

立法理論研究(VII)

# 委任立法에 관한 研究

1999. 10

研究者：朴英道(研究委員)

한국법제연구원



## 發刊辭

憲法에 의하여 확립된 관행에 따라 議會가 입법권을 행정기관이 제정하는 命令에 수권한다는 입법의 위임은 現代憲法에 거의 공통으로 나타나는 현상으로서, 이를 인정하지 않는 國家는 거의 없는 실정입니다. 그리하여 현대의 국가에서는 행정권에 의한 立法이 제도적으로 정착되고 있으며, 오늘날 행정기관이 委任立法없이 활동한다는 것은 거의 불가능하다고 할 만큼 委任立法에 대하여 그 실제적 필요성도 긍정되고 있고 또한 적극적으로 평가되고 있습니다. 우리 헌법도 國會立法의 原則과 법률에 의한 기본적 인권의 제한원리로서의 法治主義를 선언하고 있으나, 국가기능의 확대에 따른 행정의 전문화·기술화 등의 현상과 요청에 의하여 行政府에 의한 실질적 의미의 입법인 委任立法을 명문으로 허용하고 있습니다. 사회·경제적 국가임무의 증대와 그에 대처하여야 할 전문적·기술적이며 신속·탄력적인 조치를 강구하기 위하여 行政府에 의한 立法은 현실 기능적 요청에 부응하는 것이며, 불가피한 것으로 간주되고 있습니다.

그러나 우리의 委任立法에 관한 입법례 및 운용현실을 보는 경우 立法府가 기본적으로 본질적인 정책을 결정하여 그에 관한 중요한 기준이 되는 것을 직접 규정하고, 기술적·세부적인 사항이나 긴급한 대처를 필요로 하는 사항 등은 그에 대응함에 적합한 行政府로의 위임입법을 허용하고 있으나, 그 行政立法節次가 입법부의 입법절차에 비견되는 절차로서 정비되지 않고 있는 실정이라 할 수 있습니다. 특히 종래 우리나라는 행정부 주도로 경제개발·사회발전을 이룩하는 과정에서 국민의 다양한 의견을 수렴하여 立法에 반영하는 민주적·법치국가적인 議會의 역할수행이 상대적으로 미흡하여 行政府에서 마련해 온 法案을 신중하고 면밀한 검토과정을 소홀히 한 채 통과시키는 사례가 적지 않았습니다. 그 결과 우리의 委任立法 가운데에는 상위법의 위임근거없이 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과한 경우, 상위법의 委任의 범위를 벗어나 권리의 제한 또는 의무를 부과한 경우, 상위법의 규정의 취지를 일탈한 경우 및 포괄적으로 再委任한 경우 등 다수의 문제가 지적되고 있습니다.

헌법은 國家共同體와 그 구성원에게 기본적으로고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 行政에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 立法者 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 할 것입니다. 그리고 行政作用이 미치는 범위가 광범위하게 확산되고 있으며, 그 내용도 복잡·다양하게 전개되는 것이 현대

행정의 양상임을 고려할 때, 형식상 법률상의 근거를 갖출 것을 요구하는 것만으로는 國家作用과 국민생활의 기본적이고도 중요한 요소마저 行政에 의하여 결정되는 결과를 초래하게 될 것입니다. 이러한 결과는 국가의사의 근본적 決定權限이 국민의 대표기관인 의회에 있다고 하는 議會民主主義의 원리에 정면으로 배치되는 것이라 할 수 있습니다. 물론 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 그러한 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 획정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 權利를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것입니다.

이 報告書는 이러한 문제관심을 가지고 憲法이 그 바탕으로 하는 권력분립주의, 의회주의 내지 법치주의의 기본원리를 유지하면서 委任立法이 그 본래의 기능을 발휘할 수 있도록 실제로 유효하게 기능할 수 있는 方案을 모색하고 있습니다. 이를 위하여 이 報告書는 위임입법에 대한 법리를 재구축하고, 그 남용에 대비하여 恒常的으로 감독하는 제도를 설정하기 위한 前提條件을 검토하고 있습니다. 특히 위임입법이 합헌으로 되기 위한 최저조건을 충족하고 있을 뿐 아니라 憲法政策上 보다 바람직한 것으로 하기 위한 제도적 방안의 검토를 위하여 주요 先進國家의 위임입법제도와 그 운용실태를 구체적으로 파악하고 있습니다. 아울러 우리의 委任立法制度에 관한 전반적인 정리 및 憲法裁判所의 주요 결정례를 종합적·체계적으로 연구함으로써 입법부가 행하는 立法權委任 그 자체에 대한 合憲性判定基準과 행정기관이 위임입법의 제정시에 유의하여야 할 일정한 기준을 제시하고 있습니다. 이 報告書에 수록된 주요내용은 우리의 立法實務上 위임입법의 정립시 또는 정립된 위임입법에 대한 사후평가시에 적절하게 활용될 수 있어서 合理的이고 科學的인 위임입법제도의 정착에 많은 도움이 될 수 있을 것입니다. 이 報告書에 담긴 내용이 민주적이고 과학적인 위임입법의 정립을 위한 구체적인 토대가 되기를 바라며, 보고서작성에 많은 수고를 한 研究者의 노고를 격려하는 바입니다.

1999年 10月

韓國法制研究院  
院長 徐承完

# 目次

第1章 序論 .....	11
第1節 委任立法의 意義 .....	11
I. 委任立法의 概念 .....	11
II. 委任立法의 必要性 .....	14
1. 國會의 立法活動의 輕減 .....	15
2. 立法活動의 專門化·複雜化의 傾向 .....	16
3. 時機에 대응할 수 있는 柔軟性의 要請 .....	16
4. 緊急事態에 대처할 必要性 .....	17
III. 委任立法의 問題狀況 .....	17
第2節 委任立法의 法理 .....	20
I. 委任立法의 本質 .....	20
II. 權力分立主義와 委任立法 .....	22
III. 法律留保·議會留保와 委任立法 .....	25
1. 規律所在의 重要性 .....	28
2. 議會主義的 正當化의 必要性 .....	29
3. 法定立의 經濟性 .....	30
4. 法認識과 法的 安定性 .....	31
5. 狀況適合性和 持續性 .....	31
6. 法秩序의 眺望可能性 .....	31
IV. 委任立法의 許容範圍 .....	32
1. 柔軟性和 適應可能性 .....	34
2. 事實關係의 發展 .....	34
3. 規律對象의 自律性 .....	35
4. 實驗狀態 .....	35
5. 法律從屬的 規律의 負擔輕減性 .....	36
6. 分散的 解決의 必要性 .....	36
7. 緊急한 狀況性 .....	36
8. 規律對象의 專門性和 技術性 .....	37

V. 委任立法의 統制問題 .....	38
1. 立法府에 의한 統制 .....	38
2. 行政府에 의한 統制 .....	43
3. 司法府에 의한 統制 .....	45
第 2 章 主要國家의 委任立法의 法理와 實際 .....	49
第 1 節 美國의 委任立法制度 .....	49
I. 委任立法의 意義 .....	49
1. 憲法과 委任立法 .....	49
2. 委任立法의 概念 .....	51
II. 委任立法의 法理 .....	53
1. 立法權非委任의 原則 .....	53
2. 判例에 제시된 委任立法의 法理 .....	61
III. 委任立法의 類型과 制定節次 .....	66
1. 委任立法의 種類 .....	66
2. 委任立法의 制定節次 .....	68
IV. 委任立法의 統制 .....	77
1. 立法府에 의한 統制 .....	77
2. 行政府에 의한 統制 .....	87
3. 司法府에 의한 統制 .....	97
第 2 節 英國의 委任立法制度 .....	124
I. 委任立法의 意義 .....	124
1. 國會主權과 委任立法의 關係 .....	124
2. 委任立法의 沿革과 展開 .....	125
II. 委任立法의 類型 .....	130
1. 通常의 形態의 委任立法과 특수한 形態의 委任立法 .....	130
2. 委任立法의 形式 .....	133
3. 立法權의 再委任 .....	139
III. 委任立法의 制定節次 .....	141
1. 草案의 作成(Making) .....	141
2. 利害關係人의 諮問(Consultation) .....	142

3. 立法委員會의 審査 .....	144
4. 委任立法의 公示(Publication) .....	145
IV. 委任立法의 統制 .....	147
1. 立法府에 의한 統制 .....	147
2. 行政府에 의한 統制 .....	158
3. 司法府에 의한 統制 .....	161
第3節 獨逸의 委任立法制度 .....	171
I. 委任立法의 意義 .....	171
II. 委任立法의 發展 .....	172
1. 立憲主義時代 .....	174
2. 바이마르時代 .....	175
3. 國家社會主義時代 .....	176
4. 基本法時代 .....	177
III. 委任立法의 法理 .....	178
1. 委任立法의 受任者 .....	178
2. 委任立法의 種類 .....	179
3. 委任立法의 成立要件 .....	182
4. 委任立法의 限界 .....	183
5. 再委任의 問題 .....	189
IV. 委任立法의 制定節次 .....	189
1. 草案의 作成 .....	190
2. 事前協議 .....	190
3. 聯邦法務部의 審査 .....	193
4. 法案의 確定 및 聯邦議會에의 送付 .....	194
5. 署名 및 公布 .....	195
V. 委任立法의 統制 .....	196
1. 立法府에 의한 統制 .....	196
2. 行政府에 의한 統制 .....	200
3. 司法府에 의한 統制 .....	203

第 4 節 프랑스의 委任立法制度 .....	208
I. 委任立法의 意義 .....	208
1. 委任立法의 概念 .....	208
2. 委任立法의 法的 性格 .....	210
II. 委任立法制度의 成立과 發展 .....	212
1. 議會立法優位의 原則의 成立 .....	212
2. 議會立法中心主義의 修正·變容 .....	214
III. 委任立法의 種類 .....	224
1. 制定權者에 의한 分類 .....	224
2. 法律과의 關係에 의한 分類 .....	226
IV. 委任立法의 制定節次 .....	238
1. 草案의 作成 .....	239
2. 專門家의 參與 .....	240
3. 內閣事務處의 審査 .....	241
4. 國事院의 諮問 .....	242
V. 委任立法의 統制 .....	245
1. 司法府에 의한 統制 .....	245
2. 立法府에 의한 統制 .....	249
3. 行政府에 의한 統制 .....	252
4. 憲法院에 의한 統制 .....	256
第 5 節 日本의 委任立法制度 .....	261
I. 委任立法의 意義 .....	261
1. 委任立法의 概念 .....	261
2. 委任立法制度의 成立과 發展 .....	264
II. 委任立法의 法理 .....	268
1. 委任立法의 制定權者 .....	268
2. 委任立法의 成立要件 .....	269
3. 委任立法의 種類 .....	271
4. 委任立法의 範圍와 限界 .....	275
5. 授權의 失效 .....	282



III. 委任立法의 制定節次 .....	283
1. 草案의 作成 .....	283
2. 內閣法制局의 審査 .....	284
3. 閣議決定 및 公布 .....	285
IV. 委任立法의 統制 .....	286
1. 立法府에 의한 統制 .....	286
2. 行政府에 의한 統制 .....	287
3. 司法府에 의한 統制 .....	291
第3章 우리나라의 委任立法의 理論과 實際 .....	297
第1節 序說 .....	297
第2節 委任立法의 法理와 實際 .....	299
I. 委任立法의 觀念 .....	299
II. 委任立法의 類型 .....	301
1. 大統領令·總理令·部令 .....	302
2. 委任命令과 執行命令 .....	303
3. 法規命令과 行政規則 .....	304
III. 委任立法의 制定節次 .....	307
1. 大統領令의 立法過程 .....	307
2. 總理令·部令의 立法過程 .....	317
IV. 委任立法의 範圍와 限界 .....	317
1. 受任機關의 特定 .....	318
2. 國會의 專屬的 立法事項의 委任禁止 .....	318
3. 具體的으로 範圍를 정한 委任 .....	319
4. 罰則規定의 委任 .....	321
5. 租稅法規의 委任 .....	321
6. 再委任 .....	322
V. 委任立法의 統制 .....	322
1. 國會에 의한 統制 .....	322
2. 行政府에 의한 統制 .....	323
3. 法院에 의한 統制 .....	323

4. 憲法裁判所に 의한 統制 .....	324
第3節 委任立法에 관한 憲法裁判所の 決定例 分析 .....	326
I. 委任立法의 意義 및 必要性 .....	326
II. 委任立法의 法理 .....	335
1. 委任立法의 認定要件 .....	335
2. 委任의 範圍와 強度 .....	341
3. 包括的 委任의 禁止 .....	398
4. 再委任의 問題 .....	427
第4節 委任立法의 民主化·合理化를 위한 制度的 課題 .....	429
I. 委任立法에 관한 法理의 開發 .....	429
II. 委任立法의 定立에 즈음한 合理的 審査基準의 設定 .....	438
III. 委任立法에 대한 行政府自體의 統制節次의 整備 .....	442
IV. 議會의 委任立法에 대한 實效의 統制裝置의 마련 .....	448
參 考 文 獻 .....	453
〈附 錄〉 .....	475
-獨逸의 法令審査를 위한 Checkliste-	
○ 聯邦政府의 法令審査基準(1984.12.11결정/1989.12.20보완) ...	475
○ Hamburg州의 法令審査基準(1975) .....	479
○ Hessen州의 法令審査基準(1980) .....	481
○ 聯邦內務部傘下의 聯邦公共行政教育院의 法令審査基準(1982) ...	482
○ 聯邦內務部의 市民과 行政의 關係改善을 위한 法令審査基準(1981) ...	484
○ Werner Hugger의 法令審査基準(1983) .....	489
○ 聯邦法務部의 法規範의 水準向上을 위한 審査目錄(1978) .....	497
○ Bayern州의 法令의 制定 및 改正을 위한 審査基準(1984) .....	501
○ Schleswig-Holstein州의 法令의 檢討를 위한 審査基準(1996) ...	503
○ Rheinland-Pfalz州의 法令의 簡素化를 위한 審査目錄(1995) ...	507
○ Niedersachsen州의 法令審査基準(1995) .....	509

## 第 1 章 序 論

### 第 1 節 委任立法의 意義

#### I. 委任立法의 概念

委任立法(delegated legislation)이란 국가기관의 분화를 전제로 어떤 국가기관이 그 권한을 다른 국가기관에게 授權(Ermächtigen)하는 것을 말한다. 즉, 의회가 법률로써 정하여야 할 사항을 스스로 정하지 않고 다른 成文 法制定權者에게 위임하여 법규범을 정립하도록 하는 것을 의미한다. 따라서 委任立法은 의회에서 제정되는 입법에 대비하여 “從屬的 立法(subordinate legislation)” 또는 그 성질상 입법적인 것이나, 전적으로 입법은 아니라는 의미에서 “準立法(quasi-legislation)”<sup>1)</sup>이라고도 한다. 委任立法은 본래의 입법기관인 議會로부터의 위임(수권)에 의거하여 정립되는 입법을 의미하므로, 국가기관이 헌법을 근거로 議會制定法의 수권에 의하여 제정하는 모든 법규범이 委任立法에 해당한다. 즉, 입법부에 의한 행정부로의 권한의 위임에 의거하여 제정되는 行政立法 뿐 아니라 다른 국가기관이 헌법을 근거로 議會制定法의 수권에 의하여 제정하는 입법 및 지방자치단체의 議會가 제정하는 조례중 법률에 의한 수권에 의하여 제정되는 것도 委任立法에 속하게 된다. 그러나 이와 같은 委任立法의 관념은 본래적 입법권을 지닌 입법권자의 존재를 전제로 하여 그것을 다른 主體에게 위임하여 행사하도록 한다는 의미에서의 委任立法의 관념과는 많은 차이가 있다.<sup>2)</sup> 따라서 일반적으로 委任立法이란 의회의 立法權을

1) 위임입법을 準立法(quasi-legislation)이라고 지칭하는 견해에는 헌법상 議會는 입법권을 위임할 수 없으나, 일정한 권한이 행정관료와 委員會에 위임되는 것을 중요시하며, 따라서 이와 같이 위임된 권한은 立法權이 아니며 위임된 권한을 단지 행사하는 것에 불과하다고 본다. Gabriele Ganz, *Quasi-legislation: recent developments in secondary legislation*, Sweet & Maxwell 1987, p.14.

2) 權限의 委任(delegation of powers)이란 어떤 권한을 부여받은 국가기관이 그 권한의 전부 또는 일부를 다른 기관에 위임하는 것을 말하나, 여기에는 立法府로부터 行政府로의 권한의 위임뿐 아니라 입법부로부터 司法府 또는 사법부로부터 행정부, 중앙기관으로부터 하부기관 내지 지방기관으로의 권한의 위임등 여러 가지의 경우가 있다. 이 중 立法府로부터 行政府로의 권한의 위임, 특히 立法權의 委任의 문제가 본고에서 언급하는 위임입법의 문제와 가장 밀접한 관계가 있다. Sotirios A.Barber, *The Constitution and the Delegation of Congressional power*, University of Chicago Press 1975, p.25.

전제로 의회이외의 기관이 법률의 특별한 위임을 받아 그 기관에서 인정되고 있는 법형식으로 법규범을 정립하는 것을 말하며, 그 중에서도 주로 行政府에 대한 입법권의 위임과 이에 의거한 행정부의 입법, 즉 行政立法을 의미하는 것으로 이해되고 있다.<sup>3)</sup> 물론 행정입법이 전부 委任立法이라거나 행정입법은 전부 議會立法에 의한 위임(수권)을 필요로 하는 것이라고 단적으로 말하기는 어려우며, 이를 구체적으로 파악하기 위해서는 행정입법의 개념이나 議會에 의한 수권의 요부·구체적 態樣에 관한 검토가 필요할 것이다.

근대국가에서는 行政權은 법률에 따라, 법률에 의거하여 행사되어야 한다. 즉, 행정기관이 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하려는 경우에는 반드시 법률의 근거를 요하였으며, 法律에 의한 行政이 근대국가의 기본적 원리로서 요청되고 있었다. 이 경우 행정권발동의 근거가 되는 법률은 국민대표자인 議會에서 제정되는 것이 본래의 모습이다. 그러나 近代國家는 기본적으로는 이 형태를 취하면서 현실의 행정운용면에서는 行政機關에 의한 입법을 대폭 허용하여 왔다. 다만 행정권에 의한 입법을 허용한다 하더라도 그 정도는 각국의 事情에 따라 다르며 이를 넓은 범위에서 허용하는 국가, 議會의 법률에 중점을 두어 행정권에 의한 입법은 가능한 한 제한하려는 국가 또는 議會의 法律과 병존하는 모습으로 행정권단독의 입법을 허용하는 국가 등 다양하다. 그러나 다수 국가에서 공통으로 인식할 수 있는 것은 행정권에 의한 입법이 議會制定法의 위임을 기초로 제정된다는 점이다. 즉, 국가의 행정권은 어느것도 법률의 위임이 있는 경우에 그 委任의 範圍內에서 위임입법을 제정하는 형식을 취하고 있다.

議會主權이 확립된 시기이전의 단계에서는 국민대표기관인 議會와 집행권(군주)은 상호 대립하는 정치적 요소였다. 집행권의 정치적 독립성은 장관의 임명권등 제도적·조직적 권력과 아울러 議會의 동의없이 행사할 수 있는 規範制定權能(독립명령)으로서 표현되었다. 이 체제하에서는 헌법에 의하여 명시적으로 議會에 위임된 권한을 제외하고, 執行權에게 국가권력의 보편법적 권한이 귀속되었다. 따라서 그곳에서의 公法理論은 국가권력이 시민의 자유와 재산에 새로운 침해를 가하는 경우에 그에 관한 규범제정권한을 議會에 귀속시키는 것이 주된 문제였다. 이에 비하여 그렇게 획득된 법률에 의거하여 議會가 그 집행에 어느 정도까지 規範統制權을 인정할 것인가는 문제가 되지 않았다. 그 이유는

3) 憲法裁判所, 委任立法의 限界에 관한 研究, 憲法裁判研究 제8권(1996), 24面.

집행권은 議會의 적대자이며, 그 정치적 적대자에게 議會가 그 법률의 집행에 있어서 광범한 권한을 집행권에게 위임하는 형태로 법률을 정하는 것은 고려되지 않았기 때문이다. 따라서 이 시기에서의 議會와 執行權의 관계는 양대 정치적 적대세력간의 권한의 수평적 분할의 문제였으며, 공법학자에게는 法律과 委任立法의 구별이 주된 문제가 되었다. 또한 이 시기에서의 委任立法은 법률과 아울러 법률과 유사한 기능을 거두는 것이 기대되었다. 委任立法에 의한 법률의 보완, 즉 委任立法은 법률에 반하여(contra legem) 규정할 수 있는가 아니면 법률에 의거하여(secundum legem) 활동할 따름인가가 문제가 되었다.<sup>4)</sup> 이것은 상호 관할의 확정, 양자가 동일한 영역에서 규율을 하는 경우 어느것이 規範의으로 우월한가의 문제라고 할 수 있다. 여기에서의 委任立法이라는 개념구성은 議會主義의 발전에 의한 집행권의 권한확대를 법적으로 표현하기 위하여 부득이하게 채용되었으며, 議會가 모처럼 획득한 권한을 집행부에게 다시 양도하는 이 위임은 본래 인정할 수 없는 것이었다.

이에 대하여 議會民主主義의 등장에 의하여 執行權과 議會의 정치적 대립이 해소되면서 양자는 본래적으로 동일한 성격을 지니며, 집행권의 권능은 조직적·규범적으로 議會의 전면적 통제하에 놓여지게 된다. 따라서 그곳에서는 권한의 수평적 분할로서의 양자의 관계는 그 의미를 상실하게 되어 委任立法에 실질적인 제동을 가할 필요성의 근거가 없게 된다. 그곳에서는 법률과 委任立法의 구별은 정치적인 의미를 상실하고 기술적인 것으로 된다. 즉, 증대하는 委任立法의 다수는 법률로부터 독립된 것이 아니라 法律의 執行으로서 委任立法이다. 따라서 법률과 委任立法의 영역적 구별·권한의 수평적 분할보다도 동

4) 대표적인 견해로서 委任을 입법부로부터 다른 국가기관, 특히 執行府로의 법정권한의 위양으로 파악하여, 이 경우 입법부가 형식적 의미의 법률을 제정하는 능력을 다른 기관에 양도하는 것은 고려할 수 없으나, 단지 일정한 범위에서 委任機關의 권한영역인 법정권한이 수임기관의 권한영역으로 교체된다고 보는 입장(Flitz Fleiner/Zaccaria Giacometti, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, S.414; Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd. II, 5 Aufl., Tübingen 1911, S.138; Walter Bruckhardt, *Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung vom 29.5.1874*, Bern 1931, S.666)과 위임자가 위임에 의해 당해사항에 있어서 자기의 權限을 喪失한 경우에는 여전히 권한의 위양이라는 것도 할 수 있으나, 실제의 立法委任의 경우는 그렇지 않다고 하며, 입법부는 다른 관청에 위임한 대상을 언제든지 스스로 규정하는 권한을 여전히 留保하고 있다(Heinrich Triepel, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht*, Stuttgart 1942, S.55ff)라고 보는 입장이 있다. 자세한 논의는 정수부, *行政立法에 관한 研究*, 동국대 박사논문 1998, 16~20面 참조.

일한 사항에 관하여 증충적으로 규율하는, 법률과 그 집행으로서의 委任立法의 관계, 법률과 委任立法의 권한의 증충이 문제가 된다.<sup>5)</sup>

## II. 委任立法의 必要性

憲法으로 확립된 관행에 따라 議會가 입법권을 행정기관이 제정하는 명령에 수권한다는 입법위임은 현대자본주의헌법에 거의 공통으로 나타나는 현상으로 이를 인정하지 않는 國家는 거의 없다. 그러나 이러한 法現象이 등장하여 각종 정치적·헌법적 문제를 제기하기에 이르른 것은 제1차대전 이후부터이며, 그것이 제2차대전 이후의 오늘날 立法의 狀態라고 일컬어지게 된 주된 이유는 立法府의 衰退를 초래한 여러 사정, 즉 국가의 성격이 자유국가에서 社會國家로 변화하고 그에 수반하여 국가의 임무가 비약적으로 증대·복잡화한 점에 있다.<sup>6)</sup> 그리하여 오늘날의 국가에서는 행정권에 의한 입법이 제도적으로 정착되고 있으나, 그럼에도 불구하고 委任立法은 여전히 必要惡이라고 인식하는 전통이 존재하고 있다. 그러나 그것은 시대착오적인 사고이며 오늘날 행정기관은 委任立法없이 활동하는 것은 거의 불가능하다고 할 만큼 委任立法에 대하여 적극적

5) Alf Ross, *Delegation of power. Meaning and Validity of the maxim delegata potestus non potest delegari*, The American Journal of Comparative Law, Vol.7, 1958, p.2.

6) 1931년의 유명한 영국의 “長官의 權限에 관한 委員會(Donoughmore Committee)”의 보고서는 위입입법의 불가피한 현상으로 그 이유를 다음과 같이 설명하고 있다. ①議會의 時間壓迫(Pressure on Parliamentary time) : 이 압박은 매우 크다. 의회는 고도의 정책 및 기본적인 입법문제에 주의를 집중하는 데 있다. 이를 위한 시간을 할애하기 위해서는 가능한 한 부차적인 문제를 제거하는 이외의 선택은 없다. ②主題의 技術性(Technicality of subject matter) : 근대의 입법은 자주 복잡하고 기술적 성격을 지니며 정치가들의 광장(의회)에서의 실효적인 토론에는 적합하지 않다. ③不測의 偶發事件(Unforeseen contingencies) : 대규모이고 복잡한 개혁계획에 기술적인 형태를 취하여야 할 것이라도 우발적 사건이나 지방적 사정을 전부 예측하고 철저하게 전부를 행정기관으로 하여금 계획해 두게하는 것은 불가능하다. ④柔軟性(Flexibility) : 위입의 방법은 입법기관을 계속하여 가동하지 않고 새로운 상황과 새로운 기술의 진보에 기민하고 유연하게 적응하는 것을 가능하게 한다. ⑤實驗機會(Opportunity for experiment) : 위입의 방법은 또한 입법에 따라서는 곤란함을 수반하여 처음으로 가능한 실험의 기회를 익히는 경험의 이용을 허용한다. ⑥緊急權(Emergency Powers) : 국민적 이해가 신속하고 실효적인 행동을 요구하는 긴급상태에서는 정부에 비상권을 구비시키는 것이 매우 중요하게 된다. Report of The Committee on Ministers' Powers, Cmd.4060, pp.51~52; Stephan Bailey·Brian Jones & Alistair Mowbray, *Cases and Materials on Administrative Law*, Sweet & Maxwell 1997, pp.812~813.

의의가 평가되고 있고, 그 실제적 필요성도 긍정되고 있다. 다만 委任立法制度가 정착하였더라도 그 범위 내지 한계는 국가에 따라 다양하며 또한 시대에 따라서도 각각 차이가 있다. 한 국가에서 정착되어 있는 法制度는 그 국가의 역사적 배경이나 정치적·사회적·경제적·문화적인 요소에 따라 제약을 받는 것이며, 법제도로서의 委任立法도 가령 각국이 그 필요성을 공통적으로 인식하고 있더라도 그 範圍 또는 限界는 각국의 사정에 따라 다르다는 점을 주의하여야 한다. 즉 국가에 따라서는 議會制定法의 위임이 있다면 어떠한 사안이라도 행정입법으로서 정할 수 있거나, 議會制定法의 위임이라는 형식을 취하더라도 일정한 한계를 넘는 광범한 委任立法은 허용하지 않거나, 위임이 없더라도 議會制定法으로부터 독립한 행정입법을 정할 수 있거나, 나아가 의회제정법과 동등한 효력을 가진 행정입법이나 議會制定法을 수정하는 행정입법도 정할 수 있는 등 다양하다. 따라서 입법권의 위임이 광범하게 허용되고 있는 국가를 단지 行政國家라고 인식하거나 입법권의 위임이 매우 한정되어 있는 국가를 法治國家로써 상정할 수는 없을 것이다.

어떻든 委任立法을 인정하는 국가마다 전부 같은 정도로 타당하지는 않으나 일반적으로 委任立法의 실질적 근거로서 전문적·기술적 사항에 관한 입법의 요구가 현저하게 증대한 점, 事情의 변화에 즉응하는 기민한 적응성이 요구되는 사항에 관한 입법분야가 증대 되고 있는 점, 법률의 일반적 규정으로는 특수한 사정을 규율하는 것이 곤란한 경우가 많은 점, 客觀的 公正性이 특히 바람직한 사항에 관한 입법 등 국회가 전면적으로 처리하는 것이 반드시 적절치 아니한 분야도 존재하는 점 등을 열거하고 있으며, 委任立法을 이러한 실제상의 필요성에서 조리상 당연히 인정되는 것으로 생각하는 견해가 지배적이다.

### 1. 國會의 立法活動의 輕減

國會는 입법활동을 주된 임무로 하고 있으나 그 입법절차는 매우 복잡하고 법안의 제출부터 수정을 거쳐 성립에 이르기까지에는 多額의 비용과 장기간을 필요로하며 나아가 各政黨이 주장하는 정책의 차이가 법안의 성부를 크게 좌우하는 등 국회의 입법활동에는 많은 장애가 존재하고 있다. 만약 국회가 委任立法을 전혀 허용하지 않고 입법을 전부 국회가 정립하고 국회가 입법권을 독점하는 것이라면 법안의 심의에 관한 현행 절차를 근본적으로 개정할 것이 요구되며, 그렇지 않는 한 증대하는 立法의 要求를 수용할 수 없으며 국회는 국민

의 신뢰를 상실하게 된다. 行政機關에게 입법권을 위임하는 것은 위임사항에 관하여는 국회에서의 심의 또는 수정절차가 그 만큼 생략되게 되며, 그 점은 국회의 立法活動을 경감하는 결과가 된다.

## 2. 立法活動의 專門化·複雜化의 傾向

법률의 형식으로 立法하거나 명령의 형식으로 입법하더라도 전문적·기술적인 사안에 관한 입법조치를 하는 때에는 專門的 知識이나 기술을 가진 자와 사전에 협의할 것이 필요하다. 입법권을 행정기관에게 위임하고 행정기관이 이에 의거하여 立法行爲를 하는 때에는 이러한 사전협회가 비교적 용이하다. 또한 오늘날 科學技術이 급속히 진보하는 상황에서 특정분야의 전문가들만이 이해할 수 있는 사안에 관하여 입법조치를 하려는 때에는 법률의 형식에 의하지 않고 委任立法의 형식에 의하는 것이 바람직하다.<sup>7)</sup>

## 3. 時機에 대응할 수 있는 柔軟性의 要請

국민에 대하여 적극적으로 役務를 제공하는 것이 국가의 중요한 임무가 되고 있는 오늘날 이에 수반하여 발생하는 행정상의 요구를 세부에 걸쳐 미리 예견하여 이를 법률의 형식으로 규정하는 것은 입법기술상 불가능하다. 따라서 시기에 대응하여 신속하게 대응할 수 있는 委任立法의 역할이 중요시된다. 또한 委任立法이 시행되는 경우 근거법인 法律과의 사이에 조정을 도모할 필요성이 발생하게 된다. 이 경우 법률을 수정함으로써 조정하는 것도 하나의 방법이나 법률의 수정은 절차가 번잡하고 시간을 요하는 점에서 조정방법으로서 적절성이 결여되어 있으므로 委任立法을 수정함으로써 조정을 도모하는 방법이 취해진다. 또한 법률은 이를 시행하기 위한 委任立法이 제정되지 않은 동안에는 시행할 수가 없다.

7) "立法府는 다음의 이유로 위임법률중에 유의미한 기준을 정할 수 없다. 즉 ①입법자에게는 유효기간내에 主題를 상세화할 자신이 없고 그러한 심리상태가 불명확한 기준설정을 낳는다. ②多元化社會에서는 추상적인 규범정립보다도 개별구체적으로 문제를 해결하는 것이 바람직하며 그 작업은 행정기관이 적합하다. ③고도로 論爭的인 主題에 관하여 위임을 하려는 경우 기준을 명확히 하면 할수록 의회내에서의 합의형성이 곤란하게 된다. 따라서 의회가 위임법률중에 기준을 명확히 하는 것은 곤란하고 부적절하며, 行政機關에 의한 기준의 명확화가 요청되지 않을 수 없다". Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, University of Illinois Press 1976, p.46.



## 4. 緊急事態에 대처할 必要性

유사시에는 국민의 자유권은 평시와 같이 보장되는 것이 아니라 狀況의 變化에 수반하여 상당 정도 제약을 받게되는 것은 필연적이다. 非常事態가 발생하여 국가전체가 전시체제로 되는 경우 행정부의 임무로써 요구되는 것은 국토를 방위하고 국민의 생명·신체의 안전을 도모하는 것이다. 이러한 임무를 수행하는데에는 행정부에게 고도의 정책적·기술적 재량을 허용하여야 하며, 또한 그 재량행위를 전부 합법화하기 위한 입법조치가 필요하게 된다. 나아가 이 立法措置에는 변화하는 비상사태에 행정부가 적절하게 대처할 수 있는 유연성이 요구되므로 이 요구를 충족하여야 할 입법으로서 자연히 행정권에 의한 입법의 형태가 고려된다. 따라서 각국의 헌법 또는 議會制定法은 비상시에 있어서의 입법조치에 관하여 이를 행정권에 위임하는 방법을 채용하고 있다.<sup>8)</sup>

## Ⅲ. 委任立法의 問題狀況

현대국가는 19세기에 있어서 자유보호를 목적으로 하는 夜警國家와는 대조적으로 사회·경제분야등에서 적극적으로 조정·급부를 시행하여야 하는 社會國家라고 일컬어지고 있으나, 그에 수반하여 국가임무의 비약적 증대를 가져왔다. 아울러 그러한 임무는 직접 전부 행정권에 부과되는 것이 아니라 민주적 법치국가하에서는 무엇보다도 우선 立法化가 필요한 것이다. 그러한 의미에서 Gesetzesinflation, Gesetzesflut 내지 법질서의 모든단계를 포괄하여 Normenflut 등으로 표현되는 것은 이러한 사정을 표현한 것이라 할 수 있다.<sup>9)</sup> 물론 이러한 상황은 제정되는 입법의 숫자만으로 판단하기에는 위험하며 보다 상세한 데이터나 국가임무의 內容·동향등을 정확하게 종합하여 판단하여

8) 委任立法에 의하여 달성하려는 목적은 이상의 점에 한정되는 것이 아니라 좀 더 넓게 商業, 농업 기타 산업에 있어서 생산성의 향상을 도모하는 것, 輸出을 촉진하고 수입을 제한하여 무역의 불균형을 시정하는 것, 최선으로 생각되는 방법으로 共同社會의 자원을 이용하여 공공의 이익을 유지증진하는 것 등 국내산업의 진흥이나 자원의 합리적 이용을 도모하고 나아가 무역의 불균형을 시정하는 광범한 목적을 지니고 있다고 한다. Henry William Rawson Wade, *Administrative Law*, 5th ed., Clarendon Press 1982, pp.736~737.

9) 이와 관련한 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, 73面이하 참조.

야 한다. 立法의 洪水現象은 입헌체제가 당초 예상하지 못할 정도로 입법부에 게 과중한 부담을 가져오게 하였으나, 반면 그 결과는 입법의 委任의 増大라는 상황을 초래하게 되었다. 사회경제적 국가임무의 증대와 그에 대처하여야 할 전문기술적이며 신속탄력적인 조치를 강구하기 위해서는 行政府로의 위임은 현실가능적 요청에 부응하는 것으로서 불가피한 것으로 간주되며, 그것은 法形式의 성격에도 적합하는 것임은 부정할 수 없다. 물론 行政府로의 입법의 위임이 실제로 立法府의 부담을 경감하고 국회의 정상적인 입법기능의 유지·회복에 이바지하였는가에 대해서는 의문이 없지 않다.<sup>10)</sup>

입법이 국민의 一般意思를 구현하는 것이라는 법률관에 입각하는 경우 입법은 그 내용보다는 형식·기관에 의해서 규정된다. 따라서 입법이 행하는 命命으로의 授權도 입법의 작품 그 자체로 간주되며 수권내용이 어느 정도 광범하더라도 형식적 조건이 충족되는 한 어떠한 소송의 대상도 될 수 없는 것이다. 물론 그러한 이론은 극단적인 것이라 하더라도 방대한 국가임무를 수행하는 현대국가하에서 입법권의 우위, 立法의 民主의 性格이 강조되면 될수록 입법임무의 증대를 초래하고 이것이 거꾸로 委任立法의 질적·양적 확대를 가져오게 되는 것이다. 이 경우 입법소관을 부분적으로 命命 등으로 보충시키는 것이므로 그 한도에서 명령은 법률과 대등·경합관계는 없다. 즉 그곳에서는 입법의 權限喪失(Kompetenzverlust)이 아니라 어디까지나 법률에 의한 행정원리를 관철하고 있는 것이며, 위임은 입법을 포기하는 것이 아니라<sup>11)</sup> “끊임없이 장래에 관하여 그 고유한 권한을 행사할 수 있다는 묵시적 유보하에(stetz unter

10) T.Lowi는 委任立法이 초래하는 폐단으로서, ①정책형성의 중점이 執行府로 이행하고 presidential government가 확립되어 버린다. ②福祉行政의 분야에서 관료의 재량이 증대하고 진정으로 복지를 필요로 하는 자가 구제되지 않게 된다. ③규제행정이 필연적으로 증대한다. ④다수결과정의 통제가 미치지 않으므로 利益集團이 발호하는 이른바 이익집단자유주의(interest-group liberalism)가 출현한다. ⑤법원은 위임입법에 대한 통제에 있어서 헌법차원에서 저항하지 아니하고 法律適合性을 심사하는데 그친다. 결국 이것은 규제행정의 확대를 조장한다. ⑥광범한 위임을 방지하는 대가로서 연방행정절차법의 요구를 초월한 절차를 規則制定過程에 부과할 것을 주장하나, 결국 그곳에는 이익집단이 개입하게 됨으로써 민주성도 능률성도 촉진되지 않는다. ⑦광범한 위임은 포괄적인 시스템분석(system analyse)을 行政機關에게 부여하여 동기관의 전문성을 저해한다. ⑧立法府가 광범한 위임을 방지하고 법원이 그것에 헌법적 정당성을 부여한 결과 강력한 대통령제가 발생한다. Theodore Lowi, *Two Roads to Serfdom. Liberalism, Conservatism and Administrative Power*, 36 American University Law Review 295(1987).

11) BVerfGE 33, 158.

stillschweigendem Vorbehalt künftiger und jederzeit möglicher eigener Ausübung seiner Zuständigkeit)" 수권하고 있다고 이해할 수 있는 것이다.<sup>12)</sup> 물론 이러한 法理解釋에 관해서는 사실상 행정입법을 정당화하는 이데올로기이며 정부·행정에 의한 권한의 박탈(Kompetenzusurpation)이라는 정치적 실천을 가져온 것에 불과하다는 비판도 제기되고 있으므로, 그러한 비판적 견해를 충분히 자각하면서 議會主義의 현실기능적 요청에 적합한 실정법 이론으로서의 委任立法에 관한 법리를 구축할 필요성이 요청된다.

결국 현대국가에 있어서 委任立法의 필요성이 증대하고 있으나 그에 수반하는 대가를 무시할 수는 없다. 우선 국회에 의한 명확한 정책의 결여는 行政機關에게 커다란 정책결정을 하도록 방임한 결과를 의미하며 그에 수반하여 행정기관은 본래 議會過程에서 활동하는 각종이익단체에 의한 정치적 압력을 직접적으로 받게 됨으로써 행정기관의 본질인 전문기술적·관리적 기능의 수행이 방해받고 왜곡될 우려에 처하게 되었다.<sup>13)</sup> 둘째, 이와 관련하여 국회에 의한 명확한 기준의 제시가 결여된 委任으로 인하여 공정한 행정운영이 곤란하게 되며 아울러 효율적인 행정을 저해하고 있다. 셋째, 국회에 의한 지침이 되는 정책적 선택의 결여는 法院이 행정기관의 행위를 평가하는 실질적 기준을 가지지 못함을 의미하며 따라서 법원에 기대되는 행정기관의 행위를 감독·억제하는 기능이 충분히 발휘되지 못하게 된다. 넷째, 국회가 지침이 되는 정책적 선택을 하지 않는다는 것은 立法府와 行政府가 협력하여 지혜를 모아 통일적인 정책결정을 행하는 노력과 자세의 포기를 의미하는 것이며, 또한 그러한 정책적 선택의 결여의 결과 국회, 행정기관 및 국민도 그 법률의 목적이 달성되어가고 있는가를 평가하는 것이 곤란하게 되어, 결국 統一性を 결여한 각 행정기관의 의사에 따른 행정으로 귀착하기 쉽다. 다섯째, 중요한 價値選擇이 집행부에 의하여 행해지게 됨으로써 행정부의 결정에 대하여 헌법적·민주적 정당성에 문제가 발생하고 있다.

12) Fritz Ossenbühl, *Die Quellen des Verwaltungsrechts*, in: Hans Uwe Erichsen/Wolfgang Martens(Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9 Aufl., Berlin 1992, S.123.

13) James Freedman, *Crisis and Legitimacy in the Administrative Process*, 27 *Stanford Law Review* 1941, 1060(1975).

## 第2節 委任立法의 法理

### I. 委任立法의 本質

委任立法에 대하여는 議會가 다른 기관에 입법을 위임하는 것이 권력분립의 사상에 모순되며 따라서 민주주의국가제도에서의 議會의 지배적 지위, 그 결정의 우월이 침해되지 않는가 또한 법치국가에 있어서는 議會가 그리고 議會만이 국민의 법적 지위를 규정하며 국민에게 의무를 부과하고 권리를 부여할 수 있다는 점에서 法治國家原理에 위반하지 않는가라는 이론적으로 중요한 문제를 제기한다. 특히 委任立法은 권력분립과 그 일환으로서 delegata potestus non potest delegari(위임된 권한은 이를 다른 곳에 위임할 수 없다)의 원리에 반한다고 생각하는 견해가 현재에도 제기되고 있는 실정에 있다.<sup>14)</sup> 그러나 委任立法의 이론적 정당화를 둘러싼 이러한 논의는 委任概念 자체를 정확히 분석하고 그 의의를 명확히 제시하고 있는가 라는 점에서 의문이라고 할 수 있다. 그곳에서는 위임현상이 일정한 기준에 의하여 명확화된 기능적인 法的 概念으로서 구성되고 있지 않은 결과 입법권 그 자체의 이전이라고 생각되어 왔으며, 또한 입법권위임에 관한 법현상의 의미를 명확히 하는 法的 基準의 탐구라는 관점에서 문제가 제기되지 않고 입법권의 이전은 법적으로 가능한가라는 문제가 주된 논의의 대상이었다. 그리하여 입법권의 위임은 법적으로 불가능하다는 견해는 이러한 사고의 전형적인 사례라고 할 수 있다.<sup>15)</sup> 그러나 이러한

14) delegata potestus non potest delegari(power which is originally delegated may not be redelegated)라는 격언은 代理人에 관한 Common Law상의 격언(maxim of common law agency)에서 유래하며, 입법권의 불가양도성을 설명한 Locke의 통치기 구론에도 나타나는 영미의 공법원리에 깊이 뿌리내린 政治的 信託의 관념에서 유래한다고 한다. 자세한 내용은 본문 제2장의 美國의 위임입법제도에 관한 부분 참조.

15) Malberg에 의하면 "立法權은 헌법에 의하여 일반의지를 표명하는 권력이라고 생각되고 있다. 의회는 선거에 의하여 선출된다는 그 권능에 의하여 일반의지를 대표할 수 있다고 간주되고 있다. 의욕하는 자는 主權者 國民뿐이다. 이 국민을 위하여 주권자의 의지행위를 행할 필요가 있다면 입법적 개입이 필요하게 된다. 따라서 法律의 觀念과 주권자의 의회대표의 관념간에는 긴밀한 관계가 있다. 이와 같이 이해된 立法權은 본질적으로 양도할 수 없다. 의회가 그 주권에 부응하여 執行機關에게 명령제정권을 수권법에 의하여 부여할 수는 있다. 그러나 그 권력이 어떠한 집행부에게 부여될 수 없는 속성이 있다. 一般意志를 대표하는 것으로서 설치되었다는 그 기원적 성질을 그 자신이외의 어떠한 관청에 이전할 수는 없다. 수권에 의하여 집행부는 議會의 입법권과 동등하다고 생각되는 권한을 획득할

접근방식으로는 立法委任의 법적인 의미를 명확히 할 수 없으며, 委任立法의 의미를 밝히기 위해서는 다음의 점에 주목하여야 한다.<sup>16)</sup>

우선, 입법의 위임의 개념에는 수임자에게 입법자로서의 역할을 부여한다는 점에서 성질상 예외적인 것이라는 관념이 내포되어 있다. 여기에서 문제는 입법자의 역할을 어떻게 정의하는가와 관련되며, 그 해답의 여하에 따라 각종의 委任概念이 발생하게 된다는 점이다. 그리고 입법자의 역할을 헌법적으로 정의하는 경우 특별한 法的 內容을 지닌 규범을 정립하는 권한으로 파악하거나 특별한 法的 效力을 지닌 규범을 창설하는 권한으로 파악하는 두가지의 접근방식이 있다. 입법의 위임이란 입법적 內容을 지닌 규범의 정립을 행정기관에게 수권하는 것이라고 이해하는 前者의 접근방법을 취하는 경우에는 立法的 內容의 여부를 판정하는 기준이 무엇인가라는 문제에 직면한다. 이에 관하여 종래 대륙법국가의 공법이론에 의하면 어떤 규범의 정립이 헌법상 議會에 유보되어 있는 경우 그 規範은 입법적 內容을 지닌다고 한다. 그 의미에서 議會에 유보된 규범이란 예컨대 국민의 自由와 財産에 직접 개입하는 법규범 또는 국민의 권리·의무를 규율하는 법규범이었다. 이 견해에 의하면 입법의 위임이란 입법권에 유보된 法規의 定立을 행정기관에게 수권하는 것을 의미하며, “委任立法이란 통상의 입법권에 유보된 영역에 있어서 입법하는 권한”을 부여하는 것이라고 인식되고 있다. 그러나 이 입장에는 입법적 內容을 지닌 규범을 입헌군주제 하에서의 특수한 이데올로기적인 의미를 가지고 성립한 法規의 概念으로 설명하는 것이 현대의 議會民主主義 헌법에서의 입법의 관념으로서 타당한가라는 의문이 제기된다. 또한 議會에 일정한 영역의 규범정립이 헌법상 유보되어 있다는 것은 원칙적으로 그 권한을 다른 기관에 수권하는 것을 금지하는 취지가 포함된다고 해석되므로, 그렇다면 留保된 입법적 內容의 관념에 의거하여 구성된 立法의 委任은 위헌의 수권이 되는 것이 아닌가라는 의문이 제기된다.

그러나 민주적인 憲法理論에 의하면 일반적으로 “입법자의 역할”은 특별한

---

지도 모르나, 그렇다고 하여 의회와 동등하게 되는 것은 아니며 議會를 대신할 수도 없다. 執行府에는 의회가 국민을 대표한다는 성질이 항상 결여되어 있다. 그 성질은 어떠한 위임에 의해서도 획득할 수 없는 것이다. 집행부는 이 성질이 결여되어 있으므로 일반의지를 표현할 힘이 없다. 따라서 어떠한 경우에도 이 權力이 집행부에게 인도되었다고 주장할 수 없다”라고 한다. Raymond Carré de Malberg, *La loi, Expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875*, Sirey 1931, p.76.

16) A.Ross, op.cit., p.4.

법적 내용을 지닌 규범을 창설하는 권한이라고 파악되지 않는다. 내용에 관해서는 입법자의 권한은 헌법에 의한 제약을 별도로 한다면 無制限이라고 할 수 있다. 그렇다면 입법권의 특수성은 헌법규범에만 복종하며 기존의 제정법을 변경할 수 있는 法的效力, 즉 법률적 효력을 지닌 법규범을 정립하는 능력이라는 점에 있다. 그래서 이 입장에 입각한 두 번째의 접근방식에서 입법의 위임의 개념을 구성한다면 그것은 "법률적 효력을 지닌 법규범의 정립을 수권하는 행위"라고 할 수 있다. 일반적으로 權限의 委任은 그 권한의 소지자(위임자)가 스스로 행할 수 있으며 나아가 위임자 자신이 행한 것과 같은 법적 효력을 지닌 행위를 다른 기관에 授權하는 것으로서, 수임자의 행위의 법적 효력이 위임자의 행위의 그것에 하위에 있다는 것은 권한위임의 개념과 모순된다. 그러나 그러한 의미의 권한의 위임은 특별한 헌법규정이 있는 경우를 제외하고 delegata potestus non potest delegari의 법언에 의하여 금지된다. 따라서 議會가 법률적 효력을 지닌 법규범의 정립을 다른 국가기관에 授權하는 것은 원칙으로 이론상 불가능하다. 다만 법률적 효력이 아닌 法的效力을 지닌 법규범의 정립을 수권하는 것은 위의 법언과 모순되지 않는다. 이것이 통상 입법의 위임이라고 일컬어지는 현상의 법적 의미인 것이다. 그리고 이 의미의 立法委任은 그것을 명문으로 허용하는 헌법규정의 유무에 관계없이 정당화된다. 헌법질서에 있어서 일정한 형식적 효력을 지니고 내용상의 제한도 원칙으로 받지 않는 法規範을 정립하는 권한을 부여받은 기관은 그 권한을 위임하는 권한을 당연히 지닌다고 이해되기 때문이다. 이 경우에는 유보된 권한의 위임의 경우와 달리 delegata potestus non potest delegari의 법언은 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다.

## II. 權力分立主義와 委任立法

委任立法은 議會主義 내지 법치주의원칙의 관점에서 고려되는 법현상이며, 법정책학적으로 본다면 議會와 행정부의 구체적인 관계에서 유래된다. 委任立法을 인정하는 형식적 근거는 議會主義, 법률우위원칙의 확립이며 그 실질적 근거는 위임의 필요성에서 구하여야 할 것이다. 그런데 일반적으로 委任立法의 문제에 대한 태도는 각국의 헌법구조의 차이, 헌법과 법률의 관계, 권력분립 및 법치주의에 대한 헌법상의 관념의 차이에 따라 다르나, 委任立法의 근거에

서 문제가 되는 것은 특히 그 권력분립관념에 대한 관계를 지적할 수 있다. 즉, 권력분립원리의 입장에서 議會가 행정부에 대하여 입법권한을 위임하는 것은 議會의 입법재량권유사의 권한을 행정부에게 재위임하는 것과 같으므로 delegata potestus non potest delegari의 법언에 반할 우려가 있으며 처음부터 헌법상 허용되지 않는 것이 아닌가라는 의문이 있다. 따라서 委任立法과 권력분립의 관계를 명확히 하기 위하여 권력분립원리가 여하히 해석되고 있는가에 대한 의미를 살펴 볼 필요가 있다.

權力分立의 관념은 정치적 의미에서 이해되며, 그것은 국가권력의 제한과 억제를 위한 분배에의 요구에 근거를 둔다. 그곳에서는 정치는 국민의 동의에 의거한 제한된 지배로 이해되며<sup>17)</sup> 그로부터 미국헌법에 있어서 牽制와 均衡의 원리가 도출된다. 영국에서도 proportion and balance야말로 헌법의 본질을 이룬다고 지적되고 있다.<sup>18)</sup> 그러한 관점에서는 委任立法의 문제는 본래의 원리적인 의미를 상실하며, 行政府의 제한된 법정립권은 단순히 합목적성의 문제가 된다. 권력분립의 정치적 의미는 행정부에 대한 제한된 법정립권의 부여와는 관계가 없다. 따라서 영국의 경우에는 권력분립원리로부터 委任反對論은 도출되지 않으며, 그곳에서의 헌법사상은 오히려 이론상 법적으로 무제한의 권능을 가진 議會는 입법의 한계 및 범위를 임의로 정할 수 있다는 國會優位 내지 國會主權을 기초로 한다. 이에 대하여 미국에서는 권력분립의 원리는 기본적인 헌법원리에 속하며 따라서 본래 委任은 원칙으로 배제되나, 실제로는 입법권위임의 관행이 행해지고 판례도 실제적인 법적 기초를 형성하고 있다. 프랑스에서는 근대에 있어서 항상 몽테스키외에 의하여 계수된 권력분립사상과 루소의 영향하의 議會優位思想이 대립하였으나, 헌법원리상 권력분립은 이미 입법의 위임을 저지하는 요소가 아니며,<sup>19)</sup> 실제상 법률의 효력을 가지는 명령

17) Arthur L. Goodhart, *English constitutions to Philosophy of Law*, 1949, p.23.

18) "시대의 경과와 더불어 英國은 권력분립의 이상으로부터 점차 멀어지는 경향을 취하여 통치구조가 독자의 역사적배경을 지니고 진화한 결과 19세기의 국가구조는 自治的·독립적인 각기관이 스스로의 권한을 三權分立의 原理를 무시하면서 발전하였으나 전체로서는 균형된 통치형태를 전개하였다. 미국의 헌법원리인 견제와 균형의 원리에 관해서도 英國은 원리적으로는 國會主權의 原理가 견제와 균형의 원리를 타파하고 있음에도 불구하고 의원내각제의 발전의 결과 실질적으로 견제와 균형이 발생하고 있다". Carleton Kemp Allen, *Law and Order. An Inquiry into the Nature and Scope of Delegated Legislation and Executive Powers in English Law*, 3rd ed., Stevens & Sons 1965, p.15ff.

의 광범한 수권이 행해지고 있다. 또한 독일에서는 委任立法을 인정하는 사고가 일반적이며 다만 그에 대한 권력분립 및 법치주의의 입장에서 내용 및 정도에 의한 일정한 한계가 요구될 따름이다.

결국 전체적으로 볼 때 각국에서의 이론은 행정부에 대한 법정립권의 委任의 허용문제에 관하여 상이한 견해를 제시하나, 현실은 거의 일치하여 이를 승인하는 방향으로 나아가고 있다. 그것은 결국 委任立法成立의 실질적 근거가 위임의 필요성에 의거하고 있음을 엿볼 수 있다. 그리하여 오늘날의 국가에서는 委任立法은 국가에게 요청되는 적극적 임무의 증대와 함께 각국에 불가결한 공통적인 법현상이 되고 있으나, 다른 한편 각 국가의 사회적·정치적 기반 및 전통적인 법체구조의 차이에 따라 그 의미내용에 본질적인 차이가 존재하는 점도 주목하여야 한다. 특히 영국의 경우에는 國會主權의 원리에 의거하여 議會는 이론상 입법의 한계 및 범위를 자유로이 정할 수 있으므로 실질적 법률개념을 발전시킬 필요가 없다. 그곳에서는 법률은 순수하게 형식적인 개념으로서 -입법부의 모든 행위, 또는 그것만을 법률이라고 한다- 파악되고 있다. 본래 議會主義를 취하는 민주주의국가에서 법정립의 영역에 있어서 議會의 본래의 임무라는 실질적인 관념이 결정되지 않는 것은 아니나, 英美國家에서는 대륙법계국가에 비하여 개념적으로는 훨씬 발달되어있지 않다. 이에 반하여 독일의 경우에는 법률 및 입법의 개념은 무엇보다도 실질적인 것으로 이해되며 그것을 집행부가 수권에 의거하여 대신 행하는 곳에 委任立法이라는 법현상이 나타나게 된다. 따라서 그곳에서는 委任立法 내지 행정입법의 문제는 실질적 법률, 즉 법규의 개념을 중심으로 논해지고 있다. 어쨌든 현대에서는 委任立法과 권력분립에 관련하여 실제로 문제가 되는 것은 어떤 행정부문의 권한이 白紙委任的으로 다른 부문으로 위임되어 당해부문의 권한이 다른 부문에 침탈되는 경우에 한하며 위임입법을 엄격하게 생각하고 있지는 않다. 그 이유는 권력분립은 권력의 집중을 배제함으로써 국민 또는 주민의 자유를 보장함과 동시에 입법, 행정, 사법이라는 각국가권력을 적절하게 융합하고 조화시킴으로써 機能할 수 있는 政府(workable government)의 형성을 목적으로 하기 때문이다. 또한 복잡다양한 목적과 내용을 지닌 통치작용을 행하기 위해서는 백지위임적인

19) 權力分立은 프랑스혁명에 의해 원리로서 확립된 이래 두 개의 독립 또는 동격의 권한이라는 의미가 아니라 자주 집행부가 立法府에 종속한다는 의미로 해석되고 있다. 집행권은 국민주권에 의거하지 않고 국민의 소환에 불과하다고 하는 루소의 사고가 1791년 헌법의 기초자에게 강한 영향을 주었다.



것이 아닌 한 議會가 행정기관에 대하여 광범한 명령제정권한을 부여하여야 할 현실적 요청도 크다. 그러나 그렇다고하여 議會가 직접 행정기관에 대하여 광범한 명령제정권한의 부여를 인정해도 좋다는 것은 아니다. 그 이유는 행정기관의 활동이 특정한 예측가능한 법에 의하여 기속되지 않으면 法の支配에 반하며 권력분립이 가지는 국민의 자유보장이라는 계기가 상실되기 때문이다. 여기에서 특정의 예측가능한 법에 행정기관이 제정하는 명령에 관련하는 실정법이 포함되는 것을 고려하면 당해실정법에 상세한 규정을 두지 않고서도 議會가 행정기관에 대한 적절한 통제를 행한다면 權力分立이 지닌 두가지 측면을 조화시킬 수 있다.

### Ⅲ. 法律留保·議會留保와 委任立法

행정권의 발동에는 반드시 개별적인 법률의 수권을 필요로 한다는 法律留保의 原則은 국민의 자유와 권리를 보장하기 위하여 행정권의 활동을 국민의사를 대표하는 議會가 제정한 법률에 기속되게 함으로써 法律에 의한 行政의 原理를 실현하려는데 있다. 法律의 優位의 원칙이 소극적으로 법률에 위반하는 행정작용의 금지를 의미하는데 대하여, 法律留保의 原則은 적극적으로 행정권의 발동에는 법률에 의한 수권 내지 법적 근거가 필요하다는 것을 의미한다. 따라서 법률유보의 원칙하에서는 원칙적으로 입법자의 委任權이 인정된다. 일정한 행정분야에 법률유보의 원칙이 적용되는 한 行政府는 법률의 수권없이 그 분야에 활동할 수 없다는 점에서 법률유보의 원칙은 국가내에서의 기능분리 내지 권력분립을 필연적인 전제로 한다. 그러한 의미에서 법률유보의 핵심은 行政權이 어떤 분야에서 법률에 의한 수권이 필요하고 어떤 분야에서는 행정권이 독자적으로 활동할 수 있는가라는 그 적용범위에 있다고 할 수 있으나, 그것은 헌법질서와 관련되어 시대의 헌법구조와 국가관에 따라 매우 다르게 전개되어 왔다.<sup>20)</sup> 전통적인 관점에서의 법률유보는 법률에 의한 수권 내지 근거의 문제만이 중요시될 뿐이고, 그 規律形式에 관하여는 문제삼지 않았다. 법률 그 자체에 의하건 법률에 근거한 명령에 의하건 법률적인 근거가 있으면 법률유보의 원칙에 벗어나지 않는 것으로 생각되었다.

20) 자세한 상황은 金香基, 法律의 留保와 行政規則, 現代公法論叢(日嚴 卞在玉博士華甲紀念), 1994, 576面이하 참조.

그러나 現代國家에 있어서 행정의 복잡다양성, 전문성 등의 요청과 議會自身에 의한 규율의 한계성으로 인하여 행정권독자의 법정립권한이 증대하게 됨으로써 법률유보의 원칙이 空洞化할 위험성에 처하고 있다. 그리하여 한편으로는 행정기능의 변화와 국민의 기본권보장을 위한 法律留保의 영역확대의 필요성과 다른 한편으로는 법률의 과잉화현상과 행정작용의 경직성의 보완·조화를 위하여 법률유보의 범위와 강도를 둘러싸고 많은 논의가 진행되고 있다. 그 가운데 특히 법치국가원리 및 민주주의원리에 따라 본질적인 사상의 결정은 議會가 스스로 행하여야 하며, 행정권에 맡겨서는 아니된다는 이른바 “本質性理論(Wesentlichkeitstheorie)”의 등장은 법률유보의 발판이 변화하였음을 의미하는 것이며, 일정한 것은 議會가 직접 議會法律로써 규율하여야 하며, 하위규범에 위임하여서는 아니된다는 議會留保의 원칙을 제기하기에 이르렀다.<sup>21)</sup>

여기에서 議會留保(Parlamentsvorbehalt)란 일정한 요건하에서 일정한 규율은 반드시 법률로써 정하여야 하며, 그 규율은 일정한 명확성을 가져야한다는 것을 의미한다.<sup>22)</sup> 법률유보의 관념이 행정의 어떠한 영역에 대하여 법률이나 법률에 근거하여 규율할 것인가에 관련되는 것인데 반하여, 議會留保의 개념은 이러한 규율을 행정기관과의 관계에 있어서 행정기관에게 위임하는 것이 아니라, 헌법상의 법률제정기관인 議會가 직접 법률로써 규율하여야 하는 영역 내지 사항과 명령에 위임할 수 있는 사항을 구별하면서 법률사항인 경우에는 반드시 議會가 형식적 법률로써 규율하여야 한다는 원칙을 말한다. 따라서 議會留保라는 용어는 오히려 법률유보를 보다 강조하는 것을 의미하며, 그것은 委任의 禁止(Delegationsverbot)를 의미한다. 그 이유는 議會留保의 원칙은 행정의 어느 부분이 법률의 수권을 요한다는 점을 강조하는 것에 그치지 않고 그 부분을 명령에 위임하지 아니하고 議會 스스로가 입법절차에 따라 반드시 법률로써 규율할 것을 요구하는 것이기 때문이다. 그리고 議會留保는 일정한 규율밀도(Regelungsdichte)를 요구한다. 議會留保는 일정한 규율사항을 議會法律로써 규정하였다고 해서 충분한 것이 아니라, 나아가 내용적인 밀도 내지 명확성을 가지는 실질적인 규율을 요구한다.<sup>23)</sup>

21) 본질성이론에 관한 자세한 논의는 徐元宇, 法律의 留保理論의 새로운 動向 -本質性理論을 중심으로-, 轉換期の 行政法理論, 박영사 1997, 125~154面 참조.

22) Carl Eugen Eberle, *Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt*, DÖV 1984, S.485f.

어떻든 立法者가 다양한 법규범의 態樣가운데 어떠한 법규범을 선택할 것인가에 대한 법규범등급의 선택은 자유롭지 않다. 立法構成에 있어서는 의미적합적인 서열선택의 척도로서 段階正當性(Stufengerechtigkeit)이라는 한계가 존재한다. 즉 모든 法規範은 헌법을 정점으로 法律 - 命令 - 規則이라는 계층적 질서가 존재하며 각 법령의 형식은 각기 다른 강한 형식적 효력을 인정받고 있으며, 法體系·法秩序의 상호 모순과 저축을 방지하기 위하여 각 법령마다 所管事項을 규정하고 있다.<sup>24)</sup> 따라서 立法者는 법령의 서열을 정하는데 있어서 目的適合的이고 事案에 적합한 규율단계를 선택하여 법규범을 설정하여야 한다. 그러나 어떠한 事案을 법률로 정할 것인가 또는 명령·규칙으로 정립할 것인가에 대해서는 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. 그러한 의미에서 議會留保의 관점에서 본다면 委任立法의 범위와 강도 내지 한계가 설정될 수 있다.<sup>25)</sup> 이러한 관점에서 법규범의 序列選擇에 대한 몇가지 기준을 살펴보면 다음과 같다.<sup>26)</sup>

23) Jürgen Staupe, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis. Zur Wesentlichkeitstheorie und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz insbesondere im Schulrecht*, Berlin 1986, S.30.

24) 이에 관한 자세한 내용은 韓國法制研究院, 前掲書, 152面이하; 曹正燦, 立法形式과 所管事項, 法制研究 제7호(1994), 236面이하 참조.

25) 李康燦, 議會留保의 原則, 月刊考試 1985.1., 62面.

26) 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(李康燦, 前掲論文, 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(趙泰濟, 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.

1. 規律所在의 重要性

法律은 헌법상 다른 법률종속적 규율보다도 높은 지위와 가치를 부여받고 있다. 이는 법률의 우위뿐만 아니라 법률의 法律從屬的 規律에 대한 조종기능으로부터 나온다. 또한 法律의 제정절차는 본질적으로 보다 定式化되어있고 보다 복잡한 절차로 이루어져 있으며 보다 철저한 審議를 보장하고 있다. 그리고 법률 제정절차는 더 많은 민주적 정당성을 가지고 있다. 선거에 의하여 國民으로부터 직접 선출되었다는 人的 民主的 正當性이 아니라, 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 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>27)</sup> 그러나 基本權과 관련된 일체의 결정이 법률로 행해질 수는 없기 때문에 이를 좀더 具體化하여 살펴볼 필요성이 있다.<sup>28)</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 基本權領域上的

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

28) 趙泰齊, 前揭論文, 146面以下 참조.

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 議會에서 필요한 규율을 하는 것이 가장 바람직 한것이다. 多面的이고 複合的인 기본권관계에 있어서 입법자의 과제는 現在的이거나 潛在的인 기본권 상충관계를 조절하는데 있으며, 입법자는 그 충돌관계를 미리 法律 가운데에 해결해 두어야 한다. 만약 이것이 가능하지 않다면 입법자는 집행권에 의하여 개개의 경우에 행해질 수 있는 衝突關係의 해결방안을 가능한 한 미리 규정해야 하고 경우에 따라서는 實體的 規定이 가질 수 있는 만일의 불명확성을 보상하기 위해 組織規定과 節次規定을 제정하여야 한다. 그리고 法律의 優位原則이라는 입장에서 명령보다 법률에 더 많은 법적 가치가 부여되고 있는 관점에서 본다면 綱領的 規律, 근본적·지도적 결정, 大綱的·原則的 規律 등은 명령이 아닌 法律로 정하여야 한다. 특히 경제적·사회적 정책상의 근본적인 결정은 보다 상위의 法規範段階에서 행하여져야 하는 것이다.

## 2. 議會主義的 正當化의 必要性

議會留保의 의미에 의하면 일정한 요건하에서는 일정한 규율은 議會法律로서 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 議會의 자의에 맡겨져 있는 것이 아니며, 법률종속적 입법행위에 의한 규율은 금지된다. 이러한 議會留保原則이라는 관점에서 볼 때 특히 法律이 국회의 심의를 거친다는 점이 특별한 의미를 가진다. 議會에서의 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>29)</sup> 그러

29) 李康燦, 前掲論文, 62面.

한 의미에서 議會에서 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 議會留保의 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 전혀고려됨이 없이 방치되는 결과는 없어지는 것이다. 적어도 다수가 소수의 입장을 논의과정에서 근본적으로 검토하고 그 자신의 입장에 충분한 根據를 제시하도록 하기 위해서 議會는 반대파의 참가를 보장한다. 이로써 議會는 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 命命에 의하여 행해질 수 없는 것이다. 이러한 관점에서 볼 때 주요한 政治的 論爭事項은 반드시 법률이라는 수단으로 결정되어야 한다. 이는 무엇보다도 법률의 제정기관인 議會는 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 명령제정절차보다 커다란 공개성과 투명성을 가진다면 논쟁이 되고 있는 견해가 토론의 과정에서 분명하게 요약되고 명확해질 수 있는 사항은 반드시 法律로 하여야 하는 것이다.<sup>30)</sup>

### 3. 法定立의 經濟性

법률의 제정절차와 명령의 제정절차를 비교할 때 前者는 본질적으로 매우 정식적이며 복잡하며, 後者는 덜 번잡하므로 신속한 규율화 내지 규율변경으로 나아갈 수 있다. 따라서 법률의 제정은 人的·物的으로 다수의 비용과 시간적 소모를 요하는 반면 명령의 제정절차는 비교적 유연성을 가지고 있어서 법률의

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

경우보다는 立法經濟的인 측면에서 費用과 時間의 節減을 가져올 수 있다.

#### 4. 法認識과 法的 安定性

어떠한 規律의 상대방 내지 이해관계인이 광범하면 할 수록 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<sup>31)</sup>의 증대현상을 보아도 명확히 알 수 있으나, 전체적으로 볼 때 어떠한 규율내용이 適用事例를 더 많이 가질 수록 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.

#### 5. 狀況適合성과 持續性

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

#### 6. 法秩序의 眺望可能性

내용적 측면에서 규율단계에 대한 적절한 선택은 法令의 존립에 매우 중요한 의미를 가지는 透明性(Transparenz)을 담보하여 준다. 따라서 사소한 내용에 대한 규율의 확장과 광범한 규율밀도의 채용과 같은 일방적인 法定立行爲는 법질서의 조망가능성을 침해하는 것이 된다. 法律의 制定은 더 많은 시간과 노

31) 처분적 법률에 관한 것은 朴英道, 處分的 法律의 立法論的 檢討, 法制研究 제9호(1995), 268面이하 참조.

력을 요하며 이해관계인의 보다 많은 참여가 보장되어 결과적으로 철저하기 때문에 命命보다도 높은 합리성을 부여받는다. 따라서 사실상의 관점에서 필수적으로 不確實性이 존재할 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.

#### IV. 委任立法의 許容範圍

立法權은 국회에 속한다는 것은 입법자가 법규범에 관한 모든 결정을 직접 행하여야 하는 것을 의미하는 것은 아니며, 또한 그렇게 할 수도 없다. 立法者는 헌법이 그 결정을 법률에 유보하여 둔 범위내에서 責任을 부담하는데 불과한 것이다. 법규범으로서의 법률의 성격과 규범화하는 즉 尺度를 제공하는 입법의 임무로부터 모든 임의의 문제를 입법대상으로 하는 것을 배제하는 內在的 限界가 도출된다.<sup>32)</sup> 여기에서 議會가 가지는 입법권을 下位立法에 위임하여야 할 필요성이 발생한다. 그 필요성은 구체적으로는 執行府의 영향력의 상승과 議會의 입법부담가중으로 나타난다. 오늘날 사회국가에서 사회현상은 복잡성·전문성을 띠게 되고, 國民生活에의 국가적 개입의 빈도가 점차 증대되면서 이를 규율하는 法律 역시 專門性과 技術性을 구비하지 않을 수 없게 되었다. 이러한 法律의 내용상의 복잡성은 많은 사람들이 法定立機能에 참여할 것을 요구한다. 특히 執行府가 법정립에 참여하게 된다는 것은 오늘날 법치국가적 유보에도 불구하고 학문적 영역에서도 인정되고 執行府內部의 지침에 의해 규율되고 실무에 있어서도 허용되고 있다.<sup>33)</sup> 그러나 집행부가 입법활동에 광범위하게 참여하는 것이 필연적 현상이면서도 또한 그에 따른 많은 問題點이 도출된다. 그 이유는 집행부는 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 議會의 입법권의 본질을 침해할 가능성이 많기 때문이다. 뿐만 아니라 執行府는 법정립에서 부분적 임무를 수행하기 때문에 보다 良好한 法에 대한 문제가 간과될 우려가 있다. 또한 입법의 임무를 예외

32) Hans Schneider, *Gesetzgebung*, 2 Aufl., Heidelberg 1992, S.17f.

33) Reinhold Hotz, *Methodische Rechtsetzung*, Zürich 1983, S.94.



없이 議會에 유보하는 경우 그것은 議會의 과잉부담을 초래하게 된다. 동시에 명령제정은 立法節次의 번잡한 과정과 비교하여 볼 때 일반적 구속력있는 법규범의 형식을 명백히 단순화하고 촉진시키는데 그 意義가 있으며 議會의 이해관계에서 벗어나는 법정립을 가능하게 한다.

그리하여 議會의 立法權이 다른 국가기관, 특히 집행부에 위임될 수 있다는 점에 대해서는 확립된 것으로서 정착되어 있으며, 각국의 헌법에서도 이를 명문으로 규정하고 있는 실정이다. 그러나 立法權委任의 필요성 내지 행정입법의 필요성이 議會의 입법과 집행부의 法定立을 명확히 구별해주고 있는 것은 아니다. 憲法 역시 이 점에 관해서는 침묵을 지키고 있어서 그 해명은 자연히 학설과 판례의 역할에 맡겨지게 된다. 기타 行政規則의 법규범적 성격, 행정입법의 한계 등의 문제가 제기된다. 특히 立法權委任의 限界와 관련하여 헌법이 일정한 규율을 오로지 입법자에게 유보한 경우 또는 입법자가 스스로 몇가지 사항을 종국적으로 이미 규범화한 경우에는 行政立法에 委任할 수 없게 된다.<sup>34)</sup> 아울러 立法者가 법률의 시행령을 정립하는 권한을 집행권에 위임하는 경우에도 그 형식상 구체적으로 範圍를 정하여 위임하는 것이 일반적인 현상이다. 포괄적이고 일반적 수권을 인정하는 경우 그것은 憲法의 基本原則의 하나인 권력분립의 원리를 근본적으로 파괴하는 결과를 가져오기 때문이다.<sup>35)</sup> 결국 委任

34) Werner Hugger, *Gesetz -Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung*, Baden-Baden 1983, S.53.

35) 包括的 委任의 禁止와 관련하여 가장 상세한 규정을 두고 있는 것이 독일기본법 제80조이다. 이 조항은 聯邦議會의 立法權과 責任을 약화시키지 않기 위하여 법규명령의 제정에서 ".....위임된 권한의 내용·목적 및 범위가 법률에 확정되어 있어야" 할 것을 요구하고 있다. 이러한 明確性의 原則(Bestimmtheitserfordernisse)은 입법자로 하여금 법규명령의 방향에 관하여 직접 관심을 가지도록 한다. 立法者는 모든 것을 執行府에 이양함으로써 立法에 관한 책임에서 벗어날 수 없으며, 집행부에 지침을 제공하여야 한다. 다른 한편으로 이러한 요청은 議會의 活動뿐만 아니라 命令定立者의 가동성(Beweglichkeit)도 억제하고 있다. 그 이유는 입법자는 각료가 주어진 시기에 무엇에 관하여 더 狀況에 근접하고 더 적절하게 결정할 수 있는가에 관하여 이미 먼저 方針을 정하고 있어야 하기 때문이다. 이러한 明確性의 原則은 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 命令이 어떠한 내용을 가질 수 있는가를 授權法律로 부터 아주 명백히 예견할 수 있어야 할 것"을 요구하고 있다 (BVerfGE 29, 210). 立法者는 명령제정권자가 달성하려는 目的과 그에 동원되는 手段의 확정을 통하여 授權의 限界를 직접 제시하여야 한다. 이 경우 명령제정권자가 상황변화에 적응할 수 있도록 하기 위하여 不確定概念이나 一般條項의 사용을 단념할 수 없다는 것을 인정하고 있다. 그러나 이 明確性의 原則은 개별사안을 결정하는데 어떤 구체적인 적

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.

### 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

---

도도 提供하고 있지 않다는 비판도 있다. 그리하여 명확성의 원칙을 완화하여 議會의 統制를 강화하자는 의견도 있다. 그것은 법률에 의한 명령수권의 수가 많은 경우에 때때로 管轄權의 상치 내지 경합을 피할 수 없기 때문이다. 또한 다수의 法律에 의한 수권에 기초하는 명령을 후에 개정하는 경우에 절차상의 하자를 피할 수가 없다는 것이다. 상세한 것은 Ulrich M. Gassner, *Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz*, DÖV 1996, S.18f 參照.

制定的 초기단계에서만 존재할 뿐이다. 따라서 兩者의 一致를 위해서는 끊임없는 법률개정이 요구된다.<sup>36)</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 경우에는 법률의 적용대상, 나아가서는 法的 規律의 대상으로 하기에는 곤란한 점이 많다. 學問과 經驗에 의해 계속 발전되는 급속한 변화는 법률에 의한 확정 에 의하여 차단되지 말아야 하는 것이다. 물론 법률이 반드시 制限으로 향하는 것이 아니며 그 내용형성에 따라서는 자유영역의 확보와 자율성의 존중에 기여 할 수도 있다. 그러나 어떤 領域에서의 구조적인 自律性을 보장하는 영역 -예컨대 학교문제에 있어서의 수업·진급 등 교사의 학문적 자유의 영역-<sup>37)</sup>은 부분적으로는 法律로 규정될 수 있는 구성요건의 범위의외에 있다.

### 4. 實驗狀態

이것은 발전되고 있는 事實關係의 경우와 마찬가지로 새로운 것의 종국적인 채택에 대한 명확성이 존재하지 않고 따라서 우선적으로 實驗이 실시되어야 할 경우에는 법률로 규율하는 것이 타당하지 않다는 것이다. 이러한 實驗狀態에 있어서는 필요한 규율은 법률로된 指導的 決定의 근거하에서 우선적으로 법률 종속적인 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.

36) Fritz Ossenbühl, *Die Bewertung technischer Risiken bei der Rechtsetzung*, DÖV 1982, S. 833f.

37) 李康燦, 前掲論文, 66面.

### 5. 法律從屬의 規律의 負擔輕減性

법률의 제정절차와 명령의 제정절차의 기능적·구조적 분석에 의하면 立法者는 중요하고 특히 基本權과 관련되고 정치적으로 쟁점이되고 있거나 복잡한 결정은 법률로 하여야 한다. 이 점에서 命命은 중요하지 않고 논쟁이 되지 않으며 거의 기본권과 관련되지 않은 결정으로 부터 議會의 責任을 면제시켜주는 기능을 담당하고 있다. 법률로부터 파생되는 법원인 명령은 執行機能, 實施機能, 具體化機能 등에 의하여 議會법률의 부담을 경감하는 기능을 한다. 따라서 사소한 정치적 내용을 가지는 결정은 명령에 위임될 수 있는 것이다.<sup>38)</sup> 이상 법률로서 행하여진 原則的 決定을 속행하는 규율은 명령의 수단으로 행하는 것이 바람직하다. 그러한 規律에 의한 議會법률제정자의 부담경감은 議會에게 중요한 결정에 대한 집중을 가능케 함으로써 法律의 質的 低下를 방지할 수 있는 것이다.

### 6. 分散的 解決의 必要性

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

### 7. 緊急한 狀況性

긴급한 상황에 대한 규범화의 필요성이 있으면 규율대상 그 자체로는 法律과 관련된 것이라 할지라도 命命에 의한 규율이 정당화될 수 있다. 이는 어떠한 규율이 법률로 행하기에는 오랜 기간이 소요되고 따라서 適時에 행하여질 수 없는 경우에 그러하다. 그러나 이 경우에는 다음의 前提條件下에서 예외적으로만 인정된다. 즉, 우선 명령제정권자로서의 위임은 명확한 수권법률의 존재를 전제로 한다. 우선적으로 法律로 된 규율이 행하여져야 한다. 둘째, 憲法上的

38) F.Ossenbühl, a.a.O., S.835.

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 官廳의 命令制定權者에로의 委任을 정당화시켜주는 것이다.

### 8. 規律對象의 專門性和 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 規律하는 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 規律對象의 전문성은 法律보다는 命令으로 規律하는 것이 바람직하다. 이러한 관점에서 본다면 規律對象의 技術性도 議會유보의 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 規律사례에 있어서 기능과 구조적 요소를 고려하여 결정하여야 한다. 技術的인 問題가 처음부터 명령으로 規律되는 것은 아니며 또한 세부적인 것에 관한 規律도 경우에 따라서는 매우 중요할 수 있으며 다른 관점에서 法律로 規律할 수도 있는 것이다.

결국 어떤 事案이 헌법에 적합한 規律형식으로 증명될 경우에는 法律을 선택하여야 한다. 당해 規律을 법률로 행하는 것 보다는 모든 관점을 형량하여 命令이 법률보다 더욱 적절한 規律형식으로 입증된다면 法律로 정하여서는 아니된다. 즉 命令에 의한 規律이 最適의 基本權保護라는 의미에서 보다 적절한 規律형식이라면 입법자는 법률보다는 명령에 의한 規律형식을 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 경우에만 法律로 완전히 規律해버리고 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.

## V. 委任立法의 統制問題

행정기능의 확대와 기능강화에 따른 委任立法의 증가현상은 오늘날의 현저한 법현상이라 할 수 있으며, 이것은 입법적 권한에도 그대로 적용되고 있다. 따라서 이를 어떻게 통제할 것인가라는 가가 현대 국가에 있어서 매우 중요한 것으로 되어 있음은 의문의 여지가 없는 사실이라 할 수 있다. 委任立法에 대한 통제는 본래의 입법기관인 입법부에 의한 통제 그리고 구체적인 분쟁의 심판기능을 가지는 사법부에 의한 통제 및 행정입법절차 등을 통한 행정적 통제로 구분할 수 있다. 입법부에 의한 통제는 委任立法權의 수입기관인 議會가 委任立法을 감시할 수 있는 당연한 권한으로서 행사되는 통제방법이며, 이것은 일반적으로 事前的·예방적 성격을 가지게 된다. 사법부에 의한 통제는 위법여부의 유권적 해석을 내릴 수 있는 법원이 법령심사권에 의거하여 委任立法을 통제하는 것으로서 이는 지극히 당연한 것이라 할 수 있다. 다만 委任立法을 통제하기 위해서는 그것이 재판적 통제의 경우에는 물론 議會에 의한 통제의 경우에도 그 전제로서 委任立法의 한계를 확정하는 작업이 불가결하다. 한계가 존재하지 않거나 한계가 불명확한 委任立法에 대한 통제는 법적으로는 불가능하거나 현저히 곤란하게 되기 때문이다. 이 점에 관해서는 일반적으로 具體的·개별적 위임은 허용되며 추상적·일반적·백지위임은 허용되지 않는다고 하거나 적어도 입법권을 국회가 독점하고 있다는 원칙이 본질적으로 부정되는 정도의 위임은 허용되지 않는다고 일컬어지고 있다. 그러나 구체적으로 위임하는 법률이 위임의 명확한 한계를 확정하고 있는가, 그리고 그 하에서 제정된 委任立法이 그 한계에 있는가 또는 그 한계를 초과하고 있는가의 판단은 매우 곤란하다. 이 점은 독일이나 프랑스등과 같이 委任立法의 한계를 헌법상 명문으로 규정하고 있는 국가에서도 마찬가지이다.

### 1. 立法府에 의한 統制

현대국가는 개인의 존엄, 인간으로서의 생존의 보장을 도모하기 위하여 그때 그때의 정치적·경제적 또는 사회적 상황에 부응하여 복잡다양한 목적과 내용을 지닌 통치작용을 수행하여 사회에 발생하는 각종 모순이나 폐해를 제거하고, 복잡한 利害關係의 조정을 도모하는 등 적극적인 역할을 담당할 것이 요청

되고 있다. 그러나 그를 위하여 많은 전문기술적 지식이 필요하며 나아가 입안된 정책의 신속하고 능률적인 실사가 필요하게 되면서 국민, 議會, 행정기관간의 실질적인 관계에 변화가 발생하고 있다. 즉, 근대국가에서는 議會는 정치적 통치작용을 수행하는 국가기관으로서 법률의 제정을 중심으로 한 국가활동을 하며, 행정기관은 議會가 제정한 법률을 충실히 집행함으로써 국가와 국민간의 구체적 법관계가 형성되는 것으로 이해되었으나, 현대국가에서는 법률의 규범성이 희박화하고 또한 법률의 내용이 개괄적·다의적이 되면서 실질적으로는 행정기관이 議會에 대신하여 규범을 정립하는 경우가 증가하고 있다.<sup>39)</sup> 이 현상은 기본적으로는 전문기술적인 지식이 결여된 議會·의원의 능력을 넘어, 정책의 수요가 복잡하게 되고 또한 그것이 부단하게 전개되고 있기 때문에 행정기관에 대한 재량권부여가 필요하다는 현실적 요청이 배경이 되고 있으나, 다른 한편으로는 議會의 무의식적 또는 의식적 행동에 의해서도 발생하고 있다. 우선 이 현상은 議會가 무의식적으로 개괄적·다의적인 법률을 제정하기 때문에 발생하였다고 생각된다. 즉, 議會가 정보·시간등의 제약에 직면하고 있는 점, 議會 및 의원이 대표하고 있는 유권자층에는 사회적·경제적으로 다양한 자가 혼재하고 있기 때문에 議會內에서 세부에 걸친 합의형성이 곤란한 점, 법률에 상세한 규정을 둔다면 議會는 정확한 문언을 사용하고 그 집행의 결과를 전부 예상하여야 하나 사전에 그러한 법률을 제정시킬 강제적인 계기가 없는 점 등으로 인하여 이 현상이 발생하였다고 생각된다. 또한 이 현상은 議會가 의식적으로 행정기관에 대하여 실질적인 規範定立權限을 부여하고 광범하게 입법재량에 유사한 재량권을 위임하기 때문에 발생하였다고 생각되는 측면도 있다. 즉, 議會가 정치적 모험을 수반하는 의사결정을 고의로 회피하여 이 모험을 행정기관에게 전가시키려 하는 점, 당해법률과 관련된 피규제자와 議會간에 발생하는 대립관계를 행정기관에게 이전시키는 것이 정치적으로 유리하다는 점 등으로 인하여 이 현상이 발생하고 있다.

그러나 개괄적, 다의적 법률의 제정과 행정기관에 대한 광범한 실질적 규범정립권한의 부여를 전부 방치한다면 행정권의 한층 비대화와 그에 수반한 議會의 지위의 상대적 저하를 조장함으로써 헌법의 기본원리인 權力分立과 民主主義에 저촉하게 된다. 또한 법률으로써 구체화되어야 할 공공성의 관념이 매우 추

39) Richard B. Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harvard Law Review 1667(1975).

상적인 차원에 머무르게 되어, 헌법적 가치를 구체적으로 실현하는 것으로서의 법률의 의미를 제대로 파악하기가 어렵게 될 우려가 있다. 이러한 폐단을 배제 내지 감소시켜 권력분립과 민주주의를 유지·확보하기 위해서는 議會가 행정기관을 항상적으로 감독하는 제도를 설정하는 것이라 할 수 있다. 근대에서는 議會가 제정하는 개별 실정법으로 행정기관의 재량권행사가 제약되며 민의가 반영된 행정이 행해진다고 추정하는데 대해 현대에서는 이러한 감독제도를 이용함으로써 행정기관에 대한 재량권부여의 현실적 필요성에 대응하면서 절차적으로 동등한 효과를 거둘 수 있기 때문이다. 따라서 議會가 행정기관을 항상적으로 감독하는 수단은 무엇인가, 그 수단은 실제로도 유효하게 기능하는가라는 문제관심에 의거하여 議會가 委任立法을 통제하는 수단을 모색할 필요가 있다. 우선 議會가 행정기관에 대하여 어떠한 통제를 행할 것인가라는 문제는 헌법의 기본원리인 권력분립원리와 민주주의원리로부터 발생한다.

첫째, 이미 살펴본 것처럼 권력분립원리의 관점에서 본다면 議會가 행정기관에게 광범한 행정입법권한을 부여하는 것은 議會의 입법재량권유사의 권한을 행정기관에 재위임하는 것과 같으므로 위임된 권한은 다른 곳에 위임할 수 없다는 법언에 반하여 처음부터 헌법상 허용되지 않는 것이 아닌가라는 의문이 있다. 그러나 현대에서는 위임과 권력분립에 관련하여 실제로 문제가 되는 것은 어떤 정부부문의 권한이 白紙委任的으로 다른 부문으로 위임되어 당해부문의 권한이 다른 부문에 의하여 침탈되는 경우에 한한다. 그 이유는 권력분립은 권력의 집중을 배제함으로써 국민 또는 주민의 자유를 보장함과 동시에 입법, 행정, 사법이라는 각국가권력을 적절하게 융합하고 조화시킴으로써 “기능할 수 있는 정부(workable government)”의 형성을 목적으로 하기 때문이다.<sup>40)</sup> 또한 복잡다양한 목적과 내용을 지닌 통치작용을 행하기 위해서는 백지위임적인 것이 아닌 한 議會가 행정기관에 대하여 광범한 명령제정권한을 부여하여야 할 현실적 요청도 크다. 그러나 그렇다고하여 직접 議會가 행정기관에 대하여 광범한 명령제정권한의 부여를 인정해도 좋다는 것은 아니다. 그 이유는 行政機關의 활동이 특정한 예측가능한 법에 의하여 기속되지 않으면 법의 지배에 반하며 권력분립이 가지는 국민의 자유보장이라는 계기가 상실되기 때문이다. 여기서 특정의 예측가능한 법에 행정기관이 제정하는 명령이 포함되는 것을 고려

40) James R. Bowers, *Regulating the Regulators. An Introduction to the Legislative Oversight of Administrative Rulemaking*, Praeger 1990, p.14.



한다면 당해실정법에 상세한 규정을 두지않고서도 議會가 행정기관에 대한 적절한 통제를 행한다면 권력분립이 지닌 두가지 측면을 조화시킬 수 있다.

둘째, 民主主義原理의 관점에서 본다면 議會가 행정기관에게 광범한 명령제정권한을 부여하는 것은 選舉의 意義를 저하시킬 우려가 있다는 점이다. 그 이유는 議會의 행정기관에 대한 명령제정권한의 부여는 피치자의 동의를 넘어 또는 피치자가 예기하는 바에 반할 우려가 있으며 또한 그 결과 선거는 관료의 행동에 대해서 간접적으로만 영향을 미치게 되기 때문이다. 따라서 議會가 행정기관에 대하여 어떠한 통제도 할 수 없다면 議會가 국민에 대하여 저야할 책임의 일부를 포기하게 되어 代表制의 이념에 저촉할 우려가 발생한다. 그리고 행정기관이 議會를 통하여 최종적으로 국민전체에 책임을 지는 계기가 상실됨으로써 그 활동도 현대사회 가운데 복잡한 이해관계를 전혀 조정할 수 없게 되며 오히려 行政機關이 일부 계층의 이익을 대변할 우려가 있다. 즉, 행정기관의 명령제정과정에서 사실상 권리이익의 성질과는 별도로 組織化된 일부의 이익이 대표될 우려가 그것이다. 나아가 실사 司法的 統制에 의하여 이 점이 어느 정도 시정될 수 있다하더라도 제정된 명령이 명령제정과정 또는 소송에 참가한 계층의 단기적 이익의 타협의 산물에 그치게 됨으로써 과연 그것이 실제적 합리성을 지닌 것인가라는 의문이 제기된다. 따라서 議會가 행정기관에 대하여 적절한 통제를 행함으로써 행정기관이 議會를 통하여 국민에게 책임을 저야할 제도를 둔다면 그러한 폐단은 매우 경감될 수 있다고 생각된다. 그러나 무조건적으로 직접 議會가 행정기관에 대하여 어떠한 통제수단을 행사하여도 좋다는 의미는 아니다. 議會가 행정기관에 대하여 적절한 통제를 하기위해서는 무엇보다도 議會內部가 관료제화되는 것을 방지하지 않으면 안된다. 예컨대 委員會등의 보좌진 등이 사실상 커다란 권한을 행사하여 議會를 지배하게 된다면 선거의 의의가 저하됨으로써 議會가 행정기관에 대하여 통제를 하더라도 결과적으로 그것은 민의와는 거리가 먼 것이 되기 때문이다. 이것은 추상적 차원에서의 문제가 아니라 실제로 미국 등 선진외국에서는 委員會補佐陣에 의한 지배(committee staff dominance)라는 현상이 구체적으로 발생한 사례도 있으며 행정기관에 대한 議會의 통제수단의 운용이 문제되고 있다.<sup>41)</sup> 또한 議會內部가 관료제화되어 있지 않더라도 위원회·소위원회의 권한이 과도하게 강력하면 그곳에 속하는 의원의 권한이 강화되는 점 나아가서는

41) Ders., *ibid.*, p.11.

개개의 의원의 의사가 議會의 의사로 대치되게 되어, 일부의원이 議會를 자의적으로 운영하거나 議會의 이름을 빌어 자기의 이익을 도모할 가능성이 발생하는 등 행정기관에게 광범한 명령제정권한을 부여하는 것과 별도의 의미에서 민주주의에 저촉하는 사태가 발생한다. 나아가 議會가 행정기관에 대하여 통제를 행하고 행정기관의 재량권을 제한하려는 시도는 정치적 책임을 거둔다기보다는 각의원의 선거구의 유권자의 행정기관에 대한 불만에 응하기 위한 협소한 정치적 이익을 도모하기 위하여 이용될 우려도 있다.

이와 같이 최종적으로 전체로서의 議會가 민주적으로 나아가기 위한 조건으로 행정기관에 대하여 議會가 어떠한 통제를 행할 필요성이 발생한다. 그래서 議會가 여하한 통제수단을 사용할 수 있는가에 관하여 살펴보면, 여기에서 행정기관에 대한 議會의 통제수단을 “의원 및 의원보좌진이 개별적 또는 집합적으로 하는 행위로서 자신이 의식하고 있는가를 불문하고 행정기관의 활동에 일정한 영향을 부여하는 것”이라고 널리 정의한다면 두가지의 수단으로 유형화할 수 있다. 하나는 본래는 행정기관을 통제하기 위하여 고안된 것은 아니나, 행정기관의 활동에 일정한 영향을 부여하는 이른바 비정식적수단이며 행정기관의 세출예산승인요구의 심사, 국정조사 및 감사, 행정기관에 대한 議會의 회계감사등이 있다. 둘째는 원래 행정기관의 통제를 위하여 고안되어 議會가 전통적으로 행사하는 수단이며 議會拒否權, 위임입법심사등이 있다. 전자는 議會가 자기가 가지는 실질적 입법권의 행사로서 또는 이에 부수하여 사용되는 행위형식이며, 이들 수단의 행사에 있어서는 헌법상 아무런 문제가 없으나, 후자에 관하여는 권력분립과의 관계에서 더욱 검토가 필요하다.

의회 입법기관성을 관철하고 쇠퇴한 議會를 복원시켜 議會主義를 확립하기 위해서는 委任立法에 대한 議會의 통제를 제도화할 것이 필수불가결하다. 그러나 委任立法의 통제에 있어서 議會의 통제는 필요조건이기는 하나 充分條件이 아니라고도 볼 수 있다. 즉, 議會의 통제이외의 통제방법을 종합함으로써 비로소 충분한 통제를 기대할 수 있는 것이다. 그 이유는 委任立法에 대한 議會의 통제에는 스스로의 내재적 한계가 있기 때문이다. 委任立法을 불가피하게 한 이유로서 議會의 시간적 제약, 議會의 전문적·기술적 능력의 한계에 있다고 하나, 이 점이 확실히 그대로 議會의 委任立法에 대한 통제능력에의 내재적 한계가 되기 때문이다. 그렇지만 그것은 제도상의 연구를 통하여 부분적으로 극복하는 것이 가능하다. 예컨대 정부에 비하여 높은 전문적·기술적 능력을

구비한 보좌진을 배치함으로써 議會의 통제능력을 향상시키는 것도 가능하다. 그렇지만 가령 이러한 각종 제도상의 연구를 통하여 議會에 의한 統制를 제도화하더라도 그것이 제도의 정신을 살려 충분히 기능하기에는 사안의 성질에 비추어 상당히 곤란하다. 그 이유는 議會의 구성원에게 법안심의에 즈음하여 무엇이 행정입법에 위임되고 있는가, 그리고 행정입법의 議會에의 제출절차에 관하여 어떠한 형식이 채용되고 있는가는 사안의 성질상 그다지 관심을 가지고 있지 않다. 그들은 法案의 내용에 담겨져있는 정책의 시비에 관해서는 물론 관심을 가지고 있으나, 위와 같은 기술적·세목적인 것에 관해서는 관심이 없는 것이 통례이다. 그러한 의원의 심리는 때로는 議會에 있어서 정당의 상황에 따라 한층 조장될 위험이 있다. 특히 여당이 이른바 안정의석을 유지하고 있는 경우나 委任立法을 행정부에 맡긴 것이므로 그 책임은 행정부에 있지 議會가 아니라는 의원심리가 정착하고 있는 곳에서는 그 위험은 한층 크게된다.

## 2. 行政府에 의한 統制

委任立法에 대한 행정부의 통제는 이른바 자기통제로서 委任立法의 정당성과 합법성을 담보할 뿐 아니라 행정의 공정성 확보라는 차원에서도 매우 중요한 통제방법이라고 할 수 있다. 특히 오늘날 행정기능이 비약적으로 확대·강화되면서 위임의 범위가 점차 완화되어 해석되고 있는 경향 및 수권법률 자체의 제정에서도 行政府의 비중이 커지고 있는 상황에 비추어 볼 때 행정부에 의한 통제는 매우 중요한 의미를 가지게 된다. 전통적으로 委任立法에 대한 행정부의 통제는 행정기관내부에서의 감독관계에 의한 감독적 통제와 계층적 통제를 중심으로 행하여져 왔다. 즉, 행정조직내부에서 상급행정기관이 하급행정기관의 委任立法에 대하여 감독하는 통제방법이 그것이며, 이것은 행정기관의 階層制 組織에서 적법타당한 권한행사와 통일적인 행정수행을 위하여 당연한 것으로 인식되고 있다. 아울러 그러한 감독권의 행사에 있어서도 委任立法權의 행사에 관한 행정기관상호간의 협의조정, 초안에 대한 심사 등 사전적인 감독과 수권의 철회, 위헌·위법한 委任立法의 개폐 또는 보완 등 사후적인 감독으로 나누어 질 수 있다. 그리고 다양한 사회변동에 대응하는 기능이 상대적으로 취약한 관료조직보다는 문체의 사안에 따라 당해분야의 전문가로 구성된 위원회 등을 조직하여 專門性과 행정수요의 충족을 도모함으로써 통제의 기능을 거두는 경우도 있다. 이러한 고전적 통제수단은 소정의 규범 내지 기준에 따라 행정활동

이 행해질 것을 목적으로 하는 것이며, 추구하고 있는 목적의 실현정도에 의하여 行政活動의 형식적 적법성에 초점을 두는 것이라 할 수 있다.

그러나 공적개입의 증대와 행정권에 의한 임무의 확대는 委任立法의 정립에 있어서 관료적 결정을 중심으로 하고 동시에 공적 개입과의 관련에서 각 분야를 구성하는 행정과 각종 이익단체와의 관계를 긴밀화함으로써 결국 행정활동에 대한 의문의 제기가 국민으로부터 직접 야기된다. 또한 행정의 새로운 임무에 따른 委任立法內容의 세분화는 이해관계있는 국민에게 기본적인 수요를 충족시키는 방향으로 정립할 필요성이 제기되고 있다. 그리하여 각국에서는 행정의 민주화, 협조행정 내지 자문행정이라고 일컬어지는 이른바 情報(Information)와 參加(Participation)가 委任立法의 통제를 위한 획득목표임과 동시에 수단으로 등장하게 되었다. 이러한 정보와 참가의 제도화는 국민의 情報에 대한 요구에 대응함과 동시에 행정의 활동의 기본적인 틀을 국민에게 널리 이해시킨다는 목표를 지니고 있다. 일반적으로 委任立法의 제정과정은 완전히 행정의 재량에 맡겨져 있으며 그 내부절차과정은 비공개로 하고 있다. 행정기관의 재량권행사는 원래 수권된 범위내에서 행사되는 일종의 정책결정이며, 입법유사의 성질을 가지고 있음은 부인할 수 없다. 따라서 최종적인 의사결정은 행정기관이 행하더라도 그 결정과정을 개방된 것으로 하는 것은 국민주권주의하에서 행정권의 바람직한 모습이라고 할 수 있는 것이다.

이러한 委任立法過程에의 참가는 국민의 권리이익의 보호와 행정의 공정성 확보라는 차원에서 오늘날 그 중요성이 매우 증대하고 있다. 특히 첫째, 委任立法자체의 성격에서 委任立法은 행정기관이 議會가 정한 법률에 따라 당해수권법의 범위내에서 제정한다. 따라서 委任立法은 그 정당성과 합법성을 수권법에 의거하게 되므로 당해수권법의 기준을 준수하는 것이라면 정당성과 합법성이 문제가 되지 않는다. 이 논리에서 말하면 委任立法의 제정에 즈음하여 국민을 참가시키는 것은 바람직한 것이 아니며 오히려 합법성과 정당성을 위협하게 된다고 생각한다. 둘째, 委任立法은 행정처분이 직접 개인의 권리이익에 관련하는 것인데 대해 그 영향이 보다 간접적이며, 委任立法을 기초로 행정처분이 행해지면 비로소 직접적인 영향을 받는 것이 일반적이기 때문이다. 그러나 이러한 이유는 결코 충분하지 않다. 그 이유는 議會가 명확한 기준을 제공하여 행정입법에 수권하였다는 전제 그 자체가 의문이기 때문이다. 즉, 현대의 복잡화한 사회에서 행정이 적절하게 대처할 수 있도록 합리적인 기준을 議會가 설정

하는 능력을 가지고 있지 않기 때문이다. 셋째, 행정입법도 현실적으로 국민의 권리이익에 실질적인 영향을 부여하는 것이 많다. 아울러 委任立法의 통제라는 점에서 국회가 委任立法을 통제하는 것은 곤란하며, 또한 법원에 의한 통제도 사후통제, 다액의 비용과 구제의 장시간적, 구체적 사건성이 없으면 사법심사의 대상이 되지 않는 원칙으로 인하여 매우 어렵다. 여기에 委任立法의 제정과정에 민주적 통제의 중요성이 지적된다. 그리하여 委任立法過程에 대하여 당사자에게 절차형식을 보장하는 참가를 인정함으로써 그 권리이익을 보호할 가능성이 높아지게 된다. 그리고 행정기관에게는 당사자를 행정적인 결정을 위한 절차에 참가시킴으로써 당해결정을 위한 정보를 수집하고, 쟁점을 명확화하고 나아가서는 그 결정의 공정성을 높이고, 결정에 있어서 당사자를 설득, 동의를 받을 수도 있다. 그리고 일정한 참가를 위한 절차적 요건을 확립하는 것은 行政機能의 효율적 수행면에서도 바람직하다.<sup>42)</sup>

### 3. 司法府에 의한 統制

委任立法에 대한 사법부의 통제는 통제의 대상이 되는 법의 종류 및 성질에 따라 또는 각국의 헌법구조에 따라 달라진다. 특히 委任立法에 대한 사법적 통제를 담당하는 사법기관과 통제의 대상이 되는 행정권과의 관계 및 사법기관의 헌법상 지위에 따라 그 통제의 내용도 달라지게 된다.<sup>43)</sup> 행정법원이 존재하는 국가에서는 委任立法의 통제기관은 행정법원이 되며, 그렇지 아니한 국가에서는 일반적인 사법심사권에 의거한 개개의 審級法院이 통제기관이 된다. 헌법재판소가 존재하는 국가에서는 그 통제의 범위와 내용은 국가에 따라 다르지만 일정한 경우에 헌법재판소에 의한 통제가 인정되고 있다. 이들 기관에 의한 통제방법은 委任立法의 위헌·위법여부가 재판의 전제가 되지 않더라도 당해 委任立法의 위헌·위법여부를 직접 다룰 수 있도록 하는 추상적 규범통제 또는 재판의 전제가 된 경우에 이를 심사하는 구체적 규범통제의 방법으로 행사된다. 抽象的 規範統制를 인정하는 경우에는 사법기관에 의하여 위법으로 인정된 委任立法의 효력은 일반적으로 상실되는 것으로 보고, 具體的 規範統制를 인정하는 경우에는 당해사건에 한하여 위법인 법규범을 적용하지 않는 것으로 한

42) 자세한 내용은 金南辰, 行政法總論의 改革論, 公法學의 諸問題(玄齊 金英勳博士華甲紀念), 1995, 20面이하 참조.

43) 朴均省, 行政立法에 대한 司法的 統制, 考試界 1996.12., 76面.

다. 그것은 추상적 규범통제가 제도의 일차적인 목적이 정당한 법질서의 회복 내지 유지에 있고, 구체적 규범통제는 그 일차적인 목적이 국민의 권리구제에 있고 정당한 법질서의 회복 내지 유지는 부차적인 것으로 보기 때문이다. 그러나 委任立法이 상위법규범인 헌법이나 법률에 위반되는 경우 이를 무효화 또는 적용배제하는 것은 너무나 당연한 것이나, 문제는 그에 대한 基準設定의 判斷을 어떻게 하는가에 있다. 현대국가에서 행정의 영역은 날로 증대하고 있고 따라서 국회는 법률을 제정할 때 단지 일반적인 골격만을 제시하고 세부적 내용은 하위법령에 위임하고 있으며, 행정입법권을 위임받은 행정기관은 사실상의 입법자로서 국민생활의 모든 분야를 규제하고 있는 실정에서 과연 어느 정도의 기준을 설정하여 입법권을 위임하는 것이 權力分立이라는 헌법원칙에 의하여 요구되는가가 분명하지 않다. 그리고 특별한 사유가 없는 한 단지 광범위하고 일반적인 기준을 설정하고 있는 법률을 사법기관이 위헌으로 판단하는 것은 사실상 기대하기 어렵다.

따라서 委任立法에 대한 사법적 통제는 행정입법이 모법인 법률 또는 헌법에 정면으로 위반되는 경우에는 효과적인 방법이 될 수 있으나, 사실상의 백지위임에 대하여는 아무런 대책이 없게 된다.<sup>44)</sup> 물론 이러한 경우에도 司法機關은 모법의 당해규정 그 자체를 위헌으로 판단하여야 하나, 현대행정의 양상에 비추어볼 때 행정권에 광범한 委任立法權을 향유하여야 할 필요성을 인정하지 않을 수 없는 것이다. 결국 委任立法에 대한 사법부의 통제에는 일정한 한계를 가지고 있음을 부인할 수 없다. 즉, 사법은 그 성질상 일정한 사건의 발생을 전제로 하여 사후에 심사하는 소극성을 그 본질로 하고 있으며, 이해관계인이 자기주장을 함에 있어서도 일정한 요건을 구비하여야 한다. 이러한 사법의 성질상 委任立法에 대한 사법적 통제는 국민의 권리를 보호하는 보루라는 의의는 있지만 실질적이고 효과적인 통제방법으로서는 부적절함을 노출하고 있다. 특히 委任立法은 전문기술적 사항, 정치적 중립의 입장에서 결정하여야 할 사항, 지역적 특성을 고려하여야 할 사항 등에 관하여 규정하는 경우가 많고, 이러한 특성은 행정기관의 정책적 판단과 재량적 판단에 의하여 수행되는 것이므로 法律的問題에 한정되어 심사하는 사법기관에게는 기대하기 어려운 경우가 많다. 그리하여 위임입법에 대한 법적합성의 심사에 있어서도 委任立法이 수권의 범위를 벗어나고 있는가에 중점을 둔 실체적 접근, 즉 授權=行政의 裁量으로 파

44) 大振啓吉, 委任立法における裁量, 公法研究 제55호(1993), 175면.

악하여 모법이 부여한 기준의 범주내에 있는가의 여부만을 심사할 따름이며, 재량 그 자체의 통제는 매우 미흡한 실정에 있다.

그리하여 사법심사에 의해서가 아니라 행정과정의 민주화를 도모함으로써 정책형성권한을 議會와 행정부로 분산시키는 것이 민주적인 책임있는 결정에 상응한다는 의미에서 委任立法에 대한 재량과정의 통제인 行政節次의 정비에 중점을 두고 있는 것이 오늘날의 委任立法에 대한 통제의 방식이라고 할 수 있다. 그러나 관료우위의 사상이 강한 곳이거나 또한 선거를 위시한 국회의 민주화가 달성되지 아니한 사회에서는 行政을 법률의 목적을 합리적·효율적으로 실현하는 관리자로서 위치하여 국민의 권리의무와 직결된 委任立法의 통제를 전담토록 한다는 것은 위험한 것이기도 하다. 그러한 의미에서 사법부에 의한 委任立法의 통제는 매우 중요한 의미를 가지고 있으며, 사법부는 적극국가화현상에 따른 委任立法의 현상에 상응하는 委任立法에 대한 최적의 통제조건을 마련하는 방안<sup>45)</sup>을 적극적으로 모색하여야 할 것으로 본다.<sup>46)</sup>

45) "현대의 사법적 접근은 좀더 광범한 法律의 委任조차 무효로하는 접근이 아니라 후속 행정행동(subsequent administrative behavior)에 적절한 통제를 가함으로써 위임권한이 충족되도록 확보하는 것이다", Leventhal, *Principled Fairness and Regulatory Urgency*, 25 Case Western Reserve Law Review 66(1974).

46) "法院은 입법부에게 그 의도를 명확히하여 권한을 위임하여야 한다는 것을 확실하게 확인하여야 한다. 법원은 行政機關의 규칙내용을 국회가 법률제정절차를 통하여 직접 정하는 것은 훌륭한 정부가 아니라는 것을 확실하게 하여야 한다. 왜냐하면 국회는 중요한 정책 또는 정책의 대강을 정하는데 역점을 두어야 하며, 行政機關은 더러는 중요한 정책 결정을 포함하여 관련된 세부사항을 정하는데 보다 적합하기 때문이다. 법원은 행정기관이 行政節次法에 의한 훌륭한 규칙제정절차에 의하여 국회에서 이를 정하는 것보다 한층 개인의 이익을 보호하는 입법을 할 수 있다는 것을 인정하여야 한다. 확실히 법원은 자의에 대하여 개인을 보호하기 위하여 불위임의 원칙에 의하여 행하여 온 것보다 더 많은 것을 앞으로 행하여야 한다", Kenneth Culp Davis, *A New Approach to Delegation*, 36 Chicago Law Review 713(1969). 또한 朴鈺旿, 美國에서의 國會立法權의 行政立法에 대한 授權의 限界, 現代法の 理論과 實際(琴浪 金哲洙教授華甲紀念), 1993, 574面.





## 第 2 章 主要國家의 委任立法의 法理와 實際

### 第 1 節 美國의 委任立法制度

#### I. 委任立法의 意義

##### 1. 憲法과 委任立法

美國憲法은 입법권의 委任(Delegation)에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다.<sup>1)</sup> 환언하면 憲法은 연방의회가 다른 기관에게 입법권을 위임할 수 있다는 점을 명문으로 규정하고 있지 않다. 유일하게 “delegated”라는 표현을 사용하고 있는 修正 제10조<sup>2)</sup>에서도 연방에 부여되지 않는 권한은 州 또는 人民에 유보된다는 憲法採擇當時의 인민의 합의를 확인한 것이며<sup>3)</sup> 委任立法에 대한 직접적인 규정은 아니다. 그 때문에 미국에서는 立法權의 委任의 문제가 오랜동안 논의의 대상이 되었으며, 시대의 흐름을 반영하여 그 논쟁의 모습도 다르게 전개되었다.<sup>4)</sup> 나아가 이 문제가 統治構造와 깊은 관련있는 문제인 만큼 “광범위하고 손에 잡히지 않은 문제(a set of farranging formidable)”<sup>5)</sup>

- 1) 위임입법에 관련있는 규정으로서 合衆國의 입법권은 聯邦議會에 속한다는 헌법 제1조 제1절, 연방과 州의 권한배분을 규정한 수정제10조, 제1조제8절제18항의 이른바 필요하고 적당한(necessary and proper)조항 등을 열거한다.
- 2) delegated라는 말은 실제 합중국헌법에서는 수정제10조의 “憲法에 의하여 합중국에 委任되지 아니하고 또한 州에 대하여 금지되지 아니하는 권한은 각각 各州 또는 人民에 留保된다(The Powers not delegated to the Unites States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the People)”라는 규정에서 사용되고 있을 따름이다.
- 3) Edward S. Corwin, *The Constitution and What it means today*, 14th ed. Princeton University Press 1978, p.442.
- 4) Cornelius M. Kerwin, *Rulemaking. How Government Agencies Write Law and Making Policy*, 2nd ed., A division of Congressional Quarter Inc. 1999, p.7.
- 5) 미국에 있어서 委任立法을 둘러싼 문제는 立法府와 行政府의 관계라는 커다란 문제에 관련되고 있으며 이른바 “公法上の 기본문제의 하나”라는 점은 자주 지적되고 있다. 특히 위임입법의 문제는 憲法에 한하지않고 行政法上으로도 중요한 문제로서 인식되고 있다. Wilcox는 입법부와 행정부의 권한배분을 둘러싼 대립은 하나는 行政府가 입법권을 부여받지 않음에도 불구하고 어떠한 종류의 立法行爲를 할 수 있다는 점에 또 하나는 行政府가 상원을 승인을 얻지 않고 국제협정을 체결할 수 있다는 것에 기인한다고 지적하고 있

라는 성질을 띠고 있다. 특히 미국에서의 立法權委任에 관한 논의는 裁判統制의 문제를 넘어 政治學이나 行政學의 성과도 동원하여 광범하게 논해지고 있으며, 그 결과 이 논의는 이른바 “古典的·형식주의적 민주주의관과 現代的·기능적 민주주의관의 대립구도”로 부각되어 심각한 차원에서 전개되고 있다. 고전적·형식주의적 민주주의관은 聯邦大法院이 구축하여온 입법권위임법리의 강화를 요구하고, 현대적·기능주의적 민주주의관은 입법권위임법리의 撤廢를 요구하는 논쟁형식으로 명확히 되고 있다. 이러한 논쟁은 가장 추상적으로는 정책의 선택이 民意에 가장 커다란 책임을 지고 있는 議會에 의하여 행하여 질 것을 확보하는 기능, 被委任權限의 행사방법에 관하여 명료한 원칙을 수입기관에게 제공하는 기능 및 피위임권한행사의 합법성을 심사하는 法院에 審査基準을 제공하는 기능을 거두고 있다.<sup>6)</sup>

그러나 미국에서도 입법권의 위임을 허용하지 않을 수 없는 이유로서, ① 積極國家化現象 내지 행정국가화현상, 복지국가화현상으로 인하여 국가가 처리하여야 할 정치수요가 질적·양적으로 고도화되고 있다는 점 ② 價値觀의 다원화와 과학기술의 고도의 발달로 인하여 국가가 조정하여야 할 이해대립이 복잡화하고 있는 점 ③ 이에 대하여 會期制에 의하여 활동이 한정되고 있는 의회가 빈번한 조정이 필요한 입법을 둘러싼 입법사실을 부단히 감시·분석할 수 없으므로 신속성을 결여하고 있으며 繼續性도 결여하고 있다는 점 ④ 議員들이 입법사항에 따라서는 정보와 전문능력이 결여되고 판단의 질이 떨어지고 있다는 점 등<sup>7)</sup>을 지적하는 한편 입법부와는 대조적으로 행정부는 일반적으로 신속성·계속성·전문성·직무전념성이 우수하므로 受任機關으로서 유효하게 기능한다는 점을 강조하면서 광범위한 위임입법을 행정부에게 허용하고 있는 실정이다.<sup>8)</sup>

다. 전자가 委任立法의 문제이며, 후자는 外交權의 문제이다. Francias O. Wilcox, *Congress: the Executive and Foreign Policy*, 1973, p.10.

6) 자세한 논의는 Kenneth Culp Davis, *Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry*, 1976, p.15; Theodore Lowi, *Two Roads to Selfdom. Liberalism, Conservatism and Administrative Power*, *American University Law Review* 36(1987) 등 참조. 또한 朴鈞旻, 美國에서의 國會立法權의 行政立法에 대한 授權의 限界, 現代法の 理論과 實際(琴浪 金哲洙教授華甲紀念), 1993, 565~581面 참조.

7) Thomas McGarity, *Regulatory Reform and the positive state. A Historical Overview*, 38 *Administrative Law Review* 399(1986).

8) K.C.Davis, op.cit., p.131.

## 2. 委任立法의 概念

미국에 있어서 委任立法, 특히 행정입법에 해당하는 개념용어로서는 “規則(Rule)”이 존재하며, 이 規則의 제정, 개정 또는 폐지에 관한 행정기관의 절차를 規則制定(Rulemaking)이라고 부르고 있다. 規則의 概念은 대륙법계에서 말하는 行政規則과 혼동되기 쉬우나, 미국에서의 規則은 대륙법계의 法規命令이 포함된 것으로서 이해되고 있다. 그런데 이 規則이란 연방행정절차법(APA)에서 “법률 또는 시책을 보완·해석 또는 설명하는 것을 목적”으로 하며 또한 행정기관의 운영기준을 책정하는 것을 목적으로 한 “장래에 향하여 효력을 지닌 일반적 또는 특정의 사항에 관하여 적용되는 행정기관의 의사표시”라고 정의되고 있다(5 U.S.C.A. § 551(4)).<sup>9)</sup> 여기에서 “특정의 사항에 적용되는”이라는 부분은 주로 공익사업이나 일반운송사업등의 운임·요금결정을 염두에 둔 것이다. 또한 장래효에 관하여는 대부분의 規則은 장래에 향해서만 효력을 가지는 것이나, 그 중에는 소급적으로 적용되는 것을 염두에 둔 것이라 할 수 있다. 의회가 소급효를 가지는 規則을 정한 때에는 이는 연방행정절차법상의 規則에 해당하지 않는다.

한편 命令(Order)이란 “規則制定을 제외한 인가행위를 포함한 행정기관의 최종적 처분의 전부 또는 일부를 의미하며, 그 형식이 긍정적, 부정적, 금지적 또는 선언적인 것을 불문한다”. 이 命令을 형성하는 행정기관의 절차과정을 “裁決(adjudication)”이라 한다. 행정기관이 정책결정을 하는 경우 행정절차법에서 재결 또는 規則制定의 어느 절차에 의하여 행해진다. 재결과 規則制定의

9) “規則이란 행정기관의 의사표시의 전부 또는 일부로서 法律 또는 施策의 보완, 解釋 또는 설명하는 것을 향하거나 行政機關의 조직, 절차 또는 실무상의 취급요령을 명확히 하는 것이며 일반적 또는 특정사항에 적용되며 將來에 그 效力을 미치는 것을 말한다. 규칙은 장래의 料金, 임금, 단체 또는 經理上의 기구 또는 그 재구성, 가격, 시설, 비용 또는 경리 내지 그들 사항에 관한 실무상의 취급을 認可하거나 장래에 향하여 規定한 것을 포함한다” 行政節次法이 정의하는 規則과 우리의 경우를 비교하여 본다면, ①“法律 또는 施策의 보완”이라는 점은 우리의 法規命令에 해당한다. 그러나 “解釋, 說明”을 위한 규칙은 오히려 우리의 告示, 訓令 등 행정규칙에 가깝다고 생각된다. ②“행정기관의 조직, 절차, 실무상의 취급”은 우리의 行政規則에 해당한다. ③규칙이 “一般的”적용을 규정하는 점은 우리의 경우에도 타당하나, 그러나 “개별적인 사항”에 적용된다는 점은 우리의 경우 行政處分으로 행해진다는 점에서 약간 다르다. 이와 같이 행정절차법에서 정의하는 “規則”은 우리의 법규 명령, 행정규칙, 행정처분을 포괄하는 광범한 것이라 할 수 있다. 특히 우리의 경우 行政處分으로 행해지는 것을 規則으로 정할 수 있다는 점은 중요하다.

차이점을 비교하면 다음과 같다.<sup>10)</sup>

첫째, 告知와 參加(notice and participation)라는 점에서 規則制定에서는 연방관보에의 公告가 요건으로 되어있다. 이에 의하여 이해관계인에 대하여 參加의 기회를 보장하게 되는 것이다. 반면 裁決에는 公告가 요건으로 되어있지 아니하다. 그리고 規則制定에서는 널리 제3자로부터의 정보를 획득함으로써 행정기관에게 폭넓은 시야를 부여하는 것을 목적으로 하나, 裁決의 경우에는 參加자의 범위가 좁다.

둘째, 실시에 즈음한 능률성과 통일성(efficiency and uniformity in enforcement)의 관점에서 政策결정이라는 점에서 본다면 裁決보다는 規則制定이 시간 및 비용의 점에서 능률적이다. 政策의 통일성이라는 점에서도 마찬가지이다.

셋째, 將來的 適用(prospective application)에 관하여 일반적으로 裁決은 소급적 효력을 지니며 規則은 소급적 효력이 없다. 물론 規則制定에서도 소급효를 수반하는 경우가 있다. 문제는 재결에 장래효가 인정되는가에 있다. 裁決이 소급효를 가진다고 결정한 분명한 이유는 없고 公正성이 보장되는 경우에는 재결에 장래효를 인정하지 않을 이유도 원칙적으로 없으며, 그리고 재결에 장래효가 금지되고 있지 않는다면 政策결정의 수단으로 規則制定이 유리하다는 이유도 없다는 점이다. 그러나 행정절차의 裁決에 대하여 엄밀히 장래효를 인정하는 것은 곤란하다.

넷째, 節次的 自由(procedural freedom)에 관하여 裁決은 規則制定에 비하여 엄격한 절차가 진행된다. 행정의 전문적 지식이나 경험에 관한 지식이 없었던 시대에는 裁決은 政策결정의 정당성을 뒷받침하는 법형식으로서 존중되었다. 특히 개인의 자유가 포함된 경우에는 법원도 학자도 증거적 방법, 특히 反對訊問을 公正하게 하는 기본적 요건으로서 뿐만 아니라 오류나 편견을 배제하기 위한 유용한 유일한 방법이었다. 그러나 資源의 배분과 경제운영등의 사례에서는 裁決이 적절하지도 적당하지도 않다. 政策결정의 기초가 되는 입법사실의 경우 政策결정의 기법으로서는 規則制定節次가 이점이 많다.<sup>11)</sup>

10) 자세한 내용은 D.L.Shapiro, *The Choice of Rulemaking or Adjudication in the Development of Administrative Policy*, 78 Harvard Law Review 922~972(1965) 참조.

11) Richard Stewart, *The Reformation of American Administrative Law*, 88 Harvard Law Review 1667, 1682~83(1975).

다섯째, 당사자에 대한 公正性(fairness to parties)의 면에서 엄격한 절차에 의하는 裁決에 있어서 당사자에게는 공정한 것처럼 생각되나, 정책결정이란 점에서 본다면 그러하지 않다. 어떤 사건의 裁決이 하나의 정책의 결과로서 다른 유사한 사례에도 구속되면 그 사건에 참가하지 않았던 당사자에게는 명확하게 공정성을 결여하는 결과가 된다. 결국 당사자에 대한 공정성의 확보라는 점에서도 規則制定이 유리하다.

결국 裁決과 規則制定을 비교하는 경우 정책결정의 절차로서는 規則制定이 일반적으로 적합하다는 점에 대하여는 거의 명확하다. 그러나 행정절차법의 성립초기부터 그 점이 분명히 인식되었다는 뜻은 아니다. 오히려 1960년대중반에는 정책결정의 수단으로서 裁決이 그 주류를 차지하고 있었으며, 그 이후부터 規則制定이 일반화되었던 것이다. 그 이유로서는 우선 사회경제적 현상의 변화로 사법절차에 따르는 裁決의 방법으로는 사안에 신속하게 대처하지 못하게 된 점이 주된 이유라 할 수 있다.

## II. 委任立法의 法理

### 1. 立法權非委任의 原則

이미 살펴본 것처럼 미국헌법에서는 委任立法에 관한 직접적 규정이 존재하지 않더라도 憲法의 각조항으로부터 또는 헌법상의 제원칙등으로부터 간접적으로 委任立法에 관한 원칙을 도출할 수 있다. 이 원칙을 이른바 “立法權非委任原則(rule of non delegation, Non delegation doctrine)”이라고 한다.<sup>12)</sup> 憲法上 의회가 입법권을 위임하는 것을 금지하는 명문의 규정이 없음에도 불구하고 입법권비위임원칙은 미국헌법사상 매우 일찍부터 법원에 의하여 憲法의 일부로서 일반적으로 승인되어 왔다.<sup>13)</sup> 그렇다면 무엇이 이 원칙의 憲法上 根據가 되는가에 관하여는 몇가지의 원리가 도출되나, 이 중 주된 것으로서 권력분립의 원리, delegata potestus non potest delegari, 적법절차(due process of law) 및 대표원리(representative principle) 등 네가지를 열

12) Rule of non delegation, Rule against delegation, principle against delegation, Non delegability, Non delegation doctrine등으로 표현되고 있다.

13) Sotirios Barber, *The Constitution and the Delegation of Congressional power*, 1975, p.11.

거한다.14)

(1) 權力分立의 原理

美國憲法上의 기본원리의 하나로 행정, 입법, 사법권의 행사는 분리, 독립된 각각의 기관에 귀속되어야 할 것이라는 권력분립의 원리가 존재하며,15) 이 권력분립원리는 입법권비위임원칙의 헌법상 근거로서 가장 널리 인용되고 있다. 委任立法에 관한 경우와 마찬가지로 美國憲法에는 권력분립을 직접적으로 명시하는 규정은 없으나16) 관련있는 것으로서는 “모든 입법권은 합중국의회에 속한다”라는 憲法 제1조제1절의 규정을 필두로 “행정권은 미합중국대통령에 속한다”라는 제2조제1절 및 “합중국의 사법권은 하나의 최고법원과 연방의회가 수시 제정, 설치할 수 있는 하급법원에 속한다”라는 제3조제1절의 규정이 있다. 이들 규정으로부터 실제로는 국가권력은 행정, 입법, 사법으로 분리되어 각각 정부의 세부분으로 배분되고 있는 것이다. 또한 “연방의 경우 또는 주의 경우 이던 정부에 신탁된 모든 권력이 행정, 입법, 사법의 세가지 부분으로 분배되어 있는 것은 성문헌법인 合衆國憲法이 지닌 장점의 하나”라는 법원의 견해도 있으며17) 권력분립원리는 일반적으로 승인되고 있다.

한편 이 권력분립원리에 대한 비판적 견해도 있다. 예컨대 행정과정의 발전에 의하여 이론상의 장해가 되는 것은 필시 이 權力分立論이라는 비판18), 권력분립론을 엄격히 적용한다면 행정적, 입법적, 사법적 기능을 가지는 행정기관의 존재는 확실히 憲法違反이 된다는 지적이 있다. 또한 권력분립원리가

14) Barber는 이외에 인민의 신탁을 받은 장으로서의 立法府(repository of popular trust), 共和政府의 이념등을 열거한다. 또한 James Hart는 권력분립, delegata potestus non potest delegari, 적법절차조항외에 대리인법의 유추, John Locke의 권위, 할당된 권한의 분배를 금지하는 경성성문헌법의 존재를 열거한다. 여기에 열거하는 입법권비위임원칙의 헌법상 근거중에는 John Locke의 권위와 권력분립, 代表原理와의 관계등과 같이 상호 연관성이 깊은 것이 많다. S.Barber, op.cit., pp.23~36. 또한 李尙圭, 美國行政法論, 法文社 1973, 127面이하 참조.

15) Westel W. Willoughby, *principles of The constitutional law of the United States*, 2nd ed., 1930, p.679.

16) K.C.Davis, *Administrative Law and Government*, Aspen Publishing 1960, p.52; Bernard Schwarz, *An Introduction to American Administrative Law*, Little, Brown & Co. 1960, p.30.

17) *Kilbourn v. Thompson*, 103 U.S. 168(1881). W. Willoughby, op.cit., p.680.

18) K.C.Davis, op.cit., p.52. 나아가 그는 통치의 기본구조내에서 적절한 권한배분을 도출하는 것은 권력분립의 원리가 아니라 抑制의 原理(principle of check)임을 지적한다.

憲法上の 원칙인 점은 일반적으로 승인되고 있으나, 현실적으로는 高能率의 통치가 요구되고 있으므로 권력분립원리는 완전히 적용되는 것이 아니라, 입법, 행정, 사법의 각 부문에 본질적으로 속하지 않는 권력을 각각에 부여할 필요성이 헌법제정당시부터 있었다는 지적도 있다.<sup>19)</sup> 입법권의 위임과의 관련에서는 權力分立原理는 정부의 한 부문이 본질적으로 다른 부문에 속하는 활동을 행하는 것을 절대적으로 금지하는 것이라고 이해하는 것은 옳바르지 않고 오히려 정부의 각 부문은 그것이 본질적으로 어떠한 것이던 憲法에 의하여 그 부문에 위임된 권한을 행사할 수 있게 된다. 憲法 제1조제1절의 해석에서도 동규정은 연방의회를 제외한 다른 어떠한 정부기관도 법을 정립할 수 없다는 취지처럼 보이나, 실제로는 조약이나 행정협정도 憲法 제6조에 의해 법의 효력을 가지며 물론 판례도 법을 형성한다고 되어 있다.<sup>20)</sup> 또한 마찬가지로 대통령 또는 州間通商委員會와 같은 행정기관이 제정하는 規則(regulation)도 법이며, 의회에 의하여 유효하게 “위임된(delegated)” 권한을 행사하여 제정된 것이라면 법원도 이들 規則을 법으로서 취급하게 된다. 또한 현실적으로 행정부의 專門技術力에 위임되지 않으면 의회가 다수의 현대적 문제에 충분히 대처하는 것은 곤란하다는 등을 고려하면 권력분립의 원리를 엄격히 적용하기에는 무리가 있다. 따라서 종래 “입법, 행정, 사법의 세 부문에 정부의 권력을 분배하는 憲法規定은 각 부문에 속하는 권한을 다른 부문에 委任하는 것을 명시적으로 금지하고 있다”<sup>21)</sup>고 해석된 권력분립원리도 권한의 위임을 절대적으로 금지하는 것이 아니게 되어, 현대에서는 입법권비위임의 원칙의 憲法上 근거로서 설득력을 상실하고 있다. 다만 입법권비위임의 원칙이 권력분립원리로부터 벗어나 憲法上 별도의 근거를 가진다면 단순히 권력분립원리에 대한 비판, 부정론을 전개하여도 입법권비위임원칙을 부정하기에는 불충분하다.<sup>22)</sup>

19) W. Willoughby, op. cit., p. 681.

20) E. S. Corwin, op. cit., p. 5.

21) Zanesville v. Zanesville Telegram & Telephone Co. (1901) 64 Ohio St. 67, 59 N.E. 781.

22) S. Barber, op. cit., pp. 25~26. 그는 立法權非委任原則이 권력분립의 일환이라는 점을 부정하고, 양자를 분리하려고 시도한다. 또한 이 원칙은 權力分立原理보다도 차원이 높은 원칙임을 지적한다.

(2) delegata potestus non potest delegari

delegata potestus non potest delegari라는 Common Law상의格言도 입법권비위임원칙과의 관련에서 자주 도출되고 있다. “원래 委任된 권한은 再委任할 수 없다”<sup>23)</sup>라는 의미의 이 격언은 代理人에 관한 Common Law상의 격언(maxim of common law agency)이나 동시에 憲法上的의 격언이라고도 인식되고 있다.<sup>24)</sup> 즉, 憲法前文의 인민을 본인으로, 동법제1조의 聯邦議會를 대리인으로, 憲法典을 대리권수여의 증서로 하여 공법관계에 코몬로의 격언을 유추적용하는 것이다. 그러나 이에 대해서는 私法原理를 헌법원리로써 적용하는 것이 무리라는 비판이 있는 반면<sup>25)</sup> delegata potestus non potest delegari는 단순한 私法原理가 아니라 입법권의 불가양도성을 설명한 Locke의 통기기구론에도 나타나는 영미의 공법원리에 깊이 뿌리내린 政治的信託의 관념을 포함한다고 한다.<sup>26)</sup> 원래 영미의 國家形成理論 그 자체가 사법

23) “power which is originally delegated may not be redelegated”로 표현되고 있다.

24) Horst Ehmke, *delegata potestus non potest delegari. A Maxim of American Constitutional Law*, 47 Cornell Law Quarterly 51~60(1961); S.Barber, op.cit., p.26.

25) Patrick W.Duff and Horace E.Whiteside, *delegata potestus non potest delegari. A Maxim of American Constitutional Law*, 14 Cornell Law Quarterly 168~196(1929). Duff & Whiteside에 의하면 이格言은 최초 delegatus delegare non potest라는 형태로 13세기중엽 Henry De Bracton에 의해 영국법에 도입되었으나, Bracton의 著作은 그 후 1569년 인쇄물에 되는 때에 오류가 있었다고 한다. 이 인쇄오류는 그대로 Coke에 의하여 인용되어 騎士의 身分停止(Dstraint of Knighthood)에 관하여 논한 Coke의 1절이 Branch의 격언집에 인용되었다. 이 Branch의 격언집에서 처음으로 delegata potestus non potest delegari의 형태가 되었다. 英國의 法院은 Branch의 격언집을 자료로서 이 격언을 인용하였던 것이다. 바로 이 격언은 Kent (Commentaries On American law, 1827)나 Story(Commentaries on the law of Agency, 1839)의 저작중에 나타나, 그들의 著作은 법판에게 미묘한 영향을 미쳐 Coke의 격언으로 미국이나 各州의 憲法史에 흔적을 남기게 되었던 것이다. 즉, 이 격언은 기원을 中世의 敎令集등의 주석자에게 힘입은 것이며 또한 놀랍게도 이 격언이 코몬로 상 유포된 것은 의외에도 16세기의 인쇄소의 부주의에 의한 것이라고 지적한다. 나아가 합중국초기의 판례에서 Coke경의 격언의 영향에 관하여 고찰한 것중에 “合衆國憲法 및 어떠한 州憲法도 이 격언에 관하여 언급하지 않고 간접적인 관련조차 없다. 憲法上的의 원리라는 것에 대해 이 격언은 매우 관련이 희박하고 불문의 超憲法的의 所産(product of the unwritten super constitution)에 불과하다”라고 결론지우고 있다.

26) Ehmke는 delegata potestus non potest delegari라는 격언의 근거에는 政治的信託(political trust)의 개념이 있으며 그 개념은 英美憲法사상에 근거하는 것이라고



원리에 유래하는 國家契約說에 입각한 점을 고려하면 私法原理를 공법원리로써 적용하는 것을 가지고 delegata potestus non potest delegari를 쉽게 비판할 수는 없으나, 이 격언이 Common Law에 근거하고 있기 때문에 입법권비위임원칙은 法官이 만든 법이나 代理人法으로부터 도입된 것이며 憲法上的 원칙이 아니라는 등의 비판을 받기 쉽다.<sup>27)</sup> 이상의 점을 고려하면 delegata potestus non potest delegari라는 격언은 憲法上的 원리인가의 여부 자체에 의문이 있으며 이 격언의 憲法上的 지위는 확고한 것이 아니다. 따라서 입법권비위임원칙이 憲法上的 원칙으로 하기 위해서는 더욱 역효과가 될 우려가 있다고 말하고 있다.<sup>28)</sup>

### (3) 適法節次

適法節次와 입법권비위임원칙과의 관련성은 다음과 같은 대표적 견해에서 제시되고 있다. 즉, “정부의 3권이 하나의 權力에 의하여 장악되는 것을 인정하지 않는 원칙처럼 입법권비위임원칙은 적법절차의 憲法上的 보장에 동화·흡수되는 것이라는 확신을 벗어나는 것은 곤란하다. …… 이 원칙에는 중요한 실제적 이유가 있다. 民主政治에서는 광범하고 자유로운 입법재량권의 행사는 개인이나 단일기관이 아니라 代議制의 입법부에 귀속시키고 있다. 이러한 개인이나 기관이 立法府의 기준의 억제작용도 받지않고 입법권을 행사하는 것을 허용하는 것은 …… 전제권력의 위험아래에 시민을 두는 것이다. 이 상태와 공무원이나 행정기관의 수중에 있는 무제한적인 立法裁量權의 행사에 의해 자신의 권리에 불리한 영향을 받게 된 자가 실제로는 適法節次에 의하지 않고 자유가 박탈되고 있는 상태와는 거의 같은 차이이다. 요컨대 …… 효과적인 입법권비위임원칙이라는 것은 政治哲學의 추상적 원리를 살리기 위한 것이 아니라, 확실히 적

---

고 한다. 그에 의하면 Bracton에 있어서는 國王에 속한 재판권의 위임문제가 중심이며 이 재판권의 위임문제로부터 정부부문의 권한의 분할이 개시되었다고 한다. 나아가 Locke에 의하여 입법권은 재판권(jurisdictio)으로부터 분리되고 최고 내지 위탁된 권력으로 생각되어 그에 따라 人民으로부터 위임된 권한으로 간주되게 되었다. 그리고 로크의 영향을 받은 미국의 초기사상가들에 의해 憲法사상에 도입된 것이다. 따라서 憲法이 있는 한 정치적 위탁의 개념은 포기되지 않으며 이 격언도 남아있다는 것이다. H.Ehmke, op.cit., pp.57~60.

27) S.Barber, op.cit., pp.26~30.

28) 立法權非委任原則이 헌법상 불안정한 원리에 의거한 것이라면 동원칙의 헌법상 지위도 당연히 불안정한 것이 되며, 이것을 명확한 憲法上的 原則이라고는 할 수 없다고 생각된다.

법절차하에 용이하게 논리적으로 적용할 수 있도록 개인적 권리보호를 행하기 위하여 존재하는 것이다.”<sup>29)</sup>

그러나 이 견해도 다음의 두가지 점에서 비판되고 있다. 우선 첫째, 입법권비위임원칙과 적법절차가 동일기능을 거두는 곳은 立法府만이며, 개인의 권리를 보호하는 規則을 제정할 수 있다고 생각되는 경우에 한정된다는 점이다. 둘째, 입법권비위임원칙도 적법절차도 憲法上의 권리를 보호하기 위하여 裁量權의 행사를 제한하려는 것이므로 입법권비위임원칙은 적법절차를 단순히 적용한 것에 불과하다고 생각해보리면 보호된 권리가 침해되지 않는 경우에는 憲法違反의 위임등은 있을 수 없게 되는 것이다.<sup>30)</sup> 즉, 입법권비위임원칙의 憲法上 根據를 적법절차에 발견하는 경우에는 適法節次가 보호하는 권리를 침해하지 않는 한 입법권의 위임은 인정되는 것으로 생각되어 오히려 입법부가 立法權을 위임하는 것을 금한다는 입법권비위임원칙의 본래의 취지를 상실하게 하게 된다는 것이다. 適法節次와 立法權非委任原則의 관련성을 강조하는 것으로서는 위의 견해외에 권한의 위임을 바람직하지 않는 것으로서 당해규제조치를 위헌으로 판단하려는 경우에 법원은 현실로는 적법절차조항을 적용하고 있다는 견해도 있다.<sup>31)</sup> 그러나 어떠한 기준을 설정하지 않고 공무원에게 裁量權을 부여한 법령이 법령자체의 실질적 효력을 상실케할 정도로 불합리하고 통제되지 않는 권한을 부여하고 있는가의 여부의 문제는 立法權의 위임을 금지하는 원칙의 범위를 벗어나는 문제로서 그 경우 오히려 순수하게 適法節次에만 관련되는 별도의 문제로서 취급되는 것이다. 즉, 입법권의 위임을 금한다는 입법권비위임원칙과 적법절차는 적용범위를 달리 하는 것이며 후자를 전자의 憲法上의 根據로 보는 것은 매우 곤란하다.

#### (4) 代表原理

立法權非委任原則의 근거로서 대표원리를 지적하는 견해는 Locke의 사상적 영향이 크다. 즉, Locke는 “立法府는 법을 정립하는 권한을 다른 어떠한 자의 수중에도 위양할 수 없다. 그 이유는 그 권한은 인민으로부터 委任된 權限에

29) Robert E. Cushman, *The Constitutional Status of the Independent Regulatory Commission*, 24 Cornell Law Quarterly 32~33(1938).

30) S. Barber, op. cit., pp. 32~33.

31) John D. McGowan, *An Economic Interpretation of the Doctrine of Delegation of Governmental Powers*, Tulane Law Review vol. XIII(1968), p. 179, p. 199.

불과한 것이며, 그 권한을 가지는 자는 다른 곳에 이를 위양할 수 없기 때문이다. …… 그리고 인민 스스로 입법권을 부여받은 자에 의하여 정립된 법에 규율되는 점을 천명한 경우는 …… 어떠한 자도 立法權을 부여받은 자 이외의 다른 자가 인민의 법을 정립한다고 말할 수는 없다. 또한 인민은 人民 스스로 선출하고, 인민의 법을 정립하려는 수권받은 자에 의하여 定立된 法 이외의 어떠한 법에도 구속되지 않는다.”<sup>32)</sup>라고 하였다. 여기에서 前半部에는 위임된 권한은 위임할 수 없다는 *delegata potestus non potest delegari*의 격언과 같은 생각이 표현되고 있으나, 後半部에는 인민에 의하여 선출된 대표만이 법을 정립할 수 있다는 취지가 언급되어 있다. 요컨대 立法府를 인민의 대표로 보고 이것만이 법을 정립할 수 있으므로 달리 立法權을 위임할 수 없다는 추정이 담겨져 있어서 입법권비위임원칙을 도출한 것이다. 또한 앞서 소개한 適法節次를 입법권비위임원칙의 근거로하는 견해는 결국 代表原理를 근거로하는 견해에 이른다는 지적도 있다. 그 지적에 의하면 “민주주의사회에서는 대의제의 立法府만이 개인의 행위를 규율하는 法規나 개인의 권리에 영향을 미치는 법규를 제정하는 자유재량권을 위탁받을 수 있다”<sup>33)</sup>라는 의회의 권한에 관한 특수한 주장이 適法節次를 근거로하는 견해에 표명되어 있다는 것이다. 즉, “위임원칙은 代表議會에 의한 입법에의 민주적 위탁을 표현한다”라는 생각에 이르른 것이다. 그러나 代表原理를 근거로한 경우 연방의 행정부 또는 주정부나 州의 행정부이던 입법부 이외의 기관에 대표의 가치를 보다 많이 발견하는 것이 가능한 경우에는 이론상은 立法權의 委任을 허용하게 된다. 예컨대 行政府는 고도로 대표적인 것이며 필시 의회보다도 보다 대표적이라고 논의하는 것도 가능하다는 지적이 있다.<sup>34)</sup> 또한 대표원리를 유효하게 작용시키기에는 이 원리에 法的地位를 부여하는 원칙인 “憲法의 最高法規性”의 원칙을 수반하지 않으면 안된다는 지적도 있다.<sup>35)</sup>

32) John Locke, *The Second Treatise of Government*, chap. XI (of the extent of the legislative power), sec.141 [강정인·문지영 옮김, 통치론, 도서출판 까치 1996, 136面].

33) S.Barber, op.cit., p.34.

34) Peter Woll, *American Bureaucracy*, University of California Press 1963, pp.139~141.

35) S.Barber, op.cit., p.35.

(5) 檢討

이상 입법권비위임의 원칙의 근거로서 인용되는 네가지의 주요한 원리를 살펴 보았으나 어느것에 대해서도 비판이 행해지고 있으며 입법권비위임원칙의 확고한 憲法上的 根據라고는 말할 수 없다. 그외에 주목되는 것으로서 憲法의 最高法規性(constitutional supremacy)을 입법권비위임원칙의 근거로 하는 견해가 있다. 즉, 憲法은 인민의 어떤 집단에 의하여 어떤 목적을 위하여 비준된 것이나, 국가의 최고법인 지위에 있으며 어떠한 특별한 목적으로부터도 독립하고 있다는 것이다. 요컨대 憲法은 후세대에게도 정부의 責務를 거두는 일정한 양식을 의무화하고 있는 것이다. 또한 극단적인 모습의 위임은 권한의 憲法上的 配分을 붕괴하는 것이므로 헌법상의 의무를 포기시키게 되는 것이다. 그래서 부서나 권한의 헌법상의 배분을 유지하려는 것이 憲法의 최고법규성의 개념에 표현되는 것이므로 이 憲法의 최고법규성의 개념은 憲法上的 義務가 포기되는 것을 방지하는 비위임원칙에 근거를 부여하는 것이라 한다. 이상의 점에서 권한의 포기로 간주되는 극단적인 立法權의 委任을 금지하는 원칙은 확고한 憲法上的 地위를 지닌 憲法의 최고법규성을 근거로 한다고 결론내리고 있다. 입법권비위임원칙은 이미 衰退하였다는 견해가 다수 지적되는 가운데 그 근거를 憲法의 最高法規性에 발견하는 견해는 이채를 떠나, 이 견해에 의하더라도 權限의 委任을 전혀 인정하지 않는 것이 아니라 입법권비위임원칙의 범위도 憲法의 最高法規性의 개념에 의하여 확정되는 한계를 초과할 정도로 확대될 필요는 없는 것이다. 입법권비위임원칙의 적용을 지지하는 다른 견해도 이와 마찬가지로, 결국은 立法權의 委任을 전부 부정하는 것이 아니라 다만 그것에는 한계가 있다는 점을 주장하는 것이다. 결국 입법권비위임원칙은 立法權의 委任을 전면적으로 금지하는 것이 아니라 어떤 범위의 立法權의 위임을 인정하는 형태로 변모하지 않을 수 없다.<sup>36)</sup> 그러나 이것은 다른 각도에서 보면 입법

36) K.C.Davis, *Administrative law Text*, 3rd ed. Aspen Publishing 1972. pp.43~46. Davis는 입법권비위임원칙을 효과적인 것으로 하기 위하여 그리고 무통제적인 裁量權에 대한 사법적 보호의 제도로 이행을 위하여 다음의 5가지 단계를 거치지 않으면 안된다고 지적한다. ①입법권비위임원칙의 목적은 이미 위임을 금지하는 것이 아니라 議會의 制定法의 기준을 요구하는 것도 아니다. ②기준에 초점을 두기 보다는 保障(safeguards)을 강조하는 형태로 이행하여야 할 것이다. ③입법기관이 기준을 정하지 않은 경우 法院은 당해 위임을 위법으로 할 것이 아니라 행정기관이 가능한 한 신속히 그 기준을 보완하여야 한다는 취지를 요구하여야 할 것이다. ④입법권비위임원칙은 서

권에는 委任되어서는 아니되는 부문, 즉 委任立法의 限界가 결국 존재한다는 점을 의미하고 있다.

## 2. 判例에 제시된 委任立法의 法理

미국에서의 행정부에 의한 立法權의 委任問題는 19세기말부터 聯邦大法院에 의한 오랜 判例史 가운데 생성·발전되고 있다. 특히 연방대법원은 권력분립원리의 관점에서 본질적인 입법권의 포기는 허용되지 않으며, 그러한 本質的인 立法權의 포기에 이르지 않기 위한 조건으로서 수임기관이 실현하여야 할 정책을 위임법률중에 명확히 하고, 또한 受任機關이 피위임권한을 행사하는 때의 基準을 위임법률중에 설정해 둘 것을 요구하고 있다(기준의 요건: standards requirement, requirement of standards).<sup>37)</sup> 환언하면 입법부가 권한 위임의 목적을 명확히 하고(立法政策의 천명), 그 목적을 실현하기 위한 수단 즉 피위임권한의 행사의 방법에 제한을 가하여(基準의 設定), 수임기관의 재량을 목적과 수단의 양면에서 제약시키려 하고 있다. 아울러 聯邦大法院은 입법권위임 그 자체가 행정국가·적극국가라는 현상에 유래하는 것인 만큼 이러한 委任法理의 적용에 있어서도 행정국가화현상·적극국가화현상에 대한 사법부의 정책적 판단에 따라 同法理를 운용하고 있다. 즉, 聯邦大法院은 입법권위임의 합헌성을 판단하는 때에 係爭의 위임법률은 물론 관련법령·입법경과·행정선례 등을 심사대상으로 하고 있으며 나아가 행정국가화현상등에 대한 司法府의 인식 및 그러한 현상에 대한 政治部門의 정책적 대응과 그에 대한 사법부의 判斷이라는 법리적 요소이외의 요인도 포함하여 동법리를 운용하여 왔다고 이해된다. 그 의미에서는 연방대법원이 정립한 委任法理는 시대상황에 부응한 운용 방식에 의하여 일정한 憲法的 統制를 거두어 왔다고 할 수 있다.

---

서히 위임의 문제를 초월하는 커다란 法理가 되어야 할 것이다. ⑤보호는 위임된 권한의 범위만이 아니라 委任되지 않은 權限의 범위에도 이르는 것이어야 한다. Davis의 A New Approach to Delegation(University of Chicago Law Review vol.36, pp.713~733)에서도 위의 내용이 그대로 수록되어 있다. Davis는 입법권비위임원칙에 대한 부정론자라고 생각되고 있으나 진술한 것처럼 전혀 부정하는 것은 아니다. S.Barber, op.cit., p.12. Davis의 견해에 대한 자세한 논의는 徐元宇, 委任立法의 最近動向 -美國의 경우를 중심으로-, 行政論叢(서울대) 제13권1호, 1975.12, 101면이하 참조.

37) Walter Gellhorn·Clark Byse & Peter Strauss, *Administrative Law*, Foundation Press 1979, p.65 ; B.Schwartz, op.cit., pp.37~38.

(1) 委任法理의 展開

第1期은 19세기 후반부터 1930년대 전반에 걸친 것으로서, 이 시기에 聯邦大法院은 다투어진 권한위임을 “詳細補填權” 내지 “수시발생적 事實의 再確認”으로 파악하여 그들 위임은 행정권 내지 집행권의 부여이지 立法權의 위임이 아니라 하였다. 聯邦大法院의 이러한 자세는 委任法理의 구축을 지향한 것이라기보다도 고전적 통치원칙인 委任禁止法理 그 자체에 충실하려는 결과라고 생각된다. 그러나 이 입장은 본격화되기 시작한 적극국가화현상과 그에 수반한 행정권의 비대화 앞에 설득력을 상실한다. 즉, 행정기관에게 부여되는 광범한 재량을 “行政權”으로 단정하는 것이 곤란하게 되었던 것이다. 따라서 이 시기에는 “詳細補填權” 내지 “수시발생적 事實의 再確認”이라는 권한작용을 立法權으로 파악한 후 위임법률중의 결정준칙이나 명료한 원칙 등의 정립과 그 명확성을 묻는 판례도 출현하기 시작하고 있다.

第2期은 1935년부터 1940년대 후반에 걸친 것으로서, 피위임권한을 행사하는 基準을 위임법률중에 명시한다면 그 위임은 立法權의 本質을 포기하는 것이 아니라는 “기준의 요건”이 聯邦大法院의 委任法理의 중심적 부분으로서 성립한 시기이다. 즉, 뉴딜정책하에서의 대통령에의 권한집중에 대항하여 聯邦大法院이 위임법률을 위헌으로 한 1935년의 Panama Refining Co., Schechter Poultry Corp. 양판결에서 委任法律中에 정책이나 기준의 명시를 요구하는 합헌성 판정기준으로서 기준의 요건이 확립되어 후속판례에 의하여 동법리에 보완·수정이 이루어졌다.

第3期은 1946년의 American Power & Light Co.판결로 시작되며, 기준의 요건의 완화·形骸化의 기간이다. 이미 1936년의 Curtis Wright Export판결이후 군사·외교라는 대통령의 執政分野에 있어서 기준의 요건의 완화경향이 진행되었으나, 1940년대 후반이후는 일반적인 행정분야에 있어서 立法權委任에 대해서도 기준의 요건의 완화 내지 적용의 形骸化가 나타났다. 즉, 1935년의 두 개의 위헌판결에서 나타난 뉴딜지지파와 반대파의 憲法上 대립은 상기의 판례동향과 맞추어 獨立規制委員會制度의 활성화를 배경으로 하여 광범한 입법권위임이 기정사실화되기 시작하였다.<sup>38)</sup> 그 결과 憲法上의 對立은

38) Cass Sunstein, *Constitutionalism after the New Deal*, 101 Harvard Law Review 421, 447~48(1987); James R. AcKerman, *The Storrs Lecture*.

법률차원의 논의로 변모하고 그 토대위에서 연방행정절차법의 제정으로 일정한 결실을 보게 되었다. 그 후 立法權委任을 둘러싼 학설상의 쟁점은 행정법상, 특히 절차면에 관한 논의로 이행하기 시작하였다. 아울러 이 당시 聯邦大法院에 의한 기준의 요건의 적용완화경향은 司法府의 내부적 사정도 있었다. 우선 F.Roosevelt大統領에 의한 이른바 법원포섭계획(the court packing plan)의 실시를 지적할 수 있다. 즉 1935년의 두 개의 뉴딜입법 위헌판결은 聯邦大法院이 순수하게 위임법리를 적용한 귀결이라기 보다는 司法府와 정치부문(연방의회, 대통령)간에 있어서 경제체제나 국가관을 둘러싼 기본적인 견해대립의 결과이며 또한 새로운 대립의 원인이기도 하였다. 그리고 그러한 聯邦大法院의 사법적극주의는 규제행정의 확대를 진행하는 정부의 방침과 각축을 야기하게 되었고, 결국 Roosevelt大統領은 聯邦大法院의 기구개혁을 기도하는 한편 1937년의 Van Devanter대법관의 사임을 계기로 자신과 정치적 입장을 같이하는 대법관을 聯邦大法院에 임명하였다. 그리하여 聯邦大法院은 입법권위임에 대한 자세를 유연화하게 된 것이다.<sup>39)</sup> 또 하나는 언론의 자유나 절차적 Due process, 평등원칙에 관한 위헌심사기준에 의한 해결방법을 聯邦大法院이 발견한 점이 지적된다. 즉, 聯邦大法院은 기준의 요건이라는 통치원리상의 관점보다 오히려 권한위임을 받은 行政機關이 재량권을 부당하게 행사하여 국민에게 위해를 부여하지 않았나라는 人權論上的의 관점에 비중을 두게 되었던 것이다. 그리하여 고유의 인권침해를 수반하지 않는 입법권위임에 관해서는 심사를 완화하는 자세가 정착한 것이다.

第4期는 위에 지적한 두가지 점의 경향성이 판례동향의 중에 현저히 나타난 1950년대후반부터의 기준의 요건의 衰退期이다. 즉, 聯邦大法院은 委任立法이 형벌을 포함하는 경우나 중요한 인권을 규제하는 경우에는 권한위임을 행하고 있는 法文을 한정적으로 해석하여 입법권위임에 관한 憲法判斷이나 위헌판단을 회피하였다(限定解釋의 手法). 이러한 한정해석은 사법소극주의의 일환으로 聯邦大法院의 입법권위임이라는 憲法問題에 대한 그 나름의 하나의 대응이기도 하였다. 그러나 1980년대에 들어와 행정기관에 대한 입법권위임 그 자체를 憲法訴訟上的의 쟁점으로 하는 것 자체가 무의미하게 되었다.<sup>40)</sup> 그 원인은 광범한

*Discovering the Constitution*, 93 Yale Law Journal 1013, 1051~57(1984).

39) C.Sunstein, op.cit., p.448.

40) David Schoenbrod, *The Delegation Doctrine. Could the Court Give It*

委任을 소여의 전제로하는 견해가 정착한 점을 배경으로 規制緩和政策의 추진에 의하여 오히려 규제권한 그 자체를 감축하는 경향 및 행정기관의 규제활동을 대통령직속의 管理豫算廳(OMB)의 심사에 복종케함으로써 규제행정의 민주적 정당성을 대통령에 의한 통제로 확보하는 것이 시도됨으로써 委任立法을 포함한 행정전반에 대한 제도론적 대응이 발달하였던 점에 찾을 수 있다. 이러한 경향으로 인하여 憲法訴訟上의 합헌성판단기준인 기준의 요건은 점차 쇠퇴하였다. 다만 聯邦大法院의 소수의견중에는 기준의 요건을 중심으로 하는 委任法理의 엄격한 적용을 부활하려는 주장도 있었으나, 그것은 대세가 되지 못하였으며 법정의견은 입법권위임의 합헌성을 묻는 것이 아니라 제정된 行政立法의 합법성을 묻는데 그쳤다.

第5期는 基準의 要件을 중심으로하는 委任法理를 다시 부활시킨 1989년의 *Mistretta*판결이후로서, 동 판결에서 聯邦大法院은 限定解釋의 수법을 바꾸어 기준의 요건을 중심으로 하는 委任法理를 적용하는 자세를 취하고 있다. 다만 이 시기는 기준의 요건의 적용에 있어서 종래보다는 그 치밀성에 있어서 *Mistretta*판결에 뒤지고는 있으나, 委任法理를 자각적으로 재생시켜 동법리의 존재감을 재차 제시한 점에서 상당한 의의가 있다.

이상과 같이 聯邦大法院이 어느 정도의 일관성을 지니고 적용한 委任法理인 기준의 요건론은 1930년대전후부터 50년대후반에 걸쳐 생성·발전하고 1989년의 판결에 의하여 부활하였으나, 그 적용의 강약이 또한 행정국가현상의 진전에 수반하여 변화되고 있다. 즉, 委任法理는 시대마다 국가관이나 행정관, 경제정책이나 실정법제도의 실태의 변화에 부응하여 그에 대한 사법부의 정책적 태도도 다르게 전개되었다. 聯邦大法院은 정치부문의 정책에 저항할 필요가 있으면 司法積極主義의 行動으로 나오나 그러한 필요를 느끼지 않고 오히려 현상을 방치하는 것이 상책이라고 판단하면 司法消極主義의 行動으로 나오고 있다. 이러한 점은 어떤 의미에서 입법권위임이라는 현상이 원래 행정국가현상·적극국가현상에 유래하기 때문에 委任法理도 그들 현상의 변화에 응하여 내용과 적용의 강약을 변화하고 있다고 할 수도 있다.

## (2) 判例에 제시된 委任法理의 內容

연방대법원의 판례에서 전개된 기준의 요건을 중심으로 하는 委任法理의 내

---

*Substance?*, 83 Michigan Law Review 1273(1985).



용을 정리하면 다음과 같다.<sup>41)</sup>

첫째, 委任立法의 原則과 基準에 관하여, 연방대법원은 입법권의 본질적 부분이란 “立法政策을 결정하는 것 및 명확하고 구속력있는 行動準則으로서 그것을 정식화하고 선언하는 것”이며, 입법부가 이 본질적 부분을 타기관에 이양하여 포기하는 것은 허용되지 아니한다고 한다. 그리고 이러한 원칙을 유지하기 위한 조건으로는 ①입법부는 委任法律 가운데 입법정책을 명시하고(被委任權限行使의 목적의 한정), 피위임권한을 행사하는 기준도 명시하여야 한다(目的實現을 위한 수단의 한정). ②정책과 기준은 규제대상자인 國民에게 충분히 이해할 수 있는 것이어야 한다. ③정책과 기준은 수입행정기관의 裁量權 유월을 법원이 심사하는 때의 유효한 척도로서 기능하여야 한다. ④위임법률 가운데 기준의 명확성은 그 기준에 따라 規則등을 제정하는 때에 수입행정기관이 고려한 요인을 명시하여야 할 것을 立法府가 동수입기관에게 의무화함으로써 높아진다. ⑤고지·청문 등 절차적 보장은 수입행정기관에 의한 재량권행사를 완전한 것으로 하나, 위헌적인 입법권위임 그 자체를 정당화할 수는 없다라고 한다.

둘째, 연방대법원은 委任法理의 적용완화·제외에 관하여 ①외교·군사에 관련하는 영역, 즉 “統治”의 분야에서 대통령에 의한 법제정작용에 관하여 입법부가 위임법률을 정하는 경우에는 委任法理를 완화하거나 그 적용을 제외한다. ②일반행정분야에서는 위임법률중의 정책과 기준의 명확성을 심사하는 때에 당해권한위임조항 뿐 아니라 關聯條項도 포함한 위임법률전체를 고찰하고, 立法權委任이 행해지기에 이르러 배경적 사정을 고려하며, 당해위임법률하에서 전개된 행정선례와 그에 대한 입법부의 대응으로부터 기준의 의미를 탐구함으로써 委任法理의 적용을 완화하고 있다. 아울러 聯邦大法院은 위의 기준의 요건을 중심으로 하는 委任法理를 원용하지 않고 委任法律을 온존시키려는 경우도 있다. 그러나 그 경우에도 聯邦大法院은 委任立法이 형벌을 포함하거나 중대한 인권을 제약하는 경우에는 권한위임을 행하고 있는 법문을 한정적으로 해석한 다음 위임법률에 관한 憲法判斷이나 위헌판단을 회피하고 일정한 憲法的 統制를 행하고 있다. 이 한정해석의 문맥에서 앞서 살펴본 委任法理의 적용완화 내지 제외의 수단이 사용되고 있다.

41) Uwe Kischel, *Delegation of Legislative Power to Agencies: A Comparative Analyze of United States and German Law*, 46 *Administrative Law Review* 225(1994).

### Ⅲ. 委任立法의 類型과 制定節次

#### 1. 委任立法의 種類<sup>42)</sup>

##### (1) 立法的 規則과 非立法的 規則

規則의 범주에는 몇가지의 성질을 달리하는 것이 있으며, 사인이나 행정기관을 법적으로 구속하는가의 여부에 따라 크게 두가지로 나눌 수 있다. 즉, 私人과 정부를 구속하는 規則을 “立法的 規則(legislative rule)”이라 하고, 이와는 달리 연방행정절차법상의 規則에는 해당하나 사인과 행정을 구속하지 않는 것을 “非立法的規則(nonlegislative rule)”이라고 한다. 전자는 법원에서 소송의 대상이 될 수 있으며 경우에 따라서는 취소될 수도 있다. 그러나 법원에서 취소되지 않는 한 立法的規則은 規則의 대상이 되고 있는 사항에 관하여 행정차원에서의 종국적인 판단이 된다. 立法的 規則과 非立法的 規則은 이론적으로는 명확히 구별된다. 즉, 立法的 規則은 제정법에 의한 권한의 위임에 의거하여 작성되는 것이며, 그 작성에 관하여는 연방행정절차법(APA)이 정한 절차 특히 제553조의 고지 및 Comment의 절차를 거쳐야 한다. 입법적 규칙은 立法者가 의도하는 바의 불충분한 부분을 보완한다는 의미에서 새로운 法(new law)이라고 할 수 있다. 따라서 그 내용은 권리, 의무, 면제 등을 規定하거나 修正 또는 廢止하는 것이 많다. 이에 대하여 비입법적 규칙은 위임된 입법권한의 행사로서 작성되는 것이 아니며, 그 의미에서는 立法的 規則과는 달리 행정법규(administrative statute)라고 할 수 없다. 非立法的 規則은 사인이나 행정에 일정한 안내(guidance)를 부여하는 것이나 사인을 법적으로 구속하는 것이 아니다. 그러나 현실적으로는 입법권한을 위임받은 행정기관이 규칙을 작성하는 경우에 그 規則이 입법적인가 비입법적인가는 애매한 경우가 많다.<sup>43)</sup> 그 이유는

42) 委任立法의 種類를 ①작용 및 효과에 따라 수시입법과 종위입법, 입법적규칙과 해석규칙 ②수권에 따라 대통령, 장관, 독립규제위원회 ③형식에 따라 Rule, Regulation, Instructions, General Orders, Circulars, Bulletins, Notices, Memoranda 등으로 분류하는 견해도 있다. 金杜炫, 美國의 行政立法制度에 관한 연구, 現代公法과 個人의 權益保護(均齊 梁承斗教授華甲紀念論文集 I), 1994, 36面.

43) APA가 정한 절차에 따라 作成되었는가의 여부는 명백하나 決定的인 基準은 아니다. 그 이유는 내용적으로 立法的 規則이나 APA의 절차를 거치지 않고 작성될 수도 있기 때문이다. 그 경우에는 APA의 절차를 이행하지 않은 것이므로 當該規則은 위법무효가 된다.

兩者가 사인에게 부여하는 실제의 영향은 동일하며, 私人側에서도 양자를 그다지 구별하지 않고 유효하고 올바른 것으로 받아들이고 있다는 점 또한 입법적 규칙에서나 비입법적 규칙에서도 制定法의 해석을 행하거나 재량권의 행사에 관하여 규정하고 있으며, 법적 효과의 점에서 양자를 구별하는 것이 곤란한 점 등을 지적할 수 있다.

(2) 解釋規則 · 一般的 政策表明 · 節次規則

연방행정절차법상의 規則의 전부가 立法的 規則인 것은 아니다. 입법적 규칙 외에 解釋規則(interpretative rule), 일반적 정책표명(general statement of policy) 및 節次規則(procedural rule) 등이 있다. 解釋規則은 입법적 규칙과는 달리 사인과 정부를 법적으로 구속하는 효력은 없으며, 단순히 현행법의 의미내용에 관하여 행정기관의 견해를 피력한 것에 불과하다. 물론 행정기관의 解釋規則은 법원에서 참고가 되고 있으며 또한 사인의 권리의무에 사실상 영향을 부여하기도 한다. 그러나 재판의 장에서는 행정기관은 解釋規則을 근거로하여 행정의 활동을 법적으로 정당화할 수는 없으며 어디까지나 당해활동의 근거법에 비추어 법적으로 정당화하지 않으면 안된다. 一般的 政策表明이란 직접 사인이나 정부를 법적으로 구속하는 것은 아니며, 행정기관이 장래 행정입법권한을 어떻게 사용한다는 방침에 관한 의사표시이다. 이 의사표명자체가 사인의 권리의무를 변동시킬 수 없다. 그러나 행정기관이 일반적 정책표명으로서 발한 것이라도, 즉 당사자를 구속시키지는 않더라도 정책표명의 내용이나 현실의 실시방법에서 볼 때 행정기관이 그것에 구속적 효과를 부여하고 있는 것 같은 경우는 법원은 이를 立法的 規則으로 하여 필요한 절차를 거친후 제정하여야 할 것이라고 판단하고 있다.<sup>44)</sup> 節次規則이란 사실 이것은 입법적 규칙인 경우가 있다. 절차규칙에 대응하는 개념은 實體規則(substantive rule)이나, 실체-절차의 구별과 입법적-비입법적의 구분과는 일치하는 것이 아니다. 解釋規則이나 정책표명은 立法的 規則이 아니나, 節次規則의 경우에는 立法的 規則이 아닌 것도 있으며 立法的 規則인 경우도 있다.

14) 徐元宇, 美國行政法上の 行政立法과 그 行政節次, 考試界 1990.5., 23面.

## 2. 委任立法의 制定節次

미국에서의 규칙제정절차는 행정절차법에서 定式規則 制定節次(formal rulemaking), 略式規則 制定節次(informal rulemaking) 및 어느 절차도 적용제외되고 있는 節次(exempted rulemaking) 등 세종류의 절차를 규정하고 있다.

### (1) 定式規則 制定節次

행정절차법 제553조(c)에는 “제정법이 행정기관이 행하는 聽聞의 기회를 부여한 후 그 기록에 의거하여 規則을 제정하도록 규정하고 있는 경우에는 본항의 규정에 의하지 아니하고 제556조 및 제557조를 적용한다”라고 규정되어 있다. 이 절차는 매우 신중한 절차로서 행정기관은 規則의 제정에 조음하여 事實審理聽聞을 하여야 한다. 즉 이해관계인에게 증언의 기회를 제공하고 불리한 증언에 반대신문하는 기회를 제공하여야 한다. 그리고 行政記錄을 작성하고 이에 의거하여 規則을 제정하도록 하는 의미에서 “기록에 의거한 規則制定(rulemaking on a record)”이라고 한다. 이와 같이 定式規則 제정절차는 행정기관에 의한 청문의 기회를 거쳐 기록에 의거하여 規則이 제정되어야 할 것을 제정법이 요구하고 있는 때에 사용된다. 즉 다른 법률이 定式規則 제정절차로서 規則을 제정할 것을 정하고 있는 경우에 이 절차가 사용된다.

그러나 제정법중에는 그 문언상 과연 이 定式規則 제정절차를 지시한 것인가의 여부에 대해 애매한 것이 있다. 行政節次法의 문언상 “행정기관이 행하는 청문의 기회를 부여한 후 그 기록에 의거하여 規則制定을 하도록 규정하고 있는 경우”로 되어 있으며, 여기에서 ①청문의 기회부여 ②기록에 의거하여라는 두가지의 요소가 있다. 그러나 制定法中에는 그 하나만 규정한 것이 있을 수 있다. 이 경우에는 두가지의 해석이 가능하다. 하나는 定式規則 제정절차의 성립요건으로서 ①과 ②가 동시에 필요하다고 해석하는 것이며, 또 하나는 두가지 중 하나만 충족하면 된다는 것이다. 定式規則 제정절차의 경우 그 목적은 합리적인 정책결정에 있는 것이므로 구체적인 당사자간의 분쟁해결을 지향하는 의미는 아니다. 따라서 個人의 권리와 강하게 결부된 聽聞보다도 정책의 합리성을 설득력을 가지고 제시하기 위하여 기록을 남기는 것에 중점을 두고 있다고 할 수 있다. 제정법이 적어도 記錄에 의거하여 規則을 제정할 것을 요구하고

있는 경우에는 定式規則 제정절차라고 생각하여도 무방하며, 단순히 規則制定 前에 청문을 행할 것을 규정하고 있는 경우에는 定式規則 제정절차의 적용을 면제하려는 취지에 의거한 것이라고 할 수 있다.<sup>45)</sup> 이 절차는 사실심리형청문을 행하도록 하므로 매우 까다로운 절차라는 점, 費用이 소요된다는 점 및 복잡한 절차라는 점등에서 실제 행정도 법원도 이를 그다지 사용하지 않는 경향이 있다.

(2) 略式規則 制定節次

행정절차법상의 規則制定節次的 가장 전형적이지 기본적인 절차로서, 동법 제553조의 규정내용에 착안하여 “고지 및 서면에 의한 의견제출 規則制定節次 (notice and comment rulemaking)”라고 부르기도 한다. 規則이 사인의 권리에 영향을 부여하는 경우 근거법규에 반대의 취지의 규정이 없는 한 행정기관이 실제적인 행정입법을 제정하는 때 항상 이 略式規則 제정절차가 사용된다. 가령 근거법규가 “행정기관은 規則을 제정할 수 있다”라고 정하고 있는 경우 사인을 구속하는 規則을 제정하는데에는 이 規則制定節次에 의한다. 略式規則 제정절차의 과정은 다음과 같다.

45) 判例에서도 이 점을 둘러싸고 논의가 다양하다. ①U.S. v. Allegheny Ludlum Steel Corp. 406 U.S. 742(1972)사건판결에서는 1917년의 The Esch Car Service Act가 문제가 되었다. 동법은 주간통상위원회에 대해 鐵道에 의한 운송업자의 서비스에 관하여 합리적인 규칙, 규제 및 취급을 제정할 수 있다고 규정하였다. 同委員會는 이 법에 의거하여 운송서비스규칙을 제정하였으나 그 내용은 貨車가 空貨가 된 후 당해화차를 소유하는 철도의 노선의 방향으로 되돌려야 한다는 것이었다. 원고는 당해규칙이 행정절차법 제556조, 제557조의 요건을 충족하고 있지 않다고 주장하였다. 연방대법원은 동법이 위원회에게 “신청 또는 신청없이 위원회의 발의에 의하여 청문후 서비스에 관한 합리적 규제 또는 취급을 제정하는” 권한을 부여하고 있으나, 당해규칙이 그 기록에 의거하여 제정할 것을 요구하고 있지 않다고 하고, 제556조 및 제557조가 적용되는 것은 제정법이 “청문후” “그 기록에 의거한 결정을 요구”하고 있는 경우에 한함을 명시하였다. ②U.S. v. Florida East Coast Railway Co., 410 U.S. 224(1973)사건에서는 Interstate Commerce Act가 문제가 되었다. 州間通商委員會는 청문후 空貨車의 비소유자에 의한 사용에 관하여 일할계산으로 일정액의 부가적 금전의 지불을 의무화하였기 때문에 금전의 요율에 관한 규칙을 제정하였다. 원고는 1966년의 개정후의 동법 제1조제14항a호의 may after hearing의 문언은 동위원회에게 행정절차법의 formal rulemaking의 절차를 요구하는 것이라고 주장하였다. 연방대법원은 동법에서 말하는 聽聞이라는 문언에는 다양한 의미가 있다. 그러나 입법사는 의회가 동위원회에게 정식규칙제정절차를 사용할 것을 의도한 점을 명확히하고 있지 않다. 정식규칙제정절차를 위해서는 의회의 명확한 의도가 필요하다라고 하여 본건의 경우 告知, 書面에 의한 의견제출의 기회를 부여하고 있으며 본법에서 말하는 청문의 요건은 충족되고 있다고 하였다.

① 草案의 作成

규칙안의 초안작성의 계기는 授權法律에서 비롯한다. 초안은 당해 규칙의 소관을 담당하는 행정기관에 의하여 작성되며, 행정기관은 내부의 자문기관이나 이해관계인으로부터의 의견을 구하는 경우도 있으며, 특히 작성하려는 규칙안의 내용이 規制改革등 행정부의 중점시책과 관련된 것을 포함하는 경우에는 백악관, 연방기관, 관리예산청(OMB) 등과 사전에 협의하기도 한다. 규칙안의 내용이 확정되면 구체적인 規則案을 작성하여 내부심사를 진행한다. 초안에 대한 내부심사는 수평적 심사와 수직적 심사를 병행한다. 水平的 審査(Horizontal review)란 초안과 관련된 내부부서와의 의견을 조율하고 법률적인 검토작업을 수행하는 과정이며, 垂直的 審査(Vertical review)란 당해 부처의 전반적인 계획이나 일반적인 정책과의 부합여부를 확인하기 위하여 상급 부서와의 의견을 확인하는 과정이다.<sup>46)</sup> 이러한 內部審査가 완료되면 초안에 대한 외부심사를 진행하게 된다. 특히 이 외부심사의 의뢰에서는 후술하는 바와 같이 OMB가 중요한 역할을 담당한다. OMB는 규칙안의 내용에 대한 實質審査를 수행하여 초안의 내용이 당해행정기관의 권한내에 속하는 것인지, 당해규칙안이 상위법률의 목적을 달성하기 위하여 입안되었는지 등을 심사한다. 이 단계가 완료되면 행정기관은 규칙안을 인쇄하여 聯邦官報(Federal Register)에 공고한다.

② 規則案의 公告

이 단계에서부터 행정절차법의 규정이 적용된다. 즉, 規則案(proposed rule)은 연방관보에 공고하여야 한다. 公告의 방법은 聯邦官報에 등재하는 것을 원칙으로 하며 規則의 적용을 받는 자가 지명되고 개인적으로 송달되거나 제정법에 특별한 방법으로 통지의 규정이 있는 경우에는 公告의 필요는 없고 그에 상응하는 방법을 취하는 것이 허용된다. 公告의 내용에는 공개의 規則制定節次가 행해지는 일시, 장소 및 성질에 관한 설명·規則案의 근거가 되는 행정기관의 권한에 관한 표시·規則案의 전문 또는 개요, 포제 및 同規則案에 포함되어 있는 관련사항에 관한 설명을 포함하여야 한다. 公告의 목적은 規則制定에 관한 정보를 국민에게 제공하고 이해관계인에게 참가의 기회를 부여하는 점에 있으며, 公告의 목적은 그 이상도 그 이하도 아니다. 현실로 행해진 고지

46) C.M.Kerwin, op.cit., pp.82~83.

가 이 목적을 충족하는 한 이 요건은 충족된다. 따라서 이해관계인에게 쟁점을 선택하게 하거나 절차의 범위를 축소하는 것을 허용하는 것이 아니다.<sup>47)</sup> 다만 解釋規則, 정책의 일반적 표명, 행정기관의 조직, 절차 또는 실무상의 취급에 관한 規則이나 행정기관이 정당한 사유에 의하여 公告 및 公고에 의거한 公開 節次가 實제상 불가능하거나 공공의 이익에 반한다고 인정되는 경우(제정하는 規則중에 그 사실의 인정 및 그 이유의 요지를 기재한다)에는 公고를 요하지 아니한다. 나아가 제정법에 의한 公告 또는 聽聞이 요청되고 있는 경우에는 별도의 방법에 의한다(APA § 553(b)).

### ③ 利害關係人の 意見收斂

모든 이해관계인은 서면에 의한 자료, 견해 또는 구두로 規則案에 의견을 개진할 수 있다. 의견제출기회 부여는 公告와 일체를 이루며 이해관계인의 참가를 도모하는데 의의가 있다. 그러나 법문언에서 보는 것처럼 行政機關에게 광범한 재량권이 부여되고 있다. 즉, 公고후 서면에 의한 意見提出이외에 어떠한 절차를 취하는가는 행정기관의 裁量에 맡긴다. 이것은 국민의 절차적 권리보다도 행정의 편의와 정당성에 착안한 것이라 할 수 있다.<sup>48)</sup> 이 규정을 보는 한 국민의 절차참가권을 중시하여 만든 것이라고는 생각되지 않는다. 行政機關으로부터 본다면 참가는 단순한 정보수집의 하나의 수단에 불과하게 된다. 그렇다고 하여 의견제출기회부여에 의미가 없는 것은 아니다. 문제는 오히려 意見提出이 최종적인 規則에 어떠한 영향을 부여하는가에 있다. 그러나 이 점에 관하여 행정절차법은 아무런 규정도 두고 있지 않다. 즉, 입법자의 의도는 略式規則 제정절차의 경우에는 결국 情報의 수집에 주안이 있으며 이해관계인이 행한 의견제출도 행정기관의 事實認定의 하나의 자료로서의 의미를 지니는데 불과하다. 환언하면 행정기관은 이들 의견제출에는 아무런 구속도 받지 않으며 스스로 보유한 文書資料에 의거하여 사실을 인정하고 規則을 제정할 수 있다는

47) Pacific Coast European Conference v. United States, 330 F 2d 197, 205(9th. Cir. 1965). 문제는 公告가 이 목적을 충족하지 않은 경우이다. 이것은 두가지의 유형으로 나누어 볼 수 있다. 하나는 公고없이 갑자기 최종규칙을 제정한 경우이다. 판례는 당해규칙은 무효라고 하고 있다(Hotch v. U.S., 212 F.Supp. 280, 282, 9th Cir. 1954). 또 하나는 부적절한 公고의 경우이다. 이것은 정도문제로서 무엇을 가지고 公고가 불충분하다고 보는가는 일의적으로 결정하기 어렵다. 이 경우에는 公告의 目的 즉 이해관계인에게 참가의 기회를 부여하였는가를 기준으로 할 수밖에 없을 것이다.

48) C.M.Kerwin, op.cit., p.83.

의미로 해석된다. 따라서 이해관계인에 의하여 행해지는 參加에는 커다란 한계가 있다. 즉, 참가자는 規則制定에 영향을 미칠 수 있는 여지가 있으나 전혀 영향을 부여하지 못하는 경우도 있으므로 그 영향력이라는 점에서 본다면 법적 보장으로서는 어느것도 같다.

#### ④ 行政機關의 檢討

행정기관은 이해관계인의 의견을 수렴하여 그 의견에 비추어 어느 부분을 개정·보완할 것인가를 결정한다. 경우에 따라서는 개정된 規則案이 다시 연방관보에 게재되어 이전의 절차(③, ④)로 되돌아가는 경우도 있다.

#### ⑤ 最終規則의 確定

최종적으로 規則은 효력발생일로부터 적어도 30일전에 연방관보에 공고된다. 이 경우 規則의 근거와 목적에 관한 간결한 一般的 說明이 부가되어야 한다. 행정기관은 제출된 相關사항의 검토후에 最終的 規則을 제정한다. 이 規則중에 規則制定의 근거와 목적의 개요를 간결하게 기재하여야 한다. 법률이 특히 定式規則 제정절차에 의하여야 할 것을 규정하고 있지 않는 한 사실인정 및 법률상의 결론을 도출하는 것은 필요하지 않다. 또한 規則이나 規則制定의 배후에 있는 각종 고려사항의 분석도 불필요하다. 오히려 이 기재는 공중에 대하여 規則의 일반적인 기초 및 목적을 알리기위한 것이다. 즉, 일반인에게 제시되는 것은 規則의 일반적인 기초 및 목적에 불과하며 행정기관의 결정과정에 부여한 일반인의 영향은 직접 알려져야 할 것은 아니다. 規則은 효력발생일로부터 30일 이내에 公告 또는 송달되어야 한다. 다만 적용제외의 허용 또는 승인, 제한을 해제하는 實體的 規則과 解釋規則 및 시책의 설명, 정당한 사유에 의거하여 행정기관이 별도의 규정을 두어 당해 규칙과 함께 공고한 경우에는 필요가 없다.

#### ⑥ 規則制·改正에 대한 申請

행정기관은 이해관계인에 대하여 規則의 제정, 개정 또는 폐지의 신청을 할 권리를 부여하여야 한다. 이 권리는 이해관계인에게 한정되고 있으나, 그 성질상 實體的 規則뿐 아니라 기타 組織的規則이나 節次的 規則에도 적용된다. 신청이 제출된 것만으로 직접 행정기관이 청원을 허용하거나 청문을 행하거나 또는 기타 公開規則 제정절차를 행하여야 한다는 것은 아니다. 신청을 각하한 경우에는 行政節次法 제555조제e항이 적용되므로 청원자에 대해서는 절차상의



이유, 기타 각하이유의 개요를 첨부한 각하통지를 신속하게 송부하여야 한다. 또한 그러한 처분에 대하여는 사법심사를 요구할 수 없다.

略式規則 제정절차는 定式規則 제정절차에 비하면 비용이 적게들며 신속한 결정이 가능하다는 점, 광범한 정보의 수집에 의하여 이해의 조정이 가능하며 유연한 정책결정을 가능케하는 점, 規則案의 공고에 의하여 국민의 참가에 관한 정보의 제공을 거두며 이해관계인에게 의견표명의 기회를 부여하는 점에서 민주적이라는 점 등에서 장점이 있다. 그러나 定式規則制定에 비하여 사법적 엄격함으로부터의 해방은 신속성을 보장할지는 모르나 特定規則에 반대하는 자에게는 공정성의 정도가 약하게 될 우려가 있다는 점, 이 절차에 의하면 어떠한 절차를 취할 것인가는 행정기관의 재량에 맡겨지게 되므로 행정기관은 사실 인정 및 법률상의 결론을 도출할 필요도 없으므로 행정기관으로서의 規則制定 節次의 과정에서 도출된 정보이외의 것을 기초로 規則을 제정할 수 있다는 점에서 이해관계인의 보호가 충분하지 않다는 비판도 있다.

### (3) 適用外 規則制定節次

行政節次法 제553조는 합중국의 군사 또는 외교상의 사항에 관한 기능, 행정기관내부의 관리·인사·공공재산·대부금(loans)·급부금(benefits)·계약에 관한 사항, 해석적 規則·정책의 일반적 표명·행정기관의 조직·절차·실무상의 취급에 관한 規則, 행정기관이 정당한 이유로 고지 및 고지에 의거한 공개절차가 실제상 불가능하거나 불필요 또는 공공의 이익에 반한다고 인정되는 경우 등을 적용제외로 하고 있다. 이들 분야의 規則은 특별법이 아닌 한 고지나 의견제출절차를 거치지 않고 제정하는 것이 가능하다.

첫째, 합중국의 軍事 또는 外交에 관한 사항에 대하여 규칙제정절차를 요하지 않도록 한 이유로는 행정기관의 업무부담을 증대시켜 그를 위한 費用이 증가하고 정부의 증대하고 예민한 행정집행의 기능을 지연시키게 된다는 점, 공중은 이러한 規則制定에 관심이 희박하며 크게 공헌도 할 수 없다는 점, 그러한 規則을 제외하지 않는 경우에는 規則制定에 관련하는 행정기관과 직접 이해관계를 지닌 공중은 대립하는 입장에 서게 되므로 이 경우 공통의 문제에 관하여 최선의 해결을 위한 상호협력이 감퇴된다는 점, 公衆은 군사 또는 외교상의 사항에 관하여 개별적인 권리를 가지 않으며 公衆의 범위를 확정할 수 없다는 점, 제외사항을 폐지하게 되면 행정기관의 활동의 유연성을 박탈하게 된다는

점 등을 지적하고 있다.<sup>49)</sup>

둘째, 행정기관내부의 管理, 人事에 관한 사항에서 내부관리란 단순히 행정기관내부로만 이해되는 것이 아니라 행정기관이 내부관리의 문제를 처리하기 위하여 설치한 각부처간의 위원회(interdepartmental committee)의 기능의 대부분도 포함된다. 이들 사항에 대하여는 연방관보에 公告하는 것을 면제하고 있으나 그 취지는 이들 사항이 행정기관에만 관계되며 일반국민은 아무런 영향을 받지 않는다는 점이다.

셋째, 공공재산(public property), 貸付金(loans), 보조금(grants), 급부금(benefits), 공공계약(public contracts) 등 일정한 재산상의 사항에 대하여 적용제외를 규정한 것은 이들사항이 정책과정의 효율상 바람직하다는 점과 위에 열거된 사항은 권리라기 보다는 오히려 특권이므로 절차의 참가를 거부하는 것은 당연하다.<sup>50)</sup>

넷째, 解釋規則, 정책에 관한 일반적 표명, 행정기관의 조직·절차 또는 실무상의 취급의 경우에는 행정기관은 고지를 필요로하지 않으며 의견제출절차를 취할 필요도 없다. 따라서 행정기관은 解釋規則등을 만든 경우에는 단순히 최종적인 것을 공포하면 족하다. 解釋規則이나 정책의 일반적 표명 등은 立法的規則에 비하여 개인의 권리에의 실질적 영향이 적다는 점, 행정기관은 통상적 해석적 規則의 공포 내지 일반적 정책표명에 의하여 스스로 정책을 명확히하는데 관하여 재량권을 가진다는 점이다.

다섯째, 행정기관이 정당한 이유로 고지 및 고지에 의거한 공개절차가 실제상 불가능하거나 불필요 또는 公共의 利益에 반한다고 인정되는 경우에는 고지, 공개절차를 취할 필요가 없다. 따라서 이 경우 행정기관은 規則을 임의로 공포할 수 있다. 다만 법은 이 경우 제정하는 規則중에 그 사실의 인정과 그 이유의 요지를 規則중에 기재할 것을 요구하고 있다.

49) Arther Bonfield, *Military and Foreign Affairs Function Rule Making under the APA*, 71 Michigan Law Review 221, 270(1971).

50) A.Bonfield, *Public participation in federal rulemaking relation to Public Property, Loans, Grants, Benefits or Contracts*, 118 University of Philladelphia Law Review 566~567(1970). 그러나 이들 분야는 중요한 개인적 내지 國民의 利害에 영향을 미치는 것이며 오히려 규칙제정에 있어서 國民의 參加가 강하게 요청되고 있는 분야라고 하여 비판하는 견해도 많다. Evelyn R.Shinaiko, *Due Process Rights of Participation in Administrative Rulemaking*, 63 University of California Law Review 902(1975).

(4) 混合規則 制定節次

혼합규칙제정절차(Hybrid Rulemaking) 또는 附加的 節次(Additional Procedure)란 법원이 창출한 것으로서 헌법상 또는 관련되는 제정법상으로 직접적인 명문의 규정은 없다. 또한 법적 근거 내지 절차상의 요건이 무엇인가에 대하여 法院의 判例도 다양하며 혼합규칙제정절차에 관한 개념을 명확히 정의하는 것은 쉽지 않다. 어쨌든 혼합규칙제정절차란 정식규칙제정절차도 약식규칙제정절차도 아닌 그 中間的인 규칙제정절차로서, 정식규칙제정절차와 같이 엄격한 절차를 필요로하지 않으나, 다른 한편 약식규칙제정절차와 같이 완화된 것도 아닌 절차를 의미한다.<sup>51)</sup> 이 절차는 1960년대 후반부터 급증하기 시작한 약식규칙제정절차가 利害關係人의 보호에 불충분하다는 인식하에 이해관계인의 참가를 보다 實效的인 것으로 하는 한편 정식규칙제정절차의 과도한 司法化를 회피할 수 있는 절충적인 규칙제정의 창조가 각방면에서 요청되면서 법원에 의하여 널리 채용되기에 이르렀다.

이러한 혼합규칙제정의 근거에 대하여는 초기에는 절차적 due process에 의거하였다. 즉, 1966년의 American Airlines, Inc. v. CAB(359 F. 2d 624) 사건판결에서 原告는 허가의 변경에 즈음하여 사전에 대심구조의 청문을 행할 것을 법률에서 규정되어 있음에도 불구하고 民間航空委員會(Civil Aeronautics Board)가 약식규칙제정에 의하여 이를 행한 것은 위법이라고 주장하였다.<sup>52)</sup> 법원은 이러한 사례에서 약식규칙제정에 의하여 일반적 기준을 정하는 것은 적법하다고 하였으나, 그 경우에도 절차적 due process의 요청으로서 對審型聽聞(trial-type hearing)이 요구될 수 있음을 시사하였다.<sup>53)</sup> 그러나 연방대

51) 자세한 내용은 趙鏞憲, 美國聯邦行政節次法에 관한 研究, 중앙대 박사논문 1991, 140面이하 참조.

52) 聯邦航空法(Federal Aviation Act)에서는 항행노선취항의 허가 또는 조건등의 변경에 즈음하여 재결적 청문(adjudicatory hearing)을 요건으로 하고 있다. 그러나 民間航空委員會는 행정절차법의 절차에 따라 단지 고지와 서면의 기회부여를 하였다. 그리하여 원고는 재결적 청문이 행하여지지 않은 본건 규칙은 無效라고 주장하였다.

53) 그 이후의 後續判例 가운데 예컨대 1971년의 Walter Holm & Co. v. Hardin(449 F.2d 1009)사건판례가 있다. 農業市場去來協定法(Agriculture Marketing Agreement Act of 1937)에서 농림부장관에게 특정상품의 판매규제를 위하여 명령을 발할 권한을 부여하고, 이 명령을 보완하기 위하여 규칙제정권한을 부여하였다. 長官은 이 규정에 의거하여 일정한 양의 토마토수입을 제한하기 위하여 行政節次法의 서면절차에 의하여 규칙을 제정하였다. 그런데 동법은 명령에 관해서는 "聽聞의 機會의 적정한 告知"를 요하

법원은 1973년의 Unites States v. Florida East Coast Ry.(410 U.S. 224)사건판결에서 규칙제정에 있어서는 due process의 요청으로서 구두절차가 의무화되어 있는 것이 아니며 하물며 대심형청문이 요구되는 것은 아님을 명확히 하였다. 그러나 下級法院은 혼합규칙제정을 인정하기 위한 다른 방법을 고찰하였다. 하나는 제정법이 규칙제정에 관하여 일반적으로 수권하면서 규칙에 관해서는 實質的 證據審査(substantial evidence review)를 행할 수 있는 규정을 둔 때에는 이 유형의 사법심사는 통상 정식규칙제정에 대하여 인정됨에도 불구하고, 혼합규칙제정을 의무화한 것이라고 이해하는 방법이다.<sup>54)</sup> 또한 行政節次法 제553조의 확장해석을 통하여 이해관계인의 절차적 보호를 확장하고 있는 경향도 인정되었다. 즉 제553조는 규칙제정의 기초가 되는 중요한 자료의 개시를 행정청에게 의무화하고 있지는 않으나, 판례중에는 기본적 자료가 제공되지 않음으로써 의미있는 의견진술을 행하지 못한 때에는 意見陳述이 거부된 것과 동등하다고 판시함으로써 규칙안의 기초가 되는 중요한 자료를 공표할 것을 행정청에게 요구한 사례도 있다.<sup>55)</sup>

그러나 1978년 Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. National Resources Defense Council Inc.(435 U.S. 519)사건판결에서 聯邦大法院은 판례에 의한 혼합규칙제정의 창조를 부인하였다. 본건에서 행정청은 약식규칙제정에도 불구하고 구두청문을 행한 것이나, 항소심에서는 이것도 불충분하며 중요사항에 관해 반대신문이 필요하다고 판시하였다.<sup>56)</sup> 聯邦大法院은 이 판결을 파기하여 대립하는 사회적·정치적 세력의 타협으로서 성립한 APA에

---

는 규정을 두고 있으며, 원고는 이 점을 가지고 청문을 받을 권리를 침해받았다고 주장하였다. 判決은 본건이 국내생산자와 수입업자에 대하여 영향을 미칠뿐 아니라 수입제한에 수반한 외교정책의 문제와 GATT의 문제도 포함하는 것임을 지적한 후, 이러한 경우의 規則制定方式에 관하여 "규칙이 미지 또는 결정적인 문제를 쟁점으로 하는 경우에는 행정기관은 엄격한 의미를 하여 公正性을 기본으로 결론을 도출하여야 할 것이다"라고 하였다. 그리고 本件과 같이 토마토의 가격통제라는 결정적인 쟁점에 관하여 결정하기 위해서는 효과적인 의견표명이 가능한 口頭陳述 또는 반대신문의 기회를 원고에게 부여하여야 한다고 하였다.

54) Ernst Gellhorn and Boyer, *Administrative Law and Process*, West Publishing 1982, p.257.

55) United States v. Nova Scotia Food Prods. Corp., 568 F.2d 240, 252(2d Cir. 1977). 혼합규칙제정에서 요구되는 부가적 요건은 다양하나, 중요한 정보의 개시, 설득력있는 Comment에의 응답, 일방적 통신의 금지 등이 있다.

56) National Resources Defense Council, Inc. v. U.S.Nuclear Reg. Commission, 547 F. 2d 633(D.C.Cir. 1976).

제시된 입법자의 의도를 변경하는 것은 司法의 領域이 아니라고 하고, 만약 법원이 새로이 절차요건을 창조하는 것이 허용된다면 사법심사는 전혀 예견할 수 없는 것이 된다고 판시하였다.<sup>57)</sup> 다만 이 판결은 법률이나 행정청의 규칙에 의하여 混合規則制定을 정하는 것까지 부정하는 것은 아니며, 이 유형의 혼합 규칙제정은 현재에도 다수 존재하고 있다.

#### IV. 委任立法의 統制

##### 1. 立法府에 의한 統制

미국의회는 행정기관의 활동전반에 대하여 일반적·포괄적으로 통제할 수 있는 권한을 가지므로, 행정입법, 즉 행정기관에 의한 規則制定에 있어서도 다양한 방식으로 직접 또는 간접으로 통제할 수 있다. 그런데 종래 미국에서는 憲法上的의 권력분립원리와 이에 따른 책임정부의 관념으로 인하여 委任立法에 대한 의회의 통제수단은 그다지 발달하지 못하였으나, 최근에 이르러서는 정부를 간소화하여 행정활동에 대한 비용을 어느 정도 삭감함과 동시에 사인의 권리·의무를 적절하게 보장하기 위하여 행정기관의 規則制定節次에 대한 통제에 매우 적극적으로 임하고 있다. 그러나 행정활동의 증대에 따른 規則의 양적 증가 현상과 規則內容의 전문성·기술적 복잡성으로 인하여 의회가 이를 전면적으로 통제하기에는 한계가 있다.

##### (1) 議會拒否權의 行使에 의한 統制

議會拒否權이란 “광의로는 기존의 법률에 따라 행해진 대통령 또는 행정기관의 행위를 취소하는 의회의 행위<sup>58)</sup>를 의미하며 機動的인 행정활동을 행하기

57) 이 판결의 상세한 내용은 R.Stewart, *Vermont Yankee and the Evolution of Administrative Procedure*, 91 Harvard Law Review 1805(1978); K.C.Davis, *Administrative Common Law and the Vermont Yankee Opinion*, Utah Law Review 3(1980); *Comment, Counter Revolution in the Federal Courts of Appeal -The Aftermath of Vermont Yankee*, 15 University of Richmond Law Review 723 등 참조. 국내문헌으로는 徐元宇, 規則制定節次에 대한 司法審査의 限界, 公法研究 제10집(1982), 137~147面 참조.

58) James R.Bowers, *Regulating the Regulators. An Introduction to the Legislative Oversight of Administrative Rulemaking*, Praeger 1990, p.19.

위하여 더욱 광범한 재량권의 부여를 바라는 행정기관의 요구와 새로운 법률을 제정하지 않고서도 行政機關의 광범한 재량권을 통제할 수 있는 간편한 수단의 획득을 바라는 의회의 요구를 조화시키는 것을 주된 목적으로 한다.<sup>59)</sup> 이러한 議會拒否權은 ①양원 또는 일원 내지 그 위원회의 결의에 의하여 거부권이 행사되지 않으면 특정일이후에 대통령 또는 행정기관의 행위의 효력이 발생하는 效力否定型(negative form) ②양원 또는 일원 내지 그 위원회의 결의에 의하여 행정기관등의 행위의 효력이 승인됨으로써 비로소 당해행위의 효력이 발생하는 效力肯定型(affirmative form) ③의회가 일정한 유예기간내에 법률을 가결하지 않으면 당해기간경과후에 행정기관등의 행위의 효력이 발생하는 審議型(deliberative form) 내지 法律型(law form) 등의 세가지가 있다. ①과 ②는 대통령에 대한 결의의 제시가 없이 그 거부권에 복종하지 않는데 대하여 ③은 의회거부권의 행사를 법률의 형식으로 승화시킨 것으로 통상의 立法過程과 같이 양원의 일치와 대통령에 대한 지시를 수반하며 그 거부권에 복종한다는 점에서 양자는 다르다.<sup>60)</sup>

이러한 議會拒否權은 1932년에 처음으로 제도로서 법률에 도입되었으나, 1970년대이후 특히 월남전쟁과 워터게이트사건등에 의하여 행정기관에의 불신감이 중대하면서부터 주목된 수단이다. 의회거부권은 그 후 다수의 法律에 삽입되었으나 聯邦大法院의 Immigration and Naturalization Service v. Chadha 사건판결<sup>61)</sup>을 계기로 새로운 전기를 맞이하게 되었다. 즉, 본건은 移民歸化局이 외국인인 Chadha에 대하여 이민국적법(Immigration and Nationality Act) 제244조(c)항제1호에 의거하여 국외강제퇴거를 정지하는 결정을 내린 바, 聯邦下院이 동제2호에 의거하여 본건정지를 거부하는 결의를 행하여 이에 따라 이민귀화국이 다시 Chadha에게 퇴거를 명하였으므로 동인이 이민불복심사회에의 불복신청을 거쳐 출소한 것이다. 원심의 합중국제9지구 순회항소법원은 의회에는 外國人의 퇴거를 명하여야 할 憲法上的 권한이 없으므로 이민국적법 제244조(c)항제2호는 권력분립의 원리에 반하여 위헌이라고

59) Arther E. Bonfield & Michael Asimow, *State and federal Administrative Law*, Little, Brown & Co. 1989, p.479.

60) Babara Craig, *The Legislative Veto. Congressional Control of Regulation*, Westview Press 1983, p.27.

61) 462 U.S. 919(1983). 동 사건에 관한 국내문헌으로는 李相敦, 立法的拒否에 대한 美國聯邦大法院의 違憲判決, 考試界 1984.10 참조.

판시하였다. 62) 이에 대하여 聯邦大法院은 상고를 기각하면서 그 판결이유는 원심과는 다른 것이었다. 즉 본건의 一院拒否權(one house veto)은 의회의 외부에 있는 법무장관, 집행부의 공무원, Chadha를 필두로하는 이해관계인등의 법률상의 권리·의무를 변경하는 목적 및 효과를 가지는 立法行爲이며, 본래는 聯邦憲法 제1조에 따라서 양원의 다수결에 의한 가결과 대통령에의 제시가 필요한데 대하여, 이 절차를 거치지 않은 이상 위헌이라고 판시하였다. 본 판결에서의 다수의견에 따르면 二院拒否權(both house veto)이더라도 의회거부권에 관한 전술의 유형중 효력긍정형과 효력부정형이 위헌으로 판단되게 된다. 63)

그러나 聯邦大法院의 다수의견에 따르더라도 모든 의회거부권이 권력분립에 반하여 違憲이 되는 것은 아니다. 즉, 의회거부권의 유형중 심의형(법률형)을 채용한다면 다수의견의 반대해석으로부터 합헌이 될 수 있다. 64) 다만 이에 관하여는 規則制定의 지체현상을 악화시켜 규제의 시기지연을 증대시킨다는 비판이 있으며 65), 또한 원래 전문적 지식이 결여된 議會가 의회거부권을 행사하여도 행정기관을 체계적으로 통제하기에는 곤란하다는 비판도 있다. 66)

## (2) 規則審查制度에 의한 統制

### ① 聯邦議會의 規則審查制度

1996년 3월 29일 클린튼행정부는 행정기관에 의한 중소기업의 과도한 규제를 완화하여 중소기업의 적극적 육성을 도모하기 위하여 "The Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act(SBREFA)"을 제정

62) 643 F2d 408(1980).

63) 소수의견 중 White判事는 의회거부권은 법률에 의하여 수권되어야 하며 행정기관의 제안의 시비에 대하여 의사표시를 하는데 불과하므로 規則制定節次에 의하여 엄격한 양원제원리와 대통령에의 지시를 요청하는 절차까지 적용될 필요는 없다는 취지의 반대의견을 피력하였다. 462 U.S. 919, 979~987.

64) A.E.Bonfield & M.Asimow, op.cit., pp.493~495.

65) Lynn Martin, *The Legislative Veto and the Reasonable Exercise of Congressional Powers*, 68 Virginia Law Review 253, 280~285(1982).

66) 개별구체적인 의회거부권의 행사보다 規則審查의 편이 행정기관에 대한 체계적인 통제에 이바지한다는 지적도 있다. J.R.Bowers, op.cit., p.24. 丘秉朔, 議會의 拒否權과 그 合憲性與否 -美國聯邦議會를 중심으로-, 現代行政과 公法理論(南河 徐元宇教授華甲紀念), 1991, 145面.

하였다. 동법에서는 行政機關이 중소기업에 대한 규제를 가하는 주요 規則을 제정하려는 경우에는 의회가 그 規則의 효력발생전에 일정한 심사를 행할 수 있도록 함으로써 행정입법에 대한 의회의 통제수단을 규정하고 있다.<sup>67)</sup> 나아가 동법 제8장에서 행정입법전반에 대한 議會의 審査(Congressional Review of Agency Rulemaking)를 삽입하였다. 그리하여 동법의 효력발생일인 1996년 3월 29일부터 모든 연방행정기관의 規則은 그 시행전에 의회에 의한 사전 통제를 받게 되었다.<sup>68)</sup>

첫째, 동법에 의하면 행정기관은 規則의 시행전에 의회에 대하여 規則의 寫本 및 同規則의 비용효용분석(cost-benefit analyse) 보고서, 규제유연성법(Regulatory Flexibility Act) 및 unfunded Mandates Reform Act와 의 관련성, 기타 관련정보 또는 다른 법령과의 관련성, 동규칙의 施行日 등을 구체적으로 분석한 요약보고서를 兩院 및 會計檢査院長(Comptroller General)에게 제출하여야 한다(§ 801(a)). 행정기관의 規則이 관리예산청(The Office of Management and Budget)의 情報·規制管理局(Administrator of the office of Information and Regulatory Affairs)이 경제적으로 연간 1억달러이상의 효과가 있거나, 소비자·개인사업자·연방 및 주정부 등에 중대한 비용 및 가격의 인상을 가져오는 것, 해외투자기업 등에 고용안정·생산·투자·공정거래 등에 심각한 영향을 초래하는 결과를 가져오거나 가져올 우려가 있다고 판단하는 “중요한 規則”인 경우에는 회계검사원장은 행정기관의 報告書를 접수한 날부터 15일 이내에 회계검사원의 평가보고서를 양원에 제출하여야 한다. 행정기관은 회계검사원장의 평가보고서작성에 관련 정보를 제공하는 등 협조하여야 한다. 이들 중요한 規則이 議會에서 심사되는 경우 동규칙은 의회가 접수한 날부터 60일간 효력이 정지된다. 다만 의회에 송부된 規則案이라 할지라도 대통령이 當該規則이 건강·안전에 긴급한 위협을 가져오거나 또는 긴급사태의 대처필요성, 형법의 시행에 필요한 경우, 국가안보의 필요성, 국제무역협정의 수행에 필요하다고 판단되는 경우 등에는 의회에 그 사실을 서

67) 동법의 자세한 내용은 Small Business Administration, *National Ombudsman's first Annual Report to Congress on the Regulatory Fairness Program*, 1997.12.31. ; Thomas O.Sargentich, *The Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act*, *Administrative Law Review* Vol. 49(1999) 참조.

68) 국내에 이를 소개한 문헌으로는 金珉昊, *議會의 行政立法統制에 관한 研究*, *憲法學研究* 제4집2호(1998), 91面.



면으로 통보하여 즉시 효력을 발생하게 할 수 있다(§ 801(c)). 또한 상업적·오락적 또는 생계유지를 위한 낚시, 사냥, 캠페인활동 등과 관련된 規制計劃의 수립·시행 및 개정·종료 또는 집행을 하는 規則 등이나 행정기관이 規則에 대한 고지절차를 거칠 필요가 없는 경우 또는 그 절차를 거치는 것이 불가능한 경우, 고지를 하는 것이 공익에 반한다고 판단되고 그 판단이 정당한 이유가 있는 경우에는 행정기관의 결정으로 동規則은 즉시 효력이 발생한다(§ 808). 그러나 이들 경우에도 보고서 등의 자료제출의무와 의회에 의한 심사는 계속 진행된다. 그리고 특정분야에 적용되는 規則이나 행정기관의 경영과 인사에 관한 規則 및 행정기관의 조직, 절차 또는 집행에 관한 規則으로서 행정객체에게 권리나 의무를 부과하지 아니하는 規則 등은 예외적으로 처리된다(§ 804).

둘째, 행정기관으로부터 規則을 접수한 때에는 상·하원의 그 規則의 상위법을 소관하는 소관상임위원회의 위원장 및 위원에게 각각 송부한다. 會計檢査院長은 각 원의 소관 상임위원회에 회부된 規則에 대한 평가보고서를 각각 15일 이내에 송부하여야 한다. 소관 상임위원회에 회부된 規則에 대하여는 양원의 合同決議(joint resolution)에 의하여 승인 또는 불승인의 결정을 내린다. 또한 상하양원위원회중 하나의 院에서 規則에 대한 불승인의결을 한 경우 그 원의 위원회에서 통과된 規則은 다른 원의 위원회에 회부할 필요없이 바로 최종 표결에 회부된다(§ 802(f)). 각원의 소관상임위원회에 회부된 規則에 대하여 20일이 경과하여도 승인 또는 불승인의 의결을 하지 아니하는 경우에는 상원 의원 30인이상의 서면에 의한 결의로 소관상임위원회의 심사권을 박탈할 수 있다(§ 802(c)). 이 경우 상원은 同規則案에 대하여 10시간이내의 토론시간을 할애하되, 찬반양측에게 균등하게 시간을 배분하여야 하며, 이 경우에도 規則이 의회에 제출되거나 관보에 게재된 날로부터 60일이내에 하여야 한다. 의회의 이러한 심사절차에 대한 조사나 결정, 작위 또는 부작위 등 어떠한 행위도 법원의 사법심사의 대상이 되지 아니하며, 행정기관도 의회의 심사행위에 대하여 간여할 수 없다(§ 805).

셋째, 효력이 발생하지 아니한 規則에 대하여 불승인의결을 한 때에는 행정기관은 동일한 規則案을 다시 제출할 수 없으며, 불승인의결을 받은 規則과 동일한 規則은 특별법에 의하여 특별히 인정되는 경우가 아닌 한 이를 다시 제출할 수 없다.

원래 規則審査制度란 의회거부권을 행사하기전에 전문위원이 행정기관에 대

하여 자문적인 이의(advisory objection)를 표명하는 과정을 둔다면 권력분립원리에 저촉하지 않고 전문적 지식을 구비하지 못한 의회가 비교적 단기간에 행정기관이 제정한 規則의 문제점을 판단하여 規則가운데 체계적으로 자기의 의사를 반영할 수 있다는 점에서 고안된 제도이다.<sup>69)</sup> 이러한 의회의 規則審査制度에 대하여는 광범하게 정의된 規則의 범위로 인하여 심사대상이 양적으로 폭증하여 의회가 효율적인 規則통제를 할 수 없다는 점, 제출된 規則에 대한 심사제도는 의회측에서 본다면 엄청난 비용과 시간이 소요되어 정상적인 입법 활동에 지장을 초래하고 있다는 점, 동법이 시행되면서 1997년 3월 현재 의회 및 회계감사원에 제출된 規則은 1주당 약 75건이며, 그 중에서 의회가 불승인 의결을 한 경우는 하나도 없었다는 점 등에서 볼 때 동법에 의한 規則審査制度는 規則制定過程에 의회의 통제를 추가함으로써 더욱 정교한 規則을 만들게 하였다.<sup>70)</sup>

## ② 州議會의 規則審査制度

規則審査制度는 현재 연방차원에서 보다는 州次元에서 다양한 형태로 시행되고 있으며<sup>71)</sup>, 각주가 이 제도를 채용한 주된 이유는 다음과 같다. 즉, 州議會는 법률의 規則에 대한 우위성이 행정기관에게 침식되었기 때문에 입법권을 재생시킬 필요성이 있다는 점이다. 또한 주의회 및 유권자는 規則이 주의회의 의사를 초월하여 과도하게 엄격한 규제를 가하고 있음을 의식한 점이다. 그리고 이를 해소하기 위하여 規則에 憲法上的 입법기관인 주의회의 의사를 반영하여 행정국가현상에 의해 상대적으로 약화된 州議會가 행정기관과의 관계에서 적어도 대등성을 회복할 필요가 있기 때문에 다수의 주에서 規則審査制度를 창설하고 있다.<sup>72)</sup> 規則審査制度는 각주의 행정절차법에서 규정하고 있으며 그 유형도 의회내에 規則審査에 관한 양원합동위원회를 두어 심사하는 것과, 모든 規則을 심사범위로하는 것 또는 規則의 효력발생전에 심사를 하는 것 등 주마다 매우 다양한 형태를 취하고 있다. 여기서는 의회내에 規則審査에 관한 위원회

69) J.R.Bowers, op.cit., p.25.

70) Daniel Cohen/Peter L.Strauss, *Recent developments regulatory Reform & The 104th Congress*, 49 *Administrative Law Review* 102(1997).

71) 규칙심사제도는 1990년 현재 42個州에서 채용되고 있다.

72) Alan Rosenthal, *Legitiv Behavior and Legislative Oversight*, 7 *Legislative Studies Quarterly* 115, 124(1982).

를 두어 규칙심사를 하는 유형을 살펴보기로 한다.

첫째, 規則審査는 행정기관이 규칙제정에 즈음하여 “行政規則에 관한 합동위원회(Joint Committee on Administrative Rules)”에게 고지함으로써 개시된다. 각행정기관은 규칙안을 제안하는데 즈음하여 合同委員會에 일정기간 내에 서면으로 고지하며, 그 서면고지에는 ①행정기관이 일차적으로 고지한 기간내에 행해진 모든 변경사항의 原文 및 위치 ②모든 規則案 및 既存規則의 수정안에 관한 최종적 규칙유연성분석 ③規則案의 경제적 및 재정적 분석 등을 설명한 내용이 포함되어야 한다.

둘째, 합동위원회는 위의 고지후 規則審査를 행한다. 즉, 합동위원회는 모든 規則案, 既存規則의 수정안 및 既存規則의 폐지안(이하 “規則案등”이라 한다)이 근거법에 부여되고 있는 권한의 범위내에 있는가, 적절한 형식을 구비하였는가, 규칙안등의 제정, 수정 또는 폐지전에 고지가 행해지고 그 고지가 規則의 수정 또는 폐지의 목적과 효과에 관하여 상당한 주지가 되기위하여 충분한 것이었는가를 심사한다. 委員會는 當該規則에 관하여 적용되는 법률과 행정규칙의 명문의 목적에 합치하는 대체안을 검토한다. 위원회가 規則案등에 이의가 있는 경우에는 規則案등을 제안한 행정기관에게 그 사실을 認證(certify)하여야 한다. 이 인증에는 구체적인 이의를 서술한 합동위원회의 書面이 포함되어야 한다. 합동위원회가 規則案등을 제안한 행정기관에게 자기의 이의를 인증한 경우에는 당해행정기관은 異議의 書面을 수리한 후 일정기간내에 동위원회의 이의를 만족시킬만한 修正案, 規則案 전체의 철회, 規則案의 수정 또는 철회를 거부하는 취지등의 사항을 제시하여야 한다. 행정기관이 規則案등에 대하여 합동위원회의 이의를 만족시키도록 수정할 것을 선택한 경우에는 당해이의를 만족시키기 위한 필요한 수정을 하여 당해規則案을 위원회에 재제출한다. 행정기관이 합동위원회가 이의를 제기한 規則案에 대하여 철회할 것을 선택한 경우에는 그 뜻을 서면으로 위원회에 통지한다. 行政機關이 합동위원회가 제기한 이의를 해소하기 위하여 規則案의 수정 또는 철회를 거부한 경우에는 동위원회에 그 뜻을 통지한다. 合同委員會가 행하는 規則審査는 원칙적으로 행정기관에 대하여 법적 강제력을 가지고 있지 않으며 規則審査의 실효성은 행정기관의 심사에 대한 자발적인 대응에 의존한다.<sup>73)</sup> 즉, 행정기관이 規則制定에 즈음하여 져야할 책임에 관한 판단은 최종적으로는 행정기관자신에게 맡기고 있다. 規則

73) J.R.Bowers, op.cit., pp.65~66.

審査의 결과에 법적 구속력을 두어 그 실효성을 강화하여야 할 것이라는 주장도 일부 있으나, 규칙심사의 실효성을 높이는 것은 行政機關에 대한 주의회의 감독권을 하나의 專門委員會에 과도하게 집중시키게 되며, 소수의 합동위원회 위원의 意思를 주의회전체의 의사로 대치시켜 規則審査를 설정함으로써 행정기관으로부터 되찾은 주의회의 입법권한이 이번에는 합동위원회에게 양도되어 주의회를 관료제화할 우려가 있다는 지적이 강하다. 規則審査의 절차는 적어도 주의회의 의사를 행정기관의 規則制定에 반영시키는 기회를 줌으로써 規則의 실제적 합리성을 확보하려는 취지라고 할 수 있다.

다만 일정한 조건하에서는 規則案등의 구체적 내용에 관련한 規則審査가 행해지는 경우도 있다. 우선 規則案등이 위원회의 위원은 물론 다른 의원에게도 자기의 유권자에게 잠재적인 영향을 부여한다고 인정된 경우에는 위원회자체도 당해규칙안등의 구체적 내용에 관하여 철저히 심사를 하며 또한 다른 의원도 이를 지지한다. 아울러 각 의원은 當該規則案등을 채택한 행정기관에 대해 그 수정 또는 철회를 요구하여 어떠한 고려를 하도록 사실상 작용한다. 따라서 이들 과정에서 規則案등의 구체적 내용이 심사된다. 또한 이익단체의 規則審査過程에의 참여를 허용하는 경우도 規則案등의 구체적 내용의 심사가 행해진다. 그 이유는 이익단체의 로비활동은 規則案등의 절차적 내용이나 規則制定에 관한 법률상의 권한의 성질을 문제로서 행해지는 것이 아니라 規則案등의 실제적 내용을 문제로 하여 행해지기 때문이다. 다만 이 로비활동은 일반의 입법과정에서 있어서의 그것과는 다르며 委員會에는 規則案등을 직접 수정하는 권한이 없기 때문에 자기가 規則案을 반대하는 이유에 관한 정보의 제공등 한정적인 것이 된다. 그래서 規則案의 구체적 내용과 관련한 심사가 가장 현저한 것은 그것이 당해규칙안에 의거하여 규제의 장벽을 저하시키기 위하여 행해지는 경우이다. 그 이유는 그 목적은 피규제자층의 실제적인 권리·이익의 구제를 도모하는데 있기 때문이다. 또한 이 경우에는 피규제자층의 이익단체가 規則審査過程에서 침입하는 것이 예상되기 때문이다. 이 경우에는 規則審査에 즈음하여 피규제자층에게 유리한 편견이 관련되어 있으며 규제에 의한 수익자층의 보호를 약화시킬 우려가 있기 때문에 특히 신중한 심사를 행한다.

셋째, 합동위원회는 주의회의 兩院의 의원으로 구성된 위원과 위원회의 활동에 필요한 전문적용 가진 위원회보좌로 구성된다. 합동위원회의 구성은 주의회의 의사를 행정기관의 規則制定에 반영시킬 수 있는 계기를 줌으로써 행정의

실체적 합리성을 확보하려는 취지 및 그를 위하여 합동위원회와 주의회전체간의 의사의 조화 및 내적 동등성의 유지를 도모하기 위하여 위원수, 의장, 위원회보좌진등을 동등하게 구성한다.

### ③ 規則審査制度의 運用과 評價

규칙심사제도는 행정기관이 제정하는 規則에 의회의 의사를 반영시킴으로써 그 실체적 합리성의 확보를 도모하는 제도이기는 하나, 현실로는 이 제도의 도입·발전에 즈음하여 인식하지 못하였던 문제가 발생하였다. 즉, 현실로는 規則審査의 과정에서 規則案의 실체적 내용이 관련되는 법률에 저촉하는가의 여부가 심사되기 보다는 행정기관이 規則制定에 즈음하여 행사하는 권한에 절차상의 문제가 있는가의 여부가 심사되는 경향이 있다. 그 이유는 合同委員會는 행정기관이 법률상 명문의 권한규정이 없는데 묵시적으로 권한을 부여받고 있다고 해석하여 規則制定을 행하는 것을 인정한다면 의회가 지니고 있는 행정기관의 준입법적인 規則制定權限을 통제 내지 한정하는 능력 및 행정기관에 의한 議會의 권한박탈과 의회의사의 오해를 방지할 능력을 약체화시키기 때문에 이 해석을 금지한다면 規則審査의 제도취지를 충분히 달성할 수 있다는 인식 때문이다. 이와 같이 합동위원회는 자신들의 직무는 정책형성이 아니라 規則案의 절차적 합법성에 관한 심사라는 인식이 있다. 이것은 規則의 내용을 법률에 합치시켜 그 실체적 합리성을 확보하려는 당초의 規則審査制度의 취지와는 다르나, 합동위원회가 존속하고 있기 때문에 필요한 타협의 산물이라고 생각된다. 그 이유는 規則審査의 내용을 절차적인 것에 그치게함으로써 이를 정치적으로 중립인 것으로 할 수 있기 때문이다. 즉, 위원회의 관할권은 매우 포괄적이며 規則의 구체적 내용에 까지 거슬러 심사한다면 위원회의 판단을 의회전체의 그것으로 대치하게 됨으로써 委員會가 주의회의 권한을 박탈하고 있다는 중대한 비판에 직면하지 않을 수 없기 때문이다. 이 점은 規則審査를 원칙으로 자문적인 성질에 그치게 하는 것에서 필연적이라고 할 수 있다.<sup>74)</sup>

그리고 합동위원회의 規則審査過程에서 제도상으로는 의원인 위원이 規則審査를 주도하는 것이 예상되나, 현실로는 위원회의 위원으로 임명된 의원은 자기의 의원활동과 규칙심사과정은 피상적으로 관계하는 것으로만 인식하고 委員會活動 보다는 자기의 재산, 유권자에 대한 서비스, 의회내부에서의 자기의 영

74) Marcus E. Ethridge, *Legislative Participation in Implementation*, Praeger 1985, p.144.

향력확대 등에 관심을 기울여 행동하는 자가 많다. 이 원인은 規則審査過程에 주체적으로 참가하기 위해서는 전문기술적 지식이 필요하며 그 직무는 의원임과 동시에 法曹人으로서의 전문지식이 필요한 특수한 것이라는 인식이 다수의 원에게 있기 때문이다. 따라서 현실로는 합동위원회위원은 補佐陣에게 의존하며 “위원회보좌진에 의한 지배”라는 현상이 발생하고 있다. 이 현상은 當該規則案에 관한 문제의 성질이 매우 특정적·전문적인 경우 위원이 그 문제가 자기의 관심이 있는 문제와 무관하다고 인식한 경우 그 문제가 立法過程에서 중요하지 않은 성질의 것인 경우등에서는 특히 현저하다. 그리고 이 현상은 규칙심사제도가 보좌진에 의하여 합동위원회의 조직으로서의 存續을 확보하는 목적으로 이용되며 그 본래의 제도취지를 왜곡시킬 우려를 낳고 있다.

規則審査는 제도상으로 원칙적으로 자문적 성질을 가지는데 그치므로 그 유효성은 행정기관이 합동위원회가 인정한 이의에 대하여 자발적으로 規則案의 수정 또는 철회를 행하는가의 여부에 달려있다. 그러나 規則審査制度가 정착하면서 행정기관이 합동위원회의 이의에 대응한 조치를 취할 의사가 감퇴되고 있는 경향이 나타나고 있다. 그 원인은 우선 규칙심사가 諮問의 性質을 가지는데 그치는 점에 있다. 행정기관이 합동위원회의 이의에의 대응을 게을리하여도 현실의 유효성이 있는 制裁措置가 존재하지 않기 때문이다. 그리고 현실의 規則審査는 규칙내용의 실제적 합리성의 확보라기 보다는 절차상의 合理性의 確保를 위하여 운용되고 있다. 그리하여 행정기관은 이의의 내용이 자기활동의 實體的 合理性을 묻는 것이 아니라 단순히 자기의 활동을 지연시키는 절차적 속박이라고 인식하고 있다. 그리고 최대의 원인은 行政機關이 이의에 대응하기 위하여 필요로하는 비용이 막대하다는 점이다. 행정기관으로서의 規則審査過程 동안에는 행정활동이 지연되고 귀중한 자원이 낭비된다는 인식을 하고 있다.

規則審査制度는 위와 같은 문제점이 있다하더라도 그 객관적 유용성은 충분히 구비하고 있다. 즉, 규칙심사제도의 이념상의 정통성에는 문제가 없으며 그 유용성은 운용의 방식에 의하는 것이므로 행정기관이 규칙심사를 신뢰할 수 있는 상황을 창출하면 된다. 즉, 規則審査過程을 의회의 규칙에 관한 정보수집과정으로 파악하면 行政活動의 지연을 초래하지 않고 의회가 합동위원회를 통하여 當該規則이 가지는 문제점을 용이하게 파악하는 과정으로 위치할 수 있다. 그리고 의회는 당해규칙의 내용을 고려한 후에 어떠한 立法措置가 필요한가를 판

단할 수 있다. 規則審査를 당해규칙과 현행법과의 비교형량으로부터 후자를 재검토하는 과정으로 본다면 의회는 새로운 입법조치에 의하여 행정기관의 規則制定權限의 확대, 내지 축소를 할 수 있으므로 법의 지배를 촉진하는 과정으로 위치지울 수도 있다. 그렇게 하여 規則審査過程을 의회거부권에 대신하는 체계적인 입법권한을 행사하는 계기를 부여하는 것으로 구성할 수 있을 것이다.

## 2. 行政府에 의한 統制

미국에서의 行政立法에 대한 행정부자체의 통제수단으로는 행정절차법에 규정된 소정의 절차적 통제가 가장 중심적으로 되어 있었으며, “行政機關의 規則制定의 절차는 현대의 정부가 지닌 가장 위대한 발명중의 하나”<sup>75)</sup>라고 일컬어져 왔다. 그러나 정책결정의 실질적 권한이 행정부로 이행되면서 行政節次法에 의한 행정입법의 통제에도 한계가 노출되기 시작하였다. 특히 1960년대중반을 필두로 행정부의 規則制定의 숫자는 1970년대에 와서는 대폭 확대하기 시작하였다. 그 근거에는 월남전쟁을 하나의 상징으로 하는 미국의 사회적·경제적 기반의 변화에 수반하여 환경, 건강, 안전, 에너지, 소비자보호라는 새로운 문제가 제기되면서 다수의 규제적 프로그램을 필연화하였다. 의회는 새로운 委任立法을 창출하였으며 행정기관도 새로운 행정수요에 대응하기 위하여 자기의 직무범위의 확대를 행하게 되었던 것이다. 이러한 상황에서는 規則制定의 방법을 활용하지 않으면 그 임무를 수행할 수 없게 되었고, 그와 아울러 規則制定의 방법에서도 포괄적이고 합리적(comprehensive rationality) 접근 방법을 채용하게 되었다. 즉, 포드·카터·레이건의 대통령들은 일련의 行政命令(Executive Order)에 의하여 이러한 분석적 기법을 보다 한층 강화하여 規則制定節次에 영향력을 행사하였으며, 그 특징은 항상 規則制定에 즈음하여 경제적 배려가 행하여 질 것을 보장하는 시스템을 설정하게 되었다. 이러한 대통령의 행정입법에 대한 통제에서 가장 선도적인 역할을 담당하고 있는 기관으로서 管理豫算廳(Office of Management and Budget: OMB)을 들 수 있다.<sup>76)</sup> 대통령직속기구인 OMB는 재정 및 입법적 정리, 여러 가지 계획의 조정과 입안, 예산편성과 기타 행정관리기능을 수행하는 미국행정에서의 중심

75) K.C.Davis, *Administrative Law Treatise*, West Publishing 1958, p.448.

76) OMB의 機構 및 組織에 관한 상세한 것은 韓國法制研究院, *立法理論研究(II) -立法過程의 理論과 實際-*, 1994, 93面이하 참조.

적 역할을 수행하는 기관으로서 특히 행정기관이 제정하는 規則案에 대하여는 이 OMB의 심사를 반드시 거쳐야 한다.

(1) 行政命令 제11821호(Executive Order No.11821, 3 F.R. 926)

행정기관의 規則案에 대한 OMB의 심사방법은 規則에 대한 경제적 효과를 분석하는 規制影響分析(Regulatory Impact Analyse)을 중심으로 이루어지고 있으며, 그것이 본격화된 것은 1971년 닉슨행정부에서 生活의 質審査(Quality of Life Review)의 일환으로써 환경부가 제정하는 規則에 대하여 OMB가 관여할 수 있는 길을 열어놓은데서 비롯한다. 이로써 OMB에 의한 중앙집중적 행정입법심사제도가 본격적으로 개시되었으나, 이것은 環境規制分野에 관한 규칙심사에 한정된 것에 그쳤다. 그 후 OMB에 의한 행정입법심사가 본격화된 것은 1974년의 포드행정부시대에 行政命令 제11821호(Executive Order No.11821, 3 F.R. 926, 1974)에 의하여 행정부의 모든 기관에 대하여 새로운 立法이나 주요한 規則을 제안하는 때에는 인플레이션영향평가(Inflation impact assessment)를 하도록 요구하면서부터였다. 同命令은 OMB廳長에게 법에 의하여 허용되는 한도에서 인플레이션에 커다란 영향을 미치는 주요한 법안이나 規則案의 정의와 그 평가절차를 정하는 권한을 부여하고, OMB廳長은 임금 및 가격안정위원회회장을 포함한 각급 행정기관의 장에게 同命令의 수행기능을 위임할 수 있도록 하였다. 인플레이션영향평가의 대상이 되는 主要規則을 정의하는데 즈음하여 OMB廳長은 ①소비자, 기업, 시장 또는 연방, 주, 자치단체정부에의 비용영향 ②임금노동자, 기업, 정부의 생산성에의 영향 ③경쟁에의 영향 ④수입품목 또는 서비스의 공급에의 영향을 고려하여야 하며, 각급 연방행정기관은 법에 의하여 허용되는 한도에서 同命令의 기능수행에 관하여 OMB에 협력할 의무를 부과하고 있다.<sup>77)</sup>

(2) 行政命令 제12044호(Executive Order No.12044, 43 F.R. 12661)

한편 카터행정부에 이르러서는 앞서의 行政命令보다 훨씬 상세한 行政命令을 1978년 3월 23일 발하였다. 즉, 行政命令 제12044호(Executive Order No.12044, 43 Fed. Reg. 12661, 1978)는 규제는 가능한 한 簡明하여야

77) 상세한 내용은 Note, *The Inflation Impact Statement Program. An Assessment of the First Two Years*, 26 American University Law Review 1138(1977) 참조.



할 것이며 법률의 목적으로 하는 바를 효과적이고 효율적으로 달성하여야 할 것, 行政規則은 경제·개인·공사의 단체 또는 주·자치단체에 불필요한 부담을 부여하는 것이어서는 아니된다는 기본방침을 천명하고, 이 목적을 달성하기 위하여 다음의 일련의 절차가 사용되어야 한다는 점을 강조하고 있다. 즉 ①規制의 필요성과 목적이 명확할 것 ②행정기관의 장 및 정책담당 公務員에 의한 효과적인 감독이 행해질 것 ③다른 연방행정기관, 주·자치단체정부, 기업, 단체 및 개별 국민이 조기에 절차에 참가하고 의견을 진술할 기회가 부여될 것 ④規則이 공포되기전에 의미있는 대체안을 고려하고 분석할 것 ⑤規則을 준수하기 위한 비용, Paper Work 기타 국민에 대한 부담을 최소화할 것 등이다. 각 행정기관은 위의 방침에 따라 그리고 행정기관스스로 Paper Work를 최소화하는 방법으로 規則制定節次를 심사하고 개정할 것을 요구하고 있다. 또한 경제적으로 연간 1억달러이상의 영향을 주는 모든 規則, 기업·정부·특정지역에서 비용 또는 가격이 현저히 증대하게 되는 規則은 “重要한 規則”으로 간주되어 이에 대하여는 규제분석(Regulatory analyse)을 행하도록 하고 있다. 重要規則의 보다 상세한 인정기준에 관하여는 각행정기관이 독자적으로 정할 수 있으나, 이 경우 영향을 받는 개인, 기업, 단체, 주·자치단체정부의 종류와 숫자, 競爭등에 대한 직접적 간접적 영향, 다른 행정기관이나 계획과의 연관을 참작할 것이 요구되고 있다. 規制分析은 문제의 요점, 주된 대체안, 각대체안의 경제적 결과분석, 복수의 안중에서 당해안을 선택한 상세한 이유를 포함하여야 한다. 국민이 중요한 規則에 관한 의견을 진술하는 기간은 원칙적으로 최저 60일로 되어있다. 행정기관은 새로운 規則의 제정을 하는 경우와 같은 방법으로 기존의 規則이 行政命令 제12044호의 정책과 합치하고 있는가의 여부를 심사하도록 하고 있다. 심사하여야 할 規則의 선택에 있어서는 ①규제를 계속할 필요성 ②수리한 고충이나 제안의 종류와 숫자 ③규제에 의하여 직접간접으로 영향을 받는 자에 대한 부담 ④문언을 간결명확히 할 필요성 ⑤중복하는 규제를 제거할 필요성 ⑥規則이 평가되면서부터 경과한 기간 또는 당해규제에 관한 영역에서 기술적 경제적 조건 또는 다른 요소가 변화한 정도 등을 고려한다. 아울러 국민에게 적절한 고지를 하기위하여 적어도 반년에 한번 제정중 또는 심사중인 重要規則의 항목을 공표하여야 한다.

行政命令 제12044호의 효과적인 이행을 확보하기 위하여 OMB는 1978년에 規制影響審査局(Regulatory Analyse Review Group)을 설치하여, OMB는

적어도 반년에 한번 同命令의 효과, 행정기관의 준수상황에 관하여 大統領에게 보고하도록 하고 있다. 이 行政命令 제12044호는 상당히 포괄적이거나 독립행정위원회의 規則, 행정절차법상의 定式規則 제정절차에 의거한 規則에는 적용하지 아니한다. 즉, 집행부의 略式規則 제정절차만을 그 대상으로 하는 것이었다. 또한 韓中國의 군사 또는 외교, 행정기관의 관리·인사, 연방정부의 조달에 관한 規則이나 緊急規則에는 적용이 제외되고 있다. 또한 이 命令은 집행부의 규제관행의 질을 향상시킬 것을 의도한 것이며, 規則制定節次를 지연시키거나 사시법심사의 근거를 새로이 창출하려는 것은 아니라고 명시하고 있다. 이 行政命令 제12044호는 위의 제11821호에 비하여 OMB에 의한 審査의 범위와 정도를 확장하고 있으나, 통일적인 절차를 정한 것이 아닌 점, 命令의 준수를 강제하는 절차를 결여한 점에서 양자는 동일하다.<sup>78)</sup>

### (3) Paperwork Reduction Act(PRA)

카터행정부는 行政簡素化의 일환으로 1980년 12월 11일 Paperwork Reduction Act(PRA)을 제정·공포하여 연방행정기관이 불필요한 정보수집을 행하는 것을 방지하기 위하여 정보수집활동에 즈음하여 사전에 OMB에 의한 承認을 얻도록 의무화하고 있다. 행정기관이 規則制定에 의하여 새로운 정보수집을 행하려는 때에는 행정기관은 행정절차법상 규정된 Notice and Comment의 절차에 부가하여 OMB의 승인을 얻기 위한 節次를 취하여야 한다. 즉, ①행정기관은 가능한 한 신속하게 늦어도 연방관보에 規則案의 고지를 게재하기 전에 OMB에 정보수집요구를 포함한 規則案의 사본을 송부하여야 한다. ②規則案의 고지가 연방관보에 게재된 날부터 60일 이내에 OMB는 規則案에 포함된 정보수집의 요구에 관하여 comment를 할 수 있다. ③最終規則이 연방관보에 게재된 때 행정기관은 그 중의 정보수집요구가 OMB나 공중으로부터 제출된 주지에 여하히 대응하였는가를 설명하거나 왜 그 주지를 거부하였는가를 명확히 제시하여야 한다. ④OMB는 통지를 받으면서 規則案의 고지부터 60일 이내에 당해規則에 관한 주지를 하지 않은 때에는 規則에 포함되는 정보수집요구에 동의하지 않는 권한을 가지지 않는다. ⑤OMB는 다음의 경우에는 最終規則에 포함되는 정보수집요구조항에 동의를 거절할 수 있다. 즉, 행정기관이 OMB

78) 徐元宇, 行政立法의 統制 - 美國에서의 OMB에 의한 統制를 중심으로 -, 法曹 1987.11., 13面.

에 規則案을 제출하지 않은 때, OMB의 周知에 대한 행정기관의 대응이 불합리하다고 판단한 때 및 最終規則制定의 적어도 60일전에 OMB에게 통지하지 않고 행정기관이 정보수집요구조항을 실질적으로 변경한 때 등이다. ⑥OMB는 행정기관의 規則에 포함되는 정부수집요구에 동의하지 않는 결정을 하는 때에는 그 이유를 부기하고 이를 公表하여야 한다. 다만 항상 위의 절차의 준수가 요청되는 것이 아니며 예외적으로 보다 신속한 절차를 거치는 것도 가능하다. 그러나 이 경우에는 OMB의 승인을 얻어야 한다.

(4) 行政命令 제12291호(Executive Order No.12291, 46 F.R. 13193)

레이건行政府는 카터행정부이상으로 강력한 規則制定節次의 통제를 행하였다. 그 주된 이유로는 前政權의 규제개혁노력에도 불구하고 1980년에는 연방행정기관이 약 7900건의 規則을 새로이 제정하는 등 規則의 증가속도가 매우 크게되었다. 그리하여 기업이 연방의 行政規則을 준수하는데 소요되는 비용도 연간 1000억달러에 달하게 되었으며, 그 결과 강력하고 광범한 규제개혁을 행할 필요성이 제기되었다. 그리하여 1981년 2월 17일 대통령은 行政命令 제12291호(Executive Order No.12291, 1981)를 발하여 기존 및 장래의 규제에 의한 부담을 경감시키고 규제활동에 대한 행정기관의 책임을 증대시켜 規制의 중복과 저축의 최소화를 도모하는 비용편익분석을 도입하여 規則制定節次를 통제하는 가이드라인을 설정하였다.<sup>79)</sup> 동명령은 行政命令 제12044호와 마찬가지로 독립행정위원회의 規則에는 적용되지 않으며 집행부의 規則만을 그 대상으로 한다. 또한 행정절차법의 정식절차, 軍事·外交에 관한 사항, 행정기관의 조직·관리·人事에 관한 사항은 적용되지 아니한다. 긴급하게 제정되어야 하는 規則의 경우에는 同命令의 절차에 따를 필요는 없으나, 그러한 規則은 가급적 신속하게 OMB에 보고하여 통상의 절차를 준수할 수 없는 이유를 연방관보에 설명하고, 主要規則의 경우에는 가능한 한 조기에 규제영향분석을 제출하도록 하고 있다. OMB는 규제구제에 관한 대통령의 Task Force의 지시에 따라 어떤 종류의 規則을 전면적 또는 부분적으로 行政命令 제12291호의 적용으로부터 제외할 수 있다. 그러나 이 권능은 매우 드물게 사용되고 있다.

79) 동명령에 근거한 大統領의 규칙제정통제권은 헌법에 규정된 大統領의 권한을 일탈하는 것이며, 의회가 개개의 행정기관에게 위임한 立法權을 침해하며 적법절차와 행정절차법에 위배되는 것이라는 비판을 받았다. 자세한 논의는 李相敦, 行政立法節次, 金伊烈(編), 行政節次法研究, 三英社 1989, 197~209面 참조.

이 行政命令은 위와 같은 예외를 제외하고 새로운 規則을 심사하는 경우, 기존의 規則을 심사하는 경우, 規則에 관한 입법상의 제안을 하는 경우에 법에 의하여 허용된 범위에서 비용편익분석을 행하도록 의무화되고 있으며, 규제활동은 사회에의 潛在的 費用을 상회하지 않는 한 행할 수 없도록 하고 있다. 主要規則, 즉 ①경제에 연간 1억달러이상의 영향을 주는 것 ②소비자, 기업, 연방·주·자치단체의 행정기관 또는 특정지역에 비용 내지 가격을 현저히 증대하거나 ③경쟁, 고용, 투자, 생산성, 기술혁신 또는 미국기업이 국내 또는 해외시장에서 외국기업과 경쟁할 능력에 증대한 악영향을 주거나 예상되는 規則의 경우에는 보다 엄격한 규제영향분석을 행하여야 한다. 主要規則에 해당여부의 판단은 제1차적으로는 개별 행정기관에게 맡겨져 있으나, OMB가 최종적으로 결정권한을 가진다. 이 行政命令下에서 새로이 제정되는 規則案은 연방관보에 게재되기전에 OMB에 제출하여야 한다. 만약 행정기관이 規則이 중요하지 않다고 생각하는 때에는 연방관보에 공고하기 적어도 10일전에 規則案을 OMB에 제출하여야 한다. 그러나 그 기간내에 OMB가 당해規則을 중요하다고 인정한 때에는 행정기관은 예비적 규제영향분석(Preliminary Regulatory Impact Analyse)을 준비하여 이를 OMB에 제출하여야 한다. 規則을 제정하는 행정기관 자신이 어떤 規則을 중요하다고 인정하는 때에는 規則案을 공시하기 적어도 60일전에 예비적 규제영향분석과 아울러 이를 OMB에 제출할 의무가 있다. OMB가 예비적 규제영향분석이 불충분하다고 생각하는 때에는 廳長은 연방관보에의 게재를 지연시켜 OMB나 다른 행정기관과 협의할 것을 요구할 수 있다.

規則案의 最終案에 관해서도 최종적 규제영향분석(Final Regulatory Impact Analyse)을 준비하여 이를 規則의 공포 30일전에 OMB에게 제출하여야 한다. 청장은 견해를 피력하여 행정기관이 그에 응답하기까지 規則의 최종안과 최종적 규제영향분석의 공포를 지연시킬 수 있다. 예비적, 최종적의 어느 규제영향분석에 관해서도 廳長이 심사를 완료하고 견해를 피력할 기간은 정하여지고 있지 않다. OMB의 부정적 견해와 행정기관의 그에 대한 회답은 기록되어야 하나, OMB와 행정기관 또는 이해관계인과의 접촉은 절차의 기록에 게재될 필요는 없다. 규제영향분석은 ①規則의 잠재적 편익(금전화할 수 없는 것을 포함), 잠재적 수익자 ②規則의 잠재적 비용(금전화할 수 없는 것을 포함), 잠재적 비용부담자 ③規則의 잠재적 순편익(금전화할 수 없는 영향의 평

가를 포함) ④실질적으로 동일한 규제목적에 보다 낮은 가격으로 달성하는 대체적 방법, 이 방법의 잠재적 편익과 비용분석, 그러한 수법이 채용되지 않은 법적이유의 간략한 설명 등의 정보를 포함하는 것이어야 한다. OMB는 규제 영향분석을 위한 통일적 기준을 작성하는 권한을 가지며, 실제 이 권한에 의거하여 1981년 6월 12일 中間規制影響分析指針(Interim Regulatory Impact Analyse Guideline)을 발표하였다. OMB의 심사권한은 기존의 규제에도 미치며, 기존規則중에 중요하다고 생각하는 것도 비용편익분석을 할 것을 요구할 수도 있다. 아울러 廳長은 관련하는 자료를 입수하고 이를 평가하도록 행정기관에게 명하는 권한을 부여받고 있다. 각 행정기관은 매년 10월과 4월에 제정 과정에 있는 規則 및 심사중의 기존의 規則目錄을 공표하여야 한다.

(5) 行政命令 제12498호(Executive Order No.12498, 50 F.R. 1036)

레이건행정부는 이미 언급한 行政命令 제12291호의 내용에 만족하지 아니하고 행정기관의 규제개혁에 충실한 심사절차가 필요하다고 판단하여 1985년 1월 4일 行政命令 제12498호를 발하여 행정기관의 規則제정에 대한 관리단계를 보다 조기에 개시하는 등 그 내용을 확대, 강화하였다. 行政命令 제12498호는 이미 발한 行政命令 제12291호의 연장선상에서 동명령의 제정목적은 行政命令 제12291호와 거의 동일하나, 다만 연도별로 行政機關 규제프로그램(The Administration's Regulation Program)을 입안하기 위한 조정 절차를 수립하는 것을 목적으로하는 내용이 추가되고 있다. 이 추가적인 내용에 따라 同命令의 규율대상이 되는 17개 행정기관은 매년 규제프로그램을 작성하여 공고하는 규제계획절차를 실시하는 한편 OMB에 대하여 다음해의 규제정책, 목표, 목적에 관하여 언급한 書面과 입안중이거나 계획하고 있는 모든 重要規制行爲에 대한 정보를 제출하도록 하고 있다. 각행정기관은 프로그램연도의 행정기관의 규제정책, 목표, 목적에 관한 개관, 規則制定與否를 고려하기 위한 행위, 일반의 의견등을 포함하는 모든 중요규제행위에 대한 정보로서 행정기관의 규제프로그램을 입안하는데 필요한 정보를 OMB에 제출하여야 한다. 아울러 각 행정기관의 장은 OMB가 정하는 바에 따라 規制行爲를 분류하고 설명하는 한편 OMB의 요청에 있는 경우에는 추가적 정보를 제공하도록 하고 있다. OMB는 행정기관이 제출한 규제프로그램초안에 대하여 다른 행정기관이 제출한 草案과의 일관성 등에 비추어 그 내용에 불일치 또는 모순이 있

다고 인정하는 경우에는 적절한 기관에 문제를 제기할 수 있다. OMB의 심사 결과에 따라 각 행정기관의 장은 OMB가 지정하는 기간까지 行政機關의 확정 규제계획을 제출하여야 하며, 제출된 계획은 당해연도의 행정기관규제프로그램으로서 공고된다. 행정기관의 규제프로그램이 확정된 후 사전에 제출하지 아니한 規制措置나 이미 제출된 내용과 상이한 규제조치를 취하려는 경우에는 OMB가 정하는 일정한 절차에 따라 청장에게 제출하여야 한다.

한편 긴급한 상황을 제외하고 행정기관의 長은 同命令에 따른 심사가 진행중인 때에는 당해규제행위에 착수하여서는 아니되며 行政命令 제12291호에 의한 심사를 위하여 제출되었으나 당해연도 행정기관 규제프로그램에 포함되지 않았거나 그 내용이 실질적으로 다른 경우에는 OMB는 그것을 재고하기 위하여 행정기관에게 반환할 권한을 가진다.

(6) 行政命令 제12866호(Executive Order No.12866, 58 F.R. 51735)

OMB에 의한 規則심사는 레이건행정부에서는 매우 광범하게 행하여졌다. 특히 行政命令 제12291호는 規制活動에 관하여 매우 강력한 중앙집권적 통제를 행하려는 것이어서 이를 위헌, 위법으로 보는 견해도 존재하였다.<sup>80)</sup> 이에 대해 클린튼行政府는 레이건행정부에서 규제심사를 담당하고 있던 OMB가 한정된 인원으로 規則의 심사과정에 상당한 시간이 소요되어, 이러한 심사과정이 특정규제안에 대하여는 적합하나 그이외의 것에 대하여는 또다른 규제와 시간 낭비라고 판단하여 각 행정기관의 規則審査를 매우 선별적으로 수행하려는 취지에서 레이건/부쉬행정부의 行政命令 제12291호 및 제12498호를 폐지하고, 1993년 9월 30일 새로이 行政命令 제12866호를 발하였다.<sup>81)</sup>

同命令은 행정기관이 새로운 규제나 현존규제에 대하여 보다 향상된 계획프로그램과 조화를 도모하기 위하여 行政機關의 규제정책결정과정을 재구성하고

80) 레이건 및 부쉬정권에서 OMB에 의한 規制審査·調整制度는 ①심사과정에서 OMB의 판단이 규제권한을 본래적으로 수권받고 있는 기관의 그것에 사실상 대치하는 것이나 의회가 제정법에 의하여 規制機關에 권한을 부여한 취지에 위배된다. ②심사과정에서 OMB 및 사실상의 재결기관인 특별한 會議體와 產業界와의 교섭이 비공개로 행해진다. ③비용편익분석의 기술적 난점과 그 심사는 규제완화지향으로 이데올로기적이다. ④OMB의 인원부족에 따른 能力的 限界에서 규제심사가 규제의 합리성향상보다도 규제의 지연을 초래하고 있다는 등의 비판을 받았다.

81) Office of Management and Budget, *Report on Executive Order No.12866, Regulatory Planning and Review*, Federal Register Vol.59, no.89, p.24276.

규제심사에서의 완전성과 합법성을 도모하고 그 절차를 보다 일반인에게 접근하려는데 그 목적을 두고 있다. 그리하여 우선 規制의 哲學과 12개의 원칙을 설정하고<sup>82)</sup> 행정기관은 매년초 당해연도의 규제행위를 하려는 경우 행정기관의 규제목표와 목적, 중요한 규제행위의 계획요약, 예상되는 비용편익분석 및 그에 대한 대체안, 규제행위의 법적 근거, 규제의 필요성 및 규제에 대한 행정기관의 향후계획, 관련정보 등을 포함한 규제계획(Regulatory Plan)을 작성하여 OMB의 情報·規制管理局(Office of Information and Regulatory Affairs : OIRA)에 당해연도 7월 1일에 제출하여야 한다. OIRA는 각 행정기관이 제출한 規制計劃을 접수한 날부터 10일이내에 관련 행정기관에 배부한다. 행정기관의 장은 자기 부처의 계획된 규제행위가 다른 행정기관의 계획된 규제행위와 저촉이 된다고 판단하는 때에는 즉시 이를 문서로 OIRA에 보고한다. 또한 OIRA는 각 행정기관으로부터 제출받은 규제계획에 대하여 다른 행정기관과의 聯關性을 검토하여 다른 행정기관과의 마찰의 소지가 있다고 판단되거나 대통령의 규제정책 및 동명령에 제시된 規制의 原則에 일치하지 않는다고 판단하는 때에는 이를 관련 행정기관 및 부통령에게 보고한다. 행정기관이 제출한 規制計劃은 매년 10월에 Unified Regulatory Agenda로서 출판하여 의회, 주정부 및 자치단체행정부, 일반공중에게 배부한다. 동명령은 行政命令 제12044호와 마찬가지로 집행부의 규제 또는 規則만을 그 대상으로 한다. 또한 행정절차법의 정식절차, 군사외교에 관한 사항, 행정기관의 조직, 관리, 인사에 관한 사항은 적용되지 아니한다.

현존하는 規制가 상황의 변화로 인하여 불필요하거나 정당하지 않은 경우 행정기관은 90일이내에 그 규제의 수정 또는 폐지여부에 관한 프로그램을 OIRA에 제출하고 심사를 받아야 한다. 행정기관은 규제절차에 公衆에 대한 의미있는 參加를 부여하여야 하며, 특히 규제관련 規則案을 공고하려는 경우에는 그

82) 동명령은 규칙제정에 있어서 行政機關이 준수하여야 할 12개 원칙을 정하고 있으나, 이를 정리하면 다음의 6가지로 대별할 수 있다. 즉, ①제거되어야 할 問題와 危險을 적절하게 확인하고 오로지 그에 대응하는 規制方法을 조정할 것 ②전통적인 統制와 命令型規制에 대체되는 수법(성능목표의 이용, 시장인센티브에의 의거, 규제에 대신하는 지침의 제정)을 개발할 것 ③건전한 분석방법에 따라 對費用效果的이며 당해규제의 편익이 그 비용에 대응하는 규제를 제정할 것 ④사전에 당해규제에 의하여 重大하고 固有한 영향을 받는 州, 지방자치단체 및 先住部族의 대표와 협의할 것 ⑤다른 規則 및 다른 연방기관의 규제와의 저촉 또는 중복을 피할 것 ⑥평이하고 이해하기 쉬운 규칙을 立案할 것 등이다.

로 인하여 이익 또는 부담을 가지는 자의 참가를 보장하여야 한다. 행정기관은 계획된 규제행위의 目錄을 OIRA에 제출하여야 하며, OIRA는 목록을 제출받은 날부터 10일이내에 그 목록에 “重要한 規制行爲(significant regulatory action)”가 포함되어 있다고 판단하는 경우에는 행정기관의 규제행위를 보류할 수 있다. 이 경우 OIRA는 행정기관에 대하여 규제행위안의 원문, 그 규제행위의 비용편익분석, 당해행정기관의 의사결정과정에 관한 추가정보 등을 요구할 수 있다. 重要한 規制行爲란 ①경제에 연간 1억달러이상의 영향을 주거나 경쟁, 고용, 투자, 환경, 공중보건 또는 안전에 악영향을 초래하거나 ②다른 행정기관에 의하여 추진 또는 계획된 행위에 심각한 부조화 또는 방해를 초래하거나 ③자격, 승인, 사용료, 대부프로그램 또는 수혜자의 권리의무에 실질적인 재정적 영향을 변경시키는 경우 ④법적 또는 정치적으로 새로운 문제를 제기하는 규제행위를 말한다. OIRA는 또한 각 行政機關의 규제행위가 대통령의 정책과 동命命에 의한 원칙 및 실정법에 저촉되지 않도록 조언과 권고를 행하며, 規則制定 및 규제행위의 심사의 결과를 행정기관에게 통보 또는 심사보류를 행할 수 있다. 즉, 제출된 規則은 10일이내에, 다른 규제행위는 90일이내에 각각 그 결과를 통보하며 심사기간은 OMB廳長의 승인 또는 행정기관의 요청으로 30일간 연장할 수 있다. OIRA의 심사결과 행정기관의 규제행위에 대하여 신중한 재고를 할 것을 결정한 경우, 문서로 당해행정기관에 이를 통보하며, 당해행정기관의 長은 OIRA의 결정에 이의가 있다고 판단하는 때에는 문서로 OIRA에게 이를 제출할 수 있다. 행정기관의 장과 OIRA간의 의견불일치나 갈등이 발생한 경우 대통령 또는 부통령, 關係행정기관의 장간에 협의를 거쳐 이해를 조정한다. 심사과정에서 OIRA와 關係정부외의 자와의 의사소통의 내용은 전부 공개용으로 기록되며, 당해규제활동이 공시등에 회부된 후에 OIRA는 소관기관과 OIRA와의 사이에서 교환된 문서는 공개하도록 하고 있다.<sup>83)</sup>

83) OMB의 1996년도 보고서에 의하면 OIRA의 과거의 연간심사건수는 2,000건을 넘었으나 1994년에는 1,145건, 1995년도에는 663건, 1996년에는 498건으로 감소하고 심사대상규칙중 심사후에 關係기관에 의하여 수정된 규칙수의 비율은 과거에는 20%를 넘는 정도였으나, 1994년도에는 33%, 1995년도에는 37%, 1996년도에는 41%로 증가하고 있다. 또한 평균심사일수는 과거에는 25일정도이었으나, 1994년도에는 35일, 1995년도에는 36일, 1996년도에는 45일로 증가하고 있다. 심사수의 감소는 12866호에서의 개별심사의 대상이 되는 규칙의 한정에 의한 것으로서 수정비율의 증가는 심사수의 감소에 따른 심사능력의 증대에 의한 것이라고 자체평가를 하고 있다. 한편 제12866호의 기대에 반하는 심사의 지연은 OIRA의 심사가 상세하고 철저하다는 점을 반영하고 있다.



## 3. 司法府에 의한 統制

미국에서는 行政立法에 대한 법원의 통제는 일반적인 사법심사권에 의거한 개개의 심급법원에 의하여 또한 추상적 규범통제가 아닌 具體的 規範統制만이 인정된다. 법원이 행정입법에 대한 심사권을 가지는 것은 행정입법의 上位法에 대한 위반여부가 재판의 前提가 된 때 상위법에 비추어 이를 심사하는 것이 법적 질서를 유지하는 것이라고 판단하였기 때문이다. 아울러 법원은 立法權委任의 합헌성을 판단하는 때에 係爭의 위임법률은 물론 관련법령, 입법경과, 행정선례 등을 심사대상으로 하고 있으나, 나아가 행정국가화현상등에 대한 사법부의 인식 및 그러한 현상에 대한 정치부문의 정책적 대응과 그에 대한 사법부의 판단이라는 순법리적 요소이외의 요인도 포함하여 委任立法에 대하여 판단을 내리고 있다. 그런데 미국에서의 委任立法에 대한 재판통제는 수권법률의 憲法適合性和 委任立法의 법률적합성의 문제라는 두가지 차원에서 행해지고 있다. 전자를 第1條審査(Article 1 Review)라고 하며 聯邦憲法 제1조가 규정하는 의회의 책임을 묻는 점에 그 본질이 있는데 대하여 후자는 越權審査(Ultra Virus Review)라고 하며 그곳에는 행정기관의 책임을 묻는데 그 본질을 두고 있다. 그리하여 兩者를 가교하기 위하여 이미 살펴본 “基準의 理論”이 행해지고 있는 것이다. 이것은 委任立法이 합헌이 되기 위해서는 수권법률에 구체적이며 명확한 기준이 규정되어 있어야 한다는 것을 의미한다. 明確한 基準을 요구함으로써 ①의회의 기본적인 정책결정의무와 동시에 ②행정의 임무가 당해 정책을 수행하는데 필요한 세부적인 規則을 제정할 따름이라는 점을 명확히할 수 있는 것이다. ③또한 法院에는 심사의 근거를 부여하게 된다.

그러나 행정입법에 대한 사법적 통제는 規則이 상위법인 法律 또는 憲法에 정면으로 위반되는 경우에는 그 위력을 발휘할 수 있으나, 사실상의 白紙委任에 대하여는 거의 속수무책이라고 할 수 있다. 그러한 의미에서 法院에 의한 통제는 본질상 그 한계가 있다고 하지 않을 수 없다. 즉, 司法은 일정한 사건의 발생을 전제로하여 사후에 심사하는 消極性을 그 본질로 하고 있으며 이해관계인이 자기주장을 함에 있어서도 일정한 要件을 구비하여야 한다. 이러한

---

OFFICE OF MANAGEMENT AND BUDGET, *MORE BENEFITS, FEWER BURDENS: CREATING A REGULATORY SYSTEM THAT WORKS FOR THE AMERICAN PEOPLE* app. A(1996).

사법의 성격상 委任立法에 대한 사법적 통제는 국민의 自由와 權利를 보호하는 보루로서의 의의는 있지만 실질적이고 효과적인 통제방법으로는 부적합하다는 것을 노출하고 있는 것이다. 그러한 司法의 本質 내지 성격에서 도출되는 한계성의 가운데에서도 美國의 法院은 행정절차법의 제정후에 원고적격 기타 소송요건의 완화에 의한 사법적 통제를 확대함으로써 행정기관에 의한 委任立法에 대하여 적극적으로 심사하여 委任立法에 대한 적절한 통제를 유지하고 있다.

이미 개관한 것처럼 立法權委任에 대한 聯邦大法院의 자세는 다양하며 그 때문에 위입법리의 내용도 결코 일정하지 않았다. 그러나 19세기말부터의 오랜 판례사 가운데 聯邦大法院이 어느 정도의 일관성을 지니고 적용하여온 委任法理는 1930년대전후부터 50년대후반에 걸쳐 생성·발전하고 1989년의 *Mistretta*판결에서 부활된 基準의 要件이었다고 할 수 있다. 그래서 委任法理의 변천을 이 基準의 要件의 發芽·성립·완화·衰退·부활등으로 분류하여 동법리의 특징을 명확히하여 본다.<sup>84)</sup>

(1) 基準의 要件의 發芽

① *Brig Aurora v. U.S.* 事件

聯邦大法院이 입법권위임의 합헌성을 둘러싼 다툼에 대해서 판단을 내린 최초의 것은 1813년의 *The Cargo of the Brig Aurora Burnside v. U.S.* 사건판결(7 Cranch. 382)이었다. 본건의 사실개요는 다음과 같다. 즉, 나폴레옹전쟁에 있어서 합중국외의 중립정책에 대한 英·佛의 통상규제조치에 대하여 합중국연방의회가 정한 1809년의 通商禁止法(*Non Intercourse Act*)은 영·불로부터의 수입을 금지하였다. 그리고 限時立法이었던 동법의 재발효에 관하여 1810년 5월 1일법은 영·불의 어느 곳이 합중국의 중립무역을 침해하는 취지의 勅令을 폐지한 경우 대통령이 그 사실을 포고로서 선언하고 포고제정후 3개월 이내에 다른 한편의 국가가 같은 勅令을 폐지하지 않은 경우에는 그 국가에 대하여 1809년법을 부활시킨다고 정하였다. 그래서 프랑스의 勅令廢止를 확인한 Madison대통령은 布告를 발하였으나, 영국은 對美規制를 해제하지 않았으므로 영국과 교역을 계속하여온 商船의 所有者가 1809년법위반으로 기소되었다. 그에 대해 상선소유자는 大統領의 布告에 법률의 재발효를

84) 判例에 관한 자세한 내용은 B.Schwartz, *Administrative Law - A Casebook -*, Little, Brown & Co. 1977, pp.73~121 참조.

관련시키는 동법은 위헌적인 입법권위임을 범하고 있다고 주장하였으나, 정부는 1810년법은 법률의 발효요건이 되는 “事實”의 지정을 대통령에게 명한 것에 불과하다고 반론하였다. 그러나 이 점에 관하여 Johnson法官을 위시한 법정의견은 “우리는 1809년 3월1일법을 부활시키는 때 立法府가 재량권을 행사할 수 없다는 이유를 발견하지 못한다. 그 이유는 명시적으로든 조건부이건 동법의 가운데 立法府의 판단이 내려지고 있기 때문이다”라고 언급하여 法律의 再發效의 계기가 되는 사실의 인정을 대통령에게 위임하더라도 입법부가 어떠한 조건설정을 하여야 한다는 취지를 시사한 것에 그치며 權限委任은 인용되었다.

## ② Field v. Clark事件

Brig Aurora事件判決은 다투어진 피위임제한의 본질을 명확히하지 않고 사건을 처리하였으나, 그 후의 판례에서는 크게 문제가 된 權限委任은 집행권 내지 행정권의 부여에 불과하며 입법권의 위임이 아니어서 合憲으로 한 판결. 문제가 된 피위임권한을 명확히 정의하지 않으나 입법권에는 委任可能한 부분과 위임불가능한 본질이 있음을 전제로 하여 후자의 위임이 아니면 순수한 입법권위임이 행해진 것이 아니라고 하여 合憲으로 한 판결의 두종류가 존재한다.

우선 1892년의 Marshall Field & Co. v. John M. Clark사건판결(143 U.S. 649)에서는 1890년 10월 1일의 聯邦關稅法이 문제가 되었다. 즉, 동법은 사탕, 벌꿀, 커피, 피혁에 관하여 합중국의 관세수입조치를 받고 있는 생산수출국이 합중국의 農産物에 대하여 互惠의 관점에서 불평등 내지 불합리한 관세를 부과하고 있는 사실을 大統領이 확인한 경우, 상호무역의 보장을 위하여 布告에 의하여 해당국에 대해 동법의 무관세수입조치규정의 적용을 동결하는 권한과 의무를 대통령에게 부여하였다. 그리고 이 권한부여가 위헌적인 立法權委任에 해당하는가의 여부가 다투어졌다. 그에 대하여 Harlan法官을 위시한 법정의견은 대체로 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “입법부는 입법권을 다른 부문에 委任하여서는 아니된다라는 법리는 憲法에 의하여 정해진 통치제도의 완전성과 그 보전에 있어서 불가결한 원칙이다. 다만 본건에서는 不當課稅의 사실이 확인된 경우 법률의 효력을 정지시키는 것은 大統領의 의무이며 재량의 여지가 없는 것이므로 그가 법을 제정하고 있다고는 말할 수 없다. 법률의 효력이 정지하는 수시발생적 조건(contingency)을 입법부가 委任

法律중에 지정한 시점에서 立法權은 행사되고 있는 것이므로 입법부의 의사가 실현되어야 할 사태의 도래를 대통령이 확인하는 것은 단지 법률을 집행하고 있는 것에 불과하다”.

③ *Buttfield v. Stranahan* 事件

1904년의 *William J. Buttfield v. Nevada N. Stranahan* 사건판례(192 U.S. 470)에서는 1897년 3월 2일의 聯邦茶檢査法(The Tea Inspection Act)이 문제가 되었다. 동법은 저순도로서 유해한 茶의 수입을 방지하기 위하여 茶專門家局의 권고에 의거하여 품질기준을 정하는 권한을 재무부장관에게 부여하였다. 그리고 본건은 그러한 품질기준하에서 有害認定을 받은 수입차의 폐기처분에 대한 국가배상청구소송이며, 그 중에서 동법의 권한위임의 합헌성이 다투어졌다. 그에 대해 *White*法官을 위시한 법정의견은 “저순도로서 유해한 茶의 排除라는 동법에 있어서 입법목적의 표명중에는 이미 근본기준(primary standard)이 확정되어 있으며 입법부는 법률에 표명된 정책을 실시하는 단순한 집행의무를 財務部長官에게 부과한 것에 불과하다”고 하여 동법을 합헌이라 하였다.

④ *Union Bridge Co. v. U.S.* 事件

1906년의 *Union Bridge Co. v. U. S.* 사건판결(204 U.S. 470)에서는 하천 및 항만의 안전항행에 지장을 가져온다고 생각되는 합리적 이유가 인정되는 경우 고지·침문질차를 거친후 橋梁建造物을 개수시킬 권한을 전쟁장관(Secretary of War)에 부여한 1899년 3월 3일법이 문제가 되었다. 그에 대하여 *Harlan*法官을 위시한 법정의견은 대체로 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “입법부는 스스로가 천명한 정책을 전개하기 위하여 特定橋梁이 수상항행에 불합리한 장애물에 해당하는가의 여부의 사실인정을 행할 의무를 동장관에게 부과하고 있다. 그리고 그 의무를 이행하는 때 동장관은 명시된 立法院의 의사를 단순히 집행하는데 그치며 입법권이나 사법권을 행사하고 있는 것이 아니다”.

⑤ *U.S. v. Grimaud* 事件

1911년의 *U. S. v. Grimaud* 사건판결(220 U.S. 506)에서는 공공보류지의 森林의 개량·보호 및 목재의 적정공급을 목적으로 한 1897년 6월 4일의 聯邦森林保全法(*Forest Reserve Act*)과 1905년 2월 1일의 동개정법이 문

제가 되었다. 이들 법률은 公有森林에 있어서 화재나 토양침식을 방지하는 규칙의 제정권 및 公共保留地(Reservation)의 점유·사용을 규제하는 규칙의 제정권을 농림부장관에게 부여하고, 규칙위반자에 대한 처벌규정을 두었다. 그리하여 동장관이 공유삼림내에서의 방목의 事前許可制를 규칙으로 정하였으며 무허가로 放牧을 하였기 때문에 형사처벌을 받게된 자가 동법의 권한위임은 위헌적인 입법권위임에 해당한다고 하여 다투어졌다. 그에 대해 Lamer法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌이라고 하였다. 즉, “각공공보류지의 특수한 지역적 조건에 대응하기 위한 권한을 농림부장관에게 부여한 것은 행정기능의 부여에 불과하다. 다만 法律을 제정하는 입법권과 規則을 제정하는 행정권과의 구별은 곤란하며 입법부가 타부문에 위임할 수 있는 비입법적권한의 내용은 미확정적이다. 그러나 입법부는 그 의사를 위임법률중에 명확히 한다면 법률의 상세를 規則으로 보전하는 권한을 타기관에 위임할 수 있다”.

⑥ Interstate Commerce Commission v. Goodrich Transit Co.事件

1911년의 Interstate Commerce Commission v. Goodrich Transit Co.사건판결(224 U.S. 194)에서는 1887년의 聯邦州間通商法과 1906년의 동개정법이 문제가 되었다. 이들 법률은 공공운송업자가 사용하는 會計簿의 통일서식을 정하는 권한과 사업상황에 관한 보고서의 제출을 요구하는 권한을 州間通商委員會에 부여하였다. 그리고 동위원회는 5대호부근의 수상운송업자가 사용하는 통일서식을 정하고 나아가 보유주식의 상황, 회사의 구성, 재무상황, 소유시설의 내용, 수지상황 등의 상세한 보고를 의무화하는 命命을 제정하였다. 그래서 그 命命의 일부정지를 요구한 본건에서 동법의 권한위임의 합헌성이 다투어졌다. 이에 대하여 Day法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌이라고 하였다. 즉, “立法府는 순수한 입법권(purely legislative power)을 위임할 수는 없으나 행정기관의 行動準則을 정한 후라면 그 준칙을 구체적 상황에 적용하여 사실을 조사하는 권한을 동기관에 위임하는 것은 가능하다. 본건에 있어서 입법부는 주간통상위원회의 행동준칙을 委任法律중에 정립한 위에 단순히 그 상세의 실시를 동위원회에 위임한 것에 불과하며 입법권을 위임한 것이 아니다”.

⑦ U.S. v. Shreveport Grain & Elevator事件

1932년의 U.S. v. Shreveport Grain & Elevator사건판결(287 U.S.

77)에서는 식료품과 약품의 부당표시와 허위상표의 첩부를 규제하는 規則의 制定權을 재무부장관, 농림부장관, 상무부장관 및 노동부장관에게 위임한 1906년의 聯邦食品藥品法이 문제가 되었다. 동법에 대하여 Sutherland法官을 위시한 법정의견은 “입법부는 근본기준을 정한다면 법률의 상세를 보전하는 권한을 행정권에게 委任할 수 있는 것이며, 그러한 권한은 행정권이 지 입법권이 아니다”라고 하여 합헌으로 판단하였다.

⑧ Wichita R.R. & L. Co. v. Public Utilities Commission事件

입법권의 위임으로서 처리된 사례로서 1922년 Wichita R.R. & L. Co. v. Public Utilities Commission사건판결(260 U.S. 48)에서는 1911년의 Kansas州法이 문제가 되었다. 동법은 Kansas州 공익사업위원회에 대해 충분한 실태조사와 청문을 조건으로 동위원회가 “부당, 불합리, 차별적 또는 특권적”으로 인정한 公益事業料金에 관하여 그 개정을 명하는 권한을 부여하였다. 그리고 상고인인 鐵道會社가 어떤 전력회사와 전력공급계약을 체결한 바 공익사업위원회가 그 전력회사의 신청에 의거하여 전력요금의 증액수정을 결정하여 실시한 것으로서 동철도회사는 그러한 공익사업요금의 개정권의 부여는 위헌적인 立法權委任에 해당한다고 주장하였다. 이에 대하여 Taft法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌이라고 하였다. 즉, “입법부는 입법권을 위임하여서는 아니된다라는 원칙에는 몇가지의 유보가 있다. 자치단체나 행정위원회를 창설하는 경우가 그러하며, 특히 行政委員會를 창설하는 경우에 전기의 원칙에 유보를 인정하는 것은 입법권의 효과적인 행사를 위하여 꼭 필요하다. 그래서 행정위원회에 대하여 순수한 立法權委任이 행해지지 않도록 하기 위해서는 입법부가 위원회의 권한행사에 관한 일정한 절차와 일정한 決定準則을 제시할 필요가 있다. 그래서 위원회가 그러한 절차와 결정준칙에 따를 것이 요구되나 본건에서는 공익사업위원회가 공급액의 부당성을 인정한 과정에 의문이 있으므로 본법정은 동위원회의 요금결정에 대하여 잠정적 中止命令을 발한 원심을 지지한다”.

⑨ Hampton, Jr. & Co. v. U.S.事件

1928년의 J.W.Hampton, Jr. & Co. v. U. S.사건판결(276 U. S. 384)에서는 1922년의 聯邦關稅法이 문제가 되었다. 동법은 대외통상규제입법의 적정한 실시를 목적으로 합중국관세위원회(U.S.Tariff Commission)에 의한

물품생산비용의 격차조사의 결과 合衆國과 外國의 생산비용격차의 평준화가 동법소정의 세율에서는 실현되지 않음이 확인된 경우 선언으로 세율의 증감을 50% 이내로 행하는 권한을 대통령에게 부여하였다. 그래서 大統領은 美·獨간 에 있어서 생산비용격차의 평준화를 위하여 이산화바륨(Barium Dioxide)에 부과하는 관세를 1포인트당 4센트에서 6센트로 인상할 것을 선언하였다. 그래서 그러한 세율에 의거한 사정에 대한 이의신청중에 동법의 권한위임의 합헌성이 다투어졌다. 그에 대하여 Taft裁判長을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 관세법을 합헌으로 하였다. 즉, “코몬로상의 代理人法理인 *delegata potestus non potest delegari*나 권력분립원리하에서는 입법부가 입법권을 집행부나 사법부에 이양·포기하는 것 또는 집행권이나 사법권을 입법부나 입법부구성원에 부여하는 것은 국가의 기본법 위반이 된다. 그러나 그렇다고해서 그들 法理는 각부문의 활동이 타부문의 憲法上的 관할권을 찬탈하고 있지 않은 경우에 까지도 어떤 부문이 타부문에 속하고 있는 활동을 행하여서는 아니된다라는 것은 아니며 어떤 부문이 타부문의 협조를 구하는 것도 그 협조의 범위와 성질이 常識과 統治上的 共同作業에 고유한 必要性에 따른 것이라면 허용된다. 세율수정에 관한 裁量權을 명확한 조건하에서 행정기관에게 부여하는 것은 입법부가 가지는 통상규제권의 효과적 행사에 있어서 필요하다. 나아가 행정기관이 따라야 할 명료한 원칙(intelligible principle)이 위임법률중에 정해지고 있다면 세율수정권을 위임하더라도 그것은 禁止되는 立法權委任이 아니다”.

(2) 基準의 要件의 成立

① Panama Refining Co. v. Ryan事件

1935년의 Panama Refining Co. v. A.D.Ryan사건판결(293 U.S. 388)에서, 본건에서는 이른바 뉴딜입법인 1933년의 全國産業復興法(National Industrial Recovery Act) 제1장제9조c항이 문제가 되었다. 동항은 州法이 정한 製造量 및 貯藏所로부터 인출하는 양을 초과하여 제조·거래된 석유제품에 관하여 그 州間·對外通商을 규제하는 命命의 제정권을 대통령에게 부여하여 그 命命에 위반한 자는 형벌에 처하도록 규정하였다. 그래서 F.Roosevelt 대통령이 石油製品禁輸命命을 제정한 바 석유정유회사가 NIRA가 위헌적인 입법권위임을 범한 것이며 Due Process에도 반한다고 제소하였다. 그에 대해 Hughes裁判長을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 위헌으로 하였다.

즉, "NIRA 제1장제9조c항은 석유제품의 禁輸를 행하는 경우의 상황설정도 조건부여도 없이 즉, 아무런 기준을 제시하지 않고 大統領에게 무제한적인 정책 결정권을 부여하고 있다. 또한 동법 제1장의 제조문을 종합적으로 검토하여도 동항의 권한을 한정하는 어떠한 것도 파악되지 않는다. 따라서 동항은 執行權이 아니라 입법권을 大統領에게 부여하고 있다. 그래서 이러한 입법권위임의 합헌성이 문제되게 되나 合衆國憲法 제1조제1항과 동조제8항제18호가 있는 이상 입법부는 입법부에 귀속하는 본질적인 입법권을 타기관에 이양하여 포기할 수는 없다. 다만 憲法은 유연성과 실천성의 관점에서 委任法律중에 정책을 명시하고 기준을 설정한 것이라면 입법부가 下位規則의 제정권 또는 입법정책이 적용되는 사실의 발생의 확인권을 행정기관에 위임하는 것도 허용된다. 그러나 그렇다고하여 委任의 限界를 애매하게 하여서는 아니된다. 따라서 기준없는 위임을 행한 동항은 위헌이다. 또한 Due Process는 행정기관이 정하는 立法的 命令(legislative order)이 피위임권한의 범위내의 것일 것, 또한 그러한 命令이 일정한 사실의 발생에 의거하여 정하여지는 것이라면 그 사실인정 행위가 제시되어야 할 것을 요구한다. 따라서 立法府는 순수한 입법권위임을 회피하기 위하여 수임기관을 구속하는 일정한 절차와 결정준칙을 정하여야 한다는 Wichita R.R. & L.Co.판결의 원칙이 본건에도 적용된다. 그러나 NIRA에는 그러한 점을 배려한 규정이 없으며 Due Process에 위반하고 있다".

② Schechter Poultry Corp. v. U.S.事件

1935년 Schechter Poultry Corp. v. U.S. 사건판결(295 U.S. 495)에서 연방대법원은 NIRA 제3조a항을 違憲으로 하였다. 동항은 독점기업 및 독점관습의 배제를 목적으로 한 동법제1장에 열거한 정책을 실시하기 위하여 상공업단체의 제안과 관계하는 公正競爭規約을 채택하는 권한을 大統領에게 부여하고 나아가 동항은 위의 채택을 하지 않고 大統領 자신이 규약을 제정할 수도 있도록 하였다. 그래서 F.Roosevelt 大統領은 상공업단체로부터 제출된 生家畜規約(live poultry code)을 채택하는 취지의 大統領命令을 정하였다. 이 규약에는 가축업자를 대상으로 최장노동시간, 최저임금, 불공정경쟁수단의 배제 등을 정하였다. 또한 동규약에는 양계소매를 단위로 하는 거래를 요구하는 조항도 있었다. 그 조항에 반하여 가축의 선택판매를 행한 업자가 불공정경쟁을 하였다고 하여 공소제기를 받은 바 동인이 NIRA는 大統領에 대하여 위헌



적인 입법권위임을 범하고 있다고 주장하였다. 이에 대해 Hughes裁判長을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 NIRA 제3조를 위헌으로 하였다. 즉, “입법권 위임의 합헌성판정에 관한 Panama Refining Co.판결의 법리는 본건에도 적용된다. 본법정은 立法府가 동판결이 제시한 제한을 시행하지 않고 본질적 입법권을 이양하였는가 또는 이들 제한을 시행함으로써 본질적 입법권을 행사하였는가를 판단한다. 공정경쟁규약제정의 목적은 NIRA제1장 立法政策의 宣稱에 한정되나 동선언은 대단히 추상적이며 규약에 의한 규제 대상이나 방법을 여하한 의미에서도 제약하지 않고 있다. 不公正競爭의 규제를 독립규제위원회인 연방거래위원회에 위임한 聯邦去來委員會法과 NIRA를 비교하면 전자는 피위임권한의 행사를 안전한 것으로 하기 위하여 정식이의신청, 고지·청문, 증거에 의거한 사실인정, 권한유일에 대한 사법심사 등에 관한 규정을 두고 있으나, NIRA에는 그러한 행정절차가 없다. 이와 같이 광범한 대통령의 裁量權에 대한 제약으로서 NIRA는 규약체택의 조건 즉, 規約을 제안한 團體가 不正한 加入制限을 하지 않고 진정으로 他團體를 대표하는 것일 것과 規約이 독점을 촉진하거나 약소기업을 배제하는 것이 아닐 것을 열거하고 있으나 어느것도 추상적이다. 따라서 NIRA 제1장제3조는 아무런 기준도 없이 대통령에 대하여 무제한적인 재량권을 부여하고 있으므로 위헌적인 입법권위임을 범하고 있다”.

(3) 基準의 要件의 補完·緩和

① Currin v. Wallace事件

1939년의 Currin v. Wallace사건판결(306 U.S. 1)에서 1935년의 聯邦煙草檢査法이 문제가 되었다. 동법은 경쟁시에서 거래되는 煙草의 분류 및 검사의 통일기준을 제정하는 권한 및 동법의 적용대상이 되는 경쟁 시장을 생산자의 3분의 2이상의 동의를 얻은위에 지정하는 권한을 농림부장관에게 부여하였다. 그에 대해 도매업자가 동법은 위헌적인 입법권위임을 범하였다고 주장한 바 Hughes裁判長을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 연초검사법을 합헌으로 하였다. 즉, “본건에서의 권한위임은 본질적 입법권을 포기하는 것이 아니다. 그 이유는 입법부는 연초의 품급, 상태, 크기 등에 관하여 통일기준의 제정에 관한 政策을 제시하고 있기 때문이다. 또한 그 통일기준이 적용되는 시장을 지정하는 권한에 관해서는 동법에 의하면 레퍼런덤, 즉 생산자의 3분의 2

이상의 동의를 요건으로 하고 또한 특단의 사정이 있는 경우에는 동법소정의 우선순위에 따라 지정이 행해지므로 立法府가 설정한 기준에 의한 제약이 존재한다. 이상과 같이 동법은 입법정책을 정하고 또한 행정기관의 행동범주가 되는 기준을 정하고 있으므로 허용된 立法權委任을 행하고 있는데 불과하다”.

② U.S. v. Rock Royal Corp.事件

1939년의 U.S. v. Rock Royal Corp. 사건판결(307 U.S. 533)에서는 1937년의 聯邦農業市長協定法의 합헌성이 다투어 졌다. 동법은 제2조에서 농민의 구매력을 제1차대전전의 수준으로 되돌리기 위하여 공익에 적합하지 않은 市場의 상황으로부터 실현가능하다고 판단되는 경우에 한하여 농산품의 가격통제를 농림부장관에게 위임하고, 구체적으로는 동법제8조에서 동장관에 대해 법정품목중에서 동장관이 선택한 품목에 관하여 價格安定을 위한 命命을 제정하는 권한을 부여하였다. 그래서 동장관은 동법소정의 엄격한 절차를 거쳐 우유의 최저가격을 정한 바, 생산자조합이 동법은 위헌적인 입법권위임을 범한 것이라고 주장하였다. 그에 대하여 Reed法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 농업시장협정법을 합헌으로 하였다. 즉, “동법 제2조에는 농민의 구매력을 회복함으로써 農產物市場의 안정을 도모하는 취지의 입법정책이 명시되어 있다. 경제규제에 관한 위임법률의 합헌성을 검토하는 때에는 立法目的 및 規制의 영향을 받는 국민에게 그 규제의 한계를 이해시키는 충분한 명확성을 지닌 기준의 존부를 심사할 필요가 있으나, 입법부는 그 기준을 합리적으로 가능한 정도까지 명확히하면 된다. 가격통제의 대상품목은 동법제8조에 열거되어 있으며 농림부장관에게 자유재량이 부여되어 있는 것이 아니다. 또한 특히 “우유의 최저가격”에 관한 기준을 정한 조항도 있다. 동법은 告知·聽聞이나 사실 인정등 절차적 보장을 정하고 있으나, 그들은 위헌적인 위임을 합헌화할 수는 없더라도 적절히 위임된 권한의 자의적 행사에 대한 예방선이 된다”.

③ Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins事件

1940년의 Sunshine Anthracite Coal Co. v. Adkins 사건판결(310 U.S. 381)에서는 1937년의 聯邦有煉炭法이 문제가 되었다. 동법은 가격통제와 불공정경쟁의 배제에 의한 유연탄의 보호를 목적으로 유연탄규약하에 몇 개의 生産地區를 조직하고 그를 전국유연탄위원회의 관리하에 두었다. 그리고 동법제4조가 유연탄의 최고·최저가격의 결정권을 동위원회에 부여한 바, 석탄회

사가 동조는 위헌적인 입법권위임을 범한 것이라고 주장하였다. 이에 대해 Douglas法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “동법제4조는 최고가격의 결정에 관하여 ‘불합리한 高價格으로부터 소비자를 보호하기 위하여 공익상 필요하다고 생각되는 경우에’ ‘당해생산지구에 있어서 표준적인 비용에 대해서 합리적인 재검토가 있는’ 이라는 기준을, 또한 최저가격의 결정에 관하여 ‘비용의 내역을 명확히하는’ ‘유연탄의 분류별은 시장에서 평가를 반영한 것으로 생산자간에 공정과 형평을 유지’ ‘기존의 경쟁상태를 가능한 한 저해하지 않고’ ‘생산지구간의 공정과 형평을 유지’라는 기준을 각각 두고 있다. 그리고 이들 기준은 과거 본법정이 지지하여온 기준보다도 具體性에서 우수하며, 입법목적을 구체화하는 전문가에게는 이 정도의 구체성으로 족하다. 또한 그 이상의 상세한 기준을 요구하는 것은 立法過程과 행정과정의 양측에게 유해하며 법의 운용을 방해하며 행정기관으로부터 유연성과 신속성을 박탈한다”.

④ Opp Cotton Mills, Inc. v. Administrator of wage and hour division of Dept. of Labor事件

1940년의 Opp Cotton Mills, Inc. v. Administrator of wage and hour division of Dept. of Labor사건판결(312 U.S. 126)에서는 1935년의 公正勞動基準法의 최저임금조항이 문제가 되었다. 동법은 다음과 같은 방법으로 노동부의 임금노동시간국장에게 실질적인 최저임금의 결정권을 부여하였다. 우선 동법 제5조는 동장관에게 각각 동수의 사용자대표·근로자대표·시민대표로 구성되는 産業委員會를 그 산업이 영위되고 있는 지리적·지역적 요인을 고려한 후 작업계마다 조직하는 권한을 부여하였다. 동장관은 동법 제6조에 의거하여 결정되는 산업계공통의 최저임금을 전제로 해당하는 산업위원회의 조언을 기초로 ‘실질적으로 고용을 감소시키지 않고 경제적으로 가능한 한 신속하게 시의에 상응하여’ ‘1시간당 40센트를 초과하지 않는 한도내에서’ 最高最低賃金を 작업계별로 제정하는 권한도 부여하였다. 그리고 그러한 산업위원회의 조직 및 최고최저임금의 결정에 있어서 동장관이 고려하여야 할 요인으로서 달리 유통비용·생활비·생산비용에 의하여 영향을 받는 경쟁조건이나 勞使가 협약으로 자주적으로 정한 기존의 임금 등을 열거하였다. 또한 임금의 결정에 즈음하여 연방관보에의 고지와 이해관계인의 청문기회부여가 의무화되었다. 그런데 賃金勞動時間局長은 1시간당 30센트라는 공통의 최저임금을 결정하고 섬

유업계에 관한 산업위원회를 조직하여 동위원회의 건의에 의거하여 고지후 청문을 빈번하게 개최하면서 섬유업계에 있어서 최고최저임금을 1시간당 32.50 센트로 결정하였다. 이에 불복한 섬유회사가 제소한 것이 본건으로, 사건은 합중국대법원에 係屬되었다. 이에 대해 Stone裁判長을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 공정노동기준법을 합헌으로 하였다. 즉, "合衆國憲法 제1조제1절은 입법권을 연방의회에 배분하고 있으나, 동절은 이미 채택된 법률상의 기준과 연방의회에 의한 정책의 확정에 적합하는 형태로 행하는 사실인정을 담당하는 기관으로서의 행정관이나 행정위원회의 협조를 구하는 것까지도 聯邦議會에 금지하는 것은 아니다. 그러한 사실인정은 법률의 운용에 불가결한 전제조건이다. 그리고 정책의 선언과 법률이 명하는 바가 실행되어야 할 상황의 확정은 憲法的인 意味에서 입법권의 행사를 구성한다. 행정기관이 선언된 정책과 법률상의 기준에 비추어 사실을 평가하고 그로부터 일정한 推論을 도출하는데에는 제한된 범위내에서의 재량권의 행사가 필요하게 된다. 본건에 문제가 되고 있는 위임법률의 기준은 행정기관이 따라야 할 指針을 제공하고, 행정기관이 따라야 할 節次를 정하며 행정기관의 활동기록을 요구하고 있으며 그를 위해 연방의회, 법원, 공중은 행정기관이 연방의회가 정한 기준에 따르고 있는가를 확인하는 것이 가능하게 되고 있다. 따라서 입법권의 행사를 결여하였다고는 말할 수 없다. 事實認定도 입법과정의 일부이나, 그 전부를 의회가 담당하는 것은 곤란하며, 우리 憲法은 불가능이나 비현실을 요구하고 있지 않다. 결국 입법권의 본질이란 立法政策의 확정(determination of the legislative)과 행동의 준칙으로서 그것을 정식화함을 의미한다. 그리고 이 본질은 행정기관이 제공하는 적절한 데이터에 의거하여 그 인정에 의하여 법률이 집행될 수 있는 사실의 基本的 結果(basic conclusions)를 의회가 특정하고 있다면 유지된다. 본건의 위임법률은 이상을 충족하고 있다".

⑤ Yakus v. U.S.事件

1944년의 Albert Yakus v. U.S.사건판결(321 U.S. 414)은 1942년의 聯邦緊急物價統制法(Emergency Price Control Act)이 문제가 되었다. 즉, 동법은 대통령의 임명과 관련된 물가관리관(Office of Price Administration)에게 최고물가 및 최고임대표를 정하는 規則制定權을 부여하였다. 그리고 동법은 제1조의 목적규정에서 戰時인플레이방지 등을 상세히 열거하고 제2조에서 "공정하고 형평"을 물가통제의 기준으로 하였다. 또한 동법은 가격결정에 즈음하

사가 동조는 위헌적인 입법권위임을 범한 것이라고 주장하였다. 이에 대해 Douglas法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “동법제4조는 최고가격의 결정에 관하여 ‘불합리한 高價格으로부터 소비자를 보호하기 위하여 공익상 필요하다’고 생각되는 경우에 ‘당해생산지구에 있어서 표준적인 비용에 대해서 합리적인 재검토가 있는’ 이라는 기준을, 또한 최저가격의 결정에 관하여 ‘비용의 내역을 명확히하는’ ‘유연탄의 분류별은 시장에서 평가를 반영한 것으로 생산자간에 공정과 형평을 유지’ ‘기존의 경쟁상태를 가능한 한 저해하지 않고’ ‘생산지구간의 공정과 형평을 유지’라는 기준을 각각 두고 있다. 그리고 이들 기준은 과거 본법정이 지지하여온 기준보다도 具體性에서 우수하며, 입법목적을 구체화하는 전문가에게는 이 정도의 구체성으로 족하다. 또한 그 이상의 상세한 기준을 요구하는 것은 立法過程과 행정과정의 양측에게 유해하며 법의 운용을 방해하며 행정기관으로부터 유연성과 신속성을 박탈한다”.

④ Opp Cotton Mills, Inc. v. Administrator of wage and hour division of Dept. of Labor事件

1940년의 Opp Cotton Mills, Inc. v. Administrator of wage and hour division of Dept. of Labor사건판결(312 U.S. 126)에서는 1935년의 公正勞動基準法의 최저임금조항이 문제가 되었다. 동법은 다음과 같은 방법으로 노동부의 임금노동시간국장에게 실질적인 최저임금의 결정권을 부여하였다. 우선 동법 제5조는 동장관에게 각각 동수의 사용자대표·근로자대표·시민대표로 구성되는 産業委員會를 그 산업이 영위되고 있는 지리적·지역적 요인을 고려한 후 작업계마다 조직하는 권한을 부여하였다. 동장관은 동법 제6조에 의거하여 결정되는 산업계공통의 최저임금을 전제로 해당하는 산업위원회의 조언을 기초로 ‘실질적으로 고용을 감소시키지 않고 경제적으로 가능한 한 신속하게 시의에 상응하여’ ‘1시간당 40센트를 초과하지 않는 한도내에서’ 最高最低賃金を 작업계별로 제정하는 권한도 부여하였다. 그리고 그러한 산업위원회의 조직 및 최고최저임금의 결정에 있어서 동장관이 고려하여야 할 요인으로서 달리 유통비용·생활비·생산비용에 의하여 영향을 받는 경쟁조건이나 勞使가 협약으로 자주적으로 정한 기존의 임금 등을 열거하였다. 또한 임금의 결정에 즈음하여 연방관보에의 고지와 이해관계인의 청문기회부여가 의무화되었다. 그런데 賃金勞動時間局長은 1시간당 30센트라는 공통의 최저임금을 결정하고 섬

유업계에 관한 산업위원회를 조직하여 동위원회의 건의에 의거하여 고지후 청문을 빈번하게 개최하면서 섬유업계에 있어서 최고최저임금을 1시간당 32.50 센트로 결정하였다. 이에 불복한 섬유회사가 제소한 것이 본건으로, 사건은 합중국대법원에 係屬되었다. 이에 대해 Stone裁判長을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 공정노동기준법을 합헌으로 하였다. 즉, “合衆國憲法 제1조제1절은 입법권을 연방의회에 배분하고 있으나, 동절은 이미 채택된 법률상의 기준과 연방의회에 의한 정책의 확정에 적합하는 형태로 행하는 사실인정을 담당하는 기관으로서의 행정관이나 행정위원회의 협조를 구하는 것까지도 聯邦議會에 금지하는 것은 아니다. 그러한 사실인정은 법률의 운용에 불가결한 전제조건이다. 그리고 정책의 선언과 법률이 명하는 바가 실행되어야 할 상황의 확정은 憲法的인 意味에서 입법권의 행사를 구성한다. 행정기관이 선언된 정책과 법률상의 기준에 비추어 사실을 평가하고 그로부터 일정한 推論을 도출하는데에는 제한된 범위내에서의 재량권의 행사가 필요하게 된다. 본건에 문제가 되고 있는 위임법률의 기준은 행정기관이 따라야 할 指針을 제공하고, 행정기관이 따라야 할 節次를 정하며 행정기관의 활동기록을 요구하고 있으며 그를 위해 연방의회, 법원, 공중은 행정기관이 연방의회가 정한 기준에 따르고 있는가를 확인하는 것이 가능하게 되고 있다. 따라서 입법권의 행사를 결여하였다고는 말할 수 없다. 事實認定도 입법과정의 일부이나, 그 전부를 의회가 담당하는 것은 곤란하며, 우리 憲法은 불가능이나 비현실을 요구하고 있지 않다. 결국 입법권의 본질이란 立法政策의 확정(determination of the legislative)과 행동의 준칙으로서 그것을 정식화함을 의미한다. 그리고 이 본질은 행정기관이 제공하는 적절한 데이터에 의거하여 그 인정에 의하여 법률이 집행될 수 있는 사실의 基本的 結果(basic conclusions)를 의회가 특정하고 있다면 유지된다. 본건의 위임법률은 이상을 충족하고 있다”.

⑤ Yakus v. U.S.事件

1944년의 Albert Yakus v. U.S.사건판결(321 U.S. 414)은 1942년의 聯邦緊急物價統制法(Emergency Price Control Act)이 문제가 되었다. 즉, 동법은 대통령의 임명과 관련된 물가관리관(Office of Price Administration)에게 최고물가 및 최고임대표를 정하는 規則制定權을 부여하였다. 그리고 동법은 제1조의 목적규정에서 戰時인플레이방지 등을 상세히 열거하고 제2조에서 “공정하고 형평”을 물가통제의 기준으로 하였다. 또한 동법은 가격결정에 즈음하

여 물가관리관이 고려한 요인을 명시할 것을 의무화하였다. 그래서 同管理官은 “고려요인의 설명”을 부기한 후 牛肉의 최고도매가격을 정한 規則을 제정한 바, 도매업자가 동법은 위헌적인 입법권위임을 범하였다고 주장하였다. 이에 대해 Stone裁判長을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “입법부가 포기하여서는 아니되는 입법권의 본질적 부분이란 “입법정책의 결정 및 명확하고 구속력있는 行動準則으로서 그것을 정식화하고 선언하는 것”이며 행정기관이 적절한 데이터를 통하여 확인하는 사실에 의거한 법률이 집행되는 경우, 그 확인에 관한 기본적인 조건을 입법부가 상세히 규정하면 立法權의 本質은 입법부에 유보된다. 그리고 법원의 관심은 입법부의 의사가 수임기관에 의하여 준수되었는가의 여부에 있으므로 수임기관의 행동준칙이 되는 기준이 위임법률중에 결여되어 있기 때문에 受任機關이 입법부의 의사에 따랐는가의 여부를 법원이 확인할 수 없다면 그 위임법률은 위헌이 된다. 그래서 본건을 보면 그 부기가 행정기관에게 의무화되어 있는 ‘고려요인의 설명’의 협조를 얻어 受任機關이 法정의 기준에 따랐는가를 입법부·사법부·국민이 판단하기에 충분한 명확성을 확보하는 수단을 保持하고 있다. 결국 동법은 제1조에서 목적을 제2조에서 기준을 정하고 관리관의 권한행사를 통제하고 있다. 그리고 동법은 가격결정이 위임법률의 목적과 기준에 적합하고 있음을 관리관이 확인할 수 있고, 法院이 관리관의 판단의 실제적 기초가 결여되어 있지 않음을 확인할 수 있도록 명확한 규정을 용의하지 않으면 안된다는 두가지의 요구를 충족하고 있다”.

⑥ U.S. v. Curtiss-Wright Export Corp.事件·Hirabayashi v. U.S.事件

聯邦大法院은 외교·군사에 관한 문제영역에서 기준의 요건의 적용을 배제 또는 완화하는 판결을 내리고 있다. 즉 일정한 交戰國에 대한 무기매각을 금지하는 권한을 대통령에게 부여한 연방의회공동결의의 합헌성이 다루어진 1936년의 U.S. v. Curtiss-Wright Export Corp. 사건판결(299 U.S. 304)에서 입법권위임의 쟁점에 관해 Sutherland法官을 위시한 법정의견은 대외 문제를 처리하는 권한은 “憲法이 대통령에게 부여한 전권이며, 이 문제영역에서 대통령의 행동을 규율하는 기준을 입법부가 상세히 정하는 것은 유해하다”라는 이유로 기준의 요건을 중심으로 하는 委任法理를 적용하지 않았다. 또한 제2차대전중 스파이나 폭동의 방지를 목적으로 군사적 관리지구의 지정과 강제조치에 관한 規則制定權을 육군사령관에게 부여한 법률의 합헌성이 다루어졌

다. 1943년의 Hirabayashi v. U.S. 사건판결(320 U.S. 81)에서 입법권 위임의 쟁점에 관해 Stone裁判長을 위시한 법정의견은 본건에서 구체적으로 문제된 일본계인 외출금지령의 제정에 관하여 그것은 집행부와 입법부가 공유하는 전쟁권한의 행사에 포함된다고 한 후 형식적으로 기준의 요건을 적용하더라도 결국 大統領命令 및 육군사령관포고의 세 개 관련법령을 일체적으로 파악하여 그로부터 기준의 의미를 탐구하면 족하다고 委任法理를 배제하였다. 이러한 군사·외교에 관련한 분야, 즉 대통령의 전권에 속하는 분야에서 입법권의 위임이 행해지는 경우 기준의 요건을 중심으로 하는 委任法理의 적용은 배제 내지 완화되고 있다.

(4) 基準의 要件의 衰退

① American Power & Light Co. v. Exchange Commission事件

1946년의 American Power & Light Co. v. Exchange Commission 사건판결(329 U.S. 90)에서는 1935년의 聯邦公益事業持株會社法이 문제가 되었다. 동법은 콘체른내의 회사의 협력태세가 콘체른을 부당 또는 불필요하게 복잡화하지 않을 것 및 콘체른내의 증권보유자에게 의결권을 불공정 내지 불형평하게 분배하지 않을 것을 목적으로 그에 필요한 행동을 지배회사 및 종속회사에 채택하게하는 命令制定權을 독립규제위원회인 증권거래위원회에 부여하였다. 그러한 바 동법이 위헌적인 입법권위임을 범하고 있지 않은가의 여부가 다투어졌다. 이에 대해 Murphy法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “위임법률중의 基準의 明確性을 판정하는 경우는 그것만으로 독립하여 심사하는 것이 아니라 입법목적, 배경적 사정 및 권한위임 조항이외의 관련조문으로부터 기준의 의미를 모색하여야 할 것이다. 종래 법원이 불명확한 기준이더라도 그것을 시인하여 온 것은 현대의 입법이 복잡한 사회경제적 문제를 다루어야 함을 고려하였기 때문이다. 따라서 입법부는 委任法律중 일반적인 정책을 명시하면 족한 것이며 문제가 된 법률은 이 조건을 충족한다”.

② Lichter v. U.S.事件

1948년의 Lichter v. U.S. 사건판결(334 U.S. 742)에서는 1942년의 聯邦軍用契約再交渉法이 문제가 되었다. 동법은 戰爭長官이 戰爭省이 체결하는 군용계약이 과도한 이익을 발생하게 한다고 판단한 경우 계약의 상대방에 대한



재교섭의 강제, 계약액의 삭감, 반환청구 등의 수단으로 과도한 이익의 축소를 도모하는 권한을 동장관에게 부여하였다. 이에 대해 “과도한 이익”이라는 기준은 아무런 의미를 지니지 못하며 동법은 위헌적인 입법권위임이라고 주장하였다. 이에 대해 Burton法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “입법부가 행하는 행정권부여가 위헌적인 입법권위임에 되어서는 아니된다라고 하는데에는 立法府가 정책의 기준을 정하여야 함을 의미한다. 그러나 그 명확화의 정도를 정확히 정의할 수는 없다. 동법하에서 전개된 행정실무가 그 후 입법부에 의하여 승인되었거나 법률에 삽입되고 있으며 그들 결의나 입법이 ‘과도한 이익’의 문언을 해석하는 때에 立法府의 意思를 아는 단서가 된다. 그리고 그 기준은 동법의 입법목적, 배경적 사정 및 행정선례로부터 생각하여 결코 불명확하다고 할 수 없으며, 종래 본법정은 이 정도의 기준이라면 합헌으로 하였다. 따라서 係爭의 권한위임은 합헌적인 ‘행정권의 확장’이며 위헌적인 입법권의 위임이 아니다”.

### ③ Carlson v. Landon事件

1952년의 Carlson v. Landon 사건판결(342 U.S. 524)에서는 1950년의 聯邦國內安全保障法이 문제가 되었다. 동법 제23조는 법무부장관은 스스로의 재량에 의하여 국외퇴거심사의 도중에 미결구류중의 외국인에 대해 拘留係屬, 보석 또는 가석방 내지 그 취소와 재구류 등의 조치를 할 수 있다고 규정하였다. 이에 의거하여 동장관은 보석중의 상고인을 공산주의활동에 가담한 것을 이유로 재구류하였다. 그래서 상고인은 동법은 保釋이나 拘留에 관하여 아무런 기준을 두지 않은 위헌적인 입법권위임을 범하였다고 다투었다. 이에 대해 Reed法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “基準의 意味는 법령전체로부터 파악하지 않으면 안되나, 입법부는 부수적 집행작용의 전부에 관하여 명확한 기준을 둘 필요는 없다. 합중국에 존재하는 다수의 外國人에 대응하는데에는 개별적인 배려가 필요하므로 법무부장관에게 광범한 재량권을 부여하지 않을 수 없다. 동법은 退去處分에 관해서는 정책과 기준을 명시하고 있으므로 보석이나 구류에 관한 동장관의 재량은 무제한이 아니다”.

### ④ Kent v. Dulles事件

1958년 Kent v. Dulles 사건판결(357 U.S. 116)에서는 1926년의 聯邦

旅券法이 문제가 되었다. 동법은 大統領命令에 의한 규제하에서 국무부장관에 대해서 거의 무제한적으로 가까운 여권발급권을 부여하였다. 다만 관련법령 및 행정선례상 여권의 발급을 제한하는 사유로 국적이나 합중국에의 충성심, 비합법활동경력의 유무에 한정되었다. 그래서 동장관은 大統領命令에 의거하여 현 공산당원, 공산당적을 이탈한지 얼마되지 아니한 자 및 黨籍의 유무에 관계없이 공산주의활동을 행하고 있는 자 등에게 여권발급을 거부하는 취지의 規則과 여권발급시의 공산당적의 유무에 관한 선서진술서의 제출을 의무화하는 規則을 제정하였다. 그리고 동진술서의 제출을 거절하였기 때문에 여권발급이 거부된 상고인이 여권법의 합헌성을 다투어, 그 중에서 입법권위임이 문제가 되었다. 이에 대하여 Douglas法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 국무장관이 정한 規則을 위법으로 하였다. 즉, “여행의 권리는 合衆國憲法 수정제5조가 보장하는 Due process에 의하지 않으면 박탈될 수 없는 자유의 하나이다. 따라서 그러한 종류의 자유를 제약하는데에는 법률이 필요하다. 그리고 가령 그러한 종류의 자유를 규제하는 規則을 정하는 권한이 위임되었다라도 위임법률중의 기준은 Panama Refining Co. 판결에서 명확하게 제시된 것에 따라야 한다. 그러나 여행의 권리와 같이 미국시민의 행복에 있어서 불가결한 활동이 규제되는 경우 본법정은 그러한 활동을 감축 내지 회박화하는 被委任權限의 내용을 좁게 해석한다. 따라서 그럼으로써 본법정은 합헌성의 문제에 까지 언급하지 않고 여권법 및 大統領命令은 본건에서 다투어지고 있는 종류의 권한을 국무부장관에게 위임하고 있지 않다고 판단하는데 그친다. 결국 共產黨籍을 이유로 여권발급을 거부하는 법률은 아직 제정되어 있지 않다. 그리고 그러한 법률이 존재하지 않는 이상 동장관은 본건과 같은 規則을 제정할 수 없다”.

⑤ Zemel v. Rusk事件

1965년의 Zemel v. Rusk 사건판결(381 U.S.1)에서도 다시 1926년의 聯邦旅券法이 문제가 되었다. 大統領命令의 규제하에 국무부장관에 대해 광범한 여권발급권한을 부여하고 있는 동법에 의거하여 渡航區域을 제한하는 권한을 동장관에게 부여하는 大統領命令이 1938년 이래 존재하였다. 그래서 이른바 쿠바위기에 즈음하여 국무부장관이 쿠바를 도항금지구역으로 지정한 바 동국의 여권신청이 거부된 자가 동법은 委任法理 및 合衆國憲法 수정제1조·제5조에 반하는 것이라고 다투었다. 이에 대해 Warren裁判長을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “합중국의 안전보장을 도모하는

재고섭의 강제, 계약액의 삭감, 반환청구 등의 수단으로 과도한 이익의 축소를 도모하는 권한을 동장관에게 부여하였다. 이에 대해 “과도한 이익”이라는 기준은 아무런 의미를 지니지 못하며 동법은 위헌적인 입법권위임이라고 주장하였다. 이에 대해 Burton法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “입법부가 행하는 행정권부여가 위헌적인 입법권위임에 되어서는 아니된다라고 하는데에는 立法府가 정책의 기준을 정하여야 함을 의미한다. 그러나 그 명확화의 정도를 정확히 정의할 수는 없다. 동법하에서 전개된 행정실무가 그 후 입법부에 의하여 승인되었거나 법률에 삽입되고 있으며 그들결의나 입법이 ‘과도한 이익’의 문언을 해석하는 때에 立法府의 意思를 아는 단서가 된다. 그리고 그 기준은 동법의 입법목적, 배경적 사정 및 행정선례로부터 생각하여 결코 불명확하다고 할 수 없으며, 종래 본법정은 이 정도의 기준이라면 합헌으로 하였다. 따라서 係爭의 권한위임은 합헌적인 ‘행정권의 확정’이며 위헌적인 입법권의 위임이 아니다”.

③ Carlson v. Landon事件

1952년의 Carlson v. Landon 사건판결(342 U.S. 524)에서는 1950년의 聯邦國內安全保障法이 문제가 되었다. 동법 제23조는 법무부장관은 스스로의 재량에 의하여 국외퇴거심사의 도중에 미결구류중의 외국인에 대해 拘留係屬, 보석 또는 가석방 내지 그 취소와 재구류 등의 조치를 할 수 있다고 규정하였다. 이에 의거하여 동장관은 보석중의 상고인을 공산주의활동에 가담한 것을 이유로 재구류하였다. 그래서 상고인은 동법은 保釋이나 拘留에 관하여 아무런 기준을 두지 않은 위헌적인 입법권위임을 범하였다고 다투었다. 이에 대해 Reed法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “基準의 意味는 법령전체로부터 파악하지 않으면 안되나, 입법부는 부수적 집행작용의 전부에 관하여 명확한 기준을 둘 필요는 없다. 합중국에 존재하는 다수의 外國人에 대응하는데에는 개별적인 배려가 필요하므로 법무부장관에게 광범한 재량권을 부여하지 않을 수 없다. 동법은 退去處分에 관해서는 정책과 기준을 명시하고 있으므로 보석이나 구류에 관한 동장관의 재량은 무제한이 아니다”.

④ Kent v. Dulles事件

1958년 Kent v. Dulles사건판결(357 U.S. 116)에서는 1926년의 聯邦

旅券法이 문제가 되었다. 동법은 大統領命令에 의한 규제하에서 국무부장관에 대해서 거의 무제한적으로 가까운 여권발급권을 부여하였다. 다만 관련법령 및 행정선례상 여권의 발급을 제한하는 사유로 국적이나 합중국에의 충성심, 비합법활동경력 유무에 한정되었다. 그래서 동장관은 大統領命令에 의거하여 현 공산당원, 공산당적을 이탈한지 얼마되지 아니한 자 및 黨籍의 유무에 관계없이 공산주의활동을 행하고 있는 자 등에게 여권발급을 거부하는 취지의 規則과 여권발급시의 공산당적 유무에 관한 선서진술서의 제출을 의무화하는 規則을 제정하였다. 그리고 동진술서의 제출을 거절하였기 때문에 여권발급이 거부된 상고인이 여권법의 합헌성을 다투어, 그 중에서 입법권위임이 문제가 되었다. 이에 대하여 Douglas法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 국무장관이 정한 規則을 위법으로 하였다. 즉, “여행의 권리는 合衆國憲法 수정제5조가 보장하는 Due process에 의하지 않으면 박탈될 수 없는 자유의 하나이다. 따라서 그러한 종류의 자유를 제약하는데에는 법률이 필요하다. 그리고 가령 그러한 종류의 자유를 규제하는 規則을 정하는 권한이 위임되었다라든가 위임법률중의 기준은 Panama Refining Co. 판결에서 명확하게 제시된 것에 따라야 한다. 그러나 여행의 권리와 같이 미국시민의 행복에 있어서 불가결한 활동이 규제되는 경우 본법정은 그러한 활동을 감축 내지 회박화하는 被委任權限의 내용을 좁게 해석한다. 따라서 그럼으로써 본법정은 합헌성의 문제에까지 언급하지 않고 여권법 및 大統領命令은 본건에서 다투어지고 있는 종류의 권한을 국무부장관에게 위임하고 있지 않다고 판단하는데 그친다. 결국 共產黨籍을 이유로 여권발급을 거부하는 법률은 아직 제정되어 있지 않다. 그리고 그러한 법률이 존재하지 않는 이상 동장관은 본건과 같은 規則을 제정할 수 없다”.

⑤ Zemel v. Rusk事件

1965년의 Zemel v. Rusk 사건판결(381 U.S.1)에서도 다시 1926년의 聯邦旅券法이 문제가 되었다. 大統領命令의 규제하에 국무부장관에 대해 광범한 여권발급권한을 부여하고 있는 동법에 의거하여 渡航區域을 제한하는 권한을 동장관에게 부여하는 大統領命令이 1938년 이래 존재하였다. 그래서 이른바 쿠바위기에 즈음하여 국무부장관이 쿠바를 도항금지구역으로 지정한 바 동국에의 여권신청이 거부된 자가 동법은 委任法理 및 合衆國憲法 수정제1조·제5조에 반하는 것이라고 다투었다. 이에 대해 Warren裁判長을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 동법을 합헌으로 하였다. 즉, “합중국의 안전보장을 도모하는

在外美國人을 보호하여야 할 대통령의 의무에 비추어보면 여행의 자유가 제약되어도 수정제5조에 위반하지 아니한다. 본건은 Kent판결과 달리 표현활동이나 결사의 자유를 이유로 한 여권발급거부처분이 아니며 수정제1조는 문제가 되지 아니한다. 다만 쿠바에 관한 현지정보는 얻을 수 있으나 表現의 自由는 무제한적인 정보수집권을 수반하는 것이 아니다. 또한 상고인은 1926년법에는 국무부장관의 재량권을 제한하는데 충분한 기준이 없다고 주장하나, 外交問題에 관하여는 행정기관에게 광범한 재량권이 부여될 필요가 있다. 그러나 그렇다고하여 무제한적인 재량이 부여되도 좋다는 것은 아니다. 그래서 본법정은 Kent판결에 비추어 다음과 같이 재확인한다. 즉, 1926년법은 그 역사적 연혁으로부터 내용을 획득하지 않으면 안된다. 그리고 동법은 행정상의 선례중에서 立法府가 승인한 여권발급사유만을 인정하고 있다고 해석하여야 할 것이다. 국무부장관에 의한 외교정책상의 도항구역제한은 1926년법이전부터 존재하고 1938년의 大統領命令에 의하여 확립된 행정관행이나, 1926년의 여권법성립 및 그 후의 법개정에 의해서도 수정되지 않은 이상 입법부가 이 관행을 승인하였다고 볼 수 있다. 이와 같이 한정해석을 시행하면 동법은 위법적인 입법권위임을 범하고 있지 않다”.

#### ⑥ Gutknecht v. U.S. 事件

1970년의 Gutknecht v. U.S. 사건판결(396 U.S. 295)은 1967년의 聯邦徵兵法과 동법하에서 대통령이 정한 徵兵規則의 합헌성이 다투어졌다. 징병등록자였던 본건 상고인은 지방징병국에 대해 병역면제를 신청하였으나 거꾸로 동국에 의하여 入隊順序가 앞당겨지게 되었다. 이에 대해 상고인은 불복심사를 신청하였으나 동국은 대통령이 정한 徵兵規則에 의거하여 징병절차상 요구되는 보고서의 제출을 게을리한 점을 이유로 동인을 의무태만자로 인정하고 입대시기를 앞당겼다. 그리고 상고인은 同局의 命令에 따르지 않았기 때문에 同規則에 의거하여 기소되었다. 그런데 본건의 大統領規則은 1967년 연방징병법의 전신인 1948년법중 “대통령은 본법을 실시하기 위하여 필요한 規則을 정하는 권한을 가진다”라는 규정을 근거로 규정된 것이다. 그러나 1948년법도 1967년법도 의무태만자의 입대시기의 변경에 관하여는 아무런 규정도 두지 않았다. 그래서 상고인은 법률상의 근거도 없이 制裁目的으로 입대순서를 변경하는 것은 1967년법에 위반하며 그러한 재량권행사를 용인한 1967년법은 委任法理에 위반한다고하여 구제를 신청하였다. 이에 대해 Douglas法官을 위시한 법정의

견은 다음의 이유로 지방징병국의 처분을 위법으로 하고 1967년법에 대한 憲法判斷을 회피하였다. 즉, “徵兵規則下에서 행사된 권한에는 법률상의 기준도 지침도 없다. 따라서 그 권한행사는 전면적으로 행정기관의 재량에 의한 것이다. Kent판결에서 본법정은 법무부장관이 무제한의 재량을 행사한 원인을 법률에 구하지 않았다. 그리고 시민의 자유가 문제가 된 경우 본법정은 그 자유를 감축 또는 회박화하는 피위임권한의 전부를 좁게 해석한다고 하였다. 그런데 본건의 담당행정청은 의무태만자 인정제도의 취지는 징병절차의 진행중에 미세한 規則違反을 일일이 형사제재의 대상으로 하지 않는 점에 있다고 설명한다. 그러나 1967년법의 어디를 보아도 연방의회가 형사소추와는 별도로 그러한 懲戒處分을 행하는 권한을 지방징병국에 부여하고 있다고 해석할 수 있는 규정은 존재하지 아니한다. 또한 그렇다고하여 본건처분을 형사처분의 일환으로 보는 것도 방대한 양의 법령의 재검토가 필요하며 불가능하다. 그 이유는 그 경우에는 의무태만자인정의 정당성을 심사하는 법률상의 기준이 필요하게 되며 또한 徵兵規則이 문면상 내지 적용상 인권을 침해하고 있는가의 심사도 필요하기 때문이다”.

⑦ National Cable Television Association v. U.S.事件

1974년의 National Cable Television Association v. U.S. 사건판결(415 U.S. 336)에서는 1952년의 聯邦獨立機關支出充當法이 문제가 되었다. 동법은 “정부에서의 직접·간접비용, 수익자에 제공되는 가치, 공공정책 및 공익 등의 요인을 고려한 결과 기관장이 공정하고 형평에 부합한다고 판단하는 경우”에는 規則으로 수수료를 정하는 권한을 각연방독립기관에게 부여하였다. 그래서 독립규제위원회인 聯邦通信委員會는 동법에 의거하여 케이블TV규제에 요하는 직접·간접비용의 총계를 사정한 결과, 기존수수료를 변경하여 케이블TV가입자 1명당 30센트의 연간수수료를 케이블TV업계로부터 징수하는 規則을 정하였다. 그리고 전국케이블TV협회가 독립기관지출충당법은 행정기관에 대해서 과세권을 위임하고 있으므로 위헌이라고 하여 다투었다. 이에 대해 Douglas法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 聯邦通信委員會規則을 위법으로 하였다. 즉, “조세란 댓가의 제공과는 무관한 無償으로 징수하는 것이며, 그것을 정하는 것은 입법권의 행사이며 입법부의 전권에 속한다. 다른 한편 手數料은 허가신청등에 대한 행정의 서비스에 부수하는 유상의 것이며, 행정기관 자체가 그것을 정할 수 있다. 충당법에서 말하는 ‘공공정책 및 공익’의 관점에

서 사정되는 것은 조세로서의 성질을 띤다. 나아가 연방통신위원회의 주요임무는 방송사업에 있어서 공익의 보호이다. 따라서 同委員會가 사정한 수수료를 지불하는 자는 자기에게 부여되는 편익뿐 아니라 공중일반이 향유하는 서비스의 대가도 지불하고 있는 가능성이 있으므로 계쟁의 수수료는 조세라는 의문이 발생한다. 그런데 Schechter Poultry Corp. 판결에 의하면 입법부는 입법권을 타기관에 위임할 수 있다. 그러나 본법정은 본건사례가 입법권위임에 관한 동판결의 요구를 충족하는가를 묻기까지는 이르지 않고 있다. 즉, 동판결에서 명확하게 된 심사기준은 우리로 하여금 위임법률을 좁게 파악시켜 憲法問題를 회피시킨다. 그렇다면 '수익자에게 제공되는 가치'라는 요인은 수수료산정의 적절한 척도이나, 다른 한편 '공공정책 및 공익'이라는 요인은 부적절하다. 결국 이상과 같은 한정해석을 하지 않고 케이블TV규제에 요하는 비용의 총계에 의거하여 사정된 수수료의 내역에는 公衆이 일반적으로 향유하는 편익에 대한 대가까지도 포함되는 것이므로 본법정은 연방통신위원회에 再査定을 명한다”.

⑧ Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Inst. 事件

1980년의 Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Inst. 사건판결(448 U.S. 607)에서는 1970년의 聯邦職業安全健康法(Occupational Safety and Health Act)이 문제가 되었다. 동법은 안전하고 건강한 노무 또는 직장에 관한 직업안전건강기준의 제정을 노동부장관에게 위임하고 있으며, 특히 有毒物質에 관하여 “어떠한 노동자도 건강 및 신체기능상의 능력에 중대한 장애를 초래하지 않을 것을 동장관이 가장 유효한 증거에 의거하여 가능한 범위에서 확보”하도록 노동기준을 정할 것을 요구하였다. 그래서 동장관이 공업용벤젠의 사용과 백혈병의 발생과의 인과관계를 확인하고 작업현장에서 공기중의 벤젠농도의 허용한도를 10ppm에서 1ppm으로 내리는 노동기준을 제정한 바, 동기준은 調査를 거치지 않고 정해진 것으로서 실질적 증거가 결여되어 있으며 직업안전건강법은 노동부장관에게 매우 광범한 재량권을 부여하는 것으로서 委任法理에 반한다고 하여 동기준의 합법성과 동법의 합헌성이 다투어졌다. 이에 대해 規則의 시행전심사(pre-enforcement review)를 행한 합중국항소법원은 同規則의 기초가 된 조사의 불충분을 이유로 동規則을 위법이라고 하고, 또한 법률상 산업계의 비용을 무시하여 절대적으로 안전한 노동환경만을 추구하는 規則을 정하는 재량까지도 노동부장관에게 부여하고 있지

않다고 하였다. 이에 대해 聯邦大法院은 Stevens法官을 위시한 상대적 다수 의견에서 다음과 같이 항소법원과는 다른 이유로 동법을 위법으로 하였다. 즉, “본건의 노동기준은 “공기중의 벤젠농도가 10ppm이라면 백혈병이 발생할 우려가 있다”라는 추측에 의거한 것이며 “1ppm이라면 백혈병이 발생하지 않는다”라는 증거에 의거한 것이 아니다. 職業安全健康法은 직장에 중대한 위험이 존재하는가의 여부의 인정을 規則시행전에 행할 의무를 노동부장관에게 부과하고 있다고 해석되어야 할 것이다. 그리고 이러한 해석을 시행하지 않으면 유독 물질의 인정이 쉽게 가감되는 것을 허용해버리며 동법은 무제한적인 입법권위임을 범하는 것이 되며, Panama Refining Co. 판결이나 Schechter Poultry Corp. 판결에서 제시된 법리하에서 위헌으로 되어버린다. 따라서 이상과 같은 해석에 의하여 광범한 수권을 회피하는 것이 바람직하다”.

(5) 基準의 要件의 復活

① U.S. v. Robel事件(소수의견)

聯邦大法院에서 기준의 요건이 쇠퇴하고 있는 것과 아울러 입법권위임의 합헌성을 다루는 것 자체가 dead issue<sup>85)</sup>가 되었다. 그러한 대법원의 법정의견의 동향과는 대조적으로 동대법원의 소수의견중에는 입법권위임의 합헌성을 묻는 것을 중요한 쟁점으로 다루어 기준의 요건을 적용하여 위헌으로 판단하여야 할 것을 요구한 사례로서 1967년의 U.S. v. Robel 사건판결(389 U.S. 258)이 있다. 본건에서는 1950년의 破壞活動統制法이 문제가 되었다. 즉, 동법은 最終登錄命命을 받고 있는 공산주의적 활동가는 同命命이 그가 속하는 활동조직에 대해서 발해지고 있음을 알면서 방위시설에서 취업하는 것을 형벌로서 금지하였다. 그리고 동법은 동법의 적용을 받는 방위시설의 지정권을 거의 무조건으로 국방부장관에게 부여하였다. 이에 대해 Warren裁判長을 위시한 법정의견은 合衆國憲法 修正제1조에서 보장된 결사의 자유를 침해하는 과도한 광범성을 이유로 동법을 문면상 위헌으로 하였다. 다른 한편 본판결에서는 Breman法官을 위시한 찬성보충의견이 부기되어 있으며, 그 개요는 다음과 같다. 즉, “공권력에 의한 규제가 형사벌을 포함하거나 인권에 대해 잠재적 영향을 부여하는 경우에는 基準의 明確性의 허용한도는 좁아진다. 적절한 기준을 결여하였다는 사실은 입법부가 입법적 판단을 결여하였음을 의미한다. 즉, 정

85) D.Schoenbrod, op.cit., p.1233.



책의 정립이야말로 선거민의 신탁을 받은 입법부의 제1차적 책무이며, 그럼에도 불구하고 불명확한 기준에 의한 위임을 행하는 것은 국민에 대해서 立法府와 동등한 책임을 지지 않는 국가기관에 정책정립작용을 이양하게 된다는 점을 의미한다. 그리고 이 점 국방부장관의 판단에서는 동장관이 국방상의 임무에 구속되고 있으며 입법적 판단의 대체수단이 될 수 없으며 나아가 憲法上的 權利가 문제가 되고 있는 본건에서는 立法府에 의한 판단은 불가결하다. 또한 절차적 보장의 규정이 위법법률중에 존재하지 않은 것은 입법부가 방위시설의 指定權을 전면적으로 국방부장관의 재량에 위임한 것을 의미한다. 나아가 불명확한 기준은 자유보장기능을 저해한다. 결국 본 법률은 기준도 절차적 보장도 결여하고 있으며 위헌이다”.

② Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Inst. 事件(소수의견)

1980년의 Industrial Union Dept., AFL-CIO v. American Petroleum Inst. 사건판결(448 U.S. 607)에는 이미 살펴본 것처럼 상대적 다수의견은 한정해석에 의해 위헌판단을 회피한 후 노동기준을 위법으로 하였다. 이에 대해 Rehnquist法官을 위시한 찬성보충의견은 다음과 같이 주장하였다. 즉, “정책의 명시와 기준의 설정을 요구하는 委任法理에 비추어보더라도 직업안전건강법은 노동부장관이 확보하지 않으면 안되는 안전성의 정도를 전혀 제시하고 있지 않다. 그래서 係爭의 規定에 의미를 충전하는 부가적 기준이 입법경과로부터 추측할 수 있는가의 여부를 검토하면 ‘가능한 범위에서’의 문언을 공업기술상 및 경제상의 가능성이라는 것처럼 그 의미를 한정할 흔적은 없다. 따라서 동장관이 政治的 可能性등의 애매한 이유로 중요한 노동기준의 책정을 게을리할 우려가 나온다. 또한 본법정의 선례는 모든 방법을 사용하여 불명확한 기준을 정당화하였으나 본건은 어느 사례에도 해당하지 아니한다. 그런데 委任法理에는 세가지의 중요한 기능이 있다. 즉, 가장 추상적으로는 정책의 선택이 民意에 가장 커다란 책임을 지고 있는 의회에 의하여 행해질 것을 확보하는 것, 피위임권한의 행사방법에 관하여 明瞭한 原則을 수임기관에 대해 제공할 것, 피위임권한의 행사의 合法性을 심사하는 법원에 심사기준을 제공할 것 등의 세가지이다. 결국 우리는 위헌적인 입법권위임을 무효로하는데 주저하여서는 아니된다. 그리고 委任法理의 재생에 노력하여야 할 것이다. 또한 다수의 논자도 정치적 책임을 지고 있지 않은 행정기관에 대해 의회가 중요한 政策選

擇을 위임하지 않도록 하는 임무도 또 한번 사법부가 담당하여야 할 것이다"라고 주장하였다.

③ American Textile Mfrs., Inst., Inc. v. Donovan 事件(소수의견)

1981년의 American Textile Mfrs., Inst., Inc. v. Donovan 사건판결(452 U.S. 490)에서 다시 聯邦職業安全健康法의 같은 규정이 문제가 되었다. 즉, 노동부장관이 동규정에 의거하여 인체를 粉塵으로부터 노출하는 것을 제한하는 노동기준을 정하였으나, 그것은 이른바 비용편익분석에 의거한 것이 아니라, 그리고 비용편익분석을 행하더라도 그 경우에는 동규정의 "가능한범위"에서라는 문언은 산업계의 비용을 참작할 것을 요구하는 것이라고 하여 섬유공업단체가 다투었다. 이에 대해 Brennan法官을 위시한 법정의견은 결론으로서 입법부는 비용과 편익의 균형을 도모하는 것이 아니라 노동자의 건강이라는 편익을 최우선하는 것이라고 하여 동기준을 합법으로 하였다. 그리고 본판결에도 Rehnquist法官이 Burger裁判長의 동조를 얻어 다음과 같은 반대의견을 피력하였다. 즉, "작년의 Industrial Union Dept., AFL-CIO판결의 찬성 보충의견에서도 언급된 것처럼 직업안전건강법의 규정은 입법부의 임무인 政策選擇을 집행부에 이양하는 위험적인 입법권위임을 범하고 있다. 동규정의 입법 경위를 참조하면 노동기준의 제정에 즈음하여 費用便益分析을 요구하는가의 여부에 관한 논의가 있었다. 따라서 입법부는 비용편익분석을 노동장관에게 의무로서 과할 것인가, 동분석을 금지할 것인가, 동장관의 裁量에 동분석의 採否를 맡길 것인가의 어느 것에 결정하여 정책선택을 거두어야 할 것이었다. 그러나 입법부는 위의 어느것도 선택하지 않고 가능한 범위에서라는 문언을 삼임함으로써 정책선택을 애매하게 하여버렸다. 이것은 위험적인 입법권위임에 불과하다".

④ Mistretta v. U.S. 事件

聯邦大法院은 1989년의 Mistretta v. U.S. 사건판결(109 S.Ct. 647)의 법정의견에서 기준의 요건을 다시 채용하기 시작하였다. 본건은 1984년의 聯邦量刑改善法이 문제가 되었다. 동법은 제991조에서 合衆國量刑委員會(U.S. Sentencing Commission)를 사법부내의 독립위원회로서 창설하였다. 동위원회는 상원의 조언과 동의를 얻어 대통령이 임명하는 7명의 위원으로 구성하며, 매우 제한된 위원해임권이 大統領에게 부여되었다. 또한 제994조에서

연방법원에서 양형의 불균형을 시정하기 위하여 동위원회에 대하여 量刑가이드 라인(가이드라인의 대상은 과형할 것인가의 여부의 그 자체의 결정, 양형, 보호관찰처분의 적부 및 그 기관등이다)을 제정하는 권한을 부여하였다. 그리고 구체적으로는 다양한 범죄유형과 범죄자유형을 정리하여 그들에게 적용하는 양형범위를 제정하는 권한이 부여되었다. 그리고 동위원회가 제정한 양형가이드 라인하에서 痲藥犯罪를 범한 자가 18개월의 징역등에 유죄판결을 받은 바, 동법은 양형위원회에 대해 위헌적인 입법권위임을 행하고 있다는 등의 이유로 상소한 것이 본건이다. 이에 대해 聯邦大法院은 본건의 憲法問題로서의 중요성 및 가이드라인의 합법성에 관하여 연방법원간에 판단이 혼란되고 있는 중대성을 이유로 비상상고를 인정하였다. 그리고 Blackmun法官을 위시한 법정의견은 입법권위임의 쟁점에 관해 다음과 같이 양형개선법을 합헌으로 하였다. 즉, “委任法理는 권력분립원리 및 모든 입법권을 연방의회에 귀속시킨 合衆國憲法 제1조제1절에 의거한다. 그러나 그렇다고하여 권력분립원리, 특히 委任法理는 입법부가 타기관의 협조를 얻는 것까지 금지하는 것이 아니다. 또한 복잡성이 증대하는 사회상황에서는 끊임없이 변화하고 고도로 기술적인 문제를 처리하는데에는 입법권의 위임을 인정하지 않으면 안된다. 본법정은 1935년의 Panama Refining Co., Schechter Poultry Corp. 양판결에서 위임법률을 위헌으로 하였으나 양판결을 제외하고 예외없이 위임법률을 합헌으로 하였다. 그리고 근래에서 본법정의 委任法理의 원용방법은 법문의 해석에 한정되어 있으며 특히, 본래라면 違憲으로 판단되어야 할 위임법률에 한정해석을 도모하는 수법만을 사용하여 왔다. 그리고 광범한 위임을 안정하여온 선례에 비추어 보면 量刑改善法은 위헌적인 입법권위임을 범하고 있지 않다. 즉, 입법부는 동법의 규정에 의하여 양형위원회에게 세가지의 목표(동법소정의 양형목적의 달성, 유사한 사실관계에 있는 피고인간의 양형불균형의 시정, 인간행동에 관한 연구성과에 대한 배려)를 부여하고 있다. 그리고 동법은 양형위원회에 4가지의 양형목적(범죄의 중대성을 반영하고 준법정신을 촉진하며 공정한 制裁를 도모할 것, 범죄에 대한 적절한 억제를 강구할 것, 범죄로부터 공중을 보호할 것, 피고인이 필요로하는 교정처우를 제공할 것)을 제시하고 있다. 나아가 양형범위의 제정에 관하여는 상세한 제약·조건이 법정되어 있다. 예컨대 自由刑에 관하여는 형기의 상한이 하한의 25% 내지 하한보다도 6개월을 초과하여서는 아니되며, 20년 이상의 형기가 하한의 자유형에 관해서는 중신형을 상한으로 하는 등의

제약이 설정되어 있다. 또한 양형범위의 제정에 있어서는 현재의 평균적인 양형상황을 출발점으로 할 것이 요구되고 있다. 더욱이 범죄유형의 제정에 관해서는 7가지의, 범죄자유형에 관해서는 11개의 고려요인이 법정되어 있다. 따라서 입법부는 量刑委員會에 대해 가이드라인을 제정하는 실질적인 재량권을 부여하고는 있으나, 실제로는 형벌의 전단계를 입법부 자신이 입법하고 있다. 그리고 본법정은 Yakus판결에서 다음과 같은 법리를 내세웠다. 즉, 委任法律 중에 정책과 기준이 명시되어 있어도 수임기관은 그 나름의 재량이 인정되나 그 재량을 통제하는 기준이 수임기관이 立法府의 의사에 따랐는가의 심사에 유용하지 않으면 기준이 존재하지 않는다는 것이다. 그리고 본건에 관하여 보면 양형개선법은 이 법리를 충족하고 있다. 다종다양한 범죄에 대해 균형이 구비된 양형을 실현하는 작업은 복잡하고 어려운 것이다. 그러한 경우에야말로 전문기관에의 권한위임이 적절하다”.<sup>86)</sup>

⑤ Skinner v. Mid America Pipeline Co.事件

1989년의 Skinner v. Mid America Pipeline Co. 사건판결(109 S.Ct. 1726)에서는 1968년의 綜合包括豫算調整法이 문제가 되었다. 동법은 연방행

86) 이 판결에서 유일한 反對意見을 진술한 Scalia法官은 종래의 연방대법원의 선례의 법정의견에도 소수의견에도 제시되지 않았던 독자의 위임법리를 전개하고 있다. 즉, ①양형가이드라인은 공권력행사를 법적으로 규제하는 중요한 기준이며 양형위원회는 기술적 결정이 아니라 價值的 決定을 행하고 있다. ②민주적 통치에 있어서 委任法律는 불가결의 원리이다. ③그러나 완전히 상세한 규정을 둔 법률은 있을 수 없으며 법률의 집행이나 그 적용에는 어떠한 정책적 판단이 부여되어야 하므로 위임을 둘러싼 논의는 원리를 둘러싼 것에 어느 정도 문제되지 않을 수 없다. 그리고 委任法律에 규정된 정책이나 기준이 충분한 것인가는 복잡하고 정치적인 문제인 것이며 사법부의 심사에는 적합하지 않다. ④그러나 입법권위임에는 엄격하여야 한다. 그래서 기준의 음미에 의하지 않는 다음의 다양한 사고가 타당하다. 즉, 어느정도의 재량이라는 것은 집행작용에도 사법작용에도 내재하고 있으며, 그 재량의 광협은 입법부가 법률에 의하여 결정한다는 논리아말로 합법적인 위임을 인정할 수 있는 유일한 논거이다. 그리고 종래의 선례의 초점은 특정영역에 있어서 執行權 내지 사법권의 부여에 즈음하여 입법부가 부여한 재량의 일반성의 정도가 입법권의 위임에 이바지할 정도로 높은 것인가이었다. 그러나 聯邦議會이외는 입법권을 행사할 수 없는 이상 진정한 쟁점은 기준의 명확성을 둘러싼 정도문제가 아니라 어떠한 위임이 있었는가이다. 그리고 엄밀하게는 허용될 수 있는 입법권위임등은 존재하지 않는다. 본건의 위임은 순수한 입법권의 위임이다. 또한 기준의 명확성의 심사는 집행권이나 사법권을 입법부가 통제할 수 있는가의 판정에 있어서 유효한 것이다. ⑤양형위원회는 執行權도 사법권도 부여되고 있지 않으며 입법권 그 자체이다. 나아가 본건에서는 입법부는 그 입법권을 민주과정으로부터 독립된 전문기관에게 위임한 것이며 法廷意見은 급후 그 경향을 조장할 비민주적인 선례가 될 것이다. Ibid. 679~680.

정기관의 재정적 자립을 촉진시키려는 연방의회의 정책동향을 반영한 것으로서 제7005조에서 파이프라인안전확보 소비자수수료를 창설하고 교통부장관에게 “파이프라인의 용적, 배관거리, 조업에 따른 수익 또는 그러한 요소의 적절한 혼합과의 합리적 관계가 인정되는 한 천연가스 및 위험액체의 파이프라인이용에 대한 수수료체계를 정하는 권한”을 부여하였다. 또한 동조는 그러한 手數料를 1979년에 위험액체파이프라인법, 1968년의 천연가스파이프라인법의 규율을 받는 파이프라인시설의 조업자로부터 매년도 징수하는 것으로 하고 그 징수한 財源의 運營은 1979년법·1968년법하에서 교통부에게 인정되는 제활동(행정입법에 의하여 규제 그 자체의 비용뿐 아니라 동법을 집행하기 위하여 부처 내에서 필요한 제반경비도 포함)을 지변하기 위한것에 한정하도록 규정하였다. 나아가 동조는 매회계연도의 수수료징수의 총액이 상기제활동에 충당되는 예산 총액의 105%를 초과하여서는 아니된다는 한정을 두었다. 이를 받아 동장관은 파이프라인업계의 대표적 단체의 의견청취를 한 후 手數料의 산정기준을 “배관거리”에 구하여, 업계의 일부로부터 “容積”으로 산정하는 것이 가장 타당하다는 주장에도 불구하고 수수료체계를 작성하여 집행하였다. 이에 대해 파이프라인 회사가 연방지방법원에 금지와 선언적 구제를 구하여 제소하였으나 약식재판의 신청으로 사건은 합중국치안판사에게 계속되어 그곳에서는 동법은 과세권을 행정기관에 위임한 것으로서 권력분립원리에 위반하여 위헌이라고 판단하여 교통부장관이 상고하였다. 그리하여 O’Conner法官을 위시한 법정의견은 다음과 같은 이유로 종합포괄예산조정법을 합헌으로 하였다. 즉, “본법정은 이번 開廷期의 Mistretta판결에서 委任法理를 재생하여 연방의회가 행정기관에 대해 ‘의회의 의사에 따랐는가’의 여부’를 법원이 확인할 수 있도록 행동준칙을 부여하고 있는 한 권력분립에 반하는 立法權委任은 존재하지 않는다는 오랜 전통이 있는 법리를 재확인하였다. 피상고회사는 종합포괄예산조정법 제7005조가 委任法理가 요구하는 통상의 기준을 충족하고 있지 않음을 적극적으로 주장하고 있지 않다. 동조에서 연방의회는 종래 본법정이 합헌으로 하였던 委任法律보다도 훨씬 구체적 규정으로 교통부장관의 재량을 제한하고 있다. 즉 동조는 수수료징수의 대상을 아홉개의 법률의 규제대상자로 한정하고 있으며, 수수료 수입의 용도는 그 두 개의 법률에 규정된 제반활동을 支弁하는 것에 한정하고 있으며, 수수료산정의 근거가 되는 요인은 세 개로 한정하고 있고, 매회계연도에 징수하는 수수료의 총액에 상한이 부기되어 있으며 이러한 조건설정은 교통

부장관의 재량권을 중층적으로 규율하고 있으며 본법정이 구축하여온 委任法理를 충족하고 있다. 한편 피상고회사는 본건수수료는 사실은 조세이며 과세권한의 위임의 경우는 憲法典에 열거된 다른 연방의회권한과 동일하게 논하여야 할 것이 아니라 보다 엄격한 委任法理가 타당할 수 있다는 해석을, 憲法典의 조문 구조 및 본법정의 선례를 근거로 주장하고 있다. 확실히 과세권은 合衆國憲法 제1조제8항이 정하는 의회에 배분되는 제권한의 선두에 위치하나, 본법정은 그 사실을 가지고 법률성실집행의무를 거두기 위하여 연방의회가 집행부문에 수여할 수 있는 재량권의 정도와 폭에 관하여 과세권을 다른 열거권한과 구별하고 있지는 않다. 또한 재정의 처리에 관한 제1차적 책임을 合衆國憲法 제1조 제7항은 연방하원에게 부여하고 있으나 그것은 적절하게 제정된 조세법률을 전제로 의회가 과세에 관한 재량권을 어느 정도 위임할 수 있는가에 관하여는 아무것도 말하고 있지 않다. 따라서 본건수수료가 가령 조세이더라도 통상의 委任法理보다도 엄격한 기준으로 바라는 것은 적절하지 않다. 또한 본건은 Nation Cable Television판결과는 구별된다. 즉, 동판결에는 문제가 된 법률 그 자체가 수수료징수로부터 얻어지는 편익을 직접 규제대상자를 넘어 일반 공중에게 미치도록 하고 있는가에 관하여 연방의회의 명확한 의도는 없다고 말하나, 憲法上의 의문이 남으며 법률에 한정해석을 시도한 위에 실질적으로는 조세의 성질을 부여하여 버리고 있는 행정기관의 수수료산정행위를 위법으로 한 것이다”.

⑥ Touby v. U.S.事件

1970년의 有害物質規制法이 문제가 된 1991년의 Touby v. U.S. 사건판결(111 S.Ct. 1752)에서도 委任法理가 자각적으로 적용되었다. 동법 제201조는 제조·보유·유통이 금지되는 유해물질을 다섯가지의 분류로 리스트화하고 있으며, 법무부장관에 대해 당해리스트에 새로운 유해물질을 가감하거나 이미 지정되어있는 물질의 리스트상의 등급을 변경하는 권한을 부여하였다. 그리고 이러한 권한을 법무부장관이 행사하는 경우는 보건·인적서비스부장관의 과학적·의학적 평정을 받아야 하며, 동장관이 부정적 의견을 제시한 경우는 법무부장관은 당해물질의 지정이 될 수 없도록 하고, 물질지정을 하는 때에 법무부장관은 “물질의 혼용가능성”·“약학상의 효과에 관한 과학적 증거”·“정신적 및 생리적인 당해물질의존에 대한 유책성”을 포함한 8가지의 요인을 고려하여야 하며, 合衆國行政節次法上的의 고지·청문절차에 따르며 또한 물질지정에 대

하여 이의가 있는 자에게는 법원에 의한 심사를 요구할 권리가 보장되어 있어야 하는 절차적 보장이 규정되어 있었다. 그러나 이러한 절차를 전부 거치는데에는 통상 반년 내지 1년간을 요하기 때문에 화학적 조성을 약간 변경하여 물질의 효능을 그대로두는 마약조직의 “改良”에 달하지 않은 것에 대해서 동법동조를 1984년에 일부수정하여 “공중의 안전에 대한 급박한 위협을 회피하기에 필요”한 경우에 신유해물질을 잠정적으로 리스트에 부가하는 권한을 법무부장관에게 부여하였다. 그것에 의하면 잠정적 지정의 경우는 정식지정시에 요구되는 8가지의 고려요인중 3가지까지를 고려하면 족하고 행정절차법의 요구도 배제되어 30일전에 연방관보에의 고지를 게재하면 족하며, 잠정지정에 대해서는 법원의 심사가 배제되도록 하였다. 그리고 잠정지정은 1년간의 효력을 가지며 6개월효력을 연장할 수 있다. 이상을 받아 법무부장관은 유해물질의 잠정지정에 관한 권한을 마약단속청에 위임하고 동청은 뉴프리아라는 신물질을 제1호 리스트에 잠정지정하였다. 그에 의거하여 동물질의 제조를 영위한 자가 형사소추되어 연방지방법원·연방항소법원에서 유죄판결을 받아 사건은 대법원에 계속되었다. O'Connor法官을 위시한 법정의견은 다음의 이유로 유해물질규제법을 합헌으로 하였다. 즉, “合衆國憲法 제1조제1항은 모든 입법권을 연방의회에 수권하고 있으며 이로부터 委任法理가 귀결된다. 본법정은 委任法理가 적절한 제한하에 입법부가 타부문으로부터의 협조를 받는 것까지도 금지하고 있지 않음을 인정하였으며 立法府가 명료한 원칙을 정한다면 그러한 위임은 憲法에 의하여 금지되는 입법권의 위임이 아니라고 하였다. 상고인은 공중의 안전에 대한 급박한 위협의 문언이 종래 본법정이 용인하여온 명료한 원칙이라고는 인정하고 있으나, 행정입법이 형사제재를 수반하는 경우는 명료한 원칙이 가중된다고 주장하고 있다. 본법정의 선례는 이점을 반드시 명확히하고 있지는 않으나, 본건에서 문제가 되고 있는 법률은 가령 상고인의 요구와 같이 가중된 명료한 원칙의 기준을 적용하더라도 합헌이다. 즉, 暫定指定의 경우에 절차적보장이 완화되어 있기는 하나 상기의 ‘공중의 안전에 대한 급박한 위협’의 기준이 존재하며, 잠정지정을 결정하는 때에 ‘당해물질의 남용의 역사 및 남용의 근래의 유형·남용의 정도, 지속기간, 중대성·공중위생에 대한 위협의 태양’의 세가지 요인의 고려가 요구되며, 위의 세가지 요인의 고려시에 ‘남용실태, 합법적 유통경로로부터의 일탈, 밀수·밀조·뒤틀거래유통’의 관점에서의 검토를 법률이 강조하고 있으며, 30일의 고지기간이 의무화되어 있다. 나아가 제1호리스트에

신물질을 지정하는 경우는 당해물질에 관하여 의학상 승인된 이용법이 현시점에서 존재하지 않는등의 조건이 부가되고 있으며 결국 동법은 委任法理를 충족하고 있다. 상고인은 잠정지정권을 법무부장관에게 부여하는 것은 구성요건을 결정하는 자와 그것을 집행하는 자가 동일인물이 되어 불공정하므로 다른 부처에 위임하여야 할 것이라고 하나 결국 大統領下에 통할되는 것이므로 이유가 되지 않는다. 상고인은 잠정지정을 법원에서 다룰 수 없는 것은 명료한 원칙의 의미를 행정기관에 의한 의회의사에의 종속을 법원이 심사할 수 있는 점에 구한 본법정의 선례에 반한다고 주장한다. 그러나 정식지정에 대해서는 법원의 심사가 미칠 수 있으며 잠정지정에 대해서도 행정처분에 대한 집행전심사가 인정되지 않을 뿐이며 동규정을 둘러싼 형사사건에서 동규정을 법원에서 다루는 것은 가능하다. 아울러 법무부장관에 의한 마약단속청에의 재위임은 동법이 명문으로 허용하는 바이다”.

## 第2節 英國의 委任立法制度

### I. 委任立法의 意義

#### 1. 國會主權과 委任立法의 關係

영국법에서 國會(Queen's in Parliament)라는 경우 그것은 국왕 및 상원, 하원의 공동체를 의미한다.<sup>87)</sup> 이 의미에서 국회는 主權을 가지며 최고기관으로서의 지위를 차지하고 있다. 영국국회는 무제한의 입법권을 가지며 국회와 대등한 立法權을 가지는 입법기관의 존재는 당연히 부정되게 된다. 또한 법의 制定 또는 改廢가 주권을 가지는 국회에서 행하여지므로 국회의외의 입법기관을 설치하여 그곳에 법의 제정 또는 개폐를 행사하게 하는 것은 인정되지 않는다. 國會制定法(Act of Parliament)과 동등한 효력을 지니는 법을 제정하는 기관을 설치하는 것도 금지된다. 만약 국회의외에 立法權을 지닌 기관을 설치한다면 그 기관은 국회로부터 입법권을 위임받은 기관이거나 국회에 종속하는 입법기관이어야 하며 이들 기관이 정립한 법은 형식적 효력에 관하여 국회제정법

87) Albert V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 8th ed., MacMillan & Co. 1915. p.39.



의 하위에 있는 從屬的 立法(Subordinate Legislation)이어야 한다.<sup>88)</sup> 19세기 후반에 이르러 영국에서는 산업, 경제, 기술 등의 진보에 수반한 행정의 임무증대와 事案의 신속한 처리의 요구가 발생하면서 行政府에 의한 입법의 경향이 현저하게 증대하였다. 그러나 행정부에 의한 입법의 경향이 현저하다고 하여 국회와 대등한 입법기관이 출현하여 국회의 무제한적인 입법권이 제한되었다고는 생각하지 않는다.國會와 대등한 입법기관의 존립을 인정하지 않는 영국법의 원리가 부정되거나 변용된 것이 아니다. 행정부의 입법은 이 법원리를 기초로 이 法原理의 제약을 받는 입법에 불과하다. 즉, 그것은 主權을 가지는 국회의 입법권의 위임에 의거하여 행정기관이 제정한 법형식이며 이러한 위임이 행해지고 있는 한 行政府에 의한 독자의 입법은 인정되지 않는다. 또한 입법권을 위임하는데 있어서 어떠한 한계가 존재하는가가 문제된다.<sup>89)</sup> 영국에서는 委任立法에 관하여 아무런 헌법상의 제약은 존재하지 않는다. 英國國會는 무제한의 입법권을 지니며 어떠한 법이라도 제정할 수 있으며 위헌입법이라는 것은 존재하지 않는다.<sup>90)</sup> 이러한 법제도를 전제로 생각하면 국회는 행정기관에 입법권을 일반적 포괄적으로 위임하는 취지의 法律을 제정할 수 있으며, 이러한 法律을 제정하더라도 違憲法律로서의 효력이 문제되지 않는다. 또한 이러한 입법권의 위임을 행하더라도 영국국회는 法律의 개폐권, 수정권을 가지고 그 위임을 자유로이 철회 또는 수정할 수 있다. 따라서 일반적 포괄적으로 立法權을 委任하더라도 그것이 국회의 입법권이 한계를 넘어 위법이 되는 것이 아니다.<sup>91)</sup>

## 2. 委任立法의 沿革과 展開

영국에 있어서 立法權委任의 역사는 매우 오래되었으며, 그 기원을 정확하게 파악하는 것은 불가능하다. 중세에 있어서 Statuts란 무엇이고, 그것은 어디에서 유래하며 또한 어떤 기관이 제정하는가 등을 명확히하는 것은 곤란하였을 뿐 아니라 사실 Statuts라는 용어조차도 일반에게 보급되어 있지 않았다.<sup>92)</sup>

88) Emllyn Capel Stewart Wade/Anthony Wilfred Bradley, *Constitutional Law*, 8th ed., Butterworths 1970, p.600.

89) Brian L.Jones, *Garner's Administrative Law*, 7th ed., Butterworths 1989, p.54.

90) 康文用, *委任立法의 理論*, 法曹 1975.3., 31面.

91) 尹世昌, *英美行政法研究*, 高麗大出版部 1976, 65面.

14세기에 이르러 委任의 사례가 존재한 사례로서 유명한 것으로는 헨리8세(Henry VIII)의 Statuts of Proclamation이 있었다. 이 時期는 경제활동에 관하여 국왕의 권력이 확립된 시대로서 의회의 승인없이도 立法을 할 수 있는 국왕의 의사가 가장 강조된 시기였다. 당시 의회는 국왕에 대하여 勸告 또는 助言이라는 기능을 담당하는데 그치며 그 이상의 기능을 발휘할 수 없었다. 議會의 權限이 권고적, 조언적 기능에 한정되어 있다는 점을 하원은 충분히 인식하고 있었으며 또한 이 점이 기초가 되어 당시의 國王은 大權을 요구하는 변칙적인 현상도 생겨날 정도였다. Statuts of Proclamation은 樞密院에서의 국왕에 대하여 의회의 法律과 동등한 효력을 지닌 Proclamation을 정립하는 권한을 부여하였다. 이리하여 法律과 동등한 효력을 Order나 Regulation에 까지 인정하는 금일의 立法制度의 원형이 가능하였던 것이다. 물론 이 命命은 오늘날의 命命보다도 엄격한 제약을 받는 것이었으나, 그러나 국회에 의한 입법의 원칙을 제약하는 것이었다.<sup>93)</sup> 헨리8세가 제정한 또 하나의 유명한 입법으로서 1531년의 Statuts of Sewer이 있었다. 이것은 광범함 위임권을 지닌 機關을 처음으로 설치하였다. 즉, 이 입법은 복수의 下水溝委員을 임명하여 동 위원에게 命命을 제정하는 절대적 권력을 부여함과 아울러 동위원이 결정한 사안에 관해서는 전부 이를 집행하는 권한을 인정하고 또한 그를 위하여 필요하다고 생각하는 때에는 命命을 수정, 폐지 또는 새로운 命命을 제정하는 권한을 부여하였다. 동위원이 제정한 Rule은 대법관이 認證하고 국왕이 裁可한 때에는 Statuts로서 효력을 가지도록 하였다.<sup>94)</sup>

그 후 오랜기간을 거쳐 전개되어온 從位의 立法은 두가지의 유형으로 구분할 수 있다. 하나는 시간을 요하는 국회의 복잡한 입법절차로부터 독립하여 非常

92) Carleton K.Allen, *Law and Order. An Inquiry into the nature and delegated legislation and executive powers in English Law*, 3rd ed., Stevens & Sons 1965, p.24.

93) 헨리 8세의 시대에 國會制定法은 정식으로 국왕에 대해 Proclamation의 형식으로 입법할 수 있는 권한을 부여하였다. 이 제정법이 정하는 바에 의하면 國王은 당분간 樞密院의 조언에 의하여 필요하다고 생각되는 刑罰을 부가한 Proclamation을 발할 수 있다. 발동된 Proclamation은 국회제정법과 동등하게 준수할 것이 요구된다. 다만 그것은 相續, 관직, 자유, 물품, 재산, 생명을 침해할 수 없으며 이 Proclamation에 고의로 위반하는 자는 당해 Proclamation이 정하는 過料를 지불하거나 일정기간 拘留에 처하게 된다. 이 Proclamation의 형벌을 면하기 위하여 왕국을 이탈하려는 자는 叛逆罪의 선고로 받게된다. 이 입법은 에드워드 6세의 시기에 폐지되었다.

94) Paul P.Craig, *Administrative Law*, 3rd ed., Sweet & Maxwell 1994, p.245.

事態에 대처할 목적으로 정립하는 입법이며, 다른 하나는 地方行政機關에 다양한 권한을 위임하는 수단으로서 정립하는 입법이다. 첫번째의 입법유형으로는 영국본토 및 식민지에 각종물자를 긴급하게 輸出入하는 것을 목적으로 하는 입법으로서 이들 입법은 國王에 의한 Proclamation의 형식으로 행해졌으며 경제적 위기나 질병의 유행에 신속하게 대처하기 위한 비상시 입법으로서의 역할을 거두었다. 두번째의 입법유형은 형무소, 酒店, 직물공장등을 규제하기 위하여 治安判事가 제정한 입법으로서, 공공사업, 항만이용, 하천의 운행 등에 관한 Regulation, Rule을 제정한 각종위원회도 이러한 입법을 행하는 기관이었다. 이러한 경향하에 國會는 전문분야에 속하는 사안에 관하여 입법을 하려는 경우에는 이를 행정기관에게 위임하는 방법을 널리 이용하여, 입법권이외에 課稅權등도 널리 위임하거나 중앙행정기관뿐 아니라 하급행정기관에까지 立法權을 위임하는 경향이 현저히 증대하였다.<sup>95)</sup>

18세기에 이르러 국회는 행정부 및 이에 종속하는 行政機關에게 입법권을 위임하는 것을 항상 지양하여 왔다. 그러나 外國의 侵入에 대한 국토방위를 위하여 행정부에 의하여 제정된 국방령은 다수 존재하였으며, 地主階層을 위하여 치안판사가 제정한 Rule가운데에는 지방기관에 권한을 위임하는 사례가 다수 존재하였다. 또한 국회주권의 원리가 확립된 이 시기에서는 헌법상 중요한 지위를 차지하는 몇 개의 行政機關에는 광범한 입법권이 위임되었다. 이러한 입법권의 위임이 광범하고 급속하게 확대된 것은 19세기였다. 즉, 1832년 이후 일련의 社會改革이 진행되면서 사회의 모든 분야에서 새로운 입법조치가 요구됨과 아울러 종래의 각종 법에 대하여도 체계적인 정비가 요청되었다. 이러한 法の 改革은 전부 국회단독의 의사로서 수행되기는 어려우며, 능력과 구상력을 지닌 행정부의 지원없이 실행불가능한 것이었다. 그리하여 제정중에 위임규정을 두는 사례가 매우 빈번하게 증대하게 되었으나, 의회, 행정기관 및 기초자도 委任立法에 관해서는 편의적 사고에 따라 행동하였다. 따라서 法律과 委任立法의 상호관계를 엄격히 고찰한 것이 아니라 또한 委任立法에 의한 행정정책의 실현이라는 수법을 검토한 것도 아니었다. 이러한 상황하에서 두차례의 세계대전을 경험하고 이를 계기로 委任立法權의 무제한적인 확장과 강화가 요청되어 委任立法의 난립을 한층 촉진하였다. 그리하여 委任立法의 범위는 구체적 현실적 필요성에 부응하여 점차 확대되어 갔으며 19세기 후반에는 委任立法에

95) C.K.Allen, op.cit., pp.28~29.

관한 用語(rule, order, regulation, scheme)의 사용에 관하여 혼란이 발생함과 아울러 이들 용어의 차이에 부응한 委任立法節次의 다양화현상이 나타났다. 이 무렵부터 委任立法을 일괄하여 Statutory Rules and Order라는 주제로 간행되기에 이르렀다.<sup>96)</sup> 1893년에는 Rules Publication Act가 제정되어, 委任立法을 체계적으로 정리, 인쇄하여 법령번호를 부여하고 공표하는 한편 사전에 일반인에게 고지하는 등의 절차를 규정하였다. 그리하여 일반인은 자기와 관련성을 지닌 委任立法을 사전에 알 수 있게 되었다.

한편 이러한 委任立法의 증대는 영국의 헌법체계를 근본적으로 변혁시키는 것이었으나, 憲法學者는 이 변혁을 충분히 인식할 수 없었으며 이를 극복할 만한 법이론도 전개하지 못하였다. 이러한 새로운 현상은 전통을 중시하는 학자들에게 혼란을 가져왔으며, 委任立法과 법의 지배의 관련성을 솔직하게 이해하려 하지 않았다. 法의 支配는 영국법의 불변의 원리이며, 그것은 委任立法이라는 마력에 굴복하여 변화하는 것이 아니라고 생각하여 행정권의 확대와 강화가 조장하는 委任立法의 현상을 냉소적인 입장에서 관망하는 태도를 가졌었다. 그러나 일부 학자들은 委任立法制度를 높이 평가하고 국회의 임무는 골격을 하는 중요한 규정을 설정하는 것이며 상세한 규정은 행정기관에게 맡긴다는 제도를 채용하는 것은 입법기능을 축으로 하는 議會政治를 원만하게 운영하기 위한 우수한 방법이라고 평가하기도 하였다.<sup>97)</sup> 다만 행정권의 확대와 강화가 조장하는 委任立法을 통제하고 이에 대하여 국회의 경계심을 촉구하기 위해서는 委任立法을 국회에 제시하는 방법을 채용할 것이 필요하다는 견해를 제시하기도 하였다.

그러나 20세기에 이르러 행정부에 의한 강대한 입법권을 위임하는 것이 國會의 慣行으로 되었다. 법체계는 국회의 法律에 의하여 독점된다는 사고는 비현실적인 것으로 되었으며, 법체계 가운데에는 국회의 法律에 의거하여 행정부가 제정하는 Rule, Order가 차지하는 비율이 점차 증대하게 되었다. 그리하여 제1차대전 종결부터 제2차대전 전까지의 기간을 거쳐 法律家의 다수는 정부가 지닌 강력한 立法權에 대하여 심각한 우려를 표명하게 되었으며, “장관의 권한에 관한 위원회(The Committee on Ministers' Powers)”는 委任立法의 문제를 중요한 검토사항의 하나로 열거하여 만약 國會가 행정부에 대하여

96) Henry William Rawson Wade, *Administrative Law*, 5th ed., Clarendon Press 1982, p.736.

97) Cecil T. Carr, *Concerning English Administrative Law*, p.33.

대책없이 입법권을 위임하는 현재의 관행이 부정되지 않으면 여론이 요구하는立法은 결국 기대할 수 없게 될 것이라는 의견을 명확히 하였다.<sup>98)</sup> 그러나 동위원회는 委任立法에 수반한 위험을 추측하고 행정부의 委任立法의 남용을 통제할 수 있는 수단을 정비할 것을 권고하였다. 同委員會의 권고에 의하여 1946년에 Statutory Instrument Act가 새로이 제정되어 委任立法절차의 통일화를 위한 계기를 마련하였다.<sup>99)</sup> 그러나 그것에 의하여 委任立法을 통제하는 수단이 확립된 것은 아니었으며, 1944년에는 委任立法에 관하여 의회에서 통제하는 방법을 검토하기 위하여 하원에 委任立法調査委員會를 설치하였으나, 종래의 제도개혁이 행해지는 단계에는 이르지 못하였다. 제2차대전당시에는 교전행위를 수행하기 위하여 필요한 委任立法이 급증하게 되었으나, 대전종결후에도 증대의 경향을 점차 현저하게 나타낸 委任立法을 억제 또는 제한하기 위한 특별한 조치를 취하지 않은 채 현재에 이르고 있다. 결국 영국에서는 委任立法을 必要惡(necessary evil)이라고 생각하는 전통이 존재하고 있으나, 오늘날에는 행정기관은 委任立法을 통하지 아니하고 활동하는 것은 불가능하다

98) 1929년 Donoughmore를 위원장으로하는 委員會가 설치되었으며, 이를 “장관의 권한에 관한 위원회”라고 부르며 동위원회는 “위임입법 및 사법적, 준사법적 결정에 있어서 장관이 직접 또는 간접으로 행사하는 권능을 검토하고 國會主權 및 법우위의 헌법원리를 확보하기 위하여 여하한 보장이 바람직한가 또는 필요한가”를 심사하였다. 이 심사는 3년만에 걸쳐 행하여졌으며 1932년에는 심사결과가 보고되었으며, 그 주요내용은 다음과 같다. ①委任立法이 현저한 증가의 경향을 나타낸 것은 정치적, 경제적, 사회적 변화와 병행하여 과학기술의 진보에 수반한 생활환경의 변화가 발생하였기 때문에 행정에 대한 영국국민이 생각하지 못하였던 점에 있다. 즉 自由放任主義를 기초로하는 자유국가적 사상으로부터 행정의 적극적 활동을 요구하는 사회국가적 사상으로 변화한 점에 의한 것이다. 이러한 사고방식의 변화는 20세기에 들어와 발생한 것이 아니라 이미 19세기후반에 발생하였던 것으로서 이 思考의 변화가 국회의 입법권의 위임을 필요로 한 것이므로 이 경향을 솔직하게 시인하여야 할 것이다. ②그러나 委任立法의 증가에 수반하여 위험이 발생하는 것을 예견하고 이 위험에 대한 방어수단의 필요성을 제안한다. 그것은 母法에서 위임권한의 범위를 명확히 할 것, 原則的 事項을 규정하는 권한 및 과세권은 특별한 이유가 있는 경우를 제외하고 위임할 수 없다. 위임입법에 대한 司法審査制度를 견지할 것 등이다. ③위임입법을 인정하는 법안에 관하여는 국회는 특히 신중하게 심의하여야 한다. 長官이 이 법안을 국회에 제출하는 때에는 각서를 첨부하여 입법권의 위임에 관한 국회의 주의를 환기하여야 한다. 또한 이러한 법안은 特別委員會에서 심의하도록 하여 위임의 방법에 관하여 국회에 보고하여야 할 것을 제창하고 있다. 동위원회의 보고서는 학문적으로 높은 평가를 가짐과 아울러 당시의 영국의 정치적 행정적 상황을 알 수 있는 중요한 자료이기도 하다. S.H.Bailey · B.L.Jones · A.R.Mowbray, *Cases and Materials on Administrative Law*, 3rd ed., Sweet & Maxwell 1997, p.812.

99) E.C.S.Wade/A.W.Bradley, op.cit., p.613.

고 일컬어지고 있으며<sup>100)</sup> 委任立法의 적극적 의의를 평가하고 그 실제적 필요성을 용인하고 있다.

## II. 委任立法의 類型

### 1. 通常의 形態의 委任立法과 특수한 形態의 委任立法

#### (1) 통상적 形態의 委任立法

委任立法에는 통상적 形態의 委任立法과 특수한 形態의 委任立法이 있다. 이 중 통상적 形態의 委任立法에는 일반인 사이에서 지지되고 특히 비판되고 있지 않다. 통상적 形態의 委任立法이라는 것은 국회제정법에 의하여 위임의 한계가 설정되고 있어서 입법에 있어서 행정기관도 입법후에 적용받는 국민도 그 한계를 알 수 있는 委任立法이다. 이 形態의 委任立法에 관하여는 법원이 越權의 法理를 적용하여 사법적으로 통제할 수 있다. 委任立法은 국회제정법으로부터 입법권의 위임을 받아 정립되는 법형식이므로 국회제정법은 委任立法과의 관계에서는 근거법이며 상위법이다. 나아가 그것이 근거법이며 상위법이기 때문에 委任立法에 의하여 국회제정법 그 자체를 수정하는 것은 인정될 수 없다.

#### (2) 특수한 形態의 委任立法

통상적 形態의 委任立法에 대해 특수한 形態의 委任立法 내지 변칙적 形態의 委任立法이라는 것은 위임의 한계가 명확하지 않고 입법에 있어서 행정기관은 무제한이라고 할 수 있는 광범한 입법권을 행사할 수 있으며, 법원도 전통적인 월권의 법리를 원용하여 이를 사법적으로 통제하기 어려운 委任立法을 말한다. 이러한 특수한 形態의 委任立法은 委任立法제도의 본래의 취지에 벗어나는 것으로서, 일반인들에게 널리 비판받고 있다. 특수한 形態의 委任立法은 다음과 같은 것이 존재한다.<sup>101)</sup>

##### ① 原則의 事項에 관한 위임

이것은 본래 국회제정법에 의하여 규정되어야 할 사항을 행정입법의 형식으로

100) H.W.R.Wade, op.cit., p.733; P.P.Craig, op.cit., p.246.

101) Michael Zander, *The Law Making Process*, Weidenfeld and Nicolson 1994, pp.98~101.

로 규정하도록 입법권을 위임하고 이 입법권의 행사에 있어서는 광범하고 무제한이라 할 수 있는 自由裁量을 인정하여 법원도 이를 통제할 수 없게 되는 위임을 말한다. 이러한 委任立法은 국회주권에 대해 위협이 되는 점은 말할 것도 없다.102)

② 課稅權의 위임

국가가 法律을 매개로 행정기관과 관련성을 지니게하는 과정에서 특히 관심을 가지는 것은 행정기관의 課稅作用이었다. 국가의 재정에 관한 책임은 행정부가 져야할 것이라는 원칙을 확립하기 위해서는 국회가 행정기관에게 課稅權을 위임하여야 할 것이라고 주장하나, 이들 과세권의 위임은 과세를 위하여 입법하는 권한을 관계행정기관에게 위임하는 것을 의미하므로, 과세를 부과하거나 과세대상을 변경하는 것을 行政立法에 의하여 주무장관의 권한으로 하는 경우에는 일정한 범위내에서 국회의 통제가 필요하다.103)

③ 再委任立法

국회제정법의 위임을 받아 Regulation을 제정하고, 그 Regulation의 위임을 받아 재차 Order 또는 Rule을 제정하는 것을 입법권의 再委任이라 한다. 그러나 이러한 再委任에 의하여 입법권을 위임하는 것은 법의 체계화, 통일화를 저해하는 것이 되며 또한 필요이상으로 자유로운 조건하에 행정기관에게 입법권을 장악하도록 하게된다.104)

④ 遡及效를 지닌 委任立法

영국국민의 法律生活 가운데에는 소급적 효력을 지닌 법은 국회가 제정하는 法律을 제외하고는 존재하지 않는다는 사고가 널리 형성되어 있다. 따라서 행

102) 대표적인 사례로서 1930년의 Poor Law 제136조제1항을 지적할 수 있다. 동규정에 의하면 主務長官은 貧民의 淸給에 관하여 적당하다고 생각하는 Rule이나 Order를 제정할 수 있도록 규정하고 있으나, 貧民을 어떻게 淸給할 것인가는 국가의 구빈정책에 있어서 중요한 사안이며 국회제정법에 의하여 규정되어야 할 법률사항인 바, 이를 行政權에 위임하여 장관에 의한 입법조치를 기대하고 있으므로 이것은 原則的 事項에 관한 위임입법의 형태라 할 수 있다.

103) 제1차대전후 Safeguarding of Industries Act(1921), Import Duties Act(1932) 등의 國會制定法은 과세권을 행정기관에게 위임하고 있었다.

104) 再委任立法의 대표적인 사례로는 1939년의 Emergency Powers(Defence) Act 제1조제3항이 있다. 동조항은 주무기관에게 Defence Regulation의 제정권을 위임함과 아울러 그 지정하는 기관 또는 公務員에게 동 Regulation의 목적을 달성하기 위하여 필요한 Order 또는 Rule을 제정하는 권한을 위임하고 있다.

정기관이 정립하는 법형식으로 소급적 효력을 인정하는 것은 국회주권의 원리에 위반하는 것이 된다. 그러한 입법은 국회 자신이 제정하여야 할 것이며 국회의 수중을 벗어난 委任立法의 형식으로 정립되어서는 아니된다.

⑤ 司法審査를 배제하는 委任立法

委任立法에 대한 법원의 권한은 월권을 이유로 소송의 제기가 있을 때 소송 절차에 따라서 심리를 행하고 그 후 당해委任立法을 월권으로 판단하는 점에 있다. 이러한 법원의 권한은 Common Law의 오랜 역사속에서 형성된 불멸의 권한이며 국회제정법에 의하여도 이 권한을 박탈할 수는 없다. 하물며 委任立法에 의하여 이를 배제하는 것은 이유여하를 막론하고 인정될 수 없다. 법원의 역할을 경시하고 사법적 통제의 배제를 규정하는 그러한 委任立法은 사법권 그 자체에 의해 월권을 이유로 부정되게 된다.

⑥ 國會制定法을 수정하는 委任立法

委任立法은 국회제정법인 法律과의 관계에서 하위의 규범이라도 委任立法으로 국회제정법이 수정되는 경우가 없는 것은 아니다. 적용범위가 광범한 지역에 미치고 내용도 多岐에 걸치거나 복잡한 法律이 국회에서 제정된 경우 적용에 즈음하여 그 지역의 실정에 상응하는 적절한 수정이 필요하다. 그러나 委任立法에 의하여 국회제정법을 수정하는 것은 국가의 법질서의 통일화를 부정하는 것을 의미하며, 매우 위험한 발상이라 할 수 있다. 수정이 필요하다면 法律 그 자체를 수정하는 것이 필요하며 委任立法을 원용하여 法律을 수정하여서는 아니된다. 장관에 대하여 委任立法으로 국회제정법을 수정하는 권리를 부여하는 것은 국회주권의 원리를 부정하게 되는 결과를 초래한다.105)

---

105) 國會制定法을 수정하는 권한을 장관에게 위임한 대표적인 사례로서 1961년의 Factories Act를 지적할 수 있다. 이 法律은 공장근로자의 복지향상을 목적으로 한 것으로서 동법 제62조는 주무장관이 공장근로자의 복지향상과 증진에 필요하다고 생각하는 경우에는 그 한도에서 동법의 관계조항을 보충 또는 수정하기 위한 Regulation을 제정할 수 있다고 규정하고 있다. 또한 主務長官은 동법의 적용이 공장근로자의 복지증진이 된다고 생각하는 경우에는 동법의 적용범위를 확장하기 위하여 Regulation을 제정할 수도 있다. 이와 같이 주무장관에게 Regulation을 제정하는 권한이 위임되어 있다는 것 자체 委任의 範圍는 현저히 명확성을 결여하므로 주무장관의 입법행위는 무한정한 自由裁量에 맡겨지게 되며 그 한에서 월권의 법리를 근거로 하는 법원의 통제가 어렵게 된다.



## 2. 委任立法의 形式

현재 영국에서는 최고의 법제정기관인 국회의 입법권에서 직접 제정하는 법형식인 Act 외에 장관 및 정부기관, 추밀원에 있어서 國王, 사법관계당국, 지방자치단체, 행정기관이외의 각종 단체는 국회제정법에 의하여 법을 제정하는 권한이 부여되어 있으며, regulations, rules, orders, schemes, by-laws, licenses, directons, warrants, minutes 등 각종 명칭을 지닌 委任立法이 제정되고 있다. 이들 委任立法의 분량은 국회의 제정법인 Act보다도 훨씬 우위를 점하고 있으며<sup>106)</sup>, 나아가 국회제정법과는 무관하게 國王大權을 직접 근거로 정립되는 법형식도 있으며 이들 명칭은 통일되어 있지 않고 매우 다양하다. 또한 그 법적 효과도 각각 차이가 있다.<sup>107)</sup>

## (1) provisional Order

지방기관이 특정지역을 중심으로 公益事業을 시행하기 위해서는 그를 위한 권한을 부여받는 법의 제정을 신청하여야 한다. 이 신청에 의거하여 Private Act가 제정되면 당해지방기관은 그에 의하여 공익사업을 실시할 수 있는 法的 權限을 취득하게 된다. 이러한 절차와는 별도의 절차에 의해서도 지방기관은 공익사업에 필요한 권한을 취득할 수 있다<sup>108)</sup>. 그것은 당해지방기관이 Provisional Order의 制定을 신청하는 절차이다. 이 제정을 신청하여 Provisional Order가 제정되면 이를 근거로 지방기관은 공익사업을 실시할 수 있다. Provisional Order를 근거로하여 지방기관이 공익사업을 실시하는 관행은 빅토리아왕조중기부터 존재하였다고 추정하고 있다. Provisional Order라는 것은 國會制定法의 위임에 의거하여 장관이 정립하는 법형식이다. 장관이 이 종의 법형식을 제정하는데에는 사전에 관계지방기관으로부터 그 취지의 신청이 있어야 하며, 그 신청이 없이 장관이 직권으로 이를 制定할 수는 없다. 이러한 Order가 법적효력을 취득하여 특정지역에 시행되기에는 사전에 국회의 명시적 승인이 필요하다. 국회의 사전승인이 필요하다는 의미에서

106) H.W.R.Wade, op.cit., p.733.

107) 金杜炫, 英國의 行政立法制度에 관한 研究, 公法研究 제26집2호(1998), 270面이하 참조.

108) E.C.S.Wade/A.W.Bradley, op.cit., p.374.

Provisional이라는 명칭이 부가되어 있는 것이다. Provisional Order의 제정에 관한 신청이 지방신문에 공표되면 그 제정에 불복있는 이해관계자는 주무장관에게 이의를 신청할 수 있다. 그러한 異議申請이 있는 경우에는 당해 지역에서 공청회가 개최된다. 공청회는 당해사안에 관한 전문적 지식을 가진 聽聞官에 의하여 주재되며, 청문관은 주재한 공청회의 보고서를 작성하여 주무장관에게 제출하고 주무장관은 제출받은 報告書를 음미한 후에 당해 Order의 제정을 실행할 것인가를 결정한다. 이러한 절차와 병행하여 국회에는 Provisional Order Confirmation Bill이 주무장관에 의하여 제출된다. 이 法案은 Provisional Order의 국회승인에 관한 법안이다. 이 법안의 성립에 의하여 장관의 Provisional Order는 국회의 승인을 얻은 것이 된다. 통상 Provisional Order는 이 法案의 별표에 게재되어 게재되면 국회의 승인을 얻은 것이 된다. 따라서 동법안이 국회에서 계류중인 상태에 있는 때에는 당해 Provisional Order의 신청자인 지방기관은 동법안에 관하여 委員會의 심의를 요구함과 아울러 동위원회에 출석하여 의견을 진술할 수 있다. 이러한 Provisional Order의 대상이 되는 사업은 보건위생사업, 배수사업, 급수사업, 환경보전사업등 지역주민의 복지향상과 증진에 관련한 사업에 한정되며 기타 사업일반에까지 적용되지 아니한다. 위의 Bill이 국회에 제안되는 경우 국회를 이를 수정 또는 거부할 수 있다. 국회는 이 Bill의 수정권 및 거부권을 가진다. 이와 같이 修正權 또는 拒否權이 국회에 유보되어 있으므로 Provisional Order는 이들 권한을 매개로 국회의 통제하에 있다.<sup>109)</sup>

## (2) Ministerial Order

Provisional Order의 제정절차에 있어서 이해관계자의 이의신청이 있으면 그 후에 전개하는 절차는 Private Act의 제정절차와 같이 복잡하게 되어있다. 이 점은 Provisional Order의 제정절차에 내재하는 결함이라고 할 수 있다. 그래서 이러한 결함을 극복하기 위한 방법으로서 별도의 형식의 立法이 고려되었다. Ministerial Order는 이러한 동기에서 생겨난 법형식이며 그것은 주무장관의 단독행위로서 성립하며 법적 효과를 발생한다. 이 Order는 地

109) 國會는 제안된 Bill을 수정하거나 거부하는 것은 좀처럼 없다고 한다. 따라서 지방기관에 의한 Provisional Order의 申請이 행해진다면 이에 대한 이해관계인의 반대가 있더라도 당해 Order는 대개의 경우 國會의 承認을 얻어 성립하게 된다.

方機關이 입안하는 Scheme에 관하여 認可權을 가진 장관에 의하여 제정되는 경우가 많다. 이 경향은 20세기 후반에 들어와 현저하게 되었다. 그 이전에는 예컨대 土地의 強制收用은 Provisional Order 또는 Private Act를 근거로 하여 행하여졌다.<sup>110)</sup> 근래에 이르러 토지의 강제수용은 Acquisition of Land Act 1946에 의거하여 제정된 Order를 근거로 실시되고 있다. 이 法律은 주무장관에게 Order의 제정권을 위임함과 아울러 Order의 제정절차를 규정한 것으로서, 동 Order는 이에 대한 주무장관의 인가가 공시됨과 동시에 法的 效力을 발생하며 이에 대한 국회의 승인등은 요구되지 않는다. 그러나 사후 법원에서 월권의 법리를 근거로 그 효력이 다투어져 무효로 되는 경우가 있다.<sup>111)</sup> 이 Order의 제정에는 장기간을 필요로하지 않으며 이 점에서 절차상의 특색이 있으나, 그 반면 이에 불복하는 이해관계자의 입장에서 본다면 公聽會에서 진술한 불복의 이유를 주무장관이 용인하지 않았더라도 이해관계자는 즉시 국회의 위원회에 출석하여 不服의 理由를 진술하고 사안의 심의를 촉구할 기회가 부여되고 있지 않으므로 결국 그것은 입법절차의 면에서 결함을 가지고 있다고 할 수 있다.

### (3) Special Order

이것은 國會制定法에 의하여 입법권의 위임을 받은 장관이 그 위임의 범위내에서 정립하는 법형식이므로 이 Order가 委任立法에 포함되는 것은 당연하다. Special Order의 목적은 장관이 행정상의 목적을 달성하는데 필요하다고 판단하는 권한을 立法措置로서 지방기관의 수중에 위임한다는 점에 있다.<sup>112)</sup> 이 立法措置가 취해져 관계지방기관이 구체적 권리를 취득하고 행정활동을 영위하게 되면 그것에 수반하여 특정개인의 권리는 제약되고 의무가 부과되게 된다. 그래서 이러한 입법에 불복하는 이해관계자는 사전에 주무장관에 대하여 이의를 신청할 수 있다. 이의신청이 없는 경우에는 立法節次는 순조로이 진행하여 Order가 정립된다. 그러나 이의신청이 있는 경우에는 그것이 동기가 되어 사후 당해 Order에 대한 국회의 반대의사가 형성된다. 또한 異議申請이 있더라도 가령 국회의 반대의사가 있어도 Private Act의 제정절차를 원용하여 국회에서 심의하

110) E.C.S.Wade/A.W.Bradley, op.cit., p.375.

111) Ders., ibid., pp.667~669.

112) K.J.Eddey, *An Introduction to Public Law*, Butterworths 1967, p.48.

게 되므로 Order로서 성립하기까지는 오랜 시간과 다액의 비용이 소요되게 된다. Special Order의 제정절차는 Statutory Order(Special Procedure) Act 1965 가운데 규정되어 있다.

위의 세가지 형태의 Order는 전부 지방기관이 공공복리의 증진, 공익실현이라는 행정목적 달성을 위하여 공인된 權力을 필요로하는 때에 주무장관이 그러한 권력을 당해지방기관의 수중에 부여하기 위한 입법조치로서 고안된 수단에 불과하다. 그 의미에서 이들 Order는 전부 취지, 목적에서 공통성을 가지며 단지 근거법을 달리할 따름이다.

#### (4) Order in Council

樞密院에서 국왕이 제정하는 법형식을 Order in Council이라고 한다. 시대의 추이에 수반하여 국가권력은 점차 國王의 수중에서 벗어나므로 국왕이 Order in Council을 제정하더라도 그것은 단순한 형식에 불과한 행위가 되고 있다. 그렇지만 이 Order는 국왕에 의하여 제정되는데 변함이 없으며 단지 그 경우 政府의 助言을 필요로하게 되어 있다. Order in Council에는 국회제정법의 위임에 의거하여 제정되는 것과 과거의 國王大權에 의거하여 제정되는 것이 있으며 양자를 혼동하지 않고 구별할 필요가 있다.<sup>113)</sup> 이 두가지의 Order는 원래 국왕의 署名을 필요로 한다. 전통적인 國王大權에 의거하여 제정되는 Order in Council은 엄격한 의미에서 委任立法이라 할 수 없다. 그것은 국회제정법에 의한 위임이 없어도 국왕자신의 대권에 의하여 제정되기 때문이다. 이러한 Order in Council은 植民地에 관하여 또한 신탁통치, 전시 통상무역의 통제등에 관하여 제정되는 경우가 많다. 이 Order가 國王大權으로부터 유래되는 것이라 할지라도 국왕이 단독으로 이를 제정하는 것이 아니라 정부의 조언에 따라서 제정하는 것이 관례이다. 정부의 조언에 따라서 제정한다는 것은 立法의 취지 및 목적이 정부의 의사에 의하여 결정되는 점, 입법의 실질적 권한이 정부의 수중에 留保되어 있음을 의미한다. 국회제정법의 위임에 의거하여 제정되는 Order in Council은 본질상 중요한 역할을 담당한다. 이 Order는 비상시에 발하는 정부의 緊急命令을 합법화하는 중요한 입법이다. 즉 非常時에 즈음하여 국회가 국토의 안전을 확보하기 위하여 필요하고 광범한 권력을 행정부에 위임하는 경우 매우 유효한 수단으로서 원용된다. 이 의미에

113) Ders., *ibid.*, p.59.

서 Order in Council과 각장관에 의하여 제정되는 Order를 制定節次의 신속도라는 시점에서 비교하여 보면 Order in Council이 훨씬 우월하다. 그만큼 정부가 비상사태에 신속하게 대처하려는 때에 특히 중요한 입법으로서 기대된다.

(5) Order, Rule, Regulation

委任立法으로서 제정되는 법형식중 일반적으로 널리 사용되고 있는 것은 Order, Rule, Regulation이다. 그 명칭은 각각 다르나 명칭의 차이에 상응하여 본질에도 차이가 있는 것은 아니다. 행정기관간에 행해진 해석에 의하면 Rule 및 Regulation은 영국의 主領土에 걸쳐 일반적으로 적용하기 위한 입법이며, Order은 특정지역, 특정개인에 한정하여 적용하기 위한 입법이라고 한다.<sup>114)</sup> C.K.Allen에 의하면 일반적으로 Regulation은 Order보다도 적용범위가 넓다. 그러나 이러한 차이는 확정된 것이 아니라 과거의 사례를 보더라도 일정하지 않다. 초기의 救貧法이나 住宅法에 의거하여 제정된 Order는 널리 일반에게 적용되는 성질을 가졌다. 그러나 종전의 주택법을 통합하여 새로이 제정된 Housing Act 1936은 지금까지 Order에 관하여 인정되어온 일반적 효력을 부정하고 지역적 효력을 인정하는 조치를 단행하였다. Public Health Act 1875는 傳染病의 예방과 전염병환자의 간호에 관하여 Regulation을 제정하는 권한을 주무장관에게 위임함과 아울러 검역관의 권한과 임무에 관해서도 Order를 제정하는 권한을 위임하였다. 이 경우의 Regulation, Order은 적용범위에 관해서는 한정하지 않고 널리 一般에게 적용되는 것으로 하였다. 근래의 경향은 委任立法의 적용에 관하여 일반적 효력을 지닌 것과 한정적 효력을 지니는 것을 명칭에 따라서 구별하려는 경향이 있다. 이 경향은 오늘날 정착하고 있는 것은 아니나 다음과 같이 이해하는 것이 타당하다. 즉, Regulation은 一般的 適用性을 가지는데 대하여 Order는 비교적 限定된 範圍에서 적용성을 가지는 것이다. 다양한 명칭을 가진 委任立法 상호간의 경우에는 법적효력-적용범위-에 관한 본질적인 차이가 있는 것이 아니라 다만 명칭의 차이가 있음에 불과하다.

한편 “장관의 권한에 관한 위원회”는 委任立法에서 사용되는 명칭에 관하여 다음과 같은 권고를 한 바 있다. 즉, “Regulation, Rule, Order등의 명칭

114) C.K.Allen, op.cit., p.91.

은 장관에게 委任立法權을 행사시키기 위한 수단으로서 사용되는 명칭이므로 국회제정법 가운데 이들 명칭을 무작위로 사용할 수는 없다. Regulation이라는 명칭은 실제법적 권한을 행사하는 경우의 근거가 되는 법을 표현하기 위하여 사용되어야 할 것이며, Rule이라는 명칭은 절차법적 권한을 행사하는데 근거가 되는 법을 표현하기 위하여 사용되어야 할 것이다. 또한 Order는 집행권 및 사법적 또는 準司法的 權限을 행사하는데 근거가 되는 법을 표현하는데 사용되어야 할 것이다.<sup>115)</sup> 이러한 권고를 행한 동위원회의 견해에 의하면 Regulation이라는 명칭의 委任立法은 실제법의 성질을 지닌 입법이며, Rule이라는 명칭의 委任立法은 절차법의 성질을 지닌 입법이다. 또한 Order라는 명칭의 委任立法은 시행법 또는 쟁송법의 성질을 지닌 입법이라고 할 수 있다. Order의 명칭을 지닌 입법의 대표적인 사례는 Order in Council이나, 위의 네가지의 입법유형과 같은 입법에는 전통적인 국왕대권에 의거하여 제정되는 Order와 國會制定法의 위임에 의거하여 제정되는 Order의 두가지가 포함되어 있다. 후자는 委任立法의 성질을 지닌 Order이다. 동위원회는 이 두가지 종류의 Order를 Order in Council이라는 용어로 통일하지 않고 구별하여 취급할 것을 주장하고 委任立法의 성질을 지닌 Order에는 Regulation in Council이라는 명칭을 사용할 것을 권고하고 있다. 이것은 동위원회가 委任立法으로서 제정되는 Order in Council을 실제법의 성질을 지닌 입법에 한정하고 있음을 의미하는 것이라 할 수 있다. 이러한 동위원회의 勸告는 정부에 채용되기에까지는 이르자 않고 그후의 개혁도 없이 현재에 이르고 있다.<sup>116)</sup> 그러나 위의 권고가 행해진 후 14년이후에 제정된 Statutory Instrument Act 1946은 Statutory Instrument라는 새로운 개념을 도입하여 모든 형식의 委任立法을 이 개념하에 통일적으로 사용토록 하여 명칭의 차이에 의한 종래의 혼란을 어느 정도 수습한 것으로 평가되고 있다.<sup>117)</sup>

115) Report of the Committee on Minister's Power, 1932, p.91.

116) 1953년에는 國會(하원)에 의하여 임명된 위원으로 구성하는 위원회가 설치되었다. 이 위원회를 Select Committee on Delegated Legislation(위임입법조사위원회)라고 한다. 동위원회는 당시의 委任立法制度의 문제점을 조사함과 아울러 위임입법제도의 방향을 검토할 목적으로 설치되어 이 목적에 상응한 조사·검토를 진행하였으나 위임입법제도의 방향성이나 개혁등에 관하여 새로운 견해를 제시하지는 않았다. 이 점은 委任立法制度의 문제점이 존재하지 않았다는 것을 의미하는 것은 아니다.

117) 그러나 Wade에 의하면 Statutory Instrument Act가 제정되었다고 해서 명칭의 차이에 의한 종래의 혼란이 완전히 해소된 것은 아니라고 한다. Statutory Instrument라는

## 3. 立法權의 再委任

## (1) 再委任의 方法

입법권의 위임이 再委任의 형식을 취하고 있는 경우에는 再委任立法을 효과적으로 통제하는 것은 매우 어렵다. 영국에서 再委任을 허용하고 있는가라는 점에 대하여는 명확한 근거가 없다. 다만 원칙적으로 말하면 당해행정기관에 대신하여 직무를 수행하는 자에 대하여 법의 명확한 근거없이 입법권을 위임(再委任)하는 것은 월권행위가 된다고 보고 있다.<sup>118)</sup> 그러나 이 점에 관한 법원의 판단이 구체적으로 제시되고 있지는 않다. 통상적으로 입법권을 再委任하는 것은 두가지의 방법이 있다. 하나는 自己委任의 방식이다. 즉, 장관이 法律의 위임을 받아 Regulation을 제정하는 경우 당해 Regulation을 수정하는 권한이 장관 자신에게 있음을 규정할 수 있다.<sup>119)</sup> 자기위임의 방식은 法律에 의하여 장관에게 위임된 사안을 사후에 수정, 변경하는 권한이 당해장관에 있음을 장관 스스로 Regulation 가운데 규정하는 방법이다.<sup>120)</sup> 또하나의 방법은 代理人이 대리인을 선임하는 방법이다. 일반적으로 立法權은 제1차적 입법

---

文書은 이 법률이 정하는 모든 형식의 委任立法을 포괄적으로 표현한 용어이다. 이 법률이 시행되기전에 제정된 몇 개의 법률을 보더라도 國王이나 長官에게는 이미 입법권이 위임되어 있어서 국왕은 이 위임에 의거하여 Order in Council을 제정하고 또한 長官은 Rule, Order, Regulation등을 제정하였다. 그들은 이 법률이 정하는 범위를 초월한 것은 아니었다. Statutory Instrument는 종래의 Statutory Rules and Orders 라는 문언에 관련하여 등장한 포괄적인 개념이기 때문에 다양한 명칭을 가진 종위적 입법을 이 개념하에 총괄하려는 경향이 없는 것은 아니다. E.C.S.Wade/A.W.Bradley, op.cit., p.607.

118) Report of the Committee on Ministers' Powers, 1932, p.50.

119) Interpretation Act, 1889 제32조제3항에 의하면 行政機關에 대하여 Rule, Regulation, By-law 등을 제정하는 권한을 부여함과 아울러 이들 입법을 수정 또는 폐지하는 권한을 당해행정기관에게 부여하였다. 그러나 동조의 문언에 의하면 이러한 修正 또는 폐지는 당해 Regulation 자체가 정하는 방법과 조건에 따라서 행하도록 하고 있다.

120) 대표적인 사례로서 Dangerous Drugs Act 1920의 수권에 의거하여 제정된 Regulation을 지적할 수 있다. 그러나 이 방법은 越權이라는 이유로 1928년에 관련 Regulation 가운데에서 삭제되었다. 1928년까지는 장관이 行政立法으로서 Regulation을 제정하고 이에 따라 장관은 국회의 법률이 위임하는 권한을 수정, 변경하는 규정을 필요에 따라 두었으나, 국회의 법률이 위임하는 사안을 장관이 그 立法裁量에 의하여 자유로이 변경하는 것은 월권이라는 사고방식이 보편화되었기 때문에 1928년 이후에는 長官의 위와 같은 수정, 변경권은 Regulation 가운데 그 모습을 상실하게 되었다.

기관에서 최종적으로는 제3차적 입법기간으로 이전되게 된다. 이 방법은 委任立法權의 대부분이 주무장관에 의하여 행사되는 것이 아니라 주무장관이 제정하는 Regulation에서 지정한 기관에 의하여 행사되므로 그 정당성에 의문의 여지가 있다.<sup>121)</sup>

그리하여 委任立法審查委員會는 최고의 입법권을 가지는 국회가 일정한 절차로 제정하는 法律(제1단계), 당해 法律의 수권에 의거하여 제정되는 Regulation(제2단계), 당해 Regulation에 의거하여 제정하는 Order(제3단계), 당해 Order에 의거하여 제정하는 Direction(제4단계), 당해 Direction에 의거하여 발해지는 License라는 입법권의 5단계위임의 형태를 제시하고 행정기관은 제3단계의 입법을 한도로 하여야 할 것이라고 권고하기도 하였다.<sup>122)</sup> 국회의 法律을 모체로 순차 제정하는 命令은 이 제3단계에 그쳐야 할 것이고 그 이하의 命令의 제정은 자제하여야 할 것이며, 국회는 이들 累進的 立法行爲를 결코 기대하는 것은 아니다. 이러한 입법권의 위임은 정식의 법형성을 지연시키며 행정기관에게 필요이상의 권력을 부여하는 결과가 된다는 것이다. 입법권의 위임을 받은 자는 자기의 임무를 수행하는 방법의 하나로서 再委任의 方法을 고려하는 것이 불가능한 것은 아니다. 그러나 입법권을 위임받은 행정기관이 입법권의 再委任을 하는 경우 그것이 단순한 권고에 불과한 것인가 아니면 一般性을 지닌 규칙의 제정을 거듭 요구하고 있는가에 관하여 명확하지 않은 경우가 있다. 위임된 입법권은 어느것도 제1차적 입법권(국회의 입법권) 만큼 중요하지 않다는 점에 대하여는 이론이 없다. 그 이유는 제1차적 입법권의 효력은 제2차적 입법권(委任立法權)의 효력에 優越하며 그 규율대상도 넓은 범위에 미치기 때문이다. 法律이 입법권을 위임하는 경우 행정기관은 위임받은 입법권을 자유로이 再委任할 수는 없다는 점이다.

## (2) 再委任立法의 形態

현재 영국에서 再委任立法으로서 사용되는 것은 Direction, Circular, Letter, Communication, License 등 여러 형태가 있다. 행정기관이 발하는 이들 문서의 법적 성질 및 법적 효과를 해명하는 것은 매우 곤란하나 이들

121) 이 방법은 Defence of the Realm Consolidation Act, 1914에 의거한 Regulation에 도입되었다.

122) Third Special Report of the Select Committee on Delegated Legislation, para. 16.



형태는 立法的 性質은 없다고 할 수 있다. 이들은 때로 행정적 효과를 발생하기도 하며 또한 단순한 助言으로서의 의미를 가지는데 불과한 것도 있다. 그리고 구속력을 지니지 않는 행정의 의사표시의 성질을 가지는 것도 있으며, 일반성을 지닌 입법조치로서의 효과를 발생하는 것도 있다. 이들의 공통적인 특징으로 지적할 수 있는 것은 이들이 행정조직을 구성하는 기관으로부터 발해질 따름이며, 議會로부터는 결코 발해지지 않는다는 점이다. 이에 대하여 Regulation, Rule, Order 등은 의회의 일련의 입법절차 중의 일부의 절차적 요건을 충족하지 않으면 성립하지 않는다는 점에서 차이가 있다. 그러나 이 점 역시 후술하는 바와 같이 다수의 委任立法이 절차의 면에서 國會의 監視를 받드시 받는 것이 아니라는 점을 고려하면 지적한 만큼의 특징이 있다고 할 수 없을 것이다.

### Ⅲ. 委任立法의 制定節次

#### 1. 草案의 作成(Making)

어떤 종류의 委任立法을 제정할 것인가는 일반적으로 소관부처의 재량에 맡겨져 있으며, 委任立法의 초안은 당해부처의 담당부서에 의하여 작성된다. 담당부서에 의하여 委任立法의 제정필요성이 제기되면 주무장관은 필요한 준비절차를 승인하며, 초안작성 담당공무원은 부처내 직원의 협조를 얻거나 또는 외부 法律專門家의 협조를 얻어 초안을 작성한다. 초안작성자의 첫번째 업무는 해당부처의 委任立法의 입안에 관한 선례를 검토하며 委任立法의 제정이 소관부처의 권한내의 사항인지를 확인한다.<sup>123)</sup> 제정하려는 委任立法이 권한내의 사항인가에 대하여 의문이 있는 경우에는 외부의 法律專門家에게 자문을 구하기도 하며, 특별한 경우에는 의회관계법무관(Parliamentary Council)<sup>124)</sup>

123) David Foulkes, *Administrative Law*, 8th ed, Butterworths 1995, p.68.

124) 議會法律法務官室은 法律案의 기술적인 형식과 표현에 책임을 지며 또한 각부처에 의한 성문법규의 기초에 어느 정도의 자문적인 영향력을 지니는 機構로서 財務部 산하에 설치되어 있다. 議會法律法務官室의 지위는 19세기에서는 비공식기관으로 단순한 법정번호사에 불과하였으나, 오늘날 특정한 정식의 法案을 제외한 모든 法案은 여기에서 기초된다. 이 부처는 입법계획의 정부통제를 전제로 기초상에 필요한 입법을 위한 면밀한 회기에정표에 따라 모든 法案을 집중적으로 기초한다. 그리고 議會法律法務官室은 정부의 모든 법안을 기초하므로 각부처상호간의 의견조정을 수행한다. 즉 특정부처의 法案을 전체로서 그 구성과 형식에 적합하도록 하며, 특정부처의 요구와 다른 부처의 그것을 조화한다. 이 기

에게 협조를 구한다. 부처내의 草案이 작성되면 초안과 관련된 정부부처와 관련 외부기관에게 동 초안의 수정에 관한 의견을 수렴한다. 草案이 확정되면 초안의 내용에 관한 간략한 설명문을 첨부하여 장관의 재가를 받아 인쇄하여 의회절차에 필요한 준비를 한다. 초안이 일상적인 委任立法인 경우에는 담당공무원 또는 상급공무원의 전결로 처리되기도 한다.

## 2. 利害關係人의 諮問(Consultation)

국회제정법이 어떤 행정기관의 委任立法제정권을 부여하는 경우에 당해행정기관이 委任立法을 제정하기전에 當該委任立法에 의하여 영향을 받는 특정 이해관계인의 의견을 수렴할 것을 행정기관에게 의무화하는 경우가 있다.<sup>125)</sup> 이를 諮問節次(Consultation)라고 한다. 委任立法의 제정과정에 이해관계인을 절차적으로 참가시켜 그 의견을 청취하여 입법에 반영토록 함으로써 委任立法의 제정과정이 완료되기 전에 행정기관의 委任立法權행사의 적정성을 담보하려는 제도이다.<sup>126)</sup> 이 절차에는 의견을 구하는 대상이 行政機關의 부속기관에

---

구에 소속된 議會關係法務官(Parliamentary Counsel)은 현재 영국에서 法案의 기초·심사에 중심적인 역할을 거두는 자이며, 그들은 법정변호사 또는 사무변호사의 자격을 지니며 法案의 기초를 위하여 정부에 고용되는 상근직원이다. 의회관계법무관의 설치이후 정부제출법률안의 기초는 거의 전부 그들에 의해서 수행되고 있으나, 그 예외가 없는 것은 아니다. 즉 특정의 法案의 기초가 外部의 자에 의뢰되는 것도 있다(외부에 의뢰할 것인가의 여부를 결정하는 것은 議會關係法務官의 주입의 권한이다). 또한 의원제출의 法案의 기초는 그 法案이 정부의 지원을 받는 경우에는 議會關係法務官의 기초원조를 받을 수 있으나, 그렇지 않은 법안에 관해서는 당해의원이 자신이 스스로 專門法律家에 의뢰하여 기초한다. 의회관계법무관이 기초업무를 하는 경우에는 우선 當該法律案의 발의자(정부의 담당부처 등)로부터 입법의도 기타 배경적 입법자료에 관하여 충분한 정보를 제공받으며, 구체적인 法案의 작성에서는 전문직으로서 독립하여 작업한다. 작업은 주입의 지시에 의해 그때마다 편성되는 팀에 의한 共同作業의 형태를 취하며, 作業過程에서 정부의 담당부서와 협의하기도 한다. 이러한 議會關係法務官에 의한 기초작업의 일원화는 전문직에 의한 입법기술의 향상외에 입법문제의 취급방법, 용어 및 양식의 통일을 가져온다는 장점이 있다.

125) 예를 들면 Public Health Act 1961 제9조제3항에서는 환경부장관은 건축기준규칙(building regulations)을 제정하는 경우에는 事前에 동조제1항에서 설치하는 건축기준규칙자문위원회 및 이해관계인을 대표하는 자로서 생각되는 기타 단체에 諮問(consult)을 하여야 할 것을 규정하고 있는 경우가 그러하다.

126) 法律案은 그것이 법으로 되기전에 필연적으로 국회와 국민의 심사에 복종한다. 그러나 행정부의 결정과 장관의 서명에만 의거하여 법이 되는 委任立法에는 타당하지 않다. 따라서 이해관계인의 자문을 행하는 것은 委任立法의 제정과정에 있어서 하나의 중요한 특징점이며, 정부각부처는 그것을 실시하는 것을 통례로 하고 있는 것이다. D.Foulkes, op.cit., p.56.

한정되지 않으며 또한 동시에 복수의 단체에 직접 의견을 구하는 경우도 많다. 이러한 자문절차는 절차적 특징의 면에서 청문과는 본질적으로 다르며, 이해관계인의 意見表明은 예외적으로 구두진술이 인정되나 원칙적으로 문서로 행하며 委任立法 제정과정을 통하여 한번의 실시로 종료되는 것이 아니라, 상당기간 계속적으로 속행되기도 하며 또한 어떤 특정의 쟁점을 둘러싼 對審的 構造를 취하는 것이 아니라 의견교환 및 정보수집이라는 형식으로 행해지며 비공개로 개시도 제한적이라는 특징이 있다.

授權法에 의하여 사전에 이해관계인의 자문을 거칠 것이 의무화되어 있는 경우 당해기관이 자문을 받을 자문권자의 범위는 當該授權法이 자문권자를 명시적으로 지정하고 있는 경우도 있으나,<sup>127)</sup> 명시적으로 자문권자를 지정하지 않고 누구에게 諮問을 구할 것인가를 명확히 제시하지 않은 경우에는 자문권자의 범위가 문제된다. 이 점에 관하여는 장관의 주관적 기준 즉 裁量에 의존하나 동시에 성실의 원칙과 합리성의 원칙에 따라 정하도록 하고 있다.<sup>128)</sup> 그리고 행정기관이 이해관계인에게 자문을 행하는 경우에 어떠한 사안을 諮問의 對象으로 하고 어떠한 사안을 자문의 대상사항에서 제외할 것인가가 문제된다. 이 점에 관하여는 諮問事項은 당면한 제안에 직접적 관계를 가지는 문제점에 한정하여야 할 것이라는 견해와 장관이 당면한 직무에 助言을 할 수 있다고 생각되는 모든 사항을 諮問事項으로 취급하여야 할 것이라는 견해가 있으나, 이 직접적 연관성의 유무를 기준으로 하는 경우에도 장래의 세부여하가 당초의 提案의 시비에 영향을 주는 경우도 있을 수 있으므로 직접적 연관성의 존부의 기준으로 어느것도 결정하기 어려운 문제점에 관하여는 일응 자문사항에 포함시켜 취급하여야 할 것으로 인식하고 있다.

授權法에 의하여 委任立法 制定機關이 이해관계인에게 자문을 거칠 것이 의무화된 경우에 그것을 이행하지 않을 경우에는 자문절차의 종류에 따라 효력이 달라진다. 즉 諮問節次는 본질상 命令的 諮問(mandatory consultation)과 指

127) 예컨대 Social Security Act 1980의 제10조는 동법에 의거한 規則制定에 즈음하여 사회보장장관에 대하여 규칙초안을 社會保障諮問委員會에 회부할 것을 의무화하고 있으며, Police Negotiating Board Act 1980 제2조는 警察에 관한 규칙의 제정에 즈음하여 내무장관은 사전에 연합왕국경찰협회의의 권고를 고려하여 동협의회에 規則草案을 송부하여야 한다고 규정하고 있다. 이 경우 자문권자는 "社會保障諮問委員會" 내지 "연합왕국경찰협의회"로 한정되며 그 이외의 자를 자문권자로 할 수 없도록 명시되어 있다.

128) Agricultural, Horticultural and Forestry Industry Training Board v. Aylesbury Mushrooms Ltd, [1972] 1 W.L.R. 190.

示的 諮問(directory consultation)의 두가지가 있으며, 전자의 경우에는 자문을 거치지 않고 委任立法 제정행위를 한 때에는 當該委任立法은 무효로서 취급되나, 후자의 경우에는 諮問義務違反이 당연히 무효가 되지 않고 단지 절차의 준수위반으로서 취급되고 있다.<sup>129)</sup> 그러나 실제로는 授權法이 자문절차를 규정하고 있는 경우의 다수가 命令的 諮問으로 해석되고 있으며, 의무위반에 대해서 무효로서 다루고 있다.<sup>130)</sup> 다른 한편 授權法上의 자문절차에 병행하여 별도로 利害關係人이 의견을 진술할 기회가 법정되어 있는 경우에는 자문절차가 의견표명의 유일한 기회가 아니게 되며 자문의무위반으로 무효원인이 될 필연성은 강하지 않다. 또한 의무위반을 이유로 제정된 委任立法을 무효로 한다면 이미 그에 의거하여 행해진 행위는 전부 무효가 되는 커다란 혼란이 발생할 것이 예상되는 경우에는 命令的 諮問의 해석을 회피할 필요성이 인정된다. 그러한 경우에는 指示的인 것으로 해석하지 않을 수 없다고 생각된다.

### 3. 立法委員會의 審査

委任立法은 法律에 의한 입법권의 위임을 전제로 제정된다. 따라서 委任立法은 法律에 의하여 근거를 부여받게 된다. 이 의미에서 法律은 국회에서 제정된다. 그러나 국회가 제정자이더라도 주요한 法案은 정부에 의하여 작성된다. 작성된 法案을 정부가 국회에 제출하는 때에는 사전에 내각의 승인을 얻어야 한다. 이 경우 內閣은 위원회로 하여금 검토하게 하며, 이 위원회를 입법위원회라 한다.<sup>131)</sup> 또한 입법위원회는 중요한 성문법규의 체계적인 고려를 행한다. 즉 성문법규가 주요한 것인가 또는 논쟁의 여지가 있을 수 있는 경우에는 그리고 어떠한 自由의 原則이 포함된 경우에는 반드시 국민의 고유한 권리가 손상되지 않도록 하는 등 形式과 憲法的 妥當性에 관해서도 면밀한 검토를 한다. 立法委員會는 통상은 상위의 장관이 주재자가 된다. 기타 위원에는 당해 法律의 요부를 법적 측면에서 검토할 수 있는 위원과 정치적 측면에서 검토할 수 있는 위원이 각각 선정되게 된다. 법적측면에서 검토하는 위원은 대법관과 법무총

129) 朴圭河, 英國에 있어서 委任立法에 대한 司法審査, 外法論集 제1집(1994), 213面.

130) B.L.Jones, op.cit., p.70.

131) Lord Morrison of Lambeth, *Government and Parliament*, 3rd ed., 1964, p.250.

재<sup>132)</sup>중에서 각각 선임되며 정치적 측면에서 검토하는 위원에는 국회양원의 리더가 해당되게 되어있다. 法案이 입법권의 위임조항을 포함하고 있는 경우 立法委員會는 입법권을 장관 또는 행정기관에게 위임하고 특정사안에 관하여 행정권에 의한 입법이 행정상 정책을 실현하는데 특히 요구되고 있는가라는 측면에서 심의한다. 또한 委任立法을 포함한 法案의 작성에 관련되는 장관은 當該委任立法의 필요에 관하여 각료에게 설명하는 것이 관례로 되어 있다. 이 설명은 통상 주무부처의 공무원에 의하여 수행된다.

입법위원회의 임무로서 요구되는 것은 제정을 필요로하는 委任立法에 관하여 심의하는 것이다. 입법위원회는 중요한 委任立法의 체계에 관하여 검토하며, 의문이 있는 委任立法, 자유의 요소에 관련된 委任立法에 관하여는 法律案과 동등하게 심의한다. 委任立法을 초안의 단계에서 입법위원회에 회부하여 심의를 거칠 것인가를 결정하는 권한은 주무장관의 재량에 맡겨져 있으나, ①유사시에 국토의 안전과 방위를 도모할 목적으로 제정하는 樞密院令, ②어떤 다른 이해관계를 지닌 다수의 행정기관에 영향을 미치는 委任立法, ③委任立法審査委員會의 심사를 받게되는 委任立法, ④先例에 반하는 委任立法(제재를 규정하는 委任立法, 이의신청절차를 규정하는 委任立法, 국민의 자유를 침해하는 委任立法 등)은 반드시 내각의 입법위원회에 회부하여 심의를 받아야 한다. 입법위원회의 심의는 비밀로 하며 공개되지 아니한다.

#### 4. 委任立法의 公示(Publication)

Rule Publication Act 1893 제1조에는 특정의 제정법이 委任立法의 제정을 수권하고 이들 입법을 國會에 제시할 것을 규정하고 있는 경우에는 사전에 이를 London Gazette에 공시함과 동시에 그 사본을 필요로하는 사람을 위하여 寫本機關의 소재지를 표시할 것을 요청하였다. 이러한 규정을 둔 취지는 委任立法에 있어서는 사전에 이해관계자에게 의견진술의 기회를 부여하여 행정과 시민의 일체화를 도모하고 그럼으로써 委任立法節次의 공정성을 확보하려는 점에 있었다. 그러나 동법은 긴급한 경우 또는 특별한 사유가 있는 경우 및 Provisional Order 등에 대하여는 예외를 인정하며, 또한 財務部 등 일정한 행정기관에 대하여는 사전공시에 관한 규정을 적용하지 않았다. 이러한 예

132) 법무총재를 Law Officer of Crown이라고 한다. Law Officer중에는 Attorney General, Attorney Solicitor이 포함되어 있다.

외사유는 동법의 취지의 실효성을 감퇴시키는 주요한 원인으로 작용하였으며, 그 후 장관의 권한에 관한 위원회는 事前公示(antecedent publication)제도의 필요성을 권고하였으나, 이 권고는 고려되지 않고 1944년 하원의 委任立法特別委員會에서 1893년법에 대한 개정의 필요성이 강조되어 이미 살펴본 것처럼 1946년 Statutory Instrument Act를 제정, 시행하게 되었다.

1946년법에 의하면 동법에서 규정하고 있는 Statutory Instrument에 해당하는 경우 및 授權法이 當該委任立法에 대하여 1946년법을 적용한다는 특별규정을 두고 있는 경우에는 소정의 번호부여·인쇄 및 공시에 관한 요건이 적용된다. 아울러 위의 경우에 해당하는 委任立法을 제정할 때에는 즉시 이를 印刷局(The King's Printer of Acts of Parliament)에 송부하여 번호를 부여하여야 하며, 동법 시행일인 1948년이후에 제정된 국회제정법 및 본법시행령에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 印刷局은 이를 즉시 인쇄·판매하도록 규정하고 있다. 委任立法을 접수한 인쇄국은 이를 제정년도별로 정리하여 접수된 순서에 따라 번호를 부여하며, 의회의 확인이나 승인 또는 의회에서의 특별한 절차를 필요로 하는 委任立法인 경우에는 제정권자가 통지한 委任立法發效日 또는 발효예정일에 접수된 것으로 본다.<sup>133)</sup> 다만 동법에 의하면 ①제정권자가 지방적 또는 사적 法律의 성질을 가지는 것으로 분류한 지방적 委任立法(Local Instrument) ②일반적 委任立法중 제정권자에 의하여 정기적으로 인쇄되고 이해관계인의 구독이 용이한 委任立法 ③존속기간이 짧고 국민에게 주지하기가 곤란하여 제정권자가 공시할 필요가 없다고 판단하는 잠정적 委任立法(Temporary Instrument) ④委任立法으로 간주되나 그 성질·분량 또는 내용공지에 관한 특별규정에 비추어 인쇄할 필요가 없거나 바람직하지 아니한 문서(Schedule, Document) ⑤시행일이전에 공시 또는 공시하는 것이 공익에 반한다고 판단되는 委任立法 등은 공시에 관한 규정이 적용되지 아니한다(동법 제8조 참조). 한편 1997년부터 인쇄되는 Statutory Instrument에 대하여는 그 전문을 공시한 날부터 15일이내에 HMSO(Her Majesty's Stationery Office)의 인터넷을 통하여 게재하도록 하고 있다.

133) D.J.Lanham, *Delegated Legislation and Publication*, 37 Modern Law Review 510(1974).

## IV. 委任立法의 統制

## 1. 立法府에 의한 統制

영국은 委任立法에 대한 의회의 통제수단이 가장 잘 정비되어 있는 국가로서, 특히 제1차대전 이후에 委任立法이 증대하여 의회주의의 위기에 직면하면서부터 그것을 옹호하기 위하여 委任立法에 대한 통제를 실현하는 것이 중대한 정치문제가 되어, 그를 위한 다양한 제도화가 모색되어 금일에 이르고 있다. 그런데 국회제정법이 委任立法에 관한 통제의 방법으로 여러 가지 방법을 규정하는 경우 어떠한 方法을 선택하는가에 대한 일정한 원칙은 존재하지 아니한다. 통제방법의 선택권은 장관에게 부여되어 있으며 長官이 스스로의 권한과 책임으로 최선이라고 생각하는 방법을 선택할 수 있으며, 주무관청의 공무원이 중요사항이라고 판단하는 사안에 관하여는 이를 主務長官에게 건의하고 주무장관은 건의받은 사안에 관하여 가장 적절한 통제방법을 자기의 권한으로 결정할 수 있다. 어느 경우에도 長官은 선례나 관행을 중시하여 행동하나 여기에 장관의 독자적 판단을 가미하여 행동할 것인가는 장관의 재량에 맡겨져 있다.

## (1) 一般的 統制手段

委任立法에 대한 일반적 통제로서는 授權法(Parent Act)의 심의, 위임권 행사에 관한 장관에 대한 질문·토론, 委任立法의 책임장관에 대한 불신임동의 등이 있다. 오늘날 대다수의 입법은 정부에 의하여 기초되어 立法委員會의 심의를 거쳐 직접 국회에 제출되어 그곳에서 다시 심의된다. 委任立法의 다수는 이리하여 성립하는 국회제정법을 근거법으로 하는 Statutory Instrument의 형식을 취하고 있다.<sup>134)</sup> 국회는 헌법이론상 최고의 입법기관임과 동시에 무제한적인 立法權을 지닌 입법기관이기도 하다. 이러한 국회의 승인을 매개로 생겨난 방대한 양의 委任立法을 국회자신이 어떻게 통제할 것인가가 문제된다. 委任立法의 기초절차에도 또한 이를 심의하는 국회절차에도 고유한 제약은 존재하고 있다. 내각에 의한 국회에의 法律案提出로부터 그 가결에 이르기까지의 과정을 보면 당해法律案이 위임조항을 포함하고 있는 경우에는 그 조항에

134) C.K.Allen, op.cit., p.120.

관하여 국회에서 검토되며 경우에 따라서는 그 조항이 수정되기도 한다.

① 授權法의 審議

입법권의 위임을 그 내용으로 하는 法律案은 다른 法律案과 마찬가지로 통상의 입법절차에 복종하며 국회에 의한 토론, 수정의 대상이 된다. 그곳에서는 위임된 입법권의 범위, 委任立法權行使의 방법 및 절차등이 의원의 주목의 대상에 된다. 그러나 실제 그러한 광범위에 걸친 사항을 심의하기 위한 시간을 할애하는 것은 곤란하며, 이 통제는 法律案의 기초자의 양식과 기술에 의존하지 않을 수 없는 면을 지니고 있다.<sup>135)</sup>

② 長官에 대한 質問·討論

의원은 장관책임의 범위내에 있는 사항에 관하여 장관에게 언제든지 질문할 수 있다. 따라서 장관은 委任立法權의 행사, 불행사에 관하여도 의원의 질문에 답변하여야 한다. 양원은 각각 국회로서 가지는 권한에 의거하여 토론하고 그 권한에 속하는 중요사항에 관하여 심의한다. 상원에 비하여 下院에는 토론의 자유가 매우 제약받고 있으나, 그러나 하원의원은 委任立法을 입안한 주무장관에 대하여 권한의 濫用 내지 유월의 의문이 있는 경우에는 질문할 수 있다. 하원에서의 질문도 공개의 장에서 행해진다. 公開의 場에서 행해진다는 것은 주무장관이나 주무관청에게 신중한 행동을 요구할 수 있다는 점에서 주요한 의미를 지니고 있다. 그리고 국민의 신뢰를 받고 있는 의원의 발언에 관하여는 長官도 행정기관도 이를 무시하기 어렵다. 장관에 대한 질문은 의원에게는 유권자의 의사를 국정에 반영시키기 위하여 유효한 방법이라고 생각되며, 질문에 대하여 만족할 수 있는 답변을 長官이 하지 않는 경우에는 토론이 속행되어 회의가 연장된다.

③ 國會에의 諮問·報告

공개적 장에 있어서 질문과 토론은 委任立法에 대한 통상의 예방수단이나, 이에 대하여 예외적인 수단도 있다. 장관이 委任立法을 기초하려는 때 미리 국회에 자문하여야 하는 경우가 있다. 이러한 예외적인 절차는 대규모의 土地收用이나 이에 수반하여 다액의 비용을 필요로 하는 경우에 주무장관은 미리 상·하원의 소관위원회 위원장에게 초안을 송부하고 양위원장에게 당해초안에 대한 동의를 구한다. 委員長이 동의할 것인가의 여부는 위원장의 재량에 맡겨져 있

135) J.F.Garner, *Administrative Law*, 5th ed., p.79.



으며, 양위원장이 당해초안에 동의한 때에는 國會兩院의 찬성결의가 있는 것으로 본다. 그러나 입안이 승인되었다고 가정한 경우 주문장관이 정립하는 Order에 의하여 이를 실시할 것인가 아니면 국회의 입법조치에 의하여 실시할 것인가는 國會의 判斷에 맡긴다. 후자의 방법을 선택한 경우에는 당해法律의 제정에 즈음하여 국회에서 장기간에 걸쳐 신중하게 토의된다. 특정사안에 대하여 주문장관에게 정기적으로 국회에 보고하도록 하는 방법도 있다.

(2) 國會에의 提出制度

委任立法에 대한 국회에의 제출제도(Laying before the Parliament)는 영국특유의 委任立法 統制制度라 할 수 있다. 이것은 委任立法을 사전 내지 사후에 국회에 제출함으로써 의회의 통제를 가하는 것을 목적으로 한다.<sup>136)</sup> 영국에서는 委任立法을 국회에 제출할 의무화하는 일반적인 法律은 존재하지 아니한다.<sup>137)</sup> 따라서 委任立法을 국회에 제출하여야 할 것인가의 여부를 결정하는 것은 개별 授權法律이다. 실제로 어느 정도의 비율로서 국회에의 제출이 의무화되고 있는 가에 관한 정확한 통계자료가 없으나, 대체로 70% 내지 80%의 비교적 높은 비율로 제출된다고 한다.<sup>138)</sup> 국회에의 제출이 요구되지 않는 것은 委任立法의 중요성이 낮은 순수히 기술적인 사항에 관한 경우가 많다. 授權法律 가운데 제출절차에 관한 규정이 포함되어 있는가의 여부는 국회에서의 法律안의 심의에 즈음하여 의원의 특별한 주의를 환기하는 것이 아니다.<sup>139)</sup> 授權法律이 委任立法을 국회에 제출할 것이 명해진 경우에는 1946년의 Statutory Instrument Act가 정하는 절차에 따라서 행해진다.

1953년 委任立法審査委員會는 국회와 委任立法의 관계를 다음과 같이 분류하고 있다. 즉 ①제시하는 것만으로 타당한 국회의 통제를 전혀 받지않는 委任立法 ②제시하여 국회의 의견에 따라서 시행되는 委任立法 ③제시하는 것만으로 즉시 효력이 발생하나 또한 폐안이 되기도하는 委任立法 ④초안의 형태로

136) 이 점은 국회는 委任立法에 관하여 정부의 濫權을 승인하지 않음을 의미한다. 즉, 주권을 가진 國會가 스스로의 지위와 권위로서 議會制度를 옹호하려는 강력한 의사를 제시한 것으로서 이 의미에서 國會에의 提出制度는 국회주권하에서 요청되는 중요한 제도라고 평가할 수 있다.

137) Statutory Instrument Act는 그 자신 제출을 요구하고 있는 것이 아니라, 授權法律이 일정한 통제형식을 요구한 경우에 채용되는 절차를 규정하고 있을 따름이다.

138) C.K.Allen, op.cit., p.738.

139) J.F.Garner, op.cit., p.76.

제시되고 사후입법절차를 속행하여서는 아니된다는 의회의 의사에 구속되는 委任立法 ⑤草案의 형태로 제시되어 국회의 동의결의를 인정하는 委任立法 ⑥제시되고부터 국회의 동의결의가 있기까지의 사이에 國會의 지시에 따라서 시행하는 委任立法 ⑦제시하면 즉시 효력을 발생하나 그러나 국회의 동의결의를 조건으로 효력이 인정되는 委任立法. 이러한 委任立法에 대한 국회의 관련에는 다양한 형태가 있다. 구체적으로 委任立法이 어느 형태에 속하는 가를 결정하는 것은 용이하지 않으며 따라서 이들 형태를 좀더 크게 분류하여 委任立法에 대한 국회의 관련성을 명확히 할 필요가 있다. 이 견지에서 분류하면 다음과 같다.140)

① 單純提出節次

이것은 授權法이 장관 또는 행정기관이 委任立法을 정립하는 경우 “가능한 신속하게” 이를 국회에 제출하도록 규정한 경우에 해당하는 것으로 단순제출절차(bare laying procedure)라고 한다. 이 경우 Statutory Instrument Act 제4조가 적용되어 委任立法은 시행전에 국회에 제출하여야 한다.141) 제출된 委任立法은 미리 예정된 날짜에 시행된다.142) 다만 委任立法을 제출전에 시행할 필요가 있는 경우에는 提出前에 시행하는 취지의 규정을 둘 수 있으며 이 경우에는 대법관 및 하원의장에게 그 이유를 설명하는 통지서를 송부하여야 한다.143) 국회에 제출되었다고 하여 사후 국회가 立法府의 입장에서 독자의 절차를 진행하는 것은 아니다. 국회에 제출되어도 국회는 제출된 Order 또는 Rule에 관하여 토의하는 것이 아니라, 또한 修正하는 것도 아니다. 하원의 절차를 보더라도 討議에 관한 규정은 존재하지 않는다. 그러나 국회에 무조건으

140) Allen은 국회의와의 관계에서 위입법법을 분류하는 경우 위입법심사위원회와 같이 7가지로 분류하는 것은 적당하지 않고 4가지로 분류하는 것이 타당하며 本文과 같이 분류하고 있다. C.K.Allen, op.cit., p.125.

141) 提出時期는 “제정후 즉시(1947년 Agriculture Act 제103조제1항)”, “제정후 1개월이내(1894년 Merchant Shipping Act 제382조)” 등과 같이 각 법률마다 다르나 원칙적으로 “시행전”에 제출하여야 한다.

142) 위입법법은 하원에서는 Votes and Proceedings Office, 상원에서는 Office of the Clerk of the Parliament에 제출되며 실제로 委任立法의 문서가 그들에게 인도되는 때 “제출”된 것으로 본다. J.F.Garner, op.cit., p.75.

143) 사망, 퇴직, 국회의 해산 등으로 대법관 또는 하원의장이 부재이므로 고지가 불가능한 경우에는 그 부재상태가 소멸한 때 즉시 송부된다면 事前告知의 요구가 이행된 것으로 본다. Laying of Documents before Parliament(Interpretation) Act 제2조.

로 제시된 Order에 관해서는 의원은 동의를 제출할 수 있다. 그것은 “討論을 요하지 않은 案件”이라고는 할 수 없기 때문이다. 하원의원은 제출자인 장관에 대하여 질문할 수 있다. 質問에 대하여 어떠한 답변이 행해지더라도 의원은 이에 찬성 또는 불복의 의사를 표명하여서는 아니된다. 그러나 답변내용이 회기 연장사유에 해당하는 때에는 별도이다.

이 절차의 목적은 의원에 대하여 委任立法의 존재를 주의환기하는데 있으며, 委任立法의 효력에는 아무런 영향도 미칠 수 없으며 이 절차는 통제를 위한 특별한 기회가 있는 것도 아니다. 이 절차는 19세기에 소송에 관한 절차나 법원 절차에 관한 委任立法에서 사용되었으나 현재에는 거의 사용되고 있지 않으며 상대적으로 중요성이 낮은 委任立法에 사용된다.

## ② 否認決議節次

국회제정법이 일정한 기간을 한정하여 委任立法을 국회에 제출할 것을 규정하고 있는 경우에 제정된 委任立法은 국회에 제출되어 바로 시행되나, 제출후 40일 이내에 상원 또는 하원의 어느 한곳이나 下院이 취소의 결의를 할 수 있는 일종의 해제조건부라고 할 수 있으며 40일이 경과하면 委任立法의 효력은 확정이 된다. 취소의 결의를 구하는 동의를 請願(prayer)이라 하며 모든 의원이 할 수 있다. 취소의 결의가 성립하면, 즉 40일내에 當該委任立法을 폐기하여야 할 것이라는 국회의 결의가 있을 때에는 이 決議의 취지에 따라서 Order in Council이 제정되어 當該委任立法은 폐기된다. 廢棄에 즈음하여 구체적인 집행행위의 필요는 없다. 이리하여 폐기된 것은 “부인결의(negative resolution)”에 의한 폐안이라고 한다. 부인결의의 절차는 다음의 두가지 경우가 있다. 첫째, 委任立法이 국회에 제출되어 各院의 취소결의에 복종하는 경우이다. 이 경우에는 Statutory Instrument Act 제5조가 적용되어 의원은 제출된 날부터 40일 이내에 委任立法의 취소를 구하는 청원을 할 수 있으며, 그 청원이 가결되면 Order in Council로서 委任立法은 폐지된다. 그러나 그 결의와 폐지는 그 이전에 委任立法에 의거하여 행해진 처분의 유효성에는 영향을 미치지 아니하며 또한 새로운 委任立法의 제정을 방해하지 않는다. 그런데 이 취소는 委任立法 전체를 취소하는 것이며 그 일부의 취소, 수정은 할 수 없다. 그 이유는 일부의 수정을 허용한다면 입법의 세부적 부분의 검토를 국회로부터 해방한다는 委任立法의 기본적 목적에 반하게되기 때문이다.<sup>144)</sup>

둘째, 委任立法의 草案이 국회에 제출되어 각원의 취소결의에 복종하는 경우

이다. 이 경우에는 Statutory Instrument Act 제6조가 적용되어 초안의 사본이 제출된 날부터 40일이 경과하기까지에는 委任立法을 제정할 수 없으며, 만약 그 기간내에 양원중 어느 일원이 委任立法은 제정되어서는 아니된다는 결의를 한 경우 委任立法에 관하여 그 이상의 의사는 진행되지 않는다. 다만 새로운 초안의 제출을 방해하지 않는다.

이 否認決議의 節次는 의회에 대한 제출절차중 가장 널리 이용되고 있으며, 특히 중요성이 높은 委任立法에서 사용되는 것이 통례이다. 이용되는 비율이 높는데 비하여 이 절차의 평가는 그다지 높지 않다. 그 이유로서는 40일이라는 기간은 의회에서 심의하기에 불충분한 시간이라는 점이다. 委任立法을 위한 심사위원회의 구성원이 임명되기 전에 40일이 경과하기도 하며 또한 이 심사위원회의 보고서가 의회에 제출되기까지 40일이 만료되어 버리기도 하였다.<sup>145)</sup> 이러한 사태를 회피하기 위하여 심사위원회의 보고서를 의원이 충분히 검토할 수 있는 기간으로 연장하여야 할 것이라는 제안도 있었다. 그리고 영국과 같은 兩大政黨制의 국가에서는 내각이 제정한 委任立法에 대하여 부인결의의 동의를 제출하는 것은 여당이 아니라 野黨議員인 것이 통례이나, 이 동의는 1인이더라도 제출할 수 있으며 토론개시를 위하여 40인의 정족수가 의사규칙상 필요하다. 따라서 "통상은 동의를 제출자는 적어도 40인의, 밤낮없이 출석하고 있는 자기희생적인 협력자" "커다란 열정과 공공적 정신"을 가진 동조자가 필요하나<sup>146)</sup> 그것을 얻기가 쉽지 않다. 아울러 이 동의에 관한 討論은 하원의 의사규칙에 의하여 통상의 의사가 종료하는 오후 10시부터 개시되도록 규정되어 있다. 이전에는 정부를 곤란하게 할 목적으로 철야심의회가 행해지기도 하였으나, 현재의 議事規則은 11시 30분에 심의가 종료되도록 규정하고 있다. 만일 이 경우에는 장관은 여당의 수의 힘을 빌어 동의를 부인하는 것도 가능하므로 취소의 결의가 성립하는 것은 거의 없다고 한다.<sup>147)</sup> 다만 경우에 따라서는 정부는 野黨의 반대를 고려하여 토론종료후에 委任立法을 자발적으로 철회하는 사례가 있다. 또한 부수적 효과로서 委任立法에 관련하여 정부를 비판하는 기

144) D.Foulkes, op.cit., p.104.

145) C.K.Allen, op.cit., p.104.

146) K.C.Wheare, *Controlling delegated legislation: A British Experiment*, The Journal of Politics, 1948, p.762.

147) O. Hood Phillips, *Constitutional and Administrative Law*, Sweet & Maxwell 1987, p.566.

회가 설정되므로 이 측면에서 이 절차는 커다란 가치가 있다고 평가되고 있다.

### ③ 承認決議節次

국회제정법중에는 제시된 委任立法에 관하여 국회가 일정기간내에 적극적으로 명시적 동의를 하지 않은 경우에는 그 기간의 경과에 의하여 當該委任立法은 소멸한다고 규정하는 것도 있다. 또한 국회제정법은 제시된 委任立法에 관하여 양원의 결의를 요한다고 규정하는 것도 있으며, 하원에게만 결의를 요한다고 규정하는 것도 있다. 또한 委任立法은 국회의 승인을 얻을 때까지는 효력을 발생하지 않는다고 규정하는 국회제정법도 있다. 이러한 규정이 있는 경우에는 국회에 제시하여 40일을 경과하지 않은 때 當該委任立法을 근거로 행동하여도 그 행위는 무효가 된다.<sup>148)</sup> 그러나 이러한 규정이 존재하지 않는 경우에는 委任立法은 행정기관에서 정립됨과 동시에 효력을 취득한다. 제시된 委任立法에 대하여 국회가 40일이내에 동의 또는 부인의 의사를 표시하지 않은 경우에는 당해 委任立法을 근거로 행동하여도 무효가 되지 아니한다. 이러한 승인 결의절차(affirmative resolution procedure)는 일종의 정지조건부 절차라고 할 수 있으며, 여기에 속하는 것으로서는 세가지의 유형이 있다.

첫째, 委任立法이 국회에 제출되어 委任立法이 시행되기에는 각원의 승인결의를 요하는 경우이다. 이 경우 委任立法은 승인결의가 행해지기까지는 효력을 발생하지 않으며, 통제의 정도가 가장 높다. 둘째, 委任立法은 제출됨과 동시에 시행되나 일정기간경과후의 효력이 승인결의와 관련되는 경우이다. 즉 課稅의 경우와 같이 신속한 사항을 필요로하고 확고한 국가의 감독이 필요한 경우에 사용된다. 예컨대 委任立法이 28일이내에 각원의 승인결의가 없으면 28일로 효력을 상실한다고 규정되는 것이다. 셋째, 委任立法의 초안을 국회에 제출하고 각원의 승인결의가 있기까지는 委任立法을 제정할 수 없는 경우이다.

이 절차는 의회의 委任立法에 대한 가장 효과적인 통제방법이나, 그 양식이 사용되는 비율은 매우 낮다. 그 이유는 내각에 있어서 승인결의의 안을 의회에 제출하고 심의를 위한 시간을 확보할 필요가 있는 점 또한 신속하게 委任立法을 성립시키는데 장애가 되기 때문에 내각이 이 절차를 채용하는 것을 회피하기 때문이다.<sup>149)</sup>

148) Metcalfe v. Cox [1895], A.C.328.

149) 도나모아보고서를 비롯한 다수의 학자들은 委任立法에 대한 의회의 통제를 실질적인 것으로 하기위하여 이 승인결의의 절차의 적용영역을 특히 중요한 위임입법, 즉 ①의회제

④ 草案의 提出

委任立法은 초안의 형태로 국회에 제시되거나 또한 국회의 동의결의가 있기 까지에는 입법절차를 속행하지 아니한다라는 但書를 붙여 제시하는 것도 있다. 이것은 委任立法의 작성단계에 국회의 의사를 반영하기 위하여 고안된 것이다. 草案의 형태로 국회에 제시하는 것은 40일 이내에 국회의 어느 일원이 이를 부결할 수 있음을 의미한다. 부결이 있을 때에는 當該委任立法의 성립가능성은 단절된다. 그러나 주무장관은 부결된 초안에 대신하여 새로운 초안을 국회에 제시할 수도 있다.

⑤ 기 타

국회의 동의결의의 대상에 해당하지 않고 부인결의의 대상에도 해당하지 않는 委任立法이 있다. 즉 국회에 제시할 필요가 없는 委任立法이 있다. 이 委任立法을 Non Parliamentary instrument라고 하며 국회의 심의를 전혀 받지 않는 점에 특색이 있다.<sup>150)</sup> 이 委任立法은 전체의 약 30%를 차지하나, 그 내용에 있어서는 行政組織에 관한 것이 대부분이며 일정지역을 한정하여 적용되는 것이 많다. 그러나 이것은 원칙으로 확립되어 있는 것은 아니며 관행으로 되어 있지도 않다.

이상과 같이 국회는 제정된 委任立法 내지 委任立法의 초안을 제출하도록 함으로써 또는 국회의 취소, 승인결의에 복종하게 함으로써 委任立法권한의 행사를 감독하려 하고 있으나, 그들 절차에는 문제점이 많으며 실제로 이 제도가 유효하게 기능하고 있는가에 관해서는 의문이 많다. 그리하여 일부에서는 “의회가 委任立法에 대한 어떠한 현실적인 통제를 행하고 있다고 말하는 것은 헌법상의 허구”라고 지적하는 견해도 있다.<sup>151)</sup> 앞에서 살펴본 affirmative 또는 negative의 절차는 각각 독립한 일정 부동의 절차를 구성하는 것이 아니며 또한 어느 절차를 채용하는 것이 타당한가에 대한 확정된 원칙도 존재하지

정법의 규정에 실질적으로 영향을 미치는 권한 ②課稅 또는 국민에게 다른 재정상의 부담을 과하는 권한 ③골격입법(skeleton legislation)의 경우 즉, 목적만이 授權法律에 규정되어 있으며 법의 실질적 내용이 위임입법에 포함되어 그 내용을 실현하기 위한 권한 ④특별히 重要性을 가지는 권한 등을 포함한 위임입법의 경우에 확대적용할 것을 주장하고 있다. Sir Ivor Jennings, *Parliament*, 2th ed., Cambridge University Press 1957, p.503; D.Foulkes, op.cit., p.44.

150) C.K.Allen, op.cit., p.128.

151) 자세한 논의는 梁承斗, 英國議會의 委任立法의 統制, 公法研究 제3집(1974), 93면 이하 참조.

않는다. 따라서 이 점이 각종 절차에 대한 이해를 한층 어렵게 하고 있다. 또한 국회에의 제출을 필요로하는 委任立法과 국회에의 제출을 필요로하지 않는 委任立法에 관하여 각각 제정을 위한 절차가 확정되어 있지도 않고 근거법의 차이에 상응한 절차도 다양하다.<sup>152)</sup> 그리고 의원들이 委任立法의 심사의 전제가 되는 委任立法에 관한 정보를 충분히 가지지 않고 있다는 점이다. 이 점을 보완하기 위하여 후술하는 委任立法調査委員會를 두고 있으나, 실제로 이 위원회의 보고가 지연되기도 하고 또한 충분한 정보가 제공되고 있다고 말하기 어렵다. 둘째, 위임조항을 포함한 法律案은 정부안에 의한 것이 많으며 여당의원은 정당규율하에 행동하므로 委任立法의 공격은 소극적인 것이 되지 않을 수 없고 또한 소수당인 野黨의 공격에도 한계가 있다는 점이다. 셋째, 委任立法의 양이 많고 그 전부를 심사하는 것이 불가능하다는 점이다. 또한 전문적·기술적 내용을 지닌 委任立法을 심사하기 위한 능력을 의원이 충분히 가지고 있지 못하다는 점이다. 결국 행정권에 의한 委任立法의 현상이 현저하게 되면서 국회의 고유한 입법권을 방어하려는 요구가 발생되나, 이 요구는 필연적 요구라 할 수 있다. 방어를 위한 수단은 법적으로 구성되어 따라서 법적 효과를 가져오는 방어수단으로서의 역할을 거두어야 하나, 그러나 그것은 방어의 목적을 충분하게 달성할 수는 없으며 부인결의절차에도 보듯이 어느 정도밖에 자기를 방어할 수 없는 한계를 가지고 있다.<sup>153)</sup>

152) 국회가 委任立法을 통제하는 경우의 절차를 통일화하여 하나의 법전에 정리하려는 시도가 없지는 않았으나 성공하지 못하였다. 1951년 2월 윌리엄스는 위임입법의 통제에 관한 절차법안을 제출하였다. 이 법안은 국회에서의 negative節次를 규정하려 하였다. 제안이유중 다수의 사례를 인용하여 국회에서의 negative節次에 의한 통제의 필요성을 주장하였다. 외환관리에 관한 Order, 교사의 퇴직수당에 관한 Order, 양모가격에 관한 Order 등은 국회의 negative절차에 의한 통제가 승인되더라도 화물수출통제에 관한 Order, 소방업무의 조건에 관한 Order, 임금평의회에 관한 Order 등에는 그것이 승인되지 않는다고 하였다. 또한 長官의 권한이양에 관한 Order, 항공평의회조직에 관한 Order 중 전자는 국회의 negative절차가 요청되는데 반하여 후자에게는 적용되지 않는다고 하였다. 그러나 위 법안은 부결되었으며, 그 이유로서는 ①국회는 委任立法의 중요성에 상응하여 통제를 하여야 할 것이며 중요성과 관련없이 일반적으로 통제하는 것을 목적으로하는 법안은 적절하지 않다는 점 ②미세한 조직에 관한 委任立法에 관해서는 국회의 통제는 무용하다는 점 ③제출된 법안은 국회에의 제출을 요하지 않는 委任立法에 관하여 아무런 규정이 없다는 점 등이 지적되었다. C.K.Allen, op.cit., p.132.

153) P.P.Craig, op.cit., p.252; *Beatson, Legislative Control of Administrative Rule-making: Lesson from the British Experience*, 12 Cornell Law Journal 199(1979).

(3) 委任立法審査委員會에 의한 統制

委任立法에 관하여 체계적으로 심사하는 의회의 전문적 위원회를 설치하려는 시도는 이미 1932년 “장관의 권한에 관한 위원회”의 보고서에서도 委任立法權의 행사에 따른 모든 委任立法權의 검토보고를 담당하는 상설위원회를 설치할 것을 권고한 바 있었다. 그 후에도 제2차대전중 Rule 및 Order을 심사하는 위원회를 설치할 필요가 몇차례 주장되었으나, 무산되고 말았다. 당시의 전문가의 의견은 이러한 委員會를 설치하더라도 실제적인 효과를 기대할 수 없다고 하였다.<sup>154)</sup> 1944년 5월 委任立法의 적부를 심사하는 위원회를 설치하는 동의를 국회에 제출되었으나 주무장관이 동위원회의 설치를 전향적으로 검토한다는 조건을 제시하여 당해동의를 철회되었다. 그러나 동위원회는 委任立法에 관한 심사를 주체로 하는 위원회의 설치를 강조하는 보고서를 작성하여 이를 정부에 제출하였다.<sup>155)</sup> 이 권고가 있은후 1953년에 하원에 委任立法特別委員會 (Select Committee on Statutory Instruments), 즉 “Scrutiny Committee”가 설치되었다. 한편 上院에서는 이미 1925년에 委任立法을 체계적으로 심사하는 “Special Orders Committee”가 구성되어, Order in Council, 행정기관의 Order, Rule, Regulation, Scheme 등을 심사하였다. 그러나 동위원회는 승인결의를 요하는 委任立法의 심사기능을 담당하였다.

① Joint Committee on Statutory Instruments(Joint Scrutiny Committee)

양원에 각각 설치된 委任立法審査委員會는 효율적이지 못하였으며 낭비적이라는 지적도 있었으며 특히 上院은 negative Instrument에 대하여는 심사하지 않았으며, 하원은 상원이 심사한 委任立法에 대하여는 심사를 하지 않았다. 아울러 委任立法에 대한 청원은 오직 상원에게 할 수 있었다. 그리하여 양원은 공동위원회(Joint Committee)를 구성하여 委任立法을 체계적으로 심사할 것을 제안하여 각원의 특별위원회 위원 7인으로 구성되는 Joint Committee on Statutory Instruments(Joint Scrutiny Committee)

154) A.Robinson, Evidence before Committee on Ministers' Powers, para. 1935~1947.

155) Report of the Committee on Ministers' Powers, Minutes of Evidence, 231.



를 1973년에 설치하였다. 동위원회는 ①국민의 소득에 대한 과세를 정하는 委任立法 또는 행정권에 의한 허가, 동의, 서비스등에 대한 반대급부로서 관계기관에게 금전을 납부하는 취지를 규정한 委任立法 ②Order등에 대한 사법심사의 배제를 정하는 국회제정법을 근거로 한 委任立法 ③근거법인 국회제정법의 취지에 위반하는 의문이 있는 委任立法 ④국회제정법의 명시적 수권이 없는데 소급적 효력을 정한 委任立法 ⑤정당한 이유가 없이 국회에 대한 제출을 지연한 委任立法 ⑥국회에 제출하기전에 시행할 수 있는 委任立法으로서 시행후 정당한 이유없이 하원의장에 대한 통지를 지연한 委任立法 ⑦형식 및 목적에 관한 설명을 필요로 하는 委任立法 ⑧결합이 있는 委任立法의 초안 등에 관하여 국회의 심의가 필요한가의 여부를 결정한다.<sup>156)</sup>

동위원회는 委任立法에 관하여 하원의장의 전문적 조언자로서의 역할을 담당하며, 위원회는 국회에 제출하여야 하는 委任立法에 관하여 심사하며, 이는 전체 委任立法의 약 70%에 해당한다. 이 가운데에는 중요한 委任立法이 포함되어 있음은 물론이나 중요하지만 이 가운데 포함되지 않는 것도 있다. 위원회는 委任立法의 취지, 목적, 법적 가치 등에 관하여는 이론적으로 국회에서 심의하는 사안으로서 간주하고 이를 심사할 권한이 없다. 국회에 제출한 委任立法에 관하여 위원회로부터 質問이 있는 때에는 주무장관 또는 주무행정기관은 이 질문에 답변하여야 하며, 이 경우 회답은 문서로 하는 것이 관례이다. 주무장관 또는 주무행정기관은 當該委任立法에 관한 위원회의 견해를 무시하지 않고 있으며, 주무행정기관이 스스로의 과실을 솔직하게 인정하거나 주무장관이 越權行爲가 있음을 자인하는 경우도 있다. 위원회의 의사록은 Stationery Office에 의하여 공표된다. 또한 위원회는 국회의 회기말에 일련의 報告書를 공표하며, 이 보고서는 委任立法의 연구에 매우 가치있는 문서로서 인정되고 있다. 위원회가 중점적으로 다루는 사안은 委任立法權의 再委任, 委任立法의 정리통합, 국회에 있어서 affirmative의 절차와 negative절차의 우열, 전문용어의 의미와 평가, 자의에 의한 委任立法, 자문위원회의 위치등이다.

## ② Select Committee on Delegated Powers and Deregulation

상원에서의 委任立法에 관한 전문위원회는 1992년에 설치된 Select Committee on Delegated Powers and Deregulation이 있다. 동위원회는

156) D.Foulkes, op.cit., p.93.

행정기관에 의하여 의회에 제출된 委任立法 및 규제완화관련 법안을 심사하는 특별위원회로서, 위원은 8인으로 구성되어 있다. 회의는 회기중에 정기적으로 개최하며, 심의는 비공개로 하나, 일반인을 대상으로 청문회를 개최하기도 한다. 동위원회는 委任立法의 근거가 되는 關聯法律의 조항의 확인, 위임의 목적 내지 위임필요성 등에 관하여 심사하며 위원회는 자문적 기능을 담당한다.

### ③ Standing Committee on Delegated Legislation

하원에 있어서의 委任立法을 심사하는 상임위원회로서 Standing Committee on Delegated Legislation이 있다. 동위원회는 委任立法의 법기술적 사항이 아니라 실체적 사항(Merits)을 심사하는 위원회로서 Merits Committee라고도 한다. 의회의 정당간에 합의에 의하여 장관은 특별한 위임입법 또는 초안, 즉 승인결의를 요하는 委任立法(affirmative resolution)을 동위원회에 제출하며, 제출된 委任立法 또는 초안은 90분간의 토의에 회부된다. 위원회에서는 委任立法의 실체적 사항을 심사하며 그에 대한 표결은 하지 아니한다. 정부는 동위원회에서 심사된 내용을 고려하며, 특히 초안의 경우에는 심사결과를 고려하고 있다. 위원회의 심사와 관련하여 하원본회의에서는 토론이 행해지지 않는다.

## 2. 行政府에 의한 統制

1890년대까지는 委任立法의 연간제정건수나 그 제정기관의 하나하나를 알 수 있는 단서는 존재하지 않았다. 또한 현저하게 증가의 경향을 나타내기 시작한 委任立法을 어떠한 방법으로 규제할 것인가라는 수단을 검토하려는 동향도 나타나지 않았다. 1890년대를 기점으로 이른바 행정권에 의한 입법을 수록한 법규집이 연간형태로 간행되기 시작하여, 3년후에는 Rule Publication Act 1893이 국회를 통과하여 사후 행정권에 의한 입법은 이 法律의 규제를 받기에 이르렀다.<sup>157)</sup> 이 法律은 특정의 제정법이 委任立法의 제정을 수권하고 이들

157) 이 법률은 흥미있는 경과를 거쳐 성립하였다. 이 법안은 우선 하원에 제출되었다. 그 시기는 1891년이였다. 제안자는 法曹協會였다. 제안의 취지는 Supreme Court Rules, County Court Rules, Lord Chancellor's Rules등의 제정에만 동법을 적용한다는 점에 있었다. 제출후 당분간 하원에 보류되어 있었으나, 결과적으로는 국무장관 및 각행정기관이 Rule을 제정하는 경우에도 적용하는 것으로 下院을 통과하였다. 그것이 上院에 송부되었으나 심의중에 회기가 경과되어 폐안이 되었다. 그래서 1893년에 새로 이 법안이 제출되었다. 다수의 행정관청은 이 법안에 반대하였으나 동법안의 후원자들은

입법을 국회에 제시할 것을 규정하고 있는 경우에는 사전에 이를 London Gazette에 공시함과 동시에 그 사본을 필요로 하는 사람을 위하여 사본기관의 소재지를 표시할 것을 요청하였다. 이러한 규정을 둔 취지는 委任立法에 있어서는 사전에 이해관계자에게 의견진술의 기회를 부여하여 행정과 시민의 일체화를 도모하고 그럼으로써 委任立法절차의 공정성을 확보하려는 점에 있었다.<sup>158)</sup> 그 후 委任立法制度의 개혁을 위하여 이미 살펴본 것처럼 1946년 Statutory Instrument Act를 제정하여 국왕이 위임된 입법권에 의하여 Order in Council의 형식으로 입법한 경우, 주무장관이 위임된 입법권에 의하여 Order, Rule, Regulation등을 제정한 경우에 그곳에는 Statutory Instrument가 정립된 것이 된다. Statutory Instrument를 제정하기 위하여 장관에게 위임된 권한은 장관에 의한 委任立法제정권임과 아울러 委任立法인권이기도 하다. 동법은 재무부, 국방부, 무역부 기타 행정관청에 입법권을 위임하나 이들 입법권은 당해행정관청의 직무를 관장하는 장관(국왕의 대신)에게 위임된 것으로 간주되고 있다. 국왕의 대신이라 하더라도 行政實務에는 당해행정관청의 상급공무원을 의미하는 경우가 많다. 그러나 이것은 상급공무원이 국왕의 대신에 대신하여 당해직무에 관한 법적 책임을 지는 것을 의미하는 것은 아니다. 문제가 되는 것은 행정관청이란 무엇인가, 행정부라고 부르는 것은 어느 관청인가라는 점이다. 종류도 많고 형태도 다양한 행정관청이 병존하는 오늘날 행정부의 의미를 엄격하게 확정하려는 동향이 없는 것은 아니나 Statutory Instrument Act의 기초자는 어떤 행정관청이 행정부에 속하는가의 여부를 구체적으로 확정하는 경우 관계행정관청 상호간에 해석을 둘러싼 의문이 발생하는 것을 상정하였다. 그 이유는 이러한 의문이 발생한 경우에 이를 결정하는 권한을 특정관청에 부여하고 있다. 즉 Department, Board, Commission, Body, Corporation 등의 명칭을 가진 기관중 현실로 Government Department에 속하는 것은 어느것인가, 어떤 Department의

---

행정관청과 법안제출자간의 대립은 극복되었다고 공언하였다. 그러나 이상하게도 1893년의 法案은 1891년의 법안과는 차이가 있었다. 1893년의 법안에는 법원규칙의 제정에만 적용하고 기타 규칙이나 규정의 제정에는 적용하지 않는 것으로 되어 있었기 때문이다. 法案은 조항의 보충과 몇가지 수정을 거친후 동년에 법률로서 성립되었다. 그 후 동법이 내세운 당초의 취지는 Administration of Justice Act 1925에 의하여 변경되었다. 동법에 의하면 1893년의 법률 제1조의 규정(규칙을 제정하는데 일반국민에의 공시를 정하는 규정)은 법원규칙의 제정에는 적용하지 않는 것으로 되었다.

158) C.K.Allen, op.cit., pp.98~99.

활동에 책임을 지는 장관은 누구인가 등 구체적으로 의문 또는 다툼이 있는 경우에는 재무장관이 이를 결정하도록 하고 있다.

한편 동법 제1조제1항은 국왕 및 장관에 의한 委任立法에 관하여 규정하고 있다. 즉, 이 法律에 의하여 또는 이 法律의 제정후에 통과한 法律에 의하여 Order, Rule, Regulation 기타 委任立法을 제정하는 권한이 樞密院의 국왕 및 장관에 위임되고 있는 경우 국왕은 위임된 입법권에 의하여 Order in Council을 제정할 수 있으며, 長官도 같은 수단에 의하여 Instrument를 제정할 수 있다. 국왕이 제정한 Order in Council도 장관이 제정한 Instrument도 같이 Statutory Instrument로 부르며 동법의 적용을 받게 된다. 동법 제1조제2항은 동법성립이전의 국회제정법에 의거한 委任立法에 관하여 규정하고 있다. 즉, Rules Publication Act 1893이 규정하는 委任立法機關이 Order, Rule, Regulation 기타 입법을 이미 제정하여 그들이 Statutory Instrument Act 1946의 시행후에도 여전히 효력을 가지는 것에 관하여는 그들을 Statutory Instrument라는 명칭으로 통괄하여 이에 동법을 적용한 다는 것이다. 그러나 이 경우 다음의 예외사항이 있다. 즉, ①당해委任立法이 입법적 성질을 지니지 않고 집행적 성질을 지니는 것일 것 ②당해委任立法에 대하여 상위의 법규범인 국회제정법의 효력이 배제되고 있는 것일 것(당해委任立法이 국회제정법과의 관계에서 위법이 되어 효력이 부인되는 것이 아닐 것) 등이다. 이들 두가지의 예외사항의 어느 하나에 해당하는 委任立法은 Statutory Instrument의 범주에서 제외되게 된다.<sup>159)</sup> 이 예외사항에 관련하여 입법적 성질의 委任立法과 집행적 성질의 委任立法을 어떻게 구별할 것인가, 그 구별의 표준을 어떻게 정할 것인가라는 곤란한 문제가 제기되었다. 이 문제는 委任立法 제정과정에서 당해입법을 사전에 관보에 게재하여 공표할 필요가 있는 것은 그것이 불특정다수인의 권리의무에 법적 영향을 직접 미치는 것으로서 이를 事前에 이해관계자에게 알려 입법절차에 참가시킬 필요가 있으므로 이러한 절차를 거쳐 정립되는 입법은 legislative의 성질을 가진 委任立法이며, 이에 대하여 委任立法의 형식을 취하면서 사전에 공표할 필요가 없는 것은 불

159) 이 점은 Statutory Instrument Act 1946의 위임을 받아 제정된 Statutory Instruments Regulation 1947, 1948에 의하여 구체적으로 정하고 있다. 委任立法이 Legislative의 성질을 가지는 경우라도 그것이 특정의 구체적 개인에게만 적용되고 나아가 그 제정에 국회의 承認을 필요로하지 않는 것은 Statutory Instrument의 범주에 속하지 않는다. P.P.Craig, op.cit., p.198.

특정다수인의 권리의무에 관계없고 특정개인의 권리의무에만 관련성을 가지는데 불과하므로 사전에 이를 공표하여 이해관계인에게 입법절차에의 참가기회를 부여할 필요가 없는 것은 executive의 성질을 가진 委任立法이며<sup>160)</sup> 그 한에서 이것은 Statutory Instrument의 범주에서 제외되어 동법의 적용을 받지 않게 된다.<sup>161)</sup>

### 3. 司法府에 의한 統制

#### (1) 越權의 法理에 의거한 統制

영국에서 법원의 고유한 기능으로서의 사법심사에서 중심이 되고 있는 것은 “越權(ultra vires)”의 原理<sup>162)</sup>라고 할 수 있다. 즉, 행정의 활동이 적법하기 위해서는 그것이 제정법의 수권의 범위내에 있을 것을 요하며, 그것이 예정된 權限範圍를 넘어서는 경우에는 위법한 것으로서 취소되고, 위법이라고 선언되어 그 집행이 금지된다. 영국에서는 法官이 의거할 수 있는 인권선언 내지 성문헌법이 존재하지 않기 때문에 制定法이 상소에 관하여 규정하고 있지 않은 경우에는 법원은 권한유월이 존재하는 경우를 제외하고는 행정의 활동에 개입할 수 없다. 그 때문에 이 권한유월의 원리는 행정활동의 사법적 통제에 유일한 무기<sup>163)</sup>로서 간주되었다. 그리하여 법원은 행사된 委任立法權 또는 행사하려는 委任立法權이 국회제정법에 의하여 직접 또는 간접으로 수권된 범위를 벗어나고 있는가의 여부를 둘러싸고 심사한다. 이 심사는 소송의 과정에서 실제상의 사항전반에 걸친 심사를 의미하는 것이 아니라 그 일부, 즉 행사된 委任

160) C.K.Allen, op.cit., p.102; J.A.G.Griffith/H.Street, *Principles of Administrative Law*, 3rd ed., Sir Isaac Pitman & Sons 1960, p.52.

161) 방대한 수량의 委任立法에 대하여 제정절차의 과정에서 전부 공표되는 것은 아니다. 그것은 당해위임입법이 executive의 성질을 가지고 있다는 이유에서가 아니라 공표에 의하여 비용의 지출을 억제하려는 재정적 이유에 의하는 경우가 많다.

162) 越權이라는 용어는 당초는 일반적으로 19세기중반에 독립의 제정법상의 기관 및 철도 회사가 법적인 권한을 초월하는 것을 나타내는 것으로 사용되었다. 원래 그 명칭이 붙여진 원리의 주요한 특징은 코몬로상의 法人의 權能에 관하여 이미 오래전부터 형성된 것이었다. 그것은 지방자치단체에 관하여 사용되게 되며 그 후 기타 새로운 형의 지방자치기관에게 최종적으로는 國王과 그 공무원 및 하위의 사법기관에 관하여 사용되게 되었다. Stanley A. de Smith, *The Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., Stevens & Sons 1980, pp.94~95.

163) H.W.R.Wade, op.cit., pp.41~42.

立法權이 당해제정법의 취지·목적에 위반하고 있지 않는가 또는 委任立法權의 남용은 없었는가, 그 행사에 과실은 없었는가 등의 점에 한정된다.<sup>164)</sup> 권한유월로서 통상 불복의 대상이 되는 것은 節次面에서의 월권행위이다. 즉 장관 기타 행정기관이 委任立法을 하는데 있어서 법적의무를 이행하지 않았는가<sup>165)</sup>, 지방공청회를 개최하지 않고 이해관계자와도 협의하지 않았는가,<sup>166)</sup> 기타 法律이 정하는 절차를 무시하였는가<sup>167)</sup> 등과 같이 法律에 규정하는 절차를 준수하지 않은 경우이다. 아울러 이 법리는 국민에게 보장되고 있는 재판권을 받을 권리와 같은 기본적인 권리를 제한하는 委任立法을 저지하기 위해서도 사용되고 있다.<sup>168)</sup> 결국 越權의 法理는 국회제정법에 의하여 입법권이 위임되는 경우 그것이 당해제정법의 취지·목적의 범위내에서 행사되고 있는가를 감시한다는 중요한 법원리라고 할 수 있다.<sup>169)</sup>

그런데 법원이 委任立法이 근거법인 국회제정법의 취지·목적의 범위를 벗어 나고 있지 않은가를 확정하는데 있어서 부동의 해석기준이 되는 것은 존재하지 않는다. 구체적인 사건을 처리하는데 있어서 關係委任立法이 法律의 취지·목적의 범위를 일탈하고 있는가의 여부는 법의 해석으로 귀착하므로 이 문제에 관한 법원의 판단도 다양하다. 行政權을 현실로 행사하는데 있어서 법이 정하는 목적을 일탈하는 것이 적지 않으나 이러한 일탈의 형태로서 몇가지 형태를

164) 대표적 판례로서 *Institute of Patent Agents v. Lockwood*, [1894] A.C. 347. 사건이 있다. 이 사건에서 문제가 된 *Patents, Designs and Trade Marks Act, 1888* 제1조에는 通常委員會가 특허권의 등록에 관한 規則을 제정할 필요가 있다고 생각하는 때에는 동위원회의 요구를 수용할 수 있는 포괄적 내용의 규칙을 제정할 수 있다고 규정하였다. 아울러 이 規則은 국회의 법률과 동등한 효력을 지니도록 하였다. 이 사건은 위 규칙의 효력을 다툰 것으로서, 법원은 통상위원회가 規則을 제정하는 경우 어떠한 내용의 규칙을 제정할 것인가, 어떠한 사항에 관하여 어느 정도 규제를 가할 것인가는 同委員會에 광범한 재량권이 부여되어 있다. 따라서 제정된 규칙에 관하여 효력이 문제가 되지 않는다. 그러나 裁量權의 폭이 광범하다 하더라도 그곳에는 일정한 한계가 있음은 물론이다. 이 한계를 넘는 경우에는 월권의 법리에 의거하여 그 효력이 문제가 될 따름이다라고 판시하였다.

165) *Barber v. Manchester Regional Hospitals Board*, [1958] 1 W.L.R. 181.

166) *Rollo v. Minister of Town and Country Planning*, [1947] 3 All E.R. 488.

167) *Musson v. Rodriguez*, [1953] A.C. 530.

168) *Commissioners of Customs and Excise v. Cure and Deely Ltd.*, [1962] 1 Q.B. 340.

169) *Miller-Mead v. Minister of Housing and Local Government*, [1963] 2 Q.B. 196.

상정할 수 있다. 그 하나는 외견상 法이 정하는 權限의 범위내에서 행사하는 것이라도 근거법이 전혀 의도하지 아니한 목적으로 그 권한을 행사하는 경우이다. 이것은 目的을 벗어나 권한을 행사한다는 의미이다. 이와 같이 법이 정하는 취지·목적을 일탈하여 권한을 행사한 경우 설사 그것이 법이 정하는 범위내에서 행사된 것이라 할지라도 이를 越權으로 보아 그 효력을 부인하는 것이 영국법의 원리가 되고 있다.<sup>170)</sup>

## (2) 越權行爲의 司法審査方式

최근 권리침해를 수반하는 행정권의 활동은 매우 교묘하게 전개되고 있으며 그 적부를 판단하기가 매우 어려운 경우가 많다. 일반적으로 영국의 법원은 행정활동의 배후에까지 거슬러 올라가 권력의 행사를 엄격하게 감시하려는 경향은 없다. 委任立法權이나 委任立法節次는 전부 일권의 법리에 의하여 통제되나, 이 법리외에도 역사적으로 확립된 사법심사방식인 mandamus(職務執行命令), prohibition(禁止命令), certiorari(移送命令), injunction(停止命令), declaration(宣言的 判決)등의 방식으로 통제된다.

### ① mandamus

행정기관 또는 행정공무원이 特定職務를 수행하여야 할 임무를 가지는 경우 이를 수행하지 않거나 거부한 때에 권리를 침해당한 개인은 당해행정기관을 被告로 직무수행을 위한 職務執行命令을 고등법원에 청구할 수 있다. 원고의 청구를 인용하여 법원이 職務執行命令을 발한 때에 행정기관이 이에 따르지 않은 경우에는 법정모독죄가 성립된다.<sup>171)</sup> 職務執行命令을 청구하는 원고는 직무집행명령과 같은 정도의 효과를 지닌 구제수단이 전혀 존재하지 않음을 법정에서 입증하여야 한다.<sup>172)</sup> 직무집행명령은 일반적으로 下級法院이나 사법적 기능을 수행하는 행정심판소가 법적 의무를 이행하지 않은 경우에 그 이행을 명하는 수단으로 사용되며<sup>173)</sup>, 나아가 이것은 지방기관이나 공공단체에 대하여도 의무수행을 강제하는 수단으로 활용된다.<sup>174)</sup> 다만 피고가 國王인 경우에는 職務

170) 朴圭河, 前掲論文, 215面.

171) R. v. Income Tax Commissioners, [1888] 21 Q.B.D. 313.

172) R. v. Leicester Guardian, [1899] 2 Q.B. 632; R. v. Dunsheath, Ex p.Meredith, [1951] 1 K.B. 127.

173) S.A. de Smith, op.cit., p.599ff.

174) R. v. Judge Dutton Briant, [1957] 2 Q.B. 497.

執行命令을 청구할 수 없다. 또한 국왕자신을 직접 피고로 하지 않더라도 국왕의 대리인으로 행동하는 공무원을 피고로 하여 職務執行命令을 청구하는 것도 허용되지 아니한다. 175) 委任立法과의 관계에서 특히 유의하여야 할 점은 첫째, 委任立法 제정과정에서 국왕 또는 국왕의 장관이 어떠한 형태로 관여하게 되는 경우에는 그 委任立法을 職務執行命令으로 강제할 수 없다. 둘째, 국왕 또는 국왕의 장관이 전혀 관여하지 않은 委任立法인 경우 이를 제정하지 않고 방치하더라도 특정개인의 구체적 권리를 침해하는 결과가 되지 않는 때에는 이종의 委任立法의 제정을 職務執行命令으로 강제할 수는 없다. 셋째, 委任立法의 제정이 관계행정기관의 의무로서 法律으로써 명시되어 있지 않은 경우에는 그 委任立法의 제정을 직무집행명령으로 강제할 수 없다. 176)

② prohibition

위법한 행정처분에 대한 사후구제의 방법을 고려하기 보다 사전에 행정처분을 금지하는 방법을 고려하는 것이 국민의 權益救濟의 효과를 기대할 수 있는 경우가 있다. 禁止命令은 사전의 구제방법으로서 후술하는 certiorari(移送命令) 보다도 우수한 효과를 발휘할 수 있다. certiorari(移送命令)은 기존의 행정처분을 대상으로 하는데 대하여 禁止命令은 성립하기 전의 행정처분을 대상으로 이를 사전에 저지하기 위한 방법이다. 177) 禁止命令은 금지의 효과를 지닌 법원의 命令으로서 그것은 법적 권한을 행사하는 기관 또는 단체에 대하여 발해지나, 이 경우 법적 권한이란 영국국민일반의 권리·이익에 직접 영향

175) 그러나 이 점에 관해서도 예외가 없는 것은 아니며, 국왕의 대리인으로 간주되는 공공단체를 피고로 Mandamus를 청구하는 것을 허용한 경우도 있다. Board of Education v. Rice, [1911] A.C. 179; H.W.R.Wade, op.cit., p.606.

176) 위의 세가지에 전혀 관련성이 없는 委任立法이 존재하는가에 대하여는 사실 의문이 있으며, 이와 같이 생각한다면 위임입법의 제정을 강제하기 위한 직무집행명령을 청구할 수 있는 범위는 거의 존재하지 않는다고 해도 과언이 아닐 것이다.

177) 이와 관련한 유명한 사건으로서 R. v. Electricity Commissioners 사건(1 K.B. 171, 1924)이 있다. 이 사건은 委任立法에 관한 의회의 존재를 선명히 부각시킨 사건이기도 하다. 문제의 Scheme은 설사 주무장관의 승인이 있었다 하더라도 國會兩院의 결의가 있기까지는 법적 효력을 취득할 수 없다는 法則을 확립하였다. 그러나 이 법칙은 당해 Scheme에 관하여 월권을 이유로 Prohibition이나 Certiorari에 의하여 法院이 통제하는 것을 부정하는 것이 아니다. 법원은 國會가 Scheme에 관하여 동의결의를 하기전의 시점에서 prohibition에 의하여 당해 Scheme의 정립을 저지할 수 있으며, 이에 의하여 法院은 國會에서의 입법절차를 사전에 통제할 수도 있다. 이 사건이 확립한 법칙은 가치있는 판례법으로서 지지되고 있다.



을 미치는 公權力을 의미하며 특정의 한정된 부분사회의 국민의 권리·이익에 영향을 미치는 권한을 의미하는 것이 아니다.<sup>178)</sup> 여기에서 법적 권한을 행사하는 기관, 즉 司法的 作用을 영위하는 기관이란 어떠한 기관을 의미하는가가 문제되나, 일반적으로 국민의 권리에 영향을 미치는 사안을 결정하는 법적 권한을 가지며, 또한 사법적으로 행동할 의무를 지는 기관이 법적 권한에 의거하여 행동하는 때에는 그 기관은 전부 사법적 작용을 영위하는 기관이라고 한다.<sup>179)</sup> 그리고 職務執行命令과 마찬가지로 제정법상 원고에게 별도의 구제수단이 인정되고 있는 경우에는 禁止命令을 청구할 수 없다.<sup>180)</sup> 원고가 禁止命令을 청구한 경우 이를 인용할 것인가는 법원의 재량에 맡겨져 있다고 보는 것이 널리 이해되고 있다.

### ③ certiorari

移送命令은 국왕의 법원이 하급법원의 민사·형사절차를 감독하기 위하여 오래전부터 이용되어온 命令(大權命令)으로서, 그 목적은 법원에 있어서 절차상의 중대한 瑕疵를 통제하는데 있었다. 移送命令의 기능은 하급법원의 소송기록을 고등법원에 이송하도록 명하는 것으로서 이송된 소송기록중 절차상의 중대한 하자가 있는 경우에는 당해하급법원의 판결은 高等法院에 의하여 취소된다. 그러나 移送命令은 상소의 기능을 거두는 것은 아니며<sup>181)</sup>, 誤判에 대하여 고등법원이 올바른 판결을 내리기 위한 수단이 되는 것이 아니다. 또한 移送命令은 法律문제 및 사실문제에 관한 해석상의 오류를 시정하거나 부당하게 행사된 裁量權을 통제할 목적으로 발해지는 것이 아니다. 이 移送命令의 목적은 법해석의 오류를 시정하는데 있는 것이 아니라 절차전체가 무효가 되는 중대한 하자가 있는 하급법원 또는 행정기관의 행위를 통제하는데 있다. 그러나 근래에 확립된 판례법에 의하면 移送命令은 월권행위만을 통제하는 것이 아니라 절차상의 기록중에 위법성이 존재하는 경우에도 이를 통제할 수 있다.<sup>182)</sup> 즉, 委

178) R. v. Dental Technicians' Disputes Committee, Ex p.Neate, [1953] 1 Q.B. 704.

179) R.v. Electricity Commissioners, [1924] 1 K.B. 171, 205 : P.Craig, op.cit., pp.465~468.

180) Turner v. Kingsbury Collieries Ltd., [1921] 3 K.B. 169.

181) S.A. de Smith, *Statutory Restriction of Judicial Review*, 18 Modern Law Review 575(1955).

182) R. v. Newcastle under Lyme JJ., Ex p.Whitehouse, [1952] 2 All E.R. 531 : R. v. Middlesex Quarter Sessions, [1952] 2 Q.B. 758.

任立法과의 관계에서 委任立法이 국회의 法律을 근거로 제정되고, 당해법률의 규정에 저촉하는 委任立法이며 그 저촉이 외견상 명백한 경우에는 일련의 委任立法과는 구별하여 법적인 하자가 있는 委任立法, 즉 근거법의 구체화 또는 해석을 잘못하여 제정된 委任立法으로서 파악하여 그 효력은 移送命令으로서 취소된다고 이해하고 있다. 이송명령은 법원의 재량에 의한 구제방법으로서 이송명령에 의한 구제가 적절하다고 생각되는 경우라도 이를 청구할 만한 이유가 없는 때에는 발해지지 않는다.<sup>183)</sup> 청구자에게 移送命令과는 별도의 편리한 구제수단이 있는 경우나 移送命令이 상소의 대응으로 되는 경우에는 이를 청구할 수 없다.<sup>184)</sup>

④ injunction

停止命令은 국왕 및 장관을 제외하고<sup>185)</sup> 지방기관, 공공단체 기타 공공기관의 委任立法이 그 대상이 된다. 停止命令은 이들 기관이 by-law에 위반하거나 Regulation에 위반하는 행위를 속행하는 때 이를 정지하기 위하여 법무총재(Attorney General)의 명의로 신청된다.<sup>186)</sup> 또한 停止命令은 위법한 행

183) R. v. Register of Building Societies, Ex p. a Bulding Society, [1960] 1 W.L.R. 669.

184) Baldwin and Francis Ltd. v. Patents Appeal Tribunal, [1959] A.C. 663.

185) Crown Proceedings Act, 1947의 제21조에 의하면 國王을 피고로 Injunction을 청구하는 소송을 금지하는 한편 國王의 公務員을 피고로 하여 injunction을 청구하는 경우에도 그것이 국왕을 피고로 하는 것과 같은 효과를 가지는 경우에는 국왕의 공무원을 피고로 하는 訴訟도 부정된다. 이와 관련하여 1955년의 Mericks v. Heathcote-Amory and the Minister of Agriculture 사건(Ch.567)이 있다. 原告는 기초된 Potato Marketing Scheme이 그 근거법인 Agricultural Marketing Act, 1931의 취지에 반하는 것으로서 이에 불복하였다. 이 Scheme은 근거법이 정한 바에 따라 적법하게 공포된 후 상하양원에 각각 제출되어 동의결의를 기대하였다. 同意決議가 행해진 경우에는 주무장관에 의하여 즉시 시행되도록 하였다. 그래서 원고는 국회의 동의결의를 구하는 主務長官의 절차를 정지하기 위하여 동장관을 피고로 injunction을 청구하였다. 피고는 一個人이기도 하며 또한 한 장관이기도 하다고 생각된다. 만약 피고가 국왕의 장관인 지위에서 위임입법절차를 수행한다고 생각하면 Crown Proceedings Act에 의하여 injunction의 청구는 부정된다. 그러나 被告는 1931년법에 의거하여 특정한 직무를 수행하기 위하여 임명된 한 개인으로서 위임입법절차에 관여하고 있으므로 피고의 행위는 한 개인의 행위라고 생각되며 따라서 injunction이 청구는 인용되어야 할 것이라는 점을 원고는 주장하였다. 동사건을 담당한 재판부는 이 Scheme에 관하여 內容에까지는 심리하지 않았다. 즉 실제심리를 하지 않았으나 그러나 법무총재가 청구한 법률문제에 관한 豫備의 審理를 행하는데 있어서 법정외의 법원에게 관할권이 없음을 이유로 원고의 청구를 인용할 수 없다고 판시하였다. 즉, 被告는 시종일관하여 국왕에 대신하여 활동하는 한 公務員의 지위에 있으므로 그 행위를 injunction에 의하여 정지할 수는 없다고 하였다.

위의 속행을 정지하는데 한정되는 것이 아니라 그 자체 命令的 機能을 수행하기도 한다.<sup>187)</sup> 법무총재의 명의로 停止命令을 청구하는 경우 그 전제로서 지방기관의 고발을 필요로 한다. 또한 한 개인의 告發에 의거하여 지방기관이 법무총재를 피고로 停止命令을 청구할 수도 있다.<sup>188)</sup> 어느 경우에도 법무총재가 공익대표자로서 출정하게 된다. 이 경우 法務總裁가 원고 또는 피고로서 소송에 참가할 것을 승낙할 것인가의 여부는 재량에 맡겨지나 그 재량권은 절대적이고 무제한적이다.<sup>189)</sup> 停止命令은 공적기관의 행위를 정지하기 위한 수단으로서 禁止命令과 비교되는 바가 많다. 정지명령은 형평법상에 기원을 가진 소송형식으로서 금지명령이 정규의, 적절한 구제수단이 되는 경우에 금지명령에 대신하여 停止命令을 청구할 수 없다는 법칙이 확립되어 있다.<sup>190)</sup> 停止命令은 命令으로서의 성질을 가지며 어떠한 행위의 수행을 강제한다. 또한 그것은 금지로서의 성질을 가지며 어떠한 행위의 속행을 정지한다. 停止命令은 大權命令인 직무집행명령 및 금지명령에 비하여 예방적 수단으로서 커다란 역할을 거두고 있다. 절차적 관점에서 본다면 停止命令은 권리구제수단으로서의 신속성을 가지고 있으며 잠정적 방법에 의하여 긴급사태에 대처할 수 있는 성질을 가지고 있다. 停止命令은 단독으로 청구되기도 하나 대개의 경우 후술하는 선언적 판결에 부수하여 청구된다.

##### ⑤ declaration

선언적 판결은 소송의 형식으로는 특수한 형식이라고 할 수 있으며, 그것은 強制執行이 가능한 당사간의 분쟁형식을 항상 전제로 하는 것이 아니며 국민의 권리·의무를 선언하기도 하나 때로는 장래의 권리·의무를 선언하기도 한다. 물론 국민이 주장하는 권리는 假定된 權利여서는 아니되며 현실성을 지닌 具體的 權利일 것이 요구된다.<sup>191)</sup> 이 宣言的 判決에 의한 구제범위는 매우 광범하며 근래에 와서는 행정상의 사건에 관련하여 점차 중요시되고 있다. 선언적 판결은 행정기관의 越權을 저지하기도 하고 지방기관에 의한 불이익처분을 억제

186) Attorney General v. Ashbourne Recreation Ground Co., [1903], 1 Ch. 101.

187) Attorney General v. Wimbledon House Estate Co. Ltd., [1904], 2 Ch. 34.

188) London County Council v. Attornet General, [1902] A.C. 165.

189) London County Council v. Attorney General, [1902] A.C. 165.

190) C.K.Allen, op.cit., p.226.

191) Guaranty Trust Co. v. Hanney, [1915] 2 K.B. 536.

하기 위하여 매우 중요한 역할을 거두고 있다. 국민으로부터 不服申請이 행정기관의 공익위반을 이유로 하는 경우에는 소송은 법무총재의 명의로 제기한다. 그러나 지방기관이 제정하는 Scheme, Order를 불복으로 하는 소송이 私益의 侵害를 이유로 하는 경우 이들 입법행위를 월권으로 선언하기 위해서는 선언적 판결이 원용된다.<sup>192)</sup> 이 경우 宣言的 判決을 청구하는 원고가 충분한 이익을 가지는 때에는 법원이 발하는 소송개시영장(originating summons)에 의거하여 원고는 소송에 참가하여 당해 Scheme, Order에 의하여 침해받은 권리에 관하여 사법적 판단을 구할 수 있다.<sup>193)</sup> 선언적 판결을 둘러싼 대부분의 소송은 행정기관의 處分, 행정권에 의한 委任立法, 행정심판소의 심결등의 적부를 다투기위하여 제기된다. 이 경우 선언적 판결과는 별도의 유효한 權利 救濟手段이 존재하더라도 그것이 선언적 판결에 우선하여 사용될 것을 요하지 않는다. 다만 예외로서 제정법이 완성된 소송절차를 규정하고 있는 경우에는 그것이 정하는 바에 의하여야 하며 이를 회피하여 선언적 판결을 원용할 수 없다.<sup>194)</sup> 移送命命은 King's Bench판할에 전속하며, 원고는 불복의 원인인 행정기관의 월권행위가 있는 날부터 6개월 이내에 청구하여야 하나, 宣言的 判決은 통상의 출소기간인 6년 이내라면 언제라도 이를 청구할 수 있다. 선언적 판결을 수반하는 소송에서는 증거의 개시가 허용되며 또한 중요사실에 대하여 證言할 수도 있다. 移送命命의 대상은 제정법에 근거를 둔 공공단체 기타 공적 기관에 한정되나, 선언적 판결은 이러한 대상의 한정이 없고 또한 행정권의 행위를 월권행위에 한정하지 않고 自然的 正義의 위반행위도 포함하여 널리 행정기관의 행위를 통제할 수 있다는 장점이 있다.<sup>195)</sup> 선언적 판결은 국민에게 이용범위가 넓은 구제방법이나 이 방법을 원용하여 권리의 구제를 할 것인가는 法院의 裁量에 맡겨져 있다.<sup>196)</sup> 그러나 선언적 판결은 강제력을 수반하지 않는다는 점에 특징이 있다. 즉 법원은 宣言的 判決에 의하여 제시한 판단내용을 강제력으로서 실현할 수 없다. 그러나 법원이 제시한 판단내용을 무시해도 좋다는 것은 아니다. 선언적 판결이 강제력이 없더라도 當事者에 의하여 존중되고 분쟁해결의 기능을 충분히 거두고 있다.

192) *Brownsen Haven Properties v. Poole Cprporation*, [1958] Ch. 574.

193) *Taylor v. National Assistance Board*, [1958] A.C.532.

194) *Punton v. Minister of Pensons*, [1964] 1 W.L.R. 226.

195) *Punton v. Minister of Pensons*, [1963] 1 W.L.R. 186.

196) *Harrison Broadley v. Smith*, [1964] 1 W.L.R. 456.

## (3) 自然的 正義의 原理

자연적 정의의 원칙은 공정한 절차 내지 적정한 절차가 문제되는 모든 경우에 적용되는 법원리로서, 일반적으로는 “어느 누구도 자신이 관계하는 사건의 裁定者가 될 수 없다(Nemo iudex in causa sua)”와 “상대방 당사자의 주장을 들어라(Audi alteram partem)”를 기본적인 내용으로 한다. 英國의 法院은 행정권의 행사가 사인의 법적 권리 내지 지위를 좌우하는 모든 사건에 관하여 이 자연적 정의의 원칙을 적용하여 왔다. 그 내용인 “공정한 聽聞을 받을 權利”는 자기에게 불리한 사실 내지 증거에 관하여 그 告知를 받을 권리, 자기에게 유리한 증거를 제출할 권리 및 이들에 관하여 주장을 할 권리라고 할 수 있다.<sup>197)</sup> 그리고 이 원칙의 적용을 통하여 법원은 공정한 행정절차를 위한 法典에 유사한 것을 창출하여 왔던 것이다.<sup>198)</sup>

그런데 이 自然的 正義의 原理가 행정의 행위에 대하여도 적용되는가라는 문제가 있다. 사인의 권리·자유를 좌우하는 행정의 결정이 이른바 불이익처분인

197) H.W.R.Wade, op.cit., p.496.

198) 自然的 正義의 原則을 도입하여 공정한 행정절차의 확립에 관한 判例理論의 획기적 전환을 가져온 유명한 사건으로는 Ridge v. Baldwin, [1964] A.C. 40사건이 있다. 동사건에서 Brighton시 警察署長인 상고인 Ridge는 다른 두명의 警察官과 함께 2건의 독지협의로 체포되어 휴직처분에 회부되었다. 瀆職을 공모한 2명의 부하는 유죄판결을 받았으나 Ridge는 무죄가 되었다. 그러나 이 사건을 담당한 법원은 1958년 1월의 판결에서 上告人이 경관으로서의 지도성이 결여되었음을 지적하였다. 또한 상고인의 독지에 관해서도 그 증거가 없다고 하여 동년 3월에 무죄가 되었으나 그곳에서도 동법원은 재차 그의 指導性에 관하여 언급하였다. Brighton시 공안위원회는 동법관의 발언과 Ridge 본인의 법정진술을 이유로 “公安委員會는 그 직무수행을 태만히 하거나 그 직무수행에 부적절하다고 생각되는 경관을 면직할 수 있다”라는 도시단체법(Municipal Corporations Act, 1882) 제19조제4항의 규정에 의거하여 전원일치로 이 3월의 판결의 다음날에 동인을 면직처분하였다. 그 후 동인의 辯護士가 통상의 퇴직을 요구하였기 때문에 동위원회는 재차 特別會議을 소집하였으나 결국 다수결로 원처분이 유지되었다. 이 동안 동인은 경찰법(Police Act 1927)에 의거하여 內務部長官에게 이의신청을 하였으나, 장관은 이를 각하하였다. 그래서 그는 공안위원회를 피고로 면직처분의 무효를 주장하는 宣言的 判決 및 급여·연금의 지급, 손해배상청구를 구하는 소송을 제기하였다. 소송에서 1심, 2심에서 기각되어 최고법원에 상소하였다. 最高法院은 4대1의 다수로 본건 상소를 인용하였다. 본건에서 Ridge의 주장은 본건처분에 즈음하여 동인에게 청문의 기회를 부여하지 않았으며 그 때문에 그 처분은 自然的 正義에 반하는 것으로서 無效라고 주장하였다. 그리하여 판결은 이 주장을 받아들인 것이다. 1882년법에는 처분에 관하여 청문·고지의 事前節次에 관한 규정이 없었으나, 법원은 제정법의 규정이 고지와 청문에 관한 규정을 두지 않은 경우라도 문제가 되는 行政의 決定의 성질에 따라서는 그것이 요구되는 것이며, 그것을 결여한 결정은 自然的 正義違反으로 무효가 된다고 하였다.

경우에는 그것이 법관이 피고인에게 형벌을 과하는 경우와 유사한 성격을 가지고 있다. 그러한 행정의 행위를 準司法的(quasi judicial) 行爲라고 부를 수 있으며, 여기에서도 자연적 정의의 원리를 준수하여야 할 것으로 본다.<sup>199)</sup> 그러나 計劃의 책정과 그 실시와 같은 새로운 유형의 행정의 행위에 대하여 이 원칙이 적용될 수 있는가라는 점에 대하여는 이 경우에는 司法的 行爲와의 유사성을 전제로서 고찰하는 것이 용이하지 않다. 특히 정책적·공익적 판단을 그 요소로 하는 행정의 행위는 사법적 행위와는 현저히 그 성질을 달리하는 것이다. 따라서 그곳에서 자연적 정의의 원칙을 준수하여야 할 것이라고 요구하는 것은 곤란하다.<sup>200)</sup> 여기에서 自然的 正義의 원칙의 적용유무와의 관련에서 “準司法的”이라는 용어에 대하여 검토할 필요가 있다. 판례는 단순히 사법적 행위도 행정적 행위도 같이 자연적 정의에 따라야 한다는 것은 아니다. 즉 행정의 행위중에 司法的 要素를 발견하고 모든 사법적 행위는 自然的 正義의 原則에 따라야 한다는 전제하에 “사법적 요소를 가지는 행정의 행위는 자연적 정의의 원칙에 따라야 한다”는 것이다. 따라서 어떤 행정의 행위에 관하여 그것이 자연적 정의의 원칙에 따라야 하기 위해서는 “司法的”인 성격을 가질 것을 요한다. 그리고 사인의 권리를 침해하거나 處罰을 수반하는 행정의 행위는 사법적이 되는 것이다. 이와 같이 사인의 권리에 영향을 미치는 모든 권한행사가 사법적이 된다면 “行政的”이라는 용어는 사실상 아무런 의미가 없게 된다. 그래서 행정적 권한이나 사법적 권한인 것처럼 행사되는 것, 즉 자연적 정의의 원칙에 따라 행사되어야 하는 것을 형용하는 어구로서 “準司法的”이라는 용어가 사용되기에 이르렀던 것이다.<sup>201)</sup>

199) 행정사건에서 自然的 正義를 적용한 고전적 사례로서는 Cooper v. Wandsworth Board of Works, [1863] 14 C.B.N.S. 180사건이 있다. 이 사건은 위법건축물의 철거에 관한 사안이다. 1955년의 수도관리법(Metropolis Management Act) 제76조는 건물을 신축하려는 자에 대하여 그 공사개시 1주일전에 그 뜻을 建築委員會에 통지할 것을 의무화하였다. 그리고 그 통지를 하지 않은 경우에는 당국은 당해건축물을 철거할 수 있다고 규정하였다. 본건건물의 소유자인 Cooper는 동법의 규정에 반하여 그 통지를 해태하여 당국에 의하여 建築物이 철거되었다. 그래서 동인은 당국에 대하여 損害賠償을 청구하였다. 판결에서는 동법에 규정하는 당국의 권한행사는 누구든지 청문의 기회를 부여하지 않고 財産을 박탈당하지 아니한다라는 거듭 인정되어온 제한에 복종하는 것으로 그 청구가 인용되었다. 즉, 自然的 正義의 원칙은 사법적 절차이외에도 적용되는 것이며, 제정법에 청문에 관한 명문의 규정이 없는 경우에도 Common Law의 정의는 입법의 불비를 보완하는 것이라고 한다.

200) H.W.R.Wade, op.cit., p.504.

201) “準司法的”이라는 용어를 사용한 판례로서는 Mercey Docks Trustee v. Gibbs, [1886] L.R. 1 H.L. 93이 있다.

### 第3節 獨逸의 委任立法制度

#### I. 委任立法의 意義

獨逸에서의 위임이라는 의미는 일반적으로 Delegation, Ermächtigung, Übertragung 등의 용어로 사용된다. 公法에 있어서 Delegation이라는 개념은 “國家 또는 自治團體의 권한의 소유자, 국가·자치단체 자체 또는 국가·자치단체의 機關의 일부가 그 권능의 일부 또는 전부를 다른 주체에게 위양하는 법행위”<sup>202)</sup>를 의미한다. 입법부의 영역에 있어서 그러한 權限의 移轉은 종래 법정립의 권한을 가지지 않았던 主體가 자기의 이름으로 법을 정립할 수 있음을 의미한다. 이 경우 委任者는 수임자를 위하여 자기의 권한을 포기할 수 있으며(echte Delegation), 권한의 이전에 즈음하여 이 권한을 스스로 執行하는 것을 유보할 수도 있다(unechte Delegation). Ermächtigung의 개념은 “어떤 國家機關이 자기의 이름으로 다른 주체의 권한질서에 속하는 조치를 행할 수 있는 권능의 委讓”이라고 이해한다. 따라서 이 용어는 위의 echte, unechte Delegation을 포함하는 의미로 이해되고 있다. 그러나 실제로는 양자는 동일한 의미로 사용되고 있으며, 현행 基本法 제80조는 Ermächtigung라는 용어를 사용하고 있으나 실제로는 unechte Delegation을 의미하는 것으로 파악되고 있다.<sup>203)</sup>

독일에서의 委任立法 -정확하게는 法規命令(Rechtsverordnung)-은 실질적 法規로서 의회에서 정립되는 형식적 법률의 수권을 받아 제정되며 수범자인 일반국민 뿐 아니라 法官도 이에 구속되는 일반적 구속력을 가진다. 독일에서 委任立法 制定權은 행정부에 의하여 수행되며, 그러한 의미에서 委任立法權은 의회입법권에 파생되어 성립되는 二次的·파생적인 권한으로 인식되고 있다.<sup>204)</sup> 이것은 바이마르 共和國體制와 第3帝國의 역사적 경험을 통하여 무제한

202) Heinrich Triepel, *Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht*, Stuttgart u.a. 1942, S.23.

203) Jürgen Staube, *Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis*, Berlin 1986, S.35; 李殷祈, 英國·프랑스·西獨의 行政立法制度의 比較法的 考察, 서울대 석사논문 1983, 119面.

204) Fritz Ossenbühl, *Rechtsverordnung*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.),

적인 委任立法이 의회주의와 法治主義의 붕괴를 초래하게 되었음을 인식하게 되면서, 議會야말로 법치국가의 관계에서 행정 및 사법작용의 척도를 정립하고, 그와 동시에 포괄적 권리보호의 실질적 전제조건을 창출하는 곳으로서 국가행정의 영역에서 委任立法의 정립에는 법률적 기초가 있어야 한다는 행정의 법률적합성의 원칙을 수립하게 된 것에서 비롯한다. 따라서 행정은 법률에 위반되는 어떠한 處分도 하여서는 아니되며(法律優位の 원칙), 나아가 행정은 법률에 의하여 수권되는 경우에만 활동하여야 한다(法律留保의 원칙)는 원칙을 확립하게 된 것이다. 그러나 입법권이 의회에 속한다고 하여 의회가 法規範에 관한 모든 결정을 직접 행하여야 한다는 것을 의미하는 것은 아니며, 일반적 구속력있는 法規範의 형성을 명백히 단순화하고 촉진시키는 命令制定權의 意義<sup>205)</sup>를 인정하여, 행정부에 의한 법정립권의 필요성을 널리 인정하고 있다. 다만 委任立法의 현실적 필요성을 인정하고 있더라도 그 과잉현상이 議會의 立法權의 본질을 침해하지 않도록 헌법이 일정한 규율을 오로지 의회에 유보한 경우 또는 의회가 스스로 몇가지 문제들을 중국적으로 이미 규범화한 경우에는 委任立法을 허용하지 않는 등 基本法上 명문의 규정을 두어 委任立法의 명확성을 요구하고 있는 점이 특색이다. 결국 독일에서의 委任立法은 엄격한 권력분립의 원칙에 입각하여 의회는 위임된 권한의 한계를 고려하지 않고 입법권의 일부를 行政府에 위임하는 것은 입법자로서의 그 책임의 포기로 간주하며<sup>206)</sup>, 행정부는 命令制定에의 불명확한 수권에 의거하여 의회에 대신하여서는 아니된다는 원칙하에 정립되고 있다고 할 수 있다.

## II. 委任立法의 發展

독일에서는 立法의 委任이라는 법현상은 무엇보다도 법률, 입법의 개념과 의미가 중시되어 법정립권의 위임의 개념은 법정립의 實質的 概念을 전제로 하고 있으며, 순수히 형식적인 법률개념의 기초로부터는 委任立法의 문제를 이해할 수 없다는 태도가 유지되고 있다. 따라서 委任立法 내지 행정입법의 문제는 실질적 법률, 즉 法規의 概念을 중심으로 다루어지고 있다.<sup>207)</sup> 독일의 전통적인

Handbuch des Staatsrecht der BRD, Bd. III, Heidelberg 1988, S. 388.

205) Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, München 1980, S. 662.

206) BVerfGE 1, 60; BVerfGE 34, 60.

207) Ernst Wolfgang Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2 Aufl.,



法律觀念은 법률의 개념을 형식적 법률개념과 실질적 법률개념으로 구분하고, “形式的 意味의 法律”이란 그 내용여하를 막론하고 의회에서 제정한 법형식을 말하고, “實質的 意味의 法律”이란 그 제정주체의 여하를 막론하고 그 내용의 여하 즉 일정한 내용을 가진 法規範을 의미한다.<sup>208)</sup> 따라서 이 兩者는 경우에 따라서 일치할 때도 있으며 또한 경우에 따라서 일치하지 않을 때도 있다. 예컨대 예산안의 의결, 조약의 比準, 宣戰과 講和의 결단과 같은 것은 그것이 비록 법률의 형식을 띠다고 할지라도 그 내용이 法規가 아니므로 실질적 의미의 법률은 아니며, 이에 대하여 행정부에서 발하는 法規命令이나 자치단체의 條例 등은 그것이 입법권이외의 기관에서 제정된 법형식이라는 의미에서 형식적 의미의 법률은 아니나, 法規範을 그 내용으로 하고 있다는 점에서 실질적 의미의 법률로 간주되는 것이다. 다만 실질적 의미의 법률개념에서는 그 법률의 실질로 간주되는 내용이 무엇인가를 둘러싸고 견해가 대립되고 있다. 첫째는, 실질적 법률이란 法規(Rechtssatz)를 그 내용으로 한 法規範이라는 견해이다. 여기에서 法規란 사회적 제한을 목적으로 하는, 즉 인격적 주체의 자유로운 영역을 제한하는 것을 그 목적으로 하는 法規範을 의미한다. 따라서 이러한 목적을 내용으로 하지 않는 것은 실질적 의미의 법률이 아니라 형식적 의미의 법률을 의미한다.<sup>209)</sup> 둘째, 自由와 財産을 그 내용으로 하는 것이 실질적 의미의 법률이라는 견해이다. 즉, 일반적으로 개인의 자유를 개별적으로 개인의 재산을 제한하는 것을 내용으로 하는 法規範이 실질적 의미의 법률이라는 것이다.<sup>210)</sup> 셋째, 추상적·일반적 法規定을 그 내용으로 하는 것을 실질적 의미의 법률이라고 보는 견해이다. 즉, 一般性和 抽象性을 실질적 의미의 법률의 징표로 보고 이 징표에 의하여 입법과 기타의 국가작용을 구별한다.<sup>211)</sup>

Berlin 1981, S.226f.

208) 法律概念에 관한 상세한 논의는 李漢柱, 憲法上 法律의 概念에 관한 研究, 서울대 碩士論文 1987 참조.

209) Georg Jellinek, *Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage*, Tübingen 1919, S.240.

210) Gerhard Anschütz, *Kritische Studien zur Lehre vom Rechtssatz und formellen Gesetz*, 2 Aufl., Berlin 1913, S.33.

211) Richard Thoma, *Die Funktion der Staatsgewalt*, in: G. Anschütz/R. Thoma, *Handbuch des Deutschen Staatsrecht*, Bd. II, Tübingen 1930, S.124f.

### 1. 立憲主義時代

실질적 의미의 법률개념은 19세기의 독일 立憲君主制에 있어서 군주의 집행권과 시민적 의회간의 권력분배에 있어서 개인의 自由와 財産의 규제는 의회의 법률로 하게하고, 기타의 사항인 행정조직, 군대의 유지와 관리, 공무원의 복무규율 등과 같은 것은 군주의 권한으로 하려는 것이었다. 그러한 의미에서 이 실질적 법률개념은 立法權과 집행권의 권한한정(Kompetenzabgrenzung)을 위한 개념이라고 할 수 있으며, 또한 여기에서의 법률개념은 군주적 권력으로 부터의 시민의 自由와 財産에 대한 보장을 의미하였다.<sup>212)</sup> 따라서 19세기에 있어서 독일에서는 一切의 法規에 관하여 立法府의 의결을 요하며 집행부에게 헌법에 의하여 특히 부여되거나 법률에 의하여 집행부에게 부여된 命命權만을 인정한다는 입장을 취하였던 것이다. 여기에서 命命이란 그 본질에 있어서 단순히 행정에게 부여된 법을 定立하는 규정으로서 이해되었다. 따라서 실질적 의미에 있어서 命命이란 이른바 行政命命에 불과하며, 그것은 국민의 영역, 본래의 권리영역에 관계하지 않고 그 발령은 특별한 수권을 필요로 하지 않는다. 이에 대하여 法規命命은 개인의 權利領域을 침해하고 동시에 법을 창설하는 法規로서 본래 입법에 의해서만 발할 수 있는 것으로서 법률에 의한 위임이 있어야 하는 것으로 되었다. 그리하여 立憲主義時代의 法規概念은 행정기관의 일반적 지시, 처분은 전부 법률의 근거를 요한다는 원칙과의 관련에서 무제한적으로 통용되게 되었던 것이다. 또한 그것은 자유로운 市民階級에게 부여된 권리, 즉 입법권의 우위를 획득시켜 命命을 법률에 종속시키는 것을 가능하게 하였다.

이러한 배경하에 19세기말부터 바이마르헌법의 성립에 이르기까지의 비스마르크헌법의 경향은 입법자에 대한 내용적 한계가 없다는 이유로 法律에 의한 委任을 원칙적으로 무제한적으로 인정하였다.<sup>213)</sup> 그러한 주장이 제기된 근거는 무엇보다도 19세기말의 내외정세의 복잡화에 수반한 행정수요의 증대에 따른 委任의 必要性에서 구할 수 있다. 즉, 授權法이 부여하는 형식적인 법적 기초와 受任者가 정하는 실질적인 규범내용을 분리하여 수임자는 위임에 의하여 입법자가 되는 것이 아니라 여전히 執行權 가운데 활동하는 입법적 의사의 보조기관이라는 이론 구성을 하여, 法規命命을 발하는 위임을 부여하는 입법부는 헌법상 제한없이 “無

212) 韓泰淵, 憲法學 - 近代憲法の 一般理論 -, 法文社 1983, 708面.

213) J.Staube, a.a.O., S.53f.

制限의 입법자의 無制限의 위임권한"이 부여되었다.<sup>214)</sup> 다른 한편 정치적 현실에서도 형식적 입법이 命令權을 완전히 극복할 수 없게 되었다. 그 이유는 첫째, 君主가 군대 및 공무원의 담당자로서 여전히 독자적인 정치적 권력을 장악하는 한 역사적으로 독자의 기초를 가지는 命令權을 전부 근절하기에는 불가능하였다. 아울러 근대국가활동의 모든 영역을 法律로써 규율하는 것은 불가능하며, 법률은 命令에 의한 보충을 필요로 하며 命令이 끊임없이 변화하는 사정에 신속하게 적용할 수 있다는 점이 작용되었다. 이러한 委任立法의 일반적 기능은 제1차대전중에 활발하게 발휘되었다. 戰爭은 입법 및 命令의 관계를 전부 변화시켰으며, 전쟁상태의 지속으로 인하여 군대지휘관이 특별한 命令權을 부여받게 되었다. 라이히입법부는 立法權의 포괄적 위임에 의하여 실질적으로 聯邦參議院으로 하여금 그 기능을 대행하도록 하였다. 그리하여 법정립의 중점은 입법부로부터 집행부로 이행하고 법률의 근거가 있는 경우에만 가능한 再委任도 널리 인정되었다.

## 2. 바이마르時代

바이마르 體制는 입헌주의시대에 강조된 군주의 政府와 議會의 정치적 이원주의를 배제하는 한편 一切의 命令權에 대한 강한 불신에서 자유주의적 법치국가적 이론이 강조되었다. 바이마르공화국은 의회주의적 입법국가(parlamentarischer Gesetzgebungsstaat)를 표명하여 命令은 국가의 집행권으로부터 발하는 것으로서, 議會는 유일한 입법자인데 반하여 정부는 본질상 법의 적용을 담당하는 곳으로서 命令은 원칙적으로 법의 적용에 불과하다고 하였다. 法規範의 정립이 원칙적으로 입법에 의하여 행하질 수 있는 경우에는 정부는 法規命令을 법률의 위임에 의거하여 발할 수 있을 따름이다.<sup>215)</sup> 그러나 바이마르憲法은 그 초기부터 의회가 정부의 기능을 대리하는 것이 불가능하였으며, 命令權을 법률의 집행에 한정하는 사상은 국가생활의 현실적 필요성과 모순하는 것임을 직면하게 되었다. 즉, 국가의 활동은 내용적으로도 立法府에 의하여 규정된다는 헌법의 사고방식은 실제로 적용되지 않고 命令權에의 광범한 수권을 허용하게 되었

214) Carl Schmitt, *Die Oposition als Staatseinrichtung*, Der Wahler 1955, S.221f.

215) 바이마르憲法 제77조에는 "라이히법률의 집행에 필요한 一般行政規則은 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 라이히政府가 발한다. 라이히법률의 집행이 란트관청의 권한에 속하는 경우에는 라이히정부는 行政規則의 발포에 대하여 라이히參議院의 동의를 얻어야 한다"라고 규정하고 있다.

다. 정치적·경제적 사정으로 인하여 다수의 수권법이 제정되어, 그 결과 위임 조항은 실제적 의미에서 단순한 입법부의 追認的 통제권의 유보에 불과하게 되었다. 연립정당국가의 구조하에서 의회는 국가적 의사표시, 법정립의 중요한 요소로서 등장하는 것이 불가능하였고, 법률생활에 있어서 중심적 지위를 상실하면서 필연적으로 議會立法에 대신하여 라이히대통령의 독재적 命令權이 등장하게 되면서 命令의 문제도 새로운 의미를 지니게 되었다.<sup>216)</sup> 특히 의회주의적 입법국가의 붕괴가 본격화된 1930년대에서는 憲法 제48조제2항<sup>217)</sup>은 매우 광범한 해석이 행하여졌으며, 결국 라이히법률의 모든 기능은 獨裁命令으로 대체되면서 國家社會主義에의 길을 걷게되었다.

### 3. 國家社會主義時代

국가사회주의가 목적으로 한 정치적 법적 질서는 바이마르국가와는 근본적으로 달랐다. 즉, 民主主義的 法治國家라고 부르는 국가체제의 특질의 하나는 권력 분립원리이며, 命令概念도 그에 의거하는 것이나, 국가사회주의는 오히려 權力統一을 요구하였다. 그곳에서는 법률, 命令은 정치적 지도의 수단이며, 指導者가 새로운 라이히에 있어서 一切의 법정립권의 유일한 주체이며, 법률 및 命令에 의한 보통의 법정립권외에 지도자의 法的 命令으로서의 特別命令權을 가졌다.<sup>218)</sup> 그리하여 1933년 3월 24일의 國民과 帝國의 비상을 제거하기 위한 법률 (Gesetz zur Behebung der Not von Volks und Reich) 및 1934년 1월

216) J.Staube, a.a.O., S.62.

217) 바이마르헌법 제48조제2항은 "라이히大統領은 독일라이히내에서 공공의 안녕과 질서에 중대한 장애가 발생하거나 발생할 우려가 있는 때에는 공공의 안녕과 질서를 회복하기 위하여 필요한 조치를 취하며, 필요한 경우에는 兵力을 사용할 수 있다. 이 목적을 위하여 라이히대통령은 잠정적으로 제114조, 제115조, 제117조, 제118조, 제123조, 제124조 및 제153조에 규정된 基本權의 전부 또는 일부를 정지할 수 있다"라고 규정하였다. 이 규정에 의하여 命令權의 의회입법에 대한 우위는 사실상 매우 커다란 의미를 가졌다. 大統領自身이 공공의 안녕과 질서에 중대한 장애가 발생하거나 발생할 우려가 있는 위험의 존재 및 필요한 규범정립에 관하여 결정하였다. 通說에 의하여 인정된 권한의 범위 및 내용에 관해서도 大統領은 일반규범외에 모든 개별적 명령에도 법률적 효력을 부여할 수 있도록 하였다. 나아가 大統領은 헌법 제48조제2항에 명문으로 규정된 7가지의 基本權을 실효시킬 수 있는 권한을 가졌으나, 이를 명시적으로 실효시킬 필요도 없었다. G.Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reiches*, 4 Aufl., Berlin 1926, S.162.

218) Ulrich Ramsauer, in: Rudolf Wassermann(Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die BRD*, 2 Aufl., Bd.2, Luchterhand 1989, S.562.

30일의 帝國의 再建에 관한 법률(Gesetz über den Neuaufb des Reiches)이 제정되면서 결국 법률과 命令의 구별이 일반적으로 희박하게 되었다.

#### 4. 基本法時代

국가사회주의시대의 무제한의 입법권능과 立法者의 완전무력화에 대한 반성으로 출범한 基本法은 委任立法의 문제에 관하여 바이마르헌법하에서의 법률과 命令 및 法規命令과 행정규칙의 구별을 다시 채용하여 法規命令에 관하여는 법률유보에 의하여 예외적으로 법률의 위임이 있어야만 인정할 수 있음을 규정하였다. 즉, 基本法 제80조제1항은 "연방정부, 연방장관 또는 주정부는 법률에 의하여 法規命令을 제정하는 권한을 위임받을 수 있다. 이 경우 법률로써 위임된 권한의 內容, 目的 및 範圍를 확정하여야 한다. 法規命令은 그 법적 근거를 명시하여야 한다. 위임받은 권한을 재위임할 수 있음을 법률이 규정하고 있는 때에는 위임받은 권한의 위임을 위한 法規命令이 필요하다"라고 규정하였다. 이 규정의 취지목적은 命令權의 위임은 오로지 형식적 법률에 의하여 행할 수 있음을 밝히는 한편 위임의 법적 근거를 法規命令 가운데 명문으로 제시할 것을 요구하고 있다. 이 제80조제1항에 규정되고 있는 "法律"이라는 용어와 관련하여 그것이 연방법률만을 지칭하는가 아니면 州法律도 포함되는 것이라고 해석할 수 있는가가 문제된다. 제80조제1항의 규정자체에서는 직접 이 문제를 해결하는 단서가 부여되고 있지는 않으나 그 점에 관한 제한을 특히 규정하고 있지 않은 점에서 본다면 연방법률, 주법률의 어느것도 포함될 수 있다고 생각된다. 그러나 동조가 제7장(연방의 입법) 가운데 규정되고 있다는 점에서 본다면 聯邦法律만을 지칭하는 것이라고 파악하는 것이 타당하다. 이와 관련하여 제80조에 의거하여 연방법률에 의한 수권을 받은 주정부는 州法을 정립하는 것인가 아니면 연방법을 정립하는 것인가라는 문제가 있다. 비스마르크헌법시대의 통설은 개개의 州에 있어서 연방법의 위임에 의하여 발해지는 法規命令을 실질적으로는 聯邦法으로, 형식적으로는 그 비준이 각주의 지배권에 기인한다는 이유로 州法이라고 하였다. 바이마르헌법시대에서도 이러한 경우에는 연방법을 정립하는 것이라는 견해가 유력하였으며<sup>219)</sup>, 현재의 基本法解釋도 같은 의견이 지배적이다. 또한 基本法 제80조제1항의 법률에는 基本法 제78조에 의

219) Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Bd.2, 5 Aufl., Tübingen 1911, S.121f.

하여 통상적인 입법방법에 의하여 성립한 법률외에 제81조의 입법긴급사태와 관련하여 성립한 법률도 포함하는 가가 문제된다. 이 문제는 제81조의 입법수단에서도 제80조에 의한 立法權의 委任을 할 수 있는가라는 점에 있다. 이를 인정하는 경우 제81조제3항에 의하여 6개월의 한정된 입법긴급사태의 시기에 있는 정부는 제80조에 의거한 수권법으로 당해기간을 넘어 입법적 처리를 확보할 수 있음과 아울러 부정한 자기책임이 합법적인 형식으로 가능하게 된다. 이러한 점을 고려하여 命令權의 수입자는 매우 중요한 법원칙을 전개하는 것을 위임하는 경우에는 제81조의 방법은 인정되지 않으며, 이미 확정된 것을 추구하거나 一定項目의 체계중에 법적 연결을 행하는 위임의 경우에는 긴급입법의 방법에 의할 수 있다고 한다.

### III. 委任立法의 法理

#### 1. 委任立法의 受任者

이미 살펴본 바와 같이 基本法 제80조제1항에서는 法規命令을 제정할 수 있는 주체 내지 수입자로서 “연방정부, 연방장관, 주정부”를 열거하고 있다. 이 규정이 한정적인 것인가에 관하여는 종래의 통설은 동조제1항이 명문으로 受任者를 열거하고 있음을 근거로 열거된 기관이외는 수권할 수 없다는 한정적인 것으로 보았다. 따라서 공법상의 社團, 영조물, 자치단체, 직능단체 또는 연방의회, 주의회의 위원회등은 직접적으로 입법권의 위임을 받을 수 없다. 그러나 이 규정으로부터 공법상의 社團, 영조물등에 법정립권을 부정하는 결론을 도출할 수는 없으며, 동조후단에 의한 재위임에 의하여 이들이 立法權의 委任을 받을 수도 있다. 그리고 법률의 수권에 의하여 연방장관이 발할 수 있는 法規命令을 연방정부가 대신하여 발할 수 있는가, 거꾸로 법률의 수권에 의하여 聯邦政府가 法規命令을 발할 수 있는 경우에 연방장관이 대신하여 이를 집행할 수 있는가가 문제된다. 바이마르헌법하에서는 연방정부의 실제, 판례, 학설 등은 개별 장관은 근거법에서 연방정부에 수권되고 있는 경우에도 원칙으로 命令을 발할 수 있는 권한을 가진다고 보았다. 그러나 현행 基本法下에서는 이 점은 이미 통용되지 않는다는 의견이 지배적이다.<sup>220)</sup> 基本法 제80조제1항은 연방

220) Brun-Otto Bryde, in: Ingo von Münch(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. III, München 1983, S.255f.

정부에의 수권과 연방장관에의 수권을 명확히 구분하고 있으며, 따라서 입법자가 聯邦政府에의 授權을 결정한 경우에 의회의 의사에 반하여 연방장관에 의해 수권을 집행하게 할 수 없다.<sup>221)</sup> 이 점은 거꾸로 연방장관에의 수권의 경우에도 마찬가지이다. 이 경우, 즉 연방법률이 단순히 연방장관에게 法規命令을 발하는 수권을 하고 있는 경우에 연방정부에 의하여 이 수권을 집행하게 하는 것은 基本法 제65조에 포함되는 개별 장관의 독립 및 자기책임의 원칙에 반하게 된다.<sup>222)</sup>

연방정부(Bundesregierung)란 基本法 제62조에 규정된 연방수상과 연방장관의 집합체를 의미한다. 한편 基本法에서는 연방장관이 아니라 오로지 聯邦政府만이 法規命令을 제정할 수 있는 사안을 제시하고 있는 바, 제109조 제4항제2호에서의 독일연방은행에서의 무이자예금을 유지할 연방과 주의 의무에 관한 法規命令의 제정, 제119조의 망명자와 피망명자의 업무에 관한 法規命令의 제정, 제132조제4항의 공무원의 연금에 관한 法規命令의 제정 등은 연방정부만이 法規命令을 발할 수 있도록 규정하고 있다. 연방장관(Bundesminister)도 法規命令을 발할 수 있음은 물론이나, 문제는 다수의 연방장관이 공동으로 命令을 발할 수 있는가라는 점이다. 이 共同命令(Kollektiv Verordnung)은 基本法 제65조의 개별장관의 소관사무의 자주적 처리 및 자기책임의 원칙에 반하는 것으로서 인정되지 아니한다. 州政府(Landesregierung)도 法規命令의 제정주체가 될 수 있음은 基本法의 규정에 의하여 당연하나, 州長官(Landesminister)도 포함되는가의 여부에 대하여는 基本法은 연방정부/연방장관에 대하여는 명문으로 규정하고 있으나, 주정부/주장관은 규정하고 있지 않다.<sup>223)</sup>

## 2. 委任立法의 種類

基本法 제80조제1항의 규정에 의하여 연방정부, 연방장관 및 주정부는 연방 보통법률의 위임에 의하여 法規命令을 발할 수 있다. 아울러 소극적으로는 본래의 의미의 법률, 이른바 수권법을 발하는 위임은 금지된다. 法規命令에는 여러 가지가 있으며, 그 분류체계를 파악하는 것은 매우 곤란한 작업이다.

221) Franz Joseph Peine, *Gesetz und Verordnung*, ZG 1988, S.125f.

222) Michael Sachs(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, München 1996, S.1327.

223) *ibid.*, S.1328.

(1) 法律代位命令과 法律從屬命令

命令은 그 법률에 대한 관계에서 法律代位命令(gesetzvertretende Rechtsverordnung)과 法律從屬命令(gesetzabhängige Rechtsverordnung)으로 나눈다. 前者는 그 수권법이 충분한 실질적 규정을 포함하지 않고 수임자에게 이 규정을 행할 권한을 위임하고 있으며 법률과 동등한 지위와 효력을 가진다. 法律代位命令은 법률의 우위의 원칙에 저촉하는 것으로서 인정되지 않는다. 다만 현행 基本法에서는 基本法의 붕괴를 방지하고 향후 법률의 우위를 담보하기 위하여 한정된 경우에 그 예외를 인정하고 있다. 즉, 제115k조제1항에서 방위사태의 경우에 제정된 法規命令은 그 적용기간중에 그에 저촉되는 법의 적용을 배제할 수 있도록 규정하고 있으며, 제119조에서 망명자와 피추방자의 업무수행을 위하여 연방법률의 규정이 마련될 때까지 연방정부가 법률의 효력을 가지는 命令을 제정할 수 있도록 한 규정이 그것이다.<sup>224)</sup>

法律從屬命令은 근거법이 완전한 실질적 규정을 포함하고 있으며 법률과 같은 지위를 가지는 것이 아니라 법률에 종속하는 것을 말한다. 基本法은 상위의 법령에 저촉하거나 이를 폐지 또는 변경하는 命令을 발하는 위임은 인정하지 아니하며, 법률의 효력을 가지는 命令을 발하는 위임은 원칙적으로 인정하지 아니한다.

(2) 法律變更命令과 法律補充命令

法律變更命令(gesetzesändernde Rechtsverordnung)이란 형식적 법률의 내용을 일탈하거나 법률의 근거없이 새로운 규율을 행하는 것을 말한다. 이것은 그 속성상 법률배제적인 성격을 가지며, 법률적 효력을 가지므로 인정될 수 없다. 아울러 그 법률배제적인 효과가 기존 법률의 적용범위를 축소하기 위한 것일 때에도 인정되지 아니한다. 다만 法律의 개별적 결정 또는 단순한 경과 규정을 命令에 의하여 수정하는 것을 위임하는 법률은 基本法 제80조의 범위내에서 인정된다. 그러나 이 경우에도 법률이 變更에 관한 일정한 基準을 제시하고 또한 그것이 법률의 기본적 요소 내지 그 전체적 성격을 본질적으로 변경하지 않는 때에만 인정될 수 있다.<sup>225)</sup> 한편 法律補充命令(gesetzesergänzende

224) Bryde, in : v. Münch(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, aaO., Art.80. Rdnr.3.

225) M.Sachs(Hrsg.), a.a.O., S.1325.



Rechtsverordnung)은 입법부는 이미 대상등 실질적 내용을 규율하고 행정 부등에는 이 규정을 보충하는 권한만을 위임한다. 법률의 규정을 보충하는 권한의 위임은 立法者가 기초만을 규정하고 다른 전부는 命令에 위임하는 경우와 반대로 보충이 매우 미세한 정도로 행해지는 경우가 있다. 법률의 보충을 위하여 법률의 범위내에서 새로운 권리의무를 기초지우는 法律補充命令에 관하여는 일반적으로 基本法 제80조에 의하여 인정된다고 보고 있으나, 다만 그 경우에도 적어도 명확히 限定된 事項에 관해서만 인정될 수 있다.

(3) 特別命令 · 行政命令

特別命令(sonder Verordnungen)은 특별법관계의 규율을 위하여 행정기관에 의하여 발해지는 命令으로서, 이에 대하여는 긍정하는 견해와 부정하는 견해가 있다. 特別命令을 부정하는 견해에 의하면 基本法下에서는 法規命令만 인정되며, 特別命令이 基本法 제80조의 전제조건에 적합하는 경우에는 그것은 法規命令에 해당된다고 한다. 따라서 특별命令이 基本法 제80조의 규정에 의한 조건을 충족시키지 못할 경우에는 그것은 허용되지 않는다고 한다.<sup>226)</sup> 반면 이를 긍정하는 견해는 행정활동의 원활한 기능수행을 위하여 불가피한 경우에는 법치국가적으로 문제가 없는 규범의 시행시까지의 행정부의 긴급권에 의하여 과도기법으로서의 特別命令의 효력이 인정된다고 보고 있다.<sup>227)</sup>

行政命令(Verwaltungsverordnung, Dienstsanweisungen)이란 행정기관의 내부에서 행정의 조직과 활동을 규정하기 위하여 발하는 命令으로서 행정기관에 의하여 그 기능영역에서 발하는 것이라는 점에서 의회의 기능영역에서 위임에 의하여 발해지는 행정기관의 파생적 法規인 法規命令과 구분된다.<sup>228)</sup> 行政命令은 국가기능으로서의 행정에 고유한 것이며, 개별 법률의 위임에 의거하여 비로소 부여되는 것이 아니다.

(4) 緊急命令 · 非常命令

緊急命令(Notverordnungen)은 긴급시에 의회가 폐회중에 행정권의 주체

226) Hermut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 1994, S.8.

227) Hans J.Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, 10 Aufl., München 1994, S.284f.

228) F.Ossenbühl, a.a.O., S.166. 行政命令의 개념 및 구분에 관한 자세한 내용은 崔正一, 獨逸에서의 行政規則의 法的 性質 및 效力, 서울대 博士論文 1995 참조.

로부터 발해지는 것이며, 非常命令(Ausnahmeverordnung)은 이른바 독재 권에 의거하여 발해지는 것이다. 전자의 예는 1850년의 프로이센헌법 제63조에 의거한 것이 있으며<sup>229)</sup>, 후자의 예로는 바이마르헌법 제48조제2항에 의거한 것이 있다. 현행 基本法에서는 관련규정이 없다.

### 3. 委任立法의 成立要件

委任立法이 유효하기 위해서는 授權法, 즉 위임규정이 유효하며 합헌일 것을 요한다. 환언하면 수권법은 基本法 제80조에 규정된 요건을 충족하여야 하며 기타 基本法이 정하는 기본적인 헌법원리(제19조, 제20조제3항 등)에 적합하는 것이어야 한다. 아울러 이미 검토한 것처럼 수임자, 法規命令을 발할 수 있는 행정기관은 基本法 제80조제1항에 열거된 연방정부, 연방장관, 주정부에 한정되므로 이들 이외의 다른 행정기관에게 法規命令을 발하는 수권을 한 법률은 무효이며, 그에 의거하여 발해진 法規命令도 무효가 된다. 基本法 제80조제1항에는 委任立法의 성립요건으로서 "위임의 내용, 목적 및 범위"가 법률에 명확히 규정되어야 함을 규정하고 있다. 이 규정은 基本法下에 있어서 委任立法의 실체가 바이마르시대, 국가사회주의시대와 같은 전철을 밟지 않도록 하기 위한 목적으로 설정된 것이라 할 수 있다. 따라서 위임의 근거법의 일반적 내용이나 그 목적만으로부터 위임의 내용, 목적 및 범위를 도출하는 것은 불충분하고 개별 根據法規定 가운데 위임의 한계 및 목적과 아울러 규율하여야 할 대상을 내용적으로 규정할 것을 요구하는 것이다. 결국 위임의 내용, 목적 및 범위의 규정은 일의적으로 인식할 수 있도록 가능한 한 정확하게 행하여져야 하며, 이 규정이 준수되지 않는 경우에는 위임, 따라서 그에 의거하여 발해지는 法規命令은 무효가 된다.

法規命令이 유효하게 성립하기 위해서는 그 主體, 內容, 節次 및 형식등에 있어서도 법정요건에 적합하여야 한다. 그 주체에 관해서는 정당한 권한을 가지는 행정기관에 의하여 발해질 것을 요한다. 法規命令이 수권법이 정하는 수임자와 다른 기관에 의하여 발해진 때에는 당해행위는 권한위반이 된다. 이

229) 프로이센憲法 제63조 "공안의 유지 또는 비정상적인 긴급사태의 배제가 임박하여 필요한 경우 의회가 소집되어 있지 아니한 경우에 한하여 장관전체의 책임으로 헌법에 위반하지 않는 법률의 효력을 가지는 명령을 공포한다. 다만 이 명령은 의회의 직근의 회의에 승인을 위하여 즉시 제출되어야 한다".

瑕疵는 매우 중대하며 일반적으로 當該命令의 무효를 초래한다. 그 내용에 관해서는 일정한 위임의 범위내에서 내용적으로 委任과 일치하고 기타 상위법령에 저촉하지 않을 것을 요한다. 위임의 범위, 동시에 집행부의 권한의 한계는 행동의 사실상의 전제의 확정, 추구하여야 할 목적의 제시, 규율의 대상이 되는 사항의 한정, 사용되는 수단의 제한에서 존재한다. 모든 委任이 이들 제한을 전부 포함하는 것은 아니나 그 어느 하나의 제한에 대한 위반이라도 무효의 여지가 발생한다. 法規命令은 그 내용이 위임과 일치하더라도 상위규범을 폐지, 변경할 수 없으며 基本法下에서는 수권법이 이러한 폐지변경력을 위임할 수 없다. 특히 基本法 제80조제1항에서는 “法規命令은 그 法的 根據를 제시하여야 한다”라고 규정되어 있다. 수권법에 법적 근거를 제시하지 않은 命令은 내용을 고려할 필요도 없이 형식적으로 위법이며 무효가 된다. 아울러 유효한 命令이 성립하기 위해서는 基本法 제82조의 규정에 의하여 當該法規命令을 발하는 기관의 인증(Ausfertigung) 및 연방관보에 공고하여야 한다. 認證이란 당해法規命令의 문언이 그 法規命令을 발하는 기관이 확정된 내용과 일치하며 법정절차가 정식으로 법률의 규정에 의하여 행하여 졌음을 공증하는 것을 말한다.

#### 4. 委任立法의 限界

독일基本法은 바이마르헌법과 제3제국하에 있어서 授權法體制에 대한 반성으로서<sup>230)</sup> 委任立法의 요건을 제80조제1항에서 法規命令을 제정하는 권한을 위임받은 경우 법률로써 위임된 권한의 내용, 목적 및 범위를 명확히 할 것을 규정하였다. 基本法하에 있어서 委任立法의 한계에 관하여 Klein은 위임의 한계를 “構造的 限界”와 “倫理的·政治的 限界”로 나눈다.<sup>231)</sup> 前者의 구조적 한계는 두 종류이며, 그 하나는 內在的인 한계이다. 입법기관은 그 권한을 전체로서 또는 본질적 부분을 위임할 수 없다. 또한 法律變更命令이나 法律代位命令을 제정하는 권한의 위임은 제80조제1항이 法規命令(Rechtsverordnung)

230) Dieter Wilke, in: Hermann Mangoldt/Friedrich Klein(Hrsg.), Grundgesetz Kommentar Bd.III, München 1985, S.1906.

231) Friedrich Klein, *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschen Verfassungsrecht*, in: Ders.(Hrsg.), *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Rechtsstaat*, Frankfurt am Main 1952, SS.84~89.

이라는 개념을 사용하고 있는 점 및 제80조의 입법취지로부터 인정되지 않는다. 두 번째의 한계는 실정법상, 즉 간접적으로 憲法典에 근거하고 있는 것이다. 基本法 제29조제7항이나 제41조제3항과 같이 “상세는 연방법률로 정한다”라는 규정이 설정되어 있는 경우에는 그 사항의 規制는 법률에 유보되어 있으므로 이 권한의 위임은 허용되지 않는다. 倫理的·政治的 限界란 객관적인 정의나 헌법에 규정되어 있는 법치국가와 같은 국가의 헌법적 기초를 이루고 있는 것이다. 특히 입법기관과 행정기관의 권한배분에 있어서 기준이 될 수 있는 권력분립, 법률우위, 입법기관의 권한상의 우위 등 법치국가적 조직원리가 중요하며, 제80조제1항의 수권의 요건은 이들 원리에 따라야 한다고 주장한다.

다음에 委任의 限界로서 직접적으로 문제가 되는 것은 제80조제1항의 제2명제인 수권의 내용, 목적 및 범위가 명확하여야 한다는 규정으로서 통상 明確性條項(Bestimmtheitklausel)이라 부르는 부분의 해석이다. 이 명확성조항이 규정된 취지는 위임의 내용, 목적 및 범위에 명확성의 요건을 부과함으로써 命命의 內容을 법률과 결부시켜 입법부의 통제하에 두는 것이었다.<sup>232)</sup> 그러나 실제문제로서 明確性條項은 일의적으로 해석할 수 있을 정도로 명확하지 아니다. 원래 부여된 권한의 내용, 목적 및 범위란 각각 무엇을 의미하는 가를 자명한 것이 아니다. 더우기 내용, 목적 및 범위의 각각의 명확성의 기준을 설정하는 것도, 명확성에도 단계가 있으므로 결코 용이하지 않다. 특히 法律과 命命에 의하여 규정되는 내용이 점차 복잡다기하게 되고있는 만큼 더욱 곤란하다. 결국 수권의 내용, 목적 및 범위의 명확성여부의 판단은 事例別로 결정하지 않을 수 없다.<sup>233)</sup> 이 명확성조항의 해석에 관하여는 聯邦憲法裁判所의 판결이 좋은 시사를 제공하고 있어서 그에 관해 검토하는 것이 중요하다.<sup>234)</sup> 연방헌법재판소는 초기단계에서 명확성조항의 해석에 관한 몇가지 정식을 도출하였다. 우선 첫째, 自己決定方式(Selbstentscheidungsformel)이라고 부르는 것으로서 “입법자는 일정한 문제가 규제되어야 하며 그러한 규제의 한계를 확정하고

232) Ulrich M. Gassner, *Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz*, DÖV 1996, S.18f.

233) Bryde, in: v. Münch(Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, aaO., SS.238~239.

234) 이 문제를 분석한 國內文獻으로는 朴鈞旻, *行政立法에 대한 授權의 限界 -獨逸基本法 제80조제1항제2문을 중심으로-*, 韓國公法의 理論(牧村 金道昶博士古稀記念), 1993, 281面이하 및 徐元宇, *法規命令과 授權의 明確性(上)(下)*, 考試界 1983.6.7月號 참조.

그리고 규제가 어떠한 목적에 봉사할 것인가를 제시하여야 한다는 결정을 스스로 하지 않으면 안된다"라는 것이다.<sup>235)</sup> 둘째는 프로그램定式(Programmformel)이며, 그것은 "命令에 의하여 어떠한 프로그램이 달성되어야 하는가가 법률로써 명확히 정하여지지 않으면 안된다"라는 것이다.<sup>236)</sup> 셋째는, 豫見可能性定式(Vorhersehbarkeitsformel)이다. 그것은 "수권이 불확정하며 어떠한 사례에서 또한 어떠한 傾向으로서 그것이 사용되고 있는가, 그리고 授權에 의거하여 발해지는 命令이 어떠한 내용을 가질 수 있는가라는 점이 예견되지 않는 때에는 필요한 한정이 결여되어 있다"라는 것이다.<sup>237)</sup> 自己決定方式은 의회를 염

235) 관련 決定例로서는 ①법률제정권자는 일정한 문제가 규율되어야 할 것이라는 결정을 스스로 하지 않으면 안되며, 그러한 규율의 한계를 확정하고 그 규율이 어떠한 目標을 위하여 이바지할 것인가를 제시하여야 한다. 法律이 일정한 문제의 규율을 수권한다면 허용되는 수권의 조건으로서 법률이 스스로 이미 무엇을 고찰하고 무엇을 의도하고 있지 않으면 안되는 점이 제시된다(BVerfGE 2, 334). ②基本法 제80조제1항은 어떤 생활영역에 있어서 중요한 제규정을 스스로 정립할 것을 법률제정자에게 요구한다(BVerfGE 38, 83). ③基本法 제104조제1항제1문에 의하여 법률제정자는 자유형을 정하는 벌칙의 정립에 즈음하여 무엇이 처벌되어야 할 것인가를 충분한 명확성을 가지고 스스로 규정하지 않으면 안된다. 그리고 自由刑의 종류와 정도는 형식적 법률중에 확정되어야 한다. 다만 법률제정자는 형벌규성요건의 구체화를 명령정립자에게 위임할 수는 있다(BVerfGE 14,251).

236) Maunz/Dürig, Grundgesetz, Bd.2, Atr.80 Rdnr.13에 의하면 프로그램정식이라는 해석방법을 채용하면 內容, 目的 및 범위라는 개념의 각각에 관하여 의미를 명확히 하는 것이 불필요하게 되며 이 명확성조항에 관한 해석이 필연적으로 완화되게 된다고 하나, 그점은 연방헌법재판소의 판례의 변천중에 실증되고 있다. 이 프로그램정식에 관련하여 K.Hesse는 수권의 내용, 목적 및 범위의 문제가 항상 해석문제라는 점이 여하히 정당하다고 하나 이 판례는 결국 입법자가 수권을 구체화하여야 할 의무를 입법자로부터 면제할 위험을 내포하고 있다고 비판한다. 대표적인 결정례로서는 ①法律制定者는 법규명령정립을 수권받는 기관에 대하여 프로그램을 제공하여야 한다(BVerfGE 18,62). ②法定立에의 법률에 의한 수권은 명령정립자에게 프로그램 및 골격으로서 이바지하여야 하고 이바지할 수 있는 최소한도의 실질적 규율을 스스로 포함하고 있지 않으면 안된다(BVerfGE 20,270).

237) 대표적 결정례로서 ①授權은 어떠한 사안에 있어서 어떠한 방향성으로서 그것이 이용되는가 및 그것에 의거하여 정립되는 命令이 어떠한 내용을 지닐 수 있는가를 국민이 이미 예견할 수 없을 정도로 불명확하여서는 아니된다(BVerfGE 15,160). ②法治國家原理는 법률에 의한 수권에 의거한 명령의 내용이 어떠한 것일 수 있는가가 국민에게 예측가능할 것을 요구한다(BVerfGE 34,60). ③基本法 제80조제1항은 정립될 수 있는 명령의 가능한 내용이 예견가능한 것처럼 그 목적과 범위를 규정할 것을 法律制定者에게 요구한다(BVerfGE 38,83) ④命令制定者에의 수권은 무엇이 國民에 대하여 요구될 수 있는가가 그 수권에 의거한 명령에 의하여 처음이 아니라 이미 그 수권으로부터 인식가능하며 예견가능한 것처럼 명확한 것이어야 한다(BVerfGE 18,61).

두에 둔 것이며, 豫見可能性定式은 특히 국민을 염두에 두는 것인데 대하여 프로그램定式은 행정기관에 대한 命命정립에의 수권의 명확성에 관한 관심을 고려한 것이라고 생각되나<sup>238)</sup>, 이들 3자는 상호 밀접한 관련성을 가진다고 할 수 있다.

聯邦憲法裁判所는 수권법률이 명확성조항에 합치하고 있는가의 여부에 관하여 지금까지 상당수의 판결을 내리고 있으나, 초기단계에서는 위에 언급한 명확성조항의 해석에 관한 정식을 도출하여 상당히 엄격하게 해석하고 약반수의 법률을 이 明確性條項에 위반하는 것으로서 위헌판결을 내렸다.<sup>239)</sup> 그러나 1970년대이후에는 違憲判決이 나오지 않고 있다. 그 이유는 명확성조항의 해석이 완화되었기 때문이다. 그 점은 제80조제1항의 第2命題인 “법률로써 위임된 권한의 내용, 목적 및 범위를 확정하여야 한다”라는 문언의 해석의 변천 가운데 특징적으로 나타난다. 聯邦憲法裁判所는 당초는 “원칙적으로 명시적으로 어떠한 이론의 여지가 없는 명백성으로서” 그 법률중에 규정되어 있지 않으면 안된다<sup>240)</sup>라고 엄격히 해석하였으나<sup>241)</sup>, 서서히 후퇴하여 간다. 수권의 내용, 목적 및 범위에 관한 규정 그 자체가 아니라 그 法律의 다른 규정에서부터 명확히 되면 족하다고 완화하여 해석하고 나아가서는 法律의 條文 가운데 명시적으로 규정될 필요는 없고 그 법률전체의 해석을 통하여 그것이 명확히 되면 족하더라도 확대하여 간다.<sup>242)</sup> 때로는 당해법률의 범주를 넘어서 다른 法律 또

238) Horst Hasskarl, *Die Rechtsprechung des BVerfG zu Art.80 Abs.1 S.2 GG*, AöR 1969, S.111.

239) Siegfried Magieri, *Allgemeine Regelungsgewalt(Rechtsetzung) zwischen parlament und Regierung, Zur Auslegung und zur Reform des Art.80 GG*, Der Staat, Bd.13, S.18.

240) BVerfGE 2, 334f; 7, 303.

241) 解釋論의으로 판례의 경향과 같이 엄격한 해석을 제시하는 대표적인 학자로는 F.Klein 이다. 그는 “수권내용, 목적 및 한계의 규정은 명시적으로 또는 적어도 일의적으로 인식할 수 있을 뿐 아니라 가능한 한 精密하게 하여야 한다. 수권법률에 있어서 완전히 정밀한, 모든 의문을 배제하는 규정이 필요하다”라고 한다. Ders., *Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht*, in: *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat*, 1952, S.68.

242) D. Wilke, a.a.O., SS.1942~1943, Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, *Kommentar zum Grundgesetz für die BRD*, 8 Aufl., Berlin 1995, S.865. 대표적 決定例로서 ①기본법 제80조제1항제2문의 그 법률중에 규정되어야 한다는 수권의 목적, 내용 및 범위가 그 법률의 조문중에 명시적으로 규정되어야 한다는 점 및 授權規定을 해석하는 것은 허용되지 않는다는 점을 의미하고 있지 않다. 그러하지 아니하고 일반적인 해

는 國際法인 조약에 비추어 의미를 연관시켜 명확성의 근거를 구하는 방향으로 일탈하고 있다.<sup>243)</sup> 이러한 명문의 憲法規定에 저촉하는 확장해석에 대하여는 시민이 그 법률의 수권에 의거하여 어떠한 내용의 命令이 발해지는가가 예측할 수 없다고 강력하게 비판받고 있다.<sup>244)</sup>

聯邦憲法裁判所는 이와 같이 명확성조항의 해석을 현저히 완화하였으나 최근 에 이르러 통일적인 명확성의 기준을 추구하는 것을 단념하고 그에 대신하여 明確性의 基準에 단계를 부여하여 세분화하고 있는 경향을 나타내고 있다.<sup>245)</sup> 그 단계별 세분화의 기준은 제80조제1항과 基本法전체와의 관계로부터 발생한

---

석원칙이 수권규범의 해석에 관해서도 타당하다. 중요한 것은 그 규정에서 표현되고 있는 法律制定者의 객관적 의사이다. 기본법 제80조제1항제2문은 수권이 어떠한 방법으로 가능할 정도로 명확히 표현되고 있는 것을 요구하고 있지 않다. 수권은 단지 충분히 명확하지 않으면 안된다(BVerfGE 8, 312). ②基本法 제80조제1항제2문은 수권의 내용, 목적 및 범위가 그 법률의 조문중에 명시적으로 규정되어 있지 않으면 안된다는 것을 의미하지 않는다. 그것이 아니라 授權規範도 일반원칙에 따른 해석을 받아들인다(BVerfGE 28, 85).

243) 대표적 결정례로서, ①수권의 目的, 內容 및 범위의 명확화를 위해서는 어떤 규정을 해석하는데 즈음하여 다른 경우에도 그러한 것처럼 그 규범의 다른 규정과의 意味聯關 및 그 법률상의 규율이 總體로서 추구하고 있는 목표를 고려할 수 있다. 중요한 것은 수권규범의 문언 및 수권이 놓여져있는 의미연관으로부터 명확히 되는 곳의, 그 규정에서 표현되고 있는 법률제정자의 객관적 의사이다. 制定史도 특히 해석의 결과를 확인하기 위하여 참고할 수 있다(BVerfGE 8, 307). ②어떤 법률에 의한 수권의 내용, 목적 및 範圍는 다른 법규정의 지시의 도움을 빌려서도 명확히 할 수 있다. 法律制定者는 법규명령정립의 수권에 있어서 유럽공동체법상의 제규범이나 제개념도 지시할 수 있다. 共同體法과 국내법의 다양한 관련성은 공동체법의 지시를 국내법의 지시와는 달리 판단하는 것을 금지한다(BVerfGE 29, 210). ③법규명령정립에 즈음하여 추구하여야 方向性과 프로그램은 관세의 의의와 목적으로부터 및 관세법이나 관세정률법의 분야에서 독일연방공화국에 의하여 체결된 國際條約 및 協定으로부터 명확하게 된다(BVerfGE 19, 31).

244) 특히 D. Jesch는 연방헌법재판소 자신이 명언한 豫見可能性의 요구와 양립할 수 있는가를 문제시한다. 수권의 내용등에 관하여 다양한 해석이 성립할 수 있는 것이며, 최종적으로는 재판소에 의하여 올바른 해석이 확정되더라도 그동안에는 정립되는 법규명령에 대한 국민의 예견가능성은 존재하지 않게 된다고 비판한다. Dietrich Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, Tübingen 1961, S.215f. 또한 K. Hesse는 수권의 내용등의 해석을 행정기관에게 맡겨버림으로써 의회의 책임강화라는 基本法 제80조제1항제2문의 취지에 반하게 될 우려가 있다고 한다. 또한 이것은 법률제정자의 수권을 구체화하는 의무를 면하게 할 위험이 있으며, 수권의 내용등의 문제가 행정기관의 해석에 맡겨져 버린다면 기본법 제80조제1항제2문의 임무가 올바르게 이해될 수 없게 된다고 한다. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD*, 12 Aufl., 1980, S.212f.

245) U. Ramsauer, in : R. Wassermann(Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz für die BRD*, aaO., S.769.

다. 즉 한편에서 命命에 의한 규제에 관련된 사항의 헌법적 가치 내지 지위의 중요성여하에 의하여, 확인하면 基本權에의 관련성을 기준으로 명확성의 정도를 세분화하는 것이다.<sup>246)</sup> 구체적으로는 일정한 특수한 基本權에 대한 규제는 命命이 아니라 오로지 형식적 법률에 의해서 행하여야 한다(議會留保 내지 法律留保). 그 이외의 영역에서는 문제가 되는 기본권의 중요성이 높아지면 높아질수록 요구되는 명확성의 기준은 엄격하며 수권의 內容, 目的 및 범위는 엄밀하게 규정되어야 한다. 그와는 반대로 基本權의 비본질적인 침해가 문제가 되는 경우에는 명확성의 기준은 완화된다. 다른 한편 수권의 내용, 목적 및 범위에 관하여 어디까지 엄격하게 규정하는 것이 가능한가라는 實際的·法技術的인 관점이 명확성의 단계를 설정하는데 중요하다. 구체적으로는 첫째, 다양하고 급속한 경제적·사회적·기술적 변화에 대응하여 신속하게 법제정을 할 것이 요구되나 議會의 立法節次로서는 그것을 실현할 수 없는 영역이 존재할 것 둘째, 규제가 장소적, 시간적, 기술적으로 세분화되어 있어서 국가에게 본질적인 문제를 결정하여야 하는 의회에는 시간적 여유가 없을 것 셋째, 法技術的인 이유에서 수권의 내용, 목적 및 범위에 관하여 의회가 엄밀히 규정할 수 있는가라는 규범정립가능성의 문제가 명확성의 단계에 중요한 요인이 된다. 여하튼 오늘날에는 확일적이고 확정적인 기준이 되는 한계는 존재하지 않으므로 委任의 限界에 관한 이론을 구축하는데 이들 고찰은 대단히 참고가 된다.<sup>247)</sup>

246) "법률에 의한 수권에 필요한 明確性의 程度는 일반적으로 확정되는 것이 아니라, 규율되는 구체적인 영역의 특성에, 특히 基本權이 관련성을 받는 정도 및 행정에 수권되는 행위의 종류와 강도와 관련한다(BVerfGE 48, 222)".

247) 聯邦憲法裁判所의 판결은 범영역등의 차이에 의한 수권에 필요한 明確性에 관하여 벌칙을 정하는 법규명령, 침해적인 법규명령, 수익적인 법규명령의 3단계로 나누고 있다. 즉, "수익적인 행위에 대한 수권의 법률상의 明確性의 정도에 대한 요구는 침해수권의 경우보다 적다(BVerfGE 48, 222)"라고 하고, "기본법 제80조제1항제2문의 적용에 즈음하여 侵害法律에 있어서 수권규범의 내용적 명확성에 특히 엄격한 요구를 과하는 것은 정당하다(BVerfGE 7, 301)", "기본법 제80조제1항제2문의 요구는 負荷的인 規範에의 수권의 경우에는 수익적 규율에의 수권의 경우보다도 엄격하다(BVerfGE 23, 73)", "侵害法律 그리고 특히 刑罰法律에 관해서는 수권규범의 내용적 명확성에는 엄격한 요구가 부과되어야 한다(BVerfGE 14, 185)"라고 판시하고 있다. 이것은 물론 판결중에서 명시되고 있는 내용으로부터 얻어진 귀결이며, 基本法 제80조제1항제2문의 구체적인 적용에 즈음하여 기타 다른 요소가 실질적으로 고려될 수 있다. 자세한 내용은 D.Jesch, a.a.O., S.216f 참조.



## 5. 再委任의 問題

再委任(Subdelegation)을 허용할 것인가에 대하여 위임자의 명문에 의한 위임이 없으면 재위임은 원칙적으로 인정되지 아니하며, 明文의 委任이 없는 재위임은 법적으로 효력이 없다는 견해가 지배적이다. 基本法 제80조제1항에서는 “위임받은 권한을 재위임할 수 있음을 법률이 규정하고 있는 때에는 위임받은 권한의 위임을 위한 法規命令이 필요하다”라고 하여 재위임을 원칙적으로 허용하고 있다. 이 경우 첫째, 授權받은 권한을 양도하기 위해서는 당해 법률에서 이를 규정하고 있거나 연방의 다른 법률을 통하여 전체적, 부분적 또는 보충적으로 위임을 허용하고 있는 것으로 인식할 수 있는 경우에 한하여 인정된다. 둘째, 재위임은 法規命令에 의하여 부여하여야 한다. 따라서 재위임은 行政命令이나 행정행위에 의하여 부여할 수 없다.<sup>248)</sup> 결국 基本法 제80조제1항의 재위임의 문언은 입법자에게 원칙적으로 再委任의 可能性에 대한 입법재량권을 부여하는 한편 그에 상응하여 법률에 의하여 권한을 위임받은 첫번째 위임자에게 재위임에 관한 선택권을 부여하고 있는 것이다. 재위임의 문제와 관련하여 聯邦政府, 聯邦長官 상호간에 상위서열에 있는 기관이 하위서열에 있는 기관에게 그 권한을 재위임하거나 주정부상호간에 상위서열의 주가 하위서열의 주에게 권한을 재위임하거나 또는 연방의 장관이 주에게 권한을 재위임하는 등은 원칙적으로 인정되지 아니한다. 재위임에 의하여 上位法에 규정된 권한을 침해하거나 상위법의 범위를 초과하여 권한을 확장 또는 변경하는 것은 인정되지 아니한다.

## IV. 委任立法의 制定節次

독일에서의 委任立法의 제정절차는 법률의 제정절차와 대동소이하다. 聯邦政府內의 입법과정 -헌법상의 입법절차의 개시에 이르기까지의 法律案의 계획과 작성- 은 “聯邦政府職務規則(Geschäftsordnung der Bundesregierung : GOBReg.)”과 “聯邦各部職務通則 제1부(Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, Allgemeiner Teil : GGO. I)”와 “同 職務通則 제2부(Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien, Besonderer

248) M. Sachs(Hrsg.), a.a.O., S.1331.

Teil : GGO. II)"등에서<sup>249)</sup> 草案의 작성, 준비작업의 共同處理 및 입법계획에 대한 이해관계단체의 意見聽取에 관하여 상세하게 규정하고 있다. 특히 委任立法인 法規命令과 行政命令의 작성에 관하여는 GGO. II 제65조이하에서 상세히 규정하고 있다.

### 1. 草案의 作成

實務에 있어서는 입법의 계획, 즉 어떤 材料가 법률로서 규제되어야 할 것인가의 여부에 관한 결정은 중요한 경우에는 政府에 의해서 수행된다. 대개는 政府의 一般施政方針에 의거하거나 또는 執行府의 행정의 필요나 현실의 경제적·사회적 요청, 利害關係團體나 독립의 전문가단체의 제안에 의거한다.<sup>250)</sup> 委任立法의 경우에도 입법의 예비작업, 즉 재료의 수집과 어떤 재료를 규제하는 基本原理의 작성 등은 管轄部處의 입안에 맡겨지며, 일반적으로 수권법률의 근거규정에 의하여 수권법률을 소관하는 담당 부서에서 제정하게 된다. 草案의 작성은 주로 개별 소관부처에서 參事官(Ministerialreferenten)에 의해서 수행되며, 이를 실무에서는 "참사관초안(Referentenentwurf)"이라고 한다.<sup>251)</sup>

249) GGO. I 은 일반행정기관의 事務指針으로서 각부의 조직·구성·업무배분 및 지침 등 일반적인 내용을 규정하고 있으며, GGO. II는 法制事務에 관한 사항을 상세히 규정하고 있다. 그러나 이 規則은 법규범의 성격을 지니는 것이 아니라 단순한 內部的 行政命令(interne Verwaltungsanordnung)에 불과하다. Klaus König, *Gesetzgebungsvorhaben im Verfahren der Ministerialverwaltung*, in : Willi Blümel/Detlef Merten/Helmut Quaritsch(Hrsg.), *Verwaltung Im Rechtsstaat*, Festschrift für Carl Hermann Ule, Köln/Berlin/Bonn/München 1990, S.125f.

250) Ulrich Karpén, *Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland*, *Zeitschrift für Gesetzgebung(ZG)* 1991/4, S. 23.

251) Rolf Herber, *Die Vorbereitung eines Gesetzentwurfs innerhalb der Bundesregierung*, in : Werner Maihofer/Gustaf Lindencrona/Rolf Herber/Mans Jacobsson/Wolfgang Zeh/Björn Edqvist, *Theorie und Methoden der Gesetzgebung*, Frankfurt am Main 1983, S. 31~40; Fritz Ossenbühl, *Verfahren der Gesetzgebung*, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), *Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd III, aaO., S.351~385.

## 2. 事前協議

委任立法의 제정에 있어서도 법률의 제정과정과 기본적으로 동일하며, 모든 경우에 모든 관계관청에 통지를 하고 豫備作業에 참가시킬 수 있다(GGO. II 제23조1항). 憲法의 解釋이 문제가 되는 때에는 연방내무부와 연방법무부가 관여하며(GGO. II 제23조2항의2), 聯邦財務部는 또한 연방, 란트, 또는 게마인데(Gemeinde)를 위한 經費가 문제가 되는 모든 경우에 참가할 수 있다(GGO. II 제23조2항의8). 의견이 일치되지 않은 경우에는 특히 소관부서간에 관할이 다툼이 있는 때에는 閣議가 결정한다(GGO. II 제23조3항). 법안의 예비작업으로서의 사전협의단계에서는 나아가 專門家集團 및 團體(Fachkreise und Verbände)에 의한 의견이 중요하다.<sup>252)</sup> 이러한 단체는 연방정부 각부처에 설치되며, 주로 執行部의 전문관청에 학문적 조언을 부여하는 임무를 지닌다.<sup>253)</sup> 이해관계단체의 대표자와의 협의는 원칙으로 이미 당해소관부처의 관할부서의 참사관초안작성의 豫備作業에 즈음하여 -초안이 각의나 입법기관에 송부되기 직전에- 시작된다. 그러나 이해관계단체가 입법계획 및 초안작성에 미치는 영향은 실무적으로 사회정책적인 의의를 지닌 立法計劃을 조기에 공표하고 法曹界의 학문적 토의에 맡긴다는 집행부의 전통적인 관행에 의해서 광범한 범위에서 조정되고 있다. 이와 같이 집행부가 관계의 전문가들에게 非公式의으로 상담하는 것은 헌법외의 立法過程의 중요한 요소이다.<sup>254)</sup> 학계 및 이

252) Klaus Leonhardt, *Vom Gesetzgebungsauftrag bis zu Gesetzesverabschiedung*, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), *Praxis der Gesetzgebung*, Ein Lehr-und Lernhilfe, Regensburg 1984, S. 55f.

253) 입법준비에 대한 制度化된 規制가 없기 때문에 제단체나 이해관계단체가 관료 및 의원의 立法計劃에 많은 영향을 미치고 있다. 이러한 국가의사형성의 憲法外의 方式에서 특징적인 것은 입법준비에 대한 이해관계단체의 助言的 協力이다. 이 비공식이기는 하나 무시할 수 없는 이해관계단체의 協力は 각부관료의 차원에서 집행되는 통상적인 業務에서 행해질 뿐아니라, 의회의 委員會에서의 입법준비에 있어서도 나타나고 있다. 또한 이 협력은 단순히 利害關係團體가 일방적으로 요구하는 것이 아니라, 의원도 또한 대답하는 利害의 범위와 중요성을 명확히 하기 위하여 이것을 희망한다는 점이다. Hermann Hill, *Impulse zum Erlaß eines Gesetzes*, DÖV 1981, S.492f.

254) Hans Schneider, *Gesetzgebung*, 2 Aufl., Heidelberg 1991, S.83. 이러한 憲法外의 立法過程에서 중심적 지위를 차지하는 것은 이미 1960년이래 존속하는 독립의 제도, 즉 獨逸法曹會議(Die Deutsche Juristentag)이다. 이 조직은 법조의 직에 있는 자의 비정치적인 단체로서, 그 목표로서 표명되고 있는 것은 立法의 필요성과 가능성의 검토에 의한 法의 發展이다. 독일법조회의는 본래는 단순히 구속력이 없는 권고를 하는데 불

해관계단체와의 共同作業에 의해 작성된 소관부처의 "참서관초안"은 나아가 일반적 이익에 관한 計劃, 또는 특별히 중요한 계획이 취급되고 있는 한 보통은 公開되어 모든 관계단체의 전문적 비판을 받는다. 立法計劃의 이 공개토의는 강력한 영향력을 지닐 수 있는 것이므로 學問的 公開性이 입법을 통제하는 기능을 하고 있다고 일컬어질 정도이다. 이들의 전문적 비판은 정부안작성전에 모든 관계단체에 작성된 法案에 존재하는 곤란한 그리고 자주 다루어진 문제에 관한 태도를 決定하는 기회를 부여한다. 이 專門家團體의 임무, 선정방식에 관해서는 자주성을 부여받고 있으나(GGO. II 제24조1항), 政治的으로 중요한 의미를 가지는 사안에 관해서는 事前에 연방수상의 결정을 받아야 한다(GGO. II 제24조2항). 이들의 제안이 어느 정도 採用되는가는 당해 부처의 재량에 맡겨지고 있다.

그리고 초안을 작성하기 전에 대개는 州의 관할부처와 연락이 진행된다(GGO. II 제25조). 그곳에서 法案의 공동처리의 의논이 진행되어 공통의 豫備草案이 작성될 수도 있다. 때로는 주 및 연방의 관계부처의 전문참사관에 의해서 共同委員會가 결성되어 그 심의의 결과 공동제안이 행해지는 경우도 있다. 그리고 相關상임위원회의 의원이나 정당과의 사전협의과정을 거치는 경우도 있다(GGO. II 제27조). 최근에는 까다로운 法律의 재료를 준비하기 위하여 특별한 작업절차 -연방정부·각주 및 연방의회의 대표자가 共同審議를 위한 하나의 共同委員會(Arbeitskreis)를 결성하는 방법- 가 진행되고 있다.<sup>255)</sup>

과하다. 그러나 사실상은 이 制度는 오랜 전통가운데 독립한 立法助言者로 발전하여 입법기관의 임무를 장려하고 立法計劃作成에 있어서 입법기관을 원조한다. 그러나 學界가 입법준비를 협동하여 수행하는 것은 독일법조회의만에 의한 것은 아니다. 각부의 행정은 이미 法政策的인 評價에 있어서 필요한 재료의 선별과 사실의 조사에 즈음하여 독립의 學問的 專門委員會를 참가시키는 것이 상례이다. 이 점에 관하여 중요한 영향력을 미치는 것이 "獨逸研究協議會(Der Deutsche Forschungsrat)"이다. 이 연구협의회는 행정상의 제도가 아니라 "독일의 研究를 대표"하기 위한 자율적인 학술기관이다. 대개 독일학술의 대표자로 부터 이루어진 이 단체는 입법과 행정의 국가적 조치가 학문적 인식에 의거하여 하여야 하는 모든 問題에 있어서 연방정부에 조언을 부여할 것을 임무로 하고 있다. 물론 연구협의회는 제안은 聯邦政府를 구속하는 것이 아니다. 그러나 연구협의회는 스스로의 제안과 권고가 그때 그때에 어떻게 취급되는가를 추후 檢討할 수 있다. 관할의 연방관청이 研究協議會의 제안을 거부한 때에는 거부의 이유를 밝힐 수가 있는 것이다. 그 외에 比較法을 위해서는 원칙으로 독립의 연구소의 감정도 구한다. 나아가 장기간에 이르는 立法計劃에서는 누구의 지시도 받지 않는 專門家의 위원회가 설치된다.

255) 이러한 共同審議會는 법률안이 연방참의원과 연방의회에서 거쳐야 할 과정을 평탄하게 하며, 兩院의 본회의와 위원회의 심의를 단축하기 위해서도 바람직하다. 즉, 共同

그러나 특별한 준비위원회가 설치되는가의 여부, 專門家의 의견을 청취할 것인가의 여부, 전문가의 제안이 어느 정도 採用될 것인가의 여부는 관할각부처의 裁量에 맡겨진다. 각부처의 관료에 의해 완성된 참사관초안은 聯邦의 관계관청의 승인을 얻는데 원칙으로 주의 政府에 그 태도결정을 요구하기 위하여 송부된다. 초안이 주의 이해에 관한 경우에는 이 節次는 強行的으로 규정되기도 한다(GGO. II 제26조). 原案은 최종 결정을 위해 각의에 제출되기까지는 주의 제안에 의거하여 자주 변경되는 것이 상례이다.

### 3. 聯邦法務部の 審査

최종적인 草案은 사전에 두가지의 심사를 통과한 경우에만 확정한다. 두가지의 심사란 “法の 形式性”을 심사하기 위한 연방법무부와(GGO. II 제38조), 言語上의 表現方式을 심사하기 위한 사단법인 독일언어협회(Gesellschaft für deutsche Sprache)이다(GGO. II 제37조). 이들 절차가 완료한 후에 비로소 초안은 聯邦內閣에 송부된다. 독일에서는 行政府內에서 법제업무를 수행하는 독립된 법제기구가 없으나, 각부처에서는 法制業務를 전담하는 전문가들이 일차적으로 법제업무를 수행하고, 聯邦次元에서의 총괄적이고 최종적인 법제업무는 聯邦法務部가 수행한다. 한편 독립된 법제기구는 없으나 앞서 살펴본 바와 같이 獨逸에서는 행정부의 立法節次의 개시에 이르기까지의 법률안의 계획과 작성에 관한 사항을 규정하는 聯邦政府職務規則, 聯邦各部職務通則 제1부 및 제2부 등이 있어서 모든 행정업무 및 법제업무의 原則·方法·節次를 통일하여 조화롭게 도모하고 있다. 아울러 聯邦法務部는 소관업무범위내에서의 입법준비 뿐 아니라 모든 연방정부의 법률안에 대하여 形式性審査를 행하는 권한을 가지고 있다.

각부처에서 작성되는 法令案은 사전에 각부처에 마련되어 있는 法令立案審査基準表(Prüftabelle für den Test von Gesetzentwürfen)에 의거하여 필요성, 적합성, 실현가능성, 有用性和 비용 및 市民에 대한 친숙도 등에 관하여 정밀하게 檢討된 후에 작성된 것이다. 또한 聯邦次元에서도 이러한 심사기준표를 설정하여 입법에 만전을 기하고 있다.<sup>256)</sup> 어떻던 法令案이 聯邦政府의 의

審議會가 일치하여 법률안을 작성한 경우에는 이 법률안은 의회의 諸會議의 개별적 심의를 필요로 하지 않고 본질적·기본적인 변경이 행해지는 것 없이 채택되기 때문이다. H.Schneider, a.a.O., S.83.

256) 聯邦 및 각란트에서의 法令立案審査基準表에 관한 것은 Joachim Vollmuth.

결을 위하여 제출되기 전에 동 法令案은 聯邦法務部에 의하여 聯邦政府의 통일적 의견의 집합으로 될 수 있게 하기 위하여 法形式性審査(Rechtsförmlichkeitsprüfung)를 받아야 한다.<sup>257)</sup> 연방법무부에 의한 법형식성심사는 必要性審査(Erforderlichkeitsprüfung), 合憲性審査(Verfassungsmäßigkeitsprüfung), 理解性審査(Verständlichkeitsprüfung) 및 統一的 形成(einheitliche Gestaltung) 등에 중점적으로 심사를 행하며, 이 심사는 審査擔當官(Mitprüfungsreferaten)에 의해서 행해진다.<sup>258)</sup>

#### 4. 法案의 確定 및 聯邦議會에의 送付

법안의 초안이 확정되면 초안에는 법안을 제안하기에 이르러 動機와 그 지도 원리 및 목적이 명시된 理由書를 첨부한다(GGO. II 제66조). 이유서는 命令이 그 자체로 쉽게 이해할 수 없거나 이유서의 첨부가 목적에 적합하다고 인정되는 경우에 첨부한다. 특히 聯邦參議院의 동의를 요하는 命令, 공공의 예산에 재정적 영향을 미치거나 개별가격, 가격수준, 소비자물가에 영향을 미치는 命令은 반드시 이유서를 첨부하도록 하고 있다. 또한 두 개이상의 법률적 근거에 의하여 정립되는 命令인 경우에는 그 이유서에 개별 命令規定이 어떠한 법적 근거에 의거하고 있는가를 제시하여야 한다. 이 이유서의 첨부는 기관상호간의 관계 내지는 기관내부의 관계를 염두에 둔 절차라고 할 수 있으며, 수범자인 일반국민을 대상으로 하는 것이 아니다. 초안을 法規命令案으로서 제출한다는 聯邦政府의 결정에 의해 헌법이전의 입법과정은 종료한다. 아울러 후술하는 바와 같이 基本法 제80조제2항은 독일이 연방제를 채용하고 있음에 비추어 일정한 法規命令의 경우에 연방참의원의 동의를 얻을 것을 필요로하고 있다. 그 이

*Prüffragenkataloge als Instrument der Bedarfs und Wirkungsprüfung*, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), Praxis der Gesetzgebung, aaO., S. 178~199; H. Schneider, a.a.O., S. 426~428; 朴英道·朴秀憲(共譯), 獨逸의 法令審査基準表, 法制研究 제3호, 1992, 185~200面 參照.

257) 法形式性審査의 구체적 내용에 관한 것은 Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*, Köln 1991, S.23f; Ludwig Göbel, *Rechtsförmlichkeit in der Bundespraxis*, in: Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), praxis der Gesetzgebung, aaO., S.104~114 參照.

258) 자세한 것은 Werner Huger, *Gesetz - Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung*, Baden-Baden 1983; Klaus König, *Zur Überprüfung von Rechtsetzungsvorhaben des Bundes*, in: Dieter Grimm/Werner Maihofer(Hrsg.), *Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik*, Opladen 1988, S.171~183.

외의 경우에도 구체적인 수권법률에 의하여 法規命令의 公布前에 연방의회 또는 연방참의원의 동의를 얻을 것을 규정하고 있는 경우가 있다.

연방정부가 제출하는 法規命令으로서 연방참의원의 동의를 요하는 경우에는 연방정부는 연방수상청(Bundeskanzleramt)을 경유하여 聯邦參議院에 이를 제출한다. 연방장관이 제출하는 法規命令으로서 연방참의원의 동이가 필요한 경우에는 내각의 관할장관의 재가를 얻어 연방참의원에 제출하거나 연방수상청이 원본5부를 연방참의원에게 제출한다. 이 경우 연방수상청은 원본의 인쇄물을 사전검토하여 연방참의원에게 송부한다. 연방참의원은 제출된 法案에 명백한 오류가 있거나 오식이 있는 경우에는 즉시 그 법문을 내각에 통보한다. 연방수상청은 연방참의원에 법안을 제출하는 경우에 내각에 보고하여야 한다(GGO.Ⅱ 제69조). 연방참의원이 동의를 요하는 法規命令에 대하여 개정을 동의한 경우에는 연방정부는 연방참의원의 개정동이에 상응한 개정안을 제출할 것을 결정할 수 있으며, 이 경우 內閣은 개정동의를 반영한 개정안을 연방참의원에 제출한다. 연방정부가 연방참의원의 동의에 따르지 않기로 결정한 경우에는 새로운 改正案을 다시 제출하거나 제출된 안에 대하여 撤回할 수 있다(GGO.Ⅱ 제70조).

### 5. 署名 및 公布

송부된 법안은 그 최종확정을 위하여 연방법무부에 원본을 제출한다. 命令案의 원본에는 연방참의원의 동의를 요하는 경우에는 同意를 거쳤는지의 여부 및 연방참의원의 개정동이가 있는 경우에 연방정부가 조치한 내용, 연방정부가 제출한 命令案에 대한 내각의 결정여하, 연방장관이 제출한 경우에는 당해장관의 署名捺印 등이 포함되어야 한다. 연방정부가 제출한 命令案에 대하여는 연방수상 또는 내각으로부터 권한을 위임받은 자가 서명하며, 연방장관이 제출한 命令案에 대하여는 당해 聯邦長官이 서명한다. 命令안이 다수부처와 관계하여 제출된 경우에는 해당 부처의 장관이 전부 서명한다(GGO.Ⅱ 제73조). 완성된 原本은 연방수상청을 경유하여 연방법무부가 연방관보에 공포한다. 命令은 연방관보(Bundesgesetzblatt 또는 Bundesanzeiger)에 공포되며, 法規命令의 공포에 관한 법률(1950.1.30, BGBI. S.23)에 의하여 揭示板등에 공포할 수 있다. 일반적 행정命令은 연방관보(Bundesanzeiger)나 행정기관의 機關會報(Amtsblatt)에 공포할 수 있다. 또한 자의적인 것이 아닌 한 다른 수단

을 통하여 공포할 수도 있다(GGO. II 제86조). 연방관보, 기관회보 또는 다른 수단에 의한 공포의 경우에는 전문이 게재되도록 하여야 하며, 연방관보의 판매처에는 그 관보의 표제가 제시되도록 비치하여야 한다.

## V. 委任立法의 統制

### 1. 立法府에 의한 統制

독일에서는 의회에 의한 통제의 문제는 法規命令의 공포에 즈음한 입법부의 협력(Mitwirkung)이라는 주제하에서 논해지고 있다. 이 경우 독일에서의 논의의 특색은 구체적인 法規命令에 대한 다양한 방법의 立法府의 협력제도가 현실로 어떠한 기능을 거두고 있는가라는 실증적인 연구가 아니라 단순히 그들 제도에 관한 理論的인 研究에 그치고 있다는 점이다. 결국 독일에서의 法規命令에 대한 입법부의 통제제도는 "의회는 시간적, 기술적인 부담을 경감하기 위하여 행정부에게 맡긴다는 委任立法의 취지로부터 고찰한다면 입법부의 협력을 정치적, 경제적으로 중요한 의미를 가지는 본질적인 경우에 제한하고 중요도가 낮은 경우에는 입법부의 협력을 요구하지 않는 편이 바람직하다"<sup>259)</sup>라고 한다. 통상 입법부의 協力の 형식으로서 동의, 청문, 제시 등이 존재하나 이들 형식 중 어느것을 채용할 것인가는 수권법률에서 규정하고 있다.

#### (1) 同意權의 留保

基本法 제80조제2항은 독일이 연방제를 채용하고 있음에 비추어 일정한 法規命令의 경우에 연방참의원의 동의를 얻을 것을 필요로 하고 있다. 그 이외의 경우에도 구체적인 수권법률에 의하여 연방의회, 연방참의원 나아가서는 동의 절차의 간소화를 위하여 연방의회의 委員會의 동의를 요구하는 경우가 있다. 연방의회 및 연방참의원의 동의를 요구하는 것은 憲法으로 해석되고 있으나<sup>260)</sup>, 연방의회의 위원회의 동의를 요구하는 것에 관해서는 當該委員會가 독립한 의결기관이 된다는 점을 이유로 위헌이라는 견해가 있으며<sup>261)</sup>, 또한 연

259) Albert Hüser, *Die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften an dem Erlass von Rechtsverordnungen*, Göttingen 1977, S.203f.

260) Mangoldt-Klein, a.a.O., S.1938.; Bryde, a.a.O., S.231.

261) F.Klein, a.a.O., S.103.



방헌법재판소에서 1955년 7월 7일의 결정에서 위헌판단을 내렸다.<sup>262)</sup> 동에는 法規命令이 공포되기전의 동의(사전동의)와 공포된 후의 동의(사후인가)가 있으며 그것도 수권법률이 규정하는 바에 따른다. 연방의회의 동의는 수권법률이 규정되어 있다면 모든 法規命令에 대하여 과하는 것이 가능한가 또는 일정영역의 法規命令에 한정되는가라는 문제가 있다. 한정설은 1958년 11월 12일의 연방헌법재판소의 판결에서 제기되었다. 즉, “事案의 중요성으로 인하여 命令의 공포에의 본질적인 영향을 유보한다는 입법자의 정당한 이익이 존재하는 경우”에 同意權의 留保를 한정할 수 있다라고 하였다.<sup>263)</sup> 이 한정설은 많은 사람들에 의하여 지지되고 있으나, 그에 대하여 정당한 이익, 중요한 이익이라는 개념이 애매하며 기준이 불명확하다는 비판적인 견해도 주장되고 있다.<sup>264)</sup> 同意權의 留保라는 제도의 존재이유는 입법부에 있어서는 행정부에 의한 法規命令의 제정에 영향을 미치게하려는 것이며, 행정부에게는 사후에 입법부에 의하여 취소되거나 수정되는 것을 회피하기 위한 것이다. 이 제도가 다른 형식의 입법부의 協力制度에 비하여 가장 효과적인 것은 부정할 수 없으나, 다만 이 제도의 합목적성에 관해서는 의문이 있다. 그 이유는 法規命令에 대하여 연방의회의 동의를 요구하는 것은 시간적으로도 기술적으로도 의회의 부담경감이라 할 수 없고 委任立法의 본래의 제도목적에 반한다고 생각하기 때문이다.<sup>265)</sup> 法規命令에 대한 의회의 협력의 형식중에는 이 동의권의 유보가 가장 널리 이용되고 있다.<sup>266)</sup>

基本法 제80조제2항에 의하여 연방참의원의 동의를 요하는 法規命令은 ①우편제도 및 원거리통신의 시설이용에 관한 원칙과 요금, 연방철도의 시설이용에 대한 대가의 징수원칙, 철도건설 및 경영에 관한 연방정부 또는 연방장관의 法規命令이다. 이것은 내용을 조건으로 동의를 요하는 命令(inhaltsbedingten Zustimmungsvorordnungen)으로서 바이마르헌법 제88조제3항 및 제91조

262) Klaus Grupp, *Zur Mitwirkung des Bundestages bei dem Erlass von Rechtsordnungen*, Deutsches Verwaltungsblatt 1974, SS.180~181.

263) A. Huser, a.a.O., S.122.

264) A. Huser, *ibid.*, S.123f. Gebhard Ziller, *Zustimmung von Bundestag und Bundesrat zu Rechtsverordnungen*, Deutsches Verwaltungsblatt 1963, S.796.

265) Stefan Studenroth, *Einflussnahme des Bundestages auf Erlass, Inhalt und Bestand von Rechtsverordnung*, DÖV 1995, S.535f.

266) A.Huser, a.a.O., S.96.

의 규정에 유래하는 것이며, 그 숫자는 그다지 많지 않다. ②연방참의원의 동의를 요하는 연방법률에 의한 法規命令이다. 이것은 연방참의원의 동의를 요하지 아니하는 법률(Einspruchsgesetz)이 아닌 이른바 동의법률(Zustimmungsgesetz)에 의하여 발해지는 法規命令에 대하여는 연방참의원의 동의가 필요하다. 동의법률은 연방의회 의결과 함께 聯邦參議院의 동의를 필요로 하는 법률로서 聯邦的法律(föderatives Gesetz)이라고 일컬어진다. 이 법률은 란트의 高權(Hoheitsrecht)에 관한 법률이다. 基本法 제84조1항에 의하면 란트는 연방법률을 고유의 사무로서 집행하는 경우에는 聯邦法律이 연방참의원의 동의를 얻어 별도의 정함이 없는 한 관청의 조직 및 행정절차를 규율한다. 따라서 란트가 固有의 事務로서 집행하는 연방법률은 그것이 란트의 관청의 조직 및 행정절차를 규율하는 경우에는 聯邦參議院의 同意를 필요로 하게 된다. 이 이른바 동의를 요하는 법률은 다른 보통의 법률에 우월한다. 그러나 基本法에 의하면 연방이 입법권을 가지는 영역에 있어서 연방에 새로운 임무가 발생한 경우에 연방고유의 중급 및 하급의 관청의 설치에 관한 法律도 동의를 요하는 법률로서 열거할 수 있다(제78조3항). 나아가 그 전부 또는 일부가 각란트 또는 게마인데의 수입이 되는 租稅에 관한 聯邦法律(제105조3항), 그것에 의해 聯邦이 소득세 또는 법인세의 일부를 요구하는 聯邦法律(제106조4항)도 연방참의원의 동의를 필요로 한다. 이 규제는 란트의 權利를 옹호하려는 것이다.<sup>267)</sup> 이러한 동의법률에 의하여 제정되는 사안은 연방과 주의 관계설정을 위한 것이므로, 이들 법률에 의하여 정립되는 法規命令에 대하여는 입법기술적으로 통일성을 도모할 필요가 있으므로 연방참의원의 동의를 요하게 하는 것이다. ③연방법률에 의하여 주가 연방의 위임 또는 고유사무로서 집행하는 法規命令은 연방법률에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고 연방참의원의 동의를 요한다. 이 法規命令은 그 숫자면에서 매우 많으며, 法規命令가운데 중요한 비중을 차지하고 있다.

267) 그런데 聯邦參議院은 법률의결을 접수한 후 3주 이내에 법률안의 合同審議를 위하여 연방의회 및 연방참의원의 의원으로 조직된 委員會(양원협의회)의 소집을 요구할 수 있다. 聯邦參議院의 동의를 필요로 하는 법률의 경우는 연방참의원의외에 연방의회 및 연방정부는 기본법 제77조2항에 따라 兩院협의회의 소집을 요구할 수 있다. 이러한 방법을 거쳐 법률안은 어떠한 경우에도 철저히 심의된다. 연방참의원의 동의를 얻지 않으면 안되는 법률이 성립하는가의 여부는 聯邦參議院이 이에 동의하는가의 여부에 달려있다.

## (2) 聽聞

의회의 본회의 또는 위원회에서의 청문(Anhörung)이 있다. 수권법률에 의하여 이 청문이 요구되는 사례는 그다지 많지 않으나, 聽聞制度의 존재이유는 동의와 마찬가지로 입법부에게는 자신의 의향을 法規命令에 반영할 수 있으며, 행정부는 사후 法規命令이 의회에서 취소되는 것을 회피하기 위한 것이다. 이 제도의 정신에 비추어보면 다수인의 본회의보다는 위원회에서의 청문이 적당하다. 본회의나 委員會에서 이의 또는 제안에 행정부는 구속되지 않으며, 그에 따를 것인가의 여부는 행정부의 자유이다.<sup>268)</sup>

## (3) 提出

法規命令을 일정기간내에 의회에 제시하는 것을 수권법률이 요구하는 제도이다. 이것은 이미 살펴본 영국의 제도를 모방한 것이나, 여기에는 單純提出(einfache Vorlage)과 特別提出(qualifizierte Vorlage)의 두가지가 있다. 단순제출은 단순히 일정기간내에 法規命令을 의회에 제출할 것만을 요구하는 절차이며, 그 이상의 절차에 관하여는 아무런 규정이 없다. 이 제도의 목적은 의회의 議員에게 法規命令의 존재를 알리게 하여 그 주의를 환기하는데 있다. 만약 의회가 제출된 法規命令에 이의가 있다면 의회의 단순결의에 의하거나 또는 입법에 의하여 그 이의를 행정부가 인정하도록 하는 것도 가능하다. 의회의 단순결의 그 자체는 행정부에 대하여는 구속력이 없으며, 단순한 지시권(Weisungsrecht)으로 이해한다.<sup>269)</sup> 이와 같이 단순제출은 法規命令의 효력 그 자체에는 직접 관계가 없고 단순히 간접적인 영향력을 가지는 제도이다.

特別提出은 단순제출과 달리 의회가 法規命令의 공포후 일정기간내에 이를 폐지하는 권한을 유보한 절차이며<sup>270)</sup>, 의회가 폐지결의를 한 경우에는 행정부는 이 결의에 구속되는 제도이다. 이 특별제출은 의회의 통제라는 관점에서 보는 경우 효과적이라고 할 수 있다. 이 특별제출과 단순제출의 제도의 실태에 관한 것은 그다지 명확하지 않다.

268) K.Grupp, a.a.O., S.181.

269) A.Hüser, a.a.O., S.135.

270) K.Grupp, a.a.O., S.180.

## 2. 行政府에 의한 統制

독일에서의 委任立法에 대한 行政府자체의 통제수단으로는 基本法 제80조에 명시된 法規命令에 대한 법적 근거의 제시 및 이미 살펴본 바와 같이 연방각부 직무통칙상의 각종 사전협의절차 등이 대표적이다. 그러나 연방각부직무통칙상의 專門家의 참여제도나 이해관계단체와의 事前協議制度 등은 구속력이 있는 것은 아니며, 개별법률에서 法規命令의 제정시에 이들 제도를 부분적으로 활용하고 있을 따름이다. 독일에 있어서 委任立法의 행정적 통제수단으로서의 사전절차제도가 미흡한 이유로는 여러 가지를 지적할 수 있으나, 첫째로는 行政節次制度는 원래 이해관계인의 권익을 사전적으로 보호하는 제도로 발전하였으며 따라서 이해관계인의 권익에 구체적으로 영향을 미치는 행정처분절차의 參與가 주로 문제가 되었으나 일반적·추상적 규범정립의 절차는 이해관계인의 권익에 개별구체적인 영향을 미치지 아니하는 것으로 인식하여 행정입법절차에의 참여를 그다지 문제시하지 않았다는 점, 둘째로는 委任立法에 관한 논의에 있어서도 의회의 권한옹호를 중시함으로써 그 실체적 기준의 관점에서 委任立法의 한계에 중점을 둔 결과 행정입법은 예외적인 것으로서의 지위를 가지게 된 점, 셋째로는 행정입법절차에 대한 인접학문과의 연대를 소홀히 한 점등을 지적할 수 있다.<sup>271)</sup> 그리하여 연방행정절차법에서도 行政立法節次에 대하여는 침묵을 지키고 있으며, 단지 행정행위와 행정계약 및 계획확정절차에 중점을 두고 있는 실정에 있다.

그러나 이러한 종래의 입장에 대하여 최근 獨逸에서도 사전절차로서의 행정입법절차에 대하여 많은 관심을 표명하고 있으며, 최근에 성립한 개별법률에서도 委任立法에 대한 다양한 사전절차제도를 규정하고 있는 경향에 있다. 그 주된 이유로서는 우선 委任立法의 관념에 대한 인식이 달라진데 있다. 즉, 종래 독일에서는 委任立法을 실질적 의미의 법률이라고 하는 용어법에서 제시되고 있는 것처럼 委任立法을 법률의 변종으로 이해하여 왔으나, 최근에 이르러서는 委任立法도 행정의 행위형식의 하나로서 인식하고 있다는 점이다. 그리하여 基本法 제80조의 규정도 委任立法의 한계규정으로서 파악하는 것이 아니라 法規命令이라는 형식에 착안하여 법률의 근거를 요청하는 규정으로 이해하고 있다.

271) 자세한 논의는 趙泰濟, 獨逸에서의 行政立法節次에 관한 論議, 現代行政法學理論(佐齊 李鳴九博士華甲紀念論文集), 1996, 151面이하 참조.

行政立法을 행정의 행위형식의 하나로서 이해하는 경우에는 법률의 불확정성을 보완하기 위하여 지속적으로 증가하고 있는 행정입법에 대하여 실제적 뿐만 아니라 절차적으로 통제를 가할 필요성이 제기되는 것이다. 아울러 전통적인 국가와 사회의 이원론에 입각하여 전문가등의 참여와 같은 諮問節次는 국가의 내부사항으로서 법적으로 취급하기에 충분하지 않다는 사고에서 탈피하고 있다는 점이다. 자문등의 절차는 共同決定的인 것으로 인식함으로써 행정입법의 제정 과정을 주목하도록 하게하는 것이다. 그리하여 행정입법의 제정과정에서 客觀性과 透明性을 제고하고 참가를 실질화하기 위한 각종 제도적 방안을 모색하고 있다.

#### (1) 委任立法의 事前審査制度

독일에서의 委任立法의 작성절차는 연방정부가 법률안을 작성하는 절차와 본질적으로 동일하게 이루어진다. 따라서 법률안의 입안과 같이 委任立法도 비교적 엄격한 절차를 거쳐 정립되고 있으며, 그 가운데 주목되는 것은 聯邦法務部와 聯邦內務部에 의한 법안의 사전심사제도라 할 수 있다. 특히 법안의 심사에 있어서는 단순한 법문의 작성요령이나 용어에 관한 사항에 한정하지 아니하고 입법의 필요성, 유효성(비용/효용), 실제적 적용가능성 등 立法의 內容面에까지 심사하고 있는 점이 특색이라 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 입법분야의 중요한 부서로서 그 역할을 담당하게 되었다. 이 법형식성심사는 基本法 제23조제2항 및 聯邦各部職務通則(GGO. II) 제38조와 제67조의 규정에 의거하여 마련된 것으로서 동 審査基準은 크게 法規範의 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 내각결의

로서 “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 法令의 制定을 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 聯邦法務部는 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 次官會議에서의 심의를 거쳐 협의하도록 하고 있다.<sup>272)</sup> 아울러 이러한 법형식성심사에 대한 세부적인 내용은 연방법무부가 발간한 “法形式性審査入門書(Handbuch der Rechtsförmlichkeit)”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 法規命令과 행정규칙에 대한 세부적인 작성지침을 마련하여 이를 실무에 활용하고 있다.<sup>273)</sup>

## (2) 事前節次로서의 參加制度

이미 살펴본 것처럼 연방각부직무통칙에서는 法規命令의 초안단계에서 전문가단체 및 기타 이해관계단체, 지방자치단체, 각주의 관련부서, 의회의 교섭단체 및 의원 등의 참가기회를 규정하고 있으나, 이들 규정은 단지 內部節次에 그치며 아무런 외부적 효력을 가지지 않기 때문에 시민이 동 통칙상의 절차의 하자를 命令制定節次의 하자라고 주장하기에는 어려움이 많다. 그러나 최근의 입법에서는 法規命令의 제정과정에 전문집단의 지식과 경험을 참조하여 委任立法을 최적화하려는 의도하에 비국가기관의 참가(자연보호및경관보호에 관한 법률

272) 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 내용 분석 및 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.

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

제29조에 의한 法規命令제정시의 자연보호단체의 참가), 전문가의 관여(연방 사회부조법 제114조에 의한 사회경험자의 의견청취) 등을 규정하고 있으며 나아가 地方自治團體의 계획책정권한을 침해하는 내용의 委任立法을 제정하는 경우에 당해지방자치단체의 의견청취 및 참가등을 보장하고 있다. 이들 참가제도를 규정하는 이유는 결국 法律段階에서의 불명확성을 회피하는 것이 불가능하기 때문에 그것을 행정입법의 단계에서 미리 보완할 필요성이 있다는 인식에서 비롯한다.

### (3) 理由附記制度

委任立法의 제정절차에서 검토한 바와 같이 연방각부직무통칙에는 법안의 초안이 확정되면 초안에는 법안을 제안하기에 이르러 動機와 그 지도원리 및 목적이 명시된 理由書를 첨부하도록 규정하고 있다(GGO. II 제66조). 이유서는 命令이 그 자체로 쉽게 이해할 수 없거나 이유서의 첨부가 목적에 적합하다고 인정되는 경우에 첨부하며, 특히 聯邦參議院의 동의를 요하는 命令, 공공의 예산에 재정적 영향을 미치거나 개별가격, 가격수준, 소비자물가에 영향을 미치는 命令은 반드시 이유서를 첨부하도록 하고 있다. 또한 두 개이상의 법률적 근거에 의하여 정립되는 命令인 경우에는 그 이유서에 개별 命令規定이 어떠한 법적 근거에 의거하고 있는가를 제시하여야 한다. 이 이유서의 첨부는 기관상 호간의 관계 내지는 기관내부의 관계를 염두에 둔 節次라고 할 수 있다. 이러한 이유서의 添附制度는 법정립의 기초가 되며 법적 행위의 발동에 가장 중요한 법적·사실적 고려의 기본이 될 뿐 아니라 이유서의 제시로 공중에 대한 공감대를 획득할 수 있는 것이다.

## 3. 司法府에 의한 統制

### (1) 憲法裁判所에 의한 統制

#### ① 抽象的 規範統制

基本法 제93조제1항제2호에서는 “연방정부, 주정부 또는 연방의회의원 3분의 1이상의 제청에 의하여 연방법 또는 州法이 基本法과 합치하는 바에 관하여 또는 주법이 연방법에 합치하는가에 관하여 견해차이나 의문이 있는 경우에 연방헌법재판소가 결정한다”라고 하여 추상적 규범통제제도를 인정하고 있

다. 274) 추상적 규범통제의 提請權者는 연방정부, 주정부, 연방의회의원 3분의 1이상 등으로 한정되며, 이들 중 어느 하나가 어떠한 法規範의 추상적인 타당성에 관하여 심판제청을 하는 경우에만 가능하다. 따라서 연방의회내의 정당, 교섭단체, 연방대통령, 연방참의원 및 법원도 추상적 규범통제의 제청권자가 될 수 없다. 추상적 규범통제의 대상은 基本法의 규정 및 연방헌법재판소법 제 76조의 규정에 따라 聯邦法이나 州法이 헌법에 위반되는 것을 검토하는 것이므로 그 대상은 주법, 연방법이든 간에 넓은 의미의 法規範을 뜻한다. 따라서 그 존재형식과는 상관없이 모든 형태의 法規가 이에 포함되며, 275) 法規命令도 여기에 당연히 포함된다. 276) 즉, 基本法 제80조의 규정에 의한 모든 法規命令 뿐 아니라 지방자치단체의 自治法規, 자치단체조합, 공법상의 법인 등의 規約 등도 여기에 포함된다. 아울러 추상적 규범통제절차에서의 연방의 法規命令에 대한 헌법적 심사는 그 法規命令이 법률적 수권근거가 있는가의 여부와 法規命令이 그 범위에 있는가의 여부에 까지 미친다. 따라서 연방헌법재판소는 法規命令에 대한 추상적 규범통제에서는 우선 당해 法規命令이 법률적 수권근거가 있는가의 여부 및 法規命令이 그 범위내에서 정립된 것인가의 여부를 선결문제로서 우선 심사한 후, 이것이 긍정되는 경우 비로소 法規命令의 규정이 실질적으로 基本法에 반하지 않는가의 여부를 심사한다. 아울러 이미 폐기된 法規範이나 제정중에 있는 法規範 및 일단 관보를 통하여 공포되기는 하였으나 효력 발생시점에 이르지 못한 경우에도 심판대상이 될 수 있다. 277)

추상적 규범통제를 하기 위해서는 연방법 또는 주법이 基本法에 합치하는가 또는 주법이 연방법에 합치하는가에 관한 견해차이(Meinungsverschiedenheit)나 의문(Zweifel)이 있어야 한다. 여기에서 見解差異란 어떠한 두 주체간에 특정 法規範의 합헌여부와 관련하여 의견의 불일치가 있는 경우를 의미하고, 疑問이란 의견의 불일치라기 보다는 단순히 개인적 차원에서 불분명한 점을 규명하려는 의욕에 바탕을 둔 것을 의미한다. 278) 재판소가 심판의 대상이 되는 규

274) 抽象的 規範統制에 관한 상세한 것은 金雲龍, 抽象的 規範統制 批判的 檢討, 現代公法의 諸問題(如山 韓昌奎博士華甲紀念), 1993, 260面이하 참조.

275) Christian Pestalozza, *Verfassungsprozessrecht*, 3 Aufl., München 1991, S.124ff.

276) BVerfGE 1, 184(196).

277) BVerfGE 1, 396(410).

278) 金雲龍, 前揭論文, 267面.



범이 기준이 되는 규범과 불합치하는 것으로 간주하는 경우에는 당해규범을 無效로 선언하며, 이 경우 무효선언은 규범의 일부에 한정하여 선언할 수 있고 무효규범이 다른 규범과 분리할 수 없는 의미통일체를 이루고 있는 경우에는 기타 규범에까지 확대할 수도 있다.<sup>279)</sup>

② 具體的 規範統制

基本法 제100조제1항에서는 “법원이 재판에서 그 효력이 문제가 되는 法律을 위헌이라고 생각하는 경우에는 그 절차를 중지하여야 하며, 또한 주헌법의 침해가 문제가 되는 경우에는 그 주의 헌법분쟁에 관하여 관할권을 가지는 법원의 판결을 구하여야 하고, 基本法의 침해가 문제가 되는 경우에는 연방헌법재판소의 결정을 구하여야 한다. 이것은 주법에 의한 基本法의 침해가 문제가 되거나 연방법률과 주법률의 불합치성이 문제가 되는 경우에도 적용한다”라고 규정하고 있다. 基本法은 법관의 심사권을 전제로, 法官이 어떤 사건에서 적용하려는 법률이 헌법위반의 확신에 도달하면 당해사건의 절차를 중지하여 규범의 有效 또는 無效에 관한 헌법에 대한 질문의 결정을 위하여 연방헌법재판소에 이를 제기하도록 규정하고 있다. 이 구체적 규범통제에 의한 절차에 있어서 심사의 대상은 공포된, 헌법을 포함하여 연방과 주의 형식적 법률이다. 따라서 여기에는 法規命令이나 行政命令은 포함되지 아니하며, 그에 대하여는 법관의 부수적인 심사권으로 그친다.

③ 機關爭議

基本法 제93조제1항제1호에 의하면 연방헌법재판소는 연방최고기관 또는 基本法이나 연방최고기관의 직무규칙에 의하여 고유한 권리를 부여받은 기타 관계자들의 권리나 의무의 범위에 관한 분쟁을 원인으로 하는 基本法의 解釋에 관하여 결정하도록 규정하고 있다. 이 基本法의 규정에 의한 분쟁을 통상 기관쟁의(Organstreit)라고 한다.<sup>280)</sup> 기관쟁의는 주관적인 권리의무가 아니라 동일한 법주체가 대항적 절차에서 請求人과 被請求人으로 대립한다.<sup>281)</sup> 여기

279) 朴承鎬, 憲法裁判研究〔I〕, 도서출판 경인 1998, 274面.

280) 獨逸聯邦共和國의 존속에 중요한 결정들이 이 기관쟁의에 의하여 다루어진 바 있다. 정치자금, 선거시기에 있어서 연방정부의 홍보활동, 기본법상의 財務部長官의 긴급권한, 聯邦議會의 解散 등에 관한 결정이 기관쟁의에 의하여 다루어졌다.

281) Klaus Schleicher, *Das Bundesverfassungsgericht*, 2. Aufl., München 1991, S.74.

에서 연방최고기관이란 최고의 국가지도에 관여하는 연방기관<sup>282)</sup> 즉 연방대통령, 연방의회, 연방참의원 및 연방정부 등을 의미하며 聯邦最高機關의 직무규칙에서 고유한 권리를 부여받은 기타관계자는 연방장관, 연방의회의 위원회, 연방의회의 원내교섭단체 등을 의미한다. 聯邦憲法裁判所法 제64조제1항은 청구인은 청구인과 피청구인이 속한 기관이 피청구인의 조치나 부작위에 의하여 基本法이 청구인에게 부여한 권리와 의무가 침해되었거나 또는 직접적인 침해위험이 야기되었다는 것을 주장하여야 하도록 규정하고 있다. 여기에서 “措置”란 규범, 개별적인 법적 행위, 사실행위 등을 포함하는 넓은 개념으로서, 예컨대 法律制定<sup>283)</sup>, 연방의회의 해산과 선거기일지정<sup>284)</sup>, 연방공화국영토에 무기를 배치하는 것에 대한 연방정부의 동의<sup>285)</sup>, 구두질문에 대한 연방정부의 답변<sup>286)</sup>, 의원의 의회의장에 대한 비난<sup>287)</sup> 등도 조치에 해당한다. “不作爲”란 법적 의무가 존재하는 경우에 해당하는 것으로서 예컨대 연방정부가 基本法의 규정에 의한 연방참의원에의 법안제출권을 행사하지 않거나 연방참의원이 연방의회에 법안을 제출하지 않는 경우, 聯邦首相 또는 권한있는 연방장관이 법안에 부서하지 않거나 연방대통령이 서명하지 않는 경우, 연방법무부장관이 법안을 관보에 공포하지 않는 경우 및 연방대통령이 자신의 命令과 措置에 대하여 연방수상이나 관계장관의 부서를 받지 않는 경우 등이다. 請求는 문서로 행하여야 하고 그 이유를 밝혀야 하며, 청구기간은 청구인이 심판청구된 행위를 안날로부터 6개월 이내에 제기하여야 한다. 청구가 있으면 연방헌법재판소는 이를 연방대통령, 연방의회, 연방참의원 및 연방정부에 통지하며, 정당, 주정부 등 다른 기관에게도 이를 통지할 수도 있다. 청구가 適法性要件에 해당하지 않는 경우 연방헌법재판소는 사건을 却下하며, 법적 지위의 침해나 직접적인 침해위험야기를 확인할 수 없는 경우에는 청구를 기각한다. 심판청구된 피청구인의 행위가 基本法을 위반하지 않았다는 명시적인 확인은 하지 않으며, 다만 승소의 경우에는 “基本法의 규정에 위반된다”라는 것으로 확인할 따름이다.

282) K.Stern, in : BK, Art 93, Rn. 91f.

283) BVerfGE 82,322(335) ; 73.1(28) ; 73,40(65) ; 24,299(329).

284) BVerfGE 62,1(31).

285) BVerfGE 68,1(66).

286) BVerfGE 13, 123(125).

287) BVerfGE 60,374(381).

## (2) 一般法院에 의한 統制

독일에 있어서 法規命令에 대한 법원의 통제로서 주목되는 것은 行政法院에 의한 추상적 규범통제이다. 즉, 行政法院法 제47조제1항에는 그 재판권의 범위내에서 청구에 의하여 연방건설법의 규정에 의하여 발해진 조례 및 연방건설법 제246조제2항에 의거한 法規命令(Rechtsverordnungen), 주법이 정하는 범위내에서 주법률의 하위에 속하는 기타 法規(Rechtsvorschriften)의 유효성에 대하여 재판할 수 있음을 규정하고 있다. 이 제도는 基本法 제93조제1항제2호의 연방헌법재판소에 의한 추상적 규범통제제도와 유사한 것으로서 형식적 법률을 근거로 하위규범인 法規의 무효성을 일반적 구속력으로서 결정하는 것이다.<sup>288)</sup> 청구는 法規命令이나 法規의 적용으로 불이익을 받거나 가까운 장래에 불이익을 받을 것이 예상되는 자연인, 법인 및 모든 관청이 法規를 발한 단체, 영조물 또는 법인을 상대로 하여 청구할 수 있다. 청구할 하는 경우에는 “行政法院의 事物管轄의 範圍內”에 속하는 사항이어야 하며, 또한 추상적 규범통제는 법적 구제를 위하여 행하는 것이므로 그 규범의 무효를 확인하는데 이익을 가지는 자만이 청구할 수 있다. 이 경우 “法規範의 적용으로 가까운 장래에 불이익을 받을 것이 예상되는” 문언의 “不利益(Nachteil)”은 넓게 해석하여 그것은 법적으로 보호된 이익, 신청인의 법적 지위의 절박한 침해로 족하다.<sup>289)</sup> 이 경우 高等行政法院은 당해 法規를 관할하는 주 및 기타 공법상 단체에 대하여 일정기간 의견진술의 기회를 부여한다. 法規가 오로지 주헌법재판소에 의해서만 심리할 수 있도록 법률에서 규정하고 있는 경우에는 고등행정법원은 法規範의 주법과의 양립성에 관하여 심리하지 아니한다. 또한 法規範의 유효성의 심리절차가 헌법재판소에 계속되어 있는 경우에는 고등행정법원은 헌법재판소에서 節次가 종결할 때까지 그 심리의 중지를 명할 수 있다(동법 제47조제2항 내지 제4항). 고등행정법원은 자기의 法解釋에 의거하여 사건이 원칙적 의미(grundsatzliche Bedeutung)를 가지거나 고등행정법원이 다른 고등행정법원, 연방행정법원, 연방최고법원의 합의부 또는 연방헌법재판소의 결정과 의견을 달리하는 경우 上告審에서 심리될 수 있는 법해석에 관한 재판

288) Ferdinand O.Kopp, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 10 Aufl., München 1994, S.466f.

289) Ders., *ibid.*, S.489f.

을 위하여 사건을 연방행정법원에 이송한다. 이 경우 이송에 대한 결정은 관계인에게 통지하며, 연방행정법원은 법률문제에 관해서만 재판을 행한다. 判決 또는 구두변론이 불필요하다고 판단하는 경우에는 결정으로서 재판을 행하며, 法規가 유효하지 않다는 확증을 얻은 경우에는 무효라는 것을 선언한다. 이 경우 그 재판은 일반적 구속력을 가지며 판결의 주문은 法規가 공고된 경우와 같은 방법으로 피신청인에게 공시된다. 아울러 중대한 손해를 피하기 위하여 또는 기타 중대한 사유에 의한 긴급한 필요성이 있는 경우에는 假命令을 법원이 발할 수도 있다.

委任立法에 대한 행정법원의 추상적 규범통제에 대하여 이른바 구체적 규범통제, 즉 法規命令에 대한 일반적인 사법심사는 통상 독립된 절차로서 인정되지 아니하고 係屬되는 소송절차에 관련하여 부수적으로 형식적 및 실질적 심사가 행해진다. 法規命令의 형식적 심사는 그것이 유효하게 성립된 것인가의 여부, 법이 정하는 소정의 節次方法에 의하여 정당하게 성립되었는가의 여부에 관하여 심사하며 내부적 절차의 문제는 심사하지 아니한다. 실질적 심사에서는 위임의 범위를 벗어난 命令은 무효로 하며, 法規命令의 當·不當은 심사의 대상이 되지 아니한다.

## 第4節 프랑스의 委任立法制度

### I. 委任立法의 意義

#### 1. 委任立法의 概念

프랑스에 있어서 立法權의 委任(délégation du pouvoir législatif), 즉 의회에 의한 위임은 정부가 憲法上 가지지 아니한 권한, 헌법상 원칙으로서 議會에 전속하는 권한을 부여하는 것이며, 따라서 입법권을 讓渡받은 정부가 당해사항에 관하여 제정하는 委任立法은 法律과 동등한 효력과 성질을 획득한다는 法律委任說(théorie de la délégation législative)이 지배하였다.<sup>290)</sup>

290) 이 法律委任說은 1844년 Louis Antoine Macarel의 행정법강의(Cours de droit administratif professé à la Faculté de droit de Paris, t. I, 1844)에서 최초로 명확한 모습을 취하게 되었으며, 그 후 1848년 11월 4일헌법 제75조 및 1849년 3월 3일의 법률 제4조에 이 理論의 영향이 제시되었다.

그러나 입법권의 위임이라는 사고방식은 19세기말 이후 다수의 학자들에 의하여 비판을 받으면서 포기되기에 이르렀다. 委任論批判의 대표적인 학자인 Esmein은 “우리나라의 국민적 및 硬性憲法下에서는 헌법상의 재권력은 오로지 憲法 자체로부터 그 존재와 권한을 획득한다. 이들 권력은 오로지 憲法에 의하여 憲法이 정한 범위와 조건하에서만 존재한다. 각권력의 保持者는 그것을 처분할 수 있는 것이 아니라 그것을 행사할 수 있는데 불과하다. 憲法은 다양한 다른 권력을 창설하고 다양한 기관에게 主權의 속성을 배분함으로써 묵시적으로, 다만 필연적으로 권력의 하나가 다른 권력에게 그 임무와 기능을 위임하는 것을 금지하고 있는 것이다”<sup>291)</sup>라고 하였다. 즉, 국민주권하에서 成文憲法主義와 권력분립주의를 채용하고 있는 국가에서는 “憲法制定權力과 헌법상의 권력의 분리원칙(principe de la séparation du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués)에 의하여 입법기관은 憲法上의 권한의 배분자가 될 수 없는<sup>292)</sup>” 것이므로 입법권의 위임가능성은 프랑스憲法上 인정되지 않게 된 것이다. 또한 행정부의 命令制定權에 관해서도 그것은 憲法자체에 의하여 부여된 고유의 권한이므로 그 점에서 法律의 委任이라고 부르는 것은 命令制定權의 발동조건에 불과하다고 생각되었다. 그리하여 法律의 위임이라는 현상을 법적으로 설명하기 위하여 그것을 “권한의 결정(détermination de compétence)”, “수권(habilitation)”, “소관사항의 위임(délégation de matières)”이라고 이해하기도 하였다.

프랑스에서의 委任立法의 문제는 프랑스법의 특질상 委任立法의 제정권한, 제정절차, 형식 등이 단일하지 않고 매우 복잡할 뿐 아니라 나아가 委任立法의 意義나 역할도 시대 및 제도적 배경에 따라서 상당한 차이가 있다. 또한 동일한 체제하에서도 복수의 형식이 병존하며 그 상호간의 차이도 단순히 형식 및 절차의 차이에 그칠 뿐 아니라 規範的 效力의 면에서 달리 적용되는 등 매우 복잡한 내용으로 되어 있다. 일반적으로 프랑스에서는 국회제정법, 즉 立法院에서 제정되는 법규범인 loi에 대치되는 행정입법을 réglement라고 한다. 現行憲法에서는 法律의 소관사항을 한정적으로 열거하고 그 이외의 사항에 관하여는 命令의 소관사항을 승인하는 모습으로 法律과 命令의 입법권한의 배분을

291) A.Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif*, R.P.R., 1894, p.203.

292) Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome 1, Sirey 1920, p.598.

도모하고 있다(憲法 제37조제1항). 아울러 憲法에서는 이 권한배분을 유지하기 위한 제반절차를 정비하는 한편 입법권한의 배분을 보장하는 것을 임무로 하는 憲法院(Conseil constitutionnel)이라는 기구를 설치하고 있다. 또한 프랑스憲法에서는 동법 제37조제1항의 命命외에 法律의 집행을 목적으로 하는 통상의 命命의 제정도 당연히 인정되고 있으며 그 때문에 法律과 憲法 제37조제1항에 의한 命命 및 法律과 통상의 命命간의 입법권한의 배분을 둘러싸고 다툼이 발생하는 경우에 憲法院의 판결로서 각각 확정되고 있다. 이러한 입법권한의 배분체계를 도입하게 된 배경에는 제3·제4공화국시기에 議會中心主義가 초래한 많은 폐단에 대한 반성이라는 역사적 사실이 존재하고 있다. 이 시스템의 도입은 본래 제3공화제이래의 의회중심주의와 法律의 우위의 전통으로 부터의 전환을 의미하는 것이었으나, 그러나 실제의 운용상황은 당초 기대하였던 것과는 달리 종전의 法律優位의 상황으로 복귀하고 있는 추세에 있다. 아울러 loi와 règlement의 중간적 영역에 위치하는 法規範으로서 ordonnance(종래에는 이를 法律과 행정입법의 중간적인 의미를 가진다는 점에서 décrets-lois라고 하였다)라는 것이 있으며, 이것은 法律事項에 속하는 것을 일정기간내에 정부가 대신하여 입법할 수 있는 일종의 특별한 法形式이라 할 수 있다.

## 2. 委任立法의 法的 性格

프랑스憲法은 法律事項이외의 영역을 행정입법사항으로서 행정권에 의한 입법영역으로 정하고(제37조), 또한 法律事項이더라도 法律의 집행을 보장하기 위하여 일정한 절차를 거쳐 정립되는 행정입법에 관하여 규정하고(제21조) 있으나, 그 경우에도 “입법권의 위임”에 의한 행정입법권의 행사라는 사고는 고려되지 않고 議會의 要請에 의한 행정입법사항의 확장으로서, 결국 행정권의 행사로서 정립된 행정입법으로 파악되고 있다. 프랑스에 있어서 행정입법의 정립은 행정권에 속하는 권한하며, 따라서 行政立法權은 法律의 존중으로부터 해방된 이른바 제2의 의회입법권이라는 것이 아니라, 행정권에 속하며 행정권한의 행사인 한에 있어서 憲法이나 法律등 상위규범과의 적합성이 요구된다.<sup>293)</sup> 즉, 일반의사의 표명인 法律이 사법재판소나 행정재판소의 심사의 대상이 되지 않는 프랑스에서는 행정입법이 法律과 동등하게 위치하게 되면 法律에 대하여

293) André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, T. I., 8 éd., L.G.D.J 1980, p.81.

객관성을 가지지 않는 行政立法이 법관의 심사를 면하게 되므로 한편으로 法律사항을 한정적으로 파악하지 않고 행정입법사항을 한정하여 행정입법의 法律에 대한 종속성을 확보하고, 294) 다른 한편으로 행정입법이 立法權의 委任으로서 정립되는 것이라면 행정입법은 法律의 성격을 지니게 되므로 그것은 행정권의 행위임을 명확히 하기 위하여 형식적 개념을 중시하는 프랑스형 권력분립론을 행정입법에 표현한 것이다. 295)

행정입법은 어떠한 법적성격을 지닌 행정의 행위인가. 일반적추상적인 규범을 정립하는 décret, arrêté 경우에 따라서는 circulaire의 형식으로 존재하는 行政立法을 어떻게 파악하는가에 관하여 학설은 일찍부터 행정의 행위로서 파악하였음에도 불구하고 國事院(Conseil d'Etat)의 태도는 당초부터 분명하지 않게 초기의 판결에서는 실질적인 法律로 간주하였다. 그러나 1907년 12월 6일의 판결을 계기로 國事院은 행정입법의 위치를 명확히 하였다. 296) 특히 “행정명령(règlement d'administration publique : RAP)에 대한 國事院의 지금까지의 태도는 모순되며 본건은 행정입법에 대한 소송을 수리하면서 어떠한 경향을 인정하고 완성시킬 수 있는 절호의 기회”라고 말하고 우선 RAP는 입법권의 위임에 의하여 정립된 것이나 결국 그것은 行政府의 行爲이며 따라서 1872년 5월 24일의 法律제9조의 “國事院은 행정권의 제행위에 대하여 越權을 이유로하는 취소소송에 대하여 주관적으로 판단한다”라는 규정하에서 RAP에 대한 소송의 불수리는 허용되지 않는다는 결론을 제출하였다. 이 결론을 받아들인 國事院은 입법권위임이론과 행정권확장이론의 절충설을 취하면서 행정입법은 行政의 行爲(actes d'administration)인 점을 1872년 5월 24일의 法律제9조를 근거로 명확히 하였다. 이 1872년 5월 24일의 法律제9조는 司法法院에 의한 행정권예외의 개입을 일절 배제하고 행정의 행위는 행정법원인 國事院이 주관적으로 심리하는 것으로서 프랑스형 권력분립론에 있어서 행정권과 사법권을 형식적 개념에 의거하여 분립시켜 행정재판제도를 확립한 것이다. 즉, 國事院은 행정입법이 立法權의 委任에 의하여 정립된 것이라 하더라도 그것은 일반적인 규정을 정한 행정의 命令이며, 형식적으로는 행정의 행위인 것으로서 越權訴訟의 대상이 되는 것으로 본 것이다. 國事院이 행위내용의 형식으로부터

294) Jean Rivero, *Droit Administratif*, 9 éd., Dalloz 1980, p.62.

295) Georges Vedel, *Droit Administratif*, 5 éd., P.U.F. 1973, p.39.

296) C.E. 6 déc. 1907, Rec.913.

행정의 행위를 파악하려는 것은 당시의 학설이 점차 행정과 국민의 사이에서 발생하는 法律效果의 형성의 방식에서 행정의 행위를 파악하려는 방향으로 수렴되고 있는 것과는 다른 것이나 행정입법을 행정의 행위로서 위치하여 프랑스에 있어서 行政行爲論을 확립하는데 장애를 제거하게 되었던 것이다. 프랑스에서는 行政行爲의 본질은 法律行爲로 되어 행정권이 국민에 대하여 法律효과를 발생시킬 목적으로 집행하는 모든 결정(집행적 결정 *décisions exécutoires*)을 行政行爲로서 파악하고 있다. 그리고 그러한 결정에 의하여 창설되는 행정과 국민의 法律關係를 법적으로 확인하는 행정의 재판행위와 法律行爲인 행위행위는 분리되어야 할 것이라고 생각하여, 행정권도 또한 국민과 대등한 권리주장자이며 소송당사자로서 그 자격으로 裁判的 統制에 복종한다는 행위의 당사자적·法律行爲的 構成이 채용되었다. 行政行爲의 본질을 사법판결로 하고 행정에 의한 공권력행사의 가운데 적법성의 추정과 자력집행력을 인정하는 獨逸行政行爲論의 재판권·재판판결적 구성과는 대조적으로 프랑스의 行政行爲論은 형식적 의의의 행정중에 활동행정과 행정재판권의 실질적 분리를 행하여 후자의 전자에 대한 재판적 지배를 가능케한 것이다. 그래서 法律行爲인 行政行爲는 일반적 추상적인 집행적 결정으로서의 행정의 의사표시인 행정입법행위(*actes réglementaires*)와 개인 또는 특정집단에 향하여진 행정의 개별적 의사표시인 비행정입법행위(*actes non réglementaires, décision individuel, acte unilatéral*)로 이루어진다.<sup>297)</sup> 프랑스에 있어서 행정입법은 형식적으로 행정의 행위이며, 집행적 결정의 요소를 지닌 行政行爲이다.

## II. 委任立法制度의 成立과 發展

### 1. 議會立法優位の 原則의 成立

1789년의 프랑스혁명이 낳은 인권선언과 1791년 憲法典에는 권력분립과 국민주권의 2대원리가 동시에 포함되었다. 前者의 원리에 의하여 입법기관과 집행기관이 명확히 분리되었으며, 後者の 원리의 요청에 의하여 권한배분의 방식에 관해서는 단순히 입법작용이 입법부와 집행부간에 배분되는 것뿐 아니라 나아가 革命의 주요목적이었던 독재적인 王權을 제한하기 위하여 국가작용을 횡

297) G.Vedel, op.cit., p.183. ; J.Rivero, op.cit., p.98.



적으로 분할함으로써<sup>298)</sup> 국민에게 중대한 관계를 지닌 일반적 규범의 정립작용이 민주적인 입법부의 권한으로서 유보되는 것을 바랐다.<sup>299)</sup> 그러나 혁명초기에는 모든 국가작용에 관하여 그러한 것이었다는 의미가 아니라 1791년 憲法典은 오로지 입법부가 모든 것을 정하도록 하는 사항을 열기하였다.<sup>300)</sup> 1791년 憲法은 권력분립주의의 표현인 권한배분규정을 두면서 다른 한편으로는 “국왕에 의하여 재가된 décret는 法律의 효력을 가지며, 法律의 명칭 및 표제를 가진다(제3편제3장제3절제6조)”라고 하여 입법부의 행위를 형식적으로 法律(loi)이라고 규정하였다. 나아가 “프랑스에서는 法律의 權威에 우월하는 권위는 존재하지 아니한다. 국왕은 法律에 의하지 아니하면 통치할 수 없으며, 法律의 이름하에서가 아니면 복종을 요구할 수 없다(제3편제2장제3조)”라고 규정하여 국민주권주의에 의거한 法律優位の 原則을 천명하여 헌법전통으로서 의회입법중심주의를 성립하였다. 그 후의 憲法에서도 이러한 원칙은 대체적으로 유지되고 있었으나, 그러나 의회입법중심주의라고 하더라도 法律의 단계에서 모든 것이 구체화된 것은 아니었다. 1799년 憲法과 1814년 憲法에서는 행정입법권을 憲法典에 명시적으로 규정하기도 하였으나, 그러한 규정이 없더라도 통상 행정입법권한은 “法律의 집행을 보장한다”라는 憲法의 문언으로부터 묵시적으로 인정되고 있었던 것이다. 그러나 이 시기에는 집행부는 法律을 집행하는 행위로서의 행정입법만을 인정하였다.

한편 1875년의 제3공화국 憲法도 제1조에서 “입법권은 兩院에 의하여 행사된다”라고 규정하고, 제3조에서는 “대통령은 法律의 집행을 감시하고 보장한다”라고 규정하여 권력분립을 규정하였으나 입법부와 집행부의 권한배분에 관하여는 명시하지 않았다. 그러나 憲法傳統으로서 법률영역의 무한정의 원칙을 성립시켜 나갔다. 法律은 법적 효력에 있어서 행정입법에 우월할 뿐 아니라 입법부는 집행부의 권한사항에도 法律에 의하여 개입할 수 있었으며, 法律의 영역은 무한정하여 法律의 우위와 法律領域의 무한정이라는 두가지의 대원칙이 제3공화

298) “執行府는 설사 가정이하더라도 여하한 법률도 제정할 수 없으며, 단순히 法律의 執行을 명하거나 환기하기 위하여 법률에 적합하는 宣稱을 정할 따름이다(제3편제4장제1절제6조).”

299) Léon Duguit, *les transformation du droit public*, Colin 1921, p.89.

300) 제3장제1절제1항에서는 “憲法은 이하의 권한 및 작용을 배타적으로 立法府에 수권한다”라고 하고 법률의 제안, 公金支出의 결정등을 열거하고 있다. Louis Favoreu, *Le domaine de la loi et du régleme*nt, 2éd., Sirey 1981, p.28.

國憲法을 지배하였다. 이 시기에는 입법부만이 정할 수 있는 사항이 존재하였으나, 집행부에 배타적으로 유보된 영역은 존재하지 않았다. 행정입법의 영역은 한정되어 執行府는 이미 존재하는 法律을 보충하는 역할만 담당하였다. 그러나 이러한 경향은 제3공화국후반기에 이르는 19세기후반부터 기존의 法律의 집행이라고 볼 수 없는 새로운 행정입법이 출현하기 시작하면서<sup>301)</sup> 점차 퇴조하기 시작하였다.

## 2. 議會立法中心主義의 修正·變容

### (1) 第3共和國憲法

프랑스에 있어서 委任立法이 중대한 憲法問題로 등장하게 된 것은 전쟁기의 1924년부터 1940년대라고 할 수 있다. 이 시기의 프랑스는 커다란 재정적·사회적 위기에 직면하였으며 이 위기로부터 벗어나기 위해서는 적절한 조치를 기민하게 취하는 것, 특히 行財政改革을 조속하게 실현하는 것이 현안과제가 되었다. 그러나 의회에서 法律을 성립시키기 위해서는 의사절차에 매우 시간이 소요되어 즉응력이 결여되므로 사태에 신속하게 대응하는 것이 현저하게 곤란하게 되었다. 그리하여 의회가 完全授權法律(lois de pleins pouvoirs)을 제정하고 그에 의거하여 정부가 이른바 décrets-lois를 공포함으로써 목적을 실현하는 방법을 채용하였던 것이다. 이러한 사태에 덧붙여 당시의 議會에서의 정당상황이 委任立法의 증가에 한층 박차를 가하였다. 의회내에서 안정된 다수파정당이 부재하여 小黨分立狀況에 있었으며, 내각도 필연적으로 연립내각이 되지 않을 수 없었다. 나아가 선거를 통하여 성립한 議會多數派가 원내를 구성하므로 내각은 약체·불안정하지 않을 수 없었다. 이러한 상황에서는 내각에 의하여 위기를 극복하기 위한 구체적 내용을 담은 法律案이 정리되어 의회에 제출되어도 정당간의 이해가 대립하고 논의가 산만하여 法律이 성립하지 않았던 것이다. 그리고 行財政改革을 위한 조치는 국민에게 부담을 과하는 것이었으므로 국민에게는 불평이었다. 의원들은 이러한 평판이 나쁜 정책에 가담하여 유권자로부터 비난을 받게 되는 것을 우려하여 스스로의 손을 더럽히지 않고

301) 國事院은 1919년의 Labonne판결에서 아직 법률의 영역에 속하고 있지 않은 사항에 관해서는 법률의 근거없이 독립적으로 行政立法으로 정할 수 있음을 인정하였다. C.E. 8 aout 1919, Labonne, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative* (G.A.), 8 éd., 1984, p.157.

이를 정부에 맡기게 되었던 것이다. 의회에게 委任立法은 확실히 피하고 싶은 길이었던 것이다.<sup>302)</sup> 이러한 이유 때문에 전쟁기에 있어서는 關稅에 관한 것을 제외하고도 주요한 完全授權法律만으로 15년간에 11건이 제정되어 그 하에서 다수의 décrets-lois가 발효되었다. 그것은 예외적 현상이라기 보다는 오히려 원칙이었다. 특히 1934년부터 1940년간은 그 대부분이 décret-lois의 체제하에 있었다.<sup>303)</sup>

이러한 décrets-lois는 정면으로 직접 집행부에게 수권을 행하는 것인 만큼 法律領域에 속하는 조치를 단순한 집행부의 행위로 갈음하게 되어 헌법전통인 法律優位の 원칙과 의회입법중심주의의 원칙에 반하게 되어 커다란 논쟁을 불러일으키게 되었다.<sup>304)</sup> 授權法律에 다양한 제한(수권사항, 수권기간, 제정절차, 사후승인 등)이 부가되고 있었으나, 결국 집행부가 의회입법을 개폐하는 행정입법을 제정할 수 있다는 법현상을 단순한 法律의 집행으로서 설명하기에 곤란하였기 때문이다. 19세기 후반에 확립된 의회중심주의의 憲法體制에 동요를 초래한 이러한 委任立法의 증대현상을 목전에 두고 당시의 憲法學說은 수권한정의 원칙(principe de la spécialité de l'habilitation)이 憲法상 존재한다고 주장하였다. 그것에 의하면 수권은 한정적이어야 하며 일반적인 수권

302) Klisch, *Gesetz und Verordnung in der Verfassung der 5 französischen Republik vom October 1958*, S.32.

303) Soubeyrol, *Les Décret-Lois sous la Quartrième République*, p.27. 이 6년간의 기간중 약 3분의 1에 해당하는 기간은 Décret-loi체제하에 있었다. 이 Décret-loi는 1924년 3월 22일, 1926년 8월 3일, 1934년 2월 28일, 1936년 6월 8일, 1937년 7월 3일, 1938년 4월 13일, 1938년 10월 5일, 1939년 3월 19일의 각 법률에서 8차례 사용되었다.

304) 이 Décret-lois의 法的 性格에 관해서는 이른바 “法律資格의 剝奪(délégalisation)” 이론으로서 설명되었다. 즉, Décret-loi가 법률을 수정한다고 하여 그것을 의회입법으로 간주하지 않고 단순히 行政立法으로 간주하며, 오히려 수정되는 법률에 착안하여 그것은 수권법률에 의하여 법률로서의 성격을 박탈당하므로 行政立法으로서의 Décret-loi에 의하여 수정가능하게 된다는 것이다. Louis Roland에 의하면 입법부가 그러한 법률을 제정하는 것은 우선 立法府가 당해법률의 규정으로부터 법률로서의 성격을 박탈하고, 그에 의하여 그 법률의 규정은 자동적으로 단순한 Décret로서의 효력을 획득하는 것을 의미하며, 이에 立法府는 일정기간 단순한 Décret에 의하여 수정될 수 있음을 명시하는 것이라는 이론구성을 한다. 이러한 完全授權法律에 대한 설명은 Décret-loi를 법률로서의 성격을 인정하지 않으나, 동시에 Décret에 의한 수정의 대상이 되는 법률로부터는 법률로서의 성격을 박탈하여 버리게 된다. 그래서 이 후자의 점에서 최대의 문제점으로 비판되었다. Louis Roland, *Le projet du 17 janvier et la question des Décrets-lois*, R.D.P., 1924, p.42.

은 허용되지 않는다고 하였다. 그 이유는 첫째, 일반적인 수권은 의회의 立法權의 내용을 공허하게 하는 것이며, 둘째 의회 또는 법원에 의한 委任立法의 통제를 실효적으로 하기 위해서이다. 따라서 完全授權法律은 정부에의 수권기간, 수권사항, décrets-lois의 제정목적의 전부 또는 일부를 한정하는 것이 필요하였으나 실제문제로서 수권의 한정에 관하여 불변하고 유일한 기준을 설정하는 것은 사안의 성질상 불가능하므로 授權이 한정되고 있는가의 여부는 결국 사례별로 결정되지 않을 수 없었던 것이다.<sup>305)</sup> 의회가 당초 이 수권한정의 원칙을 수용하여 수권기간을 명확히 정하고 수권사항을 명시하고 décrets-lois를 일정기간내에 추진하기 위하여 議會에 제출할 것을 의무화하고, 정부에 수권한 사항에 관한 의회자신의 立法權을 유보하는 등의 배려를 한 것은 의회주의가 형해화하는 것을 우려한 것에 불과하였다.<sup>306)</sup> 그러나 이 수권한정의 원칙은 실제의 授權法律에 의하여 서서히 파괴되어 갔다. 우선 수권기간에 관해서는 점차 짧은 간격으로 授權法律이 제정되었기 때문에 기간을 한정한 의미가 없게 되어 버렸으며, 마지막으로 1939년 12월 8일 법에 의하여 수권기간도 장래의 戰鬪行爲의 종결까지라는 불확정한 모습으로 행하여졌던 것이다. 수권의 범위에 관해서도 당초는 그 사항을 한정한다는 방법이 채용되었으나 점차 사항을 한정하지 않게 되고 결국은 단순히 수권의 목적만을 제시하는데 불과하고 그것도 매우 일반적인 文言으로 목적을 제시하는데 불과하게 되었던 것이다. 이리하여 빈발된 décrets-lois체제는 점차 파국을 맞이하게 되었으며, 1940년 7월 10일의 授權法은 제3공화국 그 자체에 사망선고를 내리게 되었던 것이다.

## (2) 第4共和國憲法

제3공화국체제의 完全授權法律을 초래한 역사적 반성으로 출범한 1945년 10월 17일의 제4공화국憲法은 그 제13조에서 "국민의회만이 法律을 표결한다. 國民議會는 이 권리를 다른 곳에 위임할 수 없다"라고 규정하였다. 憲法制定者의 입법취지가 제3공화국하의 décrets-lois를 금지하는데 있었다는 점은 학설이 일치하였다. 제2차대전후의 프랑스는 전쟁기와 마찬가지로 재정적, 경제적,

305) L. Duguit, *Des réglements faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur*, R.D.P. 1924, p.335.

306) Balleich, *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Frankreich Belgie und Luxumberg*, in: Friderich Klein(Hrsg.), *Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Rechtsstaat*, Frankfurt am Main 1952, S.332.

사회적 위기상태에 있었다. 그 때문에 의회와 정부는 憲法 제13조의 규정이 있음에도 불구하고 다양한 방식을 도출하여 실제로는 다수의 委任立法을 행하였다. 이 점은 憲法 제13조에 저촉하는 것이 아닌가라는 의문에 당연히 제기되기도 하였다. 국무장관의 신청에 의거하여 國事院은 1953년 2월 6일에 “의견”의 형식으로 다음과 같이 憲法 제13조의 공식해석을 내렸다.<sup>307)</sup> 첫째, 제4공화국 憲法의 제정자들은 제3공화국체제하의 完全授權法律과 그에 의거한 décrets-lois를 금지한 점 둘째, 입법자는 法律의 소관사항을 命令의 소관사항으로 옮기는 것을 주권적으로 결정할 수 있다는 점 그러나 셋째, 憲法의 규정에 의하여 또는 1789년의 인권선언 및 憲法前文으로부터 도출되는 공화적인 憲法上的 전통에 의하여 法律에 유보된 사항이 존재하며, 그곳에는 命令制定權을 확장할 수는 없으나, 다만 입법자는 본질적인 규범만을 정하여 세부를 정부에 맡기는 것은 가능하다는 점 넷째, 命令制定權의 확장은 그 일반성과 불명확성으로 인하여 國會議회가 본래 하여야 할 국민주권의 행사를 정부에 맡기는 것이 명백한 경우에는 憲法 제13조에 반한다는 점이다. 프랑스는 1789년의 인권선언과 제4공화국 憲法前文에서 도출되는 헌법적 전통, 관습에 의하여 法律에 유보된 사항이 존재한다고 하였다. 그 내용은 사람에 따라 약간 다르나, ①평등 및 시민의 신체의 자유, ②과세의 적법성, ③商工業의 자유, ④자치단체의 자유, ⑤재산권에의 침해의 적법성,<sup>308)</sup> ⑥刑罰 및 行政制裁의 창설, ⑦裁判權의 창설,<sup>309)</sup> 등이다. 이들에 관해서는 法律에 의하여 본질적인 규범을 정할 필요가 있으며 일반적, 불확정적인 위임을 할 수 없다는 제약이 있었으나, 法律의 소관사항으로 命令의 소관사항으로 옮기는, 즉 非法律化함으로써 命令制定權의 확장을 용인하였으므로 실질적으로는 이 의견은 委任立法을 인정한 것이 된다.

이 의견에 의하여 委任立法의 한계가 어느 정도 명확히 되었는가는 의문이다. 이와 같이 유연한 해석을 행한 憲法 제13조도 委任立法의 수요앞에서는 종이방벽에 불과하였으며, 제4공화국의 22년간 27건의 授權法律이 제정되어 방대한 수의 委任立法이 공포되었다. 이 시대에 사용된 수권의 방식은 주로 다

307) Avis du Conseil d'Etat relatifs aux articles 13 et 90 de la Constitution de la République française, R.D.P. 1953, pp.170-171.

308) Liet-Veaux, *La Loi-cadre sur la construction et les principes démocratiques*, Gazette du Palais, 1957, p.4.

309) Alain Plantey, *Décret*, in: Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit administratif, tome 1, p.648.

음의 세가지이다.

첫째, 1948년 8월 17일법<sup>310)</sup>의 제6조 및 제7조에서 채용된 방식으로 “성질상 命令의 성격을 지닌 사항”이라는 개념을 도출하여 命令領域을 확대하는 방식이다.<sup>311)</sup> 즉, 행정개혁을 목적으로 하는 이 法律은 전문 10개조의 法律이나, 제6조에서 성질상 命令으로서 성격을 지닌 사항에 관하여 현행법의 규정을 자유로이 폐지, 수정하기 위하여 재정·경제장관과 관계장관의 보고에 의거하여 또한 國事院의 의견을 거친 후 각의로 décrets를 공포할 수 있다라고 규정하였다. 그것을 받아 제7조에서 성질상 命令의 性格을 지닌 사항으로서 공역무의 조직일반, 사회부조, 사회보장제도일반, 국제발행, 유가증권의 규제, 주식거래, 물가·무역의 규제 등 11개 항목을 목록으로 규정하고 있다. 이 목록에 포함되는 사항은 배타적으로 命令制定權에 속하는 것이 되며, 광범위한 영역에 걸쳐 法律을 수정하는 권한이 행정부에게 부여되기에 이르렀다. 이러한 방식이 채용된 것은 적어도 공공연하게 憲法 제13조에 위반하는 것을 피하기 위한 것<sup>312)</sup>이라고 설명된다. 이 1948년법의 방식에 의한 委任立法에 관해서는 다양한 문제가 있다. 이 당시에 지배적이었던 형식적 法律概念, 즉 의회가 소정의 형식을 갖추어 제정한 규범이 法律이며, 그 法律의 내용이 될 수 없는 사항은 없다는 원칙과 1948년법의 “性質上 命令의 性格을 지닌 사항(ayant par leur nature un caractère réglementaire)”의 개념과는 모순하므로 이 구별은 모든 학설에 의하여 지지되지 않았다.<sup>313)</sup> 또한 命令사항으로 된 제7조의 열거사항중에는 전통적으로 議會에 留保된 사항은 포함되어 있지 않았

310) Loi no.48-1268 du 17 aout 1948 tendant au redressment économique et financier.

311) 朴仁洙, 프랑스의 法律命令(Ordonnance)에 관한 小考, 現代法の 理論과 實際(琴浪 金哲洙教授華甲紀念), 1993, 443面.

312) Marcel Waline, *Les rapports entre la loi et règlement avant et après la constitution de 1958*, R.D.P., 1959, p.703.

313) 1948년법에 의하여 도입된 “성질상 命令事項”의 개념은 전통적인 법률과 명령의 관계에 일정한 수정을 가하지 않고서는 안되었다. 그 이유는 행정입법권한에 배타적인 영역이 존재하게 되면 法律과 命令의 구별은 그 제정내용에 의해서는 불가능하며 단지 제정기관에 의해서만 가능하게 된다는 전통적인 형식적 구성이 유지될 수 없게 되며 法律事項의 무한정의 원칙에도 반하며 法律優位의 원칙에도 반하게 되기 때문이다. 1948년법에 의하면 이전에는 적법하게 법률사항을 정하였던 법률도 그 이후에는 命令事項을 정하게 되기 때문에 법률의 성격을 박탈당한 명령의 성격을 지니는데 불과한 것으로 격하된다. 그리고 政府는 그러한 법률을 개폐하는 권한을 부여받은 것이다.

으며 그 열거방식도 한정적으로 정부에 백지위임하는 것은 아니지만 규정내용 그 자체는 막연하고 명확하지 않았다.<sup>314)</sup> 나아가 제6조와 제7조에 의거하여 발해진 décrets에 관해서는 기한을 정하지 않고<sup>315)</sup> 추인을 위한 議會에의 提出도 의무화되지 않았다. 이러한 광범한 수권은 합헌으로 용인되었으나, 학설 중에는 違憲이라는 견해가 많았다.<sup>316)</sup> 이 제6조와 제7조에 의거하여 1953년에 공포된 décrets수는 265건에 달하였다. 이들 décrets의 성격이나 효력에 관해서는 제3공화국체제하의 décrets-lois와 같은 것이라는 의견과 다른 것이라는 의견으로 나누어 졌다.

둘째, 委任立法의 방식으로서 “골격법” 또는 개괄적인 法律(loi cadre)의 방식의 채용이다.<sup>317)</sup> 이 loi cadre의 이해에 관해서는 약간의 차이가 있으나 통상 “議會는 일정한 개혁을 위하여 간결한 입법상의 원칙만을 정하고 그 具體的인 實現을 정부의 décrets에 부여하는 방식”을 말한다. loi cadre는 일반적인 원칙만을 정하므로 loi de principe, loi de programm이라고 부르며, 通常法律인 loi ordinaire와 구별되고 있다. 이 방식에 의거하여 발포되는 décrets는 통상의 행정입법과는 다르다. 제4공화국憲法 제47조는 憲法的 傳統에 따라서 “내각장관은 法律의 집행을 보장한다”라고 규정하고 通常法律의 執行을 정하는 것을 행정입법에 부여하고 있다. 또한 구체적인 通常法律이 “이 法律을 시행하기 위한 제조건은 特別執行命令(reglement d’administration publique)으로 이를 정한다”라는 규정을 두어 法律의 적용을 위한 조건을 정하는 것을 의회가 행정입법에 의무화하는 경우가 있었다. 이 特別執行命令을 제정하는 절차로서 종래 國事院의 총회의 의견을 구할 것이 의무화되었으나, 1980년 7월 7일법 80-514에 의하여 이 特別執行命令은 “國事院을 경유하는 décrets(décret en

314) Pioto, *La loi du 17 aout tendent au redressment économique et financier*, R.D.P., 1948, pp.527~528.

315) 이 점은 國會의 主權性의 관점에서 제3공화국기의 Décrets-lois보다 심각하였다. 즉, Décrets-lois의 경우에는 수권에는 一定期間이 있으며 그것이 경과하면 정부는 법률을 수정하거나 자신이 정립한 Décrets-lois조차 수정할 수 없게된다. 그것은 立法府에 의해서만 가능하다는 점에서 입법부의 주권성이 유지되었던 것이다. 그러나 1948년 법에서는 授權의 시간적 제약이 없으므로 대상이 된 법률을 개폐한 Décrets는 그대로 行政立法으로서 유지되므로 정부는 그것을 언제라도 개폐할 수 있었다.

316) Pioto, *ibid.*, p.532.

317) J.Charpentier, *Les lois-cadres et la fonction gouvernementale*, R.D.P., 1958, p.220.

Conseil d'état)"와 통합되어 현재는 존재하지 않는다. 여하튼 이러한 행정입법과 달리 발전한 décrets는 정부에게 커다란 裁量이 부여되었으며 그 제정절차에 있어서 의회의 관여가 제도화되고 있는 점이 특색이다. loi cadre방식은 통상의 授權法律의 방식과도 다르다. 학설중에는 의회가 입법에 의하여 원리적인 문제를 해결하기 위한 규범을 정립하고 그것을 구체화하는 권한을 정부의 décret에 맡기는 방식이라면 그것은 통상의 授權法律의 방식과 다를바 없다는 견해도 있다. 확실히 그러한 유사성은 부정하기 어려우나, 이것이 décrets-lois와 마찬가지로 既存法律을 개폐하는 효력을 가지는 점에서는 동일하다. 그러나 loi cadre는 통상의 授權法律과는 다르다는 학설이 유력하다. 그것은 loi cadre방식의 특질을 무엇보다도 이 décret의 제정절차에 구한다. 통상의 授權法律이 기존의 法律을 개폐하는 효력을 지닌 décret의 제정을 정부에 일방적으로 맡겨버리는 "포기의 방법(methode de l'abandon)"을 채용하고 있는데 대해 loi cadre는 그 décret의 제정에 관하여 議會의 關與를 인정하는 "의회와 정부간의 협력방식(methode de Collaboration entre le Parlement et le Gouvernement)"을 채용하고 있는 점에서 위임의 방식이 다르다.<sup>318)</sup> 이 loi cadre방식이 성공하기 위해서는 의회내에서 일정한 政黨狀況을 필요조건으로 한다. loi cadre방식을 채용하도록 한 것은 1956년 6월 23일법, 1957년 8월 7일법, 1958년 2월 5일법 3개뿐이다. 이들 法律에 의하여 채용된 loi cadre방식의 합헌성은 國事院의 의견에 비추어 일반적으로 승인되었다고 생각된다. 그 이유는 loi cadre는 憲法상 法律에 유보된 사항에 관한 본질적인 규범을 정하는 가능성을 입법자에게 인정하고 있기 때문이다. 그런데 이 loi cadre방식이 위임의 한계를 명확히 정하였다고 할 수 있는가가 문제된다. 원래 이 loi cadre방식이 정부에 의하여 사용된 것은 하나는 décrets-lois의 節次를 은폐하기 위한 것이며, 또 하나는 그 제정절차에 의회의 관여를 인정함으로써 의회에의 존경을 유지하고 議會의 임무에 합치하는 정책을 집행한다는 배려를 위한 것이다. 이 점에서 명백한 것처럼 정부에 부여된 裁量은 통상의 授權法律에 비하여 상대적으로 좁아질지도 모르나, 그러나 무엇이 法律로서 정하여야 할 원칙적 사항이며 무엇이 정부의 décret에 의하여 구체적으로 규율되어야 할 사항인가의 구분이 용이하지 않다.

세번째의 방식은 "限定된 權限委任(les delegations de competence

318) Ders., ibid., pp.251~252.



limitees)이다. Duverger는 이것을 이른바 “Décrets-lois에의 복귀”<sup>319)</sup>라고 부르고 있으나, 제4공화국체제하에서 가장 널리 이용된 방식이다. 이 방식은 제3공화국체제하의 完全授權法律 및 décrets-lois와 기본적으로 공통되나 몇가지 점에서 차이가 있다. 즉, 憲法上 입법자에게 유보된 사항에는 행정입법권은 미치지 않는다는 유보조항이 포함되어 있는 점 및 행정입법에 위임된 사항이 열거되어 있어서 정부에 수권된 범위가 좁다는 것이다. 이 방식을 채용하고 있는 대표적인 法律로서 1953년 7월 11일법이 인용되고 있다. 동법 제6조에는 “정부는 …… 지출을 가져오는 모든 法律규정의 재정적 효과를 제한, 일시 정지 내지 연장하는 것을 1953년 10월 1일까지 …… Décret로 정한다”라고 규정하고, 제7조제1항에서는 “정부는 다음에 관한 조치를 …… Décret로서 취할 수 있다”라고 규정하여 그것을 열거하고 동조제2항에서는 “이 항이 대상으로 하는 제반권한은 本 法律의 서명시의 내각에 부여되며 1953년 10월 1일로서 실효된다”라고 규정하고, 동조제3항에서는 “본조 소정의 Décret는 法律조문을 개폐할 수 있으나, 憲法條文 또는 그 원리가 憲法前文에서 재차 확인된 공화주의적 憲法전통에 의하여 法律에 유보된 사항을 침해할 수 없다”라고 규정하였다. 이 法律은 위임에 관하여 다음의 네가지 한계를 명시적으로 설정하고 있다.<sup>320)</sup> 제7조제3항에서 憲法 및 공화주의적 憲法傳統에 의하여 法律에 유보된 사항에 Décret가 개입할 수 없다는 것을 정하고, 제7조제1항에서 Décret에 의하여 현행법을 개폐할 수 있는 사항을 6개항목에 걸쳐 열거하고 있으나 정부가 이들 사항에 Décret를 제정하는 경우에 財政·經濟長官의 보고에 의거할 것 및 사전에 國事院의 의견을 청취하도록 하고, 또한 일정한 경우에는 國民議會와 공화국평의회의 財政委員會의 의견을 구하도록 하는 절차상의 제약이 부과되었다.<sup>321)</sup> 이 法律에 의한 정부에의 수권은 이 法律이 공포되고 있는 때에 존립하고 있는 內閣에 한정되거나 1953년 10월 1일에 종료한다고 규정하였다. 또한 의회에 의한 추인에 관해서도 1953년 12월 31일이라는 期限이 설정되고 있다. 이 法律은 위임의 한계를 명확히 정하고 있다고 할 수

319) Maurice Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 12éd., tome II, p.109.

320) Donnedieu de Vabres, *L'article 13 et les Décret-lois*, Dalloz 1953, chronoque, p.139.

321) Décret-loi를 제정하기전에 의회의 일정한 위원회의 의견을 구할 것을 요구하는 것이 제4공화제하의 Décret-loi의 특색이다.

있는가에 대하여, 정부에의 권한의 수여는 상대적으로 엄격한 방식으로 행해지고 있다고 평가되나<sup>322)</sup> 委任의 限界를 초월하였는가의 여부의 판정은 확실히 곤란하다. 그 이유는 Décret의 내용이 法律에 유보된 영역을 침입하고 있지 않은가의 여부 그리고 제7조에 열거된 특수한 목록중에 포섭되는가의 여부를 Décret제정자나 법관들이 심사하여야 하나, 그것이 용이하지않기 때문이다.<sup>323)</sup>

(3) 第5共和國憲法

委任立法을 명시적으로 금지한 제4공화국憲法과는 대조적으로 제5공화국憲法은 法律과 行政立法의 관계에 관한 이론에 혁명적 변화를 초래하였다. 그것은 우선 憲法에 의하여 法律領域이 지정된 점에서 法律領域의 무한정의 원칙이 붕괴되었고, 두 번째로 행정입법영역이 그 이외의 영역에서 인정되어 獨立命命이 승인된 점에서 法律優位의 원칙이 동요되었다는 점에서 法的 革命이라고 일컬어지고 있다. 따라서 입법권한에 관하여 행정입법의 형식을 채용하는 것이 원칙이며, 의회입법의 형식은 예외라고 평가되고 있다.<sup>324)</sup>

우선 憲法 제34조제1항에서 “法律은 국회에서 표결된다”라고 하고 이어 동조 제2항이하에서 法律事項을 열거한다. 법률사항은 규정방식에 따라 첫째, 제2항과 제3항에서 “法律은 다음에 관한 규범을 정한다”라고 하고 해당사항을 열거하고 있다. 여기에서는 法律이 각각의 열거사항의 전부를 정하며, 국회는 적용조치의 세부를 스스로 정할 수도 그것을 정부에 맡길 수도 있다. 따라서 행정입법은 전통적인 法律의 범주내의 부수적 성격에 불과하다. 둘째, 제4항에서 “法律은 다음에 관한 基本原理를 결정한다”라고 하고 해당사항을 열거하고 있다. 여기서는 法律은 열거된 사항의 기본원리를 결정하는데 그친다. 따라서 여기에서는 행정입법은 法律로 정한 기본원리의 적용조치를 정할 수 있을뿐 아니라 나아가 그 범위는 국회의 의사에 의하여 한정되고는 있으나 행정입법의 고유한 영역을 가지는 것도 가능하다. 그러나 실제로 제34조에 열거된 각각의 사항에 해석은 물론 각각의 사항의 “規範(régle)” “기본원리(principes fondamentaux)”의 해

322) René Chapus, *La loi d'habilitation du II juillet 1953 et la question des Décret-lois*, R.D.P., 1953, pp.971.

323) Donnedieu de Vabres, op.cit., p.139~140.

324) Charles Durand, *le décadence de la loi dans la Constitution de la V République*, J.C.P., 1959 I.

석도 매우 미묘하였다. 한편 행정입법의 영역은 제37조제1항에서 “法律領域에 속하는 사항은 행정입법의 성격을 가진다”라고 규정하였다. 이 규정에 의하여 獨立命令의 영역이 인정되어 정부는 法律에 의한 지시요청이 없어도 자립적으로 또한 法律의 근거와 무관하게 독립적으로 일반적 규범의 정립권한을 가지게 되었다. 아울러 정부가 法律의 요청에 의거하여 法律을 적용 또는 보완하기 위한 執行命令도 일반적으로 인정되었다. 그리고 제38조제1항에서는 授權法律의 합헌성이 이론적으로 다루어진 제3·제4공화국시대와 달리 법적으로 유효하게 法律事項을 法律命令의 형식으로 정할 수 있도록 하였다. 法律領域은 제34조에 의하여 한정되고 있는 한편 전통적인 Décret-lois와 마찬가지로 이 法律命令에 의하여 행정입법권한은 더욱 확대할 가능성을 지닌다. 이 法律命令은 국회가 추인하기까지는 法律事項을 정하더라도 다른 행정입법과 마찬가지로 國事院에 의한 월권소송의 대상이 되나, 추인후에는 法律命令은 완전히 法律의 자격을 획득하게 된다. 이로써 모든 재판적 통제를 면하나, 제5공화국헌법에서는 授權法律도 法律命令의 추인법률도 憲法院의 합헌성심사의 대상이 된다. 또한 法律領域과 행정입법영역을 구별하는 것은 원래 각각의 영역을 보호하려는 의도에 기인한 것이다. 法律領域의 보호는 國事院이 집행부를 통제하는 모습으로 이미 행하여 졌으나, 이에 추가하여 행정입법영역이 입법부의 침해로부터 보호되는 제도적 장치를 설정하고 있다.<sup>325)</sup> 즉, ①행정입법영역의 침해를 예방하기 위하여 政府는 제41조에 의하여 의원제출의 모든 法律案에 관하여 그것이 法律영역에 속하지 않는다고 생각할 때에는 “정부는 불수리의 이의(irrecevabilité)”를 신청할 수 있다. 그리고 그 不受理의 異議에 관해서 관계 의원의 의장과 의의가 일치하지 아니하는 경우에는 일방 또는 타방의 청구에 의거하여 憲法院이 재판한다. 즉 정부가 입법절차의 과정에서 그러한 法律案에 대해 前提問題의 제기라는 모습으로 이의를 신청하여 정부와 국회간에 권한배분에 관한 결론이 나지 않는 경우에 어느 일방이 憲法院에 제소하고 이를 받아 憲法院이 法律事項에 있는가의 여부를 최종적으로 결정하는 제도이다. 따라서 여기서는 주로 국회에 의한 행정입법영역의 침해를 예방하기 위한 것이다. ② 憲法 제37조제2항의 규정에 의하여 1958년 憲法성립이전의 法律로써 행정입법 사항을 규정한 것에 관하여는 “國事院의 의견을 청취한 후에 규정되는 Décret

325) Francois Luchaire, *Les sources des compétences législatives et réglementatives*, A.J. 1979, p.3.

에 의하여 수정된다". 그러한 法律은 이미 제5공화국하에서는 法律이 아니고 憲法典 자신에 의하여 이른바 자동적으로 法律자격이 박탈된다. 그리고 憲法發效 이후 행정입법사항을 정한 "입법형식의 조문(textes de forme législative)"에 관해서는 憲法院이 전항에 따라 그 조문이 행정입법의 성격을 가진다고 선언한 경우가 아니면 Décret에 의하여 수정될 수 없다. 즉, 이 경우에는 憲法院에 의하여 法律자격이 박탈된 후에 비로소 法律이 아니게 되는 결과로서 Décret로 개폐가능하게 된다. 이와 같이 공포된 후의 法律조차도 이 절차에 의하면 정부는 행정입법으로의 실지회복이 가능하게 된다. 다만 憲法院의 판결을 받을 것이 사전의 전제조건이다. ③정부가 불수리의 이의를 신청하지 않은 경우에도 제61조제2항에 의하여 국회에 의한 행정입법영역의 침해를 다룰 수 있는 여지가 있다. 즉, 제61조제2항은 "法律은 그 공포전에 공화국대통령, 수상, 국민의회의장, 상원의장(74년의 憲法개정에 의한 제소권자의 확대후에는 60명의 국민의회의원 또는 60명의 상원의원)에 의하여 憲法院에 회부될 수 있다"라는 형식으로 憲法院에 의한 합헌성일반의 통제를 규정하고 있다. 따라서 정부가 제41조의 절차에 의하여 제소하지 않은 경우에도 法律의 표결 후라도 공포전이라면 제61조제2항을 사용하여 정부도 제34조위반을 배제할 수 있다.

### Ⅲ. 委任立法의 種類

#### 1. 制定權者에 의한 分類

##### (1) décret

수상 또는 대통령이 정립하는 行政立法의 총칭을 말한다. décret는 ①수상이 閣議(conseil des ministres)를 경유하지 않고 독자적인 권한에 의거하여 정립하는 首相décret(憲法 제21조), ②각의를 거친 후 대통령이 친서하는, 이른바 閣議를 거친 décret(憲法 제13조), ③대통령이 각의를 거치지 않고 독자적인 권한에 의거하여 정립하는 大統領décret(憲法상 명문규정은 없으나, 실무상 인정되고 있음) 등이 있다. 어느 경우에도 décret는 집행을 담당하는 장관에 의하여 부서된다. 이와는 별도로 행정입법영역에 속하는 法律을 décret로서 개폐하는 경우등 그 제정절차에 있어서 國事院의 자문을 요하는

décret은 國事院을 거친 décret(décret en Conseil d'Etat)로서 다른 décret와 구별된다. 이 구별은 décret를 대상으로하는 월권소송에서 國事院을 거치지 아니하였다고 인정되는 경우에 절차의 하자가 아니라 무권한에 의한 위법이 되는 점에서 중요한 의미가 있다.

### (2) arrêté ministériel

長官이 정립하는 행정입법으로서, 다만 장관의 일반적 행정입법권을 정한 법령의 규정은 존재하지 않으며, 長官은 개별적으로 법령에서 수권되고 있는 경우를 제외하고 행정입법권을 가지지 않는다. 國事院의 1936년 2월 7일 판결<sup>326)</sup>은 장관은 설사 행정입법권한에 관하여 法律의 근거규정이 결여된 경우라도 모든 행정부서의 長과 마찬가지로 그 지휘감독하에 있는 행정의 원만한 운영을 위하여 필요한 조치를 취할 권한을 가지며, 공무원의 이익이 요구되는 한에서 그자의 존재가 공무의 정상적인 운영을 방해할 우려가 있는 자에 대하여 당해부서가 위치하고 있는 장소에의 출입을 금지할 수 있다라고 판시함으로써 長官의 개별법령에 의한 수권이 결여된 경우에 일정한도에서의 행정입법권을 인정하고 있다. 또한 國事院의 1970년 12월 11일 판결<sup>327)</sup> 등에 의하여 행정청이 어떤 권한의 행사에 관하여 裁量權이 인정되고 있는 경우에는 당해규제목적에 적합하고 강제력을 가지지 않는 한에서 행정입법의 성질을 가지지 않는 내부적 조치로서의 당해권한행사의 基準(directive)을 정립하는 것이 인정되고 있다. 장관이 법령의 근거없이 정립하는 通牒(circulaire), 訓令(instruction de service), 覺書(note)나 재량기준(directive)등이 실질적으로 볼 때 행정입법의 성질을 가지는 규정을 포함하고 있다고 해석되는 경우에는 당해 通牒은 위의 1936년 2월 7일 판결의 법리가 적용되는 경우를 제외하고 무권한을 이유로 越權訴訟에서 취소되게 된다.

### (3) 地方自治團體가 정립하는 arrêté

法律은 도지사(préfectoral), 자치단체의회의장(président du conseil général), 시장(maire) 등에게 일정한 범위에서의 행정입법권을 부여하고 있으며, 道知事가 정립하는 것은 arrêté préfectoral, 市長이 정립하는 것을

326) C.E. Section, 7 février 1936, Jamar, Rec. p.172.

327) C.E. Section, 11 décembre 1970, Credit Foncier de France, Rec. p.750.

arrêté municipal이라고 한다.

(4) 기 타

독립행정기관이 정립하는 規則, 전문직업단체등 일정한 私法上的 團體가 정립하는 규칙 등이 있다. 권한재판소의 판례<sup>328)</sup>에 의하면 에어프랑스항공의 任員會가 정한 직원규칙에 관하여 그것이 당해사법상의 단체에 위임된 公役務의 조직에 관련된 것이라는 이유로 행정입법으로서의 성격을 인정하고 있다.

2. 法律과의 關係에 의한 分類

(1) 獨立命令(règlements autonomes)

① 意義

현행 프랑스憲法 제34조와 제37조에는 의회의 입법영역(domaine de la loi, 法律事項)과 행정의 입법영역(domaine du règlement, 行政立法領域)을 명문으로 구별하고 있다. 제34조는 “法律은 다음 사항에 관하여 정한다”라고 규정하고 기본적 인권에 관한 사항, 선거제도와 공무원제도 및 공기업에 관한 사항, 국방, 지방제도, 교육, 물권과 채권, 사회보장제도 등에 관한 사항을 열거하고 이들 사항을 法律事項으로 규정하고 있다. 그리고 제37조는 “法律事項이외의 사항은 행정입법적 성격을 가진다”라고 규정하여 憲法은 法律事項이외의 사항이 행정에 의한 입법의 대상으로 하여 행정입법이 행정권고유의 권한 행사로서 정해지는 것임을 명확히하고 있다. 이 法律事項이외의 사항을 정하는 行政立法을 règlements autonomes이라고 하며, 이것은 1790년대에 경찰 사항을 규정할 수 있었기 때문에 獨立命令이라고 부른다. 憲法 제34와 제37조의 관계에서 통상 프랑스憲法은 法律事項을 한정열거하여 열기주의를 취하고 행정입법에 관해서는 개괄주의를 채용하고 있다고 할 수 있으나, 憲法의 실제 운용은 행정입법이 제34조의 法律事項에 침입하는 것을 금지하며 오히려 행정에 대하여 행정입법의 범위를 제34조에 규정하는 法律事項이외의 것에 한정하는 것으로서 행해지고 있다.<sup>329)</sup> 그리고 제37조가 “法律事項이외의 사항”을 행정입

328) TC, 15 janvier 1968, Air France, Rec. p.541.

329) Jean Louis Pezant, *Loi/règlement. La construction d'un nouvel équilibre*, 1985, p.346.

법사항으로서 하고 있는 것은 제34조에 열거된 사항뿐 아니라 다른 조항에서 憲法이 組織法律(lois organiques)이나 通常法律(lois ordinaires)로 규정하고 있는 사항을 제외한 것을 행정입법사항으로 하는 것으로서 행정입법으로 규정되는 것은 매우 협소한 것이 현실이다.<sup>330)</sup> 그리고 의회가 행정입법사항에 개입하지 않는 것처럼 정부에게 행정입법사항을 정한 法律의 불수리와 憲法院(Conseil Constitutionnel)에 의한 심사를 규정한 憲法 제41조에 관해서도 정부에 의한 불수리는 행해지지 않고 憲法院은 행정에 의한 法律事項에의 개입에는 명확한 法律상의 근거를 요구하고 있는데 대하여, 의회에 의한 행정입법사항에의 침입에 관해서는 아무런 근거도 요구함이 없이 이를 인정하고 있다.<sup>331)</sup> 이러한 憲法의 실제의 운용에서 법규는 法律事項으로서 의회의 입법영역으로 되어 있으며, réglements autonomes는 단순히 형식적으로 法律事項이외의 사항을 대상으로 하는 행정입법이며 행정입법을 정하는 행정권고유의 권한 가운데 위치하고 있다.

## ② 法的性格 및 效力

독립명령에 대한 우려는 비교적 일찍부터 國事院에 의하여 제기되었다. 우선 독립명령은 제37조의 영역내에서는 의회입법에 대신하는 “제2의 입법권”이 되지 않는가라는 우려, 즉 입법권한은 憲法典에 의하여 국회와 정부로 공유되고 있어서 의회입법과 行政立法이 법적성격에서 동일하지 않은가라는 우려이다. 또 하나는 獨立命令은 그 영역내에서는 상위규범으로서의 法律을 가지지 않으므로 법적인 계층단계에서 法律과 獨立命令의 계층관계가 어떻게 되는가라는 우려였다. 이러한 법적 성격의 문제에 관하여 國事院은 1960년의 Eky社 판결에서 제37조의 獨立命令이라 할지라도 다른 모든 행정입법과 마찬가지로 재판적 통제에 복종한다고 판시하였다.<sup>332)</sup> 그러나 그로부터 법적성격은 法律과는 다른 것이라도 獨立命令에는 상위규범으로서의 法律이 존재하지 않는 이상 당연히 법적 효력에서도 法律이 우선할 수는 없다. 다만 법적성격에 있어서 獨立命令을 다른 행정입법과 같은 것이라고 한 점은 행정입법보다도 상위에 있는 규

330) Michel Henny Fabre, *La Loi expression de la souveraineté*, R.D.P., 1979, p.344.

331) J.L.Pezant, op.cit., p.345.

332) C.E., 12 février 1960, Société Eky, G.A. p.476. 金東熙, 프랑스의 行政立法制度에 관한 小考, 서울대 법학 제23권4호(1982), 45面.

법(憲法, 법의 일반원리)에 獨立命令이 복종할 수 있음을 의미하였다. 그리하여 어떤 학설<sup>333)</sup>은 위의 두 번째의 우려에 대해서도 그와 같이 대처하여 하였다. 또한 國事院도 1959년의 토목기사조합사건 판결<sup>334)</sup>에서 “獨立命令權者는 法律의 규정이 없는 경우라도 특히 憲法前文으로부터 유래하고 여하한 행정입법권자도 구속하는 법의 일반원리를 준수하여야 한다”라고 하여 법의 일반원리를 獨立命令에 대한 적법성심사의 기준으로 채용함으로써 法律·獨立命令同位論을 후퇴시켰다. 이러한 태도는 1969년에 憲法院에 의해서도 인정되기에 이르렀다. 따라서 獨立命令의 법적성격·법적효력을 실제의 운용에 비추어 본다면 獨立命令에 대하여 제1차적 입법적용의 성격을 그곳에 발견할 수는 없으며 또한 재판적 통제에 복종한다.

## (2) 執行命令

### ① 통상적인 執行命令

憲法 제21조에서는 “수상은 法律의 집행을 보장하며…… 행정입법권(le pouvoire réglementaire)을 행사한다”라고 규정하여 法律의 집행을 보장하는 행정입법의 존재를 인정하고 있다. 여기에는 통상적인 執行命令(règlement ordinaire, règlement d'application des lois), 즉 기존의 法律의 집행을 보장하기 위하여 그 실시에 필요한 세칙을 정하는 命令이 있다. 이것은 특정의 法律을 보충한다는 기능을 가지나 法律의 규정에 의하여 이미 확정된 내용을 상세화하는데 그치며 새로운 것을 부가하는 것이 아니다. 예컨대 法律에 의하여 규정된 절차의 이행조건을 명확화하는 것이 그에 해당한다. 이 命令은 憲法에 의하여 부여된 命令制定權에 의거하여 제정되며, 따라서 法律의 규정에 기인하여 제정되는 경우외에 法律上 명문의 근거가 존재하지 않는 경우에도 정부는 자발적으로 法律을 집행, 적용하기 위한 命令을 제정할 수 있다. 또한 명령제정권은 憲法에 유래하는 고유의 권한이므로 立法機關은 정부로부터 이 권한을 박탈할 수 없으며 특정의 法律에 관한 命令의 제정을 금지할 수도 없다. 일반적으로 이 命令制定權에서는 다음과 같은 제한이 있음을 인정하고 있다. 즉, 法律에 위반하는 규정을 정하거나 法律의 적용범위를 확장 또는 제한할 수

333) René Chapus, *De la soumission au droit des règlements autonomes*, Dalloz 1960, p.119.

334) C.E., 26 juin 1959, Syndicat général des ingénieurs-conseils, G.A., p.484.



없으며 기존의 法律에 결부되지 아니한 규범이나 기존의 法律에 포함되지 아니한 내용을 부가하는 규범, 특히 法律이 정하는 의무를 초과한 의무를 시민에게 부과하는 것도 命令制定權의 내용에 포함되지 않는다. 이러한 사항을 命令으로 규정하기 위해서는 그것을 인정하는 法律의 특별한 규정이 필요하다. 이 命令은 경우에 따라 國事院의 部會 또는 기타 전문적인 審議會에의 자문을 거쳐 제정된다. 장관의 보고에 의거하여 제정되기도 한다. 그러나 國事院에 대한 諮問은 의무화되어 있지 않으며, 또한 자문이 행해지는 경우에도 國事院總會에 회부되는 것도 아니다.

## ② 行政命令(réglement d'administration publique : RAP)

이것은 입법기관에 의한 명시적 요청에 의거하여 특정 法律을 실시하기 위하여 國事院總會에 대한 자문을 거쳐 제정되는 命令이다. 의회는 法律을 제정하는데 있어서 통상 當該法律 또는 특정조문의 시행을 위하여 RAP로 정하도록 하는 규정을 두는 바, 일반적으로 法律이 그 마지막부분에서 “이 法律의 시행에 관한 조건은 行政命令으로 정한다(Un règlement d'administration publique déterminera les conditions d'application de la présente loi)”라는 규정을 두며 이에 의거하여 제정되는 命令을<sup>335)</sup> règlement d'administration publique(RAP)라고 한다.<sup>336)</sup> RAP는 法律사항을 대상으로 하는 行政立法이며 의회에 의한 입법권의 위임이라는 요소를 지니고 있으며, 통상 法律을 집행하기 위한 特別行政立法으로서 성격을 가진다. 그리하여 제3공화국시대에서 RAP가 입법권의 위임에 의거한 것인가를 둘러싸고 논쟁이 전개되었다. RAP가 입법권의 위임에 의거하는 것이라는 주장은 첫째, 市民에 대한 새로운 의무 부과, 조세 및 형벌의 창설, 法律의 변경 및 적용제외등 원칙적으로 입법기관만이 정할 수 있는 사항이더라도 RAP에 의하여 정할 수 있으며 둘째, 法律의 위임에 의거한 RAP는 法律과 동일시되며 그 결과 法律과 마찬가지로 모든 소

335) A.Laubadère, op.cit., p.77.

336) règlement d'administration publique이라는 用語는 1799년 12월 13일 헌법에서 최초로 사용되었으나, 당시 이 명령과 다른 命令과의 차이는 명확하지 않았다. 이것과 다른 명령과의 구별이 명확하게 된 것은 王政復古期 이후이며 그것이 7월 王朝期에 강화되었다. 왕정복고기에 있어서 이 구별의 의미는 國事院의 관여의 유무에 있었으나, 7월왕조기가 되면서 왕권에 대한 의회의 권위의 진전에 수반하여 RAP에의 授權에 있어서는 議會가 그 우월적인 권력의 일부를 정부에 위임한다는 의미가 부가되었다. 따라서 立法權을 양도받은 정부가 당해사항에 관하여 제정하는 RAP는 法律과 동등한 효력과 성질을 획득한다고 생각되었다.

송의 대상에서 제외되었다. 셋째, RAP는 입법행위이므로 통상의 命令과는 다르며 法律과 같은 안정성을 가지며 法律 또는 法律에 의한 새로운 위임에 의해서만 변경, 폐지가 가능하였다. 그리하여 RAP는 이른바 “第2의 立法”으로서의 지위를 향유하게 되었다. 그러나 이러한 견해는 많은 비판을 받게 되어 포기되기 이르렀다. 그리하여 RAP는 法律이 아니라 행정적 성질의 집행적 결정(décision exécutoire de nature administrative)인 것에 불과하다는 점이 승인되어 그 결과로서 월권소송의 대상성이 긍정되었다. 또한 RAP를 그 제정절차와 같은 절차에 따라 제정되는 새로운 décret에 의하여 변경 또는 폐지하는 것이 인정되었다. 그리하여 의회가 행정에게 입법권의 위임을 행하는 것은 立法權非委任의 原則에 위배되는 것으로서 허용되지 않으며 RAP는 法律이 의회의 요청으로서 정부에 대하여 法律事項에의 개입의무를 요구하여 규정되는 것이며, 法律事項을 정하는 특수한 행정입법이나 그것은 憲法 제37조의 행정입법권을 확장한 것으로 이해되고 있다.<sup>337)</sup> 따라서 RAP는 의회의 요청에 의하여 法律事項이 행정입법사항으로 되어 행정입법권의 행사로서 규정되는 것이다. 이와 같이 RAP는 우리나라의 法規命令에 대응하는 행정입법이라고 할 수 있다. 다만 法規命令이 국가의 입법기관인 의회의 위임을 전제로 하는데 대하여 RAP는 행정권고유의 권한행사로써 정부의 주관적 판단을 제시하는 것이므로 그 정립에 있어서는 國事院(Conseil d'Etat)의 총회의견에 복종하며, 法律의 적합성을 심의한다.<sup>338)</sup> 그러나 1963년 이 RAP제도에 관하여 國事院에서의 심리절차라는 측면에서 그 존재의의를 상실시키는 제도개혁이 행하여졌다. 즉 종래 RAP는 國事院의 總會에 자문하였는 바, 1963년 7월 30일법에 의하여 RAP는 國事院의 部會의 의견으로 족하는 것이 가능하게 되었다. 또한 이 1963년법에 의해 décret en Conseil d'Etat도 國事院의 總會에 회부하는 것이 가능하게 되었다. 따라서 國事院에서의 심의에 한정하여 말하면 RAP와 décret en Conseil d'Etat의 사이에는 본질적인 차이가 없게 되었다.

337) A.Laubadère, op.cit., p.79.

338) RAP에 관한 자문을 받은 國事院은 집행권의 원안에 대하여 검토하며 執行權은 이 국사원의 판단에 법적으로는 구속되지 않으며, 그것을 감안하여 最終的 決斷을 한다. 따라서 RAP에 있어서 답신은 국사원에게 어떤 의미에서 參與機關으로서 행정입법권한의 일부가 귀속하는 이른바 구속적 답신(avis-conforme)이 아니나, 집행권은 국사원의 答申을 무시하여 자기의 원안을 채용하거나 국사원의 答申에 따라야 할 것인가라는 정치적 결단을 하여야 한다. 자세한 내용은 Lucien Sfez, *Une survivance, le réquement d'administration publique*, Etudes de droit public, 1964 참조.

그리하여 이 시기를 전후하여 RAP는 그다지 사용되지 않게 되었다. 이러한 경과 후에 1980년대에 이르러 RAP는 그 역할이 종료된 것으로 폐지된다. 즉, 1980년 7월 31일법 제2조에 의하여 이 법공포후 행정입법적 규정에서 RAP 또는 RAP의 형식을 취하는 décret는 전부 décret en Conseil d'Etat로 본다고 규정하였다. 이것은 RAP가 최근 거의 사용되고 있지 않다는 것을 전제로 일종의 행정정리 내지 간소화로서 행해진 것이다.<sup>339)</sup>

(3) 法律命令(Ordonnance)

① 意義

憲法 제38조제1항에서는 “정부는 그 綱領을 실시하기 위하여 일정기간에 대해 통상 法律의 소관사항에 속하는 조치를 法律命令으로서 정하는 승인을 국회에 요구할 수 있다”라고 하여 法律命令制度를 규정하고 있다. 제38조에 의한 Ordonnance라는 용어는 드골이 애용한 것으로서 드골의 권력관념을 표현하는 말이다.<sup>340)</sup> 즉, 그것은 憲法에 의한 수권, 의회에 의한 수권 또는 국민에 의한 수권에 의거하여 法律事項에 개입하여 法律을 개폐할 수 있는 행위이며 국가원

339) Jean Dufau, *Grandeur et décadence du réglemant d'administration publique*, A.J. 1980, p.468.

340) 프랑스에 있어서 Ordonnance라는 용어는 특별한 의미를 지니고 있으며, 이 명칭은 제5공화국헌법에서 처음으로 등장한 것이 아니라 매우 오랜 역사를 가지고 있다. 그것은 멀리 구체제하의 절대군주하에서 國王의 법적인 행위로 사용되었다. 이 시기에 Ordonnance는 물론 委任立法의 의미가 아니라 군주가 그 고유한 규칙제정권에 의거하여 제정하는 王命을 지칭하는 용어였다. 그 후 프랑스혁명의 발발과 더불어 이 용어는 소멸되었으나, 1814년의 헌법에 다시 채용되기에 이르렀다. 즉, 동헌법 제14조는 “國王은 법률의 집행 및 국가의 안전을 위하여 필요한 명령 및 Ordonnance를 제정한다”라고 규정하였다. 1830년 7월 혁명후에 제정된 8월 14일헌법에서도 Ordonnance라는 명칭이 사용되었다. 다만 그 法的性格은 혁명을 거치면서 약간 변경되어 국왕은 법률의 집행에 필요한 命命, Ordonnance를 제정하나 법률의 집행을 정지 또는 지연시킬 수 없다고 하였다. 여기서는 國王의 Ordonnance는 법률에 종속하는 지위로 전락하고 법률을 개정할 수 없으며 다만 법률의 집행을 담당하는 명령에 불과하였다. 이러한 專制君主期를 제외하고 공화제체제하에서는 Ordonnance라는 명칭은 전혀 그 모습이 나타나지 않았다. 이 명칭이 다시 등장한 것은 제2차대전중 드골의 자유프랑스정부가 제정하는 命命에서 나타났다. 1940년 10월 27일 자유프랑스정부의 수반이었던 드골은 프랑스국민의 이름으로 전시하의 공권력의 조직을 대상으로하는 Ordonnance를 발하였다. 그러나 종전 후 프랑스가 정상적인 지위를 회복하면서 이 임시정부의 命命을 지칭하는 Ordonnance의 명칭도 소멸하였다. 이러한 오랜 역사적 과정을 거치면서 현재 제5공화국헌법에서 委任立法의 법형식으로서 Ordonnance가 등장하게 된 것이다. J.Touscoz, *La notion d'ordonnance*, Etudes de droit public, 1964, p.219.

수의 정치적 의견을 실제에 반영하는 조치라고 할 수 있다. 이 제38조의 규정은 제3·제4공화국하의 décrets-lois를 憲法規範化한 것이나 Ordonnance라는 관념이 사용되는 곳에 상징적으로 제시되는 것처럼 다음의 세가지 중요한 점에서 다르다.<sup>341)</sup> 첫째, décrets-lois의 경우에는 閣議, 즉 실질적으로는 수상에게 결정권이 있었는데 대해 Ordonnance의 경우는 그에 서명하는 大統領에게 결정권이 있게 되었다. 憲法 제13조제1항은 “공화국대통령은 閣議에서 의결된 Ordonnance 및 décret에 서명한다”라고 규정되어 있으나, 이 Ordonnance에의 서명권은 당초는 명목적·형식적인 권한으로 생각되었다. 그러나 제38조에 의거한 최초의 授權法律인 1960년 2월 4일법 이래 이것은 실질적인 권한을 의미하는 것으로 되었다.<sup>342)</sup> 둘째, 授權은 제4공화제의 후반기와 마찬가지로 특정정부만에게 부여되며 정부가 交代한 경우에는 수권은 무효가 된다. 이 점은 제38조에 명시되어 있지 않으나 “정부는 그 綱領의 실시를 위하여”라는 문언에서 도출되기 때문이다. 그 이유는 憲法 제49조제1항에 규정되어 있는 것처럼<sup>343)</sup> 정부가 사전에 綱領을 작성하고 그것이 국민의회에서 승인된다는 것이 제38조에 의거한 Ordonnance를 발하는 전제가 되어있기 때문이다. 셋째, 의회는 수권기간중에는 政府에게 수권한 입법사항에는 개입할 수 없다는 점이다. 만약 개입한 경우에는 憲法 제41조의 규정<sup>344)</sup>에 의거하여 정부는 不受理로서 대항할 수

341) M. Duverger, op.cit., pp.220~221.

342) Montané de la Roque, *L'article 38 de la constitution du 4 octobre 1958 et la loi de pouvoirs spéciaux du 4 février 1960*, Mélanges Maury, tome II, p.212. 종래 제3·제4공화제하에서는 다른 명령적인 행위와 마찬가지로 décrets-lois에 관해서도 大統領의 署名은 미치지 않았다. 그러나 현행제도하의 大統領은 각의에서 심의된 법률명령에 서명하도록 되어 있다. 위임입법에의 주도권은 정부(내각)의 권한이나 閣議를 주재하는 자는 대통령이기 때문에 사실상 대통령은 법률명령의 제정을 좌우할 수 있는 지위에 있다. 만약 內閣이 대통령의 의사를 무시하려 한다면 大統領은 서명을 거부하여 대항할 수 있기 때문이다. 가령 대통령이 서명을 거부하더라도 헌법은 서명을 의무적인 것으로 규정하고 있지 않으므로 이러한 행위는 違憲이 아니게 된다. 결국 法律命令의 제정에 있어서는 대통령이 중요한 역할을 거두게 되는 것은 명백하며 실제의 운용에서는 大統領 스스로가 법률명령의 주도권을 행사한 사례가 자주 있었다. 이것은 헌법상으로는 내각의 발안 이기는 하나 실제는 大統領이 內閣으로 하여금 발안시키는 절차를 담습하고 있으며, 정치적으로 중요한 법률명령인 경우에는 내각이 아니라 大統領이 발안한 사례도 있다. 예컨대 제5공화국헌법하에서 최초의 수권법인 1960년 2월 4일법은 법률명령의 제정자로서 당시 수상이 아니라 大統領을 지칭하였다. 1962년 4월 13일의 국민투표 의하여 채택된 법안도 국가원수인 드골에게 필요한 法律命令의 제정권을 부여하였다.

343) 제49조제1항은 “首相은 각의의 심의중 國民議會에서 그 綱領 또는 경우에 따라서는 일반정책의 설명에 관해 정부의 책임을 묻는다”라고 규정하고 있다.

있다. décrets-lois의 경우에는 가령 수권기간중이더라도 수권한 사항에 개입할 수 있었으나 그에 비하여 의회의 권한은 대폭 후퇴하고 있다고 말할 수 있다.

② 成立要件

法律命令은 의회의 입법영역에 속하는 사항을 정부가 의회의 위임에 의거하여 제정하는 命令이라는 점에서 그러한 委任立法이 행해지기 위해서는 다양한 요건이 憲法上 요청되고 있다. 즉, ①의회에 수권이 政府에 부여되어야 한다. ②제안권은 정부에 속하며 의회 스스로 法律事項에 관한 권한을 위임하는 수권법(loi d'habilitation)을 발의할 수 없다.<sup>345)</sup> ③授權期間은 무한정일 수는 없으며 반드시 일정기간을 수권법에 명시하여야 한다. ④위임의 대상사항을 규정하여야 한다. ⑤法律命令의 제정에서는 정부는 사전에 國事院의 의견을 청취할 의무가 있다. ⑥法律命令은 각의(conseil des ministres)에서 제정되어야 한다. ⑦授權法에서는 수권기간과 아울러 추인의 정부법안을 의회에 제출하는 기간을 규정할 필요가 있다. 만약 이 기간내에 추인의 정부법안의 제출이 없는 경우에는 法律命令은 무효가 된다. ⑧수권기간만료에 즈음하여 法律의 영역에 속하는 사항을 대상으로 하는 法律命令은 이후 法律이외의 형식으로는 개정할 수 없다. ⑨수권기간중 의회가 위임사항에 관하여 立法을 하는 것은 허용되지 않으며, 이러한 사태가 입법절차중에 명확히 되지 않은 경우 정부는 불수리의 항변으로 대항할 수 있다는 점 등이다. 이들 요건중 중요한 몇가지 사항에 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 議會에 대하여 위임을 요청할 수 있는 곳은 이미 살펴본 것처럼 憲法上으로는 내각이나, 실제로는 大統領이 행사하기도 한다. 여기에서 문제가 되는 것은 수권기간중에 내각 또는 大統領이 변경된 경우 授權法 및 그에 의거하여 제정된 法律命令의 성격에는 어떠한 영향을 미치는가라는 점이다. 내각이 경질된 경우 新內閣은 전내각에 부여되었던 권한을 계속 행사할 수 있는가에 대하여, 이 경우 장관의 일부가 경질된 경우와 首相을 포함한 전부가 총사퇴한 경우가 다른가에 대하여도 의문이 있다. 學說은 거의 일치하여 장관의 변경에는 아무런 문제가 없으나 수상의 변경은 수권법이 장래에 향하여 실효된다는

344) 제41조제1항은 "국회의원제출의 法律案 또는 수정안이 법률의 소관사항에 속하지 아니하고 또는 제38조에 의해 인정된 委任에 반하는 것이 입법절차중에 명확한 경우 정부는 불수리로서 대항할 수 있다"라고 규정하고 있다.

345) Georges Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions politique*, 8 éd., 1975, p.1003.

입장을 취하고 있다.<sup>346)</sup> 그 근거로서는 원래 의회의 수권은 構成員의 집합체로서의 내각에 대해서가 아니라 機關으로서의 내각에 대한 것이므로 憲法 제 21조가 내각의 행위에 관하여 수상의 책임을 명시하고 있는 점 및 내각의 기관으로서의 일체성의 핵심이 首相에게 있으므로 수상의 교체는 당연히 수권법의 실효를 가져온다는 이유이다.<sup>347)</sup> 그러면 大統領의 변경이 있는 경우에는 어떠한가가 문제된다. 憲法은 이 문제에 관하여 아무런 명시적 규정을 두고있지 않으나, 제5공화국憲法하의 최초의 수권법인 1960년 2월 4일법에서 수권은 “현재의 정부”에 부여되며 그에 의거하여 제정되는 獨立命令에 서명하는 자는 대통령 드꿀임을 명시하였다. 즉, 수권법 그 자체가 내각의 交代뿐 아니라 대통령의 변경이 있는 경우의 당해수권法律의 실효를 규정하였다. 또한 주목되는 것은 國民議會의 해산의 경우에도 당해수권법이 무효가 된다고 명시하였다.<sup>348)</sup> 이러한 사례는 이 시기가 유일한 것으로서 학설상으로도 명확한 결론을 내리지 않고 있다.<sup>349)</sup>

둘째, 제38조의 규정에 의한 위임의 期間에 관해서이다. 우선 수권기간에 관해서는 “일정기간(pendant un délai limité)”이라고 명문으로 규정하고 있다. 과거의 제3·제4공화국시대하에는 이에 관하여 의회의 意思에 맡기는 관행이 행해졌으며 그 때마다의 사정에 따라 기간의 결정을 행하였다. 現行憲法하에서도 기간의 결정은 의회의 재량에 맡겨져 있으나, 다만 필요이상으로 장기간에 걸친 수권이나 영구적 수권이 인정되지 않는다는 점은 國事院의 판례에서도 확인되고 있다.<sup>350)</sup> 실제로 1958년의 제5공화국憲法制定 이래 현재까지 다수의 수권法律이 제정되었으나, 대부분 일정한 연월일까지라는 기간을 정하거나, 4개월 또는 1개월이라는 기간을 정하였다.

셋째, 國事院의 자문에 관한 것으로서 憲法상 內閣은 法律命令의 제정에 있어서 사전에 國事院의 의견을 청취할 것이 의무화되어 있다. 이 경우 만약 내

346) Charles Debbasch, *Les Ordonnances de L'article 38 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Juris Classeur Periodique, 1962, I, p.1701. ; M.Duverger, op.cit., p.232.

347) Ch. Debbasch, ibid., p.1701. 반대의 견해로는 Andre Hauriou, *Droit Constitutionnel et Institutions politique*, 6 ed., 1975, p.1003.

348) G.Vedel, op.cit., p.221.

349) M.Duverger, op.cit., p.232.

350) C.E. 24 novembre 1961, *Fédération National des Syndicats de police*, Dalloz, 1962, p.426.

각이 사전의 자문없이 法律命令을 제정한 경우 그 효력은 어떻게 되는가가 문제된다. 또한 사전자문을 거친 國事院의 의견을 내각이 반드시 따라야 할 필요가 있는가의 문제도 제기된다. 前者의 문제에는 國事院은 그 판례에서 사전자문을 거치지 않고 제정된 法律命令은 행정재판소의 월권소송에서 무효의 선언을 받게 된다고 판시하였다. 다만 後者의 문제에 관하여는 내각은 國事院의 의견에 구속되지 않는다고 이해되고 있다.<sup>351)</sup>

### ③ 範圍

가장 중요한 수권사항의 범위이나 이에 관하여 제38조는 “그 綱領의 실시를 위하여”라는 요건만 부과하고 있다. 이것은 매우 간결한 규정으로서, 그 때문에 憲法上 인정된 수권사항을 적극적으로 정하는 것은 매우 곤란하다. 다만 지배적인 견해에 의하면 소극적으로는 憲法改正, 組織法律의 영역에 속하는 사항 및 국제조약의 비준 등 세가지의 영역은 수권사항에서 배제된다. 그렇다고하여 그 이외의 모든 사항을 위임할 수 있는 것은 아니다. 제38조는 “그 綱領의 실시를 위하여 통상 法律의 소관사항에 속하는 조치”라고 규정되어 있으므로 모든 조치를 취할 수 있다고 규정하고 있는 것은 아니기 때문이다.<sup>352)</sup> 또한 憲法제3조제1항은 “국가의 주권은 국민에 속하며, 국민은 그 대표자에 의하여 그것을 행사한다”라고 규정하고 있으므로 매우 광범한 授權은 이 규정에 위반한다고 해석된다. 마찬가지로 國事院의 1953년의 의견중에서도 서술하고 있는 수권의 명확성과 개별성의 요건은 제5공화국하에서도 유효하다. 수권사항의 한정에 관하여 적극적인 주장을 전개하고 있는 자는 적다.<sup>353)</sup> 다만 독일기본법 제80조와의 비교연구의 성과에 의거하여 “綱領의 실시를 위하여”라는 것은 독일기본법

351) G.Vedel, op.cit., p.223.

352) M.Duverger, op.cit., p.229.

353) 헌법상 “綱領의 실시를 위하여”라는 문언은 1967년 6월 22일법에 의한 수권시에 쟁점이 되었다. 그 이유는 이 수권법은 내각에게 광범한 위임영역을 부여하고 매우 개괄적인 규정으로 되어 있었기 때문이다. 그리하여 野黨은 이러한 수권법안은 내각에 대하여 백지위임을 인정하는 것과 같다는 비난을 하였다. 이를 둘러싸고 學者들 사이에서도 논쟁이 전개되었으며, 위임은 綱領의 범위내에 한정된다는 견해의 대표자는 M.Duverger이며, 그는 어디까지나 헌법의 문언에 따라야 할 것이라는 입장을 취한다(Un détournement de pouvoir, Le Monde, 4 mai 1967). 이에 대해 위임은 반드시 綱領에 의할 필요가 없다고 생각하는 견해는 G.Vedel이며, 그는 헌법 제38조의 강령과 제49조의 그것을 동일시할 수는 없다고 한다(Une régression, Le Figaro, 16 mai 1967). G.Burdeau도 헌법은 委任의 範圍를 의회의 재량에 맡기고 있는 것으로서 광범한 위임에는 반대하고 있지 않다(op.cit., p.610).

제80조의 "수권의 내용, 목적 및 범위"의 명확성과 동의라고 이해하여 수권의 한계는 授權法律에 의하여 추구되는 목표가운데<sup>354)</sup> 또는 Ordonnance가 제정되는 목표중에 있다고 주장하는 자도 있다.<sup>355)</sup> 여하튼 수권의 한계는 명확히 되고 있지는 않으며 그것을 획정하는 法律家의 임무는 대단히 복잡하다고 까지 평가되고 있다.<sup>356)</sup>

#### ④ 效力

수권법에 의거하여 제정되는 法律命令은 시행으로부터 의회의 승인을 얻기까지의 과정에서 그 법적 성격이 다르다. 즉, ①法律命令의 시행일부부터 수권기간의 만료일까지 ②만료일이후부터 추인의 정부법안제출일까지 ③追認의 정부법안제출일부터 의회의 승인이 있기까지 ④승인이후 등 각각의 단계에서 法律命令의 법적성격은 각각 다르다. 憲法에서 명시하고 있는 기간은 수권기간과 추인의 법안제출기간 뿐이며, 의회의 승인기간에 관해서는 규정이 없다. 그리고 각각의 기간중의 法律命令의 법적성질에는 아무런 설명이 없으며, 다만 수권기간만료에 즈음하여 法律영역에 속하는 사항의 法律命令은 이후 法律에 의하여만 개정할 수 있다는 점을 규정하고 있을 따름이다.

첫째, 法律命令은 官報에 게재되어 즉시 시행된다(제38조제2항). 시행일부부터 수권기간만료일까지 法律命令은 수권범위내에서 法律사항에 관한 法律命令을 제정할 수 있으며, 기존의 法律도 개폐할 수 있다. 法律命令의 개정은 法律命令에 의해서만 가능하나<sup>357)</sup>, 형식상으로 어디까지나 行政行爲이므로 이 단계에서는 행정재판소의 심사대상이 된다.

둘째, 수권기간만료후에는 憲法상 명시되어 있는 것처럼 수권기간중에 시행된 法律命令을 개정하는데에는 의회의 法律에 의할 것이 필요하다. 다만 당해 法律命令 가운데 命令의 영역에 속하는 사항은 정부의 전권이므로 정부의 décret로서 개정할 수 있다(제38조제3항). 문제는 이 경우 法律命令이 法律로 되는가의 여부이다. 즉, 수권기간만료와 아울러 法律命令이 法律로서의 효력을 가지며 행정재판소의 심사대상이 되는가라는 점이다. 학설은 거의 일치하

354) Dickschat, *L'article 38 de la constitution et la loi d'habilitation du 22 juin 1967*, R.D.P., 1968, p.842.

355) Luchaire et Conac, *La constitution de la république française*, Tome II, p.520.

356) Dickschat, op.cit., p.837.

357) G.Burdeau, op.cit., p.612.



여 종래의 décrets-lois에 관한 전통적인 해석을 채용하고 있다.<sup>358)</sup> 즉, 종래의 décrets-lois가 그러한 것처럼 法律命令도 의회의 승인이 있기까지는 法律의 효력을 가지지 않는다. 法律만이 당해 法律命令을 개정할 수 있다하더라도 그것으로부터 직접 法律命令이 法律로서의 효력을 가지는 것이 아니라 형식상으로는 어디까지나 行政行爲라고 한다.<sup>359)</sup> 따라서 당연히 國事院에서 행정소송의 대상이 되며, 심사에 복종하며 판례에서도 이 해석이 채용되고 있다.<sup>360)</sup> 심사의 기준이 된다는 것은 法律, 憲法 및 법의 일반원리이다.<sup>361)</sup>

셋째, 追認의 정부법안제출은 어떠한가가 문제된다. 이에 관해서는 수권법에서 정해진 기일까지 제출이 없는 경우는 法律命令은 실효가 된다는 것이나 憲法상 명시되고 있으므로 문제의 여지는 없다. 다만 추인의 법안제출이 있다고 法律命令의 법적성질에 특별한 변화가 있는 것이 아니라 지금까지의 성질이 존속하는데 불과하다.<sup>362)</sup>

마지막으로 의회가 추인안을 최종적으로 승인하면 法律命令은 그 이후 완전한 法律이 되며, 행정소송의 대상이 되지 않는다. 의회의 승인은 묵시의 형태로도 타당하며, 예컨대 法律命令의 어떤 조항을 의회가 개정한 경우 다른 조항에 관해서는 묵시의 승인이 있는 것으로 된다. 거꾸로 의회가 부결한 경우에는 그 시점에서 法律命令은 실효된다.<sup>363)</sup>

358) G.Vedel, op.cit., p.223. ; A.Haureau, op.cit., p.1003. ; Ch.Debbasch, op.cit., p.1710. ; M.Duverger, op.cit., p.232.

359) G.Vedel, op.cit., p.223. 이에 대하여 수권기간만료와 동시에 법률명령은 자동적으로 법률이 된다고 이해하는 견해도 있다. 즉, 憲法の 조문대로 법률사항을 대상으로 한 법률명령은 법률이며, 행정재판소의 심사에 복종하지 않는다고 한다(Jean de Soto, La loi et règlement dans la Constitution du 4 octobre 1958, R.D.P, 1959, p.289. M.Waline, Les rapports entre la loi et le règlement avant et après la Constitution de 1958, R.D.P, 1959, p.709). 또한 정부에게는 수권기간만료와 동시에 법률명령은 법률로서의 효력을 가지나 제3자에게는 行政裁判所의 심사에 복종하는 행정행위의 성질이 있다고 해석하는 견해도 있다(P.Ebrard, L'article 38 de la constitution du 4 octobre 1958 et la V République, R.D.P, 1969, p.290).

360) C.E. 3 novembre 1961, R., p.607, C.E. 24 novembre 1961, R., p.655, Dalloz 1962, p.612.

361) G.Burdeau, op.cit., p.612.

362) G.Vedel, op.cit., p.225.

363) A.Hauriou, op.cit., p.1006 ; G.Vedel, op.cit., p.225 ; G.Burdeau, op.cit., p.613 ; P.Ebrand, op.cit., p.288.

⑤ 運用事例

제5공화국하의 최초의 수권法律인 1960년 2월 4일법은 알제리문제와 관련하여 드골대통령의 緊急命令權으로서 사용되었다. 드골, 풍피두, 지스카르데스탱의 보수정권하에 授權法律의 대부분은 해외영토 또는 유럽공동체에 관한 것이며, 의회에서 혼란을 피하고 국내법과의 조정을 도모하려는 기술적인 이유 때문에 사용되었다. 다만 1967년 6월 22일법은 예외적으로 정치적 이유를 위하여 사용되었다. 이 法律은 사회보장의 개혁에 관한 것이었으나, 개혁내용이 국민에게 불만이어서 의회내의 여당이 지지하지 않은 결과 法律案이 성립하지 않을 것으로 예측되었으므로 그것을 회피하여 개혁의 실질을 Ordonnance에 의하여 실현하는 것을 기도한 것이다. 보수정권하의 이들 13건의 授權法律은 “달성하여야 할 목적 내지 취하여야 할 조치의 범위를 제한”하고 있는 것이며 Ordonnance가 法律영역전체에 개입할 수 있도록 한 점이 특색이다.<sup>364)</sup> 1981년 5월 미테랑사회당정권이 성립한 이래 이 제38조는 두차례 사용되었다. 한번은 1982년 1월6일법이다. 이 法律은 미테랑정권이 고용정세 및 노동자의 생활조건의 改良에 관한 프로그램을 실시하기 위하여 정부에게 일정한 조치를 취할 권한을 부여하고 있다. 이 法律의 특색은 수권사항에 번호를 붙여 명시하고 있는 점이다. 그 중에는 1주당 35시간의 노동시간, 연간 5주의 유급휴가, 60세의 정년 및 연금지급 등의 정책목표가 열거되고 있다. 이 法律은 “方向性 法律(Loi d'orientation)”이라는 제목이 부기되어 있으나 단순한 수권法律이라고 이해할 수 있다.<sup>365)</sup> 두 번째는 1983년 4월 22일법으로서 다양한 재정상의 조치를 취하는 것을 정부에 수권하고 있으나, 수권사항에는 마찬가지로 번호를 붙여 명시하고 있는 점이 특징적이다.<sup>366)</sup>

IV. 委任立法의 制定節次

프랑스에 있어서 정부제출법률안의 구체적인 立法計劃의 수립 및 법령안의 작성은 “法律案 및 官報에 공표되는 諸命令案의 작성에 관한 首相行政命令

364) Luchaire et Conac, op.cit., p.522.

365) A.H.Mensard, *Ordonnances, lois d'orientations ou loi-cadre?*, R.D.P., 1982, p.1073.

366) 지금까지 헌법 제38조에 의거한 授權法律의 숫자는 23건, 공포된 Ordonnance 숫자는 158개이며, 공포된 Ordonnance 중 3분의 2정도는 의회의 승인을 받지 못하였으며 명시적으로 승인된 것은 20개에 불과하다. 朴仁洙, 前掲論文, 474面.

(*élaboration des projets de loi et des textes publiés au journal officiel*)”에서 상세히 규정하고 있다.<sup>367)</sup> 이 수상훈령은 法令案의 작성에 즈음하여 모든 정부기관에게 공통적으로 적용되는 業務指針으로서, 여기에는 법령안의 起草作業에서부터 公布段階에 이르는 모든 작업과정 및 중요법령의 제정에 관한 작업 계획, 法令案의 작성방법과 제출형식 등이 자세히 규정되어 있다. 따라서 行政府가 어떤 法律이나 중요命令을 제정하려는 경우 위의 업무지침에 따라 所管分野의 법령안을 작성하게 된다. 프랑스에 있어서 法律案의 審査는 정부의 입법활동에 있어서의 최종적인 심사기관인 內閣事務處(Secrétariat Général du Gouvernement)와 행정부로 부터 독립된 기관으로서 憲法 기타 법령이 정하는 바에 따라 정부에서 제출하는 法律案은 물론 법적 문제가 介在된 중요정책사안이나 행정사무를 의무적으로 또는 임의적으로 심사하여 그 의견을 정부에 제시하는 國事院(Conseil d'Etat)이 담당한다. 內閣事務處에서의 심사는 각 부처로 부터 접수된 법률안이나 중요한 법률문제와 관련된 안전에 대해 형식적인 審査와 필요한 행정적 조정을 하는 등의 심사기능을 하며, 또한 國事院에 회부한 법률안 등이 同院의 심사의견이 첨부되어 내각사무처로 반송되어 오면 當該案件에 대한 관계각 부처의 정부위원합동회의를 소집하여 國事院이 표명한 의견을 토대로 그 채택여부를 토의하여 공통적인 結論을 도출한다. 國事院에서의 심사는 정부제출법률안, 憲法 제38조를 적용하여 제정되는 대통령의 법률명령안, 憲法 제37조2항에 의거하여 제정되는 법규명령안 등에 관하여 심사할 뿐 아니라 법적 문제와 관련된 重要政策事項이나 行政事項을 의무적 또는 임의적으로 심사하여 그 의견을 정부에 제시하는 자문적 역할(attributions consultatives)을 수행한다. 이러한 國事院의 의견은 정부를 기속하지 않으나, 행정사안의 諮問의 경우 法律에서 어떤 행정결정을 함에 있어서 國事院의 부합의견에 따라(Sur l'avis conforme du conseil d'Etat) 행하여야 한다고 명시된 안전에 대해서는 國事院의 의견은 당해 長官을 기속한다. 그러나 法律상으로 國事院의 의견에 정부가 그대로 따를 의무는 없으나, 실제상 國事院에서 심의결정된 견해는 정부에 의해 거의 채택되고 있다.

### 1. 草案의 作成

우선 모든 법령안은 행정부의 각 부처에서 입안되며, 법령안의 작성 또는 검

367) 同 行政命令의 전문소개는 韓錫範, 프랑스에 있어서의 法律案 및 諸命令案의 作成에 관한 首相訓令, 法制 제2호, 1976, 127~155面 參照.

토에 있어서는 同一長官의 소속하에 있는 수개의 부서의 관여가 필요한 경우에는 順次의 方法에 의한 관여를 억제하고 동시에 이루어지도록 한다. 各主務長官은 중요 法律에 대해서는 그 시행을 위한 諸法規의 제정에 관한 作業計劃(le programme de travail)을 수립하여 수상에게 제출하여야 하며, 그 작업계획은 각 정부기관에 부과된 전체적인 業務量을 감안하여 현실적으로 작성되어야 한다. 각주무관청에서 작성된 法令案은 그 협의를 위하여 關係各部合同會議(réunions interministérielles)를 개최하여 의견을 조정하며, 意見이 조정되지 않을 경우에는 次上級代表者會議를 순차적으로 개최하여 의견을 조정하고 次官級會議에 이르도록 의견이 조정되지 않을 경우에는 수상주재하에 關係長官會議에서 이를 결정한다. 이러한 절차가 종료하면 法令案에 소정의 구비서류를 첨부하여 법령안의 성격에 따라 內閣事務處(법제실) 또는 國事院에 제출하거나 공포절차를 취한다.<sup>368)</sup>

## 2. 專門家의 參與

법령안의 제정과정에 있어서 전문가의 참여는 경제적 또는 사회적 성격을 가진 모든 計劃 또는 政策에 관한 法律命令案 및 命令案은 의무적 또는 임의적으로 經濟社會評議會(Conseil Economique et social)의 자문을 거치도록 하는 외에 공무원심의회등의 각종이익단체·전문가참가의 각종심의회 및 나아가서는 行政機關의 내부에 그치지 아니하고 법령의 규정내용에 관련하는 민간관련단체로부터의 자문을 얻는 사례가 많다. 또한 이들 단체에게 提議權(proposition)이라는 형태로 행정입법제정에 관한 주도권을 인정하거나 관련 단체간의 협약을 단순히 인가하는 것이 행정입법의 역할인 사례도 있다. 그리고 프랑스법에서는 法律의 집행에 관한 행정입법제정권은 원칙으로 집행권(정부)에 속하며, 장관은 個別法律에서 행정입법제정권을 수권받는 한에서 그것을 행사할 수 있다. 따라서 命令制定에서의 장관의 부서권(contresigner)은 행정입법권에 대한 장관의 참가의 형태로서 파악할 수 있을 것이다.

368) 정부에서 제출하는 法律案, 헌법 제38조를 적용하여 제정하는 大統領의 법률명령안, 헌법 제37조2항에 의거하여 제정되는 法規命令案 기타 각의심의에 앞서 國事院의 심의를 받아야 할 제법규명령안, 헌법 및 조지법에 관한 解釋質疑案件 등은 내각사무처를 통하여 國事院에 회부되어야 하고, 그 이외의 안전으로서 국사원의 심의대상인 것은 各部長官이 직접 國事院에 회부한다.

### 3. 內閣事務處의 審査

內閣事務處(Secrétariat Général du Gouvernement)는 정부의 입법활동과 관련하여 國事院의 입법활동에 관한 연락임무를 담당하는 기관으로서 설치된 것으로서, 특히 정부의 立法活動과 관련된 기구로서는 내각사무처의 事務總局 法制室(service législatif)이 있다.<sup>369)</sup> 법제실은 입법과정부·연구협조부·관보담당부·법령카드부의 4개 機構로 구성되고<sup>370)</sup>, 특히 연구협조부는 國事院의 자문기구의 체제에 따라 4개의 부서를 두어 部門別로 업무를 담당하고 있다. 법제실은 國事院의 자문을 위하여 각 부처에서부터 법령안이나 중요한 법적 문제와 관련된 行政案件을 접수하여 그 형식심사와 필요한 행정적 조정을 행한 후 그 심사결과를 首相에게 보고하여 승인을 얻은 경우 당해안건을 수상의 명의로 國事院에 회부한다. 아울러 國事院에 회부한 법령안을 반송받아 그 채택여부를 토의하여 決定하여 각의에 상정하며, 각의의 의결에 따라 법령안을 정리하여 議會에 제출하거나 官報에 공포절차를 취한다. 내각사무처는 각 부처에서부터 法令案을 접수하여 이를 심사·조정한 후 그 법령안을 一件書類와 함께 수상의 명의로 國事院에 송부한다. 國事院의 심의를 받아야 할 법령안의 제출문서에는 당해안건에 관하여 國事院에서 활동할 政府委員의 성명·직위·주소·전화번호가 명시되어야 한다. 國事院은 내각사무처 또는 각부처에서부터 법령안을 접수하면 諸般節次에 따라 이를 형식 및 내용 등 모든 면에 걸쳐 세밀

369) 內閣事務處의 사무총국(Cabinet du Secrétaire General)에는 法制室과 行政 및 財政管理局의 2대기구로 구성되어 있으며, 그 기능은 ①大統領主宰의 각의나 首相主宰의 각료회의의 사무국을 구성하며 關係部處 기타 행정기관과의 연락조정과 협의를 거쳐 의사를 준비하며 그 결과를 관계부처에 전달한다. ②議會立法이나 행정입법의 起案을 보조하거나 중개하며 法文의 내용적 검토와 관계부처·자문기관과의 연락조정을 행함과 아울러 官報에의 掲載 기타 공포수순을 확보하는 등 법제정과정의 전반에 관여한다. ③施政·行政全般에 걸친 운용방침이나 취급요령, 재량기준 등의 행정내규를 관계부처나 기타 행정기관에 전달하며, 施政·行政의 통일성의 확보와 施策의 실효성을 도모하는 것을 그 임무로 한다.

370) ①立法過程部는 법제실에서 심의된 법령안이나 행정안건의 국사원에로의 회부 및 문서연락과 사후처리, 법령등의 각의상정, 국회제출 및 공포에 관한 사항을 담당한다. ②研究協助部는 법령등의 형식, 체제 및 유관기관간의 협조상황 등에 관한 형식적 심사와 입법시기 등 제반사항에 관한 행정적 조정 기타 법제도에 관한 연구업무를 담당한다. ③官報擔當部는 관보에 공포될 법령 및 법전의 편찬과 관보의 정정에 관한 사항을 담당한다. ④法令카드部는 각종법령의 분류별 카드화작업과 그 정리에 관한 사항을 담당한다.

히 심사한 후 양원의 意見 또는 修正案을 첨부하여 당해법령안을 내각사무처 또는 제안관청으로 회송한다. 아울러 경제적 또는 사회적 성격을 가진 모든 計劃 또는 政策에 관한 정부의 法律案은 의무적으로, 대통령 法律命令案 및 법규 命令案은 의무적 또는 임의적으로 國事院은 심의에 앞서 내각사무처를 통하여 經濟社會評議會(Conseil Economique et social)의 자문을 거쳐야 한다. 내각사무처는 國事院의 의견이 접수되면 閣議에 이를 상정하여 의회에 이를 제출하거나 公布의 절차를 거쳐 당해법령안에 대한 사무를 종결지운다. 各部에 회송된 國事院의 의견이 접수되면 당해법령안에 대한 國事院의 의견대로 시행하여야 한다.

#### 4. 國事院의 諮問

프랑스의 國事院(Conseil d'Etat)은 정부의 입법 및 행정에 관한 최고자문기관으로서의 諮問機能과 행정소송에 관한 최고법원으로서의 司法機能을 담당하는 행정부로부터 완전히 독립된 국가기관이다. 國事院은 이러한 두가지 기능을 통하여 行政府의 모든 행정활동의 합법성을 담보하는 기관으로서의 역할을 담당하고 있다. 國事院의 사법기능은 일단 논외로 하고 그 입법기능의 면에서 살펴보면 國事院은 정부의 助言者(conseiller du government)이며, 이에 의해서 法律사항 또는 행정입법행위, 개별적 행위에 관하여 그 意見을 구하는 것이 의무화되어 있다.<sup>371)</sup> 國事院의 법령안심의기간은 정부에서 법령안을 제출하는 경우에는 3주간으로 하고, 불가피한 사유로 그 기간을 단축하려는 경우에는 정상시의 添附書類 이외에 각종조사, 판례 등 필요한 참고서류를 첨부

371) J.Rivero, op.cit., p.194. ①法律事項에 관해서는 국사원은 정부가 그 발의권을 행사하는 경우에 조언자로서만 관여한다. 즉 政府提出法律案은 각의에 토의되기 전에 의견을 구하기 위하여 國事院에 부탁되어야 한다(헌법 제39조). 정부가 法律로 유보된 영역에 관하여 제정하는 授權을 받은 경우 정하는 법률명령에 관해서도 마찬가지이다(헌법 제38조). ②行政立法權의 행사에 관해서는 두가지 경우가 있다. 행정입법이 行政立法事項(헌법 제37조)을 대상으로 하고 있으며 그것에 의해 이전에 당해사항에 관하여 제정된 法律을 改廢하게 되는 경우에는 국사원의 의견이 요구된다. 이에 대해 행정입법이 법률을 補充하거나 그 適用을 確保하기 위하여 행해지는 의회입법적 영역(domaine législatif)에서는 특별시행령에 관하여 국사원의 의견이 요구되는 것은 義務化된다. ③個別處分(décision particulière)에 관해서는 법령에서 국사원의 관여를 규정하고 있다. 이러한 國事院의 의견을 거칠 것이 의무화되고 있는 경우이외에는 정부는 행정입법, 개별처분에 관해서 언제나 국사원의 諮問을 받을 수 있으며, 나아가 調查檢討(étude)를 위촉할 수도 있다.

하여 당해안건에 대한 國事院의 의견이 회신된 후에는 가능한 한 빠른 시일내에 당해 법령안을 확정시킴으로써 國事院에 요청한 심의의 긴급성을 현실적으로 입증하여야 한다. 國事院의 의견과 매년보고서는 政府가 특별히 별도의 결정을 하지 않는 한 公表되지 않는다.

國事院은 최고행정재판기관으로서의 지위를 가질뿐 아니라 정부의 자문기관으로서의 지위를 아울러 가지는 국가기관으로서, 특히 입법과정에 있어서 매우 중요한 역할을 담당하는 기관이다. 특히 1985년 1월 24일의 décret에 의하여 國事院의 행정부(les sections administratives)를 구성하는 하나의 부서로서 설치된 報告·調査部(la section du rapport et des études)는 합리적인 입법정책의 실현을 위하여 매우 중요한 역할을 담당하고 있다. 보고·조사부는 수상의 요청에 의하여 또는 스스로 일반적인 조사연구를 수행하여 정부에 대하여 일반이익에 적합하다고 생각되는 법령의 개정 또는 행정개혁에 관한 조언을 행할 수 있다.<sup>372)</sup> 행정입법과 관련한 國事院의 행정상 권한(attributions administratives) 내지 자문적 권한(la mission consultative) 권한으로서 법령의 심사, 정부의 의견조회에 대한 회답, 일반적인 조사연구의 실시 및 법령개정등의 조언 등이 있다.

#### (1) 法令審査

憲法上 정부제출법안(제39조), 法律命令案(제38조) 및 행정입법사항에 속하는 法律을 개정하는 décret案(제37조)에 관하여 國事院에의 사전자문이 의무화되어 있다. 또한 法律의 집행을 위한 décret d'applications을 國事院의 의결을 거쳐 제정하도록 규정하고 있는 경우 및 décret 자신이 일정한 조치를 國事院의 의결을 거친 décret에 의하여 행하도록 규정하고 있는 경우에도 國事院에의 자문이 의무화된다. 이와 같이 國事院에의 자문이 의무화되어 있는 décret는 내용적으로 볼 때 행정입법적 조치(measure réglementaire)에 관한 것에 그치지 아니하고 국가적 이익에 관련하는 사업에 관한 공익선언(déclaration d'utilité publique), 국적에 관한 결정등 행정입법적 성질을 가지지 아니한 것도 포함한다. 특히 法律命令案이나 décret案 등의 법령심사는 그것이 어느것도 월권소송의 대상이 되며 그에 관하여 國事院이 제1심 및

372) 報告·調査部の 입법활동내용에 관한 것은 Yves Robineau et Didier Truchet, *Le Conseil d'Etat*, PUF 1994, p.32 참조.

중심으로서의 재판관할권을 가지고 있음에 비추어 매우 중요한 의미가 있다. 즉, 國事院은 스스로 그 제정절차에 관여한 法律命令안 및 décret안의 적법성을 소송절차에서 심사하게 되는 것이다.

(2) 諮問節次

안건은 긴급을 요하는 것을 제외하고 우선 國事院의 행정각부(une des sections administratives)에서 심사되며 그 대부분은 당해행정부내에서 의견을 형성한다. 案件은 배정을 받은 부의 구성원인 보고담당관(rapporteur)에 의하여 조사·검토된 후, 부의 심의에 회부된다. 심의에 있어서는 政府委員(commisnaire du Gouvernement)의 배석하에 보고담당관이 안건의 내용, 논점 및 의견안에 관하여 보고를 하고 부의 합의에 회부하여 의견을 확정한다. 행정각부에서 안건의 성질 및 중요도에 비추어 國事院의 總會(l'assemblée générale)의 심의에 회부하는 것이 적당하다고 판단한 경우에는 당해안건은 國事院總會의 심의에 회부된다. 특히 법률안, 법률명령안은 國事院總會의 심의에 회부하여야 하며, 행정입법사항에 속하는 法律을 개정하는 décret안도 원칙으로 國事院總會의 심의에 회부하도록 하고 있다. 또한 가장 중요성이 높은 법령안이나 고도의 정치성을 가지는 의견등에 관하여는 자문적 권한의 행사에 관한 國事院의 최고의사결정기관인 전원총회(l'assemblée générale pléniere)의 심의에 회부된다. 總會에서는 보고담당관이 그 소속하는 행정부에서 합의로 형성된 의견을 보고하고, 國事院委員에 의한 심의후 표결에 회부된다. 또한 보고담당관은 행정부에서 합의결과와 자기의 의견이 다를 경우 자신의 의견을 진술할 수 있다. 한편 긴급성을 요하는 모든 종류의 안건에 대하여는 행정부 및 총회에 대신하여 상설위원회(la commission permanente)가 國事院의 의견을 형성한다.

이들 행정각부, 총회 및 상설위원회의 심사는 안건의 자구, 표현등에 관한 형식면, 관할, 절차 및 상위규범에의 적합성등의 내용면 뿐만 아니라 행정의 합목적성도 심사한다. 상위규범에의 적합성은 재송의 경우와 달리 法令案의 국제법규에의 적합성, 憲法 및 헌법적 가치를 가지는 규범 내지 원리에의 적합성도 심사한다. 또한 합목적성의 심사는 행정적 관점에 한정되며 정치적 관점에는 심사하지 아니한다. 아울러 심사절차는 비공개로 행해진다.

국적상실등 예외적인 경우를 제외하고 國事院의 의견은 정부를 구속하지 아니한다. 다만 國事院에의 자문이 의무화되어 있는 법령안에 관해서는 정부는



원안 또는 國事院의 수정안중 어느것을 선택하여야 하며, 國事院의 수정안과 다른 제3안을 國事院에의 자문을 거치지 않고 선택하는 것은 허용되지 아니한다. 또한 國事院에의 자문이 의무화되고 있는 décret안등에 관하여 國事院에의 자문을 결여한 경우 또는 그 자문절차가 위법한 경우에는 당해 décret안등은 월권소송에서 무권한으로 취소되게 된다. 이것은 國事院은 단순히 입법절차에서 자문기관에 불과한 것이 아니라 의회 및 정부와 아울러 입법의 주체로서 중요한 역할을 담당하고 있다는 것을 의미한다. 國事院의 의견은 정부에 대해서만 향하는 것으로서 이를 공개할 것인가는 오로지 이를 받은 정부의 판단에 맡겨지고 있다. 다만 政府가 이를 최후까지 비공개로 하는 것은 거의 없으며, 또한 國事院은 그 연차보고서(Rapport Public)에서 정부의 승낙하에 당해연도에 제시한 의견의 대부분을 게재하고 있다.

## V. 委任立法의 統制

### 1. 司法府에 의한 統制

#### (1) 司法裁判所에 의한 統制

프랑스에서의 행정입법에 대한 통제는 司法的 統制가 가장 전통적인 것으로서 특히 行政裁判所에 의한 통제가 효과적인 제도로 평가되고 있다.<sup>373)</sup> 프랑스의 행정입법에 대한 재판적 통제는 주로 國事院을 정점으로 하는 행정재판소에 의하여 실현되고 있으며, 특히 행정입법의 적법성의 심사를 목적으로 하는 越權訴訟이 가장 유력한 수단으로 되어 있다. 여기에서 適法性의 原理(le principe de légalité)란 행정의 행위는 법규범에 적합하여야 한다는 원리이며, 프랑스행정법이론의 골격을 이루는 기본원리이다. 執行的 決定(décision exécutoire)이 이 원리에 위반하여 법규범에 적합하지 아니한 경우에는 월권소송에 의하여 취소의 대상이 된다. 이 행정의 행위를 구속하는 법규범의 체계를 適法性블록(bloc de légalité)이라고 한다. 한편 집행적 결정이란 월권소송의 수리요건으로서의 대상적격을 획정하는 개념으로서 행정이 행하는 일방적 행위중 기존의 法律關係에 변경을 가하는 행위를 말한다. 이것은 법적 효과를

373) 朴均省, 프랑스의 行政法院과 行政裁判, 現代法の 理論과 實際(琴浪 金哲洙教授華甲 紀念), 1993, 630面.

발생시키는 것을 목적으로하는 행정의 의사표시라고 정의할 수 있다. 따라서 집행적 결정은 이른바 개별구체적 처분행위뿐 아니라 기존의 法律關係에 변경을 가하는 것인 한에서 일반적 규범의 정립을 내용으로하는 행정입법도 포함된다.

이러한 적법성의 원리의 실효성을 확보하기 위하여 프랑스에서는 違憲法律審査를 행하는 憲法院과 적법성심사를 행하는 司法 및 行政裁判所로 양분되어 있다. 그리고 재판소에 있어서 그것은 본안을 해결하기 위하여 어떤 행정입법이 法律에 적합한가의 여부에 대한 판단이 요구되는 경우에, 즉 本案에 대한 선결 문제로서의 이 적법성심사를 필요로 하는 것이다. 그러나 프랑스형 권력분립론은 司法裁判所가 행정권에 개입하여 행정의 행위의 의미를 해석하고 그 적법성에 관하여 판단하는 것을 금지하므로(행정사항에 관한 사법재판소의 무권한의 원칙), 行政行爲인 행정입법의 적법성심사는 사법재판소의 권한이 아니라 行政裁判所의 권한에 속하며 적법성심사소송이라는 행정소송에 맡겨지고 있다. 따라서 民事事件에서 소송당사자의 일방이 본안을 해결하기 위하여 當該法律關係의 기초가 되는 행정입법의 위법을 다투는 경우(위법의 항변 exception d'illégalité) 사법재판소는 本案審理를 중단하고 문제를 행정재판소에 맡겨 적법성심사소송에 의한 해결을 기다려야 한다.<sup>374)</sup> 다만 형사사건, 민사사건이더라도 基本的人權에 관련되는 행정입법인 경우에는 사법재판소에 의한 적법성심사가 행해지며 행정재판소의 적법성심사소송과 아울러 행정입법에 대한 규범통제로서 중요한 의의를 인정할 수 있다.<sup>375)</sup>

374) J.Rivero, op.cit., p.237.

375) 사법재판소에 의한 違法의 抗辯은 원래 사법재판소에 의한 행정입법의 적법성심사권으로서 발전되어 왔으며 行政裁判所인 國事院이 미발달한 시대에 사법재판소에 의한 행정입법의 해석이나 심사를 예외적으로 허용하였다. 그러나 司法裁判所에 의한 위법의 항변은 위법한 행정입법을 본안에 적용하는 것을 회피하는 것을 목적으로 한 것으로 당해행정입법의 위법성을 직접 공격하여 무효로 하는 것이 아니며, 司法裁判所의 재판관은 행정입법을 위법으로 판단하여도 이를 취소할 수는 없고 또한 위법의 판단은 당해사건에 관해서만 효력을 가지는 것으로 되었다. 그리고 국사원이 裁判所로서의 실체를 구비하여 가면서 이 예외적인 조치는 더욱 한정되게 되어, 1923년 6월 16일의 Septfonds사건에서 權限裁判所는 "적법성의 심사는 오로지 행정재판소에 귀속한다"라고 판시하여 사법재판소에 의한 행정입법의 適法性審査權限을 부정하게 되었다. 다만 형사사건에서는 위 사건까지 그 신체의 자유에 관한 중대성을 고려하여 刑法典에 형사재판소의 행정입법의 해석 뿐 아니라 適法性審査權限도 규정하였으므로 사법재판소의 적법성심사권은 유지되었다. 그리고 그 후의 판례에서 기본적인 권을 침해할 초래하는 行政立法에 관해서도 사법재판소의 적법성심사권을 회복시키고 있다(T.C. 30 oct. 1947, Barinstein, Rec., p.511). Emmanuel Langavant et Marie-Christine Rouault, *Le Contentieux administratif*, 1987, p.73.

## (2) 越權訴訟에 의한 統制

위법한 행정입법을 일반적으로 취소, 무효로하는 것은 취소소송인 越權訴訟(recours pour excès de pouvoir)에 의한다. 월권소송은 1872년 5월 24일의 法律에 의하여 위법한 행정의 행위를 취소의 수단으로 발달하여온 행정소송의 일종이며, 행정객체에 위법한 모든 집행적 결정의 취소를 가능케하는 법적구제수단이다.<sup>376)</sup> 行政立法이 월권소송의 대상이 되는 집행적 결정인 점에 관해서는 이미 언급한 바 있다. 따라서 월권소송의 취소사유(무권한, 형식 또는 절차의 하자, 권한남용, 法律침범)에 해당하는 위법한 행정입법은 이 월권소송에 의하여 그 효력이 일반적으로 상실된다. ①無權限(incompétence)이란 쟁송의 대상이 되는 행정의 행위를 한 주체가 당해행위를 행할 법령상의 권한을 가지고 있지 않은 것을 말한다. 예컨대 프랑스에서는 長官은 개별적으로 법령으로 수권되고 있는 경우를 제외하고 일반적인 행정입법권을 가지지 않기 때문에 장관이 정립하는 通牒, 覺書등의 각종조치에 대한 월권소송에서 무권한의 점이 중요한 쟁점이 되는 경우가 많다. 당해조치가 내용적으로 볼 때 행정입법에 해당하는 경우에는 무권한을 이유로 취소되게 된다. 또한 그 제정당시에 國事院의 자문을 요하는 國事院의 자문을 거치는 데크레(décret en Conseil d'Etat)가 國事院의 諮問을 거치지 않았다고 인정되는 경우에는 무권한이 된다. 이러한 무권한의 취소사유는 직권조사사항으로서 당사자가 소송에서 원용하지 않는 경우에도 재판소가 직권으로 그 존부에 관하여 심리하여야 한다. ②形式 또는 節次의 瑕疵(vice de forme ou de procédure)란 행정의 행위가 그 要式性에 관계되는 법규범에 위반하는 경우를 말한다. 形式의 瑕疵란 예를 들면 행정결정에의 서명, 부서 또는 일자의 기재누락, 쟁송에 관한 행정결정에의 적용법령의 기재누락, 이유부기가 의무화된 경우에서의 이유의 결여, 형식병행주의(la règle du parallélisme)의 무시등을 열거할 수 있다. 節次의 瑕疵의 사례로는 자문기관에의 사전자문이 의무화되어 있는 경우의 당해자문절차의 해태, 公益宣言에 있어서 사전청문조사와 같이 행정객체의 의견청취가 법령에 의하여 의무화되어 있는 경우의 당해청문절차의 해태 등이다.

376) 朴永徹, 프랑스行政法上の 越權訴訟에 관한 考察, 現代公法の 諸問題(如山 韓昌奎博士華甲紀念), 1993, 576面; 金東熙, 越權訴訟, 現代公法の 理論(牧村 金道昶博士華甲紀念), 1982, 525面이하 참조.

형식 또는 절차의 하자가 항상 행정결정의 위법을 초래하는 것은 아니며, 國事院의 판례에 의하여 행정결정에 요구되는 형식 또는 절차를 副次的 要式性(formalité accessorie)과 본질적 요식성(formalité substantielle)으로 구별하여 부차적 요식성에 해당하는 형식 또는 절차의 하자에 관하여는 행정결정의 위법을 초래하는 것이 아니며, 본질적 요식성에 해당하는 形式 또는 節次의 瑕疵에 관해서도 당해결정을 한 행정청에게 외재적인 요인에 의하여 당해형식 또는 절차를 이행할 수 없었던 경우에는 불능의 요식성의 이론의 적용에 의하여 행정결정의 違法을 초래하지 않는다. 형식 또는 절차의 하자는 法律原因으로서의 외재적 적법성에 속하는 취소사유이나, 무권한의 경우와 달리 직권조사사항은 아니다. ③法律의 侵犯(violation de la loi)이란 행정의 행위의 내용자체 및 행위의 동기가 된 이유가 법규범에 위반하는 것을 말한다. 法律의 侵犯이라는 경우의 法律은 형식적 의미의 法律(loi)뿐 아니라 憲法 및 헌법적 가치를 가지는 각종규범, 법의 일반원리, décret, 法律命令, 장관arreté 등 행정의 각종행위형식 등을 말한다. 행정의 행위가 法規範에 위반하는 경우의 모두가 취소사유로서 法律의 侵犯을 구성하는 것은 아니며, 행정의 행위의 내용자체(dispositif)가 법규범에 위반하는 경우 및 행위의 동기인 理由(motif)가 법규범에 위반하는 경우에만 法律의 侵犯이 된다. 예컨대 당해행위의 내용자체가 상위규범에 저촉하는 경우(직접적 침범 violation directe), 적용의 과오(fausse application) 등이 이에 해당한다. 또한 행정청이 행정의 행위의 기초를 이루는 사실의 존부에 관한 인정을 잘못하여 현실로는 존재하지 않는 사실을 존재하는 것으로서 당해행위를 한 경우에는 事實의 過誤(erreur de fait)를 구성하며, 당해행위는 그 기초를 이루는 사실의 부존재를 이유로 위법이 된다. 취소사유로서의 法律의 침범을 구성하는 각종 사유중 직권조사사항으로 되는 것은 법의 적용영역의 과오, 행정입법적 결정의 소급적용의 위법, 행정결정의 부존재의 경우, 원권소송에 의한 행정결정의 취소판결의 기판력에 의 저촉, 사면에 관한 法律의 적용 등이다. ④權限의 濫用(détournement de pouvoir)이란 행정의 행위의 목적이 법규범에 위반하는 것을 말한다. 즉, 행정청은 그 권한을 법령에 의하여 인정된 一般利益을 구성하는 특정의 목적의 추구를 위하여 행사되어야 하며 당해권한을 그 이외의 목적을 위하여 추구하는 경우에는 권한의 남용이 된다. 권한의 남용은 행정청이 一般利益(intérêt général)의 추구를 위하여 부여된 권한을 사적이익등 일반이익과는 무관한 목

적으로 행사하는 경우뿐 아니라 行政廳이 당해권한을 법령에 의하여 추구하여야 할 것으로 된 일반이익과는 다른 일반이익의 추구를 위하여 행사하는 경우에도 성립한다. 권한의 남용이 인정되는 경우라도 그것이 行政決定의 취소사유가 되기 위해서는 남용적 의도가 당해결정의 배타적 동기가 될 것이 필요하며, 당해권한에 회복된 一般利益이 추구하고 있는 한 다른 목적이 동시에 추구되었다고 하더라도 당해권한의 행사는 위법이 되지 아니한다. 이 권한의 남용 및 절차의 남용은 직권조사사항에 해당하지 아니하며, 上告理由도 되지 아니한다.

이러한 越權訴訟은 행정의 행위에 대한 소송으로서 적법성의 원리를 담보하는 수단이며, 그 판결의 효력은 일반적 효력이 인정되고 있으므로 월권소송의 재판소송으로서의 성격이 지적되고 있다. 그러나 客觀訴訟이라고 해서 모든 자가 위법한 집행적 결정의 취소를 구하여 월권소송을 제기할 수 있는 것은 아니다. 월권소송의 재판소송성은 행정의 행위의 적법성확보라는 소송목적과 판결의 대세효가 인정된다는 점에 있는 것으로서 원고적격에 관해서는 취소에 의하여 "개인적인 충분한 소의 이익"을 가지는 자라는 주관적인 요건이 요구되고 있다. 따라서 위법한 행정입법의 취소를 구하는 사안에 관해서도 설사 당해행정입법이 위법하더라도 당해행정입법에 대하여 개인적인 충분한 利益을 가지는 자가 아니면 그 위법을 다룰 수 없게 된다.

## 2. 立法府에 의한 統制

의회에 의한 命令의 통제수단으로는 전통적인 행정통제수단인 상임위원회에서의 長官 및 공무원의 의견청취, 조사 또는 감사위원회의 설치, 정부에 대한 질문, 자료의 제출 등이 있으나, 제5공화국헌법하에서는 合理化된 議會制度의 구상에 의하여 법령안에 대한 의회의 역할은 매우 축소되고 있으며, 입법에 대한 행정통제는 사실상 존재하지 않는다고 해도 과언이 아니다.

제3공화국하의 décrets-lois의 경우에는 完全授權法律에 의하여 일정기간내에 의회에 제출하여야 한다고 규정하였다. 이것은 추인(승인)유보라고 하나, décrets-lois를 추인하기 위하여 의회에 제출하면 되는 것이며 일부의 關稅事項에 관한 décrets-lois를 제외하면 의회가 그것을 적극적으로 추인하는 것까지 요구하는 것이 아니었다. 또한 일정기간이 경과하면 追認은 묵시적 승인을 얻는다고 정한 法律도 존재하였다. 실제상 정부는 규정된 기간내에 décrets-lois를 의회의 위원회에 제출하였으나, 議會는 위원회에서 심의는 하

더라도 본회의에서 추인을 위하여 그를 심의하는 경우는 거의 없었다. 법적으로는 물론 décrets-lois의 추진제안을 거부하거나 추진하는 것도 가능하였으나, 사실상 정부와 다른 결정을 한 적은 한번도 없고 통상 아무런 의사표시도 하지 않았다. 그 이유로서 제시되고 있는 것은 첫째, 既存事實이 된 décrets-lois의 추인을 거부하여 폐지하는 것은 실제문제로서 불가능하며, 의회도 또한 감히 그러한 것을 하여 책임을 지는 것을 받아들이지 않았기 때문이다.<sup>377)</sup> 둘째, 議會는 점차 국민에 인기없는 정책을 스스로 실시하는 것을 피하여 정부에 맡기려하므로 사후에 의회가 décrets-lois를 추진한다는 것은 원래 있을 수 없었던 것이다. 다른 한편 政府도 이 추인을 위한 제안을 스스로의 책임전가를 위하여 사용하지 않았던 것이다. décrets-lois에 대한 의회의 통제라고 부를 수 있는 것은 제3공화국에서는 존재하지 않았다고 말할 수 있다.

제4공화국시대에는 다양한 委任立法이 존재하였으나, 통제방법에 관해서도 몇 가지의 유형이 생겨났다. ① 즉, 1948년 8월 17일법은 우선 수권기간을 한정하고 있지 않았다. 기간의 한정은 제3공화국하의 décrets-lois에 대한 강력한 수권의 한정인 하나였으나 이를 폐지한 것이다. 다음 이 法律은 추인을 위한 의원회의 회부에 관해서도 규정하지 않았다. 이 회부는 정부가 공포한 décrets를 의회에 대하여 통지한다는 의미를 가지고 있었으나, 이것조차 규정하지 않았던 것이다. 다만 예외적으로 財政上의 改革에 관한 décrets에 관해서는 발효 20일전에 의회에 제출이 요구되었다. 의회는 법적으로는 언제라도 décrets를 실효시킬 수도 있으며, 반대로 décrets를 추진하여 法律의 효력을 부여하는 것도 가능하였다. 실제문제로서 의회가 그러한 것을 하지 않았던 것은 제3공화국시대와 같다. 여하튼 이 法律하에서는 委任立法에 대한 의회의 통제는 거의 할 수 없었다고 판단된다. ② loi-cadre의 경우에는 정부가 法律案을 의회에 제출할 것이 의무로 되어 있었으며 의회는 일정기간중에 이 법률안의 심사권을 가지나, 그 기간이 경과하면 그 법률안이 法律로서 효력을 가지게 되었다. 따라서 loi-cadre방식의 특징은 décrets의 작성절차에 있어서 의회와 정부의 협력에 있다. 대표적 loi-cadre인 1956년 6월 23일법을 예를 들면 décrets의 작성절차는 3단계로 나누어진다. 첫번째는 정부가 초안을 작성한다. 둘째는 의회에 의한 심의이다. décrets의 공포가 신속성을 요구하기 때문에 議會審議는 4개월이내에 종료하여야 하도록 하였다. 4개월경과후에 양원이 정부의 초안에 관하여 일치하여 승인한 경우 또는 수정

377) M. Duverger, op.cit., p.74.

하여 일치한 경우 그 안이 décrets로 된다. 그에 반하여 兩院이 정부초안에 관하여 의견이 일치하지 않거나 기간내에 의사표시를 하지 않은 때에는 정부초안이 décrets가 된다. 세 번째의 단계는 décrets의 公布이다. 이 1956년법에 관하여 말하면 제1조에 의거하여 공포된 17개의 décrets는 전부 의회의 수정의 대상이 되었으며 제3조, 제4조를 적용하여 공포된 28개의 décrets중 23개가 수정되었다. 議會에 의한 統制라는 관점에서 고찰하는 경우 loi-cadre방식이 다른 수권방식보다도 바람직한 것임은 물론이다. 의회는 원칙적 사항만을 이른바 骨格으로서 法律로 정해두고 정부가 작성하는 décrets가 그 法律에서 정하는 원칙을 실현하는 것인가의 여부를 공포전에 사전에 심의하기 때문이다. 공포후에 décrets를 폐지하는 것이 곤란함에 비추어보면 事前統制가 실효적인 것임은 당연하다. 이러한 장점이 있음에도 불구하고 loi-cadre방식은 사용되지 않았다. 그것은 당시 의회의 정당상황에 기인한다. loi-cadre방식의 특징은 후속 décrets의 제정절차에서 議會와 政府의 협력이라는 절차에 있으나 이것이 충분히 기능하기 위해서는 의회 내에 안정된 다수파정당이 존재할 것이 필요조건이 된다. 그러나 제4공화국하와 같은 정당분립상황하에서는 연합정권의 형성을 위하여 정당의 이합집산이 빈번히 일어났다. 그 결과 추상적인 원칙적 사항을 정하는 loi-cadre의 제정에 관해서는 보조를 같이 하나 그러나 그것을 具體化하기 위하여 정부가 작성한 décrets에 관해서는 정당간의 이해가 다르기 때문에 발효전에 議會에서 거부될 위험이 있었던 것이다. 이른바 총론은 찬성하나 각론은 반대하는 경우이다. 아울러 구체적인 改革의 實現을 정부에 맡기는데 대한 불신도 그 이유의 하나였다.<sup>378)</sup> ③한정된 권한위임 내지 전통적인 décrets-lois의 방식은 제4공화국하에서 널리 채용된 방식이나, 특정내각에 限定하여 수권하고 있는 점 및 décrets의 제정에 즈음하여 의회의 관계위원회에 의견을 청취할 것을 의무화하고 있는 점에서 제3공화제하의 décrets-lois와는 달랐다. 이 방식의 경우에도 追認을 위하여 décrets를 의회에 제출할 것이 부과되어 있는 점은 같다. 이상의 점에서 의회통제라는 관점에 입각한 경우 이 방식에 특별히 새로운 것이 있는 것은 아니다.

한편 제5공화국憲法下의 法律命令의 경우에는 憲法 제38조제2항에 의하여 “다만 추인의 法律案이 授權法律에 의하여 규정되는 날 이전에 국회에 제출되지 않은 경우에는 法律命令은 실효한다”라고 규정하고 있다. 이 경우 의회에 의한 통제에는 세가지의 방법이 있다. 첫째는 의회가 法律命令을 추인하여 法

378) J.M.Cotteret, *La pouvoir législatif en France*, p.68.

律命令에 형식적 法律의 효력을 부여한다. 둘째는, 추인의 제안을 명시적으로 거부한다. 셋째는, 추인의 제안에 관한 의사표시를 하지 아니한다. 제1의 방식이 채용된 것은 1967년 6월 22일법이었다. 이 때 35개의 法律命令이 의회에 제출되어 추인되었다. 이것에는 특수한 정치적 사정이 있었으며 전혀 예외에 속한다. 그 이유는 풍피두정부가 사회보장에 관한 개혁을 기도하였으나 議會內에 강력한 여당다수파를 가지지 못하였으며 국민의 불평을 산 내용의 법안이 성립할 가능성은 거의 없었다. 그리하여 제38조를 적용하여 개혁의 대강만을 授權法律로 정하고 그 구체화를 法律命令에 맡긴 것이었으나, 1968년 6월 총선거에서 승리하여 의회에 이 사회보장에 관한 법률명령안을 추인시킨 것이었다.<sup>379)</sup> 여하튼 추인의 法律案을 의회에 제출하는 제도는 정부에게는 현실적인, 편리한 해결이라고 평가되고 있으나, 그와 동시에 정부의 책임을 회피시키는 것도 가능하다. 그 이유는 의회에 심의토록하여 法律命令이 폐지되는 사태가 되면 정부에게 매우 불리하나 法律命令의 효력을 유지하기 위해서는 의회에 제출하는 만으로 충분하며 심의시킬 필요는 없기 때문이다. 또한 의회에게는 議會가 침묵을 강하게 함으로써 곤란한 문제에 관한 태도를 결정할 필요가 없고 국민으로부터 불평을 사는 것을 피할 수 있기 때문이다.<sup>380)</sup> 이러한 法律命令에 관한 실재는 憲法의 정신에 반하는 의견도 제시되고 있다. 憲法 제38조가 수권法律에 의하여 규정된 기간내에 추인의 法律案이 의회에 제출되지 않는 때에는 法律命令이 실효된다고 규정하고 있는 것은 추인의 法律案에 대한 통제의 가능성이 의회에 부여되어야 할 것이라는 점을 전제로 하고 있다고 생각되기 때문이다. 결론적으로 제5공화국의회는 제3·제4공화국의회이상으로 委任立法에 대한 통제를 행사하고 있지 않다고 말할 수 있다.

### 3. 行政府에 의한 統制

프랑스에 있어서 행정부에 의한 행정입법의 통제로는 일반적 자기통제로서 상급관청에 의한 하급관청의 시정권으로서의 계층적 통제(*controle hiérarchique*), 감찰권의 행사(*pouvoir d'inspection*) 및 징계책임의 추궁(*mise en jeu de la responsabilité disciplinaire*) 등이 있으며, 활동행정에 대

379) Jacques Geogel, *Constitution, Lois et Décrets-Lois, Ordonnances*, Jurisclasseur Administratif, Fas.105, p.119.

380) P.Ebraud, *op.cit.*, p.288.



한 행정입법의 통제(recour administratif)장치도 마련되어 있다. 그리고 사전절차로서의 行政節次法이 제정되고 있지는 않으나, 개별법 등에서 사전절차제도를 규정하는 경우도 있다.

(1) 活動行政에 있어서 行政立法의 統制

프랑스에 있어서 行政의 行爲는 통상의 집행적 작용으로서 행해지는 활동행정과 재판행위로서의 행정재판권의 행사로 분리된다. 따라서 행정권에 의한 行政立法의 통제도 활동행정에 의한 통제와 재판에 의한 통제로 나누어 지고 있다.<sup>381)</sup> 活動行政에 의한 통제란 행정권자신에 의한 위법의 시정을 의미하는 것으로서, 여기에는 행정입법활동에 대한 取消·撤回(abrogation), 개별적 결정에 대한 취소·철회(retrait)가 있다.<sup>382)</sup> 본래는 執行的 決定의 차이를 기준으로 이러한 구별이 타당하나 실제로는 이 구별은 사용되지 않고 행정입법 행위 또는 개별적 결정이더라도 결정을 장래에 향하여 소멸시키는 것을 abrogation, 즉 撤回라 하고 결정이 있는 시점까지 소급적으로 그 결정을 취소하는 것을 retrait, 즉 取消라 하고 있다. 특히 國事院은 행정입법행위에 대한 철회에 관해서는 단계적인 전개를 제시하고 있다. 行政立法이 공포된 당초부터 위법인 것인 때에는 행정청은 철회의 의무는 없다고 하였으나(C.E. 6 novembre 1959, coopérative laitière de Belfort), 그 후 행정입법에 대한 위법의 불복신청에 관하여 行政廳에게 어떠한 응답의무가 있다고 하고(C.E. 12 mai 1976, Laboucher et Tarandon), 나아가 당초부터 위법한 행정입법에 관하여 행정청은 철회하는 권한을 가진다(C.E. 30 janv. 1981, Ministre du Travail et de la Participation c. Société Afrique France Europe Transaction)라고 하기에 이르렀다. 또한 適法하게 공포된 행정입법이 그 후의 사정변경에 의하여 위법으로 된 때에는 이미 1930년의 Despujol事件에서 國事院은 이러한 경우에는 행정객체는 입법조치가 취하여지고 있지 않는 한 행정소송(월권소송)의 출소기간(공포라는 행정입법행위가 있는 날부터 2개월)을 경과하여버린 경우가 많고 위법으로 된 행정입법을 다룰 수가 없게되므로 행정청은 철회의 의무가 있다고 하였다.<sup>383)</sup>

381) G.Vedel, op.cit., p.446.

382) Raymond Barrillon et autre, *Lexique droit administratif*, 1979, p.165.

383) C.E. 10 janv. 1930, Sieur Despujol, Rec., p.30.

(2) 1983년 11월 28일 Décret에 의한 統制

행정입법에 대한 통제로서 앞서 살펴본 사법재판소에 의한 위법의 항변과 행정재판소에서의 일권소송에 의한 통제, 활동행정에 의한 통제 등을 혼합한 형태로서 1983년 11월 28일의 décret(N 53. décret 83~1025 du 28 novembre 1983 concernant les relations entre l'administration et les usagers)에서는 위법한 행정입법을 철저히 배제하기 위하여 각종 제도를 정비하고 있다.<sup>384)</sup> 우선 제2조에서는 “地方行政裁判所 또는 國事院에서 확정된 판결이 행정입법의 위법을 이유로 그 위법한 행정입법에 의거한 비행정입법행위의 취소를 선언하는 것인 때, 행정청은 그것이 제3자에게 권리를 창설하는 것이 아닌 한 동일한 이유로 또한 동일한 대상이 되는 모든 불복신청에 대하여 출소기간이 만료한 경우라도 이에 응하지 않으면 안된다”라고 규정하고 있다. 이것은 위법한 행정입법을 그 적용차원에서 파악하는 것으로서 “違法の 抗辯”을 제도화한 것이다. 즉, 위법의 항변은 사법재판소에서 본안에 위법한 행정입법의 적용을 피하기 위하여 형사사건 및 기본적 인권에 관한 사건을 제외하고 당해행정입법의 적법성심사를 행정재판소에 맡기는 것이며, décret 제2조에 의하면 行政裁判所가 위법한 행정입법을 선언하고 있는 것이라면 하나하나 사법재판소를 경유하여 같은 행정입법의 적법성심사를 구하지 않고(즉, 적법성심사소송의 판결은 당사자만을 구속하는 효력만을 가지므로 사건마다 適法性審査를 구할 필요가 있다) 행정객체에 의한 불복신청에 의하여 그 위법한 행정입법의 취소가 요구된 때에는 행정청에게 취소의 의무가 있도록 한 것이다. 종래의 위법의 항변이 소송에 의한 違法の 抗辯(l'execption d'illégalité contentieuse)이었던 점에 대하여 동법 제2조에 의한 이 위법의 항변은 訴訟에 의하지 아니한 위법의 항변(l'execption d'illégalité non contentieuse)이라고 부르고 있다.

그리고 제3조에는 “행정청은 당해행정입법이 그 공포한 때로부터 위법이었거나 공포일이후의 法律上 또는 事實上의 사정에서 위법으로 된 경우에 위법한 행정입법의 철회를 구하는 모든 불복신청에 응할 의무를 가진다”라고 규정하고 있다. 당초부터 또는 사후의 사정변화에 의한 위법한 행정입법에 대한 不服申請에 행정청은 철회의무를 가지고 있다는 점에 관해서는 國事院의 판례에서 확

384) Marguerite Bailly, *L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983*, R.D.P., 1985, pp.1518~1555.

립되었으나, 이 제3조는 명문으로 이를 인정하여 행정에 대하여 직접으로 적법성의 원리의 존중을 하게함과 아울러 行政客體에 대하여 제2의 취소소송이라 할 수 있는 것을 부여하고 있다. 그 이유는 제3조는 불복신청의 기간에 관하여 아무런 규정도 없고 월권소송에 의한 출소기간이 경과한 경우라도 위법한 행정입법이 공포되어 수개월이후 또는 수년후에도 불복신청에 의한 철회를 요구하면 수리되며, 위법이라면 행정청은 이를 철회할 의무를 지고 위법이 아니라는 裁決 내지 決定에 관하여는 이를 2개월이내에 월권소송으로 다룰 수 있는 것이다. 이러한 2중, 3중의 보장에 의하여 위법한 행정입법의 배제를 철저화한 이 décret의 의의는 금후 더욱 검토를 요한다.

### (3) 事前節次에 의한 統制

종래 프랑스에서는 이미 살펴본 것처럼 國事院의 판례를 중심으로 하는 행정의 재판적 통제가 기본원리로 되어 있었으나<sup>385)</sup>, 최근에는 행정의 법적통제에 대하여 새로운 국면을 맞이하고 있다. 즉, 현대행정의 다양한 전개에 대해서는 프랑스의 행정의 現實과 理論과의 부적합이 나타나 프랑스적 시스템의 결함을 인식하면서 종래의 행정입법의 통제에 대한 다양한 비판이 제기되고 있다. 그리고 公役務(services publics)의 확대화·복잡화에 수반하여 재판적 통제에 의한 사후적구제로서는 인권보장이 달성될 수 없다는 견지에서 행정기관에 의한 사안처리의 효율성, 공정성, 민주성, 공개성 및 투명성의 확보가 현실적인 요청으로 되어 행정의 節次的 統制가 중요시되기에 이르렀다. 그리하여 행정과정에 대한 이해관계인의 권리·이익의 보장, 당해기관의 자의적 판단의 회피, 民意의 반영이라는 관점에서 자문(consultation), 방어권(droit de la défense), 이유표시(motivation), 정보공개, 참가, 협조 등의 중요성이 인식되었다. 프랑스에서는 1978년에 행정문서에 대한 접근의 권리를 보장하는 法律이 시행되었고, 1979년에는 行政行爲의 이유표시에 관한 法律이 제정되어 있으며, 1983년에는 행정절차의 법전화를 위한 시도를 행한 바 있다. 이와 같이 한편으로는 行政過程에 대한 법제도상의 정비를 행함과 아울러 다른 한편으로는 行政行爲의 내용에 관한 통제의 법리, 그리고 자문절차등을 포함한 行政行爲의 절차에 관한 통제의 법리도 國事院의 판례를 통하여 착실하게 전개하고 있다. 따라서 프랑스에 있어서 행정의 절차적 통제는 행정의 위법한 행위를 시

385) A.Laubadère, op.cit., p.580.

정하고, 行政의 책임을 추궁함과 아울러 이해관계인의 이익의 방어·확대로부터 行政의 적정화라는 일반적인 공동이익의 실현을 지향하고 창조적인 가치형성에의 기여를 목적으로 하고 있다.

#### 4. 憲法院에 의한 統制

주지하는 바와 같이 현행 프랑스憲法은 法律의 소관사항을 한정적으로 열거하고(제34조), 그 이외의 사항에 관해서는 命令의 소관을 승인하는(제37조제1항) 형태로 法律과 命令간의 권한배분을 행하고 있다. 또한 憲法은 이 권한배분을 유지하기 위한 제반절차를 정비하고, 그 하에서 입법권한의 배분을 보장하는 것을 임무로 하는 憲法院(Conseil constitutionnel)이라는 기관을 설치하고 있다. 憲法院은 프랑스의 입법과정에서 중추적 기관으로서 그 기능을 담당하고 있다는 점은 주지의 사실이며, 특히 憲法院의 위헌판결은 법안을 제출한 정부에게는 치명적인 결과가 된다. 따라서 정부는 법안이 憲法院에 제소되는 것을 고려하여 憲法院에의 제소에 앞서 입법과정 가운데 법안의 합헌성을 고려하게 된다. 이러한 정부에 의한 법안의 합헌성의 고려, 즉 憲法的 監視(veille constitutionnelle)<sup>386)</sup>는 다음과 같이 행해진다. 우선 법안준비 및 법안작성단계에서 법안의 실체에 관하여 책임을 지는 행정각부는 그 법안이 “憲法블록” 및 憲法院判例에 적합한가를 확인하지 않으면 안된다. 이 경우 법안의 합헌성은 國事院의 의견에 의하여 명확히 되고 있으며 정부는 이 의견을 참고하여 제출전에 법안을 수정할 수 있다. 또한 내각사무처(Secretariat général du Gouvernement)는 법안작성의 각단계에서 수상과 관계부처와의 조정을 도모함과 아울러 언론에 의하여 제시되는 법안의 원리에 관한 공적논쟁에 유의하고 반대파의원에게 의한 이의에도 대비한다. 그리고 의회심의회에 있어서도 내각사무처는 憲法的 論議를 계속하여 憲法院에의 제소가 예상되는 때에는 憲法院에 제출하는 의견서초안(projet de mémoire)을 준비하고 법안을 변호한다. 그리고 法律이 공포되기위하여 요하는 시간으로서 憲法院에 의한 합헌성심사에 소요되는 시간을 내각은 계산한다. 이리하여 憲法院에의 제소의 가능성하에서 정부가 법안의 합헌성에 배려하게 되며 정부의 입법과정에서의 관여에도 변화가 생기게 된다.

386) Guillaume Drago, *L'exécution des décisions du Conseil constitutionnel*, Economica 1991, p.202.

이와 같은 간접적인 통제외에도 憲法院은 입법부와 집행부의 입법권한의 배분, 즉 의회입법과 행정입법과의 관계를 설정하는 일련의 판례에서 의회입법의 영역인 法律事項의 범위를 확대함으로써 행정입법에 대하여 적절한 통제를 가하고 있다. 현재 프랑스에서는 法律과 命命의 “소관사항의 분배”와 “소관사항의 위임”은 法律과 命命의 권한배분(répartition des compétences)의 문제로서 관념되고 있으며, 일반적으로 前者는 수평적 권한배분(répartition horizontale des compétences) 後者는 수직적 권한배분(répartition verticale des compétences)이라고 부르고 있다. 그리하여 現行憲法의 권한배분시스템은 국회의 입법권의 범위를 이 양차원의 배분에서 한정하는 것으로 생각되고 있다. 그러나 실제로는 憲法시행후의 시스템운용에 의하여 法律영역을 끊임없이 확장하고 현재에는 法律은 과거의 소관영역을 회복하고 있다<sup>387)</sup>라고 일컬어지고 있다.

우선 수평적 권한배분에 있어서 法律領域의 범위는 憲法院에 의하여 행해진 입법권행사의 근거가 되는 규범의 확대와 그 통합 및 憲法 제34조의 각조항의 확대해석의 결과 점차 확장하고 있다. ①우선 法律의 소관사항은 주로 憲法 제34조에 의하여 열거되고 있으나, 憲法院은 1965년 7월 2일의 판결에서 “法律領域은 제34조 뿐만 아니라 憲法의 그 이외의 조문 특히 제72조 내지 제74조에 의하여도 결정된다”라고 판시하여<sup>388)</sup> 法律領域의 강화가 도모되기에 이르렀다. ②1973년 11월 28일의 판결<sup>389)</sup>에서 憲法院은 “憲法前文, 제34조제3항 및 제5항, 제66조의 규정을 결부하면 형벌의 결정은 당해형벌이 자유박탈조치를 포함하지 않는 때에는 命命영역에 속한다는 결론이 도출된다”라고 판시하여 憲法 제34조에 의하여 중죄 및 경죄와 그에 적용되는 형벌의 결정은 法律로 유보되어 있으나, 그것에 포함되지 아니하는 형벌의 결정은 命命의 소관사항이라고 해석하였다. ③憲法院은 法律領域의 범위를 확정하기 위하여 國事院의 판례에서 형성된 “법의 일반원리(principes généraux du droit)”의 개념에도 의거하여, 법의 일반원리를 憲法的 가치를 지닌 법의 일반원리와 法律의 가치를 지닌 법의 일반원리로 나누어 후자에 관해서는 法律은 그것을 제한할 수 있다고 함으로써 憲法에 명문의 규정이 존재하지 않더라도 법의 일반원리의 적용제외가 문제가 되는 경우에는 국회의 입법권이 미친다는 점을 인정하였다. 憲法院은 1969년 6

387) N.Poulet-Gibot Leclerc, *La place de la loi*, p.13.

388) C.C. 65-34 L du 2 juillet 1965, Rec.75 ; D. 1967. J. 613, note L.Hamom.

389) C.C. 73-80 L du 28 novembre 1973, Rec.45.

월 28일의 판결에서<sup>390)</sup> “법의 일반원리에 의하면 사인의 신청에 대하여 행정기관이 상당기간 그것을 방치한 경우 행정에 의하여 행해진 침묵은 거부결정에 상당하나, 그 적용제외는 法律의 결정에 의하여만 행할 수 있다”라고 판시하여 그 점을 명확히하고 그 후 불소급의 원칙(nonrétroactivité)<sup>391)</sup>과 방어권(droits de la défense)의 원칙<sup>392)</sup>을 이러한 法律의 가치를 지닌 법의 일반원리로서 승인하고 있다. 憲法은 國事院의 판례에서 승인되고 있는 것과는 별도로 새로운 법의 일반원리를 독자적으로 승인 내지 창조할 수 있다. 그에 부응하여 法律領域을 확장할 수 있는 것이다.<sup>393)</sup> ④憲法院은 제34조제2항부터 제4항의 각호를 확장해석하고 또한 그와 동시에 이러한 각호의 규정을 결부시킴으로써 국회의 권한을 확대·강화하고 있다. 입법권의 확대는 “공공시설법인의 영역의 창설<sup>394)</sup>”, “새로운 재판제도의 창설<sup>395)</sup>”, “지방공공단체의 자유로운 행정”, “중죄 및 경죄”의 사항에 관해서 특히 현저하다. 또한 憲法院은 제34조에서 명시적으로 규정되어 있지 않음에도 불구하고 국회의 권한을 인정한 사항도 있다. “計劃化(planification)”가 그것이며 憲法院은 “계획 또는 계획화라는 문언은 憲法 제34조에 있어서 法律로 유보된 사항의 열거에는 포함되지 않으나, 그것은 그 대상 때문에 다년도전국계획의 내용은 法律로 유보된 제사항에 관련되는 것이다”라는 이유에서 그것이 法律의 소관에 속하는 것임을 인정하고 있다.<sup>396)</sup> ⑤憲法院은 특정의 사항(특히 소유제도, 물권 및 민사·상사상의 채무)에 관해서는 法律영역과 命命영역의 범위를 획정하는데 즈음하여 “이전의 입법상황(l'état de la législation antérieure)”, 즉 憲法이 시행된 때에 법적으로 또한 사실상 존재하였던 상황을 고려하고 있다. 즉, 1959년 11월 27일의 판결에서 憲法院은 “소유제도와 민사상의 채무에 관한 기본원칙은 이전의 입법에 의하여 정해진 일반적인 제한의 범주내에서 판단하여야 한다. 그리고 당해사항

390) C.C. 69-55 L du 26 juin 1969, Rec.27.

391) C.C. 69-57 L du 24 octobre 1969, Rec.32.

392) C.C. 72-75 L du 21 décembre 1972, Rec.36.

393) 法の 一般原理를 매개로하는 입법권한의 확대에 관해서는 그것을 한정적인 것으로 보는 입장(B.Genevois, La jurisprudence, pp.99~100)과 현저히 확대를 가져올 수 있다고 보는 입장(Donimique Rousseau, Droit du contentieux constitutionnel, 3ed., Montchrestien 1993, p.235)이 있으며, 후자가 일반적이다.

394) C.C. 59-1 L du 27 novembre 1959, Rec.67.

395) C.C. 61-14 L du 18 juillet 1961, Rec.38.

396) C.C. 82-142 DC du 27 juillet 1982, Rec.52.

에 적용되는 기본원칙의 변경은 法律의 소관에 속하나, 命令制定權은 이 기본원칙에 합치하는 한 그것을 수정 또는 보충하는 새로운 규정을 설정할 수 없다"라고 하였다. 397)

⑥이러한 憲法院에 의한 法律領域의 확장경향은 1982년 7월 30일의 물가·수입동결판결(blocage des prix et des revenus)에서 절정에 달하였다. 398) 이 판결은 야당 국회의회의원이 국회의원회에서 가결된 法律에 대하여 권한배분 규정위반등의 이유로 제기한 소송에서 판시한 것이나, 憲法院은 제34조와 제37조제1항에 의하여 규정된 法律領域과 命令領域의 구분의의를 다음과 같이 판시하였다. 즉 "憲法 제34조와 제37조제1항은 法律領域과 命令領域의 분리를 규정하고 있으나, 이 규정의 의의는 제37조제2항과 제41조의 규정을 고려하여 판단하여야 한다. 이 두가지의 절차는 어느것도 임의적인 성격을 지닌다. 憲法은 제34조와 제37조제1항에 의하여 法律에 포함된 命令의 性質을 지닌 규정을 위헌으로 한 것이 아니라 法律에 유보된 영역외에 命令制定機關에 고유한 영역을 인정하고 제37조제2항과 제41조 소정의 절차를 실시함으로써 일어날 수 있는 法律의 침해로부터 그 영역을 수호하기 위한 권한을 정부에 부여하려 한 것이라고 생각된다. 그 때문에 소송을 제기한 국회의원의회원은 입법부가 命令領域에 침입한 것으로서 계쟁규정이 憲法에 위반한다고 주장할 수 없다"라고 하였다. 이 판결의 중요성은 憲法院이 命令領域에 있어서 제정된 法律도 위헌이 아니라고 처음으로 명확히 승인하고 法律領域의 한정을 철폐한 점에 있다. 399)

수직적 권한배분, 즉 어떤 사항에 관하여 그 귀속영역(法律영역 또는 命令영역인가의 문제)이 결정되면 法律의 소관에 속하게 된 사항에 관해서는 다음에 法律과 命令간에 당해사항에 관한 각각의 규정범위의 획정이 행해진다. 이 차원의 권한배분에서는 法律에 의한 규정의 밀도, 즉 法律은 특정사항에 관하여 어디까지 규정할 수 있는가, 어디까지 규정하여야 하는가라는 점이 중요한 문제가 된다. 憲法院은 이러한 권한배분기준으로서 "mise en cause - mise en oeuvre"를 사용하여 전자를 法律의 소관으로, 후자를 命令의 소관으로 하고 있다. ①憲法院은 法律과 命令의 규정범위를 확정하는데 있어서 처음부터 규범

397) C.C. 59-1 FNR du 27 novembre 1959, Rec.71.

398) C.C. 82-143 DC du 30 juillet 1982, Rec.57.

399) 그 이후의 판결로서 C.C. 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, Rec.49.

정립사항과 기본원칙결정사항을 거의 동일하게 취급하고 어느 사항에 관해서도 法律에 유보된 영역과 命令에 유보된 영역이 존재하며, 그리고 양영역은 *mise en cause - mise en oeuvre*의 기준에 의하여 구분되어야 할 것임을 명확히 하고 있다. 이 기준에 의하여 특정사항에 관한 規範 또는 基本原則을 *mise en cause*하는 규정, 즉 그 영향의 중대성으로 인하여 당해규범 또는 원칙에 관하여 결정적 성질(*caractère déterminant*)을 지닌 규정은 法律의 소관에 속하며, 그 *mise en oeuvre*, 즉 실시태양(*modalités d'application*)에 관한 규정은 命令의 소관에 속하는 것으로 하고 있다.<sup>400)</sup> 그리고 命令制定權은 法律의 규정의 변성(*dénaturation*) 또는 *mise en cause*를 행할 수 없으나 *mise en oeuvre*라는 영역은 항상 命令制定權에 유보된다고 생각하였다. ② 憲法院은 국회가 필요한 경우에는 개별적인 조치 내지 규범을 정할 수 있음을 인정하고 있다. 국회에 의한 개별규범의 정립승인은 1979년 5월 23일의 판결에서<sup>401)</sup> 새로운 선거방식에 따라 선거를 행하기 위하여 지금까지 그 구성원의 임기를 단축하는 法律이 권한배분규정에 위반하는가의 여부에 대하여 “係爭規定은 命令的 性質을 가지지 않고 法律과 命令의 권한배분에 관한 憲法 제34조 및 제37조의 규범적용범위내가 아니다”라는 원칙을 제시하였다. 1982년 2월 11일의 국유화판결<sup>402)</sup>에서는 국회가 국유화의 기준을 정하는데 그치지 않고 국유화의 대상이 되는 은행의 리스트를 작성한 것이 命令制定權의 침해에 해당한다고 주장되었으나, 憲法院은 “憲法 제34조는 法律은 기업의 국유화에 관한 규범을 정한다라고 규정한다. 이 규정은 입법부가 입법부에 의하여 채용된 기준에 따라 국유화되게 되는 회사를 스스로 결정하는 것을 금지하는 것이 아니다. 따라서 계쟁규정은 憲法에 위반되지 아니한다”라고 판시하였다. 또한 1983년 7월 19일판결<sup>403)</sup>에서는 국회가 스스로 정한 일반적 규범을 적용제외하는 규정을 정한 것이 문제되었으나, 憲法院은 “모든 法律의 규정은 동일한 법적효력을 가지며 憲法的 價値를 가지는 어떠한 원칙 내지 규범도 입법부가 일반적 규범을 가결한 후 그 예외 또는 적용제외를 설정하는 것을 금지하고 있지 않으며 그것은 개별적 규정에 의한 경우라도 마찬가지이다”라고 그 합헌성

400) A. de Laubadère, Note sous C.C. 18 décembre 1964, A.J., 1965, p.102.

401) C.C. 79-104 DC du 23 mai 1979, Rec.27.

402) C.C. 82-139 DC du 11 février 1982, Rec.31.

403) C.C. 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983, Rec.49.



을 인정하고 있다. ③근래 이러한 권한배분에 주목을 모으고 있는 것이 憲法院에 의한 입법부의 소극적 무권한(*incompétence négative du législateur*)의 통제이다.<sup>404)</sup> 憲法院은 국회에 의한 권한의 재위임을 금지하고 국회가 憲法에 의하여 부여된 권한을 완전히 행사하지 않고 자기에게 전속하는 권한행사를 다른 기관에게 위임한 경우 “立法府는 자기의 권한에 관한 평가를 잘못된 것”으로서 당해法律을 위헌으로 하고 있다. 소극적 무권한의 통제는 1967년 1월 26일판결<sup>405)</sup>에서 등장하였으나, 그 후 거의 적용되지 않다가 1982년 1월 16일의 국유화판결<sup>406)</sup>부터 널리 이용되고 있다. 法律과 命令간의 권한배분에 있어서는 국회는 규범의 정립을 정부의 재량권에 맡기거나 法律이 정립한 규범의 적용범위를 命令制定權에 위임하거나 또는 정립하는 규범의 의미를 부정확하게 방치하여서는 아니되며 憲法院은 命令制定機關이 과도하게 광범한 판단을 가지지 않도록 국회가 본질적인 규범(*règle essentielle*)을 정립할 것을 의무화하고 있다. 이러한 통제는 국회의 권한을 강화·보호하는 것으로서, 즉 국회는 최소한의 입법권한의 행사의무를 지며 그 결과 命令제정권의 부당한 확대가 방지된다는 것이다. 또한 입법권한의 완전한 행사가 확보됨으로써 法律은 命令제정권을 보다 명확히 제한하게 되며 國事院에 의한 命令의 통제도 강화된다.

## 第5節 日本의 委任立法制度

### I. 委任立法의 意義

#### 1. 委任立法의 概念

日本國憲法 제41조는 “국회는 國權의 최고기관이며, 국가의 유일한 입법기관이다”라고 규정하는 한편 제59조에서는 “법률안은 이 憲法에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고 兩議院에서 가결한 때 법률로 된다”라고 규정하고 있다. 委任立法이 헌법상 제정한가라는 명문의 규정은 없으나, 內閣이 행하는 사무에 관하여 憲法 제73조제6호는 “이 憲法 및 法律의 규정을 실시하기 위하여 政令

404) C.Schmitter, *L'incompétence négative du législateur et des autorités administratives*, A.I.J.C., 1989, p.137.

405) C.C. 67-31 DC du 26 janvier 1967, Rec.19.

406) C.C. 81-132 DC du 16 janvier 1982, Rec.18.

을 제정하는 것. 다만 政令에는 특히 그 법률의 위임이 있는 경우를 제외하고는 罰則을 둘 수 없다<sup>407)</sup>라고 규정하고 있다. 또한 內閣法 제11조는 “政令에는 법률의 위임이 없으면 의무를 과하거나 권리를 제한하는 규정을 둘 수 없다”라고 규정하고 있다. 이러한 점에서 법률의 위임의 범위에서 委任立法은 인정되고 있다고 해석하고 있다.<sup>408)</sup> 그리하여 委任立法이란 국회의외의 기관이 법률의 특별한 위임을 받아 그 기관에서 인정되고 있는 法形式으로 법규를 정립하는 것으로 정의하고 있다.<sup>409)</sup> 그리고 委任立法의 전형으로서 “命令”이란 행정기관에 의하여 제정되는 법규로서, 입법기관이외의 기관에 의한 입법이며 예외적인 입법이라고 일컬어지고 있다.<sup>410)</sup> 즉, 일본에서는 권력분립제하에서 委任立法을 일단 허용하지 않고 議會를 원칙적인 입법기관으로 하면서, 의회로부터의 수권의 존재라는 조건하에서 委任立法을 허용하고 있다.<sup>411)</sup> 특히 의회의 입법능력의 한계와 현대행정의 비대화·복잡화를 배경으로 한 ①多様化·복잡화한 행정수요에 적절하게 대응하는 의회의 전문적·기술적 능력의 한계, ②변천하는 行政需要에 신속하게 대응하는 의회의 시간적 대응능력의 한계, ③緊

407) 헌법 제73조제6호의 해석과 관련하여 “法律의 규정을 실시하기 위한” 命令의에 “이 헌법……의 규정을 실시하기 위한” 命令(헌법실시명령)의 존립을 인정하는가가 문제된다. 이 점에 대하여는 견해가 나누어지나 通說은 국회를 유일한 입법기관으로 하는 헌법 제41조의 취지에서 또는 제73조제6호자체의 해석에서 도출되는 憲法의 法治國家的 施行이라는 관점에서 헌법의 규정은 헌법 - 법률 - 명령이라는 단계를 거쳐 실시되어야 할 것이며, 그 의미에서 命令은 법률 즉 불가분일체로서의 “이 헌법 및 법률”을 실시하기 위해서만 제정할 수 있다고 이해되며, 憲法實施命令은 허용되지 않는다고 한다.

408) 宮澤俊義, 日本國憲法 コメントル, 日本評論社 1955, 572面.

409) 清宮西郎·佐藤 功(編), 憲法講座 第4卷, 有斐閣 1964, 169面.

410) 伊藤正己, 憲法(第3版), 弘文堂 1992, 670面. 여기에서 “명령”에는 법규명령뿐 아니라 훈령·통첩 등과 같은 행정명령도 포함된다는 견해(藤田宙晴, 行政法I, 青林書院 1993, 274面; 乙部哲郎, 行政立法, 南博方·原田尙彦·田村悅一(編), 新版行政法(1), 有斐閣 1992, 126面), 나아가 지방자치단체의 자치입법중 조례도 포함된다는 견해(藤田宙晴, 前掲書, 274면)도 있으며, 자치입법중 조례는 포함되지 아니하고 자치단체의 長 등이 정립하는 규칙을 포함한다는 견해(平岡 久, 行政立法と行政基準, 有斐閣 1995, 5面) 등이 있으나 일반적으로는 위임입법으로서의 명령은 法規命令을 의미하고 있다.

411) 현행 헌법상 종래 明治憲法에서 인정되었던 緊急勅令(제8조)과 獨立命令(제9조)와 같은 행정권에 의한 독자의 입법이 인정될 여지가 없으며, 이 점에 관해서는 이론이 없다. 이것은 헌법전체의 구조로부터 도출되는 결론이며, 國會中心立法의 原則이 확립되고 이러한 명령을 승인하는 규정이 헌법에 존재하지 않는 이상 그 존립은 직접적으로 부정되고 있다. 그러나 현행 헌법에는 國會立法中心主義의 원칙에 대한 예외로서 議院規則(헌법 제58조)이나 最高裁判所規則(헌법 제77조) 등을 허용하는 여지가 있다고 일반적으로 이해되고 있다.

急事態에 있어서 의회의 즉응능력의 한계, ④地方自治團體의 행정기관 또는 국가의 지방지분부국(장)에 의한 행정입법에 관한 법률에 의한 지방·지역의 다양한 사정의 고려의 한계도 委任立法의 일정부분의 존재이유로서 거론되고 있다. 412)

그러나 委任立法에 관해서는 특히 法律과 命令間에 행해지는 소관사항의 위임이라는 문제를 둘러싸고 법률이 그 所管事項을 어느 정도까지 스스로 규정할 수 있으며, 어느 정도까지 命令에 의한 규율에 위임할 수 있는가라는 점에 관하여 그 법적 통제가 다양한 관점에서 검토되고 있다. 실제로 法律에 의한 委任은 항상 한정적으로 행하여 지고 있지 않으며, 또한 법률 내지 법제도자체의 의미를 실질적으로 결정하는 사항의 규율을 命令에 위임하고 있는 법률도 다수 지적되고 있는 현상이다. 413) 이러한 상황에서 의회에 의한 권한의 포기 내지 책임회피를 방지하기 위하여 委任立法의 限界를 확정하는 실제적인 기준을 확립하는 것이 중요한 과제로 대두되고 있다. 그것은 무엇보다도 委任立法이 국회자신이 憲法上 자기에게 배타적으로 부여된 입법권을 다른 기관에게 위임함으로써 憲法上的 입법권한배분의 방식을 변경한다는 의미를 지니고 있기 때문으로 인식하고 있다. 414) 또한 이러한 기준의 확립은 법률의 위임에 의거하여 제정되는 命令의 統制라는 점에서 의미를 가진다고 할 수 있다. 그리고 法律과 命令間의 소관사항의 배분이라는 국면을 둘러싸고 국회가 法律이라는 형식으로 규정할 수 있거나 규정하여야 할 사항이란 무엇인가라는 법률의 소관사항의 범위의 문제에 대해서도 學界와 實務界에서 많은 논의를 진행하고 있다. 소관사항의 배분에 있어서 법률개념을 좁게 파악하는 것이 일관된 정부의 견해이며, 그 결과 學界에서는 지금까지도 중요한 사항이 법률이외의 형식으로 규정되고 있는 사례가 다수 존재하고 있다고 인식하고 있으며, 학설상으로도 法律의 개념에 대하여는 견해가 대립되고 있다. 415)

412) 平岡 久, 前掲書, 3面 ; 杉村敏正, 委任立法, 公法研究 第14號(1956), 4面.

413) 특히 議會의 責務를 포기하는 일반적·포괄적 수권, 議會를 회피하여 중요한 정책결정을 위임입법에 규정한 사례, 授權法律의 취지에 반하는 명령 등이 자주 지적되고 있다. 자세한 내용은 平岡 久, 前掲書, 18-20面 참조.

414) 法學協會(編), 註解日本國憲法(下), 有斐閣 1954, 709面.

415) 日本國憲法은 立法, 法律 및 命令의 개념내용을 정한 규정은 존재하지 않으며 법률과 명령의 권한배분상의 관계에 관해서도 명확히 제시한 규정을 두고 있지 않다. 그 때문에 法律과 命令의 소관사항의 배분방식은 일반적으로 “국회는 ……유일한 입법기관이다”라고 규정한 헌법 제41조後段을 권한배분규정으로 파악하고 그 해석에서 법률 및 입법의 개념

## 2. 委任立法制度의 成立과 發展

### (1) 明治憲法時代

1889년의 帝國憲法 제4조는 “天皇은 국가의 원수로서 통치권을 總攬하며 이 憲法의 예규에 따라 이를 행한다”라고 하여 明治憲法의 군주주의적 성격을 제시하였다. 그러나 동시에 입헌주의적인 권한배분의 원리를 규정하여 제5조에서 “天皇은 帝國議會의 協贊을 거쳐 입법권을 행한다”, 제10조에서 “天皇은 행정각부의 官制 및 문무관의 봉급을 정하며 문무관을 임명한다”, 제57조에서 “사법권은 天皇의 이름으로 법률에 따라 재판소가 행한다”라고 각각 규정하였다. 그러나 제8조에서는 “天皇은 공공의 안전을 保持하거나 그 災殃을 피하기 위하여 긴급한 필요에 따라 帝國議會 閉會의 경우에 법률에 대신할 勅令을 발한다”라고 규정하여 그 형식적 효력이 법률과 동등한 獨立命令制度를 인정하였다. 그리고 제9조에서는 “天皇은 법률을 집행하기 위하여, 또는 공공의 안녕질서를 保持하고 臣民의 행복을 증진하기 위하여 필요한 命令을 발하거나 발하게 한

---

을 확정하고 있다. 헌법상 국회가 유일한 입법기관이라는 점이 ①헌법자신이 정한 예규를 제외하고 국회가 “立法”권을 독점하고 국회이외의 기관에 의한 “立法”은 허용되지 않는다는 권한배분상의 의미(國會中心立法의 原則)와 ②“立法”은 국회에 의결에 의해서만 성립하며 국회이외의 기관의 참여를 필요로 하지 않는다는 절차상의 의미(國會單獨立法의 原則)를 지니고 있다는 점에 관해서는 이론이 없다. 다만 그곳에서 “입법”이란 무엇인가에 관하여 다툼이 있으며, 학설은 전통적인 입법·법률의 二重概念에 대응하여 이를 形式的意味의 立法, 즉 형식적 의미의 법률의 정립이라고 이해하는 입장과 實質的意味의 立法, 즉 실질적 의미의 법률의 정립이라고 이해하는 입장으로 나누어 진다. 前者에 의하면 형식적 법률이란 그 형식에 착안한 개념이며 내용여하를 불문하고 國會가 소정의 절차에 따라 제정하는 國法의 한 형식으로서의 “法律”을 지칭하며 제41조의 “立法”은 이러한 형식적 법률을 정립하는 작용이라고 한다. 한편 後者에 의하면 제41조의 “立法”은 일정한 내용 또는 성질을 지닌 법규범을 법률의 형식으로 정립하는 작용이라고 한다. 실질적 법률이란 법형식의 내용여하를 불문하고 내용 또는 성질에 착안한 개념이며, 그 實質的 法律이라 하더라도 그것을 “法規”로 이해하는 입장과 “一般的 法規範”으로 이해하는 입장으로 나눈다. 法規說은 실질적 법률을 법규, 즉 국민의 권리의무 내지 국가와 국민간의 관계에 관한 법규범으로 파악한다. 이에 대해 一般的 法規範說은 실질적 법률을 일반적 법규범, 즉 불특정다수인에 대하여 불특정다수의 경우 내지 사건에 적용되는 법규범으로 파악한다. 이 견해는 국민의 권리·의무와의 관련이라는 관점에서 구성되는 법규의 개념에서 벗어나 국회의 입법권한에 관한 사항적 한정을 제거한 결과 헌법이 허용하는 범위 내에서 모든 사항을 국회에 의한 입법의 대상으로 하는 것을 가능케 하며, 그 점에서 현행헌법의 정신에 합치하는 것으로 이해하고 있다(戶部信喜, 憲法, 岩波書店 1994, 221面). 자세한 학설상황은 堀內健志, 立憲理論の主要問題, 多賀出版 1986 참조.

다. 단 命令으로 법률을 변경할 수 없다"라고 하여 광범위한 命令制定權을 인정하였다.<sup>416)</sup>

委任立法에 관하여는 특별한 明文의 규정이 없었으나, 실제의 입법에서는 命令에의 광범한 위임이 인정되었다. 특히 "命令條項의違反에관한罰則의件(明治23년 法律제84호)"과 같은 법률에 의한 벌칙의 일반적 위임도 허용되었으며, 經濟統制 및 戰時立法이라고 불리우는 각종 개별법률에서도 광범위한 委任立法이 현저하게 통용되고 있었다. 學說은 행정의 기동적·유동적·탄력적 수행이라는 실제상의 필요를 근거로하여 이를 合憲이라고 해석하였다. 철저한 권력분립론의 입장에서 委任命令否定論도 대두되었으나, 이러한 주장도 실제상의 필요라는 요청에서 실정법상으로는 나타나지 않았다. 그러나 무제한적인 위임도 가능하다는 입장이 아니라 命令에의 委任을 인정하면서 그곳에 어떠한 한계가 있다고 주장하는 견해가 지배적이었다. 즉, 일정한 목적, 일정한 사항의 범위 내에 한하여 허용되며 또는 特定事項, 특정의 점 내지 법률이 지정한 사항·범위의 조건하에서만 허용된다는 것이 지배적인 경향이었다. 1938년의 國家總動員法, 1943년의 戰時行政特例法 등과 같이 매우 광범한 위임을 정하고 있는 경우에도 그것을 필요로 한 실제상의 필요를 인정하는 경우에 그것이 특정의 위임·한정적인 위임으로서 설명하는 것이 통례였다. 이에 대하여 일반적·포괄적으로 命令에의 委任을 승인하려는 견해도 있었다. 그러나 그것은 전통적인 권력분립주의가 집행권강화의 원리에 의하여 補正되어야 할 것이라는 점을 강조하나, 의회주의에 의한 광범한 委任立法을 논하는 것이 아니라 오히려 反議會主義的인 執行權強化의 요청에 부응하여 나타났다. 물론 이 견해도 무제한적인 위임을 違憲이 아니라고 하는 주장은 아니었으며, 憲法上 의회의 권한을 완전히 무시하는 위임은 인정되지 않으며 입법권과 행정권을 분립시킨 취지를 몰각하는데 이르지 않는 범위에서 命令에의 위임이 허용된다고 하였다. 그 한도 내에서는 법률이 스스로 직접 규정하는 대신에 간접적으로 命令을 통하여 규정하는 것은 違憲이 아니라고 한 것이다. 그러나 "전통적인 권력분립주의의 취지가 상실되지 않는 한", "의회를 설치한 취지를 몰각하지 않는 한"이라는 용어로 특정의 委任이라는 것을 직접적으로 언급하지 않고 막연한 관념을 기준으로 위임의 한계를 설명함으로써 아무런 의미없는 결과를 가져왔으며, 실제적으로 광범한 委任立法을 인정하고 있음을 제시하는 것이기도 하였다. 이러한 경향은

416) 大石 眞, 立法と權限分配の原理(2), 法學(東北大) 第43卷1號(1979.5), 44面.

경제통제, 전쟁수행이라는 필요의 증대로 인하여 한층 증대되어 갔다.<sup>417)</sup>

결국 明治憲法下에서는 행정권우위의 사상에서 매우 광범한 命令權을 天皇을 수장으로 하는 행정부에게 부여하였기 때문에 입법권의 위임에 관해서도 포괄적인 위임이 행해졌으며, 이를 전제하려는 이론도 강한 설득력을 발휘할 수 없었다. 뿐만 아니라 당시의 법원도 어떤 법률이 憲法에 적합한가의 여부에 관한 實質的 審査權을 가지지 못하였으므로 재판을 통하여 입법권의 위임을 통제하는 방법도 없었다. 행정권을 정립하는 命令에 관해서는 학설도 판례도 그것이 憲法 및 法律에 적합한가의 여부를 심사를 심사할 수 있다고 해석하였으나, 이 방법을 통하여 命令의 무효가 판정된 사례는 없었다.

## (2) 日本國憲法時代

현행 日本國憲法은 明治憲法의 특징이었던 군주주의적 색체를 일소하여 전통적인 권력분립의 원리를 전제로 기본적으로 입헌주의에 입각한 憲法體制를 규정하고 있다. 즉, 전통적인 권한배분으로서 憲法 제41조에는 입법권을 國會에, 제65조에는 행정권을 內閣에, 제76조에는 사법권을 法院에 각각 속한다고 규정함으로써 국회를 유일한 입법기관으로 하여 국민의 권리·의무에 관한 법규를 정하는 것은 憲法이 특히 예외를 인정하고 있는 경우를 제외하고 전부 국회의 의결에 의하여 성립하는 法律의 形式을 취하여야 함을 명확히 하고 있다. 물론 행정권에 의한 命令制定權이 전부 부정되는 것은 아니며, 憲法은 內閣이 행하는 사무범위를 정한 제73조제6호에서 “이 憲法 및 法律의 규정을 실시하기 위하여 政令을 제정하는 것. 다만 政令에는 특히 그 법률의 위임이 있는 경우를 제외하고는 罰則을 둘 수 없다”라고 하여 정부의 命令制定權에 관한 규정을 두고 있다. 아울러 法院이 법령의 위헌심사권을 가지도록 함으로써 법원에 의한 통제를 광범하게 도입하고 있으며, 委任立法의 適否를 둘러싼 판례도 상당수 집적되어 있다. 학설상으로도 委任立法을 인정하고 있는 것이 통례이다. 특히 憲法 제76조제6호의 本文에서는 執行命令의 제정을 인정하고<sup>418)</sup>, 但書에서는 委任命令의 존재를 당연한 전제로서 그 제정을 용인하는 취지라고 이해

417) 佐藤 功, わが國における委任立法, 公法研究 第14號(1956), 31面이하.

418) 행정에 의한 執行命令의 제정은 권한상 또는 직무상 당연히 인정되며 특히 헌법의 명문의 근거를 필요로 하지 않는다고 설명된다. 大西芳雄, 法律と命令, 綜合判例研究叢書 憲法(4), 有斐閣 1960, 3面. 또한 판례중에서도 執行命令을 행정기관이 독자적으로 제정하는 명령으로 파악한 것이 있다(東京高判 1954年 5月 29日, 判時 第30號, 3面).

하는 것이 일반적이다.<sup>419)</sup> 이 執行命令과 委任命令의 구분은 “새로운 권리 및 의무를 창설하는가”를 기준으로 하고 있으며, 양자를 구별하는 실익은 授權方式이라는 점에서 인정된다. 즉, 執行命令이란 “상급법령을 실시하기 위하여 필요한 細則, 절차적·기술적 細目 또는 상급법령에 의하여 이미 창설되어 있는 권리의무의 詳細를 정하는 命令(신고서의 양식, 신청서의 기재사항, 행정기관의 통지방법 등)”이며<sup>420)</sup>, 새로운 권리의무에 관한 규정을 포함하지 않으므로 그 제정에 관해서는 일반적 수권(憲法 제73조제6호, 國家行政組織法 제12조제1항 내지 제13조제1항)으로 족하다고 한다. 이에 대하여 委任命令은 “법률의 위임에 의거하여 법률의 소관사항을 정하는 命令”이며, 새로운 권리의무에 관한 규정을 두는 것이므로 一般的인 委任은 인정되지 않으며 개별 법률에서 구체적인 위임이 필요하다고 한다(憲法 제73조제6호단서, 內閣法 제11조, 國家行政組織法 제12조제4항).<sup>421)</sup>

그리고 委任立法의 限界에 관하여 憲法은 委任立法의 한계에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않으나 권력분립주의를 채용하고 있고 국회를 유일한 立法機關으로 하는 그 취지에서 보아 실질적으로 국회의 입법권을 몰각하려는 추상적·일반적인 白紙委任은 금지되며 특정사항에 관하여 행해지는 具體的·개별적인 위임에 한하여 인정된다고 해석되고 있다.<sup>422)</sup>

419) 일반적으로 헌법 제73조제6호단서는 委任命令의 근거를 제시하고 있으나, 위임명령은 실제상의 필요에서 조리상 당연히 승인되어야 할 것으로 이해되고 있다. 田中二郎, 行政法總論, 有斐閣 1957, 266面; 戶部信喜, 演習憲法(新版), 有斐閣 1988, 263面; 野中俊彦·中村睦男·高橋和之·高見勝利, 憲法II, 有斐閣 1993, 52面. 이에 대하여 집행명령과 위임명령의 근거를 동시에 憲法 제73조제6호본문에 구하는 견해도 있다(小嶋和司, 立法の委任, 憲法の判例, 有斐閣 1966, 181面).

420) 遠藤博也, 行政法スケッチ, 青林書院 1987, 410面; 多賀谷一照, 委任の範圍(2), 行政判例百選I, 有斐閣 1994, 103面 참조.

421) 今村成和, 行政法入門(第5版), 有斐閣 1992, 62面 참조.

422) 이에 대하여 위임입법을 제약하는 헌법상의 근거로서 제73조제6호를 지적하기도 한다. 小嶋和司, 前掲論文, 181面.

## II. 委任立法의 法理

### 1. 委任立法의 制定權者

委任立法의 制定權者는 후술하는 바와 같이 그 법형식 및 규정사항에 따라 制定權者가 다르나, 그 법형식에 상응한 행정기관에 의하여 그 권한내의 사항에 관하여 규정될 것이 필요하다. 특히 委任立法의 授權에 있어서는 수권되는 행정기관을 특정하는 것이어야 한다. 실제의 입법에서는 “政令으로 정한다” 또는 “省令으로 정한다” 등이라고 표현하여 수권되는 행정기관이 명확한 경우가 많으나, 단지 “命令”이라고 하여 국가의 어느 行政機關이 제정하는 것인가가 명확하지 아니한 수권도 다수 있다.<sup>423)</sup> 이를 위헌이라고 단정적으로 말하기는

423) 이에 대하여 “行政立法의 授權은 본래는 입법의 수권임을 적어도 명확히 추정할 수 있는 수권규정에 의하여 행하여져야 한다. 그리고 ○○에 관해서는 政令으로 정한다라는 종래부터 행정법규의 존재형식으로 인정되어 온 정령, 성령, 규칙이라는 용어를 사용한 수권에 관하여는 문제는 적다고 생각된다. 그러나 실제로는 단지 大臣이 정한다라는 수권규정도 적지 않다. 이것은 입법을 授權하고 있는가 아니면 一般處分 등 기타 행위를 수권하고 있는가가 명확하지 않다. 또한 이러한 규정은 어떠한 규정을 행하는데 대한 創設의 授權規定인지 어떠한 규정을 행하는 권한이 있음을 전제로 행정기관을 특정 또는 한정된 규정에 그치는가도 반드시 명확하지 않다. 그리고 이러한 규정에 의거하여 발해지고 있는 것이 많은 告示나 規程의 법적 성격에 관하여 분쟁이 발생하는 원인의 하나가 되고 있다. 또한 실제로는 大臣이 정한다라는 규정에 의거하여, 告示나 規程이 아닌 訓令, 通牒類 내지 要綱類가 정해지기도 한다. 그리고 이러한 규정에 대응하여 訓令, 通牒類나 要綱類에 의하여 행해지는 것은 허용되는가라는 문제도 발생할 수 있다”라고 하면서, 이러한 실제상황에 대하여는 “省令 등의 용어를 사용한 수권은 입법의 수권이며, 한편 ……으로 정한다라는 규정은 그에 의거하여 어떠한 법적 성격의 규정을 定立하는 것인가 또는 어떠한 존재형식의 규정에 의하여 그것을 행할 것인가를 수권된 행정기관의 재량적인 판단 내지 선택에 위임하고 있다고 이해하는 것도 가능하다. 그러나 행정기관이 立法을 수권받고 있는가의 여부가 불명료하거나 立法을 행할 것인가의 여부가 행정기관의 판단·선택에 맡겨지고 있는 상황은 반드시 바람직하지 않다. 省令 등의 용어를 사용한 수권규정과 ……으로 정한다라는 규정을 구별하고 있는 議會 立法上의 입법정책적 기준의 합리성에 관한 검토를 함과 아울러 立法의 授權인가의 여부를 명확히 하기 위한 立法技術上의 공부가 있어야 한다. 또한 ……으로 정한다라는 문언조차 없는 이른바 默示의 授權이 행정입법에 관하여 인정될 여지가 있는가의 문제가 있을 수 있으나 소극시되어야 할 것이다. 執行命令에 관해서도 의회입법을 실시하기 위하여 필요한 세목을 정하는 默示의 授權의 존재를 말할 여지가 없는 것은 아니나 결국 소극시되어야 할 것으로 본다. 議會立法을 실제로 집행하기 위한 施行細目類를 정할 필요가 인정되더라도 의회입법의 실시의 필요성이 집행명령의 제정이라는 입법권의 존재까지도 기초치우는 것이 아니기 때문이다. 입법의 明示의 授權이 없는 경우에 필요한 시행세목류는 訓令·通牒으로 정할 수 있다”라고 하는 지적도 있다. 자세한 내용은 平岡 久, 前掲書, 32~33面 참조.



어려우나, 수입행정기관의 특징은 원칙으로 立法의 授權에 필요한 기본적 요건 의 하나라고 인식하고 있다. 424) 命命이라는 말을 사용하여 입법이 수권되고 있는 경우에는 그 授權에 의거하여 命命을 제정할 수 있는 국가의 행정기관의 범위가 문제될 여지가 있다. 內閣外에 수권규정을 지닌 법률을 소관하는 省·廳등의 행정기관에 한정되는 것은 명확하다. 또한 國家行政組織法 제12조 제1항 및 제13조제1항에서 사용되고 있는 “命命”개념을 전제로 한다면 內閣外에 總理府, 各省大臣 또는 府·省의 外局으로서 위원회, 外局의 長에게 한정된다고 이해된다. 425)

## 2. 委任立法의 成立要件

일반적으로 委任立法이 적법·유효하기 위해서는 무엇보다도 우선 委任命命의 母法인 수권법자체가 형식적·내용적으로 합헌·유효일 것이 필요하다. 특히 委任命命 자체가 유효하기 위해서는 ①命命의 제정권한을 가지는 자가 정당한 授權法의 위임근거에 의거하여 제정된 것이어야 한다. 이것은 어떤 委任命命의 규정이 母法의 규정의 위임에 의거하여 제정된 것인가, 위임의 근거가 있다면 母法의 어느 조항인가라는 문제와 관련한다. ②제정된 委任命命이 내용적으로 委任命命의 형식으로는 규정할 수 없는 사항을 포함하는 것이어서는 아니 된다. 이것은 委任立法의 본질에서 도출되는 요건으로서, 法律 그 자체를 폐지·변경하거나 법률의 위임의 한도를 초과하여서는 아니된다는 것을 의미한다. 법률 및 적법한 상위의 委任立法에 위반하는 내용을 지닌 행정입법은 수권하고 있는 法律에 대한 위반 또한 그러한 행정입법에 대한 수권의 결여의 두가지의 의미에서 위법하며 그리고 그것이 규율대상으로서 하고 있는 行政活動에 대한 외부적인 구속력을 지니지 않고, 또한 당해행정활동에 관한 裁判基準으로서의 효력을 지니지 않는다는 의미에서 무효인 것이다. 아울러 委任立法은 법률이 지정한 목적이나 사항에 관해서, 법률이 지정한 범위내에서 오직 그 조건에 따라서 발할 수 있다. 따라서 법률이 지정한 목적이나 사항과는 다른 목적

424) “법률이 특정의 법형식을 지정하지 않고 命命이라는 문언을 사용하여 입법위임하는 것을 묵인해도 좋은가. 國會는 ……위임입법을 제정할 수 있는 기관을 특정하는 것도 헌법상 요청되고 있다”. 奥平康弘, 委任立法 -一般-, 行政判例百選 I (第3版), 有斐閣 1993, 99面; 淺野一郎(編), 法制執務辭典, ぎょうせい 1978, 41面.

425) 따라서 예컨대 稅務署長등의 地方支分部局的 長은 수권되는 행정기관이 아니다. 菊井康郎, 立法の委任②, 憲法判例百選 II (第2版), 有斐閣 1988, 427面.

이나 사항에 관하여 규정을 두거나, 법률의 범위를 초과하거나 법률에 규정된 조건에 따르지 않고 제정된 委任立法은 유효한 것이 아니다. 이 점은 법률의 위임에 의한 命令에 한하지 않고 政令의 委任에 의한 命令의 경우에도 타당하다. 授權法이 어떤 사항을 政令으로 정하는 취지를 규정하고 있는 경우에는 政令의 형식으로, 府令·省令으로 정하는 취지를 규정하고 있는 경우에는 府令·省令의 형식으로 규정하여야 한다. 政令으로 정하는 취지가 규정되어 있는 경우에 이를 府令·省令의 형식에 의할 경우에는 그 委任立法은 당연히 무효가 된다. ③정당한 命令制定의 절차에 따라 제정되어 공포된 것이어야 한다. 특히 委任立法이 일반적으로 국민에게 현실적으로 그 구속력을 발동하기 위해서는 그 命令의 내용이 일반국민이 알 수 있는 상태에 놓여있지 않으면 안된다. ④ 命令에 관하여 요구되는 일정한 形式을 결여한 것이어서는 아니된다.<sup>426)</sup> 즉, 憲法 제74조에는 “법률 및 政令에는 전부 主任國務大臣이 서명하고 內閣總理大臣이 연서할 것이 필요하다”라고 규정하고 있으므로 委任立法인 政令에 관해서는 憲法上 요구되는 형식인 주임국무대신의 서명과 內閣總理大臣의 연서가 필요하다. 그러나 政令이외의 府令·省令에 관해서는 법률상 서명하는 것은 요구되고 있지 않으나, 실제로 年月日을 기재하고 國務大臣이 서명하는 형식을 취하고 있다.

결국 命令이 유효하게 성립하기 위해서는 그 규정내용이 위임의 범위내에서, 憲法, 법률 기타 上級命令에 위반되지 않고 가능·명확히 결정되는 것이 필요하다. 이들 어느 요소에 반하는 경우 當該命令은 위법 또는 위헌이며 무효가 된다.<sup>427)</sup> 또한 위임의 範圍가 광범하여 법률자체가 위헌무효가 되는 경우 그에 의거한 命令은 위임의 범위내에서 제정되었다 하더라도 무효이다. 나아가 命令에는 법률의 근거를 제시할 것이 요구된다.<sup>428)</sup> 命令이 위임의 범위를 일탈하고 있는가의 여부는 위임의 목적, 내용 및 정도등을 고려하여 판단된다. 특히 執行命令의 규정사항은 상급법령을 집행하기 위하여 필요한 개별적·구체적인 규정(세목적, 기술적 또는 절차적 사항)에 한정되며 이 한계를 일탈한 執行命令은 무효가 된다.<sup>429)</sup>

426) 成田頼明, 問題點はらむ委任立法(2), 時の法令 第347號(1960), 57面.

427) 今村成和, 前掲書, 65面.

428) 成田頼明, 行政法序説, 有斐閣 1984, 58面.

429) 田中二郎, 前掲書, 162面.

### 3. 委任立法의 種類

#### (1) 法律과의 관계에 의한 분류

委任立法은 법률과의 관계에서 委任命令과 執行命令, 獨立命令으로 나누어진다. “委任命令”은 법률에서 규정된 사항을 정하는 命令으로서 법률이 그 소관 사항에 관하여 命令으로 정할 것을 위임하면 법률의 소관사항을 命令으로 정할 수 있다. “執行命令”이란 법률의 규정을 집행하기 위하여 필요한 세부적 사항이나 절차적 사항을 정하는 命令을 말한다.<sup>430)</sup> “獨立命令”은 법률과 관계없이 독립하여 제정되는 命令이나 종래의 明治憲法에서는 제9조등에서 광범한 범위의 獨立命令을 인정하였으나, 現行憲法下에서는 국회를 유일한 입법기관으로 하여 獨立命令을 인정하지 않는다. 또한 明治憲法에서는 제8조에서 법률과 동등한 형식적 효력을 지닌 法律代位命令을 인정하는 규정이 있었으나, 現行憲法에서는 이를 인정하지 않고 있다.

#### ① 委任命令

상급법령의 명시적인 위임에 의거하여 발해지는 命令을 委任命令이라 한다. 委任命令에 관해서는 헌법상 명확한 근거규정은 없으나, 憲法 제73조제6호단서에서 “政令에는 특히 그 법률의 위임이 있는 경우를 제외하고 罰則을 둘 수 없다”라고 규정이 委任命令을 인정하는 것이라고 일반적으로 해석되고 있다. 委任命令은 법률의 위임에 의거하여 법률의 소관사항을 정하는 命令이며, 새로운 권리의무에 관한 규정을 두는 것이므로 일반적인 위임은 인정되지 않으며

430) 이에 대하여 委任命令과 執行命令의 구별을 철폐하고 모든 명령에 개별적인 법률의 수권이 필요하다는 견해도 있다. 그 이유로서 ①執行命令의 개념은 구헌법에서 행정권우위의 헌법구조에 유래하는 것이며, 현행헌법하에서는 유지될 수 없다는 점 ②委任命令과 執行命令의 내용적 구별이 거의 불가능한 점 ③憲法 제73조제6호본문은 집행명령의 직접적 수권근거가 될 수 없으며 또한 國家行政組織法이라는 행정조직에 관한 일반법이 행정입법을 수권할 수 있는가가 원리적으로 문제되지 않을 수 없다는 등을 지적하고 있다(加藤一明, 行政立法について, 公法研究 第39號, 1977, 146面; 平岡久, 前掲書, 28~29面). 본래라면 위임명령에 의하여야 할 사항이 실제로는 개별법률의 구체적인 근거없이 執行命令으로 규정되고 있는 경우가 있다는 지적도 있다(南博方, 行政法, 有斐閣 1990, 79面; 成田頼明·荒秀·南博方·近藤昭三·外間寛, 現代行政法, 1993, 122面). 그리고 헌법상 개념으로서의 執行命令과 委任命令의 구별을 부정하여 “實施命令”이라는 개념을 사용할 것을 제안하는 견해도 있다(大濱啓吉, 委任立法における裁量, 公法研究 第55號, 1993, 173面이하).

개별 법률에서 具體的인 委任이 필요하다고 한다(憲法 제73조제6호단서, 內閣法 제11조, 國家行政組織法 제12조제4항).<sup>431)</sup> 政令이외의 命令에의 위임에 관해서는 憲法에서 규정하고 있지 않으나, 이를 금지하는 취지가 아니라고 파악되며, 합리적인 위임인 한 政令에 의하여 하위규범인 省令등에 직접 위임하는 것도 인정되고 있다.

## ② 執行命令

상급법령을 집행하기 위하여 발해지는 命令을 執行命令이라 한다. 執行命令은 법률에 의한 명시적인 위임이 없더라도 行政權의 당연한 권한으로서 법률을 실시하기 위하여 발할 수 있다.<sup>432)</sup> 따라서 그 내용은 상급법령을 집행하기 위하여 필요한 세부적·기술적·절차적인 사항에 한정되며 본래적으로 法律事項인 국민의 권리·의무에 관해서는 정할 수 없다. 憲法은 內閣의 직무의 하나로서 규정한 제73조제6호본문에서 “이 憲法 및 법률의 규정을 실시하기 위하여 政令을 제정하는 것” 이라고 규정하여 執行命令을 정할 수 있는 근거규정을 두고 있다. 이 경우 “실시한다”라는 것은 집행하는 것을 말한다.

### (2)立法形式에 의한 분류

#### ① 政令

합의체로서의 內閣이 발하는 命令을 政令이라 한다. 政令의 소관사항은 법률을 실시하기 위하여 필요한 補充的 事項으로 행정부가 처리하여야 할 것과 법률에 의하여 특별히 위임된 사항이다. 전자에 상당하는 것이 執行命令으로서의 政令이며, 후자에 상당하는 것이 委任命令으로서의 政令이다. 內閣法 제11조는 “政令에는 법률의 위임이 없으면 의무를 과하거나 권리를 제한하는 규정을 둘 수 없다”라고 규정하여 이를 명확히하고 있다. 政令의 소관사항은 憲法 및 법률의 규정을 실시하기 위하여 필요한 보충적 사항으로서 內閣 또는 그 하에 있

431) 이에 대하여 委任命令에 관한 헌법제73조제6호단서규정은 입법기술적으로 볼 때 문제가 있다는 지적도 있다. 즉, 立法技術的으로 本文과 但書의 관계에서 단서는 본문에 포괄되는 경우의 특칙이므로 단서가 벌칙에 관련된 위임규정을 인정한 것인 이상 委任命令은 본문의 표현에서 인정되는 것이며, 罰則에 관해서는 죄형법정주의와의 관계상 특히 명확한 위임규정을 필요로 한 것이라고도 해석할 수 있다고 한다. 즉, “實施한다”라는 것은 반드시 집행한다는 뜻만이 아니라 위임규정의 실시라는 의미도 포함하고 있다는 것이다. 淺野一郎, 立法の過程, ぎょうせい 1988, 232面.

432) 大西芳雄, 前掲論文, 3面.

는 행정기관이 처리하여야 할 것, 개별 법률에 의하여 특별히 위임된 사항이다. 義務를 부과하거나 權利를 부여하는 규정은 위임이 없더라도 政令으로 둘 수 있는가가 문제되나, 국회가 유일의 입법기관이라는 점에서 권리·의무에 관한 사항은 법률로 규정하여야 할 사항이며, 위임이 없으면 이러한 사항은 政令으로 규정할 수 없다고 이해한다. 따라서 가령 국민전체에게 이익이 된다하더라도 법률의 구체적 해석규정에 그치는 것 또는 법률에 의한 특별한 위임이 없으면 政令으로 정할 수 없다고 한다.

政令은 內閣이 제정하며, 天皇이 공포한다. 政令案의 발의는 內閣總理大臣 및 各大臣이 안을 작성하여 內閣總理大臣에게 제출하며 각의에 의하여 결정된다. 각의에서 결정되면 內閣總理大臣은 天皇에게 奏上하고 天皇이 이를 공포한다(憲法 제7조제1호). 政令에는 법률과 달리 제정문이 첨부되며, 일반적으로 “內閣은 ○○法을 실시하기 위하여 이 政令을 제정한다”, “內閣은 ○○法第○號의 규정에 의거하여 이 政令을 제정한다” 또는 “內閣은 ○○法第○條의 규정에 의거하여, 同法을 실시하기 위하여 이 政令을 제정한다”라고 한다. 다만 “第○條의 規定에 의거하여”라는 규정이 있다고하여 당해조항과 관련된 규정이 반드시 委任命令은 아니다. 이는 단지 제정의 근거를 명시하는데 불과하다. 政令의 형식적 효력은 法律보다 하위이나, 후술하는 內閣府令, 省令 기타 命令보다는 상위에 있다.

## ② 內閣府令·省令

內閣府令·省令 기타 행정기관의 命令에 관해서 憲法에는 직접적인 규정은 없으나, 내각부령에 관하여는 최근에 성립한 법률인 內閣府設置法 제7조제3호에서 “내각총리대신은 내각부와 관련하는 주임행정사무에 관하여 법률 또는 정령을 시행하기 위하여, 법률 또는 정령의 특별한 위임에 의거하여 내각부의 명령으로서 내각부령을 발할 수 있다”라고 규정하고 있다. 또한 동법 제7조제4호에서는 “내각부령에는 법률의 위임이 없으면 벌칙을 두거나 의무를 부과하거나 또는 국민의 권리를 제한하는 규정을 둘 수 없다”라고 규정하고 있다. 한편 省令에 관해서는 국가행정조직법 제12조제1항은 “각성대신은 주임의 행정사무에 관하여 법률 또는 政令을 시행하기 위하여, 법률 또는 政令의 특별한 위임에 의거하여 각각 機關의 命令으로서 省令을 발할 수 있다”라고 규정한다. 여기에서 總理府의 長으로서 內閣總理大臣이 발하는 命令을 內閣府令이라고 하며, 各省大臣이 발하는 命令을 省令이라 한다. 省令은 이를 발하는 각성대신의 구별

에 상응하여 “法務省令”, “外務省令”등이라고 한다. 共同事務에 관해서는 “內閣府, 大藏省令”등과 같이 共同省令이 발해지나 이것은 발령권자가 복수일 따름이며 보통의 單獨省令과 형식적 효력은 동일하다. 憲法 제73조제6호단서 및 內閣法 제11조의 취지에서 省令에도 법률의 위임이 없으면 벌칙을 두거나 의무를 과하거나 또는 국민의 권리를 제한하는 규정을 둘 수 없다(국가행정조직법 제12조제3항). 舊憲法에서는 “閣令”이라는 법형식이 있었으나, 이것은 內閣總理大臣이 발한 命令이며 현재의 內閣府令에 해당한다. 內閣府令·省令에도 집행명령과 위임명령이 있으며, 그 소관사항은 법률 또는 政令을 실시하기 위하여 필요한 보충적 사항으로서 제정권자인 各省大臣이 주임대신으로서 분담관리하는 사무에 관한 것, 법률 또는 政令의 특별한 위임이 있는 경우 법률 또는 政令의 소관사항에 속하는 것이다. 內閣府令과 省令상호간에 그 형식적 효력은 동일하나, 법률, 政令보다는 하위이다. 內閣府令·省令은 內閣總理大臣 또는 各省大臣이 그 권한에 의하여 제정하며, 통상 소관부서에서 기안되어 부내의 소정절차를 거쳐 大臣의 決裁가 있을 때에 성립한다. 內閣府令·省令은 內閣總理大臣 또는 각성대신이 서명하고 관보로 공포된다. 共同省令인 경우에는 관계 各大臣이 서명한다.

### ③ 기타 命令

內閣府令·省令이외에 행정기관이 命令을 발할 수 있는 경우가 있다. 우선 독립행정기관의 規則이 있다. 이것은 會計檢査院, 人事院 등 국가행정조직법의 적용을 받지 않는 독립행정기관이 그 권한에 속하는 사항에 관하여 발하는 命令이다. 會計檢査院法 제38조에는 “이 법률이 정하는 이외에 회계검사에 관하여 필요한 규칙은 회계검사원이 정한다”라고 규정하고 있다. 회계검사원규칙의 소관사항은 회계검사원법을 보충하는 會計檢査에 관한 필요한 사항이다. 회계검사라는 임무의 성질상 회계검사원이 內閣으로부터 독립성을 보장받고 있는 점은 憲法에는 명문의 규정이 없으나, 條理上 당연히 인정된다. 따라서 회계검사에 관한 필요한 사항을 정하는 것은 회계검사원규칙의 전속적인 소관에 속하는 사항이며, 법률에 의한 경우를 제외하고 政令, 省令으로 이를 정할 수 없다. 會計檢査院規則의 형식적 효력은 법률의 하위이나 政令과 省令에 관해서는 회계검사원규칙의 소관사항이 전속적 소관사항이므로 소관의 경합이 되지 않으므로 형식적 효력의 우열의 문제가 발생하지 않는다.

그리고 國家公務員法 제16조제1항은 “인사원은 그 소관사무에 관하여 법률

을 실시하기 위하여 또는 법률의 위임에 의거하여 人事院規則을 제정하고, 人事院指令을 발하며 절차를 정한다. 인사원은 언제든지 적시에 인사원규칙을 개폐할 수 있다"라고 규정하여 인사원이 제정하는 命令으로서 人事院規則制定權을 인정하고 있다. 인사원은 憲法기관은 아니며 국가공무원법에서도 內閣으로부터 독립성을 보장하는 규정은 없다. 그러나 동법은 정치적으로 중립이며 공정한 인사행정의 운영을 확보하기 위하여 인사원에 대하여 內閣으로부터 고도의 독립성을 보장하고 있으며, 그 취지가 개별 규정에도 인정되고 있다. 이러한 취지에서 國家公務員法의 집행에 관해 필요한 모든 사항을 그 소관사항으로 하는 인사원규칙제정권을 인사원에 부여하고 있는 것이므로 인사원규칙의 소관사항은 전속적인 소관사항이고 政令, 省令으로 이를 정할 수 없다. 인사원규칙의 형식적 효력은 法律의 하위이나, 政令이나 省令과는 소관사항의 경합이 없으므로 형식적 효력의 우열의 문제는 발생하지 아니한다.

둘째, 독립행정기관이 아닌 국가행정조직법상 委員會, 廳 및 省의 外局을 두는 경우 그 外局의 장에게도 命令을 발할 수 있는 경우가 있다. 이를 위원회규칙이라고 하며, 外局의 규칙등 일반에 관해서는 국가행정조직법 제13조제1항에 그 근거를 두며, 동조에 "각위원회 및 각청의 장관은 별도로 법률로 정하는 바에 의하여 정령 및 성령이외의 규칙 기타 특별명령을 스스로 발할 수 있다"라는 규정과 같이 특별한 법률에 의하여 구체적 근거가 정해질 것을 요한다.<sup>433)</sup> 이러한 규칙은 委員會 및 廳의 독립성을 보장하기 위하여 규칙제정권이 부여되는 것이므로 이들 규칙등에서 정할 수 있는 사항에 관해서는 전속적 소관에 속하며, 政令 또는 省令으로 정할 수 없다. 委員會規則은 그 형식적 효력은 법률의 하위이며, 政令 또는 省令과는 소관사항의 경합이 발생하지 않으므로 형식적 효력의 우열문제는 없다. 위원회규칙은 위원의 합의로 제정하며, 위원회의 회의에서 결정된다.

#### 4. 委任立法의 範圍와 限界

委任立法의 한계에는 법률(수권법)에 의한 命令에의 위임의 한계와 법률의

433) 委員會規則에는 공정거래위원회규칙(사적독점의금지및공정거래의확보에관한법률 제76조), 국가공안위원회규칙(경찰법 제12조), 사법시험관리위원회규칙(사법시험법 제17조), 중앙노동위원회규칙(노동조합법 제26조), 선원중앙노동위원회규칙(노동조합법 제19조제22항), 공공기업체등노동위원회규칙(공공기업체등노동관계법 제25조의4), 해상보안청령(해상보안청법 제11조의2제3항) 등이 있다.

위임에 의거하여 제정되는 命令(委任命令 및 執行命令)의 한계라는 두가지 측면이 있다. 前者는 행정법학상 法規命令의 한계로서 논의되고 있는 문제로서 법률에 의한 위임의 한계, 命令의 한계 및 재판에 의한 委任立法의 한계의 보장 등으로 파악되고 있다. 입법·법률개념을 둘러싼 견해의 대립과는 대조적으로 委任立法의 한계에 관해서는 학설상의 대립은 거의 없다. 委任命令은 본래 법률로써 규정하여야 할 사항을 그 위임에 의거하여 정한 命令이므로 위임사항 자체에 관해서는 특히 제한이 없다. 그러나 命令에 의한 규율대상이 되는 인권 내지 자유의 종류나 성질 또는 범영역은 당연히 위임의 합리성이나 타당성을 판단하는데 있어서 고려하여야 할 중요한 요소가 된다. 예컨대 인신의 자유, 정신적 자유 또는 罰則등에 관한 위임의 경우에는 통상의 위임에 비하여 특히 엄격성이 요구된다.<sup>434)</sup>

#### (1) 授權機關의 特定

법률이 命令에 위임을 하는 경우에는 命令을 제정하여야 할 행정기관을 특정하여 둘 것이 憲法上 요청된다.<sup>435)</sup> 授權法에서 수임기관의 불특정은 재위임의 가부와의 관계에서도 문제가 된다.<sup>436)</sup> 나아가 어떠한 행위형식을 취할 것인가가 불명확하여 그 선택이 行政機關에게 위임되지 않도록 위임규정에서 命令에 의 위임임을 명확히 하여야 한다.<sup>437)</sup> 입법실무에서는 委任命令의 법형식을 지시함으로써 다수의 경우 수임기관 및 수임행위형식의 특징이 행해지고 있으나, 이러한 특정되지 않은 委任規定이 여전히 존재하고 있다.

#### (2) 委任의 程度

위임의 嚴格性の 정도는 위임사항의 내용외에 위임된 권한의 정도, 수임기관

434) “立法의 委任을 필요로 하는 실질적 이유가 경우에 따라 다르며 委任命令이 규율하는 사항도 각종각양의 것이 있으며, 또한 受任者도 한결같이 않다. 그렇다면 입법의 위임에 즈음하여 母法의 목적과 수임자가 따라야 할 주요한 기준을 정할 필요가 있으나, 그 基準의 적절성의 판단은 위임된 권한의 範圍뿐 아니라 상세한 기준을 국회가 법률로써 정하는 것이 실용적인 것인가, 立法過程과 行政過程의 어느 것이 문제의 해결에 특히 적합한가, 수임자의 裁量의 남용에 대한 보호가 있는가, 위임사항에 罰則이 포함되어 있는가 등 여러 요소에 따라 좌우된다”, 戶部信喜, 委任立法 - 一般 -, 行政判例百選 I, 有斐閣 1979, 101面.

435) 平岡 久, 前掲書, 33面; 佐藤達夫(編), 法制執務提要, ぎょうせい 1968, 112面.

436) 最大判 1958年 7月 9日 刑集 第12卷11號, 2407面; 奥平岡弘, 前掲論文, 105面.

437) 田中二郎, 新版行政法(上), 弘文堂 1974, 162面.



이나 命令制定節次의 특성 등 각종 요소를 고려하면서 위임규정, 관련규정, 수권법전체등에 비추어 판단된다.<sup>438)</sup> 그곳에서는 법률에 있어서 委任을 필요로 하는 사유의 합리성에 즉응하여 기능적으로 판단할 필요가 있다.<sup>439)</sup> 우선 授權法이 委任命令에 대하여 부여하여야 할 기능에도 제약이 있으며 “委任命令에 의하여 규정할 수 있는 것은 법률의 보충적 규정, 법률의 구체적 특례적 규정 및 법률의 해석적 규정에 그치며 법률자체를 형식적으로 變更 또는 폐지하는 규정을 둘 수는 없다. 그리고 執行命令은 상급법령을 집행하기 위하여 필요한 具體的·개별적 규정에 그쳐야 할 것이다”<sup>440)</sup>라고 일반적으로 설명되고 있다. 또한 법률의 特例的 規定에 관해서는 법률의 개폐와 마찬가지로의 효과를 가질 수 있으므로 원칙적으로 부정되며 특히 필요한 구체적인 경우에만 엄격하게 정해진 요건하에서 인정된다는 限定的인 입장도 있다.<sup>441)</sup> 의회입법은 어떠한 기능을 지닌 규정을 정하는 것을 행정입법에 수권할 수 있는가라는 문제로서 파악하는 경우 위의 입장을 종합하면 ①보충적 규정 ②구체적·특례적규정 ③해석적 규정 ④시행세칙규정을 정하는 것을 行政立法에 수권할 수 있는데 그치며 ⑤議會立法 그 자체를 변경, 폐지하는 규정을 정하는 것을 수권하는 것은 허용되지 않는 것이 된다. 이 중 “변경”과 “구체적특례”를 구별하는 것이 곤란한 경우도 있으나 ⑤에 관해서는 큰 이견은 없는 것으로 보인다.<sup>442)</sup>

438) 岡崎勝彦, 委任の範圍(3) - 監獄法施行規則 舊120條, 124條 -, 行政判例百選 I (第3版), 有斐閣 1993, 105面.

439) 戶部信喜, 人事院規則への委任, 行政判例百選, 有斐閣 1974, 72面 ; 兼子仁, 行政法總論, 瓦摩書房 1983, 114面.

440) 田中二郎, 前掲書, 162面.

441) 阿部泰隆, 戰時中の行政改革法規 -許可認可等臨時措置法はまだ生きているか, 同著, 行政法の解釋, 信山社 1990, 70면 ; 佐藤英善, 行政法總論, 有斐閣 1974, 173面.

442) 이에 대하여 平岡久教授는 허용되는 수권에 관한 위의 네가지 분류 및 한정의 적절성에 관하여 충분히 검토할 여지가 있다고 하면서, 개별적 법률상의 수권조항이 사용하고 있는 문언에 유의하여 실제로 나타나는 授權이 예정하고 있는 행정입법의 기능을 다음과 같이 분류한다. 즉, ①법률의 조항상의 제개념을 구체화 또는 명확화하는 것. “政令으로 정하는 것을 제외한다”는 수권의 경우는 限定的 기능이라고 말할 수 있다. ②법률에 의한 규율을 追加 또는 補充하는 것. 다만 “本法에서 ○○란 ……기타 政令으로 정하는 것을 말한다”라는 수권은 이를 일종의 補充的 規定이라고 할 수도 있으나 解釋的 規定이라고 파악해도 무방하다. ③법률에 의한 규율의 特例 또는 適用除外를 정하는 것 ④법률이 수권하는 조례나 별도의 행정입법의 내용을 制約 내지 範疇로 하는 것 ⑤법률 전체 또는 일부의 施行日을 정하는 것 ⑥私人 또는 행정기관의 행위의 절차 내지 방식을 정하는 것 등 의회입법의 전체 또는 일부의 “시행” 또는 “실시”를 위하여 필요한 사항을 정하는 것으로서 이른바 “집행명령”에 해당하는 것. 이 경우에는 첫째, “樣式” 내지

또한 委任立法의 수권은 “국회를 유일한 입법기관으로한 憲法의 취지에서 국회의 기능을 부당하게 침해하거나 유일한 입법기관으로서의 국회의 지위를 무의미하게 하는 광범한 위임이어서는 아니된다”<sup>443)</sup>라고 설명되고 있다. 권한배분의 관점에서 본다면 국회는 입법권한의 전부 또는 본질적 부분을 委任할 수 없으며, 주요한 사항<sup>444)</sup>, 원칙적인 사항<sup>445)</sup> 내지 기본적 사항<sup>446)</sup>에 관해서는 국회가 스스로 법률로서 정하여야 한다. “현저한 정책적인 선택”에 관한 결정은 法律로써 행할 필요가 있으며, 命令은 그 결정과의 관계에서는 수단적인 것이어야 한다. 또한 국민에게 부여하는 영항의 중대성을 고려하여 國會가 세부에 걸쳐서 규정하여야 할 경우도 있다. 원래 사항의 성질에 관계없이 國會는 할 수 있는 한 스스로 법률로써 규정하는 것이 원칙이다. 다른 한편 命令의 통제라는 관점에서 보면 수권법에는 위임의 목적이나 취지, 위임의 범위와 정도, 행정기관이 따라야 할 基準이 제시되어야 한다.<sup>447)</sup> 특히 수권법에 있어서 기준등의 규정방식에 있어서는 일반적으로 “위임을 정하는 규정자체 가운데에서 이를 명시할 필요는 없고 당해법률의 다른 규정이나 법률전체를 통하여 합리적

“節次”등을 명시적으로 예시한 후의 수권이 있으며 여기에는 다시 특정조항에 관한 개별적 수권과 당해법률 또는 특정의 章·節전체를 대상으로 하는 개괄적 수권으로 나눌 수 있다. 둘째, 수권조항의 문언에서는 수권하고 있는 規律對象이 반드시 명시적으로는 말할 수 없는 것이 있으며 이것은 다시 특정조항만에 관한 “政令으로 정하는 바에 의하여”라는 개별적 수권과 당해법률전체 또는 특정의 장·節전체를 대상으로 하는 “施行을 위하여 필요한 사항은 政令으로 정한다”라는 개괄적 수권으로 나눌 수 있다. 마지막으로 위의 ⑥과의 구별은 미묘하나 ⑦ “○○에 관해 필요한 사항은 政令으로 정한다” 또는 “○○에 관한 細目は 政令으로 정한다”라는 수권에 의거하여 필요한 사항을 정하거나 세목을 정하는 것. 다만 앞서 언급한 학설은 “○○에 관하여 필요한 명령을 할 수 있다”라는 규정을 보충적 규정의 수권례로서 열거한다. 같은 행정입법의 제기능을 한꺼번에 허용되지 않는다고 볼 수는 없을 것이다. 다만 각각의 수권에 관하여 수권하는 규율대상의 한정성·명확성이나 행정입법을 제약하는 기준의 명확성·구체성이 충분하다고 말할 수 있는가라는 별도의 문제가 발생한다. 특히 ③의 特例, 適用除外 ⑥의 節次·方式 등의 규정, ⑦의 필요한 사항·세목의 수권에 관하여는 이러한 문제가 발생하기 쉽다고 한다. 자세한 내용은 平岡 久, 前掲書, 38~39面.

443) 佐藤 功, 憲法(下), 有斐閣 1984, 907面.

444) 清宮西郎·佐藤 功(編), 前掲書, 175面.

445) 市原昌二郎, 行政法講義, 有斐閣 1988, 118面.

446) 野中俊彦 外, 前掲書, 164面 ; 芝池義一, 行政法總論講義, 1993, 118面.

447) “국회는 보충명령(위임명령)의 제정을 수권하는 때에는 원칙적 사항에 관해서는 스스로 법률로서 규정하고 보충명령의 제정에 즈음하여 행정기관이 따라야 할 기준을 확립하여야 한다(彬村敏正, 前掲論文, 25面)”. “법률에 목적과 수입자가 의거하여야 할 기준을 정할 필요가 있다(戶部信喜, 演習憲法, 264面)”.

으로 도출되는 것이면 족하다”<sup>448)</sup>라고 이해되고 있으며, 그럼으로써 위임의 범위를 한정할 수 없는 경우에는 위임은 白紙委任으로 판단된다.<sup>449)</sup> 다만 이러한 견해는 그 기준에 있어서 “白紙授權 또는 백지수권과 같은 광범한 수권”, “무제한적인 일반적·포괄적 위임”,<sup>450)</sup> “광범한 개괄적 위임<sup>451)</sup>” 등으로 표현하고 있다. 따라서 문제는 포괄적 수권과 구체적 수권을 구분하는 기준 내지 관점을 憲法論·行政法論으로서 어떻게 풍부화, 구체화하는가에 있다.<sup>452)</sup> 결국 憲法上 허용되지 않는 포괄적 수권이 아닌가라는 문제는 의회입법의 전체 또는 章·節 전체를 대상으로 하는 개괄적 수권이나 국가의 행정입법에 관한 국가행정조직법상 등에서 발생하나 개별 의회입법상 개별조항에 의한 일정사항에 관한 수권을 염두에 두어 판단하여야 할 것이다.<sup>453)</sup> 이 경우에 고려되어야 할 요소내지 관점으로서 다음의 점을 지적한다.

첫째, 수권을 정당화할 수 있는 일반적 근거로서의 의회의 전문적·기술적

448) 猿拂事件判決 反對意見(最大判 1974年 11月 6日, 刑集 第28卷9號, 393面).

449) 原田尙彦, 行政法要論(全訂 第2版), 1989, 86面; 岡崎勝彦, 委任の範圍(3), 行政判例百選 I (第3版), 1993, 105面.

450) 法學協會(編), 前掲書, 1096面.

451) 最大判 1953年 12月 24日, 刑集 第6卷11號, 1346面.

452) 小嶋和司, 法律·命令·條例, JURIST 第500號(1972), 77面; 覺道豊治, 委任立法の限界, JURIST 第300號(1964), 60面.

453) 이와 관련하여 포괄적 수권과 구체적 수권을 구분하기 위하여 고려하여야 할 요소에 관하여 “法律의 위임방식을 법률이 命命에 위임하는 규율대상의 한정성과 命命을 제약하는 기준의 명확성 내지 구체성의 두가지로 나누어 고려하는 것이 유용하다”라고 하면서, 행정입법이 ①무엇을(대상) ②어떻게 규율할 것인가(기준)의 두가지 측면에 관하여 의회입법에 의한 수권의 방식이 문제로 되어야 할 것이라고 한다. 그리하여 “행정입법의 규율대상과 행정입법을 제약하는 기준의 어느 것에 관한것인가에 따라 문제의 소재는 반드시 동일하지 않다”라고 하며, 어느것에 관하여도 “명확성”의 유무, 즉 그것이 授權法律에서 명확한 것인가가 문제될 수 있으나 수권법률에서 규율대상에 아무런 언급이 없는 것은 적은데 대하여 基準에 관하여는 그 명확성이 특히 문제된다고 한다. 그리고 이 기준의 明確性의 有無의 인정과 그 기준의 구체적내용의 판단과는 밀접하게 관련되어 있으며 이들 인정과 판단은 거의 병행되어 행해지게 된다고 한다. 따라서 단지 명문의 결여를 가지고 위헌이라고 판단할 수는 없으며 ①당해수권조항 ②수권조항에 관계있는 다른 조항 ③수권법률전체의 취지·목적의 해석을 통하여 행정입법을 제약하는 기준(당해행정입법의 목적, 규정할 수 있는 수단의 한계, 제정시에 고려하여야 할 요소등)이 상당 정도로 명확하게 되어있는 한 위헌이라고 할 수는 없다고 한다. 그리하여 憲法上 필요한 규율대상의 한정성과 제약하는 기준의 명확성의 각각의 정도를 일반론으로서 말하기에는 매우 곤란하며 행정법각론적, 행정법분야별로 고려를 할 필요가 다분히 발생한다고 한다. 자세한 내용은 平岡 久, 前掲書, 75面이하 참조.

능력의 한계나 시간적 적응능력의 한계등이 個別授權에 즈음하여 구체적으로 음미되어야 하며, 수권의 합리적 필요성의 내용·정도와 관련시켜 수권할 수 있는 규율대상의 範圍 등이 논의될 필요가 있다. 둘째, 행정입법에 수권할 수 있는 규율대상등의 문제는 憲法上 죄형법정주의, 조세법률주의등 일반적 법률상의 公共施設設置管理 條例主義, 公務員給與 등 법정주의 등의 구체적 내용에 관한 기본적인 문제이며 이들 각각에 적응하여 의회입법자체에 의하여 규율되어야 할 사항등이 구체적으로 명확히 될 필요가 있다. 셋째, 私인에 대하여 어떠한 효과를 가질 것이 예상되는 행정입법인가 私인에 대하여 어떠한 행정활동을 규율하는 행정입법인가에 따라 수권에 대한 요구의 정도도 다를 수 있다. 넷째, 관련되는 人權의 性質이나 행정영역·행정목적의 차이도 고려하여야 할 사항이다. 예컨대 表現의 自由 등 정신적 자유권의 제한에 관한 경우에는 보다 엄격한 요구가 부과되어야 할 것이다. 다섯째, 憲法上 의회입법에 의한 수권에 의거하여 행해질 필요가 없는 행정활동에 관하여 議會立法이 근거를 정하여 어떠한 규율을 가한 후에 행정입법에 수권하는 경우에는 행정입법에 대한 수권에 관한 憲法上의 요건은 다르게 판단되는가라는 문제도 있다. 어느 정도 완화되어도 좋은 경우가 있더라도 입법의 수권인 점에 변함이 없으며 아무런 제약도 발생하지 않는다고는 할 수 없다. 여섯째, 授權되는 행정기관의 성격등의 차이도 어느 정도 고려되어야 한다. 일곱째, 규율대상의 한정성과 기준의 명확성의 정도는 상호 영향이 있다. 예컨대 규율대상의 범위와 그 중요성의 정도가 적다면 基準의 明確性에 관한 요구는 그만큼 엄격하지 않아도 좋은 경우가 있을 수 있다. 마지막으로 이해관계를 지닌 私인의 참가를 포함한 행정입법의 제정절차의 법적정비가 진진한다면 의회입법에 의한 행정입법의 내용적 통제에 관한 요구를 다소라도 완화해도 좋은가라는 문제가 발생할 가능성이 있다.

### (3) 罰則의 委任問題

憲法 제31조, 제41조 및 제73조제6호단서의 취지에서 罰則의 委任에는 특히 법률의 개별적·구체적인 위임이 필요하며, 舊憲法下의 “命令條項의違反에 관한罰則의件(明治23年 법률제84호)”과 같은 법률에 의한 벌칙의 일반적 위임은 허용되지 아니한다. 委任命令에서 설정할 수 있는 벌칙이란 “犯罪構成要件 및 刑을 정하는 법규454)”, 즉 범죄구성요건 및 형벌이다. 따라서 벌칙의 위임

454) 最大判 1950年 2月 1日, 刑集 第4卷2號, 73面.

에는 범죄구성요건과 벌칙을 동시에 命令에 委任하는 경우, 법률로서 범죄구성요건을 정하고 형벌을 命令에 위임하는 경우, 법률로서 刑罰을 정하고 범죄구성요건을 개괄적으로 규정한 후 그 개별적 구성요건을 규정하는 것을 命令에 위임하는 경우가 있다.<sup>455)</sup> 범죄구성요건의 위임에 있어서는 입법목적을 명시하고 犯罪構成要件을 개괄적으로 규정한 후에 그 개별적 구성요건을 규정하는 것을 命令에 위임할 필요가 있다.<sup>456)</sup> 벌칙의 위임은 이를 전부 命令에 위임하는 것은 허용되지 않으며 형벌의 종류, 정도를 법률로 정하여 特定事項에 관한 입법을 命令에 위임하는 것이 필요하다. 형벌을 두는 것도 병행하여 위임하는 경우, 만약 수권법에서 형의 규정이 전혀 없다면 그 위임은 위헌이다. 수권법에 刑罰의 상한만이 정해져 있는 경우는 행정기관의 재량이 광범하게 상실하면 위헌이 될 수 있다. 형벌자체가 수권법에 정해지고 있는 경우에는 그 자체 憲法上の 문제는 없다.<sup>457)</sup>

#### (4) 再委任의 問題

법률이 일정사항을 命令에 위임하고 있는 경우에 當該委任命令이 위임사항중 일부를 下位命令에 위임할 수 있는가에 대하여는 수권법률이 재위임을 사전에 승인하지 않는 한 부정하는 입장<sup>458)</sup>, 특히 罰則의 특정의 재위임에 관하여 소극적인 입장<sup>459)</sup>, 재위임의 範圍등의 한정성에 관하여 일정한 요건을 부가한 후에 긍정하는 입장<sup>460)</sup>이 있다. 실제로는 罰則의 제정을 포함하여 재위임은

455) 小嶋和司, 前掲論文, 444面.

456) 仙台高判 1953年 11月 29日, 高刑集 第5卷13號, 2384面.

457) 戶部信喜, 罰則の委任, 行政判例百選 I, 1979, 105面.

458) “법률이 의한 입법의 위임을 合憲이라고 이해하는 이상 법률자체가 政令에 의한 府令·省令에 의한 입법의 재위임을 인정하는 규정이 존재하지 않음에도 불구하고 政令이 政令에 위임된 사항을 독자의 판단으로 府令·省令등에 재위임하는 것은 政令에 위임하는 법률의 취지에 반하여 違法이 된과 아울러 그 府令·省令등은 법률의 근거가 없는 위헌이 된다”, 杉村敏正, 立法の委任②, 憲法判例百選(第1版), 1963, 253面.

459) 田中二郎, 行政法總論, 367面.

460) “성질상 委任命令으로 직접 정하는 것이 곤란하거나 적당하지 않다고 인정되는 사항에 관한 경우등과 같이 재위임을 하는데 부득이한 事情이 인정됨과 아울러 재위임의 범위가 상당히 명확히 되고 있는 경우에는 가령 그 내용이 범죄구성요건에 관한 규정이라도 재위임이 허용된다”, 菊井康郎, 立法の委任①, 憲法判例百選Ⅱ(第3版), 有斐閣 1994, 453面. 또한 “법률이 어떤 사항의 규정을 특정의 命令에 위임하였다는 형식적인 이유만으로 그 일부를 다른 하위형식의 명령에 위임하는 것이 전부 헌법상 금지되고 있다고 이해하는 것은 그 논거가 說得力이 없으며, 실제에도 적합하지 않다”, 戶部信喜, 委任立

이를 허용하고 있으며 最高裁判所의 판결도 벌칙제정의 재위임이 일단 허용되지 않는 것은 아니라는 점을 전제로 하고 있다.<sup>461)</sup> 본래적인 입법기관인 議會도 그 입법권한의 일부를 다른 기관에 위임할 수 있다는 것을 고려하면 위의 견해 전부를 한꺼번에 부정할 수는 없을 것이다. 법률이 본래 스스로 규정하여야 할 사항을 命令에 위임하는 것이 합리적이라고 판단하고 委任에 즈음하여 당해사항의 성질을 감안하여 命令의 法形式을 지시한 것이므로 당해위임사항은 그 전부에 걸쳐 당해법형식으로 규정하는 것이 원칙이다. 그러나 법률이 命令에 위임하지 않을 수 없거나 위임하는 것이 타당하다고 판단하는 상황이 당해법형식에서 존재한다면 그러한 再委任까지 허용되지 않는다고 해석할 수는 없을 것이다. 다만 그러한 재위임은 법률이 기대하는 바를 보다 실현하기 위한 것으로서 위임의 취지에 위배되지 않아야 한다. 그리고 行政處分權限의 위임에는 그것을 인정하는 의회입법상의 근거가 행정처분에 관한 수권규정과는 별도로 필요하다는 것이 통설<sup>462)</sup>이라는 대응을 고려하면 형벌의 내용, 구성요건이나 행정처분의 요건, 효과등을 규율하는 행정입법에 관하여는 議會立法이 재위임을 미리 명시적으로 허용하고 있을 것이 필요하다고 생각된다. 법률에 의한 수권이 “命令”이라는 용어를 사용하는 경우에는 제1차적 命令으로부터 제2차적 命令으로의 재위임이 事前에 허용되고 있는 것이 아닌가 또는 內閣 및 수권법률을 소관하는 省·廳의 모든 행정기관에 대하여 직접적으로 입법이 수권되고 있는 것은 아닌가라는 문제가 발생할 여지가 있다. 그러나 國家行政組織法上的의 命令개념의 이해를 전제로 하는 한에서는 제1차적인 命令에 의한 위임은 결국 재위임이라고 하지 않을 수 없고, 또한 命令이라는 용어를 사용하는 수권법률이 그러한 재위임을 미리 허용하고 있다고 이해된다.<sup>463)</sup>

## 5. 授權의 失效

위임입법을 위한 수권조항을 포함한 의회입법이 폐지된 경우나 의회입법의 개정에 의하여 수권조항을 포함한 제규정이 삭제된 경우에는 委任立法에 대한

法 - 一般 -, 行政判例百選 I, 1979, 101面.

461) 最大判 1958年 7月 9日, 刑集 第12卷11號, 2407面(酒稅法違反刑事事件).

462) 田中二郎, 新版行政法(中), 弘文堂 1976, 36面; 佐藤 功, 行政組織法, 有斐閣 1979, 232面; 原田尚彦, 行政法要論, 學陽書房 1993, 51面.

463) 平岡 久, 前掲書, 36面 참조.

수권 그 자체가 소멸한다. 그리고 당해수권에 의거하여 제정된 행정입법은 폐지 또는 개정되는 법률에서 별도의 규정이 두어져 있지 않은 한 그 효력을 상실하는 것이 通說<sup>464)</sup>이며, 그것이 타당하다. 최고재판소의 판결도 이러한 이해에 의거하고 있다.<sup>465)</sup> 의회입법의 폐지 또는 개정의 절차는 파악되지 않으나 의회입법전체 또는 당해수권을 포함한 일부의 제규정이 실효되고 있는 경우에서도 授權 그 자체가 실효하고 있는 것으로서 당해수권에 의거한 행정입법의 효력은 위와 같이 해석될 수 있을 것으로 생각된다.<sup>466)</sup> 다만 “失效”의 시점이 불명확하기 때문에 구체적인 사안에 관한 판단이 곤란한 경우도 발생할 수 있다. 또한 ①議會立法이 일정기간내에 한하여 행정입법을 수권하고 있는 경우 ②議會立法이 정하고 있는 행정입법을 위한 요건을 충족할 가능성이 일정시점 이후에는 없어지게 되는 것이 명백한 경우에는 의회입법의 전체가 “失效”하지 않더라도 수권규정은 실질적으로는 “실효”하고 있다고 할 수 있으나 그러한 경우에는 이미 제정되어 있는 行政立法의 효력의 존속을 여전히 승인할 여지는 충분히 있다고 생각된다.<sup>467)</sup>

### III. 委任立法의 制定節次

#### 1. 草案의 作成

日本에 있어서 행정권은 內閣에 속하고 있으나, 內閣에는 府, 省 및 그 外局으로서 위원회, 廳이 설치되어 각각의 행정사무를 분장하도록 되어있다(국가행정조직법 제3조). 따라서 委任立法도 최종적으로는 閣議에서 결정되나 그 입안의 책임은 각 省廳에 있으며, 命令案등의 작성은 각 省廳내부에서 입안된다. 각 省廳의 조직은 官房·局 아래에 課가 설치되어 있는 것이 원칙이며, 課가 구체적인 정책의 조사연구 내지 기획입안의 단위임과 동시에 정책의 실시, 즉 사무처리의 단위이다. 따라서 法令의 입안작업도 所管課에서 과장의 책임하에 담당의 과장보좌, 계장등의 직원에 의하여 개시된다. 주관과의 원안작성과정에

464) 山内一夫, 委任命令の失效に關する一つの法理, 法曹時報 第35卷4號(1983), 710面.

465) 最大判 1953年 7月 22日, 刑集 第7卷7號, 1562面; 最大判 1953年 2月 2日, 刑集 第8卷2號, 194面 등 참조.

466) 原田尙彦, 前掲書, 87面.

467) 山内一夫, 前掲論文, 709面이하.

서는 사전에 審議會나 사적 자문기관을 통하여 법안과 관련한 정책에 이해관계 를 가지는 團體나 학식경험자의 의견을 청취하고 문제점을 파악하여 법안작성 의 참고로 한다. 필요한 경우에는 이해관계단체로부터 개별적으로 意見을 청취 하기도 한다. 통상적으로 주관과의 원안이 어느 정도 작성되면 성청내의 關係 部局과의 협의, 대신, 차관등에 대한 설명이 행해지며, 경우에 따라서는 政黨 등의 외부관계자에게도 설명한다. 소관과에서 원안이 작성되면 原案作成官廳이 그 법안을 통하여 소관사무의 범위를 일탈하여 다른 省의 소관사무의 범위와 경합하는 경우에는 各省折衷의 단계를 개시한다. 政令이나 省令등 命令制定過 程에서는 이미 그 내용이 입법단계에서 어느 정도 절충이 이루어졌기 때문에 이 작성절충단계가 생략되는 경우가 많다.<sup>468)</sup>

주관과에서 입안된 命令案은 관방의 법령담당과에서 심사한다. 법령담당과의 심사는 內閣法制局의 심사에 대비하여 법문의 내용의 법률상 문제를 검토하고 그 形式을 정비하기 위한 것이며 그 내용은 후술하는 內閣法制局의 심사에 준 한다. 따라서 그 態樣은 성청에 따라, 소관과와의 관계에 따라 다양하다. 일반 적으로는 소관과가 법령에 관한 전문지식이 적은 경우에는 법령담당과의 심사 가 중요하나, 소관과의 책임으로 內閣法制局의 심사를 통과할 수 있는 법문을 작성하는 것이 가능한 경우에는 연락조정역의 역할을 거두는데 그친다. 內閣府 令·省令은 內閣總理大臣 또는 各省大臣이 그 권한에 의하여 제정되는 것이므 로 통상 부내의 위와 같은 소정의 단계를 거쳐 각대신의 결재가 있을 때 성립 하며, 관보로서 공포된다. 특히 政令案의 경우에는 內閣法制局이 직접 政令案 을 입안하여 內閣에 제출할 수도 있다(內閣法制局設置法 제3조제2호).

## 2. 內閣法制局의 審査

內閣法制局은 內閣의 법률고문으로서 법률문제에 관해 內閣 및 內閣總理大 臣, 각성대신에 대해 의견을 개진하고 법률안 및 政令案의 심사입안, 조약안의 심사, 내외 및 국제법제와 그 운용에 관한 조사연구 기타 법제일반에 관한 사 무를 수행한다.<sup>469)</sup> 委任立法과 관련하여 內閣法制局은 각의에 회부되는 政令

468) 遠藤文夫, 內閣提出法律における法文作成の過程, 法學教室 1995.2., 23面이하.

469) 內閣法制局에 관한 상세한 것은 이재학, 일본내각법제국의 고찰, 법제 제474호 (1997.6), 65~83面 및 西川伸一, 內閣法制局 -その制度的權力への接近, 政經論叢(明治大) 제65권5·6호, 1998, 185~250面 참조.



案을 심사하며 이에 의견을 부기하고 소정의 수정을 가하여 內閣에 상신한다(내각법제국설치법 제3조제1항). 내각법제국의 政令案審査는 政令案을 작성한 각성청으로부터 제출되는 內閣總理大臣 명의의 閣議請議書가 회부되면서부터 시작하도록 되어 있다. 그러나 실제로는 각성청의 입안작업중에 각성청의 담당자가 내각법제국의 심사담당 참사관에 비공식적으로 법률적 의견을 타진하는 경우가 많고 또한 내용이 확정된 것에 관해서는 豫備審査(下審査)라는 방식으로 사전심사가 행해지고 있다.<sup>470)</sup> 豫備審査는 담당참사관의 책임으로 각성청 담당직원의 원안설명, 이에 대한 질의 및 응답, 토론, 성청담당직원에게 의한 재검토, 원안의 수정이라는 형태로 진행된다. 이 때 事務官도 참가하여 세부에 걸쳐 심사함과 아울러 수정된 법문의 정리를 한다. 심사내용은 법안의 내용이 적법하고 적당한가이다. 즉 그 입안에 관련한 法條가 憲法에 위반되지 않는가, 실정법전체의 구조에 당해 政令案의 다른 조항이나 타법령과의 법적인 조화를 이루고 있는가, 내용이 법적으로 타당한가 등에 관하여 심사한다. 다만 內閣法制局의 권한과의 관계에서 정책내용자체의 당부에는 관여하지 아니한다. 그다음에는 政令案의 형식이 적정한가라는 점에 관하여 심사한다. 일반적인 착안점으로는 法文이 정확하게 입안의 의도를 나타내고 있는가, 용자·용어가 법령에 사용하는 것으로서 오류가 없는가 등에 관하여 심사한다.

### 3. 閣議決定 및 公布

內閣法制局的 예비심사가 완료된 단계에서 담당성청은 政令案을 소정의 양식에 따라 정서하여 관계부성에서의 결제를 거친 후 內閣總理大臣에게 각의청의 의 절차를 취하게 된다. 閣議請議書는 이를 받은 內閣官房으로부터 정규의 절차에 의하여 내각법제국에 심사를 요구하기 위하여 회부된다. 내각법제국의 담당참사관은 위의 예비심사에 참가한 사무관과 함께 용자·용어 등에 이르기까지 최종적인 심사를 행한다. 이 단계에서는 통상 대폭적인 수정은 없으나, 표현의 통일, 수정된 내용의 보완, 용자·용어의 補正 등이 행해진다. 이 수정은 內閣法制局이 직권으로 행하는 수정이기 때문에 訂正이 행해지므로 朱筆(赤字) 訂正이라 한다. 각의청의된 政令案은 사무차관회의를 거쳐 각의에서 결정된다.

470) 이것은 閣議決定後에 심사를 개시하는 것은 충분한 심사가 곤란한 점, 통상 내각법제국의 심사과정에서 대폭 수정이 행해지므로 사무처리가 복잡하게 된다는 점등 때문이다. 關根謙一, 內閣提出法律における政策決定過程, 法學教室 1995.2., 25面.

閣議에서 결정된 政令案에 대하여 주무대신의 서명 및 內閣總理大臣이 연서한 후 이를 天皇에게 진상하고, 천황이 이를 公布한다(憲法 제7조제1호). 공포는 관보에 의한다.

#### IV. 委任立法의 統制

일본에서의 위임입법에 대한 통제로서 주된 것은 法院에 의한 委任立法의 통제이며, 대개의 경우 당해위임입법에 의한 규율을 받아 행해진 行政處分등의 개별 행정결정에 관한 항고소송 또는 국가배상청구소송에서 위임입법의 유효성, 적법성이 법원에 의하여 심사된다. 이 경우 法院에 의한 심사의 대상이 되는 것은 委任立法의 내용에 관한 것이 많으나, 그에 한하지 않고 위임입법에 대한 적법하고 유효한 授權의 존부, 제정된 行政機關의 위임입법권한의 존부, 효력발생요건의 준수유무, 위임입법제정절차에 관한 瑕疵의 유무, 효력이 미치는 지역적 범위도 심사되고 있다. 또한 위임입법의 내용을 한정 또는 제약하기 위한 立法府 또는 行政府에 의한 통제는 다른 선진외국에 비하여 사실상 거의 전무하다고 해도 과언이 아니다.

##### 1. 立法府에 의한 統制

일본에 있어서 委任立法에 대한 국회의 통제에 관해서는 매우 소극적이며 “의회는 행정부가 그 위임한 목적, 범위내에서 행동하고 실현하고 있는가의 여부에 관한 통제수단을 거의 가지고 있지 않다”<sup>471)</sup>라고 일컬어지고 있다. 委任立法에 관한 의회의 관여를 인정하고 있는 실례는 거의 없으며, 다만 몇 개의 법률에서 政令에 대한 국회의 사후적 승인, 국회에의 보고 등을 규정하고 있을 따름이다.<sup>472)</sup> 그 이유로는 明治憲法이래 委任立法이 광범위하게 행정부에게

471) 加藤一明, 基準と裁量, 行政學講座(3), 東京大出版會 1976, 148면.

472) 예를 들면 ①災害對策基本法 제109조의 규정에 의한 재해긴급사태에 있어서 긴급조치를 정하는 정령에 대한 국회의 승인 ②健康保險法 제17조의4제7항의 규정에 의한 정부관장건강보험의 피보험자에 관한 보험요율의 변경시 국회에의 보고 ③國家行政組織法 제22조, 제7조의 규정에 의한 내부부국을 신설·개정·폐지하는 정령의 제정시 국회에의 보고 ④國家行政組織法 제22조, 제8조의 규정에 의한 심의회등의 신설·개정·폐지하는 정령의 제정시 국회에의 보고 ⑤國家行政組織法 제22조, 제17조의2제4항의 규정에 의한 법률로 국무대신을 장으로 보하도록 되어있는 청이외의 청에 소관사무의 일부를 총괄정리하는 직을 신설·개정·폐지하는 정령의 제정시 국회에의 보고 ⑥國家行政組織法 제22조, 제19조

인정된 전례가 의회의 유일입법기관성이 관철되지 못한 상황에서 지속적으로 유지된 점에서 비롯하고 있다고 한다. 그리하여 국회의 유일한 立法機關性을 관철하고 의회주의를 활성화하기 위해서 委任立法에 대한 의회통제의 제도화를 모색하기 위하여 학자들사이에서 활발한 연구가 진행되고 있는 실정이다. 그러나 議會의 시간적 제약, 전문적·기술적 능력의 한계라는 상황과 委任立法의 증대현상간에 의회의 통제능력을 제고하기 위한 다양한 제도상의 연구가 이루어지고 있으나, 제도적으로 정착된 사례는 거의 없는 상황에 있다. 또한 선진 외국과 같이 專門委員會를 설치하여 행정부에 대응할 수 있는 전문적·기술적 능력을 지닌 인력을 배치함으로써 의회의 委任立法에 대한 통제능력을 높이는 것도 가능하나, 委任立法을 행정부에 맡기는 것이므로 그 책임은 행정부에 있으며 의회는 책임이 없다는 의원들의 의식이 정착되고 있는 日本에서는 그다지 유용성이 없다는 지적도 많다.<sup>473)</sup>

## 2. 行政府에 의한 統制

일본에 있어서 행정부에 의한 委任立法의 통제는 政令에 대한 內閣法制局의 심사 이외에는 府省令이나 外局規則 등에 대하여는 일반적인 통제수단은 없다. 개별법률 가운데에는 행정입법의 제정시 공청회의 개최, 심의회에의 자문, 관계인에 대한 의견청취, 관계자의 동의, 다른행정기관의 관여 등을 요구하는 규정이 다소 있으나<sup>474)</sup>, 일반적으로 委任立法의 제정과정은 행정부의 재량에 맡겨져 있다. 委任立法의 制定過程이 비공개적으로 행해지고 내부절차에 있어서 압력단체나 정권정당 등의 의견이 반영될 가능성이 높아 국민각층의 다양한 의견수렴을 위한 행정입법절차의 정비가 요청되었으나<sup>475)</sup>, 현행 行政節次法에서

---

제2항의 규정에 의한 관방에 장을 신설·개정·폐지하는 정령 또는 국·부·위원회사무국에 차장을 신설·개정·폐지하는 정령의 제정시 국회에의 보고 등이 있다.

473) 자세한 내용은 上村貞美, 委任立法と統制, 公法研究 第47號(1985), 62面 참조.

474) 이에 관한 현행 法制를 분석한 것으로는 常岡孝好(編), 行政立法手續, 信山社 1998, 223面이하 참조.

475) 1980년에 발족한 제1차 행정절차법연구회는 1984년에 “行政節次法研究會報告 -法律案要綱(案)”을 발표하였으며, 그 가운데 政省令 등의 명령을 제정하는 절차에 관하여 규정한 장을 두었다. 命令을 제정하는데에는 명령제정의 법률상의 근거와 명령안 또는 요강을 관보에 게재하는 등으로 공표하고, 利害關係人은 명령안에 관해 서면으로 의견을 진술할 수 있으며 행정기관은 명령제정에 즈음하여 이해관계인의 의견을 감안하도록 규정하였다. 그러나 제2차 행정절차법연구회가 1989년에 제출한 中間報告에서는 명령제정절차 내지

는 이에 관한 규정이 없다. 행정입법의 제정절차의 법적 통제의 필요성은 行政節次法이 제정되고 있는 현재에도 꾸준히 지적되고 있으며, 특히 의회에 의한 행정입법의 통제나 법원에 의한 행정입법의 사후적 통제에는 한계가 있으며 행정입법의 대부분이 議會나 私人의 감시외에 행정조직내부에 행해지는 현상을 본다면 적어도 입법정책론으로서 행정입법의 제정절차를 통제하는 각종 법적제도, 특히 行政立法節次에의 私人의 參加制度를 정비할 필요가 있다고 한다. 또한 행정입법절차의 정비야 말로 행정입법의 내용에 이해관계를 지닌 사인의 법익의 사전보호, 행정입법의 내용의 공정성, 합리성 확보 그리고 입법에 관한 국민주권 또는 주민자치의 실질화등에 이바지한다고 한다.<sup>476)</sup>

그리하여 최근(1999.3.23) 행정절차법의 공백부분으로 남겨져 있었던 행정입법절차에 관한 내용을 보완하기 위하여 政令, 省令 등 행정입법절차전체의 공정성을 확보하고 투명성을 제고함과 동시에 행정과정에서의 公衆參加의 요청에 부응하기 위하여 각의결정으로 “規制의 設定 또는 改廢에 關한 意見提出節次(Public Comment)”를 제정하여, 금년 4월 1일부터 시행하였다.<sup>477)</sup> 이 절차는 행정기관이 규제의 설정 또는 개폐와 關한 政省令등을 책정하려는 때에는 사전에 그 안을 홈페이지나 신문, 홍보지, 관보등을 통하여 일반에게 공표한다. 그리고 1개월정도 의견·정보의 제출을 받고, 행정기관은 제출된 의견·정보를 고려하여 의사결정을 행하도록 하며, 이 경우 제출된 의견·정보에 대한 行政機關의 견해를 정리하여 公表하도록 하고 있다. 또한 각성청은 이 절차를 행하고 있는 안건의 일람을 작성하고 홈페이지에 게재하도록 하고 있다. 동 절차는 행정기관이 이 절차에 위반하는 행위를 한 경우의 시정수단의 미비, 대상을 규제에 한정하고 있다는 점 및 하나의 行政立法이 규제적 측면과 급부적 측면을 동시에 지니고 있는 경우의 적용문제, 동절차의 법형식적인 대상이 法

---

행정입법제정절차의 입법화의 재검토를 보고하였다. 동 보고서는 “政令등에 관해서는 구체적인 처분과 무관하게 소송을 제기하는 것은 인정되지 않으며, 정령이외의 명령에 관해서는 내각법제국의 심사대상이 될 수 없으며 정부로서 행정입법을 통일적으로 심사할 조직이 없다”라는 이유로 결국 행정입법에 관한 통일적인 절차규율을 장래의 과제로 넘겼다. 이 제2차 중간보고에 의하여 行政立法節次의 정비에 關하여 커다란 방향전환이 이루어졌으며, 결국 1993년 제정된 行政節次法은 행정처분, 행정지도, 신고 등 국민의 권리의무에 직접관련있는 행정활동의 유형에 關한 절차규정을 두는 것으로 하였다.

476) 자세한 내용은 平岡 久, 行政立法手續, 公法研究 第47號(1985), 188面이하 참조.

477) 자세한 내용은 谷合俊一, 規制の設定等に係る意見提出節次の導入, JURIST 第1159號(1999.7.1), 91~94面 참조.

規命에 한정되고 있지 않다는 점에서 법규명령과 행정규칙을 구분하고 있는 측면에서 볼 때 이를 어떻게 평가할 것인가라는 점 등에서 약간의 문제점이 제기되고 있으나<sup>478)</sup>, 동절차의 시행으로 인하여 최초로 각성청공통으로 행정입법절차에 관한 통일적인 기준을 마련하였으며, 앞으로의 운용에 주목된다. 동절차의 개요를 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 동절차의 적용을 받는 대상으로는 널리 일반에게 적용되는 국가의 行政機關등의 意思表示로서 규제의 설정 또는 개폐와 관련한 것은 이 절차를 거쳐 책정된다. 다만 신속성·긴급성을 요하거나 경미한 것등에 관해서는 본절차에 의하지 않을 수 있다. 본 절차를 거쳐 책정되는 의사표시는 政令, 府令, 省令, 告示등이며, 행정절차법상의 심사기준·처분기준·복수의 자를 대상으로 하는 행정지도에 공통하여 내용이 될 수 있는 사항을 포함한다. “널리 一般에게 적용되는” 의사표시이므로 개별구체적인 처분·계획은 이 절차의 대상이 아니며, 조약 기타 외교문서 및 그 작성과 실시에 관련하여 행해지는 외국정부, 국제기구등에 대한 의사표시는 본절차의 대상이 아니다. 또한 이 절차에서 “國家의 行政機關등”이란 내각, 부, 성, 위원회, 청 또는 그곳에 배치된 기관 또는 부국등을 말하므로 이들 기관의 의사표시가 아닌 법률·조례·지방자치단체의 규칙은 본절차의 대상이 아니다. 이 절차는 행정내부에서 완결하여 널리 일반에게 적용되는 의사표시를 대상으로 하므로 國會에서 審議를 거치는 법률안은 그 대상에서 제외된다. 그러나 특수법인·인가법인·민법상의 법인 등이 법령에 의하여 부여된 處分權限과 관계되는 심사기준 및 처분기준을 정하는 경우에 관해서도 동절차에 준한 절차를 거치도록 하여, 그 규제의 근거가 되는 法命을 소관하는 행정기관이 지도한다. 이 절차는 규제의 설정 또는 개폐와 관련되는 것이므로 백서와 같은 사실인정이나 현상분석, 조직령·정원령과 같은 행정내부에게만 적용되는 것, 보조금요강·연금급부와 같은 행정서비스와 관련되는 것 및 시행일정령과 같은 사무적인 것은 동절차의 대상이 되지 아니한다. 아울러 동 절차를 거쳐 책정되어야 할 의사표시에 관하여 公聽會개최나 事前告知등의 절차가 법령에서 규정되어 있는 경우에는 당해법령에 의거한 절차를 취하도록 하되, 동절차에서 규정된 취지에 비추어 그 운용에 있어서 가능한 한 본절차에 따르도록 하고 있다.

478) 자세한 것은 研究會, *パブリック・コメント 手続*, *ジュリスト* 第1159號(1999.7.1), 72~90面 참조.

둘째, 意見提出節次로서 ①공표주체 및 공표시기는 본절차를 거쳐 책정하는 의사표시를 행하는 행정기관은 최종적인 의사결정을 행하기 전에 그 안등을 공표한다. 또한 내각의 의사표시인 정령에 관해서는 그 사무를 소관하는 행정기관이 案등을 공표한다. 공표되는 안등은 의사표시의 안 그 자체에 한하지 않고 그 내용을 명확히 제시하는 것이라도 무방하다. 또한 사안에 따라 몇가지의 대체안을 동시에 제시하는 것이 유효한 경우에는 그러한 방법을 취하도록 하고 있다. ②공표자료에 관하여 行政機關은 일반의 이해에 이바지하기 위하여 안등의 본체에 추가하여 가능한 한 당해안등을 작성한 취지·목적·배경, 당해안등에 관련하는 자료(근거법령, 당해규제의 설정 또는 개폐에 따라 발생할 것으로 생각되는 영향의 정도·범위등) 및 당해안등의 위치에 관한 자료를 공표하도록 하고 있다. ③公表方法으로서 행정기관은 홈페이지, 창구배부, 신문·잡지, 홍보지, 관보, 보도발표 등의 공표방법을 활용하여 적극적으로 주지를 도모하는 한편 복수의 방법을 활용하는 경우로서 공표의 내용이 상당양에 이르는 경우에는 안등의 개요와 공표자료전체의 입수방법등을 명확히 해두는 경우에는 공표자료전체를 공표할 필요가 없다. 아울러 전문가, 이해관계인에게는 필요에 따라 수시로 주지하도록 노력하여야 한다. ④의견·정보의 募集時期는 의견·정보의 제출에 필요하다고 판단되는 시간등을 감안하여 1개월정도를 하나의 목표로 하여 안등을 공표시에 명시한다. ⑤의견·정보의 提出方法으로서 우편, 팩시밀리, 전자메일 등의 수단을 안등의 공표시에 명시하며, 또한 공청회의 개최에 의하여 의견·정보를 청취할 수도 있으나 서면으로서의 의견·정보의 제출신청이 있는 경우에는 이를 접수하여야 한다. 공청회의 개최, 서면으로서의 의견·정보의 제출신청에 관한 절차를 안등의 공표시에 명시하도록 하고 있다. ⑥안등을 공표한 행정기관은 제출된 의견·정보를 고려하여 의사결정을 행함과 아울러 이에 대한 당해행정기관의 견해를 정리하여 제출된 의견·정보와 함께 공표한다. 다만 제출된 의견·정보를 공개함으로써 개인 또는 법인의 권리, 競争上의 地位 기타 정당한 이익을 저해할 우려가 있는 것에 관해서는 행정기관의 판단으로 그 전부 또는 일부를 공개하지 아니할 수 있다. 의견·정보를 제출한 개인 또는 법인의 성명·명칭 기타 속성에 관한 정보를 공표 또는 공개하는 것은 안등의 공표에 즈음하여 이를 공표 또는 공개할 것이 예정되어 있다는 것을 명시하는 경우에 한한다.

셋째, 기타 의사결정과정의 特例로서 이 절차를 거쳐 책정되어야 할 의사표

시라도 그 책정과정에서 의사표시를 행하는 기관이외의 행정기관이 본절차에 준한 절차를 거쳐 의사표시를 행하여 이를 받아 그와 실질적으로 같은 내용의 의사표시를 행하는 경우에는 다시 이 절차를 거칠 필요는 없다. 이러한 사례는 심의회가 본절차에 준한 절차를 거쳐 정한 답신을 받아 정령을 규정하는 경우나 각성대신이 성령, 고시등을 정하는 경우 및 각성대신이 본절차에 준한 절차를 거쳐 정한 통첩을 받아 地方支分部局의 장이 심사기준을 정하는 경우 등이다. 의사표시를 행하는 기관이외의 행정기관등이 안등을 공표한 경우에는 당해 행정기관등이 제출된 의견·정보에 대한 견해를 정리한다. 그리고 각성청은 본절차를 수행하고 있는 안등의 일람을 작성하고 홈페이지에 이를 게재함과 아울러 문서열람창구에 비치하도록 하는 한편 각성청은 각성청에 있어서 규제의 설정 또는 개폐와 관련한 의견제출절차의 실시상황을 당분간 總務廳에 보고하도록 하고 있다.

### 3. 司法府에 의한 統制

日本에서의 委任立法에 대한 통제는 사법부에 의한 재판적 통제가 주류를 이루고 있다. 일본의 법원은 모든 法令 및 행정기관의 처분이 憲法에 적합한가의 여부에 관하여 결정하는 위헌심사권을 가지고 있으며, 行政裁判所와 같은 특별재판소의 설치 금지되고 있다. 따라서 위헌심사권은 高等裁判所나 地方裁判所등도 행사할 수 있으며, 당사자의 상고가 있으면 憲法 제81조의 규정에 의하여 最高裁判所가 최종적으로 법령등이 위헌인가의 여부를 결정한다. 일본의 행정소송의 차원에서 항고소송의 대상은 “公權力의 行使”(행정사건소송법 제3조)인 행정행위이며, 항고소송을 제기하기 위해서는 법률상의 이익을 가지는 자라는 원고적격의 요건을 충족할 것이 요구된다. 따라서 일반적·추상적 규범인 行政立法은 항고소송의 대상이 되지 아니하며 또한 행정입법에 의거한 행정행위에 의하여 구체적인 권리이익의 침해를 받지 않으면 당해행정입법의 취소를 요구하는 소송을 제기할 수 없다.<sup>479)</sup> 따라서 授權法의 위헌성 또는 命令의 위법성 내지 위헌성은 통상 당해법령에 의거하여 행하여진 행정처분에 대한 소송에서 전제문제로서 심사되는데 그친다.<sup>480)</sup> 日本國憲法시행후 현재까지 委任

479) 原田尙彦, 行政處分と行政行爲, 法學教室 第44號, 78面.

480) 金子正史, 規範定立行爲と抗告訴訟, 行政法の爭點, 有斐閣 1980, 198面; 秋山義昭, 法令に對する抗告訴訟, 現代行政法大系(제5권), 有斐閣 1984, 55面.

立法의 적부를 둘러싼 판례는 하급재판소, 최고재판소등의 판례를 통하여 상당수 집적되어 있으며, 委任立法과 관련하여 주요한 판결례는 다음과 같다.

첫째, 立法權委任의 합헌성을 인정한 최초의 사례로는 最高裁判所의 1952년 5월 13일의 판례가 있다. 사안은 外國爲替管理法 제7조의 위임에 의거하여 제정된 大藏省令 제88호의 위반을 이유로 처벌된 자가 ①국민의 輸出·輸入의 자유를 제한하는 경우에는 헌법하에서는 법률로써 규정하여야 하며 命令으로 규정할 수 없다. 따라서 이 大藏省令은 日本國憲法시행에 즈음하여 현재 효력을 가지는 命令規定의效力등에관한法律(1947년 법률제72호) 제1조의 규정에 의하여 1947년 12월 31일로써 실효하였고, 이러한 命令을 내용으로하는 外國爲替管理法 제7조는 동일이후부터 사문화되었다. ②外國爲替管理法 제7조는 벌칙을 정한 규정이나 그 벌칙을 과할 수 있는 행위에 관해서는 전부 大藏省令에 맡기고 있으므로 동조는 白紙罰則規定이며 그 결과 大藏省令도 벌칙규정인 성질을 가지게 된다. 따라서 그 이유에서도 1947년 법률제72호에 의하여 실효되고 있다고 주장하였다. 最高裁判所는 이 두가지의 상고이유에 대하여 "1945년 10월 15일의 大藏省令 제88호는 外國爲替管理法 제7조의 위임에 의하여 제정된 이른바 委任命令이나, 그러한 법률의 구체적 위임에 의한 委任命令은 日本國憲法시행에 즈음하여 현재 효력을 가지는 命令規定의效力등에관한法律에 의하여 실효된 것이 아니다. 따라서 위 命令의 실효를 전제로하는 논지는 이유없다"481)라고 하였다. 이 판결은 법률의 구체적 위임에 의한 委任命令은 합헌이라는 점을 명확히 한 것으로서 법규命令인 성질을 지닌 委任命令이 日本國憲法하에서는 왜 합헌인가, 外國爲替管理法 제7조의 규정은 백지벌칙규정인가의 여부 등에 관해서는 적극적으로 판시하고 있지는 않다. 그 후 1958년 7월 9일 最高裁判所에서는 酒稅法 제54조의 규정이 주류등의 제조업자 또는 판매업자의 장부기재사항의 상세를 정하는 권한을 행정기관에 위임하고 있는 것의 합헌성에 관하여 "입법권이 그러한 권한을 행정기관에게 부여하는 것이 憲法上 지장이 없다는 것은 憲法 제73조제6호 본문 및 단서의 규정에 비추어 명백하다"482)라고 판시하였다.

481) 刑集 第6卷5號, 744面.

482) 刑集 第12卷11號, 2407面. 동판례의 評釋으로는 戶部信喜, 委任立法 - 一般 -, 行政判例百選 I, 有斐閣 1979, 100~101面; 奥平康弘, 委任立法 - 一般 -, 行政判例百選 I (第3版), 有斐閣 1993, 98~99面; 菊井康郎, 立法の委任①, 憲法判例百選 II (第3版), 有斐閣 1994, 452~453面 등 참조.



둘째, 수권법률의 해석에 의하여 명확하게 된 授權의 內容(대상, 목적)의 범위내에서 위임입법을 수권받은 行政機關에는 구체적으로 어떠한 내용을 지닌 위임입법을 제정할 것인가에 관한 “裁量”의 여지가 인정되는가에 관하여 법원은 위임입법에 관련된 재량권행사의 방식의 적부 또는 합리성의 유무를 심사하고 있다. 最高裁判所는 총포도검류등록규칙제14조제1항 및 제2항에 관한 1987년 11월 20일<sup>483)</sup> 및 1990년 2월 1일의 판결에서<sup>484)</sup> “登錄規則이 제정되고 있는 취지는 어떠한 刀劍類를 우리 나라에서 文化財의 價値를 가지는 것으로서 登錄의 대상으로 하는 것이 상당한가의 판단에는 專門技術的인 검토를 필요로 하므로 등록에 즈음하여 전문적 지식경험을 가지는 登錄審査委員의 鑑定에 의거할 것을 요함과 아울러 그 鑑定의 기준을 설정하는 것 자체도 전문기술적인 영역에 속하는 것으로서 이를 규칙에 위임한 것이라고 할 수 있으며, 따라서 規則에서 어떠한 감정의 기준을 정하는가에 관하여는 법의 委任의 趣旨를 일탈하지 않는 범위내에서 소관행정에 전문기술적인 관점에서의 일정한 裁量權이 인정되는 것이라고 이해하는 것이 상당하다”라고 하여 “법의 위임의 취지를 일탈하지 않는 범위내”에서 “전문기술적 관점으로부터의 일정한 재량권이 인정되고 있음”을 전제로 한 후 “법의 위임의 취지를 일탈한 것인가의 여부”를 심사하고 있다. 위의 판결과 관련한 어느 사안에서도 행정입법에 즈음한 “재량권”행사는 위법이라고 하지는 않고 있다.

셋째, 委任立法의 內容의 적법성에 관련하여 憲法에 위반되는 委任立法은 수권법률과의 적합성을 문제로 할 필요도 없이 위헌·무효가 된다. 委任立法의 憲法適合性이 판결례에서 문제가 되는 경우는 법률로써 규정되어야 할 사항을 委任立法이 규정하는 것이며 當該委任立法이 국회의 입법기관성 내지 조세법률주의, 죄형법정주의등에 위반한다고 주장되는 경우이다. 그러나 이 경우는 의회입법으로 규율하여야 할 사항의 범위나 규율의 밀도, 행정입법에 위임가능한 규율대상의 범위의 한정성이 문제가 되는 것이며 수권하는 법률 그 자체의 憲法適合性이 문제가 된 판결례는 거의 없다. 이에 대해 법률에 의한 수권이나 규율밀도 등 憲法適合性과는 별도로 수권법률에 비교하면 보다 구체적인 내용의 규정을 지닌 委任立法의 憲法適合性이 직접 문제가 된 사례는 다수 존재한

483) 동 판례에 관한 것은 坂井 滿, 昭和62年 行政關係判例解説, 有斐閣 1989, 253면이하 참조.

484) 民集 第44卷2號, 369면. 동 판례의 評釋에 관한 것은 多賀谷一郎, 委任の範圍(2), 行政判例百選I(第3版), 有斐閣 1993, 102~103면 및 平岡 久, 前掲書, 74~88면 참조.

다. 즉, 最高裁判所의 판결례에서 문제된 것을 지적하면 ①人事院規則 제14-7과 憲法 제21조 등<sup>485)</sup> ②監獄法施行規則 제86조제1항과 憲法 제19조 및 제21조<sup>486)</sup> ④農地賣拂價格에 관한 政令과 憲法 제29조제3항<sup>487)</sup> 등이 있다. 또한 憲法 또는 법률에 저촉하는 의문이 있는 委任立法의 규정을 수권법률이나 憲法에 적합하도록 해석하고 그 규정자체는 위법, 위헌이 아니라고 판시한 경우도 있다. 즉, 監獄法施行規則 내지 道路交通法施行規則상의 규정에 관하여 한정해석을 가하여 그들 규정자체는 위헌이 아니라고 하는 판결례가 그것이다.<sup>488)</sup>

넷째, 委任立法의 내용의 법률적합성은 수권조항에 의한 수권의 내용(대상, 목적등)과의 적합성, 수권조항이외의 관계조항이나 당해수권법률전체의 취지등과의 적합성으로 나누어 볼 수 있으나, 판결례에서도 委任立法의 내용의 법률적합성이 문제가 되는 경우에 당해수권법률상의 授權條項과의 적합성이 아니라 그이외의 관계조항과의 適合性이 오히려 주요한 쟁점이 되고 있다. 예컨대 銃砲刀劍類登錄規則 제4조제2항에 관한 최고재판소의 1990년 2월 1일의 판결에서 관련된 사안에서 주요한 쟁점이 된 것은 수권조항인 銃砲刀劍類所持等團束法 제14조제5항과의 적합성이 아니라 관계조항인 동법 제14조제1항과의 적합성이다.<sup>489)</sup> 이와 같이 사안에 따라서는 수권조항이 아닌 관계조항과의 적합성의 문제로서 위임입법의 법률적합성이 심사되고 있다.<sup>490)</sup>

다섯째, 위임의 限界와 관련하여 最高裁判所는 1952년 12월 24일 銃砲火藥類團束法施行細則의 규정에 의거하여 화약류의 소지를 처벌한 사건의 상고심에서 이 시행세칙의 기본법률인 銃砲火藥類團束法은 “총포, 화약류의 거래, 수수,

485) 最大判 1974年 11月 6日, 刑集 第28卷9號, 393面.

486) 最大判 1983年 6月 22日, 民集 第37卷5號, 93面.

487) 最大判 1979年 2月 22日, 民集 第33卷1號, 97面.

488) 最大判 1983年 6月 22日, 民集 第21卷5號, 1043面 ; 東京地裁判 1965年 1月 23日, 下刑集 第7卷1號, 76面.

489) 民集 第44卷2號, 369面.

490) 이에 대하여 위의 두가지는 별개의 문제가 아니라 두 번째의 문제는 첫 번째의 문제에 흡수된다고 이해하는 것도 가능하다. 즉, 委任立法에의 수권의 내용(대상, 목적등)은 수권조항만으로부터 명확히되는 것이 아니라 關係條項등에 의하여 제약되거나 구체적으로 명확하게 되는 관계에 있는 것이며, 또한 위임입법을 위한 수권조항이 그 이외의 관계조항이나 수권법률전체의 취지등에 위반하는 규정을 두는 것을 위임입법에 허용하고 있다고는 생각지 않는다. 따라서 관계조항등에 위반하는 위임입법은 동시에 授權條項에도 위반하는 것이라는 견해도 있다. 平岡 久, 前掲書, 53面.

사용, 운반, 저장 기타 취급"에 관해 필요한 사항을 命令으로 정하는 취지를 규정하는데 불과하므로 화약류의 所持를 금지하고 그 불법소지를 처벌하는 취지를 정하고 있는 위 시행세칙의 규정은 기본법인 동법의 구체적 위임에 의거한 것이 아니며, 그 벌칙은 결국 命令條項의違反에관한罰則의件(明治 23년 법률제84호)의 위임에 의거한 것이라고 인정하지 않을 수 없다라고 하고, 그러나 위 법률 제84호는 광범한 개괄적인 위임의 규정으로서 新憲法下에서는 위 헌무효의 법률로서 新憲法 시행과 동시에 실효된 것이라 할 수 있다"라고 판시하였다.<sup>491)</sup> 또한 人事院規則에 관한 1974년 11월 6일의 판결에서는 "정치행위를 정하는 것을 인사원규칙에 위임하는 국가공무원법 제102조제1항이 공무원의 정치적 중립성을 손상할 우려가 있는 행동유형에 속하는 정치적 행위를 구체적으로 정하는 것을 위임한 것은 동조항의 합리적 해석에 의하여 이해할 수 있다. 그리고 그러한 정치적 행위가 공무원조직의 내부질서를 유지하는 견지에서 부과되는 징계처분의 근거가 됨과 아울러 국민전체의 공동이익을 옹호하는 견지에서 과해지는 형벌의 근거가 되는 위법성을 띠고 있는 것이므로, 위 조항은 그것이 동법 제82조에 의한 징계처분 및 동법 제110조제1항제19호에 의한 형벌의 대상이 되는 정치적 행위의 정함을 한꺼번에 위임하는 것이라고 하여 憲法이 허용하는 위임의 한도를 초과하였다고 볼 수 없다<sup>492)</sup>"라고 판시하였다.

여섯째, 再委任과 관련하여 최고재판소는 1951년 12월 5일의 판결에서 "본

491) 刑集 第6卷11號, 1346面. 戶部信喜, 罰則の委任, 行政判例百選 I, 有斐閣 1979, 104面.

492) 刑集 第28卷9號, 393面. 이에 대한 4인의 裁判官이 반대의견을 전개하였으며, 특히 위임입법의 한계와 관련하여 "일반론으로서 國會가 법률자체중에 특정의 사항에 한정하여 이에 관한 구체적 내용규정을 다른 국가기관에 위임하는 것은 그 합리적인 必要性이 있고 또한 구체적인 규정이 남용되지 않도록 당해기관을 指導 또는 制約하여야 할 목표, 기준, 고려하여야 할 요소등을 지시하고 있는 한 헌법에 위반된다고 할 수 없다. 또한 위의 指示도 위임을 정하는 규정자체의 가운데 이를 명시할 필요는 없고 당해법률의 다른 규정이나 법률전체를 통하여 합리적으로 도출되는 것이라도 족하다고 이해된다"라고 하면서 "國家公務員法 제102조제1항은 공무원관계상의 의무 내지 부담으로서의 禁止와 罰則의 대상이 되는 금지행위의 내용에 관하여 그 기준으로서 특단의 것을 제시하고 있지 않다. ……同法의 다른 규정을 통람하여 가능한 한에 있어서 합리적 해석을 시도하여도 위와 같은 특별한 기준의 지시가 있다고 인정할 만한 것을 발견할 수 없다. 따라서 國家公務員法 제102조제1항에 있어서 위와 같이 무차별 일체적 입법의 위임은 적어도 형벌의 대상이 되는 금지행위의 규정의 위임에 관한 한 헌법 제41조, 제15조제1항, 제16조, 제21조 및 제31조에 위반하여 무효라고 하지 않을 수 없다"라고 하고 있다.

건 食糧管理法 제9조는 주요식량에 관한 移動 등에 관하여 政令으로 필요한 틀을 정하는 것을 위임하고 동시에 이 틀의 범위내에서 필요한 規정을 정하는 것을 命令(政令이외의 命令)에 위임하는 취지를 규정하고 있다. 즉, 법률이 직접 命令에 위한 것으로서 단지 그 命令에 의하여 정할 수 있는 사항의 틀만을 政令에 정한데 불과한 것이다. 본건의 경우에 食糧管理法 제9조로부터 틀을 정하는 위임을 받은 政令(식량관리법시행규칙 제9조)은 이 틀의 범위내에서 법률의 위임에 따라 이동에 관한 제한규정을 둔 것이다. 그러므로 법률로부터 위임을 받은 政令이 스스로 그 위임사무를 하지않고 이를 그대로 命令에 위임하였다는 관계에 있는 것이 아니다<sup>493)</sup>”라고 판시하였다. 또한 最高裁判所는 1958년 7월 9일의 판결에서 “酒稅法施行規則 제61조는 그 제1호 내지 제8호에서 장부에 기재하여야 할 사항을 구체적이고 상세히 규정하고 있으며, 동조 제9호는 각지방의 실상에 따라 기재사항으로 할 것이 필요한 것을 稅務署長의 指定에 위임한 것으로서 주세법시행규칙에서 이러한 規정을 두었다 하더라도 酒稅法 제5조의 위임의 취지에 반하는 것이 아니며, 위헌이라 할 수 없다”라고 하였다.<sup>494)</sup>

493) 刑集 第4卷2號, 73面.

494) 刑集 第12卷11號, 2407面. 奧平康弘, 前掲論文, 98面; 菊井康郎, 前掲論文, 452~453面.

### 第3章 우리나라의 委任立法의 理論과 實際

#### 第1節 序說

立憲主義國家에서는 국민의 기본적 인권을 보장하는 동시에 그 기본적 인권의 유효한 보장을 위하여 제도로서의 權力分立原理를 채용하고, 기본적 인권에 관한 사항은 법률사항이라 하여 국회가 이를 규율하는 國會立法의 原則과 법률에 의한 기본적 인권의 제약원리로서의 法治主義原則을 기본으로 삼는다. 우리 헌법도 제40조에서 “입법권은 국회에 속한다”라고 규정하는 한편 제37조제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”라고 규정하여 이러한 基本原理를 명시하고 있다. 그러나 이미 살펴본 바와 같이 우리 憲法도 국가기능의 확대, 그의 전문화·기술화 등의 현상과 요청에 따라 國會立法의 原則과 법률에 의한 기본적 인권의 제한원리에 대한 예외로서 행정부에 의한 실질적 의미의 입법인 委任立法을 명문으로 허용하고 있다. 즉, 憲法 제75조에서는 “大統領은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 委任받은 사항과 법률을 執行하기 위하여 필요한 사항에 관하여 大統領令을 발할 수 있다”라고 규정하는 한편 제95조에서도 “國務總理 또는 행정각부의 장은 소관사항에 관하여 法律이나 大統領令의 위임 또는 직권으로 總理令 또는 部令을 발할 수 있다”라고 규정하여 행정권에 의한 일반적·추상적 규율을 제정하는 권한으로서의 위임입법을 허용하고 있다.

물론 우리 헌법은 法治主義를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 法律留保를 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 國家共同體와 그 구성원에게 기본적으로고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 立法者 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다(의회유보원칙). 그리고 行政作用이 미치는 범위가 광범위하게 확산되고 있으며, 그 내용도 복잡·다양하게 전개되는 것이 현대행정의 양상임을 고려할 때, 형식상 법률상의 근거를 갖출 것을 요구하는 것만으로는 국가작

용과 국민생활의 기본적이고도 중요한 요소마저 行政에 의하여 결정되는 결과를 초래하게 될 것인 바, 이러한 결과는 국가의사의 근본적 決定權限이 국민의 대표기관인 의회에 있다고 하는 議會民主主義의 원리에 배치되는 것이라 할 것이다. 물론 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 그러한 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 확정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 國民의 自由나 權利를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정하고 있는바, 여기서 “法律로써”라고 한 것은 국민의 자유나 권리를 제한하는 행정작용의 경우 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 국회가 제정하는 법률에 근거를 두는 것만으로 충분한 것이 아니라 國會가 직접 결정함으로써 실질에 있어서도 법률에 의한 규율이 되도록 요구하고 있는 것으로 이해하여야 한다. 1) 그러한 의미에서 헌법 제75조에서 규정한 委任立法은 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정함으로써 위임은 반드시 구체적·개별적으로 행하여질 것을 요구하고 있다. 2) 따라서 우리 헌법은 委任立法의 필연성은 인정하면서도, 동시에 일반적이고 포괄적인 위임은 이를 허용하지 아니함으로써 헌법이 그 바탕으로 하는 권력분립주의, 의회주의 내지 법치주의의 기본원리는 유지하겠다는 의지를 명백히 한 것이다.

그러나 우리의 委任立法에 관한 입법례 및 운용현실을 보는 경우 입법부가 기본적이고 본질적인 정책을 결정하여 그에 관한 중요한 기준이 되는 것을 직접 규정하고, 기술적·세부적인 사항이나 긴급한 대처를 필요로 하는 사항 등은 그에 대응함에 적합한 行政府로의 위임입법을 허용하고 있으나 그 行政立法節次가 입법부의 입법절차에 비견되는 절차로서 정비되지 않고 있는 실정이다. 특히 종래 우리나라는 행정부 주도로 경제개발·사회발전을 이룩하는 과정에서 국회는 국민의 다양한 의견을 수렴하여 立法에 반영하는 민주·법치국가적인 의회로서의 역할수행이 상대적으로 미흡하여 行政府에서 마련해 온 법률안을

1) 韓國放送公社法 제35조 등 違憲訴願(1999.5.27. 98헌바70).

2) 租稅減免規制法 제74조제1항제1호 違憲訴願(1996.6.26. 93헌바2).

신중하고 면밀한 검토과정을 소홀히 한 채 통과시키는 사례가 적지 않았고, 그로 말미암아 委任立法이 양산되어 “법률에 의한 행정”이라기 보다 “行政規則에 의한 행정” 또는 “행정규칙으로의 도피”라고 많은 비판을 하고 있기도 하다.<sup>3)</sup> 실제로 보더라도 우리의 委任立法 가운데에는 상위법의 위임근거없이 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과한 경우, 상위법의 委任의 범위를 벗어나 권리의 제한 또는 의무를 부과한 경우, 상위법의 규정의 취지를 일탈한 경우, 포괄적으로 再委任한 경우 등 현재의 위임입법에 다수의 문제가 지적되고 있는 실정이다.<sup>4)</sup> 사회·경제적 국가임무의 증대와 그에 대처하여야 할 전문·기술적이며 신속·탄력적인 조치를 강구하기 위하여 行政府에의 委任은 현실기능적 요청에 부응하는 것이며, 불가피한 것으로 간주되어 그것은 법형식의 성격에도 적합하는 것은 부정할 수 없다. 그러나 개괄적·다의적 법률의 제정과 행정기관에 대한 광범한 실질적 규범정립권한의 부여를 전부 방치한다면 행정권의 한층 비대화와 그에 수반한 議會의 地位의 상대적 저하를 조장함으로써 우리 헌법의 기본원리인 權力分立과 民主主義에 저촉하게 된다. 또한 법률에서 구체화되어야 할 개념이 매우 추상적인 차원으로 규정됨으로써 법률을 憲法的 價値를 구체적으로 실현하는 것으로서 파악하는 것을 곤란하게 할 우려가 있다. 이러한 폐단을 배제 내지 감소시켜 權力分立과 民主主義를 유지하고 확보하기 위해서는 무엇보다도 중요한 것은 위임입법에 대한 법리를 재구축하고 위임입법이 본래의 기능을 발휘할 수 있도록 실제로 유효하게 기능할 수 있는 전제조건을 모색하며, 그 남용에 대비하여 恒常的으로 감독하는 제도를 설정하는 것이라 할 수 있다.

## 第2節 委任立法의 法理와 實際

### I. 委任立法의 觀念

우리의 법학에 있어서 위임입법의 문제는 공법학의 기본문제의 하나이자 중요한 과제로서 인식되고 있으며, 그곳에서의 중심적인 주제는 법률과 명령의

3) 醫療保險法 제33조제1항 違憲提請(1998.5.28. 96헌가1).

4) 國會事務處 法制豫算室, 行政立法의 分析·檢討, 법제현안 제45호(1996.10.29), 6면 이하 참조.

立法權限配分上의 關係여하라고 볼 수 있다. 아울러 法律과 命令의 입법권한배분상의 문제는 두가지 측면에서 다루어지고 있으며, 하나는 법률과 명령간의 所管事項의 配分이라는 측면이다. 이것은 국회가 법률이라는 형식으로 규정할 수 있거나 규정하여야 할 사항이란 무엇인가라는 법률의 소관사항의 범위의 문제로서 검토되고 있으며, 이 문제는 “立法權은 國會에 속한다”라는 헌법 제40조의 규정을 권한배분규정으로 파악하여 그 해석에서 법률 및 입법의 개념을 둘러싸고 많은 논의가 진행되고 있다.<sup>5)</sup> 다른 하나는 법률과 명령간에서 행해지는 所管事項의 委任이라는 측면이다. 즉, 이것은 법률이 그 소관사항을 어느 정도까지 스스로 규정할 수 있으며 어느 정도까지 命令에 의한 규율에 위임할 수 있는가라는 委任立法의 문제로서, 이에 대하여는 의회에 의한 권한의 포기 내지 책임회피를 방지하기 위하여 委任立法의 限界를 확정하는 실체적인 기준을 확립하는 작업을 중점적으로 검토하고 있다. 즉, 위임입법에 관하여 현대국가의 기능확대라는 흐름을 반영하여 그 必要性 내지 중요성을 소여의 것으로서 전제로 한 다음, 개괄적인 법률의 규정을 받아 제정되는 세부적, 전문기술적인 행정입법에 관하여 그 委任의 형태 내지 위임의 限界의 문제를 중심으로 논하고 있다. 그리고 그 한계론은 전형적으로 입법권은 국회에 속한다라는 헌법의 원칙에 저촉되지 않는 한에서 개별적·구체적인 것이 되어야 할 것이며, 一般의·포괄적 백지위임은 허용되지 않는다는 형식으로 논하고 있다. 즉 委任하는

5) 憲法 제40조의 立法이란 무엇인가를 둘러싸고 학설은 전통적인 입법·법률의 이중개념에 대응하여 이를 形式的 意味의 立法, 즉 형식적 의미의 법률의 정립이라고 이해하는 입장과 實質的 意味의 立法, 즉 실질적 의미의 법률의 정립이라고 이해하는 입장으로 나누어지고 있다. 형식적 법률설에 의하면 형식적 법률이란 그 形式에 착안한 개념이며 내용여하를 불문하고 국회가 소정의 절차에 따라 제정하는 국법의 한 형식으로서의 法律을 지칭하며, 제40조의 입법은 이러한 형식적 법률을 정립하는 작용이라고 한다(金哲洙, 憲法學概論, 박영사 1998, 764面). 다른 한편 실질적 법률설에 의하면 제40조의 立法은 일정한 내용 또는 성질을 지닌 성문법규범을 정립하는 작용이라고 한다(權寧星, 憲法學原論, 법문사 1998, 693面). 實質的 法律은 법형식의 여하를 불문하고 내용 또는 성질에 착안한 개념이라 할 수 있으며, 여기에는 실질적 법률이라 하더라도 그것을 法規로서 이해하는 입장과 一般的·抽象的 法規範으로 이해하는 입장이 있다. 前者는 실질적 법률을 법규, 즉 국민의 권리의무 내지 국가와 국민간의 관계에 관한 법규범으로 파악한다. 後者는 실질적 법률을 일반적 법규범, 즉 불특정다수인에 대하여 불특정다수의 경우 내지 사건에 적용되는 법규범으로 파악한다. 이 견해는 國民의 권리의무와의 관련성이라는 관점에서 구성되는 법규개념으로부터 벗어나 국회의 입법권한에 속하는 사항적 한정을 제거하는 결과, 憲法이 허용하는 범위내에서 모든 사항을 국회에 의한 입법의 대상으로 하는 것을 가능케 한다. 자세한 내용은 金德謙, 法律의 概念, 고려대 석사논문 1986; 李漢柱, 憲法上 法律概念에 관한 研究, 서울대 석사논문 1987 등 참조.



사항에 있어서 일반적이고 광범하거나, 위임하는 기준에 있어서 추상적이고 막연한 것은 헌법 제40조의 취지에 반하는 것이라고 지적되고 있다. 그리하여 입법의 위임문제에 관하여는 법률의 委任態樣의 문제(헌법적합성)과 아울러 위임을 받은 受任命令이 위임의 취지, 목적 및 범위에 합치하는가의 문제(법률적합성)에 관하여 중점적으로 연구하고 있다. 이러한 기준의 확립은 法律의 委任에 의거하여 제정되는 명령의 통제라는 점에서 의미있는 것이 되고 있다.

헌법상 國會가 입법기관이라는 점은 헌법자신이 정한 예외를 제외하고, 國會가 立法權을 독점하고 國會이외의 기관에 의한 입법을 허용하지 않는다는 권한배분상의 의미(國會중심입법의 원칙)와 立法은 國會의 의결로서만 성립하며 國會이외의 기관의 참여를 필요로 하지 않는다는 절차상의 의미(國會단독입법의 원칙)를 가지고 있다는데는 이론이 없다.<sup>6)</sup> 헌법 제40조의 의미를 그와같이 이해하려는 최대의 이유는 權限配分의 차원에서 입법을 國會에 독점시켜, 그렇게함으로써 行政機關에 의한 입법을 배제하는데 있었다. 다만 명령등과 같은 행정입법의 정립은 법률이 그것을 위임할 수 있을 뿐 아니라 法律을 보완하는 성질의 규범이기 때문에 그것들은 반드시 國會가 스스로 정할 필요가 없으며 행정기관등에 맡길 수 있다는 것이다. 또한 그곳에서 상정되고 있는 것은 praeter legem한 命令의 존립을 인정하지 않는 것이 일반적이며, 명령은 전부 intra legem한 것으로서만 존재할 수 있다고 이해되고 있다. 따라서 법률과의 관계에 있어서 명령은 법률로부터의 授權의 存在라는 조건하에서 법률의 하위규범으로서 인정되고 있다.

## II. 委任立法의 類型

이미 살펴본 것처럼 委任立法은 본래적인 입법기관인 國會에 의한 위임(수권)에 의거한 입법을 의미하므로, 국가기관이 헌법을 근거로하여 國會제정법의 수권에 의하여 제정하는 모든 법규범이 委任立法에 해당한다. 따라서 위임입법을 이와 같이 넓게 이해하는 경우 헌법 제75조 및 제90조에 의하여 立法府에 의한 행정부로의 권한의 위임에 의거하여 제정되는 行政立法 뿐 아니라 다른 국가기관이 헌법을 근거로 國會제정법의 수권에 의하여 제정하는 입법으로서 헌법 제64조, 제108조, 제114조제6항의 國會·대법원·헌법재판소 및 중앙선거관리위

6) 立法權은 國會에 속한다라는 말은 國會單獨立法의 원칙도 아닌 國會獨占立法의 원칙도 아닌 國會中心立法의 원칙을 천명한 것으로 이해하여야 할 것이라는 견해도 있다(許 營, 韓國憲法論, 박영사 1998, 856面 참조).

원회의 규칙, 헌법 제117조제1항에 의거하여 지방자치단체가 法令의 범위안에서 정립하는 自治立法도 위임입법에 속하게 된다. 그러나 이와 같은 委任立法의 관념은 본래적 입법권을 지닌 입법권자의 존재를 전제로 하여 그것을 다른 主體에게 위임하여 행사하도록 한다는 의미에서의 委任立法의 관념과는 많은 차이가 있다. 따라서 여기에서는 일반적으로 국회의 立法權을 전제로 행정부가 법률의 특별한 위임을 받아 그 기관에서 인정되고 있는 법형식으로 法規範을 정립하는 행정부의 입법, 즉 行政立法을 중심으로 그 유형을 살펴본다. 행정입법의 유형도 그 제정주체, 성질, 내용 및 효력 등의 면에서 여러 가지로 분류할 수 있다.

### 1. 大統領令·總理令·部令

행정입법은 그 제정권한의 소재에 따라 대통령령·총리령 및 부령으로 나누어지며, 大統領令에 대하여는 憲法 제75조에서 “大統領은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 委任받은 사항과 법률을 執行하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하고 있다. 그리고 헌법 제95조에서는 국무총리와 행정각부의 장도 소관사무에 관하여 法律이나 大統領令의 위임이 있는 경우에 또는 직권으로 總理令 또는 部令을 발할 수 있도록 하고 있다. 總理令의 소관사항으로는 국무총리 소속기관인 법제처·국가보훈처·공정거래위원회·금융감독위원회·비상기획위원회의 소관에 속하는 사항이라고 할 수 있다. 部令의 소관사항은 정부조직법에서 규정하고 있는 각부처장관의 소관사무가 된다. 입법실무적으로는 大統領令을 “시행령”, 部令을 “시행규칙”이라 한다. 그리고 이들 명령 상호간에는 大統領令의 형식적 효력이 우선하며, 다음으로 총리령, 부령의 순서가 된다. 그런데 總理令과 部令사이에는 “총리령우위설”과 “효력동위설”이 대립하고 있다. “총리령우위설”의 입장은 형식적 효력의 면에서는 우열의 차이가 없다고 할 수 있으나, 총리령은 국무총리의 所管事務에 관하여 발하는 것이며, 그 소관사무란 대통령을 보좌하고 행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정각부를 통할(헌법 제86조2항)하는 일이 주된 것이므로, 部令이 총리령에 저촉될 때에는 국무총리의 통할권에 대한 실질적인 침해가 된다는 점에서 총리령이 부령보다 실질적으로 優越한 效力을 가진다고 볼 수 있다는 주장이다.<sup>7)</sup> 이에 대하여 “효력동위설”의 입장에서는 헌법은 총리령·부령이 다같

7) 金道稔, 一般行政法論(下), 靑雲社 1998, 312面; 石綜顯, 一般行政法(下), 三英社 1998, 379面.

이 법률 및 대통령령에 종속하는 것으로 규정했을 뿐 總理令의 우월성을 규정하지 아니했으며, 총리령·부령은 다같이 국무총리 및 행정각부의 장이 그의 소관사무에 관하여 발하는 것인데, 行政各部의 長과 동일한 지위에서의 국무총리가 그의 소관사무에 관하여 발하는 法規命令이기 때문에 양자는 동위의 형식적 효력을 가진다고 한다.<sup>8)</sup> 생각컨대 국무총리는 현행 헌법상의 규정에 비추어 볼 때 行政府의 제2인자의 지위를 가지므로 이러한 國務總理가 행정조직내부에 있어서 행정각부의 장을 통할하기 위해서 訓令으로 발하는 행정규칙은 우월한 효력을 가짐은 물론이며, 對外的으로 발하는 법규명령이 행정각부의 장의 그것과 충돌할 경우 總理令이 당연히 우선한다고 볼 것이다.<sup>9)</sup>

한편 법률의 집행을 위하여 필요한 사항은 이를 大統領令으로 정할 수도 있고, 總理令 또는 부령으로 정할 수도 있다. 어떠한 사항을 규정하는 법령형식을 무엇으로 하여야 할 것인가에 관해서는 명확한 기준이 없으나, 大統領令으로 정하는 사항은 ①법률에서 위한 사항, ②법률의 집행을 위하여 필요한 사항, ③국정의 통일적 추진·집행을 위한 기본방침에 관한 사항, ④각부처에 공통되는 사항, ⑤행정기관의 조직에 관한 사항, ⑥권한의 위임·위탁에 관한 사항 등이며, 總理令·部令으로 정하는 사항은 ①법률·대통령령에서 위임한 사항, ②법률·대통령령을 집행하기 위하여 필요한 사항, ③각부처가 단독으로 업무를 수행할 수 있는 사항, ④복제·서식 등에 관한 사항, ⑤절차적·기술적 사항 등을 예시할 수 있다.<sup>10)</sup>

## 2. 委任命令과 執行命令

委任命令은 헌법에 근거하고 법률의 위임에 따라 발하는 것으로서, 헌법 제75조와 제95조에서는 대통령령과 총리령 및 부령으로서 委任命令을 발할 수 있음을 규정하고 있다. 위임명령은 법률이 위임한 사항에 관한 한 법률을 대신하는 것으로서, 위임한 法律에 종속하여 법률의 내용을 補充한다는 의미에서 補充命令이라고도 한다. 위임명령은 그 발효시기, 내용 및 효력 등이 모법인 법률을 전제로 하므로, 母法에 위반하는 것을 규정할 수 없다. 또한 委任命令

8) 李尙圭, 新行政法論(下), 법문사 1998, 239面; 朴鈺旿, 最新行政法講義(上), 박영사 1998, 212面; 卞在玉, 行政法講義(I), 박영사 1993, 200面.

9) 金南辰, 行政法I, 법문사 1998, 163面; 洪井善, 行政法原論(上), 박영사 1997, 208面.

10) 法制處, 법령입안심사기준, 74面.

의 경우는 법률의 특별한 委任이 있는 범위내에서는 특정의 경우에 대하여 법률규정의 적용을 배제하거나 또는 특정의 사항에 관하여 法律規定의 적용의 特例를 정할 수 있으나, 이것은 바로 法律의 소관사항의 위임의 효과에 의한 것이다.

執行命令은 법률의 규정을 집행하기 위하여 필요한 보충적 사항을 내용으로 하는 명령으로서, 특정법률이나 상위명령을 시행하기 위하여 필요한 具體的 節次나 방법 등을 규정하는 것이므로 위임명령과 달리 새로운 입법사항을 규정할 수는 없다. 그러나 실제적으로 새로운 권리의무의 설정과 具體的·기술적 세목의 구별이 반드시 용이한 것이 아니며, 위임명령과 집행명령의 구별은 상대적이며 애매한 경우가 많기 때문에 上位命令의 위임없이 위임명령에 해당하는 사항을 집행명령으로 규정하는 사례가 다수 있다. 또한 상위법령의 시행에 필요한 細部的 事項을 정하기 위하여 행정관청이 일반적 직권으로 제정하는 집행명령은 근거법령인 상위법령이 폐지되면 특별한 규정이 없는 이상 失效되는 것이나, 상위법령이 개정됨에 그친 경우에는 개정법령과 성질상 모순·저촉되지 아니하고 개정된 상위법령의 施行에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 집행명령은 상위법령의 개정에도 불구하고 당연히 실효되지 아니하며, 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정·개폐될 때까지는 여전히 그 效力을 유지한다.<sup>11)</sup>

### 3. 法規命令과 行政規則

법규명령과 행정규칙은 행정기관이 정립하는 命令이라는 점에서 공통하나, 法規命令이란 법령상의 수권에 근거하여 行政權이 정립하는 규범으로서 국민과의 관계에서 일반적인 구속력있는 규범이라고 하며, 行政命令 내지 行政規則은 행정조직내부 또는 특별한 공법상의 법률관계내부에서 그 조직과 활동을 규율하는 일반적 추상적 명령으로서 法規的 性質을 가지지 아니한 것을 의미한다. 따라서 兩者는 ①授權의 與否面에서 법규명령은 반드시 헌법, 법률 또는 상위명령의 근거가 있어야 하나 행정규칙은 법령상의 근거없이 행정기관이 內部的 規範으로서 당연히 발할 수 있다는 점 ②법규명령은 國民의 權利義務와 관계있는 사항도 그 대상으로 할 수 있으나, 행정규칙은 국민의 권리의무와 직접 관계없는 사항을 그 대상으로 한다는 점 ③법규명령은 對國民的 拘束力이 있는

11) 千柄泰, 行政立法의 立法의 統制, 考試界 1996.12., 54面.

법규의 성질을 가지므로 裁判規範性이 있는데 반하여, 행정규칙은 행정기관내부에서만 효력이 있으므로 법규의 성질을 가지지 않는다는 점<sup>12)</sup> ④法定立節次面에서도 법규명령의 제개정은 행정절차법에서 일정한 경우 입법예고를 거치는 등 입법참여권을 보장하고 있으나, 행정규칙의 制改正에 대하여는 별도의 규정을 두고 있지 않고, 법규명령은 행정내부적 통제절차를 거쳐 官報에 공포하여야 효력이 발생되는데 반하여 행정규칙은 조직법상의 권한자가 발하게 된다는 점<sup>13)</sup> 등에서 구별되고 있다.

그러나 이에 대하여는 양자의 구별은 相對的이며, 법규명령과 행정규칙이라는 용어가 단일의 개념형상으로 파악되기보다는 다층적인 개념이므로 二分法的인 思考로 획일적으로 성격규정하는 것은 바람직하지 않다는 지적도 있다.<sup>14)</sup> 실제로도 행정규칙의 형식에 대외적인 구속력이 인정되는 規律이 포함되기도 하고, 상위법령에서 행정규칙에 수권을 하는 경우도 있으며 법규명령의 형식이지만 上位法의 수권이 없고 독자적으로 제정되기도 하며 또한 행정기관 내부에서만 효력이 있는 규율이 법령에 정하여 지는 경우가 있다. 그리하여 學說·判例 등에서도 이를 둘러싸고 활발한 논의가 진행되고 있으나<sup>15)</sup>, 명확한 해결점에 도달하지는 않고 있는 실정이다. 法制實務的인 면에서는 어떤 법규정이 법규명령 또는 행정규칙인가를 구분하기 위해서는 법적 명확성을 위하여 形式的基準에 입각하여 법규명령의 법형식인 대통령령·총리령·부령으로 발령된 법규정은 그 내용에 관계없이 법규명령으로 보고, 이른바 법규명령의 형식으로 제정된 行政處分の基準도 그것이 대통령 또는 부령이건 이를 전부 법규명령으로 보고 법규명령으로서의 효력을 인정하는 것이 타당하다고 한다. 아울러 行政規則形式의 법규명령 역시 형식적 기준에 따라 행정규칙으로 보되, 직접적인 대외적 효력이 인정되는 법률보충규칙으로 보면 된다는 지적도 있다.<sup>16)</sup>

12) 金南辰, 前掲書, 161面; 金東熙, 行政法 I, 박영사 1998, 128面.

13) 鄭準鉉, 委任命令의 法規命令性에 대한 再檢討, 判例月報 1999.3., 27面.

14) 金容燮, 法規命令形式의 制裁的 處分基準, 判例月報 1991.1., 30面이하 참조.

15) 이와 관련한 최근 논의의 내용으로서 金東熙, 法規命令과 行政規則, 法制 1999.1.; 金南辰, 法規命令과 行政規則의 區分 등, 法制 1998.5.; 洪準亨, 法規命令과 行政規則의 區別, 法制 1998.8.; 金明吉, 行政立法의 法理, 考試研究 1999.2.; 金鐵容, 이른바 法規命令形式의 行政規則·行政規則形式의 法規命令論, 法制 1999.3.; 洪井善, 制裁的 行政處分の 基準, 法制 1998.11.; 劉尙炫, 行政處分基準의 法的性格에 관한 實務的 觀點에서의 檢討와 앞으로의 課題, 法制 1998.10 등 참조.

16) 崔正一, 行政規則의 法規性問題를 또 생각하며, 法制 1998.6., 72面이하.

결국 어떠한 내용을 法規命令으로 제정할 것인지 아니면 行政規則으로 제정할 것인지에 대하여는 명백한 기준이 설정되어 있지는 않다. 아울러 실정법상으로도 헌법, 법률 또는 법규명령에서 명확한 근거를 찾아볼 수 없으며, 기타 헌법의 기본원리에서도 도출되지 않고 있다. 이와 같이 헌법, 법률 또는 법규명령에서 명확하게 근거를 찾을 수 없다면 이는 결국 행정의 시원적인 권한에서, 즉 機能的 權力分立의 原則에 따라 행정규칙으로 제정되어야 하는 사항을 도출할 수 있는 방안을 모색할 수밖에 없다. 물론 권력분립의 원칙상 법률이나 행정규칙, 즉 委任命令의 경우에는 법률에서 구체적으로 委任을 받은 범위내에서 행정규칙을 제정할 수 있는 범위가 부여되어 있고, 집행명령의 경우에는 법률의 위임없이도 執行에 관한 사항을 규정할 수 있다. 헌법 제75조와 제95조에서 법규명령을 제정할 수 있는 규정을 제시한 점은 일차적으로는 법규명령의 제정범위와 한계를 명확히 하고 있는 점도 있으나, 다른 한편으로는 법률의 집행권을 가지는 行政府의 법규명령 제정권을 헌법적으로 명백하게 보장하고 있다고도 할 수 있다. 이는 바로 행정부도 기능적 권력분립의 원칙상 고유한 法規命令制定權이 허용된다는 것을 의미한다. 그러나 그렇다고 하여 행정규칙으로 제정할 수 있는 사안이 특별히 정하여져 있다고는 단정할 수 없다. 그렇다면 행정권의 고유한 권한은 行政規則을 독자적으로 정할 수 있다는 측면보다는 오히려 법률의 집행을 위하여 법규명령을 제정할 수 있는 권한에 있다고 할 수 있다. 이는 특히 議院內閣制의 권력구조를 채택하고 있는 헌법질서하에서의 행정부의 권한과는 달리 직접적인 민주적 정당성을 밀도있게 가지고 있는 大統領制下의 행정부에서는 어떠한 규율의 내용을 행정규칙으로 하고 어떠한 내용을 법규명령으로 하는가는 규범제정권자인 行政各部의 長官의 독자적인 판단에 있다고 할 수 있다. 그렇다면 행정각부장관이 법규명령으로 즉, 시행규칙으로 행정규칙으로도 제정할 수 있는 내용을 규정하였다고 하더라도 이는 구속력이 있는 법규범으로서 대외적으로 효력을 가지고, 법원도 이에 구속되어야 한다고 할 수 있다.<sup>17)</sup>

17) 자세한 내용은 박영도·이종영, 部令의 法的 性格에 대한 憲法的 檢討, 法制 1998.7. 61~74面 참조.

### Ⅲ. 委任立法의 制定節次

#### 1. 大統領令의 立法過程

대통령령의 입법과정은 정부내에서만 이루어지기 때문에 國會審議와 같은 절차는 없으며, ①성안→②관계부처와의 협의→③입법예고→④법제처심사→⑤국무회의 심의→⑥국무총리 및 관계국무위원의 副署를 거친 후 바로 대통령의 裁可를 받아 법제처가 행정자치부에 관보게재를 의뢰하여 官報에 게재함으로써 대통령령안이 大統領令으로 성립한다. 대통령령의 立法過程을 개관하면 다음과 같다.

##### (1) 立法計劃의 樹立

현재 우리 나라에서는 헌법상 규정된 立法節次의 개시에 이르기까지의 법령안의 계획수립과 초안작성은 법률에 의해서 規律되고 있지는 않다. 물론 행정각부 처내에서는 法令案의 작성, 준비작업의 공동처리 및 입법계획에 대한 일정한 지침 등이 존재하고 있으나, 制度化된 입법의 준비절차는 없다. 한편 정부에 있어서의 立法計劃의 수립에 관해서는 대통령령 제15602호로 “법제업무운영규정”을 마련하여 법률안·대통령령안 등 하위법령안에 대한 입법계획의 수립 및 정책결정과 입안·심의 및 공포 등 立法活動의 전과정에 대한 협조체계를 구성하여 효율적인 立法을 도모하고 있다. 우선 정부에서 추진하는 법령안의 입법계획을 총괄·조정하는 법제처장은 매년 각 중앙행정기관이 당해 연도에 추진할 법령안 입법계획의 작성방법·제출시기 기타 협조사항을 마련하여 전년도 12월 31일까지 중앙행정기관의 장에게 통보하며, 중앙행정기관의 장은 그 통보내용에 따라 당해 연도 주요업무계획 등의 추진에 필요한 법령안의 연간 입법계획을 마련하여야 한다(동규정 제5조 참조). 각부처의 입법계획에는 법령안별로 입법의 필요성, 내용요지, 추진일정, 입법에 따라 예상되는 문제점 등이 포함되어야 하며, 입법의 필요성과 관련하여 종전의 제도운영실태, 입법추진배경, 입법으로 얻어지는 효과와 관련단체 등의 입법의견이 있는 경우에는 그 의견을 명시하여야 하며 추진일정에는 입안시기, 관계기관과의 협의계획, 입법예고 및 공청회계획이 있는 경우에는 그 계획, 법제처 제출시기 및 시행예정일을 명시하여야 한다(동규정 제6조). 아울러 이러한 立法計劃을 수립함에 있어서는 관계기관과의 충분한 협의기간을 두도록 하고 법제처와의 충분한 심의기간이 확보될 수 있도록 하고 있

다(동규정 제7조제1항). 이러한 중앙행정기관의 장이 마련한 자체연간입법계획은 매년 2월말까지 法制處에 이를 제출하며, 법제처장은 제출된 입법계획을 종합·조정하여 국무회의에 이를 보고한 후 관보에 고시하고 컴퓨터통신 등을 통하여 국민에게 알리도록 하고 있다(동규정 제8조).

특히 법령안주관기관의 장은 국가정책을 적기에 실현하고 법령단계별로 유기적인 체계를 유지하기 위하여 법률의 시행을 위한 대통령령안·총리령안 및 부령안 등 下位法令案이 가능한 한 당해 법률안의 입안시 함께 성안될 수 있도록 하여야 하며(법제업무운영규정시행규칙 제8조), 공포와 동시 또는 공포후 1월 이내에 시행되어야 할 법률의 하위법령에 대하여는 당해법률안의 국회심의기간 중에 필요한 입법준비절차를 완료하는 등 하위법령이 법률시행과 동시에 시행될 수 있도록 충분한 사전준비를 하여야 한다(동시행규칙 제9조).

## (2) 草案의 作成

법률안은 주로 정부고위당국자나 政黨, 특히 여당의 정책적 지시에 의해서 입안된다. 한편 法律案의 개정은 감사원이나 각부 각부처의 요청 또는 관련단체, 이해관계인의 건의, 실무자·일선기관의 건의에 의해서 이루어지는 경우가 많다. 때로는 法院의 판결이나 憲法裁判所의 결정에 의해서 이루어지는 경우도 있으며, 헌법상 규정된 請願權行使에 의하여 입안되는 경우도 있다. 이와 같이 입안된 법률안이 국회의 의결을 거쳐 확정된 때 하위법규인 명령안 등이 작성된다. 命令案의 작성은 당해 사항에 관하여 立法情報를 가장 많이 확보하고 있는 소관부처의 주무부서가 실무자회의를 통하여 立案한다. 이 단계에서 命令案이 고도의 전문성·기술성을 요하는 경우에는 관련연구기관이나 단체에 用役을 주거나 委囑을 하는 수가 있으며, 전문가들로 팀을 구성하여 입안하기도 한다. 특히 여기에는 외국입법례의 조사, 관계인·전문가의 의견수렴, 實務者의 작업과 국·과장의 검토가 이루어지며 각부처의 法務擔當官이 최소한의 법기술적사항을 점검한다. 이와 같은 검토를 거친 후 命令案의 기초에 착수하며, 여기서는 특히 조문전체에 대하여 수평적·수직적인 체계·형식·자구에 대한 검토를 행한다.<sup>18)</sup> 이 때 작성된 草案은 관계기관·전문가 또는 이해관계인 등에 회람

18) “水平的 檢討”라 함은 조문의 내용·표현의 적합성·통일성여부, 용어의 통일, 誤字, 탈자 기타 字句上的 問題와 다른 법률과의 표현방식통일, 引用條文 등을 검토하는 것을 말하며, “垂直的 檢討”라 함은 憲法 기타 상하법령 상호간의 調和, 조문배열, 形式上的 일반원칙과 約束(基準)에의 適合性 등을 검토하는 것을 말한다.



시켜 그 의견을 들어 修正이 필요한 부분은 이를 보완하여, 기초작업을 마무리한 후 제안이유·주요골자 등을 명료하고 간략하게 정리하여 기술하는 등 법령안의 提案形式에 맞도록 성안한다.

(3) 關係部處와의 協議

제정·개정 또는 폐지법령안이 부처의 자체안으로 起草·成案되어 다른 행정기관과 협의를 필요로 하는 사항이 있는 경우에는 立法豫告를 하기 전에 먼저 협의를 거쳐야 한다. 이 경우 법령안 주관기관의 장은 법령안의 입안초기단계부터 관계기관의 장과 협의하여야 하며, 법령안을 입안한 때에는 당해 법령안의 내용을 관계기관의 장에게 송부하여 그 의견을 들어야 한다(법제업무운영규정 제11조). 법령안에 대한 의견회신기간은 10일이상이 되도록 하여야 하며, 다만 법령안을 긴급하게 추진하여야 할 사유가 발생하는 등 특별한 사정이 있는 경우에는 법제처장과 협의하여 의견회신기간을 단축할 수 있다. 이러한 관계부처와의 협의는 立法過程이나 공포후 법령을 집행하는 과정에서 비로소 부처간의 의견이 노출되어 立法過程이 원활하지 못하거나 집행상에 애로가 발생하는 것을 방지하기 위한 事前措置라고 할 수 있기 때문에 매우 중요한 절차이다. 특히 그 입안에 즈음하여 관련부처와 사전협의하도록 되어 있는 사항은 다음과 같다.

협 의 사 항	협 의 내 용	근 거
예산 및 회계에 관한 법령의 협의	예산에 관한 법령은 기획예산처, 회계에 관한 법령은 재정경제부장관과 협의하도록 함	예산회계법 제111조
회계관계법령제정·개폐에 대한 의견을 구하는 일	국가의 각기관은 국가의 회계관계법령을 제정하거나 개폐하고자 할 때, 국가의 현금·물품 및 유가증권의 출납부기에 관한 법령을 제정하거나 개폐하고자 하는 때에는 미리 감사원의 의견을 구하도록 함	감사원법 제49조제1항
경쟁제한을 내용으로 하는 법령의 제정등 협의	관계행정기관의 장이 경쟁제한사항을 내용으로 하는 법령을 제정 또는 개정하거나 사업자 또는 사업자체에 대하여 경쟁제한사항을 내용으로 하는 명령 또는 처분등을 하고자 하는 때에 미리 공정거래위원회와 협의하도록 함	독점규제및공정거래에관한법률 제63조

第3章 우리나라의 委任立法의 理論과 實際

협 의 사 항	협 의 내 용	근 거
규제의 신설·강화시 규제 개혁위원회의 심사를 요청	중앙행정기관의 장은 규제를 신설 또는 강화하는 법령을 제·개정하고자 하는 경우 규제개혁위원회의 심사를 요청하여 그 결과를 통보받아야 함	행정규제 기본법 제10조
법령으로 규정되는 서식의 승인	법령으로 규정되는 서식은 그 법령의 제정 또는 개정전에 행정자치부의 승인을 얻도록 함	사무관리규정 제74조제1항및 행정권한의위임 및위탁에관한규정 제17조제1호
보고의 의무를 규정하는 법령의 사전협의	각 중앙행정기관이 법령으로 보고의 의무를 부과하고자 하는 때에는 미리 행정자치부장관과 협의하도록 함	사무관리규정 제46조
벌칙에 관한 사전협의	법률안에 벌칙을 규정하는 경우에 미리 법무부장관과 협의하도록 함	차관회의 결정사항
예산을 수반하는 법령	그 소요예산에 관하여 미리 기획예산처장관과 협의하도록 함	
기 타	개별법령에서 관계기관의 사전협의, 합의, 의견을 구하도록 한 때에는 이에 따른 절차를 거치도록 함	

(4) 立法豫告

입법예고제도는 국민의 일상생활과 직접 관련되는 法令案에 대해 이를 국민에게 예고하여 국민의 입법참여기회확대·입법의 民主化 및 법령의 實效性을 높이려는 취지에서 마련된 제도로서, 특히 학사제도·공중위생·환경보전·농지 기타 토지제도·국토 및 도시계획·건축·도로교통·행정심판·국가시험·정보화관련제도 기타 국민의 권리·의무 또는 다수 국민의 일상생활과 관련되는 분야의 사항에 대한 명령안의 경우에는 반드시 이를 立法豫告하도록 규정하고 있다(법제업무운영규정 제14조). 다만 이러한 법령안에 있어서도 긴급을 요하는 경우, 입법내용의 성질 기타 사유로 예고의 필요가 없거나 곤란하다고 판단되는 경우, 상위법령의 단순한 집행을 위한 경우 및 예고함이 공익에 중대

한 영향을 미치는 경우에는 입법예고를 행하지 아니할 수 있다(행정절차법 제41조제2항). 한편 법령안 주관기관의 장은 입법추진중인 법령안이 예고대상 법령안이 아니라 하더라도 필요하다고 인정되는 경우에는 그 법령안을 입법예고할 수 있다(동규정 제14조제2항). 立法豫告는 당해 법령안의 제안을 주관하는 행정청이 예고하며(동법 제41조제1항), 입법예고의 대상법령임에도 입법예고를 하지 아니하는 경우에는 법제처장은 당해 행정청에 대하여 입법예고를 권고하거나 직접 입법예고를 할 수 있다(동법 제41조제3항). 입법예고대상인 법령안이 다른 기관과의 협의를 필요로하는 것인 경우에는 그 협의를 한 후에 입법예고를 하여야 한다(동규정 제16조제4호).<sup>19)</sup>

立法豫告의 방법으로는 법령안의 입법취지·주요내용 또는 전문을 관보·공보 또는 신문·방송·컴퓨터통신 등의 방법으로 하며(동법 제41조제1항), 필요시에는 당해 법령안의 내용에 관하여 직접적인 이해관계가 있다고 인정되는 단체 기타의 자에게 예고사항을 개별적으로 통지할 수 있다(동법 제41조제2항).<sup>20)</sup> 또한 입법안에 대하여는 관계전문가 또는 일반인이 참석하여 토론을 하는 공청회를 개최할 수 있다(동법 제45조). 立法豫告期間은 예고시에 정하며 특별한 사정이 없는 한 20일이상으로 한다. 다만 법령안 주관기관의 장은 법령안을 긴급하게 추진하여야 할 사유가 발생하는 등 특별한 사정으로 인하여 입법예고기간을 20일미만으로 하고자 할 경우에는 법제처장과 협의하여 그 기간을 단축할 수 있다(동규정 제14조제4항). 또한 이해관계인은 누구든지 예고된 法令案에 대해 의견을 제출할 수 있으며, 法令案主管機關의 長은 의견접수 기관·의견제출기간 등을 당해 입법안을 예고할 때 함께 공고한다(동법 제42조제2항). 법령안 주관기관의 장은 입법예고결과 제출된 의견을 검토하여 법령안에의 반영여부를 결정하고 그 처리결과 및 처리이유 등을 지체없이 의견제출자에게 통지하여야 하며, 제출된 의견은 이를 분석·정리하여 중요한 사항에

19) 이는 정부에서 政策에 관한 合意가 이루어져 확정된 내용을 국민에게 알려야 한다는 취지에서 설정된 것이나, 그러나 정책에 관한 최종합의는 國務會議에서 이루어지기 때문에 입법예고후에도 그 내용이 달라질 수 있고 또한 法制處의 심사과정에서도 법리적인 이유로 수정되는 경우가 많기 때문에 위와 같은 취지를 충분히 살리기 어려운 점이 있다.

20) 立法豫告가 일반국민의 접근도가 낮은 대부분 官報에 의하여 행해지고 있는 현실을 감안하여 중요법령안에 대한 豫告效果를 높이기 위하여 법제처장은 법령안의 내용이 국가의 중요정책이나 국민생활에 중대한 영향을 미치는 사항을 포함하고 있어 국민에게 이를 널리 예고할 필요가 있는 경우에는 예산의 범위안에서 日刊新聞에 유료광고를 게재하고 있다(동규정 제15조제3항).

대하여는 그 처리결과를 대통령안의 경우에는 국무회의상정안에 첨부하고, 총리령안·부령안의 경우는 법제처에 제출하여야 한다(동규정 제18조) 21)

(5) 規制改革委員會의 審査

행정규제기본법(법률 제5368호)에서는 불필요한 규제를 폐지하고 새로운 규제의 창설을 억제하는 여러 가지 사항을 규정하면서 이를 실효성있게 하기 위하여 대통령소속하에 規制改革委員會를 설치하고, 중앙행정기관의 장이 규제를 신설 또는 강화하고자 할 경우 동위원회의 사전심사를 받도록 하고 있다. 특히 동법 제16조제2항에서는 "중앙행정기관의 장은 法制處長에게 신설 또는 강화되는 규제를 포함하는 法令案의 심사를 요청할 때에는 당해 규제에 대한 위원회의 심사의견을 첨부하여야 한다. 법령안을 국무회의에 상정하는 경우에도 또한 같다"라고 규정하고 있다. 이에 따라 모든 법령안은 법제처심사전에 規制의 신설·강화사항의 포함여부와 신설·강화된 내용에 관하여 규제개혁위원회의 심사절차를 거쳐야 하며, 法制處에서는 차관회의 내지 국무회의 상정안건에 그 내용을 표기 또는 첨부하도록 하고 있다.

(6) 法制處審査

① 法令案의 接受

정부의 법제기구인 법제처에서는 법령안심사업무가 그 업무의 주축을 이루고 있다. 법령안은 일반문서와 같이 법제처총무과의 서무담당이 접수한다. 법령안 심사의뢰공문은 大統領令案의 경우에는 "○○대통령령안을 심사하여 국무회의에 상정하여 주시기 바랍니다"라는 문구를, 總理令案과 部令案의 경우에는 "○○총리령안(부령안)을 심사하여 주시기 바랍니다"라는 문구를 사용한다. 접수 담당자는 법령안이 소정의 형식에 따라 작성되어 있는지를 확인하고, 대통령령안·총리령안 및 부령안의 경우 각 5부의 법령안이 첨부되어 있는지를 확인한 후 접수된 법령안을 제안부처의 심사의뢰공문과 함께 법제행정담당관실의 법령

21) "입법예고의 결과 제출된 국민들의 立法意見을 보면 조세감면등 자신에게 유리한 입법을 요구하는 사례가 많은 바, 이를 일일이 들어줄 수는 없고 대국민적인 관점에서 판단하여야 할 경우가 대부분이다. 그러나 立法豫告를 통하여 정책결정자가 미처 파악하지 못했던 정보를 입수할 수 있고 입법으로 영향을 받게 될 국민들의 불만을 생생히 전달 받을 수 있기 때문에 입법예고의 가치를 과소평가할 수 없다". 法制處, 法制處五十年史, 1998, 337面 참조.

담당에게 인계한다. 法令擔當은 심사의뢰공문에 법령안 1부를 첨부하여 선람절차를 취하고 나머지 법령안은 주심법제관에게 인계한다. 주심법제관은 선람시처장이 지정함을 원칙으로 하되, 특별한 지시가 없는 한 법제관별 업무분장에 따라 법령담당이 심의명령서의 담당자란에 주심법제관을 기입한다. 선람은 처장·차장·담당국장의 순으로 진행하고, 선람이 끝난 심의명령서는 국장실에서 主審法制官에게 인계한다.

② 法令案의 形式審査 및 豫備審査

주심법제관이 심의명령서를 인계받은 때에는 우선 소관사항, 예산확보 기타 필요한 조치여부, 관계부처와의 합의여부를 검토하여 形式 또는 提案이나 요구사항에 흠이 있는 법령안은 이를 보완 또는 반려하는 조치를 취한다(형식심사). 주심법제관은 법령안의 형식심사를 한 후 요건을 갖춘 법령안에 대하여는 憲法과 기타 상위법령과의 관계, 법체계상의 문제, 입법선례와의 비교, 외국입법례와의 비교·검토를 한 후 문제점이 있을 때에는 문제점에 대하여 합의법제관<sup>22)</sup> 및 관계자와 의견을 교환하고, 문제점에 대한 설명자료 및 대안을 준비 “법령안사전검토보고서”를 작성하여 주무국장과 차장을 거쳐 처장에게 보고하고, 處長의 결심을 받은 후에 제안부처에 의견을 표시하여 문제의 해결방안을 모색하도록 한다(예비심사). 또한 법령안의 예비심사과정에서의 법령의 중별로 합의법제관, 법제처파견검사와의 의견교환, 합의심사제<sup>23)</sup>가 활용된다.

22) 합의법제관제도는 주심법제관이 법령안심사보고서 特定業務分野와 관계있는 사항에 대하여 당해분야의 담당법제관의 의견을 들어 법령안심사의 완벽을 기하기 위한 제도로서, “법령심의상합의법제관결정기준(법제처예규 제6호)”에 규정되어 있다. 즉, 합의법제관지정은 處長이 행함을 원칙으로 하되, 필요에 따라 次長·법제국장순으로 행할 수 있으며, 그외에는 ①국가행정조직에 관한 법령은 관련부처 담당법제관 ②공무원의 인사·보수 등에 관한 법령은 행정자치부 담당법제관 ③정부투자기관관리·회계 및 예·결산에 관한 법령은 재정경제부 담당법제관 ④지방자치단체 및 기타 지방행정에 관한 법령은 행정자치부 담당법제관 ⑤토지의 수용·사용 등에 관한 법령은 건설교통부 담당법제관 ⑥조약은 그 내용별로 상지구분에 따른 담당법제관의 합의를 받는다.

23) 합의심사제란 법제업무의 효율적 처리와 신중을 기하기 위하여 마련된 제도로서, 합의심사제의 효율적 운영을 위하여 법제합의부와 합동심사회로 구분하여 운영하고 있다. ① 법제합의부란 후술하는 合同審査會에 상정되지 아니한 법률안·대통령령안·총리령안·부령안 중에서 법제국장이 상정 결정한 법령안의 예비심사를 위하여 국단위로 국장 및 국법제관으로 구성하며, 회의는 해당 국장이 주재하되 사고가 있을 때에는 先任法制官이 그 직무를 대행하고 각 국장은 그 소속 법제관, 서기관 또는 행정사무관으로 하여금 법제합의부의 회의에 적극 참여·협조하도록 하여 법령안심사의 자세와 기술을 터득하도록 하고 있다. ②합동심사회란 처장 또는 차장이 상정지시한 법률안 및 擔當法制官의 상

③ 法令案의 本審査

법령안의 예비심사를 마친 후 또는 豫備審査와 병행하여 법령안의 본심사를 진행한다. 본심사에서는 조문의 축조검토, 上位法令에 저촉되는 사항의 수정·삭제 및 대안의 준비, 다른 법령과의 중복되는 사항의 수정·삭제 및 대안의 준비, 실효성이 없는 조항의 삭제 및 대안의 준비, 적용범위·필요조건·다른 법령과의 관계를 검토한 후 미비점의 보충 및 代案을 준비하고, 이상 검토한 문제점과 대안에 대하여 합의법제관·소관국장 및 법령안제안부처의 실무자와 의견교환을 하고 조정하여 해결방안을 모색하며 중요한 사항은 미리 결재권자와 수시로 의견을 교환하여 문제점을 보완한다.

④ 審査案의 作成

법령안에 대한 본심사가 종료되면 主審法制官이 결재안을 작성한다. 주심법제관은 법령입안심사기준에 따라 법령의 종류 및 법령명을 결정하고, 장·절·조문의 체제조정을 하며, 법령용어 등을 통일조정하여 법령안을 작성하여 결재 준비를 한다. 또한 주심법제관은 결재안과 함께 따로 주심법제관이 심사중의 문제점 및 그 해결여부를 기재한 審議經過報告書를 작성하여 결재권자의 판단 자료로 제공한다. 심의경과보고서에는 제안부처안중 수정 또는 첨삭된 사항중 중요사항, 일응 문제가 있는 것으로 보이나 제안부처안과 같이 결재를 올리는 사항, 기타 결재권자에게 보고할 필요가 있다고 생각되는 사항을 조문순서별로 개조식으로 기술한다. 심의경과보고서는 3부를 작성하여 1부는 결재안과 함께 결재를 올리고, 나머지 2부는 법제행정담당관실의 법령담당과 법제기획담당관실에 각 1부를 제출하여 법령안 심사기준의 작성에 참고가 되도록 하고 있다.

⑤ 審査案의 決裁

주심법제관은 심사안이 작성되면 국장, 차장, 처장순으로 결재를 올린다. 법령안중 중요한 문제점은 예비심사와 본심사과정에서 미리 충분히 意見交換을 하여 내용을 조정하나 결재과정에서 이를 다시 확인하고, 주심법제관이 미처

---

정견의에 대하여 법제국장이 상정결정한 법률안을 심사하고 법제기획관·각 법제국장·법제관·처장 또는 차장이 지명하는 자로 구성한다. 합동심사회에 상정할 안건의 담당법제관은 당해 법령안의 주요심사사항을 기재한 서면을 작성하여 법제행정담당관실에 제출하여야 하고, 법제행정담당관은 이를 회의개최 3일전까지 회의참석자에게 사전 배부하며 합동심사회의 구성원은 회의전에 안건을 豫備檢討하여 회의에 참석한다. 회의는 처장 또는 차장이 주재하되, 사고가 있을 때에는 法制企劃官이 그 직무를 대행하도록 하고 있으며, 합동심사회의 서무는 법제행정담당관이 담당하도록 하고 있다.

착안하지 못한 사항을 다시 검토·보완시키며 자구·구두점·체제·표현을 통일시켜 완전한 법안이 되도록 한다. 실·국장이 결재안에 대하여 의견이 있을 때에는 별지에 의견을 기술하여 결재권자의 판단의 참고자료로 제공한다. 결재 과정에서 특기할 사항은 법령안중 大統領令案으로서 관계기관간에 합의가 되지 아니하는 사항이나 입법상 문제가 있는 것으로 법제처에서 해결되지 아니하는 사항에 대하여는 국무회의상정안건의 “주요토의과제”란에 법제처의 의견을 제시하도록 되어있다.

⑥ 國務會議上程案件의 作成 및 送付

처장의 결재를 얻은 대통령령안의 심사보고서는 주심법제관이 이를 확인한 후에 법제행정담당관실 법령담당에게 인계하여 법령담당이 심사보고서에 따라 국무회의상정안건용 유인물을 인쇄의뢰한다. 法令擔當은 인쇄된 유인물의 부수를 확인한 후 유인물중 1부에 “원본대조필”인을 찍어 심사보고서와 함께 주심법제관에게 인계하여 유인물의 착오여부를 확인한다. 주심법제관실에서는 심사보고서와 유인물을 대조하여 유인물에 착오가 있는 경우에는 당해 부분을 정정하고, 유인물의 겉표지에 착오가 있는 면수를 기재하고 “원본대조필”란에 서명한 후 이를 법령담당에게 인계하며, 법령담당은 유인물의 착오부분을 정정한 후 국무회의상정안건으로 이를 行政自治部로 송부한다.

한편 部令案은 처장의 결재를 얻은 후 주심법제관이 검토한 후 본문의 사본 1부를 작성하여 법제행정담당관실 법령담당에게 인계하고 법령담당은 이를 부령안회시부에 기입하고 부령안심의통보서에 첨부하여 제안부처에 이송한다. 총리령안은 법제처가 공포절차를 취해준다.<sup>24)</sup>

(7) 次官會議·國務會議 審議와 大統領의 裁可

법제처의 심사가 완료된 법령안은 우선 차관회의에 상정한다. 次官會議는 각 부·처·청간의 협조를 긴밀하게 하며 國務會議에 제출된 의안과 국무회의로부터 지시받은 사항을 심의한다.<sup>25)</sup> 차관회의에서 가결된 의안은 그 議決結果를

24) 法制處의 法令審査期間은 법령종별 및 내용, 분량 등에 따라 다르기 때문에 이를 일률적으로 말할 수는 없으나, 법제처에서 1년동안 처리하는 법령안수를 법제관수로 나누어 보면 1인당 평균 5일에 1건을 처리하는 것으로 되어있다.

25) 次官會議는 국무조정실장과 각 부의 차관으로 구성하고 국무조정실장이 의장이 된다. 또한 중요 직위에 있는 公務員은 수시로 배석하게 할 수 있으며 법제처차장은 법령안 및 조약안이 상정되는 차관회의에 배석한다(차관회의규정 제2조, 제4조 참조).

첨부하여 국무회의에 상정하고 否決된 의안은 국무회의에 상정하지 않도록 하되, 부결이유를 명시한 審議意見을 의안에 첨부한 경우에는 이를 국무회의에 상정할 수 있도록 하고 있다(차관회의규정 제6조). 차관회의 또는 국무회의에서는 수정안을 제출하거나 수정의결할 수 있는데 수정안과 수정의결내용도 법제처의 심사를 거치도록 하고 있다. 차관회의 개최전에 제출된 차관회의수정안이 차관회의에서 이의없이 통과된 경우에는 제목만 차관회의수정사항으로 바꾸어 당해법령안과 함께 국무회의에 상정하며, 차관회의에서 수정안에 대하여 수정의결을 한 경우에는 담당법제관이 이를 보완 또는 재작성하여 법제처장의 결재를 얻은 후 차관회의수정사항으로서 당해법령안과 함께 국무회의에 상정한다.

國務會議은 대통령·국무총리 그리고 국무위원으로 구성되는 합의제적 기관 또는 회의체기관으로서 정부의 권한에 속하는 중요 정책을 심의하는 憲法上的 審議機關이다. 따라서 정부의 권한에 속하는 중요정책은 이 심의기관의 심의를 거쳐야 비로소 수립할 수 있고 거기에 의거하여 行政權의 行使도 가능하게 된다. 국무회의의 議案은 의결사항과 보고사항으로 구분하여 늦어도 그 의안을 상정할 차관회의의 개최일 3일전까지 행정자치부에 제출하되 법률공포안·헌법 제89조제16호(검찰총장 등 주요공무원과 국영기업체의 관리자임명에 관한 사항)에 관한 의안과 긴급한 의안인 경우에는 例外를 인정한다(국무회의규정 제3조제4항). 國務會議의 심의에서 법령안의 내용상 중대한 사항에 대한 검토가 다시 이루어지며 이 과정에서 법령안의 내용이 수정 또는 國會提出이 보류되는 경우도 있다.<sup>26)</sup> 국무회의의 幹事(행정자치부 의장국장)는 국무회의록을 작성하며 행정자치부장은 이를 대통령에게 보고하고, 국무총리·국무위원 및 배석자에게 송부한다(동규정 제11조). 국무회의를 통과한 법령안은 國務總理와 관계국무위원의 副署를 받아 대통령에게 이송한다.<sup>27)</sup>

26) 國務會議은 구성원과반수의 출석으로 개의하고 출석구성원 3분의 2이상의 찬성으로 의결하도록(국무회의규정 제6조) 규정하고 있으나, 실제에 있어서는 滿場一致制와 유사하게 운영하고 있다. 그리고 國務委員이 국무회의에 출석하지 못할 경우에는 그 부의 차관이 代理하여 출석하며 대리출석한 차관은 관계의안에 관하여 발언할 수는 있으나 表決에는 참가할 수 없도록 하고 있는 바(동 규정 제7조), 실제로 表決節次를 거치는 경우는 없고 대리 출석한 차관이 법령안에 의견을 제시한 경우에는 그 부처의 의견으로 보아 議決을 保留하는 것이 일반적이다.

27) 법제처 법제행정담당관실에서는 大統領의 裁可를 받을 문서를 미리 작성하여 행정자치부 의정과에 제출하여 國務會議에 배포함에 따라 관계국무위원의 부서는 일반적으로



## (8) 公布

법령의 公布에 관해서는 “법령등공포에관한법률”에서 규정하고 있다. 동법의 적용대상에는 대통령령·총리령 및 부령도 포함된다. 법령에 대하여는 공포문에 전문을 붙이도록 하고 있는데, 대통령령의 전문에는 國務會議의 심의를 거친 뜻을 기재한다. 기타 대통령의 서명, 대통령인의 압날, 일자의 명기, 국무총리와 관계국무위원의 부서외에 대통령령·총리령 및 부령은 각각 법령번호를 붙여 공포하도록 하도록 하고 있다. 실무적으로는 大統領의 재가를 받은 법령안은 법제처에서 행정자치부에 관보게재를 의뢰하고 행정자치부에서 법령을 관보에 게재함으로써 공포가 이루어진다.

## 2. 總理令·部令의 立法過程

총리령과 부령은 각각 國務總理 및 各部長官의 헌법상 권한에 기초하여 발령되는 것으로서 차관회의나 국무회의를 거치지 아니한다. 總理令에 있어서는 국무총리 소속기관인 법제처·국가보훈처·공정거래위원회·금융감독위원회·비상기획위원회가 소관 總理令案을 기초하여 관계기관과의 협의, 입법예고와 규제개혁위원회의 심사절차를 거친 후 법제처심사와 국무총리의 결재를 받은 후 법제처가 행정자치부에 법제처 심의필증을 붙여 관보 게재를 의뢰하여 관보에 게재함으로써 성립한다. 部令에 있어서는 주무부처에서 부령안을 작성한 다음 관계부처가 있으면 관계부처와의 협의 등 사전절차를 거쳐 법제처의 심사를 거쳐 주무부장관이 행정자치부에 법제처심필증을 붙여 관보게재를 의뢰함으로써 이를 공포한다. 공동부령안은 법제처의 심사를 거쳐 각 주무부장관별로 이를 공포한다.

## IV. 委任立法의 範圍와 限界

국민의 자유와 권리는 국민의 대표로서 구성된 國會에서 法律로 정하여야 한다는 당위성과 실제적으로는 행정부에 위임하여 명령으로 그 내용을 규정할 수밖에 없는 현실적 여건을 어떻게 조정할 것인가의 문제가 委任立法의 範圍와

---

국무회의 석상에서 이루어지며, 법제처 법제행정담당관실이 관계국무위원이 부서한 재가 문서를 회수하여 國務總理秘書室에 접수시키면 국무조정실의 담당조정관실을 거쳐 국무총리의 부서후 국무총리비서실에서 청와대 총무비서실로 이송한다.

限界의 문제라고 할 수 있다. 이에 대하여 헌법은 제75조에서 “법률에 구체적으로 범위를 정하여”라고 규정하여 委任立法의 범위와 한계를 설정하고 있다. 우리 헌법이 포괄적 위임을 허용하지 아니하고 개별적으로 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 경우만을 인정한 것은 委任立法의 필요에 응하면서 법률에 미리 위임입법으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 정하여 두기 위한 것이다. 그러나 과연 위임입법의 근거법률인 수권법은 어느정도 구체적으로 範圍를 정하여야 할 것인가, 또는 그 基準은 모든 종류의 위임입법에 일률적으로 적용될 수 있는 보편적인 내용을 가지는 것인가에 대하여 헌법규정은 명확한 지침을 제시하지 않고 있다. 따라서 실제로 적용가능한 위임의 범위와 한계를 어떻게 설정할 것인가라는 점에 관하여 논의가 제기되고 있다.

### 1. 受任機關의 特定

위임입법을 허용하는 경우 國會는 법률에서 수임기관을 특정하여 입법권을 위임하여야 한다. 즉, 법률에서 “……은 大統領令으로 정한다” 또는 “……은 部令으로 정한다”라는 형식으로 수임기관을 반드시 특정하여 규정하여야 하며, 특히 법률에서 어떠한 사항을 주무부장관에게 위임하는 경우에는 그 형식을 지정하여 “……은 ○○部令으로 정한다”라고 하여야 한다. 따라서 법률에서 특정 부처의 부령으로 위임한 사항을 다른 부처의 부령으로 규정한 경우에는 母法이 규정한 부령의 소관사항을 무시한 것이므로 모법규정에 저촉되어 무효라고 할 수 있다. 또한 입법실무적으로 종전에는 법률의 補則 또는 罰則規定 앞에 “시행령”이라는 제목을 두고 “이 법 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다”라고 규정하는 사례가 많았으나, 법률에서 이와 같이 규정하지 않더라도 헌법 제75조의 규정상 불필요한 규정이므로 두지 않는 것이 타당하다.<sup>28)</sup>

### 2. 國會의 專屬的 立法事項의 委任禁止

위임의 한계에 관한 일반론으로서 憲法이 국회의 전속적 입법사항으로 하고 있는 것에 관하여는 위임할 수 없다는 점에 대하여는 이론이 없다. 憲法裁判所에서도 “법률로 규정하여야 할 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 경우에 일반적이고 포괄적인 위임을 허용한다면 이는 사실상 입법권을 백지 위임하

28) 法制處, 법령입안심사기준, 1996, 73面.

는 것이나 다름 없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 아무런 제한없이 행하여지는 행정권의 자의로 말미암아 기본권이 침해될 위험이 있다<sup>29)</sup>라고 하여 이를 전면적으로 부인하고 있다. 예컨대 適法節次와 罪刑法定主義를 규정한 헌법 제12조, 租稅法律主義를 규정한 헌법 제59조 또는 행정조직법정주의를 규정한 헌법 제96조 기타 헌법규정에 “법률이 정하는 바에 의하여”, “법률로 정한다”, “법률에 저촉되지 아니하는 범위내에서” 또는 “법령의 범위안에서” 등과 같은 형태로 규정한 것은 법률유보 내지 법률사항에 해당하는 것으로서 위입입법이 허용되지 아니한다.<sup>30)</sup>

### 3. 具體的으로 範圍를 정한 委任

#### (1) 具體的 範圍의 意味

委任의 限界와 관련하여 헌법상 “법률에 구체적으로 범위를 정하여”라는 규정의 의미에 관하여 논의방법에 관하여 약간의 차이가 있으나<sup>31)</sup>, 헌법 제75조의 규정이 위입입법의 일반적 한계를 제시한 것으로서 一般的·포괄적 위임을 금지하는데 그 취지가 있다는 점에 대하여는 이론이 없다. 한편 憲法裁判所에서는 “법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 됨으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, 구체적으로 범위를 정하여야 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미”한다라고 판시하고 있다.<sup>32)</sup>

#### (2) 具體性的의 判斷 및 程度

구체성의 判斷에 관하여 憲法裁判所는 “이러한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계

29) 相續稅法 제8조의2제6항 違憲訴願(1998.3.26. 96헌바57).

30) 憲法裁判所, 前揭書, 29面.

31) 이와 관련한 자세한 내용은 洪準亨, 委任立法의 限界, 考試界 1996.12., 32~34面 참조.

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

적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상 법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다. 따라서 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임의 한계를 일탈하지 아니한 것으로 판단되어야 할 것이다<sup>33)</sup>”라고 하고 있다. 당해조항이 위임명령에 위임하는 사항의 범위를 명시적으로 특정하지 않았다 하더라도 관련 법률전체의 立法動機와 입법목적, 연혁등을 고려하여 위임의 範圍와 限界를 인정할 수도 있을 것이다. 또한 이와 같은 위임입법의 구체성, 명확성의 요구程度는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 憲法裁判所에서는 “특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성, 명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성, 명확성의 요건이 완화되어야 할 것이다<sup>34)</sup>”라고 판시하고 있다. 또한 수범자를 기준으로 一般人이 아닌 해당분야의 전문가들인 경우에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화될 수 있다고 본다.<sup>35)</sup>

### (3) 部令의 具體性

헌법은 委任命令으로서의 부령을 인정하고 있는 바 제75조의 규정상 대통령의 경우에는 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임하도록 규정하고 있으나, 部令의 경우에는 아무런 제한이 없어서 이를 어떻게 이해할 것인가가 문제된다. 이와 관련하여 ①委任立法은 자주입법이 아니라 타율적 입법인 바, 위임자가 정해진 범위내에서 입법을 하는 것이 논리적이고 ②무제한의 委任은 위임자가 갖는 원래의 입법권의 포기를 뜻하게 되며 ③部令의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 보다 용이한 점을 고려할 때 대통령령에 가해지는 헌법상 제한은 부령에도 당연히 적용된다고 새기는 것이 국민의 권익보호에 합당하다고 한다.<sup>36)</sup>

33) 都市計劃法 제92조제1호 등 違憲提請(1994.7.29. 93헌가12).

34) 土地超過利得稅法 제10조 등 違憲訴願, 土地超過利得稅法 제8조 등 違憲訴願(1994.7.29. 92헌바49, 52 병합).

35) 洪基宗, 委任立法의 限界, 法院圖書館(編), 憲法問題와 裁判(中), 裁判資料 제76집(1997), 138面 참조.

36) 洪井善, 委任命令의 根據와 限界, 月刊考試 1993.12., 183面.

## 4. 罰則規定의 委任

벌칙규정의 위임과 관련하여 學說은 대체로 모법에서 범죄구성의 구체적 기준을 정하여 위임하고 刑罰의 상하한을 정하여 위임하는 것은 허용된다고 보고 있다.<sup>37)</sup> 憲法裁判所에서도 “위임입법에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이지만 법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률(형식적 의미)에 의한 처벌을 특별히 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직스럽지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것 이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상하한과 폭을 명백히 규정하여야 한다”라고 판시하고 있다.<sup>38)</sup>

## 5. 租稅法規의 委任

조세법률주의와 관련하여 헌법 제59조 및 제38조의 원칙에서 租稅에 관한 기본적인 사항은 법률에 의해서만 규율되어야 하며 따라서 법률로써 정하여야 할 사항을 행정입법에 위임하는 것은 위헌이라고 보는 것이 학설과 판례의 지배적인 견해이다. 憲法裁判所에서도 “위임의 명확성의 요건이 완화될 수 있는 경우에도 국민주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안된다고 해석되므

37) “①犯罪構成要件의 측면에 있어서는 구체적, 객관적으로 行爲類型을 법률로 명시적으로 규정해 놓고, 이를 좀더 세부적으로 구체화하기 위한 내용의 위임만이 허용된다. ②處罰限度에 대해서는 최고한도에 대해서 法律이 명시해 놓고, 그 한도내에서 위임하는 경우에만 가능하다”, 柳至泰, 行政法新論, 신영사 1997, 203면.

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

로, 국민의 기본의무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관한 사항에 대하여는 조세법률주의의 원칙상 가능한 한 법률에 명확하게 규정되어야 하고 이와 같은 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 데에는 일정한 한계가 있는 것이다"라고 일관되게 판시하고 있다.<sup>39)</sup>

## 6. 再委任

재위임과 관련하여 법령에 의하여 위임받은 사항을 하위법령에 白紙委任하는 것은 실질적으로 수권법의 내용을 변경하는 것이 되기 때문에 이를 허용할 수 없으나, 위임받은 사항에 관한 大綱을 정하여 재위임하는 것은 무방하다고 보고 있다.<sup>40)</sup> 憲法裁判所에서도 "법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 '위임받은 권한을 그대로 다시 위임할 수 없다'는 복위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 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 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다"<sup>41)</sup>라고 판시하고 있다.

## V. 委任立法의 統制

### 1. 國會에 의한 統制

우리 국회에서의 委任立法에 대한 통제는 실제로 직접적인 통제라기 보다는 間接的인 統制가 주류를 이루고 있다. 간접적 통제로는 헌법상 국회가 行政府에 대하여 가지는 국정통제수단의 행사에 의하여 간접적으로 행해지는 경우(국정감사 및 조사권, 국무총리등에 대한 질문, 해임건의권, 탄핵소추 등)와 國會法 등의 규정에 의하여 행해지는 경우(공청회등의 개최, 본회의 또는 상임위원회에서의 질의·토론, 법제사법위원회에서의 법안심사 등)가 있다. 그러나

39) 相續稅法 제8조의2제6항 違憲訴願(1998.3.26. 96헌바57).

40) 朴鈞焄, 前揭書, 220面.

41) 風俗營業의 規制에 關한 法律 제2조제6호 등 違憲確認(1996.2.29. 94헌마213).

이들 통제수단은 위임입법에 대한 실질적인 통제수단이라고 하기에는 미흡한 점이 많다. 이를 보완하기 위하여 국회법 제98조의2에서는 “중앙행정기관의 장은 법률에서 委任한 事項이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령 및 훈령·예규·고시등 행정규칙이 제정 또는 개정된 때에는 7일 이내에 이를 國會에 送付하여야 한다”라고 하여 위임입법에 대한 유효한 통제장치를 새로이 규정하였으나, 규정자체에서 보는 것처럼 송부하면 족하도록 되어 있으며 그 이후에 대한 아무런 制度的 節次가 설정되어 있지 않기 때문에 사실상 유효하게 기능할 수 있는 제도라고는 볼 수 없다. 다만 행정부의 측에서 본다면 그동안 위임입법에 대한 아무런 통제장치가 없이 행해지고 있던 관행에서 동규정에 의하여 국회에 송부하는 절차가 마련되어 있으므로 위임입법의 제개정시 종래의 관행에서 벗어나 내용을 다시한번 재검토하거나 소정의 절차를 완비하는 등 심리적인 효과는 있을 것으로 본다.

## 2. 行政府에 의한 統制

행정부에 의한 통제수단은 일반적인 行政監督權으로서의 지휘·감독권의 행사에 의한 통제장치외에 개별법령에서 의견제출 또는 공청회·청문 등의 규정, 행정절차법 및 법제업무운영규정에 의한 공청회·청문, 입법예고등의 절차규정과 앞서 살펴본 바와 같이 행정규제기본법에 의하여 규제영향분석 및 심사, 규제와 관련한 의견제출 등의 절차적 규정이 마련되어 있다. 아울러 정부입법의 총괄적 심사기구인 법제처를 통한 심사등의 제도적 장치가 마련되어 있다.

## 3. 法院에 의한 統制

우리 헌법은 제107조제2항에서 명령·규칙이 憲法이나 法律에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 대법원이 이를 최종적으로 심사할 권한을 가지고 있음을 규정하고 있다. 따라서 우리의 경우 委任立法의 위헌·위법성은 재판의 전제가 되는 경우에 한하여 당해사건의 심판을 위한 선결문제로서 다루어질 수 있을 따름이다. 行政處分의 근거가 된 행정입법의 위법이 당사자에 의하여 주장되지 않더라도 法院은 직권으로 당해 행정입법의 위법여부를 심사할 수 있다. 위임입법에 대한 구체적 규범통제의 결과 위법으로 판정된 명령의 효력에 대하여는 일반적으로 무효라는 입장이 있으나, 공식절차에 의하여 폐지되지

않는 한 동규정은 형식적으로는 여전히 유효하다고 보는 입장이 타당하다.<sup>42)</sup> 行政訴訟法에서는 행정소송에 대한 대법원의 판결에서 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 행정자치부장관에게 통보하여야 하고, 통보를 받은 행정자치부장관은 지체없이 이를 관보에 게재하도록 규정하고 있다(동법 제6조제1항 및 제2항 참조). 또한 行政訴訟法에서는 항고소송의 대상으로서 처분등에 한정하여 인정하고 있으므로, 일반적·추상적 규범으로서 직접적이고 구체적인 법적 효과를 수반하지 않는 행정입법에 대하여는 항고소송의 대상이 되지 아니한다. 다만 학설은 명령중에서 처분적 성질을 가지는 명령으로서 별도의 집행행위가 없더라도 국민에 대하여 직접적이고 구체적인 법적 효과를 미치는 명령은 예외적으로 취소소송의 대상이 될 수 있다고 보고 있다.<sup>43)</sup>

#### 4. 憲法裁判所에 의한 統制

헌법 제107조제2항에서 명령·규칙에 대한 최종적인 심사권을 대법원에 부여하고 있으므로 명령·규칙은 헌법재판소의 위헌제청의 대상이 되지 아니한다.<sup>44)</sup> 다만 법률과 시행령·규칙 등이 결합하여 전체로서 하나의 완결된 法的效力을 발휘할 경우에는 법률의 위임에 의한 시행령·규칙 등 하위법규가 부수적으로 법률의 내용을 판단하는 자료가 될 수 있을 것이다.<sup>45)</sup> 그리고 헌법 제11조제1항제5호에서는 憲法裁判所에 법률이 정하는 헌법소원에 대한 심판권을 부여하고 있으며, 헌법재판소법 제68조제1항은 공권력의 행사 또는 불행사로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 법원의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 규정하고 있다. 이에 대하여 公權力의 行使 또는 불행사에 명령·규칙이 당연히 포함되므로 헌법재판소는 명령·규칙에 대한 위헌심사권이 있다는 견해<sup>46)</sup>와 헌법상 법률에 대한 위헌심사

42) 金南辰, 前掲書, 180面.

43) 金東熙, 前掲書, 138面.

44) 명령·규칙의 위헌여부는 법원 스스로 이를 판단할 수 있는 것이므로, 이 사건 위헌여부심판제청중 국민연금법시행령 제54조제1항에 대한 부분은 법률이 아닌 대통령령에 대한 것으로 부적법하다(憲裁 1996.10.4. 96헌가6).

45) 憲裁 1992.6.26. 90헌가23; 1995.11.30. 94헌바40 등 참조.

46) 헌법재판소법 제68조제1항이 규정하고 있는 헌법소원심판의 대상으로서의 공권력이란 입법·사법·행정 등 모든 공권력을 말하는 것이므로 행정부에서 제정한 시행령이나 시행규칙 등은 그것들이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일



권과 명령·규칙에 대한 위헌·위법심사권을 구분하므로 憲法裁判所는 명령·규칙에 대한 심사권을 갖지 않는다고 한다.<sup>47)</sup> 한편 憲法裁判所는 법무사법시행규칙에 대한 헌법소원을 받아들여 동규칙을 위헌으로 결정한 바 있다.<sup>48)</sup> 또한 헌법재판소는 법령의 직접적인 위입에 따라 수임행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적 사항을 정한 것이면, 그 制定形式은 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 할 것인바, 청구인이 법령과 예규의 관계규정으로 말미암아 직접 기본권침해를 받았다면 이에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다고 하였다.<sup>49)</sup>

行政立法의 不作為에 대하여 헌법소원이 가능한가에 대하여는 헌법재판소는 “삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법하에서 행정권의 행정입법등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 한다”라고 전제하고 “행정명령의 제정 또는 개정 자체가 위법으로 되어 그에 대한 법적 통제가 가능하기 위해서는 첫째, 행정청에게 시행명령을 제정(개정)할 법적 의무가 있어야 하고 둘째, 상당한 기간이 지났음에도 불구하고 셋째, 명령제정(개정)권이 행사되지 않아야 하는 바, 이 사건과 같이 치과전문직제도의 실시를 법률 및 대통령령이 규정하고 있고 그 실시를 위하여 시행규칙의 개정 등이 행하여져야 함에도 불구하고 행정권이 법률의 시행에 필요한 행정입법을 하지 아니하는 경우에는 행정권에 의하여 입법권이 침해되는 결과가 되기 때문에 보전복지

때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다(憲裁 1997.6.26. 94헌마52).

47) 자세한 學說狀況은 朴均省, 行政立法에 대한 司法的 統制, 考試界 1996.12., 84면이하 참조.

48) 憲裁 1990.10.15. 89헌마178 참조.

49) 憲裁 1992.6.26. 91헌마25. 한편 憲法裁判所는 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 갖는 것이 아니어서 원칙적으로 헌법소원의 대상이 아니라고 하고 있다. 즉, 재기수사의 명령이 있는 사건에 관하여 지방검찰청 검사가 다시 불기소처분을 하고자 하는 경우에 미리 그 명령청의 장의 승인을 얻도록 한 검찰사건사무규칙의 규정은 검찰청 내부의 사무처리지침에 불과한 것일 뿐 법규적 효력을 가진 것이 아니므로 헌법소원의 대상이 아니라고 하였다(憲裁 1991.7.8. 91헌마42). 그러나 行政規則이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 되는 바, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다고 보고있다(憲裁 1990.9.3. 90헌마13).

부장관에게는 헌법에서 유래하는 행정입법의 작위의무가 있다"라고 하였다.<sup>50)</sup>

### 第3節 委任立法에 관한 憲法裁判所의 決定例 分析

#### I. 委任立法의 意義 및 必要性

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

중학교 의무교육의 실시 여부 자체라든가 그 연한은 교육제도의 수립에 있어서 본질적 내용으로서 국회입법에 유보되어 있어서 반드시 형식적 의미의 법률로 규정되어야 할 기본적 사항이라 하겠으나, 그 실시의 시기·범위 등 구체적인 실시에 필요한 세부사항에 관하여는 반드시 그런 것은 아니다. 왜냐하면 이들 사항을 시행하기 위하여서는 막대한 재정지출이 뒤따르고, 실시의 시기와 방법에 관하여는 국회가 사전에 그 시행에 따른 여러 가지 사정에 대한 자료가 상대적으로 부족하기 때문에 오히려 실정에 밝은 집행기관인 행정부에 의한 기민한 정책결정이 불가피하므로 의회 입법사항이 되기에 부적합하다는 점을 고려하면 이들 사항은 국회 스스로 결정하여야 할 기본적인 사항은 아니고 행정부에 위임하여도 무방한 사항이라고 보아야 할 것이다. 따라서 국회법률에 의한 위임을 받은 경우에는 이에 바탕을 둔 법규명령에 의하여 규정될 수 있는 것이다. ....더욱이 오늘날 국회가 다루어야 할 입법사항이 복잡 다양하고 광범위하며 또 전문지식이 필요하고 다양한 계층의 수많은 요구를 수렴하여야 한다는 사정과 이로 인한 업무의 과중한 부담 및 교육에 관련된 조치의 신속 적절한 시행에 필요한 탄력성·유연성 등을 고려하면 국회가 의무교육의 즉각적인 실시에 적합할 정도로 조목조목 상세하게 법률로 규정할 것을 기대하기는 어렵다고 할 것이다. 이러한 뜻에서 헌법 제31조제2항 소정의 법률은, 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 그러한 법률의 위임에 근거하여 제정된 대통령령도 포함하는 실질적 의미의 법률로 해석하여야 할 것이다. 앞서 본 의무교육제도의 내용과 그 단계적 확대를 위하여 그 범위의 결정을 법률에 위임한 헌법의 취지에 비추어 보더라도 상황의 변화에 따라 의무교육 시행의 지역적 범위 등을 확대하기 위하여는 개정이 까다로운 형식적 의미의 법률로만 규정하기 보다는 그러한 법률에서 기본원칙을 정하고 세부적인 사항은 대통령령에 위임하도록 하는

50) 憲裁 1998.7.16. 96헌마246.

것이 합리적이기 때문이다. 더구나 교육법 제8조의2가 기본권 제한규정이 아니라 의무교육의 확대시라는 제도개선 내지 국민에 대한 시혜의 확대에 관련된 규정이라는 점을 고려하면 본질성의 요건을 완화하여 이에 관한 사항도 집행기관인 행정부가 적의 결정하도록 위임하는 것이 헌법에 위반되는 것이라고 할 수 없다 할 것이다.

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

죄형법정주의는 자유주의, 권력분립, 법치주의 및 국민주권의 원리에 입각한 것으로서 무엇이 범죄이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인가는 반드시 국민의 대표로 구성된 입법부가 제정한 법률로써 정하여야 한다는 원칙이고, 죄형법정주의를 천명한 헌법 제12조 제1항 후단이나 제13조 제1항 전단에서 말하는 “법률”도 입법부에서 제정한 형식적 의미의 법률을 의미하는 것임은 물론이다. 그런데 아무리 권력분립이나 법치주의가 민주정치의 원리라 하더라도 현대 국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라하여 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 다 정할 수는 없는 것이기 때문에 예외적으로 행정부에서 제정한 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다.

(3) 水産業法 第52條第2項 등 違憲提請(1994.6.30. 93헌가15,16,17)

죄형법정주의는 반드시 국회가 제정한 형식적 의미의 법률로써 범죄와 그에 대한 형벌을 정하여야 함을 뜻한다. 그러나 오늘날 범죄의 구체적 내용, 환언하면 구성요건의 일부가 어쩔 수 없이 행정부에 위임되는 것이 용인되고 있다 (헌법재판소 1991.7.8. 선고, 91헌가4 결정 등 참조). 위와 같은 위임입법이 불가피하게 행하여지는 이유는 현대 행정영역의 복잡화·방대화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계 때문인데 다른 나라에서도 행정법 분야에서 형벌의 종류, 정도 자체는 법률로 정하되, 범죄구성요건에 관한 규정의 일부는 행정입법에 맡기고 있는 예가 적지 않은 것이다. 따라서 각 법률의 목적·내용에 따라 그러한 의미에서 위임입법이 허용될 수밖에 없는 합리적 이유가 있는 것인지의 여부가 구체적으로 검토되지 않으면 안 될 것이다.

(4) 都市計劃法 第92條 第1號 등 違憲提請(1994. 7. 29. 93헌가12)

아무리 권력분립이나 법치주의가 민주정치 의 원리라 하더라도 현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하여 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 다 정할 수는 없는 것이기 때문에 합리적인 이유가 있으면 예외적으로 행정부에서 제정한 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다. ……그런데 과학기술이 급속하게 발달함에 따라 새로운 종류의 물건이 끊임없이 개발·생산되고 있는 오늘날, 도시계획구역 안에 쌓아둠으로써 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 물건과 그 쌓아 놓는 기간을 새로운 물건이 개발·생산될 때마다 일일이 법률로 규정하는 것은, 국회가 상시 개원하고 있지도 아니한 현 제도하에서는 현실적으로 불가능할 뿐만 아니라, 건설부장관이 주장하고 있는 바와 같이 현대산업사회의 유동적이고도 가변적인 현상에 즉시 대처할 수 없어서, 원활한 도시계획사업에 지장을 초래할 우려가 없지 않다. 그러므로 이 법 제4조제1항제2호 후단에 의하여 규제대상이 되는 물건과 기간을 대통령령에 위임할 합리적인 이유는 있다고 할 것이다.

(5) 舊 住宅建設促進法 第52조제1항제2호 등 違憲訴願(1995.10.26. 93헌바62)

헌법은 권력분립주의에 입각하여 입법권이 국회에 속한다(제40조)고 규정하고 있다. 국민의 권리와 의무에 관한 중요한 사항은 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부에 의하여 법률의 형식으로 결정되어야 한다. 이러한 의회주의 내지 법치주의의 기본원리는 입법부가 그 입법의 권한을 행정부 내지 사법부에 위임하는 것을 금지함을 내포하고 있다. 그러나 현대국가에 있어 국민의 권리·의무에 관한 것이라 하여 모든 사항을 국회에서 제정한 법률만으로 규정하는 것은 불가능하다. 현대 행정 영역이 복잡·다기하고 상황의 변화에 따라 다양한 방식으로 적절히 대처할 필요성이 요구되는 반면, 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력에는 한계가 있기 때문이다. ……그런데 주택시장은 그 자체의 요인만이 아니라 다른 경제적·사회적 요인에 의하여도 직접적인 영향을 받는다. 또한 주택경기의 변화 혹은 사회전반의 변화에 따라 일반국민의 주택에 대한 수요의 형태도 달라진다. 한편 가수요 혹은 부동산투기는 언제든지 여건만 되면 발생하여 주택공급질서를 어지럽히고

있을 뿐 아니라 그 양상도 그때그때의 전반적 경제사정 내지 주택시장의 형편에 따라 다양한 형태를 띠고 있다. 주택시장이 이와 같이 복잡다양하면서도 부단히 변동되고 있음에 비추어, 주택의 공급조건·방법 및 절차에 관한 규정도 그에 맞추어 시기적절하게 효과적으로 대처할 수 있어야 할 것이다. 국회가 주택시장의 변화를 모두 예측할 수도 없고, 그러한 변화에 즉응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 아니하다는 점에서 주택의 공급조건·방법 및 절차에 관한 규정을 미리 법률로써 자세히 정하지 아니하고 이를 명령에 위임한 것은 부득이한 것으로 인정된다.

(6) 所得稅法 제23조제2항, 제23조제4항제1호단서 등 違憲訴願  
(1995.11.30. 94헌바40,95헌바13병합)

과세요건법정주의와 과세요건명확주의를 핵심적 내용으로 하는 조세법률주의의 이념은 과세요건을 법률로 명확하게 규정함으로써 국민의 재산권을 보장하고 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있는 것이다(헌법재판소 1989.7.21. 선고, 89헌마38 결정 참조). 그런데 조세법률주의를 철저히 관철하고자 하면 복잡다양하고도 끊임없이 변천하는 경제상황에 대처하여 정확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 어려워 담세력에 따른 공평과세의 목적을 달성할 수 없게 되는 경우가 생길 수 있으므로, 조세법률주의를 지키면서도 경제현실에 따라 공정한 과세를 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위하여는 납세의무의 본질적인 내용에 관한 사항이라 하더라도 그 중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 즉응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 대통령령 등 하위법규에 이를 위임할 필요가 있다.

(7) 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)

국민주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련한 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정

부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안된다고 해석된다. ……그러기에 헌법 제59조의 “조세의 종목과 세율”을 넓게 보아 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용이라고 여겨지는 “과세요건인 납세의무자, 과세물건, 과세표준 및 세율뿐 아니라 조세의 부과·징수절차까지” 모두 법률로써 가능한 한 명확하게 규정할 것을 요청하는 것으로 해석되고 있는 것이다. 그런데, 조세법률주의를 지나치게 철저히 시행한다면 복잡다양하고도 끊임없이 변천하는 경제상황에 대처하여 적확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 어려워 담세력에 응한 공평과세의 목적을 달성할 수 없게 된다. 따라서 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실에 응하여 공정한 과세를 할 수 있게 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위하여는 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라 하더라도 그 중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 적응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임할 필요가 있으나 …….

(8) 風俗營業의 規制에 관한 法律 제3조제5호 등 違憲確認(1996.2.29. 94헌마13)

헌법 제12조 제1항은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌받지 아니한다고 규정하고, 헌법 제13조 제1항은 모든 국민은 행위시의 법률에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 행위로 소추되지 아니한다고 규정하여 죄형법정주의의 원칙을 선언하고 있는바, 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는 국민의 대표기관인 입법부가 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고, 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가형법의 기본원칙이다. 한편 권력분립이나 법치주의의 원리에 의하면 국민의 자유와 권리에 관한 사항은 법률의 형식으로 규율하는 것이 원칙이기는 하나 이러한 원칙을 예외 없이 관철한다는 것은 사회현상이 갈수록 복잡다기해져 가는 현대국가의 실정에 비추어 볼 때 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하므로, 형벌법규에 대하여도 행정부의 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다 할 것이다.

(9) 風俗營業의 規制에 관한 法律 제2조제6호 등 違憲確認(1996.2.29. 94헌마213)

다양한 태양의 영업이 나타났다 사라지고 수시로 업태가 변하는 현대사회의 특성상 풍속영업법의 규제대상이 되는 영업을 풍속영업법에서 전부 구체적으로 규정한다는 것은 국회의 시간적 적응능력과 관계에서 적합하지 아니하므로 풍속영업법 제2조 제6호가 풍속영업법의 적용대상인 풍속영업의 하나로 "기타 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해할 우려가 있는 영업으로 대통령령이 정하는 것"이라고 규정함으로써 그 구체화를 대통령령에 위임하고 있는 것은 부득이한 것으로 허용된다 할 것이다.

(10) 租稅減免規制法 제74조제1항제1호 違憲訴願(1996.6.26. 93헌바2)

위와 같이 조세의 감면에 관한 사항을 법률로 정하도록 하는 이유는 그렇게 함으로써 비로소 행정권의 자의적인 법해석과 집행으로부터 국민의 재산권을 보장함과 동시에 국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 부여할 수 있기 때문이다. 그러나 사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 조세의 면제에 관련된 모든 법규를 예외없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 적합하지도 아니하므로 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 즉시 대응하여야 할 필요 등 부득이한 사정이 있는 경우에는 법률로 규정하여야 할 사항에 관하여 국회 제정의 형식적 법률보다 탄력성이 있는 행정입법에 위임함이 허용되는 것이고, 헌법 제75조도 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다"라고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 위임은 반드시 구체적·개별적으로 행하여질 것을 요구하고 있다. 따라서 이 사건 심판대상 조항이 입법권 위임의 한계를 준수하고 있다면 부가가치세가 면제되는 건설용역의 구체적 범위를 법률이 아닌 대통령령에 위임하고 있다고 하더라도 헌법에 반한다고 할 수 없는 것이다.

(11) 건축법 제78조제1항 등 위헌소원(1997.5.29. 94헌바22)

우리 헌법은 권력분립주의에 입각하여 국민의 권리와 의무에 관한 중요한 사

항은 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 국회에 의하여 법률의 형식으로 결정되도록 하고 있는바, 이러한 의회주의 내지 법치주의의 기본원리는 입법부가 그 입법의 권한을 행정부 내지 사법부에 위임하는 것을 금지함을 내포하고 있다. 그러나 현대국가에 있어 국민의 권리·의무에 관한 것이라 하여 모든 사항을 국회에서 제정한 법률만으로 규정하는 것은 불가능하다. 현대 행정 영역이 복잡·다기하고 상황의 변화에 따라 다양한 방식으로 적절히 대처할 필요성이 요구되는 반면, 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응 능력에는 한계가 있기 때문이다. 이에 따라 헌법은 제75조에서 대통령이 대통령령을 발할 수 있다고 규정하여 위임입법의 근거를 마련하고 있으나, 그러나 동시에 대통령령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여만 발할 수 있다고 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 위임입법의 필연성은 인정하면서도, 동시에 일반적이고 포괄적인 위임은 이를 허용하지 아니함으로써 헌법이 그 바탕으로 하는 권력분립주의, 의회주의 내지 법치주의의 기본원리는 유지하겠다는 의지를 명백히 한 것이다.

(12) 지방세법 제234조의15제2항제3호 위헌소원(1997.10.30.96헌바92)

헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”라고 규정하면서 제59조에서 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정하고 있다. 이러한 헌법규정에 근거를 둔 조세법률주의의 이념은 과세요건을 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하도록 하여 국민의 재산권을 보장하고(과세요건 법정주의), 또한 과세요건을 명확히 규정하여 과세관청의 자의적인 해석과 집행을 배제함으로써 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있는 것이다(과세요건 명확주의). 그러나 조세법률주의를 지나치게 철저히 시행한다면 복잡다양하고도 끊임없이 변천하는 경제상황에 대처하여 정확하게 과세대상을 포착하고 적정하게 과세표준을 산출하기 어려워 담세력에 응한 공평과세의 목적을 달성할 수 없게 된다. 따라서 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실에 응하여 공정한 과세를 할 수 있게 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위하여는 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라 하더라도 그 중 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등에 적응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임할 필요가 있는



것이다. 이에 우리 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하여, 조세행정분야 뿐만 아니라 국정 전반에 걸쳐 위임입법의 필요성이 있음을 확인하고 입법권을 대통령령에 위임할 수 있는 길을 열어 놓음으로써 국회가 제정하는 법률에 의하여 모든 사항을 규율할 수는 없는 현실적 어려움을 반영하고 있다. ……이 사건 심판대상 조항이 대통령령으로 정하는 공장용지를 종합토지세의 분리과세대상토지로 삼아 저율의 비례세율을 적용하도록 한 이유는 공업단지 등과 같이 일정한 지역내에서 공장시설의 부지 등 산업용지로 활용되고 있는 토지에 대하여 낮은 비례세율을 적용함으로써 기업의 생산활동을 지원하고 토지수급의 원활화를 도모하는 한편 모든 토지를 합산하여 고율의 누진세율을 적용하는 종합합산과세제도의 불합리한 점을 보완하여 생산 및 산업활동을 장려하고 궁극적으로는 균형 있는 국민경제의 성장과 국토의 효율적 이용에 기여하려는 데에 있다. 그런데 공장용지라고 하더라도 공장이 위치한 지역, 공장의 생산품목의 종류 등에 따라 그에 필수적인 용지면적이 모두 다를 뿐 아니라 그 종류도 생산설비의 부속토지에서 부대시설, 연구시설, 안전시설 및 종업원의 복리후생증진에 필요한 시설의 부속토지에 이르기까지 다양하고, 또한 생산기술의 발전이나 관련법규의 변경 등에 따라 공장의 입지기준도 수시로 바뀔 수 있음은 쉽게 짐작할 수 있다. 따라서 이와 같은 경제적 활동의 유동성이나 복잡하고 전문적·기술적인 사항을 국회에서 제정한 법률로 모두 규율한다는 것은 불가능하거나 부적당하므로 이 사건 심판대상 조항은 분리과세대상이 되는 공장용지의 구체적 범위를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 것이다.

(13) 의료보험법 제31조제2항 위헌확인(1997.12.24. 95헌마390)

권력분립, 법률에 의한 행정 및 의회주의는 국민의 권리의무에 관한 사항은 법률로 규율할 것을 요구한다. 그러나 오늘날은 행정기능의 양적 확대와 질적 고도화에 따라 권력분립, 즉 3권간의 권한분배도 현대국가기능의 합리적인 수행이라는 면에서 정하여야 한다는 기능적·현실적인 권력분립으로 변천되어, 의회가 입법권의 일부를 행정부에 위임하는 것이 가능하다는 이론이 성립하게 되었다. 그리하여 헌법에 행정입법에 관한 명문의 근거규정을 두고 있는 독일, 일본, 한국 뿐만 아니라 명문규정을 두지 아니한 미국헌법하에서도 법률의 수

권만 있으면 행정입법이 가능한 것으로 보는 것이 일반적인 견해이다. 오늘날은 국가기능이 소극적인 규제에서 적극적인 복지행정으로 그 중심이 옮겨가고 있음에 따라 복지행정분야에서 법률이 국가정책의 기본지침만을 정하고 그 구체적인 실현에 관한 사항은 행정입법에 위임하는 경우가 많아졌다. ……그러나 일단 입법을 통하여 주관적 권리로 구체화한 경우라도 분만급여와 같이 국가로부터 일정 급부를 요구하는 이 구체적 권리는 국가의 재정능력이나 다른 공공복리의 목적으로 다시 법률로써 축소·제한될 수 있다. 사회적 기본권이 추구하는 사회적 평등은 정치적인 성격이 강한 법영역이고, 이에 대한 결정은 제1차적으로는 입법적인 정책판단에 유보될 수밖에 없기 때문이다. 요컨대 사회적 기본권의 실현은 결국 국가의 자원에 대한 처분성을 전제로 하는 것인데 본질적으로 자원은 한정된 것이고 따라서 한정된 자원의 분배는 민주적 정당성을 가진 입법자의 과제인 것이다. 다만, 이 경우에도 그와 같은 권리를 축소함에 있어서 반드시 법률 그 자체에 의하여야 하는 것은 아니고, 위에서 본 바와 같이 행정입법에 위임할 수는 있다.

(14) 주차장법 제19조의4제1항 위헌소원(1998.2.27. 95헌바59)

헌법 제40조는 입법권은 국회에 속한다고 규정하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부담하게 하는 일은 국민의 대표로 구성된 국회가 제정한 법률로써 정하도록 하고 있다. 그러나 현대국가에 있어서는 행정 영역이 복잡·다양하고 상황이 급변함에 따라 그 변화에 맞추어 적절한 방식으로 대처할 필요성이 요구되고, 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력에는 한계가 있기 때문에 비록 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하더라도 그 모두를 국회에서 제정한 법률로써만 정할 수는 없게 되었다.

(15) 수산업법 제52조제1항제3호 위헌소원(1999.2.25. 97헌바63 전원재판부)

바다, 수산동식물 등 해양생태계를 규율대상으로 하는 수산업법은 다른 법률에 비하여 보다 상황변화에 효율적으로 대처할 수 있는 탄력성을 요구한다. 또한 수산업과 해양생태계를 규율하는 법률은 고도로 전문적이고 기술적이어서 그 속성상 형식적인 국회입법보다 탄력성 있는 행정입법을 활용할 필요가 크다고 하겠다. ……이 사건 법률조항이 규율대상으로 삼고 있는 사항도

시간적(월별, 계절별, 연도별), 공간적(수역별, 수심별)으로 지극히 유동적이고 수시로 변화하는 성질의 것이다. 이 사건 법률조항에서 위임한 사항을 규정하고 있는 수산자원보호령을 보더라도 제8조 내지 제11조의2는 각종 수산동식물별로 포획금지구역, 포획·채취금지기간, 포획금지체장(捕獲禁止体長) 등에 관하여 상세히 규정하고 있고, 제11조의4는 멸종위기에 처한 수산동물의 종류를 지정하고서, 그 번식·보호를 위하여 필요한 조치를 취할 수 있도록 하고 있으며, 제17조는 기선선인망어업 등 각종 어업별 조업구역을 별표로 상세히 정하고 있다. 이와 같은 것은 지극히 세부적, 기술적, 가변적 사항이어서 형식적 법률로 규정하기에 부적절하고, 오히려 그렇게 법률로 규정할 경우 수산자원보호, 어업조정이라는 입법목적을 효율적으로 달성하기 어렵게 된다.

## II. 委任立法의 法理

### 1. 委任立法의 認定要件

- (1) 體育施設の設置·利用에 관한法律施行規則 제5조에 대한 헌법소원 (1993.5.13. 92헌마80 全員裁判部)

위임입법이란 법률 또는 상위명령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 법규로서의 성질을 가지는 일반적·추상적 규범을 정립하는 것을 의미하는 것으로서 형식적 의미의 법률(국회입법)에는 속하지 않지만 실질적으로는 행정에 의한 입법으로서 법률과 같은 성질을 갖는 법규의 정립이기 때문에 권력분립주의 내지 법치주의 원리에 비추어 그 요건이 엄격할 수밖에 없으니 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정에는 반드시 구체적이며 명확한 법률의 위임을 요하는 것이다(헌법 제75조).

- (2) 所得稅法 제23조제2항, 제23조제4항제1호 단서 등 違憲(1995.11.30. 94헌바40, 95헌바13(병합) 全員裁判部)

우리 헌법도 조세행정분야뿐만 아니라 국정 전반에 걸쳐 위와 같은 위임입법의 필요성이 있음을 인정하여 그 제75조에서 “대통령은 법률에서……위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정함으로써 위임입법의 헌법상 근거를 마련하는 한편, 대통령령으로 입법할 수 있는 사항을 “법률에서

구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항"으로 한정함으로써 위임입법의 기준과 한계를 명시하고 있는바, 여기서 위임입법에 관한 헌법의 위 규정이 특히 위임입법의 기준과 한계를 명시하고 있는 취지는 단순히 소극적인 측면에서 대통령령 등의 하위법규로서는 법률이 위임하지 아니한 사항을 정할 수 없음을 밝히고 있는 것에 그치는 것이 아니고, 더 나아가 적극적인 측면에서 대통령령 등의 하위법규에 입법을 위임할 경우에는 법률로써 반드시 그 위임의 범위를 구체적으로 정하여야 하며 일반적이고 포괄적인 입법위임은 허용되지 않는다는 것까지 밝히고 있는 것이다.

(3) 의료보험법 제33조제1항 위헌제청(1998.5.28. 96헌가1)

우리 헌법 제40조는 "입법권은 국회에 속한다"라고 규정하면서, 아울러 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다", 제95조는 "국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다"고 각 규정함으로써 행정기관으로서의 위임입법을 인정하고 있는데, 우리 헌법 제40조의 의미는 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통치조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다는 것이다. 한편 현대국가의 특질의 하나로서, 국회의 입법기능이 저하되고 이와는 상대적으로 행정부에 의한 입법기능이 확대·강화되고 있다는 지적은 어제 오늘의 일이 아니고 우리나라에서만 한정된 문제가 아니라 각국의 공통된 현상이기도 하다. 그러나 위임입법의 양적증대와 질적고도화라고 하는 정치수요의 현대적 변용에 대한 제도적 대응이 불가피하다고 하더라도, 권력분립이라는 헌법상의 기본원리와 조정 또한 불가피하다. 따라서 위와 같은 정치적·행정적 수요에 발맞추어 위임입법을 허용하되 그와 함께 권력분립의 원리를 구현하기 위하여나 법치주의의 원리를 수호하기 위하여 위임입법에 대한 통제도 필요하다. 위임입법의 수요가 강하면 강할수록 그에 비례하여 위임입법에 대한 통제의 필요성 또한 강하게 요구되는 것이다. 외국의 위임입법에 관한 입법례 및 운용현실을 보더라도, 대체적으로 입법부가 기본적으로 본질적인 정책을 결정하여 그에 관한 중요한 기준이 되는 것은 직접 규정하고, 기술적·세부적인 사항이나 긴급한 대처를 필요로 하는 사항 등은 그

에 대응함에 적합한 행정부로의 위임입법을 허용하되, 그 행정입법절차는 입법부의 입법절차에 비견되는 절차를 요구·반영하고 있으며 아울러 행정입법을 하기에 앞서 입법부에서 통제할 수 있는 수단을 나라마다 광협의 차이는 있을지라도 다양하게 마련하여, 권력분립의 원리, 법치주의의 원리, 민주주의 원리와의 조화를 도모하고 있다.

그런데 과거 우리나라는 행정부 주도로 경제개발·사회발전을 이룩하는 과정에서 국회는 국민의 다양한 의견을 수렴하여 입법에 반영하는 민주·법치국가적인 의회로서의 역할수행이 상대적으로 미흡하여 행정부에서 마련해 온 법률안을 신중하고 면밀한 검토과정을 소홀히 한 채 통과시키는 사례가 적지 않았고, 그로 말미암아 위임입법이 양산된 것이 현정의 현실인데, 이에 대하여는 다수의 학자들이 “법률에 의한 행정”이라기 보다 “행정규칙에 의한 행정” 또는 “행정규칙으로의 도피”라고 많은 비판을 하고 있기도 하다. 한편 행정절차법은 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령 등을 제정·개정 또는 폐지하고자 할 때에는 당해 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 하고(제41조), 누구든지 예고된 입법안에 대하여는 의견을 제출할 수 있으며(제44조), 행정청은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있도록(제45조) 규정하고 있으나, 고시나 훈령 등 행정규칙을 제정·개정·폐지함에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니한다. 법규명령과 행정규칙의 이러한 행정절차상의 차이점 외에도 법규명령은 법제처의 심사를 거치고(대통령령은 국무회의에 상정되어 심의된다) 반드시 공포하여야 효력이 발생되는데 반하여, 행정규칙은 법제처의 심사를 거칠 필요도 없고 공포 없이도 효력을 발생하게 된다는 점에서 차이가 있다. 또한 우리나라에서는 위임입법에 대한 국회의 사전적 통제수단이 전혀 마련되어 있지 아니하다. 이상과 같은 여러 가지 사정을 종합하면 법률이 입법위임을 할 때에는 “대통령령” “총리령” “부령” 등 법규명령에 위임함이 바람직하고, 이 사건 법률조항처럼 다만 “보건복지부장관이 정하는 바에 따라”와 같은 형식으로 입법위임을 함으로서 법규명령에 위임한 것인지 행정규칙에 위임한 것인지 분명하지 아니하도록 하여서는 아니 될 것이고, 그렇게 위임한 경우에는 그 법률의 위임입법의 한계 일탈여부를 판단함에 있어 보다 엄격하게 심사하여야 할 것이다.

- (4) 구 소득세법 제23조제4항제1호 단서 등 위헌소원, 구 소득세법 제23조 제4항 제1호 등 위헌소원(1999.4.29. 96헌바22·53·75, 97헌바7·39·50·82 병합)

위임입법의 법리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 행정부가 제정한 대통령령에서 규정한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성 사이에는 직접적인 관계가 없다. 따라서 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우라도 그 대통령령의 규정이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고, 그로 인하여 정당하고 적법하게 입법권을 위임한 수권법률조항까지도 위헌으로 되는 것은 아니다(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525, 537; 1997. 9. 25. 96헌바18등, 판례집 9-2, 357, 373). 따라서 이 시행령 조항에서 실지거래가액의 증명시기에 관한 규정을 두어 실지거래가액에 의할 경우를 제한한 것이 조세법률주의 위반이나 그 밖의 이유로 헌법에 위반되는지 여부, 또는 법률에서 위임한 범위를 벗어난 것으로서 무효가 되는지 여부는 원칙적으로 이 시행령 조항 자체의 효력에 관한 문제일 뿐이고, 이 시행령 조항이 위헌으로 된다고 하더라도, 포괄위임규정으로 볼 수 없는 이 단서조항까지 위헌으로 되는 것은 아니다.

- (5) 한국방송공사법 제35조 등 위헌소원(1999.5.27. 98헌바70 전원재판부)

헌법은 법치주의를 그 기본원리의 하나로 하고 있으며, 법치주의는 행정작용에 국회가 제정한 형식적 법률의 근거가 요청된다는 법률유보론 그 핵심적 내용의 하나로 하고 있다. 그런데 오늘날 법률유보원칙은 단순히 행정작용이 법률에 근거를 두기만 하면 충분한 것이 아니라, 국가공동체와 그 구성원에게 기본적이고도 중요한 의미를 갖는 영역, 특히 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 있어서는 행정에 맡길 것이 아니라 국민의 대표자인 입법자 스스로 그 본질적 사항에 대하여 결정하여야 한다는 요구까지 내포하는 것으로 이해하여야 한다(이른바 의회유보원칙). 그리고 행정작용이 미치는 범위가 광범위하게 확산되고 있으며, 그 내용도 복잡·다양하게 전개되는 것이 현대행정의 양상임을 고려할 때, 형식상 법률상의 근거를 갖출 것을 요구하는 것만으로는 국가작용과 국민생활의 기본적이고도 중요한 요소마저 행정에 의하여 결정되는 결과를 초래하게 될 것인바, 이러한 결과는 국가의사의 근본적 결정권한이 국민의 대

포기관인 의회에 있다고 하는 의회민주주의의 원리에 배치되는 것이라 할 것이다. 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율하여야 하는 그러한 사항이 어떤 것인가는 일률적으로 획정할 수 없고, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 내지 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정할 수 있을 뿐이나, 적어도 헌법상 보장된 국민의 자유나 권리를 제한할 때에는 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 입법자가 법률로써 스스로 규율하여야 할 것이다. 헌법 제37조 제2항은 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다”고 규정하고 있는바, 여기서 “법률로써”라고 한 것은 국민의 자유나 권리를 제한하는 행정작용의 경우 적어도 그 제한의 본질적인 사항에 관한 한 국회가 제정하는 법률에 근거를 두는 것만으로 충분한 것이 아니라 국회가 직접 결정함으로써 실질에 있어서도 법률에 의한 규율이 되도록 요구하고 있는 것으로 이해하여야 한다. ……이 법 제36조 제1항은 “수신료의 금액은 이사회가 심의·결정하고, 공사가 공보처 장관의 승인을 얻어 이를 부과·징수한다”고 규정하고 있는바, 수신료의 금액을 공보처장관의 승인을 필요로 하는 외에는 전적으로 공사(공사의 이사회)가 결정하여 부과·징수하도록 한 것이 헌법에 위반되는 것이 아닌지 문제된다. 이러한 관점에서 볼 때, 이 법 제36조 제1항은 법률유보, 특히 의회유보의 원칙에 위반된다. 공사는 비록 행정기관이 아니라 할 지라도 그 설립목적, 조직, 업무 등에 비추어 독자적 행정주체의 하나에 해당하며, 수신료는 특별부담금으로서 국민에게 금전납부의무를 부과하는 것이므로, 공사가 수신료를 부과·징수하는 것은 국민의 재산권에 대한 제한을 가하는 행정작용임에 분명하고, 그 중 수신료의 금액은 수신료 납부의무자의 범위, 수신료의 징수절차와 함께 수신료 부과·징수에 있어서 본질적인 요소이다. 대부분의 가구에서 수상기를 보유하고 있는 현실에서 수신료의 결정행위는 그 금액의 다과를 불문하고 수많은 국민들의 이해관계에 직접 관련된다. 따라서 수신료의 금액은 입법자가 스스로 결정하여야 할 사항이다. 한편 오늘날 텔레비전방송은 언론자유와 민주주의의 실현에 있어 불가결의 요소이고 여론의 형성에 결정적인 영향력을 행사하며, 정치적·사회적 민주주의의 발전에도 중요한 영향을 미친다. 공영방송사인 공사가 실시하는 텔레비전방송의 경우 특히 그 공적 영향력과 책임이 더욱 중하다 하지 아니할 수 없다. 이러한 공사가 공영방송사로서의 공적 기능을 제대로 수행하면서도 아울러 언론자유를 주체로서

방송의 자유를 제대로 향유하기 위하여서는 그 재원조달의 문제가 결정적으로 중요한 의미를 지닌다. 공사가 그 방송프로그램에 관한 자유를 누리고 국가나 정치적 영향력, 특정 사회세력으로부터 자유롭기 위하여는 적절한 재정적 토대를 확립하지 아니하면 아니되는 것이다. 이 법은 수신료를 공사의 원칙적인 재원으로 삼고 있으므로 수신료에 관한 사항은 공사가 방송의 자유를 실현함에 있어서 본질적이고도 중요한 사항이라고 할 것이므로 의회 자신에게 그 규율이 유보된 사항이라 할 것이다. 이와 같이 수신료는 국민의 재산권보장의 측면에서나 공사에게 보장된 방송자유 측면에서나 국민의 기본권실현에 관련된 영역에 속하는 것이고, 수신료금액의 결정은 납부의무자의 범위, 징수절차 등과 함께 수신료에 관한 본질적이고도 중요한 사항이므로, 수신료금액의 결정은 입법자인 국회가 스스로 행하여야 할 것이다. 물론 여기서 입법자의 전적인 자의가 허용되는 것은 아니어서, 입법자는 공사의 기능이 제대로 수행될 수 있으며 방송프로그램에 관한 자율성이 보장될 수 있도록 적절한 규모의 수신료를 책정하여야 하고, 공사에게 보장된 방송의 자유를 위축시킬 정도의 금액으로 결정하여서는 아니된다. 국회가 수신료금액을 법률로써 직접 규정하는 것에 어려움이 있다면 적어도 그 상한선만이라도 정하고서 공사에 위임할 수도 있고, 공사의 예산을 국회에서 승인토록 하는 절차규정을 둘 수도 있을 것이며, 또 수신료금액의 1차적인 결정권한을 전문성과 중립성을 갖춘 독립된 위원회에 부여하고서 국회가 이를 확정하는 방안도 있을 수 있다. 그런데 이 법 제36조 제1항은 국회의 결정 내지 관여를 배제한 채 공사로 하여금 수신료의 금액을 결정하도록 맡기고 있다. 공사가 전적으로 수신료금액을 결정할 수 있게 되면 공영 방송사업에 필요한 정도를 넘는 금액으로 정할 수 있고, 또 일방적 수신자의 처지에 놓여 있는 국민의 경제적 이해관계가 무시당할 수도 있다. 이 조항은 공사의 수신료금액 결정에 관하여 공보처장관의 승인을 얻도록 규정하고 있으나, 이는 행정기관에 의한 방송통제 내지 영향력 행사를 초래할 위험을 내포하는 것이어서 위와 같은 문제점에 대한 하등의 보완책이 되지 못한다. 이상과 같은 이유로 이 법 제36조 제1항은 법률유보원칙(의회유보원칙)에 어긋나는 것이어서, 헌법 제37조 제2항과 법치주의원리 및 민주주의원리에 위반된다 아니할 수 없다.



## 2. 委任의 範圍와 強度

### (1) 委任의 具體性·明確性의 程度

#### ① 教育法 제8조의2에 관한 違憲審判(1991.2.11. 90헌가27)

헌법 제75조에 의하면 대통령령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임 받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 발할 수 있는 데 교육법 제8조의 2는 대통령령에의 위임의 범위를 구체적으로 정하지 않고 있어 위헌이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 중학교 의무교육의 구체적인 실시의 시기·범위는 교육제도에 관한 기본적 사항이 아니므로 이를 직접 법률로 규정하지 아니하고 그 규율을 법규명령에 위임할 수 있다 하더라도 그러한 법률 위임의 내용으로서는 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 한다는 것이 헌법상 요구되기 때문이다. 이러한 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다. 기본권침해영역에서는 급부행정영역에서 보다는 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화되어야 한다. 따라서 중학교는 의무교육의 구체적인 실시 시기와 절차 등을 하위법령에 위임하여 정하도록 함에 있어서는 막대한 재정지출을 수반하는 무상교육의 수익적 성격과 규율대상의 복잡다양성을 고려하여 위임의 명확성의 요구정도를 완화하여 해석할 수 있는 것이다.

#### ② 福票發行, 懸賞其他射倖行爲團東法 제9조 및 제5조에 관한 違憲審判 (1991.7.8. 91헌가4)

그러나 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권 행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다. 우리 헌법 제75조도 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”라고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 그 범위와 한계를 제시하고 있는데 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서

누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다.

③ 體育施設의設置·利用에관한法律施行規則 제5조에 대한 헌법소원(1993.5.13. 92헌마80)

위에 실시한 바와 같이 18세 미만자 출입금지표시 게시의무는 청구인의 직업선택의 자유라는 헌법상의 기본권을 제한하고 있는 것이므로 그 제한에 있어서는 반드시 법률상의 근거가 필요한 것이다. 그런데 문화체육부가 심판대상규정의 형태로 정하고 있는 그러한 기본권제한이 모법으로부터 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 해당되는 것이라고 할 수 있겠는가 문제가 된다. …… 우리 헌법의 지도이념인 법의 지배 내지 법치주의의 원리는 국가권력행사의 예측가능성 보장을 위하여 그 주체와 방법 및 그 범위를 법률로 규정한 것을 요구하며 예외적으로 위임입법을 허용하는 경우에 있어서도 법률에 의한 수권에 의거한 명령의 내용이 어떠한 것이 될 수 있을 것인가를 국민에게 예측가능한 것임을 요구하는 것으로서 그것은 법규명령에 의하여 비로소가 아니라 그보다 먼저 그 수권법률의 내용으로부터 예견가능하여야 하는 것을 의미하는 것이다. 그리고 후술하는 바와 같이 형벌이나 행정제재와 관련된 경우에는 그 요건은 더욱 엄격한 것이다. 물론 법규명령제도의 생성내력에 비추어 볼 때 장래 정립될 법규명령의 구체적 내용이 정확하게 예견될 수 있을 것을 의미하는 것은 아니라 할지라도 적어도 정립될 수 있는 법규명령의 기본적 윤곽에 대한 예견가능성은 보장이 되어야 한다는 것이다. 체육시설의설치·이용에관한법률 제5조는 체육시설업의 시설, 설비(안전 및 위생기준을 포함한다)를 문화체육부령으로 정하도록 위임하고 있으며, 이에 따라 동 시행규칙(문화체육부령) 제5조는 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준을 정하고 있고 그 안전관리 및 위생기준(체육시설업자의 준수사항)에서 당구장업에 대하여 출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다고 규정하고 있는데 동법 제5조에서 위임한 안전관리 및 위생기준은 동법 제1조가 규정하고 있는 목적을 달성하는데 필요한 체육시설업의 건전한 질서유지 및 사고방지, 청결성 등을 보장하는 기준일 뿐이라고 보여지므로 위의 수권규정을 아무리 넓게 해석한다고 할지라도 그 규정에서 18세 미만자 출입금지표시의무와 같은 일정한 범위의 시설이용자 배제에 관한 근거를 찾기는 어렵다고 할 것이다. 환언하면 수권규정은 시설·설비(안전 및 위생기준 포함)를 갖추고 이를 유지·관리

하여야 하는 주로 물적 시설, 설비의 기준에 대한 것으로서 그 문언을 통하여서는 18세 미만자의 출입금지의 취지를 전혀 찾을 수 없고 수권법률의 제정 배경이나 전체의 취지 또는 다른 관련제규정과의 의미관계 등을 종합해 보더라도 법률제정자의 객관적 의사가 18세 미만자의 출입금지를 예정하고 있음을 인정하기가 어려운 것이다. 문화체육부장관은 당구가 체력증진 측면보다는 오락적 성격이 강하여 청소년의 탈선 또는 비행을 조장하는 측면이 있고 따라서 그들의 출입규제가 불가피하다고 주장하고 있으나 당구장이 18세 미만자에게 유해하다는 객관적인 자료는 없다고 밝히고 있을 뿐만 아니라(헌법소원에 대한 문화체육부장관의 의견서 결론부분 참조) 설사 문화체육부장관의 위와 같은 주장이 이유있는 것이라고 하더라도 그러한 출입규제 내지 봉쇄는 법률(또는 법률이 구체적으로 명확히 범위를 정하여 위임한 경우의 법규명령)에 의하여서만 비로소 가능하다고 할 것으로서 심판대상규정은 모법의 위임이 없는 사항을 규정하고 있어 결국 위임의 범위를 일탈한 것이라고 하지 않을 수 없는 것이다.

④ 都市計画法 第92條第1號 등 違憲提請(1994.7.29. 93헌가12)

법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다. 헌법 제75조도 “대통령령은 법률에서 범위를 정하여 위임받은 사항 ……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다” 라고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 그 범위와 한계를 제시하고 있는데, “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌법재판소 1991.7.8. 선고, 91헌가4 결정 참조). 특히 형벌법규의 위임에 있어서는 위임법률이 그 적용을 받는 국민에 대하여 범죄의 구성요건과 형벌의 예측가능한 구체적 내용을 규정하고 있어야 한다. 그러나 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체제적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌법재판소 1994.6.30. 선고, 93헌가15.

16. 17(병합) 결정 참조).

⑤ 映畫法 제26조 등 違憲確認(1995.7.21. 94헌마125)

헌법 제75조는 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다고 규정하고 있다. 사실상 입법권을 백지위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임은 의회입법과 법치주의를 부인하는 것이 되어 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 것이기 때문에, 위임입법의 한계에 관한 헌법의 취지는 위와 같은 결과를 사전에 방지하고자 함에 있다고 할 것이다. 따라서 법률의 위임은 반드시 구체적 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것이다. 다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도 법률의 규정에 의하여 이미 대통령령으로 규제될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으면 족하고(헌법재판소 1991.7.8. 선고, 91헌가4 결정 참조). 이 경우에 있어 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다(헌법재판소 1994.7.29. 선고, 93헌가12 결정 참조). 이 사건 심판대상인 법 제26조는 국산영화의 연간상영일수를 대통령령에 위임하고 있다. 위 규정은 공연장의 경영자가 일정한 기간 국산영화를 상영할 것을 전제로 하여, 다만 국산영화의무상영일수라고 하는 구체적 사항에 특정하여 연간상영일수를 기준으로 이를 대통령령에 정할 것을 위임하고 있다. 따라서 비록 위 규정이 의무상영일수의 상한이나 하한을 명시적으로 설정하고 있지는 않지만, 위와 같은 법률 규정의 취지에서 볼 때 대통령령에 규정될 내용이 연간상영일수의 일부를 대상으로 한다는 점에서 그 대강을 충분히 예측할 수 있다 할 것이므로 위임입법의 한계를 벗어난 것이라 할 수 없다.

⑥ 舊 住宅建設促進法 제52조제1항제2호 등 違憲訴願(1995.10.26. 93헌바62)

헌법에 의하여 위임입법이 용인되는 한계인 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위

의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 한다는 것을 의미한다. 위임입법의 위와 같은 구체성 내지 예측가능성의 요구정도는 문제된 그 법률이 의도하는 규제대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것임은 물론이고, 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다[헌법재판소 1994.6.30. 선고. 93헌가15·16·17(병합); 1994.7.29. 선고. 93헌가12 결정].

⑦ 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)

법률로 규정하여야 할 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 경우에 일반적이고 포괄적인 위임을 허용한다면 이는 사실상 입법권을 백지 위임하는 것이나 다름없어 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 아무런 제한 없이 행하여지는 행정권의 자의로 말미암아 기본권이 침해될 위험이 있으므로, 헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하여 조세행정분야뿐만 아니라 국정 전반에 걸쳐 이러한 필요성이 있음을 확인하고 위와 같은 위임입법의 근거를 헌법상 명시하는 한편 “구체적으로 범위를 정하여” 위임하도록 하여 위임에 있어서 일정한 한계가 있음을 명시하고 있다. 이와 같이 법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하여 됨으로써 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하고자 하는 헌법 제75조의 입법취지에 비추어 볼 때, “구체적으로 범위를 정하여”라 함은 법률에 대통령령 등 하위법규에 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체로부터 대통령령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌법재판소 1991.7.8. 선고. 91헌가4 결정 참조).

⑧ 부천시담배자동판매기설치금지조례 第4條 등 違憲確認, 강남구담배자동판매기설치금지조례 第4條 등 違憲確認(1995.4.20. 92헌마264,279 병합)  
헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하

고 재산을 관리하며, 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.”고 규정하고 있고, 지방자치법 제15조는 이를 구체화하여 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다”고 규정하고 있다. 이 사건 조례들은 담배소매업을 영위하는 주민들에게 자판기 설치를 제한하는 것을 내용으로 하고 있으므로 주민의 직업선택의 자유 특히 직업수행의 자유를 제한하는 것이 되어 지방자치법 제15조 단서 소정의 주민의 권리의무에 관한 사항을 규율하는 조례라고 할 수 있으므로 지방자치단체가 이러한 조례를 제정함에 있어서는 법률의 위임을 필요로 한다. 그런데 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 그 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고, 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 할 것이다. 이 사건의 경우를 보면, 담배사업법(법률 제4065호)은 제16조 제4항에서 “소매인의 지정기준 기타 지정에 관하여 필요한 사항은 재무부령으로 정한다”고 규정하고 있고, 재무부령인 담배사업법시행규칙은 제11조 제1항의 별표 2 “제조담배소매인의 지정기준” 중 자동판매기란에서 “1. 자동판매기는 이를 일반소매인 또는 구내소매인으로 보아 소매인 지정기준을 적용한다. (단서 생략) 2. 청소년의 보호를 위하여 지방자치단체가 조례로 정하는 장소에는 자동판매기의 설치를 제한할 수 있다.”고 규정하고 있으며, 이 사건 조례들은 위 규정들에 따라 제정된 것이다. 그렇다면 이 사건 조례들은 법률의 위임규정에 근거하여 제정된 것이라고 할 것이며, 이러한 위임에 의하여 자판기의 설치제한 및 철거에 관하여 규정하고 있는 이 사건 심판대상규정 역시 자판기의 전면적인 설치금지를 내용으로 하는 등의 특별한 사정이 없는 이상 위임의 한계를 벗어난 규정이라고 볼 수 없다.

⑨ 지방세법 제234조의15제2항제3호 위헌소원(1997.10.30. 96헌바92)

위임의 명확성의 요건이 완화될 수 있는 경우에도 국민주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로

구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안된다고 해석되므로, 국민의 기본적무인 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용에 관한 사항에 대하여는 조세법률주의의 원칙상 가능한 한 법률에 명확하게 규정되어야 하고 이와 같은 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 데에는 일정한 한계가 있는 것이다.

⑩ 의료보험법 제31조 제2항 위헌확인(1997.12.14. 95헌마390)

헌법 제95조는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다” 라고 규정함으로써 총리령·부령의 발령근거와 조건 및 한계를 정하고 있다. 헌법 제95조에는 동 제75조와 같이 “구체적으로 범위를 정하여” 라는 문구가 없지만 역시 마찬가지로 위임의 구체성과 명확성을 요구한다. 다만, 이러한 기준은 기본권의 성질 및 행정분야에 따라서, 국민에 대한 영향력의 정도에 따라서, 현실적·입법기술적 곤란성에 따라서, 그리고 수입자의 민주적 정당성·조직형태에 따라서 달리 적용된다. 제95조의 규정에 의하면 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법령의 위임 또는 직권으로 부령을 발할 수 있다. 이때 이 사건 법률조항과 같이 법령에서 고시 등 행정규칙으로 정하도록 위임하는 것이 우리 헌법상 가능한지에 대하여는 학설상 긍정설과 부정설이 나누어지고 있으나, 판례는 “법령보충적인 행정규칙이나 규정은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 범위내에서 그것들과 결합하여 법규적인 효력을 가진다”고 판시하여(대법원 1996.4.12. 선고, 95누7727 판결; 1994.3.8. 선고, 92누1728 판결) 이를 긍정하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항은 분만급여를 보건복지부장관에게 위임함에 있어서 “방법·절차·범위·상한기준 등”이라고 규정하고 있어 위헌이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 분만급여의 구체적인 방법·절차·범위·상한기준 등은 의료보험제도에 관한 기본적 사항이 아니므로 이를 법률로 직접 규정하지 아니하고 그 규율을 하위법규에 위임할 수 있다 하더라도 그러한 법률 위임의 내용으로서는 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 한다는 것이 헌법상 요구이기 때문이다. 그러나 이러한 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다. 즉, 급부행정 영역에서는 기본권 침해 영역보다는 구체성의 요구가 다소 약화되어도 무방하다고 해석되며, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임

의 명확성의 요건이 완화되어야 하는 것이다(헌법재판소 1991.2.11. 선고, 90헌가27 결정 참조). 뿐만 아니라 위임조항에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다 (헌법재판소 1996.10.31. 선고, 93헌바14 결정 참조).

① 구 방문판매등에관한법률 제18조제1항 등 위헌소원(1997.11.27. 96헌바12)

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 아울러 위임입법의 범위와 한계를 명시하고 있다. 그리고 헌법 제75조는 대통령에 대한 입법권한의 위임에 관한 규정이지만, 국무총리나 행정각부의 장으로 하여금 법률의 위임에 따라 총리령 또는 부령을 발할 수 있도록 하고 있는 헌법 제95조의 취지에 비추어 볼 때, 입법자는 법률에서 구체적으로 범위를 정하기만 한다면 대통령령 뿐만 아니라 부령에 입법사항을 위임할 수도 있음은 당연하다고 할 것이다.

② 주차장법 제19조의4제1항 위헌소원(1998.2.27. 95헌바59)

헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 아울러 위임명령은 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”에 관하여만 발할 수 있다고 제한함으로써 위임입법의 범위와 한계를 분명히 해 두고 있다. 즉, 헌법 제75조는 행정입법의 수요와 헌법상 기본권보장의 원칙과의 조화를 기하기 위하여 위임입법은 허용하되 백지위임만은 허용되지 아니한다는 점을 밝히고 있는 것이다. 따라서 법률이 어떤 사항에 관하여 대통령령에 위임할 경우에는 국민이 장래 대통령령으로 규정될 내용을 일일이 예견할 수는 없다고 할지라도 적어도 그 기본적 윤곽만은 예견할 수 있도록 기본적인 사항들에 관하여 법률에서 구체적으로 규정하여야 한다.



(2) 處罰法規의 委任

① 福票發行, 懸賞其他射倖行爲團東法 제9조 및 제5조에 관한 違憲審判 (1991.7.8. 91헌가4)

위임입법에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이지만 법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특히 인권을 최대한으로 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률(형식적 의미)에 의한 처벌을 특별히 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직스럽지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 따라서 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다. 이 사건 심판대상 법률의 위헌여부에 관하여 보건대, 벌칙규정인 단속법 제9조는 1년 이하의 징역, 15만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료라는 형벌을 정하면서 그 처벌대상행위 즉 범죄구성요건으로서 "제5조의 규정에 의한 각령의 규정에 위반한 행위로서 각령에서 본조의 벌칙을 적용할 것을 정한 조항에 해당하는 자"와 "제7조의 규정에 의한 처분에 위반한 자"라고 규정하고 있다. 그런데 후자의 경우 즉 "제7조의 규정에 의한 처분에 위반한 자"란 단속법 제7조에 의하여 감독관청으로부터 행위제한, 행위금지 또는 허가취소처분을 받고서 그 처분에 위반한 자를 의미하는 것이 명백하여 명확성이나 예측가능성에 아무런 문제가 없으므로 죄형법정주의에 위반된다고 볼 수 없으나(위헌여부심판제청의 당해 사건에 적용될 부분도 아니다) 전자의 경우는 제5조의 규정에 의한 각령의 규정에 위반한 행위를 처벌한다는 것인데 단속법 제5조는 "제3조 제1항의 규정에 의하여 허가를 받은 자의 당해행위 실시에 관한 업무의 범위, 처리절차, 주최자와 참가자의 관계, 기타 실시상 필요한 규정과 단속상 필요한 규정은 본법에 규정한 것을 제외하고는 각령으로써 정한다."라고 되어 있어 이 규정이 오로지 처벌대상 행위의 설정을 각령에 위임하는 규정은 아니지만 제9조와의 관계에서 볼 때 처벌대상 행위까지도 각령으로 정할 수 있도록 하는 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 "기타 실시상 필요한 규정" "단속상 필요한 규정"이라고 극히 추상적이고 포괄적으로 정하고 있어 이러한 규정만으로써는

각령에서 정해질 처벌대상행위(범죄구성요건)가 어떠한 것일지 전혀 예측할 수 없다. 그리고 위와같은 위임규정에 의하여 단속법 시행령에서 처벌대상 행위로 정해놓은 규정들(시행령 제6조, 제6조의 2, 제7조, 제9조 내지 제12조, 제13조 제1항 본문 및 제2항, 제15조, 제16조 제2항, 제17조 내지 제22조)은 각령에 위임할 것 없이 본법에서 충분히 규정할 수 있는 것들이다. 따라서 단속법 제5조 중 "실사상 필요한 규정과 단속상 필요한 규정"이라고만 범위를 정하여 그것을 각령으로 정하도록 위임한 부분은 법률로써 미리 충분히 정할 수 있는 처벌대상 행위를 법률로써 정하지 아니하고 예측할 수 있는 어떠한 기준도 정함이 없이 포괄적으로 위임하는 것이어서 위임입법의 한계를 크게 일탈한 것이며 동시에 죄형법정주의에도 반하는 것이라고 아니할 수 없고, 그럼에도 불구하고 단속법 제9조(제7조의 규정에 의한 처분에 위반한 자를 처벌한다는 부분제외, 이하같음)은 위와같이 막연한 포괄적 위임법률에 의하여 제정된 "각령의 규정에 위반한 행위"를 범죄의 구성요건으로 하고 있을 뿐만 아니라 각령의 규정에 위반한 행위 가운데에서도 그중 어떠한 것을 처벌할 것인가의 선택을 전적으로 각령에서 지정하도록 위임하고 있으니 이는 결국 벌칙규정이면서도 형벌만을 규정하고 범죄의 구성요건의 설정은 이것을 완전히 각령에 백지위임하고 있는 것이나 다름없다. 그렇다면 단속법 제9조는 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 위반되는 위헌법률이라고 아니할 수 없다.

(재판관 한병채의 반대의견)

이러한 여러 가지 특수성 때문에 현대과학의 발전과 컴퓨터의 새로운 프로그램의 개발로 인하여 그 위반수단의 기술적 변화를 입법으로 제정하는 법률규정으로는 뒤따라 갈 수도 없고, 그에 적응할 수 있는 내용을 구체적이고 명확하게 입법을 할 수도 없는 전문적인 분야의 사항들인데 이러한 모든 것들을 형식적인 법률로 입법하지 않고 각령에 위임하였다고 하여 죄형법정주의 원칙에 위반된다고 결론짓는 것은 행정단속법상의 모든 허가사항까지 각령이 아닌 법률로 구체적으로 규정하지 아니하였다고 모두 위헌이라고 판단하는 것과 다를 바 없고, 이는 단순한 형식논리에 치우친 실정법의 해석이라 아니할 수 없다. 다수의견의 본건 판단의 논거는 죄형법정주의의 원칙상 범죄의 구성요건과 처벌에 관한 규정이 법률로써 구체적이고 명확하게 기재되어야 하는 것인데 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없는 본건의 법규정들은 위헌법률이라고 아

니할 수 없다는 것이다. 그러나 이는 죄형법정주의의 원칙상 처벌규정의 위임  
이 인정되는가, 그리고 그 위임이 인정되면 그 처벌규정의 내용인 범죄의 성립  
및 구성요건에 관한 규정과 처벌의 종류인 법정양형의 규정을 어느 범위와 한  
계에 까지 위임할 수 있는가 하는 것은 입법자의 재량범위에 속하는 입법위임  
의 문제인 것이며 이에 입각하여 위임입법을 하고 있는 것이 우리 나라 뿐만  
아니라 세계 각국의 입법례이다. 위임입법의 한계와 범위에 대해서도 현대산업  
사회의 발전과 변화에 맞추어 과거와 같이 형식논리에 입각한 범죄구성요건의  
명확성과 구체성을 상세하게 법정화하여야 한다는 실정법의 해석만을 고집하지  
않고, 실질적인 법규범을 확립하게 위하여 필요한 경우에는 효과적인 위임입법  
을 할 수 있다는 것이 근대입법과정에서 자주 볼 수 있는 입법방향의 하나이  
며, 더구나 행정단속법에 있어서 이러한 현상이 더욱 두드러지고 있는 것이 세  
계적인 동향이다. 물론 이에 대하여는 학문적 분야와 법철학에 따라 견해를 달  
리할 수 있는데 이러한 경우의 입법에 있어서는 어디까지나 입법자가 그 범위  
를 구체적으로 결정할 입법정책의 문제로서 입법부의 입법재량사항에 속하는  
것이지 헌법재판사항은 아니라고 아니할 수 없다. 그렇다면 본건의 심판대상인  
 법 제5조의 “복표발행, 현상기타사행행위 및 유사사행행위의 실시에 관한 허가  
 를 받은 자의 행위 실시에 관한 업무의 범위, 처리절차, 주최자와 참가자의 관  
 계, 기타 실시상 필요한 규정과 단속상 필요한 규정은 본 법에 정한 것을 제외  
 하고는 각령으로 정한다.”는 규정을 그 위임입법의 범위에 구체적이고 명확성  
 이 없는 백치위임이라고 단정할 것이 아니라 본건 단속법의 구성요건은 행정단  
 속에 필요한 적절하고 구체적인 허가사항에 따르는 실시상의 필요한 규정과 개  
 별적인 한계를 각령에서 정하도록 위임할 수 있는 개방된 구성요건으로 보아야  
 할 것이고, 또 본법 제9조에서 “제5조의 규정에 위반한 자는 1년 이하의 징역,  
 15만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료에 처한다.”고하여 벌칙과 법정형벌을 모  
 두 규정하고 있으므로 이 사건의 구성요건에 해당하는 처벌대상의 행위는 동  
 제5조에, 형벌은 제9조에 규정되어 있어서 범죄의 구성요건과 형벌의 종류는  
 각령의 내용에서 확정되는 것이 아니라 할 것인데 다수의견은 이러한 점을 간  
 과하고 지나치게 죄형법정주의 기초이론에만 집착하여 판단한 것이라 아니할  
 수 없다.

② 體育施設의 設置·利用에 關한 法律施行規則 제5조에 對한 헌법소원(1993.

5.13. 92헌마80)

법치주의와의 關係에서 한가지 더 언급한다면 罪형법정주의로서 構成要件에 對한 백지위임의 問題점이 지적되지 않을 수 없다. 법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다는 말로 표현되는 罪형법정주의는 어떠한 행위가 처벌될 수 있는 행위인가를 국민이 사전에 예측할 수 있도록 성문법의 형태로 형벌법규가 제정되어야 함을 의미하고 그러므로 국가의 형벌권의 자의적인 발동으로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 제도로서 우리헌법은 제12조 제1항 후단에서 이를 명시하고 있으며 이는 형벌 불소급의 원칙(헌법 제13조 제1항 전단)과 함께 형사법에 關한 헌법의 2대원칙이라 할 수 있는 것이다. 따라서 형사법은 원칙적으로 형식적인 의미의 법률의 형태로 제정되어야 하고 다만 부득이 예외적으로 행정부에서 법규명령의 형태로 제정하는 경우라 하더라도 그 법규명령에는 반드시 구체적이고 명확한 법률상의 위임근거규정이 있어야 비로소 가능한 것이라 할 것이다. 즉 형벌법규라고 하더라도 일정사항의 위임이 불가능하지는 않지만 罪형법정주의의 원칙에 비추어 보건대 최소한도 범죄의 構成要件의 윤곽만큼은 수권규정 자체에서 예측될 수 있어야 한다는 것이다. 체육시설의 설치·이용에 關한 법률 제22조 제3항에 의하면 동법 제5조의 시설, 설비 중 안전 또는 위생기준에 미달하여 시정명령을 받고 이를 위반한 자에 對하여 6개월 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있는바, 그렇다면 이 사건 심판대상규정은 위 처벌조항의 構成要件에 해당된다고 할 것이므로 비록 처벌의 전제절차로서 “시정명령”이 構成要件의 일부로 제한 규정되어 있기는 하지만 罪형법정주의의 존재이유에 비추어 그것이 모법의 규정에서 전혀 예측할 수 없는 내용이라면 허용될 수 없는 것이라고 하지 아니할 수 없는데 그러한 의미에서도 심판대상규정이 모법의 위임의 범위내의 규정이라고 인정하기는 어려운 것이다.

③ 水産業法 第52條第2項 등 違憲提請(1994.6.30. 93헌가15,16,17)

헌법재판소의 해석은 권력분립주의·법치주의원칙에 비추어 실록 법집행기관인 행정부가 행정입법권을 부여받고 있다고 하더라도, 국민의 권리와 의무 특히 기본권 침해영역에 關係되는 법규사항은 스스로 결정할 수 없고, 단지 위임 법률에서 구체적으로 범위를 정한 한도 내에서만 결정할 수 있도록 한계지음으로써 헌법상의 기본권 보장원칙과 행정입법의 수요를 조화시켜 나가려는 데 있

는 것이라 할 것이다. 따라서 처벌법규의 위임에 있어서, 만일 그 위임법률이 그 적용을 받는 국민에 대해서 범죄의 구성요건과 처벌의 정도에 대한 예측을 불가능하게 할 정도로 행정부에 대해 범죄구성요건과 처벌에 관한 명확한 기준을 제시해 주지 못하는 내용일 때에는 결국 행정부로 하여금 스스로 법규사항을 제정하여 이를 집행하게 하는 사태를 초래하게 되어 행정부의 자의가 개재될 여지가 생기게 되고 그것은 권력분립주의·법치주의를 기본체계로 하는 헌법에 정면으로 위반되는 결과가 되는 것이라고 할 것이다. 먼저 수산업법 제52조를 살펴볼 때, 이 사건과 관련된 처벌 대상인 구성요건에 해당하는 사항은 제1항 제4호의 “어구의 선적·사용에 관한 제한 또는 금지”부분이며, 이러한 제한 또는 금지에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정할 수 있게 되어 있고(제1항 본문), 이 경우 300만원 이하의 벌금·구류·과료 규정을 둘 수 있게 되어 있다(제2항, 제3항). 또한 수산업법 제79조에서는, 이 사건과 관련된 처벌대상인 구성요건에 해당하는 사항은 “어구의 제한 또는 금지”(제1항 제2호)이며, 이러한 제한 또는 금지에 관하여 제52조 제2항, 제3항을 준용하게 되어 있다(제2항). 그렇다면 이 사건의 논점은 수산업법 제52조 제1항 제4호, 제79조 제1항 제2호에 규정된 “어구의 선적·사용에 관한 제한 또는 금지” “어구의 제한 또는 금지”라는 범죄의 구성요건이 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률에 의해서 그 대강이 규정되어야 한다는 법치주의 내지 죄형법정주의의 원칙 및 그에서 파생되는 명확성의 원칙에 합당한 것이라 할 수 있는가, 그 규정을 통해서 국민의 예측가능성이 보장될 수 있는가 등의 문제에 귀착된다고 할 수 있는데, 우선 죄형법정주의 내지 명확성의 원칙에 대하여 살펴본다(예측가능성은 후술). 물론 위임입법의 경우라도 권력분립주의·법치주의와 죄형법정주의의 본질에 입각하여 범죄의 구성요건과 형벌의 대강은 반드시 법률(모법)에 규정되어 국민들은 모법을 통해 어떤 행위가 처벌될 것인지, 어떠한 형벌이 부과될 것인지를 예측할 수 있어야만 할 것이고, 처벌법규에 있어서 구성요건과 형벌의 예측가능한 구체적 내용이 규정되어 있지 않다면 이는 위임입법의 한계의 일탈문제인 동시에 죄형법정주의원칙의 침해문제가 경합된다고 할 것이다. 그런데 이 사건 심판대상규정은 국회의 기술적·전문적 능력과 아울러 시간적 적응능력과 관련이 있는 것으로서 앞서 본 바와 같이 형벌의 종류와 그 범위(상한)는 확실히 정하여져 있고 범죄의 대상이 되는 행위도 그 대강은 예측할 수 있도록 수권법률에 구체적으로 정하여져 있다고 볼 것이므로 결국 죄

형법정주의의 원칙(특히 명확성의 원칙)에도 위반되지 않는다고 할 것이다. 이에 관련하여 예측가능성 문제를 아래에서 다시 상술하기로 한다. 처벌법규의 위입에 있어서 모법상의 범죄구성요건과 형벌의 범위는 더욱 예측가능하여야 된다는 헌법재판소의 위 판례들에 비추어 볼 때 이 사건 심판대상규정으로는 무엇이 금지되는 행위인지 다소 애매하지 않는가 하는 의문을 가질 여지가 없지 않다. 그러나 위의 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다. 그런데 오늘날 행정법 분야에 있어서 수많은 범죄의 구성요건을 모법(법률)에서 완전히 명확하게 규정한다는 것은 현실적으로 불가능하며, 특히 이 사건 관련 어법 질서 유지 및 어족자원 보호를 위한 각종 행정명령은 수온·해류·염분·농도·수색·먹이생물 등의 상태에 따라 수산동식물의 서식장소가 이루어지므로 그에 상응하게 발하여져야 할 이치인데 그러한 상태들이 시간적(월별, 계절별)·공간적(해역별, 수심별)으로 다양하게 변동되기 때문에 법률로 일일이 규정할 경우 그러한 변화에 적의 대처할 수 없게 될 우려가 생겨날 수 있는 것이다. 그렇다면 시행령에서 규정될 범죄의 구성요건이 당해 위입법률조문 하나만으로는 예측이 다소 어렵더라도 다른 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위입의 한계를 일탈하지 아니한 것으로 판단되어야 할 것이다. 더욱이 수산업법은 그 목적에 대해서 “수산업에 관한 기본제도를 정하여 수산자원을 조성·보호하며 수면을 종합적으로 이용함으로써 수산업의 발전과 어업의 민주화를 도모함을 목적으로 한다”(제1조)고 규정하고 있고, 수산업법상의 어선·어구에 관한 제한 또는 금지규정의 주된 적용 대상자들은 수산업(수산업법 제2조제1호 참조) 그 중에서도 어업에 종사하는 자들이며 그들은 동법 제41조상의 어업허가를 받았거나 제44조상의 어업신고를 한 자들인 것이다. 그런데 동 규정들에 의하면 어선·어구 등에 관하여 어구마다 수산청장의 허가를 받거나 시장·군수(또는 자치구의 구청장)에게 신고하게 되어 있으므로 어업허가를 받았거나 어업신고를 한 어업종사자들로서는 수산자원을 조성·보호하기 위한 수산업법의 목적을 염두에 둘 때 수산업법 제52조제1항제4호, 제79조제1항제2호에서 말하는 어구·어선의 제한 또는 금지가 대체적으로 어떠한 것이라는 것, 예컨대 허가·신고된 어선·어구 외의 것을 함부로 사용하거나 적재할 수 없다는 것을 충분히 예

측할 수 있는 지위에 있는 자라고 할 것이다. 한편 수산업법 제52조 제2항은 “제1항의 규정에 의한 대통령령에는 필요한 벌칙을 둘 수 있다” 제3항은 “제2항의 벌칙에는 300만원 이하의 벌금·구류 또는 과료규정을 둘 수 있다”고 각 규정하고 있으며, 제79조 제2항은 이들을 준용하고 있다. 수산업법 제52조 제3항은 형벌의 종류 및 상한을 규정하였고 범죄구성요건 규정에 관하여도 이 법의 특수성으로 인하여 위의 헌법재판소의 결정례의 취지에 비추어 볼 때 위임입법의 한계를 벗어났다거나 죄형법정주의의 명확성의 원칙을 위반하였다고는 볼 수 없다고 함은 위에서 밝힌 바와 같다. 그리고 제2항에 “필요한 벌칙을 둘 수 있다”라는 규정형식은 “……에 처한다”라는 위임법률의 통상적인 처벌규정에 비하여 볼 때 다소 이례적인 것이기는 하나, 이는 벌칙을 둘 수도 있고 두지 않을 수도 있다는 뜻이 아니고 앞서 본 수산업법의 목적과 어선·어구에 대한 제한 또는 금지를 규정한 취지에 비추어 보건대, 시행령으로 벌칙을 규정할 권한이 있다는 의미라는 것이 의문의 여지 없이 분명하고 제52조 제3항의 벌칙범위와 종합하여 볼 때 결코 처벌 여부를 행정부의 자의적인 판단에 위임한 것이 아니라 처벌하되 수권된 전문적·기술적 세부구성요건 사실을 전제로 이에 대하여 수권되는 처벌의 종류 및 상한은 300만원 이하의 벌금·구류 또는 과료에 한정된다는 의미로 이해될 수 있기 때문에 전혀 문제될 것이 없는 것이다.

④ 都市計劃法 第92條第1號 등 違憲提請(1994.7.29. 93헌가12)

이 법의 목적은 “도시의 건설, 정비, 개량 등을 위한 도시계획의 입안·결정·집행절차에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 도시의 건전한 발전을 도모하고 공공의 안녕질서와 공공복리의 증진에 기여하게 함”이다(이 법 제1조 참조). 이 법 제4조제1항제2호 후단 외에 이 법 제4조제1항의 각호는, “토지의 형질변경, 죽목의 벌채·재식 또는 토석의 채취”(제1호), “건축물 기타 공작물의 신축·개축·증축”(제2호 전단), “대통령령이 정하는 토지분할”(제3호)의 각 행위를 제한하고 있다. 이상과 같은 이 법의 목적 및 이 법 제4조제1항 각호에 의하여 제한되는 행위유형 등을 종합하면, 이 법 제4조제1항의 목적은 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 제한하기 위한 것이라고 할 수 있다. 그러므로 이 법 제4조제1항제2호 후단의 목적도 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 금지하기 위한 것이다. 나아가 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 금지한다고 하는 이 법 제4조제1항제2호 후단의 목적을 고려하면, 이

법 제4조제1항제2호 후단에 의하여 대통령령에 규정될 물건이나 기간도 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 정도의 물건이나 기간이므로, 대통령령에 위임된 범죄구성요건 부분의 대강은 국민이 예측할 수 있도록 위임법률에 구체적으로 정하여져 있다고 할 수 있다. 즉 사회통념상 도시계획사업에 지장을 줄 수 없을 정도로 이동이 용이하거나 가벼운 물건을 쌓아 놓는 행위 및 이동이 용이하지 아니하거나 가볍지 아니한 물건이라도 이를 짧은 기간 쌓아 놓는 행위는 허용되지만, 사회통념상 그 정도를 넘어서는 물건이나 기간은 제한의 대상이 될 것이라는 사실을 충분히 예측할 수 있는 것이다. 실제 도시계획법시행령은 이 법 제4조제1항제2호 후단에 의한 물건을 “녹지지역에 쌓아 두는 중량이 50톤 이상이거나 부피가 50제곱미터 이상인 모래·자갈·토석·석재·목재·컨테이너·콘크리트·드럼통 또는 병”으로 규정하고(제5조제2항), 기간을 “1개월 이상”으로 규정하고 있는바(제5조제3항), 이 정도의 내용은 이 법 제4조제1항제2호 후단에 의하여 합리적으로 그 대강을 예측할 수 있다고 할 것이다. 그렇다면, 이 법 제4조제1항제2호 후단은 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되지 아니하고, 그로 인하여 이 법 제4조 제1항제2호 후단 및 제92조제1호는 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조제1항 및 그 파생적 원리의 하나인 형벌법규 명확성의 원칙에도 위반되지 아니한다고 하겠다.

⑤ 軍刑法 第47條에 대한 憲法訴願(1995.5.25. 91헌바20)

또한 형벌법규의 구성요건이 명확하여야 한다고 하여 입법자가 모든 구성요건을 단순한 서술적 개념에 의하여 규정할 수는 없으므로, 통상의 해석방법에 의하여 당해 형벌법규의 보호법익과 그에 의하여 금지된 행위 및 처벌의 종류와 정도를 알 수 있다면 그 구성요건에 법관의 보충적인 해석을 필요로 하는 다소 광범위한 개념을 사용하였다고 하더라도 그 점만으로 헌법이 요구하는 형벌법규의 명확성에 반드시 배치되는 것이라고는 볼 수 없다(헌법재판소 1994.7.29. 선고, 93헌가4·6 결정 등 참조). 그러므로 형벌법규에서 위임이 허용되는 범위나 구성요건의 명확성의 정도는 일률적으로 정할 수 없고 당해법률의 성질과 구성요건의 특수성 및 그러한 법적 규제의 원인이 된 여건이나 처벌의 정도 등을 종합하여 판단하여야 할 것이다. 이 사건 법률규정은 정당한 명령 또는 규칙을 위반하거나 준수하지 아니한 때에 형사처벌을 한다고 되어 있을 뿐 그 규정 자체에서는 명령 또는 규칙의 제정권자, 내용, 범위, 형식 등



을 구체적으로 특정하지 않고 있다. 그러나 전투에서의 승리를 주된 목표로 하는 군에서 상황에 따라 탄력적으로 행하여지는 통수작용은 광범위한 유동성, 긴급성, 기밀성 등을 요구하며 특히 6.25 이후 휴전선을 경계로 남북한의 군 병력이 첨예하게 대치하고 있는 우리의 특수한 안보상황에서 이러한 요구는 더욱 절실하다 할 것이므로 군통수를 위하여 일정한 행위의무를 부과하는 명령은 특정되어 존재하는 한 그 형식에 관계없이 준수되어야 하며, 명령의 구체적 내용이나 발령조건을 미리 법률로 정하는 것은 거의 불가능하다. 그리고 군에서의 명령은 지휘계통에 따라 군통수권을 담당하는 기관이 그에게 부여된 권한범위 내에서 발할 수 있는 것이므로, 명령을 제정할 수 있는 통수권 담당자는 대통령이 국군의 통수권자임을 규정한 헌법 제74조와 국군의 조직 및 편성에 관한 사항을 정한 국군조직법의 규정 등에 의하여 결정되나, 구체적인 명령의 제정권자를 일일이 법률로 정할 수도 없는 일이다. 또한 이 사건 법률규정의 취지는 군 내부에서 명령의 절대성을 보호하기 위한 것으로서 명령위반행위에 대한 형벌의 종류와 내용이 법률에 구체적으로 정해져 있으므로 그 피적용자인 군인이 위 규정에 의하여 금지된 행위와 처벌의 정도를 예측할 수 없는 것도 아니다. 그러므로 위와 같이 명령의 구체적 내용에 관하여는 위임이 이루어질 수밖에 없고 그러한 명령에 대한 복종관계가 유지되어야 하는 군의 특수성에 비추어 볼 때, 정당한 명령에 대한 준수의무를 과하고 그 위반에 대하여 구체적인 형벌의 종류와 범위를 명시하고 있는 이 사건 법률규정이 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없다.

(재판관 정경식의 한정합헌의견)

특수한 분야의 사회현상에 있어서는 위임입법이 불가피한 경우도 있으나 형법규의 위임은 다른 일반법규의 위임에 비하여 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 이 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 하는 것이다. 군이라는 특수한 사회에서의 현상을 규율대상으로 함에 있어서 그 특수성에 맞추어 그때그때 알맞는 형법적 규율을 하려면 일정한 범위 내에서 백지형법의 출현이 입법기술적으로 불가피한 경우도 있고 이러한 백지형법의 금지내용과 관련한 보충규범은 법령이나 행정명령의 형식으로도 가능하다고 할 것이다. 그리고 군에서 명령의 강제적 실현

을 위하여 특정한 명령에 위반하거나 이를 준수하지 아니한 경우 형사처벌을 할 필요성이 있음은 충분히 인정할 수 있고 그 명령의 내용을 일일이 법률로 정할 수 없는 사정도 수긍되므로, 군에서 발하는 일반적 명령에 위반하는 행위를 군형법에서 범죄행위로 규정하여 형사처벌의 대상으로 삼는 것 자체가 헌법에 위반된다고 할 수는 없다. 그러나 이 사건 법률규정은 "정당한 명령 또는 규칙을 준수할 의무가 있는 자가 이를 위반하거나 준수하지 아니한 때에는 2년 이하의 징역이나 금고에 처한다."고만 규정하여 형사처벌의 대상이 되는 구성요건의 내용을 명령이나 규칙에 백지위임하는 형식을 취하고 있다. 군형법이라 하여 죄형법정주의나 위임입법에 관한 헌법상 제원칙이 적용되지 않는 것은 아니고 특히 명령에 위임된 사항은 실질적으로 구성요건의 내용에 관한 것이므로 형사처벌을 하여야 할 만큼 중요한 것이어야 하는데, 위 법률규정을 문면 그대로 해석한다면 군에서 거의 모든 분야에 걸쳐 발령되는 명령이나 규칙은 발령권자나 제정권자가 누구이든, 그 내용 및 범위가 군사상 의무에 관한 사항이든 일상생활상의 의무에 관한 사항이든 관계없이 이를 준수하지 아니할 경우 형사처벌을 할 수 있다는 뜻이 되어 적용범위가 지나치게 광범위할 뿐 아니라, 경우에 따라서는 징계별로만 제재를 가하여도 충분한 사항을 형사처벌하게 되어 헌법 제37조 제2항의 과잉금지원칙에 위반될 소지도 있는 것이다. 결국 이 사건 법률규정이 위와 같이 백지위임의 형식을 취하고 있는 상태에서는 죄형법정주의 원칙이 요구하는 명확성의 요건을 충족하지 못한 것이고 위임입법의 한계도 벗어난 것이라고 아니할 수 없다. 그러나 다양한 상황에 대처하는 기동력과 탄력성이 요구되는 군의 조직과 운영에 있어서 명령의 절대성을 확보할 필요가 있고 그 구체적 명령의 발령권자나 내용을 사전에 모두 법률로 정할 수 없는 입법기술상의 한계 등을 고려하면 위 법률규정의 필요성과 어느 정도의 위임의 불가피성을 인정하지 않을 수 없으며, 위 법률규정의 "정당한 명령"을 상위법령에 위배되지 않는 것으로서 발령권자를 일정한 범위의 지휘관으로 제한하고 명령의 내용 및 범위를 군통수상 중요한 군사상 의무에 관한 구체적 사항으로 한정하며 형식도 명령의 수범자가 그 명령의 위반할 경우 형사처벌의 대상이 되는지 여부를 사전에 예측할 수 있는 형태로 발령된 명령을 의미하는 것으로 한정할 경우에는 헌법에 위반될 소지를 없앨 수 있으므로, 헌법재판소로서는 이 사건 법률규정의 적용범위를 위와 같이 한정 축소하는 것을 조건으로 그 한도 내에서 헌법에 합치된다는 한정합헌결정을 하는 것이 옳다고 본다.

⑥ 舊 住宅建設促進法 제52조제1항제2호 등 違憲訴願(1995.10.26. 93헌바62)

우리재판소는 위임입법의 근거와 한계에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이고, 다만 법률에 의한 처벌법규의 위임은, 헌법이 특히 인권을 최대한 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직하지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 함을 밝힌 바 있다(헌법재판소 1991.7.8. 선고, 91헌가4; 1994.6.30. 선고, 93헌가15·16·17(병합) 결정). 특히 처벌법규의 위임에 관하여 우리재판소는 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 둘째, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 셋째, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다고 판시한 바 있다(헌법재판소 1991.7.8. 선고, 91헌가4; 1994.6.30. 선고, 93헌가15·16·17(병합) 결정).

⑦ 風俗營業의規制에관한法律 제3조 제5호 등 違憲確認(1996.2.29. 94헌마13)

이 사건 법조항(법 제3조제5호)은 풍속영업자는 대통령령으로 정하는 풍속영업의 경우 대상자의 연령을 확인하여 대통령령이 정하는 청소년이 풍속영업소에 출입을 하지 못하게 하여야 한다고 규정하고 있고, 이에 따라 이 사건 시행령조항은 노래연습장을 청소년출입금지대상 풍속영업으로 규정하면서 그 출입이 금지되는 청소년을 18세 미만으로 정하고 있다. 한편 법 제10조제2항은 법 제3조 제4호 내지 제7호의 규정에 위반한 자는 2년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하고 있다. 그렇다면 여기에서는 이 사건 법조항이 대통령령으로 정하는 풍속영업 및 대통령령으로 정하는 청소년이라고 규정하여 범죄구성요건을 대통령령에 위임한 것이 위임입법의 범위와 한계를 벗어난 것인지 또한 죄형법정주의의 명확성, 예측성의 원칙에 위반한 것인지 여부가 문제된다고 하겠다. 생각건대, 법 제1조에 의하면 이 법의 목적은 미풍양속의 보존과 청소년의 보호에 있으므로 이 사건 법조항에서 말하는 대통령령으로 정하는 풍속영업이란 청소년의 출입을 허용하게 되면 청소년의 보호에 지장을 줄 수 있는 성격의 영업을 말하는 것이고, 대통령령으로 정하는 청소년이

란 대상이 되는 풍속영업의 성격 및 청소년에 대한 유해성의 정도, 청소년의 정신적·인격적 발달상황 등을 고려하여 풍속영업별로 출입금지연령이 차등적으로 규정되리라는 것을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이다. 따라서 대통령령에 위임된 범죄구성요건부분의 대상이 위임법률인 이 사건 법조항에 구체적으로 규정되어 있다고 할 수 있으므로, 이 사건 법조항이 위임입법의 범위와 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없고, 나아가 죄형법정주의의 명확성, 예측성의 원칙에도 위반되지 아니한다고 할 것이다.

⑧ 風俗營業의 規制에 관한 法律 제2조제6호 등 違憲確認(1996.2.29. 94헌마 213)

노래연습장업의 경우 풍속영업법 제2조 제6호의 위임에 따라 법률이 아닌 법시행령 제2조 제5호에 의하여 비로소 풍속영업법의 적용범위에 포함되어 일정한 경우에는 형벌까지 받게 되므로(풍속영업법 제10조) 이것이 죄형법정주의에 반하는 것이 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 수권법률(위임법률)이 구성요건의 점에서는 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용되고 있으므로 법시행령 제2조제5호가 위 위임입법의 한계를 준수하고 있다면 노래연습장업을 법률이 아닌 대통령령에 의하여 풍속영업법의 적용대상에 포함시켜 일정한 경우에 형벌을 과한다고 하여도 죄형법정주의에 반한다고 할 수는 없는 것이다. 따라서 이 사건에서는 위임법률인 위 풍속영업법 제2조제6호에 규정된 "선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해할 우려가 있는 영업"이라는 것이 누구라도 위 규정에 따라 대통령령에 규정될 내용의 대상을 알 수 있을 정도로 구체적인 것인가 하는 점이 문제가 되므로 살피건대, 위 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것인바, 풍속영업법 제2조제6호가 규정하고 있는 "선량한 풍속"이나 "청소년의 건전한

육성"이라는 개념이 추상적이기는 하나 앞에서 본 풍속영업법의 입법목적, 풍속영업법의 적용대상이 되는 다른 영업(유흥주점영업, 숙박업, 이용업, 특수목욕장업, 전자유기장업, 소극장업, 만화대여업, 무도학원업, 무도장업), 풍속영업자의 준수사항(풍속영업법 제3조), 풍속영업의 시설기준 등을 종합하여 평균적인 일반인의 상식에 비추어 보면 풍속영업법 제2조제6호가 대통령령에 위임하고 있는 영업이란 영업의 본질적 특성이나 현실적으로 운영되는 영업의 형태, 영업시설, 사회 일반의 인식 등에 비추어 영업장소 내에서 성적 호기심의 유발행위, 성적 접촉 등의 성적 문란행위 또는 음주, 향락성 유흥 등 청소년의 건전한 정서적 발전에 장애가 될 수 있는 행위, 그 밖에 폭력, 도박, 매춘 등의 범죄행위가 발생할 가능성이 높아 특히 규제의 필요성이 큰 영업임을 쉽게 예측할 수 있다. 그렇다면 법시행령 제2조제5호는 풍속영업법 제2조제6호의 정당한 위임의 한계내의 규정이라고 할 것이다. 따라서 법률이 아닌 시행령의 규정에 의하여 노래연습장업이 풍속영업에 포함되었다고 할지라도 죄형법정주의에 반한다고 할 수 없다. 권력분립주의의 원칙상 국민의 권리와 의무에 관한 중요한 사항은 입법부에 의하여 법률의 형식으로 결정하여야 할 것이나 여러가지 사정으로 인하여 위임입법이 허용됨은 앞서 본 바와 같고, 헌법 제75조도 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다"라고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 반드시 구체적·개별적으로 위임이 행하여질 것을 요구하고 있다. 사실상 입법권을 백지위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임은 의회입법과 법치주의를 부인하는 것이 되어 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 것이기 때문에 법률로 대통령령에 위임을 하는 경우라도 적어도 법률의 규정에 의하여 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정함으로써 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대가를 예측할 수 있도록 하여야 할 것인바, 헌법 제75조에서 규정하는 "구체적으로 범위를 정하여"는 위와 같은 의미로 해석된다. 이 사건 심판대상 규정 중 법시행령 제5조제6호는 "대통령령으로 정하는 풍속영업의 경우 대상자의 연령을 확인하여 대통령령이 정하는 청소년이 풍속영업소에 출입을 하지 못하게 하여야 한다"는 풍속영업법 제3조제5호의 위임에 따라, 법시행규칙 제4조제1항제5호는 "기타 대통령령으로 정하는 풍속영업의 영업시간……등에 관한 사항을 지켜야 한다"는 풍속영업법 제3조제7호의 위

입 및 위 위임에 따른 법시행령 제6조제2항의 재위임에 따라 각 규정된 것인 바, 풍속영업법 제3조제5호 소정의 "대통령령으로 정하는 풍속영업"이란 앞서 본 풍속영업법의 입법목적, 풍속영업의 업태, 주된 고객층 등 사회의 인식, 성적 문란행위나 범죄, 향락행위 등의 유발위험정도 등을 고려하여 보면 풍속영업 중에서도 청소년의 무분별한 출입을 허용하는 경우 청소년들을 범죄나 비행에 몰들게 할 우려가 있는 영업을 의미하고, "대통령령이 정하는 청소년"이란 풍속영업소 출입의 유혹을 느끼지만 아직 정서적·인격적으로 성숙하지 못하여 자기억제력이 부족한 연령대의 청소년(청소년기본법은 9세 이상 24세 이하의 자를 청소년으로 정하고 있음도 참고할 수 있다)으로서 그 구체적인 연령은 영업의 성격과 범죄 등 위험행위의 유발정도 등을 고려하여 풍속영업별로 정해질 것이고, 풍속영업법 제3조제7호 소정의 "대통령령으로 정하는 풍속영업의 영업시간"이란 일정한 시간대의 영업을 허용할 경우 성적 문란행위나 범죄 등의 발생 위험이 높고 향락적 사회분위기를 조장할 우려 등이 있는 영업 중에서 성적 문란행위나 범죄 등의 유발 위험이 높은 업종의 경우에는 주로 심야시간대가, 그에 더하여 향락적 사회분위기를 조장하는 업종의 경우에는 심야뿐 아니라 생산활동시간대인 주간까지도 규제의 대상이 될 것임은 누구나 쉽게 예측할 수 있다.

⑨ 건축법 제79조제4호 중 '제26조의 규정에 위반한 자' 부분 위헌제청 (1997.9.25. 96헌가16)

관습형법금지의 원칙, 소급효금지의 원칙, 유추해석금지의 원칙과 함께 죄형법정주의의 내용을 이루는 명확성의 원칙은 그 구성요건과 법적 결과를 법률로 명확하게 규정하여야 한다는 원칙으로서 법률에 범죄와 형벌을 가능한 한 명확하게 규정하여야 법관의 자의를 방지할 수 있고, 국민들에게 어떠한 행위가 금지되어 있고 그 행위에 대하여 어떠한 형벌이 과하여질지를 예측할 수 있도록 하여 규범의 의사결정효력을 담보할 수 있다는데 그 근거가 있다. 이러한 명확성의 원칙은 크게 다음과 같은 두가지 요구를 내포한다고 할 수 있다. 첫째, 명확성의 원칙의 핵심적 요구로서 형사처벌의 대상이 되는 구성요건은 가능한 한 명백하고 확장할 수 없는 개념을 사용하여 구체적이고 명료하게 규정할 것을 요한다는 것이다. 범죄의 구성요건이 추상적이거나 모호한 개념으로 이루어지거나, 그 적용범위가 너무 광범위하고 포괄적이어서 불명확한 경우에는 국민이 법률에 의하여 금지된 행위가 무엇인가를 알 수 없게 되어 죄형법정주의의

원칙에 위배된다. 구성요건이 어느 정도 특정되어야 명확성의 원칙에 반하지 않는가를 판단함에 있어 우리 재판소는 통상의 판단능력을 가진 사람이 그 의미를 이해할 수 있었는가를 기준으로 하고 있다(헌법재판소 1992.2.25. 선고. 89헌가104 결정 참조). 둘째, 현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하여도 모두 입법부에서 제정하는 법률만으로 규정하는 것은 불가능하다 할 것이므로 행정부에서 제정한 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없고, 이에 따라 우리 헌법은 제75조에서 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항……에 관하여 대통령령을 발할 수 있다"라고 규정하여 위임입법의 근거를 마련함과 동시에 그 근거와 한계를 제시함으로써 헌법상의 권력분립주의, 의회주의, 법치주의의 기본원리를 유지하고 있다.……이 사건 법률규정은 일정한 자가 건축물 등을 '관계법령'이 정하는 기준에 적합하게 유지·관리하지 아니하는 것을 구성요건으로 규정하고 있을 뿐 관계법령의 구체적인 범위는 물론 그 범위를 한정할 수 있는 기준에 관하여조차 아무런 규정도 하지 아니하고 있다. 건설교통부장관은 건축법 제26조의 규정에 의한 관계법령이란 건축물을 구성하는 건축구조·설비 등과 관련하여 전문적인 사항을 특별히 규정하고 있는 법규로서, 소방법·수도법·하수도법·장애인복지법·승강기제조및관리에관한법률·오수분뇨및축산폐수의처리에관한법률·도시가스사업법 등이 이에 해당한다고 하나, 구체적으로 무엇이 과연 관계법령에 해당하는지에 대하여 통상의 판단능력을 가진 일반인이 알기가 매우 어려울 뿐만 아니라 법률전문가들조차도 관계법령의 범위를 확정하기가 결코 쉽지 않으며 애매모호하다. 이 사건 법률규정은 '이 법의 규정에 의한 명령이나 처분에 적합하게 유지·관리하지 아니하는 것을 모두 구성요건에 포함시키고 있을 뿐 명령이나 처분에 관하여 내용적으로나 절차적으로 아무런 제한도 두고 있지 아니하므로 해석상 다음과 같은 여러가지 불명확함을 야기하고 있다. 우선 위 명령과 처분의 의미는 반드시 명확하지는 않지만 명령은 일응 건축법상의 구체적인 개개의 명령을 뜻하는 것으로 볼 수 있고, 처분은 건축법상의 건축허가·취소 등의 행정행위를 말하는 것으로 보이나, 그 범위가 지나치게 광범위하고 포괄적이라는 점을 지적할 수 있다. 다음으로 건축법 제69조 제1항의 규정에 의한 시정명령이 건축법 제26조의 '이 법의 규정에 의한 명령'에 포함되는지 여부에 관하여 상반되는 견해가 있을 수 있다. 즉 건축법 제26조에서 정한 건축물의 유지·관리의무위반에 대하여는

우선 건축법 제79조제4호에 의하여 처벌되고, 위 처벌과는 별도로 그 위반상태를 시정하기 위하여 건축법 제69조제1항에 의한 시정명령을 할 수 있으며, 그 시정기간내에 시정명령을 이행하지 아니한 때에는 건축법 제83조에 의하여 이행강제금을 부과하게 되는데, 건축법 제26조가 “이 법의 규정에 의한 명령”이 정하는 기준에 적합하게 유지·관리하여야 한다고 규정하고 있는 것과 관련하여, 위 시정명령위반에 대하여 이를 다시 위 제26조 위반으로 보아 건축법 제79조제4호에 의하여 이를 처벌할 수 있는지에 관하여, 긍정론과 부정론의 견해가 양립할 수 있다. 그렇다면 통상의 능력을 가진 일반인으로서 건축법 제69조제1항의 규정에 의한 시정명령을 위반하였을 경우에 이행강제금의 부과 외에 형벌에 의한 제재를 받을 것인지 여부를 알기 어렵게 만들고 있다고 하지 않을 수 없다. 뿐만 아니라 만일 위 규정의 올바른 해석을 위하여는 입법연혁이나 그 취지까지 참작해야 한다면 이는 법률전문가에게도 결코 쉽지 않은 일이라고 할 것이다. 즉 통상의 판단능력을 가진 일반인은 물론 법률전문가에게조차 법해석상의 혼란을 야기할 수 있을 정도로 불명확하다. 이 사건 법률규정은 건축물의 대지나 건축물 및 건축설비를 건축법이나 건축법 규정에 의한 명령, 처분 기타 관계법령이 정한 기준에 적합하게 ‘유지·관리하지 아니한 경우’에 이를 처벌하도록 하고 있으나, 어떠한 경우에 유지·관리의무에 위반한 것으로 보아야 할지가 문제된다. 일반적으로 건축물 등의 유지·관리과정에서 적극적으로 관계법령 등에 위반하는 행위를 하거나 소극적으로 위반하는 상태가 발생하였음을 알면서도 이를 방치하는 경우 등이 이에 해당한다고 할 수 있다. 그러나 구체적으로 어느 정도의 기준위반이 있을 경우에 이 사건 법률규정 소정의 유지·관리 위반이 있다고 할 수 있을지 불분명할 뿐만 아니라, 특히 소극적으로 위반상태를 방치하는 경우에는 어느 정도의 기간 방치한 경우에 유지·관리 위반이 있다고 할 수 있는지에 대한 기준이 없어 법의 적용을 받을 구체적인 개인은 법적용자의 자의에 내맡겨질 가능성이 매우 크다고 할 것이며 그만큼 적용기준이 모호하다. 그렇다면 이 사건 법률규정이 ‘이 법이나 이 법의 규정에 의한 명령, 처분 기타 관계법령이 정한 기준에 적합하게 유지·관리하지 아니한 경우에 이를 처벌하도록 하고 있는 것은 위에서 본바와 같이 구성요건에서 사용하고 있는 개념의 불명확성이 지적될 수 있을 뿐만 아니라, 전체적으로 구성요건의 설정이 과도하게 광범위하고 포괄적이어서 본죄에 해당하는 행위의 범위를 확정하기가 대단히 어렵다고 할 것이며, 이는 적어도 형벌법



규에는 적합하지 아니한 것으로서 죄형법정주의의 명확성 원칙에 위반된다고 할 것이다(한편 건축법에는 이 사건 법률규정 이외에도 제19조제2항·제3항, 제19조의2제1항·제3항, 제21조제2항, 제59조의2제2항 등에서 “이 법 및 이 법의 규정에 의한 명령이나 처분 기타 관계법령의 규정”에 적합하여야 한다는 규정을 두고 있으나 위 규정들은 설계자, 공사시공자, 공사감리자, 관계전문기술자 등 건축전문가를 적용대상으로 하고 있음에 반하여, 이 사건 법률규정은 그 적용대상이 건축이나 건축관계법령에 대하여 문의한이라고 할 수 있는 건축물의 소유자 또는 관리자라는 점에서 위 규정들에 비하여 더욱 위헌성이 크다고 할 것이다.) 이 사건 법률규정은 ‘건축물의 소유자 또는 관리자가 그 건축물·대지 및 건축설비를 유지·관리함에 있어 이 법 또는 이 법의 규정에 의한 명령이나 처분과 관계법령이 정하는 기준에 위반한 행위’를 처벌한다는 것으로, 그 위임형태가 불명확하기는 하나 형벌권의 대상이 되는 범죄의 요건을 하위의 법규명령으로 정할 수 있도록 하는 수권법률의 성격도 가지고 있음을 부인할 수 없다. 그런데 이 사건 법률규정은 위임을 받는 법규명령의 범위에 관하여 아무런 제한을 가하지 아니하고 있을 뿐만 아니라, 법규명령에 규정될 내용 및 범위에 관한 기본사항이 구체적으로 규정되어 있지 않아 이러한 규정만으로써는 어떠한 법규명령에 어떠한 내용의 범죄구성요건이 정해질지를 전혀 예측할 수 없다. 따라서 이 사건 법률규정은 예측할 수 있는 어떠한 기준도 정함이 없이 범죄의 요건을 하위의 법규명령에 포괄적으로 위임하는 것이어서 위임입법의 한계를 벗어난 것일 뿐만 아니라 죄형법정주의의 명확성의 원칙에도 반하는 것이라 아니할 수 없다.

(3) 租稅法規의 委任

① 부산직할시점인계약서제도실시에따른시세불균일과세에관한조례 제2조 등 違憲確認(1995.10.26. 94헌마242 전원재판부)

헌법 제117조는 지방자치단체가 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다고 규정하고, 지방세법 제7조제2항은 “지방자치단체는 공익상 기타의 사유로 인하여 필요한 때에는 불균일과세를 할 수 있다”고 정하였으며, 같은 법 제9조는 그러한 불균일과세는 “내무부장관의 허가를 얻어 당해 지방자치단체의 조례로써 정하여야 한다”고 규정하고 있다. 그런데 이 사건 조례의 성립에 형식적으로나 절차상으로나 하자가 있다는 사실이 발견되지 않는다. 따

라서 법인과 개인을 차별하여 불균일과세를 하고 있는 이 사건 조례는 형식상 지방세법 제7조제2항 및 제9조에 그 법률적 근거를 가지고 있다고 하겠다. 이 사건 조례의 제정취지는, 위에서 살펴 본 바와 같이, 새로이 검인계약서제도를 시행하면서 검인계약서를 이용하여 성실하게 거래내용을 신고하는 성실신고자에게 급증할 수 있는 조세부담을 줄여 줌으로써 검인계약서제도를 속히 정착시키고, 그리하여 궁극적으로는 개인 상호간의 거래에서 흔히 발생할 수 있는 실질적인 조세포탈을 원천적으로 방지하고자 하는 데 있다. 그렇다면 이 사건 조례가 정하는 불균일과세의 목적은 그 근거법률인 지방세법 제7조제2항이 정하는 “공익상 기타의 사유로 필요한 때”에 해당한다고 할 것이므로 이 사건 조례는 실질적으로도 모법이 정한 범위 안에서 과세요건과 세율을 정하고 있다고 볼 수 있다. 또한 이 사건 조례는 그 구성요건이나 법적 효과 양면에서 특별한 해석의 여지도 없을만큼 명확하다. 그렇다면 이 사건 조례의 내용 자체가 과세요건이나 법적 효과가 불명확하여 과세요건명확주의의 원칙에 반한다고 볼 수 없다. 지방자치법 제126조는 “지방자치단체는 법률이 정하는 바에 의하여 지방세를 부과·징수할 수 있다”라고 하고, 지방세법 제3조는 지방세의 부과와 징수에 관하여 필요한 사항은 지방자치단체가 “조례”로써 정하도록 하고 있다. 이렇게 지방세법이 지방세의 부과와 징수에 관하여 필요한 사항을 조례로 정할 수 있도록 한 것은 지방세법은 그 규율대상의 성질상 어느 정도 요강적 성격(要綱的 性格)을 띠 수밖에 없기 때문이라고 해석된다. 왜냐하면 비록 국민의 재산권에 중대한 영향을 미치는 지방세에 관한 것이라 하더라도 중앙정부가 모든 것을 확일적으로 확정하는 것은 지방자치제도의 본래의 취지를 살릴 수 없기 때문이다. 더구나 지방세법의 규정에 의거하여 제정되는 지방세부과에 관한 조례는 주민의 대표로 구성되는 지방의회의 의결을 거치도록 되어 있으므로 법률이 조례로써 과세요건 등을 확정할 수 있도록 조세입법권을 부분적으로 지방자치단체에 위임하였다고 하더라도 조세법률주의의 바탕이 되고 있는, “대표 없이는 조세 없다”는 사상에 반하는 것도 아니다. 그렇다면 지방세법 제7조제2항이 조세법률주의에 반하여 위헌이라거나, 포괄적 위임입법의 원칙에 반하여 위헌이라고 볼 수 없다. 따라서 이 사건 조례 역시 조세법률주의에 반한다거나 법률이 위임한 범위를 벗어나 헌법에 위헌된다고 할 수 없다.

② 舊 租稅減免規制法 제62조제3항 違憲訴願(1995.10.26. 94헌바7,8 병합)

양도소득세 면제신청의 방법(특히 신청기한)을 대통령령에 위임한 구 조감법 제62조 제3항이 위임입법의 한계를 벗어나는가에 관하여 본다. 과세요건 법정주의는 조세법률주의의 가장 핵심적인 내용 중의 하나로서, 과세는 국민의 재산권을 침해하는 것이 되므로 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 모든 과세요건과 조세의 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 이를 규정하여야 한다는 것이다(헌재 1992.12.24. 선고, 90헌바21 결정 참조). 이는 국민의 재산권을 보장함과 동시에 국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 부여하는 것을 이념으로 하고 있다. 따라서 위임입법의 한계를 일탈하여 과세요건법정주의를 위반하였느냐 여부는 법률에 구체적인 근거가 없이 하위법규인 대통령령에서 감면대상, 감면비율 등 국민의 납세의무에 직접 영향을 미치는 감면요건 등을 규정하였는가에 따라 판단하여야 할 것이다. 그런데 구 조감법은 제62조제1항에서 법률에서 면제대상 등 기본적인 면제요건을 명백하게 규정하고, 같은조 제3항에서는 신청을 하는 경우에 한하여 면제한다고 규정하면서 그 신청방법 등 면제신청의 구체적 절차를 대통령령에 위임하였고, 이에 따라 구 조감법시행령 제50조제10항에서 신청기한, 신청서류 등 신청방법을 규정하고 있다. 그렇다면 면제신청에 대한 제도의 취지, 위임의 목적, 내용 및 정도 등을 감안할 때, 조세면제에 관한 중요한 사항은 법률에 규정되어 있다고 할 것이므로 신청기한 등을 대통령령에 위임한 것이 위임입법의 한계를 넘어선 것으로는 볼 수 없다고 할 것이다.

③ 所得稅法 제23조제2항, 제23조제4항제1호단서 등 違憲訴願(1995.11.30. 94헌바40,95헌바13 병합)

위임의 명확성의 요건이 완화될 수 있는 경우에도 국민주권주의, 권력분립주의 및 법치주의를 기본원리로 채택하고 있는 우리 헌법하에서는 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항에 대한 정책형성기능은 원칙적으로 주권자인 국민에 의하여 선출된 대표자들로 구성되는 입법부가 담당하여 법률의 형식으로써 이를 수행하여야 하고, 이와 같이 입법화된 정책을 집행하거나 적용함을 임무로 하는 행정부나 사법부에 그 기능이 넘겨져서는 안된다고 해석되므로, 국민의 기본의무인 납세의무의 중요

한 사항 내지 본질적 내용에 관한 사항에 대하여는 조세법률주의의 원칙상 가능한 한 법률에 명확하게 규정되어야 하고 이와 같은 사항을 대통령령 등 하위법규에 위임하는 데에는 일정한 한계가 있는 것이다. 소득세법은 1982.12.21. 법률 제3576호로 개정된 이래 동법 제23조제4항 본문 및 제45조제1항제1호 본문에서 토지 등의 부동산의 양도에 대한 양도소득세에 있어 과세표준 산정의 기초가 되는 양도가액 내지 취득가액의 산정을 원칙적으로 실지거래가액이 아닌 기준시가에 의하도록 하고 있다(이하, "기준시가과세원칙"이라 한다). 그런데 이 사건 위임조항은 위 기준시가과세원칙에 대한 예외로서 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 규정임에도 불구하고 위 조항 자체에는 그 위임의 구체적 범위를 명백히 규정하고 있지 아니한 관계로 이 사건 위임조항만으로는 과연 어느 경우에 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 수 있는지가 반드시 명확하다 할 수는 없다. 그러나 이 사건 위임조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명백히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 이 사건 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지 위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없는 것이다. 양도소득세는 토지, 건물 등 자산의 양도로 인하여 발생하는 소득을 과세대상으로 하는 것이므로 그 세액산정의 기초가 되는 양도가액 내지 취득가액은 이를 실지거래가액에 의하여 산정하여 실제로 발생한 양도소득에 대하여만 과세가 이루어지도록 하는 것이 양도소득세의 소득세(所得稅)로서의 본질에 한층 부합함에도 불구하고 이 사건 위임조항의 각 본문이 채택한 기준시가과세원칙은 양도소득의 존부와 범위를 실지거래가액이 아닌 법률에 의하여 의제된 가액으로 산정하는 것이어서 위와 같은 양도소득세의 본질에 반하고, 경우에 따라서는 기준시가에 의한 과세표준 산정으로 말미암아 실지양도차익 자체를 초과하는 세액이 부과될 가능성도 있으며, 또 그 정도에까지는 이르지 않더라도 과세표준이 실지양도차익보다 과중하게 산정될 소지를 가지고 있다. 그럼에도 불구하고 이 사건 위임조항의 각 본문이 기준시가과세원칙을 채택한 입법목적은 모든 자산의 거래에 관하여 납세의무자가 진실한 실지거래가액을 신고하리라는 사실상 기대할 수 없는 데다 과세관청이 일일이 실지거래가액을 조사한다는 것도 조세행정상 심히 곤란함에도 실지거래가액에 의한 과세를 원칙으로 고집한다면, 납세의무자의 조세저항만을 증폭시킬 뿐 객관성 있는 조사도 어렵고,

담당공무원의 능력이나 자세에 따라 납세의무자의 세부담이 달라지게 되며, 실지거래가액을 조작한 자만 이득을 보게 될 여지도 있어 오히려 실질적으로는 조세공평주의에 반하는 결과가 초래될 우려가 있다는 점 등을 고려하여 확실적인 기준시가에 의하여 양도차익을 산정함으로써 조세법의 집행과정에 개재될 수 있는 부정을 배제하고, 실질적인 조세부담의 공평과 조세정의를 실현하고자 하는 데 있는 것이어서 토지 등의 부동산의 양도에 대한 양도소득세의 과세표준 산정에 있어서 기준시가과세원칙을 채택하게 된 데에는 그렇게 할 만한 합리적인 이유가 있다고 할 것이다. 한편 모든 경우에 일관하여 기준시가에 의하여 양도소득세의 과세표준을 산정할 경우에는 실지양도차익 자체를 초과하는 세액이 부과되거나 그 정도에까지는 이르지 않더라도 과세표준이 실지양도차익보다 과중하게 산정됨으로써 본래의 제도취지와는 달리 오히려 국민이 부당하게 과중한 조세를 부담하고 조세정의에 반하는 결과를 초래하여 기준시가과세원칙이 실질적 조세법률주의나 조세평등주의에 위반될 소지가 있어서 이와 같은 기준시가과세원칙이 안고 있는 문제점을 보완하기 위하여 이 사건 위임조항을 규정하고 있는 것이다. 그러므로, 이 사건 위임조항이 "대통령령이 정하는 경우에는 실지거래가액에 의한다"고 규정하여 직접적, 명시적으로는 위임의 범위를 구체적으로 규정하고 있지는 않지만 소득세법의 전 체계, 양도소득세의 본질과 기준시가과세원칙에 내재하는 헌법적 한계 및 이 사건 위임조항의 의미를 합리적으로 해석할 때, 이 사건 위임조항은 납세의무자가 기준시가에 의한 양도차익의 산정으로 말미암아 실지거래가액에 의한 경우보다 불이익을 받지 않도록 보완하기 위한 규정으로서 결국 실지거래가액에 의한 세액이 기준시가에 의한 세액을 초과하지 않는 범위내에서 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임한 취지로 보아야 하고, 그 한도내에서 이 사건 위임조항은 그 위임의 범위를 구체적으로 정하고 있는 것이므로, 이를 가리켜 헌법상의 조세법률주의나 포괄위임금지의 원칙에 위반되는 규정이라고 볼 수는 없다. 이상과 같은 구 소득세법시행령의 규정내용을 살펴보면, 위에서 본 바와 같은 이 사건 위임조항의 위임취지에 합치되는 규정도 있지만 그 위임취지를 잘못 해석하여 이 사건에서 문제되고 있는 1982.12.31. 개정된 동법시행령 제170조제4항제1호, 1989.8.1. 개정된 동법시행령 제170조제4항제2호와 같이 이 사건 위임조항이 설정한 위임의 한계를 벗어나 기준시가에 의한 것보다 납세의무자에게 불리한 경우에도 실지거래가액에 의하여 산정할 수 있

도록 규정함으로써 이 사건 위임에 대하여 헌법에 위반되는 해석을 하고 있는 것이다. 만약 그와 같은 해석을 용인하면 이 사건 위임조항은 재산권이나 납세의무와 같은 국민의 헌법상 기본권 및 기본의무와 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관한 사항인 양도소득세에 과세표준산정방법을 대통령령에 아무런 범위를 정하지 않고 백지 위임한 것이 되어 헌법상 포괄위임금지원칙에 위반되고 행정부가 그때그때의 필요와 편의에 따라 대통령령의 개정으로 양도소득세 과세표준의 산정방법을 바꾸어 납세의무자의 조세부담을 마음대로 증가시킬 수도 있어 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 현저히 저해하게 되므로 조세법률주의에도 위반되는 것이다. 결론적으로, 이 사건 위임조항은 납세의무자가 기준시가에 의한 양도차익의 산정으로 말미암아 실지거래가액에 의한 경우보다 불이익을 받지 않도록 하기 위하여 실지거래가액에 의한 세액이 기준시가에 의한 세액을 초과하지 않는 범위내에서 실지거래가액에 의하여 양도차익을 산정할 경우를 대통령령으로 정하도록 위임한 취지로 해석되므로, 위 위임의 범위를 벗어나 실지거래가액에 의하여 양도소득세의 과세표준을 산정할 경우를 그 실지거래가액에 의한 세액이 그 본문의 기준시가에 의한 세액을 초과하는 경우까지를 포함하여 대통령령에 위임한 것으로 해석한다면 그 한도내에서는 헌법 제38조, 제59조가 규정한 조세법률주의와 헌법 제75조가 규정한 포괄위임금지의 원칙에 위반된다.

④ 法人稅法 제32조제5항 등 違憲訴願(1995.11.30. 93헌바32 全員裁判部)

이 사건 심판의 대상인 법인세법 제32조 제5항은 “……법인세의 과세표준을 결정 또는 개정함에 있어서 익금에 산입한 금액의 처분은 대통령령이 정하는 바에 의한다”고 규정하고 있다. 여기서 익금에 산입한 금액이라 함은 소위 세무회계와 기업회계의 차이에 상당하는 세무조정액을 지칭하는 것이고, 위 법인세법의 규정에 의하여 대통령령에서 정하도록 되어 있는 사항인 익금에 산입한 금액의 처분이라고 함은 법인에 관련된 자들 중 누구에게 귀속된 것으로 할 것인지와 동 금액을 어떤 내용의 소득이 발생한 것으로 의제하여 처리할 것인지를 규율하는 것을 의미한다고 할 수 있다. 따라서 위 법인세법의 규정은 과세의 대상인 소득의 성격과 그에 적용될 세율 및 납세의무자를 직접적으로 규정하는 사항에 관하여 대통령령에 그 특정을 위임하고 있다고 할 수 있다. 그런데 위 법인세법의 규정은 수권사항의 주제(主題)에 관하여 그것이 익금에 산입한 금액의 처분이라는 점만을 제시하고 있을 뿐이고, 그 위임에 의하여 대통령

령의 제정자가 따라야 할 기준인 소득의 성격과 내용 및 그 귀속자에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 또한 위 규정과 관련하여 법인세법이나 소득세법의 다른 규정들을 보아도 위 익금처분에 관한 처리기준을 제시하는데 도움을 줄 수 있는 내용이 전혀 없다. 반면에 익금에 산입한 금액이라는 것이 기업회계와 세무회계의 차이로 인한 세무조정액을 의미하는 것으로 구체적으로는 여러 가지의 원인에 의하여 발생할 수 있는 금액일 뿐 아니라 그 금액의 실제적 귀속자도 다양할 것인 점에 비추어 보면, 위 법인세법의 규정에 위와 같이 그 주제가 한정된 것만으로는 하위법규에 규정될 내용이 어떠한 것이 될 것인지를 예측하기가 극히 곤란하다고 생각된다. 그러므로 위 법인세법의 규정은 국민의 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항을 하위법규에 백지위임한 경우라고 보아야 할 것이다. 다만, 위 법인세법의 위임에 의한 같은 법 시행령 제92조의2의 규정에 의하면, 익금의 귀속자가 분명한 때에는 그 귀속자의 소득으로 하여 귀속자가 출자자인 경우에는 배당, 임원인 경우에는 상여 등으로 처리하고, 귀속자가 불분명한 때에는 대표자에 대한 상여로 의제하고 있는바, 이러한 시행령의 규정 내용 자체가 조세공평과 실질과세의 이념에 비추어 타당하다고 판단되므로, 비록 수권법률인 위 법인세법의 규정이 위임의 한계를 일탈하여 백지위임을 하였다 하더라도 결과에 있어 부당함이 없으므로, 굳이 수권법률을 위헌이라고까지는 할 필요가 없지 않는가 하는 의문이 있을 수 있다. 그러나 위임입법의 한계의 범리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 행정부에서 제정된 대통령령에서 규정한 내용이 정당한지 여부와는 직접적으로 관계가 없다고 하여야 할 것이다. 즉 대통령령에서 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우 그 대통령령의 규정이 위헌일 것은 물론이지만, 반대로 하위법규인 대통령령의 내용이 합헌적이라고 하여 수권법률의 합헌성까지를 의미하는 것은 아니다. 특히 조세법률주의와 관련하여 조세법규에 대하여는 이를 엄격히 해석하여야 할 것이니 만큼, 위임의 근거규정인 법률의 규정 그 자체에서 위임의 범위를 명확히 함과 동시에 구체적으로 위임된 사항의 처리기준, 처리지침을 제시하거나 적어도 그 처리에 대한 대강을 예측할 수 있을 정도로 정하여 두지 않으면 안된다. 그렇다면, 이 사건 규정은 결국 국민의 권리의무에 관한 기본적인 사항에 해당하는 소득처분에 관련된 과세요건을 정함에 있어서 아무런 기준을 제시함이 없이 하위법규인 대통령령에 전적으로 일임함으로써 포괄적으로

위임하였으므로, 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법규정을 위반하였다고 보여진다.

- ⑤ 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)

납세의무는 국민의 헌법상 기본의무의 하나이면서 국민의 헌법상 기본권인 재산권적 기본권과 밀접한 관련을 갖고 있다. 이러한 납세의무에 있어서 과세표준은 그에 관한 규정이 전혀 없으면 납세의무의 존부 및 범위를 결정하거나 이를 개략적으로나마 예측하는 것이 아예 불가능하여 납세의무자 겸 재산권적 기본권의 주체인 국민의 지위를 현저히 불안하게 한다는 점에서 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용이라 할 수 있다. 또한 기준시가는 양도소득세의 과세표준 산정에 있어서 그에 관한 규정이 전혀 없으면 양도소득세 납세의무의 존부 및 범위를 결정하거나 그 개략적인 내용을 예측하는 것이 불가능하다는 점에서 양도소득세 과세표준의 중요한 사항 내지 본질적 내용이다. 기준시가를 알 수 없으면 과세표준을 알 수 없고, 과세표준을 알 수 없으면 양도소득세 납세의무의 존부와 범위를 알 수 없게 된다. 결국 기준시가는 양도소득세 납세의무 그 자체의 중요한 사항 내지 본질적 내용이라고 보아야 할 것이다. 그렇다면, 기준시가에 관하여는 위에서 본 바와 같은 조세법률주의를 규정하고 있는 헌법 제38조, 제59조의 요청에 따라 그 내용이 법률로써 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어야 한다. 가사 복잡다양하고도 끊임없이 변화하는 경제 상황에 적응하여 과세의 공평을 기하고 조세회피를 방지하여야 할 필요성이 있기 때문에 법률보다 더 탄력적인 행정입법에 기준시가와 관련된 세부적 사항의 결정을 위임하지 않을 수 없다 하더라도, 국회는 조세법률주의와 위임입법의 한계를 규정한 헌법의 정신에 따라 위임되는 내용의 기준이나 한계를 명시하는 등 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 하고, 납세의무자 겸 재산권적 기본권의 주체인 국민으로 하여금 자신의 납세의무의 존부 및 범위를 전혀 예측할 수 없도록 하여 그의 경제생활에서의 법적 안정성을 현저히 해하는 것은 헌법에 반하여 허용될 수 없다. 그런데, 기준시가는 것은 토지, 건물 등과 같은 자산의 양도가액과 취득가액을 계산하기 위한 기준이 되는 가액을 법률이 정하는 방법에 따라 평가한 것이므로 법률의 규정에 의하지 아니하고도 객관적으로 합리적인 해석에 의하여 구체적 의의를 명확히 할 수 있는 개념이라고 보기 어



렵다. 소득세법 전체를 살펴보아도 기준시가의 개념이나 내용을 구체적으로 알 아내기에 충분한 규정은 없다. 따라서 이 사건 위임조항은, 소득세법의 전반적 인 체계, 관련조항들의 취지 및 규율대상의 성질 등을 종합적, 유기적으로 고 려하여 합리적이고도 체계적인 해석에 의하여 기준시가의 개념을 명확히 할 수 있어 과세권자의 자의적인 법집행을 허용하지 않는 규정이라고 할 수 없다(헌 법재판소 1995.2.23. 선고, 93헌바48 결정 및 1995.2.23. 선고, 93헌바2 4·42, 94헌바16·30(병합) 결정 각 참조). 또한 기준시가의 내용이나 그 산 정방식은, 경제현실의 변화와 평가이론의 발전에 적응하여야 하는 세부적 사항 에 관한 것이 아닌 한, 입법부가 법률로써 그 기준이나 한계를 규정할 수 없을 만큼 극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것이어서 행정입법에 위임할 수 밖에 없는 불가피한 사정이 있다고 판단되지도 아니한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 위임조항에서는 기준시가의 내용 자체에 관한 기준이나 한계는 물론 내용 결정을 위한 절차조차도 규정함이 없이 기준시가의 내용 및 그 결정절차 를 전적으로 대통령령이 정하는 바에 의하도록 하였다. 이는 어떤 사정을 고려 하여, 어떤 내용으로, 어떤 절차를 거쳐 양도소득세 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용인 기준시가를 결정할 것인가에 관하여 과세권자에게 지나치 게 광범한 재량의 여지를 부여함으로써, 국민으로 하여금 소득세법만 가지고서 는 양도소득세 납세의무의 준부 및 범위에 관하여 개략적으로나마 이를 예측하 는 것조차 불가능하게 하고, 나아가 대통령을 포함한 행정권의 자의적인 행정 입법권 및 과세처분권 행사에 의하여 국민의 재산권이 침해될 여지를 남김으로 써 국민의 경제생활에서의 법적 안정성을 현저히 해친 입법으로서 조세법률주 의 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법의 취지에 반한다고 하지 않을 수 없다.

⑥ 地方稅法 제138조제1항제3호 違憲訴願(1996.3.28. 94헌바42 전원재판 부)

위 단서는 “다만, 대통령이 정하는 업종에 대하여는 그러하지 아니하다”고 규 정함으로써 법인이 대도시내에서 하는 설립 등의 등거나 설립 등을 위하여 하 는 부동산등기라고 하더라도 통상세율의 등록세만이 부과될 업종의 범위를 대 통령령에 위임함에 있어서 적어도 그 규정형식상으로는 구체적인 기준과 한계 를 정하지 아니함으로써 위에서 본 바와 같은 포괄위임입법금지의 원칙에 어긋 나는 것으로 보일 소지가 있다. 그러나 위임입법에 규정될 내용의 대강에 대한 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 내지는 특정부분만을 가지고 판단할 것이

아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 하는(헌법재판소 1994.6.30. 선고. 93헌가15·16·17(병합)결정; 1994.7.29. 선고. 93헌가12 결정 각 참조) 것인바, 위 단서 역시 그 자체만으로 기능하는 것이 아니라 법의 전체체계와 본문과의 관련속에서 그 의미를 가지고 기능하는 것이라고 볼 때 그것이 과연 위임입법의 한계와 범위를 벗어났는지의 여부도 관련조항 전체와의 관계에서 종합적으로 검토되어야 할 것이다. 살피건대 복잡다기한 현대산업사회에 있어서 조세가 가지는 다양한 사회·경제적 기능에 착안하고, 법 제138조제1항 본문이 법인이 대도시내에서 하는 설립 등의 등기나 설립 등을 위한 부동산 등기에 통상보다 높은 세율의 등록세를 부과함으로써 법인의 대도시내에서의 활동에 따르는 인구와 경제력의 대도시집중을 억제하려는 데 그 진정한 목적이 있다는 점을 감안하면, 위 단서는 인구와 경제력의 집중효과가 없거나 아주 적은 업종에 종사하는 법인 또는 그 성질상 대도시내에 있자 않으면 그 기능을 발휘할 수 없거나 효과적인 활동을 할 수 없는 업종에 종사하는 법인, 대도시내에 있어야 할 것에 대한 공익적 요구가 현저히 큰 업종에 종사하는 법인 중에서 대통령이 정하는 업종에 종사하는 법인에 대하여는 비록 그 법인이 대도시내에서 설립 등의 등기를 하거나 설립 등을 위한 부동산등기를 하더라도 굳이 높은 세율의 등록세를 부과하지 아니하도록 하는 취지를 규정한 것이라고 이해될 수 있고 또 그렇게 이해할 때 비로소 상당한 의미를 갖는다고 할 것이다(법 시행령 제101조제1항 참조). 따라서 위 단서는 대통령령에 위임되는 업종에 대하여 누구라도 그 종류와 범위의 대강을 예측할 수 있는 법률조항이라 할 것이므로 이를 가리켜 헌법상 요구되는 포괄위임입법금지의 원칙이나 조세법률주의에 반하는 위헌규정이라고 할 수 없다.

⑦ 租稅減免規制法 제74조제1항제1호 違憲訴願(1996.6.26. 93헌바2)

위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건이 완화될 수도 있을 것이며, 그 밖에 이 사건과 같은 조세감면규정의 경우에는 법률의 구체적인 근거없

이 대통령령에서 감면대상, 감면비율 등 국민의 납세의무에 직접 영향을 미치는 감면요건 등을 규정하였는가 여부도 중요한 판단기준으로 삼을 수 있을 것이다. 이 사건 심판대상 조항이 대통령령으로 정하는 국민주택의 건설용역에 대하여 부가가치세를 면제하도록 규정한 이유는 건설용역을 제공하는 사업자의 이익을 위하여 세부담을 줄여주려는데 있는 것이 아니라, 국민주택 건설용역 제공단계에서 발생하는 부가가치에 상당하는 부가가치세를 면제함으로써 최종 소비자인 국민주택 수요자가 그만큼 저렴한 가격으로 국민주택을 공급받게 하려는데 있다. 그런데 주택의 건설 과정에는 토목, 건축, 미장, 창호, 전기·상하수도 등의 설비, 조경 등 여러 공정에 걸쳐 다양한 건설 분야의 업자가 참여하게 되는데 국민주택의 건설에 있어 참여의 빈도나 공사의 규모 등이 모두 다르고 따라서 주택의 가격결정에 기여하는 정도도 모두 다를 뿐 아니라 건축기술의 발전이나 관련법규의 변경 등에 따라 규율의 대상이 되는 건설용역 제공업자의 범위도 수시로 바뀌게 될 것임은 쉽게 짐작할 수 있고, 이와 같은 경제적 활동의 유동성이나 복잡하고 전문적·기술적인 사항을 국회에서 제정한 법률로 모두 규율한다는 것은 불가능하거나 부적당하므로 부가가치세가 면제되는 건설용역의 구체적 범위를 대통령령으로 정하도록 위임하는 것은 정당하다 할 것이며, 이 사건 심판대상 조항은 감면의 대상을 “당해 주택의 건설용역”으로 구체적·개별적으로 한정하여 그 범위 내에서 앞서 본 이 사건 심판대상조항의 입법목적이나 위임 배경 등을 참작하여 구체적으로 정하도록 대통령령에 위임하고 있는 것이므로, 대통령령으로 정하여질 사항은 국민주택의 건설에 필수적이고 그 공급가액에 미치는 영향이 크기 때문에 부가가치세를 면제함으로써 저렴한 가격으로 국민주택의 공급을 촉진한다는 입법 목적을 달성함에 효과적인 건설용역이 될 것임은 쉽게 예측할 수 있다. 그렇다면 이 사건 심판대상 조항은 헌법이 정한 입법권 위임의 한계를 준수하고 있다고 할 것이므로 포괄적 위임에 해당하여 무효라고 할 수 없다. 청구인은 에너지이용합리화법에 의한 특정열사용기자재시공업지정(1종)을 받은 자로 국민주택건설에 필수적인 설비용역을 제공하고도 이 사건 심판대상조항의 위임에 따라 제정된 구 조감법시행령 제58조제1항이 정하는 면제대상에서 제외됨으로써 부가가치세가 면제되는 다른 건설용역제공자에 비하여 불리한 대우를 받게 된 것은 이 사건 심판대상 조항 중 위임 부분의 위헌성 때문이라는 취지의 주장을 한다. 그러나 앞서 살펴본 바와 같이 이 사건 심판대상이 부가가치세의 면제대상이 되는 건설용역의

구체적 범위를 대통령령으로 정하도록 위임한 것 자체는 정당하고 적법한 입법권의 위임으로서 평등의 원칙에 반하여 청구인의 기본권을 침해하는 것이 아니며, 위임입법의 법리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 행정부에서 제정된 대통령령에서 규정한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성은 직접적인 관계가 없다. 즉, 이 사건 심판대상 조항의 위임에 따라 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우라도 그 대통령령의 규정이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 정당하고 적법하게 입법권을 위임한 수권법률인 이 사건 심판대상까지도 위헌으로 되는 것은 아니라고 할 것이므로 청구인의 위 주장은 이유없다. 따라서 이 사건 심판대상 조항 중 “……으로서 대통령령으로 정하는 것”이라는 부분은 입법권위임의 한계를 준수하고 있고 조세법률주의나 조세평등주의에 반하여 청구인의 기본권을 침해하는 위헌의 법률조항이라고 할 수 없다.

⑧ 소득세법 제5조제6호 (자)목 위헌소원(1997.2.20. 95헌바27)

이 사건에 관하여 살피건대 이 사건 규정이 “1세대 1주택”의 양도로 인하여 발생하는 소득에 대하여 소득세를 부과하지 않는 취지는 주택은 국민의 주거생활의 기초가 되는 것이므로 1세대가 국내에 소유하는 1개의 주택을 양도하는 것이 양도소득을 얻거나 투기를 할 목적으로 일시적으로 거주하거나 소유하다가 양도하는 것이 아니라고 볼 수 있는 일정한 경우에는 그 양도소득에 대하여 소득세를 부과하지 아니함으로써 국민의 주거생활의 안정 및 거주이전의 자유를 세법이 보장하여 주려는 데에 있고, 양도차익을 목적으로 하는 주택에 대한 투기는 금융시장이나 주식시장의 상황, 실물경제의 상황이나 주택보급을 등 국가의 경제사정이나 국민심리, 국가의 부동산정책 등 여러 사정에 크게 영향을 받는 것이므로 이러한 사정 아래에서는 어느 경우에 어느 정도까지를 투기적 목적이 없는 “1세대 1주택”의 양도로 볼 것인가를 국회에서 제정한 법률로 모두 규율한다는 것이 불가능하거나 부적당하므로 이 사건 규정이 양도소득세가 면제되는 “1세대 1주택” 양도의 구체적 범위를 대통령령으로 정하도록 위임하는 것은 정당하고, 이 사건 규정은 앞서 본 입법목적이나 위임배경 등을 참작하여 양도소득세가 면제되는 “1세대 1주택”의 범위만을 구체적으로 정하도록 대통령령에 위임하고 있는 것이므로 대통령령으로 정하여질 사항은 주택의 보유기간이나 일시적인 다주택소유의 문제 등 투기적 목적의 인정여부와 관계되는 사항이 될 것임은 쉽게 예측할 수 있다. 그렇다면 이 사건 규정은 헌법이

정한 입법권 위임의 한계를 준수하고 있다고 할 것이므로 포괄적 위임에 해당하여 조세법률주의에 반한다고 할 수 없다. 따라서 이 사건 규정 중 “1세대 1주택” 부분은 조세법률주의에 반하는 위헌의 법률조항이라고 할 수 없다.

⑨ 지방세법 제234조의15 제2항 제3호 위헌소원(1997.10.30. 96헌바92)  
 이 사건 심판대상 조항은 그 대상을 “공장용지”로 구체적·개별적으로 한정  
 한 다음 그 범위내에서 앞서 본 이 사건 심판대상 조항의 입법목적이나 위임  
 배경 등을 참작하여 구체적으로 정하도록 대통령령에 위임하고 있는 것이므로,  
대통령령으로 정하여질 사항은 일정한 지역내에 있는 소정의 입지기준면적 범  
위 안의 토지로서 공장의 생산활동에 필요불가결한 용지가 될 것임은 쉽게 예  
측할 수 있다. 그렇다면 이 사건 심판대상 조항은 헌법이 정한 입법권 위임의  
한계를 준수하고 있다고 할 것이므로 포괄적 위임에 해당한다고 보기는 어렵  
다. 청구인들은, 이 사건 토지는 비록 공장경계구역 안에 있지는 아니하나 공  
업단지내에 위치하면서 종업원 복지후생시설의 부속토지 등으로 이용되고 있어  
분리과세대상토지가 되어야 할 필요성이 매우 큰데도 이 사건 심판대상 조항의  
위임에 따라 제정된 지방세법시행령이 이 사건 토지를 분리과세대상토지에서  
제외하여 고율의 누진세율이 부과되는 종합합산과세대상토지로 함으로써 분리  
과세대상이 되는 다른 공장용지의 소유자에 비하여 불리한 대우를 하여 청구인  
들의 평등권과 재산권이 침해받게 된 것은 이 사건 심판대상 조항 중 위임 부  
분의 위헌성 때문이라는 취지의 주장을 한다. 그러나 앞서 살펴 본 바와 같이  
이 사건 심판대상 조항이 분리과세대상이 되는 공장용지의 구체적 범위를 대통  
령령으로 정하도록 위임한 것 자체는 정당하고 적법한 입법권의 위임으로서 평  
등의 원칙에 반하여 청구인의 기본권을 침해하는 것이 아니며, 위임입법의 법  
리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두  
는 것이기 때문에 행정부에서 제정된 대통령령에서 규정한 내용이 정당한 것인  
지 여부와 위임의 적법성은 직접적인 관계가 없다. 즉, 이 사건 심판대상 조항  
의 위임에 따라 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우라도 그 대통  
령령의 규정이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 정당하고 적법  
하게 입법권을 위임한 수권법률인 이 사건 법률규정까지도 위헌으로 되는 것은  
아니라고 할 것이므로(헌법재판소 1996.6.26. 선고, 93헌바2 결정 참조) 청  
구인의 위 주장은 이유 없다. 따라서 이 사건 심판대상 조항은 입법권위임의  
한계를 준수하고 있으므로 조세법률주의에 반하여 청구인들의 기본권을 침해하

는 위헌의 법률조항이라고 할 수 없다.

⑩ 법인세법 제18조의3제1항제1호 위헌소원(1997.10.30. 96헌바92, 97헌바25·32 병합)

이 사건 법률조항의 입법취지는 타인의 자본에 의한 무리한 기업확장으로 기업의 재무구조가 악화되는 것을 방지하고, 대기업의 금융자산에 의한 부동산 투기 및 비생산적인 업종에 대한 무분별한 기업확장을 억제하여 기업자금의 생산적 운용을 통한 기업의 건전한 경제활동을 유도하고 아울러 국토의 효율적 이용을 도모하려는 데 있다고 할 것이다(대법원 1994.12.27. 선고, 94누7638 판결 참조). 그런데 위와 같은 입법취지를 달성하기 위하여 손금불산입에 해당되는 법인 소유의 비업무용 부동산의 범위를 어떻게 정할 것인가는 금융시장 및 주식시장의 상황, 실물경제의 상황 등 국가의 경제사정이나 국가의 부동산정책 및 기업정책 등 여러 가지 경제상황의 변화에 따라 달라져야 할 성질의 것이므로, 그 범위를 국회에서 제정한 법률로 모두 규율한다는 것은 불가능하거나 부적당하다고 할 것이다. 한편 이 사건 법률조항은 손금불산입에 해당되는 법인소유의 비업무용 부동산의 범위를 정함에 있어 단순히 "대통령령이 정하는 부동산"이라고 하지 않고, "당해 법인의 업무와 직접 관련이 없거나 부동산의 이용실태 등으로 보아 지가상승으로 인한 이익을 취득하기 위하여 보유하는 것"이라고 인정되는 부동산으로서 대통령령이 정하는 것"이라고 규정하고 있다. 그렇다면 이는 비업무용 부동산의 범위에 관하여 상당히 구체적으로 범위를 한정하여 하위법규인 대통령령에 위임함으로써 보다 세부적인 유형과 판정기준을 그 때 그 때의 사회경제적 상황에 따라 탄력적으로 대통령령에서 정할 수 있도록 한 것으로서, 누구라도 이 사건 법률조항으로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항은 헌법이 정한 위임입법의 한계를 준수하고 있다고 할 것이므로 조세법률주의에 반하는 것으로 볼 수 없다.

⑪ 구 상속세법 제34조의4 위헌소원(1998.4.30. 95헌바55)

국세기본법 제21조제1항제3호의 규정에 의하면 증여세에 대한 조세채무는 증여에 의하여 재산을 취득하는 때 성립한다. 그리고 법 제29조의2의 규정에 의하면 증여세 납세의무자는 증여를 받은 자를 원칙으로 하며, 따라서 증여세는 그 과세대상을 증여로 하고 있다. 그런데 증여세의 세율이 매우 고율인 관

계로, 실질은 증여나 다름없는 경우에도 형식적으로는 신탁이나 채무의 인수, 채무면제 등을 가장하거나 재산이전의 대가를 조작함으로써 이를 면탈하려 하는 시도가 많다. 따라서 이와 같은 조세회피를 방지하고 실질과세를 이룸으로써 공평한 조세부담을 통한 조세정의를 실현하기 위하여 법은 추정규정들을 둔다. 동시에 형식적으로는 증여로 보기 어려우나 실질은 증여로 볼 수 있는 경우 이를 증여로 보는 의제규정들을 두고 있다. 그러나 이와 같은 증여의제 규정은 그 추구하는 목적이 아무리 정당하다 하더라도 그것이 조세부과의 근거가 되는 한 헌법이 요구한 조세법률주의에 따라야 하고, 위임입법의 한계를 지켜야 한다. …… 이 사건 법률조항은 “제32조 내지 제34조의3의 경우를 제외하고 대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자로부터 현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익을 받은 자는 당해 이익을 받은 때에 그 이익에 상당하는 금액을 증여받은 것으로 본다.”고 규정함으로써, “현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익”을 받는 경우를 그 과세대상으로 삼고 있다. 그런데, “이익”을 받는다는 개념은 매우 넓은 개념이고, 이 사건 법률조항은 이에 관하여 아무런 구체적인 기준도 제시하지 않고 있으므로, 이 사건 법률조항이 과세대상으로 삼고 있는 “대통령령이 정하는 이익”이란, 과연 어떠한 이익을 어떻게 받은 경우가 이에 해당하게 되는 것인지 이 사건 법률조항만으로는 도저히 예측할 수 없다. 이 사건 법률조항의 위임에 따른 같은 법 시행령 제41조의3은 이 사건 법률조항에서 “대통령령이 정하는 이익”이라 함은 법인이 자본 또는 출자액을 증가하기 위하여 신주를 배정함에 있어서 당해 법인의 주주 등이 신주인수권의 일부 또는 전부를 포기함으로써 인하여 당해 신주인수권을 포기한 주주 등과 특수관계에 있는 자가 그의 지분비율을 초과하여 신주를 배정받은 경우에 그 초과하여 배정받은 신주의 납입금액과 증여일의 현황을 기준으로 하여 법 제5조 내지 제7조의 규정에 의하여 평가한 가액과의 차액을 말한다고 규정하여, 신주인수권의 포기 및 추가배정에 따른 사실상의 경제적 이익을 이 사건 법률조항에 의한 유일한 과세대상으로 포착하고 있다. 그러나 위와 같은 신주인수권의 포기 및 추가배정에 의한 이익이라고 하는 과세대상은, “현저히 저렴한 대가로써 대통령령이 정하는 이익을 받은 자”라고 하는 이 사건 법률조항의 해석으로부터 쉽게 예측할 수 있는 것도 아니고, 법상 신탁이익을 받을 권리의 양도에 대한 증여의제를 규정한 제32조, 제3자 명의로 등기 등을 한 재산에 대한 증여 추정을 규정한 제32조의2, 보험금에 대한 증여의제를 규정한 제33조, 배우자

나 직계존비속 사이의 양도행위에 대한 증여의제를 규정한 제34조나 기타 재산양도대가의 현저한 불균형에 대한 증여의제를 규정한 제34조의2, 채무면제나 채무인수 등에 대한 증여의제를 규정한 제34조의3 등의 해석에 비추어 예측가능한 것도 아니다. 따라서 이 사건 법률조항은 법 제32조 내지 제34조의3에 규정하여 놓은 경우 외에도, 이익의 종류 여하를 불문하고, 현저히 저렴한 대가로써 이익을 받은 행위가 법형식상으로는 증여에 해당하지는 아니하지만, 경제적인 실질에서는 증여에 다름없다고 볼 수 있는 경우를 증여로 의제하는 근거를 마련한 다음, 그 구체적인 내용은 대통령령으로 정하여 이에 대하여 과세하겠다는 취지로 볼 수 밖에 없다. 그렇다면 이 사건 법률조항은, 과세요건 중 가장 중요한 과세대상 내지 과세물건을 법정하지 않은 채 이를 포괄적으로 하위법규인 대통령령에 위임한 것으로서, 과세당국의 행정편의적인 규정이라 아니할 수 없다. 따라서 이는 과세요건 법정주의를 핵심 내용으로 하는 조세법률주의에 정면으로 위반될 뿐만 아니라, 위임입법의 한계를 일탈한 것임이 분명하다. 결론적으로 이 사건 법률조항은 앞서 본 바와 같이 증여의제로 증여세의 과세대상 내지 과세물건이 되는 것을 단지 "현저히 저렴한 대가로 받은 대통령령이 정하는 이익을 받은 자"로만 규정하고 있을 뿐 그 구체적인 내용은 전적으로 하위법령인 대통령령에 위임하고 있어, 납세의무자인 일반 국민이 과연 어떤 행위로 인한 어떤 이익에 대하여 증여세가 부과될 것인가를 법률만으로는 합리적으로 예측할 수 없게 하였다. 따라서 이 사건 법률조항은 결국 증여세의 과세대상 내지 과세물건을 법률에 특정하였다고 보기 어려워 조세법률주의를 정한 헌법 제59조에 위반될 뿐만 아니라, 위임입법의 한계를 일탈하여 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용을 하위법령인 대통령령에 백지위임하고 있으므로 위임입법의 한계를 정한 헌법 제75조에도 위반된다.

(재판관 김문희, 재판관 고중석, 재판관 이영모의 반대의견)

국민의 대의기관인 국회가 제정한 법률에 따라 과세를 하도록 규정하고 있는 조세법률주의는 과세요건인 법률이 지나치게 추상적이고 불명확하면 과세관청의 자의적인 해석의 우려 때문에 명확·일의적(一義的)이어야 할 것을 요청하고 있다. 그러나 조세법률주의의 철저한 관철은 복잡다양하고 실재없이 바뀌는 경제상황에 따른 정확한 과세대상의 포착, 적정한 과세표준의 산출, 담세력에 따른 공평과세의 목적을 달성하기 위한 조세점정의 실현이라는 또 다른 이념과는 서로 어긋날 수도 있으므로 이를 조절 융화할 필요가 있는 점 또한 부인할



수 없다. 따라서 조세법률주의를 견지하면서도 조세평등주의와의 조화를 위하여 경제현실에 걸맞는 공정한 과세를 할 수 있게 하고 탈법적인 조세회피행위에 대처하기 위하여는 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용에 관련된 것이라고 하더라도 그 중 경제현실의 변화나 전문적인 기술의 발달 등에 곧바로 대응하여야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 대통령령 등 하위법규에 이를 위임할 필요가 있다(헌재 1995. 11. 30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616, 633).……이 사건 법률조항이 조세법률주의와 위임입법의 한계를 벗어난 위법이 있는지 여부를 검토한다. 이 조항에서 '이익 제공자'의 범위를 "대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자"라고 규정한 부분을 본다. "특수관계에 있는 자"라는 용어는 법 제34조(배우자 등의 양도행위)에서 '배우자 또는 직계존비속, 특수관계에 있는 자'라는 표현이 있다. 특히 '국세에 관한 기본적인 사항 및 공통적인 상황과 ……국세에 관한 법률관계를 확실하게 하고, 과세의 공정을 도모하며, 국민의 납세의무의 원활한 이행에 기여함을 목적으로' 하는 구 국세기본법은 제39조(출자자의 제2차 납세의무) 제2호에서 '대통령령이 정하는 친족 기타 특수관계에 있는 자'의 규정을 두고, 같은 법 시행령 제20조(친족 기타 특수관계인의 범위)에서 한층 더 구체적으로 특수관계인의 범위를 열거하고 있다. 그밖에 법인세법 제20조(부당행위계산의 부인)도 '대통령령이 정하는 특수관계에 있는 자'의 규정을, 같은 법 시행령 제46조(법인의 부당한 행위 또는 계산)에서 다시 그 내용을 자세히 규정하고 있는 것을 알 수 있다. 구 상속세법시행령 제41조 제2항은 "① 양도자의 배우자와 그 배우자의 친족 ② 양도자의 친족, 친족의 배우자와 그의 4촌 이내의 친족 ③ 양도자의 사용인이나 사용인 이외의 자로서 양도자의 자산으로 생계를 유지하는 자와 이들과 생계를 같이 하는 친족 ④ 양도자 또는 제1호 내지 제3호에 제기하는 자가 출자하고 있는 법인 ⑤ 양도자의 상품 또는 제품을 특약판매하는 자 ⑥ 양도자의 친지. 다만, 재무부령으로 정하는 자로 한다" 등으로 규정하여 구 국세기본법과 그 시행령의 내용과 비슷한 모습으로 "특수관계에 있는 자"를 열거하고 있다. 위에서 설명한 이유에 따라, 이 사건 법률조항을 유기적·체계적으로 종합판단하면 대통령령에 위임한 구 상속세법시행령 제41조 제2항에서 규정될 특수관계자의 범위는 그 대강을 예측할 수 있다. "현저히 저렴한 대가"라는 말은 위 법 제34의2 제1항에서 규정하고 있는 "현저히 저렴한 가액의 대가로써……"와 같은 표현으로 '드러나게 값이 싸다'는 사

전(辭典)에 나타난 뜻 만으로도 증여로 의제되는 행위의 범위를 어느정도 예측할 수 있다. 과세대상 재산이 현저히 저렴한 것 인지의 여부는 급변하는 경제 상황의 변화로 인하여 때와 장소에 따라 수시로 그 뜻이 다를 수도 있고 이에 바로 대응하여야 할 조세정책의 필요성 때문에 이러한 사항은 법률에 규정하기 보다는 대통령령 등 하위법규에 위임할 필요가 있다. 구 상속세법시행령 제41조 제1항도 같은 취지에서 '법 제34조의2 제1항에서 규정한 "현저히 저렴한 가액" 및 법 제34조의4에 규정한 "현저히 저렴한 대가"라 함은 증여일의 현황을 기준으로 하여 제5조 내지 제7조의 규정(상속재산 등의 평가방법)에 의하여 평가한 가액의 100분의 70 이하의 가액을 말한다'고 규정하여 현저히 저렴한 대가 또는 가액의 세부적인 기준을 제시하고 있다. 결론적으로, 위에서 본 구 상속세법시행령 등의 내용은 이 사건 법률조항에 의하여 모두 합리적으로 그 대가를 예측할 수 있다고 하겠다. 다시 말하면, 조세법률주의의 근간은 유지한 채 과세형평과 조세정의를 실현하기 위한 수단으로 경제현실의 변화에 대한 적절한 대응책으로 대통령령인 시행령에서 과세대상을 구체적으로 확정하고 해당 세액을 산출하는 절차를 규정하고 있는데 불과한 것이다. 법시행령 등에서는 납세자에게 불리한 실질적인 내용이나 납세의무의 가중(加重)요건을 규정하고 있는 것으로는 도저히 해석되지 아니한다.

⑫ 상속세법 제8조의2 제6항 위헌소원(1998.3.26. 96헌바57)

그런데 이 사건 심판대상조항인 법 제8조의2 제6항 전단은 "상속인이 대통령령이 정하는 방법에 따라 제1항 제1호의 규정에 의한 공익사업에 출연한 재산은 상속세과세가액에 산입하지 아니한다."고 규정하여 이 사건 심판대상조항의 문면만을 따로 떼어서 보면 상속인이 재산을 출연할 때 상속세과세가액불산입의 혜택을 받을 수 있는 공익사업의 종류와 그 출연의 방법 등이 전적으로 하위규범인 대통령령에 위임되어 있는 것처럼 보일 수도 있어 조세법률주의나 포괄적 위임입법금지의 원칙에 반하는 것이 아닌지의 의심이 있을 수 있다. 그러나 먼저 입법자는 법 제8조의2 제1항 제1호에서 "대통령령이 정하는 바에 의하여 운영되는 종교사업, 자선사업, 학술사업, 기타 공익사업(이하 '공익사업'이라 한다)에 출연한 재산. 다만, 공익사업을 영위하는 자에게 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 주식 또는 출자지분을 출연(주식 또는 출자지분외의 재산을 출연받은 후 그 출연받은 금액으로 내국법인의 발행주식총액 또는 출자총액의 100분의 20을 초과하여 소유하게 되는

경우를 포함한다)하는 경우 대통령령이 정하는 바에 의하여 계산한 초과부분을 제외한다.”고 규정하여 상속재산을 출연할 경우 그 재산의 가액을 상속세과세 가액에 산입하지 아니하게 되는 공익사업의 범위를 한정하고 있다. 물론 입법자가 위 법률규정에서 공익사업을 스스로 모두 열거하고 있는 것은 아니라 하더라도 입법자는 종교사업, 자선사업, 학술사업 등을 예시함으로써 상속세과세 가액불산입의 혜택을 받을 수 있는 기타 공익사업은 위와 같은 예들에 준하는 사업에 국한될 것임을 시사하고 있으며, 따라서 “공익사업”이라는 요건은 해석을 통하여 한정할 수 있도록 규율하고 있다. 또한, 입법자는 법 제8조의2제6항 후단에서 상속인이 대통령령이 정하는 방법에 따라 같은 조 제1항 제1호의 규정에 의한 공익사업에 출연한 재산을 상속세과세가액에 산입하지 아니하는 경우와 관련하여 “제1항 단서 및 제3항 내지 제5항의 규정을 준용한다.”고 규정하여 이 사건 심판대상조항에 의한 세제혜택을 받을 수 있는 공익사업의 범위를 다시 한정하는 동시에 정부에 감독수단을 확보하여 주고 있다. 즉 상속인이 상속재산을 출연한 공익사업에서 생기는 이익의 전부 또는 일부가 자신이나 그 친족에게 귀속되는 경우를 상속세과세가액불산입의 대상에서 제외시킴으로써 이 제도를 상속세 회피를 위한 수단으로 악용하는 것을 방지하는 한편, 상속인이 공익사업에 출연한 재산이 본래의 목적으로 사용되고 있는지를 감독할 수 있도록 그 재산을 출연받은 자로 하여금 그 출연재산의 사용에 대한 계획 및 진도에 관한 보고서를 정부에 제출하도록 하고 있다. 그 밖에도 입법자는 상속세과세가액불산입의 혜택을 받을 수 있는 상속재산의 출연시기도 간접적으로 제한하고 있다. 즉 상속인 등에게 상속세를 부과할 상속재산의 종류·수량·가액, 재산가액에 가산할 증여의 가액 기타 대통령령으로 정하는 사항을 기재한 신고서와 함께 “공제될 금액의 명세서 및 증빙서류”를 소정의 기한 내에 제출할 의무를 정하고 있는 법 제20조, 위 신고서를 제출하는 자의 신고세액납부의무 등을 규정하고 있는 법 제20조의2와 이 사건 심판대상조항을 종합적으로 감안하면 상속인이 공익사업에 상속재산을 출연함으로써 상속세과세가액불산입의 혜택을 받기 위해서는 원칙적으로 법 제20조가 정하는 신고기한 내에 그 상속재산을 출연하여야 한다는 해석이 가능하다. 왜냐하면 상속인이 상속재산을 공익법인에 출연했다는 이유로 공제될 금액을 신고하는 경우 신고사실의 진정성을 확보하기 위해서는 상속세를 신고할 당시에 이미 상속인이 해당 공익사업에 상속재산의 출연을 완료할 것이 요구된다고 보아야 하기 때문이

다. 그러므로 이 사건 심판대상조항과 다른 관련법률조항들을 전체적·체계적으로 해석하면 입법자 스스로 이 사건 심판대상조항의 위임에 의하여 하위법규인 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항, 즉 상속인이 공익사업에 출연한 상속재산의 상속세과세가액불산입 요건의 기본사항을 국민이 예측할 수 있을 정도로 구체적이고 명확하게 규정하고 있으며, 하위법규인 대통령령에 위임하고 있는 사항은 출연의 방법 등과 같은 기술적인 사항이나 기타 세부적인 사항의 규율에 국한되어 있다고 할 것이다. 그렇다면 이 사건 심판대상조항이 조세법률주의를 천명한 헌법 제59조나 포괄적 위임입법을 금지한 헌법 제75조에 위반한 것이라고 볼 수는 없다. 따라서 법시행령 제3조의2 제13항과 같은 규정이 제정될 수 있었던 것은 이 사건 심판대상조항이 그 요건을 시행령에 백지 위임하였기 때문이라는 청구인들의 주장도 역시 그 근거가 없다고 할 것이다.

⑬ 상속세법 제9조 제4항 위헌소원(1998.4.30. 96헌바78)

이 사건 법률조항호 규정의 취지는 상속재산인 사실상임대차계약을 체결하거나 임차권이 등기된 재산의 평가방법에 관하여, 위 법률 제9조 제1항이 규정하는 상속개시 당시의 현황에 따라 평가하는 시가주의 원칙에 따르지 아니하고, 대통령령이 정하는 바에 따라 평가한 가액과 상속개시 당시의 시가 중 큰 금액으로 평가한다는 것이다. 그런데 사실상 임대차계약을 체결한 경우이던지 체결한 후 임차권을 등기한 경우이던지 그 어느 경우라 하더라도 임대차계약의 내용과 태양이 각기 다르므로 그 내용과 태양에 따라 평가가 달라져야 할 것이며, 그렇다면 대통령령의 제정자가 따라야 할 대강의 평가기준, 적어도 임대차계약의 내용과 태양에 따라 다른 대강의 평가기준만이라도, 법률에 규정하여야 조세법률주의를 준수하였다고 할 것이다. 그러나, 이 사건 법률조항호의 규정은 위와 같은 대강의 기준에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 또한 위 규정과 관련하여 이 사건 법률 중 다른 조항이나 다른 세법들의 규정들을 보아도, 위와 같은 평가기준을 제시하는데 도움을 줄 수 있는 내용이 전혀 없다. 다시 말하면 위임된 하위법규에 규정될 내용이 어떠한 것이 될 것인지를 예측하기가 곤란하다. 따라서 이 사건 법률조항호의 규정은 국민의 납세의무의 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항을 하위법규인 대통령령에 전적으로 일임함으로써 포괄적으로 위임하였으므로, 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제59조, 제75조의 규정을 위반하였다고 할 것이다.

(재판관 김문희, 재판관 이영모의 반대의견)

상속 부동산이 이미 담보로 제공되어 있거나 임대차계약이 체결된 경우에는 통상 당해재산의 객관적인 교환가치의 범위안에서 담보채권이나 임대보증금 또는 월정임대료가 정해지는 것이고 그 채권액이나 보증금 또는 임대료에 의하여 시가에 가장 근접한 상속부동산의 가액을 이끌어낼 수 있으므로 시가에 비하여 불합리하게 낮게 평가된 과세시가표준액에 의하지 않고 가능한 한 시가에 접근하려는 취지의 규정을 한 것이 이 사건 법률조항호인 것이다. 이와 같은 규정의 연혁과 취지·목적에 비추어 그 의미내용을 생각하면, 이 사건 법률조항호는 대통령령으로 평가할 상속재산의 종류를 명확히 열거하고 그 재산의 기술적·구체적인 평가방법에 한하여 이를 위임하고 있다고 볼 수 있다. 대통령령 등 하위법규에서는 상속세법상의 시가주의의 원칙상 보충적 평가방법보다 시가에 근접한 가액으로 평가하는 방법으로서 피담보재산이나 임대재산 등의 특성에 의하여 그 가액의 파악이 가능한 방법이 규정될 것임을 쉽게 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항호를 조세법률주의와 위임입법의 한계를 위반하여 과세상의 불평등을 가져 왔다고 할 수 없고, 오히려 헌법상의 조세 평등주의와 실질과세의 원칙을 실현하기 위한 합리성과 정당성을 갖추었다고 할 것이다.……끝으로 덧붙일 것은, 이 사건 법률조항호의 시행당시의 구 소득세법 제29조제1항과 시행령 제58조(총수입금액 계산의 특례)(1981.12.31. 대통령령 제10665호)의 규정에서는 임대보증금에 정기에금의 이자율을 적용하여 임대료를 계산하고, 부가가치세법 제13조제1항제2호와 시행령 제49조의2(부동산 임대용역에 대한 과세표준계산의 특례)(1981.6.9. 대통령령 제10338호)도 정기에금의 이자율에 근거하여 과세표준을 산정하고 있는 것을 알 수 있다. 임대보증금에 정기에금의 이자율을 적용·계산하는 것은 우리의 세법과 실무에서 이미 오랜기간 불특정·다수의 납세자에 대하여 반복·계속적인 적용을 하고 있는 영역이었다. 따라서 이 사건 법률조항호는 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제59조, 제75조의 규정에 위반된 것으로 볼 수 없으므로 다수의 의견에 반대하는 것이다.

⑭ 지방세법 제112조제5항 등 위헌소원(1998.5.28. 95헌바18)

(재판관 조승형의 반대의견)

이 사건 법률조항의 규정내용을 보면, 법 제112조제5항 및 법 제132조의2

제3항은 법 제196조의5제1항제1호 및 제2호의 규정에 의한 비업무용인 승용자동차 및 기타 승용자동차를 대통령령이 정하는 1가구당 1대를 초과하여 취득하고 등록하는 경우의 취득세율 및 등록세율을 2배로 증과한다는 내용으로써, 1가구를 어떻게 규정하느냐를 이 사건 법률조항에 아무런 구체적인 기준을 정함이 없이 대통령령에 위임하고 있다. 그런데 1가구를 어떻게 규정하느냐 즉 지방세법시행령이 이 사건 법률조항의 위임에 따라 1가구의 개념정의를 규정함에 있어서 주민등록법에 의한 세대별주민등록표에 기재된 세대주와 그 배우자, 직계존·비속 및 형제자매를 기준으로 정하는 이외에 개인사업체가 그 사업체의 운영을 위하여 여러대의 승용차를 사업자명으로 취득하여 등록하는 경우를 제외례로 규정할 수도 있고 위 제외례를 두지 아니하는 규정을 둘 수도 있는데 이를 어떻게 규정하느냐에 따라서, 청구인이 주장하는 바와 같은 위헌주장이 있을 수 있고 다수의견과 같이 합헌주장이 있을 수 있다. 그러나 이 사건 법률조항은 1가구의 정의를 대통령령에 위임함에 있어 위의 경우중 어느 경우로 규정하여야 한다는 구체적인 범위를 정하거나 적어도 일반인이라면 누구나 그 범위가 어느 정도라고 예측할 수 있을 정도로 대강의 기준을 정하여 위임하지 아니하고 포괄적으로 "대통령령이 정하는 1가구……"라 규정하였는바, 지방세법시행령이 1가구의 정의를 얼마든지 자의로 규정할 수 있고, 그렇다면 일반인은 누구나 1가구의 정의가 어떻게 규정될 것인지를 예측할 수 없다고 할 것이며, 이 사건 법률중 다른 조항이나 다른 세법들의 규정들을 보아도 위와 같은 범위를 제시하는데 도움을 줄 수 있는 내용이 전혀 없다. 다시 말하면 위임된 하위법규에 규정내용될 내용이 어떠한 것이 될 것인지를 예측하기가 곤란하다. 따라서 이 사건 법률조항의 규정은 국민의 납세의무의 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항을 하위법규인 대통령령에 전적으로 일임함으로써 포괄적으로 위임하였으므로 조세법률주의와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제59조, 제75조의 규정을 위반하였다고 할 것이다.

⑮ 개발이익환수에 관한 법률 제10조제3항단서 위헌소원(1998.6.25. 95헌바35, 97헌바81, 98헌바5·10 병합)

이 사건 개발이익환수에 관한 법률 소정의 개발부담금은 그 납부의무자로 하여금 국가 등에 대하여 금전 급부의무를 부담하게 하는 것이어서 납부의무자의 재산권을 제약하는 면이 있고, 부과개시시점의 지가는 개발부담금의 산정기준인 개발이익의 존부와 범위를 결정하는 중요한 요소가 되는 것이므로, 그 산정

기준에 관한 위입법시 요구되는 구체성, 명확성의 정도는 조세법규의 경우에 준하여, 그 요건과 범위가 엄격하게 제한적으로 규정되어야 할 것이다. 개발부담금 산정의 전제가 되는 개발이익을 산출하기 위하여 부과종료시점의 지가에서 공제할 부과개시시점의 지가를 산출하는 기준과 관련하여, 법 제10조제3항 본문은 이를 원칙적으로 공시지가에 의하여 산정하도록 하는 한편, 이 사건 법률조항은 납부의무자가 일정한 기간 내에 신고하는 경우로서 대통령령이 정하는 매입가액의 경우에는 실제 매입가액에 의하여 이를 산정할 수 있도록 규정하고 있다. 그러나 이 사건 법률조항의 문면이나 관련규정의 해석 또는 법의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때, 과연 어떠한 경우에 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정할 수 있도록 대통령령에 규정할 것인가가 분명하지 아니하다. 물론, 개발부담금 납부의무자가 주장하는 실제 매입가액이 객관적 진실성이 결여된 경우에도 이에 의하여 개시시점 지가를 산정하도록 하는 것은 상식적으로 허용될 수 없다는 의미에서, 대통령령에서는 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우에 한하여 실제 매입가액을 기준으로 개시시점 지가를 산정하도록 규정할 것이라고 예측할 수는 있다고 할 것이지만, 그렇다고 하더라도 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우 중 어떠한 범위 내에서 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정하도록 할 것인지, 다시 말하면 대통령령이 그러한 경우를 예시적으로 정할 것인지 아니면 한정적·열거적으로 정할 것인지, 또는 한정적·열거적으로 정하는 경우라도 어떠한 범위 내에서 이를 정할 것인지는 도저히 예측할 수 없다 할 것이다. 위와 같은 대통령령의 개정연혁을 보더라도 개시시점의 지가의 산정기준으로 삼을 수 있는 실제 매입가액의 범위를 통일적으로 이해할 수 있는 기준을 찾아보기 어려울 뿐만 아니라, 객관적으로 진실성이 있는 거래가격이라 하더라도 종전에는 열거되지 않았다가 사후에 추가된 경우, 종전에는 열거되어 있다가 삭제된 경우 그리고 진실성이 있음에도 시행령에서 전혀 열거하지 않고 있는 경우 등의 상호관계를 합리적으로 설명하기가 어렵다. 결국 일반국민의 입장에서는 이 사건 법률조항 소정의 매입가액에 포함되어 공제항목에 해당되게 되는 실제 매입가액과 그렇지 않은 실제 매입가액 사이의 구분을 합리적인 기준에 따라 예측하는 것은 거의 불가능하고, 따라서 매입가액의 범위 획정은 의회입법의 통제를 벗어나 행정부의 자의에 맡겨져 있다고 보아야 할 것이다. 특히 이 사건 법률조항의 재산권 침해 여부에 관한 다음 라.항의 판시부분에서 보는 바와 같이, 발생하지

도 않은 가공의 개발이익에 대하여 개발부담금을 부과하는 것은 헌법이 보장하는 재산권에 대한 침해가 될 수 있다고 보는 입장에서는, 실제 매입가액이 개시시점 당시의 공시지가보다 더 큰 경우에는 실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 한 원칙적으로 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정하도록 하고, 실제 매입가액의 객관적 진실성이 결여된 경우에 한하여 공시지가에 의하여 산정하도록 하는 것이 헌법상의 재산권 보장취지에 부합한다 할 것이다. 그런데 과연 어떠한 경우에 실제 매입가액에 의하여 개시시점의 지가를 산정할 수 있을지 법률규정에 의하여 예측할 수 없도록 하면서 실제 매입가액에 의하여 개시시점 지가를 산정할 수 있는 경우를 행정청의 자의에 의하여 한정적·열거적으로 정할 수 있도록 규정한 것은, 국민의 재산권을 제약하는 개발부담금 납부의무의 존부와 범위를 결정하는 요소가 되는 개시시점 지가의 산정방법을 구체적인 기준이나 원칙을 정함이 없이 포괄적으로 대통령령에 위임한 것으로서, 헌법 제75조가 규정하는 위임입법의 한계를 이탈하였다 할 것이다.

(재판관 김문희의 반대의견)

법률이 일정 내용을 대통령령에 위임한 것에 문제가 있다고 한다면, 위임법률의 위헌성은 첫째, 국민의 기본권실현에 있어서 본질적인 사항이기 때문에 입법자가 스스로 규정해야 할 사항을 행정입법에 위임하고 있는가, 둘째, 위임법률이 위임의 범위와 요건을 정하지 아니하고 행정청에 입법을 위임함으로써 포괄위임인가의 두 가지 관점에서만 문제가 될 수 있다. 그런데 이 사건 법률조항의 적용대상은 부과개시시점의 지가를 어떠한 경우에 실제 매입가액에 의하여 산정해야 하는가의 것이고, 이는 반드시 입법자가 직접 규정해야 할 기본권실현에 있어서의 본질적인 사항이라고 할 수 없으므로, 이 사건 법률조항의 위헌성 여부는 위임입법의 한계를 규정하는 헌법 제75조에 위반된 것인지 아닌지에 달려 있다 할 것이다. 개발부담금 산정의 전제가 되는 개발이익을 산출하는 과정에서 부과종료시점의 지가에서 공제할 부과개시시점의 지가를 산출하는 기준과 관련하여, 법 제10조제3항 본문은 부과개시시점의 지가를 원칙적으로 공시지가에 의하여 산정하도록 하는 한편, 이 사건 법률조항은 납부의무자가 일정한 기간내에 신고하는 경우에는 실제 매입가액에 의하여 이를 산정할 수 있도록 규정하면서, 실제 매입가액에 의하여 개시시점의 지가를 산정할 수 있는 구체적인 경우를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있다. 실제 매입가액이 공시지가보다 더 높은 경우에도 공시지가에 의해서만 개시시점의 지가를 산정



하도록 한다면, 사업시행자 등에게 허구의 개발이익에 대하여 개발부담금을 부담하게 하는 경우가 발생할 수도 있을 것인바, 이 사건 법률조항의 입법취지는 공시지가가 실제의 매입가액을 제대로 반영하지 못하는 경우 발생하지도 않은 개발이익에 대하여 개발부담금을 부과함으로써 납부의무자가 입을 불이익을 방지하고자 하는데 있다고 하겠다. 이와같은 이 사건 법률조항의 입법목적, 그리고 구법과는 달리 종료시점지가는 물론 개시시점지가지도 모두 원칙적으로 객관적인 기준인 개별공시지가에 의하여 산정하도록 규정함으로써 산정기준을 되도록이면 객관화하려고 한 법의 의도 등에 비추어 보면, 이 사건 법률조항의 “대통령령이 정하는 매입가액”이라 함은 ‘객관적으로 그 진실성이 담보될 수 있는 매입가액’이라는 것을 해석을 통하여 쉽게 도출할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 수권법률로부터 대통령령인 하위규범에 규정될 내용의 대가를 충분히 예측할 수 있으므로, 헌법 제75조가 정하는 위임입법의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다. 입법자는 이 사건 법률조항을 통하여 어떠한 경우에 매입가액을 기준으로 부과개시점의 지가를 산정할 것인가에 관하여 구체적으로 대통령령으로 정하도록 위임함으로써, 실제의 매입가액을 객관적으로 확인할 수 있는 현실적 가능성의 범위안에서 행정부가 개별적 정의의 실현뿐이 아니라 법적 안정성의 관점도 함께 고려하여 객관적인 진실성을 인정할 수 있는 매입가액의 범위를 합리적으로 규정하도록 한 것이다. 물론, 공시지가가 실제의 매입가액을 충분히 반영하지 못함으로써 발생하는 납부의무자의 불이익을 가능한 한 최소화하는 것이 이상적일 수도 있으나, 모든 경우에 있어서 실제의 매입가액이 관철되도록 한다는 것은 제한된 행정능력과 법집행과정에서 나타날 수 있는 부정과 자의의 가능성 등 현실적 관점에서 보아 사실상 불가능한 것이므로, 한편으로는 실제의 매입가액이 객관적으로 입증될 수 있는 경우에는 이를 구제하는 것을 원칙으로 하면서도, 다른 한편으로는 과세행정의 투명성, 공정성 및 법집행의 통일성 등 법적 안정성의 요소를 고려하여 객관성이 인정되는 매입가액의 범위를 설정하도록 대통령령에 위임한 것으로 보아야 한다. 다수의견은 ‘실제 매입가액의 객관적 진실성이 담보되는 경우 중 어떠한 범위 내에서 실제 매입가액에 의하여 개시시점지가를 산정하도록 할 것인지는 도저히 예측할 수 없으므로 위임입법의 한계를 일탈하였다’고 하나, 이는 입법을 위임하는 수권법률의 구체성, 명확성에 대하여 지나치게 과도한 요구를 하는 것이다. 만일, 수권법률에서 이러한 정도의 구체적인 내용을 예측할 수 있도록 위임의 요건과 범

위를 정해야 한다면 결국 행정입법에 위임될 것은 사실상 거의 없고 법률 스스로가 모든 상세한 것까지도 규정해야 한다는 주장과 다름아니다. 다수의견은 우선 이 사건 법률조항인 위임법률을 구체화한 시행령의 내용이 위헌이라고 판단한 뒤, '시행령이 위헌이라면 위헌적인 시행령을 가능하게 한 모법인 수권법률도 위헌이다'는 것을 그 전제로 하고 있다. 그러나 시행령의 위헌성이 곧 그 모법인 법률의 위헌성을 가져오는 것은 아니다. 모법이 헌법 제75조의 요청에 부합되게 구체적으로 범위를 정하여 행정청에 입법을 위임한 경우에도 행정청은 모법의 의미와 목적에 위반되게 또는 위임의 범위를 넘어서 입법을 함으로써 위헌적인 행정입법을 제정할 수 있는 것이다. 다수의견에 따르면, 법률의 위헌성이 그를 심사하는 유일한 기준인 헌법에 의하여 판단하는 것이 아니라 법률의 하위규범인 시행령에 규정된 내용에 의하여 결정된다는 결과를 가져온다. 그러나 법률의 위헌성을 판단하는 기준은 오로지 입법자가 그의 입법에 있어서 존중하고 준수해야 하는 헌법적 요청일 뿐, 법률의 위임을 받아 구체화된 시행령의 내용일 수 없다. 만일, 이 사건에서 대통령령이 한 호를 추가하여 "그 외 객관적 진실성이 확인될 수 있는 매입가액" 등의 형태로 일반조항을 덧붙으로써 객관적 진실성이 담보될 수 있는 모든 경우를 포함하도록 매입가액의 유형을 완벽하게 규정하였다면, 이 사건 법률조항의 위헌성은 있을 수 없다. 결국 시행령의 규정내용은 모법의 위헌성을 심사하는데 있어서 고려해야 할 하나의 요소는 될 수 있으나 모법의 위헌성을 결정하는 기준이 될 수는 없다. 모법이 헌법 제75조의 요청에 부합하는가와 관계없이 우연히 시행령의 내용이 어떻게 규정되어 있는가에 따라 모법의 위헌성이 결정된다면, 위헌적인 행정입법을 가능하게 한 것은 결국 모법이라는 이유로 모든 위헌적인 행정입법에 대해서 입법자가 책임을 져야 하는 결과에 이르기 때문이다.

⑩ 국세기본법 제39조제1항제2호 가목 등 위헌제청(1998.5.28. 97헌가13)

위 조항의 '다목'에 관한 부분을 살펴보면, 위 '다목'은 과점주주 중 "가목 및 나목에 규정하는 자와 생계를 함께 하는 자" 즉, "주식을 가장 많이 소유하거나 법인의 경영을 사실상 지배하는 자와 생계를 함께 하는 자"는 소유하는 주식의 몇 주(株)인지도 묻지 않고 제2차 납세의무를 지우는 것이다. 여기에 생계를 함께 하는 자라 함은 서로 도와서 일상생활비를 공동으로 부담하고 있는 것을 말하고 반드시 동거하고 있는 것을 필요로 하지 아니한다(법시행령 제20조 제10호, 법기본통칙 4-2-15……39). 따라서 위 '다목'은 과점주주 자신이 법인

의 경영을 사실상 지배하거나 당해 법인의 발행 주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는 자에 해당하는지 여부에 관계없이 과점주주 중 주식을 가장 많이 소유한 자와 서로 도와서 일상생활비를 공동으로 부담한다는 이유만으로 책임의 범위와 한도조차 뚜렷하게 설정하지 아니한 채 법인의 체납세액 전부에 대하여 일률적으로 제2차 납세의무를 지우는 것은 과점주주들 간에 불합리한 차별을 하여 조세평등주의와 실질적 조세법률주의(헌법 제11조 제1항, 제38조, 제59조)에 위반되고 과점주주의 재산권(헌법 제23조 제1항)을 침해하게 된다. 위 조항 중 '라목'에 대하여 보면, 위 '라목'은 "대통령령이 정하는 임원"을 제2차 납세의무를 지는 과점주주 중의 하나로 규정하고 있다. 그러나 '라목'은 제2차 납세의무를 지는 과점주주인 임원의 범위를 구체적인 기준도 없이 이를 모두 대통령령에 포괄위임하여 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 보지 않을 수 없다. 대통령령이 정하는 임원인 과점주주 모두에게 제2차 납세의무를 지게 하는것은 법인의 경영을 사실상 지배하는지, 발행 주식총액의 100분의 51 이상의 주식에 관한 권리를 실질적으로 행사하는지 여부를 가리지 아니한 채, 과세청이 자의로 제2차 납세의무자인 과점주주를 지정하여 보충적인 납세의무를 지울 여지가 있다. 위 조항 '라목'의 위임에 따라 만든 법시행령 제20조의2(임원의 정의)를 보면 "법인의 회장·부회장·사장·부사장·이사 등 실질적으로 법인의 경영에 참여하는 직위에 있는 자와 감사"라고만 규정하고 있다. 이것은 제2차 납세의무를 지게 되는 임원의 범위가 너무 광범위하고, 실질적으로 법인의 경영에 참여하는 직위에 있거만 하면 법인의 경영을 사실상 지배하는지에 상관없이 법인의 체납세액 전부에 대하여 제2차 납세의무를 지우도록 규정하고 있다. 따라서 위 '라목'이 과점주주의 범위를 적절하게 제한하거나 책임의 한도를 설정하지 아니한 것은 실질적 조세법률주의(헌법 제38조, 제59조)와 포괄위임금지의 원칙(헌법 제75조)에 위반된다.

- ⑰ 구 지방세법 제112조제2항 위헌소원, 지방세법 제112조의2 제1항 등 위헌소원, 지방세법 제112조제2항 후단 위헌소원(1998.7.16. 96헌바52, 97헌바40, 97헌바52·53·86·87, 98헌바23(병합) 전원재판부)

법시행령 등 하위법령에 모법의 위임취지에 어긋나거나 평등원칙에 위배되는 등 헌법위반의 점이 있음을 직접적, 혹은 간접적으로 주장하고 있다. 그러나 법률조항의 위임에 따라 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우라도 그 대통령령의 규정이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 수권법

를까지 위헌으로 되는 것은 아니며(헌재 1996. 6. 26. 93헌바2, 판례집 8-1, 525 참조), 헌법재판소법 제68조 제2항의 규정에 의한 헌법소원 사건인 이 사건에서 심판대상은 어디까지나 법률인 지방세법 조항들의 위헌여부인 것이므로 법시행령 등 하위법령에 대한 그러한 위헌·무효 주장은 이 사건의 쟁점이 되지 아니한다.……심판대상조항들, 즉 법 제112조 제2항 전단규정이나 후단 규정, 법 제112조의2 제1항은 모두 국민의 재산권에 직접 영향을 미치는 조세 법률이고 더욱이 취득세를 통상세율의 100분의 750배로 무겁게 가중하는 것이다. 그리고 고급주택, 고급오락장이 무엇인지 하는 것은 취득세 중과세요건의 핵심적 내용을 이루는 본질적이고도 중요한 사항이다. 그러므로 심판대상조항들이 고급주택, 고급오락장의 기준과 범위를 대통령령에 위임함에 있어서는 위임의 요건과 범위를 보다 구체적이고 명확히 하지 않으면 헌법상의 조세법률주의와 포괄위임입법금지원칙의 요청에 부응할 수 없다 할 것이다. 그런데도 심판대상조항들이 '대통령령으로 정하는 고급주택', '대통령령으로 정하는 고급오락장'이라고만 하고 만 것은 과세입법으로서의 명확성이 부족하고, 위임범위를 지나치게 포괄적으로 설정한 것이라 하지 않을 수 없다. 먼저 고급주택의 경우 "고급"이라는 한정어가 있기 때문에 위임사항에 대한 예측가능성이 전무한 것은 아니라고 할 수도 있다. 일상용어상 "고급주택"이란 주택의 규모가 크거나 주택의 시설 또는 설비가 호화로워서 결국 주택가액이 통상의 주택보다 월등히 높은 주택을 뜻하는 것으로 이해될 수 있고, 그 한도내에서 어느 정도 위임의 범위가 한정되기는 한다. 그러나 심판대상조항들은 보통의 취득세율보다도 100분의 750씩이나 가중하는 중과세규정임을 생각할 때 그 정도로는 불충분하다고 하여야 한다. 고급주택에 관한 사회통념이 형성되어 있다고 할 수 없으므로, 위와 같은 일상용어상의 이해만으로는 고급주택에 대하여 추상적이고도 막연한 파악만 가능할 뿐 어느 정도 규모의, 어느 정도의 호화설비를 갖춘, 어느 정도 고액의 주택이 과연 고급주택에 해당하는지 구체적인 예측가능성은 보장되지 않기 때문이다. 입법자로서는 통상세율의 100분의 750배로 중과세하는 마당에 고급주택의 기준과 범위를 스스로 좀 더 구체적으로 확정한다음 하위법규에 위임하였어야 하고, 적어도 주택의 규모, 가액 등 고급주택성의 핵심표지에 관하여 최저기준을 설정한 다음 그 한도에서 위임하였어야 한다. 심판대상조항들은 이를 게을리하여 단순히 '대통령령으로 정하는 고급주택'이라고만 함으로써 고급주택의 범위를 어떻게 규정할 것인지의 문제를 실질적

으로는 온전히 행정부의 재량과 자의에 맡긴 것이나 다름없고, 결국 대통령령에서 고급주택으로 규정하는 것이 곧 고급주택이 되는 결과를 초래하였다. 다음으로, 고급오락장의 경우 위 고급주택의 경우와 마찬가지로의 문제점을 지니고 있을 뿐만 아니라 위임의 불명확성, 포괄성이 한층 더 두드러진다. "오락"의 개념 자체가 이미 지나치게 불분명하고 포괄적이어서 "고급오락장"의 범위와 한계를 예측하기는 고급주택의 경우보다 더욱 어렵기 때문이다. 심판대상조항들의 입법목적, 지방세법의 체계나 다른 규정, 관련법규를 살펴 보더라도 고급주택과 고급오락장의 기준과 범위를 예측해 내기 어렵다. 세법이나 주택·건축관련 법률들을 살펴 보아도 고급주택이 무엇인지 직·간접적으로 밝히고 있는 관련규정을 찾아볼 수 없고(고급주택에 대하여 보다 불리한 법률효과를 규정하고 있는 법률로는 소득세법 제89조제3호, 택지소유상한에관한법률 제20조제1항제2호 단서가 있으나, 이들 조항들도 법 제112조제2항 전단과 마찬가지로 "대통령령이 정하는 고급주택"이라고만 규정하고 있을 뿐이며, 그 위임에 따른 소득세법시행령 제156조, 택지소유상한에관한법률시행령 제24조와 법시행령 제84조의3제1항제2호를 서로 비교하여 보아도 고급주택의 기준과 범위를 각기 상이하게 설정하고 있어서 고급주택의 기준과 범위가 무엇인지 객관적으로 예측하는데 별다른 도움이 되지 않는다), 심판대상조항들의 입법목적만으로는 호화·사치·낭비의 주택이라는 막연한 관점만 제시될 뿐 구체적으로 어느 정도 규모의, 어떤 설비를 갖춘, 어느 정도 가액의 주택이 고급주택인지에 대한 아무런 해답을 주지 못한다. 이러한 사정은 고급오락장에 관하여도 마찬가지여서 고급오락장의 개념을 객관적·합리적으로 해석해 낼 만한 관련법규를 찾아볼 수 없다. 내무부장관은 취득세 중과세 대상이 되는 사치성재산인지의 여부는 국민소비생활 양태의 끊임없는 변화, 건축구조·설비공법 등의 급속한 발전 추세 등에 따라 끊임없이 달라져야 하므로, 이를 법률에서 규정하기 곤란하다고 주장한다. 물론 고급주택, 고급오락장의 기준은 고정된 것이 아니라 소비생활의 변화, 주거 및 오락문화의 변천, 사회·경제적 정책의 변화, 경제현실의 변동, 건축공법의 발달 등의 여러 가지 변수에 따라 변화되기 마련이다. 그러나 그 변화의 정도가 국회입법을 포기하고 행정입법으로써 즉시 대응하지 않으면 아니될 정도로 변화무쌍하다고 하기는 어렵다. 주거 및 오락문화라든가 건축공법과 같은 것은 일조일석에 변화할 수 없는 것이고, 부동산시장이나 경기의 변동 같은 것도 수년 혹은 10여년의 주기를 두고 변동하는 성질의 것이므로 이

러한 변화요인들을 이유로 국회입법이 포기되어서는 아니되며, 사회·경제적 정책의 변화가 있다면 국회를 통한 사회적 합의의 과정을 도출하는 것이 더욱 중요한 만큼 이는 오히려 국회입법을 필요로 하는 사유라 하겠다. 설사 국회입법이 곤란할 만큼 변화의 횡수와 진폭이 잦고 다양하다 하더라도 법률로써 최저기준(고급주택의 경우 주택의 규모와 가액을, 고급오락장의 경우 오락의 유형이나 오락장의 규모·가액 등을 기준점으로 삼을 수 있을 것이다)을 설정하여 두고 그 범위내에서 세부적 기준과 범위를 대통령령에 위임함으로써 변화에 탄력적으로 대응할 수 있게 할 수 있는 것이므로 심판대상조항들과 같이 행정입법에 전적으로 위임할 수밖에 없는 불가피한 사정이 있다고 할 수는 없다. 이상과 같은 이유로 심판대상조항들은 과세요건을 불명확하게 규정함으로써 헌법 제38조, 제59조에 규정된 조세법률주의에 위배되고, 입법사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 헌법 제75조에도 위배된다고 할 것이다.

⑧ 택지소유상한에관한법률 제2조제1호 나목 등 위헌소원(1999. 4. 29. 94헌바37 외66건 병합)

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정함으로써 위임입법의 근거를 마련함과 동시에, 위임은 구체적으로 범위를 정하여 하도록 하여 그 한계를 제시하고 있다. 이는 행정부에 입법을 위임하는 수권법률의 명확성 원칙에 관한 것으로서, 법률의 명확성 원칙이 행정입법에 관하여 구체화된 특별규정이라고 할 수 있다. 따라서 합리적인 법률 해석을 통하여 수권법률에 표현된 입법자의 객관화된 의사, 즉 위임의 내용, 목적과 정도가 밝혀질 수 있다면 위임입법의 한계를 일탈한 것이 아니다. 이와 같은 의미에서 본다면, 제2조제1호 나목은 객관적인 법률해석을 통하여 확정될 수 있는 나대지의 중요한 요건에 관하여 규정한 다음, 제한된 범위 내에서 구체적인 내용을 대통령령에 위임한 것이고, 택지면적의 산정방법에 관련한 제9조도 “일단의 토지 위에 주택, 주거용과 주거용 외의 복합용도로 사용되는 건축물 또는 주택과 주택 외의 건축물이 건축되어 있는 경우 등에 있어서 당해 일단의 토지 중의 택지(주택의 부속토지를 포함한다) 면적의 산정방법 등에 관하여 필요한 사항”을 한정하여 구체적으로 대통령령에 위임하고 있으며, 택지 취득허가 기준을 대통령령에 위임한 제11조제1항제5호는 같은 조 제1조 내지

제4호에 준하는 사유로서 법의 입법목적에 부합하는 택지취득의 경우를 대통령령에 위임한 것이고, 부칙(1989.12.30. 법률 제4174호) 제1조는 모든 지역에서의 시행일을 대통령령에 위임한 것이고 아니고 다만 특별시·광역시 지역 외의 지역에 대한 시행일만을 한정하여 대통령령에 위임한 것에 불과하다. 따라서 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하였을 때 수권법률인 위 규정들로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으므로, 위 규정 모두 헌법 제75조에 위반된다고 할 수 없다.

- ⑨ 지방세법 제188조제1항제2호 (2)목 중 “고급오락장용 건축물” 부분 등 위헌제청, 지방세법 제188조제1항제2호 (2)목 중 “고급오락장” 부분 등 위헌제청, 지방세법제234조의16제3항제2호 중 “기타 사치성 재산으로 사용되는 토지” 부분 위헌제청, 지방세법 제234조의16 제3항 제2호 위헌제청 (1999.3.25. 98헌가11·14·15·18 병합)

법 제188조 제3항은 고급오락장용 건축물의 “구분과 한계는 대통령령으로 정한다” 라고 규정하고 있는바, 이 조항이 헌법 제75조상의 포괄위임금지원칙에 위배되는지를 본다. 우선 앞에서 본 바와 같이 ‘오락’의 개념 자체가 지나치게 추상적이고 불분명하여, 어느 형태와 어느 내용의 오락장을 의미하는 것인지를 예측하기가 쉽지 않고, 고급오락장에 관한 사회통념이 형성되어 있다고 할 수 없으므로, 위와 같은 사전상의 이해만으로는 고급오락장에 대하여 추상적이고도 막연한 파악만 가능할 뿐 어느 정도 규모의, 어느 정도의 호화설비를 갖춘 오락장이 과연 고급오락장에 해당하는지 구체적으로 예측하기가 어렵다. 뿐만 아니라, 법 제188조 제1항 제2호 (2)목은 재산세를 가중하는 중과세규정으로써 재산세를 그 가액의 1,000분의 50으로 중과세하고 있으며 과세대상인 고급오락장용 건축물의 기준과 범위는 재산세 중과세요건의 핵심적 내용을 이루는 본질적이고도 중요한 사항이다. 따라서 법 제188조 제3항이 그 기준과 범위를 하위법규에 위임하려면 스스로 좀 더 구체적으로 확정된 다음 위임하여야 하고, 적어도 오락장의 유형, 규모 등 고급오락장의 핵심표지에 관하여 최저기준을 설정한 다음 그 한도에서 위임하여야 할 것이다. 그러나 법 제188조 제3항은 이를 게을리하여 단순히 고급오락장용 건축물의 “구분과 한계는 대통령령으로 정한다”라고만 함으로써 고급오락장용 건축물의 기준과 범위를 어떻게 규정할 것인지의 문제를 행정부의 자의에 맡기고 있을 뿐이다. 또한 앞에서 본 바와 같이 같은 조항의 입법목적, 지방세법의 다른 규정 또는 기타

관련법률을 살펴보더라도 고급오락장용 건축물의 기준과 범위를 예측해 내기 어려울 뿐만 아니라, 행정입법에 전적으로 위임할 수밖에 없는 불가피성도 없다 할 것이다(헌재 1998. 7. 16. 96헌바52등, 공보 29, 646, 647 참조). 그렇다면 법 제188조 제3항은 입법사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 위임입법의 한계를 일탈하여 헌법 제75조상의 포괄위임입법금지원칙을 위배하였다고 할 것이다. 법 제234조의 15제2항 단서 제5호가 “……기타 사치성 재산으로 사용되는 토지로서 대통령령으로 정하는 토지……”라고 규정하고 있는 바 이 조항이 헌법 제75조상의 포괄위임금지원칙에 위배되는지를 본다. 앞에서 본 바와 같이 “기타 사치성 재산”의 개념 자체가 지나치게 추상적이고 불분명하며 포괄적일 뿐만 아니라, 사치성 재산에 관한 사회통념이 형성되어 있다고도 볼 수 없으므로, ‘기타 사치성 재산’의 개념으로부터는 사치성 재산에 대한 추상적이고도 막연한 파악만 가능할 뿐 어느 형태와 어느 규모의 사치성 재산인지는 구체적으로 예측해내기가 어렵다. 입법자로서는 종합토지세를 중과세하는 마당에 ‘기타 사치성재산으로 사용되는 토지’의 기준과 범위를 스스로 좀 더 구체적으로 확정할 다음 하위법규에 위임하였어야 하고, 적어도 ‘기타 사치성재산으로 사용되는 토지’의 유형, 규모 등 그 핵심표지에 관하여 최저기준을 설정한 다음 그 한도에서 위임하였어야 한다. 위 법조항은 이를 해태함으로써 기타 사치성 재산용 토지의 기준과 범위를 어떻게 규정할 것인지를 문제를 실질적으로는 행정부의 재량과 자의에 맡겨버린 것이라 할 것이다. 또한 위 법조항의 입법목적만으로는 호화스럽고 사치스러운 재산이라는 막연한 이해만 가능할 뿐 구체적으로 어느 유형과 어느 규모의 사치성 재산용 토지가 ‘기타 사치성 재산으로 사용되는 토지’인지가 불분명할 뿐만 아니라 지방세법의 다른 규정 또는 기타 관련법률을 살펴보더라도 기타 사치성 재산용 토지의 기준과 범위를 객관적·합리적으로 예측해 낼 만한 어떠한 관련법규정도 존재하지 아니하며 행정입법에 전적으로 위임할 수밖에 없는 불가피성이 없음은 앞에서 본 바와 같다. 그렇다면 법 제234조의15제2항 단서 제5호 중 “기타 사치성 재산으로 사용되는 토지로서 대통령령으로 정하는 토지” 부분도 입법사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하지 아니하고 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 위임입법의 한계를 일탈하여 헌법 제75조상의 포괄위임금지원칙을 위배하였다고 할 것이다.



(4) 給付法規의 委任

① 의료보험법 제31조제2항 위헌확인(1997.12.14. 95헌마390)

의료보험법은 국민의 질병·부상·분만 또는 사망 등에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장의 증진을 도모함을 목적으로 한다(법 제1조). 그런데 피보험자인 국민이 납부하는 보험료라는 기여금과 국고 부담을 전제로 이루어지는 의료보험제도에서 한정된 재원으로 최적의 의료보험 급여를 하기 위해서는 국민의 부담수준, 국가의 재정수준이라는 한계하에서 여러 가지 측면을 고려하여 보험급여의 우선순위를 정하게 되고, 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요성이 있기 때문에 요양급여 및 분만급여의 (방법·절차)·범위·상한기준 등을 미리 법률에 상세하게 규정하는 것은 입법기술상 매우 어렵다고 할 것이다. 그리고 법 제31조 제1항에서 분만급여를 실시할 것을 규정한 이상 그 범위·상한기준까지 반드시 법률로써 정하여야 하는 사항은 아니다. 또한 법 제5조는 요양급여 및 분만급여의 기준과 비용에 관한 주요사항을 심의하고 보건복지부장관의 자문에 응하기 위하여 각계를 대표하는 위원으로 구성하는 의료보험심사위원회를 보건복지부에 둘 것을 규정하고 있다. 따라서 의료보험법의 전반적 체계와 위와 같은 규정을 종합해 보면 내재적인 위임의 범위나 한계를 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항이 분만급여의 범위나 상한기준을 더 구체적으로 정하지 아니하였다고 하여 포괄위임에 해당한다고 할 수는 없다고 할 것이다.

(재판관 김용준, 재판관 고중석, 재판관 이영모의 반대의견)

헌법 제75조에 의한 입법의 위임은 반드시 그 위임의 범위를 구체적으로 정하여야 하며 일반적이고 포괄적인 위임은 허용되지 않는 것이다. 물론 위임의 구체성, 명확성의 요구정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라지고 이 법과 같은 급부행정영역에서는 위임의 명확성의 요건이 완화되어야 한다는 점과 법률에서 위임의 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 법률의 전반적 체계와 관련 규정에 비추어 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 포괄적인 위임에 해당하는 것으로 볼 수 없다는 점에 관하여는 다수의견과 견해를 같이한다. 그러나 법 제31조 제1항에서 피보험자 또는 피보양자가 요양기관에서 분만하는 때에는 분만급여를 실시한다고 규정하여 피보험자등에게 분만급여청구권을 부여하면서 이 사건 법률조항은 분만급여청구

권의 본질적인 내용인 분만급여의 범위, 상한기준에 관하여 아무런 정함이 없  
이 그것을 전적으로 보건복지부장관에게 위임하였고 다수의견이 주장하고 있는  
바와 같이 분만급여청구권의 범위나 상한기준 등의 대강을 미리 법에 정하는  
것이 입법기술상 어려운 일이라고 할 수도 없을 뿐만 아니라 법 제29조 제1항  
은 단순히 요양급여의 내용을 규정한 것이고 법 제5조는 급여의 기준과 비용  
에 관한 사항을 심의하기 위하여 의료보험심사위원회를 둔다는 것으로서 분만  
급여청구권의 범위나 상한기준과는 아무런 관련이 없으며 그밖에 이 법의 체계  
나 구체적인 규정을 검토해보아도 이 사건 법률조항의 위임의 범위나 한계를  
확정할 수 있는 근거가 없으므로 결국 이 사건 법률조항은 포괄적인 위임에 해  
당하는 것으로서 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반된다.

### 3. 包括的 委任의 禁止

(1) 教育法 第157條에 관한 憲法訴願(1992.11.12. 89헌마88)

(재판관 변정수의 반대의견)

헌법 제31조 제6항은 “학교교육 및 평생교육을 포함한 교육제도와 그 운영,  
교육재정 및 교원의 지위에 관한 기본적인 사항은 법률로 정한다.”고 규정하고  
있다. 이는 교육제도에 관한 기본적인 사항은 국민의 대표기관에서 제정하는  
법률로 정하게 함으로써 교육기본권 및 교육의 자유가 행정권의 부당한 간섭에  
의해 침해되는 일이 없도록 하기 위한 제도적 장치이다. 이에 따라 교육기본권  
과 교육자유권 및 교육제도에 관한 기본적 사항은 반드시 법률로 정해야 하며,  
따라서 초·중·고등학교 학생의 교육기본권 및 교사 등의 교육자유권의 보장과  
행사를 위한 기본적 사항인 교과서의 저작과 선택에 관한 중요사항은 반드시  
법률로 정해야 한다. 헌법 제31조제6항에서 규정한 교육제도 법정주의는 기본  
권의 제한과 형성에 관한 본질적 사항은 반드시 법률로 정해야 한다는 법률유  
보의 원칙의 구체화인 것이다. 그런데 이러한 교육제도의 법정주의에 따라 제  
정된 교육법 제157조 등에는 교육제도의 본질적 사항에 속하는 교과서의 저  
작·출판·선택 등에 대한 구체적 기준과 방법 및 절차 등의 사항을 규정하고  
있지 않으며, 단지 동조 제2항에서 “교과용도서의 저작·검정·인정·발행·공  
급 및 가격 결정에 관한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정함으로써 행정  
권에 의한 입법에 포괄적으로 백지위임하고 있다. 따라서 교육법 제157조는

교육제도 법정주의를 규정한 헌법 제31조제6항, 포괄적인 백지위임입법을 금지한 헌법 제75조 및 본질적 사항의 법률유보를 내용으로 하는 법치주의 원리에 위배된다.

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

특가법 제4조 제1항의 “정부관리기업체”라는 용어가 지나치게 추상적이고 광범위하여 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙에 위배된다고 한다면, 특가법 그 자체에 대통령령(특가법시행령)에 규정될 내용 및 범위의 기본적인 사항이 구체적으로 규정되어 있다고 할 수 없고 따라서 특가법 그 자체에서 대통령령(특가법시행령)에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없는 경우라고 할 것이므로, 특가법 제4조 제2항이 “정부관리기업체”의 정의(定義)에 관한 기본적인 사항마저도 규정함이 없이 그 범위를 곧바로 대통령령에 위임한 것은 실질적인 백지위임이나 다를 바가 없어 위임입법의 한계를 일탈한 것임이 명백하다. 이 점은 특가법 제4조 제2항의 위임에 따라 “정부관리기업체”의 범위를 정하고 있는 특가법시행령 제2조가 1966.4.8. 동 시행령의 공포·시행이래 무려 11회 (“1969.5.16.자 개정”부터 “1995.4.15.자 개정”까지)에 걸쳐 무수히 많은 정부관리기업체를 열거하였다가 삭제하고 또 추가로 열거하는 등의 개정작업이 오로지 그때 그때의 정부의 정책적 판단에 따라 감행되었던 사실로써도 충분히 실증된다.

(재판관 조승형, 재판관 신창언의 반대의견)

특가법 제4조 제2항 소정의 대통령령에의 위임규정이 위임입법의 한계를 일탈하였는지의 여부에 관하여, 다수의견이 주장하는 위임입법의 한계에 관한 일반 논지나 그에 관한 우리재판소의 판례에 관하여는 우리도 이의를 제기하지 아니한다. 그러나 다수의견은 특가법 제4조 제1항의 “정부관리기업체”라는 용어가 지나치게 추상적이고 광범위하여 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙에 위배된다고 한다면 특가법 그 자체에 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본적인 사항이 구체적으로 규정되어 있다고 할 수 없고 따라서 특가법 그 자체에서 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없는 경우라고 할 것이므로, 특가법 제4조 제2항이 정부관리기업체의 정의에 관한 기본적인 사항마저도 규정함이 없이 그 범위를 곧바로 대통령령에 위임한 것은 실질적인 백지위임이나 다를 바가 없어 위임입법의 한계를 일탈한 것임이 명백하다고 주장하면서 특가

법의 위임을 받아 정부관리기업체의 범위를 정하고 있는 특가법시행령 제2조가 1966.4.8. 공포·시행된 이래 11회에 걸쳐 많은 정부관리기업체를 열거하였다가 삭제하고 또 추가로 열거하는 등의 개정작업이 빈번하게 이루어진 사실은 정부관리기업체의 용어가 지나치게 추상적이고 광범위한 개념규정으로서 뚜렷한 적용기준 없이 오로지 그때 그때의 정부의 정책적 판단에 따라 그 범위를 축소 또는 확장하였던 사실을 실증한다는 요지로 주장하고 있다. 살피면, 정부관리기업체의 개념정립이 다른 형벌에 관한 법률상의 용어에 대한 경우와 마찬가지로 법관에 의하여 충분히 가능하여 명확성의 원칙에 반하지 아니함은 앞에서 설명한 바와 같으므로 그 점에 관한 위 다수의견 부분은 부당하고, 11회에 걸쳐 특가법시행령 제2조가 개정된 점은 다수의견이 지적하는 바와 같은 개념정립이 불가능하여서가 아니라, 앞에서 잠시 본 바와 같이 현대사회에 있어 정부가 소유·지배하는 같은 기업체라 하더라도 국제적 사정이나 국내사정의 급격한 변화에 따라 위 기업체의 간부직원에 대한 윤리성의 요청강도도 변화하고 법관의 정부관리기업체에 대한 개념정립의 기준이 앞서 본 대법원의 판례에서와 같이 명확하므로 그와 같은 기준에 어긋남이 없이 정부가 적정하게 그 범위를 축소 또는 확장하는 등의 개정을 하는 한 오로지 정부의 정책적 판단에 의하여서만 정부관리기업체의 범위를 축소 또는 확장하는 것이라고는 볼 수 없다 할 것이다(정부의 정책적 판단이 위 기준에 반하는지의 여부는 구체적인 사안에 따라 심판하여야 할 문제에 불과하다).

(3) 지가공시및토지등의평가에관한법률시행령 제30조 등 위헌확인(1996.6.26. 94헌마113)

청구인은 위와 같은 일반론이 적용되는 경우와는 달리 법 제20조 제1항이 감정평가업자의 업무를 제1호 내지 제6호에 걸쳐 열거하고 있는데, 심판대상의 령 제35조가 감정평가업자인 감정평가사 합동사무소의 업무범위를 제한하고 있는 것이 위헌이라고 주장하고 있는 바, 그 취지는 령 제35조가 법 제20조 제1항에 위반되어 위임입법의 한계를 벗어난 것이라는 주장으로 보인다. 그러나 법 제20조 제1항은 3종의 감정평가업자의 업무 모두를(업자의 종별 구분 없이) 규정한 것에 불과하고 그 제2항에서 감정평가업자의 종별에 따라 업무 범위 등이 다름을 전제로 하여 명시적으로 "감정평가업자의 종별에 따른 업무 범위 또는 업무지역은 대통령령으로 정한다."고 규정하고 있다. 따라서 법 제

20조 제2항은 구체적으로 감정평가업자의 종별에 따른 업무범위 등을 위임하고 있고, 이에 따라 이 사건 심판대상인 령 제35조가 그 업무범위 등에 관하여 규정하고 있으므로, 령 제35조가 법 제20조 제1항 소정의 감정평가업무를 박탈·제한한 것이 아님은 물론이고, 앞서 본 위임입법에 관한 일반적인 헌법 원칙에도 어긋나지 아니한다. 따라서 위 심판대상 령 조항이 법 제20조 제1항을 위반하여 위임입법의 한계를 벗어났다고는 볼 수가 없다.

(4) 구 산업재해보상보험법 제4조 단서 위헌소원(1996.8.29. 95헌바36)

청구인은 이 사건 법률조항이 산업재해보상보험법의 적용대상을 모든 사업 또는 사업장으로 하면서도 동법의 적용대상에서 제외되는 사업과 관련하여 포괄적으로 대통령령에 위임함으로써 헌법 제32조 제3항에 규정된 근로조건기준의 법률주의 및 제75에 규정된 포괄적 위임입법의 금지에 위반하였다고 주장한다. 헌법 제32조 제3항은 “근로조건 기준은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다”고 하여 적어도 근로자들의 인간존엄성을 확보하는 데 필요한 최저한의 근로조건 기준을 법률로 정하도록 규정하고 있다. 이처럼 헌법이 근로조건 기준을 법률로 정하도록 한 것은 인간의 존엄에 상응하는 근로조건에 관한 기준의 확보가 사용자에 비하여 경제적·사회적으로 열등한 지위에 있는 개별 근로자의 인간존엄성의 실현에 중요한 사항일 뿐만 아니라, 근로자와 그 사용자들 사이에 이해관계가 첨예하게 대립될 수 있는 사항이어서 사회적 평화를 위해서도 민주적으로 정당성이 있는 입법자가 이를 법률로 정할 필요성이 있으며, 인간의 존엄성에 관한 판단기준도 사회·경제적 상황에 따라 변화하는 상대적 성격을 띠는 만큼 그에 상응하는 근로조건에 관한 기준도 시대상황에 부합하게 탄력적으로 구체화하도록 법률에 유보한 것이다. 한편 입법자는 헌법 제32조 제3항에 의거하여 근로조건 기준을 근로기준법에 규정하고 있다. 산업재해를 입은 근로자에 대한 보상을 어떻게 할 것인가의 문제도 헌법 제32조 제3항이 의미하는 근로조건에 관한 기준의 한 문제로 볼 수 있다. 그렇다고 하더라도 헌법 제32조 제3항이 그에 관한 모든 문제를 국회가 정하는 법률로 규정할 것을 요구한다고는 볼 수 없다. 즉 헌법 제32조 제3항이 헌법 제75조에 정한 위임입법의 한계를 유월하지 않는 한도에서 위 문제에 관한 대강의 기준을 국회가 제정하는 법률로 정하고 기타 상세한 사항은 하위 법령으로 정하도록 위임하는 것을 전면적으로 금지하고 있는 것은 아니라고 해석된

다. 그렇다면 결국 이 사건 법률조항이 헌법 제32조 제3항 및 제75조의 정신에 반하여 산재보험법의 적용이 배제되는 사업이나 사업장에 관한 사항을 포괄적으로 하위 법령에 위임하고 있는 여부만이 문제된다. 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것이나 다름없이 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다. 헌법 제75조도 “대통령령은 법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다.”고 규정하여 위임입법의 근거와 아울러 그 범위와 한계를 제시하고 있다. 여기서 법률에서 구체적인 범위를 정하여 위임받은 사항이란 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다(헌법재판소 1991. 7. 8. 선고, 91헌가4 결정; 1995. 7. 21. 선고, 94헌마125 결정 등 참조). 이 사건 법률조항은 산재보험법이 적용되지 아니하는 사업의 범위에 관한 규정인바, 구 산재보험법 제4조 본문에서는 모든 사업에 산재보험법을 적용하도록 규정하면서도 위와 같이 예외를 둘 수 있도록 한 이유는, 위 법률의 적용을 받는 사업의 사업주는 당연히 보험가입자가 되어(같은 법 제6조) 노동부장관이 정하는 보험료율에 따른 산재보험료를 납부하여야 하고(제19조) 이에 관련하여 개산보험료와 확정보험료를 보고할 의무가 있으며(제23조, 제25조), 보험료를 체납하면 노동부장관은 국세체납절차에 의하여 이를 징수하는 등(제27조의 2) 사업주에게 각종 의무를 부과하는 강제적인 성격을 가지고 있으므로 경제적·사회적 요건 등을 감안하여 위 법률을 강제로 적용하는 것이 타당하지 아니한 사업을 제외할 필요가 있기 때문이다. 한편 적용제외의 기준에 관하여는, 산재보험법 제4조 본문의 취지를 일탈하지 못하게 하기 위하여 적용제외되는 사업의 구체적인 내용에 관하여 “사업의 위험율·규모 및 사업장소 등을 참작”하도록 함으로써 위임의 범위를 한정하였다. 원래 산재보험료의 산정은 보험가입자가 경영하는 사업의 임금총액에 동종의 사업에 적용되는 보험료율을 곱한 금액으로 산정하며(제20조), 보험료율은 매년 9월 30일 현재로 과거 3년간의 재해율을 기초로 하고 산재보험법상의 연금 등 보험급여에 필요한 액을 감안하는 것이므로(제21조 제1항), 사업의 위

험율이 낮거나 사업규모가 작은 경우에는 산재발생율이 낮기 때문에 강제적용 사업에서 제외시키려는 목적이 있는 것이다. 다만 적용제외사업의 사업주는 노동부장관의 승인을 얻어 보험에 가입할 수 있다(제6조 제2항). 이는 사업주의 이익과 근로자의 보호라는 양자의 이해관계를 고려한 것이다. 또한 이 사건 법률조항의 위임에 의거한 구 산재보험법시행령 제2조(1995. 4. 15. 대통령령 제14628호로 전문개정되기 전의 것)는 적용제외사업으로서 1. 임업 중 벌목업으로서 벌목재적량이 800세제곱미터 미만의 사업, 2. 금융 및 보험업, 교육, 보건 및 사회복지사업, 국제 및 기타 외국기관, 부동산임대 및 사업서비스업 중 연구 및 개발업, 기타 공공·사회 및 개인서비스업 중 회원단체, 3. 국가 또는 지방자치단체에서 직접 행하는 사업, 4. 선원법에 의하여 재해보상이 행하여지는 사업, 5. 제1호 내지 제4호외의 사업으로서 상시 5인 미만의 근로자를 사용하는 사업, 6. 기간의 정함이 있는 사업(제1호의 벌목업 및 제7호의 건설공사를 제외한다) 또는 계절사업으로서 연간 연인원 1천 350인 미만의 근로자를 사용하는 사업, 7. 건설공사에 있어서는 총공사금액(도급에 의하여 행하여지는 경우로서 발주자가 재료를 제공할 때에는 그 재료의 시가환산액을 포함한다)이 4천만원 미만인 공사 또는 건설업법 제4조제2호 본문의 규정에 의하여 건설업자가 아닌 자가 시공하는 공사 등을 구체적으로 규정하고 있다. 위 적용제외사업 가운데 제3호와제4호는 특별법에 의하여 재해보상책임을 부담하고 있고 또한 충분한 자력을 가지고 있기 때문에, 제1, 2, 5, 6, 7호는 소규모 기업이거나 특수한 기업으로서 위험율이 낮기 때문에 각 적용제외된 것이다. 그렇다면, 이 사건 법률조항은 이미 대통령령으로 규정될 적용제외사업의 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 이 사건 법률조항으로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있다고 할 것이므로 위임입법의 한계를 일탈한 포괄위임규정이라고 보기는 어렵다. 그러므로 이 사건 법률조항이 헌법 제32조제3항의 근로조건기준의 법률주의나 헌법 제75조에 위반된다고 할 수 없다.

(5) 직업안정및고용촉진에관한법률 제10조제1항 등 위헌소원(1996.10.31. 93헌바14)

직업안정법 제10조제1항은 유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다고 규정하여 허가를 받지 않고서는 유료직업소개사업

을 할 수 없도록 직업선택의 자유를 제한하면서 허가의 기준을 법률로 직접 정하지 않고 같은 법 제10조제2항에서 허가의 종류, 요건, 대상 기타 허가에 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 바, 같은 법 제10조제2항의 위임이 일반적, 포괄적 위임으로서 헌법 제75조에 위반하는지 여부에 관하여 본다. 이 사건 유료직업소개사업의 허가와 같은 이른바 경찰허가는 법령에 의하여 일반적으로 금지된 행위를 특정한 경우에 해제하여 일정한 행위를 적법하게 할 수 있도록 해 주는 행정행위로서 허가의 기준이 법령에 정하여진 경우에는 그 허가 여부는 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 노동부장관의 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 달리하므로 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 포괄위임에 해당한다고 할 수 없다. 그리고 위임조항인 같은 법 제10조 제2항 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(헌법재판소 1994. 7. 29. 선고, 93헌가12 결정; 1995. 11. 30. 선고, 94헌바40, 95헌바13 결정(병합) 참조). 그런데 직업안정법의 전반적 체계와 일정한 업에 종사하는 자의 직업소개사업의 겸업금지규정(제11조), 직업소개사업의 결격사유규정(제19조의2) 등에 비추어 이 사건 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 확정할 수 있고, 한편 위에서 본 바와 같이 허가는 금지된 영업의 자유를 회복해 주는 것이고, 유료직업소개사업의 허가기준을 미리 법률로 상세하게 정하기는 입법기



술상 매우 어렵다고 할 것이므로 이 사건 법률조항이 더욱 더 구체적으로 허가 기준을 정하지 아니하였다고 하여 포괄위임에 해당한다고 할 수도 없다.

(재판관 김진우, 황도연, 이재화, 조승형의 반대의견)

① 직업안정법 제10조는 제1항에서 “유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다.”라고 규정한 뒤, 제2항에서 “제1항의 규정에 의한 허가의 종류·요건·대상 기타 허가에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”라고 규정하여, 유료직업소개사업의 허가요건 전부를 대통령령에 위임하고 있다. ② 사인이 경쟁적으로 유료직업소개업을 영위할 경우 직업을 희망하는 자와 인력이 필요한 고용자 사이의 연결이 보다 원활해짐으로써 고용이 촉진되는 반면에 다수의견이 염려하는 바와 같이 공중도덕상 해로운 직종에 근로자가 유입된다는가, 근로자, 특히 미성년근로자에 대한 착취나 인신매매 등의 부작용이 초래될 수 있는 가능성도 있어서 그에 대한 규제가 필요하리라는 것은 충분히 인정할 수 있다. 그러나 직업안정법 제10조제2항의 위와 같은 법문만으로는 유료직업소개업에 관한 국민의 직업선택의 자유가 어느 정도 제한될 것인지, 즉 어떠한 경우에 허가가 이루어질 것인지를 전혀 예측할 수 없다고 판단된다. 더구나 직업안정법 제10조제2항의 내용을 예측할 수 있는 해석이론이 판례를 통하여 쌓여 있지도 않다. ③ 한편, 직업안정법은 제19조의2에서 유료직업소개사업을 포함한 모든 직업소개사업 및 근로자공급사업의 허가나 등록에 대한 결격사유를 규정함으로써, 직업안정법 제10조제2항에 대하여 어느 정도의 명확·구체화를 시도하고 있다. 그러나 직업안정법 제19조의2는 그 결격사유로 ‘1. 금치산자, 한정치산자 또는 파산자로서 복권되지 아니한 자, 2. 금고이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자, 3. 직업안정법 제19조에 의하여 당해 사업의 허가가 취소된 후 3년이 경과되지 아니한 자, 4. 법인으로서 그 임원중 제1호 내지 제3호에 해당하는 자가 있는 법인, 5. 직업안정법에 의하여 벌금 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자’라고 규정하여, 허가요건 중 자격기준에 대한 매우 소극적인 제한사유만을 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 직업안정법 제19조의2의 규정을, 그 규정에 열거되지 아니한 자들에게는 특별한 사정이 없는 한 유료직업소개사업의 허가가 부여된다는 취지로 해석하여, 직업안정법 제10조제2항의 해석기준으로 볼 수는 없다. 그러므로 직업안정법 제19조의2는 직업안정법 제10

조제2항에 예측가능성을 부여하지 못한다고 판단된다. 실제로 직업안정법 제10조제2항에 의하여 제정된 직업안정법 시행령(1989.10.17. 대통령령 제12821호로 최종개정된 것)이 유료직업소개업에 대한 허가요건을 매우 엄격하게 규정하고 있는데, 유료직업소개사업에 관하여 그와 같이 엄격한 요건이 부과될 것이라는 것을 국민들이 직업안정법 제10조제2항이나 직업안정법 제19조의2로부터 미리 예측한다는 것은 거의 기대할 수 없다고 할 것이다. ④ 직업안정법상의 다른 법률조항들을 종합적으로 고려하여 살펴보아도 직업안정법 제10조 제2항이 입법위임의 범위를 구체적으로 정하였다고 인정하기는 어렵다. 먼저 입법목적에 정하고 있는 직업안정법 제1조를 살펴보아도, 동법 제10조제2항의 의미를 확인할 수 없다. 직업안정법 제1조는 입법목적으로서 “이 법은 근로자의 능력에 적응한 직업에 취업할 기회를 부여함으로써 공업 기타 산업에 필요한 노동력을 충족시켜 직업안정 및 고용촉진을 도모하고 국민경제발전에 기여함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다. 그러나 이 규정으로부터는 구직자들을 능력에 맞는 직장에 취업시키는 것을 적극 장려하겠다는 입법의지 정도만을 엿볼 수 있을 뿐, 유료직업소개사업의 허가요건에 관한 대강의 윤곽을 이끌어 낼 해석의 단서를 찾기는 어렵다. 그밖에 직업안정법 제10조제2항에 관련된 유료직업소개사업의 허가요건 등을 해석하는데 참고될만한 기타 다른 법률조항을 찾아보기는 어렵다. 그렇다면 직업안정법 제10조제2항 자체는 물론 직업안정법상의 관련 법률조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아도 국민이 직업소개업의 허가에 관한 요건의 기본적 윤곽을 이끌어 낼 수 없으며, 따라서 직업안정법 제10조제2항은 입법위임에 있어서 필요한 요건을 충족시키지 못한다고 할 것이다. 그러므로 직업안정법 제10조제2항은 입법위임의 한계를 벗어난 법률조항으로서 헌법 제75조의 규정에 위반되어 위헌이라고 할 것이고, 따라서 위 법률조항이 합헌이라는 다수의견에 반대한다.

(6) 구 지방공무원법 제2조제3항제2호 나목 등 위헌소원(1997.4.24. 95헌바48)

헌법 제75조는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고, 제117조제1항은 “지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있

다"고 규정하고 있고, 한편 지방자치법(1988. 4. 6. 법률 제4004호로 전문개정된 것)은 제15조에서 "지방자치단체는 법령의 범위안에서 그 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다"고 규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항 중 제2조 제4항이 별정직공무원·전문직공무원 및 고용직공무원에 대하여는 대통령령 또는 조례로서 임용조건·임용절차·근무상한연령 기타 필요한 사항을 정할 수 있도록 구체적으로 위임의 내용과 범위를 정하였고, 이 사건 법률조항의 위임을 받은 이 사건에 문체된 대통령령과 조례는 별정직공무원의 근무상한기간을 규정하였다. 따라서 이 사건 법률조항은 구체적으로 내용과 범위를 정하여 대통령령과 조례에 위임하였으므로 결코 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다.

(7) 행정사법시행령 제2조제3호 위헌확인(1997.4.24. 95헌마273)

무릇 입법부가 일정한 전문분야에 관한 자격제도를 마련함에 있어서는 그 제도를 마련한 목적을 고려하여 정책적인 판단에 따라 자유롭게 제도의 내용을 구성할 수 있고, 그 내용이 명백히 불합리하고 불공정하지 아니하는 한 원칙적으로 입법부의 정책적 판단은 존중되어야 한다 [헌법재판소 1996.4.25. 선고, 94헌마129, 95헌마121 (병합)결정 참조]. 우리 헌법은 제75조에서 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다"고 규정하여 대통령이 발할 수 있는 위임입법의 근거를 마련하고 있다. 그러나 동시에 대통령령은 '법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항'에 관하여만 발할 수 있다고 한정함으로써 위임입법의 범위와 한계를 제시하고 있다. 위임입법의 필요성은 인정하면서도 동시에 일반적이고 포괄적인 위임은 이를 허용하지 아니함으로써 헌법이 그 바탕으로 하는 권력분립주의, 의회주의 내지 법치주의의 기본원리는 유지하겠다는 의지를 명백히 한 것이다(헌법재판소 1995.10.26. 선고, 93헌마62 결정 참조). 위임입법의 내용에 관한 헌법적 한계는 그 수범자가 누구냐에 따라 입법권자에 대한 한계와 수권법률에 의해 법규명령을 제정하는 수임자에 대한 한계로 구별할 수 있다. 즉, 국회가 법률에 의하여 입법권을 위임하는 경우에도 헌법 등 상위규범에 위반해서는 아니된다는 것이 전자의 문제이고, 반면에 법률의 우위원칙에 따른 위임입법의 내용적 한계는 후자에 속한다. 일반적으로 위임입법의 내용적 한계라고 하는 경우에는 주로 후자가 문제되고 있

으며 이 사건도 이에 해당한다. 그러므로 위임명령의 내용은 수권법률이 수권한 규율대상과 목적의 범위 안에서 정해야 하는데 이를 위배한 위임명령은 위법이라고 평가되며, 여기에서 모법의 수권조건에 의한 위임명령의 한계가 도출된다. 즉, 모법상 아무런 규정이 없는 입법사항을 하위명령이 규율하는 것은 위임입법의 한계를 위배하는 것이다. 행정사법은 행정사제도를 확립하여 국민의 편의를 도모함을 목적으로 하며, 일반적으로 행정사는 타인의 위촉을 받아 행정기관에 제출하는 서류의 작성·번역, 작성서류의 제출대행, 행정관계법령 및 행정에 대한 상담과 자문, 신고·신청·청구의 대리과 사실조사 및 확인 등을 그 업무로 한다(행정사법 제1조 및 제2조제1항). 그리고 행정사는 그 소관 업무에 따라 이를 일반행정사·기술행정사(해사분야) 및 외국어번역행정사로 구분된다(행정사법 제3조, 동법시행령 제3조). 그 중 외국어번역행정사는 “행정기관의 업무에 관련된 서류의 번역”과 “동 번역서류의 제출대행”(행정사법 제2조제1항제3호, 제4호), 그리고 “그 업무에 관한 사실확인증명서의 발급” 및 “그가 번역한 번역문에 대한 번역확인증명서의 발급”(행정사법 제28조)을 그 업무로 함을 알 수 있다. 따라서 이 사건 심판대상 규정이 “행정사법 제2조제1항제3호의 사무: 행정기관 등에 제출하는 각종 서류를 번역하는 일”이라고 규정한 것은 위임입법의 한계를 일탈하여 모법(행정사법)상 규정이 없는 입법사항을 하위명령(행정사법시행령)이 규율한 것이 아니므로 위임입법의 한계를 일탈한 것이라고 할 수 없다.

(8) 건축법 제78조제1항 등 위헌소원(1997.5.29. 94헌바22)

이 사건 법률조항은 건축물의 용도변경을 모두 건축으로 보아 관할관청의 허가없는 용도변경행위를 구성요건으로 삼고 있는 것이 아니고, 그 중 대통령령이 정하는 바에 따른 건축물의 용도변경행위만을 구성요건으로 삼고 있어, 그 내용을 하위법령인 대통령령에 위임하고 있다. 따라서 이는 처벌법규의 구성요건부분의 위임이라 할 것이므로, 과연 그와 같은 위임에 있어 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는지와 그러한 경우라 하더라도 범죄의 구성요건인 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라는 것을 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여 법률에서 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 있는지가 문제가 된다.……건축법은 건축물의 대지·구조·재료 등의 안전상의 문제나 유지·관리에 관한 사항을 규율하는

동시에 위에서 본 국토이용계획 및 도시계획의 취지에 맞추어 각종 지역 및 지구 안에서의 건축물의 건축금지 및 제한에 관하여는 동법 제45조 제1항과제2항에서 “도시계획법에 의하여 지정된 지역 안에서의 건축물의 건축금지 및 제한에 관하여는 대통령령으로 정한다. 도시계획법에 의하여 지정된 지구 안에서의 건축물의 건축에 관하여는 이 법 또는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 대통령령이 정하는 기준에 의하여 시·군·구의 조례로 정할 수 있다”는 내용의 원칙적인 규정을 두면서, 제47조 내지 제54조에서 건폐율, 용적율, 대지의 최소면적 등에 관한 구체적인 제한을 규정하고 있다. 그리고 건축법은 각종 지역 및 지구 안에서의 건축물의 건축금지 및 제한에 관한 기준으로 동법 제45조제3항에서 “건축물의 건축금지 및 제한은 도시계획법 제17조 및 동법 제18조의 규정에 의한 지역 및 지구 지정의 목적에 적합하여야 한다”라고 규정하고 있다. 한편 이 사건에서 문제된 건축물의 용도변경행위는 건축물의 용도에 관한 제한을 그 전제로 하고 있고, 건축물의 용도제한은 위와 같은 도시계획구역의 각종 지역 및 지구 안에서의 건축물의 건축금지 및 제한의 하나라 할 것인바, 이에 관하여 건축법은 용도의 정의에 관하여서는 물론 그 제한에 대하여도 아무런 구체적인 규정을 두고 있지 않고 있으므로, 결국 이에 관하여는 위에서 본 원칙규정인 동법 제45조만이 적용된다 할 것이다. 그런데 위에서 본 동법 제45조의 규정내용은 법률에 다른 규정이 없다면 그 사항을 대통령령에 정하거나 대통령령이 정하는 기준에 의하여 시·군·구의 조례로 정한다는 것이어서, 결국 이에 따르면 건축물의 용도제한에 관한 한 그 내용은 모두 하위법령인 대통령령이나 조례에 위임되어 규율되는 것이며, 다만 이때 그 제한이 도시계획법 제17조 및 동법 제18조의 규정에 의한 지역 및 지구 지정의 목적에 적합하여야 한다는 추상적인 기준만이 있는 셈이 된다. 따라서 위에서 본 국토이용관리법이나 도시계획법의 규정취지에 따른 도시계획구역의 각종 지역 및 지구의 지정목적 등을 감안하더라도, 일반인으로서 위임에 따른 하위법령의 규정내용을 미리 예측하여 자신의 토지가 속해 있는 지역 등 안에서 어떤 용도의 건축물을 건축할 수 있을 것인지를 도저히 알 수가 없게 되어 있다 할 것이다. 이는 건축법이 건축물의 용도제한에 관한 사항을 미리 예측할 수 있도록 넓은 범위에서나마 그 제한에 관한 사항의 외연 내지 한계를 법률에 규정하여 위임되는 범위를 구체적으로 한정하여야 하였음에도 불구하고 이를 하지 않고 사실상 그 내용 전부를 하위법령에 위임하였기 때문이며, 결국 건축

법은 건축물의 용도제한에 관한 한 그 내용을 아무런 구체적인 기준이나 범위를 정함이 없이 이를 하위법령인 대통령령이나 조례에 백지위임하고 있는 것이다. ……다음 이 사건에서 실제로 문제된 구성요건행위인 건축물의 용도변경행위에 관하여 보면, 건축법 제14조는 이를 대통령령이 정하는 바에 따른다고만 규정하고 있을 뿐이고, 건축물의 용도제한에 관한 사항도 모두 하위법령에 백지위임되어 있다. 따라서 일반인의 입장에서 보면 위 건축법 제14조만으로는 실제로 하위법령인 대통령령의 위임사항을 미리 예측하여 자신의 용도변경행위가 건축으로 보아 허가를 받아야 하는 용도변경행위인지 여부를 도저히 알 수가 없다 할 것이다. 이 역시 건축법이 이에 관한 사항을 미리 예측할 수 있도록 넓은 범위에서나마 그 외연 내지 한계를 법률에 규정하여 위임되는 범위를 구체적으로 한정하지 않고 그 내용을 대통령령에 백지위임하였기 때문이다. 또 이 사건 법률조항에 의한 위임내용을 보면, 건축법시행령 제14조는 위에서 본 건축물의 용도분류를 전제로 ① 근린생활시설과 근린공공시설의 목적으로 소분류된 용도사이의 용도변경을 제외한 나머지 시설에서의 호로 대분류된 용도사이의 용도변경 및 목적으로 소분류된 용도사이의 용도변경, ② 전용주거지역 안에서의 근린생활시설의 목적으로 소분류된 용도사이의 용도변경, ③ 전용공업지역 및 일반공업지역 외의 지역에서의 공장 상호간의 업종에 관한 용도변경, ④ 일반주거지역·보존녹지지역·자연녹지지역 및 생산녹지지역 안에서의 창고시설 상호간의 업종에 관한 용도변경, ⑤ 부속건축물의 주된 건축물로의 용도변경을 건축으로 보도록 하고 있는바, 그 규정하는 바가 토지가 위치한 지역에 따라 달라지고 또 대분류된 용도에 따라 달라지는 결과를 가져올 수 있게 되어, 그 실제 내용을 일반인으로서로는 도저히 예측할 수 없다 할 것이다. 결국 현대 행정 영역이 복잡·다기하고 상황의 변화에 따라 다양한 방식으로 적절히 대처할 필요성이 요구되는 반면, 국회의 기술적·전문적 능력이나 시간적 적응능력에는 한계가 있어 어느 정도의 위임입법이 불가피하다 하더라도, 도시계획구역의 각종 지역 및 지구 안에서의 건축물의 용도제한은 그것이 국민의 권리에 미치는 영향이 매우 크다 할 것이므로 그 자세한 사항 모두를 법률로써 규정할 수는 없다 하더라도 자신의 토지가 위치한 지역등에서 어떤 용도의 건축물을 지을 수 있고, 또 그러한 건축물로 용도를 변경할 때 관할관청의 허가가 필요한지 아니면 신고만으로도 가능한지를 미리 예측할 수 있도록 넓은 범위에서나마 이의 판단에 필요한 사항은 이를 법률로 규정하여야만 하는 것이다. 그리고 또

이 사건에 있어서는 구성요건인 건물의 용도변경행위를 전부 대통령령에 위임하여야 할 위임의 긴급한 필요나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정도 전혀 찾아볼 수 없다. 그러므로 이 사건 법률조항, 즉 건축법 제78조 제1항 중 제14조의 규정에 의하여 허가 없이 한 대통령령이 정하는 용도변경행위를 건축으로 보아 처벌하는 것은 이에 관련된 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하더라도 그 위임내용을 예측할 수 없는 경우로서 결국 그 구체적인 내용을 하위법령인 대통령령에 백지위임하고 있는 것이라 하지 않을 수 없으므로, 이와 같은 위임입법은 범죄의 구성요건 규정을 위임한 부분에 관한 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조제1항 후문 및 제1조제1항 전단과 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반된다 할 것이다.

(9) 도시공원법 제2조제2호 자목 등 위헌소원(1997.10.30. 95헌바7)

도시공원법 제2조제2호는 “공원시설”이라 함은 도시공원의 효용을 다하기 위하여 설치하는 다음 각호의 시설을 말한다<sup>고</sup> 하면서 가목 내지 아목에서 도로 또는 광장, 조경시설, 휴양시설, 유희시설, 운동시설, 교양시설, 편익시설, 공원관리시설 등 8가지 유형의 시설을 규정한 다음 자목에서 “가목 내지 아목 이외의 도시공원의 효용을 다하기 위한 시설로서 건설부령이 정하는 시설”이라고 규정하여 건설부령에 위임하고 있다. 그런데 위 자목의 규정은 위 제2조 본문에서 규정하는 “도시공원의 효용을 다하기 위한 시설”로 그 범위를 한정하여 가목 내지 아목에 열거되지 아니한 공원시설에 관하여 규정하도록 건설부령에 위임하고 있을 뿐만 아니라 공원시설의 정의를 규정한 위 제2조 본문 및 공원시설의 유형을 규정한 제2조제2호 가목 내지 아목과 도시공원법의 목적을 규정한 제1조, 도시공원의 정의를 규정한 제2조 제1호, 도시공원을 세분하여 근린공원의 정의를 규정한 제3조제2호 등 관련 법률조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합 판단하면 위 자목의 위임에 따라 건설부령에 규정될 공원시설이 대강 어떤 것이 될지를 충분히 예측할 수 있으므로 이 사건 법률조항은 헌법 제75조에 위반된다 볼 수 없고 또한 헌법 제75조에 따라 이 사건 법률조항이 공원시설에 관하여 위와 같이 범위를 정하여 건설부령에 위임한 것이 헌법 제35조(환경권), 제10조(행복추구권)에 위반된다고 할 수도 없다. 도시공원법 제4조 제5항, 도시계획법 제12조 제1항에 의하면 도시공원조성계획을 결정하거나 변경할 때에는 원칙으로 지방의회의 의견을 듣고 중앙도시계획위원회의 의결을

거쳐 건설부장관의 결정으로 하도록 규정하면서 도시계획법 제12조 제1항 단서는 “대통령령으로 정하는 경미한 사항의 변경에 있어서는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 그런데 위 단서조항의 “경미한 사항”이라는 말은 일상생활이나 법률에서 자주 사용하는 용어로서 가볍고 작은 사항, 중대하지 아니한 사항이라는 뜻으로 그 의미가 명료할 뿐만아니라 위 단서조항의 입법취지와 도시계획법의 목적을 규정한 제1조, 도시계획의 정의를 규정한 제2조 제1항 제1호 등 도시계획법, 도시공원법의 관련 법률조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합판단하면 어떤 사항이 위 단서조항의 경미한 사항에 해당하는지는 어렵지 않게 예측할 수 있을 것이므로 위 단서조항은 헌법 제75조에 위반된다고 볼 수 없다.

(10) 구 방문판매등에관한법률 제18조제1항 등 위헌소원(1997.11.27. 96헌바12)

법 제18조 제1항은 판매업자 또는 용역제공업자는 상대방에게 “그 상대방의 권유에 기인하여 순차적·단계적으로 상공부령이 정하는 조직”의 구성원이 되는 자(이하 가입자라 한다) 중 “그 상대방이 직접 권유한 가입자외의 가입자가 행한 상품의 판매 또는 용역의 제공 등에 의하여 발생하는 이익으로서 대통령령이 정하는 것”을 얻을 수 있다고 권유하여 상품을 판매하거나 용역을 제공하여서는 아니된다고 규정하고 있고, 법 제18조 제3항은 누구든지 제1항 또는 제2항의 행위를 위한 조직을 개설 또는 관리·운영하여서는 아니된다고 하여 직접 판매행위를 하지 않더라도 제1항에서 규정된 행위를 위한 조직을 개설 또는 관리·운영하는 것을 금지하고 있으며 제26조는 제18조제3항의 규정에 위반한 자를 처벌하고 있다. 따라서 법 제18조제1항은 처벌법규의 구성요건의 일부인 “조직”이나 “이익”의 내용을 상공부령이나 대통령령에 위임한 것이라고 할 것인데 그 위임조항이 헌법 제75조에 위반되는지 여부를 판단함에 있어서는 미리 법률로서 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는지와 법률에서 처벌대상행위가 어떠한 것이라는 것을 예측할 수 있을 정도로 위임의 범위를 구체적으로 정하고 있는지가 문제가 된다. 법 제18조, 제26조는 이와같이 사형심을 부추겨 판매원을 모집하고 많은 소비자에게 피해를 유발하는 등 사회적 물의를 빚는 불건전한 피라미드판매를 규제하기 위하여 둔 조항이라 할 것인데 앞에서 본 바와 같이 건전한 다단계판매조직과 소비자피해를 유발하는 피라미



드 판매조직은 소비자가 판매원이 되고 판매원가입이 순차적·단계적으로 확산되는 점에서 본질적으로 동일한 판매구조이지만 그 운영이나 활동방식에 있어서 상대적으로 차이가 나는 것이므로 이를 구분하는 명확한 기준을 설정하는 것이 쉽지 않고, 다단계판매조직은 그 운영방식이나 활동내용이 다양할 뿐 아니라 계속하여 새로운 판매기법이 개발되고 있어 그에 맞추어 규제도 시기적절하게 효과적으로 대처할 필요가 있다. 따라서 입법자인 국회가 이러한 다단계 판매조직의 조직형태, 운영방식이나 활동내용에 관한 규정을 미리 법률로써 자세히 정하지 아니하고 이를 행정입법에 위임한데에는 부득이한 사정이 있는 것으로 인정된다. 다음으로 법 제18조 제1항에서 상공부령에 규정될 “조직”이나 대통령령에 규정될 “이익”의 내용(처벌대상행위)을 대강 예측할 수 있을 정도로 위임의 범위를 구체적으로 정하고 있는지에 관하여 본다. 법 제18조제1항은 판매업자 또는 용역제공업자는 상대방에게 “그 상대방의 권유에 기인하여 순차적·단계적으로 상공부령이 정하는 조직”의 구성원이 되는 자 중 “그 상대방이 직접권유한 가입자외의 가입자가 행한 상품의 판매 또는 용역의 제공 등에 의하여 발생하는 이익으로서 대통령령이 정하는 것”을 얻을 수 있다고 권유하여 상품을 판매하거나 용역을 제공하여서는 아니된다고 규정하여 “조직”의 내용에 관하여는 상공부령에, “이익”의 내용에 관하여는 대통령령에 위임하고 있다. 그런데 위 규정자체에 의하더라도 “조직”에 관하여는 “그 상대방의 권유에 기인하여 순차적·단계적인 조직”으로 그 범위를 한정하고, “이익”에 관하여는 “그 상대방이 직접 권유한 가입자외의 가입자가 행한 이익”으로 그 범위를 한정하여 위임하고 있을 뿐만 아니라 이 사건 법률조항의 입법목적과 이 법의 입법 목적을 규정한 법 제1조, 다단계판매의 정의를 규정한 법 제2조 제3호, 다단계판매자 등의 상대방에 대한 계약체결전 계약조건 등의 고지의무를 규정한 법 제12조, 다단계판매자 등의 상대방에 대한 계약서교무의무를 규정한 법 제13조, 다단계판매에 관한 광고에 엄격한 표시요건을 규정하고, 허위광고를 규제한 법 제14조, 상대방의 계약 철회권을 규정한 법 제15조 등 관련 법률조항 전체를 유기적, 체계적으로 종합하면 법 제18조제1항의 위임에 따라 상공부령에 규정될 “조직”과 대통령령에 규정될 “이익”의 내용이 대강 어떤 것이 될지를 충분히 예상할 수 있다. 따라서 이 사건 법률조항은 구체적으로 범위를 정하여 행정입법사항을 위임한 것으로서 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조제1항에 위반된다고 볼 수 없다.

(11) 주차장법 제19조의4 제1항 위헌소원(1998.2.27. 95헌바59)

이 사건 법률조항은 입법목적 달성을 위하여 이미 설치된 부설주차장은 주차장의 용도로 사용할 수 없도록 하는 것이 상당하다는 판단 아래 그 용도변경을 원칙적으로 금지하고, 다만, 예외적으로 용도변경을 허용하되 주차장 관련 행정 업무의 기술성·전문성 및 다양성 등에 비추어 그 허용기준까지 법률로써 자세히 정하기는 입법기술상 매우 어렵거니와 그 내용이 국민의 기본권을 제한하는 것이 아니라 그 제한을 해제하는 것이므로 이를 대통령령에 위임한 것이다. 또한 이 사건 법률조항은 법의 목적을 정한 법 제1조, 부설주차장의 설치에 관한 규정인 법 제19조 등을 종합해보면 누구라도 대통령에 위임한 허용기준의 그 대강을 미리 예측할 수 있다 할 것이다. 그렇다면 이 사건 법률조항은 헌법 제75조에도 위반되지 아니한다.

(재판관 이재화, 재판관 조승형, 재판관 신창언의 반대이견)

주차장법 제29조제1항제2호는 이 사건 법률조항의 규정에 위반하여 부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용한 자는 3년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으므로, 이 사건 법률조항은 형사처벌을 위한 구성요건을 정하는 규정에 해당한다. 따라서 그에 관한 입법의 위임은 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다. 이 사건 법률조항은 부설주차장의 유지·확보라는 입법목적에 초과하여 기본적으로 과도한 제한을 설정하고 있다고 할 수 있다. 왜냐하면 부설주차장이란 한번 설치되었다 하여 반드시 같은 장소에 있어야 할 필요는 없는 것이고, 시설물의 내부나 그 부지 안의 다른 장소 또는 주차장법 제19조제4항의 요건에 해당하는 한 시설물의 부지인근에 대체되는 다른 부설주차장을 설치하여 법정의 부설주차장이 존재하기만 하면 소기의 목적이 달성되는 것임에도 불구하고, 이 사건 법률조항은 일단 설치된 부설주차장은 주차장 외의 용도로 사용할 수 없다고 하여 주차장의 현상을 그대로 유지함을 원칙으로 하고 있기 때문이다. 물론 이에 대하여 대통령령이 정하는 기준에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다고 하여 예외를 인정하고 있기는 하다. 즉 이 사건 법률조항은 적극적으로 범죄의 구성요건의 내용을 대통령령에 위임하는 것이 아니고, 입법목적에 비추어 과도하게 광범위한 금지규정 내지 구성요건을 설정한 다음에 그 예외를 대통령령에 위임하여 이를 완화하는 방식을 취하고 있다. 따라서 부설주차장을 일단 설치한 자는 대통령

령이 정하는 예외에 해당하지 아니하는 한 다른 용도로 사용하는 길이 막힐 뿐 아니라, 주차장 외의 다른 용도로 사용한 자는 대통령령이 정하는 예외에 해당하지 아니하는 한 광범위하게 설정된 구성요건에 해당하는 것으로 되어 모두 처벌되는 결과가 될 것이므로 적극적으로 범죄의 구성요건을 대통령령에 위임하는 경우보다 구체적인 위임의 필요성이 오히려 더 크다고도 할 수 있다. 일반적으로 예외조항은 엄격하게 해석 적용하는 것이 보통임을 고려한다면 더욱 그러하다. 그럼에도 이 사건 법률조항은 부설주차장의 용도변경이 허용되는 경우에 대하여 아무런 구체적인 기준을 정하지 아니하고 대통령령에 위임함으로써 이러한 규정만으로써는 어떠한 경우에 부설주차장의 용도변경이 허용될 것인지를 알 수 없고, 따라서 처벌대상행위의 범위를 전혀 예측할 수 없다. 특히 이 사건 법률조항이 부설주차장의 유지·확보라는 입법목적을 초과하여 원칙적으로 부설주차장의 용도변경을 금지하고 있음은 위에서 본 바와 같으므로, 부설주차장의 용도변경이 허용되는 경우를 대통령령에 위임함에 있어서는 기존의 부설주차장을 대체하는 다른 부설주차장을 설치함으로써 부설주차장의 유지·확보라는 목적을 달성할 수 있는 경우에는 용도변경이 허용되어야 한다는 점만은 명백히 한 후 위임하였어야 함에도 불구하고 이에 관한 아무런 규정도 두고 있지 아니하다. 뿐만 아니라 위와 같은 위임규정에 의하여 주차장법시행령에서 용도변경이 허용되는 경우로 정해놓은 규정들을 보면(시행령 제12조 제1항) 대통령령에 위임할 것 없이 주차장법에서 충분히 규정할 수 있는 것들이고 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 볼 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 법률로서 미리 충분히 정할 수 있는 부설주차장의 용도변경이 허용되는 경우를 법률로서 정하지 아니하고, 예측할 수 있는 어떠한 기준도 정함이 없이 포괄적으로 대통령령에 위임하는 것이어서 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되는 위헌법률이라고 보아야 할 것이다.

(12) 공중위생법시행규칙 [별표3] 중 2의 나의 (2)의 (다)목 위헌확인  
(1998.2.27. 97헌마64)

공중위생법 제12조제2항은 “위생접객업자는……영업질서의 유지를 위하여 보건복지부령이 정하는 사항을 지켜야 한다”고 규정하고 이 위임에 따라 시행규칙 제15조는 영업자의 준수사항을 규정한 것인데 위임법률규정 자체에 “위생

接客업자가 영업질서의 유지를 위하여 지켜야 할 사항"으로 범위를 한정하여 위임하고 있을 뿐만 아니라 공중위생법의 입법목적을 규정한 법 제1조와 시·도지사는 공익상 필요하거나 선량한 풍속을 유지하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 위생接客업의 영업시간 또는 영업소의 관리·운영 기타 영업에 관하여 필요한 제한을 할 수 있도록 규정한 법 제11조제1항, 법 제12조제2항 자체에 규정된 공중接客업자의 준수사항 등 관련 법률조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하면 법 제12조제2항에서 보건복지부령에 위임한 범위가 공익상 필요하거나 선량한 풍속을 유지하기 위하여 위생接客업자가 지켜야 할 사항이라는 것을 확정할 수 있고 이 사건 규칙조항은 법률의 위임범위내에서 기본권을 제한한 것이므로 헌법 제37조 제2항의 법률유보규정에 위반된다고 할 수 없다.

(13) 의료보험법 제33조 제1항 위헌제청(1998.5.28. 96헌가1)

법 제29조제2항, 제32조는 의료보험의 요양급여는 부득이한 경우를 제외하고는 요양기관(보험자 또는 보험자단체가 지정한 보건기관·의료기관 또는 약국이나 보험자단체가 설치·운영하는 의료기관)만이 할 수 있도록 규정하고 있으며, 법 제35조는 요양기관만이 그 요양급여비용을 청구할 수 있고 요양급여 또는 분담급여에 관한 비용은 보건복지부장관이 심의위원회의 심의를 거쳐 정한 기준에 의하여 산정한 금액으로 하도록 규정하고 있다. 그런데 문제는 이 사건 법률조항이 직업수행의 자유를 제한하는 요양기관의 지정취소 사항을 모두 직접 법률로 규정하지 아니하고 입법위임을 하고 있으며, 그 위임입법의 형식도 "대통령령", "총리령" "부령" 등과 같이 구체적으로 위임할 하위법령을 특정하지 아니하고 다만 "보건복지부장관이 정하는 바에 따라"라고만 불분명하게 규정하고 있을 뿐이어서, 문언만으로는 보건복지부령으로 정하라는 것인지 보건복지부의 내부 행정규칙으로 정하라는 것인지 분명하지 아니하다는데 있다. 그러므로 이 사건에서 핵심적인 쟁점이 되는 것은 이 사건 법률조항과 같은 불분명한 형식의 위임입법으로 직업수행의 자유를 제한하는 것이 위임입법의 한계를 일탈하는 것이 아닌지 여부로서, 결국 이 사건 법률조항이 헌법 제40조, 제75조, 제95조 등에 위배되는지의 여부라 할 것이다. 이 사건 법률조항은 그 성질이 위에서 살펴본 바와 같이 직업선택의 자유 제한에 관한 것이고, 요양기관 지정취소의 문제는 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계

가 수시로 변화될 것이 예상되는 등 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요가 있는 경우도 아니므로 입법위임은 보다 엄격한 형식에 의한 것이어야 한다. 그런데 관련 법조항을 유기적·체계적으로 살펴보아도 위임된 법규명령 등에 규정될 내용의 대강을 예측할 수가 없다. 즉, 요양기관 지정의 취소 사유에 관련된 법조항으로는 법 전체의 입법목적을 규정한 법 제1조와 보건복지부장관의 보험자 또는 보험자단체에 대한 감독규정인 법 제33조제2항이 있을 따름이다. 그런데 법 제1조는 "이 법은 국민의 질병·부상·분만 또는 사망 등에 대하여 보험급여를 실시함으로써 국민보건을 향상시키고 사회보장의 증진을 도모함을 목적으로 한다"라고 규정하고 있을 뿐이므로 위 법조항만으로는 보험자 또는 보험자단체가 어떠한 경우에 요양기관의 지정을 취소할 수 있는지 예측할 수 없고, 다만 감독규정인 법 제33조제2항에 규정된 사유로서 위임된 법규명령 등에 규정될 취소사유를 일부 예측할 수 있을 뿐이다. 법 제33조제2항은, 보건복지부장관은 요양기관이 "1. 제35조의 규정에 의한 요양급여나 분만급여의 비용의 청구에 있어서 부정이 있을 때, 2. 제76조 제2항의 규정에 의한 명령에 위반하거나 허위보고를 하거나 관계공무원의 검사 또는 질문을 거부·방해 또는 기피한 때"의 하나에 해당할 때에는 그 요양기관의 지정을 취소할 것을 보험자 또는 보험자단체에 명할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 보험자 또는 보험자단체가 요양기관의 지정을 취소할 수 있는 사유로 상정할 수 있는 것으로는 위 사유들 외에도 요양기관으로 지정받은 의료기관 등이 폐업된 때, 의료법 또는 약사법에 의하여 업무정지, 폐쇄 또는 개설허가취소를 받은 때, 의료기관 등의 개설자가 면허자격정지 또는 면허취소 처분을 받은 때, 의료기관의 개설자가 법인의 대표가 아닌 경우로서 고령 또는 건강상의 이유로 환자진료에 현저히 지장을 초래할 우려가 있다고 인정될 때, 기타 지정을 받은 요양기관이 지정의 제한, 이종지정금지 등의 관련법조항에 해당되었음이 확인된 때 등이 있을 수 있다(실제로도 보건복지부장관이 정한 의료보험요양기관 관리규정에는 이러한 사유들을 요양기관지정의 취소사유로서 규정하고 있으며, 제청신청인은 본인부담금 수납대장을 비치하지 아니하였다는 사유로서 요양기관의 지정이 취소되었다). 또한 위에서 살펴본 바와 같이, 이 사건 법률조항은 보험자 또는 보험자단체의 요양기관지정취소에 관한 일반적 규정이고 법 제33조제2항은 보건복지부장관의 보험자 또는 보험자단체에 대한 감독규정이므로 그 취소 사유를 정하는데 있어서 감독규정

인 법 제33조 제2항의 사유가 전적인 기준이 될 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 위임입법의 한계를 일탈한 것이다. 즉, 의료보험요양기관의 직업 수행의 자유를 제한하는 그 지정취소의 경우, 국회는 그 취소의 사유에 관하여 국민들의 정당한 의료보험수급권의 보호·보험재정의 보호 및 의료보험수급절서의 확립이라는 공공복리 내지 질서유지의 필요와 그 지정취소로 인하여 의료기관 등이 입게 될 불이익 등을 비교형량하여 일반 국민이 그 기준을 대강이라도 예측할 수 있도록 법률로서 명확히 정하여야 하고, 하위 법령에 위임하는 경우에도 그 구체적인 범위를 정하였어야 한다. 그럼에도 불구하고 이 사건 법률조항에서는 그 지정취소 사유의 대강이라도 예측할 수 있게 규정하지 아니한 채 보건복지부장관에게 포괄적으로 백지위임하고 있으므로, 이는 헌법상 위임입법의 한계를 일탈한 것으로서 헌법 제75조 및 제95조에 위반되고, 나아가 우리 헌법상의 기본원리인 권력분립의 원리, 법치주의의 원리, 의회입법의 원칙 등에 위배된다고 할 것이다.

- (14) 사립학교법 제53조의2제2항 위헌소원 등, 사립학교법 제53조의2 제3항 위헌소원 등, 사립학교법 제53조의2제3항 위헌소원, 구 사립학교법 제53조의2제3항 위헌소원(1998.7.16. 96헌바33·66·68, 97헌바2·34·80, 98헌바39 병합)

사립대학교육기관의 교원의 기간임용제에 관한 구체적 내용을 학교법인의 정관에 정하도록 위임하고 있는 이 사건 법률조항에 대한 입법목적의 정당성이 인정되고, 기간임용제와 정년보장제 중 어느 쪽을 채택할 것인가 하는 문제는 입법정책에 관한 사항인 것이다. 그리고 이 사건 법률조항은 우리 재판소가 관여할 정도로 입법재량이 현저하게 불합리하거나 이를 자의적으로 행사하여 그 한계를 벗어난 잘못이 있다고 보여지지 아니한다. 포괄적위임입법금지의 원칙은 본질적으로 권력분립과 법치주의의 원리에 기반을 둔 것으로 입법자가 행정부에 구체적으로 범위를 정하지 않고 포괄적으로 입법권위임을 하는 것은 금지된다는 데 있다. 그러나 사립대학을 설치·경영하는 학교법인은 공권력의 주체가 아닌 사법인이고 학교법인과 교원과의 관계는 기본적으로 사법적 관계에 속한다.

(15) 직업안정법 제33조 등 위헌소원(1998.11.26. 97헌바31)

법 제33조제1항은 근로자공급사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다고 규정하여 허가를 받지 않고서는 근로자공급사업을 할 수 없도록 직업선택의 자유를 제한하면서 허가의 기준을 법률로 직접 정하지 아니하고 법 제33조제3항에서 허가의 대상과 요건을 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 바, 위와 같은 위임이 일반적, 포괄적 위임으로서 헌법 제75조에 위반하는지가 문제이다. 이른바 경찰허가는 법령에 의하여 일반적으로 금지된 행위를 특정한 경우에 해제하여 일정한 행위를 적법하게 할 수 있도록 해 주는 행정행위로서, 허가의 기준이 법령에 정하여진 경우에는 그 허가 여부는 기속행위가 되고 허가의 기준이 법령에 정하여지지 아니 한 경우에는 그 허가여부는 재량행위가 되는 것이다. 이 사건 근로자공급사업의 허가는 영업의 자유를 제한하는 것이 아니라 금지된 영업의 자유를 회복시켜주는 것이어서 본래 그 허가의 기준을 반드시 법률로 정하여야 하는 것은 아니다. 다만 허가에 관한 업무의 통일성, 허가관청의 재량권 남용을 방지하기 위하여 법 제33조제3항은 허가의 대상과 요건을 대통령령으로 정하도록 규정함으로써 그 허가 여부를 기속행위로 한 것 뿐이므로 이를 헌법 제75조가 금지하는 포괄위임에 해당한다고는 할 수 없다. 그리고 위임조항 자체에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다고 할 것인데(헌재 1994. 7.29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53 ; 1995 11.30. 94헌바40등, 판례집 7-2, 616 ; 1996.10.31. 93헌바14, 판례집 8-2, 422등 참조), 직업안정법의 전반적 체계에 비추어 보면 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 분명히 확정할 수 있을 뿐 아니라, 위에서 본 바와 같이 법 제33조제1항의 허가는 금지된 영업의 자유를 회복시켜 주는 것이고, 근로자공급사업의 허가기준을 미리 법률로 상세하게 정하기는 입법기술상 매우 어렵다는 점등을 아울러 생각하면 법 제33조제3항이 더욱 구체적으로 허가기준을 정하지 아니하였다고 하여 포괄위임에 해당한다고 할 수도 없다.

(재판관 이재화, 재판관 조승형의 반대의견)

근로자공급사업의 허가제에 관하여 규율하고 있는 직업안정법 제33조제3항은 헌법 제15조에 의하여 보장되는 직업선택의 자유를 규율하는 규정이다. 그런데 다수의견은 허가의 기준이 법령에 정하여진 경우에는 그 허가여부는 기속

행위에 속하는 것이지만 허가기준이 법령에 정하여지지 않은 경우에는 그 허가는 허가관청이 허가여부를 합목적적으로 판단하여 행하는 재량행위이며, 직업안정법 제33조제3항은 영업의 자유를 제한하는 것이 아니라 금지된 영업의 자유를 회복시켜 주는 것이어서 허가의 기준을 반드시 법률로 정하여야 하는 것은 아니라고 주장한다. 그러나 만일 다수의견과 같이 허가의 법적 성질을 이해한다면 허가제를 도입하는 경우에는 어느 경우에도 입법자가 굳이 법률로 허가요건의 대강을 정할 헌법적 필요가 없다는 것이 되어, 기본권제한은 국민에 의하여 민주적으로 정당화된 국민의 대표기관인 국회가 제정하는 법률로써 하여야 한다는 헌법 제37조제2항의 법률유보제도의 근본적 취지와 배치된다. 왜냐하면 허가제는 국민의 기본권적 자유에 대한 제한을 의미하는 것인데, 다수의견에 따른다면 어떠한 요건하에서 어떻게 국민의 기본권적 자유에 대한 제한이 해제될 수 있는지 다시 말하면 어떠한 요건하에서 그 기본권적 자유의 행사가 제한되는지 여부를 전적으로 입법자가 아닌 행정청이 정할 수 있다는 것이 되기 때문이다. 허가제를 통하여 국민의 기본권적 자유를 일반적으로 금지하는 것과 자유행사의 일반적 금지에 대하여 개별적 해제요건을 설정하는 것은 표리관계에 있는 것이므로 허가의 요건도 기본권 제한과 관련하여 중대한 의미를 갖는 것이다. 따라서 입법자가 스스로 허가요건을 법률로써 규율하거나 부득이 하위법령에 그 구체적 규율을 위임하는 경우에는 그 대강의 요건이라도 법률로써 정하여야 하는 것이다. 그러므로 다수의견의 주장은 직업안정법 제33조가 근로자공급사업의 국가독점제에 대한 예외를 설정하는 경우, 즉 국민에게 자유를 회복시켜 주는 것이 아니라, 권리를 창설해 주는 경우에만 가능한 해석이라고 할 것이다.……직업안정법 제33조가 직업선택의 자유에 대한 '허가'를 규율함으로써 외형상으로는 국민의 자유를 회복시켜 주는 형식을 취하고 있으나, 이 때의 '허가'는 국민이 원래 향유하지 못하던 권리를 부여하는 것이 아니라, 그 성질상 이미 기본권으로 원래 자유로운 행위로 보장되던 것을 법률로 일반적으로 금지시킨 뒤 일정한 경우에 일정한 국민들에게 그 금지를 해제하여 적법하게 다시 자유를 향유할 수 있게 하는 행정행위를 의미한다. 그러므로 직업안정법 제33조제3항이 혜택을 부여하는 것과 같은 외형을 취하였다고 하더라도, 이로 인하여 위 법조항이 기본권침해영역을 규율하고 있다는 성격이 소멸되는 것은 아니다. 또한 직업안정법 제47조제1호는 같은 법 제33조제1항에 의한 허가를 얻지 아니하고 근로자공급사업을 한 자를 5년 이하의 징역 또는



2,000만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으므로, 같은 법 제33조제1항 및 제3항은 간접적으로 범죄구성요건을 규정하고 있다고 할 것이다. 그렇다면 직업안정법 제33조제3항은 기본권침해영역을 규율하면서, 간접적으로 형사처벌을 위한 구성요건을 정하는 규정으로서의 성격을 가지고 있으므로, 그에 관한 입법의 위임은 명확성·구체성의 요건이 엄격히 갖춰진 경우에 한하여 헌법적으로 허용된다고 할 것이다. 직업안정법 제33조제1항에서 “누구든지 노동부장관의 허가를 받지 아니하고는 근로자공급사업을 하지 못한다”라고 규정한 뒤, 제3항에서 “제1항의 규정에 의한 허가의 대상과 요건은 대통령령으로 정한다”라고 규정하여, 근로자공급사업의 허가요건 전부를 대통령령에 위임하고 있다. 사인이 경쟁적으로 근로자공급사업을 영위할 경우 직업을 희망하는 자와 인력이 필요한 고용자 사이의 연결이 보다 원활해짐으로써 고용이 촉진되는 반면에 다수의견이 염려하는 바와 같이 공중도덕상 해로운 직종에 근로자가 유입된다는 점, 근로자, 특히 미성년근로자에 대한 착취나 인신매매 등의 부작용이 초래될 수 있는 가능성도 있어서 그에 대한 규제가 필요하리라는 것은 충분히 인정할 수 있다. 그러나 직업안정법 제33조제3항의 위와 같은 법문만으로는 근로자공급사업에 관한 국민의 직업선택의 자유가 어느 정도 제한될 것인지, 즉 어떠한 경우에 허가가 이루어질 것인지를 전혀 예측할 수 없다고 판단된다. 더구나 직업안정법 제33조제3항의 내용을 예측할 수 있는 해석이론이 판례를 통하여 쌓여 있지도 않다. 한편, 직업안정법 제36조는 근로자공급사업등의 허가를 받은 자에 대한 허가취소사유를 열거하고 있고, 같은 법 제38조는 근로자공급사업등의 허가에 대한 결격사유를 규정하고 있어, 근로자공급사업의 허가에 관하여 어느 정도 명확하고 구체적인 기준을 제시하고 있다고 판단할 수도 있다. 그러나 같은 법 제36조에서 열거하고 있는 허가취소사유나 같은 법 제38조에서 열거하고 있는 허가결격사유는 ‘이 법 또는 이 법에 의한 명령을 위반하거나 공익을 해할 우려가 있다고 인정되는 경우’ 또는 ‘금치산자, 한정치산자 또는 파산자, 금고 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정되지 아니한 자, 직업안정법 등에 위반하여 벌금 이상의 형의 선고를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 2년이 경과되지 아니한 자, 제36조에 의하여 사업의 허가가 취소된 후 2년이 경과되지 아니한 자, 법인으로서 그 임원 중 위 각호의 1에 해당하는 자가 있는 법인’이라고 규정되어 있어, 근로자공급사업자의 자격기준에 관하여 매우

소극적인 제한사유만을 규정하고 있을 뿐이지 적극적으로 근로자공급사업의 허가기준에 관하여 규정하고 있지 아니다. 따라서 직업안정법 제36조와 제38조에 해당하지 아니한 자들에게는 특별한 사정이 없는 한 근로자공급사업을 허가한다고 해석하여 이를 같은 법 제33조제3항의 해석기준으로 삼을 수는 없는 것이므로, 같은 법 제36조와 제38조는 같은 법 제33조제3항에 예측가능성을 부여하지 못한다고 판단된다. 또한 직업안정법상의 다른 법률조항들을 종합적으로 고려하여 살펴보아도 직업안정법 제33조제3항이 입법위임의 범위를 구체적으로 정하였다고 인정하기는 어렵다. 입법목적을 정하고 있는 직업안정법 제1조는 “이 법은 모든 근로자가 각자의 능력을 계발·발휘할 수 있는 직업에 취직할 기회를 제공하고, 산업에 필요한 노동력의 충족을 지원함으로써 근로자의 직업안정을 도모하고 균형있는 국민경제의 발전에 이바지함을 목적으로 한다”라고 규정하고 있다. 그러나 이 규정으로부터 구직자들을 능력에 맞는 직장에 취업시키고 산업에 필요한 노동력을 충족시키는 것을 적극 장려하겠다는 입법의지 정도만을 엿볼 수 있을 뿐, 근로자공급사업의 허가요건에 관한 대강의 윤곽을 이끌어 낼 해석의 단서를 찾기 어렵다. 특히 근로자공급사업에 관하여는 제33조 한 개 조문밖에 규정되어 있지 아니하고, 그 밖에 직업안정법의 다른 조항을 살펴보아도 근로자공급사업의 허가요건을 도출해 내는데 참고할 만한 법률조항을 찾아보기 힘들다. 실제로 직업안정법 제33조제3항에 의하여 제정된 직업안정법 시행령(1994.7.16. 대통령령 제14327호로 전문개정된 것) 제33조는 국내근로자공급사업을 노동조합법에 의한 노동조합만이 허가받을 수 있다고 규정하고 있는데, 도대체 직업안정법의 입법취지나 모든 법률조항을 살펴보아도 노동조합만이 근로자공급사업을 할 수 있다고 예측할 수 있는 단서를 찾을 수 없으므로, 국민들에게 이를 예측하도록 기대하는 것은 불가능하다고 할 것이다. 그렇다면 직업안정법 제33조제3항 자체는 물론 직업안정법상의 관련 법률조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아도 국민이 근로자공급사업의 허가에 관한 요건의 기본적 윤곽을 이끌어 낼 수 없으며, 따라서 직업안정법 제33조제3항은 입법위임에 있어서 필요한 요건을 충족시키지 못한다고 할 것이다. 그러므로 직업안정법 제33조제3항은 입법위임의 한계를 벗어난 법률조항으로서 헌법 제75조의 규정에 위반되어 위헌이라고 할 것이고, 따라서 위 법률조항이 합헌이라는 다수의견에 반대한다.

(16) 수산업법 제52조제1항제3호 위헌소원(1999.2.25. 97헌바63)

이 사건 법률조항은 1990.8.1. 법률 제4252호로 전문개정된 후 개정없이 시행되고 있는바, 어업단속·위생관리·유통질서 기타 어업조정을 위하여 조업구역, 어업의 시기와 포획·채취할 수 있는 수산동식물의 종류에 관한 제한 또는 금지에 관하여 필요한 사항을 대통령령으로 정할 수 있도록 위임하고 있으므로 헌법 제75조에 규정된 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지가 문제된다. ……이 사건 법률조항은 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본사항을 구체적으로 규정하고 있다고 할 것이다. 우선 위임의 목적이 ‘어업단속·위생관리·유통질서 기타 어업조정’에 있음을 분명히 나타내고 있으며, 위임의 내용과 범위를 ‘조업구역, 어업의 시기와 포획·채취할 수 있는 수산동식물의 종류에 관한 제한 또는 금지’라고 구체적으로 확정하고 있다. “조업구역”, “수산동식물”이라는 개념은 그 뜻이 분명하여 누구라도 문언 자체로부터 그 내용과 범위를 예측할 수 있고, 다만 “어업”이라는 개념은 다소 추상적이고 불확정적이긴 하나, 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니라 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 하는바, 수산업법 제2조 제2호는 “어업”을 ‘수산동식물을 포획·채취 또는 양식하는 사업’이라고 정의하고 있으며, 동조 제3호는 “양식”을 ‘수산동식물을 인공적인 방법으로 길러서 거두어 들이는 행위와 이를 목적으로 어선·어구를 사용하거나 시설물을 설치하는 행위’라고 정의하고 있다. 그리고 여기서 “포획·채취”라고 하는 것은 “양식”이란 개념과 대비하거나 상식적인 용례에 비추어 천연상태에 있는 수산동식물을 사람의 지배하에 옮기는 행위를 말한다고 할 것이다. 이와 같이 관련 법조항 등에 비추어 “어업”의 개념이 분명해지는 이상 “어업의 시기”가 무엇을 말하는지 그 위임의 내용과 범위도 분명하다고 할 것이다. 따라서 이 사건 법률조항으로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없다고 할 수 없다. 더구나 이 사건 법률의 피적용자는 주로 어업인(수산업법 제2조 제8호 참조)들인데, 이들은 대통령령에 규정될 ‘조업구역, 어업의 시기와 포획·채취할 수 있는 수산동식물의 종류에 관한 제한 또는 금지’가 대체적으로 어떤 것인지 충분히 예측할 수 있는 지위에 있다는 사정을 고려하면 더욱 그러하다.

(17) 교통안전공단법 제17조 위헌제청(1999.1.28. 97헌가8)

이 사건 법률조항이 대통령령으로 정하도록 위임한 '분담금의 분담방법 및 분담비율'은 분담금 납부의무의 범위를 결정하는 데 필수적인 요소로서 국민의 재산권과 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 내용이라 할 수 있다. 따라서 이 사건 분담금의 분담방법 및 분담비율은 그 내용이 법률로써 가능한 한 구체적이고도 명확하게 규정되어야 한다. 특히 조세유사적 성격을 가지는 이 사건 분담금은 납부의무자의 재산권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있으므로 구체성, 명확성의 요구는 조세법규의 경우에 준하여 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정법규의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 한다. 가사 분담금 납부의무자들의 종류·규모 및 숫자, 교통수단의 종류·가격 및 숫자 등이 매우 다양하고 끊임없이 변화하기 때문에 법률보다 더 탄력적인 행정입법에 분담방법 및 분담비율과 관련된 세부적 사항의 결정을 위임할 필요성이 있다고 하더라도, 국회는 위임입법의 한계를 규정한 헌법의 정신에 따라 위임되는 내용의 기준이나 한계를 명시하는 등 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 하고, 납부의무자로 하여금 납부의무의 범위를 전혀 예측할 수 없도록 하여 경제생활의 법적 안정성을 현저히 해치는 것은 헌법에 반하여 허용될 수 없다. 즉, 교통안전공단법이 이 사건 분담금의 분담방법 및 분담비율에 관련한 세부적 사항의 결정을 위임하는 경우에는 법률 자체에서 적어도 분담방법의 대강을 정하고, 분담비율을 정하는 기준이나 분담비율의 상한을 정해 두어야 할 것이다. 그런데 이 사건 법률조항은 이 사건 분담금의 분담방법이나 분담비율을 스스로 정하지 아니하였을 뿐 아니라, 분담방법의 대강이나 분담비율을 정하는 기준 및 분담금의 상한 등을 전혀 규정하지 아니한 채, 분담방법 및 분담비율을 전적으로 대통령령이 정하도록 위임하였다. 그리고 이 사건 법률조항의 규정내용과 교통안전공단법의 전반적인 체계, 기금의 설치목적 및 분담금 납부의무자 등에 관한 관련조항을 유기적·체계적으로 종합판단하여 보아도 이 사건 법률조항의 위임에 따라 시행령에 규정될 분담방법 및 분담비율의 내용이 대강 어떤 것이 될 지를 전혀 예측할 수도 없다. 따라서 이 사건 법률조항은 국민의 재산권과 관련된 중요한 사항 내지 본질적인 요소인 분담금의 분담방법 및 분담비율에 관한 기본사항을 구체적이고 명확하게 규정하지 아니한 채 시행령에 포괄적으로 위임함으로써, 분담금 납부의무자로 하여금 분담금 납부의무

의 내용이나 범위를 전혀 예측할 수 없게 하고, 나아가 행정부의 자의적인 행정입법권 행사에 의하여 국민의 재산권이 침해될 여지를 남김으로써 경제생활의 법적 안정성을 현저히 해친 포괄적인 위임입법으로서 헌법 제75조에 위반된다고 하지 않을 수 없다.

(18) 조세범처벌절차법 제16조 등 위헌소원(1999.1.28. 97헌바90)

이 사건 법률조항은 “조세범처벌법에 위반한 자의 포탈세액 또는 벌금액을 산정함에 있어서 중요한 자료를 제공한 자”에 대하여는 “대통령령의 정하는 바에 의하여 그 확정벌금액의 100분의 10이상 25이하에 상당한 금액”을 교부할 수 있다고 규정하여 교부금지급의 대상자와 교부금의 상한과 하한을 명백히 규정하면서 교부금 산정의 구체적 기준을 대통령령에 위임하고 있다. 그런데 이 사건 법률조항의 규정내용과 조세범처벌법의 관련규정을 유기적·체계적으로 종합판단하면 이 사건 법률조항의 위임에 따라 조세범처벌절차법시행령에 규정될 교부금지급기준의 내용이 어떤 것이 될지를 충분히 예측할 수 있으므로 헌법상 위임입법의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다. 그리고 설사 조세범처벌절차법시행령의 규정내용이 위임의 한계를 일탈하였거나 헌법에 위반된다고 하더라도 그것만으로 이 사건 법률조항자체가 헌법에 위반된다고 할 수도 없다.

(19) 의료법 제38조 위헌소원(1999.5.27. 96헌바26 전원재판부)

법 제30조에 의하면 의료업을 행할수 있는 의료기관은 의사, 치과의사, 한의사 또는 조산사, 의료업을 목적으로 설립된 법인, 민법 또는 특별법에 의하여 설립된 비영리법인(이하 이들을 “일반의료인”이라 한다)과 국가 또는 지방자치단체나 정부투자기관관리기본법에 의한 정부투자기관·지방공기업법에 의한 지방공사 또는 한국보훈복지공단법에 의한 한국보훈복지공단(이하 이들을 “국가 또는 공공단체”라 한다) 이 개설할 수 있도록 규정하고 있다. 한편 의료법은 의료의 적정을 기하여 국민의 건강을 보호증진함을 목적으로(제1조) 의료기관의 시설장비의 기준, 규격, 의료인의 정원 기타 의료기관의 운영에 관한 사항과 그 의료기관의 운영에 관하여 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 규정하고(법 제32조), 의료기관의 개설자는 의료법을 휴업하거나 폐업한 때에는 관할도지사 또는 시장, 군수, 구청장에게 신고하도록 규정하고(법 제33조) 의료기관이 환자 등으로부터 징수하는 의료보수에 관하여는 그 지역을 관

할하는 도지의 인가를 받도록 규정하고(법 제37조) 보건복지부장관, 도지사 또는 시장, 군수, 구청장은 의료기관이 법을 위반한 의료기관에 시정을 명할 수 있고 의료업을 정지하거나 개설허가를 취소하거나 의료기관의 폐쇄를 명할 수도 있으며 과징금을 부과할 수 있도록 규정하고(법 제50조, 제51조, 제53조의2) 그밖에도 일반의료인이 개설하는 의료기관(이하 "일반의료기관"이라 한다)이나 국가 또는 공공단체가 개설하는 의료기관(이하 "국·공립의료기관"이라 한다)을 가리지 않고 모든 의료기관에 대하여 보건복지부장관, 도지사 또는 시장, 군수, 구청장이 감독할 수 있는 여러 가지 규정을 하면서 이 사건 법률조항은 국·공립의료기관에 대하여 법의 규정을 적용함에 있어서는 대통령령으로 특별한 규정을 할 수 있도록 규정하고 있다. 따라서 이 사건 법률조항의 입법취지는 국·공립의료기관은 국가 또는 공공단체가 직접 개설·운영한다는 점에서 일반의료인이 개설·운영하는 일반의료기관과는 국가가 감독권을 행사함에 있어서 근본적으로 달리 하여야 할 이유와 필요가 있으므로 국·공립의료기관에 대하여는 이와 같은 특수성을 고려하여 의료기관에 대한 감독에 관한 여러 가지 규정을 적용함에 있어서 대통령령으로 특별한 규정을 할 수 있도록 위임하고 있는 것이고 그와 같은 취지에서 이 사건 법률조항의 위임에 의한 법시행령 제16조도 국·공립의료기관에 대하여는 국가의 의료기관에 대한 감독에 관한 규정인 법 제32조, 법 제33조, 법 제37조, 법 제50조, 법 제51조 및 법 제53조의2의 규정을 적용하지 아니한다고 규정하고 있는 것이다. 헌법 제75조는 "대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다."고 규정하여 위임입법의 근거를 마련하고 아울러 그 범위와 한계를 설정하고 있다. 여기서 "법률에서 구체적으로 범위를 정하여"라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용과 범위에 관한 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하고, 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항만으로 판단할 것이 아니라 관련 법률조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다(헌재 1997. 10. 30. 95헌바7, 판례집 9-2, 437, 449; 1995. 7. 21. 94헌마125, 판례집 7-2, 155; 1994. 7. 29. 93헌가12, 판례집 6-2, 53 등 참조). 그런데 이 사건 법률조항은 그 입법취지와 법의 목적, 관련조항의 전체를 유기적, 체계적으로 종합판

단하여 보면 위에서 본 바와 같이 국·공립의료기관에 대하여는 그 특수성을 고려하여 국가의 의료기관에 대한 감독에 관한 규정을 적용함에 있어서 대통령령으로 특별한 규정을 할 수 있도록 구체적으로 범위를 정하여 위임한 것으로서 대통령령에 규정될 내용의 대강을 충분히 예측할 수 있다고 할 것이므로 이 사건 법률조항은 헌법 제75조에 위반된다고 볼 수 없다.

(20) 한국방송공사법 제35조 등 위헌소원(1999.5.27. 98헌바70 전원 재판부)

이 법 제35조 본문은 수신료 납부의무자의 범위에 관하여 '텔레비전방송을 수신하기 위하여 텔레비전수상기를 소지한 자는……텔레비전방송수신료를 납부하여야 한다'라고 규정하고 있는바, 이는 누구라도 수신료 납부의무자의 범위를 잘 알 수 있는 명확한 규정이라 할 것이다. 다만, 같은 조 단서는 등록면제 또는 수신료가 감면되는 수상기의 범위에 관하여 아무런 조건없이 단순히 대통령령이 정하도록 하고 있으나, 등록면제 또는 수신료감면에 관한 규정은 국민에게 이익을 부여하는 수익적 규정에 해당하는 것이어서 이에 대하여 요구되는 위임입법의 구체성·명확성의 정도는 상대적으로 완화될 수 있는 것이고, 또한 수신료 납부의무자의 범위가 '텔레비전방송을 수신하기 위하여' 수상기를 소지한 자로 되어 있으며, 수신료의 징수목적은 공사의 경비충당에 있다는 점을 감안하면 대통령령에서 정할 수신료감면 대상자의 범위는 텔레비전방송의 수신에 상당한 기간동안 불가능하거나 곤란하다고 볼만한 객관적 사유가 있는 수상기의 소지자, 공사의 경비충당에 지장이 없는 범위안에서 사회정책적으로 수신료를 감면하여 줄 필요가 있는 수상기소지자 등으로 그 범위가 정하여 질 것임을 예측할 수 있다. 따라서 이 법 제35조는 헌법 제75조에 규정된 포괄위임금지의 원칙에 위반되지 아니한다고 할 것이다.

#### 4. 再委任의 問題

(1) 風俗營業의 規制에 관한 法律 제2조제6호 등 違憲確認(1996.2.29. 94헌마213)

법시행규칙 제4조제1항제5호는 앞서 본 바와 같이 법시행령 제6조제2항의 재위임에 따라 제정된 것인데, 법시행령 제6조제2항은 "……법 제3조제7호의

규정에 의하여 풍속영업자 등이 지켜야 할 사항은 해당 영업에 관한 관계법령이 정하는 바에 의하되, 특별한 규정이 없는 경우에는 내무부령이 정하는 바에 의한다."라고만 규정함으로써 풍속영업법 이외에 해당영업에 관한 관계법령이 없는 노래연습장업의 경우에 관하여는 아무런 규정도 두지 아니하고 그대로 내무부령에 재위임하고 있다. 그런데 헌법 제95조는 ".....행정각부의 장은 소관 사무에 관하여.....대통령령의 위임.....으로.....부령을 발할 수 있다"라고 규정하여 재위임의 근거를 마련하고 있지만, 대통령령의 경우와는 달리 "구체적으로 범위를 정하여"라는 제한을 규정하고 있지 아니하므로 대통령령으로 위임받은 사항을 그대로 재위임할 수 있는가에 관하여 의문이 있다. 살피건대 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 "위임받은 권한을 그대로 다시 위임할 수 없다"는 복위임금지의 법리에 반할 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 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 않으며 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다. 이 사건의 경우 법시행령 제6조제2항은 노래연습장업의 영업시간에 관하여는 아무런 규정도 함이 없이 내무부령에 규제 여부 및 내용을 재위임하고 있으므로 이에 근거한 법시행규칙 제4조제1항제5호의 효력에 관하여 살피건대, 법시행령 제6조제2항은 백지재위임이 아니라 영업시간의 제한을 지켜야 할 풍속영업 및 영업시간에 관하여 관계 법령에 규정이 있는 경우(식품위생법 제30조, 공중위생법 제11조제1항, 관광진흥법 제7조제3항)에는 그 정하는 바에 의하는 것을 원칙으로 하고, 그러한 규정이 없는 경우에는 내무부령이 정하는 바에 의하도록 대강의 규정을 하고 있고, 이에 따라 관계법령이 없는 풍속영업의 경우에도 영업시간의 제한을 받게 될 것인지 여부 및 구체적 영업시간은 관계법령이 있는 영업에 대한 규정과의 비교에 의하여 더욱 구체적 예측이 가능하게 되므로 법시행규칙 제4조제1항제5호가 한계를 일탈한 재위임에 의한 규정이라고 할 수는 없다. 따라서 법시행령 제5조제6호와 법시행규칙 제4조제1항제5호가 위임의 한계를 벗어난 무효의 규정이라고 할 수 없다.



(2) 엔지니어링기술진흥법시행규칙 제3조 제1항 제2호 위헌확인(1997.3.27. 93헌마159)

엔지니어링기술진흥법 제4조는 엔지니어링활동을 신고제로 전환하면서 다만 활동주체의 신고대상 등 신고의 구체적인 기준은 대통령령에 위임하였고, 이를 받아 동법시행령 제3조는 엔지니어링활동주체의 신고대상에 해당하는 자의 자본금(개인의 경우는 자산평가액) 및 기술인력의 수준을 총리령에 재위임하였으며, 이 사건 조항은 다시 이를 받아 그중 기술인력을 구체적으로 규정하고 있다. 따라서 위 법률과 시행령의 규정들은 구체적인 엔지니어링활동주체의 기준을 이 사건 조항에 위임한 것이고, 이 사건 조항의 내용은 기사1급 등 일반기술자에게도 엔지니어링활동의 문호를 개방함으로써 엔지니어링활동주체의 기술 집약화를 촉진하여 과학기술과 관련산업의 균형 발전을 도모하고, 과학기술분야에서 연구개발 결과의 실용화를 촉진함으로써 국민경제의 발전에 이바지하기 위한 모법의 규정들의 위임 취지에 부합된다 할 것이다. 그러므로 이 사건 조항이 헌법 제75조에 규정된 위임입법의 한계를 일탈하였다고 볼 수 없다.

## 第4節 委任立法의 民主化·合理化를 위한 制度的 課題

### I. 委任立法에 관한 法理의 開發

法律에 의한 行政의 原理의 고전적 모델에 의하면 행정은 입법권에 의하여 독립적으로 정립된 法規를 구체적 사례에 적용하여 권리·의무를 확정하고 국민이 의무의 이행을 게을리하는 때에는 강제집행을 행하는 것으로서 파악되게 된다. 그러나 行政國家化에 수반하여 행정활동이 양적으로 비대화하고 내용적으로 전문성·기술성이 요구되기에 이르러 법률로써 행정활동의 내용에 관하여 미리 규정해 두는 것이 불가능하게 되었다. 그리하여 法律自體로서는 행정정책에 관하여 大綱的으로 규정하는데 그치며, 상세한 사항이나 전문적·기술적 지식이 요구되는 사항에 관한 규정은 行政立法에 위임하는 형태를 취하고 있다. 위임입법에 의하는 것이 법률에 의하는 것 보다도 적당한 사항으로서는 專門技術的인 판단을 요하는 사항, 事情變化에 즉응하여 빈번히 개폐를 요하여야 할 사항, 政治的 中立性이 요청되는 사항 등이 열거되는 것이 통례이다. 그리하여

종래의 위임법리는 입법권이라는 국가작용의 분류개념의 完全性을 옹호하기 위해서는 어느 정도의 위임이라면 허용되는가라는 權力配分原理上의 관심으로부터 구축되어 왔다. 따라서 이제는 민주적인 政策形成過程에 있어서 입법부와 행정부를 어떻게 위치시킬 것인가라는 문제관심을 중심으로 立法權委任의 문제가 활발하게 논의될 필요성이 있다. 다만 이 문제는 단순한 憲法解釋論의 차원을 넘어 행정법학·행정학·정치학 등 인접학문분야를 상호 관련시켜 파악하여야 하는 매우 어려운 문제라고 할 수 있으나, 크게 정리한다면 다음의 두가지 입장으로 나누어 볼 수 있다.

첫째, 立法權委任에 대한 헌법론적 통제를 강화하여 立法府를 본래적인 정책형성의 場으로 하자는 입장이다. 즉, J.Freedman의 견해에 의하면 오늘날에도 立法權委任이 야기하는 철학적·제도론적 문제는 그 중요성을 상실하지 않고 있다고 하면서, 責任行政體制나 대의제라는 고전적 민주주의적 통치제도와 委任立法의 현실을 조정하는 이론을 제시할 것을 주장한다. 그는 이러한 관점에서 “機關適格(institutional competence)”의 사고방식을 도입하는 것이 입법권위임의 법리의 재검토에 중요하다고 한다. 즉, 機關適格이란 제한자 또는 헌법에 의하여 어떤 특정의 기관이 담당을 명령받은 일정한 任務를 수행할 자격이 어떠한 것이며, 그 자격은 다른 기관이 공유하는 것인가를 묻는 이론이다. 그는 기관적격의 관점에서 議會만에 적격이 인정되는 권한작용을 다음의 두가지 사항을 지적한다. ①課稅權이다. 과세권은 가장 남용의 위험이 높아서 소수자의 수중에 의하여 좌우될 수 없는 권한이다. 이점은 代表없는 課稅없다라는 명제가 혁명의 표어로서 된 것으로부터 명확하다. 議會는 선거를 통하여 선출된 다수의 위원으로 구성되며 전국차원에서의 다원성을 가지고 있다. 그리고 이 점이 課稅權을 독점하여야 할 의회의 타기관에서 볼 수 없는 기관적격인 것이다. 그리하여 제한자의사와 그로부터 연역되는 기관적격으로부터 의회는 과세권을 위임할 수 없다. ②議會에서만 기관적격이 인정되는 것으로서 彈劾裁判權이 있다. 그는 요컨대 “헌법은 각국가기관에게 각종의 권한을 담당시키고 있으나, 권한마다 담당된 畧意나 比重이 다르며 어떤 권한을 담당하는 機關適格이 타기관에게 인정되지 않는 경우에는 그 권한의 위임은 헌법상 금지된다고 이해하여야 할 것이다”라고 주장한다.<sup>51)</sup> 또한 D.Schoenbrod는 종래의 위임

51) James Freedman, *Crisis and Legitimacy in the Administrative Process*, 27 *Stanford Law Review* 79, 86(1978).

법리는 의회가 행정기관에 대해 어느 정도 裁量權을 위임하였는가를 묻는 양적 접근방식이었음을 비판하면서, 이 양적 접근방식으로는 법리로서 확정적인 내용을 제시할 수 없으며 일관된 운용도 바랄 수 없다고 한다. 그래서 그는 立法權의 관념을 재구성하여 피위임권한의 내용에 착안하는 質的 接近方式을 고안한다. 그곳에서 입법권을 私人的 行動에 관한 준칙의 정립으로 정의하고, 집행권과 사법권을 法律의 解釋으로 정의하면서, 이 정의를 전제로 두가지 유형의 법률, 즉 rules statutes와 goal statutes를 제시하고 있다. 前者는 사인의 행동중 허용되는 행동과 허용되지 않는 행동을 구별하는 준칙을 정하는 법률이며, 행동의 한계를 확정함으로써 권리·의무를 배분하는 법률이다. 그리고 그 準則이 특정상황에서 무엇을 의미하는 가를 명확히하는 것이 해석이다. 後者는 상호 경합하는 몇가지의 목표를 정하고 그 경합의 조정 및 목표실현을 위하여 필요한 행동준칙의 제정을 의회이외의 기관에 맡기는 법률이며 의회는 권리·의무의 배분에 관하여 희망을 제시하는데 그친다. 다만 goal statutes에는 다음의 결점이 있다. 즉, ①法律이 애매한 것으로 되어버림으로써 委任法律과 행정입법의 적합성을 법원이 심사하게 된다는 점 ②議會가 hard choice를 행정기관에게 위임함으로써 민주적 책임을 회피하려는 점 ③goal statutes만으로부터는 행동의 허용범위가 명확히 될 수 없으므로 法の 自由保障機能이 저해된다는 점 등이다. 그리고 이들 세가지 점을 방지하는 것은 확실히 종래 전개되어온 위임법리가 목적으로 하여온 것과 일치하는 것이다. 따라서 goal statutes는 위헌적인 立法權委任이 된다. 그러나 항상 goal statutes가 허용되지 않는 것은 아니다. 우선 ①憲法이 대통령에게 수권한 집행권의 대상사항에 관하여 의회가 goal statutes에 의하여 대통령에 대해 광범한 재량권을 부여하는 것이 있으나 그것은 입법권위임이 아니다. 집행권 특히 軍事權限이나 外交權限은 헌법이 의회에 부여한 입법권이 아니라 대통령에게 부여한 전권이다. 이 경우 의회가 goal statutes를 정하는 것은 위임이 아니라 정당성의 확인인 것이며, 이 정당성의 확인은 의회에 의한 조약의 승인과 마찬가지로 집행권의 남용에 대한 억제 의미의 지니는 立法行爲로서 집행권의 행사·찬탈이 아니다. ②집행부에 의한 公有財産을 관리하는 광범한 재량권을 부여하는 입법은 실질적 의미의 입법권의 위임으로 하지않고 goal statutes로 처리할 수 있다. 그 이유는 公有財産의 관리권은 헌법에 의하여 입법부에 귀속되어 있는 것으로서 입법권이 아니다. 이상과 같은 방향으로 위임법리를 재구성하고

立法權委任에 대한 헌법소송단계에서의 통제를 강화하여야 할 것이나 그에 대해서는 몇가지 비판이 있다. 우선 委任法理의 강화는 입법권의 위임을 곤란하게 하며 결과적으로 국가기능을 저하시킨다고 한다. 그러나 위에 제시한 법리는 과세권이나 통상규제권등의 의회권한의 행사에서는 rule statutes의 제정을 요구하나, 공유재산관리와 집행권의 문제영역에서 goal statutes의 제정을 인정하고 있다. 다음에 委任法理를 엄격히 적용한다면 행정기관에의 위임은 감소하나 거꾸로 議會內委員會에의 위임이 진행되어 위원회시스템이 증대한다. 그러나 의회내위원회에의 위임이라면 의회에 부과된 정책형성에 대한 민주적 책임은 여전히 확보되고 있으며, 또한 의회내기관이라면 공개성도 확보되고 있다. 나아가 위원회시스템의 증가를 도모하지 않고 전문가집단인 行政機關에게 입법제안을 하게하거나 법안의 기초를 시키는 법제를 만드는 것도 고려된다<sup>52)</sup>라고 한다. 요컨대 그는 의회의 민주적 책임을 확보하는 것이 중요하다고 역설한다.

둘째, 委任立法에 대한 헌법론적 통제를 완화하려는 입장이다. 이 입장은 의회를 적대시하는 것이 아니라 오히려 행정과정을 적극적으로 평가한 다음 政策形成過程의 多元化와 그 과정에 부여된 재량권의 행정적 통제를 모색한다. 즉, R.Stewart에 의하면 종래의 위임법리의 핵심은 결국 중요한 정책을 형성하는 권한은 委任할 수 없다라는 것에 그쳤으나, 이것에는 헌법소송상 유력한 합헌성판정기준이라 할 수 없다라고 하면서, 무엇이 중요한 정책인가를 판단하는 것은 代議制의 과정에 의하여야 할 것이므로 委任法理의 강화는 민주제를 파괴한다고 한다. 또한 위임법리의 강화는 의회에 법률의 제정 그 자체를 공허하게 하며 의회내기관(위원회 등)에의 입법권위임을 초래한다고 보고, 나아가 위임법리의 강화는 規範의 一元集中化(centralized directives)를 도모하려는 것이나, 그것은 결국 정책형성의 기능부실과 무책임을 귀결한다고 주장한다. 그리하여 그는 위임문제는 司法過程이 아니라 政治過程에서 해결하여야 할 것이라고 하며, 이를 위하여 이른바 再構成戰略(reconstitutive strategies)을 제창한다. 즉, 그것은 ①미리 특정의 행위를 금지 또는 명령하는 법(prescriptive law)과 기관을 창설하고 그들에게 광범한 裁量을 부여하고 구체적인 정책형성의 단계에서 담당기관의 이해와 가치관을 정책에 반영시키는 것을 인정하는 법(constitutive law)이라는 두가지의 법유형을 전제로 한다. ②그리고 再構成

52) Davis Schoenbrod, *The Delegation Doctrine : Could the Court Give It Substance?*, 83 Michigan Law Review 1247~1254(1985).

법리는 의회가 행정기관에 대해 어느 정도 裁量權을 위임하였는가를 묻는 양적 접근방식이었음을 비판하면서, 이 양적 접근방식으로는 법리로서 확정적인 내용을 제시할 수 없으며 일관된 운용도 바랄 수 없다고 한다. 그래서 그는 立法權의 관념을 재구성하여 피위임권한의 내용에 착안하는 質的 接近方式을 고안한다. 그곳에서 입법권을 私人的 行動에 관한 준칙의 정립으로 정의하고, 집행권과 사법권을 法律의 解釋으로 정의하면서, 이 정의를 전제로 두가지 유형의 법률, 즉 rules statutes와 goal statutes를 제시하고 있다. 前者는 사인의 행동중 허용되는 행동과 허용되지 않는 행동을 구별하는 준칙을 정하는 법률이며, 행동의 한계를 확정함으로써 권리·의무를 배분하는 법률이다. 그리고 그 準則이 특정상황에서 무엇을 의미하는 가를 명확히하는 것이 해석이다. 後者는 상호 경합하는 몇가지의 목표를 정하고 그 경합의 조정 및 목표실현을 위하여 필요한 행동준칙의 제정을 의회이외의 기관에 맡기는 법률이며 의회는 권리·의무의 배분에 관하여 희망을 제시하는데 그친다. 다만 goal statutes에는 다음의 결점이 있다. 즉, ①法律이 애매한 것으로 되어버림으로써 委任法律과 행정입법의 적합성을 법원이 심사하게 된다는 점 ②議會가 hard choice를 행정기관에게 위임함으로써 민주적 책임을 회피하려는 점 ③goal statutes만으로부터는 행동의 허용범위가 명확히 될 수 없으므로 法の 自由保障機能이 저해된다는 점 등이다. 그리고 이들 세가지 점을 방지하는 것은 확실히 종래 전개되어온 위임법리가 목적으로 하여온 것과 일치하는 것이다. 따라서 goal statutes는 위헌적인 立法權委任이 된다. 그러나 항상 goal statutes가 허용되지 않는 것은 아니다. 우선 ①憲法이 대통령에게 수권한 집행권의 대상사항에 관하여 의회가 goal statutes에 의하여 대통령에 대해 광범한 재량권을 부여하는 것이 있으나 그것은 입법권위임이 아니다. 집행권 특히 軍事權限이나 外交權限은 헌법이 의회에 부여한 입법권이 아니라 대통령에게 부여한 전권이다. 이 경우 의회가 goal statutes를 정하는 것은 위임이 아니라 정당성의 확인인 것이며, 이 정당성의 확인은 의회에 의한 조약의 승인과 마찬가지로 집행권의 남용에 대한 억제 의미의 지니는 立法行爲로서 집행권의 행사·찬탈이 아니다. ②집행부에 의한 公有財産을 관리하는 광범한 재량권을 부여하는 입법은 실질적 의미의 입법권의 위임으로 하지않고 goal statutes로 처리할 수 있다. 그 이유는 公有財産의 관리권은 헌법에 의하여 입법부에 귀속되어 있는 것으로서 입법권이 아니다. 이상과 같은 방향으로 위임법리를 재구성하고

立法權委任에 대한 헌법소송단계에서의 통제를 강화하여야 할 것이나 그에 대해서는 몇가지 비판이 있다. 우선 委任法理의 강화는 입법권의 위임을 곤란하게 하며 결과적으로 국가기능을 저하시킨다고 한다. 그러나 위에 제시한 법리는 과세권이나 통상규제권등의 의회권한의 행사에서는 rule statutes의 제정을 요구하나, 공유재산관리와 집행권의 문제영역에서 goal statutes의 제정을 인정하고 있다. 다음에 委任法理를 엄격히 적용한다면 행정기관에의 위임은 감소하나 거꾸로 議會內委員會에의 위임이 진행되어 위원회시스템이 증대한다. 그러나 의회내위원회에의 위임이라면 의회에 부과된 정책형성에 대한 민주적 책임은 여전히 확보되고 있으며, 또한 의회내기관이라면 공개성도 확보되고 있다. 나아가 위원회시스템의 증가를 도모하지 않고 전문가집단인 行政機關에게 입법제안을 하거나 법안의 기초를 시키는 법제를 만드는 것도 고려된다<sup>52)</sup>라고 한다. 요컨대 그는 의회의 민주적 책임을 확보하는 것이 중요하다고 역설한다.

둘째, 委任立法에 대한 헌법론적 통제를 완화하려는 입장이다. 이 입장은 의회를 적대시하는 것이 아니라 오히려 행정과정을 적극적으로 평가한 다음 政策形成過程의 多元化와 그 과정에 부여된 재량권의 행정적 통제를 모색한다. 즉, R.Stewart에 의하면 종래의 위임법리의 핵심은 결국 중요한 정책을 형성하는 권한은 委任할 수 없다라는 것에 그쳤으나, 이것에는 헌법소송상 유력한 합헌성판정기준이라 할 수 없다고 하면서, 무엇이 중요한 정책인가를 판단하는 것은 代議制의 과정에 의하여야 할 것이므로 委任法理의 강화는 민주제를 파괴한다고 한다. 또한 위임법리의 강화는 의회에 법률의 제정 그 자체를 공허하게 하며 의회내기관(위원회 등)에의 입법권위임을 초래한다고 보고, 나아가 위임법리의 강화는 規範의 一元集中化(centralized directives)를 도모하려는 것이나, 그것은 결국 정책형성의 기능부실과 무책임을 귀결한다고 주장한다. 그리하여 그는 위임문제는 司法過程이 아니라 政治過程에서 해결하여야 할 것이라고 하며, 이를 위하여 이른바 再構成戰略(reconstitutive strategies)을 제창한다. 즉, 그것은 ①미리 특정의 행위를 금지 또는 명령하는 법(prescriptive law)과 기관을 창설하고 그들에게 광범한 裁量을 부여하고 구체적인 정책형성의 단계에서 담당기관의 이해와 가치관을 정책에 반영시키는 것을 인정하는 법(constitutive law)이라는 두가지의 법유형을 전제로 한다. ②그리고 再構成

52) Davis Schoenbrod, *The Delegation Doctrine : Could the Court Give It Substance?*, 83 Michigan Law Review 1247~1254(1985).

戰略은 constitutive law를 활용하여, 정책형성권한을 행정기관, 자치단체 및 私的 經濟團體에 분산시켜 그로써 정책형성구조를 쇄신한다. ③이러한 재구성전략은 規範의 일원집중을 배제하여 사회의 다양성에 부응한다. 그리고 의회와 대통령을 기본적인 國家目標의 설정과 구체적인 政策形成의 임무에 해당하는 기관의 선택에 전념시킴으로써 결과적으로 의회와 대통령에 기대되고 있는 민주적 책임이 고양된다. ④이 점 委任法理는 prescriptive law에 의한 정책형성을 강화하는 것으로서 타당하지 않다. prescriptive law는 인종차별이나 항공노선의 안전등과 같이 사회에 多樣性을 고려할 수 없는 분야에 한하여야 할 것이다. 결국 위임문제는 헌법론으로는 해결할 수 없으며, 행정법론이 넓은 시야에서 해결책임을 부담하여야 할 것이다라고 주장하고 있다.<sup>53)</sup>

생각컨대, 이러한 委任立法에 관한 법리논쟁은 ①가장 추상적으로는 정책의 선택이 민의에 커다란 책임을 지고 있는 의회에 의하여 행하여 질 것을 확보하는 기능, ②피위임권한의 행사방법에 관하여 명료한 원칙을 受任機關에 대하여 제공하는 기능, ③피위임권한의 행사의 合法性을 심사하는 법원에 심사기준을 제공하는 기능을 거둔다. 그러나 이러한 논쟁의 기초에는 단순한 헌법소송론적 관심을 넘어 統治構造의 기본에 관련한 견해의 대립이 존재함을 인식할 수 있다. 強化論은 선거를 통한 책임추구를 중시하고 따라서 선거라는 유대에서 국민에게 직결된 의회야말로 정책형성의 중심이 되어야 할 것이라는 민주주의관에 입각하고 있다. 또한 그렇게 생각하는 것이야말로 전통적·본래적·원칙적인 것이라고 하고, 의회의 민주적 책임과 정책형성과정에 있어서 그 중심적 역할을 확보하기 위해서는 委任法理의 強化가 필요하다고 한다. 그러나 緩和論은 선거를 유일한 책임추구수단으로 보지 않고 행정과정에서의 국민의 참가, 행정입법에 대한 의회통제강화, 행정재량에 대한 사법통제의 확충 등 통치구조의 전체구조가 낳는 民主的 責任을 강조하고 이 관점에서 議會에 정책형성을 독점시키지 않고 대통령이나 행정기관을 포함한 정치과정전반에 정책형성권한을 분산시켜야 할 것이라는 민주주의관에 입각하고 있다. 또한 그렇게 생각하는 것이야말로 현대적·실천적·기능적인 것이라고 하여, 위임법리를 완화·철폐하여 정책형성과정 특히 行政過程에 대한 법적 통제를 모색하는 방향으로 논의를 전환하려는 것이다.

53) Richard Stewart, *Beyond Delegation Doctrine*, 36 American University Law Review 324~343(1987).

물론 어느 입장도 완전한 것이 아니라 상호 다양한 차원에서 비판을 받고 있는 상황이 있다. 統治의 기본구조에 관한 차원에서의 비판의 예를 들면 強化論者의 고전적·형식주의적 민주주의관은 정책형성권한을 독점한 議會가 과연 고도의 현대적 정치수요에 기민하게 부응할 수 있는가 또는 議會와 마찬가지로 선거에 의하여 책임추궁을 받는 大統領의 존재를 어떻게 이해할 것인가라는 점이 있으며, 다른 한편 현대적·기능주의적 민주주의관에 대해서는 정책형성의 권한과 책임이 통치과정에 분산화됨으로써 법적 통제가 곤란하게 되고 사회적 강자가 발호하게 되지 않는가라는 비판이 있다. 결국 기본적으로는 統治過程에 있어서 責任과 權限을 단일기관에 담당시킬 것이 아니라 양자를 분산시키는 방향으로 고려하여야 한다. 즉, 정치과정을 立法과 行政으로 확연하게 준별하는 것이 아니라 일련의 정책형성과정으로 보고, 그 위에 우선 정책형성권한의 多元化를 도모하는 것이다. 현대와 같이 國家權力이 취급하는 사항이 다양화·복잡화하고 있는 상황에서는 대상사항의 다양화·복잡화에 대응하여 권한의 내용도 비대화·상대화되지 않을 수 없다. 또한 權利意識이 고양된 상황에서는 국민의 누구도 다양화·복잡화한 이해를 가능한 한 개별적으로 정책에 반영할 것이 요구된다. 따라서 政策形成權限을 분산하고 정책형성과정을 다원화하는 것은 각국가기관의 부담을 경감하며 동시에 담당권한에 대한 專門性과 숙련도를 높이고 또한 국민이 정책형성에 관여할 수 있는 창구도 증대하며 결과적으로 질적으로 수준높은 정치가 이루어진다. 그러나 그러한 多元化가 통치과정에 있어서 형식성의 붕괴나 이익집단 자유주의의 횡행을 초래하지 않기 위해서는 政策形成權限에 수반한 책임을 議會에 집중시켜 민주적 통치를 강화하여야 할 것이다. 그를 위해서는 주권자·국민의 직접 대표기관인 의회에 의한 정책형성기관에 대한 직접·간접 또는 사전·사후의 統制手段을 정비하고 확충할 필요가 있다. 이러한 관점에서 입법권위임의 문제를 고려하여 본다면 우선 權限의 분산화·정책형성과정의 다원화로부터는 立法權委任을 구사하여 그것을 행하도록 한다. 그리고 그 결과 광범한 裁量을 가지게 되는 행정과정에 대해서는 국민의 참가나 공개성, 절차적 공정성이 강하게 요구되도록 한다. 다음에 責任의 일원화로부터는 우선 광범한 위임이 인정되는 경우라도 白紙委任등은 인정되지 않으며, 의회에 최저한의 민주적 책임을 확보시키기 위하여 위임법리를 존속할 필요와 실익은 있다. 그리고 정당한 위임의 결과 발생된 行政裁量에 대해서도 의회가 민주적 통제을 도모함으로써 스스로의 민주적 책임을 보완하여야 할 것



으로 본다.

委任은 각종의 법영역에서 행해지고 있는 현상이다. 그러나 헌법문제로서의 중요성은 국가기능의 변화에 대응하고 그것을 벗어나고서는 고려될 수 없다. 다수의 논자가委任의 불가피성을 설명하는 것은 그 단적인 사례이다. 즉, 현실의 필요성이라는 강한 요구는 누구라도 이를 부정할 수는 없을 것이다. 따라서 중요한 것은 이 강한 요구가 법적으로 볼 때 어떠한 문제를 야기하는가에 있다.

첫째, 個人的 權利保障이라는 점이 중요하며, 이는 이론을 요하지 않는다. 고전적 법치주의를 낳게한 사회적·경제적 기반의 변화는 한편으로 새로운 다양한 행정수요를 낳게함과 아울러 다른 한편으로는 새로운 인권의 보장을 요구한다. 이 의미에서 인권보장은 현대형 법치주의의 배경에서 이를 규정하는 중요한 요소이다. 그러나委任이라는 매체가 없더라도 즉, 행정입법이 아니라 법률에 의한 인권침해의 경우도 또한 그것에 못지않게 중요하다. 인권보장은 단지 위임입법만의 고유한 문제가 아닌 것이다.

둘째, 현실의 필요성이 헌법규범의 구속도 흔들만큼 강력한 원심력을 가지고 작용한다면 規範과 現實의 괴리는 결정적인 것이 될 것이다. 그러한 사태에 이른다면 결국 법치주의는 존재할 수 없다. 따라서 그러한 현실에 대하여 여하히 헌법규범적 구속을 회복하는가가 기본적 시점이 되지 않을 수 없다. 즉, 憲法 規範은 무엇보다도 정치를 행하는 자에게 향해지는 것이다. 이와 같이 위정자에게 행해진 헌법규범의 무시를 방지하고 헌법규범가운데 새로운 의미를 발굴하는 작업이야말로 우리에게 부과된 현대적 법치주의의 창조적 임무라고 하지 않을 수 없다. 따라서委任立法의 필요성의 요구가 야기하는 문제는 헌법규범과의 긴장관계에 있음이 명확하다는 문제를 올바르게 파악할 경우 해답은 이미 그 가운데에 있다. 그것은 基本的 政策은 의회에서 책정되어야 한다는 것이다. 헌법상 입법권은 국회에 속한다라는 규정이 의미하는 것은 議會야말로 정책결정자임을 제시하는 것이다. 정책결정기능라는 점에서 보면 집행부도 사법부도 정책결정기능이 있음은 부정할 수 없다. 특히 大統領의 정책결정기능은 입법에 대한 주도권, 거부권, 군사에 관한 권한등 매우 강력하다. 그러나 이러한 대통령의 주도권도 의회에서 심의되어 적극적인 承認을 얻을 것이 요건으로 되어 있으므로 의회가 정책결정에 있어서 필수적으로 주요한 당사자임을 부정할 수는 없다. 오히려 議會야말로 국가통치상 다른 기관보다 광범한 권한을 부여받으며 다

큰 기관의 결정을 통제하는 기본적인 價値選擇(basic value choices)을 할 임무를 담당하고 있다고 이해된다. 그 이유는 정책의 선택은 가치의 선택을 내포하는 것이기 때문이다. 즉, 價値의 選擇은 민주적으로 결정되어야 할 사항이며, 그것은 의회가 좀 더 상응한 기관이라고 하지 않을 수 없다. 議會는 국민의 다양한 가치관을 민감하게 반영하는 장이며, 토론과 설득을 통하여 하나의 정치과정으로서 결단이 내려지는 場이다.<sup>54)</sup> 그리하여 입법과정은 정치과정과 접촉함으로써 법률과 정치의 정당성이 확보되는 것이다. 따라서 行政에 의한 立法의 필요성이 여하히 강력하더라도 필요성으로부터 正當性을 직접 도출할 수는 없다. 현실의 필요성은 법시스템의 회로를 통하여 비로소 정당성을 획득할 수 있다. 그것이 국민에 의한 정치의 요점인 것이다. 위임입법의 문제는 이러한 시점에서 기초지워져야 할 것이다.

셋째, 헌법이 의회에 부여한 권한에는 기능적으로 볼 경우 세가지 측면이 있다. ①國民에 대한 관계에서의 책임이다. 의회의 권력은 국민으로부터 위임된 것이므로 국민에 대하여 그 책임을 진다. 그러나 현실에는 의원들은 입법에 전념하기 보다는 오히려 선거민의 시녀(errand boy)로서의 임무에 시간을 할애하고 있으며 그들의 관심도 입법이라는 모습이 아니라 오히려 관료(executive and administrative officials)의 결정을 讀直(second guessing)함으로써 표현되고 있다.<sup>55)</sup> 그러나 관료는 임명과 관련되므로 국민으로부터 선출된 자가 아니다. 따라서 관료는 법을 만드는 것은 사안이 아니며 국민은 스스로의 대표가 만든 法에 따라야 하는 것이다. 환언하면 의회는 국민의 대표자로서의 기본적인 정책의 결정을 하여야 하며, 그 제1차적 책임은 국민에 대하여 지는 것이다. 의회의 책임은 의회구성원의 정치적 책임으로서 선거를 통하여 심사된다. ②行政에 대한 책임이다. 행정의 기본적인 임무는 법의 집행이다. 행정관료는 법의 집행에 관하여 책임을 지나 의회는 그 책임의 기초를 제공하여야 한다. 그러한 의미에서 선출된 국민의 대표자들이 행정관료의 행동을 기술적으로 가능한 한 그리고 최대한 상세히 결정하여야 할 것이다. 행정학에서는 행정책임의 분야는 중요한 학문적 논점이나 법학은 의회의 책임에 관하여 거의 관심

54) J.H.Ely는 立法의 委任의 가장 기본적인 문제는 의회가 "정치적으로 논의있는 결정(politically controversial decisions)을 하지 않는다"라는 점에 있다고 지적한다. John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press 1980, p.134.

55) Ders., *ibid.*, p.131.

을 할애하지 않고 있다. 앞으로 이 방향의 본격적인 연구가 필요하다. ③法院과의 관계에서도 의회는 그 책임을 거두어야 한다. 법원은 의회가 헌법상의 책임을 국민에 대하여도 또한 행정입법에 대하여도 거두었는가를 심사할 수 있으며 심사하여야 한다. 이를 위해서는 의회는 무엇이 기본적인 정책이며 무엇이 행정에 위임되는 것인가를 명확히 제시할 필요가 있다. 이와 같이 의회의 권한은 시점을 돌린다면 국민, 행정, 법원에 대한 책임을 의미한다. 이 책임은 어떻게 하면 다할 수 있는가. 우선 정부의 개입이전에 의회는 컨센서스를 얻어 토론하고 결정하지 않으면 안된다. 그러나 그것만으로 끝나는 것은 아니다. 의회가 국민, 행정, 법원에 대하여 그 책임을 거두기 위해서는 위임사항이 명확하여야 한다. 그 이유는 행정에 의한 입법은 그것이 의회에서 통제되고 책임을 질 수 있는 것이어야 하기 때문이다.

넷째, 위임사항을 명확한 것으로 하기 위해서는 授權法에 명확한 기준이 상정될 필요가 있다. 위임입법금지이론의 핵심은 국가통치의 기본적 정책은 의회가 결정하여야 할 것이라는 점에 있으며 행정의 필요성이 여하히 강조되더라도 이 원칙을 붕괴하는 것은 민주제의 붕괴로 이어진다고 보는데 있다. 다만 이러한 明確性의 요청은 행정권의 비대화를 특징으로하는 현대국가현상에서 민주주의를 실질적으로 하기 위한 하나의 해답이어야 한다. 따라서 명확성의 요청의 사상성에 중요성이 있다고 생각한다. 그런데 행정권의 비대화는 행정수요의 다양화에 대응하는 현상이다. 나아가 사회의 진보는 급격하며 제도가 그것을 따라가지 못하기 때문에 고전적 법치주의의 범주에 균열을 낳게하고 있다. 行政需要의 다양화에 상응하여 행정영역도 다양화되고 있으며, 행정입법도 당연히 다양한 영역에서 전개되고 있다. 따라서 명확성의 요청이 현대행정법에 근거하여 성장하기 위해서는 各 行政領域마다 그 구체적 내용을 풍부히 할 필요가 있다. ①의회가 입법권을 위임하는 경우에는 명확한 기준을 설정하여야 하며, 그 기준은 행정기관이 행동하는 경우 합리적이고 명확한 기준으로서 기능할 수 있을 것을 요한다. ②基準의 設定에 즈음하여 기본적인 가치선택은 의회가 하여야 한다. 행정기관에게 허용된 정책형성활동은 파생적이고 비본질적인(interstitial and minor)인 것에 한한다.<sup>56)</sup> ③위의 목적을 달성하기 위하여 입법에 즈음하여서

56) 議會와 行政府의 역할분담에 관하여 사실은 법제도상으로도 개혁을 요하는 다수의 문제가 있다. 의회의 정책입안능력을 위한 制度改革뿐 아니라 행정기관이 수집한 정보의 이용외에 양자의 관계전반에 걸쳐 본격적인 연구가 필요하다. 또한 의회와 행정부의 政策選擇에 관하여 본질적, 비본질적, 기본적 파생적이라는 용어에서도 실제상 양자의 경

는 행정기관에게 위임되는 사항에 관하여 그 고려할 요소를 구체적으로 기술하는 것이 바람직하다. 이 점은 입법기술의 발달에 기대하는 점이 크다. ④의회가 명확한 기준을 허용하지 않고 행정기관이 기본적인 가치선택을 행정입법에 의하여 행한 경우에는 위임입법금지의 원칙에 반하며 위헌이 된다.

## II. 委任立法의 定立에 즈음한 合理的 審査基準의 設定

행정기관에 대한 立法權委任의 문제는 적극국가현상 내지 행정국가현상에 직면하고 있는 각국에 있어서 공통하는 과제이다. 또한 그것은 양적 확대와 질적 고도화의 양측면을 수반하는 정치수요의 현대적 변용에 대한 制度的 對應과 권력분립과 민주주의라는 統治原理와의 調整이라는 작업을 요하는 어려운 문제이다. 이러한 어려운 문제에 대한 하나의 해답으로서 우리의 法院이나 헌법재판소가 이 문제영역에서 구축하여 온 합헌성판정기준을 개관하여 보면 전반적으로 抽象的 委任은 위헌이며 具體的 委任은 합헌이라는 정도의 구조밖에 없다. 물론 입법권위임의 현실적 필요성과 권력분립·민주주의라는 통치원칙과의 조정을 도모하지 않으면 안되는 이 어려운 문제의 해결을 憲法訴訟에서 사용되는 합헌성판정기준만으로 맡기는 것은 무리가 있다. 즉, 입법권위임을 진정으로 헌법적합적인 것으로 하기 위해서는, 합헌이 되기 위한 최저조건을 충족하고 있을 뿐 아니라 헌법정책상 보다 바람직한 것으로 하기 위해서는 단순히 委任法律의 수권규정의 구체성·개별성뿐 아니라 受任行政機關의 종류·성질이 어떠한 것인가, 행정절차의 정비를 필두로 하는 민주적 통제수단이 어떻게 구축되어 있는가, 委任事項이 정부에게 본래적으로 재량이 넓은 사항인가의 여부 등 종합적인 고찰이 필요하다. 그러나 이러한 종합적·체계적 연구를 위해서는 그 전제작업으로서 입법부가 행하는 立法權委任 그 자체에 대한 합헌성판정기준 및 행정기관이 위임입법의 제정시에 유의하여야 할 기준을 명확히 마련해둘 필요가 있다. 환언하면 立法權委任에 대한 최저한의 헌법적 요청을 우선 명확히 할 수 있는 위임입법의 정립에 즈음한 Checklist를 마련하는 작업이 긴요하다. 이러한 Checklist의 마련은 입법실무상 위임입법의 정립시 또는 정립된 위임입법에 대한 사후평가시에 적절하게 활용될 수 있으며, 합리적이고 과학적

---

계선에 애매한 점이 남아있다. 그러나 이러한 애매성은 다소 개념분석에는 부가되는 것이다. 따라서 문제의 해결을 위해서는 한편으로 制度改革등을 추진함과 아울러 다른 한편으로는 개별 사안별로 치밀한 분석을 하고 타당한 관행을 만드는 방법외에 없다.

인 위임입법의 정립에 이바지할 수 있는 제도적 장치라고 할 수 있다. 이미 입법학문이 어느 정도의 수준에 도달하고 있는 선진외국에서는 이러한 제도를 일찍부터 정착시켜, 법률 뿐아니라 하위규범인 명령의 제정시에 실무적으로 널리 활용하고 있으며<sup>57)</sup> 우리의 경우에도 이러한 제도적 장치를 실무에서 널리 적용할 필요성이 있다. 그러나 문제는 합리적이고 과학적인 위임입법의 정립을 위한 구체적인 Checkliste를 어떻게 마련하는가에 있다.

이 작업을 위해서는 우선적으로 어떠한 정책사안에 관한 법적인 實行을 위하여 규율영역을 구체적으로 세분화하고 전문화하는 단계를 고려하여야 한다. 즉 그것은 법적으로 규율하여야 할 사항과 규율할 필요가 없는 사항을 구별하는 한편 나아가 規律必要性이 있는 사항에 대하여는 법규범의 단계구조에 따른 규율의 강도(법률로써 규율하여야 할 것인가 아니면 명령으로 규율하여야 할 것인가)를 어떻게 확정할 것인가라는 점이다. 올바른 관점에서의 규율단계의 確定 내지 選擇은 입법자가 法素材를 조정하는데 있어서 어느 정도로 완전하고 정밀하게 또한 세련된 規律를 위하여 어느 정도의 역량을 발휘할 것인가에 달려있다. 이것은 다양하게 구별되고 있는 규율사항을 어떻게 각 사항내용의 特殊性에 상응하여 개별화할 것인가라는 점이다. 즉, 어느 입법기관에게 法定立行爲를 유보할 것이며, 규율영역에 대하여 어느 정도의 범위에서 법정립위를 인정할 것인가를 결정하는 것이다. 그리고 事案에 따라 어느 정도 포괄적인 규율을 할 필요성이 있는 부분을 우선적으로 정하는 작업이라 할 수 있다.

구체적으로 말하자면, ①처음부터 엄격하거나 상세하고 평면적인 구조로 규율하는 것은 止揚하여야 한다. ②중요한 내용, 어떤 사안을 자주 위반할 가능성이 많은 부분 등은 가능한 한 簡潔하고 明確하게 규율하여야 한다. ③구성요건요소에 대한 불확실한 나열이 필요한 경우에는 이를 차단할 것이 아니라, 규율에 적합한 경우에는 一般條項을 사용하는 것도 바람직하다고 볼 수 있다. ④모든 규율내용이 간결하고 명확하게 정리되어 통용될 것을 요구하는 것은 무리이며, 실제로 法定立機關의 추상화의 수준은 法官의 解釋으로 추상적인 내용이 어느 정도 명확하게 제시될 수 있을 정도라면 이를 인정하여야 한다. ⑤때로는 個別的·具體的 事實을 적절하게 결정하거나 사실관계가 조정이 불가능할 정도로 다양한 내용을 포함하는 경우 또는 내용의 변경을 확정하는데 어떤

57) 이와 관련한 자세한 것은 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.

권위있는 價値評價를 특별히 고려하여야 하는 경우 등에는 의식적으로 결합있는 규율을 할 필요성도 있다. ⑥行政의 執行密度는 규율내용을 충족시킬 수 있도록 전문적인 수법을 동원하여 감독하고 통제하는 한편 규율내용의 불이행에 대한 制裁手段의 선택에 있어서도 시민이 규율내용을 준수할 수 있을 정도로 적절한 것이어야 한다. ⑦규율내용을 집행하는 행정기관도 規律內容의 진행경과와 처리를 위한 내부활동에 있어서 주도권을 가지고 활동할 수 있도록 집중화하여야 한다. ⑧規律의 內容을 실행하기에 부적합한 부서에서 규율내용이 집행된다면 그것은 결국 市民에게 부담을 가중하는 것이고 시간낭비밖에 되지 않는다. ⑧아울러 목표설정, 통합, 자원의 이용, 환경친화성 등을 위해서는 規律內容의 실행에 있어서 비공식적인 행정작용의 수법을 적절하게 채용하는 것도 바람직하다. 경우에 따라서는 특히 이러한 非公式的인 行政作用의 채용은 법적 합성, 평등한 취급, 법적 안정성, 사회적 약자의 보호와 민주적인 참여권의 담보의 측면에서 합리적으로 기능하게 된다. 결국 규율의 밀도를 측정하는데 있어서는 法律目標指向的 側面(충분한 집행성, 규율의 명확성과 확정성), 適用指向的 側面(규율목적에 적합한 사안적합성과 신축성있는 운용가능성), 關聯性指向的 側面(관련사항의 동등성, 다른 분야의 입장고려가능성과 이해가능성) 등의 관점을 내부적으로 충분히 인식하여 최적의 規律密度가 되도록 하여야 한다.

그리고 법정립권한의 위임에 있어서는 ①현상의 세분화필요의 적합성과 인식가능성, ②빈번한 개정, ③전문적인 세부규율의 필요성, ④기본법률의 규율구조에 대한 고차의 존속보장성, ⑤신뢰할 수 있을 정도의 법률목표명확성, ⑥단순한 규범적 법평등이 아닌 실제상의 전제로서 바람직한 동등한 규율결과의 보장, ⑦기본법률의 효력전개의 관점에서 하위 명령에 위임할 긴급성과 개연성 등의 관점에서 검토하여야 한다.<sup>58)</sup> 이러한 기본적인 시각하에 위임입법을 정립하려는 경우에 유의하여야 할 사항을 살펴보면 다음과 같다.

- 규율의 필요성을 충분히 인식하고, 그것을 명확히 검토하였는가
- 규율하려는 내용에 대하여 상위법령에서의 근거가 존재하고 있는가
- 규율하려는 대상이 법률유보 내지 의회유보의 관점에서 법률로써 규율하여야 하는 것이 아닌가

58) W.Hugger, a.a.O., S. pp.275~276.

- 규율하려는 내용이 헌법의 명문규정 또는 기본원리 내지 기본질서에 위배되지 않는가
- 규율하려는 내용이 상위법령이 달성하려는 목표 내지 목적과 일치하고 있는가
- 다른 상위 또는 동등한 법령의 목표 내지 목적과 충돌하지 않는가
- 내용적 관점에서 하위법령에 위임하는 것에 대하여 반대하는 의견이 존재하는가
- 명령에서 규율하려는 내용의 종류, 범위 및 정도가 시민에게 부담을 주지 않는가
- 표현방식 등이 명확하며, 법적용자와 일반인에게 이해가능하게 작성되었는가
- 상위법령과의 체계정당성의 관점에서 충분히 배열되고 정리되어 있는가
- 규율이 상호모순없이 구성되고, 내용적으로 상호 밀접한 사안이 집중적으로 배열되고 있는가
- 규율하려는 내용에 대하여 관련 이익단체나 대표, 전문가등으로부터의 의견제시가 있었는가
- 규율내용의 시행에 있어서 적절한 행정상의 조치가 마련되어 있는가
- 규율내용의 시행상 문제점이 제기될 수 있는 상황을 고려하였는가
- 가능한 한 법률→시행령→시행규칙이라는 편제원칙을 준수하였는가
- 규율하려는 내용이 법정립경제성의 관점에서 효율성을 도모할 수 있는가
- 재위임의 권한이 시의적절하고 필요한 범위에서 사용되고 있는가
- 상위법령에서 사용하고 있는 개념, 용어정의와 통일적으로 사용하고 있는가
- 규율내용의 시행에 있어서 관할관청이 명확하며, 시행에 필요한 조직 및 인원은 준비되었는가
- 규율단계에서 다른 부처와의 협력 내지 협조, 의견조정 필요성이 모색되었는가
- 규율의 시행에 있어서 불가결하고 유효한 수단을 확보하였는가
- 규율을 통하여 낭비적인 요소가 초래되거나 현저한 비용상승을 가져올 가능성이 없는가
- 시행을 위한 기간을 충분히 고려하였으며, 집행기관을 효력발생시까지 준비할 수 있는가

### Ⅲ. 委任立法에 대한 行政府自體의 統制節次의 整備

행정기능의 비약적인 확대·강화로 인하여 國會에서 제정되는 법률의 숫자를 훨씬 능가할 정도로 다수의 行政立法이 제정되고 있다. 따라서 오늘날의 국가에서는 행정입법을 보지 않고서 행정활동의 실태를 파악할 수 없게 되었다. 극단적으로 말한다면 법률을 참조하지 않더라도 行政立法을 참조하면 현실의 행정활동의 모습을 볼 수 있을 정도라고 할 수 있다. 실제로 법률만을 참조하는 것으로는 현실의 行政活動이 어떻게 되어 있는가를 분명히 알 수 없게 되는 경우가 많다. 특히 法規命令뿐 아니라 훈령·예규, 나아가서는 심사기준이나 처분기준, 지침 등을 참조하지 않고서는 행정기관이 개별 구체적인 事案에 어떻게 활동하고 어떠한 결정을 내리는가를 정확히 예측하기 어렵다. 확실히 行政立法은 다양한 행정의 활동에서 결정적으로 중요한 역할을 거두고 있으나, 다른 한편으로 행정입법 가운데에는 法律의 수권없이 제정되거나 수권의 범위를 일탈하는 등 민주적 정당성이 없음에도 불구하고 행정활동의 내용을 사실상 좌우하는 事例가 다수 존재한다. 이와 같은 법적 문제를 내포하고 있는 행정입법을 議會나 法院이 유효하게 통제하는 데에는 한계가 있다. 특히 행정입법은 통상 전문기술적사항, 시의에 적절하게 대처하여야 할 사항등에 관한 것이 많으므로 이를 議會가 전문적인 식견으로 판단할 수 없는 경우가 있다. 따라서 행정기관의 전문성·중립성에 기대하여 行政機關에게 수권한 것이나, 수권에 즈음하여 수권의 목적이나 범위를 구체적으로 특정하거나 또는 이에 관한 세부적 기준을 설정하는 것은 일반적이 아니다. 白紙委任은 허용되지 않지만 막연한 내용의 수권이 행해지고 있는 것이 현실이다. 법원에 의한 행정입법의 실체적 통제에도 한계가 있다. 원래 行政立法을 직접대상으로 하여 항고소송을 제기하는 것은 기본적으로 인정되지 않는다. 행정처분에 상응하여 행정입법을 다룰 수 있을 따름이나, 訴訟費用이나 時間의 제약상 재판에 의한 사례는 그다지 많지 않다. 그리고 설사 법원이 행정입법의 내용심사를 행하였다 하더라도 법원에게 큰 기대를 할 수 없을 것이다. 그 이유는 행정입법의 根據規範이나 규제규범이 행정입법을 심사하기 위한 명확하고 구체적인 기준을 제공하지 못하고 있기 때문이다. 행정입법의 근거규범은 구체적 기준을 설정하지 않은 채 포괄적으로 수권하고 있는 경우가 많고 아울러 그것이 白紙委任으로서 위헌으로 판



단되는 경우는 희박하다. 또한 행정입법에 대한 규제규범도 그다지 많지 않다. 法院은 행정입법이 원용한 정책적 판단·재량적 판단의 당부에 관하여 판단할 수 없다. 법원의 심사는 법률문제에 한정된다. 이와 같이 실제로는 의회나 법원이 행정입법을 유효하게 통제하는데에는 성공하지 못하고 있으나, 행정입법을 어떠한 형태로 통제할 필요가 있음은 부정할 수 없다. 법원에 의한 실제적인 통제가 어렵다면 이를 절차적으로 통제하는 방법이 고려되며 이것이 바로 행정입법절차의 마련인 것이다.

이와 관련하여 우리나라에서도 현행 行政節次法이 제정되기전부터 활발하게 논의되었고, 1987년 7월에 발표된 행정절차법(안)에서도 이미 1983년부터 대통령령인 “법령안입법예고에관한규정”에 명시되어 시행되고 있었던 立法豫告制의 기본구조를 토대로 행정입법의 예고절차를 규정하고 있었으며<sup>59)</sup>, 현행 行政節次法에서는 제41조이하에서 이를 부분적으로 도입하고 있다. 아울러 행정절차법에 규정된 입법예고절차를 구체화하기 위하여 현재 대통령령으로서 “법제업무운영규정”이 마련되어 있다. 현재의 입법예고제는 豫告와 意見提出의 기회부여만을 규정하는데 그친 최소한의 절차에 머무르고 있으며, 입법예고절차와 관련된 국민의 법적 지위, 즉 입법예고청구권, 교시청구권, 법령전문게재요구권 등이 인정되고 있지 않아 국민의 절차적 참가권이 충분히 보장되고 있지 않다는 비판도 있으나<sup>60)</sup>, 현재의 입법예고절차는 입법에 있어서 행정기관에게 다양한 정보와 가치관을 표명하여 行政判斷의 적정을 기하도록 하는데 있으므로 간접민주제를 대체하는 제도가 아니라 간접민주제를 보강하는 제도라고 인식하고 있다.<sup>61)</sup> 그러나 입법예고를 통하여 정책결정자가 미처 파악하지 못했던 정보를 입수할 수 있고 입법으로 받게될 국민들의 불만을 생생히 전달받을 수 있기 때문에 입법예고의 가치를 과소평가할 수는 없을 것이다.

현대의 행정입법의 제정에 있어서 일반국민의 參加를 인정하는 의의는 아무리 강조해도 지나치지 않다. 행정입법제정에 있어서 國民參加에는 다양한 순기능이 존재한다.<sup>62)</sup> 우선 참가에 의하여 행정기관은 보다 완전한 정보·의견을

59) 이와 관련한 자세한 내용은 李相敦, 行政立法節次, 金伊烈 外(共著), 行政節次의 研究, 중앙대법학연구소 1987, 124면이하 참조.

60) 趙泰濟, 獨逸에서의 行政立法節次에 관한 論議, 現代行政法學理論(佑齋 李鳴九博士華甲紀念), 1996, 148面.

61) 法制處, 法制處五十年史, 1998, 337面.

62) A. Bonfield는 參加節次의 장점으로 ①보다 완전한 정보·의견의 수집 ②미대표이

수집할 수 있으며, 결과적으로 보다 적정하고 良質의 행정입법을 제정하는 것을 기대할 수 있다. 다음에 통상 행정과정상 나타나지 않은 利益 또는 행정기관이 간과하기 쉬운 소수자의 이익 내지 미조직의 利益에 행정기관이 주의하는 효과도 기대할 수 있다. 또한 事前에 관계자의 의견을 청취하여 이를 토대로 행정입법을 제정하게 되면 관계자의 요구나 의향이 어느 정도 반영된 행정입법이 제정되어 이 行政立法의 실시에 즈음하여 관계자의 저항을 줄일 수 있다. 즉, 국민참가가 행정입법의 집행을 용이하게 한다는 효과를 가진다. 아울러 이해관계인의 의견을 청취하는 參加節次는 당해이해관계자의 이익을 보호하는 효과도 거둘 수 있다. 이해관계자에게 의견을 진술하는 기회가 있다면 이해관계자가 의견을 제출하고, 그것을 참작한 행정입법이 제정될 수도 있는 것이다. 이것은 參加節次가 이해관계자의 이익보호에 이바지하는 것이다. 그리고 참가절차는 행정입법에 일종의 민주적 정당성을 부여하는 중요한 역할을 거둔다. 참가절차를 거쳐 제정된 행정입법은 住民, 기업, 전문가등 각층의 의견을 수렴하여 제정되는 것이므로 행정기관이 제정하나 民意를 반영한 것이 되는 것이다. 그렇다면 현재의 입법예고제를 중심으로하는 행정입법절차는 이러한 바람직한 의의와 기능을 가지는 것으로서 높이 평가할 수 있으며, 넓은 의미에서 行政立法過程의 공정성의 확보·투명성의 향상을 도모함과 동시에 적법한, 특히 수권법률의 측면에서 볼 때 적법한 행정입법이 제정될 것을 기대할 수 있다. 결국 내용적으로 적정한 결정을 내리기 위하여 공정한 절차가 필요한 것이다.

그러나 현재의 우리의 行政立法節次에는 적법한 행정입법의 정립에 필요한 장치가 약간 부족한 면이 있다. 첫째, 행정입법안의 공포에 즈음하여 命令制定의 法律上的 根據를 아울러 공포하도록 하는 제도가 그것이다. 행정입법제정의 법률상의 근거를 명시하도록 하게되면 근거로서 제시된 법규로부터 볼 때 당해 행정입법의 안이 정당화되는가, 특히 授權의 범위를 일탈하고 있지 않은가 등에 관하여 보다 신중한 검토가 행해지게 된다. 행정입법의 제정근거를 명시하는 것은 바꾸어 말하면 당해행정입법을 제정하는 權限이 있다는 이유제시에 불과하다. 그렇다면 통상 이유제시의 제도목적으로서 설명되고 있는 신중고려기능이 수권법률과의 관계에서 작용하게 된다. 또한 이의신청편의기능도 기대할

---

의의 고려 ③집행의 용이화 ④관계자의 이익보호 ⑤규칙의 민주적 정당화 ⑥요구에 부합하지 않은 규칙에 대한 견제 ⑦입법모델의 요건의 만족 ⑧정치적 감수성의 확보 등을 열거한다. Arthur E. Bonfield, *The Federal APA and State Administrative Law*, 72 Virginia Law Review 291(1986).

수 있다. 아울러 行政機關으로서의 법률상의 근거를 제시하는 것은 당해행정입법의 적법성을 담보하는 도구가 될 수 있으며, 문제의 행정입법안이 수권법규로부터 볼 때 정당화되고 있는가의 여부가 이해관계인이나 국민등도 확인하기 쉽다. 行政立法에 관한 법률상의 근거제시는 당해 행정입법의 법적 성질이나 종류에 관하여 행정기관이 어떻게 생각하고 있는가를 알 수 있다. 특히 관계자를 구속하는 法的 效力을 가지는 것임을 의도하여 행정기관이 제정하려는 것인가의 여부를 보다 용이하게 판단할 수 있다. 가령 행정입법의 성질 내지 효력이 재판에서 문제가 된 경우 당해행정입법의 법적 성격을 명확히 하는데 있어서 당해 행정입법의 법률상의 근거에 관한 설명은 중요한 지침이 될 것이다. 行政立法에 관하여 법률상의 근거가 제시되어 있다거나 또는 법률상의 근거가 불요하다고 설명되면 그것을 참고하여 법원은 당해 행정입법의 법적 성격을 판정할 수 있을 것이다. 그리고 公表와 관련하여 당해행정입법이 자기의 이익에 영향을 미치는가의 여부 및 영향을 미친다면 어떻게 어느 정도로 영향을 미치는가를 보다 정확하고 상세하게 파악하기 위하여 예고에 즈음하여 가급적 법령안의 전문을 게재하도록 하는 것이 바람직하다는 의견도 많다. 현행 행정절차법에서도 立法豫告는 법령안의 취지·주요내용 또는 전문을 게재하도록 규정하고 있으며(동법 제41조제1항), 특히 입법예고된 법령안의 전문에 대하여 열람 또는 복사요청이 있는 때에는 행정청은 특별한 사유가 없는 한 이에 응하도록 한 의무규정을 두고 있다(동법 제42조제3항). 行政立法이 다종다양하며 경우에 따라서는 방대한 분량의 조문구조를 가지는 것도 있기 때문에 이 경우 조문을 전부게재하기 보다는 오히려 요약된 조문만을 게재하거나 전체의 주요골자를 게재하는 것이 일반인이 이해하기 쉬운 경우가 많다. 또한 조문의 전체를 게재하는 경우 행정기관의 측에서 부담하는 費用도 무시할 수 없다. 따라서 조문안의 전문을 제시하는 것이 물론 가장 바람직하나 그 내용을 명확히 제시하는 것만을 게재하더라도 무방하다고 생각된다. 문제는 條文案의 全文을 게재하지 않는 경우에 일반인의 이해를 위하여 가능한 한 조문안의 내용을 상세하고 명확히 설명한 것을 게재할 필요가 있을 것이다. 이와 아울러 관련자료로서 행정규제기본법에 의한 規制分析이나 규제영향분석등의 결과 등을 첨부하는 방안도 적극 고려하여야 할 것이다. 이들 자료가 게재되면 수범자인 시민이나 사업자가 당해 행정입법안을 내용을 보다 쉽게 이해할 수 있을 것이다. 나아가 行政立法을 제정하려는 행정기관의 관심이 어디에 있는가를 보다 정확하게 알 수

있으므로 관계자는 의견서 가운데 보다 정확한 評價와 비판을 할 수 있게 될 것이다. 문제는 어떠한 규제분석을 어느 정도 상세히 요구할 것인가이나 이 점은 금후에 상세히 검토할 필요가 있다.

둘째, 立法豫告對象의 擴大問題이다. 현재의 입법예고대상 법령으로는 대통령령, 총리령, 부령 등에 한정하고 있으나 이를 확대하여 법규보충적 규칙, 재량준칙, 절차규칙 등 이른바 행정규칙도 입법예고대상에 포함시키는 것이 국민의 실질적 권리구제를 위하여 바람직하다는 입장도 있다.<sup>63)</sup> 반면 行政規則의 경우 국민의 권리·의무에 많은 영향을 미치고 있는 것은 사실이나 이러한 현실은 법치국가원리에 위배되는 현상이므로 국민의 자유와 권리에 영향을 미치는 행정규칙을 철저히 심사하여 필요성이 인정되는 것을 法規化하고, 그러하지 아니한 것은 과감히 폐지하는 것이 타당하다는 입장도 있다.<sup>64)</sup> 이미 살펴본 것처럼 미국의 聯邦行政節次法에서도 규칙안의 고지와 의견제출의 절차는 기본적으로 입법적 규칙(legislative rule)에 부과되고 있으며, 해석규칙에는 적용이 되지 않는다.<sup>65)</sup> 반면 최근 성립한 일본의 “規制의 設定 또는 改廢에 關한 意見提出節次(Public Comment)”에서는 동 절차를 거쳐 책정되는 의사표시로서 政令, 府令, 省令, 告示 등이며, 행정절차법상의 심사기준·처분기준·복수의 자를 대상으로하는 행정지도에 공통하여 내용이 될 수 있는 사항을 포함하는 등 법규명령 뿐 아니라 行政規則으로 분류되는 것까지 널리 대상에 포함하고 있다. 행정규칙에까지 그 대상에 포함시켜 소정의 절차를 부과하고 있는 제도는 미국의 약간의 州法 및 독일에서 그 사례가 있을 따름이다. 행정기관의 부담이나 비용을 고려하는 경우 그 대상범위를 확대하는 것은 불합리하지 않은가라는 우려가 있다. 일반적으로 각행정기관은 법규명령보다 방대한 양의 행정규칙을 제정하고 있다. 이에 관하여 원칙적으로 立法豫告節次를 거치게 한다면 행정기관의 부담은 매우 크다는 점은 쉽게 추측된다. 물론 현행 법제업무 운영규정상 입법예고대상사유에 해당하는 것만을 상정하는 경우에는 대상을 행

63) 崔正一, 行政立法節次의 定着方向, 법제연구 제13호, 1997, 69面.

64) 吳峻根, 行政節次法, 삼지원 1998, 219面.

65) 5 U.S.C. § 553(d)(2). APA가 解釋規則을 포괄적으로 적용제외한 것에 대해 강한 비판도 있다. 즉, 해석규칙중에는 관계자에 대하여 사실상 강력한 영향을 미치는 것이 있으며 그러한 것에 관해서는 略式規則制定節次를 부과하여야 할 것이라고 한다. Michael Asimow, *Public Participation in the Adoption of Interpretative Rules and Policy Statements*, 75 Michigan Law Review 520(1977).

정규칙에까지 확대하더라도 행정기관에게 과도한 부담이라고는 할 수 없을 지도 모른다. 그러나 행정규칙까지 입법예고대상에 포함하는 것은 행정기관에게 量的으로나 質的으로나 많은 부담을 가져올 가능성이 많은 것이 현실이다. 미국의 몇 개주에서는 해석규칙에까지 그 대상을 포함하고 있기 때문에 일상생활 업무가 정체되는 등 거꾸로 문제가 야기되고 있다는 지적이 있다.<sup>66)</sup> 그리하여 이러한 사태를 방지하기 위하여 실무에서는 解釋規則을 가능한 한 제정하지 않은 방향으로 나아가고 있다고 한다. 다른 한편 다수의 해석규칙에 관하여 불필요(unnecessary), 실행불능(impracticable)이라는 적용제외사유에 해당하는 것으로서 규칙안의 공포와 의견제출절차를 회피하고 있다. 우리의 경우에도 이러한 사태가 발생하지 않는다는 보장은 없다. 따라서 基準이나 指針을 제정하는 때에 부과되는 절차가 가져오는 부담을 행정기관이 지지 않으려고 하며, 이들 절차를 회피하기 위하여 기준이나 지침을 제정하지 않고 대처할 수 있는 또다른 선택을 할 가능성이 많다. 이는 결국 기준이나 지침의 책정절차가 기준이나 지침의 책정을 방해하는 결과가 된다. 節次를 준수한 후에 기준이나 지침이 책정되는 것이 이상적이나, 그것이 곤란한 때 절차의 실시인가, 기준이나 지침의 책정인가라는 것을 선택하지 않으면 안된다. 이 경우 행정과정전체의 公正性·투명성이라는 관점에서는 결국 기준이나 지침의 책정자체가 보다 중요하다. 그렇게 본다면 기준이나 지침의 책정에 절차를 과하는 것에 관하여 어느 정도 희생을 감수하게 하는 것도 허용될 것이다. 準則이나 처분기준 또는 지침에 까지 절차를 요구하게하는 것은 획기적인 제안이기는 하나 현실적으로는 행정규칙의 제정에 절차를 요구함으로써 발생하는 행정기관의 負擔이나 費用에 관하여 충분한 정보가 축적되어 있지 않은 현단계에서 행정규칙일반에까지 널리 그 대상에 포함하는 것은 적절하지 않다고 생각된다.

셋째, 法制處의 심사권한의 강화이다. 행정입법의 제정절차의 일환으로서 법제적인 검토 내지 법령심사를 일반적으로 요구하는 것은 매우 의미가 있다. 이러한 검토 내지 심사를 통하여 부적절한 용어의 수정 및 용어의 不備·불통일을 해소할 수 있으며, 조문구성이나 體制가 정비될 수 있다. 또한 근거법이나 다른 법령과의 정합성의 심사를 통하여 憲法이나 법률에 반하는 행정입법이 출현하는 것을 방지할 수도 있다. 그러한 의미에서 행정입법의 事前審査機能을 담당하는 법제처의 역할이 매우 중요하다는 것은 말할 것도 없다. 정부입법의

66) Arthur E. Bonfield, op.cit., p.291.

총괄부처인 법제처는 국무회의에 상정될 법령안·조약안과 총리령안 및 부령안의 심사와 기타 법제에 관한 사무를 전문적으로 관장한다. 또한 行政立法節次와 관련하여 법제처는 주관행정기관이 입법예고를 성실히 준수하고 있는가와 제출된 입법의견이 존중되고 있는가를 감독 내지 규제할 수 있는 지위를 사실상 부여받고 있다. 이것은 행정입법과정에서 법제처가 보다 강력한 統制部署(Kontrollestelle)로서 기능할 것을 예정하고 있다고 할 수 있다. 따라서 법제처에서 행정입법에 대하여 보다 엄격하고 실질적인 심사를 수행함으로써 행정입법에 대하여 우려하는 문제는 많이 해소될 수 있다고 생각된다. 일반적으로 우리나라의 국민은 行政處分으로부터 권리보호를 위하여 행정소송을 제기하는 경우는 행정처분이 명백하게 부당하다고 생각되는 경우이지 대부분의 경우에 이를 감수하는 것이 법현실이다. 즉, 잠재적인 權利被害者를 제도적으로 보장하는 정책이 법원에 의한 개별적 권리피해자를 보호하는 것보다 기본권의 효율적인 보장에 기여할 수 있을 것이다. 이러한 요청을 실현하기 위하여는 法制處의 법규명령심사권을 강화함으로써 국민의 사전적인 권리침해를 행정부내에서 스스로 방지하는 효과를 거둘 수 있을 것이다. 다만 향후 우리의 법제처가 행정입법에 대한 실질적 통제기관으로서 기능하기 위해서는 미국의 OMB와 같은 단계에까지 발전하여야 할 것이 그 과제이다. 즉, 法制處가 행정입법이 가져올 수 있는 규제분석 내지 비용편익분석을 하는 등 그 실질적인 내용에까지 개입하여 명실상부하게 行政立法에 관한 최적의 통제기관으로 발전하는 것이 필요하다. 이 경우에는 법제처내에 입법학, 법경제학, 법정책학 등의 전문가를 지속적으로 보강하는 한편 권한의 부여에 따른 명확한 실정법적 근거가 부여되어야 할 것이다.

#### IV. 議會의 委任立法에 대한 實效的 統制裝置의 마련

행정국가화현상에서 民主主義와 법의 지배를 실현하기 위해서는 중요한 방법의 하나로서 행정기관에 대하여 의회가 어떠한 통제를 하는가라는 것이다. 그러나 이것은 단순한 立法論의 차원을 넘어 행정법학의 틀과 상호관계를 가지는 문제이기도 하다. 그리고 행정기관에 대한 의회의 통제수단은 다양하며 各國에서 채용되고 있는 수단도 역사적으로 발전·형성되어 온 것이기 때문에 특정국가의회의 위임입법에 대한 통제수단을 무조건적으로 도입하기에는 어려움이 많

다. 즉, 행정기관에 대한 의회의 통제가 美國에서 발전한 계기는 일면에서는 行政=공익옹호자모델, 利益代表모델, 그리고 실제적합리성모델이라는 규범이론의 발전과정이 있었다고 생각되며, 위임입법에 대한 의회통제가 발달된 英國에서는 전통적으로 영국국민의 행정부에 대한 불신감이 의회통제의 강화를 가져온 계기가 되었다. 물론 의회가 委任立法에 대하여 완전한 보장수단을 행사하는 것은 헌법상의 擬制에 불과하며, 선진국가에서 채용하고 있는 통제수단이 형식적으로 운용되고 있는 경우도 있으나 그것을 전부 無價値한 것으로 평가하는 것은 곤란하다. 위임조항을 포함한 법률안이 행정부에 의하여 제출되는 경우가 많고 그 경우 의회자신이 委任의 의미를 널리 이해하고 있는가 또한 법안의 심의에 충분히 의회가 검토하였는가에 대하여는 의문이 많으나, 위임입법에 대한 의회에의 統制手段을 마련하는 것은 의회에서 다시한번 위임의 의미를 재검토할 기회를 부여할 수 있으며 위임의 범위내에서 委任立法이 제정되었는가를 확인한다는 의미에서 매우 중요하다. 전문적·기술적인 사항을 위임한 경우에 그것을 의회가 다시 한번 충분히 심의할 수 있는 가는 의문의 여지가 있으나, 委任의 範圍를 현저히 일탈하는 경우에는 그것을 비판하는 것이 가능하며 통제로서의 의미가 있다고 하겠다. 나아가 위임입법에 대한 의회통제절차가 존재함으로써 위임입법제정권자는 신중하게 행동하지 않을 수 없게 된다. 또한 委任立法에 관한 특별한 위원회의 설치에 의회에의 통제를 보강하는 제도로서의 의미도 있으며, 그러한 위원회가 상설적으로 설치된다면 위원회는 委任立法의 발달을 전반적으로 감시하고 적절한 위임권행사를 위한 각종 제도개혁을 제안할 수 있는 장점이 있다. 그러나 어떠한 정도의 통제가 행해져야 할 것인가에 관해서는 위임입법이라는 수단이 채용되는 이유를 고려하여 신중하게 결정하지 않으면 안된다. 의회는 언제든지 委任立法權限을 철회할 수 있으며, 최종적인 통제수단을 가지고 있으나 그것은 원칙적으로 소극적으로 행사되어야 할 것이다. 그 이유는 의회가 의도하는 바는 행정기관의 立法權을 부정하는 것이 아니라, 그것이 남용되지 않도록 하는 것이기 때문이다. 따라서 통제의 정도는 위임입법의 기본적 목적을 고려하여 결정되어야 할 것이며, 위임입법의 장점을 감퇴시킬 우려가 없도록 한정된 범위에서 사용되어야 할 것이다.

최근 우리나라에서도 委任立法에 대한 사전적 통제의 하나로서 국회에 의한 통제의 필요성이 강력하게 제기되고 있으며, 영국에서의 위임입법의 국회제출절차등을 도입할 것을 주장하고 있는 견해도 많다. 또한 이미 살펴본 것처럼

國會에서도 이러한 필요성이 강하게 제기되어, 國會法 제98조의2에서는 “중앙 행정기관의 장은 법률에서 위임한 사항이나 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항을 규정한 대통령령·총리령·부령 및 훈령·예규·고시등 행정규칙이 제정 또는 개정된 때에는 7일 이내에 이를 국회에 송부하여야 한다”라고 하여 위임입법에 대한 유효한 통제장치를 새로이 규정한 바 있다. 현행 헌법이 國會를 입법기관으로 하고 있음을 고려한다면 국회가 행정부에 입법권을 위임한 경우에 그에 의거하여 실제로 어떠한 위임입법이 제정되었는가를 확인하는 기회가 국회에 부여될 필요가 있다. 또한 그러한 제도는 法院에 의한 사후적인 통제에 대하여 사전적 통제로서 가치가 있다. 다만 국회에 의한 통제의 실효성은 국회와 행정부의 관계 내지 여야당의 역학관계에 의하여 좌우되는 면이 많다. 실제로 영국에 있어서의 委任立法에 대한 국회에의 제출등의 제도도 위임입법의 심사의 전제가 되는 위임입법에 관한 정보를 의원들이 충분히 획득하고 있지 않다는 점, 委任條項을 포함한 법률안은 정부안인 경우가 많고 여당의원은 정당내의 방침에 따라 행동하므로 위임입법의 공격에 소극적이 되지 않을 수 없고 또한 소수당인 야당의 공격에도 한계가 있다는 점 및 委任立法의 양이 증대하여 그 전부를 심사할 수 없고, 전문적·기술적인 내용을 지닌 위임입법을 심사할 능력을 의원들이 가지고 있지 않다는 점 등의 문제점이 지적되고 있다. 그리하여 90년대이후부터 영국에서는 의회개혁의 일환으로서 委任立法審査의 간소화를 위한 절차의 정비, 위임입법관련특별위원회의 활동에 대한 정부부처의 협력의 필요성(출석요구를 받은 장관이나 경험자의 출석거부배제, 행정부의 특별위원회에 대한 신속한 정보제공), 특별위원회의 보좌진 보강, 본회의와 특별위원회의 관계강화 등을 모색하고 있다.<sup>67)</sup> 이미 살펴본 것 처럼 우리의 경우에도 國會法에서 위임입법안에 대한 절차적 통제제도를 마련하였다는 점은 매우 획기적인 것이나, 규정자체에서 보는 것처럼 送付하면 족하도록 되어 있으며, 그 이후에 대한 아무런 제도적 절차가 설정되어 있지 않기 때문에 사실상 유효하게 기능할 수 있는 제도라고는 볼 수 없다. 다만 行政府의 측에서 본다면 그동안 위임입법에 대한 아무런 통제장치가 없이 행해지고 있던 관행에서 동규정에 의하여 국회에 송부하는 절차가 마련되어 있으므로 위임입법의 재개정시 종래

67) 자세한 내용은 Philip Norton, *Reform of the House of Commons*, in: Bill Jones(ed.), *Political Issues in Britain Today*, 4ed., 1994; Ders., *Reforming the House of Commons*, *The House Magazine*, June 9, 1997, p.20 등 참조.



의 관행에서 벗어나 내용을 다시한번 再檢討하거나 소정의 절차를 완비하는 등 심리적인 효과는 있을 것으로 본다. 앞으로 이 제도가 좀더 발전적인 것으로 정착되고 실질적으로 운용되기 위한 제도적 방안이 심도있게 연구되고 검증되어야 할 것이다.

그리고 委任立法에 대한 의회통제의 수단으로 미국에서 채용되고 있는 規則 審査制度가 있음은 이미 살펴보았다. 규칙심사제는 행정기관이 제정하는 규칙에 의회의 의사를 반영시킴으로써 규칙의 실제적 합리성의 확보를 본래의 제도 취지로하고, 議會內의 전문적 위원회가 심사하고 그 심사가 원칙으로서 諮問의 인 것에 그치는 성질을 가지는 것이다. 따라서 행정활동의 지연을 초래하는 것이 아니다. 또한 그 전제로서 行政節次法에서 명문으로 규칙제정절차의 엄격화, 규칙제정과정에서 고려요소의 설정, 규칙내용의 명확성의 확보가 도모되고 있으며, 체계성·일관성을 가지고 있다. 다만 規則審査는 그 운용과 더불어 제도취지가 변용되었다. 특히 미국의 경우에는 규칙심사에 대한 위원회시스템에 의한 지배등의 결과 일종의 병리현상까지 낳고 있다. 그리고 행정기관이 심사결과에 대응한 조치를 강구하는 의욕을 감퇴시키기 때문에 이 제도의 有用性에도 의문에 제기되고 있다. 그러나 이것은 民主主義와 법의 지배를 실현하기 위하여 매우 유용한 수단의 하나가 되고 있다. 즉, 규칙심사는 제도취지를 변용시킴으로써 주로 의회의 정보수집과정으로서 의회가 행정기관에게 박탈당한 실질적 입법 권한을 회복하는 계기로서 의회의 입법활동의 기점의 하나가 되고 있다. 그렇다면 規則審査制度의 검토결과에서 우리가 어떠한 시사점을 얻을 것인가. 물론 우리나라에 규칙심사제도를 직접 도입하기에는 어려운 점이 많다. 그 이유는 우리에게서 美國에서의 규칙에 상당하는 것이 일반적으로 없기 때문이며, 또한 이익대표모델조차 규범이념으로 되지 않기 때문이다. 그러나 民主主義와 법의 지배를 실현하기 위하여 그것이 개별구체적인 행정활동을 문제로 하지 않고 간접적인 수단(예컨대 예산심의등)을 취하던 항상적으로 행정기관으로부터 情報를 인출하고 그것을 국민앞에 명확히하는 등 의회의 부단한 노력이 필요한 점에 관해서는 시사하는 바가 많다. 그리고 근래 행정절차법이 제정되어 행정처분에 기준을 설정하는 것이 예정되어 있으므로 예컨대 그 기준이 立法趣旨와 적합한가의 여부등을 의회내의 기존의 관련위원회에서 심의할 수 있을 것이다. 다만 그것에는 各議員의 자질향상이 전제가 되며 곤란한 면이 있음도 부정할 수 없으나, 美國에 있어서 規則審査의 금후의 발전에도 유의할 필요가 있다.



## 參 考 文 獻

### I. 國內文獻

[單行本]

- 강정인·문지영(옮김), 존로크 통치론, 도서출판 까치 1996.
- 權寧星, 憲法學原論, 法文社 1998.
- 金南辰, 行政法 I, 法文社 1998.
- 金道利, 一般行政法論(上), 青雲社 1997.
- 金東熙, 行政法 I, 博英社 1998.
- \_\_\_\_\_(譯) Prosper Weil 프랑스行政法, 博英社 1980.
- 金杜炫, 行政立法論, 法文社 1990.
- 金秉圭(譯) Maurice Duverger 政治制度와 憲法(제2권) -프랑스 정  
치체계-, 三英社 1980.
- 金伊烈(編), 行政節次法研究, 三英社 1989.
- 金伊烈·李相敦, 行政節次法比較研究, 三英社 1986.
- 金伊烈·金南辰·李尙圭·李相敦, 行政節次의 研究, 三英社 1987.
- 金哲洙, 憲法學概論, 博英社 1998.
- 金鐵容, 行政法 I, 博英社 1998.
- 柳至泰, 行政法新論, 新英社 1997.
- 朴承鎬, 憲法裁判研究〔I〕, 도서출판 경인 1998.
- 朴銳炳, 最新行政法講義(上), 博英社 1998.
- 法務部, 委任立法에 관한 研究, 法務資料 제171집, 1993.
- 法制處, 법령입안심사기준, 1996.
- \_\_\_\_\_, 法制處 五十年史, 1998.
- \_\_\_\_\_, 法律教育教材, 1998.
- 卞在玉, 行政法講義 I, 博英社 1994.
- 徐元宇, 轉換期의 行政法理論, 博英社 1997.
- \_\_\_\_\_·吳世卓(共譯) 塩野 宏, 日本行政法論, 法文社 1996.
- 石綜顯, 一般行政法(上), 三英社 1998.

參考文獻

- 成樂寅, 프랑스憲法學, 法文社 1995.
- 梁承斗(譯) Charles E. Freedeman, 프랑스行政法序說, 延世大出版部 1983.
- 梁承斗·李東科·金榮三, 英美公法論, 螢雪出版社 1985.
- 吳峻根, 行政節次法, 三知院 1998.
- 劉尙炫, 韓國行政法(上), 桓仁出版社 1995.
- 尹世昌, 英美行政法研究, 高麗大出版部 1976.
- \_\_\_\_\_(譯) Bernard Schwartz, 美國行政法, 高麗大出版部 1981.
- \_\_\_\_\_(譯) Richard B. Stewart, 美國行政法の再構成, 三英社 1983.
- 李尙圭, 美國行政法論, 法文社 1973.
- \_\_\_\_\_, 新行政法論(上), 法文社 1998.
- 鄭在晃(編), 判例憲法, 吉安社 1998.
- 崔大權, 憲法學, 博英社 1989.
- 韓國法制研究院, 立法理論研究(Ⅰ)-立法基礎理論과 立法技術-, 1991.
- \_\_\_\_\_, 立法理論研究(Ⅱ)-立法過程의 理論과 實際-, 1994.
- \_\_\_\_\_, 立法理論研究(Ⅳ)-立法審查의 體系와 方法論-, 1996.
- \_\_\_\_\_, 立法理論研究(Ⅴ)-立法技術의 理論과 實際-, 1997.
- 韓貴鉉(譯) Albert Von Dicey, 다이시와 行政法, 世宗出版社 1997.
- 韓泰淵, 憲法學-近代憲法の一般理論, 法文社 1983.
- 憲法裁判所, 헌법재판실무제요, 1998.
- \_\_\_\_\_, 委任立法의 限界에 관한 研究, 憲法裁判研究 제8권, 1996.
- 洪井善, 行政法原論(上), 法文社 1998.

[論文]

- 康文用, 委任立法의 理論-특히 權力分立과 法の 支配와의 關係-, 法曹 1975.3.
- 姜仁奎, 租稅法에 있어서의 行政立法의 限界, 租稅法の 論點(행술 李泰魯教授華甲紀念), 1992.
- 高永訓, 法規命令論, 人權과 正義 1994.3.
- 丘秉朔, 議會의 拒否權과 그 合憲性與否-美國聯邦議會를 중심으로-, 現代行政과 公法理論(南河 徐元宇教授華甲紀念), 1991.

- 國會事務處, 法制豫算室, 行政立法의 分析·檢討, 法制懸案 96-17호 (1996.10.20).
- \_\_\_\_\_, 行政立法分析事例, 1997.
- 金南辰, 行政立法의 現況과 問題點, 考試界 1996.12.
- \_\_\_\_\_, 法律에 근거없는 大統領令의 效力, 考試研究 1994.5.
- \_\_\_\_\_, 法律·命令·行政行爲의 구별, 考試界 1994.6.
- \_\_\_\_\_, 法規命令과 行政規則의 구분, 法制 1998.5.
- \_\_\_\_\_, 行政法總論의 改革論, 公法學의 諸問題(玄齊 金英勳博士華甲紀念), 1995.
- 金東熙, 프랑스의 行政立法制度에 관한 小考, 法學(서울대) 제23권4호, 1982.
- \_\_\_\_\_, 法規命令과 行政規則, 法制 1999.1.
- \_\_\_\_\_, 越權訴訟, 現代公法의 理論(牧村 金道昶博士華甲紀念), 1982.
- 金杜炫, 英國의 行政立法制度에 관한 研究, 公法研究 제26집2호, 1998.
- \_\_\_\_\_, 美國의 行政立法制度에 관한 研究, 現代公法과 個人의 權益保護(均齊 梁承斗博士華甲紀念論文集 I), 1994.
- 金明吉, 行政立法의 法理, 考試研究 1999.2.
- 金珉昊, 議會의 行政立法統制에 관한 研究 -美國 5 U.S.C. chapter 8을 중심으로-, 憲法學研究 제4집2호, 1998.
- 金승렬, 行政立法의 限界와 統制, 法制 1995.8.
- 金承煥, 議會의 立法權과 委任立法, 現代公法論叢(日巖 卞在玉博士華甲紀念), 1994.
- 金容燮(譯), Gerd Roellecke 行政立法과 그 統制, 高鳳法學(경희대) 제2집, 1997.
- \_\_\_\_\_, 法規命令論의 再檢討 -行政判例의 分析을 중심으로-, 法制 1995.7.
- \_\_\_\_\_, 法規命令形式의 制裁的 處分基準, 判例月報 1999.1.
- 金伊烈, 英國의 行政立法, 考試界 1979.10.
- 金鐵容, 行政立法統制의 課題, 考試界 1996.12.
- \_\_\_\_\_, 이른바 法規命令形式의 行政規則·行政規則形式의 法規命令論, 法制 1999.2.

參考文獻

- 金忠默, 法律留保의 原則, 現代行政法學理論(佑舜 李鳴九博士華甲紀念), 1996.
- 金香基, 法律의 留保理論과 法學의 課題, 憲法學과 法學의 諸問題(曉山 金啓煥教授回甲紀念), 1996.
- \_\_\_\_\_, 法律의 留保와 行政規則, 現代公法論叢(日巖 卞在玉博士華甲紀念), 1994.
- 羅盛吉, 租稅立法論에 관한 研究 -租稅立法原則과 그 適用을 중심으로-, 慶熙大 博士論文 1999.
- 朴圭河, 英國에 있어서 委任立法에 대한 司法審査, 外법논집(韓國外大) 제1집, 1994.
- 朴均省, 行政立法에 대한 司法的 統制, 考試界 1996.12.
- \_\_\_\_\_, 프랑스의 法規命令制度, 法學論叢(단국대) 제16집, 1990.
- \_\_\_\_\_, 프랑스의 行政法院과 行政裁判, 現代法の 理論과 實際(琴浪 金哲洙教授華甲紀念), 1993.
- 박영도·이종영, 部令의 法的性格에 대한 憲法的 檢討, 法制 1998.7.
- 朴永鐵, 프랑스行政法上의 越權訴訟에 관한 考察, 現代公法の 諸問題(如山 韓昌圭博士華甲紀念), 1993.
- 朴永夏, 委任立法의 節次的 統制에 관한 研究 -英國과 美國의 制度를 중심으로-, 建國大 博士論文 1991.
- 朴鈞旻, 美國에서의 國會立法權의 行政立法에 대한 授權의 限界, 現代法の 理論과 實際(琴浪 金哲洙教授華甲紀念), 1993.
- \_\_\_\_\_, 行政立法에 대한 授權의 限界 -獨逸基本法 제80조제1항제2문을 중심으로-, 韓國公法の 理論(牧村 金道昶博士古稀紀念), 1993.
- 朴仁洙, 불란서의 一般的 立法節次에 관한 研究, 月汀 曹定鎬博士 華甲紀念論文集, 1993.
- \_\_\_\_\_, 프랑스의 法律命令(Ordonnances)에 관한 小考, 現代法の 理論과 實際(琴浪 金哲洙教授華甲紀念), 1993.
- 박종열, 委任立法의 限界에 관한 小考, 檢察 통권59호, 1975.
- 裴英吉, 法規命令形式의 行政規則과 行政規則形式의 法規命令, 公法研究 제22집3호, 1994.

- 徐元宇, 美國行政法上的 行政立法과 그 行政節次, 考試界 1990.5.
- \_\_\_\_\_, 行政立法的 統制 -美國에서의 OMB에 의한 統制를 중심으로-, 法曹 1987.11.
- \_\_\_\_\_, 委任立法論의 最近動向 -美國의 경우를 중심으로-, 서울대 行政論叢 제13권1호(1975.12).
- \_\_\_\_\_, 行政基準의 法的問題, 考試界 1996.10.11.
- \_\_\_\_\_, 法規命令과 授權의 明確性(上)(下), 考試界 1983.6.7.
- \_\_\_\_\_, 規則制定節次에 대한 司法審査의 限界, 公法研究 제10집, 1982.
- \_\_\_\_\_, 美國에서의 行政規則의 法理, 公法理論의 現代的 課題(房山 丘秉朔博士停年紀念), 1991.
- 成樂寅, 프랑스法規範의 段階와 構造, 저스티스 25권2호, 1992.
- 梁承斗, 英國議會의 委任立法의 統制, 公法研究 제3집, 1974.
- 呂南九, 委任立法에 대한 議會의 直接統制에 관한 研究, 서울대 석사논문 1988.
- 劉尙炫, 行政處分基準의 法的性格에 관한 實務的 觀點에서의 檢討와 앞으로의 課題, 法制 1998.10.
- 李康燦, 議會留保의 原則, 月刊考試 1985.1.
- 李尙圭, 行政立法에 대한 行政的 統制의 발전 -Regulatory Impact Analyse를 중심으로-, 法學論集(고려대) 제23집, 1985.
- 李相敦, 行政立法的 節次的 統制, 考試界 1987.2.
- \_\_\_\_\_, 立法的拒否에 대한 美國聯邦大法院의 違憲判決, 考試界 1984.10.
- 李殷圻, 英國·프랑스·西獨의 行政立法制度의 比較法的 考察, 서울대 석사논문 1983.
- 李鍾厚, 議會의 行政立法統制에 관한 考察 -英·美의 制度를 중심으로-, 立法調查月報 1989.7·8.
- 李漢柱, 憲法上 法律의 概念에 관한 研究, 서울대 석사논문 1987.
- 張明根, 韓國立法統制에 관한 研究, 동국대 석사논문 1985.
- 趙文富, 行政立法的 行政的 統制, 考試界 1996.12.
- 趙鏞憲, 美國聯邦行政節次法에 관한 研究, 中央大 博士論文 1991.
- 曹正燦, 現行法規의 類型 및 位階에 관한 小考, 法制 1998.9.
- \_\_\_\_\_, 立法形式과 所管事項, 法制研究 제7호, 1994.

參考文獻

- \_\_\_\_\_, 행정입법에서의 죄형법정주의와 조세법률주의의 구현, 法制研究 제10호, 1996.
- 趙泰濟, 獨逸에서의 行政立法節次에 관한 論議, 現代行政法學理論(佑舜李鳴九博士華甲紀念), 1996.
- \_\_\_\_\_, 法律의 留保原則에 관한 研究 -議會留保를 중심으로-, 漢陽大 博士論文 1992.
- 全光錫, 法律留保의 問題와 委任立法의 限界 -憲裁決 95헌마390 醫療保險法 제31조제2항 違憲確認事件을 중심으로-, 公法研究 제26집3호, 1998.
- 정수부, 行政立法에 관한 研究, 東國大 博士論文 1998.
- 鄭準鉉, 委任命令의 法規命令性에 대한 再檢討, 判例月報 1999.3.
- \_\_\_\_\_, 法規命令에 대한 權利救濟의 小考, 法制 1995.12.
- \_\_\_\_\_, 法規命令形式의 行政規則과 行政規則形式의 法規命令에 대한 問題檢討, 法制 1995.4.
- 千柄泰, 行政立法의 立法의 統制, 考試界 1996.12.
- 崔正一, 行政規則의 法規性問題를 또 생각하며, 法制 1998.6.
- \_\_\_\_\_, 行政規則의 法規性에 관한 研究 -현행 法令과 관련하여-, 法制 1995.3.
- \_\_\_\_\_, 獨逸에서의 行政留保論의 現況에 대한 약간의 考察, 法制 1997.1.
- \_\_\_\_\_, 獨逸에서의 行政規則의 法的 性質 및 效力 -특히 規範具體化 行政規則을 중심으로-, 서울대 博士論文 1995.
- \_\_\_\_\_, 行政立法節次의 定着方向, 法制研究 제13호, 1997.
- 韓東燮, 立法形式과 法治主義 -韓國憲法下的 委任立法을 중심으로-, 法律行政論集(고려대) 제9집, 1966.
- 韓錫範, 프랑스에 있어서의 法律案 및 諸命令案의 作成에 관한 首相訓令, 法制 제2호, 1976.
- 洪基宗, 委任立法의 限界, 法院圖書館(編), 憲法問題와 裁判(中), 裁判資料 제76집, 1997.
- 洪井善, 制裁的 行政處分の 基準 -法規命令인가 行政規則인가-, 法制 1998.11.



- \_\_\_\_\_, 告示形式의 法規命令 등, 考試研究 1999.5.
- \_\_\_\_\_, 委任命令의 根據와 限界, 月刊考試 1993.12.
- 洪準亨, 法規命令과 行政規則의 구별, 法制 1998.8.
- \_\_\_\_\_, 委任立法의 限界, 考試界 1996.12.
- 洪鉉哲, 英國의 委任立法, 法政論叢(중앙대) 제18권1호, 1974.

## II. 英美文獻

[單行本]

- Allen, Carleton Kemp: **Law and Order. An Inquiry into the Nature and Scope of Delegated Legislation and Executive Powers in English Law**, 3rd ed., Stevens & Sons 1965.
- Bailey, Stephan H./Jones, Brian L./Mowbray, Alistair R.: **Cases and Materials on Administrative Law**, 3th ed., Sweet & Maxwell 1997.
- Barber, Sotirios A.: **The constitution and The Delegation of congressional power**, University of Chicago Press 1975.
- Bell, John: **French Constitutional Law**, Clarendon 1992.
- Bonfield, Arther E./Asimow, Michael: **State and Federal Administrative Law**, West Publishing 1989.
- Bonfield, Arther E.: **State Administrative Rule Making**, Little, Brown & Company 1986.
- Bowers, James R.: **Regulating the Regulators. An Introduction to the Legislative Oversight of Administrative Rulemaking**, Praeger 1990.
- Brown, Neville L./Bell, John S.: **French Administrative Law**, 5th ed, Clarendon 1998.
- Collier, Kennth E.: **Between the Branches. The White House Office of Legislative Affairs**, University of Pittsburgh Press 1997.

參考文獻

- Corwin, Edward S.: **The Constitution and What it means Today**, 14ed., Princeton University Press 1978.
- Craig, Babara : **The Legislative Veto. Congressional control of Regulation**, Westview Press 1983.
- Craig, Paul P.: **Administrative Law**, 3th ed., Sweet & Maxwell 1994.
- Davis, Kenneth Culp : **Discretionary Justice. A Preliminary Inquiry**, University of Illinois Press 1976.
- \_\_\_\_\_ : **Administrative Law and Government**, Aspen Publishing 1960.
- \_\_\_\_\_ : **Administrative Law Text**, 3rd ed., Aspen Publishing 1972.
- Dicey, Albert V.: **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, 8th ed., MacMillan & Co. 1915.
- Elving, Roland D.: **Conflict & Compromise. How Congress Makes the Law**, Simon & Schuster Inc. 1993.
- Ely, John Hart : **Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review**, Harvard University Press 1980.
- Ethridge, Marcus E.: **Legislative Participation in Implementation**, Praeger 1985.
- Fenwick, Helen/Phillipson, Gavin : **Source Book on Public Law**, Cavendish Publishing 1997.
- Foulkes, David : **Administrative Law**, 8th ed., Butterworths 1995.
- Ganz, Gabriele : **Quasi-legislation. recent developments in secondary legislation**, Sweet & Maxwell 1987.
- Gellhorn, Walter/Byse, Clark/Strauss, Peter : **Administrative Law**, Foundation Press 1979.
- Griffith, J.A.G./Street,H.: **Principles of Administrative Law**, 3rd ed., Sir Isaac Pitman & Sons 1960.
- Jennings, Sir Ivor : **Parliament**, 2nd ed., Cambridge University Press 1957.

- Jones, Brian L.: **Garner's Administrative Law**, 7th ed., Butterworths 1989.
- Keefe, William J./Ogul, Morris S.: **The American Legislative Process**, 9th ed., Prentice Hall 1997
- Kerwin, Cornelius M.: **Rulemaking. How Government Agencies Write Law and Make Policy**, 2nd ed., A Division of Congressional Quarter Inc. 1999
- Martineau, Robert J.: **Drafting Legislation and Rules in Plain English**, West Publishing Co. 1991.
- McEldowney, John F.: **Public Law**, 2nd ed., Sweet & Maxwell 1998.
- Phillips, O. Hood : **Constitutional and Administrative Law**, Sweet & Maxwell 1987.
- Rosenbloom, David H./O'Leary, Rosemary : **Public Administration and Law**, 2nd ed., Mercer Dekker Inc. 1997.
- Schwartz, Bernard : **An Introduction to American Administrative Law**, Little, Brown & Co. 1960.
- \_\_\_\_\_ : **Administrative Law - A Casebook-**, Little, Brown & Co. 1977.
- de Smith, Stanley A.: **The Judicial Review of Administrative Action**, 4th ed., Stevens & Sons 1980.
- Wade, E.C.S./Bradley, A.W.: **Constitutional Law**, 8th ed., Longsmans 1970.
- Wade, Henry William Rawson : **Administrative Law**, 5th ed., Clarendon Press 1982.
- Wilcox, Francis O.: **Congress, The Executive and Foreign Policy**, 1973.
- Woll, Peter : **Administrative Law. The Informal Process**, University of California Press 1963.
- Zender, Michael : **The Law Making Process**, Weidenfeld and Nicolson 1994.

參考文獻

[論文]

- Ackerman, James R.: **The Storrs Lecture. Discovering the Constitution**, 93 Yale Law Journal 1013(1984).
- Bonfield, Arthur E.: **The Federal APA and State Administrative Law**, 72 Virginia Law Review 291(1986).
- Cohen, Daniel /Strauss, Peter L.: **Congressional Review of Agency Regulation**, Administrative Law Review, Vol.49(1997)
- Davis, Kenneth Culp: **A New Approach to Delegation**, 36 Chicago Law Review 713(1969).
- Ehmke, Horst: **delegata potestus non potest delegari. A Maxim of American Constitutional Law**, 47 Cornell Law Quarterly 51(1961).
- Freedman, James: **Crisis and Legitimacy in the Administrative Process**, 27 Stanford Law Review 1941(1975)
- Kischel, Uwe: **Delegation of Legislative power to Agencies. A Comparative Analysis of United States and German Law**, Administrative Law Review vol.46(1994)
- Lowi, Theodore: **Two Roads to Selfdom, Liberalism, Conservatism and Administrative Power**, 36 American University Law Review 295(1987)
- McGarity, Thomas: **Regulatory Reform and the Positive State. A Historical Overview**, 38 Administrative Law Review 399(1986).
- McGowen, John D.: **An Economic Interpretation of the Doctrine of Delegation of Governmental Powers**, Tulane Law Review Vol.XI(1968).
- Rosenthal, Alan: **Legislative Behavior and Legislative Oversight**, 7 Legislative Studies Quarterly 115(1982).
- Ross, Alf: **Delegation of power. Meaning and Validity of the Maxim delegata potestas non potest delegari. The**

- American Journal of Comparative Law Vol.7(1958).
- Schoenbrod, Davis : **The Delegation Doctrine. Could the Court Give it Substance?**, 83 Michigan Law Review 1237(1985).
  - Sunstein, Cass : **Constitutionalism after The New Deal**, 101 Harvard Law Review 421(1987).
  - Stewart, Richard : **The Reformation of American Administrative Law**, 88 Harvard Law Review 1667(1975).
  - \_\_\_\_\_ : **Beyond Delegation Doctrine**, 36 American University Law Review 324(1987).

### III. 獨逸文獻

[單行本]

- Anschutz, Gerhard/Thoma, Richard : **Handbuch des Deutschen Staatsrecht**, Bd.II, Tübingen 1930.
- Böckenförde, Ernst Wolfgang : **Gesetz und gesetzgebende Gewalt**, 2 Aufl., Berlin 1981.
- Bundesakademie für öffentliche Verwaltung(Hrsg.), **Praxis der Gesetzgebung. Ein Lehr und Lernhilfe**, Regensburg 1984.
- Bundesministerium des Innern(Hrsg.), **Handbuch zur Vorbereitung von Rechts -und Verwaltungsvorschriften**, Köln 1992.
- Bundesministerium der Justiz(Hrsg.), **Handbuch der Rechtsförmlichkeit**, Köln 1991.
- Erichsen, Hans Uwe/Martens, Wolfgang(Hrsg.), **Allgemeines Verwaltungsrechts**, 9 Aufl., Berlin 1992.
- Hotz, Reinhold : **Methodische Rechtsetzung**, Zürich 1983.
- Hugger, Werner : **Gesetz. Ihre Vorbereitung, Abfassung und Prüfung**, Baden-Baden 1983.
- Hüser, Albert : **Die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften an dem Erlass von Rechtsverordnungen**, Göttingen 1977.

## 参考文献

- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul(Hrsg.): **Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd.III, Heidelberg 1988.
- Jesch, Dietrich: **Gesetz und Verwaltung**, Tübingen 1961.
- Kindermann, Harald: **Ministerielle Richtlinien der Gesetzestechnik**, Berlin 1979.
- Kopp, Ferdinand O.: **Verwaltungsgerichtsordnung**, 10 Aufl., München 1994.
- Laband, Paul: **Das Staatsrecht des Deutschen Reiches**, Bd.II, 5 Aufl., Tübingen 1911.
- Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich(Hrsg.), **Grundgesetz Kommentar**, Bd.III, München 1985.
- Maurer, Hermut: **Allgemeines Verwaltungsrecht**, München 1994.
- Müller, Georg: **Inhalt und Formen der Rechtssetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung**, Basel und Stuttgart 1979.
- Münch, Ingo von(Hrsg.): **Grundgesetz Kommentar**, Bd.III, München 1983.
- Pestalozza, Christian: **Verfassungsprozessrecht**, 3 Aufl., München 1991.
- Sachs, Michael(Hrsg.): **Grundgesetz Kommentar**, München 1996.
- Schleicher, Klaus: **Das Bundesverfassungsgericht**, 2 Aufl., München 1991.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz: **Kommentar zum Grundgesetz für die BRD**, 8 Aufl., Berlin 1995.
- Schneider, Hans: **Gesetzgebung**, 2 Aufl., Heidelberg 1992.
- Staupe, Jürgen: **Parlamentsvorbehalt und Delegationbefugnis. Zur Wesentlichkeitstheorie und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz insbesondere om Schulrecht**, Berlin 1986.
- Stern, Klaus: **Das staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**, Bd.II, München 1980.

- Triepel, Heinrich : **Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht**, Stuttgart u.a. 1942.
- Wassermann, Rudolf(Hrsg.): **Kommentar zum Grundgesetz für die BRD**, 2.Aufl., Luchterhand 1989.
- Westphalen, Raban Graf von(Hrsg.) : **Parlamentslehre. Das parlamentarische Regierungssystem im technischen Zeitaler**, München and Wien 1996
- Winterberger, Ursula Gut : **Der Anteil von Bundesversammlung Bundesrat und Bundesverwaltung am Rechtssetzungsverfahren**, Diss., Grösch 1986.
- Wolf, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf : **Verwaltungsrecht I**, München 1994.

[論文]

- Badura, Peter : **Das Normative Ermessen beim Erlass von Rechtsverordnungen und Satzungen**, in : Peter Selmer/Ingo von Münch(Hrsg.), **Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens**, Berlin 1987, S.25f.
- Eberle, Carl Eugen : **Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt**, DÖV 1984, S.485f.
- Frohn, Hansgeorg : **Aktuelle Probleme des Gesetzesvorbehalts**, ZG 1990, S.117f.
- Gassner, Ulrich M. : **Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz**, DÖV 1996, S.18f.
- Grupp, Klaus : **Zur Mitwirkung des Bundestages bei dem Erlass von Rechtsordnungen**, DVBl. 1974, S.180f.
- Hasskarl, Horst : **Die Rechtsprechung des BVerfG zu Art.80 Abs.1 S.2 GG**, AöR 1969.
- Hill, Hermann : **Impulse zum Erlass eines Gesetzes**, DÖV 1981, S.492f.
- Kloepfer, Michael : **Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder**

参考文献

- Grenze des Gesetzesvorbehalt?**, in : Hermann Hill(Hrsg.), Zustand und Prespektiven der Gesetzgebung, Berlin 1989, S.192f.
- König, Klaus : **Gesetzgebungsvorhaben im Verfahren der Ministerialverwaltung**, in : Willi Blümel/Detlef Merten/Helmut Quaritsch(hrsg.), Verwaltung im Rechtsstaat (Festschrift für Carl Hermann Ule), Köln 1990, S.125f.
  - Lepa, Manfred : **Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung durch Rechtsverordnung**, AöR 105/3(1980).
  - Magieri, Siegfried : **Allgemeine Regelungsgewalt(Rechtsetzung) zwischen parlament und Regierung. Zur Auslegung und zur Reform des Art.80 GG**, Der Staat, Bd.13.
  - Nolte, Georg : **Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung**, AöR 118/2(1993).
  - Ossenbühl, Fritz : **Rechtsverordnung**, in : Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hrsg.), Handbuch der Staatsrechts, Bd.III, Heidelberg 1988.
  - \_\_\_\_\_ : **Die Bewertung technischer Risiken bei der Rechtsetzung**, DÖV 1982, S.833f.
  - Paine, Franz Joseph : **Gesetz und Verordnung**, ZG 1988, S.121f.
  - Studenroth, Stephan : **Einflussnahme des Bundestages auf Erlass, Inhalt und Bestand von Rechtsverordnungen**, DÖV 1995, S.525f.
  - Wehr, Matthias : **Grundfälle zu Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes**, JuS 1997, S.231f.
  - Wilke, Dieter : **Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnungen**, AöR 98, 1973.
  - Ziller, Gebhard : **Zustimmung von Bundestag und undesrat zu Rechtsverordnungen**, DVBl. 1963, S.796f.



IV. 프랑스文獻

[單行本]

- Burdeau, Georges/Hamon, Francis/Troper, Michel : **Droit constitutionnel**, 21 éd., L.G.D.J. 1988.
- Carré de Malberg, Raymond : **La loi, Expression de la volonté générale. Étude sur le concept de la loi dans la Constitution de 1875**, Sirey 1931.
- \_\_\_\_\_ : **Contribution à la théorie générale de l'Etat**, Tome 1, Sirey 1920.
- Chapus, René : **De la soumission au droit des règlements autonomes**, Dalloz 1960.
- Conac, Luchaire et : **La constitution de la république française**, Tome II.
- Debbasch, Charles : **contentieux administratif**, 3 éd., Dalloz 1981.
- Duguit, Léon : **Traité de droit constitutionnel**, 3 éd., Fontemoing tome I (1927), II (1928), III (1930).
- \_\_\_\_\_ : **les transformation du droit public**, Colin 1921.
- Duverger, Maurice : **Institutions politiques et droit constitutionnel**, 12 éd., L.G.D.J. 1975.
- Favoreu, Louis/Philip Lois : **Les grandes décisions du Conseil constitutionnel**, 3 éd., Sirey 1984.
- Favoreu, Louis : **Le Domaine de la loi et du règlement**, 2nd éd., Sirey 1981.
- Hauriou, Maurice : **Précis de droit administratif et de droit public**, 12 éd., Larose & Forcel 1933.
- Langavant, Emmanuel/ Rouault, Marie Christine : **Le contentieux administratif**, 1987.
- Laubadère, André de : **Traité de Droit Administratif**, 8 éd., L.G.D.J. 1980.

參考文獻

- Moreau, Jacques : **Droit administratif**, P.U.F. 1989.
- Pezant, Jean Louis : **Loi/réglement. La construction d'un nouvel équilibre**, 1985.
- Rivero, Jean : **Driot Administratif**, 9 éd., Dalloz 1980.
- Robineau, Yves/Truchet, Didier : **Le Conseil d'Etat**, P.U.F. 1994.
- Rousseau, Dominique : **Droit du contentieux constitutionnel**, 4 éd., Montchrestien 1995.
- Vabres, Donnedieu de : **L'article 13 et les Décret-loi**, Dalloz 1953.
- Vedel, Georges : **Droit Administratif**, P.U.F. 1973.
- Waline, Marcel : **Traité de droit administratif**, 9 éd., Sirey 1963.

(論文)

- Bailly, Marguerite : **L'acte réglementaire illégal et le décret du 28 novembre 1983**, R.D.P. 1985, p.1518f.
- Chapus, René : **La loi d'habilitation du II juillet 1953 et la question des Décret-lois**, R.D.P. 1953, p.971f.
- Duffau, Jean : **Grandeur et décadence du règlement d'administration publique**, A.J. 1980, p.468f.
- Duguit, Léon : **Des règlement faits en vertu d'une compétence donnée au gouvernement par le législateur**, R.D.P. 1924, p.335f.
- Fabre, Michel Henry : **La loi expression de la souveraineté**, R.D.P. 1979, p.344f.
- Luchaire, Francias : **Les sources des compétences législatives et réglementatives**, A.J. 1979, p.3f.
- Roland, Louis : **Le projet du 17 janvier et la question des Décrets-lois**, R.D.P. 1924, p.42f.
- Waline, Marcel : **Les rapports entre la loi et règlement avant et après la constitution de 1958**, R.D.P. 1959, p.703f.

V. 日本文献

[単行本]

- 岡本博志, イギリス行政訴訟法の研究, 九州大學出版會 1992.
- 兼子 仁 外(譯), Jean Rivero フランス行政法, 東京大學出版會 1982.
- \_\_\_\_\_, 行政法學, 岩波書店 1997.
- 高見勝利, 憲法Ⅱ, 有斐閣 1993.
- 掘内健志, 立憲理論の主要問題, 多賀出版 1987.
- 今村成和, 行政法入門(第5版), 有斐閣 1992.
- 南博 方/原田尚彦/田村悦一(編), 新版行政法(1), 有斐閣 1992.
- 藤田宙晴, 行政法Ⅰ, 青林書院 1993.
- 司法研修所(編), フランスにおける行政裁判制度の研究, 法曹會 1998.
- 常岡孝好(編), 行政立法手續, 信山社 1998.
- 成田頼明, 現代行政法, 有斐閣 1995
- 松井茂記, アメリカ憲法入門, 有斐閣 1992.
- 水野豊志, 委任立法の研究(復刻版), 有斐閣 1987.
- 宇賀克也, アメリカ行政法, 弘文堂 1990.
- 伊藤正己, 憲法(第3版), 弘文堂 1992.
- 田中二郎, 行政法總論, 有斐閣 1957.
- \_\_\_\_\_, 新版行政法(上), 弘文堂 1974.
- 淺野一郎, 立法の過程, ぎょうせい 1988.
- 村田尚紀, 委任立法の研究 -フランス現代憲法における授權法-, 日本評論社 1990.
- 平岡 久, 行政立法と行政基準, 有斐閣 1995.
- 桶口陽一(編), 講座 憲法學 5(權力の分立Ⅰ), 日本評論社 1994.
- 戸部信喜, 演習憲法(新版), 有斐閣 1988.
- フランス行政法研究会(編), 現代行政の統制 -フランス行政法研究-, 成文堂 1990.

参考文献

〔論文〕

- 加藤一明, 行政立法について, 公法研究 第39號, 1977.
- 岡崎勝彦, 委任の範圍(3), 行政判例百選Ⅲ(第3版), 有斐閣 1993.
- 高良鐵美, 合衆國における委任立法(上)(下), 九大法學(九州大學) 第46號(1983), 第47號(1983).
- 谷合俊一, 規制の設定等に係る意見提出節次(パブリック・コメント)の導入, ジュリスト 第1159號, 1999.7.1
- 駒村圭吾, アメリカ合衆國における立法權委任法理の展開(1)(2), 法學研究(慶應義塾大) 第67卷3號(1994), 第67卷4號(1994).
- \_\_\_\_\_, アメリカ合衆國における立法權委任をめぐる議論の動向, 法學政治學論究(慶應義塾大) 第9號, 1991.
- 菊井康郎, 立法の委任② -犯罪構成要件の委任, 憲法判例百選Ⅱ(第2版), 有斐閣 1988.
- 堀内健志, 立法の委任① -罰則の委任, 憲法判例百選Ⅱ(第2版), 有斐閣 1988.
- 吉田善明, 委任立法, ジュリスト 第805號, 1984.1.
- 多賀谷一照, 委任の範圍(2), 行政判例百選Ⅲ(第3版), 有斐閣 1993.
- 多賀谷一照, フランスにおける行政立法の法理(1)~(4), 法學論集(千葉大學) 第2卷1號(1987), 第3卷1號(1988), 第3卷2號(1989), 第4卷1號(1989).
- \_\_\_\_\_, フランスにおける行政立法の裁判的統制, 成田頼明(編), 行政法の諸問題(下), 有斐閣 1990.
- 大橋洋一, H.マウラー, F.E.シュナツプ 行政の留保(上)(下), 自治研究 第16卷12號(1985), 第62卷1號(1986).
- 大抵啓吉, 委任立法禁止の原則と司法審査, 經濟と法(専修大學大學院) 第25號, 1987.
- \_\_\_\_\_, アメリカにおけるルルメイキングの構造と展開(1)~(5), 自治研究 第62卷11號(1986), 第62卷12號(1986), 第63卷2號(1987), 第63卷5號(1987), 第63卷6號(1987).
- \_\_\_\_\_, 委任立法における裁量, 公法研究 第55號, 1993.
- \_\_\_\_\_, アメリカにおける行政手續, 政治經濟學雜誌(早稻田大) 第332

- 号, 1997.
- 大石 眞, 立法と権限分配の原理(1)(2), 法學(東北大) 第42巻4號(1979), 第43巻1號(1979).
  - 大野盛直, アメリカにおける委任立法, 公法研究 第14號, 1956.
  - 大河原良夫, フランス憲法院と法律事項(1)~(4), 法學會雜誌(東京都立大) 第29巻1號(1988), 第29巻2號(1988), 第30巻2號(1990), 第31巻1號(1990).
  - 本多湧夫, アメリカにおける行政改革の理念と實狀, ジュリスト 第1161號, 1999.8.1.
  - 彬村敏正, 委任立法, 公法研究 第14號, 1956.
  - 寺 洋平, 現代フランスにおける立法権限の配分(1)~(4), 法研論集(早稲田大) 第68號(1994), 第75號(1995), 第76號(1996), 第79號(1996).
  - 山口敬三郎, 租税法における委任立法に關する一考察, 税理 1997.1.
  - 山岐博久, 現代議會政治における委任立法 -フランス第五共和制における運用-, 早稲田政治公法研究 第9號, 1980.
  - 山本浩三, 立法の委任と授權, 同志社法學 第39巻5・6號, 1988.
  - 常岡孝好, パブリック・コメント制度に關する私的コメント(上)(下), 自治研究 第75巻4號(1999), 第75巻6號(1999).
  - 上村貞美, 委任立法と統制, 公法研究 第47號, 1985.
  - \_\_\_\_\_, 議會における委任立法の統制, 香川法學(香川大) 第5巻2號, 1985.
  - 西川伸一, 内閣法制局 -その制度的權力への接近, 政經論叢(明治大學) 第65巻5・6號, 1996.
  - 石村善治, 罰則の委任, 行政判例百選Ⅱ(第2版), 有斐閣 1987.
  - \_\_\_\_\_, 法律の優位と行政立法, ジュリスト 第955號, 1990.5.1.
  - 成田頼明, 問題點はらむ委任立法, 時の法令 第346號~第350號, 1960.
  - 水野豊志, ドイツにおける委任立法, 公法研究 第14號, 1956.
  - 野中俊彦, 農地法施行令舊16條の法適合性, 行政判例百選Ⅰ, 有斐閣 1979.
  - 奥平康弘, 委任立法 -一般-, 行政判例百選Ⅱ(第2版), 有斐閣 1987.
  - 外間 寛, アメリカにおける行政立法の新展開, 公法研究 第38號, 1983.
  - 園部逸夫, 立法の委任③ -人事院規則への委任, 憲法判例百選Ⅱ(第2版), 有斐閣 1988.

参考文献

- 利光大一, イギリス行政法における行政立法の研究(1)~(5), 法學研究(愛知學院大) 第27卷3・4號(1984), 第28卷3・4號(1985), 第29卷1・2號(1985), 第29卷3・4號(1985), 第30卷3・4號(1986).
- 李在鶴, 行政立法に關する研究 -日本の行政立法とその定立過程の實狀及び行政立法手續のあり方について-, 一橋大學大學院, 1997.
- 荏原明則, 行政機關による規則制定の諸問題-アメリカにおける Rule Makingを中心として-(1)~(4), 神戸學院法學(神戸學院大) 第12卷2號(1981), 第12卷3號(1981), 第12卷4號(1982), 第12卷5號(1982).
- 畑雅 弘, 英國における委任立法の研究 -特に國會による統制について-, 法學ジャーナル(關西大) 第28號, 1980.
- 田村浩一, イギリスにおける委任立法, 公法研究 第14號, 1956.
- 舟田正之, 農地法施行令舊16條の法適合性, 行政判例百選Ⅱ(第2版), 有斐閣 1987.
- 酒井吉榮, アメリカにおける委任立法の1世紀, 法經論集(愛知大學) 第74號, 1974.
- \_\_\_\_\_, 委任立法の限界, 憲法の争點(ジュリスト 増刊) 有斐閣 1980.
- 佐藤 功, わが國における委任立法, 公法研究 第14號, 1956.
- 佐藤幸治, アメリカにおける法の支配の一断面 -委任立法の問題を中心として, 現代における法の支配(磯崎辰五郎先生喜壽記念), 法律文化社 1979.
- 村田尙紀, 立法の委任③ -委任の範圍, 憲法判例百選Ⅱ(第3版), 有斐閣 1994.
- 平岡 久, 法規命令制定への法律による授權の明確性(1)~(3), 法學雜誌(大阪市立大) 第28卷3・4號(1982), 第29卷3號(1983), 第35卷1號(1988).
- \_\_\_\_\_, 行政立法手續, 公法研究 第47號, 1985.
- 八木保夫, イギリスにおける從位的立法の統制手段について -行政手續としての Consultationを中心として-, 比較法研究 第47號, 1985.
- 戸部信喜, 委任立法 -一般-, 行政判例百選Ⅰ, 有斐閣 1979.
- \_\_\_\_\_, 罰則の委任, 行政判例百選Ⅰ, 有斐閣 1979.
- \_\_\_\_\_, 人事院規則への委任, 行政判例百選Ⅰ, 有斐閣 1979.
- \_\_\_\_\_, フランスにおける委任立法, 公法研究 第14號, 1956.

- 戸波江二, 委任立法の限界, 法學セミナー- 1994.1.
- 横山信二, フランスにおける行政立法とその法的統制, 松山大學論集 第1卷4號, 1989.





## 〈附 錄〉

### － 獨逸의 法令審査를 위한 Checkliste－

#### ○ 聯邦政府의 法令審査基準(1984.12.11 결정/1989.12.20 보완)

법을 단순화하고 과도한 규제를 회피하도록 하는 것이 연방정부의 목표이다. 따라서 규율을 의도하는 경우에는 광범한 의견을 수렴하는 한편 나아가 그 의도하려는 계획에 있어서는 필요성, 유효성, 이해성과 관련한 질문을 고려하여야 한다. 이에 연방내무부와 연방법무부는 법령의 작성에 즈음하여 다음과 같은 심사목록을 설정한다. 모든 연방장관은 그 소관범위내에서 법정립을 의도하는 경우에는 그 전체적 과정을 아래와 같은 단계로 진행하여야 하며, 또한 개별적 규율은 필요성, 유효성, 이해성에 관한 질문으로서 심사하여야 한다. 연방법무부는 법형식성심사(Rechtsförmlichkeitsprüfung)라는 범주에서 아래에서 제시된 질문을 가지고 법령안을 심사한다. 기타 연방장관은 그 전문적 소관사항의 범주내에서 아래의 질문에 적합한 법령안을 작성하도록 한다. 의견의 차이가 있을 경우에는 이를 무시하지 않고 차관회의에서의 심의를 거쳐 협의하도록 한다. 또한 필요성심사에서 제기된 질문은 중요한 기준으로 삼아야 한다.

#### 〈법령의 필요성·유효성 및 이해성을 위한 심사목록〉

1. 보편적으로 당연히 제기되는 문제는 무엇인가
  - 1-1 무엇을 달성하여야 하는가
  - 1-2 규율요구는 어디에서 비롯하는가 ; 어떠한 근거가 제시되는가
  - 1-3 그에 비하여 현재의 사실 및 법상태는 어떠한가
  - 1-4 어떠한 흠결들이 확인되고 있는가
  - 1-5 예를 들어 경제·과학·기술 및 판례 등의 발전이 당면문제와 특별한 관계가 있는가
  - 1-6 관계인 및 해결가능한 실제 사례들의 수는 어느 정도인가
  - 1-7 발생하는 것은 무엇이며, 발생하지 않는 것은 무엇인가

2. 어떤 대안이 있는가

- 2-1 문제분석이 무엇을 결과하는가 : 문제의 원인이 어디에 있는가? 어떤 요소들이 영향을 받을 수 있는가
- 2-2 추구하려는 목표가 어떠한 일반적으로 적합한 작용도구에 의하여 전적으로 또는 대체가능한 표본작성으로 달성될 수 있는가
- 2-3 어떤 작용도구들이 아래 관점의 고려하에서 특히 최상의 것인가
  - a) 시민과 경제의 비용과 부담
  - b) 유효성(특히 정확성, 목표달성의 정도와 개연성)
  - c) 공공예산을 위한 비용과 지출
  - d) 현존하는 규범의 존속과 계획된 프로그램의 효력
  - e) 부수효과, 사후효과
  - f) 수범자와 집행 주체에 대한 이해와 인용준비성
- 2-4 어떤 수단을 취할 때 새로운 법규정이 회피될 수 있는가

3. 연방이 다루어야 하는가

- 3-1 주, 자치단체 또는 다른 국가적 기관들의 취급목표가 -전적으로 또는 부분적으로- 그들에게 존재하는 처분권의 도움으로 달성될 수 있는가
- 3-2 왜 연방이 수행하여야 하는가
- 3-3 어느 범위까지 연방의 권한이 사용되어야 하는가

4. 법률이 제정되어야 하는가

- 4-1 규율가능한 대상들이 법률의 유보(본질성이론)하에 있는가
- 4-2 다른 이유로 규율대상이 그렇게 중요하여, 그 규율이 의회의 유보에 머물러야 하는가
- 4-3 어떤 형식적 법률이 필요하지 않는 한 : 규율이 하나의 법규명령으로 발해져야 하는가? 왜 행정규칙 또는 경우에 따라서는 연방단체의 자치 법규는 충분치 않은가

5. 지금 다루어져야 하는가

- 5-1 어떤 사안 및 연계성이 여전히 추구되어야 하는가? 그럼에도 불구하고

왜 지금 어떤 규율이 발해져야 하는가

5-2 왜 예견 가능한 변경 -및 규율필요성- 예를 들어 단계적인 효력발생-이 여전히 기대될 수 없고 바로 그러한 입법절차에서 파악될 수 있는가

6. 규율범위가 필요한가

6-1 그 초안은 무용한 프로그램원칙 또는 계획목표의 묘사로 부터 자유로운가

6-2 규율의 밀도(차별화와 상세화)가 일반적인 파악(유형화, 개괄화, 불확정 법개념, 일반조항, 재량의 부여)을 통하여 제한될 수 있는가

6-3 예견가능한 변경들을 포함하여 세부사항들이 명령제정자(주 또는 연방)에 양도되거나 또는 행정규칙에서 채택될 수 있는가

6-4 이러한 사례들은 이미 다른 방법으로, 특히 보다 상위의 법을 통하여, 규율 되는가? 예를 들어 다음과 같은 것들을 통하여

-변형된, 직접적으로 효력있는 시민법적 계약

-유럽공동체의 명령

-(연방명령에 대한) 연방법률

-(일반적 행정규칙에 대한) 법규명령

6-5 바로 그러한 규율대상에 관하여 소개된 기술적 법률이 있는가

6-6 이미 존재하는 어떤 규율들이 계획된 법규정에 의하여 언급되는가 그 규율들은 없어질 수 있는가

6-7 구체적 변경의 필요성을 넘어서 절박한 수정의 동기에서, 규율범위가 또한 심사되어지는가

7. 효력의 지속이 제한받을 수 있는가

7-1 그 규율이 예견가능한 짧은 시간을 위하여서만 필요한가

7-2 기한부 시험규율이 주장될 수 있는가

8. 그 규율이 시민과 친숙하고 이해가능한가

8-1 새로운 규율이 시민의 이해 및 인용준비와 일치하는가

8-2 자유여지 또는 협력의무에 대한 예견가능한 제한들이 왜 포기될 수 없는가

附錄: 獨逸의 法令審査를 위한 Checkliste

-금지, 허가 및 고지의무

-관청에의 개인의 출두

-신청제출, 고시 및 통고의무

-형벌 또는 과태료

-기타 부담들

위의 제한들이 더 적은 부담(허가유보를 지닌 금지 대신의 고지의무)을 통하여 보전가능한가

8-3 청구권의 전제조건들 또는 관청의 허가/승인절차가 다른 법적 영역에서 그것들에 일치되지 않는가? 그리고 비용과 시간요구를 최소한으로 줄일 수 있는가

8-4 관계인들이 용어선택, 문장구성, 문장길이, 개별 규정의 길이, 체계, 논리, 추상성에 관하여 규정하는 규율을 이해할 수 있는가

9. 규율은 실행가능한가

9-1 계약적·책임법적 또는 어떤 다른 방법으로 시민법적 규율로서 충분하다면, 행정집행이 회피될 수 있는가

9-2 새로운 관청의 통제와 행정의 개별행위(또는 법원의 간섭)가 왜 포기되지 않는가

9-3 선택된 규정들이 직접 준수가능한가? 그 규정들은 법률도입의 개별행위에 대하여 최소한 적은 요구를 기대시키는가

9-4 행정법적 명령- 및 금지규범들이 현재의 수단에 의하여 관철될 수 있는가

9-5 절차와 권리보호에 관한 특별규정들이 포기될 수 있는가  
일반규정들로는 왜 충분치 않은가

9-6 왜 a) 권한- 및 조직규율들 b) 새로운 관청, 조언을 주는 단체 c) 협력유보 d) 보고의무, 직무상 통계 e) 행정기술적 지침(예, 서식용지) 등이 포기될 수 없는가

9-7 어떠한 관청 또는 그밖의 기관들이 집행을 행해야 하는가

9-8 어떠한 이익다툼들이 행정주체들에게 기대될 수 있는가

9-9 집행주체들에게 필요한 작용의 여지가 귀속되는가

9-10 집행주체들/집행관청들의 의견이 어떻게 규율목적의 명확성 및 집행위

임으로 되는가

9-11 계획된 규율이 집행주체의 참여하에서 먼저 심사되어지는가

-왜 그렇지 아니한가

-어떠한 결과를 가지는가

10. 비용과 효용이 적절한 관계에 있는가

10-1 수범자 또는 그밖의 관계인의 비용부담이 어느 정도인지 예상되는가

10-2 추가적 비용부담이 수범자-특히 소규모 중간 기업자-에게 부당하게 요구될 수 있는가

10-3 연방, 주 및 자치단체들의 예산을 위하여 추가 비용이 얼마나 발생하는가

-어떠한 보증가능성이 추가비용에 존재하는가

10-4 비용-효용-분석이 철저히 관철되고 있는가

-왜 그렇지 않은가

-그것이 어떠한 결과를 초래하는가

10-5 어떠한 방법으로 효력, 비용 및 경우에 따라서 효력발생 이후의 규율의 부수효과가 조사되는가

○ Hamburg州의 法令審査基準(1975)

A. 목표정립

1. 법령이 달성하려는 목표가 무엇인가

2. 목표정립이 상위등급의 목표정립을 실현하는 것인가? 또한 다른 동위등급의 목표정립과는 충돌하지 않는가

3. 대안적 목표개념을 고려한다면,

a) 규정되어 있는 목표범위를 더욱 부각시킬 수 있는가

b) 다른 목표권역을 통하여 좀더 유리한 효과를 기대할 수 있는가

B. 시민에 대한 인지도

4. 대체가능한 비용으로 행정의 시민에 대한 규율관계가 시민에게 가장 유리하게 형성될 수 있도록 하고 있는가

5. 정보제공채무 또는 유사한 의무를 통하여 시민에게 부적절한 부담을 가하고 있지 않은가

6. 행정결정에 있어서 시민의 참가가능성이 도출될 수 있는가

C. 행정상의 협력자를 통한 성취

7. 협력자의 개인적 사회적 욕구의 충족에 영향을 주었는가

8. 자기책임적 행위 또는 협력자의 참가에 대한 모든 가능성을 도출하였는가

9. 상이한 욕구에 유리한 효과를 지닌 대체적 해결책을 고려하였는가

10. 협력자의 작업동기가 그 규율을 통하여 유리한 방법으로 영향을 미치는가

D. 유용성과 비용

11. 규율에 드는 비용이 의욕된 유용성과 적합한 관계에 있는가

12. 그 규율이 어떻게 유용성이 있어야 하며, 그것을 지향할 수 있는가

13. 그 규율에 어느 정도의 비용이 요구되는가

E. 인력준비와 조직

14. 필요한 인력이 준비될 수 있는가

15. 그 규율이 현존하는 조직의 범위내에서 실현될 수 있는 것이 아니라, 오히려 특별한 조직상 조치가 필수불가결하다는 것이 예상되고 있는가

16. 관할권의 근거부여 또는 변경이 필수적인가

17. 기타 상부조직상의 결정이 필수적인가

18. 경과규정을 어느 정도까지 두어야 그 시행이 준비될 수 있는가

19. 경과규정의 시행에 있어서 기득권을 최대한 보장하고 있는가(그 규정의 소개 내지 조리의 실현)

F. 행정실제적 실현가능성

20. 내용적 관점에서 그 규율의 실제적 실현가능성에 반대하는 생각이 존재하고 있는가

21. 의도한 규율내용에 대한 시행규칙이 필요불가결한가

22. 표현방식이 명확하고 실용적인가

23. 표현방식이 문법적으로 적합한가

24. 규정이 자동화에 적합하도록 파악되고 있는가

○ Hessen州의 法令審査基準(1980)

1. 규율의 허용성

- 1.1 규율에 강제적인 법적 의무가 요구되는가
- 1.2 누가 적합한 규율을 요구하는가
- 1.3 법령의 목표가 다른 방법으로도 달성될 수 있는가
- 1.4 구성요건이 충분히 배열되고 정리되어 있는가
- 1.5 실제적인 사안을 어느 정도로 고려하였는가
- 1.6 이해관계자를 어느 정도 고려하였는가
- 1.7 규율을 하지 않을 경우의 불이익을 어느 정도로 고려하였는가
- 1.8 자치단체에 어느 정도의 비용이 소요되는가
- 1.9 사인에게 어느 정도의 비용이 소요되는가

2. 규율을 서열이 낮은 등급으로 할 수 있는가

- 3. 규정내용의 개별적인 확정을 어느 정도로 기술할 수 있으며, 어느 정도로 변경할 수 있는가

4. 합목적성

- 4.1 의도한 규율사항이 합목적적인가
- 4.2 부수적인 행정상의 지출이 발생하는가
- 4.3 부차적인 인적 및 도구수단이 필요한가
- 4.4 규정내용이 법적용자와 이해관계인에게 이해가능한 것인가
- 4.5 규정내용이 다른 규정의 내용과 조화되었는가
- 4.6 금지/명령규정에 본질적인 측면에서 유의하였는가

5. 효력

- 5.1 효력발생의 시점에도 법적 의무가 존속하고 있는가
- 5.2 현재의 규율을 어느 시점까지 통용시킬 것인가
- 5.3 확정된 결함의 숫자와 비중의 감소 또는 상승경향이 어느 시점에서 제시

되는가

- 5.4 새로운 규율이 언제 변경될 것으로 예측되는가
- 5.5 광범위한 관련성을 고려하여 폭넓은 규율을 할 수 있는 시점은 언제인가
- 5.6 시행기관을 효력발생시까지 충분히 준비할 수 있는가
- 5.7 관련 시민이 충분한 시간적 여유를 가지고 새로운 규율을 준비할 수 있도록 하였는가

○ 聯邦內務部傘下の 聯邦公共行政教育院의 法令審査基準(1982)

1. 목표정립

- 1-1 목표는 어디에서 유래하며(발생, 결과영향), 규율은 필연적인 사실인가
- 1-2 규율을 통하여 마땅히 목표가 달성될 수 있는가
- 1-3 목표정립이 실제적이며, 제목표의 달성이 가능한 한 제시될 수 있는가
- 1-4 목표는 상위단계의 목표정립(헌법, 정치적 행위우선권)과 일치하는가
- 1-5 동등단계의 목표정립과 갈등이 일어날 수 있는가
- 1-6 기존의 목표정립을 그대로 두고 그것을 변환한다면
  - a) 상위목표가 더 적합한 것이 아닌가
  - b) 동등한 단계의 다른 목표정립이 더 적합하지 않은가
  - c) 예상되는 반발을 최소화 할 수 있는가

2. 필요성

- 2-1 규율의 필요성의 상태를 이해하고, 그것을 명확히 조사하였는가
- 2-2 현존의 목표가 법규정의 일관된 집행을 통하여 실현될 수 있는가
- 2-3 국가적 법률을 통해서만 목표를 달성할 수 있는가 또는 다른 방법을 모색할 수 있는가
- 2-4 규율을 통한 목표실현을 위하여 그 도달범위를 제한하고, 또한 세분화하는 것이 필요한 정도인가
- 2-5 정선된 영역(법률, 행정명령)을 통한 규율을 행할 수 있는가? 또는 하위편성분야를 통한 규율은 충분한가



### 3. 적합성

- 3-1 규율적합성에 대한 근거와 채용근거를 명확히 조사하였는가
- 3-2 규율내용이 적합하고, 달성하려는 목표가 획득될 수 있는가
- 3-3 대체안이 가능하고, 그것이 더 적합하고 또한 목표를 달성할 수 있지 않는가
- 3-4 규율의 부수적 결과가 야기되는가, 달성하려는 목표 또는 정선된 목표 기타 동등하게 정립된 규정의 성취가 저해되지 않는가

### 4. 실용가능성

- 4-1 규율은 이해가능하며 목적에 적합하게 구축되었는가
- 4-2 법률규정을 통한 제시가 필요최소한도로 국한되고 또한 조화를 이루고 있는가
- 4-3 규율이 충분한 탄력성을 유지하고 있으며, 집행에 있어서 재량권행사 및 부확정 법개념의 채용에도 탄력성을 유지하고 있는가
- 4-4 경과조치에 대한 규율이 충분히 제시되었는가
- 4-5 규율이 객관적으로 국가기능의 전개로 이해되고 있는가? 또한 특별히 조직적인 준비가 필수적으로 요구되는가
- 4-6 집행관할이 공정하며 또한 각주간의 협력의 필요가 명백히 모색되었는가
- 4-7 실제의 관철에 있어서 이전의 관점에 대한 고려없이 행하여지지 않았는가
- 4-8 법안기초에 자동화의 가능성은 제시되었는가
- 4-9 구법으로 부터 신법으로의 경과가 명백히 규율되었는가

### 5. 유용성과 비용

- 5-1 규율의 실현을 기대하는 데 있어서 불가결하고 유효한 수단을 확보하였는가
- 5-2 시행에 필요한 인원은 준비되었는가
- 5-3 규율을 통하여 낭비가 초래되거나 적절한 관계에서 기대되는 실익이 존재하는가

- 5-4 규율이 다른 행정영역에서 바라지 않은 부담을 초래하지 않는가
- 5-5 규율이 장기간에 걸친 현저한 비용상승을 초래할 가능성이 존재하지 않는가

6. 시민에 대한 친숙도

- 6-1 규율이 명확하고 이해하기 쉽게 작성되었는가
- 6-2 행정청의 결정에 시민의 참여가능성이 도출되었는가
- 6-3 시민이 의무를 이행하는데 있어서 교부에 대한 설명, 당국의 중재, 정보의 제공 등에 부적절하거나 무조건적인 부담을 지우지 않았는가

○ 聯邦內務部の 市民과 行政의 關係改善을 위한 法令審査基準(1981)

아래의 질문에 내포되어 있는 항목들은 시민과 행정과의 관계에 관한 법령(법률·법규명령·행정규칙·준칙·모든 종류의 지침 등)에 관한 심사에 있어서 우선적으로 적용될 수 있다. 주요항목은 규율의 객관성 뿐만 아니라 절차적 합성의 영역과도 관련될 수 있다. 규율의 객관적 영역에 관해서는 개별적인 이해관계에 구체적이며 확정적으로 규율될 수 있는 방안보다 간결하고 탄력성있는 그리고 무엇보다도 명확한 규율이 시민의 이익과 매우 일치하는지 여부의 문제가 특히 다양하게 제기된다. 이것은 일반적 선례에 따를 것이 아니라, 단지 오히려 개별적 경우에 결정되어야 할 것이다.

- 1. 정치적 목표가 국가적 행위를 통해서만 달성될 수 있는가
  - 1-1 어떠한 정치적 목표정립이 문제의 해결과 직결되는가
  - 1-2 정치적 목표정립에 따른 국가적 행위가 필수적인가
  - 1-3 정치적 목표정립에 공적 과제의 부분적 또는 전체적 수행이 달성될 수 있는가
  - 1-4 사인 또는 간접적인 공적 업무의 간접적 수행자에게 양도하는 것이 가능한가 그리고 이러한 양도가 규율에 있어서 어떠한 결과를 가져오는가
- 2. 국가적인 영향력 판단에 다양한 가능성을 야기하였는가
  - 2-1 문제에 대한 대체적 해결책을 둘러싸고 어떠한 고려를 하였는가  
법규를 기피하는데 대한 규제로서 어떤 특별한 해결책이 있는가

- 2-2 어떤 법규를 통하여 규율을 위반할 수 없도록 하는 헌법적 또는 그밖의 전제가 있는가
- 2-3 정치적 청원, 공개적인 운동 등을 통하여 규율을 회피하는 것이 가능한가
- 2-4 문제의 징후보다는 원인을 평가하는 해결책이 있는가
- 2-5 국가적 급부를 통하여 문제의 해결이 모색될 수 있는가
- 3. 규율의 위치가 정당히 선택되었는가
  - 3-1 규율의 위치가 법체계상의 기반에서 볼 때 사항적으로 정당한가
  - 3-2 시민과의 관련에서 그 규율의 실천이 마찰이 없고, 비용도 저렴하게 보장 되도록 그렇게 위치가 선정되었는가
- 4. 규율의 강도가 적절한가
  - 4-1 규율이 누구에게 직접적으로 적용되는가(시민 또는 행정기관), 그 규율이 수범자를 의식하고 구성되었는가
  - 4-2 생활사안이 법률, 명령 및 행정규칙의 순으로 규율되는가
  - 4-3 그때 그때의 규율 및 규율의도가 구성요건상의 구체화 및 명확화정도, 규율목적과 규율종류(법률, 명령, 행정규칙)에 비추어 적절한가
  - 4-4 불확정 법개념을 좀 더 사용하는 것이 가능한가
  - 4-5 그때 그때의 규율과 규율의도가 법적 효과 및 대체적인 국가작용으로 인하여 포기하거나 또는 현재 확정된 것을 고정화할 수 있는가  
더 많은 결정 및 선택재량이 부여될 수 있는가
  - 4-6 법규명령과 행정규칙을 통하여 법률상 허용된 재량여지를 특별히 엄격하게 제한할 수 있는가
  - 4-7 법규와 법규내부간의 체계에 대한 향상된 이용을 통하여 지나치게 상세 규율을 회피할 수 있는가  
법률의 개괄적인 명확화로 지나치게 법규명령과 행정규칙의 세부적인 규율을 허용하고 있지 않은가  
어떤 일반적 및 특별한 부분에 법규를 정리함으로써 지나치게 상세 규율을 회피할 수 있는가
  - 4-8 특수한 규율을 일반적 규율에 비하여 상위에 위치할 이유가 있는가

5. 규정되고 있는 규율이 기한부로 될 수 있는가

- 5-1 정해진 규율을 지속적으로 존재하는 질서권역으로 설정하여야 하는가
- 5-2 실제적 문제의 해결에 중점을 두어 조정이 가능하거나 또는 시간이 경과함에 따라 변경되는 것에 대한 해결책이 존재하는가
- 5-3 규율의 효력의 지속을 제한하는 것이 가능한가, 또는 기한의 확정없이 규율의 재검토를 미리 예견하는 것이 더 합목적적인가
- 5-4 규율의 효력발생시 법적 효과가 즉시 전범위에 걸쳐 발생하는가, 또는 시간적으로 단계화된 규율을 하는 것이 가능한가? 시민의 부담이 시간적인 단계에서 명확하게 되거나 다시 해제될 수 있는가
- 5-5 그 규율이 쓸모없게 되려면 어떤 전제조건이 발생하여야 하는가

6. 규율의 명확성이 보장되는가

- 6-1 규율된 법적 소재가 판결 및 문헌에서 명확히 언급된 개념으로 환원될 수 있는가? 법적 개념이 확정되어, 어느 정도까지 그 정의된 개념을 유추적용 할 수 있는가  
규율에 있어서의 모든 개념이 통일적으로 사용되는가
- 6-2 유사한 범영역에서 어느 정도까지 통용되는 전문용어로 환원될 수 있는가
- 6-3 어떠한 원인으로 부터 개별사안의 해결을 지향하여 행해지는 규율(처분적 법률)의 경우 그것이 가능한 한 동등한 효력을 가지도록 고려하였는가
- 6-4 법규상의 개념적용에 있어서 어느 정도까지의 예측진단적 결정이 필요한가 그러한 진단, 예를 들면 어떤 제안자의 규율의 명확성의 필요성에 대한 문제제기가 필수적으로 가치있는 요소를 지향하고 있는가

7. 규율이 충분한 탄력성을 제시하는가

- 7-1 신중하지 않고, 비교할 수 있는 집단군과 미리 예견할 수 있는 미래사안을 고려하지 않고서도 일반적인 규율이 가능한가
- 7-2 법의 질적인 면의 감축과 동의필요성의 폐지를 통하여 규범의 변화가능성이 완화될 수 있는가

8. 규율이 시민과 행정에게 이해와 통찰이 가능한가
  - 8-1 방법론적 및 전문적인 관점을 고려할 때 쉽게 이해가 되는 평이한 용어 선택이 행하여 졌는가.
  - 8-2 규율이 명확하고 함축성있는 문장으로 구성되었는가
  - 8-3 규율이 모순없이 구성되고, 일목요연하게 배열되었는가
  - 8-4 규율 그 자체가 상호 이해되고 있는가
9. 규율의 목표, 내용, 효력 및 실행이 시민에게 충분히 주지되고 있는가
  - 9-1 어떠한 정보제공조치들이 필요한가
  - 9-2 정보제공조치를 위한 책임과 권한이 명확하게 확정되어 있는가
  - 9-3 정보제공조치들이 적시에 준비되었는가
  - 9-4 시민에게 특히 절차규율과 그 절차규율에 당연히 참가하는 권리에 관하여서도 충분히 고지하였는가
10. 법률이 마찰없이 실행될 수 있는가
  - 10-1 규율의 발동에 있어서 규율의 실행에 필요한 행정능력이 존재하는지의 여부가 고려되고 있는가
  - 10-2 규율에 대한 행정상 집행에 곤란성과 문제점이 나타나거나 또는 예상되는 경우에는 어떠한가
  - 10-3 집행에 수반한 문제가 가상모형 또는 도상계획을 통하여 인식가능한가
  - 10-4 규율의 실행에 관하여 관련 이익대표들 또는 단체로 부터의 의견이 제시되었는가
  - 10-5 실행된 규율에 어떠한 이의신청, 재판, 감독절차에 관한 대상이 존재하는가
  - 10-6 행정상 집행에 즈음하여 목표상호간의 갈등이 인식될 수 있는가? 즉, 규율의 실현시 다른 보호가치있는 중대한 이익이 침해되는가
  - 10-7 규율을 변경할 때 집행문제가 상응하는 고려를 발견한다는 것이 보장되는가
  - 10-8 규율이 준수되는지 또는 규율이 준수되지 않는다는 것을 기대할 수 있는가? 준수가 통제가능한가

11. 권한-, 조직-, 권리구제규율이 사항적으로 정당한가

- 11-1 권한규율이 필요하고 사항적으로 정당하게 형성되었는가
- 11-2 규율에 유보되어 있는 감독권(적법성 감독, 합목적성 감독, 허가유보, 예외적 승인)이 필요하고 사항적으로 정당하게 형성되었는가
- 11-3 상당한 시민의 참가가 예견되는가
- 11-4 주/자치적 관할구역단체에 대하여 충분한 형성의 자유가 귀속되는가
- 11-5 일반적인 행정내부의 관청에 의하여 또는 특별관청(특별행정)에 의하여 더 잘 규율이 실천되는가
- 11-6 행정절차에서 시민의 권리가 충분히 명백하게 정의되는가
- 11-7 권리구제수단이 사항적으로 정당하게 규정되는가

12. 규율로써 효력이 발생되는가 또는 기대할 수 있는가

- 12-1 규율의 사시리적 효력에 관한 교시가 주어진 지침이 발견될 수 있는가
- 12-2 규율이 목적으로 삼는 효력을 발생하지 않는다는 것을 위한 다른 근거가 존재하는가
- 12-3 규율이 상대방 및 관계인에 의하여 받아들여지는가  
얼마나 많은 시민이 경우에 따라서는 어떠한 범위로 규율을 실제로 사용하는지에 관한 보고가 있는가

13. 비용과 유용성이 상당한 관계에 있는가

- 13-1 규율의 유용성을 어디서 볼 수 있는가  
어떠한 가치, 목표, 척도와 요소가 이것을 위하여 규정되는가? 직접적 유용성 이외에 간접적 유용성도 고려되었는가
- 13-2 성질상 및 또는 양적인 비교척도가 유용성규정을 위하여 발견될 수 있는가 이것이 화폐단위로 가능한가
- 13-3 특히 인적 수단과 물적 수단에 있어서 직접적 비용(예산지출 뿐만 아니라)은 어떠한가
- 13-4 제3자에 있어서 발생하는 간접적 비용, 즉 효력이 고려되었는가
- 13-5 시민에게 비용을 전가하는 규율이 어느 정도까지 존재하는가

○ Werner Hugger의 法令審査基準(1983)

I. 국가적 개입의 필요성과 법형식적 규율의 필요성

1. 문제의 기간, 범위 및 긴급성에서 법제정을 위한 국가적 행동이 필요한가, 국가의 책임하에 놓여있는가. 국가적 개입/행동을 법령으로 할 것인가
2. 공적 과제가 문제로 되어 있는가
3. 과제가 국가적 조정을 필요로 하는가 아니면 사적 또는 간접적 공적 담당자에게 위임할 수 있는가
4. 소재가 특히 법률을 통하여 규율할 것이 요구되는가 아니면 다른 해결가능성이 모색될 수 있는가
5. 법적 형식/비법적 형식의 제안과 해결방안을 다른 행정국면, 다른 주 또는 사인에게 인정하여 위임할 것인가, 아니면 그들의 경험을 충분히 고려할 것인가
6. 연방입법자를 통하여 주의 권한으로서 법령의 발안/규율이 허용되는가
7. 현존하는 법령에 대한 사소한 개정/증보 또는 개선 및 정밀한 집행을 위한 독자적 규율의 여지가 있는가
8. 준비하고 작업중에 있는 법령안에 개정을 위한 조정 및 개괄적 계획이 필수적으로 확보되어 있는가
9. 그 입법계획이 대규모의 정치적, 프로그램적 연관하에 폭넓은 예측가능성을 고려한 가운데 준비하여 도출한 활동인가
10. 상기의 입법계획에 대해 반론이 예상되는가, 계획의 실현에 정치적 갈등이 야기되는가. 법률작업계획(관여/홍보정책)을 완화하여야 할 것인가
11. 시민에게 지나친 요구(법에 대한 몰인식의 증대, 방향성상실)가 우려될 수 있는가
12. 법령의 시행에 있어서 집행부서에게 지나친 부담 또는 마비상태를 초래할 수 있는가
13. 입법계획에 재정적 관점을 예측하여 예산규모에 책정해 두었는가
14. 그 계획에 국가의 행동여지 및 형성가능성을 위하여 어느 정도의 장기간의 효과를 예상하고 있는가

## II. 목표실현전략

1. 법령에 추구하는 목표가 현재 달성가능한가 아니면 추가적인 보조책(홍보, 공개작업)이 필요한가
2. 채용된 사실(실제, 법적 사실)이 집행가능하고 충분히 신뢰할 수 있으며, 입법자가 개입을 결정한 항목과 목표가 객관적인 근거가 있는가
3. 불이익에 대한 처벌 또는 부담을 초래하는 것에 대신하여 적극적인 장려 내지 촉진을 통하여 바람직한 행위 또는 의욕하려는 상태를 달성할 수 있는지를 검토하였는가
4. 처분의 원인과 행위의 근거가 되는 표현형식이 사실/규율동기에 적합하며 명시적으로 표명된 목표와 당위상태에 상응하는 것인가
5. 목표실현을 위한 대안적 조치를 고려하고 그 예상되는 효과와 유용성을 평가하였는가
6. 선택된 조치에 대해 우선적으로 효과비용과 비용효용관계를 고려하였는가
7. 예측하지 못한 방향으로의 전개나 부작용 등에 대한 위험을 얼마나 신중하게 평가하였는가

## III. 법령의 기본적 구상

1. 목적정립이 충분히 신뢰할 수 있으며, 광범위한 규율목표에 적합하고 실현할 수 있는가
2. 법령의 목적이 의도한 결과를 달성할 수 있는가
3. 법령의 목적이 법적용과 효력의 통제 및 사정을 고려하여 그 방향성을 제시할 수 있도록 일의적이고 명확하게 충분히 구성되었는가
4. 법령의 전체적 목적확정과 개별 법문의 목적확정이 상호 모순없이 되어 있으며 전체가 상위의 목표관념과 일치하고 있는가
5. 부가적인 목표/목적이 인지되는가. 그것을 법령 그 자체 또는 법령의 기초에 제시할 수 있거나 또는 제시하여야 하는가. 그것을 모순없이 동등하게 상위목표/목적과 일치할 수 있도록 배치할 수 있는가
6. 규율소재를 미래지향적·목표지향적으로 개방된 목적프로그램으로 할 것인가 아니면 사실관계를 특정의 법률효과와 결부되는 조건프로그램으로 규범



화할 것인가

7. 규율이 법적용자와 이해관계인이 예측할 수 있도록 허용하고 있는가

#### IV. 규율메카니즘의 형성

1. 입법작업에 즈음하여 가능한 기본적인 요소를 전부 획득하였는가. 폭넓은 정보가 필수적인가. 구성요건형성에 있어서 그 의미를 정당하게 판정하였는가
2. 법령문에 수범자의 바람직한 행동변경/행동보호를 위하여 적극적 또는 소극적 제재강도를 부가하거나 채용할 것이 기대되고 있는가
3. 적극적 또는 소극적 제재/급부청구권 등이 법적 결과의 측면에서 유사한 구성요건을 정한 규정이나 다른 법령의 규정과 조화를 이루고 있는가
4. 어느 정도의 남용, 회피 및 비복종가능성이 있는가. 그것을 어떻게 방지할 수 있는가
5. 범죄행위요건과 질서위반요건을 어느 정도로 확정하였는가. 형벌부과대상과 과태료부과대상을 어느 정도로 예상하였는가
6. 기대되거나 필수적으로 요구되는 집행밀도를 고려하여 적극적/소극적 제재수단을 배분하였는가
7. 법률의 확정에 즈음하여 법률에서 제시된 수범자에 대한 조치와 그 조치의 결과로 발생하는 생활사실에 대해 법적용자에게 빈번한 예측적 결정을 요구한다. 이러한 법적결과의 결정에 대한 예측의 여지가 사실에 적합하고 그 예측이 법적용자에게 규율의 목표와 목적의 방향성과 일치할 수 있게 유용한 것인가
8. 법률에 규정된 법적 결과가 실현되며 또한 실현될 수 있도록 확보되었는가
9. 구성요건 - 법적 효과라는 도식은 엄격하게 행정과 재판적 결정에 당연히 따라야 한다. 양자가 사실적합성과 상호밀접성을 가지고 항상적이고 단계적인 경과에 있는가
10. 권리남용적 행동(적절한 회피, 불이익의 조정, 이익의 극대화)을 조장할 수 있도록 고정된 태도와 가치한정을 실현한다. 이러한 위험을 고려하였으며 그것을 감소시키거나 불가능하게 할 수 있는가

## V. 적용과 집행의 내용확정

1. 법률의 시행을 위하여 다수의 행정명령/지침이 필요한가. 그것이 예상되는 시점에 시의적절하고 통일적으로 발령될 수 있는가
2. 법률의 시행에 따른 주무 행정관청이 배치되었는가
3. 법률의 시행에 즈음하여 행정부문에서 어떠한 정보조사와 정보축적 및 정보 처리의 요구가 발생하는가
4. 법률의 시행에 따른 작업경과나 개별활동이 현재의 행정상 진행과정과 조직 내부적인 실상과 일치하는가. 그러한 관점에서 법령을 변경할 수 있는가
5. 공동작업의 필요성이라는 난점을 극복하기 위하여 다수의 행정부서를 설치할 수 있는가. 개별적 소관사항을 가능한 한 명확하고 중복되지 않도록 배치하였는가
6. 행정청이 급부를 제공하여야 하는 경우에 시민에 대한 안내, 보고, 판정, 측정의 고지를 어떠한 절차와 방법, 도구로 행할 것인가를 규율하였는가
7. 행정이 신규 또는 개정된 과제를 처리하는데 있어서 전문적이고 충분한 지식을 가지고 있는가. 어떠한 조치가 필요하며 그 조치를 어떻게 주도할 것인가
8. 적용하려는 법문에서 행정에게 어떠한 유보가 존재하는가. 그것을 완화시킬 수 있는가
9. 행정이 법률의 적용에 있어서 심사와 통제업무에 활용하기 위하여 필요한 정보와 지시를 입수할 수 있는가. 행정임무를 위탁받은 이해관계자에게도 상응하는 정보를 제공하고 또한 협력의무가 있음을 주지하였는가
10. 법률의 시행에 있어서 일정한 서식이 필수적이거나 합목적적인 경우, 그것이 시의적절하게 제공될 수 있고 또한 이해가능하고 실제적인 형식으로 되어 있는가
11. 시민이 권리를 주장하거나 의무를 이행하기 위하여 법률이나 행정명령을 어느만큼 알고 있는가
12. 시민이 법률에 의하여 행하여야 할 의무와 부여된 권리 및 청구가 확보되어 있음을 즉각적으로 완비된 형태로 주지하고 있는가
13. 시민이 권리를 주장하거나 의무를 이행하는데 있어서 몇개의 행정기관과

- 행정상 어느 만큼의 행정적 접촉이 발생하는가
14. 시민이 집행관할을 명확히 인식할 수 있는가
  15. 시민에게 불필요하고 지나치게 나열된 정보, 보고 및 자료를 요구하고 있는 것을 방지할 수 있는가
  16. 이해관계인의 참가 및 협력권을 고려하였는가. 그러한 이해관계인의 참가 및 협력이 행정상 실용적이고 효율적인 담보가 될 수 있는가
  17. 행정상 급부의 제공에 수수료를 명확히 규정하였는가. 수수료책정의 대강적 기준과 징수권한을 규정하였는가

## VI. 비용과 재정

1. 법령의 시행이 언제 종료 - 평가 - 되는가
2. 실질적 법률비용
  - 2.1 법령에 있어서 결손의 원인이 된 목적지출이 평균적으로 어느 정도인가
  - 2.2 그 지출을 조정하고 확보하는 자금조달이 완전하고 지속적인가
3. 행정적 비용
  - 3.1 법령의 실행을 위해서 어느 정도의 업무부서와 소관부서 및 어느 정도의 지속적 처리가 요구되는가
  - 3.2 법률적으로 유보된 개인적 경비를 얼마나 높은 비용으로 계산하였으며, 실제 필요가 발생한 초과비용을 어느 정도 높게 추량하였는가
  - 3.3 경영경제적인 관점에서 재산형성(투자, 이윤) 비용을 어느 만큼 미리 계산하였는가. 필요한 투자조치의 효과비용을 어느 정도 높이 계산하였는가
  - 3.4 행정에 요하는 설비비가 어느 정도 발생하였는가
  - 3.5 전체적으로 어느 정도의 높은 행정비용(개인적비용, 투자비용, 행정적 설비비)과 그로 부터 어느 정도의 수입(수수료, 매각)이 발생되었는가
  - 3.6 행정비용의 조달가능성이 확보될 수 있거나 아니면 다른 부문에서의 급부축소를 통한 과중한 부담을 담당하여야 하거나 또는 예측가능한 집행상의 하자를 조절하여야 하는가
4. 법령의 시행에 새로운 자격요원이 요구되는가. 그것을 어떻게 달성할 것인가
5. 공공 예산상 수입구조와 지출구조가 얼마나 장기적인 효과가 기대되는가

6. 간접적 자금조달을 위한 부담(조세, 사용료, 수수료, 분담금)이 사인, 즉 개별 시민에게 얼마나 할당되는가. 그 부담의 실행에 있어서 금액의 변동(소득, 조세)이 있을 때 이를 어떻게 관련시킬 것인가
7. 법률에 근거한 행정업무의 수행에 사인에게 어느 정도의 높은 부담을 주는가. 대가부여를 통한 비용의 전가를 산정하였는가. 그 부담이 부담한도내의 조정에서 볼 때 부족될 가능성이 있는가
8. 통지의무, 제공의무, 보고 및 신고의무 등으로 시민에게 어느 정도의 과중한 부담을 주는가. 요구된 회답/보고가 부담한도내의 경비로 조달되는가
9. 행정적 사정에 따라 발생한 결원을 어느 시점에 채용을 요구할 것이며, 결원으로 인한 행정적 처리기간의 지연으로 인하여 시민과 사인의 부담/불이익이 어떻게 발생하는가
10. 전술한 기본적인 조사결과 비용/효용관계가 정확하게 제시되어 있는가. 새로운 고려에 의하여 개별적 구성요건요소/절차법적 확정이 이루어진 경우에 비용효과의 변경을 증명할 수 있는가
11. 법률의 사후시행을 위하여 비용의 확보가 고려되었으며, 자금조달이 가능한가.

## VII. 법실체적 작성

1. 기본형식선택 : 적절하고 상응하는 규율형식을 선택하였는가
2. 규율강도
  - 2.1 규율소재를 어느 정도로 완전하게 규율하였는가 아니면 완전하지 못하게 규율하였는가를 심사했는가
  - 2.2 채용된 개별사안의 규율이 불가결하며 허용될 수 있는 것인가
  - 2.3 규율강도의 채용(불확정법개념, 일반조항, 재량 등)에 있어서 행정기관에게 결정 및 행동여지를 부여하고 있는가
  - 2.4 개별적인 규정을 완벽하게 정식화하여 행정기관이 법을 운용하는데 장애가 되지 않는가
  - 2.5. 사실을 무조건적으로 필수적인 규율동기/사안으로 보아 이를 제한하고 있지 않은가. 불필요한 규율을 하고 있지 않은가
3. 법정립위임
  - 3.1 가능한 한 형식적 법률 - 법규명령 - 행정규칙이라는 조성원칙을 준수

하였는가

- 3.2 법정립경제성의 의미에서 개정되기 쉬운 사안의 규율을 위임하였는가
  - 3.3 위임에 있어서 수권규정의 내용, 목적, 범위에 관해 충분히 확정하였는가
  - 3.4 법률의 목표와 일치하는 효력규정을 어느 범위까지 제3자에게 인정할 것인가. 부가적인 효력인정에 관한 내용을 삽입하여야 하는가
  - 3.5 위임의 권한과 재위임의 권한이 확보되어 있으며, 그러한 권한이 시의 적절하고 필요한 범위에 사용되었는가
4. 법적 개념
- 4.1 선택된 법적 개념이 행정기관에게 사실에 즉응한 결정 및 활동여지를 부여하고 있으며 법령의 목표와도 일치하는가
  - 4.2 불확정 법개념, 규범적 법개념 및 일반조항이 바람직하고 허용되는 해석에 기초를 둔 명확한 관념으로 선택되어 있는가
  - 4.3 법적 개념이 실제적이고 사실과 밀접하고 사실에 적합한 행정적 결정을 도출하고 있는가. 그것이 사법적으로도 그러한가
  - 4.4 법적 효과의 결정에 있어서 행정기관의 재량의 여지가 명료하게 정의되고 충분히 한정될 수 있는가
  - 4.5 행정자동화의 지향을 위하여 가능한 한 최대한으로 의미와 개념을 명확하게 형성할 가능성을 심사하였는가
5. 개념선택
- 5.1 가능한 한 구체적이고 명확하고 간결하게 정식화하였는가. 다의적이고 막연한 개념을 제거하였는가
  - 5.2 개념을 통일적으로 사용하였는가
  - 5.3 전문적이고 특수한 개념과 의미를 명료하게 정의하였는가
  - 5.4 복잡하고 장문의 문장구조를 회피하였는가
  - 5.5 법령문이 전체적으로 탄력적으로 형성되었는가(수동적 문장의 배제, 상세한 표현 등)
6. 절차적, 과정적 규율(법적 수단, 재판관할)이 요구되는가

## VIII. 법기술적·법형식적 작성

1. 의미적합적인 법영역군(법률, 법규명령, 행정규칙)을 올바르게 선택하였는가

2. 규율이 광범위한 법적 해결을 필요로 하는가, 그것이 확보되어 있는가
3. 구성/체계
  - 3.1 법령의 구성이 법적용자/독자가 통상적으로 예견할 수 있는 모습(누구에게, 누가, 무엇을, 어떻게)을 취하고 있는가. 그에 상응하는 질서원리를 인식할 수 있는가
  - 3.2 구성이 전체적으로 일목요연한가. 내용적으로 상호 밀접한 관련이 있는 것이 집중적으로 배열되어 있는가
  - 3.3 파악하기 쉽게 제명/장/절/조/항을 선택하였는가
  - 3.4 개별 항이 충분히 세분화되었는가
4. 준용의 처리
  - 4.1 내부적 또는 외부적 준용을 필요 최소한도로 한정하였는가
  - 4.2 법령문을 함목적적으로 간결하게 하기 위하여 내부적인 준용이 반드시 필요한가
  - 4.3 외부적 준용을 국한된 부분에 두어 수시로 현재적 파악을 확인할 수 있도록 하였는가
  - 4.4 법령문의 일부의 개정가능성에 대비하여 동태적인 준용을 고려하였는가. 그러한 개정이 현재 관찰되어 유지되고 있는가
  - 4.5 부가적으로 개방된 해석여지를 위하여 포괄적 준용을 사용하는 것을 고려할 수 있는가
5. 시행 및 경과규정
  - 5.1 적절한 시행규정을 마련하였는가
  - 5.2 효력발생의 시점을 선택하는데 있어서 법령의 시행을 위한 충분한 기간을 고려하는 한편 필요한 후속 규정(시행령/시행규칙)을 공포할 수 있는가. 법률의 규정을 서서히 효력을 발생하도록 하는 것도 고려하였는가
  - 5.3 소급효금지(형벌, 과태료규정)를 준수하였는가
  - 5.4 적용제한(지역적, 시간적)에 필요한 경과규정이 포함되었는가
  - 5.5 종전의 법을 완전히 실효토록 정리하였는가. 실효된 법령을 준용하는 법령에 대해 별도의 조치를 하였는가

### IX. 사후통제의 확보

1. 법령의 공포를 중단하여 최초의 단계로 되돌아가서 그 효력의 불명확성을 광범위하게 심사하고 진단하여 시행하였는가
2. 법령의 통용기간내에 비용과 효력에 대한 현저한 예측불확실성에 직면하여도 바람직한 것인가
3. 책임있는 부처의 보증/집행을 담당하는 소관부서의 법령의 효력상의 하자에 대한 정기적인 조사가 필요하고 바람직하게 되어 있는가
4. 법령의 시행에 따른 경과의 정기적인 보고가 법률로 확정되었는가
5. 시행의 권한과 합목적적인 사례실험에 따른 재정적 조치, 규정의 준수 및 시행에 따른 필요한 정보의 공포가 이루어 졌는가
6. 법령의 효력을 통제하기 위해 법외적인 경우를 고려하였는가

○ 聯邦法務部の 法規範의 水準向上을 위한 審査目錄(1978)

#### 【법정립권한의 대상】

1. 법안에 포함된 어떤 규정이 법규범의 수준향상을 방해하지 않도록 작성되었는가
2. 법안에 포함된 모든 규정이 법규범의 수준향상을 요구하도록 작성되었는가

#### 【법정립권한의 담당자】

3. 법안작성의 권한이 연방에게 있는가

#### 【형식과 절차】

4. 법안의 형식이 올바른가
5. 법안이 정당한 절차로 성립되었는가

#### 【내용적 정당성, 충분한 명확성과 확실성】

모든 중요한 질문에 대한 답변

- 어떤 사안을 강행적으로 할 것인가가 명확하고, 법적용자가 직무상 그 적용하려는 규정을 명확히 이해하고 있으며 아울러 어떤 사안을 사적 자치에 맡길 것인가가 명확한가

강행적이며 법적용자가 직무상 적용하는 규정

행위규정

- 지시된 행위에 대해 적용하려는 행위규정을 직무상 강행할 수 있는가
- 의무가 부과된 자에 대해 적용하려는 행위규정을 직무상 강행할 수 있는가
- 의무위반의 결과에 대해 적용하려는 행위규정을 직무상 강행할 수 있는가

권한규정

- 과제를 실현하기 위한 권한규정이 있는가
- 과제의 담당자에 관한 권한규정이 있는가
- 과제실현의 방식에 대한 권한규정이 있는가

사적 자치

- 사적 자치에 관한 규정에 그 사적자치의 내용, 담당자 및 행사 등이 있는가
- 사적 자치에 관한 규정이 권리형성적인 것이 아닌 경우에 그 규정이 어느 만큼 통용될 수 있는가
- 사적자치에 관한 규정에 의무위반에 대한 내용이 있는가

적용범위

- 법안에 장소적 적용범위에 관한 규정이 있는가
- 법안에 시간적 적용범위에 관한 규정이 있는가
- 법안에 규율에 대한 수범자의 요구를 고려하였는가
- 법안의 모든 내용이 필수적이며, 다른 법령의 내용과 중복되지 않는가
- 법안이 위에서 제시한 모든 중요한 질문에 이의가 없는가



**【사실적 정당성】**

이익평가

21. 법안이 모든 관련있는 이익을 평가하여 확정하였는가
22. 법안이 모든 보호할 가치있는 이익을 보호하였는가
23. 법안이 어떤 특정한 보호할 가치있는 이익을 보호하였는가
24. 법안이 보호할 가치있는 이익을 편견없이 평가하였는가
25. 법안이 보호할 가치있는 이익을 정당하게 고려하여 결정하였으며, 중요한 이익을 중요하지 않은 이익보다 적게 희생하여 결정하였는가

기본적 원칙

26. 법안이 일반적으로 승인된 기본원칙을 준수하였는가

실행가능성

27. 법안이 실무적으로 채용되어 실행할 수 있도록 되어 있는가

**【통지기술적인 적절성】**

용 어

28. 법안을 적용하는데 명확하고 간결하며 이해하기 쉬운 용어로 되었는가
29. 법안에 대한 간접적인 관계자도 이해하기 쉬운 용어로 되었는가
30. 규율소재가 가능한 한 누구라도 이해할 수 있는 용어로 되었는가
31. 외래어를 자국어에 적합한 용어와 상호 일치하도록 하였는가

개 념

32. 채용되는 개념이 적절하게 표현되고, 법안에서 사용한 개념으로 사실을 이해할 수 있도록 일반적으로 일치되어 있는가
33. 법안에서 채용된 개념이 실무적인 문제에 대응할 수 있도록 되었는가
34. 개념이 통일적으로 채용되었는가

### 체 계

35. 법안의 규정이 체계적으로 배열되었는가
36. 시민이 그 체계에 적응할 수 있도록 적합하게 되었는가
37. 법안의 규정이 체계상 요구되는 규율원칙을 따르고 있는가
38. 법안에 규정된 규율내용이 개정 또는 증보되더라도 명확한가
39. 법안이 유효한 결과를 가져오도록 정리되었는가
40. 법안이 사항적으로 밀접한 관련이 있는 것은 서로 연관을 가지도록 정리되었는가
41. 법안이 연대순으로 사건을 정리하였는가
42. 원칙과 예외를 정하는데 있어서 양자가 상호 조화로운 관계에 있도록 하였는가. 그 법안이 원칙에 대한 다수의 예외를 두거나 예외에 대한 다수의 예외를 포함하고 있지 않은가
43. 법령문이 간략하고, 분산된 규율요소가 총칙규정 또는 공통규정에서 집약되어 있는가
44. 법령문의 정의규정에서 관련된 규율요소를 한정하여 명확하고 간결하게 하였는가

### 준 용

45. 법안의 준용을 최소한으로 채용하였는가
46. 준용을 엄격하고, 특별한 경우에만 사용하였는가
47. 준용규정을 이해할 수 있도록 서술되었는가
48. 준용규정을 사용하지 않는 경우 법조문의 나열이 되는가
49. 준용이 포괄적이지 않은가

### 반 복

50. 법안에 불필요한 반복을 회피하였는가

### 입법기술지침

51. 법안이 연방수상과 연방법무부가 마련한 입법기술지침에 적합한가

○ Bayern州의 法令의 制定 및 改正을 위한 審査基準(1984)

1. 규율이유

1.1 다른 방법으로 규율목표를 달성할 가능성이 있는가?

아니오  예

규율하여야 할 법적인 의무가 있는가?

예  아니오

1.2 실태를 우선적으로 파악하였는가?

아니오  예  부분적으로

1.3 다른 주나 다른 기관에 유사한 규율이 있는가?

예  아니오  비용문제로 조사하지 못함

'예'인 경우: 다른 주의 당해규율이 폐지될 움직임이 있는가?

예  아니오  모름

1.4 규율되어야 하는 실태를 이미 다른 법령에서 고려하고 있는가?

아니오  예(부분적으로)  예(전적으로)

'예'인 경우: 단일 법령으로 통합하는 것이 좋지 않은가?

아니오  예

1.5 제정될 규율에 의하여 장점이 기대되는가?

예  아니오  모르겠음

1.6 규율하지 아니할 경우에 어떤 일이 발생하는가? (핵심단어로 답하시오, 불가피한 경우에 다른 용지를 사용할 수 있음)

이 규율로써 집행상 장애를 배제하려는 경우 이 장애가 규율이 없는 경우에 그 수와 비중에서

추가된다  줄어든다

2. 규율시점

2.1 규정의 개정인 경우, 동 규정은 최종적으로 언제 개정되었는가?

.....

2.2 그 밖의 개정이 곧 있을 것으로 예측되는가?

아니오  예(예상되는 시기 : 19.....)

2.3 시행이 예측되는 시점은?  
.....

2.4 시민과 행정기관은 이 규율의 시행에 충분한 대비를 할 수 있는가?

시 민  예  아니오  모르겠다

행정기관  예  아니오  모르겠다

2.5 이 규율은 한시적일 수 있는가?

아니오  예

### 3. 규율내용

3.1 이 규율은 보다 강한 단계로 제정될 수 있는가?

아니오  부분적으로 예  예

3.2 이 규율로 관할관청에게 관련되는 것은 무엇인가?

행정청의 협력유보  고지의무  보고의무

3.3 이 규율로 당사자에게 관련되는 것은 무엇인가?

명령규범(행위규범과 인용규범)  금지규범  국가의  
협력유보(예: 허가, 인가)  사인의 봉사  보고의무

과태료규정  건설 및 시설기준

3.4 주무관청의 판단여지와 재량여지는?

넓어진다  좁아진다  변함없다.

3.5 이 규율로 인하여 창설되는 새로운 것은 무엇인가?

특별행정  특별한 결정위원회 또는 자문위원회

부담금  절차법상 특별규율

3.6 관할권에 관한 규율시:

행정의 관할권이 각각 행정의 하위단계와 다른 곳에 속하는가?

아니오  예

기존의 관할권이 보다 강하게 집중되는가?

아니오  예

기존의 관할권이 일반적 내부행정의 행정기관에서 전문행정기관으로 이전되는가?

아니오  예

3.7 이 규율은 현재의 인적수단이나 물적수단 이상을 구속하는가?

아니오  예

경우에 따라서: 이 규율은 추가적인 인적수단이나 물적수단을 요구하는가  
.....명/인원

.....마르크/물적수단(연간)

3.8 이 규율은 간접적 국가행정의 주체(지방자치단체 등)에 예산부담을 주는  
가?

아니오  예(.....마르크/년)

예(액수예측불가)

3.9 이 규율은 사적 경제에 부담을 주는가?

아니오  예(.....마르크/년)

예(액수예측불가)

3.10 집행행정기관 및 전문행정기관의 의견을 수용하였는가?

예  아니오

유관단체, 협회, 조직의 의견은 파악되었는가?

예  아니오

이 규율은 사전에 실험되었는가?

예  불필요하기 때문에 아니오

이 규율은 (직)간접적 국가행정의 이외에서 전부 또는 부분적으로 집행  
될 수 있는가?

예  아니오

3.11 이 규율이 명령과 금지를 포함하면 실무에서 본질적으로 유의할 것으로  
예상될 수 있는가?

예  아니오

3.12 이 규율이 자치행정기관과 관계되는 경우, 종합적으로 이 기관의 결정  
권은?

확장된다  축소된다

3.13 이 규율이 시민과 관련되는 경우, 절차를 보다 시민에게 친숙하게 형성  
할 가능성은 존재하는가?

아니오  예  예, 그러나 행정부담이 많다

○ Schleswig-Holstein州의 法令의 檢討를 위한 審査基準(1996)

**신규제정( ), 일부개정( ), 기존규정의 검토( )**

규정의 명칭(경우에 따라서는 기관) :  
 해당부처명 :

**작성요령**

1. 법률 및 법규명령입안지침과 특히 행정규칙에 관련된 규율에 주의를 요함
2. 주어진 질문에 수기로 작성하기 바람. 경우에 따라서는 해당사항에 표시를 하기바람
3. 주어진 여백이 충분하지 않으면, 첨부용지를 특별히 사용하기 바람

1. 법령제정이 불가피한가

1.1 규율필요성은 있는가?

예  아니오

“예”인 경우:

법적측면에서 어떠한 법규에 근거하는가?

전문적 측면에서 그 이유는?

1.2 이 규정의 대안으로 입법목적을 다른 수단으로 수행할 수 있거나 납득할 수 있는 예산삭감으로 달성될 수 있는가(서열상 보다 낮은 규범, 공적작업, 협약, 업무협약, 발안, 조직 및 단체와의 공동작업, 지방자치단체나 다른 기관의 활동)?

예  아니오

“예”인 경우, 무엇으로?

1.3 비용

1.3.1 이 규범은 직접적인 비용을 야기하는가?

예  아니오  답변불가능

“예”인 경우, 알고 있는 비용의 액수 또는 산출가능한 액수:

	주의 경우	지방자치단체	제3자
1회(마르크)			
연간(마르크)			

비용의 액수를 알수 없고 산출할 수 없는 경우, 왜 알수 없고 산출할 수 없는가?

답변할 수 없는 경우, 왜 답변할 수 없는가?

1.3.2 이 규범은 어느 부문에 행정비용의 증대를 야기하는가?

주?  예  아니오

지방자치단체?  예  아니오

제3자?  예  아니오

1.3.3 직접적 비용/ 증대된 행정비용이 이 규범을 포기하여야 할 정도로 높아야 하는가?

예  아니오  생략

1.4 중간결론 : 이 법령은 필요하다  예  아니오

2. 규정의 내용, 종류, 범위 및 규율밀도는 합목적적인가

2.1 규정의 내용이 모든 점에서 실제적인 규율필요성과 합치하는가?

예  아니오

2.2 규정에 포함된 인적 및 물적수단 기타 설비(기준)에 대한 최소한의 필요사항이 계획된 형식을 구비할 것이 반드시 필요한가?

예  아니오  생략

(인적기준은 최소한의 요건으로 규정하거나 개별과제에 대한 지정된 분야가 중요한 경우에 일반적으로 전문가 또는 지정된 역할, 경우에 따라서는 업무능력을 위한 특별한 교육이나 자격을 규정한다. 물적기준은 최소한의 요건으로 규정하거나 공간의 크기, 특정된 물적수단의 보유, 규범의 준수, 특정된 조치의 실행, 효과입증과 같은 질적 또는 양적인 요건사항을 규정하여야 한다)

2.3 규정이 내용적 및 언어적으로 가능한 간결한가(예를들면 규율구성요건의 포기 또는 정형화, 일반화 및 불확정개념의 사용으로)?

예  아니오

2.4 모든 점에서 규정이 적용자와 당사자에게 이해될 수 있는가?

예  아니오

2.5 규정이 가능한 한 재량의 여지를 부여하고 있는가?

예  아니오  생략

2.6 관련 당사자에 대하여 의도된/기존의 제한의무와 협력의무가 가능한 작은 부담의 관점에서 필요한가(예를들면 허가의무와 고지의무, 신청, 통지의무, 입증의무 및 보고의무, 금지, 형벌, 과태료)?

예  아니오  생략

2.7 규정이 협력자간의 동기부여에 유리한 영향을 미치는가?

예  아니오  생략

2.8 중간결론 : 이 규정은 합목적적이다  예  아니오

3. 계획된/기존의 법규는 이미 존재하는 다른 법규와 통합을 성공적으로 할 수 있는가?

예  아니오

4. 이 법규는 규정된 - 예상가능한 - 기간에만 필요한가?

예  아니오

"예"인 경우: 효력을 ( )년으로 제한

5. 종합적 심사결과

이 법령은 1.4, 2.8의 항목이 "예"로 답변되고 3의 항목이 "아니오"로 답변되었기 때문에 모든 필요성에 대한 기준에 합치한다.

예  아니오

"아니오"인 경우, 해당분야에서 법령초안은 재검토를 요함

6. 단체/공공기관/주감사원의 참여

이 법령에 대하여 단체/공공기관/주감사원의 개정제안이 있는가?



예  아니오

존립검토시 전문적/정치적 이유에서 종합적 심사결과에 대한 단체/공공기관/주감사원의 보고는 있었는가?

예  아니오

## 7. 기타 유의사항(기재)

### ○ Rheinland-Pfalz州的 法令의 簡素化를 위한 審査目錄(1995)

#### 1. 법령의 필요성

- 법령의 목표설정을 촉진하는가?
- 법령의 목표설정이 국가적 작용으로써만 달성될 수 있는가?
- 정치적 청원, 공적 발의, 또는 조직체나 단체와의 협력으로 법적 규율을 회피하는 것이 가능한가?
- 법령으로 생활영역의 자율성이 방해되지 않는가?
- 법적 규율이 시민의 형성의 자유를 촉진하는가?
- 법적 규율에 대한 헌법적 요구가 존재하는가?

#### 2. 종류, 범위 및 규율밀도(명확한 작용영역을 위한 규율의 수와 강도)가 불가피한가

- 다음을 통하여 조문범위의 축소가 가능한가?
  - 규율구성요건의 포기
  - 간결한 형성
  - 일반적인 규범화
  - 행정기술상 여건(서식 및 기타 서류)의 법적 규율포기
- 규율의 종류, 범위 및 밀도가 시민에 유리한가(개인의 결정에 이익이 되는 행정의 재량부여)?
- 정보제공의무나 유사한 협력의무로 인하여 시민에게 부당한 부담을 가하지 않는가?
- 행정결정에 시민의 참여가능성을 충분히 고려하였는가?
- 법치국가적 필요성 측면에서 - 특히 평등조항 - 세목적인 규율의 완화도

가능하지 않는가?

- 결정의 흠결을 예방하고 법원에 의한 통제가 가능하도록 하기 위하여 보다 완화된 규율밀도로 충분하지 않는가?

### 3. 규율은 이해하기 쉬운가

- 규율은 명확하며 표현상 이해될 수 있는가?
- 법령이 명백하고, 일목요연하며 논리정연하게 구성되었는가?
- 법령에서 이해를 어렵게 하는 준용이나 불필요한 전문용어를 포함하고 있는 것은 없는가?
- 규율은 통일적인 표현을 사용하고 있는가? 해석상 난해함을 야기할 수 있는 용어상의 새로운 문구를 포함하고 있는 것은 없는가?
- 규정이 다른 법령과 조화를 이루고 있는가?

### 4. 규율이 의도한 효과를 달성할 수 있는가

- 수범자의 범위는 어느 정도인가?
- 어느 정도의 수범자가 이 규율을 이용할 수 있는가?
- 규율이 시민의 권리와 의무의 보전시에 시민의 요구에 합치하는가?
- 규율이 예측하지 않은 부작용(투자장애와 같은)을 포함하는가?

### 5. 규율이 경제적으로 마찰없이 실행될 수 있는가

- 비용과 편익이 적절한 관계에 있는가?
- 기존의 규정되고 의도된 협력유보, 보고의무 및 행정청의 통제가 필요한가?
- 왜 새로운 부서와 자문위원회는 포기될 수 없는가?
- 절차기간과 비용은 합리적인가?
- 위임가능성과 분권화의 가능성은 충분히 고려되었는가?
- 표준화(형식화, 도식적인 진행 등)의 정도가 시민에게 부담이 되는가?

○ Niedersachsen州의 法令審査基準(1995)

1. 필요성

1.1 법령이 필요한가

1.1.1 연방 또는 주의 강행법에 근거하는가

1.1.2 개입권한의 근거를 필요로 하는가

1.1.3 주관적 공권의 부여를 위하여 필요한가

1.1.4 기타 어떠한 법적인 이유에서 법령을 통한 규율이 필요한가

1.2 규율에 의한 명령으로 자유영역이 제한되는가(법실제적 심사)

의도된 규율이 작동되지 않는 경우 발생하는 불이익은(아무것도 하지 않는다면 어떠한 일이 발생할 것인가)

1.3 규율에 추구된 목적이 전체적으로 충분한 개연성하에 달성할 수 있는가

이러한 목적은 비용면에서 시민과 행정에 대하여 적절한 관계를 가지는가

1.4 규율하려는 과제가 반드시 국가와 국가의 행정기관에 의하여 실시되어야 하는가

1.5 규정이 다른 규정으로 대체되거나 다시 개정되어야 한다는 점을 고려하였는가

1.6 현존하는 법령의 개정 또는 보완으로 규율의 필요성을 해소할 수 있는가

1.7 규율이 보다 하위의 법규(예를들면 시행령, 시행규칙)로서도 달성될 수 있는가

1.8 규율을 수범자와의 협정, 행정실무 또는 판례에 맡길 수 있는가

예를들면 더 이상 확인할 필요가 없는 확립된 판례가 이미 있는가

1.9 엄격한 기준을 둘 경우 단지 선언적, 촉구적 또는 프로그램적 내용의 규정이 배제될 수 있는가

이들 규정은 입법이유, 보충적 행정명령 또는 주석서에 수용하는 것으로 충분하지 않는가

1.10 규정된 조치(특히 과태료에 대한 구성요건)는 필요하며 명백한가

과태료 보다 행정절차 또는 행정상 집행의 수단으로 충분하지 않는가

1.11 의도된 다음의 의무는 불가피하며 비례원칙에 합치하는가

- 고지의무, 통지의무 및 입증의무

附錄：獨逸의 法令審査를 위한 Checkliste

- 통계의무
- 보고의무
- 1.12 의도된 기본권에 대한 제한은
  - 가능하고,
  - 최소한이며,
  - 기본권의 의미를 고려할 때에 타당하며,
  - 비례의 원칙에 합치하는가
- 1.13 기타 법률이나 명령의 조항을 추가하려는 경우에 법 및 행정의 간소화 가능성의 측면에서도 심사되었는가
- 1.14 법령의 효력이 시간적으로 제한되는가

## 2. 규범내용

- 2.1 규율이 본질적인 내용을 제한하고 있는가
- 2.2 규율이 전체적인 관련성에서 법체계적 및 행정실무적으로 편성되었는가  
새로운 규율이 전체적으로 법간소화와 행정간소화에 대한 가능성과 관련성을 가지고 있는가
- 2.3 규율이 행정기관에게 충분하고 타당한 결정여지를 부여하였는가
- 2.4 예외적 규율은 반드시 불가피하고, 명백하고 충분한 이유를 가지고 있는가
- 2.5 명령에의 수권
  - 2.5.1 법령으로 성립시키는데 의도하는 규율을 명령으로 수권할 필요성이 있는가
  - 2.5.2 명령과 관계에서 당해법률에서 본질적인 주제를 제한하고 있는가
  - 2.5.3 구체적으로 명령으로 규율되어야 하는 것은 명확한가  
의도하려는 수권은 이러한 프로그램과 합치하는가  
수권은 그 내용, 목적 및 정도에 따라서 충분하게 규정되었는가
  - 2.5.4 법률안의 경미한 부분의 보충으로 명령제정이 회피될 수 있는가의 여부가 심사되었는가
  - 2.5.5 명령안에 가능한 한 의무가 없도록 수권되었는가
- 2.6 명령
  - 2.6.1 명령에의 수권이 강제적으로 요구되고 있는가

명령안에 입법자에 의하여 채용된 필요성이 여전히 존속하는가

2.6.2 명령에 법률조문의 반복사용이 회피되고 있는가

2.6.3 명령이 전체적으로 상호보완되게 배열되고, 서로다른 수권조항간에도 상호 보완되고 있는가

## 2.7 준 용

2.7.1 불필요한 준용지시가 회피되었는가

2.7.2 특히 주법의 동질적이거나 유사한 규정과 대비하여 심사되었는가

2.7.3 규율하여야 하는 구성요건을 간결하게 표현함으로써 준용을 회피할 수 있는가

2.7.4 준용하는 규범은 충분히 이해될 수 있는가

준용받는 규범은 용이하게 찾아볼 수 있는가

2.7.5 준용받는 규범이 다른 준용를 포함하고 있지 않은가의 여부가 심사되었는가

2.8 행정절차법을 보완적으로 적용함으로써 포기가 가능한 절차법적인 규율이 규정되었는가

행정절차법상의 상이점이 사안적으로 강제적인가

2.9 이 법령으로써 명확하고 완전한 법적 해결이 도모되는가

## 3. 규범형성

3.1 초안에서 불필요한 나열, 의미없는 미사여구 및 부자연스러운 문장연결이 회피되었는가

3.2 규율이 명확하고 통일적으로 해석가능한가(법학적 규범명확화)

3.3 규율이 수법자와 적용자에게 이해가능하도록 되었는가

전문용어의 개념은 불가피하게 최소한으로 제한되었는가

개념(다른 권리실체에 대하여서도)들은 통일적으로 일반적인 언어사용과 일치하게 사용되었는가(실질적 규범명확화)

3.4 일반규정과 특별규정으로 구성하여 중첩적인 규율을 회피할 수 있는가

3.5 개정법률에서 권한이 포괄적이고 중첩적으로 반복되어 새로운 고시가 필요한가

포괄적인 개정법률을 고려하지 않고 신규제정으로 달성할 수 있는가

#### 4. 행정적 실행

##### 4.1 관 할

- 4.1.1 주정부, 주의 행정조직 자체를 활용할 가능성이 모색되었는가
- 4.1.2 기구개혁에 관한 주정부의 원칙을 유의하였는가
- 4.1.3 동일한 사안과 관련된 상이한 행정기관의 허가가 집중적인 기능을 할 수 있도록 통합될 수 있는가
- 4.1.4 관할에 관한 규율은 광역자치단체의 기능에 유의하여 규정되었는가
- 4.1.5 행정상 집행이 감독관청의 통제적 동의유보를 회피하고 있는가
- 4.1.6 행정기관이나 부설기관의 지시에 의한 간섭으로 발생하는 비용은 사안의 의미에 비추어 정당화되는가
- 4.1.7 불가피한 간섭이 해당 결정을 방해하거나 지체되지 않게 규정되었는가

##### 4.2 수범자의 범위는 명확하게 규정되었는가

- 4.3 시민과 행정에게 어떠한 태도가 요구되는가가 명확하고 이해하기 쉽게 규정되었는가

##### 4.4 시민은 새로운 법을 어떻게 신뢰하고 있는가(시민-수용)

##### 4.5 집행상 흠결은 회피될 수 있는가

- 공포와 효력발생간의 충분한 시간적 간격이 규정되어 있는가
- 집행행정기관이 이에 대하여 충분히 준비하였는가(행정-수용)

연구보고 99-04  
委任立法에 관한 研究

---

1999년 10월 25일 印刷  
1999년 10월 30일 發行

發行人 徐承完  
發行處 한국법제연구원  
印刷處 東亞商社

서울특별시 서초구 양재동 90-4  
전화 : (579)0090, 0308  
등록번호 : 1981.8.11. 제1-a0190호

---

- 本院의 승인없이 轉載 또는 譯載를 禁함.
- ISBN 89-8323-104-1 93360

