

자유와 개혁 17

규제행정입법의 한계

고영훈

책을 펴내면서

자유기업센터는 여러 종류의 출판물을 시리즈 형태로 만들어내고 있다. 이미 33권이 발간된 『자유주의 시리즈』가 자유시장경제 원리에 대한 사변적인 연구결과의 소개를 목적으로 한 것이라면, 이번에 새로 시작하는 『자유와 개혁 시리즈』는 구체적 정책대안의 제시를 목적으로 하고 있다.

자유기업센터를 세운 목적은 시장원리를 전파함에 있어 여론의 압력에 굴하지 않겠다는 것이다. 그러자면 과격하다는 말을 들을 수밖에 없다. 이 시리즈에서 주장하는 많은 내용들도 여론과는 동떨어진 ‘과격’한 것들이 될 것이다. 하이에크Hayek가 『예종의 길』이라는 책을 통해서 사회주의 국가의 멸망을 예언함과 더불어 서구인들의 사회주의화 경향을 비판했던 것은 사회주의와 복지국가주의의 광풍이 몰아칠 때였다. 바스티아Bastiat가 사회주의의 열망에 들떠 있던 민중들에게 각성하라고 외쳤던 것은 프랑스 2월 혁명의 소용돌이 속에서 였다. 당시 여론의 눈에는 그들의 주장이 매우 과격하게 비쳤겠지만 역사는 그들의 주장이 옳았음을 증명해 주고 있다. 자유와 개혁 시리즈에서 제시될 주장들도 언젠가는 옳은 것이 될 것임을 바라면서 첫발을 디뎌 본다.

이 연구는 주로 아웃소싱out-sourcing에 의존하게 될 것이다. 많은 연구소들이 외부의 학자들에게 연구용역을 주어왔지만 그 중에서 오래 남는 작품을 찾아보기는 어렵다. 연구소 내부의 전임연구원들과는 달리 외부 연구자들의 연구 성과를 통제하기가 어렵기 때문이었다. 연구소들이 높은 비용을 들이면서 전임연구자를 뽑아 놓으려 하는 것은 그 때문일 것이다.

내부 연구진의 연구 결과물에 대해서는 여러 단계의 심사가 이루어진다. 사업계획에 대한 심사, 중간 및 최종 결과물에 대한 평가, 비공식적인 토론 등이 그런 역할을 한다. 연구의 수준과 내용이 경영방침과 맞지 않는다면 수정하라는 압력이 가해진다. 그러나 외부 연구자들에 대해서는 그 같은 압력을 행사하기가 매우 어려웠다. 외부인들에게 의뢰한 연구용역의 성과가 좋지 않았던 것은 그 같은 현상의 자연스런 귀결이었다.

자유기업센터는 그 같은 문결을 위해서 연구의 결론과 그것을 뒷받침할 만한 증거들을 연구계획서 단계에서 미리 제출받기로 했다. 혹자는 이 같은 우리의 태도를 비난하기도 했다. 결론에다가 억지로 논리를 끼워 맞추는 식이라는 것이다. 하지만 우리는 결론만 있는 그런 연구는 사절한다. 우리는 치밀하면서도 시장경제의 원리와 부합되는 연구를 선별해 내고자 한다. 가혹하다 싶을 정도의 논평과 계약 조건 준수의 요구가 없다면 그 같은 목표를 달성하기는 어려울 것임을 알기에 그렇게 할 것이다.

영국의 대처나 뉴질랜드의 로저 더글러스처럼 시장원리에 입각한 개혁을 하려는 정치인이 우리나라에도 언젠가는 나올 것이다. 『자유와 개혁 시리즈』가 그런 사람들에게 개혁의 지침서 역할을 해주길 기대한다.

자유기업센터 법경제실장 김정호

훑어보기

행정규제는 일반적으로 상위의 규범인 법률에서 그 근거를 마련하고 상세한 것은 하위의 행정입법을 통하여 규율하게 된다. 그리하여 정작 국민들에게 직접적으로 영향을 미치는 것은 상위의 것이 아니라 하위의 규범들인 시행령·시행규칙·고시·훈령·예규 등이다. 행정규제의 완화는 결국 이들 하위규범들을 검토하는 것이 중요하다.

행정입법은 국회입법에 대한 예외이므로 법규명령의 제정권자도 헌법에 명시된 경우에 국한된다고 할 것이다. 따라서 헌법에 명시된 것이 아닌 형식의 법규명령으로서 과거의 재정경제원이 제정한 고시(소비자피해보상규정)는 원칙적으로 위헌이다. 행정입법과 관련하여 헌법규정이 현실을 제대로 반영하고 있지 못하면 헌법을 개정하여 이를 명확히 하여야 한다. 즉 법규명령의 제정권자를 ‘중앙행정기관의 장’으로 확대하되 그 제정절차를 엄격히 통제하는 방법을 도입하는 것도 검토하여 볼만하다.

사법시험령의 경우처럼 법률의 위임 없이 제정되었으면서도 실질에 있어서는 국민의 자유와 권리를 제한하는 법규명령이 존재하고 있는 것은 문제이다. 법규명령의 개별조항이 법률위임의 필요성 여부 또는 법률위임의 한계를 지키고 있는지를 효율적으로 통제하기 위해 독일의 경우처럼 모든 법규명령은 법률의 위임이 있을 경우에만 제정할 수 있도록 하고 법규명령의 제정시에는 반드시 법률의 근거를 명시하는 제도 도입을 고려할 필요가 있다.

국회는 입법기관으로서 국민과 헌법에 의해 맡겨진 권리이자 의무를 성실히 이행해야 하며, 그렇지 않고 법률에서는 골격적인 것만 정하고 행정입법의 제정 근거만 제공하고 스스로 결정해야 할 사항을 집행부에게 위임함으로써 책임을 회피해서는 안된다. 또한 규제행정 분야에서는 법률의 근거가 반드시 필요할 뿐만 아니라 법률은 그 내용이 명확하여야 한다는 것이 강조되어야 한다. 국가의 침해행위의 내용·대상·목적 그리고 범위를 충분히 확정하고 그 한계를 정하여, 국민으로 하여금 이를 미리 예견·예측할 수 있게 하고, 그에 대비하게 할 수 있도록 하여야 한다. 국회가 규제행정 분야에서 집행부에게 법규명령의 제정이나 행정처분 등 어떤 조치를 수권하는 경우에는 행정에 의한 침해의 정도가 크면 클수록 그 수권된 것의 내용과 목적, 정도 등을 명백히 규율해야 한다. 법률의 규율목적의 효과적인 달성과 구체적 타당성을 위해, 그리고 입법기술상의 한계로 인해 꼭 필요한 경우 외에는 재량규정이나 불확정 법개념 등을 남용함으로써 법적 명백성과 안정성을 해쳐서는 안된다.

규제를 위한 행정입법의 내용상의 한계로서 특히 강조되어야 할 것은 비례의 원칙을 준수하여야 한다는 점이다. 규제는 악이고 규제의 철폐만이 선인 것은 아니다. 필요 이상의 규제가 문제이다. 규제완화에 가장 중요한 기준이 바로 비례의 원칙이다. 우리

헌법 제37조 제2항이 이를 명시하고 있음에도 불구하고 간과되는 경우가 많다. 또한 국민의 자유와 권리를 제한함으로써 달성하고자 하는 공익 그 자체가 타당하고 분명하여야 한다. 이러한 관점에서 볼 때 사법시험은 변호사 자격시험임에도 불구하고 소수의 합격 인원을 사전에 정해 놓고 선발시험처럼 운영하고 있다는 점에서 국민의 권리와 자유를 과잉으로 제한하고 있기 때문에 위헌인 제도이다. 또한 주유소거리제한이나 직업의 진입 자체를 방해하는 각종 영업자 총수의 규제 등은 그 타당성 여부가 철저히 검토되어야 한다.

‘고시’는 법령을 보충하거나 그 기준이 되는 역할을 함으로써 국민의 권리 및 의무에 미치는 영향이 직접적이기 때문에 그 기능과 중요성에 있어서 현실적으로 대단히 크다. 그럼에도 불구하고 각 부처별로 어떠한 종류와 내용의 고시를 제정하여 국민의 권리의무를 규율하고 있는지 알 수 없는 것이 현실이다. 고시는 법적근거·규율내용·제정절차·제정기관·제정형식 등 모든 면에 있어서 법규범으로 인정하기에는 문제가 많다. 그럼에도 불구하고 판례는 현재 고시가 입법현실적으로 차지하고 있는 기능을 중시하여 법규명령과 같이 취급하고 있는데 이는 잘못된 것이다. 고시라는 규범형식은 헌법상 인정될 수 없으며 시행규칙 등 정식의 법령의 형식으로 제정되어야 한다.

행정입법 가운데는 행정처분의 기준을 정하고 있는 것이 있다. 예를 들면 ‘1차 위반 시는 개선명령, 2차 위반시 영업정지 10일, 3차 위반시 영업허가 취소’ 등과 같은 식으로 아예 도표로써 정하여 놓고 일률적인 처분을 내리도록 규정하고 있다. 이들은 법률에 의해 행정관청에 부여된 재량권을 행사하는 데 있어서 자의적인 결정을 예방하여 평등한 법집행을 위해 제정된 것이라고 할 수 있다. 그러나 법률이 재량권을 인정하는 이유는 행정관청이 행정처분을 내릴 때에 법률이 정한 범위 내에서 입법취지 공익·국민의 권리·법령위반의 정도 등, 제반 사정을 참작하여 적절하고 합리적인 결정을 하여 구체적 타당성과 개별적 정의를 실현하기 위한 것이라고 할 수 있다. 따라서 행정부가 재량권을 행사하는 데 있어서는 평등한 법집행과 구체적 타당성이라고 하는 양자를 잘 조화시키도록 노력하여야 하는 것이다.

그럼에도 불구하고 행정처분의 기준을 보면 구체적 타당성을 위한 예외적 결정을 전혀 인정하지 않고 있다. 이에 따른 기계적이고 일률적인 행정처분은 재량의 취지에 어긋나며 재량의 불행사로서 재량의 하자에 해당하는 것이다. 따라서 행정관청이 위 명령의 기준과 다른, 그러나 개별적 정의에 합치되는 행정처분을 할 수 있도록 명령 스스로 예외 규정을 두거나 처분의 선택의 여지를 인정하도록 개선해야 할 것이다.

목 차

책을 펴내면서 · 3

훑어보기 · 5

목차 · 7

제1장 연구목적 · 9

제2장 법규명령의 종류와 문제점 · 12

1. 행정입법의 의의 · 13
2. 법규명령의 종류별 문제점 · 14
 - 법규명령의 개념 · 14
 - 법규명령의 종류 · 14

제3장 행정입법의 범위와 한계 · 25

1. 행정입법 제정의 한계 · 26
 - 의회입법의 원칙 · 26
 - 위임의 금지 · 28
 - 국회의 현실 · 32
2. 행정입법의 내용상의 한계 · 34
 - 헌법 · 34
 - 수권법률 · 50

제4장 고시의 현황과 문제점 · 55

1. 사례 · 56
 - 수입선다변화품목지정및그수입절차등에관한고시 · 57
 - 석유판매업(주유소)허가기준 · 58
 - 주류도매면허제도개선업무처리지침 · 60
 - 노인복지사업지침 · 61
 - 한약처방의종류및조제방법에관한규정 · 62
 - 판례의문제점 · 63
2. 고시의 근거법령의 예 · 64
 - 행정 각부 장관이 제정하는 경우 · 64

행정 각부 장관 이외의 경우 · 66

3. 문제점 · 66

근거 및 위임방식 · 66

제정권자 · 70

규율내용 · 71

제정절차 · 73

제5장 행정처분의 기준을 정한 법규명령 · 76

제6장 결론 · 80

참고문헌 · 84

제1장

연구목적

행정은 법적 효과에 따라 수익행정과 규제행정으로 구분할 수 있다. 수익행정이란 개인에 대해 금전이나 편익을 제공하거나, 혹은 이미 과해진 의무나 부담을 해제하여 주는 행정을 말하며 급부행정이라고도 한다. 금전·물품·서비스 등의 제공, 허가·특허·인가 등이 그 주요한 수단이다. 규제행정은 개인의 자유와 권리를 침해·제한하거나 혹은 의무·부담을 과하는 행정을 말하고 침해행정 또는 간섭행정이라고도 하며, 하명·강제 등이 그 주요 수단이 된다.¹⁾ 규제행정과 수익행정은 항상 분리되어 행해지는 것이 아니며 양자가 복합적으로 또는 교차되어 행해지는 경우가 많다. 보조금을 주며 무허가 건물 등의 철거를 명하는 경우, 어떤 사람에게는 이익을 주지만 다른 사람에게는 불이익이 되는 경우 등이 그 예이다.

국민의 국가에 대한 의존도가 갈수록 커져 가는 상황에서 급부행정의 중요성이 증대해 감은 물론이다. 그럼에도 불구하고 행정의 핵심은 여전히 규제행정에 놓여 있고, 그것이 국민의 자유와 권리에 미치는 효과가 직접적이고 중대하기 때문에 관심의 초점도 여전히 규제행정에 있게 마련이다.

그런데 우리나라의 경우에 과거 독재와 권위주의의 체제 아래서 국가와 민족 그리고 공익을 위한다는 명분과 정당한 목적은 수단을 합리화한다는 능률·성과 중심의 정책으로 인해 그동안 법보다는 정책이 우선하고 법은 단지 그 정책을 합리화시키기 위한 수단으로 동원되는 것에 불과한 경우가 많았다. 그래서 법은 정의를 구현하고 국민의 권리와 자유를 보장하기 위한 것이라기보다는 그 반대로 인식되어, 법으로서의 본질적인 실효성을 상실한 채, 각종 위법과 탈법이 난무하고 법을 지키면 손해라는 인식으로까지 발전하게 된 것을 부인할 수 없다. 그러나 이제 자유민주 질서 아래 국민의 자유와 권리가 존중되는 사회가 되어 가고 있는 바, 기존의 법령 등의 타당성 여부를 검토해야 할 필요성이 강조되는 시점이 되었다.

또한 그동안 권위주의적인 정치체제와 국가주도의 경제개발정책하에서 국가는 국민을 원칙적인 자유경쟁상태의 ‘보이지 않는 손’에 맡기기보다는 각종 자유를 제한하여 일정한 방향으로 이끌어 가는 경향이 지배적이었다. 이를 합리화하는 전가傳家의 보도寶刀가 바로 ‘국가안전보장’, ‘공공복리’, ‘질서유지’라는 이름으로 포장된 이른바 ‘공익’이었다. ‘공익’을 위한다는 명분하에 각종 규제행위가 필요 이상으로 행해진 것이다. 그러나 이제 시대는 바뀌어서 그러한 규제행위가 장기적으로는 결코 바람직하지 않은 결과를 가져온다는 것을 인식하게 되었고, 이제는 그동안 남용되었던 규제조치를 완화하거나 없애려고 하는 상황이 되었다.

1) 1998년 3월 1일 행정규제기본법시행령의 시행과 동시에 시행된 행정규제기본법(법률 제5368호) 제2조 제1항 제1호는 『“행정규제”라 함은 국가 또는 지방자치단체가 특정한 행정목적 실현하기 위하여 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 것으로서 법령 등 또는 조례·규칙에 규정되는 사항을 말한다』고 정의하고 있다.

우리 국회는 입법기관으로서의 역할을 명실상부하게 수행하고 있지 못하고 있고 국가의 모든 것이 행정부에 의해서 주도되고 있다. 법률안도 대개 정부가 입안하고 국회는 단지 '통법부'에 불과하며 법률은 행정입법의 근거를 마련해 주는 역할만을 하는 측면이 많은 것이 사실이다. 오늘날 '법치행정'이라고 하지만 국민에게 직접적인 영향을 미치는 것은 오히려 법률보다는 대통령령·총리령·부령 등 행정입법에 의해 규정되고 있음을 알 수 있다. 게다가 국민의 권리·의무의 범위를 정하는 등 국민을 직접 대상으로 하는 내용을 정식 법규범 형식이 아닌 각종 '고시'나 '훈령' 등으로 정하고 있는 경우가 많다. 그리하여 '법률에 의한 행정'은 고사하고 '훈령에 의한 행정' 내지는 '행정규칙에 의한 행정'이라는 비난이 있기도 하다.

물론 행정입법의 효용성과 불가피성을 부인하는 사람은 아무도 없다. 그러나 행정입법은 국회입법의 원칙에 대한 예외적인 것이며 원칙과 예외가 뒤바뀌어서는 안된다. 규범의 효력은 상위법이 우위이지만(효력의 우위) 규범의 적용은 하위법이 우선이다(적용의 우위).²⁾ 하위법인 각종 시행령·시행규칙이나 행정규칙 등이 법률보다 국민에게 끼치는 영향은 더 크다. 따라서 행정입법은 그 중요성과 함께 부작용도 더욱 강조되어야 한다.

이 연구는 이러한 차원에서 오늘의 우리 현실에 있어서 국민의 자유와 권리를 제한하는 각종 행정입법의 문제점을 지적하고 이를 개선하도록 하려는 노력의 일환이다.

2) 행정관청은 구체적인 경우 하위규범을 우선 적용해야 하며 그렇지 않고 바로 상위의 법률이나 헌법의 규정을 적용하면 안된다. 이를 상위규범의 효력의 우위Geltungsvorrang에 대한 하위규범의 적용의 우위Anwendungsvorrang라고 한다. Vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10.Aufl. 1995, §4 Rdnr.42.

제2장

법규명령의 종류와 문제점

1. 행정입법의 의의

행정입법이란 ‘행정기관이 정립한 법’ 내지는 ‘행정기관이 법을 제정하는 것’을 말한다. 그 종류로서는 국가행정기관이 제정하는 법규명령과 행정규칙, 지방자치단체에서 제정하는 자치입법인 조례와 규칙이 있다. 행정규칙은 법규명령과 달리 법규가 아니라는 이유로 행정입법에서 제외하는 경우도 있지만, 행정규칙의 법적 성격에 대해 논란이 있는 것이 사실이고 또한 행정규칙 역시 오늘날 국민의 법적 지위에 많은 영향을 미치고 있기 때문에 행정입법에 포함시키는 것이 일반적이다.

입법권은 국회에 속함에도 불구하고 행정입법을 인정하고 있는 것은 비단 우리나라에 국한되는 것이 아닌 일반적인 현상이다. 현대의 복지국가에서 국가의 기능이 확대되어 행정이 전문화·다양화되고 가변성이 많아짐에 따라 행정부가 제정하는 행정입법인 법규명령이 날로 증가하고 있다.³⁾ 입법권은 원칙적으로 국회에 속함에도 불구하고 행정입법은 불가피한 것임은 부인할 수 없다.

우선 행정입법은 행정의 지엽적·전문적·기술적인 내용을 규율함으로써 국회의 부담을 경감시켜 국회로 하여금 보다 중요한 내용의 결정에 충실하도록 하는 기능을 한다. 그리고 국회의 입법절차는 오랜 시간이 걸리는 반면에 그렇지 않은 행정입법은 상황 변화에 신속하게 대응하여 탄력적으로 제정·개정될 수 있는 장점이 있는 것이다. 또한 지방자치단체별로 특수한 사정을 반영하는 규율을 제정할 수 있다.

이와 같은 필요성과 장점이 있는 반면 그 제정 절차가 국회에서 제정하는 법률에 비해 민주성과 공개성이 보장되지 않는 탓에⁴⁾ 이 제도가 오용·남용되는 경우가 많다.⁵⁾ 행정입법은 어디까지나 의회입법에 대한 예외인 것이며, 기본권을 보장하는 기능을 하는 법치주의 내지 의회입법의 원칙과 조화를 이루어야 하며 원칙과 예외가 전도되

3) 우리나라의 경우 1996년 7월 31일 현재, 현행 법령의 수는 헌법을 제외하고 법률 932, 대통령령 1316, 총리령 222, 부령 886으로 법규명령이 전체 법령에서 차지하는 비율이 72%를 상회하고 있다(김철용, 「행정입법통제의 과제」, 『고시계』, 1996, 12, 92). 독일의 경우 1949년부터 1987년 사이에 연방법률은 3990개가 제정된 반면에, 이를 위한 법규명령은 12639개가 제정되어 거의 매일 1개가 제정된 셈이다(Vgl. Ossenbühl, in: Erichsen/Martens, Allg. VerwR., 10. Aufl., 1995, §7 III 2).

4) *대통령령의 제정절차 : ① 성안成案 ② 관계 부처와 협의 ③ 입법 예고(④ 경제장·차관회의) ⑤ 법제처 심사 ⑥ 국무회의 심의 ⑦ 대통령 제가 ⑧ 공포

*총리령·부령의 제정 절차 : ① 성안 ② 관계 부처와의 협의 ③ 입법 예고 ④ 법제처 심사 ⑤ 공포. 이에 법률 및 명령의 입법 과정에 관해 상세한 것은 박영도, 『입법과정의 이론과 실제』, 한국법제연구원, 1994, 215쪽 이하 참조.

5) 지난번 한약분쟁도 약사법 시행규칙(보건복지부령)의 “약국에는 재래식 한약장 이외의 약장을 두어 이를 청결히 관리하여야 한다”는 규정을 비공개적으로 삭제함으로써 본격화되었던 것이다. 현재는 ‘행정절차법(1998. 1. 1. 시행)’ 제41조와 ‘법제업무운영규정’ 제17조 이하에서는 법령의 입법예고제를 도입하여 행정입법 절차의 비공개성을 보완하도록 하고 있다.

어서는 안된다. 행정입법의 활용을 위해 법률은 골격만 정하는 이른바 골격입법이 증대하면 그것은 법치주의의 파괴를 의미한다. 주지하는 바와 같이 국회는 법으로써 행정권 발동의 근거 및 기준을 제시하고 행정은 법을 집행하며 사법부는 이를 심사하는 것이라고 할 때, 행정권이 자신의 공권력 발동의 기준을 스스로 만든다는 것은 예외적인 것이며, 이를 남용하는 것은 온당하지 않다. 행정권이 자신에게 부여된 행정입법권을 행정편의 위주로 행사하거나 수시로 개정하여 국민들의 법적 안정성을 저해할 수도 있다. 따라서 행정입법의 제정 범위와 한계 등이 행정입법에 있어서 중요한 문제가 되는 것이다.

2. 법규명령의 종류별 문제점

(1) 법규명령의 개념

행정입법 중에서 지방자치단체가 제정하는 자치입법을 제외한 것을 ‘명령’이라 하고 그 중에서 ‘법규’인 ‘명령’을 ‘법규명령’이라고 한다. 법규명령이란 행정부가 제정하는 명령 중에서 법규의 성질을 갖는 것을 의미한다. 법규의 성질을 갖는다는 점에서 그렇지 않은 행정명령(행정규칙)과 구별되며, 일반·추상적 규율인 점에서 개별·구체적인 규율인 행정처분 내지 행정행위와 구별된다. 또한 이는 실정법상의 개념이 아니라 학문적인 개념으로서 독일의 법규명령Rechtsverordnung에서 유래한 것이다.

여기서 법규라는 것은 일반 구속성이 있는 규범, 즉 국민의 권리와 의무를 생성·변경·소멸시키고 국가기관을 구속하며 재판규범이 되는 법규범을 의미한다고 할 수 있다.

(2) 법규명령의 종류

1) 문제의 제기

법규명령의 종류에 관해서는 견해가 대립되어 있다. 법규명령은 헌법상의 국회입법의 원칙에 대한 예외로서 입법형식은 헌법 스스로 명문으로 인정하는 경우에 한하여 인정되어야 하기 때문에 헌법에 명시된 대통령령·총리령·부령만을 인정할 수 있을 뿐이라는 견해가 있다.⁶⁾ 이에 반해 헌법에 명시된 법규명령의 종류는 제한적이지 아니라 예시적인 것으로서, 법률이 위임한 범위 내의 사항을 정하는 것은 국회입법의 원칙에 어긋나지 않는다는 견해가 있다.⁷⁾ 그리하여 감사원 규칙은 물론 각종 ‘고시告示’라는

6) 김도창, 『일반행정법론(상)』, 1992, 311쪽 : 홍준형, 『행정법총론』, 1997, 280쪽.

형식의 법규명령을 인정하기도 한다.⁸⁾

법규명령은 국민을 구속하는 법적 효력 면에 있어서 법률과 다를 바가 없기 때문에 법률의 경우와 마찬가지로 제정권자 및 제정 절차 등 그 형식적 요건이 중요하다고 할 것이다. 법규명령은 결국 올바른 형식으로 제정되어야 하고, 거꾸로 그러한 형식으로 제정된 것은 법규로서의 효력이 인정되어 재판규범이 되고 이에 위반한 것은 위법이 된다.

그렇다면 과연 어느것이 우리의 입법 현실과 일치하는 것인가? 실정법규와 현실에 괴리가 있으면 법이 현실을 잘못 반영하고 있든지, 현실이 위법인 것이라고 밖에 볼 수 없다. 실정법과 현실 사이에 괴리가 엄연히 존재함에도 불구하고 무리한 법해석론을 동원하여 현실을 합리화하는 것은 법적 명확성을 위하여 바람직하지 못하다고 생각된다. 그보다는 차라리 헌법이나 법률을 개정하여 이를 명확히 하여 해석상 다툼이 없게 하거나, 아니면 현실을 실정법에 맞게 개선해야 할 것이다.

이 문제는 단지 감사원 규칙에 한하는 문제가 아니라 후술하는 바와 같이 국민의 권리·의무를 규율하고 있는 각종 ‘고시’ 등과도 관련된 것으로서 근본적인 검토가 필요하다.

2) 독일과의 비교

이와 관련하여 독일의 기본법은 법규명령 제정에 관해 어떻게 규정하고 있는지를 보면 우리에게 많은 참고가 된다.

독일은 연방의 법규명령의 제정에 관해서는 기본법 제80조 제1항에서 정하고 있는 바, 그 내용을 분석하면 다음과 같다.

- ① 법규명령의 일차적 제정권자는 연방정부Bundesregierung,⁹⁾ 연방장관Bundesminister, 주정부Landesregierung¹⁰⁾에 한정하고 있다.
- ② 법규명령에서는 반드시 법률의 근거를 명시하여야 한다.
- ③ 재위임은 법률에서 명시적으로 재위임의 가능성을 허용하고 있는 경우에 한한다.
- ④ 법규명령의 제정을 위임함에 있어서는 그 위임의 내용·목적·범위를 명시하여야

7) 김남진, 『행정법 I』, 1997, 164쪽 : 유지태, 『행정법신론』, 1997, 201쪽.

8) 박윤훈, 『행정법강의(상)』, 1997, 212쪽, 그밖에 후술하는 다수의 판례 참조.

9) 연방정부 전체 차원에서 법규명령을 제정하는 경우로서 개개의 연방장관이 제정하는 경우와는 다르다. 우리의 대통령령이나 총리령에 비유할 수 있을 것이다.

10) 주 차원에서는 주의 법규명령은 법률에 특별한 규정이 없는 한, 주정부가 제정한다(Verf. Bad.-Württ. Art.62 Abs.1-2).

한다.

즉 독일의 경우에 있어서는 연방법규명령의 제1차적인 제정권자를 연방정부와 연방장관, 주정부에 한정하고 있다. 그러나 재위임시 제2차적인 제정권자를 제한하고 있지는 않다. 따라서 연방장관에 속한 하위의 행정기관도 법규명령을 제정할 수 있다.¹¹⁾ 단 재위임은 사전에 법률에 명시된 경우에만 인정된다.¹²⁾ 독일 기본법의 경우에 있어서는 법규명령의 제정권자를 제한하기보다는 법률에서의 위임방법의 명확성에 중점을 두고 있는 것이다. 명령은 법률의 위임이 없이는 존재할 수 없고, 위임은 내용·목적·범위를 명시하여야 한다. 또한 법규명령은 법률의 근거를 반드시 명시하도록 함으로써 법규명령의 오용과 남용을 예방하고 있다. 결국 독일에 있어서는 위임에 관한 법률상의 형식적인 요건이 중요하고, 이 요건만 갖추면 법규명령이 되는 것이고 그 제정권자는 엄격히 제한하고 있지는 않다.

이와 비교하여 볼 때 우리 헌법에 있어서는 법규명령의 제정권자를 제한적으로 명시하고 있다고 보아야 할 것이다. 의회가 국민을 구속하는 규범인 법률을 제정하는 것은 주권자인 국민이 자발적으로 스스로 구속할 수 있는 규범정립 권한을 국민대표기관인 의회에 위탁하였기 때문이고, 행정권이 국민을 구속하는 행정입법을 하는 것은 국민의 대표인 의회가 국민이 만든 헌법을 근거로 법률로써 그 입법권을 부분적으로 행정권에 위임하였기 때문이다. 행정입법은 국회입법의 예외인 것은 분명하며, 예외는 엄격하게 해석해야 하는 것이 원칙이기 때문에 헌법에 근거하지 않은 행정입법을 인정하는 것은 옳지 않다고 생각된다.

만일 이러한 헌법규정이 현실과 부합되지 않아서 적절하지 않으면 헌법을 개정하여 명확히 하는 것이 바람직할 것이다. 이때 독일에 있어서는 위임의 방식, 법률의 근거의 명시, 재위임 가능성의 명시, 위임명령만을 인정하는 점 등이 참고가 될 수 있을 것이다.

3) 법규명령의 문제점

① 대통령령

대통령령은 크게 두 가지로 구분할 수 있다.

11) Vgl. F. Ossenbühl, Rechtsverordnung in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), HBdStR. Bd. III. 1988, §64 Rdnr. 30("kein numerus clausus")

12) 이 점도 우리와 다르다. 우리의 경우는 이에 관해 헌법에 명시되어 있지 않으나, 단지 학설상 일반적으로 허용되고 있으며 실제로 행해지고 있다.

긴급재정·경제명령 및 긴급명령

긴급재정·경제명령 및 긴급명령은 대통령이 ① 내우·외환·천재지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안정보장 또는 공공의 안녕·질서를 유지하기 위한 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때(헌법 제76조 제1항 : 긴급재정·경제명령), ② 국가의 안위에 관계되는 중대한 교전상태에 있어서 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회가 불가능할 때에(헌법 제76조 제2항 : 긴급명령) 한하여 명령을 제정할 수 있다. 이들은 다른 통상적인 법규명령과 달리 법률과 동등한 효력을 갖는다.

지난 1993년 8월 12일 김영삼 대통령이 제정한 ‘금융실명거래및비밀보장에관한긴급재정경제명령’(대통령긴급재정경제명령 제16호)의 헌법적 근거를 찾는다면 헌법 제76조 제1항에서 찾을 수밖에 없다. 그러나 금융실명제의 실시가 내우·외환·천재지변 또는 중대한 재정·경제상의 위기에 있어서 국가의 안정보장 또는 공공의 안녕·질서를 유지하기 위한 긴급한 조치가 필요하고 국회의 집회를 기다릴 여유가 없었을 정도로 긴급을 요하는 것이었다고는 할 수 없을 것이다. 즉 위헌적인 조치였던 것이다. 법보다는 정책이 우선하고 대통령은 필요하다면 헌법을 무시해 가면서 자신이 원하는 대로 할 수 있다는 전통은 일찍이 ‘긴급’조치 아닌 ‘긴급조치’를 양산한 과거 박정희 대통령으로부터 내려오는 좋지 못한 것이다. 위헌적인 상황이었음에도 불구하고 정상적인 국회제정 절차를 거친 법률로써 대체입법을 요구하는 주장은 무시당하였고, 결국 4년이 훨씬 지나 대통령선거에서 패배한 뒤인 1997년 12월 31일에야 ‘금융실명거래및비밀보장에관한법률’이 제정되었다.

일반 대통령령

가) 일반적으로 대통령령은 헌법 제75조에 근거하여 제정되는 것을 말한다. 이에는 ① 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항을 규율하는 명령(위임명령), ② 법률을 집행하기 위하여 법률의 위임 없이 발하는 명령(집행명령)이 있다. 그런데 위임명령과 집행명령은 구분하여 제정되는 것도 아니고 ‘○○법 시행령’으로 제정되기 때문에 실질에 있어서는 구분하기가 쉽지 않다(후술).

나) 법률의 근거 없는 대통령령

독일과는 달리 우리나라에서는 사항에 따라서는 법률의 위임이 없이도 법규명령을 제정할 수 있다고 하고 있다. 그런데 현재 법률의 위임은 물론 근거가 전혀 없이 제정된 것도 수십 개에 달하며, 이는 거의 대통령령이다.¹³⁾ 이들은 행정 내부의 문제를

13) 대표적인 것을 열거하면 : 사무관리규정(개정 1994. 7. 23 대통령령 제14339호), 법제업무운영

내용으로 하는 것이 대부분이며 따라서 그 명칭도 대체로 ‘○○규정’으로 되어 있다. 이들 중 순전히 행정 내부 문제를 규율하여 실질에 있어서 행정규칙에 해당하는 경우에는 현실적으로 문제될 것은 별로 없다.¹⁴⁾

이와 관련하여 문제가 되는 것은 사무관리규정과 같이 그 주된 목적은 행정 내부에서의 사무처리의 절차와 방법을 정하는 것이지만, 시민에게 공문서의 열람 및 복사 청구권을 인정하고 있는 것이 있는데,¹⁵⁾ 시민은 그러한 규정에 근거하여 자신의 권리를 주장할 수 있느냐 하는 점이다. 대법원은 이와 관련한 판결에서 시민의 권리를 인정한 바 있다.¹⁶⁾ 이에 대해서 위의 사무관리규정은 법률적인 근거가 없기 때문에 국민의 권리를 창설할 수 없다는 이유로 대법원의 판례를 비판하기도 한다.¹⁷⁾

이 문제는 결국 행정의 법률유보원칙의 적용 범위에 관한 것이라고 할 수 있다. 이와 관련하여 이른바 ‘전부유보설’의 입장을 취하여 법률유보원칙을 모든 행정작용에 적용하여 행정은 반드시 법률의 수권이 있는 경우에만 활동할 수 있다고 한다면, 국민에게 순전히 이익만을 주는 어떠한 행정작용도 법률의 수권이 없는 한 불가능하게 되고, 따라서 위와 같은 내용의 조항은 결국 이 원칙에 위반되게 되어 위헌이 된다고 해야 할 것이다. 그러면 행정 내부분서의 열람 및 복사를 국민에게 허용하는 것은 위헌이라는 결론이 되고 만다.

규정(전문 개정 1997. 12. 31 대통령령 제15602호), 각종기념일등에관한규정(개정 1997. 5. 9. 대통령령 제15369호), 대한민국국기에관한규정(개정 1996. 12. 27 대통령령 제15182호), 경제장관회의규정, 경찰공무원복무규정(전문 개정 1983. 6. 11 대통령령 제11144호), 국무국외여행규정(전문 개정 1988. 12. 31 대통령령 제12582호), 관공서의공휴일에관한규정(제정 1990. 11. 05 대통령령 제13155호), 관보규정(법령 제정 1969. 2. 1 대통령령 제3759호), 관용차량관리규정(제정 1976. 6. 14 대통령령 제08160호), 교육개혁위원회규정(제정 1993. 8. 10 대통령령 제13955호) 국가정보자료관리규정(제정 1982. 5. 11 대통령령 제10819호), 군위탁생규정(전문 개정 1991. 7. 16 대통령령 제13429호), 재외국민보조금교부규정(개정 1995. 9. 18 대통령령 제14764호), 철도운송규정(제정 1969. 12. 11 대통령령 제4451호), 확정일자부및일자인조제에관한규정(제정 1970. 4. 15 대통령령 제4921호).

14) 독일에서는 법률의 수권이 없는 법규명령이 제정될 수 없는 까닭에 우리나라에서 법률의 근거가 없이 제정된 대통령령은 규율형식에 있어서 행정규칙으로 제정되었을 것이다.

15) 당시 재판에서 문제가 되었던 정부공문서규정과 같은 내용의 현행 사무관리규정 제33조(문서의 열람 및 복사) : ① 행정기관은 다른 행정기관이 그 업무를 수행하기 위하여 당해 행정기관에서 보존하고 있는 문서의 열람 또는 복사를 요청하는 때에는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이에 응하여야 한다. ② 행정기관은 행정기관이 아닌 자가 당해 행정기관에서 보존하고 있는 문서의 열람 또는 복사를 요청하는 때에는 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 이를 허가할 수 있다. 다만, 비밀 또는 대외비로 분류된 문서의 경우에는 그러하지 아니하며, 외교문서의 경우에는 외무부령이 정하는 바에 따라 이를 허가할 수 있다.

16) 대판 1989. 10. 24, 88 누 9312 : “일반적으로 국민은 국가기관에 대하여 기밀에 관한 사항 등 특별한 경우 이외에는 보관하고 있는 문서의 열람 및 복사를 청구할 수 있고, 정부공문서규정(현행 사무관리규정) 제36조 제2항의 규정도 행정기관으로 하여금 일반 국민의 문서열람 및 복사신청에 대하여 기밀 등의 특별한 사유가 없는 한 이에 응하도록 하고 있으므로 그 신청을 거부한 것은 위법하다.”

17) 김남진, 『행정법 I』, 1997, 167 및 187쪽 : 김남진, 「법률신문」 제2097호(1991. 11. 25).

그러나 법률유보의 원칙의 적용 범위와 관련하여 전부유보설을 취하지 않는 것이 일반적이다.¹⁸⁾ 따라서 이 원칙을 위와 같은 사항에도 적용된다고 볼 필요는 없는 것이라고 할 때, 그와 같은 내용의 규율은 법률의 수권이 없이도 행정부 독자적으로 정할 수 있을 것이다.¹⁹⁾ 그러한 규율이 합헌으로 인정될 수 있는 한, 그에 근거한 국민의 권리도 인정할 수 있을 것이다.

국민의 권리를 부여하는 규정이 법률로 제정되거나 이에 근거를 두는 것이 바람직함은 물론이다. 국회는 법률유보의 원칙이 적용되지 않는 모든 분야에서도 법률을 제정할 수 있기 때문이다. 과거 민원사무처리규정(1988. 12. 31. 대통령령 제12598호)이 이제는 민원사무처리에관한법률(제정 97. 8. 22. 법률 제5369호)로 제정된 것을 예로 들 수 있다. 현행 규정이 법률의 근거 없이 제정되었다고 하더라도 그것이 당사자에게 다른 의무를 결부시키거나 혹은 다른 제3자에게 피해를 줌이 없이 국민 당사자에게 전적으로 이익만 주는 내용의 규정이 법률유보의 원칙을 적용할 필요는 없는 것이며, 이에 근거한 국민의 권리 인정을 부인할 필요는 없다고 본다.

현재 위에서 예로 든 것처럼 많은 대통령령이 법률의 근거 없이 제정되고 있는데 이는 주로 행정 내부에 관한 것으로서 법률유보의 원칙이 적용되지 않는다는 것을 전제하고 있는 것이다. 그러나 이제는 이들이 위헌인지 아닌지의 여부를 심사할 필요가 있으며, 그 기준은 역시 법률유보원칙의 적용 여부가 된다. 이 원칙이 적용되는 사항임에도 불구하고 법률의 근거 없이 제정된 것은 위헌이 된다.

② 총리령 및 부령

총리령은 국무총리가 법률 또는 대통령령의 위임에 따라 또는 직권으로 발하는 명령이고, 부령은 행정 각부의 장관이 법률이나 대통령의 위임 또는 직권으로 발하는 명령이다(헌법 제95조). 부령은 통상 ‘○○법시행규칙’이라고 되어 있다. 이들 역시 위임에 따라 발하는 위임명령과 직권에 따라 발하는 집행명령이 있다. 그런데 이와 관련하여 다음의 문제점이 제기되고 있다.

국무총리 직속기관의 명령

헌법은 부령의 발령권자를 행정 각부의 장으로 규정하고 있는데, 행정 각부의 장에 해당되지 않는, 그러나 국무위원으로 보하게 되어 있는 국무총리 소속의 재정경제원. 통일원.총무처.법제처.국가보훈처.과학기술처의 장은 부령을 제정할 수 없고 총리령으로 발할 수밖에 없다는 것에 대해 이견이 없는 것 같다.²⁰⁾

18) 김남진, 앞의 책, 43쪽 및 각주 참조.

19) 이에 관한 상세는 고영훈, 「법률유보원칙의 이론과 실제 (상, 중, 하)」, 『판례월보』, 1993. 4, 5, 6월, 동지同曄: 김용섭, 「법규명령론의 재검토」, 법제 1995. 5. 83쪽 이하.

그럼에도 불구하고 실질에 있어서는 그렇지 않다. 단적인 예가 재정경제원고시인 ‘소비자피해보상규정’이다.(후술 참조) 이는 과거 경제기획원 고시였던 것을 경제기획원이 재무부와 통합되어 재정경제원이 되면서 재정경제원 고시가 된 것인데, 이는 규정 내용상 분명히 법규명령임에 틀림없다. 부령部令도 제정할 수 없다고 하고, 그렇다고 원령院令이라는 형식은 헌법에 명시되어 있지 않다. 따라서 마찬가지로 헌법상의 근거도 없으면서 널리 애용되고 있는 이른바 ‘고시告示’라는 규범형식을 택하고 있는 것이다.

그렇다면 이 문제를 어떻게 해결할 것인가? 위 고시를 헌법상의 근거가 없다는 이유로 위헌이라고 보고 총리령으로 다시 제정하든지, 아니면 재정경제원, 통일원, 국가보훈처 등이 해당 업무를 수행하는 최고행정기관으로서 실질에 있어서는 행정 각부의 기능과 같은 것이라고 할 것이므로 차라리 원령 내지는 처령이라는 형식을 인정하고, 총리령이나 부령을 제정할 때와 같은 절차를 밟도록 하여 통제를 가하든지, 아니면 고시告示라는 입법 형식을 인정하든지 어떻게든지 명확한 해결방법을 찾아야 할 것이다.

실질에 있어서는 총리 직속기관이 모두 제정하고 총리는 단지 이름만 빌려주는 데 그치는 것이 그간의 현실이다. 따라서 총리는 행정 각부처의 각각의 업무를 뛰어 넘어 이를 총괄하는 사항에 관한 것만을 제정하도록 하고, 총리 산하기관이지만 해당 업무를 담당하는 최고의 행정기관인 경우에는 스스로의 이름으로 원령 내지는 처령 형식의 법규명령을 제정할 수 있도록 제도를 고치는 것이 형식과 실질을 일치시키는 것이요 법과 실제를 일치시키는 것이 될 것이다.

본시 법규명령이라는 것이 법의 위임을 받아 그 법과 관련된 행정부처에서 해당 업무의 최고행정기관으로서 자신의 업무에 관해 일반·추상적 규범을 제정하는 것이다. 그렇다면 최고행정기관이 자신의 업무에 관해 법규명령을 제정하는 것을 막을 이유는 없다. 중요한 것은 법률의 위임의 한계와 위임방식의 명확성 그리고 위임에 근거하여 제정되는 규범의 형식이다. 올바른 형식을 취할 때 그에 따른 통제가 가능하다.

총리령과 부령간의 효력의 우열

총리령과 부령간의 효력의 우열에 대해 헌법상 명시적인 규정이 없는 탓에 이에 관해 견해가 대립되어 있다. 그 하나는 총리령은 국무총리가 행정 각부의 장과 동일한 지위에서 그 소관사무에 관해서 발하는 것일 뿐이므로 부령과 동등한 효력을 가지며,

20) 새 정부 들어 정부조직이 개편되었기 때문에 이것이 그대로 적용될 수는 없지만, 정부조직은 다시 개편될 수 있고 소론과 같은 문제점은 반복될 수 있기에 과거의 경우를 예로 든 것이다.

상호 저촉되는 경우에는 일반적인 경우와 마찬가지로 신법 우선의 원칙이나 특별법 우선의 원칙에 따라 결정하면 된다는 견해이다(다수설). 다른 견해는 국무총리는 “행정에 관하여 대통령의 명을 받아 행정 각부를 통할”(헌법 제86조 2항)하기 때문에 총리령이 부령에 우선한다는 것이다.²¹⁾

생각하건대 모든 총리령이 행정 각부들의 통할하는 내용의 것이 아니라 과학기술처 등 총리 직속기관의 업무에 관한 것을 총리령의 형식으로 제정하는 것도 많은 것이 사실이며, 이 경우 총리령의 효력을 다른 부령보다 우월하게 취급하는 것이 타당하지 않을 수도 있다. 또한 헌법상 이에 관한 명문의 규정도 없다. 그러나 법규명령 상호간의 효력은 그 발령권자의 위상에 따라 판단할 수밖에 없다고 할 것이다. 국무총리가 행정 각부를 통할하는 지위를 갖는다는 점에서 총리령의 우위를 인정함이 옳다고 본다. 그런데 아직까지는 이러한 것이 실제로 문제된 적은 없는 것 같다.

③ 중앙선거관리위원회규칙

중앙선거관리위원회는 법령의 범위 안에서 선거관리, 국민투표 또는 정당 사무에 관한 규칙을 제정할 수 있다(헌법 제114조 6항).

④ 감사원규칙

헌법상 명시되고 있지 않으나 법률에 근거하고 있는 것으로서 논란의 대상이 되고 있는 것 중 하나가 감사원규칙이다. 감사원법 제52조는 “감사원의 감사에 관한 절차, 감사원의 내부규율과 감사 사무처리에 관하여 필요한 규칙을 제정할 수 있다”고 정하고 있으며, 이에 근거하여 감사원 규칙이 제정되어 있다. 그런데 이것이 법규명령인가 아니면 행정규칙인가에 대해서 견해가 대립되어 있다.

법규명령으로 보는 견해는 헌법은 법규명령의 형식으로서 대통령령·총리령·부령·중앙선거관리위원회규칙 등을 명시적으로 열거하고 있지만, 이를 제한적으로 해석할 필요는 없기 때문에 이를 의회가 스스로 법률에 의하여 그 이외의 형식을 인정하는 것을 막는 것은 아니며, 법률의 위임에 의하여 법규명령을 제정하는 것이기 때문에 국회입법의 원칙에 배치되는 것이 아니라는 주장이다.²²⁾

행정규칙으로 보는 견해는 행정입법이 국회입법의 원칙에 대한 예외로서 행정입법 형식은 헌법 스스로 명시적으로 인정하는 경우에 한하여야 하며, 법률은 입법 내용상의 구체적인 위임은 할 수 있어도 입법형식 자체를 창설하지는 못하기 때문이라고 한

21) 박윤훈, 『행정법강의(상)』, 1996, 212쪽.

22) 김남진, 『행정법 I』, 1997, 164쪽, 박윤훈, 『행정법강의(상)』, 1996, 212쪽.

다.²³⁾

현행의 감사원규칙으로는 감사교육원운영규칙·감사교육원직제·감사원규칙의공포에 관한규칙·감사사무의대행및위탁에관한규칙·감사원사무처리규칙·감사원사무처직제·감사원재심의규칙·감사원징계 및 인사사무감사규칙·감사위원회의의사규칙 등이 있다. 이들 규정 내용을 살펴보면 감사원의 감사에 관한 절차, 감사원의 내부 규율과 감사사무 처리에 관하여 필요한 것을 정한 것으로서 감사원법을 집행하기 위한 것일 뿐 새로운 법규 사항에 관한 것은 없으며, 수범자도 감사와 관련된 자이고 국민의 권리·의무와는 직접적인 관련이 없는 행정 내부 규범이다. 따라서 이 규범을 법규명령 또는 행정규칙 그 어느것으로 보든지 결과에는 별로 달라질 것이 없는 것이다. 감사원규칙의 규정 내용상 그것의 법적 성질이 문제될 소지가 없으며, 실제로 그러한 사건이 없었던 것으로 알고 있다.

감사원규칙에 관한 문제도 실은 앞에서 서술한 국무총리 직속기관의 경우와 같다. 감사원이 행정 각부가 아니라 대통령 직속기관인 까닭에 부령은 제정할 수 없다. 그렇지만 감사원의 직무는 국가의 세입·세출의 결산, 국가 및 법률에 정한 단체의 회계 검사와 행정기관 및 공무원의 직무에 관한 감찰을 하는 고유의 행정기관으로서 법률에서 정하고 있는 것 이외에도 법률을 집행하기 위해 필요한 것을 규정할 일반 추상적인 규율 즉, 규범이 필요할 것임은 당연하다. 그런데 헌법에서는 이를 명시하고 있지 않기 때문에 하는 수 없이 법률로서 감사원규칙이라는 규범형식을 통해 그러한 것들을 정하도록 하고 있는 것이다.

이 경우에도 총리령의 경우에 언급한 것과 마찬가지로 중앙행정기관의 장에게는²⁴⁾ 법규명령의 제정권을 헌법에서 명시적으로 널리 인정하는 방향으로 개정을 하는 것이 법적 명확성을 위해서 바람직한 것이고 현실과 규범을 일치시키는 것일 것이다. 행정입법은 그 제정권자가 문제가 아니라 법률에서의 위임방식 및 행정입법의 내용·제정절차의 통제가 중요한 것이다.

다수설은 총리의 직속기관이 자신의 이름으로 법규명령을 제정하는 것을 인정하지 않고 총리령으로 제정하여야 한다고 하면서도 대통령의 직속기관인 감사원이 헌법에 근거 없이 대통령령이 아닌 감사원규칙을 제정할 수 있다고 하는데 이는 논리적으로 일관성이 없는 것처럼 생각된다. 이 문제에 관해 헌법 차원에서 해결하는 방향으로 나아가는 것이 옳다고 생각한다. 이는 단지 감사원에만 해당되는 것이 아님은 물론이고 다른 행정기관에도 적용되는 것이다. 중앙행정기관 등 상급기관일수록 자신의 업무와 관련하여 규범을 제정해야 되는 경우가 있는 것이 사실이기 때문이다.

23) 김도창, 『일반행정법론(상)』, 1992, 311쪽, 홍준형, 『행정법총론』, 1997, 280쪽.

24) 행정규제및민원사무기본법 제6조는 “중앙행정기관의 장은 법령, 훈령, 예규, 고시 등을 제정 또는 개정하여 ……”라고 되어 있다.

⑤ 위임명령과 집행명령의 구분의 문제

대통령이나 총리 및 각부 장관은 법률의 위임을 받아서 또는 직권으로 법률을 시행하기 위해서 법규명령을 제정하는 바(헌법 제75조, 제95조), 통상 전자를 위임명령 후자를 집행명령으로 구분하여 설명한다.

그에 따르면 위임명령이라는 것은 상위의 법령에서 위임받은 사항을 정하는 명령으로서 위임받은 범위 내에서 법규적인 사항을 정할 수 있기 때문에 법률을 보충하는 기능을 한다. 반면 집행명령이란 상위법의 위임이 없이 단지 상위법을 시행하기 위해서 발해지는 명령으로서 상위법의 시행에 필요한 절차·형식의 규율을 주된 내용으로 하는 것으로 법률의 위임이 없는 것이기 때문에 새로운 법규 사항을 정할 수는 없다고 한다.

그런데 이와 같은 구분에도 불구하고 입법의 실제에 있어서는 시행령 또는 시행규칙이라는 이름으로 하나의 명령으로서 제정되고 있다. 사실 시행령 및 시행규칙이라는 명칭에서 보듯이 법규명령이라는 것이 의회입법에 대한 예외로서 입법의 기능이기도 하지만 또한 법률을 집행하기 위해 필요한 세부 사항을 정한 것이다. 즉 모든 명령이 집행명령이라는 측면이 있는 것이다. 따라서 개개의 시행령과 시행규칙 중에서 어떤 조항이 위임명령에 해당하여 법률의 위임에 따라 그리고 위임의 범위 내에서 제정된 것이며, 또한 위임이 필요함에도 불구하고 위임 없이 제정된 것인지, 어떤 것은 집행명령으로서 위임이 필요 없이 직권으로 제정된 것인지를 구분하기가 어려운 경우가 많다.

독일의 경우에 있어서는 법규명령에서 반드시 상위 법령의 개개의 근거 조항을 밝히도록 되어 있지만(기본법 제80조 제1항) 우리의 경우에는 그렇지 않다. 따라서 우리나라도 법규명령에 대한 통제의 실효성을 위해 이 제도를 도입할 필요가 있다. 특히 독일의 경우 모든 법규명령이 반드시 법률의 구체적인 위임 하에서 제정되도록 되어 있지만 우리의 경우에는 법률의 위임이 없는 규율도 가능하도록 되어 있기 때문에 법률의 근거를 명확히 밝혀야 한다. 그리하여야 위임의 한계를 이탈하지는 않았는지, 위임 없이 행해진 것들의 타당성 여부를 판단하는 데 용이할 것이다.

다른 한편으로는 법을 집행하기 위하여 법률의 위임 없이 직권으로 명령을 제정할 수 있도록 함으로써 위임이 필요한 사항임에도 불구하고 위임 없이 제정되는 등 법규명령이 남용되는 경우가 적지 않은 바, 이를 방지하기 위해서도 헌법을 개정하여 독일의 경우처럼 법규명령은 법률의 구체적인 위임시에만 제정할 수 있도록 하는 것도 고려할 필요가 있다고 본다. 법률을 집행하기 위하여 구체적인 형식 및 절차 등에 관한

규정이 필요하다면 상위법령에서 이를 구체적으로 명시하여 위임하는 것이 바람직한 것이지 현재처럼 각 법률의 말미에 “이 법률을 시행하기 위하여 필요한 것을 대통령령으로 정한다”는 식의 규정은 있으나마나한 것이다.

가장 대표적인 것이 거의 모든 법학도와 관계가 있는 ‘사법시험령’이다. 이는 대통령령인데 사법시험에 관한 것을 대통령령으로 제정하도록 위임하는 법률은 존재하지 않는다. 소위 집행명령에 해당하므로 법률의 위임은 필요 없다고 한다면, 그 근거 법률은 사법시험에 합격한 경우에 한하여 법조인으로서 활동할 수 있음을 규정한 변호사법 제4조, 법원조직법 제42조 제3항 제1호일 뿐이다. 그러나 이러한 규정들도 엄격히 말해 사법시험령이 집행명령이라는 근거가 되지는 못한다. 사법시험제도는 사실 법조인이라는 직업을 선택하려고 하는 국민의 자유를 제한하는 데 있어서 핵심이 되는 것임에도 불구하고 행정부가 위임 없이 대통령령을 통해 국민의 기본권을 실질적으로 제한하는 핵심 내용을 정하고 있음은 잘못된 것으로 위헌이다.²⁵⁾

25) 이에 관해서는 고영훈, 앞의 글, 『판례월보』, 1993. 6. 53쪽 이하 참조.

제3장

행정입법의 범위와 한계

행정입법의 범위와 한계에 있어서 행정규제와 관련하여 문제가 되는 것을 들면 다음과 같다.

1. 행정입법 제정의 한계

국회가 법률을 제정하는 것은 국회의 권리이자 의무이다. 행정입법은 이에 대한 예외임은 물론이다. 그러나 입법의 실제에 있어서는 실질적인 내용은 행정부에서 정하고 있고, 의회는 나중에 정부측 법률안만을 승인해 주는 결과가 되는 경우가 많은 것이 사실이다. 그럼에도 불구하고 의회입법의 원칙이 중요한 이유가 무엇인가? 오늘날 우리 국회는 자신의 입법의를 다하고 있는지, 또한 국회를 통해 제정된 법률들은 형식적으로 국회입법의 원칙에 따라 국회에서 제정되었지만 절차와 형식 그리고 내용에 있어서 이 원칙에 부응하고 있는지 검토해 볼 필요가 있다.

또한 헌법 제75조는 국회가 자신의 입법권 내지 입법의를 법률에서 ‘구체적 범위를 정하여’ 행정입법에 위임하도록 하고 있는데, 구체적 범위만 정하면 무엇이든지 위임할 수 있는 것인지를 고찰해 볼 필요가 있다.

(1) 의회입법의 원칙

오늘 법치주의가 위기에 몰려 있는 이유 중의 하나는 우리 국회가 제기능을 못하고 있는 데 있다. 법학자들은 법률의 문구 하나에도 신경을 쓰면서 연구를 하고, 재판정에서는 문구 하나가 한 사람 내지 수만 명의 운명을 좌우할 뿐만 아니라, 그것이 온 나라를 소용돌이에 휩싸이도록 하는 경우는 얼마든지 있을 수 있다.

얼마전 온 나라를 떠들썩하게 했던 한약분쟁도 결국 한약이 의약품이나 아니냐에 관한 규정이 애매한 것이었던 데도 그 이유가 있으며, 약사법시행규칙(보건복지부령)의 “약국에는 재래식 한약장 이외의 약장을 두어 이를 청결히 관리하여야 한다”는 규정을 삭제함으로써 한약분쟁이 본격화되었던 것이다. 온 나라가 소용돌이에 휩싸였음에도 불구하고 국회는 이에 관한 단 한번의 논의도 해본 적이 없다. 사법개혁의 경우도 마찬가지이다.²⁶⁾

입법권은 국회에 있으며 행정입법을 포함한 행정 작용은 원칙적으로 법률의 근거가 있어야 한다는 것을 모르는 사람은 없을 것이다. 그럼에도 불구하고 이 원칙이 우리

26) 중요한 것은 모두 대통령 산하에 비상설기관인 ‘· · · 위원회’(예: 교육개혁위원회, 노동개혁위원회, 사법개혁위원회, 금융개혁위원회)를 설치하여 논의하고, 국회는 그 결과를 나중에 인준하는 기관에 불과한 면이 있다. 중요한 논의는 위원회에서 하고, 여론수렴은 각종 ‘공청회’에서 하고, 국회는 정쟁만 한다면 도대체 국회의 의미는 어디에 있는가?

나라에서 과연 명실상부하게 준수되고 있는지를 심사하여 이를 개선하기 위해서는 우선 이 원칙이 강조되는 근본 토대를 알 필요가 있다.

1) 법치국가의 원리

의회입법의 원칙이 강조되는 근거는 우선 법치주의 국가원리에서 찾을 수 있다. 법치국가원리는 여러 가지로 정의할 수 있겠지만²⁷⁾ 국가권력의 행사의 명확성 Bestimmtheit, 예견.예측가능성 Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit 그리고 공개성 Publizität이 그 중요 요소가 된다고 할 수 있다. 이를 위해서는 국가권력의 행사는 사전에 그 요건과 한계가 일반.추상적으로 규율되어야 하고, 이 규율은 법원이 사후에 행정활동을 통제하는 데 있어서 그 기준이 되어야 한다.²⁸⁾

그렇게 함으로써 자유, 정의 그리고 법적 안정성이 보장될 수 있는 것이다. 즉 행정의 활동기준이 사전에 법률로서 규정되어 있어야 국민은 국가권력의 행사를 사전에 예측할 수 있게 되고, 나중에 이를 기준으로 법원을 통해 통제를 할 수 있는 것이다. 특히 침해행정 내지 규제행정 분야에서는 법률의 근거가 반드시 필요할 뿐만 아니라 법률은 그 내용이 명확하여야 한다는 것이 강조되어야 한다.

2) 민주주의의 원리

의회입법의 원칙은 또한 민주국가의 원리에 근거한다고 할 수 있다. 민주국가에서는 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다는 것에서 출발하고 있다. 의회는 국민에 의해 직접 선출되는 국민대표기관으로서 민주적 정당성이 가장 인정되는 최고의 국가기관이 되는 것이다. 따라서 의회는 국가의 모든 활동분야에서 주도적인 역할을 해야 하는 바, 의회의 입법작용이 바로 그것이다.²⁹⁾

한편 오늘날에는 이와 같이 의회가 국가의 주도적 역할을 해야 한다는 근거를 의회라는 기관구성의 민주적 정당성에서 찾기보다는 오히려 의회에서의 결정 절차의 민주성에서 찾는다. 과거의 입법부.행정부.사법부라는 전통적인 삼권분립은 오늘날에는 정부 그리고 여당을 한편으로 하고 야당 그리고 사법부가 서로 견제하고 있는 상황으로 변화되었다. 이러한 상황 속에서 과거의 권력분립이론에서 말하는 입법부와 집행부의 견제와 균형이라는 도식은 의미가 별로 없게 되었다. 따라서 의회의 의미는 국민의 대표기관이라는 점뿐만이 아니라 의회에서의 결정 절차에서 찾아야 한다. 즉 의회에

27) 법치국가에 대한 다양한 정의에 대해서는 vgl. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I. 1977, S.616ff.

28) BVerfGE 8, 274(325f.); Müller, 'Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung,' 1979, S.82ff.

29) 이러한 의회의 지배Parlamentsherrschaft로부터 나오는 원칙이 바로 법률의 우위이다.

서의 입법과정에서는 여당과 야당간의 상반되는 의견이 공개적으로 교환되고 합리적인 결정을 위해 서로 노력하게 된다는 것이다.³⁰⁾ 공개적인 토론을 통해 많은 의견과 관점이 제시되고 고려되며, 이해관계인과 야당의 의견 그리고 여론이 반영될 가능성이 높아서 보다 민주적으로 결정하게 되고, 그러한 결정과정은 다음 선거에서 각 정당에 대한 국민의 평가기준이 되는 것이다.³¹⁾

종래 법치주의는 19세기 이래 의회와 정부를 대립관계Antagonismus³²⁾로 파악하면서, 의회가 입법행위를 통해 정부를 통제하고 견제한다는 점에서 그 의의가 있다고 보았다. 반면 민주주의의 원리는 의회는 국민의 대표기관으로서 헌법에 의해 그에게 맡겨진 권리이자 의무를 성실히 이행해야 하며, 그렇지 않고 그가 결정해야 할 사항을 집행부에게 위임함으로써 책임을 회피해서는 안된다는 것을 강조하는 것이다. 오늘날의 현실에 있어서는 후자의 측면이 더욱 강조되어야 할 것이다.

(2) 위임의 금지

1) 의회유보

법치행정의 원리는 ‘행정은 법률에 위반해서는 안되며(법률 우위) 행정은 법률에 근거가 있어야 한다(법률유보)’는 것을 의미한다. 그런데 이 원리는 전통적으로 행정이 법률에 의한 수권 내지는 근거를 두고 있는지만이 중요시 될 뿐이고, 그 규율 형식은 문제 삼지 않았던 것이다. 법률 그 자체에 의하건 법률에 근거한 법규명령에 의하건 법률적인 근거만 있으면 법치행정의 원칙에 어긋나지 않는 것으로 여겼다.

우리 헌법 제37조 제2항도 ‘국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유의 본질적인 내용을 침해할 수 없다’고 규정하고 있다. 여기서 ‘법률로써’라는 것은 ‘법률에 의하여 또는 법률에 근거하여durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes’라는 의미이지 ‘법률에 의해서’만을 뜻하는 것은 아님은 물론이다. 즉 모든 것을 스스로 규율할 필요는 없으며 하위 규범에 위임하는 것이 가능한 것이다.

그리고 헌법 제75조는 법률은 대통령령에 위임을 함에 있어서 ‘구체적인 범위를 정하여’ 하도록만 하고 있다. 독일의 기본법 제80조 제1항과 마찬가지로 우리나라의 헌법 제75조도 위임의 형식만을 정하고 있을 뿐, 위임의 내용에 관해서는 침묵하고 있는

30) BVerfGE 40, 237(249); Kisker, ‘Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes,’ NJW 1977, S.1315; v. Arnim, ‘Zur “Wesentlichkeitstheorie” des Verfassungsgerichts,’! DVBl. 1987, 1243ff.

31) 이러한 의미에서 의정활동을 TV로 중계하여 국민들이 지켜볼 수 있도록 해야 한다.

32) Vgl. Ossenbühl, ‘Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz,’ 1968, S.16ff.

것이다. 따라서 독일기본법 제80조 제1항의 명확성의 원칙이나 헌법 75조의 ‘구체적 범위를 정하여’라는 요건의 충족 여부만이 문제가 된다.

결국 헌법규정상으로는 국회가 법률로써 스스로 규율하지 않고 하위규범에 위임을 하는 데 있어서 그 대상은 문제되지 않고, 단지 위임의 형식요건만이 문제가 된다. 국민의 자유와 권리를 제한하기 위해서는 법률의 근거가 필요하고 법률은 법규명령에 위임을 할 수 있으며 그 위임은 구체적인 범위를 정하면 되는 것으로 되어 있다.

그러나 법률이 형식적으로 행정권을 발동할 수 있는 근거만을 마련해 놓고 실질적으로는 정작 국민의 재산과 권리문제에 보다 직접적으로 적용되는 모든 세부 규율은 법규명령과 같은 하위의 규범에 위임한다면, 전술한 법치주의와 민주주의에 부응하는 의회입법의 원칙은 결국 공허한 것이 되고 말 것이다.³³⁾ 오늘날 소위 ‘법치행정’이라는 것이 ‘법률에 의한 행정’이라기보다는 ‘명령에 의한 내지는 행정규칙³⁴⁾에 의한 행정’이 된 상황이다. 이에 대해 일정한 것은 의회가 직접 의회법률로써 규율해야 하고 법규명령이나 자치법규에 위임을 해서는 안된다는 것을 의미하는 ‘의회유보 Parlamentsvorbehalt’가 강조되고 있다.³⁵⁾

국가의 어떤 사항을 의회가 법률로써 규율하는 것은 의회의 권리임과 동시에 의무이므로, 그 의무를 스스로 이행하지 않고 행정권에 맡겨서는 안된다는 것이다. 즉 의회유보는 위임의 금지Delegationsverbot³⁶⁾를 뜻한다. 법률에 근거한aufgrund eines Gesetzes 규율이 아니라 법률에 의한durch Gesetz 규율을 요구한다. 같은 맥락에서 의회유보는 법률의 규율밀도Regelungsdicht와도 관계가 있다.³⁷⁾ 즉 의회유보는 명시적인 위임에 근거한 법규명령에 의한 규율을 금지할 뿐만 아니라 일반 조항 Generalklausel이나 재량규정Ermessensvorschriften 또는 불확정 법률개념 등의

33) 독일에서는 한편으로는 의회유보를 강조하며 의회의 규율의무를 주장하면서도, 한편으로는 현대국가의 특성상 법률로 규율해야 할 사항들이 너무 많아짐에 따라(‘법률의 홍수’) 의회의 입법부담이 너무 과중하므로 그 부담을 덜어줘야 한다는 주장이 있는 것이 사실이다(Vgl. Kisker, ‘Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes’, NJW 1977, 1315.; Kirchhof, ‘Gegenwartsfragen an das Grundgesetz’, JZ 1989, 462f.). 의회의 사무 과중의 문제가 우리나라에도 해당될 것인가는 의문이라고 하겠다.

34) 독일의 경우 판매세법Umsatzsteuergesetz에 관해 500개가 넘는 행정규칙이 있다고 한다(Vgl. Weyreuther, ‘Über die Rechtsnatur und die Rechtswirkung von Verwaltungsvorschriften’, DVBl. 1976, 853).

35) 의회유보의 정신은 물론 반드시 법률의 제정을 통해서만 실현되는 것이 아니라 행정부의 결정이나 조약의 체결에 의회의 동의를 받도록 한다거나 의회의 결의 사항으로 하는 데서도 찾아볼 수 있겠다.

36) Klofer, ‘Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel’, JZ 1984, 690; Böckenförde, ‘Gesetz und gesetzgebende Gewalt’, 1981, S.393(위임금지된 법률유보); Erichsen, ‘Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Geltung und Reichweite von Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt’, VerwArch 67(1976), S.97.

37) Kloepfer, ‘Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel’, JZ 1984, 691f.; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986, S.30f. u. 136ff.

형식을 통한 은폐된 위임verdeckte Delegation³⁸⁾도 금지한다. 결국 의회유보라는 것은 의회민주주의 국가에서 최고기관으로서 그리고 입법기관으로서 스스로의 권리를 포기하거나 의무를 회피해서는 안된다는 것을 의미한다.³⁹⁾

그렇다면 법률유보와 의회유보는 단계적 관계Stufenverhältnis에 있다고 말할 수 있다.⁴⁰⁾ 즉 우선 어떤 행정 분야에 도대체 법률이 필요한지가 문제되고, 그 다음 단계로 어떤 규율은 의회가 스스로 의회법률로써 정해야 하고 행정권에 위임을 해서는 안 되는지가 문제되는 것이다.⁴¹⁾

사실 우리의 입법 관행을 보면 ‘구체적인 범위를 정하여’ 위임을 하여야 한다는 한계도 제대로 지키지 못한 것이 많았다고 할 수 있다. 이제는 한걸음 더 나아가 그러한 요건만 지키면 되는 것이 아니라는 점이 강조되어야 한다. 오늘날의 복지행정국가에서 행정권의 발동을 위해 필요하다면 의회가 행정부를 위해 광범위하게 법률을 제정하여 법률적 근거를 제공해 주고 있는 현실에서는 의회유보 즉 국회 스스로의 규율의무를 더욱 강조할 필요가 있는 것이다.

2) 규제행정의 경우

오늘날 우리나라에서 규제행정과 관련하여 문제가 되는 것은 법적 근거의 여부보다는 규제행정의 근거가 되는 법률의 규율밀도 내지는 정도이다. 원래 규제행정 내지 침해행정에 있어서 법률의 근거를 강조하는 이유가 법치국가에서 국가의 공권력에 의한 권리의 침해를 법률로써 미리 규율함으로써, 국가의 침해행위의 내용Inhalt·대상Gegenstand·목적Zweck 그리고 범위Ausmaß를 충분히 확정하고 그 한계를 정하여, 국민으로 하여금 이를 미리 예견·예측할 수 있게 하고, 그에 대비하게 하는 데 있는 것이다. 그러므로 규제행정 분야에서는 우선 의회가 법률로 규율하는 데 있어서도 그러한 의의에 상응하도록 그 규율밀도Regelungsdichte가 보다 높게 요구되는 것이다.

입법자가 규제행정 분야에서 집행부에게 법규명령의 제정이나 행정처분 등 어떤 조치를 수권하는 경우에는 행정에 의한 침해의 정도가 크면 클수록 그 수권된 것의 내용과 목적, 정도 등을 그에 비례해서 명백히 규율해야 한다.⁴²⁾ 법률의 규율목적의 효과적인 달성과 개별적 정의Einzelgerechtigkeit 내지는 구체적 타당성을 위해, 그리고 입법기술상의 한계로 인해 꼭 필요한 경우 외에는 재량규정이나 불확정 법개념 등을

38) Ossenbühl, ‘Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes’, in: Isensee/Kirchhof, HbStR Bd.III, 1988, §62, Rdnr.42.

39) Vgl. BVerfGE 41,251(265).

40) Pietzcker, ‘Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes’, JuS 1979,712; Maurer, a.a.O.§6 Rdnr.11.

41) 독일의 연방헌법재판소도 이처럼 두 단계로 심사한다.(Z.B. BVerfGE 34,192f.; 49,127 u. 129; 57, 320f.; 58,272ff.)

42) Vgl. BVerfGE 1, 60; 41, 265; 58, 277.

남용함으로써 법적 명백성과 안정성 *Rechtsklarheit und Rechtssicherheit*을 해쳐서는 안된다.⁴³⁾

또한 법률에 의해서 법규명령에 위임하는 경우에도 독일에서는 그 법률에 위임의 내용, 목적, 범위를 명확히 하도록 요구하고 있으며(기본법 제80조 1항), 우리 헌법 제75조도 ‘구체적으로 범위를 정하여’ 위임하도록 하고 있는 바, 이는 모두 위에서 말한 것처럼 행정에 의한 규율의 예견가능성을 확보하기 위한 것이다. 이에 어긋나는 위임은 결국 법치주의 내지는 원칙에 위반한 것이라고 할 수 있겠다.

우리 헌법재판소는 위임입법의 근거와 한계에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이고, 다만 법률에 의한 처벌법규의 위임은 헌법이 특히 인권을 최대한 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법 절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 강조하고 있는 기본권 우위사상에 비추어 바람직하지 못한 일이므로, 그 요건과 범위는 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 함을 밝힌 바 있다.⁴⁴⁾ 또 처벌 법규의 위임에 관하여 첫째 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 둘째 이러한 경우일지라도 법률에서 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 셋째 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다고 판시⁴⁵⁾한 바 있다.⁴⁶⁾

헌법재판소의 또 다른 결정에 의하면, 토지초과이득세법상의 기준시가는 국민의 납세의무의 성부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항이므로, 이를 하위규범에 백지위임하지 않고 그 대강이라도 토지초과이득세법 자체에서 직접 규정해 두어야 함에도 불구하고 동법 제11조 2항이 그 기준시가를 전적으로 대통령령에 맡겨 두고 있는 것은 헌법상의 조세법률주의 혹은 위임입법의 범위를 구체적으로 정하도록 한 제75조에 위반된다고 하였다.⁴⁷⁾

또한 정부관리기업체의 간부직원을 공무원으로 의제하여 가중처벌하도록 규정한 ‘특정범죄가중처벌등에관한법률’ 제4조는, 그 구체적인 범위를 대통령령에 포괄적으로 위임하고 있으므로 위임입법의 한계를 넘는 위헌규정으로 판단하였다.⁴⁸⁾

43) 1998년 3월 1일부터 시행된 행정규제기본법(제정 1997. 8. 22 법률 제5368호) 제4조 제1항은 “규제는 법률에 근거하여야 하며, 그 내용은 알기 쉬운 용어로 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다”고 정하고 있다.

* 행정규제기본법은 1997년 8월 22일 제정되었으나 대부분의 규정이 행정규제기본법시행령이 시행됨과 동시에 시행되도록 정하고 있다. 따라서 시행령이 1998년 2월 24일(대통령령 제15681호) 제정되어 1998년 3월 1일에 시행됨에 따라 행정규제기본법도 동시에 시행되게 되었다(시행령 부칙 제2조).

44) 헌재 1991. 7. 8, 91헌가4; 1994. 6. 30, 93헌가15·16·17병합.

45) 헌재 1991. 7. 8, 91헌가4; 1994. 6. 30, 93헌가15·16·17병합.

46) 헌재 1995. 10. 26, 93헌바62.

47) 헌재 1995. 9. 28. 92헌바49, 52 병합사건.

(3) 우리 국회의 현실

교과서에서 그리고 이론적으로 국회입법의 원칙과 행정입법의 한계가 강조됨에도 불구하고 우리 국회의 입법관행을 보면 국회는 그야말로 ‘통법부’에 불과하고, 우리의 현실은 이상과 너무 동떨어져 있음을 알 수 있다.

이에 대한 증거로서 지난 1997년 8월 3일 MBC-TV ‘시사메거진 2580’에 방영된 내용을 보면 우리를 규제하고 처벌하는 각종 법률이 어떻게 제정되고 있는지 국회의 실상을 적나라하게 알 수 있다.

PD : “우리 국회가 운영되는 모양을 조금만 자세히 들여다보면 각종 불법과 병폐가 그동안 관행이라는 이름으로 위장되어 왔음을 알 수 있습니다. 우리 국회는 임시국회건 정기국회건 폐회 당일 혹은 이틀 전에 의안처리라는 일정을 갖습니다. 각 상임위원회에서 올라온 법안들에 대해서 본회의에서 의원들이 통과 여부를 결정하는 절차입니다. 그런데 이 법안 문건들은 표결 당일 본회의장에서 배부되고 의원들은 본회의장에 나와서야 곧 표결하게 될 그 내용을 봅니다. 이번 임시국회 마지막날도 예외가 아니었습니다. 의원들이 처음 본 72개 법안을 표결 처리하는 데는 단 20분이 걸렸습니다. 국회법 제76조는 본회의에 부의할 내용은 늦어도 하루 전까지 통보해 주고, 긴급을 요할 때만 예외를 허용하고 있습니다.”

김문수(당시 신한국당 -현 한나라당 의원) : “아침저녁도 아니에요, 그냥 우리가 가서 회의하려고 앉아 있으면 앉아 있으면서 다른 안건을 처리하는 동안 새로운 안건이 거기에 막 부의가 됩니다. 한 건을 쳐다보고 제목을 읽는 사이에 방망이가 벌써 여섯 번 쳐서 판 데로 넘어갑니다. 그래서 도저히 이것은 제가 양심에 이렇게 법을 만들어 가지고 과연 내가 국민들한테 가서 이 법을 지키라고 말할 수 있겠느냐 말입니다. 엄밀한 의미에서 지금 국회에서 통과되고 있는 모든 법이 사실상 기습 처리요, 또 날치기의 일환이라고…….”

PD : “현재 본회의에 올라오는 모든 안건은 상임위원회 산하 소위원회에서 모든 것이 결정됩니다. 그런데 문제는 이 소위원회가 비밀리에 운영되면서 회의록이나 토론의 요지조차 남기지 않는다는 것입니다.”

박재창(숙명여대 행정학과 교수) : “그런 측면에선 엄격히 위법한 양식에 의해서 국회가 운영되고 있다 이렇게 얘기할 수가 있겠죠. 이렇게 밀폐된 가운데 비공식적인 양식에 의해서 심의가 되고 만다고 볼 것 같으면, 극단적인 경우에는 국회의원 서너 명이 앉아 가지고 사랑방 좌담회처럼 문제를 다룬 결과 그것이 나라를 관리하는 법률적

48) 현재 1995. 9. 28, 93헌바50.

인 제도로 탈바꿈하게 된다고 했을 때, 이것은 입법 과정에서 중대한 문제점으로 지적되지 않을 수 없는 거죠.”

PD : “국회법 제69조 4항은 소위원회 위원장이 필요하다고 인정하면 회의록 대신 요지만 기록한다고 되어 있습니다. 사무처의 요지의 기록 여부를 확인했습니다. 가져다 준 종이 한 장엔 소위원회 명칭과 일시, 참석 인원만 펜글씨로 적혀 있을 뿐, 토의 내용에 관한 단 한 줄의 내용도 적혀 있지 않았습니

다. 물론 촬영은 거부했습니다.”
박재창 교수 : “법제적인 요구나 현실적인 필요성에도 불구하고 실질적으로 소위원회의 회의 내용을 기록으로 남기지 않는 중요한 이유는, 사실 입법 과정의 은폐성이라고 할까, 이런 의도가 있다고 봐야 될 겁니다.”⁴⁹⁾

우리나라의 경우에 있어서는 제5대 국회초인 1960년 9월 26일의 제9차 국회법 개정으로 본회의 중심주의에서 완전한 의회 중심주의로 전환하면서 본회의에서 법률안에 대한 전반적인 문제에 대해 행해져 온 일반 토론(General Debate)은 없어졌으며, 위원회의 심사 절차에서조차도 찬반토론만 있고 종전의 일반 토론제도는 채택되지 않았다. 1994년 6월 28일에 비로소 국회법의 개정으로서 위원회에서나마 이 제도가 도입되었다(국회법 제158조 제1항 참조). 하지만 위원회에는 다시 소위원회를 두고 법률안을 심사하도록 하고 있다(동법 제57조). 그러다 보니 결국 의회의 입법절차의 공개주의는 형식적인 것이 되었다. “국회의원은 없고 상임위원만 있다”⁵⁰⁾는 말이 나올 지경이다.⁵¹⁾

위에서 상술한 법치주의 내지 민주주의에 입각한 국회입법의 원칙은 그 근본 취지와는 동떨어져 있는 것이 현실이다. 형식적으로는 합헌이지만 실질에 있어서는 위헌적인 행태가 우리 국회에서 전개되고 있는 것이다.

49) 이것은 필자가 직접 시청한 것으로서 ‘천리안’의 공개자료실에서 제공하는 문자서비스를 그대로 받아 내린 것이다.

50) 김대중 대통령(당선자)은 1998년 2월 7일 국회개혁의 필요성을 강조하면서 “5대 국회까지는 법안이 넘어 오면 본회의에서 심의하고, 상임위로 넘겨 다시 심의한 후, 본회의에서 축조 심의해, 3독회가 이루어 졌다. 그러나 요즘은 법안도 모르고 법안 통과에 임하는 경우가 많고, 그래서 국회가 걸돈다는 지적을 받는다. 지금 국회의원들이 국회 활동은 하지 않고 상임위 활동만 하고 있으니 국회의원이 아니라 상임위원이다. 의정활동을 TV로 중계, 국민들이 지켜볼 수 있도록 해야 한다”고 말했다고 한다(조선일보 1998. 2. 8.).

51) 국회의 입법절차에 관해 상세한 것은 박영도, 『입법과정의 이론과 실제』, 한국법제연구원, 1994, 221쪽 이하 참조.

2. 행정입법의 내용상의 한계

(1) 헌법

행정입법은 그 내용에 있어서 헌법적 한계를 지켜야 함은 물론이다. 특히 규제적인 행정입법이 지켜야 할 대표적인 것으로는 비례의 원칙, 직업의 자유, 재산권의 보장, 근로의 권리, 근로자의 노동삼권, 집회·결사의 자유, 평등권, 사적자치, 계약의 자유 등을 들 수 있다. 이중에서도 경제활동의 규제와 관련하여 특히 중요한 것으로는 비례의 원칙과 직업의 자유이다.

1) 비례의 원칙

특히 강조되어야 할 것은 국민의 자유와 권리를 제한하는 규제입법을 함에 있어서 비례의 원칙을 준수하여야 한다는 점이다. 규제는 악행이고 규제의 철폐만이 선행인 것은 아니다. 단지 필요 이상의 규제가 문제이다. 규제완화에 가장 중요한 기준이 바로 비례의 원칙이다.

우리나라는 그동안 경제발전을 최우선으로 하면서 국민경제 전반에 걸쳐 국가가 주도적이고 적극적으로 참여하고 개입해온 것이 사실이다. 그러나 국가가 공익을 위해 경제에 관한 규제와 조정을 하더라도 이는 어디까지나 예외적인 것이며, 개인과 기업의 경제상 자유와 창의를 최대한 존중되도록 하여야 하는 것이 원칙이다. 그런데 그동안 공적 목적을 달성하기 위한 수단은 그것이 헌법적으로 문제가 있음에도 불구하고 정책과 목적이 수단을 정당화하는 경향이 강하였으며, 공익은 의례 사익보다 우월하다고 여기고 공익을 위한 사익의 희생은 당연시하는 경향이 있었다. 그리하여 공익이라는 미명하에 사익을 지나치게 제한하는 경우가 많았던 것이다. 이 때 이를 심사하는 기준이 바로 비례의 원칙이다. 이에 관해서는 우리 헌법 제37조 제2항이 명시하고 있음에도 불구하고 간과되는 경우가 많았다.

비례의 원칙이란 법의 일반 원칙으로서 행정목적의 실현이라는 공익과 이를 달성하려고 하는 수단으로서 개인의 권리의 제한은 비례관계가 있어야 한다는 것이다. 비례의 원칙에 합당하기 위해서는 다음의 세 단계에 걸친 원칙에 모두 합당하여야 할 정도로 엄격한 원칙임에도 불구하고 이를 소홀히 하는 경우가 많다.

우선 비례의 원칙에 합당하기 위해서는 국민의 권리를 제한하는 내용의 규범이 그로써 달성하려고 하는 목적에 적합하여야 한다(적합성의 원칙). 달성하려고 하는 공익목적과⁵²⁾ 직접적으로 관련이 없는 규제를 가하는 것은 이 원칙에 어긋나는 것이다. 다음으로 공익목적의 달성에 적합한 규제수단들이라고 할지라도 그 가운데 국민의 자유

와 권리를 필요한 범위 내에서 최소한으로 제한하는 수단을 택하여야 한다(필요성의 원칙, 최소침해의 원칙). 마지막으로 그 수단들 중에서는 상대적으로 가장 최소한의 제한을 가하는 것이라고 하더라도 그것은 달성하려고 하는 공익과 적절한 비례관계가 유지되도록 하여야 한다. 제한받는 자유의 정도가 그로 인해 추구되는 공익보다 큰 경우에는 당해 조치를 취해서는 안된다. 제한의 정도가 클수록 그에 비례해서 공익의 절박성·필요성도 커야 한다(협약의 비례의 원칙, 상당성의 원칙). 이러한 삼중三重의 제한을 충족시키지 못하는 규제를 내용으로 하는 법령은 엄격히 말해 위헌 무효인 것이다.

헌법재판소도 “국가작용, 특히 입법작용에 있어서 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본 원칙 내지 입법활동의 한계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권 제한의 조치가 입법목적의 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 가능한 한 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해 최소화성), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교·교량할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이고, 우리 헌법은 제37조 제2항에서 입법권의 과잉금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있다”고 판시한 바 있다.⁵³⁾

2) 직업의 자유

행정규제 특히 국민의 경제활동의 규제와 가장 관련 깊은 권리가 직업의 자유이다. 헌법 제15조는 직업의 자유를 보장하고 있다. 직업의 자유는 직업선택의 자유와 직업행사의 자유를 포함한다. 직업‘선택’의 자유와 직업‘행사’의 자유의 구분은 그의 제한과 관련하여 중요한 의미가 있다. 직업의 자유를 제한하는 데 있어서도 어떤 직업선택 자체를 제한하는 것은 선택된 직업을 행사하는 방법을 제한하는 경우보다 훨씬 엄격한 전제조건이 충족되어야 하는 것이다.

직업의 자유의 제한에 관해서는 ‘삼단계론Dreistufenlehre’이 있다. 이는 독일의 연

52) ‘대표적 공익’을 의미하는 ‘국가안전보장, 공공복리, 질서유지’라는 것이 추상적인 개념으로서 ‘공익’ 그 자체가 남용될 소지가 있다는 점도 간과해서는 안된다. 막연한 ‘공익’이어서는 안되고 구체적으로 어떠한 것인지가 확실하여야 한다. 예를 들면 과거 주유소의 거리제한도 그것이 과연 어떠한 공익을 위한 것이었는지 명확하지 않은 것이다. ‘공익’을 정확하게 판단하는 것은 결국 입법기관 및 행정기관의 자질에 달려 있지만, 법령에서 추구하는 공익이 과연 타당한 것인지의 여부는 헌법재판소가 최종적으로 심사하여 통제할 수밖에 없을 것이다.

53) 헌재 1992. 12. 24, 92헌가8.

방헌법재판소의 1958년의 소위 ‘약국판결藥局判決, Apothekenurteil’⁵⁴⁾ 이후 판례를 통해 확립된 것이다. 직업의 자유를 제한해야 하는 경우에 그 제한의 방법에 있어서 3단계로 나누어서 기본권의 제한의 정도가 가장 약한 단계의 방법을 택해야 하고, 그것으로서 불가능한 경우에만 다음 단계의 방법을 택할 수 있다는 것이다.

첫 단계는 직업행사의 자유를 제한하는 것이다. 이에 속하는 것으로서 대표적인 것이 영업시간의 제한, 개인택시의 부제 영업, 택시 합승행위의 금지, 미성년자 출입의 금지 등을 들 수 있다. 이 단계에서는 국가는 헌법 제37조 제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리 등을 위하여 필요한 범위 내에서 합리적인 고려하에 합목적적인 방법으로 직업행사를 제한할 수 있는데, 이 단계에서는 입법자에게는 상대적으로 폭넓은 재량이 인정된다.

첫 단계인 직업행사 방법을 제한하는 조치로써 목적달성이 불가능한 경우에 다음 단계로서 직업‘선택’ 자체를 제한하는 것을 고려할 수 있다.⁵⁵⁾ 그런데 직업선택의 자유는 특별히 중요한 공동체 이익을 보호하기 위하여 필연적으로 요구되는 것에 한한다. 개인의 자유와 관련 공익을 신중하게 형량하여 그러한 제한이 불가피한 경우에 한해서 개인의 자유가 최소한 침해하는 방식으로 제한할 수 있는 것이다. 직업선택의 자유를 제한하는 방법에는 주관적인 요건충족을 전제로 하여 직업선택을 허용하는 방법이 있고, 다음으로 객관적인 요건을 전제로 하는 경우가 있다.

3단계 중 제2단계는 주관적 요건으로서 직업선택의 자유를 제한하는 것이다. 일정한 능력 내지는 자격을 갖추는 것을 전제조건으로 하여 이를 충족시키는 자에게만 일정한 직업을 가질 수 있게 하는 것이다. 주관적 요건이란 개별적인 직업지원자가 그 요건의 충족에 영향을 미칠 수 있는 것을 의미한다. 직업의 성격상 전문지식·기술·숙련 등이 요구되고, 그러한 것이 없이는 그 직업의 행사가 불가능하거나, 불합리하거나, 일반 국민에게 위험이나 불이익을 야기할 수 있기 때문에 일정한 시험에 합격한 자만이 그 직업을 선택할 수 있게 하는 경우가 이에 해당한다. 각종 자격시험제도가 바로 여기에 속하는 것이다. 주관적 요건에 의한 직업선택의 제한은 중요한 공동체이익을 보장하는 데 이바지하는 경우에만 허용된다. 또한 이 경우에도 주관적인 요건은 그것으로 추구되는 목적과 불균형 상태에 있지 않아야 한다는 의미에서 비례의 원칙이 적용된다.⁵⁶⁾

54) BVerfGE 7, 377ff.

55) 예를 들면 과거에는 누구나 보통1종 운전면허만 있으면 택시운전사가 될 수 있었다. 다만 택시운전을 하는 데 있어서 합승행위의 금지, 운전제복의 착용 등을 요구하였다. 즉 직업선택의 자유는 제한하지 아니하고 직업행사의 자유를 제한하였던 것이다. 그러나 택시운전사들이 손님들에 대해 범죄행위를 하는 등 여러 문제가 생기자 택시운전사도 자격제도를 도입하여 직업선택의 자유를 제한하고 있다.

56) BVerfGE 7, 377(407).

마지막 제3단계는 직업선택의 자유를 어떤 객관적인 전제조건과 결부시킴으로써 제한하는 것이다. 사업소 상호간의 거리를 제한하거나 일정 지역의 사업자의 수를 제한하여 영업허가를 하는 경우가 이에 속한다. 주관적인 전제조건은 기본권 주체가 스스로 충족시킬 수 있는 것인 반면에, 객관적인 전제조건은 기본권 주체와는 무관하여 그것의 충족에 아무런 영향을 미칠 수 없는 까닭에, 이 경우는 기본권 제한의 심각성이 그만큼 크다(후술하는 구체적 사례 참조). 따라서 매우 중대한 공익에 대한 위험이 심각하며 그 가능성이 거의 확실하여 이를 방지하기 위하여 불가피한 경우에만 예외적으로 허용될 수 있는 것이다.

예를 들면 동일 업종의 적정분포를 위해 공중목욕장업 상호간의 거리를 제한하는 것은 위헌이었으며,⁵⁷⁾ 동일한 관점에서 과거에 시행되었던 주유소간의 거리제한도 사실 그것으로 달성하려고 하는 공익목적이 불명확하고 공익을 위한 것이라고 하더라도 위와 같은 관점에서 볼 때 위헌적인 것이었다고 할 것이다.⁵⁸⁾ 헌법재판소는 법무사법시행규칙 제3조 제1항의 '법원행정처장이 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정된 경우'라는 규정은 국민이 충족할 수 있는 전제조건이 아니며, 그로 인해 일반 국민에게는 법무사 직업선택의 길이 봉쇄되고 특정 집단에게만 열려 있게 되므로 위헌이라고 판결하였다.⁵⁹⁾

결국 위 3단계론은 일반 법원칙인 비례의 원칙을 직업의 자유의 제한에 적용한 것이다. 여기서 유의해야 할 것은 위 3단계 가운데 어느 단계로써 직업의 자유를 제한할 것인지를 정하는 데뿐만 아니라, 각 단계 내에서도 다시 비례의 원칙은 적용된다는 것이다. 직업행사의 제한의 단계에 있어서도 영업시간이나 영업일수를 제한하는 경우에 있어서도 비례의 원칙을 지켜야 하고 제한의 정도가 지나쳐서는 안된다. 제2단계의 주관적인 요건도 직업의 내용에 비해 지나치게 어려워서는 안되고, 또한 직업선택 자체를 제한함으로써 인해 기본권의 제한 정도가 훨씬 심각하기 때문에 주관적인 요건 및 제한의 방식을 정하는데 있어서도 입법자의 재량의 폭이 앞 단계에 비해 훨씬 좁게 인정된다.⁶⁰⁾

3) 행정규제기본법

행정규제에 관한 기본적인 사항을 규정하여 불필요한 행정규제를 폐지하고 비효율적인 행정규제의 신설을 억제함으로써 사회·경제활동의 자율과 창의를 촉진하여 국민의 삶의 질을 높이고 국가경쟁력의 지속적인 향상을 도모함을 목적으로 제정된 행정규제

57) 대판 1963. 8. 22. 63누97.

58) 김남진, 『행정법 II』, 1995, 588쪽.

59) 헌재 1990. 10. 15., 89헌마178.

60) Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1992, S.737.; 김남진, 앞의 책, 589쪽.

기본법(제정 1997. 8. 22 법률 제5368호)은 위와 같은 헌법원칙에 입각하여 다음과 같이 규정하고 있다.

제5조 : ① 국가 또는 지방자치단체는 국민의 자유와 창의를 존중하고, 규제를 정하는 경우에도 그 본질적 내용을 침해하지 아니하도록 하여야 한다.

② 국가 또는 지방자치단체는 국민의 생명·보건과 환경 등을 보호하기 위한 규제를 실효성 있게 정하여야 한다.

③ 규제의 대상과 수단은 규제의 목적을 실현하는 데 필요한 최소한의 범위 안에서 가장 효과적인 방법으로 객관성·투명성 및 공정성이 확보되도록 설정되어야 한다.

제7조 : ① 중앙행정기관의 장은 규제를 신설 또는 강화(규제의 존속기한 연장을 포함한다)하고자 할 때에는 다음 각호의 사항을 종합적으로 고려하여 규제영향분석을 하고 규제영향분석서를 작성하여야 한다.

1. 규제의 신설 또는 강화의 필요성
2. 규제목적의 실현 가능성
3. 규제의 대체수단의 존재 및 기존 규제와의 중복 여부
4. 규제의 시행에 따라 규제를 받는 집단 및 국민이 부담하여야 할 비용과 편익의 비교분석
5. 경쟁제한적 요소의 포함 여부
6. 규제 내용의 객관성과 명료성
7. 규제의 신설 또는 강화에 따른 행정기구·인력 및 예산의 소요
8. 관련 민원사무의 구비서류·처리 절차 등의 적정 여부

제8조 : ① 중앙행정기관의 장은 규제를 신설 또는 강화하고자 할 때에 계속하여 존속시켜야 할 명백한 사유가 없는 규제에 대하여는 존속기한을 설정하여 당해 법령 등에 명시하여야 한다.

② 규제의 존속기한은 규제의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 기간 내에서 설정되어야 하며, 그 기간은 원칙적으로 5년을 초과할 수 없다.

4) 사법시험제도의 위헌성

위와 같은 관점에서 볼 때 국민의 권리와 자유를 과잉으로 제한하고 있기 때문에 위헌인 제도로써 단적인 예가 현행의 사법시험제도이다. 우리나라의 법조인을 배출하는 시험제도를 정하고 있는 규범이 위헌인 내용을 가지고 있음에도 불구하고 여전히 통용되고 있는 것은 아이러니가 아닐 수 없다.⁶¹⁾ 이를 구체적으로 설명하면 다음과 같

61) 이에 관해 상세한 것은 고영훈, 「사법시험제도의 헌법상의 문제점과 개선방향」, 『공법연구』, 제23권 2호, 1995, 6, 66쪽 이하 참조.

다.

① 사법시험의 본질

현재 사법시험 자체에 관해 정하고 있는 법률은 없으며 사법시험제도의 근거가 될 수 있는 법률은 법원조직법 제42조 제3항 제1호, 검찰청법 제30조, 변호사법 제4조이다. 이들은 각각 지방법원의 판사, 검찰관, 변호사 등의 자격에 관한 규정으로서 판사 등은 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자나 다른 법조인 자격이 있는 자가 될 수 있도록 정하고 있다.⁶²⁾ 사법시험제도에 관해 직접 규정하고 있는 것은 대통령령인 사법시험령이며, 동령同令 제1조에 의하면 사법시험은 ‘판사·검사·변호사 또는 군법무관이 되려는 자에게 필요한 학식과 능력의 유무를 검정하기 위한’ 것이다.

이처럼 사법시험제도는 본질적으로 행정고시나 외무고시와는 달리 자격시험이지 결코 임용시험이 아니다. 행정고시나 외무고시 등은 국가가 일정한 수를 공무원으로 임용하기 위한 시험인 반면에 사법시험은 일정한 자질과 능력이 있는 자에게 일단 법조인이 될 자격을 부여하는 시험이라고 볼 수 있다.⁶³⁾ 사법시험제도는 ‘과거제도’에 그 뿌리를 두고 있다고 할 수 있을 것이며, 예전에는 ‘고등고시 사법과’라고 하여 판·검사를 선발하기 위한 시험으로 인식되어 고급 행정공무원을 채용하기 위한 ‘고등고시 행정과’와 본질적으로 다름이 없는 것으로 여겨졌다. 현행 사법시험제도가 도입된 이후에도 한동안은 사법시험합격자를 거의 전원 판사나 검사로 임용하였기 때문에 판·검사의 임용시험처럼 인식되었다. 그러나 오늘날에는 사법시험을 합격하고 사법연수원을 수료하면 일단 변호사의 자격은 주어지게 되며, 그 중에서 판사나 검사를 임용하고 있다. 따라서 사법시험은 본질적으로 변호사 자격시험인 것이다. 결국 사법시험은 건축사·의사·약사·공인회계사·조리사·미용사 등의 자격을 부여하기 위한 각종 자격시험과 본질적으로는 전혀 다를 바 없는 것이다.⁶⁴⁾

62) 법원조직법 42조 제3항 제1호(지방법원 판사 등의 자격) ; 1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자. 2. 검사 또는 변호사의 자격이 있는 자.

변호사법 제4조(변호사의 자격); 1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자. 2. 판사 또는 검사의 자격이 있는 자.

검찰청법 제30조(검찰관의 자격); 1. 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정 과정을 마친 자. 2. 판사 또는 변호사의 자격이 있는 자.

63) 사법시험에 합격하였다고 하여 바로 변호사 등이 되는 것이 아니라, 사법연수원의 연수를 거쳐야 하기 때문에, 엄격하게 말한다면 사법시험은 형식적으로는 사법연수원생이 되기 위한 시험에 불과하다고 할 수도 있다. 그러나 사법연수원의 교육은 현실적으로 연수 내지는 보충 교육으로서의 성격이라고 할 수 있으므로 사법시험이 사실상의 자격시험이라고 보아도 무방할 것이다.

64) 사법시험에 합격하여 사법연수원의 소정의 과정을 마친 자가 변호사가 될 수 있고(변호사법 제4조), 사법연수원생은 법원조직법 제72조에 따라 별정직 공무원의 신분을 갖는다는 이유로 사법시험을 자격시험이 아닌 ‘공무원임용시험’이라고 하고 심지어 사법시험제도를 “직업선택의 자유를 제한한 것이라고 볼 수 없다”고 하면서 사법시험령의 합헌성을 애써 인정하려고 하는 견해가 있다(김용섭, 「법규명령론의 재검토」, 『행정법연구』, 1997, 행정법이론실무연구회, 129쪽 이하). 그러나 이는 실질과 부합되지 않는 지극히 형식논리적인 것이다. 사법연수

② 사법시험의 위헌성

합격정원제도

자격시험이라는 것은 어떤 활동 내지는 직업이 그 성격상 일정한 자질과 능력이 인정되는 자에게만 허용되어야 할 경우에, 그 자질과 능력을 측정하여 일정한 수준에 도달하는 자에게만 그 자격을 인정하는 시험이다. 이는 국민의 직업의 자유를 제한하는데 있어서 제2단계인 주관적인 요건 충족을 전제로 하여 직업선택을 허용하는 경우에 해당한다.

변호사로서의 직업을 행사하기 위하여 상당한 법률지식을 필요로 하고 변호사의 역할이 개인의 권리의 사전보호 및 사후구제와 법치국가의 확립에 중요하기 때문에 사법시험제도의 필요성과 정당성은 인정된다. 그러나 각종 자격제도라는 것은 본래 국민의 권리인 직업의 자유를 공공복리 또는 질서유지를 위해 일반적으로 금지시킨 다음 일정한 요건을 충족한 경우에 원래의 자유를 회복시켜 주는 것에 불과하다. 그것은 국가의 혜택이 아니다.

공무원의 임용은 사기업체의 사원 모집의 경우와 마찬가지로 필요에 의해 사전에 정해진 일정한 수만큼 선발하는 것이기 때문에 상대적 평가를 할 수밖에 없다. 공무원의 임용은 소수 국민에 대한 일종의 특별한 혜택인 셈이다. 반면 변호사 자격인정의 경우에는 국가는 변호사로서의 자질과 능력을 갖춘 사람에게는 변호사의 자격을 부여하여야 할 의무가 있는 것이다. 그 자질과 능력이라는 것도 변호사로서의 업무수행과 관련이 있어야 하며 또한 그러한 능력과 자질을 갖추고 이를 입증하는 것이 변호사로서의 업무 내용에 비추어 지나치게 쉽거나 어렵지 않아야 함은 물론이다. 마치 의사 시험이 지나치게 쉬워서 의사로서의 능력이 부족함에도 불구하고 의사가 될 수 있게 해서는 안되고, 거꾸로 의사가 되기 위한 충분한 지식을 갖추었음에도 불구하고 의사가 될 수 없도록 해서는 안되는 것과 마찬가지이다. 자격시험에 있어서 능력과 자질의 평가라는 것은 본질적으로 상대적 평가는 있을 수 없는 것이다. 즉 일정한 숫자의 합격자를 미리 정해 놓고 선발한다는 것은 자격시험의 근본 취지에 맞지 않는다. 능력 여부와 합격 인원과는 아무런 관련이 없다.⁶⁵⁾

원생의 연수는 국가가 담당하고 있기 때문에 연수를 효율적으로 수행하며 연수생들을 통제하고, 그에 상응하여 일정한 수당을 지급하기 위하여 연수기간 동안 별정직 공무원의 신분을 부여하는 것일 뿐이다. 그럼에도 불구하고 사법시험을 사법연수원생이라는 공무원 선발시험으로 보는 것은 실질을 왜곡하는 것으로서 그 의도가 무엇인지 모르겠다. 자격시험으로 볼 경우에는 시험합격자를 소수로 제한하는 것이 헌법적으로 문제가 될 수 있는 반면 임용시험으로 보면 소수로 제한하는 것을 합리화시킬 수가 있다는 점에서 이 문제는 중요한 것이다.

65) 동지同旨, 이기우, 「직업의 자유에 대한 제한의 한계」, 한국법학교수회(편), 『법학교육과 법조 실무』, 1992, 137쪽. 그런데 이기우 교수가 사법시험의 합격정원제를 상술한 '3단계론'의 제3단계인 객관적인 요건충족을 전제로 한 직업의 자유의 제한이라고 보는 것은 동의하기 어렵다. 합격정원이라는 것은 일정 지역의 사업자의 총수를 제한하는 것과는 달리 개인이 노력하

따라서 자격검증시험인 사법시험의 합격자를 사전에 정하는 것은 위헌이다. 시험의 형식은 여하간에 시험을 통해 측정하는 능력이 일정한 수준에 도달한 자는 변호사 자격을 인정해야 한다. 합격자 수를 사전에 정하는 경우 불합격자 중에도 변호사의 직업을 선택할 능력과 자질이 있는 사람은 얼마든지 있을 수 있으며, 거꾸로 합격자 중에도 변호사로서의 자격이 없는 사람이 있을 수 있는 것이다.

소수의 합격정원

가) 문제점

상술한 바와 같이 사법시험은 주관적인 요건의 충족을 전제로 한 직업선택의 자유를 제한하는 것이다. 이때 주관적 요건의 충족이라는 것은 시험의 합격을 의미함은 물론이다. 시험의 성격이 자격시험임에도 불구하고 선발인원을 사전에 정하고 있는 것 자체가 이미 문제가 있다는 것 외에도, 선발인원을 지나치게 소수로 정함으로써 시험에 합격하기가 지나치게 어렵게 하고 있는 것도 헌법상 문제가 있다. 자격시험은 자격을 인정하기 위한 것일 뿐이므로, 소수를 선발할 수밖에 없는 공무원의 채용시험과는 달리 지나치게 어려워서는 안된다. 자격을 인정하는 데 있어서 자격 인정의 난이도는 그것으로 추구되는 목적과 불균형 상태에 있지 않아야 한다. 상술한 바와 같이 직업선택의 제한은 직업행사의 제한과는 달리 기본권의 침해강도가 크기 때문에 불가피한 경우에만 도입하되, 그러하더라도 그 제한 정도는 필요한 최소한의 것에 그쳐야 하는 것이다. 이는 비례의 원칙상 당연한 것이며, 이를 헌법 제37조 제2항도 명시하고 있다. 따라서 시험을 통한 자격 인정은 지나치게 어려워서도 안되는 것이다.

현재와 같이 소수만을 선발하는 것이 헌법 제37조 제2항에서 열거하고 있는 ‘국가안전보장·질서유지 또는 공공복리’ 중 어느 것을 위한 것인지 알 수 없다. 또한 그것이 긍정된다고 하더라도 필요한 경우에 한하여 최소한으로 국민의 자유와 권리를 제한하여야 한다는 원칙에 어긋나서는 안되는 것이다. 그러한 관점에서 사법시험 합격자를 지나치게 소수로 제한하는 것은 위헌이라고 할 수 있다.⁶⁶⁾ 사법시험의 응시자격은 제한하지 않음으로써 짐짓 국민의 직업선택의 자유를 넓게 인정하는 것처럼 하면서, 합격인원을 사전에 소수로 정하는 것은 대단한 모순이 아닐 수 없다.

나) 소수선발 주장에 대한 반론

현재처럼 소수만을 선발해야 한다거나 심지어는 현재보다도 더 적은 숫자를 합격시켜야 한다는 것은 주로 기존 법조인들이 주장하는 바인데, 그 이유로서는 법조인의 과

면 그 안에 들 수 있는 것이기 때문에, 개인과 무관하고 스스로 충족할 수 없는 객관적인 조건은 아니라고 할 것이다.

66) 사법시험령에는 선발인원을 확정하고 있지는 않고 ‘선발예정인원은 매시험 시행시에 총무처 장관이 법무부 장관 및 법원행정처 장의 의견을 들어 정하되, 그 수를 일정 범위의 수로 할 수 있다’고 하고 있다.

잉공급 우려, 합격자의 질적 저하의 우려, 법과대학의 사법시험교육으로의 전락위험, 개업변호사의 과잉공급 및 과잉경쟁 등을 거론한다.⁶⁷⁾

그러나 이는 단지 사실 문제에 관한 것이지 규범에 관한 것이 아니다. 헌법규범에 입각한 것이 아니다. 사실에 관한 옳고 그름은 판단하기 어려운 경우가 많아서 끊임없는 논쟁으로 이어질 뿐이다. 그러한 사실적인 측면을 강조한 주장도 그 설득력이 없어 보인다.

우선 법조인의 과잉공급을 우려하지만, 어떤 직업의 수요공급의 균형 문제는 국가가 아닌 그 직업을 선택하려고 하는 자가 스스로 판단할 것이다. 이는 다른 자격시험의 경우에도 마찬가지이다. 요즈음 사법시험 응시자가 2만 명을 넘었다는 것은, 바로 법조인이라는 직업을 택하기를 원하는 국민들 중에서 최소한 적극적인 지원자들은⁶⁸⁾ 법조 인력의 수요에 비해 공급이 현저하게 부족하다고 생각한다는 것을 반증하는 것이다. 이는 지극히 단순한 논리이다.

또한 법조인의 질적 저하를 우려하는 것도 설득력이 없다. 우리나라 법학의 학문 및 교육의 질적 수준이 그동안 매우 높아 졌고, 앞으로도 그러하리라는 것은 부인할 수 없는 사실이며, 이는 단순히 법학 교과서만 보더라도 알 수 있는 것이다. 질의 강화는 교육의 개선과 함께 사법시험문제의 출제방식·수준·합격 점수로써 할 것이지 합격인원의 제한으로 할 것이 아니다.

법과대학의 사법시험교육으로의 전락 위험을 운운하는 사람은 결국 법과대학의 교육은 사법시험 합격을 위한 교육이 되어서는 안된다는 것을 주장하는 것으로서, 이는 사법시험제도가 잘못되었다는 것을 스스로 시인하고 있는 것이다. 현재 법학교육이 문제가 많다고들 하지만 사실 현재의 법학교육은 크게 잘못된 것이 없다고 생각한다. 고등학교의 교육에 있어서 여러 문제의 근본 원인은 잘못된 대학입시제도에 있다고 할 수 있다. 마찬가지로 법학교육이 굳이 문제가 있다고 한다면 이는 사법시험의 출제방식·소수의 합격자 등 결국 사법시험제도 자체가 잘못되었기 때문인 것이다. 의학교육의 일차적이고 근본적인 목적은 훌륭한 의사의 양성인 것과 마찬가지로 법학교육의 근본적인 목적은 독일이나 한국에서나 동일하게 명실상부한 법률전문가를 양성하는 것임은 지극히 당연하다.

또한 개업변호사의 과잉공급 및 과잉경쟁도 설득력이 적다. 국가가 개업변호사의 과

67) 박정근, 「사법시험 합격자의 점진적 증원의 필요성」, 한국법학교수회(편), 『법학교육과 법조실무』, 1992, 121쪽.

68) 사실 법조인이 되려고 희망하는 자들은 사법시험 응시자인 2만 여 명에 불과하다고 할 수 없고 그보다 훨씬 많다고 보아야 할 것이다. 사법시험이 지나치게 어렵기 때문에 아예 응시를 하지 않거나 중도에 포기한 숫자가 오히려 더 많기 때문이다.

잉공급이나 과잉경쟁을 조절할 필요는 없다. 또한 법률전문가는 반드시 개업변호사로서 활동해야 하고 일정한 수준의 수입이 보장되어야 한다는 논리는 더욱 타당하지 않다. 개업변호사가 공급과잉이면 공무원이 되거나 회사에 취직하면 되는 것이다. 법치주의가 제대로 정착되기 위해서는 법률전문가가 공무원으로서 많이 진출해야 되는 것이며, 그 타당성은 행정소송에 있어서 국가나 지방자치단체의 높은 패소율이 실증하고 있다. 병의 경우에도 치료보다는 예방이 중요하듯이 법률전문가는 소송사건의 해결만을 위한 것이 아니라 소송의 예방에 더욱 기여를 하여야 하는 것이다.

5) 판례

① 평등권 및 직업의 자유 위반

법무사법시행규칙

가) 사건개요

법무사법 제4조 제1항 제1, 2호는 법무사의 자격에 관하여 규정하고 있는데 같은 법률 조항 제1호는 “7년 이상 법원·헌법재판소·검찰청에서 법원주사보나 검찰주사보 이상의 직에 있던 자 또는 5년 이상 법원·헌법재판소·검찰청에서 법원사무관이나 검찰사무관(검찰의 수사사무관을 포함한다) 이상의 직에 있던 자로서 법무사 업무의 수행에 필요한 법률 지식과 능력이 있다고 대법원장이 인정한 자”라고 규정하고 같은 법률 조항 제2호는 “법무사 시험에 합격한 자”라고 규정하고 있다. 그리고 법무사법 제4조 제2항은 제1항 제1호의 규정에 의한 법무사의 자격 인정 및 제1항 제2호의 규정에 의한 “법무사 시험의 실시에 관하여 필요한 사항은 대법원규칙으로 정한다”라고 규정하고 있으며, 이 위임규정에 의하여 법무사법시행규칙 제3조는 법무사 시험에 관하여 규정하였는데 그 제1항은 “법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사 시험을 실시할 수 있다”라고 규정하고 있다.

나) 판결 내용

법무사법 제4조 제2항이 대법원규칙으로 정하도록 위임한 이른바 “법무사시험의 실시에 관하여 필요한 사항”이란 시험과목·합격기준·시험실시방법·시험실시시기·실시횟수 등 시험실시에 관한 구체적인 방법과 절차를 말하는 것이지 시험의 실시 여부까지도 대법원규칙으로 정하라는 말은 아니다. 그럼에도 불구하고 법무사법시행규칙 제3조 제1항은 “법원행정처장은 법무사를 보충할 필요가 있다고 인정되는 경우에는 대법원장의 승인을 얻어 법무사 시험을 실시할 수 있다”라고 규정하였는 바, 이는 법원행정처장이 법무사를 보충할 필요가 없다고 인정하면 법무사 시험을 실시하지 아니해도 된다는 것으로서 상위법인 법무사법 제4조 제1항에 의하여 청구인을 비롯한 모든 국

민에게 부여된 법무사 자격취득의 기회를 하위법인 시행규칙으로 박탈하고 법무사업을 법원·검찰청 등의 퇴직공무원에게 독점시키는 것이 되며, 이는 결국 대법원이 규칙 제정권을 행사함에 있어 위임입법권의 한계를 일탈하여 청구인이나 기타 법무사 자격을 취득하고자 하는 모든 국민의 헌법 제11조 제1항의 평등권과 헌법 제15조의 직업선택의 자유를 침해한 것이다.⁶⁹⁾

식품제조 영업허가기준

가) 사건개요

식품 또는 첨가물의 제조업 등으로서 대통령령이 정하는 영업을 하고자 하는 자는 보건사회부 장관 등의 허가를 받아야 하며(구 식품위생법 제23조 제1항 제22조 제1항), 보존음료수 제조업은⁷⁰⁾ 위 허가를 받아야 하는 영업에 속한다(구 식품위생법시행령-1986. 11. 11. 대통령령 제12,000호로 전문 개정되기 전의 것-제9조 제1항 제28호). 그런데 공익상 그 허가를 제한할 필요가 있다고 인정되어 보건사회부 장관이 지정하는 영업 또는 품목은 허가를 할 수 없고(구 식품위생법 제23조의 3 제4호나 신법 제24조 제1항 제4호), 보건사회부 장관은 이에 따라 식품제조 영업허가기준(1985. 3. 11. 보건사회부고시 제85-17호)을 제정하였는 바, 이 고시 제2조 제4호 및 제1조 제6호는 보존음료수 제조업의 허가를 금지하되, 다만 제품을 전량 수출하거나 주한외국인에게만 판매하여야 하는 경우에만 그 허가를 할 수 있도록 규정하고 있었다.

문제의 핵심은 위 고시의 법적 성격 그리고 고시가 정하고 있는 내용이 헌법에 명시된 직업의 자유를 침해하여 위헌인지의 여부이다.

나) 판결 내용

㉞ ‘식품제조 영업허가기준’이라는 고시는 공익상의 이유로 허가를 할 수 없는 영업의 종류를 지정할 권한을 부여한 구 식품위생법 제23조의 3 제4호에 따라 보건사회부 장관이 발한 것으로서, 실질적으로 법의 규정 내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가진 것이다.

㉟ 위 고시에 정한 허가기준에 따라 보존음료수 제조업의 허가에 붙여진 전량 수출 또는 주한외국인에 대한 판매에 한한다는 내용의 조건은 이른바 법적 부관으로서 행정청의 의사에 기하여 붙여지는 본래의 의미에서의 행정행위의 부관은 아니므로, 이와 같은 법적 부관에 대하여는 행정행위에 부관을 붙일 수 있는 한계에 관한 일반적인 원칙이 적용되지 않는다.

69) 헌재 1990. 10. 15. 89헌마178.

70) 1991년 3월 11일 식품위생법시행령이 개정됨에 따라 보존음료수 제조업이 광천음료수 제조업으로 그 명칭과 내용이 변경되었다.

㉔ 위 고시가 헌법상 보장된 기본권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반될 때에는 위 고시는 효력이 없는 것으로 볼 수밖에 없으므로, 원고들이 위 고시에 따라서 지게 되는 의무를 이행하지 아니하였다는 이유로 원고들에 대하여 과징금을 부과하는 제재적 행정처분을 하는 것은 위법하다 할 것이고, 국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없음은 헌법 제37조 제2항(위 고시가 시행될 당시 시행 중이던 구 헌법 제35조 제2항도 같다)이 규정하고 있는 바인데, 위 고시는 공익을 위하여 필요한 경우에는 영업 등의 허가를 제한할 수 있다는 구 식품위생법의 관계 규정에 따라 발하여진 것이므로, 보존음료수 제조업의 허가를 제한할 수 있는 법률상의 근거는 있다고 할 것이지만, 위 고시가 국민의 기본권을 제한하는 것으로서 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 것이 아니거나, 또는 필요한 것이라고 하더라도 국민의 자유와 권리를 덜 제한하는 다른 방법으로 그와 같은 목적을 달성할 수 있다든지, 위와 같은 제한으로 인하여 국민이 입게 되는 불이익이 그와 같은 제한에 의하여 달성할 수 있는 공익보다 클 경우에는 이와 같은 제한은 비록 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해하는 것이 아니더라도 헌법에 위반되는 것이다.

㉕ 헌법 제15조는 국민의 기본적 인권의 하나로서 직업선택의 자유를 보장하고 있는데, 이 규정에 의하여 보장되는 자유 가운데에는 본래의 의미에서의 직업선택의 자유뿐만 아니라 선택한 직업에 종사하면서 그 활동의 내용 등에 관하여도 원칙적으로 자유로이 결정할 수 있는 직업활동의 자유도 포함된다 할 것이고, 직업은 그 종류 성질 내용 사회적 의의 및 영향이 각양각색이어서 그 규제를 요구하는 사회적인 이유나 목적도 천차만별이고 그 중요성도 꼭 같지 않아 직업의 자유에 대한 제한도 구체적인 경우에 따라 다양한 형태를 취하게 되기 때문에 그것이 위헌인지의 여부도 일률적으로 논할 수는 없고 구체적인 제한조치에 관하여 제한의 목적 필요성 내용과 그것에 의하여 제한되는 직업의 자유의 성질 내용 및 제한의 정도 방법 등을 검토하고 이들을 비교 교량하여 신중하게 결정하여야 할 것이며, 직업의 자유에 대한 제한이 직업의 선택 자체는 제한하지 않으면서 직업활동의 내용이나 태양만을 제한하는 것일 때에는 직업선택의 자유를 제한하는 것보다는 제한의 정도가 가볍다고 할 것이고 따라서 자유를 제한하는 것처럼 보이더라도 실질에 있어서는 직업선택의 자유를 제한하는 것과 다를 바가 없을 정도로 직업활동의 자유를 크게 제한할 경우에는 그 제한의 합리성을 쉽게 긍정하여서는 안되고, 개인의 자유보다 우월한 매우 중요한 공공의 이익을 보호하기 위하여 그와 같은 제한이 필요하다고 인정되는 경우에만 그 제한을 합헌적인 것으로 보아야 한다.

㉖ 보존음료수의 국내판매를 금지함으로써 잠재적인 판매시장의 거의 대부분을 폐쇄한다는 것은 실질적으로 보존음료수 제조업의 허가를 전면적으로 허용하면서 그 허가

의 요건을 한정하는 것(이는 직업선택의 자유를 제한하는 경우에 해당한다)에 못지않은 큰 제한으로서, 직업선택의 자유를 제한하는 것과 다를 바 없는 영업의 자유에 대한 중대한 제한이고, 영업의 자유를 제한하는 내용에 있어서도 국내 판매를 완전히 금지하여 어느 경우에도 예외를 인정하지 않고 있으므로, 그 제한의 정도가 절대적인 것이어서 직업의 자유를 심하게 제한하고 있다고 하지 않을 수 없다.

㉔ 계층간의 위화감이라고 하는 것은 일종의 상대적 박탈감, 즉 보존음료수의 국내 판매를 허용하게 되면 그로 인하여 종전에 수돗물을 마셨고 앞으로도 보존음료를 마실 형편이 안 되어 수돗물을 마실 수밖에 없는 사람들에게 직접적인 불이익을 주는 것은 아니지만, 그 사람들이 다른 사람들이 보존음료를 마시는 것을 보게 되면 그들과 비교하여 상대적으로 불이익을 입고 있다는 느낌을 가지게 된다는 취지로 이해되는 바, 이와 같은 현상은 그로 인하여 사회적으로 중대한 불안이 야기된다는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 자체를 법률로 규제할 성질의 것은 되지 못하므로, 위화감의 방지는 보존음료수의 국내 판매를 제한하는 근거가 될만한 정당한 목적이라고 할 수 없다.

㉕ 수돗물에 대한 국민의 불안감은 근본적으로 국민이 수돗물의 질을 믿지 못하는 데서 생긴다고 보아야 할 것이므로, 보존음료수의 국내 판매와 수돗물에 대한 국민의 불안감 사이에 연관성이 있다고는 인정되지 아니하며, 보존음료수의 국내 판매와 수돗물에 대한 국민의 불안감 사이에 연관성이 있는 것으로 인정된다고 하더라도, 그와 같은 이유만으로 보존음료를 주한외국인에게만 판매하도록 허용하고 국내 판매를 완전히 금지할 정도로 보존음료수 제조업의 허가를 받은 자들의 직업의 자유를 강력하게 제한하는 것을 정당한 것으로 볼 수 있을지도 의문이고, 보존음료수의 국내 판매를 금지하는 것이 수돗물에 대한 국민의 불안감을 해소시키기 위한 필요하고도 적절한 방법이라고 할 수 없으므로, 보존음료수의 국내 판매를 금지하는 것은, 보존음료수 제조업의 허가를 받은 자의 헌법상 보장된 기본권인 직업의 자유를 침해하는 것으로서 헌법에 위반될 뿐 아니라 식품위생법의 목적(제1조)에 비추어 보더라도, 보건사회부 장관이 구 식품위생법 제23조의 3 제4호나 현행 식품위생법 제24조 제1항 제4호에 따라 보존음료수 제조업의 허가를 받은 자의 직업의 자유를 제한하는 고시를 발한 것이, 질서유지나 공공복리를 위하여 꼭 필요하고 합리적인 것이라고 볼 수도 없으므로, 위 고시는 효력이 없다.

㉖ 인간이 자신이 먹고 싶은 음식이나 마시고 싶은 음료를 자유롭게 선택할 수 있다고 하는 것은 인간으로서의 행복을 추구하기 위한 가장 기본적인 수단의 하나로서 행복추구권의 중요한 내용을 이루고 있는 바, 수돗물에 대한 국민의 불안감을 방지한다는 공공의 목적과 보존음료수의 국내 판매를 금지함으로 인하여 국민의 행복추구권이 제한되는 결과를 비교하여 본다면, 행복추구권이 제한되거나 침해됨으로 말미암아

국민이 입게 되는 손실이 더 크다고 할 것이므로, 이 점에서도 보존음료수의 국내 판매를 금지하는 것은 허용될 수 없다.

㉔ 헌법 제35조 제1항은 모든 국민은 건강하고 쾌적한 환경에서 생활할 권리를 가진다고 규정하고 있으므로(구 헌법 제33조도 거의 같은 취지로 규정하고 있다), 국민이 수돗물의 질을 의심하여 수돗물을 마시기를 꺼린다면 국가로서는 수돗물의 질을 개선하는 등의 필요한 조치를 취함으로써 그와 같은 의심이 제거되도록 노력하여야 하고, 만일 수돗물에 대한 국민의 불안감이나 의심이 단시일 내에 해소되기 어렵다면 국민으로 하여금 다른 음료수를 선택하여 마실 수 있게 하는 것이 국가의 당연한 책무이다.

㉕ 국민의 자유와 권리를 제한함에 있어서는 규제하려는 쪽에서 국민의 기본권을 보다 덜 제한하는 다른 방법이 있는지를 모색하여야 할 것이지, 제한당하는 국민의 쪽에서 볼 때 그 기본권을 실현할 다른 수단이 있다고 하여 그와 같은 사유만으로 기본권의 제한이 정당화되는 것은 아니다.

결론적으로 위 고시가 보존음료수 제조업의 허가를 받은 원고들이 보존음료수를 국내 판매하지 못하도록 금지하고 있는 것은, 헌법상 보장된 직업의 자유와 국민의 행복추구권을 침해하는 것으로서 헌법에 위반되어 효력이 없는 것이라고 할 수밖에 없고, 따라서 피고가 무효인 위 고시가 효력이 있는 것임을 전제로 원고들에 대하여 과징금을 부과한 이 사건 과징금부과처분은 위법하다.⁷¹⁾

② 조세법률주의 위반

과세액을 예측할 수 없는 경우

소득세법 제23조 제4항, 제45조 제1항 제1호가 양도소득세의 양도차익 계산의 기초가 되는 취득가액과 양도가액은 원칙적으로 기준시가에 의하도록 하고 예외적으로 대통령령이 정하는 경우에는 실지거래가액에 의하도록 규정하고, 구 소득세법시행령 제170조 제4항 제2호에 위 법률의 위임에 따라 실지거래가액이 적용될 경우의 하나로 ‘국세청장이 지역에 따라 정하는 일정 규모 이상의 거래, 기타 부동산투기의 억제를 위하여 필요하다고 인정되어 국세청장의 지정하는 거래에 있어서 양도 또는 취득 당시의 실지거래가액을 확인할 수 있는 경우’라고 규정하여 국세청장에게 실지거래가액이 적용될 부동산투기 억제를 위하여 필요하다고 인정되는 거래의 지정을 위임하면서 그 지정의 절차나 방법에 관하여는 아무런 규정을 두지 아니하였고, 이에 따라 국세

71) 대판 1994. 3. 8, 92누1728 동지판례: 대판 1987. 9. 29, 86누484; 1988. 5. 10, 87누1028; 1990. 5. 8, 89누8149.

청장이 재산제세조사사무처리규정 제72조 제3항에서 그와 같은 거래의 유형을 열거하고 있는 것인 바, 위 규정이 비록 훈령의 형식으로 되어 있다 하더라도 이에 의한 거래의 지정은 소득세법시행령의 위임에 따라 그 규정의 내용을 보충하는 기능을 가지면서 그와 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다고 보아야 할 것이다.

위 국세청훈령 제946호 제72조 제3항은 위 투기거래의 유형으로 그 제1호 내지 제4호에서 미등기 단기전매, 위장가공인거래, 선의실수요자 위장거래, 기타 이에 준하는 객관적으로 투기행위로 인정되는 거래 등 구체적인 각 거래 유형을 열거하고, 그 제5호에 ‘국세청장, 지방국세청장 및 세무서장의 부동산거래 특별조사나 관계 기관의 조사로 제1호 내지 제4호에 준하는 투기거래로 판명된 거래’를 규정하여, 제5의 경우 투기거래의 판단 주체를 과세관청으로 정하여 놓기는 하였으나 그 판단 기준은 과세관청의 자의적인 판단에 맡긴 것은 아니고, 동 조항 제1호 내지 제4호의 각 유형에 준하는 거래만을 투기거래로 할 수 있도록 명백히 제한하여 놓았음이 분명하므로, 위 제5호만은 제1호 내지 제4호와 달리 과세 요건을 명백하게 규정하지 아니하여 납세자의 법적 안정성을 해하는 것으로 조세법률주의에 위반된다거나 위임된 보충권한의 범위를 벗어난 무효의 규정이라고는 할 수 없을 것이다.⁷²⁾

그러나 1987년 1월 26일 국세청훈령 제980호로 위 재산제세조사사무처리규정 제72조 제3항이 개정되어 국세청장이 지정하는 투기거래를 제1호부터 제8호까지 열거하고 있으며, 그중 제8호는 제1호 내지 제7호 이외의 거래로서 ‘국세청장, 지방국세청장 또는 세무서장이 투기 억제에 관련한 세무조사와 양도소득세공정과세위원회의 자문을 거쳐 세무서장(또는 지방국세청장)이 투기거래로 인정한 때’를 위 투기거래의 하나로 규정하고 있는 바, 위 개정된 재산제세조사사무처리규정 제72조 제3항 제8호의 규정은 개정전의 제72조 제3항 제5호의 규정과는 그 내용을 달리하여 동 조항 제1호 내지 제7호의 규정이 투기거래의 유형을 구체적, 객관적으로 규정한 것에 비하여 거래자가 투기거래자인가의 여부를 식별하기 위한 기준을 명시하지 아니하고 과세관청의 주관적인 판단에 의하여 투기거래자로 인정되면 양도 또는 취득가액을 실지거래가액에 의한다고 함으로써 양도가액을 기준시가에 의할 것인가 실지거래가액에 의할 것인가를 결정함에 있어서 과세관청의 자의적인 재량을 허용하고, 반면 납세의무자로서 양도소득세의 부과처분 전에 자기에게 부과될 과세액을 전혀 예측할 수 없게 한 규정으로서, 이는 과세관청의 자의적인 재량을 배제하여 국민의 재산권이 부당하게 침해되는 것을 방지하고 국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 부여함을 목적으로 하는 조세법률주의의 원칙에 위배되는 무효의 규정이라고 할 것이고⁷³⁾ 이 규정을 근거로 부과처분을 할 수는 없다고 할 것이다.⁷⁴⁾

72) 대판 1987. 9. 29, 86누484; 1988. 5. 10, 87누1028; 1990. 5. 22, 89누1917 참조.

73) 대판 1990. 5. 8, 89누8149 참조.

74) 대판 1990. 7. 27. 90누3768. 동지: 대판 1991. 1. 15. 90누7234.

법률의 근거 없는 과세범위 확장

토지초과이득세법(‘법’이라고 약칭) 제8조 제3항은 토지초과이득세의 부과대상이 되는 유희토지 등이라도 “토지의 취득 후 법령의 규정으로 인한 사용의 금지, 지상건축물의 소실 도괴 기타 대통령령이 정하는 부득이한 사유로 유희토지 등에 해당하게 된 토지에 대하여는 제1항의 규정에 불구하고 대통령령이 정하는 기간 이를 유희토지 등으로 보지 아니한다”고 규정하고 있다. 이에 따라 법시행령(1992. 5. 30. 대통령령 제13655호로 개정되기 전의 것, ‘령’이라고 약칭) 제23조는 제3호 본문에서 건축물을 신축할 목적으로 토지(지상에 건축물이 정착되어 있지 아니한 토지에 한한다)를 취득한 경우에는 그 취득일부터 1년간 유희토지 등으로 보지 아니하도록 규정하였다. 또한 동령 제25조 제2항은 유희토지 등의 판정에 관하여 필요한 사항을 재무부령으로 정하도록 위임하고 있으며, 동법 시행규칙(1993. 3. 2. 재무부령 제1915호로 개정되기 전의 것, ‘규칙’이라고 약칭)은 ‘령’ 제23조 제3호의 규정에 의한 기간 내에 건축물이 건축되지 아니한 때에는 당초의 취득일부터 당해 토지를 유희토지 등으로 보되, ‘령’ 제23조 제3호의 규정에 의한 기간이 종료되는 날 현재 ‘령’ 제22조 제2항의 규정에 준하여 계산한 공사 완성도의 비율이 공사기간 경과비율(착공 예정일부터 ‘령’ 제23조 제3호의 기간이 종료되는 날까지의 기간 건축 예정기간)보다 큰 경우에는 완성 예정인 건축물이 건축된 것으로 보도록 규정하고 있다.

관계 법령의 위와 같은 규정내용과 그 입법취지 등에 비추어보면, ‘령’ 제23조 제3호는 ‘법’ 제8조 제3항의 규정에 의하여 유희토지 등으로 보지 아니하는 부득이한 사유와 기간에 관하여 “건축물을 신축할 목적으로 지상에 건축물이 정착되어 있지 아니한 토지를 취득한 경우”와 “그 취득일부터 1년간(다만 그 기간 내에 건축하거나 착공이 제한된 경우에는 제한된 기간을 가산한 기간)”이라고만 규정하였을 뿐 그밖에 다른 요건에 관하여는 규정하고 있지 아니함이 분명하므로, ‘령’ 제25조 제2항이 유희토지 등의 판정에 관하여 필요한 사항(판정기준)을 재무부령으로 정하도록 위임하였다고 하더라도, 그와 같은 위임에 따라 재무부령으로 ‘령’ 제23조 제3호를 적용하는 데 관한 판정기준을 정함에 있어서는, 토지의 소유자가 건축물을 신축할 목적으로 토지를 취득하였는지의 여부를 판별하는 데 필요한 사항에 관하여만 규정할 수 있다고 보아야 할 것임에도 불구하고, ‘규칙’ 제20조 제2항은 토지의 소유자가 건축물을 신축할 목적으로 토지를 취득하였다고 하더라도 그 취득일부터 1년 내에 건축물이 건축되지 아니한 때에는 당초의 취득일부터 이를 유희토지 등으로 보되, 다만 그 기간이 종료되는 날 현재 공사 완성도의 비율이 공사기간 경과비율보다 큰 경우에는 완성 예정인 건축물이 건축된 것으로 본다고 규정한 것은, ‘령’ 제23조 제3호에 규정된 토지초과이득세가 부과되지 아니하는 비과세 대상의 범위를 축소시킨 것이라고 볼 수밖에 없다.

왜냐하면 토지의 소유자가 당초 건축물을 신축할 목적으로 토지를 취득하였다고 하더라도 그가 책임을 질 수 없는 사유 등으로 인하여 그 취득일부터 1년(또는 건축허가나 착공이 제한된 기간을 가산한 기간) 내에 건축물을 건축하지 못하였거나 그 기간이 종료되는 날 현재 공사 완성도의 비율이 공사기간 경과비율보다 크지 못하였다고 하여 그렇게 된 원인은 따져 보지도 아니한 채 토지의 소유자가 당초부터 건축물을 신축할 목적이 없이 토지를 취득한 것이라고 단정할 수는 없는 것이므로, ‘규칙’ 제20조 제2항이 위와 같이 건축물을 신축할 목적으로 토지를 취득한 경우에도 그 취득일부터 1년 내에 건축물을 일정한 비율 이상 건축하여야만 토지의 소유자에게 건축물을 신축할 목적이 있었던 것으로 보도록 규정한 것은, 결국 ‘령’ 제23조 제3호에 규정된 토지초과이득세가 부과되지 아니하는 요건 이외에 다른 비과세의 요건을 추가하여 ‘령’ 제23조 제3호에 따라 토지초과이득세가 부과되지 아니하는 토지의 범위를 축소 시킴으로써 모법인 ‘령’ 제25조 제2항이 위임한 한계를 넘어 토지초과이득세가 부과되는 납세의무의 범위를 확장한 것이므로, 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다는 조세법률주의 원칙에 위반되어 효력이 없는 것이라고 보아야 할 것이다.⁷⁵⁾

(2) 수권법률

법규명령은 모법을 위반할 수 없음은 당연하며 또한 모법의 수권범위를 넘어 규율할 수 없다. 또한 우리나라에서는 위임 없이도 법률을 집행하기 위한 집행명령을 제정할 수 있다는 이유로 실제로는 법률의 위임이 필요한 사항임에도 불구하고 모법의 수권 없이 국민의 권리의무에 관한 사항을 스스로 규율하는 경우가 있다. 실무상 가장 준수되고 있지 않는 사항 중의 하나이다.

1) 위임이 없는 경우

사법시험령(대통령령)은 법률의 위임이 없이 제정되었다는 점에서 위헌이다. 사법시험 제도는 시험에 합격함으로써 법조인으로서의 능력과 소양을 입증한 사람에게만 그 자격을 부여하는 제도로써 바로 국민의 직업의 자유를 제한하는 제도이다. 사법시험 제도는 사실 법조인이라는 직업을 선택하려고 하는 국민의 자유를 제한하는 데 있어서 핵심이 되는 것이며, 따라서 기본권의 행사와 결정적으로 관련이 있는 경우에 해당한다. 또한 그 절차가 가져올 수 있는 결과(불합격)가 국민의 기본권을 제한하는 내용을 이루는 것이다. 따라서 사법시험제도는 원칙적으로 법률로써 규율되어야 한다. 중요한 내용이 아닌 것은 명령에 위임할 수 있음은 물론이다. 그러나 사법시험에 관해 모든 것을 대통령령에서 정하고 있는 것은 위헌이다.⁷⁶⁾

75) 대판 1994. 3. 22. 93누11920.

76) 고영훈, 「법률유보원칙의 이론과 실제」, 『판례월보』, 1993, 제273호 52쪽 이하; 고영훈, 「법규

더구나 지난번 소위 사법개혁의 일환으로 새로 개정된 사법시험령(1996. 8. 31. 대통령령 제15144호) 제4조(사법시험 응시자격제한)는 더욱 문제이다. 특히 개정되면서 새로 추가된 제4조 제3항에서는 “…… 제1차 시험을 4회 응시한 자는 마지막으로 응시한 제1차 시험의 시행일로부터 4년이 경과한 날이 속하는 해의 말일까지는 제1차 시험에 다시 응시할 수 없다 ……”고 정하고 있다. 이것이 국민의 자유를 제한하는 것임은 너무 명백함에도 불구하고 이러한 것을 수권하는 법률규정은 존재하지 않는다.

과거에 체육시설의 설치 이용에 관한 법률에는 시행령이나 시행규칙으로 미성년자에 대한 출입제한을 정하도록 하는 규정이 없었음에도 불구하고 ‘체육시설의설치이용에 관한법률시행규칙’ 제5조가 19가지 체육시설 중 오직 당구장에 대해서만 출입문에 18세 미만의 출입을 금지하는 내용을 표시해야 한다고 규정한 것은 법률의 근거 없이 국민의 직업수행의 자유를 침해한 것도 하나의 예가 된다.⁷⁷⁾

2) 명령이 법률의 효력을 제한하는 경우

법률이 스스로 인정하고 있지 않음에도 불구하고 하위의 명령이 상위의 법률의 적용을 제한하거나 배제하고 있는 것은 법령의 체계상 있을 수 없는 일이다. 그러한 것이 필요하다면 법률이 스스로 정하여야 할 것이다.

예를 들면 근로기준법 제32조에 의하면 사용자는 각 사업장별로 근로자명부를 작성하고 근로자의 성명, 생년월일, 이력 기타 대통령령으로써 정한 사항을 기입하여야 한다고 정하고 있다. 이에 근거하여 근로기준법시행령 제14조는 근로자명부의 기재사항으로서 근로자의 성명, 성별, 생년월일, 본적과 주소, 이력, 종사하는 업무의 종류 그밖에 몇 가지를 열거하고 있다. 그런데 근로기준법 시행령 제15조는 근로자명부 비치의 예외를 법률의 근거 없이 ‘일용근로자로서 30일 미만인 경우에는 법 제32조의 규정은 적용하지 않는다’고 정하고 있다. 또한 근로기준법 제10조(적용범위)는 ‘① 이 법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에서 적용한다 …… ② 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 따라 이 법의 일부 규정을 적용할 수 있다’고 정하고 있다. 그런데 근로기준법시행령 제1조(적용범위)는 ‘근로기준법 제10조 단서의 규정에 의하여 법을 적용하지 아니하는 사업 또는 사업장은 상시 4인 이하의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장으로 한다. 다만, 상시 5인 이상 10인 미만의 근로자를 사용하는 사업 또는 사업장에 대하여는 법 제2조 내지 제7조, 법 제9조, 제12조 ……의 규정만을 적용한다’고 정하고 있다.

명령론』, 『인권과 정의』, 1994, 3., 85쪽 이하 참조. 동지同旨: 홍준형, 『행정법총론』, 1997, 282쪽.

77) 헌재 1993. 5. 13, 92헌마80 참조.

다른 예도 있다. 건축법(1995. 12. 30 법률 제5140호) 제3조 제2항은 ‘국토이용관리법에 의한 용도지역 중 도시지역 및 준도시지역 외의 지역에 대하여는 대통령령이 정하는 바에 의하여 이 법의 일부를 적용하지 아니한다’고 하고 있다. 이에 근거하여 건축법시행령 제4조는 ‘법 제3조 제2항의 규정에 의하여 동 또는 읍의 지역(동 또는 읍에 속하는 섬의 경우에는 그 인구가 500인 이상의 경우에 한한다) 외의 지역에 대하여는 (건축)법 제33조, 법 제35조, 법 제36조, 법 제37조, 법 제41조 …… (중략) 법 제66조의 규정을 적용하지 아니한다’고 정하고 있다. 즉 하위인 대통령령에서 상위의 법률규정의 적용을 배제할 수 있도록 하고 있는 것이다. 법률 적용에 대한 예외는 입법자 스스로 정할 것이지 명령에 위임하고 있는 것은 잘못된 것이다.

3) 구체적인 사례

행정입법의 내용상의 한계와 관련하여 위에서 상술의 내용을 포괄하여 행정입법에 있어서 범하기 쉬운 오류를 단적으로 보여주는 구체적 사례 중의 하나를 들면 다음과 같다.

① 사건개요

학원의설립·운영에관한법률(1995. 8. 4 전문개정 이전의 것) 제3조는 학원의 설립인가를 위한 시설 및 설비기준을 정하고 있다. 동법 제5조 2항은 자동차운전학원을 설립하고자 하는 자는 법 제3조의 규정에 의한 시설 및 설비를 갖추어 대통령령이 정하는 바에 의하여 주무관청의 인가를 받아야 한다고 규정하고 있다. 이에 따라 동법시행령(대통령령) 제8조 제3항은 주무관청은 법 제5조에 의한 신청이 시설기준 및 지역별 교습수요기준에 적합할 때에는 인가를 할 수 있도록 하고 있다. 제4항은 제3항의 규정에 의한 지역별 교습수요의 기준에 관하여는 동일계 학원의 분포, 예상이용자 수 및 규모 등을 고려하여 당해 지방자치단체의 조례로 정할 수 있다고 규정하였다. 전라북도 학원의설립·운영에관한조례는 위 지역별 교습수요의 기준에 관하여 아무런 규정이 없고, 전라북도 학원의설립·운영에관한규칙 제9조의2 제1항 제2호 다목으로서 행정구역 단위의 인구분포에 의한 신규인가 기준설정으로 시, 군은 10만 명 단위로 1개소로 규정하고 있고, 제2항은 지방경찰청장은 제1항의 규정에 의한 인가를 제한함에 있어 직업분포도, 운전면허자 현황 등 지역 여건을 충분히 참작하여 합리성 있게 기준을 정한다고 규정하고 있다.

A가 전북 완주군에서 자동차운전학원 설립인가를 신청하였는데, 전북 완주군의 경우 인구가 10만 명 미만이고 이미 완주군 내에 자동차학원이 1개소 설립인가 되어 운영중이라는 이유로 설립인가를 해주지 않았다.⁷⁸⁾

78) 대판 94. 2. 8. 93누8276 참조.

② 문제점

위의 경우에 있어서는 다음과 같은 문제점이 있다.

법 제3조에서 인가요건으로 필요한 시설 및 설비를 명확히 규정하였다. 법 제5조 제2항에서 제3조의 시설 및 설비를 갖춘 자가 ‘대통령령이 정하는 바에 의하여’ 인가를 받도록 하고 있는데, 이는 인가의 실질적인 요건인 시설기준을 갖춘 자가 ‘대통령령이 정하는 바에 의하여’ 인가를 받는다는 의미이므로 ‘대통령령이 정하는 바’는 인가의 세부 절차 등 형식적인 것이어야 한다.

그럼에도 불구하고 대통령령에서 시설기준 외에 지역별 교습수요 기준에 적합할 때라는 요건을 추가하여 이에 관해서는 동일계 학원의 분포, 예상이용자 수 및 규모 등을 고려하여 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있는 것이다. 이는 대통령령이 법률의 위임 내지 근거 없이 직업선택의 자유를 더욱 제한하는 요건을 추가한 것으로서 위헌인 것이다.

또한 여기에서 보는 것처럼 “대통령령이 정하는 바에 의하여”라는 식의 위임방식을 다른 법률에서도 많이 접할 수가 있는데, 무엇을 대통령령으로 정하라는 것인지 불명확하다는 것이 문제이다. 위임의 그 내용, 목적 및 범위가 불명확하여 그 법규명령에 대한 예측이 불가능하게 되어서는 안된다. 대통령령에서 위 사례와 같이 정하고 있는 원인도 법률의 위임규정이 명확하지 않기 때문인 것이다.

특히 여기서 주목해야 할 것은 ‘지역별 교습수요기준’ 등과 같은 인가 요건이 설사 법률에 근거를 갖고 있거나 심지어 법률 자체에서 정하고 있다고 하더라도 이는 위헌이라는 점이다.

이와 같은 요건이 상술한 바와 같이 직업선택의 자유를 제한하는 ‘객관적인 요건’에 해당한다. 객관적인 요건이라 함은 자신의 능력과는 관계 없이 외부적으로 주어진 것으로서 자신이 충족할 수 없는 것이다. 위의 사례에서 보듯이 신청인은 기존업자가 있는 한 신규업자로서 인가를 받을 수 없도록 원천적으로 봉쇄되어 있는 것이다. 따라서 이러한 객관적인 요건은 직업의 자유를 극도로 제한하는 경우로서 공익을 위해 필수불가결한 경우에만 최소한으로 도입되어야 한다. 그러나 위 사례의 경우에 있어서 “동일계 학원의 분포, 예상이용자 수 및 규모 등을 고려하여”라는 것은 무슨 공익을 위한 것인지 불명확하다. 그러한 것은 신규 진출을 시도하는 업자가 고려하여야 할 것이지 인가요건으로서 정해서는 안되는 것이다.

더구나 학원설립의 인가는 ‘인가’로 되어 있지만 실은 강학상의 ‘허가’이다. 허가는 주로 질서유지를 위해 국민의 자유를 일반적으로 금지시킨 다음 일정한 요건이 충족되면 이를 회복시켜주는 것이다. 원래의 자유를 회복시켜 주는 것이라는 점에서 재량행위가 아닌 기속행위이고 또한 그 허가요건도 필요최소한에 그쳐야 한다는 점에서 국가가 특별한 권리를 부여하는 경우인 ‘특허’의 경우와는 다른 것이라는 점을 유의할 필요가 있다.⁷⁹⁾ 이처럼 ‘지역별교습수요기준’이라는 인가요건은 비례의 원칙 내지 헌법 제37조 제2항에 어긋나기 때문에 위헌인 것이다.

덧붙인다면 분명 대통령령에는 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있음에도 지방자치단체장의 규칙으로 정하고 있음도 잘못된 것이다.

79) ‘허가’, ‘특허’, ‘인가’를 강학상으로 구분하는 것은 그 법적 성질이 다르기 때문이다(이에 관해 상세한 것은 김남진, 『행정법 I』, 1997, 247쪽 이하 참조). 그럼에도 불구하고 실정법에서는 이러한 용어를 일관성이 없이 혼용하고 있기 때문에 혼란스러운 것이 현실이다. 용어와 개념은 그것을 사용하는 사회에서 통일된 의미를 전달하는 수단이라는 점에서 이제는 강학상의 개념과 실정법상의 것을 일치시키는 작업을 하여야 할 때가 되었다고 할 것이다. 법적 명확성을 위해 반드시 필요한 작업이다.

제4장

고시告示의 현황과 문제점

수많은 공산품에는 “본 제품은 재정경제원고시 소비자피해보상규정에 의거 교환 또는 보상을 받을 수 있습니다”라고 쓰여 있다. 소비자의 피해보상은 고시에 따라 받을 수 있는 것이다. 식당의 물수건에는 “보건복지부 고시 제1994-44호에 의한 제품임”이라고 쓰여 있는 것이 있다.

과거 한약분쟁은 결국 약사는 한약조제시험을 응시하여야 하고 이에 합격한 약사만 한약을 조제할 수 있도록 제한하는 것으로 끝났다. 그런데 약사의 한약조제의 범위를 100처방으로 한정하면서 그 처방의 종류와 방법은 ‘한약처방의종류및조제방법에관한 규정’이라는 고시(보사부 고시 1994-26, 1994. 7. 8.부터 시행)로 정하고 있다. 즉 약사의 한약조제의 핵심은 위 고시에서 정하고 있으며, 그 고시대로 한약을 조제해야 하는 것이고 이를 어기면 처벌받게 된다.

이들 뿐만 아니라 아래의 사례에서 보는 것처럼 고시는 법령을 보충하거나 그 기준이 되는 역할을 함으로써 국민의 권리 및 의무에 미치는 영향이 직접적이기 때문에 그 기능과 중요성은 대단히 크다. 효력은 상위법일수록 우선이지만 적용면에 있어서는 하위의 것이 우선시 되는 것이며, 따라서 국민에 끼치는 영향이 직접적인 것이다. 오늘날 ‘법에 의한 행정’이라기보다는 ‘훈령(행정규칙)에 의한 행정’이라고 하는 자조적인 말이 나오는 것도 여기에 연유한 것이라고 할 수 있다.

그럼에도 불구하고 위와 같은 고시는 그 수가 얼마나 되고 그 내용은 어떻게 되어 있는지 정확히 알 수 없는 것이 현실이다. 국민의 권리·의무와 관련 있는 고시는 관보에 게재하도록 하고 있지만, 일반인이 그 내용을 알기 위해서는 공포 당시의 관보를 찾아보는 것 외에는 방법이 없다. 그것도 그러한 고시가 있다는 것이라도 아는 경우에 가능한 것이다. 고시의 존재자체를 모르는 경우가 많은데, 이때는 자신의 권리·의무와 관련있는 고시를 아는 것은 매우 어렵다.⁸⁰⁾

법제처 산하의 국가기관인 한국법제연구원이 대한민국의 현행법령을 총망라하여 국가의 권위로서 공식적으로 발간하는 ‘대한민국 현행법령집’에도 고시는 찾아볼 수 없다. 대법원의 법원도서관에서 발행한 CD-ROM인 ‘법고을LX’를 비롯 각종 법령집에서도 찾을 수 없다. 한마디로 각 부처별로 어떠한 종류와 내용의 고시를 제정하여 국민의 권리·의무를 규율하고 있는지 알 수 없는 상황이다.

1. 사례

고시가 얼마나 국민의 자유와 권리에 직접적인 영향을 미치고 있는지, 그리고 과연

80) 필자의 경우도 위의 ‘한약처방의종류및조제방법에관한규정’이라는 고시를 입수하기 위하여 보건복지부를 직접 방문해야만 했던 경험도 있다.

현재의 상태로 방치하면 어떠한 문제가 있는지를 다음의 사례를 보면 알 수 있다. 그동안 문제가 되어 재판에서 다루어진 것 중에서 몇 가지를 열거하면 다음과 같다.

(1) 수입선다변화품목지정및그수입절차등에관한고시

1) 사건개요

대외무역법 제19조 제2항 단서는 무역의 균형을 촉진하기 위하여 대통령령이 정하는 물품의 경우에는 상공부 장관이 수출입을 승인함에 있어서 수출입 공고 및 통합 공고의 예외를 인정하고 있다. 이에 근거하여 대외무역법시행령(1993. 7. 1.개정 전의 것) 제35조는 상공부 장관으로 하여금 별도 공고대상의 하나로서 국가별 수출입의 균형을 유지하기 위한 물품의 수입을 공고하도록 하고 있다. 이에 따라 상공부 장관은 ‘수입선다변화품목의지정및그수입절차등에관한고시(1991. 5. 13. 상공부 고시 제 91-21호)’를 제정 공고하여 골프채를 수입선다변화품목으로 공고하였다.

위 고시 부칙 제2조는 ‘이 고시의 시행일 현재 수입승인이 유효기간 중에 있더라도 이 고시에 의하여 신규로 수입이 제한되는 물품에 대하여는 이 고시의 시행일 이전에 물품의 수입, 신용장 개설 또는 수입대금의 지급을 하지 아니한 경우에는 대외무역법시행령 제36조 제2항의 규정에 의하여 이 고시의 시행일에 수입승인의 유효기간이 만료된 것으로 본다’고 되어 있다.

그런데 한 수입업자는 이미 수입승인을 받았으나 위 고시의 시행일인 1991년 5월 13일 오후 6시에서 6시 30분 사이야 수입신용장을 개설하였다. 위 고시는 관보 대신에 관보게재에 갈음하여 사단법인 무역협회가 발행하는 1991년 5월 13일자 ‘일간무역’ 석간지에 전문이 게재되었다. 결국 위 수입업자가 신용장을 개설한 시점이 과연 위 고시 부칙 제2조에 규정한 대로 고시의 시행일 이전에 개설한 것인지 아닌지가 문제가 되었다.

2) 판례요지

대외무역법 제19조 제2항 단서 및 같은 법시행령 제35조는 상공부 장관으로 하여금 별도 공고대상의 하나로서 국가별 수출입의 균형을 유지하기 위한 물품의 수입을 공고하도록 위임하면서 그 공고의 절차나 방식에 관하여 아무런 제한을 두지 아니하여 이에 상공부 장관은 위와 같이 고시의 형식으로 수입선다변화품목의 지정 및 그 수입절차 등을 공고하였다.

이는 그 근거가 되는 대외무역법시행령 제35조의 규정을 보충하는 기능을 가지면서

그와 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가지는 것으로서 그 시행절차에 관하여 대외무역관리규정은 아무런 규정을 두고 있지 않으나, 그 자체가 법령은 아니고 행정규칙에 지나지 않으므로 적당한 방법으로 이를 일반인 또는 관계인에게 표시 또는 통보함으로써 그 효력이 발생한다 할 것이다.

위 고시는 1991년 5월 13일자 ‘일간무역’ 석간지에 전문이 게재되었고, 그 신문이 각 무역회사 등에 도달되어 일반 국민이 그 내용을 알 수 있는 상태에 놓인 1991년 5월 13일 16:30부터 효력을 발생했다. 그러나 입법관행 및 자구 해석상 ‘이전’이라고 함은 기산점이 되는 일시를 포함하는 표현이고, 또 민법 제159조는 기간을 ‘일’로 정한 때에는 기간말일의 종료로 기간이 만료한다고 규정하여 기간의 말일에 관하여 초일의 경우와 마찬가지로 연장적 계산법을 채택하고 있으므로 어떤 행위를 하여야 하는 종기 또는 유효기간이 만료되는 시점을 ‘시행일’ 또는 ‘공고일’이라고 하여 ‘일’로 정하였다면 그 기간의 만료점은 그날 오후 12시가 된다 할 것이다.

따라서, 이 사건 고시 부칙 제2조를 위 법리에 따라 해석하면 수입승인을 받은 자가 위 고시의 시행일인 1991년 5월 13일 24:00까지 신용장 개설을 하지 아니하면 그날 24:00에 수입승인의 효력이 상실된다는 취지로 풀이된다고 보아야 할 것이다. 피고인들은 수입승인의 효력이 상실되기 전인 1991년 5월 13일 18:00~18:30 사이에 수입신용장을 개설한 사실을 알 수 있으므로 이 사건 수입신용장의 개설은 수입승인의 유효기간 내에 이루어진 것으로 적법하다 할 것이다.⁸¹⁾

(2) 석유판매업(주유소) 허가기준

1) 사건개요

석유사업법에 의하면 석유판매업을 하고자 하는 자 등은 상공자원부령이 정하는 바에 의하여 상공자원부 장관의 허가를 받아야 하며(제12조 제1항, 제2항), 그 허가를 받아야 할 석유판매업의 종류와 그 취급 석유제품 및 허가기준은 대통령령으로 정한다고 규정하고, 그 위임에 의한 동법시행령은 석유판매업의 허가기준 중 주유소의 거리기준으로 서울특별시 및 광역시의 지역에서는 주유소간의 거리기준을 정하지 아니한다. 다만 도 지역의 경우 도지사는 관할 지역의 특수성 및 석유수급 안정을 위하여 주유소간의 거리기준을 정하는 것이 필요하다고 인정하는 때에는 관할 시, 읍 지역에 있어서는 500m, 관할 기타 지역에 있어서는 1,000m를 초과하지 아니하는 범위 내에서 그 거리기준을 정할 수 있다고 규정하고 있다(제9조 제1항의 [별표 1]). 이에 따라 경

81) 대판 1993. 11. 23. 93도662, 동지판례: 대판 1988. 3. 22. 87누654; 1988. 5. 10. 87누1028; 1989. 11. 14. 89누5676.

상북도 지사는 석유판매업(주유소)허가기준 고시(경상북도 고시 제1992-362호)로써 주유소 상호간의 거리기준을 시, 읍 지역은 500m 이상, 면 지역은 1,000m 이상이라고 규정하였다.

그런데 원고는 경산시 지역에 인접한 곳으로서 다른 주유소예정지로부터 950m가량 떨어진 곳에 주유소 허가신청을 하였는데, 피고(경산 군수)는 위 거리기준에 따라 허가신청을 반려하였다. 이에 대해 원심 즉 고등법원은 위 고시를 행정청 내부의 사무처리준칙으로 보고 그 고시에 정하여진 거리기준에 불과 50m정도 못 미치는 주유소 허가신청을 반려한 처분은 주유소 상호간 거리기준에 딱 들어맞지 않는다는 이유만으로 석유수요 등 다른 여러 사정을 고려하지 아니하고 그 허가를 거부한 것으로서 재량권을 남용하거나 그 범위를 일탈한 것으로서 위법함을 면치 못한다고 판단하였다.

요컨대 위 경상북도 고시의 법적 성질과 그에 근거한 처분의 위법성 여부가 문제되었다.

2) 판례요지

위 경상북도 고시는 석유사업법 및 그 시행령의 규정이 도지사에게 그 법령 내용의 구체적인 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 정하지 아니하고 있는 관계로 도지사가 규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 규정한 것으로서, 이는 당해 석유사업법 및 그 시행령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그 법령의 규정과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다고 할 것이다. 따라서 위 경상북도 고시에 정하여진 허가기준에 맞지 아니하는 주유소 허가신청에 대하여는 이를 허가하여서는 아니 되고, 그 허가기준에 따른 행정처분은 당연히 적법한 것으로 될 것이다.

그럼에도 불구하고 원심이 위 경상북도 고시를 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과하다고 보아 이에 따른 행정처분이라고 하여 당연히 적법한 처분이라고 할 수는 없고 그 처분의 적법 여부는 관계 법령의 규정과 취지에 따라 별도로 판단되어야 한다는 전제하에 원고의 이 사건 허가 신청이 위 고시에 정하여진 허가기준에 들어맞지 아니하지만 그 이유만으로 이 사건 허가신청에 이르기까지의 여러 사정을 참작하지 아니한 채 그 허가신청을 반려해 버린 것은 재량권을 남용하거나 그 범위를 일탈한 것으로서 위법하다고 판단한 것은 위 경상북도 고시의 법적 성질에 관한 법리를 오해한 위법을 저지른 것이라고 하지 않을 수 없다.⁸²⁾

82) 대판 1995. 3. 10. 94누8556

(3) 주류도매면허제도개선업무처리지침

1) 사건개요

주세법은 주류의 판매업을 하고자 하는 자는 정부의 면허를 받아야 한다고 규정하고 있고(제8조 제1항), 정부는 면허를 부여하지 아니할 수 있다고 규정하면서 제조 또는 판매의 조정상 면허를 하기에 부적당하다고 인정한 때를 들고 있다(제10조 제10호). 주세법시행령은 주류의 판매업을 하고자 하는 자는 그 판매할 종류마다 신청자의 주소 및 성명 또는 명칭, 판매장의 위치, 판매할 주류의 종류 및 주류의 판매방법 등을 기재한 신청서에 국세청장이 정하는 서류를 첨부하여 판매장 소관 세무서장에게 제출하여야 한다고 규정하고 있다(제14조). 이에 따라 국세청장은 위와 같은 관계 법령 ‘주류도매면허제도개선업무처리지침(국세청 소비 22644-1831)’을 제정하여 주류도매업의 면허신청서에 3개의 주류제조자와의 거래약정서 각 2부씩을 첨부하도록 규정하고 있다.

그런데 원고는 위 지침에서 요구하는 첨부서류를 미비하여 면허신청을 하였다. 피고(세무서장)는 미비된 서류에 대한 보정요구를 하였는데, 그 보정요구서가 보정기간 만료일 하루 전에야 도착하게 하여 사실상 보정기간을 박탈하게 하였으므로 그 보정요구 불이행을 이유로 원고의 면허신청을 반려하는 처분을 한 것은 결국 국세청장의 업무지침이 위 첨부서류를 요구함으로써 계약자유 원칙과 영업의 자유를 침해하는 부당한 것이라는 원고의 주장이다.

2) 판례요지

원고는 피고가 보정요구한 서류들 중 3개의 주류제조자와의 거래약정서를 이 사건 처분 직전까지도 결국 제출하지 못한 것 등의 사정에 비추어 위 보정기간은 별다른 의미가 없다고 할 수 있다. 또한 관계 법령의 규정 내용에 비추어 보면, 주류도매업의 면허신청서에 3개의 주류제조자와의 거래약정서 각 2부씩을 첨부하도록 정한 ‘주류도매면허제도개선업무처리지침’은 비록 행정규칙의 형식을 취하고 있지만, 국세청장이 시행령 제14조의 위임에 따라서 그 규정의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있는 것으로서 그 위임의 한계를 벗어나지 않는 한 시행령 제14조와 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖는다고 보아야 할 것이다.

그리고 주세법이 주류의 제조 및 판매업에 관하여 면허제도를 채용한 취지는 주세 수입을 효과적으로 확보하여 국가의 재정수요에 충당하는 한편 주류의 유통과정을 담당하면서 사실상 주세를 징수하는 중간 징수기관의 역할도 하게 되는 주류판매업자의 난립을 방지하여 거래의 혼란을 막고 주세의 징수에 관하여 불안이 없도록 감독을 하

려는 데 있고 이와 같은 주류판매업면허제도의 취지에 비추어 보면 주류업계가 시장 경제의 원리에 따라 자율적으로 주류판매업자의 수를 적정한 수준으로 조정하도록 유도함으로써 건전한 유통질서를 확립할 목적으로 주류도매업의 면허신청인에게 미리 주류제조자와 거래계약을 체결하고 그 계약서를 첨부하여 면허를 신청하도록 하는 것이 합리성이 없는 것으로 보여지지도 아니하므로, 결국 국세청장의 위 업무지침은 계약자유 원칙에 반하거나 영업의 자유를 침해하는 부당한 것이라고 단정할 수 없다고 할 것이다.⁸³⁾

(4) 노인복지사업지침

1) 사건개요

노인복지법은 국가 또는 지방자치단체는 65세 이상의 자에 대하여 노령수당을 지급할 수 있고(제13조 제1항), 노령수당을 지급할 시기 및 대상자의 선정기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(제2항)고 규정하고 있다. 이에 근거하여 노인복지법시행령은 노령수당의 지급대상자는 65세 이상의 자 중 소득수준 등을 참작하여 보건사회부 장관(현재의 보건복지부 장관)이 정하는 일정 소득 이하의 자로 한다고 정하고 있고(제17조), 노령수당의 지급수준은 노인복지 등을 참작하여 매년 예산의 범위 안에서 보건사회부 장관이 정한다고 규정하고 있다(제20조 제1항). 이에 따라 보건사회부 장관은 “1994년도 노인복지사업지침”을 마련하여 노령수당의 지급대상자, 지급액, 지급시기, 지급방법 등에 관하여 구체적으로 규정하고 있다.

그런데 1929년 9월 2일생으로서 1991년부터 생활보호법상의 생활보호대상자로 지정되어 왔던 한 노인(원고)이 1994년 12월 5일 피고에게 노령수당지급신청을 하였다. 그러나 위 지침은 만 70세 이상의 생활보호대상 노인에게만 노령수당을 지급하도록 되어 있었고 원고가 아직 만 70세가 되지 않았다는 이유로 노령수당 지급대상자 선정에서 제외되었다.

요컨대 ① 노인복지사업지침의 법적 성질, ② 노령수당의 지급대상자를 ‘70세 이상’으로 규정한 위 지침이 노인복지법 제13조 및 동법시행령 제17조의 위임한계를 벗어나서 효력이 없는 것인지의 여부가 문제가 되었던 것이다.

2) 판례요지

위 지침은 노령수당의 지급대상자의 선정기준 및 지급수준 등에 관한 권한을 부여한 법 제13조 제2항, 영 제17조, 제20조 제1항에 따라 보건사회부 장관이 발한 것으로

83) 대판 1993. 2. 9. 92누3953; 동지판결 대판 1993. 2. 9. 92누3953.

서 실질적으로 법령의 규정 내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가지는 것으로 보인다.⁸⁴⁾ 그러나 한편, 이와 같은 법령 보충적인 행정규칙, 규정은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 범위 내에서만 그것들과 결합하여 법규적 효력을 가지게 되는 것이다.

법 제13조 제2항의 규정에 따른 영 제17조, 제20조 제1항은 노령수당의 지급대상자의 연령 범위에 관하여 위의 법 조항과 동일하게 '65세 이상의 자'로 반복하여 규정한 다음 소득수준 등을 참작한 일정 소득 이하의 자라고 하는 지급대상자의 선정기준과 그 지급대상자에 대한 구체적인 지급수준(지급액) 등의 결정을 보건사회부 장관에게 위임하고 있으므로, 보건사회부 장관이 노령수당의 지급대상자에 관하여 정할 수 있는 것은 65세 이상의 자 중에서 그 선정기준이 될 소득수준 등을 참작한 일정 소득 이하의 자인 지급대상자의 범위와 그 지급대상자에 대하여 매년 예산확보 상황 등을 고려한 구체적인 지급수준과 지급시기, 지급방법 등일 뿐이지, 나아가 지급대상자의 최저연령을 법령상의 규정보다 높게 정하는 등 노령수당의 지급대상자의 범위를 법령의 규정보다 축소·조정하여 정할 수는 없다.

그럼에도 불구하고 위 지침은 노령수당의 지급대상자를 '70세 이상'의 생활보호대상자로 규정함으로써 당초 법령이 예정한 노령수당의 지급대상자를 부당하게 축소·조정하였다 할 것이고, 따라서 위 지침 가운데 노령수당의 지급대상자를 '70세 이상'으로 규정한 부분은 법령의 위임한계를 벗어난 것이어서 그 효력이 없다고 할 것이다.⁸⁵⁾

(5) 한약처방의종류및조제방법에관한규정

한약분쟁의 결과 개정된 현행 약사법은 부칙 제4조 제1항에서 기존의 약사는 한약조제시험에 합격한 자에 한하여 법 제21조 제7항⁸⁶⁾의 규정에 준하여 한약을 조제할 수 있도록 하고 있다. 즉 약사는 '보건복지부 장관이 정하는 처방의 종류 및 방법에' 따라서만 한약을 조제할 수 있다.

이 규정에 근거하여 보건복지부 장관은 '한약처방의종류및조제방법에관한규정'이라는 고시(보사부 고시 1994-26, 1994. 7. 8.부터 시행)를 제정하였다. 이 고시는 약사의 임의조제가능 한약처방의 종류를 100가지로 제한하였고, 조제방법은 보건복지부 장관이 정하는 한약조제지침서에 따르며 처방을 가감할 수 없도록(즉 약제를 가감하여 조

84) 대판 1987. 9. 29. 86누484; 1994. 3. 8, 92누1728 참조.

85) 대판 1996. 4. 12. 95누7727.

86) 약사법 제21조 ① 약사 및 한약사가 아니면 의약품을 조제할 수 없으며, 약사 및 한약사는 각각 면허의 범위 안에서 의약품을 조제하여야 한다. - 중략- ⑦ 한약사가 한약을 조제할 때에는 한의사의 처방전에 의하여야 한다. 다만 보건복지부 장관이 정하는 한약처방의 종류 및 조제방법에 따라 조제하는 경우에는 그러하지 아니하다.

제하지 못하도록) 하고 있다.

(6) 판례의 문제점

이처럼 판례는 대체로 대통령령이나 부령 등 헌법에서 명시하고 있는 법규명령의 형식이 아닌 고시 등의 형식으로 제정된 규범이라도 상위법령의 수권에 따라 그 위임의 한계 내에서 정립되어 그에 대한 보충적 기능을 수행할 때에는 상위법령과 결합하여 대외적 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다는 것이 주류를 이루고 있다.

그런데 이러한 판례의 입장은 구체적인 사례만을 해결하기 위해서 그동안 정착되어 버린 입법관행을 존중하는 바탕 위에서 판단하고 있는 것 같다. 대법원은 위와 같은 비정형적인 규범들의 실질적인 기능만을 중시하고 있다. 그러나 문제의 규범이 그러한 기능을 하고 실질적으로 국민에게 직접적인 영향을 미친다면 그러한 현실^{Sein}을 그대로 인정하고 출발할 것이 아니라, 과연 그러한 기능을 하는 규범이 그러한 형식으로 제정되어져도 되었는지라는 당위성^{Sollen}의 문제를 고찰하는 것이 우선시 되어야 했을 것이다.⁸⁷⁾

현실문제를 해결하기 위해서 비정상적인 상태를 언제까지 그대로 방치할 수는 없는 것이며, 당면한 사례를 해결하기 위해서 법체계적으로나 논리적으로 합당하지 않은 주장을 할 수는 없다고 생각된다. 규범이 현실과 괴리가 있을 때는 규범과 현실 중 하나가 잘못되어 있는 것이다. 규범을 고치든지 아니면 현실을 개선하여 규범과 현실이 합치되도록 하여야 할 것이다. 그렇지 않고 괴리된 현상을 그대로 두고 규범의 해석을 작위적으로 함으로써 현실을 애써 합법화하려고 하는 것은 법적 명확성 및 안정성과 실효성을 위해 옳지 않은 것이다.

법적 판단은 판사나 변호사와 같은 전문인의 판단을 빌리지 않고서도 할 수 있어야 하는 것이 이상적일 것이다. 그 다음으로는 대법원의 판례가 있으면 동종의 사건은 더이상 대법원의 판단 대상이 되지 않는 것이 좋을 것이다. 그런데도 위와 같이 고시 내지 행정규칙의 법적 성질에 관한 것으로서 거의 동종의 사건이 끊임없이 대법원의 판단 대상이 된다는 것은 대법원의 법적 논리와 판단에 대해 의문을 품고 있다는 반증이기도 할 것이다.

대법원도 일관성 없는 판결을 한 것이 사실이다. 위 경상북도 도지사가 규칙으로 정

87) 위 판례 중 식품제조영업허가기준(1985. 3. 11. 보건사회부 고시 제85-17호)에 관한 것은 고시의 내용의 합헌성 여부를 검토하였으면서도 그러한 내용의 것이 고시의 형식으로 제정될 수 있었는지에 관해서는 검토하지 않았다는 점에서 아쉬움이 남는다.

한 주유소거리제한의 경우가 대표적인 것이다. 어떤 경우에는 행정규칙의 형식으로 제정된 것도 그 법규범성을 인정하기도 하고, 어떤 때는 부령의 형식으로 제정된 것도 규범성을 인정하지 않고 단지 내부 기준에 불과하다고 한다(후술 참조). 원심인 고등법원은 동사건에서 기존의 대법원의 판단에 따라 동규칙은 행정처분의 기준을 정한 것으로서 행정명령(행정규칙)에 불과하기 때문에 그에 따르더라도 합법인 것은 아니고 이를 위반하더라도 위법은 아니라는 견지에서 판단하였던 것이다. 그런데 대법원은 이 경우는 종전과는 달리 엄격한 규범성을 인정하여 거리기준을 위반한 것은 위법한 것이라고 판단을 한 것이다. 이러한 현상은 국민의 법적 안정성과 법의 실효성을 위해 문제가 심각한 것으로서 개선을 요하는 것이다.

2. 고시의 근거법령의 예

고시가 제정되는 것은 많은 경우 법적인 근거를 가지고 있는 것이 사실이다.⁸⁸⁾ 그러나 대통령령이나 부령 등의 경우처럼 이를 규정함에 있어서 “대통령령으로 정한다”거나 또는 “보건복지부령으로 정한다”고 되어 있지 않고 단지 “○○ 장관이 정한다”고 되어 있다. 심지어 행정 각부의 장관이 아닌 “공업진흥청장이 정하여 고시한다”고 되어 있기도 하다. 고시의 근거법률의 예를 제정권자별로 보면 다음과 같다.⁸⁹⁾

(1) 행정 각부 장관이 제정하는 경우

① 생활보호법에 의한 보호의 기준은 보건복지부 장관이 보호대상자의 연령·세대구성·주거지역 기타 생활 여건 등을 고려하여 보호의 종류별로 지정한다(생활보호법 제5조 제2항).

② 보건복지부 장관은 국민보건상 필요하다고 인정하는 때에는 판매를 목적으로 하거나 영업상 사용하는 기구 및 용기·포장의 제조방법에 관한 기준과 기구, 용기·포장 및 그 원재료에 관한 규격을 정하여 고시한다(식품위생법 제9조 1항).

③ 공익상 영업허가를 제한할 필요가 현저하다고 인정되어 보건복지부 장관이 지정하

88) 행정규제기본법 부칙 제4조는 고시 등이 법령의 근거가 필요함을 강조하면서 다음과 같이 규정하고 있다. 제1항: “중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장은 이 법 시행 후 1년 이내에 이 법 시행 당시 시행 중인 훈령·예규·지침·고시 등에 규정된 규제에 대하여 제4조의 규정에 의하여 법령 또는 조례·규칙에 근거하였는지 여부를 재검토하여야 한다.” 제2항: “중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장은 제1항의 규정에 의한 재검토 결과 제4조의 규정에 의하여 법령 또는 조례·규칙에 근거하지 아니한 훈령·예규·지침·고시 등에 규정된 규제는 이를 지체없이 폐지하거나 관계 법령 또는 조례·규칙에 그 근거를 정하여야 한다.”

89) 문상덕, 「법령의 수권에 의한 행정규칙(고시)의 법적 성격과 그 통제」, 『행정법연구』, 행정법 이론실무연구회, 1997, 156쪽 참조.

여 고시하는 영업 또는 품목에 해당하는 때에는 영업허가를 할 수 없다(식품위생법 제24조 1항 4호).

④ 약사 및 한약사가 아니면 의약품을 조제할 수 없으며, 약사 및 한약사는 각각 면허의 범위 안에서 의약품을 조제하여야 한다. 한약사가 한약을 조제할 때에는 한의사의 처방전에 의하여야 한다. 다만 보건복지부 장관이 정하는 한약처방의 종류 및 조제방법에 따라 조제하는 경우에는 그러하지 아니하다(약사법 제21조 1항, 제7항). 기존의 약사는 한약조제시험에 합격한 자에 한하여 법 제21조 제7항의 규정에 준하여 한약을 조제할 수 있도록 하고 있다(약사법 부칙 제4조 1항).

⑤ “약국 개설자가 부당한 방법이나 가격으로 의약품을 판매하여 의약품 시장질서를 어지럽히거나 소비자를 유인하지 못하도록” 되어 있으며(약사법 제38조, 동법 시행규칙 제57조 제1항 제6호), 이에 위반하여 “약국 등 판매업자가 보건복지부 장관이 별도로 정한 기준보다 의약품을 낮게 판매”(시행규칙 제89조 별표6 ‘II.개별기준’ 38 아.)하지 못하도록 되어 있다. 이에 근거하여 보건복지부 장관은 고시로써⁹⁰⁾ “정당한 이유 없이 의약품의 공장도가격보다 낮게 판매하는 등 시장질서를 어지럽히지”(동고시 제14조 제2항 제2호) 못하도록 하고 있다. 이를 위반하는 경우에는 3일에서 1개월까지의 업무정지의 행정처분을 받게 되어 있다. 또한 경우에 따라서는 형사처벌(1년 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금)도 받을 수 있다(약사법 제76조).

⑥ 산업자원부 장관은 공장입지의 기준을 정하여 고시한다(공업배치 및 공장설립에 관한 법률 제8조 1항).

⑦ 건설교통부 장관은 대통령령이 정하는 바에 따라 안전점검 및 정밀안전진단의 실시방법·절차 등에 관한 안전점검및정밀안전진단지침을 작성하여 이를 관보에 고시하여야 한다(시설물의 안전관리에 관한 특별법 제13조 1항).

⑧ 국가 등은 65세 이상의 자에 대하여 노령수당을 지급할 수 있고, 그 시기 및 대상자의 선정기준 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다(노인복지법 제13조). 노령수당지급대상자는 65세 이상의 자 중 소득수준을 참작하여 보건복지부 장관이 정하는 일정한 소득 이하의 자로 한다(동 시행령 제17조).

⑨ 환경부 장관은 대통령령이 정하는 바에 따라 특정 대기유해물질을 배출하는 배출시설의 설치 또는 특별 대책지역 안에서의 배출시설의 설치를 제한할 수 있다(대기환경보전법 제10조 4항). 환경부 장관은 배출시설의 설치허가를 제한할 수 있는 대상지역 및 배출시설을 환경기준의 유지 정도, 오염물질의 종류, 배출시설의 규모 및 지역

90) 보건복지부 고시 제1995-4호<의약품표시 및 관리기준>

적 특성을 참작하여 관계 중앙행정기관의 장과 협의하여 고시한다(대기환경보전법 시행령 제3조).

(2) 행정 각부 장관 이외의 경우

① 국가는 소비자와 사업자간의 분쟁의 원활한 해결을 위하여 대통령령이 정하는 일반적 소비자 피해보상기준에 따라 품목별로 소비자 피해보상기준을 제정할 수 있다(소비자보호법 제12조 2항). 위의 품목별 보상기준은 분쟁당사자간에 보상방법에 대한 별도의 의사표시가 없는 한 소비자 피해보상의 기준이 된다(동조 3항). 한편 위의 품목별 소비자 피해보상기준은 재정경제원 장관이 제정 고시한다(동시행령 제11조 1항).

② 특별시장·광역시장·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제3조 제1항 내지 제3항의 규정에 의한 액화석유가스 충전사업·액화석유가스 집단공급사업·가스용품 제조사업 또는 액화석유가스 판매사업허가 또는 이들의 변경허가신청을 받은 경우에는 다음 각호의 기준에 적합한지의 여부를 검토하여 그 기준에 적합한 경우에 한하여 이를 허가하여야 한다. 1-6호(생략). 허가관청은 제3항 제1호, 제2호 및 제4호의 사항에 관한 세부기준을 정할 수 있다(액화석유가스의안전및사업관리법시행령 제2조 3항 4항).

③ 경찰청장은 필요한 경우 사행기구의 형상, 구조, 재질, 성능 등에 관한 규격 및 기준을 정할 수 있다(사행행위등규제및처벌특례법 제14조 1항). 위의 기준 등을 정한 때에는 이를 고시하여야 한다(동시행규칙 제19조 1항).

④ 승강기 자체 검사의 검사항목, 검사방법, 기타 사항은 공업진흥청장이 정하여 고시한다(승강기제조및관리에관한법시행령 제15조). -<개정 97. 7. 10 : 자체 검사의 검사항목·검사방법 기타 필요한 사항은 통상산업부 장관이 정하여 고시한다.>

3. 문제점

(1) 근거 및 위임방식

우선 위에서 열거한 예에서 보듯이 국민의 권리·의무를 직접적으로 규율하는 것을 내용으로 하는 각종 고시는 어떤 경우에는 법률, 어떤 경우에는 대통령령(시행령), 심지어는 부령(시행규칙)에 근거하여 제정되고 있음을 알 수 있다. 법률에서 직접 위임을 하는 경우는 그래도 입법자가 스스로 하는 것으로서 어느 정도 용인할 수 있을지도 모르지만,⁹¹⁾ 대통령령에서 아무런 헌법적 또는 법률적인 근거도 없이 스스로 규범형식을 창설하여 장관으로 하여금 고시를 정하도록 하거나 또는 장관 스스로 제정한 부

령에서 부령 아닌 다른 곳에서 별도로 정하도록 하고서는(위 약사법의 경우) 고시로서 정하고 있는 것은 규범형식의 남용이라는 점에서 분명 문제가 있는 것이다.

또한 법률에서 대통령령이나 총리령, 부령의 제정을 위임하는 경우에는 일반적으로 “대통령령(총리령, 부령)으로 정한다”라고 되어 있는 경우와는 달리 다만 “○○ 장관이 정한다”거나 또는 “○○가 정하여 고시한다” 등으로 되어 있다. 여기서 ‘고시’하도록 한 것은 분명 그것이 국민의 권리·의무와 관계가 있기 때문에 국민에게 알릴 필요가 있다는 것을 위임자 스스로 인지하고 있음을 의미한다.

우리 헌법에는 행정입법의 형식으로서 분명히 대통령령·총리령·부령 등을 명시하고 있다. 그럼에도 불구하고 법률이나 대통령령에서는 “○○부 장관이 ○○부령으로 정한다”고 하지 않고 단지 “○○부 장관이 정한다”고 규정하고 있는 것이 문제이다. 같은 ‘○○부 장관이 정’할 것이면 이왕이면 제정형식과 절차가 엄격히 법으로 정해져 있을 뿐만 아니라 국민도 쉽게 법전을 통해 인지할 수 있어서 법규범으로서의 실효성과 법적 안정성을 확보할 수 있는 부령으로 정하도록 해야 했을 것이다. 그냥 “○○이 정한다”고 하니 헌법에서 인정하고 있지도 않은 ‘고시’, ‘예규’, ‘지침’, ‘훈령’, ‘규정’, ‘기준’ 등의 형식으로서 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규범이 제정되는 등 규범형식을 남용하고 있는 것이 우리 현실이다.

또한 경상북도 지사의 주유소거리제한에 관한 고시의 경우에서 보는 것처럼 “지방자치단체장이 규칙으로 정하”도록 위임하는 것이 마땅함에도 불구하고 단지 “지방자치단체의 장이 정한다”로 되어 있기 때문에 지방자치단체장의 ‘고시’라는 잘못된 규범형식으로 제정되었던 것이다. 형식은 내용을 담는 그릇이다. 형식을 제대로 지키지 않을 때 결국 내용도 부실해지기 마련이다. 이는 위 판례들이 보여주고 있는 바이다.

그런데 현재 대법원의 판례 경향과는 달리 대법원은 스스로 과거 이 문제에 관해 필자의 논지와 같은 타당한 결정을 한 바가 있었다. 그 내용은 다음과 같다.

“사립학교법 제28조 제1항에 의하면 학교법인의 기본재산에 관하여는 감독청의 허가를 받지 아니하고서는 양도 또는 담보에 제공할 수 없다라고 규정함으로써 학교법인의 기본재산에 대하여는 법규정 자체로써 그 처분을 제한하였고 같은 조 제2항에 의하면 위의 기본재산에 속하지 않은 재산이라 하더라도 학교 교육에 직접 사용하는 재산으로서 대통령령으로 규정된 재산에 대하여는 역시 이를 처분할 수 없다고 규정함으로써 기본재산 이외의 재산 중 처분할 수 없는 재산의 범위를 대통령령에 위임하였다.

91) 감사원법에서 감사원으로 하여금 규칙을 제정할 수 있도록 하는 경우가 이에 비견할 수 있을 것이다.

사립학교법시행령 제12조는 위의 법의 위임에 의하여 처분할 수 없는 재산의 범위를 ‘(1) 교지 (2) 교사 (3) 체육장 (4) 실습 또는 연구시설’이라고 규정하여 그 처분할 수 없는 재산의 범위를 특정함과 동시에 제(5)호는 ‘기타 교육에 직접 사용하는 시설 또는 설비로서 문교부 장관이 지정한 것’이라고 규정함으로써 위에 열거된 이외의 시설 설비 중 처분할 수 없는 시설 설비의 범위를 또 다시 문교부 장관에게 재위임하였음을 알 수 있다.

위와 같은 규정들은 사립학교의 건전한 발전을 도모하고 교육에 필요한 일정한 기준 시설과 설비를 보유하게 함에 그 목적이 있음과 동시에 학교법인과 거래를 하게 될 제3자로 하여금 예측하지 아니한 손해가 발생할 것을 미연에 방지하게 하기 위하여 그 처분할 수 없는 재산과 시설들을 법 자체로서 규정하고, 또는 대통령령으로 규정하게 함으로써 미리 일반 국민에게 주지시키는 데 그 취지가 있다 할 것이다. 그러므로 시행령의 재위임에 의한 시행령 제12조 제5호의 ‘문교부 장관의 지정’도 역시 대외적으로 일반 국민이 알 수 있고 또 일반 국민에게 구속력이 있는 문교부령의 형식으로 그 처분할 수 없는 시설과 설비의 범위를 지정, 공포하라는 취지로 해석하여야 할 것이다.”⁹²⁾

요컨대 대통령령인 사립학교법시행령에서 단지 ‘문교부 장관이 지정’이라고 한 것에 근거하여 제정한 1967년 5월 19일의 문교부 훈령 제86호는 규범형식 면에서 잘못된 것이고 행정입법의 정식인 문교부령으로써 제정했어야 한다는 것이다.

상위 법령의 위임을 받아 법규범에 해당하는 사항을 스스로 정해야 하는 수임자인 행정기관의 입장에서도 스스로 규범형식을 결정하기 곤란한 경우에 ‘훈령’이나 ‘고시’라는 형식을 취할 수밖에 없을 것이다. 특히 행정 각부의 장관이 아닌 경우는 더욱 그렇다.

예를 들면 구소득세법⁹³⁾ 제23조 제4항, 제45조 제1항 제1호의 양도소득세의 양도차익의 계산은 기준시가에 의할 것을 원칙으로 하면서 다만 실지거래가액實地去來價額이 적용될 경우를 대통령령에 위임하고 있었다. 위 위임규정에 따라 소득세법시행령 제170조 제4항 제2호는 양도소득세의 실지거래가액이 적용되어야 할 경우의 하나로써 “국세청장이 지역에 따라 정하는 일정 규모 이상의 거래 기타 부동산 투기억제를 위하여 필요하다고 인정되어 국세청장이 지정하는 거래”로 정하고 있다. 그 지정의 절차나 방법에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 아니하고 있었다. 이에 따라 국세청장은 ‘훈령’이라는 규범형식을 택할 수밖에 없었다. 그것이 바로 ‘재산제세조사사무처리규정’이다. 그 훈령 제72조 제4항에서 양도소득세의 실지거래가액이 적용될 부동산

92) 대판 1969. 2. 25. 선고 68다2196.

93) 1994. 12. 22 법률 제4803호(전문 개정) 이전의 것.

투기억제를 위하여 필요하다고 인정되는 거래의 유형을 열거하고 있었다. 결국 소득세액은 이 훈령에 따라 좌우되었던 것이다.

대법원은 이 훈령을 위의 판례와 마찬가지로 법규명령으로서의 효력이 있다고 하였다. 즉 위 재산제세조사사무처리규정이 국세청장의 훈령 형식으로 되어 있으나, 법령 내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여받은 수입행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 행정규칙은 수입기관에게 위와 같은 권한을 부여한 법령 규정의 효력에 의하여 그 법령의 내용을 보충하는 기능을 갖게 된다고 할 것이므로, 위 규정은 위임법령들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다는 것이다.⁹⁴⁾

그러나 주지하는 바와 같이 국가의 징세행위는 침해 내지 규제행정의 전형적인 것으로서 “대표 없이는 과세 없다”는 말과 같이 법률유보가 적용되는 최초 영역이며 핵심 영역이다(조세법률주의). 이는 물론 국가의 과세 내용을 사전에 법률로써 미리 규율함으로써 국민은 자신의 담세 내용을 예견·예측할 수 있게 되고 사후에 이를 근거로 사법적 통제를 하기 위한 것이다. 따라서 이러한 의의에 어긋나는 규율은 결국 조세법률주의를 위반한 것이 된다고 할 수 있다. 실지거래가액이 적용될 부동산 투기억제를 위하여 필요하다고 인정되는 거래를 지정하게 되면서 그 지정의 절차나 방법에 관하여 아무런 제한을 두고 있지 아니한 것은, 결국 국민은 자신의 거래행위가 도대체 그러한 거래에 해당하는지를 미리 알 수 없다는 점에서 잘못된 것이다.

일반적으로 법규명령은 부령인 시행규칙까지밖에 인정되지 않는 까닭에 국세청장은 하는 수 없이 법령을 집행하기 위해 훈령이라는 규율형식을 통하여 상위 법령을 보충하고 있다. 결국 국세청의 훈령을 알지 못하고는 국민은 국가의 과세의 기준을 알 수 없었던 셈인데 그와 같은 내용의 훈령은 법률유보의 원칙이 엄격하게 적용되는 조세행정에서 적합한 규율형식이라고 할 수 없다. 이렇듯 위의 훈령은 법률유보의 원칙 내지는 조세법률주의의 원칙에 반하여 위헌이라고 할 수 있으며, 그러한 내용의 명령은 보다 엄격한 제정절차와 형식을 요하는 법규명령에 의해 규율되었어야 했을 것이다. 그럼에도 불구하고 대법원은 입법 현실을 존중하여 이 문제를 간과했다.

다행히도 위 사건이 있는 뒤 소득세법시행령(1992. 12. 31. 대통령령 13802호) 제 170조 제4항 2호 바목은 1989년 8월 1일자의 개정을 통해 ‘부동산의 보유기간·거래 규모 및 거래방법 등에 비추어 부동산의 투기를 목적으로 하는 것이라고 인정하여 재무부령이 정하는 기준에 해당하는 경우’라고 하고, 이에 따라 재무부령인 소득세법시행규칙 제82조의 2 제3항에서 그 기준을 확정하여 법률유보의 원칙에 적합하도록 함으로써 이 문제를 해결하였다.

94) 대판 1987. 9. 29, 86 누 484. 동지同旨: 대판 1988. 3. 22, 87 누 454; 1988. 5. 10, 87 누 1028.

오늘날에도 이와 유사한 경우는 많을 것으로 짐작이 된다. 아무튼 이는 ‘법령에 의한 행정’이 아니라 ‘훈령에 의한 행정’이 되지 않도록 하기 위해서는 보다 충실하고 신중한 법령 제정이 필요함을 보여주는 예라고 하겠다.

(2) 제정권자

위의 예에서 보듯이 고시의 제정을 행정 각부의 장이 아닌 경찰청장이나 공업진흥청장⁹⁵⁾에 위임하고 있는 경우도 있다. 결국 이들은 행정 각부의 장이 아니면서도 국민의 권리의무와 직접적으로 관련된 규범을 제정하도록 하고 있는데, 이는 헌법에서 법규명령의 제정권자로서 명시하고 있지 않은 것으로서 문제가 있는 것이다.

일반적으로 우리의 법체계상 법규명령의 제정권자를 부령까지만 인정하고 있다. 그러나 사실 현실적으로 법규범의 제정권자를 행정 각부가 아닌 행정기관까지 허용하는 것이 필요한 면도 있다. 경찰청·특허청·국세청 등은 각각 행정자치부, 산업자원부, 재정경제부 등 행정 각부의 감독을 받지만 보조기관이 아닌 독립된 외청外廳이고 그의 장이 행정청으로서 행정처분을 하는 등 사실상 관할 행정업무에 관한 한 국가의 최상위 기관이다. 따라서 이들에게 구체적인 처분인 행정처분은 물론 그 근거 및 기준이 되는 일반적·추상적인 규율로서의 행정규범을 법률 등의 위임을 받아 제정하는 권한을 주는 것이 현실적으로 필요한 만큼 이를 적극적으로 검토하는 것이 바람직할 것으로 생각된다.

현재는 형식적으로 헌법에서 부령까지만 인정할 뿐 그 외는 인정하고 있지 않고 명령의 제정절차에 있어서도 부령까지만 통제를 하면서도 실질에 있어서는 고시·훈령 등 각종 변칙적인 규범형태로서 사실상의 법규명령을 제정하고 있다. 이를 개선하는 방법은 두 가지가 있을 수 있다. 그 중 하나는 현재 각종 행정기관이 제정한 규범을 최소한 행정 각부의 장이 제정하는 부령의 형식으로 제정하도록 바로잡는 것이다.⁹⁶⁾ 다른 하나는 헌법을 개정하는 것이다. 즉 헌법에서 법규명령의 제정권자를 현재처럼 제한하지 말고 ‘중앙행정기관의 장’으로 확대한다. 단 이를 남용하는 것을 실질적으로 막기 위해 법률의 위임을 보다 구체적이고 명확하게 하고 이에 근거한 각종 행정입법의 제정절차 및 형식을 보다 철저하게 통제할 수 있도록 하는 것을 검토할 필요가 있다고 생각된다.

95) 현재의 승강기제조및관리에관한법시행령 제15조는 1997년 7월 10일자 개정령을 통하여 “자체 검사의 검사항목·검사방법 기타 필요한 사항은 통상산업부 장관이 정하여 고시한다”로 되어 있다.

96) 승강기 자체 검사의 검사항목, 검사방법 기타 필요한 사항을 과거에는 공업진흥청장이 정하도록 한 것을 통상산업부 장관이 정하도록 개선한 것이나(고시라는 형식은 잘못된 것이기는 하지만), 상술한 국세청 훈령의 형식으로 발해진 재산세세조사사무처리규정상의 투기거래에 관한 규정을 재무부령으로 개선한 것이 그 예가 될 수 있을 것이다.

(3) 규율 내용

위 사례에서 보듯이 ‘고시’ 등은 ‘주류도매면허제도개선업무지침’, ‘식품영업허가기준’, ‘노인복지사업지침’, ‘주류도매면허제도개선업무지침’, ‘석유판매업허가기준’, ‘재산세 세사무처리규정’ 등 그 명칭을 ‘지침’이나 ‘기준’이라고 하면서 행정내부적으로 상급행정기관이 하급기관으로 하여금 관할 업무를 처리하는 기준이나 요령만을 정하고 있는 것처럼 보인다. 그러나 상기 판례에서 보듯이 이는 단지 행정기관의 내부적인 업무기준이 아니라 국민의 권리·의무를 규율하는 것을 내용으로 하고 있으며 실질에 있어서는 부령과 전혀 다를 바 없는 것임을 알 수 있다. 이들을 ‘고시’ 등을 관보에 게재하는 경우가 많은 점도 바로 그러한 때문임은 제정권자들이 잘 알고 있을 것이다. 그럼에도 불구하고 ‘부령’같은 정식의 법규범형식이 아닌 ‘고시’ 등으로 제정하는 것이 행정 당국으로서도 온당하지 못한 점이 있기 때문에 그와 같은 명칭을 사용하고 있는 것이 아닌가 생각된다.

자칫 업무처리기준, 허가기준 등이라고 하면 이는 행정기관내부의 업무처리기준에 불과한 것처럼 생각하기 쉬우나 그렇지 않다는 것은 상기의 사례들이 잘 보여주고 있는 바이다. 행정법이라는 것은 행정에 관한 법령으로서 엄격히 말하면 모두가 행정업무의 처리기준이라고 말할 수 있다. 행정법의 대상은 한편으로는 행정기관이고 다른 한편으로는 국민이다. 국민은 허가기준에 따라 허가를 신청하고 이에 어긋나는 행정처분은 위법한 행정처분이 되는 것임은 물론이다.

또한 위의 사례에서 보듯이 고시는 국민의 권리를 가장 직접적으로 규율함을 명백히 알 수 있다. 단지 몇 가지만 예를 들면 골프채의 수입가능 여부, 음용수의 판매가능 여부, 약사가 한약을 조제함에 있어서 특정한 처방을 조제할 수 있는지의 여부, 자신이 원하는 곳에서의 주유소영업허가의 가능성 여부, 소비자피해보상액의 결정 등의 경우에서 보는 것처럼 법률이나 대통령령이나 부령보다도 국민의 권리행사 여부를 결정적으로 좌우하고 있음을 알 수 있다.

그럼에도 불구하고 법제업무운영규정 등에서 일정한 과정을 거치도록 함으로써 보다 상위의 법령에 저촉되거나 불합리한 내용의 규정을 사전에 예방하고 있는 대통령령, 총리령, 부령의 경우와는 달리 고시의 경우에 있어서는 장관이 제정해서 발표하면 그만인 것이다. 형식과 절차는 그 자체가 의미가 있는 것이라기보다는 옳고 충실한 내용을 위한 것일 것이다. 상기의 사례에서 보는 것처럼 내용상으로 문제가 많은 고시가 제정되기 마련일 것이며 단지 사건화가 안되었을 따름이지 현재도 수많은 불합리한 고시가 ‘사무처리기준’이라는 이름으로 시행되고 있을 것이다.

입법자의 입장에서조차 자신이 정하기 곤란한 것은 장관에게 적당히 정하도록 하고 있

는 경우가 있다. ‘한약처방의종류및조제방법에관한규정’을 예로 들면 약사의 한약조제권 행사의 핵심은 한약처방의 종류 및 방법임은 물론이다. 이를 어떻게 정하느냐에 따라 그것이 유명무실해질 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 법률은 이에 대한 기준을 전혀 제시하지 않은 상태로 단지 ‘보건복지부 장관이 정하도록’ 포괄위임하고 있는 것도 헌법 제75조 및 제95조의 정신에 어긋나는 것이다.

최소한 법률에서는 약사가 조제할 수 있는 처방의 최대한의 범위나 혹은 그 범위를 정하는 기준 등을 제시하고 구체적인 처방의 종류는 장관에게 위임하는 것이 합당한 것이다. 장관은 고시로써 100가지 처방만을 인정하고 나아가 처방의 가감을 금지하였는데,⁹⁷⁾ 100처방만 정한 근거와 가감을 금지한 이유가 분명하지 않다. 주지하다시피 개인의 증상과 체질에 따라 한의서에 수재된 기본처방에 일정한 약제를 추가하거나 감하는 것이 한약조제의 본질이다. 또한 한의서에도 증상에 따라 가감을 하는 방법 및 약제를 명시해 놓고 있다.⁹⁸⁾ 그럼에도 불구하고 가감을 금지시키는 것은 조제의 본질에 반하는 것이며 가감을 허용하고 있는 한약업사의 경우에 비추어서도 이는 합당하지 않는 것이다.

현재는 주유소의 영업이 신고제로 바뀌어서 문제가 없지만 실은 과거에 주유소를 허가함에 있어서 기존 주유소로부터 일정한 거리 이내에는 더 이상 신규허가를 불허한 상기의 경상북도 지사가 고시로써 정한 주유소허가의 거리기준도 위헌이었다고 생각된다. 직업선택의 자유는 국가안전보장, 공공복리, 질서유지를 위하여 필요최소한 만큼만 제한할 수 있는 것이다. 거리제한 등은 이른바 객관적인 요건충족을 전제로 하여 직업선택을 제한하는 경우로서 이는 주관적인 요건충족을 전제로 하여 직업선택을 제한하는 경우(각종 자격시험제)에 비해 훨씬 필요불가결한 경우에만 되는 것이다. 그러한 면에서 위 경상북도 지사의 고시는 직업선택의 자유를 제한함에 있어서의 비례의 원칙에 따라야 한다는 3단계론의 입장에서 볼 때 위헌인 것이다.⁹⁹⁾

97) 이에 반해 한약업사는 약사법에 따라 11개 기성한약서(‘기성한약서에 대한 잠정규정’-1969. 6. 7. 보건사회부 예규 제233호- 제4조 참조)에 수재된 약 60,000개 처방을 무제한으로 ‘혼합판매’할 수 있는데, 혼합판매는 사실상 조제와 다름없으며, 한약서에 수재된 가감 및 합방을 할 수 있는 점에 비추어 볼 때 약사에 대한 이와 같은 제한은 형평에 심히 어긋나는 것이라고 하지 않을 수 없다. 심지어 건강원(휴염소, 개소주집)에서도 식품위생법에 지정된 49종의 한약재를 임의로 가감하면서 건강식품을 판매하고 있다.

98) 예를 들면 ‘방약합편’에 수록된 ‘사물탕’의 경우: “봄에는 천궁을 배량하고, 여름에는 작약을 배량하며 ……., 봄에는 방풍을 가하고, 여름에는 황금을 가하며 ……., 허혈하여 경수가 부조한 자는 향부자, 익모초, 인삼 …… 같은 것을 가한다.”

99) “공중목욕장업 상호간의 거리를 제한하는 것은 동일 업종의 적정분포를 위한 것이며, 그러한 이유로는 헌법상 보장된 영업의 자유가 제한될 수 없다(대법원 1963. 8. 22, 63누97)”.

(4) 제정절차

고시를 법령을 보충하는 기능을 하는 법규명령과 같은 효력이 있다고 인정하는 것이 얼마나 문제가 있는지는 그 제정절차를 보면 더욱 분명해진다. 법률의 근거가 있다고 하여 국민의 직업행사의 자유를 제한하는 규정을 ‘고시’라는 것으로 제정한다면 정식의 법규명령을 제정할 때 준수해야 하는 절차와 형식을 무의미하게 만드는 결과가 된다. 법령의 제정절차와 형식이 중요한 이유는 그것이 준수되었을 때 내용의 타당성이 보장되는 것이기 때문이다.

법령의 제정·개정 또는 폐지 등 정부입법활동과 기타 정부의 법제업무에 관하여 필요한 사항을 규정하고 있는 법제업무운영규정(제정 1995. 08. 10 대통령령 제14748호)에 의하면 ‘법령이라 함은 법률·대통령령·총리령 및 부령을 말한다’고 하고 있고(제2조), ‘모든 입법활동은 헌법과 법령에서 정한 절차에 따라 이루어져야 한다’는 것을 강조하고 있다(제3조). 이를 위해 동규정은 법제처장의 입법계획의 총괄·조정권(제4조), 부처 및 정부의 입법계획(제6조-제11조), 국민의 주요 일상생활과 직접 관련 되는 법령의 입법예고 및 공개청문과 입법의견제출(제15조-제24조), 법령 등의 심사 및 정비개선(제25조-제28조) 등에 관해 규정하고 있다.

그런데 제28조(훈령·예규 등의 적법성 확보)에서는 “각급 행정기관의 훈령·예규·고시(그 명칭에 불구하고 국민의 권리·의무에 관련되거나 기타 법령의 시행과 직접 관련하여 발령 하는 지시·통첩 등을 포함한다. 이하 ‘훈령·예규 등’이라 한다)는 그 내용이 적법하고 현실에 적합하게 발령·유지·관리되어야 한다”고 하고(제1항), “각 중앙행정기관의 장은 매년 2회에 걸쳐 매반기에 발령한 훈령, 예규 등을 당해 반기 종료 후 10일 이내에 법제처에 제출하여야 하며”(제2항), “법제처장은 제2항의 규정에 의하여 제출받은 훈령, 예규 등을 검토하고 법령으로 정하여야 할 사항을 훈령, 예규 등으로 정하고 있거나 법령에 저촉되거나 불합리한 사항을 정한 훈령, 예규 등이 있는 경우에는 개선의견을 작성하여 소관 중앙행정기관의 장에게 통보하여야” 하고(제3항), “제3항의 규정에 의한 개선의견 통보를 받은 중앙행정기관의 장은 특별한 사유가 없는 한 이를 당해 훈령, 예규 등에 반영하고 그 처리결과를 법제처장에게 통보하여야 한다(제4항)”고 정하고 있다. 이 규정은 고시·훈령·예규 등은 본질적으로 법령이 아님을 전제하고 있음을 명백히 알 수 있다.

요컨대 법령의 입법절차에서 고시 등은 완전히 배제되어 있으며 이는 고시 등의 형식으로써는 대국민적인 구속력이 인정되는 법령을 제정해서는 안된다는 것을 의미하는 것이다.¹⁰⁰⁾

100) 동지同旨: 문상덕, 「법령의 수권에 의한 행정규칙(고시)의 법적 성격과 그 통제」, 『행정법연구』, 행정법이론실무연구회, 1997, 163쪽.

또한 이러한 결론은 법령 등의 공포절차에 관하여 규정함을 목적으로 제정된 법령등 공포에관한법률(제정 1963. 12. 16 법률 제1539호, 개정 1982. 11. 29 법률 제3573호)을 봐도 명백해진다. 동법은 제11조에서 “헌법·법률·조약·대통령령·총리령 및 부령의 공포와 헌법개정안·예산 및 예산외국고부담계약의 공고는 관보에 게재하여 이를 한다”고 함으로써 고시 등을 배제하고 있다.

그런데 “법령 등의 공포 또는 공고일은 그 법령 등을 게재한 관보 또는 신문이 발행된 날로 하며,”(동법 제12조), “대통령령·총리령 및 부령은 특별한 규정이 없는 한 공포한 날로부터 20일을 경과함으로써 효력을 발생”하고(제13조), “국민의 권리제한 또는 의무부과와 직접 관련되는 법률·대통령령·총리령 및 부령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 사유가 있는 경우를 제외하고는 공포일로부터 적어도 30일이 경과한 날로부터 시행되도록 하여야 한다(제13조의 2).

그럼에도 불구하고 고시는 제정절차와 형식 즉 성립요건과 효력요건 등이 전혀 정해져 있지 않은 까닭에 한마디로 장관이나 제정권자가 정해서 발표하면 그만이다. 상술한 바와 같이 고시의 발효 시점과 관련하여 문제가 되었던 상공부 장관의 “수입선다변화품목의 지정 및 그 수입절차 등의 공고(1991년 5월 13일자 상공부 고시 제 91-21호)”는 고시가 얼마나 남용되고 또한 국민의 권리를 부당하게 제한하거나 침해하는지를 알 수 있다.

수입선다변화품목의 지정은 분명 수입업자인 국민의 권리를 제한하는 것으로서 정식의 법규인 상공부령이라는 형식으로서 적법한 절차를 거쳐서 제정되어야 하는 것임에도 불구하고 이른바 ‘고시’라는 것으로 신문에 공고하는 것도 문제임은 위에서 주장하는 바와 같다. 더욱 문제는 이 고시를 신문발행일 즉시 시행하면서 그날 이후에 신용장을 개설한 경우에는 수입을 금지한다는 것이다. 그렇게 유예기간을 단 하루도 주지 않으면 그동안 외국과 진행된 수입협상은 어떻게 하여야 할 것인지 문제가 되지 않을 수 없다. 상공부령으로 정한 경우에도 그렇게 하였을지 의문이다.

고시가 얼마나 오·남용되는지는 약사의 한약조제권의 실질적 내용을 규정하고 있는 ‘한약처방의종류및조제방법에관한규정’(1994. 7. 8. 보사부 고시 1994-26)의 제정 및 개정과정을 보면 알 수 있다.

‘보사부 고시 1994-26’은 총칙 제6에서 기성한약서에 따른 조제방법 즉 가감을 인정하였고, 1995년 3월 10일 보건복지부는 한약조제지침에 대한 개정내용을 발표하고 공문으로써 관련 단체에 통보할 때는 기성한약서에 의한 가감을 허용하더니¹⁰¹⁾ 불과

101) 보건복지부 공문(제목: “한약처방의 종류 및 조제방법에 관한 규정” 개정고시 통보; 문서번호 약정 65601-597; 시행일자 1995. 3. 10.; 수신처: 국립보건원장, 대한약사회장, 대한의사협

4일 뒤인 1995년 3월 14일에는 돌연 이를 번복하여 자신의 공문과는 달리 가감을 전면 금지시키는 내용으로 변경하고 3월 15일 관보에 게재함과 동시에 당일부터 즉시 시행한다고 하였다(보건복지부 고시 제1995-15호).¹⁰²⁾ 보건복지부는 상기의 공문에서는 이와 다르게 통보하고서는 고시를 정작 관보에 게재할 때는 이처럼 함으로써 결과적으로 국민과 관련 단체를 속인 셈이다.¹⁰³⁾

이와 같은 행태는 규범형식이 ‘고시’이기 때문에 가능했다고 할 수 있다. 또한 국민의 권리제한 또는 의무부과와 직접 관련되는 법규명령은 긴급히 시행하여야 할 특별한 이유가 있는 경우를 제외하고는 공포일로부터 적어도 30일이 경과한 날로부터 시행되도록 해야 함에도 불구하고 상기의 ‘고시’는 공포한 당일 즉시 시행하도록 하고 있다는 점에 있어서도 법규범 정립의 기본을 무시한 것이다. 만일 부령으로 정하도록 했으면 일정한 절차를 거치게 되었을 것이기 때문에 내용상의 타당성 여부가 보다 객관적으로 검토될 수 있었을 것이다. 여기에 바로 규범형식의 중요성이 있는 것이다.

위와 같은 이유에서 행정규제기본법 제4조 제2항에서 “규제는 법률에 직접 규정하되, 규제에 세부적인 내용은 법률 또는 상위법령이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령·총리령·부령 또는 조례·규칙으로 정할 수 있다. 다만, 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 고시 등¹⁰⁴⁾으로 정할 수 있다”고 함으로써 ‘고시 등’이라는 규범형식을 명시적으로 인정하고 있는 것은 문제가 있다. 법률의 위임이 있다는 것만으로는 문제가 해결되지 않는다는 것은 위의 사례들이 보여주고 있는 바와 같다.

회장, 대한한의사협회장 등 14곳) <별표 1> 총칙 제4:“조제방법 등은 이 한약조제지침서에 따로 정하고 있는 규정이 없는 경우에는 **출전에 의하되, 출전에도 없는 사항에 대하여는** 기성한약서에 따른다. 다만, 한의사의 진단이 필요하다고 인정되는 경우에는 처방의 가감을 하여서는 안된다.”<기성한약서는 가감을 인정하고 있음:필자>

102) 총칙 제4: “조제방법 등은 이 한약조제지침서에 따르며, 처방을 가감을 할 수 없다. 단 소아와 노인의 경우 처방의 조성비율대로 처방중량을 감할 수는 있다.”

103) 주무부처 장관은 4일 전의 자신의 공문의 내용과는 다른 내용의 고시를 만들어 발표하고 그것도 그날부터 시행하도록 하였다. 약사들이 그렇게 제정된 고시에 대해서 항의하자 해당 장관은 얼마 뒤 이에 대해 책임을 지고(?) 장관직에서 물러났고, 고시는 그대로인 채 세월은 흘렀다. 과연 그러한 규정이 현재 제대로 지켜지고 있는지는 지극히 의심스럽다. 왜냐하면 기성한약서에서는 사람의 체질과 병의 증상에 따라 약제를 가감하도록 되어 있는데 고시에 이를 억지로 금지시킨다고 하여 가감을 하지 않는 약사는 별로 없을 것이기 때문이다.

104) ‘고시 등’이란 훈령, 예규, 고시 및 공고를 말한다(행정규제기본법 시행령 제2조 제2항).

제5장

행정처분의 기준을 정한 법규명령

법규명령 가운데는 법률에 의해 행정관청에게 부여된 재량권을 행사하는 기준을 정하고 있는 것이 있다. ‘(위생관련 영업자가 법령에 위반한 때에 행정관청이 행하는) 행정처분의 세부적인 기준은 그 행정처분의 사유와 위반의 정도 등을 감안하여 보건사회부령으로 정한다’고 하는 공중위생법 제23조 4항에 근거하여 제정된 공중위생법시행규칙(1987. 3. 18. 보건사회부령 제797호) 제41조 별표 7이 여기에 속한다.¹⁰⁵⁾ 이에 대해서는 그것이 법규로서의 성질을 가지는가 그렇지 않고 행정명령에 불과한가에 관해 다툼이 있다.

이와 같은 명령은 비록 형식은 법규명령이지만 실질에 있어서는 행정기관 내부의 사무처리준칙을 정한 것이기 때문에 행정명령이며, 따라서 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 것이 아니기 때문에 이를 위반하여도 위법이 되는 것이 아니며 반대로 이에 따르더라도 합법인 것은 아니라는 것이 대법원의 일관된 견해이다.¹⁰⁶⁾ 이에 대해 내용상 행정규칙의 성질을 가지는 것이라도 그것이 법규명령의 형식을 취하게 되면 그것은 법규가 되어 재판규범이 된다고 하는 비판이 있는 바, 현재 이 견해가 다수설이다.¹⁰⁷⁾

문제의 명령들은 법률의 위임을 받아 제정된 법규명령으로서 규율형식이 법규명령이면 일응 국민과 법원을 구속하는 것이 기본원칙이다. 이러한 기본원칙을 부인하기 위해서는 보다 확실하고 엄격한 반대논리가 필요한 것이다. 그런데 우선 위 명령이 행정 내부의 사무처리준칙을 정한 것에 불과하다는 대법원의 전제 자체가 그릇된 것이기도 하다. 대부분의 행정법규는 한편으로는 수범자가 행정관청으로서 이들에게는 행정결정의 근거·기준이 되는 동시에, 다른 한편으로는 수범자가 국민으로서 이들에게 행정처분의 내용을 미리 예견·예측하고 이에 대비하게 하는 기능을 하는 것이기도 하다.¹⁰⁸⁾ 위의 명령도 그러한 점에서 수범자가 행정 내부기관이라고만 할 수는 없으며 내용상 행정규칙이 명백하다고 볼 수는 없는 것이다. 위와 동일한 내용을 경우에 따

105) 그밖에 대법원 판례에 등장하는 것으로서 자동차운수사업법 제31조 등의 규정에 의한 사업면허의 취소처분 등의 처분에 관한 규칙(1982. 7. 31. 교통부령 제724호), 구유기장업법시행규칙舊遊技場業法施行規則(1984. 9. 22. 보건사회부령 제755호) 제9조 및 별표 2 등이 있다. 또한 식품위생법시행규칙 53조, 건축사법시행규칙 등도 이에 속한다.

106) 대판 1984. 2. 28. 83누551; 대판 1990. 1. 25. 89누3564; 대판 1990. 7. 13. 90누2284; 대판 1991. 3. 8. 90누6545; 대판 1992. 4. 28. 91누11940; 대판, 1996. 9. 6. 96누914; 대판 1996. 9. 20. 96누6882. 그런데 대법원은(1997. 12. 26. 선고 97누15418판결) 종전과 달리 대통령령으로 정한 처분기준을 행정명령으로 보지 않고 법규명령으로 판시하였다(그러나 시행규칙은 행정명령에 지나지 않는다고 한다). 이에 관한 비판적 평석은 김남진, 「위임명령은 법규명령이다」, 『법률신문』, 1998. 4. 6. 14쪽 참조.

107) 김남진, 앞의 책, 188쪽; 김도창, 『일반행정법 (상)』, 192쪽, 325쪽; 석종현, 『일반행정법 (상)』, 1997, 402쪽. 반대설: 유지태, 앞의 책 209쪽.

108) 대법원의 판결문(대판 1984. 2. 28. 83 누 551)에서도 보듯이 행정처분 절차 내지는 행정 절차를 단순히 행정 내부의 사무처리 절차로만 이해하는 경우가 종종 발견된다. 그러나 행정 절차 중에는 순전히 행정관청의 사무처리 절차를 정한 것도 있지만, 많은 절차의 상대방이 국민이라는 점에서 행정 절차는 내부 문제가 아니고 행정관청의 대외적 활동(“nach außen wirkende Tätigkeit der Behörde” - §9 VwVfG)이라는 점이 강조되어야 할 것이다.

라서는 의회가 스스로 법률로써 규율할 수도 있는 것이며 행정규칙의 고유의 규율사항이라고 할 수 없다. 헌법이 헌법으로서 법률이 법률로서 규범력이 인정되는 것은 그 내용이 아니라 그 내용을 담고 있는 형식 때문이다. 따라서 규범형식을 기준으로 한 다수설이 옳다고 생각된다.

그동안의 논쟁은 이처럼 위 명령의 성질에 관한 것에만 행해지고 있다. 그러나 문제의 본질은 다른 데에 있다고 생각된다. 위 명령이 법규라고 하는 것은 그에 위반한 처분 등은 바로 위법한 것이 되고, 그것은 법원의 재판에 의한 취소 등의 사유가 된다는 것을 의미한다. 그렇다고 할 때, 명령의 규율방식 자체가 잘못된 것이라는 생각이다. 위 명령은 법률에 의해 부여된 재량권을 행사하는 데 있어서 자의적인 결정을 예방하여 평등한 법집행을 위해 제정된 것이라고 할 수 있다.

그러나 법률에서 재량권을 인정하는 이유는 행정관청이 행정처분을 내릴 때에 법률이 정한 범위 내에서 입법취지, 공익, 국민의 권리, 법령 위반의 정도 등, 제반 사정을 참작하여 적절하고 합리적인 결정을 하여 구체적인 타당성과 개별적 정의 Einzelgerechtigkeit를 실현하기 위한 것이라고 할 수 있다. 따라서 행정부가 재량권을 행사하는 데 있어서는 평등한 법집행과 구체적 타당성이라고 하는 양자를 잘 조화시키도록 노력하여야 하는 것이다.

이 양자는 서로 모순되는 것 같지만 실제로 있어서는 그렇지 않다. 평등의 원칙이라는 것이 ‘같은 것은 같게’만이 아니라 ‘다른 것은 다르게’를 의미하므로 바로 후자인 ‘다른 것은 다르게’ 결정하는 것이야말로 구체적인 타당성을 실현하는 것일 것이다. 다른 것인데도 같게 결정하는 것은 바로 재량의 불행사Ermessensnichtgebrauch이며 평등의 원칙의 위반이 될 것이다. 그럼에도 불구하고 우리나라에서는 행정집행기관에 대한 불신 탓인지는 몰라도 평등한 법집행만을 강조하는 경향이 있으며, 그 결과 위와 같은 명령이 제정된 것이다.

위의 명령을 보면 구체적 타당성을 위한 예외적 결정을 전혀 인정하지 않고, 예를 들면 ‘1차 위반시는 개선명령, 2차 위반시 영업정지 10일, 3차 위반시 영업허가 취소’ 등과 같은 식으로 아예 도표로써 정하여 놓고 일률적인 처분을 내리도록 규정하고 있다. 그러나 엄격히 보면 그러한 기계적이고 일률적인 처분은 재량의 취지에 어긋나며 재량의 불행사로서 재량의 하자에 해당하는 것이다. 따라서 행정관청이 위 명령의 기준과 다른, 그러나 개별적 정의에 합치되는 행정처분을 할 수 있도록 명령 스스로 예외규정을 두거나 처분의 선택의 여지를 인정했어야 할 것이다. 그렇지 않은 규율 방식은 법률의 본래의 목적에 어긋나는 잘못된 것이라고 할 수 있다.¹⁰⁹⁾

109) 법원이 위 명령이 행정명령의 성질을 가진다고 하는 것도 행정처분이 이 명령에 위반되었다고 하여 재량의 범위 내의 것이면 바로 위법이 되는 것은 아니라는 것을 강조하기 위한 것

반면에 같은 성격의 법규명령인 식품위생법시행규칙 제53조는 행정처분의 기준을 정하면서도 예외를 인정하고 있다는 점에서 바람직하다.¹¹⁰⁾ 그러나 예외의 인정사유에는 정책적인 것 외에도 법령의 위반 유형과 정도 및 사유의 합리적인 판단의 경우도 포함되었어야 할 것이다.¹¹¹⁾

확일적인 기준을 제시하고 있기는 하지만 약간의 탄력성을 보이는 것으로서 예를 들면 다음과 같은 것이 있다.

* 방문판매등에관한법률 제46조(등록의 취소 등)

① 시·도지사는 다단계판매업자가 다음 각호의 1에 해당하는 경우에는 제28조의 규정에 의한 등록을 취소하거나 1년이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호, 제2호 또는 제4호에 해당하는 경우에는 등록을 취소하여야 한다.(1-22호 생략)

② 제1항의 규정에 의한 등록취소 또는 영업정지의 처분에 관한 기준은 대통령령으로 정한다.(시행일 96. 6. 29)

** 방문판매등에관한법률시행령 제25조(등록취소 및 영업정지처분기준)

법 제15조 제2항, 법 제26조 제2항 및 법 제46조 제2항의 규정에 의한 영업정지 또는 등록취소의 처분에 관한 기준은 별표 1과 같다.

*** 별표 1:등록취소 및 영업정지처분기준(제25조 관련)

**** 1.일반기준

가. 해당 사항이 2종 이상인 경우에는 그중 중한 행정처분의 기준에 의하되 그 행정처분의 기준이 영업정지에 해당하는 경우에는 중한 처분의 영업정지기간에 경한 처분의 2분의 1까지 합산·가중하여 행정처분을 할 수 있으며, 이 경우 그 최대 기간은 12개월로 한다.

나. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 1년간 같은 위반행위를 한 경우에 적용한다.

**** 2.개별기준(생략)

으로 보인다.

110) 식품위생법시행규칙 53조 2문: “다만, 식품 등의 수급정책 및 국민의 보건에 중대한 영향을 미치는 특별한 사유가 있다고 보건사회부 장관 또는 시·도지사가 인정하는 때에는 이 처분의 기준에 의하지 않을 수 있다.” 약사법시행규칙 제80조 별표3 I,4.: “업무정지 또는 자격정지의 처분을 하는 경우에는 그 위반 사항의 경중에 따라 당해 정지기간 이하의 기간을 정할 수 있다.”

111) 고영훈, 「법규명령론 - 몇 가지 문제점을 중심으로」, 『인권과 정의』, 1994, 3, 88쪽 이하 참조.

제6장

결론

사회·경제활동의 자율과 창의를 촉진하여 국민의 삶의 질을 높이고 국가경쟁력의 지속적인 향상을 도모하기 위해서는 그동안 권위주의 체제하에서 정치, 경제, 사회 각 분야에 있었던 불필요한 행정규제를 폐지하고 나아가 비효율적인 행정규제의 신설을 억제해야 한다는 인식이 널리 공감대를 형성하고 있다. 이에 상응하여 행정규제기본법과 동법시행령이 1998년 3월 1일 시행됨으로써 행정규제의 완화를 위한 기본토대는 마련되었다고 할 것이다. 이제 그동안 시행되어 온 행정규제를 바로잡기 위해서는 결국 법령을 검토할 수밖에 없다.

행정규제는 일반적으로 상위의 규범인 법률에서 그 근거를 마련하고 상세한 것은 하위의 행정입법을 통하여 규율하게 된다. 그리하여 정작 국민들에게 직접적으로 영향을 미치는 것은 상위의 것이 아니라 하위의 규범들인 시행령·시행규칙·고시·훈령·예규 등이다. 행정규제의 완화는 결국 이들 하위규범들을 검토하는 것이 중요한 것이다. 이를 위해 위에서 열거된 내용을 요약하면 다음과 같다.

행정입법은 어디까지나 국회입법에 대한 예외이므로 법규명령의 제정권자도 헌법에 명시된 경우에 국한된다고 할 것이다. 따라서 헌법에 명시된 것이 아닌 형식의 행정입법, 예를 들면 재정경제원 고시(소비자 피해보상규정, 현 재정경제원 고시)는 원칙적으로 위헌이다. 만일 헌법규정이 현실을 제대로 반영하고 있지 못하면 헌법을 개정하여 이를 명확히 하여야 할 것이다. 즉 법규명령의 제정권자를 ‘중앙행정기관의 장’으로 확대하고 그 제정 절차를 엄격히 통제하는 방법을 도입하는 것도 검토해 볼 수 있다.

사법시험령의 경우처럼 법률의 위임 없이 제정되었으면서도 실질에 있어서는 국민의 자유와 권리를 제한하는 명령이 존재하고 있고 또한 법규명령의 개별조항이 법률위임의 필요한 것인지 또는 법률의 위임의 한계를 지키고 있는지를 통제하기 위해 위임명령과 집행명령의 구분을 없애고 독일의 경우처럼 모든 법규명령은 법률의 위임이 있을 경우에만 제정할 수 있도록 하고 법규명령의 제정시에는 반드시 법률의 근거를 명시하는 제도를 도입할 필요가 있다.

오늘 법치주의가 위기에 몰려 있는 이유 중의 하나는 우리 국회가 제기능을 못하고 있는 데 있다. 국회입법의 의미는 국회가 국민의 대표기관이라는 점뿐만이 아니라 국회에서의 입법절차가 행정입법의 경우와는 달리 훨씬 민주적이고 공개적이라는 점에서 찾아야 한다. 즉 의회에서의 입법과정에서는 여당과 야당간의 상반되는 의견이 공개적으로 교환되고 합리적인 결정을 위해 서로 노력하게 된다는 것이다. 공개적인 토론을 통해 많은 의견과 관점이 제시되고 고려되며, 이해관계인과 야당의 의견 그리고 여론이 반영될 가능성이 높아서 보다 민주적으로 결정하게 되고, 그러한 결정과정은

다음 선거에서 각 정당에 대한 국민의 평가기준이 되는 것이다. 따라서 이러한 정신을 제대로 구현하고 있지 못하는 우리 국회의 입법절차는 개선되어야 한다. 국회가 입법부가 아닌 통법부가 되어서는 안된다.

국민의 대표로 구성된 국회는 입법기관으로서 국민과 헌법에 의해 그에게 맡겨진 권리이자 의무를 성실히 이행해야 하며, 그렇지 않고 법률에서는 골격적인 것만 정하고 행정입법의 제정 근거만 제공하고서는 스스로 결정해야 할 사항을 집행부에게 위임함으로써 책임을 회피해서는 안된다. 또한 침해행정 내지 규제행정 분야에서는 법률의 근거가 반드시 필요할 뿐만 아니라 법률은 그 내용이 명확하여야 한다는 것이 강조되어야 한다. 국가의 침해행위의 내용Inhalt, 대상Gegenstand, 목적Zweck 그리고 범위Ausmaß를 충분히 확정하고 그 한계를 정하여, 국민으로 하여금 이를 미리 예견·예측할 수 있게 하고, 그에 대비할 수 있게 하여야 한다.

그러므로 규제행정 분야에서는 우선 법률로 규율하는 데 있어서도 그러한 의의에 상응하도록 그 규율밀도Regelungsdichte가 보다 높게 요구된다. 국회가 규제행정 분야에서 집행부에게 법규명령의 제정이나 행정처분 등 어떤 조치를 수권하는 경우에는 행정에 의한 침해의 정도가 크면 클수록 그 수권된 것의 내용과 목적, 정도 등을 그에 비례해서 명백하게 규율해야만 한다. 법률의 규율목적의 효과적인 달성과 개별적인 정의Einzelgerechtigkeit 내지는 구체적 타당성을 위하여, 그리고 입법기술상의 한계로 인해 꼭 필요한 경우 외에는 재량규정이나 불확정 법개념 등을 남용함으로써 법적 명백성과 안정성Rechtsklarheit und Rechtssicherheit을 해쳐서는 안된다.

규제를 위한 행정입법에 있어서 특히 강조되어야 할 것은 비례의 원칙을 준수하여야 한다는 점이다. 규제는 악이고 규제의 철폐만이 선인 것은 아니다. 필요 이상의 규제가 문제이다. 규제완화에 가장 중요한 기준이 바로 비례의 원칙이다. 우리 헌법 제37조 제2항이 이를 명시하고 있음에도 불구하고 간과되는 경우가 많았다. 이러한 관점에서 볼 때 국민의 권리와 자유를 과잉으로 제한하고 있기 때문에 위헌인 제도로써 단적인 예가 현행의 사법시험제도이다.

법규명령은 모법을 위반할 수 없음은 당연하며 또한 모법의 수권의 범위를 넘어 규율할 수 없다. 그러함에도 불구하고 모법의 수권의 범위를 넘어 규율하는 경우가 의외로 많다. 실무상 가장 준수되고 있지 않는 사항 중의 하나이다. 또한 명령이 법률의 효력을 제한하는 경우가 있는데 법률이 스스로 인정하고 있지 않음에도 불구하고 하위의 명령이 상위의 법률의 적용을 제한하거나 배제하고 있는 것은 법령의 체계상 있을 수 없는 일이다.

고시는 법령을 보충하거나 그 기준이 되는 역할을 함으로써 국민의 권리 및 의무에

미치는 영향이 직접적이기 때문에 그 기능과 중요성에 있어서 현실적으로 대단히 크다. 그럼에도 불구하고 각 부처별로 어떠한 종류와 내용의 고시를 제정하여 국민의 권리의무를 규율하고 있는지 알 수 없는 것이 현실이다. 고시는 법적 근거, 규율내용, 제정절차, 제정기관, 제정형식 등 모든 면에서 법규범으로 인정하기에는 문제가 많다. 그럼에도 불구하고 판례는 현재 고시가 입법현실적으로 차지하고 있는 기능을 중시하여 법규명령과 같이 취급하고 있는데 이는 잘못된 것이다. 고시라는 규범형식은 헌법상 인정될 수 없으며 시행규칙 등 정식의 법령의 형식으로 제정되어야 한다.

법규명령 가운데는 법률에 의해 행정 관청에게 부여된 재량권을 행사하는 기준을 정하고 있는 것이 있다. 이들은 법률에 의해 부여된 재량권을 행사하는 데 있어서 자의적인 결정을 예방하여 평등한 법집행을 위해 제정된 것이라고 할 수 있다. 그러나 법률이 재량권을 인정하는 이유는 행정 관청이 행정처분을 내릴 때에 법률이 정한 범위 내에서 입법의 취지나 공익, 국민의 권리, 법령 위반의 정도 등, 제반 사정을 참작하여 적절하고도 합리적인 결정을 하여 구체적 타당성과 개별적 정의 Einzelgerechtigkeit를 실현하기 위한 것이라고 할 수 있다. 따라서 행정부가 재량권을 행사하는 데 있어서는 평등한 법집행과 구체적 타당성이라고 하는 양자를 잘 조화시키도록 노력하여야 하는 것이다.

위의 명령을 보면 구체적 타당성을 위한 예외적 결정을 전혀 인정하지 않고, 예를 들면 ‘1차 위반시는 개선명령, 2차 위반시 영업정지 10일, 3차 위반시 영업허가 취소’ 등과 같은 식으로 아예 도표로써 정하여 놓고 일률적인 처분을 내리도록 규정하고 있다. 그러나 엄격히 보면 그러한 기계적이고 일률적인 처분은 재량의 취지에 어긋나며 재량의 불행사로서 재량의 하자에 해당하는 것이다. 따라서 행정 관청이 위 명령의 기준과 다른, 그러나 개별적 정의에 합치되는 행정처분을 할 수 있도록 명령 스스로 예외 규정을 두거나 처분의 선택의 여지를 인정하도록 개선해야 할 것이다.

참 고 문 헌

- 고영훈, 「법규명령론 - 몇 가지 문제점을 중심으로」, 『인권과 정의』, 1994, 3, 88쪽.
- 고영훈, 「법률유보원칙의 이론과 실제(상, 중, 하)」, 『판례월보』, 1993, 4, 5, 6월.
- 고영훈, 「사법시험제도의 헌법상의 문제점과 개선방향」, 『공법연구』, 제23권 2호, 1995, 6, 66쪽.
- 김남진, 「위임명령은 법규명령이다」, 『법률신문』, 1998, 4, 6, 14쪽.
- 김남진, 『행정법 I』, 1997.
- 김남진, 『행정법 II』, 1995, 588쪽.
- 김도창, 『일반행정법론(상)』, 1992.
- 김용섭, 「법규명령론의 재검토」, 『법제』, 1995, 5, 83쪽 이하
- 김용섭, 「법규명령론의 재검토」, 『행정법연구』, 1997, 행정법이론실무연구회, 129쪽.
- 김철용, 「행정입법통제의 과제」, 『고시계』, 1996, 12, 92쪽.
- 문상덕, 「법령의 수권에 의한 행정규칙(고시)의 법적 성격과 그 통제」, 『행정법연구』, 행정법이론실무연구회, 1997, 152쪽.
- 박영도, 『입법과정의 이론과 실제』, 한국법제연구원, 1994, 221쪽.
- 박윤흔, 『행정법강의(상)』, 1996.
- 박정근, 「사법시험합격자의 점진적 증원의 필요성」, 한국법학교수회(편), 『법학교육과 법조실무』, 1992, 121쪽.
- 석종현, 『일반행정법(상)』, 1997.
- 유지태, 『행정법신론』, 1997.
- 이기우, 「직업의 자유에 대한 제한의 한계」, 한국법학교수회(편), 『법학교육과 법조실무』, 1992, 137쪽.
- 홍정선, 『행정법원론 (상)』, 1997.
- 홍준형, 『행정법총론』, 1997.
- Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in : Steiner(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 1992, 737ff.
- Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 1981.
- Erichsen, 'Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Geltung und Reichweite von Gesetzes-und Parlamentsvorbehalt', VerwArch 67(1976), S.97ff.
- Kirchhof, 'Gegenwartsfragen an das Grundgesetz', JZ 1989, 462ff.
- Kisker, 'Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes', NJW 1977, 1315ff.

- Kloepfer, 'Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel', JZ 1984, 691ff.
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10.Aufl. 1995.
- Müller, Inhalt und Formen der Rechtsetzung als Problem der demokratischen Kompetenzordnung, 1979.
- Ossenbühl, in : Erichsen/Martens, Allg. VerwR., 10.Aufl. 1995.
- Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, 16ff.
- Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in : Isensee/Kirchhof, HBdStR Bd.III §62, Rdnr.42.
- Pietzcker, 'Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes', JuS 1979, 712ff.
- Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, 1986.
- Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland I. 1977.
- V. Arnim, Zur "Wesentlichkeitstheorie" des Verfassungsgerichts', DVBl.1987, 1243ff.
- Weyreuther, 'Über die Rechtsnatur und die Rechtswirkung von Verwaltungsvorschriften', DVBl. 1976, 853ff.

규제행정입법의 한계

1998년 12월 7일 1판 1쇄 발행

2020년 11월 26일 1판 2쇄 발행

저자_고영훈

발행자_최승노

발행처_자유기업원

주소_서울특별시 영등포구 국회대로62길 9

전화_02-3774-5000

팩스_0502-797-5058

비매품