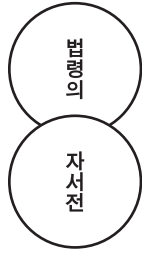




Autobiography of Statute



필자는 법제처에서 법령을 다루면서 32년에 가까운 세월을 보냈습니다. 법령을 해석하는 일을 한 적도 있지만, 법령안을 심사하고, 입법절차에 관련된 행정업무를 보면서 거의 대부분의 세월을 보냈습니다. 이렇게 법령에 관련된 실무를 하는 과정에서 느낀 것은 일반 국민들은 법령의 내용이 아닌, 법령이라는 제도 그 자체에 대해서는 잘 알고 있지 못하다는 것입니다. 법령이라는 제도 자체에 대해서 잘 알지 못하더라도 법을 이해하고 법률생활하는 데는 별 문제가 없습니다. 그렇지만 법령이라는 제도를 어느 정도 알고 있으면 법령을 더 쉽게 이해하고 법령에 더 편하게 접근할 수 있을 것입니다. 이런 생각에서 법령을 이해하는 데에 조금이나마 도움이 될까 하여, 그리고 법령이라는 제도를 조금이라도 더 발전시킬 수 있는 계기가 되면 좋겠다는 기대를 가지고 법령이라는 제도와 법령을 다루는 과정 등에 대한 경험과 생각을 정리해 공유하려고 합니다. 이해의 편의를 위해서 법률을 기준으로 합니다만, 대통령령 및 총리령과 부령도 몇몇 예외를 제외하고는 거의 비슷한 관점에서 볼 수 있습니다.

법령은 언제부터 존재하게 되는 것일까?

- # 1
- # 2
- # 3
- # 4



☎ 윤장근
 📄 前 법제처 차장
 ✉ jkyoon2006@naver.com

사람이 탄생, 성장, 사망의 순서를 거치듯이 법령의 일생도 제정, 개정, 폐지의 순서로 진행됩니다. 다만, 사람과는 다르게 제정된 후 원래 내용 그대로 시행·적용되는 경우도 있고, 폐지되지 않고 영원히 시행·적용되는 것으로 보이는 경우도 많습니다.

하여간 어떤 법령이라고 특정해서 말하려면 우선 그 법령이 존재해야 합니다. 우리는 일반적으로 법령이 제정·공포되어야 존재하게 된다고 생각하면서 법령의 존재를 공포와 연관 지어 생각하는 경향이 있습니다. 법령이 공포되어야 일반 국민에게 영향을 미치기 때문에 일반 국민의 입장에서 법령 공포 시에 법령이 존재하게 된다고 보아도 일상적인 법률생활에서는 무방하다고 하겠습니다.

그러나 법령을 입법하기 위하여 입법절차를 다루는 실무에서는 그것이 그리 간단한 것이 아닙니다. 가장 문제가 되는 것은 공포되지 않은 법령을 개정할 수 있는가 하는 것입니다. 법령을 개정하려면 개정하려는 법령이 존재하여야 가능하기 때문에 법령은 언제부터 존재하게 되는 것으로 보아야 하는가 하는 의문이 생겨납니다. 법률의 경우를 예로 들면, 1) 입법절차상 마지막 단계가 국회의결 - 정부이송 - (재의요구) - 공포의 순으로 되어 있으니 이 가운데 어느 시점에서가 법률이 존재하게 될 것입니다. 이 문제에 대하여 생각해 보기로 합니다. 아직 정해진 답은 없는 것 같지만, 답을 찾아가는 과정이라고 생각하며 함께 생각해 보시면 좋겠습니다.

I. 우리 헌법의 규정

현행 헌법 제53조는 다음과 같습니다.

- 제53조 ① 국회에서 의결된 법률안은 정부에 이송되어 15일 이내에 대통령이 공포한다.
- ② 법률안에 이의가 있을 때에는 대통령은 제1항의 기간내에 이의서를 붙여 국회로 환부하고, 그 재의를 요구할 수 있다. 국회의 폐회중에도 또한 같다.
- ③ 대통령은 법률안의 일부에 대하여 또는 법률안을 수정하여 재의를 요구할 수 없다.
- ④ 재의의 요구가 있을 때에는 국회는 재의에 붙이고, 재적의원과반수의 출석과 출석의원 3분의 2 이상의 찬성으로 전과 같은 의결을 하면 그 법률안은 법률로서 확정된다.
- ⑤ 대통령이 제1항의 기간 내에 공포나 재의의 요구를 하지 아니한 때에도 그 법률안은 법률로서 확정된다.
- ⑥ 대통령은 제4항과 제5항의 규정에 의하여 확정된 법률을 지체없이 공포하여야 한다. 제5항에 의하여 법률이 확정된 후 또는 제4항에 의한 확정법률이 정부에 이송된 후 5일 이내에 대통령이 공포하지 아니할 때에는 국회의장이 이를 공포한다.
- ⑦ 법률은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다.

우선 눈에 띄는 것은 제4항 및 제5항에서 “법률로서 확정된다.”고 규정 한 부분입니다. 2) 법률로서 확정되는 시기를 재의요구된 법률안이 국회에서 재의결된 때와 법률안이 정부에 이송된 후 아무런 조치 없이 15일이 경과된 때 등 두 경우를 명문으로 규정하고 있습니다. 여기까지가 헌법 규정입니다.

제4항과 제5항에서 규정되지 않은 경우는 어떨까요? 제5항에서 법률안이 정부로 이송된 후 정부가 아무런 조치를 취하지 않고 방치하여 15일이 경과하면 그 시점에서 법률로서 확정된다고 했으니, 그 15일이 경과되지 않은 상태에서는 법률로서 확정된 것은 아니라고 보아야 할 것입니다. 그러나 15일이 경과하기 전에 공포하면 공포한 때에 법률로서 확정되었다고 보아도 무방할 것입니다. 제7항에서 법률은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생한다고 하였으니 공포는 효력 발생과 관련이 있고, 효력을 발생하려면 우선 법률의 내용이 확정되어야 하므로, 공포로 법률이 확정된다고 말해도 큰 문제가 없을 것입니다.

결국 우리 헌법상으로는 재의요구된 법률안이 재의결된 때, 법률안이 정부로 이송된 후 아무런 조치 없이 15일이 경과한 때, 그리고 공포된 때 등 이 세 가지 시점에서 법률안이 법률로서 확정된다고 말할 수 있습니다. 법률로서 확정되었다는 의미는 법률안의 내용이 최종적으로 확정되었고 따라서 더 이상 ‘법률안’이 아니고 ‘법률’이 되었다는 의미로 이해할 수 있습니다. 그래서 그 내용을 변경하려면 다시 국회에서 입법권을 행사하여 이를 개정하여야 할 것입니다. 그러나 법률로서 확정되면 일단 법률로서 존재하게 되었고 말할 수 있을 것입니다.

그런데 우리 헌법에서는 ‘공포’를 법률의 효력발생요건으로 규정(제7항)하고 있으면서도 법률로서 ‘확정’되는 경우에 어떤 효과가 발생하는지에 대해서는 아무런 언급이 없습니다.

II. 법률의 확정과 공포 사이의 시간차 문제

재의요구된 법률안이 재의결되어 법률로서 확정된 경우에도 그 법률이 정부에 이송되어 공포될 때까지는 불가피하게 어느 정도의 시간이 걸립니다. 그리고 만약 정부가 공포하기를 거부한다면 또 5일을 기다려야 국회의장이 공포할 수 있습니다. 이렇게 법률의 확정과 공포 사이에 상당한 시간적 간격이 발생하게 되기 때문에 확정된 법률이 공포 전에 가지는 효력이나 법률 확정의 효과가 무엇인지 의문이 생기게 됩니다. 법률의 확정과 공포 사이에 상당한 시간적 간격이 생긴 경우는 우리 헌정사에서 여러 차례 찾아볼 수 있습니다. 주로 우리 헌정사의 초기인 제1공화국 시절에 발생하였습니다. 이해를 돕기 위하여 대표적인 사례 한 가지만 예로 들어 보겠습니다.

- 1) 지난 호에서 말씀드린 바와 같이 이해의 편의를 위하여 법률을 기준으로 설명합니다.
- 2) 이와 같은 취지의 규정은 제헌헌법을 위시하여 제1공화국 헌법에서는 볼 수 있지만, 의원내각제를 채택한 제2공화국 헌법(1960. 6. 15 공포)에서는 없어졌습니다. 그리고 제3공화국 헌법(1962. 12. 26. 공포)에서 다시 규정됩니다. 이 규정은 제4공화국 헌법(1972. 11. 24. 공포)과 제5공화국 헌법(1980. 10. 27. 공포)을 거쳐 현행 헌법에서도 유지되고 있습니다. 제2공화국 헌법(1960. 6. 15. 공포)에서는 의원내각제로 인하여 정부와 국회의 갈등이 제도적으로 방지되었다고 보았는지 “국회에서 의결된 법률은 정부로 이송되어 10일 이내에 대통령이 공포한다.”는 규정만을 두고 있고 재의요구에 관한 사항이나 법률로서 확정되는 경우에 대한 규정은 없습니다.

1953년 7월 3일 국회 농림위원장이 '농지개혁법중개정법률안'을 제안하여 7월 10일 국회에서 의결하였는데,³⁾ 이 법률안에 대하여 정부는 7월 22일 국회에 재의를 요구하였고, 11월 24일 재의에 붙여져 전과 같이 의결되었습니다. 그러나 제1공화국정부는 재의결된 법률안을 끝내 공포하지 않았고, 결국 제2공화국 정부가 들어선 후 무려 6년11개월이 지난 1960년 10월 13일에 가서야 법률 제561호로 공포되었습니다.⁴⁾

당시 헌법 제40조⁵⁾에서도 재의요구된 법률안이 국회에서 재의결되면 법률로 확정된다는 규정이 있으므로, 위에서 언급한 법률은 국회에서 재의결된 1953년 11월 24일에 법률로서 확정되었다고 하겠습니다. 그런데 당시 헌법에는 법률로 확정된 것을 대통령이 공포하지 않을 때 어떻게 공포한다는 규정이 없었기 때문에 제1공화국 내내 대통령이 이 법률의 공포를 거부하여 공포되지 못한 것입니다.⁶⁾

이렇게 상당한 시간적 간격이 있다 보니, 법률이 성립되고 공포되기 전에 다시 그 법률을 개정하거나 폐지해야 할 상황이 발생할 수 있는데, 공포되기 전의 법률을 개정하거나 폐지할 수 있는가 하는 의문이 제기될 수 있습니다.

'구황실(舊皇室)재산법'은 1952년 7월 21일 정부가 제안한 것을 1953년 4월 28일 국회에서 수정의결하였는데, 정부는 5월 13일 국회에 재의를 요구하였으나, 5월 30일 재의에 붙여져 전과 같이 의결되었습니다. 정부는 이 법률을 공포하지 않고, 6월 18일에 국회에서 재의결된 '구황실재산법'을 폐지하는 내용을 포함한 새로운 법률안을 국회에 제출하였습니다. 국회는 새로 제출된 법률안에 대하여 6월 30일에 "한 법률의 폐지에 관한 법률안은 그 폐지의 목적된 법률의 현실적 구속력을 제거함을 목적으로 하는 바, 법률은 그것이 국회의 의결을 얻은 후 공포 시행됨으로써 비로소 그 현실적 구속력을 발생하게 되는 것이므로 한 법률의 폐지에 관한 법안이 제안됨에는 그 폐지대상이 될 법률이 공포 시행되어 있음을 전제로 하나 이 법률안은 그 폐지대상이 될 현행법이 없으므로 국회에 상정될 수 없으며, ...이의된 법률안이 동조 제2항에 의한 국회의 의결을 얻음으로써 법률로 확정되고 정부는 동조 제4항에 의하여 지체없이 공포하여야 하는 바, 이 법안은 헌법의 명문규정에 위반하는 기초 위에 제안되었기 때문에 이를 환송"한다고 의결하여 법률안을 정부에 반려했고, 정부는 9월 23일에 가서야 재의결된 법률을 법률 제339호로 공포하였습니다.

- 3) 주요 내용은 토지수득세법(土地取得稅法)의 실시로 토지수득세와 분배농지에 대한 상환액을 납부치 못하는 영세농가를 위하여 농지대금상환방법을 종래 물납제(物納制)에서 금납제(金納制)로 전환하는 것이었습니다.
- 4) 이렇게 법률의 확정과 공포 사이에 상당한 기간이 있었던 경우는 본문에서 언급한 외에도 7건이 더 있습니다. 주로 제1공화국에서 발생한 사례들인데, 이 중 4건은 당시 대통령이 마음을 바꾸어 공포하였고, 나머지는 끝내 공포하지 않아 제2공화국 출범 이후에 새 정부가 공포하였습니다.
- 5) 1953년 7월 당시 헌법 제40조는 다음과 같습니다. 제40조 국회에서 의결된 법률안은 정부로 이송되어 15일 이내에 대통령이 공포한다. 이송된 법률안에 대하여 이의가 있는 때에는 대통령은 이의서를 부하여 양원중의 일원에 환부하여

이는 재의요구된 법률안이 재의결되어 법률로 '확정'되었기 때문에 정부에서 그에 대한 폐지법률안을 제안한 것인데 국회에서는 '공포시행'되지 아니한 법률은 폐지할 수 없다는 이유로 그 제안을 거부한 것입니다. 법률의 존재 여부에 대하여 국회와 정부 간에 의견차이가 엇보이는 부분입니다.

III. 일본의 사례⁷⁾

제2차 대전이 끝난 후 얼마 지나지 않은 1948년경의 사건에서 법령의 성립(확정) 문제가 쟁점이 된 사례가 있습니다. 1946년에 '임시물자수급조정법'을 제정하여 시행하던 중 그 다음 해인 1947년 3월 31일에 그 법을 일부개정하면서 그 법은 1948년 4월 1일과 "경제안정본부"를 폐지하는 시점 중 빠른 시점부터 효력을 상실한다는 규정을 두었습니다. 그 후 실효시기를 1949년 4월 1일로 1년간 연장하기 위한 개정법률안을 1948년 3월 31일 양(兩)의원⁸⁾에서 의결하고 개정법률을 1948년 3월31일자 관보에 게재하였으나, 실제로 이 관보는 9일 후인 1948년 4월 9일에 발행한 동일자 관보의 호외로 발행되었습니다. 이런 상황과 관련하여 법률의 효력은 공포되어 일반국민에게 배포된 때에 생기는 것이므로, 1948년 4월 1일 당시에는 개정법률이 효력을 발생하지 않아 임시물자수급조정법은 그 날부터 효력을 상실하였다고 보아야 할 것이 아닌가하는 주장이 제기되었습니다.

이 사건에 대하여 일본 최고재판소는 일본헌법 제59조제1항에서 "법률안은, 이 헌법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는, 양의원에서 가결된 때 법률이 된다."라고 규정한 것을 근거로 실효시기를 연장한 개정법률은 1948년 3월 31일에 양의원에서 의결되었으므로, 그 날에 법률이 되었고 그에 따라 실효시기가 개정되었으므로, 1948년 4월 1일에 실효된 것이 아니라고 판시하였습니다. 이 판결에 대하여는 다소 논란이 있었으나, 일반적으로 이 판결을 바탕으로 하여 이 개정법률은 3월 31일에 성립하여 기존 법률의 유효기간은 그 날 연장되었으나, 그 연장의 효력이 국민에게 미치게 된 것은 그 법률이 공포되었던 4월 9일부터라고 설명하고 있습니다.

하여간 일본에서는 법률 공포시가 아니고 그 이전에 법률이 성립(확정)한 때 법률이 존재하게 된다고 보고 있다고 하겠습니다.

국회의 재의에 부한다. 국회에서 각원이 그 재적의원 3분의 2이상의 출석과 출석의원 3분의 2이상의 찬성으로써 전과 같이 가결한 때에는 그 법률안은 법률로서 확정된다. 법률안이 정부로 이송된 후 15일 이내에 국회에 환부되지 아니하는 때에는 그 법률안은 법률로서 확정된다. 대통령은 전2항에 의하여 확정된 법률을 지체 없이 공포하여야 한다. 법률은 특별한 규정이 없는 때에는 공포일로부터 20일후에 효력이 발생한다.

- 6) 법률로 확정된 것을 대통령이 공포하지 않을 때에는 국회의장이 공포한다는 헌법 규정은 1962년 12월 26일 공포된 제3공화국 헌법에 처음 규정되었습니다.
- 7) 일본의 사례는 栗城壽夫, "法律成立の時期", 『ジュリスト』(No. 131, 1994) pp. 440, 441에서 발췌, 정리한 것입니다.
- 8) 중의원(衆議院)과 참의원(參議院)

IV. 독일의 사례⁹⁾

독일에서도 제2차세계대전이 끝난 지 얼마 되지 않은 1949년에 헤센 주에서 '임금종합세 징수에 관한 법률'의 유효기간을 1년간 연장하는 개정법률을 의결·공포하는 과정에서 일본의 사례와 거의 같은 상황이 발생하였다고 합니다. 해당 법률의 유효기간은 1949년 1월 31일인데, 그 기간을 1년 연장하는 법률이 1월 29일에 주의회에서 의결되었으나 2월 15일에 가서야 공포되었던 것입니다. 이에 따라 기존의 법률이 1월 31일로 유효기간이 만료하여 2월 15일 당시에는 이미 죽어버린 법이어서 그 유효기간이 연장되지 않았다는 주장과, 이러한 시간차는 법률안에 대한 재의요구 절차와 매일 관보를 발행하지 못하는 상황 등에 비추어 부득이한 것이고 의결 후 가장 빨리 발행하는 관보에 게재된 것으로, 2월 15일에 법률 개정의 효력이 1월 29일로 소급하여 발생하였다는 주장이 대치되었다고 합니다.

또한 본(Bonn) 기본법이 제정되면서 기본법에 의한 '연방의회 집회 이전의 법'은 기본법에 저촉되지 않는 한 효력이 지속된다는 기본법 제123조제1항과 관련하여 문제가 된 사례도 있습니다. 라인란트-팔츠 주의회가 1949년 6월 1일 조세관련 법률을 의결하였는데, 이 법률은 연방의회의 집회일인 9월 7일 이후인 9월 28일에 비로소 공포되었다고 합니다. 연방의회의 집회일인 9월 7일 이후에는 조세법에 대한 입법 권한이 연방의회에 있으므로, 위 라인란트-팔츠의 법률은 기본법을 위반한 것으로 효력이 없다는 주장이 제기되었고, 이에 대하여 해당 법률은 연방의회 집회일 이전이 6월 1일 주의회에 의하여 적법하게 의결되어 성립한 것이라는 주장이 맞서게 되었습니다.

이 사건에 대하여 연방헌법재판소는 법률의 효력요건은 '공포'이며, 헌법에 규정된 공포는 법정립행위 그 자체에 단순히 부가되는 것이 아니고 '불가결한 구성요소'라고 하면서 해당 법률은 연방의회의 집회일 이전에 공포되지 않았으므로, '연방의회 집회 이전의 법'이라고 볼 수 없다고 판시하였습니다. 본 기본법에서도 공포 전에 의회의 의결 등으로 법률이 성립(또는 확정, zustande kommen)된다는 규정이 있지만¹⁰⁾ 연방 헌법재판소는 법률의 성립 시점이 아닌 공포 시점에 비로소 법률이 존재한다는 입장을 취하고 있는 것입니다. 학계에서도 이에 동조하면서 성립 후 공포되기 전 상태의 법률은 그 성립에 참여한 기관 상호 간에 구속력을 가지게 된다고 하더라도, 법률을 제정하는 국가나, 법률의 적용대상이 되는 상대방 간의 외부적 관계에서는 아직 법률이 아니고 법률안에 지나지 않는다고 설명하고 있다고 합니다.

하여간 독일은 법률은 성립 시가 아닌 공포 시에 존재하게 되는 것이라는 입장에 있다고 하겠습니다.

9) 독일의 사례는 新 正行(1988), 『憲法と立法科程』, 東京: 創文社 pp. 367-396에서 발췌, 정리한 것입니다.

10) 본(Bonn) 기본법 제78조 등.

V. 입법실무에서의 가이드라인

이상에서 본 바와 같이 우리 헌법은 물론이고, 독일 기본법 그리고 일본 헌법에서도 법률의 확정(또는 성립)이라는 관념이 있고, 또 공포 제도도 규정되어 있습니다. 그런데 법률의 확정(또는 성립)과 공포 사이에는 현실적으로 어느 정도 시간적 간격이 발생하는 경우를 피할 수 없기 때문에 법률 확정(또는 성립)의 법적 효과를 어떻게 이해해야 할 것인지가 문제 되고 있습니다. 실무상으로 이 문제는 법률이 언제부터 존재하는가, 따라서 언제부터는 법률개정의 방식으로 내용을 변경할 수 있다고 보아야 하는가 하는 점에서 고민거리의 하나가 되고 있습니다.

그런데 독일과 일본은 같은 취지를 가지는 헌법 규정을 두면서도 똑같은 사례에서 서로 다른 결론을 내리고 있습니다. 즉, 독일은 공포 전에는 법률이 존재하지 않는다고 보고 있고, 일본에서는 법률은 성립 시에 존재하지만 공포 시까지는 대국민효력이 없을 뿐이라고 이해하고 있습니다. 우리 헌법도 독일이나 일본의 헌법과 같은 취지의 규정을 두고 있지만 이 문제를 어떻게 접근해야 할지 아직 분명한 논의는 없는 것 같습니다.

국회의 입법실무 차원에서는 "원칙적으로 공포 후 시행 전 법률 조문은 법적 안정성 측면에서 그 시행 전에 개정하지 않는 것이 바람직하나, 급변하는 사회 환경에 적시적 대응을 요구하는 입법 수요가 증가함에 따라 공포된 법률이 시행되기도 전에 다시 개정해야 하는 상황들이 발생하고 있다"고 불가피성을 인정하면서 "법률을 개정하고자 할 때 '공포 후 시행 전 조문'이 있는지는 법률안의 발의일 또는 제출일을 기준으로 판단"하도록 하는 기준을 제시하고 있습니다.¹¹⁾ 기본적으로 독일과 같은 이론에 입각하고 있다고 볼 수 있는데, 우리 법원의 판단이나 학계의 의견이 정리되지 않는 현 상태에서는 이처럼 다소 보수적인 기준을 택할 수밖에 없을 것이라고 생각합니다.

더 나아가 생각하면, 이런 문제는 논리적으로 정답을 찾을 수 있는 문제는 아니고 여러 접근방법 가운데 어느 하나를 택할 수밖에 없는, 결단(決斷)의 대상이 되는 것이 아닌가 생각합니다. 법률의 존재시기뿐만 아니라 법령의 형식 등 법령과 관련된 여러 문제들은 관습이거나 선례를 답습하고 있는 것들이 많아 왜 그래야 하는지 합리적으로 설명할 수 없는 경우가 적지 않습니다.¹²⁾ 이러한 경우들도 결단의 대상이 되는 것이지 법원의 판단이나 학설에 맡기는 것이 적절하다고 보기 어렵지 않나 생각합니다. 이 문제들을 입법적으로 결단하기 위하여 '입법에 관한 법률'(가칭) 같은 법률을 제정하는 것도 신중하게 고려해 보아야 할 것입니다.

11) 국회법제실(2019), 『법제이론과 실제(2019년 전면개정판)』, p. 176.

12) 좀 황당한 예라고 생각될 수도 있지만, 이런 상황을 생각해 볼 수 있습니다. A법을 제정한 후 A법의 내용을 일부 개정하는 개정법률(B법)을 만들어 시행하다가 상황의 변경으로 B법을 폐지하게 되면 A법이 B법에 의한 개정 이전의 상태로 되돌아가는 가 하는 것입니다. 실무에서는 그렇지 않다고 보고 B법을 폐지할 것이 아니고 A법을 원래의 내용으로 되돌리는 다른 개정법률(C법)을 만들어야 한다고 보는 것 같습니다. 그런데 이에 대하여 원래 내용과 조금 다르게 바꾸면 몰라도 당초와 동일한 내용으로 되돌린다면 간단히 B법을 폐지하면 A법이 원래의 상태로 돌아간다는 기준을 세우는 것이 더 경제적이고 현명한 것이 아닌가 하는 반론을 충분히 생각할 수 있습니다.