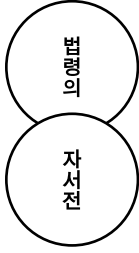




Autobiography of Statute



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.

법령을 공포한다는 것은 무슨 의미가 있을까?

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



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

지난 호에서 법령이 언제부터 존재하게 된다고 보아야 하는가 하는 문제를 생각해 보았습니다.¹⁾ 아직 의견의 일치를 보았다고 하기는 어렵지만, 일단 법령이 공포된 때부터 존재하게 된다고 보는 견해가 실무상으로 받아들여지고 있다고 설명하였습니다. 그런데 법령이 공포된 시점에서 존재하게 된다고 보게 되니 도대체 ‘법령의 공포’가 무엇이기에 ‘공포’ 시점을 중심으로 법령의 존재 여부를 판단하게 되는가 하는 의문이 생깁니다. 좀 더 근본적으로 접근한다면 ‘공포’가 법령이 법령으로 존재하게 하는 본질적 요소, 즉 법령의 속성, 가운데 하나인가 하는 의문입니다.

우리는 법령을 공포하는 것을 당연한 일로 받아들이고 있어 법령의 공포에 관하여 따로 의문을 가지게 되는 경우는 별로 없는 것 같습니다. 그러나 우리나라의 법령에 국한하지 않고 법령이라는 일반적인 제도를 머리에 두고 찬찬히 뜯어보면 그게 그리 간단한 문제는 아닙니다. 우선 법령을 공포하려면 공포할 법령의 문안이 있어야 할 것입니다. 성문법 국가인 대륙법계 국가에서는 법령이 입법기관에 의해서 문서의 형태로 만들어지기 때문에 그 문서를 공포하면 되겠습니다만, 영국과 같은 불문법 국가에서는 법이 반드시 법령이라는 형식의 문서로만 만들어지는 것이 아니므로, 무엇이 법인지를 안다는 것 자체가 만만치 않은 일이고, 또 물리적으로 무엇을 공포해야 하는가 하는 문제도 간단치 않습니다. 그래서 불문법 국가에서는 법령의 공포 문제와 관련하여 좀 더 고민하게 되는 것 같습니다.

우리나라는 성문법 중심의 대륙법계 국가이므로, 법령을 다루는 실무에서는 공포 문제에 대하여 그다지 관심을 두지 않는 분위기이지만, 법령이라는 제도 자체를 깊이 이해한다는 차원에서 공포 문제를 살펴보는 것도 의미가 있을 것입니다. 그래서 이번에는 법령을 공포하는 문제에 관하여 좀 더 생각해 보도록 하겠습니다.

I. 공포란 무엇인가?

우선 우리 헌법부터 시작해 봅시다. 현행 헌법에서 “공포”라는 용어를 사용하고 있는 부분은 제6조, 제53조, 제76조, 그리고 제130조 등 네 군데입니다. 제6조에서는 조약의 공포에 관하여, 제53조에서는 법률의 공포에 관하여, 제76조에서는 대통령 긴급처분이나 긴급명령 등에 대하여 국회가 승인이나 불승인을 하는 경우 그 사유에 대한 공포에 관하여, 마지막으로 제130조에서는 헌법개정 공포에 관하여 규정하고 있습니다.

그렇지만 ‘공포’가 어떤 행위를 말하는지에 대해서는 아무런 언급이 없습니다. 특히 제6조, 제53조 및 제130조는 법령의 성격을 가지는 것에 대한 규정이지만, 제76조는 상황 설명에 대한 것으로 그 성격이 서로 다릅니다. 그런데도 ‘공포’라는 같은 용어를 사용하고 있기 때문에, 헌법에서 말하는 ‘공포’는 법령과 관련된 법률용어라고 보기는 어렵고, 일상생활에서 사용하는 용어로 볼 수밖에 없습니다. 그러나 ‘공포(公布)’란 말 그대로 공식적(公式的)으로 일반인(一般人)에 널리 알리는 행위라고 이해해야 할 것입니다. 그러나 법령의 공포에 대한 헌법 규정을 정리하면, 법률은 공식적으로 일반 국민에게 널리 알려야 하고, 특별한 규정이 없으면 법률을 일반 국민에게 알린 날부터 20일이 지나면 법률의 효력을 발생한다는 규정만을 두고 있다고 하겠습니다.

1) 참고, “법령은 언제부터 존재하게 되는 것일까?”, 『법언』 vol.71(2021), pp.44~47.

헌법상 ‘공포’ 가운데 법률의 공포에 대해서는 「법령 등 공포에 관한 법률」(이하 “법령공포법”이라고 줄여서 표시합니다)에 더 구체적으로 규정되어 있습니다. 이 법률 제11조에서 “헌법개정·법률·조약·대통령령·총리령 및 부령의 공포…는 관보(官報)에 게재함으로써 한다.”고 규정하고 있습니다. 이 규정에 의하여 법률을 포함한 법령은 그 내용을 소정의 방식에 따라 관보에 실어야만 공식적으로 일반국민에게 알린 것이 됩니다,

이런 규정들을 종합하면 우리 법제에서 ‘공포’란 법령을 관보에 실어 일반국민에게 알리는 것을 의미한다고 정리할 수 있겠습니다.²⁾ 그런데 법령 공포법은 물론 다른 어떤 법률에서도 ‘법령 공포’의 성격이 무엇인지, 왜 공포해야 하는지에 대해서는 언급하고 있는 곳이 없습니다.

II. 법령은 왜 공포해야 하는가?

법령은 공포되어야 한다는 주장과 법령을 공포한 사례는 아주 오래 전부터 있었다고 합니다. 우선 로마의 12표법을 예로 들 수 있습니다. 로마의 12표법을 만들 때 그리스의 법제를 참고했다고 하니 공포 제도는 그 이전에도 있었다고 하겠습니다. 물론 그 이전으로 소급해서 찾아 볼 수도 있겠습니다. 하여간 법령이 공포되어야 하는 이유는 일반적으로 다음과 같이 설명하고 있습니다. 국민이 법령에 따르지 않는 경우에는 법령의 실효성을 확보하기 위하여 법령을 위반한 사람을 처벌하거나 하는 등 불이익을 주어야 하는데, 그때 법령을 위반한 사람이 법령의 내용을 몰랐다고 하면 책임을 물어 불이익을 주기 어려울 것입니다. 그래서 미리 법령의 내용을 알 수 있는 기회를 주어 법령을 몰랐다고 하지 못하게 해야 합니다. 이는 사리상 당연한 것이라고 하겠습니다. 여기까지 보면 공포는 법령이 국민에 대하여 효력을 발생하기 위한 요건이 된다는 점은 쉽게 이해할 수 있습니다.³⁾

그런데 공포의 취지를 이렇게 보면 공포가 법령 자체의 존재에 관한 존재론적 문제라기보다는 적용대상자인 일반국민의 관점에서 법령을 알았느냐 하는 인식론적 문제로 논의의 초점이 바뀌게 됩니다. 그러면 일반국민에게 법령을 어떻게 알리느냐, 국민들이 알았다고 볼 수 있는가 하는 것이 공포 문제에 관한 논의 중심이 되고, 법령의 존재 자체와 관련된 논의와는 직접 연관이 되지 않는다고 보게 될 것입니다. 지난 호에서 언급한 일본의 사례⁴⁾에서 보는 바와 같이 공포가 없어 일반국민에게 효력을 미치지 못하는 경우에는 일본과는 달리 법령이 존재한다고 보기는 어려울 것입니다. 하여간 이런 관점에서 공포를 이해하면 공포는 일반국민과의 관계에서 상대적 인식의 문제가 되고 법령의 존재 자체에 대한 절대적 또는 존재론적 차원에서는 기준으로 삼기는 어렵지 않을까 하는 생각이 듭니다.

- 2) 이렇게 ‘공포’라는 용어를 법령이 독점하게 되었으므로, 법령 외에 일반국민에게 널리 알리는 행위는 이와 구별하기 위하여 ‘공포’라는 용어를 피하고 “공표”라는 용어를 흔히 사용합니다.
- 3) 법령의 공포와 관련하여 소개되는 이야기 가운데 Caligula’s pillar라는 에피소드가 있습니다. 이야기의 흐름만 대략 소개하면 다음과 같습니다. 로마 황제 칼리굴라(재위기간 37년~41년 AD)가 세법을 위반한 사람에게 많은 벌과금을 징수하는 법률을 만들었는데, 사람들이 그 내용을 잘 알게 되면 세법을 위반하지 않아 벌과금 수입이 줄 것을 염려해서 아무도 자세히 읽어 볼 수 없도록 이 법률을 작은 나무판에 새겨서 높은 기둥 위에 달아두는 방식으로 공포하였다는 이야기입니다. 공포를 하기는 해야 하겠는데, 공포 효과는 피하기 싶었기 때문에 편법을 쓴 것입니다. 이 사례로부터 이렇게 공포한 법도 법이라고 할 수 있는가 하는 논의를 전개해 나가기도 합니다.(Claire Grant, “Promulgation and the law”, International Journal of Law in Context, 2, 3 pp.321-329 (2006) Cambridge University Press 참조)
- 4) 참고, 앞의 글, p.46. 참조.

III. Promulgation과 Publication을 나누어 생각해 보면 어떨까요?

‘공포’를 영역할 때 보통 ‘Promulgation’이라는 단어를 사용합니다. 그런데 위에서 공포의 필요성을 설명할 때 그 취지는 일반 국민에게 알린다는 것이므로, 그 말 자체의 취지에 더 부합되는 단어는 ‘Notice’일 것이고 만약 간행물 등 문서의 형태로 이루어진다면 ‘Publication’이라고 보아야 하겠습니다. 그래서인지 법령의 존재와 공포에 관한 문헌들을 보면 Promulgation이라는 개념과 더불어 Publication이라는 개념이 등장하는 것을 볼 수 있습니다. 그러나 법령 공포의 성격에 대한 논의와 관련하여 Promulgation과 Publication에 대해서도 좀 더 생각해 보기로 하겠습니다.

우선 Promulgation은 법이 제대로 된 것이라고 ‘인증(認證)’하는 것을 말하는 것이고, Publication은 법의 내용을 널리 알리는 것을 말한다고 합니다. 앞에서 이야기한 헌법 규정도 영역본⁵⁾의 제6조, 제53조 및 제130조에서는 ‘공포를 Promulgate, Promulgation으로 영역하였고, 제76조에서는 Publication에 해당하는 Public Notice라고 영역하고 있습니다. 그런데 우리는 이 두 가지 관념을 합쳐서 그냥 ‘공포’라고 부르기 때문에 이 용어들의 개념상 차이를 드러내는 우리말 단어를 찾기 어렵습니다. 그래서 부득이 이 글에서는 영어를 사용하려고 합니다. 이 점 양해를 바랍니다.

Promulgation은 인증의 관념을 가지는 것이므로, 이에 대해서는 누가 인증의 권한을 가지는가 하는 것이 논의의 핵심이 됩니다. 다시 말해서 누가 ‘이것이 법이다’라고 확정해 줄 수 있는가 하는 문제입니다. 이 문제에 관해서는 신(神)에 의한 인증, 관습에 의한 인증 등등 여러 가지 접근방법이 제시되기도 합니다.⁶⁾ 현 시점에서 일반적으로 이야기되는 것은 이런 인증은 역사적으로는 국왕(집행권의 수장)의 권한에서 유래하는 것이라고 합니다. 영국에서는 국왕의 재가⁷⁾가 이에 해당한다고 보고 있고, 미국에서는 대통령의 법률안 거부권과 관련하여 대통령의 승인⁸⁾으로 인증이 이루어진다고 본다고 합니다.⁹⁾ 우리나라에 적용한다면 대통령에게 법률안 재의요구권이 있으니 정부로 이송된 법률에 대하여 대통령이 공포를 위한 서명을 하는 때에¹⁰⁾ 이러한 인증이 이루어진다고 보게 될 것입니다.

다음 Publication에 대한 문제입니다. Publication이란 공적으로 널리 알리는 행위이므로, 행위 자체와 관련해서는 특별히 논의할 사항이 거의 없다고 하겠습니다. 공적으로 하되 한 방법만 적절히 선택할 수도 있을 것입니다. 법령공포법에서는 관보(전자관보를 포함합니다)를 Publication의 매체로 하라고 했으니¹¹⁾ 그렇게 하는 것일 뿐입니다. 만약 법률을 국회의장이 공포하게 되는 경우에는 2개 이상의 중앙일간지에 실으라고 규정되어 있습니다.¹²⁾ 국회공보도 있지만 매일 발행되는 것이 아니어서 중앙일간지를 매체로 선택한 것으로 보입니다. 이렇듯 Publication을 위한 적절한 방법은 여러 가지를 고려할 수 있습니다. 그것보다 여기서 문제가 되는 것은 Publication의 취지가 법령의 내용을 국민들에게 알린다는 것이므로, 관보나 일간지에 법령의 내용을 실어두기만 하면 일반국민이 자동적으로 그 내용을 알게 된다고 볼 수 있는가 하는 것입니다.

IV. Publication에 대해서 좀 더 생각해 봅시다.

우리는 법령을 관보에 실으면 국민에게 법령의 내용이 알려졌다고 봅니다. 그런데 현실적으로는 법령을 관보에 실었다는 것만으로 국민들이 모두 관보가 발행된 시점에서 그 법령을 알았다고 보기는 어렵습니다. 관보는 판매하기도 하지만, 일반적으로 관공서나 도서관에 배포되는 것이므로, 관공서나 도서관까지 가지 않으면 그 내용을 알기 어렵습니다. 요즘은 전자 관보가 있어 인터넷을 통하여 관보 내용을 볼 수 있지만, 아직은 국민 누구나 인터넷에 쉽게 접근할 수 있는 상황은 아닙니다. 그러니 실제로는 국민 모두에게 법령의 내용이 직접 전달되게 할 적당한 방법도 없고, 비록 전자 관보 등 여러 가지 방법이 있어 법령의 문안이 전달된다 하더라도 국민들이 아무런 설명도 듣지 않고도 그 내용을 숙지할 수 있다고 기대할 수도 없는 상황입니다.

그래서 Publication과 관련해서는 ‘의제(擬制)’라는 편법을 사용하게 됩니다. 법령이 수록된 관보가 발행되어 배포되면 실제로 관보를 보지 않은 국민들도 그 법령의 내용을 알았다고 의제해 버리는 것입니다. 법령의 내용을 알려면 알 수 있는데 개개인이 적극적으로 노력하지 않아 그 내용을 알지 못한 것이기 때문에 자신의 책임이라는 것입니다. 실제로는 꽤 수고를 하지 않으면 관보에 접근하기도 쉽지 않고, 읽어 보더라도 설명해주지 않으면 내용을 이해하기 쉽지 않은데도 말입니다. 이렇게 ‘의제’라는 편법에 의지하게 되는 것은 현실상 어쩔 수 없는 일이라는 하지만 어쨌든 일종의 비약이지요. 이런 여러 가지 문제 때문에 법령을 Publication한다는 것은 법령의 내용을 국민들에게 직접 전달하고 설명하기보다는 국민들이 원하면 그 내용을 알 수 있는 상태에 두는 것을 기본으로 합니다.

- 5) 국가법령정보센터에 실려 있는 대한민국헌법 영역본을 기준으로 하였습니다.
- 6) Gilbert Bailey, "The Promulgation of Law", The American Political Science Review, vol. 35, no. 6, 1941, p. 1061 등. 그리고 이 가운데에는 Publication을 통하여 인증한다는 접근방법(Promulgation by Publication)도 있습니다.
- 7) 영국 국왕의 재가는 칙허장(勅許狀, Letters Patent)에 의해 승인되며, 이 사실은 상·하원의 의장에게 의하여 각 의원들에게 통지된다고 합니다(임종훈·이정은, 『한국입법과정론』, 박영사, 2021, p.468.).
- 8) 특별한 ‘승인행위’가 있는 것은 아니고 법률의 공포를 위하여 서명하는 것을 말한다고 이해하면 됩니다. 이렇게 대통령이 법률안에 서명을 함으로써 법률안은 법률로서 확정되며 확정된 법률안의 원본은 대통령으로부터 연방정부의 문서관리소장(Archivist)에게 보내져서 발간하게 된다고 합니다.(위의 책, p.431.)
- 9) 小島和夫, 『法律ができるまで』, きょうせい, 1979, p.342.
- 10) 법령공포법 제5조제1항에 “법률 공포문의 전문에… 대통령이 서명한 후… 국무총리와 관계 국무위원이 부서한다”고 규정되어 있습니다.
- 11) 법령공포법 제11조제1항
- 12) 법령공포법 제11조제2항

우리가 나폴레옹 민법전이라고도 부르는, 1803년 최초로 제정·공포된 프랑스민법전의 첫머리에 법률의 공포, 효력, 적용에 관한 일반 조항이 규정되어 있는데 시행시기와 관련하여 이렇게 규정하고 있습니다. 법률은 공포 사실이 알려진 때부터 공화국의 모든 지역에서 시행된다고 원칙을 선언하면서, 제1통령¹³⁾이 행한 공포는 정부소재지(파리)에서는 공포한 다음 날에 법률이 공포된 사실을 알게 된 것으로 한다고 하고, 그 밖의 지역에서는 파리로부터 특정 지방행정구역의 소재지까지의 거리를 매일 100Km씩으로 계산한 날수가 지나면 그 지방행정구역 단위로 법률이 공포된 사실을 알게 된다고 규정하고 있습니다. 여기서는 최소한 말이나 마차가 정부소재지(파리)에서 관보를 싣고 프랑스 전국으로 배달해야 하고, 이렇게 관보를 받아보아야 법률이 공포된 사실을 알 수 있다고 본다는 점에서 Publication의 본질에 가깝게 접근하려고 노력하고 있다는 점이 눈에 띕니다. 그래도 그 문언상으로는 "공포가 있음을 알게 된 것으로 본다."고 의제하는 형식으로 표현되어 있는 것을 보면 의제를 완전히 피한다는 것은 사실상 불가능하다고 생각하였던 모양입니다.¹⁴⁾

위와 같이 Publication을 이해하는 것은 주로 성문법 중심의 대륙법계 국가의 경우입니다. 영미법계 국가에서는 기본적으로 물리적인 Publication이 없어도 법령이 효력을 발생하는 데는 문제가 없다고 보고 있다고 합니다.¹⁵⁾ 물론 현대국가에서는 어느 국가든지 법령을 관보 등의 매체에 실어 국민들에게 알리고 있습니다. 그러나 영국과 미국에서는 이것은 어디까지나 서비스 차원의 것으로 생각되고 있고, 국민들이 법령 내용을 알 수 있게 하기 위해서 Publication해야 한다는 관념은 없다고 합니다. 이들 국가에서는 법률은 국민의 대표가 만드는 것이고, 국민들은 자기의 대표를 통하여 법률의 제정과정에 참여하는 것이기 때문에 대표를 통하여 만들어지고 있는 법률의 내용을 이미 알고 있다고 본다고 합니다.¹⁶⁾ 그러나 따로 Publication하지 않더라도 국민들이 당연히 법령의 내용을 아는 것으로 취급할 수 있게 된다고 보는 것입니다.¹⁷⁾

13) 당시 제1통령은 우리가 잘 알고 있는 바로 그 '나폴레옹 보나파르트'이었습니다.

14) 다음은 영어본을 중심으로 해당 부분을 대략 취지만 번역한 것입니다. 문안 자체가 사실을 의제하는 형식으로 되어 있는 것이 눈에 띕니다.

법률은 제1통령이 행한 해당 법률의 공포로 프랑스 전 영토에서 시행하게 된다. 법률은 공포 사실이 알려진 때부터 공화국의 모든 지역에서 시행된다. 제1통령이 행한 공포는 정부 소재지가 있는 지방행정구역(département : 우리나라의 도 정도에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것임)에서는 공포가 있던 다음 날에, 다른 지방행정구역에서는 법률의 공포가 있었던 도시간 거리 100Km 마다 1일씩 증가하는 기간이 종료된 후에 공포가 있음을 알게 된 것으로 본다.

15) 小島和夫, 앞의 책, p.342.

16) 淺野一郎 편저, 『立法の過程』, 『立法技術入門講座 第1巻』, pp. 204-205.

17) 제정법이 아닌 Common Law의 경우에는 어떻게 보아야 할 것인가 의문이 생기는데, Gilbert Bailey는 국민이 과정에 참여하여 알게 된다고 의제(擬制)하는 것(the fiction of constructive presence)을 Promulgation에 대한 접근방법의 하나로 소개하면서 재판에 있어서도 국민들이 당사자로 참여하여 법을 만들어가기 때문에 법을 안다고 의제된다는 설명하고 있습니다(Gilbert Bailey, 앞의 논문, p. 1061).

V. 법령이 언제부터 존재하게 되는지 다시 생각해 봅시다.

법령이 언제부터 존재하게 되는가 하는 문제는 존재론적 측면에서 다루어 하기 때문에 법령이라는 존재 밖에 있는 일반국민을 중심으로 생각할 수 없고 법령 그 자체를 중심에 두고 생각해야 할 것입니다. 그러나 그 기준점은 Publication이 아닌 Promulgation의 시점이 되어야 한다고 생각합니다. 반면 Publication은 일반국민을 중심에 두는 것이므로, 일반국민에 대한 효력발생요건이라고 보는 것이 무난한 결론이라고 생각합니다.

이렇게 보게 되면 법령이 존재시기에 대하여 다음과 같이 정리할 수 있을 것입니다. 우리 헌법에서는 법령의 성립에 대하여는 아무런 언급이 없지만, 논리에 충실하다면 우리도 미국처럼 대통령이 법률을 공포한다고 서명하는 때에 법률안은 법률로 인증을 받아 성립하는 것으로 보는 것이 합리적일 것입니다. 만약 대통령이 재의요구권을 행사하면 법률은 성립되지 않는다고 보아야 하며, 이렇게 재의요구된 법률이 국회에서 재의결되면 헌법 제 53조제4항에 따라 법률로 확정(성립)되고 공포되기 이전에도 법률로 존재하게 된다고 보는 것이 일관성 있는 설명이 아닐까 생각됩니다.

실무상 업무의 흐름을 따라가 보면 대통령이 공포를 위하여 서명한 때와 관보 발행까지는 일반적으로 3일 정도의 간격이 있어 법령이 존재하고 나서 3일 정도 뒤에 일반국민에게 효력이 발생하게 된다고 보게 될 것입니다. 지난 호에서 공포되지 않은 법률을 개정할 수 있는가 하는 의문을 제기한 바 있는데,¹⁸⁾ 공포를 위한 대통령의 서명으로 법령이 존재하게 된다고 보더라도 공포 시점과 간격이 불과 3일 이하에 불과하여 현실적으로는 문제가 되지는 않는다고 하겠습니다.¹⁹⁾

18) 줄고, 앞의 글, p.45. 참조.

19) 일반적인 법령의 경우에는 3일 정도의 시차가 있지만, 선거법 등 시간을 다투는 법령의 경우에는 대통령이 공포를 위한 재가를 한 바로 그날에 관보에 공포되는 경우도 많아 관보 발행에 따른 시간차가 실무상 문제되는 경우는 없습니다.