

제 2 장 실체 규정

1. 기본계획

가. 기본계획의 의의

기본계획은 근거 법령에 따른 입법목적을 달성하기 위해 행정기관이 정책을 종합·조정하여 수립하는 중장기적 계획이고, 시행계획은 기본계획을 구체화하기 위해 수립하는 단기적 계획이다. 기본계획 및 시행계획을 규정할 때에는 수립권자, 수립사항, 수립시기·주기, 수립절차 등을 규정해야 한다.

[입법례]

무형유산의 보전 및 진흥에 관한 법률

제7조(무형유산기본계획의 수립) ① 국가유산청장은 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)와의 협의를 거쳐 무형유산의 보전 및 진흥을 위하여 다음 각 호의 사항이 포함된 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 5년마다 수립하여야 한다.

1. ~ 6. (생략)

② 국가유산청장은 기본계획을 수립하는 경우 미리 전승자, 관련 단체 및 전문가 등의 의견을 들어야 한다.

③ 국가유산청장은 기본계획을 수립하면 이를 시·도지사에게 알리고, 관보(官報) 등

에 고시하여야 한다.

④ 국가유산청장은 기본계획을 수립하기 위하여 필요하면 시·도지사에게 관할구역의 무형문화재에 대한 자료를 제출하도록 요청할 수 있다.

제8조(시행계획의 수립·시행) ① 국가유산청장 및 시·도지사는 기본계획에 관한 연도별 시행계획(이하 “시행계획”이라 한다)을 매년 수립·시행하여야 한다.

② 시·도지사는 해당 연도의 시행계획 및 전년도 추진실적을 대통령령으로 정하는 바에 따라 매년 국가유산청장에게 제출하여야 한다.

③ 국가유산청장 및 시·도지사는 시행계획을 수립하였을 때에는 이를 공표하여야 하고, 시행계획을 시행하는 데 필요한 재원을 우선적으로 확보하여야 한다.

④ 시행계획의 수립과 시행 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

기본계획이 여러 행정기관에 관련되는 경우 시행계획은 소관 행정기관별로 수립하는 경우가 많다. 이 경우 해당 시행계획이 기본계획과 연계될 수 있도록 기본계획 수립단계에서 관계 기관이 참여하는 위원회 심의를 거치게 하거나, 시행계획 수립단계에서 기본계획 수립권자와 협의를 하도록 하거나, 시행계획 수립 후 시행계획을 기본계획 수립권자에게 제출하도록 하기도 한다.

[입법례]

전기안전관리법

제5조(전기안전관리 기본계획 수립 등) ① 기후에너지환경부장관은 전기재해 예방 등 체계적인 전기안전관리를 위하여 5년마다 전기안전관리에 관한 기본계획(이하 “기본계획”이라 한다)을 수립·시행하여야 한다.

② 기본계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. ~ 6. (생략)

③ 기후에너지환경부장관은 기본계획을 수립하거나 변경하려면 미리 관계 중앙행정기관의 장과 협의한 후 「에너지법」 제9조에 따른 에너지위원회의 심의를 거쳐 이를 확정한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항을 변경하려는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 기후에너지환경부장관은 기본계획의 수립·시행을 위하여 필요한 경우 관계 중앙행정기관의 장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다) 또는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관의 장에게 관련 자료의 제출이나 협력을 요청할 수 있다. 이 경우 요청을 받은 자는 특별한 사유가 없으면 이에 따라야 한다.

⑤ 기후에너지환경부장관은 기본계획을 수립 또는 변경한 경우에는 관계 중앙행정기관의 장,

시·도지사 및 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관(전기안전관리에 관한 업무를 수행하는 공공기관에 한정한다)의 장에게 통보하고, 공고(인터넷 게재를 포함한다)하여야 한다.

⑥ 제1항부터 제5항까지의 규정에 따른 기본계획의 수립·변경 및 시행에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

나. 기본계획 입안 시 유의 사항

기본계획은 많은 법률⁹¹⁾에 규정되어 있으며, 중장기적 계획으로서 수립 범위가 광범위하여 다른 법령에 따른 기본계획과 중복될 소지가 많다.

그런데, 기본계획 수립사항이 중복되면 기본계획 수립과정에서 위원회 심의나 협의 등 불필요한 절차를 반복하게 될 우려가 있고, 집행과정에서 혼란이 발생하거나 입법목적을 달성하지 못할 우려가 있다.

따라서 법령 개정으로 신설하려는 기본계획이 다른 법령에 따른 기본계획과 중복될 우려가 있으면 기존 기본계획과 통합하거나 기존 기본계획에 포함될 내용을 추가하는 등의 방법을 우선적으로 고려할 필요가 있다.

[입법례] 기본계획을 통합 수립하도록 규정한 사례

장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률

제5조(주거지원계획의 수립) ① 국토교통부장관은 주거약자에 대한 주거지원계획을 수립하여 「주거기본법」 제5조에 따라 수립하는 주거종합계획에 포함되도록 하여야 한다.

② 제1항의 주거약자에 대한 주거지원계획에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다.

1. ~ 4. (생략)

제6조(시·도 주거지원계획의 수립) ① 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사 또는 특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 제5조의 주거약자에 대한 주거지원계획에 따라 주거약자에 대한 시·도 주거지원계획을 수립하여 「주거기본법」 제6조에 따라 수립하는 시·도 주거종합계획에 포함되도록 하여야 한다.

② (생략)

91) 2025년 현재, 445개 법률, 480개 기본계획이 있다.

2. 인허가 제도 일반론

가. 인허가 제도의 의의

현행법에서 허가, 인가, 면허, 등록, 신고 등 여러 가지 인허가 제도가 활용되고 있다. 인허가 제도는 법률이 추구하는 정책을 실현하는 중요한 수단이 되는 것이어서 법령의 본칙 가운데에서도 중요한 위치를 차지하고 있다.

인허가에 대해 강학상으로 허가, 인가, 특허 등의 개념이 사용되고 있으나, 행정 현실상 제도의 명칭은 강학상의 개념과 일치되지 않는 경우가 많다. 또한, 현행법상 동일한 용어가 개별 법률마다 각각 다른 의미로 쓰이는 경우도 있고, 다른 용어가 같은 의미로 쓰이는 경우도 있어서 용어의 정의를 내리는 것조차 어려운 실정이다. 따라서 법률의 구체적 규정 내용을 살펴보아야 그것이 강학상 허가, 인가 또는 특허인지를 알 수 있는 경우가 많다.

법치행정의 원칙은 행정법의 모든 제도에 적용된다. 특히 행정작용에 관한 제도는 그 제도의 법적 성격이나 효과를 포함한 제도 자체의 모습이 제대로 법률에 규정되도록 해야 한다. 그러나 인허가 제도와 관련한 용어 사용의 혼란은 일반인은 물론 직접 법률을 집행하는 공무원도 그 규제의 내용을 쉽게 이해하지 못하게 하거나 잘못 이해하게 만드는 원인이 되고 있다. 따라서 법령을 입안할 때에는 인허가 제도의 특성에 맞는 용어를 선택하여 일관되게 사용하도록 해야 할 것이다.

[인허가의 강학상 개념과 현행법상 특징]

	강학상 개념	현행법상 특징
허가	일반적으로 금지되는 행위를 특정한 경우에 해제하는 것	금지-해제의 관계가 명백하게 규정되지 않은 경우가 많음.
특허	특정인에게 일정한 권리나 법률관계를 설정하는 것	특허라는 용어는 거의 사용하지 않고 면허란 용어를 주로 사용함.
인가	타인의 법률행위의 효력을 보충하여 법률상의 효력을 완성시키는 것	특허적 성격이 강한 사업에 대한 허가의 의미로 사용되기도 함.
등록	일정한 사실이나 법률관계를 행정기관에 갖추어둔 장부에 등재하고 그 존부(存否)를 공적으로 증명하는 것	허가와 신고의 중간에 속하는 인허가로 운영되는 사례가 많음.
신고	특정한 사실이나 법률관계의 존부를 행정청에 알리는 것	수리가 필요한 신고로 운영되는 사례가 많음.

나. 규제 완화와 인허가의 관계

그동안 규제를 완화하는 추세에 따라 종전에 면허제 또는 허가제가 등록제로, 허가제 또는 등록제가 신고제로 전환되고, 종전의 신고제의 일부는 자유업으로 바뀌는 경우가 많았다. 즉 신고제의 대부분은 약한 의미의 허가제로 사용되고 있으며, 행정기관에 필요한 관련 자료 또는 정보를 제공한다는 의미의 순수한 신고영업은 현행법상 그 예를 찾아보기 어렵게 되었다.

규제를 완화한다는 의미에서 면허제나 허가제를 등록제로, 허가제나 등록제를 신고제로, 신고제를 자유업으로 전환하게 된 가장 큰 이유는 국민의 기본권을 최대한 보장하는 데에 있었는데, 면허제·허가제·등록제·신고제를 국민의 기본권이 제한되는 폭이 적어지는 순서로 본 것이다. 이는 영업 활동에 관한 규제를 행정기관이 행사할 수 있는 재량의 정도에 따라 구분하는 것인데, 이러한 구분도 나름대로 유용한 방법이 될 수 있다.

다. 우선허용·사후규제 방식

신기술을 활용한 새로운 서비스 또는 제품(이하 신기술 서비스·제품)과 관련된 규제를 법령에 규정할 때에는 우선허용·사후규제 방식을 원칙적으로 고려해야 한다(「행정규제 기본법」 제5조의2⁹²⁾).

우선허용·사후규제 방식이란 신기술 서비스·제품의 신속한 시장 출시 등을 우선 허용하고, 필요 시 사후 규제하는 방식을 말한다. 우선허용·사후규제 방식은 크게 ‘입법방식 유연화’와 ‘규제 샌드박스(sandbox)’로 나뉘는데, ‘입법방식 유연화’는 신기술 서비스·

92) 제5조의2(우선허용·사후규제 원칙) ① 국가나 지방자치단체가 신기술을 활용한 새로운 서비스 또는 제품(이하 “신기술 서비스·제품”이라 한다)과 관련된 규제를 법령등이나 조례·규칙에 규정할 때에는 다음 각 호의 어느 하나의 규정 방식을 우선적으로 고려하여야 한다.

1. 규제로 인하여 제한되는 권리나 부과되는 의무는 한정적으로 열거하고 그 밖의 사항은 원칙적으로 허용하는 규정 방식
2. 서비스와 제품의 인정 요건·개념 등을 장래의 신기술 발전에 따른 새로운 서비스와 제품도 포섭될 수 있도록 하는 규정 방식
3. 서비스와 제품에 관한 분류기준을 장래의 신기술 발전에 따른 서비스와 제품도 포섭될 수 있도록 유연하게 정하는 규정 방식
4. 그 밖에 신기술 서비스·제품과 관련하여 출시 전에 권리를 제한하거나 의무를 부과하지 아니하고 필요에 따라 출시 후에 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규정 방식

② 국가와 지방자치단체는 신기술 서비스·제품과 관련된 규제를 점검하여 해당 규제를 제1항에 따른 규정 방식으로 개선하는 방안을 강구하여야 한다.

제품이 포함된 규제를 법령에 규정하거나 법령을 정비할 때 입법 기술적으로 포괄성과 유연성을 갖도록 하는 방식으로, 네거티브 리스트⁹³⁾, 포괄적 개념 정의⁹⁴⁾, 유연한 분류체계⁹⁵⁾, 사후 평가·관리 방식⁹⁶⁾을 주요 내용으로 한다. ‘규제 샌드박스(sandbox)’는 기존 규제에도 불구하고 신기술 서비스·제품 시도가 가능하도록 일정 조건 하(시간·장소·규모)에서 규제를 면제·유예시켜 주는 제도로서, 규제 신속확인⁹⁷⁾, 임시허가⁹⁸⁾, 실증특례⁹⁹⁾ 등을 주요 내용으로 한다.¹⁰⁰⁾

우선허용·사후규제 방식으로 규정할 때에도 명확성의 원칙이나 포괄재위임 금지 원칙 등 헌법상 원칙에 위배되지 않도록 유의할 필요가 있다.

라. 자동적 처분

「행정기본법」 제20조¹⁰¹⁾에서 자동적 처분에 대한 근거를 규정하고 있다. 자동적 처분이란 행정청이 완전히 자동화된 시스템(인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다)을 활용하여 하는 처분을 말한다. 자동적 처분은 법률에 근거해야 하고, 기속행위의 경우에만 도입할 수 있다.

93) 규제로 인하여 제한되는 권리나 부과되는 의무는 한정적으로 열거하고 그 밖의 사항은 원칙적으로 허용하는 규정 방식을 말한다(「곤충산업의 육성 및 지원에 관한 법률 시행령」(2018. 12. 18. 대통령령 제29380호로 개정된 것) 제6조제3항제2호).

94) 서비스와 제품의 인정 요건·개념 등을 장래의 신기술 발전에 따른 새로운 서비스와 제품도 포섭될 수 있도록 하는 규정 방식을 말한다(「만화진흥에 관한 법률」 제2조제7호).

95) 서비스와 제품에 관한 분류기준을 장래의 신기술 발전에 따른 서비스와 제품도 포섭될 수 있도록 유연하게 정하는 규정 방식을 말한다. 기존 분류체계 외에 기타 유형을 포괄하는 카테고리를 신설하는 방식인데, 이 경우 관련 협의체나 행정기관이 등이 인정하는 경우 허용하는 형태로 규정하기도 한다(「물의 재이용 촉진 및 지원에 관한 법률 시행령」 제16조제2항제11호).

96) 신기술 서비스·제품과 관련하여 출시 전에 권리를 제한하거나 의무를 부과하지 아니하고 필요에 따라 출시 후에 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 규정 방식을 말한다.

97) 「산업융합 촉진법」 제10조의2

98) 「산업융합 촉진법」 제10조의6

99) 「산업융합 촉진법」 제10조의3부터 제10조의5

100) 그 밖의 입법례는 「정보통신 진흥 및 융합 활성화 등에 관한 특별법」, 「금융혁신지원 특별법」, 「규제자유 특구 및 지역특화발전특구에 관한 규제특례법」, 「행정규제기본법」 등 참고

101) 「행정기본법」

제20조(자동적 처분) 행정청은 법률로 정하는 바에 따라 완전히 자동화된 시스템(인공지능 기술을 적용한 시스템을 포함한다)으로 처분을 할 수 있다. 다만, 처분에 재량이 있는 경우는 그러하지 아니하다.

자동적 처분을 도입하는 경우 ① 청문·의견제출 등 당사자의 절차법적 권리를 보장하는 방안을 마련해야 하고, ② 자동적 처분 시 충족해야 할 처분 요건이 빠짐없이 반영될 수 있어야 하며, ③ 인공지능 알고리즘을 공정하고 투명하게 설계해야 하고, ④ 차별성·편향성 등이 없도록 해야 하며, ⑤ 그 밖에 일반적 법 원칙을 준수하도록 설계해야 한다.

3. 허가

가. 허가 제도의 개요

1) 허가의 의의

허가란 일정한 행위나 영업을 예외 없이 금지하고 일정한 경우에 행정청의 행위를 통해 이러한 금지를 해제하여 금지된 행위를 할 수 있게 허용하는 것을 말한다. 허가는 일정한 행위를 하기 위한 허가(행위허가)와 사업을 하기 위한 허가(영업허가)로 구분된다.

행위허가의 경우 일반적인 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 할 수 있도록 하는 강화상 허가의 의미가 규정 자체에서 비교적 명확히 드러난다. 예를 들면, 「야생생물 보호 및 관리에 관한 법률」 제14조제1항 본문에서는 “누구든지 멸종위기 야생생물을 포획·채취·방사(放飼)·이식(移植)·가공·유통·보관·수출·수입·반출·반입(가공·유통·보관·수출·수입·반출·반입하는 경우에는 죽은 것을 포함한다)·죽이거나 훼손(이하 “포획·채취등”이라 한다)해서는 아니 된다”고 규정하여 멸종위기 야생생물의 포획 등을 일반적으로 금지하고 있다. 그리고 같은 항 단서에서는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 기후에너지환경부장관의 허가를 받은 경우”에는 포획·채취 등을 허용하고 있다.

[입법례] 행위허가 사례

야생생물 보호 및 관리에 관한 법률

제14조(멸종위기 야생생물의 포획·채취등의 금지) ① 누구든지 멸종위기 야생생물을 포획·채취·방사(放飼)·이식(移植)·가공·유통·보관·수출·수입·반출·반입(가공·유통·보

관·수출·수입·반출·반입하는 경우에는 죽은 것을 포함한다)·죽이거나 훼손(이하 “포획·채취등”이라 한다)해서는 아니 된다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 기후에너지환경부장관의 허가를 받은 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 학술 연구 또는 멸종위기 야생생물의 보호·증식 및 복원의 목적으로 사용하려는 경우
2. ~ 6. (생략)
- ② ~ ⑦ (생략)

한편 영업허가의 경우 일반적으로는 금지규정을 두지 않고 어떠한 영업을 하려면 관계 행정기관의 장의 허가를 받아야 한다고 규정함으로써 금지와 그 금지의 해제라는 허가의 기본구조가 명확히 드러나지 않는다. 그러나 해당 법률에서 허가를 받지 않고 영업을 하면 처벌을 받도록 규정함으로써 무허가 영업을 일반적으로 금지됨을 나타내고 있다.

예를 들면, 「식품위생법」 제37조와 제94조를 보면, 허가를 받지 않고 영업을 하게 되면 처벌을 받도록 규정하고 있으므로, 무허가 영업행위가 금지된다는 것을 알 수 있다.

[입법례] 영업허가 사례

식품위생법

제37조(영업허가 등) ① 제36조제1항 각 호에 따른 영업 중 대통령령으로 정하는 영업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업 종류별 또는 영업소별로 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경할 때에도 또한 같다.

② ~ ⑬ (생략)

제94조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하거나 이를 병과할 수 있다.

1. ~ 2의2. (생략)
3. 제37조제1항을 위반한 자
- ②·③ (생략)

이와 같이 허가의 기본 구조는 금지 규정과 그 금지를 해제하는 규정으로 구성된다고 상정할 수 있는데, 이러한 구조를 가지고 있다면 그 용어를 무엇이라고 쓰든지 허가라고 보아야 한다. 따라서 행정행위의 성질에 따라 자연적 자유에 대한 금지를 특정한 경우에 해제하여 주는 것일 때에는 ‘허가’라는 용어를 사용하도록 한다.

2) 영업허가와 특허의 차이점

행위허가의 경우와 달리 영업허가는 대체로 영업을 일반적으로 금지하는 규정을 두지 않는 경우가 많다. 이런 경우에는 조문 구조상 특허와 혼동되기 쉽다. 행위허가는 금지된 행위가 허용된다는 성격이 부각되는 반면, 영업허가는 어떤 영업을 계속적으로 하면서 그에 따른 이익을 향유하는 모습을 가지기 때문에 마치 어떤 권리를 부여하는 것 같은 착각을 가져올 수 있어 특허로 보일 여지가 있다. 그러나 영업에 따른 이익을 얻거나 얻지 못하는 것은 영업을 하는 개인의 문제일 뿐 법적으로 이를 조력하거나 보호해야 할 성질의 것은 아니므로 권리가 되는 것은 아니다. 이런 의미에서 그 이익은 ‘반사적 이익’이라고 부르게 된다.

반면 특허는 권리를 부여하는 것이고 그 권리에 의하여 어떤 이익이 당연히 주어지는 것이어서 법적으로 그 이익은 보호되는 것이라는 점에서 차이가 있다. 특허의 경우에 특허를 받지 않고는 사업을 하지 못한다는 것은 그 사업이 일반적으로 금지되어 있기 때문이 아니고, 그 사업을 할 권리가 없기 때문이다.

나. 허가의 규정 형식

허가를 규정할 때에는 먼저 “...을 하려는 자는 ○○○의 허가를 받아야 한다”와 같이 허가를 받는 주체, 허가 대상 행위와 허가권자를 명시하는 근거 규정을 둔다. 그리고 허가 요건이나 허가 절차는 다른 조 또는 항에서 따로 규정하는 것이 일반적이다.

[입법례]

건축법

제11조(건축허가) ① 건축물을 건축하거나 대수선하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 다만, 21층 이상의 건축물 등 대통령령으로 정하는 용도 및 규모의 건축물을 특별시나 광역시에 건축하려면 특별시장이나 광역시장의 허가를 받아야 한다.

② ~ ⑪ (생략)

다. 조건부허가와 예비허가(내인가)

허가기준을 갖추는 데에 상당한 비용이 들고 기간이 걸리는 경우 허가를 신청했다가 막상 허가를 받지 못하는 경우에는 많은 손해를 입게 된다. 이를 막기 위해 조건부허가¹⁰²⁾를 하거나 본 허가를 신청하기 전에 예비허가를 하는 방식이 있다.

조건부허가제의 경우에는 일정한 기간 내에 허가기준을 갖추는 것을 조건으로 하여 허가한 후, 이를 이행하지 아니하면 허가를 취소하도록 규정한다.

[입법례] 조건부허가를 규정한 사례

관광진흥법

- 제24조(조건부 영업허가) ① 문화체육관광부장관은 카지노업을 허가할 때 1년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간에 제23조제1항에 따른 시설 및 기구를 갖추는 것을 조건으로 허가할 수 있다. 다만, 천재지변이나 그 밖의 부득이한 사유가 있다고 인정하는 경우에는 해당 사업자의 신청에 따라 한 차례만 6개월을 넘지 아니하는 범위에서 그 기간을 연장할 수 있다.
- ② 문화체육관광부장관은 제1항에 따른 허가를 받은 자가 정당한 사유 없이 제1항에 따른 기간에 허가 조건을 이행하지 아니하면 그 허가를 즉시 취소하여야 한다.
- ③·④ (생략)

예비허가의 경우에는 허가기준의 일부만 갖추고 나머지 허가기준에 대해서는 이행계획을 제시하여 예비허가를 받은 후 일정한 기간 내에 허가기준을 모두 갖추어 본 허가를 신청하도록 한다. 예비허가를 받은 자가 예비허가 내용대로 이행한 경우에는 본 허가를 해야 한다는 규정을 두게 된다.¹⁰³⁾

102) 「청소년활동 진흥법」에서는 수련시설을 허가할 때 허가 요건 중 경미한 사항을 충족하지 못한 경우 일정한 기간 동안 이를 보완할 것을 조건으로 허가할 수 있도록 규정하고 있다.

제12조(수련시설의 허가 요건) ① (생략)

② 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 제11조제3항에 따라 수련시설을 허가할 때 그 시설이 제1항에 따른 허가 요건 중 성평등가족부령으로 정하는 경미한 사항을 충족하지 못한 경우에는 일정한 기간을 정하여 이를 보완할 것을 조건으로 허가할 수 있다.

103) 본 허가 의무규정을 두지 않은 입법례가 다수이다.

[입법례] 예비허가를 규정한 사례

보험업법

- 제7조(예비허가) ① 제4조에 따른 허가(이하 이 조에서 “본허가”라 한다)를 신청하려는 자는 미리 금융위원회에 예비허가를 신청할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 신청을 받은 금융위원회는 2개월 이내에 심사하여 예비허가 여부를 통지하여야 한다. 다만, 총리령으로 정하는 바에 따라 그 기간을 연장할 수 있다.
- ③ 금융위원회는 제2항에 따른 예비허가에 조건을 붙일 수 있다.
- ④ 금융위원회는 예비허가를 받은 자가 제3항에 따른 예비허가의 조건을 이행한 후 본허가를 신청하면 허가하여야 한다.
- ⑤ 예비허가의 기준과 그 밖에 예비허가에 관하여 필요한 사항은 총리령으로 정한다.

예비허가와 유사한 제도로 사전결정과 사전검토가 있다.

「폐기물관리법」 제25조에서는 폐기물관리업을 하려는 자는 미리 사업계획서를 제출하여 적합 여부를 심사받아야 한다고 하면서 적합통보를 받은 경우에 한정하여 허가기준을 갖추어 허가를 신청하도록 하고 있고, 「건축법」 제10조에서는 건축허가를 신청하기 전에 허가권자에게 해당 대지에 건축하는 것이 「건축법」이나 관계 법령에서 허용되는지 등에 대한 사전 결정을 신청할 수 있다. 이는 강화상의 사전결정에 해당된다.

[입법례] 사전결정에 관한 사례

폐기물관리법

- 제25조(폐기물처리업) ① 폐기물의 수집·운반, 재활용 또는 처분을 업(이하 “폐기물처리업”이라 한다)으로 하려는 자(음식물류 폐기물을 제외한 생활폐기물을 재활용하려는 자와 폐기물처리 신고자는 제외한다)는 기후에너지환경부령으로 정하는 바에 따라 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 폐기물 처리 사업계획서를 기후에너지환경부장관에게 제출하고, 그 밖의 폐기물을 대상으로 하는 경우에는 시·도지사에게 제출하여야 한다. 기후에너지환경부령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 때에도 또한 같다.
- ② 기후에너지환경부장관이나 시·도사는 제1항에 따라 제출된 폐기물 처리사업계획서를 다음 각 호의 사항에 관하여 검토한 후 그 적합 여부를 폐기물처리사업계획서를 제출한 자에게 통보하여야 한다.
1. 폐기물처리업 허가를 받으려는 자(법인의 경우에는 임원을 포함한다)가 제26조에 따른 결격사유에 해당하는지 여부

- 2. 폐기물처리시설의 입지 등이 다른 법률에 저촉되는지 여부
 - 3. 폐기물처리사업계획서상의 시설·장비와 기술능력이 제3항에 따른 허가기준에 맞는지 여부
 - 4. 폐기물처리시설의 설치·운영으로 「수도법」 제7조에 따른 상수원보호구역의 수질이 악화되거나 「환경정책기본법」 제12조에 따른 환경기준의 유지가 곤란하게 되는 등 사람의 건강이나 주변 환경에 영향을 미치는지 여부
- ③ 제2항에 따라 적합통보를 받은 자는 그 통보를 받은 날부터 2년(제5항제1호에 따른 폐기물수집·운반업의 경우에는 6개월, 폐기물처리업 중 소각시설과 매립시설의 설치가 필요한 경우에는 3년) 이내에 기후에너지환경부령으로 정하는 기준에 따른 시설·장비 및 기술능력을 갖추어 업종, 영업대상 폐기물 및 처리분야별로 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 기후에너지환경부령으로 정하는 기준에 따른 시설·장비 및 기술능력을 갖추어 업종, 영업대상 폐기물 및 처리분야별로 지정폐기물을 대상으로 하는 경우에는 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 이 경우 기후에너지환경부령 또는 시·도지사는 제2항에 따라 적합통보를 받은 자가 그 적합통보를 받은 사업계획에 따라 시설·장비 및 기술인력 등의 요건을 갖추어 허가신청을 한 때에는 지체 없이 허가하여야 한다.
- ④ ~ ⑰ (생략)

건축법

- 제10조(건축 관련 입지와 규모의 사전결정) ① 제11조에 따른 건축허가 대상 건축물을 건축하려는 자는 건축허가를 신청하기 전에 허가권자에게 그 건축물의 건축에 관한 다음 각 호의 사항에 대한 사전결정을 신청할 수 있다.
- 1. 해당 대지에 건축하는 것이 이 법이나 관계 법령에서 허용되는지 여부
 - 2. 이 법 또는 관계 법령에 따른 건축기준 및 건축제한, 그 완화에 관한 사항 등을 고려하여 해당 대지에 건축 가능한 건축물의 규모
 - 3. 건축허가를 받기 위하여 신청자가 고려하여야 할 사항
- ② ~ ⑧ (생략)
- ⑨ 사전결정신청자는 제4항에 따른 사전결정을 통지받은 날부터 2년 이내에 제11조에 따른 건축허가를 신청하여야 하며, 이 기간에 건축허가를 신청하지 아니하면 사전결정의 효력이 상실된다.

사전검토는 허가를 받으려는 자가 허가에 필요한 자료에 대해 미리 행정청에 검토를 요청하고, 행정청은 검토 요청을 받으면 이를 확인한 후 그 결과를 신청인에게 서면으로 알리도록 하며, 허가를 할 때에는 검토 결과를 고려하도록 하고 있다.¹⁰⁴⁾

104) 「민원 처리에 관한 법률」 제30조에서는 사전검토와 유사한 성격의 사전심사에 관한 일반 규정을 두고 있다.

[입법례] 사전검토에 관한 사례

의료기기법

제11조(제조 허가·신고 등의 사전 검토) ① 제6조제2항에 따라 제조허가 또는 제조인증을 받거나 제조신고를 하려는 자와 제10조에 따라 임상시험을 하려는 자는 허가·인증·신고·승인 등에 필요한 자료에 대하여 미리 식품의약품안전처장에게 검토를 요청할 수 있다.

② 식품의약품안전처장은 제1항에 따른 검토 요청을 받으면 이를 확인한 후 그 결과를 신청인에게 알려야 한다.

③ 식품의약품안전처장은 제6조제2항 및 제10조에 따른 허가·인증·신고·승인 등을 할 때에 제2항에 따른 검토 결과를 고려하여야 한다.

④ (생략)

라. 허가기준

허가 여부를 결정할 때에 행정청의 자의적인 판단을 방지하고, 국민에게 예측 가능성을 부여하기 위해 허가기준을 가능하면 구체적이고 명확하게 규정해야 한다. 그러나 허가기준이 자본금, 시설기준, 기술인력 등과 같이 객관적인 요소로만 되어 있지 않고 허가관청의 주관적 판단이 필요한 사항을 포함하고 있는 경우에는 부득이 추상적으로 규정할 수밖에 없는 경우도 있다.¹⁰⁵⁾

제30조(사전심사의 청구 등) ① 민원인은 법정민원 중 신청에 경제적으로 많은 비용이 수반되는 민원 등 대통령령으로 정하는 민원에 대하여는 행정기관의 장에게 정식으로 민원을 신청하기 전에 미리 약식의 사전심사를 청구할 수 있다.

② 행정기관의 장은 제1항에 따라 사전심사가 청구된 법정민원이 다른 행정기관의 장과의 협의를 거쳐야 하는 사항인 경우에는 미리 그 행정기관의 장과 협의하여야 한다.

③ 행정기관의 장은 사전심사 결과를 민원인에게 문서로 통지하여야 하며, 가능한 것으로 통지한 민원의 내용에 대하여는 민원인이 나중에 정식으로 민원을 신청한 경우에도 동일하게 결정을 내릴 수 있도록 노력하여야 한다. 다만, 민원인의 귀책사유 또는 불가항력이나 그 밖의 정당한 사유로 이를 이행할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 행정기관의 장은 제1항에 따른 사전심사 제도를 효율적으로 운영하기 위하여 필요한 법적·제도적 장치를 마련하여 시행하여야 한다.

105) 「농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률」 제19조제1항의 허가기준 중 제2호의 시설기준은 객관적이지만, 나머지 기준은 추상적으로 규정하고 있다.

제19조(허가기준 등) ① 도지사는 제17조제3항에 따른 허가신청의 내용이 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 이를 허가한다.

1. 도매시장을 개설하려는 장소가 농수산물 거래의 중심지로서 적절한 위치에 있을 것

허가기준은 “일정한 기준에 해당하면 허가할 수 있다(하여야 한다)”와 같이 적극적 방식으로 정하기도 하고, 허가제의 취지가 부적격자를 배제하려는 것인 경우에는 “일정한 기준에 해당하면 허가하지 아니한다”와 같이 소극적 방식으로 정하기도 한다.

허가기준은 법률에서 직접 규정하는 것이 바람직하지만 그 내용이 복잡하면 하위법령에 위임하는 것도 가능하다. 허가기준을 하위법령에 위임하려는 경우에는 반드시 법률에 위임근거 규정을 두어야 한다. 이 경우 중요한 사항은 법률에서 직접 규정하고 그 밖에 구체적인 사항을 위임하는 방식을 택해야 하며, 허가기준 전체를 하위법령에 위임하는 방법은 피해야 한다.¹⁰⁶⁾

아울러 법률에서 허가 요건·기준의 위임 형식을 “대통령령(부령)으로 정하는 바”로 규정하는 경우, 그 위임 대상이 절차에 관한 내용인지 요건·기준에 관한 내용인지 불분명하여 하위법령을 제정할 때 자의적으로 입법할 소지가 있으므로, 위임하려는 대상 및 내용을 구체적으로 명시할 필요가 있다.

[입법례] 허가기준은 법률에서 정하고 세부 기준은 특정해 하위법령에 위임한 사례

낙시 관리 및 육성법

제11조(낙시터업의 허가기준) ① 시장·군수·구청장은 낙시터업 허가의 신청 내용이 다음 각 호의 기준에 적합한 경우에만 허가를 할 수 있다.

1. 낙시인의 안전과 편의 및 낙시터의 관리에 필요한 시설과 장비를 갖출 것
 2. 제48조에 따른 보험이나 공제에 가입할 것
 3. 수생태계와 수산자원의 보호, 수산물의 안전성보장 및 건전한 낙시문화 조성에 지장을 줄 수 있는 시설이나 장비를 설치하지 아니할 것
 4. 「양식산업발전법」 제10조에 따라 면허를 받은 양식업 구역의 일정 부분을 이용하는 낙시터업인 경우에는 면허를 받은 양식 어종으로 한정할 것
- ② 제1항제1호에 따른 시설·장비의 기준과 같은 항 제3호에 따라 설치가 제한되는 시설·장비의 종류 등은 대통령령으로 정한다.

2. 제67조제2항에 따른 기준에 적합한 시설을 갖추고 있을 것
 3. 운영관리계획서의 내용이 충실하고 그 실현이 확실하다고 인정되는 것일 것

106) 「소금산업 진흥법」 제23조제5항에서는 소금제조업의 허가기준을 모두 대통령령에 포괄위임하고 있다. 또한, 「청소년활동 진흥법」 제12조제1항제4호에서는 아무런 기준도 제시하지 않은 채 “그 밖에 성평등가 촉부령으로 정하는 기준에 적합할 것”과 같이 표현함으로써 하위법령에서 어떠한 기준을 정할 것인지를 전혀 예상할 수 없도록 규정하고 있다. 두 경우 모두 좋은 입법례가 아니므로 이러한 규정 방식은 피하도록 한다.

낙시 관리 및 육성법 시행령

제8조(낙시터업의 허가기준) ① 법 제11조제1항제1호에 따른 낙시인의 안전과 편의 및 낙시터의 관리에 필요한 시설과 장비의 기준은 별표 2와 같다.

② 법 제11조제1항제3호에 따른 수생태계와 수산자원의 보호, 수산물의 안전성보장 및 건전한 낙시문화 조성에 지장을 줄 수 있는 시설이나 장비의 종류는 별표 3과 같다.

한편 허가 대상이나 요건 등을 규정할 때 허가를 받아야 하는 대상이나 갖추어야 할 요건을 규정하는 방식(포지티브 규정 방식)과 허가가 제한되는 대상이나 금지되는 요건을 규정하는 방식(네거티브 규정 방식 또는 원칙허용 규정 방식)이 있다.

[입법례] 포지티브 규정 방식

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령¹⁰⁷⁾

[별표 7]

준주거지역안에서 건축할 수 있는 건축물(제71조제1항제6호 관련)

1. 건축할 수 있는 건축물

- 가. 「건축법 시행령」 별표 1 제1호의 단독주택
- 나. 「건축법 시행령」 별표 1 제2호의 공동주택
- 다. 「건축법 시행령」 별표 1 제3호의 제1종 근린생활시설
- 라. 「건축법 시행령」 별표 1 제4호의 제2종 근린생활시설(단란주점 및 안마시술소를 제외한다)
- 마. ~ 차. (생략)

2. 도시·군계획조례가 정하는 바에 의하여 건축할 수 있는 건축물

- 가. 「건축법 시행령」 별표 1 제4호의 제2종 근린생활시설 중 안마시술소
- 나. 「건축법 시행령」 별표 1 제5호의 문화 및 집회시설
- 다. 「건축법 시행령」 별표 1 제7호의 판매시설
- 라. 「건축법 시행령」 별표 1 제8호의 운수시설
- 마. ~ 너. (생략)

107) 2014. 1. 14. 대통령령 제25090호로 개정되기 전의 것임.

[입법례] 네거티브 규정 방식

국토의 계획 및 이용에 관한 법률 시행령¹⁰⁸⁾

[별표 7]

준주거지역안에서 건축할 수 없는 건축물(제71조제1항제6호 관련)

1. 건축할 수 없는 건축물
 - 가. 「건축법 시행령」 별표 1 제4호의 제2종 근린생활시설 중 단란주점
 - 나. 「건축법 시행령」 별표 1 제9호의 의료시설 중 격리병원
 - 다. 「건축법 시행령」 별표 1 제15호의 숙박시설(생활숙박시설로서 공원·녹지 또는 지형지물에 의하여 주택 밀집지역과 차단되거나 주택 밀집지역으로부터 도시·군계획조례로 정하는 거리 밖에 있는 대지에 건축하는 것은 제외한다)
 - 라. 「건축법 시행령」 별표 1 제16호의 위락시설
 - 마. ~ 차. (생략)
2. 지역 여건 등을 고려하여 도시·군계획조례로 정하는 바에 따라 건축할 수 없는 건축물
 - 가. 「건축법 시행령」 별표 1 제4호의 제2종 근린생활시설 중 안마시술소
 - 나. 「건축법 시행령」 별표 1 제5호의 문화 및 집회시설(공연장 및 전시장은 제외한다)
 - 다. 「건축법 시행령」 별표 1 제7호의 판매시설
 - 라. 「건축법 시행령」 별표 1 제8호의 운수시설
 - 마. ~ 하. (생략)

원칙허용 규정 방식은 최소한의 금지사항만 명확하게 규제하여 국민의 기본권을 최대한 확대하려는 취지의 입법 방식이다.

행위허가의 경우에는 금지되는 행위만 법령에 열거하게 되면 그 외의 행위는 자유롭게 할 수 있어 국민의 기본권 제한이 최소화되므로 행위허가를 도입할 때에는 원칙허용 규정 방식을 우선적으로 고려하는 것이 바람직하다.

108) 종전 포지티브 방식으로 규정되어 있었던 것을 2014. 1. 14. 개정해 네거티브 방식으로 전환하였다.
 <개정 이유>
 ○ 준주거지역 등 주요 용도지역별 건축제한의 네거티브 방식 전환(제71조제1항, 별표 7부터 별표 11까지, 별표 14 및 별표 20)
 1) 현재는 용도지역별로 지정목적 및 특성 등을 고려하여 입지가 가능한 건축물을 법령에서 열거하는 방식으로 건축행위를 제한하고 있으나 산업의 변화 등에 신속하게 대응하는 데 한계가 있음.
 2) 다양한 용도의 건축물 등이 함께 입지하여 용·복합 효과가 크게 나타날 수 있는 준주거지역·상업지역·준공업지역과 비도시지역 중 중소기업의 입지수요가 높은 계획관리지역에 대해서는 건축이 금지되는 건축물이나 시설을 제한적으로 열거하는 원칙적 허용 및 예외적 금지의 방식으로 건축행위 제한 규정 방식을 전환함.

영업허가를 원칙허용 규정 방식으로 규정할 때에는 인허가의 목적 달성을 위해 요구되는 최소한의 내용만을 금지사항으로 규정하고, 금지사항을 규정할 때 부득이 불확정개념을 사용할 수밖에 없는 경우에는 하위법령에 그 개념을 최대한 구체화할 수 있도록 위임규정을 두어 재량을 최소화한다.

[입법례] 금지사항을 하위법령에 위임해 구체화한 사례

어선법
제8조(건조·개조의 허가 등) ① (생략)
② 해양수산부장관이나 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 제외하고는 제1항에 따른 허가를 하여야 한다.
1. 신청인이 하려는 어업에 대하여 「수산업법」 또는 「양식산업발전법」에 따른 수산자원의 증식·보호 등을 위한 어업조정이 필요하다고 인정되는 경우
2. 신청인이 「수산업법」, 「양식산업발전법」, 「원양산업발전법」 및 「내수면어업법」에 따른 면허어업·허가어업 또는 신고어업을 할 수 없다고 인정되는 경우
3. 신청인이 이 법, 「수산업법」, 「양식산업발전법」, 「원양산업발전법」 및 「내수면어업법」을 위반하여 행정처분을 받고 그 효력이 종료되지 아니한 경우
4. 제1호부터 제3호까지의 경우 외에 어선의 효율적 관리를 저해하는 중대한 공익적 사유가 있는 경우로서 해양수산부령으로 정하는 경우
③·④ (생략)

마. 허가신청의 절차

허가신청의 처리에 관해서는 「행정절차법」과 「민원 처리에 관한 법률」에 일반적인 규정이 있으므로, 개별 법률에서는 이들 법률에 규정된 사항 외에 해당 허가과 관련하여 따로 정할 필요가 있는 사항만 규정한다.

허가신청 절차를 규정할 때에 법률 또는 대통령령에서는 신청서와 그 첨부서류¹⁰⁹⁾를 제출해야 한다는 취지만 규정하고, 신청서의 양식과 첨부서류의 구체적인 내용은 총리령이나 부령으로 위임하는 것이 일반적이다.

109) 이 경우 첨부서류는 허가 요건을 충족하였는지를 확인하는 의미를 가진다.

[입법례]

건축법

제11조(건축허가) ①·② (생략)

③ 제1항에 따라 허가를 받으려는 자는 허가신청서에 국토교통부령으로 정하는 설계도서와 제5항 각 호에 따른 허가 등을 받거나 신고를 하기 위하여 관계 법령에서 제출하도록 의무화하고 있는 신청서 및 구비서류를 첨부하여 허가권자에게 제출하여야 한다. 다만, 국토교통부장관이 관계 행정기관의 장과 협의하여 국토교통부령으로 정하는 신청서 및 구비서류는 제21조에 따른 착공신고 전까지 제출할 수 있다.

④ ~ ⑪ (생략)

그러나 신청서의 내용과 그 첨부서류가 국민에게 부담을 주는 사항이 아니면 신청서와 그 첨부서류에 관한 근거 규정을 법률에 두지 않고 바로 총리령이나 부령에 규정하기도 한다.

[입법례] 부령에서 신청서와 첨부서류를 규정한 사례

집단에너지사업법 시행규칙

제7조(사업의 허가신청등) ① 법 제9조제1항의 규정에 의하여 사업의 허가를 받고자 하는 자는 별지 제2호서식의 허가신청서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 기후에너지환경부장관에게 제출하여야 한다.

1. 사업계획서
2. 신청인(법인인 경우에는 그 임원 또는 설립중인 법인인 경우에는 그 임원이 될 자)의 이력서. 다만, 신청인이 특별법에 의하여 설립된 법인(이하 “특수법인”이라 한다)인 경우를 제외한다.

② 제1항제1호의 사업계획서에는 별표 3에 규정한 기재사항 및 구비서류가 포함되어야 한다.

③·④ (생략)

어느 방식을 택하든 신청서의 주요 내용과 첨부서류의 내용은 법령의 본칙에 규정하도록 하고, 서식을 보고서야 비로소 신청서의 주요 내용과 첨부서류의 내용을 알게 되는 사례나 본칙에 규정하지 않은 첨부서류를 서식에 추가해 규정하는 사례가 없도록 한다.

「민원 처리에 관한 법률」 제10조제3항제3호에서 「전자정부법」 제36조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 민원의 처리에 필요한 내용을 확인할 수 있는 경우에는 민원인에게 관련 증명서류 또는 구비서류의 제출을 요구할 수 없고, 그 민원을 처리하는 담당자가 직접 이를 확인·처리하도록 규정하고 있다. 「민원 처리에 관한 법률」 제10조제4항에서 행

정정보 공동이용으로 처리한 경우에는 관계 법령에 따라 처리한 것으로 의제하고 있으며, 「전자정부법」 제42조에서 개인정보가 포함된 행정정보를 공동이용할 때에는 원칙적으로 정보주체로부터 사전동의를 받도록 규정하고 있다.

개별 법령에서는 해당 허가절차에서 구비서류 확인절차를 명확히 하기 위해 행정정보 공동이용대상을 명시하고 신청인이 동의하지 않는 경우 구비서류를 제출하도록 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례]

금융회사의 지배구조에 관한 법률 시행령

제26조(대주주 변경승인 등) ① ~ ⑦ (생략)

⑧ 제6항에 따라 변경승인신청서를 제출받은 금융위원회는 「전자정부법」 제36조제1항에 따른 행정정보의 공동이용을 통하여 다음 각 호의 행정정보를 확인하여야 한다. 다만, 신청인이 제2호에 따른 서류의 확인에 동의하지 않는 경우에는 그 서류를 첨부하도록 해야 한다.

1. 법인 등기사항증명서(신청인이 국내 법인인 경우만 해당한다)¹¹⁰⁾
2. 주민등록표 등본 또는 사업자등록증명
3. 주식취득대상 금융회사의 법인 등기사항증명서

바. 허가증의 발급

허가를 할 때에는 「행정절차법」 제24조에 따른 처분문서와 별도로 허가증을 발급하거나 처분문서로서 허가증을 발급하는 경우가 있다. 허가증에 관한 사항은 국민의 권리·의무에 관한 것은 아니므로 반드시 법률에서 규정할 필요는 없다. 실제로도 허가증에 관한 규정을 법률에 규정하는 입법례보다 대통령령이나 총리령·부령에서 규정하는 입법례가 훨씬 더 많다.

그러나 법률에 허가증의 대여를 금지하는 규정을 두고 이를 위반하는 경우 처벌하는 등 허가증과 관련하여 의무를 부과하거나 제재 규정을 두는 경우에는 법률에 허가증의 발급에 관한 규정을 두도록 한다.

110) 등기사항증명서는 「전자정부법」 제42조제2항제4호에 따라 공시성 정보로서 사전 동의를 받지 않아도 된다.

[입법례] 법률에 허가증 발급, 대여 금지, 벌칙을 규정한 사례

마약류 관리에 관한 법률

제7조(허가증 등의 발급과 등재) ① 제6조제1항·제2항이나 제6조의2제1항에 따라 허가 또는 지정을 하는 식품의약품안전처장, 특별자치시장, 시장·군수 또는 구청장(이하 “허가관청”이라 한다)은 총리령으로 정하는 바에 따라 마약류취급자나 원료물질의 수출입업 또는 제조업 허가를 받은 자(이하 “원료물질수출입업자등”이라 한다)명부(名簿)에 그 내용을 기록하고 허가증 또는 지정서를 발급하여야 한다. 허가 또는 지정한 사항을 변경할 때에도 또한 같다.

② 제6조제1항·제2항이나 제6조의2제1항에 따라 허가 또는 지정받은 자가 그 허가증 또는 지정서를 잃어버렸거나 못쓰게 된 경우에는 총리령으로 정하는 바에 따라 재발급받아야 한다.

제8조(허가증 등의 양도 금지와 폐업 등의 신고 등) ① 마약류취급자는 그 허가증 또는 지정서를 타인에게 빌려주거나 양도(讓渡)하여서는 아니 된다.

② ~ ⑥ (생략)

제62조(벌칙) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. 제8조제1항을 위반하여 마약의 취급에 관한 허가증 또는 지정서를 타인에게 빌려주거나 양도한 자 또는 제9조제2항·제3항, 제18조제2항제2호, 제20조, 제22조제1항, 제26조제1항을 위반하여 마약을 취급한 자

2. ~ 5. (생략)

②·③ (생략)

사. 허가의 유효기간

1) 허가의 유효기간을 두는 경우

해당 허가의 성격상 허가가 영구화되는 것을 방지하기 위해 허가의 유효기간을 정하는 것이 필요한 경우가 있다. 이는 주로 일정 기간마다 허가기준이 유지되고 있는지를 확인하기 위한 것이다.

그런데 민원인의 입장에서는 유효기간을 갱신하기 위해 추가적 행정절차를 거치거나 비용을 부담해야 하는 경우가 있고, 유효기간이 종료되면 종전의 지위가 상실되므로 허가에 유효기간을 두는 것은 신중해야 한다.

허가의 유효기간을 법령에서 정하는 경우에는 허가의 갱신이나 유효기간의 연장에 관한 사항도 함께 규정하도록 한다.

허가의 유효기간을 법률에 직접 규정하지 않고, 대통령령으로 위임하는 경우가 있는데, 이러한 경우에는 행정 목적과 민원인의 편의를 고려하여 법률에서 상한이나 하한의 기준을 정하는 것이 바람직하다.

[입법례] 허가의 갱신에 관한 규정을 둔 사례

경비업법

- 제6조(허가의 유효기간 등) ① 제4조제1항의 규정에 의한 경비업 허가의 유효기간은 허가받은 날부터 5년으로 한다.
- ② 제1항의 규정에 의한 유효기간이 만료된 후 계속하여 경비업을 하고자 하는 법인은 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 갱신허가를 받아야 한다.

[입법례] 허가의 연장에 관한 규정을 둔 사례

낙시 관리 및 육성법

- 제12조(허가의 유효기간) ① 제10조에 따른 낙시터업 허가의 유효기간은 10년으로 한다. 다만, 수생태계와 수산자원의 보호 또는 공익사업의 시행 등을 위하여 대통령령으로 정하는 경우에는 그 유효기간을 10년 이내로 할 수 있다.
- ② 시장·군수·구청장은 제1항에 따라 허가한 낙시터업의 유효기간이 만료되는 경우에 낙시터업자가 유효기간의 연장을 신청하면 유효기간이 만료된 다음 날부터 매회 10년 이내에서 2회 까지 그 기간을 연장할 수 있다.
- ③ 제1항 및 제2항에도 불구하고 「수산업법」 또는 「양식산업발전법」에 따라 면허나 허가를 받은 구역의 일정 부분을 이용하는 낙시터업의 경우에는 그 낙시터업 허가의 유효기간은 해당 구역의 면허나 허가의 만료일 이내로 한다.
- ④ 제2항에 따른 유효기간 연장의 신청 절차나 그 밖에 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다.

[입법례] 법률에 유효기간 상한을 규정한 사례

인터넷 멀티미디어 방송사업법

- 제5조(허가의 유효기간) 제4조제1항에 따른 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업 허가의 유효기간은 7년의 범위에서 대통령령으로 정한다.

인터넷 멀티미디어 방송사업법 시행령

제3조(허가의 유효기간) 법 제5조에 따른 인터넷 멀티미디어 방송 제공사업 허가의 유효기간은 7년으로 한다. 다만, 과학기술정보통신부장관이 이용자의 권익 보호와 방송의 공적 책임 실현 및 공정성·공익성 보장 등을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 법 제4조제4항 및 제5조의2제2항에 따른 심사결과를 고려하여 2년을 초과하지 않는 범위에서 허가의 유효기간을 단축할 수 있다.

2) 유효기간 만료의 사전 통지

국민이나 기업이 인식하지 못하고 있는 상태에서 허가의 유효기간이 지나 허가의 효력이 상실되고,¹¹¹⁾ 국민과 기업이 실제 피해를 입는 사례가 종종 발생하고 있다. 이러한 피해를 방지하기 위해 유효기간이 있는 허가의 경우에는 연장이나 갱신을 위한 신청기간 전이나, 유효기간 만료일 전에 연장이나 갱신에 관하여 미리 알려주거나 안내하는 규정을 두는 것이 좋을 것이다. 이러한 사전 통지나 안내 규정은 법률에 규정하기도 하나, 하위법령에 규정할 수도 있다.

[입법례]

지하수법 시행령

제12조의3(지하수개발·이용허가 유효기간의 연장) ① 법 제7조의3제3항에 따라 지하수개발·이용허가 유효기간의 연장허가를 받으려는 자는 기후에너지환경부령으로 정하는 바에 따라 유효기간 만료일 30일 전까지 연장허가신청서에 최근 6개월 이내에 조사·작성된 지하수영향조사서를 첨부하여 시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다. 다만, 지열(地熱)을 냉난방에너지원으로 이용하기 위한 지열냉난방시설(이하 “지열냉난방시설”이라 한다)에서 지하수를 개발·이용하는 경우(지하수를 재주입하는 경우만 해당한다)에는 지하수영향조사서를 첨부하지 아니할 수 있다.
② 시장·군수·구청장은 지하수개발·이용허가 유효기간이 끝나는 날의 6개월 전까지 지하수

111) 일반적으로 행정처분에 효력기간이 정하여져 있는 경우에는 그 기간의 경과로 그 행정처분의 효력은 상실되며, 다만 허가에 붙은 기한이 그 허가된 사업의 성질상 부당하게 짧은 경우에는 이를 그 허가 자체의 존속기간이 아니라 그 허가조건에 준속기간으로 보아 그 기한이 도래함으로써 그 조건의 개정을 고려한다는 뜻으로 해석할 수 있다(대법원 2004. 11. 25. 선고 2004두7023 판결).

개발·이용허가를 받은 자에게 연장절차와 해당 기간까지 연장신청을 하지 아니하면 연장을 받을 수 없다는 사실을 미리 알려야 한다.

③ (생략)

3) 허가기준의 정기 신고

허가기준을 계속해서 유지하고 있는지에 대한 확인을 위해 허가를 받은 영업자가 정기적으로 허가기준에 관한 사항을 신고하도록 하는 경우도 있다.

[입법례]

화물자동차 운수사업법

제3조(화물자동차 운송사업의 허가 등) ① 화물자동차 운송사업을 경영하려는 자는 각 호의 구분에 따라 국토교통부장관의 허가를 받아야 한다.

1.·2. (생략)

② ~ ⑧ (생략)

⑨ 운송사업자는 제1항에 따라 허가받은 날부터 5년의 범위에서 대통령령으로 정하는 기간마다 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 제5항에 따른 허가기준에 관한 사항을 국토교통부장관에게 신고하여야 한다.

⑩ ~ ⑮ (생략)

아. 부관(附款)

허가 등 행정처분에 부수하여 그 효과를 제한하거나 보충하는 것으로서 조건, 기한, 부담, 철회권의 유보, 법률효과의 일부배제 등을 행정처분의 ‘부관’이라 한다. 그러나 개별 법상으로는 ‘부관’이라는 용어 대신 ‘조건’이라는 용어를 일반적으로 사용하고 있다.

행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관을 붙일 수 있고, 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에만 부관을 붙일 수 있다.¹¹²⁾ 따라서 처분에 재량이 없는 경우에는

112) 「행정기본법」

법률에서 “부관(조건)을 붙일 수 있다”는 근거를 명시해야 한다. 이 경우 헌법상 과잉금지의 원칙에 위배되지 않도록 해야 하며, 허가 등의 내용과 실질적 관련성이 없는 조건을 붙이게 되면 부당결부금지의 원칙¹¹³⁾에 위배되므로 유의해야 한다.

한편, 「행정기본법」 제17조제3항제1호에서는 법률에 근거가 있으면 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다고 규정하고 있으므로 처분 후 부관을 추가하거나 변경할 필요가 있으면 법률에 근거를 둘 필요가 있다.

조건에 관한 규정은 일반적으로 “제○항에 따른 허가에는 조건을 붙일 수 있다”는 식으로 표현한다. 경우에 따라서는 조건이 필요한 최소한도에 그쳐야 하며 부당한 의무를 부과하는 것이어서는 안 된다는 뜻을 명시하기도 한다.

[입법례] 허가에 조건을 붙일 수 있음을 규정한 사례

궤도운송법
제4조(궤도사업의 허가) ① 궤도사업을 경영하려는 자는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 자치구의 구청장(이하 “시장·군수·구청장”이라 한다)의 허가를 받아야 한다. 다만, 궤도가 둘 이상의 특별자치시·특별자치도·시·군 또는 자치구(이하 “시·군·구”라 한다)의 행정구역에 걸쳐 있는 경우에는 주된 사무소의 소재지를 관할하는 시장·군수·구청장이 관계 시장·군수·구청장과 협의하여 허가한다.

제17조(부관) ① 행정청은 처분에 재량이 있는 경우에는 부관(조건, 기한, 부담, 철회권의 유보 등을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 붙일 수 있다.

② 행정청은 처분에 재량이 없는 경우에는 법률에 근거가 있는 경우에 부관을 붙일 수 있다.

③ 행정청은 부관을 붙일 수 있는 처분이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 처분을 한 후에도 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경할 수 있다.

1. 법률에 근거가 있는 경우
2. 당사자의 동의가 있는 경우
3. 사정이 변경되어 부관을 새로 붙이거나 종전의 부관을 변경하지 아니하면 해당 처분의 목적을 달성할 수 없다고 인정되는 경우

④ 부관은 다음 각 호의 요건에 적합하여야 한다.

1. 해당 처분의 목적에 위배되지 아니할 것
2. 해당 처분과 실질적인 관련이 있을 것
3. 해당 처분의 목적을 달성하기 위하여 필요한 최소한의 범위일 것

113) 「행정기본법」

제13조(부당결부금지의 원칙) 행정청은 행정작용을 할 때 상대방에게 해당 행정작용과 실질적인 관련이 없는 의무를 부과해서는 아니 된다.

② ~ ④ (생략)

⑤ 시장·군수·구청장 또는 특별시장·광역시장은 제1항·제2항 또는 제4항에 따라 허가 또는 변경허가를 할 때에는 이용자의 안전과 편의 증진, 재해 방지, 환경 보전 및 주변 교통에 미치는 영향 최소화 등을 위하여 필요한 조건을 붙일 수 있다.

⑥ (생략)

[입법례] 조건의 한계를 규정한 사례

항공사업법

제26조(항공운송사업 면허 등의 조건) ① 제7조, 제10조, 제12조, 제14조, 제15조, 제21조 및 제24조에 따른 면허·등록·인가·허가에는 조건 또는 기한을 붙이거나 이미 붙인 조건 또는 기한을 변경할 수 있다.

② 제1항에 따른 조건 또는 기한은 공공의 이익 증진이나 면허·등록·인가 또는 허가의 시행에 필요한 최소한도의 것이어야 하며, 해당 항공운송사업자에게 부당한 의무를 부과하는 것이어서는 아니 된다.

자. 허가 사항의 변경

허가받은 사항의 변경을 허용하려는 경우에는 허가 사항의 변경에 관한 규정을 두도록 한다. 허가받은 사항을 변경하는 경우에도 허가관청의 허가(변경허가)를 받도록 규정하는 것이 원칙이다. 그러나 대부분의 법률에서는 모든 허가 사항을 변경허가의 대상으로 하지 않고 중요한 변경 사항만 허가를 받도록 하고 있다. 이 경우 ‘중요한 변경사항’은 대통령령 또는 총리령·부령으로 위임하는 것이 일반적이는데, 통상적으로 허가의 기준을 위임하는 법령 형식에 맞춰 위임 형식이 결정된다. 다만, 허가의 기준은 실제적인 사항으로서 총리령·부령보다는 대통령령에 위임하는 것이 적절하므로, 중요한 변경사항도 대통령령으로 위임하는 것이 바람직하다.

[입법례] 대통령령으로 정하는 중요 사항의 변경은 허가를 받도록 한 사례

제대혈 관리 및 연구에 관한 법률

제11조(제대혈은행의 허가 등) ① 제대혈은행을 개설하고자 하는 자는 대통령령으로 정하는 시설, 장비, 인력 및 품질관리체계 등을 갖추어 기증제대혈은행 또는 가족제대혈은행으로서 각각 보건복지부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하는 경우에도 또한 같다.

② ~ ④ (생략)

[입법례] 부령으로 정하는 중요 사항의 변경은 허가를 받도록 한 사례

도시가스사업법

제3조(사업의 허가) ① 가스도매사업을 하려는 자는 산업통상부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 산업통상부령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

② ~ ⑫ (생략)

반면에, 경미한 사항에 대해서는 신고를 하게 하거나 아예 별도의 절차 없이 변경할 수 있도록 규정하기도 한다. 이 경우 임의로 변경할 수 있도록 한 사항이면 처음부터 허가 사항으로 하는 것이 타당한지 고려해 보아야 할 것이다.

[입법례] 경미한 사항의 변경은 신고하도록 한 사례

식품위생법

제37조(영업허가 등) ① 제36조제1항 각 호에 따른 영업 중 대통령령으로 정하는 영업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업 종류별 또는 영업소별로 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경할 때에도 또한 같다.

② (생략)

③ 제1항에 따라 영업허가를 받은 자가 폐업하거나 허가받은 사항 중 같은 항 후단의 중요한 사항을 제외한 경미한 사항을 변경할 때에는 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.

④ ~ ⑬ (생략)

한편 경미한 사항의 범위를 대통령령으로 위임하고, 대통령령에서 이를 각 호로 규정하면서 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우”나 “다음 각 호에 해당하는 경우”로 표현하는 경우가 있다. 전자의 경우는 일반적으로 각 호 중 어느 하나에 해당하면 다른 요건에 저촉 되더라도 경미한 사항에 해당하는 것으로 보게 된다.¹¹⁴⁾

그런데 실무상으로 이러한 유형의 규정에 대해 각 호의 어느 하나에 해당하더라도 다른 각 호에 해당되지 않는 경우에는 경미한 사항으로 볼 수 없다고 해석·집행하는 경우가 있다. 따라서 “다음 각 호의 어느 하나”로 표현하는 경우에는 각 호 간의 관계를 분석하여 필수 요건이나 배제 요건을 파악하고, 이를 명백히 규정하는 것이 필요하다. 특히, 개발계획 등의 경미한 사항 변경으로서 관련 절차나 승인의 예외를 인정하는 경우에는 각 호 간에 모순되지 않도록 규정하고, 각 호 간의 관계에 따라 각 호 중 필수 요건이 있는 경우 필수 요건을 단서에 규정하거나 해당 각 호의 본문이나 단서에서 기준을 개별적으로 규정하는 방식 등 적절한 표현 방법¹¹⁵⁾으로 구체적으로 규정하도록 한다.

[입법례] 각 호의 필수 요건을 단서에 규정한 사례

민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률 시행령

제10조(기본재산의 처분) 법 제14조제2항 단서¹¹⁶⁾에서 “대통령령으로 정하는 경미한 사항”

114) 도시 및 주거환경정비계획의 변경사항이 「도시 및 주거환경정비법 시행령」 제12조제8호에는 해당하나, 같은 조 제7호에 저촉될 경우, 「도시 및 주거환경정비법」 제4조제1항 단서 및 같은 법 시행령 제12조에 따른 정비계획의 경미한 사항을 변경하는 경우에 해당하여 주민에 대한 서면통보, 주민설명회, 주민공람 및 지방의회의 의견청취절차를 거치지 않아도 됩니다(법제처 2010. 10. 28. 10-0306 해석례).

115) [입법모델]

제○조(경미한 사항의 변경) 법 제○조에서 “경미한 사항의 변경”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 변경을 말한다. 다만, 변경하려는 사항이 둘 이상의 호에 해당하는 경우에는 해당 호의 요건을 모두 갖추어야 한다.

1. △△: 10퍼센트 이하
2. □□: 20퍼센트 이하
3. ○○: 15퍼센트 이하

이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다. 다만, 법 제14조제2항 본문에 따른 허가를 받지 아니할 목적으로 기본재산을 분할하거나 법, 이 영 또는 관계 법령을 위반하는 경우는 제외한다.

1. 가액 5천만원 미만인 기본재산의 매도, 증여, 교환, 용도 변경 또는 담보의 제공
2. 가액 5천만원 미만의 의무의 부담 또는 권리의 포기

[입법례] 각 호에서 개별적으로 규정한 사례

건축법 시행령

제12조(허가·신고사항의 변경 등) ①·② (생략)

③ 법 제16조제2항에서 “대통령령으로 정하는 사항”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항을 말한다.

1. 건축물의 동수나 층수를 변경하지 아니하면서 변경되는 부분의 바닥면적의 합계가 50 제곱미터 이하인 경우로서 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 경우
 - 가. 변경되는 부분의 높이가 1미터 이하이거나 전체 높이의 10분의 1 이하일 것
 - 나. 허가를 받거나 신고를 하고 건축 중인 부분의 위치 변경범위가 1미터 이내일 것
 - 다. 법 제14조제1항에 따라 신고를 하면 법 제11조에 따른 건축허가를 받은 것으로 보는 규모에서 건축허가를 받아야 하는 규모로의 변경이 아닐 것
2. 건축물의 동수나 층수를 변경하지 아니하면서 변경되는 부분이 연면적 합계의 10분의 1 이하인 경우(연면적이 5천 제곱미터 이상인 건축물은 각 층의 바닥면적이 50제곱미터 이하의 범위에서 변경되는 경우만 해당한다). 다만, 제4호 본문 및 제5호 본문에 따른 범위의 변경인 경우만 해당한다.
3. 대수선에 해당하는 경우
4. 건축물의 층수를 변경하지 아니하면서 변경되는 부분의 높이가 1미터 이하이거나 전체 높이의 10분의 1 이하인 경우. 다만, 변경되는 부분이 제1호 본문, 제2호 본문 및 제5호 본문에 따른 범위의 변경인 경우만 해당한다.
5. 허가를 받거나 신고를 하고 건축 중인 부분의 위치가 1미터 이내에서 변경되는 경우.

116) 「민영교도소 등의 설치·운영에 관한 법률」
 제14조 (재산) ② 교정법인은 기본재산에 대하여 다음 각 호의 행위를 하려면 법무부장관의 허가를 받아야 한다. 다만, 대통령령으로 정하는 경미한 사항은 법무부장관에게 신고하여야 한다.
 1. ~ 4. (생략)

다만, 변경되는 부분이 제1호 본문, 제2호 본문 및 제4호 본문에 따른 범위의 변경인 경우만 해당한다.

④ (생략)

차. 휴업·폐업 절차

휴업 또는 폐업에 관하여 신고를 받을 필요가 있는 경우에는 법률에 이에 관한 규정을 두도록 한다. 법률에 규정을 두지 않으면 휴업 또는 폐업 신고를 게을리 하는 경우 이를 강제할 방법이 없게 되기 때문이다.

휴업 또는 폐업 신고는 사전 신고로 하는 것이 일반적이다. 그러나 허가의 목적 달성에 지장이 없는 경우라면 사후에 신고하게 하는 방법도 가능하다.

[입법례] 휴업·폐업 시 사전에 신고하도록 한 사례

방송법

제84조(폐업 및 휴업등의 신고) ① 방송사업자·중계유선방송사업자·음악유선방송사업자 및 전광판방송사업자가 그 업무를 폐업하거나 휴업하고자 하는 때에는 방송미디어통신위원회에 신고하여야 한다.

② ~ ④ (생략)

[입법례] 폐업 시 사후에 신고하도록 한 사례

문화유산의 보존 및 활용에 관한 법률

제75조(매매 등 영업의 허가) ① 동산에 속하는 유형문화유산이나 유형의 민속문화유산을 매매 또는 교환하는 것을 업으로 하려는 자(위탁을 받아 매매 또는 교환하는 것을 업으로 하는 자를 포함한다)는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장의 문화유산매매업 허가를 받아야 한다.

② ~ ④ (생략)

제79조(폐업신고의 의무) 제75조제1항에 따라 허가를 받은 자는 문화유산매매업을 폐업하면 3

개월 이내에 문화체육관광부령으로 정하는 바에 따라 폐업신고서를 특별자치시장, 특별자치도지사, 시장·군수 또는 구청장에게 제출하여야 한다.

휴업 또는 폐업 외에도 해당 영업의 효과적인 관리를 위해 재개업을 하는 경우에도 신고하도록 하는 규정을 두기도 한다.

[입법례] 재개업 시에도 신고하도록 한 사례

건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률

제33조(휴업, 폐업 등의 신고) ① 건설폐기물 처리업자가 휴업, 폐업 또는 재개업을 하려면 기후에너지환경부령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 시·도지사에게 신고하여야 한다.

②·③ (생략)

④ 건설폐기물 처리업자는 제1항에 따라 휴업 또는 폐업의 신고를 하려면 기후에너지환경부령으로 정하는 바에 따라 방치폐기물의 적절한 처리 등 필요한 조치를 하여야 한다.

02
실체 규정

카. 영업허가를 받은 자의 지위 승계

1) 영업자 지위 승계의 의의

영업의 양도·양수는 본래 「상법」의 규율 대상인데, 행정법에서도 영업의 양도·양수에 관한 규정을 두는 경우가 있다. 이는 영업허가의 요건과 절차가 매우 복잡한 경우 새로운 영업자가 다시 영업허가를 받아야 하는 번잡함을 덜어 주기 위한 경우와 종전의 영업자에 대한 행정처분의 효과가 새로운 영업자에게 승계되도록 하기 위한 경우가 있다.

영업의 양도·양수를 인정할 것인지는 영업허가의 성격이 무엇인지에 따라 결정된다. 일반적으로 대인적 허가의 경우 그 효과는 허가를 받은 자의 일신(一身)에 전속(專屬)하므로 다른 사람에게 이를 양도할 수 없고, 대물적 허가는 허가 신청인이 갖추고 있는 물적 설비, 지리적 여건 등 객관적 사정에 의하여 부여되므로 다른 사람에게 양도할 수 있다고 본다.¹¹⁷⁾ 또한,

117) 대인적 허가의 예로는 자동차운전면허, 의사면허 등이 있고, 대물적 허가는 예로는 식품판매업 허가, 폐기물처리업 허가 등이 있다.

혼합적 허가는 허가 신청인의 자격·기능 등의 인적 사항은 물론, 물적 설비 등 객관적 사정을 함께 심사하여 부여되므로 법률에 규정이 있는 경우만 다른 사람에게 양도할 수 있다고 한다.

그러나 실무상으로는 대인적 허가, 대물적 허가과 혼합적 허가를 구분하기 쉽지 않으므로, 법률에 영업의 양도·양수에 관한 규정을 두는 것이 입법론적인 해결방안이 될 것이다. 이와 같이 영업의 양도·양수에 관한 규정을 두는 경우에는 양수자가 종전의 영업자의 지위를 승계한다는 규정을 두게 된다. 영업자의 지위 승계는 영업의 양도·양수뿐만 아니라 상속 또는 법인의 합병으로 이루어지는 경우도 있으므로 이를 함께 규정한다. 또한, 경매나 공매에 의하여 영업 시설·설비의 전부를 인수한 자가 종전의 영업자의 지위를 승계하도록 규정 하기도 한다.

2) 영업자 지위의 승계에 대한 인가 또는 신고

법령에서 영업자의 지위 승계를 인정하는 경우에는 영업의 양도·양수 시에 영업자 지위 승계에 관한 인가를 받거나 신고를 하는 규정을 두게 된다. 일반적으로 금융·철도 등 공익성이 강한 사업을 양도하는 경우 사전에 인가를 받도록 하고, 그 밖에 영업으로서 결격사유와 허가 기준과 관련해 행정청의 확인이 필요한 경우에는 신고로 규정하고 있다. 신고를 하도록 하는 경우에도 사전에 신고를 하도록 하는 경우와 사후에 신고를 하도록 하는 경우로 나뉜다.

[입법례] 인가를 규정한 사례¹¹⁸⁾

보험업법

제150조(영업양도·양수의 인가) 보험회사는 그 영업을 양도·양수하려면 금융위원회의 인가를 받아야 한다.

118) 그 밖에 「신용정보의 이용 및 보호에 관한 법률」 제10조와 「철도사업법」 제14조 등도 영업자 지위 승계 시 인가를 받도록 하고 있다.

[입법례] 사전 신고를 규정한 사례

담배사업법

제11조의3(담배제조업의 양도·양수 등) ① 담배제조업허가를 받은 자(이하 “제조업자”라 한다)는 담배제조업을 양도하려고 하거나 다른 법인과 합병하려면 재정경제부령으로 정하는 바에 따라 재정경제부장관에게 신고하여야 한다.

② 제1항에 따른 양도 신고를 하였을 때에는 담배제조업을 양수한 자는 담배제조업을 양도한 자의 제조업자로서의 지위를 승계하며, 법인 합병의 신고를 하였을 때에는 합병으로 설립되거나 합병 후 존속하는 법인은 합병으로 소멸되는 법인의 제조업자로서의 지위를 승계한다.

③ ~ ⑥ (생략)

[입법례] 사후 신고를 규정한 사례

식품위생법

제39조(영업 승계) ① 영업자가 영업을 양도하거나 사망한 경우 또는 법인이 합병한 경우에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병에 따라 설립되는 법인은 그 영업자의 지위를 승계한다.

② (생략)

③ 제1항 또는 제2항에 따라 그 영업자의 지위를 승계한 자는 총리령으로 정하는 바에 따라 1개월 이내에 그 사실을 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.

④ ~ ⑥ (생략)

영업자 지위 승계 신고의 성격¹¹⁹⁾과 관련하여 사전 신고를 받도록 하는 경우에는 신고가 있는 때에 지위를 승계하도록 하고 있으므로 처분성이 인정된다. 그런데 사후 신고의 경우에는 이러한 영업자 지위 승계에 대한 신고의 성격을 수리를 필요한 신고로 보는 견해와 단순한 사실의 통지로 보는 견해가 있다. 판례는 영업자 지위 승계에 관한 사후 신고에 대해

119) 「행정기본법」 제34조에서는 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다고 규정하고 있으므로 영업자 지위 승계 신고에 수리가 필요하다면 법률에 명시해야 한다.

신고가 수리된 때에 승계의 효력이 발생한다고 보아 수리행위의 처분성을 인정하고 있다.¹²⁰⁾ 이는 영업자 지위 승계의 시기를 분명히 하여 의무자를 명확히 하고, 결격사유 등을 확인할 필요성이 있기 때문인 것으로 보인다.

그러나 사후 신고의 경우 「식품위생법」과 같이 대부분의 법령에서는 양도하거나 사망한 경우 또는 합병한 경우에는 그 영업자의 지위를 승계한다고 규정하고 있어, 사후 신고의 수리 시 영업자의 지위 승계 효력이 발생한다는 판례 입장과는 다르게 해석될 여지가 있다. 따라서 사후 신고가 수리된 때에 지위 승계 효력이 발생하되, 양수일, 상속일, 합병일 등으로 지위 승계 효력을 소급하는 규정을 두어 영업자 지위 승계의 효력 발생 시기를 입법적으로 보다 명확히 하는 경우도 있다.

[입법례] 지위 승계 시기를 명시적으로 규정한 사례

소방시설공사업법

제7조(소방시설업자의 지위승계) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 종전의 소방시설업자의 지위를 승계하려는 경우에는 그 상속일, 양수일 또는 합병일부터 30일 이내에 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 시·도지사에게 신고하여야 한다.

1. 소방시설업자가 사망한 경우 그 상속인
2. 소방시설업자가 그 영업을 양도한 경우 그 양수인
3. 법인인 소방시설업자가 다른 법인과 합병한 경우 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립되는 법인

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 절차에 따라 소방시설업자의 소방시설의 전부를 인수한 자가 종전의 소방시설업자의 지위를 승계하려는 경우에는 그 인수일부터 30일 이내에 행정안전부령으로 정하는 바에 따라 그 사실을 시·도지사에게 신고하여야 한다.

1. 「민사집행법」에 따른 경매
2. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 환가(換價)
3. 「국세징수법」, 「관세법」 또는 「지방세징수법」에 따른 압류재산의 매각
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 규정에 준하는 절차

③·④ (생략)

120) 구 식품위생법 제25조제1항, 제3항에 의하여 영업양도에 따른 지위승계신고를 수리하는 허가관청의 행위는, 단순히 양도·양수인 사이에 이미 발생한 사법상의 사업양도의 법률효과에 의하여 양수인이 그 영업을 승계하였다든 사실의 신고를 접수하는 행위에 그치는 것이 아니라, 실질에 있어서 양도자의 사업허가를 취소함과 아울러 양수자에게 적법하게 사업을 할 수 있는 권리를 설정하여 주는 행위로서 사업허가자의 변경이라는 법률효과를 발생시키는 행위라고 할 것이다(대법원 2001. 2. 9. 선고 2000도2050 판결).

⑤ 제1항 또는 제2항에 따른 신고가 수리된 경우에는 제1항 각 호에 해당하는 자 또는 소방시설업자의 소방시설의 전부를 인수한 자는 그 상속인, 양수인, 합병일 또는 인수일부터 종전의 소방시설업자의 지위를 승계한다.

영업자 지위 승계 시에 사전 신고를 하도록 하면서도 상속의 경우에는 사전 신고를 하는 것이 불가능하고 상속에 따른 신고 시까지 영업의 단절이 이루어진다는 점에서 사망의 경우에는 사후 신고를 하도록 하면서 사망한 날부터 신고일까지의 효력에 관한 특별한 규정을 두기도 한다.

[입법례] 상속에 관한 사후 신고 및 승계효력 규정을 둔 사례

담배사업법

제11조의3(담배제조업의 양도·양수 등) ①·② (생략)

③ 제조업자가 사망한 경우 상속인이 담배제조업을 계속하려면 피상속인이 사망한 날부터 30일 이내에 재정경제부령으로 정하는 바에 따라 재정경제부장관에게 신고하여야 한다.

④ 상속인이 제3항에 따른 상속 신고를 하였을 때에는 피상속인이 사망한 날부터 신고일까지의 기간 동안은 피상속인에 대한 담배제조업허가를 상속인에 대한 담배제조업허가로 본다.

⑤ 제3항에 따라 상속 신고를 한 상속인은 피상속인의 제조업자로서의 지위를 승계한다.

⑥ (생략)

또한, 상속은 상속인의 의사와 관계없이 이루어지므로, 비록 상속인에게 결격사유가 있다 하더라도 일단 영업자의 지위를 승계하게 한 후 일정 기간 동안 결격사유의 적용을 배제하거나 일정 기간 내에 의무적으로 해당 영업을 타인에게 양도하도록 규정하기도 한다.¹²¹⁾

121) 일정 기간 동안 결격사유의 적용을 배제한 사례도 있다.

「소방시설공사업법」

제7조(소방시설업자의 지위승계) ① ~ ③ (생략)

④ 제1항이나 제2항에 따른 지위승계에 관하여는 제5조를 준용한다. 다만, 상속인이 제5조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 상속받은 날부터 3개월 동안은 그러하지 아니하다.

⑤ (생략)

[입법례] 상속인에게 결격사유가 있어 일정 기간 내에 양도 의무를 규정한 사례

오존층 보호 등을 위한 특정물질의 관리에 관한 법률

제6조(제조업자의 지위 승계) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제조업자의 지위를 승계한다. 다만, 제2호 또는 제3호에 해당하는 자가 제5조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제조업자가 사망한 경우 그 상속인
 2. 제조업자가 사업을 양도한 경우 그 양수인
 3. 법인인 제조업자가 합병한 경우 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립되는 법인
- ② 제1항에 따라 제조업자의 지위를 승계한 상속인이 제5조제1호부터 제3호까지의 규정 중 어느 하나에 해당하는 경우에는 상속이 시작된 날부터 6개월 이내에 다른 사람에게 제조업자의 지위를 양도하여야 한다.
- ③·④ (생략)

경매나 공매에 의하여 영업시설·설비의 전부를 인수한 자가 종전의 영업자의 지위를 승계하도록 하는 경우도 함께 규정하기도 한다.

[입법례] 경매나 공매에 의한 지위 승계를 규정한 사례

식품위생법

제39조(영업 승계) ① (생략)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 절차에 따라 영업 시설의 전부를 인수한 자는 그 영업자의 지위를 승계한다. 이 경우 종전의 영업자에 대한 영업 허가·등록 또는 그가 한 신고는 그 효력을 잃는다.

1. 「민사집행법」에 따른 경매
2. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따른 환가(換價)
3. 「국세징수법」, 「관세법」 또는 「지방세징수법」에 따른 압류재산의 매각
4. 그 밖에 제1호부터 제3호까지의 절차에 준하는 절차

③ 제1항 또는 제2항에 따라 그 영업자의 지위를 승계한 자는 총리령으로 정하는 바에 따라 1개월 이내에 그 사실을 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.

④ ~ ⑥ (생략)

한편 영업자의 지위를 승계하는 자의 경우에도 영업허가의 결격사유 규정의 규율을 받는 지에 대한 논란을 피하기 위해 이에 대한 명시적 규정을 두는 경우가 있다.

[입법례]

물류정책기본법
<p>제45조(사업의 승계) ① 국제물류주선업자가 그 사업을 양도하거나 사망한 때 또는 법인이 합병한 때에는 그 양수인·상속인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립되는 법인은 국제물류주선업의 등록에 따른 권리·의무를 승계한다.</p> <p>② 제1항에 따라 국제물류주선업의 등록에 따른 권리·의무를 승계한 자는 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 시·도지사에게 신고하여야 한다.</p> <p>③ 제1항에 따라 승계받은 자의 결격사유에 관하여는 제44조를 준용한다.</p>

02
실체 규정

타. 허가 취소 또는 영업정지 등

1) 행정처분의 근거

허가제는 행정기관에서 개인의 영업 활동에 관하여 규제를 행사하는 제도로서 허가를 받은 영업 등과 관련하여 위법행위가 있거나 허가 처분 이후 그 처분을 그대로 존속시키는 것이 허가제 본연의 목적에 반하는 경우 벌칙 등의 제재를 가하는 외에 허가를 취소하거나 해당 영업의 정지를 명하는 등의 행정처분을 할 수 있도록 하여 위법하거나 목적에 반하는 영업 활동에 대한 규제의 실효성을 확보하는 것이 일반적이다.

허가를 받은 영업자의 위법행위를 이유로 행정처분을 명하는 것은 허가과 별개의 독립된 처분으로 국민의 기본권에 중대한 제한을 가져오는 행정작용이므로 허가과 별개로 법률에 명시적인 근거를 두어야 하는 것이 원칙이며,¹²²⁾ 행정처분의 주체·객체·종류·요건(사유)

122) 이와 관련하여 「행정기본법」 제19조에서는 적법한 처분의 철회에 대한 일반적 규정을 도입하였다. 행정청은 법률에서 정한 철회 사유에 해당하게 된 경우, 법령등의 변경이나 사정변경으로 처분을 더 이상 존

및 상한 등 주요 내용은 법률에서 직접 규정하되, 행정처분의 기준이 합리적으로 규정되도록 유의해야 한다.

2) 행정처분 규정 방식

같은 법률에 여러 가지 종류의 영업이 함께 규정되어 있고, 그 영업이 각기 다른 성격을 가진 경우에는 행정처분에 관한 사항을 각 영업별로 다른 조문으로 규정한다. 한편 동일한 허가에 대해 위법행위를 이유로 허가 취소 또는 영업정지를 규정하는 경우에는 행정기관이 위반의 정도 및 위반 횟수 등 여러 가지 상황을 종합적으로 고려하여 행정처분할 수 있도록 허가 취소와 영업정지를 한 조문에 통합하여 규정한다.

행정처분의 사유는 허가기준의 경우와 같이 명확하고 구체적으로 정해야 한다. 허가 취소 또는 정지 사유를 규정할 때에는 근거 규정을 명시하도록 하며, 이 경우 단순히, “제○조의 규정을 위반한 때”라는 표현을 사용하지 말고, “제○조를 위반하여 …를 한 때” 또는 “제○조에 따른 …을 위반한 때”와 같이 규정해야 한다.

[입법례]

가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률

제18조(허가취소 등) ① 시장·군수·구청장은 배출시설설치·운영자 또는 배출시설설치자가 설치한 처리시설의 운영자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 배출시설의 설치허가 또는 변경허가를 취소하거나 배출시설의 폐쇄 또는 6개월 이내의 사용중지를 명할 수 있다. 다만, 제1호부터 제4호까지, 제12호 및 제13호에 해당하는 경우에는 배출시설의 설치허가 또는 변경허가를 취소하거나 그 폐쇄를 명하여야 한다.

1. 거짓, 그 밖의 부정한 방법으로 허가 또는 변경허가를 받거나 신고 또는 변경신고를 한 경우
2. 정당한 사유 없이 3년 이상 가축사육을 하지 아니한 경우
3. ~ 13. (생략)

② 제1항에 따른 행정처분의 세부기준 등에 필요한 사항은 기후에너지환경부령으로 정한다.

속시킬 필요가 없게 된 경우 또는 중대한 공익을 위하여 필요한 경우에 해당하면 그 처분의 전부 또는 일부를 장애를 향하여 철회할 수 있다고 규정하고 있으며(제19조제1항), 이 경우에도 행정청은 철회로 인하여 당사자가 입게 될 불이익을 철회로 달성되는 공익과 비교·형량해야 한다고 규정하고 있다.(제19조제2항) 이를 고려하면 법률에 근거 없이 하위법령에서 취소, 철회의 근거 및 사유를 규정하는 방법은 바람직하지 않다.

제32조(허가의 취소 등) ① 시장·군수·구청장은 가축분뇨관련영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제3호 또는 제15호에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다.

1. 거짓, 그 밖의 부정한 방법으로 허가·변경허가를 받거나 변경신고를 한 경우
 2. 허가를 받은 후 1년 이내에 영업을 시작하지 아니하거나 정당한 사유 없이 1년 이상 계속하여 휴업을 한 경우
 3. 영업정지기간 중에 영업을 한 경우
 4. 제12조의2제1항부터 제3항까지에 따른 처리시설의 설치기준 등을 위반한 경우
 5. ~ 19. (생략)
- ② 제1항에 따른 행정처분의 세부기준, 그 밖에 필요한 사항은 기후에너지환경부령으로 정한다.

3) 행정처분의 기준

가) 일반기준

행정처분의 사유를 정할 때에는 해당 법률에서 정하고 있는 의무를 위반한 경우를 원칙으로 하되, 일정한 기간 동안 실적이 없는 경우나 허가 조건에 위반한 경우 등 해당 법률에서 의무로 정하고 있지는 않으나 해당 영업을 규제하기 위해 필요한 사유가 없는지 확인하여 필요한 내용은 행정처분 사유로 명시해야 한다.

일반적으로 법률에서 규정하고 있는 허가 취소 또는 영업정지 사유는 다음과 같다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 허가를 받은 경우
2. 허가를 받은 후 결격사유에 해당하는 경우. 다만, 법인의 임원 중 결격사유에 해당하는 사람이 있는 경우 일정 기간 내에 그 임원을 바꾸어 임명한 경우는 제외한다.
3. 영업정지처분을 받은 후 그 영업정지기간에 영업을 한 경우
4. 허가를 받은 후 정당한 사유 없이 일정 기간 이상 영업을 하지 않은 경우
5. 허가기준에 미달하게 된 경우
6. 해당 법률에서 규정된 특정 조항을 위반하거나 그에 따른 명령을 위반한 경우
7. 해당 법률에 따른 신고를 하지 아니하거나, 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 신고한 경우
8. 해당 법률에 따른 보고·자료제출을 거부하거나 거짓으로 한 경우

9. 해당 법률에 따른 출입·검사 등을 거부·방해 또는 기피하거나 질문에 응하지 아니하거나 거짓으로 진술을 한 경우

행정처분은 허가 취소와 영업정지로 구분하되, 허가 취소 사유를 정할 때에는 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 허가를 받은 경우, 결격사유가 발생한 경우, 영업정지기간 중에 영업을 한 경우 등 중대한 위반행위는 당연취소사유로 하고, 그 밖의 사유는 임의취소사유로 구분하여 정하도록 하며, 비교적 경미한 위반사항에 대해서는 영업정지처분을 할 수 있도록 한다.

영업정지처분의 경우에는 법률에서 영업정지 기준의 상한을 명시해야 하는데¹²³⁾, 이 경우 상한이 너무 장기인 경우에는 허가의 취소와 마찬가지로 결과가 초래될 수 있는 점을 고려하여 적정 기간을 상한으로 규정해야 한다.

행정처분을 규정할 때에는 같은 법령에 규정된 과태료, 형벌 등 다른 제재도 함께 고려하여 같은 위반행위에 대해 과도한 제재가 되지 않도록 한다.

나) 개별 분사무소별 영업정지에 관한 기준

영업자가 여러 개의 분사무소를 운영하고 있는 경우 분사무소에서 행해진 영업행위도 주된 사무소에서 행해진 행위와 마찬가지로 영업자의 행위이므로¹²⁴⁾ 특별한 규정이 없다면, 개별 분사무소의 위반행위에 대해 영업자의 영업 전부를 정지해야 한다.¹²⁵⁾ 정책적 필요에

123) 업무정지기간은 국민의 직업의 자유와 관련된 중요한 사항으로서 업무정지의 사유 못지않게 업무정지 처분의 핵심적·본질적 요소라 할 것이고, 비록 입법부가 복잡·다기한 행정영역에서 발생하는 상황의 변화에 따른 적절한 대처에 필요한 기술적·전문적 능력에 한계가 있어서 그 구체적 기준을 하위법령에 위임할 수밖에 없다 하더라도 최소한 그 상한만은 법률의 형식으로 이를 명확하게 규정하여야 할 것인데, 이 사건 법률조항은 업무정지기간의 범위에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하고, 나아가 의료기기법의 다른 규정이나 다른 관련 법률을 유기적·체계적으로 종합하여 보더라도 보건복지가족부령에 규정된 업무정지기간의 범위, 특히 상한이 어떠한지를 예측할 수 없으므로 헌법 제75조의 포괄위임금지원칙에 위배된다(헌법재판소 2011. 9. 29. 선고 2010헌가93 결정).

124) 영업의 허가증 및 등록증은 개별 사무소별로 발급되지 않고, 법인인 영업자에게 발급되고, 일반적으로 분사무소를 개설하는 경우 주된 사무소의 소재지 시장 등에게 신고하고, 주된 사무소 소재지 시장 등이 분사무소 소재지 시장 등에게 신고사실을 통보하도록 규정하고 있다(「공인중개사법」 제13조, 「결혼중개업의 관리에 관한 법률 시행규칙」 제2조 등).

125) 결혼중개업법 제18조제1항에서는 “1년 이내의 기간을 정하여 영업의 정지를 명할 수 있다”고만 규정하고 있을 뿐, 영업의 일부 정지 등에 대하여는 어떠한 내용도 규정하고 있지 않다. (중략) 그러므로, 위와 같은 규정 등을 종합하여 볼 때, 결혼중개업법은 법인이 둘 이상의 개별 중개사무소를 통하여 영업을 수행하던

따라 분사무소별로 영업정지를 할 수 있도록 하려는 경우에는 분사무소별로 영업정지를 할 수 있음을 명시적으로 규정해야 한다.

[입법례] 분사무소별로 업무정지를 할 수 있다고 규정한 사례

공인중개사법
제39조(업무의 정지) ① 등록관청은 개업공인중개사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6개월의 범위 안에서 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다. 이 경우 법인인 개업공인중개사에 대하여는 법인 또는 분사무소별로 업무의 정지를 명할 수 있다. 1. ~ 14. (생략) ②·③ (생략)

02
실체 규정

다) 폐업 시 허가 취소에 관한 기준

허가 업체 관리의 필요성을 이유로 많은 법률에서 폐업을 허가 취소사유로 규정하고 있는데, 폐업 시 허가 취소를 도입하기 위해서는 폐업을 하는 경우 반드시 허가를 취소할 필요가 있는지를 우선적으로 검토해야 한다.

일시적으로 폐업을 한 후 다시 해당 허가를 받아 영업을 하더라도 해당 허가제의 취지에 반하지 않는 경우라면 폐업을 허가의 취소사유에서 제외하는 방안을 검토할 필요가 있다. 일반적으로 변리사, 관세사, 공인노무사 등 자격 관련 등록의 경우 등록 업체에 대한 관리 필요성이 강하기 때문에 등록을 영업 개시 요건으로 하면서, 폐업을 필요적 취소사유로 규정하고 있고, 그 밖의 허가의 경우에는 임의적 취소사유로 규정하고 있다.

중 하나의 중개사무소에서만 신상정보 서면제공 의무를 불이행하는 경우라도 당연히 해당 법인의 영업 전체에 대한 영업 정지를 예정하고 있는 것으로 보이고, 개별 중개사무소의 영업만을 대상으로 한 영업 정지는 예정하고 있지 아니한 것으로 보인다(법제처 2012. 10. 17. 12-0554 해석례).

[입법례] 폐업을 필요적 취소사유로 규정한 사례

공인노무사법
제19조(등록의 취소 등) ① 공인노무사회는 개업노무사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 등록을 취소하여야 한다.
1. 제4조에 따른 결격사유에 해당하게 된 경우
2. 제9조에 따라 폐업신고를 한 경우
3. 4. (생략)
②·③ (생략)

[입법례] 폐업을 임의적 취소사유로 규정한 사례

낙시 관리 및 육성법
제14조(허가의 취소 등) ① 시장·군수·구청장은 제10조에 따라 허가를 받은 낙시터업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호 또는 제2호에 해당하면 그 허가를 취소하여야 한다.
1. ~ 5. (생략)
6. 낙시터업자가 「부가가치세법」 제8조제8항 및 제9항에 따라 관할 세무서장에게 폐업신고를 하거나 관할 세무서장이 사업자등록을 말소한 경우
② ~ ④ (생략)

폐업을 허가 취소사유로 하는 경우 어떠한 경우를 폐업으로 볼 것인지가 모호하므로 폐업 여부를 판단하는 기준을 분명하게 규정해 줄 필요가 있는데, 해당 법률에 폐업 신고 규정이 있다면, “제○조에 따른 폐업 신고를 한 경우”로 규정하고, 그러한 폐업 신고 규정이 없다면, “「부가가치세법」 제8조제8항 및 제9항에 따라 관할 세무서장에게 폐업 신고를 하거나 관할 세무서장이 사업자등록을 말소한 경우”로 규정한다.

한편 법령 위반 등을 이유로 허가가 취소되는 경우 결격사유 등에 해당되어 일정한 제재를 받도록 되어 있는 경우¹²⁶⁾, 영업자에게 허가 또는 영업정지 사유가 있어 그 절차가 진행

126) 법령 위반 등을 이유로 허가가 취소되는 경우 결격사유 등에 해당되는 것으로 하여 일정한 제재를 받도록 되어 있는 경우가 아니라면, 폐업을 통해 행정처분을 회피할 가능성이 없으므로 별도로 허가 취소를 제한하는 규정을 둘 필요는 없다.

중인 경우에 이러한 행정처분에 따른 불이익을 회피하기 위해 폐업을 하는 사례가 있으므로 이를 제한하는 규정을 둬으로써 행정처분의 실효성을 확보할 필요가 있다.

이에 대해, 폐업 신고 자체를 제한하거나, 행정처분 절차 종료 시까지 폐업에 따른 허가 취소를 제한¹²⁷⁾하는 방안도 있으나, 폐업 신고 자체를 제한하는 것은 영업의 자유를 제한한다는 문제점이 있고, 허가는 영업자의 영업의사를 전제로 하는 것이므로, 영업자가 폐업을 하면 허가는 당연 실효되고, 폐업에 따른 허가 취소는 허가가 실효되었음을 확인하여 공적 장부를 정리하는 성격으로 볼 수 있음에도 폐업에 따른 허가 취소를 제한하는 것은 타당하지 않다는 비판이 있을 수 있다.

따라서 영업자가 폐업 후 다시 허가를 받는 경우에 종전 사업자의 지위를 승계하도록 하고, 종전 위반행위에 대해 행정처분을 할 수 있도록 하는 방안이 행정처분을 회피하기 위한 폐업을 제한하는 입법 방식으로 가장 바람직할 것이다. 이 경우 폐업 이후 다시 허가를 받은 자에게 종전 위반행위에 대해 행정처분을 할 수 있는 기간과 행정처분을 받은 경우를 결격사유로 정하고 있다면 그 결격기간을 아래 입법례와 같이 일치시킬 필요가 있다.

[입법례] 폐업 전 위반행위가 승계되도록 규정한 사례

직업안정법
<p>제36조의2(사업자의 지위승계 등) ① 제35조에 따른 폐업신고(신고하지 아니하고 폐업한 경우를 포함한다. 이하 같다)를 한 자가 다시 제18조·제19조·제23조 또는 제33조에 따라 신고·등록을 하거나 허가를 받은 경우(이하 이 조에서 “재신고등”이라 한다) 재신고등을 한 사업자는 폐업신고 전의 사업자의 지위를 승계한다.</p> <p>② 제1항의 경우 고용노동부장관 또는 특별자치도지사·시장·군수·구청장은 재신고등을 한 사업자에 대하여 폐업신고 전의 위반행위를 사유로 제36조제1항의 행정처분을 할 수 있다.</p>

127) 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」

제25조(산림사업법인의 등록취소 등)

③ 시·도지사는 산림사업법인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 등록을 취소하고 이를 고시하여야 한다. 다만, 제4호의 경우 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 사유에 따른 처분절차가 진행 중인 산림사업법인이 그 처분절차가 끝나기 전에 폐업을 하였을 때에는 그 처분절차가 끝날 때까지 등록을 취소하지 아니한다.

4. 폐업한 경우

④ 제3항제1호부터 제3호까지의 규정에 해당하는 사유로 등록이 취소된 후 3년이 지나지 아니한 자는 제24조제1항에 따른 등록을 할 수 없다.

다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우는 그러하지 아니하다.

1. 위반행위가 사업의 정지처분 기준에 해당하는 경우로서 폐업신고를 한 날부터 재신고등을 한 날까지의 기간이 1년을 초과한 경우
2. 위반행위가 등록·허가의 취소처분 기준에 해당하는 경우로서 폐업신고를 한 날부터 재신고등을 한 날까지의 기간이 5년을 초과한 경우

③ (생략)

제38조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 직업소개사업의 신고·등록을 하거나 근로자공급사업의 허가를 받을 수 없다.

1. ~ 5. (생략)
6. 제36조에 따라 해당 사업의 등록이나 허가가 취소된 후 5년이 지나지 아니한 자
7. (생략)

4) 하위법령에서의 행정처분 기준

행정처분의 세부 기준은 하위법령, 그 중에서도 대통령령보다 부령에 위임하고 있는 입법례가 더 많다.

그런데 이러한 행정처분의 세부 기준과 관련하여 대법원은 총리령이나 부령 형식으로 규정된 세부 기준은 그 법적 성질이 행정규칙에 해당하여 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없다고 보고 있고,¹²⁸⁾ 대통령령 형식으로 규정된 세부 기준은 이를 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령으로 보면서도,¹²⁹⁾ 대통령령에 명시된 기간이나 금액을 최고한도로 보고 있다.¹³⁰⁾

128) 식품위생법시행규칙 제53조에서 별표 15로 같은 법 제58조에 따른 행정처분의 기준을 정하였다 하더라도, 이는 형식은 부령으로 되어 있으나 성질은 행정기관 내부의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것으로서 보건사회부장관이 관계행정기관 및 직원에 대하여 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 행정명령의 성질을 가지는 것이지 같은 법 제58조제1항의 규정에 의하여 보장된 재량권을 구속하는 것이라고 할 수 없고, 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 것은 아니다(대법원 1993. 6. 29. 선고 93누5635 판결).

129) 당해 처분의 기준이 된 주택건설촉진법시행령 별표 1은 주택건설촉진법 제7조제2항의 위임규정에 터잡은 규정형식상 대통령령이므로 그 성질이 부령인 시행규칙이나 또는 지방자치단체의 규칙과 같이 통상적으로 행정조직 내부에 있어서의 행정명령에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 있는 법규명령에 해당한다(대법원 1997. 12. 26. 선고 97누15418 판결).

대법원이 총리령이나 부령의 형식으로 규정된 세부 기준을 행정규칙으로 보거나, 대통령령 형식으로 규정된 세부 기준을 최고한도로 보는 것은 개별·구체적인 상황에서 행정처분의 구체적 타당성을 확보하기 위한 것으로 이해되므로 하위법령에서 처분의 세부 기준을 정할 때에는 처분의 구체적 타당성을 담보할 수 있도록 위반행위 정도에 비례하여 처분기준을 정하고, 가중·감경 기준도 규정하는 것이 바람직하다.

한편 영업정지 대체 과징금을 규정하고 있는 경우에는 과징금 부과사유와 영업정지처분 사유를 일치시켜야 한다.¹³¹⁾

행정처분의 세부 기준을 위반행위, 위반횟수 등에 따라 나누어 규정할 필요가 있을 때에는 이를 별표로 규정하되, 일반기준과 개별기준으로 나누어 규정한다. 일반기준은 허가 취소 또는 영업정지 사유별로 처분기준을 적용할 때 고려해야 할 공통적인 기준을 규정하고, 개별기준은 법률에 따른 처분사유를 규정하되, 유사 법령 및 같은 법령 내의 유사 위반행위에 따른 제재 정도와 균형이 유지되도록 규정한다.

가) 일반기준

① 일반기준 1: 위반행위가 둘 이상인 경우의 처분기준

통상 위반행위가 둘 이상인 경우 각각의 위반행위에 대한 처분기준이 영업취소와 영업정지 등으로 다른 경우에는 그 중 무거운 처분기준에 따르도록 한다. 그러나 각각의 위반행위에 대한 처분기준이 영업정지와 같은 성격을 지니는 경우에는 그 중 무거운 처분기준에 일정 기간(무거운 처분기준의 2분의 1 또는 나머지 각각의 처분기준의 2분의 1 등)을 가중하도록 할 수 있는데, 이 경우 “가중할 수 있다”로 규정하면 가중 여부에 행정청의 재량이 개입될 수 있는 것으로 해석될 소지가 있으므로 “가중한다”로 규정한다.

130) 국민건강보험법 제85조제1항, 제2항에 따른 같은 법 시행령(2001. 12. 31. 대통령령 제17476호로 개정되기 전의 것) 제61조제1항 [별표5]의 업무정지처분 및 과징금 부과 기준은 법규명령이기는 하나 모법의 위임규정의 내용과 취지 및 헌법상의 과잉금지의 원칙과 평등의 원칙 등에 비추어 같은 유형의 위반행위라 하더라도 그 규모나 기간, 사회적 비난 정도, 위반행위로 인하여 다른 법률에 의하여 처벌받은 다른 사정, 행위자의 개인적 사정 및 위반행위로 얻은 불법이익의 규모 등 여러 요소를 종합적으로 고려하여 사안에 따라 적절한 업무정지의 기간 및 과징금의 금액을 정하여야 할 것이므로 그 기간 내지 금액은 확정적인 것이 아니라 최고한도라고 할 것이다(대법원 2006. 2. 9. 선고 2005두11982 판결).

131) 과징금의 부과기준은 대통령령에 규정된 경우가 많고, 영업정지 처분기준은 총리령·부령에 규정된 경우가 많아 두 기준 간에 불일치가 발생하는 경우가 있는데, 장기적으로는 동일한 하위법령에서 규정되도록 법률에서 위임 법령의 형식을 통일할 필요가 있다.

입법 모델

가. 위반행위가 둘 이상이면¹³²⁾ 그 중 무거운 처분기준에 따른다. 다만, 둘 이상의 처분기준이 모두 영업정지인 경우에는 각 처분기준을 합산한 기간을 넘지 않는 범위에서 무거운 처분기준에 그 처분기준/각각 나머지 처분기준의 2분의 1 범위에서 가중한다.

가. 위반행위가 둘 이상인 경우로서 그에 해당하는 각각의 처분기준이 다른 경우에는 그 중 무거운 처분기준에 따르고, 둘 이상의 처분기준이 모두 영업정지인 경우에는 각 처분기준을 합산한 기간을 넘지 않는 범위에서 무거운 처분기준에 그 처분기준/각각 나머지 처분기준의 2분의 1 범위에서 가중한다.

② 일반기준 2: 위반행위의 횟수에 따른 처분기준

위반행위의 횟수에 따른 가중처분은 종전 행정처분의 경고적 기능을 무시한 비난 가능성이나 사회적 책임에 따른 것이므로 같은 위반행위가 여러 번 있더라도 종전에 같은 위반행위에 대해 행정처분을 받은 바가 없다면 위반행위의 횟수에 따른 가중처분을 할 수 없다. 따라서 위반행위의 횟수에 따른 가중처분이 적용되기 위해서는 같은 위반행위로 행정처분을 받은 사실이 기준이 된다. 또한 행정처분 후에 행한 위반행위에 대해서만 가중처분의 대상이 되므로 A, B를 순차적으로 위반한 사항에 대해 B를 먼저 적발하여 행정처분한 후 비로소 A를 행정처분할 경우 A에 대해서는 가중처분을 할 수 없다는 것이 판례 및 해석례¹³³⁾의 확립된 견해이다. 그러므로 위반횟수를 산정하는 적용 기간은 위반횟수에 따른 행정처분 가중 제도의 취지를 살릴 수 있는 적정 기간(보통 1년에서 3년 사이)으로 규정하고 행정처분 후에 다시 행한 같은 위반행위에 대해서만 한다는 점을 명확하게 규정해야 한다.

한편 위반횟수 산정 적용 기간의 만료점이 명확하게 규정되지 아니하면 집행상 혼란 및 형평 문제가 발생할 수 있으므로 그 기준을 명시할 필요가 있다. 만료점으로 삼을 수 있는 기준일은 위반행위일, 적발일, 행정처분일을 생각할 수 있는데, 위반행위일의 경우 날짜가 특정되어 변경 가능성이 없으므로 객관적이라는 장점은 있으나, 위반행위에 대한 적발이 늦어 가중 처분할 수 있는 기간이 경과된 후에도 위반행위자의 불안정 상태가 지속될 수

132) 위반사항이 같은지 다른지 관계없이 위반행위가 둘 이상인 경우를 의미한다(법제처 2020. 11. 5. 20-0166 해석례).

133) 대법원 2014. 6. 12. 선고 2014두2157 판결, 법제처 2013. 11. 13. 13-0381 해석례

있다는 문제가 있고, 행정처분일을 만료점으로 하는 경우 행정청의 재량에 따라 처분일을 달리 함으로써 가중처분 여부가 달라질 여지가 있어 객관적이지 못하다는 문제가 있다. 따라서 특별한 사정이 없다면 객관적이면서 해당 행정처분 시점과도 근접하고 있는 위반행위가 다시 적발된 날을 만료점의 기준으로 삼는 것이 가장 적절하다.

별도의 규정이 없다면 가중처분의 적용 차수를 계산할 때 가중처분 적용기간에 부과된 처분의 차수를 기준으로 해야 하므로 이를 명확히 하기 위해 ‘가중된 부과처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 부과처분 차수의 다음 차수로 한다’라고 규정한다.¹³⁴⁾

입법 모델

- 나. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분 기준은 최근 ○년간 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용한다. 이 경우 기간의 계산은 위반행위에 대한 행정처분을 받은 날과 그 처분 후 다시 같은 위반행위를 하여 적발된 날을 기준으로 한다.
- 다. 나목에 따라 가중된 처분을 하는 경우 가중처분의 적용 차수는 그 위반행위 전 처분차수(나목에 따른 기간 내에 처분이 둘 이상 있었던 경우에는 높은 차수를 말한다)의 다음 차수로 한다.

등록요건 미달 등 위반 “상태”에 대한 가중처분을 규정하는 경우, 하나의 계속되는 위반 상태를 여러 번의 위반행위로 나누어 보고 2차, 3차 처분을 할 수 있는지 문제될 수 있다.¹³⁵⁾ 이와 같은 법적용상 혼란을 피하기 위해서는 법률에서 위반 상태에 시정을 명할 수 있도록 하고 시정명령 위반 횟수에 따른 가중처분을 규정하는 방법, 이행강제금을 규정하는 방법, 계속되는 위반 상태의 기간에 비례하여 과태료를 부과하도록 규정하는 방법을 고려해 볼 수 있다. 또한, 사안의 성격을 고려하여 처분권자가 처분 시 일정기한 내 개선할 것을 알리고, 그 이후에도 위반상태가 개선되지 않으면 가중처분이 가능하다는 것을 처분기준에서 명시하는 방법도 있다.

134) ‘최근에 행한 행정처분을 받은 후 1년 이내에 다시 개별기준 동일 호 또는 동일 목의 위반행위를 하여 행정처분을 행하는 경우’라 함은 그 문언상 하나의 위반행위가 있어 행정처분을 받고 그로부터 1년 이내에 다시 그와 같은 위반행위를 하는 경우 앞의 행정처분보다 가중된 처분을 하여야 한다는 뜻으로 보아야 할 것이지, 최근에 행한 행정처분을 받은 후 1년 이내에 해당 차수의 가중처분을 함에 있어서 요구되는 위반행위가 모두 발생할 것을 요하는 것으로 볼 것은 아니다(법제처 2015. 10. 5. 05-0039 해석례).

135) 법제처 2022. 9. 8. 22-0267 해석례 참조

[입법례]

체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙

[별표 7]

행정처분기준(제27조제2항 관련)

1. 일반기준

가. (생략)

나. 위반행위의 횟수에 따른 행정처분의 기준은 최근 1년간 같은 위반행위로 행정처분을 받은 경우에 적용하며, 개별 기준에 따른 경고 또는 영업정지를 할 때에 처분권자가 일정기한 내에 개선을 요구하였으나¹³⁶⁾ 그 위반 상태가 개선되지 아니하였을 때에는 반복하여 위반한 것으로 본다. 이 경우 기간의 계산은 위반행위에 대하여 행정처분을 받은 날과 그 처분 후 다시 같은 위반행위를 하여 적발된 날을 기준으로 한다.

다. ~ 마. (생략)

2. (생략)

개별기준에서는 최종 위반횟수가 3차 또는 4차로 규정되어 있고, 최종 위반횟수에 따른 처분이 영업정지인 경우, 최종 위반횟수를 초과한 위반행위에 대해 최종 위반횟수의 위반행위와 동일하게 취급하지 않고 최종 위반횟수에 따른 처분기준에 가중하여 처분하려는 경우에는 일반기준에 이를 명시해야 한다.

136) 처분권자가 제재처분 시 법령 위반 상태에 대한 개선 의무가 있음을 알리는 것은 상대방에게 위반 상태를 개선할 일정한 시간을 부여하고, 재적발 시점에 따라 자의적인 가중처분을 하지 않도록 하는 취지가 있다. 이 경우 상대방에게 새로운 의무를 부과하는 것으로 오인될 수 있는 ‘개선을 요구하였으나’라는 표현 보다는 ‘개선할 것을 알렸으나’로 표현하도록 하고, ‘일정기한’을 ‘○개월’ 등으로 특정하는 것이 보다 바람직하다.

[입법례]

인체조직안전에 관한 규칙
<p>[별표 5]</p> <p style="text-align: center;"><u>행정처분기준(제20조 관련)</u></p> <p>1. 일반기준</p> <p>가 ~ 다. (생략)</p> <p>라. 같은 위반행위로 4차의 행정처분을 받은 후 다시 5차 이상 위반하였을 때에는 해당 위반행위에 대한 4차 위반 시의 처분기준이 업무정지인 경우에는 그 처분기준의 2분의 1까지 가중한다. 다만, 가중하는 경우에도 그 업무정지기간은 1년을 넘을 수 없다.</p> <p>마. (생략)</p> <p>2. (생략)</p>

③ 일반기준 3: 처분의 가중·감경에 관한 사항

행정처분의 개별·구체적 타당성을 확보하기 위해 행정처분의 가중이나 감경에 관한 사항을 규정하는데, 위반행위가 사소한 부주의나 오류로 인한 것으로 인정되는 경우, 피해가 경미한 경우 등을 감경 사유로 규정하고, 고의나 중과실에 의한 위반인 경우, 위반의 내용이나 정도가 중대하여 일반 국민에게 미치는 피해가 큰 경우 등을 가중사유로 규정한다.

감경 또는 가중할 수 있는 범위에 대해서는 별도의 제한을 두지 않고 행정청에 포괄적인 재량권을 부여하는 경우도 있지만, 실제 집행과정에서 형평의 문제가 발생하지 않도록 감경 또는 가중할 수 있는 범위를 법령에서 직접 규정하는 것이 바람직하다.

감경의 대상은 영업정지로 한정하는 경우가 일반적이지만, 허가 취소의 경우도 감경 대상에 포함하는 경우도 있다. 허가 취소를 감경 사유로 하는 경우에는 어느 정도의 수준까지 감경할 수 있는지 명확하게 규정해 주어야 하는데, 행정처분으로 허가가 취소된 후 다시 허가를 취득하는 것이 제한되는 결격기간의 2분의 1 범위의 수준으로 감경할 수 있도록 규정하는 것이 영업정지의 일반적인 감경 수준인 처분기준의 2분의 1 범위에 비추어 합리적인 것으로 판단된다.

[입법례] 가중·감경에 관한 일반적 입법례

농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률 시행규칙

[별표 4]

위반행위별 처분기준(제56조 관련)

1. 일반기준

가. ~ 라. (생략)

마. 처분권자는 위반행위의 동기·내용·횟수 및 위반 정도 등 다음의 가중 사유 또는 감경 사유에 해당 하는 경우 그 처분기준의 2분의 1 범위에서 가중하거나 감경할 수 있다.

1) 가중 사유

가) 위반행위가 고의나 중대한 과실에 의한 경우

나) 위반의 내용·정도가 중대하여 출하자, 소비자 등에게 미치는 피해가 크다고 인정되는 경우

2) 감경 사유

가) 사소한 부주의나 오류로 인한 것으로 인정되는 경우

나) 위반의 내용·정도가 경미하여 출하자, 소비자 등에게 미치는 피해가 적다고 인정되는 경우

다) 법 제77조에 따른 도매시장법인, 시장도매인의 중앙평가 결과 우수 이상, 중도매인 개설자 평가 결과 우수 이상인 경우(최근 5년간 2회 이상)

라) 위반 행위자가 처음 해당 위반행위를 한 경우로서 5년 이상 도매시장법인, 시장도매인, 중도매인 업무를 모범적으로 해 온 사실이 인정되는 경우

마) 위반행위자가 해당 위반행위로 인하여 검사로부터 기소유예 처분을 받거나 법원으로부터 선고유예 판결을 받은 경우

2. (생략)

[입법례] 등록취소도 감경할 수 있다고 규정한 사례

동물보호법 시행규칙

[별표 13]

영업자에 대한 행정처분의 기준(제52조제1항 관련)

1. 일반기준

가. ~ 라. (생략)

마. 처분권자는 위반행위의 동기·내용·횟수 및 위반 정도 등 다음에 해당하는 사유를 고려하여 그 처분을 가중하거나 감경할 수 있다. 이 경우 그 처분이 영업정지인 경우에는 그 처분기준의 2분의 1의 범위에서 가중하거나 감경할 수 있고, 등록취소인 경우에는 6개월 이상의 영업정지 처분으로 감경할(법 제83조제1항제1호, 제7호 또는 제8호에 해당하는 경우는 제외한다) 수 있다.

1) 가중사유

- 가) 위반행위가 사소한 부주의나 오류가 아닌 고의나 중대한 과실에 의한 것으로 인정되는 경우
- 나) 위반의 내용·정도가 중대하여 소비자에게 미치는 피해가 크다고 인정되는 경우

2) 감경사유

- 가) 위반행위가 고의나 중대한 과실이 아닌 사소한 부주의나 오류로 인한 것으로 인정되는 경우
- 나) 위반의 내용·정도가 경미하여 소비자에게 미치는 피해가 적다고 인정되는 경우
- 다) 위반 행위자가 처음 해당 위반행위를 한 경우로서 5년 이상 해당 영업을 모범적으로 해 온 사실이 인정되는 경우
- 라) 위반행위자가 해당 위반행위로 인하여 검사로부터 기소유예 처분을 받거나 법원으로부터 선고유예의 판결을 받은 경우
- 마) 그 밖에 해당 영업에 대한 정부정책상 필요하다고 인정되는 경우

2. (생략)

나) 개별기준

처분의 개별기준은 위반행위란, 근거 법조문란, 행정처분기준란으로 구분하여 작성하되, 법률에 따른 처분사유가 ‘위반행위란’에 누락되지 않도록 유의하고, ‘근거 법조문란’에는 해당 처분의 근거가 되는 법조문을 명시한다.

세부 기준이 합리적인지 확인해야 하는데, 필수적 취소사유에 해당하는 위반행위와 임의적 취소사유라 하더라도 공익의 보호를 위해 엄격한 규제가 필요한 위반행위는 1차 위반 시 허가를 취소하도록 규정하고, 1차 위반 시 허가취소사유에 해당하지 않는 경우에는 위반 횟수에 따른 영업정지처분을 일관성 있게 가중되도록 유의하여 규정한다. 위반행위가 경미하거나 일정 기간 내에 개선·보완하면 행정 목적을 달성할 수 있는 경우에는 1차 위반 시 영업정지처분을 하지 않고 경고를 하도록 하는 입법례¹³⁷⁾도 있다.

위반행위	근거 법조문	행정처분기준		
		1차 위반	2차 위반	3차 이상 위반
가. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제00조에 따른 허가를 받은 경우	법 제00조 제1항제1호	허가 취소		
나. 법 제00조에 따른 준수사항을 지키지 않은 경우	법 제00조 제0항제0호	경고	영업정지 ○일	영업정지 ○○일
다. ~ 마. (생략)	(생략)	(생략)	(생략)	(생략)

5) 행정처분 절차

행정처분의 절차는 기본적으로 「행정절차법」에서 규정하고 있으므로 개별법에서는 「행정절차법」에서 규정하고 있지 않은 내용이나 특례 등을 따로 정할 필요가 있는 경우에만 규정하도록 한다. 다만, 「행정절차법」의 적용 여부가 불분명한 ‘새로운 유형의 행정처분’에 대해서는 「행정절차법」 규정과 다소 중복되더라도 상세한 규정을 두는 것이 바람직하다.

137) 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률 시행규칙」 별표 7, 「건설폐기물의 재활용촉진에 관한 법률 시행규칙」 별표 3, 「농약관리법 시행규칙」 별표 2 등. 다만 가중처분기준으로 1차 위반을 경고로 할 경우 영업자가 반복적으로 위반하여도 그 위반행위가 위반횟수 적용 기간(최근 ○년간)이 지난 다음이면 매번 경고밖에 할 수 없음을 고려해야 한다.

[입법례]

실내공기질 관리법 시행규칙

제14조(오염도검사 결과 등의 공개) ① 기후에너지환경부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 법 제13조제8항에 따라 오염물질을 채취한 시설, 오염물질의 명칭, 오염도검사 결과를 공개하려는 경우 미리 다음 각 호의 사항을 해당 시설의 소유자등에게 알려야 한다. 다만, 긴급히 공개할 필요가 있거나 사전 통지가 현저히 곤란한 경우 등 상당한 이유가 있으면 그렇지 않다.

1. 오염도검사 결과
2. 오염도검사 결과 등의 공개 예정일 및 매체
3. 오염도검사 결과에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 그 기한
4. 그 밖에 필요한 사항

② 제1항에 따른 공개는 인터넷 홈페이지나 신문·방송 등 언론매체 등에 공개하는 방법으로 한다.

「행정절차법」이 개정('22. 7. 12. 시행)되어, 인허가 등의 취소, 신분·자격의 박탈, 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소처분에 대해서는 당사자의 신청이 없어도 의무적으로 청문을 거치게 되었다.¹³⁸⁾ 따라서 위의 처분에 대해서는 「행정절차법」과 다르게 정할 사항이 없는 이상 개별 법령에 청문에 관한 규정을 두지 않아도 된다.

그 외의 처분의 경우, 청문 절차를 의무화하려면 같은 법 제22조제1항제1호에 따라 개별 법령에 근거가 있어야 한다. 최근에는 처분 상대방의 권익보호를 위해 영업정지의 경우에도 청문절차를 의무적으로 거치도록 하는 입법례가 늘고 있다.

138) 「행정절차법」

제22조(의견청취) ① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우
3. 다음 각 목의 처분을 하는 경우
 - 가. 인허가 등의 취소
 - 나. 신분·자격의 박탈
 - 다. 법인이나 조합 등의 설립허가의 취소

[입법례]

1인 창조기업 육성에 관한 법률

제20조(청문) 정부는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하려면 청문을 실시하여야 한다.

1. 제8조제4항에 따른 지원센터의 지정 취소 및 업무 정지
2. 제10조제4항에 따른 교육기관의 지정 취소 및 업무 정지
3. 제12조제2항에 따른 1인 창조기업의 아이디어 사업화 지원 대상 선정 취소
4. 제16조제4항에 따른 전담기관의 지정 취소

6) 제척기간

법위반 행위에 대해 행정청이 장기간 제재처분을 하지 않는 경우 당사자 입장에서는 법적 불안정성이 지속되게 된다. 또한 장기간 제재처분이 이루어지지 않아 제재처분이 없을 것으로 신뢰한 상태에서 제재처분이 부과되면 당사자의 신뢰가 침해된다. 법적 안정성 보장과 신속한 제재처분 집행 유도라는 관점에서 「행정기본법」 제23조¹³⁹⁾에서는 제재처분의 제척기간을 규정하고 있다. 제척기간은 위반행위 종료일부터 일정 기간이 지나면 영업정지 등의 제재처분을 할 수 없도록 하는 제도이다. 「행정기본법」에서는 이 법에 따른 제척기간의 적용을 받는 제재처분의 범위를 i) 인허가의 정지·취소·철회, ii) 등록 말소, iii) 영업소 폐쇄, iv) 정지를 갈음하는 과징금 부과로 규정하고 있다. 이에 해당하는 처분들의 경우 개별 법률에 특칙을 두지 않는 이상 「행정기본법」 제23조가 일반적으로 적용되므로, 특별한

139) 「행정기본법」

제23조(제재처분의 제척기간) ① 행정청은 법령등의 위반행위가 종료된 날부터 5년이 지나면 해당 위반행위에 대하여 제재처분(인허가의 정지·취소·철회, 등록 말소, 영업소 폐쇄와 정지를 갈음하는 과징금 부과를 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 할 수 없다.

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인허가를 받거나 신고를 한 경우
2. 당사자가 인허가나 신고의 위법성을 알고 있었거나 중대한 과실로 알지 못한 경우
3. 정당한 사유 없이 행정청의 조사·출입·검사를 기피·방해·거부하여 제척기간이 지난 경우
4. 제재처분을 하지 아니하면 국민의 안전·생명 또는 환경을 심각하게 해치거나 해칠 우려가 있는 경우

③ 행정청은 제1항에도 불구하고 행정심판의 재결이나 법원의 판결에 따라 제재처분이 취소·철회된 경우에는 재결이나 판결이 확정된 날부터 1년(합의제행정기관은 2년)이 지나기 전까지는 그 취지에 따른 새로운 제재처분을 할 수 있다.

④ 다른 법률에서 제1항 및 제3항의 기간보다 짧거나 긴 기간을 규정하고 있으면 그 법률에서 정하는 바에 따른다.

사정이 없으면 이와 동일한 내용을 개별 법률에서 반복하여 규정하지 않도록 한다. 「행정기본법」에 열거한 적용 대상 외의 제재처분에 제척기간을 규정하거나, 「행정기본법」 제23조의 적용 대상이더라도 제척기간 등을 달리 정할 필요가 있을 때에만 개별 법률에서 규정한다.¹⁴⁰⁾ 다만, 「행정기본법」 제5조제2항에서는 개별 법률의 내용이 이 법의 목적, 원칙, 기준, 취지에 부합되도록 노력하는 규정을 두고 있으므로 제척기간에 관한 개별 법률의 제정·개정 과정에서도 특별한 사정이 없으면 「행정기본법」상 제척기간(5년) 보다 장기로 제척기간을 정하지 않도록 할 필요가 있다.

7) 행정처분 효과의 승계

영업의 양도·양수가 인정되는 경우 양수인이 종전의 영업자의 지위를 승계한다는 의미가 양수인이 종전의 영업자가 저지른 위반행위에 대한 행정처분의 효과도 승계한다는 의미 인지에 관해서는 논란의 여지가 있다.¹⁴¹⁾ 이러한 문제는 위반행위에 대한 처분절차의 진행 중에 영업이 양도·양수된 경우 종전 영업자의 위반행위를 이유로 양수인에게 제재적 행정 처분을 할 수 있는가 하는 점과 위반행위의 횟수에 따라 행정처분이 가중되는 경우에 종전 영업자가 받은 행정처분을 어떻게 처리할 것인가 하는 점에서 논의의 실익이 있다. 이 문제를 입법으로 해결하기 위해 “종전의 영업자에 대한 행정처분의 효과는 새로운 영업자에게 승계된다”는 규정을 두기도 한다.

그런데 타인의 위반행위에 대해 책임지도록 하는 것은 바람직하지 않다는 견해도 있어 종전의 영업자에 대한 행정처분의 효과가 새로운 영업자에게 승계되도록 하면서 그 기간을

140) 위반행위별로 제척기간을 차등화하여 개별 법률에서 규정한 사례 「건설산업기본법」 제84조의2(제척기간) 국토교통부장관은 다음 각 호의 기간이 지난 경우에는 제82조, 제82조의2 또는 제 83조에 따른 영업정지를 명하거나 과징금의 부과 또는 건설업 등록의 말소를 할 수 없다.
 1. 제82조제1항제1호, 같은 조 제2항제5호 또는 제83조제10호 위반의 경우 해당 공사의 하자담보책임 기간 종료일부터 10년
 2. 제82조(제1항제1호·제8호·제9호 및 제2항제5호는 제외한다), 제82조의2 또는 제83조(제10호는 제외한다) 위반의 경우 위반행위 종료일부터 5년
 3. 제82조제1항제8호 또는 제9호 위반의 경우 위반행위 종료일부터 3년
 141) 판례는 대물적 허가의 승계인 경우 제재처분의 승계가 포함된다는 것이 일관된 입장이다(대법원 1994. 10. 25. 선고 93누21231 판결, 대법원 2001. 6. 29. 선고 2001두1611 판결, 대법원 2003. 10. 23. 선고 2003두8005 판결 등).

일정 기간으로 한정하거나, 대상을 악의의 양수인으로 한정하는 입법례도 있는바, 「먹는물관리법」 제49조, 「식품위생법」 제78조, 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제69조, 「게임산업진흥에 관한 법률」 제37조 등이 그러하다.¹⁴²⁾

[입법례]

먹는물관리법

제49조(행정처분 효과의 승계) 먹는물관련영업자가 그 영업을 양도하거나 법인을 합병할 경우에는 제48조제1항 각 호 및 제2항을 위반한 사유로 종전의 먹는물관련영업자에게 행한 행정처분의 효과는 그 처분 기간이 끝난 날부터 1년간 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 승계되며, 행정처분의 절차가 진행 중일 때에는 양수인이나 합병 후 존속하는 법인에 대하여 그 절차를 계속할 수 있다. 다만, 양수인이나 합병 후 존속하는 법인이 양수 또는 합병할 때 그 처분이나 위반사실을 알지 못했음을 증명하면 그러하지 아니하다.

한편, 영업양도나 합병 등에 따라 영업자 지위와 영업자에 대한 행정제재처분 효과가 양수인 등에게 승계되는 경우, 양수인 등이 종전 영업자에게 행정제재처분이 부과된 사실을 모르고 그 지위를 승계하는 것을 방지하고자 양도인 등이 양수인 등에게 행정제재처분 사실(또는 진행 중인 사실)을 알리게 하는 규정을 두거나 양수인 등이 행정제재처분 사실(또는 진행 중인 사실)을 행정청으로부터 확인하게 하는 규정을 두기도 한다. 양도인 등에게 통지의무를 부과하는 경우 그 불이행 시 과태료 등을 두어 실효성을 확보할 수 있다. 또한 영업승계사실 신고 시 양도인 등과 양수인 등의 확인사항을 기재한 서류를 첨부하도록 하는 입법례¹⁴³⁾도 있다.

[입법례] 양도인 등에게 통지의무 부과 사례

의료급여법

제28조(의료급여기관의 업무정지 등) ① ~ ⑤ (생략)

⑥ 제1항에 따른 업무정지처분의 효과는 그 처분이 확정된 의료급여기관을 양수한 자 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립된 법인에 승계되고, 업무정지처분의 절차가 진행

142) 승계 대상을 악의의 양수인으로 한정하는 경우 악의인지의 여부에 대한 증명책임이 누구에게 있는지 문제가 되는데, 대부분의 입법례에서는 새로운 양수자에게 자신이 선의임을 증명하도록 하고 있다.

143) 「먹는물관리법 시행규칙」 제15조

중인 때에는 양수인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립되는 법인에 대하여 그 절차를 계속 진행할 수 있다. 다만, 양수인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립되는 법인이 그 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다.

⑦ 제1항에 따른 업무정지처분을 받았거나 업무정지처분 절차가 진행 중인 자는 행정처분을 받은 사실 또는 행정처분 절차가 진행 중인 사실을 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 양수인 또는 합병 후 존속하는 법인이나 합병으로 설립된 법인에 지체 없이 알려야 한다.

⑧ (생략)

[입법례] 양수인 등에게 확인의무 부과 사례

영유아보육법

제45조의3(행정제재처분효과의 승계) ①어린이집을 설치·운영하는 자가 그 어린이집을 양도하거나 사망한 때 또는 법인의 합병이 있는 때에는 종전의 어린이집을 설치·운영한 자에게 제45조제1항 각 호의 사유로 행한 행정제재처분의 효과는 그 행정처분일부터 1년간 그 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인에 승계되며, 행정제재처분의 절차가 진행 중인 경우에는 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인에 대하여 행정제재처분의 절차를 속행할 수 있다. 다만, 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인이 양수 또는 합병할 때 그 처분 또는 위반사실을 알지 못하였음을 증명하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 제1항의 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인이 어린이집을 양수·상속 또는 합병할 때에는 종전의 어린이집을 설치·운영한 자가 제45조제1항 각 호의 사유로 행정처분의 절차가 진행 중인지 및 행정제재 처분을 받은 이력이 있는지 여부를 확인하여야 하며, 교육부장관, 시·도지사 및 시장·군수·구청장은 양수인·상속인 또는 합병 후 신설되거나 존속하는 법인이 그 확인을 요청하는 경우 이를 교육부령으로 정하는 바에 따라 확인하는 서류를 발부할 수 있다.

파. 무허가 영업에 대한 벌칙

허가를 받아야 할 영업을 허가를 받지 않고 하거나 부정한 방법으로 허가를 받은 사람에 대해서는 벌칙을 규정하기도 한다. 이 경우 벌칙의 종류와 정도는 비슷한 위반행위의 입법례 등을 참고하여 적절한 수준이 되도록 한다.

[입법례]

게임산업진흥에 관한 법률

제45조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 1의3. (생략)
2. 제25조 또는 제26조제1항·제2항·제3항 본문의 규정을 위반하여 허가를 받지 아니하거나 등록을 하지 아니하고 영업을 한 자
3. ~ 11. (생략)

4. 특허

가. 특허의 의의

강학상 특허는 특정인에 대해 권리를 부여하거나 권리를 향유하면서 동시에 의무를 부담하게 되는 포괄적 법률관계를 설정하는 행정행위를 말한다. 특허라고 하면 발명특허¹⁴⁴⁾를 생각하는 경우가 많으므로, 현행법에서는 특허에 해당하는 경우 주로 면허라는 용어를 많이 쓰고 있다. 이와 같이 현행법상 특허라는 용어가 많이 사용되지 않는 이유는 특허라는 용어가 특정인에 대한 특허라는 인상을 주기 때문에 그 대신 사용하기에 무난한 ‘면허’나 ‘허가’라는 용어를 선택했기 때문인 것으로 보인다. 현행법에 여객자동차운송사업 면허,

144) 발명특허의 법적 성격은 확인이다. 발명특허를 받으면 발명을 실시하는 권한 등 권리가 부여되기 때문에 특허적 요소가 있는 것처럼 보이지만 이러한 권리는 발명특허라는 행위로부터 유래하는 것이 아니고 「특허법」에 따라 발명특허에 부여된 법률효과일 뿐이다.

어업 면허, 광업권 설정 등이 강학상 특허에 해당된다.

강학상 특허의 본질적인 요소는 권리를 부여하는 것이다. 「수산업법」에서는 어업면허를 받은 자는 어업권을 취득한다고 규정하면서 어업권이 물권(物權)임을 규정하고 있고, 「광업법」에서도 광업권은 물권으로 한다고 규정하고 있다. 수산생물을 포획하거나 광물을 채굴하는 것은 토지의 소유자가 그 토지를 경작하는 것과 같이 그 권리를 행사하는 방법에 해당한다.¹⁴⁵⁾

[입법례]

수산업법
제16조(어업권의 취득과 성질) ① 제7조에 따라 어업면허를 받은 자와 제19조에 따라 어업권을 이전받거나 분할 받은 자는 제17조의 어업권원부에 등록을 함으로써 어업권을 취득한다. ② 어업권은 물권(物權)으로 하며, 이 법에서 정한 것 외에는 「민법」 중 토지에 관한 규정을 준용한다. ③·④ (생략)

광업법
제10조(광업권의 성질) ① 광업권은 물권으로 하고, 이 법에서 따로 정한 경우 외에는 부동산에 관하여 「민법」과 그 밖의 법령에서 정하는 사항을 준용한다. ② (생략)
제15조(광업권설정의 출원 등) ① 광업권의 설정을 받으려는 자는 광업권의 종류를 정하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 산업통상부장관에게 출원하고 그 허가를 받아야 한다. ② ~ ⑦ (생략)

나. 개인의 자격에 대한 면허와의 구별

현행법상 면허 제도 중에는 개인의 자격을 규정하고 있는 것도 적지 않다. 우선 「의료법」에 따른 의사면허, 「도로교통법」에 따른 운전면허 등과 같이 사회적 위험이 발생할 수 있는 경우에 허가처럼 법률로 일반적으로 금지한 다음 행정청이 개별적으로 허용하는 방식을

145) 「주세법」상 주류제조 면허와 같이 국가가 전매제도로 운영하던 영업을 민간에 개방한 경우에 국가가 특정인에게 그 권리를 허용해 주는 것과 유사하게 보아 제도를 구성하여 연혁적 이유로 특허로 분류되는 경우도 있다.

사용하고 있다. 이 때 그 허용의 기준은 전문적인 지식이나 기술을 가지고 있는가 하는 것이고, 이를 시험해서 합격한 경우에만 이러한 행위를 할 수 있도록 허용하는 것이다. 이 경우에도 ‘금지-해제’라는 관념을 내포하고 있다.

운전면허는 그 사람이 운전을 할 수 있는 기능이 그 평가 대상이 된다고 보면 된다. 이 경우에도 그 기능이 있다고 인정되면 법률에서 정한 고려 사항 외에는 다른 고려 사항 없이 면허를 주어야 한다는 점에서 기속행위라고 하겠다. 의사면허의 경우에도 마찬가지로 볼 수 있다. 이런 의미에서 개인의 자격에 대한 면허 제도는 본질적으로 허가 제도에 속하는 것이라고 하겠다.

[입법례]

의료법

제5조(의사·치과의사 및 한의사 면허) ① 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.

1. ~ 3. (생략)

②·③ (생략)

제27조(무면허 의료행위 등 금지) ① 의료인이 아니면 누구든지 의료행위를 할 수 없으며 의료인도 면허된 것 이외의 의료행위를 할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 보건복지부령으로 정하는 범위에서 의료행위를 할 수 있다.

1. ~ 3. (생략)

② ~ ⑤ (생략)

다. 특허 제도 입안 시 유의 사항

특허는 「수산업법」이나 「광업법」과 같이 법률에서 물권임을 명시적으로 규정하지 않더라도 권리의 창설이나 권리의 부여라는 점이 분명히 언급되는 것이 바람직하다. 여객자동차운송사업 면허와 같이 재량이 많은 경우에도 특허의 성격이 드러나도록 규정하는 것이 필요하다.

「공유수면의 관리 및 매립에 관한 법률」에 따른 공유수면 점용·사용 허가를 보면, 점용·사용 허가의 권리 관계가 명확히 드러나지 않고 있다. 그러나 공유수면은 국가 소유인 바다 및 바닷가나 하천, 호소(湖沼) 등을 말하고, 그 관리권이 관리청(국가의 행정청이거나 지방

자치단체의 장)에게 있으므로 공유수면의 점용·사용 허가는 이러한 관리권에 기하여 주어지는 권리이지 자연적 자유의 회복은 아니라는 점을 알 수 있다.¹⁴⁶⁾

이처럼 권리 관계가 법령에 드러나지 않고 속으로 숨어 있어서 제도의 법적 성격을 해석에 의존하게 되는 방식은 피하는 것이 좋다.

특허는 특정인에게 특정한 권리를 설정한다는 점에서 국가의 경제정책과 관련된 공익적 요소가 강하고, 그 권리 부여 여부에 행정청의 재량이 많은 특징이 있다. 따라서, 일정한 요건을 갖춘 경우라도 공익적 이유로 거부할 수 있다는 점을 규정하는 경우도 있고, 공익상 필요 등을 이유로 조건, 기한 등 부관을 붙일 수 있다.

[입법례] 공익상 이유에 따른 불허가를 명시한 사례

광업법
제24조(공익상 이유 등에 따른 불허가) ① 산업통상부장관은 광업권설정의 출원구역에서 광물을 탐사하거나 채굴하는 것이 공익을 해친다고 인정하거나 산업통상부장관이 정하여 고시하는 광물의 종류별 광체(鑛體)의 규모 및 품위(品位) 등 기준에 미달하는 때에는 광업권의 설정을 허가하지 아니한다.

146) 「공유수면의 관리 및 매립에 관한 법률」

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “공유수면”이란 다음 각 목의 것을 말한다.

가. 바다: 「해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률」 제8조제1항제3호에 따른 해안선으로부터 「배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률」에 따른 배타적 경제수역 외측 한계까지의 사이

나. 바닷가: 「해양조사와 해양정보 활용에 관한 법률」 제8조제1항제3호에 따른 해안선으로부터 지적공부(地籍公簿)에 등록된 지역까지의 사이

다. 하천·호소(湖沼)·구거(溝渠), 그 밖에 공공용으로 사용되는 수면 또는 수류(水流)로서 국유인 것

제4조(공유수면의 관리) ① (생략)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 공유수면은 해양수산부장관이 관리하고, 그 밖의 공유수면은 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장(구청장은 자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)이 관리한다.

1. 「배타적 경제수역 및 대륙붕에 관한 법률」 제2조에 따른 배타적 경제수역

2. 그 밖에 대통령령으로 정하는 공유수면

제8조(공유수면의 점용·사용허가) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 공유수면관리청으로부터 공유수면의 점용 또는 사용(이하 “점용·사용”이라 한다)의 허가(이하 “점용·사용허가”라 한다)를 받아야 한다. 다만, 「수상에서의 수색·구조 등에 관한 법률」 제19조에 따른 조난된 선박등의 구난작업, 「재난 및 안전관리 기본법」 제37조에 따른 응급조치를 위하여 공유수면을 점용·사용하려는 경우 또는 제28조에 따라 매립면허를 받은 자가 매립면허를 받은 목적의 범위에서 해당 공유수면을 점용·사용하려는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. ~ 11. (생략)

②산업통상부장관은 제34조제7항에 따른 구역에서 광업을 할 경우 국가중요건설사업에 지장이 있다고 인정하면 광업권설정의 출원구역을 줄여서 허가하거나 광업권설정을 허가하지 아니할 수 있다.

③제1항에 따른 출원구역에서 광물을 탐사하거나 채굴하는 것이 공익을 해친다고 인정되는 기준은 산업통상부령으로 정한다.

[입법례] 부관을 붙일 수 있음을 명시한 사례

공유수면 관리 및 매립에 관한 법률

제8조(공유수면의 점용·사용허가) ① ~ ⑥ (생략)

⑦ 공유수면관리청은 점용·사용허가를 하는 경우 해양환경·생태계·수산자원 및 자연경관의 보호, 그 밖에 어업피해의 예방 또는 공유수면의 관리·운영을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 어업인 등 이해관계자의 의견을 들어야 하며, 점용·사용의 방법 및 관리 등에 관한 부관(附款)을 붙일 수 있다.

⑧·⑨ (생략)

5. 인가

가. 인가의 의의

강학상 인가는 특정 법률관계가 있는 당사자의 행위에 대해 그 행위에 대한 효력을 보충함으로써 법률상의 효력을 완성하게 하는 행정행위를 말한다. 법인설립의 허가, 사업의 양도·양수나 법인의 합병에 대한 인가 등이 이에 속한다.

현행법상 은행업 인가, 금융투자업 인가 등 금융업에 관한 법률에서 ‘인가’라는 용어를 사용하는 사례가 있으나, 이는 주로 특허적 성격이 강한 사업에 대한 허가의 의미로 사용된 예로서 강학상 인가와 다르다. 이처럼 허가를 인가로 표현하고 있는 입법례와 법인설립허가 등 인가를 허가로 표현하고 있는 경우(「민법」 제32조)가 적지 않고, 승인이라는 용어를 쓰고 있는 경우도 많아 규정에 따라 어디에 해당하는지를 판단해야 하는 문제가 있다.

따라서 인가의 성격을 가진 규정이라면 인가의 용어를 일관되게 사용하도록 한다.¹⁴⁷⁾

[입법례]

신용협동조합법

제7조(설립) ① 조합을 설립하려면 조합의 공동유대에 소속된 30인 이상의 발기인이 정관을 작성하여 창립총회의 결의를 받아 대통령령으로 정하는 바에 따라 중앙회의 회장(이하 “중앙 회장”이라 한다)을 거쳐 금융위원회의 인가를 받아야 한다.

② 창립총회의 의사(議事)는 발기인 대표에게 조합 설립동의서를 회의 개최일 전날까지 제출한 자 과반수의 출석과 출석한 자 3분의 2 이상의 찬성으로 결의한다.

③ 제1항에 따른 인가를 받으려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 신청서를 금융위원회에 제출하여야 한다.

④ 금융위원회는 제1항에 따른 인가에 조건을 붙일 수 있다.

나. 인가 제도 입안 시 유의 사항

허가는 일반적으로 제한된 자유를 회복시켜주는 것이지만, 인가는 타인의 법률행위를 보충하여 그 효력을 완성시켜 주는 것이다. 따라서 허가는 사실행위도 그 대상으로 할 수 있지만, 인가는 법률행위만 대상이 된다.

인가 제도를 입안할 때에는 법률행위를 대상으로 하고, 그 효과는 법률행위의 완성으로 맞추어져야 한다. 인가를 받지 않은 행위는 법률행위가 완성되지 않으므로 효력이 부정된다는 것을 염두에 두어야 한다. 처벌은 본질적인 요소가 아니므로 두지 않도록 하되, 반드시 두어야 한다면 그 필요성을 구체적으로 판단해 보아야 한다.

인가는 법률행위의 완성을 목적으로 하는 것인데, 완성된 법률행위는 대개 공부 등재(登載) 등 공적으로 그 행위를 확인하거나 공시(公示)하는 절차를 거치는 경우가 많다.¹⁴⁷⁾ 따라서 특별한 경우를 제외하고는 법률 중에 인가를 받지 않은 행위는 효력이 없다는 명시적인 규정을 두는 경우는 별로 없으나, 토지거래허가처럼 대량으로 이루어지는 거래이고 당사자

147) 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」에 따른 토지거래허가제도는 그 본질이 인가인데 허가라는 용어를 사용하고 있다. 허가라는 용어를 쓰고 있고 허가받지 않고 토지거래 계약을 체결한 경우에는 처벌하고 있지만, 같은 법 제11조제6항에서 허가를 받지 않고 체결한 토지거래 계약은 효력이 발생하지 아니한다고 규정하여 그 허가의 효과가 자유의 회복이 아닌 법률행위의 완성으로 구성하고 있다. 강학상의 분류에 따르면 인가로 보아야 한다.

148) 「도시 및 주거환경정비법」 제78조, 「사립학교법」 제20조 등

들이 법률 전문가라고 보기 어려운 상황이라면 효력을 명시적으로 규정할 필요도 있고 처벌 규정을 둘 필요도 있다.

[입법례] 효력 규정과 처벌 규정을 별도로 둔 사례

부동산 거래신고 등에 관한 법률

제11조(허가구역 내 토지거래에 대한 허가) ① 허가구역에 있는 토지에 관한 소유권·지상권(소유권·지상권의 취득을 목적으로 하는 권리를 포함한다)을 이전하거나 설정(대가를 받고 이전하거나 설정하는 경우만 해당한다)하는 계약(예약을 포함한다. 이하 “토지거래계약”이라 한다)을 체결하려는 당사자는 공동으로 대통령령으로 정하는 바에 따라 시장·군수 또는 구청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

② ~ ⑤ (생략)

⑥ 제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 체결한 토지거래계약은 그 효력이 발생하지 아니한다.

⑦ (생략)

제26조(벌칙) ① (생략)

② 제9조제1항에 따른 허가를 받지 아니하고 토지취득계약을 체결하거나 부정한 방법으로 허가를 받아 토지취득계약을 체결한 외국인등은 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

③·④ (생략)

6. 등록

가. 등록의 의의

강학상 등록은 일정한 사실이나 법률관계를 행정기관에 갖추어둔 장부에 등재하고 이에 따라 일정한 사실이나 법률관계의 존부를 공적으로 증명하는 것을 말한다. 본래의 의미에서의 등록은 사실이나 법률관계의 존부를 형식적으로 증명하는 것이므로 인허가 제도라고 볼 수는 없다.¹⁴⁹⁾ 그런데 현행법에서는 ‘등록’을 허가와 신고의 중간에 속하는 인허가 제도로

149) 「국제선박등록법」에 따른 국제선박의 등록, 「건설기계관리법」에 따른 건설기계의 등록 등이 이에 해당된다.

운영하고 있는 경우가 많다.

아래 입법례에서는 먹는해양심층수 제조업은 허가 대상으로 하면서 먹는해양심층수 수입업은 등록 대상으로 하고 있다. 성격상으로는 동일한 ‘금지-해제’의 구조를 갖지만, 단지 규제 정도를 완화하기 위해 수입업은 등록 대상으로 한 것이다.

[입법례]

해양심층수의 개발 및 관리에 관한 법률
제27조(허가 등) ① 먹는해양심층수의 제조업을 영위하고자 하는 자는 해양수산부령으로 정하는 기준에 적합한 시설을 갖추어 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 시설의 소재지 및 그 밖에 해양수산부령으로 정하는 중요한 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.
② 먹는해양심층수의 수입업을 영위하고자 하는 자는 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 시·도지사에게 등록하여야 한다. 등록한 사항 중 수입처 및 그 밖에 해양수산부령으로 정하는 중요한 사항을 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.
③ ~ ⑩ (생략)

02
실체 규정

허가제로 운영하는 경우에 그 허가가 반드시 재량행위가 아닌 경우에도 실제 운영에서는 행정청이 재량적으로 운영하는 경우가 많다. 이러한 경우에 일정한 기준을 마련해 두고 그 기준에 맞으면 바로 장부에 등재하도록 하여 거의 자동적으로 영업이나 행위를 허용하기 위해 등록제가 도입되고 있는 것이다.

나. 등록의 규정 형식

영업에 관한 등록제를 규정할 때에는 먼저 “○○업을 하려는 자는 ○○○에 등록하여야 한다”와 같이 등록 의무자, 등록 대상 영업과 등록관청을 명시한 근거 규정을 둔다. 등록 요건이나 등록 절차는 다른 조 또는 항에서 따로 규정하는 것이 일반적이다. 영업에 관한 등록의 경우에는 영업허가와 유사한 규정을 두게 된다.

[입법례]

결혼중개업의 관리에 관한 법률

제4조(국제결혼중개업의 등록) ① 국제결혼중개업을 하고자 하는 자는 제24조에 따른 교육을 받고 제24조의3에 따른 자본금 요건 및 보증보험금, 중개사무소 등 대통령령으로 정하는 기준을 갖추어 중개사무소를 두고자 하는 지역을 관할하는 특별자치시장·시장·군수·구청장에게 등록하여야 한다. 등록한 사항 중 성평등가족부령으로 정하는 중요사항을 변경하고자 할 때에도 또한 같다.

② 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항에 따른 국제결혼중개업을 등록한 자에 대하여 등록증을 내주어야 한다.

③ 제1항에 따른 등록사항·등록절차, 제2항에 따른 등록증의 교부 등 등록에 관하여 필요한 사항은 성평등가족부령으로 정한다.

다. 등록기준

등록기준을 정하는 방식은 허가기준을 정하는 방식과 같다. 다만, 허가제의 경우 행정기관이 허가기준을 심사할 때 판단의 여지가 많은데 따른 폐단을 없애기 위해 허가제를 등록제로 전환하고 있는 점을 고려할 때 등록기준은 허가제의 허가기준보다 더 구체적이고 객관적으로 정해야 할 것이다.

[입법례]

결혼중개업의 관리에 관한 법률 시행령

제2조(국제결혼중개업 등록기준) 법 제4조제1항 전단에서 “보증보험금, 중개사무소 등 대통령령으로 정하는 기준”이란 다음 각 호와 같다.

1. 법 제24조에 따른 교육을 받을 것
- 1의2. 법 제24조의3에 따른 자본금 요건을 갖출 것
2. 법 제25조에 따라 보증보험에 가입할 것
3. 건축물대장에 「건축법 시행령」 별표 1 제3호에 따른 제1종 근린생활시설, 같은 표 제4호에 따른 제2종 근린생활시설, 같은 표 제7호에 따른 판매시설 내 근린생활시설 또는 같은 표 제14호나목에 따른 일반업무시설로 기재된 건물에 중개사무소를 확보할 것. 이 경우 소유·전세·임대차 또는 사용대차 등의 방법으로 사용권을 확보하여야 한다.

한편 여러 법령에 따른 사업을 함께 하는 경우 각 법령에서 규정하고 있는 등록기준이 일부 중복되는 경우에 사업별로 등록기준을 각각 갖추어야 하는지와 하나의 기관에 배치된 인력 간 겸직이 가능한지에 대해 논란이 있을 수 있으므로,¹⁵⁰⁾ 이에 대한 명시적 규정을 둘 필요가 있다.

개별 법령에서 사업에 필요한 등록기준을 규정하고 있는 경우 그 등록기준은 각각의 사업을 원활하게 수행하기 위해 최소한도로 요구되는 기준이다. 따라서 원칙적으로는 각각의 사업을 함께 하려는 경우 일부 등록기준이 중복된다 하더라도 사업별로 각각의 등록기준을 충족하도록 해야 한다. 또한, 하나의 기관에 배치되는 인력의 배치기준을 따로 규정하고 있는 경우에는 인력의 효율적인 운영을 위해 별도의 인원으로 각각 배치하도록 할 필요성이 있다.

다만, 사업 또는 업무의 성격 및 내용 등을 고려하여 사업 또는 업무의 성격이 유사하고, 개별 사업 또는 업무 수행에 지장을 줄 우려가 없다고 판단될 경우에는 중복되는 등록기준을 갖춘 것으로 볼 필요가 있거나 인력 간 겸직을 허용할 필요가 있다. 이 경우에는 해석상 논란을 피하기 위해 개별 법령에 명문의 규정을 두는 것이 바람직하다.

[입법례] 동일한 등록기준을 별도로 갖출 필요가 없도록 한 사례

건설기계관리법 시행규칙	
[별표 15]	<u>건설기계정비업의 등록기준(제61조 관련)</u>
표 (생략)	
비고	
1.	자동차종합정비업자가 건설기계정비업의 등록을 하는 경우에는 「자동차관리법」 제53조에 따른 자동차정비업등록기준과 건설기계정비업의 등록기준이 동일한 사항은 이를 별도로 갖추지 않을 수 있다. 이 경우 자동차종합정비업자의 소속 기술인력 중 자동차정비기술자격과 건설기계정비기술자격을 동시에 갖추고 있는 사람이 있는 경우에는 그에 해당하는 건설기계정비 기술인력을 갖춘 것으로 본다.
2. ~ 8.	(생략)

150) 대법원 판례(대법원 2000. 3. 23. 선고 98두4528 판결)는 등록기준과 관련하여 영업의 성격과 내용 등이 다른 경우 개별 법령에서 규정하고 있는 등록기준을 각각 갖추도록 하고 있으며, 법제처 해석례는 개별 법령의 입법 목적, 사업의 종류 및 내용 등이 다른 경우 사업별로 등록기준(자본금)에 대하여 각각 그 기준을 갖추도록 한 사례(법제처 2008. 4. 2. 07-0483 해석례)와 개별 법령의 입법 목적, 사업의 성격 및 내용 등이 유사한 경우 사업별로 등록기준(기술인력)을 별도로 갖추지 않아도 된다는 사례(법제처 2013. 4. 26. 13-0073 해석례)가 있다.

[입법례] 인력 간 겸직할 수 있도록 한 사례

영유아보육법 시행규칙

[별표 2]

보육교직원의 배치기준(제10조 관련)

1. 어린이집에 두어야 하는 보육교직원과 그 수
 - 가. 어린이집의 원장 1명. 다만, 영유아 20명 이하를 보육하는 어린이집은 어린이집의 원장이 보육교사를 겸임할 수 있다.
 - 나. ~ 바. (생략)
 - 사. 어린이집의 원장이 간호사 또는 영양사 자격이 있는 경우에는 간호사 또는 영양사를 겸직하게 할 수 있다.
2. (생략)

특정분야의 자격증을 가진 사람이 업무를 개시하기 위해서 등록을 하도록 한 경우에는 등록거부에 관한 규정을 명시적으로 두는 경우도 있다.

[입법례] 등록거부에 관한 규정을 둔 입법례

관세사법

제7조의2(등록거부) ① 관세청장은 제7조제1항에 따라 등록을 신청한 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 등록을 거부하여야 한다.

1. 제5조 각 호의 결격사유 중 어느 하나에 해당하는 경우
2. 제7조제2항에 따른 실무수습을 마치지 아니한 경우
3. 제8조제1항제2호에 따라 등록이 취소된 날부터 2년(제13조의2를 위반하여 제8조제1항제2호에 따라 등록이 취소된 경우에는 취소된 날부터 5년)이 지나지 아니한 경우
4. 제15조를 위반하여 공무원을 겸하거나 영리업무에 종사하는 경우
5. 제27조제5항에 따라 관세사자격심의·징계위원회가 의결한 등록거부 기간이 지나지 아니한 경우

② (생략)

라. 등록 조건

등록제의 경우 신청인이 등록기준을 모두 갖추었으면 등록 신청을 받아 주어야 하므로 법률에 별도의 규정이 없으면 등록에는 조건을 붙일 수 없다. 따라서 조건을 붙여야 하는 영업이라면 처음부터 등록제로 할 것이 아니라 허가제로 해야 할 것이다. 등록제로 유지하면서 그 영업의 성격상 조건을 붙이는 것이 불가피한 경우에는 반드시 법률에 근거 규정을 두도록 한다.

[입법례] 등록에 조건을 붙일 수 있음을 규정한 사례

유통산업발전법

제8조(대규모점포등의 개설등록 및 변경등록) ① 대규모점포를 개설하거나 제13조의3에 따른 전통상업보존구역에 준대규모점포를 개설하려는 자는 영업을 시작하기 전에 산업통상부령으로 정하는 바에 따라 상권영향평가서 및 지역협력계획서를 첨부하여 특별자치시장·시장·군수·구청장에게 등록하여야 한다. 등록한 내용을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

② 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항에 따라 제출받은 상권영향평가서 및 지역협력계획서가 미진하다고 판단하는 경우에는 제출받은 날부터 대통령령으로 정하는 기간 내에 그 사유를 명시하여 보완을 요청할 수 있다.

③ 특별자치시장·시장·군수·구청장은 제1항에 따라 개설등록 또는 변경등록(점포의 소재지를 변경하거나 매장면적이 개설등록(매장면적을 변경등록한 경우에는 변경등록) 당시의 매장면적보다 10분의 1이상 증가하는 경우로 한정한다)을 하려는 대규모점포등의 위치가 제13조의3에 따른 전통상업보존구역에 있을 때에는 등록을 제한하거나 조건을 붙일 수 있다.

④ ~ ⑦ (생략)

마. 등록의 유효기간

등록기준을 제대로 갖추고 있는지를 점검하거나 해당 사업의 현황을 파악하기 위해 법령에 등록의 유효기간을 규정하는 경우가 있다. 이 경우 등록 유효기간이 만료되기 전에 갱신 등록을 하도록 하는 등 연장에 관한 규정을 두도록 한다. 등록의 유효기간도 허가의 유효기간과 마찬가지로 유효기간 만료일 전에 갱신이나 연장에 관하여 미리 알려주거나 안내하는 규정을 두는 것이 좋다.

[입법례] 등록 유효기간 만료 전 갱신등록을 하도록 한 사례

관세사법

제7조(등록) ① 관세사 자격이 있는 사람이 통관업을 하고자 하는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 성명, 사무소명 및 해당 사무소 소재지, 「관세법」에 따른 세관공무원 직에 있다가 퇴직한 자(이하 “공직퇴임관세사”라 한다)인지 여부, 자격증번호 등을 등록신청서에 기재하여 관세청장에게 등록하여야 한다.

② (생략)

③ 제1항에 따른 등록은 대통령령으로 정하는 바에 따라 갱신할 수 있다. 이 경우 갱신기간은 적어도 3년 이상으로 한다.

관세사법 시행령

제16조(관세사의 등록과 갱신) ① (생략)

② 법 제7조제3항에 따른 갱신기간은 5년으로 하며, 등록을 갱신하려는 사람은 등록의 유효기간이 끝나는 날의 1개월 전까지 제1항 각 호의 사항 및 등록번호가 기재된 기획재정부령으로 정하는 등록갱신신청서를 관세청장에게 제출해야 한다.

③ 관세청장은 제1항에 따라 관세사의 등록을 한 자에게 등록을 갱신하려면 등록의 유효기간이 끝나는 날의 1개월 전까지 등록갱신을 신청하여야 한다는 사실과 갱신절차를 등록기간이 끝나는 날의 2개월 전까지 휴대폰에 의한 문자전송, 전자메일, 팩스, 전화, 문서 등으로 미리 알려야 한다.

④·⑤ (생략)

바. 등록 사항의 변경

등록한 사항의 변경을 허용하려는 경우에는 등록 사항의 변경에 관한 규정을 두도록 한다. 등록받은 사항을 변경하는 경우에도 변경등록을 받도록 하는 것이 원칙이다.

그러나 경우에 따라서는 모든 등록 사항을 변경등록의 대상으로 하지 않고 중요한 변경 사항만 등록하도록 하고 경미한 사항은 신고하게 하거나 아예 별도의 절차 없이 변경할 수 있도록 규정하기도 한다.¹⁵¹⁾

151) 「건설산업기본법」에 따른 건설업등록의 경우와 같이 등록사항의 변경에 관한 규정을 두는 대신 건설업 등록증 또는 건설업등록수첩의 기재사항을 변경하도록 하는 사례(「건설산업기본법」 제9조의2제2항)도 있다.

사. 등록증의 발급

등록을 한 경우 반드시 등록증을 발급한다는 규정을 둘 필요는 없으며, 등록증을 발급한다는 규정을 둘 경우에도 이를 법률에서 직접 규정할 필요는 없고 대통령령이나 총리령·부령에서 규정해도 무방하다.

그러나 법률에서 등록증의 대여를 금지하는 규정을 두는 경우에는 법률에 등록증의 발급에 관한 규정을 두도록 한다.

[입법례] 등록증 대여 금지를 규정한 사례

건설산업기본법

제9조의2(등록증의 발급 등) ① 국토교통부장관은 건설업 등록을 하면 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 건설업 등록증 및 건설업 등록수첩을 발급하여야 한다.

②·③ (생략)

제21조(건설업 등록증 등의 대여 및 알선 등 금지) ① 건설사업자는 다른 사람에게 자기의 성명이나 상호를 사용하여 건설공사를 수급 또는 시공하게 하거나 건설업 등록증 또는 건설업 등록수첩을 빌려주어서는 아니 된다.

② 누구든지 건설사업자로부터 그 성명이나 상호를 빌려 건설공사를 수급 또는 시공하거나 건설업 등록증 또는 건설업 등록수첩을 빌려서는 아니 된다.

③·④ (생략)

제95조의2(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. (생략)

2. 제21조제1항 또는 제2항을 위반하여 다른 사람에게 자기의 성명이나 상호를 사용하여 건설공사를 수급 또는 시공하게 한 건설사업자와 그 상대방, 건설업 등록증이나 건설업 등록수첩을 빌려준 건설사업자와 그 상대방

3. ~ 5. (생략)

아. 등록을 한 자의 지위 승계와 행정처분 효과의 승계

등록을 한 자의 지위 승계와 행정처분 효과의 승계에 관한 사항은 영업허가의 경우와 유사하다.

한편 사업자가 위반행위에 따른 행정제재를 회피하기 위해 행정제재가 있기 전에 폐업했다가 일정 기간이 지난 후 다시 등록하는 사례가 있다. 이러한 사례를 막기 위해 폐업신고한 사업자가 다시 등록을 할 때에는 종전의 사업자 지위를 승계하도록 하고, 종전의 위반행위에 따른 행정제재를 할 수 있도록 규정하는 경우도 있다.

[입법례]

건설산업기본법

제85조의2(건설업자의 지위 승계 등) ① 제20조의2에 따른 폐업신고로 건설업 등록이 말소된 자가 제9조에 따라 6개월 이내에 다시 건설사업자로 등록한 경우로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 건설사업자는 폐업신고 전의 건설사업자의 지위를 승계한다.

1. 말소 당시에 등록한 업종과 동일한 업종의 건설업을 다시 등록하는 경우
2. 말소 당시의 업종과 업무내용이 전부 또는 일부 중복되는 다른 업종의 건설업을 등록하는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
- ② 제1항에 따라 건설사업자의 지위를 승계한 자에 대하여는 폐업신고 전의 건설사업자에 대한 행정처분의 효과가 승계된다.
- ③ 국토교통부장관은 제1항에 따라 폐업신고 전의 건설사업자의 지위를 승계한 자에 대하여 폐업신고 전의 위반행위를 사유로 제81조, 제82조, 제82조의2 및 제83조에 따른 시정명령, 영업정지 또는 등록말소 등을 할 수 있다.

자. 등록취소(말소), 영업정지 등

등록의 취소, 영업정지 등에 관한 사항은 영업허가의 경우와 유사하다. ‘등록’을 “약한 의미의 허가”라는 뜻으로 사용하는 경우에는 허가의 경우와 마찬가지로 “등록취소”라는 용어를 사용한다. 등록의 취소는 상대방에게 불이익을 주는 것이므로, 청문 규정을 같이 두도록 한다.

한편, 강학상 ‘등록’으로서 “일정한 사항을 공부에 기재한다”는 뜻으로 사용하는 경우에는 “공부(公簿)에서 지운다”는 의미의 “등록말소”라는 용어를 사용한다.

[입법례] ‘등록취소’로 표현한 사례

건설기술 진흥법

제31조(건설엔지니어링사업자의 등록취소 등) ① 시·도지사는 건설엔지니어링사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 등록을 취소하거나 1년 이내의 기간을 정하여 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호부터 제5호까지의 어느 하나에 해당하면 등록을 취소하여야 한다.

1. ~ 9. (생략)

② ~ ⑤ (생략)

제83조(청문) 국토교통부장관 또는 시·도지사는 이 법에 따른 지정 또는 등록을 취소하려면 청문을 하여야 한다.

[입법례] ‘등록말소’로 표현한 사례

공간정보의 구축 및 관리 등에 관한 법률

제82조(바다로 된 토지의 등록말소 신청) ① 지적소관청은 지적공부에 등록된 토지가 지형의 변화 등으로 바다로 된 경우로서 원상(原狀)으로 회복될 수 없거나 다른 지목의 토지로 될 가능성이 없는 경우에는 지적공부에 등록된 토지소유자에게 지적공부의 등록말소 신청을 하도록 통지하여야 한다.

② 지적소관청은 제1항에 따른 토지소유자가 통지를 받은 날부터 90일 이내에 등록말소 신청을 하지 아니하면 대통령령으로 정하는 바에 따라 등록을 말소한다.

③ (생략)

7. 신고

가. 신고 제도의 의의

1) 자기완결적 신고와 수리가 필요한 신고

현행법상 1,300여개에 달하는 신고는, 자기완결적 신고[수리(受理)가 필요 없는 신고]와 수리가 필요한 신고로 이원화되어 운영되고 있다.¹⁵²⁾

자기완결적 신고¹⁵³⁾는 어떤 사실의 존재나 행위자의 의사(意思)를 알리는 경우나 어떤 법률 상태의 존재 여부를 알리는 데 사용된다. 자기완결적(自己完結的) 행위로서 적법한 요건을 갖추어 행정기관에 도달하면 그 효력이 발생하며, 신고와 별도로 행정청이 수리(受理)해야만 효력이 발생하는 것은 아니다.¹⁵⁴⁾

이 경우 신고를 받은 행정기관은 신고사항에 해당되는지와 구비서류 등이 갖추어져 있는지 등을 확인할 수 있으나 법령에 정하지 않은 사유를 심사하여 이를 이유로 접수를 거부할

152) 그 밖에 행정청에 일정한 사항을 통지해야 하는 의무가 있는 신고가 아닌 정보제공적 신고가 있는데, 정보제공적 신고로는 대표적으로 「소방시설 설치 및 관리에 관한 법률」 제55조제1항에 따른 위반행위의 신고나 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제80조제2항에 따른 위반행위의 신고 등을 들 수 있다.

153) 「건축물관리법」 제34조에 따른 건축물 멸실신고 등을 그 예로 들 수 있다. 반면에, 대법원은 건축(건축) 신고불가취소 사건(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결)에서 건축신고를 자기완결적 성질의 신고로 보던 중전의 판례를 전원합의체 판결로 변경하여 인허가 의제의 효과를 수반하는 건축신고는 실제적 요건을 심사한 후 수리하여야 하는 ‘수리를 요하는 신고’라고 판시한 바 있다.

154) 「행정절차법」

제40조(신고) ① 법령등에서 행정청에 일정한 사항을 통지함으로써 의무가 끝나는 신고를 규정하고 있는 경우 신고를 관장하는 행정청은 신고에 필요한 구비서류, 접수기관, 그 밖에 법령등에 따른 신고에 필요한 사항을 게시(인터넷 등을 통한 게시를 포함한다)하거나 이에 대한 편람을 갖추어 두고 누구나 열람할 수 있도록 하여야 한다.

② 제1항에 따른 신고가 다음 각 호의 요건을 갖춘 경우에는 신고서가 접수기관에 도달된 때에 신고 의무가 이행된 것으로 본다.

1. 신고서의 기재사항에 흠이 없을 것
2. 필요한 구비서류가 첨부되어 있을 것
3. 그 밖에 법령등에 규정된 형식상의 요건에 적합할 것

③ 행정청은 제2항 각 호의 요건을 갖추지 못한 신고서가 제출된 경우에는 지체 없이 상당한 기간을 정하여 신고인에게 보완을 요구하여야 한다.

④ 행정청은 신고인이 제3항에 따른 기간 내에 보완을 하지 아니하였을 때에는 그 이유를 구체적으로 밝혀 해당 신고서를 되돌려 보내야 한다.

수 없다(「행정절차법」 제40조제2항 참조). 만약 행정기관이 적법한 요건을 갖춘 신고의 접수를 거부하더라도 신고로서의 효력이 발생한다. 반면에 수리가 필요한 신고는 행정청이 해당 신고를 형식적·실질적 요건을 모두 심사한 후 수리해야만 효력이 발생한다. 이처럼 양 제도의 법적 효력 발생방식과 시점에는 차이가 있다.

그럼에도, 개별 법률에서 규정하고 있는 신고가 자기완결적 신고인지 수리가 필요한 신고인지 불분명한 경우가 많다.¹⁵⁵⁾ 법제처는 이러한 문제점을 개선하기 위해서 2016년부터 신고제 합리화사업을 추진해 왔다.¹⁵⁶⁾ 법률에 규정된 신고제도 중 수리가 필요한 신고에는 신고의 수리에 관한 규정을 두어서 수리가 필요한 신고라는 점을 분명히 하도록 하고, 수리에 관한 규정이 없는 신고의 경우에는 해당 신고제를 자기완결적 신고로 보는 것으로 구분하였다. 따라서 신고제를 신설하는 경우에는 먼저 그 신고제의 성격을 명확히 확인하고 그 성격에 맞추어서 규정방식을 정해야 할 것이다.

[입법례] 자기완결적 신고의 사례

부동산 거래신고 등에 관한 법률

제3조(부동산 거래의 신고) ① 거래당사자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 계약을 체결한 경우 그 실제 거래가격 등 대통령령으로 정하는 사항을 거래계약의 체결일부터 30일 이내에 그 권리의 대상인 부동산등(권리에 관한 계약의 경우에는 그 권리의 대상인 부동산을 말한다)의 소재지를 관할하는 시장(구가 설치되지 아니한 시의 시장 및 특별자치시장과 특별자치도 행정시의 시장을 말한다)·군수 또는 구청장(이하 “신고관청”이라 한다)에게 공동으로 신고하여야 한다. 다만, 거래당사자 중 일방이 국가, 지방자치단체, 대통령령으로 정하는 자의 경우(이하 “국가등”이라 한다)에는 국가등이 신고를 하여야 한다.

1. 부동산의 매매계약

155) 대법원은 건축(건축)신고불가취소 사건(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결)에서 건축신고를 자기완결적 성질의 신고로 보던 중전의 판례를 전원합의체 판결로 변경하여 인허가 의제의 효과를 수반하는 건축신고는 실체적 요건을 심사한 후 수리하여야 하는 ‘수리를 요하는 신고’라고 판시하였다. 한편 대법원은 그 이전에 건축신고불허(또는 반려)처분취소 사건(대법원 2010. 11. 18. 선고 2008두167 판결)에서는 건축신고 반려행위의 처분성을 부인하던 중전 판례를 전원합의체 판결로 변경하여 항고소송의 대상인 처분으로 보았으나, 건축신고의 성질에 관하여는 판단하지 않았다.

156) 정부는 2016년부터 법률에 규정된 “자기완결적 신고”와 “수리가 필요한 신고”를 전수조사하고 이를 구분하여 수리가 필요한 신고 규정에는 신고 수리 관련 내용을 명시하도록 하는 ‘신고제 합리화 사업’을 추진하여 왔다. 총 218개 법률 개정안이 국회에 제출되어 2023년 12월 현재 198개의 법률이 국회를 통과하여 법률에 신고 수리에 관한 내용이 명시된 바 있다.

2. 「택지개발촉진법」, 「주택법」 등 대통령령으로 정하는 법률에 따른 부동산에 대한 공급계약
 3. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 지위의 매매계약
 - 가. 제2호에 따른 계약을 통하여 부동산을 공급받는 자로 선정된 지위
 - 나. 「도시 및 주거환경정비법」 제74조에 따른 관리처분계획의 인가 및 「빈집 및 소규모 주택 정비에 관한 특례법」 제29조에 따른 사업시행계획인가로 취득한 입주자로 선정된 지위
- ② ~ ⑦ (생략)

[입법례] 수리가 필요한 신고 사례

건축물의 분양에 관한 법률

- 제5조(분양신고) ① 분양사업자는 건축물을 분양하려는 경우에는 「건축법」 제11조에 따른 허가권자(이하 “허가권자”라 한다)에게 신고하여야 한다.
- ② 분양사업자는 제1항에 따라 분양신고를 할 때에는 신탁계약서, 대리사무계약서, 대지의 등기사항증명서 등 대통령령으로 정하는 서류를 갖추어 허가권자에게 제출하여야 한다. 다만, 허가권자가 「전자정부법」 제36조제1항에 따라 행정정보의 공동이용을 통하여 확인한 서류의 경우에는 그러하지 아니하다.
- ③ 허가권자는 분양신고의 내용을 검토하여 이 법에 적합한 경우에는 분양신고를 수리(受理)하고 그 사실을 분양사업자에게 통보하여야 한다.

2) 「행정기본법」의 제정에 따른 현행 법률의 정비

종전에는 수리가 필요한 신고에 해당하는 경우, 그 규정에 신고 수리에 관한 내용을 추가하는 방식으로 각 법률을 개정하여 수리가 필요한 신고와 자기완결적 신고를 구별하도록 법률을 정비해 왔으나, 모든 신고 관련 법률 규정을 한꺼번에 개정하는 데 한계가 있어 여전히 해석상 혼란이 발생할 수밖에 없는 상황이었다.

2021년 3월 「행정기본법」이 제정되면서 제34조¹⁵⁷⁾에서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생하도록 규정하여 수리가 필요

157) 「행정기본법」

제34조(수리 여부에 따른 신고의 효력) 법령등으로 정하는 바에 따라 행정청에 일정한 사항을 통지하여야 하는 신고로서 법률에 신고의 수리가 필요하다고 명시되어 있는 경우(행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우는 제외한다)에는 행정청이 수리하여야 효력이 발생한다.

하다고 명시되지 않은 신고는 원칙적으로 자기완결적 신고로 보도록 하였다. 이 규정은 2023년 3월 23일부터 효력이 발생하게 되므로, 그때까지 수리가 필요한 신고 제도 중에서 수리에 관한 규정을 두지 않은 경우에는 해당 법률을 개정하는 것이 필요하게 되었다.

다만, 「행정기본법」 제34조에서도 법률에 신고 수리에 관한 규정이 있더라도 행정기관의 내부 업무 처리 절차로서 수리를 규정한 경우에는 자기완결적 신고로 보도록 하고 있으므로, 행정기관 내부 업무처리 절차에 해당하는지에 대한 개별적인 판단은 필요할 것이다.¹⁵⁸⁾ 신고를 규정하면서 행정기관 내부 업무 처리 절차로서 수리를 같이 규정할 경우 해당 신고가 자기완결적 신고인지 수리가 필요한 신고인지가 명확하지 않으므로 행정기관 내부 업무 처리 절차라면 수리를 명시하지 않도록 한다.

3) 신고 제도 입안 시 유의 사항

수리가 필요한 신고 제도를 도입하는 경우에는 “○○○장관은 제○항에 따른 신고를 받은 경우 그 내용을 검토하여 이 법에 적합하면 신고를 수리하여야 한다.”와 같이 규정해 수리가 필요한 신고임을 명시하되, 허가 제도를 완화한 취지에 맞게 요건에 맞으면 자동적으로 수리될 정도로 일의적으로 명확하게 신고기준을 정해야 한다. 이 경우 신고기준은 등록보다도 완화된 것이므로 수리 여부가 거의 기계적으로 판단될 수 있도록 그 기준을 구성해야 한다.

수리가 필요한 신고에는 민원의 신속한 처리와 일선 행정기관의 적극행정을 유도하기 위해 수리 간주 규정을 두도록 한다. 다만, 국민의 생명이나 안전 등에 영향을 미칠 수 있는 사항이나 전문자격이 필요한 영업에 관한 사항의 경우에는 신고 수리 간주 규정을 두는 것에 신중할 필요가 있다.

[입법례] 수리 간주규정을 규정한 사례

내수면어업법
제11조(신고어업) ① 내수면에서 제6조 및 제9조에 따른 어업을 제외한 어업으로서 대통령령으로 정하는 어업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.

158) 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」 제21조제2항에 따른 출생·사망의 동(洞) 경유 신고에 따른 수리를 예로 들 수 있다.

- ② 사유수면에서 제6조제1항 각 호, 제9조제1항 각 호 또는 제1항에 따른 어업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다.
- ③ 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 제1항 또는 제2항에 따른 신고를 받은 날부터 5일 이내에 신고수리 여부를 신고인에게 통지하여야 한다.
- ④ 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장이 제3항에서 정한 기간 내에 신고수리 여부 또는 민원 처리 관련 법령에 따른 처리기간의 연장 여부를 신고인에게 통지하지 아니하면 그 기간이 끝난 날의 다음 날에 신고를 수리한 것으로 본다.
- ⑤ (생략)

수리의 요건을 전적으로 하위법령에 위임하는 경우도 있는데, 수리 여부가 국민에게 미치는 영향을 고려할 때 포괄위임금지의 원칙을 위반할 수 있으므로 이러한 입법은 피하도록 한다.¹⁵⁹⁾

수리가 필요한 신고 역시 그 본질은 허가이기 때문에 이 밖에 ‘금지-해제’의 구조가 유지되어야 한다는 것 등은 허가 제도에서의 입안·심사 요령과 같다.

나. 신고의 규정 형식

신고제를 규정할 때에는 먼저 “○○을 하려는 자는 ○○에게 신고하여야 한다”, “○○업을 하려는 자는 ○○에게 신고하여야 한다”와 같이 신고의무자, 신고 대상과 신고관청을 명시한 근거규정을 둔다. 신고 요건이나 신고 절차는 다른 조 또는 항에 따로 규정하는 것이 일반적이다. 영업신고의 경우에는 영업허가의 경우와 유사한 규정을 두게 된다.

159) 「국적법」

제13조(대한민국 국적의 선택 절차) ① 복수국적자로서 제12조제1항 본문에 규정된 기간 내에 대한민국 국적을 선택하려는 자는 외국 국적을 포기하거나 법무부장관이 정하는 바에 따라 대한민국에서 외국 국적을 행사하지 아니하겠다는 뜻을 서약하고 법무부장관에게 대한민국 국적을 선택한다는 뜻을 신고할 수 있다.

②·③ (생략)

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 신고의 수리(受理) 요건, 신고 절차, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[입법례]

건강기능식품에 관한 법률

제6조(영업의 신고 등) ① 삭제

② 제4조제1항제3호에 따른 건강기능식품판매업을 하려는 자는 총리령으로 정하는 바에 따라 영업소별로 제4조에 따른 시설을 갖추고 영업소의 소재지를 관할하는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 다만, 「약사법」 제20조에 따라 개설등록한 약국 또는 제4조제1항제4호에 따른 맞춤형건강기능식품판매업 영업자의 영업소에서 건강기능식품을 판매하는 경우에는 그러하지 아니하다.

③ ~ ⑨ (생략)

원칙적으로 허가를 받도록 하면서 경미한 행위는 허가를 받는 대신 신고만 하면 되도록 하는 것과 같이 허가제에 부수되는 형태로 신고를 규정하는 경우도 있다.

[입법례]

산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률

제36조(입목벌채등의 허가 및 신고 등) ① 산림(제19조에 따른 채종림등과 「산림보호법」 제7조에 따른 산림보호구역은 제외한다. 이하 이 조에서 같다) 안에서 입목의 벌채, 임산물(「산지관리법」 제2조제4호·제5호에 따른 석재 및 토사는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)의 굴취·채취(이하 “입목벌채등”이라 한다. 이하 같다)을 하려는 자는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장이나 지방산림청장의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항 중 대통령령으로 정하는 중요 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

② ~ ④ (생략)

⑤ 병해충·산불 등 자연재해를 입은 임목(林木)의 제거 등 대통령령으로 정하는 사유로 입목벌채등을 하려는 자는 제1항 및 제2항 단서에도 불구하고 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장이나 지방산림청장에게 신고하고 할 수 있다.

⑥ ~ ⑪ (생략)

다. 신고 요건과 신고 조건

신고의 경우에도 일정한 요건을 갖추어 신고하도록 하는 것이 일반적이다. 다만, 신고 영업의 성질상 신고 요건은 신청인에게 큰 부담을 주지 않는 것이 대부분이므로, 신고 요건을 대통령령으로 위임하는 경우보다는 총리령·부령에 위임하는 경우가 많다.

[입법례]

농약관리법

제3조의2(영업의 신고) ① 방제업 중 수출입식물방제업 또는 항공방제업(이하 “수출입식물방제업등”이라 한다)을 하려는 자는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 농림축산식품부장관에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 농림축산식품부령으로 정하는 중요한 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

②·③ (생략)

④ 수출입식물방제업등의 신고를 하려는 자는 농림축산식품부령으로 정하는 기준에 맞는 인력·시설·장비 등을 갖추어야 한다.

농약관리법 시행규칙

제6조의2(수출입식물방제업의 인력·시설·장비 등의 기준) ① 법 제3조의2제4항에 따른 수출입식물방제업의 인력·시설·장비 등의 기준은 별표 1의2와 같다.

② 법 제3조의2제4항에 따른 항공방제업의 인력·시설·장비 등의 기준은 별표 1의3과 같다.

신고영업의 경우에는 신고로써 절차가 완료되므로, 신고에 대해서는 조건을 붙일 수 없다. 조건을 붙여야 하는 영업이라면 처음부터 신고제로 할 것이 아니라 허가제로 해야 할 것이다.

라. 신고증명서의 발급

신고사실을 증명할 필요가 있는 경우에는 행정청이 신고를 받은 때에 신고인에게 신고증명서를 발급하도록 하는 규정을 둔다. 신고증명서 발급에 관한 규정은 총리령이나 부령에 규정하는 것이 일반적이거나 신고증명서 게시의무를 부과하려는 경우에는 법률에 규정하도록 한다.

[입법례]

학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률

제14조(교습소 설립·운영의 신고 등) ① 교습소를 설립·운영하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 신고자 및 교습자의 인적사항, 교습소의 명칭 및 위치, 교습과목, 교습비등을 교습소설립·운영신고서에 기재하여 교육감에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 교습자의 인적사항, 교습소의 명칭 및 위치, 교습과목, 교습비등, 그 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

②·③ (생략)

④ 교육감은 제1항에 따른 신고를 수리한 경우에는 교육부령으로 정하는 바에 따라 신고증명서를 발급하여야 한다.

⑤ 교습자는 제4항에 따라 발급받은 신고증명서를 교습소에 게시하여야 한다.

⑥ ~ ⑬ (생략)

마. 신고의 유효기간

신고 요건을 제대로 유지하고 있는지를 점검할 필요가 있는 경우에는 신고의 유효기간을 정할 수 있다. 신고의 유효기간을 법률에 직접 규정하지 않고 대통령령으로 위임하는 경우가 있는데, 이러한 경우에는 행정 목적과 민원인의 불편을 고려하여 법률에서 상한이나 하한의 기준을 정하는 것이 바람직하다. 신고의 유효기간을 법령에서 정하는 경우에는 유효기간의 갱신이나 연장에 관한 사항도 함께 규정하도록 한다.

[입법례] 갱신 신고를 규정한 사례

유선 및 도선 사업법

제5조(면허 또는 신고의 유효기간) ① 제3조에 따른 유선사업의 면허 또는 신고의 유효기간은 10년으로 하되, 연중 한시적으로 영업하는 경우에는 해당 연도로만 하며, 도선사업의 면허 또는 신고의 유효기간은 영구로 하되, 연중 한시적으로 영업하는 경우에는 5년으로 한다.

② 제1항에 따른 면허 또는 신고의 유효기간이 지난 후 계속하여 사업을 하려는 자는 행정안전부령 또는 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 면허를 갱신받거나 신고를 갱신하여야 한다.

③·④ (생략)

바. 신고사항의 변경

신고사항의 변경도 신고하도록 하는 것이 원칙이나, 경미한 사항은 아예 신고 없이 변경할 수 있도록 하는 경우도 있다.

[입법례] 신고사항을 변경하려면 모두 신고하도록 규정한 사례

유선 및 도선 사업법

제3조(사업의 면허 또는 신고) ① 유선사업 및 도선사업(이하 “유·도선사업”이라 한다)을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 유·도선의 규모 또는 영업구역에 따라 다음 각 호의 구분에 따른 관할관청의 면허를 받거나 관할관청에 신고하여야 한다. 면허 또는 신고사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

1. ~ 4. (생략)

② ~ ⑥ (생략)

[입법례] 중요한 사항의 변경만 신고하도록 규정한 사례

식품위생법

제37조(영업허가 등) ① ~ ③ (생략)

④ 제36조제1항 각 호에 따른 영업 중 대통령령으로 정하는 영업을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업 종류별 또는 영업소별로 식품의약품안전처장 또는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 대통령령으로 정하는 중요한 사항을 변경하거나 폐업할 때에도 또한 같다.

⑤ ~ ⑬ (생략)

사. 영업정지, 영업장 폐쇄와 신고효력 상실

허가업이나 등록업의 경우 사업자의 위반행위에 대해 허가 또는 등록을 취소할 수 있지만, 취소 대상인 행정처분이 존재하지 않는 신고업의 경우에는 일종의 완화된 형태의 허가과 같은 성격을 지녔더라도 사업자의 위반 행위에 대해 영업 정지나 영업장 폐쇄와 같은 방법을

택하게 된다.¹⁶⁰⁾ 이 경우 영업장이 폐쇄된 후 다시 신고를 하고 그 자리에서 동일한 영업을 영위하는 것을 허용하면 영업장 폐쇄의 실효성이 없게 되므로, 영업장 폐쇄명령을 받은 후 일정 기간은 동일한 장소에서 그 영업과 같은 종류의 영업을 할 수 없도록 하는 규정을 둔다. 영업장 폐쇄를 할 때에는 원칙적으로 청문을 하도록 하는 규정을 두도록 한다.

[입법례] 영업정지나 영업장 폐쇄를 규정한 사례

양곡관리법
<p>제19조(양곡가공업의 신고) ① 대통령령으로 정하는 양곡가공업을 하려는 자는 농림축산식품부령으로 정하는 시설을 갖추어 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 신고하여야 한다. 신고한 사항 중 대통령령으로 정하는 사항을 변경하려는 경우에도 또한 같다.</p> <p>② ~ ⑦ (생략)</p> <p>제21조(영업정지 등) ① 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장은 제19조 제1항에 따라 신고를 한 양곡가공업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 6개월 이내의 범위에서 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 영업을 정지하거나 영업소 폐쇄를 명할 수 있다. 다만, 제3호 또는 제12호에 해당하면 영업소 폐쇄를 명하여야 한다.</p> <p>1. 2. (생략)</p> <p>3. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제19조제1항 전단에 따른 신고를 한 자</p> <p>4. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제19조제1항 후단에 따른 변경 신고를 한 자</p> <p>5. ~ 11. (생략)</p> <p>12. 영업을 정지명령을 위반하여 계속 영업을 하는 경우</p> <p>13. (생략)</p> <p>②·③ (생략)</p> <p>제28조(청문) 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 구청장은 제21조에 따라 양곡가공업자에게 영업소의 폐쇄를 명하려면 청문을 하여야 한다.</p>

신고의 효력을 상실시키는 규정을 두는 경우도 있다. 신고의 효력 상실은 영업장 폐쇄와 동일한 효력을 가지므로 청문에 관한 규정을 두도록 한다.

160) 현행법에서도 온천발견신고(「온천법」 제21조), 공동주택의 입주자 등의 각종 공동주택 관련 행위 신고(「공동주택관리법」 제35조), 물품 수출신고(「관세법」 제251조), 의료기기 수입업자의 의료기기 수입 신고(「의료기기법」 제15조 및 제43조의2)와 같이 수리를 요하는 것으로 규정하면서 수리를 취소할 수 있다는 규정을 두기도 한다.

[입법례]

건축사법

제28조(건축사사무소개설신고의 효력상실처분 등) ① 시·도지사는 건축사사무소개설자 또는 그 소속 건축사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 건축사사무소개설신고의 효력상실처분을 하거나 1년 이내의 기간을 정하여 그 업무정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호, 제2호, 제4호 및 제5호에 해당하는 경우에는 건축사사무소개설신고의 효력상실처분을 하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 건축사사무소개설신고를 한 사실이 드러난 경우
2. 제18조의3에 따라 건축사사무소개설자의 자격등록이 취소된 경우
3. (생략)
4. 건축물의 구조상 안전에 관한 규정을 위반하여 설계 또는 공사감리를 함으로써 사람을 죽거나 다치게 한 경우
5. 연 2회 이상 업무정지명령을 받고 그 정지기간이 통틀어 1년을 초과하는 경우
6. ~ 8. (생략)

②·③ (생략)

제28조의2(청문) 국토교통부장관 또는 시·도지사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하려면 청문을 하여야 한다.

1. 2. (생략)
3. 제28조에 따른 건축사사무소개설신고의 효력상실처분

수리가 필요한 신고에 대하여 신고의 수리를 취소할 수 있다는 규정을 두기도 한다.

[입법례]

의료기기법

제43조의2(의료기기 제조허가 등의 취소) ① 식품의약품안전처장은 제6조제2항 또는 제15조제2항에 따라 허가 또는 인증을 받거나 신고한 의료기기가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 허가·인증 또는 신고 수리를 취소할 수 있다. (단서 생략)

1. 2 (생략)
- ② (생략)

아. 신고 위반에 대한 제재

신고의무를 위반한 경우에는 과태료를 부과하는 것이 일반적이지만 신고사항이 정책적으로 매우 중요한 경우에는 신고 위반에 대한 제재로서 형벌을 부과하기도 한다.

[입법례] 제재로서 과태료를 규정한 사례

광업법
제104조(과태료) ① (생략) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게는 200만원 이하의 과태료를 부과한다. 1. 제42조의2제3항(제61조에서 준용하는 경우를 포함한다)에 따른 채굴의 재개(再開) 신고를 하지 아니하거나 거짓된 신고를 한 자 2. (생략) ③·④ (생략)

[입법례] 제재로서 형벌을 규정한 사례

축산물 위생관리법
제22조(영업의 허가) ① ~ ④ (생략) ⑤ 제1항에 따라 허가를 받은 자가 그 영업을 휴업, 재개업 또는 폐업하거나 허가받은 사항 중 제2항 각 호에서 정하는 사항 외의 경미한 사항을 변경하려는 경우에는 총리령으로 정하는 바에 따라 시·도지사 또는 시장·군수·구청장에게 신고하여야 한다. ⑥ ~ ⑧ (생략)
제45조(벌칙) ① ~ ⑤ (생략) ⑥ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다. 1. ~ 7. (생략) 8. 제22조제5항을 위반하여 신고를 하지 아니한 자 9. ~ 12. (생략) ⑦ (생략)

8. 지정

가. 지정 제도의 의의

지정은 현행법상 빈번하게 사용되는 용어 중 하나이나 다양한 성격과 형태로 사용되고 있어 일관된 원칙을 찾기 어렵다. 현행 지정 제도는 ① 기존 인허가나 특허로서의 지정, ② 행정 업무의 부여를 위한 지정, ③ 지원·육성 대상의 선정을 위한 지정, ④ 규제 대상 선정을 위한 지정 등으로 다양하게 사용되고 있고, 여러 가지 성격이 혼합되어 규정되어 있는 경우도 있다.¹⁶¹⁾

지정 제도는 이론적으로 정립되어 있지 않을 뿐만 아니라 여러 가지 성격들이 지정이라는 같은 명칭으로 사용되고 있어 해석이나 운영상 논란이 될 수 있으므로 입법과정에서 지정 제도 도입을 확대하는 것은 문제가 있다.¹⁶²⁾

나. 기존 인허가나 특허로서의 지정

지정이 영업규제로서의 성격을 가지고 있어 특허·허가·인가 등의 법적 효과가 나타나는 경우가 있다. 연혁적으로 국가 독점사업이었던 것을 일반 영업자에게 할 수 있도록 하면서 일반 사업자를 지정하여 해당 영업을 할 수 있도록 하여 종래에 다른 인허가와 구분하려는 목적으로 지정이라는 용어를 사용한 것으로 이해된다.

[입법례]

담배사업법

제16조(소매인의 지정) ① 담배소매업(직접 소비자에게 판매하는 영업을 말한다)을 하려는 자는 사업장의 소재지를 관할하는 시장·군수·구청장으로부터 소매인의 지정을 받아야 한다.
②·③ (생략)

161) 그 밖에 문화재보호구역 지정이나 지하수보전구역 지정과 같이 공공적인 필요에 따라 재산권을 제한하기 위하여 특정 토지를 “지정”하는 경우도 있다.

162) 특히 지정 제도를 도입하려는 의도라기보다는 행정기관이 특정한 대상을 정한다는 의미에서 지정이라고 표현하는 경우가 있는데, 이런 경우라면 “○○○장관이 정하는 기관”과 같이 표현하여 다른 지정 제도와 구분하는 것이 바람직하다.

그리고 국가독점사업이었던 것은 아니지만 행정청의 관리 필요성이 크다고 판단되는 경우에도 인허가로서 지정 방식을 취하기도 한다.

[입법례]

공인중개사법
제24조(부동산거래정보망의 지정 및 이용) ① 국토교통부장관은 개업공인중개사 상호간에 부동산 매매 등에 관한 정보의 공개와 유통을 촉진하고 공정한 부동산거래질서를 확립하기 위하여 부동산거래정보망을 설치·운영할 자를 지정할 수 있다. ② ~ ⑧ (생략)

특정 사업활동에 대해 어떠한 인허가 방식을 취할 것인지는 입법정책에 관한 문제이긴 하나, 동일한 용어가 개별 법률마다 각각 다른 의미로 사용되는 것은 일반인은 물론 법을 집행하는 공무원에게도 혼란스러우므로 해당 영업이 특허적 성격을 가지고 있는 경우라면 특허나 특허의 의미를 가지는 ‘면허’로 규정하는 것이 타당하다.

특히 지정의 경우는 위에서 설명했듯이 행정업무의 부여나 지원 대상을 선정하기 위해 사용되는 등 다양하게 활용되고 있고, 지정이라는 형식의 규제의 정도와 인허가로서의 성격이 명확하지 않으므로 이를 도입하는 것은 제한할 필요가 있다. 따라서 특별한 사유가 없으면, 허가, 인가, 신고, 등록 등 일반적인 인허가로 규정하도록 한다.

지정 제도를 규정하더라도 인허가로서의 지정은 인허가와 유사한 성격을 가지고 있으므로 인허가에 대한 법령 입안·심사 기준에 따라 지정기준, 절차, 취소 기준과 제재 등은 법률에 근거를 두어야 한다. 지정기준 등이 복잡하여 하위법령에 위임하려는 경우에도 중요한 사항은 반드시 법률에서 직접 규정하고, 위임규정을 두도록 한다.

[입법례] 지정기준, 지정취소기준¹⁶³⁾ 등을 규정한 사례

공인중개사법
제24조(부동산거래정보망의 지정 및 이용) ① 국토교통부장관은 개업공인중개사 상호간에 부동산 매매 등에 관한 정보의 공개와 유통을 촉진하고 공정한 부동산거래질서를 확립하기 위하여

163) 지정취소 사유로 ‘스스로 지정취소를 원하여 요청하는 경우’를 별도로 규정하는 입법례가 있으나(「기술의 이전 및 사업화 촉진에 관한 법률」 제10조제3항제4호, 「개인정보 보호법」 제33조제7항제2호 등), 수익적 처분의 철회는 법적 근거 없이도 가능한 점, 기존 대다수의 입법례에서 이와 같은 규정을 두고 있지 않은 점에 비추어, 별도의 지정취소 사유로 두지 않는 것을 원칙으로 한다.

부동산거래정보망을 설치·운영할 자를 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 지정을 받을 수 있는 자는 「전기통신사업법」의 규정에 의한 부가통신사업자로서 국토교통부령으로 정하는 요건을 갖춘 자로 한다.

③ 제1항에 따라 지정을 받은 자(이하 “거래정보사업자”라 한다)는 지정받은 날부터 3개월 이내에 부동산거래정보망의 이용 및 정보제공방법 등에 관한 운영규정(이하 “운영규정”이라 한다)을 정하여 국토교통부장관의 승인을 얻어야 한다. 이를 변경하고자 하는 때에도 또한 같다.

④ 거래정보사업자는 개업공인중개사로부터 공개를 의뢰받은 중개대상물의 정보에 한정하여 이를 부동산거래정보망에 공개하여야 하며, 의뢰받은 내용과 다르게 정보를 공개하거나 어떠한 방법으로든지 개업공인중개사에 따라 정보가 차별적으로 공개되도록 하여서는 아니된다.

⑤ 국토교통부장관은 거래정보사업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소할 수 있다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정을 받은 경우
 2. 제3항의 규정을 위반하여 운영규정의 승인 또는 변경승인을 받지 아니하거나 운영규정을 위반하여 부동산거래정보망을 운영한 경우
 3. 제4항의 규정을 위반하여 정보를 공개한 경우
 4. 정당한 사유 없이 지정받은 날부터 1년 이내에 부동산거래정보망을 설치·운영하지 아니한 경우
 5. 개인인 거래정보사업자의 사망 또는 법인인 거래정보사업자의 해산 그 밖의 사유로 부동산거래정보망의 계속적인 운영이 불가능한 경우
- ⑥ 국토교통부장관은 제5항제1호부터 제4호까지의 규정에 의하여 거래정보사업자 지정을 취소하고자 하는 경우에는 청문을 실시하여야 한다.

⑦·⑧ (생략)

다. 행정업무의 부여를 위한 지정

지정 규정 중에는 행정청이 일정한 요건을 갖춘 자를 지정하여 일정한 행정업무를 수행하게 하는 경우가 있다. 대표적으로 각종 검사나 인증을 위해 전문적인 검사기관이나 인증기관을 지정하는 경우를 들 수 있다.

행정업무 부여를 위한 지정의 경우, 해당 기관을 ‘지정’하는 표현만을 두는 입법례도 있으나, 기관의 지정과 함께 해당 업무를 ‘대행’ 또는 ‘위탁’하는 표현까지 두는 입법례도 많다. 이 경우 ‘지정’은 행정업무를 수행할 수 있는 기관을 정하는 행위이며, 행정업무를 수행하는

권한은 대행 또는 위탁의 방식을 통해 부여받는다고 할 것이므로, 행정업무를 수행하는 기관의 지정과 함께, 대행 또는 위탁이라는 표현을 사용하여 지정기관이 행정업무를 수행하게 되는 근거 및 업무수행 방식을 분명히 해 줄 필요가 있다.

[입법례] 지정 표현만 사용한 사례

산업표준화법

제13조(인증기관의 지정) ① 산업통상부장관은 산업표준화를 효율적으로 추진하기 위하여 광공업품(가공기술을 포함한다. 이하 같다) 또는 서비스가 한국산업표준에 적합함을 인증하는 기관(이하 “인증기관”이라 한다)을 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 인증기관으로 지정받으려는 자는 인증업무 수행에 필요한 조직·사무소 및 제18조에 따른 인증심사원을 갖추어 산업통상부장관에게 그 지정을 신청하여야 한다.

③ 산업통상부장관은 제1항에 따라 인증기관을 지정하는 경우에는 당해 인증기관이 수행할 인증업무의 범위를 함께 지정하여야 한다.

④ 인증기관의 지정기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 산업통상부령으로 정한다.

[입법례] 지정과 대행을 함께 규정한 사례

농수산물 품질관리법

제89조(수산물검사기관의 지정 등) ① 해양수산부장관은 제88조에 따른 검사 업무나 제96조에 따른 재검사 업무를 수행할 수 있는 생산자단체 또는 「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립된 식품위생 관련 기관을 수산물검사기관으로 지정하여 검사 또는 재검사 업무를 대행하게 할 수 있다.

② 제1항에 따른 수산물검사기관으로 지정받으려는 자는 검사에 필요한 시설과 인력을 갖추어 해양수산부장관에게 신청하여야 한다.

③ 제1항에 따른 수산물검사기관의 지정기준, 지정절차 및 검사 업무의 범위 등에 필요한 사항은 해양수산부령으로 정한다.

재해경감을 위한 기업의 자율활동 지원에 관한 법률

- 제8조의2(인증대행기관의 지정 등) ① 행정안전부장관은 제7조에 따른 우수기업 인증을 효율적으로 추진하기 위하여 인증을 대행하는 전문기관(이하 “인증대행기관”이라 한다)을 지정할 수 있다.
- ② 행정안전부장관은 제1항에 따라 인증대행기관을 지정하는 경우에는 제9조에 따른 인증대행기관의 업무 중에서 해당 인증대행기관이 수행할 인증대행업무의 범위를 정하여 지정할 수 있다.
- ③ 인증대행기관의 지정 기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

이러한 유형의 지정은 국민에 대한 행정업무 수행 주체 등에 관한 사항으로 지정과 관련된 중요한 사항(지정 기준, 취소 기준, 비용 부담, 감독 규정 등)에 대해서는 해당 법률에 근거를 두어야 한다. 지정 요건 등이 복잡하여 하위법령에 위임하려는 경우에도 중요한 사항은 법률에서 직접 규정하고, 위임규정을 두도록 한다.

[입법례] 지정 기준, 취소 기준 등을 규정한 사례

기상관측표준화법

- 제14조(검정대행기관의 지정 등) ① 기상청장은 제13조에 따른 검정업무를 전문적으로 수행하기 위하여 기상측기를 검정할 수 있는 기관을 지정하여 검정업무의 전부 또는 일부를 대행하게 할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 지정을 받으려는 자는 대통령령으로 정하는 검정요원 및 검정설비를 갖추어 기상청장에게 신청하여야 한다.
- ③ 제1항에 따른 지정의 기준 및 방법에 관하여 필요한 사항은 기후에너지환경부령으로 정한다.
- ④ 기상청장은 제1항에 따라 지정된 기관(이하 “검정대행기관”이라 한다)의 적절성 유지 여부를 확인하기 위하여 검정대행기관을 출입·조사할 수 있으며, 관련 자료의 제출을 요청할 수 있다.
- ⑤ 기상청장은 제4항에 따른 조사 결과, 검정대행기관의 검정업무 수행이 부적합하다고 인정되는 경우에는 그 결과를 통보하고 개선을 요청하여야 한다.
- ⑥ 기상청장은 검정대행기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 3개월 이내의 기간을 정하여 시정을 명하여야 한다.
1. 제13조에 따른 검정기준을 위반하여 검정업무를 대행한 경우
 2. 제3항에 따른 지정 기준에 미달한 경우
 3. 제5항에 따른 개선 요청에 따르지 아니한 경우
 4. 제22조의2에 따른 검정수수료 기준을 위반하여 제13조제1항 또는 제2항의 검정업무를

대행한 경우

제15조(검정대행기관의 지정 취소 등) ① 기상청장은 검정대행기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 검정업무의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우에는 지정을 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정을 받은 경우
 2. 제14조제6항에 따른 시정명령을 이행하지 아니한 경우
- ② (생략)

지정기관이 행정업무를 행사하게 된다는 점에서 지정기관 임직원을 공무원으로 의제하는 규정을 두는 것도 검토할 필요가 있다.¹⁶⁴⁾

라. 지원·육성 대상 기관으로 선정하는 지정

공익을 위해 필요한 사업이나 자생적인 영업능력이 부족하지만 국가가 적극적으로 지원·육성하는 것이 필요한 사업의 경우에 특정한 기관을 지정하여 그 기관이 활동을 계속하면서 발전할 수 있도록 국가적 지원을 해 주는 경우가 있다.

이러한 지정의 경우 대부분 지정할 수 있는 근거만을 법률에 두고, 기준이나 절차는 하위 법령에 위임하게 된다. 이 경우 지정이라는 명칭을 도입하는 것은 다른 지정 제도와 혼동될 수 있으므로 “선정하여 지원할 수 있다” 등으로 표현하여 다른 지정 제도와 구분하는 것이 바람직하다.

[입법례] 선정하여 지원할 수 있도록 규정한 사례

1인 창조기업 육성에 관한 법률

제12조(아이디어의 사업화 지원) ① 정부는 사업 성공 가능성이 높은 아이디어를 가진 1인 창조기업을 선정하여 아이디어의 사업화를 위한 지원을 할 수 있다.

② 정부는 제1항에 따라 아이디어의 사업화 지원 대상으로 선정된 1인 창조기업이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 선정을 취소할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우에는 선정을 취소하여야 한다.

1. 선정된 1인 창조기업이 아이디어의 도용(盜用) 등 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 선정

164) 「공공폐자원관리시설의 설치·운영 및 주민지원 등에 관한 특별법」 제40조, 「물류정책기본법」 제70조 등

된 경우

2. 선정된 1인 창조기업이 사업화를 포기한 경우
 3. 선정된 1인 창조기업의 책임 있는 사유로 사업화가 지연되어 처음에 기대하였던 성과를 거두기 곤란하거나 선정된 1인 창조기업이 사업화를 완수할 능력이 없다고 인정되는 경우
 4. 부도·폐업 등의 사유로 선정된 1인 창조기업이 사업화를 계속 수행하는 것이 불가능하거나 계속 수행할 필요가 없다고 인정되는 경우
- ③ 제1항에 따른 선정의 기준·절차 및 제2항에 따른 선정취소의 절차, 지원의 범위 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

마. 규제 대상의 특정을 위한 지정

공익을 위해 국가나 지방자치단체의 특별한 감독이 필요한 경우 해당 기관을 지정하고, 그 기관에 대해 국가가 특별한 규제를 하는 경우가 있다. 이러한 지정은 일종의 행정명령과 같은 법적 성격을 가지게 된다. 법 적용 대상자를 상황 변화에 따라 신속하게 정하기 위해 법 적용 대상자의 범위를 개별 처분의 형식으로 결정하여 당사자에게 통지하거나 고시하게 된다.

[입법례]

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제31조(상호출자제한기업집단등의 지정 등) ① 공정거래위원회는 대통령령으로 정하는 바에 따라 산정한 자산총액이 5조원 이상인 기업집단을 대통령령으로 정하는 바에 따라 공시대상기업집단으로 지정하고, 지정된 공시대상기업집단 중 자산총액이 국내총생산액의 1천분의 5에 해당하는 금액 이상인 기업집단을 대통령령으로 정하는 바에 따라 상호출자제한기업집단으로 지정한다. 이 경우 공정거래위원회는 지정된 기업집단에 속하는 국내 회사와 그 회사를 지배하는 동일인의 특수관계인인 공익법인에 지정 사실을 대통령령으로 정하는 바에 따라 통지하여야 한다.

② 제21조부터 제30조까지 및 제47조는 제1항 후단에 따른 통지(제32조제4항에 따른 편입 통지를 포함한다)를 받은 날부터 적용한다.

③ ~ ⑥ (생략)

공공기관의 운영에 관한 법률

제6조(공공기관 등의 지정 절차) ① 재정경제부장은 매 회계연도 개시 후 1개월 이내에 공공기관을 새로 지정하거나, 지정을 해제하거나, 구분을 변경하여 지정한다. 다만, 회계연도 중이라도 다음 각 호의 구분에 따라 공공기관을 새로 지정하거나, 지정을 해제하거나, 구분을 변경하여 지정할 수 있다.

1. 2. (생략)

②재정경제부장은 제1항의 규정에 따라 공기업·준정부기관과 기타공공기관을 새로 지정하거나 지정해제 또는 변경지정하는 때에는 관계 법령에 따라 그 공기업·준정부기관과 기타공공기관의 업무를 관장하는 행정기관(이하 “주무기관”이라 한다)의 장과 협의한 후, 제8조의 규정에 따른 공공기관운영위원회의 심의·의결을 거쳐야 한다.

③재정경제부장은 제1항 및 제2항의 규정에 따라 공기업·준정부기관과 기타공공기관을 새로 지정하거나 지정해제 또는 변경지정할 경우 이를 고시하여야 한다. 이 경우 필요하다고 인정하는 때에는 기존의 공기업·준정부기관과 기타공공기관을 함께 고시할 수 있다.

④공기업·준정부기관과 기타공공기관의 지정(변경지정을 포함한다)·지정해제와 고시 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

이러한 지정 규정에서 지정 요건이 추상적이어서 지정 여부가 불분명하게 되면 피지정 기관과 그 거래 상대방에게 예측하지 못한 피해를 발생시킬 수 있으므로, 법령만으로 당사자가 지정 여부를 예측할 수 있을 정도로 지정의 기준을 명확하게 규정하도록 한다.

9. 인허가 등의 의제

가. 인허가 의제의 의의

주된 인허가를 받으면 다른 법률에 따른 관련 인허가 등을 함께 받은 것으로 간주하는 것을 ‘인허가 의제’라 한다. 각종 개발사업을 시행하는 경우 농지전용허가, 산지전용허가, 도로점용허가 등 여러 법률에 규정된 인허가를 받아야 하는 번거로움이 있는데, 대규모사업의 경우에는 이러한 인허가를 받는 데에 소요되는 시간과 비용이 커서 사업의 신속한 시행에 부담이 되는 경우가 많다. 그래서 여러 법률에 규정된 인허가를 받는 데에 소요되는 시간과 비용을 줄이기 위해 인허가 의제 제도가 도입되었다.¹⁶⁵⁾

현재는 개발사업에 관한 법률은 물론 개발사업과 별로 관련이 없는 법률에도 인허가 의제 제도가 많이 도입되어 있다.

나. 인허가 의제의 규정 방식

인허가 의제에 관하여는 「행정기본법」 제24조부터 제26조까지의 규정에서 일반적 기준, 절차, 효과 등을 정하고 있으므로,¹⁶⁵⁾ 개별법에서는 「행정기본법」과 중복되는 내용을 규정할 필요가 없다. 다만, 「행정기본법」에 없는 내용¹⁶⁷⁾을 정하거나 「행정기본법」의 내용과 달리 정할 필요가 있는 경우에는 개별법에 명시적으로 규정하여야 한다. 「행정기본법 시행령」과 달리 규정하려는 경우에는 개별법이나 개별법에서 위임을 받은 대통령령에 규정을 둘 수 있다.

165) 인허가 의제 제도가 본격적으로 도입된 법률은 1973. 12. 24. 제정·공포된 「산업기지개발촉진법」이다. 이 법에서는 산업기지개발사업에 관한 실시계획승인을 받으면 도시계획사업시행자지정, 도시계획사업실시계획인가, 수도사업인가, 공공하수도사업허가, 공유수면점용허가, 하천공사시행허가 등 11개 법률에 따른 15개의 인허가를 받은 것으로 보도록 하였다.

166) 「행정기본법」

제24조(인허가의제의 기준) ① 이 절에서 “인허가의제”란 하나의 인허가(이하 “주된 인허가”라 한다)를 받으면 법률로 정하는 바에 따라 그와 관련된 여러 인허가(이하 “관련 인허가”라 한다)를 받은 것으로 보는 것을 말한다.

② 인허가의제를 받으려면 주된 인허가를 신청할 때 관련 인허가에 필요한 서류를 함께 제출하여야 한다. 다만, 불가피한 사유로 함께 제출할 수 없는 경우에는 주된 인허가 행정청이 별도로 정하는 기한까지 제출할 수 있다.

③ 주된 인허가 행정청은 주된 인허가를 하기 전에 관련 인허가에 관하여 미리 관련 인허가 행정청과 협의하여야 한다.

④ 관련 인허가 행정청은 제3항에 따른 협의를 요청받으면 그 요청을 받은 날부터 20일 이내(제5항 단서에 따른 절차에 걸리는 기간은 제외한다)에 의견을 제출하여야 한다. 이 경우 전단에서 정한 기간(민원 처리 관련 법령에 따라 의견을 제출하여야 하는 기간을 연장한 경우에는 그 연장한 기간을 말한다) 내에 협의 여부에 관하여 의견을 제출하지 아니하면 협의가 된 것으로 본다.

⑤ 제3항에 따라 협의를 요청받은 관련 인허가 행정청은 해당 법령을 위반하여 협의에 응해서는 아니 된다. 다만, 관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등 절차에 관하여는 법률에 인허가의제 시에도 해당 절차를 거친다는 명시적인 규정이 있는 경우에만 이를 거친다.

제25조(인허가의제의 효과) ① 제24조제3항·제4항에 따라 협의가 된 사항에 대해서는 주된 인허가를 받았을 때 관련 인허가를 받은 것으로 본다.

② 인허가의제의 효과는 주된 인허가의 해당 법률에 규정된 관련 인허가에 한정된다.

제26조(인허가의제의 사후관리 등) ① 인허가의제의 경우 관련 인허가 행정청은 관련 인허가를 직접 한 것으로 보아 관계 법령에 따른 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다.

② 주된 인허가가 있는 후 이를 변경하는 경우에는 제24조·제25조 및 이 조 제1항을 준용한다.

③ 이 절에서 규정한 사항 외에 인허가의제의 방법, 그 밖에 필요한 세부 사항은 대통령령으로 정한다.

167) 예: 의제된 법률에 따라 부과되는 부담금 등이 의제된 인허가에 대해서도 적용되는지, 부분 인허가의제가 인정되는지, 주된 인허가가 취소되는 경우 관련 인허가도 같이 취소되는지 등

1) 인허가 의제의 조 제목

인허가 의제의 조 제목은 “다른 법률에 따른 인·허가 등의 의제” 또는 “인·허가 등의 의제”로 한다. 일부 법률¹⁶⁸⁾에서 인허가 의제 규정의 조 제목을 “다른 법률과의 관계”로 하는 경우가 있으나, “다른 법률과의 관계”는 다른 법령의 적용 및 적용 제외에 관한 사항을 설명하는 경우를 의미하므로, 이를 인허가 의제 규정의 조 제목으로 하는 것은 적절하지 않다.

2) 법률에 인허가 의제 대상 명시

인허가 의제는 개별 법률에 규정되어 있는 여러 인허가에 관한 특례를 규정하는 것이므로 반드시 법률에 근거를 두어야 한다(「행정기본법」 제24조제1항 및 제25조제1항). 의제 대상 인허가를 대통령령과 같은 하위법령으로 정하도록 하는 것도 피해야 한다.¹⁶⁹⁾

인허가 의제 제도를 도입하기 위하여 근거 규정을 개별 법률에 규정할 때에는 어떠한 경우에 어떠한 인허가가 의제되는지를 명백히 해야 하기 때문에 법률에 의제 대상 인허가를 관련 근거 조항과 함께 일일이 열거해야 한다. “○○○에 따른 허가, 인가, 승인 등”이라고 포괄적으로 규정하고 있는 사례가 있으나 이러한 규정 방식은 바람직하지 않다.

[입법례]

지역 개발 및 지원에 관한 법률

제24조(인가·허가 등의 의제) ① 제23조에 따라 지정권자가 실시계획에 대한 승인 또는 변경 승인을 하거나 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 실시계획을 작성할 때 해당 실시 계획에 대하여 별표에 따른 허가·승인·심사·인가·신고·면허·등록·협의·지정·해제 또는 처분 등(이하 “인·허가등”이라 한다)에 관하여 제3항에 따라 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대해서는 해당 인·허가등을 받은 것으로 보며, 제23조제3항에 따라 실시계획을 고시 하였을 때에는 관계 법률에 따른 인·허가등의 고시나 공고를 한 것으로 본다.

② ~ ⑥ (생략)

168) 「내수면어업법」, 「과학관의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」, 「무역거래기반 조성에 관한 법률」, 「박물관 및 미술관 진흥법」, 「수도법」, 「여객자동차 운수사업법」 등이 있다.

169) 「외국인투자 촉진법」을 제정할 때에 원안에는 의제 대상 인허가의 일부를 대통령령으로 정하도록 하는 위임규정이 있었으나, 법제처 심사과정에서 의제 대상 인허가는 모두 법률에 명시하도록 하고 위임규정을 삭제하였다.

[별표]

실시계획 승인 관련 인·허가등의 의제(제24조제1항 관련)

1. 「가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률」 제11조에 따른 배출시설에 대한 설치허가 및 변경허가·신고
2. 「건축법」 제11조에 따른 건축허가, 같은 법 제14조에 따른 건축신고, 같은 법 제16조에 따른 허가·신고사항의 변경, 같은 법 제20조에 따른 가설건축물의 허가·신고, 같은 법 제29조에 따른 건축 협의
3. 「골재채취법」 제22조에 따른 골재채취의 허가
4. ~ 47. (생략)
48. 「해양심층수의 개발 및 관리에 관한 법률」 제16조에 따른 실시계획의 인가, 같은 법 제27조에 따른 먹는해양심층수의 제조업 허가 또는 신고

3) 의제되는 인허가 행정청과의 협의 규정

주된 인허가를 통해 관련 인허가를 받은 것으로 의제된다고 하여 의제되는 인허가를 규율하고 있는 법령상의 요청이 무시되는 것은 아니다. 「행정기본법」 제24조 및 제25조에서는 인허가의제 시 의제되는 인허가 행정청과의 협의 절차, 기준 및 효력 등에 관한 공통적인 사항을 규정하고 있다.

신청인은 인허가의제를 받으려면 주된 인허가 행정청에 주된 인허가에 필요한 서류와 함께 관련 인허가에 필요한 서류를 함께 제출해야 하고, 주된 인허가 행정청에 모든 서류를 제출할 수 없는 불가피한 경우에는 주된 인허가 행정청이 별도로 지정하는 기한까지 해당 서류를 제출할 수 있도록 규정하고 있다(제24조제2항). 그리고 인허가 의제는 관련 인허가를 면제하는 제도가 아니기 때문에 주된 인허가 행정청은 의제되는 인허가 행정청과 협의 후 주된 인허가를 해야 한다(제24조제3항). 또한 인허가 의제 제도의 취지는 행정절차로 인한 시간적 지체를 줄이고 행정 처리를 신속하게 진행하는 것을 목적으로 하므로, 협의 요청을 받은 기관의 의견제출 기간을 20일 이내(관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등 절차에 걸리는 기간은 제외한다)로 규정하고, 만약 20일 이내에 의견을 제출하지 않은 경우 협의가 이루어진 것으로 간주된다(제24조제4항). 그리고 의제되는 인허가의 경우에도 해당 법령에 따른 실체적 요건은 충족해야 하므로,¹⁷⁰⁾ 의제되는 인허가 행정청은 주된 인허가 행정청의 협의

요청 시 해당 법령을 위반해서 협의하지 못하도록 규정하고 있다(제24조제5항).

이와 같은 절차를 거쳐 주된 인허가 행정청과 의제되는 인허가 행정청 사이에 의제되는 인허가에 관하여 협의가 이루어졌거나 협의가 된 것으로 간주된 사항에 대해서는 주된 인허가를 받았을 때 의제되는 인허가를 받은 것으로 보고, 인허가의제의 효과는 주된 인허가의 해당 법률에 규정된 관련 인허가에 한정되도록 규정하고 있다(제25조).

따라서 앞으로는 이와 같은 내용과 다르게 정할 필요가 있는 경우가 아니라면 원칙적으로 개별 법률에 이를 다시 규정하지 않도록 한다.

다. 그 밖의 인허가 의제 관련 규정

1) 주된 인허가 시 통보 의무

주된 인허가가 있는 경우에 의제되는 인허가의 효력도 발생하므로, 의제되는 인허가 소관 행정기관에서는 이러한 사실을 확인하고 관리할 필요성이 있게 된다. 이를 위해 「행정기본법 시행령」에서는 주된 인허가 행정청이 주된 인허가를 하거나 주된 인허가가 있을 후 이를 취소 또는 변경하였을 때에는 지체 없이 관련 인허가 행정청에 그 사실을 통지하도록 규정하고 있다(제5조제2항). 또한, 관련 인허가 행정청은 해당 법률에서 정하는 바에 따라 관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등의 절차를 거쳐야 하는 경우에는 그 절차의 내용 및 소요기간 등을 구체적으로 밝혀 지체 없이 주된 인허가 행정청에 통지하도록 규정하고 있으며(제5조제1항), 그 밖에 주된 인허가 또는 관련 인허가의 관리·감독에 영향을 미치는 중요 사항이 발생한 경우에도 상호 간에 그 사실을 통지하도록 규정하고 있다(제5조제3항). 따라서 인허가의 관리·감독에 영향을 미치는 중요 사항을 구체화하는 등 특별한 사정이 없으면 이에 관하여 개별 법령에 따로 규정을 두지 않도록 한다.

170) 건축법에서 인·허가의제 제도를 둔 취지는, 인·허가의제사항과 관련하여 건축허가 또는 건축신고의 관할 행정청으로 그 창구를 단일화하고 절차를 간소화하며 비용과 시간을 절감함으로써 국민의 권익을 보호하려는 것이지, 인·허가의제사항 관련 법률에 따른 각각의 인·허가 요건에 관한 일체의 심사를 배제하려는 것으로 보기는 어렵다(대법원 2011. 1. 20. 선고 2010두14954 판결).

2) 의제되는 인허가의 절차에 관한 규정

인허가 절차 중 이해관계인의 권익 보호 또는 전문가의 의견 청취 등을 위해 이해관계인 의견 청취나 위원회의 심의 등을 거치도록 한 경우가 있다. 이러한 절차는 해당 인허가의 객관성 확보를 위한 절차이므로 인허가가 의제되는 경우에도 거치도록 하는 것이 필요한 경우가 있다. 그러나 인허가 의제와 관련해서 주된 인허가를 할 때에 의제되는 인허가의 절차적 요건을 거쳐야 하는지에 대해서는 판례나 해석례가 일관되게 확립되어 있지 않아 논란이 되었으나¹⁷¹⁾, 「행정기본법」 제24조제5항 단서에서 “관련 인허가에 필요한 심의, 의견 청취 등 절차에 관하여는 법률에 인허가의제 시에도 해당 절차를 거친다는 명시적인 규정이 있는 경우에만 이를 거친다”라고 규정함으로써 입법적으로 이 문제를 해결하였다.

앞으로는 이처럼 인허가가 의제될 때에도 필수적으로 요구되는 절차는 별도의 명문 규정을 두어 반드시 거치도록 규정하여야 한다. 이 규정은 의제되는 인허가의 근거 법률에 규정할 수도 있고, 인허가 의제를 하는 법률에 규정할 수도 있다.

[입법례] 인허가 의제 규정에 반드시 거쳐야 할 절차를 명시한 사례

제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법

제148조(인·허가 등의 의제) ① 개발사업을 시행하려는 자가 제147조에 따른 개발사업의 시행 승인을 받거나 의견을 들은 경우에는 다음 각 호의 허가·인가·지정·승인·협의·신고 등(이하 “허가등”이라 한다)을 받은 것으로 보며, 제147조제13항에 따른 개발사업의 시행승인 고시가 있으면 관계 법률에 따른 허가등의 고시·공고 등이 있는 것으로 본다.

171) i) 거칠 필요가 없다는 판례: 건설부장관이 주택건설촉진법 제33조에 따라 관계기관의 장과의 협의를 거쳐 사업계획승인을 한 이상 같은 조 제4항의 허가, 인가, 결정, 승인 등이 있는 것으로 볼 것이고, 그 절차와 별도로 도시계획법 제12조 등 소정의 중앙도시계획위원회의 의결이나 주민의 의견청취 등 절차를 거칠 필요는 없는 것이다(대법원 1992. 11. 10. 선고 92누1162 판결).

ii) 거쳐야 한다는 해석례: 관계행정기관의 장이 「주택법」 제17조제1항제5호 및 제3항에 의하여 시·도지사로부터 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조에 의한 도시관리계획결정(동법 제49조제1호의 제1종지구단위계획)에 관해 협의를 요청받은 경우에 그 도시관리계획이 「환경정책기본법」 제25조·제25조의2 및 동법 시행령 별표 2 제1호가목(1)에 의한 사전환경성검토의 대상에 해당한다면 협의를 하기 전에 사전환경성검토를 거쳐야 한다(법제처 2007. 2. 16. 06-0390 해석례).

iii) 거칠 필요가 없다는 해석례: 「주택법」 제16조에 따라 주택건설사업계획을 승인함에 있어서 그 사업계획에 포함된 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제88조에 따른 도시계획시설사업 실시계획 인가에 관한 사항에 대하여 「주택법」 제17조제3항에 따라 관계 행정기관의 장과 협의하는 경우, 협의를 요청 받은 관계 행정기관의 장은 협의에 응함에 있어서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제90조에 따른 서류의 열람 등의 절차를 거쳐야 하는 것은 아니다(법제처 2009. 6. 26. 09-0173 해석례).

- 1. ~ 36. (생략)
- ② 도지사가 제147조에 따라 개발사업의 시행승인을 하거나 의견을 제시하려는 경우 그 사업 계획에 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사항이 포함되어 있으면 관계 행정기관의 장과 미리 협의하여야 한다.
- ③ (생략)
- ④ 관계 행정기관의 장은 제2항에 따른 협의내용에 각종 위원회의 심의를 필요로 하는 사항이 포함된 경우에는 해당 위원회의 심의를 거친 후 그 결과에 따라 협의를 하여야 한다.
- ⑤ (생략)

[입법례] 의제되는 인허가 근거 법률에서 반드시 거쳐야 하는 절차를 직접 규정한 사례¹⁷²⁾

국토의 계획 및 이용에 관한 법률

제9조(다른 법률에 따른 도시·군관리계획의 변경 제한) 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장은 다른 법률에서 이 법에 따른 도시·군관리계획의 결정을 의제(擬制)하는 내용이 포함되어 있는 계획을 허가·인가·승인 또는 결정하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 중앙도시계획위원회 또는 제113조에 따른 지방도시계획위원회(이하 “지방도시계획위원회”라 한다)의 심의를 받아야 한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 제8조제2항 또는 제3항에 따라 국토교통부장관과 협의하거나 국토교통부장관 또는 시·도 지사의 승인을 받은 경우
2. 다른 법률에 따라 중앙도시계획위원회나 지방도시계획위원회의 심의를 받은 경우
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 경우

3) 인허가 의제 후 사후 관리 규정

주된 인허가에 따라 인허가가 의제되는 경우 의제된 인허가의 사후 관리를 어느 법에 따라 누가 해야 되는지가 문제된다. 같은 취지로 의제되는 인허가의 근거 법률에 규정된 이행보증금, 부담금, 조성비 등을 부담해야 하는지도 논란이 된다.¹⁷³⁾

172) 의제되는 인허가가 이해관계인에 중대한 영향을 미치고, 전문가 등의 객관적인 심의를 요구하는 경우로서 다른 법률에서 많이 의제되고 있는 경우로서, 「산지관리법」 제14조제4항 및 같은 법 시행령 제15조제2항·제16조제2항에서도 산지전용허가 의제를 위한 협의를 위해 전용 대상 산지에 대한 현지조사를 실시하도록 규정하고 있다.

173) 다른 법률에서 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제88조의 도시계획시설사업 실시계획의 인가를 의제하는 경우에 같은 법 제89조에 따른 이행보증금을 예치하게 할 수 없다(법제처 2009. 11. 27. 09-0353 해석례).

현실적으로 주된 인허가의 소관 행정청은 의제되는 인허가에 관한 전문성이 없고, 근거 자료나 공부(公簿)도 가지고 있지 않으므로 관리가 어려운 문제점이 있다. 의제되는 인허가 담당 행정청에서도 인허가가 의제되는 경우는 관심을 가지지 않고 방치할 가능성이 있다. 따라서 인허가가 의제된 이후의 사후 관리에 있어서도 권한과 절차를 명백히 하여 행정상의 혼란을 방지하는 것이 필요하다.

「행정기본법」 제26조제1항에서는 의제된 인허가의 사후 관리를 어느 법에 따라 누가 해야 되는지에 대하여 주된 인허가의 소관 행정청이 아니라 의제되는 인허가 담당 행정청이 의제되는 인허가의 근거 법령에 따른 관리·감독 등 필요한 조치를 하여야 한다고 명시적으로 규정하고 있다. 또한 「행정기본법」 제26조제2항에서는 주된 인허가가 변경되는 경우 변경되는 주된 인허가를 중심으로 다시 인허가의제 변경 절차가 진행되도록 규정하고 있다. 이에 따라 특별한 사정이 없으면 이에 관하여 개별 법률에 따로 규정을 두지 않도록 한다.

그러나 「행정기본법」 제26조제1항은 의제되는 인허가의 일반적인 사후관리·감독 등의 필요한 조치만을 대상으로 하고 있으며, 그 범위에는 의제되는 인허가의 근거 법률에 규정된 이행보증금, 부담금, 조성비 등의 부담의무까지는 포함하고 있지 않다. 만약 의제되는 인허가의 근거 법률에 따라 그 법률에 규정된 이행보증금, 부담금, 조성비 등을 의제되는 인허가를 받은 자에게 부과하려면 혼란을 방지하기 위하여 법률에 명시적인 근거 규정을 두는 것이 필요하다.¹⁷⁴⁾

[입법례] 개별 법률에서 비용 부담에 관한 내용을 규정한 사례

산지관리법

제19조(대체산림자원조성비) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 산지전용과 산지일시 사용에 따른 대체산림자원 조성에 드는 비용을 미리 내야 한다.

1. 제14조에 따라 산지전용허가를 받으려는 자
2. 제15조의2제1항에 따라 산지일시사용허가를 받으려는 자(「광산피해의 방지 및 복구에 관한 법률」에 따른 광해방지사업을 하려는 자는 제외한다)
3. 다른 법률에 따라 산지전용허가 또는 산지일시사용허가가 의제되거나 배제되는 행정 처분을 받으려는 자

② ~ ⑫ (생략)

174) 대법원 2016. 12. 15. 2014두40531 판결, 대법원 2016. 11. 24. 2014두47696 판결, 법제처 2009. 11. 27. 09-0353 해석례

[입법례] 인허가 의제 규정에서 사후 관리에 관하여 규정한 사례

주한미군 공여구역주변지역 등 지원 특별법

제29조(인·허가등의 의제) ① 제11조제1항 또는 제2항에 따른 사업의 시행승인 또는 변경승인이 있는 때에는 다음 각 호의 허가·인가·지정·승인·협의·신고·해제·결정·동의 등(이하 “인·허가등”이라 한다) 중 제2항에 따라 관계 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장과 미리 협의한 사항에 대하여는 그 인·허가등을 받은 것으로 본다.

1. 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」 제30조에 따른 도시·군관리계획의 결정, 같은 법 제51조에 따른 지구단위계획구역의 결정, 같은 법 제56조에 따른 개발행위허가, 같은 법 제86조에 따른 도시·군계획시설사업의 시행자 지정 및 같은 법 제88조에 따른 실시계획의 인가
2. 「도시개발법」 제3조의 규정에 의한 도시개발구역의 지정 및 국토교통부장관의 승인, 같은 법 제4조의 규정에 의한 도시개발사업계획의 수립, 같은 법 제11조의 규정에 의한 시행자 지정, 같은 법 제17조의 규정에 의한 실시계획의 인가
3. 「택지개발촉진법」 제3조의 규정에 의한 택지개발지구 지정, 같은 법 제8조의 규정에 의한 택지개발계획의 승인
4. ~ 29. (생략)
- ② ~ ④ (생략)
- ⑤ 제11조의 규정에 의한 사업은 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 제1항제2호 내지 제6호의 규정에 의한 각각의 법률이 정하는 절차에 따라 시행한다.

댐건설·관리 및 주변지역지원 등에 관한 법률

제13조(다른 법률에 따른 인·허가등의 의제) ① 기후에너지환경부장관이나 시·도지사가 제11조제1항, 제2항 및 제5항에 따라 기본계획을 수립·변경하거나 승인한 때 관계 행정기구나의 장과 미리 협의한 경우에는 같은 조 제1항제12호의 지역은 「지역 개발 및 지원에 관한 법률」 제11조에 따라 지역개발사업구역으로 지정된 것으로 보며, 제11조제4항에 따라 기본계획이 고시된 때에는 지역개발사업구역 지정이 고시된 것으로 본다. 이 경우 지역개발사업구역에 관하여는 이 법에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 「지역 개발 및 지원에 관한 법률」에서 정하는 바에 따른다.

- ②·③ (생략)

또한, 의제되는 인허가가 주된 인허가보다 강한 법적 효과가 있는 경우¹⁷⁵⁾라면 이를 주된 인허가에 따라 의제되는 인허가에 포함시키는 것은 신중해야 할 것이다.

4) 실무협의회 구성, 협의 간주 등 도입

인허가 의제 제도를 도입하는 것은 신속한 인허가를 목표로 하는 것이나 의제되는 인허가에 관한 협의가 지연됨에 따라 주된 인허가도 지연되는 경우가 많았다. 이러한 협의 과정의 지연을 방지하기 위해 실무협의회 구성, 조건부 인허가 의제 등을 규정한 경우도 있다.¹⁷⁶⁾

[입법례] 실무협의회를 규정한 사례

도시개발법

제19조(관련 인·허가등의 의제) ① 제17조에 따라 실시계획을 작성하거나 인가할 때 지정권자가 해당 실시계획에 대한 다음 각 호의 허가·승인·심사·인가·신고·면허·등록·협의·지정·해제 또는 처분 등(이하 “인·허가등”이라 한다)에 관하여 제3항에 따라 관계 행정기관의 장과 협의한 사항에 대하여는 해당 인·허가등을 받은 것으로 보며, 제18조제1항에 따라 실시계획을 고시한 경우에는 관계 법률에 따른 인·허가등의 고시나 공고를 한 것으로 본다.

1. ~ 31. (생략)

②·③ (생략)

④ 지정권자는 제3항에 따른 협의 과정에서 관계 행정기관 간에 이견이 있는 경우에 이를 조정하거나 협의를 신속하게 진행하기 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 관계 행정기관과 협의회를 구성하여 운영할 수 있다. 이 경우 관계 행정기관의 장은 소속 공무원을 이 협의회에 참석하게 하여야 한다.

⑤ ~ ⑦ (생략)

175) 주된 인허가가 허가의 성격을 가짐에도 특허의 성격을 가진 인허가를 의제하는 경우나, 의제되는 인허가에 부담금 등을 부담하도록 되어 있는 경우 등을 들 수 있다.

176) 「행정기본법 시행령」 제4조에서는 주된 인허가 행정청이 법 제24조제3항에 따른 협의 과정에서 협의의 신속한 진행이나 이견 조정을 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 관련 인허가 행정청과 협의·조정을 위한 회의를 개최할 수 있다고 규정하고 있다.

[입법례] 조건부 인허가 의제를 규정한 사례

고도 보존 및 육성에 관한 특별법

제12조(인·허가 등의 의제) ① 제15조에 따른 사업시행자가 시행계획의 승인을 받거나 제11조 제1항부터 제4항까지에 따른 허가를 받은 경우에는 다음 각 호의 허가·인가·승인·협의·신고·해제·동의·결정 등(이하 “허가등”이라 한다)에 관하여 국가유산청장, 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장이 관계 행정기관의 장과 미리 협의한 사항에 대해서는 그 허가등을 받은 것으로 본다.

1. ~ 26. (생략)

②·③ (생략)

④ 국가유산청장, 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장은 공익상 긴급한 필요가 있고, 제1항 각 호의 사항 중 사업시행을 위한 중요한 사항에 대한 협의(사실상의 협의를 포함한다)가 있는 경우에는 필요한 모든 사항에 대한 협의가 끝나지 아니하더라도 그 필요한 협의가 완료될 것을 조건으로 제11조제1항부터 제4항까지에 따른 허가를 할 수 있다.

⑤ (생략)

10. 결격사유

가. 결격사유의 의의

결격사유는 임용·고용·위임 관계 등의 법률관계에서 그 당사자가 될 수 없거나, 국가가 창설하여 운영하는 각종 자격 제도에서 그 자격을 취득할 수 없거나, 각종 인허가, 등록 등을 필요로 하는 영업 또는 사업을 할 수 없는 사유를 말한다.¹⁷⁷⁾

결격사유를 두는 이유는 국민의 건강·안전 또는 재산에 중대한 영향을 미치거나, 공무원과 같이 국민의 신뢰를 바탕으로 하는 직업, 고도의 전문성 또는 윤리성, 공정성이 요구되는 직종이나 사업영역에 종사하는 자의 자질을 일정 수준 이상으로 유지함으로써 공공의

177) 예를 들면, 공무원, 공공기관의 임직원, 각종 정부위원회 위원 등으로 채용되거나 선임되지 못하는 사유, 변호사, 변리사, 세무사 등의 자격, 운전면허, 택시 운전 자격 등을 취득할 수 없는 사유 및 건설업·여객자동차운송사업 등 특정 영업을 할 수 없는 사유가 이에 해당한다.

위험과 손실, 불완전한 서비스로부터 국민을 보호하기 위한 것이다. 결격사유는 자질이 부족한 자가 이러한 직종이나 사업영역에 진입하는 것을 방지하는 기준으로 작용하는 한편 이러한 직종이나 사업영역에 종사하고 있는 자 중에 자질이 부족한 자를 배제시키는 기준으로도 작용한다.

나. 결격사유와 기본권과의 관계

결격사유는 사회생활의 안전과 건전한 질서의 유지를 통해 궁극적으로 일반국민을 보호하기 위한 것이지만, 그에 해당하는 자를 특정 직종이나 사업영역에서 배제함으로써 헌법상 직업선택의 자유나 경제활동의 자유, 공무담임권 등의 기본권을 제한하는 결과를 가져오게 된다.

「행정기본법」 제16조제1항에서는 결격사유를 법률로 정하도록 규정하고 있다. 이는 법률유보의 원칙에 부합하는 내용으로서 이를 명문화한 것이다. 따라서 결격사유를 법률이 아닌 하위법령이나 자치법규, 행정규칙에서 신설해서는 안 된다. 결격사유를 법률에 규정하더라도 입법 목적 달성에 반드시 필요한 사유로 한정하여 규정하되, 결격사유 도입의 필요성과 이에 따른 국민의 직업선택의 자유나 경제활동의 자유 등의 기본권을 형량하여 과잉금지원칙에 위반되지 않도록 해야 한다.

다. 결격사유의 일반적 규정 방식

1) 법률에서 규정할 것(「행정기본법」 제16조제1항)

결격사유는 직접 국민의 자유와 권리를 제한하는 것이므로 법률에 직접 규정해야 한다. 따라서 법률에서 “인허가기준은 대통령령(총리령·부령)으로 정한다”라고 규정하여 인허가기준을 하위법령에 위임한 후에 그 하위법령에서 인허가기준의 하나로 결격사유를 규정하는 방식은 허용되지 않는다.

2) 규정의 필요성이 분명할 것(「행정기본법」 제16조제2항제1호)

해당 법령에 따른 자격 또는 인허가 제도나 인허가 대상 영업이나 사업의 성질에 비추어 결격사유를 둘 만한 합리적인 이유가 있어야 한다. 예를 들면, 일반적으로 신고 영업은 허가 및 등록 영업에 비하여 그 규제의 필요성과 강도가 상당히 완화되는 영업이므로 가급적 결격사유를 두지 않도록 한다.

그리고 형벌이나 행정처분을 받은 전력이 있는 경우를 결격사유로 규정할 때에는 언제까지 결격사유에 해당하는지도 명확히 규정해야 한다.

3) 필요한 항목만 최소한으로 규정할 것(「행정기본법」 제16조제2항제2호)

결격사유는 도입하는 목적을 달성하는 데 반드시 필요한 항목만을 선택하여 규정한다. 예를 들면, 미성년자·피성년후견인·피한정후견인 등 행위능력 관련 결격사유, 금고 이상의 형을 선고받은 경우 또는 영업의 취소가 있었던 경우 등 벌칙이나 행정처분 관련 결격사유, 징계처분 관련 결격사유, 국적과 관련된 결격사유 등 여러 유형 중에서 결격사유의 도입 목적을 달성하는 데에 필요불가결한 항목만을 선택하여 규정하고, 불필요한 항목까지 일률적으로 규정하여 과도한 규제가 되지 않도록 한다.

4) 대상이 되는 자격, 신분, 영업 또는 사업 등과 실질적인 관련이 있을 것(「행정기본법」 제16조제2항제3호)

‘실질적 관련성’이란 예를 들어 전과에 대한 결격사유와 결격기간을 정할 때 그 자격, 신분이나 인허가와 관련된 법을 위반한 경우로 제한할 필요가 있는지 검토하라는 의미이다. 헌법재판소는 결격사유를 어떻게 정하는가 하는 문제는 대상자에게 필요하다고 판단되는 준법 의식 내지 윤리성의 정도에 따라 판단해야 하고, 대상 범죄를 모든 범죄가 아니라 사업 또는 관련 범죄로 한정하고 있다는 이유로 침해의 최소성의 원칙에 반하지 않는다고 판시한 바 있다.¹⁷⁸⁾

178) 헌법재판소 2005. 12. 22. 선고 2005헌마263 결정, 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2012헌마1030 결정

5) 유사한 다른 제도와 균형을 이룰 것(「행정기본법」 제16조제2항제4호)

결격사유의 도입 여부와 그 구체적인 내용은 특별한 사유가 없으면 결격사유를 도입하려는 자격, 영업 등과 유사한 성격을 가진 분야의 결격사유를 참고하여 유사 제도 간에 균형을 이루도록 해야 한다.

라. 결격사유의 표현 방식

1) 자격이나 신분을 부여하는 경우의 결격사유

자격이나 신분을 부여하는 경우의 결격사유는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 ○○이(가) 될 수 없다”와 같이 규정한다.

[입법례]

감정평가 및 감정평가사에 관한 법률

제12조(결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 감정평가사가 될 수 없다.

1. 삭제
2. 파산선고를 받은 사람으로서 복권되지 아니한 사람
3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 그 집행이 면제된 날부터 3년이 지나지 아니한 사람
4. 금고 이상의 형의 집행유예를 받고 그 유예기간이 만료된 날부터 1년이 지나지 아니한 사람
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예기간 중에 있는 사람
6. 제13조에 따라 감정평가사 자격이 취소된 후 3년이 지나지 아니한 사람. 다만, 제7호에 해당하는 사람은 제외한다.
7. 제39조제1항제11호 및 제12호에 따라 자격이 취소된 후 5년이 지나지 아니한 사람

② 국토교통부장관은 감정평가사가 제1항제2호부터 제5호까지의 어느 하나에 해당하는지 여부를 확인하기 위하여 관계 기관에 자료를 요청할 수 있다. 이 경우 관계 기관은 특별한 사정이 없으면 그 자료를 제공하여야 한다.

2) 인허가 등의 요건으로서 결격사유를 규정하는 방식

인허가 등의 요건으로서 결격사유를 규정하는 방식에는 두 가지가 있다.

첫째는 인허가의 처분 요건으로 나타내는 방식이다. “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 ○○업의 허가를 받을 수 없다” 또는 “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대해서는 ○○업의 허가를 하여서는 아니 된다”와 같이 규정하는데, 전자가 더 일반적이다.

“다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 ○○업의 허가를 받을 수 없다”는 규정은 인허가 처분 시의 판단기준에 관한 것이므로, 인허가 후에 결격사유가 발생하는 경우에 대해서는 적용되지 않는다. 그러므로 인허가 후에 결격사유에 해당하게 되는 경우에는 당사자를 해당 영업에서 배제하기 위해 인허가를 취소하거나 그 효력을 잃게 하는 규정을 두게 된다.

[입법례] 결격사유를 허가 취소 사유로 규정한 사례

가축분뇨의 관리 및 이용에 관한 법률

제31조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제28조에 따른 가축분뇨관련영업의 허가를 받을 수 없다.

1. 피성년후견인
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
3. 이 법, 「물환경보전법」 또는 「폐기물관리법」을 위반하여 징역 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 날부터 2년이 지나지 아니한 자
4. 5. (생략)

제32조(허가의 취소 등) ① 시장·군수·구청장은 가축분뇨관련영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제3호 또는 제15호에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다.

1. ~ 14. (생략)
15. 제31조제1호부터 제3호까지 또는 제5호에 해당하는 경우. 다만, 임원 중에 제31조제1호부터 제4호까지에 해당하는 자가 있는 법인의 경우 6개월 이내에 해당 임원을 개입한 때에는 그러하지 아니하다.
16. ~ 19. (생략)
- ② (생략)

둘째는 인허가 등의 처분 요건입과 동시에 그 영업의 계속 요건으로 나타내는 방식인데, “다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 ○○업을 할 수 없다”와 같이 규정하는 방식이다.¹⁷⁹⁾

문리적(文理的)으로 이 표현은 결격사유에 해당하는 자는 인허가를 받지 못할 뿐만 아니라 인허가를 받은 후 결격사유가 발생하면 당연히 그 영업을 계속할 수 없다는 취지로 해석할 수는 있으나, 인허가 후에 결격사유가 발생한 경우에 그 인허가의 효력이 자동적으로 상실 되는 것인지, 아니면 인허가의 효력을 상실시키기 위해 별도의 취소처분을 해야 하는지에 대해서 분명하지 않은 문제점이 있다.

이런 점 때문에 이 방식의 경우에도 인허가 후에 결격사유가 발생하면 인허가를 취소하거나 그 효력을 잃게 하는 규정을 따로 두는 것이 일반적이다.

위의 두 가지 방식 중 어느 방식을 취하더라도 인허가 후에 결격사유가 발생하면 인허가를 취소하거나 그 효력을 잃게 하는 규정을 두어야 하므로 표현의 통일을 위해 특별한 사유가 없으면 인허가 후에 결격사유가 발생하면 인허가를 취소하도록 하는 첫 번째 방식으로 규정하기로 한다.

마. 결격사유의 유형과 그 규정 방식

1) 결격사유의 유형

대표적인 결격사유는 다음과 같다.

- 미성년자
- 피성년후견인, 피한정후견인
- 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자
- 형사처벌을 받은 사실이 있는 자
- 자격 상실·정지자
- 인허가가 취소된 자
- 임원 중 결격사유에 해당하는 사람이 있는 법인

179) 이 방식에 따른 입법례는 흔하지 않다. 예) 「방송법」 제13조

그 밖에 개별 법률의 인허가나 자격 제도의 특성에 따라 정신질환자, 징계처분을 받은 사실이 있는 사람, 대한민국 국적을 가지지 아니한 사람 등을 결격사유에 포함할 경우도 있다. 결격사유를 규정하는 순서도 위의 순서를 따르는 것이 일반적이다.

2) 제한능력자

① 미성년자

미성년자를 결격사유로 하는 것은 본인의 보호라는 측면 외에 거래의 안전, 나아가 제3자를 보호하기 위한 것이다.

미성년자의 경우 법률행위를 할 때 원칙적으로 법정대리인의 동의를 받아야 하는 등 「민법」상 행위능력에 관한 제한이 있지만, 현실적으로 법정대리인의 동의 없이도 실제 경제활동을 할 수 있는 능력을 갖추고 있는 경우도 있고, 특정한 영업의 경우에는 법정대리인의 허락을 받으면 그에 관하여는 미성년자라도 성년자와 동일한 행위능력이 있으므로(「민법」 제8조제1항), 거래상의 신뢰 또는 재산상의 신용이 필요하거나 그 업무의 성격상 미성년자를 특히 보호할 필요성이 있는 등의 경우에만 결격사유에 포함시키도록 한다.

② 피성년후견인·피한정후견인

「민법」이 개정되어 종전의 금치산자 및 한정치산자 제도가 폐지되고, 성년후견·한정후견제도가 도입(2011. 3. 7. 공포, 2013. 7. 1. 시행)됨에 따라 개별 법률에 있는 결격사유 규정을 개정 「민법」의 취지¹⁸⁰⁾에 따라 개정하는 것이 필요하다.

피후견인을 각종 영업 등의 결격사유로 규정하는 것은 피후견인 잔존 행위능력을 인정하는 성년후견 제도의 취지와 모순되며 현행 피후견인 결격조항은 정신적 제약의 정도나 행위능력 제한의 범위와 상관없이 피후견인 여부만을 기준으로 획일적으로 구울함에 따라 개별법상 자격·영업 등의 수행능력이 인정되는 피후견인도 해당 직무에서 포괄적으로 배제되어 헌법상 과잉금지의 원칙 등에 위배될 소지도 있다.

따라서 민법상 행위능력과 개별법상 직무수행능력을 구분하여 결격사유를 규정할 필요가 있다. 구체적으로는 개별법에 이미 규정되어 있는 자격시험, 인허가 요건, 그 밖의 검증수

180) 「민법」(법률 제10429호, 2011. 3. 7.)의 개정이유에 따르면 획일적으로 행위능력을 제한하는 문제점을 내포하고 있는 기존 금치산·한정치산제도 대신 더욱 능동적이고 적극적인 사회복지시스템인 성년후견·한정후견·특정후견제도를 도입하였다.

단을 통해 직무수행능력 판단이 충분히 가능한 경우에는 피후견인 결격사유를 두지 않는 것이 타당하다.

[입법례] 피한정후견인을 결격사유에 두지 않은 사례

국가공무원법
제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다. 1. 피성년후견인 2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자 3. ~ 8. (생략)

[입법례] 피후견인 결격사유를 모두 두지 않은 사례

연구개발특구의 육성에 관한 특별법
제53조(임원의 결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 진흥재단의 임원이 될 수 없다. 1. 미성년자 2. 파산자로서 복권되지 아니한 사람 3. ~ 5. (생략) ②·③ (생략)

다만, 개별법에서 검증수단이 규정되어 있지 않거나 부족한 경우에는 자격이나 업종의 특성 및 공익성의 요구 정도 등을 고려하여 피후견인 결격사유를 규정하지 않고 대체 결격사유로 ‘정신적 제약’ 등을 추가로 규정할 수도 있다. 이 경우 공익성이 중대한 경우라면 결격사유와 행정처분을 동시에 규정함으로써 사전·사후 규제가 되도록 하고,¹⁸¹⁾ 공익

181) 대체 결격사유(사전확인) 및 행정처분(사후퇴출)을 모두 규정한 입법례

다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법
제16조(화재위험평가 대행자의 등록 등) ① (생략) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 평가대행자로 등록할 수 없다. 1. 피성년후견인 2. 삭제 3. 심신상실자, 알코올 중독자 등 대통령령으로 정하는 정신적 제약이 있는 자 4. ~ 6. (생략) ③ ~ ⑤ (생략)
제17조(평가대행자의 등록취소 등) ① 소방청장은 평가대행자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 등록을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 업무의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 등록을 취소하여야 한다. 1. 제16조제2항 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우. 다만, 제16조제2항제6호에 해당하는 경우 6개월 이내

관련성이 낮은 경우에는 행정처분만 규정하여 사후 규제 수단만 두는¹⁸²⁾ 방안이 바람직하다.

대체 결격사유를 신설하면서 ‘정신적 제약’의 범위를 하위법령에 위임한 경우에는 그 하위법령에서 가능하면 구체적이고 명확하게 규정해야 한다. 또한 대체 결격사유와 관련한 절차나 서류를 총리령·부령 등에 규정하면서 신청인이 해당 분야의 전문의 진단서를 제출하도록 하는 경우에는 오히려 신청인의 부담과 자료제출의무를 부과하게 되므로 자격, 인허가 등의 신청을 할 때 ① 원칙적으로 건강검진 등 신청인에게 부담이 적은 방법을 통해 행정청이 정신적 제약의 해당 여부를 확인¹⁸³⁾하도록 하고, ② 예외적으로 신청인에게 전문의 진단서 또는 소견서를 제출하도록 하여 신청인의 부담을 완화할 필요가 있다.

③ 정신장애 관련 사유 등

미성년자·피성년후견인 및 피한정후견인과 유사한 사유에 해당하는 것으로 “정신장애 관련 사유”와 “약물·질병·신체장애 관련 사유”를 결격사유로 규정하는 경우도 있다.¹⁸⁴⁾

정신장애 관련 사유로는 정신질환자, 뇌전증환자 등이 있고, 약물·질병·신체장애 관련

에 그 임원을 바꾸어 임명한 경우는 제외한다.
2. ~ 10. (생략)
②·③ (생략)

182) 행정처분(사후퇴출)만 규정한 입법례

문화예술교육 지원법

제27조의2(문화예술교육사) ① (생략)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 문화예술교육사가 될 수 없다.

1. 미성년자
2. ~ 4. (생략)
- ③ ~ ⑤ (생략)

제27조의3(자격취소) ① 문화체육관광부장관은 제27조의2에 따른 문화예술교육사의 자격을 취득한 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 자격을 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 자격을 취득한 경우
 2. 제27조의2제1항에 따라 발급받은 자격증을 다른 사람에게 대여한 경우
 3. 정신적 제약으로 문화예술교육사의 직무를 수행할 수 없다고 인정되는 경우
- ② (생략)

183) 정신적 제약의 원칙적 확인 방법 예시

가. 병력(病歷) 신고: 결격사유에 해당하는 정신적 질환의 치료 경험 신고

→ 행정청이 국민건강보험공단 등 관계기관에 치료경력 조회 요청

예: 「다중이용업소의 안전관리에 관한 특별법 시행규칙」 및 「경비업법 시행규칙」

나. 최근 0년 이내에 발급된 건강검진 결과 통보서 또는 병역판정 신체검사 결과 통보서 등 확인

184) 피후견인을 결격사유에서 삭제하면서 대체 결격사유로 정신적 제약을 규정하는 경우에는 종전의 정신장애 관련 사유 등을 중복하여 규정하지 않도록 한다.

사유로는 마약·대마 또는 향정신성의약품 중독자 등이 있다.

이런 유형의 결격사유는 주로 의료·위생 관련 법령에서 많이 사용된다. 정신장애 관련 사유 등을 결격사유로 규정할 때에는 그 사유를 구체적으로 특정하여 명확히 표현해야 한다.

[입법례]

국민영양관리법

제16조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 영양사의 면허를 받을 수 없다.

1. 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」 제3조제1호에 따른 정신질환자. 다만, 전문의가 영양사로서 적합하다고 인정하는 사람은 그러하지 아니하다.
2. 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제2조제13호에 따른 감염병환자 중 보건복지부령으로 정하는 사람
3. 마약·대마 또는 향정신성의약품 중독자
4. 영양사 면허의 취소처분을 받고 그 취소된 날부터 1년이 지나지 아니한 사람

3) 파산선고를 받고 복권되지 않은 자

파산선고를 받고 복권되지 않은 자를 결격사유(당연퇴직사유 또는 등록말소사유 등)로 하는 것은 거래상의 신뢰나 재산상의 신용을 필요로 하는 업무에는 이들이 적합하지 않다고 보기 때문이나, 대다수의 법령에서는 일률적으로 파산자를 제한능력자에 준하여 규정하고 있다.¹⁸⁵⁾

그러나 파산이라는 경제현상은 다양한 원인에 의하여 발생할 수 있으므로 파산선고를 받은 경우에도 그 원인에 따라 당사자에 대한 신뢰에 미치는 영향은 큰 차이가 있다. 따라서 파산선고를 받았다는 이유만으로 일률적으로 결격사유로 삼는 것은 과잉규제의 우려가 있다.¹⁸⁶⁾

185) ‘파산자’에 관한 결격사유 규정은 파산자의 사회·경제활동을 제약함으로써 파산자가 파산상태를 벗어나는 경제적 갱생을 어렵게 하는 요인이 되기도 한다.

186) 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2005헌가21 결정. <소수의견>: 「사립학교법」 제57조 복잡다기한 현대의 경제생활에서 파산이라는 경제현상은 다양한 원인에 기하여 발생할 수 있다. 여기에는 채무자의 무절제한 소비생활이나 모험적인 투자 등 파산자에게 비난가능성이 높은 경우가 다수 있을 것이나, 자연적 재해 또는 경제상황의 급격한 악화로 인한 고용불안, 정의(情誼)관계에 기한 불가피한 채무보증, 소비자금융의 급격한 발달에 따른 과잉여신, 정부의 부적절한 경제정책 등의 여파로 인하여 이른바 ‘성실하지만 불운한’ 채무자가 파산에 이르는 경우도 있을 수 있다. 따라서 모든 파산이 채무자의 부도덕 또는 불성실을 징표한다고 보기는 어렵고, 사립학교 교원이 파산선고를 받은 경우에도 그 원인 여하에 따라 국민의 교직에 대한 신뢰에 미치는 영향도 큰 차이가 있다고 보아야

그러므로 결격사유 중 ‘파산선고를 받고 복권되지 않은 자’에 관한 규정을 둘 때에는 이런 점을 고려하여 해당 임용, 자격 또는 인허가가 가지는 공공성, 신뢰성이 높거나 거래상의 신뢰나 재산상의 신용이 중요하게 요구되는 경우로 한정하는 것이 필요하다. 최근에는 파산자의 경우 결격사유에서 제외하거나 결격사유와 당연퇴직사유를 달리하여 규정하는 입법례가 등장하고 있다.

[입법례]

국가공무원법
제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다. 1. (생략) 2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 자 3. ~ 8. (생략)
제69조(당연퇴직) 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다. 1. 제33조제2호부터 제6호까지, 제6호의2부터 제6호의4까지, 제7호 및 제8호 중 어느 하나에 해당하는 경우. 다만, 제33조제2호는 파산선고를 받은 사람으로서 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 신청기한 내에 면책신청을 하지 아니하였거나 면책불허가 결정 또는 면책 취소가 확정된 경우만 해당하고, (이하 생략) 2. (생략)

「국가공무원법」에서는 파산자의 경우 당연퇴직사유를 결격사유와 다소 다르게 규정하고 있다. 즉 결격사유는 ‘파산선고를 받고 복권되지 아니한 자’로 규정하여 파산선고를 받기만 하면 복권되기 전까지는 공무원으로 임용될 수 없도록 하고 있으나, 당연퇴직사유는 ‘파산선고를 받은 사람으로서 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 신청기한 내에 면책신청을 하지 아니하였거나 면책불허가 결정 또는 면책 취소가 확정된 경우’로 규정하여 파산선고를 받았더라도 일정한 요건을 충족해야 퇴직되도록 하여 파산선고를 받는 즉시 퇴직되는 것을 방지하고 있다.

한다. (중략) 그렇다면 입법자로서는 파산선고를 받은 모든 경우를 사립학교 교원의 당연퇴직사유로 할 것이 아니라, 입법 목적을 달성하는 데 반드시 필요한 범위에서 파산의 원인별 유형을 한정하거나, 파산선고 후 일정한 기한 내에 면책결정을 받은 경우를 제외하는 등 적용범위를 제한하여 규정하거나, (중략) 별도의 제도로써도 입법 목적을 충분히 달성할 수 있는 것으로 판단되는 경우를 당연퇴직사유에서 제외시켜 규정하는 등의 방법을 선택할 수도 있다 할 것이다.

4) 형사처벌을 받은 사실이 있는 자

형사처벌을 받은 사실을 결격사유로 하는 것은 준법의식에 문제가 있는 사람을 배제해서 국민의 생명과 재산을 보호하려는 것이다. 그러나 형사처벌을 받은 사실만을 이유로 당사자를 사회·경제활동에서 배제하게 되면 이들로 하여금 갱생을 포기하고 다시 위법을 저지르게 하는 요인이 되므로, 그 자격이나 영업의 성질에 비추어 보아 과잉규제가 되지 않도록 특히 다음의 사항을 유의해야 한다.

① 먼저 범죄의 종류를 해당 자격이나 영업과 관련되는 범위로 한정해야 한다. 변호사, 공인회계사, 법무사, 변리사, 세무사 등과 같이 윤리성 또는 공정성의 확보가 긴요한 직업이나 자격의 경우에는 범죄의 종류와 관계없이 일정한 형벌 이상의 전과사실을 결격사유로 하는 데에 별 문제가 없으나, 그렇지 않은 경우에는 입법 목적 실현과의 관련성을 고려하여 해당 자격이나 영업과 밀접하게 관련되는 범죄로 한정하도록 한다.

[입법례] 범죄의 종류를 불문하고 결격사유로 규정한 사례

변호사법

제5조(변호사의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 변호사가 될 수 없다.

1. 금고 이상의 형(刑)을 선고받고 그 집행이 끝나거나 그 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 5년이 지나지 아니한 자
2. 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간이 지난 후 2년이 지나지 아니한 자
3. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자
4. ~ 10. (생략)

[입법례] 해당 영업과 관련되는 범죄로 결격사유를 한정한 사례

소방시설공사업법

제5조(등록의 결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 소방시설업을 등록할 수 없다.

1. · 2. (생략)
3. 이 법, 「소방기본법」, 「화재의 예방 및 안전관리에 관한 법률」, 「소방시설 설치 및 관리에 관한 법률」 또는 「위험물안전관리법」에 따른 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나(집행이 끝난 것으로 보는 경우를 포함한다) 면제된 날부터 2년이 지나지 아니한 사람

- 4. 이 법, 「소방기본법」, 「화재의 예방 및 안전관리에 관한 법률」, 「소방시설 설치 및 관리에 관한 법률」 또는 「위험물안전관리법」에 따른 금고 이상의 형의 집행유예를 선고받고 그 유예기간 중에 있는 사람
- 5. ~ 7. (생략)

인허가 사업이나 자격 제도에서 결격사유를 두는 목적이 준법의식에 문제가 있는 사람을 배제함으로써 해당 사업 종사자나 자격자의 윤리성, 도덕성 자체를 고양하기 위한 것이라면 모르겠으나, 직무 관련 규정을 준수하게 함으로써 적정한 직무수행이나 자격 행사에 요구되는 자질과 능력을 일정 수준 이상 담보하려는 것이라면 영업이나 자격의 수행과 관련 있는 법령을 위반한 자만 배제하는 방식으로 입법 목적을 충분히 달성할 수 있기 때문이다.

만약 목적 달성에 필요한 범죄의 종류나 유형을 한정하지 않고 모든 범죄를 결격사유로 하면 특정 영업의 수행 또는 자격의 행사와 아무 관련 없는 범죄 예컨대 과실로 인한 교통사고, 단순 폭행 등으로 형사처벌을 받은 자까지 해당 사업이나 자격에서 배제되는 결과를 초래하게 된다. 그러나 직무와 아무 관련 없는 범죄까지 광범위하게 배제하는 방법이 직무 관련 규정을 준수하게 함으로써 해당 사업이나 자격을 적정하게 수행하게 한다는 입법 목적의 달성에 적합한 수단인지 의문이 있고, 목적 달성에 적합한 수단이라 하더라도 목적 달성에 필요한 정도를 넘는 과도한 규제로서 최소침해의 원칙에 반할 수 있다.¹⁸⁷⁾

해당 자격이나 영업과 관련이 없는 범죄를 불가피하게 결격사유로 하더라도 이를 해당 법률 위반 범죄보다 가볍게 취급하는 것도 한 방법이 될 수 있다.

187) 심판대상조항은 건설업을 영위하는 법인의 임원이 저지른 범죄의 종류가 건설업과 관련이 있는지 여부를 가리지 않고, 금고 이상의 형을 선고받은 경우 법인의 건설업 등록을 말소하도록 하고 있다. '건설업 등록 말소'라는 제재의 위하효과를 통하여 법인 및 그 임원으로 하여금 건설업에 관련된 규범을 준수하도록 하려면, 건설업에 관련된 죄로 형을 선고받은 경우에 건설업의 등록을 말소하는 것으로도 충분한데, 건설업과 관련 없는 죄로 형을 선고받은 자가 임원으로 있다는 이유로 법인이 건설업을 영위할 수 없도록 하는 것이 부실시공을 방지하고자 하는 심판대상조항의 입법 목적을 달성하기에 적합한 수단으로는 보이지 아니한다 (헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2013헌바25 결정).

[입법례] 해당 영업과 관련된 범죄에 대해 결격사유 기간을 더 길게 정한 사례

결혼중개업의 관리에 관한 법률

제6조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 결혼중개업을 운영하거나 그 업무에 종사할 수 없다.

1. (생략)
2. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 날부터 2년이 경과되지 아니한 자
3. (생략)
4. 제2호 및 제3호에도 불구하고 이 법, 「형법」 제228조 및 제287조부터 제294조까지의 규정, 「특정범죄가중처벌 등에 관한 법률」 제5조의2, 「성매매알선 등 행위의 처벌에 관한 법률」, 「풍속영업의 규제에 관한 법률」, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 또는 「출입국관리법」 제7조의2 및 제18조제4항을 위반하여 벌금 이상의 형의 선고(벌칙금 통고처분을 포함한다)를 받고 그 집행이 종료되거나 집행을 받지 아니하기로 확정된 후 3년이 경과되지 아니한 자
5. ~ 7. (생략)

② 범죄의 경중과 그와 연관된 재범의 위험성을 개별적으로 고려하지 않고 결격사유의 대상이 되는 모든 범죄에 대해 획일적으로 하나의 결격기간을 설정하는 것은 피해야 한다. 일반적으로 법정형이 무거운 범죄를 저지른 경우 재범의 위험성도 더 크고 범죄의 습벽도 강한 것으로 추정하는 상식에 부합하지 아니할 뿐 아니라 죄질이 가볍고 재범의 위험성이 적은 사람에게 지나친 기본권 침해가 될 수 있기 때문이다.¹⁸⁸⁾ 따라서 해당 법률에서 결격사유의 대상으로 삼은 모든 범죄에 대해 획일적으로 하나의 결격기간을 설정하지 말고 범죄의

188) 성범죄로 형을 선고받아 확정된 자에 대하여 재범의 위험성에 관계없이 일정 기간 의료기관을 운영하거나 이에 취업할 수 없도록 하는 결격 제도는 정당하다고 하더라도, 범죄행위의 유형이나 구체적 태양 등을 구체적으로 고려하지 않고 일군의 성범죄를 저지른 사람 전부에 대해서 동일한 취업제한 기간을 두는 것은 구체적 타당성에도 반한다.

성범죄를 저지른 자들이라 하더라도 개별 범죄의 경중에는 차이가 있고, 이는 재범의 위험성도 마찬가지로이다. 범죄의 경중과 그와 연관된 재범의 위험성을 가늠하지 않고 동일한 취업제한의 제재를 가하는 이 사건 법률조항은 각 행위의 죄질에 따른 상이한 제재의 필요성을 간과한 것이며, 특히 그 중에서도 범행의 정도가 가볍고 재범의 위험성이 상대적으로 크지 않은 자에게까지 10년 동안 일률적인 취업제한을 부과하는 것은 그 제한의 정도가 지나치다.

이는 일반적으로 법정형이 무거운 범죄를 저지른 경우 재범의 위험성도 더 크고 범죄의 습벽도 강한 것으로 추정하는 상식에 맞지 않을 뿐만 아니라, 성범죄자의 재범 위험성을 감안하여 법정형, 선고형 등에 따라 차등적인 처분을 부과하는 다른 형사정책들과의 균형에도 맞지 않는다(헌법재판소 2016. 10. 27. 선고 2014헌마709 결정).

종류, 죄질, 형기(刑期)의 장단 및 재범의 가능성 등을 고려하여 결격사유의 기간에 차등을 두는 것이 필요하다.

③ 형벌은 벌금, 금고, 징역 등과 같이 그 종류가 다양하고 또 이들의 집행유예가 있으므로 가벼운 형벌을 받은 자가 더 무거운 형벌을 받은 자보다 결격사유 기간이 더 장기가 되지 않도록 유의해야 한다.

④ 벌금형은 그 범위가 넓은 뿐만 아니라 사회적 비난의 가능성이 비교적 낮은 범죄인 경우가 많으므로 벌금형을 결격사유로 할 때에는 신중해야 하며, 특히 다른 법령 위반으로 인한 벌금형은 특별한 사유가 없으면 결격사유로 하지 않도록 한다.¹⁸⁹⁾

그리고 특정 범죄를 범하여 일정한 형을 선고받은 경우를 결격사유의 하나로 규정하면서 해당 범죄로 다른 범죄의 경합범에 대한 형의 분리선고 규정을 두지 않은 경우가 대부분이다. 그러나 특정 범죄와 형의 종류 및 형량을 같이 결격사유로 규정하면서 형의 분리선고 규정이 없는 경우에는 법원의 판결문에 나타난 양형결과판으로서는 해당 법률상의 결격사유에 해당하는지 분명하게 알 수 없으므로 결격사유에 해당하는 범죄와 다른 범죄가 경합범으로 처벌될 경우 결격사유를 판단할 수 있는 명확한 기준을 제시하여 행정청의 결격사유 판단에 대한 객관적인 지침을 제공해줄 필요가 있다.¹⁹⁰⁾ 따라서 결격사유에서 범죄의 범위와 형의 종류 및 형량을 규정하면서 분리 선고 규정을 두고 있지 않은 법률의 경우, 분리선고 규정을 마련해야 한다.

189) 사회통념상 벌금형을 선고받은 피고인에 대한 사회적 비난가능성이 그리 높다고 보기 어려운데도, 이 사건 등록실효조항은 법인의 임원이 학원법을 위반하여 벌금형을 선고받으면 일률적으로 법인의 등록을 실효 시키고 있고, 법인으로서의 대표자인 임원이건 그렇지 아니한 임원이건 모든 임원 개개인의 학원법위반범죄와 형사처벌 여부를 형사 감독하여야만 등록의 실효를 면할 수 있게 되므로 학원을 설립하고 운영하는 법인에게 지나치게 과중한 부담을 지우고 있다. 또한 이로 인하여 법인의 등록이 실효되면 해당 임원이 더 이상 임원직을 수행할 수 없게 될 뿐 아니라, 학원법인 소속 근로자는 모두 생계의 위협을 받을 수 있으며, 갑작스러운 수업의 중단으로 학습자 역시 불측의 피해를 입을 수밖에 없으므로 이 사건 등록실효조항은 학원법인의 직업수행의 자유를 침해한다(헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2012헌마653 결정).

190) 새마을금고법상 '선거범죄를 범하여' 징역형 또는 100만 원 이상의 벌금형을 선고받은 사람에 대하여 임원의 자격을 제한하도록 규정하면서, 비선거범죄가 선거범죄의 양형에 영향을 미치는 것을 최소화하기 위한 방안인 분리 선고 규정을 두지 아니하여 선거범죄와 다른 죄의 동시적 경합범의 경우 변론을 분리하지 않고 하나의 형을 선고하고, 그 선고형 전부를 선거범죄에 대한 형으로 의제하여 임원 자격의 제한 여부를 확정할 수밖에 없게 함으로써, 입법목적의 달성에 필요한 정도를 넘어서는 과도한 제한을 하여 침해의 최소성원칙에 위반된다. 그리고 분리 선고 규정을 두지 않은 결과, 선거범죄가 경미하여 그것만으로 처벌되는 때에는 100만 원 미만의 벌금형을 선고받을 수 있음에도 불구하고 다른 범죄와 경합범으로 함께 처벌되면 100만 원 이상의 벌금형이나 징역형을 선고받을 수 있어 임원직을 상실할 수도 있게 되는데, 이 사건 법률조항은 선거범죄와 다른 죄의 경합범으로 기소, 처벌되는 사람과 별도로 기소, 처벌되는 사람 사이에 합리적 이유 없이 차별대우를 하는 결과를 초래하므로 헌법상 평등원칙에도 위반된다(헌법재판소 2014. 9. 25. 선고 2013헌바208 결정).

[입법례] 벌금형의 분리 선고를 규정한 사례

국가공무원법

제33조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 공무원으로 임용될 수 없다.

1. ~ 6. (생략)

6의2. 공무원으로 재직기간 중 직무와 관련하여 「형법」 제355조 및 제356조에 규정된 죄를 범한 자로서 300만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 2년이 지나지 아니한 자

6의3. 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 죄를 범한 사람으로서 100만원 이상의 벌금형을 선고받고 그 형이 확정된 후 3년이 지나지 아니한 사람

가. 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조에 따른 성폭력범죄

나. 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제74조제1항제2호 및 제3호에 규정된 죄

다. 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제2조제2호에 따른 스톱킹범죄

6의4. ~ 8. (생략)

제33조의2(벌금형의 분리 선고) 「형법」 제38조에도 불구하고 제33조제6호의2 또는 제6호의3에 규정된 죄와 다른 죄의 경합범(競合犯)에 대하여 벌금형을 선고하는 경우에는 이를 분리 선고하여야 한다.

⑤ 집행유예를 결격사유로 할 때에는 유예기간이 만료되면 형 선고의 효력이 상실되는 「형법」의 취지를 존중하여 유예기간 중인 경우만 결격사유로 하고, 특별한 사유가 없으면 ‘유예기간 만료 후 일정 기간이 경과될 때까지’를 결격사유로 하지 않아야 한다. 집행유예기간이 만료된 후 일정 기간이 경과될 때까지를 결격사유로 한다면 집행유예기간이 실형의 기간보다 길어지므로 집행유예를 받은 자가 실형을 받은 자보다 사회적 비난가능성이 낮음에도 불구하고 더 오랫동안 결격사유에 해당하게 되는 모순이 생긴다.

⑥ 형의 선고유예를 받은 자는 해당 직업이나 영업이 고도의 윤리성을 필요로 하는 등 특별한 경우가 아니면 결격사유에 포함하지 않도록 하고, 결격사유에 포함하더라도 집행유예와 마찬가지로 그 유예기간 중에 있는 경우만 결격사유로 하도록 한다.

⑦ 따라서 형사처벌을 받은 사실이 있는 자에 관한 결격사유는 다음과 같이 자유형과 벌금형으로 구분하고,¹⁹¹⁾ 자유형의 실형과 집행유예 및 선고유예를 구분¹⁹²⁾하며, 위반

191) 자유형과 벌금형을 함께 규정하는 경우에는 “벌금형 이상의 형을 선고받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 집행이 면제된 날부터 ○년이 경과되지 아니한 자”로 표현하게 되는데, 이 경우 벌금의 납부시기에 따라 결격기간을 산정해야 하는 문제가 생긴다. 따라서 벌금형을 결격사유로

법률은 원칙적으로 해당 법률로 한정하는 방식으로 규정한다.

입법 모델

1. 이 법을 위반하여 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 끝나거나(집행이 끝난 것으로 보는 경우를 포함한다) 집행이 면제¹⁹³⁾된 날부터 ○년이 지나지 아니한 자
2. 이 법을 위반하여 금고 이상의 형의 집행유예 선고를 받고 그 유예기간 중에 있는 자¹⁹⁴⁾
3. 이 법을 위반하여 금고(자격정지) 이상의 형의 선고유예를 받고 그 유예기간 중에 있는 자
4. 이 법을 위반하여 벌금형의 선고를 받고 ○년이 지나지 아니한 자

02
실체 규정

5) 자격이 상실되거나 정지된 자

자격상실과 자격정지에는 법원의 판결 즉, 자격상실 또는 자격정지의 형을 선고받은 경우와 법률에 의하여 자격이 상실되거나 정지된 경우가 있다.

해당 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지되는 경우는 결격사유나 인허가, 면허 등의 취소사유나 임원·위원 등의 자격상실에 관한 규정에 따라 규율된다.

다른 법률에 따라 자격이 상실되거나 정지된 경우를 해당 법률상의 결격사유로 할 수

하는 경우에도 이를 자유형과 구분해서 규정하도록 한다.

192) 결격사유로서 ‘금고 이상의 형을 선고받은 경우’를 규정한 경우 집행유예를 선고받은 경우도 포함된다(대법원 1998. 2. 13. 선고 97누18042 판결, 헌법재판소 2020. 4. 23. 선고 2019헌바118 결정). 그런데 법률전문가가 아닌 일반 공무원과 국민의 예측 가능성 제고와 법치국가원리의 충실한 실현을 위하여 집행유예가 선고된 경우 결격사유 해당 여부를 명확하게 규정할 필요가 있다. 따라서 결격사유를 규정할 때에는 “실형”을 선고받은 경우와 “집행유예”를 선고받은 경우로 구분하여 결격사유를 알기 쉽게 규정하도록 한다.

193) 집행면제의 예

- 재판확정 후 법률의 변경에 의해 그 행위가 범죄를 구성하지 않는 경우(「형법」 제1조제3항)
- 재판확정 후 시효가 완성된 경우(「형법」 제77조)
- 특별사면의 경우(「사면법」 제5조제1항제2호)

194) 집행유예가 실효 또는 취소됨이 없이 유예기간을 경과한 때에는, 형의 선고가 이미 그 효력을 잃게 되어 ‘금고 이상의 형을 선고’한 경우에 해당한다고 보기 어려울 뿐 아니라, 집행의 가능성이 더 이상 존재하지 아니하여 집행종료나 집행면제의 개념도 상정하기 어려우므로 「형법」 제62조제1항 단서의 요건에 해당하지 않는다고 할 것이다(대법원 2007. 2. 8. 선고 2006도6196 판결).

* 「형법」

제62조(집행유예의 요건) ①3년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금의 형을 선고할 경우에 제51조의 사항을 참작하여 그 정상에 참작할 만한 사유가 있는 때에는 1년 이상 5년 이하의 기간 형의 집행을 유예할 수 있다. 다만, 금고 이상의 형을 선고한 판결이 확정된 때부터 그 집행을 종료하거나 면제된 후 3년까지의 기간에 범한 죄에 대하여 형을 선고하는 경우에는 그러하지 아니하다.

있느냐가 문제되는데, 개별 법률에서의 자격상실 규정은 그 법률상의 의무위반 등에 따른 의결이나 처분에 따라 자격을 박탈하거나 정지하는 것이어서 이를 다른 법률관계에 확대 적용하는 것은 지나친 규제에 해당하므로 이러한 경우는 제외하기로 한다.

6) 인허가가 취소된 자(행정처분을 받은 사실이 있는 자)

해당 자격이나 인허가·등록이 취소되면 일정 기간 동안 다시 그 자격을 취득할 수 없게 하거나 인허가·등록을 받을 수 없게 하는 경우가 적지 않다. 해당 자격이나 인허가에 관한 사항을 제대로 준수하지 않은 데 대한 책임을 묻는 것이다.

입법 모델 해당 법령에 따른 처분을 결격사유로 규정하는 경우

【관련 규정이 하나인 경우】

이 법에 따라 허가(등록)가 취소(실효)된 후 ○년이 지나지 아니한 자

【관련 규정이 많은 경우】¹⁹⁵⁾

제○조에 따라 허가(등록)가 취소된 후 ○년이 지나지 아니한 자

입법 모델 해당 법령 및 관련 법령에 의한 처분을 결격사유로 규정하는 경우

이 법 또는 「○○법」에 따라 허가(등록)가 취소된 후 ○년이 지나지 아니한 자

이 법, 「○○법」 또는 「○○법」에 따라 허가(등록)가 취소된 후 ○년이 지나지 아니한 자

입법 모델 다른 법령에 따른 처분을 결격사유로 규정하는 경우

「○○○법」 제○○조 제○항에 따라 허가(등록)가 취소된 후 ○년이 지나지 아니한 자

인허가나 등록이 취소된 자에 대해 결격사유를 규정하는 경우로서 인허가나 등록의 대상이 되는 영업이 여러 종류로 구분되는 경우(예컨대, 「관광진흥법」상의 관광사업은 여행업·관광숙박업·관광객 이용시설업 등으로 구분됨)에는 어느 한 종류의 영업에 관한 인허가나 등록이 취소되면 다른 종류의 영업허가나 등록의 결격사유로 할 것인지를 분명히 해야 한다.

195) 해당 법률에 규정된 인허가 중 어느 하나라도 취소된 경우에 이를 모두 결격사유로 삼는다면 “이 법에 따라 인허가가 취소된 후 ○년이 지나지 아니한 자”와 같이 규정할 수 있을 것이나, 이는 바람직하지 않다.

[입법례]

관광진흥법

제7조(결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 관광사업의 등록등을 받거나 신고를 할 수 없고, 제15조제1항 및 제2항에 따른 사업계획의 승인을 받을 수 없다. 법인의 경우 그 임원 중에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자가 있는 경우에도 또한 같다.

1. · 2. (생략)

3. 이 법에 따라 등록등¹⁹⁶⁾ 또는 사업계획의 승인이 취소되거나 제36조제1항에 따라 영업소가 폐쇄된 후 2년이 지나지 아니한 자. 다만, 제1호 또는 제2호에 해당하여 제2항에 따라 등록등 또는 사업계획의 승인이 취소되거나 영업소가 폐쇄된 경우는 제외한다.

4. (생략)

② (생략)

대부분의 법률에서 인허가나 등록의 취소처분을 받은 후 일정한 기간이 지나지 않으면 다시 그 인허가나 등록을 받을 수 없도록 하는 재인허가 또는 재등록 제한 기간을 결격사유의 하나로 규정하고 있다. 이는 해당 인허가나 등록에 관한 의무사항을 제대로 준수하지 않은 것에 대한 책임을 묻기 위한 제재적 성격의 규정으로서 인허가나 등록 취소처분에 책임이 있는 자에게 아무런 기간 제한 없이 곧바로 다시 인허가나 등록을 받을 수 있도록 하면 취소처분의 실효성을 떨어뜨리는 결과를 초래할 수 있기 때문이다. 따라서 취소처분의 실효성을 확보하기 위해서는 인허가나 등록 취소처분을 받은 후 일정 기간이 지나지 않은 자에 대해서 재인허가나 재등록을 제한하는 것이 필요하다.

다만, 행위능력(피성년후견인, 피한정후견인)이나 파산선고 관련 결격사유로 인허가나 등록이 취소된 경우는 다른 사유(해당 인허가 관련 의무규정의 위반, 범죄행위로 결격사유에 해당하는 경우 등)로 인허가 처분이 취소된 경우와 비교할 때, 취소처분을 받은 자에게 책임을 묻기 어려운 경우가 대부분이고, 그 책임의 정도나 비난가능성이 낮다. 따라서 행위능력 또는 파산선고를 이유로 인허가나 등록을 취소하고, 인허가 또는 등록 등의 취소를 이유로 다시 일정 기간 해당 인허가나 등록의 결격사유로 규정하는 것은 이중규제로서 과잉금지원칙에 위반될 소지가 있으므로 재인허가 제한 기간을 두지 않도록 한다.

196) ‘등록등’은 여행업, 관광숙박업, 관광객 이용시설업 등 관광사업의 등록·허가 또는 지정을 약칭하는 용어 이므로(「관광진흥법」 제2조제2호 참고), 예컨대 여행업 등록이 취소된 자는 2년간 관광숙박업 등록도 할 수 없게 된다.

[입법례]

농약관리법

제4조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제3조제1항 전단 및 제2항 전단에 따른 등록을 할 수 없다.

1. 피성년후견인 또는 피한정후견인
2. 파산선고를 받고 복권되지 아니한 사람
3. 4. (생략)
5. 제7조에 따라 등록이 취소(제4조제1호 및 제2호에 해당하여 등록이 취소된 경우는 제외한다)된 날부터 2년이 지나지 아니한 자
6. (생략)

7) 임원 중 결격사유에 해당하는 사람이 있는 법인

임원 중에(또는 대표자가) 제○호부터 제○호까지의 어느 하나에 해당하는 사람이 있는 법인

법인의 의사는 임원이 결정하므로 원칙적으로 결격사유가 있는 임원이 있는 법인은 결격사유가 있는 개인과 동일하게 취급해야 할 것이고, 결격사유에 해당하는 임원은 법인의 의사결정과정에서 배제해야 한다.

그러나 한 두 사람의 임원이 결격사유에 해당한다고 하여 그 법인을 인허가 대상에서 제외하는 것은 과도한 제재가 될 수 있다는 점을 고려하여 영업의 성질에 따라서는 대표자가 결격사유에 해당될 때만 결격사유로 하는 방식도 고려하도록 한다.

대부분의 법률에서는 결격사유를 해당 사업의 인허가나 등록의 취소사유로 준용하고 있으므로, 법인의 임원이 결격사유에 해당하게 되면, 해당 사업의 인허가 또는 등록도 취소 또는 말소된다. 이 경우 해당 사업을 하고 있는 법인에게는 너무 가혹할 수 있으므로 대부분의 법률에서 그 임원을 일정한 기간 안에 개임(改任)하게 하거나(「여객자동차 운수사업법」 제85조제1항제8호 단서 등) 해당 규정의 적용을 일정 기간 동안 유예(「유통산업발전법」 제11조제2항 등)하여 법인으로 하여금 스스로 결격사유에 해당하는 임원을 업무에서 배제시키고 해당 인허가를 유지시킬 수 있도록 하고 있다.

법인의 임원이 결격사유에 해당하게 되는 경우에 그 임원을 일정한 기간 안에 개임(改任)하면 해당 법인에 대한 인허가를 취소하지 않도록 하는 규정을 두는 경우, ① 결격사유를 규정한 호의 단서에 규정하는 입법례, ② 별도의 항으로 규정하는 입법례,¹⁹⁷⁾ ③ 인허가 취소 근거 규정의 단서로 규정하는 입법례¹⁹⁸⁾가 있으나, 결격사유 규정과 그 결격사유에 따른 취소 제외 규정을 하나의 조문에서 규정하는 것이 나누어 규정하는 것보다 이해하기가 쉽다는 점 등을 고려하여 다음과 같이 결격사유를 규정한 호의 단서에 규정하도록 한다.

[입법례]

가족분노의 관리 및 이용에 관한 법률

제32조(허가의 취소 등) ① 시장·군수·구청장은 가족분노관련영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호·제3호 또는 제15호에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다.

1. ~ 14. (생략)

15. 제31조제1호부터 제3호까지 또는 제5호에 해당하는 경우. 다만, 임원 중에 제31조제1호부터 제4호까지에 해당하는 자가 있는 법인의 경우 6개월 이내에 해당 임원을 개임한 때에는 그러하지 아니하다.

16. ~ 19. (생략)

② (생략)

8) 그 밖의 결격사유

인허가나 자격 제도의 특성에 따라 외국인을 결격사유로 규정할 경우가 있다. 이 경우에는 “대한민국의 국민이 아닌 사람” 또는 “대한민국의 국적을 가지지 아니한 사람”으로 표현한다.

징계처분을 받은 사실을 결격사유로 하는 경우에는 행정처분을 받은 사실을 결격사유로 하는 경우에 준하여 규정하면 된다.

197) 「골재채취법」 제19조제2항 참고

198) 「방송법」 제18조제1항 각 호 외의 부분 단서 참고

[입법례] 외국인을 결격사유로 규정한 사례

신문 등의 진흥에 관한 법률

제13조(결격사유 등) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 신문 및 인터넷신문의 발행인 또는 편집인이 되거나 인터넷뉴스서비스의 기사배열책임자가 될 수 없다.

1. 대한민국의 국민이 아닌 사람
2. ~ 8. (생략)
- ② ~ ④ (생략)

[입법례] 징계처분을 받은 사실을 결격사유로 규정한 사례

공인노무사법

제4조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 공인노무사가 될 수 없다.

1. ~ 3. (생략)
4. 공무원으로서 징계처분에 따라 파면된 사람으로서 3년이 지나지 아니한 사람
5. ~ 8. (생략)

바. 결격사유와 인허가 취소와의 관계

결격사유를 해당 사업이나 자격의 퇴출기준으로 삼는다는 것은 결격사유의 발생을 신분 또는 자격이나 인허가의 취소사유로 한다는 것인데, 이는 결격사유 제도 자체에서 유래하는 것이다.¹⁹⁹⁾

그러나 신분 또는 자격을 취득하지 못하게 하거나 영업을 시작하지 못하게 하는 것과, 이미 취득한 신분 또는 자격을 박탈하거나 기존의 영업을 폐업하게 하는 것을 반드시 동일하게 취급할 것은 아니다. 후자의 경우 그 신분·자격 또는 영업을 기반으로 많은 법률관계가 형성되었을 것이므로 당사자가 받는 불이익이 훨씬 큰 경우가 많을 것이기 때문이다. 따라서 결격사유가 진입 장벽으로 작용할 때에는 과잉금지원칙에 반하지 아니하지만 기존 사업에서의 퇴출사유로 작용할 때에는 과잉금지원칙에 반할 수 있다.²⁰⁰⁾

199) 입법자가 일정한 자격제도를 마련하면서 그 자격제도를 둔 취지와 양립할 수 없는 결격사유를 규정하고 있는 이상, 일단 자격을 취득하여 그 자격제도에 포섭된 자일지라도 결격사유에 해당하게 됨으로써 당해 자격제도의 범주에서 벗어난 경우, 이 법률조항과 같이 필요적으로 그 자격을 취소, 박탈하는 것은 자격취득에 관한 요건으로 결격사유를 설정한 자격제도 자체에서 유래하는 본질적인 한계에 속하고, 단지 그 결과만을 두고 최소침해성의 원칙에 위반된다고 볼 수도 없다(헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌바94 결정).

200) 어떠한 직업분야에 관한 자격제도를 만들면서 그 자격요건 내지 결격사유를 어떻게 설정할 것인가에 관하여

이와 같은 점을 고려하여, 결격사유 규정 시에 결격사유 해당자를 모두 영업의 취소나 자격의 박탈 사유로 할 것인지, 아니면 경미한 결격사유에 대해서는 영업의 취소나 자격 박탈 사유에서 제외할 것인지를 검토할 필요가 있다.

현재 대부분의 법률에서는 결격사유를 필요적 취소사유로 규정하고 있으나, 공무원의 퇴직과 관련해서 결격사유 중 선고유예를 받은 경우에는 제한적으로만 당연퇴직 사유로 규정하고 있다.²⁰¹⁾²⁰²⁾

[입법례]

국가공무원법

제69조(당연퇴직) 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 당연히 퇴직한다.

1. 제33조제2호부터 제6호까지, 제6호의2부터 제6호의4까지, 제7호 및 제8호 중 어느 하나에 해당하는 경우. 다만, 제33조제2호는 파산선고를 받은 사람으로서 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」에 따라 신청기한 내에 면책신청을 하지 아니하였거나 면책불허가 결정 또는 면책 취소가 확정된 경우만 해당하고, 제33조제5호는 「형법」 제129조부터 제132조까지, 「성폭력범죄의 처벌 등에 관한 특례법」 제2조, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제74조제1항제2호·제3호, 「스토킹범죄의 처벌 등에 관한 법률」 제2조제2호, 「아동·청소년의 성보호에 관한 법률」 제2조제2호 및 직무와 관련하여 「형법」 제355조 또는 제356조에 규정된 죄를 범한 사람으로서 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우만 해당한다.

2. (생략)

입법자에게 폭넓은 입법재량이 인정되기는 하나, 일단 자격요건을 구비하여 자격을 부여받았다면 사후적으로 결격사유가 발생했다고 해서 당연히 그 자격을 박탈할 수 있는 것은 아니다. 국가가 설정한 자격요건을 구비하지 못했다는 이유로 일정한 자격을 부여하지 않더라도 해당자가 잃는 이익이 크다고 볼 수 없는 반면 그러한 자격을 일단 취득하여 직업활동을 영위해 오고 있는 자의 자격을 상실시킬 경우 장기간 쌓아온 지위를 박탈하는 것으로서 그 불이익이 중대할 수 있기 때문이다(헌법재판소 2014. 1. 28. 선고 2011헌바252 결정).

- 201) 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우를 결격사유로 규정하면서, 동시에 당연퇴직 사유로 규정하고 있던 종전 「국가공무원법」 제33조제5호 및 「지방공무원법」 제31조제5호의 선고유예 규정이 헌법재판소에서 위헌결정(헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2002헌마684 결정, 헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2001헌마788 결정)됨에 따라, 「국가공무원법」, 「지방공무원법」, 「경찰공무원법」 등의 당연퇴직규정에서 선고유예를 받은 경우를 모두 삭제하였다(「국가공무원법」 법률 제6788호 2002. 12. 18. 공포·시행). 한편 2010년에는 공무원의 신뢰성과 청렴성을 높이기 위해 「국가공무원법」 등을 개정하여 선고유예를 받은 경우라도 뇌물, 횡령 및 배임 등에 관한 범죄로 금고 이상의 형의 선고유예를 받은 경우는 당연퇴직 사유로 추가하였다(「국가공무원법」 법률 제10148호, 2010. 3. 22. 공포·시행).
- 202) 「국가공무원법」 제33조를 인용하고 있는 「산업재해보상보험법」, 「공무원연금법」 등은 금고 이상의 선고유예를 받은 경우를 결격사유와 당연퇴직 사유로 동일하게 규정하고 있는데, 헌법재판소의 결정 취지와 최근 「국가공무원법」의 개정 취지를 고려하여 정비될 필요가 있다.

11. 과징금

가. 과징금의 의의

「행정기본법」은 과징금과 관련하여, 법령등에 따른 의무를 위반한 자에 대하여 법률로 정하는 바에 따라 그 위반행위에 대한 제재로서 부과되는 것이라 규정하고 있다(「행정기본법」 제28조제1항). 현행법상 과징금은 크게 경제적 이익 환수 과징금, 영업정지 대체 과징금, 순수한 금전적 제재로서의 과징금으로 유형을 구분할 수 있다.

과징금은 금전적 제재수단이라는 점에서 벌금이나 과태료와 유사하다. 그러나 과징금은 행정기관이 부과한다는 점에서 사법기관(司法機關)이 결정하는 벌금과 구별되고, 과태료가 행정청에 대한 협조 의무 위반에 대해 부과하거나 경미한 형사사범에 대한 비범죄화 차원에서 부과되는 반면, 과징금은 일반적으로 법규 위반으로 얻어진 경제적 이익을 환수하거나 영업정지처분을 갈음하여 금전적 제재를 부과한다는 점에서 차이가 있다.

나. 과징금의 유형

1) 경제적 이익 환수 과징금

경제적 이익 환수 과징금은 불법행위로 얻어진 경제적 이익을 확실히 환수하기 위해 도입되었다.²⁰³⁾ 불법이익의 환수 수단으로 일반적으로 인정되던 「형법」상의 몰수·추징 제도 등이 엄격한 형사절차에 의하여 운영됨으로써 경제사범의 제재에 요구되는 융통성이 제약을 받는다는 점을 고려하여 고안된 제도이다.

경제적 이익 환수 과징금은 법률의 규정에 따라 환수 범위를 명확히 하고 이에 따른 행정 처분으로 과징금을 부과·징수하게 되는데 행정청이 운영하기 때문에 비교적 법령에서 부과금액 등이 명확하게 규정되어 있지만 집행과정에서는 행정청의 재량이 폭넓게 작용된다는 점이 특징이다.

203) 과징금이 처음 도입된 것은 1980. 12. 31. 제정된 「독점규제 및 공정거래에 관한 법률」 제6조에서, 시장 지배적 사업자가 경제기획원장관의 가격인하명령에 불응한 경우 가격인하 명령일부터 가격인하 시까지 시장 지배적 사업자가 명령위반으로 얻은 이익을 과징금으로 부과하도록 하는 것이었다.

2) 영업정지 대체 과징금

영업정지처분은 허가처분 등 수익적(授益的) 행정행위에 대한 사후 관리 수단으로서 영업자가 허가 등에 따른 행정상의 의무를 위반할 때 제재로서 가하는 강력한 수단이기도 하나, 이로 인하여 그 영업자가 수행하는 영업활동을 이용하는 일반국민에게 불편을 초래할 수 있다. 이러한 공익적 고려에 따라 행정처분을 대신하는 금전적 제재로서의 과징금이 등장하게 되었다.²⁰⁴⁾ 현행법상 이러한 유형의 과징금이 가장 많은 경우를 차지하고 있다.

다만, 사업 이용자의 편의를 고려할 필요가 있다고 하더라도 중대한 법령 위반에까지 금전적 제재로의 대체(代替)를 인정하는 것은 타당하지 않으므로 허가취소에 해당하는 위반에 대해서까지 영업정지 대체 과징금을 허용해서는 안 된다.

영업정지 대체 과징금의 경우에도 결과적으로 영업정지기간의 영업행위로 얻을 수 있는 이익의 전부 또는 일부가 환수되는 효과가 있지만, 이 경우의 영업이익 환수는 과징금 부과에 따른 부수적 효과이지 영업이익 환수 그 자체가 목적은 아니므로 영업정지 대체 과징금 부과 기준은 사업자가 영업정지기간에 실제 얻을 수 있는 영업이익과 반드시 연관될 필요는 없다.

3) 순수한 금전적 제재로서의 과징금

금전적 제재 과징금은 그 금액이 위반행위로 인해 얻게 된 이익과 직결되어 있지 않고 영업정지처분과 연계되어 있지도 않다는 점에서 앞서 설명한 두 유형과 다르다. 1995년 제정된 「부동산 실권리자명의 등기에 관한 법률」에서 도입되었고, 소유권이전등기를 장기간 신청하지 않은 경우 등에 일정한 과징금을 부과하도록 하고 있다.

204) 1981. 12. 31. 개정된 구 「자동차운수사업법」 제31조의2에 따른 과징금이 시초이다. 이 법에서는 자동차운수사업자가 자동차운수사업법령을 위반하여 사업정지사유가 발생한 경우 사업정지처분을 대신하여 위반행위의 중벌과 정도에 따라 500만원 이하의 과징금을 부과할 수 있도록 하였다. 자동차운수사업의 경우 행정청으로부터 독점적 사업권을 부여받아 운영하는 공익사업으로서 영업을 정지되는 경우 그 사업자가 자동차운수사업을 못하게 되어 받는 불이익보다는 교통이 마비되어 그 운수사업을 이용하는 시민이 겪게 되는 불편이 더 클 것이고, 경우에 따라서는 국민경제에 적지 않은 피해를 초래하게 되는 등 공익을 해칠 우려가 있어 이러한 제도를 도입하게 되었다. 사업정지처분을 하는 대신 벌금을 부과하는 방법도 생각할 수 있지만 벌금액이 소액이면 규제로서의 실효성이 별로 크지 않을 뿐만 아니라, 상대적으로 경미한 행정법규 위반으로 사업자가 전과자가 되는 부작용이 생기게 되기 때문이다.

다. 과징금 제도 도입 시 유의 사항

과징금의 부과는 그 자체가 국민에게 금전적 부담을 지우는 침익적 행정행위이므로 법률 유보의 원리상 반드시 법률에 그 근거를 두어야 한다.²⁰⁵⁾ 과징금의 근거가 되는 법률에는 부과·징수 주체, 부과 사유, 상한액, 가산금을 징수하려는 경우 그 사항, 과징금 또는 가산금 체납 시 강제징수를 하려는 경우 그 사항을 명확하게 규정하여야 한다(「행정기본법」 제28조 제2항). 특히 위입법법의 범위와 관련하여 위반행위별 과징금 금액을 하위법령에 위임하는 대신 법률에서 어느 정도의 구체적인 산정기준은 정하도록 하는 것이 바람직하다.

동일한 의무위반에 대해 과태료, 과징금, 벌금 등의 금전제재를 중복적으로 부과하는 입법²⁰⁶⁾은, 법률의 수범자인 국민의 입장에서는 사실상 이중처벌로 받아들여질 수 있으므로 바람직하지 않은 면이 있다.²⁰⁷⁾ 따라서 과징금 제도를 도입하는 경우에는 다른 유형의 금전제재와 중복되지 않는지를 검토해야 하고, 중복될 수 있는 경우라면 제재의 실효성 등의 측면에서 반드시 필요한 경우에만 한정하여 도입해야 할 것이다.

그리고 과징금 부과사유가 형벌의 구성요건이나 과태료 부과사유와 중복되어 이중처벌로 비취질 소지를 없애는 데 유의하되, 특히 “이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 처분을 위반 하였을 때”라는 표현을 사용하는 대신 위반행위의 유형을 일일이 적시하도록 한다.

과징금과 과태료 부과사유가 중복되는 경우에 과징금을 부과한 행위에 대해서는 과태료를 부과할 수 없도록 하여 중복 부과 문제를 해결하려고 한 입법례²⁰⁸⁾도 있으나, 과태료를 먼저 부과하는 경우에 과징금 부과 가능 여부가 불분명하고,²⁰⁹⁾ 영업정지 대체 과징금을

205) 「행정기본법」 제8조

206) 동일한 위반행위에 대하여 과징금과 과태료를 각각 규정하고 있는 경우 과징금을 부과하더라도 과태료도 부과해야 한다(법제처 2017. 9. 22. 17-0442 해석례).

207) 동일한 위반행위에 과징금과 형벌을 병과하는 것이 이중처벌인지에 대해 헌법재판소는 이중 처벌이 아니라고 결정한 바 있으나(헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌가25 결정), 동일한 행위에 대해 벌금, 과징금을 부과하여 대상자가 거듭 처벌되는 것과 같은 효과를 낳는다면 그러한 중복적인 제재가 과잉금지 원칙에 위배될 수 있는 가능성도 시사한 바 있다(헌법재판소 2001. 5. 31. 선고 99헌가18 결정). 벌금형과 관련해서 이중처벌이라는 비난소지를 원천제거하기 위해 과징금을 부과하는 행위에 대해서는 해당 행정기관의 장의 고발이 없으면 소추할 수 없다는 규정을 두기도 했으나(「해운법」 제60조제1항 등), 검찰권에 대한 과도한 제약이라는 지적이 있어 지금은 두지 않는다.

208) 「여객자동차 운수사업법」 제95조, 「건강기능식품에 관한 법률」 제48조 등

209) 동일한 위반행위를 과태료와 사업정지 처분을 갈음하는 과징금 부과처분의 사유로 각각 규정하면서 사업정지 처분을 갈음하는 과징금을 부과받은 자에게는 그 위반행위에 대하여 과태료를 부과할 수 없다고 규정한 경우, 해당 위반행위에 대하여 과태료를 먼저 부과한 뒤에 과징금을 부과할 수 없다(법제처 2010. 6. 4. 10-0142 해석례).

부과하지 않고 영업정지를 한 경우에는 과태료를 부과할 수 있는 모순이 발생한다. 따라서 과징금과 과태료가 처음부터 중복되지 않도록 주의하는 것이 필요하다.

현행법상 과징금은 다양한 유형으로 도입되고 있고, 그 도입 목적이나 규정 방식이 통일되어 있지 않으므로 여기에서는 과징금 중 가장 입법례가 많은 유형인 ‘영업정지 대체 과징금’을 중심으로 살펴보기로 한다.

라. 영업정지 대체 과징금의 도입 기준

영업정지처분을 대신하는 과징금 제도는 자동차운수사업, 도시가스사업, 해운업, 항공업, 항만운송사업, 석유사업, 도소매업, 유선방송업 등 영업정지처분을 할 경우 이용자인 국민이 심한 불편을 겪게 되어 오히려 공익을 해칠 우려가 있는 공익성이 강한 사업을 대상으로 하여 도입되었다.

그러나 차츰 자동차관리업, 건설업, 식품위생업 등 영업정지처분을 하더라도 국민에게 그다지 불편을 주지 않는 사업에까지 과징금 제도가 도입되어 왔는데, 이는 영업정지가 사업자에게 막대한 타격을 주어 행정청이 이를 엄격히 집행하는데 애로를 느끼는 점을 해결하고 행정청도 과징금 수입을 특정한 행정 목적에 사용할 수 있다는 점에 따른 것이다.

영업정지처분을 대신하는 과징금 제도의 취지는 그 사업을 이용하는 일반국민에게 불편을 끼치는 것을 막기 위한 것이고, 이를 공익성이 약한 사업 분야까지 확대하면 영업정지처분이 갖던 제재 효과를 충분히 달성하기 어려워지고 위법행위를 조장하는 측면도 있게 된다.

따라서 영업정지처분을 대신하는 과징금 제도는 이용자의 편의나 국민경제에 악영향을 초래하는 등 공익을 해칠 우려가 있는 경우에만 한정하여 도입하는 것을 원칙으로 한다.²¹⁰⁾

210) 실제 법령심사 사례를 보면, 도선사업은 영업정지로 인한 이용자의 불편을 고려해야 하지만 같은 법에서 다루는 유선사업은 그러한 점이 없으므로 과징금 도입을 허용하지 않은 사례(「유선 및 도선 사업법」), 방사선 물질을 취급하는 사업자에게 영업정지를 갈음하여 과징금을 도입하는 것은 영업정지로 달성할 수 있는 위험으로부터의 국민생활 보호라는 효과를 과징금으로는 달성할 수 없으므로 허용하지 않은 사례(「생활주변방사선 안전관리법」) 등이 있다.

마. 영업정지 대체 과징금의 규정 방식

1) 과징금 부과처분의 근거

과징금 부과처분의 근거 규정은 법률에 두되, 취소·정지 규정은 하나의 조문(또는 항)에서 함께 규정하고, 과징금 부과처분은 영업정지처분을 대신하는 것이라는 점을 명확하게 하기 위해 취소·정지 규정과는 다른 조문(또는 항)에서 별도로 규정하도록 한다.²¹¹⁾

과징금 부과 요건에 영업정지사유 외에 공익성에 관한 요건이 요구되므로 “대통령령으로 정하는 바에 따라”의 앞에 “영업정지가 이용자 등에게 심한 불편을 주거나 공익을 해칠 우려가 있는 경우에는”와 같은 공익성 요건 관련 표현을 두도록 한다.

과징금액의 상한을 정액으로 정하지 않고 위반행위와 관련이 있는 매출액·비용 등과 연계하려면 “○○원 이하”라는 표현 대신에 “…… 금액의 ○분의 ○에 상당하는 금액 이하”와 같은 표현을 사용하도록 한다.

입법 모델

제○조(영업허가취소 등) ① 허가권자는 영업자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업허가를 취소하거나 ○개월 이내의 기간을 정하여 그 영업의 전부 또는 일부의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제○호, 제○호 또는 제○호에 해당하는 경우에는 그 허가를 취소하여야 한다.

1. ~ 5. (생략)

② 제1항에 따른 행정처분의 세부적인 기준은 그 위반행위의 유형과 위반의 정도 등을 고려하여 ○○부령으로 정한다.

제○조(과징금처분) 허가권자는 제○조에 따라 영업정지를 명하여야 하는 경우로서 영업정지가 이용자 등에게 심한 불편을 주거나 공익을 해칠 우려가 있는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 영업정지처분을 갈음하여 ○○원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

211) 위반행위를 한 사업자에 대해 “등록을 취소하거나 사업의 정지를 명하거나 과징금을 부과할 수 있다”와 같이 규정하여 하나의 조문(또는 항)에서 취소처분, 영업정지처분과 과징금 부과처분을 함께 규정하고 있는 입법례가 있다(「해운법」 제19조 등). 그러나 이렇게 규정하게 되면 마치 취소처분을 해야 할 경우에도 취소처분 대신에 과징금 부과처분을 할 수 있는 것처럼 오해될 수 있다.

2) 과징금의 부과 기준

과징금 부과처분이 영업정지처분을 대신하는 것이라는 취지를 살려 과징금부과사유를 영업정지사유와 연계한다.

영업정지기간은 위반 횟수에 따라 가중되는 데 반해, 과징금이 위반 횟수에 관계없이 일정한 금액인 경우에는 영업정지를 대체한다는 의미가 없어지고, 같은 행정법규 위반을 이유로 영업정지처분을 받은 자와 과징금 부과처분을 받은 자 사이에 형평성 문제가 발생할 수 있다. 영업정지 대체 과징금은 영업정지처분을 갈음하는 것이므로 영업정지처분이 위반 횟수에 따라 가중되면 과징금의 부과금액도 가중하여 균형을 이루는 것이 바람직하다.

영업정지를 과징금으로 전환할지는 공익성 침해 여부 등을 고려하여 인허가권자가 결정할 재량 사항이고, 영업정지 대신 과징금으로 갈음하려는 경우 허가권자가 적용할 과징금 금액의 부과기준은 위반행위의 종류 및 정도 등을 고려하여 대통령령에 정하도록 한 것으로 일부 위반행위에 대해서만 과징금 부과가 가능하도록 한정하는 것은 법률이 위임한 취지를 벗어나므로 위의 입법 모델에 따른 법률 규정에 근거하여 대통령령으로 과징금 부과사유를 정할 때에는 정지처분사유와 과징금 부과사유를 일치시키도록 한다.²¹²⁾

영업정지사유의 일부만을 과징금 부과사유로 하려면 법률 단계에서 과징금 부과 제외 사유를 확정할 수 있는 경우에는 그 사유를 명시하고, 과징금 부과 사유 또는 부과 제외사유를 법률에서 확정할 수 없고 하위법령에서 영업정지 사유가 구체적으로 정해진 후에야 확정할 수 있는 경우에는 단서를 두어 그 하위법령에서 정할 수 있도록 위임규정을 둔다.

[입법례] 법률에서 과징금 부과 제외사유를 규정한 사례

환경오염시설의 통합관리에 관한 법률

제23조(과징금) ① 기후에너지환경부장관은 제14조제2항, 제20조제4항, 제21조제3항 후단 또는 제22조제1항 및 제2항에 따라 조업정지 또는 사용중지(제14조제2항에 따라 제2조제1호사목에 따른 잔류성유기오염물질의 허가배출기준을 계속 초과하여 사용중지처분을 받은 경우에 한정한다)를 명하여야 하는 경우로서 조업정지 또는 사용중지가 주민의 생활, 대외적인 신용 및 고용·물가 등 국민경제, 그 밖에 공익에 현저한 지장을 줄 우려가 있는 경우에는 그 조업정지

212) 업무정지를 명할 수 있는 경우로서, 시행령에서 과징금 부과기준을 정하지 않은 경우에도 법률에 따라 업무정지를 갈음하여 과징금을 부과할 수 있다(법제처 2015. 3. 18. 15-0074 해석례).

또는 사용중지처분을 갈음하여 3억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 조업정지처분을 갈음하여 과징금을 부과할 수 없다.

1. 제14조제2항에 따라 조업정지를 받은 경우(제2조제1호가목에 따른 대기오염물질 또는 같은 호 마목에 따른 수질오염물질의 허가배출기준을 초과한 경우만 해당한다)
2. 제21조제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위로 인하여 30일 이상의 조업정지처분 대상이 되는 경우

② ~ ④ (생략)

[입법례] 과징금 부과 제외사유를 하위법령에 위임한 사례

금강수계 물관리 및 주민지원 등에 관한 법률

제14조(과징금) ① 기후에너지환경부장관 또는 광역시장·특별자치시장·시장·군수는 제12조 제8항에 따라 조업정지를 명하려는 경우로서 그 조업을 정지하면 다음 각 호의 어느 하나에 해당하게 되는 경우에는 조업정지를 갈음하여 3억원 이하의 과징금을 부과할 수 있다. 다만, 기후에너지환경부령으로 정하는 경우에는 조업정지를 갈음하여 과징금을 부과할 수 없다.

1. 해당 지역주민의 생활에 지장을 가져올 우려가 크다고 기후에너지환경부장관이 인정하는 경우
2. 고용·물가 등 국민경제에 미치는 영향이 매우 크다고 기후에너지환경부장관이 인정하는 경우
3. 그 밖에 공익을 위하여 기후에너지환경부장관이 필요하다고 인정하는 경우

② ~ ⑥ (생략)

현행 법령에서는 영업정지처분 부과기준을 주로 총리령이나 부령에서 정하고 있고, 과징금의 부과기준은 주로 대통령령에서 정하고 있다. 과징금처분이 영업정지처분을 대신하는 처분이라는 점을 고려하면 영업정지처분과 과징금 부과처분의 세부 기준은 동일한 법형식으로 규정하는 것이 바람직하다고 하겠으나, 과징금 부과처분은 금전적인 부담을 가하는 것으로서 유사한 위반행위에 대한 다른 과징금과 균형을 맞출 필요가 있다는 점에서 과징금의 부과기준은 소관 부처가 단독으로 정하는 부령으로 정하지 않고 국무회의를 거쳐 대통령령으로 정하도록 한 것으로 이해된다.²¹³⁾

213) 그러나 제재를 받는 사업자의 입장에서 볼 때 과징금보다 영업정지가 훨씬 강력한 제재효과를 나타낸다는 점, 과징금이 영업정지 처분보다 완화 또는 경감된 제재처분으로 인식되는 점과 영업정지처분 상호 간에도 균형을 유지하는 것이 필요하다는 점을 고려할 때 과징금과 영업정지의 처분기준을 같은 법령 형식으로

영업정지처분 부과기준은 총리령이나 부령에 규정되어 있고, 이를 대체하는 과징금 부과 기준은 대통령령에 규정되어 있는 경우에는 상호 간의 부과기준이 일치되지 않는 문제가 발생할 수 있으므로, 영업정지나 과징금의 부과기준을 개정하는 경우에는 이와 연관된 부과기준이 적절하게 연계되어 개정되는지를 확인해 보아야 한다.

한편 과징금의 가중·감경에 관한 규정을 두려는 경우에는 가중·감경을 함께 규정하며, 여러 건의 위반행위가 있어도 과징금액은 법률이 정한 금액을 초과할 수 없도록 규정한다.²¹⁴⁾

[입법례] 가중하는 경우 과징금 금액의 상한을 초과할 수 없다고 규정한 사례

신문 등의 진흥에 관한 법률 시행령

제21조(과징금 부과기준 등) ① 법 제27조에 따른 위반행위의 종류와 위반 정도에 따른 과징금의 금액은 별표 1과 같다.

② 시·도지사는 제1항에 따라 과징금을 부과하는 경우 위반행위의 정도, 위반횟수, 위반행위의 동기와 그 결과 등을 고려하여 제1항에 따른 과징금 금액의 2분의 1의 범위에서 줄이거나 늘릴 수 있다. 다만, 늘리는 경우에는 법 제27조제1항에 따른 과징금 금액의 상한을 초과할 수 없다.

③ ~ ⑥ (생략)

3) 영업정지기간과 매출금액 등을 반영한 과징금 부과기준 규정

현행법의 과징금 부과기준을 보면 영업정지기간과 과징금 금액 사이에 연관성이 없어 영업정지를 대체한다는 의미를 살리지 못하거나 사업규모나 업체별 매출금액의 차이를 고려하지 않거나 과징금 액수 자체가 너무 적은 금액이어서 과징금 부과 제재 효과가 없어지고 형평성에도 문제가 있는 경우가 종종 있다.

대통령령에서 과징금의 부과기준을 정할 때에는 영업정지기간, 매출금액, 제재의 실효성 등을 고려해야 한다.

규정하는 것이 바람직하다고 할 것이다.

214) 현행법상 가중·감경규정을 두면서 가중하는 경우의 과징금액의 상한에 관한 규정을 두지 않은 입법례(「해운법 시행령」 제24조제2항)도 있다.

입법 모델

【법률】

제○조(과징금처분) ① (생략)

② 제1항에 따라 과징금을 부과하는 위반행위의 종류와 위반 정도 등에 따른 과징금의 금액 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

【대통령령】

제○조(과징금 부과기준) 법 제○조에 따라 과징금을 부과하는 위반행위의 종류와 위반 정도 등에 따른 과징금의 금액은 별표와 같다.

[별표]

과징금의 부과기준(제○조 관련)

1. 일반기준

- 가. 영업정지 1개월은 30일을 기준으로 한다.
- 나. 위반행위의 유형에 따른 과징금의 금액은 영업정지(사용정지, 업무정지)기간에 다목에 의하여 산정한 1일당 과징금의 금액을 곱하여 얻은 금액으로 한다.
- 다. 나목의 영업정지(사용정지, 업무정지)기간은 법 제○조(또는 별표 ○)에 따라 산정된 기간(그 기간을 늘리거나 줄인 경우에는 그에 따라 늘어나거나 줄어든 기간을 말한다)을 말한다.
- 라. 1일당 과징금의 금액은 위반행위를 한 사업자의 연간 매출액을 기준으로 제2호의 표에 따라 산출한다.
- 마. 연간 매출액은 해당 업체에 대한 처분일이 속한 연도의 전연도의 1년간 총매출금액을 기준으로 한다. 다만, 휴업 등에 따라 1년간의 총매출금액을 산출할 수 없거나 1년간의 총매출금액을 기준으로 하는 것이 불합리하다고 인정되는 경우에는 분기별·월별 또는 일별 매출금액을 기준으로 산출 또는 조정한다.
- 바. 나목에도 불구하고 과징금 산정금액이 ○천만원을 초과하는 경우 ○천만원(법률상 상한금액)으로 한다.

2. 과징금의 산정방법

등급	연간매출액(단위: 원)	1일 과징금 금액 (단위: 원)
1	○○ 이하	○○원
2	○○ 초과 ~ ○○ 이하	○○원
·	·	·
·	·	·
·	○○ 초과	○○원

4) 과징금의 부과

과징금 부과에 관한 구체적인 사항은 하위법령에 규정한다.²¹⁵⁾

과징금 부과처분은 영업정지처분을 대신하는 것이므로 영업정지처분에 관하여 청문규정이 없으면 과징금 부과처분에 관하여는 청문규정을 두지 않는다.

과징금 부과 횟수를 제한하는 규정은 두지 않는다. 영업정지 대체 과징금은 영업정지를 반복하는 것과 연계시켜 운영할 수밖에 없고 이행강제금 등과 비교하여 일반적 해석으로 해결할 수밖에 없기 때문이다.

입법 모델

【대통령령】

제○조(과징금의 부과 및 납부) ① 부과권자가 법 제○조에 따라 과징금을 부과하려는 때에는 그 위반행위의 종류와 해당 과징금의 금액을 명시하여 이를 납부할 것을 서면으로 통지하여야 한다.

② 제1항에 따라 통지를 받은 자는 통지를 받은 날부터 20일 이내에 과징금을 부과권자가 정하는 수납기관에 납부하여야 한다.

③ 제2항에 따라 과징금의 납부를 받은 수납기관은 그 납부자에게 영수증을 발급하여야 한다.

④ 과징금의 수납기관이 제2항에 따라 과징금을 수납한 때에는 지체 없이 그 사실을 부과권자에게 통보하여야 한다.

【부령】

제○조(과징금의 납부통지 등) 영 제○조제1항 및 제3항에 따른 과징금의 납부통지 및 영수증은 각각 별지 제○호서식 및 별지 제○호서식에 따른다.

215) 국가가 부과하는 과징금은 「국고금 관리법」, 같은 법 시행령 및 같은 법 시행규칙에서 부과와 납부에 관한 사항을 규정하고 있으므로 이에 대한 특례를 정하려 할 때에만 별도로 규정하도록 한다. 예컨대, 「국고금 관리법 시행령」 제13조제1항에서 납부기한을 15일로 규정하고 있으므로 일반적인 입법례에 따라 과징금의 납부기한을 20일로 하려는 경우에 개별 법령에 이에 관한 규정을 두어야 한다. 물론 개별 법령의 필요에 따라 납부기한을 15일, 30일, 60일 등으로도 정할 수 있을 것이나, 납부기한을 「국고금 관리법 시행령」에서 정한 15일보다 짧게 정하는 것은 바람직하지 않다.

5) 납부기한의 연기와 과징금의 분할 납부

종전에는 과징금 납부에 대해 연기나 분할 납부를 인정하려는 경우에는 법령에 명시하도록 하였으나 「행정기본법」 제정으로 과징금의 납부기한 연기 및 분할 납부 규정에 대한 일반 규정이 도입되었으므로 납부기한 연기나 분할 납부를 인정하지 않거나 인정하더라도 그 사유를 달리 정하려는 경우²¹⁶⁾를 제외하고는 원칙적으로 개별 법령에 근거 규정을 둘 필요는 없다.

「행정기본법」에 따르면 과징금은 한꺼번에 납부하는 것이 원칙이다(「행정기본법」 제29조 각 호 외의 부분 본문). 그러나 재해 등으로 재산에 현저한 손실을 입은 경우, 사업 여건의 악화로 사업이 중대한 위기에 처한 경우, 과징금을 한꺼번에 내면 자금 사정에 현저한 어려움이 예상되는 경우, 앞의 사항에 준하는 경우로서 과징금 납부기한의 연기나 과징금의 분할 납부가 필요하다고 행정청이 인정하는 사유가 있는 경우에는 그 납부기한을 연기하거나 분할 납부하게 할 수 있고, 이 경우 필요하다고 인정하면 담보를 제공하게 할 수 있다(「행정기본법」 제29조 각 호 외의 부분 단서).

따라서 개별 법령에 과징금 납부기한 연기와 분할 납부에 관하여 특별한 사정이 없으면 「행정기본법」과 중복되는 내용을 규정할 필요는 없다. 다만, 「행정기본법」에 따라 과징금의 납부기한을 연기하거나 분할 납부하는 경우에 개별 법령에 그 연기 기한이나 분할납부 기간의 간격, 분할납부할 수 있는 최대 횟수 등의 기준이 미비한 경우, 이에 대한 기준이 필요하다면 이를 규정할 필요가 있다.

6) 과징금의 징수

과징금의 징수에 관하여 「국고금 관리법」과 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따르는 것으로 충분하면 개별 법령에 별도의 규정을 두지 않고²¹⁷⁾, 독촉절차에 관한 규정도 「국고금 관리법 시행규칙」 제32조, 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」 제8조와 달리 정하려는 때에만 별도 규정을 두도록 한다.

216) 예: 「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」 제43조제3항

217) 이 경우 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따르도록 하려면 개별 법률에 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다고 규정해야 한다(「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」 제3조).

또한, 징수절차에 관하여 「국고금 관리법 시행규칙」을 준용하는 규정과 납입고지서에 이의 제기 방법과 이의 제기 기간 등을 함께 기재하도록 하는 규정도 두지 않도록 한다. 과징금 징수 업무를 위탁하는 규정도 두지 않는 것을 원칙으로 한다.

7) 과징금 미납과 가산금

과징금 부과처분의 실효성과 납부기간 내에 납부한 사람과의 형평성 확보를 위해 과징금에 대해 가산금에 관한 규정을 둘 수 있다.²¹⁸⁾

과징금 미납 시에 과징금 부과처분을 취소하고 영업정지처분을 해야 한다는 규정은 두지 않도록 한다. 과징금을 부과하는 이유가 분명히 존재하기 때문에 영업정지 대체 과징금을 부과한 것이므로 과징금 징수에 어려움이 있다고 하여 다시 영업정지처분으로 되돌아간다는 것은 모순이기 때문이다. 과징금 미납에 대해서는 체납처분 등 일반적 강제징수에 의하도록 할 수밖에 없다.

8) 과징금의 귀속과 강제징수

과징금을 일반회계에 귀속시키지 않고 특별회계 또는 기금에 귀속시키는 경우 법률에 다음과 같은 규정을 두도록 한다.

입법 모델

③ 제○항에 따라 부과·징수한 과징금은 ○○특별회계(또는 ○○기금)에 귀속된다.

강제징수 규정은 법률에 두되, 징수 주체가 국가기관인 경우에는 “국세강제징수의 예에 따라 징수한다”로 하고, 지방자치단체의 장인 경우에는 원칙적으로 “「지방행정체재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다”로 하되, 같은 법에 따른 강력한 수단(과세자료의 이용, 대금지급정지, 관허사업제한, 명단공표 등)이 없어도 되는 경우에는 해당 규정의 적용을 배제하거나 “지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다”로 한다.

218) 종전의 법령 입안·심사 기준에서는 과징금 부과처분이 영업정지처분을 대신하는 것이라는 점을 고려하여 과징금에 대해 가산금 규정을 두지 않도록 하고 있었으나, 모든 금전채무에 대해서는 납부기한을 지키지 않으면 지연이자에 상당하는 연체금을 징수하는 것이 원칙이라는 점과 과징금을 체납하는 경우 영업을 계속하면서 체납에 대한 이익까지 얻는데 대한 적절한 통제 수단이 없다는 점을 고려한다면 원칙적으로 가산금에 관한 규정을 둘 수 있다고 판단된다.

[입법례]

도시가스사업법

제10조(과징금) ① 산업통상부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 제9조에 따른 사업의 정지명령이나 제한명령을 갈음하여 3천만원 이하의 과징금을 부과할 수 있다.

1. 가스도매사업자, 일반도시가스사업자, 나프타부생가스·바이오가스제조사업자 또는 합성 천연가스제조사업자가 제9조제1항제2호, 제3호, 제5호부터 제8호까지, 제8호의2, 제8호의3, 제9호, 제9호의2 또는 제10호부터 제16호까지의 어느 하나에 해당하는 경우
2. 도시가스충전사업자가 제9조제1항제2호·제3호·제8호의2·제8호의3·제9호·제9호의2 또는 제10호부터 제12호까지의 어느 하나에 해당하는 경우

② (생략)

③ 산업통상부장관, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제1항에 따른 과징금을 내야 할 자가 그 납부기한까지 과징금을 내지 아니하면 국세 체납처분의 예 또는 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다.

9) 과징금의 용도

과징금 부과처분에 따라 징수한 과징금의 용도를 제한하는 규정은 원칙적으로 두지 않도록 한다. 부득이 과징금의 용도를 제한하려는 경우에는 그 용도를 법률에 규정하고, 과징금의 무계획적인 사용을 막기 위한 방안으로 운용계획을 수립·시행하도록 하는 규정을 둘 것인 지도 검토하도록 한다.

[입법례] 과징금의 사용 용도를 제한하고 있는 사례

철도사업법

제17조(과징금처분) ① ~ ③ (생략)

④ 제1항에 따라 징수한 과징금은 다음 각 호 외의 용도로는 사용할 수 없다.

1. 철도사업 종사자의 양성·교육훈련이나 그 밖의 자질향상을 위한 시설 및 철도사업 종사자에 대한 지도업무의 수행을 위한 시설의 건설·운영
 2. 철도사업의 경영개선이나 그 밖에 철도사업의 발전을 위하여 필요한 사업
 3. 제1호 및 제2호의 목적을 위한 보조 또는 용자
- ⑤ 국토교통부장관은 과징금으로 징수한 금액의 운용계획을 수립하여 시행하여야 한다.
- ⑥ 제4항과 제5항에 따른 과징금 사용의 절차, 운용계획의 수립·시행에 관한 사항과 그 밖에 필요한 사항은 국토교통부령으로 정한다.

12. 부담금

가. 의의

종전에 부담금은 국가 또는 공공단체가 “특정한 공익사업”에 충당하기 위해 사업에 드는 경비의 전부 또는 일부를 그 공익사업과 특별한 관계에 있는 자에게 부담시키는 공법상의 금전납부의무로 이해되어 왔다. 그러나 최근에는 특정한 사업보다 더 넓은 의미의 공익사업을 위해 공용부담이 행해지고 그 부담이 특정한 개인이나 특정한 재산권에 한정된다고 보기 어려운 경우도 많아졌기 때문에 부담금의 개념도 확대되고 있다.

이러한 금전납부의무는 국민에게 준조세로 인식되어 행정편의적 징수금이라는 오해를 받았으며 실제 그 부과·징수의 법적 근거에 조세법률주의와 같은 엄격성이 요구되지 않고 그 용도도 특별회계나 기금에 편입되어 예산의 일반원칙이 지켜지지 못했다. 또한, 부과·징수상의 투명성과 공정성에서도 문제를 일으키는 경우가 많았다.

이에 따라, 부담금에 관한 기본법인 「부담금관리 기본법」을 제정(2001. 12. 31. 공포, 2002. 1. 1. 시행)하여 이 법에 부담금의 설치·관리 및 운영에 관한 기본적인 사항을 규정함으로써 개별 법률에 근거하여 설치·운영되던 각종 부담금의 신설을 억제하고, 그 관리·운영의 공정성과 투명성을 높이도록 했다.²¹⁹⁾

나. 유사 금전납부의무와의 구분

1) 부담금과 조세(목적세)

부담금은 특정한 공익사업에 드는 경비의 충당을 목적으로 한다. 반면에 조세는 국가 또는 지방자치단체의 일반재정수입을 목적으로 한다. 조세 중 목적세는 특정 사업의 경비에

219) 「부담금관리 기본법」 제2조에서는 부담금을 “중앙행정기관의 장, 지방자치단체의 장, 행정권한을 위탁받은 공공단체 또는 법인의 장 등 법률에 따라 금전적 부담의 부과권한을 부여받은 자가 부담금, 부과금, 기여금, 그 밖의 명칭에 불구하고 재화 또는 용역의 제공과 관계없이 특정 공익사업과 관련하여 법률에서 정하는 바에 따라 부과하는 조세 외의 금전지급의무(특정한 의무이행을 담보하기 위한 예치금 또는 보증금의 성격을 가진 것은 제외한다)”로 정의하고 있다.

충당하기 위한 것이라는 점에서 부담금과 그 성질이 유사하나, 일반개인의 담세능력을 표준으로 부과된다는 점에서 특정 사업과의 특별이해관계에 따라 부과되는 부담금과 구분된다.

2) 부담금과 사용료·수수료

사용료·수수료는 개개의 공물(公物)이나 인적 역무(役務)의 이용에 대한 반대급부로서 그 시설이나 역무의 이용자에 대해 부과되는 반면, 부담금은 사업 자체의 경영에 드는 경비의 부담이고, 그 사업에 특별이해관계가 있는 자에게 부과된다는 차이가 있다.

3) 부담금과 사회보험료

사회보험료는 피보험자의 사회적 사고에 따른 소득상실에 대해 보험원리에 따라 그 소득을 보장하기 위해 부과되는 금전납부의무이므로 특정의 공익사업과 특별한 관계가 있는 자에 대해 부과되는 부담금과는 원칙적으로 그 법적 성질을 달리한다.

4) 부담금과 과태료

과태료는 법령에 따라 부과된 의무를 위반한 자에게 부과되는 금전벌이므로 특정의 공익사업과 특별한 관계가 있는 자에게 부과되는 부담금과 구별된다.

5) 용어의 정비

현행법상 그 법적 성질이 부담금이 아닌데도 ‘부담금’이라는 용어를 사용한 예²²⁰⁾가 있는가 하면, 법적 성격이 부담금인데도 ‘부담금’이란 용어를 사용하지 않은 예²²¹⁾가 많아 혼란을 초래하고 있다. 부담금을 신설하거나 개정하는 경우에는 이런 점에 유의하여 그 성격에 따라 법령상 용어를 통일하여 사용하도록 한다.

220) 「지방재정법」 제21조에서는 지방자치단체나 그 기관이 법령에 따라 처리해야 할 사무로서 국가와 지방자치단체 간에 이해관계가 있는 경우에는 원활한 사무처리를 위하여 국가에서 부담하지 아니하면 아니 되는 경비를 ‘부담금’으로 표현하고 있다.

221) 「석유 및 석유대체연료 사업법」 제18조 및 제37조에 따른 석유 및 석유대체연료의 수입·판매 부과금, 「영화 및 비디오물의 진흥에 관한 법률」 제25조의2에 따른 영화상영권 입장권 부과금 등

다. 부담금의 유형

1) 인적 공용부담으로서의 부담금

도로건설 등 특정한 공익사업을 위해 토지, 그 밖의 물건이나 노력이 필요한 경우에 매매 등의 사법(私法)상의 수단에 의하여 이를 충당하는 것이 원칙이지만 경우에 따라서 공익상의 필요에 의하여 본인의 의사(意思)와 관계없이 강제로 경제적인 부담을 주어야 하는 경우가 있다.²²²⁾ 이러한 공용부담 제도는 공익상 수요 충족의 관점과 공익과 사익의 조화를 통한 부담의 합리적 조정이라는 관점에서 인정된다. 인적 공용부담에는 수익자부담금, 원인자 부담금, 손괴자부담금²²³⁾ 등이 있다.

가) 수익자부담금

수익자부담금은 해당 공익사업으로부터 특별한 이익을 받는 자에 대해 그 수익(受益)의 한도에서 사업경비의 전부 또는 일부를 부담하게 하는 것을 말한다. 수익자부담금은 공익 사업의 실시에 따라 예외적·우발적 이익이 생기는 경우에 이와 같은 이익을 공공에 환원 하는 기능을 하고 있다. 이 경우 부담금 납부의무자는 “이익을 받는 자”가 되고, 부담금은 “부담금 납부의무자가 받는 수익의 범위에서” 부과하도록 한다.

[입법례]

농수산물 유통 및 가격안정에 관한 법률

제16조(수입이익금의 징수 등) ① 농림축산식품부장관은 제15조제1항에 따른 추천을 받아 농산물을 수입하는 자 중 농림축산식품부령으로 정하는 품목의 농산물을 수입하는 자에 대하여 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 국내가격과 수입가격 간의 차액의 범위에서 수입이익금을 부과·징수할 수 있다.

② 제1항에 따른 수입이익금은 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 제54조에 따른 농산물가격안정기금에 납입하여야 한다.

222) 어떤 사무나 사업의 경우에 그 처리 결과 특정인이 이익을 얻거나 특정인이 야기한 문제를 해결하기 위한 경우라면 일반 국민에게 사용할 조세 등의 재원을 투입하는 것이 정의의 관념에 반할 수 있다.

223) 종전에는 「농어촌도로 정비법」, 「수도법」, 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 등에 손괴자부담금 규정을 두고 있었으나, 부담금 부과실적이 없고, 원인자부담금과의 차이가 없다는 이유로 현재는 대부분 폐지되었다.

- ③ 제1항에 따른 수입이익금을 정하여진 기한까지 내지 아니하면 국세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있다.
- ④ 농림축산식품부장관은 제1항에 따라 징수한 수입이익금이 과오납되는 등의 사유로 환급이 필요한 경우에는 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 환급하여야 한다.

나) 원인자부담금

원인자부담금은 특정한 공사의 시행이 필요하게 한 원인을 제공한 자에게 그 공사비용의 전부 또는 일부를 부담시키는 부담금을 말한다. 이 경우 부담금 납부의무자는 “그 공사의 원인을 제공한 자”가 되고, 부담금은 “원인자의 행위로 인하여 필요한 공사에 드는 비용의 범위에서” 부과하도록 한다.

[입법례]

수도법

- 제71조(원인자부담금) ① 수도사업자는 수도공사를 하는 데에 비용 발생의 원인을 제공한 자(주택단지·산업시설 등 수도물을 많이 쓰는 시설을 설치하여 수도시설의 신설이나 증설 등의 원인을 제공한 자를 포함한다) 또는 수도시설을 손괴하는 사업이나 행위를 한 자에게 그 수도공사·수도시설의 유지나 손괴 예방을 위하여 필요한 비용의 전부 또는 일부를 부담하게 할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 부담금의 산정 기준과 징수방법, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
 - ③ 제1항에 따른 부담금은 수도의 신설, 증설, 이설, 개축 및 개수 등 공사에 드는 비용으로만 사용할 수 있다.

2) 의무이행 확보수단으로서의 부담금(유도적 부담금)

국가의 직접적인 통제나 금지와 같은 전통적인 행정강제 수단만으로는 의무이행을 강제하기 어려운 경우가 많아짐에 따라 새로운 의무이행 확보수단으로서 부담금 제도를 도입하는 경우가 늘어나고 있다. 부담금을 부과하여 간접적으로 국가목적을 유도하고 조정하려는 의무이행 확보수단으로서의 부담금을 유도적 부담금이라고도 한다.

「수도권정비계획법」에 따른 과밀부담금, 「장애인고용촉진 및 직업재활법」에 따른 장애인 고용부담금 등이 여기에 해당한다.

행정상 의무이행을 확보할 다양한 수단을 마련하는 것은 현대 행정의 과제이기는 하지만 유도적 부담금의 무분별한 도입은 자칫 행정편의로 흘러 국민의 재산권을 침해하고 권리 구제에 만전을 기하지 못하고 사실상 제재에 해당하는 것을 집행하면서 엄격한 절차적 통제를 받지 못하게 하는 문제가 발생할 수 있으므로 신중한 운영이 필요하다.

또한, 유도적 부담금을 확대함으로써 금전만 납부하면 행정상 의무가 면제된다는 의식을 조장할 우려도 있는데 이 점에서도 유도적 부담금의 도입에는 신중해야 한다.

라. 부담금 제도 도입의 원칙

부담금은 국민이 지니는 일반적인 재정책임인 납세의무 외에 특별히 공익사업과 관련이 있는 자에 대해 특별한 재정책임으로서의 공용부담을 주는 것이므로 이에 대해서는 그 도입이나 시행이 정당한 것인지를 엄격히 검토할 필요가 있다.

이 점과 관련하여 헌법재판소는 조세 외의 공과금인 부담금을 징수하려는 경우에는 엄격한 요건하에서만 허용된다고 보면서, 부담금이 정당화될 수 있는 요건을 다음과 같이 제시하고 있다.²²⁴⁾

- (집단의 동질성) 부담금 납부의무자들이 일반인과 구별되고 동질성을 지니는 특정 집단일 것
- (객관적 근접성) 부담금의 부과를 통해 수행하려는 특정한 경제적·사회적 과제와 특별히 객관적으로 밀접한 관련성이 있을 것
- (집단적 책임성) 그러한 과제의 수행에 관하여 조세 외적 부담을 질 만한 집단적인 책임성이 인정되는 집단에 대해서만 부과될 것
- (집단적 효용성) 부담금의 수입이 부담금 납부의무자의 집단적 이익을 위해 사용될 것

또한, 부담금은 국민의 재산권을 제한하는 성격을 가지고 있으므로 부담금을 부과할 때에도 평등원칙이나 비례원칙과 같은 재산권 제한 입법의 한계를 반드시 준수해야 한다.

224) 헌법재판소 1998. 12. 24. 선고 98헌가1 결정, 헌법재판소 1999. 10. 21. 선고 97헌바84 결정 등 참조.
「부담금관리 기본법」 제정 이후의 것으로서 헌법재판소 2008. 11. 27. 선고 2007헌마860 결정 등 참조

마. 부담금의 규정 방식

1) 부과 요건의 법정화

부담금 부과에의 근거가 되는 개별 법률에는 부담금의 부과·징수 주체, 설치 목적, 부과 요건, 산정기준, 산정방법, 부과요율 등이 구체적이고 명확하게 규정되어야 한다. 다만, 이들 부과 요건의 세부적인 내용은 해당 법률이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 바에 따라 대통령령, 총리령·부령이나 조례·규칙으로 정할 수 있다(「부담금관리 기본법」 제4조).

[입법례]

고압가스 안전관리법

제34조의2(안전관리부담금) ① 산업통상부장관은 가스의 안전관리와 유통구조의 개선을 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로부터 안전관리부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 부과·징수할 수 있다.

1. 「석유 및 석유대체연료 사업법」에 따른 석유정제업자나 석유정제업자 외의 자로서 액화석유가스를 제조하여 판매(수출에 따른 판매는 제외한다)하는 자
2. 「석유 및 석유대체연료 사업법」, 「액화석유가스의 안전관리 및 사업법」에 따른 액화석유가스나 「석유 및 석유대체연료 사업법」, 「도시가스사업법」에 따른 액화천연가스를 수입하는 자

② 제1항에 따른 부담금의 징수금액은 다음 각 호의 어느 하나의 금액의 범위에서 산업통상부장관이 기획예산처장관과 협의하여 고시하는 금액으로 한다.

1. 액화석유가스: 1킬로그램당 5원
2. 액화천연가스: 1세제곱미터당 4.4원

③ 제1항에 따른 부담금의 징수대상, 징수방법, 납부기한, 그 밖에 부담금의 부과·징수 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 산업통상부장관은 제1항에 따른 부담금의 징수대상자가 납부기한까지 부담금을 내지 아니하면 그 납부기한의 다음 날부터 납부일의 전날까지의 기간에 대하여 체납된 부담금의 100분의 3을 초과하지 아니하는 범위에서 대통령령으로 정하는 가산금을 징수한다.

⑤·⑥ (생략)

「부담금관리 기본법」 제3조에서는 「부담금관리 기본법」 별표에 규정된 법률에 따르지 않고는 부담금을 설치할 수 없도록 하고 있으므로 부담금 규정을 신설하는 경우 개별 법률에

부담금 근거 규정을 두더라도 해당 규정 외에 별도로 「부담금관리 기본법」 별표에 부담금 설치 근거 법률을 명시하는 것이 필요하다.²²⁵⁾ 이 경우 「부담금관리 기본법」을 부칙으로 개정하는 방법도 가능하다.

부담금관리 기본법	
[별표]	이 법에 따라 설치하는 부담금(제3조 관련)
1. · 2. (생략)	
3. 「고압가스 안전관리법」 제34조의2에 따른 안전관리부담금	
4. ~ 96. (생략)	

2) 이중부과의 금지

「부담금관리 기본법」 제5조에서는 특별한 사유가 없으면 동일한 부과 대상에 대해 이중의 부담금이 부과되어서는 안 된다는 점을 명시하고 있으며, 같은 법 제6조제3항제4호에서도 부담금을 신설할 때에 그 심사기준으로서 기존의 부담금과 중복되지 않을 것을 규정하고 있다. 동일한 사유로 두 가지 이상의 부담금을 중복하여 부과하는 것은 동일한 과세기간에 동일한 과세 대상에 대해 반복하여 과세하는 것을 금지하는 이중과세 금지의 원칙과 같은 취지에서 허용되지 않으므로 부담금을 신설하는 경우 중복되는 부담금이 없는지를 반드시 확인해야 한다.

3) 부담금 존속기한의 설정

부담금을 신설하거나 부과 대상을 확대하는 경우 그 부담금의 존속기한을 법령에 명시해야 한다. 다만, 그 부담금을 계속 존속시켜야 할 명백한 사유가 있는 경우에는 예외가 인정된다. 부담금의 존속기한은 부담금의 목적을 달성하기 위해 필요한 최소한의 기간으로 설정해야 하며, 그 기간은 10년을 초과할 수 없다(「부담금관리 기본법」 제5조의2).

225) 「부담금관리 기본법」 별표에 근거 규정이 없더라도 개별법(「도시가스사업법」 제19조의2)에 근거가 있는 경우 해당 부담금의 부과가 무효가 아니라는 판결이 잇기는 하나(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013다25927 판결), 입법론상 이러한 입법방식은 바람직하지 않다.

4) 부과절차

부담금의 부과절차에 관해서 대부분의 경우 법률에서 구체적으로 명시하지 않고 이를 대통령령이나 부령으로 규정하거나 조례에 위임하고 있으며(「부담금관리 기본법」 제4조 단서), 부과절차에 관하여 명시적인 규정을 두지 않은 경우도 있다.

조세의 경우에는 조세법률주의에 의하여 과세 요건 외에도 조세의 부과·징수절차도 법률로 정하도록 하고 있다. 왜냐하면 조세의 부과와 징수에 행정관청의 자의성이 개입되면 납세의무자의 권리를 침해할 우려가 있기 때문이다.

부담금의 경우에도 부과절차는 행정청의 편의에 따라 절차를 정하는 것을 방지하고 부담금 납부의무자에게 어느 정도의 예측 가능성을 보장한다는 면에서 법률에서 가능하면 상세하게 규정하도록 한다.

일반적으로 부담금을 부과하는 통지는 서면으로 하고, 그 통지 사항으로 부담금의 종류, 금액, 납부 장소, 납부기한 등을 통지하도록 하고 있다. 부담금의 납기에 관해서도 대부분의 경우 “...납부기한을 명시하여 통지하여야 한다”라고 규정하고 있는데, 납부기한도 가능하면 법률에 명시하도록 한다.

[입법례] 납부기한을 법률에 규정한 사례

수도권정비계획법

제15조(부담금의 부과·징수 및 납부 기한 등) ① 부담금은 부과 대상 건축물이 속한 지역을 관할하는 시·도지사가 부과·징수하되, 건축물의 건축 허가일, 건축 신고일 또는 용도변경 일을 기준으로 산정하여 부과한다.

② 부담금의 납부 기한은 건축물의 사용승인일(임시 사용승인을 받은 경우에는 임시 사용승인 일을 말한다)로 하되, 사용승인이 필요 없는 경우에는 부과일부터 6개월로 한다.

③ ~ ⑥ (생략)

5) 강제징수 절차와 가산금

부담금도 조세와 마찬가지로 공법상의 금전지급의무이므로 부담금 납부의무자가 스스로 그 의무를 이행하지 않으면 징수 주체가 국가기관인 경우에는 “국세강제징수의 예에 따라

징수한다”로 하고, 지방자치단체의 장인 경우에는 원칙적으로 “「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다”로 하되, 같은 법에 따른 강력한 수단(과세자료의 이용, 대금지급정지, 관허사업제한, 명단공표 등)이 없어도 되는 경우에는 해당 규정의 적용을 배제하거나 “지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다”로 한다.

「부담금관리 기본법」 제5조의3에서는 부담금 납부의무자가 납부기한을 지키지 않는 경우에는 해당 법령에서 정하는 바에 따라 가산금 등을 부과·징수할 수 있도록 하면서 가산금의 상한을 규정하고 있다. 따라서 가산금 등을 부과하는 경우에는 「부담금관리 기본법」에 따른 상한 범위에서 해당 부담금의 부과목적의 정책적 중요도와 납부의무 위반 사유 등을 종합적으로 고려하여 적절한 수준이 되도록 노력해야 한다.

[입법례]

대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법

제11조의4(부담금의 부과·징수 및 납부기한 등) ① ~ ④ (생략)

⑤ 시·도지사는 납부의무자가 부담금을 제2항에 따른 기한까지 내지 아니하면 부담금액의 100분의 1에 해당하는 가산금을 징수할 수 있다.

⑥ 시·도지사는 부담금납부의무자가 체납된 부담금을 납부하지 아니하여 제5항에 따른 가산금을 징수하는 때에는 체납된 부담금에 납부기한의 다음 날부터 납부일 전일까지의 기간과 금융회사 등이 연체대출금에 대하여 적용하는 이자율 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 이자율을 곱한 금액을 제5항에 따른 가산금에 더하여 징수한다. 이 경우 가산금의 총액은 체납된 부담금의 100분의 3을 초과할 수 없다.

⑦ 시·도지사는 부담금을 부과·징수한 후 부담금이 과소 또는 과다 부과·징수된 사실을 발견한 경우에는 이를 조사하여 그 차액을 추징하거나 환급하여야 한다.

⑧ 시·도지사는 납부의무자가 독촉장을 받고 지정된 기한까지 부담금 또는 가산금을 내지 아니하면 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수할 수 있다.

⑨ (생략)

6) 구제수단

부담금 납부의무자가 위법하거나 부당한 부담금의 부과·징수로 인하여 권리 또는 이익을 침해받았을 경우에 이의신청을 할 수 있도록 하는 등 적절한 권리구제 절차를 해당 법령에서 명확하게 규정해야 한다(「부담금관리 기본법」 제5조의4).

[입법례]

대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법

- 제11조의5(부담금 부과처분에 대한 이의신청 특례) ① 제11조의4에 따라 부담금을 부과받은 자가 부과받은 사항에 대하여 이의가 있으면 부과받은 날부터 90일 이내에 시·도지사에게 그 사유를 소명할 수 있는 자료를 첨부하여 이의를 신청할 수 있다.
- ② 시·도지사는 제1항에 따른 이의신청을 받으면 신청을 받은 날부터 15일 이내에 심의하여 그 결과를 신청인에게 서면으로 통보하여야 한다.
- ③ (생략)

7) 부담금의 귀속 및 용도

부담금은 특정한 사업에 드는 경비를 충당하기 위해 징수하는 것이므로 그 용도도 이에 국한되어야 한다. 현행법상 부담금을 규정하고 있는 대부분의 법률에서 부담금의 용도를 부담금 대상 사업의 경비충당에 국한하도록 규정하고 있다.

부담금의 귀속 및 용도에 관한 규정의 유형으로는 부담금을 기금에 의하여 관리하도록 규정한 입법례와 특별회계로 편성하여 관리하도록 규정한 입법례가 있다.

[입법례] 부담금을 기금에 납입해 관리하도록 규정한 사례

해양환경관리법

- 제19조(해양환경개선부담금) ① 해양수산부장관은 해양환경 및 해양생태계에 현저한 영향을 미치는 다음 각 호의 행위에 대하여 해양환경개선부담금(이하 “부담금”이라 한다)을 부과·징수한다.
1. 「해양폐기물 및 해양오염퇴적물 관리법」 제19조제1항제1호에 따른 폐기물해양배출업을 하는 자가 폐기물을 해양에 배출하는 행위
 2. 선박 또는 해양시설에서 대통령령이 정하는 규모 이상의 오염물질을 해양에 배출하는 행위
 3. 4. (생략)
- ② ~ ④ (생략)
- ⑤ 해양수산부장관은 부담금 및 제20조제1항에 따른 가산금을 「수산업·어촌 발전 기본법」 제46조에 따른 수산발전기금(이하 “기금”이라 한다)으로 납입하여야 한다.
- ⑥ (생략)

[입법례] 부담금을 특별회계에 귀속해 관리하도록 규정한 사례

개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법

제26조(부담금의 귀속 및 용도) ① 징수된 부담금은 「지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법」에 따른 지역균형발전특별회계에 귀속된다.

② 부담금은 다음 각 호의 용도로 사용하여야 한다.

1. 제16조제1항에 따른 주민지원사업
2. 제17조와 제20조에 따른 토지등의 매수
3. 개발제한구역 내 훼손지 복구, 공원화 사업, 인공조립 조성, 여가체육공간조성 등
4. 개발제한구역의 지정 또는 해제에 관한 조사·연구
5. 개발제한구역 내 불법행위의 예방 및 단속
6. 개발제한구역의 실태조사

13. 연체금과 가산금

가. 의의

연체금과 가산금은 국가, 지방자치단체 또는 공공단체가 법령에 따라 확보한 금전채권(金錢債權)에 대해 채무자가 납입을 지연하는 경우에 부과·징수하는 금전을 말한다.

연체금과 가산금의 부과 주체는 국가, 지방자치단체 또는 공공단체라는 점에서 순수한 사인(私人) 상호 간의 금전거래에 따르는 지연이자와는 구별되며, 행정 목적의 달성과 관련된 금전상의 납부의무가 그 대상이 된다. 여기에서 ‘공공단체’란 각종 공사·공단 등을 말한다.²²⁶⁾

연체금과 가산금은 법령에 따라 확보된 금전채권에 대해 부과·징수하는 것이므로 계약에 따라 발생하는 사인 간의 금전채권의 경우와 구별하여 그 부과 요건이나 내용 등이 법령에 명시되거나 법령상에 근거가 있는 경우를 대상으로 한다.

226) 국민건강보험공단이 「국민건강보험법」 제80조에 따라 체납된 보험료 등에 대해 연체금을 징수하는 경우를 예로 들 수 있다.

공법관계에서 금전적 납부의무의 대표적인 유형은 조세인데 그 납부(채무이행)를 지체할 경우 국가 경영에 차질을 빚기 때문에 강력한 강제징수 방식을 채택하고 있다. 이 경우 체납처분으로 부르는 행정상 강제징수 방법과 함께 연체금이나 종전의 가산금 성격의 납부지연 가산세²²⁷⁾를 고율(高率)로 부과하는데 이러한 연체금과 가산금은 이행 지체에 따른 경제적 가치의 보전이라는 의미와 함께 이행을 강제하기 위한 심리적 압박수단으로서의 의미를 갖는다.

강학상으로 연체금이나 가산금을 행정상 의무이행 확보 수단의 일종으로 분류하는 이유도 여기에 있다.

나. 연체금과 가산금의 구분

연체금과 가산금은 국가 등의 금전채권에 대해 채무자가 납입을 지연하는 경우에 부과·징수하는 금전이라는 점에서는 동일하다. 그런 이유로 현행법상 연체금, 가산금, 연체료 등의 용어가 명확히 구분되지 않고 사용되고 있다.

연체금은 채무 지연에 따른 손해배상의 성격의 것으로, 통상 지연일수와 비례한 금액을 부과하며, 그 금액도 시중 금리 등을 고려하여 적정한 수준에서 결정되는 것이 보통이다.

그러나 가산금은 채무 지연에 대한 지연이자의 성격보다 금전납부의무의 이행을 촉구하는 의미에서 징벌적 요소가 가미되어 있는 것으로, 통상 지연일수와 관계없이 일정 비율의 금액을 부과하면서 그 금액도 채무 지연에 따른 손해배상액보다 다소 높게 정해지는 것이 보통이다.

227) 2018. 12. 31. 법률 제16098호로 「국세징수법」이 개정되면서 제21조(가산금)가 삭제되고, 「국세기본법」의 납부지연가산세 등으로 통합되었다. 한편, 종래 세법에서 가산금은 지연손해금 성질을 가지고 있는 것으로, 가산세는 의무위반에 대한 제재적 성격을 가지고 있는 것으로 보았다는 점에서, 세법과 다른 법 분야의 '가산금' 용례에 다소 차이가 있었다.

다. 연체금에 관한 일반 규정

1) 민사관계법상의 관련 규정

「민법」은 금전채권의 채무불이행으로 인한 손해배상액에 관하여 규정을 두고 있다. 금전채권은 이행지체만 있을 뿐 이행불능이 적용될 여지가 없기 때문에 결국 이 규정은 이행지체에 대한 손해배상액, 즉 연체금이나 지연이자에 관하여 규정한 것이다.²²⁸⁾

민법

제379조(법정이율) 이자있는 채권의 이율은 다른 법률의 규정이나 당사자의 약정이 없으면 연 5분으로 한다.

제397조(금전채무불이행에 대한 특칙) ① 금전채무불이행의 손해배상액은 법정이율에 의한다. 그러나 법령의 제한에 위반하지 아니하는 약정이율이 있으면 그 이율에 의한다.

② 전항의 손해배상액에 관하여는 채권자는 손해의 증명을 요하지 아니하고 채무자는 과실없음을 항변하지 못한다.

행정법관계에서 발생하는 금전납부의무의 불이행을 「민법」상의 채무불이행과 마찬가지로 다루어 「민법」의 지연이자에 관한 규정을 적용할 수 있는지에 대해서는 논란이 있을 수 있으므로 행정법관계를 정한 각 개별 법률에서 지연이자, 즉 연체금이나 가산금에 관하여 명확한 규정을 두어야 한다.

공법상 금전납부의무의 이행을 지연하는 경우 그에 상응하는 불이익을 주는 것이 납부기한 내에 납부의무를 이행하는 사람과 비교하여 형평의 원칙에 부합하고, 민사관계에서 금전채무의 이행을 지체하는 경우에는 당연히 지연이자가 발생한다는 점을 고려해 볼 때 입법론적으로 공법상 금전납부의무를 규정하는 경우에는 연체금이나 가산금 규정을 두는 것이 타당할 것이다.²²⁹⁾

228) 「상법」에서는 ‘상행위로 인한 채무의 법정이율은 연 6분으로 한다’라고 하여 상사채무의 법정이율을 「민법」과 달리 규정하고 있다(「상법」 제54조).

229) 「질서위반행위규제법」 제24조에서는 과태료의 납부지연에 대하여 가산금(체납된 과태료의 100분의 3)과 증가산금(매 1개월이 경과할 때마다 체납된 과태료의 1천분의 12)을 부과하도록 규정하고 있다.

2) 재정 관련 법령상의 연체금 관련 규정

세입에 관한 기본법규인 국고금 관리법령에는 연체금에 관하여 아무런 규정을 두지 않고 있다. 다만, 「국가채권 관리법」 제27조제2항에서는 연체금의 정의를 ‘이행지체로 인한 손해 배상금과 그 밖에 이에 준하는 징수금’으로 규정하고 같은 항에서는 이행연기의 특약을 할 수 있는 경우를 규정하면서 이행연기의 특약을 하면 이미 발생한 연체금을 특약을 하기 전에 미리 징수하도록 하며, 같은 법 제32조에서는 이행기한 내에 변제되지 않은 채권의 금액이 1만원 미만일 때에는 다른 법령에서 연체금에 관하여 규정한 경우를 제외하고는 연체금을 붙이지 않을 수 있다고 하여 국가채권에 대해 연체금을 부과할 수 있음을 전제로 하고 있다.²³⁰⁾

라. 연체금과 가산금의 규정 방식

1) 용어의 통일

현행법상으로는 가산금, 연체금, 연체료 등의 용어와 “더한 금액” 등의 표현이 혼용되고 있으나, 혼동의 여지가 있으므로 용어의 통일이 필요하다.

그 구체적 방법으로서 행정제재적 성격이 강한 경우에는 ‘가산금’이란 용어를 사용하고, 민사적 지연이자의 성격인 경우에는 ‘연체금’이란 용어로 통일하여 사용하도록 한다. ‘연체료’라는 용어는 요금의 성격을 나타내므로 사용하지 않도록 한다.

2) 부과 근거의 법정화

가산금이나 연체금은 「민법」상 지연이자에 대한 특례적 성격이 있기 때문에 법률에서 직접 규정하도록 한다.

연체요율 등 산정기준과 방식에 관한 사항도 법률에 규정하되, 구체적인 연체요율과 방식은 시중은행의 연체 이자율의 변동 등을 반영할 수 있도록 법률에서 상한을 제시하는 등 대강의 기준을 제시하여 하위법령으로 위임하여 정할 수 있도록 한다.

230) 「국가채권 관리법」에서는 채권이란 ‘금전의 지급을 목적으로 하는 국가의 권리’라고 포괄적으로 규정(제2조 제1호)함으로써 행정법관계에서 발생하는 금전 납부의무를 모두 포함하도록 하고 있고, 같은 법 제3조에서는 벌금, 과료, 형사추징금, 과태료 등 적용 제외 채권을 규정하고 있다.

[입법례] 연체요율을 대통령령에 위임한 사례

어선원 및 어선 재해보상보험법

제43조(연체금의 징수) 중앙회는 보험가입자가 납부기한까지 어선원보험료 등 이 장에 따른 징수금을 내지 아니하면 그 연체기간에 대하여 36개월을 넘지 아니하는 기간 이내에서 은행의 연체이자율 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 연체금을 일단위로 징수한다. 다만, 연체금이 소액이거나 그 밖에 그 징수가 적절하지 아니하다고 인정되어 대통령령으로 정하는 경우에는 그러하지 아니하다.

가산금이나 연체금의 부과 대상이 되는 기본채권의 범위는 벌금, 과료와 형사추징금을 제외한 모든 징수금으로 하고, 부과 주체도 국가나 지방자치단체 외에 공공이나 공익목적의 특수법인이 징수하는 징수금까지를 대상으로 하며, 특히 체납처분의 대상이 되는 징수금은 연체금의 부과 대상에 포함한다. 이 경우 연체금을 기한의 제한 없이 계속해서 부과하는 것은 납부의무자에게 지나치게 가혹할 수 있으므로 부과기간을 제한하는 규정을 두기도 한다.

[입법례] 연체금의 부과기간에 제한을 둔 사례

장애인고용촉진 및 직업재활법

- 제35조(가산금과 연체금의 징수) ① 고용노동부장관은 제33조제6항 및 제7항제1호에 따라 부담금을 징수하는 때에는 사업주가 납부하여야 할 부담금의 100분의 10에 상당하는 금액을 가산금으로 징수한다.
- ② 고용노동부장관은 제1항에도 불구하고 제33조제8항의 수정신고에 따라 사업주가 추가로 납부할 부담금의 차액에 대해서는 제1항에 따른 가산금의 100분의 50을 감면할 수 있다.
- ③ 고용노동부장관은 부담금의 납부 의무자가 제33조제5항에 따른 납부 기한(같은 조 제8항에 따라 수정신고를 한 사업주의 경우는 2월 말일)까지 부담금을 납부하지 아니하였을 때에는 그 연체 기간에 대하여 36개월을 초과하지 아니하는 범위에서 「은행법」 제2조에 따른 은행의 연체이자율 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 대로 월 단위로 연체금을 징수한다.
- ④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따른 가산금 또는 연체금은 그 금액이 소액이거나 징수가 적절하지 아니하다고 인정되는 등 대통령령으로 정하는 경우에는 징수하지 아니한다.

3) 연체금과 가산금의 산정기준

연체금은 「민법」상 지연이자 성격의 것으로서 손해배상액의 법정화라는 의미가 있다. 따라서 연체금의 연체요율의 경우에는 시중의 통상적인 금리가 그 기준이 될 수 있다. 이 경우 채무자의 채무이행을 유도하기 위해서는 연체요율을 시중금리보다는 높게 정하는 것이 보통이며, 연체금은 지연이자의 성격상 지연기간에 비례하여 부과하도록 규정한다.

한편 가산금은 채무지연에 대한 제재(징벌)적 성격이 강한 것으로서, 가산금의 가산요율은 연체금의 연체요율보다는 다소 높게 정해지는 것이 보통이며, 지연기간에 관계없이 채무지연금액의 일정 비율을 부과하도록 규정한다.²³¹⁾

[입법례]

국민건강보험법

제78조의2(가산금) ① 사업장의 사용자가 대통령령으로 정하는 사유에 해당되어 직장가입자가 될 수 없는 자를 제8조제2항 또는 제9조제2항을 위반하여 거짓으로 보험자에게 직장가입자로 신고한 경우 공단은 제1호의 금액에서 제2호의 금액을 뺀 금액의 100분의 10에 상당하는 가산금을 그 사용자에게 부과하여 징수한다.

1. 사용자가 직장가입자로 신고한 사람이 직장가입자로 처리된 기간 동안 그 가입자가 제69조제5항에 따라 부담하여야 하는 보험료의 총액
2. 제1호의 기간 동안 공단이 해당 가입자에 대하여 제69조제4항에 따라 산정하여 부과한 보험료의 총액

② (생략)

제80조(연체금) ① 공단은 보험료등의 납부무자가 납부기한까지 보험료등을 내지 아니하면 그 납부기한이 지난 날부터 매 1일이 경과할 때마다 다음 각 호에 해당하는 연체금을 징수한다.

1.·2. (생략)

②·③ (생략)

231) 가산금을 부과하는 방식에 따라 ① 일정금액을 부과하는 정액 방식(예: 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」 제11조의4제5항), ② 체납 기간에 따라 일 단위 또는 월 단위의 이자 형태로 부과하는 정률 방식(예: 「전기사업법」 제51조제3항 및 같은 법 시행령 제37조), ③ 정액과 정률 방식을 혼합하여 부과하는 방식(예: 「질서위반행위규제법」 제24조)으로 나누는 경우도 있다.

4) 증가산금

가산금의 납부고지를 받고도 금전채무를 이행하지 않는 자에 대해 그 이행을 강제하기 위해 필요한 경우에는 증가산금에 관한 규정을 두기도 한다. 증가산금은 당초의 가산금에 일정 비율에 의한 가산금을 더하는 방식으로 규정한다.

증가산금은 조기에 징수업무를 종결시킬 필요가 강한 경우에 단기간에 고액을 징수하는 것이므로 증가산금의 부과기간을 제한하거나 가산금의 합계액이 일정비율을 초과할 수 없도록 하는 규정을 둔다.

[입법례]

농지법

제38조(농지보전부담금) ① ~ ⑧ (생략)

⑨ 농림축산식품부장관은 농지보전부담금을 내야 하는 자가 납부기한까지 부담금을 내지 아니한 경우에는 납부기한이 지난 날부터 체납된 농지보전부담금의 100분의 3에 상당하는 금액을 가산금으로 부과한다.

⑩ 농림축산식품부장관은 농지보전부담금을 체납한 자가 체납된 농지보전부담금을 납부하지 아니한 때에는 납부기한이 지난 날부터 1개월이 지날 때마다 체납된 농지보전부담금의 1천분의 12에 상당하는 가산금(이하 “증가산금”이라 한다)을 제9항에 따른 가산금에 더하여 부과하되, 체납된 농지보전부담금의 금액이 100만원 미만인 경우는 증가산금을 부과하지 아니한다. 이 경우 증가산금을 가산하여 징수하는 기간은 60개월을 초과하지 못한다.

⑪ ~ ⑮ (생략)

14. 행정상 강제

가. 개관

‘행정상 강제’란 행정목적 달성을 위해 사인(私人)의 신체 또는 재산에 실력(實力)을 가하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 행정권의 작용을 말한다.

「행정기본법」 제30조²³²⁾에서는 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에 법률로 정하는 바에 따라 필요한 최소한의 범위에서 행정상 강제 조치를 할 수 있도록 규정하면서, 행정상 강제의 종류를 행정대집행, 이행강제금의 부과, 직접강제, 강제징수, 즉시강제로 예시하고 있다. 이는 강제력에 의해 국민의 기본권을 침해할 소지가 큰 행정상 강제의 도입에 신중해야 할 뿐 아니라, 개별법적 근거가 반드시 필요함을 명확히 한 것이다. 행정상 강제를 도입하는 경우에도 집행상 남용 소지를 없애기 위한 충분한 장치를 강구해야 한다.

「행정기본법」에 따른 행정상 강제는 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항이나 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항에 관하여는 적용되지 않는다(「행정기본법」 제30조제3항).

232) 「행정기본법」

제30조(행정상 강제) ① 행정청은 행정목적 달성을 위하여 필요한 경우에는 법률로 정하는 바에 따라 필요한 최소한의 범위에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 조치를 할 수 있다.

1. 행정대집행: 의무자가 행정상 의무(법령등에서 직접 부과하거나 행정청이 법령등에 따라 부과한 의무를 말한다. 이하 이 절에서 같다)로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무를 이행하지 아니하는 경우 법률로 정하는 다른 수단으로는 그 이행을 확보하기 곤란하고 그 불이행을 방지하면 공익을 크게 해칠 것으로 인정될 때에 행정청이 의무자가 하여야 할 행위를 스스로 하거나 제3자에게 하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것
2. 이행강제금의 부과: 의무자가 행정상 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 적절한 이행기간을 부여하고, 그 기간까지 행정상 의무를 이행하지 아니하면 금전급부 의무를 부과하는 것
3. 직접강제: 의무자가 행정상 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 의무자의 신체나 재산에 실력을 행사하여 그 행정상 의무의 이행이 있었던 것과 같은 상태를 실현하는 것
4. 강제징수: 의무자가 행정상 의무 중 금전급부 의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 의무자의 재산에 실력을 행사하여 그 행정상 의무가 실현된 것과 같은 상태를 실현하는 것
5. 즉시강제: 현재의 급박한 행정상의 장애를 제거하기 위한 경우로서 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우에 행정청이 곧바로 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정목적 달성을 하는 것
 - 가. 행정청이 미리 행정상 의무 이행을 명할 시간적 여유가 없는 경우
 - 나. 그 성질상 행정상 의무의 이행을 명하는 것만으로는 행정목적 달성이 곤란한 경우
- ② 행정상 강제 조치에 관하여 이 법에서 정한 사항 외에 필요한 사항은 따로 법률로 정한다.
- ③ 형사(刑事), 행형(行刑) 및 보안처분 관계 법령에 따라 행하는 사항이나 외국인의 출입국·난민인정·귀화·국적회복에 관한 사항에 관하여는 이 절을 적용하지 아니한다.

나. 행정대집행

1) 의의

행정대집행은 의무자가 법령 등에서 직접 부과하거나 행정청이 법령 등에 따라 부과한 행정상 의무로서 타인이 대신하여 행할 수 있는 의무를 이행하지 않는 경우 법률로 정하는 다른 수단으로는 그 이행을 확보하기 곤란하고 그 불이행을 방치하면 공익을 크게 해칠 것으로 인정될 때에 행정청이 의무자가 하여야 할 행위를 스스로 하거나 제3자에게 하게 하고 그 비용을 의무자로부터 징수하는 것을 말한다. 대표적인 예로는 「건축법」상 무허가 건축물의 철거를 들 수 있다.

2) 행정대집행 근거에 관한 규정 방식

「행정기본법」에서는 행정대집행과 관련하여 행정대집행의 의미 외에는 별다른 내용을 규정하고 있지 않으나 대집행에 관해서는 일반법인 「행정대집행법」이 있으므로 개별법에서는 대집행을 할 수 있다는 근거 규정 외에 별도의 규정을 둘 필요는 없다. 다만, 대집행의 요건과 절차 등에 관하여 「행정대집행법」에 대한 특례를 규정하려고 할 경우에는 개별법에 그에 관한 규정을 두도록 한다.

[입법례] 「행정대집행법」에 따른 대집행 근거 규정만 든 사례

골재채취법

제33조(원상복구 명령 등) ① 시장·군수 또는 구청장은 골재채취 허가를 받아야 할 자가 허가를 받지 아니하고 골재를 채취한 경우에는 골재채취구역의 원상복구 또는 시설의 철거 등을 명하거나 이에 필요한 조치를 할 수 있다.

② 시장·군수 또는 구청장은 제1항에 따른 명령을 받은 자가 그 명령을 이행하지 아니할 때에는 「행정대집행법」에 따라 대집행을 할 수 있다.

[입법례] 「행정대집행법」 상의 절차에 대한 특례를 규정한 사례

건축법

제85조(「행정대집행법」 적용의 특례) ① 허가권자는 제11조, 제14조, 제41조와 제79조제1항에 따라 필요한 조치를 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로서 「행정대집행법」 제3조 제1항과 제2항에 따른 절차에 의하면 그 목적을 달성하기 곤란한 때에는 해당 절차를 거치지 아니하고 대집행할 수 있다.

1. 재해가 발생할 위험이 절박한 경우
 2. 건축물의 구조 안전상 심각한 문제가 있어 붕괴 등 손괴의 위험이 예상되는 경우
 3. 허가권자의 공사중지명령을 받고도 따르지 아니하고 공사를 강행하는 경우
 4. 도로통행에 현저하게 지장을 주는 불법건축물인 경우
 5. 그 밖에 공공의 안전 및 공익에 매우 저해되어 신속하게 실시할 필요가 있다고 인정되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우
- ② 제1항에 따른 대집행은 건축물의 관리를 위하여 필요한 최소한도에 그쳐야 한다.

3) 행정대집행의 비용징수에 관한 규정 방식

「행정기본법」 제30조제1항제1호 및 「행정대집행법」 제2조에 따라 행정대집행에 필요한 비용은 해당 의무를 불이행한 자가 부담하는 것이 원칙이다. 따라서 의무 불이행자에게 행정대집행 비용을 부담시키는 경우에는 별도의 규정을 두지 않아도 된다.

위의 원칙과 달리 행정대집행 비용을 의무 불이행자가 아닌 자(사업시행자 등)에게 부담시키려는 경우나 행정대집행의무자가 분명하지 않은 경우에는 개별법에서 별도의 규정을 두도록 한다.

[입법례] 별도의 비용부담자를 규정한 사례

학교시설사업 촉진법

제14조(분묘등의 정리) ① 감독청(국가나 지방자치단체가 사업시행자인 경우에는 해당 사업시행자를 말한다. 이하 이 조에서 같다)은 학교시설사업을 시행하기 위하여 필요하다고 인정하면 학교시설사업 시행지 안의 분묘·비(碑) 및 이에 딸린 시설(이하 “분묘등”이라 한다)에 대하여 그 매장자·소유자 또는 관리인이나 그 연고자(이하 “연고자등”이라 한다)에게 이장

- (移葬)이나 이전을 명할 수 있다.
- ② 감독청은 제1항에 따른 분묘등의 연고자등이 이장 또는 이전 명령에 따르지 아니하면 「행정대집행법」으로 정하는 바에 따라 대집행(代執行)할 수 있다.
- ③·④ (생략)
- ⑤ 제2항에 따른 대집행 비용과 제3항에 따른 이장 또는 이전 비용 및 제4항에 따른 비용은 사업시행자가 부담한다.
- ⑥ (생략)

4) 행정대집행 권한위탁에 관한 규정 방식

행정대집행을 할 수 있는 권한이 있는 자는 행정대집행의 대상이 되는 의무를 명하는 처분을 한 행정청이다. 행정청은 스스로 대집행을 하는 것이 원칙이지만 필요한 경우에는 행정대집행에 관한 권한을 타인에게 위탁할 수도 있다.

행정대집행 권한을 타인에게 위탁할 필요가 있는 경우에는 반드시 법률에 그 근거를 두어야 할 것이고, 가장 강력한 행정권한 중 하나인 권한을 위탁하는 경우이므로 부득이한 경우로 한정한다.

[입법례]

한국도로공사법 ²³³⁾
<p>제13조의2(대집행 권한 등의 위탁) 중앙행정기관의 장이나 지방자치단체의 장은 공사가 유료 도로의 건설·관리에 관한 사업을 할 때 대통령령으로 정하는 바에 따라 다음 각 호의 권한을 공사에 위탁할 수 있다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 「공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률」 제89조에 따른 대집행(代執行) 2. 「국유재산법」 제74조에 따른 불법시설물의 철거

233) 「한국수자원공사법」 제9조의2, 「국가철도공단법」 제28조 등에서도 대집행 권한의 위탁에 관한 규정을 두고 있다.

다. 이행강제금의 부과

1) 의의

이행강제금은 의무자가 행정상 의무를 이행하지 않는 경우 행정청이 적절한 이행기간을 부여하고, 그 기한까지 행정상 의무를 이행하지 않으면 금전급부 의무를 부과하는 제도를 말한다.

이러한 이행강제금은 의무자 자신에 의하지 않으면 이행하기 어려운 의무를 금전적 제재를 통해 심리적으로 압박함으로써 자발적으로 이행하게 하기 위한 것이다.

이행강제금은 1991년 「건축법」 제83조에서 처음 도입했고, 「옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률」 제10조의3, 「주차장법」 제32조 등에도 규정되어 있다.

[입법례]

옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률

제10조의3(이행강제금) ① 시장등(제3조의2에 따라 시·도지사에게 허가를 받거나 신고한 경우에는 시·도지사를 말한다. 이하 이 조에서 같다)은 제10조제1항에 따른 명령을 받은 후 그 조치 기간 내에 이행하지 아니한 관리자등(입간판·현수막·벽보·전단의 관리자등은 제외한다. 이하 이 조에서 같다)에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 500만원 이하의 이행강제금을 부과·징수할 수 있다. 다만, 「건축법」 제80조에 따른 이행강제금 부과로 그 이행을 강제할 수 있는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 시장등은 제1항에 따른 이행강제금을 부과하기 전에 미리 상당한 기간을 정하여 이를 부과·징수한다는 뜻을 해당 관리자등에게 문서로써 계고(戒告)하여야 한다.

③ 시장등은 제1항에 따른 이행강제금을 부과하는 경우에는 이행강제금의 금액·부과사유·납부기한 및 수납기관, 이의제기 방법 및 기간 등을 자세히 밝힌 문서로써 하여야 한다.

④ 시장등은 제10조제1항에 따른 최초의 명령을 한 날을 기준으로 1년에 2회 이내의 범위에서 해당 명령이 이행될 때까지 반복하여 제1항에 따른 이행강제금을 부과·징수할 수 있다.

⑤ 시장등은 명령을 받은 자가 그 명령을 이행하는 경우에는 새로운 이행강제금 부과를 즉시 중지하되, 이미 부과된 이행강제금은 징수하여야 한다.

⑥ 시장등은 제3항에 따라 이행강제금 부과처분을 받은 자가 이행강제금을 기한 내에 납부하지 아니하는 때에는 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다.

2) 이행강제금의 도입 기준

종래에는 이행강제금을 비대체적 작위의무나 부작위의무에 대해서만 부과할 수 있는 것으로 보았으나, 현재는 대체적 작위의무의 경우에도 대집행이 곤란한 경우라면 이행강제금을 부과할 수 있다고 보는 것이 일반적이다.²³⁴⁾

대체적 작위의무에 대해서도 이행강제금을 부과할 수 있으므로, 이행강제금을 부과·징수한 후 다시 원상회복명령을 하고 다시 명령 불이행이 있으면 부득이 대집행을 할 필요가 있는 경우가 있으므로 이행강제금 규정을 두면서 대집행 규정을 같이 둘 수도 있다.

[입법례] 대집행과 이행강제금을 모두 규정한 사례

주차장법
제19조의4(부설주차장의 용도변경 금지 등) ①·② (생략)
③ 시장·군수 또는 구청장은 제1항 또는 제2항을 위반하여 부설주차장을 다른 용도로 사용하거나 부설주차장 본래의 기능을 유지하지 아니하는 경우에는 해당 시설물의 소유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자에게 지체 없이 원상회복을 명하여야 한다. 이 경우 시설물의 소유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자가 그 명령에 따르지 아니할 때에는 「행정대집행법」에 따라 원상회복을 대집행(代執行)할 수 있다.
④ (생략)
제32조(이행강제금) ① 시장·군수 또는 구청장은 제19조의4제3항 전단에 따른 원상회복명령을 받은 후 그 시정기간 이내에 그 원상회복명령을 이행하지 아니한 시설물의 소유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자에게 다음 각 호의 한도에서 이행강제금을 부과할 수 있다.
1. 제19조의4제1항을 위반하여 부설주차장을 주차장 외의 용도로 사용하는 경우: 제19조 제9항에 따라 산정된 위반 주차구획의 설치비용의 20퍼센트
2. 제19조의4제2항을 위반하여 부설주차장 본래의 기능을 유지하지 아니하는 경우: 제19조 제9항에 따라 산정된 위반 주차구획의 설치비용의 10퍼센트
② ~ ⑦ (생략)

234) 전통적으로 행정대집행은 대체적 작위의무에 대한 강제집행 수단으로, 이행강제금은 부작위의무나 비대체적 작위의무에 대한 강제집행 수단으로 이해되어 왔으나, 이는 이행강제금 제도의 본질에서 오는 제약이 아니며, 이행강제금은 대체적 작위의무의 위반에 대하여도 부과할 수 있다(헌법재판소 2004. 2. 26. 선고 2001헌바80 결정).

이행강제금은 의무를 이행할 때까지 반복적인 부과가 가능(「행정기본법」 제31조제5항)하므로 행정 목적을 달성하기 위해 강력한 효과를 발휘할 수 있지만, 부과 상대방인 국민에게는 가혹한 처분이 될 수 있으므로 도입에 신중할 필요가 있다.

따라서 이행강제금으로 달성하려는 행정 목적의 성격을 고려하고, 행정대집행, 과태료 부과, 관허사업의 제한 등 전통적인 강제수단에 의하여 행정 목적을 달성할 수 있는지를 검토하여 추가적인 수단이 필요할 때 이행강제금의 도입을 고려해야 한다.

또한, 이행강제금을 도입하는 경우 이미 도입되어 있는 다른 강제수단을 폐지할 필요가 없는지를 살펴보아야 한다. 특히 이행강제금과 과태료를 함께 부과하는 경우 제재의 상대방 입장에서는 금전적 제재를 중복적으로 부과하는 것으로 느껴질 수 있으므로 새로 이행강제금을 도입할 때에 이미 과태료 부과 규정이 있다면 과태료 부과 규정을 삭제하는 방안을 검토할 필요가 있다.²³⁵⁾

3) 이행강제금의 규정 방식

가) 이행강제금 부과 근거 법률의 규정사항

이행강제금은 행정상 의무불이행자에게 금전급부의무를 부과하여 심리적 압박을 가함으로써 의무를 이행하게 하는 행정상 강제로 국민의 재산권에 직접적으로 영향을 미치게 되므로 재산권 제한과 관련한 헌법상 민주적 정당성과 법치주의적 요청에 부합하기 위해 이행강제금의 부과근거는 법률로 정해야 한다. 개별 법률에서 이행강제금을 규정할 경우에는 「행정기본법」 제31조제1항에 따라 ① 이행강제금의 부과주체와 징수주체, ② 이행강제금을 부과하는 요건, ③ 이행강제금 부과 금액, ④ 이행강제금 부과 금액 산정기준, ⑤ 이행강제금 연간 부과 횟수나 횡수의 상한을 명확하게 규정해야 한다. 법률에서 이행강제금 부과 금액 산정기준 또는 이행강제금 연간 부과 횟수나 횡수의 상한도 정하는 것이 법적 명확성 확보라는 측면에서 타당하다. 그러나 이를 규정할 경우 입법목적이나 입법취지를 훼손할 우려가 크다고 인정되는 경우로서 이행강제금 부과금액이 합의제행정기관의 의결을 거쳐 결정되거나 1일당 이행강제금 부과금액의 상한 등 이행강제금 연간 부과 횟수나 횡수의 상한에

235) 대법원은 이행강제금을 과태료와 같은 행정벌이 아닌 간접강제의 일종으로 보고 있다.

“구 건축법상의 이행강제금은 구 건축법의 위반행위에 대하여 시정명령을 받은 후 시정기간 내에 당해 시정명령을 이행하지 아니한 건축주 등에 대하여 부과하는 간접강제의 일종이다(대법원 2006. 12. 8. 선고 2006마470 판결).”

준하는 부과 상한을 이행강제금 부과에 근거가 되는 법률에서 정하는 경우에는 법률에서 이를 명시하지 않을 수 있다(「행정기본법 시행령」 제8조제1항).

나) 부과금액의 산정기준

이행강제금의 부과금액은 위반행위의 시정에 적합한 심리적 강제효과를 거둘 수 있을 정도여야 하고, 이 경우 위반행위로 얻어지는 경제적 이익도 같이 고려하여 결정해야 한다.

「행정기본법」 제31조제1항제4호에서는 이행강제금 부과 금액 산정기준을 이행강제금 부과에 근거가 되는 법률에서 명확하게 규정하도록 하고 있으나 세부적인 자세한 내용까지 반드시 법률에서 규정하여야 한다는 의미로 보기는 곤란하므로 부과금액의 산정기준과 관련해서 기본적인 사항은 법률에 명시하고 그 세부적인 사항은 하위법령에 위임하도록 하여 하위법령에서 명확하게 규정하는 것도 가능하다. 이행강제금의 부과금액은 구체적인 액수로 정하는 경우와 의무이행과 관련된 목적물 가액의 일정 비율로 정하는 경우가 있다.

[입법례] 부과금액을 구체적인 액수로 정한 사례

장사 등에 관한 법률

제43조(이행강제금) ① 시장등은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 500만원의 이행강제금을 부과한다.

1. 제17조 또는 제18조를 위반하여 묘지·화장시설·봉안시설·자연장지를 설치·조성한 자
2. 제20조제1항을 위반하여 설치기간이 끝난 분묘에 매장된 유골을 화장 또는 봉안하지 아니한 자
3. 제31조에 따른 묘지·봉안시설·자연장지의 이전 또는 개수명령을 받고 이행하지 아니한 해당 묘지·봉안시설·자연장지의 연고자

② ~ ⑥ (생략)

[입법례] 부과금액을 목적물 가액의 일정 비율로 정한 사례

농지법

제63조(이행강제금) ① 시장(구를 두지 아니한 시의 시장을 말한다. 이하 이 조에서 같다)·군수 또는 구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에게 해당 농지의 「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」에 따른 감정평가법인등이 감정평가한 감정가격 또는 「부동산 가격공시에 관한 법률」 제10조에 따른 개별공시지가(해당 토지의 개별공시지가가 없는 경우에는 같은 법 제8조에 따른 표준지공시지가를 기준으로 산정한 금액을 말한다) 중 더 높은 가액의 100분의 25에 해당하는 이행강제금을 부과한다.

1. ~ 3. (생략)

② ~ ⑧ (생략)

한편 행정청이 행정상 의무를 부담하는 자에게 이행강제금을 부과할 때, 의무를 불이행하게 된 구체적 상황을 고려하여 법률에서 정하고 있는 기준에 비해 가액을 가중하거나 감경할 수 있는 재량 부여가 필요하다. 「행정기본법」 제31조제2항²³⁶⁾에서는 이행강제금의 부과 금액을 가중하거나 감경할 수 있는 사유를 규정하면서 이행강제금의 부과금액을 가중 또는 감경할 수 있는 재량권을 규율하고 있으므로 개별 법령에서는 이러한 가중·감경 사유를 고려하여 구체적 가중·감경 사유나 범위를 규정할 수 있다.

[입법례] 이행강제금의 가중·감경 범위를 정한 사례

개발제한구역의 지정 및 관리에 관한 특별조치법 시행령

[별표 5]

이행강제금의 산정 기준(제41조의2제1항 관련)

1. 허가사항 위반
(표 생략)
2. 신고사항 위반

236) 「행정기본법」

제31조(이행강제금의 부과) ① (생략)

② 행정청은 다음 각 호의 사항을 고려하여 이행강제금의 부과 금액을 가중하거나 감경할 수 있다.

1. 의무 불이행의 동기, 목적 및 결과
2. 의무 불이행의 정도 및 상습성
3. 그 밖에 행정목적을 달성하는 데 필요하다고 인정되는 사유

(표 생략)

3. 비고

- 가. 제1호 및 제2호에 따른 부과액 산정식의 건물시가표준액과 개별공시지가는 각각 1제곱미터당 금액으로 한다.
- 나. 제1호 및 제2호에 따라 산정한 이행강제금 금액은 다음의 구분에 따라가중 또는 감경할 수 있다.
 - 1) 영리목적 또는 상습적 위반의 경우: 100분의 50 범위에서 가중
 - 2) 영농행위 등 단순 생계형 위반의 경우: 100분의 50 범위에서 감경

다) 이행강제금 부과 주기

이행강제금 부과 대상자가 행정상 의무를 이행하지 않는 경우 행정청은 행정상 의무가 이행될 때까지 반복하여 이행강제금을 부과할 수 있으나 연간 부과 횟수나 횟수의 상한을 규정할 경우 입법 취지나 입법 목적을 훼손할 우려가 큰 경우로서 대통령령으로 정하는 경우²³⁷⁾가 아니라면 법률에서 명시적으로 규정하여야 한다(「행정기본법」 제31조제1항제5호). 이행강제금의 부과 주기는 위법 상태를 시정할 수 있는 시간을 주는 것이 필요하므로 너무 짧게 잡지 않도록 한다. 대체로 부과 주기를 1년에 2회로 규정한 사례가 많다.

[입법례]

빈집 및 소규모주택 정비에 관한 특례법

제65조(이행강제금) ① 시장·군수등은 제11조제1항에 따라 조치명령을 받은 후 그 정한 기간 내에 그 조치명령을 이행하지 아니한 소유자에 대하여 「지방세법」에 따라 해당 건축물에 적용되는 1제곱미터의 시가표준액의 100분의 50에 해당하는 금액에 연면적을 곱한 금액 이하의 범위에서 조치명령의 내용에 따라 대통령령으로 정하는 비율을 곱한 금액으로 이행강제금을 부과한다.

②·③ (생략)

④ 시장·군수등은 최초의 조치명령이 있었던 날을 기준으로 하여 1년에 2회 이내의 범위에서 그 조치명령이 이행될 때까지 반복하여 제1항에 따른 이행강제금을 부과·징수할 수 있다.

⑤·⑥ (생략)

237) 「행정기본법 시행령」 제8조제1항에서는 ① 이행강제금 부과 금액이 합의회행정기관의 의결을 거쳐 결정되는 경우와 ② 1일당 이행강제금 부과 금액의 상한 등 법 제31조제1항제5호에 준하는 이행강제금 부과 상한을 이행강제금 부과에 근거가 되는 법률에서 정하는 경우를 예외사유로 규정하고 있다.

이행강제금 부과 횟수의 상한(上限)을 규정하는 경우²³⁸⁾에는 부과 횟수의 상한까지 이행강제금을 부과했는데도 위법상태가 시정되지 않을 수 있으므로 대집행 등 불법상태를 종료할 수 있는 다른 수단이 있는지를 검토해 보아야 한다.

라) 이행강제금 부과 절차

「행정기본법」 제31조제3항 및 제4항에서는 이행강제금 부과와 관련된 기준과 절차에 대해 계고²³⁹⁾, 이행강제금 부과 통지 절차를 통일적으로 규정하고 있고, 「행정절차법」 제21조제1항²⁴⁰⁾에서 일반적인 의견제출 절차를 규정하고 있다. 따라서 특별한 사정이 없으면 개별 법령에서 별도로 이행강제금 부과 절차를 규정할 필요가 없으며, 이와 달리 규정할 특별한 이유가 있을 때에만 이행강제금 부과 절차와 관련된 내용을 규정하면 된다.

한편 「행정기본법」에서는 반복 부과외의 경우 이행강제금 부과에 필요한 절차를 생략할 수 있도록 명시적으로 규정하고 있지 않으므로 제2차 이행강제금 부과부터 위의 부과절차를 생략하려면 생략할 수 있는 근거를 개별 법률에 명시해야 한다.

2차 부과 시에 이행강제금의 부과절차를 생략하는 경우 이행강제금 납부 의무자는 계속된 부과에 대한 사전 경고 없이 이행강제금을 계속 부과받게 되므로, 2차 부과 시부터 이행강제금 부과 이전의 중복되는 절차를 생략하기 위해서는 처음 계고 시에 위반행위에 대한

238) 「주차장법」 제32조에서는 다른 용도로 사용하거나 부설주차장 본래의 기능을 유지하지 아니한 경우 해당 시설물의 소유자 또는 부설주차장의 관리책임이 있는 자에게 명하는 원상회복명령을 이행하지 않는 경우 부과할 수 있는 이행강제금의 경우 5회를 초과할 수 없도록 규정하고 있다.

239) 「행정기본법 시행령」 제8조제2항에 따르면 계고에는 ① 의무자의 성명 및 주소, ② 이행하지 않은 행정상 의무의 내용과 법적 근거, ③ 행정상 의무의 이행 기한, ④ 행정상 의무를 이행하지 않을 경우 이행강제금을 부과한다는 뜻, ⑤ 그 밖에 이의제기 방법 등 계고의 상대방에게 알릴 필요가 있다고 인정되는 사항이 포함되어야 하며, 같은 조 제3항에서는 행정상 의무의 이행 기한은 행정상 의무의 성질 및 내용 등을 고려하여 사회통념상 그 의무 이행에 필요한 기간이 충분히 확보될 수 있도록 정해야 한다고 규정하고 있다.

240) 「행정절차법」

제21조(처분의 사전통지) ① 행정청은 당사자에게 의무를 부과하거나 권익을 제한하는 처분을 하는 경우에는 미리 다음 각 호의 사항을 당사자등에게 통지하여야 한다.

1. 처분의 제목
2. 당사자의 성명 또는 명칭과 주소
3. 처분하려는 원인이 되는 사실과 처분의 내용 및 법적 근거
4. 제3호에 대하여 의견을 제출할 수 있다는 뜻과 의견을 제출하지 아니하는 경우의 처리방법
5. 의견제출기관의 명칭과 주소
6. 의견제출기한
7. 그 밖에 필요한 사항

시정이 없는 경우 일정한 기간을 기준으로 계속해서 이행강제금이 부과될 수 있다는 사실을 같이 알리도록 하는 규정을 둘 필요가 있다.

「행정기본법」 제31조제5항 단서에서는 의무자가 의무를 이행하면 새로운 이행강제금의 부과를 즉시 중지하되, 이미 부과한 이행강제금은 징수하도록 규정하고 있으므로 이행강제금 부과 후 위법상태가 해소된 경우에 관한 내용을 이행강제금 부과를 규정하는 개별 법령에서 별도로 규정할 필요는 없다.

마) 불복절차

이행강제금의 부과에 불복하는 경우의 이의제기 절차에 관해서 과태료에 관한 불복절차를 준용하는 경우도 있으나, 이행강제금은 행정질서벌로서의 과태료와 같다고 볼 수 없으므로 과태료 제도를 준용하여 「질서위반행위규제법」을 따르도록 한 것은 타당하지 않다.

이행강제금 부과도 일반적인 행정작용의 하나²⁴¹⁾로 이행강제금의 부과에 대한 불복절차는 일반적인 행정쟁송 절차에 따르도록 하는 것이 타당하므로 과태료 부과절차를 준용하는 규정은 두지 않도록 한다.²⁴²⁾

바) 강제징수 절차

이행강제금의 부과는 부과대상자에게 금전채무를 발생시키므로 이행강제금을 부과받은 자는 지정된 기한 내에 이행강제금을 납부해야 하는 금전급부의무를 부담하게 되고, 이를 납부기한 내에 납부하지 않은 경우 이는 별도의 행정상 의무 불이행이 된다.

그리고 이행강제금 납부의무를 이행하지 않은 경우 「행정기본법」 제31조제6항에 따라 행정청이 중앙행정기관 등 국가기관인 경우 「국세징수법」에 따른 국세강제징수의 예 또는 「지방행정재제·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수하게 되므로 이행강제금의 강제 징수 절차에 대해 이행강제금 부과 근거 법률에서 개별적으로 규정할 필요는 없다.

241) 「행정기본법」 제3장(행정작용) 제5절(행정상 강제)에서 이행강제금의 부과에 대해 규정하고 있다.

242) 구 「건축법」에서는 이행강제금 부과에 대한 불복 시에 과태료 절차를 준용하도록 되어 있었으나, 2005. 11. 8. 해당 규정을 삭제했다. 따라서 「건축법」에 따른 이행강제금에 이의가 있을 경우에는 행정심판이나 행정소송을 거쳐야 한다.

라. 직접강제

1) 의의

직접강제는 의무자가 행정상 의무를 이행하지 않는 경우 행정청이 직접적으로 의무자의 신체나 재산 등에 실력을 행사하여 그 행정상 의무의 이행이 있었던 것과 같은 상태를 실현하는 작용을 말한다.

이와 같이 직접강제는 법령상 의무를 전제로 한다는 점에서 의무를 명함이 없이 즉시 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정상 필요한 상태를 실현하는 즉시강제와는 개념상 차이가 있으나 그 성격이 유사하여 현행법의 특정 조항이 양자 중 어디에 해당하는지 분명하지 않은 경우가 있으며, 한 조문에 양 제도가 섞여 규정된 경우도 많다.

행정강제 수단으로 직접강제나 즉시강제와 같은 강력한 수단이 도입되는 데에는 공법상 의무 불이행에 대한 전통적 대처수단인 행정벌만으로는 공법상 의무이행에 한계가 있기 때문이다.²⁴³⁾

2) 직접강제의 도입 기준

행정상 의무이행 확보수단을 강화해야 할 현실적 필요성 때문에 다양한 행정강제수단이 도입되고 있는바, 직접강제는 매우 강력한 수단인 반면 국민의 기본권을 침해할 소지가 크다는 점에 유념하여 그 도입에 신중할 필요가 있으며, 행정대집행이나 이행강제금 부과 방법으로는 행정상 의무 이행을 확보할 수 없거나 그 실현이 불가능한 경우에만 도입해야 한다(「행정기본법」 제32조제1항).

243) 예컨대, 무허가영업을 하지 않아야 할 부작위의무의 경우 종전의 대처 수단인 행정벌의 강화만으로는 공법상 의무이행 확보에 한계가 있는데, 그 이유는 ① 행정벌은 과거의 위반행위에 대한 제재가 제1차적인 목적이므로 의무이행 확보수단으로서 심리적 압박을 통한 간접적 효과밖에 기대할 수 없다는 점, ② 이중처벌금지의 원칙이 적용되어 반복 부과가 허용되지 않으므로 무허가 영업 등을 계속하더라도 이를 금지할 방법이 없다는 점, ③ 벌금형은 위법행위에 의하여 얻는 경제적 이익이 막대한 경우 강제 효과가 적다는 점, ④ 무허가영업자 모두에 대하여 행정벌을 적용하는 것은 사실상 불가능하고 행정벌의 적용에 신중해야 하는 까닭에 의무불이행이 방지되는 경우가 많다는 점, ⑤ 행정벌의 과잉적용으로 전과자가 양산되는 부작용이 있다는 점 ⑥ 허가영업은 개선명령·영업정지·허가취소 등 다양한 행정제재수단을 동원한 후 이를 위반하면 행정벌을 적용하는 데에 비해, 무허가영업은 행정벌만 규정되어 있어 단속의 철저를 기할 수 없다는 점에 있다.

3) 규정 방식

가) 직접강제의 발동 요건

개별법에서 직접강제를 도입하는 경우에는 법률에서 그 발동 요건을 가능하면 구체적이고 명확하게 규정하여 공무원의 직권남용과 기본권 침해 소지를 최소화해야 한다.²⁴⁴⁾

나) 직접강제의 절차

「행정기본법」 제32조제2항에서는 직접강제를 실시하기 위하여 현장에 파견되는 집행 책임자는 그가 집행책임자임을 표시하는 증표를 보여 주어야 한다고 규정하고 있다. 또한 같은 조 제3항에서는 직접강제를 실시하는 경우 제고, 직접강제 통지 절차에 대해 이행강제금 부과 절차를 규정하고 있는 같은 법 제31조제3항 및 제4항을 준용하도록 하여 직접강제 절차에 대해 일반적으로 규정하고 있다. 따라서 이와 달리 규정할 특별한 이유가 있을 때에만 개별 법령에서 직접강제 부과 절차와 관련된 내용을 규정하면 된다. 예외적 규정을 두려는 경우에는 직접강제의 기본권 침해 소지가 큰 점을 고려하여 신중하게 검토할 필요가 있다.

그리고 직접강제를 남용한 공무원에 대해서는 일정한 벌칙을 규정하는 것도 고려할 필요가 있다. 「형법」 제123조에서는 공무원의 직권남용에 관한 처벌 규정을 두고 있으나 법률의 근거에 의한 직접강제가 이 조에 해당하는지 불명확한 점이 있으므로, 필요한 경우에는 「경찰관 직무집행법」 제12조²⁴⁵⁾와 같은 별도의 처벌 규정을 두도록 한다.

한편 위법한 직접강제에 대해서는 「국가배상법」에 따른 배상책임으로 해결할 수밖에 없을 것이나 적법한 직접강제로 인하여 발생한 특별한 손해에 대해서는 국가의 손실보상책임을 규정하거나 제3자와의 관계에서 발생하는 보상책임을 구체적으로 규정할 필요가 있다.

244) 경찰행정상 즉시강제에 관한 일반법인 「경찰관 직무집행법」에서는 경찰행정상 즉시강제에 관하여 그 요건을 비교적 구체화하고 증표제시외에 조치를 취하는 목적과 이유를 밝히도록 하는 등 기본권 침해소지를 줄이기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있는데, 이러한 「경찰관 직무집행법」상의 통제장치들은 개별법상의 직접강제에도 참고가 될 것이다.

245) 「경찰관 직무집행법」

제12조(벌칙) 이 법에 규정된 경찰관의 의무를 위반하거나 직권을 남용하여 다른 사람에게 해를 끼친 사람은 1년 이하의 징역이나 금고 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다.

[입법례]

재난 및 안전관리 기본법

제64조(손실보상) ① 국가나 지방자치단체는 제39조 및 제45조(제46조에 따라 시·도지사가 행하는 경우를 포함한다)에 따른 조치로 인하여 손실이 발생하면 보상하여야 한다.

② ~ ④ (생략)

* 제39조: 동원명령 등, 제45조: 응급부담, 제46조: 시·도지사가 실시하는 응급조치 등

또한, 직접강제에 대해 정당한 협조를 거부하거나 적극적으로 방해하는 행위에 대한 벌칙을 규정할 필요가 있는지도 검토해야 한다.

「형법」 제136조의 공무집행방해죄²⁴⁶⁾ 또는 제140조의 공무상비밀표시무효죄²⁴⁷⁾로 처벌될 여지가 있으나, 「형법」 조문의 해석·집행에 비추어 이러한 조항만으로는 충분하지 못할 수 있기 때문에 직접강제처분을 방해하는 행위나, 관계 공무원이 부착한 봉인·게시문 등을 함부로 제거 또는 손상시킨 행위에 관한 별도의 제재 규정을 둘 것인지를 검토해야 할 것이다.

[입법례] 봉인, 게시문 등에 대한 제거 등에 대한 처벌을 규정한 사례

식품위생법

제79조(폐쇄조치 등) ① 식품의약품안전처장, 시·도지사 또는 시장·군수·구청장은 제37조제1항, 제4항 또는 제5항을 위반하여 허가받지 아니하거나 신고 또는 등록하지 아니하고 영업을 하는 경우 또는 제75조제1항 또는 제2항에 따라 허가 또는 등록이 취소되거나 영업소 폐쇄명령을 받은 후에도 계속하여 영업을 하는 경우에는 해당 영업소를 폐쇄하기 위하여 관계 공무원에게 다음 각 호의 조치를 하게 할 수 있다.

1. 해당 영업소의 간판 등 영업 표시물의 제거나 삭제
2. 해당 영업소가 적법한 영업소가 아님을 알리는 게시문 등의 부착

246) 제136조(공무집행방해) ① 직무를 집행하는 공무원에 대하여 폭행 또는 협박한 자는 5년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

② 공무원에 대하여 그 직무상의 행위를 강요 또는 조지하거나 그 직을 사퇴하게 할 목적으로 폭행 또는 협박한 자도 전항의 형과 같다.

247) 제140조(공무상비밀표시무효) ① 공무원이 그 직무에 관하여 실시한 봉인 또는 압류 기타 강제처분의 표시를 손상 또는 은닉하거나 기타 방법으로 그 효용을 해한 자는 5년 이하의 징역 또는 700만원 이하의 벌금에 처한다.

3. 해당 영업소의 시설물과 영업에 사용하는 기구 등을 사용할 수 없게 하는 봉인(封印)

② ~ ⑤ (생략)

제97조(벌칙) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 8. (생략)

9. 제79조제1항에 따라 관계공무원이 부착한 봉인 또는 게시문 등을 함부로 제거하거나 손상시킨 자

10. (생략)

마. 강제징수

1) 의의

행정상 강제징수는 의무자가 행정상 의무 중 금전급부의무를 이행하지 아니하는 경우 행정청이 의무자의 재산에 실력(實力)을 행사하여 그 행정상 의무가 실현된 것과 같은 상태를 실현하는 것을 말한다(「행정기본법」 제30조제1항제4호).

2) 행정상 강제징수의 규정 방식

행정상 강제징수에 관하여는 「행정기본법」 제30조, 「국세징수법」 제3장과 「지방세징수법」 제3장, 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 일반적 규정을 두고 있다. 원래 「국세징수법」과 「지방세징수법」상 강제징수에 관한 규정은 국세와 지방세를 납부하지 않은 경우에 적용되는 규정이나, 여러 법률에서 강제징수절차에 관하여 두 법을 준용하면서 두 법은 행정상 강제징수에 관하여 사실상 일반법적 지위에 놓이게 되었다. 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」은 과징금, 이행강제금, 부담금 등 조세 외의 주요 지방행정 제재·부과금의 징수효율성을 높이고 지방행정제재·부과금의 체납처분절차를 명확히 하기 위해 제정(2013. 8. 6. 공포, 2014. 8. 7. 시행)되었다.

개별 법률에서 행정상 강제징수에 관한 규정을 두려는 경우, 징수주체가 국가기관인 경우에는 “국세강제징수의 예에 따라 징수한다”로 하고, 지방자치단체의 장인 경우에는

원칙적으로 “「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」에 따라 징수한다”로 하되, 같은 법에 따른 강력한 수단(과세자료의 이용, 대금지급정지, 관허사업제한, 명단공포 등)이 없어도 되는 경우에는 해당 규정의 적용을 배제하거나 “지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다”로 한다.²⁴⁸⁾

[입법례]

국민기초생활 보장법

- 제46조(비용의 징수) ① 수급자에게 부양능력을 가진 부양의무자가 있음이 확인된 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 제20조에 따른 생활보장위원회의 심의·의결을 거쳐 그 비용의 전부 또는 일부를 그 부양의무자로부터 부양의무의 범위에서 징수할 수 있다.
- ② 속임수나 그 밖의 부정한 방법으로 급여를 받거나 타인으로 하여금 급여를 받게 한 경우에는 보장비용을 지급한 보장기관은 그 비용의 전부 또는 일부를 그 급여를 받은 사람 또는 급여를 받게 한 자(이하 “부정수급자”라 한다)로부터 징수할 수 있다.
- ③ 제1항 또는 제2항에 따라 징수할 금액은 각각 부양의무자 또는 부정수급자에게 통지하여 징수하고, 부양의무자 또는 부정수급자가 이에 응하지 아니하는 경우 국세 또는 지방세 체납처분의 예에 따라 징수한다.

행정상 강제징수는 원래 조세의 징수를 위해 도입된 제도로서, 행정 목적의 달성을 위해 체납자의 권익을 제약하는 면이 있는 만큼 국가나 지방자치단체는 행정상 강제징수 제도의 도입에 신중해야 한다.

또한, 공단 등 특수법인이 징수하는 사회보험료 등에 대해서 그 성격상 불가피하게 강제 징수 규정을 두는 경우에는 체납처분 전에 미리 주무부장관의 승인을 받도록 하는 규정을 둔다.

[입법례] 체납처분 전에 미리 주무부장관의 승인을 받도록 한 사례

국민건강보험법

- 제81조(보험료등의 독촉 및 체납처분) ① 공단은 제57조, 제77조, 제77조의2, 제78조의2, 제101조 및 제101조의2에 따라 보험료등을 내야 하는 자가 보험료등을 내지 아니하면 기한을 정하여 독촉

248) 「지방자치법」 제157조제7항에서 사용료·수수료 또는 분담금의 징수는 지방세 체납처분의 예에 따른다고 규정하고 있으므로 사용료·수수료 또는 분담금은 지방세 체납처분의 예에 따르는 방안을 우선적으로 고려하고, 그 밖에 제재적 부과금은 「지방행정제재·부과금의 징수 등에 관한 법률」을 따르는 방안을 우선적으로 고려할 수 있다.

할 수 있다. 이 경우 직장가입자의 사용자가 2명 이상인 경우 또는 지역가입자의 세대가 2명 이상으로 구성된 경우에는 그 중 1명에게 한 독촉은 해당 사업장의 다른 사용자 또는 세대 구성원인 다른 지역가입자 모두에게 효력이 있는 것으로 본다.

② 제1항에 따라 독촉할 때에는 10일 이상 15일 이내의 납부기한을 정하여 독촉장을 발부하여야 한다.

③ 공단은 제1항에 따른 독촉을 받은 자가 그 납부기한까지 보험료등을 내지 아니하면 보건복지부장관의 승인을 받아 국세 체납처분의 예에 따라 이를 징수할 수 있다.

④ ~ ⑥ (생략)

바. 즉시강제

1) 의의

즉시강제는 현재의 급박한 행정상의 장애를 제거하기 위한 경우로서 ① 행정청이 미리 행정상 의무 이행을 명할 시간적 여유가 없는 경우나 ② 그 성질상 행정상 의무의 이행을 명하는 것만으로는 행정목적 달성이 곤란한 경우 행정청이 곧바로 국민의 신체 또는 재산에 실력을 행사하여 행정목적을 달성하는 것을 말한다(「행정기본법」 제30조제1항제5호).

즉시강제는 급박한 행정상 장애를 제거하기 위해 행정상 의무부과 없이 즉각적으로 국민의 신체 또는 재산에 공권력을 행사하는 것으로 기본권 제약의 강도가 매우 크고, 의무 위반을 요건으로 하지 않는다는 점에서 공법상의 의무불이행을 전제로 하는 직접강제와 개념상 차이가 있다.

그러나 현행법의 특정 조항이 양자 중 어디에 해당하는지 분명하지 않은 경우가 있으며, 한 조문에 양 제도가 섞여 규정된 경우도 많다.

2) 즉시강제의 도입 기준

즉시강제는 매우 강력한 수단인 반면 국민의 기본권을 침해할 소지가 크다는 점에 유념하여 그 도입에는 신중해야 하는바, 즉시강제는 다른 행정상 의무 확보 수단 등으로 문제를 해결할 수 있는 경우에는 활용되면 안 되므로 다른 수단으로는 행정목적 달성할 수 없는 경우

에만 최후의 수단으로 허용되며, 이 경우에도 최소한으로만 실시해야 한다(「행정기본법」 제33조제1항).

3) 규정 방식

가) 즉시강제의 발동 요건

「행정기본법」 제30조 및 제33조에서는 즉시강제의 허용 기준과 절차에 관한 일반원칙을 정하고 있다. 다만 현행법상 즉시강제 발동을 위한 일반적 근거를 규율하고 있는 법률은 없으며, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 등 개별법의 필요에 따라 그 근거 및 요건과 절차를 규정하고 있다.

개별법에서 즉시강제를 도입하는 경우에는 법률에서 그 발동 요건을 가능하면 구체적이고 명확하게 규정하여 공무원의 직권남용과 기본권 침해 소지를 최소화해야 한다.²⁴⁹⁾

나) 즉시강제의 절차

즉시강제는 별도의 행정상 의무 부과 없이 즉각적으로 국민의 신체 및 재산에 공권력을 행사하는 것이므로 즉시강제에 대한 사전 절차가 진행될 수 없다. 따라서 즉시강제 집행 과정에서 상대방의 권익을 보호하는 제도가 필요한데, 「행정기본법」 제33조제2항에서는 즉시강제를 실시하기 위하여 현장에 파견되는 집행책임자는 그가 집행책임자임을 표시하는 증표를 보여 주도록 규정하고 있으며, 즉시강제의 이유와 내용을 고지하도록 규정하고 있다. 따라서 긴급하거나 사실상 고지하는 것이 불가능한 경우로서 이러한 절차에 예외를 둘 필요가 있는 경우에는 즉시강제를 규정하는 법률에서 명시적으로 그 내용을 규정해야 한다. 예외적 규정을 두려는 경우에는 즉시강제의 기본권 침해 소지가 큰 점을 고려하여 신중하게 검토할 필요가 있다.

249) 경찰행정상 즉시강제에 관한 일반법인 「경찰관 직무집행법」에서는 경찰행정상 즉시강제에 관하여 그 요건을 비교적 구체화하고 증표제시의무 외에 조치를 취하는 목적과 이유를 밝히도록 하는 등 기본권 침해소지를 줄이기 위한 여러 가지 제도적 장치를 마련하고 있는데, 이러한 「경찰관 직무집행법」상의 통제장치들은 개별법상의 즉시강제에도 참고가 될 것이다.

[입법례]

소방기본법

제25조(강제처분 등) ① 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요할 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다.

② 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 긴급하다고 인정할 때에는 제1항에 따른 소방대상물 또는 토지 외의 소방대상물과 토지에 대하여 제1항에 따른 처분을 할 수 있다.

③ 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 소방활동을 위하여 긴급하게 출동할 때에는 소방자동차의 통행과 소방활동에 방해가 되는 주차 또는 정차된 차량 및 물건 등을 제거하거나 이동시킬 수 있다.

④·⑤ (생략)

또한 강제수용·격리 등 보호조치를 취하는 경우에는 본인 외에 가족·친지와의 연락 기회를 주도록 한다.

[입법례]

검역법

제16조(검역감염병 환자등의 격리) ① 질병관리청장은 제15조제1항제1호에 따라 검역감염병 환자등을 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 시설에 격리한다. 다만, 사람 간 전파가능성이 낮은 경우 등 질병관리청장이 정하는 경우는 격리 대상에서 제외할 수 있다.

1. ~ 5. (생략)

② ~ ⑤ (생략)

⑥ 검역소장은 검역감염병 환자등을 격리하였을 때에는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 격리 사실을 격리 대상자 및 격리 대상자의 가족, 보호자 또는 격리 대상자가 지정한 사람에게 알려야 한다.

그리고 직접강제와 마찬가지로 즉시강제를 남용한 공무원에 대해서는 일정한 벌칙을 규정하는 것도 고려할 필요가 있고,²⁵⁰⁾ 적법한 즉시강제로 인하여 발생한 특별한 손해에 대해서는 국가의 손실보상책임을 규정하거나 제3자와의 관계에서 발생하는 보상책임을 구체적으로

250) 「경찰관 직무집행법」 제12조

규정할 필요가 있으며²⁵¹⁾, 즉시강제에 대해 정당한 협조를 거부하거나 적극적으로 방해하는 행위에 대한 벌칙을 규정할 필요가 있는지도 검토해야 한다.

[입법례] 강제처분 등을 방해한 경우 처벌을 규정한 사례

소방기본법
제25조(강제처분 등) ① 소방본부장, 소방서장 또는 소방대장은 사람을 구출하거나 불이 번지는 것을 막기 위하여 필요할 때에는 화재가 발생하거나 불이 번질 우려가 있는 소방대상물 및 토지를 일시적으로 사용하거나 그 사용의 제한 또는 소방활동에 필요한 처분을 할 수 있다. ② ~ ⑤ (생략)
제51조(벌칙) 제25조제1항에 따른 처분을 방해한 자 또는 정당한 사유 없이 그 처분에 따르지 아니한 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

15. 보조 · 출연 · 출자 · 용자

행정 지원에는 재정상 지원과 행정상 지원 등이 있는데, 재정상 지원 방식에는 보조, 출연, 출자, 용자가 있다. 그 밖에 국가가 채무 인수²⁵²⁾나 보증²⁵³⁾을 해주거나 세금을 감면해주는 것도 일종의 재정상 지원에 포함시킬 수 있다.

‘보조’, ‘출연’은 직접적인 반대급부 없이 교부된다는 점에서 ‘증여’와 비슷하지만, 교부받은 재원을 목적 범위에서 사용해야 하고, 보조, 출연으로 생긴 재산 등의 행사에 일정한 제약(「보조금 관리에 관한 법률」 제22조, 제30조, 제35조 등)이 있다는 점에서 증여와 다르다.

251) 위법한 즉시강제에 대해서는 「국가배상법」에 따른 배상책임으로 해결해야 할 것이다.

252) 「인천국제공항공사법」

제13조(보조금 등) 정부는 예산의 범위에서 공사의 사업에 필요한 비용의 일부를 보조하거나 재정자금의 용자 또는 사채인수(社債引受)를 할 수 있다.

253) 「한국수자원공사법」

제13조(사채의 발행 등) ① (생략)

② 제1항에 따라 공사가 사채를 발행하는 경우 국가는 사채의 원리금 상환을 보증할 수 있다.

가. 보조금

1) 의의

보조금은 일반적으로 국가 또는 지방자치단체가 공익적 사업을 지원하기 위해 반대급부 없이 교부하는 금전 급부를 말한다. 보조금 지급방식에는 사업을 실제로 하는 자에게 직접 교부하는 직접교부방식과 중간 감독기관에 교부하도록 하는 간접교부방식이 있다.

보조금의 교부 주체에 따라 근거가 되는 일반법이 다르다. 국가가 주체인 경우에는 「보조금 관리에 관한 법률」이 일반법이 되고, 지방자치단체가 주체인 경우에는 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」²⁵⁴⁾이 일반법이 된다.

「보조금 관리에 관한 법률」 제2조제1호에서는 보조금을 “국가 외의 자가 행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위해 교부하는 보조금(지방자치단체에 교부하는 것과 그 밖에 법인·단체 또는 개인의 시설자금이나 운영자금으로 교부하는 것만 해당한다), 부담금²⁵⁵⁾(국제조약에 따른 부담금은 제외한다), 그 밖에 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금으로서 대통령령으로 정하는 것²⁵⁶⁾”으로 정의하고 있고, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제2조제1호에서는 지방보조금을 “지방자치단체가 법령 또는 조례에 따라 다른 지방자치단체, 법인·단체 또는 개인 등이 수행하는 사무 또는 사업 등을 조성하거나 이를 지원하기 위하여 교부하는 보조금 등을 말하되, 출자금 및 출연금과 국고보조재원에 의한 것으로 지방자치단체가 교부하는 보조금은 제외한다”고 규정하고 있다.

254) 지방자치단체가 주는 보조금에 대해서는 법률 제12687호로 일부개정된 「지방재정법」(2014. 5. 28. 공포, 2015. 1. 1. 시행)에서 지방보조금의 관리에 대한 일반규정(제32조의2부터 제32조의11까지)을 두고 있다가 2021. 1. 12. 법률 제17892호로 지방보조금의 관리·운영방안 등에 관한 사항을 규정하는 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」이 제정되어 2021. 7. 13.부터 시행되고 있다.

255) 여기에서 부담금은 준조세적 성격의 부담금이 아니라 「지방재정법」 제21조에 규정된 것과 같은 부담금을 의미한다.

「지방재정법」

제21조(부담금과 교부금) ① 지방자치단체나 그 기관이 법령에 따라 처리하여야 할 사무로서 국가와 지방자치단체 간에 이해관계가 있는 경우에는 원활한 사무처리를 위하여 국가에서 부담하지 아니하면 아니 되는 경비는 국가가 그 전부 또는 일부를 부담한다.

256) 「농산물의 생산자를 위한 직접지불제도 시행규정」 제3조에 따른 소득보조금을 말한다(「보조금 관리에 관한 법률 시행령」 제2조).

2) 보조금의 근거

국가가 주는 보조금에 대해서는 「보조금 관리에 관한 법률」이라는 일반법이 있고 지방자치단체가 주는 보조금에 대해서는 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」이라는 일반법이 있으므로 특별한 법적 근거를 필요로 하지 않으며 예산에 계상하여 집행하면 된다.²⁵⁷⁾ 각 법률에 근거 규정을 두지 않아도 예산이 있으면 집행이 가능함에도 실제 현행법에는 편의상 근거 규정을 별도로 법률에 두는 경우가 많이 있는데 이는 보조금 예산을 쉽게 인정 받으려는 목적이거나 「보조금 관리에 관한 법률」이나 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에 대한 특례를 규정하기 위한 경우일 때가 많다.

「보조금 관리에 관한 법률」에서는 보조금예산의 편성, 교부신청, 교부결정, 사용 등에 관한 기본적 사항을 규정하면서 보조금의 예산편성·집행 및 관리에 관해서는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따르도록 하고 있고(제3조제1항), 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제3조제1항에서도 동일한 내용을 규정하고 있다. 따라서 개별 법률에서 국가나 지방자치단체가 지급하는 보조금에 관한 규정을 둘 때에는 보조금의 지급 근거만 규정하고, 그 밖에 보조금의 예산편성·집행 및 관리에 관한 사항은 「보조금 관리에 관한 법률」이나 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」과 달리 규정할 것이 아니라면 따로 규정하지 않아도 된다.

「보조금 관리에 관한 법률」에서는 국가가 출연금을 예산에 계상한 기관에 대해서는 원칙적으로 출연금 외에 별도의 보조금을 예산에 계상할 수 없도록 제한하고 있다.²⁵⁸⁾

한편 「지방자치법」 제137조제3항에서 국가행정기관, 공공기관운영법에 따른 공공기관,

257) 「보조금 관리에 관한 법률」

제9조(보조금의 대상 사업 및 기준보조율 등) ① 보조금이 지급되는 대상 사업, 경비의 종류, 국고 보조율 및 금액은 매년 예산으로 정한다. 다만, 지방자치단체에 대한 보조금의 경우 다음 각 호에 해당하는 사항은 대통령령으로 정한다.

1.·2. (생략)

「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」

제4조(시·도비 기준보조율) ① 지방보조금이 지급되는 대상사업, 경비의 종류, 보조율 및 금액은 매년 예산으로 정하고, 다른 지방자치단체에 대한 지방보조금의 경우 예산 계상 신청 및 예산 편성 시 지방보조사업별로 적용하는 기준이 되는 보조율은 특별시·광역시·도·특별자치도의 조례로 정한다. 다만, 「지방재정법」 제22조에 따라 지방자치단체가 부담하는 경비는 제외한다.

258) 「보조금 관리에 관한 법률」

제14조(출연기관에 대한 별도의 보조금의 교부제한) 국가는 출연금을 예산에 계상한 기관에 대하여는 출연금 외에 별도의 보조금을 예산에 계상할 수 없다. 다만, 기획예산처장관이 사업수행상 특히 불가피하다고 인정할 때에는 그러하지 아니하다.

국가 출자·출연 기관, 국가 시설·단지 지원 기관의 신설·확장·이전·운영과 관련된 비용을 지방자치단체에 부담시켜서는 안 된다고 규정하고 있으므로 법률에 근거 없이 지방자치단체가 국가기관·공공기관 등에 운영비 등을 지급하도록 규정해서는 안 된다.

3) 보조금의 규정 형식

법률에 보조금의 지급 근거를 규정하는 경우 규정 형식에는 일반적으로 “○○○는 …에 대하여 …에 필요한 비용을 보조할 수 있다” 또는 “○○○는 …에 대하여 …에 보조금을 지급할 수 있다” 등이 있는데, 이 외에도 다양한 형식이 자유롭게 사용되고 있다. 다만, 보조금의 목적을 법률에서 정할 때에는 명확하게 규정해야 한다. 보조금을 목적 외의 다른 용도로 사용하는 경우 반환처분 등 불이익처분을 받게 되기 때문이다(「보조금 관리에 관한 법률」 제22조, 제30조, 제31조, 제31조의2, 제32조, 제33조, 제33조의2, 제33조의3, 제36조의2, 제41조, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제12조, 제13조, 제32조, 제34조, 제38조).

보조금의 지급 근거에 관한 규정은 “보조하여야 한다”²⁵⁹⁾나 “보조한다”²⁶⁰⁾와 같이 의무 부과 형식으로 하지 않고 “보조할 수 있다”와 같이 권한 부여 형식을 취하는 것이 일반적인데, 그 이유는 의무 부과 형식으로 하면 보조금 지급에 관한 재량의 여지가 없어져 재정의 탄력적 운영이 어려워지기 때문이다.

[입법례]

유선 및 도선 사업법
<p>제36조(보조금의 지급 등) ① 지방자치단체는 도선의 안전운항과 주민의 교통편의를 위하여 필요한 경우 영세 도선사업자의 노후 선박의 교체, 안전시설의 설치 및 개선, 적자 노선에 대한 손실보전 등에 드는 비용의 전부 또는 일부를 보조금으로 지급할 수 있다.</p> <p>② 국가 또는 지방자치단체는 유선 또는 도선의 선령이 제4조의2제1항제1호에 따른 기준에 적합하지 아니한 선령에 가까워져서 유선 또는 도선을 새로 건조(建造)하려는 사업자에 대하여 재정적 지원이 필요하다고 인정되는 경우 유선 또는 도선의 건조에 드는 자금의 일부를 보조 또는 용자하거나 용자를 알선할 수 있다.</p> <p>③ (생략)</p>

259) 「대도시권 광역교통 관리에 관한 특별법」 제10조제1항, 「감염병의 예방 및 관리에 관한 법률」 제66조 등이 있다.

260) 「보훈보상대상자 지원에 관한 법률」 제29조제3항, 「농어촌 등 보건의료를 위한 특별조치법」 제22조제1항, 「국립대학병원설치법」 제19조제2항 등이 있다.

먹는물관리법

제52조(국고보조) 기후에너지환경부장관은 예산의 범위에서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경비의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.

1. 제7조제1항에 따른 먹는물 수질 감시원의 운영에 드는 경비
- 1의2. 제8조제1항에 따른 먹는물공동시설의 개선에 드는 경비
2. 제26조제4항에 따른 관계 검사기관 또는 제43조에 따라 지정된 검사기관에서의 검사 등에 드는 경비
3. 제42조제1항에 따른 수거에 드는 경비
4. 제47조에 따른 폐기에 드는 경비

4) 보조금의 지급 주체

보조금의 지급 주체는 “국가”, “지방자치단체”, “국가 또는 지방자치단체”가 되는 것이 일반적이지만, 경우에 따라서는 보조금의 지급 주체를 보다 구체적으로 표시하기 위해 “중앙행정기관의 장”, “○○○부장관” “지방자치단체의 장”, “시·도지사”, “시장·군수 또는 구청장”이라는 표현을 사용하기도 한다.²⁶¹⁾

법률 단계에서는 지급 주체를 특정하지 않고 “국가”나 “정부”라는 표현을 많이 사용하는데, 지급 주체가 분명한 경우에는 보조금의 지급 주체를 “○○○부장관”으로 명시적으로 규정하기도 한다.

[입법례]

관광진흥법

제76조(재정지원) ① 문화체육관광부장관은 관광에 관한 사업을 하는 지방자치단체, 관광사업자 단체 또는 관광사업자에게 대통령령으로 정하는 바에 따라 보조금을 지급할 수 있다.

② 지방자치단체는 그 관할 구역 안에서 관광에 관한 사업을 하는 관광사업자 단체 또는 관광사업자에게 조례로 정하는 바에 따라 보조금을 지급할 수 있다.

③ (생략)

261) “정부 또는 지방자치단체”로 규정하고 있는 입법례도 있지만, 통상적으로 지방자치단체와 같이 열거되는 경우에는 “정부 또는 지방자치단체”로 표현하면 관념상으로 서로 대응이 되지 않으므로 “국가”를 사용하여 “국가 또는 지방자치단체”로 표현하고, 독자적으로 사용될 때에는 “정부”를 사용하는 경향이 있다.

5) 보조금의 상대방과 대상 사업

보조금의 지급근거를 규정할 때에는 그 상대방과 대상 사업(또는 행위)을 적시하는 것이 일반적이다. 경우에 따라서는 상대방만을 적시하거나 대상 사업(또는 행위)만을 적시하기도 하지만, 보조금을 지급할 때에는 원칙적으로 그 대상 사업을 적시해야 한다.

「보조금 관리에 관한 법률」 제2조제1호²⁶²⁾에서 보조금을 지방자치단체가 아닌 그 밖의 법인·단체 또는 개인에게 교부하는 경우에는 시설자금이나 운영자금에 대한 것으로 한정하고 경상경비는 보조하지 못하도록 하고 있는 취지에 비추어 보조금 제도는 어디까지나 보충적으로 운영되어야 하기 때문이다. 특히, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제6조제2항에서는 지방자치단체가 주는 보조금의 경우 법령에 명시적 근거가 있는 경우 외에는 지방보조금을 인건비, 사무관리비, 임차료 등 운영비로 교부할 수 없도록 규정하고 있으므로 지방보조금으로 운영비를 교부할 수 있도록 하려면 그 근거를 법령에 명시해야 한다.

[입법례] 보조금의 상대방과 용도를 구체적으로 규정한 사례

자연환경보전법
제54조(국고보조 등) ① 국가는 예산의 범위 안에서 다음의 사업에 대하여 자연환경보전을 위한 사업을 집행하는 관계행정기관 및 지방자치단체 또는 자연보호 관련단체에 대하여 그 비용의 전부 또는 일부를 보조할 수 있다.
1. 제5조에 따른 자연보호운동 지원사업
2. 제20조 및 제42조에 따른 생태·경관보전지역, 인접지역 및 생태마을의 주민지원사업
3. 제38조에 따른 자연환경보전·이용시설의 설치사업
4. 제45조에 따른 의한 생태통로 설치사업
5. 제49조제1항 각 호의 사업

262) 「보조금 관리에 관한 법률」

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. “보조금”이란 국가 외의 자가 수행하는 사무 또는 사업에 대하여 국가(「국가재정법」 별표 2에 규정된 법률에 따라 설치된 기금을 관리·운용하는 자를 포함한다)가 이를 조성하거나 재정상의 원조를 하기 위하여 교부하는 보조금(지방자치단체에 교부하는 것과 그 밖에 법인·단체 또는 개인의 시설자금이나 운영자금으로 교부하는 것만 해당한다), 부담금(국제조약에 따른 부담금은 제외한다), 그 밖에 상당한 반대급부를 받지 아니하고 교부하는 급부금으로서 대통령령으로 정하는 것을 말한다.

6. 그 밖에 자연환경보전을 위한 사업으로서 대통령령이 정하는 사업
- ② 지방자치단체는 예산의 범위에서 자연보호운동을 실시하는 자연보호 관련단체에 대하여 그 활동 및 운영에 필요한 경비의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

[입법례] 보조금의 대상 사업을 포괄적으로 규정한 사례

한국광해광업공단법

- 제15조(보조금과 출연금) ① 정부는 공단의 사업에 대하여 예산의 범위에서 보조금을 지급할 수 있다.
- ② (생략)

[입법례] 지방자치단체에서 운영비를 보조할 수 있도록 명시적으로 규정한 사례

국민체육진흥법

- 제18조(지방자치단체와 학교 등에 대한 보조) ①·② (생략)
- ③ 지방자치단체는 지방체육회와 지방장애인체육회에 예산의 범위에서 운영비를 지원하여야 한다. 이 경우 지원에 필요한 사항은 조례로 정한다.

6) 「보조금 관리에 관한 법률」 및 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에 대한 특례 규정

국가 보조금에 관한 일반법으로 「보조금 관리에 관한 법률」이 마련되어 있고 지방자치단체 보조금에 관한 일반법으로 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」이 마련되어 있으며, 두 법에서 “(지방)보조금 예산의 편성·집행 등 그 관리에 관하여는 다른 법률에 규정이 있는 것을 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다”라고 규정하고 있기 때문에 「보조금 관리에 관한 법률」이나 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」과 다른 내용으로 보조금을 관리·운영하려는 경우에는 개별 법률에서 「보조금 관리에 관한 법률」이나 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에 대한 특례 규정을 둘 수 있다.

가) 보조금의 지급 대상의 특례

「보조금 관리에 관한 법률」 제2조제1호에서는 지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 개인에 대해서는 시설자금이나 운영자금만을 보조금 지급 대상으로 규정하고 있다. 따라서 보조금의 지급 대상을 이와 달리 하려면 법률에 특례를 두어야 한다.

[입법례] 사업 손실을 보조금 지급 대상으로 한 사례

한국교직원공제회법
제13조(보조금 지급) 교육부장관은 공제회를 보호·육성하기 위하여 회원의 부담금으로 하는 사업에서 생긴 결손을 보조한다.

나) 「보조금 관리에 관한 법률」의 적용 배제 특례

보조금은 반대급부 없이 지급하는 자금이므로 자칫하면 방만하게 운영되기 쉽다. 그래서 「보조금 관리에 관한 법률」에서는 여러 가지 엄격한 통제 제도를 마련하고 있다.²⁶³⁾ 이러한 규정은 보조금의 관리를 적정하게 하기 위한 것이지만 경우에 따라서는 보조금을 받는 자를 지나치게 속박하고 융통성을 잃어버릴 우려도 있으므로 이러한 통제를 일부 완화하기 위해서는 「보조금 관리에 관한 법률」 일부 규정의 적용을 배제하는 특례를 두기도 한다.

[입법례]

지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법
제90조(보조금에 대한 다른 법률의 적용배제) ① 제78조제2항·제79조제2항·제80조제2항 및 제81조제2항의 사업에 대한 보조금에는 「보조금 관리에 관한 법률」 제18조·제21조·제26조 및 제28조부터 제31조까지, 제31조의2·제32조 및 제33조의3을 적용하지 아니한다. 다만, 보조사업자가 법령의 규정을 위반하여 보조금을 사용한 경우, 거짓으로 신청하거나 그 밖의 부정

263) 「보조금 관리에 관한 법률」에서는 보조금에는 조건을 붙일 수 있게 하거나(제18조) 보조금 지급결정 후 사정이 변경되면 국가가 일방적으로 지급결정의 전부 또는 일부를 취소할 수 있게 하고 있을 뿐 아니라(제21조), 보조금을 지급한 중앙관서의 장이 보조금을 받은 자에게 보조사업에 관한 명령을 하거나 보조사업을 정지하게 할 수도 있게 하고 있다(제26조 등). 그리고 보조금을 다른 용도로 사용하는 경우 등에는 보조금 교부 결정을 취소할 수 있게 하면서(제30조) 이미 지급한 보조금을 반환하도록 하고 반환하지 않는 경우에는 강제징수할 수 있는 규정(제33조의3) 등을 두고 있다[제5장(제30조부터 제33조의3까지)].

한 방법으로 보조금을 교부받은 때 또는 제89조에 따라 다음 연도로 이월한 세출예산을 이월 받은 회계연도의 다음 회계연도까지 지출하지 아니한 경우에는 「보조금 관리에 관한 법률」 제 30조·제31조·제31조의2·제32조 및 제33조의3을 적용한다.

② ~ ④ (생략)

다) 보조금의 전용에 관한 특례

보조금의 전용에 관한 특례는 종전에는 개별 법률에서 특례 규정을 두어야 했으나, 현재는 「보조금 관리에 관한 법률」 제31조제4항²⁶⁴⁾에 지방자치단체의 장이 해당 보조사업의 당초 목적을 달성하고, 자체 노력에 의하여 예산을 절감한 경우에는 그 초과액을 반환하지 아니하고 해당 보조사업의 목적과 유사한 사업에 사용할 수 있도록 하는 내용이 규정되어, 개별 법률에서 특례를 두지 않아도 보조금 집행 잔액을 비슷한 다른 용도에 사용할 수 있게 되어 지방자치단체가 국가 지급 보조금을 전용하기 위한 규정을 개별 법률에서 따로 둘 필요가 없어졌다. 다만, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」에서는 「보조금 관리에 관한 법률」 제31조제4항과 같은 보조금의 전용에 관한 규정을 두고 있지 않으므로 지방자치단체가 주는 보조금을 전용할 수 있도록 하려면 개별 법률에서 특례 규정을 둘 필요가 있다.

라) 그 밖의 특례 규정

지방자치단체가 신청한 보조금 예산을 편성할 때에는 지방자치단체의 재정 사정을 고려하여 지방자치단체 간 보조율에 차등을 두는 것이 원칙이다(「보조금 관리에 관한 법률」 제10조). 그러나 비록 지방자치단체의 재정 형편이 좋다고 하더라도 보조사업의 규모나 성격에 비추어 더 많은 보조가 필요한 경우도 있으므로 이에 대한 특례를 두는 경우가 있다.

264) 제31조(보조금의 반환) ④ 제2항에도 불구하고 지방자치단체의 장은 해당 보조사업의 원래 목적을 달성하고, 자체 노력으로 예산을 절감한 경우에는 그 초과액을 반환하지 아니하고 해당 보조사업의 목적과 유사한 사업(신규사업 등 대통령령으로 정하는 사업은 제외한다)에 사용할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 반환하지 아니한 초과액의 사용명세서(과목별로 금액 및 구체적 이유 등을 포함하여야 한다)를 초과액을 사용한 날부터 1개월 이내에 해당 중앙관서의 장에게 통보하여야 한다.

⑥ 제4항에 따라 유사한 사업에 초과액을 사용하는 데에 필요한 요건은 대통령령으로 정한다.

[입법례] 차등 보조에 대한 특례를 규정한 사례

지역 개발 및 지원에 관한 법률

제55조(기반시설 설치 및 보조금 등의 지원) ① 국가와 지방자치단체는 지역개발사업의 원활한 시행과 투자유치를 위하여 교통시설 및 공공·문화체육시설 등 대통령령으로 정하는 시설을 직접 설치하거나 설치비용을 지원할 수 있다.

② 국가와 지방자치단체는 지역개발사업과 관련하여 제1항에 따른 시설의 설치 외에 지역주민의 생활 편의 증진 등을 위한 사업을 추진하거나 이에 필요한 비용을 지원할 수 있다.

③ 제1항 및 제2항에 따른 국가의 지원 대상 및 범위 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

④ 국가는 낙후지역의 지방자치단체가 시행하는 개발사업 또는 생활 편의 증진 등을 위한 사업에 대하여 제1항 또는 제2항에 따라 보조금을 지원하는 경우 「보조금 관리에 관한 법률」 제10조에 따른 차등보조율과 다른 법률에 따른 보조율에도 불구하고 지방자치단체의 낙후도·재정부담능력 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 보조율에 따라 보조금을 인상하여 지원할 수 있다.

「보조금 관리에 관한 법률」 제16조 및 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」 제7조에 따르면 보조금이나 지방보조금을 교부받으려는 자는 보조사업의 목적과 내용, 소요경비 등을 기재하여 신청해야 하고, 공모(公募)절차를 통하여 보조금 교부신청서를 제출받아야 하며, 지방자치단체에 대한 보조금의 지급결정은 단위사업별·보조사업별로 결정된다(「보조금 관리에 관한 법률」 제19조). 이러한 예산편성과 신청절차 및 지급결정 원칙에 대한 예외를 인정하는 특례를 두는 경우도 있다.

[입법례] 사업별 보조금 지급결정에 대한 특례를 규정한 사례

지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법

제86조(포괄보조금의 지원) ① 정부는 제78조제2항에 따른 지역자율계정의 세출예산을 편성할 때 대통령령으로 정하는 바에 따라 각 시·도 및 시·군·구별로 세출예산의 용도를 포괄적으로 정한 보조금(이하 “포괄보조금”이라 한다)으로 편성하여 지원한다.

② (생략)

나. 출연

1) 의의

출연은 일반적으로 자기의 의사에 따라 금전을 지급하는 등 자신은 재산상 손실을 입고 상대방은 재산을 증가시키는 일을 말하는데 일상생활에서는 '기부행위'라는 말을 더 많이 사용한다. 「민법」에서는 비영리재단법인의 설립과 관련하여 출연에 대한 규정을 두고 있다.

행정 법령에서는 행정 주체가 법령에 따라 설치된 연구기관, 기금, 공단 등 출연 대상 주체에 대하여 특정 목적을 위해 포괄적으로 지원하는 금전급부를 말한다.

출연금에 관한 규정을 둘 때에는 헌법상의 비례의 원칙과 평등의 원칙을 준수해야 한다. 즉 출연금 지급에 따른 효과성에 대한 판단과 함께 예상 낭비적 요소와 부당한 특혜 여부에 대한 검토가 필요하다. 또한 해당 기관에의 출연이 반드시 필요한 것인지 그리고 기존의 출연금 규모는 적정한 것인지에 대한 판단도 있어야 한다.

2) 출연의 근거

출연에 관한 일반적인 근거 규정은 국가의 경우는 「국가재정법」, 「공공기관 운영에 관한 법률」, 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」, 「과학기술분야 정부출연 연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 등을 들 수 있고, 지방자치단체의 경우는 「지방재정법」, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」²⁶⁵⁾과 「지방자치단체

265) 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」

제4조(지방자치단체의 출자·출연과 대상 사업 등) ① 지방자치단체는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 자본금 또는 재산의 전액을 출자 또는 출연하거나 다른 지방자치단체 또는 지방자치단체 외의 자(외국인 및 외국법인을 포함한다)와 공동으로 출자하거나 출연하여 「상법」에 따른 주식회사나 「민법」 또는 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」에 따른 재단법인을 설립할 수 있다.

1. 문화, 예술, 장학(獎學), 체육, 의료 등의 분야에서 주민의 복리 증진에 이바지할 수 있는 사업
2. 지역주민의 소득을 증대시키고 지역경제를 발전시키며 지역개발을 활성화하고 촉진하는 데에 이바지할 수 있다고 인정되는 사업

② 제1항에 따라 공동으로 출자·출연 기관을 설립하려는 지방자치단체 및 지방자치단체 외의 자는 다음 각 호의 사항을 포함한 상호 규약을 정한다.

1. 출자·출연 기관의 명칭
2. 사무소의 위치
3. 설립 지방자치단체 및 지방자치단체 외의 자

출연 연구원의 설립 및 운영에 관한 법률」 등이 있다.

국가는 국가연구개발사업의 수행, 공공목적을 수행하는 기관의 운영 등 특정한 목적을 달성하기 위한 경우에는 해당 기관에 출연을 할 수 있는데, 반드시 법률에 근거가 있어야만 출연을 할 수 있다(「국가재정법」 제12조²⁶⁶⁾). 보조금은 법률에 근거가 반드시 있어야 하는 것은 아니라는 점에서 출연과 차이가 있다.

지방자치단체는 「지방재정법」 제18조제2항에 따라 법령에 근거가 있는 경우와 공공기관(그 목적과 설립이 법령 또는 법령의 근거에 따라 조례에 정해진 기관이나 지방자치단체를 회원으로 하는 공익법인을 말한다)에 대하여 조례에 근거가 있는 경우에만 출연을 할 수 있다.

3) 보조금과의 차이

출연은 출연금의 사용 용도를 지정하지 않은 채 포괄적으로 지원되고, 집행 잔액에 대한 사후정산과 반환 절차가 없다는 점에서 보조금과 차이가 난다. 보조금은 시설자금이나 운영자금을 대상으로 할 수 있고 경상경비는 대상으로 할 수 없는 게 일반적이지만, 출연금에는 이와 같은 제한이 없기 때문에 법인·단체의 경상경비를 지원하는 경우에는 출연금을 활용

4. 사업 내용
 5. 공동 처리 사항
 6. 출자·출연 방법
 7. 그 밖에 필요한 사항
- ③ 지방자치단체는 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우 다른 지방자치단체와 협의하여 그 다른 지방자치단체가 설립·운영 중인 출자·출연 기관에 출자하거나 출연할 수 있다.
- ④ 제1항 또는 제3항에 따라 지방자치단체가 출자하거나 출연하는 비율을 산정할 때에 그 지방자치단체가 설립한 출자·출연 기관 또는 지방공기업이 출자하거나 출연한 경우에는 그 지방자치단체가 출자하거나 출연한 것으로 본다.
- ⑤ 출자·출연 기관과 관련한 다음 각 호의 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.
1. 설립 목적
 2. 주요 업무와 사업
 3. 출자 또는 출연의 근거와 방법
 4. 그 밖에 기관의 운영 등에 관한 기본적인 사항

266) 「국가재정법」

제12조(출연금) 국가는 국가연구개발사업의 수행, 공공목적을 수행하는 기관의 운영 등 특정한 목적을 달성하기 위하여 법률에 근거가 있는 경우에는 해당 기관에 출연할 수 있다.

하는 경우가 많다.

[입법례]

한국국제교류재단법

- 제15조(출연금) ① 정부는 재단의 설립·운영에 드는 경비와 기금에 충당하기 위하여 재단에 필요한 출연금을 예산의 범위에서 지급할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 출연금의 지급 및 사용 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

보조금과 출연금은 유사한 목적으로 지급되는 것이기 때문에 보조금과 출연금 사이에는 이중적 지원이 문제가 될 수 있다. 「보조금 관리에 관한 법률」 제14조에서는 기획예산처장관이 사업 수행상 특히 불가피하다고 인정할 때를 제외하고는 출연기관에 대하여 출연금 외에 별도의 보조금 교부를 제한하고 있다. 따라서 보조금도 지급하면서 출연도 하려면 법률에 그 내용을 명시적으로 규정해야 한다.

4) 출연의 규정 형식

출연의 근거를 규정하는 형식으로 “○○○은 …하기 위하여…에게 출연할 수 있다” 또는 “○○○은 …하기 위하여 …에게 출연금을 지급할 수 있다” 등이 있다.

출연금 규정은 “출연할 수 있다”라고 권한부여 방식을 취하는 것이 일반적이지만, “출연하여야 한다”라는 의무 부과 방식을 사용하는 경우도 많다. 이렇게 출연의무를 부과하는 것은 주로 정부의 일반회계 부분에서 각종 정부기금에 출연하는 경우와 기금에 대해 이해관계인의 출연을 강제하기 위한 특별한 목적을 가지는 경우에 주로 사용된다.²⁶⁷⁾

[입법례] ‘출연할 수 있다’고 규정한 사례

산업기술단지 지원에 관한 특례법

- 제17조(국가·지방자치단체의 출연 등) ① 국가나 지방자치단체는 산업기술단지의 조성·운영을 지원하기 위하여 사업시행자에게 출연(出捐)할 수 있다.

267) 「석면피해구제법」 제24조제3항, 「공적자금상환기금법」 제5조제2항, 「기술보증기금법」 제13조제3항, 「뉴스통신 진흥에 관한 법률」 제32조제3항 등

- ② 산업기술단지의 사업과 관련이 있는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관(이하 “공공기관”이라 한다), 정부출자기관 및 정부출연기관 등은 사업시행자에게 출연할 수 있다.
- ③ 산업기술단지의 조성·운영에 참여하는 「고등교육법」 제3조의 국립학교나 국립학교에 두는 「산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률」 제25조에 따른 산학협력단은 해당 국립학교의 기성회 회계(면학 분위기 조성과 교육여건 개선을 위하여 기성회의 회비와 수익 사업의 수익금 등을 수입원으로 하여 스스로 세입·세출 예산을 편성·집행하는 국고회계 외의 회계를 말한다) 세출이나 해당 산학협력단의 「산업교육진흥 및 산학협력촉진에 관한 법률」 제32조에 따른 지출의 일부를 산업기술단지의 조성·운영을 지원하기 위하여 사업시행자에게 출연할 수 있다.
- ④ (생략)

[입법례] ‘출연하여야 한다’고 규정한 사례

국립대학법인 인천대학교 설립·운영에 관한 법률

- 제28조(국가 및 지방자치단체의 재정지원 등) ① (생략)
- ② 국가는 국립대학법인 인천대학교의 안정적인 재정운동을 위하여 매년 인건비, 경상적 경비, 시설확충비 및 교육·연구 발전을 위한 지원금을 출연하여야 한다.
 - ③·④ (생략)

다. 출자

1) 의의

출자는 자본의 전부 또는 일부를 현금이나 현물의 형태로 제공하는 것을 말한다. 대상이 되는 사업은 주로 공공성이 높고 대규모 자금이 필요한 사업으로서, 출자 규정을 됴으로써 해당되는 사업 또는 활동의 안정적인 운영과 능률적인 목표 달성을 도모하려는 것이다.

2) 출자의 근거

출자는 출자하는 주체가 출자에 따른 권리를 취득하는 행위이기 때문에 출연과는 달리 엄격한 통제를 요하지 않는다. 따라서 국가가 출자하는 경우에는 법률의 근거가 없어도 예산만 확보되면 출자할 수 있다. 「상법」상 주식회사에 대한 출자는 일반적으로 회사에 출자하는 방식을 따르면 된다. 특수법인에 대한 출자는 특수법인이 법률로 설립되기 때문에 보통 그 설립법에 출자의 근거가 규정된다.

지방자치단체가 하는 출자에 대해서는 「지방재정법」 제18조제1항에서 법령에 근거가 있는 경우에만 출자를 할 수 있도록 하고 있고, 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조제1항 및 제50조에서 행정재산을 출자할 수 없다거나 법률이나 조례에 따르지 않고서는 물품을 현물출자하는 것을 제한하고 있다. 그리고 지방자치단체가 지방공기업이나 그 밖의 출자기관을 설립하기 위해 하는 출자에 관하여는 「지방공기업법」, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 규정되어 있다.

3) 출자 이후의 관리

정부가 납입자본금의 50퍼센트 이상을 출자한 기업체나 30퍼센트 이상 출자하고 임원 임명권한 행사 등을 통해 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관 등과 같은 공공기관²⁶⁸⁾에 대해서는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서 그 운영에 관한 기본

268) 「공공기관의 운영에 관한 법률」

제4조(공공기관) ① 재정경제부장관은 국가·지방자치단체가 아닌 법인·단체 또는 기관(이하 “기관”이라 한다)으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 기관을 공공기관으로 지정할 수 있다.

1. 다른 법률에 따라 직접 설립되고 정부가 출연한 기관
2. 정부지원액(법령에 따라 직접 정부의 업무를 위탁받거나 독점적 사업권을 부여받은 기관의 경우에는 그 위탁업무나 독점적 사업으로 인한 수입액을 포함한다. 이하 같다)이 총수입액의 2분의 1을 초과하는 기관
3. 정부가 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
4. 정부와 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
5. 제1호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 단독으로 또는 두개 이상의 기관이 합하여 100분의 50 이상의 지분을 가지고 있거나 100분의 30 이상의 지분을 가지고 임원 임명권한 행사 등을 통하여 해당 기관의 정책 결정에 사실상 지배력을 확보하고 있는 기관
6. 제1호부터 제4호까지의 어느 하나에 해당하는 기관이 설립하고, 정부 또는 설립 기관이 출연한 기관

적인 사항과 자율경영 및 책임경영체제의 확립에 관한 사항을 규정하고 있다. 지방자치단체가 출자한 지방공기업이나 그 밖의 출자기관에 관하여는 「지방공기업법」, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에 규정되어 있다.²⁶⁹⁾

출자에 따른 권리는 국가의 경우에는 국유재산이 되고, 지방자치단체의 경우에는 지방자치단체의 재산인 공유재산이 되므로, 공공기관, 지방공기업, 그 밖의 출자기관은 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에 따라 관리하게 된다.

4) 출자의 규정 형식

공기업 등에 대한 정부출자금은 보통 “자본금”, “자본금 및 출자”라는 제목의 형식으로 규정되며, 출자 주체와 출자액 등 관련 내용을 하나의 조문으로 규정하는 것이 일반적이다.

[입법례]

한국농어촌공사 및 농지관리기금법

- 제6조(자본금 및 출자) ① 공사의 자본금은 5조원으로 하고, 전액을 국가가 출자(出資)한다.
 ② 국가는 공사의 사업에 필요한 동산 또는 부동산을 공사에 현물로 출자할 수 있다.
 ③ 국가는 대통령령으로 정하는 바에 따라 국가가 조성한 토지 또는 농업기반시설 관리권을 공사에 출자할 수 있다.

공기업을 「상법」상의 주식회사 형태로 설립하려는 경우에는 주식에 관한 규정과 「상법」의 준용에 관한 규정을 함께 규정해야 한다.

269) 「지방공기업법」

제53조(출자) ① 공사의 자본금은 그 전액을 지방자치단체가 현금 또는 현물로 출자한다.

제75조(「상법」의 준용) 공사에 관하여는 이 법에서 규정한 사항을 제외하고는 그 성질에 반하지 아니하는 범위에서 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용한다. 다만, 「상법」 제292조는 준용하지 아니한다.

제76조(설립·운영) ① 지방자치단체는 제2조의 사업을 효율적으로 수행하기 위하여 필요한 경우에는 지방공단(이하 “공단”이라 한다)을 설립할 수 있다.

② 공단의 설립·운영에 관하여는 제49조부터 제52조까지, 제53조제1항, 제56조제1항 및 제3항, 제57조, 제58조, 제58조의2, 제59조부터 제63조까지, 제63조의2부터 제63조의8까지, 제64조, 제64조의2, 제64조의4부터 제64조의6까지, 제65조, 제65조의2, 제66조, 제66조의2, 제68조, 제69조, 제71조, 제71조의2부터 제71조의4까지, 제72조 및 제73조, 제75조의2부터 제75조의4까지의 규정을 준용한다. 이 경우 “공사”는 “공단”으로, “사장”은 “이사장”으로, “사채”는 “공단채”로 본다.

※ 종전에 「지방공기업법」 제77조의3부터 제77조의7까지에서 규정하던 지방자치단체의 출연 기관에 관한 규정은 2014. 3. 24. 제정된 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」에서 규정하고 있다.

[입법례] 주식회사 형태의 공기업 출자에 관한 사례

한국도로공사법

제4조(자본금) ① 공사의 자본금은 50조원으로 한다.
 ② 제1항에 따른 자본금은 국가, 지방자치단체 또는 「한국산업은행법」에 따른 한국산업은행이 출자하되, 필요한 경우에는 정관으로 정하는 바에 따라 자본금의 2분의 1을 초과하지 아니하는 범위에서 주주를 모집할 수 있다.
 ③ 공사의 자본은 주식으로 분할하여야 한다.

제5조(주식의 발행 등) 공사가 발행하는 주식의 종류, 1주(株)의 금액, 주식 발행의 시기, 발행 주식의 총수, 주금(株金)의 납입액, 납입 시기 및 방법은 대통령령으로 정한다. 다만, 정부가 자본금을 출자하는 경우 주금의 납입 시기 및 방법은 재정경제부장관이 정한다.

제19조(다른 법률과의 관계) 공사에 관하여 이 법과 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 규정된 것 외에는 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용한다. 다만, 「상법」 제292조는 준용하지 아니한다.²⁷⁰⁾

5) 현물출자에 관한 문제

출자의 형태는 현금출자가 원칙이므로 현물출자를 허용하려면 이에 관한 규정을 두도록 한다. 국공유재산 중 행정재산은 출자가 금지되므로,²⁷¹⁾ 행정재산을 현물출자하려는 경우에는 「한국농어촌공사 및 농지관리기금법」 제6조제2항 및 제3항이나 「한국철도공사법」 제4조제3항과 같이 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에 대한 특례 규정을 두어야 한다.

[입법례]

한국철도공사법

제4조(자본금 및 출자) ①·② (생략)
 ③ 국가는 「국유재산법」에도 불구하고 「철도산업발전 기본법」 제22조제1항제1호에 따른 운영자산을 공사에 현물로 출자한다.
 ④ (생략)

270) 「상법」 제292조는 주식회사의 정관은 공증인의 인증을 받음으로써 효력이 생기도록 한 규정인데, 개별 법률에서 정관은 주무부장관의 인가를 받도록 하고 있기 때문에 「상법」 제292조를 준용 대상에서 제외한 것이다.

271) 「국유재산법」 제27조, 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조

일반재산을 현물출자하는 경우 그 절차 및 가액 산정 등은 「국유재산법」에 자세히 규정되어 있으므로 개별 법률에서는 이에 관한 규정을 따로 두지 않아도 된다.²⁷²⁾

그 밖의 경우에는 「국유재산법」, 「공유재산 및 물품 관리법」 등에 따르게 되는데, 필요한 경우에는 이들 법률에 대한 특례를 규정하도록 한다. 물론, 공기업이 「상법」상의 주식회사의 형태로 되어 있는 경우에는 「상법」의 규정에 따르게 된다.

라. 용자

1) 의의

자금의 ‘용자’란 민간이 행하는 사업 중 공익성이 크고 적극적으로 장려·진흥시켜야 할 필요가 있는 경우에 정부가 재정자금 등을 재원으로 하여 민간 금융회사보다 낮은 이자율로 융통함으로써 사업자의 자금 확보를 도와주는 제도를 말한다. 저리자금의 용자는 특혜의 소지가 있으므로 사업의 공익성에 대한 검토가 필요하며, 시장경제질서를 해치지 않도록 해야 한다.

2) 용자의 근거

일반적으로 용자는 용자를 위한 자금을 예산으로 마련하고 그 자금을 중소기업중앙회 같은 공공단체나 은행 등 금융회사에 맡겨 일정한 기준에 맞는 경우에 용자해주도록 하는 방식을 취하고 있다. 따라서 예산만 확보되면 나머지는 일반 대부와 같은 방식으로 처리되므로, 반드시 법률에 근거를 두어야 하는 것은 아니다. 지방자치단체의 경우에도 마찬가지이다.

다만, 사법상의 행위로 용자를 하게 되면 나중에 원리금을 상환받지 못하는 경우에도 민사절차에 따라 처리해야 하고, 결손처분도 쉽지 않다. 이런 경우를 대비하기 위해 법률에서 원리금의 면제에 관한 규정을 두기도 한다.

272) 「국유재산법」 제4장제7절, 공유재산의 경우 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제24조에서 현물출자 및 평가에 대한 내용을 규정하고 있다.

[입법례] 원리금의 면제에 관한 규정을 든 사례

해외자원개발 사업법

제11조(용자) ① 정부는 해외자원개발사업의 원활한 추진을 위하여 해외자원개발사업자, 제13조에 따른 해외자원개발투자회사 및 해외자원개발투자전문회사 또는 제13조의8제1항에 따른 투자위험보증기관에 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자금을 용자할 수 있다.

1. 해외자원개발사업을 수행하는 데에 필요한 조사 및 개발 권리를 취득하기 위하여 필요한 자금
2. 해외자원개발사업에 필요한 시설의 설치 및 운영 자금
3. 해외자원개발사업을 수행하는 데에 필요한 토지의 임차 또는 매입 자금
4. 제13조의8제1항에 따른 투자위험보증사업의 수행에 필요한 자금
5. 그 밖에 해외자원개발사업을 원활히 수행하는 데에 필요한 자금으로서 대통령령으로 정하는 자금

② 제1항에 따른 자금의 용자에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③ 정부는 제1항제1호에 따른 자금을 용자받은 해외자원개발사업자, 제13조에 따른 해외자원개발투자회사 및 해외자원개발투자전문회사 또는 제13조의8제1항에 따른 투자위험보증기관이 해당 사업의 실패로 인하여 용자금의 상환이 불가능할 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 그 원리금의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다.

④·⑤ (생략)

그리고 용자를 위해 기금을 설치하는 경우에는 「국가재정법」 제5조에 따라 법률이 필요하고 그 법률에 용자에 관한 내용을 포함하게 된다.

[입법례]

한국농어촌공사 및 농지관리기금법

제23조(농지매매사업자금의 용자 등) ① 농림축산식품부장관은 제18조·제19조·제22조·제24조의2·제24조의3 및 제24조의5에 따른 농지매매사업, 농지의 장기임대차사업, 농지의 교환 또는 분리·합병사업, 농지의 매입사업, 경영회생 지원을 위한 농지매입사업, 농지를 담보로 한 농업인의 노후생활안정 지원사업에 드는 자금을 제31조에 따른 농지관리기금에서 용자할 수 있다.

② ~ ④ (생략)

3) 용자의 규정 형식

자금의 용자를 규정할 때에는 주로 “○○○은 ……하기 위하여 ……에게 자금을 용자할 수 있다”라고 표현하게 된다. 자금의 용자만 규정하는 경우는 드물고, “보조 또는 용자할 수 있다”와 같이 보조금의 지급과 병렬적으로 규정하는 경우가 많다.

[입법례]

양곡관리법	
제22조(미곡유통업의 육성) ① (생 략)	
② 농림축산식품부장관은 농업협동조합이나 그 밖에 제1항에 따른 미곡의 유통기능을 능률적으로 수행할 수 있다고 인정되는 자에게 미곡종합처리장 등 미곡을 건조·보관·가공·유통·판매하는 시설의 설치 및 미곡의 매입에 필요한 자금의 일부를 예산의 범위에서 용자하거나 보조금을 지급할 수 있다.	
③ (생 략)	

[보조, 출연, 출자, 용자의 비교]

구분	보조	출연	출자	용자
법적 근거	「보조금 관리에 관한 법률」, 「지방자치단체 보조금 관리에 관한 법률」	「국가재정법」 제2조, 「공공기관 운영에 관한 법률」, 「정부출연연구기관 등의 설립·운영 등에 관한 법률」, 「지방재정법」 제8조 제2항 등	「공공기관 운영에 관한 법률」, 「지방재정법」 제18조제1항, 「지방공기업법」, 「지방자치단체 출자·출연 기관의 운영에 관한 법률」	예산 편성, 기금은 「국가재정법」, 「지방자치법」, 「지방자치단체 기금관리기본법」
법적 성격	증여와 비슷함. ²⁷³⁾	기부행위와 비슷함. (※ 엄격한 통제 필요)	국가 등이 출자에 따른 권리를 취득함.	정책금융
집행 잔액 처리 등	사후정산을 하여야 하여 집행잔액 및 이자수입은 국고에 반환하도록 하는 것이 원칙이나, 예외 규정도 있음.	포괄적으로 지원함. 일반적으로 사후정산을 하지 않으며 집행잔액 및 이자수입은 출연기관의 자체 수입으로 사용 가능함.		

16. 국공유재산의 관리·처분

가. 국공유재산 관리 법령 체계

국유재산의 관리와 관련된 법령은 꽤 많다. 넓게 보면 국유재산인 현금, 부동산, 물품 등을 규제하는 「국유재산법」을 비롯하여 「국가재정법」, 「국고금 관리법」, 「물품관리법」, 「국가채권 관리법」 등이 있고, 「문화유산의 보호 및 활용에 관한 법률」, 「국유림의 경영 및 관리에 관한 법률」, 「산림보호법」, 「공유수면의 관리 및 매립에 관한 법률」, 「하천법」 등 여러 법률에서 국유재산의 관리에 관한 특례 규정을 두고 있다.

그 중에서도 「국유재산법」은 국유재산의 관리·처분에 관한 일반법이다. 「국유재산법」 제4조에서는 “국유재산의 관리와 처분에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다”고 규정하여 「국유재산법」이 일반법임을 명문으로 밝히고 있다.

다만, 「국유재산법」 제4조 단서에서는 다른 법률의 규정이 제2장(총괄청)에 저촉되는 경우에는 이 법에서 정하는 바에 따른다고 하여 총괄청의 권한에 관한 부분에 관해서는 다른 법률보다 「국유재산법」이 우선 적용됨을 분명히 하고 있는바, 이는 국유재산의 관리·처분에 관한 총괄청의 권한에 관한 특례를 둘 수 없다는 의미로 이해된다.

한편 지방자치단체의 공유재산의 관리와 관련된 법령도 공유재산에 관한 일반법인 「공유재산 및 물품 관리법」을 비롯하여 「지방재정법」, 「지방회계법」 등이 있다.

나. 국공유재산 특례에 관한 제한

국유재산의 사용료 감면 등 국유재산 특례는 필요한 최소한으로 허용되어야 하는데도 개별법상 국유재산 특례 사항이 과다하게 규정되면서 방만하게 운용되어 왔고, 수익기관 간의 형평성에도 문제가 있는 경우가 많았다.

이에 따라 국유재산에 관한 특례의 신설을 제한하고 국유재산의 효율적인 활용을 도모하며 국가 재정의 건전한 운영에 이바지하기 위해 「국유재산특례제한법」(2011. 3. 30. 제정, 2011. 4. 1. 시행)을 제정하였다.

273) 대법원은 보조금 지급결정의 법적 성격에 대해 수익적 행정행위라고 판시한바 있다(대법원 2011. 6. 9. 선고 2011다2951 판결).

「국유재산특례제한법」 제4조에 따르면 국유재산 특례²⁷⁴⁾는 같은 법 별표에 규정된 법률에 따르지 않고는 정할 수 없고, 해당 별표는 「국유재산특례제한법」 외의 다른 법률로 개정할 수 없도록 하고 있으므로, 국유재산 특례를 규정하는 해당 법률에서 ‘다른 법률의 개정 방식’으로 「국유재산특례제한법」을 개정해서는 안 되며 개별 법률의 개정안과 함께 「국유재산특례제한법」 개정안도 국회에 함께 제출해야 한다.

공유재산에 대해서는 특례 제한에 관한 법률이 마련되어 있지 않으나, 각 개별법에 국유재산에 대한 특례 규정을 함께 두는 경우가 많다.

다. 국공유재산의 분류·관리 원칙

1) 국공유재산의 분류

국유재산은 크게 그 용도에 따라 행정재산과 일반재산으로 구분한다. 행정재산은 다시 공용재산, 공공용재산, 기업용재산, 보존용재산으로 구분된다. 그리고 일반재산²⁷⁵⁾은 행정재산 외의 모든 재산을 말한다(「국유재산법」 제6조). 공유재산의 분류도 국유재산과 유사하다(「공유재산 및 물품 관리법」 제5조).

국공유재산의 종류		정 의
행정재산	공용재산	국가나 지방자치단체가 직접 사무용·사업용 또는 공무원의 주거용으로 사용하거나 일정 기한까지 사용하기로 결정한 재산
	공공용재산	국가나 지방자치단체가 직접 공공용으로 사용하거나 일정 기한까지 사용하기로 결정한 재산
	기업용재산	국가 또는 지방자치단체가 직접 경영하는 기업이 직접 사무용·사업용 또는 그 기업에 종사하는 직원의 주거용으로 사용하거나 일정 기한까지 사용하기로 결정한 재산
	보존용재산	법령이나 그 밖의 필요에 따라 국가나 지방자치단체가 보존하는 재산
일반재산		행정재산 외의 모든 국공유재산

274) 「국유재산특례제한법」에서 규율하려는 국유재산의 특례는 ① 국유재산의 사용료, 대부분, 그 밖의 사용 또는 수익에 대한 대가의 감면 ② 「국유재산법」에서 정하는 기간(통상 5년)보다 장기의 국유재산 사용허가 또는 대부 ③ 국유재산의 양여를 말한다.

275) 과거에는 일반재산을 ‘잡종재산’이라고 칭하였으나 ‘잡종재산’이라는 용어는 쓸모없는 재산이라는 부정적 이미지가 있어 2009. 1. 30. 「국유재산법」을 전부개정하면서 일반재산이라는 용어로 변경하였다.

2) 국공유재산의 관리기관

국유재산의 총괄청은 국유재산에 관한 사무를 총괄하고, 중앙관서의 장²⁷⁶⁾의 관리·처분에 맡겨진 국유재산을 제외한 국유재산을 관리·처분하는 기관이고, 중앙관서의 장은 소관 특별회계와 기금에 속하는 국유재산과 용도폐지된 행정재산 중 총괄청이 그 중앙관서의 장에게 관리·처분하도록 한 국유재산 등을 관리·처분한다.²⁷⁷⁾ 총괄청은 기본적으로 재정경제부 장관으로 되어 있으므로(「국유재산법」 제2조제10호), 국유재산의 성질에 따라 총괄청을 재정경제부 장관 외의 기관으로 할 필요가 있는 경우에는 이를 해당 법률에서 명시할 필요가 있다.²⁷⁸⁾

[입법례] 재정경제부 장관 외의 행정기관의 장을 총괄청으로 규정한 사례

문화유산의 보존 및 활용에 관한 법률

제62조(관리청과 총괄청) ① 국유에 속하는 문화유산(이하 “국유문화유산”이라 한다)은 「국유재산법」 제8조와 「물품관리법」 제7조에도 불구하고 국가유산청장이 관리·총괄한다. 다만, 국유문화유산이 국가유산청장 외의 중앙관서의 장(「국가재정법」에 따른 중앙행정기관의 장을 말한다. 이하 같다)이 관리하고 있는 행정재산(行政財産)인 경우 또는 국가유산청장 외의 중앙관서의 장이 관리하여야 할 특별한 필요가 있는 것인 경우에는 국가유산청장은 관계 기관의 장 및 재정경제부 장관과 협의하여 그 관리청을 정한다.

②·③ (생략)

276) 「국가재정법」 제6조에 따른 중앙관서의 장을 나타내는 것으로서 독립된 예산을 가질 수 있는 기관과 일반 재산의 관리·처분에 관한 사무를 위임·위탁받은 자를 말한다. 종전 「국유재산법」에서는 국유재산을 관리하는 중앙관서의 장을 ‘관리청’으로 약칭하고 있었으나, 현행법에서는 ‘관리청’이라는 약칭을 사용하고 있지 않다.

277) 「국유재산법」

제8조(국유재산 사무의 총괄과 관리) ① 총괄청은 국유재산에 관한 사무를 총괄하고 그 국유재산(제3항에 따라 중앙관서의 장이 관리·처분하는 국유재산은 제외한다)을 관리·처분한다.

② (생략)

③ 중앙관서의 장은 「국가재정법」 제4조에 따라 설치된 특별회계 및 같은 법 제5조에 따라 설치된 기금에 속하는 국유재산과 제40조제2항 각 호에 따른 재산을 관리·처분한다.

278) 「발명진흥법」 제10조제4항, 「식품신제품 보호법」 제28조제2항 등 일부 입법례에서는 행정업무의 주무관청이 해당 국유재산의 처분 및 관리 업무를 “관장한다”고 규정하여 총괄 및 관리 업무를 포괄하는 개념으로 사용하는 경우도 있다.

「공유재산 및 물품 관리법」 제14조제1항에서는 지방자치단체의 장이 관할 공유재산을 관리·처분하도록 하여 총괄청과 관리청을 구분하지 않고 있다. 지방자치단체의 장은 소속 공무원에게 위임하여 공유재산을 관리·처분하게 할 수 있고, 특별시장·광역시장 또는 도지사는 시장·군수 또는 구청장에게 위임하여 그 재산을 관리·처분하게 할 수 있다고 규정하고 있다.

3) 국유재산종합계획 및 공유재산관리계획

국유재산종합계획 및 공유재산관리계획은 1회계연도에 적용되는 국유재산 및 공유재산의 관리·처분의 예정준칙이며, 국공유재산의 통일적이고 효율적인 관리처분을 위한 기본계획으로서 현금회계와 비교하면 예산과 같은 개념이다.

국유재산의 경우 총괄청의 계획 작성 지침이 통보되면 중앙관서의 장은 관리·처분에 관한 다음연도의 계획을 작성·제출하고 총괄청은 이를 종합·조정하여 국유재산종합계획을 마련한 후 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 받아 확정하고 국회에 제출해야 한다(「국유재산법」 제9조).

공유재산의 경우는 지방자치단체의 장이 매년 공유재산의 취득과 처분에 관한 계획을 작성하여 지방의회의 의결을 거쳐야 한다(「공유재산 및 물품 관리법」 제10조의2).

국유재산 및 공유재산의 관리와 처분은 이 계획에 따라서 집행되어야 하지만, 개별법에서는 이에 대한 예외를 인정함으로써 당초의 국유재산종합계획이나 공유재산관리계획과 관계없이 집행할 수 있도록 하는 경우도 있다. 다만, 예외를 광범위하게 인정하면 국공유 재산관리에 지장을 줄 수 있다는 점에 주의해야 한다.

[입법례] 국유재산종합계획 및 공유재산관리계획에 따른 집행의 예외를 인정한 사례

기업활동 규제완화에 관한 특별조치법

제14조(국유재산 등의 처분에 관한 특례) 「국유재산법」 제2조제11호에 따른 국유재산의 중앙관서의 장 또는 「공유재산 및 물품 관리법」 제14조에 따른 공유재산의 관리청은 중소기업자가 폐도(廢道)나 그 밖에 이와 유사한 국유재산 또는 공유재산을 부득이하게 공장용지로 사용하려는 경우로서 대통령령으로 정하는 경우에는 「국유재산법」 제9조제3항에 따른 국유재산종합계획 또는 「공유재산 및 물품 관리법」 제10조제1항에 따른 공유재산의 관리계획에도 불구하고 이를 처분할 수 있다. 이 경우 국유재산의 중앙관서의 장 또는 공유재산의 관리청은 「국유

재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 해당 국유재산 또는 공유재산을 부득이하게 공장용지로 사용하려는 중소기업자에게 수의계약으로 이를 매각할 수 있다.

라. 행정재산의 관리·처분

1) 행정재산의 취득

가) 법령에 따른 취득

국가나 지방자치단체가 행정 목적 달성을 위해 재산이 필요한 경우에는 예산에 구입비를 계상하여 국가계약법령, 지방자치단체계약법령 및 「민법」에 따라 구입하면 될 것이므로 「국유재산법」, 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 국공유재산의 취득에 관한 별도의 규정을 두고 있지 않다.²⁷⁹⁾

그러나 공공사업의 수행 등 정책적 필요에 따라 개별법에서 특정 재산에 대한 국가의 소유권 취득에 관하여 특별한 규정을 두는 경우가 있는데, 이러한 규정은 공공시설의 취득과 관련된 법률에서는 거의 예외 없이 볼 수 있다.

[입법례] 공공시설의 취득에 관해 규정한 사례

국토의 계획 및 이용에 관한 법률

제65조(개발행위에 따른 공공시설 등의 귀속) ① 개발행위허가(다른 법률에 따라 개발행위허가가 의제되는 협의를 거친 인가·허가·승인 등을 포함한다. 이하 이 조에서 같다)를 받은 자가 행정청인 경우 개발행위허가를 받은 자가 새로 공공시설을 설치하거나 기존의 공공시설에 대체되는 공공시설을 설치한 경우에는 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 새로 설치된 공공시설은 그 시설을 관리할 관리청에 무상으로 귀속되고, 종래의 공공시설은 개발행위허가를 받은 자에게 무상으로 귀속된다.

② ~ ⑨ (생략)

279) 「국유재산법」 제2조제1호에서는 “국유재산이란 국가의 부담, 기부채납이나 법령 또는 조약에 따라 국가 소유로 된 … 재산”이라고 규정하여 「민법」에 따른 매입, 기부채납 그리고 법령이나 조약에 따른 국가 귀속이 국유재산의 취득 사유가 될 수 있음을 예정하고 있다. 다만, 「국유재산법」 제11조와 「공유재산 및 물품 관리법」 제8조에서는 법원의 판결에 따라 취득하는 경우를 제외하고는 사권(私權)이 설정된 재산의 취득을 금지하고 있다.

나) 기부채납

기부채납이란 국가나 지방자치단체 외의 자가 그에 속하는 재산을 국가나 지방자치단체에 이전할 것을 표시하고 국가나 지방자치단체가 이를 승낙하여 성립하는 것으로서 「민법」상의 증여에 해당하는 것이다.²⁸⁰⁾ 「국유재산법」 제13조제2항과 「공유재산 및 물품 관리법」 제7조 제2항에서는 기부 대상 재산에 대하여 국가나 지방자치단체가 관리하기 곤란하거나 필요하지 않은 경우 또는 기부에 조건이 붙은 경우에는 기부를 받을 수 없도록 하고 있다.

이와 같이 기부는 기본적으로 기부하는 자의 의사에 달린 문제이지만, 개별법에서는 특정 재산에 대한 국가 관리의 필요성이 크거나 그 밖의 행정 목적 수행을 위해 기부를 의무화하고 있는 경우도 있다. 기부채납은 재산의 소유권을 국가에 무상으로 이전하는 것이므로, 기부채납을 하도록 의무 규정을 두는 경우에는 기부채납의 필요성, 기부채납이 상대방에게 부당한 부담이 되지 않는지²⁸¹⁾ 등을 검토해야 한다.

[입법례] 기부채납을 규정한 사례

공항소음 방지 및 소음대책지역 지원에 관한 법률
제13조(토지매수의 절차 등) ① ~ ③ (생략)
④ 시설관리자 또는 사업시행자는 제23조제1항에 따라 조성한 자금 중 국고지원금, 소음부담금을 포함한 자금으로 매수한 토지는 「국유재산법」 제13조에 따라 기부채납하여야 한다.
⑤ (생략)

2) 행정재산의 사용

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에 따르면 행정재산은 국가나 지방자치단체의 행정업무 수행에 필요한 재산이므로 처분²⁸²⁾하거나 다른 용도나 목적에 사용하는 것이

280) 기부채납은 기부자가 그의 소유재산을 지방자치단체의 공유재산으로 증여하는 의사표시를 하고 지방자치단체는 이를 승낙하는 채납의 의사표시를 함으로써 성립하는 증여계약이다(대법원 1996. 11. 8. 선고, 96다20581 판결).

281) 「행정기본법」 제13조(부당결부금지의 원칙)

282) 「국유재산법」 제27조제1항에서는 처분하지 못한다고 규정하고 있고, 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조 제1항은 대부·매각·교환·양여·신탁 또는 대물변제하거나 출자의 목적으로 하지 못한다고 규정하고 있는데, 「국유재산법」 제2조제4호에서 “처분”이란 매각, 교환, 양여, 신탁, 현물출자 등의 방법으로 국유재산의 소유권이 국가 외의 자에게 이전되는 것을 말한다고 정의하고 있으므로, 같은 의미로 보인다.

엄격히 제한된다. 다만, 그 용도 또는 목적 수행에 장애가 되지 않는 범위(행정재산 중 보존용 재산은 보존 목적의 수행에 필요한 범위)에서만 사용을 허가할 수 있게 하고 있다(「국유재산법」 제30조 및 「공유재산 및 물품관리법」 제20조).

행정재산의 사용허가는 행정처분이다.²⁸³⁾ 다만, 허가 대상자 선정의 공정성을 확보하기 위해 「국유재산법」 제31조제3항에서는 행정재산의 사용허가에 대해 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」의 규정을 준용하도록 하고 있고, 「공유재산 및 물품관리법」 제20조제2항에서는 원칙적으로 일반입찰로 하도록 규정하고 있다.

가) 행정재산 사용허가의 포괄적인 예외

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 행정재산에 대한 사용허가의 범위·방법, 사용료의 요율과 산출방법, 그 면제, 허가기간, 허가의 취소와 철회 등을 규정하여 사용에 대한 허가를 규제하고 있다. 따라서 이에 대한 특례를 인정하기 위해서는 개별법(국유재산인 경우 「국유재산특례제한법」을 포함한다)에서 별도로 규정할 필요가 있는데 특정 산업, 공익사업이나 취약 분야의 진흥·지원 등을 위해 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에 대한 특례를 인정하여 사용허가의 범위·방법, 사용료, 허가기간 등을 달리 규정하고 있는 경우가 있다.

[입법례] 무상 사용허가 등 특례를 규정한 사례

국방과학연구소법

제21조(군수품·국유재산 및 공유재산의 사용허가 등에 관한 특례) ① 국가 또는 지방자치단체는 연구소의 설립과 운영을 위하여 필요한 경우 연구소에 대하여 「군수품관리법」, 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 군수품, 국유재산 또는 공유재산을 대통령령으로 정하는 바에 따라 무상으로 사용허가, 대부 또는 양여할 수 있다.

② 제1항에 따라 국유재산 또는 공유재산을 사용하게 하거나 대부하는 경우 그 기간은 「국유재산법」 제35조제1항 및 제46조제1항 또는 「공유재산 및 물품 관리법」 제21조제1항 및 제31조제1항에도 불구하고 20년 이내로 할 수 있다. 이 경우 그 기간은 갱신할 수 있다.

③ (생략)

283) 국유재산 등의 관리청이 하는 행정재산의 사용·수익에 대한 허가는 순전히 사경제 주체로서 행하는 사법상의 행위가 아니라 관리청이 공권력을 가진 우월적 지위에서 행하는 행정처분으로서 특정인에게 행정재산을 사용할 수 있는 권리를 설정하여 주는 강화상 특허에 해당한다(대법원 2006. 3. 9. 선고 2004다31074 판결).

입법례에 따라서는 행정재산의 사용허가를 “수의계약의 방법으로 사용허가할 수 있다”고 표현한 사례²⁸⁴⁾가 있으나, 행정재산의 사용허가는 행정처분이므로 “수의계약의 방법으로”라는 표현 대신 “수의(隨意)의 방법으로”라는 표현을 쓰도록 한다.²⁸⁵⁾ 한편 법적 지위가 대등한 행정기관 간에는 사용허가 대신 쌍방 간 행정재산의 사용에 대해 협의하도록 하고 있는 입법례도 많다.

행정재산은 행정재산인 상태에서는 매각이 되지 않으므로 특정 목적 달성을 위해 이를 매각하려는 경우에는 먼저 용도폐지 절차를 밟아 일반재산으로 전환한 후 매각해야 하며, 특정한 개발사업 등을 위해 용도폐지 등을 하는 경우에는 관계 행정기관과 협의절차를 거치도록 하는 것이 보통이다.

[입법례] 국공유재산의 용도폐지 등에 대해 관계 행정기관과 협의하도록 한 사례

도시개발법
제68조(국공유지의 처분 제한 등) ① 도시개발구역에 있는 국가나 지방자치단체 소유의 토지로서 도시개발사업에 필요한 토지는 해당 개발계획으로 정하여진 목적 외의 목적으로 처분할 수 없다.
② 도시개발구역에 있는 국가나 지방자치단체 소유의 재산으로서 도시개발사업에 필요한 재산은 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 시행자에게 수의계약의 방법으로 처분할 수 있다. 이 경우 그 재산의 용도폐지(행정재산인 경우만 해당한다)나 처분에 관하여는 지정권자가 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.
③ 관계 행정기관의 장은 제2항 후단에 따른 협의요청을 받으면 그 요청을 받은 날부터 30일 이내에 협의에 필요한 조치를 하여야 한다.

그러나 사용수익의 내용, 조건, 절차 등에 관하여 국공유재산의 사용허가에 특별한 규정을 두는 경우에도 행정재산의 사용허가를 규제하고 있는 「국유재산법」, 「공유재산 및 물품

284) 「장애인복지법 시행령」

제27조(생업 지원) ① 국가와 지방자치단체, 그 밖의 공공단체(이하 “국가등”이라 한다)가 법 제42조제1항에 따라 소관 공공시설에서 매점이나 자동판매기의 설치·운영을 장애인에게 허가하기 위하여 소관 행정재산의 사용·수익을 허가하려는 경우에는 「국유재산법 시행령」 제27조제3항 또는 「공유재산 및 물품 관리법 시행령」 제13조제3항에 따라 수의계약의 방법으로 사용·수익자를 결정할 수 있다.

285) 「국유재산법」 제31조제1항 단서 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조제2항 각 호 외의 부분 단서에서도 “수의(隨意)의 방법”이라고 규정하고 있다.

관리법」의 취지를 고려하여 가능하면 법률에서 사용허가의 목적, 적용 범위 등을 구체적으로 명확히 정해 주어야 한다.²⁸⁶⁾

[입법례] 사용허가에 대한 예외를 인정한 경우

신에너지 및 재생에너지 개발·이용·보급 촉진법

제26조(국유재산·공유재산의 임대 등) ① 국가 또는 지방자치단체는 국유재산 또는 공유재산을 신·재생에너지 기술개발 및 이용·보급에 관한 사업을 하는 자에게 대부계약의 체결 또는 사용허가(이하 “임대”라 한다)를 하거나 처분할 수 있다. 이 경우 국가 또는 지방자치단체는 신·재생에너지 기술개발 및 이용·보급에 관한 사업을 위하여 필요하다고 인정하면 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 수의계약(隨意契約)으로 국유재산 또는 공유재산을 임대 또는 처분할 수 있다.

② 국가 또는 지방자치단체가 제1항에 따라 국유재산 또는 공유재산을 임대하는 경우에는 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 자진철거 및 철거비용의 공탁을 조건으로 영구시설물을 축조하게 할 수 있다. 다만, 공유재산에 영구시설물을 축조하려면 지방의회의 동의를 받아야 하며, 지방의회의 동의 절차에 관하여는 지방자치단체의 조례로 정할 수 있다.

③·④ (생략)

⑤ 국가 또는 지방자치단체가 제1항에 따라 국유재산 또는 공유재산을 임대하는 경우에는 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품관리법」에도 불구하고 임대료를 100분의 50의 범위에서 경감할 수 있다.

⑥ 산업통상부장관은 제1항에 따라 임대 또는 처분할 수 있는 국유재산의 범위와 대상을 재정경제부장관과 협의하여 산업통상부령으로 정할 수 있다.

286) 「국유재산특례제한법」

제5조(국유재산특례의 기본원칙) 국가는 국유재산특례의 근거가 되는 법률의 제정 또는 개정으로 국유재산특례를 신설 또는 변경하거나 운용할 때에는 이 법의 목적과 다음 각 호의 원칙에 맞도록 하여야 한다.

1. 국유재산특례의 운용이 국가 전체의 이익에 부합할 것
2. 국유재산특례가 예산 지원, 현물출자나 그 밖의 다른 방법보다 특례 대상자에 대한 경제적 지원 방법으로서 적절할 것
3. 국유재산특례의 목적, 적용대상 및 적용요건을 법률에 구체적이고 명확하게 정할 것
4. 국유재산특례는 그 목적 달성에 필요한 최소한의 기간 동안 운용될 것

나) 사용허가의 구체적인 사항별 특례 인정

① 사용허가의 범위에 관한 특례

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」은 사용허가를 받은 자는 원칙적으로 해당 재산을 타인으로 하여금 사용·수익하게 할 수 없도록 하고,²⁸⁷⁾ 기부를 조건으로 축조하는 경우 등 일정한 경우를 제외하고는 허가받은 재산상에 영구시설물을 축조하지 못하도록 하고 있다.²⁸⁸⁾ 이는 사용허가를 받은 자 외의 자에게 사용·수익하도록 하거나 영구시설물의 축조로 인하여 공공목적 수행에 장애가 되는 것을 방지하기 위한 것이다.

개별법에서는 사용허가의 목적과 동일한 용도로 사용하려는 경우에는 다른 자에게 사용·수익할 수 있게 하거나 영구시설물의 축조를 할 수 있게 하는 경우도 있다. 이 경우 허가기간이 종료된 후에는 해당 시설물을 기부하거나 원상회복 후 반환하도록 하는 규정을 두어야 한다.

[입법례]

무역거래기반 조성에 관한 법률

제12조(국·공유지의 임대 및 매각) ① (생략)

② 제1항에 따라 국유지나 공유지를 임대하는 경우에는 「국유재산법」 제18조와 「공유재산 및 물품 관리법」 제13조에도 불구하고 그 토지 위에 건물이나 그 밖의 영구시설물을 축조(築造)하게 할 수 있다. 이 경우 해당 시설물의 종류 등을 고려하여 그 시설물의 준공일부터 10년이 지난 때에 그 시설물을 국가나 지방자치단체에 기부하거나 원상으로 회복하여 반환하는 조건으로 토지를 임대할 수 있다.

③·④ (생략)

② 사용료 감면에 관한 특례

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 사용허가에 대해 사용료를 받도록 하고, 기부채납된 재산의 기부자 등 일정 요건에 해당하는 경우에만 예외적으로 사용료를 감면할 수 있도록 규정하고 있다.²⁸⁹⁾

따라서 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에서 정한 사유 외에도 사용료를 감면

287) 「국유재산법」 제30조제2항, 「공유재산 및 물품 관리법」 제20조제3항

288) 「국유재산법」 제18조제1항, 「공유재산 및 물품 관리법」 제13조

289) 「국유재산법」 제32조 및 제34조, 「공유재산 및 물품 관리법」 제22조 및 제24조

할 수 있도록 하려는 경우에는 개별법(국유재산인 경우 「국유재산특례제한법」을 포함한다)에서 그 내용을 명시하여 규정할 필요가 있는바, 개별법에서는 공공의 필요에 따라 특별히 사용료를 감면해 줄 사유가 있는 경우에 사용료의 감면을 규정하거나 사용료 산출방법을 다르게 정하고 있는 경우가 있다.

[입법례] 사용료 감면에 관한 특례를 규정한 사례

폐광지역 개발 지원에 관한 특별법

제11조의2(국·공유재산의 대부 등에 대한 특례) ①·② (생략)

③ 제1항에 따라 국·공유재산을 대부하거나 사용·수익허가를 하는 경우에는 「국유재산법」 제32조, 「공유재산 및 물품 관리법」 제22조 및 「산업입지 및 개발에 관한 법률」 제38조에도 불구하고 대통령령으로 정하는 바에 따라 사용료를 감면할 수 있다.

④ (생략)

③ 사용허가의 기간에 관한 특례

「국유재산법」 제35조제2항 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제21조에서는 행정재산의 사용허가 기간은 5년 이내로 하되, 사용허가 기간이 끝난 재산에 대해서는 갱신 제한 사유가 없으면 5년을 초과하지 않는 범위에서 종전의 사용허가를 갱신할 수 있도록 하고 있다. 기부채납된 재산의 기부자에게는 사용료 총액이 기부채납된 재산의 가액에 달하는 기간 이내로 하도록 하고 있다.²⁹⁰⁾ 따라서 행정재산의 사용허가 기간에 대해 이와 달리 규정하려면 개별법(국유재산인 경우 「국유재산특례제한법」을 포함한다)에서 그 내용을 명시하여 규정할 필요가 있는바, 각종 육성법이나 지원법 등에서 사용허가 기간에 대한 특례를 규정하고 있는 경우가 많다.

[입법례] 사용허가 기간에 대한 특례를 규정한 사례

전시산업발전법

제26조(국·공유재산의 임대 및 매각) ① 국가 또는 지방자치단체는 전시시설의 효율적인 조성·운영을 위하여 필요하다고 인정하는 경우 제4조제1항제4호부터 제6호까지의 자와 제8호의 법인 또는 단체 중 대통령령으로 정하는 자에 대하여 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품

290) 「공유재산 및 물품관리법」 제21조제1항 단서에서는 기부채납을 받은 재산의 경우 20년을 넘을 수 없도록 하는 내용을 추가적으로 규정하고 있다.

관리법」에도 불구하고 수의계약에 의하여 국유재산 또는 공유재산을 사용·수익허가 또는 대부(이하 “임대”라 한다)하거나 매각할 수 있다.

② 제1항에 따라 국유 또는 공유의 토지나 건물을 임대하는 경우의 임대기간은 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 20년의 범위 이내로 할 수 있으며, 이를 연장할 수 있다.

③·④ (생략)

3) 처분(소유권 이전) 제한

행정재산은 행정 목적 수행에 직접 제공되는 재산이므로 「국유재산법」 제27조에서는 행정 재산은 처분(매각, 교환, 양여, 신탁, 현물출자 등의 방법으로 국유재산의 소유권이 국가 외의 자에게 이전되는 것을 말함²⁹¹⁾)하지 못한다고 규정하고 있고, 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조에서는 행정재산에 대해서 매각, 교환, 양여, 신탁, 대물변제, 현물출자 등 소유권을 이전하는 행위를 하지 못한다고 규정하고 있다. 다만, 국가 또는 지방자치단체 외의 자가 소유한 재산과 교환하여 그 교환받은 재산을 행정재산으로 관리하려는 경우와 직접 행정 목적으로 사용하는 데에 필요한 지방자치단체에 양여하는 경우 등에 한정하여 교환·양여가 허용되고 있다.

「국유재산법」 제11조 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조에서는 행정재산인 국공유 재산에는 사권(私權)을 설정하지 못한다고 규정하고 있다. 다만, 일반재산은 일정한 경우 예외적으로 사권을 설정할 수 있다.²⁹²⁾

따라서 예외적으로 행정재산의 처분을 인정하거나 사권(私權)의 설정을 인정할 필요가 있는 경우에는 그에 대한 내용을 개별법(국유재산인 경우 「국유재산특례제한법」을 포함한다)에서 명시해야 하는데, 이 경우 행정재산의 목적을 고려하여 처분이나 사권 설정이 가능한 범위를 제한적으로 규정해야 한다.

[입법례] 행정재산의 처분을 인정한 사례

기업도시개발 특별법
제27조(국유지·공유지의 처분 제한 등) ① (생략)

291) 「국유재산법」 제2조제4호

292) 「국유재산법 시행령」 제6조 및 「공유재산 및 물품관리법 시행령」 제28조

② 개발구역에 있는 국가 또는 지방자치단체 소유의 재산으로서 개발사업에 필요한 재산은 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 시행자에게 수의계약의 방법으로 처분할 수 있다. 이 경우 해당 재산의 용도폐지(행정재산인 경우만 해당한다) 또는 처분에 관하여는 국토교통부장관이 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.

③·④ (생략)

국공유재산의 처분을 제한하고 있는 입법례 중에는 행정재산의 처분 제한 규정을 위반한 행위는 효력이 없다고 규정하고 있는 경우가 있다.²⁹³⁾ 이러한 규정은 거래의 안전을 위태롭게 하고 이러한 사실을 몰랐던 선의(善意)의 일반국민에게 손해를 발생시킨다는 점에서 도입 시 신중할 필요가 있다.

마. 일반재산의 관리·처분

1) 관리·처분 개요

일반재산은 행정재산 외의 모든 국공유재산을 말한다.²⁹⁴⁾ 일반재산은 행정재산과 달라서 대부 외에도 매각, 교환, 양여, 신탁, 현물출자 등의 방법으로 처분할 수 있다.²⁹⁵⁾ 또한 제한된 범위에서 사권(私權)을 설정할 수 있다. 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 국공유재산에 대해 재산의 대부, 매각, 교환, 양여, 신탁 및 사권설정에 관한 사항과 대부요율, 대부료의 산정방법, 대부료의 감면, 가격평가, 매각대금 납부방법, 대물변제의 범위 등에 관하여 유사한 내용으로 규정하고 있다.

행정재산의 경우에는 그 목적 또는 용도에 장애가 되지 않는 범위에서 사용허가를 하도록 하고 있으나, 일반재산의 대부, 교환, 매각 등은 계약의 방법에 의하도록 하고 있다.²⁹⁶⁾

293) 「국토의 계획 및 이용에 관한 법률」

제97조(국공유지의 처분 제한) ① 제30조제6항에 따라 도시·군관리계획결정을 고시한 경우에는 국공유지로서 도시·군계획시설사업에 필요한 토지는 그 도시·군관리계획으로 정하여진 목적 외의 목적으로 매각하거나 양도할 수 없다.

② 제1항을 위반한 행위는 무효로 한다.

294) 「국유재산법」 제6조제3항, 「공유재산 및 물품 관리법」 제5조제3항

295) 공유재산은 법령이나 조례로 정하는 경우에는 현물출자 또는 대물변제를 할 수 있다(「공유재산 및 물품 관리법」 제28조제1항).

296) 「국유재산법」 제43조, 「공유재산 및 물품 관리법」 제29조

2) 관리·처분 계약

일반재산의 처분은 계약에 의해야 하는데, 계약의 체결은 일반경쟁입찰에 붙이도록 하되, 대통령령으로 정하는 경우에는 지명경쟁이나 제한경쟁에 붙이거나 수의계약에 의할 수 있도록 하고 있다(「국유재산법」 제43조제1항).

그러나 개별법에서는 수의계약에 의한 매각, 양도, 양여, 대부 등 수의계약에 의하도록 한 특례를 두는 경우가 많다.

[입법례] 일반재산 처분을 수의계약으로 할 수 있음을 규정한 사례

기업도시개발 특별법

제27조(국유지·공유지의 처분 제한 등) ① (생략)

② 개발구역에 있는 국가 또는 지방자치단체 소유의 재산으로서 개발사업에 필요한 재산은 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 시행자에게 수의계약의 방법으로 처분할 수 있다. 이 경우 해당 재산의 용도폐지(행정재산인 경우만 해당한다) 또는 처분에 관하여는 국토교통부장관이 미리 관계 행정기관의 장과 협의하여야 한다.

③·④ (생략)

3) 관리·처분의 유형

가) 일반재산의 대부

일반재산의 대부는 국가나 지방자치단체가 일반재산을 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에 따라 사용·수익하게 하는 것을 말한다.²⁹⁷⁾

「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」은 유상대부를 원칙으로 하고 있으나 무상으로 대부할 수 있게 하려면 개별법(국유재산인 경우 「국유재산특례제한법」을 포함한다)에서 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」에 따른 대부에 대한 규제를 완화하거나 배제하는 특례를 두어야 한다.

297) 국공유재산의 대부·매각 계약의 성격이 사법상의 계약인지, 공법상의 계약인지에 대해 논의가 있을 수 있으나, 대부나 매각 절차 등에 대한 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품 관리법」의 규정이 사법상의 계약에 비하여 관리청(「국유재산법」 제47조제1항에 따라 같은 법 제36조를 준용하여 대부계약의 취소권 또는 철회권을 부여하거나, 같은 법 제73조제2항에 따라 국세 강제징수에 관한 규정을 준용하는 등)에 우월한 지위를 부여하고 있어 공법적 측면이 강하므로 단순한 사법상 계약으로 보기는 어렵다고 판단된다.

[입법례]

과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률

제7조(국유·공유재산의 사용허가·대부 및 양여 등의 특례) ① 국가 또는 지방자치단체는 연구기관 및 연구회의 설립·운영을 위하여 필요한 경우 연구기관 및 연구회에 대하여 「국유재산법」 및 「물품관리법」에도 불구하고 국유재산 및 물품을 수의계약에 따라 무상으로 사용허가 또는 대부하거나 양여할 수 있고, 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 공유재산 및 물품을 수의계약에 따라 무상으로 사용허가 또는 대부하거나 매각할 수 있다.

② 제1항에 따라 국유·공유재산을 사용허가 또는 대부하는 경우에 그 기간은 「국유재산법」 제35조 및 제46조와 「공유재산 및 물품 관리법」 제21조 및 제31조에도 불구하고 20년 이내로 할 수 있다. 이 경우 그 기간은 갱신할 수 있으며, 갱신기간은 갱신할 때마다 20년을 초과할 수 없다.

③ 제1항에 따라 지방자치단체가 소유하는 토지를 사용허가 또는 대부하는 경우에는 「공유재산 및 물품 관리법」 제13조에도 불구하고 사용허가 또는 대부 기간이 끝나는 때에 그 토지를 매입하는 조건으로 그 토지 위에 영구시설물을 축조하게 할 수 있다. 이 경우 사용허가 또는 대부 기간은 제2항 후단에도 불구하고 총 사용허가 또는 대부 기간이 50년에 이르는 때까지 갱신할 수 있다.

④ 지방자치단체의 장은 연구기관 및 연구회가 제3항 전단에 따라 지방자치단체가 소유하는 토지를 매입하여야 하는 경우 「공유재산 및 물품 관리법」 제37조에도 불구하고 매입대금을 20년 이내의 기간에 걸쳐 분할납부하게 할 수 있다.

개별법에서 국공유 토지의 대부를 ‘임대’라고 표현한 경우가 있으나,²⁹⁸⁾ 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」과 다른 용어를 사용하면 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에 대한 특례가 아니라 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」 자체의 적용이 배제된다는 오해를 낳을 수 있으므로, 이와 같이 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」과 다른 용어를 쓰는 것은 피해야 한다.²⁹⁹⁾

298) 「도시 및 주거환경정비법」(법률 제14567호, 2017. 2. 8. 전부개정, 2018. 2. 9. 시행되기 전의 것) 제67조 제1항 등

299) ‘대부’보다 ‘임대’가 일반 국민이 이해하기 쉽다는 점에서 ‘임대’라는 용어를 사용한 것으로 보이나, 「국유재산법」상 용어를 ‘임대’로 바꾸지 않는 이상 개별법에서 일반법의 용어를 변경해서 사용하는 것은 좋은 입안방식이 아니다.

나) 일반재산의 매각

일반재산의 매각은 「민법」상의 매매로서 「민법」의 규정을 따르는 것이 원칙이지만, 국공유재산이라는 점에서 공법상의 제약도 받게 된다. 「국유재산법」과 「공유재산 및 물품관리법」에서는 매각의 허용기준, 매각대금의 납부, 소유권의 이전, 매각계약의 해제 등에 관한 사항을 정하고 있다.

따라서 이러한 기준의 적용을 배제하기 위해서는 개별법에서는 특례를 인정할 필요가 있는데, 현재 입법례에 따르면 특히 「국유재산법」에서 정한 경쟁입찰의 방법에 의하지 않고 수의계약에 의하도록 하는 사례가 많고, 매각가격 결정에 대한 특례를 규정하는 경우도 있다.

[입법례] 수의계약에 의할 수 있도록 특례를 규정한 사례

농어촌정비법
제112조(국공유지의 양여 등) ①·② (생략) ③ 농어촌정비사업 지역의 국유인 일반재산 및 공유인 일반재산은 「국유재산법」, 「공유재산 및 물품관리법」 및 「국유림의 경영 및 관리에 관한 법률」에도 불구하고 농어촌정비사업 시행자에게 수의계약으로 매각할 수 있다.

[입법례] 매각가격 결정에 대한 특례를 규정한 사례

도시 및 주거환경정비법
제98조(국유·공유재산의 처분 등) ① ~ ⑤ (생략) ⑥ 제4항에 따라 정비사업을 목적으로 우선하여 매각하는 국·공유지는 사업시행계획인가의 고시가 있는 날을 기준으로 평가하며, 주거환경개선사업의 경우 매각가격은 평가금액의 100분의 80으로 한다. 다만, 사업시행계획인가의 고시가 있는 날부터 3년 이내에 매매계약을 체결하지 아니한 국·공유지는 「국유재산법」 또는 「공유재산 및 물품관리법」에서 정한다.

다) 일반재산의 교환·양여 및 개발

① 교환과 양여

교환은 국가나 지방자치단체의 행정 목적 수행에 필요한 재산을 확보하기 위해 국공유의

일반재산을 국가나 지방자치단체 외의 자의 재산과 교환하는 계약이다.

양여는 국가나 지방자치단체가 대가를 받지 않고 일반재산의 소유권을 국가나 지방자치단체 외의 자에게 이전하는 것으로서 「민법」상의 증여에 해당된다. 양여는 그 자체가 대가를 받지 않고 소유권을 이전하는 의미이므로 법령상 표현은 “양여할 수 있다”로 하면 되고, “무상으로 양여할 수 있다”로 표현할 필요는 없다.³⁰⁰⁾

「국유재산법」 제27조 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조에서는 행정재산의 교환 및 양여를 원칙적으로 제한하고 있고, 「국유재산법」 제54조 및 제55조, 「공유재산 및 물품 관리법」 제39조 및 제40조에서 일반재산을 교환하거나 양여하기 위한 요건을 제한적으로 규정하고 있다.³⁰¹⁾ 따라서 개별법에서 이와 달리 국유재산이나 공유재산에 대한 교환이나 양여의 특례를 정하려면 명시적 규정을 두어야 한다. 이 경우 「국유재산특례제한법」에 따라 양여의 목적, 적용 대상 등 국유재산특례의 요건을 법률에 구체적이고 명확하게 규정해야 한다. 양여받은 자가 양여받은 날부터 일정 기간 이내에는 해당 재산을 처분하지 못하도록 처분금지 규정을 두는 입법례도 상당히 많다.

[입법례]

폐광지역 개발 지원에 관한 특별법

제11조의3(공유재산의 양여에 대한 특례) ① 지방자치단체는 공유재산이 다음 각 호의 요건을 모두 갖춘 경우 「공유재산 및 물품 관리법」 제19조 및 제40조에도 불구하고 해당 지방의회의 의결을 거쳐 국가에 양여(讓與)할 수 있다.

1. 해당 공유재산이 진흥지구에 위치할 것
2. 해당 공유재산이 「고등교육법」 제2조에 따른 학교의 시설·설비 등일 것
3. 제15조제3항에 따라 자금의 전부 또는 일부가 지원되어 매입, 신축, 재건축 또는 개축되었을 것

300) 양여는 대가를 받지 않고 소유권을 이전하는 것을 의미하므로, 「특수임무유공자 예우 및 단체설립에 관한 법률」 제65조의2제2항에서는 “유상 또는 무상으로 대부하거나 양여할 수 있다”고 규정하고 있으나, 이를 “양여하거나 유상 또는 무상으로 대부할 수 있다”라고 명확하게 규정할 필요가 있다(법제처 2016. 5. 18. 16-0158 해석례).

301) 국유재산·공유재산의 양여란 대가를 받지 아니하고 일반재산의 소유권을 국가·지방자치단체 외의 자에게 이전하는 것을 의미하고, 「국유재산법」 제55조제1항 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제40조제1항에서는 이러한 양여가 실질적으로 보조금의 교부와 같은 효과가 있고 행정관청이 그 재량을 행사함에 있어 국민에게 불공평한 결과를 초래할 수 있다는 점을 고려하여 각 호에 명시된 경우에 한하여 일반재산을 양여할 수 있도록 제한적으로 규정하고 있는바, 각 호의 양여가 가능한 사유는 엄격하게 해석하여야 한다(법제처 2013. 1. 14. 12-0623 해석례).

② 제1항에 따라 공유재산을 양여하는 경우 양여된 날부터 10년 이내에 폐교 등으로 인하여 그 공유재산을 양여의 목적에 따라 이용할 수 없게 된 경우에는 양여를 해제한다는 내용의 특약등기를 하여야 한다.

② 개발

「국유재산법」 제57조에서는 일반재산을 개발하여 대부하거나 분양할 수 있도록 하고 있고, 그 방법으로 직접 개발, 신탁 개발, 위탁 개발, 민간참여 개발을 규정하고 있다. 종전에는 국유재산을 신탁의 방법으로 개발하도록 한정했으나, 현행법에서는 국유재산의 다양한 특성과 주변의 여건과 시장 상황을 반영할 수 있도록 국유재산의 개발에 관한 다양한 개발 방식을 도입하였다.

국유재산의 개발에 관한 규정은 국유재산을 통한 수익의 확대를 위한 기술적 사항을 규정한 것이므로, 개별법에서 이에 대한 특례를 규정한 경우는 거의 없다.

「공유재산 및 물품 관리법」 제43조의2에서는 지방자치단체의 장은 일반재산의 관리·처분에 관한 사무를 특별법에 따라 설립된 법인에게 위탁할 수 있다고 규정하고 있고, 같은 법 제43조의3에서는 수탁기관은 위탁받은 일반재산을 지방자치단체의 장의 승인을 받아 개발할 수 있다고 규정하여 위탁개발에 관한 내용만 규정하고 있었으나, 2021년 4월 20일 법률 제18086호로 일부개정된 「공유재산 및 물품관리법」 제42조(2022년 4월 21일 시행)에서는 일반재산인 토지와 그 정착물을 부동산신탁을 취급하는 신탁업자에게 신탁하여 개발할 수 있도록 하는 신탁개발에 관한 내용을 추가로 규정하였다.

4) 현물출자

「국유재산법」 제60조에서는 정부출자기업체³⁰²⁾를 설립하거나 자본의 확충이 필요하거나 운영체제와 경영구조 개편에 필요한 경우에만 일반재산을 현물출자할 수 있도록 하고 있다. 따라서 일반재산만이 현물출자의 대상이 되고, 정부출자기업체에 대한 것이 아니면 현물출자 대상에서 제외된다.

「국유재산법」상 현물출자에 대해 이런 제한이 있기 때문에 정부출자기업체가 아닌 대상에

302) 정부가 출자했거나 출자할 기업체로서 「국유재산법 시행령」 별표 1에서 한국자산관리공사 등 32개의 기업체로 한정되어 있다.

대해 현물출자를 가능하게 하거나 일반재산이 아닌 것을 현물출자의 대상으로 하기 위해서는 개별 법률에서 현물출자에 대한 특례규정을 두어야 한다.

[입법례] 정부출자기업체가 아닌 자에 대한 현물출자를 규정한 사례

사회기반시설에 대한 민간투자법

- 제52조(공공부문의 출자) ① 공공부문이 제4조제4호에 따른 방식으로 추진되는 사회기반시설 사업을 시행하는 민관합동법인(설립예정인 민관합동법인을 포함한다. 이하 같다)에 출자할 경우 공공부문의 총출자 비율은 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 50퍼센트 미만으로 한다.
- ② 공공부문은 제1항의 민관합동법인에 출자하는 경우 「상법」 제369조제1항에도 불구하고 대통령령으로 정하는 경우를 제외하고는 의결권을 행사하지 못한다.
- ③ 국가 또는 지방자치단체는 민관합동법인에 출자할 때 현물출자가 필요하다고 인정하는 경우에는 「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에도 불구하고 다음 각 호의 재산을 현물로 출자할 수 있다.
1. 「국유재산법」 제6조제3항 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제5조제3항에 따른 일반재산
 2. 제1호의 일반재산에 부속된 동산(動産)으로서 「물품관리법」 제2조제1항 및 「공유재산 및 물품 관리법」 제2조제2호에 규정된 것
 3. 관리운영권
 4. 그 밖에 대통령령으로 정하는 재산
- ④ (생략)

현물출자는 대표적인 변태설립행위의 하나로 분류된다(「상법」 제290조). 현물로 출자하게 되면 그 가액을 어떻게 평가하느냐에 따라, 또 실제로 현물이 인도되었는지 등에 따라 자본금이 과다 계상되거나 과소 계상되어 법인(회사)의 재정적 기초를 부실하게 할 우려가 있기 때문이다. 그래서 「상법」에서는 현물출자에 대해 상세한 감독 규정을 두고 있다.³⁰³⁾ 「국유재산법」에서도 현물출자 절차(제61조), 출자가액 산정(제62조), 현물출자에 따른 지분증권의 취득가액(제64조) 등 자세한 규정을 두고 있고, 이에 따라 「상법」상의 일부 감독 규정의 적용을 배제하고 있다(제65조).

「공유재산 및 물품 관리법」 제28조제1항에서는 일반재산은 법령이나 조례로 정하는 경우에는 현물출자를 할 수 있다고 규정하고 있어, 국유재산과 같이 현물출자의 대상을 제한하고

303) 「상법」 제295조제2항, 제299조, 제299조의2, 제422조 등

있지는 않고, 같은 법 시행령 제24조에서 현물출자를 하는 경우 해당 출자재산에 대한 평가 방법과 현물출자 방법에 대해 규정하고 있다.

5) 처분 제한

「국유재산법」 및 「공유재산 및 물품 관리법」에서는 일반재산은 행정재산에 비하여 상당히 자유롭게 대부, 매각, 교환, 양여, 개발 또는 현물출자를 할 수 있다고 규정하고 있다. 따라서 일반재산의 처분을 제한하기 위해서는 개별 법률에서 그 내용을 규정할 필요가 있고, 개별 법에서는 공공사업 등을 위해 특히 필요하면 해당 사업목적 외의 목적을 위해 매각이나 양도 등의 처분을 할 수 없도록 제한하는 경우도 있다.

[입법례]

도시공원 및 녹지 등에 관한 법률

제52조(국유·공유 재산의 처분 제한) 도시공원 및 녹지에 있는 국가 또는 지방자치단체 소유의 토지와 그 토지에 정착된 물건은 도시·군관리계획으로 정한 목적 외의 용도로 매각하거나 양도할 수 없다.

17. 조세법 규정

가. 조세법의 기본원리

1) 조세의 의의 및 조세법령의 일반원칙

“조세(租稅)”란 “국가 또는 지방자치단체가 경비충당을 위한 재정수입확보를 목적으로 법률에 규정된 과세요건을 충족한 모든 자에게 개별적인 반대급부 없이 부과·징수하는 금전급부”를 말한다. 조세는 과세권의 주체에 따라 국세와 지방세로 구분되며, 우리의 세법 체계도 기본적으로 이에 따르고 있다. 조세는 직접적인 반대급부 없이 발생하는 비교환수익의 일종으로서 공법상 부담금으로 인식된다. 조세법률관계를 재정권력관계로 보든 공법상

채권채무관계로 보든 헌법 제38조에 따른 납세의무가 조세법 규정에 따라 구체화된다는 점에서 동일하다.

조세법령을 관통하는 일반원칙으로 조세법률주의와 조세평등주의가 있다. 조세는 국민의 재산권을 반대급부 없이 강제로 이전한다는 성격을 갖고 있는바, 헌법에서는 국가권력에 내재된 과세권을 입법화하는 방식으로서 국민의 기본적 의무로서의 납세의무와 조세의 종목과 세율을 법률로 정하도록 규정하는 등 조세법률주의를 선언하고 있다. 조세법률주의는 과세의 요건과 내용을 창출하여 과세권의 실정법적 근거를 마련하는 기능을 하고 있다. 또한, 조세법령은 평등원칙을 조세 분야에 적용한 조세평등주의에 부합해야 하는바, 모든 납세자에게 공평하게 세 부담을 분담시키는 내용이어야 한다.

2) 조세법률주의 원칙

헌법 제38조는 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”고 규정하고, 헌법 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정하여 조세법률주의를 선언하고 있다.

조세법률주의는 법률에 근거가 없으면 국가는 조세를 부과·징수할 수 없고, 국민도 조세의 납부를 요구받지 않는다는 원칙으로서, 조세행정³⁰⁴⁾에서의 법치주의를 말하는데, 오늘날의 법치주의는 실질적 법치주의를 의미하므로 조세법률주의도 궁극적으로는 실질적 조세법률주의를 의미한다.

조세법률주의는 보다 구체적으로는 ① 과세요건 법정주의, ② 과세요건 명확주의, ③ 소급 과세금지의 원칙으로 구성된다.

가) 과세요건 법정주의

과세요건 법정주의는 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 과세요건과 조세의 부과·징수 절차를 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정해야 한다는 원칙을 말한다.³⁰⁵⁾

다만, 경제현실의 변화나 전문적 기술의 발달 등을 반영해야 하는 세부적인 사항에 관하여는 국회 제정의 형식적 법률보다 더 탄력성이 있는 행정입법에 이를 위임하는 것이 필요한

304) 조세감면의 경우에도 조세법률주의가 적용된다.

305) 헌법재판소 2011. 10. 25. 선고 2010헌바134 결정

경우도 있다.³⁰⁶⁾

어떠한 사안이 법률로 정해야 하는 본질적 사항에 해당하는지는 관련된 이익 또는 가치의 중요성, 규제 또는 침해의 정도와 방법 등을 고려하여 개별적으로 결정해야 하지만, 규율 대상이 국민의 기본권 및 기본적 의무와 관련한 중요성을 가질수록 그리고 그에 관한 공개적 토론의 필요성 또는 상충하는 이익 사이의 조정 필요성이 클수록, 법률에 의해 직접 규율될 필요성은 증대된다.³⁰⁷⁾

나) 과세요건 명확주의

과세요건 명확주의는 법률 또는 위임명령에 과세요건, 부과·징수 절차 등에 관하여 규정할 경우에 그 규정 내용을 가능하면 일의적(一義的)이고 명확하게 규정함으로써 납세자로 하여금 과세요건과 그 효과를 정확하게 예측할 수 있고, 이에 따라 국민 경제생활의 법적 안정성과 예측 가능성이 보장받을 수 있게 해야 한다는 원칙을 말한다.³⁰⁸⁾

그러나 조세는 경제현상과 밀접한 관련이 있으므로 명확성의 원칙을 너무 철저히 관철할 경우에는 공평과세라는 면과 조세회피 방지라는 면에서 조세행정에 문제가 생길 수 있다. 따라서 일반적·추상적인 개념이 세법에 들어오는 것을 완전하게 막는다는 것은 사실상 어렵다.³⁰⁹⁾ 조세법의 규제 대상인 경제 상황은 복잡하고 유동적이므로 이와 같은 내용을 모두 구체적이고 일의적으로 망라하여 명확하게 규정하기 어려운 경우가 적지 않다.

세법에서 부득이 불확정개념을 사용해야 하는 경우라도 법의 취지나 목적, 그리고 전후 문맥의 내용 등 문리적·논리적 해석을 통해 그 의미와 내용을 구체화할 수 있도록 규정한다.³¹⁰⁾

306) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고 2006헌바18·54 결정, 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2009헌바92 결정 등

307) 대법원 2015. 8. 20. 선고 2012두23808 판결

308) 헌법재판소 1992. 12. 24. 선고 90헌바21 결정

309) 헌법재판소는 과세요건 명확주의 위반 여부를 판단할 때 “납세자의 입장에서 어떠한 행위가 당해 문구에 해당하여 과세의 대상이 되는 것인지 예견할 수 있을 것인가, 당해 문구의 불확정성이 행정관청의 입장에서 자의적이고 차별적으로 법률을 적용할 가능성을 부여하는가, 입법 기술적으로 보다 확정적인 문구를 선택할 것을 기대할 수 있을 것인가 여부 등의 기준에 따른 종합적인 판단”을 거쳐야 하는 것으로 밝히고 있다(헌법재판소 2002. 5. 30. 선고 2000헌바81 결정).

310) 헌법재판소는 조세법에서 일반법원의 판례에 의하여 확립된 개념을 사용하는 경우에는 그 규정 내용이 추상적이거나 불명확하다고 할 수 없으며 과세요건 명확주의에 위반되지 않는 것으로 본다(헌법재판소 1995. 7. 21. 선고 92헌바40 결정).

[입법례] 세법에서 불확정개념을 사용한 사례

소득세법

제41조(부당행위계산) ① 납세지 관할 세무서장 또는 지방국세청장은 배당소득(제17조제1항 제8호에 따른 배당소득만 해당한다), 사업소득 또는 기타소득이 있는 거주자의 행위 또는 계산이 그 거주자와 특수관계인과의 거래로 인하여 그 소득에 대한 조세 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 거주자의 행위 또는 계산과 관계없이 해당 과세기간의 소득금액을 계산할 수 있다.

② 제1항에 따른 특수관계인의 범위와 그 밖에 부당행위계산에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

소득세법 시행령

제98조(부당행위계산의 부인) ① (생략)

② 법 제41조에서 조세 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우로 한다. 다만, 제1호부터 제3호까지 및 제5호(제1호부터 제3호까지에 준하는 행위만 해당한다)는 시가와 거래가액의 차액이 3억원 이상이거나 시가의 100분의 5에 상당하는 금액 이상인 경우만 해당한다.

1. 특수관계인으로부터 시가보다 높은 가격으로 자산을 매입하거나 특수관계인에게 시가보다 낮은 가격으로 자산을 양도한 경우
2. 특수관계인에게 금전이나 그 밖의 자산 또는 용역을 무상 또는 낮은 이율 등으로 대부하거나 제공한 경우. 다만, 직계존비속에게 주택을 무상으로 사용하게 하고 직계존비속이 그 주택에 실제 거주하는 경우는 제외한다.

3. ~ 5. (생략)

③·④ (생략)

다) 소급과세금지의 원칙

① 소급과세금지의 의의

소급과세금지의 원칙은 조세납부 의무가 성립한 소득·수익·재산 또는 거래에 대해 그 성립 후의 새로운 세법을 적용하여 과세하면 안 된다³¹¹⁾는 원칙을 말한다.³¹²⁾

소급과세금지의 원칙에 따라 과세요건사실이 발생할 당시에 시행된 법률에 따라 과세해야 하고 그 후에 시행된 법률에 따라 그 전에 발생한 과세요건사실에 대해 소급하여 과세할 수 없다. 이 원칙은 법적 안정성의 요구, 기득권의 존중과 신뢰이익 보호의 필요 등에 근거한다.³¹³⁾

② 진정·부진정 소급효

조세 법령의 소급 적용은 납세의무가 성립된 후에 새로운 법령을 적용하는 진정소급과 새로운 법령이 시행되기 전부터 새로운 법령이 시행된 이후까지 계속되고 있는 사실이나 법률관계에 대해 새로운 법령을 적용하는 부진정소급이 있다.

판례는 진정소급과 부진정소급을 구분하여 부진정소급은 원칙적으로 허용되는 것으로 본다.³¹⁴⁾ 헌법재판소에서는 농어촌특별세법 부칙 제3조제3항은 과세기간 중에 시행된 법률 과세기간 개시일에 소급하여 적용토록 하는 부진정 소급입법에 해당할 뿐 새로운 입법으로 이미 종결된 과거에 소급하여 과세하는 진정소급이라 할 수 없어 소급입법에 의한 재산권 박탈을 금지한 헌법 제13조제2항이나 소급과세금지원칙에 위반된다고 할 수 없다고 한다.³¹⁵⁾

납세자는 거래 또는 행위 당시의 조세 법령을 준거로 하여 세금효과를 고려하면서 특정한 거래행위 등을 형성하기 때문에 부진정 소급효를 인정하는 경우에도 입법을 할 때에는 법적 안정과 신뢰보호의 관점에서 충분한 검토가 필요하다.³¹⁶⁾

311) 「국세기본법」 제18조제2항

312) 소급과세금지원칙은 헌법 제13조에서 규정한 소급입법에 의한 재산권 침해 금지에 근거하는 것으로 볼 수 있다.

313) 반면에, 조세의무를 감경하는 세법조항에 대하여는 조세공평의 원칙에 어긋나지 않는 한 소급효가 허용된다(대법원 1983. 4. 26. 선고 81누423 판결). 헌법재판소 또한 “신법이 피적용자에게 유리한 경우에는 이른바 시혜적인 소급입법이 가능하고, (중략) 그 결정이 합리적 재량의 범위를 벗어나 현저하게 불합리하고 불공정한 것이 아닌 한 헌법에 위반되지 않는 것으로 본다”고 밝히고 있다(헌법재판소 1995. 12. 28. 선고 95헌마196 결정).

314) 헌법재판소 1995. 10. 6. 선고 94헌바12 결정, 헌법재판소 1999. 7. 22. 선고 97헌바76 결정

315) 헌법재판소 1998. 11. 26. 선고 97헌바58 결정

316) 헌법재판소는 과세연도 도중에 세법이 납세자에게 불리하게 개정되고 그 과세기간의 개시시점부터 적용한 경우 이를 부진정 소급에 해당되는 것으로 보고, 이러한 부진정 소급입법의 경우에는 “일반적으로 과거에 시작된 구성요건사항에 대한 신뢰는 더 보호될 가치가 있는 것이므로, 신뢰보호의 원칙에 대한 심사는 장래 입법의 경우보다 일반적으로 더 강화되어야”하며, “신뢰보호의 원칙의 위배 여부는 한편으로는 침해 받은 이익의 보호가치, 침해의 중한 정도, 신뢰가 손상된 정도, 신뢰침해의 방법 등과 다른 한편으로는 새 입법을 통해 실현하고자 하는 공익적 목적을 종합적으로 비교·형량하여 판단”하여야 한다는 점을 밝히고 있다(헌법재판소 1995. 10. 6. 선고 94헌바12 결정).

[입법례] 진정소급입법에 해당하여 위헌 결정을 받은 사례³¹⁷⁾

구 법인세법(법률 제9267호, 2008. 12. 26.)

제72조(결손금 소급공제에 의한 환급) ① ~ ④ (생략)

⑤ 납세지 관할세무서장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당되는 경우에는 환급세액(제1호의 경우에는 감소된 결손금에 상당하는 환급세액)에 대통령령으로 정하는 바에 따라 계산한 이자상당액을 가산한 금액을 해당 결손금이 발생한 사업연도의 법인세로서 징수한다.

1. (생략)

2. 제25조제1항제1호의 중소기업에 해당하지 아니하는 법인이 법인세를 환급받은 경우

⑥ (생략)

부 칙

제9조(결손금 소급공제에 의한 환급에 관한 적용례) 제72조제5항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 환급세액을 징수하는 분부터 적용한다.³¹⁸⁾

③ 절차적 규정에 대한 적용 여부

소급과세금지는 과세요건과 같은 실제적인 내용뿐만 아니라 신고기한과 같은 부과·징수 절차에 대해서도 적용되는 것으로 보아야 한다. 조세감면 신청기간이 종전보다 단축되거나 첨부서류를 추가하면서 시행유예기간을 충분히 두지 않은 경우에는 결국 납세자의 실제적 권리의 침해와 연결되게 된다. 「국세기본법」 제18조제5항에서도 세법 외의 법률 중 국세의 부과·징수·감면 또는 그 절차에 관하여 규정하고 있는 조항은 소급금지원칙이 적용되는 세법임을 명시적으로 규정하고 있다.

317) 심판대상조항은 개정 후 법인세법의 시행 이전에 결손금 소급공제 대상 중소기업이 아닌 법인이 결손금 소급공제로 법인세를 환급받은 경우에도 이 사건 개정조항을 적용할 수 있도록 규정하고 있으므로, 이는 이미 종결한 과세요건사실에 소급하여 적용할 수 있도록 하는 것이다. 따라서 심판대상조항은 청구인이 이 사건 개정조항이 시행되기 전 환급세액을 수령한 부분까지 사후적으로 소급하여 적용되는 것으로서 헌법 제13조 제2항에 따라 원칙적으로 금지되는 이미 완성된 사실·법률관계를 규율하는 진정소급입법에 해당한다(헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2012헌바105 결정).

318) 헌법재판소 위헌 결정에 따라 해당 규정은 현재 다음과 같이 규정되어 있다(2014. 12. 23. 개정). 제9조(결손금 소급공제에 의한 환급에 관한 적용례) 제72조제5항의 개정규정은 이 법 시행 후 최초로 환급하는 분부터 적용한다.

3) 조세평등주의 원칙

가) 조세평등주의와 응능과세(應能課稅)의 원칙

과세입법권을 제약하는 조세법률주의의 실질적 내용은 헌법상 추구해야 하는 인간의 존엄과 가치, 인간다운 생활을 할 권리, 평등의 보장 등을 포함하는 것으로 이해된다. 조세평등주의는 법 앞의 평등의 원칙을 조세의 부과와 징수 과정에서도 구현함으로써 조세정의를 실현하려는 원칙이다.

조세평등주의는 “정의의 이념에 따라 ‘평등한 것은 평등하게’, 그리고 ‘불평등한 것은 불평등하게’ 취급함으로써 조세법의 입법과정이나 집행과정에서 조세정의를 실현하려는 원칙이라고 할 수 있으므로, 이러한 조세평등주의의 원칙에 따라 과세는 개인의 경제적 급부능력을 고려해야 하고, 동일한 담세능력자에 대해서는 원칙적으로 평등한 과세가 있어야 하며, 또 나아가 특정의 납세의무자를 불리하게 차별하는 것이 금지될 뿐만 아니라 합리적 이유 없이 특별한 이익을 주는 것도 허용되지 않아야 한다”는 것을 의미한다.³¹⁹⁾

조세평등의 원칙은 조세법률주의의 형식적 내용인 과세요건 법정주의와 명확주의에 의한 조세 법규의 결합을 보완하고 법의 실질적 내용을 보충하는 원리로서 작용하게 되며, 조세 부담이 담세력에 맞게 적절히 배분되어야 한다는 응능과세의 원칙에 따를 것을 요구한다.

예를 들어, 법인 등과 특수관계인의 거래가 조세 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에 그 행위·계산을 부인하는 ‘부당행위계산의 부인’은 조세의 회피를 방지하여 조세평등의 원칙을 구현하는 대표적인 제도라고 할 수 있다.

[입법례]

법인세법

제52조(부당행위계산의 부인) ① 납세지 관할 세무서장 또는 관할지방국세청장은 내국법인의 행위 또는 소득금액의 계산이 특수관계인과의 거래로 인하여 그 법인의 소득에 대한 조세의 부담을 부당하게 감소시킨 것으로 인정되는 경우에는 그 법인의 행위 또는 소득금액의 계산(이하 “부당행위계산”이라 한다)과 관계없이 그 법인의 각 사업연도의 소득금액을 계산한다.
② 제1항을 적용할 때에는 건전한 사회 통념 및 상거래 관행과 특수관계인이 아닌 자 간의 정상적인 거래에서 적용되거나 적용될 것으로 판단되는 가격(요율·이자율·임대료 및 교환

319) 헌법재판소 2008. 7. 31. 선고 2007헌바13 결정

- 비율과 그 밖에 이에 준하는 것을 포함하며, 이하 “시가”라 한다)을 기준으로 한다.
- ③ 내국법인은 대통령령으로 정하는 바에 따라 각 사업연도에 특수관계인과 거래한 내용에 관한 명세서를 납세지 관할 세무서장에게 제출하여야 한다.
 - ④ 제1항부터 제3항까지의 규정을 적용할 때 부당행위계산의 유형 및 시가의 산정 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

나) 조세우대 조치

비과세나 감면과 같은 조세우대조치는 동일한 경제적 이익에 대하여 부담을 다르게 만든다는 점에서 일단 형식적으로는 공평하지 않은 것이다. 예를 들어, 금융자산을 통한 경제적 이익이 발생한 경우 이를 배당소득으로 보아 과세하느냐 양도소득으로 보아 과세하느냐에 따라 비과세·감면·공제의 적용 여부나 수준이 달라진다. 이러한 차이는 납세자의 담세력에 따라 차이가 발생하는 것이 아니라는 점에서 순수한 공평의 관점에서는 위헌적 요소가 있다. 그 위헌 여부의 판단은 결국 개별적 조세우대조치마다 그와 같은 조세우대조치를 설정한 구체적인 정책목적과의 개별적인 이익형량에 따라 판단할 수밖에 없다.

다) 공제제도

응능과세의 원칙은 최저생계의 보장을 위하여 도입된 각종 공제제도의 정당화 근거가 된다. 예를 들어, 「소득세법」에는 인적공제로서 기본공제 및 추가공제 등을 규정하여 최저한도의 소득에 대해서는 과세권 행사를 제한하고 있다. 또한, 연금보험료공제와 사회보험료에 대한 특별소득공제 등은 장래의 최저생활 보장을 위한 공제제도로 볼 수 있다. 이러한 수단은 「조세특례제한법」에서도 월세액에 대한 세액공제와 같이 경제상황에 따라 한시적으로 도입되기도 한다.

4) 위임입법 관련 원칙

헌법 제75조에서는 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항 …에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 위임입법의 근거와 동시에 그 한계를 제시하고 있다. ‘구체적 위임’이란 법률에 하위법령에 규정될 내용과 범위의 기본적인 사항이 가능하면

구체적이고 명확하게 규정되어 있어서 누구라도 해당 법률 그 자체로부터 하위법령에 규정 될 내용의 대강을 예측할 수 있음을 의미한다.

위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 조세 법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정의 경우보다 더 엄격하게 제한적으로 규정되어야 하는 반면에, 규율 대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 위임의 구체성·명확성의 요건을 완화하여 적용할 수 있다.³²⁰⁾³²¹⁾

나. 조세법 체계

1) 국세의 체계

국세에 관한 법률은 크게 국세에 관한 일반적·공통적 사항을 정한 법률과 국세의 종목과 세율을 정하는 개별 세법으로 구분할 수 있다.

국세에 관한 일반적·공통적 사항을 정한 법률은 국세에 관한 기본적인 사항과 납세자의 권리·의무 및 권리구제에 관한 사항을 정하고 있는 「국세기본법」, 국세의 징수에 관한 사항을 정하고 있는 「국세징수법」, 조세의 감면 또는 중과(重課) 등 조세특례를 정하고 있는 「조세특례제한법」, 세법을 위반한 자에 대한 형벌 및 과태료 등에 관한 사항을 정하고 있는 「조세범 처벌법」, 조세범칙사건의 조사 및 그 처분에 관한 사항을 정하고 있는 「조세범 처벌절차법」 등이 있다.

개별 세법³²²⁾으로는 「소득세법」, 「법인세법」, 「상속세 및 증여세법」, 「종합부동산세법」,

320) 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2009헌바92 결정

321) 헌법재판소는 통상의 취득세율의 100분의 750으로 중과세하는 대상을 “대통령령으로 정하는 고급주택” 이라고 규정한 「지방세법」의 규정에 대하여 고급주택이 무엇인가 취득세 중과세요건의 핵심적 내용을 이루는 본질적이고도 중요한 사항인데도 고급주택의 기준과 범위를 예측해 내기 어렵다는 이유로 조세법률 주의 및 포괄위임금지원칙을 위반하였다고 결정(헌법재판소 1999. 1. 28. 선고 98헌가17 결정)한 반면, 채무보증으로 인하여 발생한 구상채권에 대하여 같은 조 제2항을 적용하지 아니한다는 “제2항 부분”과 관련하여 “이 사건 법률조항의 입법 목적과 관련규정을 유기적·체계적으로 종합하여 보면, 이 사건 법률 조항의 위임에 의하여 대통령령에서 규정될 채무보증은 채무보증에 의한 과도한 차입을 억제하려는 입법 목적에 위배되지 않는 채무보증이나 기업의 경쟁력 강화에 기여하는 채무보증, 법인 사업과 직접 관련이 있는 채무보증 등이 될 것임을 알 수 있어 위임범위의 대강을 충분히 예측할 수 있으므로 포괄위임금지원칙에 위배되지 않는다”고 하였다(헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2007헌바15 결정).

322) 개별 세법은 상속세와 증여세를 함께 정하고 있는 「상속세 및 증여세법」을 제외하고는 세목별로 1세법을

「교육세법」, 「농어촌특별세법」, 「부가가치세법」, 「개별소비세법」, 「주세법」, 「교통·에너지·환경세법」, 「인지세법」, 「증권거래세법」과 관세에 관한 「관세법」, 「임시수입부가세법」 및 「수출용원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특별법」이 있다.

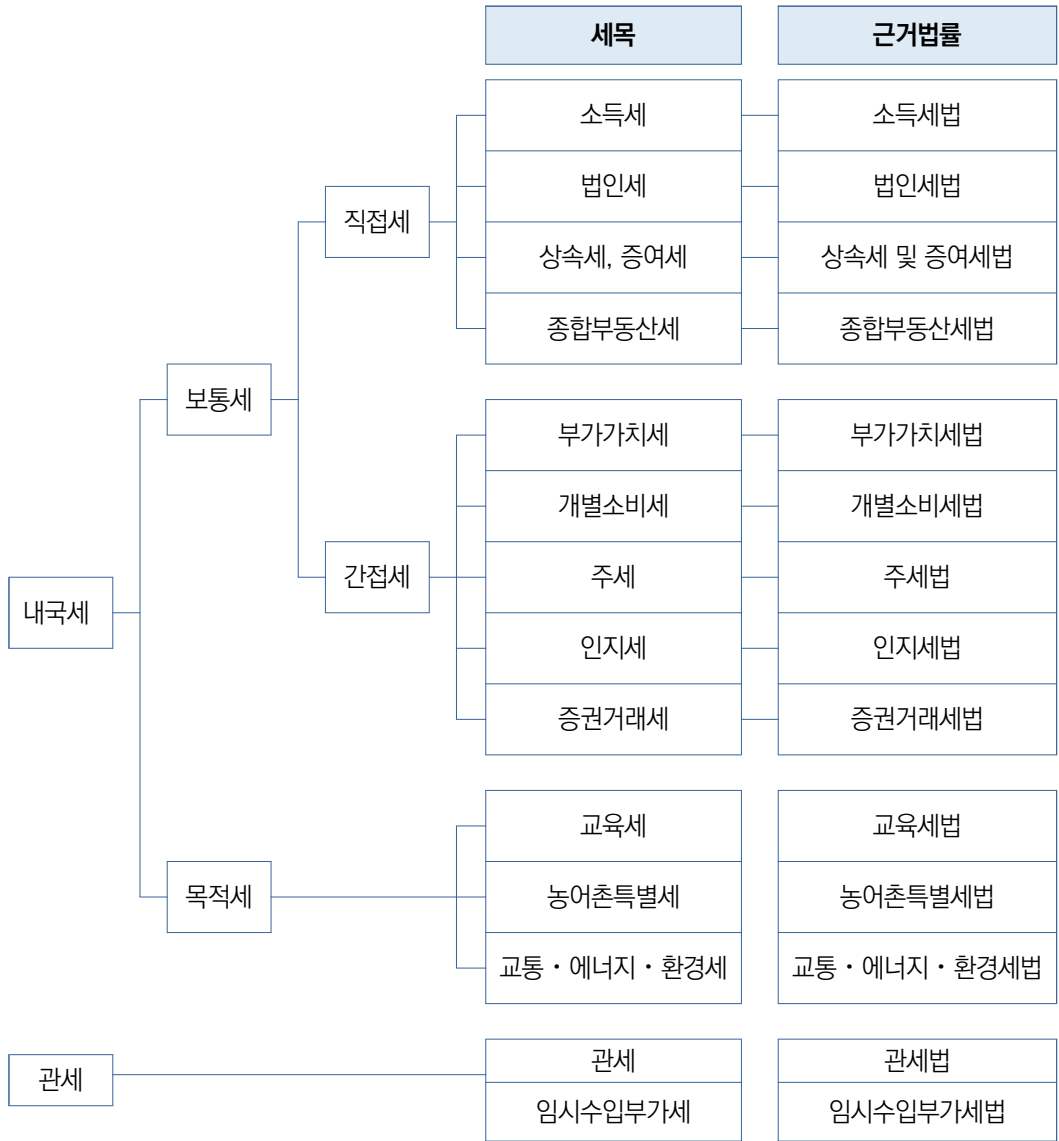
조세법을 입안할 때에는 「국세기본법」과 다른 세법과의 관계에 주의할 필요가 있다. 「국세기본법」 제3조제1항에서는 국세에 관하여 세법에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다고 하여 일반법임을 명시하고 있다.

그리고 「국세기본법」 제3조제2항에서는 「관세법」과 「수출용 원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특별법」에서 세관장이 부과·징수하는 국세에 관하여 「국세기본법」에 대한 특례 규정을 두고 있는 경우에는 「관세법」과 「수출용 원재료에 대한 관세 등 환급에 관한 특별법」에서 정하는 바에 따른다고 규정하고 있다.

따라서 「국세기본법」 제3조에 규정된 사항을 제외하고는 개별 세법에서 「국세기본법」에 규정된 내용에 대해 특례를 정할 수 없다는 점을 유의해야 한다.

두고 있다.

국세의 체계



02
실체 규정

2) 지방세의 체계

지방세에 관한 법률에는 지방세에 관한 기본적인 사항과 납세자의 권리·의무 및 권리구제에 관한 사항을 정하고 있는 「지방세기본법」, 지방세 세목³²³⁾의 각 과세요건과 부과에 관한 사항을 정하고 있는 「지방세법」, 지방세 징수에 관한 사항을 정하고 있는 「지방세징수법」, 지방세 감면 및 특례에 관한 사항과 그 제한에 관한 사항을 정하고 있는 「지방세특례제한법」이 있다.³²⁴⁾

「지방세기본법」 제3조에서는 지방세에 관하여 지방세관계법³²⁵⁾에 별도의 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다고 규정하고 있어 「지방세기본법」이 「지방세징수법」, 「지방세법」과 「지방세특례제한법」 등에 우선하여 적용한다는 규정을 두고 있지는 않다.

다만, 「지방세기본법」은 지방세에 관한 기본적 사항을 규정하는 것을 목적으로 하고, 「지방세법」은 지방세 각 세목의 과세요건과 부과·징수에 관한 사항을, 「지방세특례제한법」은 지방세의 감면 및 특례에 관한 사항과 그 제한에 관한 사항을 규정하는 것을 목적으로 하고 있으므로 지방세에 관한 사항을 입법할 때에는 「지방세기본법」의 입법 목적에 부합하도록 그 내용을 정할 필요가 있다.

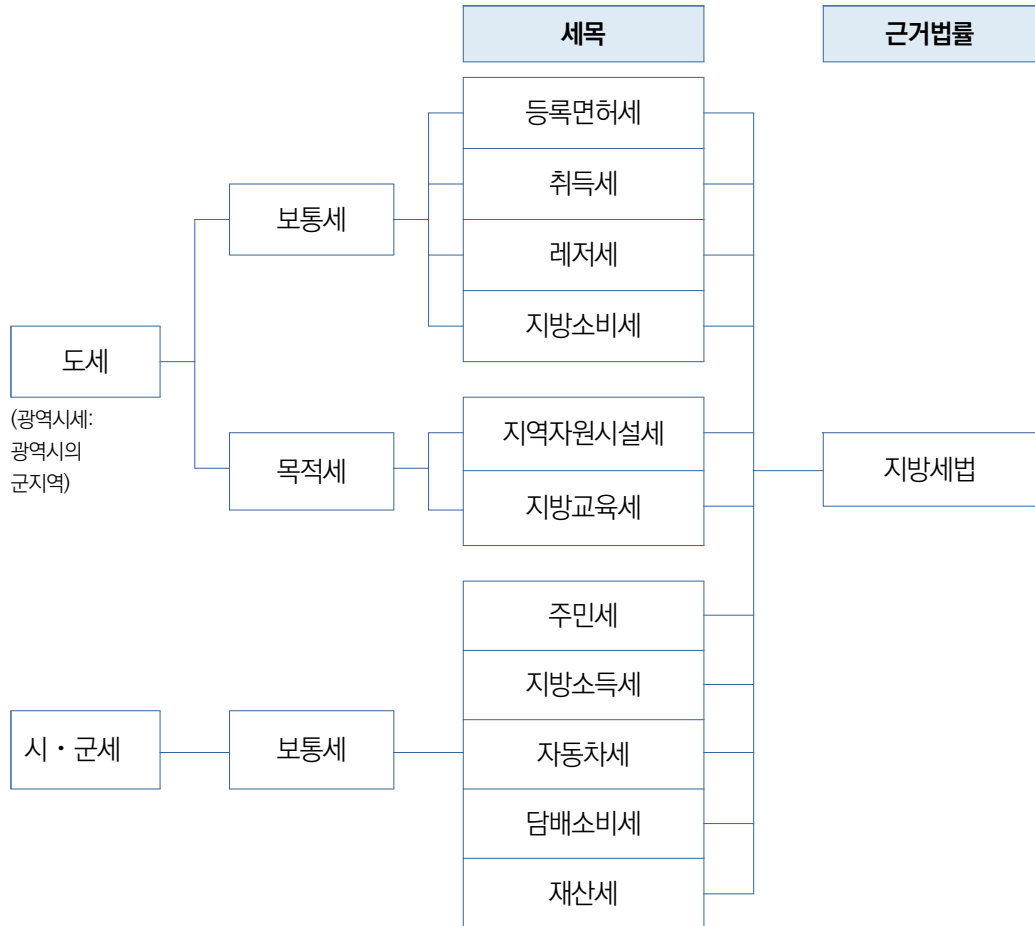
323) 세목별로 하나의 법률을 두고 있는 국세와는 달리 지방세의 경우에는 11개 세목을 모두 「지방세법」에서 정하고 있다.

324) 종전에 단일법 체계로 운영되어 오던 「지방세법」은 2011년 1월 1일부터 「지방세기본법」, 「지방세법」과 「지방세특례제한법」으로 분법되어 운영되어 오다가, 2017년 3월 28일부터 「지방세기본법」의 징수·체납과 관련된 조문이 분리되어 「지방세징수법」에 규정되었다.

325) 「지방세기본법」 제2조

4. “지방세관계법”이란 「지방세징수법」, 「지방세법」, 「지방세특례제한법」, 「조세특례제한법」 및 「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」을 말한다.

지방세의 체계



- * 특별시세·광역시세(9): 취득세, 레저세, 지방소비세, 지역자원시설세, 지방교육세, 주민세, 지방소득세, 자동차세, 담배소비세
- * 구세(2): 등록면허세, 재산세
- * 특별자치시세·특별자치도세(11): 등록면허세, 취득세, 레저세, 지방소비세, 지역자원시설세, 지방교육세, 주민세, 지방소득세, 자동차세, 담배소비세, 재산세

02
실체 규정

다. 조세감면 규정

1) 조세감면의 의의

국가는 국가 유지의 재정적 기초를 마련하기 위해서 조세를 부과·징수하며 이를 통해 국민의 경제활동이나 재산권에 직접적 또는 간접적인 영향을 미친다. 또한 국가의 경제적·사회적 기능이 크고 광범위해진 현대국가에서는 조세가 단순히 국가의 재원 확보수단으로서만 아니라 국가의 경제적·사회적인 정책 목표를 달성하기 위한 정책수단으로 이용되고 있다. 조세의 감면은 중요한 국가 정책수단의 하나가 되고 있다.

국가는 공공사업의 지원, 지역균형발전, 투자 장려, 외자유치, 미래산업·기술산업 등 특정 산업 분야의 육성·개발, 중소기업·농어민·장애인 등 취약계층의 보호, 고용 유지 등 특정 부문의 육성·개발·보호 및 지원을 위해 조세의 감면조치를 정책수단으로 사용한다. 여기서 조세감면은 일정한 요건에 해당하는 경우의 특례세율의 적용, 세액감면, 세액공제, 소득공제, 준비금의 손금산입 등의 조치를 의미한다.³²⁶⁾

대표적인 조세특례의 유형

구분		내용 및 관련 조항
직접적 지원	비과세	과세대상이 되는 과세물건을 과세에서 제외시키는 조세특례(「조세특례제한법」 제16조의2)
	세액감면 또는 면제	세액을 우선 확정하고 그 확정된 세액의 일부 또는 전부에 대한 납부의무를 소멸시키는 조세특례(「조세특례제한법」 제6조)
	특례세율의 적용	통상 적용되는 세율이 아닌 별도의 세율을 적용하여 과세(「조세특례제한법」 제72조)
	세액공제	세액을 우선 확정하고 그 확정된 세액에서 일부를 공제하는 조세 특례(「조세특례제한법」 제7조의2)

326) 비과세는 과세 대상에서 제외하는 것이므로 조세감면과 개념은 다르나, 국가의 정책 목표를 위해 세금 부과를 하지 않는다는 점에서 조세감면과 공통점을 가지고 있으므로 조세감면에 포함해서 설명하도록 한다. 대부분의 입법례에서 비과세의 경우에는 “세금을 부과하지 아니한다.”라고 규정하고 있고, 조세를 감면하는 경우에는 세액감면신청을 하도록 규정하고 있다.

구분		내용 및 관련 조항
	소득공제	세율이 반영되기 전 확정된 과세표준에서 일부를 공제하는 조세특례(「조세특례제한법」 제16조)
	분리과세	누진세율이 적용되는 종합소득에 포함시키지 않고 분리시켜 단일세율로 과세하는 조세특례(「조세특례제한법」 제29조)
간접적 지원	준비금 등의 손금산입	준비금은 특정 목적에 충당하기 위한 비용을 적립해 두는 금액을 말하고, 충당금은 장래 특정의 지출에 대한 준비금으로 그 부담이 해당 사업연도에 속하며 그 금액을 추산할 수 있는 것으로 일정 범위에서 이를 손금으로 인정하는 조세특례(「조세특례제한법」 제74조)
	가속상각	특정고정자산에 대한 감가상각을 통상의 감가상각보다 처음 연도에 크게 상각하는 등의 상각을 허용하는 조세특례(「조세특례제한법」 제28조의3)
	이월과세	개인이 해당 사업에 사용되는 사업용고정자산 등을 현물출자 등을 통하여 법인에 양도하는 경우 이를 양도하는 개인에 대해서 양도소득세를 과세하지 아니하고, 그 대신 이를 양수한 법인이 그 사업용고정자산 등을 양도하는 경우 개인이 종전 사업용 고정자산 등을 그 법인에 양도한 날이 속하는 과세기간에 다른 양도자산이 없다고 보아 계산한 양도소득 산출세액 상당액을 법인세로 납부하는 조세특례(「조세특례제한법」 제2조제6호, 제31조)
	과세이연	공장의 이전 등을 위하여 개인이 해당 사업에 사용되는 사업용고정자산 등을 양도하고 그 양도가액으로 다른 사업용고정자산 등을 대체 취득한 경우 종전 사업용 고정자산 등의 양도에 따른 양도차익 중 일정 금액에 대해서는 양도소득세를 과세하지 아니하고 실제로 양도할 때 새로운 사업용 고정자산 등의 취득가액에서 과세이연금액을 뺀 금액을 취득가액으로 보고 양도소득세를 과세하는 조세특례(「조세특례제한법」 제2조제7호, 제38조의2)

2) 조세감면의 법적 체계

가) 조세특례 제한

조세감면에 관하여 기본적인 사항을 정하고 있는 「조세특례제한법」 제3조제1항에서는 「조세특례제한법」과 「국세기본법」 및 「소득세법」·「법인세법」·「지방세특례제한법」·「제주특별자치도 설치 및 국제자유도시 조성을 위한 특별법」(제주특별자치도세에 관한 규정만 해당) 등 각종 세법과 조약에 따르지 아니하고는 조세특례를 정할 수 없다고 규정³²⁷⁾하고 있다.

그리고 「지방세특례제한법」 제3조제1항에서는 「지방세특례제한법」, 「지방세기본법」, 「지방세징수법」, 「지방세법」, 「조세특례제한법」 및 조약에 따르지 아니하고는 「지방세법」에서 정한 일반과세에 대한 지방세 특례를 정할 수 없다고 규정하고 있다. 따라서, 「조세특례제한법」과 「지방세특례제한법」에서 규정하고 있는 법률 외에 다른 개별 법률에서 조세의 특례를 규정할 수 없다.

나) 조세감면과 조세법률주의

조세감면의 경우에도 적극적으로 조세를 부과·징수하는 경우와 동일하게 조세법률주의의 과세요건 법정주의나 명확주의가 적용된다.³²⁸⁾

조세감면은 특정인에 대해서만 인정되고, 재정운영에 필요한 국가세수의 감소를 초래하는 문제가 있다. 헌법재판소는 “조세감면의 우대조치는 조세평등주의에 반하고 국가나 지방자치단체의 재원의 포기이기도 하여 가급적 억제되어야 하고 그 범위를 확대하는 것은 결코 바람직하지 못하므로 특히 정책 목표 달성에 필요한 경우에 그 면제혜택을 받는 자의 요건을 엄격히 하여 극히 한정된 범위에서 예외적으로 허용되어야 한다”(헌법재판소 1996. 6. 26.

327) 조세특례의 제한은 1965년 12월 20일, 「조세감면규제법」이 제정되면서 해당 법과 「소득세법」 등 열거된 18개의 법에 따라서만 할 수 있도록 하였으며, 이러한 방식이 현행 「조세특례제한법」까지 이어져오고 있다.

328) 헌법재판소는 “조세의 감면에 관한 규정은 조세의 부과·징수의 요건이나 절차와 직접 관련되는 것은 아니지만, 조세란 공공경비를 국민에게 강제적으로 배분하는 것으로서 납세의무자 상호 간에는 조세의 전가관계가 있으므로 특정인이나 특정계층에 대하여 정당한 이유 없이 조세감면의 우대조치를 하는 것은 특정한 납세자군이 조세의 부담을 다른 납세자군의 부담으로 떠맡기는 것과 같으므로 조세감면의 근거 역시 법률로 정해야만 하는 것이 국민주권주의나 법치주의의 원리에 부응하는 것이다”(헌법재판소 1996. 6. 26. 선고 93헌바2 결정)라고 하여 조세감면에도 조세법률주의가 적용됨을 밝히고 있다.

선고 93헌바2 결정)라고 하여 조세평등에 입각하여 제한적으로 허용하도록 기준을 제시하고 있다.

조세특례에 관한 사항을 정하고 있는 「조세특례제한법」과 「지방세특례제한법」에서는 각종 세제 지원 사항에 대해 한시적으로 인정하고 있는 경우가 많다.

[입법례] 감면 규정을 한시적으로 인정한 사례

조세특례제한법
<p>제7조(중소기업에 대한 특별세액감면) ① 중소기업 중 다음 제1호의 감면 업종을 경영하는 기업에 대해서는 2025년 12월 31일 이전에 끝나는 과세연도까지 해당 사업장에서 발생한 소득에 대한 소득세 또는 법인세에 제2호의 감면 비율을 곱하여 계산한 세액상당액(제3호에 따라 계산한 금액을 한도로 한다)을 감면한다. 다만, 내국법인의 본점 또는 주사무소가 수도권에 있는 경우에는 모든 사업장이 수도권에 있는 것으로 보고 제2호에 따른 감면 비율을 적용한다.</p> <p>1. ~ 3. (생략) ② ~ ⑤ (생략)</p>

지방세특례제한법
<p>제27조(근로복지공단 지원을 위한 감면) ① 「산업재해보상보험법」에 따른 근로복지공단(이하 이 조에서 “근로복지공단”이라 한다)이 같은 법 제11조제1항제1호부터 제5호까지, 제6호 및 제7호의 사업에 직접 사용하기 위하여 취득하는 부동산에 대해서는 취득세의 100분의 25를 2027년 12월 31일까지 경감한다.</p> <p>② (생략)</p>

다) 세법에 따른 조세감면의 방법

조세감면 조치를 하려고 할 때 「소득세법」, 「법인세법」 등 개별 세법에서 각각 소득세·법인세 감면 규정을 두거나, 취득세, 재산세, 담배소비세 등 지방세를 규정한 「지방세법」에서 지방세 감면 규정을 두어 직접 감면 조치를 시행할 수 있다. 그리고 이들 개별 세법에서 정하지 않은 조세특례를 한정적으로 인정하기 위해 「조세특례제한법」과 「지방세특례제한법」을 두고 있다.

개별 세법이 해당 세법상의 부과 대상 조세를 감면하는 것과는 달리 「조세특례제한법」과 「지방세특례제한법」에서는 다른 세법상의 조세를 감면하는 경우에 이용된다. 경기 변동이나 경제 상황을 고려하여 한시적으로 조세특례를 인정하려는 경우, 특정 사업이나 산업 부문에 대해 둘 이상의 조세를 감면하려는 경우 등 개별 세법에서 정하는 것이 적합하지 않은 경우에 규정한다.

[입법례] 여러 세목의 감면을 인정한 사례

조세특례제한법

제121조의2(외국인투자에 대한 법인세 등의 감면) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 하기 위한 외국인투자(「외국인투자촉진법」 제2조제1항제4호에 따른 외국인투자를 말한다. 이하 이 장에서 같다)로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 외국인투자에 대해서는 제2항, 제4항, 제5항 및 제12항에 따라 법인세, 소득세, 취득세 및 재산세(「지방세법」 제111조에 따라 부과된 세액을 말한다. 이하 같다)를 각각 감면한다.

1. ~ 3. (생략)

② ~ ⑩ (생략)

「지방세특례제한법」은 지방세 감면에 대한 사안별 일몰제를 도입하고 지방세 특례의 사전·사후 관리를 체계적으로 수행하기 위해 제정된 법률로서 농어업, 사회복지, 교육 및 과학 기술, 문화 및 관광, 수송 및 교통, 국토 및 지역개발, 공공행정 등에 대한 지방세 감면 및 특례에 관한 사항을 규정하고 있다. 일몰제 및 사전·사후 관리를 통해 그 효과를 검증할 필요가 있는 지방세 감면과 특례 규정은 「지방세법」보다 「지방세특례제한법」에 규정하는 것이 법체계상 바람직하다.

[입법례] 일몰제를 도입하여 지방세를 감면한 사례

지방세특례제한법

제80조(공장의 지방 이전에 따른 감면) ① 대도시에서 공장시설을 갖추고 사업을 직접 하는 자가 그 공장을 폐쇄하고 과밀억제권역 외의 지역으로서 공장 설치가 금지되거나 제한되지 아니한 지역으로 이전한 후 해당 사업을 계속하기 위하여 취득하는 부동산에 대해서는 취득세를 2027년 12월 31일까지 면제하고, 재산세의 경우 그 부동산에 대한 납세의무가 최초로

성립하는 날부터 5년간 면제하고 그 다음 3년간 재산세의 100분의 50을 경감한다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 감면한 취득세 및 재산세를 추징한다.

1. 공장을 이전하여 지방세를 감면받고 있는 기간에 대도시에서 이전 전에 생산하던 제품을 생산하는 공장을 다시 설치한 경우
2. 해당 사업에 직접 사용한 기간이 2년 미만인 상태에서 매각·증여하거나 다른 용도로 사용하는 경우

② 제1항에 따른 공장의 업종 및 그 규모, 감면 등의 적용기준은 행정안전부령으로 정한다.

라) 세법 외의 법률에 두는 조세감면 규정

「조세특례제한법」 제3조제1항 및 「지방세특례제한법」 제3조제1항에서는 해당 법률에서 열거한 법률 외의 법률로는 직접 조세감면 조치할 수 없도록 규정하고 있다. 그러나 각종 사업법, 지원법, 육성법 등에서는 특정 사업이나 산업 부문에 세제 지원을 하려는 경우 「조세특례제한법」, 「지방세특례제한법」, 개별 세법 등에서 정하는 바에 따라 조세 지원을 받을 수 있도록 하는 규정을 두는 경우가 있다.

[입법례]

건축서비스산업 진흥법

제32조(조세의 감면) 국토교통부장관 및 시·도지사는 이 법에 따른 건축서비스산업의 진흥에 관한 시책을 효율적으로 추진하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 건축서비스사업자에 대하여 「조세특례제한법」 및 「지방세특례제한법」에 따라 조세를 감면할 수 있다.

개성공업지구 지원에 관한 법률

제16조(조세 감면) 정부는 개성공업지구에 투자를 장려하기 위하여 개성공업지구에 투자한 남한 주민에게 필요한 경우에는 「조세특례제한법」으로 정하는 바에 따라 조세를 감면할 수 있다.

[입법례] 감면 대상 조세의 종목까지 규정한 사례

2018 평창 동계올림픽대회 및 동계패럴림픽대회 지원 등에 관한 특별법

제61조(조세 및 부담금의 감면 등) ① 국가 또는 지방자치단체는 특구개발사업의 원활한 시행을 위하여 필요한 경우에는 특구사업시행자 및 특구에 입주하는 국내외 입주기업(이하 “입주기업”이라 한다)에 대하여 「조세특례제한법」, 「관세법」 및 「지방세특례제한법」 등 관계 법률에서 정하는 바에 따라 법인세·소득세·관세·종합부동산세·부가가치세·취득세·등록면허세 및 재산세 등의 조세를 감면할 수 있다.

② 국가 또는 지방자치단체는 공공기관이 소유하고 있는 특구의 회원제 골프장 등 중과세 물건에 대하여 「지방세특례제한법」 등 관계 법률에서 정하는 바에 따라 재산세를 경감할 수 있다.

③ 국가 또는 지방자치단체는 공공기관이 소유하고 있는 특구의 콘도미니엄이나 호텔, 빌라를 매입한 법인에 대하여는 매입비용에 대하여 「조세특례제한법」 등 관계 법률에서 정하는 바에 따라 법인세를 경감할 수 있다.

④ (생략)

그러나 「조세특례제한법」, 「지방세특례제한법」 또는 개별 세법에서 조세감면 조치를 규정하지 않는 이상 개별법상의 감면 규정은 훈시적 규정에 불과한 것이고, 자칫 납세자가 해당 법률 규정에 따라 바로 조세감면 조치를 받을 수 있는 것처럼 오해할 수 있으므로 규정하지 않는 것이 바람직하다.

라. 조례로 지방세를 규정하는 경우

지방자치단체는 자치입법권을 가지고 있으나, 조례로 지방세에 관하여 정하는 것은 헌법 원칙인 조세법률주의의 한계 안에서 인정된다고 할 것이다.³²⁹⁾

「지방세기본법」 제5조에서는 지방자치단체는 지방세의 세목(稅目), 과세 대상, 과세표준, 세율, 그 밖에 지방세의 부과·징수에 필요한 사항을 정할 때에는 같은 법 또는 지방세

329) 헌법재판소는 “조례권을 행사할 수 있는 한계로서 첫째, 법령의 범위 안에서 둘째, 지방자치단체의 사무에 관한 사항이어야 하는 것으로 제한하고 있다. 지방자치단체의 자치입법권인 조례를 제정할 권한을 부여한 필연적인 결과로 지방자치단체에는 과세권이 있고, 이 과세권은 헌법이 보장하는 권리이므로 조세법률주의와 조세평등주의 원칙이 적용되는 것이다”라고 밝히고 있다(헌법재판소 1998. 4. 30. 선고 96헌바62 결정).

관계법에서 정하는 범위에서 조례로 정하도록 하고, 그 조례 시행에 따르는 절차와 그 밖에 조례 시행에 필요한 사항을 규칙으로 정할 수 있다고 규정하고 있다. 「지방세법」 제11장(제141조 및 제148조까지)에서는 발전용수, 지하수, 지하자원, 컨테이너 등에 대하여 지역자원시설세를 과세할 수 있도록 과세요건을 규정하고, 지역자원시설세를 부과할 지역과 부과·징수에 필요한 사항은 지방자치단체가 조례로 정하도록 하고 있다.

「지방세법」 제112조제1항에서는 재산세 도시지역분도 부과 여부를 조례로 정하도록 하고 있다. 또한, 담배소비세, 지방소비세, 면허분 등록면허세, 레저세, 주행분 자동차세를 제외한 세목에 대해서는 조례로 탄력적으로 세율을 정할 수 있도록 하고 있다.

그리고 「지방세특례제한법」 제4조에서는 지방자치단체는 서민생활 지원, 농어촌 생활환경 개선, 대중교통 확충 지원 등 공익을 위하여 지방세의 감면이 필요하다고 인정될 때와 특정지역의 개발, 특정산업·특정시설의 지원을 위하여 지방세의 감면이 필요하다고 인정될 때에는 조례로 3년의 기간 이내에서 지방세의 세율경감, 세액감면과 세액공제를 할 수 있다고 규정함으로써 위임의 구체성을 완화된 형태로 조례에 의한 지방세 감면을 인정하고 있다.

다만, 지방소득세를 제외하고는 「지방세특례제한법」에서 정하고 있는 지방세 감면은 추가로 확대할 수 없도록 하고, 조례에 따라 감면된 지방세액이 지방세 감면규모를 초과한 경우 그 다음 연도의 지방세 감면은 대통령령으로 정하는 바에 따라 축소·조정된 지방세 감면규모 이내에서 조례로 정할 수 있도록 하고 있다.

18. 재정·회계 제도

가. 재정의 의의

일반적으로 ‘재정’이라고 하면, ‘국가나 지방자치단체가 그 존립에 필요한 재원을 획득하기 위해 일반 통치권을 토대로 국민에게 명령하고 강제하는 작용과 그 재산을 관리하고 회계를 정리하는 작용’을 말한다. 여기서 ‘국민에게 명령하고 강제하는 작용’은 ‘재정권력작용’이라 할 수 있고, ‘재산을 관리하고 회계를 정리하는 작용’을 ‘재정관리작용’이라고 부를 수 있다.

일반적으로 재정 법제라고 부르는 것은 주로 재정관리작용에 속하는 법제도를 말한다.

재정관리작용은 권력행사를 내용으로 하지 않으므로 본질적으로 사인(私人)의 회계관리 등 재산관리와 차이가 없다. 그렇지만 국가나 지방자치단체의 재정은 어떻게 관리되느냐에 따라 국가나 지방자치단체의 경제나 국민생활에 큰 영향을 미치게 되므로, 특히 공정하게 관리되어야 한다는 요청이 높다. 그래서 엄정관리주의와 건전재정주의 등을 이 분야의 지도원리로 하여 많은 법률이 만들어져 있다.

나. 재정에 관한 법체계

국가의 수입과 지출을 관리하는 기본 제도를 규정하고 있는 「국가재정법」이 가장 기본이 되는 법률이다. 「국가재정법」에서는 우선 국가의 회계를 일반회계와 특별회계로 구분하고, 세입·세출 외로 운영하는 기금을 인정하고 있다. 특별회계와 기금은 법률로 설치하도록 하고 있다. 특별회계와 기금은 그 설치·관리에 관한 법률이 따로 있지만, 「국가재정법」도 여전히 적용된다.

일반회계의 관리는 「국가재정법」에 따라 규율되고, 개별 법률에서 일반회계의 관리에 관하여 일부 특례를 규정한 경우도 있다.

그리고 국가회계기준 등 국가회계의 기본이 되는 사항에 대해 「국가회계법」이 마련되어 있는데, 같은 법 제10조에서는 일반회계, 특별회계, 기금의 회계 및 결산에 관하여는 같은 법을 우선하여 적용한다고 규정하고 있어 그 예외가 인정되지 않는다.

한편 지방자치단체의 재정과 회계에 관한 사항은 「지방자치법」에 기본적인 사항을 정하고 있고, 「지방재정법」과 「지방회계법」³³⁰⁾에서 보다 상세히 규율하고 있다. 예산, 회계에 관한 부분은 「국가재정법」, 「국가회계법」 및 「보조금 관리에 관한 법률」 등 국가재정 관련 법령 체계와 유사하다.

다만, 지방재정건전주의 원칙을 보다 확실히 담보하기 위해 「지방자치법」에서는 지방재정 자율성의 원칙과 건전재정주의 원칙을 명시하고 있고,³³¹⁾ 「지방재정법」에서 지방자치단체 재정의 건전화를 보다 확실히 보장하기 위해 지방자치단체의 재정지출을 제한하거나 재정위기관체, 긴급재정관리단체의 지정 등 지방재정을 감시·감독·제한하는 여러 규정을 두고 있다.

330) 「지방회계법」은 2016. 5. 29. 법률 제14197호로 「지방재정법」에서 분법되었다.

331) 2014년 1월 21일 법률 제12280호로 「지방자치법」 제122조제3항(현행 제137조제3항)이 신설되어, 국가는 국가행정기관 등의 신설·확장·이전·운영과 관련된 비용을 지방자치단체에 부담시킬 수 없도록 하고 있다.

다. 재정·회계 제도

1) 일반회계의 원칙

예산은 일정한 기간 보통 1년간의 국가나 지방자치단체 재정 활동인 수입과 지출을 체계적으로 총괄한 재정계획서이다. 이러한 수입과 지출은 재정 상태를 명확히 하기 위해 원칙적으로 총수입과 총지출이 계상되어야 할 뿐만 아니라 단일 예산으로 편성되어야 한다. 국가나 지방자치단체의 수입과 지출을 회계로 통일하여 정리하도록 하는 단일 예산의 원칙은 수입과 지출 간에 특별한 견련(牽聯)관계를 단절하고, 모든 수입을 일괄하여 여기에서 일체의 경비를 지출하는 일반회계를 원칙으로 하고 있다.

2) 특별회계 제도

단일 예산의 원칙은 재정의 통일을 기하고 의회의 재정감독권을 용이하게 할 수 있다는 장점이 있으나, 국가나 지방자치단체 사업의 다양성과 재정규모의 증가에 적절히 대처하기 어렵다는 단점이 있다. 이를 보완하기 위해 특별회계 제도를 인정하고 있다. 이는 단일 예산의 원칙에 대한 예외로서 국가나 지방자치단체의 특별한 필요에 의하여 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당하게 하는 것으로서 일반회계의 세입·세출과 구분되는 회계이다.

특별회계는 국가나 지방자치단체에서 특정한 사업을 운영할 때, 특정한 자금을 보유하여 운영할 때, 그 밖의 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당함으로써 일반회계와 구분하여 회계처리 할 필요가 있을 때만 예외적으로 인정된다. 특히 국가의 특별회계는 「국가재정법」 별표 1에서 정하는 법률에 의해서만 그 설치가 허용되고, 지방자치단체의 특별회계는 법률이나 조례로 설치가 허용되나 조례로 설치할 때에는 5년의 범위에서 특별회계의 존속기한을 조례로 명시하도록 하고 있다.³³²⁾ 특별회계의 남설(濫設)은 예산을 복잡하게 하여 예산 규모나 예산 구조를 파악하는 데에 어려움이 있고, 예산을 특정 사업에만 쓸 수 있도록 하여 예산의 경직성을 초래하기 때문이다.

332) 「지방재정법」 제9조제3항은 지방자치단체가 특별회계를 설치하려면 법률에 따라 의무적으로 설치·운용하는 특별회계를 제외하고는 5년 이내의 범위에서 특별회계의 존속기한을 해당 조례에 명시하도록 하고 있다.

[입법례] 특별회계의 설치를 법률에 명시한 사례

지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법

제74조(지역균형발전특별회계의 설치) 지방시대 종합계획 및 지역균형발전시책 지원 관련 사업을 효율적으로 추진하기 위하여 지역균형발전특별회계(이하 “회계”라 한다)를 설치한다.

3) 기금

국가 또는 지방자치단체는 특정한 자금을 운영할 필요가 있는 경우에 법률 또는 조례로서 세입·세출예산에 의하지 않고 기금을 운용할 수 있다.³³³⁾

4) 자금

「국가재정법」 제95조는 국가는 법률로 정하는 경우에만 특별한 자금을 보유할 수 있다고 규정하고 있다. 그러나 이 자금의 관리 방식에 대해서는 아무런 규정이 없어 아직 제도화되었다고 보기는 어렵고, 국가(정부)가 자금을 조성하여 보유할 수 있도록 한 예는 찾아보기 힘들다.

[입법례] 정부가 자금을 설치할 수 있도록 한 사례³³⁴⁾

산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률

제58조(녹색자금) ① 산림청장은 산림환경을 보호하고 산림의 기능을 증진하며 해외산림자원을 조성하는 데에 드는 경비 및 사업비를 지원하기 위하여 산림환경기능증진자금(이하 “녹색자금”이라 한다)을 설치한다.

- ② 녹색자금은 산림청장이 운용·관리한다.
- ③ 녹색자금은 다음 각 호의 재원(財源)으로 조성한다.

333) 자세한 내용은 19. 기금에서 설명한다.

334) 녹색자금의 경우, 「산림자원의 조성 및 관리에 관한 법률」에는 “자금”을 조성하는 것으로 기술되어 있으나, 자금의 재원과 용도가 명확히 기술되어 있고, 녹색자금의 운용계획을 수립하도록 하고 있으며, 녹색자금 결산서를 국회에 보고하도록 하고, 녹색자금운용심의회를 구성·운영하여 자금사용계획 등에 대해 심의하도록 하고 있는 점 등에 비추어 보면 기금과 거의 유사한 성격으로 보인다.

- 1. ~ 4. (생략)
- ④ 녹색자금은 산림의 환경기능증진 및 해외산림자원의 조성에 관한 다음 각 호의 사업에 사용할 수 있다.
- 1. ~ 9. (생략)
- ⑤ 대통령령으로 정하는 기관이나 단체가 제4항 각 호의 사업을 수행하는 경우에는 그에 필요한 경비를 녹색자금에서 우선하여 지원할 수 있다.
- ⑥ 녹색자금의 운용·관리에 필요한 그 밖의 사항은 대통령령으로 정한다.

라. 재정·회계의 처리기관

1) 「국가재정법」에 따른 중앙관서의 장과 「지방재정법」에 따른 지방자치단체의 장

「국가재정법」 제6조제2항 및 제3항에서는 재정 및 회계의 처리기관을 “중앙관서의 장”으로 규정하고 있다. 같은 법 제6조제2항에서 “중앙관서”란 헌법 또는 「정부조직법」, 그 밖의 법률에 따라 설치된 중앙행정기관을 말한다고 규정하고 있다. 「정부조직법」 제2조제2항에서 중앙행정기관을 부·처·청과 방송미디어통신위원회·공정거래위원회·국민권익위원회 등으로 하고 다른 법률로 중앙행정기관을 설치할 수 없도록 하고 있다.

중앙행정기관은 아니지만 재산관리나 회계처리를 위해 중앙행정기관의 지위를 인정할 필요가 있을 때에는 “예산관련 업무에 관하여(또는 「국가재정법」 및 「국가회계법」을 적용하는 경우) …의 장은 「국가재정법」 제6조제2항에 따른 중앙관서의 장으로 본다”라고 「국가재정법」을 인용하여 표현한다. 국가인권위원회³³⁵⁾ 등이 이에 해당한다.

「지방자치법」과 「지방재정법」은 지방자치단체의 장과 지방의회의 재정상의 권한과 책임을 구분하여 규정하고 있다. 다만, 「지방회계법」 제8조제1항에서 “지방자치단체의 장은 해당 지방자치단체의 회계에 관한 사무를 총괄·관리한다”고 규정하고 있어 “지방자치단체의 장”을 지방자치단체의 회계의 처리기관으로 볼 수 있다. 지방재정의 건전성 확보를 위해

335) 「국가인권위원회법」

제6조(위원장의 직무) ⑤ 위원장은 위원회의 예산 관련 업무를 수행할 때 「국가재정법」 제6조제3항에 따른 중앙관서의 장으로 본다.

행정안전부장관 또는 상급 지방자치단체의 장에게 상당한 재정 지출에 관한 통제·조정 권한을 부여하고 있다.³³⁶⁾

2) 「국가재정법」 제6조제1항에 따른 독립기관

「국가재정법」 제6조제1항에 따른 독립기관이란 국회, 대법원, 헌법재판소와 중앙선거관리위원회를 말한다. 즉, 헌법기관을 말하는 것이다. 이와 같은 독립기관에는 「국가재정법」상 몇 가지 특례가 주어진다.³³⁷⁾

마. 일반회계에 대한 특례 규정

회계상 특별한 취급이 필요하면 특별회계나 기금을 설치하게 되므로, 일반회계를 운용하는 경우에 「국가재정법」이나 「지방재정법」에 대한 특례를 규정한 것은 많지 않다. 특별회계나 기금을 설치할 정도에 이르지 않는 부분적 사항에 대한 좁은 범위의 특례가 필요한 경우가 대부분이다.

1) 예산총계주의원칙과 그 예외

「국가재정법」 제17조 및 「지방재정법」 제34조에서는 예산총계주의를 규정하고 있다. 즉 한 회계연도의 모든 수입을 세입으로 계상해야 하고, 모든 지출을 세출로 정리해야 한다. 행정기관이 수납한 수입을 국고로 세입조치하지 않고 바로 지출해 버리면 국가나 지방자치단체의 예산의 전체 규모를 알 수 없게 되어 버리기 때문이다. 예산총계주의원칙은 국가 및 지방자치단체 재정의 모든 수입과 지출을 예산에 반영함으로써 그 전체를 분명하게

336) 「지방재정법」 제29조 및 제29조의2조에 따른 조정교부금, 같은 법 제33조에 따른 중기지방재정계획의 수립, 같은 법 제38조에 따른 재정지출 기준의 통보, 예산편성기준의 수립 등 국가 또는 상급 지방자치단체의 통제·조정권한을 인정하고 있다.

337) 예산편성 시 기관장의 의견을 최대한 존중하고, 예산을 조정할 때에는 미리 협의하고 감액하는 경우에는 국무회의에서 의견을 구하고, 감액의 규모 및 이유, 감액에 대한 독립기관의 장의 의견을 국회에 제출해야 한다(「국가재정법」 제40조). 이런 독립기관은 아니지만 독립기관과 거의 동일한 처우를 받는 것은 감사원이다(「국가재정법」 제41조). 그 밖에는 「국가정보원법」에서 국가정보원을 독립기관으로 하도록 한 것이 유일한 예외이다(「국가정보원법」 제16조제1항).

함과 동시에 국회(지방의회)와 국민(주민)에 의한 재정상의 감독을 용이하게 하지는 데 그 의의가 있다.^{338),339)}

그러나 모든 국정(행정)운영을 사전에 모두 엄밀하게 예측할 수 없고 성격상 계속 반복되는 사업의 성격을 갖는 것도 많은데, 이를 모두 예산으로 처리할 수도 없는 것이기 때문에 「국가재정법」 제53조에서는 예산총계주의에 대한 일부 예외가 허용되고 있다. 수입대체 경비를 인정하거나, 현물출자, 외국차관을 도입하여 전대(轉貸)하는 경우 등에는 이를 세입·세출예산 외로 처리할 수 있도록 하고 있다. 「지방재정법」 제34조제3항에서도 지방자치단체가 현물로 출자하는 경우와 「지방자치단체 기금관리기본법」 제2조에 따른 기금을 운용하는 경우 등에는 세입·세출예산 외로 처리할 수 있다고 규정하고 있다.

「국가재정법」과 「지방회계법」에서는 예산총계주의를 벗어나 세입·세출예산 외로 처리할 수 있는 일반적인 제도인 수입대체경비 제도를 두고 있지만, 그 적용 범위가 제한적이거나 불분명하여 개별법에서 사정에 따라 예산총계주의에 대한 예외를 두는 경우가 있다. 이러한 경우라도 예산총계주의원칙의 본질적인 부분을 훼손하는 형태로 규정해서는 안 될 것이다.

[입법례] 수입에서 직접 사용을 허용한 사례(수입대체경비 범위의 확장)

공무원 인재개발법
제16조(교육훈련기관의 운영) ① 공무원교육훈련기관의 장은 해당 교육훈련기관을 효율적으로 운영하기 위하여 필요하면 교육훈련시설 및 교육훈련과정 등을 국가기관, 공공단체 또는 민간에 유상(有償)으로 제공할 수 있다.
② 제1항에 따른 수입금은 「국가재정법」 제53조 및 「국고금관리법」 제8조에 따라 수입 대체경비로 회계처리 할 수 있다.

338) 헌법재판소는 예산총계주의원칙을 헌법 제54조제1항에서 “국회는 국가의 예산안을 심의·확정한다.”는 국회의 예산심의·확정권에서 파생된 원칙으로 보고 있다. 국회는 예산심의를 통하여 예산의 전체 규모가 적정한지, 예산이 효율적으로 운용되는지, 예산편성이 국민의 담세능력과 형평성에 부합하는지 등을 감시하여야 하므로 모든 국가재정은 누락 없이 국회의 심의를 받아야 한다는 의미이다(헌법재판소 2004. 7. 15. 선고 2002헌바42 결정).

339) 법제처 2007. 5. 18. 07-0121 해석례 등 참조

[입법례] 세입·세출예산 외로 처리할 수 있도록 한 사례

지방자치단체를 당사자로 하는 계약에 관한 법률

- 제8조(계약의 대행) ① 지방자치단체의 장은 그 관할 행정구역의 시설물 설치 및 유지·관리와 물품 구매 등을 위하여 그 지역 주민들의 대행 요구가 있는 등 특히 필요하다고 인정되면 그 지방자치단체 외의 자로부터 계약 대행을 요청받아 대행할 수 있다.
- ② 제1항에 따라 계약을 대행하는 지방자치단체의 장은 계약 이행에 드는 직접경비와 그 사무 관리에 필요한 경비를 계약 이행 전에 대행을 요청한 자에게 청구하고 이를 사후정산(事後精算)하여야 한다.
- ③ 제2항에 따라 지방자치단체의 장이 청구하여 지급받은 경비는 「지방재정법」에도 불구하고 세입·세출예산 외로 처리할 수 있다.

2) 예산안편성지침에 대한 특례

「국가재정법」 제29조제1항에서는 기획예산처장관은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 받은 다음 연도의 예산안편성지침을 매년 3월 31일까지 각 중앙관서의 장에게 통보하도록 규정하고 있다. 다음 연도의 예산 편성을 할 때에 이 예산안편성지침이 근거가 되기도 하고 예산의 한계가 되기도 한다. 이 예산안편성지침은 전 중앙관서에 공통적으로 적용되는 것이기 때문에 관서별로 보면 다소 융통성이 부족한 측면이 있고 예산편성에 어느 정도 경직성을 초래하기도 한다. 따라서 특정 관서에 적용되는 예산안편성지침을 따로 마련하면 그만큼 예산편성에 있어 현실성과 효율성을 확보할 수 있다.

[입법례] 예산안편성지침을 따로 정하도록 한 사례

책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률

제34조(예산안편성지침) 기획예산처장관은 「국가재정법」 제29조제1항에 따른 예산안편성지침을 작성할 때에는 소속책임운영기관의 특수성이 반영될 수 있도록 소속책임운영기관 및 관계 중앙행정기관의 장의 의견을 들어 지침을 따로 정할 수 있다.

「지방재정법」 제36조제1항에서도 지방자치단체는 법령 및 조례로 정하는 범위에서 합리적인 기준에 따라 그 경비를 산정하여 예산에 계상하도록 하고, 같은 법 제38조제2항에서

지방재정의 건전한 운용과 지방자치단체 간 재정운용의 균형을 확보하기 위하여 필요한 회계연도별 지방자치단체 예산편성기준은 행정안전부령으로 정하도록 하고 있다. 「지방교부세법 시행령」 제12조제1항제3호에서는 지방자치단체 예산편성기준을 위반하여 예산을 편성한 경비를 지출한 경우 이를 위법한 경비지출로 보아 교부세를 감액하거나 반환명령을 할 수 있도록 하고 있다.

3) 세출예산의 전용과 이월

「국가재정법」 제46조제1항에서는 각 중앙관서의 장은 예산의 목적 범위에서 재원을 효율적으로 활용하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 기획예산처장관의 승인을 받아 각 세항 또는 목의 금액을 전용할 수 있도록 규정하고 있다.³⁴⁰⁾ 그러나 이 경우에도 사업 간의 유사성이 있는지, 재해대책 재원 등으로 사용할 시급한 필요가 있는지, 기관운동을 위한 필수적 경비의 충당을 위한 것인지 여부 등을 종합적으로 고려해야 한다. 예산과목 중 장, 관, 항에 속하는 것은 소위 입법과목이라고 하여 이를 변경하려면 국회의 의결을 거쳐야 한다. 그러나 세항과 그 하위의 항목은 행정과목이라고 하여 행정 내부의 일로 취급하고 있어 행정 내부의 의사결정에 따라 변동이 가능하지만 예산집행의 엄정성을 확보하기 위해 최대한 제한하고 있다. 그러나 이에 대해 예외를 인정해야 하는 경우가 없지 않다.

[입법례] 예산의 전용을 허용한 사례

군 책임운영기관의 지정·운영에 관한 법률 ³⁴¹⁾
제29조(예산의 전용) ① 기관장은 「국가재정법」 제46조에도 불구하고 예산집행상 특히 필요한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 세출예산의 각각의 총액 범위에서 각 과목 상호 간에 전용할 수 있다.
② (생략)

340) 제46조제2항에서는 각 중앙관서의 장은 각 회계연도마다 기획예산처장관이 위임하는 범위 안에서 기획예산처장관의 승인 없이도 각 세항 또는 목의 금액을 자체적으로 전용할 수 있도록 규정하고 있다.

341) 「책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률」 제36조제1항, 「우정사업운영에 관한 특별법」 제13조제1항, 「지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법」 제88조제1항도 동일한 취지이다.

회계연도독립의 원칙에 따라 「국가재정법」 제48조제1항에서는 매 회계연도의 세출예산은 다음 연도에 이월하여 사용할 수 없도록 규정하고 있다. 물론 같은 조 제2항에서는 이에 대한 다섯 가지 예외가 인정되고 있으며,³⁴²⁾ 제3항에서는 계속비의 연도별 연부액 중 해당 연도에 지출하지 못한 금액은 계속비사업의 완성연도까지 계속 사용할 수 있게 제한 없이 이월할 수 있도록 규정하고 있다. 「지방재정법」 제50조에서도 이와 유사하게 세출예산의 이월에 관한 규정을 두고 있다.³⁴³⁾

342) 「국가재정법」

제48조(세출예산의 이월) ① 매 회계연도의 세출예산은 다음 연도에 이월하여 사용할 수 없다.

② 제1항에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경비의 금액은 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다. 이 경우 이월액은 다른 용도로 사용할 수 없으며, 제2호에 해당하는 경비의 금액은 재이월할 수 없다.

1. 명시이월비
2. 연도 내에 지출원인행위를 하고 불가피한 사유로 인하여 연도 내에 지출하지 못한 경비와 지출원인행위를 하지 아니한 그 부대경비
3. 지출원인행위를 위하여 입찰공고를 한 경비 중 입찰공고 후 지출원인행위까지 장기간이 소요되는 경우로서 대통령령으로 정하는 경비
4. 공익사업의 시행에 필요한 손실보상비로서 대통령령으로 정하는 경비
5. 정상적 성격의 경비로서 대통령령으로 정하는 경비

③ 제1항에도 불구하고 계속비의 연도별 연부액 중 해당 연도에 지출하지 못한 금액은 계속비사업의 완성연도까지 계속 이월하여 사용할 수 있다.

④ 각 중앙관서의 장은 제2항 및 제3항의 규정에 따라 예산을 이월하는 때에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 이월명세서를 작성하여 다음 연도 1월 31일까지 재정경제부장관, 기획예산처장관 및 감사원에 각각 송부하여야 한다.

⑤ 각 중앙관서의 장이 제2항 및 제3항의 규정에 따라 예산을 이월한 경우 이월하는 과목별 금액은 다음 연도의 이월예산으로 배정된 것으로 본다.

⑥ 매 회계연도 세입세출의 결산상 잉여금이 발생하는 경우에는 제2항 및 제3항의 규정에 따른 세출예산 이월액에 상당하는 금액을 다음 연도의 세입에 우선적으로 이입하여야 한다.

⑦ 기획예산처장관은 세입징수상황 등을 고려하여 필요하다고 인정하는 때에는 미리 제2항 및 제3항의 규정에 따른 세출예산의 이월사용을 제한하기 위한 조치를 취할 수 있다.

343) 「지방재정법」

제50조(세출예산의 이월) ① 세출예산 중 경비의 성질상 그 회계연도에 그 지출을 마치지 못할 것으로 예상되어 명시이월비로서 세입·세출예산에 그 취지를 분명하게 밝혀 미리 지방의회의 의결을 얻은 금액은 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다.

② 세출예산 중 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경비의 금액은 사고이월비(事故移越費)로서 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다.

1. 회계연도 내에 지출원인행위를 하고 불가피한 사유로 회계연도 내에 지출하지 못한 경비와 지출하지 아니한 그 부대 경비
2. 지출원인행위를 위하여 입찰공고를 한 경비 중 입찰공고 후 지출원인행위를 할 때까지 오랜 기간이 걸리는 경우로서 대통령령으로 정하는 경비
3. 공익·공공 사업의 시행에 필요한 손실보상비로서 대통령령으로 정하는 경비
4. 정상적 성격의 경비로서 대통령령으로 정하는 경비

「국가재정법」 제48조제2항에서 이월을 허용하는 예외에 속하지 않는 경우에도 예외를 허용하는 특례를 둔 경우가 있다. 책임운영기관을 두는 경우 일반회계의 경우에도 예산의 이월을 허용하고 있고, 특별회계를 두는 경우 등에 세출예산의 이월을 허용하는 입법례가 많다.³⁴⁴⁾ 그 제도 자체의 성격에 비추어 어느 정도 이월제한에 대한 특례가 부득이한 측면이 있다.

[입법례] 예산의 이월을 허용한 사례

군 책임운영기관의 지정·운영에 관한 법률³⁴⁵⁾

제30조(예산의 이월) ① 매 회계연도의 세출예산 중 부득이한 사유로 해당 회계연도 내에 지출하지 못한 경상적 성격의 경비는 대통령령으로 정하는 범위에서 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다.

② (생략)

02
실
체
규
정

4) 예산의 목적 외 사용금지에 대한 특례

「국가재정법」 제45조에서는 각 중앙관서의 장은 세출예산이 정한 목적 외에 경비를 사용할 수 없다고 규정하고 있고, 제47조제1항에서는 구체적으로 예산이 정한 각 기관 간 또는 각 장·관·항 간에 상호 이용할 수 없다고 구체화하고 있다. 이러한 제한은 법령상 지출 의무의 이행을 위한 경비 및 기관운영을 위한 필수적 경비의 부족액이 발생하는 경우 등 예산집행상 필요에 따라 미리 예산으로써 국회의 의결을 얻은 경우에 기획예산처장관의 승인을 받아 이용하거나 기획예산처장관이 위임하는 범위에서 자체적으로 이용할 수 있다. 또한, 정부조직 등에 관한 법령의 제정·개정 또는 폐지로 인하여 중앙관서의 직무와 권한이 변동되면 기획예산처장관이 그 중앙관서의 장의 요구에 따라 그 예산을 상호 이용하거나 이체(移替)할 수 있도록 예외를 허용하고 있다(「국가재정법」 제47조제2항). 지방자치단

③ 계속비의 회계연도별 필요경비 중 해당 회계연도에 지출하지 못한 금액은 그 계속비의 사업완성 연도 까지 차례로 이월하여 사용할 수 있다.

④ 제1항부터 제3항까지의 규정에 따라 예산을 이월할 때에는 그 이월하는 과목별 금액은 이월 예산으로 배정된 것으로 본다.

344) 「새만금사업 추진 및 지원에 관한 특별법」 제42조, 「교통시설특별회계법」 제11조의2, 「혁신도시 조성 및 발전에 관한 특별법」 제38조, 「지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법」 제89조 등

345) 「책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률」 제37조제1항도 동일한 취지이다.

체 예산에 대해 「지방재정법」 제47조의2³⁴⁶⁾에서도 동일한 취지의 규정을 두고 있다.

장, 관, 항은 앞에서 언급한 바와 같이 입법과목이므로, 행정기관이 임의로 변경하여 지출할 수 없고, 부득이한 경우를 예상하여 「국가재정법」에서 일부 예외를 두고 있으므로, 그 이상의 예외를 인정하기는 어렵다. 다만, 일반회계로 지원되는 경우에도 재해복구라는 특별한 상황을 대비하기 위해 「자연재해대책법」에 유일한 특례가 규정되어 있다.

[입법례] 예산의 목적 외 사용을 허용한 사례

자연재해대책법

제52조(복구예산의 정산 등) ① 지방자치단체의 장은 재해복구사업별로 발생한 재해복구보조금의 집행 잔액을 「국가재정법」 제45조, 제47조제1항부터 제3항까지 및 「보조금 관리에 관한 법률」 제22조에도 불구하고 중앙대책본부장의 승인을 받아 사업비가 부족한 다른 재해복구사업에 충당할 수 있다.

② (생략)

바. 특별회계법의 입법 형식과 내용

「국가재정법」 제4조제1항에서는 국가의 회계는 일반회계와 특별회계로 구분한다고 규정하고 있다. 「지방재정법」 제9조제1항도 지방자치단체의 회계는 일반회계와 특별회계로 구분한다고 규정하고 있다.

국가의 경우 특별회계는 국가에서 특정한 사업을 운영하려는 때, 특정한 자금을 보유하여 운용하려는 때, 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당함으로써 일반회계와 구분하여 회계처리할 필요가 있을 때에 법률로써 설치하되, 「국가재정법」 별표 1에 규정된 법률에 따르지 않고는 이를 설치할 수 없도록 하고 있다. 반면 지방자치단체의 경우 특별회계를 법률이나 조례로 설치할 수 있도록 하되, 목적세에 따른 세입·세출은 다른 법률에 특별한

346) 「지방재정법」

제47조의2(예산의 이용·이체) ① 지방자치단체의 장은 세출예산에서 정한 각 정책사업 간에 서로 이용할 수 없다. 다만, 예산 집행에 필요하여 미리 예산으로서 지방의회의 의결을 거쳤을 때에는 이용할 수 있다.

② 지방자치단체의 장은 지방자치단체의 기구·직제 또는 정원에 관한 법령이나 조례의 제정·개정 또는 폐지로 인하여 관계 기관 사이에 직무권한이나 그 밖의 사항이 변동되었을 때에는 그 예산을 상호 이체(移替)할 수 있다. 이 경우 지방자치단체의 장은 분기별로 분기만료일이 속하는 달의 다음 달 말일까지 그 내역을 지방의회에 제출하여야 한다.

규정이 없으면 반드시 특별회계를 설치·운영하도록 하고 있다.

특별회계에 관한 사항을 정하는 개별 법률들은 그 특별회계의 지원을 받는 사업의 내용만 다를 뿐 그 입법 형식과 체계 및 입법 내용이 거의 유사하게 규정되고 있다.

특별회계를 설치하기 위한 법률은 특별회계만을 규정하는 법률을 만드는 경우와 행정작용을 규정하는 법률 가운데 그 행정작용을 뒷받침하는 특별회계를 설치하는 경우의 두 가지가 있다.

1) 총칙

가) 목적·설치 규정

특별회계에 관한 법률도 다른 법률과 마찬가지로 제1조에는 해당 법률의 입법 목적을 규정하는 목적 규정을 두는데 그 목적이 특별회계를 설치하는 데에 있으므로 통상적으로 목적 규정에서 특별회계를 설치하는 내용을 포함하여 규정한다.³⁴⁷⁾

[입법례]

에너지 및 자원사업 특별회계법

제1조(목적) 이 법은 에너지의 수급(需給) 및 가격 안정과 에너지 및 자원 관련 사업의 효과적인 추진을 위하여 에너지 및 자원사업 특별회계를 설치하고 그 운용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

소방재정지원 및 시·도 소방특별회계 설치법

제1조(목적) 이 법은 소방재정의 안정적 확보와 소방재정 운용의 독립성 강화를 위하여 지방자치단체에 소방재정 관련 특별회계를 설치하고, 그 운용에 관한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

347) 입법례에 따라서는 목적 규정에서 특별회계를 설치하고, 특정 세입으로 특정 세출에 충당하게 함을 목적으로 한다는 내용으로 표현하는 경우도 있는데, 이는 특별회계의 성질상 당연한 것이므로 이러한 규정은 둘 필요가 없다.

나) 특별회계의 관리 주체

특별회계의 관리 주체는 국가의 경우 세입 및 세출을 관리하는 특별회계의 성질로 보아 관계 중앙관서의 장이 되며, 지방자치단체의 경우 해당 특별회계가 설치되어 있는 지방자치단체의 장이 된다. 「국가재정법」에서 중앙관서의 조직별로 세입·세출예산을 구분하도록 함에 따라 일반회계 세입·세출예산의 관리 주체가 소관 중앙관서의 장이 되는 것과 마찬가지로, 「정부기업 예산법」에서도 관계 중앙관서의 장이 기업특별회계를 관리하도록 규정하고 있다.

특별회계의 예산 및 결산이 둘 이상의 중앙관서의 소관에 속하는 사항을 포함하고 있는 경우에는 소관 중앙관서의 조직별로 구분할 수 있도록 하는 것이 회계의 명확화와 책임성 확보를 위해 필요하다.

[입법례] 예산 및 결산을 조직별로 구분한 사례

책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률

- 제28조(계정의 구분) ① 제27조제1항에 따른 책임운영기관특별회계(이하 “특별회계”라 한다)는 책임운영기관특별회계기관별로 계정(計定)을 구분한다.
- ② 제1항에 따른 계정의 명칭·내용과 그 밖의 계정 구분에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ③ 특별회계의 예산 및 결산은 책임운영기관특별회계기관의 조직별로 구분할 수 있다.

다) 계정의 구분

「국가재정법」 제21조에서 세입·세출예산은 필요하면 계정으로 구분할 수 있도록 하고 있다. 자금의 용도에 따라 그 세입·세출을 구분하여 회계처리할 필요가 있는 경우 등에는 계정의 구분에 관한 규정을 둔다. 이 경우에는 당연히 세입·세출 항목도 계정별로 구분하여 규정함으로써 각 계정별로 세입·세출이 회계처리될 수 있도록 한다.

[입법례] 회계의 계정을 구분한 사례

지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법

- 제76조(계정의 구분) 회계는 지역자율계정, 지역지원계정, 제주특별자치도계정 및 세종특별자치시계정으로 구분한다.

2) 세입·세출 규정

가) 일반적인 사항

세입의 재원은 조세수입, 정부출연금, 민간부담금 수입, 공채 등에 의한 차입금 수입, 국유재산 매각 수입, 정부기업의 수입, 수수료 수입 등 다양하다. 국고 내에서의 회계 간의 전입 또는 이입, 계정 간의 전입도 세입의 재원이다.

세출에 포함되는 항목으로는 재화와 용역의 구입, 이자 또는 보조금의 지급, 고정자산의 취득, 공채 상환을 위한 지출 등이 있다.

세입과 세출은 서로 연계되도록 규정해야 한다. 차입금을 세입 재원으로 규정하면서 차입금의 원리금의 상환을 세출 대상에서 제외할 수는 없다. 용자 사업을 실시할 때에는 용자를 세출 대상으로 하고, 용자로 인한 수입금을 세입 재원으로 규정하는 것과 같다.

나) 일반회계 등 다른 회계로부터의 전입

특별회계의 설치목적은 특정한 세입으로 특정한 세출에 충당하기 위해 일반회계와 구분하기 위한 것이다. 따라서 이러한 특별회계에서는 일반회계나 다른 특별회계로부터의 전입은 바람직한 것은 아니다. 그러나 국가에서 특별히 필요하여 수행하는 사업의 수행에 필요한 재원이 부족한 경우 등에는 불가피하게 일반회계 등 다른 회계로부터 전입 받아 사용할 수 있도록 하고 있다.

일반회계 등으로부터의 전입 규정을 둘 때에는 특별회계의 세입 재원을 열거한 각 호의 규정에서 “일반회계로부터의 전입”으로 규정하면 된다. 그 외에 타 회계로부터의 전입을 의무화하거나, 전입의 규모를 확실히 하려는 경우에는 별도의 조항으로 규정해야 한다.

[입법례] 일반회계로부터의 전입을 의무화한 사례

교통시설특별회계법

제8조(일반회계로부터의 전입) ① 정부는 회계연도마다 다음 각 호의 금액에 해당하는 세입 예산액을 일반회계로부터 이 회계에 전입하여야 한다.

1. 「교통·에너지·환경세법」에 따른 교통·에너지·환경세의 1천분의 680에 해당하는 금액 (이하 “교통·에너지·환경세전입액”이라 한다)

2. 「개별소비세법」에 따라 승용차에 부과하는 개별소비세액
 3. 「관세법」에 따라 철도 또는 궤도용 외의 차량 및 그 부분품과 부속품에 부과하는 관세액
- ② ~ ④ (생략)

다) 차입금

「국가재정법」 제18조에 따라 세출은 국채나 차입금 외의 세입을 그 재원으로 하도록 규정하면서 예외적으로 부득이한 경우에는 국회의 의결을 받은 금액의 범위에서 국채나 차입금으로 충당할 수 있도록 하고 있다. 특별회계에도 「국가재정법」이 적용되므로 차입금에 관한 규정을 굳이 둘 필요는 없으나, 실제 개별 특별회계법에서는 특별회계의 세입 부족을 메울 필요가 있으면 외부에서 자금을 일시적 또는 장기적으로 차입(외국정부, 국제협력기구와 외국법인으로부터 도입되는 차관 자금을 포함한다)할 수 있는 규정을 두고 있다.³⁴⁸⁾

[입법례] 차입금 규정을 둔 사례

우체국보험특별회계법

- 제9조(차입) ① 회계에 속하는 경비를 지급하기 위하여 필요하면 회계의 부담으로 장기차입 또는 일시차입을 할 수 있다.
- ② 제1항에 따른 일시차입금은 해당 회계연도의 세입으로 상환하여야 한다.

「국가재정법」에 따르면 장기차입이든 일시차입이든 국회의 의결을 받은 금액의 한도에서 차입하도록 하고 있는데, 장기차입의 경우에는 국회의 의결을 받은 금액의 범위에서 차입하도록 규정하면서도 일시차입의 경우에는 국회의 의결을 언급하지 않은 입법례가 많으므로 입법을 할 때에 주의해야 한다.

348) 일시차입은 세계상의 일시적인 자금의 부족분을 메우기 위해 자금을 용자받아 쓰고 해당 연도 내에 수입으로써 상환해야 하는 것을 말하고, 장기차입은 해당 연도 이후에 상환하는 차입이다.

라) 준비금의 설치 및 예비비의 계상

① 준비금 또는 적립금

특별회계의 결산상 잉여금을 전액 다음 회계연도의 세입에 옮겨 넣어 사용할 수 있도록 규정한다면 특별회계에서 필요한 특정 용도를 위한 자금의 확보에 어려움이 있을 수 있다. 따라서 개별 특별회계법에서는 앞에서 말한 기금이 아닌 준비금이나 적립금 규정을 둬으로써 특정 용도를 위한 자금을 안정적으로 확보하도록 할 수 있다.³⁴⁹⁾

입법례에 따라서는 위와 같이 해당 연도에 사용되지 않은 금액은 준비금으로 적립하도록 하는 경우 외에 잉여금 중 이월손실금을 보전하고 그 잔여금을 적립하도록 한 경우도 있다.

[입법례]

우체국보험특별회계법

제4조(우체국보험적립금의 조성 등) ① 보험금·환급금 등 보험급여를 지급하기 위한 책임준비금에 충당하기 위하여 세입·세출 외에 따로 우체국보험적립금(이하 “적립금”이라 한다)을 둔다.

② 적립금은 다음 각 호의 금액으로 조성한다.

1. 순보험료(보험료 중 부가보험료를 제외한 보험료를 말한다)
2. 적립금 운용수익금
3. 회계의 세입·세출 결산에 따른 잉여금

③ 보험금·환급금 등 보험급여는 적립금에서 지출한다.

제8조(결산서의 작성 및 잉여금의 처리) ① (생략)

② 회계연도마다 회계의 세입·세출 결산에 따른 잉여금이 있으면 이월손실금을 보전(補填)하고 남은 금액은 적립금으로 적립하여야 한다.

③ 과학기술정보통신부장관은 적립금 결산에 따른 잉여금의 일부로 보험계약자 및 소외계층을 위한 공익사업을 할 수 있다.

④ (생략)

349) 「정부기업예산법」 제13조에서 정부기업의 특별회계는 세입·세출 외에 사업의 운영상 필요한 자금을 보유할 수 있다고 규정하여 동 특별회계가 회전자금을 보유할 수 있도록 하고 있는 것도 동일한 취지이다.

② 예비비

예비비는 예산의 신축성을 유지하기 위한 장치로서 「국가재정법」 제22조에 따르면 예측할 수 없는 예산 외의 지출이나 예산초과지출에 충당하기 위하여 일반회계 예산총액의 100분의 1 이내의 금액을 예비비로 용도를 정하지 않고 미리 예산에 계상해 두는 지출항목을 말한다. 「국가재정법」의 규정은 특별회계에도 적용되므로 특별회계에 예비비에 관한 규정을 반드시 둘 필요는 없으나 주의적 규정으로 두는 경우도 있다.

[입법례]

교통시설특별회계법

제11조(예비비) 각 계정은 예측할 수 없는 예산 외의 지출과 예산초과지출에 충당하기 위하여 예비비로 적절하다고 인정되는 금액을 예산에 계상할 수 있다.

마) 예산 편성상의 특례

특별회계는 그 나름대로 특수성을 가지고 있기 때문에 특별회계로 설치된 것이다. 따라서 특별회계 예산을 편성하기 위한 지침을 일반회계와 동일하게 하는 경우에는 기대했던 효과에 미흡하게 되는 경우도 있을 수 있다. 이에 예산안편성지침을 작성할 때 특별회계 예산의 특수성이 반영될 수 있도록 관계 기관의 장의 의견을 듣게 하거나 아예 특수성을 반영하도록 하는 규정을 두기도 한다.³⁵⁰⁾

[입법례] 특수성을 반영하도록 의무화한 사례

우정사업 운영에 관한 특례법

제12조(예산안편성지침) 기획예산처장관은 「국가재정법」 제29조제1항에 따른 예산안편성지침을 작성할 때에는 과학기술정보통신부장관의 의견을 들어 우정사업의 기업적 특수성을 반영하여야 한다.

350) 「지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법」 제84조제1항, 「책임운영기관의 설치·운영에 관한 법률」 제34조 등

3) 결산 관련 규정

가) 예산의 이월 등

회계연도독립의 원칙에 따라 「국가재정법」 제48조제1항에서는 매 회계연도의 세출예산은 다음 연도에 이월하여 사용할 수 없도록 규정하고 있다. 물론 같은 조 제2항에서는 이에 대한 다섯 가지 예외가 인정되고 있으며, 제3항에서는 계속비의 연도별 연부액 중 해당 연도에 지출하지 못한 금액은 계속비사업의 완성연도까지 계속 이월하여 사용할 수 있도록 제한 없이 이월할 수 있도록 규정하고 있다.

그런데 특별회계는 일반회계와 달리 그 회계 안에서만 운용하는 것이므로, 특별회계의 성질에 비추어 지출을 좀 더 탄력적으로 운용할 필요가 있으면 「국가재정법」에 따른 이월 제한 규정에 상관없이 해당 연도에 지출하지 않은 것은 다음 연도에 이월하여 사용할 수 있도록 하는 규정을 두는 경우가 많다.

그리고 특별회계의 경우에도 「국가재정법」 제47조제1항에 따라 예산을 이용하거나 제46조 제1항에 따라 전용할 수 있다. 그러나 이 한계를 벗어나 전용해야 할 경우에는 특례를 둔다. 특별회계의 경우에는 세출예산의 총액 범위에서 각 과목 간 이용과 전용을 허용하는 특례를 두기도 한다.

[입법례] 세출예산의 이월을 허용한 사례

에너지 및 자원사업 특별회계법³⁵¹⁾

제9조(세출예산의 이월) 특별회계의 세출예산 중 해당 회계연도 내에 지출하지 아니한 금액은 「국가재정법」 제48조제1항에도 불구하고 다음 회계연도에 이월하여 사용할 수 있다.

351) 「농어촌구조개선 특별회계법」 제8조, 「신행정수도 후속대책을 위한 연기·공주지역 행정중심복합도시 건설을 위한 특별법」 제49조, 「아시아문화중심도시 조성에 관한 특별법」 제46조 등에서도 유사한 규정을 두고 있다.

[입법례] 예산 이용 및 전용의 특례를 규정한 사례

우정사업 운영에 관한 특례법

제13조(예산의 이용 및 전용) ① 과학기술정보통신부장관은 「국가재정법」 제46조·제47조와 「정부기업예산법」 제20조에도 불구하고 예산집행상 특히 필요한 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 우편사업특별회계, 우체국예금특별회계 또는 우체국보험특별회계의 세출예산 각각의 총액 범위에서 각 과목 상호간에 이용(移用)하거나 전용(轉用)할 수 있다.

②·③ (생략)

나) 잉여금

잉여금은 결산상의 잉여금을 말하며, 1회계연도에 수납된 세입액에서 지출된 세출액을 차감한 금액을 말한다. 다시 말하면 수입예산초과 수입액과 불용액을 합한 금액이다. 여기서 불용액은 세출예산을 잘못 예측·편성하여 집행하지 못한 경우와 세출예산에 반영했으나 사정의 변경으로 이를 일부만 집행한 경우에 발생한다.

「국가재정법」 제90조에 따르면 매 회계연도 세입·세출의 결산상 잉여금 중 다른 법률에 따른 것과 이월액을 공제한 금액(이하 “세계잉여금”이라 한다)은 「지방교부세법」 제5조 제3항에 따른 교부세의 정산과 「지방교육재정 교부금법」 제9조제3항에 따른 교부금의 정산에 사용할 수 있으며, 세계잉여금 중 국채 또는 차입금의 원리금 상환, 국가배상금, 공공자금관리기금의 용자계정의 차입금(예수금을 포함한다)의 원리금 등에 사용하거나 출연한 금액을 공제한 잔액은 다음 연도의 세입에 이입해야 한다. 이월액을 공제한 잔액은 국무회의의 심의를 거쳐 대통령의 승인을 받아 세계잉여금이 생긴 다음 연도까지 세출예산에 구애됨이 없이 차입금의 원리금상환, 국가배상금의 용도 등에 사용할 수 있도록 하고 있다. 따라서 이와 달리 처리하려 한다면 특별회계법에 특례를 규정할 필요가 있다.

[입법례] 잉여금 처리의 특례를 규정한 사례

등기특별회계법

제5조(잉여금의 처리) 이 회계에 있어서 결산상 잉여금이 있을 때에는 이를 다음 연도의 세입에 이입한다. 다만, 필요하다고 인정할 때에는 잉여금 중 일부를 일반회계에 전입한다.

4) 사무위탁과 감독

특별회계의 관리와 운용의 주체는 중앙관서의 장으로 되어 있으나 관리와 운용을 일반 행정기관에서 하는 것보다는 전문기관이나 단체에 위탁하여 업무를 수행하도록 하는 것이 필요하다고 인정되면 관리와 운용 업무의 일부를 위탁하여 처리하도록 한다(예: 용자사업에서 금융회사에 위탁하여 처리하도록 하는 경우). 위탁하려는 경우에는 위탁 근거와 함께 수탁기관의 회계기관 임명 근거를 두어야 한다.

개별 특별회계법에서는 회계직원의 책임에 관해서는 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」을 준용한다는 규정을 두고 있으나 이는 불필요한 규정이다. 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」이 직접 적용되어 책임을 물을 수 있기 때문이다. 업무를 위탁하는 경우에는 감독 업무의 효율화를 위해 감독 규정을 두는 것이 바람직하다.

[입법례] 사무위탁과 감독 규정을 둔 사례

농어촌구조개선 특별회계법

제12조(용자사업 취급사무의 위탁) ① 농림축산식품부장관은 제4조·제4조의2 및 제5조에 따른 용자사무를 「은행법」에 따른 은행, 「산림조합법」에 따른 산림조합중앙회 및 「농업협동조합법」에 따른 농업협동조합중앙회에 위탁할 수 있다.

② 농림축산식품부장관은 다음 각 호의 사무의 일부를 「농업·농촌 및 식품산업 기본법」 제63조의2제1항에 따라 설립된 농업정책보험금융원(이하 “농업정책보험금융원”이라 한다)에 위탁할 수 있다.

1. ~ 3. (생략)

③ 농림축산식품부장관은 제1항과 제2항에 따라 용자금의 운용·관리에 관한 사무를 위탁한 경우에는 농림축산식품부장관이 정하는 바에 따라 취급수수료와 그 밖에 필요한 경비를 지급할 수 있다.

④ 농림축산식품부장관은 제2항에 따라 용자금의 운용·관리에 관한 사무를 위탁한 경우에는 농업정책보험금융원의 임직원 중에서 그 사무를 수행할 회계관계직원을 임명할 수 있다.

⑤ (생략)

제14조(감독과 명령) 농림축산식품부장관은 제12조에 따라 용자금의 취급사무를 위탁받은 은행·산림조합중앙회·농업협동조합중앙회 또는 농업정책보험금융원에 대하여 위탁업무 감독에 필요한 범위에서 용자사무 또는 용자금의 운용·관리에 관한 보고 또는 관련 서류의 제출을 명하거나 소속 공무원으로 하여금 그 사무를 감독하게 할 수 있다.

5) 유효기간 등

특별회계는 일반회계와 구분하여 회계처리할 필요가 있을 때 특별히 설치하는 것이므로 영구적으로 운영하기보다는 일정 기간을 정하여 운영하는 경우가 많다. 따라서 특별회계를 한시적으로 운영하려는 경우에는 유효기간을 두어야 하고,³⁵²⁾ 유효기간을 두는 경우에는 유효기간 만료로 이 법이 실효되는 경우에 대비하여 해당 특별회계 소속 재산 및 채권·채무의 승계 등 그 처리에 관한 경과규정을 두는 것이 법률관계의 안정과 명확화를 위해 필요하다.

[입법례] 특별회계의 유효기간을 둔 사례

구 농어촌특별세관리특별회계법
부 칙 (법률 제4771호 1994. 8. 1.)
② (유효기간) 이 법은 2004년 12월 31일까지 효력을 가진다.
③ (채권채무의 승계에 관한 경과조치) 이 법의 효력이 종료되는 당시의 이 회계의 채권채무등 모든 권리 및 의무는 농어촌구조개선특별회계법에 의한 농어촌구조개선특별회계가 이를 승계한다.

사. 공공기관 등의 재정회계

1) 공공기관의 재정회계 원칙

「공공기관의 운영에 관한 법률」에서는 공공기관이 따라야 할 재정 및 회계 관련 규정을 두고 있다. 회계연도는 정부회계연도에 따르도록 하고(제38조), 회계원칙(제39조)과 예산(제40조), 결산(제43조), 회계감사인에 관한 규정(제43조의3)을 두고 있다.

공공기관의 재정·회계에 관한 사항은 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서 규정하고 있으므로 개별 법률에서 별도의 규정을 둘 필요는 없다.

352) 유효기간을 부칙에서 두는 것이 일반적이나 본칙에서 두는 경우도 있다.

2) 자본금

공사(公社)는 정부의 출자에 의하여 설립되므로, 공사의 경영합리화와 책임경영체제의 확립을 위해서는 자본금의 규모를 명시하는 것이 필요하다. 개별 공사법에서는 공사의 자본을 정부의 출자금 외에도 주식으로 분할하도록 하는 경우도 있다.

[입법례] 자본금의 규모를 명시한 사례

한국토지주택공사법

제4조(자본금) 공사의 자본금은 65조원으로 하고, 그 전액을 정부가 출자한다.

[입법례] 자본금의 주식분할을 규정한 사례

한국도로공사법

제4조(자본금) ① 공사의 자본금은 50조원으로 한다.

② 제1항에 따른 자본금은 국가, 지방자치단체 또는 「한국산업은행법」에 따른 한국산업은행이 출자하되, 필요한 경우에는 정관으로 정하는 바에 따라 자본금의 2분의 1을 초과하지 아니하는 범위에서 주주를 모집할 수 있다.

③ 공사의 자본은 주식으로 분할하여야 한다.

3) 손익금의 처리

개별 공사법에 따르면 공사의 재정건전화를 위해 일반적으로 손익금의 처리기준에 관한 규정을 둔다. 결산상의 잉여금이 생기면 이월손실금을 보전하고, 이익준비금 및 사업 확장 적립금으로 적립하도록 하며, 손실이 생기면 적립금으로 보전하도록 한다.

[입법례]

한국토지주택공사법

제11조(손익금의 처리) ① 공사는 매 사업연도의 결산결과 이익이 생긴 때에는 다음 각 호의 순으로 이를 처리한다.

1. 이월손실금의 보전
2. 자본금의 2분의 1에 달할 때까지 이익금의 10분의 2 이상을 이익준비금으로 적립
3. 자본금과 동일한 액에 달할 때까지 이익금의 10분의 2 이상을 사업확장적립금으로 적립
4. 자본금과 동일한 액에 달할 때까지 이익금의 10분의 4 이상을 토지은행적립금으로 적립
5. 국고에 납입

② 공사는 매 사업연도의 결산결과 손실이 생긴 때에는 제1항제3호에 따른 사업확장적립금으로 보전하고, 그 적립금으로도 부족할 때에는 같은 항 제2호에 따른 이익준비금으로 보전하되, 그 미달액은 정부가 보전한다. 다만, 손실보전은 「공공주택 특별법」에 따른 공공주택사업, 「산업입지 및 개발에 관한 법률」에 따른 산업단지개발사업 등 대통령령으로 정하는 공익사업에서 발생한 손실에 한정한다.

③ 제1항제2호부터 제4호까지에 따른 이익준비금, 사업확장적립금 및 토지은행적립금은 대통령령으로 정하는 바에 따라 자본금으로 전입할 수 있다.

19. 기금

가. 기금의 의의와 법적 근거

1) 기금의 의의

국가와 지방자치단체의 재정 활동은 주로 일반회계와 특별회계 등 세입·세출 예산에 의하여 운용된다. 그러나 통제 위주의 경직된 예산 제도만으로는 복잡다기한 행정수요에 능동적·탄력적·지속적으로 대응하기 어렵기 때문에 세입·세출예산 외로 운용되는 기금 제도를 두고 있다. 기금은 국가와 지방자치단체가 연구·개발 사업이나 그 밖의 특정 정책 사업 등 특정 부문의 육성과 개발을 촉진하기 위해 원활한 자금 지원을 하려고 하거나 국가와 지방자치단체가 직접 수행하는 사업에 수반되는 자금의 효율적인 운용과 관리를 위해 설치하고 있다.

재정 활동의 일부분으로서 기금은 각각의 설치 근거 법률에 입각한 특수한 기능을 수행하므로 그 기능을 일률적으로 설명할 수 없으나, 자원의 배분 기능, 소득의 분배 기능, 경제 안정과 성장, 금융 기능 등의 다양한 기능을 수행한다.

2) 기금 설치·운용의 근거법

특정한 정책 목적을 달성하고 특정 부문을 지원하기 위해 각종 기금이 적극적으로 활용되어 왔으나, 차츰 그 규모가 증대되어 국민경제에 미치는 영향이 점증하고 기금이 방만하게 운용되는 경향이 나타남에 따라 기금 운용과 재정 운용과의 연계성을 높이고 공공성과 효율성을 조화시킬 수 있도록 하기 위해 「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에서는 기금 제도 전반에 관한 기본 원칙과 기준을 제시하고 있다.

「국가재정법」 제5조제1항에서는 기금은 국가가 특정한 목적을 위해 특정한 자금을 신축적으로 운용할 필요가 있을 때에만 법률로써 설치하도록 제한하고 있으며, 정부의 출연금 또는 법률에 따른 민간부담금을 재원으로 하는 기금은 「국가재정법」 별표 2에 근거법을 열거하지 않고는 설치할 수 없도록 하고 있다. 즉, 기금을 설치하려면 우선 기금법안과 「국가재정법」 별표 2를 개정하는 ‘국가재정법 일부개정법률안’을 동시에 추진해야 한다.

기금을 설치하기 위해 법률은 기금만을 규정하는 법률을 만드는 경우와 행정작용을 규정하는 법률 가운데 그 행정작용을 뒷받침하는 기금을 설치하는 경우의 두 가지가 있다.

한편 국가의 예산에 의하지 아니하고 자금을 운용할 수 있도록 한 「국가재정법」에 따른 국가기금과는 달리 「지방자치법」 제159조에서는 지방자치단체는 행정 목적의 달성을 위한 경우나 공익상 필요한 경우에는 특정한 자금의 운용을 위한 기금을 설치할 수 있다고 규정하고 있고, 이 기금의 설치·운용에 관하여 필요한 사항은 조례로 정하도록 하고 있다. 그런데 「지방자치단체 기금관리기본법」 제3조제1항 및 제2항에서는 법률에 따라 지방자치단체에 재정적 부담이 되는 기금을 설치하려는 경우 소관 중앙행정기관의 장은 기금 신설의 타당성을 심사하기 위해 미리 행정안전부장관과 협의하도록 하고 있고, 행정안전부장관은 기금 설치에 관한 협의를 하는 경우에는 관련되는 지방자치단체의 의견을 들어야 하는 등 법률에 따른 기금 설치를 절차적으로 통제하도록 하고 있다. 「지방자치단체 기금관리기본법」 제3조제3항에서는 「지방자치법」 제159조에 따른 기금은 일반회계 또는 특별회계로 사업을 하는 것이 곤란한 경우에만 설치할 수 있도록 하고 조례로 기금을 설치하는 경우 5년의

범위에서 존속기간을 정하도록 하여³⁵³⁾ 지방자치단체 기금의 무분별한 설치를 억제하고 있다.

「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」은 기금의 전반에 관한 기본 원칙과 기준을 정하고 있어 기금에 관한 일반법의 지위를 가진다. 위 두 법은 기금에 관하여 기본 이념과 기금 운용의 전반에 걸치는 일반 관리 규정을 망라하고 있어 개별법에서는 기금의 설치 근거와 기금의 재원 또는 용도 외에는 규정할 사항이 많지 않다.

「국가재정법」 제65조(다른 법률과의 관계)에서는 기금운용계획안의 작성과 제출 등에 관해서는 다른 법률에 다른 규정이 있는 경우에도 제66조(기금운용계획안의 수립)부터 제68조(기금운용계획안의 국회제출 등)까지, 제68조의2(성인지 기금운용계획서의 작성), 제68조의3(온실가스감축인지 기금운용계획서의 작성), 제69조(증액 동의)부터 제72조(지출사업의 이월)까지의 규정을 적용하도록 규정하여 일부 조항에 대해서는 특별법적 지위를 부여하고 있고 제102조에서는 벌칙³⁵⁴⁾까지 두고 있다.

한편 「국가회계법」 제10조에서는 국가의 일반회계·특별회계 및 기금의 회계 및 결산에 관하여 다른 법률에 우선하여 적용한다고 규정하고 있고, 「지방회계법」 제4조에서는 지방자치단체의 일반회계·특별회계, 기금의 회계 및 결산에 관하여는 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우를 제외하고는 이 법에서 정하는 바에 따른다고 규정하고 있다.

나. 개별 기금 법제의 입법 형식과 내용

개별 기금법들도 기금의 지원을 받는 사업의 내용이 다를 뿐 그 입법 형식·체제와 입법 내용이 거의 유사하게 규정되어 있다.

「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에서 기금 제도의 운영 원칙, 편성, 관리·운영, 결산, 기금 운용의 심의·감독, 평가, 처벌 등에 관한 사항을 거의 망라해 두었으므로, 개별 기금법에서는 이에 대한 특례가 필요한 경우를 제외하고는 이에 관련된 규정을 둘 필요는 없다. 특정 기금과 관련된 사항은 「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에 국민연금기금, 지역상생발전기금 등 일부 기금을 제외하고는 아무런 규정이 없으므로, 개별 기금의 특색이 되는 내용은 개별 기금법에 규정하게 된다. 개별 기금법을 제정하는 기본적인

353) 「지방자치단체 기금관리기본법」 제4조제2항

354) 제102조(벌칙) 공무원이 기금의 자산운용에 영향을 줄 목적으로 직권을 남용하여 기금관리주체 그 밖에 기금의 자산운용을 담당하는 자에게 부당한 영향력을 행사한 때에는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

목적도 여기에 있다고 하겠다. 특히 기금은 특정한 자금을 운영하는 것에 특징이 있기 때문에 재원 조성에 대해 구체적인 규정을 두는 경우가 많다.

개별 기금법은 통상적으로 총칙 규정(기금의 목적·정의와 기금 설치 규정), 기금의 재원과 용도(재원, 외부차입, 용도, 목적 외 사용금지), 기금의 관리와 운용(기금관리 주체, 운용 계획, 기금운용심의회, 자금운용, 기금사무의 위탁), 회계 및 결산(회계연도, 회계처리방식, 회계기관, 결산결과의 처리, 결산보고)의 체제와 순서로 규정하는 것이 일반적이다.

1) 기금법의 입법 형식

기금의 설치·관리와 운용에 관한 사항을 정하고 있는 개별 기금법 중에는 「남북협력 기금법」이나 「군인복지기금법」 등과 같이 특정한 기금의 설치·관리와 운용에 관한 사항만을 정한 기금법이 있다. 이와는 달리 고용보험이나 국민연금사업 등과 같은 특정한 국가사업의 수행에 필요한 사항을 규정하고 있는 법률의 일부 규정에서 해당 사업의 수행에 필요한 자금의 조성과 운용을 위해 기금의 설치를 규정한 경우가 있다.

국가가 수행하려는 특정 사업과 함께 재정적 뒷받침이 되는 자금의 운용에 관한 사항을 동일한 법률에서 규정하는 것이 해당 법률의 적정한 운영에 적합하다고 인정되면 후자의 입법 형식을 취할 것이나, 특정 기금의 재정적 뒷받침을 받고 있는 국가사업의 근거법이 다수이거나 그 밖의 사유로 기금에 관한 사항만을 정하는 기금법의 운용이 적합하다고 인정되면 전자의 방법을 택하게 된다.

2) 기금 설치 규정

「국가재정법」 제5조제1항에 따르면 국가는 특정한 자금을 운용할 필요가 있을 때에는 법률로써 기금을 설치할 수 있다고 규정하고 있으므로 국가가 기금을 설치하려면 법률 규정이 필요하다. 지방자치단체의 기금은 「지방자치법」 제159조에 따라 조례로 설치할 수도 있으나, 각 개별법에서 설치 근거를 두기도 한다. 지방자치단체에 기금을 두는 경우 설치 주체와 기금의 재원·용도를 법률에 규정하되, 기금의 관리·운용에 관한 세부사항은 대통령령이나 조례로 위임하기도 한다. 대통령령이나 조례로 관리·운용을 위임한 경우라도 대통령령이나 조례에서는 「지방자치단체 기금관리기본법」에서 규정한 사항에 모순되거나

저촉되는 규정을 두어서는 안 될 것이다.

기금 설치 규정에서는 반드시 해당 기금을 설치하게 된 목적도 함께 규정한다. 설치 목적을 규정할 때에는 “...을 지원하기 위하여”, “...에 필요한 재원을 확보하기 위하여”, “...재원을 확보하고 ...에 충당하기 위하여” 등 다양한 표현을 적절히 사용할 수 있다.

그런데 국가 기금 설치의 주체를 표현할 때 “국가”, “정부”, “○○장관”으로 규정하는 입법례도 있고, 기금 설치 주체를 규정하지 않은 입법례도 있다. 「국가재정법」 제5조에서는 “기금은 국가가 특정한 목적을 위하여 특정한 자금을 신축적으로 운용할 필요가 있을 때에 한하여 법률로써 설치” 하도록 규정하고 있으므로 기금 설치의 주체를 국가로 하거나 소관 중앙행정기관의 장으로 할 수도 있을 것이나 기금의 설치에는 정관 작성이나登記, 등록 등의 설립행위가 필요한 것이 아니고 기금법의 규정에 따라 바로 설치되는 것이므로 기금 설치 주체를 표시하지 않아도 무방하다.

[입법례] 기금 설치 주체를 명시한 사례

양성평등기본법

제42조(기금의 설치 등) ① 국가는 이 법의 목적을 실현하기 위한 사업 등을 지원하는 데 필요한 재원을 확보하기 위하여 양성평등기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

② ~ ⑤ (생략)

[입법례] 기금 설치 주체를 명시하지 않은 사례

국민체육진흥법

제19조(기금의 설치 등) ① 다음 각 호에 필요한 경비를 지원하기 위하여 국민체육진흥기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

1. ~ 9. (생략)

② 기금은 국민체육진흥계정 및 사행산업중독예방치유계정으로 구분한다.

③·④ (생략)

지방 기금 설치의 주체를 표현할 때 “지방자치단체의 장”으로 규정하나, 지방자치단체로 하여금 특정한 목적의 기금을 조성·운용하는 것을 권장·유도하기 위해 “지방자치단체는 ~ 위하여 기금을 설치할 수 있다”는 규정을 두는 경우도 있다.

[입법례] 지방자치단체의 기금 설치를 권장·유도하는 입법례

지역문화진흥법

제22조(지역문화진흥기금의 조성) ① 지방자치단체는 지역문화진흥을 위한 사업이나 활동을 지원하기 위하여 지역문화진흥기금을 설치할 수 있다.

② 지역문화진흥기금은 지방자치단체의 장이 운용·관리한다.

③ 지방자치단체의 장은 지역문화진흥기금을 조성하기 위하여 개인이나 법인으로부터 기부금품을 받을 수 있다. 이 경우 기부하는 자는 특정 단체 또는 개인에 대한 지원 등 그 용도를 정하여 기부할 수 있다.

④·⑤ (생략)

한편 법률에서 직접 지방자치단체에 기금을 설치하는 경우도 있다. 법률에서 직접 지방자치단체에 기금을 설치한다고 규정하거나 지방자치단체에 설치를 강제하는 경우 해당 기금의 재원이 충분히 확보 가능한 것인지를 살펴야 한다. 이러한 경우 국고보조금 등 정부가 재원을 지원한다는 내용을 명시한 입법례도 있다.

[입법례] 법률로 지방자치단체의 기금을 설치한 사례

의료급여법

제25조(의료급여기금의 설치 및 조성) ① 이 법에 따른 급여비용의 재원에 충당하기 위하여 시·도에 의료급여기금(이하 “기금”이라 한다)을 설치한다.

② 기금은 다음 각 호의 재원으로 조성한다.

1. 국고보조금
2. 지방자치단체의 출연금
3. 제21조에 따라 상환받은 대지급금
4. 제23조에 따라 징수한 부당이득금
5. 제29조에 따라 징수한 과징금
6. 기금의 결산상 잉여금 및 그 밖의 수입금

③ 국가와 지방자치단체는 기금운영에 필요한 충분한 예산을 확보하여야 한다.

④ (생략)

3) 기금의 재원과 용도

가) 기금의 재원 조성

기금은 개별 기금별로 그 목적 수행에 필요한 자금을 조달하기 위해 개별 기금법에 기금의 재원 조성 방법을 규정하고 있다. 통상적인 기금의 재원은 정부 또는 지방자치단체의 출연금·용자금, 개인·단체의 임의·강제 출연금, 부담금, 기금의 차입금, 채권 발행에 의한 자금, 각 회계로부터의 전입금·예탁금, 다른 기금에서 온 예수금·출연금·차입금, 기금운용수익금, 기금 관리 주체의 적립금·결산상 잉여금, 복권 발행으로 조성된 자금, 수입금 등이다.

기금의 재원 조성에 관한 규정의 입법 형식은 거의 정형화되어 있으나 각 입법례에 따라 재원 조성 방법의 내용은 각각 달리 규정되고 있다. 기금 재원 조성방법의 일부를 대통령령으로 위임하는 입법례도 많은데 기금의 조성 방법을 탄력적으로 정하려는 경우에 주로 사용된다.

[입법례]

국민체육진흥법

제20조(기금의 조성) ① 국민체육진흥계정은 다음 각 호의 재원으로 조성하며, 사행산업중독예방치유계정은 「사행산업통합감독위원회법」 제14조의4에서 정하는 바에 따른다.

1. 정부와 정부 외의 자의 출연금(出捐金)
 2. 문화체육관광부장관이 승인하는 광고 사업의 수입금
 3. 삭제
 4. 국민체육진흥계정의 운용으로 생기는 수익금
 5. 「복권 및 복권기금법」 제23조제1항에 따라 배분된 복권수익금
 - 6.·7. (생략)
 8. 그 밖에 대통령령으로 정하는 수입금
- ② ~ ④ (생략)

나) 기금의 용도

① 기금 사용의 유형

기금은 국가나 지방자치단체가 특정 부문의 육성과 개발을 촉진하기 위해 원활한 자금 지원을 하거나 국가나 지방자치단체가 직접 수행하는 사업에 수반되는 자금의 효율적인 운용과 관리를 위해 설치된 것이다. 따라서 기금은 이러한 특정 부문 사업에 필요한 자금을 지출 또는 보조하거나, 해당 사업에 투자 또는 용자하거나, 그 기금의 관리·운용에 필요한 경비의 지출을 위해 사용하게 된다.

[입법례]

독립유공자예우에 관한 법률
제30조(기금의 용도) 기금은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 용도에 사용한다.
1. 독립유공자와 그 유족 또는 가족의 예우 및 생활 안정을 위한 지원금의 지급
2. 독립운동 관련 기념사업, 독립운동가 및 독립운동 사료 발굴 사업
3. 민족정기 선양을 위한 교육·연구 및 이에 부수(附隨)된 사업
4. 기금 조성 경비 및 기금 운용상 필요한 부수 경비
5. 그 밖에 심의회에서 독립유공자의 공훈 선양 등을 위하여 필요하다고 인정하는 사업

② 예산의 이월과 예산목적 외 사용

기금 지출에 대해서도 이월이 제한되어 있고(「국가재정법」 제72조, 「지방자치단체 기금관리 기본법」 제12조), 예산목적 외 사용 금지 규정이 적용되고 있다(「국가재정법」 제85조 및 제45조). 기금의 경우 특별회계와는 달리 예산의 이월, 목적 외 사용에 관한 특례를 규정한 경우가 거의 없다.

다) 기금의 관리·운용

① 기금 관리·운용 업무

기금의 관리·운용 업무는 기금 관리 주체가 되는 중앙관서의 장, 지방자치단체의 장, 공사 또는 공단 등이 수행한다. 그러나 각 개별 기금별 실제 운용은 기금 관리 주체로 하여금 필요하면 그 사무의 일부를 타인에게 위탁하여 처리할 수 있도록 규정하여 기금 운용에 관한 전문기관이나 단체가 위탁받아 처리하게 하는 경우가 많다.

[입법례] 기금의 관리·운용을 위탁한 사례

국가유산보호기금법

- 제6조(기금의 관리 및 운용) ① 기금은 국가유산청장이 관리·운용한다.
- ② 국가유산청장은 기금의 관리·운용에 관한 사무의 전부 또는 일부를 대통령령으로 정하는 바에 따라 「국가유산기본법」 제32조에 따라 설치된 국가유산진흥원이나 국가유산청장이 지정하는 법인에 위탁할 수 있다.
- ③ 기금의 관리·운용에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

기금의 관리·운용에 관한 세부적인 사항은 법률에서 직접 정하지 않고 대통령령(지방자치단체에 설치하는 기금의 경우에는 대통령령 또는 조례)으로 정하도록 위임하는 경우가 많다. 일반적으로 기금의 관리·운용에 관하여 대통령령이나 조례에서 정하는 사항은 기금운용심의회 설치·운영, 기금운용계획의 수립, 여유자금의 운용 방법에 관한 사항 등이다.

[입법례] 기금의 관리·운용에 관한 사항의 위임 사례

범죄피해자보호기금법

- 제5조(기금의 관리·운용) ① 기금은 법무부장관이 관리·운용한다.
- ② 기금의 관리·운용에 관하여 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

범죄피해자보호기금법 시행령

- 제3조(기금운용계획안의 수립) ① 법무부장관이 법 제5조 및 「국가재정법」 제66조에 따라 매년 작성하는 다음 연도의 기금운용계획안은 「범죄피해자 보호법」 제12조에 따른 범죄피해자 보호·지원에 관한 기본계획에 부합하여야 한다.
- ② 법 제7조에 따른 범죄피해자보호기금운용심의회(이하 “심의회”라 한다)는 제1항에 따른 다음 연도 기금운용계획안을 매년 5월 31일까지 심의하여야 한다.
- ③ 심의회가 제2항에 따라 기금운용계획안을 심의하는 경우 「범죄피해자 보호법」 제15조에 따른 범죄피해자보호위원회의 의견을 들을 수 있다.
- 제4조(여유자금의 운용) ① 법무부장관은 기금에 여유자금이 있을 때에는 다음 각 호의 방법으로 운용할 수 있다.
1. 국채·공채 및 「한국은행 통화안정증권법」에 따라 발행되는 통화안정증권의 매매

2. 「은행법」에 따른 은행 및 「우체국예금·보험에 관한 법률」에 따른 체신관서에 예치(預置) 또는 단기 대여
 3. 「공공자금관리기금법」에 따른 공공자금관리기금에의 예탁
- ② (생략)

② 기금운용계획의 수립 등 절차 규정

「국가재정법」 제66조제5항 및 「지방자치단체 기금관리기본법」 제8조제1항에서 기금운용계획의 수립이 의무화되어 있기 때문에 그 내용을 보다 구체화하기 위해 규정을 두어야 하는 경우에는 일종의 도입부로 두는 경우가 아니면 수립을 의무화하는 규정을 따로 둘 필요는 없다.³⁵⁵⁾

한편 「국가재정법」 제65조에서는 기금운용계획안의 작성 및 제출 등에 관하여는 다른 법률에 다른 규정이 있는 경우에도 제66조부터 제68조까지, 제68조의2, 제68조의3, 제69조부터 제72조까지의 규정을 적용하도록 규정하고 있어 이에 대한 특례를 개별법에 두어도 효력이 없으므로 규정하지 않도록 한다. 국가 기금의 회계 및 결산에 대해서는 「국가회계법」 제10조에 따라 「국가회계법」이 다른 법률에 우선하여 적용되므로 국가 기금의 회계 및 결산에 대해서는 「국가회계법」에 저촉되거나 모순되는 규정을 두지 않도록 한다.

③ 기금운용심의회의 설치

「국가재정법」 제74조에서 기금관리주체는 기금의 관리·운용에 관한 중요한 사항을 심의하기 위하여 기금별로 기금운용심의회를 설치하도록 의무화하면서(제1항 본문) 두 가지 예외를 허용하고 있다. 하나는 기금운용심의회를 설치할 필요가 없다고 인정되는 기금의 경우에는 기획예산처장관과 협의하여 설치하지 않을 수 있게 한 것이고(제1항 단서), 다른 하나는 기금의 관리·운용에 관한 사항을 심의하기 위하여 다른 법률에 따라 설치된 위원회 등은 이를 심의회로 보도록 한 것이다(제5항).

한편 「지방자치단체 기금관리기본법」 제13조에서는 기금별로 기금운용심의위원회를 설치·운영할 것을 의무화하되, 기금을 효율적으로 운용하기 위하여 필요한 경우에는 기금운용심의위원회를 통합하여 설치·운영할 수 있도록 하고 있다.

355) 이런 의미에서 「관광진흥개발기금법」 제7조, 「농수산물유통 및 가격안정에 관한 법률」 제60조, 「자유무역협정 체결에 따른 농어업인 등의 지원에 관한 특별법」 제14조 등은 무의미한 규정이다.

따라서 법률에 기금운용심의회나 기금운용심의위원회를 두도록 규정한 경우에도 이미 「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에서 설치가 의무화된 것이기 때문에 그 구성이나 심의 사항을 구체적으로 규정하기 위해 일종의 도입부로 두는 경우가 아니면 설치 규정을 따로 둘 필요는 없다.³⁵⁶⁾

「국가재정법」 제74조제5항에서 다른 법률에 따라 설치된 위원회 등은 이를 심의회로 보도록 하고 있지만, 구체적으로 이 규정의 적용을 받기 위해서는 그 법률에 규정을 두어야 한다.

[입법례] 다른 위원회 등을 기금운용심의회로 지정한 사례

문화예술진흥법
제30조(위원회의 직무) ① (생략)
② 위원회*가 제1항제5호에 따라 문화예술진흥기금의 관리·운용에 관한 중요한 사항을 심의하는 경우에는 위원회를 「국가재정법」 제74조제1항에 따른 기금운용심의회로 본다.
* 한국문화예술위원회

한국국제교류재단법
제11조(이사회) ① 재단의 업무에 관한 중요 사항을 심의·의결하기 위하여 재단에 이사회를 둔다.
② ~ ④ (생략)
⑤ 이사회가 제13조제1항에 따른 국제교류기금의 관리·운용에 관한 중요한 사항을 심의하는 경우에는 이사회를 「국가재정법」 제74조제1항에 따른 기금운용심의회로 본다.

④ 기금의 여유자금 운용 방법

「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에서는 기금의 관리·운용에 관한 기본적인 사항과 기금자산의 운용 원칙을 정하고 있다. 따라서 각 개별 기금법에서는 「국가재정법」과 「지방자치단체 기금관리기본법」에서 규정한 원칙의 범위에서 운용 방법을 정해야 한다.

일반적으로 자금 운용의 대상이 되는 여유자금은 그 발생 유형에 따라 다음과 같은 두 가지 형태로 구분되고 있다.

356) 이런 의미에서 「공적자금상환기금법」 제10조(기금운용심의회)는 무의미한 규정이다. 이와는 달리 「국가유산보호기금법」 제7조(국가유산보호기금심의회) 및 「범죄피해자보호기금법」 제7조(범죄피해자보호기금운용심의회)는 심의회 구성에 대한 세부적인 규정을 두고 있으므로, 이 규정을 위한 도입부로서 심의회를 둔다는 규정을 두고 있다고 하겠다.

첫째, 일상적·장기적으로 발생하는 여유자금이다. 이는 일정한 회계연도의 기금수입이 목적사업 수행 등 기금의 설치 목적 달성에 필요한 해당 연도의 지출소요를 초과함으로써 발생하는 경우이다. 국민연금기금이나 공무원연금기금 등 주로 장래의 지출에 대비하여 적립되는 연금기금 또는 보험기금에서 발생한다. 둘째, 일시적·단기적으로 발생하는 여유자금이다. 이는 기금의 현금 흐름상 수입 시기와 지출 시기에 차이가 발생함에 따라 일시적으로 생기는 경우로 소액인 경우가 많다.

개별 기금법에서 규정되고 있는 기금 운용 방법으로는 공공자금 관리기금에의 예탁, 재정용자 특별회계에의 예탁, 다른 기금에의 예탁, 은행 등 금융회사에의 장단기예탁, 공사채·주식 등 유가증권 취득, 부동산 매입 등이 있다.

[입법례]

복권 및 복권기금법

제28조(여유자금의 운용) 복권위원회는 복권기금에 여유자금이 있을 때에는 다음 각 호의 방법으로 운용할 수 있다.

1. 국채·공채의 매입
2. 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제38조에 따른 기관에의 예탁
3. 그 밖에 대통령령으로 정하는 방법

의료급여법

제26조(기금의 관리 및 운용) ①·② (생략)

③ 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사(이하 “시·도지사”라 한다)는 기금에 여유자금이 있을 때에는 다음 각 호의 방법으로 기금을 운용할 수 있다.

1. 금융기관 또는 체신관서에의 예치
2. 국채·공채의 매입

④ (생략)

라) 기금의 회계 및 결산

① 기금의 회계연도

「국가재정법」 제2조 및 「지방재정법」 제6조는 국가와 지방자치단체의 회계연도는 각각 매년 1월 1일에 시작하여 12월 31일에 종료한다고 규정하고 있다.³⁵⁷⁾ 따라서 개별 기금법에서는 기금의 회계연도와 관련하여 별도의 규정을 둘 필요가 없다.

② 회계방식

「국가회계법」 제11조제1항의 위임에 따라 마련된 재정경제부령인 「국가회계기준에 관한 규칙」 제4조에서는 국가의 회계처리는 복식부기·발생주의 방식으로 한다고 규정하고 있다.³⁵⁸⁾ 기금도 「국가회계법」이 적용되므로 회계처리는 복식부기·발생주의 방식으로 해야 한다.

지방자치단체의 기금의 회계처리도 「지방회계법」 제12조제1항의 위임에 따라 마련된 행정안전부령인 「지방자치단체 회계기준에 관한 규칙」 제5조에 따라 발생주의·복식부기 방식으로 해야 한다.

③ 기금의 회계기관

기금의 회계에는 기금의 관리·운용에 따르는 계약 및 수입·지출의 원인이 되는 행위와 기금수입금의 징수·결정에 관한 업무를 담당하는 자와 기금의 관리·운용에 따른 출납 및 지출 사무를 담당하는 자가 필요하다.

기금의 지출원인행위 및 징수에 관한 사무를 담당하는 자를 ‘기금출납명령관’이라 하고, 기금의 출납 및 지출 사무를 담당하는 자를 ‘기금출납공무원(직원)’이라 한다. 개별 기금법에서는 기금 관리 주체로 하여금 기금의 회계기관으로서 이들 기금출납명령관과 기금출납공무원(직원)을 임명하도록 하고 이들의 회계책임에 관한 사항을 규정한다.

그리고 기금 관리 주체는 회계기관(기금출납명령관, 기금출납담당이사, 기금출납직원 등)을 임명하였을 때에는 감사원, 재정경제부장관, 그 밖의 관계 행정기관의 장과 한국은행 총재에게 통지하도록 규정한다.

357) 「지방자치단체 기금관리기본법」 제7조제1항에서는 “기금의 회계연도는 매년 1월 1일에 시작하여 12월 31일에 종료한다”라고 기금의 회계에 대해 중복하여 규정하고 있다.

358) 「국가회계법」 제정(2007. 10. 17. 공포, 2009. 1. 1. 시행)으로 국가회계에 발생주의·복식부기 방식이 전면 도입되었다. 기존의 현금주의 회계에서는 현금의 수입·지출이 일어날 때를 거래로 인식하였으나 발생주의 회계에서는 경제적·재무적 자원의 변동이 발생하는 시점을 거래로 인식하고 회계처리를 한다. 또한 단식부기는 수입·지출의 결과만을 기록하는 반면 복식부기는 경제적 거래나 사건이 발생할 때 자산·부채, 수익·비용의 변동을 서로 연계시켜 동시에 기록·관리한다(재정경제부 시사경제용어 사전).

[입법례]

장애인고용촉진 및 직업재활법

제73조(기금의 회계기관) ① 고용노동부장관은 기금의 수입과 지출에 관한 사무를 행하게 하기 위하여 소속 공무원 중에서 기금수입징수관, 기금재무관, 기금지출관 및 기금출납공무원을 임명한다.

② 고용노동부장관은 제82조에 따라 공단에 업무를 위탁한 경우에는 기금의 출납 업무 수행을 위하여 공단의 상임이사 중에서 기금수입담당이사와 기금지출원인행위 담당이사를, 공단의 직원 중에서 기금지출원과 기금출납원을 각각 임명하여야 한다. 이 경우 기금수입담당이사는 기금수입징수관의 업무를, 기금지출원인행위 담당이사는 기금재무관의 업무를, 기금지출원은 기금지출관의 업무를, 기금출납원은 기금출납공무원의 업무를 각각 수행한다.

기금의 회계기관 임명에 관하여는 이를 법률에서 직접 규정하는 입법례와 대통령령에서 규정하는 입법례가 있는데, 회계기관의 책임소재와 관련되는 규정이므로 법률에서 규정하는 것이 바람직하다.³⁵⁹⁾

④ 기금의 계정 설정

국가의 경우 기금의 수입과 지출을 명확히 하기 위해 기금 관리 주체로 하여금 한국은행과 그 밖의 금융회사에 기금계정을 설치하게 할 필요가 있다. 이와 관련하여 「국고금 관리법 시행령」 제85조에서는 국가가 소유하는 현금은 법령에 따로 규정이 있는 경우를 제외하고는 한국은행에 예탁하도록 하고, 기금은 금융회사 등에 예치할 수 있도록 규정하고 있다.

그에 따라 개별 기금법에서는 법률 또는 대통령령에서 기금계정 설치에 관한 규정을 두고 있다.

[입법례]

고용보험법

제82조(기금계정의 설치) ① 고용노동부장관은 한국은행에 고용보험기금계정을 설치하여야 한다.

② 제1항의 고용보험기금계정은 고용안정·직업능력개발 사업 및 실업급여, 자영업자의 고용안정·직업능력개발 사업 및 자영업자의 실업급여로 구분하여 관리한다.

359) 회계 관계 직원의 책임에 대해서는 「회계관계직원 등의 책임에 관한 법률」에서 규정하고 있다.

⑤ 기금의 구분 경리

기금 관리 주체가 기금사업 외에 다른 사업을 하고 있거나 1개의 기금에서 수개의 사업을 하고 있을 경우 또는 기금의 수입이나 지출에 귀속시킬 수 없는 자금의 수입이나 지출이 있는 경우에는 각 사업 간의 회계를 독립하여 처리하거나 그 구분을 명백히 해야 할 필요가 있다. 이러한 경우에 대비하여 기금의 구분 경리에 관한 규정을 둔다.

[입법례]

사회기반시설에 대한 민간투자법

제33조(기금의 회계 및 결산 등) ① (생략)

② 관리기관은 기금의 회계를 다른 회계와 구분하여 회계처리하여야 한다.

③ ~ ⑥ (생략)

⑥ 이익과 결손의 처리

기금은 기금재정의 건전한 운영을 위해 매년 기금의 결산 결과 이익이나 손실이 발생한 경우 그 처리 방법을 규정할 필요가 있다. 일반적으로 결산상 이익이 발생하면 이를 적립하도록 하고, 결산의 결과 손실이 발생하면 그 적립금에서 그 손실을 메우도록 한다. 그리고 적립금으로도 부족한 경우에만 정부예산으로 메울 수 있도록 하고 있다. 정부예산으로 메울 때에는 의무적으로 메우도록 하는 경우도 있다.

[입법례]

공공자금관리기금법

제14조(관리기금의 이익 및 결손의 처리) ① 관리기금의 결산상 이익금이 생겼을 때에는 전액 적립하여야 한다.

② 관리기금의 결산상 손실금이 생겼을 때에는 제1항에 따른 적립금으로 보전(補填)하고, 그 적립금으로 보전하고도 부족할 때에는 정부가 일반회계에서 보전할 수 있다.

③ (생략)

20. 자격 부여

가. 개관

자격 제도는 특정 업무의 수행, 영업활동, 그 밖의 경제활동을 하는 데에 필요한 전문 지식이나 기술·기능의 보유 또는 일정한 경험이 있음을 공증하는 제도이다.³⁶⁰⁾ 자격 부여 법령은 자격을 부여하는 방법과 절차에 관하여 정하는 법령을 말한다.

과학기술이 발달하고 경제·사회활동이 복잡화·전문화되면서 특정 분야의 업무를 수행하기 위해서는 고도의 기술·기능이 필요하게 되었고, 대규모 시설물의 증가와 고속화된 교통의 발달 등으로 사회생활의 안전과 국민의 생명·재산의 보호에 대한 관심이 증대되고 있다. 이에 따라 일정한 지식, 기술, 기능, 경험이 있는 자만 특정 업무를 수행하게 할 필요성이 커졌다. 그 결과 경제활동에서 거래의 안전과 생명·신체의 안전을 보장하기 위해 자격 제도가 많이 활용되고 있다.

1) 자격 제도의 유형

자격 제도는 그 목적과 성격에 따라 다양한 형태로 나타난다.

자격 제도를 크게 분류하면, 우선 유자격자에게 업무 또는 영업상 독점적 지위를 부여하는 제도가 있다. 이는 국민의 생명·신체의 안전 및 재산의 보호를 위해 일정한 자격자에게만 특정 업무를 할 수 있도록 독점적 지위를 부여하여 그 업무 활동을 자격자의 관리·감독 하에 둬으로써 업무에 수반되는 위험이나 재산상의 손해발생을 예방하기 위한 자격 제도라고 할 수 있다(변호사, 의사 등).

다음으로 특정 업무의 수행 또는 영업활동을 자격자만이 하도록 제한하지는 않으나 자격자에게 특정 자격명칭을 부여하여 기술·기능 등을 국가가 공인함으로써 직업능력 향상을 기하고 국민의 경제활동을 뒷받침하기 위한 자격 제도가 있다(건설기계기술사 등). 이 경우에도 자격 제도의 공신력을 높이기 위해 유자격자에게만 그 자격명칭을 독점하도록 하고 있으며, 아울러 자격증의 대여를 금지하고 이에 위반한 경우 형사처벌하는 것이 일반적이다.³⁶¹⁾

360) 「자격기본법」 제2조제1호에서는 자격이란 직무수행에 필요한 지식·기술·소양 등의 습득정도가 일정한 기준과 절차에 따라 평가 또는 인정된 것이라고 정의하고 있다.

361) 동일명칭의 사용금지(「자격기본법」 제14조, 「국가기술자격법」 제18조), 자격증 대여 금지(「자격기본법」

2) 자격 제도의 도입 기준

새로운 자격 제도를 도입할 때에 위와 같은 두 제도의 차이점을 고려하여 적절한 자격 제도를 정해야 한다. 업무독점적 자격을 도입하는 경우에는 그 특정 자격자 외의 업무수행 등을 금지함으로써 결국 직업선택의 자유를 제한하게 되는데, 취업자격을 제한할 정도로 공익적 필요성이 강한지에 대해 엄격한 심사가 필요하고 합리적 범위에서만 제한되도록 신중히 검토해야 한다.

자격 제도는 국민의 생명·신체의 안전 및 재산의 보호와 밀접한 관련이 있는 분야, 자격자가 행하는 업무나 역할이 중대하고 공공성이 강하여 공정한 수행과 신뢰의 확보가 필요한 분야의 법률에서 규정하고 있다. 업무독점적 자격 제도를 도입하는 법률의 필요성을 판단하는 기준은 만일 해당 업무 또는 영업활동에 누구나 종사할 수 있도록 허용한다면 사회생활에서 중대한 혼란 등이 발생할 것이 예상되어 불가피하게 직업선택의 자유까지 제한하면서 특정의 자격자에 한정하여 그 업무 등을 수행하게 할 필요가 있는가 하는 것이다.

헌법재판소는 자격 제도의 도입과 관련하여 “일반적으로 직업선택의 자유를 제한할 때에, 어떤 직업의 수행을 위한 전제요건으로서 일정한 주관적 요건을 갖춘 자에게만 그 직업에 종사할 수 있도록 제한하는 경우에는, 이러한 주관적 요건을 갖추도록 요구하는 것이, 누구에게나 제한없이 그 직업에 종사하도록 방임함으로써 발생할 우려가 있는 공공의 손실과 위험을 방지하기 위한 적절한 수단이고, 그 직업을 희망하는 모든 사람에게 동일하게 적용되어야 하며, 주관적 요건 자체가 그 제한 목적과 합리적인 관계가 있어야 한다는 비례의 원칙이 적용되어야 할 것이다”라고 판시한 바 있다.³⁶²⁾

3) 「자격기본법」 등과의 관계

자격 제도를 규정할 때에 자격 부여에 관한 기본법인 「자격기본법」의 취지를 존중하여 이에 부합하게 규정하는 것은 물론, 개별적인 자격 부여 방법과 절차 등에 관하여 정하고 있는 「국가기술자격법」 및 「기술사법」과의 관계에 유의해야 한다.

제31조제2항, 「국가기술자격법」 제15조제2항), 동일명칭 사용금지 위반 및 자격증 대여에 대한 벌칙 (「자격기본법」 제40조, 「국가기술자격법」 제26조)

362) 헌법재판소 1995. 6. 29. 선고 90헌바43 결정

4) 일반적인 규정 사항

자격 제도를 정하는 법률의 대체적인 내용에는 자격자가 행하는 업무나 영업활동의 범위 규정, 자격의 명칭과 명칭의 사용제한에 관한 규정, 자격 부여의 방법에 관한 규정, 자격자의 결정기준에 관한 규정, 자격시험 절차에 관한 규정, 필요 시 자격자가 아니면 자격 업무의 수행을 금지하는 규정, 자격자의 준수 사항 등 의무에 관한 규정, 의무위반 시 자격취소 등 자격자에 대한 제재에 관한 규정, 자격자의 단체설립에 관한 규정 등이 있다.

나. 자격의 명칭

자격의 명칭을 정하는 법령상의 기준은 없다. 자격의 명칭은 주로 「○○사(士)」, 「○○사(師)」, 「○○기술사」, 「○○기사」, 「○○기능사」 등을 사용한다. 특정의 영업조직 등에서 특정 분야 업무를 전담시키기 위해 일정한 자격이 있는 자를 두게 할 필요가 있으면 「○○관리자」나 이와 유사한 명칭을 사용할 수도 있다. 실무상으로는 「○○사(士)」의 명칭을 가장 많이 사용한다. 의사, 한의사, 간호사, 조산사 등 보건·의료 계통의 자격 명칭에는 「○○사(師)」의 명칭을 주로 사용하고 있다. 이러한 자격의 명칭 중에 「○○기술사」, 「○○기사」, 「○○기능사」 등 「국가기술자격법」에 따른 국가기술자격에는 고유한 등급이 있고 그 자격 자체는 업무 또는 영업의 독점을 위해 부여되는 자격은 아니다. 다른 법령에 이런 자격의 명칭을 신설하는 것은 혼란을 초래하므로 피해야 한다.

일반적으로 법령에서 자격의 명칭이나 특정 자격자의 정의에 관한 규정을 두지 않는다. 특정 자격자가 될 수 있는 자를 정한 자격 규정 또는 자격 취득 규정에서 간접적으로 규정되기 때문이다. 다만, 「기술사법」 제2조에서는 기술사의 자격은 「국가기술자격법」에 따라 취득되는 것이기 때문에 기술사의 자격에 관한 정의를 두고 있으며, 자격 제도와 다른 입법 사항을 함께 규정하는 경우에 입법기술적 필요에 의하여 특정 자격의 정의를 두는 경우는 있다.³⁶³⁾

363) 「공인중개사법」

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

2. “공인중개사”라 함은 이 법에 의한 공인중개사자격을 취득한 자를 말한다.

다. 자격자의 업무에 관한 규정

자격 부여 법령에서는 우선 특정한 자격자의 업무 또는 영업활동 등의 범위를 정하는 것이 일반적이다. 이와 같이 규정된 특정 자격자의 업무 등의 범위는 그 자격자가 행할 수 있는 경제활동의 범위를 나타낸다. 한편 공익의 필요가 크면 자격자가 아닌 자는 해당 업무 등을 행할 수 없도록 금지하는 규정을 따로 두게 된다.

특정의 영업조직 등에서 특정 분야 업무를 전담시키기 위해 일정한 자격을 가진 자를 관리자 등으로 두게 할 필요가 있으면 영업자에게 관리자의 고용의무를 규정하면서 관리자 등이 수행해야 할 업무를 규정하기도 한다.

자격자의 업무 범위를 정할 때 다른 유사 자격자의 업무와 중복되는지를 검토하고, 필요하면 그 업무를 조정하거나 상호 간에 저촉되지 않도록 해야 한다. 특정 자격을 가지면 다른 자격도 갖는 것으로 인정하려는 경우에는 등록 등의 절차 규정을 두기도 한다.³⁶⁴⁾

또한, 특정 자격자의 업무 영역을 필요 이상으로 확대하면 비자격자의 직업선택의 자유를 부당하게 침해할 우려가 있으므로, 자격자의 업무 범위를 합리적인 범위로 한정해야 한다.

[입법례] 업무 범위를 정한 사례

변리사법

제2조(업무) 변리사는 지식재산처 또는 법원에 대하여 특허, 실용신안, 디자인 또는 상표에 관한 사항을 대리하고 그 사항에 관한 감정(鑑定)과 그 밖의 사무를 수행하는 것을 업(業)으로 한다.

[입법례] 다른 자격과의 업무 조정을 정한 사례

법무사법

제2조(업무) ① 법무사의 업무는 다른 사람이 위임한 다음 각 호의 사무로 한다.

1. 법원과 검찰청에 제출하는 서류의 작성

364) 「세무사법」

제20조의2(세무대리업무 등록) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람이 세무대리를 시작하려면 재정경제부에 비치하는 다음 각 호의 구분에 따른 세무대리업무등록부에 등록하여야 한다.

1. · 2. (생략)
- ② ~ ⑥ (생략)

2. 법원과 검찰청의 업무에 관련된 서류의 작성
 3. 등기나 그 밖에 등록신청에 필요한 서류의 작성
 4. ~ 8. (생략)
- ② 법무사는 제1항제1호부터 제3호까지의 서류라고 하더라도 다른 법률에 따라 제한되어 있는 것은 작성할 수 없다.

라. 무자격자의 자격업무 종사와 명칭 사용 제한

1) 무자격자의 자격업무 종사 제한

특정 업무의 공공성이 강하거나 국민의 생명·신체·안전에 아주 중요하여 해당 자격자에게만 그 업무를 행하도록 제한할 필요가 큰 경우가 있다. 이때에는 그 자격자 외에는 해당 업무를 할 수 없게 하는 규정을 두는데 이에 관한 규정이 무자격자의 업무제한 또는 금지 규정이다.

「자격기본법」 제31조제2항에서 자격 대여를 금지하고, 제32조에서 자격을 대여하거나 대여 받은 자를 국가자격관련법령으로 정하는 바에 따라 자격 취소·정지, 응시제한 등의 조치를 할 수 있다고 규정하며, 제40조제5호에서 자격을 대여하거나 대여 받은 자를 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금으로 처벌한다고 규정하면서 국가자격관련법령에 처벌규정이 있는 경우에는 그 규정에 따른다고 규정하고 있다. 따라서 개별 국가자격관련 법령에서 자격 대여를 금지하고 위반 시 자격 취소·정지 등을 할 수 있다고 규정할 필요가 있다. 또한 자격을 대여하거나 대여 받은 자를 「자격기본법」에 따른 벌칙과 다르게 처벌하려면 개별 국가자격관련법령에서 달리 규정하여야 한다.

이러한 규정의 제목을 “명의 대여 등의 금지” 또는 “자격증 대여 등의 금지”³⁶⁵⁾로 표현하고 있다. 자격은 일신전속적인 것이므로 무자격자가 자격증을 넘겨받거나 빌렸더라도 자격자가 되는 것은 아니다. 따라서 무자격자는 자격자의 명의를 사용하여 자격자의 업무를 하는 것이므로 “명의 대여 등의 금지”가 적절한 표현이다.

365) 「공인중개사법」 제7조

[입법례] 무자격자의 업무제한을 규정한 사례

공인회계사법

제50조(업무의 제한) 제7조 또는 제24조의 규정에 의하여 등록된 공인회계사 또는 회계법인이 아닌 자는 다른 법률에 규정하는 경우를 제외하고는 제2조의 직무를 행하여서는 아니 된다.

[입법례] 명의 대여의 금지를 규정한 사례

변리사법

제8조의3(명의대여 등의 금지) ① 변리사는 타인에게 자기의 성명이나 상호를 사용하여 변리사 업무를 수행하게 하여서는 아니 되며 자격증이나 등록증을 대여하여서는 아니 된다.

② ~ ④ (생략)

2) 자격 명칭 사용의 제한

무자격자가 해당 자격 업무에 종사하는 것을 금지하는 규정과 같은 차원에서 거래의 안전 등 공익의 보호를 위해 무자격자가 해당 자격자의 명칭을 사용하지 못하도록 규정할 필요가 있다.

「자격기본법」 제14조제2항에서 무자격자가 국가자격과 동일한 명칭을 사용하는 것을 금지하고, 제40조제1호에서 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다고 규정하면서 국가자격관련법령에 처벌규정이 있는 경우에는 그 규정에 따른다고 규정하고 있다. 따라서 「자격기본법」에 따른 벌칙과 다르게 처벌하려면 개별 국가자격관련법령에서 달리 규정하여야 한다.

자격자가 업무를 하기 위해 사무소를 개설하려고 할 때에는 사무소 개설등록을 하도록 규정하는 경우도 있는데, 이때에는 자격자가 아니면 유사한 사무소 명칭을 사용하지 못하도록 규정한다.³⁶⁶⁾

자격자의 명칭 사용을 금지하는 규정을 표현할 때, 그 자격 명칭과 동일한 명칭의 사용을 금지하는 경우와 동일한 명칭만이 아니라 유사한 명칭의 사용도 금지하는 경우가 있다. 가급적 전자의 규정 방식에 따르되, 유사한 자격 명칭의 사용도 금지할 공익상의 요청과 사회생활에서의 혼동 우려 등을 고려하여 필요하면 후자의 규정 방식에 따를 수 있다.

366) 「기술사법」 제6조, 제10조 및 제22조제1항제1호

[입법례] 자격 명칭 사용의 제한을 규정한 사례

변리사법
제22조(유사명칭 사용금지) ① 변리사가 아닌 자는 변리사·변리사사무소·변리사합동사무소 또는 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다. ② 특허법인 또는 특허법인(유한)이 아닌 자는 특허법인 또는 특허법인(유한)이나 이와 유사한 명칭을 사용하지 못한다.

[입법례] 사무소 명칭 사용의 제한을 규정한 사례

법무사법
제15조(사무소의 명칭 등) ① (생략) ② 법무사가 아닌 자는 법무사사무소 또는 이와 비슷한 명칭을 사용하지 못하며, 법무사합동사무소나 그 분사무소가 아니면 법무사합동사무소나 그 분사무소 또는 이와 비슷한 명칭을 사용하지 못한다.

마. 자격 부여 형식에 관한 규정

자격을 부여하는 형식에 관한 제도는 자격자가 행하는 업무 자체의 성격, 그 업무의 공공성, 사회에 미칠 위험성과 공익 보호의 필요성, 자격자 결정의 방법 등을 종합적으로 고려하여 판단한다.

자격 부여 법령에서는 특정의 자격자가 되기 위해 먼저 어떤 시험에 합격하거나 일정한 학력 또는 경력이 있을 것 등의 자격요건을 갖출 것을 요구한다. 이와 같은 자격요건을 갖춘 경우 바로 자격자가 되는 경우가 있지만,³⁶⁷⁾ 자격요건을 갖춘 자를 법적인 자격자로 인정하기 위해 행정청이 해당 자격이 있음을 확인하여 공증하거나 자격요건을 갖춘 자 중에서 자격자가 되는 자를 결정하여 처분하는 제도를 두는 것이 일반적이다.

자격자임을 공증하거나 자격을 부여하는 처분 제도로 대표적인 것이 자격등록과 자격면허다. 전자의 자격등록 제도는 행정기관에 비치하는 명부에 자격자를 등록하게 하는 것으로 자격등록의 법적 성격은 공증이라 할 수 있다. 후자의 자격면허 제도는 자격자가 되려면

367) 「행정사법」 제5조와 제10조에서는 행정사의 자격과 행정사업의 신고 규정만 두고 있다.

행정청의 면허를 받도록 하는 것인데 자격면허의 법적 성격은 허가로 볼 수 있다.

그러나 위와 같은 절차를 거쳐 자격자로 인정되었다라도 법률에 따라 일반적으로 금지되는 업무 등에 현실적으로 종사하기 위해 행정청에 대해 영업상의 신고·등록신청 등의 일정한 행위를 하게 하거나 행정청의 허가처분 등을 받도록 규정할 필요가 생긴다.³⁶⁸⁾ 이와 같이 자격 부여 제도 자체와 자격자의 업무개시 제도는 구분이 가능하다. 그런데 현행 법령상으로는 행정절차 간소화 차원에서 이를 구분하지 않고 자격자임을 공증하면서 업무개시의 법적 요건으로 자격등록을 규정하기도 한다.

[입법례] 시험합격자에게 바로 자격증을 발급하도록 한 사례

건축사법
제7조(건축사 자격 등의 취득) ① 건축사가 되려는 사람은 제14조에 따른 건축사 자격시험에 합격하여야 한다.
② 건축사보가 되려는 사람은 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관에게 신고하여야 한다.
제8조(자격) ① 국토교통부장관은 제14조에 따른 건축사 자격시험에 합격한 사람에게 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 자격증을 발급하여야 한다.
② ~ ④ 삭제

[입법례] 시험 합격과 실무수습을 자격 부여 요건으로 규정한 사례

변리사법
제3조(자격) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로서 대통령령으로 정하는 실무수습을 마친 사람은 변리사의 자격이 있다.
1. 변리사시험에 합격한 사람
2. 「변호사법」에 따른 변호사 자격을 가진 사람

368) 「건축사법」 제23조에 따른 건축사사무소 개설신고, 「의료법」 제33조에 따른 의료기관 개설신고 및 허가 등

[입법례] 자격의 면허를 규정한 사례

의료법
<p>제5조(의사·치과의사 및 한의사 면허) ① 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.</p> <p>1. ~ 3. (생략)</p> <p>②·③ (생략)</p> <p>제11조(면허 조건과 등록) ① (생략)</p> <p>② 보건복지부장관은 제5조 및 제6조에 따른 면허를 내줄 때에는 그 면허에 관한 사항을 등록 대장에 등록하고 면허증을 내주어야 한다.</p> <p>③·④ (생략)</p>

자격자의 등록 또는 면허에 유효기간을 두고 기간이 경과하는 때에 갱신을 하도록 하는 제도는 공익적 필요가 매우 강하여 그 제도를 정하지 않으면 다른 방법으로 그 취지를 달성할 수 없는 경우에만 예외적으로 둔다.

원칙적으로 이러한 갱신 제도를 두지 않는 것이 바람직하고, 일정 기간마다 자격요건에 적합함을 확인해야 할 공익적 필요가 큰 경우 또는 공익적 요소를 고려하여 자격 유지 여부를 결정할 필요가 있는 특수한 경우에만 둔다(예: 「선박직원법」 제7조). 면허의 경우 우선 면허의 유효기간을 정하고 신청에 의하여 면허를 갱신하도록 규정할 수도 있다.

[입법례]

선박직원법
<p>제7조(면허의 유효기간 및 갱신 등) ① 면허의 유효기간은 5년으로 하고, 제2항에 따른 면허 갱신을 받지 아니하고 면허의 유효기간이 지나면 면허의 유효기간이 끝나는 날의 다음 날부터 면허의 효력이 정지된다.</p> <p>② 면허를 받은 사람으로서 그 면허의 효력을 계속 유지시키려는 사람 또는 면허의 유효기간이 지나서 면허의 효력이 정지된 경우 면허의 효력을 되살리려는 사람은 해양수산부령으로 정하는 바에 따라 면허 갱신을 받아야 한다.</p> <p>③ 해양수산부장관은 제2항에 따라 면허 갱신을 신청한 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이를 갱신하여야 한다.</p> <p>1. 면허 갱신 신청일 전부터 5년 이내에 선박직원으로 1년 이상 승무한 경력이 있거나 대통</p>

- 령령으로 정하는 바에 따라 이와 동등한 수준 이상의 능력이 있다고 인정되는 경우
 1의2. 면허의 유효기간이 지나지 아니하고 면허 갱신 신청일 직전 6개월 이내에 선박직원
 으로 3개월 이상 승무한 경력이 있는 경우. 다만, 「어선법」 제2조제1호에 따른 어선에
 승무한 경력은 제외한다.
 2. 해양수산부령으로 정하는 교육을 받은 경우

바. 자격자 결정 방법에 관한 규정

1) 일반적인 규정

일반적으로 어떤 자격이 있음을 판단하는 기준은 전문지식의 정도 또는 학력, 기술·기능의 보유, 경력의 유무 등이 된다. 해당 자격 제도의 목적과 자격자가 행하는 업무 또는 행위 등을 고려하여 적합한 판단기준을 선택하고 그 기준에 적합한 자에게 자격을 부여하게 된다. 자격자를 결정하는 기준은 공정성이 확보되어야 한다.

특정 자격자의 판단기준을 정한 경우 그 기준에 적합한 자격자 결정 방법을 정한다. 자격자 결정 방법은 다양하여 시험합격자에게 자격을 부여하는 방법, 특정 학력자 또는 직무경력자에게 자격을 부여하는 방법, 이들 기준을 적절히 병용하여 그 요건을 모두 충족한 자에게 자격을 부여하는 방법 등이 있다. 그 중에서 시험을 실시하여 그 시험에 합격한 자에 대해 자격을 부여하는 방법이 가장 일반적으로 이용된다.

이러한 방법은 기술·기능의 보유 여부나 전문지식의 정도의 판단을 위해 공정한 방법이라는 견지에서 많이 활용된다. 한편 자격 제도의 도입 목적과 자격 업무의 공공성 등에 비추어 해당 자격 제도의 요구 수준을 객관적으로 충족하고 있다고 판단되는 경우에는 일정한 학력이나 경력을 갖춘 것만으로 자격을 부여하거나 시험의 일부를 면제하는 방법도 채택할 수 있다.

[입법례] 시험합격자만을 자격자로 정한 사례

공인중개사법

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

②·③ (생략)

[입법례] 일정 학력을 갖추고 시험에 합격한 자를 자격자로 정한 사례

의료법

제5조(의사·치과의사 및 한의사 면허) ① 의사·치과의사 또는 한의사가 되려는 자는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자격을 가진 자로서 제9조에 따른 의사·치과의사 또는 한의사 국가 시험에 합격한 후 보건복지부장관의 면허를 받아야 한다.

1. 「고등교육법」 제11조의2에 따른 인정기관(이하 “평가인증기구”라 한다)의 인증(이하 “평가인증기구의 인증”이라 한다)을 받은 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 대학을 졸업하고 의학사·치의학사 또는 한의학사 학위를 받은 자
2. 평가인증기구의 인증을 받은 의학·치의학 또는 한의학을 전공하는 전문대학원을 졸업하고 석사학위 또는 박사학위를 받은 자
3. 외국의 제1호나 제2호에 해당하는 학교(보건복지부장관이 정하여 고시하는 인정기준에 해당하는 학교를 말한다)를 졸업하고 외국의 의사·치과의사 또는 한의사 면허를 받은 자로서 제9조에 따른 예비시험에 합격한 자

②·③ (생략)

[입법례] 일정한 학력을 갖춘 경우 자격을 부여하는 사례

평생교육법

제24조(평생교육사) ① 교육부장관은 평생교육 전문인력을 양성하기 위하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게 평생교육사의 자격을 부여하며, 자격을 부여받은 사람에게는 자격증을 발급하여야 한다.

1. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교(이하 “대학”이라 한다) 또는 이와 같은 수준 이상의 학력이 있다고 인정되는 기관에서 교육부령으로 정하는 평생교육 관련 교과목을 일정 학점 이상 이수하고 학위를 취득한 사람
2. 「학점인정 등에 관한 법률」 제3조제1항에 따라 평가인정을 받은 학습과정을 운영하는 교육훈련기관(이하 “학점은행기관”이라 한다)에서 교육부령으로 정하는 평생교육 관련 교과목을 일정 학점 이상 이수하고 학위를 취득한 사람

3. 4. (생략)

② ~ ⑥ (생략)

자격의 세부 기준을 규정할 때에 “~~~자격증을 가진 사람으로서 ○○○사업(업무)에 △년 이상 종사한 경력이 있는 사람”이나 “~~~학과를 졸업한 사람으로서 ○○○분야에서 △년 이상 실무에 종사한 사람”과 같이 규정하게 되면, 자격을 갖추기 전 실무 경력이나 졸업 전 실무 경력도 인정되는지가 불명확하게 되는 문제가 있다.³⁶⁹⁾

따라서 자격을 갖추기 전 실무 경력이나 졸업 전 실무 경력도 인정하려는 취지라면 “~~~자격증을 가진 사람으로서 ○○○분야에서 △년 이상의 실무 경력(자격증을 취득하기 전의 실무 경력을 포함한다)이 있는 사람”이나 “~~~학과를 졸업한 사람으로서 ○○○분야에서 △년 이상의 실무 경력(졸업하기 전의 실무 경력을 포함한다)이 있는 사람”과 같이 규정하고,³⁷⁰⁾ 자격을 갖춘 후 실무 경력이나 졸업 후 실무 경력만 인정하려는 취지라면 “~~~자격증을 취득한 후 ○○○분야에서 △년 이상의 실무 경력이 있는 사람”이나 “~~~학과를 졸업한 후 ○○○분야에서 △년 이상의 실무 경력이 있는 사람”과 같이 명확히 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례] 교육과정 이수 전 경력도 인정한 사례

항공안전법 시행규칙	
[별표 4]	
항공종사자·경량항공기조종사 자격증명 응시경력(제75조, 제91조 및 제286조 관련)	
1. 항공종사자	
가. 자격증명시험	
자격증명의 종류	비행경력 또는 그 밖의 경력
항공교통관제사	다음의 어느 하나에 해당하는 사람 가) 국토교통부장관이 지정한 전문교육기관에서 항공교통관제에 필요한 교육과정을 이수한 사람(외국의 전문교육기관으로서 해당 외국정부

369) 「사회복지사업법 시행규칙」 별표 1 제2호나목 ‘사회복지사 1급 자격증을 소지한 자로서 3년 이상 또는 사회복지사 2급 자격증을 소지한 자로서 5년 이상 사회복지사업의 실무경험이 있는 자’에서 말하는 사회복지사업의 실무경험은 사회복지사 1급 자격증 또는 사회복지사 2급 자격증을 취득한 이후의 실무경험만을 의미한다(법제처 2014. 12. 22. 14-0783 해석례).

370) 괄호를 활용하는 방법 외에도, 별도 항을 신설하여 이전 경력이 포함됨을 명시하거나, 학력(또는 자격) 요건과 경력요건을 각 호로 나누어 병렬적으로 표현해 주는 방법 등 해당 법안의 구조와 길이를 고려하여 적절한 표현 방법을 활용할 수 있다.

	<p>가 인정한 전문교육기관에서 교육과정을 이수한 사람을 포함한다)으로서 관제실무감독관의 요건을 갖춘 사람의 지휘·감독 하에 3개월(이 경우 비행장은 90시간, 접근관제절차·접근관제감시·지역관제절차·지역관제감시는 180시간을 의미한다) 또는 90시간(비행장에 해당되며, 접근관제절차·접근관제감시·지역관제절차·지역관제감시의 경우에는 180시간) 이상의 관제실무를 수행한 경력(전문교육기관의 교육과정을 이수하기 전에 관제실무를 수행한 경력을 포함한다)이 있는 사람</p> <p>나) ~ 라) (생략)</p>
--	---

[입법례] 자격 취득 후 경력만 인정한 사례

장애인복지법 시행규칙	
[별표 5]	
장애인복지시설의 종류별 사업 및 설치·운영기준(제41조 및 제42조 관련)	
5. 관리 및 운영 요원의 자격 기준	
라. 시설훈련교사	<p>1) ~ 3) (생략)</p> <p>4) 장애인 직업재활시설 운영 직종과 관련된 자격증을 취득한 후 장애인 복지사업에 2년 이상 종사한 경력이 있는 사람</p>

그리고 자격의 세부 기준에 학력요건을 규정하는 경우 “~~~학(분야) 학사학위를 취득한 사람”이나 “대학이나 「고등교육법」 제2조에 따른 학교를 졸업한 사람”과 같이 규정하는 경우가 있는데, 독학사 또는 학점인정 제도를 통해 학위를 취득한 사람을 배제하려는 취지가 아니라면 아래 입법례와 같이 규정하여 독학사 또는 학점인정 제도를 통해 학위를 취득한 사람도 취업 현장에서 대학을 졸업한 사람과 동등하게 대우받을 수 있도록 하는 것이 바람직하다.³⁷¹⁾

371) 독학사 또는 학점인정 제도를 통해 학위를 취득한 사람을 정규 교육과정을 이수한 사람과 동등하게 대우할 것인지는 각 자격에 따라 개별적으로 판단해야 할 것이지만, ① 학력요건이 국가시험 등의 응시요건인 경우, ② 학력요건 외에 다른 요건(경력요건, 추가교육, 자격증 보유 등)도 요구하고 있어 실제 업무 수행에 큰 지장이 없을 것으로 판단되는 경우, ③ 유사업무의 자격기준 중 독학사, 학점인정 제도를 통한 학위취득자를 포함하고 있는 경우 등에는 독학사 등도 정규 교육과정을 이수한 사람과 동등하게 취급할 수 있다.

[입법례]

박물관 및 미술관 진흥법 시행령	
[별표 1]	
학예사 등급별 자격요건(제3조 관련)	
등급	자격요건
준학예사	1. 「고등교육법」에 따라 학사학위 이상을 취득(법령에 따라 이와 같은 수준 이상으로 인정되는 학력을 취득한 경우를 포함한다)하고 준학예사 시험에 합격한 사람으로서 학사학위를 취득한 후 경력인정대상기관에서 1년 이상의 실무경력이 있는 사람 2. ~ 4. (생략)

2) 시험의 면제

일정 분야의 경력소유자나 직무경험자에 대해 시험 등을 거치지 않고 자동적으로 자격을 부여하는 경우도 있다. 그 대표적인 예로 해당 분야의 공무원에 대해 일정 경력 이상의 요건을 충족한 경우에 자격을 부여했는데 형평성과 불합리성이 문제점으로 제기되어 현재는 폐지되는 추세에 있다(종전의 세무사, 변리사, 관세사 등). 그러나 특정의 경력자에 대해서는 시험의 일부 면제 또는 실무경력 면제 제도는 유지하고 있다.

일정 경력자에 대해 자격을 자동으로 부여하는 제도는 신중한 검토를 거쳐 도입되어야 한다. 해당 자격 제도의 목적과 업무의 공익성의 정도를 고려하여 해당 자격 업무와 직접적으로 관련되는 직무 경력이고 충분한 전문성이 증명되는 경우 등 엄격한 요건이 충족된다면 시험을 거치지 않고도 특정 경력자에 대해 자격 업무를 수행하게 할 수 있다.

[입법례]

수상레저안전법
제9조(면허시험의 면제) ① 해양경찰청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 대하여 면허시험 과목의 전부 또는 일부를 면제할 수 있다. 다만, 제5호에 해당하는 때에는 면허시험(제2급 조종면허와 요트조종면허에 한정한다) 과목의 전부를 면제한다. 1. 대통령령으로 정하는 체육 관련 단체에 동력수상레저기구의 선수로 등록된 사람

2. 다음 각 목의 요건을 모두 갖춘 사람
 - 가. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교에서 대통령령으로 정하는 동력수상레저기구 관련 학과를 졸업하였을 것(법령에 따라 이와 같은 수준의 학력이 있다고 인정되는 경우를 포함한다)
 - 나. 해당 면허와 관련된 동력수상레저기구에 관한 과목을 이수하였을 것
 3. 「선박직원법」 제4조제2항 각 호에 따른 해기사 면허 중 대통령령으로 정하는 면허를 가진 사람
 4. 「한국해양소년단연맹 육성에 관한 법률」에 따른 한국해양소년단연맹 또는 「국민체육진흥법」 제2조제11호에 따른 경기단체에서 동력수상레저기구의 이용 등에 관한 교육·훈련 업무에 1년 이상 종사한 사람으로서 해당 단체의 장의 추천을 받은 사람
 5. 해양경찰청장이 지정·고시하는 기관이나 단체(이하 “면허시험 면제교육기관”이라 한다)에서 실시하는 교육을 이수한 사람
 6. 제1급 조종면허 필기시험에 합격한 후 제2급 조종면허 실기시험으로 변경하여 응시하려는 사람
- ② ~ ⑤ (생략)

3) 외국인의 응시 자격과 외국 자격의 인정

외국인에게도 자격을 부여할 것인가 또는 외국 자격을 국내 자격으로 인정할 것인가는 국제법과 조약의 제한하에서 입법정책적으로 정할 문제이다. 우리나라의 자격과 동등한 외국 자격을 취득한 경우에 국내에서 해당 자격의 업무를 행하려는 때에는 일정한 확인 절차를 거쳐 자격시험을 면제할 수도 있고, 일부 시험만을 면제할 수도 있다(예: 「건축사법」 제14조 제3항). 외국 자격을 취득한 자에게 자격시험에 응시할 자격만 부여하고 시험의 면제에 관하여 규정하지 않는 경우도 있다(예: 「응급의료에 관한 법률」 제36조 등). 외국 자격의 인정에 상호주의를 규정할 수도 있다.

「자격기본법」에서는 국가자격의 검정에서 개별 법령이 정하는 바에 따라 외국의 국가 자격과 이와 동등한 효력이 있는 외국의 민간자격 취득자에 대하여 검정과목 등 검정의 전부나 일부를 면제할 수 있도록 하고 있다(제13조제3호). 「국가기술자격법」에서도 외국과의 협약에 따라 국가 간 상호 인정되는 관련 외국 자격을 취득한 사람에 대하여 일정한 요건을 충족한 경우에 검정 과목의 전부나 일부를 면제할 수 있도록 하고 있고, 국가 간 협약 등에 따라 외국자격이나 국제적으로 통용되는 자격을 국가자격으로 인정할 수 있도록 하고 있다(제12조제1항제2호 및 제21조).

[입법례] 외국 자격자에게 국내 자격시험의 응시자격을 부여한 사례

수의사법

제9조(응시자격) ① 수의사 국가시험에 응시할 수 있는 사람은 제5조 각 호의 어느 하나에 해당되지 아니하는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람으로 한다.

1. 수의학을 전공하는 대학(수의학과가 설치된 대학의 수의학과를 포함한다)을 졸업하고 수의학사 학위를 받은 사람. 이 경우 6개월 이내에 졸업하여 수의학사 학위를 받은 사람을 포함한다.
 2. 외국에서 제1호 전단에 해당하는 학교(농림축산식품부장관이 정하여 고시하는 인정기준에 해당하는 학교를 말한다)를 졸업하고 그 국가의 수의사 면허를 받은 사람
- ② 제1항제1호 후단에 해당하는 사람이 해당 기간에 수의학사 학위를 받지 못하면 처음부터 응시자격이 없는 것으로 본다.

[입법례] 외국 자격자에게 국내 자격 시험과목의 일부 면제를 규정한 사례

건축사법

제14조(건축사 자격시험) ① 건축사업무 수행에 필요한 지식과 기술을 검증하기 위하여 건축사 자격시험을 실시한다.

- ② 국토교통부장관은 건축사 자격시험을 매년 1회 이상 시행한다.
- ③ 제13조제1항 단서*에 해당하는 사람에 대하여는 대통령령으로 정하는 바에 따라 건축사 자격시험과목의 일부를 면제할 수 있다.
- ④ 건축사 자격시험의 최종 합격 발표일을 기준으로 제9조의 결격사유에 해당하는 사람은 건축사 자격시험에 응시할 수 없다.

* 외국에서 건축사 면허를 받은 자는 실무수련을 받지 않고 건축사 자격시험에 응시할 수 있다는 규정

[입법례] 상호주의에 따라 자격을 인정한 사례

감정평가 및 감정평가사에 관한 법률

제20조(외국감정평가사) ① 외국의 감정평가사 자격을 가진 사람으로서 제12조에 따른 결격사유에 해당하지 아니하는 사람은 그 본국에서 대한민국정부가 부여한 감정평가사 자격을 인정하는 경우에 한정하여 국토교통부장관의 인가를 받아 제10조 각 호의 업무를 수행할 수 있다.

- ② 국토교통부장관은 제1항에 따른 인가를 하는 경우 필요하다고 인정하는 때에는 그 업무의

일부를 제한할 수 있다.

③ (생략)

사. 결격사유

자격을 부여하는 경우의 결격사유는 일반적인 결격사유에 관한 내용³⁷²⁾이 동일하게 적용된다. 자격등록 등의 취소를 자격자의 결격사유로 규정하지 않고 등록거부 사유로 규정할 수도 있는데, 이 경우는 영업상의 의무위반이 자격 자체의 취소사유로 하기에 적합하지 않을 때에 둔다.

[입법례] 등록취소를 결격사유로는 규정하지 않고 등록거부 사유로 규정한 사례

감정평가 및 감정평가사에 관한 법률

제12조(결격사유) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 감정평가사가 될 수 없다.

1. 삭제
2. 파산선고를 받은 사람으로서 복권되지 아니한 사람
3. 금고 이상의 실형을 선고받고 그 집행이 종료(집행이 종료된 것으로 보는 경우를 포함한다)되거나 그 집행이 면제된 날부터 3년이 지나지 아니한 사람
4. 금고 이상의 형의 집행유예를 받고 그 유예기간이 만료된 날부터 1년이 지나지 아니한 사람
5. 금고 이상의 형의 선고유예를 받고 그 선고유예기간 중에 있는 사람
6. 제13조에 따라 감정평가사 자격이 취소된 후 3년이 지나지 아니한 사람. 다만, 제7호에 해당하는 사람은 제외한다.
7. 제39조제1항제11호 및 제12호에 따라 자격이 취소된 후 5년이 지나지 아니한 사람

② (생략)

제18조(등록 및 갱신등록의 거부) ① 국토교통부장관은 제17조에 따른 등록 또는 갱신등록을 신청한 사람이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 등록을 거부하여야 한다.

1. 제12조 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우
2. 제17조제1항에 따른 실무수습 또는 교육연수를 받지 아니한 경우
3. 제39조에 따라 등록이 취소된 후 3년이 지나지 아니한 경우

372) 제2장 실체 규정 10. 결격사유

4. 제39조에 따라 업무가 정지된 감정평가사로서 그 업무정지 기간이 지나지 아니한 경우
5. 미성년자 또는 피성년후견인·피한정후견인
 - ② ~ ④ (생략)

자격자에 대한 징계 제도를 두는 경우에는 무거운 징계처분을 받았을 때에도 결격사유로 규정하기도 한다.

[입법례] 징계처분을 결격사유로 규정한 사례

변리사법

제4조(결격사유) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 변리사가 되지 못한다.

1. ~ 4. (생략)
5. 다음 각목의 어느 하나에 해당하는 사람
 - 가. 탄핵 또는 징계처분에 따라 파면 또는 해임된 사람
 - 나. 강등 또는 정직처분을 받은 후 2년이 지나지 아니한 사람
 - 다. 이 법에 따른 징계처분으로 등록취소된 후 2년이 지나지 아니한 사람
 - 라. 「변호사법」에 따라 제명된 후 2년이 지나지 아니한 사람

한편 국가가 운영·관리하는 자격 중 시험합격자에게 자격을 부여하는 경우에 결격사유와 별도로 시험에 응시할 수 없는 ‘응시 결격사유’를 둘 수 있다. 일반적으로 시험을 통한 자격의 취득은 공고부터 최종 자격취득까지 일련의 절차를 거쳐 이루어지는데 응시 결격사유는 국민의 기본권을 제한하는 성격이 있으므로 원칙적으로 응시자에게 가장 유리하면서도 객관적인 기준이 될 수 있는 시점인 ‘최종 합격자 발표일’을 응시 결격사유의 기준일로 하는 것이 바람직하다.³⁷³⁾ 다만, 예외적으로 응시 결격사유 기준일을 최종 합격자 발표일 전 또는 후로 정할 수 있다.³⁷⁴⁾ 응시 결격사유는 법률에서 규정하되, 응시 결격사유의 기준

373) 응시원서 접수일 또는 시험일을 응시 결격사유의 기준일로 정하면 시험 자체에 제한을 받게 되고, 반대로 자격취득일을 기준으로 정하면 응시자의 입장에서 볼 때는 유리할 수 있으나, 자격취득 절차가 개별 법령에 따라 다르고, 자격에 따라 실무연수 등을 필요로 하는 경우 연수 등의 수료시점이 개인별로 달라질 수 있으며, 자격 취득일이 객관적이지 못할 수 있다. 또한, 자격취득일(통상의 경우 자격증 교부일)을 기준으로 하는 경우 자격증 교부제도 자체가 없거나 있더라도 자격증 교부일이 합격자가 자격증을 실제 수령하는 날짜와 달라질 수 있는 등 자격취득일이 객관적인 기준일이 되지 못하는 경우가 많다.

374) 시험의 개최 주기, 해당 시험 전에 수료하여야 할 교육·실습 등 사전 요건의 유무, 구체적인 시험 시행 방식에 따른 수험자 비용부담 및 위험성 등을 고려하여 특별한 사정이 있는 경우 응시 결격사유 기준일을 조정할 수 있다.

일은 법률에서 기준일을 위임하는 경우 하위법령에서 규정하는 것도 가능하다.

[입법례] 응시 결격사유 및 기준일을 법률에서 규정한 사례

세무사법
제5조(세무사 자격시험) ① (생략) ② 세무사 자격시험의 최종 합격 발표일을 기준으로 제4조제2호부터 제10호까지의 어느 하나에 해당하면 시험에 응시할 수 없다. ③ (생략)

02
실
체
규
정

아. 자격업무 개시에 관한 규정

자격자가 업무를 개시하려는 경우에 주무관청에 사무소 개설 신고 또는 업무개시 신고나 이에 관한 등록을 하도록 규정하는 것이 일반적이다.

[입법례] 자격자의 사무소 개설 신고를 규정한 사례

행정사법
제10조(행정사의 업무신고) ① 행정사 자격이 있는 사람이 행정사로서 업무를 하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 주된 사무소의 소재지를 관할하는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수 또는 자치구의 구청장(이하 “시장등”이라 한다)에게 대통령령으로 정하는 행정사 업무신고 기준을 갖추어 신고(이하 “행정사업무신고”라 한다)하여야 한다. 신고한 사항을 변경할 때 또한 같다. ② 행정사업무신고의 기준 및 절차 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

[입법례] 업무개시에 앞서 등록을 하도록 한 사례

공인회계사법

제7조(등록) ① 공인회계사의 자격이 있는 자가 제2조의 규정에 의한 직무를 행하고자 하는 경우(회계법인의 사원 또는 직원이 되고자 하는 경우를 포함한다)에는 대통령령이 정하는 바에 의하여 1년 이상의 실무수습을 받은 후 금융위원회에 등록하여야 한다. 다만, 제6조제1항 각호의 1에 해당하는 자에 대하여는 실무수습을 면제한다.

② ~ ④ (생략)

등록제의 경우 등록기관을 행정기관이 아닌 해당 자격자로 조직된 협회 등의 단체로 정하는 경우가 있다. 해당 자격자 단체가 행정기관에 의하여 엄격하게 감독되고 있으면 이와 같은 방법도 가능하다.

[입법례] 협회에 등록하도록 한 사례

변호사법

제7조(자격등록) ① 변호사로서 개업을 하려면 대한변호사협회에 등록을 하여야 한다.

② 제1항의 등록을 하려는 자는 가입하려는 지방변호사회를 거쳐 등록신청을 하여야 한다.

③ 지방변호사회는 제2항에 따른 등록신청을 받으면 해당 변호사의 자격 유무에 관한 의견서를 첨부할 수 있다.

④ 대한변호사협회는 제2항에 따른 등록신청을 받으면 지체 없이 변호사 명부에 등록하고 그 사실을 신청인에게 통지하여야 한다.

[입법례] 자격자의 사무소 개설 등록을 규정한 사례

약사법

제20조(약국의 개설등록) ① 약사 또는 한약사가 아니면 약국을 개설할 수 없다.

② 약국을 개설하려는 자는 보건복지부령으로 정하는 바에 따라 시장·군수·구청장(자치구의 구청장을 말한다. 이하 같다)에게 개설등록을 하여야 한다. 등록된 사항을 변경할 때에도 또한 같다.

③ 제2항에 따른 등록을 하려는 자는 대통령령으로 정하는 시설 기준에 따라 필요한 시설을 갖추어야 한다.

④ ~ ⑥ (생략)

자. 자격자의 의무

자격자가 수행하는 업무의 공공성과 상대방에게 신뢰를 주는 업무의 특성으로 인하여 자격자에게 특별히 요구되는 의무가 있다. 자격자의 의무의 내용은 해당 자격의 특성, 자격자의 업무 내용, 업무의 공공성 등에 따라 다양하게 나타난다.

이러한 의무로는 의뢰인과의 관계에서 공정성과 객관성 확보를 위해 관련 업무 수임 금지,³⁷⁵⁾ 업무상의 비밀 준수, 일정한 직위의 겸직 금지 준수 등의 의무가 있다. 그 밖에 해당 자격의 공공성이 매우 강한 경우 성실의무, 품위유지의무 등의 윤리적 의무를 규정하기도 한다.

영업자의 지위에서 일반적으로 준수해야 할 의무로는 장부 작성 의무 등이 있다(예: 「변호사법」 제28조, 「공인회계사법」 제18조).

[입법례] 성실의무·품위유지의무 등을 규정한 사례

변호사법

- 제24조(품위유지의무 등) ① 변호사는 그 품위를 손상하는 행위를 하여서는 아니 된다.
② 변호사는 그 직무를 수행할 때에 진실을 은폐하거나 거짓 진술을 하여서는 아니 된다.

[입법례] 직무의 제한을 규정한 사례

공인회계사법

- 제21조(직무제한) ① 공인회계사는 다음 각호의 1에 해당하는 자에 대한 재무제표(「주식회사의 외부감사에 관한 법률」 제2조에 따른 연결재무제표를 포함한다. 이하 같다)를 감사하거나 증명하는 직무를 행할 수 없다.
1. 자기 또는 배우자가 임원이나 그에 준하는 직위(재무에 관한 사무의 책임있는 담당자를 포함한다)에 있거나, 과거 1년 이내에 그러한 직위에 있었던 자(회사를 포함한다. 이하 이 조에서 같다)

375) 「변호사법」

제31조(수임제한) ① 변호사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사건에 관하여는 그 직무를 수행할 수 없다. 다만, 제2호 사건의 경우 수임하고 있는 사건의 위임인이 동의한 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 당사자 한쪽으로부터 상의(相議)를 받아 그 수임을 승낙한 사건의 상대방이 위임하는 사건
2. 수임하고 있는 사건의 상대방이 위임하는 다른 사건
3. 공무원·조정위원 또는 중재인으로서 직무상 취급하거나 취급하게 된 사건

2. 자기 또는 배우자가 그 직원이거나 과거 1년 이내에 직원이었던 사람(배우자의 경우 재무에 관한 사무를 수행하는 직원으로 한정한다)
3. 제1호 및 제2호외에 자기 또는 배우자와 뚜렷한 이해관계가 있어서 그 직무를 공정하게 행하는 데 지장이 있다고 인정되어 대통령령으로 정하는 자
 - ② 공인회계사는 특정 회사(해당 회사가 다른 회사와 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」 제2조제3호에 따른 지배·종속 관계에 있어 연결재무제표를 작성하는 경우 그 다른 회사를 포함한다)의 재무제표를 감사하거나 증명하는 업무를 수행하는 계약을 체결하고 있는 기간 중에는 해당 회사에 대하여 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 업무를 할 수 없다.
 1. 회계기록과 재무제표의 작성
 2. 내부감사업무의 대행
 3. 재무정보체제의 구축 또는 운영
 4. ~ 10. (생략)
 - ③ (생략)

[입법례] 비밀준수 의무를 규정한 사례

관세사법

제14조(비밀준수 의무) 관세사나 그 직무보조자 또는 관세사나 그 직무보조자였던 사람은 다른 법률에 특별한 규정이 있는 경우 외에는 직무상 알게 된 비밀을 누설하여서는 아니 된다.

차. 자격취소와 그 밖의 처분

자격자는 법률에 따라 부여된 업무를 수행할 때 공익의 보호를 위해 해당 법률에 정해진 준수 사항 등의 의무를 지켜야 한다. 자격자가 이에 따르지 않으면 주무관청은 공익상 필요 때문에 제재처분을 한다. 제재하는 방법으로는 자격의 취소, 자격 또는 업무의 정지, 자격 등록·면허의 취소, 자격자에 대한 징계 등이 있다.

「자격기본법」은 국가자격 일반에 관하여 자격취소와 자격정지에 관한 원칙을 규정하고 있고(제32조), 「국가기술자격법」은 부정한 방법으로 국가기술자격을 취득한 경우 등에 대해 국가기술자격의 취소와 정지에 관하여 규정하고 있다(제16조).

1) 자격취소·업무정지 등

자격자가 결격사유에 해당되거나 자격자를 해당 자격업무에서 배제시켜야 할 정도로 중대한 의무를 위반한 경우에는 자격취소·면허취소나 자격정지를 하는 것이 원칙이다(예: 「국가기술자격법」 제16조의 국가기술자격 취소, 「의료법」 제65조의 의료면허 취소). 자격요건을 갖춘 자가 등록에 의하여 비로소 해당 자격업무를 수행할 수 있게 법령상 규정된 경우에는 등록취소에 따라 해당 자격업무를 못하게 할 수 있다(예: 「공인회계사법」 제9조의 등록취소).

이와 같이 자격 자체의 취소와 자격등록의 취소는 엄격하게는 구분할 수 있는데, 이 두 가지 제도를 병렬적으로 규정하기도 한다.³⁷⁶⁾

자격자로서 해당 업무를 근원적으로 수행하지 못하게 제한해야 할 공익상 필요성이 크면 자격 자체를 취소하는 것이 타당하다. 다만, 이 경우에는 직업선택의 자유를 과도하게 침해하지 않도록 신중히 검토해야 한다.

자격취소의 사유는 그 자격 부여 법령에서 정한 자격자의 의무 규정 또는 준수사항 규정의 내용에 따라 다양하게 나타난다. 자격취소의 사유는 일반적으로 부정한 방법에 따른 자격 취득, 결격사유 해당, 해당 법령의 중요 규정을 위반한 경우, 해당 자격자에게 그 직무를 계속 맡겨서는 안 될 비행이 있거나 심신상의 장애가 있는 경우, 일정 기간 업무를 수행하지 않는 경우 등이 있다. 자격취소 제도의 실효성을 확보하기 위해 자격취소를 받은 자에 대해서는 일정 기간 자격 취득을 제한한다.

자격취소 사유와 같이 중대한 법령 위반은 아니나 일정한 자격상의 제재를 가할 필요가 있는 경우에는 일정 기간의 자격정지 또는 업무정지를 할 수 있도록 규정한다. 이 경우 정지기간은 자격취소로 인한 결격사유의 기간보다 짧게 정해야 한다. 자격자에 대한 징계 제도를 규정한 경우에 자격 또는 업무의 정지는 징계처분의 일종으로 정하는 경우도 있다.

자격등록이 사무소 개설을 하려는 자격자에게만 요구되고 그 사무소 소속 자격자에게는 요구되지 않는 경우에는 소속 자격자의 법령 위반 시 제재수단으로 자격 자체의 취소 제도나 자격자에 대한 징계 제도를 추가하여 규정할 필요가 있다.

376) 「변리사법」 제18조에서는 등록 취소된 변리사에 대하여 징계처분으로 자격정지처분을 할 수 있도록 규정하고 있다.

[입법례] 자격 자체를 취소한 사례

건축사법

제11조(자격의 취소 등) ① 국토교통부장관은 건축사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 자격을 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 자격을 취득한 사실이 드러난 경우
2. 제9조제1호부터 제3호까지의 결격사유 중 어느 하나에 해당하게 된 경우
3. 제10조제1항을 위반하여 다른 사람에게 자기의 성명을 사용하여 건축사업무를 수행하게 하거나 자격증을 빌려준 경우
4. 제28조에 따른 건축사사무소개설신고의 효력상실처분을 받고도 계속하여 건축사업을 한 경우
5. 해당 건축사에게 책임을 돌릴 수 있는 사유로 제28조에 따른 건축사사무소개설신고의 효력상실처분을 세 차례 받은 경우
6. 고의 또는 중대한 과실로 「건축법」 제23조 또는 제25조를 위반하여 설계 또는 공사감리를 함으로써 공사가 부실하게 되어 착공 후 「건설산업기본법」 제28조에 따른 하자담보 책임기간에 대통령령으로 정하는 구조상 주요 부분에 중대한 손괴〔損壞: 무너져 내림〕를 일으켜 사람을 죽거나 다치게 한 경우

② 삭제

③ 제1항에 따라 자격이 취소된 사람은 취소된 날부터 15일 내에 자격증을 국토교통부장관에게 반납하여야 한다.

[입법례] 자격등록을 취소한 사례

변리사법

제5조의3(등록취소) 지식재산처장은 변리사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당할 때에는 그 등록을 취소하여야 한다.

1. 제4조 각 호의 어느 하나에 해당할 때
2. 등록취소의 신청을 하였을 때
3. 제6조의2제2항에 따라 폐업신고를 하였을 때
4. 사망하였을 때

[입법례] 자격을 정지한 사례

의료기사 등에 관한 법률

제22조(자격의 정지) ① 보건복지부장관은 의료기사등이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 6개월 이내의 기간을 정하여 그 면허자격을 정지시킬 수 있다.

1. 품위를 현저히 손상시키는 행위를 한 경우
2. 치과기공소 또는 안경업소의 개설자가 될 수 없는 사람에게 고용되어 치과기공사 또는 안경사의 업무를 한 경우

2의2. ~ 2의5. (생략)

3. 그 밖에 이 법 또는 이 법에 따른 명령을 위반한 경우

② ~ ④ (생략)

2) 자격자에 대한 징계

자격자가 의무를 위반한 경우 징계 처분을 하는 경우가 있다. 자격자가 처리하는 업무가 고도의 윤리적 요소를 가지고 있어 상당한 정도의 품위 유지가 요구되거나 공적 업무를 처리하는 관계로 공직에 준하는 지위에 있는 것으로 판단되어 엄격한 통제가 필요하면 징계 제도를 둔다.

자격자에 대한 징계는 그 직무의 성질상 특별한 감독이 필요한 직무상 의무의 위반과 그 밖의 법령 위반에 대해 행하는 불이익한 행정처분이다. 징계의 종류에는 견책, 자격 또는 업무의 정지, 면허 또는 등록의 취소, 자격 취소 등이 있으며, 제명(除名)이나 과태료 부과도 있다.

징계 규정에서는 일반적으로 징계 사유와 징계 종류를 정한다. 징계 절차로 반드시 청문을 거치도록 하거나 위원회의 심사를 거치도록 절차를 엄격히 정할 필요가 있다.

[입법례]

공인노무사법

제20조(징계) ① 고용노동부장관은 공인노무사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 자격심의·징계위원회의 징계의결에 따라 징계처분을 한다.

1. 제6조를 위반하여 2개 이상의 사무소를 설치·운영한 경우
2. 제7조의3제2항을 위반하여 노무법인의 사원이 된 경우
3. ~ 15. (생략)
- ② 삭제
- ③ 공인노무사에 대한 징계의 종류는 다음 각 호와 같다.
 1. 영구등록취소(제1항제13호 및 제14호의 경우에 한정한다)
 2. 등록취소
 3. 3년 이하의 직무정지
 4. 1천만원 이하의 과태료
 5. 견책(譴責)
- ④ 제24조에 따른 공인노무사회는 공인노무사에 대하여 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 징계사유가 있다고 인정하면 고용노동부장관에게 그 공인노무사의 징계의결을 요청하여야 한다.
- ⑤ 제1항에 따른 징계의결은 고용노동부장관의 요구에 따라 하며, 제1항 각 호의 어느 하나에 해당하는 사유가 발생한 날부터 3년이 지나면 징계의결을 요구할 수 없다.
- ⑥ 고용노동부장관은 공인노무사가 제3항제4호에 따른 과태료를 납부기한까지 내지 아니하면 국세 체납처분의 예에 따라 징수할 수 있다.
- ⑦ 징계의결의 통보, 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

변호사법

- 제92조(변호사징계위원회의 설치) ① 변호사의 징계는 변호사징계위원회가 한다.
- ② 대한변호사협회와 법무부에 각각 변호사징계위원회를 둔다.

카. 자격자 단체에 관한 규정

자격자를 회원으로 자격자 단체가 설립되기도 하는데, 국가가 개별 법률에 따라 그 설립을 지원하기도 하고, 더 나아가 그 자격자 단체로 하여금 자격자 공동의 이익 추구 외에 징계 등 공적 업무를 수행하게 하거나 국가의 업무를 위탁받아 수행하게 하는 경우가 적지 않다.

일반적으로 자격자 단체는 자격자 간의 상호 친목 도모, 자격자의 품위 유지, 자격 관련

업무의 연구·발전 등의 업무를 수행한다. 행정기관은 이러한 자격자 단체를 활용하여 관련 행정정보를 수집하거나 행정지도를 할 수 있는 이점이 있다.

공공성이 강한 자격 제도에 자격자로 하여금 해당 자격자 단체에 가입을 강제하는 규정을 두는 경우가 있다.³⁷⁷⁾ 자격자 단체에 가입하도록 강제하는 것은 헌법상 결사의 자유를 침해할 소지가 있으므로, 자격자가 행하는 업무 등의 전문성·공익성이 강하여 가입 강제가 공익 목적을 달성하도록 하는 데에 불가피한 경우 등 예외적일 때에만 허용하도록 한다.

[입법례] 자격자 단체의 설립을 규정한 사례

공인회계사법
제41조(목적 및 설립) ① 공인회계사의 품위향상과 직무의 개선·발전을 도모하고, 회원의 지도 및 감독에 관한 사무를 행하기 위하여 한국공인회계사회(이하 “공인회계사회”라 한다)를 둔다. ② 공인회계사회는 법인으로 한다. ③ 공인회계사회는 대통령령이 정하는 바에 따라 회칙을 정하여 금융위원회의 인가를 받아 설립하여야 한다. ④ 공인회계사회는 지회 또는 지부를 둘 수 있다. ⑤ 공인회계사회의 회칙개정과 지회 또는 지부의 설치에 관하여는 금융위원회의 승인을 얻어야 한다.

[입법례] 자격자 단체의 가입강제를 규정한 사례

세무사법
제18조(설립과 감독) ① 세무사의 품위 향상과 직무의 개선·발전을 도모하고, 세무사에 대한 지도 및 감독에 관한 사무를 하도록 하기 위하여 한국세무사회를 둔다. ② 한국세무사회는 법인으로 하며, 세무사는 그 회원이 되어야 한다. ③ 한국세무사회는 회칙을 정하여 재정경제부장관의 인가를 받아 설립하여야 한다. ④ 한국세무사회의 회칙을 개정하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 재정경제부장관의 승인을 받아야 한다. ⑤ 한국세무사회의 설립 및 운영 등에 필요한 사항과 한국세무사회의 회칙에 포함할 사항은 대통령령으로 정한다.

377) 「변호사법」 제7조 및 제68조, 「세무사법」 제18조 등

21. 외국인의 지위

가. 개관

‘외국인’이란 대한민국의 국민이 아닌 자(「국적법」 제3조)로서, 외국 국적자와 무국적자를 말한다. 헌법은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다”고 규정하고 있으며(제6조제2항) 이러한 헌법의 정신에 따라 여러 법령에서 외국인을 내국인과 동등하게 대우하고 있다. 그러나 우리 국민에게만 인정되는 참정권 분야나 국가 중요 정책상 필요한 특정 분야에서는 외국인을 우리 국민과 달리 대우하는 경우가 있다.

외국인의 권리를 인정하는 범위는 국가와 시대에 따라 다르나, 경제활동과 사회문화적 활동이 세계적 규모로 활발해짐에 따라 외국인에게 내국인과 동등한 권리를 인정하는 방향으로 변천해 왔다. 현대 문명국가는 내외국인 평등주의를 지향하지만 완전한 평등주의를 채택하고 있지는 않다. 평등주의를 원칙으로 하면서도 그 나라의 정치적·경제적 사정을 고려하여 외국인에 대해 일정한 제한을 두거나 상호주의를 채택하고 있다.³⁷⁸⁾

개별적인 분야에서 외국인의 권리 등을 인정하는 방법이나 정도에 관한 제도는 i) 내국인과 외국인을 평등하게 대우하는 방법, ii) 외국인의 권리 등을 인정하지 않는 방법, iii) 양자의 중간 형태인 상호주의를 택하는 방법 등이 있다. 선거권·공무담임권을 포함하는 참정권 등 우리나라 국민에게만 인정되는 기본권 분야에서는 명문의 규정이 없어도 외국인에게는 인정되지 않는 것으로 해석될 수 있다. 그 밖의 법률에서는 외국인에 대해 제한하는 명문의 규정을 두지 않은 경우에는 외국인에 대한 제한은 없는 것으로 해석함이 원칙이다.³⁷⁹⁾ 따라서 외국인에 대해 권리 등을 제한하려면 법률에서 이를 명확히 규정해야 한다.

역으로 외국인 투자를 촉진하기 위해 외국인투자 분야에서는 외국인에 대해서만 권리를 인정하거나 각종 특혜를 부여하는 경우도 있다.³⁸⁰⁾

378) 헌법에 따라 체결·공포된 조약은 국내법과 같은 효력을 가지므로 외국인의 권리에 일정한 제한을 둘 필요가 있는 경우라면 반드시 대한민국이 기존에 외국과 체결한 조약에 위배되지 않는지를 살펴보아야 한다.

379) 법제처 2018. 11. 16. 18-0493 해석례, 법제처 2015. 5. 12. 15-0195 해석례

380) 예: 「외국인투자 촉진법」, 「경제자유구역의 지정 및 운영에 관한 특별법」 등

나. 외국인의 권리 등의 인정 방법과 범위에 따른 분류

1) 내국인과 동등한 지위 인정

앞서 설명한 대로 법률에서 명문으로 외국인에 대한 제한을 두지 않은 경우에는 원칙적으로 우리나라 국민과 동등한 권리 등을 외국인에게 부여한 것으로 해석할 수 있다. 개별 법률에서 외국인에 대해 권리 등이 인정됨을 명확히 규정한 경우도 있다.

[입법례]

채무자 회생 및 파산에 관한 법률

제2조(외국인 및 외국법인의 지위) 외국인 또는 외국법인은 이 법의 적용에 있어서 대한민국 국민 또는 대한민국 법인과 동일한 지위를 가진다.

2) 상호주의 규정

‘상호주의’란 외국인의 권리를 그의 본국이 우리나라 국민에게 인정하는 것과 같은 정도로 인정하는 것을 말한다. 대한민국이 가입하거나 체결한 조약에 따라 외국인의 권리를 보호하는 규정도 상호주의 태도를 취한 것으로 분류할 수 있다.

원칙적으로 상호주의를 채택하면서도 허가·신고 등의 일정한 절차를 거치도록 규정하는 경우가 있다(예: 「부동산 거래신고 등에 관한 법률」 제7조, 제8조 및 제9조). 외국에서 일정한 자격을 취득한 외국인에 대해 상호주의 원칙에 따라 국내에서 해당 자격업무를 수행할 수 있도록 허용하는 경우도 있다(예: 「감정평가 및 감정평가사에 관한 법률」 제20조).

[입법례] 보증에 의한 상호주의를 규정한 사례

국제민사사법공조법

제4조(상호주의) 사법공조에 관한 조약이 체결되어 있지 아니한 경우에도 사법공조를 촉탁하는 외국법원이 속하는 국가가 동일 또는 유사한 사항에 관하여 대한민국 법원의 사법공조촉탁에 응한다는 보증을 한 경우에는 이 법을 적용한다.

[입법례] 조약에 따른 상호주의를 규정한 사례

저작권법

- 제3조(외국인의 저작물) ① 외국인의 저작물은 대한민국이 가입 또는 체결한 조약에 따라 보호된다.
- ② 대한민국 내에 상시 거주하는 외국인(무국적자 및 대한민국 내에 주된 사무소가 있는 외국법인을 포함한다)의 저작물과 맨 처음 대한민국 내에서 공표된 외국인의 저작물(외국에서 공표된 날부터 30일 이내에 대한민국 내에서 공표된 저작물을 포함한다)은 이 법에 따라 보호된다.
- ③ 제1항 및 제2항에 따라 보호되는 외국인(대한민국 내에 상시 거주하는 외국인 및 무국적자는 제외한다. 이하 이 조에서 같다)의 저작물이라도 그 외국에서 대한민국 국민의 저작물을 보호하지 아니하는 경우에는 그에 상응하게 조약 및 이 법에 따른 보호를 제한할 수 있다.
- ④ (생략)

[입법례] 내국인에 대한 동등 처우를 조건으로 상호주의를 규정한 사례

부동산 거래신고 등에 관한 법률

제7조(상호주의) 국토교통부장관은 대한민국국민, 대한민국의 법령에 따라 설립된 법인 또는 단체나 대한민국정부에 대하여 자국(自國) 안의 토지의 취득 또는 양도를 금지하거나 제한하는 국가의 개인·법인·단체 또는 정부에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 대한민국 안의 토지의 취득 또는 양도를 금지하거나 제한할 수 있다. 다만, 헌법과 법률에 따라 체결된 조약의 이행에 필요한 경우에는 그러하지 아니하다.

3) 외국인의 권리 등을 부인하는 규정

참정권은 국민에게 인정되는 기본권이다. 따라서 선거권 및 피선거권과 정당의 당원이 될 수 있는 자격 등은 외국인에게 인정되지 않는다(「공직선거법」 제15조 및 제16조, 「정당법」 제22조제2항). 다만, 영주권을 취득하고 일정한 요건을 갖춘 외국인에 대해서는 지방의회의원과 지방자치단체장의 선거권을 인정하고 있고(「공직선거법」 제15조제2항제3호), 출입국관리 관계 법령의 규정에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례가 정하는 사람에 대해서는 주민투표권을 허용하고 있다.³⁸¹⁾

381) 「주민투표법」

[입법례]

공직선거법

제15조(선거권) ① 18세 이상의 국민은 대통령 및 국회의원의 선거권이 있다. 다만, 지역구국회 의원의 선거권은 18세 이상의 국민으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에 한하여 인정된다.

1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람
 2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 국회의원지역선거구 안에 주민등록이 되어 있는 사람
- ② 18세 이상으로서 제37조제1항에 따른 선거인명부작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 그 구역에서 선거하는 지방자치단체의 의회의원 및 장의 선거권이 있다.
1. 「주민등록법」 제6조제1항제1호 또는 제2호에 해당하는 사람으로서 해당 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람
 2. 「주민등록법」 제6조제1항제3호에 해당하는 사람으로서 주민등록표에 3개월 이상 계속하여 올라 있고 해당 지방자치단체의 관할구역에 주민등록이 되어 있는 사람
 3. 「출입국관리법」 제10조에 따른 영주의 체류자격 취득일 후 3년이 경과한 외국인으로서 같은 법 제34조에 따라 해당 지방자치단체의 외국인등록대장에 올라 있는 사람

외국인은 국가 공권력의 행사나 정부 정책의 결정에 참여하는 공무원이 될 자격이 인정되지 않는 것이 원칙이나, 예외적으로 특정 분야에 한정하여 제한적으로 공무원이 될 수 있는 자격을 인정하고 있다(「국가공무원법」 제26조의3, 「교육공무원법」 제10조의2).

[입법례] 외국인에 대해 교원이 될 수 있는 자격을 인정한 사례

교육공무원법

제10조의2(외국인 교원) 대학은 교육이나 연구를 위하여 외국인을 교원으로 임용할 수 있다.

제5조(주민투표권) ① 18세 이상의 주민 중 제6조제1항에 따른 투표인명부 작성기준일 현재 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람에게는 주민투표권이 있다. 다만, 「공직선거법」 제18조에 따라 선거권이 없는 사람에게는 주민투표권이 없다.

1. 그 지방자치단체의 관할 구역에 주민등록이 되어 있는 사람
2. 출입국관리 관계 법령에 따라 대한민국에 계속 거주할 수 있는 자격(체류자격변경허가 또는 체류기간연장허가를 통하여 계속 거주할 수 있는 경우를 포함한다)을 갖춘 외국인으로서 지방자치단체의 조례로 정한 사람

② 주민투표권자의 연령은 투표일 현재를 기준으로 산정한다.

* 「주민소환에 관한 법률」 제3조에서도 외국인에게 주민소환에 관한 투표권한을 인정하고 있다.

그 외에 항공기 등록 등 국가경제적으로 중요한 사항에 관하여 외국인에게 권리 자체를 인정하지 않기도 한다(「항공안전법」 제10조). 언론·방송 분야에서는 외국인 또는 외국 법인이 방송사업에 참여하거나 외국인이 방송법인의 대표자 또는 방송편성책임자가 되는 자격을 제한하고 있다(「방송법」 제13조, 제14조).

외국인 또는 외국법인에 대해 특정 사항을 금지하거나 제한할 경우의 규정 방법에는 특정의 권리를 부여받을 자를 “국민”으로 한정하여 규정하는 방법과 외국인 또는 외국법인을 특정 자격·영업의 결격사유로 규정하거나 허가·등록 등의 제한사유로 규정하는 방법이 있다.

[입법례] 외국인을 영업 등의 결격사유로 규정한 사례

방송법
제13조(결격사유) ① (생략) ② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 중계유선방송사업·음악유선방송사업을 할 수 없다. 1. 외국인 또는 외국의 정부나 단체 2. ~ 5. (생략) ③ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 제9조제1항·제2항·제3항·제5항·제6항·제8항·제10항 또는 제11항에 따라 허가 또는 승인을 받거나 등록 또는 신고를 한 법인의 대표자나 방송편성책임자가 될 수 없다. 1. 외국인 2. ~ 6. (생략) 7. 외국의 법인 또는 단체의 대표자(전송망사업의 경우는 제외한다)

4) 외국인의 권리 등을 인정하되 일정한 제한을 두는 규정

경제활동 분야에서는 기본적으로 외국인에게 내국인과 동등한 권리 등을 인정하면서 일정한 제한을 가하는 경우가 있다. 외국인에 대해 주식취득의 제한을 할 수 있도록 법률에서 허용한 경우가 그러한 예이다.

[입법례]

자본시장과 금융투자업에 관한 법률
제168조(외국인의 증권 또는 장내파생상품 거래의 제한) ① 외국인(국내에 6개월 이상 주소 또는 거소를 두지 아니한 개인을 말한다. 이하 이 조에서 같다) 또는 외국법인등에 의한 증권 또는 장내파생상품의 매매, 그 밖의 거래에 관하여는 대통령령으로 정하는 기준 및 방법에

따라 그 취득한도 등을 제한할 수 있다.

② 외국인 또는 외국법인등에 의한 공공적 법인의 주식 취득에 관하여는 제1항에 따른 제한에 추가하여 그 공공적 법인의 정관이 정하는 바에 따라 따로 이를 제한할 수 있다.

③·④ (생략)

외국인의 정보공개 청구권을 인정하는 것과 같이 법률에서 권리 등의 인정 여부에 관하여 대통령령에 위임하고 대통령령으로 정한 요건을 갖춘 외국인에 한정하여 권리 등을 인정하게 할 수도 있다.

[입법례]

공공기관의 정보공개에 관한 법률

제5조(정보공개청구권자) ① 모든 국민은 정보의 공개를 청구할 권리를 가진다.

② 외국인의 정보공개 청구에 관하여는 대통령령으로 정한다.

공공기관의 정보공개에 관한 법률 시행령

제3조(외국인의 정보공개청구) 법 제5조제2항에 따라 정보공개를 청구할 수 있는 외국인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자로 한다.

1. 국내에 일정한 주소를 두고 거주하거나 학술·연구를 위하여 일시적으로 체류하는 사람
2. 국내에 사무소를 두고 있는 법인 또는 단체

다. 그 밖의 관련 사항

입법정책적으로 외국인에게 적용하는 규정을 외국에 영주하고 있는 국민에게도 적용하는 규정을 두기도 한다.

[입법례]

외국인투자 촉진법

제2조(정의) ① 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. ~ 10. (생략)

② 이 법을 적용할 때 대한민국의 국적을 가지고 외국에 영주하고 있는 개인 중 대통령령으로 정하는 사람에 대하여는 이 법 중 외국인에 대한 규정을 함께 적용한다.

22. 검사

가. 개관

국민의 생명·신체의 보호, 시설물의 안전 확보를 위해 법률에서 최소한의 기준을 정하고 해당 시설물·기기 등이 그 기준에 적합한지를 검사하는 제도를 규정하는 경우가 있다.

검사의 주체와 관련하여 법령에서 정한 기준에 적합한지를 해당 시설물·기기 등의 소유자 또는 관리자가 직접 검사하도록 하는 경우도 있으나 행정기관이 행하도록 규정하는 것이 일반적이다. 행정기관이 검사하도록 규정하는 경우에도 공무원 인력 확보의 어려움이나 전문적 기술의 필요성 때문에 해당 법률에 따라 설립된 전문기관에 검사업무를 위탁하기도 하며, 해당 검사시설·전문인력을 확보한 기관을 지정하여 검사를 할 수 있게 하기도 한다.

나. 검사의 주체

1) 행정기관이 직접 검사하거나 기관을 지정해서 검사하게 하는 경우

국민의 생명·신체의 보호, 시설물의 안전 확보를 위해 행정기관이 직접 검사를 실시할 수 있다.

그러나 인력 확보의 어려움이나 전문적 기술의 필요성 때문에 행정기관이 직접 검사를 하지 않고 해당 법률에 따라 설립된 전문기관 등에 검사업무를 위탁하는 경우가 많다. 검사업무를 위탁하는 경우 수탁기관은 대체로 해당 법률에 따라 설립된 특수법인인 경우가 많고, 그 밖에 행정청의 감독 하에 있는 공사·공단 등인 경우도 있다.

[입법례] 검사업무를 공사 또는 공단에 위탁하게 한 사례

광산안전법

제9조(성능검사 등) 광업권자나 조광권자는 대통령령으로 정하는 광업시설의 설치공사 또는 변경공사가 완료된 때와 공사 완료 후 일정한 기간이 지날 때마다 산업통상부장관의 검사를 받아야 하고, 검사에 합격하지 아니하면 그 시설을 사용할 수 없다.

제22조의4(권한의 위임·위탁) ① (생략)

② 산업통상부장관은 제9조에 따른 광업시설의 성능검사 등의 업무를 대통령령으로 정하는 바에 따라 「한국광해광업공단법」에 따른 한국광해광업공단에 위탁할 수 있다.

③ (생략)

검사업무를 위탁하지 않는 경우에는 대부분 해당 검사시설·전문인력을 확보한 전문기관을 지정하여 검사를 할 수 있게 하고 있다. 이 경우 검사기관이 받는 검사료가 소요경비에 충당하기 어려울 정도로 낮으면 국가 또는 지방자치단체가 보조할 수 있는 규정을 두기도 한다.

[입법례] 검사기관의 지정과 지원을 규정한 사례

어린이놀이시설 안전관리법

제4조(안전검사기관의 지정 등) ① 행정안전부장관은 어린이놀이시설의 안전성을 확보하기 위하여 설치검사·정기시설검사 또는 안전진단을 행하는 기관(이하 “안전검사기관”이라 한다)을 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 안전검사기관으로 지정을 받고자 하는 법인 또는 단체(지방자치단체를 포함한다)는 검사장비 및 검사인력 등 대통령령이 정하는 지정요건을 갖추어 행정안전부장관에게 신청하여야 한다.

③ (생략)

④ 행정안전부장관은 제1항의 규정에 따라 지정을 받은 안전검사기관에 설치검사업무 등의 수행에 필요한 지원을 할 수 있다.

⑤ (생략)

2) 자체적으로 검사하게 하는 경우

국민의 생명, 신체의 안전 등과 직접적으로 관련되는 중요 검사는 행정청이 하도록 규정하나, 그 밖에 사업장의 기계·기구·설비 등에 대한 검사는 사업자가 자체적으로 실시하도록 하는 것이 일반적이다. 자체검사를 실시하게 하는 규정을 두는 경우 검사의 주체와 검사 시기를 정하고, 전문적인 검사인 경우 일정한 요건을 갖춘 직원이 검사하도록 한다. 사업자가 검사에 관한 전문지식·기술을 갖추지 못한 경우에는 다른 전문검사기관에 검사를 위탁할 수 있게 한다.

[입법례] 자체검사를 규정한 사례

전기용품 및 생활용품 안전관리법

제7조(정기검사와 자체검사 등) ① 안전인증기관은 제5조제1항에 따라 안전인증을 받은 안전인증대상제품이 계속하여 안전성을 유지하고 있는지를 확인하기 위하여 다음 각 호의 사항에 대하여 2년에 1회 대통령령으로 정하는 바에 따라 정기검사를 실시하여야 한다.

1. 안전인증대상제품
2. 제조설비
3. 검사설비
4. 기술능력

② 안전인증을 받은 안전인증대상제품의 제조업자는 안전인증을 받은 후 제조하는 안전인증대상제품에 대하여 산업통상부령으로 정하는 바에 따라 자체검사를 실시하고, 그 기록을 작성·보관하여야 한다.

다. 검사의 종류 및 주기

검사의 종류로는 정기검사, 수시검사, 임시검사, 정밀검사 등 그 종류가 다양하다. 해당 제도에 적합한 검사의 종류를 정하도록 하며, 검사의 종류에 따른 검사 시기 또는 검사의 주기도 규정한다. 검사의 주기를 하위법령에서 규정하는 경우가 많으나, 이는 일반적으로 유효기간과 유사한 성격을 갖는다고 볼 수 있으므로 법률에서 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례] 여러 유형의 검사를 규정한 사례

자동차관리법

제43조(자동차검사) ① 자동차 소유자(제1호의 경우에는 신규등록 예정자를 말한다)는 해당 자동차에 대하여 다음 각 호의 구분에 따라 국토교통부령으로 정하는 바에 따라 국토교통부장관이 실시하는 검사를 받아야 한다.

1. 신규검사: 신규등록을 하려는 경우 실시하는 검사
 2. 정기검사: 신규등록 후 일정 기간마다 정기적으로 실시하는 검사
 3. 튜닝검사: 제34조에 따라 자동차를 튜닝한 경우에 실시하는 검사
 4. 임시검사: 이 법 또는 이 법에 따른 명령이나 자동차 소유자의 신청을 받아 비정기적으로 실시하는 검사
 5. 수리검사: 전손 처리 자동차를 수리한 후 운행하려는 경우에 실시하는 검사
- ② ~ ⑦ (생략)

[입법례] 검사 주기를 법률에 규정한 사례

계량에 관한 법률

제30조(정기검사) ① 형식승인을 받은 계량기 중 제24조제1항에 따른 재검정 대상 외에 대통령령으로 정하는 계량기를 사용하는 자는 시·도지사가 2년에 한 번씩 실시하는 정기검사를 받아야 한다.

② ~ ④ (생략)

라. 검사기관 지정·위탁 기준과 절차에 관한 규정

검사기관 지정 제도를 두는 경우에는 검사기관의 지정의 기준과 절차 등에 관한 사항을 규정해야 한다.

검사기관 지정기준은 대통령령 또는 부령에 위임할 수 있다. 지정기준을 위임하는 경우에는 “지정 요건에 관해서는 대통령령(○○부령)으로 정한다.”와 같은 포괄 위임 방식을 피하고 대통령령이나 부령에서 정하려는 기준의 대강을 법률에 명시함으로써 적어도 어떤 유형의 기준을 갖추어야 할지 예측할 수 있도록 위임해야 한다.

[입법례] 검사기관 지정기준을 대통령령으로 위임한 사례

고압가스 안전관리법

제35조(검사기관의 지정) ① 시·도지사는 이 법에 따른 검사의 일부와 안전관리업무를 전문적·효율적으로 수행하게 하기 위하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 검사기관을 지정할 수 있다.

② 제1항에 따라 지정을 받은 검사기관은 지정받은 사항 중 검사범위의 변경 등 산업통상부령으로 정하는 중요 사항을 변경하려면 변경지정을 받아야 한다.

③ 시·도지사는 제1항에 따라 검사기관을 지정하는 때에는 산업통상부령으로 정하는 유효기간을 정하여 지정하여야 하며, 검사기관이 그 유효기간의 만료 전에 재지정을 신청하는 경우에는 제4항에 따른 재지정 기준에 미달하지 아니하는 한 재지정을 하여야 한다.

④ 제1항 또는 제3항에 따른 검사기관의 지정 또는 재지정 기준·방법과 그 밖에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

⑤ 시·도지사는 검사기관이 제4항에 따른 기준에 따라 검사업무를 수행하는지를 확인하고 지도·감독할 수 있다.

한편 검사업무의 위탁에 관해서는 수탁기관의 선정기준을 법령에서 정하지 않는 경우가 많으나 국민의 안전과 관련된 검사 권한의 경우에는 그 수탁기관 선정기준을 법령에서 규정하는 것이 바람직하다.

마. 검사기관 지정취소 등 행정제재 규정

검사기관 지정 제도를 규정할 때 검사기관이 법령을 위반한 경우 등에는 지정을 취소할 필요가 있기 때문에 검사기관의 법령 위반 시에 하는 지정취소 등의 행정제재처분의 사유를 법률에 규정해야 한다.³⁸²⁾ 검사기관의 지정을 취소하는 경우에는 청문을 거치도록 한다.

[입법례]

소금산업 진흥법

제36조(품질검사기관의 지정취소 등) 해양수산부장관은 품질검사기관이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 지정을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 품질검사 업무를 정지하도록 명할 수 있다. 다만, 제1호나 제2호에 해당하면 그 지정을 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정을 받은 경우
2. 업무정지 기간 중에 품질검사 업무를 한 경우
3. 정당한 사유 없이 계속하여 6개월 이상 품질검사 업무를 하지 아니한 경우
4. 제35조제2항에 따른 요건에 적합하지 아니하게 된 경우
5. 제35조제3항 또는 제4항에 따른 품질검사 업무를 하지 아니한 경우
6. 정당한 사유 없이 품질검사를 거부하거나 지연한 경우

제57조(청문) 해양수산부장관 또는 시·도지사는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 처분을 하려면 청문을 하여야 한다.

1. · 2. (생략)
3. 제36조에 따른 품질검사기관의 지정취소 또는 검사업무의 정지
4. ~ 6. (생략)

382) 「행정기본법」 제18조 또는 제19조에 해당하면 지정을 취소하거나 철회할 수도 있으나 예측하기 쉽도록 법률에 취소사유를 구체적으로 규정하는 방법이 바람직하다.

바. 검사기관에 대한 감독 등에 관한 규정

자체검사를 실시하도록 하는 규정을 두는 경우에는 자체검사의 기록 등을 일정 기간 보존하도록 하는 등 자체검사의 실효성을 확보할 수 있는 규정을 둔다.

[입법례]

석유 및 석유대체연료 사업법

제25조(품질검사) ① 석유정제업자·석유수출입업자 또는 제10조제1항 단서에 따라 등록된 석유판매업자는 산업통상부령으로 정하는 석유제품을 판매하거나 인도하려는 경우에는 제25조의2에 따라 설립된 한국석유관리원(이하 “한국석유관리원”이라 한다) 또는 산업통상부장관이 지정하는 기관(이하 “품질검사기관”이라 한다)의 검사를 받아야 한다. 다만, 검사시설과 검사인력을 갖춘 석유정제업자 또는 석유수출입업자로서 산업통상부장관의 승인을 받은 자(이하 “자체검사자”라 한다)는 자체검사로 이를 대체할 수 있다.

② (생략)

③ 제1항 및 제2항에 따른 품질검사 및 자체검사의 방법·절차와 그 밖에 필요한 사항은 산업통상부령으로 정한다.

④ (생략)

⑤ 제1항 단서에 따라 자체검사자로 승인받으려는 자는 다음 각 호의 요건을 모두 갖추어 산업통상부령으로 정하는 바에 따라 산업통상부장관에게 승인 신청을 하여야 한다.

1. 산업통상부령으로 정하는 검사인력과 검사시설을 확보할 것

2. 승인 신청일 전 2년 이내에 제28조제2항에 따라 자체검사자의 승인이 취소된 자가 아닐 것

⑥ 한국석유관리원, 품질검사기관 및 자체검사자는 산업통상부령으로 정하는 바에 따라 검사 기록을 작성·보관하여야 하며, 산업통상부장관에게 검사실적을 보고하여야 한다.

제28조(품질검사기관의 지정취소 등) ① (생략)

② 산업통상부장관은 자체검사자가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 그 승인을 취소하거나 6개월 이내의 기간을 정하여 자체검사업무의 정지를 명할 수 있다. 다만, 제1호에 해당하는 경우에는 그 승인을 취소하여야 한다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 자체검사의 승인을 받은 경우

2. 석유제품의 품질을 고의로 왜곡하여 판정한 경우

3. 제25조제3항에 따른 자체검사의 방법 및 절차를 위반한 경우

4. 제25조제5항 각 호에 따른 승인 요건에 맞지 아니하게 된 경우

5. 제25조제6항에 따른 검사기록을 작성·보관하지 아니하거나 거짓으로 작성·보관한 경우 또는 검사실적을 보고하지 아니하거나 거짓으로 보고한 경우

③ 제1항 및 제2항에 따른 지정 및 승인의 취소와 검사업무정지의 기준 등에 관하여 필요한 사항은 산업통상부령으로 정한다.

검사업무를 수행하는 기관을 감독하는 데에 필요한 경우 검사기관에 대한 출입검사 또는 보고의 요구에 관한 규정을 둔다.

검사업무를 위탁받은 기관이나 지정검사기관의 검사업무는 공무로서의 성질이 있으므로 적법하고 공정한 업무 수행이 요청되므로, 그 임직원이 업무의 수행과 관련하여 금품수수 등 부정한 행위를 할 경우에는 이들을 공무원으로 간주하여 형사처벌하는 규정을 둘 필요가 있다.³⁸³⁾

[입법례]

건설기계관리법

제14조(검사대행 등) ① 국토교통부장관은 필요하다고 인정하면 건설기계의 검사에 관한 시설 및 기술능력을 갖춘 자를 지정하여 제13조에 따른 검사의 전부 또는 일부를 대행하게 할 수 있다.

② ~ ⑤ (생략)

⑥ 검사대행자와 그 검사업무를 직접 담당하는 직원은 「형법」 제129조부터 제132조까지의 규정을 적용할 때에는 공무원으로 본다.

⑦ ~ ⑫ (생략)

제35조(보고·검사 등) ① 국토교통부장관, 시·도지사, 시장·군수 또는 구청장은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자에 대하여 그 시설 또는 업무에 관한 보고를 하게 하거나, 소속 공무원으로 하여금 사업장·건설현장·사무소 또는 건설기계 등에 출입하여 장부, 서류, 건설기계, 그 밖의 물건을 검사하게 하거나 관계인에게 질문하게 할 수 있다.

1. 건설기계의 소유자
2. 건설기계 등록번호표의 제작과 등록번호 새김을 하는 자
3. 검사대행자
4. 건설기계의 제작등을 한 자
5. 6. (생략)
- ② ~ ④ (생략)

383) 이에 관한 자세한 내용은 제3장 보칙 규정의 3. 출입검사와 질문, 15. 벌칙 적용 시의 공무원 의제에 관한 부분 참조

사. 검사와 유사한 제도(인증, 검정, 인정)

1) 인증(認證)

가) 개관

인증이란 공적 기관에서 특정 물품이나 서비스 또는 공정 등을 심사한 후 일정한 기준에 부합할 경우 이를 공식적으로 인정하여 증명하는 것을 의미한다. 검사가 기준에 맞는지를 검사하는 행위 자체에 중점을 둔다면, 인증은 기준에 맞는지를 심사하여 이를 공식적으로 증명하고 표시하는 제도까지를 주된 개념적 징표로 한다고 할 수 있다.

이러한 인증은 행위 자체를 금지하고 일정한 기준에 맞으면 허가하는 등의 전통적인 인허가 제도와 달리, 인증 및 인증의 표시를 통해 특정 기준에 부합한다는 정보를 국민에게 제공하고 국민의 선택권을 강화하는 새로운 행위 형식으로, 안전·품질·환경 등 다양한 분야의 법제도에서 계속적으로 그 비중이 증가하고 있다.

나) 인증의 유형 및 효과

인증의 유형은 다양하게 분류될 수 있으나, 법적 효과와 관련해서는 법에서 인증이 강제되고 있는 의무적 인증과 인증이 강제되지 않는 임의적 인증으로 분류할 수 있다. 의무적 인증이란 인증을 받지 않은 제품이나 서비스는 출시나 판매 등이 금지되는 것으로, 해당 인증기준을 충족하여 인증을 받지 않으면 판매 등이 금지되고 이를 위반하는 경우 행정제재나 형벌이 부과된다는 점에서 사실상 ‘허가’의 성격을 갖는다고 할 수 있다. 이러한 인증의 예로는 「전기용품 및 생활용품 안전관리법」 제5조에 따른 안전인증, 「산업안전보건법」 제84조제1항에 따른 안전인증 등이 있다.

임의적 인증은 법령상 강제되지 않는 인증으로, 「녹색건축물 조성 지원법」에 따른 녹색건축의 인증(제16조), 「친환경농어업 육성 및 유기식품 등의 관리·지원에 관한 법률」에 따른 유기식품등의 인증(제19조) 등이 이에 해당된다. 임의적 인증은 인증을 법적으로 강제하지는 않으나 일정한 기준에 부합함을 공식적으로 증명하는 인증의 본래적 효과가 있고, 인증을 받은 자에 대해 조세나 부담금·사용료 등을 감면하거나(「해운법」 제47조의7 및 같은 법 시행령 제23조의5 등) 공공기관 우선구매의 대상(「산업기술혁신 촉진법」

제17조 등)이 될 수 있도록 하는 등 다양한 행정적·재정적 혜택을 부여하는 경우가 있다.

의무적 인증과 임의적 인증은 공적 기관이 일정한 기준을 갖추었음을 공적으로 증명해주는 효과가 있다는 점에서 다르지 않다. 인증을 받은 자에게 인증의 표시를 할 수 있는 권리를 부여하며, 그 권리 보호 및 인증의 실효성 확보를 위해 대부분 인증을 받지 않은 자가 해당 인증의 표시 또는 유사 표시를 하는 경우 형벌의 대상이 되도록 하고 있다.

다) 인증 관련 법령 규정

인증제도와 관련하여 법령에 규정되는 사항은 주로 인증의 기준 및 심사에 관한 규정, 인증의 의무(의무적 인증의 경우), 그 밖의 인증 효과로서의 법적 의무의 면제, 부담금·사용료 등의 감면, 공공기관 우선구매 등 혜택에 관한 규정, 인증의 유효기간, 재인증, 정기조사, 인증의 취소 등 인증의 사후관리에 관한 규정, 인증의 표시에 관한 규정, 인증기관의 지정·지정취소 또는 인증업무 위탁에 관한 규정, 인증기관의 감독에 관한 규정 및 인증 관련 벌칙조항(인증 의무 위반, 유사표시 등) 등이 있다.

이러한 규정들은 대부분 인증의 법적 효과 또는 권리·의무에 관한 사항이므로 중요 사항은 법률에서 규정해야 하며, 구체적인 인증의 기준이나 절차 등 내용을 하위법령으로 위임할 때에도 위임 근거를 법률에 구체적으로 명시해야 할 것이다. 특히, 의무적 인증에는 허가에 준하여 임의적 인증보다 엄격한 기준을 적용해야 한다.

또한 인증은 일정 기준에 적합한지를 공적으로 심사한다는 점에서 검사와 그 성격이 같으므로 인증기관의 지정 또는 위탁이나, 지정의 취소, 인증기관 감독 등에 관해서는 앞에 기술한 검사 부분의 검사기관에 관한 기준을 적용할 수 있을 것이다.

일부 입법례에서는 법률에서 인증제도를 실시할 수 있다는 근거만 남기고 인증제도의 전반적인 사항을 포괄적으로 하위법령으로 위임하는 경우³⁸⁴⁾도 있으나, 인증제도의 법적 효과 및 실효성 확보 차원에서 바람직하다고 볼 수 없다.

384) 「환경친화적 선박의 개발 및 보급 촉진에 관한 법률」 제6조의 환경친화적 선박 및 기자재 인증제 등

[입법례]

동물보호법

제59조(동물복지축산농장의 인증) ① 농림축산식품부장관은 동물복지 증진에 이바지하기 위하여 「축산물위생관리법」 제2조 제1호에 따른 가축으로서 농림축산식품부령으로 정하는 동물(이하 “농장동물”이라 한다)이 본래의 습성 등을 유지하면서 정상적으로 살 수 있도록 관리하는 축산농장을 동물복지축산농장으로 인증할 수 있다.

② 제1항에 따른 인증을 받으려는 자는 제60조제1항에 따라 지정된 인증기관(이하 “인증기관”이라 한다)에 농림축산식품부령으로 정하는 서류를 갖추어 인증을 신청하여야 한다.

③ 인증기관은 인증 신청을 받은 경우 농림축산식품부령으로 정하는 인증기준에 따라 심사한 후 그 기준에 맞는 경우에는 인증하여 주어야 한다.

④ 제3항에 따른 인증의 유효기간은 인증을 받은 날부터 3년으로 한다.

⑤ 제3항에 따라 인증을 받은 동물복지축산농장(이하 “인증농장”이라 한다)의 경영자는 그 인증을 유지하려면 제4항에 따른 유효기간이 끝나기 2개월 전까지 인증기관에 갱신 신청을 하여야 한다.

⑥ 제3항에 따른 인증 또는 제5항에 따른 인증갱신에 대한 심사결과에 이의가 있는 자는 인증기관에 재심사를 요청할 수 있다.

⑦ 제6항에 따른 재심사 신청을 받은 인증기관은 농림축산식품부령으로 정하는 바에 따라 재심사 여부 및 그 결과를 신청자에게 통보하여야 한다.

⑧ 인증농장의 인증 절차 및 인증의 갱신, 재심사 등에 관한 사항은 농림축산식품부령으로 정한다.

제67조(부정행위의 금지) ① 누구든지 다음 각 호에 해당하는 행위를 하여서는 아니 된다.

1. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인증농장 인증을 받은 행위
2. 제59조제3항에 따른 인증을 받지 아니한 축산농장을 인증농장으로 표시하는 행위
3. 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 제59조제3항, 제5항 및 제6항에 따른 인증심사, 인증갱신에 대한 심사 및 재심사를 하거나 받을 수 있도록 도와주는 행위
4. 제63조제1항부터 제3항까지의 규정을 위반하여 동물복지축산물 표시를 하는 다음 각 목의 행위(동물복지축산물로 잘못 인식할 우려가 있는 유사한 표시를 하는 행위를 포함한다)
 - 가. 제63조제1항제1호가목 및 같은 항 제2호를 위반하여 인증농장에서 생산되지 아니한 축산물에 동물복지축산물 표시를 하는 행위
 - 나. 제63조제1항제1호나목 및 다목을 따르지 아니한 축산물에 동물복지축산물 표시를 하는 행위
 - 다. 제63조제3항에 따른 동물복지축산물 표시 기준 및 방법을 위반하여 동물복지축산물 표시를 하는 행위

② (생략)

제97조(벌칙) ① (생략)

② 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자는 2년 이하의 징역 또는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. ~ 5. (생략)

6. 제67조제1항제1호를 위반하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인증농장 인증을 받은 자

7. 제67조제1항제2호를 위반하여 인증을 받지 아니한 축산농장을 인증농장으로 표시한 자

8. 제67조제1항제3호를 위반하여 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 인증심사·재심사 및 인증갱신을 하거나 받을 수 있도록 도와주는 행위를 한 자

9. ~ 14. (생략)

소프트웨어 진흥법

제20조(소프트웨어 품질인증 등) ① 과학기술정보통신부장관은 소프트웨어의 품질 확보 및 유통 촉진을 위하여 소프트웨어 품질인증을 할 수 있다.

② 과학기술정보통신부장관은 소프트웨어 품질인증을 하기 위하여 대통령령으로 정하는 지정 요건을 충족하는 기관을 인증기관으로 지정하여 업무를 위탁할 수 있으며, 예산의 범위에서 그 경비의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

③ ~ ⑤ (생략)

⑥ 제1항부터 제5항까지에서 규정한 사항 외에 소프트웨어 품질인증의 절차 등 소프트웨어 품질인증에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

2) 검정(檢定)

검사 제도와 유사한 것으로서 검정 제도가 있다. 현행법에서는 검사와 혼용되어 사용되고 있는 경우가 많으나, 국어능력의 검정(「국어기본법」 제23조), 한국사능력의 검정(「사료의 수집·편찬 및 한국사의 보급 등에 관한 법률」 제18조), 교과용도서 검정(「교과용 도서에 관한 규정」 제6조), 국가기술자격 검정(「국가기술자격법」 제10조)처럼 시설물이나

기기의 성능이 아닌 인적인 능력이나 인문적인 사항을 확인하는 경우에는 검정이라고 표현하는 경우가 많다.³⁸⁵⁾ 그 규정 방식에서는 검사 제도와 별 차이가 없다.

[입법례] 검정을 검사의 의미로 규정한 사례

기상관측표준화법
<p>제13조(기상측기의 검정 등) ① 기상측기의 제작·수입 또는 설치(이하 “제작등”이라 한다)를 업(業)으로 하는 자는 형식승인을 받은 기상측기(제12조의2제1항 단서에 따라 형식승인 대상에 해당하지 아니하거나 변경승인을 받은 경우를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)를 관측기관의 관측 용도로 제공하려면 형식승인한 내용대로 구조·규격 및 성능 등이 유지되는지 여부에 대하여 대통령령으로 정하는 바에 따라 기상청장의 검정(檢定)을 받아야 한다. 다만, 「국가표준기본법」이나 그 밖에 다른 법령에 따른 검정·교정을 받은 기상측기 등 대통령령으로 정하는 기상측기에 대하여는 검정을 면제한다.</p> <p>② ~ ⑥ (생략)</p>

[입법례] 검정을 인적 능력의 확인의 의미로 규정한 사례

국가기술자격법
<p>제10조(국가기술자격의 취득 등) ① 국가기술자격을 취득하려는 사람은 해당 국가기술자격에 관한 사항을 관장하는 중앙행정기관의 장(이하 “주무부장관”이라 한다)이 시행하는 국가기술자격 검정에 합격하거나 정책심의회(이하 “심의회”라 한다)의 심의를 거쳐 주무부장관이 다음 각 호의 기관 중에서 지정하는 교육·훈련과정을 이수하고 대통령령으로 정하는 합격기준을 충족하여야 한다. 다만, 다른 법령에 따른 자격으로서 이 법에 따른 국가기술자격에 상당하다고 고용노동부령으로 정하는 자격을 취득한 사람은 이 법에 따른 국가기술자격을 취득한 사람으로 본다.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 「초·중등교육법」 제2조제3호에 따른 고등학교·고등기술학교 및 이에 준하는 각종학교 2. 「고등교육법」 제2조 각 호에 따른 학교 3. 「국민 평생 직업능력 개발법」 제2조제3호에 따른 직업능력개발훈련시설 4. 「국민 평생 직업능력 개발법」 제24조제1항에 따라 고용노동부장관으로부터 인정을 받은 시설 또는 기관 5. 「학원의 설립·운영 및 과외교습에 관한 법률」 제2조의2제1항제2호에 따른 평생직업교육

385) 「농수산물 품질관리법」에서는 농수산물에 대한 검사 제도(제79조)와 농수산물의 거래 및 수출·수입을 원활하게 하기 위한 검정 제도(제98조)를 모두 두고 있는 경우도 있다.

학원

6. 「평생교육법」 제2조제2호에 따른 평생교육기관

② ~ ⑥ (생략)

3) 인정(認定)

검사·인증 제도와 유사한 또 다른 제도로써 인정을 들 수 있다.

인정에 관한 입법례를 살펴보면, 성능인정, 공로의 인정, 실무경력의 인정 등 국가 등이 특정한 사실관계 등을 공적으로 확인하는 경우에 다양하게 활용되고 있으므로 검사·인증 등 그 실질적 성격에 맞게 해당 기준을 적용할 필요가 있다.

[입법례]

고용보험법

제43조(수급자격의 인정) ① 구직급여를 지급받으려는 사람은 직업안정기관의 장에게 제40조제1항 제1호부터 제3호까지·제5호 및 제6호에 따른 구직급여의 수급 요건을 갖추었다는 사실(이하 “수급자격”이라 한다)을 인정하여 줄 것을 신청하여야 한다.

② 직업안정기관의 장은 제1항에 따른 수급자격의 인정신청을 받으면 그 신청인에 대한 수급 자격의 인정 여부를 결정하고, 대통령령으로 정하는 바에 따라 신청인에게 그 결과를 알려야 한다.

③ ~ ⑤ (생략)

23. 위원회

가. 위원회의 의의와 종류

위원회는 의사결정 과정에 여러 사람이 참여하여 표결의 방법에 따라 하나의 의사를

결정하는 합의제 기관을 말한다. 위원회는 행정의 민주성·공정성의 확보, 전문지식의 도입, 이해의 조정이나 관계 행정기관 간의 의사의 종합·협의·조정 등을 위해 설치된다.

위원회의 명칭에는 위원회 외에 심의회, 심의위원회, 조정위원회, 협의회 등 다양한 표현이 사용되므로, 위원회의 성격과 기능은 그 명칭에 의해 파악할 것이 아니라 그 위원회가 하는 행정작용이나 소관 사무, 행정조직상의 지위 또는 관련되는 행정기관과의 관계 등을 고려하여 파악해야 한다.

「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」 제5조³⁸⁶⁾에서는 위원회를 「정부조직법」 제5조에 따라 설치된 합의제행정기관인 위원회³⁸⁷⁾와 합의제행정기관이 아닌 위원회로 구분하고 있다.

[입법례] 합의제행정기관인 위원회

독점규제 및 공정거래에 관한 법률
제54조(공정거래위원회의 설치) ① 이 법에 따른 사무를 독립적으로 수행하기 위하여 국무총리 소속으로 공정거래위원회를 둔다.
② 공정거래위원회는 「정부조직법」 제2조제2항에 따른 중앙행정기관으로서 소관 사무를 수행한다.

또한, 합의제행정기관이 아닌 위원회는 「국가공무원법」에 따른 공무원징계위원회, 「광업법」에 따른 광업조정위원회와 같이 의결에 구속력이 인정되는 위원회와 행정기관의 의사결정에 도움을 주기 위해 심의, 자문, 조정 등의 기능을 수행할 뿐 의결에 구속력은 인정되지 않는 자문기관 성격의 위원회로 구분할 수 있다.

386) 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」 제5조(위원회의 설치요건) ① 「정부조직법」 제5조에 따라 합의제행정기관(이하 “행정위원회”라 한다)을 설치할 경우에는 다음 각 호의 요건을 갖추어야 한다.

1. 업무의 내용이 전문적인 지식이나 경험이 있는 사람의 의견을 들어 결정할 필요가 있을 것
2. 업무의 성질상 특히 신중한 절차를 거쳐 처리할 필요가 있을 것
3. 기존 행정기관의 업무와 중복되지 아니하고 독자성이 있을 것
4. 업무가 계속성·상시성이 있을 것

② 행정위원회를 제외한 위원회(이하 “자문위원회등”이라 한다)는 제1항제1호 및 제2호의 요건을 갖추어야 한다.

387) 「정부조직법」

제5조(합의제행정기관의 설치) 행정기관에는 그 소관사무의 일부를 독립하여 수행할 필요가 있는 때에는 법률로 정하는 바에 따라 행정위원회 등 합의제행정기관을 둘 수 있다.

[입법례] 의결에 구속력이 인정되는 위원회

국가공무원법
<p>제78조(징계 사유) ① 공무원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하면 징계 의결을 요구하여야 하고 그 징계 의결의 결과에 따라 징계처분을 하여야 한다.</p> <p>1. ~ 3. (생략)</p> <p>② ~ ⑤ (생략)</p> <p>제81조(징계위원회의 설치) ① 공무원의 징계처분등을 의결하게 하기 위하여 대통령령등으로 정하는 기관에 징계위원회를 둔다.</p> <p>② 징계위원회의 종류·구성·권한·심의절차 및 징계 대상자의 진술권에 필요한 사항은 대통령령등으로 정한다.</p> <p>③ (생략)</p>

[입법례] 의결에 구속력이 인정되지 않는 위원회(자문기관 성격의 위원회)

만화진흥에 관한 법률
<p>제3조의2(만화진흥위원회) ① 기본계획 및 시행계획의 수립·시행 등 만화 창작 및 만화 산업의 진흥에 관한 주요사항의 자문을 위하여 문화체육관광부장관 소속으로 만화진흥위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둘 수 있다.</p> <p>② ~ ⑤ (생략)</p>

의결에 구속력이 인정되는 위원회는 해당 행정기관의 의사를 결정할 수 있다는 점에서는 합의제행정기관인 위원회와 유사하나, 결정된 의사를 대외적으로 표시할 권한이 없는 점에서 합의제행정기관인 위원회와 구별된다. 또한, 의결에 구속력이 인정되는 위원회는 관계 행정청이 그 의결 내용에 구속된다는 점에서 자문기관의 성격을 갖는 위원회와 구별된다.

나. 위원회의 성격에 따른 입법 방식

위원회에 관한 입법을 하는 경우에는 먼저, 설치하려는 위원회가 합의제행정기관인 위원회인지 아닌지, 아니라면 의결에 구속력이 인정되는 위원회인지 자문기관 성격의 위원회인지

그 법적 성격을 분명히 하고, 법적 근거와 권한 및 책임의 한계를 명확히 해야 한다. 위원회의 성격과 기능이 정해지면 그 다음에 그 성격과 기능에 적합하게 위원회의 구성과 운영에 관한 사항을 정한다.

합의제행정기관인 위원회는 국가의 의사를 결정하고 대외적으로 이를 표시하는 권한이 있는 관계로 법률에 그 설치 근거를 두어야 한다. 「정부조직법」 제5조에서도 합의제행정기관은 법률로 설치하도록 명시하고 있다. 행정 각 부의 설치·조직과 직무 범위를 법률로 정하는 것에 준하여 합의제행정기관인 위원회의 소관 사무, 위원회의 구성·운영에 관한 기본적인 사항도 법률로 정하도록 한다.

의결에 구속력이 인정되는 위원회의 경우 그 의결이 관계 행정기관을 구속한다는 특징이 있으므로 법률에 설치 근거를 두며, 위원회의 공정성과 중립성이 보장될 수 있도록 위원회의 기능과 구성·운영에 관한 기본적인 사항도 반드시 법률에 규정하도록 한다.

자문기관 성격의 위원회는 그 결정이 바로 국가의 의사로 되는 것이 아니고, 관계 행정기관이 그 결정에 구속되지 않으므로 굳이 법률로 설치하지 않아도 된다. 자문기관 성격 위원회의 설치 근거를 대통령령, 총리령·부령 중 어느 법 형식에 의할 것인지는 그 위원회의 성격과 기능에 따라 판단할 사항으로, 위원회의 기능이 하나의 부처에 한정되어 소관 부처의 장의 고유한 권한에 관한 사항인 경우에는 총리령·부령으로 위원회를 설치할 수 있다.

[입법례] 부령으로 위원회를 설치한 사례

농림어업총조사 규칙
제16조(자문위원회) ① 다음 각 호의 사항에 관한 국가데이터처장의 자문에 응하게 하기 위하여 국가데이터처에 관계 전문가 등으로 구성된 자문위원회를 둘 수 있다.
1. 제4조에 따른 조사사항의 변경 등에 관한 사항
2. 제6조에 따른 조사단위 및 조사방법의 변경 등에 관한 사항
3. 제7조에 따른 조사표의 설계 및 작성에 관한 사항
② 제1항에 따른 자문위원회의 구성과 운영 등에 관한 사항은 국가데이터처장이 정한다.

그러나 위원회에 전담인력이 배치되고 외부 공무원이 파견되는 등 공식적인 행정기관으로서의 성격을 갖거나³⁸⁸⁾ 위원회의 기능이 관계 부처와의 협의·조정 등 여러 부처와

388) 「정부조직법」 제4조에서는 행정기관이 그 소관사무의 범위에서 필요한 때에 자문기관 등 부속기관을 설치하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 두도록 규정하고 있다.

관련되어 있고, 그 구성원도 여러 부처의 관계 공무원으로 구성되는 경우에는 법령별 소관 원칙에 따라 대통령령에 설치 근거를 두도록 한다.

[입법례] 대통령령으로 위원회를 설치한 사례

4차산업혁명위원회의 설치 및 운영에 관한 규정

제2조(설치 및 기능) ① 초연결·초지능 기반의 4차 산업혁명 도래에 따른 과학기술·인공지능 및 데이터 기술 등의 기반을 확보하고, 신산업·신서비스 육성 및 사회변화 대응에 필요한 주요 정책 등에 관한 사항을 효율적으로 심의·조정하기 위하여 대통령 소속으로 4차산업혁명 위원회를 둔다.

② 제1항에 따른 4차산업혁명위원회(이하 “위원회”라 한다)는 다음 각 호의 사항을 심의·조정한다.

1. 4차 산업혁명에 대한 종합적인 국가전략 수립에 관한 사항
2. ~ 18. (생략)

제3조(위원회의 구성) ① 위원회는 위원장 2명을 포함하여 40명 이내의 위원으로 성별을 고려하여 구성한다.

② 위원장은 국무총리와 제3항제3호에 해당하는 사람 중 대통령이 위촉하는 사람이 된다.

③ 위원회의 위원은 다음 각 호의 사람이 된다.

1. 기획재정부장관, 과학기술정보통신부장관, 교육부장관, 행정안전부장관, 산업통상부장관, 보건복지부장관, 고용노동부장관, 국토교통부장관, 중소벤처기업부장관, 국무조정실장, 금융위원회 위원장 및 개인정보 보호위원회 위원장
2. 대통령비서실의 과학기술에 관한 업무를 담당하는 보좌관
3. 4차 산업혁명 관련 기술·경제·사회 등의 분야에 전문적 지식이나 경험이 풍부한 사람으로서 대통령이 위촉하는 사람

④ (생략)

자문기관 성격의 위원회라 하더라도 국민의 권리·의무와 관련되는 중요한 정책을 심의하는 등 해당 위원회의 중요성이 높은 경우에는 법률에 설치 근거를 두기도 한다. 이러한 경우에는 법률에는 그 설치 근거 및 기능, 구성·운영에 관한 원칙적 규정만을 두고 나머지는 하위법령에 위임하는 방식을 취한다.

다. 「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」과의 정합성

「행정기관 소속 위원회의 설치·운영에 관한 법률」(이하 “행정기관위원회법”이라 한다)이 제정(법률 제9304호로 2008. 12. 31. 제정, 2009. 4. 1. 시행)됨에 따라 행정기관위원회법의 적용 대상³⁸⁹⁾이 되는 행정기관 소속 위원회의 설치·운영 등에 관한 법률을 제정·개정하는 경우에는 행정기관위원회법의 목적과 기본원칙에 맞도록 해야 하며,³⁹⁰⁾ 같은 법 제5조에 따른 설치요건에 맞는지 확인해야 한다. 행정기관위원회법을 적용받는 위원회의 경우에는 개별 근거 법령에서 행정기관위원회법에 규정된 사항과 중복되는 내용을 별도로 규정할 필요는 없다.

행정기관 소속 위원회를 설치할 때에는 i) 설치목적, 소속, 기능 및 성격, ii) 위원의 구성 및 임기, iii) 존속기한, iv) 위원의 결격사유, 제척·기피·회피(국민의 권리·의무와 관련되는 인허가, 분쟁 조정 등 특히 공정하고 객관적인 심의·의결이 필요한 경우에만 규정), v) 회의의 소집 시기, 의사정족수 및 의결정족수, vi) 위원장의 권한 및 위원장이 위원회에 참석할 수 없는 경우의 업무 대행자, vii) 분과위원회를 둘 경우 그 구성 및 운영에 관한 사항, viii) 그 밖에 심의 또는 심의·의결 등의 기한, 이의신청 절차 등 공정하고 효율적인 위원회 운영을 위해 필요한 사항을 법령에 명시해야 한다.³⁹¹⁾

특히 위원회를 보다 내실 있게 운영하기 위해 2023년 행정기관위원회법이 개정(법률 제19407호로 2023. 5. 16. 개정, 2023. 11. 17. 시행)됨에 따라, 행정기관의 장이 위원회를 신규로 설치하려는 경우 원칙적으로 5년 이내의 범위에서 존속기한을 법령에 명시해야 하고, 전문가의 의견 청취 등이 필요하면 별도의 자문위원회 대신 행정기관위원회법에 따라 설치하는 정책자문위원회를 활용할 수 있으므로, 가급적 개별 법령에서 별도의 자문위원회의 설치·운영에 관한 내용을 신설하지 않도록 해야 한다.

389) 행정기관위원회법

제3조(적용범위) ① 이 법은 다음 각 호의 행정기관 소속 위원회에 대하여 적용한다.

1. 대통령과 그 소속 기관
2. 국무총리와 그 소속 기관
3. 「정부조직법」 제2조제2항에 따른 중앙행정기관과 그 소속 기관

② 제1항에도 불구하고 「헌법」에 따라 설치되는 위원회 및 「정부조직법」 제2조제2항에 따라 다른 법률에 의하여 중앙행정기관으로 설치되는 위원회에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다. 다만, 중앙행정기관으로 설치되는 위원회 내에 위원회를 설치·운영하는 경우에는 그러하지 아니하다.

390) 행정기관위원회법

제4조(다른 법률과의 관계) 위원회의 설치·운영 등에 관한 다른 법률을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 목적과 기본원칙에 맞도록 하여야 한다.

391) 행정기관위원회법 제6조제2항 및 같은 법 시행령 제2조제2항

국민의 권리·의무와 관련되는 인·허가, 분쟁 조정 등 공정하고 객관적인 심의·의결이 필요한 위원회를 설치하는 경우에는 공무원이 아닌 위원(분과위원회 등의 위원을 포함한다)에 대한 별칙 적용에서 공무원 의제에 관한 사항을 법률에 명시하도록 한다.³⁹²⁾

또한, 위원회가 공정하고 객관적으로 운영될 수 있도록 하기 위해 업무 관련 비위(非違)가 있는 등 위원의 직을 유지하는 것이 적합하지 아니하다고 인정되는 위원에 대한 면직 또는 해촉 기준을 규정할 필요가 있다.³⁹³⁾

라. 위원회의 규정 방식

일반적으로 위원회에 관한 규정은 위원회의 설치·소속·기능을 먼저 규정하고 위원회의 구성과 운영에 관한 사항을 순차적으로 규정한다. 위원회의 구성과 관련해서는 위원의 수·자격·선임방법, 위원의 임기, 위원의 신분보장·해촉, 위원의 제척·기피·회피, 결격사유, 위원장의 직무와 그 대행, 존속기한 등의 순으로 규정한다. 위원회의 운영과 관련한 사항은 회의의 소집, 의사정족수 및 의결정족수, 간사 또는 사무기구 등의 순서로 규정한다. 필요한 경우 분과위원회 또는 소위원회 규정, 실무위원회 규정, 전문위원 규정, 관계 기관 등への 협조요청 규정, 이해관계인의 의견수렴을 위한 공청회 등의 개최 규정, 수당 규정, 운영세칙 규정 등을 둔다.

1) 위원회의 설치

가) 위원회의 설치 근거 규정

위원회의 설치 근거 규정은 일반적으로 “...을 하기 위하여 ○○ 소속으로 △△위원회를 둔다”와 같이 그 기능과 소속을 명시하는 표현을 사용한다. 행정기관위원회법 제6조제2항 및 같은 법 시행령 제2조제2항제1호에서는 위원회 소속을 법령에 명시하도록 규정하고 있다. 해당 규정은 행정기관의 부속기관인 각 위원회가 행정기관위원회법 제3조제1항 각 호의 행정기관 중 구체적으로 어떠한 행정기관 소속인지를 명확히 하여 위원회 운영을 투명하고 효율적으로 하려는 취지로서, 단순히 위원장이 누구지에 따라 위원회 소속을 정해야 하는

392) 행정기관위원회법 제6조제3항

393) 행정기관위원회법 제6조제4항

것은 아니며 위원회의 설치 목적과 기능·성격 등을 종합적으로 고려해 정해야 한다.

“○○ 소속으로”라는 표현 대신 “○○부에 △△위원회를 둔다”라고 표현하기도 하고, 「국가인권위원회법」과 같이 해당 위원회의 소속을 밝히지 않고 바로 “국가인권위원회를 둔다”라고 표현하는 경우도 있는데, 이는 위원회의 독립적인 기능을 강조하기 위한 것으로 예외적인 경우에 해당한다.

[입법례] 위원회 설치 근거 규정의 표현 방식

금융위원회의 설치 등에 관한 법률

제3조(금융위원회의 설치 및 지위) ① 금융정책, 외국환업무취급기관의 건전성 감독 및 금융감독에 관한 업무를 수행하게 하기 위하여 국무총리 소속으로 금융위원회를 둔다.
 ② 금융위원회는 「정부조직법」 제2조에 따라 설치된 중앙행정기관으로서 그 권한에 속하는 사무를 독립적으로 수행한다.

공익사업을 위한 토지 등의 취득 및 보상에 관한 법률

제49조(설치) 토지등의 수용과 사용에 관한 재결을 하기 위하여 국토교통부에 중앙토지수용위원회를 두고, 특별시·광역시·도·특별자치도(이하 “시·도”라 한다)에 지방토지수용위원회를 둔다.

국가인권위원회법

제3조(국가인권위원회의 설립과 독립성) ① 이 법에서 정하는 인권의 보호와 향상을 위한 업무를 수행하기 위하여 국가인권위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.
 ② 위원회는 그 권한에 속하는 업무를 독립하여 수행한다.

합의제행정기관인 위원회는 직접 정책을 결정·집행하는 점에 유의하여 그 기능을 단순히 “위원회의 기능”으로 규정할 것이 아니라, “위원회의 소관 사무” 또는 “업무”로 규정하도록 한다. 위원회의 업무 범위를 규정하는 경우에는 업무의 내용과 한계를 명확히 규정하여 다른 기관의 업무와 중복되지 않도록 한다.

02
실체 규정

[입법례] 합의제행정기관의 소관 사무를 규정한 사례

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제55조(공정거래위원회의 소관 사무) 공정거래위원회의 소관 사무는 다음 각 호와 같다.

1. 시장지배적지위의 남용행위 규제에 관한 사항
2. 기업결합의 제한 및 경제력 집중의 억제에 관한 사항
3. ~ 6. (생략)

의결에 구속력이 인정되는 위원회의 기능을 표현할 때에는 “...을 심의·의결하기 위하여 ○○ 소속으로(또는 ○○부에) △△위원회를 둔다”라는 표현을 사용하되, 그 의결이 관계 행정기관을 구속함을 명시하도록 한다.

[입법례] 위원회의 의결에 구속됨을 명시한 사례

공인노무사법

제3조의4(공인노무사자격심의·징계위원회) ① 다음 각 호의 사항을 심의·의결하기 위하여 고용노동부에 공인노무사자격심의·징계위원회(이하 “자격심의·징계위원회”라 한다)를 둔다.

1. 공인노무사 자격 취득에 관한 다음 각 목의 사항
가. ~ 마. (생략)
2. 공인노무사의 징계에 관한 사항
② ~ ⑤ (생략)

제20조(징계) ① 고용노동부장관은 공인노무사가 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 자격심의·징계위원회의 징계의결에 따라 징계처분을 한다.

1. 제6조를 위반하여 2개 이상의 사무소를 설치·운영한 경우
2. ~ 15. (생략)
- ② ~ ⑦ (생략)

자문기관 성격의 위원회에는 순수한 자문기관 외에 심의기관, 협의기관, 조정기관 등 다양한 형태가 있으므로 그 기능을 명확히 나타내도록 한다. 순수한 자문기관의 경우에는 “...에 관한 ○○의 자문에 응하게 하기 위하여”라는 표현을, 심의기관·협의기관·조정기관 등의 경우에는 “...에 관한 사항을 심의하기 위하여”, “...에 관한 사항을 심의·조정하기 위하여”

등의 표현을 사용한다.³⁹⁴⁾

[입법례]

산업융합 촉진법

제8조(산업융합 규제특례심의위원회) ① 제10조의3에 따른 실증을 위한 규제특례 및 제10조의 6에 따른 임시허가에 관한 사항 등 산업융합 관련 정책을 심의·조정하기 위하여 산업통상부장관 소속으로 산업융합 규제특례심의위원회(이하 이 조에서 “위원회”라 한다)를 둔다.

② ~ ⑪ (생략)

위원회 설치를 주목적으로 법령을 제정하는 경우 위원회의 설치 목적에 관한 사항과 위원회의 소속에 관한 사항을 목적 규정으로 통합하여 규정한 입법례³⁹⁵⁾도 있고, 목적 규정과 설치 규정으로 각각 나누어 규정한 입법례도 있다. 본래 목적 규정은 그 법령이 달성하려는 입법의 목적과 취지를 밝히는 규정으로서 그 법령을 입법하려는 목적을 간결하고 명확하게 표현해야 하며, “~~을 목적으로 한다”라는 규정 방식을 고려할 때, 목적 규정과 설치 규정을 분리하여 목적 규정에서는 위원회의 설치·운영을 통해 달성하려는 입법 목적을 종합적으로 표현하는 내용을 규정하고, 설치 규정에서 “~~을 하기 위하여 ○○ 소속으로 △△위원회를 둔다”라고 규정하는 것이 바람직하다.

[입법례] 목적 규정과 설치 규정을 분리해 규정한 사례

4차산업혁명위원회의 설치 및 운영에 관한 규정

제1조(목적) 이 영은 4차 산업혁명의 총체적 변화 과정을 국가적인 방향전환의 계기로 삼아, 경제성장사 사회문제해결을 함께 추구하는 포용적 성장으로 일자리를 창출하고 국가 경쟁력을 확보하며 국민의 삶의 질을 향상시키기 위하여 4차산업혁명위원회를 설치하고, 그 구성 및 운영에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

제2조(설치 및 기능) ① 초연결·초지능 기반의 4차 산업혁명 도래에 따른 과학기술·인공지능

394) 자문위원회 중 특히 심의기관, 조정기관 등의 경우에는 위원회의 위상을 높이기 위해 위원회의 기능을 “...사항을 심의한다.”라고 하지 않고 “심의·의결한다”거나 “심사·의결한다”는 식으로 “의결”이라는 용어를 표현하려고 하는 경우가 적지 않으나, 어떤 종류의 위원회든지 의결행위는 필요하므로 이 경우의 “의결”은 모든 위원회의 속성일 뿐이다. 위원회의 법적 성격은 그 설치 법령 전체를 평가하여 결정되는 것이며, 설치 근거 규정에서 “의결”이라는 용어를 사용하고 있다고 하여 해당 위원회가 법적인 구속력이 있는 의결기관이라고 볼 수는 없다 (법제처 2011. 3. 24. 11-0070 해석례).

395) 「통상협정대책위원회 규정」, 「중장기전략위원회 규정」 등

및 데이터 기술 등의 기반을 확보하고, 신산업·신서비스 육성 및 사회변화 대응에 필요한 주요 정책 등에 관한 사항을 효율적으로 심의·조정하기 위하여 대통령 소속으로 4차산업혁명위원회를 둔다.

② (생략)

나) 위원회의 통합·운영에 관한 규정

행정기관의 장은 그 기관 또는 관련 기관에 설치되어 있는 위원회와 성격과 기능이 중복되는 위원회를 설치·운영해서는 안 된다(행정기관위원회법 제7조).

「지방자치법」에서도 자문기관은 조례로 정하는 바에 따라 성격과 기능이 유사한 다른 자문기관의 기능을 포함하여 운영할 수 있도록 규정하고 있다(「지방자치법」 제130조제4항). 이는 하나의 지방자치단체에 유사한 성격의 위원회가 난립하는 것을 막기 위한 것이다. 다만, 이 규정은 조례로 설치된 자문기관에 한정하여 적용될 뿐 법령에 의해 설치된 자문기관에도 적용되는 규정이 아니라는 점을 유의해야 한다.³⁹⁶⁾ 지방자치단체의 경우 법령에 따라 설치되는 위원회를 성격이 유사한 다른 위원회와 통합하여 운영할 수 있도록 하기 위해서는 해당 법령에 위원회의 통합·운영에 관한 명시적인 근거를 두어야 한다. 이 경우 다른 위원회 기능을 대신하는 위원회에 그 위원회 운영에 관한 규정이 적용되는지, 아니면 원래 기능을 가지는 위원회에 적용되는 규정이 적용되는지 의문이 있을 수 있으므로³⁹⁷⁾³⁹⁸⁾ 다른 위원회 기능을 대신하는 위원회에 적용되는 규정을 명시할 필요가 있다.

396) 법령에서 자문기관의 명칭, 기능, 운영방법 등 세부적인 내용을 정하고 있는 지방자치단체의 자문기관 간에는 그 성격과 기능이 유사하다고 하여 지방자치단체의 조례로 각각의 기능을 포함하여 운영할 수 없다(법제처 2010. 2. 1. 09-0395 해석례).

397) 지방자치단체의 위원회가 다른 위원회의 기능을 대신 수행한다는 이유로 그 다른 위원회의 구성·운영 방법을 따라야 한다면, 이는 실질적으로는 해당 위원회를 그 기능을 대신 수행하는 다른 위원회로서 새로이 구성·운영하도록 강제하는 것이 되어, 지역여건에 맞게 신축적으로 자문기관을 운영하게 하려는 「지방자치법」 제116조의2제2항 및 「지방재정법」 제37조의2제1항 단서의 입법 취지에 반한다고 할 것이다. 지방재정투자심사위원회의 기능을 담당하기에 적합한 다른 위원회가 있고 그 위원회의 위원이 지방재정 또는 투자심사에 관한 학식과 전문성을 갖춘 경우 그 위원회가 「지방재정법」 제37조의2제1항 단서에 따라 지방재정투자심사위원회의 기능을 대신할 때, 그 위원회의 구성·운영에 관하여 같은 조 제2항 전단에 따라 같은 법 제32조의3제2항부터 제5항까지의 규정을 준용해야 하는 것은 아니다(법제처 2018. 3. 14. 18-0037 해석례).

398) 「국민기초생활 보장법」 제20조제1항 단서에 따라 「사회보장급여의 이용·제공 및 수급권자 발굴에 관한 법률」 제41조에 따른 지역사회보장협의체가 지방생활보장위원회의 기능을 대신하도록 조례로 정한 경우,

[입법례] 지방자치단체에 설치하는 위원회의 통합 운영 근거를 명시한 사례

국민기초생활 보장법

제20조(생활보장위원회) ① 이 법에 따른 생활보장사업의 기획·조사·실시 등에 관한 사항을 심의·의결하기 위하여 보건복지부와 시·도 및 시·군·구(자치구를 말한다. 이하 같다)에 각각 생활보장위원회를 둔다. 다만, 시·도 및 시·군·구에 두는 생활보장위원회는 그 기능을 담당하기에 적합한 다른 위원회가 있고 그 위원회의 위원이 제4항에 규정된 자격을 갖춘 경우에는 시·도 또는 시·군·구의 조례로 정하는 바에 따라 그 위원회가 생활보장위원회의 기능을 대신할 수 있다.

② ~ ⑥ (생략)

2) 위원회의 구성

가) 위원회 구성의 기본 원칙

위원회는 설치 목적을 효율적으로 달성하기 위해 필요한 적정 인원의 비상임위원으로 구성한다. 다만, 합의제행정기관인 위원회와 같이 계속적·상시적 업무에 대해 전문지식을 가진 위원이 독립적·안정적으로 심의 등을 해야 하는 위원회의 경우에는 목적 달성에 필요한 최소한의 상임위원을 둘 수 있다.³⁹⁹⁾ 상임위원을 두려면 설치 근거 법령에 근거를 명시해야 한다.

합의제행정기관인 위원회 또는 의결에 구속력이 있는 위원회는 법률에 위원장과 위원의 선임방법, 위원의 자격 등에 관하여 비교적 자세히 규정할 필요가 있으나, 자문기관 성격의 위원회는 이를 하위법령에 위임할 수 있다.

[입법례] 합의제행정기관의 구성에 대해 규정한 사례

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제57조(공정거래위원회의 구성 등) ① 공정거래위원회는 위원장 1명, 부위원장 1명을 포함하여 9명의 위원으로 구성하며, 그 중 4명은 비상임위원으로 한다.

「국민기초생활 보장법」 제20조제6항 및 같은 법 시행령 제28조제4항에 따라 해당 지역사회보장협의체에 소위원회를 둘 수 있다(법제처 2021. 10. 18. 21-0535 해석례).

399) 행정기관위원회법 제8조제1항, 같은 법 시행령 제4조제1항

② 공정거래위원회의 위원은 독점규제 및 공정거래 또는 소비자분야에 경험이나 전문지식이 있는 사람으로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 위원장과 부위원장은 국무총리의 제청으로 대통령이 임명하고, 그 밖의 위원은 위원장의 제청으로 대통령이 임명하거나 위촉한다. 이 경우 위원장은 국회의 인사청문을 거쳐야 한다.

1. 2급 이상 공무원(고위공무원단에 속하는 일반직공무원을 포함한다)의 직에 있었던 사람
2. 판사·검사 또는 변호사의 직에 15년 이상 있었던 사람
3. 법률·경제·경영 또는 소비자 관련 분야 학문을 전공하고 대학이나 공인된 연구기관에서 15년 이상 근무한 자로서 부교수 이상 또는 이에 상당하는 직에 있었던 사람
4. 기업경영 및 소비자보호활동에 15년 이상 종사한 경력이 있는 사람

③ 위원장과 부위원장은 정무직으로 하고, 그 밖의 상임위원은 고위공무원단에 속하는 일반직 공무원으로서 「국가공무원법」 제26조의5에 따른 임기제공무원으로 보(補)한다.

④ 위원장·부위원장 및 제70조에 따른 사무처의 장은 「정부조직법」 제10조에도 불구하고 정부위원이 된다.

[입법례] 법률에 자문위원회의 설치 근거만 규정한 사례

건설기술 진흥법

제6조(기술자문위원회) ① 건설공사의 설계 및 시공 등의 적정성에 관한 발주청의 자문에 응하게 하기 위하여 발주청에 기술자문위원회를 둘 수 있다.

② 제1항에 따른 기술자문위원회의 구성·기능 및 운영 등에 필요한 사항은 대통령령으로 정하는 기준에 따라 발주청이 정한다.

나) 위원회의 구성 규정

위원회의 구성에 관해서는 일반적으로 “○○○위원회는 위원장 1명(또는 위원장과 부위원장 각 ○명)을 포함하여 ○명 이내의 위원으로 구성한다.”라는 방식으로 규정하여 위원장(또는 위원장과 부위원장)도 위원에 포함되는 것을 명확히 한다.

위원 중 여성 또는 민간위원의 비율을 정할 필요가 있을 때에는 위의 위원정수 조항에 “이 경우 여성인 위원이 ○○퍼센트가 되도록 하여야 한다.” 또는 “이 경우 민간위원(또는 공무원이 아닌 위원)이 과반수가 되도록 하여야 한다.”와 같이 후단을 둔다.⁴⁰⁰⁾

400) 이 경우 「양성평등기본법」 제21조제2항을 참고하여 특정한 성의 비율이 10분의 6을 넘지 않도록 유의한다.

[입법례] 민간위원의 비율을 규정한 사례

인성교육진흥법

제9조(인성교육진흥위원회) ① 인성교육에 관한 다음 각 호의 사항을 심의하기 위하여 교육부장관 소속으로 인성교육진흥위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

1. 인성교육정책의 목표와 추진방향에 관한 사항
 2. 종합계획 수립에 관한 사항
 3. 인성교육 추진실적 점검 및 평가에 관한 사항
 4. 인성교육 지원의 협력 및 조정에 관한 사항
 5. 그 밖에 인성교육 지원을 위하여 대통령령으로 정하는 사항
- ② 위원회는 위원장을 포함한 20명 이내의 위원으로 구성한다.
- ③ 위원회의 위원장은 위원 중에서 호선하되, 공무원이 아닌 사람으로 한다.
- ④ 위원회의 위원은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람 중에서 대통령령으로 정하는 바에 따라 교육부장관이 임명 또는 위촉한다. 이 경우 위원은 공무원이 아닌 사람이 과반수가 되도록 한다.
1. 교육부차관, 문화체육관광부차관(문화체육관광부장관이 지명하는 차관), 보건복지부차관(보건복지부장관이 지명하는 차관) 및 성평등가족부차관
 2. 국회의장이 추천하는 사람 3명
 3. 인성교육에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 대통령령으로 정하는 사람
- ⑤·⑥ (생략)

위원의 수는 위원회의 효율적인 활동을 고려해서 정하되, 표결 결과 가부동수(可否同數)가 되는 경우를 피하기 위해 가급적 홀수로 한다. 위원의 수를 나타내는 방법에는 “○명 이내의 위원”이나 “○명 이상 ○명 이내의 위원”과 같이 상한 또는 하한을 정하는 방법과 “○명의 위원”과 같이 위원의 수를 확정하는 방법이 있다. 합의제행정기관인 위원회의 경우에는 보통 후자의 방법을 택한다.

위원의 자격과 선임방법은 일반적으로 다음과 같이 표현한다.

① 민간위원으로만 구성하는 경우: 위원회의 위원은 ...에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 ○○가 위촉한다.

② 공무원으로만 구성하는 경우: 위원회의 위원장은 ...가 되고, 부위원장은 ...가 되며, 위원은 ...가 된다.⁴⁰¹⁾

③ 민간위원과 공무원으로 구성하는 경우: 위원회의 위원은 ○○직에 있는 사람과 …에 관한 학식과 경험이 풍부한 사람 중에서 ○○가 임명하거나 위촉한다.⁴⁰²⁾

위원 선정이 객관적이고 공정하게 이루어질 수 있도록 위원의 자격은 가능하면 명확하게 규정하도록 한다. 차관을 위원으로 규정하는 경우 복수차관이 있는 기관은 제1차관과 제2차관 중 누가 위원인지 불분명하므로, “해당 기관의 장이 지명하는 차관”이 위원이 됨을 명시한다. 또한 위원의 자격을 “○○부의 △△분야의 부서장”이라고 규정하는 경우가 있으나, 구체적으로 누구인지 특정되지 않는 경우가 있을 수 있으므로, “○○부의 △△분야 소속 공무원 중 해당 기관의 장이 지명하는 사람”으로 구체화하도록 한다.

민간위원의 선임권자를 중앙행정기관의 장으로 할 것인지, 위원장으로 할 것인지와 관련하여, 위원장이 해당 위원회가 소속된 중앙행정기관의 장이 아닌 경우 위원장이 민간위원을 위촉하도록 규정한 입법례⁴⁰³⁾도 있으나, ① 위원회는 중앙행정기관의 장 소속으로 설치되므로 위원회의 구성에 관한 권한은 소속 중앙행정기관의 장이 갖는 점, ② 위원장은 위원회 구성 이후에 자격을 얻는 자임에도 위원회 구성 이전에 위원장에게 위원 구성을 위한 위원 위촉 권한을 부여하는 것은 타당하지 않을 수 있는 점, ③ 위원장도 위원 중 한 명에 해당하는데 같은 위원 중 한 명이 다른 위원을 위촉하게 하는 것은 적절하지 않을 수 있는 점 등을 고려할 때, 중앙행정기관의 장이 민간위원을 위촉하도록 규정하는 것이 바람직하다.

401) 소속 공무원이 아닌 경우에는 해당 소속 기관의 장이 지명하는 사람으로 하거나 위원회가 소속된 기관의 장이 위촉하는 방식을 취하여야 할 것이다. 다만, 장관 또는 차관 등을 당연직 위원으로 하는 경우에는 지명 또는 위촉할 필요 없이 법령에 위원으로 규정하는 것으로 충분하다.

402) 종전에는 위원이 공무원이면 모두 “임명”으로 규정하였으나, 앞으로는 위원이 공무원이라고 하더라도 소속 공무원의 경우에는 “임명”으로, 소속 공무원이 아닌 경우에는 “위촉”으로 규정한다.

403) 「국가공간정보 기본법」 제5조, 「전기통신사업법」 제11조 등

[입법례] 위원회가 소속된 중앙행정기관의 장이 민간위원을 위촉하도록 규정한 사례

문화예술교육 지원법

제8조(문화예술교육지원위원회의 설치 등) ① 문화예술교육 지원에 관한 주요 정책과 사업을 조정하고 예산의 효율적인 운영 등에 관한 사항을 심의하기 위하여 문화체육관광부 소속으로 문화예술교육지원위원회(이하 "위원회"라 한다)를 둔다.

②·③ (생략)

④ 위원장은 공무원이 아닌 위원 중에서 문화체육관광부장관이 위촉하고, 부위원장은 문화체육관광부와 교육부에서 문화예술교육업무를 담당하는 국장급 공무원으로서 문화체육관광부장관과 교육부장관이 각각 지명하는 사람이 된다.

⑤ 위원은 관계 공무원과 교원 및 관련 학계 전문가, 문화예술인, 교육시설 및 교육단체 종사자, 학부모 등 문화예술교육에 대한 전문지식 및 경험이 풍부한 사람 중에서 문화체육관광부장관이 임명 또는 위촉한다.

⑥ (생략)

한편, 범정부적 차원의 통합 대응이 필요한 경우 등 예외적으로 위원장을 중앙행정기관의 장에서 국무총리로 변경할 수 있는 규정을 두는 경우가 있다. 이러한 경우 변경되는 위원장의 지위에 맞춰 위원의 구성이나 간사의 직급을 변경하는 규정도 같이 마련할 필요가 있다. 법률에서 위원 구성이나 간사에 관한 규정을 두고 있는 경우라면 위원 구성이나 간사의 변경에 관한 내용도 법률에서 같이 규정해야 하며, 법률에 규정된 내용을 하위법령에서 변경할 수 있도록 규정하려면 대통령령으로 정하는 바에 따라 달리 규정할 수 있다는 명시적인 위임 근거를 둘 필요가 있다.

다) 위원의 임기와 신분 규정

위원회의 전체적 구성에 관한 사항이 아닌 위원의 임기 등 위원 개개인에 관한 사항은 위원회의 구성에 관한 규정과 따로 규정하는 것이 좋다.

위원회의 운영이 타성에 빠지지 않도록 하기 위해 당연직인 위원이나 그 직위에 의하여 임명되는 공무원위원을 제외하고는 위원의 임기에 관한 규정을 두되, 위원회의 심의 또는 심의·의결 등의 사항이 고도의 전문적 지식이나 기술을 필요로 하는 분야로서 그 위원이 안정적이고 지속적으로 심의 또는 심의·의결 등을 할 필요가 있는 경우를 제외하고는 3년을 넘지 않도록 한다.⁴⁰⁴⁾

404) 행정기관위원회법 제8조제2항, 같은 법 시행령 제4조제2항(「지방자치법 시행령」 제79조제2항에도 유사한 내용을 규정하고 있다)

위원의 연임을 제한하려는 경우에는 “연임할 수 없다.”라고 하거나 “한 차례만 연임할 수 있다.”고 규정한다. 계속하여 연임할 수 있게 하려면 연임에 관한 규정을 두지 않는다.

[입법례]

경찰공무원 징계령

제6조의2(위원의 임기) 제6조제3항에 따라 위촉되는 민간위원의 임기는 2년으로 하며, 한 차례만 연임할 수 있다.

보궐위원의 임기를 전임자 임기의 남은 기간으로 정하는 입법례가 있으나,⁴⁰⁵⁾ 모든 위원
의 임기를 통일해야 할 특별한 사유가 없으면 보궐위원의 임기를 전임자 임기의 남은 기간으
로 한다는 규정을 두지 않는다.

한편, 위원
의 임기가 만료되었으나 후임자를 제때 위촉하지 못한 경우에는 위원회 운영에
공백이 발생할 수 있다. 이러한 경우 위원회 업무의 연속성을 확보하기 위해서 위원
의 임기가 만료된 경우에도 후임자가 위촉될 때까지는 계속 그 직무를 수행할 수 있다는 직무계속
규정을 두기도 한다.

[입법례]

농어업·농어촌특별위원회 설치 및 운영에 관한 법률

제4조(위원의 임기) ① (생 략)

② 위촉위원은 제1항에 따른 임기가 만료된 경우에도 후임위원이 위촉될 때까지 그 직무를
수행할 수 있다.

합의제행정기관인 위원회나 의결에 구속력이 인정되는 위원회의 성격에 따라 위원
의 신분
보장, 위원
의 제척·기피·회피, 결격사유,⁴⁰⁶⁾ 벌칙 적용 시의 공무원 의제 등에 관한 규정을
둔다.⁴⁰⁷⁾ 특히 준사법적 권한 등 강한 권한을 가지고 있어 중립성이 강하게 요구되는 위원회의
경우에는 위원
의 제척·기피·회피, 신분보장에 관한 조항 등을 규정하도록 한다.

405) 「발명진흥법」 제41조제5항, 「산업재해보상보험법 시행령」 제5조제2항 등

406) 「국가공무원법」 제33조에 따른 결격사유는 국가공무원의 자격에 관한 규정으로서 엄격하게 규정되어
있으므로, 이를 준용하여 위원
의 결격사유를 규정하는 것은 신중을 기할 필요가 있다.

407) 위원회 심의·의결의 객관성 확보와 책임성 강화를 위해 각종 위원회 규정에 제척·기피·회피 제도의
도입과 해촉 사유를 명시하는 입법례가 늘어나고 있다.

위원이 제척사유에 해당하는지 불분명하거나 다툼이 있는 경우 제척사유의 존부를 확정하기 위한 규정 방식과 관련한 현행 입법례에는 「민사소송법」 유형과 「형사소송법」 유형이 있다. 전자는 직권으로 또는 당사자의 신청에 따라 제척결정을 하도록 하고, 제척사유 외의 사유로 위원이 불공정한 심의·의결을 할 우려가 있는 경우에는 당사자가 기피신청을 하도록 하는 유형⁴⁰⁸⁾이고, 후자는 제척사유의 존부에 관한 사항은 직권조사사항으로 하되, 당사자가 제척사유의 존부에 의문이 있는 경우에는 제척사유가 있다는 이유로 위원에 대해 기피신청을 할 수 있도록 하는 유형이다.

제척사유가 있는 위원은 제척사유의 존재 여부 또는 주장 여부를 불문하고 제척 결정의 유무에 관계없이 해당 안건에 관한 회의에서 당연히 배제되는 것이고, 제척 결정은 이를 확인하는 성질을 가지는 것에 불과한데, 만일 “제척 결정은 당사자의 신청 또는 직권으로 위원회가 결정한다.” 와 같이 별도의 제척 신청 또는 결정에 관한 규정을 둔다면 당사자의 제척 신청 또는 제척 여부에 관한 위원회의 결정이 있어야만 제척되는 것으로 오인될 소지가 있다. 따라서 당사자가 제척사유의 존부를 다투는 경우에는 제척신청이 아니라 제척사유를 원인으로 하여 기피신청을 할 수 있도록 한다.

기피신청에 대한 결정을 위원회가 할 것인지 위원장이 하도록 할 것인지와 관련하여, 위원회의 운영에 관하여는 원칙적으로 위원회가 권한을 가지므로 기피 여부를 위원회에서 결정하도록 하되, 특별한 사유가 있으면 위원장이 결정하도록 할 수 있다. 기피 여부를 결정하기 위한 회의에서 해당 위원은 당연히 제척되므로 의결에 참여하지 못한다는 확인적 규정을 둔다.

입법 모델 위원 제척·기피·회피와 해촉 사유에 관한 규정

제○조(위원의 제척·기피·회피) ① ○○위원회 위원(이하 “위원”이라 한다)이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 ○○위원회의 심의·의결에서 제척(除斥)된다.

1. 위원 또는 그 배우자나 배우자였던 사람이 해당 안건의 당사자가 되거나 그 안건의 당사자와 공동권리자 또는 공동의무자인 경우
2. 위원이 해당 안건의 당사자와 친족이거나 친족이었던 경우
3. 위원이 해당 안건에 대하여 증언, 진술, 자문, 연구, 용역 또는 감정을 한 경우

408) 「행정심판법」 제10조, 「특허법」 제148조, 제149조 및 제150조, 「노동위원회법」 제21조, 「환경분쟁 조정 및 환경피해 구제 등에 관한 법률」 제22조 등

4. 위원이나 위원이 속한 법인이 해당 안건의 당사자의 대리인이거나 대리인이었던 경우

※ 개별 위원회의 특성에 따라 제척 사유 추가 가능

② 안건의 당사자는 위원에게 제1항 각 호의 제척사유가 있거나 공정한 심의·의결을 기대하기 어려운 사정이 있는 경우에는 위원회에 기피 신청을 할 수 있고, 위원회는 의결로 기피 여부를 결정한다. 이 경우 기피 신청의 대상인 위원은 그 의결에 참여하지 못한다.

③ 위원은 제1항 각 호의 제척사유에 해당하거나 본인에게 심의의 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있다고 판단되는 경우에는 스스로 해당 안건의 심의·의결에서 회피(回避)하여야 한다.

제○조(위원의 해촉) ○○부장관(또는 ○○청장)은 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 해당 위원을 해촉(解囑)할 수 있다.

1. 심신쇠약 등으로 장기간 직무를 수행할 수 없게 된 경우
2. 직무와 관련된 비위사실이 있는 경우
3. 직무태만, 품위손상이나 그 밖의 사유로 위원으로 적합하지 아니하다고 인정되는 경우
4. 제○조제1항 각 호의 제척사유에 해당하거나 본인에게 심의의 공정성을 기대하기 어려운 사정이 있다고 판단되는 경우에 해당하는데도 불구하고 회피하지 아니한 경우*

* 제척사유가 있으면 위원 스스로 회피하여야 한다는 규정이 있는 경우에 둠

5. 위원 스스로 직무를 수행하기 어렵다는 의사를 밝히는 경우

※ 개별 위원회 특성에 따라 해촉 사유 추가 가능

위원회 규정을 살펴보면 민간위원에 대해서만 해촉 규정을 두고 공무원위원에 대한 해임 규정은 두지 않은 경우가 많다. 이는 공무원위원의 경우에는 당연직 위원인 경우가 많고, 공무원위원의 임명 또는 지명은 일반적으로 개인의 특성이나 전문성에 따른 것이라기보다는 그 위원의 소속 기관, 직위 등 업무에 기인한 것으로서, 해당 위원은 자신이 속한 행정기관의 입장을 대변하는 역할을 하게 되기 때문이다.

공무원위원에 대해 해임 근거를 둘 것인지는 법령상 공무원위원의 직위가 특정되는 정도 또는 해당 위원의 해임 시 자격에 맞는 다른 공무원위원으로의 대체 가능 여부 등을 종합적으로 검토하여 결정해야 한다. 공무원위원의 직위가 일정한 직위로 특정되어 있어 해임 시 새로운 위원의 임명 또는 지명이 불가능한 경우에는 해임 규정을 두지 않도록 한다.

해임 또는 해촉 규정을 둘 때, 공무원위원을 “임명”하도록 하고 있는 경우에는 “해임”으로 표현하고, 공무원위원을 “지명”하도록 하고 있는 경우에는 “지명 철회” 또는 “해임”으로 표현한다. 민간위원에 대해서는 “위촉”에 상응하여 “해촉”으로 표현하며, 위촉에 의하지

않고 “추천”만으로 위원이 되는 경우에는 “추천 철회”라는 표현을 사용한다.

[입법례] 추천 철회라는 표현을 사용한 사례

지방재정법

제27조의2(지방재정관리위원회) ① 지방자치단체의 재정부담 및 재정위기관리에 관한 다음 각 호의 사항을 심의하기 위하여 행정안전부장관 소속으로 지방재정관리위원회(이하 “위원회”라 한다)를 둔다.

- 1. 2. (생략)
- ②·③ (생략)
- ④ 위원회의 위원은 다음 각 호의 사람이 된다.
 - 1. 기획예산처장관, 국무조정실 등 대통령령으로 정하는 관계 중앙관서의 차관·차장 또는 이에 준하는 직위에 재직 중인 공무원
 - 2. 전국시도지사협의회·전국시장군수구청장협의회·전국시도의회의장협의회·전국시군구의회의장협의회에서 추천하는 각 1명. 이 경우 전국시도지사협의회 및 전국시장군수구청장협의회는 해당 협의회에 소속된 지방자치단체의 장 중에서 1명을 각각 추천하여야 한다.
 - 3. 그 밖에 지방재정에 대한 학식과 전문지식이 있는 사람으로서 행정안전부장관이 위촉하는 사람
- ⑤ ~ ⑧ (생략)

지방재정법 시행령

제35조(지방재정관리위원회의 구성) ① ~ ③ (생략)

- ④ 전국시도지사협의회·전국시장군수구청장협의회·전국시도의회의장협의회 또는 전국시군구의회의장협의회는 법 제27조의2제4항제2호의 위원이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 그 추천을 철회할 수 있다.
 - 1. 심신장애로 인하여 직무를 수행할 수 없게 된 경우
 - 2. 위원의 직무와 관련된 비위사실이 있는 경우
 - 3. 직무 태만, 품위 손상, 그 밖의 사유로 인하여 위원의 직을 유지하는 것이 적합하지 아니하다고 인정되는 경우
 - 4. 위원 스스로 직무를 수행하는 것이 곤란하다고 의사를 밝히는 경우
- ⑤ (생략)

02
실체 규정

임명권자 또는 위촉권자가 별도로 규정되어 있지 않고 관련 행정기관의 장의 지명 또는 공공단체의 추천을 받은 사람이 위원이 되도록 규정되어 있는 경우에는, 해당 지명권자 또는 추천권자를 위원직을 상실시킬 수 있는 권한이 있는 자로 규정한다.

라) 위원장

합의제 기관인 위원회를 대외적으로 대표하는 자가 위원장이다. 위원장의 직무를 규정할 때에는 일반적으로 “위원장은 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.”라고 표현한다.⁴⁰⁹⁾

위원회에 두 명 이상의 공동위원장이 있는 경우에는 해당 위원회의 성격을 고려하여, 공동위원장이 위원회의 대표행위 등을 각자 해도 무방한 경우에는 “공동위원장은 각자 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.”라고 표현하고, 위원장의 대표행위 등을 공동으로 하도록 할 필요가 있는 경우에는 “공동위원장은 공동으로 위원회를 대표하고, 위원회의 업무를 총괄한다.”라고 표현한다.

[입법례] 공동위원장의 공동 대표를 규정한 사례

국민 평생 직업능력 개발법 시행령

제20조의4(지역별 인적자원개발위원회의 구성 및 운영) ① 법 제22조의2제1항에 따른 지역별 인적자원개발위원회(이하 이 조에서 “위원회”라 한다)는 공동위원장을 포함하여 30명 이내의 위원으로 구성한다.

② 위원회의 공동위원장은 제1호 및 제2호의 사람이 된다.

1. 해당 지방자치단체의 장 또는 부단체장 중 고용노동부장관이 위촉하는 1명
2. 제3항제2호부터 제5호까지의 규정에 따른 위원 중에서 호선(互選)된 사람 3명 이내

③ ~ ⑤ (생략)

⑥ 공동위원장은 공동으로 위원회를 대표하고 위원회의 업무를 총괄한다.

⑦ 위원회의 회의는 제2항제1호의 공동위원장이 소집하고, 공동위원장이 순차적으로 그 의장이 된다.

⑧·⑨ (생략)

위원장이 사고 등 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없는 경우에 대비하여 부위원장이나

409) 기존의 입법례에는 “... 위원회의 사무를 통할한다”(「5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 시행령」 제3조제1항), “... 직무를 통할한다”(「사립학교법 시행령」 제15조의4제2항) 등 다양한 표현이 사용되었다.

위원장이 미리 지명한 위원이 위원장의 직무를 대행하도록 하는 규정을 둔다.

위원장의 직무대행에 관한 사항은 일반적으로 “위원장이 부득이한 사유로 직무를 수행할 수 없을 때에는 (부위원장이 그 직무를 대행하며, 위원장과 부위원장이 모두 부득이한 사유로 그 직무를 수행할 수 없을 때에는) 위원장이 미리 지명한 위원이 그 직무를 대행한다”라고 규정한다.⁴¹⁰⁾

마) 위원회의 존속기한

행정기관의 장은 위원회를 설치할 경우 목적 달성을 위하여 필요한 최소한의 기한 내(원칙적으로 5년 이내의 범위)에서 존속기한을 정하여 합의제행정기관인 위원회의 경우에는 법률에, 합의제행정기관이 아닌 위원회의 경우에는 법령에 존속기한을 명시해야 한다.⁴¹¹⁾⁴¹²⁾

3) 위원회의 운영

가) 출석 회의의 원칙

다양한 의견을 제시할 기회를 부여하고 토론을 통해 합의를 도출한다는 위원회 제도의 취지를 고려하여 위원회는 출석하여 회의(화상회의를 포함한다)하는 것을 원칙으로 한다. 다만, 안건의 내용이 경미하거나 긴급한 사유로 위원이 출석하는 회의를 개최할 시간적 여유가 없는 경우 등에는 그 예외를 인정하여 서면결의 등의 방법이 가능하도록 하고 있다.

행정기관 소속 위원회에 관한 일반법인 행정기관위원회법에서는 서면결의가 인정되는 예외적인 경우를 규정하고 있으므로,⁴¹³⁾ 개별 위원회의 설치 근거 법령에 동일한 내용을 중복해서 규정할 필요는 없으나, 행정기관위원회법에 따른 서면결의 사유보다 확대하거나

410) 행정기관의 권한을 부득이한 사유로 행사할 수 없는 경우에 보조기관이나 다른 행정기관으로 하여금 권한을 가진 본래의 행정기관을 위한 권한 행사라는 사실을 표시하고 대리기관 명의로 권한을 행사하는 것은 ‘직무대리’에 해당하나, 다수의 입법례는 ‘대행’으로 표현하고 있다.

411) 행정기관위원회법 제11조

412) 존속기한을 연장할 필요가 있는 경우에는 미리 행정안전부장관과 협의해야 하고, 법률에 규정된 존속기한을 연장하려면 존속기한 연장을 내용으로 하는 개정안을 국회에 제출해야 한다(행정기관위원회법 제11조제3항 및 제4항).

413) 행정기관위원회법 시행령 제5조제2항

1. 안건의 내용이 경미한 경우
2. 긴급한 사유로 위원이 출석하는 회의를 개최할 시간적 여유가 없는 경우
3. 천재지변이나 그 밖의 부득이한 사유로 인하여 위원의 출석에 의한 의사정족수를 채우기 어려운 경우

축소할 필요가 있는 경우에는 위원회 설치 근거가 되는 법령에 별도로 규정하도록 한다. 다만, 서면결의 사유를 지나치게 확대하게 되면 위원회의 운영이 형해화될 수 있으므로 신중해야 한다.

한편 헌법에 따라 설치되는 위원회 및 「정부조직법」 제2조제2항에 따라 다른 법률에 의하여 중앙행정기관으로 설치되는 위원회는 행정기관위원회법의 적용을 받지 않으므로, 필요시 개별 위원회의 설치 근거 법령에 별도의 서면결의 규정을 두도록 한다.

[입법례] 행정기관위원회법의 적용을 받지 않는 위원회에 대해 서면심리를 규정한 사례

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

- 제65조(심리·의결의 공개 및 합의의 비공개) ① 공정거래위원회의 심리(審理)와 의결은 공개한다. 다만, 사업자 또는 사업자단체의 사업상의 비밀을 보호할 필요가 있다고 인정할 때에는 그러하지 아니하다.
- ② 공정거래위원회의 심리는 구술심리를 원칙으로 하되, 필요한 경우 서면심리로 할 수 있다.
- ③ 공정거래위원회의 사건에 관한 의결의 합의는 공개하지 아니한다.

나) 회의의 소집권자에 관한 규정

위원회의 회의에 관하여 중요한 규정은 회의의 소집권자 및 절차와 회의의 의사정족수 및 의결정족수에 관한 규정이다.

위원회의 회의는 위원장이 소집하는 것이 원칙이고, 행정기관의 장이나 일정한 수 이상의 위원이 소집을 요구한 경우에 위원장이 소집하도록 하는 경우도 있다. 일반적으로 “위원장은 위원회의 회의를 소집하며, 그 의장이 된다.” 또는 “위원회의 회의는 위원장이 필요하다고 인정할 때(또는 위원 ○명 이상의 요구가 있을 때) 위원장이 소집한다.”고 규정한다.

위원장이 복수인 경우에는 공동위원장 중 누가 회의를 소집하고 그 의장이 되는지 불분명하므로, 해당 위원회의 성격을 고려하여 법령에 소집권자를 특정해 두거나 공동위원장이 협의하여 또는 공동으로 소집한다는 등의 소집방법에 관한 규정을 두고 소집된 회의에서 공동위원장 중 누가 의장이 되는지를 명확히 규정하도록 한다.⁴¹⁴⁾

414) 공동위원장 중 소집권자를 특정한 입법례: 「국민 평생 직업능력 개발법 시행령」 제20조의4제7항
공동위원장이 협의해 소집하도록 한 입법례: 「접경지역 지원 특별법 시행령」 제11조제2항
공동위원장 공동으로 소집하도록 한 입법례: 「기업 활력 제고를 위한 특별법 시행령」 제6조제1항

다) 정족수에 관한 규정

위원회의 의결에 관한 규정에는 다수결의 원칙이 반영되어야 한다. 일반적으로 의사정족수와 의결정족수를 함께 규정하며, 의결정족수는 특별한 사유가 없으면 과반수로 정한다. 일반적으로 “위원회의 회의는 재적위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.”고 규정한다. 의결정족수만 규정하는 경우에는 “위원회의 회의는 재적위원 과반수의 찬성으로 의결한다.”고 규정한다.

[입법례] 정족수에 관한 일반적 규정 사례

산업융합 촉진법
제8조(산업융합 규제특례심의위원회) ① ~ ⑦ (생략)
⑧ 위원장은 필요하다고 인정하는 경우에 위원회의 회의를 소집하고 그 의장이 된다.
⑨ 위원회의 회의는 위원 과반수의 출석으로 개의하고, 출석위원 과반수의 찬성으로 의결한다.
⑩·⑪ (생략)

위원회에서 가부동수인 경우의 의사결정 방법과 관련하여 종전에는 “과반수의 찬성으로 의결한다.”고 규정하면서 가부동수이면 가결된 것으로 하거나, 위원장에게 결정권을 행사하도록 한 입법례가 있었다. 그러나 가부동수이면 과반수의 찬성이 아니므로 부결된 것으로 보는 것이 당연하고, 또한 위원장에게 표결권 외에 다시 결정권을 주는 것은 의사결정의 민주적 방식에 부합되지 않으므로 특별한 사유가 없으면 이러한 규정은 두지 않도록 한다.

라) 분과위원회 등에 관한 규정

위원회의 효율적 운영을 위해 필요하면 위원회에 분과위원회나 소위원회 등을 둘 수 있다. 분과위원회나 소위원회의 위원은 본 위원회의 위원으로 구성된다.⁴¹⁵⁾ 특히 분과위원회는 위원들을 전문 분야별로 나누어 구성하며, 해당 분야의 안건에 대해 사전에 검토하게 하고 의견조정을 한다.

일반적으로 “위원회는 위원회의 업무를 효율적으로 수행하는 데에 필요하면 위원회에

415) 본 위원회의 위원으로 구성하지 않는 경우에는 실무위원회나 전문위원회 같은 별도의 명칭을 붙여야 할 것이다.

분과위원회(또는 소위원회)를 둘 수 있다.”고 규정한다. 분과위원회 또는 소위원회에 관한 세부적 내용에 대해서는 “분과위원회(소위원회)의 설치·운영 등에 필요한 사항은 위원회의 의결을 거쳐 위원장이 정한다.”고 규정하여 위원장에게 위임하는 것이 일반적이다. 다만, 분과위원회 또는 소위원회의 의결을 본 위원회의 의결로 간주하려면 본 위원회의 설치 근거가 되는 법령에 이를 규정해야 한다.

[입법례] 분과위원회의 심의를 본 위원회의 심의로 본다고 규정한 사례

국토의 계획 및 이용에 관한 법률
<p>제110조(분과위원회) ① 다음 각 호의 사항을 효율적으로 심의하기 위하여 중앙도시계획위원회에 분과위원회를 둘 수 있다.</p> <p>1. ~ 4. (생략)</p> <p>② 분과위원회의 심의는 중앙도시계획위원회의 심의로 본다. 다만, 제1항제4호의 경우에는 중앙도시계획위원회가 분과위원회의 심의를 중앙도시계획위원회의 심의로 보도록 하는 경우만 해당한다.</p>

분과위원회나 소위원회와는 달리 실무위원회나 전문위원회 등은 본 위원회 위원이 아닌 사람으로 구성되고, 그 기능 및 역할도 본 위원회에서 심의되는 안건에 대한 사전 조사·연구·검토·조정 등으로 제한적인 경우가 대부분이다. 따라서 실무위원회나 전문위원회 등은 본 위원회의 의사를 대표할 수 있는 요건을 갖추었다고 볼 수 없으며, 본 위원회와 구성원이 다른 실무위원회나 전문위원회 등의 심의·의결을 본 위원회의 심의·의결로 간주하는 경우 본 위원회의 기능을 형해화시킬 우려가 있으므로, 실무위원회나 전문위원회 등의 심의·의결을 본 위원회의 심의·의결로 간주하는 규정은 두지 않는 것이 바람직하다.

근거 법령이 서로 다른 둘 이상의 위원회를 통합하기 위해 어느 한 위원회(A)를 다른 위원회(B)의 분과위원회·전문위원회 등으로 변경하는 경우, 통합 후 분과위원회 등으로 변경되는 위원회의 설치 근거 및 구성·운영에 관한 규정은 본 위원회(B)의 근거 법령에 두어 본 위원회와 분과위원회 등을 하나의 법령체계에서 통일적으로 두도록 한다.⁴¹⁶⁾

마) 위원회의 간사 또는 사무기구⁴¹⁷⁾

합의제행정기관인 위원회에는 필요한 최소한도의 사무기구를 둘 수 있으며, 그 사무기구의 구성 및 정원에 관한 사항은 행정기관의 조직과 정원을 규정하는 대통령령으로 정한다.⁴¹⁸⁾ 여기의 대통령령은 해당 행정기관의 “직제”를 말한다.

[입법례] 합의제행정기관인 위원회에 사무기구를 둔 사례

금융위원회의 설치 등에 관한 법률

제15조(사무처의 설치 등) ① 금융위원회의 사무를 처리하기 위하여 금융위원회에 사무처를 두며, 이 법에 규정된 것 외에 금융위원회의 조직 및 정원에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

②·③ (생략)

금융위원회와 그 소속기관 직제

제1조(목적) 이 영은 「금융위원회의 설치 등에 관한 법률」 제15조제1항에 따라 금융위원회와 그 소속기관의 조직과 정원에 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다.

합의제행정기관이 아닌 위원회에는 사무기구를 설치하거나 상근인 전문위원 등의 직원을 둘 수 없다. 다만, 행정기관의 장이 직접 사무 지원을 하기 곤란한 위원회로서 그 주된 기능이 특정 행정기관에 속한다고 보기 어렵고 여러 행정기관의 소관 기능을 조정하거나 종합하는

416) 구 「석면안전관리법 시행령」에 따른 석면안전관리위원회를 「환경보건법」 제9조에 따른 환경보건위원회의 전문위원회로 변경하는 경우, 전문위원회 설치 근거를 「석면안전관리법 시행령」에 두지 않고 「환경보건법 시행령」 제7조의2에 규정한 사례가 있다.

417) 간사, 간사위원, 사무국, 사무처 등은 위원회의 서무 역할(위원회 회의에 상정될 안건 정리, 자료 준비, 위원회 일정 관리 등)을 수행하는 보조기관으로서 위원회의 규모가 작거나 지위가 낮은 경우에는 위원회가 소속된 기관의 공무원을 간사위원이나 간사로 규정하며, 사무국이나 사무처는 합의제행정기관인 위원회에 두는 것이 일반적이다.

418) 행정기관위원회법 제10조제1항

위원회의 경우에는 사무기구를 설치하거나 직원을 둘 수 있으며, 위원회의 기능이 매우 전문적인 사항에 관한 것으로서 해당 분야 전문가 등의 충분한 사전 검토가 필요한 위원회의 경우에는 상근인 전문위원을 둘 수 있다.⁴¹⁹⁾

[입법례] 위원회에 상임 전문위원을 둔 한 사례

산업표준화법 시행령

- 제11조(상임위원과 상임전문위원) ① 기술심의회에는 상임위원 1명을 둘 수 있고, 전문위원회에는 상임전문위원 1명을 둘 수 있다.
- ② 상임위원은 기술심의회 의장의 추천을 받아, 상임전문위원은 대표전문위원의 추천을 받아 각각 산업통상부장관이 위촉한다.

위원회에는 위원회의 실무를 담당하는 간사를 둘 수 있다. 간사를 두는 경우 별도의 인력이나 재원을 필요로 하지 않으므로 간사를 두는 데에 대한 제한은 없다.

입법 모델 위원회에 간사를 두는 경우

- 제○조(간사) ① 위원회의 사무를 처리하기 위하여 위원회에 간사 1명을 둔다.
- ② 간사는 ○○부 소속 ○급 공무원 중에서 ○○장관이 지명한다. (간사는 ○○부 △△를 담당하는 과장이 된다.)

바) 위원의 수당 등에 관한 규정

행정기관의 장은 위원회에 출석한 위원에게 예산의 범위에서 수당을 지급할 수 있다. 다만, 공무원인 위원이 그 소관 업무와 직접적으로 관련되는 위원회에 출석하는 경우에는 수당을 지급하지 않는다.⁴²⁰⁾⁴²¹⁾ 현행 위원회 관련 규정에서는 대부분 수당 규정을 두고 있으나, 행정기관위원회법에 해당 규정을 두고 있으므로 행정기관 소속 위원회의 경우 수당에 관한 별도의 규정을 둘 필요는 없다.

419) 행정기관위원회법 제10조제2항, 같은 법 시행령 제6조제1항 및 제2항

420) 행정기관위원회법 제12조

421) 지방자치단체 소속 위원회의 위원에 대한 수당 지급에 관하여 「지방자치단체 회계관리에 관한 훈령」 별표 2에서는 공무원인 경우 직접 자기가 담당하는 사무뿐만 아니라 자기가 소속된 지방자치단체에서 설치된 위원회에 당연직 위원으로 참여하는 경우에는 위원회 참석수당을 지급할 수 없도록 하고 있다.

사) 그 밖의 규정

위원회의 업무를 처리하는 데에 필요하면 위원회의 심의에 앞서 실무자 간의 협의·조정을 위한 실무위원회 규정, 전문적인 조사·연구를 위한 전문위원 규정, 회의록 작성·보존에 관한 규정,⁴²²⁾ 자료의 수집을 위한 관계 기관에 대한 협조 요청 규정, 이해관계인의 의견 수렴을 위한 공청회·세미나의 개최에 관한 규정을 둘 수 있다.

그리고 위원회의 내부 운영에 관한 구체적인 사항은 하위법령이나 조례에 위임하는 것이 일반적이는데, 보다 세부적인 사항은 위원장이 위원회 의결을 거쳐 위원회 규칙(운영세칙)으로 정하도록 하기도 한다.

그러나 합의제 행정기관이나 의결에 구속력이 인정되는 위원회의 소관사무 또는 기능 중 국민의 권리·의무와 관련되는 사항은 하위법령이나 조례에 위임하는 것이 바람직하다. 다만 국가가 입법으로 행정기관에게 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 해당 행정기관이 법 정립의 권한을 갖게 되므로⁴²³⁾ 하위법령 등에 위임한 사항보다 세부적인 사항은 위원장이 위원회 의결을 거쳐 위원회 규칙(운영세칙)으로 정하도록 할 수도 있다. 이 경우에도 위원회 규칙으로 위임할 때에는 그 내용이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정해야 한다.⁴²⁴⁾ 또한, 위원회 규칙으로 정할 사항이 국민의 권리·의무와 관련 있는 내용이면 해당 규칙을 고시하도록 하는 규정을 함께 두어야 한다.

[입법례]

남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률

제26조(차별적 처우등의 시정신청) ① 근로자는 사업주로부터 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는

422) 회의록 작성·보존과 관련하여 그 주체를 해당 위원회로 규정하거나 해당 위원회의 위원장 또는 간사로 규정한 입법례를 볼 수 있다. 회의록 작성·보존 의무는 간사, 위원장 등 개별 구성원의 의무가 아니라 위원회 자체의 의무로 볼 수 있고, 실질적으로 누가 회의록을 작성·보존할지에 관해서는 위원회 내부 규정 등을 통해 결정할 수 있으므로, 간사나 위원장이 아닌 위원회 자체를 회의록 작성·보존 권한의 주체로 명시하는 것이 바람직하다. 다만, 국가의 의사를 결정하고 이를 대외적으로 표시하는 권한이 있는 합의제 행정기관인 위원회와 달리 국가의 의사결정에 보조적인 역할을 수행하는 위원회의 경우에는 위원회를 법령상 회의록의 작성·보존 주체로 규정하는 것은 적절하지 않고, 해당 위원회가 소속된 행정기관의 장을 회의록의 작성·보존 주체로 규정하는 것이 바람직하다. 행정기관위원회법 제13조제3항에서도 위원회의 회의록은 행정기관의 장이 작성하도록 규정하고 있다.

423) 헌법재판소 2014. 7. 24. 선고 2013헌바183 결정

424) 헌법재판소 2004. 10. 28. 선고 99헌바91 결정

차별적 처우 등(이하 “차별적 처우등”이라 한다)을 받은 경우 「노동위원회법」 제1조에 따른 노동위원회(이하 “노동위원회”라 한다)에 그 시정을 신청할 수 있다. 다만, 차별적 처우등을 받은 날(제1호 및 제3호에 따른 차별적 처우등이 계속되는 경우에는 그 종료일)부터 6개월이 지난 때에는 그러하지 아니하다.

1. 제7조부터 제11조까지 중 어느 하나를 위반한 행위(이하 “차별적 처우”라 한다)
2. 제14조제4항 또는 제14조의2제1항에 따른 적절한 조치를 하지 아니한 행위
3. 제14조제6항을 위반한 불리한 처우 또는 제14조의2제2항을 위반한 해고나 그 밖의 불이익한 조치
 - ② 근로자가 제1항에 따른 시정신청을 하는 경우에는 차별적 처우등의 내용을 구체적으로 명시하여야 한다.
 - ③ 제1항 및 제2항에 따른 시정신청의 절차·방법 등에 관하여 필요한 사항은 「노동위원회법」 제2조제1항에 따른 중앙노동위원회(이하 “중앙노동위원회”라 한다)가 따로 정하여 고시한다.

4) 조정위원회의 조정의 효력에 관한 규정

조정위원회의 조정에 대해 재판상 화해의 효력을 부여할 것인지, 아니면 당사자 간 합의의 효력만을 부여할 것인지가 문제된다. 재판상 화해는 확정판결과 같은 효력이 있어 당사자 사이에 기판력이 생기므로 재심에 의하여 취소되거나 변경되지 않는 이상 그 효력을 다룰 수 없다.⁴²⁵⁾ 이에 반하여 당사자 간에 합의가 성립된 것으로 보는 경우에는 무효 또는 취소 사유가 있으면 무효 또는 취소에 관한 규정이 적용되어 소(訴)를 제기하여 권리를 구제받을 수 있다.⁴²⁶⁾

각종 위원회의 중재·조정인 경우 중립성·독립성이나 심의절차의 공정성·신중성이 거의 사법절차에 준할 정도로 보장되어 있고, 그 성질이나 절차에 비추어 그것을 수락한 당사자의 의사에 ‘위원회의 중재·조정에 따라 분쟁을 최종적으로 해결하고 재판하지 않겠다’는 의사가 포함된 것으로 볼 수 있는 경우에만 재판상 화해의 효력을 부여할 수 있다.⁴²⁷⁾

425) 「민사소송법」 제220조

426) 「민법」 제733조 단서

427) 사법절차에 준한다고 볼 수 있는 각종 중재·조정절차와는 달리 배상결정절차에 있어서는 심의회의 제3자성·독립성이 희박한 점, 심의절차의 공정성·신중성도 결여되어 있는 점, 심의회에서 결정되는 배상액이 법원의 그것보다 하회하는 점 및 불계소합의의 경우와는 달리 신청인의 배상결정에 대한 동의에 재판청구권을 포기할 의사까지 포함되는 것으로 볼 수도 없는 점을 종합하여 볼 때, 이는 신청인의 재판청구권을 과도하게 제한하는 것이어서 헌법 제37조제2항에서 규정하고 있는 기본권 제한입법에 있어서의 과잉입법 금지의 원칙에 반한다(헌법재판소 1995. 5. 25. 선고 91헌가7 전원재판부 결정).

이런 요건을 충족하지 못하는 위원회의 조정 등에 대해서는 재판상 화해의 효력을 인정하지 않는 것이 타당하며, 조정의 효력 규정을 둘 필요가 있으면 당사자 간 합의의 효력만 인정하는 것이 바람직하다. 이러한 규정은 법률에서 규정해야 할 것이다.

[입법례] 조정위원회의 조정 등에 대해 재판상 화해의 효력을 인정한 사례

저작권법
제117조(조정 성립) ① ~ ④ (생략) ⑤ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 재판상의 화해와 동일한 효력이 있다. 다만, 당사자가 임의로 처분할 수 없는 사항에 관한 것은 그러하지 아니하다. 1. 조정 결과 당사자 간에 합의가 성립한 경우 2. 직권조정결정에 대하여 이의 신청이 없는 경우

[입법례] 조정위원회의 조정 등에 대해 집행력 있는 집행권원과 같은 효력을 인정한 사례

전기통신사업법
제45조의8(분쟁조정 효력 등) ① ~ ④ (생략) ⑤ 제4항에 따라 당사자가 강제집행을 승낙하는 취지의 내용이 기재된 조정서에 서명 또는 기명·날인한 경우 조정서의 정본은 「민사집행법」 제56조에도 불구하고 집행력 있는 집행권원과 같은 효력을 가진다. 다만, 청구에 관한 이의의 주장에 대하여는 「민사집행법」 제44조제2항을 적용하지 아니한다.

[입법례] 조정위원회의 조정 등에 대해 당사자 간 합의의 효력만 인정한 사례

정보보호산업의 진흥에 관한 법률
제29조(조정 효력) ① 조정위원회는 제26조제2항에 따라 조정안을 작성하면 지체 없이 각 당사자에게 제시하여야 한다. ② 제1항에 따라 조정안을 제시받은 당사자는 그 제시를 받은 날부터 15일 이내에 그 수락여부를 조정위원회에 통보하여야 한다. 이 경우 당사자가 15일 이내에 수락여부를 통보하지 아니하면 조정을 거부한 것으로 본다. ③ 당사자가 제2항에 따라 조정안을 수락하였을 때에는 조정위원회는 당사자 사이에 합의된 사항을 기재한 조정서를 작성하여야 한다.

- ④ 제3항에 따라 당사자가 조정안을 수락하고 조정위원회가 조정서를 작성하여 당사자에게 통보한 때에는 당사자 간에 조정안과 동일한 내용의 합의가 성립된 것으로 본다.

24. 특수법인

가. 개관

「민법」 제31조는 “법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다”고 규정하고 있는바, 「민법」 제32조, 제33조는 비영리법인의 설립에 대해서, 같은 법 제39조와 「상법」 제172조는 영리법인의 설립에 대해서 규정하고 있다.

위와 같이 「민법」, 「상법」에 따라 설립되는 법인을 보통 ‘일반법인’이라고 부르며, 이와 달리 국가정책상 필요나 공공의 이익을 달성하기 위해 「민법」 또는 「상법」 외의 특별법에 따라 설립되는 법인을 ‘특수법인’이라 부른다. 법률상 특수법인의 명칭은 ‘공사’, ‘공단’, ‘연구원’, ‘협회’, ‘공제회’ 등으로 다양하게 규정되고 있다.

개별 법령에서는 “「민법」과 「상법」 외의 법률에 따라 설립된 법인”, “특별법에 따라 설립된 특수법인”, “특별법에 따라 설립된 법인” 등으로 특수법인을 지칭하고 있으며,⁴²⁸⁾ 특수법인을 규정한 각 법령의 취지에 따라 특수법인의 구체적인 범위가 어디까지인지는 다양하게 해석되고 있다. 법령의 규정 목적을 고려하여 일부 특수법인을 “특별법에 따라 설립된 (특수)법인”에 해당한다고 보거나 해당하지 않는다고 보는 것인데,⁴²⁹⁾⁴³⁰⁾ 이 경우 법령

428) 법령용어의 간결성과 통일성을 위해 앞으로는 “특별법에 따라 설립된 법인”으로 특수법인을 지칭하는 표현을 통일하도록 한다.

429) 정보공개법에 따라 정보를 공개할 의무가 있는 ‘특별법에 의하여 설립된 특수법인’에 해당하는지 여부는 국민의 알권리를 보장하고 국정에 대한 국민의 참여와 국정운영의 투명성을 확보하고자 하는 위 법의 입법 목적을 염두에 두고, 해당 법인에게 부여된 업무가 국가행정업무이거나, 이에 해당하지 않더라도 그 업무 수행으로써 추구하는 이익이 당해 법인 내부의 이익에 그치지 않고 공동체 전체의 이익에 해당하는 공익적 성격을 갖는지 여부를 중심으로 개별적으로 판단하되, 당해 법인의 설립근거가 되는 법률이 법인의 조직 구성과 활동에 대한 행정적 관리·감독 등에서 민법이나 상법 등에 의하여 설립된 일반 법인과 달리 규율한 취지, 국가나 지방자치단체의 당해 법인에 대한 재정적 지원·보조의 유무와 그 정도, 당해 법인의 공공적 업무와 관련하여 국가기관·지방자치단체 등 다른 공공기관에 대한 정보공개청구와는 별도로 당해 법인에 대하여 직접 정보공개청구를 구할 필요성이 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야 한다(대법원 2010. 4. 29. 선고 2008두5643 판결).

해석상 혼란이 야기될 우려가 있으므로 법령에서 특수법인을 규정할 때에는 해당되는 법인 및 단체를 열거하거나, 지칭하려는 특수법인의 성격을 명시하는 등 특수법인의 범위를 더 구체적으로 규정할 필요는 없는지 한 번 더 검토하도록 한다.

[입법례] 특수법인의 성격을 구체화한 입법례

법인세법
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. (생략)
2. “비영리내국법인”이란 내국법인 중 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 법인을 말한다.
가. (생략)
나. 「사립학교법」이나 그 밖의 특별법에 따라 설립된 법인으로서 「민법」 제32조에 규정된 목적과 유사한 목적을 가진 법인(대통령령으로 정하는 조합법인 등이 아닌 법인으로서 그 주주(株主)·사원 또는 출자자(出資者)에게 이익을 배당할 수 있는 법인은 제외한다)
다. (생략)
3. ~ 16. (생략)

[입법례] 적용대상이 되는 법인 및 단체의 범위를 구체적으로 열거하도록 규정한 입법례

중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.
1. (생략)
2. “공공기관”이란 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 기관 또는 법인을 말한다.
가. 국가기관(「국가재정법」 제6조의 독립기관 및 중앙관서를 말한다)
나. 지방자치단체(「지방자치법」 제2조에 따른 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도·시·군·구를 말한다)
다. 특별법에 따라 설립된 법인 중 대통령령으로 정하는 자

430) 구체적으로는 학교안전공제회는 민원처리법의 ‘특별법에 따라 설립된 특수법인’에 해당한다고 본 사례(법제처 2018. 8. 7. 18-0292 해석례), 새마을금고연합회는 정보공개법의 ‘특별법에 따라 설립된 특수법인’에 해당한다고 본 사례(법제처 2009. 4. 2. 09-0046 해석례), 한국보건산업진흥원은 지방계약법의 ‘특별법에 의하여 설립된 법인’에 해당한다고 본 사례(법제처 2007. 6. 29. 07-0163 해석례), 대한법무사협회 및 지방법무사회는 정보공개법의 ‘특별법에 따라 설립된 특수법인’에 해당하지 않는다고 본 사례(법제처 2009. 7. 3. 09-0161 해석례)가 있다.

- 라. ~ 아. (생략)
3. ~ 6. (생략)

중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률 시행령

제2조(정의) ① 「중소기업제품 구매촉진 및 판로지원에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제2호다목에서 “대통령령으로 정하는 자”란 다음 각 호의 자를 말한다.

1. 「중소기업협동조합법」에 따른 중소기업중앙회(이하 “중소기업중앙회”라 한다)
 2. 「농업협동조합법」에 따른 농업협동조합중앙회
 3. 「수산업협동조합법」에 따른 수산업협동조합중앙회
 4. 「산림조합법」에 따른 산림조합중앙회
 5. 「한국은행법」에 따른 한국은행
 6. 삭제
 7. 「상공회의소법」에 따른 대한상공회의소
- ② (생략)

공사나 공단의 예를 통해 특수법인과 관련하여 법령에 규정할 사항을 살펴보면, 공사·공단의 설립을 규정한 목적 규정, 법인격, 사무소, 자본금(공사에 한함), 정관 및 설립등기, 유사명칭 사용금지, 이사회, 임원의 수, 임원의 임면과 결격사유, 사장 또는 이사장의 대표권 제한과 대리인 선임, 비밀누설 금지, 사업 또는 업무의 범위, 사업계획, 손익금의 처리, 사채 발행과 자금 차입, 보조금 등 국가의 재정 지원, 정부의 지도·감독에 관한 규정 등 해당 공사·공단의 업무 집행과 재정에 관한 규정이 주요 내용을 이루고 있다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」에서는 공기업·준정부기관의 정관, 이사회와 임원 등에 관한 일반적 규정이 있으므로 앞에 열거된 사항 중 개별법에서 특별히 달리 규정할 내용이 아니면 개별법에서 별도의 규정을 둘 필요가 없다. 다만, 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제2조제2항에서는 “공공기관에 대하여 다른 법률에 이 법과 다른 규정이 있을 경우 이 법에서 그 법률을 따르도록 한 때를 제외하고는 이 법을 우선하여 적용한다.”고 규정하고 있으므로, 「공공기관의 운영에 관한 법률」과 달리 정하려면 「공공기관의 운영에 관한 법률」이 개별법에서 달리 정할 수 있도록 허용하고 있는지 확인할 필요가 있다. 또한 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서는 공기업이나 준정부기관 위주로 규율하고 있는 반면, 기타공공기관에 대해서는 지정에 관한 사항 외에는 별다른 규정이 없으므로, 개별법에 따른 공사·공단이 기타공공

기관에 해당하는 경우에는 해당 법률에서 별도의 규정을 둘 필요가 있다.

공사와 공단의 차이점은 주로 법인격의 성격과 업무에서 나타난다. 공사는 통상 자본금이 있는 「상법」상의 주식회사 형태로 설립되며, 설립법에 특별한 규정이 없는 사항에 관해서는 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용하는 규정을 두고, 공사의 업무는 상품 생산과 용역 제공 등의 기업활동이 중심을 이룬다. 이에 반하여, 공단에는 자본금이 없고 재단법인의 성격을 띠기 때문에 「민법」상 재단법인에 관한 규정을 준용하는 경우가 많으며, 공단은 법률에 따라 직접 부여된 정부업무를 수행하거나 법령에 따라 공적 업무를 위탁받아 수행한다.

나. 특수법인의 설립

1) 법인의 설립에 관한 규정

「민법」 제31조에서는 “법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다.”고 규정하고 있으므로, 법인을 성립시키기 위해서는 법률상 근거가 필요하다. 이 경우 i) 법률로 직접 법인을 설립하는 방식과 ii) 법률에 설립 근거 규정만 두고 설립 자체는 자유의사에 맡기는 방식의 두 가지 방식이 있다.⁴³¹⁾

가) 법률로 직접 법인을 설립하는 방식

법률로 직접 법인을 설립하는 전형적인 예는 보통 특수법인이라고 부르는 각종 법인의 설립 법에서 찾아볼 수 있다. 이 경우에도 두 가지 다른 방식을 찾아볼 수 있다. i) 법인 설립 자체를 위해 법률을 만드는 경우와 ii) 특정 정책 분야의 법률을 만들면서 그 가운데 관련된 법인을 설립하는 경우가 있는데 규정 방식은 조금 다르지만, 효과는 동일하다.

나) 법률에 설립 근거 규정만 두고 설립 자체는 자유의사에 맡기는 방식

이런 방식은 사회복지법인과 같이 특정 분야의 법인을 설립하거나 동업자 자조조직

431) 다른 법령에서 법인의 인용근거 법률을 표현하는 방식으로 “...법에 따른 ○○법인” 또는 “...법에 따라 설립된 ○○법인”을 사용하고 있다. 법인 인용 시 인용근거 법률이 그 법인의 직접적 설립근거 법률이면 “...법에 따른 ○○법인” 또는 “...법에 따라 설립된 ○○법인”으로 표현하여도 무방하나(예: 「대한적십자사조직법」에 따른 대한적십자사 또는 「대한적십자사조직법」에 따라 설립된 대한적십자사), 인용근거 법률이 그 법인의 직접적 설립근거 법률이 아니면 “...법에 따른 ○○법인”으로 표현한다.

(自助組織)을 결성하는 경우에 주로 사용된다. 기본적으로 설립 근거는 법률에 규정하되, 실제 설립 자체는 자유로운 의사에 따라 법인별로 법률행위를 통해 설립하게 하는 것이다.⁴³²⁾

[입법례] 특정 분야의 비영리법인 설립을 법률로 규정한 사례⁴³³⁾

사회복지사업법

제16조(법인의 설립허가) ① 사회복지법인(이하 이 장에서 “법인”이라 한다)을 설립하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다.
 ② 제1항에 따라 허가를 받은 자는 법인의 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 하여야 한다.

[입법례] 동업자 자조조직의 설립근거를 법률에 규정한 사례⁴³⁴⁾

식품위생법

제59조(설립) ① 영업자는 영업의 발전과 국민 건강의 보호·증진을 위하여 대통령령으로 정하는 영업 또는 식품의 종류별로 동업자조합(이하 “조합”이라 한다)을 설립할 수 있다.
 ② 조합은 법인으로 한다.
 ③ 조합을 설립하려는 경우에는 대통령령으로 정하는 바에 따라 조합원 자격이 있는 자 10분의 1(20명을 초과하면 20명으로 한다) 이상의 발기인이 정관을 작성하여 식품의약품안전처장의 설립인가를 받아야 한다.
 ④ ~ ⑦ (생략)

432) 입법례 중에는 동업자 자조조직의 설립이 자유의사에 맡겨져 있지 않고 직접 설립하는 방식을 취하는 것(예: 「식품위생법」 제64조에 따른 한국식품산업협회의 설립)도 있으나, 이런 방식이 적절한지는 깊이 검토할 필요가 있다. 그 밖에 법률에서 직접 설립하는 것도 아니면서 설립을 강제하고 있는 입법례(예: 「의료법」 제28조에 따른 의사회 등)도 있는데 이러한 방식은 불가피한 경우가 아니면 지양하도록 한다.

433) 이 입법례는 해당 법률에서 사회복지법인에 대해 법인격을 부여하고 있지도 않고, 해당 법률 제2조제3호에서는 ‘사회복지법인’을 ‘사회복지사업을 할 목적으로 설립된 법인’으로 정의하고 있을 뿐, ‘이 법에 따라 설립된 법인’이라고 하지도 않아 마치 법인이 먼저 존재하고 거기에 사회복지의 성격이 덧입혀지는 것처럼 보여 전체적으로 보면 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」처럼 「민법」을 보완하는 것으로 보이는 혼란을 초래하고 있는데, 특정 분야의 법인을 설립하는 입법을 할 때에는 해당 법률과 「민법」과의 관계를 명확히 설정할 필요가 있다.

434) 동업자 자조조직인 법인에 대해서는 불과 몇 개의 조문만을 두고 있는 경우가 많고, 「민법」을 준용하는 규정을 따로 두지 않고 있는 경우도 있어, 그 법인이 개별 법률에 따라 설립되는 것인지, 「민법」에 따라 설립되는 것을 전제로 한 것인지 알기 어렵고 규정 내용이 불충분하여 실제 어떻게 운영될지 막연한 것도 있으므로, 차라리 “「민법」에 따라 사단법인(재단법인)으로 동업자조합을 설립할 수 있다”고 규정하여 법률관계를 분명히 하되, 필요한 경우 보조금 교부 등 지원조항과 감독 조항을 개별 법률에 규정하는 것이 바람직하다.

2) 법인격의 부여

공사·공단 또는 그 밖의 특수법인은 국가 또는 지방자치단체의 기관이 아닌 별도의 법인으로 설립된다. 「민법」 제31조에서 “법인은 법률의 규정에 의함이 아니면 성립하지 못한다”고 규정하고 있으므로 공사·공단을 설립하는 법률에서 해당 공사·공단에 법인격을 부여한다는 규정을 두어야 한다.

[입법례]

한국도로공사법
제2조(법인격) 한국도로공사(이하 “공사”라 한다)는 법인으로 한다.

「민법」에서 비영리법인은 사단법인과 재단법인의 두 가지 종류가 있다. 사단법인은 그 실체가 법인격을 갖는 구성원들의 모임이고, 재단법인은 일정한 목적을 위해 모인 재산이 실체가 된다. 특히 사람과 일정한 목적을 위해 모인 재산이 합쳐서 특별한 실체가 되는 경우도 있는데,⁴³⁵⁾ 우리 법인 법제에서는 이를 특별히 구별하지 않고 사단 성격이나 재산 성격의 어느 하나로 분류한다. 이렇게 구분하는 기본적인 이유는 법인의 실체가 재산이냐 아니면 자유로운 의사의 주체인 사람의 모임이냐에 따라 의사결정의 방식이 다르기 때문이다. 즉, 사람의 모임인 경우에는 이들이 모여 의사를 결정할 수 있기 때문에 의사결정기관으로 사원총회와 같은 것을 두어야 하지만, 재산의 모임인 경우에는 의사결정을 재산이 출연된 목적에서 직접 유래하는 것으로 보아야 하기 때문이다.

입법례에서는 단지 법인으로 한다고만 규정한 다음 준용 법률을 규정하는 부분에서 이를 밝히고 있다. 그리고 이런 구분에 따라 명칭을 붙이는 데에 차이를 두고 있다. 재단 성격이면 ‘공단’으로 명명하고, 사단 성격이면 상황에 따라 ‘협회’, ‘법인’ 등 여러 가지 표현을 쓴다. ‘공사’는 영리적 요소가 가미된 것으로 기본적으로 회사의 성격을 가지는 것에 사용한다.

435) 이런 법인은 ‘영조물법인’이라고 부를 수 있다. 과거 「한국공항공단법」에 따른 한국공항공단은 공항시설과 이를 관리·운영하는 사람의 복합체이므로, 영조물법인의 성격을 갖는다고 볼 수 있는 측면이 있었지만 「한국공항공단법」에서는 「민법」상 재단법인의 규정을 준용하도록 하여 재단법인의 성격을 가지는 것으로 하고 있었다. 그 후 공항 운영의 측면이 더 강조되어 공사로 바뀌었다.

[입법례] 재단의 성격을 갖는 법인을 규정한 사례

국립공원공단법

제1조(목적) 이 법은 국립공원공단을 설립하여 국립공원 등의 자연생태계, 자연·문화경관 및 지형·지질자원을 체계적으로 보전·관리함으로써 국립공원 등의 지속가능한 이용을 도모하고 국민이 쾌적한 자연환경에서 건강하고 여유 있는 생활을 할 수 있도록 함을 목적으로 한다.

제2조(법인격) 국립공원공단(이하 “공단”이라 한다)은 법인으로 한다.

제25조(민법의 준용) 공단에 관하여 이 법과 「자연공원법」 및 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서 규정한 사항을 제외하고는 「민법」 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다.

[입법례] 사단의 성격을 갖는 법인을 규정한 사례

경비업법

제22조(경비협회) ① 경비업자는 경비업무의 건전한 발전과 경비원의 자질향상 및 교육훈련 등을 위하여 대통령령이 정하는 바에 따라 경비협회를 설립할 수 있다.

② 경비협회는 법인으로 한다.

③ 경비협회의 업무는 다음과 같다.

1. ~ 5. (생략)

④ 경비협회에 관하여 이 법에 특별한 규정이 있는 것을 제외하고는 민법 중 사단법인에 관한 규정을 준용한다.

그 밖에 법률에서 규정하는 법인에 사단 성격의 법인도 있을 수 있고, 재단 성격의 법인도 있을 수 있는 경우에는 단순히 「민법」을 준용하도록 규정한다.

[입법례] 사단법인의 성격을 가지는 것도 있고, 재단법인의 성격을 가지는 것도 있는 경우

사회복지사업법

제16조(법인의 설립허가) ① 사회복지법인(이하 이 장에서 “법인”이라 한다)을 설립하려는 자는 대통령령으로 정하는 바에 따라 시·도지사의 허가를 받아야 한다.

② 제1항에 따라 허가를 받은 자는 법인의 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 하여야 한다.

제32조(다른 법률의 준용) 법인에 관하여 이 법에서 규정한 사항을 제외하고는 「민법」과 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」을 준용한다.⁴³⁶⁾

3) 등기사항 규정 방식

특수법인이 법률에 따라 직접 법인격을 부여받았다 하더라도 법인으로서 경제활동을 하려면 그 법인의 존재를 사회 구성원에게 공시하는 행위로서의 등기 절차를 거쳐야 한다. 특수법인은 설립등기를 한 날에 법인으로 성립되어 경제활동을 할 수 있게 된다.

특수법인이 경제 주체로서 활동하려면 설립등기 및 변경등기, 그 밖의 등기를 할 필요가 있는데, 이에 관하여 설립법에 어느 범위까지 이를 규정해야 하는지 문제가 된다.

특수법인을 설립하는 현행 입법례 중에는 설립등기사항만을 직접 법률에서 정하고 그 밖의 등기에 관해서는 「민법」 또는 「상법」을 준용하도록 한 경우, 설립등기·이전등기·변경등기 및 그 밖의 등기에 관하여 필요한 사항을 대통령령에 위임한 경우 등 다양한 입법 형식이 있다. 해당 법률에서 달리 정해야 할 특별한 필요가 없으면 법인의 설립등기에 관한 필요 최소한의 사항만을 정하고 그 밖의 등기에 관한 사항은 특수법인의 성격에 따라 「민법」 또는 「상법」에 따르도록 한다.

[입법례] 등기와 관련된 세부 사항을 대통령령에 위임한 사례

대한무역투자진흥공사법

- 제5조(등기) ① 공사는 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.
- ② 제1항에 따른 공사의 설립등기와 지사 또는 사무소의 설치등기, 이전등기, 변경등기, 그 밖에 공사의 등기에 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.
- ③ 공사는 등기가 필요한 사항에 관하여는 그 등기를 한 후가 아니면 제3자에게 대항하지 못한다.

공사의 경우에는 「민법」을 준용하는 것이 적절하지 않으므로 이전등기·변경등기, 그 밖의 등기에 관하여 필요한 사항을 대통령령에 위임하거나 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용하도록 한다. 대통령령에 위임할 것인지 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용하도록 할 것인지는 그 공사의 등기에 「상법」에 대한 특례를 정할 필요성 유무에 따라 판단한다. 대부분의 공사 설립법에서는 등기에 관하여 대통령령에 위임하는 방식을 택하고 있다.

436) 이 경우 다소 문언이 복잡해지더라도 “법인에 관하여 이 법에서 규정한 것을 제외하고는 그 성격에 따라 「민법」과 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」 중 사단법인 또는 재단법인에 관한 규정을 각각 준용한다.”라고 하는 것이 바람직할 것이다.

등기에 관하여 「상법」 중 주식회사에 관한 규정을 준용하도록 하는 규정을 따로 두는 경우 공사 설립법의 마지막 부분에 규정하는 “다른 법률과의 관계” 규정의 조문과 내용이 다소 중복되는 문제가 있기는 하나 명확히 한다는 의미가 있다.

그런데 공단 설립법에서는 대체로 변경등기 등을 대통령령에 위임하거나, 설립등기에 관한 사항만을 규정하고 변경등기 등은 다른 법률과의 관계 규정에서 「민법」 중 재단법인에 관한 규정을 준용하도록 하고 있다. 그러나 이 경우에도 등기에 관한 사항은 일반적 규정과는 별도로 변경등기 등에 관하여 「민법」의 재단법인에 관한 규정을 준용한다는 규정은 등기에 관한 규정에서 명시하는 것이 바람직하다.

[입법례] 공단 등의 설립등기 외의 사항에 대해 「민법」을 준용한 사례

산업발전법
<p>제32조(한국생산성본부) ①·② (생략)</p> <p>③ 한국생산성본부는 그 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.</p> <p>④ ~ ⑦ (생략)</p> <p>⑧ 한국생산성본부에 관하여 이 법과 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 규정된 것을 제외하고는 「민법」 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다.</p>

입법 모델

<p>【공사의 경우】</p> <p>제○○조(등기) ① 공사는 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.</p> <p>② 제1항에 따른 공사의 설립등기와 지사 또는 사무소의 설치등기, 이전등기, 변경등기, 그 밖의 공사의 등기에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.</p> <p>③ 공사는 등기를 필요로 하는 사항에 관하여는 그 등기 후가 아니면 제3자에 대항하지 못한다. (※ 공사의 경우 「상법」을 준용한다는 규정이 없는 때에 필요함)</p> <p>【공단의 경우】</p> <p>제○○조(등기) ① 공단은 주된 사무소의 소재지에서 설립등기를 함으로써 성립한다.</p> <p>② 공단의 등기에 관하여 이 법에 규정된 것을 제외하고는 「민법」 중 재단법인에 관한 규정을 준용한다.</p>
--

4) 법인의 정관 기재 사항

「민법」 제34조에서 “법인은 법률의 규정에 좇아 정관으로 정한 목적의 범위 내에서 권리와 의무의 주체가 된다.”고 규정하여 법인의 권리능력을 제한하고 있다. 이와 같이 법인에게 정관의 내용은 법인의 권리능력의 범위를 확정하는 것이므로 매우 중요하다. 따라서 법인을 설립하거나 설립 근거가 되는 법률에서는 일반적으로 법인격을 규정한 부분 다음에 정관 기재 사항을 규정하고 있다.

다만, 공사나 공단 등 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 법인의 경우에는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 정관 기재 사항이 규정되어 있기 때문에 개별 법률에서는 이에 대한 규정을 두지 않는다.⁴³⁷⁾ 다만, 해당 법인이 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는지가 불분명한 경우라면 이러한 규정을 두는 것이 필요한 경우도 있다.

다. 특수법인의 사업

공사·공단은 국가나 지방자치단체의 정책 수행 또는 공익을 목적으로 설립되는 특수법인이므로 그 설립법에서 해당 공사 또는 공단이 수행하는 사업 또는 업무를 열거하고 있다. 공사·공단은 국가 또는 지방자치단체가 수행하는 것이 적합한 사업 또는 업무 중에서 그 수행상의 경제성 또는 효율성이나 전문성 확보를 위해 법인을 설립하여 특정 사업 또는 업무를 수행하게 하는 것이므로 어느 정도의 독점적 지위를 인정하는 경우가 많다.

437) 「공공기관의 운영에 관한 법률」

제16조(정관의 기재사항) ① 공기업·준정부기관의 정관에는 다음 각 호에 관한 사항을 기재하여야 한다.

다만, 그 공기업·준정부기관의 형태와 특성 및 업무내용상 해당되지 아니하는 사항은 기재하지 아니할 수 있다.

1. 목적
2. 명칭
3. 주된 사무소가 있는 곳
4. ~ 12. (생략)
13. 정관의 변경
14. 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항

② 공기업·준정부기관은 제6조의 규정에 따라 공기업·준정부기관으로 지정된 후 3개월 이내에 제1항의 규정에 따른 정관에 대하여 주무기관의 장의 인가를 받아야 한다. 인가받은 정관의 기재사항을 변경하는 경우에도 또한 같다.

[입법례]

한국농수산물유통공사법

제10조(사업) ① 공사는 제1조의 목적을 달성하기 위하여 다음 각 호의 사업을 한다.

1. 농산물·임산물·축산물 및 수산물(이하 “농수산물”이라 한다) 유통산업(농수산물의 저장·처리·가공·판매 및 유통개선에 관한 사업을 말한다. 이하 같다)에 관한 건설 및 운영
 2. 농수산물 유통산업 및 식품산업(「농업·농촌 및 식품산업 기본법」 제3조제8호에 따른 식품산업 또는 「수산식품산업의 육성 및 지원에 관한 법률」 제2조제4호에 따른 수산식품산업을 말한다. 이하 같다)에 대한 투자와 자금의 대여 및 알선
 3. 농수산물 유통산업 및 식품산업에 관한 기술지도와 외국기술의 도입 및 알선
 4. 농수산물 유통산업 및 식품산업에 관한 경영지도
 5. ~ 11. (생략)
 12. 제1호부터 제11호까지의 사업에 딸린 사업
 13. 다른 법령에 따라 공사가 할 수 있는 사업
 14. 그 밖에 정부 또는 지방자치단체로부터 위탁 또는 대행받은 사업
- ② 제1항제1호부터 제4호까지 및 제7호에 따른 농수산물 유통산업의 종류·범위와 같은 항 제10호에 따른 사업의 종류·범위는 대통령령으로 정한다.

법인의 사업에 관한 규정은 일반적으로 정관 기재 사항 다음에 규정하는 경우가 많다. 「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 법인이어서 정관 기재 사항에 대한 규정을 두지 않는 경우에는 등기에 관한 규정 다음에 두게 된다(예: 「항만공사법」 제7조).

그리고 조 제목으로 공사·공단의 “업무”라는 용어가 사용되고 있으나(예: 「한국도로공사법」 제12조, 「국민건강보험법」 제14조), “사업”이라는 용어가 더 적절하다.

입법 모델 공사·공단의 사업에 관한 규정 방식

제〇〇조(사업) 공사는(공단은) (제〇조의 목적을 달성하기 위하여) 다음 각 호의 사업을 한다.
(각 호 생략)

동업자의 자조조직으로 설립되는 법인의 경우에는 「민법」상 비영리법인처럼 목적 정도가 규정되고 그 사업에 대해서는 구체적인 규정이 없는 경우가 더 많은데, 사업에 관한 사항을 규정한 것도 있다. 이와 같은 자조조직의 경우에는 “사업”보다 “업무”라는 용어를 쓰는 것이 일반적이다.

[입법례] 동업자의 자조조직인 법인의 업무를 규정하는 사례

소방시설공사업법

제30조의2(소방시설업자협회의 설립) ① 소방시설업자는 소방시설업자의 권익보호와 소방기술의 개발 등 소방시설업의 건전한 발전을 위하여 소방시설업자협회(이하 “협회”라 한다)를 설립할 수 있다.

② 협회는 법인으로 한다.

③ 협회는 소방청장의 인가를 받아 주된 사무소의 소재지에 설립등기를 함으로써 성립한다.

④ 협회의 설립인가 절차, 정관의 기재사항 및 협회에 대한 감독에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

제30조의3(협회의 업무) 협회의 업무는 다음 각 호와 같다.

1. 소방시설업의 기술발전과 소방기술의 진흥을 위한 조사·연구·분석 및 평가
2. 소방산업의 발전 및 소방기술의 향상을 위한 지원
3. 소방시설업의 기술발전과 관련된 국제교류·활동 및 행사의 유치
4. 이 법에 따른 위탁 업무의 수행

개별법에 따라 설립되는 비영리법인인 특수법인이 사업수행에 지장이 없는 범위에서 수익사업을 하려고 할 때에는 종전에는 주무관청의 승인 등을 받도록 하였으나 최근에는 규제를 완화하기 위해 공사·공단 등이 자율적으로 수익사업을 할 수 있도록 하는 입법례가 늘어나고 있다.

그러나 이 경우에도 특수법인이 막연히 수익사업을 할 수 있도록 규정하는 것보다는 그 특수법인이 할 수 있는 수익사업의 종류·범위를 가능하면 모두 나열하여 특수법인의 기본적인 사업수행에 지장을 주지 않는 수익사업의 범위를 나타내도록 한다.

[입법례]

대한적십자사 조직법

제24조(수익사업) 적십자사는 다음 각 호의 수익사업을 할 수 있다.

1. 적십자병원의 운영사업
2. 적십자에 관한 교육·홍보 및 출판사업
3. 자산의 임대사업
4. 그 밖의 제7조에 따른 사업 수행에 지장이 없는 범위에서 정관으로 정하는 사업

라. 특수법인의 이사회와 임직원에 관한 규정

공사·공단이 경제 주체로 활동하려면 우선 법인으로서의 의사결정을 하는 기구와 실제 활동하는 임직원이라는 조직이 있어야 한다. 공사나 공단의 설립법에는 의사결정기구로서 이사회와 법인을 대표하는 사장 또는 이사장, 그 밖에 임원 및 직원에 관한 규정을 두고 있다. 이사회의 구성과 운영, 임직원의 임면, 사장 또는 이사장의 대표권 제한과 대리인 선임 규정, 비밀누설 금지 등에 관한 규정 등이 그 예이다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 공공기관은 그 법률에 따라 이사, 이사회와 임원에 관한 규정을 두고 있으므로 「공공기관의 운영에 관한 법률」과 다른 내용을 규정할 필요가 있는 경우가 아니라면 별도의 규정을 두지 않아도 된다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받지 않는 법인이라면 반드시 기관에 대한 규정을 두어야 한다. 협회 등 사단의 성격에 속하는 것에 대해서는 주로 「민법」 중 사단법인에 관한 규정을 준용하게 하고 따로 규정을 두지 않거나, 기관에 관한 사항을 정관 기재 사항으로 규정하게 하고⁴³⁸⁾ 법률에서 규정을 두는 경우는 많지 않다. 감사는 「민법」상 임의의 기관으로 되어 있으나 이를 두는 것이 일반적이다.

1) 이사회에 관한 규정

이사회는 법인에서 이사로 구성되는 해당 법인의 업무 집행에 관한 의사를 결정하는 기관이다. 공사·공단 등 특수법인에도 다른 법인과 같이 법인의 업무집행에 관한 의사를 결정하기 위한 기관으로 이사회를 둔다. 이사회는 주식회사의 필요적 상설 기관이나, 유한회사의 이사는 이사회를 구성하지 않고 각자가 회사업무의 집행기관을 구성한다. 비영리법인에는 이사회를 반드시 두도록 요구하지 않는다.

438) 「결핵예방법」 제21조 및 제22조, 같은 법 시행령 제7조제1항

[입법례]

한국산업인력공단법
제12조(이사회) ① 공단에 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제17조제1항 각 호의 사항을 심의·의결하기 위하여 이사회를 둔다. ② 이사회는 이사장을 포함한 이사로 구성한다. ③ 이사장은 이사회 의장이 된다. ④ 이사회 회의는 이사회 의장이나 재적이사 3분의 1 이상의 요구로 소집하고, 재적이사 과반수의 찬성으로 의결한다. ⑤ 감사는 이사회에 출석하여 의견을 진술할 수 있다.

2) 대표자 등 임원 규정

특수법인은 법인으로서 대외적으로 기관을 대표하는 대표기관을 정하고 있다. 대표기관은 그 특수법인의 유형에 따라 다양한데 사장, 이사장, 원장, 소장, 조합장, 회장, 총재 등으로 정한다. 그 밖의 임원으로는 대체로 이사와 감사를 둔다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」 제4조에 따른 공공기관은 대표자로 기관장(사장 등)을 두고 있는데, 공기업의 기관장(사장)은 임원추천위원회가 복수로 추천하여 운영위원회의 심의·의결을 거친 사람 중에서 주무기관의 장의 제청으로 대통령이 임명하거나 주무기관의 장이 임명하고, 준정부기관의 장은 임원추천회의가 복수로 추천한 사람 중에서 주무기관의 장이 임명하거나 주무기관의 장의 제청으로 대통령이 임명한다(「공공기관의 운영에 관한 법률」 제24조, 제25조 및 제26조). 따라서 공공기관의 사장 등의 임명에 관하여 이 법과 달리 정할 특별한 이유가 있는 경우에만 해당 법률에서 정한다.

공기업이나 준정부기관이 아닌 공단의 경우 대체로 이사장이 대표기관이 되는데, 주무부장관이 바로 임명하거나(예: 「정부법무공단법」 제6조제2항), 주무부장관의 제청으로 대통령이 임명하고 있다(예: 「한국산업안전보건공단법」 제7조제3항).

연구기관의 원장은 소속 연구회 이사회의 의결을 거쳐 이사장이 임명하도록 하고 있고(「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 제12조제1항), 연구회의 이사장은 연구회별로 대통령령으로 정하는 이사장 추천위원회가 추천하는 사람

중에서 감독관청의 장의 제청으로 대통령이 임명하도록 하고 있다(「과학기술분야 정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 제23조제1항).

「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」에 따라 설립되는 연구기관의 원장은 공개모집하거나 원장 추천위원회의 추천을 받아 연구회의 이사장이 임명한다(「정부출연연구기관 등의 설립·운영 및 육성에 관한 법률」 제12조제1항 및 제2항).

조합의 회장·조합장 등의 대표자는 총회에서 직접 선출하도록 하고 있다.

공기업 및 준정부기관 임원의 임기에 관해서는 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제28조(임기)에서 규정하고 있으므로 그 설립법에서는 임원의 임기에 관한 규정을 둘 필요가 없다. 공기업 외의 특수법인의 경우에는 통상 해당 설립법에 임기에 관한 규정을 두고 있으며, 법률에 직접 명시하지 않고 정관에 위임할 수도 있다.

한편 임원의 임기 조항에서 보궐임원의 임기를 전임자 임기의 남은 기간으로 정하는 입법례가 있으나 모든 임원의 임기를 통일해야 할 특별한 사유가 없으면 이러한 규정은 두지 않도록 한다.

입법 모델 공단 임원의 종류·임명과 임기에 관한 규정 방식

【임원의 종류·임명권자 및 임기를 함께 규정하는 경우】

제○조(임원) ① 공단에 이사장 1명을 포함한 ○명 이내의 이사와 감사 1명을 둔다. (공단에 이사장 1명, 상임이사 3명을 포함한 15명 이내의 이사와 감사 1명을 둔다.)

② 이사장 및 감사는 ○○장관이 임면한다. (이사장은 ○○장관의 제청에 의하여 대통령이 임면한다. ※ 이 경우 감사의 임면에 관하여는 다른 항에서 규정함)

③ 이사는 ○○장관의 승인을 받아 이사장이 임면한다.

④ 임원의 임기는 3년으로 한다. (다만, 공무원인 임원의 임기는 그 재임기간으로 한다.)

【임기에 관한 규정을 하나의 조로 규정하는 경우】

제○조(임원의 임기) 임원의 임기는 3년으로 한다.

3) 대표권 제한 규정

공사의 사장, 공단의 이사장 등 해당 특수법인의 대표기관에는 공사·공단의 대표권이

있으므로 그 법인을 대표하여 그 업무에 관한 재판상 행위와 재판 외의 모든 행위를 할 수 있다. 다만, 사장 또는 이사장 등의 대표기관과 해당 특수법인의 이익이 상반되는 사항에 대해서는 대표권을 제한할 필요가 있다. 이에 관한 규정이 대표권 제한 규정으로 법률에 규정할 경우 다음과 같이 규정한다.

[입법례]

한국관광공사법
제9조(사장의 대표권 제한) 공사의 이익과 사장의 이익이 상반되는 사항에 대하여는 사장이 공사를 대표하지 못하며, 감사가 공사를 대표한다.

4) 대리인 규정

사장 또는 이사장 등에게 해당 특수법인의 대표권이 있기는 하지만, 대표기관이 현실적으로 그 기관의 모든 업무와 법률행위를 직접 할 수는 없으므로, 그 권한을 대리하여 행할 수 있는 제도가 필요하다. 특히 「공공기관의 운영에 관한 법률」에서 이에 관한 규정을 따로 두고 있지 않으므로, 필요하다면 이 규정을 개별 법률에 두어야 한다. 종전에는 주로 “대통령령으로 정하는 바에 따라” 대리인을 선임할 수 있도록 했으나, 현재는 자율성을 존중하기 위해서 “정관으로 정하는 바에 따라” 대리인을 선임할 수 있도록 하는 경우가 많다.

[입법례]

새만금사업 추진 및 지원에 관한 특별법
제36조의8(대리인의 선임) 공사의 사장이 정관으로 정하는 바에 따라 선임하는 직원은 공사의 업무수행에 필요한 재판상 또는 재판 외의 모든 행위를 할 수 있다.

마. 재원 등 재정회계에 관한 사항

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 공공기관은 그 법률에 따라 예산회계 및 재정에 관한 사항이 다루어지기 때문에 개별 법률에서 따로 규정하지 않아도 된다. 다만,

운영 자금 등 재원의 조달방법에 대해서는 「공공기관의 운영에 관한 법률」에 아무런 규정이 없으므로, 개별 법률에서 규정을 해 주어야 한다.

특수법인은 자본을 주식으로 분할하도록 하여 주식회사의 형태를 취하기도 하고 한국은행, 금융감독원, 예금보험공사의 경우처럼 무자본특수법인의 형태를 취하기도 한다.

[입법례] 자본금 규정 사례

한국전력공사법

- 제4조(자본금) 공사의 자본금은 6조원으로 하되, 정부가 100분의 51 이상을 출자(出資)한다.
 제5조(주식) ① 공사의 자본은 주식으로 분할한다.
 ② 제1항에 따른 주식은 기명식(記名式)으로 하고, 그 종류, 수 및 1주당 금액은 정관으로 정한다.

한국공항공사법

- 제4조(자본 및 출자) ① 공사의 자본은 주식으로 분할한다.
 ② 국가 또는 지방자치단체는 「국유재산법」 및 「지방재정법」에도 불구하고 공사의 사업에 필요한 동산(動産) 또는 부동산을 공사에 현물(現物)로 출자(出資)할 수 있다.
 ③ 국가 또는 지방자치단체는 대통령령으로 정하는 바에 따라 「공항시설법」 제26조제1항에 따른 공항시설관리권을 공사에 출자할 수 있다.
 ④ 국가 또는 지방자치단체가 제2항 또는 제3항에 따라 공사에 출자를 할 때에는 「국유재산법」에 따른다.

한국은행법

- 제2조(법인격) 한국은행은 무자본 특수법인으로 한다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받지 않는 법인의 경우에는 재정회계의 문제는 법률에서 규정해 줄 수도 있고, 정관에서 규정하도록 할 수도 있다. 법률에서 법인을 직접 설립하는 경우에는 그 공공성에 비추어 예산승인 등 재정회계에 관한 사항은 가급적 법률에서 규정하되, 단지 법률에 설립 근거만 두는 경우에는 특별한 사유가 없다면 정관에서 규정하는 것도 가능하다.

바. 특수법인에 대한 감독

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받는 공공기관은 같은 법 제51조제1항에서 “재정경제부장관과 주무기관의 장은 공기업·준정부기관의 자율적 운영이 침해되지 아니하도록 이 법이나 다른 법령에서 그 내용과 범위를 구체적으로 명시한 경우에만 감독한다.”고 규정하여 개별 법률에서 감독의 범위를 정할 수 있는 여지를 남겨 두고 있다.

같은 조 제3항에서는 주무부장관의 감독 사항으로 “법령에 따라 주무기관의 장이 공기업·준정부기관에 위탁한 사업이나 소관 업무와 직접 관련되는 사업의 적절한 수행에 관한 사항과 그 밖에 관계 법령에서 정하는 사항”을 규정하고 있으므로, 필요하다면 개별 법률에서 감독에 관한 사항을 규정할 수 있다. 특히 공기업이나 준정부기관은 행정기관의 정책 사항을 일부 수행하는 경우가 많으므로 그 수행과 관련해서 적절한 감독 규정이 필요하다.

[입법례]

한국수자원공사법

제38조(감독) 기후에너지환경부장관은 공사의 업무 중 다음 각 호의 사항에 대하여 감독한다.

1. 연도별 사업계획, 사업실적 및 결산에 관한 사항
2. 제9조에 따른 사업의 적절한 수행에 관한 사항
3. 이 법에 따라 기후에너지환경부장관이 공사에 위탁한 사업에 관한 사항
4. 그 밖에 다른 법령에서 정하는 사항

「공공기관의 운영에 관한 법률」의 적용을 받지 않는 법인은 감독에 관한 사항을 개별 법률에서 규정해야 하는데, 그 감독의 필요성은 비영리법인을 감독하는 수준보다 조금 높은 정도인 것이 보통이다.

감독의 수준은 해당 법인의 공공성, 해당 법인에 대한 정부 지원의 정도 등에 따라 달라진다. 공공성이 높고 지원의 정도가 많을수록 감독의 수준도 높아질 것이다. 또한, 법률에 따라 직접 설립되는 법인이 동업자 자조조직과 같은 일반 비영리법인보다 더 강한 감독을 받도록 해야 할 것이다.⁴³⁹⁾

439) 통상 비영리법인에 대한 감독수단으로는 「민법」에 따른 법인 사무의 검사·감독 및 설립허가 취소(「민법」 제37조 및 제38조)를 들 수 있다. 그러나 공익적 성격이 강한 특수법인의 경우에는 해당 법인의 임원의 임명과 해임 또는 임원의 취임 승인과 그 취소와 같이 임원의 선임 등에 정부가 개입할 수 있는 장치를

25. 겸직과 영리업무의 금지

가. 개관

‘겸직 금지’란 법률에 따라 어떤 직위 또는 신분에 있는 사람은 다른 직위 또는 신분을 동시에 갖지 못하게 금지하는 것을 말한다. 대체로 공무원 또는 이에 준하는 신분에 있는 사람은 그 공정한 직무 수행에 지장을 줄 수 있는 다른 직위 또는 신분을 갖지 못하게 하거나, 해당 직무에 전념하도록 다른 직위나 신분을 갖지 못하게 하는 경우가 많다.

공무원과 공공단체의 임직원 등 공적 직무를 수행하는 사람은 그 신분과 관련되는 다른 직위를 겸하게 되면 본직의 업무상 독립성이나 공정성이 훼손되거나 사익을 추구할 소지가 있으므로 해당 신분에 관련되는 법률에서 겸직을 금지하는 규정을 둘 필요가 생긴다. 겸직 금지 규정은 주로 공무원 관련 법률, 공공기관의 인사에 관한 법률, 각종 공적 조합의 구성에 관련되는 법률에 두게 된다.

겸직을 금지하는 경우에도 완전히 금지하는 경우와 원칙적으로 겸직을 금지하되 감독자의 허가를 받아 예외적으로 허용하는 두 가지 유형이 있다.

‘영리업무 금지’란 어떤 직위 또는 신분에 있는 사람에 대해 영리를 목적으로 하는 업무나 사업에 종사하는 것을 금지하는 것을 말한다. 영리업무의 금지 규정도 공무원 또는 공공단체의 임직원 등이 본직의 업무에 충실하고 사익을 추구하지 못하도록 하기 위해 두는 규정이다. 금지 규정도 어느 경우에도 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하게 하는 규정과 예외적으로 감독자의 허가를 받아 영리업무에 종사하게 하는 규정이 있다. 대체로 겸직 금지의 규정과 같은 취지이고 그 규정 내용도 유사하다. 따라서 겸직 금지와 영리업무 금지를 같이 규정하는 경우가 일반적이나, 둘 중 하나만 규정하는 경우도 있다.

마련하여 임원의 일탈행위 및 해당 법인의 위법한 업무수행을 방지하거나 시정할 수 있도록 하고 있다(예: 「공공기관의 운영에 관한 법률」 제25조, 제26조, 제35조에 따른 공공기관의 임원의 임명 및 해임, 「공익법인의 설립·운영에 관한 법률」 제5조제2항 및 제14조제2항에 따른 임원 취임 승인과 그 취소, 「한국국제보건의료재단법」 제8조 및 제25조에 따른 임원의 임명 및 해임, 「사립학교법」 제20조제2항 및 제20조의2에 따른 임원 취임 승인과 그 취소). 한편 특수법인 운영의 자율성을 고려하여 임원 선임 및 해임 시에 정부가 직접적으로 개입할 수 있는 근거는 두지 않으면서도, 해당 법인의 공공성과 적정한 운영이 담보될 수 있도록 시정명령 근거를 두고, 시정명령 불이행 시 또는 위법 사유 발생 시 임원에 대한 해임명령과 직무집행정지를 규정하며, 해임명령에 따라 해임된 날부터 일정 기간 동안 임원이 될 수 없도록 결격사유를 규정하는 경우도 있다(예: 「사회복지사업법」 제19조, 제22조 및 제22조의2).

겸직 금지 규정과 영리업무 금지 규정은 개인의 헌법상 직업선택의 자유, 경제활동의 자유, 공무담임권 등 기본권을 제한하는 규정이므로 반드시 법률에 근거를 두어야 하며, 겸직의 제한에서 오는 개인의 불이익과 이로 인하여 얻게 되는 공익을 비교형량하여 해당 규정을 둘 것인지 결정해야 하고, 그 제한은 필요 최소한에 그쳐야 한다.⁴⁴⁰⁾

나. 겸직 금지와 영리업무 금지 규정

1) 공무원의 겸직 금지와 영리업무 금지 규정

공무원의 겸직 금지와 영리업무 금지에 관해서는 공무원 인사에 관한 기본법인 「국가공무원법」과 「지방공무원법」에서 규정하고 있다. 「국가공무원법」은 “공무원은 공무 외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하며 소속기관의 장의 허가 없이 다른 직무를 겸할 수 없다.”고 규정하고 있다(「국가공무원법」 제64조). 다른 법률에 특별한 규정⁴⁴¹⁾이 없으면 공무원은 영리업무와 겸직이 금지되며, 겸직의 경우에는 예외적으로 허가받아 다른 직무를 겸할 수 있다. 따라서 공무원의 경우 원칙적으로 개별 법률에서 겸직 금지나 영리업무 금지 규정을 둘 필요는 없으며, 「국가공무원법」 또는 「지방공무원법」의 규정과 다른 내용의 겸직 금지 또는 영리업무 금지 규정을 두려면 해당 법률에서 정하면 된다.

대통령의 경우 헌법 제83조에서 겸직 금지 규정을 두고 있으며, 국회의원의 경우 헌법 제43조 및 「국회법」 제29조·제29조의2에서, 지방의원의 경우 「지방자치법」 제35조에서, 헌법재판소 재판관의 경우 「헌법재판소법」 제14조에서, 감사원 감사위원의 경우 「감사원법」 제9조에서 각각 겸직 등 금지 규정을 두고 있다.

440) 예컨대, 공공기관 등의 ‘비상근직’의 경우 그 성질상 다른 직위에 종사하는 것이 예정되어 있으므로 해당 직위가 업무의 공정한 수행에 심각한 지장을 주지 않는 한 겸직 금지나 영리업무 금지 규정을 두는 것은 신중할 필요가 있다.

441) 「산업기술단지 지원에 관한 특례법」

제21조(교육공무원 등의 휴직·겸직 허용) ① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 「교육공무원법」, 「국가공무원법」과 「지방공무원법」에도 불구하고 사업시행자의 임직원으로 근무하기 위하여 휴직하거나 임직원으로 겸직할 수 있다.

1. 「고등교육법」 제2조에 따른 학교(같은 조 제7호에 따른 각종학교는 제외한다)의 교원
2. 국공립 연구기관의 연구원(「한국과학기술원법」 제15조, 「광주과학기술원법」 제14조, 「대구경북과학기술원법」 제12조의3 및 「울산과학기술원법」 제8조에 따른 교원 및 연구원을 포함한다)

[입법례]

감사원법

제9조(겸직 등의 금지) 감사위원은 재직 중 다음 각 호의 어느 하나의 직을 겸하거나 영리를 목적으로 하는 사업을 할 수 없다.

1. 국회 또는 지방의회의 의원의 직
2. 행정부서의 공무원의 직
3. 이 법에 따라 감사의 대상이 되는 단체의 임직원의 직
4. 그 밖에 보수를 받는 직

2) 공공단체 임직원의 겸직 금지와 영리업무 금지 규정

공기업·준정부기관은 공익적 업무를 수행하고 공공성이 강한 기관이므로 그 임직원이 다른 영리행위를 하는 것을 금지하고, 공정한 업무수행에 영향을 끼치는 직을 겸하는 데에 일정한 제한을 가하고 있다.

「공공기관의 운영에 관한 법률」 제37조에서는 공기업·준정부기관의 상임임원과 직원은 그 직무 외의 영리를 목적으로 하는 업무에 종사하지 못하도록 하고 있고, 상임임원은 그 임명권자나 제청권자의 허가를 받은 경우, 직원은 기관장의 허가를 받은 경우에만 비영리 목적의 업무를 겸할 수 있도록 임직원의 겸직 제한 규정을 두고 있으므로 해당 공기업·준정부기관의 설립법에서는 별도의 규정을 두지 않는다.

3) 공적 조합·특수법인의 겸직 금지와 영리업무 금지 규정

농업협동조합, 수산업협동조합 등의 조합과 개별 법률에 따라 설립된 특수법인은 공적 업무를 수행하는 관계로 소속 임직원에 대한 독립성의 보장이나 공정한 업무 수행을 위해 이에 해로운 영향을 미칠 수 있는 다른 공적 직위 등을 겸하지 못하도록 하는 경우가 있다.

[입법례]

전기공사공제조합법

제27조(임원의 겸직금지) 조합의 상근임원은 대통령령으로 정하는 같은 업종의 다른 직(職)을 겸하지 못한다. 다만, 이사회의 승인을 받은 때에는 겸직할 수 있다.

4) 특수업무를 수행하는 사기업의 임직원, 특정 자격자 등에 대한 겸직 금지와 영리업무 금지 규정

특수한 업무를 수행하는 자에 대해 그가 비록 사기업에 종사하더라도 겸직을 엄격히 금지할 필요가 있는 경우가 있다. 해당 기업의 건전한 경영 확보를 위해 필요한 경우 또는 고객과의 이해가 상충되는 경우 금융거래의 안전 보호 등의 이유로 금융 관련 업무에 종사하는 임직원은 다른 법인 등의 임직원이 될 수 없도록 하고 있다. 또한, 변호사·세무사 등 업무 수행에 공공성이 요구되는 특정 자격자에 대해서도 이해상충 등의 이유로 해당 업무의 수행과 양립하기 어렵거나, 업무의 공정성을 해칠 우려가 있는 경우에 대해 겸직 또는 영리 업무를 금지하거나 제한하는 규정을 두고 있다.

[입법례]

금융회사의 지배구조에 관한 법률

제10조(겸직제한) ① 금융회사의 상근 임원은 다른 영리법인의 상시적인 업무에 종사할 수 없다. 다만, 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 상시적인 업무에 종사할 수 있다.

1. 「채무자 회생 및 파산에 관한 법률」 제74조에 따라 관리인으로 선임되는 경우
2. 「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제10조제1항제4호에 따라 관리인으로 선임되는 경우
3. 금융회사 해산 등의 사유로 청산인으로 선임되는 경우

② 제1항 각 호 외의 부분 본문에도 불구하고 다음 각 호의 금융회사의 상근 임원은 다음 각 호의 구분에 따라 다른 회사의 상근 임직원을 겸직할 수 있다.

1. 해당 금융회사가 은행인 경우: 그 은행이 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 15를 초과하는 주식을 보유하고 있는 다른 회사의 상근 임직원을 겸직하는 경우
2. 해당 금융회사가 상호저축은행인 경우: 그 상호저축은행이 의결권 있는 발행주식 총수의

100분의 15를 초과하는 주식을 보유하고 있는 다른 상호저축은행의 상근 임직원을 겸직하는 경우

3. 해당 금융회사가 보험회사인 경우: 그 보험회사가 의결권 있는 발행주식 총수의 100분의 15를 초과하는 주식을 보유하고 있는 다른 회사의 상근 임직원을 겸직하는 경우(「금융산업의 구조개선에 관한 법률」 제2조제1호가목부터 아목까지 및 차목에 따른 금융기관의 상근 임직원을 겸직하는 경우는 제외한다)

4. 그 밖에 이해상충 또는 금융회사의 건전성 저해의 우려가 적은 경우로서 대통령령으로 정하는 경우

③ 은행의 임직원은 한국은행, 다른 은행 또는 「금융지주회사법」 제2조제1항제5호에 따른 은행지주회사의 임직원을 겸직할 수 없다. 다만, 「은행법」 제37조제5항에 따른 자은행의 임직원이 되는 경우에는 겸직할 수 있다.

④ (생략)

사립학교법

제23조(임원의 겸직금지) ① 이사장은 해당 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 장을 겸할 수 없다.

② 이사는 감사 또는 해당 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 교원이나 그 밖의 직원을 겸할 수 없다. 다만, 학교의 장은 예외로 한다.

③ 감사는 이사장, 이사 또는 학교법인의 직원(그 학교법인이 설치·경영하는 사립학교의 교원이나 그 밖의 직원을 포함한다)을 겸할 수 없다.

변호사법

제38조(겸직 제한) ① 변호사는 보수를 받는 공무원을 겸할 수 없다. 다만, 국회의원이거나 지방의회 의원 또는 상시 근무가 필요 없는 공무원이 되거나 공공기관에서 위촉한 업무를 수행하는 경우에는 그러하지 아니하다.

② 변호사는 소속 지방변호사회의 허가 없이 다음 각 호의 행위를 할 수 없다. 다만, 법무법인·법무법인(유한) 또는 법무조합의 구성원이 되거나 소속 변호사가 되는 경우에는 그러하지 아니하다.

1. 상업이나 그 밖에 영리를 목적으로 하는 업무를 경영하거나 이를 경영하는 자의 사용인이 되는 것

2. 영리를 목적으로 하는 법인의 업무집행사원·이사 또는 사용인이 되는 것

③ 변호사가 휴업한 경우에는 제1항과 제2항을 적용하지 아니한다.

26. 행정지도

가. 개관

‘행정지도’란 행정기관이 그 소관 사무의 범위에서 일정한 행정 목적을 실현하기 위해 특정인에게 일정한 행위를 하거나 하지 않도록 지도·권고·조언 등을 하는 행정작용을 말한다(「행정절차법」 제2조제3호). 행정지도는 그 지도의 목적·내용에 따라, 행정기관이 의도하는 바람직한 상태로 유도하기 위해 행하는 ‘조성적 행정지도’와 행정 목적의 달성에 지장을 주는 상태를 예방·억제·개선·조정하기 위해 행하는 ‘규제적 행정지도’로 분류할 수 있다. 행정지도는 상대방의 임의적 협력을 전제로 하는 비권력적 사실행위이므로 법률의 근거가 없어도 된다고 보는 것이 일반적이다. 행정지도는 현대행정의 영역이 확대되면서 그 필요성이 커지는 새로운 행위형식으로서, 급변하는 경제·사회적 상황과 과학기술의 발전에 유연하고도 신속하게 대응할 수 있고, 상대방의 동의나 협력을 전제로 하므로 상대방의 저항이 적다는 점에서 유용한 행정 수단이 되고 있다. 그러나 사실상 행정지도는 상대방이 거부하기 어려운 강제성을 띠는 경우가 많으므로, 이에 대한 절차적 통제가 없으면 행정지도의 남용과 그로 인한 법치주의의 공동화(空洞化) 현상이 발생할 수 있다.

이와 같은 이유로 행정절차에 관한 일반법인 「행정절차법」에서는 행정지도의 원칙, 행정지도의 방식, 행정지도 상대방에 대한 의견제출 기회 부여 등 행정지도에 관한 사항을 규정하고 있다.⁴⁴²⁾

442) 「행정절차법」

제48조(행정지도의 원칙) ① 행정지도는 그 목적달성에 필요한 최소한도에 그쳐야 하며, 행정지도의 상대방의 의사에 반하여 부당하게 강요하여서는 아니된다.

② 행정기관은 행정지도의 상대방이 행정지도에 따르지 아니하였다는 것을 이유로 불이익한 조치를 하여서는 아니된다.

제49조(행정지도의 방식) ① 행정지도를 행하는 자는 그 상대방에게 당해 행정지도의 취지 및 내용과 신분을 밝혀야 한다.

② 행정지도가 말로 이루어지는 경우에 상대방이 제1항의 사항을 적은 서면의 교부를 요구하면 그 행정

「행정절차법」에 행정지도상 중요하고도 기본적인 사항이 이미 규정되어 있으므로 개별 법령에서 행정지도에 관하여 규정할 필요는 거의 없다. 다만, 「행정절차법」의 규정 내용과 달리 정해야 할 특성이 있는 지도업무 등 예외적인 경우에는 「행정절차법」의 특별 규정으로 행정지도에 관하여 규정할 수는 있다. 행정지도에 관하여 규정하는 경우에도 「행정절차법」상의 행정지도의 원칙과 방식을 고려하고 특별 규정을 둘 필요가 있는지 주의하여 검토해야 한다.

나. 행정지도의 규정 내용

행정지도에 관하여 개별 법률에서 규정할 때에는 해당 법률의 목적에 부합하게 하고 행정지도를 하는 주체, 행정지도의 상대방과 행정지도의 내용을 명확히 규정해야 한다. 그러나 상대방의 협력을 직·간접적으로 강요하거나 행정지도에 따르지 않으면 불리한 조치를 할 수 있도록 하는 내용을 규정해서는 안 된다.

새로 개발된 과학기술을 사용하도록 권장하는 등의 단순한 조성적 행정지도에 관하여 개별 법률에 규정할 수도 있다. 이 경우 행정지도의 실효성을 확보하기 위해 행정지도를 따른 자에 대한 적절한 범위의 기술적 지원 방안 등과 함께 규정하는 경우도 있다.

[입법례] 행정지도와 행정지도에 대한 지원 제도를 함께 규정한 사례

골재채취법

- 제9조(기술개발의 권고 등) ① 산업통상부장관은 골재채취업자에게 새로운 기술의 도입이나 연구·개발 등을 권고할 수 있으며 필요한 경우에는 기술정보를 제공하거나 기술지도를 할 수 있다.
② 산업통상부장관은 제1항에 따른 기술지도를 관계 전문기관으로 하여금 대행하게 할 수 있다.

행정 목적의 달성에 지장이 있는 행위, 공해 발생의 우려가 있는 시설 등의 개선 등에 대해 행정작용을 하기에 앞서 행하는 규제적 행정지도는 그 공익적 필요성이 큰 경우 규정할 수 있다.

지도를 하는 자는 직무 수행에 특별한 지장이 없으면 이를 교부하여야 한다.

제50조(의견제출) 행정지도의 상대방은 해당 행정지도의 방식·내용 등에 관하여 행정기관에 의견제출을 할 수 있다.

제51조(다수인을 대상으로 하는 행정지도) 행정기관이 같은 행정목적을 실현하기 위하여 많은 상대방에게 행정지도를 하려는 경우에는 특별한 사정이 없으면 행정지도에 공통적인 내용이 되는 사항을 공표하여야 한다.

[입법례] 시정권고를 수락한 경우 시정조치로 간주한 예

독점규제 및 공정거래에 관한 법률

제88조(위반행위의 시정권고) ① 공정거래위원회는 이 법을 위반하는 행위가 있는 경우에 해당 사업자 또는 사업자단체에 시정방안을 정하여 이에 따를 것을 권고할 수 있다.

② 제1항에 따라 권고를 받은 자는 시정권고를 통지받은 날부터 10일 이내에 해당 권고를 수락하는지에 관하여 공정거래위원회에 통지하여야 한다.

③ 제1항에 따라 시정권고를 받은 자가 해당 권고를 수락한 때에는 이 법에 따른 시정조치가 명하여진 것으로 본다.

또한 공익을 증진하는 데에 필요한 행정지도를 행정기관의 의무로 규정하여 그 행정지도 업무를 적극적으로 수행하게 하는 경우가 있다.

[입법례] 행정지도를 행정기관의 의무로 규정한 사례

국민건강증진법

제6조(건강친화 환경 조성 및 건강생활의 지원 등) ① 국가 및 지방자치단체는 건강친화 환경을 조성하고, 국민이 건강생활을 실천할 수 있도록 지원하여야 한다.

② 국가는 혼인과 가정생활을 보호하기 위하여 혼인전에 혼인 당사자의 건강을 확인하도록 권장하여야 한다.

③ (생략)

행정지도의 용어는 “지도”, “권고”, “조언”, “권장” 등 해당 지도업무의 성격에 적합하게 선택하도록 한다.

27. 공법상 계약

가. 의의 및 종류

공법상 계약은 일반적으로 “공법적 효과의 발생을 목적으로 하는 복수당사자 사이의 서로 반대방향의 의사표시의 합치에 의하여 성립되는 공법행위”로 정의된다. 행정청과 사인(私人, 자연인과 법인을 말함) 간 행정작용은 대부분 행정청의 일방적 작용인 처분을

중심으로 이루어지고 있으나 행정청과 사인이 대등한 지위에서 의사 합치를 통해 이루어질 수도 있는데 그 전형적인 예가 공법상 계약⁴⁴³⁾이다.

입법례로는 ① 행정청 상호 간의 공법상 계약(「지방자치법」 제168조에 따른 사무위탁에 관한 규약, 「도로법」 제24조에 따른 도로 관리에 관한 협의 등), ② 행정청과 사인 간의 공법상 계약(「사회기반시설에 대한 민간투자법」 제2조제7호에 따른 실시협약, 「폐기물관리법」 제16조에 따른 폐기물의 발생 억제 및 처리에 관한 협약, 「국가연구개발혁신법」 제11조⁴⁴⁴⁾에 따른 국가연구개발사업에 관한 협약, 「공무원임용령」 제22조의4에 따른 임기제공무원의 임용계약⁴⁴⁵⁾ 등)이 있다.

[입법례] 행정청 상호 간의 공법상 계약을 규정한 사례

도로법

제24조(도로 관리의 협의 및 재정) ① 제23조에도 불구하고 행정구역의 경계에 있는 도로는 관계 행정청이 협의하여 도로관리청과 관리방법을 따로 정할 수 있다.

② 제1항에 따른 협의를 성립되지 아니하면 관계 행정청은 특별시·광역시·특별자치시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 경계에 있는 도로에 관하여는 국토교통부장관에게 재정을 신청하고, 그 밖의 도로에 관하여는 특별시장·광역시장 또는 도지사에게 각각 재정을 신청할 수 있다.

③ 제2항에 따른 재정이 있으면 제1항에 따른 협의를 가진 것으로 본다.

④ 관계 행정청은 제1항에 따른 협의나 제2항에 따른 재정이 있으면 그 내용을 고시하여야 한다.

443) 행정주체가 계약의 당사자가 되는 행정계약에는 공법상 계약과 사법상 계약이 있다. 공법상 계약은 공법적 효과의 발생을 목적으로 하므로 공법상 계약에 관한 분쟁이 발생한 경우 「민사소송법」에 따른 민사소송이 아니라 「행정소송법」에 따른 당사자소송의 대상이 된다는 점에서 사법상 계약과 구별된다. 사법상 계약의 예로는 「국가를 당사자로 하는 계약에 관한 법률」, 「국유재산법」 등에 따른 공사도급계약, 물품매매계약, 국유·공유 일반재산의 매각·양여 등 계약, 공무원이 아닌 행정보조자의 채용계약 등이 있다.

444) 판례도 위 규정의 전신인 구 「국가연구개발사업의 관리 등에 관한 규정」(2020. 12. 29. 대통령령 제 31297호로 폐지되기 전의 것을 말함) 제9조에 따른 국가연구개발사업에 관한 협약의 성질을 공법상 계약으로 본 사례가 있다(대법원 2017. 11. 9. 2015다215526 판결).

445) 판례는 공무원과 유사한 지위를 가지는 서울특별시 시립무용단원의 위촉계약은 공법상 계약으로 보았으나(대법원 1995. 12. 22. 95누4636 판결), 단순 행정보조자에 불과한 학교회계직원의 근로계약은 사법상 계약이라는 전제에서 판시한 사례가 있다(대법원 2018. 5. 11. 2015다237748 판결).

[입법례] 행정청과 사인 간의 공법상 계약을 규정한 사례

사회기반시설에 대한 민간투자법

제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 뜻은 다음과 같다.

1. ~ 6. (생략)
7. “실시협약”이란 이 법에 따라 주무관청과 민간투자사업을 시행하려는 자 간에 사업시행의 조건 등에 관하여 체결하는 계약을 말한다.
8. ~ 17. (생략)

나. 법적 규율

그동안 공법상 계약에 관한 사항을 일반적으로 규율하는 법이 존재하지 않아 개별법 규정과 판례 등⁴⁴⁶⁾에 따라 규율되고 있었다. 다만, 공법상 계약의 체결에 법적 근거가 필요한지에 대해서는 명문의 규정이 없더라도 법에 의해 금지되지 않는 한 공법상 계약을 체결할 수 있다는 것이 학계의 일반적인 입장⁴⁴⁷⁾이었다. 이를 반영하여 「행정기본법」에서는 공법상 계약의 체결을 원칙적으로 허용하고,⁴⁴⁸⁾ 공법상 계약을 체결할 때에는 계약의 목적 및 내용을 명확하게 적은 계약서를 작성하도록 하는 등 공법상 계약에 관한 통칙적 규정을 마련⁴⁴⁹⁾하였다.

다. 규정 시 유의 사항

「행정기본법」 제27조제1항에서는 “법령등⁴⁵⁰⁾을 위반하지 아니하는 범위”에서 공법상

446) 국책사업인 ‘한국형 헬기 개발사업’에 개발주관사업자 중 하나로 참여하여 방위사업청과 개발협약을 체결한 주식회사가 협약을 이행하는 과정에서 발생한 초과비용에 대해 국가를 상대로 초과비용의 지급을 구하는 민사소송을 제기한 사안에서 대법원은 국가연구개발사업규정에 근거하여 국가 산하 중앙행정기관의 장과 참여기업인 주식회사가 체결한 협약의 법률관계는 공법관계에 해당하므로 이에 관한 분쟁은 행정소송으로 제기하여야 한다고 보았다(대법원 2017. 11. 9. 2015다215526 판결).

447) 반면에 행정주체의 우월적 지위에 의해 사실상 계약강제가 존재하는 경우, 제3자의 권리를 침해하는 계약인 경우, 공권력에 의해 일방적으로 규율될 필요가 있는 분야인 경우 등에는 법률의 근거가 필요하다는 견해도 있다.

448) 「행정기본법」이 적용되는 공법상 계약에는 사인 상호 간의 공법상 계약이 제외된다.

449) 해당 규정은 「행정기본법」의 시행일(2021. 3. 23.) 이후에 체결하는 공법상 계약부터 적용된다(부칙 제4조).

계약을 체결할 수 있다고 규정하고 있으므로 그 법령등의 취지상 공법상 계약의 체결 허용 여부가 불분명한 경우에 이를 허용하기 위해서는 해당 법령등에 그 허용에 관한 규정을 둘 필요가 있다. 이 경우 공법상 계약은 당사자 간 합의를 바탕으로 사인의 자발적 협조를 가능하게 하여 행정의 민주성과 효율성을 높일 수 있다는 장점이 있는 반면, 당사자의 교섭 능력에 따라 합의 내용이 달라져 행정의 일관성·형평성을 훼손할 수 있다는 부작용도 있으므로 해당 법령등의 입법 취지와 공법상 계약의 체결을 허용하려는 분야의 성격 등을 종합적으로 고려하여 그 허용 여부를 신중히 판단해야 할 것이다.

개별 법령에서 공법상 계약이 체결되는 분야의 특성 등을 고려하여 계약 당사자의 범위를 한정할 필요가 있거나 계약 내용에 반드시 포함시켜야 하는 사항을 법령에서 구체적으로 명시할 필요가 있는 등의 경우에는 그에 관한 규정을 둘 수 있다. 또한, 개별 법령에 공법상 계약에 관한 특별 규정을 둘 때에는 공법상 계약의 공익 관련성을 고려하여 「민법」의 규정이나 사법상 원칙과는 다른 내용을 규정할 필요가 생길 수 있다. 이와 같은 규정은 해당 공법상 계약의 공익 관련성 정도와 해당 규정으로 인해 계약 상대방이 입을 수 있는 불이익 정도 등을 비교衡量하여 허용 여부를 결정해야 한다.

450) “법령등”이란 법령(법률, 대통령령, 총리령, 부령, 국회규칙, 대법원규칙, 헌법재판소규칙, 중앙선거관리위원회규칙, 감사원규칙)과 그 법률 등의 위임을 받아 중앙행정기관의 장, 국회의장, 대법원장, 헌법재판소장, 중앙선거관리위원회위원장 및 감사원장이 정한 훈령·예규·고시 등 행정규칙)과 자치법규(조례, 규칙)를 말한다(「행정기본법」 제2조제1호).

28. 지방자치제도

가. 의의

지방자치란 일정한 지역의 주민이 지역의 사무를 자신의 책임 하에서 자신들이 선출한 기관을 통해 직접 처리함으로써 지방자치행정의 민주성과 능률성을 제고하고 지방의 균형 있는 발전과 국가의 민주적 발전을 도모하는 제도를 말한다. 헌법 제117조제1항⁴⁵¹⁾에서는 지방자치단체가 자기지역 내의 사무를 자기책임으로 처리할 수 있는 권한을 제도적으로 보장하고 있다. 또한 「지방자치분권 및 지역균형발전에 관한 특별법」 제3조에서는 국가는 지방자치분권 및 지역균형발전에 필요한 법적·제도적 조치를 마련하고 예산을 확보하는 등 지방자치단체가 주도하여 관련 정책을 수립·추진할 수 있도록 지원하여야 하고, 지방자치분권 및 지역균형발전과 관련되는 법령을 제정하거나 개정하는 경우에는 이 법의 취지에 부합하도록 해야 하며 관련 법령을 조속히 정비해야 한다고 규정하고 있다.

이러한 지방자치제도의 헌법적 보장과 자치분권의 기본이념에 비추어 지방자치단체는 그 소관 사무에 대해서는 자기 책임 하에 자율적으로 처리하는 것이 원칙이므로, 지방자치단체 소관으로 배분한 사무에 대해서는 법령 입안 시 지방의 자율성이 최대한 확보될 수 있도록 할 필요가 있다.

나. 입안 시 유의사항

1) 자치입법권의 보장

가) 법령상 규율 완화 및 조례 위임 확대

지방자치단체는 그 소관에 속하는 사무를 자기 책임 하에 자율적으로 처리하는 것이 원칙이므로, 법령에서 지방자치단체의 소관 사무에 대한 사항은 조례로 위임한다. 다만, 해당

451) 「대한민국헌법」

제117조 ① 지방자치단체는 주민의 복리에 관한 사무를 처리하고 재산을 관리하며, 법령의 범위안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다.

사무에 대해 전국적·통일적 기준을 공통으로 적용할 필요가 있는지를 면밀히 검토하여 필요한 경우에만 예외적으로 그 사항을 법령에 규정한다. 전국적·통일적 기준을 정할 때에는 상·하한 범위, 기본원칙 또는 고려사항 등 필요 최소한의 부분으로서 그 대강만을 정하고, 사무의 처리방법·절차 등 세부사항은 지방자치단체가 정할 수 있도록 하여 지방자치단체가 지역 실정에 맞는 정책과제를 수립하거나 지역주민의 다양한 요구에 적극적으로 대응할 수 있도록 한다.

특히 법률에서 “대통령령으로 정하는 바에 따라”, “부령으로 정하는 기준에 따라” 또는 “대통령령으로 정하는 범위에서” 조례로 정하도록 위임하는 방식을 취하면서 그 하위법령에서 전국적·통일적 기준을 정하도록 하는 경우에는, 대통령령이나 부령에서 세부사항을 구체적으로 규정해 실질적으로 조례에서는 정할 사항이 없게 되는 사례가 발생하지 않도록 한다.

[입법례] 법령에서 사무처리 기준 등을 조례로 위임한 사례

건축서비스산업 진흥법
제20조(우수 건축물등의 지정 및 지원) ① 국토교통부장관, 시·도지사는 건축서비스산업 종사자의 자긍심을 높이고, 품격 높은 건축물을 통한 건축서비스산업의 경쟁력 강화를 위하여 우수 건축물등을 지정할 수 있다.
② (생략)
③ 시·도지사가 제1항에 따라 우수 건축물등을 지정하고자 하는 경우에는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 기준 및 절차에 따른다.
④ (생략)

[입법례] 법령에서 공통사항을 정하고 그 밖의 사항은 조례로 위임한 사례

재해구호법 시행령
제4조의4(시·도재난심리회복지원단의 구성 및 운영 등) ① 법 제8조의2제1항에 따른 시·도재난심리회복지원단(이하 “시·도심리지원단”이라 한다)은 다음 각 호의 업무를 수행한다.
1. ~ 6. (생략)
② 시·도심리지원단은 단장 1명을 포함하여 20명 이내의 단원으로 구성한다. 이 경우 공무원이 아닌 단원이 전체 단원의 과반수가 되도록 해야 한다.
③ 제1항 및 제2항에서 규정한 사항 외에 시·도심리지원단의 구성 및 운영 등에 필요한 사항은 특별시·광역시·특별자치시·도·특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 조례로 정한다.

[입법례] 법령에서 상한·하한 등을 정하거나 범위를 일부 제한하여 조례로 위임한 사례

관광진흥법 시행령
제64조의2(공유 재산의 임대료 감면) ① 법 제76조제3항에 따른 공유 재산의 임대료 감면율은 고용창출, 지역경제 활성화에 미치는 영향 등을 고려하여 공유 재산 임대료의 100분의 30의 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정한다. ② (생략)

[입법례] 법령에서 하위법령으로 정하는 범위에서 조례로 위임한 사례

국토의 계획 및 이용에 관한 법률
제37조(용도지구의 지정) ①·② (생략) ③ 시·도지사 또는 대도시 시장은 지역여건상 필요하면 대통령령으로 정하는 기준에 따라 그 시·도 또는 대도시의 조례로 용도지구의 명칭 및 지정목적, 건축이나 그 밖의 행위의 금지 및 제한에 관한 사항 등을 정하여 제1항 각 호의 용도지구 외의 용도지구의 지정 또는 변경을 도시·군관리계획으로 결정할 수 있다. ④·⑤ (생략)

나) 조례 위임 시 유의사항

자치입법권 보장을 위해 법령에서 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임하는 경우에는 다음의 몇 가지를 유의해야 한다.

먼저, 위임 범위가 명확하게 드러나도록 해야 한다. 법령 입안 시 적용되는 명확성의 원칙상 당연한 것이기도 하지만, 조례는 ‘법령의 범위에서’ 제정되고 만일 법령에 위반되는 경우에는 그 효력이 부인될 뿐만 아니라 위임 범위가 명확하지 않으면 지방자치단체에서 조례를 제정하거나 개정하는 데 커다란 어려움을 겪게 되는 현실적인 문제가 있다는 점을 특히 고려할 필요가 있다.

다만, 헌법재판소는 조례로 위임하는 경우에는 법령에 위임하는 경우보다 다소 포괄적으로 위임할 수도 있다고 판단한다. 그 이유로 지방자치단체는 헌법상 자치입법권이 인정되고, 법령의 범위에서 그 권한에 속하는 모든 사무에 관하여 조례를 제정할 수 있다는 점과 조례는 선거를 통해 선출된 그 지역의 지방의원으로 구성된 주민의 대표기관인 지방의회에서 제정되므로 지역적인 민주적 정당성까지 갖고 있다는 점을 들고 있다.⁴⁵²⁾

둘째, 지방자치단체에 조례제정권한을 배분하는 경우에는 사무의 내용에 맞게 배분되도록 해야 한다. 가령, 지방자치단체의 사무로 규정하면서 그에 대한 조례제정권을 함께 부여할 경우에는 그 사무의 집행권한이 누구에게 있는지에 따라 조례제정권을 일치시켜 배분할 필요가 있다. 어떤 사무에 대한 집행권한은 기초자치단체의 장에게 부여되어 있음에도 그 사무와 관련된 조례제정권을 광역자치단체와 기초자치단체 모두에게 부여하게 되면 조례 내용이 서로 다르거나 모순·저촉되는 경우 혼란이 초래될 수 있기 때문이다.

셋째, 법령에 조례로 정하도록 위임하는 사항이 포함되어 있는 경우에는 부칙에 해당 법령 또는 해당 조항의 시행일을 정할 때 조례 제정 또는 개정에 필요한 최소한의 시간이 확보 되도록 시행일을 정해야 한다. 법률의 시행일을 정할 때 하위법령 마련에 필요한 시간을 고려하는 것과 마찬가지로 이유이기도 하거니와, 특히 조례의 경우에는 지방의회의 의결 과정을 거치게 된다는 사실을 고려해야 한다.

[입법례] 법률에서 조례로 정하도록 위임한 사례

공인중개사법
제32조(중개보수 등) ① 개업공인중개사는 중개업무에 관하여 중개의뢰인으로부터 소정의 보수를 받는다. 다만, 개업공인중개사의 고의 또는 과실로 인하여 중개의뢰인간의 거래행위가 무효·취소 또는 해제된 경우에는 그러하지 아니하다. ②·③ (생략) ④ 주택(부속토지를 포함한다. 이하 이 항에서 같다)의 중개에 대한 보수와 제2항에 따른 실비의 한도 등에 관하여 필요한 사항은 국토교통부령으로 정하는 범위 안에서 특별시·광역시·도 또는 특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 조례로 정하고, 주택 외의 중개대상물의 중개에 대한 보수는 국토교통부령으로 정한다.

[입법례] 대통령령에서 조례로 정하도록 위임한 사례

해양공간계획 및 관리에 관한 법률 시행령
제6조(해양공간관리지역협의회) ① ~ ② (생략) ③ 제1항 및 제2항에서 규정한 사항 외에 지역협의회의 조직·운영 및 업무 등에 관하여 필요한 사항은 해당 광역시·도·특별자치도(이하 “시·도”라 한다)의 조례로 정한다.

452) 헌법재판소 2004. 9. 23. 선고 2002헌바76 결정

다) 법령상 규제 기준의 완화 또는 강화

지방자치단체 소관 사무로서 법령에서 인·허가, 등록 또는 신고기준, 시설 설치기준, 자격기준, 제재처분 기준 등 규제 기준을 정한 경우에도, 변화하는 지방행정 수요에 대응하고 지역 특수성과 여건을 반영한 정책을 추진할 수 있도록 지방자치단체가 법령상 규제 기준보다 완화 또는 강화된 기준을 조례로 정할 수 있도록 한다.

법령상 규제 기준보다 완화 또는 강화된 조례를 정할 수 있게 하려는 경우에는 해당 법령에서 그 기준을 완화 또는 강화할 수 있다는 취지나 위임범위 등을 명시한 근거를 두어야 한다.⁴⁵³⁾

[입법례] 법령상 기준보다 강화된 기준을 정할 수 있도록 위임한 사례

수도법
<p>제55조(소규모급수시설) ① 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수(광역시의 군수는 제외한다)는 소규모급수시설에 대하여 기후에너지환경부령으로 정하는 바에 따라 수질검사를 하여야 한다.</p> <p>② 특별시장·광역시장·특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수(광역시의 군수는 제외한다)는 주민의 건강 보호나 소규모급수시설의 위생 관리를 위하여 필요하다고 인정하는 경우 또는 지역적 특성을 고려하여 수질을 유지할 필요가 있다고 인정하는 경우에는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 기후에너지환경부령으로 정하는 수질기준 및 수질검사 주기보다 강화된 수질기준 및 수질검사 주기를 마련하여 적용할 수 있다.</p>

[입법례] 법령상 기준보다 완화된 기준을 정할 수 있도록 위임한 사례

한부모가족지원법 시행규칙
<p>제10조의2(한부모가족복지시설의 설치기준 등) ① 법 제20조제6항에 따른 한부모가족복지시설의 설치기준은 별표 2와 같다.</p> <p>② 법 제20조제6항에 따라 한부모가족복지시설에 두어야 할 종사자의 직종과 수 및 자격기준은 각각 별표 3 및 별표 4와 같다. 다만, 지역 내에 별표 4에 따른 종사자의 자격기준을 충족하는 사람이 부족한 경우 등 부득이한 경우에는 특별자치시·특별자치도·시·군·구의 조례로 정하는 바에 따라 그 기준을 완화할 수 있다.</p>

453) 대법원 1997. 4. 25. 선고 96추251 판결

[입법례] 법령상 기준보다 강화 또는 완화된 기준을 정할 수 있도록 위임한 사례

주차장법 시행령
<p>제6조(부설주차장의 설치기준) ① 법 제19조제3항에 따라 부설주차장을 설치하여야 할 시설물의 종류와 부설주차장의 설치기준은 별표 1과 같다. (단서 생략)</p> <p>② 특별시·광역시·특별자치도·시 또는 군은 주차수요의 특성 또는 증감에 효율적으로 대처하기 위하여 필요하다고 인정하는 경우에는 별표 1의 부설주차장 설치기준의 2분의 1의 범위에서 그 설치기준을 해당 지방자치단체의 조례로 강화하거나 완화할 수 있다. 이 경우 별표 1의 시설물의 종류·규모를 세분하여 각 시설물의 종류·규모별로 강화 또는 완화의 정도를 다르게 정할 수 있다.</p>

라) 하위법령에 의한 자치입법권 침해 금지

상위법령에서 조례로 정하도록 위임한 경우 그 법령의 하위법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정하지 않도록 하고, 법령에서 하위법령으로 위임한 범위에서 조례로 정하도록 한 경우에는 하위법령에서 상위법령의 위임범위를 넘어 규정하지 않도록 한다.⁴⁵⁴⁾

[입법례]

장사 등에 관한 법률 시행령(대통령령 제32977호, 2022. 11. 1. 타법개정)		
<p>법률에서 공설장례식장 등의 운영을 지방자치단체의 장이 조례로 정하는 공공법인 등에 위탁할 수 있도록 규정하고 있는데도 대통령령에서 수탁자의 지정 기준을 정하고 있어, 지방자치단체가 법률에 따라 수탁자를 지역 실정에 맞게 정할 수 있도록 삭제</p>		
법률	종전 시행령	개정
<p>제38조(권한의 위임 및 위탁) ①·② (생략) ③ 지방자치단체의 장은</p>	<p>제40조(수탁기관 지정의 기준 및 방법) 중앙행정기관의 장 또는 지방자치단체의 장이 법 제38조제2항 또는 제3</p>	<p>제40조(수탁기관 지정의 기준 및 방법) 중앙행정기관의 장은 법 제38조제2항에 따라 -----</p>

454) 「지방자치법」

제28조(조례) ② 법령에서 조례로 정하도록 위임한 사항은 그 법령의 하위 법령에서 그 위임의 내용과 범위를 제한하거나 직접 규정할 수 없다.

<p>제13조제1항에 따른 공설 묘지·공설화장시설·공설 봉안시설·공설자연장지 및 제28조의2제1항에 따른 공설장례식장의 운영의 전부 또는 일부를 「지방자치법」 제117조에 따라 해당 지방자치단체의 조례 또는 규칙으로 정하는 공공법인이나 그 밖의 비영리법인 등에 위탁할 수 있다.</p>	<p><u>항에 따라</u> 해당 업무를 공공법인이나 그 밖의 비영리법인에게 위탁하려는 경우에는 공개 모집을 통하여 수탁자를 지정하되, 수탁자의 재정적 능력, 공신력, 사업수행능력 등을 종합적으로 고려하여 <u>지정하여야</u> 한다.</p>	<p>----- ----- ----- ----- ----- ----- ----- 지정해야 ----- -.</p>
---	---	--

[입법례]

<p style="text-align: center;">건축법 시행규칙(국토교통부령 제1158호, 2022. 11. 2. 일부개정)</p>		
<p>법률에서 건축허가 수수료를 시행규칙으로 정하는 범위에서 조례로 정하도록 규정하고 있는데도 시행규칙에서 그 수수료의 범위 외에 납부방법과 반환에 관한 사항까지 정하고 있어, 지방자치단체가 자율적으로 정할 수 있도록 삭제</p>		
<p style="text-align: center;">법률</p>	<p style="text-align: center;">종전 시행규칙</p>	<p style="text-align: center;">개정</p>
<p>제17조(건축허가 등의 수수료) ① 제11조, 제14조, 제16조, 제19조, 제20조 및 제83조에 따라 허가를 신청하거나 신고를 하는 자는 허가권자나 신고수리자에게 수수료를 납부하여야 한다. ② 제1항에 따른 수수료는 국토교통부령으로 정하는 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정한다.</p>	<p>제10조(건축허가 등의 수수료) ①·② (생략) ③ <u>제1항의 규정에 의한 수수료는 당해 지방자치단체의 수입중지 또는 전자결제나 전자화폐로 납부하여야 하며, 납부한 수수료는 반환하지 아니한다.</u></p>	<p>제10조(건축허가 등의 수수료) ①·② (생략) <u><삭제></u></p>

2) 사무수행의 독립성·자율성 실질적 보장

국가와 지방자치단체의 관계를 실질적으로 지방분권의 관점에서 보다 대등하고 협력적인 방향으로 설정하여 개별법령에서 지방자치단체 소관 사무에 대해 국가가 부당하게 간섭하거나 지방자치단체의 사무수행의 독립성·자율성이 과도하게 침해되지 않도록 개별 법령에서 국가 관여를 최소화하도록 한다.

지방자치단체 소관 사무에 대해 중앙행정기관장의 사전 승인 또는 협의(동의)를 거치도록 한 규정은 원칙적으로 두지 않고, 필요시 사후 통보 또는 의견 제출 요청 등으로 규정한다. 또한 중앙행정기관장에 대한 보고 의무는 원칙적으로 규정하지 않고, 필요시 사무의 집행 결과만을 알리는 사후 통보 또는 자료 제출 등으로 규정한다.

[입법례]

지역보건법 시행령(대통령령 제32977호, 2022. 11. 1. 타법개정)		
지방자치단체가 보건소를 추가로 설치하는 경우 지방자치단체의 장이 행정안전부장관과의 승인 또는 협의 없이 보건복지부장관과 직접 협의하도록 하여 조직 운영의 자율성을 강화함		
법률	종전 시행령	개정
제10조(보건소의 설치) ① 지역주민의 건강을 증진하고 질병을 예방·관리하기 위하여 시·군·구에 대통령령으로 정하는 기준에 따라 해당 지방자치단체의 조례로 보건소(보건의료원을 포함한다. 이하 같다)를 설치한다. ② (생략)	제8조(보건소의 설치) ① (생략) ② 제1항 단서에 따라 보건소를 추가로 설치하려는 경우에는 「지방자치법 시행령」 제73조에 따른다. 이 경우 행정안전부장관은 보건복지부장관과 미리 협의하여야 한다.	제8조(보건소의 설치) ① (생략) ② ----- ----- ----- ----- -- 해당 지방자치단체의 장 ----- -----.

법령에서 보조사업·지원사업, 공공시설 설치·운영, 기금·특별회계 운용, 공유재산 사용료 부과·징수, 포상금 등 재정사업의 주체로 국가와 지방자치단체를 병렬적으로 규정한 경우에는 그 사업에 필요한 사항을 대통령령·부령 등으로 위임하는 규정과 함께 지방자치단체가

지방자치단체의 실정 및 지역의 특성을 반영할 필요가 있어 달리 정하는 경우에는 자치법규로 위임하는 규정도 두도록 한다⁴⁵⁵⁾.

[입법례] 지방자치단체의 보조사업에 필요한 사항을 조례로도 위임한 사례

사립학교법

제43조(지원) ① 국가 또는 지방자치단체는 교육 진흥에 필요하다고 인정할 때에는 사립학교 교육을 지원하기 위하여 대통령령 또는 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 바에 따라 보조를 신청한 학교법인 또는 사학지원단체에 보조금을 교부하거나 그 밖의 지원을 할 수 있다.

②·③ (생략)

유선 및 도선 사업법 시행령

제29조(보조 또는 용자 등) ① 행정안전부장관·해양경찰청장 또는 지방자치단체의 장은 법 제36조제2항에 따라 유선 또는 도선을 새로 건조(建造)하려는 사업자에 대하여 다음 각 호의 구분에 따른 금액의 범위에서 재정적 지원을 할 수 있다. 다만, 지방자치단체의 장이 재정적 지원을 하는 경우에는 해당 지방자치단체의 조례로 지원 금액의 범위를 달리 정할 수 있다.

1.·2. (생략)

② ~ ④ (생략)

[입법례] 지방자치단체가 설치·운영하는 시설의 수탁자 결정에 필요한 사항을 조례로 위임한 사례

정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률 시행규칙

제6조의2(중독관리통합지원센터의 설치·운영) ① 보건복지부장관 또는 지방자치단체의 장은 법 제15조의3제4항에 따라 같은 조 제1항에 따른 중독관리통합지원센터(이하 “중독

455) “대통령령 또는 지방자치단체의 조례” 등 병렬적으로 위임을 규정하는 방식은 지방자치단체에서 조례로 달리 정할 사항이 있는 경우이므로, 지방자치단체는 대통령령을 대신하는 조례를 제·개정해야 한다.

관리통합지원센터”라 한다)의 설치·운영을 다음 각 호의 기관·단체에 위탁할 수 있다.

1. ~ 3. (생략)
 4. 그 밖에 법 제15조의3제2항 각 호에 따른 사업 수행에 필요한 조직·인력 및 전문성 등을 갖춘 기관·단체로서 보건복지부장관이 정하여 고시하거나 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 기관·단체
- ② ~ ⑦ (생략)

[입법례] 지방자치단체의 공유재산 사용료 등 감면기준을 조례로 위임한 사례

농촌공간 재구조화 및 재생지원에 관한 법률 시행령

제25조(국유재산·공유재산의 처분 등에 관한 특례의 적용범위) ① 법 제41조제4항 전단에서 “대통령령으로 정하는 경우”란 국유재산·공유재산의 사용 또는 매각·대부·양여에 관한 사항이 사업계획에 포함된 경우를 말한다.

② 법 제41조제4항 후단에 따른 사용료 또는 대부료의 감면기준은 다음 각 호와 같다.

1. 국유재산의 경우: 국유재산의 사용료 또는 대부료의 100분의 100 범위에서 해당 국유재산 소관 중앙관서의 장(「국유재산법」 제28조 또는 제42조제1항에 따라 위임 또는 위탁을 받은 자를 포함한다)이 정하는 비율
2. 공유재산의 경우: 공유재산의 사용료 또는 대부료의 100분의 100 범위에서 해당 지방자치단체의 조례로 정하는 비율

[입법례] 지방자치단체의 포상금 지급기준액을 조례로 위임한 사례

주택법 시행규칙

[별표 4]

2. 신고포상금의 지급기준액

(표 생략)

비고

1. (생략)
2. 위 표에도 불구하고 시·도지사는 지역 여건을 고려하여 필요한 경우 신고포상금의 지급기준액을 달리 정할 수 있다.