

입법예고의 하자과 그 효과

- 행정입법에 관한 입법예고절차를 중심으로 -

윤강욱*

입법예고는 입법과정에서 법령안의 내용을 국민에게 알리고, 국민의 의견을 청취하는 제도이다. 입법예고는 입법에 대한 국민의 참여를 확대하고 법령의 합리성을 제고함으로써 실질적 법치주의에 기여할 수 있는 중요한 제도라 할 수 있다.

행정상 입법예고에 대해 「행정절차법」 및 「법제업무 운영규정」에서 그 절차 및 방법을 정하고 있는데 입법예고 관련 규정에 위반하여 제정 또는 개정이 이루어진 법령의 효과가 문제된다. 법률안은 국회에 제출된 후 대의기관인 국회에서 비교적 민주적이고 투명한 절차를 통해 심의가 진행되므로 입법예고 과정에서 다소 하자가 있다 하더라도 해당 법률의 효력을 부인하기 어려울 것이다. 하지만 대통령령, 총리령 및 부령과 같은 하위법령의 경우 거의 대부분의 절차가 정부 내에서 이루어진다. 정부는 국회와 같은 수준의 민주적 정당성을 갖추고 있지 못하기에, 국민의 참여수단인 입법예고는 중요한 의미를 가진다. 행정입법의 입법예고에 하자가 있는 경우 최종 결과물인 명령의 효력이 부인될 수 있다.

최근 하급심 법원이 대통령령을 심사하면서 입법예고절차에 하자가 있어 위법하다는 이유로 그 효력을 부인하였는데, 이는 행정입법에 대한 절차적 통제라는 측면에서 흥미로운 현상이다. 향후 충실한 입법예고가 이루어질 수 있도록 행정청에서도 충분한 주의를 기울여야 할 것이고, 입법예고 제도에 대한 법리 또한 지속적으로 개발되어야 할 것이다.

주제어: 행정절차, 입법예고, 입법예고 하자의 효과, 법원의 명령·규칙 심사, 하위법령 입법절차

* 대법원 재판연구관(법제처 부이사관, 고용휴직 중) / 법학박사(zuwla@naver.com)
이 논문은 개인적인 연구결과로서 필자가 소속된 기관의 입장 또는 견해와는 무관합니다.

목 차

- I. 서론
- II. 입법예고의 연혁, 취지 및 내용
 - 1. 입법예고제의 연혁
 - 2. 입법예고제의 취지 및 내용
- III. 입법예고제의 법적 성질과 하자의 효과
 - 1. 문제의 소재
 - 2. 입법예고 하자의 효과에 대한 학설
 - 3. 입법예고 하자의 효과에 대한 판례
 - 4. 외국의 경우
 - 5. 관련 쟁점의 정리
- IV. 결론

I. 서론

국민의 목소리는 하늘(신)의 목소리이다(Vox populi, vox Dei). 대한민국의 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로 나온다(헌법 제1조 제2항). 주권의 일부인 입법권, 행정권과 사법권은 각각 국회, 정부 및 법원에 속한다(각 헌법 제40조, 제66조 제4항 및 제101조 제1항). 이러한 권한들은 주권의 일부로서 각 기관에 위임된 것이기에 살아있는 민주주의의 작동을 위해 국민의 참여가 법체계에 반영될 필요가 있다. 입법의 경우 ‘행정상 입법예고’라는 명칭으로 정부가 법령안을 마련하는 과정에서 국민에게 그 내용을 알리고 의견을 듣는 입법예고를 시행하도록 되어 있고(「행정절차법」 제41조 이하), 전문적이거나 이해관계가 첨예한 사안의 경우에는 공청회를 열거나(「행정절차법」 제45조) 전문가 의견을 청취하기도 한다.

정부의 입법절차에서 국민의 참여를 보장하는 일반적인 방법은 입법예고이고 이

에 대해서는 「행정절차법」과 대통령령인 「법제업무 운영규정」에서 상세히 정하고 있다.¹⁾ 문제는 입법예고를 제대로 거치지 않아 입법절차에 하자가 있는 채로 공포·시행된 법령의 효력이다.²⁾ 대법원은 이 문제에 대해 「행정절차법」 시행 전에는 입법예고를 거치지 않았다 하더라도 효력을 부인하지 않는 입장을 취하였으나, 「행정절차법」 이후의 입장은 확인되지 않는다. 최근 서울행정법원과 서울고등법원에서 이 문제에 대해 판단함으로써 하급심 판결이긴 하나 일단 입법예고 하자에 대한 법원의 견해를 확인할 수 있게 되었다.

이하에서는 입법예고의 연혁, 취지 및 내용(Ⅱ), 입법예고제의 법적 성질과 하자의 효과와 관련한 학설, 판례 및 외국사례 등(Ⅲ)에 대해 논한 후 결론(Ⅳ)을 맺도록 하겠다. 다만, 「행정절차법」상의 입법예고 중 하위법령³⁾을 대상으로 하는 입법예고를 중심으로 논하며, 「국회법」 등 다른 법령에 따른 입법예고에 대해서는 관련 쟁점이 있는 경우에 부분적으로 서술할 것이다.

Ⅱ. 입법예고제의 연혁, 취지 및 내용

1. 입법예고제의 연혁

입법예고는 법률 또는 명령을 제정하거나 개정하기 전에 그 취지와 내용을 국민에게 널리 알려 의견을 제출할 수 있는 기회를 주는 것을 말하는데, 행정절차의 일부로서 인식되고 있다. 우리나라에서 1960년대 중반부터 행정절차법 제정의 필

1) 「행정절차법」 제41조는 입법예고의 기준·절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다고 규정하였는데, 같은 법 시행령 제23조는 행정정상 입법예고에 관하여는 「법제업무 운영규정」이 정하는 바에 따른다고 하여, 행정안전부 소관의 「행정절차법 시행령」이 아닌 법제처 소관의 「법제업무 운영규정」이 입법예고의 세부적인 사항을 정하고 있다.

2) 행정법령의 하자는 내용상 하자과 절차상 하자로 구분할 수 있는바, 하위법령이 법률의 수권범위를 벗어났는지 여부 등 내용의 하자를 중심으로 논의되었고 하위법령의 입법절차상 하자는 주된 논의 범위에서 벗어나 있었다.

3) 이 글에서 ‘하위법령’은 원칙적으로 입법예고의 대상인 법률안, 대통령령안, 총리령안·부령안 중 법률안을 제외한 것을 말한다. 입법예고 대상으로 자치법규인 조례안과 규칙안도 있으나 입법예고의 하자과 관련한 논의에서는 유사한 논리구조를 가지므로 따로 자세히 검토하지 않는다.

요성이 제기되었고, 1975년에 국무총리 산하 행정개혁위원회가 한국공법학회에 의뢰하여 행정절차법안을 작성하게 한 바가 있다. 행정절차법안을 마련하는 과정에서 행정법학자들이 많이 참여하였는데 독일이나 프랑스 등 대륙법계 국가의 법학을 공부한 학자가 많았고, 독일의 행정절차법에 입법에 관한 부분이 포함되지 않는 등 참고할 만한 대륙법 국가의 입법례가 없어 입법예고제에 대해서는 큰 관심이 없었다고 한다.⁴⁾

그럼에도 불구하고 법령안이 국무회의에서 의결되기 전까지 대외비 또는 비밀로 분류되어 공개 시 각 부처 간 책임공방이 벌어지는 등 행정상 잡음이 많았고, 국민의 의견을 반영할 필요성이 부각되었으며, 미국의 규칙제정절차에 입법예고제가 있다는 점을 고려하여 입법예고제의 필요성이 꾸준히 주장되었다.⁵⁾ 그 결과 입법예고제도는 1983. 5. 21. 대통령령 제11133호(1983. 6. 21. 시행)로 제정된 「법령안 입법예고에 관한 규정」⁶⁾으로 도입되었다. 1980년대까지만 하더라도 각종 입법 작용이 정부 주도로 이루어지는 시기였기에 국민의 입법 참여 기회 제공이라는 민주적 가치보다 효율성을 더 중요시했다. 입법예고에 대한 정부 내 반발을 의식하여 입법예고를 단계적으로 실시하고⁷⁾, 상당한 예외규정을 두었다.⁸⁾

1987년에도 행정절차법안을 마련하기도 하였으나 입법화에는 실패하였고,⁹⁾ 1990년대에 이르러 1996. 12. 31. 법률 제5809호(1998. 1. 1. 시행)로 「행정절차법」이 제정되었다. 입법예고제는 「행정절차법」제4장(제41조부터 제45조까지)에 ‘행정상 입법예고’로 입법화되었고, 그 전에 입법예고제의 근거였던 「법령안 입법

4) 박윤훈, “우리나라 입법예고제도의 현황분석과 개선방안의 제안”, 『법제』, 법제처, 2019. 3., 40쪽.

5) 박윤훈, 위의 논문, 38-39쪽.

6) 1983년 공포당시의 제명은 ‘법령안입법예고에관한규정’으로 띄어쓰기가 되어 있지 않으나 가독성을 위해 필자가 임의로 띄어쓰기를 한 것이다.

7) 「법령안 입법예고에 관한 규정」

제2조(입법예고의 단계적 실시) 입법예고는 국민의 일상생활과 직접 관련되는 법령안부터 단계적으로 실시하며, 점진적으로 확대 실시되도록 하여야 한다.

8) 「법령안 입법예고에 관한 규정」

제3조(입법예고) ②입법예고는 당해 법령의 제정 또는 개정이 긴급을 요하는 경우, 입법내용의 성질 기타 사유로 예고의 필요가 없거나 예고하기가 곤란한 경우, 상위법령의 단순한 집행을 위한 것인 경우 또는 예고함이 공익에 중대한 영향을 미친다고 인정하는 경우에는 행하지 아니할 수 있다.

9) 1987년 행정절차법안의 내용과 실패요인에 대해서는, 홍준형·김성수·김유환, 행정절차법 제정연구, 법문사, 1996, 16-18쪽 참조.

예고에 관한 규정」은 폐지되고 행정절차법¹⁰⁾에 흡수되었다. 1996년에 제정된 「행정절차법」 제41조는 여러 번 개정되었는데, ‘재입법예고’는 2012. 10. 22. 법률 제11498호로 개정된 「행정절차법」 제41조 제4항에 규정되었다.

2. 입법예고제의 취지 및 내용

입법예고제는 국민에게 입법과정에 참여할 수 있는 기회를 제공하고 개선된 국민의 의사를 반영함으로써 국민주권과 민주주의에 기여한다. 다른 한편, 법령안의 내용을 국민에게 미리 알리고 그에 대한 의견을 받아 법령에 반영함으로써 법령안 내용의 합리성을 제고하고 법령 시행 시 국민의 원활한 법 준수를 유도함으로써 결과적으로 국가정책의 실효성을 확보할 수 있다.¹¹⁾

「행정절차법」상 입법예고제도의 개요는 다음과 같다. 법령등을 제정·개정 또는 폐지하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 하지만(「행정절차법」 제41조 제1항 본문), 신속한 국민의 권리 보호 또는 예측 곤란한 특별한 사정의 발생 등으로 입법이 긴급을 요하는 경우 등에는 예고를 하지 않을 수 있다(「행정절차법」 제41조 제1항 단서 및 각 호). 법령안 주관기관의 장은 입법예고를 생략하거나 그 기간을 단축하려는 경우에 법제처장과 협의하여야 한다(「법제업무 운영규정」 제14조 제2항). 정부가 법률안을 국회에 제출하거나 대통령령안 및 총리령안·부령안을 국무회의에 상정하기 위해서는 법제처 심사를 받아야 하는데(「법제업무 운영규정」 제21조), 만일 법령안 주관기관의 장이 법제처장과 협의하지 않고 입법예고를 하지 않고 심사의뢰를 한 경우 법제처장은 입법예고를 권고하거나 직접 할 수 있다(「행정절차법」 제41조 제3항). 입법안을 마련한 행정청은 입법예고 후 예고내용에 국민생활과 직접 관련된 내용이 추가되는 등 중요한 변경이 발생하는 경우에는 해당 부분에 대한 입법예고를 다시 하여야 하고(재입법예고), 입법예고를 생략하거나 단축하는 사유가 있는 경우에는 예고를 하지 않을 수 있다(「행정절차법」 제41조 제4항, 「법제업무 운영규정」 제14조 제3항).

10) 「행정절차법」, 「행정절차법 시행령」, 「법제업무 운영규정」 및 「법제업무 운영규정 시행규칙」 등을 말한다.

11) 한국입법학회, 입법예고 제도의 운영실태 및 실효성 제고방안 연구, 2013. 12., 4쪽.

입법예고는 관보 또는 공보¹²⁾, 법제정보시스템,¹³⁾ 그 밖에 신문, 방송, 이해관계 있는 단체 또는 기관의 간행물을 활용한다. 입법예고기간은 원칙적으로 법령안의 경우 40일 이상, 자치법규안(조례안, 규칙안)의 경우는 20일 이상이지만(「행정절차법」 제43조), 법령안의 경우 법제처장과 협의하여 그 기간을 단축할 수 있다(「법제업무 운영규정」 제14조 제2항)¹⁴⁾. 입법예고를 할 때 게재하여야 하는 사항은 법령안의 주요 내용, 제출의견 접수기관, 의견제출 기간, 의견제출 방법, 규제영향 분석서, 법령안 전문(신·구조문대비표 포함), 조문별 법령 제정·개정이유서 등 입법 배경에 대한 참고·설명자료 등이다.

누구든지 예고된 입법안에 대해 의견을 제출할 수 있고, 행정청은 제출된 의견을 특별한 사유가 없으면 이를 존중하여 처리하여야 하며, 행정청은 의견을 제출한 자에게 그 제출된 의견의 처리결과를 통지하여야 한다(「행정절차법」 제41조 제4항).

Ⅲ. 입법예고제의 법적 성질과 하자의 효과

1. 문제의 소재

입법예고제에 대한 「행정절차법」 규정의 법적 성질이 문제된다. 단순히 법령안 주관기관이 국민의 의견을 수렴하는 제도에 불과하여 특별한 법적 효과를 가져 오지 않는 훈시적 규정으로 볼 수도 있고, 다른 한편, 법령안 주관기관이 반드시 입법예고를 하여야 하는 의무적 규정으로 볼 수 있다.

12) 국가법령은 관보에, 자치법규는 공보에 게재한다. 「법령 등 공포에 관한 법률」 제11조 제1항, 「지방자치법」 제66조의2 제1항, 「지방자치법 시행령」 제30조 제1항 참조.

13) 현재 인터넷에 국민참여 입법센터라는 이름으로 중앙부처 및 지방자치단체의 입법예고안과 관련 자료를 제공하고 있으며, <https://opinion.lawmaking.go.kr> 주소로 접근할 수 있다.

14) 「행정절차법」은 입법예고 생략사유에 대해 정하고 있을 뿐 기간단축에 대해 직접 정하고 있지 않다. 같은 법 제41조 제5항의 대통령령 위임 규정 및 제43조의 ‘특별한 사정이 없으면’이라는 문언을 근거로 「법제업무 운영규정」 제14조 제2항에서 법제처장과 협의하여 기간을 단축할 수 있도록 하고 있다. 「국회법」 제82조의2 제2항과 같이 법률에 단축 근거 규정을 두는 것이 바람직하다.

입법예고 규정 위반에 따른 제재나 법적 효과를 명시적으로 규정하지 않았다는 이유로 훈시적 규정이라 주장할 수도 있을 것이다. 그러나 「행정절차법」 제41조 제1항이 “법령등을 제정·개정 또는 폐지(이하 “입법”이라 한다)하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 한다”고 하여 “할 수 있다”가 아닌 “하여야 한다”는 의무적인 표현을 사용한 점, 법제처에 법령안 심사를 요청하기 전에 입법예고를 거치도록 되어 있고(「법제업무 운영규정」 제21조 제2호), 국무회의 또는 차관회의의 안전 표지부에도 입법예고의 시행 또는 생략 여부를 적게 되어 있어 입법예고를 거치지 않은 경우 다음 단계로 넘어갈 수 없도록 절차가 마련되어 있는 점 등을 고려할 때 의무적 규정으로 보아야 할 것이다.

한편, 「행정절차법」 제41조 제1항 각 호의 입법예고 생략 사유에 해당하지 않음에도 불구하고 생략된 경우, 입법예고 기간이 지나치게 단축되어 국민이 의견을 제출할 수 있는 기회가 제한된 경우, 입법예고 시 법령안 외 첨부되는 자료의 내용이 지나치게 간략하여 국민이 입법예고안의 내용을 충분히 이해할 수 없는 경우, 재입법예고 요건에 해당함에도 불구하고 재입법예고가 이루어지지 않는 경우 등의 사유로 입법예고절차에 하자가 발생할 수 있다. 후술할 사례와 같이 입법예고를 하고 나서 법령안의 내용을 변경한 경우 재입법예고를 하여야 하는지 여부¹⁵⁾를 우선 법령안 소관 부처가 판단하고 있고¹⁶⁾ 이러한 판단을 그르친 경우에 대한 절차적 통제가 완벽하지 않아¹⁷⁾ 입법절차상 하자가 발생할 수 있다.

입법예고에 하자가 있는 경우 어떠한 법적 효과가 발생하는지에 대해 「행정절차법」은 침묵하고 있고, 학설과 판례를 통해 정리되어야 할 부분이다. 우리나라의 문헌은 입법예고의 흠결을 따로 분리하여 검토하는 경우가 많지 않고, 검토하는 경우에도 내용을 간략히 기술하는 등 처분의 절차상 하자에 비해 관심이 낮은 것이

15) 구체적인 재입법예고의 사례에 대해서는, 법제처, 법제업무편람, 2020, 20-22쪽 참조.

16) 중요사항이 변경된 경우 입법안을 마련한 행정청으로 하여금 재입법예고를 하여야 한다고 규정하여(「행정절차법」 제41조 제4항 본문), 의무사항으로 정하고 있기는 하나 ‘국민생활과 직접 관련된 내용’ 등 그 요건이 추상적 개념이어서 재입법예고의 시행 여부에 대해 입법 추진 부처가 자의적으로 판단할 여지가 있다. 특히 정책 추진을 위해 시급히 근거 법령을 마련하려는 경우에 그 가능성이 더욱 높아질 수 있다.

17) 법제처장은 입법예고절차를 거치지 않은 법령안의 심사를 거부하고 반려할 수 있으므로(「법제업무 운영규정」 제21조 제4항 제1호), 실무상 법령심사 단계에서 재입법예고를 했어야 하는데 그리 하지 않은 경우 재입법예고를 하도록 권고함으로써 사후적으로 관여하기도 하나, 법제처로서는 변경된 법령안 내용의 중요성 여부를 완벽히 파악하기 어려워 입법안을 마련한 부처의 설명에 일차적으로 의존하기 때문에 한계가 있다.

현실이다. 이하에서는 입법예고 하자에 대한 학설, 입법예고의 하자에 대한 판례 및 외국의 사례 등을 살펴도록 하겠다.

2. 입법예고 하자의 효과에 대한 학설

입법예고의 하자는 통상 법규명령 하자의 하나로서 다루어지는 것이 보통이다. 이하에서 서술하는 입법예고 하자에 대한 학설은 단순유효설을 제외하고, 입법예고 특유의 하자에 관한 것이 아니라 법규명령 하자 일반론에 관한 것이다.¹⁸⁾

(1) 유효설

입법예고에 하자가 있는 경우에도 해당 하위법령의 효력에 영향을 미치지 않는다는 견해이다. 이 견해는 입법예고의 하자가 있는 하위법령이 위법하지 않아 그 효력이 인정된다는 견해(단순유효설)와 위법하지만 행정청은 일단 유효한 것으로 집행하여야 하고 법원에서 위법으로 판단하면 그 효력이 부인된다는 견해(제한적 유효설)로 구분할 수 있다.

1) 단순유효설

입법예고 절차에 하자가 있다 하더라도 해당 하위법령에 아무런 영향이 없다는 견해이다. 입법예고는 행정부 내에서의 국민의 의견을 듣는 내부적인 절차에 불과하여 입법예고 절차에 하자가 있다 하더라도 최종 결과물인 하위법령의 효력에는 아무런 영향을 미치지 않는다는 입장이다.

행정절차법 제정 논의과정에서 이러한 주장이 내세워진 적이 있기는 하나,¹⁹⁾ 행정절차에 관한 법안을 마련하는 과정에서의 주장으로서 현행 「행정절차법」 해석의 직접적인 논거로 삼기는 부족하다 할 것이다. 현재에는 이러한 주장을 명시적으로 펼치는 학자는 없는 것으로 보인다.²⁰⁾

18) 이 글은 입법예고와 관련되어 학설을 설명하는 것이므로 법규명령과 행정규칙의 구분에 관한 논의(총리령과 부령 형식의 일부 시행규칙에 대해 법규성이 없다는 판례의 입장 등)와 관계없이 법규명령과 (하위)법령이라는 용어를 혼용하여 사용한다.

19) 총무처, 행정절차법 제정을 위한 공청회 결과(1996) 중 28쪽의 김동희 교수의 견해(김철용, 행정법 전면개정 제8판, 고시계사, 2019, 349쪽 각주 1에서 재인용).

2) 제한적 유효설

법규명령의 하자론과 행정행위의 하자론은 다르다고 하면서 “법질서의 보호를 위하여 위법한 법규명령도 폐지되거나 취소되기 전까지는 특별한 규정이 없는 한 효력을 유지”한다는 견해이다.²¹⁾ 행정기관으로서 위헌·위법한 명령을 다룰 방법이 없으므로 위헌·위법성이 명백하지 않은 한 해당 명령을 집행하여야 하고, 대법원이 명령의 위헌·위법성을 확인한 경우에는 집행하여서는 아니된다고 한다.²²⁾

이 견해에 따르면 대법원이 위헌 또는 위법이라고 판단하기 전까지 하위법령의 효력을 일단 ‘잠정적으로’ 인정한다. 하위법령을 집행해야 하는 행정기관의 입장에서 하위법령의 효력을 부인할 수 없다는 것이지, 위법한 하위법령의 효력을 인정하는 아니라는 점에서 효력 부인설과도 어느 정도 궤를 같이 하는 것으로 보인다.

(2) 효력 부인설

입법예고 절차에 흠이 있는 경우 해당 하위법령은 위법하여 그 효력은 부인되어야 한다는 견해이다. 입법예고에 하자가 있는 하위법령이 위법하다고 보는 입장도 다시 해당 법령의 구체적 효력과 관련하여 무효라는 견해(무효설)와 반드시 무효인 것은 아니고 취소할 수 있는 법령에 해당할 수 있다는 견해(취소가능성설)로 구분할 수 있다.²³⁾

20) 김동희 교수의 교과서(제21판, 2019)에도 이러한 견해를 확인할 수 없다.

21) 박균성, 행정법론(상) 제16판, 박영사, 2017, 210-211쪽.

22) 이 견해는 (처분적 명령이 아닌) 법규명령의 취소가능성을 인정하고 있지 않지만, 법원에서 위헌 또는 위법으로 판단하기까지 그 효력을 인정한다는 점에서 행정처분에 대한 공정력론의 논리구조와 다소 유사한 점이 있는 것으로 보인다.

23) 취소소송과 무효소송이라는 소송형식에 따른 소제기기한, (필수) 행정심판전치 적용, 선결문제, 사정판결, 공정력, 하자의 치유 가능성이 달라지므로 행정처분의 무효와 취소를 구분할 실익이 있다(박균성, 행정법론(상) 제16판, 박영사, 2017, 405-406쪽 등). 법령의 무효와 취소의 구분에 대한 깊이 있는 논의는 아직 부족하다. 법령의 취소를 인정하는 입장에서 취소 전까지 법령의 효력을 인정할 수 있고, 무효인 경우에는 처음부터 무효라는 점에서 일응 구분의 실익이 있을 것이다. 헌법재판소의 위헌 결정의 효과에 대해서는 「헌법재판소법」 제47조 제2항에서 원칙적으로 장래효를 규정하면서, 같은 조 제3항에서 형벌에 대한 규정은 소급효를 인정함으로써 명문으로 규정하고 있으나, 법원의 심사 결과 위헌 또는 위법하다고 판단된 하위법령(명령)의 효력에 대한 명문의 규정은 없다. 한편, 대법원은 위헌·위법한 법령의 개별적 효력설을 취하고 있고, 이러한 위헌·위법한 법령에 근거한 처분에 대하여도 원칙적으로 대법원에서 무효로 판단하기 전까지는 무효가 아닌 취소할 수 있는 처분이라고 한다(대법원 2007. 6. 14. 선고 2004두619 판결 참조).

1) 무효설

입법예고에 하자가 있는 경우 해당 하위법령은 당연히 무효라는 입장이다. 이는 실제적 하자이든 절차적 하자이든 묻지 않고 하자가 있는 법규명령은 무효라는 논리에 터 잡고 있다. 이 입장을 택하는 경우에도 다시 하자의 정도와 관계없이 무효라는 입장(일괄무효설)과 중대한 하자이거나 공익과 사익을 비교형량하여 무효여부를 판단해야 한다는 입장(제한적 무효설)으로 구분할 수 있을 것이다.²⁴⁾

일괄무효설은 위법한 법규명령에는 행정행위와 달리 공정력을 인정할 수 없으므로 취소할 수 있는 상태가 존재하지 않고 무효일 수 밖에 없다는 것을 논거로 한다. 행정행위는 공정력이 있어 취소되기 전까지는 일단 효력이 있는 것으로 간주되면서 취소가능한 상태에 있을 수 있으나, 법규명령의 경우 그러한 상태가 있을 수 없으므로 무효라는 것이다²⁵⁾. 행정행위의 공정력의 근거로는 이론상 행정의 안정성을 보장하기 필요하다는 점과 실정법상 명시적인 근거는 없으나 간접적인 근거로서 취소소송의 배타적 관할권을 드는데, 위법한 하위법령을 직접 다룰 수 있는 소송유형이 마련되어 있지 않으므로 법규명령에 대해서는 공정력이 인정되지 않게 된다. 정리하자면, 일단 입법예고에 하자가 있는 하위법령은 「행정절차법」 위반으로 위법한 하위법령이고, 위법한 하위법령에 대한 공정력이 없어 취소가능한 상태라는 것을 인정할 수 없으므로 무효일 수 밖에 없다는 논리적 구조를 가진다.

한편, 하자있는 하위법령은 무효라 하면서도 절차상 하자는 중요성이나 비중, 의견상 명백성 여부에 따라 판단하여야 한다는 견해²⁶⁾가 있다(제한적 무효설). 입법예고 절차의 하자가 해당 법령에 중대한 영향을 미치거나 이해관계인의 중대한 절차적 권리를 침해하는 경우에 위법사유를 인정할 수 있다고 한다.

24) 단순유효설, 제한적 유효설, 일괄무효설과 제한적 무효설은 필자가 임의로 붙인 명칭으로서 기존 학설에서 사용하는 용어가 아님에 유의할 필요가 있다.

25) 김동희, 행정법 I 제25판, 박영사, 2019, 155쪽; 김남진·김연태, 행정법 I 제24판, 법문사, 2020, 172-173쪽; 정하중, 행정법개론 제13판, 법문사, 2019, 125-126쪽 등.

26) 홍준형, 행정법 제2판, 법문사, 2017, 472쪽.

2) 취소가능성설

하위법령에 하자가 있는 경우에 위법한 행정처분과 같이 중대·명백한 정도에 따라 취소할 수 있는 명령이거나 무효인 명령이 된다는 입장이다. 하자가 있는 법규명령은 원칙적으로 무효이지만 하자가 중대·명백하지 않은 경우에는 취소할 수 있는 명령이 된다는 것이다. 일부 문헌은 다수설로 소개하고 있지만²⁷⁾, 오히려 현재 이 입장을 명시적으로 채택한 학자는 없는 것으로 보인다.

3. 입법예고 하자의 효과에 대한 판례

(1) 판례의 추이

대법원은 하위법령에 내용상 하자가 있는 경우 해당 하위법령은 무효라고 판단한 일련의 판례군²⁸⁾을 형성하여 왔다. 한편, 법령의 절차상 하자에 해당하는 입법예고의 하자과 관련하여 대법원은 「행정절차법」이 시행되기 전²⁹⁾에는 법령을 개정할 때 입법예고를 하지 않더라도 법령의 효력이 있다고 판단하였으나, 「행정절차법」 시행 이후에는 관련 판례를 확인할 수 없다.

「행정절차법」이 시행되기 전인 1990년의 두 대법원 판결은 시행령을 개정하면서 입법예고를 거치지 않은 경우에 해당 규정의 효력에 대해 판단하고 있다. 대법원은 “(구 소득세법 시행령) 제115조 제3항이 (...) 개정됨에 있어서 입법 예고나 홍보가 없었다고 하여 그 조항이 신의성실의 원칙에 위배되는 무효의 규정이라고 볼 수도 없으므로”라고 하여 입법예고가 아예 없는 경우에도 해당 조항의 규정의 효력을 인정하였고,³⁰⁾ 같은 조항의 위법성에 대해 판단한 같은 해의 후속 판결에서도 동일한 내용으로 판시하였다.³¹⁾ 대법원은 그 이유를 자세히 설시하고 있지 않다.

27) 홍준형, 위의 책, 296-297쪽.

28) 대법원 1962. 1. 25. 선고 4292민상9 판결(법률 또는 시행령에 정할 사항을 부령에 정한 경우 그 부령은 무효라고 판단한 사례); 대법원 1979. 2. 27. 선고 77누86 판결 및 대법원 1985. 3. 26. 선고 84누384 판결(모법의 위임범위를 벗어난 시행규칙의 규정이 무효라고 판단한 사례); 대법원 1988. 5. 24. 선고 88누1073 판결(상위법령에 근거 없이 정한 기준시가액표의 효력을 부인한 사례) 등.

29) 「행정절차법」은 1996. 12. 31. 공포되었으나, 공포 후 1년이 경과한 날부터 시행되므로(부칙 제1조) 1998. 1. 1. 시행되었다.

30) 대법원 1990. 6. 8. 선고 90누2420 판결.

당시 입법예고제는 법률이 아닌 대통령령인 「법령안 입법예고에 관한 규정」³²⁾에 따라 시행되고 있었고, 이 규정이 법률의 명시적인 위임에 따라 제정된 것이 아니라서 법규명령 형식의 행정규칙에 해당한다는 전제 하에 판단한 것이 아닌가 하는 추측이 가능하다. 왜냐하면 「법령안 입법예고에 관한 규정」 제3조 제1항은 “다음 각호의 사항에 관한 법률·대통령령·총리령 및 부령으로서 국민의 일상생활과 직접 관련되는 법령을 제정 또는 개정(폐지를 포함한다. 이하 같다)하고자 할 때에는 당해 입법안의 제안을 주관하는 원·부·처·청(이하 “법령안 주관기관”이라 한다)의 장은 이를 예고하여야 한다”고 규정하여 “법령등을 제정·개정 또는 폐지(이하 “입법”이라 한다)하려는 경우에는 해당 입법안을 마련한 행정청은 이를 예고하여야 한다”라고 하는 현행 입법예고제 규정(「행정절차법」 제41조 제1항 본문)과 사실상 큰 차이가 없는 표현으로 의무사항으로 규정하였으므로 문언해석만으로는 유사한 결론이 나올 것이기 때문이다. 또한, 법령 제정의 경우 광범위한 형성의 자유가 인정되므로 법원의 통제강도 또한 처분의 심사에 비해 낮다는 점도 그 이유 중 하나가 될 것이다.

2018년에 대법원은 국가배상사건에서 “입법 예고를 통해 법령안의 내용을 국민에게 예고한 적이 있다 하더라도 그것이 법령으로 확정되지 아니한 이상 국가가 이해관계자들에게 위 법령안에 관련된 사항을 약속하였다고 볼 수 없으며, 이러한 사정만으로 어떠한 신뢰를 부여하였다고 볼 수도 없다”³³⁾고 하여, 입법 예고의 내용만으로는 신뢰 보호 등 법적 효과가 나타나지 않는다고 보았다. 이 사건은 법령화되지 않은 이상 입법예고만으로는 어떠한 법적 효과도 인정할 수 없다는 것으로서 입법예고의 하자와는 관련이 없다.

한편, 2008년의 한 하급심 판결은 학칙을 개정하면서 학칙에서 정한 예고절차를 거치지 않은 경우 위법하다고 판단하였다.³⁴⁾ 법원은 고등교육법령, 대학학칙에 따

31) 대법원 1990. 11. 13. 선고 90누5955 판결.

32) 1983. 5. 21. 대통령령 제11133호로 제정되었고, 행정절차법이 제정되고 입법예고에 관한 사항이 대통령령인 「법제업무 운영규정」에 규정되면서 1995. 8. 10. 폐지되었다. 「법령안 입법예고에 관한 규정」은 일반적인 행정절차에 대한 첫 번째 근거규정이었다. 이는 우선 대통령령으로 입법예고제도를 운용한 후에 법률로 정착하려는 것이었으며 잠정적 성격의 것이었다고 한다. 이에 대해서는, 박윤훈, “입법예고제에 관한 고찰”, 「고시계」, 1990. 5. 60-61쪽 참조.

33) 대법원 2018. 6. 15. 선고 2017다249769 판결.

르면 학칙 개정 시 20일 이상 예고하여 의견을 청취하도록 되어 있고, 이러한 “예고절차는 그 과정에 구성원들의 참여를 유도하고 민주적인 정당성을 확보하는 중요한 제도로서 그 절차의 경우 여부가 행정청의 재량에 맡겨져 있는 것이 아니므로 엄격하게 해석하여야 하고, 따라서 정당한 사유 없이 예고절차를 거치지 않고 이루어진 이 사건 개정학칙은 위법”하다고 보았다. 법령의 입법예고에 관한 사안은 아니지만³⁵⁾ 예고제도의 취지에 대한 법원의 입장을 알 수 있는 판례로 생각된다.

(2) 입법예고 하자에 대한 최근 하급심 판결

1) 사실관계

학교법인 A(원고)는 전문대학인 B대학을 설치·운영하고자 교육부장관(피고)에게 정관변경인가를 신청하였고, 교육부장관은 교사, 교지, 교원 및 수익용 기본재산 확보 등의 조건을 붙여 A가 이미 설치·운영하는 학교에 B대학을 추가하는 내용의 정관변경을 인가하였다.

A는 2013. 2. 27. 교육부장관에게 개교예정일을 2014. 3. 1.로 하여 B대학 설립인가를 신청하였고, 교육부장관은 2013. 12. 6. ① 학과·교육과정 운영의 특성화 부족, ② 학령인구 감소에 따른 구조조정 필요성 대두, ③ 동일 학교법인 내 대학 신설 시 학교법원의 역량 분산으로 인한 교육 수준 저하 우려를 이유로 위 인가신청을 거부하였다. A는 위 인가신청 거부처분에 대하여 행정심판을 청구하여 2014. 7. 1. 중앙행정심판위원회로부터 거부처분을 취소하는 인용재결을 받았다.

한편 2014. 2. 6. 교육부는 대통령령인 대학설립·운영 규정 일부개정령(안)에 대한 입법예고를 하였는데, 주된 내용은 학교법인의 수익용 기본재산을 상향 조정하여 대학설립 인가 요건을 강화하는 것이었다. 입법예고안의 부칙 제3조(이하 “개

34) 대전고법 2008. 10. 2. 선고 2008누868, 2008누875(병합) 판결. 한편, 이 사건에서 법원은 예고절차에 하자가 있는 개정학칙은 위법하다고 보면서도 공공복리를 이유로 사정판결하였다.

35) 이 사건은 학칙개정을 처분으로 보면서 항고소송으로 다룬 것이다. 처분적 명령을 제외하고 명령은 항고소송의 대상이 되지 않고 위헌 또는 위법 여부가 재판의 전제가 되는 경우 법원이 심사하는 것이므로(헌법 제 107조 제2항), 학칙개정의 위법성을 다투는 것과 입법예고 하자가 있는 법령의 효력을 다투는 것과는 차이가 있으나 일정한 공동체를 규율하는 규정을 만들 때 예고절차의 중요성을 인정하였다는 점에서 의미가 있다.

정안 부칙 제3조"라 함)는 "이 영 시행 당시 이미 설립되어 있는 학교법인의 수익용 기본재산에 대하여는 제7조의 개정 규정에 불구하고 종전의 규정에 의한다"라고 하여 A는 종전 규정을 적용받게 하였다.

「대학설립·운영규정」은 2015. 7. 24. 대통령령 제26430호로 개정되었다(공포일 시행). 이 개정 규정의 부칙 제2조(이하 "개정 규정 부칙 제2조"라 함)는 개정안 부칙 제3조와 달리 "제7조 제1항 각 호의 개정규정에도 불구하고 이 영 시행 전에 설립되어 있는 대학의 경우와 이 영 시행 전에 대학설립의 인가를 신청한 경우의 수익용 기본재산 기준에 관하여는 종전의 규정에 따른다"고 하여 A법인은 개정 규정의 강화된 인가요건을 적용받게 되었다. 즉, 개정안 부칙 제3조는 이 시행 전에 이미 설립되어 있는 '학교법인'의 수익용 기본재산에 대해 종전의 규정에 의한다고 하여 학교법인 A가 B전문대학을 설립하려는 경우 종전의 낮은 기준을 적용받을 수 있었으나, 개정 규칙 규정 부칙 제2조는 영 시행 전 '설립대학'과 '대학설립인가 신청을 한 경우'에 종전의 규정에 따르게 하여 영 시행 당시 B대학설립인가 신청이 되어 있지 않았기 때문에 결과적으로 A재단에 강화된 기준이 적용된 것이다. 한편, 피고는 개정 규정 부칙 제2조의 내용을 변경하기 전에 재입법예고절차를 거치지 않았다.

2016. 2. 26. A는 B대학설립인가를 다시 신청하였으나, 교육부장관은 2016. 6. 13. 개정규정의 강화된 인가요건을 충족하지 못하였다는 이유 등으로 인가신청을 재차 거부처분(이하 "이 사건 거부처분"이라 함)하였다.

A는 이 사건 거부처분의 취소를 청구하는 행정소송을 서울행정법원에 제기하여 승소하였다(서울행정법원 2018. 10. 12. 선고 2017구합88671 판결, 이하 "1심 판결"이라 함). 교육부장관은 항소하였으나 기각되었다(서울고등법원 2019. 5. 10. 선고 2018누71863 판결, 이하 "항소심 판결"이라 함). 교육부장관은 상고하지 않아 항소심 판결이 확정되었다.

2) 1심 판결의 내용

서울행정법원은 입법예고제도의 취지와 관련하여 "다수 이해관계자의 이익을 합리적으로 조정하여 국민의 권리에 대한 부당한 침해를 방지하고 행정의 민주화와

신뢰를 확보하기 위하여 국민의 의사를 그 과정에 반영시키는 데에 있다”고 보았다. 그리고 “행정절차법 및 그 하위법령에서 정한 행정상 입법예고절차에 위반하여 입법이 이루어진 경우에 당해 법령 등은 위법하여 무효”라고 보았다.

이러한 입법예고제도에 대한 법리를 실시한 후에 “개정안 부칙 제3조에 대한 피고의 입법예고 후 예고내용에 국민의 권리·의무에 직접 관련되는 내용이 추가되거나 법령안의 주요 내용이 변경되어 다시 의견을 수렴할 필요가 있는 등으로 중요한 변경이 발생하였다고 할 것”이므로, 피고는 개정 규정 부칙 제2조에 대한 입법예고를 다시 하였어야 하는데 “피고는 이러한 입법예고를 다시 하지 않았으므로, 개정 규정 부칙 제2조는 위 행정절차법 규정에 위반되어 무효”라고 하였다. 또한, “개정 규정 부칙 제2조는 개정 규정 제7조 제1항의 적용 범위를 정한 경과규정으로서 양자는 서로 일체를 이루어 불가분적인 관계에 있으므로(개정 규정 부칙 제2조가 무효인 경우 수익용 기본재산의 최저기준을 상향 조정한 개정 규정 제7조 제1항은 그 시행과 동시에 기존에 설립인가를 받은 모든 학교법인과 대학에 대하여 포괄적으로 적용되므로, 개정 규정 제7조 제1항 역시 헌법상 신뢰보호원칙에 위반되어 무효가 될 처지에 놓이게 되고, 그와 반대로 개정 규정 제7조 제1항이 무효인 경우에도 그 적용 범위를 정한 개정 규정 부칙 제2조 역시 무효가 되는 관계에 있다), 개정 규정 부칙 제2조가 무효인 경우 개정 규정 제7조 제1항도 함께 무효가 된다”고 판시하였다.

3) 항소심 판결의 내용

서울고등법원은 항소심 판결에서 1심 판결의 이유를 받아들이며 일부 추가 판단 부분을 덧붙였다. 이는 피고가 (재)입법예고를 거치지 않았다고 하여 곧바로 무효라고 볼 수 없고, 공익과 사익을 비교형량하여 규정의 유·무효를 판단하여야 한다고 주장한 것에 관한 것이다. 서울고등법원은 행정행위가 당연 무효이기 위해서는 그 하자가 중대·무효이어야 할 것이지만, “우리나라의 현행법이 하자 있는 법규명령에 대한 취소를 구하는 쟁송제도를 인정하고 있지 아니하므로, 입법절차 등에 하자가 있는 법규명령은 그 하자의 정도가 중대 또는 명백한지 여부를 구분하지 아니하고 무효”라고 판단하였다.

4) 판결의 시사점

대상 판결은 학설상 무효설의 입장을 따르는 것으로 보인다. 국민의 권리·의무에 직접 관련되는 사항 등 주요 사항이 변경되었으므로 마땅히 재입법예고를 해야 하는데 그러지 않았으므로 「행정절차법」을 위반했고, 따라서 개정 규정 부칙 제2조가 무효이고 이 조문과 불가분적인 개정 규정 제7조 제1항 또한 무효라는 것이다. 「행정절차법」 위반의 효과로 하위법령 규정이 무효라고 하면서 그 근거는 명확히 들지 않았고, 다만 「행정절차법」이 규정한 입법예고제도의 중요성을 거론했다. 항소법원은 재입법예고를 하지 아니하였다 하더라도 유효·무효를 판단하여야 할 때 공익과 사익을 비교형량해야 한다는 피고의 주장을 배척하면서 무효설과 같은 논거를 들었다. 즉, 법규명령의 취소를 구하는 소송이 마련되어 있지 않으므로 행정처분의 취소와 무효를 구분하는 기준인 중대·명백설을 따를 수 없고 위법한 법규명령은 무효가 된다는 것이다.

4. 외국의 경우

(1) 일본

일본의 행정수속법(行政手続法)은 제6장 의견수렴절차등에서 우리나라의 입법예고에 해당하는 사항을 규정하고 있다. 행정수속법은 1993년 11월 12일에 제정되어 1994년 10월 1일부터 시행되었는데, 제정 당시에는 입법예고 등 행정입법에 관한 규정을 두고 있지 않았다. 1999년 각의결정으로 ‘규제의 설정 또는 폐지에 관한 의견제출절차’에 근거하여 ‘퍼블릭 코멘트’ 절차가 도입되었으나 이는 법령상 의무는 아니었다.³⁶⁾ 2005년에 이르러 ‘퍼블릭 코멘트 절차’를 법제화하기 위하여 행정수속법을 개정하여 2006년 4월 1일부터 시행하였다.

의견수렴절차를 도입하면서 행정수속법 제1조의 목적을 수정하지 않았으므로 의견수렴절차의 취지는 처분에 관한 행정절차와 마찬가지로 공정성 확보, 투명성

36) 室井 力·芝池義一·浜川 清·本多瀧夫, コンメンタル行政法 1 行政手続法・行政不服審査法, 第3版, 日本評論社, 2018, 9-10頁.

향상, 권리의익 보호이다.³⁷⁾ 행정수속법은 행정과정에 대한 국민 또는 주민의 참여를 보장함으로써 공무원의 독단을 막고 행정의 민주성과 국민주권을 확보하기 위한 것이었는데 1993년 행정수속법 제정 당시 누락된 행정입법에 대한 참여를 보장함으로써 법의 원래 취지를 완성하는 것이라고 평가된다.³⁸⁾

명령등³⁹⁾을 정하려는 경우 담당 기관은 명령등의 안과 관련 자료를 공시하고 의견제출하는 곳과 기간을 정하여 널리 의견을 구하여야 한다(행정수속법 제39조 제1항). 의견제출 기간은 공시일부부터 기산하여 30일 이상이어야 한다(행정수속법 제39조 제3항). 의견공모절차를 실시한 결과 애초에 고려하지 못했던 점이 지적되거나, 명령등의 안을 수립하는 과정에서 전제가 된 사실관계에 대한 새로운 정보가 제공되는 경우에는 명령등의 안을 수정하여야 하는데 이 때에도 의견공모절차를 다시 거쳐야 하는지가 문제된다. 우리나라의 경우 명시적인 규정을 두고 있으나(「행정절차법」 제41조 제4항) 일본의 경우 입법 준비과정에서 고려되었으나 당연한 사항이라는 이유로 명문으로 규정하지 않았다고 한다.⁴⁰⁾

의견공모절차에 하자가 있는 경우 관련 명령등의 효력에 대해 학설은 일치되어 있지 않다. 의견공모절차를 실시하지 않고 명령등이 제정 또는 개정되어 시행되더라도 그러한 명령등은 그 입법절차에 하자가 있어 위법하다는 입장⁴¹⁾도 있지만 의견공모절차의 하자 전부가 명령등의 법적 효과를 부인할 수 있는지에 대해 심층적인 검토가 필요하다는 신중한 입장도 있다.⁴²⁾ 아직까지 일본 학계에서도 의견공모절차의 하자의 법적 효과에 대해서는 명확한 견해가 정립되지 않은 것으로 보인다.

37) 高木 光·常岡孝好·須田 守, 條解 行政手続法, 第2版, 弘文堂, 2017, 420頁.

38) 高木 光·常岡孝好·須田 守, 위의 책, 420-421頁.

39) 내각 또는 행정기관이 정하는 것으로서 법률에 근거한 명령 또는 규칙, 심사기준, 처분기준, 행정지도지침을 말한다(행정수속법 제2조 제8호).

40) 채우석, “日本 行政手続法の改正에 관한 研究”, 「승실대학교 법학논총」 제18집, 2007. 8., 117-118쪽.

41) 室井 力·芝池義一·浜川 清·本多瀧夫, コメントール行政法 1 行政手続法·行政不服審査法, 第3版, 日本評論社, 2018, 310-311頁.

42) 高木 光·常岡孝好·須田 守, 條解 行政手続法, 第2版, 弘文堂, 2017, 440쪽.

(2) 미국

미국은 연방 행정절차법(APA: Administrative Procedure Act)에 규칙제정 절차에 관한 규정을 두고 있다. 규칙제정 절차는 엄격규칙제정(formal rulemaking)과 통상규칙제정(informal rulemaking)⁴³⁾으로 구분된다. 엄격규칙제정절차를 따르는 경우 처분절차와 같이 공식 청문(formal hearing)을 거치고, 통상규칙제정절차의 경우에는 규칙안 예고와 의견제출(notice and comment)을 거치게 된다.⁴⁴⁾ 행정절차법은 1946년에 제정되었는데 시행 초기에는 엄격규칙제정이 일반적이었으나 절차의 복잡함 때문에 지금은 거의 사용되지 않는다.⁴⁵⁾

규칙(rule)의 제정에는 여러 절차가 있고⁴⁶⁾ 해당 절차에 위반하는 규칙은 무효이다. 예컨대 1977년 제2항소법원은 *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.* 사건⁴⁷⁾에서 식품처리 방법을 정한 식품의약품안전청(FDA: Food and Drug Administration)의 규정(regulation)의 위법 여부를 검토하였다. 이 규정은 생선 훈증 과정에서 발생할 수 있는 보툴리눔 독소를 예방하기 위해 흰 생선의 고열훈증을 금지하였다. 이에 대해 Nova Scotia 식품회사는 해당 규정안의 입법예고에서 “(규정안 내용의) 기초와 목적에 대한 간략하고 일반적인 설명”이 부적절했다는 이유로 규정이 무효라고 주장했다. 법원은 규정을 마련함에 있어 과학적 근거를 충분히 검토하지 않았고, 고열처리로

43) formal rulemaking은 미국 행정절차법(APA) 제556조의 청문을 거치는 규칙제정을 말하는데, 정식규칙제정, 요식규칙제정, 엄격규칙제정 등으로 다양하게 번역한다. informal rulemaking은 규칙안을 고지(notice)하고 의견(comment)을 제출받아 규칙을 제정하는 것을 말하는데, 비정식규칙제정, 약식규칙제정, 통상규칙제정과 같이 번역한다. 여기서는 미국의 입법실무상 formal rulemaking은 그 엄격성 때문에 최근에 거의 사용되지 않고, informal rulemaking이 주로 사용된다는 점을 고려하여 엄격규칙제정과 통상규칙제정이라 한다. 용어의 번역에 관한 논의에 대해서는, 금태환, “행정입법절차 - 미국행정입법절차를 중심으로”, 『행정작용법』(김동희 편), 2005. 박영사, 517-518쪽 참조.

44) 한국입법학회, 입법예고 제도의 운영실태 및 실효성 제고방안 연구, 2013., 18-20쪽.

45) Strauss·Rakoff·Farina·Metzger, *Administrative Law*, Foundation Press, 2011, pp. 114-116.

46) 미국 행정절차법은 엄격규칙제정과 통상규칙제정에 대해 규정하였으나, 이후 다른 법률에서 행정입법시 행정절차법상의 절차가 아닌 다른 절차를 활용할 수 있도록 규정함에 따라 혼합적 행정입법절차(hybrid rulemaking), 협상에 의한 행정입법(negotiated rulemaking), 잠정적 최종규칙(interim final rule), 직접적 최종규칙(direct final rule) 등의 방식이 도입되었다. 각각의 방법에 대한 구체적인 내용은, Breyer·Stewart·Sunstein·Vermeule·Herz, *Administrative Law and Regulatory Policy*, 7th. ed., Wolters Kluwer, 2011, pp. 556-558; 607-614 참조. 국내 문헌으로는 금태환, “행정입법절차 - 미국행정입법절차를 중심으로”, 『행정작용법』(김동희 편), 2005. 박영사, 527-534쪽 참조.

47) *United States v. Nova Scotia Food Products Corp.*, 568 F.2d 240 (2d Cir. 1977).

인해 상품성이 손상될 수 있다는 점을 고려하지 않았다는 점 등을 들어 해당 규정이 위법하다고 판단하였다.

그리고 재입법예고의 누락과 관련하여 미국 제4항소법원이 검토한 판례가 있다. 1985년 제4항소법원은 *Chocolate Manufacturers Ass'n of United States v. Block* 사건⁴⁸⁾에서 재입법예고를 누락한 규정(regulation)에 대해 판단하였다. 사건의 개요는 다음과 같다. 미국 정부는 저소득층에 속하는 임신여성, 수유여성, 영아 및 어린이 등을 영양상태를 향상시키기 위해 식품을 제공하는 정책을 세웠다. 연방 농림부 산하의 식품·영양국(Food and Nutrition Service)은 제공 식품의 목록을 포함한 규정안을 만들었다. 이 규정안에는 일반우유를 대체할 수 있는 식품으로 착향가공우유(flavored milk)가 포함되어 있었다. 규정안을 60일간 입법예고하는 동안 1,000여 건의 의견이 제출되었고 이 중 일부는 착향가공우유를 삭제하라는 것이었다. 식품·영양국은 이 의견을 받아들여 규정안에서 착향가공우유를 빼고 규정을 공포하였다. 이에 대해 착향가공우유의 일종인 초콜릿 우유의 원료가 되는 초콜릿을 생산하는 기업의 이익을 대변하는 미국 초콜릿생산협회(Chocolate Manufacturers Association of United States)는 재입법예고 없이 규정을 공포한 것은 행정절차법(APA)에 위반한다고 주장하며 소송을 제기하였다.

제4항소법원은 우선 미국 행정절차법의 내용과 입법예고제의 취지에 대해 설명했다. 행정절차법 제4조는 연방관보에 게재하는 규정의 입법예고안에는 “규칙안의 용어나 내용 및 관련 주제와 쟁점에 대한 묘사”를 포함하여야 한다(5 U.S.C. §553(b)(3)(1982)). 입법예고-의견청취의 취지는 “행정기관이 의견 제출자로부터 경험과 정보를 수집하고, ... 규정에 대해 유연하고 개방적인 태도를 유지하도록 하기 위한 것”이라고 하였다.

제4항소법원은 해당 규정의 최종 내용이 입법예고안의 “결과물”(outgrowth)인 점에는 의심의 여지가 없으나, 변경된 내용이 입법예고된 최초 규정안과 그 성질상 (in character with the original scheme) 동일성을 유지하는지 여부 및 “논리적 결과물(logical outgrowth)”인지는 검토할 필요가 있다고 보았다. 법원은 식품 제공 사업의 연혁을 검토한 후 시리얼 제품에 색이나 향을 첨가하는 것에는 논의가

48) *Chocolate Manufacturers Ass'n v. Block*, 755 F.2d 1098 (4th Cir. 1985).

있었으나 착향가공우유에 대해서는 아무런 논의가 없었다는 점을 지적했다. 그 결과 제공 식품 목록에서 초콜릿생산협회나 일반인으로서는 착향가공우유가 빠진다는 것을 예상할 수 없었으므로 최종 규정이 최초 규정안과 성질상 동일성을 유지하거나 “논리적 결과물”이라 볼 수 없어 재입법예고를 했어야 했다고 보았다. 해당 규정은 재입법예고를 거치지 않았으므로 행정절차법을 위반하여 위법하다고 판단하였다.⁴⁹⁾

2007년 연방대법원은 Long Island Care at Home, Ltd. v. Coke 사건⁵⁰⁾에서 논리적 결과물 법리(logical outgrowth doctrine)에 대해 거론했다. 원심법원이 행정기관이 채택한 최종 규칙이 규칙안의 논리적 결과물이어야 한다고 하였는데, Breyer 대법관은 그(논리적 결과물 법리의) 목적은 간략히 말해 ‘정당한 예고(fair notice)’의 목적과 같다고 판시하였다. 대법원이 논리적 결과물 법리를 채택했음을 명시적으로 밝히는 대신 최종 규칙의 내용이 규칙안으로부터 논리적으로 예측가능(reasonably foreseeable)했다는 이유로 상고를 불허하였다(certiorari denied).

(3) 독일

독일 헌법(GG: Grundgesetz)과 법률은 법률이나 행정명령의 초안을 마련하는 절차에 대한 일반적인 규정을 두고 있지 않다.⁵¹⁾ 다만, 연방행정절차법(VwVfG: Verwaltungsverfahrensgesetz)과 연방정부공동직무규칙(GGO: Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien)에 일부 관련 규정을 두고 있다.

독일 연방행정절차법(VwVfG) 제27조의a는 인터넷을 통한 공지에 대해 규정하고 있다. 같은 조 제1항 제1문은 “법규정(Rechtsvorschrift)에 따라 공고 또는 지역관례적인 통지를 해야 하는 경우, 행정청은 그 내용을 추가적으로 인터넷으로

49) 미국법에서는 규칙에 대한 직접적인 사법심사가 가능하다. 미국법의 ‘행정행위(agent action)’는 사법심사의 대상이고(행정절차법 제704조), 행정행위는 규칙(rule), 명령(order), 허가(license), 제재(sanction), 급부제공(relief)이나 이에 상당한 행위 또는 이러한 행위의 거부(equivalent or denial thereof)를 포함(행정절차법 제551조 제13호)하기 때문이다. 미국 법원은 실제 많은 규칙을 위법성을 이유로 무효라고 판단해 왔다. 이에 대한 자세한 내용은, 이원우, “행정입법에 대한 사법적 통제방식의 쟁점”, 『행정법연구』 제25호, 2009 참조.

50) Long Island Care at Home, Ltd. v. Coke, 551 U.S. 158, 127 S.Ct. 2339 (2007).

51) Kluth·Kriings(박영도 등 공역), 입법 - 의회, 행정 및 사법적 통제를 통한 법정립, 법문사, 2017, 283쪽.

통지할 수 있다”고 규정하고 있다.

한편, 연방정부공동직무규칙(GGO) 제47조는 법률안이 각 주, 관계 행정부, 연방에서의 주 대표, 상급 자치단체, 연방 차원의 중앙단체·연합단체·전문가 단체 등의 이해와 관련되는 경우 해당 기관 또는 단체에 법안에 대한 의견을 묻도록 규정하고 있다. 그러나 단체, 노동조합, 이익, 단체, 교회, 비정부기관의 참여가 법률에 의해 명시적으로 보장되는 것이 아니라면 이러한 단체 등의 입법과정에 대한 참여는 제한적이라 한다.⁵²⁾

언론과 일반국민의 참여 또한 가능하기는 하다. 총리실의 동의를 받아 법률의 초안을 인터넷에 올려 부처와 주 또는 이익단체가 아닌 일반 여론의 견해를 파악할 수 있다.⁵³⁾ 하지만 이러한 절차를 통해 법안의 내용에 영향력을 행사하는 것은 일반 국민이 아니라 조직화된 이익단체나 언론인 경우가 많고 법률 내용에 일방의 주장이 관철될 수 있다는 이유로 헌법상 허용되지 않는 경우도 있다고 한다.⁵⁴⁾

이와 같이 독일은 법령안에 대한 일반국민의 의견을 널리 구하는 입법예고 절차 규정을 법률에 두고 있지 않고, 단지 필요한 경우 이익단체나 일반 여론의 참여가 가능할 뿐이어서 제한적인 참여가 인정된다고 볼 수 있다. 따라서 재입법예고를 포함한 입법예고가 법률이 규정하는 의무사항이 아니기 때문에 입법예고의 하자에 대한 논의는 따로 존재하지 않는 것으로 보인다.

다만, 연방헌법재판소의 결정 중 법규명령(Verordnung)의 개정과 관련하여 절차상 하자가 있다 하더라도 반드시 해당 법규명령이 무효인 것은 아니라고 판단한 것이 있다.⁵⁵⁾ 해당 사건에서 내각을 구성하는 장관이 법규명령안에 대한 의견을 제출하여야 하는데 일부 장관이 정해진 기한까지 의견을 제출하지 않았는데 의견 미제출을 법규명령에 대해 반대하지 않는 것으로 보아 법규명령을 개정하였다. 연방헌법재판소는 이 법규명령의 개정절차에 하자가 있기는 하나 법규명령이 무효는 아니라 보았다.

5. 관련 쟁점의 정리

52) Kluth·Krings(박영도 등 공역), 위의 책, 295쪽.

53) Kluth·Krings(박영도 등 공역), 위의 책, 299쪽.

54) Kluth·Krings(박영도 등 공역), 위의 책, 299-300쪽.

55) BVerfGE 91, 148.

(1) 법률과 하위법령에 대한 입법예고의 차이

입법은 일반·추상적인 법규범을 정립하는 것으로서, 입법권은 국회에 속한다(헌법 제40조). 대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률의 집행에 필요한 사항에 관해 대통령령을 발할 수 있고(헌법 제75조), 국무총리 또는 행정각부의 장은 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다(헌법 제95조). 한편, 행정권은 대통령을 수반하는 정부에 속한다(헌법 제66조 제4항). 대통령령이나 총리령·부령과 같은 하위법령의 정립이 입법권에 속하는지 행정권에 속하는지에 대해 논란의 여지는 있으나 법률은 국민이 선거를 통해 직접 선출한 국회의원으로 구성된 국회에서 민주적 합의를 통해 성립되는 것이고, 하위법령의 제·개정은 법률의 한도에서 행정의 권한을 행사하는 것이라는 점에서 입법작용과 집행작용의 성질을 모두 가진 복합적 성격을 가진다고 보아야 할 것이다.⁵⁶⁾ 따라서 법률안 입법예고의 성격과 하위법령 입법예고의 성격을 달리 볼 수 있다.

법률을 제정 또는 개정할 때 입법예고절차를 거쳐야 하는데, 국회의원이 발의하는 경우에는 입법예고가 기간이 원칙적으로 10일 이상이고(「국회법」 제82조의2), 정부가 제안하는 경우에는 원칙적으로 40일 이상으로서(「행정절차법」 제43조) 입법예고 기간에 차이가 있고, 정부 법률안에 대해서는 입법예고에 따라 국민이 제출한 의견을 특별한 사유가 없으면 존중하여 처리하여야 하지만 국회의원이 발의하는 법률안에 대해서는 국민이 제출한 의견 중 법률안 체계, 적용범위 및 형평성 침해 여부 등 중요한 사항을 위원회 소속 전문위원으로 하여금 위원회 등에 보고하도록(「국회 입법예고에 관한 규칙」 제4조 제2항) 하는 등 의견처리에 대해서도 달리 정하고 있다. 국회는 정부에 비해 입법예고를 간략히 할 수 있도록 허용되어 왔는데,⁵⁷⁾ 이는 국회 구성상 민주적 정당성이 강하게 확보되어 있는 점, 국회의

56) 이원우, “행정입법에 대한 사법적 통제방식의 쟁점”, 『행정법연구』 제25호, 2009, 21-23쪽.

57) 국회의 입법예고는 1994. 6. 28. 법률 제4761호 「국회법」의 개정으로 제82조의2가 신설되면서 도입되었다. 같은 조 제1항은 “위원회는 심사대상인 법률안에 대하여 그 입법취지·주요내용등을 국회공보등에 게재하여 입법예고할 수 있다. 다만, 폐회중에는 위원장이 간사와 협의하여 예고할 수 있다.”고 규정하여 입법예고는 임의적인 것이었다. 이후 2011. 5. 19. 법률 제10652호로 「국회법」 제82조의2가 개정되었고,

의사결정이 원칙적으로 공개되어 있으며⁵⁸⁾ 다수결에 의한 합의방식을 택하고 있는 점을 고려한 것으로 보인다.

반면에 하위법령의 경우에는 각 부처에서 법령안을 마련하고, 부처 협의를 하며, 규제심사 등 각종 심사를 거친 후 입법예고를 하고, 법제처 심사를 거친다(대통령령의 경우에는 차관회의 및 국무회의도 거쳐야 한다). 입법예고를 제외한 다른 모든 절차는 정부 내의 절차로서 공개되어 있지 않으므로 국민의 의사를 듣고 반영할 필요가 법률안의 입법예고에 비해 크다고 할 것이다.

법률의 경우에는 입법예고에 다소 하자가 있다 하더라도 국회에서 소관 상임위원회, 법제사법위원회, 본회의 논의를 거치면서 다양한 의견을 제출하고 논의할 수 있는 기회가 충분히 제공되므로 입법예고 하자만을 이유로 법률의 효력을 부인하기 어려울 것이다. 이에 반해 하위법령의 경우에는 상대적으로 민주적 정당성과 절차의 공개성 및 참여보장 수준이 낮다는 점에서 하위법령에 대한 입법예고 하자의 효과를 법률에 대한 입법예고 하자과 달리 볼 여지가 있다.

(2) 처분의 절차상 하자과 하위법령 입법의 절차상 하자

「행정절차법」은 처분의 절차과 관련하여 다양한 규정을 두고 있다. 처분은 수익적 처분과 침익적 처분으로 구분할 수 있는데, 이 중 후자의 경우에는 처분기준의 설정·공표(제20조), 처분의 사전통지(제21조), 의견청취(제22조) 및 이유제시(제23조)를 하여야 한다. 이러한 절차는 ① 처분 주체의 입장에서 신중하고 공정한 처분을 할 수 있게 되고, ② 처분 상대방의 입장에서 처분 전에 사실관계나 자신의 사정을 충분히 진술함으로써 불이익을 면하거나(의견진술⁵⁹⁾), 쟁송제기 여부의

종전의 “입법예고할 수 있다”를 “입법예고하여야 한다”라고 하여 원칙적으로 입법예고를 의무화하면서, 같은 조 단서에 입법이 긴급을 요하거나, 입법의 성질 등의 사유로 입법예고의 필요성이 없거나 입법예고가 곤란하다고 판단되는 경우 “위원장이 간사와 협의하여 입법예고를 하지 아니할 수 있다”고 하여 입법예고를 생략할 수 있는 사유를 두었다.

58) 법안심사가 실질적으로 이루어지는 소위원회는 공개되지 않는 경우도 있고(「국회법」 제57조 제5항은 소위원회 회의를 원칙적으로 공개하도록 되어 있으나, 같은 항 단서에 따라 의결로 공개하지 않을 수 있다), 회의록의 작성 및 공개가 의무화되어 있지 않다는 점(「국회법」 제69조 및 같은 법 제115조 제2항은 위원회 및 본회의 의사를 속기로 기록하도록 되어 있으나, 소위원회에 대해서는 이러한 규정이 없다)에서 법률심사와 관련한 절차가 전적으로 투명하다고는 보기 어렵다.

59) 「행정절차법」은 처분 주체인 행정청의 입장에서 ‘의견청취’라 하고 있으나(제22조), 처분 상대방의 입장

판단 및 준비에 도움을 준다(이유제시). 우리나라 「행정절차법」은 독일 행정절차법(VwVfG)과 달리⁶⁰⁾ 처분의 행정절차위반에 따른 효력에 대해 규정하고 있지 않으므로 하자의 효과는 학설과 판례에 맡겨져 있다. 우리나라의 학설은 세부적인 부분에서는 다소 차이가 있으나 앞서 언급한 행정절차의 취지, 절차하자를 이유로 취소되어 재처분을 하는 경우 원래의 처분과 다른 처분이 내려질 수 있다는 점, 행정청이 신중히 처분을 할 수 있다는 점 등을 들어 처분에 절차적 하자가 있는 경우 하자의 중대·명백성에 따라 취소 또는 무효사유가 된다고 보는 것이 일반적이다.⁶¹⁾

한편, 입법예고는 일반적·추상적 규범인 법령을 대상으로 하는 것이므로 개별적·구체적인 처분과 달리 그 적용 대상이 폭넓다는 점에서 행정처분의 절차상 하자에 대한 법리를 그대로 전개하기가 어렵다. 즉, 법령은 모든 사람(일반적)과 모든 사안(추상적)에 대한 것이어서 그 성질상 법적 안정성이 매우 중요하므로 법령의 효력을 함부로 부인하여서는 안 될 것이다.

이러한 입장이 입법예고의 하자에도 불구하고 항상 해당 법령의 효력을 인정해야 한다는 결론으로 이어지는 것은 아니다. 입법예고의 근거가 대통령령에서 법률로 강화된 점, 입법예고의 대상을 열거주의에서 포괄주의로 변경한 점⁶²⁾, 의견이 제출된 경우 특별한 사유가 없으면 이를 존중하여 처리하도록 한 점, 하위법령의 경우 입법예고절차가 국민의 의견이 반영될 수 있는 거의 유일한 제도적 통로라는 점, 정부의 자의적인 입법을 막고 법령의 합리성을 제고함으로써 사후적인 분쟁이나 소송을 방지할 수 있다는 점 등을 고려하면 입법예고 절차를 입법의 불가결한

에서는 ‘의견진술’이 된다.

- 60) 독일 행정절차법(VwVfG) 제46조는 “제44조에 따라 무효가 아닌 행정행위는 절차, 형식 또는 토지관할권에 관한 규정의 위반이 결정에 실질적으로 영향을 미치지 않은 것이 명백하면, 그러한 이유만으로 그 폐지를 요구할 수 없다”고 규정하여, 절차적 하자만이 있는 경우 처분은 유효하다.
- 61) 김철용, 행정법 전면개정 제8판, 2019, 346쪽(통설을 소개하며 개별적으로 판단할 문제라고 언급함); 홍준형, 행정법 제2판, 법문사, 2017, 470-471쪽(통설의 소개); 박균성, 행정법론(상) 제16판, 박영사, 2017, 683-686쪽(경미한 하자는 하자가 치유되어 취소사유가 아니라 주장). 정하중 교수는 절차상 하자를 이유로 처분을 취소하는 경우 동일한 처분을 반복함으로써 행정의 효율과 소송경제에 반한다는 점을 들어 소극적인 입장이다. 독일 행정절차법의 영향을 받은 견해로 보인다. 정하중, 행정법개론 제13판, 법문사, 2019, 380-382쪽.
- 62) 구 「법령안 입법예고에 관한 규정」 제3조 제1항은 입법예고대상을 학사제도, 공중위생, 환경보전, 농지 기타 토지제도, 국토계획 및 도시계획, 건축, 도로교통, 행정심판, 국가시험, 기타 다수국민의 일상생활과 관련되는 중요분야의 사항으로 한정하였다.

요소로 하려는 입법자의 결단이 있다고 보아야 할 것이다. 그렇다면 입법예고에 하자가 있는 하위법령은 원칙적으로 위법한 하위법령으로서 그 효력을 온전히 인정하기 어렵다.

위법한 법령이 무효인지 취소할 수 있는지에 대해서는 원칙적으로 무효라고 보는 것이 타당하다. 법령의 실제적·형식적 요소에 하자가 있다면 이는 온전한 법령의 요건을 갖추지 못한 것으로 효력이 없기 때문이다. 처분의 경우에는 취소소송으로 다룰 수 있으나, 법령의 경우에는 헌법 제107조 제2항에서 취소할 수 있는 근거를 찾기 어렵고 법률상 근거도 없다는 점도 또다른 근거가 된다.

(3) 입법예고의 하자가 있는 법령에 대한 쟁송수단

우리나라는 하위법령의 효력을 직접 다룰 수 있는 소송형식을 인정하고 있지 않다. 기본권을 직접 침해하는 경우 헌법소원으로 다룰 수 있고,⁶³⁾ 처분적 명령인 경우에는 항고소송으로 다루는 방법⁶⁴⁾도 있으나 이는 예외적 경우에 허용되는 것이다.

우리나라 헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다.”라고 규정하고 있어 하위법령의 위법성을 부수적 규범통제의 방법으로 다룰 수 있다. 구체적으로는 취소소송이나 무효등확인소송과 같은 행정소송이 주를 이루겠지만 민사소송, 형사소송, 과태료소송에서 관련 하위법령의 무효를 주장하는 것도 가능하다.⁶⁵⁾ 이 때 법원은 주문이 아닌 판단이유로서 하위법령의 효력

63) 한수용, 헌법학 제4판, 법문사, 2014, 1420-1421, 1432-1434쪽; 헌법재판소 1992. 11. 12. 선고 91헌마192 결정 등.

64) 대법원 1996. 9. 20. 선고 95누8003판결(두밀분교 폐지에 관한 경기도 조례), 대법원 2006. 9. 22. 선고 2005두2506 판결(항정신병 치료제의 요양급여에 관한 보건복지부 고시)과 같이 자치법규 및 행정규칙을 항고소송의 대상으로 인정한 판례가 있다. 아직 대통령령이나 총리령·부령을 처분적 명령으로 판단한 대법원 판례는 발견되지 않는다.

65) 2014년 1월부터 2019년까지 법원의 명령·규칙 심사 사례를 분석한 논문에 따르면 조사 대상 재판례 121건 중 행정소송이 107건으로 대다수이나, 민사소송 2건, 형사소송 11건, 과태료 소송 1건도 일부 있다고 한다. 이 논문은 입법예고 하자가 아닌 헌법 제107조 제2항에 따른 법원의 명령·규칙 심사 사례를 분석한 것으로 그 대상이 훨씬 넓기는 하나 부수적 통제의 양태를 보여준다는 점에서 의미가 있다. 최승훈, “법원의 명령·규칙심사의 현황 분석 및 개선방안 연구 - 최근의 규범통제 재판례를 중심으로 -”, 서울대학교 법학석사 학위논문, 2020. 2., 32-40쪽 참조.

을 검토하게 된다.⁶⁶⁾

법원은 처분의 근거가 된 하위법령이 유효하거나 무효라고 판단하는데 하위법령이 무효라 하더라도 실제 효과는 관련 조문을 해당 사건에 적용하지 않는 것에 그칠 뿐이다.⁶⁷⁾ 다만, 이에 대해서는 대법원판결로 명령의 위헌·위법성이 판정된 후에는 그 위헌·위법성이 공식적·최종적으로 확인된 것이므로⁶⁸⁾ 행정기관은 해당 명령을 장래에 적용하여서는 아니된다고 주장하는 견해⁶⁹⁾가 있다.

(4) 입법예고의 하자가 있는 법령에 근거한 처분의 효력 문제

행정소송과 관련하여 하위법령이 무효인 것으로 법원이 판단한 경우 그 하위법령에 근거하여 발령된 행정처분이 무효인지 취소할 수 있는 것인지 문제된다. 대법원은 행정처분의 취소·무효를 구분하는 기준인 중대·명백설에 근거하여 대법원의 무효 판단 전까지는 하자의 명백성을 인정할 수 없다는 이유로 원칙적으로 무효가 아닌 취소 사유라고 한다.⁷⁰⁾ 그 결과 하급심 법원이 입법예고의 하자로 하위법령이 위법하여 무효라고 판단하여도 해당 하위법령에 근거한 처분의 하자가 명백하다고 할 수 없어⁷¹⁾ 무효가 아닌 취소할 수 있는 처분에 해당하게 된다. 따라서

66) 최근 하급심 판결문 중에는 규범통제 결과를 이유부분에서 기재하는 것에서 나아가 주문의 일부로 표시하거나 주문 바로 아래에 별도로 관련 하위법령의 효력에 대해 기재한 것들이 있다. 각 유형에 해당하는 구체적인 하급심 판례에 대해서는, 최승훈, 위의 논문, 61-64쪽 참조.

67) 대법원은 1970년대의 한 판결(대법원 1971. 6. 22. 선고 70다1010 전원합의체 판결)에서 “법원의 법률, 명령, 규칙 또는 그 법률 등의 조항의 위헌 결정의 효력은 그 법률 등을 무효화 하는 것이 아니고 다만 구체적 사건에 그 법률, 명령, 규칙 또는 그 일부 조항의 적용을 거부함에 그치는 것”이라고 실시하여 개별적 효력설을 구체적으로 언급한 바 있다. 하지만 이후에 개별적 효력설을 직접적으로 실시하고 있지는 않고 위헌이거나 위법하다고 판단한 명령·규칙에 대해서 ‘무효’라거나 ‘효력이 없다’는 식으로 서술하고 있다. 관련 판례에 대한 구체적인 설명은 최승훈, 위의 논문, 27-28쪽 참조.

68) 「행정소송법」 제6조는 행정소송에 대한 대법원판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체 없이 그 사유를 행정안전부장관에게 통보하고, 행정안전부장관은 지체 없이 이를 관보에 게재하도록 규정하여, 명령·규칙의 위헌·여부를 국민에게 공개적으로 알리도록 하고 있다.

69) 박균성, 행정법론(상) 제16판, 박영사, 2017, 219-221쪽.

70) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004두619 판결.

71) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2004두619 판결에서 대법원은 무효라 판결하기 전까지 “그 시행령 규정의 위헌 내지 위법 여부가 해석상 다툼의 여지가 없을 정도로 명백하였다고 인정되지 아니하는 이상” 객관적으로 명백한 것이라 할 수 없다 하여, 위헌·위법성이 누가 보더라도 명백한 경우에는 처분의 무효성이 인정될 수 있는 듯이 서술하고 있기는 하나, 이 명백성 또한 대법원이 최종 판단할 것이므로, 하급심에서 해당 처

입법예고 하자를 이유로 관련 행정처분의 하자를 주장하는 경우 하급심에서는 취소청구를 중심으로 진행될 것이다.⁷²⁾

현실적 적용에서 주위적 청구로 행정처분의 취소를 구하면서, 예비적 청구로 무효확인을 구하게 될 것인데⁷³⁾ 무효확인의 경우에는 대법원 전원합의체에서 명령 또는 규칙이 헌법이나 법률에 위반됨을 인정받아야 한다.⁷⁴⁾ 제소기간 도과 등으로 무효등 확인소송으로 진행되는 경우에는 하급심에서는 결론을 내리지 못하고 상고심에서 판단을 받게 된다.

IV. 결론

입법예고제도는 「행정절차법」 시행 전부터 운영되어 오기는 하였으나 「행정절차법」 시행으로 법적 근거를 가지고 더욱 적극적으로 활용되기 시작했다. 법적 근거를 갖추고 입법예고가 20여년 동안 운영되어 왔음에도 불구하고 그 성질과 효과에 대한 검토는 처분의 그것에 비해 매우 미약한 실정이다.

그 원인 중 하나로 우리 행정법의 각종 법리가 독일 행정법의 법리에 영향을 받으면서 발달하여, 미국 행정법에 연원을 둔 제도인 입법예고의 법적 의미를 탐구하는데 법체계상 괴리에 따른 어려움이 있었다는 점을 우선 지적할 수 있을 것이다. 입법예고제도는 미국의 연방행정절차법에 규정된 통상규칙제정절차(informal rule-making procedure)인 고지·의견제출(notice and comment) 제도를 참고하여 우리나라 행정절차법에 도입된 것이다. 미국의 경우 헌법 차원에서 적법절차(due process of law)가 행정에 대한 거의 유일한 심사기준이라는 점에서 행정

분을 무효라 보더라도 피고측에서 상고할 가능성이 높아 보인다.

72) 전술한 서울행정법원 2018. 10. 12. 선고 2017구합88671 판결과 서울고등법원 2019. 5. 10. 선고 2018누71863 판결도 취소소송으로 진행된 것이다.

73) 행정처분에 대한 무효확인청구나 취소청구의 관계에 대해 대법원은 두 청구는 양립할 수 없으므로 주위적·예비적으로만 병합될 수 있고, 선택적 청구로서의 병합이나 단순병합은 허용되지 않는다는 입장이다(대법원 1999. 8. 20. 선고 97누6889 판결). 취소소송을 주위적 청구로, 무효확인소송을 예비적 청구로 병합청구하는 것이 통상적이다. 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016. 23쪽 참조.

74) 「법원조직법」 제7조 제1항 제1호 및 제2호.

절차가 전통적으로 중요시되어 왔고,⁷⁵⁾ 행정절차법(APA)이 절차적 하자를 독자적인 취소사유로 인정하고 있으며⁷⁶⁾, 규칙에 대한 직접적인 사법심사가 허용되어 왔으므로⁷⁷⁾ 입법예고의 하자과 사법 심사를 통한 판단이 체계적으로 연결되어 있다. 그에 반해 우리나라의 절차상 하자에 대한 이론은 처분의 절차상 하자를 중심으로 논의되어 왔다.

제정 당시 독일 행정절차법, 일본 절차법의 영향을 받은 우리나라 행정절차법에 비교적 이질적인 미국 행정절차법의 입법예고 제도를 도입하면서 법률에 대한 입법예고를 포함하고, 법령에 대한 법원의 심사 규정도 완비되지 않았다는 점에서 다소 완결성이 부족한 법체계가 되었다. 장기적으로 독일과 같이 행정절차법을 처분을 중심으로 구성하고, 입법에 관한 사항은 분리하여 별개의 법체계로 할 것인지 또는 현재의 법체계를 유지하며 해석론으로 해결할 것인지 여부, 그리고 행정법령에 대한 사법심사에 대해 깊이 있는 연구가 필요하다.

그리고 과거 「행정절차법」 시행 전 입법예고 하자가 있는 하위법령의 효력을 부인하지 않은 대법원 판결에 따라 법률실무자들 또한 소송에서 입법의 절차상 하자를 주장하는데 소극적이었고 「행정절차법」 시행 이후의 판례 이론의 발전도 뒤쳐진 감이 있다. 이 논문이 작은 디딤돌이 되어 입법과 사법 영역에서 입법예고 제도에 대한 큰 발전이 있기를 기대한다.

75) 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006, 562-563쪽.

76) U.S.C. §706(2)(D).

77) *Abott Laboratories v. Gardner*, 387 U.S. 136 (1967). 정식약품명을 일정 크기 이상으로 포장지에 표기하도록 하도록 한 미국 식품의약관리청의 규정(regulation)이 집행되기 전에도 해당 규정을 법원이 심사할 수 있다고 판단한 연방대법원의 판결이다.

참고문헌

I. 국내문헌

[단행본]

- 김남진·김연태, 행정법 I 제24판, 법문사, 2020.
 김동희, 행정법 I 제25판, 박영사, 2019.
 김철용, 행정법 전면개정 제8판, 고시계사, 2019.
 박균성, 행정법론(상) 제16판, 박영사, 2017.
 박정훈, 행정소송의 구조와 기능, 박영사, 2006.
 법제처, 법제업무편람, 2020.
 법원행정처, 법원실무제요 행정, 2016.
 정하중, 행정법개론 제13판, 법문사, 2019.
 한국입법학회, 입법예고 제도의 운영실태 및 실효성 제고방안 연구, 2013. 12.
 한수웅, 헌법학 제4판, 법문사, 2014.
 홍준형·김성수·김유환, 행정절차법 제정연구, 법문사, 1996.
 홍준형, 행정법 제2판, 법문사, 2017.

[논문]

- 박윤흔, “立法豫告制에 관한 考察”, 「고시계」, 고시계사, 1990. 5., 56-68쪽.
 박윤흔, “우리나라 입법예고제도의 현황분석과 개선방안의 제안”, 「법제」, 법제처, 2019. 3., 33-71쪽.
 이원우, “행정입법에 대한 사법적 통제방식의 쟁점”, 「행정법연구」 제25호, 행정법이론실무학회, 2009, 1-30쪽.
 채우석, “日本 行政手續法の 改正에 관한 研究”, 「승실대학교 법학논총」 제18집, 2007. 8., 107-125쪽.
 금태환, “행정입법절차 - 미국행정입법절차를 중심으로”, 「행정작용법」(김동희 편), 박영사, 2005, 516-545쪽.
 최승훈, “법원의 명령·규칙심사의 현황 분석 및 개선방안 연구 - 최근의 규범통제 재판례를 중심으로 -”, 서울대학교 법학석사 학위논문, 2020. 2.

II. 외국문헌

[미국서]

- Breyer·Stewart·Sunstein·Vermeule·Herz, Administrative Law and Regulatory Policy, 7th. ed.,
 Wolters Kluwer, 2011.

Strauss·Rakoff·Farina·Metzger, *Administrative Law*, 11th ed., New York: Foundation Press, 2011.
Strauss, Peter L., *Administrative Justice in the United States*, 2nd ed., Carolina Academic Press,
2002. 이익현 등 역, 미국행정법 개론, 한국법제연구원, 2011.

[독일서]

Kluth·Krings(Hrsg.), *Gesetzgebung: Rechtsetzung durch Parlamente und Verwaltungen sowie ihre gerichtliche Kontrolle*, C.F.Müller, 2013. 박영도 등 역, 입법 - 의회, 행정 및 사법적 통제를 통한 법정립, 법문사, 2017.

[일본서]

高木 光·常岡孝好·須田 守, 條解 行政手續法, 第2版, 弘文堂, 2017.
室井 力·芝池義一·浜川 清·本多瀧夫, コメントール行政法 1 行政手續法・行政不服審査法, 第3版, 日本評論社,
2018.

논문 투고일: 2020. 09. 28.

심사 완료일: 2020. 11. 18.

게재 확정일: 2020. 12. 01.

[Abstract]

The Defects of the Preannouncement Process and its Effect: Especially with regard to the Preannouncement Process of Regulations

Kang Wook Yoon*

The Administrative Preannouncement of Legislation (hereinafter “preannouncement”) is to announce the contents of the legislative drafts to the people and to hear their opinions. Preannouncement promotes the participation of citizens in the legislative process, contributes to the better legislation, and consolidates the foundation of ‘the rule of law’.

Preannouncement system in Korea is based on the ‘Administrative Procedures Act’ and ‘Rule of the Legislative Affairs’ (presidential decree). When the preannouncement is not carried out according to the law during the rule-making process, what happens to the effect of the rule? When it comes to the statute-making process, the validity of the act cannot be denied, because the Korean National Assembly (legislative branch) comprises of representatives of the citizens and legislative process is open to the people and the press. However, rules are made inside the executive branch which has less democratic legitimacy than legislative branch. Rules such as decrees of the president, the prime-minister or the ministers need to be made by complying to the strict provisions of ‘Administrative Procedure Act’.

Recently inferior courts have held that rules which had failed to follow the preannouncement process were illegal and invalid. It is expected that the legal doctrine on the defects of the preannouncement process will be developed by courts and scholars.

Key Words: Administrative Procedure, Preannouncement, Defect of Preannouncement Process, Review of Administrative Rules (inferior laws), Rule-making Process

* Judicial Researcher at the Supreme Court of Korea / Ph.D in Law

