

제 2 장 입법의 필요성 판단과 입법 형식의 선택

1. 입법의 필요성 판단

정책결정자가 어떤 문제를 해결하기 위해서 정책을 결정하게 되면 그 정책의 시행을 위해 필요하고 구체적인 최적의 정책수단을 선택하게 되는데 그 정책수단의 하나가 입법이다.

국회나 정부 등 정책결정자는 정책의 시행을 위해 입법이 필요한지를 검토하게 된다.³⁾ 단순한 행정지도, 예산조치나 그 밖의 행정조치만으로도 해당 정책의 시행이 가능하다면 굳이 법령의 형식이 필요하지 않겠지만, 헌법이나 법률 등에서 반드시 법령의 형식으로 규율하도록 정한 정책이라면 관련 입법이 필요하고, 그 밖에 중요한 사항이나 법령의 형식으로 집행이 필요하다면 정책결정자는 법령의 형식으로 입법을 추진하게 된다.

한편, 입법이 필요 없는 사항에 대해서도 굳이 입법의 수단을 사용하여 일정한 정책을 집행하려고 한다면 과잉입법의 문제가 발생할 수 있다. 이 경우 오히려 과잉입법으로 인해 불필요한 추가적인 문제가 발생할 수도 있다는 점도 고려해야 한다.⁴⁾

입법이 필요한 사항을 어떤 기준으로 판단할 것인가는 주로 법치행정의 원칙 중 법률유보(法律留保)의 원칙과 관련하여 법률로 정할 사항이 무엇인지를 중심으로 논의되어 왔다.

3) 정책결정 자체는 법령안 입안·심사의 전(前) 단계에 속하는 문제이다.

4) 일단 법령으로 입법이 완료되면 그 법령이 적법한 절차를 거쳐 폐지 또는 개정되기 전까지 유효한 법령으로 존재한다. 이와 같은 법령의 경직성은 과잉규제 등 법령이 규제의 필요성을 넘는 규제의 원인이 되는 경우가 있으므로 입법자는 입법의 필요성을 면밀히 검토해야 한다.

이 중 유력한 견해인 중요사항유보설(본질성론, 의회유보설)에 따르면 행정의 중요한 사항(본질적인 사항)은 법률에 근거를 둘 필요가 있다.⁵⁾

여기서 전통적으로 행정의 중요한 사항이란 국민의 권리와 의무에 관한 사항 등이라고 보아왔으나, 급부행정과 같이 국민의 권리와 의무에 관한 사항에 속하지 않는 분야의 행정이라 하더라도 국가적·사회적으로 중요한 사항에 대해서도 입법이 필요하다.

국민의 참여와 협력을 확보하기 위해서 필요한 규정을 두거나, 국가정책의 선언이나 중소기업 육성과 같은 조성행정(助成行政)의 근거, 국가나 지방자치단체의 추상적인 의무를 법률에서 규정하는 사례도 흔히 보게 된다. 또 당사자 간에 합의가 없을 때 보충적으로 적용되는 민사관계에서 임의 규정과 유사한 훈시(訓示) 규정도 행정 관계 법령에서 흔히 볼 수 있는 조항이다.⁶⁾ 그 밖에 국민의 권리와 의무 등에 관한 사항인지와는 관계없이 헌법이나 다른 법률에서 법률로 정하도록 규정하고 있거나 이미 다른 법률에서 정하고 있는 사항에 대한 예외나 특칙을 정하려는 경우에도 역시 법률로 정해야 한다.

대통령령 등 하위법령의 경우에도 상위법령에서 위임한 사항이나 그 집행에 필요한 사항을 정하는 것이 원칙이지만, 상위법령의 위임 범위에서 필요한 사항인지, 집행을 위해 필요한 사항인지 등은 입법자(정부)의 판단에 따를 수밖에 없는데 이 경우 입법이 필요하다고 판단되는 중요한 사항에 대해서는 하위법령에서 관련 입법을 해야 할 것이다.⁷⁾

2. 입법 형식의 선택

입법자는 입법에 관한 권한을 갖는 주체로서 일단 입법의 필요성이 있다고 인정하는 경우에는 적절한 법령 형식을 선택하여 입법을 추진해야 한다. 법령은 그 종류에 따라 효력과 입법 절차에 차이가 있으므로 입법자는 입법하려는 내용과 법령체계, 각 법령의 종류별 성격 등을 고려하여 가장 적절한 법령 형식을 선택하여 입법해야 한다.

5) 법치주의의 한 구성 원리인 법률유보의 원칙에 관한 전통적 견해인 침해유보설에 따르면 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 행정작용(법규사항)에만 법률의 근거가 필요하다.

6) 한편, 이와 같은 임의 규정은 보충적으로 적용될 수 있고, 훈시 규정은 입법 목적을 선언하는 등 입법자의 의사를 추정할 수 있는 규정으로 법집행이나 법령해석의 준거가 될 수 있다는 점에서 중요하다.

7) 물론, 이와 같은 경우 앞서 설명한 바와 같이 헌법 등 상위법령 위반 여부에 대한 심사가능성이 있음을 항상 고려하여 할 것이다.

가. 체계 정당성 원리와 입법의 형식

1) 체계 정당성 원리의 의의

“체계 정당성의 원리”란 동일 규범 내에서 또는 상이한 규범 간에 그 규범의 구조나 내용 또는 규범의 근거가 되는 원칙 면에서 상호 배치되거나 모순되어서는 안 된다는 헌법적 원리를 말한다. 법령 상호 간에 체계 정당성을 요구하는 이유는 입법자의 자의(恣意)를 금지하여 규범의 명확성과 예측 가능성, 규범에 대한 신뢰와 법적 안정성을 확보하기 위해 헌법이 일정한 법체계를 구성하도록 한 결과에 따른 것이다.

물론 이와 같은 체계 정당성 원리를 위반하여 입법이 이루어졌다고 하여 해당 법령이 위헌이나 위법한 법령이 되는 것은 아니다. 일반적으로 체계 정당성의 원리를 위반한 경우에도 결과적으로 비례의 원칙이나 평등의 원칙에 위반되어야 비로소 위헌이나 위법의 문제가 발생하며, 또 체계 정당성의 원칙 위반을 정당화할 합리적인 사유의 존재에 대해서는 입법자의 입법 재량이 인정된다고 한다.⁸⁾

따라서 입법자는 입법과정에서 법체계의 통일과 조화를 위해 체계 정당성의 원칙을 준수해야 하고, 특히 새로운 법령을 제정하거나 법령으로 새로운 제도를 창설할 때에는 당연히 기존 법령과의 조화를 늘 염두에 두어야 한다.⁹⁾

2) 법령의 제정·개정의 선택과 특별법 문제

새로운 사항을 법령으로 규율하려는 경우에 기존의 법령을 개정할 것인지 아니면 독자적으로 새로운 법령을 제정할 것인지를 결정해야 한다. 이에 대해서 명확한 기준이 정립되어 있는 것은 아니나, 기존의 법령에서 규정한 제도를 보완하거나 새로운 사항을 규율하더라도 유사한 분야를 규율하는 법령이 있어 그 법령을 개정함으로써 쉽게 반영할 수 있는 경우라면 기존 법령을 개정하는 것이 일반적이고, 전혀 새로운 분야를 규율하거나 기존의 여러 법령에서 규율하고 있는 사항을 아울러 체계적·종합적으로 규율할 필요성이 있다면 새로운 법령을 제정하는 것이 일반적이다. 요컨대 입법정책적으로 입법 목적을 실현하는 데 어느

8) 헌법재판소 2004. 11. 25. 선고 2002헌바66 결정

9) 「행정기본법」 제38조제2항제2호에서도 “법령등의 내용과 규정은 다른 법령등과 조화를 이루어야 하고, 법령등 상호 간에 중복되거나 상충되지 아니하여야 한다.”고 규정하고 있다.

쪽이 유리한지, 어느 쪽이 입법 경제적인지, 어느 쪽이 법체계의 정합성 유지에 적합한지, 어느 쪽이 국민이 법을 이해하는 데 도움이 되는지 등을 고려해서 결정해야 한다.

한편, 최근 특정한 입법정책의 수행에 효과적으로 대응하고, 특정한 정책에 대한 국민의 관심을 불러일으켜 입법 목적을 원활하게 달성하기 위해 각종 특별법, 특례법, 특별조치법 등의 명칭으로 특별법이 많이 제정되고 있다.¹⁰⁾ 특별법은 새로운 분야의 입법 수요를 법령에 반영하기 위해 기존 법제도에 대한 예외적인 상황이나 내용을 규정해야 할 필요성이 있는 경우에 만들어지고 있으나, 특별법이 다수 양산되면 법체계가 혼란스러워져 법규범 상호간의 충돌과 모순으로 체계 정당성을 침해할 여지가 커진다. 또한, 국민여론과 정치적인 이유에 따라 급히 입법이 진행되는 경우에는 합리성이 결여되거나, 법령이 특정 문제나 특정 지역에만 특례를 인정하는 등 처분적 내용을 규정함으로써 형평상의 문제가 발생할 수도 있다. 또 특별법이 많아지면 법체계가 복잡해져 국민들이 법을 이해하기 어렵게 되고 법체계에 대한 신뢰성도 낮아질 수 있으므로 특별법 제정에는 신중해야 한다.

따라서 일반법의 법체계를 크게 훼손하는 것이 아니라면 일반법에 함께 규정하는 것이 바람직하다. 즉 입법자는 새로운 입법 수요를 위해 특별법이 반드시 필요한지를 엄격하게 검토해 보아야 하고, 특별법의 제정 필요성, 실효성과 적합성, 기존 법령과의 조화 등을 종합적으로 검토하는 것이 필요하다. 그리고 부득이 특별법을 제정하거나 특례를 규정해야 할 필요가 있다고 판단되는 경우에는 특별법이 평등의 원칙, 비례(과잉금지)의 원칙, 책임주의 원칙 등 헌법상의 여러 원칙을 위반하는 것이 아닌지, 기존의 일반법과의 관계에서 해석·적용 시에 모순되거나 충돌되는 부분이 없는지 등에 대한 체계적인 검토가 필요하다.

다음으로 해당 법률이 어떤 법률이나 내용에 관한 특례나 특별 규정인지를 목적 규정에서 명확히 드러나도록 명시하는 것이 필요하다. 이 경우 일반법을 적시하여 그에 대한 특례를 규정한다는 것을 명시할 수도 있지만 다수의 일반법에 대한 특례를 규정하는 경우에는 어느 하나의 일반법만을 적시하는 것이 곤란하므로 특례의 내용 등을 표시하는 경우도 있다.

한편, 설령 특별법이 제정되더라도 입법자는 그 규정 내용과 다른 법률과의 관계 등을 고려하여 특별법을 일반법이나 기본법으로 흡수하는 방식으로 개정하는 방안을 우선적으로 검토하여 법체계의 정비에 노력해야 할 것이다.

10) 제명에 “특별법”, “특례법”, “특별조치법” 또는 “특례에 관한 법률” 등을 사용하고 있는 법률은 2021년 6월 말 현재 모두 188건(특별법 127건, 특례법 36건, 특별조치법 21건, 특례에 관한 법률 4건)으로 법제처 국가법령정보센터에 등록된 전체 법률(1,534)의 12퍼센트를 약간 넘는다.

3) 법령 통폐합과 분법(分法)의 문제

가) 법령 통폐합의 필요성

행정환경의 변화와 정책수요에 대응하여 새로운 법제도 도입 등이 활발하게 이루어진 결과 우리나라의 법령은 그 수가 지속적으로 증가되어 왔다.¹¹⁾ 입법 당시에는 법령마다 나름대로 그 필요성이 있었지만 환경이 변화함에 따라 기존의 법령이 반드시 필요한 것인지에 대한 지속적인 사후 관리가 필요하다. 즉 불필요하거나 환경변화에 맞지 않는 법령에 대해서는 지속적인 정비가 필요하고, 이와 같은 정비가 제대로 이루어지지 않을 경우 법령은 국민과 기업을 옴아매는 불합리한 규제로 작용하는 경우도 많다. 또한, 법령의 수가 증가함에 따라 법체계가 복잡해지고 일관성이 없게 되면 입법의 체계 정당성에 맞지 않게 되고 국민이 법령을 쉽게 찾고 이해하는 데에도 어려움이 많아지게 된다.

따라서 법령의 수요자인 국민의 입장에서 법령을 통폐합하여 전체 법령의 수를 줄임으로써 복잡한 법체계를 간소화하고, 법령 간의 관계를 명확히 하여 법령의 체계적 정합성을 높이는 것이 필요하다.

나) 법령 통폐합의 기준

① 유사한 분야나 유사한 내용을 여러 법령으로 나누어 규정한 경우

유사한 분야에 관한 내용을 적용 대상 등에 따라 조금씩 달리 정하거나 여러 법령에 나누어 규정하고 있어, 해당 분야에 대한 법체계가 복잡하고 내용의 전반을 알기 어려워지는 경우가 있다. 이러한 입법에서는 지역별·분야별 이기주의를 유발하거나 법령 간에 내용상 차이가 생겨 형평성의 문제가 발생할 여지가 많다. 이러한 경우 유사한 분야에 관련된 내용을 일반 법에 통합하는 것이 필요하다.¹²⁾

11) 법제처 국가법령정보센터의 자료 등에 따르면 1980년 당시 법령 건수는 2,013건이었으나 2024년 1월말 현재 현행 법령은 5,298건으로 증가하였다.

12) 예를 들면, 중전에는 국제대회 등을 유치할 때마다 그 지원법(「제14회아시아경기대회 지원법」, 「2002년월드컵 축구대회 지원법」, 「2013 평창 동계스페셜올림픽 세계대회 지원법」, 「2011대구세계육상선수권대회, 2014인천아시아경기대회, 2014인천장애인아시아경기대회 및 2015광주하계유니버시아드대회 지원법」 등)을 제정하여 입법 기간과 비용이 많이 소요되고, 중복·유사한 법률을 양산했으나, 2012년 5월에 「국제경기대회 지원법」을 제정하여 앞으로는 국제대회를 유치할 때마다 별도로 법률을 제정할 필요가 없도록 하였다.

② 내용상 연관성이 높고 통합 대상 법령의 조문 수가 적은 경우

각 법령 내용상 상호 연관성이 높은 경우나 유사한 사항에 대해 규율하고 있는 별도의 법령이 있는 경우로서 어느 한 법령의 조문 수가 적고 별도의 법령을 둘 필요성이 적은 경우에는 법령을 통폐합하는 것이 바람직하다.¹³⁾

③ 같은 대상자에 대해 내용별로 따로 규정하고 있는 경우

각 법령이 동일한 수범자에 관한 사항임에도 세부 내용에 따라 법령을 따로 정하고 있는 경우가 있다. 국민의 입장에서 보면 본인에 관련된 법령의 내용을 전반적으로 파악하고 이해하기 어렵게 되므로, 법령의 내용이 너무 복잡해지는 문제가 없다면 하나의 법령으로 통합하여 규정하는 것이 바람직하다.¹⁴⁾

④ 같거나 유사한 분야임에도 세부 내용을 별도 법령으로 정한 경우

같은 분야에 관한 사항을 규정하면서 특정한 세부 내용만을 떼어 내어 따로 규정하는 경우 국민의 입장에서는 같은 분야의 관련된 내용이 따로 규정된 사실을 몰라서 법 집행이나 이해에 혼란이 발생할 수 있다. 해당 사항을 하나의 법령에 규정하면 특정 분야에 관한 규정이 지나치게 많아 전체적인 법체계의 균형이 깨지는 경우가 아니라면 통합해서 규정하는 것이 바람직하다.¹⁵⁾

⑤ 하나의 법률에 다수의 하위법령을 둔 경우

하나의 법률에서 위임한 사항을 지나치게 많은 하위법령으로 나누어 규정하는 경우가 있으나, 이러한 경우 법률에서 위임한 사항을 어느 법령에서 정하고 있는지 알기 어려울 뿐만 아니라 법령 간의 관계가 복잡해져 법령을 전체적으로 파악하고 이해하기 어려워진다. 따라서 하나의 법률에서 위임한 사항은 가급적 하나의 하위법령으로 규정하는 것을 원칙으로 해야 한다.

13) 예를 들면, 종전 「국유재산의 현물출자에 관한 법률」의 경우 정부출연기관에 국유재산을 현물출자하는 것에 관한 사항을 규정하고 있었고 6개 조문에 불과했다. 이를 2009년에 국유재산에 관한 일반법인 「국유재산법」에 통합한 사례가 있다.

14) 종전에는 범죄피해자보호와 범죄피해자의 구조에 대해서 각각 「범죄피해자보호법」과 「범죄피해자구조법」에서 규정하던 것을 현행법에서는 통합하여 「범죄피해자 보호법」에서 규정하고 있다.

15) 예를 들면, 종전 군사법원의 재판권에 대해서는 「군사법원의 재판권에 관한 법률」에서 별도로 규정하던 것을 2009년 「군사법원법」으로 통합한 사례가 있다.

다만, 법률의 위임 사항이 일반적인 위임 사항과 행정 조직·기구의 구성에 관한 사항으로 구분되는 경우¹⁶⁾나 하나의 하위법령으로 통합하면 법령 체계나 내용이 너무 복잡해져 이해하기 어려운 경우¹⁷⁾ 등은 나누어서 별도의 하위법령을 규정하는 것이 가능할 것이다. 이 경우에도 되도록 적은 수의 하위법령으로 규정하는 것이 바람직하다.¹⁸⁾

다) 분법의 필요성과 기준

한편, 하나의 법령에 지나치게 방대한 규정을 두고 있으면 내용이 복잡하여 오히려 이해를 어렵게 할 수 있다. 하나의 분야라도 내용이나 성질이 다른데 하나의 법령으로 규정한다면 오히려 일관된 법체계를 유지하는 것이 어려울 수 있다. 이러한 사례는 종전에는 단일한 법령체계를 유지하여 왔으나 사회가 복잡화, 분업화 되면서 성격이 다른 여러 분야로 발전된 경우¹⁹⁾나 특정 산업을 집중 육성하기 위한 제도적 지원·육성 규정을 두는 경우,²⁰⁾ 특정 분야의 중요성을 강조하여 효율적으로 문제를 해결하기 위한 체계를 만드는 경우²¹⁾ 등에서 찾아볼 수 있다. 이와 같은 경우에는 기존의 법령을 분법하여 새로운 다수의 법령을 제정하는 것이 법령의 이해도를 높이고, 법 집행의 효율성을 높일 수 있는 방법이 된다.

법령을 분법하는 경우에는 분법이 필요한지를 먼저 검토한 후, 몇 개의 법령으로 분법할 것인지, 분법하는 경우 각 법령에 규정할 내용, 분법 상호 간의 연계 등에 관해서 종합적으로 검토하는 것이 필요하다. 이 경우 유사하거나 관련이 있는 내용, 분야, 기능 등을 기준으로 분법이 되도록 하고, 법령 간의 관계가 복잡해지지 않도록 법령 상호 간의 체계 정합성을 유지할 수 있도록 유의해야 한다. 또한 지나치게 세분하여 분법이 되지 않도록 하고, 일반

16) 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」의 경우 같은 법 시행령과 「공정거래위원회와 그 소속기관 직제」로 하위법령이 구성되어 있다.

17) 「건축법」의 경우 구조기준, 시설기준, 피난·방화기준이 각각 전문적이고 내용도 복잡하고 방대하여 「건축물의 구조기준 등에 관한 규칙」, 「건축물의 설비기준 등에 관한 규칙」, 「건축물의 피난·방화구조 등의 기준에 관한 규칙」에서 각각 규정하고 있다.

18) 「출입국관리법」의 하위법령으로 종전에 「출입국관리법 시행규칙」, 「외국인 출국정지업무 처리규칙」, 「출국금지업무 처리규칙」으로 나누어 규정되어 있던 것을, 2012년 1월에 이를 통합해서 「출입국관리법 시행규칙」으로 규정하고 있다.

19) 소방과 관련해서는 종전에 「소방법」 하나로 규정하던 것을 「소방기본법」, 「소방시설 설치 및 관리에 관한 법률」, 「화재의 예방 및 안전관리에 관한 법률」, 「소방시설공사법」, 「위험물안전관리법」 등으로 구분하여 규정하고 있다.

20) 축산업 중 말산업의 집중적인 육성을 위해 「말산업 육성법」을 제정하였다.

21) 의료분쟁이 증가함에 따라 의료분쟁을 신속·공정하고 효율적으로 해결하기 위해 「의료법」과 별도로 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률」을 제정하였다.

법이나 기본법을 제정하거나 개정할 때에 분법된 사항을 반영할 수 있는지 검토하는 것이 필요하다. 그리고 해당 일반법이나 기본법에 골격만 남게 되는 입법이 되지 않도록 실제적 규정을 담을 수 있도록 노력해야 할 것이다.

나. 법령 형식과 규정 내용

우리 법체계에서는 헌법을 정점으로 법령의 위계질서를 전제로 하고 있으므로 법률이나 대통령령, 총리령·부령 등 각 법령의 형식에 따라 어떠한 사항을 정할 것인지가 문제된다. 입법자는 헌법이 설정한 법체계에 적합하게 법령을 입법해야 하고, 이를 위반하는 경우에는 위헌 또는 위법의 문제를 일으킬 수 있으므로 각 법령의 형식에 적합한 내용을 규정해야 한다. 이 문제는 일반적으로 상위법령에서 명시적으로 하위법령에 정할 것을 위임하는 경우, 그 수권(授權)의 기준과 관련하여 문제되기도 한다.

먼저 헌법에서는 앞서 언급한 바와 같이 국민의 권리와 의무에 관한 사항, 정부의 조직에 관한 사항 등 중요한 사항을 법률로 정하도록 명시적으로 규정하고 있으므로, 해당 사항에 대해서는 법률로 정하는 것이 원칙이다. 그리고 법률에서 정해야 할 중요한 사항이라고 입법자가 판단하는 사항도 법률로 정할 수 있을 것이다(중요사항유보설). 물론 이렇게 법률로 규정해야 하는 사항에 대해서도 그 주요 내용을 법률에 규정한 다음 그 밖의 사항은 범위를 구체적으로 정하여 대통령령으로 위임하거나 바로 총리령·부령 또는 자치법규(조례, 규칙) 등으로 정하도록 위임할 수 있다.

다음으로 대통령령과 총리령·부령은 발령권자의 지위에 차이가 있고 법체계에서 차지하는 위계가 다르기는 하나,²²⁾ 명령이라는 점에서는 그 법적 성격을 같이 하기 때문에 양자의 규율 대상을 엄밀하게 구분하기는 어렵다. 그러나 대통령령은 제정권자가 대통령이고 국무회의의 의결을 필요로 한다는 점(헌법 제89조제3호 참조)에서 국무총리나 행정각부의 장이 발령하는 총리령·부령과는 격이 다르다고 할 수 있으며, 이 점에서 양자 규율 대상의 구분을 논할 실제적인 이유가 있다.

22) 총리령과 부령의 관계에 대해서는 그 효력이 동일하다는 주장(동위설)과 총리령이 우월하다는 주장(총리령 우위설)의 대립이 있으나, 총리령의 경우 총리가 행정 각부를 총괄하는 위치에서 발령하는 것이 아니라 실제로는 부령 발령권을 가지지 않는 국무총리 소속의 행정기관(법제처, 식품의약품안전처 등)이 발령하는 것이란 점을 고려할 때 양자는 같은 위상을 갖는다고 봐도 무방할 것이다. 다만, 양자는 통상적으로 규율 사항을 달리 할 것이므로 우열을 논할 실익은 없다.

우선 법률에서 명시적으로 대통령령 또는 총리령·부령으로 정하도록 하위법령의 종류를 정하여 위임한 사항은 당연히 대통령령 또는 총리령·부령으로 정해야 한다. 다음으로 행정각부에 공통되거나 여러 부처와 관련되는 사항은 대통령령으로 정하는 것이 원칙이나, 몇 개의 부처에만 관련되는 사항이라면 관련 부처가 공동으로 발령하는 이른바 공동부령의 형식으로 규정하는 방법도 있다. 일반적으로 법률로 정해야 할 사항 외에 하위법령으로 정하는 사항 중 상대적으로 보다 중요한 사항은 대통령령으로 정하고, 총리령·부령은 그 밖의 것을 정하도록 해야 한다. 좀 더 부연한다면 국민의 권리·의무와 관련된 실제적인 사항 중 위임 사항을 정할 때에는 가능하면 대통령령으로 정하고, 행정처분의 기준이나 서식과 같은 단순한 절차(집행명령)에 관한 사항은 총리령·부령으로 정하도록 하는 것이 타당할 것이다. 그러나 실제적인 사항이라 하더라도 기술적이고 전문적인 사항이어서 국무회의에서 논의하는 것이 별다른 의미를 갖지 않는 사항은 총리령·부령으로 정하기도 한다.

끝으로 상위법령의 내용을 하위법령에 재기재하는 경우 재기재한 내용의 상위법령이 개폐되는 경우 하위법령 내용이 함께 정비되지 않은 경우에는 하위법령의 효력에 관한 다툼이 생길 수 있기 때문에 상위법령 내용을 하위법령에 재기재하지 않도록 한다.²³⁾

○ 법률의 소관 사항 예시

- 헌법에서 법률로 정하도록 한 사항
- 국민의 권리·의무에 관한 사항

○ 대통령령의 소관 사항 예시

- 법률에서 위임한 사항
- 법률을 집행하는 데에 필요한 사항
- 국정의 통일적 추진·집행을 위한 기본 방침에 관한 사항
- 여러 부처에 공통되는 사항이거나 그 밖에 국무회의에서 논의를 거쳐 결정할 필요가 있다고 판단되는 사항
- 행정기관의 조직에 관한 사항
- 권한의 위임·위탁에 관한 사항

23) 법제처 2011. 3. 3. 11-0068 해석례

○ 총리령·부령의 소관 사항 예시

- 법률·대통령령에서 위임한 사항
- 법률·대통령령을 집행하는 데에 필요한 사항
- 각 부처가 단독으로 업무를 수행할 수 있는 사항
- 서식 등에 관한 사항²⁴⁾
- 절차적·기술적 사항

3. 하위법령으로의 위임

가. 개관

오늘날 전문적·기술적 사항의 증가, 경제·사회 상황의 변화에 따라 신속한 대처가 필요한 입법 분야가 증대되면서 법률이나 상위법령에서 하위법령으로 정하도록 위임해야 할 필요성이 그 어느 때보다 커지고 있다. 그러나 헌법은 국회에 입법권을 부여하고 있으므로(제40조), 법률을 제정·개정하는 국회의 입법권 전부 또는 일부를 형해화(形骸化) 시키는 수준의 포괄적인 위임은 국회가 입법부로서의 그 본질적 기능을 스스로 포기하는 것이 되므로 허용되지 않는다.

또한 이와 유사하게 법률이나 상위법령에서 하위법령으로 정하도록 위임한 사항을 해당 하위법령에서 다시 그 하위의 법령으로 정하도록 하는 경우에도 원래의 위임의 취지에 맞아야 하며 그 위임의 취지를 벗어나는 수준의 재위임은 허용되지 않는다고 보아야 한다. 입법사항이나 위임된 사항을 하위법령에 위임하려면 구체적으로 범위를 정하여 포괄적·일반적 위임이 되지 않도록 해야 한다.²⁵⁾

24) 복제에 관한 사항은 「국가공무원 복무규정」 제8조의2에 따라 행정규칙으로 정함이 원칙이나, 개별 법령의 위임이 있는 경우, 총리령·부령 등 다른 입법 형식으로 규정한 입법례도 있다.

「국가공무원 복무규정」

제8조의2(복장 및 복제 등) ①·② 생략

③ 특수한 직무에 종사하는 공무원의 제복 착용에 필요한 사항은 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외 하고는 해당 중앙행정기관의 장이 정한다.

④ 생략

25) 포괄위임금지에 관한 자세한 내용은 제3장 2. 나. 포괄위임금지의 원칙에서 설명한다.

02
입법행위의 선택
입법의 제정·개정·판정·폐지

나. 위임 시 법령 형식별 소관 사항

이와 같은 위임 시에 각 법령 형식별 소관 사항에 관한 것도 원칙적으로 앞서 언급한 법령의 형식별 규정 내용에 부합해야 한다. 예를 들어 헌법에서 특히 법률로 규정하도록 명시한 사항과 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 사항은 법률에서 정해야 하는데, 법률에서 하위법령에 규정을 위임하는 경우에도 위임하려는 내용에 따라 어떤 법령의 형식에 위임하는 것이 적절한지에 대한 검토가 필요하다. 즉, 대통령령으로 규정하도록 위임할 사항인지, 총리령·부령으로 규정하도록 위임할 사항인지에 대해 법체계의 정합성이라는 관점에서 판단할 필요가 있다.

한편, 법령에서 행정규칙인 고시 등에 위임하는 경우가 있다. 법령의 직접적인 위임에 따라 수입 행정기관이 그 법령의 시행에 필요한 구체적인 사항을 고시·훈령·예규 등으로 정한 경우에 그 고시 등은 상위법령의 위임 한계를 벗어나지 않는 범위에서 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서의 효력을 갖는다.²⁶⁾ 이와 같이 법령의 위임에 따라 정하는 고시 등은 법령보충적 행정규칙으로서 법규성이 인정되지만, 전문적·기술적 사항 등 그 업무의 성질상 고시 등에 위임이 불가피한 예외적인 경우에만 위임해야 한다.²⁷⁾

그 밖에 법령이나 행정규칙 외에도 자치법규는 법률, 대통령령이나 총리령·부령에서 위임한 사항, 각 지방자치단체 차원에서 법령을 집행하는 데에 필요한 사항 등을 정할 수 있다.

그리고 공공기관이나 특별히 법률에 따라 설립된 특수법인의 이사회 구성이나 임원 임면 등 해당 법인의 자치적 운영에 관한 사항은 법령이 아닌 해당 법인의 정관으로 정하도록 위임하는 경우도 있다.

26) 헌법재판소 1992. 6. 26. 선고 91헌마25 결정, 대법원 1998. 6. 9. 선고 97누19915 판결

27) ‘고시’와 유사한 용어로서 ‘공고’하도록 규정하는 경우가 있으나, 법령보충적 행정규칙으로서 법규성을 인정받으려는 경우에는 ‘공고하여야 한다’는 표현 대신에 ‘고시하여야 한다’는 표현을 사용하도록 한다.

다. 위임 대상 법령별 규정 방식

1) 일반적인 규정 방식

법률이나 상위법령에서 하위법령으로 일정한 사항을 정하도록 위임할 때에 대통령령 등 하위법령으로 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있게 하는 방법으로 하위법령에서 정할 수 있는 범위의 상한 또는 하한을 법률이나 상위법령에 규정하거나, 법률이나 상위법령에서 일정 부분을 규정하고 하위법령에서는 그 밖에 이에 준하는 세부 내용을 규정하도록 위임하는 방법을 생각할 수 있다.

가장 일반적인 위임의 규정 방식은 특정의 실체적 내용을 정하면서 해당 조항에서 바로 일부 사항에 대해 위임하는 방식, 예를 들어 “대통령령(○○부령)으로 정하는 △△에 대해서는 허가할 수 없다” 또는 “대통령령(○○부령)으로 정하는 바에 따라 신고하여야(허가를 받아야) 한다” 등으로 규정하는 방식이다. 그 밖에 별개의 조항으로 위임의 범위와 대상을 특정하면서 “...에 관하여는(...관하여 필요한 사항은) 대통령령(○○부령)으로 정한다”와 같이 규정하는 방식도 많이 사용된다.²⁸⁾ 그리고 이와 같은 위임의 경우 단순히 “대통령령

28) 예를 들어 법률에서 대통령령으로 정하도록 위임하는 규정 중에서 “~~ 등 대통령령으로 ~~”와 같은 형식으로 규정된 경우 “~~ 등”은 예시(예시하더라도 대통령령에 규정되지 않으면 적용 여부에 혼란이 있을 수 있으므로 대통령령에 규정될 가능성이 높은 것을 규정하는 것이 바람직하다)를 하고 있는 부분이므로 대통령령으로 규정해야만 의미가 있게 된다. 대통령령에서 그 예시된 사항을 규정하지 않을 수도 있으므로, 법률의 규정이 예시임을 명확하게 하기 위해 대통령령에서 규정할 때 “~~ 등 대통령령으로 ~~”와 같이 인용한다. 그런데 “대통령령으로 정하는 ~~~등의 사항”과 같은 표현은 “~~~”가 예시여서 대통령령에서 “~~~” 중 일부를 규정하지 않을 수도 있는 것인지 “~~~”는 필수적으로 정해야 하는 사항이고 그 밖의 사항도 대통령령으로 정할 수 있는 것인지가 명확하지 않으므로 입법취지를 명확히 반영할 수 있는 표현으로 대체할 필요가 있다. 법률에서 “그 밖에 대통령령으로 ~~~”, “~~~로서 대통령령으로”, “~~~ 중 대통령령으로”와 같이 표현된 경우에는 하위법령에서 “대통령령으로 ~~~” 부분만 인용한다. 다만, “~~~로서 대통령령으로”와 같이 표현된 경우로서 하위법령에서 “대통령령으로 ~~~” 부분만 인용할 경우 대통령령으로 정한 요건만 충족하면 되는 것인지 아니면, 대통령령으로 정한 요건 외에 법률에서 정한 요건(‘~~~로서’ 부분)을 충족하는지를 다시 별도로 판단해야 하는지에 대한 해석상 혼란이 발생(법제처 2023. 4. 5. 회신 23-0008 해석례 등 참고)할 수 있으므로, 이와 같은 혼란이 발생할 우려가 있다면 다음과 같이 법률에서 위임한 내용을 풀어쓰는 방식도 가능하다.

「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률」

제28조의5(지식산업센터에의 입주) ① 지식산업센터에 입주할 수 있는 시설은 다음 각 호의 시설로 한다.

1. ·2. (생략)

3. 그 밖에 입주업체의 생산 활동을 지원하기 위한 시설로서 대통령령으로 정하는 시설

② (생략)

「산업집적활성화 및 공장설립에 관한 법률 시행령」

제36조의4(지식산업센터에의 입주) ① (생략)

(○○부령)으로 정하는 경우”로 규정하여 결과적으로 포괄위임이 되지 않도록 하는 것이 필요하다.²⁹⁾ 가급적 어떠한 내용을 하위법령으로 정할 것인지 법률이나 상위법령에서 예측할 수 있도록 “…한 경우로서 대통령령(○○부령)으로 정하는 경우” 또는 “…한 자와 그 밖에 대통령령으로 정하는 자” 등으로 규정하도록 한다.

다음으로 위임에 따라 하위법령을 규정할 때에는 상위법령의 근거를 명시해 주도록 한다. 위임명령이 아닌 집행명령의 경우에도 상위법령의 근거 규정이 명백한 경우라면 그 근거 규정을 명시해 주는 것이 바람직하다. 이 경우 “법 제○조에 따라 ~~~하는 경우에는”, “법 제○조에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 ~~~” 등과 같이 표현하게 된다.

“이 법률의 시행에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.”와 같이 일반적 위임 조항을 두는 경우가 있으나, 헌법 제75조에 따라 법률의 위임을 받으면 위임명령인 대통령령을, 법률의 위임이 없으면 집행명령인 대통령령을 발할 수 있으므로 이러한 규정을 두지 않도록 한다.³⁰⁾

2) 대통령령이나 총리령·부령으로 정하도록 위임하는 방식

법률이나 상위법령에서는 앞에서 언급한 법령별 소관 사항 예시를 고려하여 그 내용에 따라 위임의 대상을 특정하면서 대통령령 또는 총리령·부령에 위임한다. 특히, 금전납부 의무의 부과 등 국민에게 부담을 주는 내용에 관하여 위임하는 경우에는 상한을 정하여 위임하는 등 하위법령의 내용을 일정 범위에서 정하도록 제한할 필요가 있다.

한편, 하위법령으로 위임하는 경우에 특정 분야에 대해서는 별도의 하위법령을 제정하여 규정하는 경우가 있다. 그러나 하나의 법률에 다수의 하위법령을 두면 법률에서 위임한 사항을 어느 하위법령에서 정하고 있는지 알기 어렵고, 법령 간의 관계가 복잡해져 법령

② 법 제28조의5제1항제3호에 따른 입주업체의 생산 활동을 지원하기 위한 시설은 다음 각 호의 시설을 제외한 시설로 한다.

1. ~ 4. (생략)

③ ~ ⑥ (생략)

법률에서 하위법령에 명시적으로 위임하지 않아 집행명령으로서 규정하는 경우이거나 “대통령령으로 정하는 바에 따라”처럼 포괄적으로 위임하는 경우에는 “법 제○조제○항에 따른 ~~사항은 ~~~로 한다”와 같이 규정한다.

29) 시험면제 대상을 포괄적으로 위임한 사례

「공인중개사법」

제4조(자격시험) ① 공인중개사가 되려는 자는 시·도지사가 시행하는 공인중개사자격시험에 합격하여야 한다.

③ 공인중개사자격시험의 시험과목·시험방법 및 시험의 일부면제 그 밖에 시험에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

30) 현행법에 남아 있는 이러한 일반적 시행령·시행규칙 위임 조항은 법령심사 과정에서 정비해야 할 것이다.

내용을 전반적으로 파악하기 곤란한 문제점이 있다. 따라서 하나의 법률에서 위임한 사항은 가급적 하나의 하위법령(시행령 1건과 시행규칙 1건)으로 규정하는 것을 원칙으로 한다. 특히, 조문 수가 많지 않아 별도의 법령으로 규율할 필요가 적은 경우 하나의 하위법령에 통합하여 규정하도록 하는 것이 바람직하다. 다만, 위임한 사항을 일반적인 위임 사항과 특정 분야나 대상별로 구분하여 규정하는 것이 법령 내용의 효율적인 관리나 내용 파악에 유리한 경우, 하나의 하위법령으로 규정하게 되면 법령 체계나 내용이 너무 복잡해져 오히려 이해하기 어려운 경우에는 별도의 하위법령을 둘 수 있다.

이 경우에는 일반적인 규정을 두는 하위법령에서 연결 고리를 두어 해당 사항에 대해서는 별도의 하위법령으로 규정한다는 점을 분명히 하여 일반국민이 법체계를 쉽게 이해할 수 있도록 하는 것이 좋을 것이다.

입법 모델

「○○○법 시행규칙」

제○조(~~~에 관한 규칙) 「○○○법」 제○조에 따른 -----등에 관한 사항은 별도의 ~~~~령으로 정한다.
 * 하위법령이 이미 제정되어 있는 경우라면 “「~~~~~에 관한 규칙」에 따른다.”라고 규정할 수 있을 것이다.

다음으로 대통령령의 경우 대통령이 그 입법 주체이므로 특별히 문제가 없으나 행정각부의 경우 소관 사무에 관하여 부령을 발할 수 있으므로(헌법 제95조) 상위법령에서 부령으로 정하도록 위임하는 경우 그 위임 사무가 둘 이상 행정각부의 소관 사무와 직접적으로 관련되어 있는 경우에 부령의 형식이 문제된다. 이 경우 공동부령의 형식으로 정할 수 있는데, 상위법령에서 명시적으로 공동부령으로 정할 것을 규정하는 경우에 정할 수 있다. 즉 관련 행정각부가 반드시 공동으로 부령을 정할 필요가 있는 예외적인 경우에만 명시적으로 공동부령의 형식으로 필요한 사항을 정하도록 해야 한다. 공동부령으로 정하는 경우는 동일한 내용을 둘 이상 부령에 중복 규정하는 것을 방지하고 행정의 통일성을 기할 필요가 있는 경우, 동일한 대상에 대해 둘 이상의 행정각부가 관할권을 보유하여 불가피하게 관련 행정각부가 협력을 통해 함께 행정의 집행에 관여해야 하는 경우 등이 있다.

공동부령으로 정할 필요까지는 없으나 여러 행정각부가 관련된 사항이면 하나의 주무

부처를 정하고 해당 부령을 정할 때에 관계 부처와의 협의를 거치도록 하는 방법도 고려할 수 있다. 공동부령으로 정할 불가피한 사유가 없는데도 공동부령으로 정하도록 하는 것은 책임 있는 행정 수행에 부정적 영향을 끼칠 수 있으므로 이러한 공동부령은 바람직하지 않다.

공동부령으로 정하도록 위임할 경우 “...에 관하여 필요한 사항은 ○○부와 △△부의 공동부령으로 정한다.”고 표현한다.

[입법례] 공동부령으로 위임한 사례

습지보전법

제6조(습지조사원) ① 기후에너지환경부장관, 해양수산부장관 또는 시·도지사는 습지조사를 하기 위하여 필요한 경우에는 그 조사기간 중 습지조사원(이하 “조사원”이라 한다)을 위촉할 수 있다.
② 조사원의 자격 및 위촉 절차 등에 관하여 필요한 사항은 기후에너지환경부와 해양수산부의 공동부령(이하 “공동부령”이라 한다)으로 정한다.

3) 고시 등 행정규칙에 위임하는 경우

법령의 시행에 필요한 구체적인 사항은 가급적 대통령령, 총리령·부령으로 정하도록 위임해야 할 것이고, 고시 등 행정규칙으로 정하도록 위임하는 것은 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 수시로 개정할 필요가 있는 경우에 속하는 것이어서 총리령·부령으로 정하는 것조차 적절하지 않다고 인정되는 경우에만 허용되어야 할 것이다.

또한, 행정규칙 중 하급기관이나 하급자에게 지시할 목적으로 발령되는 것은 일반국민에게 알려야 할 필요는 없고 지시를 받는 하급기관에 전달되는 것이 중요하나, 법규 사항을 보충하기 위한 행정규칙은 법령처럼 반드시 일반국민에게 알려져야 한다는 점이 중요하다.

따라서 행정규칙의 형식과 관련하여 일반국민에게 알려야 할 내용을 담은 법규 사항을 보충하기 위한 행정규칙은 공고 또는 법규범을 보충하기 위한 것이라는 점을 분명히 드러내어 발령하는 고시 형식으로 발령해야 할 것이다.

국민의 권리·의무에 관한 사항 등을 고시로 위임하는 경우 위임 대상을 구체적으로 범위를 정하여 명시하면서 “...에 관한 사항은 ○○○장관이 정하여 고시한다”, “○○○장관이 정하여 고시하는 ...” 등으로 규정한다.

[입법례] 고시로 위임한 사례

가축전염병 예방법

제16조(가축 등의 출입 및 거래 기록의 작성·보존 등) ① 농림축산식품부장관은 가축전염병이 퍼지는 것을 방지하기 위하여 필요하다고 인정하면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 해당 가축 또는 가축의 알의 출입 또는 거래 기록을 작성·보존하게 할 수 있다.

1. 가축의 소유자등
 2. 식용란(「축산물 위생관리법」 제2조제6호에 따른 식용란을 말한다. 이하 같다)의 수집판매업자
 3. 부화장의 소유자 또는 운영자
 4. 가축거래상인(「축산법」 제2조제9호에 따른 가축거래상인을 말한다. 이하 “가축거래상인”이라 한다)
- ② 농림축산식품부장관은 제1항에 따라 출입 또는 거래 기록을 작성·보존하게 할 때에는 대상 지역, 대상 가축 또는 가축의 알의 종류, 기록의 서식 및 보존기간 등을 정하여 고시하여야 한다.
- ③ ~ ⑥ (생략)

건강검진기본법

제24조(국가건강검진의 비용) 국가건강검진의 진찰, 상담 및 검사에 사용되는 비용 등에 관하여 필요한 사항은 보건복지부장관이 정하여 고시한다. 다만, 「국민건강보험법」으로 정한 수가가 있는 경우에는 그에 따른다.

한편, 총리령·부령을 발령할 수 없는 대통령 소속인 중앙행정기관인 위원회³¹⁾의 경우 상위법령에서 행정규칙의 하나인 “위원회규칙” 형식으로 세부적인 사항을 규정하도록 위임하고, 위원회규칙에서 다시 고시, 훈령, 예규 형식의 행정규칙으로 재위임하는 경우가 있는데, 이보다는 국민의 권리·의무에 관련된 중요한 사항의 경우에는 되도록 대통령령으로 규정하도록 하면서, 전문적·기술적인 사항에 대해서는 고시로 정하도록 하는 것이 바람직하다.

31) 「방송미디어통신위원회의 설치 및 운영에 관한 법률」에 따른 방송미디어통신위원회가 이에 해당된다.

02 입법례의 이해와 적용

4) 정관 등 조직의 자치 규정에 위임하는 경우

법인의 설립과 운영에 관한 사항을 정한 법령에서 해당 법인에 대해 규제하는 내용을 정할 수 있는데, 해당 법령에서 정한 사항 외에는 법인의 조직과 활동을 정한 근본 규칙인 정관 등 자치 규정에서 자치적으로 정하여 운영할 수 있다. 따라서 법령에서 이러한 내용에 관하여 정관 등에 위임한다는 명문의 규정을 둘 필요가 없는 것이 원칙이다. 하지만 정관에서 정할 수 있는 내용이라도 일정한 제한을 가하는 내용과 함께 규정하거나 법령에 규정된 사항 외에 일정 사항을 정관에서 정하도록 의무화하기 위해 규정을 두어야 할 때가 있다.

[입법례]

상공회의소법

제21조(의원과 특별의원의 정원) ① 상공회의소 의원의 정원은 100인 이내의 범위에서 정관으로 정한다.
② 특별의원의 정원은 제1항에 따른 의원 정원의 5분의 1을 넘지 아니하는 범위에서 정관으로 정한다.

라. 위임을 받은 하위법령 규정 방식

헌법 제107조제2항에서는 명령·규칙이 헌법이나 법률에 위반되는 경우 대법원이 최종적으로 심사할 권한을 가진다고 규정하고 있고, 헌법 제111조제1항제5호에서는 헌법소원에 관한 심판을 헌법재판소가 관장한다고 규정하고 있으므로 대법원 및 헌법재판소의 입장과 법제처 해석례를 살펴볼 필요가 있다.

1) 위임을 받은 하위법령의 입법 한계

대법원은 시행령은 모법인 법률에 따라 위임받은 사항이나 법률이 규정한 범위 내에서 법률을 현실적으로 집행하는 데 필요한 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐 법률의 위임이 없으면 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 않은 새로운 내용을 규정할 수 없다고 한다.³²⁾

32) 대법원 1995. 1. 24. 선고 93다37342 전원합의체 판결, 대법원 1995. 10. 13. 선고 95누8454 판결,

특히, 법률의 시행령에서 형사처벌에 관한 사항을 규정하면서 법률의 명시적인 위임 범위를 벗어나 그 처벌의 대상을 확장하는 것은 죄형법정주의의 원칙에도 어긋나는 것이므로, 그러한 시행령은 위임입법의 한계를 벗어난 것으로서 무효라고 하고, 법률의 위임 없이 행정입법으로 과세요건 등에 관한 사항을 규정하거나 법률에 규정된 내용을 함부로 유추·확장하는 내용의 해석규정을 마련하는 것은 조세법률주의에 위반된다고 한다.³³⁾

2) 위임 범위 판단기준

대법원은 특정 사안과 관련하여 법률에서 하위법령에 위임을 한 경우 그 하위법령 규정이 모법의 위임 범위를 확장하는 것은 아닌지, 하위법령의 위임 한계를 준수하고 있는지를 판단할 때에는 다음과 같은 사항을 따져 보아야 한다고 판결하고 있다.³⁴⁾

- (1) 하위법령에서 규정한 내용이 입법자가 형식적 법률로 스스로 규율해야 하는 본질적 사항³⁵⁾으로서 의회유보의 원칙이 지켜져야 할 영역인지
- (2) 해당 법률 규정의 입법 목적과 규정 내용, 규정의 체계, 다른 규정과의 관계 등을 종합적으로 고려했는지
- (3) 위임 규정 자체에서 의미 내용을 정확하게 알 수 있는 용어를 사용하여 위임의 한계를 분명히 하고 있는데도 문언적 의미의 한계를 벗어났는지
- (4) 하위법령의 내용이 모법 자체로부터 위임된 내용의 대강을 예측할 수 있는 범위 내에 속한 것인지
- (5) 수권 규정에서 사용하고 있는 용어의 의미를 넘어 그 범위를 확장하거나 축소하여서 위임 내용을 구체화하는 단계를 벗어나 새로운 입법을 한 것으로 평가할 수 있는지

대법원 2020. 9. 3. 선고 2016두32992 전원합의체 판결

33) 대법원 1998. 10. 15. 선고 98도1759 전원합의체 판결, 대법원 1999. 2. 11. 선고 98도2816 전원합의체 판결, 대법원 2017. 2. 16. 선고 2015도16014 전원합의체 판결

34) 대법원 2010. 4. 29. 선고 2009두17797 판결, 대법원 2012. 12. 20. 선고 2011두30878 전원합의체 판결, 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 전원합의체 판결, 대법원 2020. 2. 27. 선고 2017두37215 판결

35) 대법원은 어떠한 사안이 국회가 형식적 법률로 스스로 규정하여야 하는 본질적 사항에 해당하는지는, 구체적 사례에서 관련된 이익 내지 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정하여야 할 것이지만, 규율대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 그것이 국회의 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 더 증대된다고 보아야 한다고 한다.

3) 하위법령의 절차 및 방식

대법원은 하위법령의 ‘내용’이 위임 범위를 벗어난 경우뿐 아니라 상위법령의 위임규정에서 특정하여 정한 권한 행사의 ‘절차’나 ‘방식’에 위배되는 경우도 법규명령으로서 대외적 구속력을 인정할 여지가 없다고 하면서, 상위법령에서 세부 사항 등을 시행규칙으로 정하도록 위임했음에도 이를 고시 등 행정규칙으로 정했다면 그 역시 대외적 구속력을 가지는 법규명령으로서의 효력이 인정될 수 없다고 한다.³⁶⁾

4) 하위법령 입법 부작위

헌법재판소는 삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법 하에서 행정권의 행정입법 등 법 집행의무는 헌법적 의무라고 보고 있다.³⁷⁾³⁸⁾

5) 입안·심사 시 유의 사항

상위법령에 위임 근거가 있는 경우 법령 해석상 예측 가능한 범위에서 하위법령에 규정해야 한다. 특히, 죄형법정주의, 조세법률주의 및 의회유보가 적용되는 영역³⁹⁾에서는 하위법령에서 규정할 수 있는 범위를 엄격하게 해석해야 한다.

입법과정에서 “~~ 등에 필요한 사항은 대통령령(총리령·부령)으로 정한다”에 근거하여 상위법령에 없거나 다른 내용을 규정하려는 경우가 있다. 그러나 “등”에는 열거된 예시사항과 규범적 가치가 동일하거나 그에 준하는 성질을 가지는 사항이 포함되는 것으로 해석함이 상당하므로⁴⁰⁾ 예시된 사항과 유사하지 않은 사항을 하위법령에 규정하면 안 된다.

또한, 상위법령에서 하위법령으로 위임하면서 절차나 형식을 특정한 경우에는 그에 따라야

36) 대법원 2012. 7. 5. 선고 2010다72076 판결

37) 헌법재판소 1998. 7. 16. 선고 96헌마246 결정, 대법원 2007. 11. 29. 선고 2006다3561 판결

38) 헌법재판소는 행정입법의 제정이 법률의 집행에 필수불가결한 경우로서 행정입법을 제정하지 아니하는 것이 곧 행정권에 의한 입법권 침해의 결과를 초래하는 경우를 말하는 것이므로, 만일 하위 행정입법의 제정 없이 상위 법령의 규정만으로도 집행이 이루어질 수 있는 경우라면 하위 행정입법을 하여야 할 헌법적 작위의무는 인정되지 아니한다고 할 것이라고 판시한 바 있다(헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2004헌마66 결정).

39) 「행정기본법」 제8조는 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 경우와 그 밖에 국민생활에 중요한 영향을 미치는 경우는 법률에 근거해야 한다는 법치행정의 원칙을 명시하고 있다.

40) 법제처 2014. 10. 10. 14-0498 해석례

한다.⁴¹⁾ 특히, 「지방자치법」 제28조제2항에서는 법령에서 조례로 정하도록 위임한 사항은 그 법령의 하위법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정할 수 없다고 규정하고 있으므로 조례로 정하도록 위임한 사항에 대해 하위법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정해서는 안 된다.

4. 다른 법률로 정하도록 하는 방식

하나의 법률은 그 법률이 규율하려는 대상에 관하여 포괄적으로 규정하는 것이 보통이다. 그러나 ① 해당 법률이 기본법의 성격을 갖는 법률이어서 각 분야별로 별도의 법률을 정할 필요가 있는 경우, ② 법률의 적용 대상 중에서 특별한 성격이 있는 대상에 관하여 별도의 법률을 정할 필요가 있는 경우, ③ 특정 분야에 대한 규정이 지나치게 많아서 그 분야에 관하여 별도의 법률을 정할 필요가 있는 경우 등 법률 전체의 구조상 해당 법률에서 규정할 사항을 다른 법률로 정하도록 할 필요가 있는 경우가 있다.

이와 같은 경우에는 기본이 되는 법률과 다른 법률을 서로 연결하는 규정을 두게 되는데, 보통 “~~은(~~에 관하여는) 따로 법률로 정한다.”와 같이 표현한다.⁴²⁾ 예를 들어 「환경정책기본법」 제41조제2항에서 전략환경영향평가, 환경영향평가 및 소규모 환경영향평가의 대상, 절차 및 방법 등에 관한 사항은 따로 법률로 정하도록 하였고, 이에 따라 전략환경영향평가 등에 대해서는 「환경영향평가법」에서 필요한 사항을 정하고 있다.

41) 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위의 법규명령으로 다시 위임하는 경우는 허용된다(헌법재판소 2002. 10. 31. 선고 2001헌라1 결정).

42) 특정한 사항을 별도로 다른 법률로 정한다는 명문의 규정을 두는 것은 다른 법률과의 관계를 설정하는 등 법체계를 안내하는 기능을 하게 된다. 별도로 정하는 법률을 위임입법이라고 보지는 않는다.

5. 집행명령

헌법 제75조에서 대통령은 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있고, 제95조에서 국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다고 규정하여 상위법령의 위임 없이 집행명령을 발할 수 있도록 하고 있다.

집행명령은 상위법령이 규정한 범위에서 법률을 현실적으로 집행하는데 필요한 절차·형식 등 세부적인 사항만을 규정할 수 있을 뿐, 법률이 규정한 개인의 권리·의무에 관한 내용을 변경·보충하거나 법률에 규정되지 아니한 새로운 내용을 규정할 수는 없다.⁴³⁾

다만, 상위법령의 입법 취지와 관련 조항 전체를 유기적·체계적으로 살펴보아 상위법령의 해석상 가능한 것을 명시한 것에 지나지 아니하거나 상위법령 조항의 취지에 근거하여 이를 구체화하기 위한 것인 때에는 상위법령의 규율 범위를 벗어난 것으로 볼 수 없다. 이러한 경우에는 상위법령에 이에 관하여 직접 위임하는 규정을 두지 아니하였다고 하더라도 이를 무효라고 볼 수 없다.⁴⁴⁾

43) 대법원 1990. 9. 28. 선고 89누2493 판결, 대법원 1995. 1. 24. 선고 93다37342 전원합의체 판결

44) 대법원 2009. 6. 11. 선고 2008두13637 판결, 대법원 2016. 12. 1. 선고 2014두8650 판결, 대법원 2018. 10. 25. 선고 2015두57277 판결