

立法形式과 所管事項

曹正燦*

차 례

I. 머리글

II. 立法形式

1. 헌법
2. 법률
3. 명령
4. 행정규칙
5. 국제조약 및 국제법규
6. 자치법규

III. 法形式別 所管事項

1. 법률의 소관사항
2. 대통령령의 소관사항
3. 총리령·부령의 소관사항

IV. 所管事項의 委任에 대한 입법실무적 검토

1. 소관사항 위임의 의의
2. 위임의 한계

* 법제처 법제관

3. 조세법률주의 및 죄형법정주의와 소관사항의 위임
4. 기타 실무사례상의 몇가지 문제

V. 맺음말

I. 머리글

입헌주의적 법치국가에서는 헌법을 정점으로 하여 수많은 법령들이 하나의 통일된 체계를 이루고 있다(H. Kelsen의 법단계구조설).

각종 법령들은 그 존재형식(法源)이 다양하고 생성시기가 상이하며 그 제정이유 내지 법적 이념도 각기 다를 뿐 아니라 각 법령의 입안 및 집행을 담당하는 소관부처를 달리하고 있기 때문에 법령상호간에 상충을 초래할 소지가 있으며 따라서 이들을 일정한 기준에 따라 분류하고 정돈하여 이론적으로 일관성있게 체계를 정립함으로써 법률생활의 원활과 확실성을 도모할 필요가 있다.

법이 사회질서를 유지하기 위한 규범으로서 통일된 국가의사를 표현하고 보편적으로 타당한 것이어야 한다면 다수의 법령은 그 상호간에 통일된 체계로서의 질서가 있어야 하며 서로 상충이 생겨서도 안된다.

법령 상호간에 상충이 발생한 경우에는 이를 해석하여 어떤 법령이 우선 적용될 것인지를 결정하여야 할 것이지만 보다 중요한 것은 입법적으로 처음부터 상충이 발생하지 않도록 하는 일이다.

법질서의 유지와 법령상호간의 체계확립과 관련하여 흔히 거론되는 원칙으로서 신법우선의 원칙, 특별법우선의 원칙, 법령의 소관사항 준수원칙이 있는데 앞의 두 가지 원칙은 법령의 해석·집행에서 주로 문제되며 세번째 원칙은 법령의 입안·심사단계에서 보다 중요한 의미를 갖는다.

입법에 있어서는 법령으로 나타내고자 하는 제반사항을 여러 종류의 법령에 어떻게 배분 내지 배열할 것인지를 놓고 고심하는 경우가 많은 바, 이러한 문제는 각 법령의 입법절차, 즉 입법에 관여하는 기관과 입법에 소요되는 기간 등과 밀접한 관련이 있으며 그 정책이 원칙적·기본적인 사항으로서 항구성을 갖는 내용인지 아니면 전문적·기술적인 사항으로서 수시로 변경될 소지가 있는 내용인지에 대하여서도 고려할 필요가 있다.

뿐만 아니라 어떤 사항은 헌법등 상위법규에서 특별히 어떤 형식의 법령으로 정할 것을 요구하고 있는 경우도 있다.

이 글에서는 우리나라의 실정법 체계에서 다양한 종류의 입법형식을 살펴보고 각 입법형식이 갖는 소관사항이 무엇인지를 정리하고자 하는 바, 이와 관련하여 법규명령과 행정규칙의 상대화 경향이라든지 위임입법의 범위 등도 고찰의 대상이 될 것이다.

또한 이 글은 입법정책적인 것이라기 보다는 다분히 입법기술적 측면에서 기술하고자 하며 따라서 법제실무에 종사하는 사람들에게 다소나마 도움이 되기를 기대한다.

Ⅱ. 立法形式

법령의 형식은 나라마다 차이가 있으며 우리나라에서 법령은 성문법과 불문법으로 크게 나누어지고 성문법은 헌법과 법률에서 여러가지 형식을 예정하고 있다.

헌법에 규정된 성문법의 형식으로는 법률·대통령 긴급명령·대통령 긴급재정경제명령·대통령령·총리령·부령·국회규칙·대법원규칙·중앙선거관리위원회규칙·헌법재판소규칙·국제조약과 국제법규 및 자치에 관한 규정이 있으며, 법률에 규정된 것으로는 감사원규칙(감사원법), 노동위원회규칙(노동위원회법) 등이 있다.

그밖에 법령의 형식에 행정규칙(훈령·예규 등)이 포함되는지에 관하여 논란이 있으나 입법실무상으로는 행정규칙이 법령을 보충하는 기능을 담당한다는 점을 부인할 수 없기 때문에 여기에 관하여서도 살펴볼 필요가 있다.

1. 헌법

헌법은 국가의 권력구조와 국민의 권리·의무를 규정한 것으로서 최고의 법원(法源)이 된다.

헌법규정 그 자체가 일반 국민들 사이에서도 직접적인 효력을 갖는지에 관하여 기본권조항을 둘러싸고 논란이 제기되고 있으나 지금은 이를 인정하는 것이 통설이라 할 수 있다. 권력구조에 관한 헌법규정은 그 자체가 조직규범으로서 직접적인 효력을 갖는다고 할 것이다.

법제실무적 관점에서 본다면 헌법은 최고근본규범으로서 일단 제정된 후에는 개정이 쉽지 않기 때문에(경성헌법) 그 입안·심사에 관한 문제가 논의될 기회가 적지만, 일단 마련된 헌법규정에 따라 법률 기타 하위법령을 제정·개정함에 있어서는 헌법 적합성 여부에 관한 헌법의 해석·적용상의 문제가 항상 대두되기 때문에 헌법의 개정이 있을 경우 이와 같은 점을 염두에 두고 충분한 검토가 이루어져야 할 것이다. 그러나 실제에 있어서는 헌법개정은 정치상황에 따라 단시일내에 추진되는 경우가 많고(물론 헌법에서 정한 개헌절차에는 장기간이 소요되지만 일단 공고된 헌법은 수정되기 어렵기 때문에 공고안 확정전에 모든 내용이 해결되어야 한다) 헌법개정을 대비하여 평상시에 연구·검토를 완료해 둔다는 것도 정치적 민감성 때문에 제약을 받기 마련이다.

헌법은 법과 정치가 교차하는 영역에 놓여 있으며 C. Schmitt의 표현대로 헌법제정권자의 근본결단에 해당하는 것으로서 헌법의 해석에 있어서는 순수한 법리적 측면의 해석도 중요하지만 헌법이 담고 있는 역사성·정치성·이념성 역시 무시되어서는 안된다.

그리고 헌법은 법률·대통령령 등 모든 형식의 법령에 대하여 규율대상과 상호간의 관계, 입법절차 등을 규정하고 있기 때문에 헌법이 의도하는 법령의 위계체계 내지 소관사항을 정확히 이해하지 못한다면 법제실무에 만전을 기하기 어려운 것이라 할 수 있다.

2. 법률

헌법 제40조는 “입법권은 국회에 속한다”라고 규정하였는데 이 규정의

의미는 ①실질적 의미의 입법에 관한 권한은 헌법에 특별한 규정이 없는 한 원칙적으로 국회의 권한이란 점과 ②형식적 의미의 “법률”은 국회가 단독으로 의결한다는 점을 나타내는 것이다.

즉 국회의 입법권은 형식적으로 “법률”에 초점을 맞춘 것으로서 헌법의 여러 조항에서 “법률”의 형식으로 입법하도록 한 것들은 반드시 국회의결을 거쳐야 한다는 의미라고 할 수 있다.

법률은 헌법이 직접 규정하지 아니하면서 헌법이 규범화할 것을 요구하고 있는 국가생활의 기본문제를 민주적 절차에 따라 법규범의 형태로 형성하는 작용이라고 설명하는데(K. Hesse) 법률이 갖추어야 할 속성은 민주적 절차에 따라 제정되어야 하고(민주적 정당성), 법치국가적 질서에 적합하도록 명확성·합리성·안정성·평등성·일반성·추상성 등의 요건을 충족시켜야 한다는 것이지만 오늘날에 와서는 개인의 생존을 위하여 필요한 경우에는 개별성·구체성의 원리를 반영시킬 필요도 있다(처분적 법률의 문제).

헌법을 제외하고는 법률은 모든 법령의 상위에 있는 것으로서 법률이 헌법에 위배되지 않는 한 그 효력을 부정하거나 집행을 정지시킬 수는 없으며(다만 예외적으로 국제법규와 대통령 긴급명령·긴급재정경제명령은 법률과 동등한 효력을 인정받고 있다) 모든 하위법령은 그것이 법규성을 갖는 한 법률에 근거를 두어야 한다.

즉, 법률에서 어떤 사항을 직접 규정하기 어려운 사항은 하위법령에 위임하거나 하위법령으로 법률의 집행에 필요한 사항을 정하도록 하고 있는데, 위임입법의 문제는 오늘날 법제실무에서 크게 문제되는 사항으로서 뒤에 별도로 다루기로 한다.

3. 명령

명령이라 함은 행정권에 의하여 정립되는 법규범(조약 등 국제법규와 자치법규는 제외)을 총칭한다.

여기에는 대통령 긴급명령, 긴급재정경제명령, 대통령령, 총리령, 부령, 중앙선거관리위원회규칙(중앙선거관리위원회의 기능이 넓은 의미의 행정작용에 속한다고 볼 경우), 감사원규칙 등이 있다.

그리고 명령에는 행정권에 기하지 아니하고 정립되는 국회규칙과 대법원규칙 및 헌법재판소규칙이 있다.

대통령긴급명령과 긴급재정경제명령은 그 효력면에 있어서 법률과 같은 위치에 있지만 이는 헌법이 인정하는 특수상황에서 發令되고 국회의 사후승인을 얻도록 하고 있는 점에서 볼 때 일반적 명령의 범주에 넣기 어렵다.

또한 중앙선거관리위원회규칙은 그 성질에 따라 효력이 다른 두 가지가 있는데 선거사무등에 관한 규칙은 '법령의 범위 안에서' 정하도록 하였기 때문에 총리령이나 부령보다 하위에 있으며 최근의 개헌에서 신설된 내부규율에 관한 규칙은 '법률에 저촉하지 아니하는 범위 안에서' 정하도록 하여 대통령령과 같은 효력을 갖도록 하였다. 이와 같은 입법태도는 국회규칙의 경우 '의사와 내부규율에 관한 규칙'을, 대법원규칙의 경우 '소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙'을, 헌법재판소규칙의 경우 '심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 절차'를 각각 '법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서' 제정할 수 있도록 한 것과 균형을 잃고 있는 바, 이는 선거관리업무의 속성에 비추어 부득이한 것이라고 하겠으나 독립적 헌법기관으로서의 위상에 맞지 않는 점이 있다.

그밖에 노동위원회규칙이나 금융통화운영위원회·방송위원회 등에서 제정하는 규칙이 법규성을 가진 명령인지에 관하여 논란이 있다. 노동위원회는 정부조직법상 합의제 행정기관으로서 그 규칙은 형식상으로 행정규칙에 해당한다고 하겠으며 다음에 보는 것처럼 효력면에서 법규성을 인정할 수 있다. 반면 금융통화운영위원회 등은 정부조직법상의 행정기관에 속한다고 볼 수는 없는 바, 한국은행법·은행법·방송법 등에서 행정작용에 해당하는 권한을 행사하도록 하였기 때문에 그 범위내에서 행정관청에 해당하며 이와 관련하여 발령하는 규정·명령 등은 법규적 성질을 갖는다고 볼 수도 있다. 그러나 여기에 관하여서는 앞으로 좀더 연구가 이루어져야 할 것으로 본다.

명령 가운데 가장 전형적인 것은 헌법에 규정된 대통령령·총리령·부령이라고 할 수 있다.

대통령령은 행정권의 수반인 대통령이 발령하는 것으로서 그 업무소관은 행정작용 전반에 걸쳐 있기 때문에 특별히 논의할 실익이 없고 헌법에서 정한 법률과의 관계, 즉 위임명령인지 집행명령인지의 여부가 중요하며 그

입법절차에 있어 국무회의의 심의를 반드시 거치도록 하였기 때문에 부처간의 정책합의가 선행되어야 한다는 점에서 총리령 또는 부령과 본질적인 차이를 보인다고 할 수 있다. 그리고 대통령령 가운데에는 모법의 근거없이 발령된 것이 있는데 이는 대통령령이란 형식을 빌리고 있으나 그 효력면에서는 대통령훈령으로서 행정규칙에 해당하고 대통령의 지위·감독 아래에 있는 공무원들이 수규자가 된다는 점에서 법규성을 인정하기 어려운 것도 있다.

다음으로 총리령과 부령은 헌법에서 구분하여 규정하고 있으나 헌법상의 국무총리의 지위 내지 권한을 정부조직법에 반영하면서 이른바 국무총리 직속기관인 원·처의 기능으로서 국무총리의 행정통할권을 구체화한 총괄·조정기능외에 특정업무의 집행기능까지를 인정함으로써 총리령과 부령의 구별이 사실상 상대화되는 현상을 초래하였다. 따라서 총리령과 부령 상호간에는 우열관계가 없다는 주장이 설득력을 갖게 되었다(종전에 경제기획원소관 법률의 하위법령을 제정하면서 이를 총리령으로 하지 않고 '원령'이란 형식을 만들어낸 잘못을 범한 것도 이와 같은 사정을 반영한 것이라 할 수 있다). 부령은 헌법에 근거가 있으나 보다 중요한 의미는 행정각부의 권한을 세분한 정부조직법의 규정에 따라 행정각부의 장이 자기 책임아래 발령하는 법규명령을 갖는다는 데 있다. 물론 부령의 법규성 때문에 법제처에서 사전심의를 담당하는 바, 이는 일본의 예에서 보는 것처럼 반드시 그렇게 해야 한다고 볼 수는 없다(다만, 법원에서 부령에 대한 사후적 통제를 제대로 수행할 수 없다는 점에서 행정부내 법제처의 사전적 통제가 중요한 의미를 갖는다는 점은 부인하기 어렵다).

총리령과 부령에 있어서도 특정부처의 업무에 이해관계를 갖는 관련부처와의 사전협의를 명시한 법률이 늘어나고 있는데 이 점에서 볼 때 대통령령과의 구별도 그만큼 상대화 경향을 보이고 있다고 하겠다.

4. 행정규칙

행정규칙은 행정명령이라고도 하는데 이는 행정권에 의하여 정립되는 일반적인 명령으로서 특별권력관계의 내부에서만 효력을 가지며 대국민관계에 있어서는 법규의 성질을 갖지 않는다고 설명되어져 왔다.

이러한 행정규칙은 법령의 특별한 수권을 필요로 하지 않으며 행정권의 당연한 권능으로 제정할 수 있으나 여기에도 일정한 한계가 인정된다. 즉 행정규칙은 ①법규에 위반되어서는 안되며 ②상급 행정청의 행정규칙에 위반되어서도 안되고 ③공법상 특별권력관계 내에서 효력을 갖는다고 하더라도 필요이상으로 자유를 제한하여서는 안되며 ④그 내용이 적법한 것이라 하더라도 사실상 불가능하거나 불확정적인 것이어서는 안된다는 것이다.

행정규칙을 위반한 행정행위는 법규명령의 경우와는 달리 그 효력에 아무런 영향을 받지 않는다. 즉 위법을 이유로 하는 행정행위의 취소나 무효를 주장하거나 행정소송을 제기할 수 없다.

행정규칙의 법적 성질에 대한 이상의 논의는 종전에는 통설적인 것으로 받아들여졌으나 지금에 와서는 근본적인 의문이 제기되고 있다.

행정규칙을 법령으로 볼 것인지에 관하여서는 ①행정규칙이 법규명령(법률·위임명령·집행명령)과 성질을 달리하지만 일반적·추상적 규범으로서 행정사무처리의 기준이 되므로 법원(法源)이 된다는 견해와 ②일반적·추상적 규범이라는 점에서 법규와 같으나 법규의 성질을 갖추지 못한 일종의 행정행위로 보아 법령으로서의 효력을 부정하는 견해가 대립되고 있다.

그러나 모든 행정규칙의 법규성 여부를 일률적으로 논의하는 것보다는 행정규칙이 담고 있는 내용에 따라 개별적으로 판단하여야 한다는 주장이 설득력을 갖고 있다.

행정규칙은 보통 법률 또는 법규명령의 집행을 위하여 제정하는 규칙으로서 법규명령의 실현을 위한 사무의 분배, 집행의 절차·방법 등을 정하는 것이 원칙인데, 일부 행정규칙 특히 고시 중에는 그 근거가 되는 법령의 규정과 결합하여 법규의 내용을 보충하는 성질을 갖는 것이 있다(예컨대 물가안정및공정거래에관한법률 제2조에 근거한 주무부장관의 긴급물품 등의 최고가격고시 등).

이와 같이 법규를 보충하는 고시 등은 법규명령의 일종으로 보아야 하는바, 법률에서 이와 같은 법규를 고시 등 행정규칙에서 정하도록 위임하는 것이 우리 헌법상 가능한지가 문제될 수 있다.

즉 우리 헌법은 법규명령의 형식으로 대통령령·총리령·부령만을 인정하고 있으며 그것은 한정적·열거적인 것으로 보아야 한다는 관점에서 본다면 헌법위반이 될 소지가 있지만, 헌법이 인정하고 있는 법규명령의 형식은

예시적인 것이라고 본다면 고시 등으로 법규를 정하도록 위임하는 것도 불가능하지 않다고 할 것이다.

법제실무에 있어서는 종전에 “교통부령으로 정한다”라고 할 것을 “○○○은 교통부장관이 정한다.”라고 하여 법규명령의 제정 대신 행정규칙으로 해결하도록 위임한 사례가 점점 늘어나고 있으며, 판례도 법규를 내용으로 하는 행정규칙은 법규명령으로서의 효력을 갖는다고 판시하여(대판 86누 484 1987. 9.29 : 국세청장의 훈령인 「재산제세사무처리규정」을 법규로 본 판례) 후자의 견해가 실무상 일반적으로 받아들여지고 있음을 보여준다.

그러나 이러한 고시 등은 법규명령과 같이 관보에 게재하여 대외적으로 공포하는 절차를 거쳐야 하는 문제 등 여러가지 문제를 검토할 필요가 있다.

한편 법원은 법규명령의 형식을 지니고 있으나 사실상 행정규칙에 불과한 것도 있다는 판례도 내놓은 바 있으나(대판 83누551 1984. 2.28등), 여기에 대하여서는 비판이 가해지고 있다(예컨대 행정처분의 기준을 부령으로 정하도록 법률에서 위임한데 따라 제정된 행정처분의 기준을 포괄위임금지 등 헌법규정에 위배되지 않는 한 법규명령으로 보아야 하며 법관의 법규 적용상 재량여지를 제한하고 있다는 이유로 이를 행정규칙이라고 주장하는 것은 헌법이 예정하고 있는 입법체계 내지 권력분립의 구조를 부인하는 결과가 될 것이다).

5. 국제조약 및 국제법규

헌법상 절차에 따라 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법으로 수용되고 있으므로(헌법 제6조제1항), 국내 행정에 관한 사항을 정하고 있는 것은 당연히 행정법의 法源이 된다(국제법 이론에서는 조약을 자기집행적 조약과 비자기집행적 조약으로 구분하고 전자는 국내법체로의 수용절차 없이 조약 자체만으로 효력을 발생할 수 있는 것으로 보고 있다). 법제실무에 있어서 이 원칙에 입각하여 명문으로 규정한 것도 있다. 예를 들면, 우편법 제11조제1항에서는 “우편에 관하여 조약에 다른 규정이 있는 경우에는 그 규정에 의한다”라는 명문의 규정으로 국제조약이 행정법의 법원이 되는 것을 밝히고 있다.

국내법과 조약 등의 내용이 충돌하는 경우에는 양자의 효력관계가 문제

된다. 이에 대하여는 ①두 개의 법을 전혀 별개의 법체계로 보는 이원론과 ②하나의 법체계로 보는 일원론이 대립되고, 일원론은 다시 ①국제법 우위설과 ②국내법 우위설로 나누어진다.

우리 학설은 일원론에 서되, 그 주장은 구구한 바, 국제조약 등은 헌법보다 하위에 있으며, 그 내용에 따라 법률 또는 명령과 동일한 효력이 있다고 보는 것이 통설이다.

통설에 따르면 법률 또는 명령의 내용과 충돌할 때에는 '특별법우선의 원칙'이나 '후법우선의 원칙'에 의하여 그 효력의 우열을 정하여야 한다. 정부의 실무상의 입장도 이와 같은 견해에 입각하고 있다. 예컨대, 한미우호통상항해조약 제7조 및 제8조와 종전의 신문통신등의등록에관한법률 제5조 및 제7조가 충돌된 적이 있었는데, 위 조약의 조항이 특별법이라는 이유로 조약을 우선시킨 일이 있다(1966년 2월 18일, 외무부의 질의에 대한 법제처 회시). 다만, 명문으로 조약을 우선시키고 있는 경우도 있다는 점을 유의하여야 한다(위 우편법 제11조 등).

그리고 최근에 조약의 이행에 필요한 세부적 사항을 다루는 행정협정이 증가하고 이들은 대부분 헌법 제60조에 의한 국회의 비준동의대상에서 제외되고 있다는 점을 주목한다면 헌법 제6조제1항의 "국제법규는 국내법과 같은 효력을 갖는다"라는 규정에서 국내법의 범위에는 법률은 물론 그 위임에 의하거나 집행을 위하여 제정된 하위법령까지가 포함된다고 보아야 할 것이다.

6. 자치법규

지방자치단체 또는 그 기관이 법령의 범위안에서 제정하는 자치에 관한 규정(헌법 제117조제1항)을 말하며 지방의회가 제정하는 조례와 집행기관이 제정하는 규칙(교육에 관하여는 교육규칙)이 있다.

조례로는 자치사무와 단체위임사무에 관하여 정할 수 있고, 규칙으로는 기관위임사무에 관하여도 정할 수 있다. 다만, 주민의 권리·의무에 관한 사항이나 벌칙을 규정함에 있어서는 법률의 위임이 있어야 한다(지방자치법 제7조단서).

자치법규에 관하여서는 이 글에서는 상세한 언급을 피하기로 한다.

Ⅲ. 法 形式別 所管事項

법령은 그 형식마다 규정할 수 있는 사항이 개략적으로 정하여져 있어 소관에 벗어난 사항을 규정하게 되면 효력을 인정할 수 없는 결과를 가져오는 바, 이를 소관사항의 원칙이라 부른다. 법형식별로 제정권자가 다르기 때문에 이 원칙을 어긴 경우에는 권한이 없는 자가 법령을 제정한 것으로 권한이 없는 자의 행위가 되는 동시에 권한의 범위를 벗어난 월권행위가 되기 때문에 그 법령의 효력은 인정되지 않는다.

그러나 실제에 있어서 법형식별 소관사항의 경계가 명확하지 않기 때문에 예컨대 대통령령에서 정할 사항을 총리령이나 부령에서 정하였다고 하더라도 그 법령의 효력이 문제되지 않는 경우가 많고, 특히 총리령이나 부령에서 정하여도 되는 사항을 법률 또는 대통령령에서 정하거나 대통령령에서 정하여도 되는 사항을 법률에서 정한 경우는 그 효력에 아무런 문제가 없다. 다만, 다음에서 보는 바와 같이 반드시 법률에서 정하여야 할 사항(입법사항)을 하위법령에서 정한 경우에는 헌법상의 해당조항 위반으로 무효라거나(예컨대 국민의 요건을 대통령령에서 정하였다면 헌법 제2조제1항 위반으로 무효이다) 모법에 근거가 없는 사항으로서 무효라는 대법원판결이 나오게 될 것이다(헌법 제107조제2항에서는 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”라고 하여 이른바 구체적 규범통제를 규정하고 있다).

법형식별 소관사항에 관한 문제는 소관사항의 분배에 관한 문제와 소관사항의 위임에 관한 문제로 나누어 볼 수 있는데 후자는 뒤에 위임입법과 관련하여 살펴보기로 하고 여기에서는 전자에 관하여 간단히 언급하기로 한다.

어떤 사항을 어떤 종류의 법령의 소관으로 정함에 있어서는 소관사항의 전속적인 분배와 경합적인 분배와의 두 종류의 방법이 있다. 전속적인 분배라 함은 어떤 일정한 사항을 어떤 한 종류의 법형식만의 소관사항으로 한다고 정하는 방식이며, 경합적인 분배라 함은 그 사항을 2종이상의 법형식 모

두의 공통의 소관사항으로 한다고 정하는 방식이다. 어떤 종류의 법령의 소관사항이 그 전속적인 소관에 속하는가 그렇지 않으면 타종류의 법령과의 경합적인 소관인가는 반드시 명백하지 않은 경우가 많다. 예컨대 각종의 법 형식 중에서도 법률은 헌법상 극히 넓은 범위의 국법의 거의 모든 영역에 걸친다고 하여도 좋은 소관사항을 가지고 있어 타종류의 법령의 소관사항은 대부분 법률과의 경합적 소관에 속하는 것으로 되나 이 법률에 있어서도 예컨대 소송에 관한 절차 등에 관한 대법원규칙의 소관사항 경우처럼 그것이 대법원규칙의 전속적 소관인가 그렇지 않으면 법률과의 경합적 소관인가라는 점에 관하여는 문제가 생길 수 있는 것이다.

입법형식 가운데 가장 중심을 이루는 법률·대통령령·총리령 및 부령의 소관사항에 관한 문제를 검토하기로 한다.

1. 법률의 소관사항

헌법은 국민의 권리와 의무를 규정하면서 일정한 경우 법률로써 국민의 권리를 제한하거나(헌법 제12조·제23조·제33조제2항·제35조·제37조 등), 국민에게 의무를 부과할 수 있게 하고 있으므로(헌법 제38조·제39조 등), 국민의 권리를 제한하거나 국민에게 의무를 부과하는 것은 원칙적으로 법률의 소관사항이라고 할 것이다(보통 '입법사항'이라 한다). 따라서, 법률의 위임이 없이 대통령령이나 총리령·부령으로 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하게 되면 이는 소관을 어긴 것으로 위헌이 되어 그 효력이 부정되게 된다.

물론 법률에서 명시적으로 위임한 경우에는 대통령령 등으로도 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과할 수 있지만, 위임된 범위를 벗어나면 같은 문제가 생긴다.

그밖에 헌법에서 행정각부의 설치·조직과 직무범위(제96조) 등 특정한 사항을 법률의 소관사항으로 하도록 정하고 있는 것도 있으므로, 이러한 사항에 대하여는 그 기본적인 사항을 법률로 정하지 않으면 안된다.

현행 헌법상 기본권에 관한 사항 외에 법률의 소관사항으로 정한 것이 대략 40여가지에 이른다.

헌법에서 법률의 소관사항임을 표시하는 방법은 여러가지가 있는데 예

를 들면 ①“대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다” ②“공무원의 신분과 정치적 중립성은 법률이 정하는 바에 의하여 보장된다”, “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다” ③“국회의원은 법률이 정하는 직을 겸할 수 없다”, “헌법재판소는 법률이 정하는 헌법소원에 관한 심판을 관장한다” 등의 유형을 찾아볼 수 있다.

특히 기본권의 경우에는 법률유보의 방식을 규정하면서 예컨대 직업선택의 자유처럼 그 권리의 보장은 “모든 국민은 직업선택의 자유를 가진다”라고 규정하고 그 제한은 제37조제2항에서 “국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다”라고 한 일반적 법률유보조항에 의하도록 한 사례와 “모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다”, “통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다”라고 하여 당해 기본권보장 조항에서 제한까지를 규정한 개별적 법률유보에 의하도록 한 사례로 나누어 볼 수 있고(개별적 법률유보로 규정된 기본권에 대하여 일반적 법률유보 조항인 제37조제2항에 근거하여 추가적인 기본권의 제한이 가능한지에 관하여 논란이 있을 수 있다. 예컨대 노동3권에 대하여 제33조제1항은 노동3권의 보장을, 제2항은 공무원에 대한 노동3권 제한을, 제3항은 단체행동권의 제한을 각각 규정하였는데 사립학교법에 규정된 사립학교교원의 노동3권 불허 또는 노동쟁의조정법에 규정된 직권중재제도는 헌법 제33조제2항 및 제3항에 의한 제한으로 볼 수 없기 때문에 결국 제37조제2항에 의한 제한으로 볼 수 밖에 없다는 것이다), 그밖에 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 선거권을 가진다”라고 규정한 것처럼 기본권의 내용자체가 법률에 의하여 정해진다는 식으로 규정된 사례도 있다.

영국등 불문헌법국가에서처럼 한때 법률로는 남자를 여자로 만드는 것 외에는 무엇이든지 정할 수 있다는 식의 주장이 통용된 적도 있으나 근대 입헌주의적 법치국가에서 법률은 엄격한 헌법의 통제 아래 제정되어야 하며 ‘공공복리’등 추상적 개념의 해석·적용에 있어서도 엄격성을 유지하여야 함은 당연하다고 하겠다.

2. 대통령령의 소관사항

헌법 제75조에서 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있도록 규정하고 있으므로, 이러한 사항을 대통령령의 소관사항이라고 할 것이다.

현실적으로 하나의 대통령령중에 위임명령에 해당하는 사항과 집행명령에 해당하는 사항이 모두 포함되는 것이 일반적이며, 위임명령과 집행명령을 따로 제정하게 되는 것은 아니다.

대통령령안은 국무회의의 심의를 거치도록 한 것과 관련하여 정부 각 부처사이의 의견조정이 필요한 사항은 반드시 대통령령에 위임하도록 하여야 한다.

대통령령중에는 앞에서 잠깐 언급한 것처럼 모범이 없거나 애매한 경우가 많이 있는데 모범이 없는 경우 그 대통령령의 성격이 문제된다.

이와 같은 모범이 없는 경우에는 헌법 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정한 바와 같은 대통령령이라고 보기는 어렵고, 대통령이 행정부의 수반의 지위에서 모든 행정부소속 공무원에게 발령하는 훈령의 성격으로 보아야 할 것이다.

한편 사면법에서는 일반사면·감형·복권을 대통령령에 의하여 행하도록 하였고 이에 따라 다수의 일반사면령·감형령 및 복권령이 발령되었는데 사면·감형 및 복권은 헌법에 의하여 대통령령이 행하는 ‘처분’이므로 이를 반드시 법규형식으로 발령할 필요가 없으며 사면법이라는 법률의 위임 내지 그 집행을 위하여 발령하는 것으로 보기 어려우므로 헌법 제75조의 대통령령에 해당하지 않는다고 보아야 할 것이다.

3. 총리령·부령의 소관사항

헌법 제95조에서 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있도록

규정하고 있으므로, 이러한 사항이 총리령과 부령의 소관사항이 되지만, 그 규율범위는 소관사무에 관한 사항에 관한 사항으로 한정된다. 소관사무를 벗어나서 총리령이나 부령을 발령한 경우에는 위헌이 된다.

헌법은 행정각부에서 행정권을 분담하여 처리하도록 예정하였고 이에 따라 정부조직법에서는 모든 행정각부(여기에는 원·처까지가 포함된다)에 분장시켰기 때문에 법령의 경우에도 당해 법령의 입안 및 집행을 담당할 소관부처가 정하여지게 된다.

법률이나 대통령령의 경우에는 하나의 법에서 여러부처 소관사항이 규정되는 사례가 자주 있지만(예컨대 예산회계법처럼 경제기획원과 재무부 공동소관으로 한 경우도 있고 소비자보호법처럼 그 소관부처는 경제기획원이지만 그 내용에서 볼 때에는 다수 부처가 관련되는 경우도 있다), 총리령이나 부령의 경우에는 그 발령권자가 정해져 있기 때문에(총리령의 경우에는 국무회의 상정시 소관부처를 표시하게 되어 있다) 소관부처가 명백하게 나타나 있다(물론 부령에도 가끔 공동부령을 제정하는 사례가 있어 이러한 논의는 상대적인 것이라 할 수 있다).

이와 같은 점에서 볼 때 예컨대 법무부장관이 법무부령으로 재무부장관의 소관사무인 국유재산의 관리에 관한 사항을 정하였다면 이는 소관사항의 원칙을 어긴 것으로 그 효력이 인정되지 않는다. 소관사무의 범위에 대하여는 정부조직법 및 각 부처의 직제를 기준으로 하여 개별 법률에서 창설한 각종 행정사무의 소관관청을 구체적으로 조사해 보면 알 수 있다.

IV. 所管事項의 委任에 대한 입법실무적 검토

1. 소관사항 위임의 의의

입법형식과 소관사항에 관한 문제를 논의함에 있어서 때놓을 수 없는 것이 위임입법의 문제인데 이를 소관사항의 위임이라고 부른다.

우리 헌법은 국민의 권리·의무에 관한 사항은 물론 국가기관의 조직 및 운영, 정당제도·지방자치제도 등 이른바 제도적 보장에 관한 사항에 이르기까지 법률로 정하도록 명시적인 규정을 두고 있다.

그러나 오늘날 행정의 양적 확대와 질적 고도화에 따라 입법에 있어서도 사무의 능률적 배분이 요청되어 법률은 대강만을 정하고 세부적 규정은 명령에 위임하는 일이 많아 명령의 법원(法源)으로서의 중요성이 점점 더해가고 있다.

이와 별도로 법률에 의하여 입법권의 위임에 의하지 아니하고 정립되는 것이 있는데, 이는 일반적으로 상위의 법령을 집행하기 위한 사항을 규정하는 것이거나 명령권자의 직무를 수행하기 위하여 필요로 하는 사항을 규정하는 것으로 집행명령이라고 불리운다.

그런데 헌법에서 법률로 정할 것을 요구하고 있는 사항(입법사항)을 하위의 명령에 위임할 수 있는지가 문제된다.

다시 국적법의 예를 보면 헌법에서 “대한민국의 국민이 되는 요건은 법률로 정한다”(제2조제1항)라고 함에 따라 국적법에서 직접 국민이 되는 요건을 규정하고 있으며 ‘귀화·국적의 이탈과 회복에 관한 절차’는 대통령령으로 정하도록 하고(동법 제15조) 이에 따라 국적법시행령이 제정되었는데 이는 집행명령에 해당한다고 볼 수 있다.

그렇다면 만일 국적법에서 국민이 되는 요건을 일일이 열거하기 어렵다고 보아 그 일부를 하위의 명령에 위임하는 것도 금지되는지, 만일 허용된다면 입법사항이라는 의미가 무엇인지가 문제된다. 결국 입법사항이란 법률의 위임근거없이 하위법령에서 정하지 말라는 의미이고 따라서 위임방법 내지 위임의 한계에 관한 문제로 귀착된다고 할 것이다(보다 분명한 사례를 든다면 “모든 국민의 재산권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다”(제23조제1항)라는 헌법규정에도 불구하고 각종 재산권 관련 법률에서 하위법령에 여러가지 사항을 위임하고 있는 점을 들 수 있다).

한편 위임명령·집행명령의 존재도 선형적으로 인정되는 것은 아니고 헌법에 의하여 구체적으로 인정된 것이다.

헌법 제75조에서는 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하고 있다. 여기서 “법률에서 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”함은 위임명령을 인정한다는 것이고 “법률을 집행하기 위한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”함은 집행명령을 인정한다는 뜻이다.

또한 헌법 제95조에서는 국무총리와 각부장관에게도 위임명령권과 집행명령권을 인정하고 있다(헌법상으로는 총리령·부령의 경우 집행명령에 대하여서는 '직권으로'라는 표현을 사용하고 있다).

그리고 앞에서 잠깐 언급한 바와 같이 최근에는 여러 법률에서 법규명령인 대통령령·총리령·부령에 위임하지 않고 행정각부의 장이 법률의 내용을 보충하도록 위임하는 사례가 늘고 있기 때문에 이와 같은 문제도 아울러 검토될 필요가 있다.

위임입법 내지 소관사항의 위임이 널리 사용되고 있는 까닭은 입법절차의 간소화 내지 입법기술적 고려에서 찾아볼 수 있다.

즉, 법률은 국회의 의결까지를 거쳐야 하고 대통령령은 국무회의 심의와 대통령 결재를 받아야 하는 반면 총리령이나 부령은 법제처심사만 받으면 되기 때문에 가급적 하위법령에서 정하려는 경향을 보이게 되며 심지어는 주무부장관이 정하도록 함으로써 훈령·고시·예규 등 행정규칙에서 해결하려는 시도도 있고 실제 그와 같은 입법사례도 적지 않다(훈령·예규도 국무총리의 지시에 의하여 법제처의 사후심사를 받도록 하고 있다. 다만 법령심사에 비하여 형식적으로 이루어지고 있음은 부인할 수 없다).

그리고 수많은 입법내용을 모두 법률에서 규정할 경우 이해하기는 쉬울지 모르나 국회에서 세세한 내용까지 심의할 수 없음에도 그와 같이 할 경우 오히려 중요한 부분의 심의를 소홀히 할 우려가 있으며 신중한 심의를 하다보면 입법적기를 놓치는 수도 있고 빈번한 개정 필요성이 있음에도 불구하고 절차의 번잡을 두려워 하여 개정을 회피할 우려도 있기 때문에 전문적·기술적인 내용은 하위법령에서 정하는 것이 입법기술적 측면에서 효율적 내지 경제적이라고 볼 수 있는 것이다.

2. 위임의 한계

가. 입법권 위임의 범위

위임명령은 법률에서 '구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항'만을 정할 수 있으며, 따라서 수권법률(授權法律)에서는 위임이 구체적이고, 그 범위가 객관적으로 한정되어야 하며 위임의 범위를 포괄적으로 정하여서는 아니된다. 만약 포괄적·추상적으로 정한다면 그것은 백지위임이 되며, 헌법

제37조제2항에서 국민의 권리의무에 관한 사항은 법률로 정하도록 한 법치주의의 원칙이 유명무실하게 될 우려가 있기 때문이다. 그러나 '구체적'인 위임과 '포괄적'인 위임의 구별은 상대적이어서 양자의 한계선을 긋는 것은 매우 어려운 일이며, 시대의 변천에 따른 행정현상의 복잡다기화는 '구체적으로 범위를 정하여'의 뜻을 점차 너그럽게 해석하도록 촉진하고 있다. 이에 따라 현행 실정법상으로도 실제상 구체적 범위를 정한 것으로 볼 수 없는 위임이 상당히 광범위하게 행하여지고 있으며, 양곡관리법에 관한 판례에서 보는 바와 같이(대판69도1094 1971. 1.26) 판례상으로 그러한 광범위한 위임이 지지되고 있는 실정이라 하겠다.

법제실무에 있어서 위임의 범위를 구체적으로 표현하는 방식에 상당한 혼선이 있다. 관광진흥법의 경우를 예로 들어 살펴보기로 한다.

동법 제4조제4항에서 "대통령령이 정하는 관광사업을 경영하고자 하는 자는 …… 교통부장관의 승인을 받아야 한다"라고 한 것이라든지 제8조제2항에서 "위원회의 기능·구성 및 운영에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"라고 한 것은 위임의 범위를 명확하게 표현한 것이다.

그러나 제9조제2항에서 "관광숙박업의 등급에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"라고 한 것은 제8조제2항과 같은 방식으로 표현한 것이지만 위임의 범위가 불명확하고 상당히 포괄적으로 되어 있다(위원회의 기능·구성·운영에 관한 사항은 수많은 위원회 설치법규의 입법에 의하여 어느 정도 윤곽이 드러나 있기 때문에 실무상 큰 문제가 없으나 관광숙박업의 등급처럼 생소한 경우는 위임범위가 어디까지인지 애매하다).

제5조에서는 "관광사업의 등록기준은 교통부령으로 정한다"라고 하여 관광사업의 등록에 관한 핵심적 사항을 교통부령으로 위임하였는데 등록기준은 우선 그 분량이 많고 전문적·기술적 사항으로서 자주 바뀔 소지가 있기 때문에 법률에서 규정하는 것이 바람직스럽지 못하다고 할 수 있다. 위임으로 처리한 이유는 인·허가업무의 연혁과도 관련이 있다. 등록도 완화된 인·허가업무의 일종인데 종전에는 인·허가기준을 세부적으로 정하지 아니하여 포괄적인 재량을 인정하였다(예컨대, "○○을 하고자 하는 자는 ○○의 허가를 받아야 한다. 허가를 받지 아니하고 ○○을 한 자는 벌금 ○○에 처한다"라는 간단한 규정만 둔 입법례도 있었다). 그후 이와 같은 광범위한 재량은 여러가지 문제가 있다고 하여 법령에서 인·허가기준을 정하

게 되었는데 법률에서 일일이 정하기 어렵다는 점을 감안하여 하위법령에 위임하게 된 것이라고 할 수 있다.

다음으로 제3조제1항제5호, 제4조제1항 등에 규정된 '교통부령이 정하는 바에 의하여'라는 표현은 대개 절차에 관한 사항을 위임한 것으로 이해되어야 하나 실제에 있어서는 포괄적 위임으로 오해하여 입법사항까지를 하위법령에서 정하고자 하여 마찰을 일으키는 경우가 있다. 한편 절차에 관한 사항은 단순한 집행에 관한 사항이라고 볼 수도 있고 집행명령은 특별한 위임이 없더라도 헌법조문에 근거하여 하위법령에 정할 수 있다는 점에서 본다면 굳이 개별조문에서 '○○령이 정하는 바에 의하여'라는 위임근거를 둔 것은 절차가 아닌 실제적인 내용의 위임근거라는 주장도 가능하다. 따라서 "○○령이 정하는 바에 의하여 △△하여야 한다"라는 표현보다는 "△△의 절차에 관하여 필요한 사항은 ○○령으로 정한다"라는 표현이 오히려 낫다고 본다.

나. 포괄 재위임의 금지

법률에서 위임된 사항의 중요 부분을 정한 다음 그에 관련된 세부적인 사항을 다시 하위법령에 재위임하는 것은 가능하다 할 것이나 가급적 재위임 방식을 피하고 입법시에 그 내용에 따른 소관사항을 고려하여 대통령령에 위임할 것인가 아니면 총리령이나 부령에 위임할 것인가를 분명히 정해두는 것이 바람직하다.

다. 집행명령의 한계

집행명령은 위임명령과는 달리 법률 또는 상위법령을 집행하기 위하여 필요한 사항을 정하는 것이므로 상위법령의 집행에 필요한 구체적인 절차·방법 등을 규정할 수 있음에 그친다. 따라서 집행명령으로서 새로운 입법사항을 정하는 것은 집행명령의 한계를 일탈하는 것이다.

한편 많은 법률에서 제○○조(시행령) "이 법 시행에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다"라는 조문을 두는 사례가 많은 바, 헌법 제75조에서 "대통령은 …… 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다"라고 규정한 점에 비추어 이 조항은 둘 필요가 없을 것이

다. 그리고 법의 시행에 관하여 필요한 사항은 반드시 대통령령에 정할 것은 아니며 오히려 총리령·부령에서 정하게 될 경우가 더 많은 것이고(수많은 서식, 별표 등) 헌법 제95조에서 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관 사무에 관하여 …… 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”라고 하여 이를 뒷받침하고 있다는 점에서 볼 때 위와 같은 시행령 조항은 두지 않는 것이 옳다고 본다(법제처 법령입안심사기준에서는 시행령 규정의 위치를 補則章의 맨끝에 두도록 한다는 내용을 담고 있으나 시행령 조항은 두지 않는 것이 옳기 때문에 그와 같은 기준도 필요없다고 보아야 한다).

3. 조세법률주의 및 죄형법정주의와 소관사항의 위임

법률의 소관사항과 관련하여 특히 유의하여야 할 사항은 헌법에서 정한 죄형법정주의 내지 조세법률주의의 문제이다.

이와 같은 원칙은 봉건시대 군주권과 의회세력의 다툼에서 가장 중심을 이루었던 쟁점인데 오늘날에는 그 의미가 많이 변질되었다.

먼저 조세법률주의를 보면 ‘조세의 종목과 세율’을 법률로 정하도록 하였으나 납세자에게 관심이 있는 것은 세액으로서 세액은 과세표준에 세율을 곱하여 산출하기 때문에 세율만을 법률로 정하도록 한 것은 별 의미가 없게 되었다. 과세표준은 법률에서 대강을 정하고 대통령령이나 부령, 심지어는 국세청장의 고시에 위임한 경우가 많은 바, 조세법률주의의 본래 취지에는 맞지 않지만 조세행정의 현실에 비추어 어쩔 수 없는 것으로 인식되고 있다.

다음으로 죄형법정주의의 경우에도 행정형벌의 경우에는 커다란 변질을 겪었는데, 형법에서는 죄형법정주의의 요청에 따라 ‘죄’ 즉 범죄의 구성요건과 ‘형’ 즉 형벌의 종류와 형량은 법률에서 정하게 되고 따라서 형법에는 하위법령 자체가 불필요한 것으로 인식되고 있다. 행정형벌의 경우를 보면 형벌의 종류와 형량은 법률에서 정하고 있으나, 구성요건의 경우 하위법령에 위임하는 경우가 종종 발생한다. 예컨대 산업안전보건법의 경우를 보면 동법 제67조에서 안전상의 조치위반에 관하여 벌칙을 부과하고 있는 바, 그 구성요건을 정한 제23조제1항 내지 제3항에서 상당히 구체적인 내용을 정하고 있는 것처럼 보이지만 실은 안전상의 조치를 취하여야 할 대상을 규정

하고 있는 것에 지나지 않고 안전상의 조치에 관한 구체적 내용은 동조제 4항에서 노동부령에 포괄적으로 위임하고 있으며 여기에 따라 제정된 산업안전기준에관한규칙(노동부령 제61호로 제정)은 편·장·절의 구성에 504개 조문으로 되어 있고 그 내용 가운데 어느 하나라도 위반하면 3년이하의 징역 또는 2천만원이하의 벌금에 처하도록 하는 것이어서 결국 범죄의 구성요건을 노동부령에 포괄위임한 결과가 되고 있다.

한편, 자동차관리법·선박안전법 등의 경우를 보면 자동차 또는 선박의 구조를 교통부령 또는 해운항만청장의 고시에서 정하도록 하고 있는데 벌칙은 자동차 형식승인 또는 선박의 안전검사를 받을 의무를 위반한 데에 대하여만 부과하고 있기 때문에 위의 산업안전보건법에서와 같은 벌칙의 하부위임문제는 생기지 않는다고 볼 수 있으나 형식승인 또는 안전검사의 기준이 바뀔 경우 처벌범위가 달라진다는 점에서 죄형법정주의의 본래 취지에 완전히 부합된다고 보기 어려운 점이 있다.

이와 같이 행정형벌의 구성요건을 부령에 위임하게 되면 수사 및 공소권을 가진 검찰당국의 입법의견이 사전에 반영되기 어렵다는 입법절차상의 문제가 생기게 된다. 특히 경과조치없이 구성요건을 완화할 경우 이미 소추된 위반자에게 면소판결을 내리게 되고(형사소송법 제326조) 복역중인 자를 석방해야 하는 등(형법 제1조제3항) 검찰권 행사에 큰 영향을 미치게 됨에도 불구하고 사전에 아무런 준비를 할 수 없게 되어 커다란 어려움을 겪게 할 수 있다.

따라서 구성요건을 하위법령에 위임할 경우에는 그 규정방식에 상당한 주의를 기울여 위의 자동차관리법 등의 경우처럼 우회적으로 규정하는 방안을 모색하고 부득이하게 직접적으로 하위법령에 위임할 경우에는 국무회의 심의를 통하여 법무부 내지 검찰의 의견이 반영될 수 있도록 대통령령에 위임하도록 하며 부령에 위임함이 불가피하다면 그 부령을 제정·개폐하고자 할 경우에는 법무부장관과 사전협의를 거쳐야 한다는 필요적 협의규정을 법률에 마련하는 방안을 강구하여야 할 것이다.

4. 기타 실무사례상의 몇가지 문제

총리령이나 부령으로 정하여야 할 사항을 일단 대통령령으로 위임하고

대통령령에서 이를 받아 총리령이나 부령으로 다시 위임한 법률도 눈에 띈다. 예컨대 항공법 제107조제3항에서 “제2항의 규정에 의하여 지정·고시된 지역 안에서는 대통령령이 정하는 바에 따라 시설물의 설치를 제한할 수 있다”라고 규정하고 동법시행령 제42조제1항에서는 “교통부장관은 법 제107조제3항의 규정에 의하여 제41조의 규정에 따라 지정·고시된 지역 안에서 소음영향도에 따라 교통부령이 정하는 바에 의하여 시설물의 설치 또는 용도를 제한하거나 일정한 조건을 붙여 제한을 완화할 수 있다”라고 하였으며 동법시행규칙에서는 제274조와 별표29 및 별표30에서 상세한 제한 내용을 두고 있는데 동법시행령에서는 시설물의 설치 제한에 관하여 ‘소음영향도에 따라’라는 표현과 “용도를 제한하거나 일정한 조건을 붙여 제한을 완화할 수 있다”라는 표현을 사용하여 ‘대통령령이 정하는 바에 따라’라는 요청에 응하고 있으나 구체적인 시설물의 설치제한은 동법시행규칙 별표29에 규정되어 있으므로 그럴 때에는 차라리 처음부터 법률에서 ‘교통부령이 정하는 바에 따라’라고 규정하였어야 함을 보여 준다(물론 시설물의 설치 제한은 건설부 등 관련 부처의 의견을 반영하여야 할 필요도 있으므로 대통령령에서 상세히 정하는 것이 옳다고 볼 수도 있다. 그리고 용도제한이나 조건부 제한완화 등은 시설물의 설치제한과 다른 내용이므로 위임근거가 문제된다고 볼 수 없다).

이와 같은 현상은 법률의 입법시 다른 부처와의 협의과정에서 관련부처가 시일촉박 등으로 충분히 검토를 하지 못하여 일단 대통령령으로 위임하고 대통령령 입법시 검토한 결과 부령에서 정하도록 하여도 자기 부처에 아무런 영향이 없다고 판단하여 다시 재위임 하도록 한 것이라고 볼 수 있다. 또한 대통령령으로 정하려다 보니 대통령령에서 규정할 내용으로는 너무 양이 많고 또 그 내용이 기술적이며 경미한 사항이라고 하여 부령에 재위임한 것으로 볼 수도 있는데 이와 같은 이유는 설득력이 없으며 법률의 입법 당시에 하위법령에서 정할 내용을 미리 파악하고 그 내용에 따라 대통령령 소관인지, 총리령 또는 부령 소관인지를 분명히 하는 것이 바람직스럽다고 본다.

다음으로 대통령령과 부령에 대한 위임의 배분이 잘못된 사례를 살펴보기로 한다.

상품권법 제6조제2항제4호에서는 인가사항으로서 ‘기타 재무부령이 정하는 사항’이라고 하여 부령에 위임하였는데 동조제4항에서 변경인가사항

은 대통령령에 위임하고 동법시행령 제3조제4항제2호에서는 인가사항중 재무부령에 위임한 사항도 변경인가사항으로 규정하려는 목적에서 '재무부령으로 정하는 사항'이라고 표현하고 있으나 여기에서의 재무부령은 아직 입법되지 않은 상태에 있기 때문에 앞뒤가 맞지 않은 결과를 초래하였다.

따라서 변경인가사항을 대통령령에 위임하고자 한다면 인가사항도 대통령령에 위임하였어야 할 것이고 위와 같이 대통령령에 규정된 변경인가사항이 자본금 또는 출자금의 축소변경에 지나지 않는다면 차라리 법 제6조제4항에서 재무부령에 위임하였더라도 별 문제가 없었으리라고 생각된다(물론 법률의 입법당시 재무부령에 위임한 인가사항중에는 변경인가사항이 없으리라고 판단하였겠지만 나중에 부득이하게 변경인가사항에 포함시키고자 할 때 문제가 되는 것이다).

V. 맺음말

다양한 입법형식을 인정하고 있는 우리 법체계에서 어떤 형식에 어떤 내용을 적용시킬 것인지에 관한 문제는 입법실무의 기본요소라고 할 수 있다.

이는 입법의 내용에 관한 문제임과 아울러 입법절차와도 관련되며 따라서 입법비용의 측면에서도 고찰될 필요가 있다.

그러나 학문적으로는 물론 실무상으로도 여기에 관한 체계적 연구가 부족하고 행정당국과 일반 국민들의 관심도 초보단계에 머물러 있다.

앞으로 각 입법형식의 내용과 상호간의 관계 특히 위임입법 등에 관하여 좀 더 진전된 연구결과가 나오기를 기대하며 입법실무에서도 이러한 점을 신중히 고려할 것을 촉구하고 싶다.