지와 같이 한다”와 같은 [ ] 를 사용하는 방식을 피하고 “별표 2를 별지와 같이 한다”로 한다.
- “별표 ○○○을 별지와(다음과) 같이 한다”와 같이 별표의 제목을 붙이는 방식을 피하고 “별표를 별지와(다음과) 같이 한다”등으로 표현한다.
- 개정된 표의 내용이 많을 때에는 “별지와 같이 한다”로, 개정내용이 많지 않을 때에는 “다음과 같이 한다”로 한다.
- 별표에 있는 호를 개정할 때에는 “별표의 제○호를 다음과 같이 한다”와 같은 방식을 피하고 “별표제○호를 다음과 같이 한다”와 같은 방식을 쓰기로 한다. 다만, 별표의 란중에 있는 호를 개정하는 경우에는 “별표의 ○○란의 제○호를 다음과 같이 한다”는 방식을 쓰기로 한다.

다음의 사례를 들어 별표의 개정방식을 보기로 한다.

<사례>

[별표1] ○○○(제○조 관련)

도 별	시·군·구별	지 역
경기도	파주시	광탄면 영장리
강원도	강릉시	연곡면 삼산리
충청북도	제천시	한수면

①별표의 부분개정방식

1) 「강원도」란을 전문개정할 경우

별표1중 강원도란을 다음과(별지와) 같이 한다.

강원도	원주시	부록면 단강리
-----	-----	---------

2) 「강원도」란의 일부를 개정할 경우

별표1의 강원도의 시·군·구(또는 지역)란중 "○○"을 "○○"으로 한다.

3) 「강원도」란 다음에 「충청남도」란을 추가할 경우

별표1의 강원도란 다음에 충청남도란을 다음과(별지와) 같이 신설한다.

충청남도	보령시	미산면
------	-----	-----

4) 「강원도」란을 삭제할 경우

별표1중 강원도란을 삭제한다.

②별표의 전부개정방식

별표1을 별지와(다음과) 같이 한다.

[별표1] ○○○(제○○조 관련)

도 별	시·군·구별	지 역
○○도	.....	.....
○○도	.....	.....

③별표를 2개의 별표로 하는 경우의 개정방식

별표를 별표1로 하여 이를(또는 동표를) 별지와(다음과) 같이 한다.

[별표1] ○○○(제○○조 관련)

도 별	시·군·구별	지 역
○○도	.....	.....
○○도	.....	.....

별표 2를 별지와(다음과) 같이 신설한다.

[별표 2] ○○○(제○○조 관련)

도 별	시·군·구별	지 역
○○도	.....	.....
○○도	.....	.....

④2개의 별표를 개정하여 하나의 별표로 통합하는 경우의 개정방식  
별표2를 삭제하고, 별표1을 별표로 하여 이를 별지와(다음과) 같이 한다.

[별표] ○○○(제○○조 관련)

도 별	시·군·구별	지 역
○○도	.....	.....
○○도	.....	.....

⑤서식의 개정방식

○서식을 개정할 경우에는 “ [별지 제2호서식] 을 별지와 같이 한다”와 같이 괄호 ( [ ] )를 사용하지 아니하고 “별지 제2호서식을 별지와 같이 한다”고 한다.  
○서식의 추가에 따라 가지번호를 부여할 경우에는 기존의 서식과 추가되는 서식의 내용이 다른 사항일 경우와 동일할 경우로 구분하여 표기한다.

1) 내용이 다른 사항에 대한 서식을 추가할 경우

“별지 제3호의2서식을 별지와 같이 신설한다”

2) 내용이 동일한 사항에 대한 서식을 추가할 경우

“별지 제3호서식(2)을 별지와 같이 신설한다”

(6) 新·舊條文對比表의 작성방법

전문개정, 신규제정, 폐지법령안의 경우와 달리 一部改正法令案을 입안하여 국회에 제출할 때에는 반드시 신·구조문대비표를 첨부하도록 하며, 그 대비표는 개정내용을 쉽게 이해할 수 있도록 작성하되 일반적인 작성방법은 다음과 같다.

- 현행란과 개정안란으로 구분한다.
- 일부내용의 개정되는 조·항에서 개정부분(현행규정과 개정규정)에는 밑줄을 치고, 개정되지 아니하는 부분의 개정안란은 전부를 기재하며, 개정안란에는 점선(……)으로 표시한다.
- 조·항·호등의 신설시에는 현행란에는 “(新設)”이라 하고, 개정안란에는 당해 조·항·호를 기재하고 밑줄을 친다.
- 조·항·호등의 삭제시에는 현행란의 삭제되는 조·항·호등에 밑줄을 치고, 개정안란에는 “(削除)”라고 표시한다.
- 현행란에는 현행조항의 내용을 기재할 필요가 없을 경우에 “생략” 표시를 하고, 개정안란에는 “(現行과 같음)”으로 기재한다.
- 개정조항에서 앞뒤 조항을 인용하고 있는 경우 이해를 돕기 위하여 그 인용조항도 현행란에 기재하고, 개정안란에는 점선(……)으로 표시한다.
- 현행란 및 개정안란에 기재하는 조에는 조명과 조의 제목을 반드시 표시한다.
- 법령안의 전부분에 걸쳐서 종전의 용어를 새로운 용어로 정리적 차원에서 개정하는 경우에는 신·구조문대비표 작성시 당해 용어변경부분을 생략할 수 있다.

〈사례-1〉 山林法中改正法律案(1997.4.10. 법률 제5323호)

新·舊條文對比表

現 行	改 正 案
<p>第2條(定義) ①이 法에서 사용되는 用語의 定義는 다음과 같다.  1. ~ 8. (생략)  (新 設)</p> <p>②(생략)</p> <p>第5條(權限의 委任·委託) ①山林廳長은 이 法에 規定된 그 權限의 一部를 大統領令이 定하는 바에 따라 서울特別市長·直轄市長·道知事(이하 “市·道知事”라 한다)·文化財管理局長 또는 地方山林管理廳長에게 委任할 수 있으며, 委任받은 市·道知事 또는 地方山林管理廳長은 委任權者의 承認을 얻어 그 權限의 一部를 市長·郡守·自治區의 區廳長(이하 “市長·郡守”라 한다) 또는 國有林管理所長에게 再委任할 수 있다.  ②(생략)</p> <p>〈중략〉</p> <p>第94條(車輛등의 處分) ①不正林産物을 積載하거나 運送하는 自動車 또는 船舶은 大統領令이 定하는 바에</p>	<p>第2條(定義) ①.....  .....</p> <p>1. ~ 8. (現行과 같음)</p> <p>9. “木構造技術者”라 함은 木材를 이용한 構造物의 設置에 관한 業務를 수행하는 者로서 大統領令이 定하는 者를 말한다.</p> <p>②(現行과 같음)</p> <p>第5條(權限의 委任·委託) ①.....  .....  .....特別市長·廣域市長.....  .....</p> <p>②(現行과 같음)</p> <p>〈중략〉</p> <p>第94條(車輛등에 대한 처분) 山林廳長은 自動車 또는 船舶을 이용하여 不正林産物을 積載 또는 運送하거나</p>

따라 당해 運轉士의 運轉免許 또는 船舶의 海技士免許를 取消하거나 1 月이상 6 月이하의 期間동안 運轉免許 또는 海技士免許의 效力停止 및 당해 自動車 또는 船舶의 사용정지 處分을 할 수 있다.

②第1項의 規定에 의하여 運轉免許 또는 海技士免許가 取消된 者에 대하여는 取消된 날로 부터 2 年이내에 다시 免許를 할 수 없다.

<이하 생략>

裝備를 사용하여 不法으로 山林形質 變更을 하는 경우에는 大統領令이 정하는 바에 의하여 당해 運轉士의 運轉免許, 船舶에 승선한 海技士의 海技士免許 또는 建設機械操縱士의 建設機械操縱士免許의 取消나 1 月이상 6 月이하의 期間동안 運轉免許· 海技士免許 또는 建設機械操縱士免許의 效力停止 및 당해 自動車· 船舶 또는 裝備의 사용정지처분을 關係行政機關의 長에게 요청할 수 있다.

<削除>

<이하 생략>

### Ⅲ. 全部改正方式

#### 1. 全部改正의 意義

法令의 내용은 전체에 걸쳐 완전히 새로이 고쳐쓰는 방법으로서는 新規로 法令을 制定함과 종전의 法令을 동시에 廢止하는 방법외에 종전의 法令의 全部를 改正하는 방법이 있으며, 이 후자의 방법이 全部改正의 방법이다. 改正의 실질적인 效果面에서는 위의 양자는 차이가 없으며, 다만 어느 방법을 취할 것인가에 대한 명확한 기준이 없으나 법령의 계속성을 강조하는 경우에는 전부개정 방식을 채용하며 그 필요성이 없는 경우에는 제정폐지의 방식을 취하는 경우가 많다. 전부개정의 경우에 유의하여야 할 사항은 다음과 같다.

- 전부개정법령의 제명은 개정전의 제명과 동일한 것이 많으나, 새로운 제명으로 할 수도 있다.
- 전부개정의 경우에는 形式的으로 題名 다음에 全部改正의 취지를 밝히는 改正文을 붙인다.
- 전부개정의 경우에는 법령번호는 새로운 것으로 한다.
- 全部改正의 경우에는 종전 法令의 廢止를 별도로 요하지 않는다.
- 全部改正方式을 택할 때에는 종전의 附則이 모두 소멸되므로 종전 附則條項의 효력존속의 필요성여부에 유의하여야 한다.

## 2. 全部改正의 방식

全部改正의 경우에 改正法令의 題名은 「○○法改正法律(令)」으로 쓰며, 題名 다음에 줄을 바꾸어 단일의 改正文인 「○○法(令)을 다음과 같이 改正한다」라는 문장을 둔다. 그리고 그 이하는 제정의 경우와 마찬가지로 본칙의 조문을 차례로 작성한다.

법률 제○○호  
 ○○○법개정법률  
 ○○○법을 다음과 같이 개정한다.  
 ○○○법  
 제1조(○○) ………  
 부 칙

### <사례-1>

※相續稅法改正法律(1996.12.30. 法律 第5193號)  
 法律 第5,193號  
 相續稅法改正法律  
 相續稅法을 다음과 같이 改正한다.  
 相續稅및贈與稅法  
 第1章 總則  
 (이하 생략)

## IV. 廢止方式

### 1. 廢止의 意義

법령은 스스로 정한 유효기한이 도래하거나 그 제정의 근거가 된 상위법령이 개폐된 경우 등의 사정이 발생함으로써 그 효과가 상실되는 외에 법령에 부과된 정책목적이 실현됨으로써 그 사명을 다한 경우 등에는 그 존속의 필요성이 없어지게 된다. 따라서 이러한 경우에는 그 법령에 대하여 廢止의 節次가 취하여지게 된다. 다만 법령중에는 그 有效期間이 규정되어 있는 것도 있으므로, 이러한 법령에 관하여는 그 기간의 도래와 동시에 자동적으로 실효되므로 폐지절차를 강구할 필요가 없음은 물론이다.

### 2. 廢止의 方式

법령을 폐지하는 방식에는 ①새로이 당해 법령의 폐지를 위한 법령을 제정하는 방식과 ②새로이 개정 또는 제정하는 법령의 부칙에 폐지규정을 두는 방식이 있다.

#### (1) 廢止를 위한 法令을 制定하는 방식

이 방식은 다른 법령의 制定·改正과는 관계없이 어느 法令을 廢止할 필요가 생긴 경우에 취하는 방식이며, 그 유형은 다음과 같다. 여기에서 다른 법률을 폐지하기 위하여 그 법률명을 인용할 때 법률호수까지 명시할 것인가에 대하여는 혼동이 없는 경우에만 법률호수를 생략한다. 그리고 <제2유형>에서와 같이 법률호수를 인용할 경우 인용되는 법률의 호수는 폐지되는 법령의 制定號數(당해 법령이 전문개정된 적이 있는 경우에는 그 전문개정된 호수)를 표시한다.



<제1유형>

법률 제○○호  
○○○법 폐지법률안  
○○○법은 이를 폐지한다.  
부 칙  
-----

<사례-1>

※社會團體申告에 관한 法律廢止 法律案  
法律 第5304號  
社會團體申告에 관한 法律廢止 法律案  
社會團體申告에 관한 法律은 이를 廢止한다.  
附 則  
①~②(생략)

<제2유형>

법률 제○○호  
○○○법 폐지법률안  
법률 제○호 ○○○법은 이를 폐지한다.  
부 칙  
-----

<사례-1>

法律 第3208號  
韓國精密機具센터育成法廢止法律案  
法律 第2760號 韓國精密機具센터育成法은 이를 廢止한다.  
附 則  
①이 法은 公布한 날로부터 施行한다.  
②~③(생략)

(2) 附則에서 廢止하는 방식

이 방식은 어느 법령이 제정되거나 개정되는 결과로서 기존의 법령을 폐지할 필요가 생긴 경우에 취하는 방식이다. 이 방식은 부칙 중 시행일에 관한 조항 다음에 조나 항을 두어 규정한다. 아울러 폐지되는 법률의 내용중 당분간 계속 효력이 존속할 필요가 있는 사항은 경과조치를 둔다는 점은 이미 살펴 본 바와 같다.(자세한 내용은 부칙에 관한 사항 참조).

<제1유형>

부 칙  
제1조(시행일)  
제2조(폐지법률) ○○○법은 이를 폐지한다.

<사례-1>

※流通産業發展法  
附 則  
第1條(施行日) 이 법은 1997年 7月 1日부터 施行한다.  
第2條(廢止法律) 다음 각호의 法律은 이를 각각 廢止한다.  
1. 流通産業合理化促進法  
2. 都·小賣業振興法

<제2유형>

부 칙  
제1조(시행일)  
제2조(폐지법률) 법률 제○호 ○○○은 이를 폐지한다.

〈사례-1〉

※航空工業振興法(1978.12.5 法律 第3124號)

附 則

①(施行日) 이 法은 公布한 날로부터 施行한다.

②(廢止法律) 法律 第866號 航空機製造事業法은 이를 廢止한다. (이하 생략)

## 第9節 用字·用語에 관한 事項

### I. 法令에 있어서 用字·用語의 意義와 使用目的

法令條文에 있어서는 일상생활에서는 그다지 사용되지 않거나 사용되더라도 특별히 그 의미의 차이가 명확히 의식되지 않은 용자·用語가 입법기술의 하나로서 법령내용을 표현하기 위하여 각각 특유한 의미로 사용된다. 이를 일반적으로 法令用語로 지칭하고 있으나, 법령용어의 의미나 용법을 정한 法令이라는 것은 특별히 없으며 오로지 관습적으로 사용되어 지고 있다. 이 때문에 법령용어라 하더라도 그 범위는 논자에 따라 차이가 있다. 法令條文에 있어서 법령용어를 사용하는 곳은 그에 상당하는 이유가 있으며, 이를 단적으로 말한다면 입법내용을 簡潔·明瞭하게 표현하기 위한 수단이라고 말할 수 있다. 법령중에 사용되는 용자·用語의 意義를 미리 명백히 정하다는 것은 법령해석상의 의문이 발생하지 않도록 함과 아울러 법령의 민주화를 도모하는데에도 중요한 역할을 한다. 그리고 법령상 자주 관용되는 法令用語는 학문으로서의 법학분야에 존재하는 전문적 술어로서의 소위 法律用語와는 다소 다른 것이며, 법문구성상 일정한 의미가 부여되고 일정한 용법에 따라 사용되고 있는 기술적인 용어인 것이다. 따라서 立法技術을 습득하는데 있어서는 이 관용되는 法令用語를 충분히 인식하지 않으면 안된다.

법령에 있어서 용자·用語의 문제에서 중요한 것은 법령에 있어서 특수한 의미를 가지는 것으로서 약속되어 사용하는 용어의 문제이다. 법령의 세계에서 法

令用語라는 특수한 영역의 용어가 존재할 수 있는가에 대해서는 검토의 여지가 있으나, 立法의 내용으로 해야 할 행정의 복잡다기화, 전문화는 당연히 立法自體에 반영되어 그것이 법령의 복잡다기화, 전문화를 초래하고 있는 것은 부인할 수 없는 사실이다. 또한 본래 법령자체가 지닌 專門技術性이라는 것을 완전히 배제하는 것은 현실문제로서 사실상 곤란하며, 불가능하다고 할 수 있는 것이다. 이러한 제약조건의 존재가 단순히 法令用語 뿐만 아니라 기타의 면에서도 立法技術自體의 기술성이라는 것을 불가피하게 하는 것이나, 이러한 기술을 될 수 있는 한 감추지 않고 그 공개를 도모하면서 또한 다른 한편 그것을 정확히 구사하는 것이 일면에 있어서 정확한 법문을 작성하는 기본조건이 됨을 충분히 인식할 필요가 있다. 어떻든 다수의 法令用語를 개관해 보는 경우 그 사용목적에 따라 보다 세밀하게 분류한다면 다음의 4가지로 나누어 볼 수 있다.

### 1. 意味의 差異의 明確化

법령의 용어나 용어가 법령상 일정한 意味內容을 지니는 것으로서 사용되고 있는 것은 다소 조문의 의미를 명확화하려는 의도로 부터 나온 것이므로 모든 法令의 용자·用語에는 명확화의 요소가 있다고 할 수 있다. 따라서 일상생활에서는 그 의미의 차이가 그다지 의식되지 않거나 같은 것으로서 혼동되어 사용되는 것도 法令上으로는 명확히 의미가 다른 것으로서 의식적으로 사용되고 있다.

### 2. 條文構造의 明確化

長文의 조문에서는 어디가 어떻게 연결되는지 그 조문의 문맥이 이해가 잘 안 되는 부분이 있다. 이 때문에 법문에서는 接續詞를 사용하여 문맥의 연결을 이해하기 쉽게 하고 있다. 이 경우 사용되는 것이 선택적 접속사인 「또는」, 병합적 접속사인 「및」 등이며 이들 接續詞는 법문중에 대단히 많이 사용되고 있으며, 그 용법을 옆두에 두는 것은 法文을 해독하거나 작성하는데 매우 유용하다.

### 3. 表現의 簡略化

법문은 명료함과 동시에 간결하여야 함은 이미 살펴보았으나, 중요하고 본질

적인 것이 간결·명료하게 작성되는 것이 法文의 필수요건이다. 이 때문에 법령을 작성하는 때에는 모든 면에서 簡潔한 表現을 지향하고 있으나 특히 같은 사정에 관하여 같은 표현을 반복하여 사용하는 것은 번거로울 뿐 아니라 그 때문에 중요한 文言이 매몰되는 것은 곤란하다. 그래서 이러한 경우에는 표현을 간략화하여 단축화하는 방법이 여러모로 강구되고 있다. 그 대표적인 것으로는 「準用한다」, 「例에 의한다」라는 법령용어를 사용하며, 이들 法令用語는 법령상 대단히 많이 사용되고 있다.

#### 4. 條文相互間의 關係의 明確化

법령규정중에는 一般法이 널리 포괄적으로 정해짐과 아울러 特別法이 개개의 경우의 특칙을 정하는 형식을 취하는 경우가 자주 있다. 이러한 경우에도 규정내용이 일반법·특별법의 관계에 있다면 그러한 것으로서 각각의 규정이 적용되므로 구태여 형식적 문언을 사용하여 兩者의 관계에 언급할 필요는 없으나, 법령에 따라서는 그 관계를 명기하여 두는 것도 자주 있다. 이렇게 해두어야만 法令相互間의 관계가 명확하게 되어 해석상의 문제가 없게 되기 때문이다. 이 때문에 법령내용의 명확화의 견지에서 최근의 법령에는 일반법·특별법의 관계에 있는 조문에 「별도의 규정」, 「특별한 규정」, 「규정에도 불구하고」라는 법령용어를 사용하는 것이 많다.

## II. 法令의 用字에 관한 事項

### 1. 한글·한자의 표기

用字란 문장에 사용하는 문자 및 부호를 말한다. 법령의 用字로서 통상사용되는 문자는 각국의 고유한 문자로 표현되며, 우리 법령에 있어서의 용자는 「한글」을 전용한다. 이와 관련하여 「한글전용에관한법률」은 「대한민국의 공용문서는 한글로 쓴다. 다만, 얼마동안 필요한 때에는 漢字를 병용할 수 있다」라고 규정하는 한편, 「정부공문서규정」 제11조제1항은 「문서의 용어는 한글로 띄어서 가로 쓰되, 표준말을 쓴다」라고 규정하고 있다. 그러나 엄격하게 법적으로 보면 大統

領事인 정부공문서규정만으로는 법률의 용어를 기속할 수 없다고 할 수 있으므로 법률에 대해서는 「한글전용에관한법률」의 적용을 받아 필요한 때에는 漢字를 병용할 수 있다고 보아야 한다. 그래서 「정부공문서규정」 제39조제2항에서는 「법규문서중 법률문서에 대하여는 이 영의 적용을 받는 기관외의 기관에서 다른 관행이 있는 경우에는 그에 따를 수 있다」라고 하여 법률의 경우에는 한글·한자를 혼용할 수 있음을 규정하고 있다. 그리고 法律題目的 경우에도 일반적인 국·한문혼용원칙에 따라 국·한문을 혼용하며, 한글로 된 법률을 인용할 때에는 한글로 된 법률은 한글 그대로 인용한다.

법령의 한자사용의 범위에 관해서는 특별한 원칙이 없으나, 법령중에는 법률 분야이외의 각종 전문적·학술적 분야의 專門語도 상당한 정도로 필연적으로 나오게 되므로 이러한 다른 분야에서도 전문적으로 사용되는 한자어를 전혀 무시하고 법문을 작성할 수도 없기 때문에 법령을 순수한 한글로 쓰는데에는 어느 정도 한계가 있다. 그리하여 法制處에서는 법령용어정비에 있어서도 이미 제정된 용어(漢字用語)를 한글로 풀어서 바꾸는 번잡을 피하고 한글의 사용범위를 대폭 확대하는 방안으로서, 애당초 법률의 제정·개정과정에서 부터 한글·한자 사용기준을 정하고 이에 따라 표기하도록 권장하기 위하여 1988년 8월 「法令制定過程에서의 用語·用字使用基準」을 마련하여 국회등 실무부서와 정부 각 부처에 배포한 바 있다. 이 기준을 마련하는데 있어서는 「한글전용에관한법률」과 「정부공문서규정」 및 「동 처리규칙」을 사용기준의 근거법규로 하여 用語·用字의 사용원칙을 제시하는 한편 國會와 협의하여 확정된 「法令에 있어서의 한글·漢字使用基準」을 정하여 구체적으로 한자용어 411건, 한자 805자를 예시하여 이를 반드시 한글로 표기하도록 하였다.<sup>183)</sup> 나아가 이 기준은 1990년 12월 20일

183) 또한 그 동안 한글맞춤법에 관하여 1933년 조선어학회에서 발표한 「한글맞춤법통일안」이 있었으나 학설이 각각 다르고 政府次元에서 확정된 통일된 기준이 없었기 때문에 法令에 있어서 용어의 표기와 문장부호, 띄어쓰기 등에서 많은 어려움이 있었다. 이에 정부(문교부)에서는 장기간의 연구와 학자들의 의견을 종합검토하여 1988년 1월 19일에 「한글맞춤법·표준어규정」을 확정·고시한 바 있다. 法制處에서도 새한글맞춤법·표준어규정의 마련에 따른 법령용어의 표기방법에 관하여 문교부·한글맞춤법 담당교육연구관과 학계의 자문을 받아 「한글표기용례집(1988.5)」을 발간하여 각부처청의 法務擔當官會議에서 그 내용을 설명하고 법령안 기초의 참고자료로 활용하도록 배포하였다. 이 자료는 法令에서 사용빈도가 높은 315개 용어를 선정, 종전의 맞춤법과 비교하여 구체적으로

법제처의 法令用語審議會의 개최와 국회협의를 거쳐 한글로 표기하여야 할 한자 용어의 범위를 143개 추가하여 모두 550개 용어로 사용범위를 확대하여 시행하고 있다.184)

아울러 法制處에서는 그 외에도 ①法令을 한글사용원칙에 따라 가급적 한글로 쓴다. 다만 한글로 표기할 경우 뜻이 혼용될 우려가 있는 용어는 한자로 쓸 수 있다. ②어떠한 경우에도 하나의 法令에서는 한자혼용기준이 통일되어야 한다. ③복합어는 모두를 한자 또는 한글로 쓴다. ④중간점으로 연결되는 경우에는 一般混用原則에 따라 혼용한다. ⑤법령용어의 한자·한글표기는 명백한 잘못이 없는 한 제안자의 의도에 따르기로 하고, 審議過程에서는 바꾸지 아니하기로 한다 등의 기준을 설정하고 있다.185)

그리고 법문에 있어서 띄어쓰기는 교육부제정 한글맞춤법과 표준어규정을 표준으로 함을 원칙으로 하되, 준말을 쓰지 아니하기로 하고 법령문의 특수성을 감안하여 ①법령의 제명은 붙여쓴다. ②법령조항을 인용하는 경우 법령명과 조

사용례를 제시하고 법령표기에서 새맞춤법 규정에 따르도록 하고 있다.

184) 한편 법제처에서는 현재 法律에서만 쓰이고 있는 「한글·漢字使用基準」이 일정한 원칙이 없고, 어려운 漢字를 아직도 많이 쓰고 있다는 지적에 따라 한자사용범위를 대폭 줄이고, 한글사용범위를 확대함으로써 중등교육을 받은 사람이면 누구나 그 뜻을 쉽게 이해할 수 있도록 이를 전면적으로 재정비하기로 하였다. 그리하여 법제처에서는 1992년 5월부터 각계 전문가의 諮問과 법령용어심의회 審議를 거쳐 법령에서 한글로 표기할 「용어선정기준」으로서 ①日常生活用語로서 漢字로 표기하지 아니하여도 누구나 이해할 수 있는 용어 ②常用漢字(1,800자 이내)가 아니거나, 보통 쓰이지 아니하는 어려운 한자어 ③동사·형용사·부사로 쓰이는 용어 가운데 漢字表記가 적합하지 아니한 용어 ④최근에 입법한 法令에서 한글로 표기한 용어 ⑤종전의 한글표기용어와 쓰임이나 성격이 비슷한 용어등을 선정하였다. 이러한 「한글표기용어 선정기준」에 의하여 일상생활용어로서 漢字로 표기하지 아니하여도 누구나 그 뜻을 이해할 수 있는 용어는 모두 한글로 표기한다는 방침을 설정하고, 1990년 12월에 마련한 「한글·漢字使用基準」에 포함되어 있는 550개 용어를 대폭적으로 확대하여 1,226개 용어를 선정하여 법령용어심의회에서 예비심사를 하였다. 아울러 현재 法制處에서는 이 기준안을 국회·대법원·문화부·총무처 등 관련기관에 정밀검토하도록 협의를 요청하고 있으며, 이들 관련기관의 협의를 마친 다음 관계전문가의 자문을 다시 한번 거쳐서 최종적으로 이를 확정하여 法律에서 한자사용범위를 최대한 축소시켜 보고자 추진중에 있다. 자세한 내용은 韓國法制研究院, 「立法理論研究(Ⅲ)-법령용어에 관한 연구-」, 1995, 140~149面 참조.

185) 또한 漢字와 관련하여 한자자체에 이른바 간이자체(略字)가 널리 사용되고 있는 것에 대해서는 약자자체를 사용하는 것도 바람직하다고 할 것이다.

항사이는 띄고, 조·항·호·목의 명칭은 서로 붙여쓰며, “본문”·“단서”, “전단”·“후단”, “각호·각목”의 표시는 앞에 있는 조·항·호·목의 명칭으로부터 띄어쓰도록 하는 예외를 인정한다.<sup>186)</sup>

## 2. 外來語

법령에 있어서 外來語의 사용은 표현의 평이성이라는 원칙에 어긋날 뿐 아니라 국가의 언어정책이나 국민의식적인 측면에서 바람직하지 못하므로 外來語는 되도록 쓰지 않아야 한다. 그러나 널리 常用되고 있는 외래어로서 바꾸어 쓸 우리말이 적절한 것이 없는 것은 그대로 쓸 수 있으며, 또한 우리말로 바꾸어 쓸 수 있는 外來語라 할지라도 외래어를 씀이 더 적절한 때에는 그대로 쓸 수 있다. 그리고 외래어를 쓸 때에는 「교육부 제정 외래어표기법」에 따른다. 법령에서 외래어가 사용되는 경우에는 대체로 두가지가 있다. 그 하나는 外來語가 하나의 부호로서 사용되는 경우가 있으며, 다른 하나는 예컨대 외래어를 翻譯하여 사용하는 경우에 그 외래어의 본래의 의미를 분명히하기 위하여 外來語를 괄호쓰기로 사용하는 경우가 있다. 그리고 條約에서는 외국어가 정본일 때에는 공포할 때 한글의 譯文외에 외국어에 의한 正本이 동시에 공포되는 것이 예이다.

### <사례-1>

※원자력법시행령

제242조(방사성운반물의 종류구분) ①방사성운반물(방사성물질으로서 용기에 들어있는 것을 말한다)의 종류는 다음과 같다.

1. 위험성이 극히 적은 방사성물질등으로서 과학기술처장관이 정하는 것(이하 “L형운반물”이라 한다)
2. 제1호의 방사성물질외에 과학기술처장관이 정하는 양을 초과하지 아니하는 양의 방사능을 보유하는 것(이하 “A형운반물”이라 한다)
3. (이하 생략)

186) 법제처, 「법령입안심사기준」, 164面. 아울러 법령에서 “등”의 용례에 있어서 이를 앞 단어와 붙여 쓴 사례가 있으나, 맞춤법상 법령의 내용을 오해할 소지가 있기 때문에 이를 띄어 쓰기로 한다. 다만, 나열된 단어를 약칭하는 경우에는 예외적으로 붙여 쓰기로 한다.



〈사례-2〉

※항공법시행규칙  
 제11조(항공등화) 법 제2조제17호의 규정에 의한 항공등화는 다음 각호와 같다.

1. (생략)
2. 비행장등화
 

야간이나 계기비행기상상태에서 항공기의 이륙 또는 착륙을 돕기 위한 다음 각목의 시설

  - 가. 비행장등대(Aerodrome Beacon)
 

항행중의 항공기에 비행장의 위치를 알려주기 위하여 비행장 또는 그 주변에 설치하는 등화로서 보조비행장등대외의 등화
  - 나. 보조비행장등대(Auxiliary Aerodrome Beacon)
 

(이하 생략)

3. 숫 자

법령에는 숫자를 사용하는 경우가 매우 많다. 법령을 공포할 때에는 반드시 그 법령에 番號를 붙이고 법령의 동일성을 식별하기 위한 개성이 題名외에 부여될 뿐 아니라, 법령의 내용에서도 예를 들면 시행일·연령·수량·순위·계급·비율·기간·금액 등에서도 많이 사용된다. 숫자는 이러한 의미에서 모든 法令과 분리할 수 없다고 할 수 있다. 법령에서 숫자를 쓰는 방법은 오식·오기의 염려가 많기 때문에 특히 유의하여야 하며, 현재 우리나라에서는 모든 法令에 사용하는 숫자는 아라비아숫자를 원칙으로 하고 있다. 그러나 예외적으로 법령에 표시하는 숫자가 천단위 이상일 경우에는 漢字 또는 한글로 표시하고 있다. 또한 別表 등에서 복잡한 숫자를 도표로 표시할 때에는 아라비아숫자를 그대로 쓰는 경우도 있다.

법령에서의 숫자사용과 관련하여 관용적으로 사용되고 있는 몇가지 사항을 지적하면 다음과 같다.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

- (1) 數의 표현에 있어서는 1千, 1萬, 10萬, 100萬, 1千萬, 1億 등으로 표현한다.

<사례-1>

※地方自治法  
 第20條(條例違反에 대한 過怠料) ①地方自治團體는 條例로써 條例違反行爲에 대하여 1千萬元이하의 過怠料를 정할 수 있다.  
 ②~⑤(생략)

- (2) 봉급표, 정원표등에서 計數의 규정을 하는 경우에는 아라비아숫자를 그대로 사용한다.

<사례-1>

※法官등의報酬에關한法律  
 [별표] 法官等の 俸給表  
 (單位 : 元)

職 名	號 俸	俸 給 額
大法院長		2,925,000
大法官		1,982,000
司法研修院長 高等法院長 特許法院長		1,878,000
法院行政處次長		1,774,000

(이하 생략)

(3) 단위구분으로서 「倍」는 1倍, 2倍등으로 표현한다.

<사례-1>

※醫療保險法

第77條(課徵金등) ②保健福祉部長官은 療養機關에서 종사하는 者가 第1項의 行위로 인하여 保險者 또는 被保險者 및 被扶養者에게 不當하게 保險給與費用을 不當하게 한 경우에는 第1項의 規定에 의한 免許資格의 正지를 命하거나, 不當하게 不當하게 한 保險給與費用의 10倍에 相當하는 金額이하의 課徵金을 賦課할 수 있다.

③(이하생략)

(4) 分數를 문장중에 사용하는 경우에는 2分の 1, 3分の 2등으로 표현한다.

<사례-1>

※流通産業發展法

第46條(商店街振興組合) ③商店街組合은 第2項의 規定에 의한 組合員의 資格이 있는 者의 3分の 2이상의 同意로써 設立한다. 다만, 組合員의 資格이 있는 者중 同一業種을 영위하는 者가 2分の 1이상인 경우에는 그 同一業種을 영위하는 자의 5分の 3이상의 同意로써 設立할 수 있다.

(5) 期日 또는 期間을 나타내는 숫자는 1月, 2年등으로 표시한다.

<사례-1>

※流通産業發展法

第15條(登錄의 取消등) ①市·道知事는 大規模店鋪開設者가 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 그 登錄을 取消하거나 6月이내의 期間을 정하여 營業의 正지를 命할 수 있다. 다만, 第1號·第2號·第5號 또는 第6號에 해당하는 경우에는 그 登錄을 取消하여야 한다.

1. (생략)

2. 第8條의 規定에 의하여 登錄을 한 날부터 正當한 사유없이 1年이내에 營業을 개시하지 아니하거나 1年이상 계속하여 休業한 경우. 이 경우 大規模店舖에 필요한 建築物의 建築에 正當적으로 소요되는 期間은 산입하지 아니한다.
3. (이하 생략)

#### 4. 符號

법문에서 사용하는 부호는 한글맞춤법에 따르지만 다소 특수한 용법이 있음을 유의하여야 한다.

##### (1) 마침표

「마침표」는 一行의 법문에도 필요하며 이것은 부호라기 보다 오히려 자구 그 자체와 불가분의 의미상의 연관을 가지고 자구와 一體가 되어 문자와 같은 작용을 한다. 마침표는 문장의 완결의 표시이지만, 다음의 예외를 제외하고는 용법에 의문이 발생하는 경우는 거의 없다.

①號나 目이 명사·대명사 등으로 끝나는 법문에는 마침표를 찍지 아니한다.

<사례-1>

##### ※憲法

第111條(憲法裁判所의 權限·構成) ①憲法裁判所는 다음 사항을 管掌한다.

1. 法院의 提請에 의한 法律의 違憲與否 審判
  2. 彈劾의 審判
  3. 政黨의 解散 審判
  4. 國家機關相互間, 國家機關과 地方自治團體間 및 地方自治團體相互間의 權限爭議에 관한 審判
  5. 法律이 정하는 憲法訴願에 관한 審判
- ②(이하 생략)

②號나 목이 명사·대명사 등으로 끝나는 경우에도 계속 단서 또는 후단으로 이어질 때에는 마침표를 찍어야 한다.

<사례-1>

※國會法

第29條(兼職) ①議員은 政治活動 또는 兼職을 금지하는 다른 法令의 規定에 불구하고 다음 各號의 1에 해당하는 職을 제외한 다른 職을 겸할 수 있다.

1. 國家公務員法 第2條에 規定된 國家公務員과 地方公務員法 第2條에 規定된 地方公務員. 다만, 國家公務員法 第3條 但書의 規定에 의하여 政治運動이 허용되는 公務員은 제외한다.
2. (이하 생략)

<사례-2>

※公職者倫理法

第10條(登錄財産의 公開) ④公職者倫理委員會 또는 登錄機關의 長은 다음 各號의 1에 해당하는 경우를 제외하고는 第3項의 規定에 의한 許可를 할 수 없다.

1. 登錄義務者에 대한 犯罪搜查 또는 非違調査나 이에 관련된 裁判상 필요한 경우
2. 國會議員이 國會法 第128條第1項, 國政監査및調査에관한法律 第10條第1項, 國會에서의證言·鑑定등에관한法律 第4條의 規定에 의하여 國政監査·調査등의 資料를 요구하거나 議政活動으로서 特定公職者의 구체적 非違事件관련 여부를 규명하기 위하여 필요한 경우. 이 경우 財産登錄事項의 全體細目을 외부에 公開할 수 없다.
3. (이하 생략)

③號나 目이 서술문으로 끝날 때에는 마침표를 찍어야 한다.

<사례-1>

※ 國際民事司法共助法

第5條(囑託의 相對方) ②受託法院의 裁判長은 다음 各號에 따라 外國으로의 囑託을 할 수 있다.

1. 송달받을 者 또는 證人訊問을 받을 者가 大韓民國 國民으로서 領事關係에 관한비엔나協約에 加入한 外國에 居住한 경우에는 그 外國에 駐在하는 大韓民國의 大使·公使 또는 領事に 대하여 한다. 이 경우 그 外國의 法令 또는 意思表示에 違背되지 아니하여야 한다.
2. 外國이 명백한 意思表示로써 승인하는 경우에는 그 意思表示에 따른 實施機關에 대하여 한다.

④괄호내의 문장에 있어서 動詞型으로 끝나는 경우에도 마침표를 찍지 아니하나, 후속 문장이 계속되는 경우에는 마침표를 찍는다.

<사례-1>

※ 行政審判法

第5條(裁決廳) ③特別市長·廣域市長 또는 道知事(教育監을 포함한다. 이하 같다)의 處分 또는 不作爲에 대하여는 각 소관 監督行政機關이 裁決廳이 된다.

④~⑤(생략)

第6條(行政審判委員會) ①行政審判의 請求(이하 "審判請求"라 한다)를 審理·議決하기 위하여 각 裁決廳(國務總理 및 中央行政機關의 長인 裁決廳을 제외한다)所屬하에 行政審判委員會를 둔다.

②(이하 생략)

(2) 중간점·반점·쌍점

法令의 「부호」 중 기술적인 법문의 의미에 커다란 영향을 미치지 않는 부호로서는 중간점·반점·쌍점 등이 있다.

①중간점은 원칙적으로 두개의 단어가 연결된 경우에는 「및」을 사용하여야 하나, 유사한 의미를 가진 단어를 연결할 때, 의무상의 先後關係 등 연관성을 갖는 단어를 연결할 때 중간점을 사용한다.

<사례-1>

※行政審判法  
第6條의2(國務總理行政審判委員會) ①國務總理 및 中央行政機關의 長이 裁決廳이 되는 審判請求를 審理·議決하기 위하여 國務總理所屬하에 國務總理行政審判委員會를 둔다.  
第18條(審判請求期間) ②請求人이 天災·地變·戰爭·事變 그밖에 不可抗力으로 인하여 第1項에 정한 期間내에 審判請求를 할 수 없었을 때에는 그 사유가 消滅한 날로부터 14日이내에 審判請求를 제기할 수 있다. 다만, 國外에서의 審判請求에 있어서는 그 期間을 30日로 한다.

②반점은 문장안에서 짧은 휴지를 나타내는 符號로서 주로 띄어쓰여져 있는 구절 또는 문장을 계속 연결할 때에 많이 사용한다는 점에서 중간점과 구별된다.

<사례-1>

※行政審判法  
第6條(行政審判委員會) ⑦行政審判委員會의 組織 및 운영과 委員의 任期·身分保障 그 밖에 필요한 사항은 大統領令으로 정한다. 다만, 第5條第2項第2號에 規定된 機關중 國會事務總長의 경우에는 國會規則으로, 法院行政處長의 경우에는 大法院規則으로, 憲法裁判所事務處長의 경우에는 憲法裁判所規則으로, 中央選舉管理委員會의 경우에는 中央選舉管理委員會規則으로 정한다.

③쌍점은 종류의 구분, 설명 등을 할 때 사용하는 경우가 있으며 특히 별표와 별표서식에서 주로 사용된다.

<사례-1>

※行政審判法

第4條(行政審判의 種類) 行政審判은 다음의 세가지로 구분한다.

1. 取消審判 : 行政廳의 違法 또는 부당한 處分의 取消 또는 變更을 하는 審判
2. 無效등 確認審判 : 行政廳의 處分의 效力 유무 또는 存在여부에 대한 확인을 하는 審判
3. 義務履行審判 : 行政廳의 違法 또는 부당한 拒否處分이나 不作為에 대하여 일정한 處分을 하도록 하는 審判

(3) 따옴표·괄호

부호중 법문에서 가장 많이 사용되는 것으로는 큰따옴표와 「括弧」가 있다.

①큰따옴표는 법문에서 용어정의·약칭·총칭·준용용어·인용 등에서 사용하며, 改正法令案에 있어서 개정사항의 인용시에 사용된다.

<사례-1>

※公共機關의 情報公開에 관한 法律

第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.

1. “情報”라 함은 公共機關이 職務상 작성 또는 취득하여 관리하고 있는 文書·圖面·사진·필름·테이프·슬라이드 및 컴퓨터에 의하여 처리되는 媒體등에 기록된 사항을 말한다.
2. ~ 3. (생략)

第8條(情報公開의 請求方法) ①情報의 公開를 請求하는 者(이하 “請求人”이라 한다)는 당해 情報를 보유하거나 관리하고 있는 公共機關에 다음 各號의 사항을 기재한 情報公開請求書를 제출하여야 한다.

1. (이하 생략)



第19條(第3者의 異議申請등)·③第16條第2項·第3項, 第17條第1項 後段·第2項 내지 第4項 및 第18條第2項·第3項의 規定은 第2項의 規定에 의한 異議申請, 行政審判 및 行政訴訟에 關하여 各各 이를 準用한다. 이 경우 “請求人”을 各各 “第3者”로 본다.

<사례-2>

※下水道法中改正法律(1997.3.7. 法律 第5300號)

下水道法중 다음과 같이 改正한다.

第1條중 “都市”를 “都市 및 地域社會”로, “公共用水域”을 “公共水域”으로 한다.

(이하 생략)

②맞춤법상 가로쓰기의 경우에는 작은 따옴표를, 세로쓰기에는 낫표(「」)를 사용하는 것이 원칙이지만 법문에서는 가로쓰기이지만 낫표를 사용하는 경우가 있다.

<사례-1>

※麻藥法

第2條(定義) ①이 法에서 “麻藥”이라 함은 다음 各號의 1에 해당하는 것을 말한다.

1. (생략)

2. 罌粟·阿片 및 코카葉에서 抽出되는 모든 「알카로이드」로서 大統領令으로 定하는 것

3.~ 4. (이하 생략)

<사례-2>

※어음法

第36條(滿期日의 決定, 期間의 計算) ④「8日」 또는 「15日」이라 함은 1週 또는 2週가 아니고 滿8日 또는 滿15日을 이른다.

⑤「半月」이라 함은 滿15日을 이른다.

③괄호(( ))는 소괄호·중괄호·대괄호가 있으며 법문표현상 이것을 전부 필요할 때 사용할 수 있으나, 그러한 표현은 法文의 理解를 어렵게 하므로 괄호를 줄이는 것이 바람직하다. 여하튼 괄호는 그 앞의 용어를 요약하여 일종의 약칭 또는 보충적 정의를 정하는 경우, 그 앞의 용어에서 특정한 범위의 대상을 제외하는 경우, 그 포함되는 대상의 범위를 분명하게 하는 경우, 그것이 특정한 경우에는 별개의 것으로 바꿔 읽게 되는 경우 및 인용된 법문의 내용을 요약하여 표시하는 경우 등 여러가지 경우에 사용되고 있다.

※公職選舉및選舉不正防止法

第9條(公務員의 中立義務等) ①公務員 기타 政治的 中立을 지켜야 하는 者(機關·團體를 포함한다)는 選舉에 대한 부당한 영향력의 행사 기타 選舉結果에 영향을 미치는 행위를 하여서는 아니된다.

②(생략)

第12條(選舉管理) ②特別市·廣域市·道(이하 “市·道”라 한다)選舉管理委員會는 地方議會議員 및 地方自治團體의 長의 選舉에 관한 下級選舉管理委員會의 違法·부당한 처분에 대하여 이를 取消하거나 변경할 수 있다.

第22條(市·道議會의 議員定數) ①地域區市·道議員定數는 그 管轄區域안의 自治區·市·郡(하나의 自治區·市·郡이 2이상의 國會議員地域選舉區로 된 경우에는 國會議員地域選舉區를 말하며, 行政區域의 변경으로 國會議員地域選舉區와 行政區域이 合致되지 아니하게 된 때에는 行政區域을 말한다)마다 3人으로 하되, ……(이하 생략)

第30條(地方自治團體의 廢置·分合시의 選舉等) ③이 法에서 “같은 종류의 地方自治團體”라 함은 地方自治法 第2條(地方自治團體의 종류)第1項에 의한 같은 종류의 地方自治團體를 말한다.

第31條(投票區) ②區·市·郡選舉管理委員會는 하나의 邑·面·洞에 1이상의 投票區를 둘 수 있다. 이 경우 邑·面의 里 [地方自治法 第4條(地方自治團體의 名稱과 區域)第5項의 行政里를 말한다. 이하 같다] 의 일부를 分割하여 다른 投票區에 속하게 할 수 있다.

(4) 밑줄·도표·수식 등

법문중에는 중요한 부분을 특별히 강조하여 표시하기 위하여 「밑줄」을 사용하는 경우가 있다. 주로 別表의 제목에 밑줄을 많이 사용하고 있으나, 통일적으로 사용하고 있지는 않다. 그리고 법령에는 旗章이나 服制 등과 같이 그림으로 표시할 필요가 있는 경우에는 圖表를 사용하기도 하며, 數式 또는 方程式을 사용하지 않으면 법문이 난해하고 복잡하게 되거나 정확한 규정을 할 수 없는 경우에는 式이 사용되기도 한다.

<사례-1>

※公職選舉및選舉不正防止法  
 [별표 1] 國會議員地域選舉區區域表

<사례-2>

※環境改善費用負擔法  
 第10條(改善負擔金の 算定基準) ①(생략)  
 ②第9條第2項第2號의 規定에 의한 自動車에 대한 改善負擔金은 다음의 기준에 의하여 算定한다.  

$$\text{臺當基本賦課金額} \times \text{汚染誘發係數} \times \text{車齡係數} \times \text{地域係數}$$
  
 ③(생략)

### Ⅲ. 法令의 用語에 관한 事項

#### 1. 적절한 用語의 선택

법령용어는 立法技術의 일환으로서 사용되는 것이므로 그것이 지니는 기술성에 충분히 유의하여야 한다. 또한 技術은 그 자체 고유한 가치를 지니는 것이

아니라 일정한 목적에 봉사하는데 그 존재의의가 있음을 인식하여야 한다. 法令用語의 사용은 법문을 정확하게 작성하기 위하여 행하여지는 것이므로 그것을 지나치게 사용하는 것은 무의미하며 유해하다. 법령용어를 사용하지 않고 국민 일반에게 적절하게 표현이 될 수 있는 용어가 있다면 그것을 사용하는 것이 바람직하다. 그리고 法令用語의 의의는 법학에서 일정한 관용이 확립되어 있는 경우에는 그 의의를 살려 사용되는 것이 바람직하다. 예를 들면 行政法學에서 許可는 일반적인 금지의 해제를 의미하며, 認可는 법률행위의 효과를 발생시키는 보충적인 행위의 의미로 사용되고 있으나 실정법상으로는 이 양자가 혼동되는 예가 많다. 이러한 경우에는 국민에게 혼동을 불러일으키지 않도록 가능한 한 학문상의 용법과 일치하는 것으로 사용하는 것이 적당하다. 단지 人的인 許可에 관해서는 실정법상 용어로서 오히려 免許를 사용하는 관례가 확립되어 있으므로 그러한 것에 따르는 것이 적당할 것이다.

그리고 법령용어는 가능한 한 일반적으로 사용되고 있는 의미로서 사용할 것이 요망된다. 法令用語가 본래 특수한 법령상의 용어인 이상 상당히 난해한 문제는 있으나, 보편적인 용법에서 현저히 거리가 먼 것은 오해의 원인이 되므로 가능한 한 사회일반에서 사용되는 용법과 차이가 나지 않도록 하는 노력이 필요하다. 그러나 거꾸로 사회일반인에게는 마찬가지로 의미로 사용되고 있는 용어를 법령용어의 기술성에서 각각 별도의 의미로 사용하지 않을 수 없는 것이 있으므로 이 경우에는 그 일반에 대해 취지를 주지시킬 필요가 있다. 결국 법령용어의 사용에 있어서는 同一趣旨의 표현을 하기 위하여 특별한 용어를 사용하지 않을 것이 요구되며, 또한 어떻게 하면 법령의 목적·취지를 표현하기 위하여 가장 적절한 것이며 正確한 表現이 되는가에 관해 항상 배려를 하면서 용어를 선택할 것인가를 인식하여야 한다.

## 2. 法令用語整備基準

앞에서 고찰한 바와 같이 대한민국정부수립 이후 부터 꾸준히 法制處가 중심이 되어 과거의 일본 법령의 영향하에 적용되던 법령을 총정리할 때에 법령용어도 많이 정비한 바 있고, 또한 1969년 法令의 한글화 작업으로 대통령령과 부령을 모두 한글로 표기하도록 하여 쉬운 법령용어로 바꾸어 쓰기 등 많은 실적

을 쌓기도 하였지만, 특히 1972년 7월부터는 法令用語整備를 좀 더 적극화하기로 하고 「법령용어정비기준」을 설정하여 그 기준에 따라 법령용어의 순화정비를 추진하여 왔다.<sup>187)</sup> 한편 법제처에서는 법령문을 정확하게 표현하기 위하여 1973년 7월 「法令用語의 統一」에 관한 지침을 발간·배포하기도 하였으며, 그 주요내용은 법령상의 관용어사용 원칙·법령상의 외래어·한글바로쓰기·법령한글화작업 채택용어·참고자료의 순서로 되어있다.

이러한 제1차 법령용어정비기준에 의하여 法制處에서는 계속적으로 법령용어 정비업무를 추진하여 왔으나, 아직도 어려운 한자식 용어, 권위적·비민주적인 용어와 국민감정이나 시대감각에 맞지 아니하는 용어가 우리법령의 내용중에 쓰이고 있어 국민들이 法令을 이해하는데 문제가 많이 있다는 각계각층의 요구에 의하여 1983년 4월에 제2차로 「法令用語醇化整備基準」을 제정하여 법령용어의 순화정비업무를 지침으로 관계 부처에 통보하였다.<sup>188)</sup> 제2차로 제정된 「법령용어순화정비기준」은 종전의 법령정비 및 한글화 추진이 대부분 日本式 表現을 바꾸거나 한자용어의 한글화 등 형식적인 면을 중요시 하였으나, 새로 제정된 정비기준은 法令用語를 될 수 있는 한 쉬운말로 쓰고, 명확히 표현하여야 한다는 원칙아래 다음과 같이 구체적인 기준을 설정하였다는 데에 그 의미가 크다.

187) 1972년 7월에 제정된 제1차 법령용어정비기준의 주요내용은 다음과 같다. ①동음이 의어로서 그 뜻이 서로 혼동될 염려가 있는 것은, 자주 쓰이는 말은 그대로 두고 그 밖의 것은 다른 적절한 말로 바꾸어 쓴다. ②2개이상의 말이 같거나 비슷한 뜻으로 쓰이고 있는 경우에는 그 중 정확하고 알맞는 것 하나만을 골라 쓰거나 용어를 구분하여 사용하도록 한다. ③표현이 너무 간단하여 알기 어려운 용어는 알맞게 풀어쓴다. ④한자로 이루어진 말로서 이를 그대로 한글로 옮겨쓰는 경우 그 뜻을 알기 어려운 말은 일반에 널리 쓰이는 말로 바꾸거나 알맞게 풀어쓴다. ⑤국민감정이나 시대성에 맞지 아니한 말은 알맞는 다른 말로 바꾸어 쓴다. ⑥기타(정비대상에서 보류되는 것) 학술·기타 전문용어는 합리적으로 바꾸어 쓸 알맞는 말이 없을 때에는 당분간 그대로 사용한다. 法制處, 「法制處四十年史」, 247~248面 참조.

188) 법제처업무보고와 관련하여 「大統領指示(국행이 100-98, 1983.2.28)」에 의하여 1983년도 「법령용어정비·개선계획 실시(법실 182, 1983.4.18)」에 관한 공문을 「법령용어순화정비기준」과 함께 用語整備의 요령 및 절차에 관하여 각원·부처청에 통보하였다.

〈법령용어순화정비기준〉

1. 한자용어는 가능한 한 한글용어로 풀어 쓴다. 그러나 한글로 풀어쓰므로써 오히려 그 뜻을 이해하기 어려운 경우에는 그대로 쓴다.
2. 일상생활공용용어는 중등교육을 받은 정도의 사람이면 누구나 그 뜻을 쉽게 이해할 수 있도록 어려운 용어는 가능한 한 쉬운용어로 바꾸어 쓴다.
3. 권위적이거나 비민주적인 용어와 국민감정이나 시대성에 맞지 아니하는 용어는 다른 말로 바꾸어 쓴다.
4. 표현이 너무 간단하여 알기 어려운 용어 또는 간략하게 쓴 약어는 가능한 한 알맞게 풀어 쓴다.
5. 발음이 같고 뜻이 다른 용어는 가능한 한 서로 혼동되지 아니하도록 다른 적절한 말로 바꾸어 쓴다.
6. 같은 용어라도 쓰는 곳에 따라 뜻이 달라지는 용어는 가능한 한 그 뜻이 명백해지도록 다른 말로 바꾸어 쓴다.
7. 고유명사나 학술·기술분야의 전문용어로서 우리의 언어감정에 맞지 아니하는 것은 관계부처 또는 관계전문가의 의견을 들어 이에 맞는 적절한 용어로 바꾸어 쓴다.
8. 외래어는 가능한 한 쓰지 아니한다. 그러나 바꾸어 쓸 적절한 우리말 용어가 없는 것은 그대로 쓴다.
9. 문화체육부 기타 각부처에서 추진하는 국어순화운동에 의하여 결정된 용어는 검토를 거쳐 특별한 사유가 없는 한 그대로 쓴다.

3. 주요한 法令用語

종래에는 법령문에는 난해한 표현이 많이 사용하였으나 현재에는 日常生活에서 사용되는 이해하기 쉬운 용어를 사용하여 각각 법규범의 내용을 표현하고 있다. 그러나 법령의 기술성의 관계나 법령이 지닌 독특한 표현 등 때문에 日常用語와는 다른 법령상 사용되는 法令用語라는 것이 있으며, 그중 주요한 것을 정리하면 다음과 같다.

(1) 「할 수 있다」, 「할 수 없다」

「할 수 있다」라는 것은 法律上의 권리·능력·권한 등이 있음을 나타내는 경우에 사용하며 「할 수 없다」라는 것은 법률상의 권리·능력·권한이 없음을 나타내는 경우에 사용한다. 이 경우 法律上 이라는 것은 사실상 이들 행위를 할 수 있어도 법률에 의하여 인정된 것이 아니면 법률상 유효한 취급을 받을 수 없다는 것을 의미한다. 즉 「할 수 있다」라는 것이 법문상 사용되는 것은 事實上의 能力을 말하는 것이 아니라 법률상의 권리나 능력이 있음을 나타내는 표현인 것이다. 이와 같이 「할 수 있다」 「할 수 없다」라는 것은 법률상의 權利나 能力이 있거나 없음을 나타내는 경우에 사용하는 것이므로 그 규정에 위반하는 행위는 법률상 흠이 있는 행위로서 그 效力이 문제가 되며, 그 효력에 관하여 明文으로 정하는 경우도 있으나 해석에 맡기는 경우도 있다. 그러나 이들 규정에 위반한 행위는 통상 처벌의 대상이 되는 것은 아니다.

<사례-1>

※行政審判法

第3條(行政審判의 對象) ①行政廳의 處分 또는 不作爲에 대하여 다른 法律에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 이 法에 의하여 行政審判을 제기할 수 있다.

②大統領의 處分 또는 不作爲에 대하여는 다른 法律에 특별한 規定이 있는 경우를 제외하고는 行政審判을 제기할 수 없다.

(2) 「하여야 한다」, 「하여서는 아니된다」

「하여야 한다」라는 것은 법률상의 어떤 행위를 하여야 할 의무(作爲義務)를 정하는 경우에 사용하며, 「하여서는 아니된다」라는 것은 법률상 어떤 행위를 하지 않을 의무(不作爲義務)를 정하는 경우에 사용한다. 작위의무나 부작위의무위반의 행위는 처벌의 대상이 되는 경우가 많으나 이와 관련한 法律行爲의 효력에는 직접관계가 없게되는 것이 통례이다. 作爲義務違反이나 不作爲義務違反의 행

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

위에 대해서 처벌규정이 있는가의 여부, 처벌규정이외에 制裁規定(허가취소, 영업정지, 징계처분 등)이 있는가의 여부, 아니면 아무것도 없는가의 여부 등은 사례별로 각각 다르며 그 의무를 담보하기 위하여 가장 타당하다고 생각되는 것을 선택하는 것이며, 이에 관해서는 各法律規定을 세밀하게 검토할 필요가 있다. 그리고 그 위반행위가 중대한 것이라고 생각되는 경우에는 법률행위의 효력을 법령상 明文으로 부정하기도 한다. 또한 해석상 무효로 되는 경우도 있으며, 이것은 명문규정이 없기 때문에 위반행위가 중대한 것인가 경미한 것인가라는 점에 관하여 명백하다고 보기 어려운 경우이다. 그 위반행위에 관하여 罰則이나 기타 制裁措置도 없고 위반행위의 효력에도 관계가 없는 것은 訓示規定이라고 한다. 일반적으로 「노력하여야 한다」라고 표현하며 이는 일반국민에게 의무를 과하는 경우에도 나타나며 이른바 기본법에 많이 사용된다.

#### <사례-1>

##### ※射倂行爲等規制및處罰特例法

第16條(表示基準) 射倂機具製造業者 및 販賣業者는 大統領令이 정하는 射倂機具에 內務部令이 정하는 사항을 표시하여야 하며, 허위표시를 하여서는 아니 된다.

#### <사례-2>

##### ※女性發展基本法

第4條(國民의 責務) 모든 國民은 男女平等의 촉진과 女性의 발전의 중요성을 認識하고 그 實現을 위하여 노력하여야 한다.

#### (3) 「한다」, 「하지 아니한다」

법률행위의 내용을 創設의으로 宣稱하는 때에는 「한다」, 「하지 아니한다」라는 형식으로 정한다. 법령상 이러한 형식으로 법규범의 내용을 창설적으로 규정하는 條文은 대단히 많으며 이와 같이 창설적으로 내용이 法定되는 경우에는 그 이면의 의미로서 이른바 구속적인 의미도 포함되어 있다.



<사례-1>

※地方自治法  
 第64條(會議錄) ④會議錄은 議員에게 配付한다. 다만, 秘密을 요한다고 議長이 인정하거나 地方議會에서 議決한 사항은 公開하지 아니한다.

(4) 「예에 의한다」, 「정하는 바에 의한다」

「예에 의한다」, 「정하는 바에 의한다」라는 법령용어는 어떤 사항에 관한 법령상의 制度나 법령규정을 포괄적으로 다른 동종의 것에 적용하여 同種의 效果를 부여하려는 경우에 사용된다. 후술하는 「準用한다」가 어떤 사항에 관한 개별규정을 다른 사항에 차용하려는 것인데 반해 「예에 의한다」, 「정하는 바에 따른다」라는 경우는 제도전체를 借用하는데 차이가 있다. 그리고 「예에 의한다」의 변형으로서 「중전의 예에 의한다」라는 法令用語가 있으나 이는 경과규정을 정한 부칙규정 중에서 사용된다.

<사례-1>

※地方自治法  
 第126條(地方稅) 地方自治團體는 法律이 정하는 바에 의하여 地方稅를 賦課·徵收할 수 있다.  
 第131條(使用料등의 賦課·徵收, 異議申請) ②使用料·手數料 또는 分擔金の 徵收는 地方稅 徵收의 예에 의한다.  
 ③~⑥(생략)

(5) 「추정한다」, 「본다」

법령에 있어서는 일정한 사실관계를 인정하려는 경우에 「추정한다」, 「본다」라는 용어가 자주 사용된다. 前者는 일정한 사실관계에 관하여 통상 예측되는 사태를 전제로 일련의 사실을 추측하여 그 법령상의 취급을 정하는 것으로서 이 法令用語가 사용되는 경우에는 법률상 취급을 일단 단정하여 이것이 원래의 사

실과 다른 경우에는 명확한 증거를 제시하여 그 推定事實을 부정할 수 있다. 반면 後者는 본래 성질을 달리하는 것을 일정한 사실관계에서 분쟁을 방지하고 법률적용을 명확히 하기 위하여 법령으로써 그렇다고 擬制하여 같이 취급하려는 것이다. 따라서 「본다」의 경우에는 본래 성질을 달리하는 것을 특별히 규정을 둬으로써 법률상의 관계에서 동등한 것으로서 취급하는 것이므로 이에 대해서 反對의 證據를 제시하여 부정하는 것은 허용되지 아니한다. 이러한 「본다」라는 法令用語는 종전에는 「간주한다」라고 사용되었으나 현재에는 「본다」로 통일되어 사용되고 있으며, 특히 이 용어는 행정법규에서 대단히 많이 사용하고 있으며 각 法令의 附則의 경과규정에서도 널리 사용되고 있는 편리한 법령용어이다.

<사례-1>

※ 貨物流通促進法

第48條의4(電子文書의 효력) ① 物流事業者 또는 物流關聯機關이 物流電算網을 이용하여 승인·申請·申告 또는 登錄등(이하 "승인등"이라 한다)을 電子文書交換方式으로 처리한 경우에는 大統領令이 정하는 物流關聯法令(이하 "物流關聯法令"이라 한다)에서 정한 節次에 의하여 처리된 것으로 본다.  
 ② 物流事業者 또는 物流關聯機關이 物流電算網을 이용하여 승인등을 한 電子文書와 電子署名은 物流關聯法令에서 정한 文書와 署名捺印으로 본다.  
 ③ 第1項 및 第2項의 規定에 의한 電子文書의 내용에 대하여 當事者 또는 利害關係者사이에 다툼이 있는 때에는 專擔事業者의 電子計算組織의 화일에 기록된 電子文書의 내용대로 작성되어진 것으로 推定한다.

(6) 「준용한다」, 「적용한다」

「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 반복을 피하고 「準用한다」라는 용어를 사용하게 되면 준용에 의해서 法文을 간결하

게 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습이 매우 번잡하게 되는 것은 피할 수 없다.

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. 어떻던 준용규정에서는 개별규정을 인용하여 이를 準用한다고 정하는 것이 통례이나, 때로는 다수의 규정을 포괄적으로 준용하는 경우도 있다.189)

〈사례-1〉

※地方自治法  
 第84條(事務職員의 職務와 身分保障등) ②事務職員의 任用·報酬·服務·身分保障·懲戒등에 관하여는 이 法에 정한 것을 제외하고는 地方公務員法을 適用한다.  
 第148條(協議會의 規約變更 및 廢止) 地方自治團體가 協議會의 規約을 變更하거나 協議會를 廢止하고자 할 경우에는 第142條第1項 및 第2項의 規定을 準用한다.

(7) 「그러하지 아니하다」

이 표현은 단서규정에서 본문규정의 적용제외를 표시하기 위하여 사용된다. 이 표현의 사용에 있어서 주의하여야 할 점은 이것은 本文중의 어떠한 한 部分을 소극적으로 부정하고 있을 뿐이며, 적극적으로 다른 것을 거기에 받아들인다

189) 예를 들면 家事訴訟法 「제34조(준용법률) 가사비송절차에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 비송사건절차법 제1편의 규정을 준용한다.……」.

는 의미까지를 갖는 것은 아니라는 점이다. 이 표현을 사용하는 경우에는 본문 중 어느 부분을 어떠한 의미로 否定할 것인지가 분명하지 아니할 수도 있으므로 해석적용상의 오해를 없애기 위하여 부정되는 부분과 그 조건을 분명히 명시할 필요가 있다.

<사례-1>

※行政節次法

제17조(처분의 신청) ①행정청에 대하여 처분을 구하는 신청은 문서로 하여야 한다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있는 경우와 행정청이 미리 다른 방법을 정하여 공시한 경우에는 그러하지 아니하다.

②~⑥(생략)

⑦신청인은 처분이 있기 전에는 그 신청의 내용을 보완하거나 변경 또는 취하할 수 있다. 다만, 다른 법령등에 특별한 규정이 있거나 당해 신청의 성질상 보완·변경 또는 취하할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

(8) 「科한다」, 「賦課한다」, 「處한다」, 「徵收한다」

「科한다」는 형벌·민사벌이나 행정벌인 과태료를 일정한 경우 어떤 사람에 대하여 부담시킬 것인가를 추상적으로 표현할 때 사용한다. 또한 형벌등에 관하여 일반적으로 표현하는 경우에는 「科한다」라는 용어를 사용하나 각법령에 있어서 구체적으로 죄가 될 수 있는 행위와 이에 대한 형벌이나 과태료를 규정하는 경우에는 「處한다」라는 표현이 사용된다. 이에 대해 「課한다」는 국가나 지방자치단체가 주민에 대하여 공권력으로 조세·금전 기타 부역이나 현품등을 부과하고 징수하는 것을 규정하는 경우에 사용한다. 「科한다」와 「課한다」는 국민이나 주민에게 부담하려는 내용이 무엇인가에 따라 사용방법이 약간 다르나, 어느 것도 국가 등의 공권력에 의하여 강제적으로 부담시키는 경우에 사용되는 점에서 공통점이 있다.

<사례-1>

※證券去來法

第215條(兩罰規定) 法人의 代表者, 法人 또는 개인의 代理人·使用人 기타 從業員이 그 法人 또는 개인의 業務에 關하여 第207條의2 내지 第212條의 위반행위를 한 때에는 行爲者를 罰하는 외에 그 法人 또는 개인에 대하여도 各 해당 條의 罰金刑을 科한다.

1.~4. (생략)

<사례-2>

※公共機關의 個人情報保護에 關한 法律

第23條(罰則) ①公共機關의 個人情報處理業務를 방해할 目的으로 公共機關에 서 처리하고 있는 個人情報를 변경 또는 抹消한 者는 10年이하의 懲役に 處한다.

②第11條의 規定에 위반하여 個人情報를 누설 또는 權限없이 처리하거나 他人의 이용에 제공하는등 不當한 目的으로 사용한 者는 3年이하의 懲役 또는 1千萬원이하의 罰金에 處한다.

③(생략)

<사례-3>

※地方自治法

第126條(地方稅) 地方自治團體는 法律이 정하는 바에 의하여 地方稅를 賦課·徵收할 수 있다.

第127條(使用料) 地方自治團體는 公共施設의 이용 또는 財産의 사용에 대하여 使用料를 徵收할 수 있다.

(9) 「다음 각호에 해당하는 경우」, 「다음 각호의 1에 해당하는 경우」

「다음 각호에 해당하는 경우」는 다음 각호의 모든 요건을 갖추어야 할 경우에 사용하고, 「다음 각호의 1에 해당하는 경우」는 다음 각호중 어느 하나의 요건만

을 갖추면 되는 경우에 사용한다.

〈사례-1〉

※행정절차법

제22조(의견청취) ①행정청이 처분을 함에 있어서 다음 각호의 1에 해당하는 경우에 청문을 실시한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 실시하도록 규정하고 있는 경우
  2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
- ②~⑥(생략)

〈사례-2〉

※行政審判法

第5條(裁決廳) ①다음 各號에 정한 行政廳의 處分 또는 不作爲에 대하여는 당해 行政廳이 裁決廳이 된다.

1. 國務總理, 行政各部長官 및 大統領直屬機關의 長
  2. 國會事務總長·法院行政處長·憲法裁判所事務處長 및 中央選舉管理委員會
  3. 그 밖에 소관 監督行政機關이 없는 行政廳
- ②~⑤(생략)

(10) 「전항의 경우」, 「이 경우」

「전항의 경우」와 「이 경우」는 이미 규정된 사례를 인용하는 포괄적 조건을 나타낼 때에도 사용하며, 「전항의 경우」라는 표현은 전항에서 규정된 사항의 보충적인 사항을 항을 다시 바꾸어 정하는 경우에 사용한다.

<사례-1>

※民法

第1082條(不特定物 遺贈義務者의 擔保責任) ①不特定物을 遺贈의 目的으로 한 境遇에는 遺贈義務者는 그 目的物에 對하여 賣渡人과 같은 擔保責任이 있다.

②前項의 경우에 目的物에 瑕疵가 있는 때에는 遺贈義務者는 瑕疵없는 物件으로 引渡하여야 한다.

「이 경우」라는 표현은 그 내용이 간단하여 항을 다시 바꿀 필요가 없는 곳에 사용한다.

<사례-2>

※地方自治法

第50條(委員會의 設置) ②委員會는 소관 議案과 請願등을 審査·處理하는 常任委員會와 특정한 案件을 一時的으로 審査·處理하기 위한 特別委員會의 2種으로 한다. 이 경우 市·郡 및 自治區議會의 常任委員會 設置基準은 大統領令으로 정한다.

(11) 기타 법령에서 주로 사용되는 관용어

① 「또는」 과 「및」

「또는」은 2개이상의 사항을 나열할 때 사용하는 선택적 접속사이다. 3개이상의 사항중에서 선택적으로 필요한 경우에는 마지막으로 연결되는 사항 앞에만 「또는」을 쓰고 그 앞에서는 가운데 점(·) 또는 쉼표(,)로 연결한다.

<사례-1>

※행정절차법

제41조(행정상 입법예고) ①국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령등을 제정·개정 또는 폐지(이하 “입법”이라 한다)하고자 할 때에는 당해 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 한다.

「및」은 2개이상의 사항을 함께 필요로 하는 경우에 사용하는 병합적 접속사이다. 3개이상의 사항을 모두 필요로 하는 경우에는 마지막으로 연결되는 사항 앞에만 「및」을 쓰고 그 앞에서는 가운데 점(·) 또는 쉼표(,)로 연결한다.

〈사례-2〉

※ 행정절차법

제49조(행정지도의 방식) ① 행정지도를 행하는 자는 그 상대방에게 당해 행정지도의 취지·내용 및 신분을 밝혀야 한다.

「또는」과 「및」은 그 자체로서는 강약의 차이가 있는 것이 아니며, 이른바 대등한 것이므로 양자를 결부하여 사용할 경우에는 전후의 의미를 잘 파악하여 이해할 수 있도록 하여야 한다.

〈사례-3〉

※ 地方自治法

第140條(地方自治團體 상호간의 紛爭調整) ① 地方自治團體 상호간 또는 地方自治團體의 長 상호간에 紛爭이 있는 때에는 市·道 또는 그 長이 당사자가 되는 경우에는 內務部長官이, 市·郡 및 自治區 또는 그 長이 當事者가 되는 경우에는 市·道知事가 當事者의 申請에 의하여 이를 調整할 수 있다.

② 「이상」과 「이하」, 「초과」와 「미만」

이 용어는 전부 수량적 한정을 하는 경우에 사용되는 것으로서, 「이상」과 「이하」는 기준점이 되는 수량을 포함하여 그보다 많거나 적을 경우에 사용한다. 「초과」와 「미만」은 기준점이 되는 수량을 포함하지 아니하고 그보다 많거나 적을 경우에 사용된다.



<사례-1>

※地方自治法

第7條(市·邑의 設置基準등) ①市는 그 大部分이 都市의 形態를 갖추고 人口 5萬이상이 되어야 한다.

②~⑤(생략)

第36條(行政事務監査 및 調査權) ⑤第4項의 規定에 의한 證言에서 虛偽證言을 한 者에 대하여는 告發할 수 있으며, 第4項의 출석요구를 받은 證人이 正當한 이유없이 출석하지 아니하거나 證言을 거부하는 때에는 500萬원이하의 過怠料를 賦課할 수 있다.

第41條(開會·休會·閉會와 會議日數) ③年間 會議總日數는 定期會 및 臨時會를 합하여 市·道에 있어서는 120日, 市·郡 및 自治區에 있어서는 80日을 초과할 수 없다.

第103條(地方自治團體의 公務員) ⑤第4項에 規定된 國家公務員은 國家公務員法 第32條第1項 내지 第3項의 規定에 불구하고 5級이상의 國家公務員은 당해 地方自治團體의 長의 提請으로 所屬長官을 거쳐 大統領이 任命하고, 6級이하의 國家公務員은 당해 地方自治團體의 長의 提請으로 所屬長官이 任命한다.

위와 같이 「이상」과 「이하」는 기준치가 포함되며 「초과」와 「미만」은 기준치가 포함되지 않으므로 기준치의 중복을 피하기 위하여 법령에서는 다음의 사례와 같이 「이상」과 「미만」, 「이하」와 「초과」를 조합하여 사용하고 있다.

<사례-2>

※地方自治法

第7條(市·邑의 設置基準등) ③邑은 그 大部分이 都市의 形態를 갖추고 人口 2萬이상이 되어야 한다. 다만, 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 人口 2萬미만인 경우에도 邑으로 할 수 있다.

1. ~ 2. (생략)

<사례-3>

※地方稅法

第210條(稅率) 農地稅의 稅額은 課稅기간중의 課稅基準에 다음의 稅率을 적용하여 계산한 金額(이하 “算出稅額”이라 한다)으로 한다.

〈課稅標準〉	〈稅 率〉
400萬원이하	과세표준액의 100분의 3
400萬원초과	12萬원+400萬원 초과금액의 100분의 16
1,000萬원이하	108萬원+1,000萬원 초과금액의 100분의 27
1,000萬원초과	
2,500萬원이하	

(이하 생략)

第212條(少額不徵收) 農地稅의 算出稅額이 1,000원미만인 경우에는 이를 徵收하지 아니한다.

③ 「이전」과 「전」, 「이후」와 「후」

이 용어는 전부 일정한 시점을 기준으로 하여, 그 시간적 전후관계를 표현하는 경우에 사용한다. 「이전」과 「이후」는 기준시점을 포함하는 것이고, 「전」과 「후」는 기준시점을 포함하지 아니한다.

<사례-1>

※公務員年金法

第46條(退職年金 또는 退職年金一時金) ①公務員이 20年이상 在職하고 退職한 때에는 死亡할 때까지 退職年金을 지급한다. 다만, 1996年 1月 1日 이후에 任用되는 公務員(1995年 12月 31日이전의 公務員·軍人 및 私立學校敎職員 경력에 있는 者로서 해당 年金法상의 在職期間을 合算받는 者를 제외한다. 이하 이 條에서 같다)에 대하여는 ……(이하 생략)

<사례-2>

※ 地方稅法

附 則(1991.12.14)

第3條(共同施設稅의 徵收에 관한 經過措置) 이 法 施行전에 이미 告知된 市·郡稅인 共同施設稅는 종전의 規定에 의하여 市長·郡守가 징수한다.

附 則(1995.12.6)

第4條(登錄稅 課稅標準額에 대한 適用例) 第130條의 改正規定은 이 法 施行 후 최초로 登記하는 것부터 適用한다.

위의 경우외에 법령에서는 「……부터 ……까지」라는 표현을 사용하여 「……부터」도 「……까지」도 함께 기준시점에 포함되도록 하고 있다.

<사례-3>

※ 所得稅法

第5條(課稅期間) ①所得稅는 1月 1일부터 12月 31일까지의 1年分の 所得금액에 대하여 課稅한다.

②居住者가 死亡한 경우에는 1月 1일부터 死亡한 날까지의 所得금액에 대하여 所得稅를 課稅한다.

③(생략)

④ 「경우」와 「때」

가정적 조건을 표현하는 용어로서 법령상 「경우」와 「때」가 사용되며, 법문상의 용법은 동일하나 전후의 문언과의 관계에서 어감에 따라 사용방법이 다르다. 「경우」는 가정적 조건 또는 이미 규정된 사항을 인용하는 포괄적인 조건을 가리키는 용어이고, 「때」는 시점 또는 시간이 문제로 된 경우에 사용된다.

<사례-1>

※地方自治法

第121條(追加更正豫算) ①地方自治團體의 長은 豫算에 變更을 가할 需要가 있을 때에는 追加更正豫算案을 編成하여 地方議會의 議決을 얻어야 한다.  
②第118條第3項 및 第4項의 規定은 第1項의 경우에 이를 準用한다.

⑤ 「즉시」와 「지체없이」

「즉시」는 시간적 즉시성이 보다 강한 것이다. 이에 대하여 「지체없이」는 역시 시간적 즉시성이 강하게 요구되지만 정당한 또는 합리적인 이유에 기한 지체는 허용되는 것으로 해석되고, 사정이 허락하는 한 가장 신속하게 하여야 한다는 것을 뜻한다.

<사례-1>

※公共機關의 情報公開에 관한 法律

第13條(즉시 처리가 가능한 情報의 公開節次) 즉시 또는 口述處理가 가능한 情報의 公開節次등에 관하여는 大統領令으로 정한다.

第16條(異議申請) ②公共機關은 異議申請을 받은 날부터 7日이내에 그 異議申請에 대하여 決定하고 그 결과를 請求人에게 지체없이 書面으로 통지하여야 한다.

「즉시」와 「지체없이」의 중간적인 성격을 가지는 것으로서 「신속하게」가 있으며, 이는 가능한 한 빨리라는 의미를 표현하는 것이다. 또한 이것은 주로 훈시적인 의미로 사용되는 경우가 많다.

<사례-2>

※國稅基本法

第81條의9(情報의 提供) 稅務公務員은 納稅者가 납세자의 權利의 행사에 필요한 情報를 요구하는 경우 이를 신속하게 提供하여야 한다.

⑥ 「다만」과 「이 경우」

접속사는 아니나, 문장과 문장을 잇는 특별한 법령용어로서, 다른 규정에서 이 부분들을 인용하는 경우에는 「다만」으로 시작되는 부분은 “단서”라는 용어를, 「이 경우」로 시작되는 부분은 “후단”이라는 용어를 사용한다.

「다만」은 주문장의 후에 계속하여 새로운 문장을 시작하고 주문장의 의미에 제외적 또는 예외적 의미로서의 부가적 조건을 규정하는 경우에 사용된다. 내용이 제외적 또는 예외적 의미를 갖지 아니하고 단순한 주의규정 또는 설명적 규정인 경우에는 「다만」을 사용하지 아니한다. 「이 경우」는 주문장의 뒤에 주문장의 취지를 설명하거나 이것과 밀접한 관계를 가진 내용의 사항을 계속하여 규정하는 경우에 사용된다.

<사례-1>

※行政審判法  
 第23條(補正) ①委員會는 審判請求가 不適法하나 補正할 수 있다고 인정하는 때에는 상당한 期間을 정하여 그 補正을 요구하여야 한다. 다만, 補正할 사항이 경미한 경우에는 職權으로 補正할 수 있다.  
 ②第1項의 補正은 書面으로 하여야 한다. 이 경우 그 補正書에는 當事者의 數에 따른 副本을 첨부하여야 한다.  
 ③~⑤(생략)

⑦ 「協議」, 「承認」, 「同意」

「協議」는 주로 대등자간에서 상대방의 의사를 구하는 경우에 쓰이고, 「承認」은 하위자가 상위자의 의사를 구하는 경우에 주로 쓰이며, 「同意」는 대등자간의 경우에도 하위자로부터 상위자의 경우에도 쓰여지나 하위자에게 「동의를 하여준다」는 취지로도 쓰여진다.

<사례-1>

※行政規制및民願事務基本法  
 第33條(行政制度改善綜合計劃의 수립등) ①總務處長官은 매년 行政規制와 民願事務의 개선에 관한 基本指針을 작성하여 國務總理의 승인을 얻어 中央行政機關의 長에게 통보하여야 한다.

<사례-2>

※公共機關의 個人情報保護에 관한 法律

第10條(情報處理의 이용 및 제공의 제한) ⑤保有機關으로 부터 제공받은 處理情報를 이용하는 機關은 提供機關의 同意없이 당해 處理情報를 다른 機關에 제공하여서는 아니된다.

<사례-3>

※民法

第5條(未成年者의 能力) ①未成年者가 法律行爲를 함에는 法定代理人의 同意를 얻어야 한다. 그러나 權利만을 얻거나 義務만을免하는 行爲는 그러하지 아니하다.

동의와 승인은 상대방의 긍정적 의사표시를 받지 아니하면 안된다는 것이 명백하나 협의의 경우에는 문제가 된다. 「協議」라는 용어는 일상용어로서는 상담한다는 의미로 사용하고 있으나, 법령용어로서는 이와 달리 단순히 상담한다는 것뿐 아니라 상담의 결과로서 상대방과의 합의에 이른다는 의미로 사용되고 있는 경우가 많다. 즉, 단순히 상담을 한다면 그 결과는 어떻게 되어도 좋다는 의미가 아니라 상담한 결과 양자간에 의견이 일치될 필요가 있다는 의미로 사용된다. 특히 행정기관상호간의 「협의」가 사용되는 경우에는 이러한 의미에서 이다. 또한 私人間에 있어서 사용되는 「협의」도 상담후에 합의에 도달할 것까지 요구하는 의미로 사용된다.

<사례-4>

※行政規制및 民願事務基本法

第7條(관계 機關과의 協議등) 中央行政機關의 長이 行政規制를 新設하거나 強化하기 위하여 關係法令등을 制定 또는 改正하고자 할 때에는 미리 관계 中央行政機關과 協議하여야 하며, 立法豫告등의 방법에 의하여 地方自治團體·民間團體·研究機關·專門家등의 의견을 충분히 收斂하여야 한다.

<사례-5>

※民法  
第834條(協議上 離婚) 夫婦는 協議에 의하여 離婚할 수 있다.

그리고 법령상 「협의」하여야 할 것을 우선 규정하고 다음에 「협의」가 성립하지 아니한 경우의 다음 단계의 처리까지 규정하고 있는 경우가 있다. 이 경우에는 協議不成立을 예정하고 있다는 의미에서 그 협의에는 同意까지 포함되는 것이 아니라고 할 수 있다.

<사례-6>

※都市計画法  
第6條(損失補償) ②第1項의 規定에 의한 損失補償에 관하여는 그 損失을 補償할 者와 損失을 받는 者가 協議하여야 한다.  
③第2項의 規定에 의한 協議가 成立되지 아니하거나 協議할 수 없을 경우에는 管轄土地收用委員會에 裁決을 申請할 수 있다.

결국 「協議」라는 문자의 의미만을 보면 일응 상당만 하면 된다는 의미를 가지고 있다고 하겠으나, 법령상의 용어로는 단지 상당만 하면 족한 것이 아니라 양자가 충분하게 의견을 교환하고 양자의 의사의 합치를 본 후에 일정한 행위를 할 것을 전제로서 사용되고 있는 경우가 많다. 즉, 「協議」에는 「同意」가 포함되어 있다고 할 수 있다. 물론 각각의 법조문에서 사용되고 있는 「협의」가 어떠한 의미내용을 가지고 있는가의 여부는 최종적으로는 당해조문의 해석에 의하여 결정되는 것은 당연하다.

⑧ 「期日」, 「期限」, 「期間」

「期限」은 어떤 법률의 효력이 언제부터 발생한다거나 언제까지 효력을 가진다고 하는 것과 같이 법률효과의 발생 또는 소멸을 일정한 일시의 도달에 매이게 하는 경우에 쓴다. 「期間」은 언제부터 언제까지라고 하는 것과 같이 일정한 시

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

간적인 간격의 길이를 표시하는 용어이다. 그리고 「期日」이란 어떤 행위가 행하여지거나 어떤 사실이 생기게 될 일정한 시점 또는 시기를 말한다. 「기간」과 「기한」이 어떤 시간적인 길이를 표시하는 용어인데 대해 「기일」은 특정한 구체적인 일을 의미하는 점에서 다르다.

#### <사례-1>

##### ※行政審判法

第18條(審判請求期間) ①審判請求는 處分이 있음을 안 날부터 90日이내에 제기하여야 한다.

②~⑦(생략)

第25條(主張의 補充) ②第1項의 경우 委員會가 補充書面의 提出期限을 정한 때에는 그 期限내에 이를 제출하여야 한다.

第26條(審理의 方式) ③委員會가 口述審理를 하는 때에는 期日을 정하여 當事者와 關係인을 召喚하여야 한다.

그러나 실무상으로는 「기간」과 「기한」의 개념이 이론상의 개념과는 달리 사용 되는 경우가 많다. 즉, 허가기간, 면허기간과 같이 어떠한 행위가 행하여지거나 사실이 발생하는 시점과 중점이 정하여져 있는 경우를 「期間」으로, 납부기한, 제출기한과 같이 중점만이 정하여져 있는 경우를 「期限」으로 사용하고 있으며 그 기간이나 기한을 확대하는 경우에도 이를 구별하여 「기간」은 연장으로, 「기한」은 연기로 많이 사용되고 있다.

#### <사례-2>

##### ※道路交通法

제70조(운전면허의 결격사유) ②다음 각호의 1에 해당하는 사람은 당해 각호에 규정된 기간이 지나지 아니하면 운전면허를 받을 자격이 없다. 이 경우 제1호 내지 제4호에 있어서는 벌금이상의 형(집행유예를 포함한다)의 선고를 받은 자에 한한다.

1. ~ 7. (생략)



〈사례-3〉

※音盤및비디오물에관한法律

第13條(課徵金の 賦課) ③登錄廳은 第1項의 規定에 의한 課徵金を 期限내에 납부하지 아니하는 때에는 國稅 또는 地方稅滯納處分の 예에 따라 이를 徵收한다.

⑨ 「規定」, 「規程」

「規定」은 개개의 조항을 지시하는 경우에 사용하며, 「規程」은 일정한 목적을 위하여 정하여진 일련의 조항의 총체를 지칭하는 경우에 사용된다. 또한 이러한 일련의 조항의 총체의 구체적인 명칭으로서 그 題名에 사용된다.

※都市가스事業法

第26條(安全管理規程) ①都市가스事業者는 그 事業開始전에 가스供給施設 및 가스使用施設의 安全維持에 관한 安全管理規程을 정하여 公社의 의견을 들은 후 通商産業部長官 또는 市·道知事の 承認을 얻어야 한다. 承認을 얻은 事項을 變更하고자 할 때에도 또한 같다.

②第1項의 規定에 의한 安全管理規程에는 經營方針, 組織管理, 資料·情報管理, 施設管理등 전체經營活動에 있어서 安全을 우선으로 하고 이를 통하여 綜合적으로 安全이 확보될 수 있도록 하기 위하여 필요한 사항을 포함하여야 한다.

③~⑥(생략)

⑩當 該

「당해」란 일상생활에서는 그다지 사용되고 있지 않으나 법령에서는 널리 사용되고 있는 용어로서 법령문을 간결하게 표현하는데 유용하게 사용되고 있다. 「당해」란 “그”라는 의미로서 어떤 규정중의 특정한 대상을 지칭하여 그것이 앞에 열거한 특정의 대상과 동일한 것임을 나타내는 관사로서 사용한다. 또한 「당해」는 그곳에서 문제가 되는 「바로 그」라는 의미로도 사용된다.

第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

<사례-1>

※ 地方自治法

第92條(地方自治團體의 統轄代表權) 地方自治團體의 長은 當해 地方自治團體를 代表하고, 그 事務를 統轄한다.

<사례-2>

※ 地方財政法

第3條(會計年度 獨立의 원칙) ① 각 會計年度의 經費는 當해 年度의 歲入으로 充當하여야 한다.

②~④(생략)

① 「原本」, 「謄本」, 「正本」, 「抄本」

「原本」이란 문서의 작성자가 일정한 사항·내용을 표시하기 위하여 확정적인 것으로서 작성한 문서를 말하며, 「등본」, 「정본」, 「초본」의 기초가 된다.

<사례-1>

※ 公共機關의 情報公開에 關한 法律

第11條(情報公開與否決定의 통지) ② 公共機關은 第1項의 規定에 依하여 情報를 公開함에 있어 當해 情報의 原本이 汚損 또는 破損될 우려가 있거나 그밖에 상당한 理由가 있다고 인정될 때에는 當해 情報의 寫本등을 公開할 수 있다.

「謄本」이란 「원본」과 동일한 문자·부호를 사용하여 「원본」의 내용을 완전히 복사한 서면을 말하며 「원본」의 존재와 그 기재내용의 전부를 증명하기 위하여 작성한 것이다.

<사례-2>

※行政審判法

第38條(裁決의 송달과 效力發生) ③裁決廳은 裁決書의 謄本을 지체없이 參加人에게 송달하여야 한다.

④裁決廳은 第37條第3項의 規定에 의한 取消裁決이 있는 때에는 지체없이 그 裁決書의 謄本을 處分의 相對方에게 송달하여야 한다.

「正本」이란 「등본」의 일종이며, 법률의 규정에 의하여 작성권한있는 자가 「원본」에 의거하여 특히 「정본」으로서 작성한 문서로서 외부에 대해서는 「원본」과 동일한 효력이 있다. 「원본」은 일정한 장소에 보존되기 때문에 그 효력을 다른 장소에서 발휘시키는 경우에 작성된다. 이 때문에 「정본」을 「動的 原本」이라고 한다. 또한 「정본」은 「부분」에 대한 용어로서 사용되는 경우가 있다. 어떤 문서의 본래의 목적 이외의 목적에 사용하기 위하여 「정본」외에 동일내용의 문서가 작성되는 경우에 이를 「부분」이라 한다. 이 경우에는 「정본」이 주, 「부분」이 종이라는 목적에 사용된다.

<사례-3>

※行政審判法

第38條(裁決의 송달과 效力發生) ①裁決廳은 지체없이 當事者에게 裁決書의 正本을 송달하여야 한다.

<사례-4>

※國稅基本法

第70條(國稅廳長 意見書) ①國稅廳長은 第69條第3項의 規定에 의하여 당해 請求書를 國稅審判所長에게 送付한 때에는 그날부터 7日내에 意見書의 正本과 副本을 國稅審判所長에게 제출하여야 한다.

### 第3章 우리나라의 立法技術의 適用指針

「抄本」이란 「원본」의 일부에 관하여 그 증명을 위하여 「원본」과 동일한 문자, 부호를 사용하여 이를 복사한 서면을 말하며, 「원본」중 필요한 부분의 증명을 위하여 사용된다.

#### <사례-5>

##### ※民事訴訟法

第249條(準備書面の 添附書類) ①當事者の 所持한 文書로서 準備書面に 引用한 것은 準備書面に 그 謄本을 添附하여야 한다.

②文書의 一部를 必要로 하는 때에는 抄本을 添附하고 文書가 多大한 때에는 그 文書를 表示하면 된다.

#### ⑫ 「更正」, 「補正」, 「訂正」

「更正」이란 「정정」과 「보정」 등과 마찬가지로 바로 고친다는 의미로 사용되며, 또한 그러한 처분의 명칭으로 사용된다. 또한 예산의 일종으로 「更正豫算」이라는 것도 있다. 이것은 예산작성후에 발생한 사유에 대응하기 위하여 예산의 추가나 변경을 행할 필요가 있는 경우에 작성되는 것이다.

#### <사례-1>

##### ※土地收用法

第29條의2(裁決의 更正) ①裁決에 違算·誤記 기타 이에 類似한 誤謬가 있는 것이 明白한 때에는 土地收用委員會는 職權 또는 當事者의 申請에 의하여 更正裁決을 할 수 있다.

②(생략)

#### <사례-2>

##### ※豫算會計法

第33條(追加更正豫算案) ①政府는 豫算成立후에 생긴 사유로 인하여 이미 成立된 豫算에 變更을 加할 필요가 있을 때에는 追加更正豫算案을 編成하여 國會에 제출할 수 있다.

②(생략)

「補正」이란 원래 완전하지 않은 것을 보완하여 올바르게 한다는 의미이다. 일정한 행위에 관하여 그 방식에 결함이 있는 때에 정당한 방식으로 수정하여 행위를 적법한 것으로 하고, 기타 결함이 있는 행위를 보완하는 경우에도 「보정」이라는 용어를 사용한다.

〈사례-3〉

※ 國稅基本法

第63條(請求書의 補正) ① 國稅廳長은 審査請求의 內容이나 절차가 이 法 또는 稅法에 적합하지 아니하나 補正할 수 있다고 인정하는 때에는 20日내의 期間을 정하여 補正할 것을 요구할 수 있다. 다만, 補正할 事項이 경미한 경우에는 職權으로 이를 補正할 수 있다.

②~③(생략)

「訂正」이란 잘못된 것을 바로 고쳐쓰는 것을 말하며, 통상 경미한 자구, 수량 등의 잘못을 고쳐쓰는 경우에 사용된다.

〈사례-4〉

※ 行政節次法

제25조(처분의 정정) 행정청은 처분에 오기·오산 기타 이에 준하는 명백한 잘못이 있는 때에는 직권 또는 신청에 의하여 지체없이 정정하고 이를 당사자에게 통지하여야 한다.

⑬ 「告示」, 「公示」

「고시」와 「공시」는 공적 기관이 결정한 사항 기타 일정한 사항을 공식적으로 일반에게 알리는 것을 말한다. 「告示」는 위의 일반적인 의미로 사용되는 경우와 공적 기관이 결정한 사항 기타 일정한 사항을 공식적으로 일반에게 알리기 위한 형식의 명칭으로서 사용되는 경우가 있다.

〈사례-1〉

※行政規制및民願事務基本法

第14條(民願事務處理基準表의 統合告示) ①總務處長官은 民願人의 편의를 위하여 關係法令등에 規定되어 있는 民願事項의 處理機關·처리기간·具備書類·處理節次·申請方法 등에 관한 사항을 綜合한 民願事務處理基準表를 작성하여 官報에 告示하여야 한다.

②~③(생략)

그런데 「고시」는 단순히 일정한 사항을 널리 알리는 것뿐 아니라 때로는 법률이 「고시」의 형식으로 보충입법을 하는 것을 위임하는 경우나 「고시」를 함으로써 어떤 처분의 효력이 완성되는 경우에도 사용된다.

〈사례-2〉

※石油事業法

第24條(石油製品의 品質維持) ①通商産業部長官은 石油製品의 적정한 品質을 확보하기 위하여 石油製品에 대한 品質基準을 정할 수 있다.

②通商産業部長官은 第1項의 規定에 의하여 石油製品의 品質基準을 정한 경우에는 이를 告示하여야 한다.

③~④(생략)

「公示」도 「고시」와 마찬가지로 주로 공적 기관이 결정한 사항 기타 일정한 사항을 공식적으로 일반에게 알리는 것을 말한다. 다만, 「공시」라는 용어는 「고시」와 같이 하나의 형식으로서의 의미로 사용되지는 않는다. 「공시」는 또한 법령에서 「公示地價」, 「公示送達」로서도 사용되는 경우가 많다.

〈사례-3〉

※行政節次法

제17조(처분의 신청) ⑥행정청은 신청인의 편의를 위하여 다른 행정청에 신청을 접수하게 할 수 있다. 이 경우 행정청은 다른 행정청에 접수할 수 있는 신청의 종류를 미리 정하여 공시하여야 한다.

〈사례-4〉

※地價公示및土地등의評價에관한法律

第2條(定義) 이 法에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.

1. “公示地價”라 함은 이 法의 規定에 의한 節次에 따라 建設交通部長官이 調査·評價하여 公示한 標準地의 單位面積當 價格을 말한다.
2. ~ 6. (생략)

〈사례-5〉

※國稅基本法

第11條(公示送達) ①書類의 送達을 받아야 할 者가 다음 各號의 1에 해당하는 경우에는 書類의 要旨를 公告한 날로부터 10日 경과함으로써 第8條의 規定에 의한 書類의 送達이 있는 것으로 본다.

1. ~ 3. (생략)

②第1項의 規定에 의한 公告는 稅務署, 당해서류의 송달장소를 管轄하는 市·郡·區(自治區를 말한다. 이하 같다)의 揭示板 기타 적절한 장소에 揭示하거나 官報 또는 日刊新聞에 掲載하여야 한다.

⑭ 「施設」, 「設備」

「시설」과 「설비」는 유사한 용어이나 법령상으로는 구별하여 사용한다. 「施設」이란 일정한 목적을 위하여 설치된 토지나 건물을 의미하는 경우도 있으나, 널리 물적 설비외에 인적 요소를 가미한 사업활동의 전체를 종합적으로 가르키는 의미로 사용된다. 이에 대해 「設備」란 기계, 기구 등 건축물중에 비치된 물건을 의미하는 경우에 널리 사용된다.

〈사례-1〉

※에너지利用合理化法

第2條(定義) 이 법에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.

1. ~ 2. (생략)
3. “에너지使用施設”이라 함은 에너지를 사용하는 工場·事業場 기타 施設과 에너지를 轉換하여 사용하는 시설을 말한다.
4. ~ 6. (생략)
7. “에너지供給設備”라 함은 에너지를 生産·轉換·輸送·貯藏하기 위하여 설치하는 設備를 말한다.
8. (생략)

〈사례-2〉

※建築法

第2條(定義) 이 법에서 사용하는 用語의 定義는 다음과 같다.

1. (생략)
2. “建築物”이라 함은 土地에 定着하는 工作物중 지붕과 기둥 또는 壁이 있는 것과 이에 附隨되는 시설物, 地下 또는 高架의 工作物에 設置하는 事務所·公演場·店舖·車庫·倉庫 기타 大統領令이 정하는 것을 말한다.
3. “建築設備”라 함은 建築物에 설치하는 電氣·電話·가스·給水·配水·排水·換氣·煖房·消火·排煙 및 汚物處理의 設備와 굴뚝·昇降機·避雷針·國旗揭揚臺·共同視聽안테나·有線放送受信施設·郵便物受取函 기타 建設交通部令이 정하는 設備를 말한다.
4. ~ 18. (생략)

⑮ 「指導」, 「勸告」, 「指示」

「指導」란 일반적으로 상대방에 대하여 하여야 할 것을 제시하여 상대방을 일정한 방향으로 이끄는 것을 말한다. 즉, 「지도」란 상대방에 대하여 강제력 기타 법적효과를 초래하지 않는 경우에 사용한다. 「勸告」와 「指示」가 소기의 목적달



성을 위하여 구체적인 사항을 가르키는 의미로 사용하는 경우가 많은데 비하여 「지도」는 일정한 방향으로의 유도에 역점을 두는 경우에 사용되고 있다.

〈사례-1〉

※公衆衛生法

第21條(衛生指導 및 改善命令등) ①保健福祉部長官, 市·道知事 또는 市長·郡守·區廳長은 公衆衛生上 필요하다고 인정하는 때 또는 國民保健에 중대한 危害가 발생할 우려가 있다고 인정하는 때에는 營業者등에 대하여 公衆衛生에 관하여 필요한 指導와 命令을 할 수 있다.

②~④(생략)

「勸告」란 상대방에게 촉구하는 것을 말한다. 「권고」도 「지도」와 마찬가지로 그것이 존중되는 것은 전제로 하고 있으나 원칙으로 법률상 상대방을 구속하는 의미는 가지고 있지 않다. 「勸告」는 행정기관과 국민과의 관계에서 행할 수도 있고, 행정기관상호간에서도 행할 수 있다. 행정기관상호간에 「권고」라는 용어를 사용하는 경우에는 직접적인 지휘명령관계가 없는 행정기관상호간에 자주성을 존중하면서도 어떤 기관의 전문적 입장에 있어서의 판단이나 의견을 다른 기관에 제공함으로써 그 기관의 임무의 달성에 이바지하려는 점에 있다.

〈사례-2〉

※騒音·振動規制法

第49條의2(騒音度標識의 附着勸告) 環境部長官은 消費者에게 低騒音製品을 選擇·購買할 수 있는 情報를 제공하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 高騒音을 발생하는 機械·器具 기타 製品(電氣用品安全管理法에 의한 型式承認對象機器를 제외한다)을 製造 또는 輸入하는 者에 대하여 당해 機械 등에 騒音의 정도를 표시하는 標識를 附着하여 販賣할 것을 권고할 수 있다.

<사례-3>

※ 公共機關의 個人情報保護에 관한 法律

第19條(의견제시 및 권고) 總務處長官은 이 法의 目的을 達成하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 公共機關의 長에게 個人情報의 保護에 關하여 의견을 제시하거나 권고를 할 수 있다.

「指示」란 어떤 기관이 관계기관이나 사람에 대하여 그 소관사무에 관한 방침, 기준, 계획등을 제시하여 이를 실시하게 하는 것이다. 「지시」와 유사한 용어로서 「指揮」가 있으나 지휘는 상급기관이 하급기관에 대하여 하여야 할 것을 명시적으로 명령하고 피지휘자는 그에 법적으로 구속되는 것이다. 이에 대해 「指示」는 반드시 상급기관·하급기관의 관계에 있는 것에 한하지 않고, 행하여야 할 것을 일반적, 추상적으로 제시하고 피지시자는 그에 법적으로 구속되는 것이 아닌 경우에 사용된다. 그러나 「지시」는 권한을 가진 기관이 통제를 가할 수 있는 기관이나 사람에게 행하는 것이므로 피지시자가 복종할 것인가를 자유로이 선택하는 것은 허용되지 않는다고 할 것이다.

<사례-4>

※ 地方自治法

第159條(地方議會 議決의 再議와 提訴) ④內務部長官 또는 市·道知事は 再議決된 사항이 法令에 위반된다고 판단됨에도 당해 地方自治團體의 長이 訴를 제기하지 아니하는 때에는 당해 地方自治團體의 長에게 提訴를 지시하거나 직접 提訴 및 執行停止決定을 申請할 수 있다.

⑤第4項의 規定에 의한 提訴의 지시는 第3項의 기간이 경과한 날부터 7日이 내에 하고, 당해 地方自治團體의 長은 提訴指示를 받은 날부터 7日이내에 提訴하여야 한다.

⑥(생략)

〈사례-5〉

※文化財保護法

第14條(管理方法의 指示) 文化體育部長官은 國家指定文化財의 所有者(所有者가 없거나 不明한 때에는 그 占有者를 말한다. 이하 같다) 또는 保有者에 대하여 그 文化財의 管理·보호에 관하여 필요한 事項을 指示할 수 있다.



## 參 考 文 獻

### I. 國內文獻

#### ○單行本

- 權寧敏, 『立法實務』, 研修社 1977.
- 權寧星, 『憲法學原論』, 法文社 1997.
- 國會事務處, 『法律案의 起草 및 審査基準』, 입법참고자료 제283호(1992).
- 國會事務處, 『法制實務』, 1990.
- 國會事務處 法制豫算室, 『法制便覽』, 1996.
- \_\_\_\_\_, 『問答式 法制實務』, 1996.
- \_\_\_\_\_, 『法律案 立案·檢討 事例集』, 1997.
- 國會法制司法委員會, 『法律案審查要錄(I)(II)(III)』, 1995.
- \_\_\_\_\_, 『法律案審查事例集』, 1991/1993.
- 金南辰, 『行政法 I/II』, 法文社 1996.
- 金東熙, 『行政法 I/II』, 博英社 1996.
- 內務部, 『自治立法實務要覽』, 1991.
- 朴奉國, 『條例立法의 理論과 實際』, 壯元出版社 1992.
- 朴松圭, 『行政審判法論』, 韓國法制研究院 1996.
- 朴銳炳, 『立法技術講座』, 國民書館 1970.
- \_\_\_\_\_, 『最新行政法講義(上)(下)』, 博英社 1996.
- 法令編纂普及會(編), 『日本の 立法』, 1990.
- \_\_\_\_\_, 『法令作成의 常識』, 1990.
- \_\_\_\_\_, 『法制實務研修資料集』, 1989.
- 法務部, 『委任立法에 관한 研究』, 法務資料 제171집(1993).
- 法制處, 『법제연구총서』, 법제개선자료1집(1993).
- \_\_\_\_\_, 『법제연구총서』, 법제개선자료2집(1995).
- \_\_\_\_\_, 『법령안심사사례집 I』, 1996.

## 參考文獻

- \_\_\_\_\_, 『法律教育教材』, 1996.
- \_\_\_\_\_, 『自治立法實務 및 地方自治關係法解説』, 1997.
- \_\_\_\_\_, 『법령용어순화편람(일상생활공용법령용어)』, 1996.
- \_\_\_\_\_, 『법령입안심사기준(시안)』, 1995.
- \_\_\_\_\_, 『법령입안심사기준』, 1996.
- 서울특별시, 『地方自治團體의 法務行政實務』, 1991.
- \_\_\_\_\_, 『법령용어정의규정집』, 1995.
- 李尙圭, 『改稿 新行政爭訟法』, 法文社 1996.
- \_\_\_\_\_, 『國家補償法』, 法文社 1995.
- 이상돈, 『법이론 -법인식의 사회적 지평과 근대성』, 博英社 1996.
- 鄭在冕, 『判例憲法』, 吉安社 1997.
- 千炳泰, 『行政救濟法』, 三英社 1997.
- 崔大權, 『憲法學 -法社會學的 接近-』, 博英社 1989.
- 韓國法制研究院, 『現行公用侵害法制的 現況과 改善方案』, 1992.
- \_\_\_\_\_, 『過怠料制度의 現況과 改善方案』, 1994.
- \_\_\_\_\_, 『課徵金制度의 現況과 改善方案』, 1993.
- \_\_\_\_\_, 『特例法의 現況과 整備方向』, 1992
- \_\_\_\_\_, 『外國人의 法的 地位 -解説과 法令-』, 1994.
- \_\_\_\_\_, 『立法理論研究(I) -입법기초이론과 입법기술-』, 1990.
- \_\_\_\_\_, 『立法理論研究(II) -입법과정의 이론과 실제-』, 1994.
- \_\_\_\_\_, 『立法理論研究(III) -법령용어에 관한 연구-』, 1995.
- \_\_\_\_\_, 『立法理論研究(IV) -입법심사의 체계와 방법론-』, 1996.
- 許 營, 『新訂版 韓國憲法論』, 博英社 1997.
- 憲法裁判所, 『憲法裁判所判例集』, 제1권(1989) ~ 제8권2집(1996).
- 洪井善, 『行政法原論(上)(下)』, 博英社 1997.
- 洪準亨, 『행정구제법(제2판)』, 한울아카데미 1996.

## ○論文

- 權寧高, 『法令制定過程의 問題點과 그 改善方向』, 人權과 正義 1990.9.
- 권태웅, 『행정심판법에 대한 특례규정의 개정방향』, 법제 제462호(1996.6).

## 參 考 文 獻

### I. 國內文獻

#### ○單行本

- 權寧敏, 『立法實務』, 研修社 1977.
- 權寧星, 『憲法學原論』, 法文社 1997.
- 國會事務處, 『法律案의 起草 및 審査基準』, 입법참고자료 제283호(1992).
- 國會事務處, 『法制實務』, 1990.
- 國會事務處 法制豫算室, 『法制便覽』, 1996.
- \_\_\_\_\_, 『問答式 法制實務』, 1996.
- \_\_\_\_\_, 『法律案 立案·檢討 事例集』, 1997.
- 國會法制司法委員會, 『法律案審查要錄(I)(II)(III)』, 1995.
- \_\_\_\_\_, 『法律案審查事例集』, 1991/1993.
- 金南辰, 『行政法 I/II』, 法文社 1996.
- 金東熙, 『行政法 I/II』, 博英社 1996.
- 內務部, 『自治立法實務要覽』, 1991.
- 朴奉國, 『條例立法의 理論과 實際』, 壯元出版社 1992.
- 朴松圭, 『行政審判法論』, 韓國法制研究院 1996.
- 朴鈞炳, 『立法技術講座』, 國民書館 1970.
- \_\_\_\_\_, 『最新行政法講義(上)(下)』, 博英社 1996.
- 法令編纂普及會(編), 『日本の 立法』, 1990.
- \_\_\_\_\_, 『法令作成의 常識』, 1990.
- \_\_\_\_\_, 『法制實務研修資料集』, 1989.
- 法務部, 『委任立法에 관한 研究』, 法務資料 제171집(1993).
- 法制處, 『법제연구총서』, 법제개선자료1집(1993).
- \_\_\_\_\_, 『법제연구총서』, 법제개선자료2집(1995).
- \_\_\_\_\_, 『법령안심사사례집 I』, 1996.

## 參考文獻

- \_\_\_\_\_, 『法律教育教材』, 1996.
- \_\_\_\_\_, 『自治立法實務 및 地方自治關係法解說』, 1997.
- \_\_\_\_\_, 『법령용어순화편람(일상생활공용법령용어)』, 1996.
- \_\_\_\_\_, 『법령입안심사기준(시안)』, 1995.
- \_\_\_\_\_, 『법령입안심사기준』, 1996.
- 서울특별시, 『地方自治團體의 法務行政實務』, 1991.
- \_\_\_\_\_, 『법령용어정의규정집』, 1995.
- 李尙圭, 『改稿 新行政爭訟法』, 法文社 1996.
- \_\_\_\_\_, 『國家補償法』, 法文社 1995.
- 이상돈, 『법이론 -법인식의 사회적 지평과 근대성』, 博英社 1996.
- 鄭在晃, 『判例憲法』, 吉安社 1997.
- 千炳泰, 『行政救濟法』, 三英社 1997.
- 崔大權, 『憲法學 -法社會學的 接近-』, 博英社 1989.
- 韓國法制研究院, 『現行公用侵害法制的 現況과 改善方案』, 1992.
- \_\_\_\_\_, 『過怠料制度의 現況과 改善方案』, 1994.
- \_\_\_\_\_, 『課徵金制度의 現況과 改善方案』, 1993.
- \_\_\_\_\_, 『特例法의 現況과 整備方向』, 1992
- \_\_\_\_\_, 『外國人의 法的 地位 -解說과 法令-』, 1994.
- \_\_\_\_\_, 『立法理論研究(I) -입법기초이론과 입법기술-』, 1990.
- \_\_\_\_\_, 『立法理論研究(II) -입법과정의 이론과 실제-』, 1994.
- \_\_\_\_\_, 『立法理論研究(III) -법령용어에 관한 연구-』, 1995.
- \_\_\_\_\_, 『立法理論研究(IV) -입법심사의 체계와 방법론-』, 1996.
- 許 營, 『新訂版 韓國憲法論』, 博英社 1997.
- 憲法裁判所, 『憲法裁判所判例集』, 제1권(1989) ~ 제8권2집(1996).
- 洪井善, 『行政法原論(上)(下)』, 博英社 1997.
- 洪準亨, 『행정구제법(제2판)』, 한울아카데미 1996.

## ○論文

- 權寧高, 『法令制定過程의 問題點과 그 改善方向』, 人權과 正義 1990.9.
- 권태웅, 『행정심판법에 대한 특례규정의 개정방향』, 법제 제462호(1996.6).



- 김기표, 『수수료제도에 관한 고찰』, 법제 제440호(1994.8).
- 김남진, 『行政立法의 現況과 問題點』, 考試界 1996.12.
- 金大彙, 『立法理論의 課題와 方法』, 議政研究 제61집(1993.3)
- 金道稜, 『韓國에 있어서의 立法의 理想과 現實』, 法學(서울대) 제25권4호, 1984.12.
- \_\_\_\_\_, 『韓國法制의 現況診斷』, 法制研究 제3호(1992).
- 金復年, 『類型別로 살펴본 賠償·損失補償에 관한 立法規定例』, 立法調査月報 1993.12.
- \_\_\_\_\_, 『類型別로 살펴본 聽聞 등 行政節次에 관한 立法例』, 立法調査月報 1994.6.
- 김석균, 『과태료제도의 발전에 관한 연구』, 법제 제465호(1996.9).
- 김성호, 『법령상의 결격사유에 관한 연구』, 법제 제437호(1994.5).
- 김성현, 『시행일규정의 유형별 입법례 및 문제점검토』, 법제 제435호(1994.3).
- 김승렬, 『입법례분석 -허가규정에 관하여-』, 법제 제462호(1996.6.)
- \_\_\_\_\_, 『행정입법의 한계와 통제』, 법제 제452호(1995.8).
- 金承煥, 『立法學에 관한 研究 -立法의 主體·原則·技術을 中心으로-』, 高麗大 博士論文, 1987.
- 金鐵容, 『行政罰의 脫刑罰化』, 考試界 1991.6.
- 金忠默, 『法律留保의 原則』, 現代行政法學理論(佑齊 李鳴九博士華甲紀念論文集), 1996.
- 閔東基, 『立法上 法律의 所管事項에 관한 研究』, 立法調査月報 1989.6.
- \_\_\_\_\_, 『立法上의 經過措置에 관한 小考』, 立法調査月報 1989.11.
- \_\_\_\_\_, 『特例法에 관한 小考』, 立法調査月報 1990.7.8.
- 朴奉國, 『立法技術의 側面에서 본 行政刑罰의 現況과 그 定立基準에 관한 考察』, 國會報 1983.4.
- \_\_\_\_\_, 『立法의 當爲的 基準과 實際에 관한 研究』, 延世大 碩士論文, 1984.
- \_\_\_\_\_, 『法律案起草에 관한 小考』, 國會報 1984.2.
- \_\_\_\_\_, 『立法의 理論과 實際』, 立法調査月報 1989.1.
- 박윤훈, 『行政秩序罰』, 考試研究 1990.5.
- 朴英道(譯) A.Engelhard, 『民主的 法治國家에 있어서 權利와 法律에 관한

參考文獻

- 現代的 諸問題』, 法制研究 제3호(1992).
- \_\_\_\_\_, 『獨逸의 法令審査基準表』, 法制研究 제3호(1992).
  - \_\_\_\_\_, 『오스트리아의 法令審査基準』, 법제연구 제4호(1993).
  - \_\_\_\_\_, 『立法學序說(I)』, 외법논집(외국어대) 제3집, 1996.
  - \_\_\_\_\_, 『基本法の 法制上の 位置』, 법제연구 제5호(1993).
  - \_\_\_\_\_, 『處分の 法律의 立法論的 檢討』, 법제연구 제9호(1995).
  - 朴松圭, 『委任立法의 限界』, 法制 第293號(1990.2).
  - 박재욱, 『법제업무운영규정해설』, 법제 제453호(1995.9).
  - 徐元宇, 『民主的 社會的 法治國家와 法制의 役割』, 法制研究 제3호, 1992.
  - 徐宇善, 『類型別로 살펴본 國會·行政府關係 및 地方議會·執行機關關係등에 관한 立法例』, 立法調査月報 1994.7.·8.
  - 신근호, 『법제업무운영규정시행지침 해설』, 법제 제458호(1996.2).
  - 辛奉起, 『特例法에 관한 一考』, 現代公法の 諸問題(如山 韓昌奎博士華甲紀念論文集), 1993.
  - 우병렬, 『직업면허제도 관련법제연구』, 법제 제468호(1996.12).
  - 유병훈, 『법령입안심사기준의 기본원칙 정립에 관한 연구』, 법제 제458호(1996.2).
  - 俞載英, 『類型別로 살펴본 財政·會計에 관한 立法例』, 立法調査月報 1994.5.
  - \_\_\_\_\_, 『類型別로 살펴본 營業·人的 資格에 관한 立法例』, 立法調査月報 1993.11.
  - \_\_\_\_\_, 『補助金에 관한 研究 -立法技術論 또는 立法學의 觀點에서-』, 立法調査月報 1993.8.
  - 윤장근, 『출입검사 및 질문규정의 입법례에 관한 연구』, 법제 제444호(1994.12).
  - \_\_\_\_\_, 『양벌규정의 입법례에 관한 연구』, 법제 제438호(1994.6).
  - \_\_\_\_\_, 『經過規定에 관한 研究』, 法制 제259호(1989.3).
  - 임병수, 『위원회제도에 관한 연구』, 법제 제448호(1995.4).
  - 李康燮, 『立法學의 課題』, 現代公法學의 諸問題(尤堂 尹世昌博士停年記念), 1983.
  - \_\_\_\_\_, 『立法의 動機와 過程』, 月刊考試 1983.1.
  - \_\_\_\_\_, 『立法學과 立法技術』, 月刊考試 1983.6.
  - \_\_\_\_\_, 『法律의 優位』, 考試界 1984.3.
  - \_\_\_\_\_, 『議會留保의 原則』, 月刊考試 1985.1.

- 李建鎬, 『立法技術과 Macro法學』, 國會報 1982.9.
- 李鳴九, 『法の 인플레이와 法治主義의 方向』, 現代公法の 理論(牧村 金道昶博士 華甲記念), 1982.
- \_\_\_\_\_, 『資金助成의 法的 考察』, 考試研究 1987.10.
- 이상영, 『입법학정립을 위한 변증론』, 법학연구(충북대) 제7권1호, 1995.
- 이익현, 『인허가의제제도에 관한 연구』, 법제 제437호(1994.5).
- 李寅揆, 『兩罰規定에 관한 研究』, 法學研究(부산대) 36권1호, 1995.
- 李昌洙, 『憲法裁判과 立法的 示唆點』, 法制 제318호·제319호(1990.10·11).
- 李漢柱, 『立法技術에 관한 小論』, 議政資料 第16輯, 1989.1.
- 張明根(譯) Reed Dickerson, 『法令의 起草時 考慮할 事項』, 法制 제100호 (1984.10).
- 鄭圭萬, 『입법상 벌금형제도에 관한 고찰』, 立法調査月報 1990.9.
- 鄭永模, 『立法政策과 立法技術』, 國會報 1967.7.
- 鄭在龍, 『類型別로 살펴본 行政爭訟에 관한 立法例』, 立法調査月報 1994.3.
- 鄭夏重, 『法律의 概念 -處分的 法律, 個別的 法律 그리고 執行的 法律에 대하여-』, 공법연구 제24집2호(1996).
- 曹正燁, 『課徵金制度에 관한 小考』, 법제 제196호·제197호·제198호(1987.6.).
- \_\_\_\_\_, 『法令相互間의 體系에 관한 研究』, 법제 제268호(1989.6).
- \_\_\_\_\_, 『法制實務講座①②③④⑤⑥』, 법제 제434~439호(1994.2/3/4/5/6/7).
- \_\_\_\_\_, 『사인에 의한 행정에 관한 연구』, 법제 제458호(1996.2).
- 趙泰濟, 『法律의 留保原則에 관한 研究 -議會留保를 중심으로-』, 한양대 博士 論文 1992.
- 陳在勳, 『立法基準에 관한 考察』, 國會報 1983.6.
- \_\_\_\_\_, 『立法技術에 관한 考察』, 國會報 1982.4.
- 車康鎭, 『法規範의 不確定性과 法解釋』, 法學研究(부산대) 제37권1호, 1996.
- 千炳浩, 『類型別로 살펴본 公務員關係등에 관한 立法例』, 立法調査月報 1994.1·2.
- 崔大權, 『立法의 原則』, 法學(서울大) 제25권4호, 1984.
- \_\_\_\_\_, 『制定法의 解釋』, 法學(서울大) 제30권1·2호, 1989.
- \_\_\_\_\_, 『立法學研究-立法辯論을 中心으로』, 法學(서울大) 제31권1·2호, 1990.
- \_\_\_\_\_, 『立法學研究 -立法案作成을 中心으로-』, 法學(서울대) 제35권3·4호, 1994.

## 參考文獻

- ・韓文洙,『立法實體論(上)(下)』,立法調査月報 1974.5・6.
- ・黃祐呂,『遡及立法』,考試研究 1989.11.
- ・洪準亨,『委任立法의 限界』,考試界 1996.12.

## II. 外國文獻

### 1. 日本

#### ○單行本

- ・林修三・吉國一郎・角田禮次郎,『例解立法技術』,學陽書房,1983.
- ・石毛正純,『自治立法實務ための法制執務詳解』,ぎょうせい 1994.
- ・平井宜雄,『法政策學(第2版)』,有斐閣 1995.
- ・小林直樹,『立法學研究 -理論と動態』,三省堂 1984.
- ・前田正道(編),『ワークブック 法制執務』,ぎょうせい 1980.
- ・\_\_\_\_\_,『法制意見百選』,ぎょうせい 1986.
- ・小島和夫,『やさしい法令用語の解説』,公職研 1994.
- ・\_\_\_\_\_,『法律ができるまで』,ぎょうせい 1979.
- ・田島信威,『法令の讀解法』,ぎょうせい 1990.
- ・\_\_\_\_\_,『法令用語の基礎知識』,ぎょうせい 1991.
- ・自治大臣官房文書課(編),『條例・規則作成の手引』,1989.
- ・秋田 周,『條例と規則』,ぎょうせい 1977.
- ・内閣法制局,『法令審査事務提要(I)(II)』,1976/1977.
- ・林修三,『法令作成の常識』,日本評論社 1975.
- ・阿部泰隆,『行政のシステム(上)(下)』,有斐閣 1992.
- ・\_\_\_\_\_,『政策法學の基本指針』,弘文堂 1995.
- ・新 正幸,『憲法と立法過程 -立法過程法學序説』,創文社,1988.
- ・ジュリスト 特輯,『日本の立法』,ジュリスト 第805號,1984.
- ・淺野一郎,『法律と條例 - 理論と動態』,ぎょうせい 1984.
- ・松尾浩也/鹽野 宏,『立法の平易化』,信山社 1997.
- ・立法技術情報センター(編),『條例・規則の起案マニュアル』,ぎょうせい 1997.

○論文

- ・高見勝利, 『あるべき立法者像と立法のあり方』, 公法研究 第47号(1985).
- ・山田 晟, 『立法技術の一断面 -準用・読み替え条文について-』, 國家と市民(國家學會百年記念) 第3卷, 有斐閣 1987.
- ・阿部昌樹, 『行政裁量の立法技術論的 検討(1)(2)』, 法學論叢(京都大) 第121卷2號・第122卷2號(1987.5・11).
- ・前田雅英, 『法文の明確性と解釋の明確性』, ジュリスト 第853號(1986.2).
- ・宇賀克也 外, 『立法のあり方を考える』, NBL 第600號(1996.9.1)
- ・西谷 剛, 『政策の立法判断(1)(2)』, 自治研究 第71卷11號/12號(1995).
- ・阿部泰隆, 『法制度の設計序説』, 自治研究 第72卷4號(1996).

2. 영·미

○單行本

- ・Block, Gertrude : 『*Effective Legal Writing*』, 3rd., Mineola, 1986.
- ・Dickerson Reed : 『*The Fundamentals of Legal Drafting*』, 2nd., Boston, 1986.
- ・Garth, Thornton : 『*Legislative Drafting*』, London 1987.
- ・Miers, Davis. R/Page, Alan. C : 『*Legislation*』, New York 1982.
- ・Read, Horage E./Macdonald, John W./Fordham, Jefferson B./Pierce, William J. : 『*Materials on Legislation*』, New York 1973.
- ・Zandler, Michael : 『*The Law-Making Process*』, London 1980.

○論文

- ・Christie, Georg C. : 『*Vagueness and Legal Language*』, Minnesota Law Review, Vol.48, 1964.
- ・Maags, Gregory E. : 『*Reducing the costs of Statutory Ambiguity : Alternative approaches and the Federal Courts Study Committee*』, Harvard Journal on Legislation Vol.29, 1992.

### 3. 독일 · 스위스 · 오스트리아

#### ○單行本

- Bachmann, Susanne /Jahnel, Dietmar/Lienbacher, Georg(Hrsg.), 『Gesetzgebungs -verfahren und Gesetzesqualität』, Wien 1992.
- Baden, Eberhard : 『Gesetzgebung und Gesetzesanwendung im Kommunikationsprozeß. Studien zur juristischen Hermeneutik und zur Gesetzgebungslehre』, Baden-Baden 1977.
- Barfuß, Walter(Hrsg.) : 『Sprache und Recht. Aufsätze und Vorträge』, Wien 1985.
- Bender, Rolf : 『Zur Notwendigkeit einer Gesetzgebungslehre dargestellt an aktuellen Problemen der Justizreform』, Stuttgart 1974.
- Böhret, Carl(Hrsg.) : 『Gesetzgebungspraxis und Gesetzgebungslehre』, Speyer 1980.
- Böhret, Carl/Hugger, Werner : 『Test und Prüfung von Gesetzentwürfe』, Köln-Bonn 1980.
- Böhret, Carl/Hugger, Werner : 『Der Praxistest von Gesetzentwürfen』, Baden-Baden 1980.
- Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), 『Praxis der Gesetzgebung. Ein Lehr und Lernhilfe』, Regensburg 1984.
- Bundesamt für Justiz(Hrsg.), 『Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes』, Bern 1995.
- Bundesministerium des Innern(Hrsg.), 『Handbuch zur Vorbereitung von Rechts und Verwaltungsvorschriften』, Köln 1992.
- Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), 『Mehr Recht durch weniger Gesetze?』, Köln 1987.
- \_\_\_\_\_, 『Handbuch der Rechtsförmlichkeit』, Köln 1991.
- Fielitz, Helmuth : 『Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung -besonders des 9.Deutschen Bundestages(1980-1983)』, Berlin 1988.

- Grimm, Dieter/Maihofer, Werner(Hrsg.) : 『*Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*』, Opladen 1988.
- Hass, Rudolf : 『*Recht und Sprache. Festschrift zum 10 jährigen Bestehen der Deutschen Anwaltsakademie*』, München 1989.
- Hermes, Reinhard : 『*Der Bereich des Parlamentsgesetz*』, Berlin 1988.
- Hill, Hermann : 『*Einführung in die Gesetzgebungslehre*』, Heidelberg 1982.
- Höhn, Ernst : 『*Praktische Methodik der Gesetzesauslegung*』, Zürich 1993.
- Hugger, Werner : 『*Gesetz -Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung*』, Baden-Baden 1983.
- Kerimow, D.A : 『*Fragen der Gesetzgebungstechnik*』, Berlin 1958.
- Kindermann, Harald(Hrsg.) : 『*Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung 1982*』, Berlin/Heidelberg/New York 1982.
- \_\_\_\_\_ : 『*Ministerielle Richtlinien der Gesetzestechnik*』, Berlin/Heidelberg/New Zork 1979.
- Klug, Ulrich(Hrsg.) : 『*Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil -und Prozeßrecht*』, Berlin/Heidelberg/New York 1978.
- Krems, Burkhardt : 『*Grundfragen der Gesetzgebungslehre. erörtert anhand neuerer Gesetz-gebungs-vorhaben insbesondere der Neu-regelung des Bergschadensrechts*』, Berlin 1979.
- Löchelt, Dieter : 『*Modifikation des Kassenarztrechts im Sozialgesetzbuch -Ein Beitrag zur Rechtsetzungstechnik-*』, Hamburg 1981.
- Maihofer, Werner(Hrsg.), 『*Theorie und Method der Gesetzgebung*』, Frankfurt am Main 1983.
- Noll, Peter : 『*Gesetzgebungslehre*』, Reinbek 1973.
- Öhlinger, Theo(Hrsg.) : 『*Recht und Sprache. Fritz Schönherr Gedächtnissymposium 1985*』, Wien 1986.

参考文献

- \_\_\_\_\_ : 『Methodik der Gesetzgebung. Legistische Richtlinien in Theorie und Praxis』, Wien/New York 1982.
- Rebinder, Manfred : 『Rechtskenntnis, Rechtsbewußtsein und Rechtsethos als Problem der Rechtspolitik』, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd.3, 1972.
- Rödiger, Jürgen(Hrsg.): 『Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung』, Berlin/Heidelberg/New York 1976.
- Schäffer, Heinz(Hrsg.) : 『Gesetzgebung und Rechtskultur』, Wien 1987.
- Schäffer, Heinz/Triffterer, Otto(Hrsg.) : 『Rationalisierung der Gesetzgebung』, Baden-Baden 1984
- Schreckenberger, Waldemar(Hrsg.) : 『Gesetzgebungslehre. Grundlagen-Zugänge-Anwendung』, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1986.
- Schneider, Hans : 『Gesetzgebung』, 2Aufl., Heidelberg 1992
- Stempel, Dieter(Hrsg.) : 『Mehr Recht durch weniger Gesetz?』, Köln 1987.
- Vorstand des Österreichischen Juristentages(Hrsg.), 『Die Gesetzesflut. Folge und Ausdruck der Überforderung des Staates』, Wien 1979.
- \_\_\_\_\_, 『Rechtsquellen und Rechtsanwendung』, Wien 1974.
- Winkler, Günther/Schilcher, Bernd(Red.) : 『Gesetzgebung. Kritische Überlegungen zur Gesetzgebungslehre und zur Gesetzgebungstechnik』, Wien-New York 1981.
- Wroblewski, Jerzy : 『Einführung in die Gesetzgebungstheorie』, Wien 1984.

○論文

- Böhm, Monika : 『Gesetzgebungslehre und Gesetzgebungspraxis』, ZG 2/1993.
- Böhret, Carl/Hugger, Werner : 『Bessere Gesetz durch Test der



- Entwürfe*, ZParl 1979, S.245f.
- Fliedner, Ortlieb : 『*Notwendigkeit, Verständlichkeit und Praktikabilität von Rechtsvorschriften*』, ZG 4/1994.
  - Gassner, Ulrich. M : 『*Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz*』, DÖV 1996, S.18ff.
  - Großfeld, Bernhard : 『*Sprache und Recht*』, JZ 1984, S.1f.
  - \_\_\_\_\_ : 『*Sprache, Recht, Demokratie*』, NJW 1985, S.1577f.
  - Grupp, Klaus : 『*Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Haushaltsrecht*』, JZ 1982, S.236ff.
  - Hill, Hermann : 『*Impulse zum Erlaß eines Gesetzes*』, DÖV 1981, S.487f.
  - \_\_\_\_\_ : 『*Bemühungen zur Verbesserung der Gesetzgebung*』, ZG 1/1993.
  - \_\_\_\_\_ : 『*Das Verhältnis des Bürgers zum Gesetz*』, DÖV 1980, S.666f.
  - Hirsch, Ernst E. : 『*Die Steuerung des menschlichen Verhalten*』, JZ 1982, S.44f.
  - Isensee, Josef : 『*Mehr Recht durch weniger Gesetz*』, ZRP 1985, S.141f.
  - Karpen, Ulrich : 『*Zum Gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland*』, ZG 1/1986.
  - \_\_\_\_\_ : 『*Zum Stand der Gesetzgebung in Europäischen Ländern*』, ZG 2/1992.
  - \_\_\_\_\_ : 『*Beiträge zur Methodik der Gesetzgebung*』, ZG 1/1994.
  - Köble, Josef : 『*Zum Stand der Gesetzgebungstheorie*』, Die Verwaltung 1985, S.389f.
  - Lambrecht, Klaus : 『*Generalklauseln und technischer Fortschritt*』, DÖV 1981, S.700f.

参考文献

- Maassen, Hermann : 『Die Freiheit des Bürger in einer Zeit Ausfernder Gesetzgebung』, NJW 1979, S.1474f.
- Obermeyer, Klaus : 『Über das Rechtsgefühl』, JZ 1986, S.3.
- Össenbuhl, Fritz : 『Die Bewertung technischer Risiken bei der Rechtsetzung』, DÖV 1982, S.833ff.
- Schäffer, Heinz : 『Über Wert und Wirkungsmöglichkeiten von legistischen Richtlinien』, ÖJZ 1991, S.1ff.
- Sendler, Horst : 『Normflut und Richter』, ZRP 1979, S.227f.
- Starck, Christian : 『Übermaß an Rechtsstaat』, ZRP 1979, S.209f.
- Stolzlechner, Harald : 『Rationalisierung der Gesetzgebung』, DÖV 1983, S.28f.
- Strouhal, Ernst : 『Fachsprache Gesetz : Sind Verständlichkeit und juristische Präzision Gegensatz?』, ZG.1986, S.117f.
- Vogel, Hans Jochen : 『Zur Diskussion um die Normenflut』, JZ 1979, S.322f.
- Walter, Robert : 『Die Lehre von der Gesetzestechnik』, ÖJZ 1963, S.85ff.
- Weiß, Hans Dietrich : 『Verrechtlichung als Selbstgefährdung des Rechts』, DÖV, 1978, S.606f.

연구보고 97-1  
立法技術의 理論과 實際

---

1997년 9월 25일 印刷  
1997년 9월 30일 發行

發行人 朴 松 圭

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

---

값 12,000 원

1. 본원의 승인없이 轉載 또는 譯載를 금함. ©
2. 이 보고서의 내용은 본원의 공식적인 견해가 아님.

ISBN 89-8323-025-8 93360

