

위임입법의 한계에
관한 연구

1996. 11

헌법재판소

머 리 말

위임입법이 증가일로에 있다. 이러한 증가가 이미 위협수위에 도달하고 있음은 외국의 문헌들은 물론 우리나라 학자들이나 실무가들에 의하여 지적되고 있다.

우리 헌법 제75조는 “구체적으로 범위를 정하여”라고 하여 위임입법의 범위와 한계를 설정하고 있다. 그러나 이 규정이 실무상 적용가능한 정도로 분명한 지침을 제시하고 있는 것은 아니다. 우리 헌법상 위임입법의 한계는 무엇인가. 각 개별법 분야에 있어서 이 문제는 어떻게 되는가. 현대 행정국가에 있어서 위임입법의 확대는 불가피하다 하더라도 위임명령의 비중이 증대되면 될수록 그에 대한 통제의 필요성도 더욱 커지는 것인데, 우리의 현황은 어떤지, 이와 같은 산적한 문제는 향후 21세기의 도전을 헤쳐나감에 있어 필수적으로 요

구되는 법치 국가적 기반 구조를 조성하기 위하여 반드시 해결하여야 할 과제이다.

그런데 이에 관한 연구가 소홀했음을 부인할 수 없는 사실이다. 이에 관한 문헌이 초라할 수밖에 없는 이유이다.

본 연구는 이들 난제를 대상으로 한 것이다. 이 난제를 맡은 공동연구자 김철용, 홍준형, 송석윤 세 사람은 보다 알찬 연구 결과를 기하기 위하여 분야를 나누어 집필하고 집필을 교환하고 때로는 토의도 하면서 최선을 다하였으나 작업량이 워낙 방대하고 연구기간이 짧아 미흡한 점이 한두 가지가 아니라고 생각한다. 우리 공동연구자 세 사람은 이들 미흡한 부분을 보완하고 또 이곳에서 다루지 못했던 문제를 다루기 위하여 공동연구를 계속하기로 하였다.

끝으로 이 연구과제를 위촉하고 여러 가지 지원을 아끼지 않은 헌법재판소에 감사를 드린다.

1996년 11월 일

연구책임자 김 철 용

연구결과 요약문

연구제목 : 위임입법의 한계에 관한 연구

(A Study on the Limits of Delegated Legislation

Eine Untersuchung zur Grenze der delegierten Gesetzgebung)

연구책임자 : 김철용 (건국대학교 법과대학 교수)

공동연구원 : 홍준형 (서울대학교 행정대학원 교수)

공동연구원 : 송석윤 (대전대학교 법학과 교수)

1. 현대국가에 있어 위임입법은 불가결한 헌법현실의 구성부분을 이루고 있다. 입법권비위임 또는 권한위임금지의 원칙 (delgata potesta non potest delegari : non-delegation principle) 또는 백지위임의 금지 등과 같이 종래 주로 입법권에게 부과되어 왔던 위임입법의 한계원리는 고도로 복잡 다양하고 급속히 변화하는 행정환경 하에서 더 이상 그 엄격성을 유지할 수 없게 되었다. 전문 기술적인 사항에 관한, 상황과 연관된 사항의 규율을 법률하위의 명령제정권의 위임을 통하여 행정부에 맡겨야 한다는 것은 오늘날 입법현실에서 보편적으로 관측될 수 있는 요청이다. 종래에 주로 부과되어 왔던 위임입법의

한계원리가 고도로 복잡·다양해지고 급속도로 변화하는 현대국가의 활동을 통제하는 데 더 이상 적합하지 않음은 널리 인정되고 있는 사실이다. 사회행정, 경제·계획행정 그리고 과학기술 행정이나 환경행정 등 현대국가는 날로 새로운 과제를 맞이하고 있으며 특히 이러한 분야에서는 행정부에 광범위한 규범형성의 여지를 부여하는 수권법률이 제정되고 있는 현실이다. 이처럼 변화하는 상황 속에서도 국가권력 상호간의 견제와 균형을 유지하여 국민의 법적 지위를 보장하는 것은 여전히 경시될 수 없는 과제이며, 이러한 맥락 속에서 위임입법의 법적 한계에 대한 법적 불확실성을 제거하는 작업은 우리사회에서 법치국가적 기반구조를 조성하는 데에 있어 중요한 요소를 이루고 있다는 것이 연구의 기본적인 문제의식이다. 이러한 문제의식에서 출발하여 본 연구는 한편으로는 우리 나라 헌법을 전체적·구조적으로 해석하고 다른 한편으로는 미국, 독일, 프랑스, 일본 등 외국의 이론과 실재를 비교·분석함으로써 현대행정국가에서 불가결의 구성부분을 이루고 있는 위임입법의 한계에 대한 이론적 근거를 마련하고 헌법재판의 실제에 응용될 수 있는 법리적 기초를 마련하고자 시도하였다.

2. 본 연구는 우선 우리 나라 헌법의 해석을 통하여 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준을 도출하고 이것이 판례에서 각 분야별로 적용되는 양태를 분석한 후 이러한 기준들 사이의 상호관계를 구명하였다.

위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준을 제시하는 전제로서 우리 나라 헌법규정의 종합적인 해석에 근거하여 위임입법의 한계

를 헌법 일반적 관점에서 분석하였다. 이를 통하여 헌법상 위임 입법의 한계요인들은 헌법 제75조와 제95조에 근거하는 일반적 한계, 기본권제한의 법률유보를 규정한 헌법 제37조 제2항과 죄형법정주의 및 조세법률주의를 규정한 헌법조항 등을 기초로 설정되는 헌법 원리적 한계 등으로 구체화되고 있음을 밝혔다. 그 밖에도 각각의 헌법조항에서 유래하는 헌법 정책적 한계와 입법권의 권한범위의 한계로부터 유래하는 위임입법의 내용적 한계 등이 제시되었다.

헌법 제75조에 근거한 위임입법의 한계기준과 관련해서는 법적 규율이 국민에 미치는 영향의 정도, 규율대상의 한정성 여부, 규율대상의 중대성, 입법기술상의 문제 등의 요인에 따라서 구체성과 명확성의 요구정도가 변화하는 유동적 공식으로서 위임입법의 한계원리가 논의되었다. 헌법 원리적 한계기준에서는 법률의 유보에 관한 이론이 입법부와 행정부, 또는 법률과 법률이외의 법령식간에 관할영역을 배분하는 기능을 가진다는 것과 관련하여 본질성론을 제시하고, 법률에 의한 규율이 요구되는 본질적인 사항에 대한 위임입법의 금지와 규율대상이 일반국민에게 중요할수록 법률규정의 구체성의 요구가 높아진다는 규율밀도가 검토되었다. 특히 여기서 강조해야 할 것은 법률의 유보 원리에 의한 위임의 금지와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제75조는 각각 별개의 독자적인 법원리이기 때문에 법률유보 원리에 의한 또는 개별헌법규정에 의한 명확성의 원칙과 위임입법에 관한 헌법 제75조에 의한 명확성의 원칙은 개념적으로 구별되어야 한다는 점이다.

본 연구는 앞에서 제시된 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기

준들이 헌법재판소의 결정례에서 적용되는 내용과 양상을 분석하였다. 여기서는 우선 헌법재판소가 주어진 사안의 맥락 속에서 위임입법의 구체성·명확성의 요구정도를 기본권침해영역과 급부행정영역에서 상이하게 상정하고 있고, 또한 기본권침해영역 중에서 처벌법규나 조세법규의 위임에서는 고도의 규율밀도를 요구하고 있다는 사실이 밝혀졌다. 나아가 헌법재판소가 헌법 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여”를 예측가능성으로 이해하고 이러한 예측가능성의 기준을 관련 법조항 전체의 유기적·체계적인 종합판단 및 대상법률의 성질에 따른 구체적·개별적 검토로 완화하는 판례의 전개상이 다루어지고 또한 규율대상의 본질성에 근거한 한계기준이 제시·적용되는 모습이 확인되었다. 위임입법의 한계에 대한 헌법적 기준을 제시하고 이를 적용하는 헌법재판소의 결정례를 분석하면서 제기된 문제점은 위임입법의 한계에 대한 정치한 기준을 제시하는 것은 사안의 특성상 어렵다고 할지라도 제시된 기준의 일관성있는 적용이 중요하며, 사안의 성질에 따라서 달리 적용될 때에는 그에 대한 헌법적인, 특히 기본권론상의 논증이 충분히 이루어져야 한다는 것이다.

끝으로 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준들간의 상호관계가 논의되었다. 먼저 헌법 제75조에 의한 위임입법의 일반적 한계요인인 범위의 한정성과 위임(기준)의 구체성이라는 두 가지 기준은 구체적인 수권법률과 관련하여 각각 별도로 검증되어야 할 요소이지 상호간에 어느 한쪽이 강화되면 다른 한쪽이 완화되어도 좋다는 기능적 관계에 놓여있는 것은 아니라는 것이 강조된다. 또한 헌법 제75조에 의한 한계와 헌법 원리적 한계의 관계에서는 한편으로는 양자가 서로 구별되어 경합하는 관계이

면서도 다른 한편으로는 헌법 원리적 한계의 근거가 되는 헌법 조항들이 헌법 제75조의 해석에 중합되는 준거법의 중합이 이루어져서 양자의 관계는 일반법-특별법의 관계가 아니라 일반적 기준과 특수 헌법적 충전을 통한 제75조의 내포적 확대가 이루어지는 것과의 관계임이 밝혀지고 있다. 이렇게 볼 때에 헌법상 법률의 유보의 원리에 의한 한계, 헌법 제37조 제2항에 의한 한계, 죄형법정주의 및 조세법률주의에 의한 한계 순으로 추상화의 정도가 점차 낮아지며 반대로 규율밀도에 대한 헌법적 요구가 높아지는 규범적 관계구조가 형성되고 헌법 제75조가 일종의 단층촬영적 조정기능을 수행하고 있다고 볼 수 있다.

3. 본 연구는 위임입법의 헌법적 한계에 대한 독일, 미국, 프랑스, 일본에서의 실정법의 내용 및 판례·학설의 경향을 비교 공법적 관점에서 검토·고찰하였다.

독일의 경우 기본법의 제정 당시에는 국가사회주의의 지배의 경험으로부터의 반동으로 기본법 제80조 제1항이 매우 엄격한 위임입법의 제한기준을 규정하였다. 하지만 법현실의 전개는 위임입법의 홍수로 나타났고 이는 국가과업의 현격한 증대를 배경으로 하는 것이었다. 이러한 배경 속에서 이론과 판례는 고전적인 법률유보론이 민주적 정당성이 결여되었던 행정부로부터 국민의 자유와 재산을 방어하려는 관점에서 형성되었는데 현대의 독일의 헌법구조에서는 행정부 역시 민주적 정당성을 지닌다는 점에 착안하여 의회유보론에 기초한 본질성론을 제기하였다. 이러한 본질성론은 위임입법의 헌법적인 한계기준을 설정하는 문제에서도 새로운 관점을 제시하고 있다.

미국의 헌법은 위임입법에 대해서 아무런 기준을 두고 있지 않고 위임입법의 한계문제는 주로 판례에 의해서 다루어져 왔다. 미국의 연방대법원은 위임입법의 한계를 판단하기 위한 척도로서 “명료한 원리”라는 기준을 사용하여 왔다. 여기서 주목할 만한 것은 의회가 자신의 입법권을 헌법에 반하여 위임하였는지의 여부가 아니라 사법심사와 국민에 의한 통제를 가능하게 할 명확성이 확보되었는지의 여부가 위임입법의 한계를 판단하는 관건이 된다는 점이다. 즉 미국에서의 위임입법의 한계를 결정하는 기준은 권력분립의 관점에서 의회와 행정부의 관계를 설정해 주는 유동적 공식으로서 의회입법권의 공동화와 행정부의 권한확대를 방지하고 이를 사법심사와 국민에 의한 통제하에 두는 역동적 요인으로 파악할 수 있다. 미국에서는 또한 위임입법에 대한 의회의 통제수단으로서의 의회거부권이 있다.

프랑스에서의 위임입법은 독일이나 미국, 일본 또는 우리나라와는 다른 특유한 전통에 따라 형성된 것이다. 현행 프랑스헌법은 제34조에서 국회가 법률로써 규율할 사항을 제한적으로 열거하고 있으며 제37조에서 입법사항에 속하지 않는 사항은 법규명령사항의 성질을 가진다고 규정하고 있다. 헌법 제37조에 따라서 행정부는 독립명령을 제정할 수 있는데, 독립명령은 법적 성격과 효력 면에서 법률과 구별되지만, 법률유보에 의한 종속명령이 아니라 헌법유보에 의한 독립명령이란 점에서 법률사항을 전제로 그에 종속된 종속적 법규명령과도 구별된다. 법률명령의 한계는 헌법 제38조에 의해 수권목적, 수권사항 및 수권기간상으로 주어진다. 법률종속명령의 한계문제는 프랑스에서는 위임입법 자체의 한계로서 논의되고 있지는 않고 다만 법규명령

제정권의 행사방식에 대한 한계가 권한, 형식, 내용, 조직 등의 측면에서 주어지는 것으로 보인다.

현행 일본헌법 제73조는 “내각은, 다른 일반행정사무 외에, 좌의 사무를 행한다”라고 하면서 그 제6호에서 “이 헌법 및 법률의 규정을 실시하기 위하여 정령을 제정하는 일, 다만 정령에는, 특히 그 법률의 위임이 있는 경우를 제외하고는, 벌칙을 설정할 수 없다” 라고 규정하고 있다. 이러한 헌법 아래서 법률의 수권에 의거하지 아니하고 제정된 독립명령은 허용되지 아니하고, 법률의 수권에 의거한 넓은 의미의 위임명령만이 허용되는 것이라는 데에 의견이 일치하고 있다. 법규명령의 일종인 집행명령의 제정에 대하여 통설은 헌법 제73조 제6호 본문에서 규정하고 있는 “실시”는 집행을 의미하는 것이며 따라서 위 본문이 집행명령의 헌법적 근거이므로 법률의 수권을 요하지 아니하고 집행명령을 제정할 수 있다는 것이다. 재위임은 헌법상의 명시적인 규정이 없음에도 불구하고 일정한 한계 내에서 허용되고 있다.

4. 여섯째, 본 연구는 위임입법의 통제와 관련하여 우리 나라의 현황을 검토한 후 미국, 영국, 프랑스, 독일 등 외국의 법제를 소개하여 논의하였다. 이들 국가의 법제를 통하여 공통적으로 관측되는 경향은 민주주의적 법치국가원리의 철저화라는 관점이라 할 수 있다. 이러한 측면에서 볼 때 우리 나라의 위임명령의 통제는 여러 가지 문제점을 지니고 있다는 사실이 확인되었다. 먼저 국회통제의 차원에서는 국회에 의한 위임명령에 대한 직접적 통제제도가 강구되어 있지 않다는 점, 행정적 통제의

차원에서는 입법예고의 방법인 관보나 국회공보의 보급률이 낮고, 이익집단이나 전문가집단의 행정입법에의 참여방안이 없으며 행정입법안정립의 이유명시에 관한 실정법규정이 없다는 점 등이 문제점으로 드러났고, 사법적 통제의 차원에서는 추상적 규범통제제도가 없는 것과 독일 기본법 제80조 제1항 제3문과 같이 위임명령 속에 법적 근거를 제시하도록 하는 규정이 없다는 것이 밝혀졌다. 국회의 입법기능이 저하되고 이에 비례하여 행정부에 의한 입법기능이 확대·강화되어 입법부의 원래적인 입법기능이 형해화되고 실질적인 법규창조가 행정입법에 의해서 행해지는 현대국가의 현실 속에서 위임입법의 통제의 필요성이 강조되는 것은 당연한 일이다. 위임입법의 한계기준이 주로 수권법률에 관한 위임입법의 과정통제라면 위임입법의 통제수단들은 수권법률에 의하여 또는 그 밖의 방법에 의하여 행해진 행정입법에 대한 결과통제라 할 수 있다. 이렇게 볼 때 양자는 어느 한쪽만으로는 결코 완전하지 않으며, 양자가 긴밀히 상호 보완될 때에만 비로소 위임입법에 대한 헌법규범적 요구가 실현될 수 있는 것이다. 특히 우리 나라의 경우 국회차원에서 위임입법이 남발되고 있고 또 헌법의 요구가 제대로 준수되지 않는 경우도 적지 않다는 현실을 고려할 때 위임입법에 대한 적절하고 실효적인 통제수단을 강구하는 것이 무엇보다도 절실한 입법적 과제로 대두된다. 본 연구는 이러한 견지에서 우리 나라의 위임입법의 통제제도가 안고 있는 문제점들을 해결하기 위한 방안과 과제를 모색하였다. 그 결과 국회에 의한 통제제도를 국회에 대한 과부하가 되지 않는 방식으로 강구하는 방안, 의회유보를 강화하는 관례·이론을 정립하는 방안, 각 통제간의 연관성을 확보

하여 위임명령통제의 유효성과 효율성을 강화하는 방안, 이익단체나 전문가단체의 입법에의 참여를 제도화하는 방안, 위임명령의 법적 근거를 명시하도록 하고 추상적 규범통제를 도입하는 방안, 프랑스에서의 행정입법에 대한 사법적 통제를 참고하는 방안 등이 제시되었다.

5. 현대국가에서 위임입법의 불가피성을 부정할 수는 없을 것이다. 입법권비위임의 원칙을 형식적으로 고수하면서 현대국가의 기능이 제대로 수행되기를 기대할 수 없기 때문이다. 또한 순수한 의미에서의 입법권비위임의 원칙은 이미 고도로 복잡화되고 급격히 변화하는 현대국가의 현실에서 이미 불가능한 목표가 되었을 뿐만 아니라 바람직하지도 않다. 무릇 현대국가는 일하는 국가(arbeitender Staat)가 되어야 한다는 또 다른, 의회입법의 원칙 못지 않은 엄정한 헌법적 요구에 직면하고 있기 때문이다. 대부분의 입헌주의국가에서 입법권비위임의 원칙의 경직성을 극복하기 위한 법제적·법리적 시도가 전개되어 왔던 것은 바로 그런 배경에서 이해될 수 있다. 그러나 헌법 제40조가 선명하고 있는 바와 같은 의회입법의 원칙은 민주주의, 권력분립 및 법치주의의 원리에 비추어 여전히 존중되어야 한다. 문제는 의회입법의 원칙을 통해 표명된 의회의 입법권과 입법의 임무(Gesetzgebungsauftrag)와 위임입법의 현실적 불가피성, 법리적 정당성 사이에 실천적 조화를 기하는데 있다. 그것은 무엇보다도 헌법의 일이다. 우리 나라 헌법은 위임입법을 허용하면서 일정한 헌법적 준거에 따를 것을 요구함으로써 그러한 실천적 조화를 위한 기준을 설정하고 있으나 그 기준이 반드시 구체적이고 명확하지는 않다. 따라서 위임입법의 한계기준의 구

체적 내용은 헌법의 전체적·체계적 해석을 통하여 규명되어야 하는 법해석론의 과제로 남아 있다. 이 과제는 물론 헌법해석에 대한 이론과 실무 양면에서 추구되어야 할 과제라 할 수 있다. 그러나 이와 함께, 누구보다도 헌법재판소가 적극적인 판례형성을 통해 적실성 있고 일관성 있는 구체적인 기준과 해법을 제시하는 것이 바람직하다는 것이 본 연구의 최종적 판단이다.

목 차

I. 서론	19
1. 연구의 목적	19
2. 연구의 범위와 방법	23
2.1. 연구의 범위	23
2.2. 연구의 방법	27
II. 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준	28
1. 위임입법의 헌법적 한계	28
1.1. 헌법규정의 분석	28
1.2. 위임입법의 헌법상 한계 일반론	32
2. 위임입법의 한계기준	41
2.1. 헌법 제75조에 의한 위임입법의 한계	41
2.1.1. 헌법 제75조의 해석	41
2.1.2. 헌법 제75조에 의한 위임입법 한계기준의 내용	48
2.1.3. 재위임의 문제	72
2.1.4. 조례에 대한 위임의 문제	72
2.2. 헌법원리적 한계	74
2.2.1. 법률의 유보 원리에 따른 위임입법의 한계	74

2.2.2. 기본권제한의 헌법적 한계에 따른 위임입법의 한계	80
2.2.3. 죄형법정주의와 조세법률주의	82
2.3. 헌법정책적 한계(법률사항적 한계)	90
2.4. 위임입법의 내용적 한계	93
3. 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준과 그 분야별 적	
용 : 헌법재판소	97
3.1. 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준	98
3.1.1. 헌법체계에서 본 위임입법의 한계	98
3.1.2. 헌법 제75조에 근거한 위임입법의 한계기준	100
3.1.3. 죄형법정주의 또는 조세법률주의에 근거한 위임입법의 한계 기준과 헌법 제75조에 근거한 위임입법의 한계기준	128
3.1.4. 규율대상의 본질성에 근거한 한계기준	140
3.1.5. 소결론	142
3.2. 위임입법의 한계기준의 분야별 적용	144
3.2.1. 기본권침해영역	144
3.2.2. 급부행정영역에서의 위임	166
3.2.3. 조례에의 위임의 기준	170
3.3. 재위임	173
4. 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준들간의 상호관계	
.....	175

III. 위임입법의 헌법적 한계에 관한 비교법적 고찰	183
1. 독일	183
1.1. 연혁	183
1.1.1. 입헌군주제	184
1.1.2. 바이마르공화국	188
1.1.3. 국가사회주의	190
1.2. 실정법규정	190
1.2.1. 현행 독일기본법 제80조 제1항의 탄생	190
1.2.2. 헌법조문의 내용	192
1.3. 독일연방헌법재판소의 본질성론	201
1.3.1. 배경 : 법률유보의 변천	201
1.3.2. 본질성론의 내용	204
1.4. 위임입법의 명확성	207
1.4.1. 기본법의 전체구조에서의 기본법 제80조	207
1.4.2. 본질성론과 기본법 제80조	209
1.4.3. 명확성원칙의 내용	211
1.5. 기본법 제80조 제1항 제2문에 대한 독일연방헌법재판소판례의 변천	220
1.5.1. 제1단계	221
1.5.2. 제2단계	223
1.5.3. 제3단계	225
1.6. 소결	226
2. 미국	227

2.1. 연 혁	227
2.2. 위임입법의 한계에 관한 판례의 전개	231
2.2.1. 초기판례	231
2.2.2. New Deal 시대의 판례	234
2.2.3. New Deal 이후의 판례	238
2.3. 판례에 의한 위임입법의 한계기준	249
2.4. 의회거부권의 문제	255
3. 프랑스	257
3.1. 연 혁	257
3.1.1. 초기의 법상태	257
3.1.2. 1948년 헌법과 위임입법	259
3.2. 1958년의 헌법과 위임입법	262
3.2.1. 헌법규정	262
3.2.2. 헌법상 인정되는 위임입법의 유형	266
3.3. 위임입법의 한계에 관한 판례와 학설	269
3.3.1. 법률종속명령	269
3.3.2. 법률명령	273
4. 일본	277
4.1. 행정입법에 관한 헌법의 규정	277
4.2. 행정조직에 관한 일반적 법률에 의한 수권과 개별적 법률에 의한 수권	278
4.3. 재위임	279
4.4. 일반적 · 포괄적 수권의 금지	280
4.4.1. 입법의 경향	280
4.4.2. 학설의 경향	281

4.4.3. 관례의 태도 282

IV. 위임입법의 통제 287

1. 위임입법통제의 필요성 287

2. 통제의 유형 289

3. 우리 나라의 현황 290

3.1. 국회통제 290

3.2. 행정적통제 290

3.3. 사법적통제 292

4. 각국의 현황 295

4.1. 미 국 295

4.2. 영 국 296

4.3. 프랑스 301

4.4. 독 일 304

5. 위임명령통제의 문제점 312

5.1. 국회통제 313

5.2. 행정적통제 313

5.3. 사법적통제 314

6. 소결 : 위임입법통제의 과제 315

V. 결 론 319

VI. 참고문헌	327
1. 국내문헌	327
2. 외국문헌	329

<부록>

헌법재판연구용역집색인	338
-------------------	-----

위임입법의 한계에 관한 연구

A Study on the Limits of Delegated Legislation

Eine Untersuchung zur Grenze der delegierten Gesetzgebung

I. 서론

1. 연구의 목적

현대국가에 있어 위임입법은 불가결한 헌법현실의 구성부분을 이루고 있다. 입법권비위임 또는 권한위임금지의 원칙(*delgata potesta non potest delegari* : non-delegation principle) 또는 백지위임의 금지 등과 같이 종래 주로 입법권에게 부과되어 왔던 위임입법의 한계원리는 고도로 복잡 다양하고 급속히 변화하는 행정환경 하에서 더 이상 그 엄격성을 유지할 수 없게 되었다. 전문 기술적인 사항에 관한, 상황과 연관된 사항의 규율을 법률하위의 명령제정권의 위임을 통하여 행정부에 맡겨야 한다는 것은 오늘날 입법현실에서 보편적으로 관측될 수 있는 요청이다. 이것은 경제정책의 영역 그리고 기타의 분야에서 “수권-법

를”(Ermächtigungs-Gesetze)의 형태로 관철되고 있다. 법규명령의 제정은 법률에 의거하여, 그러나 행정권 고유의 규범적 재량권(selbständige Vollmacht normativen Ermessens)에 의하여 행해지는 법정립작용으로서 이를 통하여 신속하고 탄력적인, 분야별 전문가에 의한 행정작용을 가능케 한다. 특히 경제행정이나 개발행정, 사회행정 등의 분야에서는 그러한 수권이 광범위한 규범적 형성의 여지를 허용하는 일반조항의 형태를 띠는 경우가 빈번하다.

그러나 헌법상 국회입법의 원칙에 따라 입법권은 무엇보다도 법률의 유보가 적용되는 범위 안에서는 배타적인 결정권자로 등장하며, 따라서 위임입법에는 일정한 법적 한계가 존재한다고 보지 않으면 안 된다. 법률과 법규명령의 구별 자체는 절대주의 국가에서는 무의미한 것이었고, 입헌주의의 산물이었다. 하지만 법률과 법규명령의 차이가 단지 형식적인 위계 질서만을 의미하지는 않는다. - 내용적으로 제한이 없는 - 법률제정권에 의하여 형식적으로 위임된 이상 법규명령은 어떠한 내용적 제한도 받지 않는다는 사고방식 속에서, 실제로 행정부가 헌법에 위배되는 위임입법을 제정하는 것을 막을 수 없었던 1930년대의 독일헌정사에서의 경험은 우리에게도 중요한 교훈을 주고 있다. 물론 현대국가에서 행정부의 권한이 강화되면서 고전적인 3권분립이 형해화되어 가고 있음은 새삼스러운 일이 아니다. 또한 다양화·세분화되어 가는 현대사회에서 확대되어온 행정부의 권한을 축소시킬 수 있는 구체적인 대안을 찾기가 쉽지 않다는 점도 부인할 수 없는 사실이다. 그러나 이러한 현실은 국민의 기본권에 대한 새로운 위협이 조성되고 이에 대한 법적 대책이 강구되어

야 한다는 당위의 출발점이 된다. 고전적인 3권분립의 붕괴가 국가권력 상호간의 견제와 균형의 필요성 자체에 대한 부정이 아니라면 이와 관련된 헌법재판의 적극적인 대응이 요망되고 있는 것이다.

우리 나라 헌법 제75조는 “법률에 구체적으로 범위를 정하여” 라고 하여 위임입법의 범위와 한계를 설정하고 있다. 이에 따라서 입법권의 위임은 법률에 근거가 있어야 하며, 위임의 내용·목적 및 범위가 법률에 구체적이고 명확하게 규정되어 있어야 한다는 원칙이 도출된다. 그러나 과연 위임입법의 근거법률, 즉 수권법은 과연 얼마나 구체적으로 범위를 정하여야 한다는 것인지, 입법권위임의 구체성을 판정할 객관적 기준은 무엇인지, 또 그 기준은 모든 종류의 위임입법에 일률적으로 적용될 수 있는 보편적 내용을 갖는 것인지에 관하여 헌법규정은 실무상 적용가능한 정도로 분명한 지침을 제시하지는 못하고 있다. 그렇다면 우리 나라 헌법이 설정하고 있는 위임입법의 한계는 과연 무엇인가. 위임입법의 한계에 관한 출발점이 되는 헌법 제75조 이외에 그 준거가 될 수 있는 헌법적 소여는 어떠한 것들이 있는가. 현실적으로 조세법분야에 있어 많은 수의 위임명령들이 헌법상 위임입법의 한계를 위반하여 제정·시행되고 있다는 혐의를 받고 있고 반면 조세분야나 고도의 전문 기술적 성질을 띤 과학 기술관련분야에 있어 전통적인 위임입법의 한계원리를 그대로 적용하는 것은 타당하지 않으며, 오히려 이 경우 행정부에게 독자적인 입법형성의 여지를 인정해야 한다는 주장도 드물지 않게 표명되고 있다. 그러한 경우 조세행정의 특수여건을 시인해야 하는가 아니면 헌법의 일반원리를 그대로 관철시켜 다수의 조세

법령에 대한 위헌선언을 감행해야 하는가. 반면 죄형법정주의의 요청이 지배하는 형벌법규에 있어 처벌규정의 위임문제는 어떻게 처리해야 하는가. 이처럼 많은 문제들이 미해결로 남아 있다. 이와 같은 위임입법의 한계에 관한 법적 불확실성을 해소하는 문제는 향후 21세기의 도전을 헤쳐나감에 있어 필수적으로 요구되는 법치국가적 기반구조(rechtsstaatliche Infrastruktur)를 조성하기 위하여 반드시 해결해야 할 과제인 것이다. 이 과제를 수행하기 위해서는 헌법의 관련조항 몇 개를 형식적으로 해석해 내는 것만으로는 부족하며, 우리 나라 헌법에 대한 전체적·구조적 해석이 필요하다. 또한 다른 주요외국에서의 이론과 실재를 비교·분석함으로써 그로부터 적실성 있는 교훈을 도출하여 우리 나라 헌법의 해석·적용에 활용하려는 비교공법적 접근방식이 요구된다.

본 연구는 현대행정국가에 있어 입법, 행정, 사법의 불가결한 구성부분이 되어 있는 위임입법의 한계에 대한 미국, 독일, 프랑스, 일본 등 각국의 헌법, 판례 및 학설을 비교·분석함으로써 우리 나라 헌법의 해석·적용을 위한 이론적 가능성과 준거틀을 제시하고 헌법재판의 실제에 응용될 수 있는 법리적 기초를 마련하는데 목적을 두고 있다.

2. 연구의 범위와 방법

2.1. 연구의 범위

본 연구의 범위는 무엇보다도 연구의 대상이 되는 주제를 분명히 함으로써 설정될 수 있다. 연구대상을 한정해주는 개념요소들은 이를 크게 ‘위임입법’과 ‘위임입법의 한계에 대한 헌법적 기준’으로 나누어 살펴볼 수 있다.

위임입법 : ‘위임입법’이란 실정법상 정의된 용어라기보다는 학문상의 개념이라 할 수 있다. 그러나 똑같이 ‘위임입법’이라는 용어를 사용하는 경우에도 그 의미내용이 반드시 동일하지 않을 수 있다. 따라서 그 의미내용을 분명히 함으로써 논의의 범위를 한정할 필요가 있다. 우선 ‘위임입법’이란 문자 그대로 위임받은 입법권을 행사하는 것, 즉 위임된 입법권에 의거하여 이루어지는 입법을 말한다. 이것은 본래적 입법권자인 의회에 의한 입법과 대조되는 개념이라 할 수 있다. 위임입법이란 용어를 이렇게 넓게 이해한다면 그 위임의 근거, 즉 수권근거가 헌법직접적인 것과 법률에 의한 것을 구분할 수 있다. 후자의 예로는 헌법 제 64조, 제108조, 제114조 제6항 및 제113조 제2항에서 각각 국회, 대법원, 헌법재판소, 중앙선거관리위원회에게 ‘법률에서 저촉

되지 아니하는 범위 안에서’ 소정의 내부적 규율을 위한 자치입법권을 부여하고 있으며, 또 제117조 제1항에서는 지방자치단체에게 ‘법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정’을 제정할 수 있는 권한을 부여하고 있는 것¹⁾을 들 수 있다. 이는 헌법이 이들 국가기관에게 내부규율권의 형태로 일종의 자치입법권을 수권하고(수평적 권력분립의 원리) 지방자치단체에게는 자치입법권을 부여한 것(수직적 권력분립의 요구)으로 이해된다. 이것은 당해 헌법규정자체를 수권근거로 하여 입법권의 헌법적 위임이 이루어졌음을 의미하지만, 동시에 각각의 규율사항의 범위가 한정되어 있고 ‘법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서’ 또는 ‘법령의 범위 안에서’라는 허용한계가 규정되어 있다는 점에서 입법의 한계가 헌법직접적으로 설정된 결과라고 할 수 있다. 그러나 이러한 의미의 ‘헌법직접적 수권’은 본래적 입법권을 지닌 입법권자의 존재를 전제로 하여 그것을 다른 주체에게 위임하여 행사되도록 하는 통상적인 의미의 ‘위임’입법은 아니다. 따라서 그 적용범원리도 통상적인 위임입법의 경우와는 많은 차이를 보인다.

통상적인 의미의 위임입법은 국회의 입법권을 전제로 하여 국

1) 이와 관련하여 법률이 대통령령이나 총리령, 부령 외에 조례로 정할 것을 위임하는 경우, 즉 조례에 의한 위임입법의 한계가 문제될 수 있다. 이에 관하여는 조례에 의한 위임입법의 한계에 관해서는 일면 조례가 법령의 하위규범이라는 점에서 헌법 제75조의 규정을 유추 적용하는 문제, 타면 조례의 자치입법적 성격을 고려하여 헌법 제75조에서 설정된 기준보다도 더 포괄적인 위임을 허용할 수 있을 것인지 여부 등이 논의될 수 있다. 그러나 이 문제는 별도의 연구를 통하여 해명되는 것이 바람직하므로 본 연구에서 상세히 논의하지는 않을 것이다.

회가 그 입법권을 ‘법률적 위임’의 형태로 행정부 등 입법부이외의 국가기관에게 위임하는 것을 말하며, 그 중에서도 주로 행정부에 대한 입법권의 위임과 이에 의거한 행정부의 입법, 즉 법규명령제정이란 의미의 ‘행정입법’(Administrative Rechtssetzung)을 말하는 것으로 이해되고 있다. 본 연구는 바로 이러한 통상적 의미에서의 ‘행정입법’으로서의 위임입법을 대상으로 한다. 따라서 앞으로 ‘위임입법’이라는 용어는 바로 통상적인 의미에서의 ‘위임입법’을 의미하는 것으로 사용될 것이다. 다만, 헌법직접적 위임입법 역시 관련되는 부분에서 적절히 취급될 것이다.

한편 앞에서 본 통상적인 의미에서의 위임입법이란 용어 또한 양면적인 의미로 사용될 수 있다. 먼저 위임입법은 국회입법의 원칙을 규정한 헌법 제40조를 토대로 국회가 행정부에게 국회의 입법권에 속하는 사항을 법규형태로 규율할 수 있는 권한을 위임하고(‘입법권의 위임’) 이에 따라 행정부에 의하여 위임된 입법권이 행사되는 것을 의미하는 동태적인 개념으로 사용될 수 있다. 이 경우 위임입법이란 의회입법 또는 국회입법에 대조되는 개념이다. 반면 위임입법이란 용어는 입법권의 위임을 받아 행정부가 제정한 일반추상적인 법규명령을 의미하는 정태적인 개념으로도 사용되고 있다. 이 경우 위임입법이란 강학상 법규명령과 동일한 개념으로서 앞에서 말한 위임입법과정의 산물을 의미하는 것이라 할 수 있다. 이러한 의미의 위임입법의 유형으로 현행 헌법은 법률종속적 명령으로서 위임명령을 인정하고 있다(헌법 제75조).²⁾ 여기서 위임명령이란 법률에 의하여 위임받

2) 그밖에도 헌법은 법규명령을 발령권자에 따라 대통령령(헌법 제75조)·총리령·부령(헌법 제95조) 등으로 나누어 규정하고 있다. 헌법 제107조 제2항에

은 사항을 정하는 일종의 법률보충적 명령으로서 위임을 받은 범위 내에서는 새로운 입법사항을 정할 수 있다.³⁾

위임입법의 한계에 대한 헌법적 기준 : 따라서 ‘위임입법의 한계’라고 할 때에도 문제는 앞에서 본 동태적 측면과 정태적 측면 양면에서 파악될 수 있다. 즉 전자의 경우 위임입법의 한계란 입법권의 위임과 이에 따른 위임된 입법권의 행사의 한계라는 문제가 될 것인데 비하여, 후자의 경우에는 그러한 입법권의 위임과 위임입법권의 행사를 통하여 산출된 법규명령의 한계가 문제될 것이다. 위임입법의 헌법적 한계가 문제되는 거시적인 맥락에 비추어 볼 때 이들 양측면중 어느 한쪽을 경시하는 것은 타당하지 않다. 그러나 후자의 경우 일반적인 법규범의 한계, 규범상호간의 효력, 그리고 법규명령제정과정 및 절차 등이 문제된다는 점에서 위임입법 자체에 대한 헌법적 한계에 관한 본 연구의 인식관심과는 다소 거리가 있는 것이 사실이다. 물론 위임입법의 통제에 관한 문제영역에서는 후자의 경우도 함께 다루어지지 않을 수 없겠지만, 위임입법의 헌법적 한계에 관해서

규정된 명령이란 바로 이와 같은 법규명령을 말한다.

- 3) 이러한 의미의 위임명령과 대조되는 법률하위명령으로서 집행명령을 들 수 있다. 집행명령은 문자 그대로 법률의 범위 내에서 이를 시행하기 위하여 필요한 세부적·기술적 사항을 정하기 위하여 발하는 명령으로서 헌법 제75조의 규정에 의한 ‘법률을 집행하기 위하여 필요한 사항’에 관한 대통령령이나 헌법 제95조의 규정에 의한 직권명령이 이에 해당한다. 헌법 제75조와 제95조에 의한 집행명령은 위임명령과는 달리 새로운 입법사항을 정할 수 없으나, 별도로 법률의 명문의 수권이 없더라도 행정에 고유한 법집행권에 의하여 발해질 수 있다.

는 후자의 문제를 일단 제외하고 논의를 진행시키는 것이 합목적적이라고 본다.

반면 위임입법의 한계에 관한 ‘헌법적 기준’이란 헌법의 명시적 규정이나 전체적 해석(Gesamtinterpretation)을 통하여 위임입법에 부과되고 있는 한계가 무엇이나 하는 문제라 할 수 있다. 따라서 그 한도 내에서 본 연구의 대상은 주로 헌법해석론적 과제에 국한되는 것이라 할 수 있다. 따라서 위임입법의 현실적 한계나 국제법적인 한계 등과 같은 문제는 적어도 헌법적 차원에 연관되지 않는 한 논의의 대상에서 배제될 것이다. 문제는 우리 나라 헌법이 위임입법을 어디까지 허용하고 있으며 또 그것에 어떠한 제한을 가하고 있는가를 파악하는데 있다. 이 문제를 해결하기 위하여 비교헌법론적 관점에서 다른 나라의 입법례나 학설·판례에 대한 비교고찰이 필요함은 물론이다.

2.2. 연구의 방법

본 연구는 주로 문헌조사와 비교공법론적 접근방법에 의하여 위임입법의 헌법적 조건과 한계에 관한 미국, 독일, 일본의 판례와 학설을 비교검토하고 이를 기초로 우리 나라 헌법의 해석을 시도함으로써 위임입법의 기준 및 한계를 규명해 나가고자 한다. 이러한 접근방법과 아울러 위임명령의 한계와 관련한 법 및 행정현실에 대한 고려가 이루어질 것이다.

II. 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준

1. 위임입법의 헌법적 한계

1.1. 헌법규정의 분석

현행헌법상 위임입법의 한계에 관련된 규정들을 일별해 보면 우선 위임입법의 일반적 한계에 관한 규정은 없으며, 그 주된 유형의 하나인 대통령령에 관한 규정(헌법 제75조)과 총리령·부령에 관한 규정(헌법 제95조)이 사실상 위임입법의 헌법적 허용 및 한계에 관한 일반법적 근거로서 역할을 수행하고 있다고 할 수 있다. 헌법은 제75조에서 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정하는 한편, 제95조에서는 “국무총리 또는 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임 또는 직권으로 총리령 또는 부령을 발할 수 있다”고 규정함으로써 일반적으로 대통령령과 총리령·부령의 발령근거와 조건 및 한계를 정하고 있는 것이다. 헌법 제75조의 규정에 따라 ‘법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여’ 발하는 대통령령과 헌법 제95조의 규정에 따라 ‘직권으로’ 발하는 총리령 또는 부령은 이를 법률 또는 상위법령의 위임 없이도 발령될 수 있는 집행명령으로 이해하는 것이 일반적

이다. 따라서 연구의 대상인 위임입법에 속하지 않기 때문에 별도로 논의하지 아니하며, 위임입법으로서의 총리령·부령 역시 위임입법에 해당하는 것이기는 하지만, 논의의 경제를 위하여 별도로 다루지 않는다.

한편 헌법 제75조에 의한 일반적 한계기준 외에도 헌법은 다시 개별조항에서 위임입법의 한계에 대하여 중요한 법적 의미를 지닌 기준들을 규정하고 있는데, 가령 적법절차와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조라든지 조세법률주의를 규정한 헌법 제59조 또는 행정조직법정주의를 규정한 헌법 제96조 등이 그 예이다.

그 밖에도 헌법은 ‘법률이 정하는 바에 의하여’, ‘~은 법률로 정한다’, ‘법률로써 ~할 수 있으며’, ‘법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서’, ‘법령의 범위 안에서’ 등과 같은 형태로 위임입법의 헌법적 한계에 관련된 규정들을 두고 있는데 그중 대부분은 ‘법률유보’, (전속적) ‘법률사항’ 또는 ‘입법사항’에 해당하는 것들과 위임입법에 대한 헌법직접적인 한계규정들이다.

이들 중 헌법직접적 수권에 의한 입법에 해당하는 대표적인 경우에는 헌법상 인정된 각종 자치입법권의 경우를 들 수 있다. 가령 헌법은 제64조에서 국회에게 ‘법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 의사와 내부규율에 관한 규칙’을 제정할 수 있는 권한을 부여하고 있고, 제108조에서 대법원에게 ‘법률에서 저촉되지 아니하는 범위 안에서 소송에 관한 절차, 법원의 내부규율과 사무처리에 관한 규칙’을 제정할 수 있는 권한을, 제113조 제2항에서 헌법재판소에게 ‘법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 심판에 관한 절차, 내부규율과 사무처리에 관한 규칙’을 제

정할 수 있는 권한을, 제114조 제6항에서 중앙선거관리위원회에게 ‘법령의 범위 안에서 선거관리·국민투표관리 또는 정당사무에 관한 규칙’과 ‘법률에 저촉되지 아니하는 범위 안에서 내부규율에 관한 규칙’을, 그리고 제117조 제1항에서 지방자치단체에게 ‘법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정’을 제정할 수 있는 권한을 부여하고 있는데, 이러한 헌법직접적 입법권의 수권과 이에 따른 입법은 통상적인 의미에서의 위임입법의 경우와는 사뭇 다르며, 따라서 통상적인 위임입법과는 상이한 법리가 적용될 여지가 있다.

한편 이러한 헌법직접적 수권규정이면서 동시에 국회의 전속적 입법사항 또는 법률사항에 해당하는 규정들로는 기본권제한의 법률유보를 규정한 헌법 제37조 제2항과 이미 앞에서 지적한 바와 같은 조항들(죄형법정주의, 조세법률주의 또는 행정조직법정주의를 규정한 조항들)을 위시한 각종 법률유보조항들을 들 수 있다. 이들 규정 역시 위임입법의 간접적 한계를 구성할 수 있다. 일반적으로 ‘법률사항’이란 헌법이 법률로 정할 것을 규정한 사항을 의미하는 것으로 이해되고 있으며, 이렇듯 규율을 ‘법률에 맡겼다’는 의미에서 ‘법률유보’(Gesetzesvorbehalt)의 개념⁴⁾과 동일시될 수 있다. 헌법 제37조 제2항의 규정⁵⁾이나

-
- 4) 이는 법치행정의 원리의 구성요소인 ‘법률의 유보’(Vorbehalt des Gesetzes) 원리와는 구별되어야 한다.
- 5) 이를 ‘기본권제한적 법률유보’인 동시에 ‘일반적 법률유보’로 파악하고 있는 것이 일반적이다(권영성, 앞의 책, 366-367; 허영, 앞의 책, 274-275). 한편, 허영교수는 “‘법률유보’는 그것이 이념적으로 ‘기본권제한의 한계’적인 의미를 갖는 것이지, 절대로 ‘기본권제한의 수권’적인 의미를 갖는 개념형식이 아니라는 점”을 강조하면서 “우리 헌법 제37조 제2항은 그 규정형식상 ‘일반적인

죄형법정주의나 조세법률주의 역시 이러한 의미에서의 ‘법률사항’ 또는 ‘법률유보사항’에 속한다고 볼 수 있다. 그러나 같은 법률사항이라고 하더라도 헌법이 그 사항을 법률로 정하도록 한 취지나 근거는 한결같지 않다. 이를 그 효과 측면에서 분류한다면 대체로 국민의 권리와 자유를 제한하는 사항에 관한 것(침해영역)과 국민의 권리를 형성하거나 부여하는 사항(급부영역), 그리고 국민에 대하여 직접적 효과를 미치지 않는 사항에 관한 것(정책영역 또는 국가형성적 영역)으로 나눌 수 있을 것이다. 이러한 분류는 각각 기본권제한적 법률유보와 기본권형성적 법률유보, 그리고 기타의 법률유보에 해당하는 것으로서, 후술할 예정이지만 헌법재판소의 판례 역시 침해영역과 급부영역간에 그 법률유보의 성질 또는 입법권자의 입법책무의 차이와 이에 따른 위임입법의 기준·한계에 대한 차별적 영향을 시인하고 있다. 여기서 적어도 헌법 제37조 제2항과 죄형법정주의, 조세법률주의 등을 규정한 헌법조항들은 법치국가원칙의 최소한의

법률유보’처럼 보이지만, ‘기본권의 법률유보’에 내포되고 있는 순기능을 특히 강조하는 형식의 문구를 채택하고 있기 때문에, 그 내용상으로는 ‘기본권제한 입법의 한계’를 네 가지 차원에서 강조하고 있다고 할 것”이라고 기술하고 있다. 이러한 논의는 기본권제한의 한계라는 법률유보의 순기능적 측면을 강조했다는 점에서 지당한 것이라 할 수 있다. 다만, 헌법 제37조 제2항을 ‘일반적 법률유보’이면서 동시에 기본권제한의 한계를 규정한 것이라고 보는 것이 일반적이고 타당한 이상, 이러한 입장과 동 조항을 ‘기본권제한의 수권’으로 보는 입장과는 이미 양립되지 않는 것이다. 또한 기본권제한적 법률유보와 기본권형성적 법률유보의 상위개념인 ‘법률유보’는 중성적인 귀속규정에 불과한 것이어서 경우에 따라 수권규정으로 해석될 여지가 있는 것은 사실이지만, 그렇다고 반드시 ‘필요하다면 법률로써 제한할 수 있다’는 의미의 외연이 수반되는 것은 아니다.

핵심을 구성하는 것이므로 그 밖의 법률사항에 관한 헌법규정들과는 그 취지나 헌법원리적 성질을 달리 하는 것으로 보아야 할 것이다. 또한 급부영역에 관한 법률사항 역시 우리 나라 헌법상 사회국가원칙 또는 복지국가원칙을 어떻게 파악하느냐에 따라 또는 사회적 기본권의 성질을 어떻게 파악하느냐에 따라 그 의미나 규범적 성질이 달라질 수 있는 것이고 또 여기서 상세히 논할 수는 없지만, 적어도 헌법 제10조에 의한 인간의 존엄과 가치를 확보할 수 있는 최저한의 생존을 보장하기 위한 권리들은 ‘사회적’ 법치국가의 구성요소에 해당하는 것이라고 보아야 할 것이다. 이렇게 볼 때 헌법상 사회적 법치국가의 본질적 구성요소를 이루는 법률사항과 그 밖의 법률사항을 각각 헌법원리적 사항과 헌법정책적 사항으로 구별하여 위임입법의 한계를 논의하는 것도 충분히 의미 있는 일이라고 할 수 있다.

이러한 헌법규정들을 바탕으로 위임입법의 헌법적 한계에 관한 일반적 내용을 살펴보고, 이어서 위임입법의 헌법적 한계에 대한 주요한 기준이나 원리들을 도출하여 검토한 뒤, 이들 기준 또는 원리들 상호간의 관계를 논의하기로 한다.

1.2. 위임입법의 헌법상 한계 일반론

앞에서 살펴 본 바와 같은 헌법규정들을 바탕으로 하여 위임입법의 한계원리를 도출해 보면 다음과 같다. 먼저 대통령령과 총리령·부령의 발령근거와 조건 및 한계를 정하고 헌법 제75

조와 제95조는 위임입법의 한계에 관한 일반적 기준으로 이해된다. 이에 따른 위임입법의 한계는 특정적 수권의 원칙, 즉 범위 한정적·구체적 위임의 원칙에 의한 한계라 할 수 있다. 그것은 우선 수권법률, 즉 모법의 존재가 필요하다는데서 오는 위임입법의 한계, 위임입법의 범위와 구체성에 관한 허용요건의 한계(명확성원칙 : Bestimmtheitsprinzip)⁶⁾를 포함한다. 전자는 수권법(모법)이 있어야 위임입법이 가능하다는 의미의 한계(Ob)인데 비하여 후자는 수권법의 존재를 전제로 한 수권요건의 명확성에 관한 한계(Wie)라고 할 수 있다. 그러나 이들 규정, 특히 헌법 제75조를 위임입법의 일반적 한계에 관한 자기완결적 규정으로 볼 수는 없다. 이들 규정의 배후에는 위임입법의 허용 여부를 결정해 주는 보다 근본적인 헌법적 소여(Gegebenheit)가 존재하고 있기 때문이다. 이를 크게 세 가지 유형으로 나누어 살펴보면 다음과 같다.

첫째, 헌법의 전체적 해석을 통하여 도출되는 법치국가원칙 또는 법치행정의 원리⁷⁾를 구성하는 요소인 「법률의 유보」

6) 이것은 헌법 제37조 제2항의 기본권제한법률의 명확성원칙과 함께 일반적·법이론적 명확성원칙이 구체화된 유형의 하나라고 할 수 있다. 일반적·법이론적 명확성원칙에 관하여는 Hans-Jürgen Papier, Der Bestimmtheitsgrundsatz, Steuerrecht und Verfassungsrecht(Hrsg. v. Karl Heinrich Friauf), 1989, 61-78; Ulrich M. Gassner, Gesetzgebung und Bestimmtheitsgrundsatz, Zeitschrift für Gesetzgebung, 1/1996, 37-56 등을 참조.

7) 현행헌법에는 법치주의에 관한 직접적인 명문규정은 없다. 그러나 헌법전문, 평등원칙을 규정한 제11조, 인신의 자유를 규정한 제12조 제1항, 경제질서의 기본원칙을 규정한 제119조 제1항, 적정한 소득분배를 규정한 제119조 제2항, 인간다운 생활을 할 권리를 규정한 제34조 제1항, 권력분립주의에 관한 제40조, 66조 제4항, 제101조 제1항, 포괄적 위임입법의 금지를 규정한 제75조,

(Vorbehalt des Gesetzes) 원리로부터 위임입법의 한계가 도출될 수 있다. 이것은 위임입법의 ‘법치주의적 한계’로서 이를 법치주의를 통해 표현된 ‘헌법원리적 한계’라고 부를 수 있을 것이다. 「법률의 유보」란 행정이 법률에 의한 수권을 받은 때에만 행동할 수 있다는 원칙을 말하는 것으로 이해된다. 법률의 유보는 행정법의 모든 분야에 대해 적용되는 법률의 우위와는 달리, 적용범위 또는 효력범위(Reichweite)에 제한이 있다는 데 대해서는 학설과 판례에 거의 이견이 없다. 그러나 법률의 유보가 어디까지 미칠 것인가에 대하여는 오래 전부터 다양한 학설이 대립되어 왔다. 여기서 그 학설상황을 전부 논의할 수는 없다.⁸⁾ 어떤 입장에서든지 간에 일정한 사항에 관해 행정권을 발동하려면 법률의 근거가 요구된다고 보는 결과 막바로 그러한 사항에 관해서는 반드시 의회입법권자가 법률을 제정해야 한다는 의미에서 ‘입법의무’가 도출된다고는 볼 수 없다. 그러나 법률의 유보를 어떻게 이해하느냐에 따라 일정한 사항에 관하여는 의회입법권자의 법률제정이 요구된다는 결론이 나올 수는 있다. 특히 대부분의 국내문헌에서 소개되고 또 지지를 받아 온 본질성설(Wesentlichkeitstheorie)을 취하는 경우가 그 대표적인 경우이다.⁹⁾ 본질성설을 취하지 않는다 하더라도 유사한 결과가 나올

위헌법률심사제를 규정한 제107조 제1항 그리고 명령·규칙의 사법심사를 규정한 제107조 제2항 등, 여러 헌법조항에서 실질적 법치주의의 본질적 구성요소와 구현방법들이 규정되고 있다. 이 중 특히 제107조 제2항은 법치행정을 법원에 의한 사법심사에 의해 보장하려는 것으로서 법치행정의 원리에 관한 가장 직접적인 헌법적 근거로 간주된다(홍준형, 행정법총론, 1994, 56).

8) 상세한 것은 홍준형, 전제서, 59-66을 참조.

9) 허영, 『한국헌법론』, 1994, 932. 이것은 독일 연방헌법재판소가 이른바 사

수 있음은 물론이다. 가령 침해유보설에 입각할 경우 국민에게 권리를 제한하거나 의무를 부과하는 침해작용을 하려면 반드시 사전에 제정된 법률에 의해야 하므로 이를 행정입법에 위임할 수 없다는 결론이 도출될 수 있다. 이는 법률의 유보의 적용범위에 관한 이론이 입법부와 행정부, 또는 법률과 법률이외의 법형식 간에 관할영역을 배분하는 기능을 가지는데서 오는 결과이다. 본질성설에 따르면 법률의 규율이 요구되는 본질적인 사항에 관한 한 위임입법도 원칙적으로 허용되지 않는다는 결론이 나오게 된다.¹⁰⁾ 물론 이러한 본질성설의 입장에 서는 경우에도 법률제정에 의한 입법권자의 규율의 정도는 사안에 따라 상이한 것이므로(유동적 공식) 언제나 일률적으로 일정한 사항에 관해 서는 위임입법이 금지되는 결과가 되는 것은 아니다. 그러나 적어도 헌법이 입법권자에게 요구하는 규율밀도에 해당하는 범위 내에서는 위임입법의 허용성이 부정된다고 볼 수 있으며, 그러한 의미에서 이를 법률유보에 따른 위임입법의 한계라고 볼 수

레벨 접근방식(Kasustik)에 의해 발전시킨 이론으로서, 국내헌법에서는 대체로 본질성설 또는 중요사항유보설이라 불리고 있다. 이에 따르면 모든 중요한 결정은 의회에 유보되어 있다고 한다(소위 의회유보: Parlamentsvorbehalt). 여기서 본질성의 기준은 간혹 일반적으로 추측되듯이 사물의 본질(Natur der Sache)이 아니라 하나의 규율이 일반공중이나 시민에게 얼마나 중요하고 기본적인가, 결정적인가에 두어지고 있다. 즉 본질성이란 하나의 확정적인 개념이 아니라 오히려 일종의 ‘유동적 공식’(Gleitformel)이다. 이 이론은 특히 기본권관련성이란 중요한 계기를 강조했다는 점에서 일단 그 현실적 타당성을 인정받을 수 있다. 그러나 그 본질성의 구체적 윤곽을 명백히 해야 한다는 문제점을 지닌 것으로 비판되고 있다.

10) 가령 김용설, “급부행정의 법률유보에 관한 연구”, 『법제연구』 제9호(한국법제연구원, 1995), 228.

있을 것이다.

기본권제한의 법률유보를 규정한 헌법 제37조 제2항과 죄형법정주의, 조세법률주의를 규정한 헌법조항들은 바로 이러한 헌법원리적 한계가 구체화된 것이라고 볼 수 있다. 즉 헌법 제37조 제2항은 기본권제한에 관하여, 제12조 제1항 제2문, 제13조 제1항·제2항은 형사처벌에 관하여, 제59조는 조세부과에 관하여 각각 법률의 유보원리를 반영한 결과이기 때문이다.

먼저 기본권제한은 반드시 법률로써 하도록 한 헌법 제37조 제2항의 경우를 본다면, 위임입법에 의한 기본권제한은 헌법 제37조 제2항에 정면으로 위배되는 결과가 된다. 즉, 기본권은 헌법 제37조 제2항의 규정에 의한 기본권제한사유가 존재하는 경우에도 반드시 국회가 제정한 형식적 의미의 법률에 의해서만 제한될 수 있으며, 법률하위명령, 즉 행정상 입법에 의해서는 제한될 수 없다는 것이다. 또한 기본권을 제한하는 법률은 명확해야 한다는 것(명확성의 원칙)이 헌법 제37조 제2항에 관한 일반적인 해석이다.¹¹⁾ 반면 기본권을 제한하는 법률이 헌법 제75조와 제95조가 정하는 기준에 따라 일정한 사항을 대통령령 등 법률하위명령에 위임하는 것은 헌법 제37조 제2항에 비추어 허용된다고 볼 것인가가 문제된다. 이에 관한 상세한 논의는 찾아보기 어렵지만 대체로 긍정적으로 새기는 것이 일반적이다.¹²⁾ 그러나 기본권을 제한하는 법률이 명확해야 한다면 명확성의 원칙에 의해 지배되는 한도 내에서는 위임입법이 허용되지 않는 것으로 볼 수밖에 없을 것이다. 가령 기본권을 제한하는 법률이

11) 가령 권영성, 『헌법학원론』, 1994, 370.

12) 권영성, 같은 곳.

제한대상 기본권을 구체적으로 적시하지 않거나 제한의 내용을 직접 규정하지 않는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 비추어 위헌이 되는데, 이것은 제한대상 기본권의 적시 및 제한의 내용에 관한 한, 입법권자의 직접적 규율이 요구된다는 것을 의미한다. 만일 법률이 제한대상 기본권을 구체적으로 적시하지 않거나 제한내용을 직접 규정하지 않고 이를 법률하위명령에 위임한다면 이는 헌법 제75조 까지 갈 필요 없이 헌법 제37조 제2항에 위배되는 것으로서 위헌이라고 보아야 한다. 죄형법정주의, 조세법률주의 등과 같은 헌법원칙에 관해서도 마찬가지로 결론이 나온다. 즉 이들 분야에 있어 법률에 의한 직접적 규율을 요구하는 헌법규정들은 입법권자의 법률제정에 대한 규율밀도를 설정하는 것일 뿐만 아니라 그 한도 내에서 위임입법의 한계를 정한 것이기도 하다. 가령 죄형법정주의(nullum poena sine lege)는 범죄구성요건이나 벌칙규정을 포괄적으로 위임하는 것은 금지되며, 최소한 처벌원칙, 형벌의 종류, 최고형 등에 대한 명확한 기준은 근거법률에서 규정되어야 한다는 헌법적 요구로 이해되고 있다.¹³⁾ 그렇다면 범죄구성요건이나 벌칙규정을 포괄적으로 위

13) 가령 허영, 『한국헌법론』, 1994, 340-341. 우리 나라 헌법재판소도 처벌법규를 명령에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 않으며, 다만 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건을 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 종류 및 상한과 폭을 명백히 규정해야 한다고 판시한 바 있다(헌재 1991.7.8, 91헌가4). 또 형벌법규라 하더라도 일정사항의 위임이 불가능하지는 않지만, 죄형법정주의의 원칙상 최소한도 범죄의 구성요건의 윤곽만큼은 수권규정 자체에서 예측할 수 있어야 한다고 판시했다(헌재 1993.5.13, 92헌마80).

입하거나 헌법에 따라 최소한 법률이 직접적으로 규율해야 할 사항을 법률하위명령에 위임하는 것은 위헌으로 허용되지 않는다는 결과가 나오는데, 이는 헌법 제75조에 의한 것이 아니라 어디까지나 죄형법정주의를 규정한 헌법규정들(제12조 제1항 제2문, 제13조 제1항·제2항)에 의한 것이다. 따라서 이들 헌법규정들 역시 입법권자의 법률제정에 대한 규율밀도를 설정하는 동시에 위임입법의 한계를 정한 것이라 할 수 있다.

둘째, 앞에서 본 기본권제한의 법률유보를 규정한 헌법 제37조 제2항과 죄형법정주의, 조세법률주의 등을 규정한 헌법조항들 외에 헌법이 반드시 법률로 정하도록 규정한 사항, 즉 전속적 입법사항, 즉 법률사항에 의해서도 위임입법의 한계가 성립할 수 있다. 법률의 유보원리에 의한 한계, 즉 헌법원리적 한계와는 달리, 이것은 헌법정책적 관점에서 일정한 사항을 법률로 정하도록 한 결과 설정된 위임입법의 한계라 할 수 있다. 이를 ‘헌법정책적 한계’ 또는 ‘법률사항적 한계’라고 부를 수 있을 것이다. 이 경우 법률사항에 관해서는, 그 규율밀도는 다양하게 이해될 수 있을지라도, 당해 헌법규정의 해석상 도출되는 규율밀도가 요구되는 범위에서는 위임입법이 허용되지 않는다는 의미에서 위임입법의 한계가 성립한다고 볼 수 있다. 따라서 이 경우에도 각각의 해당 헌법조항이 헌법 제75조에 우선하여 적용되며, 법률로 규정해야 할 것 이외의 사항에 대하여 위임입법이 행해지는 경우 헌법 제75조에 의한 위임입법의 한계가 적용된다.

셋째, 위임입법 역시 입법권을 위임하는 한도에서는 입법권의 행사라 할 수 있다. 따라서 일반적인 입법권의 한계에 의해 지

배된다. 헌법 제40조는 국회입법의 원칙을 규정하면서 입법권을 명시적으로 제한하고 있지는 않지만 입법권에도 일정한 한계가 있다는 것이 지배적인 견해이며, 따라서 위임입법 역시 입법권의 범위와 한계를 넘을 수 없다는 점에서 일정한 한계를 지니지 않을 수 없는 것이다. 그 결과 입법권을 위임하는 법률은 상위법우선의 원칙에 따라 헌법의 구속을 받으며, 헌법상 국민주권주의, 기본권존중주의, 권력분립의 원리에 따른 한계, 국제법상의 한계, 사실상의 한계, 시간적 한계 등의 적용을 받는다. 또한 위임입법은 그 수권규정에 의해 제정되는 위임명령을, 그것이 법률하위명령인 이상, 헌법·법률 등 상위법령에 우선시킬 수 없다는 점에서 법논리적인 한계를 가진다.

이제까지의 논의를 정리하면 다음과 같다.

첫째, 헌법 제75조(제95조와 함께)는 위임입법의 일반적 한계요인으로서 범위한정적·구체적 위임의 원칙에 의한 한계를 설정하고 있다. 둘째, 헌법 제75조 외에도 위임입법에 한계를 설정해 주는 헌법적 요인이 있는데, 그것은 헌법원리적 한계(법치주의적 한계), 헌법정책적 한계(법률사항적 한계), 입법권의 한계로부터 유래하는 위임입법의 한계 등 세 가지 측면으로 나뉜다. 헌법원리적 한계는 헌법상 법치주의 또는 법치행정의 원칙의 구성요소를 이루는 법률의 유보원리에 의한 한계, 그리고 그것이 구체화된 형태인 기본권제한의 법률유보를 규정한 헌법 제37조 제2항과 죄형법정주의, 조세법률주의를 규정한 헌법조항들을 통하여 설정되며, 헌법정책적 한계는 법치주의적 요구보다는 오히려 헌법정책적 선택에 따른 결과라 할 수 있는 법률사항으로부터 설정된다. 반면 입법권의 한계로부터 유래하는 위임입법

의 한계는 위임입법 역시 입법권을 위임하는 한도에서는 입법권의 행사이므로 당연히 입법권 일반의 한계에 의해 지배된다는 점에서 설정되는 한계요인이다. 이를 간략히 도식화해보면 다음과 같다.

헌법상 위임입법의 한계요인들

한계요인	헌법적 근거	규율의 대상
일반적 한계	헌법 75조	위임입법일반
헌법원리적 한계	<ul style="list-style-type: none"> - 헌법전문, 11조, 12조 1항, 119조, 34조 1항, 제40조, 66조 제4항, 101조 1항, 75조, 107조 등 - 37조 2항 - 12조 1항 2문, 13조 - 59조 등 	<ul style="list-style-type: none"> - 법률의 유보의 적용범위에 속하는 사항 - 기본권제한 - 형사처벌 - 조세부과
헌법정책적 한계	각 헌법조항	각 법률사항
입법권의 한계로 인한 위임입법의 한계	각 해당조항 및 근거	각 한계사항

이러한 위임입법의 한계요인들 중에서 입법권의 한계에서 유래하는 위임입법의 한계는 일반헌법이론적 논의에 맡기기로 하고, 여기서는 위임입법의 일반적 한계로서 헌법 제75조에 의한 한계와 그 밖의 개별적 한계요인들을 중심으로 검토해 보기로 한다.

2. 위임입법의 한계기준

2.1. 헌법 제75조에 의한 위임입법의 한계

2.1.1. 헌법 제75조의 해석

헌법은 제75조에서 대통령에게 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”에 관하여 대통령령을 발할 수 있는 권한과, 제95조에서 국무총리 또는 행정각부의 장에게 “소관사무에 관하여 법률이나 대통령령의 위임”에 의하여 총리령 또는 부령을 발할 수 있는 권한을 각각 부여하고 있다. 여기서 헌법 제75조가 “법률에 구체적으로 범위를 정하여”라는 조건을 설정한 것은 바로 일반적인 위임입법의 한계를 설정한 것으로 이해된다. 이에 따라 입법권의 위임은 법률에 근거가 있어야 하며, 위임의 내용·목적 및 범위가 법률에 구체적이고 명확하게 규정되어 있어야 한다는 명확성의 원칙이 도출된다. 그러나 이러한 원칙만으로는 아직 문제가 해결된 것이 아니다. 오히려 이 원칙으로 구체적으로 어떻게 적용될 것인가를 논의하는 것이 더욱 중요하다. 헌법규정은 위임입법의 근거법률, 즉 수권법은 과연 얼마나 구체적으로 범위를 정하여야 한다는 것인지, 입법권위임의 구체성을 판정할 객관적 기준은 무엇인지, 또 그 기준은 모든 종류의 위임입법에 일률적으로 적용될 수 있는 보편적 내용을 갖는 것인지에 관하여 실무상 적용할 수 있을 만큼 분명한 지침을 제시하지 않고 있기 때문이다.

헌법 제75조는 위임의 범위와 한계에 관하여 「구체적으로」

「범위를 정하여」라고 한정하고 있다. 이에 대하여 상세히 논의하고 있는 문헌은 그다지 많지 않다. 국내문헌중 이 문제를 비교적 분명히 논급하고 있는 경우를 살펴보면 다음과 같다.

김도창교수는 「위임은 개별적·구체적 수권이어야 하고, 일반적·백지적 수권은 허용되지 아니한다. “구체적으로”라는 말과 “범위를 정하여”라는 말은 중복된 느낌이 없지 않으나, 앞의 것이 뒤의 것을 다시 한정하는 것이라 보아야 할 것이다. 즉 “구체적으로”라는 말은 상위법이 범위를 정하는 경우에 일반적·포괄적 입법사항을 일임하는 것과 같은 골격입법이 되어서는 안 된다는 뜻이라 하겠다. 그러므로 “범위를 정하여”는 위임명령의 일반적인 횡적 한계를, 그리고 “구체적으로”는 그 종적 한계를 의미하는 것이라고 할 수도 있겠다. 다만 실제문제로는 이러한 한계가 명백치 않을 때가 많다.」고 기술하고 있다.¹⁴⁾ 권영성교수 역시 김도창교수의 논의를 인용하면서 “구체적으로라는 것은 추상적이어서는 아니 된다는 의미이고, 범위를 정한다는 것은 포괄적·전면적이어서는 아니 된다는 의미이다. 양자는 중복되는 감이 없지 않지만, 「구체적으로」라는 것이 위임의 종적 한계를 정한 것이라면 「범위를 정하여」라는 것은 위임의 횡적 한계를 한정하는 것이라 할 수 있다”고 서술하고 있다.¹⁵⁾ 또한 김동희교수도 “헌법은 ‘구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’에 관하여서만 위임명령을 발할 수 있다고 규정하여, 법률에 의한 포괄적·일반적 수권을 금하고 있다. 즉, 법률에 의한 수권은 개별적·구체적이어야 하고, 포괄적 내지는 백지위임식 수권

14) 김도창, 행정법론(상), 1992, 314.

15) 권영성, 『헌법학원론』, 법문사, 1994, 1020.

은 허용되지 아니하는 바, 원칙적으로 법률에 의한 수권에 있어서는 행정입법의 규율대상·범위 등에 관하여 구체적으로 정하여, 누구라도 행정입법에 의하여 규율될 내용의 대강을 합리적으로 예측할 수 있는 것이어야 할 것”이라고 지적하고 있다.¹⁶⁾

한편 이처럼 「구체적으로」라는 구절과 「범위를 정하여」라는 구절을 별개의 기준으로 새겨 각각 위임의 종적 한계와 횡적 한계를 한정하는 것으로 보는 견해와는 약간의 뉘앙스를 풍기는 서술들이 나타나고 있다. 즉 양자를 명확히 구별하지 않고 한꺼번에 위임입법의 한계를 설정한 것으로 보는 입장이다. 가령 김남진교수는 헌법 제75조가 “법률에 구체적으로 범위를 정하여”라고 규정한 것은 “그 수권규정에서 행정입법의 규율대상·범위·기준 등을 명확히 하여야 함을 의미하며, 따라서 일반적·포괄적 위임은 허용되지 않는다”고 기술하고 있으며,¹⁷⁾ 홍정신교수는 “헌법 제75조는 ‘법률에 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항’만을 위임명령으로 정할 수 있게 하는 바, 이는 포괄적 위임의 금지 내지 골격입법의 금지를 의미한다고 본다. 말하자면 포괄적 위임은 입법권의 포기를 뜻하는 것으로 보아 금지된다. 여기서 구체적이란 대상이 특정되어야 할 뿐만 아니라 그 기준도 명확하여야 함을 의미한다”고 기술하고 있다. 허영교수 역시 “우리 헌법(제75조 전단)도 위임명령은 ‘구체적으로 범위를 정한’ 개별적·구체적 사항에 관한 것이어야 한다고 위임명령의 한계를 명시하고 있다”고 기술하고 있다.¹⁸⁾

16) 김동희, 『행정법 I』, 1996, 132-133.

17) 김남진, 행정법 I, 1995, 168.

18) 허영, 『한국헌법론』, 박영사, 1994, 932.

그러나 이러한 논의방식의 차이에도 불구하고 헌법 제75조가 위임입법의 일반적 한계를 설정한 것이며 일반적·포괄적 위임을 금지하는데 그 취지를 둔 것이라는 데 대하여는 이론이 없는 것으로 보인다.

사실 헌법 제75조의 입법배경으로부터 과연 ‘구체적으로’ 및 ‘범위를 정하여’란 개념들이 엄밀히 인식되어 재단된 것이라고 볼 수 있는지는 불분명하고, 오히려 그러한 개념들을 분간하지 않은 채 단지 일상적 언어관행에 따라 ‘구체적으로 범위를 정하여’라는 규정을 작성했을 가능성이 없지 않을 것으로 생각되며, 또 실제로 이들 개념간의 한계가 명백치 않을 때도 적지 않은 것도 사실이다.¹⁹⁾ 그러나 헌법 제75조의 규정을 해석함에 있어 「구체적으로」라는 구절과 「범위를 정하여」라는 구절을 서로 명확히 구별하지 않고 전체적으로 이해하는 것은 적어도 현행법해석의 차원에서는 그리 현명한 태도라고 볼 수 없다. 왜냐하면 ‘구체적’이란 개념은 사안, 즉 규율대상에 관련되는 것으로서 ‘추상적’이란 개념에 대조되는 것이며, ‘범위를 정하여’란 양적 한정을 의미하는 개념으로서 ‘일괄적’ 또는 ‘포괄적’이란 개념과 대조되는 것이기 때문이다. 여기서 ‘범위를 정하여’란 구절을 반드시 규율상대방의 특정성, 즉 수적 기준여하에 따라 ‘일반적’에 대응하는 ‘개별적’이란 개념으로 파악할 수 있을지는 의문이며, 위임입법의 범위가 무제한적으로 확대되면 결국 입법권을 포기하는 것과 마찬가지로 결과를 가져올 것이므로 이를 제한하려는 헌법 제75조의 규범목적에 비추어 볼 때 대체로 전체와 부

19) 김도창, 행정법론(상), 1992, 314.

분, 일반성과 개별성을 기준으로 볼 때 전부위임과 일반위임을 부정하는 개념으로 이해할 수 있을 것이다.²⁰⁾ 이러한 해석은 이 조항의 변천과정이 시사하는 의미와도 부합된다. 즉 제3공화국 이전까지 ‘일정한 범위를 정하여’라는 구절이 그때부터 ‘구체적으로 범위를 정하여’라는 구절로 바뀐 것은 결국 위임입법에 대한 제한을 강화시키려는 입법취지로 이해될 수 있기 때문이다.

현행헌법 75조는 그 내용에 있어 그 동안 수 차례의 헌법개정을 통하여 거의 근본적인 변화를 겪지 않고 유지되어 왔다. 즉 건국헌법 제58조는 “대통령은 법률에서 일정한 범위를 정하여 위임을 받은 사항과 법률을 실시하기 위하여 필요한 사항에 관하여 명령을 발할 수 있다”고 규정하고 있었다. 이 조항의 제정취지에 대하여 유진오교수는 “근대의 법치주의는 국민의 권리의무에 관한 규정은 법률로써 정하는 것을 원칙으로 하나 복잡한 권리의무관계를 일일이 법률로써 정하는 것은 도저히 불가능하므로 법률은 그의 대강만을 정하고 상세한 규정은 명령에 위탁하는 것이 편리하기 때문에 각국은 위임명령제도를 채용함을 통례로 하고 있다. … 위임은 일반적 위임과 개별적 위임으로 논을 수 있는데 일반적 위임은 법률에서 일정한 범위를 정하지 않고 특정한 기관에 입법의 권한을 부여하는 것을 말하며 개별적 위임은 법률에서 특히 일정한 범위를 정하여 특정한 기관에 입법의 권한을 부여하는 것을 말한다. 그

20) 여기서 ‘구체적’이란 사안(Sachverhalt)의 특정성을 기준으로 볼 때 ‘추상적’과 대조되며, 반면 ‘개별적’이란 수범자(Normadressat)의 특정성을 기준으로 볼 때 ‘일반적’과 대조되는 개념이다(Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10.Aufl., § 9 Rn.18). 물론 이러한 ‘구체적/추상적’, ‘개별적/일반적’이란 개념의 짝들은 논리적으로 그렇다는 것이지 의미론적으로 절대적인 것이라고는 할 수 없다.

런데 법률의 일반적 위임은 국민의 권리의무에 관한 규정은 법률로써 정하여야 한다는 법치주의의 원칙에 위배하며, 국회에서 정부에 백지위임장을 부여하는 것과 같아서 정부의 독재를 초래할 우려가 있음으로 본조 전단은 그것을 방지하기 위하여 대통령은 일정한 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여서만 위임명령을 발할 수 있게 하고 법률의 일반적 위임을 금하였다. 일정시대에 조선에 있어서는 법률로써 정하여야 할 사항을 총독의 명령인 「制令」으로써 정하다는 것을 규정하였던 「조선에서행할법령에관한법률」이나 또는 국회 의결을 거치지 않고 정부의 명령으로써 법률을 제정할 수 있다는 것을 규정하였던 나치스의 소위 「수권법」 같은 것은 이러한 일반적 위임의 전형적 표본이라 할 것이다”라고 기술한 바 있다.²¹⁾ 건국헌법 제58조는 1952년 7월 7일의 제1차 개정헌법, 1954년 11월 29일의 제2차 개정헌법까지 그대로 유지되어 왔다. 그러다가 1960년 6월 15일의 제3차 개정헌법 즉, 제2공화국헌법 제79조 제1항 제2문의 “국무총리는 법률에서 일정한 범위를 정하여 위임을 받은 사항과 법률을 실시하기 위하여 필요한 사항에 관하여 국무회의의 의결을 거쳐 국무원령을 발할 수 있다”라는 규정으로 바뀌어 제4차 개헌까지 그대로 유지되었다. 당시까지는 ‘구체적으로’라는 구절은 나타나지 않았으나 이후 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”고 규정한 1962년 12월 26일의 제3공화국헌법 제74조에서 처음으로 ‘구체적으로’라는 구절이 규정되었고, 그 후 1972년의 제4공화국헌법 제52조, 1980년의 제5공화국헌법 제50조 그리고 현행헌법 제75조에 계승된 것이다.

생각건대, 헌법 제75조가 위임입법에 대하여 부과한 일반적

21) 유진오, 『헌법해의』, 명세당, 단기4282, 137.

한계요인으로서 “법률에 구체적으로 범위를 정하여”라는 조건은 그 수권법률의 존재가 필요하며 수권법률은 합헌적 법률이어야 한다는 것,²²⁾ 위임은 구체적이어야 하며 추상적이어서는 아니 된다는 것, 그리고 위임은 전부위임이나 일반적 위임이 아닌 부분적·개별적 위임이어야 한다는 것으로 해석하는 것이 타당하다. 따라서 위임입법에 대한 자명한 요구이자 한계라 할 수 있는 수권법률의 존재 및 합헌성이라는 요건을 제외한다면, 헌법 제75조(전단)를 위임대상의 한정성과 기준의 명확성을 의미하는 것으로 해석하거나,²³⁾ 또는 후술하는 바와 같은 독일 기본법 제 80조 제1항 제2문의 경우처럼 ‘내용, 목적, 정도’(Inhalt, Zweck, Ausmaß)를 포함하는 넓은 의미의 명확성원칙(Bestimmtheitsprinzip)으로 해석하는 것도 충분한 설득력을 가진다고 볼 수 있다. 헌법 제75조에 의한 위임입법의 한계기준들을 정리·요약하면 다음 표와 같다.

22) 헌법 제75조의 해석상 수권법률의 존재가 필요하며 수권법률은 합헌적 법률이어야 한다는 것은 극히 자명한 것으로 인식되고 있고 또 위임입법의 한계 기준의 문제가 주로 위임입법의 허용을 전제로 하여 진행되어 왔기 때문에 이를 별도로 다루지 않는 경향이 있다. 그것은 결국 입법권 자체의 한계에서 오는 위임입법의 한계요인에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.

23) 박윤훈, 『행정법강의』, 박영사, 1996, 218.

헌법상 위임입법의 일반적 한계원리간의 비교

기 준	기준의 성질	제한의 대상	관련문제
법률수권의 원칙	수권의 형식	규율의 근거	헌법직접적 위임, 수권·모범이 없는 법규명령
수권법률의 한계	수권법률의 한계	수권법률자체	상위법우선의 원칙 의회유보와의 관계 법률사항과의 관계
위임범위의 한정성	수평적(횡적)·량적 한계	규율의 범위	일반적 위임·백지 위임의 금지, 재위임
위임의 구체성	수직적(종적)·질적 한계	규율의 밀도	포괄적 위임의 금지, 재위임

2.1.2. 헌법 제75조에 의한 위임입법 한계기준의 내용

이러한 해석에 따르면, 우리 나라 헌법 제75조 전단은 포괄적·일반적 위임을 금하는 데 그 근본취지를 둔 것으로 이해된다. 즉 위임입법은 법률에 근거가 있어야 하며, 위임의 내용·목적 및 범위가 법률에 구체적이고 명확하게 규정되어 있어야 한다는 것이다. 그러나 이러한 원칙의 확인만으로는 아직 문제가 해결된 것이 아니다. 오히려 이 원칙으로 구체적으로 어떠한 위임입법의 한계기준이 도출될 것인지를 논의하는 일이 더 중요하다. 이에 관하여 박윤훈교수는 다음과 같이 지적하고 있다.

“문제는 일반적·포괄적 위임과 개별적·구체적 위임의 한계라 할 것인바, 개별적·구체적 위임이기 위하여서는 수권법률에서 ① 행정입법으로 정할 대상을 특정사항으로 한정하여야 하고(대상의 한정성), ② 그 대상에 대하여 행정입법을 행함에 있어 행정기관을 지도 또는 제약하기 위한 목표, 기준, 고려하여야 할 요소 등을 명

확하게 지시하여야 한다(기준의 명확성).”²⁴⁾

확실히 ‘대상의 한정성’(위임범위의 한정성)과 ‘기준의 명확성’(위임의 구체성)이란 요구는 헌법 제75조 전단이 요구하는 위임입법의 한계기준의 내용을 함축적으로 전달해 주는 개념들이라 할 수 있다. 문제는 위임입법에 있어 대상이 어느 정도로 한정되어야 하고, 기준이 얼마나 명확해야 하는지 불분명하며, 이러한 위임입법의 헌법적 한계가 모든 분야에 일률적으로 적용되는 일의적·확정적 기준인지도 불확실하고, 나아가 이러한 요구들이 충족되었는지를 판단하기도 쉽지 않다는 데 있다. 헌법은 이와 관련하여 명시적인 단서를 제공해주지 않고 있다. 따라서 이는 헌법의 관련규정의 해석을 통하여 규명해야 할 문제, 즉 학설과 판례의 몫이다.

(1) 위임범위의 한정성과 위임(기준)의 구체성의 정도

이 문제는 우선 헌법 제75조의 해석으로부터 수권법률에 대해 어느 정도로 위임범위의 한정성과 위임(기준)의 명확성이 요구되고 있는가를 규명하는 문제이다. 그러나 일반적·포괄적 위임입법이 아닌 개별적·구체적 위임이기 위하여 요구되는 위임범위의 한정성과 위임(기준)의 명확성의 정도에 관한 한, 명시적인 헌법규정이 없음은 물론이고 이를 상세히 논의하고 있는 문헌도 매우 드물다. 이 문제를 비교적 상세히 논의하고 있는 박윤훈교수는 우선 “「개별적·구체적 위임」이기 위하여 요구

24) 박윤훈, 앞의 책, 218.

되는 규율대상의 한정성과 기준의 명확성의 정도는 일률적으로 말할 수는 없다”고 전제한 후, “여러 가지 요소를 고려하여 다양한 관점에서 구체화하여야 할 것”이라고 지적하고 있다. 그는 그러한 고려사항으로서 다음과 같은 7개의 요소를 들고 있다.

첫째, 수권을 정당화할 수 있는 일반적 근거로서 의회의 「전문적·기술적 능력의 한계」와 「시간적 적응성·임기성의 한계」 등이 구체적으로 음미되어야 하며, 그것과 관련하여 위임대상의 범위 등이 정해져야 할 것이다.

둘째, 헌법상 법률주의사항의 경우 모두를 법률로 정해야 하는 것은 아니고 대상을 한정하고 기준을 명백히 하여 일정한 범위에서 행정입법에 위임할 수 있으나, 어느 범위에서 행정입법에 위임할 수 있는지를 사항별로 개별적으로 정해야 한다.

셋째, 법적 규율은 국민에 대해 미치는 영향의 정도에 따라 ① 벌칙이나 의무부과적·제재적 행정처분이나 행정강제에 관한 규율, ② 그 밖의 행정처분에 관한 규율, ③ 행정처분 이외의 국민에 대한 구체적 행정작용에 관한 규율, ④ 행정작용과 직접 관계없는 행정내부조직에 관한 규율 등으로 구분될 수 있는데 일반적으로 이러한 구분에 의한 순서에 따라 한정성 등의 요구가 완화된다.

넷째, 관련되는 기본권의 성질 및 행정분야에 따라 한정성의 요구가 달라진다. 가령 표현의 자유 등 정신적 자유권의 제한이나 규제행정에 관한 것인 때에는 한정성 등의 요구가 보다 엄격해진다.

다섯째, 규율대상의 한정성과 기준의 명확성은 상호 영향을 미치는 요인들로서, 규율대상의 범위가 좁고 중요성의 정도가 낮은 때에는 기준의 명확성의 요구도 덜 엄격하다.

여섯째, 수임기관이 누구인가에 따라서도 한정성 등의 요구가 달라진다. 가령 대통령에게 위임되는 대통령령의 경우 국무회의의 심의를 거쳐 제정되므로 어느 정도 한정성 등의 요구가 완화되지

만, 행정각부장관에게 위임되는 부령의 경우 당해 부만의 입장을 내세울 소지도 있으므로 한정성 등이 엄격하게 요구된다.

일곱째, 이해관계인의 참가를 포함한 행정입법의 제정절차가 얼마나 정비되어 있느냐에 따라라도 수권법률에 의한 행정입법의 내용에 대한 통제의 요구가 완화된다.²⁵⁾

한편 판례는 이 문제에 관하여 일반화될 수 있는 구체적인 기준을 제시하기보다는 헌법 제75조의 규정에 의한 일반적·개괄적 기준을 전제로 사안에 따라 개별 구체적으로 판단하는 경향을 보이고 있다. 먼저 헌법재판소의 판례를 살펴보면 다음과 같다.

헌법재판소는 1993년 5월 13일 체육시설설치이용에 관한 법률 시행규칙 제5조에 대한 헌법소원에서 ‘당구장출입문에 18살 미만자 출입금지표시를 달도록 한 이 규칙조항은 다른 체육시설업자와 달리 당구장업자에게만 차별을 두는 것’이라며 위헌결정을 내리면서 다음과 같이 판시했다: 「따라서 형사법은 원칙적으로 형식적 의미의 법률의 형태로 제정되어야 하고 다만 부득이 예외적으로 행정부에서 법규명령의 형태로 제정하는 경우라 하더라도 그 법규명령에는 반드시 구체적이고 명확한 법률상의 위임근거규정이 있어야 비로소 가능한 것이라 할 것이다. 즉 형벌법규라고 하더라도 일정사항의 위임이 불가능하지는 않지만 죄형법정주의의 원칙에 비추어 보건대 최소한도 범죄의 구성요건의 윤곽만큼은 수권규정 자체에서 예측될 수 있어야 한다. 「체육시설의설치·이용에관한법률」 제22조 제3항에 의하면 동법 제5조의 시설, 설비 중 안전 또는 위생기준에 미달하여 시정명령을 받고 이를 위반한 자에 대

25) 박윤훈, 『행정법강의』, 1996, 218-220.

하여 6개월 이하의 징역 또는 200만원이하의 벌금에 처하도록 규정되어 있는 바, 그렇다면 이 사건 심판대상규정(동법 시행규칙 제 5조)은 위 각 처벌조항의 구성요건에 해당된다고 할 것이므로 비록 처벌의 전제절차로서 “시정명령”이 구성요건의 일부로 제한 규정되어 있기는 하지만 죄형법정주의의 존재이유에 비추어 그것이 모법의 규정에서 전혀 예측할 수 없는 내용이라면 허용될 수 없는 것이다. 그러한 의미에서도 심판대상규정이 모법의 위임의 범위의 규정이라고 인정하기는 어려울 것이다.»²⁶⁾

헌법재판소는 또한 구법인세법(§ 32 ⑤ 등) 도시계획법(§ 4 ① ii 후단)에 대한 사건에서 각각 다음과 같이 판시한 바 있다.

「가. 조세법률주의의 이념에 비추어 국민의 재산권을 직접적으로 제한하거나 침해하는 내용의 조세법규에 있어서는 일반적인 금부행정법규에서와 달리 위임입법의 요건과 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 한다. 그런데 구법인세법 제32조 제5항은 위임입법의 주체에 관하여 '익금에 산입한 금액의 처분'이라는 점만을 제시하고 있을 뿐 수입자가 따라야 할 기준인 소득의 성격과 내용 및 그 귀속자에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 아니하여, 결국 납세의무의 성부 및 범위와 직접 관계 있는 소득처분에 관련된 과세요건을 정함에 있어서 아무런 기준을 제시함이 없이 하위법규인 대통령령에 포괄적으로 위임하였으므로, 조세법률주의와 위임입법의 한계를 위반하였다.»²⁷⁾

26) 헌재 1993.5.13, 92헌마80, 헌재공보 1993, 제2호, 188이하. 또한 헌법재판소는 같은 결정에서 「체육시설의설치·이용에관한 법률」과 동시행령이 당구장을 포함한 골프장, 탁구장, 볼링장 등 19가지 체육시설에 대해 미성년자의 출입을 제한하는 아무런 규정을 두지 않았음에도 불구하고 “문화체육부장관이 이 법 시행규칙을 제정하면서 당구장에 대해서만 18살미만자 출입금지표시를 달도록 한 것은 아무런 법률적 근거 없이 당구장업자에게만 불이익을 주는 것으로 헌법상 평등권에 위배된다”고 판시했다.

27) 헌재, 1995.11.30, 93헌바32(전원재판부, 헌재공보 96, 54); 참조 가. 90헌가2

「도시계획구역 안에서 “대통령령이 정하는 물건을 대통령령이 정하는 기간 이상 쌓아놓은 행위”를 하고자 하는 자는 시장 또는 군수의 허가를 받아야 한다고 규정하고 있는 도시계획법 제4조 제1항 제2호 후단은 그 규제대상이 되는 물건과 기간을 대통령령에 위임할 합리적인 이유가 있고, 또한 같은 조항의 목적을 고려하면 위 규정에 의하여 대통령령에 규정될 물건이나 기간도 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 정도의 물건이나 기간으로서 대통령령에 위임된 부분의 대강을 국민이 예측할 수 있도록 위임법률에 구체적으로 정하여져 있다고 할 수 있으므로, 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되지 아니하고, 위와 같은 행위를 범죄구성요건으로 하고 있는 같은 법 92조 1호는 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항 및 그 파생적 원리의 하나인 형벌법규의 명확성의 원칙에 위반되지 아니한다.」²⁸⁾

이와 같이 헌법재판소는 “형벌법규라고 하더라도 일정사항의 위임이 불가능하지는 않지만 죄형법정주의의 원칙에 비추어 보건대 최소한도 범죄의 구성요건의 윤곽만큼은 수권규정 자체에

7. 이 결정에는 “구 법인세법 제32조 제5항에 의한 하위법규인 시행령 내용이 조세정의 및 실질과세의 이념에 비추어 볼 때 헌법적으로 정당하고, 또 개정된 신법이 조세법률주의 및 포괄적 위임금지의 원칙을 충족하게 되었다면, 이 사건 법률조항에 대하여 단순위헌을 선고할 것이 아니라 헌법불합치 선언을 하는 것이 법의 공백으로 인한 혼란을 예방하고, 수인하기 어려운 형평성의 문제를 방지하기 위해 타당하다”는 재판관 김진우의 주문 제1항에 대한 반대의견과 “법령의 위헌소원을 받아들이지 않을 경우에는 기속력이 인정되지 아니하는 합헌결정을 굳이 할 필요가 없으므로 주문 제2항의 주문표시는 “소득세법(.....) 제150조 제4항에 대한 심판청구는 이를 기각한다”로 함이 타당하다”는 재판관 조승형의 주문표시에 관한 별개의견이 붙어 있다.

28) 헌재 1994.7.29, 93헌가12(전원재판부, 헌재공보 94, 502): 참조 91헌가4, 93헌가15병합.

서 예측될 수 있어야 한다”고 하거나, “조세법률주의의 이념에 비추어 국민의 재산권을 직접적으로 제한하거나 침해하는 내용의 조세법규에 있어서는 일반적인 급부행정법규에서와 달리 위임입법의 요건과 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 한다”고 하고, 또는 ‘대통령령에 위임된 부분의 대강을 국민이 예측할 수 있도록 위임법률에 구체적으로 정하여져 있다고 할 수 있으므로, 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되지 아니하고’라고 판시했을 뿐 어느 정도로 위임범위의 한정성과 위임(기준)의 명확성이 요구되는지에 관해서는 일반화할 수 있는 준거를 제시하지 않고 있다.

이 점은 대법원의 판례에 대해서도 마찬가지로 적용될 수 있다. 대법원은 ‘조세법률주의의 원칙상 과세요건은 엄격히 해석되어야 하고 일반적·포괄적인 위임입법은 금지된다’고 하면서도 과연 위임범위의 한정성과 기준의 구체성이 어느 정도로 요구되는지는 분명히 하지 않고 있으며, 사례별로 위임의 조건이 충족되었는지 여부만을 판단하려는 경향을 보여왔다. 최근에 나온 대법원의 판례 역시 그러한 경향과 동일선상에 있는 것으로 판단된다.

「[1] 조세법률주의의 원칙상 과세요건은 엄격히 해석되어야 하고 일반적·포괄적인 위임입법은 금지되나, 법률규정 자체에 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 아니하여 외형상으로는 일반적·포괄적으로 위임한 것처럼 보이더라도, 그 법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정 형식과 내용 및 관련 법규를 살펴 이에 대한 해석을 통하여 그 내재적인 위임의 범위나

한계를 객관적으로 분명히 확정될 수 있는 것이라면 이를 일반적·포괄적인 위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다고 할 것인데, 구 지방세법(1993. 6. 11. 법률 제4561호로 개정되기 전의 것) 제104조 제2호의2는 “중기”의 정의로 전단의 “중기관리법에 의한 중기”에 이어 후단에서 “내무부령이 정하는 중기”를 규정함으로써 “중기”라는 용어를 공통적으로 사용하고 있고, 중기의 정의·등록·형식승인 등 중기에 관한 모든 사항은 중기관리법이 규정하고 있는바, 중기관리법은 위와 같이 중기의 용도를 건설공사용으로 한정하고 있는 점을 종합하여 보면, 위 지방세법 제104조 제2호의2 후단의 “중기”란 구 중기관리법(1993. 6. 11. 법률 제 4561호 건설기계관리법으로 전문개정되기 전의 것)에 의한 “중기”의 개념을 차용한 것으로 보여지고, 따라서 위 지방세법의 규정에서 내무부령으로 정할 수 있도록 위임한 중기의 범위는 중기관리법이 정의한 “건설공사에 사용할 수 있는” 기계류에 한정되는 것으로 해석되며 위 지방세법의 규정이 이와 같이 해석되는 이상, 이를 일반적·포괄적 위임규정에 해당한다고 할 수는 없다.

[2] 구 지방세법시행규칙(1993. 12. 31. 내무부령 제602호로 개정되기 전의 것) 제40조의2 중 중기의 범위를 구 중기관리법에서 정한 건설공사용 이외에 부두나 공항의 화물하역용, 광업용 기타 그 용도에 제한 없이 넓혀 규정한 부분은 모법의 위임범위를 넘어 과세대상을 확장한 것이어서 무효이다.]²⁹⁾

사실 “법률에 구체적으로 범위를 정하여”라는 헌법 제75조의 규정은 헌법해석과 판례를 통해 구체적인 내용이 충전되어야 하는 일종의 개방적 공식이라 할 수 있다. 따라서 위임범위의 한정성과 기준의 구체성이 어느 정도로 요구되는지를 일률적으로

29) 대판 1996.3.21. 95누3640(공96.4.15.[8],1166).

판단하기는 곤란하다. 그런 견지에서 위임입법의 한계요인으로서 ‘규율대상의 한정성과 기준의 명확성의 정도는 일률적으로 말할 수는 없다’고 하는 박윤훈교수의 지적은 타당하다고 할 수 있다.

이러한 견지에서 헌법 제75조가 규정하고 있는 위임입법의 한계요인인 범위의 한정성과 기준의 구체성을 각각 위임의 횡적 한계와 종적 한계로 이해한다면 위임입법에 있어 수권의 유형은 다음 표에서 보는 바와 같이 네 가지로 나눌 수 있을 것이다. 이 중 I은 수권법률이 가장 엄격한 수권기준을 부과하는 경우이며, IV는 가장 완화된, 즉 광범위한 기준을 부과하는 경우이다. 이를 양극단으로 하여 범위는 넓고 기준은 상대적으로 더 구체적인 수권유형(II)과 범위는 좁고 기준은 상대적으로 덜 구체적인 수권유형(III)이 존재할 수 있다. 헌법 제75조는 일단 그 규정내용만 가지고 본다면 I, II, III, IV 모든 유형의 수권규정을 허용하는 것이라 할 수 있다. 만일 기준의 구체성과 범위의 한정성이 모두 결여된, 다시 말해 구체적이지 않고 범위를 정하지도 않은 수권규정을 둔 법률은 포괄적·일반적 위임입법으로 위헌이 되며, 반면 형식은 구체적으로 범위를 정한 것처럼 보일지라도 수권의 여지를 남기지 않아 당해 법률이 직접 규율하는 것과 마찬가지로 해석되는 경우에는(그러한 경우는 현실적으로 극히 드물겠지만) 위임입법이 아니라 법률의 직접적 규율이 이루어진 경우가 될 것이므로 위임입법의 한계문제가 아예 제기되지 아니한다. 반면 기준은 구체적이지만 범위는 일반적이거나 반대로 범위는 일반적이지만 기준이 추상적인 수권규정은, 현실적으로 그렇게 단정할 수 있는 경우가 있을지는 미지수지만, 적

어도 헌법 제75조의 요구를 따르지 않았다는 점에서 위헌의 수권규정(법률)이 될 것이다. 만일 이 도식에서 기준의 구체성의 고저와 범위의 한정성의 광협을 규범적 요구로 본다면 헌법 제75조의 해석결과가 I에서 IV에 이르는 스펙트럼을 가질 수 있다는 결과가 될 것이다. 요컨대 입법권자는 위에서 상정한 I에서 IV에 이르는 범위에서 입법권을 위임할 수 있는 위임입법의 재량을 갖는다고 볼 수 있다. 즉, 제75조에 대한 해석을 어떻게 하느냐에 따라 입법권자가 입법권을 위임할 수 있는 범위와 정도가 달라지며 그에 따라 행정부의 위임입법권 행사의 범위와 정도도 달라진다는 결과가 된다. 그러므로 헌법 제75조의 해석 문제는 본래적 입법권자인 국회와 파생적 입법권을 수권 받는 행정부간의 입법권의 배분을 통한 권력분립의 관계를 동적으로 구체화하는 의미를 가지게 되는 것이며, 그 구체적인 결과는 이미 앞에서 본 바와 같은 제요인에 따라 분야나 사안별로 다양한 형태로 나타날 수 있다.

위임입법의 유형

기준의 구체성 범위의 한정성	고(↑)	저(↓)
협(↔←)	I	III
광(←→)	II	IV

그러나 헌법 제75조의 규정이 입법권자에게 위임입법의 재량

을 수권하고 있는 것은 사실이지만 그렇다고 하여 “구체적으로 범위를 정하여”라는 조건 마저 입법권자의 재량이 성립한다고는 볼 수 없을 것이다. 만일 그것이 입법권자에게 포괄적인 입법재량을 부여한 것을 의미한다면 우리 헌법의 기본적 조직원리인 권력분립의 원리와 이를 바탕으로 헌법 제40조가 분명히 하고 있는 국회입법의 원칙이 사실상 형해화·공동화될 것이고 그 결과는 결국 국민의 불이익으로 돌아가고 말 것이기 때문이다. 따라서 헌법 제75조는 “구체적으로 범위를 정하여”라는 공식에 의하여 위임입법의 형성의 여지를 부여하면서 그 허용되는 범위와 요구되는 규율의 구체성에 관하여 위임입법의 현실적 필요와 위임입법의 한계를 부과하는 헌법의 요구를 비교형량할 것을 입법권자에게 의무화한 것이라 보아야 할 것이다. 다시 말해 헌법 제75조의 해석을 통하여 위임입법의 한계에 대한 헌법적 기준을 규명함으로써 입법권자는 입법권을 위임함에 있어 준수해야 할 준거를 도출하고 이를 위임입법이 요구되는 현실적·입법정책적 필요성과 실천적인 조화를 이룰 수 있도록 비교형량해야 한다는 것이다.

해석론상 헌법 제75조가 규정하고 있는 “구체적으로”, “범위를 정하여”라는 개념들은 그 의미내용이 다의적·상대적이어서 해석의 여지를 남기는 일종의 불확정법개념(unbestimmte Rechtsbegriffe)에 해당한다.³⁰⁾ 헌법 제75조는 이를테면 불확정

30) 법은 확정적, 일의적인 개념, 또는 확정적이지는 않지만 구체적 사안에서 확정 가능한 개념들을 사용할 수도 있는 반면, 내용상 다의적이고, 해석의 여지를 남기는, 불확정적인 개념들을 사용할 수도 있다. 이 중 후자를 ‘불확정법개념’(unbestimmte Rechtsbegriffe)이라고 부르는 것이다. 행정법에 있어 불

법개념과 재량수권으로 이루어진 일종의 결합규정(Kopplungs-vorschrift)인 셈이다. 그렇다면 불확정법개념으로 이루어진 “구체적으로 범위를 정하여”란 규정은 입법권자에게 무엇이 ‘구체적’이고 무엇이 ‘범위를 정하여’인지를 판단함에 있어 무제한적인 규범적 재량을 준 것이 아니라 이를 해석을 통하여 개별 구체적인 수권법률에서 구체화할 의무를 부과한 것이라고 볼 수 있다. 이러한 견지에서 헌법 제75조를 입법권자에게 위임입법에 대한 규범적 수권을 한 것이라고 해석할 수 있다면, 행정법상 불확정법개념에 대한 판단여지를 뒷받침하는 근거가 되는 ‘규범적 수권이론’(normative Ermächtigungstheorie)³¹⁾의 논증을 유추해 보는 것도 충분히 가능하다.

규범적 수권이론에 따르면 입법권자가 - 비록 법률에서 반드시 명시적이지는 않더라도 해석상 명백히 읽을 수 있을 만큼 - 행정에게 예외적으로 법원에 의해 제한된 범위 내에서만 사법심사의 대상이 되는 평가특권을 인정할 것인지 여부를 결정하는 것은 전적으로 입법권자 자신의 선택문제라고 한다.³²⁾ 그리하여 법원에 의

확정법개념은 재량, ‘판단여지’(Beurteilungsspielraum)와 관련하여 문제되고 있다. 이에 관하여 상세한 것은 홍준형, “행정법상 불확정법개념과 판단여지의 한계 - 최근 독일에서의 판례 및 이론 동향을 중심으로-”, 『행정논총』(서울대학교 행정대학원), 제33권 제1호(1995), 79-113을 참조.

31) Schmidt-Aßmann(1985), in: Maunz/Dürig, Art.19 Abs.4 Rn.185; ders., Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: FS für Menger, 1985, S.107(112f., 115); R. Wahl, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte - Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, 409(410)ff.; Stelkens/Sachs, in: Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG, Kommentar, 3.Aufl., 1990, § 40, Rn.91f.

한 통제의 강도(Intensität)는 ① 법률의 규율밀도가 낮을 수록, ② 행정분야의 특수전문성(가령 기술관계법 및 환경법)으로 인하여 포괄적인 자연과학적 전문가집단에 의존하는 정도가 클 수록 그리고 절차적 규율을 이들의 참여가 조직화되면 될수록, 그리고 ③ 개별 사안의 해결에 적합하도록 이루어진 법원의 조직상 법원의 업무 수행의 원활을 위태롭게 하지 않으면서 그러한 결정들을 전면적으로 심사할 수 있는 능력이 적으면 적을수록 더욱 더 커진다고 하게 된다.³²⁾

규범적 수권이론과 유사한 논증방식에 따라 헌법 제75조를 입법권자에 대한 헌법적 수권규정으로 해석한다면 그 결과 입법권자 입법권을 위임하는 경우 고려해야 할 비교형량의 기준과 입법권의 위임을 바탕으로 제정된 개개의 수권법률의 합헌성을 판단하는 기준이 도출될 수 있을 것이다. 헌법 제75의 경우 이미 앞에서 본 바와 같이 규율의 밀도(Dichte)는 그것이 사용하고 있는 개념의 상대성에 비추어 높지 않다고 할 수 있다. 그러나 개개의 수권법률들이 과연 헌법 제75조가 요구하는 범위의 한정성과 기준의 구체성을 충족시키고 있는지를 판단하기 위해

32) 가령 P. Badura, Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes, FS f. Bachof, 1984, S.169(176ff.); H.-U. Erichsen, Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, DVBl 1985, 22(26); K. Redeker, Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, NVwZ 1992, 305(307).

33) K. Redeker, Über die Einflußmöglichkeit des Fachgesetzgebers auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren, DÖV 1993, 24.

서는 이러한 헌법적 수권규정의 규율밀도만 가지고는 불충분하고, 당해 규율분야의 특수성·전문성으로 인한 입법기술상의 곤란성, 이들 분야에서의 규율을 전문가집단에 의존하는 정도와 절차적 규율을 통한 이들의 참여의 조직화정도, 그리고 행정, 사법 및 국민의 통제를 가능케 할 정도의 명확성, 예측가능성 등을 함께 고려해야 한다는 결론에 이르게 된다. 그런데 이러한 결과는 비단 규범적 수권이론과 같은 논증을 통하지 않고서도 얼마든지 헌법해석을 통해 도출될 수 있으며 판례를 통해 형성될 수도 있다. 이와 관련하여 미국의 경우 연방대법원이 헌법상 하등 위임입법을 허용하거나 그 한계가 명시되어 있지 않았음에도 불구하고 의회입법의 원칙을 선언한 헌법 제1조 제1항을 근거로 다양한 한계원리들을 모색해 왔다는 사실이 좋은 시사점을 제공한다.

이렇게 본다면 앞에서 살펴 본 바와 같이, 박윤훈교수가 범위의 한정성과 기준의 구체성의 정도를 판단하기 위하여 고려해야 할 요소로 제시한 기준들도, 그것이 헌법해석과 이제까지의 판례, 위임입법을 둘러싼 현실적 상황요인, 사안의 중대성과 국민에 대한 영향 등의 제요인을 고려한 것이라는 점에서 기본적으로 설득력을 가진다고 볼 수 있다. 다만, 그 고려요인들 중 다소 부적절하거나 중복된 것을 고쳐서 보다 단순화된 공식을 만들어 보는 것이 필요하다고 본다. 가장 궁극적인 준거는 헌법상 권력분립의 원리에 의한 국회입법의 원칙에서 찾아야 할 것이다. 즉 위임입법은 국회의 입법책무(Gesetzgebungsauftrag)를 사실상 무의미하게 만들거나 실질적으로 침해하는 결과를 초래해서는 아니 된다는 것이다. 범위의 한정성과 기준의 구체성은

바로 그러한 근본적인 헌법적 제약을 구체화하는 것으로 해석되어야 하며 따라서 기본적이고 중요한 정책결정을 행정부에게 이양하거나 전가하는 결과를 초래하는 수권규정은 위헌이라고 보아야 할 것이다. 그렇다면 무엇이 기본적이고 중요한 정책결정 사항인가 하는 문제가 제기되는데 이를 판단하기 위한 준거로는 이미 앞에서 본 바 있는 본질성설의 요구들이나 입법부가 가지는 입법기술적 한계 및 현실적 한계들이 고려될 수 있을 것이며, 특히 다음과 같은 사항이 최소한 고려되어야 할 요인이라고 할 수 있다. 이들 요소들은 위임입법시 입법권자가 수행해야 할 비교형량의 기준인 동시에 개개의 수권법률의 합헌여부를 판단함에 있어 고려되는 일종의 통제적 요인들이다.

① 국민에 대한 영향 :

특히 법적 규율이 미칠 수 있는 침해적 영향, 영향의 범위, 기본권의 성질과 보호의 필요성을 고려한 기본권관련성이 고려되어야 한다. 헌법상 죄형법정주의의 요구나 조세법률주의의 요구는 바로 그와 같은 대국민적 영향, 기본권관련성이 응축되어 구체화된 결과라 할 수 있다. 또한 이 경우 박윤훈교수가 지적했듯이, 법적 규율이 국민에게 미칠 영향의 정도에 따라 ① 벌칙이나 의무부과적·제재적 행정처분이나 행정강제에 관한 규율, ② 그 밖의 행정처분에 관한 규율, ③ 행정처분 이외의 국민에 대한 구체적 행정작용에 관한 규율, ④ 행정작용과 직접 관계없는 행정내부조직에 관한 규율 등으로 구분될 수 있는데 일반적으로 이러한 구분에 의한 순서에 따라 한정성 등의 요구가 완화되며, 또 기본권을 제한하는 경우에는 사회경제적 기본

권을 제한하는 사항에 관한 위임입법은 표현의 자유 등 정신적 자유권을 제한하는 경우보다 그 한정성, 구체성의 요구가 상대적으로 완화된다고 볼 수 있을 것이다.³⁴⁾

② 규율대상의 국가·사회적 중대성 :

규율사항이 국가·사회적으로 중대한 정책결정의 대상으로 인정되는 경우에는 그 중요한 정책의 목적, 방향, 추진방법 등이 수권법률에서 명시되어야 할 것이며 이러한 의미에서 수권규정의 규율밀도에 대한 요구도 커진다고 보아야 할 것이다.

③ 위임입법에 대한 절차적 규율여하·수임자의 민주적 정당성·조직형태 :

당해 수권규정에 의해 위임입법이 이루어질 경우 타당한 입법의 산출과 이해관계인과 국민의 민주적 참여를 보장할 수 있는 위임입법에 대한 절차적 규율(가령 행정절차법 또는 개별법에 의한 행정입법절차의 규율)이 확보되어 있는지 여부, 그리고 그것이 얼마나 잘 정비되어 있는지 여부가 고려되어야 하며, 또한 수임자(수임기관)이 민주적 절차를 거쳐 선출된 자인지 여부, 조직형태가 합의제인지 독임제인지 여부에 따라 그에 대한 위임범위의 한정성과 기준의 구체성의 정도가 달라진다고 볼 수 있을 것이다.

이와 관련하여 법률이 대통령령이나 총리령, 부령 외에 조례로 정할 것을 위임하는 경우, 즉 개별법에서 조례에 대한 위임규정을

34) 박윤훈, 같은 책, 220.

두는 경우, 포괄적·일반적 위임입법의 금지라는 헌법 제75조의 요구는, 헌법 제75조의 규정이 유추적용될 수 있다고 본다면, 헌법 제117조 제1항의 규정과 그에 따른 조례의 자치입법으로서의 성격을 고려하여 일반적인 행정입법의 경우와는 달리 완화된다고 보아야 할 것인데,³⁵⁾ 이는 바로 수임자인 지방의회의 민주적 정당성, 조례제정절차, 그리고 조례의 자치입법적 성질 등을 고려한 결과로 볼 수 있다.

④ 수임기관의 준수와 사법심사 및 국민의 통제를 가능케 할 예측가능성의 확보여부 :

수권법률이 이를 준수해야 할 행정기관이 그에 따른 위임입법의 범위와 기준을 충분히 알 수 있을 만큼 명확하게 규정하고 있는지, 그리고 사법부와 국민의 통제를 가능케 할 정도로 객관적인 예측가능성을 확보해주고 있는지 여부에 따라 한정성과 구체성의 충족여부에 대한 판단도 달라질 것이다.³⁶⁾

35) 대법원 역시 “법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례가 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달라, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것”이라고 판시한 바 있다(대판 1991.8.27, 90누6613판결, 공906.2444(29)).

36) 이 점은 “이 사건 심판대상규정(동법 시행규칙 제5조)은 위 각 처벌조항의 구성요건에 해당된다고 할 것이므로 비록 처벌의 전제절차로서 “시정명령”이 구성요건의 일부로 제한 규정되어 있기는 하지만 죄형법정주의의 존재이유에 비추어 그것이 모법의 규정에서 전혀 예측할 수 없는 내용이라면 허용될 수 없는 것이다. 그러한 의미에서도 심판대상규정이 모법의 위임의 범위내의 규정이라고 인정하기는 어려울 것”이라고 판시한 헌재 1993.5.13, 92헌마80(헌재공보 1993, 제2호, 188이하)에서도 확인되는 바이다.

⑤ 현실적·입법기술적 곤란성 :

분야나 규율사항의 특수성 또는 임기성·고도의 전문기술성 등으로 말미암아 입법권자가 규율상황을 모두 예측하여 그 규율 방향을 정하기를 기대하기는 입법능력이나 여건에 비추어 곤란한 경우가 있을 수 있다. 가령 전시나 천재지변 등과 같은 긴급 상황에서의 경제통제나 군사상 작전에 관한 문제³⁷⁾ 또는 원자력법, 환경법 또는 과학기술관계법 등 고도로 전문 기술적 판단이 요구되는 분야 등을 생각할 수 있을 것이다. 이러한 경우에는 불가피하게 한정성과 구체성에 대한 요구도 완화될 수밖에 없을 것이다.

(2) 유동적 공식으로서 위임입법의 한계원리

헌법 제75조에 의해 표현된 위임입법의 헌법적 한계는 모든 경우에 대하여 일률적으로 적용되는 언제나 일의적·확정적 기준인지 여부가 문제된다. 이 문제를 정면에서 다루는 문헌을 찾아보기 어려운 이상 학설상황을 파악하기도 곤란하다. 그러나 거의 대부분의 문헌들이 헌법 제75조의 위임입법의 한계를 다루는 과정에서 위임의 구체성의 정도와 범위에 관련된 쟁점을 논의하면서 그 한계기준이 반드시 일의적·확정적인 것이어야 한다고 전제하고 있지는 않다. 오히려 그 한계기준이 사안에 따라 달라질 수 있다는 점을 암묵적으로 시인하는 듯한 경향이 그러한 쟁점들에 대한 논의의 결론이나 위임입법의 한계에 적용될 수 있는 다른 헌법원리, 가령 죄형법정주의나 조세법률주의

37) 헌재 1995.5.25, 91헌바20(전원재판부, 헌재공보 95, 345).

의 법적 요구에 관한 설명에서 드러나고 있다.

또한 앞에서 인용한 판례들을 통하여 드러나는 바와 같이 헌법재판소나 대법원은, 이 점을 명시적으로 일반화하거나 정면에서 시인하지는 않았을지라도 실제 판례를 통하여 현실적으로 반영해 왔다. 가령 앞서 인용한 헌법재판소의 결정례에서 “형벌법규라고 하더라도 일정사항의 위임이 불가능하지는 않지만 죄형법정주의의 원칙에 비추어 보건대 최소한도 범죄의 구성요건의 윤곽만큼은 수권규정 자체에서 예측될 수 있어야 한다”, “조세법률주의의 이념에 비추어 국민의 재산권을 직접적으로 제한하거나 침해하는 내용의 조세법규에 있어서는 일반적인 급부행정법규에서와 달리 위임입법의 요건과 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 한다”, 또는 ‘대통령령에 위임된 부분의 대강을 국민이 예측할 수 있도록 위임법률에 구체적으로 정하여져 있다고 할 수 있으므로, 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되지 아니한다’고 판시한 것이 바로 그 점을 여실히 보여주고 있다. 균형법 제47조에 대한 헌법재판소의 결정은 헌법 제75조가 규정한 위임입법의 한계기준이 유동적 공식임을 보여주는 가장 현저한 사례라 할 수 있다.

「가. 군통수를 위하여 일정한 행위의무를 부과하는 명령은 그 형식에 관계없이 특정되어 존재하는 한 준수되어야 하며 명령의 구체적 내용이나 발령조건을 미리 법률로 정하는 것은 불가능하고, 군에서의 명령은 지휘계통에 따라 군통수권을 담당하는 기관이 그에게 부여된 권한 범위 내에서 발할 수 있는 것이나 구체적인 명령의 제정권자를 일일이 법률로 정하는 것도 불가능하며, 또한 균형법 제47조는 명령위반죄의 구성요건의 내용에 관한 사항을 명령

에 위임한 형태를 취하고 있지만 본래의 취지는 군 내부에서 명령의 절대성을 보호하기 위한 것이고 명령위반행위에 대한 형벌의 종류와 내용은 법률에서 구체적으로 정해져 있으며 그 피적용자인 군인은 이를 충분히 예측할 수 있는 지위에 있으므로, 정당한 명령에 대한 준수의무를 과하고 그 위반에 대하여 구체적 형벌의 종류와 범위를 명시하고 있는 위 법률규정이 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수는 없다.

나. 군형법 제47조에서 말하는 "정당한 명령 또는 규칙"은 군의 특성상 그 내용을 일일이 법률로 정할 수 없어 법률의 위임에 따라 군통수기관이 불특정다수인을 대상으로 발하는 일반적 효력이 있는 명령이나 규칙 중 그 위반에 대하여 형사처벌의 필요가 있는 것, 즉 법령의 범위 내에서 발해지는 군통수작용상 필요한 중요하고도 구체성 있는 특정한 사항에 관한 것을 의미한다고 보아야 할 것이며, 대법원도 일찍부터 위 법률규정을 위와 같이 해석·적용해 오므로써 정당한 명령이나 규칙의 범위에 관하여 자의적인 법집행을 방지하고 있으므로, 위 법률규정이 불명확하여 죄형법정주의 원칙에 위배된다고 할 수 없다.

다. 군무이탈죄와 명령위반죄는 보호법익과 구성요건을 달리하는 별개의 범죄이므로 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자가 군무이탈자 복귀명령을 준수하지 않았다는 이유로 명령위반죄로 처벌된다고 하여 군무이탈죄에 대한 공소시효 자체가 배제되는 것이라고 할 수는 없고, 복귀명령을 준수하지 아니한 행위를 형사처벌함으로써 군무이탈죄를 범한 자에게 자수의무를 부과하는 결과가 될 수 있다고 하더라도 이는 군병력 유지를 주된 목적으로 하는 복귀명령의 부수적인 효과에 불과하므로 위 복귀명령이 군무이탈자에 대하여 형사상 자기에겐 불리한 진술을 강요당하지 아니할 권리의 본질적 내용을 침해하는 것이라고 할 수도 없다.」 38)

38) 현제 1995.5.25, 91헌바20(전원재판부, 현제공보 95, 345): 참조 93헌가12, 93

물론 이 결정에 대해서는 “군형법 제47조에 따른 명령 하나 하나가 모두 각 개별 범죄의 구성요건이 된다는 점을 감안한다면 적어도 명령의 “제정권자”, 명령의 “성격”, 명령의 “대상” 및 명령의 “내용” 등에 관한 기본적인 사항만은 법률에 규정하여야 하며 그렇게 하는 것이 입법기술상 불가능하지도 않는다고 할 것인데(예컨대 군형법 제 2조의 “용어의 정의” 등에서 그 규정이 가능하고, 다만 더 구체적인 사항은 하위규범에 위임할 수도 있을 것이다), 군형법 제47조나 같은 법률의 어느 조항에도 위와 같은 기본적 사항에 관한 규정마저 없으므로 위 법률규정은 죄형법정주의의 핵심내용인 “구성요건의 명확성”을 결여한 것으로서 헌법 제12조에 위반된다”는 반대의견³⁹⁾이 붙어 있으나, 위

헌가4,6(병합).

39) 재판관 김진우, 재판관 김문희, 재판관 황도연의 반대의견. 또한 “군형법 제47조는 죄형법정주의 원칙이 요구하는 명확성의 요건을 충족하지 못한 것이고 위임입법의 한계도 벗어난 것이라고 아니할 수 없으나, 위 법률규정의 “정당한 명령”을 상위명령에 위배되지 않는 것으로서 발령권자를 일정한 범위의 지휘관으로 제한하고 명령의 내용 및 범위를 군통수상 중요한 군사상의 의무에 관한 구체적 사항으로 한정하며 형식도 명령의 수범자가 그 명령을 위반할 경우 형사처벌의 대상이 되는지 여부를 사전에 예측할 수 있는 형태로 발령된 명령을 의미하는 것으로 한정할 경우에는 헌법에 위반될 소지를 없앨 수 있으므로, 헌법재판소로서는 위 법률규정의 적용범위를 위와 같이 한정 축소하는 것을 조건으로 그 한도 내에서 헌법에 합치된다는 한정합헌결정을 하는 것이 옳다”는 재판관 정경식의 한정합헌의견과 “군무이탈자 복귀명령은 일용법령의 범위 내에서 발하여지는 군통수작용상 필요한 사항에 관하여 형식상 적법하게 발하여진 명령이라고는 보여지나, 이 명령에 위반하였다 하여 명령위반죄로 형사처벌할 수 있다면 군무이탈죄의 공소시효가 진행중인 자에 대하여는 사실상 이중처벌이 될 수 있고 군무이탈죄의 공소시효가 완성된 자에 대하여는 헌법 제12조 제1항의 적법절차 규정에 위반하거나 평등권을 침해하

다수의견이 거시하고 있는 바와 같이 한편 ‘명령의 구체적 내용이나 발령조건을 미리 법률로 정하는 것은 불가능하다는 점’, ‘군사분야에 있어 구체적인 명령의 제정권자를 일일이 법률로 정하는 것도 불가능하다는 점’을 고려하고, 다른 한편 ‘균형법 제47조가 명령위반죄의 구성요건의 내용에 관한 사항을 명령에 위임한 형태를 취하고 있기는 하지만 명령위반행위에 대한 형벌의 종류와 내용은 법률에서 구체적으로 정해져 있다는 점’, 그리고 ‘그 피적용자인 군인은 이를 충분히 예측할 수 있는 지위에 있다는 점’을 고려한다면 이미 앞에서 제시된 바와 같은 헌법 제75조에 의한 위임의 한계에 대한 합헌성판단기준에 비추어 이를 위헌이라고 보기는 어려울 것이다.

이렇게 볼 때 헌법 제75조에 의한 위임입법의 한계요인으로서 범위의 한정성과 기준의 구체성이란 일종의 고정적이고 경직된 것이라기 보다는 유동적·탄력적인 기준이라고 보아야 할 것이다. 사실 ‘구체적으로’란 개념은 그 성질상 상대적인 개념이라 할 수 있다. 만일 A가 B보다 더 구체적이고 B가 C보다 더 구체적이라면, B는 A에 비해서는 덜 구체적이지만 C에 비해서는 더 구체적이며, 여기서 ‘더 구체적’인 것과 ‘덜 구체적’인 것이 있을 수 있다는 것은 ‘구체적’이란 개념 자체가 절대적인 것이 아니라 상대적인 것이라는 것을 말해준다. 구체성/추상성의 개념 짝은 그런 의미에서 상대적 관계에 있는 것이며, 구체성의 정도를 ‘덜

는 결과를 초래할 수 있으므로, 균형법 제47조는 정당한 명령 및 규칙의 내용이 그 명령 및 규칙을 위반함으로써 사실상 이중으로 처벌하는 결과를 초래하지 아니하는 한 헌법에 위반되지 아니한다라는 결정을 함이 상당하다”는 재판관 조승형의 반대의견이 제기되었다.

도'(Dichte)의 개념으로 파악할 수 있는 것도 바로 그 때문이다. 한편 '범위를 정하여'란 이미 앞서서도 지적한 바 있지만, 성질을 나타내는 것이 아니라 수량적 한도를 뜻하는 상대적 개념이다. 따라서 헌법 제75조는 두 가지의 상대적 개념을 가지고 위임입법의 한계를 설정하고 있다는 결론이 나오며, 헌법 제75조가 해석상 그 이상으로 어떤 특정적인 기준을 도출할 수 있도록 해주는 단서를 제공하고 있지 않은 이상, 위임입법의 한계라는 것도 그 헌법적 기준의 상대성으로 인하여 불가피하게 상대적인 성질을 띠게 된다. 그러므로 위임입법의 한계기준은 이러한 상대성에 비추어 볼 때 그것이 규율의 분야나 대상에 따라 차등적으로 작용할 수 있다는 것은 당연한 결과이자 어떤 의미에서는 헌법 제75조가 스스로 예상한 결과라고 볼 수 있다.

(3) 위임입법의 한계기준의 충족여부에 대한 판단

앞에서 본 위임입법의 한계에 관한 기준들이 충족되었는지를 어떻게 판단할 것인지에 관하여 헌법이 명시적 준거를 제공해주지 않는 이상 이 역시 학설과 판례를 통해 해결할 수밖에 없다. 그러나 이 문제를 상세히 논의하고 있는 문헌은 거의 나타나지 않고 있다. 다만 “행정기관이 따라야 할 기준은 ① 당해 수권규정, ② 수권규정과 관계 있는 규정 및 ③ 수권법률 전체의 취지·목적의 해석을 통하여 명확하게 나타날 수 있으면 된다고 할 것”이라는 견해가 표명되고 있을 뿐이다. 판례 역시 이와 유사한 견지에 서있는 것으로 보인다.

대법원은 앞에서 인용된 판결⁴⁰⁾에서 “법률규정 자체에 위임의

40) 대판 1996.3.21, 95누3640(공96.4.15.[8],1166).

구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 아니하여 외형상으로는 일반적·포괄적으로 위임한 것처럼 보이더라도, 그 법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정 형식과 내용 및 관련 법규를 살펴 이에 대한 해석을 통하여 그 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정될 수 있는 것이라면 이를 일반적·포괄적인 위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다”고 판시함으로써, 위임입법의 한계를 준수했는지 여부를 판단함에 있어 당해법률의 수권규정 뿐만 아니라 당해법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정 형식과 내용 및 관련 법규를 고려해야 한다는 것을 분명히 하고 있다. 대법원은 이러한 종합적 해석을 통해 수권법률로부터 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정될 수 있다면 헌법상 위임입법의 한계기준이 준수된 것이라고 본 것이다. 이러한 대법원의 견해는 이미 오래 전부터 유지되어 온 확립된 판례⁴¹⁾를 재확인한 것으로서 기본적으로 타당하다. 다만 이러한 판례의 범리가 백지위임이나 일반적·포괄적 위임을 합리화하는 변명으로 악용되어서는 아니 될 것이다. 그런 뜻에서 법률상의 수권은 반드시 명시적으로 주어져야만 하는 것이 아니라 당해 법률의 수권규정 뿐만 아니라 당해법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정 형식과 내용 및 관련 법규를 고려하여 인정될 수도 있으나, 이는 어디까지나 개별 구체적인 수권법률에 있어 엄격한 법해석을 통해서만 판단될 수 있는 문제로 이해되어야 할 것이다.

41) 가령 대판 1971.1.25, 69도1094.

2.1.3. 재위임의 문제

법률에 의하여 위임된 입법권의 전부 또는 일부를 다시 위임하는 것(재위임 : Subdelegation, Weiterermächtigung)이 허용되는지가 문제된다. 이에 관하여 헌법에 명문의 규정은 없다. 그러나 전면적 재위임은 입법권을 위임한 법률 그 자체의 내용을 권한 없이 변경하는 결과를 가져오므로 허용되지 않으며, 세부적인 사항의 보충을 위임하는 것은 가능하다고 보는 것이 지배적인 견해이다. 헌법 제95조는 바로 이러한 의미에서 총리령·부령의 수권근거의 하나로 ‘대통령령의 위임’을 들고 있는 것으로 이해된다.⁴²⁾ 참고로 독일 기본법은 제80조 제1항 제4문에서 원수임자(primäre Delegatäre)에게 형식적 법률을 제정하는 입법권자가 재위임이 허용됨을 명시적으로 규정하고, 입법권의 재위임 자체도 법규명령으로 발해져야 한다는 두 가지 요건 아래 재위임을 허용하고 있다.

2.1.4. 조례에 대한 위임의 문제

법률이 대통령령이나 총리령, 부령 외에 조례로 정할 것을 위임하는 경우, 즉 조례에 의한 위임입법의 한계가 문제될 수 있다. 법률이 일정한 사항을 조례로 정하도록 위임할 수 있다는 데 대해서는 의문의 여지가 없다. 조례에 대한 위임은 포괄적 입법권을 국회에 부여한 헌법 제40조에 의하여 뒷받침된다. 그러나 그러한 경우 위임의 한계가 있는지, 또 어떤 범위 내에서 어떤 기준에 의하여 위임을 할 수 있는지에 관하여 헌법은 명시적

42) 박윤훈, 상, 261; 김동희, I, 130.

규정을 두고 있지 않다. 지방자치단체에 ‘법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정’을 제정할 수 있는 조례입법권을 부여한 헌법 제117조 제1항은 어디까지나 ‘자치에 관한 규정’에 적용되는 것이고, 또 지방자치단체가 ‘법령의 범위 안에서’ 조례를 제정할 수 있다고 수권하고 있을 뿐이다. 헌법 제75조 역시 적용영역을 달리 하고 있어 조례에 대한 위임에 직접 적용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 따라서 이 문제는 헌법해석을 통하여 해결될 수밖에 없다. 조례에 의한 위임입법의 한계에 관해서는 일면 조례가 법령의 하위규범이라는 점에서 헌법 제75조의 규정을 유추적용하는 문제, 타면 조례의 자치입법적 성격을 고려하여 헌법 제75조에서 설정된 기준보다도 더 포괄적인 위임을 허용할 수 있을 것인지 여부 등이 검토되어야 한다. 생각건대, 개별법에서 명시적으로 조례에 대한 위임규정을 두는 경우, 만일 헌법 제75조의 규정이 조례에 대한 위임에 유추적용될 수 있다고 본다면, 포괄적·일반적 위임입법의 금지라는 헌법 제75조의 요구는, 헌법 제117조 제1항의 규정과 그에 따른 조례의 자치입법으로서의 성격을 고려하여 일반적인 행정입법의 경우와는 달리, 완화된다고 보아야 할 것이다. 대법원 역시 공유수면의 점용료 또는 사용료부과징수조례에 관한 판결에서 “법률이 주민의 권리의무에 관한 사항에 관하여 구체적으로 아무런 범위도 정하지 아니한 채 조례가 정하도록 포괄적으로 위임하였다고 하더라도, 행정관청의 명령과는 달라, 조례도 주민의 대표기관인 지방의회의 의결로 제정되는 지방자치단체의 자주법인 만큼, 지방자치단체가 법령에 위반되지 않는 범위 내에서 주민의 권리의무에 관한 사항을 조례로 제정할 수 있는 것”이라고 판시함으로써 그 점을 시인한 바 있다.⁴³⁾

2.2. 헌법원리적 한계

2.2.1. 법률의 유보 원리에 따른 위임입법의 한계

법치국가원칙 또는 법치행정의 원리⁴⁴⁾의 구성요소로서 「법률의 유보」를 행정의 법률에 의한 수권을 받은 때에만 행동할 수 있다는 원칙으로 이해하는 이상, 그 적용범위를 어떻게 파악하든지 간에, 의회입법권자의 법률제정의무 또는 입법의무가 도출되는 것은 아니다. 법률의 유보와 입법의무는 구별되어야 한다. 후자는 법률의 유보와는 별도로 구체적 상황에서 일정한 조건하에 성립하는 의회입법권자의 구체적인 입법의무로서, 그 입법부작위는 위헌이라는 평가를 받는다는 점에서, 법률의 유보보다는 현저히 강화되고 구체화된 법적 효과를 발생시킨다. 입법의무는 법률의 유보를 출발점으로 하는 것이지만, 구체적 입법의무가 성립하는 경우에도 반드시 위임입법이 배제되는 것은 아니다. 입법의무를 법률과 합헌적 위임입법이 결합된 형태로 이행할 수 있기 때문이다. 법률의 유보는 이러한 의미에서의 입법의무를

43) 대판 1991.8.27, 90누6613판결, 공906.2444(29).

44) 현행헌법에는 법치주의에 관한 직접적인 명문규정은 없다. 그러나 헌법전문, 평등원칙을 규정한 제11조, 인신의 자유를 규정한 제12조 제1항, 경제질서의 기본원칙을 규정한 제119조 제1항, 적절한 소득분배를 규정한 제119조 제2항, 인간다운 생활을 할 권리를 규정한 제34조 제1항, 권력분립주의에 관한 제40조, 66조 제4항, 제101조 제1항, 포괄적 위임입법의 금지를 규정한 제75조, 위헌법률심사제를 규정한 제107조 제1항 그리고 명령·규칙의 사법심사를 규정한 제107조 제2항 등, 여러 헌법조항에서 실질적 법치주의의 본질적 구성요소와 구현방법들이 규정되고 있다. 이 중 특히 제107조 제2항은 법치행정을 법원에 의한 사법심사에 의해 보장하려는 것으로서 법치행정의 원리에 관한 가장 직접적인 헌법적 근거로 간주된다(홍준형, 행정법총론, 1994, 56).

발생시키는 것이 아니라 그 적용범위 내에 속하는 사항의 규율을 의회입법권자의 법률제정에 귀속시키는 것이다.

법률의 유보의 적용범위에 관한 이론이 입법부와 행정부, 또는 법률과 법률이외의 법형식 간에 관할영역을 배분하는 기능을 가지기 때문에 본질성설을 취하지 않더라도 법률의 유보의 적용범위에 속하는 일정한 사항에 관하여 법률의 규율이 요구된다는 결론이 나올 수 있음은 이미 앞에서 본 바와 같다. 그러나 일정한 사항에 대하여는 법률로써 규율해야 한다는 헌법적 요구가 가장 현저하게 도출되는 이론적 근거는 본질성설 (Wesentlichkeitstheorie)에 있다. 즉, 이 이론에 따르면 사안이 일반국민에게 중요하면 중요할 수록 입법자에 대한 요구는 더욱 더 높아지며, 규율의 밀도(Regelungsdichte)에 관해서도 개별시민의 기본권들이 결정적으로 침해되거나 위협받을 수록, 그 일반국민에 대한 효과 면에서 비중이 그면 클수록, 또한 하나의 문제복합체가 일반공중간에 논란되면 될수록, 법률의 규율 또한 더욱 정확하고 상세해져야만 한다는 것이 된다. 이러한 견지에서 본다면 법률의 규율이 요구되는 본질적인 사항에 관한 한 위임입법도 원칙적으로 허용되지 않는다고 보게 된다:45) 「의회유보

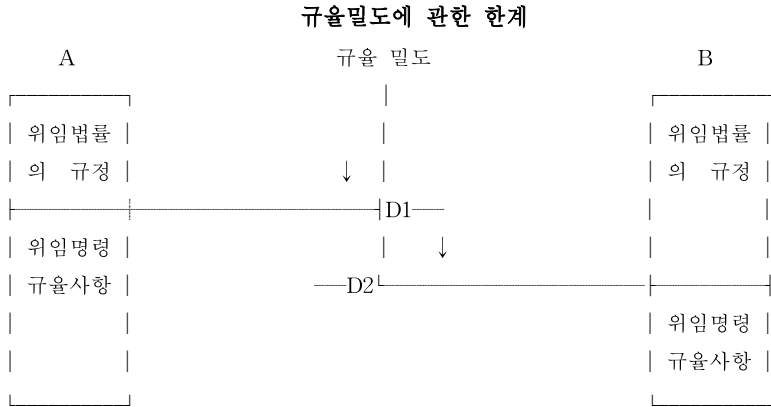
45) 가령 김용섭, “급부행정의 법률유보에 관한 연구”, 『법제연구』 제9호(한국법제연구원, 1995), 228; 독일의 경우 Georg Nolte, Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung - Lehren aus der deutschen und der amerikanischen Erfahrung, AöR 118(1993), 378-413, 400; D. Umbach, Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in: Festschrift für Hans Joachim Faller, 1984, 111, 115ff.; E. Baader, Parlamentsvorbehalt, Wesentlichkeitsgrundsatz, Delegationsbefugnis, JZ 1992, 394; Walter Krebs, Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, Jura 1979, 312; H-U. Eri

(Parlaments- vorbehalt)는 위임의 금지(Delegationsverbot)를 의미한다.」 물론 이러한 본질성설의 입장에 서는 경우에도 법률제정에 의한 입법권자의 규율의 정도는 사안에 따라 상이한 것이므로(유동적 공식) 일률적으로 일정한 사항에 관하여 위임입법이 금지되는 결과가 되지는 않는다. 그러나 적어도 헌법이 입법권자에게 요구하는 규율밀도에 해당하는 범위 내에서는 위임입법이 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 이것은 어디까지나 일정한 규율밀도가 요구되는 범위 내에서의 문제이지 의회유보사항이라 하여 일절 위임입법이 허용되지 않는다는 뜻은 아니다.

규율밀도(Regelungsdichte)의 문제는 법률의 유보 원리에 의해 국회가 법률로써 규율해야 할 사항에 관하여 법률이 얼마나 상세하게 규율해야만 하는가 하는 문제이다. 만일 구체적인 사항에 관하여 일정한 규율밀도가 요구된다고 해석된다면, 바로 그 경계선부터 나머지 규율을 위임할 수 있다는 결론이 나올 수 있다. 이를 도해를 통해 살펴보면 A라는 법률이 그 규율사항에 대해 요구된 규율밀도가 D1으로 해석되어 제정된 경우 위임입법의 여지는 바로 이 D1에서부터 시작되는데 비하여 B라는 법률이 그 규율사항에 대해 요구된 규율밀도가 D2로 해석된다면 위임입법의 범위도 D2부터 시작된다고 할 수 있다. A의 경우는 B의 경우 보다 위임입법의 범위가 넓다. 이와 같이 법률의 유보 원리로부터 의회입법권자가 규율해야 할 정도, 즉 규율밀도가 해석을 통해 도출된다면 그에 따라 위임입법의 한계도

chsen, Zum staatlich-schulischen Erziehungsauftrag und zur Lehre vom Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, VerwArch 69(1978), 387 등을 참조.

달리 설정되는 결과가 되는 것이다.



그러나 과연 어떠한 선부터 그 나머지 규율을 위임할 수 있는가 하는 문제는 각각의 위임입법에 관하여 개별적으로 판단되어야 하는 실질적(substantial) 문제로서, 그 형식적 한계원리인 「일반적·포괄적 위임입법의 금지」 원칙만에 의해서는 해결되지 않는다. 법률의 유보의 적용분야에 관하여 앞에서 본 바 있는 본질성이론(Wesentlichkeitstheorie)이란 바로 그 「의회유보」의 영역 또는 기준, 즉 의회가 이행해야 할 입법상의 규율밀도(Regelungsdichte)를 그 규율효과(관계법익의 중대성)와 관련시켜 도출하려는 시도라고 할 수 있다.⁴⁶⁾ 의회유보의 이론에 따르면 의회 스스로가 입법해야 할 사항에 관하여 입법권의 위임이 허용되지 않는다는 것은 이미 앞에서 본 바와 같다. 가령, 후술하는 바와 같이, 헌법이 명문으로 법률로 정하도록 유보한 법률

46) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 10.Aufl., § 6 Rn.11.

사항 중 법률의 유보 원리에 따른 결과라고 볼 수 있는 경우에는, 적어도 그러한 헌법규정의 해석을 통하여 법률에 의한 규율이 요구되는 범위·정도 내에서는, 법률이 직접 규율하지 않으면 안되며,⁴⁷⁾ 그러한 헌법상 명시적 법률유보사항이 아니더라도, 기본권과 관련된 사항이나 침익적 사항 등과 같이 일정한 사항(본질적 사항)에 관하여는 위임입법이 허용되지 않는다는 것이 의회유보의 이론의 귀결이다.

헌법재판소는 “어떠한 사항을 법규로 규율할 것인가의 여부는 특단의 사정이 없는 한 입법자의 정치적, 경제적, 사회적 각종 고려 하에서 정하여지는 입법정책의 문제이므로, 국민이 국회에 대하여 일정한 입법을 해달라는 청원을 합은 별론으로 하고, 법률의 제정을 소구하는 헌법소원은 헌법상 기본권보장을 위하여 명시적인 입법위임이 있었음에도 입법자가 이를 방치하고 있거나 헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 내지 보호의무가 발생하였음에도 불구하고 국가가 아무런 입법조치를 취하지 않고 있는 경우가 아니면 원칙적으로 인정될 수 없다 할 것”⁴⁸⁾이라고 판시한 바 있다. 이러한 헌법재판소의 결정취지에 따른다면 ‘헌법상 기본권보장을 위하여 명시적인 입법위임이 있었거나’ ‘헌법해석상 특정인에게 구체적인 기본권이 생겨 이를 보장하기 위한 국가의 행위 내지 보호의무가 발생하였다고

47) 최영규, 앞의 글, 48 각주 96은 이러한 국회전속적 법률사항의 경우는 오히려 의회유보의 이론의 범위밖에 있다고 할 수 있다고 한다. 그러한 명문규정이 없는 경우에도 법규명령에 위임할 수 없는 법률사항이 있다는 데 의회유보 이론의 참뜻이 있는 것으로 생각되기 때문이라고 한다.

48) 현재 1992.12.24, 90헌마174; 동지 현재 1989.3.17, 88헌마1; 1989.9.29, 89헌마13.

볼 수 있는 경우'에는 국가의 입법의무가 성립한다고 볼 수 있다. 그러나 여기서 말하는 입법의무는, 이미 앞에서 본 바와 같이, 법률의 유보 원리에서 나오는 법률에 의한 규율의 요구와는 다르다. 또 입법의무가 성립했다고 해서 이를 반드시 법률로만 이행할 수 있는 것은 아니고 법률과 합헌적 위임입법이 결합된 형태로 이행할 수도 있으므로, 그 규율사항 전체에 대하여 법률제정의무가 성립하는 것은 아니다. 그러나 이 경우에도 법률을 제정하여 직접 규율해야 할 부분에 관해서는 그 한도 내에서 위임입법의 가능성이 부정된다고 볼 수 있다.

법률의 유보 원리에 의한 또는 개별헌법규정에 의한 명확성 원칙과 위임입법에 관한 헌법 제75조에 의한 명확성의 원칙은 개념적으로 구별해야 한다. 법률의 유보 원리에 의한 위임의 금지(Delegationsverbot)와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제75조는 각각 별개의 독자적인 법원리이기 때문이다.⁴⁹⁾ 이들 중 특히 앞의 두 가지는 입법권자에게 직접적 규율과 규율의 명확성을 요구하는 결과 그 한도에서 위임입법의 한계요인을 형성하는 것이기는 하지만, 이는 어디까지나 입법권자에 대한 헌법적 요구가 반영된 결과일 뿐이고, 헌법 제75조의 경우처럼 직접적으로 위임입법의 조건과 한계를 설정한데 따른 결과는 아니기 때문이다.

49) 독일의 경우 법률의 유보 원리에 의한 위임금지(vorbehaltsrechtliches Delegationsverbot)와 위임입법의 한계에 관한 기본법 제80조 제1항 제2문에 관하여 마찬가지로의 구별이 인정되고 있다. Bernhard Busch, Das Verhältnis des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt, 1992, 118-119; Peter Lerche, DVBl 1958, 524; B. Wolff, AöR 78(1952/1953), 19 5f.

법률의 유보 원리에 따른 위임입법의 한계는 의회 본연의 입법책무의 이행을 헌법적 수준에서 촉구하고 관철시키는 의미를 가진다. 이로써 결국 현대국가가 직면한 문제상황과 과제들이 날로 복잡 다양성과 곤란성을 더해가고 있는 상황에서 의회의 책임전가와 행정부의 부담증가를 동시에 방지하고 또 행정부에 의한 입법대행에 따른 권력의 집중을 예방할 수 있기 때문이다. 다음과 같은 진술은 그런 뜻에서 누구에게나 공감을 불러일으킬 것이다.

“규칙과 규칙제정에 관련된 최대의 문제는 입법부에 의해 행정기관에게 수권된 위임입법의 범위에 관한 문제”라고 전제한 후 입법부는 과도한 위임입법을 계속하지 말아야 한다고 요구했다. 입법부가 그 정책결정의 책임을 행정기관에 위임하여 그 기관에 의한 규칙제정을 통해 수행되도록 함으로써 결과적으로 행정기관들이 선출된 국가기관에 의해 수행되었어야 할 과제를 해결하기 위한 규칙을 제정하는데 수개월 또는 수년을 소비하는 일이 적지 않다는 것이다.⁵⁰⁾

2.2.2. 기본권제한의 헌법적 한계에 따른 위임입법의 한계

기본권제한의 법률유보를 규정한 헌법 제37조 제2항 역시 위임입법의 한계를 이루는 요인이 된다. 기본권제한은 반드시 법률로써 하도록 한 헌법 제37조 제2항에 비추어 볼 때, 법률하위

50) 미국 ‘미네소타주 개혁및효율위원회’(Minnesota Commission on Reform and Efficiency: CORE)의 규칙제정에 관한 한 보고서(Bernhard Schwartz, Administrative Law Cases During 1993, 46 Administrative Law Review, 307329, 308).

명령, 즉 위임입법에 의한 기본권제한은 허용되지 않는다. 기본권은 헌법 제37조 제2항의 규정에 의한 기본권제한사유가 존재하는 경우에도 반드시 국회가 제정한 형식적 의미의 법률에 의해서만 제한될 수 있으며, 법률하위명령, 즉 행정상 입법에 의해서 제한될 수 없다는 것이 헌법 제37조 제2항의 핵심이기 때문이다. 또한 기본권을 제한하는 법률은 명확해야 한다는 것(명확성의 원칙)이 헌법 제37조 제2항에 관한 일반적인 해석이므로 이러한 명확성을 결여한 수권법률 역시 위헌으로 평가되지 않을 수 없다.⁵¹⁾

반면 기본권에 대한 제한을 규정하는 법률이 헌법 제75조와 제95조가 정하는 기준에 따라 일정한 사항을 대통령령 등 법률하위명령에 위임하는 것은 헌법 제37조 제2항에 비추어 허용된다고 볼 것인가가 문제된다. 이에 관한 상세한 논의는 찾아보기 어렵지만 대체로 긍정적으로 새기는 것이 일반적이다.⁵²⁾ 그러나 기본권을 제한하는 법률이 명확해야 한다면 명확성의 원칙에 의해 지배되는 한도 내에서는 위임입법이 허용되지 않는 것으로 볼 수밖에 없을 것이다. 가령 기본권을 제한하는 법률이 제한대상 기본권을 구체적으로 적시하지 않거나 제한의 내용을 직접 규정하지 않는 경우에는 헌법 제37조 제2항에 비추어 위헌이 되는데, 이것은 제한대상 기본권의 적시 및 제한의 내용에 관한, 입법권자의 직접적 규율이 요구된다는 것을 의미한다. 만일 법률이 제한대상 기본권을 구체적으로 적시하지 않거나 제한내용을 직접 규정하지 않고 이를 법률하위명령에 위임한다면 이는

51) 가령 권영성, 『헌법학원론』, 1994, 370.

52) 권영성, 같은 곳.

헌법 제75조까지 갈 필요 없이 헌법 제37조 제2항에 직접 위배 되는 것으로서 위헌이라고 보아야 한다. 후술하는 죄형법정주의, 조세법률주의 등과 같은 헌법원칙에 관해서도 마찬가지로 결론이 나온다. 즉 이들 분야에 있어 법률에 의한 직접적 규율을 요구하는 헌법규정들은 입법권자의 법률제정에 대한 규율밀도를 설정하는 것일 뿐만 아니라 그 한도 내에서 위임입법의 한계를 정한 것이기도 하기 때문이다. 그러나 그렇다고 해서 언제나 기본권을 제한하는 법률에 위임규정을 둘 수 없는 것은 아니다. 이것은 당해 기본권제한법률의 규율밀도에 따라 달라질 수 있는 문제로서 만일 어떤 법률이 헌법 제37조 제2항에 의하여 특정 기본권을 제한하기 위해 필요한 사항을 당해 법률에서 규율한 후 헌법 제75조의 기준에 따라 다시 세부적인 사항을 대통령등 하위법령에 위임하는 경우, 그 법률이 헌법 제37조 제2항의 해석을 통하여 요구되는 규율밀도를 달성하고 있다면, 그것만 가지고 이를 위헌이라고는 볼 수 없을 것이다.

2.2.3. 죄형법정주의와 조세법률주의

(1) 죄형법정주의와 위임입법의 한계

죄형법정주의(*nullum poena sine lege*)는 ‘법률 없으면 범죄 없다’(*nullum crimen sine lege*), ‘사전에 제정된 법률에 의하지 아니하고는 처벌할 수 없다’(*nulla poena sine lege praevia*), 그리고 ‘범죄 없으면 형벌 없다’(*nulla poena sine culpa*)는 원칙을 의미하는데, 이 원칙에 따라 범죄구성요건이나 벌칙규정을 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 않으며, 최소한 처벌원칙, 형벌의 종류, 최고형 등에 대한 명확한 기준은 근거법

를에서 규정되어야 한다고 새기는 것이 일반적이다.⁵³⁾ 그렇다면 범죄구성요건이나 벌칙규정을 포괄적으로 위임하거나 헌법에 따라 최소한 법률이 직접적으로 규율해야 할 사항을 법률하위명령에 위임하는 것은 위헌으로 허용되지 않는다는 결과가 나오는데, 이는 헌법 제75조에 의한 것이라기 보다는 어디까지나 죄형법정주의를 규정한 헌법규정들(제12조 제1항 제2문, 제13조 제1항·제2항)에 의한 것이며, 적어도 죄형법정주의(또는 그 헌법적 근거규정들)에 의해 농축된 위임입법의 한계기준(또는 헌법 제75조)에 의한 것이라고 보아야 할 것이다. 따라서 이들 헌법원리적 규정들 역시 입법권자의 법률제정에 대한 규율밀도를 설정하는 동시에 위임입법의 한계를 정한 것이라 할 수 있다. 헌법재판소는, 반드시 명백하지는 않지만, 다음에 보는 바와 같이 죄형법정주의와 위임입법의 한계에 관한 규정들을 한꺼번에 그리고 경합적으로 위헌판단의 준거법조로 인용한 것이 주조를 이루고 있다.

「가. 죄형법정주의와 위임입법의 한계의 요청상 처벌법규를 위

53) 가령 허영, 『한국헌법론』, 1994, 340-341. 우리 나라 헌법재판소도 처벌법규를 명령에 포괄적으로 위임하는 것은 허용되지 않으며, 다만 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건을 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 종류 및 상한과 폭을 명백히 규정해야 한다고 판시한 바 있다(헌재 1991.7.8, 91헌가4). 또 형벌법규라 하더라도 일정사항의 위임이 불가능하지는 않지만, 죄형법정주의의 원칙상 최소한도 범죄의 구성요건의 윤곽만큼은 수권규정 자체에서 예측할 수 있어야 한다고 판시했다(헌재 1993.5.13, 92헌마80).

임하기 위하여는 첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하며, 둘째, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하여야 하며, 셋째, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

나. 구 주택건설촉진법 제32조 제1항은 구성요건상의 행위주체에 관하여 주택건설촉진법 제3조 제5호의 사업주체로서 사기업체(사기업체)의 경우에는 같은 법 제6조의 규정에 의하여 주택건설사업자로 등록한 자를 의미하고 있음을 명백히 하고 있으며, 위 규정에 의한 주택의 공급조건·방법·절차의 각 개념이 사전적으로도 비교적 구체적 의미를 갖는 것일 뿐 아니라(주택에 관하여는 같은 법 제3조 제2호에 개념규정이 있다), 같은 법의 목적과 전체 내용에 비추어 보면 사업주체가 주택을 일반에 분양함에 있어서 지켜야 할 제반사항을 의미하고 있는 것이 분명하므로, 처벌대상행위에 대한 예측가능성이 충분히 기대되고, 한편 구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제2호는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 형벌을 특정하여 위반행위에 대한 형벌의 종류 및 그 상한을 특정하고 있으므로, 죄형법정주의나 위임입법의 한계를 일탈한 것이라고 할 수 없다.⁵⁴⁾

「1. 죄형법정주의는 이미 제정된 정의로운 법률에 의하지 아니하고는 처벌되지 아니한다는 원칙으로서 이는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측 가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고 성문의 형벌법규에 의한 실정법집서를 확립하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하

54) 현재 1995.10.26, 93헌바62(전원재판부, 헌재공보 95(12호), 676); 참조 현재 91헌가4, 93헌가15,16,17(병합); 1994.6.30 93헌가15병합(전원재판부, 헌재공보 94, 380); 90헌가27, 91헌가4.

려는 법치국가 형법의 기본원칙이다.

2. 위임입법에 관한 헌법 제75조는 처벌법규에도 적용되는 것이지만 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로서 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한정되어야 하고 이 경우에도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다.

3. 복표발행, 현상기타사행행위단속법 제9조는 벌칙규정이면서도 형벌만을 규정하고 범죄의 구성요건의 설정은 완전히 각령에 백지 위임하고 있는 것이나 다름없어 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조와 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 제13조 제1항에 위반된다.

4. 제정법원이 벌칙규정과 함께 범죄의 구성요건규정까지 위헌여부의 제정을 하였더라도 범죄의 구성요건규정에 형사처벌규정이외의 사항이 포함되어 있을 뿐만 아니라 위헌제청된 당해 사건을 재판하는 데에 벌칙규정에 대한 위헌선고만으로써 충분한 경우에는 범죄의 구성요건규정에 대한 위헌선고까지 할 필요는 없다.⁵⁵⁾

(2) 조세법률주의와 위임입법의 한계

조세법률주의라 함은 법률의 근거 없이 조세를 부과 징수할 수 없고 국민은 납세를 강요당하지 않는다는 헌법원리를 말한다. 현행 헌법은 제59조 및 제38조에서 조세법률주의를 선언하고 있다. 헌법 제59조는 “조세의 종목과 세율은 법률로 정한다”고 규정하고 있으나, 조세법률주의의 취지에 비추어 조세의 납세의무자, 납세요건사실, 납세표준, 세율, 과세표준의 신고, 세액

55) 헌재 1991.7.8, 91헌가4(전원재판부, 헌재판례집 3,91,336).

의 납부, 결정, 경정처분, 행정구제, 벌칙 등은 모두 조세법률로써 정해야 하는 것으로 해석하는 것이 일반적이다. 한편 헌법은 제38조에서 “모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 납세의 의무를 진다”고 규정하고 있으므로 법률에 의하지 아니하고는 납세의무를 지지 않으며, 그런 의미에서 조세법률주의와 내적 통합을 이루고 있다. 이것은 특히 국민은 법률에 의해서만 납세의무를 부담하고 대통령령 등 위임입법에 의해서는 납세의무를 부담하지 않는다는 법적 보장을 요구한다. 조세법률주의는 앞에서 본 바와 같이 조세에 관한 기본적 사항은 모두 법률에 의해서만 정해져야 하며, 또 국민은 법률에 의해서만 납세의무를 진다는 헌법원칙이다. 따라서 법률로써 정해야 할 사항을 행정입법으로 정하는 것은 위헌이다.

그러나 이 경우에도 반드시 법률로 규정해야 할 사항 이외의 사항, 그리고 법률로써 정해야 할 사항이라도 조세법률주의가 요구하는 규율밀도를 충족시킨 법률이 나머지 부분을 헌법 제75조에 따라 하위법령에 위임하는 것이 허용되는지 여부가 문제된다. 전자의 경우에는 위임입법이 허용된다고 보는 것이 지배적이지만, 후자에 관해서는 논란의 여지가 없지 않다. 이와 관련하여 조세법률주의라고 해서 ‘그 모두를 법률 자체에서 정하여야 하는 것은 아니고 대상을 한정하고 기준을 명백히 하여 일정한 범위에서 행정입법에 위임할 수 있다’고 보는 견해가 표명되고 있으나,⁵⁶⁾ 여기서 문제는 ‘그 모두’가 과연 무엇인가 하는 것이다. 만일 헌법상 조세법률주의의 해석을 통하여 세법이 충족시

56) 박윤훈, 앞의 책, 219.

켜야 할 규율밀도가 도출될 수 있다면 그 규율밀도가 충족되는 수준까지의 규율은 이를 위임할 수 없다고 보아야 할 것이다. 죄형법정주의와 유사하게 조세법률주의는 법률의 유보 원리 및 기본권제한의 한계원리의 구체화로서 상대적으로 강화된 규율밀도를 요구하는 것으로 이해되며 또 이것이 학설과 판례의 지배적 경향이다. 그렇다면 적어도 그 규율밀도에 해당하는 정도의 규율에 관한 한 위임입법은 허용되지 않는다고 보아야 할 것이다. 대법원이 조세법률주의를 선언하고 있는 현행헌법 아래서는 새로운 과세를 행정입법에 위임하는 것은 그것이 포괄적이든 특정적이든 불문하고 헌법위반이라고 본 것⁵⁷⁾은 바로 그러한 관점에서 설득력을 가질 수 있다.

(3) 죄형법정주의와 조세법률주의에 있어 ‘법률’

한편 죄형법정주의나 조세법률주의에 있어 ‘법률’은 형식적 의미의 법률로 해석해 온 것이 종래의 지배적인 학설과 판례의 태도였다. 그러나 이에 관하여 “헌법상 「법률」로 정하도록 한 규정은 하위법령까지를 포함한 법규명령으로 규정하라는 취지로 해석되어야 할 것이며 헌법 제75조와 제95조에서 대통령령·총리령 및 부령의 존재를 명시한 것도 이러한 취지에서 비롯된 것으로 보아야 한다. 다만 법률의 위임근거가 있어야 하고 특히 제75조에 명시된 것처럼 구체적으로 범위를 정하여 위임하도록 한 요청을 충족시켜야 할 것이다. 이러한 요건을 충족시키는 헌법치행정, 즉 법률에 의한 행정의 개념이나 의회주의의 개념에

57) 대판 1982. 11. 23, 82누221(전합).

도 어긋나지 않는 것으로 보아야 한다”⁵⁸⁾는 견해가 최근 표명된 바 있다. 이러한 시도는 실은 조세법분야에서 위임입법의 한계와 관련하여 조세법률주의 및 헌법 제75조의 요건을 관철시키는데 따르는 숭한 현실적 어려움을 타개하려는 데 그 취지를 둔 것으로 생각된다. 그러나 헌법해석상 이러한 견해는 수용되기 어렵다. 헌법은 의문의 여지없이 ‘법률’로 정할 것을 요구하고 있으며, 그것도 국민의 기본권제한을 정당화하기 위해 국회라는 입법기관에 의해 제정된 법률에 의거해야 한다는 민주적 정당성의 계기에 주목하고 있는 것이다.⁵⁹⁾ 헌법이 명시적 규정을 무시하고 ‘법률’로 정하도록 한 것을 ‘법률 또는 그와 아울러 행정입법’으로 정하면 족하다고 해석하는 것은 타당하지 않을 뿐만 아니라 헌법이 고양한 죄형법정주의와 조세법률주의의 원칙을 형해화하는 결과를 초래할 우려마저 있다.⁶⁰⁾ 가령 헌법 제

58) 조장찬, “행정입법에서의 죄형법정주의와 조세법률주의의 구현”, 『법제연구』 통권 제10호(한국법제연구원, 1996), 147-168, 165.

59) 참고로 헌법 제31조 제2항에 관한 것으로서 직접 이들 조항에 관한 것은 아니었지만, 헌법재판소가 ‘헌법 제31조 제2항 소정의 “법률”은 형식적 의미의 법률뿐만 아니라 그러한 법률의 위임에 근거하여 제정된 대통령령도 포함하는 실질적 의미의 법률로 해석하여야 한다’고 판시한 바 있다. 그러나 헌법 제31조 제2항의 경우와 죄형법정주의나 조세법률주의를 규정한 헌법조항은 그 배후에 있는 입법취지에 비추어 볼 때 동가치적으로 이해될 수 없다고 생각한다. 전자는 어디까지나 기본권형성적 법률유보의 표현으로서 오히려 헌법정책적 관점에서 입법권자의 결정권을 인정한 데 불과한 것으로서 죄형법정주의나 조세법률주의가 최소한 일정한 범위의 사항을 일정한 정도로 구체적으로 규율할 것을 요구한 권리보장적 취지에 입각한 것과는 구별되어야 하기 때문이다.

60) 바로 그런 이유에서 그 견해는 다음과 같이 보완을 시도하고 있으나, 이론적 출발점 자체에 결함이 사라지는 것은 아니다: “문제는 법정주의의 개념을

59조는 「조세의 종목과 세율」만을 법률로 정하도록 하고 있으나 해석상 납세의무자·과세물건·과세시기·과세방법 등도 법률로 정하도록 한 것으로 이해되고 있는데, 이들 사항에 관하여는 반드시 법률로 정해야만 헌법 제59조에 합치되는 것이다. 물론 그 밖의 사항에 관하여 법규명령에 위임하는 것은 무방하며, 또한 모법에서 그 법률로 규율해야 할 사항을 규율한 후, 다시 말해 규율밀도를 충족시킨 후, 그 밖의 세부적 사항을 위임하는 것은 허용된다고 볼 수 있다. 그러나 가령 조세의 종목·세율에 관하여는 그 규율밀도에 대한 요구가 특별히 높다고 볼 수 있다. 그리하여 조세의 종목·세율에 관하여는 어디까지나 법률로 정해야지 이를 일정한 범위 내에서 행정입법에 위임할 수 없다

이와 같이 해석할 경우 죄형법정주의나 조세법률주의의 이념이 무의미하게 될 수 있다는 것인데, 앞에서 살펴본 대로 죄형법정주의에서도 구성요건은 하위법령에의 위임이 불가피하며, 헌법상 조세법률주의 조항에서 특히 명시한 세율까지도 탄력세율의 도입 등 하위법령의 도움이 요구되고 있기 때문에 이미 근대 시민국가 초기에 형성되었던 원래의 이념은 변질되었다고 볼 수 밖에 없다. 그러나 죄형법정주의·조세법률주의의 이념을 일반적인 기본권 제한 법정주의 내지 행정조직법정주의 등과 똑같이 취급한다는 것도 이들 이념의 형성 연혁이나 그 동안 국민의 신체·재산보호에 대한 공적에 비추어 볼 때 타당하지 못한 분명하다. 또한 우리 헌법이 이들 개념을 개별조문에서 따로 명시하고 있는 것도 같은 맥락에서 파악되어야 할 것이다. 따라서 죄형법정주의에서 지금까지 고수되어 온 형량의 위임금지라든지, 조세법률주의에서 「세율」의 제한적 위임허용의 원칙은 계속 지켜져야 하며(조세법률주의의 경우에는 세율 외에 다른 과세요건에까지 이 원칙이 최대한 지켜져야 하는 것으로 확장해석 하여야 한다) 실정 형벌법규나 세법에서는 위임이 불가피하다고 하더라도 헌법 제75조의 「구체적으로 범위를 정하여」 위임하여야 한다는 요청을 최대한 충족시키도록 하여야 할 것이다.”(조정찬, 같은 곳).

는 결론이 나온다. 이는 바로 헌법이 금하는 바이기 때문이다.

2.3. 헌법정책적 한계(법률사항적 한계)

앞에서 논의된 죄형법정주의나 조세법률주의 외에 헌법이 명문으로 ‘법률로써’ 정하도록 규정한 사항, 즉 전속적 법률사항(국적취득요건 § 2 ①; 재산권의 내용·한계 § 23 ①; 공용침해의 요건·보상 § 23 ③; 지방자치단체의 종류 § 117 ② 등)의 경우 위임입법이 가능한가 하는 문제가 제기된다. 이에 관하여는 헌법이 명문으로 국회의 전속사항으로 하고 있는 이상, 이러한 사항에 대한 입법권을 위임하는 것은 헌법상 허용되지 않는다는 것이 지배적인 견해이다.⁶¹⁾ 전속적 법률사항은 원칙적으로 헌법이 명문으로 의회입법권자에게 ‘법률로써’ 정하도록 위임한 것일 뿐만 아니라 ‘법률로써’ 규정할 것을 요구한 결과라고 해석된다. 따라서 전속적 법률사항을 행정입법에 위임할 수 없는 것은, ‘의회유보’이론과는 무관하게, 헌법의 규정취지에 의하여 당연한 것이라 할 수 있다.

한편 이들 사항에 관하여 적어도 그 기본적 내용은 법률로 규정되어야 하지만, 전적으로 법률로 규율되어야 하는 것은 아니고 일정한 범위에서의 행정입법에 대한 위임은 허용된다는 견해⁶²⁾가 피력되고 있다. 그러나 전속적 법률주의사항이라고 하면서 이를 다시 일정한 범위에서 행정입법에 위임할 수 있다고

61) 권영성, 앞의 책, 1020; 법무부, 『위임입법에 관한 연구』, 1993, 23 등.

62) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 219; 김남진, 행정법 I, 193; 김동희, 행정법 I, 133; 홍정선, 행정법원론(상), 241.

하는 것이 과연 무엇을 의미하는지 생각해 볼 필요가 있다. 문제는 헌법해석을 통하여 당해 헌법규정이 무엇까지를 법률로써 정하도록 하고 있는지, 즉, 헌법이 요구하는 규율밀도를 규명하는데 있다. 만일 헌법상 법률사항에 있어 헌법이 요구하는 규율밀도가 밝혀진다면 이에 관하여는 반드시 법률로 정해야 한다는 것이 헌법의 결정이지 다시 「일정한 범위에서 행정입법에의 위임」을 인정할 여지는 없는 것이다. 따라서 이 점을 무시하고 다시 행정입법에 위임이 가능하다고 서술하는 것은 자칫 오해와 그로 인한 법적 혼란을 불러일으킬 우려가 있다.⁶³⁾

헌법재판소 역시 그러한 견지에서 ‘국가보위에관한특별조치법 제5조 제4항은 “대통령은 동원대상지역내의 토지 및 시설의 사용과 수용에 대한 특별조치를 할 수 있다. 이에 대한 보상은 징발법에 준하되 그 절차는 대통령령으로 정한다”라고 규정하여 보상을 징발법에 준하도록 하고 있을 뿐 토지수용·사용의 요건과 범위 및 한계 등에 관한 기본적인 사항조차도 규정하지 않은 채 포괄적으로 대통령령에 위임하고 있어, 재산권 제한을 법률로써 하도록 규정한 헌법 제23조 제3항 및 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반된다’고 판시한 바 있으나,⁶⁴⁾ 교육법 제8조에 정한 의무교육으로서 3년의 중등교육의 순차적인 실시에 관하여 대통령령이 정하도록 위임한 교육법 제8조의 2는 ‘헌법 제31조 제2항 소정의 “법률”은 형식적 의미의 법률

63) 한편 지방세의 부과·징수에 관한 조례에의 위임(지방자치법 § 126, 지방세법 § 2), 관세의 경우, 또는 긴급재정·경제명령의 경우와 같은 조세법률주의의 예외는 별개의 문제이다.

64) 헌재 1994.6.30, 92헌가18(전원재판부, 헌재공보 94, 374).

뿐만 아니라 그러한 법률의 위임에 근거하여 제정된 대통령령도 포함하는 실질적 의미의 법률로 해석하여야 하므로' 이에 위반하지 않았고, 의무교육의 '확대실행의 시기 및 방법만을 대통령령에 위임하여 합리적으로 정할 수 있도록 한 것이므로' 포괄적 위임입법의 금지를 규정한 헌법 제75조에 위반되지 않는다고 판시했다.

이 결정에서 헌법재판소는 「1. 헌법상 초등교육에 대한 의무교육과는 달리 중등교육의 단계에 있어서는 어느 범위에서 어떠한 절차를 거쳐 어느 시점에서 의무교육으로 실시할 것인가는 입법자의 형성의 자유에 속하는 사항으로서 국가가 입법정책적으로 판단하여 법률로 구체적으로 규정할 때에 비로소 헌법상의 권리로서 구체화되는 것으로 보아야 한다.

2. 중학교 의무교육을 일시에 전면 실시하는 대신 단계적으로 확대 실시하도록 한 것은 주로 전면실시에 따르는 국가의 재정적 부담을 고려한 것으로 실질적 평등의 원칙에 부합된다.

3. 헌법 제31조 제6항의 취지는 교육에 관한 기본정책 또는 기본방침을 최소한 국가가 입법절차를 거쳐 제정한 법률(이른바 형식적 의미의 법률)로 규정함으로써 국민의 교육을 받을 권리가 행정기관에 의하여 자의적으로 무시되거나 침해당하지 않도록 하고, 교육의 자주성과 중립성도 유지하려는 것이나, 반면 교육제도에 관한 기본방침을 제외한 나머지 세부적인 사항까지 반드시 형식적 의미의 법률만으로 정하여야 하는 것은 아니다.」라고 판시하였다.⁶⁵⁾

65) 헌재 1991.2.11, 90헌가27(전원재판부, 헌재판례집 3,91,11); 동지 대판 1991. 10.9, 91나19141(하집91,3,197). 한편 헌재 90헌가27에는 “‘제정사정 등을 이유로 초등교육 이상의 교육과정에 대한 의무교육을 전혀 실시하지 아니한 채

아주 유보하거나 연기하는 것은 헌법 제31조 제2항에서 보장된 초등교육 이상의 교육을 받을 국민의 기본권을 침해하는 것이며, 재정적 부담을 이유로 중등교육에 대한 의무교육의 순차적 실행을 규정한 교육법 제8조의 2는 합리적 이유 없이 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙을 제한하는 법률이고, 중등 의무교육의 실행에 관한 기본적이고 본질적인 사항을 대통령령에 위임하는 것은 법치주의의 원리 및 민주주의 원리에 정면으로 위배된다'는 변정수 재판관의 반대의견과 '교육법 제8조의 2는 "모든 국민은 6년의 초등교육과 3년의 중등교육을 받을 권리가 있다."는 교육법 제8조의 규정을 사실상 수정, 정지시키는 것이며, 위 조항은 의무교육에 관한 교육법률주의를 어긴 채 헌법에 의하여 수권된 의회입법을 행정부에 재위임하는 내용의 것으로 위임입법의 한계를 넘어섰고, 나아가 사회적 기본권의 하나인 교육을 받을 권리의 제한에 관한 사항을 위임함에 있어서 지나치게 광범위한 입법재량권을 부여하였다는 점에서 헌법 제75조, 제31조 제2항에 합치하지 않는 법률'이라는 이시윤 재판관의 반대의견이 붙어 있다.

2.4. 위임입법의 내용적 한계

위임입법의 내용에 관한 가장 기본적인 한계는 위임은 위임자의 권한범위 내에서만 가능하고 또 허용된다는 것이다. 이것은 위임의 법리상 자명한 결과이다. 위임자가 전혀 아무런 권한을 가지고 있지 아니한 사항이나 그 권한범위를 넘어서는 사항에 관해서 입법권을 위임한다면 이는 그 자체로서 위헌이 된다. 위임입법은 어디까지나 입법권의 범위 내에 속하는 사항에 관해서는 가능하며 이러한 의미에서 입법권의 헌법적 한계원리가 위임입법에 대해서도 그대로 타당하다. 따라서 국회의 권한범위를 넘는 사항에 관한 위임입법은 위헌인 것은 물론이고, 헌법이 정한 국가권력의 배분에 반하는 위임입법 역시 위헌임을 면치 못한다. 그러한 예로는 가령 국회가 행정부에게 헌법으로 정해진 사항을 위임하는 경우 또는 헌법규정의 내용에 반하거나 헌법규정을 변경시키는 사항을 위임하는 경우를 생각할 수 있다. 국회가 정부에게 법률안의 의결권을 위임하는 내용의 수권법률을 제정하거나 예산의 심의·확정권을 위임하는 내용의 수권법률을 제정한다면 이는 각각 헌법 제40조와 제54조에 반하는 것으로 위헌임을 면치 못할 것이다.

가령 헌법 제37조 제2항에서 입법권의 한계로서 규정된 과잉입법금지 또는 비례의 원칙이 위임입법에도 적용되는 것은 당연하다. 헌법재판소는 “국가작용, 특히 입법작용에 있어서의 과잉입법금지의 원칙이라 함은 국가가 국민의 기본권을 제한하는 내용의 입법 활동을 함에 있어서 준수하여야 할 기본원칙 내지 입법활동의 한

계를 의미하는 것으로서, 국민의 기본권을 제한하려는 입법의 목적이 헌법 및 법률의 체제상 그 정당성이 인정되어야 하고(목적의 정당성), 그 목적의 달성을 위하여 그 방법이 효과적이고 적절하여야 하며(방법의 적절성), 입법권자가 선택한 기본권제한의 조치가 입법목적 달성을 위하여 설사 적절하다 할지라도 가능한 한 보다 완화된 형태나 방법을 모색함으로써 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교교량 할 때 보호되는 공익이 더 커야 한다(법익의 균형성)는 법치국가의 원리에서 당연히 파생되는 헌법상의 기본원리의 하나인 비례의 원칙을 말하는 것이고, 우리 헌법은 제37조 제2항에서 입법권의 한계로서 과잉입법금지의 원칙을 명문으로 인정하고 있다”고 판시한 바 있는데,⁶⁶⁾ 이러한 과잉입법금지의 원칙은 법률의 수권에 의하여 위임입법이 허용되는 한도 내에서는 위임입법에 대해서도 마찬가지로 타당하다고 볼 수 있다.

위임입법의 내용에 관한 헌법적 한계는 또한 그 수범자가 누구이냐에 따라 입법권자에 대한 한계와 수권법률에 의해 법규명령을 제정하는 수임자에 대한 한계로 구별된다. 양자는 그 규범적 의미와 효과, 보장방법 등이 다르기 때문에 구별되어야 한다. 먼저 국회가 법률에 의하여 입법권을 위임하는 경우에도 헌법 등 상위규범에 위반해서는 아니 된다는 것은 전자에 해당한다. 그 예로는 국회가 행정부에게 헌법상 인간의 존엄과 가치에 반하는 내용의 입법권을 위임하거나 사법권의 독립을 침해하는 내용의 입법권을 위임하는 경우 등을 생각할 수 있다. 반면 법률

66) 헌재 1992.12.24, 92헌가8 결정.

의 우위 원칙에 따른 위임입법의 내용적 한계는 후자에 속한다. 가령 위임명령의 내용은 수권법률이 수권한 규율대상과 목적의 범위 안에서 정해야 하는데 이를 위배한 위임명령은 위법이라고 평가되며, 여기서 모법의 수권조건에 의한 위임명령의 한계가 도출되는 것이다. 일반적으로 위임입법의 내용적 한계라고 하는 경우에는 주로 후자가 문제되고 있다.⁶⁷⁾

끝으로 위임의 일반적 요건으로부터 도출되는 위임입법의 한계는 무엇보다도 위임명령이 법률이 구체적 범위를 정하여 위임한 사항 외에 입법사항에 관하여 새로이 규정하는 것은 허용되지 않는다는 데서 주어진다. 즉 모법상 아무런 규정이 없는 입법사항을 하위명령이 규율하는 것은 위임입법의 법적 한계를 위배하는 것이다.

67) 박윤훈, 『최신행정법강의』, 박영사, 1996, 221.

3. 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준과 그 분야별 적용 : 헌법재판소

결정례를 중심으로

우리는 지금까지 위임입법의 한계문제를 다각도에서 살펴본 후에 이에 대한 헌법적 기준을 제시하였다. 지금까지의 논의에서 위임입법의 한계문제는 그 본질상 매우 복잡다기한 것이고 상대적·유동적 개념이 중첩되어 있어 명료한 제한기준을 도출해 내는 것은 쉽지 않은 일임을 알 수 있었다. 이러한 어려움에도 불구하고 위임입법의 한계에 대한 헌법적 기준이 헌법의 명시적 규정이나 전체적 해석을 통하여 헌법 제75조의 차원과 헌법원리적 차원, 그리고 헌법정책적 차원 등 다차원적으로 제시되었다.

하지만 이러한 기준들은 국내외의 학설·판례의 경향을 배경으로 하여 우리의 헌법을 학리적으로 해석한 결과일 뿐이며 이것이 위임입법의 한계에 대한 헌법문제를 해결하는데 현실적으로 적용되는 것은 별개의 문제일 것이다. 여기서 우리가 할 일은 우리 나라의 판례들이, 그 중에서도 특히 헌법재판소의 결정례들이 위임입법의 한계에 대한 문제에 어떻게 대처하고 있는가를 살피는 일이다. 먼저 헌법재판소가 자신의 결정들에서 제시하고 있는 위임입법의 한계에 대한 헌법적 기준들을 알아보고 그후에

이러한 기준들이 각 분야에 적용되는 모습을 살피기로 한다.

3.1. 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준

3.1.1. 헌법체계에서 본 위임입법의 한계

위임입법의 한계는 이를 명시적으로 규정하고 있는 헌법 제75조나 제96조와 같은 헌법조항 뿐만 아니라 헌법의 전체계와 연결되어 있는 문제임을 밝힌 바 있다. 위임입법의 한계문제는 기본권침해의 법률유보를 요구하는 법치주의원리와 권력분립의 원칙과 이에 따른 의회유보의 원칙을 포괄하는 헌법상의 민주주의 원리와도 밀접한 관련을 지니고 있다. 헌법재판소 역시 그 결정에서 일응 위임입법의 한계문제에 대한 접근을 권력분립의 원리나 법치주의원리와의 연관 속에서 시도하고 있다. 헌법재판소는 현대국가에서 위임입법이 불가피함을 인정하면서 위임입법의 문제를 헌법의 근간을 이루는 제 원칙들과의 관련 속에서 논하고 있다. 즉 “아무리 권력분립이나 법치주의가 민주정치의 원리라 하더라도 현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리와 의무에 관한 사항이라 하여 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 다 정할 수 없는 것이기 때문에 예외적으로 행정부에서 제정한 명령에 위임하는 것을 허용하지 않을 수 없다”는 것이다.(헌재결 1991.7.8., 헌판집 제3권, 340면) 나아가 헌법재판소는 위임입법의 한계설정의 필요성과 관련하여 다시 한번 이 문제가 지닌 헌법 체계상의 의미를 제기하고 있다. 즉 “법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된

사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적으로 허용된다면 이는 사실상 의회의 입법권을 백지 위임하는 것이 되어 헌법상의 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 나아가 행정권의 자의적인 행사에 의한 기본권의 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이다”라는 표현이 이에 해당할 것이다.

하지만 위임입법의 한계에 관한 우리헌법재판소의 결정들을 살펴보면 헌법재판소는 위임입법의 한계문제를 기본적으로 기본권제한의 법률유보의 문제로 보고 있음을 알 수 있다. 헌법재판소가 의회입법의 원칙으로 표현하고 있는 의회유보원칙이 적용된 결정례는 - 굳이 연관시켜서 이해한다면 - 교육법제8조의2에 관한헌법소원에서 중학교 의무교육의 단계적 실시방법을 대통령령에 위임한 것이 위임입법의 한계를 일탈한 것인가를 심사했던 것이 유일한 경우였다. 이에 대해서는 후술할 것이지만 이외의 경우에는 위임입법의 한계문제가 모두 기본권제한의 법률유보문제와 관련하여 다루어지고 있다.

또한 헌법재판소는 기본권제한의 법률유보의 문제와 헌법 제 75조에 의한 위임입법문제를 구분하고 있기는 하지만 이러한 구분이 사안의 심사에서 실질적인 역할을 하고 있는지는 의심스럽다. 위임입법의 한계에 대한 헌법재판소결정의 대부분을 이루는 형벌과 조세에 대한 위임입법의 한계를 심사하면서 헌법재판소는 대다수의 경우 죄형법정주의와 조세법률주의의 내용을 열거하면서도 수권법률의 위임일탈여부는 헌법 제75조에 근거한 위임입법의 한계기준을 적용하고 있다. 다시 말하자면 지금까지의 헌법재판소의 판례경향에 비추어 볼 때 헌법재판소는 법규명

명제정권을 입법권에 위임함에 있어 부과되는 한계를 사실상 완전히 헌법 제75조의 해석론에 의지하여 설정하고 있는 것이 아닌가하는 생각이다.

3.1.2. 헌법 제75조에 근거한 위임입법의 한계기준

헌법재판소는 그 동안 축적된 결정들을 통해서 위임입법의 한계기준에 대한 여러 가지 공식들을 제시하여 왔다. 그런데 이러한 공식들이 선재하여 각 경우에 일괄적으로 적용되는 것이 아니고 구체적인 사안과의 밀접한 관련성 속에서 형성되어 사안에 따라서 차별적으로 적용되고 있는 현실이다. 따라서 이러한 공식들을 판례의 문맥과 별개로 취급하는 것은 별 의미가 없을 것이고 그것이 형성·제기된 판례와의 연관성 속에서 살펴보는 것이 필요할 것이다.

(1) “구체적으로 범위를 정하여”의 의미

헌법재판소는 헌법 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여”라는 구절이 무엇을 의미하는지에 대해서 구체적으로 분석하고 있지 않다. ‘구체적으로’라는 구절과 ‘범위를 정하여’라는 구절이 병렬 관계인지 아니면 수식관계인지, 그리고 이 구절들이 개별적인 의미를 지니는 것인지에 대해서 헌법재판소는 구체적인 언급을 하고 있지 않다. 위임입법의 한계에 대한 초기의 판결인 복표발행, 현상기타사행행위단속법에 대한 위헌심판에서부터 헌법재판소는 단지 “법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다. 그렇지 아니하고 일반적이고 포괄적인 위임을 한다면 이는 사실상 입법권을 백지위임하는 것

이나 다름없다”고 하고 있을 뿐이다.(헌판 1991.7.8. 91헌가4, 헌판집 제3권 341면) 생각건대 헌법재판소는 “구체적으로”와 “범위를 정하여”라는 어구자체로부터 위임입법의 범위와 한계에 헌법적 기준을 도출하는 시도는 하고 있지 않는 것으로 볼 수 있을 것이다.

(2) 구체성~명확성의 요구정도 : 기본권침해영역과 급부행정영역

헌법재판소는 역시 위임입법의 한계에 대한 초기의 판결에 속하는 교육법 제8조의 2에 관한 위헌심판에서 이후의 헌법재판 결정례에서 지속적으로 적용되는 위임입법의 한계에 대한 헌법적 기준을 제시하였다. 그 내용은 “기본권침해영역에서는 급부행정영역에서 보다는 구체성의 요구가 강화”되어야 한다는 것이었다. 이처럼 침해영역과 급부영역 사이에서 위임입법의 구체성정도를 차별적으로 요구하는 기준이 형성된 배경을 이룬 판결의 관련부분을 살펴보자.

교육법 제8조의 2에 관한 위헌심판 : (헌재결 1991.2.11., 90헌가27, 헌판집 제3권, 11면 이하)

이 사건의 심사대상은 교육법 제8조의 2였다. 헌법 제31조 제2항은 “모든 국민은 그 보호하는 자녀에게 적어도 초등교육과 법률이 정하는 교육을 받게 할 의무를 진다”고 규정하고 있으며 이러한 헌법조항에 근거하여 교육법 제8조 제1항은 “모든 국민은 6년의 초등교육과 3년의 중등교육을 받을 권리가 있다”고

규정하고 있다. 이러한 상황에서 동법 제8조의 2가 “제8조의 규정에 의한 3년의 중등교육에 대한 의무교육은 대통령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시한다”고 규정하고 있는 것이 위임의 한계를 벗어난 포괄적 위임인지의 여부가 문제되었다.

헌법재판소는 우선 중학교 의무교육의 구체적인 실시의 시기·범위를 정하는 것이 헌법상의 교육법정주의에 비추어 국회 스스로 정해야 할 기본적 사항인지의 여부를 심사하여 이들 사항이 행정부에 위임되어도 무방한 영역에 속한다고 보았다. 이제 헌법재판소는 이러한 위임이 헌법 제75조가 요구하는 구체적으로 범위를 정하여 위임하는 것인지를 심사하였다. 바로 여기서 헌법재판소는 “위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다”고 하면서 “기본권 침해영역에서는 급부행정영역에서 보다는 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화되어야 한다”는 원칙을 제시하고 있다. 이렇게 볼 때 중학교 의무교육의 구체적인 실시 시기와 절차 등을 하위법령에 위임하는 것은 막대한 재정지출을 수반하는 무상교육의 수익적 성격과 규율대상의 복잡 다양성을 고려하여 위임의 명확성의 요구정도를 완화하여 해석할 수 있다는 것이다.

이 결정에서는 침해영역과 급부영역에서 요구되는 구체성요구의 차이 이외에도 위에서 본 것처럼 “다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화되어야 한다”는 명제도 제시하고 있다. 하지만 이는 뒤에서 언급하게 될 수산업법 제52조 제2항 등 위헌제

청에 대한 결정에서 예측가능성의 완화와 관련하여 대상법률의 성질에 따른 개별성이라는 기준에 제기되면서 사실상 새로운 기준에 포함되게 되었다고 볼 수 있을 것이다.

(3) 예측가능성

앞에서 언급한 복표발행, 현상기타사행행위단속법에 대한 위헌심판에서 헌법재판소는 헌법 제75조의 의미를 어구자체의 해석을 하는 대신에 예측가능성의 공식(Formel)이라 이름 지을 수 있는 위임입법의 한계기준을 제시하였다. 헌법재판소는 헌법 제75조의 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다”고 말하고 있다(1991.7.8., 91헌가4, 헌판집 제3권 341면). 여기서 헌법재판소가 헌법 제75조가 요구하는 입법위임의 구체성·명확성을 기본적으로 당해법률의 내용으로부터 위임될 내용의 대강을 예측할 수 있는 가능성, 즉 예측가능성으로 이해하고 있음을 알 수 있다.

(4) 처벌법규위임의 제한기준

복표발행, 현상기타사행행위단속법에 대한 위헌심판에서 헌법재판소는 예측가능성의 공식 이외에도 처벌법규의 위임의 한계에 대한 기준도 제시하고 있다. 헌법재판소는 위임입법의 근거와 한계에 관한 헌법 제75조의 내용은 기본적으로 처벌법규에도 적용되는 것으로 보고 있다. 하지만 법률에 의한 처벌법규의

위임은, 헌법이 국민의 자유와 권리의 한계를 설정하는 범죄의 구성요건과 처벌에 관한 사항은 국회의 입법사항임을 밝히며 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 볼 때, 원칙적으로 바람직하지 못한 일이므로 법률에 의한 처벌법규의 위임은 그 요건과 범위가 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다는 것이다.

이러한 인식 하에 헌법재판소는 처벌법규의 위임에 대해서는 예측가능성의 공식에 까다로운 기준을 덧붙이고 있다. 즉 “처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우 일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다”는 것이다.

그러면 위임입법의 제한기준으로서의 예측가능성의 공식과 처벌법규위임의 한계기준을 제시한 복표발행, 현상기타사행행위단속법 제9조 및 5조에 관한 위헌심판의 내용을 위임입법의 한계에 대한 부분을 중심으로 살펴보기로 한다.

복표발행, 현상기타사행행위단속법 제9조 및 제5조에 관한 위헌심판 (헌재결 1991.7.8., 91헌가4, 헌판집 제3권 336면)

1. 사건의 개요와 심판의 대상

이 사건의 제청신청인은 본 단속법 위반으로 공소제기되어 제주지방법원에서 단속법 제9조, 제5조, 동법 시행령 제22조의 2 제4호, 벌금등임시조치법 제4조 제3항의 적용에 의하여 벌금형

을 선고받고 항소하였으나 이유 없다고 기각되자 대법원에 상고하고 범죄사실에 적용된 법령 중 단속법 제9조 및 제5조의 규정이 죄형법정주의의 원칙상 요구되는 명확성과 예측가능성을 결여하여 헌법 제12조 제1항의 규정에 위반된다는 이유로 위헌 여부심판의 제청신청을 하였고 대법원이 이를 받아들여 헌법재판소에 제청하였던 것이다.

이 결정에서 헌법재판소는 단속법 제9조가 1년 이하의 징역, 15만원 이하의 벌금, 구류 또는 과료라는 형벌을 정하고 있어서 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정해야 한다는 요구를 충족하고 있지만, 범죄구성요건으로서 “제5조의 규정에 의한 각령의 규정에 위반한 행위로서 각령에서 본조의 벌칙을 적용할 것을 정한 조항에 해당하는 자”라고 하는 것은 위임입법의 한계를 이탈한 가능성이 있다고 보아 심사대상으로 삼고 있다. 이 규정은 문자 그대로 단속법 제5조의 규정에 의한 각령의 규정에 위반한 행위를 처벌한다는 것인데 제5조는 “제3조 제1항의 규정에 의하여 허가를 받은 자의 당해행위 실시에 관한 업무의 범위, 처리절차, 주최자와 참가자의 관계, 기타 실시상 필요한 규정과 단속상 필요한 규정은 본법에 규정한 것을 제외하고는 각령으로써 정한다.”라고 하고 있다.

2. 위임입법의 헌법적 한계기준의 제시와 적용

헌법재판소는 먼저 위에서 살핀 예측가능성의 공식과 처벌법규위임의 제한기준을 제시하였다. 그리고는 심사대상규정이 비록 단지 처벌대상 행위의 설정을 각령에 위임하는 규정은 아니지만 제9조와의 관계에서 볼 때 결과적으로 처벌대상 행위까지

도 각령으로 정할 수 있도록 하는 위임법률이 되는 것으로 보아 이 규정이 위임기준한계를 일탈하였는지의 여부를 심사하였다. 여기서 헌법재판소는 “기타 필요한 규정” 또는 “단속상 필요한 규정”이라는 식의 규정은 처벌대상행위의 범위를 구체적으로 정하지 않고 극히 추상적이고 포괄적으로 정하는 것이 되어 이러한 규정만으로는 각령에서 정해질 처벌대상행위에 대한 예측가능성이 전혀 없다고 판시하고 있다.

나아가 헌법재판소는 이러한 단속법의 위임규정에 의해서 실제로 단속법 시행령에서 처벌대상행위로 정해진 규정들이 굳이 각령에 위임할 필요 없이 본법에서 직접 규율할 수 있는 성질의 것들이라고 보고 있다. 헌법재판소의 입장에 따르면 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 경우에 한정되어야 하는데, 처벌대상행위에 대한 시행령의 규정들은 이러한 요건을 충족시키지 못하고 있다는 것이다. 이 점과 관련하여 헌법재판소가 수권법률의 위임조항의 한계일탈여부 이외에 위임제정된 시행령의 내용을 살펴면서 그것의 위임불가피성을 심사하는 것이 눈에 띈다.

따라서 단속법 제5조 중에서 “실시상 필요한 규정과 단속상 필요한 규정”이라고 범위를 정하여 그것을 각령으로 정하도록 위임한 부분은 첫째로, 법률로써 미리 충분히 정할 수 있는 처벌대상 행위를 법률로 정하지 않았고, 둘째로, 예측가능성을 부여할 어떠한 기준도 정함이 없이 포괄적으로 위임하는 것이어서 위임입법의 한계를 크게 벗어나고 동시에 죄형법정주의에도 반한다는 것이다. 이러한 상황에도 불구하고 단속법 제9조가 동법 제5조에 의한 포괄적 위임법률에 의하여 제정된 “각령의 규정에

위반한 행위”를 범죄의 구성요건으로 하며 또한 각령에 위반한 행위 가운데서도 무엇을 처벌할 것인가의 선택을 전적으로 각령에서 정하도록 하고 있음은 결과적으로 제9조가 벌칙규정이면서도 형벌만을 규정하고 있을 뿐 범죄의 구성요건의 설정은 완전히 각령에 백지위임하고 있는 것이나 다름이 없다고 헌법재판소는 밝히고 있다.

(5) 예측가능성의 완화

헌법재판소가 복표발행, 현상기타사행행위단속법에 대한 위헌심판에서 제기한 예측가능성의 공식이 위임입법의 제한에 대한 모든 사안에서 항상 엄격하게 적용되고 있지는 않다. 수산업법 제52조 제2항 등 위헌제청의 결정(1994.6.30., 93헌가15,16,17(병합), 헌판집 제6권 1집, 588면 이하)에서 헌법재판소는 위임입법의 제한기준을 완화시키는 새로운 공식을 제시하였다. 여기서 헌법재판소는 한편으로는 “위임법률이 그 적용을 받는 국민에 대해서 ... 예측을 불가능하게 할 정도로 행정부에 대해 ... 명확한 기준을 제시해 주지 못하는 내용일 때에는 결국 행정부로 하여금 스스로 법규사항을 제정하여 이를 집행하는 사태를 초래하게 되어 행정부의 자의가 개재될 여지가 생기게 되고 그것은 권력분립주의·법치주의를 기본체계로 하는 헌법에 정면으로 위반되는 결과가 되는 것”이라고 하며 기존의 예측가능성의 공식과 비슷한 내용을 되풀이하면서도 다른 한편으로는 “예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야

할 것이다”라는 입장을 표명하고 있다(1994.6.30., 93헌가 15,16,17(병합), 헌판집 제6권 1집, 588면 이하; 1994.7.29, 93헌가12, 헌판집 제6권 2집, 59면). 수산업법 제52조 제2항 등 위헌제청의 결정은 위임입법의 헌법적 한계기준에 대해서 헌법재판소가 이전에 제시하였던 공식을 완화하는 새로운 공식을 제시하였고 이러한 완화공식이 이후의 결정례에서도 계속해서 적용되고 있다는 점에서 커다란 의미를 지닌다고 볼 것이다.

1) 관련 법조항 전체의 유기적·체계적 해석

① 목적 연관성

헌법재판소는 수산업법 제52조 등 위헌제청결정에서 예측가능성의 정도를 완화하면서 한편으로 예측가능성의 유무를 당해 특정조항 하나만이 아니라 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 심사하여야 한다고 하였는데, 이러한 관련법조항 전체의 유기적·체계적 심사에 있어서 흔히 법률의 입법취지 또는 목적이 커다란 역할을 하고 있다.

헌법재판소는 수산업법 제52조 등 위헌제청결정에서 “시행령에서 규정될 범죄의 구성요건이(위임법규에서 규정될 내용) 당해 위임법률조문 하나만으로는 예측이 다소 어렵더라도 다른 법률조항과 법률의 **입법취지**(강조: 필자)를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임의 한계를 일탈하지 아니한 것으로 판단되어야 할 것이다”(1994.6.30., 93헌가15,16,17(병합), 헌판집 제6권 1집, 589면)라고 하고 있다. 또한 도시계획법 제92조 제1호 등 위헌제청에 대한 결정에서도 동법 제1조가 제시하는 법의 목적이 “도시

의 건설, 정비, 개량 등을 위한 도시계획의 입안·결정·집행절차에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 도시의 건전한 발전을 도모하고 공공의 안녕질서와 공공복리의 증진에 기여하게 함”에 있음을 전제로 하면서 동법 제4조 제1항 제2호 후단 외에 제4조 제1항의 각호가 “토지의 형질변경, 죽목의 벌채·재식 또는 토석의 채취”, “건축물 기타 공작물의 신축·개축·증축”, “대통령령이 정하는 토지분할”의 각 행위를 제한하고 있음을 밝히고 있다. 이처럼 도시계획법 자체의 목적 및 이 법 제4조 제1항 각호에 의하여 제한되는 행위유형을 종합하면, 이 법 제4조 제1항의 목적은 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 제한하기 위한 것이며 따라서 본 사안의 심사대상이 되는 동법 제4조 제1항 제2호 후단의 목적도 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 금지하기 위한 것이라는 것이다.

② “관련 법조항”의 의미

나아가 헌법재판소가 완화된 공식에서 제기하는 “관련 법조항 전체”가 당해법률조항만을 의미하는 것인지 아니면 관련 법규의 내용도 포함하는 것인지가 문제될 수 있을 것이다. 이와 관해서 헌법재판소는 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조에 관한 위헌소원의 결정(헌재결 1995.9.28., 93헌바50, 헌판집 제7권 2집, 297면 이하)에서 특가법 제4조 제1항 소정의 “정부관리기업체”라는 용어의 정의와 관련해서 당해법률조항에서 이에 대한 정의 규정이나 해설규정이 없는 이유로 여타 관련 법규의 내용을 살피고 있다. 여기서 헌법재판소는 한편으로는 이미 폐지된 법률 중 ① 정부관리기업체직원보수통제에관한특별조치법(1961.9.1.

법률 제709호) 제2조 제1호, ② 정부관리기업체직원퇴직금및해고수당지급에관한특별조치법(1962.2.19. 법률 제1027호) 제2조 제1항 및 ③ 정부관리기업체직원의보수에관한법률(1963.8.7. 법률 제1388호) 제2조 등에 있었던 “정부관리기업체”의 정의규정을 참고하였으며 다른 한편으로는 정부투자기관관리기본법 제2조의 “이 법의 적용대상이 되는 투자기관은 정부가 납입자본금의 5할 이상을 출자한 기업체로 한다. 다만, 한국방송공사법에 의한 한국방송공사를 제외한다”는 조항을 참고한 바 있다. “관련 법률조항 전체의 분석”이 여타 관련 법규의 내용도 포함하는 것 인지의 문제에 대해서 대법원은 비교적 명확한 입장을 제시하고 있다. 즉 “법률규정 자체에 위임의 구체적인 범위를 명확히 규정하고 있지 아니하여 외형상으로는 일반적·포괄적으로 위임한 것처럼 보이더라도, 그 법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정 형식과 내용 및 **관련 법규**(강조: 필자)를 살펴 이에 대한 해석을 통하여 그 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있는 것이라면 이를 일반적·포괄적인 위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다”는 것이다.(대판 19963.21., 95누3640, 공96.4.15.(8), 1166)

2) 대상법률의 성질에 따른 구체적·개별적 검토 : 특히 입법기술상의 어려움

헌법재판소는 예측가능성을 완화하는 것과 관련하여 “대상법률의 성질에 따른 구체적·개별적 검토”의 필요성을 제시하고 있는데, 여기서 주로 문제가 되는 것은 규율대상의 성격에 따른 입법기술상의 어려움이 주로 문제가 되고 있다.

수산업법 제52조 제2항 등 위헌제청에 관한 결정에서 헌법재판소는 위임입법의 헌법적 한계기준의 일탈여부를 심사하면서 입법기술상의 어려움을 야기하고 있는 동법의 성질에 대해서 언급하고 있다. 여기서 헌법재판소는 현대 행정법 분야에서 범죄의 구성요건을 모범에서 완전히 명확하게 규정하는 것이 현실적으로 불가능하다는 일반론을 재차 피력하며, 심사대상법률의 성질에 따른 구체적·개별적 검토를 행하고 있다. 즉, 어업법질서 유지와 어족자원 보호를 위한 행정명령은 수산동식물의 서식장소에 상응하여 발하여 지는 것이 당연한데 이를 결정하는 자연상태가 시간적(월별, 계절별)·공간적(해역별, 수심별)으로 다양하게 변화하므로, 이러한 사항들을 일일이 법률로 규정할 경우 변화에 적절히 대처할 수 없게 된다는 것이다. 간략히 말하자면 이 사건의 심판대상규정은 국회의 기술적·전문적 능력뿐만 아니라 시간적 적응능력과도 관련된다는 것이다. 이처럼 규율하는 대상의 구체적인 상황을 감안한다면 시행령에서 규정될 범죄의 구성요건이 당해 위임법률조문 하나만으로는 예측이 다소 어렵더라도 다른 법률조항과 법률의 입법취지를 종합적으로 고찰할 때 합리적으로 그 대강이 예측될 수 있는 것이라면 위임입법의 한계를 일탈하지 않은 것으로 판단되어야 할 것이라는 입장을 취하고 있다.

또한 헌법재판소는 도시계획법 제92조 제1호 등 위헌제청에 대한 결정에서도 당해사건을 “대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토”하고 있다. 여기서 헌법재판소는 과학기술의 급속한 발달에 따라 새로운 물건이 개발·생산되는 현대사회에서 도시계획구역 안에 쌓아 둬으로써 도시계획사업에 지장을 줄 수

있는 물건과 그 쌓아두는 기간을 일일이 법률로 규정하는 것은, 국회가 상시로 개원하고 있지도 않은 우리의 현실에서 가능하지 않을 뿐 아니라 현대산업사회의 유동적이고 가변적인 현상에 즉시 대처할 수 없어서 원활한 도시계획사업에 지장을 초래할 우려가 있음을 인정하고 있다. 그러므로 도시계획법 제4조 제1항 제2호 후단에서 규제대상이 되는 물건과 기간을 대통령령에 위임할 합리적인 이유가 있다는 것이다.

그러면 여기서 위임입법의 헌법적 한계에 대한 기존의 예측가능성의 공식을 완화하는 새로운 공식이 제기되었던 헌법재판소의 수산업법 제52조 제2항 등 위헌제청에 대한 결정의 내용을 살펴보기로 한다.

수산업법 제52조 제2항 등 위헌제청 (헌재결 1994.6.30. 93헌가15,16,17(병합), 헌판집 제6권 1집, 576면 이하)

1. 사건의 개요와 심판의 대상

이 사안의 관련사건의 피고인들은 수산자원보호령 제30조 제2호, 제23조 제1항 위반으로 기소되어 약식명령이 청구되었는데 피고인들은 이에 대해 제청법원에 정식재판을 청구하였다. 제청법원은 피고인들에 대한 판결을 함에 있어서, 위 수산자원보호령 규정들이 모법이면서 공소사실들에 대한 처벌법규에 해당하는 수산업법 제52조 제2항, 제79조 제2항이 헌법에 위반되는지의 여부가 재판의 전제가 된다고 보아 직권으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청하였다.

이 결정에서 헌법재판소는 수산업법 제52조와 제79조가 헌법

상의 죄형법정주의에 위배되는지의 여부와 위임입법의 한계를 벗어나는지의 여부를 살피고 있다. 수산업법 제52조는 제1항에서 어업단속·위생관리·유통질서 기타 어업조정을 위하여 필요한 사항은 대통령령으로 정할 수 있다고 하면서 제4호에서 어구의 제작·판매·소지·선적 또는 그 사용에 관한 제한 또는 금지를 들고 있고, 동법 제79조 제1항은 수산동식물의 번식·보호를 위하여 필요한 사항은 대통령령으로 정할 수 있다고 하면서 제2호에서 어구·어법 또는 어선의 제한 또는 금지를 들고 있다. 또한 수산업법 제52조 제2항은 동조 제1항의 규정에 의한 대통령령에는 필요한 벌칙을 둘 수 있다고 하여 처벌법규를 위임함과 동시에 제3항은 제2항의 벌칙에는 300만원 이하의 벌금·구류 또는 과료의 규정을 둘 수 있다고 하여 벌칙의 종류와 범위를 정하고 있다. 동법 제79조 제2항은 제52조의 벌칙조항을 동조 제1항의 규정에 위반한 경우에 준용하는 내용이다.

2. 죄형법정주의와 위임입법의 한계

헌법재판소는 당해사건의 논점은 수산업법 제52조 제1항 제4호와 제79조 제1항 제2호에 규정된 “어구의 선적·사용에 관한 제한 또는 금지”, “어구의 제한 또는 금지”라는 범죄의 구성요건이 법치주의 내지 죄형법정주의의 원칙 및 그에서 파생하는 명확성의 원칙이 말하는 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률에 의해서 범죄의 구성요건의 대강을 정해야 한다는 요구에 합당한 것인지, 그리고 그 규정을 통해서 국민의 예측가능성을 보장할 수 있는지를 살피는 것이라고 밝히고 있다.

여기서 헌법재판소는 헌법상의 죄형법정주의원칙에도 불구하고

고 범죄의 구체적 내용, 즉 구성요건의 일부가 행정부에 위임되는 것을 용인함은 어쩔 수 없다고 한다. 이러한 처벌규정의 위임이 불가피한 이유를 헌법재판소는 “현대행정영역의 복잡화·방대화과 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계 때문”이라고 보며, 외국의 경우에도 행정법 분야에서 형벌의 종류, 정도 자체는 법률로 정하되, 범죄구성요건에 관한 규정의 일부는 행정입법에 맡기는 예가 적지 않다고 밝히고 있다.

하지만 위임입법이 불가피하게 인정됨에도 불구하고 그것이 권력분립주의·법치주의와 죄형법정주의에 따라서 범죄의 구성요건과 형벌의 대강은 반드시 법률에 규정되어 국민들이 이를 통해 어떠한 행위가 처벌되며 어떠한 형벌이 부과될 것인지를 예측할 수 있지 않다면, 이는 위임입법의 한계의 일탈임과 동시에 죄형법정주의원칙의 침해가 된다고 헌법재판소는 보고 있다. 보다 구체적으로는 이 경우에 위임입법의 한계의 일탈문제와 죄형법정주의원칙의 침해문제가 경합된다는 것이다.

3. 처벌법규위임의 기준

당해사건에서 문제되는 위임된 처벌법규의 예측가능성여부를 심사하면서 헌법재판소는 범죄구성요건과 형벌의 범위에 대한 법규의 위임에서는 예측가능성의 정도가 더욱 고도로 요구된다는 기존의 헌법재판소의 입장에 비추어 볼 때 당해사건의 심판대상규정이 다소 애매하다는 것을 인정하고 있다. 하지만 헌법재판소는 이어서 위에서 살핀 예측가능성에 대한 기존의 기준을 완화하는 새로운 기준을 제시하였다. 즉 “예측가능성의 유무는

당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것”이라는 것이었다.

4. 기준의 적용

이러한 입장에서 헌법재판소는 위에서 살핀 것처럼 한편으로는 심사대상법률의 성질에 따른 구체적·개별적 검토를 행하며, 다른 한편으로는 이에 기반하여 관련 법조항 전체의 유기적·체계적 해석을 시도하였다.

이 사안에서 헌법재판소가 자신이 새로이 제시하는 위임입법의 한계에 대한 기준인 “관련법조항 전체의 유기적·체계적인 종합적 판단”과 “각 대상법률의 성질에 따른 구체적·개별적 검토”를 구체적으로 적용해 가는 모습을 분석하다 보면 이 완화된 위임입법의 한계기준이 지니는 의미가 어느 정도 손에 잡힌다. “각 대상법률의 성질에 따른 구체적·개별적 검토”, 즉 각 법률의 규율대상의 현실에 대한 구체적이고 개별적인 검토는 “관련법조항 전체의 유기적·체계적인 종합적 판단”, 즉 법조문의 유기적이고 체계적인 해석의 여부를 결정하는 전제인 듯하다. 즉 전자의 검토를 거쳐서 그 필요성이 인정되면 범죄구성요건과 처벌의 정도에 대한 처벌법규의 위임에 요구되는 고도의 예측가능성의 정도가 어느 정도 완화된다는 식으로의 이해가 가능하다.

헌법재판소의 결정은 곧 이어서 수산업법의 목적에 관한 조항과 수산업법상의 어선·어구에 관한 제한 또는 금지규정의 주된 적용대상자에 대한 조항을 언급함으로써 이러한 이해를 뒷받침

하고 있다. 즉 수산업법은 그 목적에 대해서 “수산업에 관한 기본제도를 정하여 수산자원을 조성·보호하며 수면을 종합적으로 이용함으로써 수산업의 발전과 어업의 민주화를 도모함을 목적으로 한다”(제1조)고 규정하고 있고, 수산업법상의 어선·어구에 관한 제한 또는 금지규정의 주된 적용 대상자들은 수산업(수산업법 제2조 제1호 참조) 그 중에서도 어업에 종사하는 자들이며 이들은 동법 제41조상의 어업허가를 받았거나 제44조 상의 어업신고를 한 자들이라는 것이다. 나아가 이 규정들에 의하면 어선·어구 등에 관하여 어구마다 수산청장의 허가를 받거나 시장·군수(또는 자치구청의 구청장)에게 신고하게 되어 있다는 것이다. 이처럼 수산업법의 범조문들을 위임조항에 국한하지 않고 유기적이고 체계적으로 해석한다면 비록 수산업법 제52조 제1항 제4호, 제79조 제1항 제2호에서 말하는 어구·어선의 제한 또는 금지가 다소 애매하다고 하더라도 어업허가를 받았거나 어업신고를 한 어업종사자들의 입장에서 수산자원을 조성·보호하기 위한 수산업법의 목적을 염두에 둘 때에는 이 조항이 대체적으로 무엇을 의미하는 지, 예컨대 허가·신고된 어선·어구 외의 것을 함부로 사용하거나 적재할 수 없다는 것을 충분히 예측할 수 있다고 헌법재판소는 파악하고 있다.

결과적으로 헌법재판소는 이 결정에서 먼저 수산업법의 성질을 시간적·공간적으로 변하는 규율대상의 현실에 비추어 구체적이고 개별적으로 살핀 후에, 처벌법규의 위임규정을 당해 조문에 국한되지 않고 수산업법 전체의 맥락에서 유기적·체계적으로 심사할 필요성을 제시하였다. 이후에 헌법재판소는 처벌법규를 위임하는 조항의 예측가능성의 정도를 수산업법의 목적과 처벌

규정의 적용 대상자(어업허가를 받았거나 어업신고를 한 자)와의 연관성 속에서 판단한 것이다.

5. 평가

이 결정에서 주목할 점은 헌법재판소가 앞에서 살핀 복표발행, 현상기타사행행위단속법 제9조 및 제5조에 관한 위헌심판의 결정에서 제시한 “처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 경우에 한정되어야 하며 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하”여야 한다는 처벌법규위임의 기준을 되풀이하지 않고, “예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것”이라는 새로운 기준을 제시하고 있다는 점이다. 이전의 기준에 따르면 처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 경우에 비로소 허용되고 이러한 경우에도 고도의 예측가능성이 요구된다는 것인데, 새로운 기준에 의하면 처벌법규의 위임이 일반적으로 불가피함을 인정하는 것이 기본적으로 전제된다는 인상을 주면서 나아가 필요한 경우에는 예측가능성의 유무를 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단함으로써 결정해야 한다는 입장을 피력하고 있다.

이러한 입장의 변화가 이후의 결정에서는 어떻게 나타나는지 주목할 필요가 있다.

(6) 조세법규위임의 기준

지금까지 위임입법의 헌법적 한계기준에 대해서 헌법재판소가 제시한 여러 가지 공식들을 살펴보았는데 이들 중 상당수는 주로 형벌법규의 위임의 문제와 관련해서 전개되어 왔음을 알 수 있다. 헌법재판소는 조세법규의 위임의 한계문제에 대해서는 형벌법규의 위임에서와는 다른 방식으로 기준을 제시하고 적용하고 있다.

헌법재판소는 토지초과이득세법의 위헌소원에 대한 결정(1994.7.29., 92헌바49,52(병합), 헌판집 제6권 2집 64면 이하)에서 위임입법의 구체성·명확성의 요구정도는 규제대상의 정도와 성격에 따라 달라진다고 보면서 조세법규의 위임범위를 조세법률주의의 이념에 비추어 정하고 있다. 헌법재판소는 헌법 제38조와 제59조의 헌법규정에 근거를 둔 조세법률주의의 이념은 “과세요건을 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하도록 하여 국민의 재산권을 보장하고, 또한 과세요건을 명확히 규정하도록 하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있는 것”이라고 보고 있다(헌재결 1989.7.21., 89헌마38, 헌판집 제1권 131면; 헌재결 1995.11.30., 94헌바14, 판례월보 305호 114면). 이러한 조세법률주의의 이념에 비추어 국민의 재산권을 직접적으로 제한하거나 침해하는 내용의 조세법규에 있어서는 위임의 요건과 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 한다는 것이다.

헌법재판소는 이러한 입장에 근거하여 조세법규의 위임에 대한 두 가지의 기준을 제시하고 있다. 우선 헌법재판소는 헌법 제75조가 위임입법에 관하여 “구체적으로 범위를 정하여 위임받

은 사항”이라고 규정하는 것은 “법률에 미리 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하려는 데 그 의의가 있다”는 것이라고 이해하여 위임입법의 한계기준에 대한 예측가능성의 공식을 제시하고 있다. 다른 한편으로 헌법재판소는 이러한 “위임입법의 구체성·명확성의 요구정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 일반적인 급부행정법규에서와는 달리, 그 위임의 요건과 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 한다”고 하고 있다.

요약해서 말하자면 헌법재판소는 이 결정에서 예견가능성의 공식과 기본권침해영역인 조세법규에서는 위임입법의 구체성·명확성의 요구정도가, 따라서 위임내용에 대한 예측가능성의 요구가 강화된다는 원칙을 제기하고 있다.

헌법재판소가 조세법규위임의 한계에 대해서 제시하는 기준들을 보면 처벌법규의 위임에서와의 차이점을 쉽게 발견할 수 있다. 조세법규의 위임에서는 처벌법규의 위임에서처럼 “처벌법규의 위임은 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 경우에 한정되어야 하고 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다”는 식

의 특별기준이 전개되고 있지 않으며 또한 예측가능성의 완화에 대한 언급이 없었다는 점이다. 조세법규위임의 한계에 대해서 헌법재판소는 형법법규에서와는 달리 예측가능성의 완화된 기준을 전혀 제시하고 있지 않았었다. 후술하는 바와 같이 조세법규위임의 한계에 대한 최근의 판례에서 이러한 헌법재판소의 입장에 변화가 생기는 징조가 보이는 데 이것이 지속될 지는 두고 보아야 할 일이다. 이에 대해서 대법원의 판례는 조세법규의 위임에 대해서도 형법법규의 예측가능성의 완화기준에 상응하는 완화된 기준을 제시하고 있는 것이 흥미롭다. 대법원은 “조세법률주의의 원칙상 과세요건은 엄격히 해석되어야 하고 일반적·포괄적인 위임입법은 금지되나, 법률규정 자체에 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 아니하여 외형상으로는 일반적·포괄적으로 위임한 것처럼 보이더라도, 그 법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 살펴 이에 대한 해석을 통하여 그 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있는 것이라면 이를 일반적·포괄적인 위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다고 할 것”이라는 입장을 제시하고 있다.(대판 1996.3.21., 95누3640, 공96.4.15.(8),1166)

지금부터 헌법재판소가 조세법규의 위임에 대해서 제기하고 있는 심사기준이 적용되는 모습을 토지초과이득세법의 헌법소원을 통해서 살펴보겠다. 이 결정에서 제기되고 있는 조세법규위임의 한계기준은 조세법규의 위임에 대한 다른 헌법재판소의 결정에서도 근본적인 차이 없이 적용되어 왔다고 볼 수 있다.

토지초과이득세법 제10조 등 위헌소원, 토지초과이득세법

제8조 등 위헌소원 병합 (1994.7.29., 92헌바49,52(병합), 헌판집 제6권 2집 64면 이하)

1. 심판의 대상

이 사건의 심판대상 중 위임입법의 한계문제와 관련된 심사대상은 토지초과이득세법(이하 토초세법이라고 한다) 제8조 제1항이 개인이 소유하는 토지초과이득세의 과세대상이 되는 유희토지 등은 각호의 1에 해당하는 토지로 한다고 하고 제13호에서 임대애 쓰이는 토지를 들면서 그 예외를 대통령령에 위임하고 있는 것과 동법 제11조 제2항이 과세기간 종료일의 지가와 과세기간 개시일의 지가는 대통령령이 정하는 기준시가에 의한다고 하여 기준시가의 설정을 대통령령에 위임하고 있는 것이다.

2. 조세법률주의와 조세법규의 위임한계

헌법재판소는 앞에서 살핀 바대로 헌법 제38조와 제59조에 근거하는 조세법률주의의 이념을 실시하고 조세법규위임의 한계 기준을 제시한 이후에 이러한 기준에 의거하여 토초세법 제11조가 기준시가의 설정을 위임하는 것과 동법 제8조 제1항 제13호가 유희토지의 예외를 정하는 것을 대통령령에 위임하는 것이 위임입법의 한계를 일탈한 것인지를 심사하고 있다.

3. 과세표준의 위임과 조세법규위임의 한계

여기서 문제되는 것은 토초세법이 과세기간 동안의 지가상승액에서 정상지가상승분 및 개량비 등을 공제한 토지초과이득을 그 과세대상 및 과세표준으로 할 것은 직접 규정하고 있지만

과세표준인 토지초과이득을 산출하는 데 근거로 삼을 기준시가에 관하여는 동법 제11조 제2항에서 이를 전적으로 대통령령에 위임하고 있는 점이다.

헌법재판소는 기준시가는 토초세의 과세대상 및 과세표준이 되는 토지초과이득의 존재여부와 그 범위를 정하는 지표가 되므로 납세의무의 존부 및 범위와 직접적인 관계를 가지고 있는 중요한 사항으로 본다. 따라서 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 도모한다는 의미에서는 기준시가의 산정기준이나 방법 등을 하위법규에 백지위임하지 않고 그 대강이라도 토초세법 자체에 규정하는 것이 보다 합리적이고 신중한 입법태도이며, 이것이 조세법률주의나 위임입법의 한계 등을 규정하는 헌법에도 합치한다는 것이다. 나아가 헌법재판소는 토지의 가액에 따라 액수가 결정되는 초과택지소유부담금(택지소유상한에관한법률 제23조), 개발부담금(개발이익환수에관한법률 제10조), 농지전용부담금(농어촌발전특별조치법 제45조의2), 임야전용부담금(산림법 제20조의2) 등의 각종 부담금을 산정함에 있어서는 토초세법에서의 경우와는 달리 각 관계법률에서 토지의 가액을 지가공시 및 토지등의평가에관한법률에 의한 공시지가를 기준으로 하도록 직접 규정하는 방식을 취하도록 하고 있음을 지적한다.

이러한 상황에도 불구하고 토초세법 제11조 제2항이 지가를 산정하는 방식과 기준을 직접 규정하지 않고 이를 전적으로 대통령령에 위임하고 있는 것은 헌법상의 조세법률주의에 위반되고 위임입법의 한계를 벗어난다는 것이 헌법재판소의 입장이다.

3. 유휴토지의 예외에 대한 위임과 조세법규위임의 한계

토초세법 제8조 제1항 13호는 임대토지를 원칙적으로 유휴토지 등에 해당하는 것으로 규정하면서 “대통령이 정하는 토지”를 유휴토지 등의 범위에서 제외할 수 있도록 하고 있는데 이 위임에서 어떠한 기준이나 범위에 대한 제한이 제시되지 않고 있다는 것이 헌법재판소의 입장이다. 물론 이 위임규정 부분도 추상적으로는 토초세법이 명시하고 있는 범목적에 의하여 어느 정도 제한을 받겠지만 그럼에도 불구하고 이 부분은 적어도 임대토지에 관한 한 과세대상에의 해당 여부를 거의 전적으로 대통령령에 일임하는 결과가 되어 지나치게 추상적이고 포괄적인 위임으로 볼 수밖에 없다는 것이다.

또한 다른 규정들에서는 유휴토지 등에의 해당 여부에 대해서 적정이용면적 또는 적정수익율 등 어느 정도의 기준이 직접 제시되고 그 세부사항만이 위임되고 있는 것과 비교할 때 이 위임의 추상성과 포괄성이 지나치다는 점과 실제로 해당부분의 대통령령이 3년 사이에 두 번에 걸쳐서 예외사유를 추가하여 국민에 의한 납세의무의 부과여부 자체가 입법권의 통제 없이 행정권에 의하여 좌우된다는 비난을 면하기 어렵다는 점을 헌법재판소는 지적하고 있다.

(7) 위임입법의 헌법적 한계기준의 체계화

조세법규의 위임한계에 대한 기준은 앞에서 살핀 토초세법의 위헌소원에 대한 결정 이후에 헌법재판소의 결정례에서 비교적 일관되게 적용되고 있다. 이에 반하여 형벌법규의 위임한계에 대한 기준에 있어서는 새로운 기준들이 제기되면서 사안에 따라

서 선별적으로 적용되는 경향이 있다가 점차 체계화되는 양상을 보여주고 있다. 이러한 관점에서 볼 때에 구 주택건설촉진법에 대한 헌법소원의 결정례는 헌법재판소가 그 동안 제시하였던 처벌법규의 위임의 한계에 대한 기준들이 체계적으로 정리된 것으로 볼 수 있을 것이다.

**구 주택건설촉진법 제52조 제1항 제2호 등 위헌소원
(1995.10.26, 93헌바62, 헌판집 제7권 2집, 419면 이하)**

1. 심사대상

이 사건의 심사대상은 구 주택건설촉진법(1987.12.4. 법률 제 3998호로 개정된 것으로 1992.12.8. 법률 제4530호로 개정되기 이전의 것) 제52조 제1항 제2호 및 구 주택건설촉진법(1981.4.7. 법률 제3420호로 개정된 것으로, 1994.1.7. 법률 제 4723호로 개정되기 이전의 것) 제32조 제1항이었다. 동법 제52조 제1항은 “다음 각호의 1에 해당하는 자는 1년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금형에 처한다”고 하며 그 제2호는 “제32조의 규정을 위반한 자”라고 규정하였다. 또한 제32조 제1항은 “사업주체는 주택(부대시설 및 복리시설을 포함한다. 이하 이조에서 같다)의 공급질서를 유지하기 위하여 건설부장관이 정하는 주택의 공급조건·방법 및 절차 등에 따라 주택을 건설·공급하여야 한다”고 규정하고 있었다. 이러한 위임에 근거하여 주택공급에 관한 규칙 제7조 제4항은 “사업주체는 입주자모집공고 후에는 당해 대지 및 주택을 담보로 제공할 수 없다”고 규정한다.

위의 법률규정이 위임입법의 한계를 일탈하는지의 여부와 죄형법정주의에 위배되는지의 여부가 이 사건의 쟁점이었다.

2. 죄형법정주의와 위임입법의 한계

헌법재판소는 이 사건에서 문제가 되는 것은 위임입법의 일탈 여부와 죄형법정주의의 위배여부이지만 양자를 함께 살핀다고 하면서 죄형법정주의와 위임입법의 관계를 언급하고 있다.

먼저 헌법재판소는 위임입법의 불가피성은 범죄와 형벌에 관한 사항에서도 마찬가지로 적용된다고 하면서 위임입법의 근거와 한계에 관한 헌법 제75조가 처벌법규에도 적용된다는 기존의 입장을 분명히 하고 있다. 단지 여기서 헌법이 특히 인권을 보장하기 위하여 죄형법정주의와 적법절차를 규정하고, 법률에 의한 처벌을 강조하고 있는 기본권보장 우위사상에 비추어 바람직하지 못한 일이므로, 그 요건과 범위가 보다 엄격하게 제한적으로 적용되어야 한다는 점을 되풀이하여 강조하고 있다.

헌법재판소는 이러한 방식으로, 즉 처벌법규에서도 위임입법이 허용된다는 논거로 바로 위임입법의 제한의 문제로 넘어가고 있다. 이점에서 헌법재판소는 앞으로 살필 특가법 제4조의 위헌심판을 제외하고 처벌법규위임의 한계의 문제에 대해서 지녀왔던 입장의 연장선 위에 있다.

3. 처벌법규위임의 한계의 기준

이 결정에서 무엇보다도 주목되는 점은 헌법재판소가 지금까지 밝혀 왔던 처벌법규위임의 한계에 관한 기준들을 체계적으로 정리하고 있다는 점이다.

먼저 헌법재판소는 헌법 제75조에서 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항이라 함은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다”는 것을 밝히고 있다(1991.7.8., 91헌가4, 헌판집 제3권 341면 참조). 헌법재판소가 내세우는 두 번째의 기준은 위임입법의 이러한 구체성 내지 예측가능성의 요구 정도는 “문제된 그 법률이 의도하는 규제대상의 종류와 성질에 따라 달라질 것임은 물론이고, 그 예측가능성의 유무를 판단함에 있어서는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 범조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다”는 것이다(1994.6.30., 93헌가15,16,17(병합), 헌판집 제6권 1집, 588면 이하; 1994.7.29, 93헌가12, 헌판집 제6권 2집, 59면 참조). 나아가 특히 처벌법규의 위임이 문제가 될 경우에는 “첫째, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 경우에 한정되어야 하며 둘째, 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상행위가 어떠한 것일 것이라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고 셋째, 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명백히 규정하여야 한다”는 것이다(1991.7.8., 91헌가4, 헌판집 제3권 341면; 1994.6.30., 93헌가15,16,17(병합), 헌판집 제6권 1집, 588면 이하 참조). 이러한 기준들은 각자로 보면 새로운 것은 아니지만 이 판결에서 비로소 한 자리에서 체계적으로 서술되고 있다는 점이 새롭다고 하겠다.

4. 위임입법의 한계의 일탈여부

먼저 헌법재판소는 주택의 공급조건·방법 및 절차에 관한 규정을 미리 법률로써 자세히 정하지 않고 명령에 위임하는 것이 부득이한가를 심사하고 있다. 주택건설촉진법은 주택이 없는 국민의 주거생활의 안정을 도모하고 모든 국민의 주거수준의 향상을 기하기 위하여 주택의 건설·공급과 이를 위한 자금의 조달·운용 등에 관하여 필요한 사항을 규정함을 목적으로 하고 있는데 헌법재판소는 그 헌법적인 배경을 “국가는 주택개발정책 등을 통하여 모든 국민이 쾌적한 주거생활을 할 수 있도록 노력하여야 한다”는 헌법 제35조 제3항에서 찾고 있다. 그런데 우리나라에서는 주택의 공급량이 그 수요량에 비하여 대체로 부족한 편이며 이에 따라 주택에 대한 가수요 내지 투기수요가 상존하고 있어서, 무주택국민들에게 안정적으로 주택을 공급하고 가수요나 투기수요를 억제하여 주택공급시장을 건강하게 유지하기 위해서 주택건설촉진법이 여러 가지 규정을 두고 있다고 헌법재판소는 언급하고 있다. 하지만 주택시장 자체가 그 외부의 경제적·사회적 요인에 의한 영향을 받고 있으며 가수요나 부동산투기는 언제든지 여건만 되면 다양한 형태를 지니고 나타나는 등 주택시장이 매우 복잡 다양하고 부단히 변동되고 있으므로 주택의 공급조건·방법 및 절차에 관한 규정이 이에 상응하여 대처할 필요가 있을 것인데 국회가 주택시장의 변화를 모두 예측하기도 어렵고 또한 그 변화에 신속하게 대처하며 법률을 개정할 수도 없으므로 이러한 규정을 명령에 위임하는 것이 부득이하다는 것이다.

이어서 헌법재판소는 위임법률조항의 명확성·예측가능성을 심

사한다. 먼저 구성요건상의 행위주체인 적용대상자는 주택건설촉진법 제3조 제5호의 사업주체로서 당해사건 관련소송에서의 청구인들과 같은 사기업체의 경우에는 동법 제6조의 규정에 의하여 주택건설업자로 등록한 자를 의미하고 있음이 명백하다고 한다. 또한 헌법재판소는 “주택의 공급질서를 유지”하고자 한다는 목적이 주택분양에 있어 투기적 수요를 막음으로써 실수요자에게 안정적으로 주택이 공급될 수 있도록 하겠다는 것을 의미한다고 보는데 어려움이 없다고 하며 또한 “주택의 공급조건·방법·절차”의 각 개념이 사전적으로나 주택건설촉진법의 목적에 비추어 분명하다고 보고 있다.

나아가 헌법재판소는 이러한 위임법률조항에서 사업주체가 분양의 대상이 된 토지를 담보로 제공하는 것을 제한할 필요가 있는지가 충분히 기대되는 예측가능성이 인정되는지를 헌법재판소는 심사하고 있다. 주택건설촉진법 제33조 제4항이 사업계획승인을 받으면 타 법령에 의한 제반 인·허가를 받은 것으로 하고 있고 이에 따라 주택공급에관한규칙 제7조가 주택건설의 완공 이전에 입주자모집을 할 수 있는 이른바 선분양제도를 취하고 있으므로, 이러한 경우에 피분양자들의 분양 받은 권리를 보호하기 위하여 사업주체가 분양이 된 토지를 담보로 제공하는 것을 제한할 필요가 있음은 누구나 예측할 수 있다는 것이 헌법재판소의 판단이다.

3.1.3. 죄형법정주의 또는 조세법률주의에 근거한 위임입법의 한계기준과 헌법 제75조에 근거한 위임입법의 한계기준

헌법재판소가 형벌법규나 조세법규의 위임의 한계문제를 심사하면서 죄형법정주의에서 도출되는 형벌법규의 명확성의 원칙이나 조세법률주의에서 도출되는 과세표준의 명확성의 원칙을 구체적으로 제시하면서 여기에 기초해서 위임입법의 한계일탈여부를 심사하는 경우는 매우 드물다. 헌법재판소는 일반적으로 처벌법규나 조세법규에서도 위임입법이 허용된다고 하면서 이를 논거로 바로 헌법 제75조에 의한 위임입법의 제한의 문제로 넘어가고 있다. 이러한 관점에서 볼 때에 여기서 살피게 될 특가법 제4조의 위헌소원에 대한 헌법재판소의 결정은 중요한 예외에 속한다고 볼 것이다.⁶⁸⁾

특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조 위헌소원(헌재결 1995.9. 28., 93헌바50, 헌판집 제7권 2집, 297면 이하)

1. 사건의 개요와 심판의 대상

이 사건의 청구인은 포항종합제철주식회사의 간부직원으로 재직하면서 포항제철의 설비계획업무를 총괄하던 자인데, 그 업무총괄기간 중에 3차례에 걸쳐 포항제철의 거래업체에 종사하는 담당자 등으로부터 설비공급수주를 받도록 하여준 것에 대한 사례의 명목 등으로 합계 금 106,000,000원을 받았다. 청구인은 정부관리업체인 포항제철의 간부직원으로서 그 직무에 관하여 뇌물을 수수하였다는 범죄사실로 구속 기소되어 서울형사지방법원에서 공판을 받던 중 그 재판의 전제가 되는 특정범죄가중처

68) 이 문제에 대해서는 후술하는 4. (또는 5.) 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준들간의 상호관계를 참조할 것.

벌등에관한법률 제4조 제1항 및 제2항에 대하여 위 법원에 위헌여부심판의 제청신청을 하였으나 그 신청이 기각되자 헌법재판소법 제68조 제2항에 따라 헌법소원심판청구를 하였다.

헌법재판소는 이 결정에서 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조의 제1항이 “형법 제129조 내지 132조의 적용에 있어서는 정부관리기업체의 간부직원은 이를 공무원으로 본다”고 규정하여 형법상의 뇌물죄의 적용대상을 확대한 것과 동조 제2항이 “제1항의 정부관리기업체 및 간부직원의 범위는 대통령령으로 정한다”고 규정하여 범죄구성요건의 일부를 대통령령에 위임한 것이 헌법상의 죄형법정주의를 위반하였는지의 여부, 위임입법의 한계를 일탈하였는지의 여부 등을 심사하고 있다.

2. 심사기준

헌법재판소는 우선 헌법 제12조 제1항 후문과 제13조 제1항 전단에서 규정하고 있는 죄형법정주의를 재차 강조하면서 “죄형법정주의는 범죄의 구성요건과 그에 대한 형벌의 내용을 국민의 대표로 구성된 입법부가 성문의 법률로 정하도록 함으로써 국가형벌권의 자의적인 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 법치국가의 기본원칙”이라고 정의하고 “따라서 형사처벌의 대상이 되는 범죄의 구성요건은 형식적 의미의 법률로 명확하게 규정되어야 하며(명확성의 원칙), 만약 범죄의 구성요건에 관한 규정이 지나치게 추상적이거나 모호하여 그 내용과 적용범위가 과도하게 광범위하거나 불명확한 경우에는 국가형벌권의 자의적인 행사가 가능하게 되어 개인의 자유와 권리를 보장할 수 없으므로 죄형법정주의의 원칙에 위배된다”고 선언하고 있다. 죄

형법정주의에 대한 이러한 해석은 헌법재판소의 일관된 입장이었지만, 판결문의 문맥상으로 그 강조의 정도가 앞에서 살핀 수산업법 제52조 제2항 등 위헌제청과 도시계획법 제92조 제1호 등 위헌제청에 대한 결정들에서 보다 강하고 복표 및 사행행위 단속법 제9조 및 제5조에 관한 위헌심판을 연상시킨다는 점에서 예사롭지 않다.

또한 위임입법의 한계에 대해서도 헌법재판소는 헌법 제75조에서 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여”라고 하는 것은 “법률 그 자체에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본적 사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률 그 자체에서 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미”한다는 기존의 입장을 되풀이하고 있다. 하지만 앞에서 살핀 위임입법의 한계에 대한 두 개의 판결에서 새로이 도입·적용되었던 새로운 기준, 즉 “관련법조항 전체의 유기적·체계적인 종합적 판단”과 “각 대상법률의 성질에 따른 구체적·개별적 검토”에 대해서는 언급되지 않고 있는 것이 주목된다.

3. 죄형법정주의의 위배여부

이러한 기준을 제시하면서 헌법재판소는 특가법 제4조 제1항의 “정부관리기업체”라는 용어가 죄형법정주의에 비추어 구성요건 개념으로서 명확한 것인지를 심사한다. 먼저 헌법재판소는 특가법 제4조 제1항이 뇌물죄의 적용대상(주체)을 원래 공무원이나 중재인이 아닌 정부관리기업체의 간부직원에게도 확대하고 있고 제2항에서 그 적용대상이 되는 정부관리기업체의 범위를

대통령령에 위임하고 있으며, 같은 법 시행령 제2조가 이러한 정부관리기업체를 구체적으로 열거하고 있는 사정을 설명한다. 따라서 특가법 제4조와 동법 시행령 제2조가 “정부관리기업체 간부직원의 수뢰죄”라는 일종의 신분범에 있어 그 주체에 관해 규정하고 있는 구성요건을 이루게 되는데 헌법재판소는 여기서 뇌물의 가액이 5천 만원 이상인 때에는 무기 또는 10년 이상의 징역이라는 무거운 형벌이 규정되어 있음을 강조하고 있다. 또한 헌법재판소는 “정부관리기업체”가 무엇을 의미하는지를 특가법에서 도출할 수 있는가의 문제에 대해서 부정적이다. 즉 “정부관리기업체”의 정의에 대해서 특가법 자체에서는 아무런 규정이 없고 동법 시행령에서도 어떠한 포괄적 정의규정이나 해설규정이 없이 이에 해당하는 기업체를 개별적, 구체적으로 열거하고 있을 뿐이라는 것이다. 또한 헌법재판소는 앞에서 언급한 것처럼 관련법규의 조항들도 참조하였지만 특가법상의 “정부관리기업체”의 정의를 보충하는 데에 적합한 조항은 없다는 결론을 내린다.

이러한 사정 하에서는 결국 “정부관리기업체”가 어떤 기업체인가를 건전한 상식에 따라 판단할 수밖에 없는데 여기서의 “정부”, “관리”, “기업체”라는 세 가지의 개념요소 중 “관리”라는 용어는 구성요건의 개념으로서 그 의미가 지나치게 추상적이고 광범위하다는 것이다. 다른 한편으로 관련되는 다른 법률을 살펴봐도 현행형벌법규상에서는 “정부관리기업체”라는 용어를 정의하거나 해설하는 경우는 없고 폐지된 법률들 중에서 정의규정을 찾아볼 수 있으나 그 내용이 동일하지는 않다는 것이다. 이러한 사정 하에서 특가법 제4조에 대한 대법원의 해석이 “정

부관리기업체의 간부직원을 뇌물죄의 적용에 있어서 공무원으로 의제하는 특가법 제4조의 규정취지는, 정부가 소유·지배하는 공공적 성격이 강한 기업체는 국가정책과 국민경제에 중대한 영향을 미치기 때문에 그 간부직원에 대하여 일반공무원과 마찬가지로 엄격한 청렴의무를 부과하여 그 직무의 불가매수성을 확보하고자 하는데 있다고 할 것이므로, 어떤 기업체가 특가법 제4조 제1항 소정의 “정부관리업체”에 해당하는지의 여부는 정부가 납입자본금의 5할 이상을 출자하였는가 아닌가와 같은 소유개념만으로 판단하여서는 아니 되고, 그 소유개념과 더불어 그 기업의 공공성 및 정부의 지배력 등을 종합하여 판단하여야 한다”고 판시하고 있는 것(대법원 1994.12.27. 선고, 94도618 판결 참조) 자체가 이미 “정부관리기업체”라는 용어의 추상성, 광범성, 복잡성 등을 극명하게 시사하는 예일 뿐이라는 것이다. 더불어 정부투자기관관리기본법에서의 “정부투자기관”에 대한 정의규정이 법과 특가법의 입법목적이 서로 다른 것을 감안하면 이 규정이 특가법 제4조 제1항의 “정부관리기업체”의 개념규정에 준용 또는 유추적용될 수 없음도 명백하다고 헌법재판소는 보고 있다.

이러한 사실들을 감안할 때 결국은 수뢰죄와 같은 신분범에서 범죄의 주체인 신분에 대한 구성요건이 지나치게 광범위하고 불명확한 것이 되고 따라서 범죄의 구성요건 전체가 명확성을 결여한 것으로서 죄형법정주의에 위배된다는 것이다.

4. 위임입법의 한계

헌법재판소는 이 판결에서도 기존의 입장과 마찬가지로 죄형

법정주의의 위반문제와 위임입법한계의 일탈문제를 서로 경합하는, 그리고 같은 경계선을 지나는 것으로 파악하고 있다. 따라서 “정부관리기업체”라는 특가법 제4조 제1항이 죄형법정주의에서 요구되는 명확성의 원칙에 위배된다고 한다면, 자동적으로 특가법 그 자체에 대통령령에 규정될 내용 및 범위의 기본적 사항이 구체적으로 규정되었다고 할 수 없고 특가법 그 자체에서 시행령인 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 없는 경우에 해당하게 된다는 것이다. 즉 특가법 제4조 제2항은 “정부관리기업체”의 정의에 관한 기본사항마저도 규정함이 없이 그 범위를 바로 대통령령에 위임한 것이 되어 실질적으로 백지위임과 다름이 없어 위임입법의 한계를 일탈한 것이 명백하다는 것이다.

헌법재판소는 자신의 이러한 입장을 뒷받침하는 근거로 특가법 제4조 제2항의 위임에 따라 “정부관리기업체”의 범위를 정하고 있는 특가법시행령 제2조가 1966.4.8. 동 시행령의 공포·시행 이래 무려 11회나 개정되었음을 들고 있다. 즉 수많은 정부관리기업체를 삭제하고 또 추가로 열거하는 개정작업이 오로지 정부의 정책적 판단에 따라 감행되었다는 것이다. 하지만 이러한 잦은 개정이 다수의견이 보는 것처럼 특가법 제4조 제2항이 “정부관리기업체”의 기본적 사항마저도 규정함이 없이 실질적으로 백지위임과 다름없는 규정을 한 때문인지 뒤에서 살펴 볼 소수의견의 입장처럼 이 법의 규율대상의 특성에서 나오는 것인지는 생각해 볼 문제이다.

5. 소수의견

위의 다수의견에 대해서 재판관 조승형과 신창언의 소수의견은 “정부관리기업체”라는 용어가 지나치게 추상적이고 광범위하여 죄형법정주의에 위배된다는 점과 위임입법의 한계를 일탈하고 있다는 점에 대해서 견해를 달리하고 있다.

정부관리기업체라는 용어의 명확성에 대해서 소수의견은 다수의견의 입장에 일정한 이해를 표시하지만, 동시에 위에서 언급한 대법원의 입장을 소개하면서 특가법 제4조 1항의 “정부관리기업체”의, 내용에 대한 예측가능성을 완전히 배제할 수는 없다고 하고 있다. 즉 특가법 제4조의 규정취지는, 대법원이 지적하는 것처럼, 정부가 소유·지배하는 공공적 성격이 강한 기업체는 국가정책과 국민경제에 중대한 영향을 미치기 때문에 그 간부직원에게 대하여 일반공무원과 마찬가지로 엄격한 청렴의무를 부과하여 그 직무의 불가매수성을 확보하고자 하는데 있다고 할 것이므로, 어떤 기업체가 특가법 제4조 제1항 소정의 “정부관리기업체”에 해당하는지의 여부는 정부가 납입자본금의 5할 이상을 출자하였는가 아닌가와 같은 소유개념만으로 판단하여서는 아니되고, 그 소유개념과 더불어 그 기업의 공공성 및 정부의 지배력 등을 종합하여 판단하여야 한다는 것인데, 소수의견은 이 정도의 개념정립이 해석론상으로 가능하다면 정부관리기업체라는 용어가 불확실하다고는 볼 수 없다는 것이다. 소수의견은 이와 더불어 개발도상국에서 선진국으로 도약하려는 시점에서 강한 윤리성이 요구된다는 점과 복잡하고 유동적인 현대사회에서 정부가 소유·지배하는 기업체라도 정부관리기업체에 수시로 포함되고 제외될 수 있으므로 이에 따라 윤리성의 강도 역시 변화할 것이라는 점을 지적하고 있다. 또한 소수의견은 지나치게 광범

위하고 추상적이라고 비판되는 정부관리기업체의 경우처럼 해당 법률에 그 개념을 정의하는 규정이 없이 사용되는 형벌법규에 관한 용어가 드물지 않다고 하면서 이들 용어들이 합리적인 해석과 대법원의 판례를 통하여 개념정립되어 온 것에 비추어 정부관리기업체에 대한 개념정립도 불가능하다고 단정할 수는 없다고 한다.

소수의견은 위임입법의 한계의 일탈여부에 관한 심사에 있어서는 다수의견의 위임입법의 한계에 관한 일반론이나 헌법재판소의 판례에 대해서는 이의를 제기하지 않는다고 전제하면서 구체적인 심사에 임하고 있다.

소수의견이 우선적으로 문제를 삼은 점은 다수의견이 특가법 제4조 제2항이 정부관리기업체의 정의에 관한 기본적 사항마저도 규정하지 않고 이를 곧바로 대통령령에 위임한 것은 실질적으로 백지위임과 다름이 없다고 하면서 특가법시행령 제2조에서의 정부관리기업체의 종류가 11회에 걸쳐 개정되었다는 사실을 정부관리기업체의 용어가 애매모호하여 뚜렷한 적용기준 없이 그때 그때의 정부의 정책적 판단에 따라 그 범위를 축소 또는 확장하였던 논거로 삼는 것이었다. 이에 대해서 소수의견은 특가법시행령 제2조가 11회에 걸쳐 개정된 것은 오히려 현대사회에서 국제사정과 국내사정이 급격하게 변화함에 따라 정부가 소유·지배하는 같은 기업체라 하더라도 그 기업체의 간부직원에 대한 윤리성의 요청강도도 변화하기 때문이라고 보면서 법관의 정부관리기업체에 대한 개념정립의 기준이 대법원판례에서의 경우와 같이 명확하므로 정부가 이 기준에 맞추어 적정하게 범위를 개정하는 한 오로지 정부의 정책적 판단에 의해서만 정부관

리기업체의 범위를 축소 또는 개정하는 것이라고는 볼 수 없으며 정부의 정책적 판단이 이 기준에 합치하는지의 여부는 구체적인 사안에 따라 판단할 문제에 불과하다는 입장을 내세운다.

소수의견은 또한 본 사안의 포항제철에 대한 정부투자지분과 한국산업은행의 투자지분이 합계 35%로 전체주식의 50%에는 미달하였지만 이는 포항제철이 정부의 승인 없이 정관변경을 하는 것을 막기 위함이었다는 점과 정부가 포항제철을 특정인의 주식독점이 불가능한 “공공적 법인”으로 하여 스스로 대주주의 지위에서 포항제철의 중요사업을 국민경제전반에 대한 정부의 계획과 조화를 이루도록 조정하고 임원의 임면을 결정하는 등 실질적인 지배력을 행사해 오고 있음을 알 수 있다는 점 등 현실적인 측면을 지적하면서 포항제철은 특가법 제4조 제1항의 정부관리기업체의 개념에 포함되는 것이 마땅하고 따라서 시행령의 규정이 특가법 제4조 제2항의 위임의 한계를 일탈하였다고는 볼 수 없다고 하고 있다.⁶⁹⁾

69) 이와 관련하여 문제가 되는 것은 소수의견 내용의 옳고 그름을 떠나서 이 사안에서의 심사대상이 위임명령의 수권법률위반여부를 심사하는 것인지, 아니면 위임법률이 헌법 제75조가 정한 위임한계의 일탈여부를 심사하는 것인지가 이 소수의견에서 명확하지 않다는 점이다. 이 문제와 관련해서 헌법재판소는 조세감면규제법 제74조 제1항 제1호에 대한 위헌법률심판(1996.6.26. 93헌바2, 헌재공보 394면 이하)에서 “위임입법의 범리는 헌법의 근본원리인 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 행정부에서 제정된 대통령령에서 규정한 내용이 정당한 것인지 여부와 위임의 적법성에는 직접적인 관계가 없다. 따라서 대통령령으로 규정한 내용이 헌법에 위반될 경우라도 그 대통령령이 위헌으로 되는 것은 별론으로 하고 그로 인하여 정당하고 적법하게 입법권을 위임한 수권법률 조항까지도 위헌으로 되는 것은 아니다”라는 입장을 명백히 밝히고 있다.

마지막으로 소수의견은 특가법 제4조가 형법상 뇌물죄의 주체를 넓히면서 정부관리기업체의 범위만을 대통령령에 위임할 뿐, 그밖에 위임하고 있는 행위, 행위의 객체, 형벌 등은 특가법 자체와 형법에 유보하고 있으므로 특가법 제4조 제2항에 따른 대통령령은, 대통령령에 규정될 정부관리기업체 및 그 간부직원의 범위를 특가법만으로도 충분히 예측할 수 있는 구체적으로 범위가 정하여진 개별적 위임명령이라고 보고 있다.

지금까지 살펴본 소수의견에서는 위임입법의 한계기준을 설정하는 문제를 개별법률의 성격에 따라서 파악하려는 경향이 다수의견에서 보다 강하게 표현되고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

6. 평가

죄형법정주의 상의 명확성의 원칙과 위임입법의 한계의 문제를 어느 한가지가 위배되거나 일탈된 것이면 다른 것도 당연히 일탈되거나 위배되는 것으로 보고 죄형법정주의에 대해서는 “고전적”으로 엄격한 잣대를 대면서 위임입법의 한계에 대해서는 현대사회에서의 국가과업의 증대를 고려해서 온건한 기준을 전개시켜 간다면 상호 모순되는 경우가 있을 수 있다. 특정의 위임조항을 심사할 때 죄형법정주의 상의 명확성의 원칙위배 여부를 먼저 심사하는 경우와 위임입법의 한계문제를 먼저 심사하는 경우에 다른 결과가 나올 수도 있다는 것이다. 상대적으로 엄격한 죄형법정주의의 위배여부를 먼저 심사하고 그 결과가 당연히 위임입법의 한계의 일탈여부에도 연결되는 것으로 본다면, 심사의 차례를 바꿀 때보다 위임조항의 위헌여부에 대한 엄격한 심사가 될 가능성이 더욱 커진다. 앞에서 살핀 판례들에서는 이

결정에서의 경우처럼 죄형법정주의 상의 명확성의 원칙을 기준으로 위임조항을 구체적으로 살피지 않고 죄형법정주의의 의미만을 설명하고 바로 위임입법의 한계의 문제로 넘어가서 상당부분 완화된 기준으로 심사하여 위임입법의 한계를 일탈하지 않았다는 결론이 나오면 따라서 죄형법정주의에도 위배되지 않는다는 식으로 판결해 왔다.

여기서는 그에 반하여 죄형법정주의의 명확성의 원칙을 기준으로 한 심사를 엄격하게 실시한 이후에 여기에 위배되므로 당연히 위임입법의 한계를 일탈했다는 결론이 유도되었다. 물론 위임입법의 한계에 대한 완화된 기준은 여기서는 심사기준으로 채택되지 않았다.

형벌법규에 관한 위임입법의 한계의 심사기준이 수산업법 제 52조 제2항 등 위헌제정에 대한 결정 이후로 완화되어 온 것은 전반적인 판례의 경향이다. 그러나 특정범죄가중처벌등에관한법률 제4조 위헌소원에 대한 결정을 보면 이러한 경향이 예외 없이 진행되어 왔다고는 볼 수 없게 된다. 이 결정의 다수의견은 그 이유를 명확히 제시하지 않고 있으므로 단지 결정문의 행간을 통해 추측할 수 있을 뿐이다. 그 하나는 이 경우에는 형량이 매우 과중하므로 죄형법정주의 상의 명확성의 원칙을 엄격하게 적용하려 한 것은 아닌가 하는 것인데 달리 표현하자면 기본권 제한의 강도(Intensität)에 따른 기준의 상이한 적용이라는 측면일 것이다. 다른 하나는 위임입법의 한계에 대한 기준을 완화하는 것을 행정법상의 형벌법규, 즉 행정벌에만 적용하고 순수형법 상의 형벌법규인 형사벌에는 이를 적용하지 않으려고 하는 것은 아닌가 하는 추측이다.

3.1.4. 규율대상의 본질성에 근거한 한계기준

지금까지 살펴본 바에 의하면 헌법재판소가 위임입법의 한계 기준을 주로 헌법 제75조에서 도출하고 있음을 알 수 있으며 헌법 제75조를 민주주의의 원리나 의회유보의 원칙보다는 법치 국가의 원리나 법률유보의 원칙에 근거하여 해석하는 경향을 보여주고 있다.

이에 대한 예외로 헌법재판소는 앞에서 부분적으로 살핀 바 있는 교육법 제8조의 2에 관한 위헌심판에서 본질성론을 위임입법의 심사기준으로 제시했다는 인상을 준다. 이 사안에서 헌법재판소는 교육법 제8조의 2가 한편으로는 헌법 제31조의 교육법정주의에 근거한 위임입법의 한계를 일탈하였는지를 심사하고 다른 한편으로는 헌법 제75조에 근거한 위임입법의 한계여부를 심사하였다. 본질성론과 관련지어 읽을 수 있는 부분은 헌법재판소가 헌법 제31조 제2항의 “법률”의 의미와 이것이 헌법 제31조 제6항의 기본적 법률사항인지의 여부를 심사하면서였다. 즉 헌법재판소는 헌법 제31조 제6항이 선언하는 교육제도의 법정주의란 “입법자는 교육에 관한 법제의 전부가 아니라 그 기본 골격을 수립할 책무가 있으므로 본질적인 사항에 대하여서는 반드시 스스로 기본적인 결정을 내려야 하고, 그러한 기본적인 사항의 결정을 행정부에 위임하여서는 아니 되는 것”이라고 하였다.

이 사안에서 헌법재판소가 규율사항의 본질성을 심사기준으로 삼았던 것은 변정수 재판관의 소수의견에서 더욱 명백하게 나타났다. 즉 “3년의 중등의무교육의 실시에 관한 기본적이고 본질적인 사항(실시기준·시기·방법·범위·내용 등)을 국회가 스스로 결

정하지 아니하고 전적으로 대통령령에 위임하는 것은 기본권의 제한이나 행사를 위한 기본적이고 본질적인 사항은 국회에서 제정한 형식적 의미의 법률에 이미 규정되어 있어야 한다는 이른바 ‘법률유보의 원칙’을 그 핵심 내용으로 하는 ‘법치주의의 원리’와 이러한 국민의 기본권에 관한 본질적인 중요사항은 국민으로부터 직접 민주적 정당성을 부여받은 의회의 전속결정사항이라고 하는 ‘민주주의 원리’에 정면으로 위배되는 것”이라는 것이었다.

또한 소득세법 제60조, 구 소득세법 제23조 제4항 등에 대한 헌법소원결정(1995.11.30. 91헌바1, 2, 3, 4 등 병합, 헌판집 제7권 제2집, 562면 이하)에서도 헌법재판소가 규율대상의 본질성 여부를 위임입법의 한계기준으로 삼고 있다는 인상을 주고 있다. 여기서 헌법재판소는 납세의무가 국민의 헌법상의 기본권인 재산권적 기본권과 밀접한 관련을 지니며, 이러한 납세의무에 있어서 과세표준은 그에 관한 규정이 전혀 없으면 납세의무의 존부 및 범위를 결정하거나 이를 개략적으로나마 예측하는 것이 불가능하여 납세의무자 겸 재산권적 기본권의 주체인 국민의 지위를 현저히 불안하게 한다는 점에서 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용이라고 한다. 또한 기준시가 역시 양도소득세의 과세표준 산정에 있어서 그에 관한 규정이 전혀 없으면 양도소득세의 납세의무의 존부 및 범위를 결정하거나 그 개략적인 내용을 예측하는 것이 불가능하다는 점에서 양도소득세 과세표준의 중요한 사항 내지 본질적인 내용이라고 보고 있다. 즉 기준시를 알 수 없으면 양도소득세 납세의무의 존부와 범위를 알 수 없게 되므로 기준시가는 양도소득세 납세의무 그 자체의

중요한 사항 내지 본질적 내용으로 보아야 한다는 것이다. 이처럼 헌법재판소는 이 사안의 결정에서 기준시가를 위임한 것이 위임입법의 한계를 일탈한 것인가의 여부를 판단하면서 기준시가가 본질적인 부분에 속하는지의 문제를 심사하고 있다.

3.1.5. 소결론

지금까지 헌법재판소의 결정례에서 도출되는 위임입법의 한계에 관한 헌법적 한계기준을 살펴보았다. 이것을 앞에서 학리적으로 제시된 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준, 즉 헌법 제 75조에 의한 한계기준, 헌법원리적 한계, 헌법정책적 한계와 비교해 볼 필요가 있을 것이다.

헌법재판소는 헌법원리적 차원에서 기본권의 성격에 따라서, 즉 기본권이 법령에 의해서 침해되는가 아니면 형성되는가에 따라서 위임입법의 한계에 대한 구체성·명확성의 요구를 달리 파악하고 있음을 알 수 있다. 그 이외에는 헌법재판소는 죄형법정주의나 조세법률주의 등에 근거한 형벌법규의 명확성의 원칙이나 과세요건명확성의 원칙에 대한 구체적인 기준을 제시하거나 그 기준에 따른 심사를 행하고 있지 않다. 적어도 수산업법에 대한 위헌심판결정 이후에는 이러한 흐름이 일반적이라고 볼 수 있고 특정범죄가중처벌법에 대한 위헌심판이 그 예외를 이룬다고 할 수 있을 정도이다. 즉 헌법재판소는 죄형법정주의나 조세법률주의에 근거한 위임입법의 한계에 대한 헌법적 한계기준과 헌법 제75조에 근거한 위임입법의 한계기준을 경합하는 것으로 보면서 거의 전적으로 수권법률조항이 헌법 제75조에 의한 위임입법의 한계에 관한 헌법적 한계기준을 일탈하였는가의 여부

를 심사하고 있다. 헌법재판소는 형벌법규위임에 대한 별개의 까다로운 기준을 제시하면서도 이를 일반적으로 헌법 제75조에 의한 위임입법의 한계를 일탈하였는가의 문제로 심사하고 있다.

헌법재판소가 제시하고 있는 헌법 제75조와 관련된 위임입법의 한계의 헌법적 기준은 앞에서 학리적으로 제기된 위임입법의 한계기준의 내용에 어느 정도 상응하고 있다고 볼 수 있다. 즉 위임입법의 한계에 대한 명확한 기준은 제기될 수 없고 불가피하게 유동공식(Gleitformel)일 수밖에 없는데, 이러한 기준이 기본권의 성질 및 행정분야에 따라서 그리고 국민에 대한 영향력의 정도에 따라서, 또는 현실적·입법기술적 곤란성에 따라서 그리고 수입자의 민주적 정당성·조직형태⁷⁰⁾에 따라서 달리 적용되고 있는 것이다.

70) 이 기준은 특히 조례에 대한 한계와 관련해서 문제될 것인데 이는 후술하기로 한다.

3.2. 위임입법의 한계기준의 분야별 적용

여기서는 앞에서 살핀 헌법재판소가 제시하는 위임입법의 한계에 대한 헌법적 기준이 적용되는 모습을 볼 것이다. 그 적용되는 분야는 크게 기본권침해영역, 급부행정영역 그리고 조례로 나누고 기본권침해영역은 형벌법규의 위임, 조세법규의 위임 그리고 기타 침해행정과 관련된 위임의 경우로 분류하여 헌법재판소의 결정례들을 분석할 것이다.

3.2.1. 기본권침해영역

(1) 처벌법규의 위임

처벌법규의 위임에 대한 헌법재판소의 결정례는 앞에서 위임입법의 한계에 대해서 헌법재판소가 제시하는 기준과 관련해서 살핀 결정례에서 본 바와 같이 헌법재판소가 심사기준을 거의 확고하게 정립시켜 놓았다고 볼 수 있다. 여기서는 앞에서 자세히 언급된 복표발행, 현상기타사행행위단속법에 관한 위헌심판, 수산업법에 관한 위헌심판, 구 주택건설촉진법에 대한 위헌심판 등을 제외한 처벌법규의 위임에 대한 헌법재판소의 결정례를 알아보기로 한다.

체육시설의설치·이용에관한법률시행규칙 제5조에 의한 당구장 출입자제한에 대한 헌법소원 (헌재 1993. 5. 13. 선고, 92헌마80, 헌판집 제5권 1집 365면 이하)

1. 사건의 개요와 심판대상

청구인은 1992. 4. 2. 체육시설의설치·이용에관한법률(1989.3.31. 법률 제4106호, 개정 1990.12.27. 법률 제4268호) 제8조 및 동법 시행규칙 제8조 제1항의 규정에 의거 서울특별시 시장으로부터 체육시설업 신고필증을 교부받고 당구장을 경영하는 자인바, 체육시설의 설치·이용에관한법률시행규칙(1992.2.27. 문화체육부령 제20조) 제5조의 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준을 규정하고 있는 (별표1) 2. 안전관리 및 위생 기준(체육시설업자의 준수사항) (2) 개별기준 자. 당구장업 3) “출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 하여야 한다.”는 규정이 청구인의 헌법상의 기본권을 침해하고 있다고 하여 같은 해 4. 19. 이 사건 헌법소원심사를 청구하였다.

2. 모법의 위임여부에 대한 판단

여기서 헌법재판소는 18세 미만자 출입금지표시 게시의무는 청구인의 직업선택의 자유라는 기본권을 제한하는 것이므로 반드시 법률상의 근거가 필요한 것인데 문화체육부가심판대상규정의 형태로 정하고 있는 기본권의 제한이 모법으로부터 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 해당하는가의 여부를 심사대상으로 삼고 있다.

우선 헌법재판소는 위임입법이란 법률 또는 상위명령에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 법규로서의 성질을 가지는 일반적·추상적 규범을 정립하는 것을 의미하는 것으로서 형식적 의미의 법률에는 속하지 않지만 실질적으로는 행정에 의한 입법으로서 법률과 같은 성질을 갖는 법규의 정립이므로 권력분립주의와 법치주의 원리에 비추어 요건이 엄격할 수

밖에 없음을 밝히며 따라서 헌법 제75조는 법규적 효력을 지니는 행정입법의 제정에 대해서 반드시 구체적이며 명확한 법률의 위임을 요하는 것이라고 한다. 법의 지배 또는 법치주의의 원리에 의하면 국가권력행사의 예측가능성의 보장을 위해서 권력행사의 주체와 방법 및 범위가 법률로 규정될 것이 요구되며 예외적으로 위임입법을 허용하는 경우에도 법률에 의한 수권에 의거한 명령의 내용이 어떠한 것이 될 수 있는가를 국민이 예측할 수 있어야 하는데 이는 법규명령에 의해서 비로소 가능하다는 것이 아니라 수권법률 자체의 내용으로부터 예견 가능해야 한다는 것을 의미한다는 것이다. 물론 이것이 앞으로 제정될 법규명령의 구체적인 내용을 정확하게 예견할 수 있어야 함을 의미하는 것은 될 수 없을지라도 적어도 “정립될 수 있는 법규명령의 기본적 윤곽에 대한 예견가능성”은 보장되어야 한다는 것이다.

이제 헌법재판소는 본 사안의 심사대상규정이 위에서 제시한 기준에 합치하는가의 여부를 살피고 있다. 체육시설의설치·이용에관한법률 제5조는 체육시설업의 시설, 설비(안전 및 위생기준을 포함한다)를 문화체육부령으로 정하도록 위임하고 있으며, 이에 따라 문화체육부령인 동 시행규칙 제5조는 체육시설업의 시설, 설비, 안전관리 및 위생기준을 정하고 있고 그 안전관리 및 위생기준에서 당구장업에 대하여 출입문에 18세 미만자의 출입을 금지하는 내용의 표시를 해야 한다고 규정하고 있다. 그런데 동법 제5조에서 위임한 안전관리 및 위생기준은 동법 제1조가 규정하고 있는 목적을 달성하는데 필요한 체육시설업의 건전한 질서유지 및 사고방지, 청결성 등을 보장하는 기준일 뿐이

라고 보여지므로 이 수권규정을 아무리 넓게 해석하더라도 그 규정에서 18세 미만자 출입금지표시의무와 같은 일정한 범위의 시설이용자 배제에 관한 근거를 찾기는 어렵다고 볼 것이라고 헌법재판소는 판단하고 있다. 즉 법률의 수권규정은 시설·설비를 갖추고 이를 유지·관리해야 한다는 주로 물적 시설, 설비의 기준에 대한 것으로 그 문언을 통해서는 18세 미만자의 출입금지의 취지를 전혀 찾아볼 수 없고 수권법률의 제정배경이나 전체의 취지 또는 다른 관련규정과 의의관계 등을 종합해 보더라도 법률제정자의 객관적 의사가 18세 미만자의 출입금지를 예정하고 있음을 인정하기 어렵다는 것이다. 따라서 심판대상규정에서 법률이나 법률이 구체적으로 명확히 범위를 정하여 위임한 위임명령에 의해서만 비로소 가능한 18세 미만자의 당구장 출입금지 또는 봉쇄를 규정하는 것은 모법의 위임이 없는 사항을 규정하고 있어 결국 위임의 범위를 일탈한 것이라고 하지 않을 수 없다는 것이다.

문화체육부장관은 이 점과 관련하여 심판대상규정의 법률적 근거를 모법인 체육시설의설치·이용에관한법률이 아닌 청소년육성법에서 찾을 수 있다고 주장하였다. 헌법재판소는 이에 대해서 어떤 법률조항의 적용이나 해석에 있어서 국민의 자유와 권리를 신장하기 위한 것이라면 확대가 가능할 수도 있겠지만 반대로 국민의 기본권을 제한하는 것이라면 불가하다고 할 것이므로 청소년기본법의 관련조항을 18세 미만 소년의 당구장 출입금지의 근거규정으로 확대 해석할 수는 없는 것이라고 보고 있다.

마지막으로 헌법재판소는 죄형법정주의의 문제와 관련하여 구

성요건에 대한 백지위임의 문제점을 지적하고 있다. 헌법재판소는 헌법 제12조 1항 후단에서 명시하고 있는 죄형법정주의를 “어떠한 행위가 처벌될 수 있는 행위인가를 국민이 사전에 예측할 수 있도록 성문법의 형태로 형벌법규가 제정되어야 함을 의미하고 그럼으로써 국가의 형벌권의 자의적인 발동으로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 제도”라고 이해하고 있다. 따라서 형사법은 원칙적으로 형식적인 의미의 법률의 형태로 제정되어야 하고 예외적으로 행정부에서 법규명령의 형태로 제정하는 경우라도 법규명령에 반드시 구체적이고 명확한 법률상의 위임 근거규정이 있어야 비로소 가능하다는 것이다. 즉 헌법재판소는 형벌법규에 있어서도 일정사항의 위임이 불가피함을 인정하면서도 죄형법정주의원칙에 비추어서 최소한도 범죄의 구성요건의 운판만큼은 수권규정자체에서 예측될 수 있어야 한다고 요구하고 있다. 이렇게 볼 때에 체육시설의설치·이용에관한법률 제22조 제3항은 동법 제5조의 시설, 설비 중 안전 또는 위생기준에 미달하여 시정명령을 받고 이를 위반한 자에 대하여 6개월 이하의 징역 또는 200만원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있으므로 이 사건의 심사대상규정은 위 처벌조항의 구성요건에 해당한다고 볼 것이고 따라서 비록 처벌의 전제절차로서 “시정명령”이 있기는 하지만 죄형법정주의의 존재이유에 비추어 그것이 모법의 규정에서 전혀 예측할 수 없는 내용이라면 허용될 수 없다는 것이다. 즉 헌법재판소는 죄형법정주의에서 도출되는 위임입법의 한계기준에 의하더라도 이 사건의 심판대상규정이 모법의 위임의 범위를 일탈한 것으로 볼 수밖에 없다는 입장이었다.

3. 평가

이 사안에서는 수권법률의 위임조항의 위임입법 한계의 일탈 여부가 심사대상으로 되지 않고 법규명령의 위임범위 일탈 여부가 심사대상으로 되고 있다. 그 이유는 한편으로는 절차적으로 법규명령에 대한 헌법소원의 형식으로 소송이 제기되어서 수권법률의 위임조항의 위헌여부가 문제될 여지가 없었던 점도 있었지만 다른 한편으로는 심사대상을 이루는 법규명령의 내용이 법률의 위임사항이 - 위임의 한계기준을 넘어설 정도로 추상적으로라도 - 규정한 바와는 전혀 무관한 것이어서 수권법률의 위임조항의 명확성 여부의 심사가 문제될 여지가 전혀 없었기 때문이라고 보여진다. 따라서 이 경우는 엄격한 의미에서 보면 수권법률의 위임조항의 위임입법 한계기준의 일탈여부를 대상으로 하는 위임입법의 한계문제에는 속하지 않는다고도 할 수 있을 것이다.

심사의 내용의 측면에서는 헌법재판소가 이 결정에서 형벌법규위임의 한계문제를 헌법 제75조의 차원과 죄형법정주의의 차원에서 분리하여 심사했다는 것이 눈에 뜨인다.

도시계획법 제92조 제1호 등 위헌제청(헌재결 1994.7.29. 93헌가12, 헌판집 제6권 2집, 53면이하)

1. 사건의 개요와 심판의 대상

이 사건의 신청인들은 도시계획법(제정 1062.1.20. 법률 제 983호, 최종개정 1991.12.14. 법률 제4427호) 제4조 제1항 제2호 후단 및 제92조 제1호 위반으로 공소제기되어 법원에 이틀

법조항에 대한 위헌심판제청신청을 하였고 법원은 이 신청을 이유 있는 것으로 받아들여 헌법재판소법 제41조 제1항의 규정에 의하여 헌법재판소에 이들 법조항에 대한 위헌 여부의 심판을 제청하였다.

이 사건에서의 심판대상은 도시계획법 제4조 제1항이 도시계획구역 안에서 시장 또는 군수의 허가를 받아서 해야하는 행위를 열거하면서 제2호의 후단에서 “... 대통령령이 정하는 물건을 대통령령이 정하는 기간 이상 쌓아 놓는 행위”라고 규정한 것과 별칙조항인 동법 제92조가 제4조 제1항 각호의 행위를 한 자를 “6월 이하의 징역 또는 300만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정한 것이다. 헌법재판소는 이 조항들이 죄형법정주의와 위임입법의 한계를 벗어나지 않았는지의 여부를 심사하였다.

2. 형벌법규위임의 불가피성과 제한기준

여기서 헌법재판소는 기존의 입장을 따라서 자유주의, 권력분립, 법치주의 및 국민주권의 원리에 기초하는 죄형법정주의에도 불구하고, 현대국가의 사회적 기능증대와 사회현상의 복잡화에 따라 국민의 권리·의무에 관한 사항이라 하여 모두 입법부에서 제정한 법률만으로 다 정할 수는 없는 것이기 때문에 위임입법을 허용하는 것이 불가피함을 인정하면서 그 한계는 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다고 밝히고 있다. 헌법재판소는 이 결정에서도 특히 형벌법규의 위임에서는 범죄의 구성요건과 형벌의 구체적 내용의 예측가능성이 강조됨을 되

풀이하고 있다. 이어서 헌법재판소는 앞서 살핀 수산업법 제52조 제2항 등 위헌제청에 대한 결정에서 새로이 제기되었던 기준을 내세운다. 즉 예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 한다는 것이다.

3. 기준의 적용

이러한 기준에 따라서 헌법재판소는 문제되는 법조항의 위임한계 일탈 여부를 심사한다. 처벌의 종류와 정도는 도시계획법 제92조 제1호가 명확히 규정하고 있으므로 문제가 되는 것은 구성요건의 위임이었다. 동법 제41조를 살펴보면 구성요건은 “1. 도시계획구역 안에서, 2. 시장 또는 군수의 허가를 받지 아니하고, 3. 대통령령이 정하는 물건을, 4. 대통령령이 정하는 기간에, 5. 쌓아 놓는 행위”가 되는데 이 중에서 1, 2, 5의 부분은 내용이 명확하다고 보아 3과 4의 경우가 죄형법정주의의 파생원리 중의 하나인 형벌법규의 명확성의 원칙에 어긋나는지의 여부가 주된 심사대상을 이루게 된다.

헌법재판소는 당해사건의 심사를 “관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합판단”하는 것으로 시작한다. 여기서는 특히 도시계획법의 목적과의 연관성 속에서 심사대상 조문을 살피고 있다. 헌법재판소는 이 법의 목적이 “도시의 건설, 정비, 개량을 위한 도시계획의 입안·결정·집행절차에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 도시의 건전한 발전을 도모하고 공공의 안녕질서와 공공복리의 증진에 기여하게 함”(동법 제1조)에 있음을 지적

하고, 문제가 되는 제4조 제1항 제2호 후단 이외에 제4조 제1항의 각호는, “토지의 형질변경, 죽목의 벌채·재식 또는 토석의 채취”(제1호), “건축물 기타 공작물의 신축·개축·증축”(제2호 전단), “대통령령이 정하는 토지분할”(제3호)의 각 행위를 제한하고 있음을 밝히고 있다. 헌법재판소는 이러한 도시계획법의 목적 및 동법 제4조 제1항 각호가 규율하는 행위유형을 종합하여 이 법 제4조 제1항의 목적이 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 제한하는 데 있음을 이끌어 내었다. 이러한 맥락에서 볼 때 도시계획법 제4조 제1항 제2호 후단의 목적도 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 행위를 금지하기 위함이라는 것이다.

이어서 헌법재판소는 당해사건을 “대상법물의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토”하고 있다. 이러한 관점에서 헌법재판소는 과학기술의 급속한 발달에 따라 새로운 물건이 개발·생산되는 현대사회에서 도시계획구역 안에 쌓아 둬으로써 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 물건과 그 쌓아두는 기간을 일일이 법률로 규정하는 것은, 국회가 상시로 개원하고 있지도 않은 우리의 현실에서 가능하지 않을 뿐 아니라 현대산업사회의 유동적이고 가변적인 현상에 즉시 대처할 수 없어서 원활한 도시계획사업에 지장을 초래할 우려가 있음을 인정하고 있다. 그러므로 도시계획법 제4조 제1항 제2호 후단에서 규제대상이 되는 물건과 기간을 대통령령에 위임할 합리적인 이유가 있다는 것이다.

헌법재판소는 관련법조항 전체를 유기적·체계적으로 살피고 대상법물의 성질을 구체적·개별적으로 검토한 후에 이에 비추어 위임내용의 예측가능성을 심사하고 있다. 여기서 헌법재판소는 도시계획법 제4조 제1항 제2호 후단이 도시계획사업에 지장을

줄 수 있는 행위를 금지하는 것을 목적으로 하고 있음을 감안하면 이 법 제4조 제1항 제2호 후단에 의하여 대통령령에 규정될 물건이나 기간도 도시계획사업에 지장을 줄 수 있는 정도의 물건이나 기간임을 알 수 있다고 보고 있다. 그러므로 이러한 위임법률은 대통령령에 위임된 범죄구성요건 부분의 대강을 국민이 예측할 수 있도록 위임법률에 구체적으로 정해져 있다고 볼 수 있다는 것이다. 다시 말하자면 이동이 용이하거나 가벼운 물건을 쌓아 놓는 행위 및 그렇지 않더라도 이를 짧은 기간 동안 쌓아놓는 행위는 허용되지만, 사회통념상 그 정도를 넘어서는 물건이나 기간은 제한의 대상이 될 것이라는 사실을 충분히 예측할 수 있다는 것이다.

도시계획법시행령은 실제로 도시계획법 제42조 제1항 제2호의 후단에 의해 위임된 물건을 “녹지지역에 쌓아 두는 중량이 50톤 이상이거나 부피가 50제곱미터 이상인 모래·자갈·토석·석재·목재·컨테이너·콘크리트·드럼통 또는 병”으로 규정하고 있고(시행령 제5조 제2항), 그 기간을 “1개월 이상”(제5조 제3항)으로 규정하고 있다. 헌법재판소는 위에서 살핀 맥락에서 이 정도의 내용은 “합리적으로 그 대강을 예측”할 수 있는 것으로 보아 도시계획법 제4조 제1항 제2호 후단이 위임입법의 범위와 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반되지 않고 그로 인하여 동법 제4조 제1항 제2호 후단 및 제92조 제1호는 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항, 13조 제1항 및 그 파생원리인 형벌법규 명확성의 원칙에도 위반되지 않는다고 판시하였다.

4. 평가

이 사안에서 헌법재판소는 위임법률에 근거하여 실제로 시행령이 규정하고 있는 내용이 입법기술적으로 시행령에 위임할 수 밖에 없는 것인지의 문제는 구체적으로 심사하고 있지 않다. 현대적인 과학 기술의 발전에 따라서 새로운 물건이 개발·생산되는 가변적이고 유동적인 상황에 적극적으로 대처할 일반적인 필요성은 설득력 있게 제기되었지만 모래·자갈·토석 등 시행령이 규율하고 있는 대상과 분량 그리고 쌓아놓는 기간이 법률로 직접 규율할 수 없을 정도로 가변적이고 유동적인 것인지의 여부는 심사하고 있지 않다. 위에서 살핀 복표발행, 현상사행행위단속법에 관한 위헌심판에 대한 결정에서는 이 문제도 심사하였다. 이와 관련하여 위임입법의 한계를 살핌에 있어 단지 위임조항의 예측가능성의 문제만을 볼 것인지, 아니면 실제로 위임된 법규의 내용이 위임의 취지에 맞는 것이고 입법기술상 불가피했는지의 여부도 함께 심사대상으로 볼 것인지가 문제로 될 것이다.

(2) 조세법규의 위임

위임입법의 구체성·명확성의 요구정도는 규제대상의 정도와 성격에 따라 달라진다고 보는 헌법재판소는 조세법규의 위임범위를 조세법률주의의 이념에 비추어 정하고 있다. 헌법재판소는 헌법 제38조와 제59조의 헌법규정에 근거를 둔 조세법률주의의 이념은 “과세요건을 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 규정하도록 하여 국민의 재산권을 보장하고, 또한 과세요건을 명확히 규정하도록 하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있는 것”이라고 보고 있다(헌재결 1989.7.21., 89헌

마38, 헌판집 제1권 131면; 헌재결 1995.11.30., 94헌바14, 판례월보 305호 114면). 이러한 조세법률주의의 이념에 비추어 헌법재판소는 국민의 재산권을 직접적으로 제한하거나 침해하는 내용의 조세법규에 있어서는 위임의 요건과 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 한다는 입장을 취하고 있다.

헌법재판소는 수산업법 제52조 제2항 등 위헌제청의 결정(1994.6.30., 93헌가15,16,17(병합), 헌판집 제6권 1집, 588면 이하)에서 헌법재판소는 위임입법의 제한기준을 완화시키는 새로운 공식을 제시하여 “예측가능성의 유무는 당해 특정 조항 하나만을 가지고 판단할 것은 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이다”라는 기준을 형벌법규의 위임의 한계일탈여부를 심사하면서 적용하여 왔다. 그런데 이러한 완화된 공식이 조세법규의 위임한계일탈여부를 심사함에 있어서는 제시·적용되지 않아 온 것은 조세법률주의를 죄형법정주의에 비해서 더욱 엄격하게 보호해야 한다는 명확한 헌법적인 논거를 제시하지 않는 한 논란의 여지가 많다고 보인다. 또한 대법원이 “조세법률주의의 원칙상 과세요건은 엄격히 해석되어야 하고 일반적·포괄적인 위임입법은 금지되나, 법률규정 자체에 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 아니하여 외형상으로는 일반적·포괄적으로 위임한 것처럼 보이더라도, 그 법률의 전반적인 체계와 취지·목적, 당해 조항의 규정형식과 내용 및 관련 법규를 살펴 이에 대한 해석을 통하여 그 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있는 것이라면 이를 일반적·포괄적인 위임에 해당하는 것으로 볼 수는 없다”(대판 1996.3.21.,

95누3640, 공96.4.15.(8),1166)는 완화된 예견가능성의 공식을 조세법규의 위임한계일탈여부를 심사함에 있어서도 적용하고 있는 앞에서 언급한 바 있다. 헌법재판소는 뒤에서 자세히 살펴볼 소득세법 제60조, 구소득세법 제23조 제4항 등에 대한 위헌심판에서 처음으로 조세법규위임의 한계와 관련해서도 완화된 예측가능성의 기준을 언급하였다. 이러한 완화된 예측가능성의 기준은 이후 법인세법 제32조 제5항 등 위헌소원(1995.11.30. 93헌바32, 헌판집 제7권 제2집 598면 이하)과 소득세법 제23조 제2항, 제23조 제4항 제1호(1995.11.30. 94헌바40 등 병합, 헌판집 제7권 제2집 616면 이하)에 대한 헌법재판소의 결정에서 다시 언급되지 않다가 최근의 결정인 지방세법 제138조 제1항 제3호 위헌소원(1996.3.28. 94헌바42, 헌재공보 1991.6.1. 제15호 257면 이하)과 조세감면규제법 제74조 제1항 제1호 위헌소원(1996.6.26. 93헌바2, 헌재공보 1991.8.1. 제16호 395면 이하)에 대한 결정에서 수산업법에 대한 결정에서 처음 제시하였던 예측가능성의 완화된 기준을 명백히 제시·적용하고 있다. 헌법재판소의 이러한 입장이 지속될 것인지 그리고 이것이 조세법규의 위임한계에 대한 헌법재판소의 전반적인 태도와 관련이 있는 것인지는 좀더 두고 보아야 할 문제일 듯하다.

지금부터 헌법재판소가 조세법규의 위임에 대해서 제기하고 있는 심사기준과 그것이 적용되는 모습을 구체적으로 살펴볼 것인데 여기서는 앞에서 살핀 토지초과이득세법에 대한 결정 이외에 구조세감면규제법 제62조 제3항에 대한 위헌심판과 소득세법 제60조, 구소득세법 제23조 제4항 등에 대한 위헌심판의 경우를 자세히 알아보기로 한다.

구 조세감면규제법 제62조 제3항 위헌소원(1995.10.26., 94헌바7,8(병합), 헌판집 제7권 2집, 434면)

1. 사건의 개요와 심판의 대상

이 사건 청구인들은 자신의 토지를 주택건설촉진법 제6조가 정하는 주택건설등록업자에게 주택건설용지로 양도하였다. 그런데 매입자인 주택건설업자가 구 조세감면규제법(1989.12.30. 법률 제4165호로 개정되기 이전의 것) 제62조 제3항 단서에 따른 양도소득세 면제신청을 하지 않자 청구인들에게 양도소득세와 방위세의 부과처분이 되었다. 이에 청구인들은 양도소득세부과 처분무효확인소송을 제기하고 그 재판의 전제가 되는 구 조감법 제62조 제3항에 대해서 위헌심판제청신청을 하였으나 법원이 이를 기각하자 청구인들은 이 사건의 헌법소원심판청구를 하였다.

구 조세감면규제법은 제62조 제1항에서 “내국인이 토지를 주택건설촉진법에 의한 국민주택규모 이하의 주택의 건설용지로 양도하고 이를 취득한 자가 대통령령이 정하는 기한 내에 국민주택을 건축한 경우에는 당해토지를 양도함으로써 발생하는 소득에 대한 양도소득세 또는 특별부가세를 그 토지에 양도한 내국인에게 환급한다. 다만 한국토지개발공사법에 의한 한국토지개발공사 기타 대통령령이 정하는 실수요자에게 양도하는 경우에는 양도소득세 또는 특별부가세를 면제한다”고 규정하고 있고, 같은 조 제3항에서 “제1항의 규정은 토지를 양도한 내국인이 대통령령이 정하는 바에 의하여 신청하는 경우에 한하여 이를 적용한다. 다만 제1항 단서의 경우에는 그 매입자가 신청하

여야 한다”고 규정하고 있다. 이 사건에서 조세법규의 위임의 한계와 관련하여 문제되었던 것은 구 조감법 제62조 제3항이 양도소득세 면제신청의 방법, 특히 신청기한을 위임한 것이 위임입법의 한계를 벗어나는 것인가였다.

2. 조세법률주의와 위임입법의 한계

헌법재판소는 조세법률주의의 가장 핵심적인 내용의 하나로 과세요건 법정주의를 지적하며 그 내용은 “과세는 국민의 재산권을 침해하는 것이 되므로 납세의무를 성립시키는 납세의무자, 과세물건, 과세표준, 과세기간, 세율 등의 모든 과세요건과 조세의 부과·징수절차는 모두 국민의 대표기관인 국회가 제정한 법률로 이를 규정하여야 한다는 것”임을 밝히고 있다. 동시에 과세요건 법정주의의 이념은 국민의 재산권을 보장하는 것과 국민의 경제생활에 법적 안정성과 예측가능성을 부여하는 것이라는 것이다. 그리고 과세요건 법정주의를 위반하였는가의 여부는 위임입법의 한계를 일탈하였는가의 여부를 살핌으로써 판단하고 이는 법률에 구체적인 근거가 없이 하위법규인 대통령령에서 감면대상, 감면비율 등 국민의 납세의무에 직접 영향을 미치는 감면요건 등을 규정하였는가에 따라 판단하게 된다고 헌법재판소는 설시하고 있다.

3. 위임입법의 한계여부

이러한 기준에서 볼 때 구 조감법은 제62조 제1항에서 직접

면제대상 등 기본적인 면제요건을 명백하게 규정하고, 같은 조 제3항에서는 신청을 하는 경우에 한하여 면제한다고 규정하면서 그 신청방법 등 면제신청의 구체적 절차를 대통령령에 위임하였고, 구 조감법 시행령 제50조 제10항에서 신청기한, 신청서류 등 신청방법을 규정하고 있다고 헌법재판소는 파악하고 있다. 그렇다면 조세면제에 관한 중요한 사항은 법률에 규정되어 있다고 볼 것이며 신청기한 등을 대통령령에 위임한 것이 위임입법의 한계를 넘어선 것으로는 볼 수 없다는 것이 헌법재판소의 판단이다.

소득세법 제60조, 구 소득세법 제23조 제4항 등에 대한 헌법소원 (1995.11.30., 91헌바1·2·3·4, 92헌바17·37, 94헌바34·44·45·48, 95헌바12·17(병합), 헌판집 제7권 2집, 562면 이하)

1. 사건의 개요와 심판의 대상

이 사건은 양도소득세부과처분의 취소청구소송이 제기되어 계속중 재판의 전제가 되는 구 소득세법 제60조(1978.12.5. 법률 제3098호로 개정된 후 1994.12.22. 법률 제4803호로 개정되기 이전의 것)에 대해서 위헌여부심판의 제청신청이 있었는데 법원이 이를 기각하자 심판청구된 것이다.

이 사건의 심판대상 중 여기서 문제되는 것은 양도소득세 과세표준의 산출기초가 되는 구 소득세법 제23조 제4항과 제45조 제1항 제1호의 기준시가의 결정을 대통령령에 위임하는 소득세법(1978.12.5. 법률 제3098호로 개정된 후 1994.12.22. 법률 제4803호로 개정되기 이전의 것) 제60조 제1항이 위임입법의 한

계를 일탈하였는지의 여부이다.

2. 조세법률주의와 조세법규의 위임한계

이 사건에서 헌법재판소는 조세법률주의와 위임입법의 한계에 대해서 앞에서 살핀 토초세법에 대한 결정에서 내세운 정의와 기준들을 그대로 되풀이하고 있다. 헌법재판소는 헌법 제38조와 제59조에 근거하는 조세법률주의의 이념은 “과세요건을 법률로 규정하여 국민의 재산권을 보장하고, 과세요건을 명확하게 규정하여 국민생활의 법적 안정성과 예측가능성을 보장함에 있는 것”이라고 하면서 바로 위임입법의 한계문제로 넘어가서 위임입법의 한계의 기준을 제시하고 있다. 첫째로 헌법 제75조가 위임입법에 관하여 “대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항...에 관하여 대통령령을 발할 수 있다”라고 규정하는 것은 법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있도록 하여 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하려는 데 그 의의가 있다는 것이며, 둘째로 위임입법의 구체성·명확성의 요구정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만, 특히 처벌법규나 조세법규 등 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 법규에서는 일반적인 급부행정법규에서와는 달리, 그 위임의 요건과 범위가 보다 엄격하고 제한적으로 규정되어야 한다는 것이다.

3. 조세법률주의의 위배여부

헌법재판소는 납세의무가 국민의 헌법상의 기본권인 재산권적 기본권과 밀접한 관련을 지니며, 이러한 납세의무에 있어서 과세표준은 그에 관한 규정이 전혀 없으면 납세의무의 존부 및 범위를 결정하거나 이를 개략적으로나마 예측하는 것이 불가능하여 납세의무자 겸 재산권적 기본권의 주체인 국민의 지위를 현저히 불안하게 한다는 점에서 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적 내용이라고 한다. 또한 기준시가 역시 양도소득세의 과세표준 산정에 있어서 그에 관한 규정이 전혀 없으면 양도소득세의 납세의무의 존부 및 범위를 결정하거나 그 개략적인 내용을 예측하는 것이 불가능하다는 점에서 양도소득세 과세표준의 중요한 사항 내지 본질적인 내용이라고 보고 있다. 즉 기준시가를 알 수 없으면 양도소득세 납세의무의 존부와 범위를 알 수 없게 되므로 기준시가는 양도소득세 납세의무 그 자체의 중요한 사항 내지 본질적 내용으로 보아야 한다는 것이다. 이처럼 헌법재판소는 이 사안의 결정에서 기준시가를 위임한 것이 위임입법의 한계를 일탈한 것인가의 여부를 판단하면서 기준시가가 본질적인 부분에 속하는지의 문제를 심사하고 있다.

이처럼 기준시가가 본질적인 부분에 속한다면 기준시가에 관해서는 조세법률주의가 규정하고 있는 헌법 제38조, 제59조의 요청에 따라 그 내용이 법률로써 가능한 구체적이고도 명확하게 규정되어야 한다고 헌법재판소는 강조하고 있다. 즉 복잡 다양하고 계속 변화하는 경제상황에 적응하면서 과세의 공평을 기하고 조세회피를 방지해야 할 필요성이 있기 때문에 법률보다 탄력적인 행정입법에 기준시가와 관련된 세부적 사항의 결정을 위

입하지 않을 수 없다고 하더라도, 국회가 조세법률주의와 위임입법의 한계를 규정한 헌법의 정신에 따라 위임되는 내용의 기준이나 한계를 명시하는 등 구체적으로 범위를 정하여 위임해야 하고 납세의무자 겸 재산권적 기본권의 주체인 국민으로 하여금 자신의 납세의무의 존부 및 범위를 전혀 예측할 수 없도록 하여 그의 경제생활에서의 법적 안정성을 현저히 해하는 것은 헌법에 반한다는 것이다.

4. 위임입법의 한계의 일탈여부

이제 헌법재판소는 위임의 구체성과 명확성을 심사하고 있다. 헌법재판소는 기준시가라는 것이 토지, 건물 등과 같은 자산의 양도가액과 취득가액을 계산하기 위한 기준이 되는 가액을 법률이 정하는 방법에 따라 평가한 것이므로 법률의 규정에 의하지 않고도 객관적으로 합리적인 해석에 의해서 구체적인 의의를 명확히 할 수 있는 개념이라고 보기 어렵다고 지적하고 있다. 또한 소득세법 전체를 살펴보아도 기준시가의 개념이나 내용을 구체적으로 알아내기에 충분한 규정은 없으므로 소득세법의 전반적인 체계, 관련조항들의 취지 및 규율대상의 성질 등을 종합적, 유기적으로 고려하여 합리적이고도 체계적인 해석에 의하여 기준시가의 개념을 명확히 할 수 있어 과세권자의 자의적인 범집행을 허용하지 않는 규정이라고 할 수 없다고 헌법재판소는 보고 있다. 나아가 헌법재판소는 기준시가의 내용이나 산정방식이 세부적인 사항에 관한 것이 아닌 한 입법부가 법률로써 그 기준이나 한계를 규정할 수 없을 만큼 극히 다양하게 변하는 것이어서 행정입법에 위임하는 것이 불가피한 것도 아니라고 판단

한다.

이러한 불 때에 기준시가의 내용 자체에 관한 기준이나 한계는 물론 내용 결정을 위한 절차조차도 규정함이 없이 기준시가의 내용 및 그 결정절차를 전적으로 대통령령이 정하는 바에 의하도록 한 것은 양도소득세 납세의무의 중요한 사항 내지 본질적인 내용인 기준시가에 관하여 과세권자에게 지나치게 넓은 재량의 여지를 부여함으로써 국민으로 하여금 소득세법만 가지고는 양도소득세 납세의무의 존부 및 범위에 관하여 개략적으로나마 이를 예측하는 것조차 불가능하게 하고 나아가 행정권의 자의적인 행정입법권 및 과세처분권 행사에 의하여 국민의 재산권이 침해될 여지를 남김으로써 국민의 경제생활에서의 법적 안정성을 해친 입법으로서 헌법이 규정한 조세법률주의 및 위임입법의 한계에 어긋난다고 헌법재판소는 판시하고 있다.

(3) 기타 침해행정과 관련된 위임

침해행정영역에서의 위임입법의 한계에 대한 헌법재판소 결정례의 주종을 이루는 것은 지금까지 살핀 형벌법규와 조세법규의 위임에 대한 것이며 영화법 제26조 등 위헌확인 (1995.7.21., 94헌마125, 헌판집 제7권2집 155면 이하)에 대한 결정은 예외적인 경우에 속한다고 할 수 있다. 여기서는 이 결정의 내용을 살펴보기로 한다.

영화법 제26조 등 위헌확인 (1995.7.21., 94헌마125, 헌판집 제7권2집 155면 이하)

1. 사건의 개요와 심판의 대상

이 사건의 청구인들은 공연법 제3조 및 동법 시행령 제3조의 규정에 의해서 공연자 등록을 하고 극장을 경영하고 있는 자들로서 극장의 경영자가 국산영화를 연간 상영일수의 5분의 2 이상 상영해야 한다는 영화법 제26조와 동법 시행령 제20조의 3의 규정은 청구인들에게 국산영화를 상영하도록 강제적으로 의무를 지우는 것으로 청구인들의 기본권을 침해하고 또한 영화법 제26조가 연간국산영화의무상영일수를 전적으로 대통령령에 위임하고 있는 것은 위임입법의 한계를 일탈한 것이라고 하여 헌법소원을 제기하였다.

이 사건의 심판대상 중 위임입법의 한계문제와 관련된 것은 “공연장의 경영자는 연간 대통령령이 정하는 일수 이상 국산영화를 상영하여야 한다”는 영화법 제26조의 규정이었다.

2. 위임입법의 한계기준

헌법재판소는 이 결정에서 세 가지의 기준을 제시하였다. 그 첫째는 “사실상 입법권을 백지 위임하는 것과 같은 일반적이고 포괄적인 위임은 의회입법과 법치주의를 부인하는 것이 되어 행정권의 부당한 자의와 기본권행사에 대한 무제한적 침해를 초래할 것이기 때문에, 위임입법의 한계에 관한 헌법의 취지는 위와 같은 결과를 사전에 방지하고자 함에 있다고 할 것이다. 따라서 법률의 위임은 반드시 구체적 개별적으로 한정된 사항에 대하여 행하여져야 할 것이다”는 것이고, 둘째는 “다만 구체적인 범위는 각종 법령이 규제하고자 하는 대상의 종류와 성격에 따라 달라진다 할 것이므로 일률적 기준을 정할 수는 없지만, 적어도

법률의 규정에 의하여 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있으면 족”하다는 것이며, 셋째는 “이 경우에 있어 그 예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야” 한다는 것이다.

3. 한계기준의 적용

헌법재판소는 국산영화의 연간상영일수를 대통령령에 위임하고 있는 영화법 제26조는 극장의 경영자가 일정한 기간 국산영화를 상영할 것을 전제로 하면서 단지 국산영화의무상영일수라고 하는 구체적 사항에 특정하여 연간상영일수를 기준으로 이를 대통령령에 위임한 것으로 보고 있다. 따라서 영화법 제26조가 비록 의무상영일수의 상한과 하한을 명시적으로 설정하고 있지는 않지만 이러한 법률규정의 취지에서 볼 때 대통령령에 규정될 내용에 연간 상영일수의 일부를 대상으로 한다는 점에서 그 대강을 충분히 예측할 수 있으므로 위임입법의 한계를 벗어난 것으로 볼 수 없다고 한다.

3.2.2. 급부행정영역에서의 위임

위임입법의 한계에 대한 기존의 헌법재판소의 결정례 중에서 급부행정영역에 관한 것으로는 중학교 의무교육을 대통령령에 의하여 순차적으로 실시하도록 위임한 교육법 제8조의 2에 대한 위헌여부의 심판이 유일한 예이다. 여기서는 앞에서 언급한 내용과 중복되지 않는 범위에서 이 결정의 개요를 소개하기로 한다.

교육법 제8조의 2에 관한 위헌심판 (헌재결 1991.2.11., 90헌가27, 헌판집 제3권, 11면, 27면 이하)

1. 사건의 개요 및 심판의 대상

이 사건의 제청신청인은 자신의 자녀가 서울특별시에서 중학교에 다니고 있는데, 3년의 중등교육에 대한 의무교육을 대통령령이 정하는 바에 의해 순차적으로 실시하도록 한 교육법 제8조의 2에 근거하여 제정된 “중학교의무교육실시에관한규정” 제2조 제1항 제1호에 의하면 서울특별시는 중학교의무교육 실시지역으로 지정되어 있지 않다. 제청신청인은 교육법 제8조의 2의 규정이 위헌이고 따라서 자신의 자녀가 무상교육혜택을 받아야 한다고 주장하면서 제청법원에 대한민국 및 서울특별시를 상대로 하여 이미 납부한 자녀의 중학교 수업료의 반환을 구하는 부당이득금반환청구의 소를 제기하였고, 제청법원은 제청신청인의 신청을 받아들여 헌법재판소에 교육법 제8조의 2의 위헌여부의 심판을 제청하였다.

따라서 이 사건 위헌법률심판의 대상은 “제8조의 규정에 의한

3년의 중등교육에 대한 의무교육은 대통령령이 정하는 바에 의하여 순차적으로 실시한다”고 하여 3년의 중등교육에 대한 의무교육의 순차실시를 규정한 교육법 제8조의 2였다.

2. 교육제도의 법정주의에 근거한 위임한계의 일탈여부

헌법재판소는 헌법 제31조가 보장하는 국민의 교육을 받을 권리를 실질적·구체적으로 실현하기 위하여 국가가 교육환경을 조성하고 교육조건을 개선할 책임이 있는데 그 첫 번째 임무가 교육에 관한 법제의 정비이고 이는 우선 입법자가 담당해야 할 책무임을 밝히고 있다. 이와 관련하여 헌법재판소는 헌법 제31조 제6항의 교육제도의 법정주의를 논하고 있다. 여기서 헌법재판소는 교육제도의 법정주의의 취지는 교육에 관한 기본정책 또는 기본방침을 최소한 국회가 입법절차를 거쳐 제정한 형식적 의미의 법률로 규정함으로써 국민의 교육을 받을 권리가 행정기관에 의해 자의적으로 무시되거나 침해당하지 않도록 하고, 이와 더불어 교육의 자주성과 중립성도 유지하려는 것이라고 밝히고 있다.

따라서 헌법재판소는 교육제도에 관한 기본방침을 제외한 나머지의 세부적인 사항까지 반드시 형식적 의미의 법률만으로 정해야 하는 것은 아니라고 한다. 입법자가 정한 기본방침을 구체화하거나 이를 집행하기 위한 세부시행 사항은 여기서의 기본적인 사항에는 해당하지 않는다고 할 것이며, 중학교의 의무교육을 특정지역에 확정적으로 실시하지 않는 것이 아니라 단순히 실시를 지연하는 것으로는 국민의 교육받을 권리가 위헌적으로 침해되는 것이라고 단정될 수 없다는 것이다.

헌법재판소는 이러한 기준에 따라서 중학교 의무교육의 실시 여부 자체라든가 그 연한은 교육제도의 수립에 있어서 본질적인 내용으로서 국회입법에 유보되어 있어서 반드시 형식적 의미의 법률로 규정되어야 할 기본적 사항이지만, 그 실시의 시기·범위 등 구체적인 실시에 필요한 세부사항에 관하여는 반드시 그렇지 않다고 보고 있다. 그 이유는 이들 사항을 실시하기 위해서는 막대한 재정적인 지출이 따르고, 실시의 시기와 방법에 관하여는 국회가 사전에 그 시행에 따른 여러 가지 사정에 대한 자료가 상대적으로 부족하기 때문에 상대적으로 실정에 밝은 행정기관에 의한 기민한 정책결정이 불가피하므로 의회입법사항에 되기에 부적합함을 고려하면 이들 사항은 국회 스스로 결정해야 할 기본적인 사항은 아니고 행정부에 위임해도 무관한 사항이라고 보아야 한다는 것이었다.

헌법재판소는 이러한 뜻에서 헌법 제31조 제2항의 법률은 형식적 의미의 법률일 뿐 아니라 그러한 법률의 위임에 근거하여 제정된 대통령령도 포함하는 실질적 의미의 법률로 해석해야 할 것이라고 한다. 이렇게 보는 것이 의무교육제도의 내용과 의무교육제도의 단계적 확대를 위하여 그 범위의 결정을 법률에 위임한 헌법의 취지에 비추어 보더라도 상황의 변화에 따라 의무교육 시행의 지역적 범위 등을 확대하기 위해서는 개정이 까다로운 형식적인 의미의 법률로만 규정하기보다는 그러한 법률에서 기본원칙을 정하고 세부적인 사항은 대통령령에 위임하도록 하는 것이 합리적이라는 것이다. 이와 더불어 헌법재판소는 국민의 교육을 받을 권리의 기본권적 성격에 대한 입장을 피력하였다. 즉 교육법 제8조의 2가 기본권의 제한규정이 아니라 의무

교육의 확대실시라는 제도개선 내지 국민에 대한 시혜의 확대와 관련된 규정이라는 것이었다. 이러한 점을 고려할 때에 본질성의 요건을 완화하여 이에 관한 사항도 집행기관인 행정부가 적의 결정하도록 위임하는 것이 헌법에 위배된다고 할 수 없다는 것이었다.

3. 소수의견

이 사건에 대한 헌법재판소의 결정에서는 이미 앞에서 언급한 재판관 변정수의 소수의견 이외에 재판관 이시윤의 반대의견이 있었다.

그 논지는 첫째로 교육법 제8조는 “모든 국민은 6년의 초등교육과 3년의 중등교육을 받을 권리가 있다”고 규정하고 있는데, 이것이 동법 제8조의 2에서 대통령령이 정하는 바에 의해서 순차적으로 실시된다고 규정됨으로써 대통령령에 의해서 차례상 그 해당자로 규정되지 않으면 그 권리는 정지되므로 결과적으로 상위법인 교육법 제8조의 효력이 하위법규인 대통령령에 의해 수정·정지되게 되어 교육법 제8조의 2는 위임입법의 한계를 벗어나는 규정이 되었다는 것이다. 둘째로는 교육법 제8조의 2는 헌법 제31조 제2항에 의하여 직접 수권받은 초등교육 이상의 의무교육에 관하여 의회의 법률에서는 3년의 중등교육과 극히 막연한 순차적인 실시만을 직접 규정할 뿐 나머지는 입법을 포기한 채 일체의 사항을 대통령령에 위임한 것으로 이는 헌법 제31조 제2항의 교육법률주의를 어긴 것이고 헌법에서 법률에 위임한 것을 대통령령에 재위임하면서 재위임의 경우 지켜야 할 엄격한 한계도 이탈한 것이라고 한다. 셋째로는 의무교육의 사

항이 결코 기본권과 무관한 급부행정의 영역일 수는 없고 국가에 대해서 적극적으로 요구할 수 있는 사회적 기본권의 하나인 교육을 받을 권리에 속하는데 이의 제한에 관한 사항을 위임함에 있어서 지나치게 광범위한 입법재량권을 부여하였다는 점에서 헌법 제75조가 요구하는 위임입법의 한계를 일탈했다는 것이었다.

3.2.3. 조례에의 위임의 기준

헌법 제117조 제1항은 “지방자치단체는 ... 법령의 범위 안에서 자치에 관한 규정을 제정할 수 있다”고 지방자치단체의 조례 제정권을 규정하고 있다. 이 조항은 자치에 관한 규정에 적용되는 것이고 지방자치단체가 ‘법령의 범위 안에서’ 조례를 제정할 수 있다고 수권하고 있을 뿐이어서 원칙적으로 헌법 제75조는 조례에 대한 위임에 직접 적용되지 않는다고 보아야 함은 앞에서 밝힌 바와 같다. 관점에 따라서 개별법에서 명시적으로 조례에 대한 위임규정을 두는 경우 헌법 제75조가 조례에 대한 위임에도 유추 적용될 수 있다고 본다면 위임의 명확성과 구체성이라는 헌법 제75조의 요구는 일반적인 행정입법의 경우에서 보다 완화된다고 해야 할 것이다. 이러한 경우에는 앞에서 살핀 것처럼 위임입법의 한계가 수임자 또는 수임기관이 민주적 절차에 의해 선출된 여부에 따라서 달라질 수 있다는 위임한계의 완화기준이 적용될 수 있을 것이다. 하지만 헌법재판소의 결정례는 조례제정권의 범위를 정하는 문제를 헌법 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여”에서 유추하고 있지는 않으며 단지 헌법 제117조 제1항에 근거하여 해결하고 있다. 여기서는 조례 역시

위임입법의 한 유형을 이루고 있다는 점을 감안하여 헌법재판소의 관련결정례를 간략히 살펴보기로 한다.

헌법재판소는 부천시담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인, 강남구담배자동판매기설치금지조례 제4조 등 위헌확인(1995.4.20., 92헌마264,279(병합), 헌판집 제7권 1집, 564면 이하)에 대한 결정에서 당해 지방자치단체들이 성인이 출입하는 업소내부를 제외한 전지역에서 담배자동판매기설치를 금지하는 조례를 제정한 것이 헌법 제117조 제1항과 지방자치법 제15조의 “지방자치단체는 법령의 범위 안에서 그 사무에 관한 조례를 제정할 수 있다. 다만, 주민의 권리제한 또는 의무부과에 관한 사항이나 벌칙을 정할 때에는 법률의 위임이 있어야 한다.”는 규정에 위배하는지의 문제를 심사하고 있다. 여기서 헌법재판소는 조례의 제정권자인 지방의회는 선거를 통해서 지역적인 민주적 정당성을 지니고 있는 주민의 대표기관이고 헌법이 지방자치단체에 대해 포괄적인 자치권을 보장하고 있는 취지로 볼 때 조례제정권에 대한 지나친 제약은 바람직하지 않으므로 조례에 대한 법률의 위임은 법규명령에 대한 법률의 위임과 같이 반드시 구체적으로 범위를 정하여 할 필요가 없으며 포괄적인 것으로 족하다고 보고 있다.

또한 헌법재판소는 부산직할시검인계약서제도실시에따른시세불균일과세에관한조례 제2조 등 위헌확인(1995.10.26., 94헌마242, 헌판집 제7권 2집, 521면 이하)에 대한 결정에서 이 조례의 근거법인 지방세법 제7조 제2항의 “지방자치단체는 공익상 기타의 사유로 인하여 필요한 때에는 불균일과세를 할 수 있다”는 규정과 동법 제9조의 이러한 불균일과세는 “내무부장관의 허

가를 얻어 당해 지방자치단체의 조례로써 정하여야 한다”는 규정이 조세법률주의의 내용인 과세요건법정주의와 과세요건명확주의 그리고 위임입법의 한계를 준수하고 있는지를 심사하고 있다. 여기서 헌법재판소는 헌법이 지방자치제도를 제도적으로 보장하고 있는 목적은 각 지방자치단체의 실정을 잘 파악하고 있는 주민이 직접 또는 그 대표자로 하여금 그러한 사정에 맞는 정책을 자치적으로 결정하고 실현함으로써 민주주의적 이념을 구현하는 데 있음을 강조하면서, 따라서 지방자치단체는 헌법이나 법률이 국가나 그 밖의 공공단체의 사무로 유보하고 있는 것이 아니라면 지방자치단체의 모든 사무를 처리하는 데 필요한 자치입법권을 지님을 밝히고 있다. 이러한 관점에서 볼 때에 지방자치법 제126조가 “지방자치단체는 법률이 정하는 바에 의하여 지방세를 부과·징수할 수 있다”라고 하고 지방세법 제3조가 지방세의 부과와 징수에 필요한 사항은 지방자치단체가 조례로 정하도록 한 것은 지방세법이 그 규율대상의 성질상 어느 정도 요강적 성격을 띠 수밖에 없기 때문이라는 것이다. 헌법재판소는 이에 덧붙여 지방세법의 규정에 의거하여 제정되는 지방세부과에 대한 조례는 주민의 대표로 구성되어 있는 지방의회의 의결을 거치도록 되어 있으므로 법률이 조례로써 과세요건 등을 확정할 수 있도록 조세입법권을 부분적으로 지방자치단체에 위임하였다고 하더라도 조세법률주의의 바탕이 되고 있는, “대표 없이는 조세없다”는 사상에 반하는 것도 아님을 강조하고 있다.

3.3. 재위임

법률에 의하여 위임된 입법권을 다시 위임하는 재위임에 대해서는 헌법에 명문의 규정은 없으나 전면적인 재위임은 허용되지 않으며 세부적인 사항의 보충을 위임하는 것은 가능하다고 보는 것이 지배적인 견해라는 것은 앞에서 밝힌 바 있다.

헌법재판소는 풍속영업의규제에관한법률 제2조 제6호 등 위헌 확인에 대한 결정(1996.2.29. 94헌마213, 헌재공보 제14호(1996.4.1.), 226면 이하)에서 재위임의 한계를 심사하고 있다. 풍속영업법 제2조가 풍속영업의 범위를 열거하면서 제6호에서 “기타 선량한 풍속을 해하거나 청소년의 건전한 육성을 저해할 우려가 있는 영업으로 대통령령이 정하는 것”이라고 규정하고 있으며 법시행령 제2조 제5호는 노래연습장업을 규율대상으로 삼고 있다. 이러한 상황 속에서 시행령 제6조의 제2항은 “... 법 제3조 제7호의 규정에 의하여 풍속영업자 등이 지켜야 할 사항은 해당 영업에 관한 관계법령이 정하는 바에 의하되, 특별한 규정이 없는 경우에는 내무부령이 정하는 바에 의한다”고 규정하고 있고, 이에 근거하여 법시행규칙 제4조 제1항 제5호는 노래연습장업의 영업시간을 09시부터 24시까지로 제한하고 있다. 즉 법시행규칙 제4조 제1항 제5호는 법시행령 제6조 제2항의 재위임에 따라 제정된 것이었다. 그런데 시행령 제6조 제2항이 풍속영업법 이외에 해당영업에 관한 관계법령이 없는 노래연습장업의 경우에 관해서 아무런 규정을 두고 있지 않는 채 그대로 내무부령에 재위임하여 재위임의 한계일탈여부가 문제되었

다.

여기서 헌법재판소는 헌법 제95조가 “... 행정각부의 장은 소관사무에 관하여 ... 대통령령의 위임 ... 으로 ... 부령을 발할 수 있다”라고 규정하여 재위임의 근거를 마련하고 있지만, 대통령령의 경우와는 달리 “구체적으로 범위를 정하여”라는 제한을 규정하고 있지 않으므로 대통령령으로 위임받은 사항을 그대로 재위임할 수 있는가에 대하여 의문이 있다고 전제하고 있다. 하지만 헌법재판소는 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 재위임하는 것은 위임받은 사항을 그대로 재위임할 수 없다는 복위임금지의 법리에 어긋날 뿐 아니라 수권법의 내용변경을 초래하는 것이 되고, 또한 부령의 제정·개정절차가 대통령령에 비하여 용이한 점을 고려할 때 재위임에 의한 부령의 경우에도 위임에 의한 대통령령에 가해지는 헌법상의 제한이 당연히 적용되어야 할 것이라고 보고 있다. 즉 법률에서 위임받은 사항을 전혀 규정하지 않고 그대로 재위임하는 것은 허용되지 않고 위임받은 사항에 관하여 대강을 정하고 그 중의 특정사항을 범위를 정하여 하위법령에 다시 위임하는 경우에만 재위임이 허용된다는 것이다.

헌법재판소는 이러한 기준에 따라서 본사안의 경우의 재위임의 한계의 일탈여부를 심사하고 있다. 여기서 헌법재판소는 법시행령 제6조 제2항은 노래연습장업의 영업시간에 관하여는 아무런 규정도 하지 않으면서 내무부령에 규제여부 및 내용을 재위임하고 있다고 하면서 이에 근거한 법시행규칙 제4조 제1항 제5호의 효력을 살피고 있다. 헌법재판소는 여기서 법시행령 제6조 제2항은 영업시간의 제한을 지켜야 할 풍속영업 및 영업시

간에 관하여 관계법령에 규정이 있는 경우(식품위생법 제30조, 공중위생법 제11조 제1항, 관관진흥법 제7조 제3항)에는 그 정하는 바에 의하는 것을 원칙으로 하고 그러한 규정이 없는 경우에만 내무부령이 정하는 바에 의하도록 대강의 규정을 하고 있으므로 백지위임이 아니라고 하면서, 관계법령이 없는 풍속영업의 경우에도 영업시간의 제한을 받게 될 것인지 여부 및 구체적 영업시간은 관계법령이 있는 영업에 대한 규정과의 비교에 의하여 더욱 구체적 예측이 가능하게 되므로 법시행규칙 제4조 제1항 제5호가 한계를 일탈한 재위임이라고 볼 수는 없다고 하고 있다.

4. 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준들간의 상호관계

이제까지 살펴 본 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준들간의 상호관계를 밝히기 위해서는 우선 각 기준들의 성격, 적용영역을 분명히 할 필요가 있다.

먼저 헌법 제75조(제95조와 함께)는 위임입법의 일반적 한계요인으로서 범위한정적·구체적 위임의 원칙에 의한 한계를 설정하고 있다. 여기서 범위의 한정성과 위임(기준)의 구체성간의 상호관계가 문제된다. 이를 논의하고 있는 문헌이나 판례는 거의 없다. 다만, 문헌 중에는 규율대상의 한정성과 기준의 명확성

은 상호 영향을 미치는 요인들로서, 규율대상의 범위가 좁고 중요성의 정도가 낮은 때에는 기준의 명확성의 요구도 덜 엄격하다고 하는 견해가 있다.⁷¹⁾ 이는 헌법 제75조가 상대적이고 불확정적인 개념에 의해 위임입법의 한계를 설정하고 있어 그 해석을 통해 충분히 도출될 수도 있는 결과라 할 수 있다. 그러나, 과연 무엇을 근거로 그러한 상호영향을 논증할 수 있는지는 의문이다. 규율분야에 따라서는 범위의 한정성과 기준의 구체성 모두가 엄격히 요구될 수도 있기 때문이다. 양 기준간에 어떤 기능적 관계를 설정하는 것 자체가 헌법 제75조의 일반조항적 성격과 부합되기 어렵다는 점도 고려할 필요가 있다. 요컨대 범위의 한정성과 기준의 구체성이라는 두 가지 기준은 구체적인 수권법률과 관련하여 각각 별도로 검증되어야 할 요소이지, 상호간에 어느 한쪽이 강화되면 다른 한쪽이 완화되어도 좋다는 기능적 관계에 놓여있는 것이라고는 할 수 없다. 문제는 오히려 앞에서 본 바와 같이, 위임입법시 입법권자가 수행해야 할 비교형량의 기준이면서 동시에 개개의 수권법률의 합헌여부를 판단함에 있어 고려되는 요인들에 비추어 그 두 가지 기준의 내용을 구체화하는데 있다. 나아가 ① 국민에 대한 영향, ② 규율대상의 국가·사회적 중대성, ③ 위임입법에 대한 절차적 규율여하·수입자의 민주적 정당성·조직형태, ④ 수입기관의 준수와 사법심사 및 국민의 통제를 가능케 할 예측가능성의 확보여부, ⑤ 현실적·입법기술적 곤란성이란 고려요인들간의 우선순위나 상대적 비중을 평가하여 구체적인 결정공식으로 발전시켜 나가

71) 박윤훈, 앞의 책, 220.

야 할 것이다.

다음, 헌법 제75조 외에 위임입법의 한계요인으로서 헌법원리적 한계(법치주의적 한계), 헌법정책적 한계(법률사상적 한계), 입법권의 한계로부터 유래하는 위임입법의 한계 등 세 가지 요소를 구분했다면 이들간의 상호관계가 문제되어야 할 것이다. 이중 입법권 자체의 한계에 따른 위임입법의 한계는 모든 위임입법에 대해 적용되는 가장 일반적인 한계요인이라 할 수 있다. 반면 헌법원리적 한계는 헌법상 법치주의 또는 법치행정의 원칙의 구성요소를 이루는 법률의 유보원리에 의한 한계, 그리고 그것이 구체화된 현대인 기본권제한의 법률유보를 규정한 헌법 제37조 제2항과 죄형법정주의, 조세법률주의를 규정한 헌법조항들을 통하여 설정된 것인데 비하여, 헌법정책적 한계는 법치주의적 요구보다는 오히려 헌법정책적 선택에 따른 결과라 할 수 있으므로 서로 적용영역과 적용원리를 달리 하는 것으로 볼 수 있다. 물론 양자의 구분이 반드시 명확하지 않고 또 내용상으로 상호연관될 수 있는 여지가 있기 때문에 일률적으로 말할 수는 없지만, 원칙적으로는 양자가 각개 약진하여 수권법률의 합헌성 판단의 기준이 된다고 할 수 있다.

셋째, 헌법 제75조에 의한 한계와 헌법원리적 한계, 그리고 헌법정책적 한계 사이의 관계가 문제된다. 먼저 헌법 제75조의 한계와 헌법원리적 한계간의 관계를 살펴본다.

법률의 유보 원리의 적용범위가 한정된다면(본질성설이건 침해유보설이건 사회적 유보설이건 간에) 그 적용범위에 속하는 사항에서는 법률의 규율이 요구되므로 원칙적으로 위임입법은 허용되지 않는다고 할 수 있다. 그러나 법률의 규율이 요구되는

경우에도 어느 정도로 상세하게 규율되어야 하는지, 요구되는 규율밀도에 따라 위임입법이 허용될 여지가 있다. 과연 어느 정도로 어떤 사항에 관하여 위임입법이 허용되는지에 관하여 침해 유보설이나 사회적 유보설은 이렇다 할 지침을 제공해 주지 않는다. 오로지 본질성설이 그 유동적 공식을 통해 기준을 제시해 줄뿐이다. 물론 그 경우에도 규율밀도는 유동적·신축적이며 상대적이다. 그러나 적어도 입법권자에 의하여, 법률로써 직접 규율되어야 할 사항이 분간될 수 있다면, 이 부분에 관한 한 위임입법은 개입할 수 없다는 결론이 나온다. 헌법 제75조에 의한 위임입법은 여기에 개입할 수 없다. 이것은 헌법상 법률의 유보라는 원리가 규율을 선점한 결과이며, 이러한 헌법적 선점은 헌법 제75조의 전제를 이루는 것이기 때문에, 헌법 제75조가 이에 영향을 미칠 수는 없다. 헌법 제75조가 개입하고 또 그에 따른 기준이 적용되는 것은 그 이외의 정도와 사항으로부터이다. 이 경우에는 반대로 법률의 유보 원리가 적용될 여지가 없다. 모법인 법률이 존재하는 한 위임입법의 한계는 오로지 헌법 제75조에 의존하게 되는 것이다. 물론 이것은 어디까지나 다른 헌법원리나 규정이 없는 일반적인 경우일 뿐이다.

법률의 유보 원리가 구체화된 결과인 헌법 제37조 제2항의 경우도 유사한 논증이 가능하다. 헌법 제37조 제2항에 있어 요구되는 기본권을 제한하는 법률의 명확성원칙(Bestimmtheitsprinzip)은 누구도 부정하지 않는다. 그러나 어느 정도로 어떤 사항까지 그 명확성이 요구되는 것인지에 관하여는 분명한 기준이 존재하지 않는다. 앞에서 본 본질성설이 여기에 유추될 수 있을 것이지만, 그것 역시 반드시 명확한 기준을 제공해 주는

것은 아니다. 따라서 이 경우에도 관례나 학설을 통한 기준형성이 요구된다. 가령 ‘모호하기 때문에 무효’(void for vagueness)라는 통제이론이 나온 사례들을 통해 그러한 기준이 구체화될 수 있을 것이다. 만일 이 경우 그러한 규율밀도가 한정될 수 있다면, 앞에서 시도된 바와 같은 논증에 의하여 결정된 위임허용영역에서부터 헌법 제75조에 의한 위임입법의 한계요인이 작동할 수 있게 될 것이다. 그러나 그러한 결과 역시 다른 헌법원리나 규정이 없는 일반적인 경우에서만 타당할 뿐이다. 이 경우 추상화의 정도(Grad der Abstraktion)가 법률의 유보 원리의 경우보다는 덜하지만 상당히 높기 때문이다.

죄형법정주의나 조세법률주의에 의한 한계요인과 헌법 제75조에 의한 한계와의 관계에 대해서도 근본적으로는 유사한 논증이 적용된다. 다만 이 경우에는 추상화의 정도가 상대적으로 낮아지므로, 그 관계가 다소 명확한 형태로 나타날 수 있다. 가령 처벌법규를 내용으로 한 어떤 법률이 처벌에 관한 일정한 사항을 행정입법에 위임하는 경우나 어떤 조세관계 법률이 일정한 사항을 하위법령에 위임하는 경우를 생각해 보자. 이러한 수권 법률의 합헌성을 판단하기 위해서는 한편에서는 죄형법정주의를 규정한 헌법 제12조 제1항 제2문, 제13조 제1항·제2항과 조세법률주의를 규정한 헌법 제59조와 국민의 납세의무를 규정한 헌법 제38조(이들 조항을 ‘관련 헌법조항’이라 하자)가, 다른 한편에서는 헌법 제75조가 각각 경합하게 된다. 여기서 각각의 경우 법률에 의해 정해야 할 규율사항과 그 경우 요구되는 규율 밀도에 비추어 볼 때 입법권자의 관할에 속하는 사항에 관하여는 위임입법이 배제되므로 헌법 제75조는 직접 적용되지 않는

다. 입법권자가 직접 법률로써 규율해야 할 사항 이외의 사항에 관하여는, 그러한 사항과 규율밀도가 입법권자에 의해 이미 충족되었다면, 일견 각각의 관련 헌법조항들의 요구는 더 이상 미치지 않으며, 이때부터는 오로지 헌법 제75조의 세상이 될 것처럼 보인다. 그러나 관련 헌법조항이 생명력이 다한 것은 아니다. 이들 헌법조항들은 그 헌법원리적 요구와 함께 헌법 제75조가 요구하는 “구체적으로 범위를 정하여”란 기준의 해석에 직접 개입하게 되기 때문이다. 이 경우에는 이미 앞에서 살펴 본 바와 같이 다른 경우보다는 훨씬 강화된 기준이 적용되는데 그것은 바로 관련 헌법조항과 그 헌법원리적 요구 때문이다. 국민에 대한 영향(법적 규율의 침해적 성격), 국가사회적 중요성, 명확성 및 예측가능성의 요청 등이 바로 그러한 결과를 가져오는 매개적 요소들이다. 따라서 이 경우에는 관련 헌법조항들이 헌법 제75조의 해석에 중합되는 결과, 즉 ‘준거법의 중합’(Polymerization der Rechtsgründe)이 이루어진다. 여기서 헌법 제75조와 관련 헌법조항들간의 관계는 일반법-특별법의 관계가 아니라 일반적 기준-특수헌법적 충전을 통한 제75조의 내포적 확대가 이루어지는 관계라고 할 수 있다.

앞에서 본 바와 같이 헌법재판소는 대체로 죄형법정주의와 위임입법의 한계에 관한 규정들을 한꺼번에 그리고 경합적으로 위헌판단의 준거법조로 인용하는 경향을 보이고 있다. 이러한 판례경향은 적어도 위임허용영역에 관해서는 타당하다. 그러나 위임의 결과 행정입법이 입법권자에 의하여 법률로써 규율되어야 할 사항, 즉 위임금지영역을 침범함으로써 위헌의 판정을 받을 경우라면 죄형법

정주의 외에 헌법 제75조를 원용하는 것은 군더더기(redundancy)에 불과하다고 말할 수 있다. 다만 현실적으로 위임허용영역과 위임금지영역의 경계선을 확정하기가 어려운 경우가 많고 또 그 경계선 자체가 유동적·상대적이라고 볼 수 있는 여지도 있기 때문에 헌법재판소의 판례경향을 무턱대고 탓할 수만은 없을 것이다. 그러나 법적 명확성(Rechtsklarheit)과 판례이론의 발전을 위해서는 이러한 한계원리간의 관계를 명확히 설정하려는 시도가 이루어져야 할 것이다.

마지막으로 헌법 제75조에 의한 한계와 헌법정책적 한계, 즉 헌법원리적 사항을 제외한 법률사항에 의한 한계 사이의 관계를 살펴보면, 이 경우에도 대체로 앞에서 시도된 논증방법이 기본적으로 타당하다고 볼 수 있다. 다만, 그 규율범위의 한정성이나 규율밀도가 죄형법정주의나 조세법률주의의 경우 보다 완화되는 경우가 적지 않을 것이고, 따라서 상대적으로 위임입법의 여지도 확대될 수 있을 것이다. 이는 법률사항에 의한 한계에 있어, 물론 일률적으로 단정할 수는 없지만, 대체로 위임허용영역이 상대적으로 넓어지는 결과가 된다는 것을 의미한다. 행정조직법정주의를 규정한 헌법 제96조의 경우가 그 대표적인 예라 할 수 있다. 또한 위임허용영역에 있어서도 각각의 헌법규정이 그 헌법정책적 취지와 함께 헌법 제75조의 해석에 중합되는 결과가 되겠지만, 이 경우 그 헌법규정의 기여도나 비중은, 이 역시 일률적으로는 말할 수 없을지라도, 상대적으로 낮아질 가능성이 크다고 볼 수 있다.

이제까지의 논의를 통하여 우리는 헌법상 법률의 유보의 원리에 의한 한계, 그 구체화된 형태로서 헌법 제37조 제2항에 의한

한계, 죄형법정주의 및 조세법률주의에 의한 한계 순으로 추상화의 정도가 점차 낮아지며, 반대로 그 규율사항과 규율밀도에 대한 헌법적 요구가 높아지고 그 결과 위임입법의 허용영역이 좁아지고 위임입법의 한계기준이 강화되는 것을 볼 수 있었다. 헌법정책적 한계 역시 그러한 연장선상에 편입될 여지가 없지 않지만, 그 경우가 다양하기 때문에 이를 일률적으로 평가할 수는 없을 것이다. 아무튼 이러한 규범적 관계구조에 있어 헌법 제75조가 일종의 단층촬영적 조정기능을 수행하고 있는 것만은 분명하다. 헌법 제75조의 단층촬영기능이 미치지 못하는 영역이 있다는 사실도 분명하다. 단층촬영이 미치지 못하는 영역에 대해서는 별도의 통제장치를 마련하던가 아니면 단층촬영의 기법을 개선시키거나 해야 할 것이다. 그것은 일면 법률의 유보의 이론이며 타면 위임입법의 한계이론이다. 이들은 모두가 판례와 학설의 몫이지만 그에 못지 않게 위임입법에 있어 입법권자가 갖추어야 할 헌법적 헌신에 의해 담당되어야 할 과제이다.

III. 위임입법의 헌법적 한계에 관한 비교법적 고찰

1. 독일

1.1. 연혁

독일헌법사에서 입법권이 집행부에 위임되는 문제가 헌법에 명시적으로 규율된 것은 현행 본기본법에서 처음이었다. 현행 본기본법 제80조 제1항이 위임입법의 한계에 대해서 상대적으로 엄격한 기준을 제시하고 있는 것은 독일의 헌정사적 경험과 밀접한 관련이 있으므로 현행 헌법조문의 해석론을 알아보기 이전에 위임입법에 대한 독일헌법사를 개관하는 것은 단지 역사적 호기심을 충족하는 것 이상의 의미가 있을 것이다.⁷²⁾

72) 위임입법의 한계에 대한 독일 헌법사의 경험에 대해서는 Nolte, Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung, in: AöR 118(1993), S.394ff.; Ossenhühl, Rechtsverordnung, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), Handbuch des Staatsrechts, S.391f.; Pünder, Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, S.54ff.; Möhle, Inhalt, Zweck und Ausmaß, S.11ff.; Ramsauer, Kommentierung zu Art.80,

1.1.1. 입헌군주제

근대적인 의미의 위임입법의 역사는 독일에서 19세기의 입헌주의와 함께 시작하였다고 보아도 과언이 아니다. 물론 법률, 법규명령, 행정규칙 등의 구별에 어느 정도 상응하는 용어들이 근대입헌주의 이전에 없었던 것은 아니다. 하지만 행정법규가 신분대표 또는 국민대표의 참여에 의하여 성립되는 법률과 구별되는 의미를 지니게 되어 오늘날의 개념과 직접적인 연속성을 지니게 된 것은 역시 입헌주의가 성립되면서였다. 즉 19세기 전반과 중반에 걸쳐 독일의 각 제후국가에서 등장한 근대헌법들이 기초하여 특히 19세기 후반에 들어 독일국법학에서 고전적인 행정법규개념의 기본구조가 발전되었던 것이다.

중세적인 지배질서가 무너지고 근대적인 국가이념의 등장과 함께 통일된 국가권력이라는 사고방식이 관철되면서 입법권은 점차로 각 국가들이 제후에게 집중되었다. 기존에 입법에 대한 동의권을 행사하던 각 신분들은 영향력을 상실하였고 제후가 독자적으로 일반적인 효력을 지니는 법규를 제정하게 된 것이었다. 이러한 제후의 입법권의 행사는 비록 여러 가지 형태로 이루어졌지만 그 효력에 있어서는 이들 간에 근본적인 차이가 존재하지 않았다.

법률과 그 하위법규들 사이의 구별이 명확해진 것은, 즉 위임입법이라는 개념이 성립되기 시작한 것은 입법권과 집행권을 구별하는 근대입헌주의가 절대주의적 지배질서를 극복해 나가는

in: Rudolf Wassermann (Hg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland Bd.2, Rz.1ff.; Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd.2, S.648ff. 등을 참조할 것.

과정에서였다. 이미 18세기말에 입헌주의혁명을 성취했던 미국이나 프랑스의 경우와는 달리 독일에서는 19세기에 이르러서야 확산되었다. 더욱이 독일입헌주의의 전개는 미국이나 프랑스에서처럼 혁명적인 방식으로 전개되지 않고 제후를 중심으로 한 절대주의적 지배세력과 이에 반하여 점차 영향력을 확대해가던 시민계급(Bürgertum)간의 절충의 결과물인 입헌군주제(konstitutionelle Monarchie)의 틀 속에서 근대적인 입헌주의가 점진적으로 실현되어 갔음을 주목해야 할 것이다. 간단히 말하자면 입헌군주제란 집행권 또는 - 보다 사실적으로 표현하자면 - 통치권은 기존의 군주가 지니고, 입법권은 시민계급의 대표로 이루어진 의회가 지니는 헌법구조였다.

독일의 입헌주의헌법은 19세기 전반에 남부와 중부독일의 제후국들인 바이에른(Bayern), 바덴(Baden), 뷔르템베르크(Württemberg), 헤센(Hessen)등에서 시작되었다. 이러한 변화에 맞춰 빠르게 변화하던 독일국법학은 프랑스의 헌법적 전개과정에서 형성된 법률(Gesetz)과 명령(Verordnung)간의 형식적 구별론을 수용했다. 여기서 법률은 이러한 형식적 의미에서의 법률은 신분대표의 동의에 의해서만 제정되는 법규범을, 그리고 명령은 이러한 동의 없이 제정되는 법규범의 일반을 칭하는 것이었다.

하지만 이러한 형식적인 구별론에도 불구하고 어떤 부분이 형식적인 의미로 이해된 법률의 규율영역에 속하고 어떤 부분에서 군주가 자신이 제정하는 명령으로 규율할 수 있을 것인가라는 실질적인 문제는 여전히 남아 있었다. 하지만 당시의 헌법들은 상당수가 단지 법률의 제정에는 의회가 참여해야 한다는 식으로

이 문제에 대해서 매우 불명확하게 규정하고 있었다. 하지만 때로는 헌법이 “자유와 재산의 제한”(Eingriff in Freiheit und Eigentum)을 가져오는 모든 법제정에 의회가 참여해야 한다고 하여, 보다 구체적으로 규정하는 경우도 있었다. 이것이 바로 독일입헌주의시대에서는 이 문제가 당시 가장 중요한 정치적, 헌법적 문제였던 신의 자비에 정당성의 근거를 두었던 군주주권과 이에 대항했던 국민주권의 관계를 설정하는 데에 있어 양자가 실제로 부딪치는 경계를 설정하고 있었으므로 그 의미는 매우 큰 것이었다.

“자유와 재산의 제한”이라는 형식이 관철되면서 군주는 시민의 자유와 재산에 관련해서는 독자적인 입법권을 상실하였다. 즉 군주는 법률유보가 유효한 영역에서는 일정한 입법권의 위임이 있는 경우에 한하여 법규명령을 발할 수 있게 된 것이었다. 군주는 따라서 단지 법률유보에 포함되지 않는 영역 내에서만 독자적인 입법권을 유지할 수 있었다.

이러한 법적 상태는 19세기 후반에 독일국법학의 주류를 이루었던 파울 라반트(Paul Laband)에 의해 체계화되었다. 라반트는 1950년의 프로이센헌법을 해석하면서 군주나 그의 집행부는 법규명령을 제정하기 위해서는 형식적인 의미의, 즉 의회가 참여한 법률의 위임이 있어야 한다고 했다. 하지만 법규명령 이외의 경우에는 법률유보의 효력범위 밖의 문제이므로 여전히 법률의 위임이 불필요하다고 하여 이를 행정명령(Verwaltungsverordnung)이라 불렀다. 라반트는 나아가 형식적인 의미의 법률과 법규명령을 합쳐 법규범의 내용으로, 즉 실질적인 의미의 법률로 보았다. 다른 한편으로 그는 행정명령(오늘날의 행정규

칙 : Verwaltungsverordnung)은 시민에 대해서 법적 기속력이 없는 것으로, 즉 법규범이 아닌 것으로 보았다. 따라서 행정명령은 군주와 집행부의 권한으로 남게 되었다.

법률, 법규명령 및 행정명령에 대한 이러한 라반트식의 구분은 후에 특히 게오르그 옐리넥(Georg Jellinek)에 의해 보다 구체적으로 전개되었다. 옐리넥은 법규명령을 세 가지로 세분했다. 그 첫째는 집행명령(Ausführungs- 또는 Vollzugsverordnung)으로서 특정법률의 집행이 유일한 목적이며 따라서 법률 자체에 의해서가 아니라 법률집행의 필요성에 의해 정당화되는 것이었고, 둘째는 법률보충명령(gesetzesergänzende Verordnung)으로서 입법자 자신의 위임에 근거하는 것이었으며, 셋째는 법률을 대신하는 긴급명령(Notverordnung)으로 헌법에 기초하여 긴급상황에서 임시로 법률을 대신하는 것이었다. 옐리넥은 다른 한편으로는 행정명령을 행정내부의 조직을 규율하는 조직명령(Organisationsverordnung), 공중에 의한 공공시설의 이용(Benutzung öffentlicher Anstalten)을 규율하는 행정명령, 그리고 조언, 선언 등처럼 내용적인 기속력이 없는 행정명령으로 구분하였다.

위임입법의 한계를 살피는 본 연구의 관점에서 특히 주목할 점은 독일입헌주의헌법과 헌법학에서는 형식적, 절차적인 요건을 갖춘 경우에는 어떠한 실질적인 제한도 없었다는 사실이다. 법규명령을 발하기 위해서는 기본적으로 근거법률이 있어야 했지만 입법권한을 법규명령의 제정권자에게 위임하는 데에는 어떠한 제한도 인정되지 않았던 것이다. 법률에 의한 위임은 기본적으로 제한 없이 허용되었고, 헌법이 직접 형식적인 의미의 법

를로 규율하도록 규정하고 있는 경우와 법규명령이 헌법을 개정하는 성격을 지니는 경우만이 예외를 이루었다. 이러한 경우에는 위임하는 법률자신이 헌법을 개정하는 힘을 가져야만 했다.

1.1.2. 바이마르공화국

바이마르공화국의 탄생과 함께 의회민주주의가 도입되어 헌법구조가 근본적으로 바뀌었음에도 불구하고 법률, 법규명령 그리고 행정규칙의 관계는 바이마르헌법 하에서도 거의 변화되지 않았다. 바이마르헌법이 우편이나 철도 등의 세부사항이나 제국대통령의 긴급명령권 등을 제외하고는 법규명령의 제정을 규율하는 규정을 두고 있지 않았기 때문에 법규명령을 제정하는 권리를 법률로 위임하는 데에 있어 명백한 한계가 헌법적으로 도출되지 않고 있었다. 물론 헌법에 특정한 규율대상은 반드시 형식적인 의미의 법률로 규율되어야 한다는 규정이 있었으며 또한 헌법학자들 가운데 위임입법의 한계를 위임의 본질에서 도출하려는 노력이 있기도 하였다.

이러한 위임입법의 한계를 제시하려는 헌법학에서의 시도는 Triepel에 의해서 비롯되었다.⁷³⁾ 헌법이론적 차원에서 보면 법률의 위임권을 내용적으로 제한하려는 본격적인 논의가 바이마르헌법 하에서 처음으로 시도되었다는 것은 의외의 일로 생각될 수도 있다. 왜냐하면 영국의 경우에서 보듯이 의회주의적 정부형태에서는 정당성의 근거가 유일하게 의회주권에 있으며 따라

73) Triepel, empfiehlt es sich, in die Reichsverfassung neue Vorschriften über die Grenzen zwischen Gesetz und Verordnung aufzunehmen?, in: Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages (Bamberg), 1922, S.11ff.

서 입법권의 위임이 미국의 모델과 같은 대통령제 정부형태에서 보다 문제가 될 여지가 별로 없기 때문이었다.⁷⁴⁾ Triepel은 그럼에도 불구하고 1921년의 독일법률가대회에서 법률에 의한 입법권의 위임은 특정한 생활관계에서의 특정한 목적을 위해서만 허용되며 이러한 의미에서 볼 때 바이마르헌법은 카이저 제국에서와는 달리 입법권자의 권한을 헌법의 주권 밑에 두고 있다는 테제를 제시하였고 이것이 독일법률가대회에서 받아들여졌다. Triepel의 학설은 바이마르공화국이 진행되면서 헌법학계에서 점차 넓게 받아들여졌고 이러한 입장을 받아들이는 판례의 경향도 관찰되었다.

이러한 상황전개의 배경을 이룬 것은 바이마르공화국의 탄생과 함께 정당성의 근거가 국민주권으로 이동하였다는 점 이외에 현실적으로 제1차 세계대전 이래로 위임입법이 현격하게 증대되었다는 점이였다. 전쟁의 수행, 전후의 배상의무이행, 인플레이션 그리고 이후의 경제대공황으로 이어지는 상황 속에서 정부가 경제사회에 간섭해야 할 필요성이 늘었고 의외의 입법권자는 광범위한 위임을 허용하는 수권법률을 제정함으로써 이러한 상황에 대처하였던 것이었다.

Triepel이 제시하였던 위임입법의 한계에 대한 새로운 학설은 점차 그 영향력이 확대되었지만, 이것이 입법현실 속에서 의미를 가질 수는 없었다. 1930년 이후로 의회는 더 이상 과반수의 지지를 받는 정부를 구성할 능력이 없었고 이에 따라서 제국대

74) Ridder, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Großbritannien, in: F. Klein/U. Scheuner, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, 1952, S.30ff.

통령이 구성한 정부가 바이마르헌법 제48조 제2항에 따라서 제국대통령의 비상대권에 근거한 긴급명령을 제정하였다. 또한 새로운 학설에 의해 제한된 위임입법권에 기초하였더라도 법원이 히틀러 정권에 독재권력을 허용한 1933년 3월 24일의 수권법을 위임입법의 한계를 일탈한 것으로 위헌판결을 내릴 수는 없었을 것이다. 왜냐하면 수권법은 헌법개정의 다수로 의결되었으며 당시의 사고방식에 의하면 이는 헌법침훼(Verfassungsdurchbrechung)적인 성격을 띠는 것이었기 때문이었다.

1.1.3. 국가사회주의

나찌의 지배하에서는 법규명령의 구별이 살지게 되었다. 수권법은 정부가 형식적인 의미의 법률도 제정할 수 있는 권한을 부여하였다. 이미 바이마르공화국에서도 입법자에 의해서 상당부분 좌우되던 헌법은 이러한 권력분립체계의 와해를 막을 수가 없었다. 이러한 상황 속에서 이른바 지도자(Führer)라고 불리우던 히틀러의 입법권은 절대주의적인 것이었다.

1.2. 실정법규정

1.2.1. 현행 독일기본법 제80조 제1항의 탄생

독일 기본법 제80조 제1항의 탄생과정을 살펴보면서 명확해지는 사실은 이른바 헌법의 아버지들이 한편으로는 집행부에 의한 법규명령의 제정가능성을 열어 놓으면서도 다른 한편으로는 위

임의 내용, 목적, 정도의 명확성을 요구함으로써 바이마르 공화국에서의 경우처럼 수권법률의 제정에 의한 오용가능성을 배제하려 하였다는 점일 것이다.⁷⁵⁾ 기본법 제80조에 상응하는 기본법 초안 제102조를 살펴보면

“제1조 연방의 입법권은 연방하원(Bundestag)과 연방상원(bundesrat)이 행사한다.

제2조 위의 양자 중의 누구도 자신의 입법권을 그 내부의 위원회를 포함한 그 누구에게도 이양할 수 없다. 하지만 연방정부, 연방장관 또는 주정부는, 위임의 내용, 목적, 범위가 법률에 충분하게 확정된 경우에 한하여, 법규명령을 발할 것을 법률에 의하여 위임받을 수 있다. 재위임은 허용될 수 있지만 자신이 법규명령의 형식을 지녀야 한다.”는 것이었다.

이 초안의 설명부분에서는 본초안 제102조 제2항 제1문이 제시하는 입법권한의 이양을 명시적으로 금지하는 내용은 단지 원래적인 의미의 법률의 제정권이 이양되어서는 안 된다는 것을 의미한다는 것이었다. 이후의 심사과정에서 위 초안의 제1항과 제2항 제2문은 불필요한 것으로 삭제되었고 또한 제2문의 “충분하게”라는 표현도 삭제되었다. 그 외에 제2문은 그 표현이 다듬어지긴 했지만 핵심적인 부분은 기본법 제80조 제1항 제2문에서 그대로 받아들였다.

75) 기본법 제800조의 탄생배경에 대해서 자세한 것은 Doemming/Füßlein/Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes. Art.80 Abs.1, in: JöR 1(1951), S.587ff.; Hasskarl, Die Begrenzung exekutiver Rechtsetzung sbefugnis unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgesetzgebung, S.34ff.; Mößle, Inhalt, Zweck und Ausmaß, S.31ff.를 참조할 것.

1.2.2. 헌법조문의 내용

독일 기본법 제80조 제1항의 내용은 다음과 같다:

“Durch Gesetz können die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierung ermächtigt werden, Rechtsverordnung zu erlassen. Dabei müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden. Die Rechtsgrundlage ist in der Verordnung anzugeben. Ist durch Gesetz vorgesehen, daß eine Ermächtigung weiter übertragen werden kann, so bedarf es zur Übertragung der Ermächtigung einer Rechtsverordnung.”

즉 “연방정부, 연방장관 또는 주정부는 법률에 의하여 법규명령을 발하도록 수권될 수 있다. 여기서 수권의 내용, 목적 그리고 범위가 법률에 확정되어야 한다. 명형에는 법적 근거가 적시되어야 한다. 법률이 수권이 계속해서 위임될 수 있음을 상정할 때에는, 위임을 위한 법규명령의 수권이 있어야 한다.”

여기서는 이러한 헌법조문이 학설과 판례에 의해서 어떻게 해석되고 있는가를 개괄적으로 살피기로 한다.

(1) 법규명령의 개념⁷⁶⁾

76) 법규명령의 개념에 대해서는 Bryde, kommentierung zu Art.80, in: v. Münch (Hg.), GG-Kommentar Bd.3, Rz. 6ff.; Maunz, Kommentierung zu Art.80, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz (Hg.), Grundgesetz, Kommentar, Rz. 15ff.; Ramsauer, aaO., Rz. 30ff.; Stern, aaO., S.652ff.; Wilke, Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnung, in: AöR 98(1973), S.199ff.

본 기본법은 법규명령의 개념을 명시적으로 정의하고 있지 않으며 전래되어 온 학설상의 법규명령의 개념에 기반하고 있다. 전래의 법규명령의 개념은 기본적으로 법률을 형식적 법률과 실질적 법률로 나누어, 법규명령은 집행부가 발하는 국민에게 의회 법률과 마찬가지로 효력을 지니는 실질적 의미의 법률이라고 보고 있다. 그런데 이러한 법규명령의 개념에 대해서는 많은 문제점이 지적되어 왔다. 독일 기본법의 체계상으로 기본적인 결정은 의회가 하고 집행부는 법률의 위임에 근거하여 단지 좁은 범위에서 이러한 결정을 법규명령으로 실행에 옮길 수 있을 뿐인데, 아무리 ‘실질적인 의미에서’라는 조건이 붙는다고 하여도 법규명령을 ‘법률’이라고 표현하는 것은 개념의 혼란을 가져올 위험이 있다는 것이다. 또한 전래의 법규명령의 개념은 법규(Rechtssatz)의 개념을 실질적인 것으로 이해하던 전래의 사고방식과도 밀접한 연관이 있었다. 하지만 오늘날 법률의 경우나 마찬가지로 법규명령이 자유와 재산의 침해하거나 또는 권리주체간의 경계확정에 국한되고 있지 않는 것이 현실이며 나아가 헌법이나 법률이 법규명령의 형식으로 단일행위를 규정할 경우에는 처분적 법률의 경우처럼 법규명령도 있을 수 있는 것이다. 이러한 이유로 실질적 의미의 법규명령의 개념을 형식적 의미의 법규명령의 개념으로 대체해야 한다는 주장이 확산되어 왔다.

법규명령의 개념을 어떻게 이해할 것인가의 문제는 법규명령과 행정규칙의 구별이라는 관점에서 매우 중요한 의미를 지닌다. 왜냐하면 학설과 판례는 일반적으로 기본법 제80조가 행정규칙에는 적용되지 않는 것으로 보고 있기 때문이다. 이른바 비투과성론(Impermeabilitätstheorie)에 의하면 국가내부영역, 즉 행

정관청의 조직과 이른바 특별권력관계에서만 효력범위를 지니는 규범은 어떠한 법규성(Rechtssatzqualität)도 지닐 수 없다는 것이었는데 행정규칙 역시 법률이나 법규명령처럼 국가와 시민의 관계, 즉 이른바 외부관계를 규율하는 경우도 있을 수 있는 것이며 이러한 맥락에서 행정규칙의 법규성을 기본적으로 부인할 수는 없고 국가의 내부영역에서도 역시 법규가 제정될 수 있다는 견해가 관철되었다. 그러다 보니 법규명령과 행정규칙의 경계를 새로이 설정하는 문제가 제기되었고 여기서 법규명령과 행정규칙의 구별을 어떤 기준에 의해서 할 것인가의 문제가 발생한다.

바로 이 점과 관련하여 학설의 차이가 발생하는데 예를 들어 Bryde는 법규명령의 개념을 형식적인 의미에서 이해할 것을 주장하고 있다.⁷⁷⁾ 그 이유는 법규명령의 개념을 실질적으로 이해할 경우에 법규명령과 그 이외의 집행부가 제정하는 법규범, 특히 행정규칙과의 구별이 곤란하다며 내용상으로만 보면 법규명령과 행정규칙 어느 것에 의해서도 정해질 수 있는 경우가 적지 않으므로 규율의 내용만으로는 법규명령을 그 밖의 형태의 국가행위와 구별할 수 없다는 것이다. 물론 법규명령과 행정규칙을 정의하는 문제를 이들의 효력문제와 연계시키는 것, 즉 행정규칙의 대외적 효력 자체를 일반적으로 부정하는 것이 불가능하지는 않을 것이지만 이런 경우에 결국은 규범의 법적 효력이 그것의 법적 성격에 좌우되게 되고 따라서 규범의 법적 효력을 논하려면 먼저 이를 정의해야 하는 문제가 발생하게 된다. 하지

77) Bryde, aaO., Rz. 7f.

만 어떤 법규범이 실질적인 의미에서 법규명령인지 아니면 행정규칙인지를 확정하여 이 규범이 정해진 형성조건을 제대로 지켰는지를 심사할 수 있게 하는 범주는 존재하지 않으며 따라서 거구로 먼저 어떤 법규범의 성격을 그 형성절차에 따라서 정하고 그것의 법적 효력을 물을 수밖에 없다는 것이 Bryde의 관점이다. 그는 독일 연방헌법재판소의 판례들도 형식상으로 여전히 형식적인 의미의 법규명령의 개념을 따르지만 실제로는 이런 식으로 판결을 내리는 경향을 보이고 있음을 지적한다. 즉 독일연방헌법재판소 역시 예를 들어 어떤 법규범이 죄수의 기본권을 제한한다는 사실로부터 그것이 법규명령의 성격을 지닌다는 결과를 끌어내고 이를 기본법 제80조에 비추어 심사하는 것이 아니라, 이 법규범의 성격을 그것의 제정형태를 근거로 행정규칙으로 규정하고 따라서 이를 근거로 기본권의 제한이 이루어질 수 없다는 식으로 심사하고 있다는 것이다.⁷⁸⁾ 이렇게 법규명령의 개념을 형식적인 의미에서 이해한다면 법규명령과 행정규칙의 구별에 있어 결정적인 것은 법규명령은 법률에 의한 수권에 기초하는 반면에 행정규칙의 구별에 있어 결정적인 것은 법규명령은 법률에 의한 수권에 기초하는 반면 행정규칙은 집행부 자신의 규율권에 기인하는 점이 된다. 또한 여기서 법규명령의 제정자가 법률의 위임조항에 기초하여 이를 제정하였는가를 살필 수 있는 객관적인 기준이 존재하며 이에 대한 가장 핵심적인 것은 기본법 제80조 제1항 제3문의 이른바 적시의무(Zitiergebot)를 준수하는 것으로 보게 된다. 법규명령의 제정자

78) 이에 대해서는 BVerfGE 33, 1, 12를 참조할 것.

가 그 근거로 사용하는 수권이 법규명령제정의 수권이었던가의 여부가 법률의 해석으로부터 도출되어야 하지만 위임의 행정규칙으로도 규율될 수 있는 영역에 대한 것인가의 여부는 중요하지 않다. 단지 위임으로 입법권이 이전되었는가의 여부가 결정적인 의미를 지닌다. 법률자체에서 법규명령의 제정을 위임한다는 것이 명백하게 드러나지 않으면 위임명령에의 수권은 없는 것이다.

이에 대해서 Maunz는 법규명령의 개념을 실질적으로 이해하고 있다.⁷⁹⁾ 그는 법규명령과 행정규칙을 구별할 수 있는 첫 번째의 기준은 물론 법령의 명칭과 제정형식에 있을 것이며 이러한 명칭과 제정형식에 의해서 법령을 제정하는 국가기관 스스로가 지니는 생각과 표출하려고 하는 의지가 나타나기 때문이라고 한다. 하지만 법령의 진정한 성격을 결정하는 것을 물론 그것의 명칭이나 제정형식이 아니고 그 내용이어야 한다는 것이다. 어떤 법령이 법규명령인지 아니면 행정규칙인지의 여부가 그 명칭에 의해서가 아니라 내용에 의해서 정해진다면 행정규칙으로 정해진 것도 사실상 법규명령일 수 있으며 효력을 얻으려면 법규명령의 조건을 충족시켜야하고 법규명령처럼 제정되어야 한다는 것이다.

기본법 제80조는 자치단체의 조례제정권에도 역시 적용되지 않는다.

(2) 수권의 개념

79) Maunz, aaO., Rz. 16f.

기본법 제80조에서 말하는 수권은 입법권의 이전을 의미한다.⁸⁰⁾ 즉 입법권자인 의회가 수권과 함께 특정 분야에 대한 입법권의 행사를 수권 되는 기관에 이전하는 것이다. 따라서 법규명령제정권자는 위임된 영역 내에서만 활동할 수 있다. 하지만 여기서 수권을 받는 자가 수권 하는 자를 대리하는 것은 아니고, 위임을 받았지만 이제는 자신에게 속하는 권한으로 스스로 행하는 것이다. 즉 수권을 받는 자가 위임권을 행사하더라도 입법부를 대표하는 것은 아니다. 이러한 이유 때문에 주정부가 연방법률의 위임을 받아서 법규명령을 발할 때에 그것이 연방법이 아니라 주법이 되는 것이다. 입법자가 법규명령에 위임을 한다고 해서 이에 대한 입법자의 권한이 사라지는 것은 아니라는 것이 일반적으로 받아들여지는 견해이다. 즉 입법자는 위임을 철회하는 어떠한 형식절차 없이도 자신이 위임한 규율대상을 언제라도 스스로 법률로써 규율할 수 있다. 또한 수권을 한다는 것은 일반적으로 권한을 부여하는 것이며 여기서 반드시 이러한 위임을 실행해야 한다는 의무가 발생하지는 않는다. 물론 수권 법률이 이를 명시적으로 규정하고 있거나 법률규정이 법규명령의 제정 없이는 실행될 수 없는 경우에는 법규명령의 제정의무가 도출된다고 보아야 할 것이다.

(3) 수권되는 기관(Ermächtigungsadressaten)

기본법 제80조 제1항은 연방법률에 의해서 법규명령의 제정을 수권받을 수 있는 기관으로서 연방정부, 연방장관 그리고 주정

80) Maunz, aaO., Rz. 19; Ramsauer, aaO., Rz. 40.

부를 들고 있다.⁸¹⁾ 이 세 가지 수권대상기관은 예시적인 것이 아니라 그 자체로서 완결적인 것으로 이해되고 있다.⁸²⁾ 따라서 법률이 명령제정권을 연방정부에 수권하고 있으면 해당사항의 담당장관이 수권 받은 것은 아니다. 따라서 연방정부에 대한 수권에도 불구하고 연방장관이 법규명령을 발하려면 연방장관에 대한 재위임이 있어야 한다.

또한 연방법률이 개별장관에게 위임하고 있는 경우에 이것을 연방수상과 모든 장관을 포함하는 전체내각이 이러한 내용의 법규명령을 제정할 권한을 위임받은 것으로 해석할 수도 있다는 견해도 받아들여질 수 없다는 것이다. 이러한 경우에는 연방정부에로의 재위임 역시 생각하기 어려울 것이다.

주정부가 법규명령제정권을 위임받았을 경우에는 각 주의 헌법이 어떤 기관이 주정부로서 권한을 지니는가에 대해 규정한 헌법조문이 중요한 역할을 하게 도리 것이다. 만약 주헌법이 주장관의 집합체를 주정부로 의미한다면 이러한 집합체만이 법규명령을 제정할 수 있을 것이다. 하지만 경우에 따라서는 주헌법의 의미상 각 주장관들도 주정부로 해석될 수 있는 바, 이 때에는 연방법률의 수권대상을 여전히 각 연방장관이더라도 각 주장관들도 법규명령제정권을 지닌다고 해석되고 있다.

기본법이 세 가지의 수권 되는 기관을 열거하고 있는 것이 완

81) 이에 대해서는 Bryde, aaO., Rz. 11ff.; Maunz, aaO., Rz. 38ff.; Ramsauer, aaO., Rz. 43ff.; Stern, aaO., S.666ff.; Wilke, aaO., S.221ff.를 참조할 것.

82) 바이마르공화국에서는 각각의 제국장관도 역시 제국정부에의 위임이라는 의미에서의 “제국정부”로 해석하는 견해도 있었다. 하지만 기본법의 조항에서는 연방장관이 연방정부와 명백하게 구별되어 서술되고 있으므로 이러한 해석의 여지는 없다고 볼 것이다(Maunz, aaO., Rz. 38)

결적이라고 함은 기본법 제80조 제1항이 말하는 기관들 이외에는 그 누구도 법률에 의해서 직접 법규명령을 발하도록 위임받을 수 없다는 것을 의미한다. 하지만 이것이 입법자자 여타의 기관이나 사람에게 법규명령의 내용에 대해서 어떠한 간접적인 영향력도 허용해서는 안 된다는 식으로 해석되어서는 안 될 것이다. 즉 입법의 준비과정과 입법과정은 서로 구분되어야 할 것이다. 또한 형식적인 의미의 입법과정에서 입법자기 절대적인 입법권한을 갖는다고 하여도 이것이 그 이외의 누구도 입법과정에 협력할 수 없다는 것을 의미하는 것은 아니다. 즉 기본법 제80조 제1항은 수권 되는 기관이 어떤 방식으로 타자의 협력을 받을 것인지 또는 수권법률이 어떠한 방식으로 이러한 협력이 이루어 질 것인가를 허용하고 규정하는가에 대해서 개방적인 태도를 취하고 있다는 것이다.⁸³⁾

(4) 적시의무(Zitiergebot)

기본법 제80조 제1항 제3문은 “명령에는 법적 근거가 적시되어야 한다”고 규정하고 있다. 즉 연방법률의 수권에 근거하여 제정되는 법규명령은 그 법적 근거, 다시 말해서 법규명령에의 수권의 내용을 포함하는 법률조항을 제시해야 한다는 것이다.⁸⁴⁾ 법규명령에서 근거조항을 적시함으로써 수권의 근거를 찾아내는 것과 명령제정자가 수권의 범위 내에서 명령을 제정하였는가를 심사하는 것을 용이하게 하여 법적 관계의 명확성을 확보하는

83) Maunz, aaO., Rz. 42.

84) Bryde, aaO., Rz. 24; Maunz, aaO., Rz. 20; Ossenbühl, aaO., S.417f.; Ramsauer, aaO., Rz. 73; Wilke, aaO., S.230f.

데에 기여하는 규정이라고 볼 것이다. 나아가 기본법 제80조 제1항 제3문의 규정은 법규명령의 법적 성격을 정하는 데에 있어서도 커다란 의미를 지닌다. 왜냐하면 기본법의 질서 속에서는 명백히 법률에 의한 위임입법의 수권에 기인하는 집행부의 법규범만이 법규명령일 수 있기 때문이다. 따라서 이 적시의무를 위반한 법규명령은 무효가 되는 결과가 된다.

(5) 재위임

본기본법 제80조 제1항 제4문은 “법률이 수권이 계속해서 위임될 수 있음을 상정할 때에는, 위임을 위한 법규명령의 수권이 있어야 한다”라고 규정하고 있다.⁸⁵⁾ 이를 통해서 본기본법이 기본적으로 수권된 입법권을 다른 기관에 재위임하는 것을 달갑지 않게 여기는 태도를 취하고 있음을 알 수 있다. 재위임에는 두 가지의 조건이 충족될 것이 요구되고 있다. 우선은 재위임이 이미 수권법률 자체로부터 허용되어야 하며, 둘째로는 기본법 제80조 제1항의 일반적인 요건에 상응하는 법규명령 속에 이러한 재위임의 수권이 있어야 한다. 기본법 제80조 제1항 제4문으로부터 명백한 것은 재위임이 일차로 위임된 기관의 행정처분이나 행정규칙으로 이루어 질 수는 없다는 것이다. 재위임의 범위는 수권법률이 허용하는 경우에는 법률이 위임하는 전체에 걸쳐서도 가능할 것이다. 재위임은 물론 일차로 위임된 것의 일부분에 국한될 수도 있는데 이 경우에는 다시 기본법 제80조 제1항이 위임입법에 대해서 요구하는 요건들이 충족되어야 한다. 재위임

85) Bryde, aaO., Rz. 25; Maunz, aaO., Rz. 43; Ossenbühl, aaO., S.401f.; Ramsauer, aaO., Rz. 45; Wilke, aaO., S.669f.

에 의한 위임범위의 확대는 당연히 허용될 수 없다. 여기서 주의할 것은 재위임에 의해서 원래 위임받은 기관의 법규명령제정권이 사라지는 것이 아니라는 점이다. 원래 위임받은 기관의 입법권은 재위임된 기관의 입법권과 함께 여전히 남아서 언제든지 재위임을 취소할 수 있으며 또한 스스로의 명령규칙제정에 의해서 자신의 의지를 재위임 받은 기관에 우선하여 관철시킬 수 있는 것이다.

1.3. 독일연방헌법재판소의 본질성론

1.3.1. 배경 : 법률유보의 변천

오늘날 독일에서의 법률유보에 대한 논의는 한편으로는 법률유보론이 처음 형성된 입헌군주제를 배경으로 하였던 헌법질서와는 다른 현대의 헌법질서의 전개와 밀접한 연관성을 지니고 있으며 다른 한편으로는 국가과업의 확대라는 현실적인 국가활동상의 변화를 그 배경으로 하고 있다.⁸⁶⁾

시민의 자유와 재산을 침범하는 국가의 행위는 법률에 근거가 있어야 한다고 하였던 고전적인 법률유보론은 집행부와 의회간의 근본적인 갈등관계를 전제로 하였는데, 본기본법하의 현대

86) Kloepfer, Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, in: JZ 1984, S.686f.; Krebs, Zum aktuelles Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, in: Jura 1979, S.304ff.; Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof(Hg.), Handbuch des Staatsrechts Bd.3, S.320ff.; Staupe, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis, S.42ff.

독일의 헌법질서는 이러한 집행부와 행정부간의 갈등관계에서 출발하지 않고 있으며 의회뿐만 아니라 집행부 역시 민주적 정당성을 지니고 있다. 즉 현대의 독일에서의 법률유보는 군주와 의회간의 권한갈등에 기초하는 것이 아니라 민주적인 입법부와 민주적인 행정부간의 권한분배의 문제를 해결해야하는 상황에 있는 것이다. 하지만 오늘날 독일의 권력구조 하에서 정부가 의회의 신임에 기반을 두고 있으며 또한 현대의 정당국가적 상황속에서 의회와 정부간의 정치적 갈등은 입헌군주제의 상황과는 비교할 수 없는 것이므로 보아서 법률유보론이 더 이상 문제되지 않는다고 할 수는 없는 것이다. 국가기관간의 권한간에 경계를 지우는 것은 오늘날에도 특히 절차적인 면에서 여전히 중요한 의미를 지닌다. 국가정책의 결정이 의외에 의해서 내려질 경우에는 일반적으로 공개적인 절차를 통하게 되지만 행정부에 의한 정책결정은 상대적으로 비공개적으로 이루어지는 경향이 있다.

현대의 의회민주주의에서도 법률유보론이 여전히 의미를 지니는 다른 이유는 현대국가의 활동영역이 고전적인 법률유보론이 형성되던 19세기적 자유주의국가의 그것에 비해서 엄청나게 확대되었다는 점일 것이다. 19세기의 국가는 공적인 안전질서를 유지하는 것을 핵심과제로 삼았는데 이 과제를 해결하기 위해서 국민의 자유와 재산영역을 침범할 때에는 법률의 근거가 있어야 한다는 법률유보의 원칙으로 이러한 국가활동은 기본적으로 통제될 수 있는 것으로 생각되었다. 하지만 현대국가로 넘어 오면서 국가는 사회적 급부활동, 국민경제의 계획과 지도, 환경보호 등 19세기의 국가가 생각지 못했던 새로운 과제에 봉착하게 되

고 그 활동영역이 넓어지게 되었다. 이러한 상황 속에서 국가의 활동 주에서 법률에 유보된 부분은 상대적으로 줄어들게 되었다. 이는 법률유보의 범위가 줄어든 때문이 아니며 국가활동범위가 넓어진 때문이며, 법률유보론이 이러한 상황에 대처하지 못한 때문이기도 하였다. 새로이 국가과업의 범위에 편입된 영역들에 대해서 법률유보가 유효한 것인가의 문제는 오늘날 독일에서의 법률유보에 대한 논의에서 중요한 논점을 이루고 있다.

이러한 상황의 변화에 법률유보론이 대처해야 한다는 주장이 학설에서 제기된 것은 당연한 일이었으며 특히 1960년대 중반부터는 판례에서도 법률유보의 개념이 확대되는 현상이 관찰된다. 법률유보의 확대는 한편으로는 침범(Eingriff)의 확산으로, 다른 한편으로는 자유의 확산으로 나타났다. 침범개념의 확산과 관련해서는 국민의 권리에 대한 국가의 직접적이고 의도적인 행위만을 침범으로 이해하던 기존의 관점이 확대되어 국가의 홍보 활동, 행정행위의 반사적 효과 등도 침범으로 이해되게 되었다. 또한 자유의 확대와 관련해서는 기본권이 적용되지 않는 영역으로서의 기존의 이른바 특별권력관계가 극복되었고, 기본법 제2조 제1항에 근거한 인격발현권이 사실상 인간의 모든 행위에 적용될 정도로 확대되었으며, 또한 급부부작위를 기본권침해로 이해함으로써 기본권을 방어권에서 급부권으로 바꾸는 정도까지의 변화도 있었고 나아가 기본권이 조직적·절차적 차원에서도 전개되는 양상이 나타났다.

1.3.2. 본질성론의 내용

(1) 개요

법률유보의 원칙의 배경을 이루는 법현실의 변화와 법률유보의 원칙이 적용영역에서 전개된 새로운 상황에 직면하여 독일 연방헌법재판소는 본질성론을 제기하면서 전혀 새로운 시도를 하였다.⁸⁷⁾ 본질성론의 핵심은 연방헌법재판소가 법률유보의 원칙을 기존의 침해공식(Eingriffsformel)과의 연관으로부터 분이해 내려는 것이었다. 법률유보의 원칙은 그것이 지니는 민주주의적이고 법치국가적인 기능에 근거하는 새로운 기반을 필요로 하며, 이러한 관점에서 법률유보의 효력범위가 새로이 규정되어야 한다는 것이었다. 연방헌법재판소가 기존의 법률유보론을 조심스럽게 점진적으로 확대하는 대신에 이론구조의 근본적인 변화를 시도한 것이 과연 현명한 것이었는가에 대해서는 논의가 분분한 현실이다.

독일연방헌법재판소가 제시한 것은 본질성론의 핵심은 본질적인 결정은 입법자에게 유보된다는 것이다. 이러한 관점에 근거해서 독일연방헌법재판소는 학교강의에서 성교육의 실시,⁸⁸⁾ 원자력의 사적사용의 적법성⁸⁹⁾ 또는 민영방송제의 도입과 구성⁹⁰⁾ 등에 대한 결정은 본질적 것으로서 입법자에 유보되어야 할 결정으로 보았다. 이런 식의 정치적으로 지도하며 형성하는 결정

87) 본질성론에 대해서는 Kloepfer, aaO., S.689ff.; Krebs, aaO., S.308 f. Ossenbühl, aaO., S.337ff.; Staupe, aaO., S.103ff.

88) BVerfGE 47, 46 (78)

89) BVerfGE 49, 89 (126f.)

90) BVerfGE 57, 295 (320ff.)

양태는 기존의 침해공식에 기초하는 사고방식으로는 이해되기 어려운 것이었고, 따라서 기본권과 여타 권리의 현실적 배경을 변화시켰으며 또한 기본권의 현실에 적지 않은 간접 영향을 끼쳤다.

(2) 의회유보

본질성론이 새로이 제시한 관점들 중 가장 중요한 것은 전통적인 침해공식과의 결별이 아니었다. 본질적인 결정은 의회입법자 자신에게 유보되어야 한다는 것은 기존의 법률유보의 원칙이 이론구조를 이룬바 의회유보의 방향으로 전개시켰다는 점이 주목되어야 한다.

본기본법은 특정한 사항들에 대해서 이는 의회입법자만이 결정해야 한다는 명시적인 규정을 두고 있다(본기본법 제104조 제1항, 제24조, 제59조 제2항, 제80조 제1항, 제81조 등). 하지만 이러한 규정들은 지금까지 법률유보의 관점에서 헌법의 명시적 언급을 필요로 하는 예외적인 사항들로 인식되었다. 본질성론은 이제 이러한 인식으로부터 본질적인 사항으로 방향을 전환하여, 본질적인 것을 비본질적인 것과 어떻게 구별 지우든 간에, 본질적인 사항은 예외 없이 의회입법자에게 유보되는 것으로 보고 있다.

기존의 법률유보설에 의하면 국가의 결정이 내용적으로 범규범을 이루고 있으면, 즉 실질적 의미의 법률을 이루고 있으면 족하였다. 기존의 사고방식에 의하면 국가의 어떠한 결정이 대외적인 기속력을 지니면서 불특정의 사안에 대해서 추상적으로 그리고 불특정의 사람들에 일반적으로 효력을 지니면 실질적 의미

의 법률이 성립함은 주지의 사실이다. 법률의 지배에 의한 정의로운 질서의 보장이라는 기존의 사고방식은 여기서 다시 명백해지는데 단지 실질적 의미에서만 법률인 집행부의 법규명령과 자치제의 조례도 그 자체로 별문제 없이 이러한 사고방식과 연결되는 것이었다.

그렇다고 전통적인 법률유보설이 의회지배사상을 간과한 것은 아니었다. 기본법 제80조는 법규명령의 제정에는 의회법률의 수권을 요구하고 있다. 조례도 역시 자치제의 설립과 조례제정권의 이 자치체에로의 이전은 의회법률에 근거해야 한다는 한에서는 마찬가지로 의외제정법률에 근거해야 한다는 한에서는 마찬가지로 의회제정법률을 기반하고 있다. 그리고 전래의 의미에서의 법률유보의 원칙을 적용함에 있어 형식적인 의미에서의 의회법률이 법규명령과 조례에 우선하는 것은 법률우선의 원칙이 보장하였다. 또한 법률에 의해서 법규명령의 제정권과 자치제의 조례제정권을 제한하거나 배제하는 것은 의회입법자가 스스로 할 수 있는 일이었다.

그럼에도 불구하고 독일연방헌법재판소가 제시하는 본질성론은 본질적인 사항은 의회가 스스로 결정하여야 한다면서 명령제정권과 조례제정권의 제한을 시도하고 있다. 본질성론은 사안에 따라서 부분적으로 의회입법자에게 위임금지를 받함으로써 의회의 입법권위임에 대한 결정권에 제한을 가하여 결과적으로, 실질적인 입법기능의 중심이 행정부로 옮겨가는 상황 속에서 의회가 자신의 기능을 스스로 포기하는 것을 막는 역할을 하는 것으로 볼 수 있다.

(3) 법률의 내용

독일 연방헌법재판소가 요구하는 본질성론은 특정 사항, 즉 본질적인 사항에 대한 위임의 금지만을 의미하는 것이 아니다, 본질성론은 나아가 의회제정법률이 충분한 규율밀도(Regelungsdichte)를 갖출 것이 요구하면서 불특정의 법개념이나 재량규정을 최소화하려 하고 있다. 본질성론은 특정사항이 법률로 규율되는 여부뿐만 아니라 이것이 법률로 규율되는 방식에 대해서도 영향을 미치고 있는 것이다. 본질성론이 요구하는 법률의 규율밀도는 법치국가원칙이 일반적으로 요구하는 명확성(Bestimmtheit)과 연결되며 특히 기본법 제80조 제1항 제2문에서 언급되는 위임의 명확성과도 연관성을 지니게 된다.

1.4. 위임입법의 명확성

1.4.1. 기본법의 전체구조에서의 기본법 제80조

기본법 제80조 제1항은 법치국가원칙, 민주주의원칙, 권력분립의 원칙, 기본권보장 등의 실현과 확보에 기여하는 것으로 이해되고 있다.⁹¹⁾ 기본법 제80조 제1항의 이러한 기능 때문에 제1문의 위임의 요구나 제2문의 명확성의 요구는 기본법의 기본적인 구조와 밀접하게 연결되는 것이다. 기본법 제80조 제1항은 법치국가원리나 민주주의원리 그리고 기본권의 법률유보에 영향을 미칠 뿐만 아니라 거꾸로 이러한 기능으로부터 영향을 받

91) 이에 대해서는 Bryde, Rz.2; Maunz, Rz.1ff.; Ramsauer, Rz.24ff. 등을 참조할 것.

며 또한 이러한 기능과의 연관 속에서 비로소 이해되는 것이다.

독일 기본법이 상정하는 법치국가의 원리의 확보를 위해 기본법 제80조 제1항은 일반적으로 이중의 의미에서 기여하고 있다. 한편으로는 이를 통해서 집행부의 입법기능이 범위가 제한되고 이로써 입법기능의 경계획정이라는 법치국가적 요구가 채워진다. 다른 한편으로는 기본법 제80조 제1항의 규정은 일반적인 법률유보와 관련되는데 여기서 이 규정은 일반적인 법률유보의 영역에서도 집행부의 입법가능성을 인정하면서도 동시에 기본법 제80조 제1항 제2문의 명확성을 요구를 근거로 이러한 입법가능성을 제한하고 있다.

기본법 제80조 제1항의 기본권보장기능은 일반적인 법률유보의 영역에서뿐만 아니라 개별기본권의 법률유보의 영역과도 관련되고 있다. 즉 어떤 기본권이 법규명령에 의한 기본권의 제한을 인정하는 한, 기본법 제80조 제1항은 직접적으로 이러한 개별기본권상의 법률유보의 내용에 영향을 미치게 된다.

기본법 제80조 제1항은 민주주의원칙 내지 권력분립의 원칙과도 밀접한 관련을 갖는다. 기본법 제80조 제1항의 핵심내용은 기본법이 상정하는 국가권력의 기능분할 속에서 입법권에 대해서는 의외가 중심역할을 한다는 것이기 때문이다. 나아가 기본법 제80조 제1항 제2문에서는 바이마르공화국에 비해서 전혀 다른 민주주의개념이 표출되고 있다. 즉 여기서는 의회가 법규명령제정권을 이전할 수 있는 권한이 있을 뿐 아니라 집행부에 위임의 내용, 목적, 정도를 제시할 의무를 지니고 있는 것이다. 독일연방헌법재판소는 이와 관련하여 의회는 입법기관으로서의 책임을 자신의 입법권의 일부를 경계를 정하지 않고 집행부에

이양하는 식으로 양도해서는 안 된다고 판시하고 있다.⁹²⁾

1.4.2. 본질성론과 기본법 제80조

독일 연방헌법재판소가 근래의 여러 결정에서 의회가 중요한 생활영역에서의 법질서에 대한 본질적인 결정을 스스로 내려야 하며 기본권상의 중요한 영역에서의 기본문제를 집행부에 위임할 수 없다는 원칙을 제기하여 왔고 학설이 이를 본질성론이라고 칭하고 있음은 앞에서 살핀 바와 같다.

연방헌법재판소가 제기하는 본질성론과 기본법 제80조 제1항, 그 중에서도 특히 동조 제1항 2문의 위임의 명확성에의 요구 사이의 관계가 문제되는데 이에 대한 일치된 견해는 존재하지 않는 것이 현실이다.⁹³⁾ 독일 연방헌법재판소는 기본법 제80조 제1항 2문이 자신이 제시하는 본질성론을 뒷받침하는 헌법조항이라고 하면서도 이에 대한 구체적인 논가를 제시하고 있지는 않다.⁹⁴⁾

독일 헌법학설에서는 본질성론과 기본법 제80조의 명확성조항과의 관계에 대해서 상이한 견해가 표출되고 있다. 한편으로는 연방헌법재판소가 중요한 규율대상에 대한 본질적인 문제는 의회가 스스로 결정해야 한다고 요구하는 것은 위임입법에서의 명확성의 요구를 내포하는 의회유보를 강조한다는 의미가 있는 것

92) 이는 BVerfGE 1, 14로부터 BVerfGE 58, 257에 이르기까지 독일연방헌법재판소의 일관된 표현이다.

93) Nolte, aaO. S.399ff.; Ramsauer, aaO., Rz.27ff.; Staupe, aaO., S.133ff.

94) 예를 들자면 BVerfGE 40, 237, 249; 49, 89, 126f.

이라고 해석된다. 이러한 입장에서 본다면 의회유보에 해당하지 않는 문제에 대해서만 기본법 제80조 제1항 2문의 조건하에서 명령제정권자에의 위임이 문제된다는 것이다. 하지만 다른 한편으로는 본질성론이 입법부와 행정부의 기능영역의 구별에 대해서 요구하는 바는 이미 이 문제를 전담하는 기본법 제80조 제1항 2문에 의해서 규율되고 있으며, 법률에 의한 수권의 내용, 목적, 정도의 충분한 명확성을 요구하는 것 이외에 더 이상의 의미 있는 범주가 필요하지는 않다는 의견도 있다.

이처럼 학설이 나뉘어 있는 상태에서도 독일연방헌법재판소가 자신이 본질성론에 대한 판결에서 말하고 있는 바가 기본법 제80조 제1항 2문에서 표출되고 있다고 보고 있음에는 의심의 여지가 없다. 이러한 입장에 따르자면 기본법 제80조 제1항 2문의 요구를 충족시키는 입법위임은 본질성론의 요구에 위배될 수가 없는데, 이는 수권법률이 본질적인 문제를 명령제정권자에게 위임하지 않고 법률에서 스스로 정한 것이 되기 때문이다. 또한 자신이 직접 본질적인 문제를 규율하여 명령제정권자에게 제시하는 수권법률은 그 내용, 목적, 정도의 명확성이 충분하다고 보게 된다.

이처럼 본질성론의 요구와 기본법 제80조 제1항 2문의 요구가 서로 일치한다고 보는 이유는 기본법 제80조 제1항 2문이 제시하는 “내용, 목적, 정도”라는 개념이 실질적인 명확성의 기준을 제시하는 것이 아니라 단지 명확성의 기준에 대한 관점을 제시한다고 보는 것에 기인하고 있다. 즉 이러한 기준은 오히려 입법부와 집행부 사이의 기본적인 기능분화, 그리고 이러한 기능분화의 기준이 되는 헌법의 제원칙에서 찾아져야 한다는 것이

며, 또한 연방헌법재판소가 본질성론을 제기하는 것도 이러한 관점에서라는 것이다.

본질성론과 기본법 제80조 제1항 2문의 명확성의 요구가 연관성을 맺게 되는 구체적인 모습은 뒤에서 위임입법의 한계에 대한 독일 연방헌법재판소의 판례경향의 변천사에서 다루어 질 것이다.

1.4.3. 명확성원칙의 내용

(1) 명확성의 기준

1) 기본법 제80조 제1항 제2문의 명확성 공식

기본법 제80조 제1항 2문에 규정되어 있는 내용, 목적, 정도라는 세 가지의 개념이 따로 분해되어 분석될 수 있는 명확성의 요구사항들을 설정하고 있는 것이 아니라 하는 것은 판례와 학설에서 이론의 여지없이 받아들여지고 있다.⁹⁵⁾ 즉 위임법의 명확성은 종합적으로 판단될 수 있을 뿐이며 위의 세 가지 개념은 각기 명확성 문제의 다양한 측면 부분들을 표현하고 있을 뿐이라는 것이다. 이와 관련해서 위임입법의 한계에 대한 독일 연방헌법재판소의 초기 판결에 커다란 영향을 미쳤던 Wolff는 위임의 내용, 목적, 정도가 법률전체로부터 발견되면 충분하다고 하였으며,⁹⁶⁾ 연방헌법재판소 역시 위임의 내용, 목적, 범위가 법률에

95) 명확성의 기준에 대해서는 Geitmann, Bundeversfassungsgericht und "offene Normen, S.120ff.; Hasskarl, Die Begrenzung exekutiver Rechtsetzungs befugnis, S.144ff.; Lepa, Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung der Rechtsverordnung, in: AöR 105 (1980), S.344f.; Ramsauer, aaO., Rz.55ff. 등을 참조할 것.

확정되어야 한다는 기본법 제80조 제1항 2문이 “위임의 목적, 내용 정도가 법률조문에 명시적으로 규정되어야 하며 위임조항을 해석하는 것은 허용될 수 없다고 말하는 것은 아니다”라고 하고 있다.⁹⁷⁾ 여기서 내용적인 명확성은 위임되는 규율대상의 사항들을 서술하는 것이고 목적은 의회가 규범을 설정함에 있어 지향하는 바를 말하며 마지막으로 정도는 규율의 양적 측면을 의미한다고 볼 수 있으며, 이 세 가지의 개념은 상호 보완하고 제한하는 기능을 한다고 볼 것이다. 하지만 이들 개념으로부터 위법위임의 내용, 목적, 정도가 얼마나 정확하게 규정되어야 하는 실질적인 기준이 나오는 것은 아니다. 이 조항을 얼핏 보면 마치 위임입법의 명확성에 대해 세 가지의 기준을 제시하고 있는 느낌을 주는 것도 사실인데, 만약에 기본법 초안에 포함되어 있었던 “충분한(ausreichend)”이라는 표현이 삭제되지 않고 제 80조 제1항 2문에도 남았다면 이러한 문제의 발생여지가 줄었을 것이다.

독일 연방헌법재판소의 판례와 대다수의 학설은 기본법 제80조 제2항 2문에서 나오는 개념들 중 특히 위임의 목적이 가장 중요한 명확성의 범주라고 보고 있다. 연방헌법재판소는 다수의 판례에서 위임의 목적에 근거해서 내용과 범위를 한정성 여부를 심사한 바 있었다.⁹⁸⁾ 기본법 제80조의 개정논의에서 위임입법의

96) Wolff, Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, in: AöR 78(1952/53), S.199f.

97) BVerfGE 8, 274, 307.

98) 이에 대해서는 BVerfGE 4, 7, 22; 10, 20, 53; 20, 296, 306 등을 참고할 것. 또한 이에 대한 학설의 평가에 대해서는 Hasskarl, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art.80 Abs.1

명확성에 대한 조문을 목적개념을 중심으로 고칠 것이 제안되었던 것도 이러한 학설·판례의 경향과 무관하지 않는 것이었다.

위임입법에서 요구되는 명확성의 헌법적 기준을 위임입법의 목적을 중심으로 도출하는 것이 타당함에도 불구하고 이러한 생각의 단초가 더 이상 깊이 전개되고 있지 않는 것은 나름대로의 현실적인 이유가 있기 때문인데 Ramsauer는 이를 현대사회의 복잡한 이해관계와 이를 조정해야 하는 입법의 과제에서 찾고 있다. 위임입법의 현실을 보면 단일한 목적이 추구되는 경우는 거의 없는데 이는 법적 규율의 필요성이 있는 경우에는 대부분 상반된 이해관계가 상충되고 있으며 이러한 이해관계를 적절하게 조정하는 것이 입법자의 과제라는 것이다. 따라서 이러한 이해조정 방식이 적어도 그 기본적인 사항에 대해서는 명령제정권자에게 주어져 있을 때 위임의 목적이 충분히 확정되었다고 할 수 있는 것이다. 이렇게 본다면 의회가 이러한 이해조정을 개별적인 사항에 이르기까지 구체적으로 했으면 위임의 명확성은 그만큼 큰 것이 되는 것이다. 즉 위임의 목적이 충분히 확정되기 위해서는 어떤 입법의 목적들이 정해지는 것만으로는 충분하지 않고 이러한 목적들 중 어떤 것이 어느 정도로 다른 목적들에 비해서 우위를 점하는가의 문제를 입법자가 정하는 것이 요구된다고 할 것이다.

2) 명확성의 실질적 기준과 그 단계화

기본법 제80조 제1항 제2문의 명확성원칙의 실질적인 기준은

Satz2 GG, in: AöR 94(1969), S.100; Bryde, aaO., Rz.22 등을 참조할 것.

독일 기본법 전체계 속에서 기본법 제80조 제1항이 지니는 기능이라는 관점에서 찾아져야 할 것이다. 이렇게 볼 때에 기본법 제80조 제1항은 법치국가의 원칙과 민주주의의 원칙 그리고 기본권이 보장되는 질서를 실현하고 수호하기 위해서 기여하여야 한다는 것을 출발점으로 삼을 수 있을 것이다. 동조 제1항 제2문을 해석하는 데에 현실적으로 보다 의미 있는 것은 기본권보장의 기능과 민주적·법치국가적 기능이며 또한 이를 이해 기본법이 입법부와 집행부에 각기 상이한 기능과 과업을 부여하고 있다는 점일 것이다.

독일 연방헌법재판소가 명확성의 실질적 기준을 이처럼 기능적인 측면에서 보려 한 것은 상대적으로 최근의 일이다. 하지만 오늘날에 와서는 위임된 입법권의 행사로 인해서 기본권이 영향을 받게되는 중요성과 강도(Intensität)가 이러한 위임에서 요구되는 명확성의 정도를 정하는 결정적인 기준이 된다는 데에 이론의 여지가 없게 되었다. 이는 달리 표현하자면 어떠한 통일적이고 확고한 명확성의 기준도 존재하지 않는다는 것이고 명확성의 요구의 엄격성의 정도는 규율대상에 따라서 달라진다는 것이다. 기본권적으로 중요한 영역에서는 기본권질서 자체로부터 기준이 제기된다. 즉 여기서는 당해 기본권의 보장 그 자체의 중요성이 기준이 될 것이며, 또한 앞으로 행해질 공권력의 행사가 이러한 기본권보장에 어떤 의미를 지니는가도 문제될 것이다. 문제가 좀더 복잡해지는 경우는 무엇보다도 국가의 사회보장급부와 관련해서 생존의 최소한이나 재산권상의 확고한 법적 지위 이외의 문제일 것이다. 하지만 이러한 영역에서도 역시 법규명령제정자에게 위임되는 규율사항의 중요성의 문제와 연관해서

볼 수 있을 것이다. 거의 모든 영역에서 적어도 간접적으로는 기본권상의 의미를 추출해 낼 수 있다. 예를 들자면 헌법상의 기본권보장의 의무, 사실상의 기본권에의 영향(Faktische Grundrechtsbeeinträchtigung) 또는 기본권보장의 제도적 측면 등에 제기될 수 있다는 것이다. 문제를 이렇게 본다면 이는 전반적으로 어렵지 않게 연방헌법재판소가 지속적으로 본질성의 개념에 대해서 기본권보장에서의 중요성을 강조하면서 제시하는 본질성론과 연결될 수 있을 것이다.

위임입법의 한계에 대한 실질적인 기준을 제시하는 문제에 대해서 기본권체계로부터 단서를 찾아내는 일이 가능하다고 하여도 실제로 규율대상 자체로부터 문제의 본질성의 정도에 대해서 실용적인 기준들을 발전시키는 것은 매우 어려운 일이다. 이는 특히 국가의 규율을 필요로 하는 문제의 중요성 자체가 유동적인 주변조건에 따라서 변하기 때문이다. 하지만 기본법 제80조 제1항 제2문의 차원에서 본질성의 기준과 관련하여 사용할 수 있는 규율대상에 따른 단계화가 불가능하지는 않을 듯하다. 규율대상에 따라서 규율강도를 단계화 하는 것은 항상 있어 왔던 일이고 이것이 단지 하나의 통일된 개념으로 표현되지 않았을 뿐이었다. 예를 들자면 재산을 수용하는 경우나 신체의 자유를 박탈하는 경우에는 법규명령에 의한 규율은 극도로 제한된 범위에서만 허용되어 왔고, 이에 반하여 공공의 질서와 안녕의 유지와 관련된 규율은 전통적으로 위임의 범위가 매우 넓은 법규명령의 형태로 이루어졌다.

오늘날의 실질적인 기준을 단계화 하는 시도들도 기본적으로는 이러한 전래의 내용과 연결되어 있다. 하지만 오늘날에 있어서

는 그 동안 특히 기본권의 영역에서 헌법의 이해에 대한 많은 변화가 있어 왔음이 고려되고 있다. 이러한 헌법이해의 변화는 예를 들어 학교법에서처럼 적지 않은 영역에서 새로운 변화를 초래하였고 이에 따라서 법률에 의한 사전결정의 정도에 대해서도 새로운 기준이 제기될 수밖에 없는 상황이 나타나곤 하였다. 이외에도 사회생활의 여러 영역에서 새로운 갈등요인과 이에 따른 새로운 규율의 필요성이 등장하고 있는데 이 경우에는 법률에 의한 규율의 정도의 문제가 처음으로 제기되는 것일 수밖에 없는 것이다. 환경보호의 문제 또는 새로이 개발되는 기술에 기인하는 위협으로부터 안전을 보장하는 문제 등이 여기에 해당할 것이다.

Ramauer는 위임법의 명확성의 기준을 대략 4개의 기본적인 범주로 나누어서 보고 있다. 그의 분류에 의하면 첫 번째의 범주에는 위임의 명확성에 대해서 단지 법치국가적인 최소한의 요구만을 제기는 경우일 것이며, 네 번째의 범주에는 형법이나 재산의 수용에 관한 법률처럼 거의 완전히 의회에 의해 규율되어야 하는 영역들이 속할 것이다. 그리고 두 번째의 범주에는 도로교통법처럼 단지 일반적인 행동의 자유에만 관련된 규율들이 해당할 것이다. 그리고 세 번째의 범주에는 개별적인 기본권의 보장과 관련되는 영역들이 속하고 여기에 대해서는 의회입법자에 의한 광범위한 결정이 요구된다는 것이다., 이러한 명확성의 기준의 단계화는 결국 위임되는 대상의 중요도가 높을수록 기본법 제80조 제1항 제2문이 제시하는 위임의 명확성에의 요구가 엄격해 진다는 것에 기초하고 있는 것이다. 이를 현실적으로 중요한 의미를 지니는 기본권에 의해 보장되는 영역에 대해 적용

하자면 당해 기본권의 중요성이 높고 기본권침해의 강도가 높을 수록⁹⁹⁾ 법규명령을 발함에 있어 집행부가 지니는 활동공간은 좁아진다는 것이 된다.

3) 입법기술상의 문제에 기인하는 기준

위임입법의 실질적인 제한을 정함에 있어 살핀 법규명령에 의해서 규율되는 법관계의 본질성이나 제정되는 법규명령에 의해 이루어질 기본권침해의 강도 이외에도 현실적인 또는 법기술적인 문제가 중요한 요인이 됨은 독일의 경우에도 마찬가지이다. 위임입법을 하는 장점을 그대로 유지하면서 위임의 내용, 목적, 정도를 가능한 최대한으로 정확하게 규정하는 것은 쉬운 일이 아니다. 만약에 의회가 특정한 문제를 충분할 정도의 명확성의 기준을 만족시키며 위임하는 데에 입법기술상의 어려움이 있음에도 불구하고 이를 일관되게 요구한다면 기본법이 상정하는 권력분립에 배치되는 경우가 생길 수 있다는 것이다. 현대사회에서는 경제적, 사회적, 기술적인 변화의 급격함으로 인하여 법조항의 빠른 변화가 불가피한 경우가 있는데, 이를 의회입법의 복잡한 절차를 통하여 대처하기는 쉽지 않다. 또한 규율대상이 너무 다양하여 의회에 대해서는 과부하가 되는 경우도 있을 수 있으며 나아가 규율대상의 성격 자체가 위임의 명확성을 추구하게 하지 않을 수도 있다. 독일 연방헌법재판소는 이러한 맥락 속에

99) 기본권의 중요성을 위임입법한계의 기준으로 제시한 연방헌법재판소의 결정례로는 BVerfGE 56, 1, 13을 들 수 있고, 기본권침해의 강도를 그 기준으로 제시한 것으로는 BVerfGE 58, 257, 268을 들 수 있다.

서 규율대상의 복잡성(Komplexität der Regelungsmaterie)이라는 개념을 사용하여 법규명령에 의해서 규율되는 영역에 대해서 얼마나 정확한 개념정의를 가능한가의 문제를 인식하고 있음을 보여주고 있다. 본질성론에 의한 범주에 의하면 위임입법에서의 명확성이 요구되는 사항이지만 입법기술상의 어려움이 있을 경우에는 명확성이 내용적으로 결여되어 있는 것을 절차로 규율을 통해서 보완할 수 있는가의 여부와 그 범위를 심사해 볼 수 있을 것이다. 이러한 절차적 차원의 보완으로는 법규명령의 제정에 의회의 동의권을 유보해 두는 것이나 청문절차를 마련하는 것 등을 들 수 있을 것인데 이에 대한 자세한 내용은 후술하는 위임입법의 통제에서 다루어 질 것이다.

(2) 위임입법의 인식가능성

위임입법의 기준의 문제와는 별개로 기본법 제80조 제1항 제2문은 법규명령에의 위임이 인식 가능해야 하고 명백해야 한다는 법치국가원칙에서 기인하는 최소한의 요구를 하고 있다.¹⁰⁰⁾ 이러한 인식가능성과 명백성(Erkennbarkeit und Deutlichkeit)은 문제가 되는 규율대상이 이른바 본질적인 문제가 아닌 경우에도 준수되어야 한다. 뒤에서 다시 한번 보겠지만 오늘날에는 기본법 제80조 제1항 제2문이 요구하는 위임의 내용, 목적, 정도가 반드시 법률에서 명시적으로 규율되어야 하는 것은 아니라는 것이 널리 인정되고 있다. 즉 이 조항이 요구하는 수권의 명확성은 수권법률의 해석으로부터 도출될 수 있으면 충분하다는 것이

100) 위임입법의 인식가능성에 대해서는 Lepa, aaO., S.345f.; Maunz, aaO., Rz. 27ff.; Ramsauer, aaO., Rz.62ff.; Geitmann, aaO., S.92ff.

다.¹⁰¹⁾ 여기서 해석을 한다고 함은 일반적인 법률의 해석에서처럼 전래의 해석방법을 사용하는 것을 의미한다. 또한 위임의 내용, 목적, 정도를 발견하는 것은 수권조문 자체에만 국한될 필요는 없고 수권조문이 들어 있는 법률전체를 포괄할 수 있다는 것이 연방헌법재판소의 일관된 관례의 입장이다.¹⁰²⁾ 앞에서 전래의 해석방법이라고 함은 논리체계적 해석, 역사적 해석, 목적론적 해석을 포함한다고 할 것이다. 따라서 법률의 논거를 참고하거나 위임규범과 여타의 규범들과의 체계적 연관성 속에서 연결점을 찾아내는 것도 가능하다고 인정되고 있다.¹⁰³⁾

법규명령의 범위의 인식가능성과 관련해서는 수권의 목적(Zweck der Ermächtigung)에 특히 커다란 의미가 부여되고 있다.¹⁰⁴⁾ 이는 수권의 목적으로부터 수권의 내용이 구체화될 수 있을 뿐만 아니라 이는 또한 수권의 정도와도 연결될 수 있기 때문이다. 수권의 목적은 경우에 따라서는 법률 전체의 목적으로부터 도출될 수도 있다.

하지만 해석을 통하여 위임의 내용, 목적, 정도를 도출해 내는데에는 개별적 사항에 적용할 목적으로 법규범을 해석하는 경우에는 없는 한계가 있다. 이러한 한계는 두 가지 측면에서 제기되고 있는데 그 첫 번째는 법규명령제정자에게 명시적인 지시가 있어야 한다는 것이며, 두 번째는 위임이 국민에게 예측가능성

101) 이러한 헌법해석이 처음으로 나타난 결정이 BVerfGE 7, 272였다.

102) BVerfGE 4, 40의 결정에서까지만 해도 그렇지 않았지만 적어도 BVerfGE 7, 282 이후에는 이러한 입장이 일관되게 표현되어 왔다.

103) Maunz, aaO., Rz. 31; Stern, Staatsrecht Bd.I, § 20 IV 4.

104) Maunz, aaO., Rz. 31.

을 부여해야 한다는 것이다. 즉 “수권이 어떤 경우에 어떤 방향으로 사용될 것인지 그리고 위임에 근거하여 제정되는 법규명령이 어떤 내용을 갖게 될 것인지”¹⁰⁵⁾에 대한 예측가능성이 있어야 한다는 것이다. 즉 모든 인식방법을 동원하여서도 위임에 기초한 법규명령이 어떤 내용을 갖게 될 것인지에 대해서 심각한 의문이 남는다면 위임의 내용, 목적, 정도가 충분히 규정되어 있지 않다고 보고 있다. 현대사회의 입법이 고도로 복잡해지고 있는 상황 속에서 법규명령에의 위임이 어떤 경우에 어떤 방향으로 사용될 것인가에 대한 예측가능성이 법률지식이 없는 일반인에게도 있어야 함이 요구되는 것인지 아니면 일반인이 법률가의 자문을 통해서 예측할 수 있으면 충분한 것인지가 문제될 수 있다.¹⁰⁶⁾

1.5. 기본법 제80조 제1항 제2문에 대한 독일연방헌법재판소판례의 변천

지금까지는 독일헌법에서의 위임입법의 한계문제를 법률유보의 의미변화와의 관련 속에서, 특히 의회유보에 대한 판례·학설상의 논의 속에서 대두된 본질성론과의 관련 속에서 살펴보았다.

105) 이것은 BVerfGE 29, 210의 결정 이후로 독일연방헌법재판소의 일관된 입장이다.

106) 이 문제에 대해서 Ramsauer는 현대사회의 입법이 점차 고도로 복잡해지는 것을 불평할 수는 있지만 이를 개선하는 것은 불가능한 상황에서 일반국민의 위임내용에 대한 예견가능성을 요구하는 것은 비현실적이라고 본다.(Ramsauer, aaO., Rz. 64)

이제는 위임입법의 한계문제에 대한 독일연방헌법재판소의 판례 변천사는 기본법 제80조 제1항 2문의 명확성조항 (Bestimmtheitsklausel)을 중심으로 개관하여 한다.¹⁰⁷⁾ 위임입법의 한계설정의 문제가 어떤 체계적인 기준을 세워서 이를 일률적으로 적용하기에는 매우 복잡다기하여 심판의 대상이 되는 사안의 성격에 따른 진폭이 적지 않은 특성을 지니고 있기 때문에 판례의 경향을 구체적으로 살피는 것은 독일헌법에서의 위임입법의 한계문제를 파악하는데 중요한 의미를 지닐 것이다. 하지만 독일연방헌법재판소의 판례경향을 체계화하는 것 역시 문제의 속성상 간단한 작업이 아닐 것이며, 완벽한 체계화는 거의 불가능에 가깝다고 보아야 할 것이다. 여기서는 기본법 제80조 제1항 2문의 명확성조항에 대한 독일연방헌법재판소의 해석론의 변천을 크게 세 단계로 나누어서 살필 것이다.

1.5.1. 제1단계

위임입법의 명확성원칙에 대한 독일연방헌법재판소판결의 제1 단계로 분류되는 시점에서는 오늘날까지 유지되고 있는 몇 가지의 기준들이 제시되었다. “내용, 목적, 범위”에 대한 명확성의 기준과 관련해서 독일연방헌법재판소는 이른바 자기결정의 정식 (Selbstentscheidungsformel)을 전개시켰는데, “입법자는 특정한 문제가 규율되어야 한다는 결정을 스스로 내려야 한다. 즉, 입법자가 규정의 한계를 명확히 정하고 규정이 추구하는 목적을

107) Haaskarl, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art.80 Abs.1 Satz2 GG, in: AöR 94(1969), S.102ff.; Mößle, aa O., S.33ff.; Pünder, S.59ff.; Ramsauer, aaO., Rz.65ff.

적시해야 한다.”(BVerfGE 2, 307, 337)는 내용이었다. 또한 위임의 내용, 목적과 범위의 인식가능성에 대해서는 독일연방헌법재판소는 이른바 예측가능성의 정식(Vorhersehbarkeitsformel)을 피력하였다. 그 내용은 “수권이 명확하지 않아서 수권규범이 어떤 경우에 어떤 방향으로 사용되고 또 수권을 근거로 발하는 법규명령이 어떤 내용을 지니게 될 것이지가 더 이상 예측될 수 없으면 어쨌든 필요한 제한이 결여된 것이다”(BVerfGE 1, 14, 60)라는 것이었다. 이러한 예견가능성의 정식은 명시성의 원칙(Grundsatz der Ausdrücklichkeit)에 의해서 보완되었는데 이러한 명시성은 처음부터 이론의 여지가 없는 명백성(einwandfreie Deutlichkeit)으로 제한되어 이해되었다. 즉 독일연방헌법재판소는 “위임의 내용, 목적, 범위가 법률에 적시되어야 한다는 규정으로부터 궁극적으로 이것이 명시적으로, 하지만 이론의 여지가 없이 명백하게 이루어져야만 한다는 결과가 나온다”(BVerfGE 2, 307. 335)고 하였다. 이는 법률조항의 성격으로부터 위임의 목적을 포착해 낼 수 있는 정도로는 충분하지 않다는 것이었다.

본기본법이 제정된 직후의 독일연방헌법재판소의 초기 판례의 경향은 위임입법의 구체성과 명확성을 고도의 수준에서 요구하는 것이었다. 독일연방헌법재판소가 “모든 유형의 법규명령의 기초인 기본법 제80조는 바이마르시대의 현실로부터 의식적으로 거리를 두면서 법률적 수권이 내용, 목적 그리고 범위가 정확히 경계지워 이루어질 것을 요구하고 있다. 기본법은 여기서 다른 곳에서 보다 엄격한 권력의 분리를 결단하고 있다. 위임되는 권한의 한계가 정확하게 규정되지 않은 채로 입법권의 일부가 정

부에 위임됨으로써 의회가 입법기관으로서의 책임을 면할 수 있어서는 아니 된다”고 강조하였던 것은 당시 분위기를 나타내 주고 있다. 이처럼 위임입법의 한계를 엄격하게 심사하던 초기의 분위기 속에서 독일 연방헌법재판소는 그 탄생 이후 15년 동안 - 뒤에서 살필 몇 가지의 완화된 기준의 제시에도 불구하고 - 문제가 된 위임입법의 절반이상을 기본법 제80조 제1항 제2문이 요구하는 명확성의 원칙에 위반된 것으로 판시하였다.¹⁰⁸⁾

이처럼 위임입법의 한계를 비교적 엄격하게 이해했던 독일연방헌법재판소의 태도는 후에 목적의 정식(Programmformel)으로 구체화되는 입장의 단초들이 표명되면서 어느 정도 부드러워진다. 목적정식의 내용은 “입법자가 정한 어떠한 목적이 법규명령에 의해서 달성될 것인가를 법률이 적시하든지 아니면 적어도 그 목적이 법률로부터 발견될 수 있어야 한다”는 것이었다. 이는 처음에는 특정사안과의 관련 속에서 은폐된 형태로 제기되었다가 BVerfGE 8, 274(307ff., 313f.)의 결정에서 위임입법의 한계에 관한 중심된 결정기준으로 되었다.

1.5.2. 제2단계

위임입법의 한계에 대한 독일연방헌법재판소판결의 제2단계를 연 것은 BVerfGE 7, 267의 결정이었다. 이 단계의 특징은 연방헌법재판소가 위임조항을 보다 넓은 맥락 속에서 이해하려는 경향을 보인 것이었다. 이제는 법규위임의 내용, 목적, 범위의 인식가능성을 더 이상 위임조항 그 자체만이 아니라 법률전체의

108) Nolte, aaO., S.398f.

규율맥락 속에서 그리고 전체법조항의 의미 연관 속에서 파악하게 되었다. 이는 우선적으로 법규위임의 한계의 내용, 목적, 범위의 인식가능성과 명백성에 대해서 요구되는 기준의 변화였고 또한 이루어질 법규명령에 대한 예측가능성에 대해서 요구되는 기준의 변화를 의미하였다. 즉 이와 함께 위임의 내용, 목적, 범위를 명시적으로 규율해야 한다고 요구하는 판례의 태도는 완전히 극복되었고(BVerfGE 8, 274, 307), 따라서 이론의 여지없는 명백성의 원칙과 예견가능성의 정식 역시 변경되었다. 이제 위임의 내용, 목적, 범위는 법률의 기타조항들 또는 보다 광범위한 법규범의 복합체와의 체계적인 의미 연관 속에서 해석되어 발견될 수 있으면 충분하다고 생각하게 되었다. 이렇게 하여 예측가능성과 명백성은 해석의 문제로 되었고 그 과정에서 위임의 목적이 결정적인 요소로서 점차 전면에 대두하게 된다.

이러한 과정을 겪으면서 명확성의 기준 자체에도 커다란 변화가 발생하였다. 독일연방헌법재판소는 명확성의 기준에 직접 관련되는 자기결정의 정식이나 목적의 정식을 계속 유지하기는 했지만 규율대상의 성격에 따라서 이러한 요구의 정도를 다양화하는 경향을 나타냈다. 예를 들어 학교교칙에 의한 처벌의 경우(BVerfGE 41, 251, 265)나 세법의 경우에서(BVerfGE 48, 210, 222) 독일연방헌법재판소는 특정한 전제조건 하에서는 내용, 목적, 범위의 명확성에의 요구가 다른 경우들에서 보다 덜 엄격할 필요가 있다고 판시하였다. 규율대상의 성격에 따라서 요구의 정도를 다변화시키는 사고방식은 제2단계가 진행될수록 더욱 강화되었다. 이러한 전개과정 속에서 일련의 결정들은 기본권침해의 강도(Intensität der Grundrechtseingriffe)에 따라

서 명확성의 기준을 다양하게 할 필요가 있음을 암시하게 되었다.

1.5.3. 제3단계

제3단계의 시작은 BVerfGE 56, 1의 결정으로 볼 수 있을 것이다. 여기서 독일연방헌법재판소는 명확성의 기준, 즉 위임에서의 명확성의 정도를 명시적으로 각 규율대상에 따르는 문제로 보았다. 기본법 제80조 제1항 2문이 요구하는 바는 규율대상의 성격에 따라서 세 가지의 측면에서 정해진다는 것이었다. 즉 첫째는 기본권침해의 심도에, 둘째는 문제되는 기본권의 지위 자체의 중요성에, 그리고 셋째로는 위임단계에서의 사전결정능력의 한계에 의해서 좌우된다는 것이었다.

명확성의 원칙의 기준에 대한 이러한 범주들은 연방헌법재판소가 본질성론에 대한 결정에서 제시하는 사고방식과 서로 연결되고 있음을 볼 수 있다. 독일 연방헌법재판소가 정치적인 방향을 정하는 결정을 내려야 하는 민주적 정당성을 가지고 있다고 선언하는 것은 우선 문제가 되는 결정이 법규명령제정권자에게 위임될 수 있는가 아니면 의회가 이를 직접 규율해야 하는가를 심사하고 그 다음에 이러한 위임이 가능할 때에 어떤 명확성의 요구가 제기될 것인가를 심사하게 된다는 결과는 가져온다. 독일 연방헌법재판소가 위임의 명확성이 가능한 최대일 것을 요구하지는 않고 단지 충분할 것을 요구하지만, 이러한 요구는 당사자의 법적 지위의 침해의 정도가 클수록 높아진다.

1.6. 소 결

독일에서의 기본법 제80조 제1항의 위임입법의 한계문제는 행정부에 의한 입법의 불가피성을 인정하고 이를 가능하게 하는 것과 의회가 이러한 행정입법을 통제하도록 하는 이중과제를 어떻게 해결할 것인가의 문제였다. 독일에서의 고전적인 법률유보론은 민주적 정당성이 결여되었던 행정부로부터 국민의 자유와 재산을 방어하려는 관점에서 형성되었고 위임입법의 한계문제도 주로 법치국가의원칙 또는 법률유보의 원칙의 맥락에서 구성되었다. 하지만 오늘날 행정부도 민주적 정당성을 지니고 있음은 부인할 수 없는 상태에서 고전적인 법률유보론은 그 중요한 논거를 상실하였고 또한 국가과업의 확대에 따른 새로운 문제에 봉착하게 되었다. 이러한 상황 속에서 민주주의의 원칙과 의회유보의 원칙이 강조되고 이러한 연관성 속에서 본질성론이 제기되었으며, 위임입법의 한계의 문제도 새로운 차원을 맞이하게 되었다. 다른 한편으로는 위임입법에 내용적인 한계를 두지 않았던 것이 국가사회주의자들의 집권을 가능하게 했다는 인식에 따라서 기본법제정 당시에 매우 엄격한 위임요건을 도입했었던 사고방식에서 어느 정도 벗어나 국가과제해결의 효율성에 유념하려는 경향이 생기고 있다는 점에도 주목할 필요가 있을 것이다. 즉 오늘날 독일에서의 위임입법의 한계문제는 민주적인 사회국가라는 현대국가의 현실 속에서 국민의 권리보장과 국가과업의 효율적 해결이라는 목적을 조화롭게 추구하기에 적절한 국가기능의 분배의 문제로 이해할 수 있을 것이다.

2. 미 국

2.1. 연혁

미국의 헌법은 위임입법에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않다. 헌법 제1조 제1항은 “이 법에 의한 모든 입법권은 상원과 하원으로 구성되는 미합중국의 의회에 속한다”고 규정하고 같은 조 제8항에서 입법권을 열거하고 있을 뿐이다. 미국헌법의 제정자들(founding Fathers)은 권력분립원리에 따라,¹⁰⁹⁾ 헌법에 모

109) 이와 관련하여 Horst Ehmke(Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe, 1961, S.490)는 미국에 있어 권력분립은 몽테스키외적 형태로 정착되었다고 지적한 바 있고, Hermann Pünder(Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland, Dunker & Humblot, 1995, 43) 역시 미국헌법제정자들에게 몽테스키외적 고전적 권력분립원리가 타당하고 또 실현가능한 것으로 여겨졌다고 서술하고 있다. 반면 Steven J. Cann(Administrative Law, SAGE Publication, 1995, 67)은 입법권비위임의 원칙과 관련하여 이 같은 미국헌법의 태도를 선출된 대표는 어떤 개인이나 기관에게 그들의 권력을 양도할 수 없다고 주장했던 존 로크(John Locke)의 이론에 영향을 받은 헌법제정자들의 헌법사상이 반영된 결과로 이해하고 있다. 즉 입법권비위임의 원칙이 나온 이유는 시민들이 그들의 대표를 선출하고 그 대표들이 정책을 결정하면 국민은 그 정책을 판단하여 그들에 대해 책임을 추궁할 수 있는 것인데, 만일 그들의 대표가 그 권력을 선거를 통한 책임을 지지 않는 다른 사람에게 이양한다면 책임정치와 민주주의를 상실하게 된다는데 있었다는 것이다. 그러나 헌법제정자들은 당초 권력분립원칙을 이해함에 있어 몽테스키외나 로크 어느 한 쪽의 이론을 받아들인 것이 아니라 그저 권력분립을 제창하기 위하여 두 사람의 이론을 한꺼번에 모두 원용했었다는 사실이 밝혀지고 있

든 규범제정권을 의회에 귀속시키고 정부는 단지 그 집행권만을 가지는 엄격한 권력분립제도를 채택했다. 이와 같이 헌법이 위 입법부의 문제에 관하여 침묵한 결과,¹¹⁰⁾ 이 문제는 주로 판례

다. 주지하듯이 로크나 몽테스키외는 권력의 수나 정확한 단위에 대해 견해를 달리했기 때문에 그들로부터 확고한 권력분립의 구도를 도출해내기는 어려웠다는 것이다(Samuel Krislov, *The New Separation and Delegation of Powers Doctrine*, in: *Handbook of Regulation and Administrative Law*, 1994, 41). 실제로 Madison은 “*Federalist 47*”에서 다음과 요약하고 있다: “입법·행정·사법적 권력이 모두 한 기관의 수중에 집중된다는 것은 그 기관이 소수이든 다수이든, 혹은 임명되었든 선출되었든 간에 독재정치체와 마찬가지로 말할 수 있다”; 몽테스키외의 사상이란 “결국 어떤 부서의 모든 권력이 다른 부서의 권력을 쥐고 있는 같은 기관에 의해 행사되는 경우에는 헌법상 자유주의의 이념이 근본적으로 파괴된다는 것을 의미하는데 지나지 않는다.”(Modern Library, 314-315) Madison은 그 논문의 나머지 부분에서 더욱 강력한 논조로 “권력분립의 원칙이 강조되어 왔고 어떤 측면에서는 무제한적인 표현으로 규정되었음에도 불구하고, 주헌법에서 각각의 국가기관이 절대적으로 분리되고 독자적인 권력으로 규정되어 있는 예는 전혀 찾아볼 수 없다.”(Modern Library, 316)고 지적했고, 이어 “*Federalist 48*”에서는 이를 재확인하고 있다. 이렇게 볼 때 미국 헌법제정 당시 채택된 권력분립의 원칙은 로크나 몽테스키외 등 어떤 특정 헌법이론의 모델에 따른 것이라기보다는 오히려 권력의 집중을 막기 위한 국가권력의 조직원리로 이해된 것이었다고 할 수 있다. 당시 헌법제정자들의 생각에서 권력의 분배는 다양한 형태로 이루어질 수 있다고 여겨졌고, 또 어떻게 각 국가기관간의 절대적 통제를 뒷받침할 것인지도 분명하지 않았다.

110) 의회의 입법권위임에 관한 문제는 헌법제정회의에서 전혀 제기되지 않았고 헌법문서나 그 밖의 문서들 어디에서도 논의되지 않았다. 또한 ‘연방주의자(Federalis) 역시 이 문제에 대하여는 침묵하고 있었다(Wilhelm Karl Geck, *Die Übertragung rechtssetzende*

에 의해 다루어져 왔고, 초기의 연방대법원은 입법부가 그 권력을 위임하는 것은 헌법에 반한다는 이른바 ‘입법권비위임의 원칙’(nondelgation doctrine)을 견지해 왔다. 즉 연방대법원은 “권력을 위임받은 자는 이를 위임하지 못한다”(delegata potestas non potest delegari)는 영국의 법언에 입각하여 입법권비위임의 원칙을 도출해냈다. 물론 입법권비위임의 원칙하에서도 위임입법이 전혀 불허된 것은 아니었다. 연방대법원은 입법권비위임의 원칙을 선언했던 거의 처음부터 이미 위임입법을 허용해 왔기 때문이다.¹¹¹⁾

오늘날 입법권을 의회에 포괄적으로 부여한 헌법 제1조 제1항이 의회에게 입법권을 배타적으로 부여한 것으로 또는 의회가 그 입법권의 일부를 다른 국가기관에게 위임할 수 없다는 취지로 해석되는 경우는 없다. 이미 Waymann v. Southard(23 U. S.(10 Wheat.), 1ff.) 사건판결¹¹²⁾에서 마셜(John Marshall) 대법관은 “의회가 그 자신이 적법하게 행사할 수 있는 권력을 타인에게 위임할 수 있다는 것은 확실하다”고 지적한 바 있었

r Gewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika, in: Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten(Hrsg.): Die Übertragung rechtssetzender Gewalt im Rechtsstaat, 1952, S.229; Ehmke, 1961, S.488 FN 49); Georg Nolte, Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung - Lehren aus der deutschen und der amerikanischen Erfahrung, AöR 118(1993), 378-413, 381.

111) Field v. Clark(143 U.S., 649, 692(1892)).

112) 이 판결은 행정부에 대한 위임입법이 아니라 사법부에 대한 위임입법에 관한 것이었으나, 행정부에 대한 위임입법에 관해서도 ‘leading case’로 간주되어 왔다(Pünder, 41 FN 15).

고, 오늘날 의회는 최고의 입법권을 보유하지만 배타적인 입법권을 보유하는 것은 아니라는 사실이 일반적으로 인정되고 있다.¹¹³⁾

“확실히, 다른 연방법원들이 확인하는 바와 같이, 행정 “기관은 제정법의 산물에 불과하다. 행정기관이 활동하면서 의거해야 할 여하한 그리고 모든 권한은 궁극적으로 의회로부터의 명시적인 수권에 근거를 두지 않으면 안 된다”¹¹⁴⁾ 그러나 이 위대한 제한원리는 위임의 법리가 … “본질적으로 쓸모 없게”(essentially nugatory)되었다면 결국 무의미한 것이 될 수도 있다.

지난 반세기 동안 위임입법의 양적 변화와 함께 “위임된 권력은 위임될 수 없다”(Delegata potestas non potest delegari)는 입법비위임의 공리는 전도되고 말았다. 오늘날 그것은 “비(non) 자를 빼야만 효력이 있는 법원리가 된 것이다. 이러한 변화는 허용되는 위임의 범위에 대한 부작용을 초래해 왔다.¹¹⁵⁾”

요컨대 문자 그대로의 입법권비위임의 원칙은 포기되었거나 적어도 “소멸중”(moribund)¹¹⁶⁾에 있다고 보는 것이 정확할 것이다. 그러나 미국에 있어 입법권의 한계를 살펴보기 위해서는 불가불입법권위임의 원칙을 둘러싼 판례와 학설의 전개과정을 논의하지 않으면 아니 된다.

113) Farber, Statutory Interpretation and Legislative Supremacy, 78 Geo.L.J. 281(1989).

114) Killip v. Office of Personnel Management, 991 F.2d 1564, 1569 (Fed.Cir.1993)

115) Bernhard Schwartz, Administrative Law Cases During 1993, 46 Administrative Law Review, 307329, 308.

116) Marshall 대법관의 표현(Federal Power Commission v. New England Power Co., 415 U.S., 345, 352f.(1974)).

2.2. 위임입법의 한계에 관한 판례의 전개

역사적으로 볼 때 권력분립과 위임입법에 관한 헌법적 문제는 연방제만큼이나 치열한 논란의 대상이 되어 왔다. 미국에 있어 위임입법의 한계문제는 권력분립, 즉 입법부와 행정부간의 견제와 균형(checks and balances)이라는 동적인 맥락에서 다루어져 왔다. 위임입법의 한계에 관한 판례의 발전과정을 연방대법원의 판례를 중심으로 살펴보면 다음과 같다.

2.2.1. 초기판례

위임입법의 한계에 고나한 연방대법원의 초기판례들은 대부분 입법권비위임의 원칙을 재확인하면서도 위임입법의 합헌성을 인정한 일련의 판결들을 통해 형성되었다. 이미 1825년의 Waymann v. Southard(23 U. S.(10 Wheat.), 1ff.) 사건에서 연방대법원장 마샬(John Marshall)은 위임될 수 없는 ‘중요한 사안’(important subjects)과 덜 중요한 사안(subjects of less interests)을 구별하여 후자에 대해서는 법원이나 행정부가 입법권자에 의해 일반적 조항이 정해지면 그것을 근거로 세부적 사항을 보충하는데 그치는 한 입법권의 위임이 허용된다고 판시했고(‘왜이면’ 법리), 그 이후 1930년대에 이르기까지 의회가 행정부에게 ‘왜이면’ 법리에 의한 단순한 보충적 입법을 훨씬 넘어서는 입법권을 위임한 경우에도 연방대법원이 위헌판결을 내린 경우는 거의 없었다.¹¹⁷⁾

117) Pünder, 43; Cann, 1995, 67.

그러나 이들 초기의 판례들이 위임입법의 합헌성을 시인한 것은 어디까지나 의회가 제1차적 입법권을 보유한다는 데 따르는 부수적인 결과였고, 이들 판례에서 문제된 위임입법은 국내에서의 사적 행위와 관련된 것이 아니라 주로 대외관계¹¹⁸⁾나 공공재산의 관리에 관한 대통령의 권한에 관한 것¹¹⁹⁾이었다. 가령 그 대표적인 판례의 하나가 1892년의 Field v. Clark 사건판결이었다.

Field v. Clark 사건판결에서 연방대법원은 대통령에게 설탕, 꿀, 커피 등을 생산·수출하는 나라가 동일한 제품을 수출하는 미국업체에게 불평등하고 불합리한 관세를 부과하는 경우에는 관세우대조치를 정지하고 수입관세를 부과할 수 있는 권한을 위임한 1890년 10월의 법률규정을 합헌으로 판단했다. 연방대법원은 의회가 그 입법권을 대통령에게 위임하는 것은 허용되지 않는다는 점을 분명히 하면서도, 당해 법률이 설탕, 꿀, 커피 등의 자유반입에 관한 조항을 정지시키고 관세를 부과할 수 있는 권한을 대통령에게 부여했다고 해서 그 어떤 실질적인 의미에서 대통령에게 입법권을 위임한 것이라고는 볼 수 없다고 판시했다. 대통령에게 위임된 입법권은 의회가 당해 법률조항의 정지가 법률에 의해 규정된 일정한 상황에 발효된다고 선언했을 때에 비로소 행사되는 것이므로, 대통령의 행위는 단지 의회의 법률을 집행하기 위한 것이지 법률제정(lawmaking)은 아니라는 것이 그 이유였다.¹²⁰⁾ 반면 연방대법원은 이 사건에서 입법부의

118) Hampton v. United States(276 U.S., 394)

119) U. S. v. Grimaud, 220 U. S. 506, 31 S.Ct. 480, 55 L.Ed.563(1911).

입법위임권을 부정하는 것은 “정부의 바퀴를 멈추게 하는 것”을 뜻한다며, “현명하고 유용한 입법이 의존해야만 하는 많은 사항들이 있는데 이들은 입법권이 잘 알 수 없는 것이어서 의사당 바깥에서 창문과 결정을 거쳐 처리되어야 한다”고 실시함으로써 위입법의 불가피성과 필요성을 시인하였다.¹²¹⁾

Field v. Clark 사건판결의 법리는 이후 1928년의 Hampton v. United States(276 U. S. 394)에서 재확인되었다. 연방대법원은 Hampton v. United States 사건에서 의회가 그 입법권을 포기하고 대통령이나 사법부에게 이양하거나 법률에 의하여 자신에게 행정권이나 사법권을 부여하려 시도한다면 이는 나라의 근본법을 위반하는 것이라고 확인하고 나서, 그러나 권력분립국가에 있어 각 권력간의 상호 협동이나 조정이 필요하다는 것을 부정하는 것은 아니며, 상식 및 내재적인 필요성에 의해 그 정도와 성격이 정해지는 한 그러한 권력 상호간의 협조는 허용된다고 보았다. 따라서 의회가 규범을 제정함에 있어 행정부가 준수해야 하는 기준으로서 “명료한 원리”(intelligible principle)를 설정한 경우에는 헌법상 금지되는 입법의 위임이 아니라고 판시했다.

120) Field v. Clark(143 U. S. 649). 한편 이 사건판결에서 연방대법원이 입법권비위임의 원칙을 다시금 확인하면서도 대통령에게 규범제정권을 위임한 법률을 합헌으로 판시한 것은 논리적 모순이라는 비판이 제기된 바 있다. 이에 관하여는 Bonfield/Asimow, State and Federal Administrative Law, St. Paul, Minn, 1988, 433)을 참조.

121) Field v. Clark, 505.

2.2.2. New Deal 시대의 판례

Hampton 판결이 나온 후 몇 년이 지나서야 위임입법의 한계에 관한 본격적인 판례들이 나왔는데, Panama Refining 사건¹²²⁾과 Schechter Poultry Co.¹²³⁾ 사건이 그것이었다. 이 두 가지 사건은 의회가 당시의 대공황(Great Depression)을 극복하기 위하여 제정한 1933년의 국가산업부흥법(National Industrial Recovery Act : NIRA) 아래서 발생한 것이었다. 공황이라는 위기상황에서 가치와 정책의 괴리가 극심해졌고,¹²⁴⁾ 그 결과 한편에서는 정부규제와 시장통제를 확대해야 한다는 요구가 대두되었고, 다른 한편에서는 자유시장과 자본주의의 전체인 경쟁을 고수하려는 방향에서 해결책이 강구되고 있었다. 그러는 동안 기업과 노동은 갈등을 겪게 되었고 이러한 다양한 문제를 스스로 해결하는 대신 의회는 국가산업부흥법에 의하여 그 무제들을 단순히 대통령을 거쳐 그 하부기관인 국가부흥처(National Recovery Administration : NRA)로 넘겨 버렸다. 이에 따라 NRA는 전국에 적용될 공정경쟁을 위한 규약(code)을 제정할 일반적 권한을 부여받았으나, 의회로부터 아무런 지시도 받지 않은 채 모호한 정책방향과 임기응변적인 절차에 따라 활동함으로써 문제가 되기 시작했고 결국 뉴딜 정책의 초기 수단(early piece of New Deal)으로 제정된 국가산업부흥법은

122) Panama Refining Co. v. Ryan, 293 U. S. 388, 55 S.Ct. 241, 79 L.Ed. 446(1935)

123) Schechter Poultry Co. v. U. S. 295 U. S. 495, 55 S.Ct. 837, 79 L.Ed. 1570(1935)

124) E. Gellhorn, G. Robinson, & H. Brueff, The Administrative Process, 47(2d. ed. 1980).

루스벨트대통령의 유권자들사이에 광범위한 불만이 고조되었다.¹²⁵⁾ Panama Refining 사건에서 연방대법원은 대통령에게 각 주들 사이에 고온 유류(hot oil)의 수송을 금지시킬 수 있는 재량권을 부여한 국가부흥법 제9조 (c)의 위헌여부와 관련하여 의회가 이러한 권한을 위임할 수 있는지를 심사했다. 대법원장이었던 Hughes는 법원의 역할을 제정법을 심사하여 의회가 어떤 정책을 선언했는지 그리고 대통령의 행위에 대한 기준을 정립해 좋았는지를 판단하는 것이라고 정의한 후, 의회가 이러한 요구를 이행하지 않았다고 판단했다. 물론 의회는 거래상의 ‘장해를 제거하고’, 기업집단간의 협력활동을 ‘증진’시킴으로써 ‘공공복리를 확보하며’, 노사협력을 ‘촉진’하고, 기존의 생산능력을 ‘최대한 활용하도록 촉진하며’ 실업을 ‘감소시키는’ 등 광범위한 ‘목표’를 설정하였으나, 이렇게 광범위하게 설정된 여러 가지 목표들에 있어 의회가 스스로 국가정책을 수립하지 못했다는 것이 명백한 사실로 판명되었다. 이들 제정법상의 목표들은 의회가 그들간의 우선 순위에 대한 아무런 결정 없이, 자신이 당면하고 있었던 가치와 이해관계를 나열한데 불과한 것으로 간주되었고, 또 국가산업부흥법은 대통령으로 하여금 유류의 주간거래를 금지하는데 필요한 해당 업계의 상황을 확인하고 공표하도록 하지도 않았다. 이 사건에서도 연방대법원은 의회가 정책을 수립하고 기준을 정립한 후, 정해진 한도 내에서 하위규범을 제정할 수 있는 권한을 행정부에게 위임하는 것은 허용되며, 헌법이 의회에게 그 입법기능의 수행을 위하여 필요한 탄력성과 실행가능

125) Mashaw/Merril/Shane, Administrative Law - The American Public Law System, 3d. ed., West publishing, 1992, 53.

성을 부정한 것은 결코 아니라고 판시했다. 그러나 위임입법에는 일정한 한계가 있다는 것을 전제로 이전의 판례를 개관한 후 연방대법원은 다음과 같이 판시함으로써 당해 조항의 위헌을 선언한 것이다.

“그러므로 문제가 제기된 모든 사안에 있어 당원은 헌법상 누구도 초월할 수 없는 위임의 한계가 있다는 것을 인정해 왔다. 우리는 국가부흥법 제9조 (c)가 그러한 한계들을 넘은 것이라고 생각한다. 주의 허가범위를 초과하는 유류제품의 수송에 관하여 의회는 아무런 정책도 선언하지 않았고, 아무런 기준도 설정하지 않았으며, 아무런 규범도 제정하지 않았다. 그 수송이 허용되거나 금지되어야 하는 상황이나 조건에 관해서도 아무런 요건이나 정의가 주어지지 않았다.

국가부흥법 제9조 (c)가 적법하다면 그 입법기능을 위임할 수 있는 의회의 권한에 대한 제한이 무언가 남아있으리라고 여기는 것은 소용없는 일이 될 것이다. 우리가 검토한 많은 판결들의 이유들도 공허한 것이 될 것이며 그 구별 역시 무용한 것이 될 것이다. 의회는 그 입법기능을 행사하지 않고 임의로 그리고 자신이 선택하는 사항에 관하여 그 기능을 대통령이나 그 밖의 다른 공무원 또는 행정기관에게 이양할 수 있게 될 것이다. 여기서 문제는 우리 앞에 놓인 특정 법령의 중요성에 관한 것이 아니라 우리 정부체제의 본질적 부분인 입법의 헌법적 과정에 관한 것이다.”

4개월 후 Schechter Poultry Co. 사건에서 연방대법원은 의회가 자신에게 부여된 본질적 기능을 포기하거나 이양하지 못한다고 선언했다. 따라서 의회가 스스로 법적 의무의 기준을 정립함으로써 그 본질적인 입법기능을 수행하지 않고서 행정기관에게 입법권을 위임했다면 이는 권력분립의 원칙을 위배한 것이라고 판시함으로써 위임입법을 통한 행정권의 비대화경향에 쫓기

를 박은 것이다.¹²⁶⁾ 연방대법원은 만장일치로 대통령에게 기업 협회나 기업집단의 신청에 따라 공정경쟁을 보장하기 위한 기업 규약(code of industry)을 제정할 수 있는 권한을 부여한 국가 산업부흥법 제3장 전체를 위헌으로 판정했다. 법이 부과한 대통령의 권한에 대한 유일한 조건은 승인을 위하여 기업규약안을 제출하는 집단은 해당기업의 “진정한 대표”여야 한다는 것과 “그 회원가입에 대한 형평에 반하는 제한”을 부과하지 말아야 한다는 것, 그리고 그 규약안이 “독점을 촉진하거나 소규모기업들을 배제 또는 억압하려는 목적을 가진 것”이 아니어야 한다는 것이었다. 규약안이 채택되면 그 때부터 그것은 해당업종에 대한 공정경쟁의 기준이 되었고 이를 위반하는 행위는 형사상의 경범죄(criminal misdemeanor)를 구성하여 500 달러이하의 벌금을 부과 받게 되었다. Schechter 형제는 이 법에 의하여 대통령이 승인한 자신들의 업종에 대한 규약을 위반했다는 이유로 기소되었다. 다시금 연방대법원은, 이번에는 반대의견이 없지 않았지만, 동법의 Title I 제 1장에 규정된 의회의 정책선언이 대통령의 광범위한 권한행사에 대한 기준으로서 불충분하다는 사실을 확인했다. 법원은 동법이 입법권의 적법한 위임으로 판시된 다른 법령과는 달리 공정경쟁규약의 채택에 대한 아무런 절차적 보장장치 - 가령 통지, 청문 및 증거에 입각한 사실인정 등 -를 제공하지 않았다고 꼬집어 지적했다. Cardozo대법관은 Panama Refining 사건의 외로운 반대자였으나 Schechter사건

126) David H. Rosenbloom, the Evolution of the Administration State & Transformation of Administration Law, in: Handbook, 3-36, 14.

에서는 다수의견에 동조하여 “이 규약에서 표현된 위임입법권은 범람을 막아주는 독안으로 유도되지 않고 있다. 그것은 무제한적이며 견잡을 수 없는 것이다...”라고 판시했다. Panama 사건과 Schechter 사건에서의 탁월한 판결(이로써 NIRA의 조항들이 사실상 파기되었다)은, 의회에 의한 입법권의 위임이 지나치게 넓은 범위와 위임입법의 기준의 결여를 이유로 위헌판결을 받은 매우 드문 사례였다는 점에서, 미국행정법의 역사에서 보기 드문 기념비적 판례로 평가되고 있다.¹²⁷⁾

2.2.3. New Deal 이후의 판례

Schechter 판결이래 위임입법의 한계에 관한 판례는 쇠퇴하는 경향을 보였다. 이후에도 Panama 사건과 Schechter 사건 판결에서 확인된 법리와 유사한 근거에 입각하여 위임입법에 대한 도전이 간간히 감행되었으나, 시간이 지나면서, 사법부는 입법과정에서 의회에게 상당한 형성의 여지를 인정할 용의를 지닌 것으로 판명되었다.¹²⁸⁾ 이러한 사법부의 태도변화를 보여주는 대표적인 사례로는 1943년의 Networks 판결¹²⁹⁾을 들 수 있다. 이 사건에서 연방대법원은 연방통신위원회(Federal Communication Commission : FCC)의 개방적인 ‘공익’권(Open-ended “public interest” power)을 구축하는데 기여했다. 행정규제가

127) Cornelius M. Kerwin, The Elements of Rule-Making, in Handbook, 345-382, 351.

128) Kerwin, in: Handbook, 351

129) National Broadcasting Company v. U. S., 319 U. S. 190, 63 S. Ct. 997, 87 L.Ed. 1344(1943).

없으면 라디오방송시설은 “사회에 실현가능한 최선의 서비스를 제공하는 수단”이 될 수 없을 것이라고 판시함으로써¹³⁰⁾ 연방대법원은 FCC의 규칙제정권을 지지했던 것이다.

사안은 FCC가 통신망회사들과 지방방송국들간에 체결된 계약관계에 혼선을 가져온 규정들을 제정함에 따라, 일부 통신망회사들이 1934년의 연방통신법에 의한 통신위원회의 목적은 그 권한을 전자매체의 “엔지니어링과 기술적 측면”에 국한시키고 있다는 것을 근거로 FCC가 제정한 규정들을 다루는 소송을 제기한 것이었다. 원고들은 통신법을 광의로 해석하여 FCC로 하여금 방송산업을 일반적으로 감독할 수 있도록 한다면 이는 동법을 “위헌적인 입법권의 위임”을 내용으로 한 것이어서 위헌으로 만들 것이라고 주장했다. 동법의 연혁과 문언상의 표현은 원고가 주장하는 협의의 해석에 대한 실질적인 근거가 될 수 있었다. 역사적으로 본다면 이 법의 근본적 배경은 사기업들은 근접주파수를 가진 라디오방송국들간에 전자간섭(electronic interference)을 방지할 합의를 도출해낼 수 없다는 데 있었기 때문이다. 동법의 범문 역시 대부분 그러한 전자간섭과 관련된 맥락에서 FCC의 권한을 상세히 규정하고 있었다. FCC의 일반적 권한(general powers)을 인정하는 법적 근거는 동법 제303조였는데, 같은 조 전문은 “위원회는 때때로, 공공의 편의, 이익 또는 필요에 따라 다음과 같은 권한을 수행한다”고 규정하면서 그 구체적인 권한의 범위를 정하는 기준들을 열거하고 있었다. 이들 기준들은 상당히 특정적이고 대부분이 전자간섭에 관한 기술적 사항에 관한 것이었다. 그런데 “공공의 편의, 이익 또는 필요”라는 것을 실은 그 다음에 열거된 기준들에 의해 한정되며 또 조건지어는 것으로 해석된다. 이 점이 원고 회사들의 주장이었다. 이들은 위원회가 그들과 지방방송국들간의 계약관계에 혼선을 일으키고자 동법의 조건을 초월하는 일반적 규제권을 행사하려고 시도했다고 주장하면서 이는 1934년 법의 연혁과 범문에 부합하지 않을 뿐만 아니라 “이 법의 목적은 허가사업자들의 사업을 규제하려는 데 있는 것이 아니다. 통신위원회는 프로그램, 사업경영 또는 정책에 대한 감독적 통

130) 319 U. S. 216, 63 S.Ct. 1004.

제권을 가지지 않는다.”고 판시한 1939년 연방대법원의 FCC v. Sander Brothers R.S. 판결을 인용했다.¹³¹⁾

그러나 Network 판결의 다수의견을 쓴 Frankfurter 대법관은 행정기관의 규제권에 대한 이처럼 극히 제한적인 견해는, 라디오방송시설이 “사회에 실현가능한 최선의 서비스를 제공하는 수단”이 될 수 없게 만들 것이라는 이유에서 받아들일 수 없는 것이라고 판시했다. 결국 Frankfurter는 1934년 법 제303조 서문의 규정을 가장 넓은 의미로 파악하여 FCC에게 일반적이고 무조건적인 권한을 수권한 것으로 해석하게 된 것이다. 그 이후 FCC는 이러한 ‘개방적인 공익권’을 보유하는 기관으로 간주되어 오고 있다.¹³²⁾ 이 사건 판결은 연방대법원이 전적으로 개방적인 위임입법권을 시인한 유일한 사례로 간주되고 있다.¹³³⁾ 사실 Schechter 판결 이후 근 40년 동안 연방대법원은 단 한차례도 입법권을 위임한 제정법을 과도한 위임으로 무효화한 적이 없었다.¹³⁴⁾ 이것은 위임입법의 한계원리의 역사를 고려할 때 놀라운 사실은 아니었다.¹³⁵⁾ 행정부의 규칙제정(rule-making)의 지위는 연방대법원의 이 같은 허용적 태도에 따라 개념적으로

131) 309 U. S. 470, 475, 60 S.Ct. 693, 697

132) Aman, Jr./Mayton, Administrative Law, West publishing, 1993, 21 & FN 31. 한편 FCC의 이러한 지위는 방송과 통신의 융합을 전제로 제정된 1996년의 통합통신법(Telecommunications Act of 1996)에서는, 규제개혁의 요건이 추가되기는 했지만, 더욱 확대되었다.

133) Aman, Jr./Mayton, 22.

134) Mashaw/Merril/Shane, 55; Aman, Jr./Mayton, 22.

135) Mashaw/Merril/Shane, 55.

그리고 실제적으로 확대되었다. panama 사건과 Schechter 사건 이후 35년 동안 사법부는 분명히 규칙제정을 의회의 권한수권상의 모호성에 대한 보다 나은 해결책으로 확립시켰던 것이다.

뉴딜 이후 연방대법원에 제기된 입법권비위임원칙에 대한 또 하나의 도전은 제2차 세계대전 중 물가국(Office of Price administration : OPA)에 물가통제를 위한 규칙제정권을 위임한 비상물가통제법(Emergency Price Control Act)과 관련하여 이루어졌다. 연방대법원은 이 법이, Schechter 판결에서 문제된 국가산업부흥법이 “산업을 회복시키고 자연자원을 보존한다”는 극히 광범위한 목적을 규정했던 것과는 달리, 명확히 정의된 정책에 따라 행정당국이 가격을 책정함에 있어 추구해야 할 목적과 준수해야 할 기준들을 명시하고 있어 위임입법의 한계를 넘은 것이라 볼 수 없으므로 합헌이라고 판시했다.

“가격을 책정할 수 있는 그 헌법적 권한의 범위 내에서 활동하면서 의회는 가격결정의 기초가 될 자료의 범위를 한정함에 있어 그 좁고 넓음을 결정할 수 있다. 어떤 경우든 법원의 유일한 관심사는 의회의 의지가 준수되었는지 여부를 확인하는데 있다. 이는 행정공무원이 발견해야 할 사실이나 조건들에 대한 정의가 광범위한 것인지가 아니라 그 정의규정이 행정공무원이 입법부의 의지에 순응하여 그 한계를 준수했는지 여부를 알 수 있을 만큼 그의 활동범위의 한계를 충분히 설정하고 있는지에 따라 좌우된다. ... 행정의 활동에 지침이 되는 기준들이 존재하지 않고 그 결과 적절한 절차를 통해 의회의 의지가 준수되었는지를 확인할 수 없게 되었다고 인정되는 경우에만, 인플레이션의 방지라는 법의 명시적 목적을 실현시키기 위해 행해진 수단의 선택을 정당하게 파기할 수 있을 것이다. 현재의 법에 의해 규정된 기준들은, 행정에 의해 작성되도록 되어있는 “고려사항에 대한 방침”(Statement of the

considerations)을 감안할 때, 의회, 법원 및 일반국민들이 행정이 예정된 가
격을 책정함에 있어 그러한 기준들을 준수했는지 여부를 확인할 수 있을 만
큼 충분히 명확하고 특정적(Sufficiently definite and precise)이다.”¹³⁶⁾

이 사건에서 연방대법원은 위임입법에 대한 관대한 태도를 사
법심사와 범위와 관련하여 더욱 진전시켰다. 즉 제정법적 기준
이 있어야 한다는 위임법리의 요구는 그러한 기준들이 행정기관
의 행위를 심사함에 있어 법원이 의거할 수 있는 증거를 제공
한다는 점에서 사법심사를 실행 가능하게 만드는 요인이 되기
때문이다. 1946년의 *American Power & Light Co. v. SEC*
사건에서 연방대법원은 이러한 사법심사기준(baseline-for-
judicial-review) 요건을 보다 구체적으로 설명했다.

“의회가 일반정책, 그것을 적용해야 할 공공기관, 그리고 그 위임된 권한
의 한계를 명확히 한정한다면 이는 헌법적으로 충분한 것이다. 사적 권리들을
이러한 입법적 선언들에 비추어 당해 법원에 정책의 적용에 대한 심사를
구하는 제소를 통하여 보호되는 것이다”¹³⁷⁾

1970년대까지도 이러한 판례경향은 지속되었다. 가령 *Amal-
gamated Meat Cutters and Butcher Workmen v.
Connally* 사건¹³⁸⁾에서 연방대법원은 행정기관이 명확화와 세칙
의 제정이 필요한 위임입법권을 부여받은 경우 규칙을 제정하여
제정법의 목적에 대한 기본지침과 기준들을 제시해야 할 책임은
행정공무원들의 임무라고 판시했다. 연방대법원의 판례에 있어

136) *Yakus v. U. S.* 321 U. S. 414, 425-26, 64 S.Ct. 667-68(1944).

137) 329 U.S. 90, 105, 67 S.Ct. 133, 142, 91 L.Ed. 103(1946).

138) 1971, 337 F. Supp.737; *Mashaw/Merril/Shane*, 56-65.

제한된 범위에서나마 태도변화의 조짐이 나타나기 시작한 것은 1974년의 National Cable Television Association, Inc. v. U. S. 판결¹³⁹⁾에서였다. 법원은 이 사건에서 Schechter 판결을 인용하면서 “의회는 자신에게 부여된 본질적인 입법기능을 타인에게 위임하거나 이양해서는 아니 된다”는 원칙을 재확인했다.

독립기관특별회계법(Independent Office Appropriation Act)에 의하여 의회는 행정기관(특히 FCC)에게 사적 부문에 대해 행정기관의 활동에 의해 혜택을 입었으리라 추정되는 “규제편익”(regulatory benefits)에 해당하는 가액을 부과금으로 징수할 수 있는 권한을 부여함으로써 더욱 자족적인 기관이 될 수 있도록 수권 했다. 동법은 이러한 부과금의 액수를 “정부에게 발생한 직접·간접의 경비, 수혜자에게 발생한 가치, 공공정책 또는 그 밖의 혜택을 받은 이해관계, 그리고 기타의 적합한 사실에 따라 산정하도록 규정하고 있었다.¹⁴⁰⁾ FCC가 케이블텔레비전이 얻은 이익에 대하여 백만 달러의 부과금을 부과하자 위임입법의 한계원리에 의거하여 그 산정의 적정여부를 다투는 소송이 제기되었고 연방대법원은 그 청구를 인용했다. 연방대법원은 당해 법률이 행정기관에게 마치 입법기관처럼 경합하는 가치들 가운데 자유로운 선택권을 부여했기 때문에 위헌이라고 판시함으로써 동법의 개방적인 수권 규정을 무효화했다.

위임입법의 한계원리는 1980년의 Benzene 사건¹⁴¹⁾에서, 물론 법률의 무효화를 위해서가 아니라 법해석의 준칙으로서였지만, 다시금 인용되었다. 직업안전보건국(Occupational Safety and Health Administration)은 “실행 가능한 범위 내에서, ... 어떠

139) 415 U. S. 336, 342, 94 S.Ct. 1146.

140) 31 U.S.C.A. §483a.

141) Industrial Union Dept. v. American Petroleum Institute, 448 U. S. 607, 685, 100 S.Ct. 2844, 2885, 65 L.Ed. 2d 1010(1980).

한 피용자도 유형적인 건강의 손상이나 기능적 장애를 받지 않도록 보장하기 위한 권한을 위임받고 있었다.¹⁴²⁾ 이 권한에 따라 당해 행정기관은 기업에게 사업장에서의 벤진농도를 대기중 백만분의일 이하로 제한하도록 하는 규칙을 제정·공포했고, 이에 대하여 해당 업계에서는 이처럼 낮은 벤진농도를 유지하는데는 막대한 비용이 들며 또한 중대한 건강문제를 해소해주지도 않는다고 주장했다. 이로서 당해 행정기관에게 기업에 대한 건강에 관한 기준을 그것이 이들 기업에 초래하는 비용이나 관련된 위험부담을 고려함이 없이 부과할 수 있는 권한이 위임되었는지 여부가 쟁점이 되었다. 5대 4의 결정으로 연방대법원은 당해 규칙을 파기했다.¹⁴³⁾

다수의견에 동조한 Rehnquist 대법원장은 문제의 위임입법은 헌법 제1조의 규정에 의한 합의에 의한 통치(Consensual government)의 원칙을 위반한 것이므로 무효화되어야 한다고 판시했다. 그는 그러한 규칙의 제정은 곤란한 선택(hard choices)으로서 선출된 국민대표기관에 의해 결정되어야 하는 것이지 법률의 공백을 메꾸는 일은 아니라고 지적했다. 문제의 ‘곤란한 선택’은 “장래의 사망에 대한 통계적 개연성을 그러한 사망을 방지하기 위한 경제적 비용에 비추어 무시할 수 있는지 여부”에 관한 것이었는데, 의회는 이에 관하여 결정을 내리지 못하고 “실행 가능한 범위 내에서”라는 “입법적 신기루”에 의하여 그저 “근본적이면서도 정치적 논란의 여지가 많아 입법이란 대장간에서 필요한 결정이나 타협을 만들어내기가, 불가능하지는 않더라도, 어려운, 선택을 회피함으로써”, Rehnquist 의 견해에 따르면, 책임을 행정 기관에게 전가했다는 것이다.

142) 29 U.S.C.A. § 655(b)(5).

143) 이 사건에서 벤진규칙은 무효화되었으나 당해 근거법조는 Rehnquist가 4인의 소수의견에 가담함에 따라 살아남았다.

연방대법원은 1976년의 Hampton v. Mow Sun Wong 사건¹⁴⁴⁾에서도 연방정부에 대한 외국인고용을 차단한 공직위원회(Civil Service Commission)의 규칙을 그 결정절차가 그 규칙을 뒷받침하기에는 너무 빈약하다는 이유에서 무효화시켰다. 법원은 이 사건에서 위임과정이 결과적으로 제한된 이해관계만을 고려하도록 함으로써 중요한 사적 권리의 침해를 뒷받침해 줄 수 없을 정도로 불완전한 결정절차를 초래했기 때문에 위헌이라고 판시한 것이다.

1989년에 선고된 두 개의 판결에서 연방대법원은 기준 또는 “명료한 원리”에 따른 위임 등 상이한 표현을 사용하면서도, 위임입법의 요건으로 기준이 제시되어야 한다는 것을 재확인했다. 관로안전프로그램(pipeline safety program)의 비용조달을 위한 “사용료”(user fees) 부과권의 위임이 다투어진 Skinner v. Mid-American Pipeline Co. 사건¹⁴⁵⁾과 미국양형위원회(United States Sentencing Commission)에 대한 위임이 문제된 Mistretta v. U. S. 사건¹⁴⁶⁾에서 의회는 기준을 정하여 행정기관의 권한을 한정했다. Mistretta 사건의 경우 당해 법률은 양형위원회의 설치를 촉발시킨 정책의 개요를 제시했고 그 위원회의 임무와 임무수행방법, 그리고 구체적인 상황을 규율할 특정적인 지침들을 정립하고 있었으며, Skinner 사건의 경우 행정기관의 권한을 제한한 다중적 제한규정들(multiple restrictions)은 행정기관이 사용료를 책정함에 있어 양·거리

144) 426 U. S. 99, 96 S.Ct. 1895, 48 L.Ed. 2d 495(1976)

145) 490 U. S. 212, 109 S.Ct. 1726, 104 L.Ed.2d 250(1989).

146) 488 U. S. 361, 109 S.Ct. 647, 102 L.Ed.2d 714(1989).

(volume miles), 거리(miles), 세입거리(revenue miles) 이외에 어떤 다른 기준도 사용해서는 아니 된다는 내용을 포함하고 있었고 행정기관이 부과할 수 있는 사용료 총액에 대한 상한(ceiling)이 책정되어 있었다. 세법 영역에서의 위임입법이 다투어졌던 Skinner 판결에서 연방대법원은 다음과 같이 판시했다.

“우리는 … 헌법의 조항이나 의회의 관행 어디에서도 의회가 조세부과에 관한 재량적 권한을 행정부에게 위임하는 경우에 있어 다른 경우와는 상이하고 보다 엄격한 비위임원칙이 적용되어야 한다는 결론을 내릴 근거가 나온다고는 생각하지 않는다.”

Mistretta 사건은 일견 동요하는 순수한 권력분립이론에 최후의 일격(coup de grace)을 가한 것처럼 보였다. Mistretta는 자신에게 선고된 형량이 연방양형위원회에 의해 제정된 지침에 따른 것이어서 권력분립에 위반한 것이라고 주장했다. 그러나 이러한 주장은 받아들여지지 않았다. 다수의견에 가담한 Blackmun의 견해는 오히려 “*Federalist 47*”에 면밀한 검토 결과 도출된 것이었고 권력분립이 이데올로기의 문제가 아니라 현실적 관심사라는 점을 분명히 했다. 재판부를 대표하여 그는 다음과 같이 결론지었다 : “권력분립에 적합하게, 의회는 다른 국가기관의 권력을 침범하지 않는 재결적 기능들을 사법부에 위임할 수 있는 것이다” Mistretta 사건 판결에서 연방대법원은 입법권비위임의 원칙을 재확인했으나 그렇다고 위임입법이 헌법적으로 금지되는 것은 아니며, 앞에서 본 바와 같은 “명료한 원리”(intelligible principle)라는 기준에 따르는 한 허용된다는

것이 확립된 판례임을 선언했다.

“[1] 청구인은 모든 연방법 위반범죄에 대한 양형기준(sentencing guideline)을 제정·공포할 권한을 독립된 양형위원회에게 위임함에 있어 의회는 동 위원회에게 헌법에 근거한 비위임원칙에 반하여 과도한 입법적 재량을 부여한 것이라고 주장한다. 우리는 동의하지 않는다.

[2] 비위임원칙은 우리의 3부적 정부체제의 기초가 되고 있는 권력분립의 원리에 근거를 두고 있다. 헌법은 “이 법에 의해 인정된 모든 입법권은 미합중국의 의회에 속한다”고 규정하고 있으며 따라서 우리는 오랜 기간 동안 “헌법에 의해 명해진 정부체제를 통합하고 유지해 나가야”하기 때문에 의회가 일반적으로 그 입법권을 다른 국가기관에게 위임할 수 없도록 해야 한다고 주장해온 것이다. 그러나 우리는 또한 권력분립의 원칙, 그리고 특히 입법권비위임의 법리가 의회가 그 협력기관의 지원을 얻는 것을 방해하는 요인이 되지 않는다고 인정해 왔다. 의회의 위임입법에 이러한 “명료한 원리”(intelligible principle)라는 기준을 적용함으로써 우리의 판례는 항시 변화하고 더욱 기술적인 문제들로 가득 하 점점 더 복잡해지는 우리사회에서 의회는 넓은 일반적 지침하에 입법권을 위임할 수 있는 능력이 없이는 그 임무를 완수할 수 없다는 현실적인 이해에 의해 전진되어 온 것이다. 1935년까지 당원은 위임법리를 근거로 다투어진 제정법을 무효화 한 적이 없었다. 1935년에 두 개의 법률을 과도한 위임을 이유로 무효화한 후 우리는, 물론 편차가 없지 않았으나, 넓은 기준에 의해 입법권을 위임할 수 있는 의회의 능력을 지지해 왔다. 예컨대, *Lichter v. United States*, 334 U. S., 105(초과이윤 결정권의 위임의 합헌성); *American Power & Light Co. v. SEC*, 329 U. S., 105(불공정하거나 형평에 반하는 방법으로 주주들에게 표결권을 분배하는 것을 방지할 수 있는 입법권을 SEC에 위임한 것의 합헌성); *Yakus v. United States*, 321 U.S. 414, 426(1944)(상품가격을 공정하고 형평에 맞도록, 그리고 1942년의 비상물가통제법의 입법목적을 달성할 수 있도록 한정할 수 있는 규칙제정권을 행정기관에게 위임한 것의 합헌성); *FPC v. Hope Natural Gas Co.*, 320 U.S. 591, 600(1944)(연방전력 위원회로 하여금 정당하고 합리적인 요율을 결정하도록 위임한 것의 합헌

성); National Broadcasting Co. v. United States, 319 U.S. 190, 225-226(1943)(연방통신위원회에게 “공공의 편의, 이익 또는 필요에 따라” 방송국인가권을 규제할 수 있는 권한을 부여한 위임입법의 합헌성)등을 참조. 이들 광범위한 위임에 대한 우리의 동의에 비추어 볼 때 우리는 의회가 그 권한을 양형위원회에게 위임한 것이 헌법적 요건을 충족하는데 충분히 특정적이고 상세한 것이라는 데 아무런 의문을 두지 않는다. 의회는 동위원회에게 세 가지 목표를 부과했다 : 법률에 “설정된 바와 같은 양형목적의 충족을 확실히 할 것”; “적절한 경우 개별화된 양형이 가능케 할 충분한 융통성을 유지하면서 … 유사한 범죄기록을 가진 피고인들간에 부당한 양형의 적 격차를 방지함으로써 양형의 목적을 달성함에 있어 확실성과 공정성을 기할 것”; 그리고 “현실적으로 가능한 범위 내에서 형사사법절차와 관련된 인권의 행태에 대한 지식의 발전을 반영할 것”. 나아가 의회는 동위원회가 그 임무를 수행함에 있어 추구해야 할 네 가지 목표들을 특정했다 : “범죄행위의 심각성을 반영하고, 범준수를 증진시키며 범죄행위에 대한 정당한 처벌을 확보 할 것”; “범죄행위에 대한 적절한 저지수단을 강구할 것”; “국민을 피고인의 또 다른 범죄로부터 보호할 것”; 그리고 “피고인에게 필요한 … 교정처우를 제공할 것”.

더욱이 의회는 동위원회가 양형을 규율할 때 사용할 구체적인 수단들 - 지침의 체제-을 특정적으로 제시했다. 좀더 구체적으로 말하자면 의회는 동위원회로 하여금 “각각의 피고인범주를 포함하는 범죄유형에 대해” 적용될 “양형의 한도”에 관한 체계를 발전시키도록 지시한 것이다. … 그러므로 우리는 구조나 권한 면에서 이례적으로 혼합적인 것이기는 하지만 양형위원회를 창설함에 있어 의회가 그 입법권을 과도하게 위임했거나 헌법상 협동이 요구된 국가기관들 사이의 권력의 균형을 손상하지도 않았다는 결론에 이른다. 헌법의 구조적 보호는 의회가 사법부내에 위치한 전문적 기구에게 현재 우리 앞에 놓여 있는 중요한 제정법의 지시에 따라 양형의 지침을 수립하는 복잡한 임무를 위임하는 것을 금지하지 않는다. 또한 견제와 균형에 의한 우리 권력의 체제는 의회가 유독 법관의 시계 안에 놓인 문제에 관한 정책을 형성함에 있어 사법부의 축적된 지혜와 경험을 요구하는 것을 금지하지 않는다. 그러므로 미주리 서구 미합중국 구법원의 판결은 정당하다.”

이제까지 살펴 본 것은 연방차원의 판례였다. 주 수준에서도 위임입법의 법리가 사용되고 있으며, 그 경우 그 법리의 소멸에 대한 혐의가 표명된 적은 결코 없었다.¹⁴⁷⁾ 실례로 뉴욕 항소법원은 공공장소에서 흡연통제와 관련된 건강과 사생활의 자유 사이의 비교형량(trade-offs)을 행할 수 있는 권한을 행정기관에게 위임하는 것은 위헌이라고 판시했다. 법원은 “대립하는 목적들 중 어느 것을 선택함으로써 곤란한 사회문제를 해결하는 것은 임명된 행정가 보다는 선출된 국민의 대표에게 맡겨진 영역임이 확실하다”고 판시한 것이다.¹⁴⁸⁾

2.3. 판례에 의한 위임입법의 한계기준

이제까지의 논의를 바탕으로 우리는 미국에 있어 위임입법의 한계문제는 주로 연방대법원의 판례를 통해 그리고 입법부와 행정부간의 관계라는 동적 맥락에서 다루어져 왔음을 확인할 수 있다.¹⁴⁹⁾

그 동안 연방대법원이 위임입법의 한계를 판단하게 위한 척도로 사용해 온 것은, 사안에 따라 다소 접근방법의 차이가 없지 않지만, “명료한 원리”(intelligible principle)라는 기준이었다.

147) Aman, Jr./Mayton, 26 & FN 57; Bonfeld/Asimow, State and Federal Administrative Law, 451-61(1988).

148) Boreali v. Axelrod, 71 N.Y.2d 1, 8, 523 N.Y.S.2d 464, 471, 517 N.E.2d 1350, 1356(1987).

149) Wilhelm Mößle, Inhalt, Zweck und Ausmaß - Zur Verfassungsgeschichte der Verordnungsermächtigung -, 1990, Duncker & Humblot, 48.

다시 말해 연방대법원은 “명료한 원리”의 공식을 통해 의회가 위임입법의 한계를 준수했는지 여부를 판단해 왔고 이러한 의미에서 “명료한 기준”은 위임입법의 허용여부를 결정해 주는 본래적 척도(eigentliche Gradmesser)가 되어 온 것이라 할 수 있다.¹⁵⁰⁾ “행정기관에게 지침으로 설정된 기준”(standard set up for the guidance of the administrative agency), “행정가의 활동에 대한 지침이 되는 기준”(standard for the guidance of the administrator action), “행정을 지도하는 기준”(criteria to guide the administrator)등을 다양하게 표현된 이 기준¹⁵¹⁾은 결국 입법권을 위임하는 규정이 행정부에게 부여한 행정입법적 재량을 제한하는 불확정법 개념으로서 위임입법에 대한 사법심사의 준거로 작용하고 있다. 위임입법에 대한 사법심사에서 결정적인 관건은 의회가 충분히 정의된 정책과 목표를 통하여 행정부의 입법권행사의 범위를 한정하고 이러한 입법권자의 기준에 따라 행정부가 세부적 사항을 보충하도록 함으로써 수권을 받은 행정기관이 무제한적인 권력을 행사하지 못하도록 하는 데 있었다. 여기서 문제는 의회가 그 입법권을 헌법에 반하여 위임했는지 여부가 아니라 정책과 기준을 통하여 위임입법의 범위를 한정함으로써 법원과 국민에게 행정공무원이 입법부의 의지에 순응하여 그 한계를 준수했는지 여부를 알 수 있도록 했는지 여부에 있었다.¹⁵²⁾ 즉 사법심사와 국민에 의한 통제를 가능케

150) Kerwin, in: Handbook, 351

151) *Opp Cotton Miles v. Administrator of Wage and Hour Division*, 312 U. S. 126, 657(1941), 532; *Bowles v. Willingham*, 321 U. S. 503, 647; *Yakus*, 668 등.

할 명확성이 위임입법의 기준을 통하여 확보되었는지 여부가 사법심사나 국민에 의한 통제를 가능케 할 명료한 기준이 제시되지 않았다면 그 법률은 헌법에 반하여 입법권을 위임한 것으로 보게 되는 것이다.¹⁵³⁾ 이러한 법리는 드물고 종종 마지못한 경우이기는 했지만 수권법률을 무효화하는 근거로 작용해 왔고 더욱 빈번히 사법부에 의한 법해석의 척도가 되어 왔으며, 사법부는 위임입법에 대한 사법심사에서 법문에 그러한 기준의 존재여부를 가지고 그 위임한계의 준수여부를 판단해왔다.¹⁵⁴⁾ 이렇게 볼 때 미국에 있어 위임입법의 한계를 결정해 주는 기준은 이처럼 권력분립의 관점에서 의회와 행정부의 관계를 설정해 주는 유동적 공식(Gleitformel)으로서 일면 의회입법권의 공동화와 행정부의 권한확대를 막고 이를 사법심사와 국민에 의한 통제하에 놓이게 만드는 역동적 요인이라고 이해된다.

Bernhard Schwartz는 오늘날 위임입법의 법리를 다음과 같이 요약하고 있다 : “의회는 그 입법적 권한을 행정부에게 단순히 이양할 수 없다. 의회가 부여하고자 하는 입법권의 한계는 제정법에 정의되어 있어야 한다. 권력의 위임은 제한되어야 하는데 그것은 목적과 수단 또는 그 세부적 내용까지를 입법적으로 한정하거나 위임된 권력의 범위를 제한함으로써 이루어질

152) “The standards prescribed ... are sufficiently definite and precise to enable Congress, the courts and the public to ascertain whether the Administrator ... has conformed to standards which Congress has prescribed, there is no failure of performance of “legislative function.”(Yakus v. U. S. 321 U. S. 414, 425, 64 S. Ct. 668).

153) Yakus v. U. S. 321 U. S. 414, 425, 64 S.Ct. 668(1944).

154) Aman, Jr./Mayton, 30.

수 있다. 다시 말해 제정법은 행정활동이 수행되는데 준거가 되는 틀을 포함하고 있어야 한다 : 즉 위임된 재량의 행사에 준거가 될 명료한 원리 (intelligible principle)를 규정해야 한다는 것이다.”¹⁵⁵⁾

그러나 ‘좋은 위임’(good legislation)의 척도로서 법률상 기준이 과연 신뢰할 만한 기준인가에 관하여 의문이 없지 않다는데 문제가 있다.¹⁵⁶⁾ 사실 연방대법원이 적용해 왔던 “명료한 원리”(intelligible principle)라는 기준은 원래 미리 예정된 특정한 사실 상황에서 발생한 사안을 처리하기 위해 고안된 것이었으나, 처음부터 이완된 의미의 ‘위임된 기준’이라는 더욱 모호한 맥락 속에 파문힘으로써 그 의미가 불명확해졌고, 나아가 확정된 사실인정 과정을 바탕으로 집행부에 대한 적절한 위임과 부적절한 위임을 구별해주는 기준이 된다는 발상에 의해 희석되어 왔기 때문이다. 이러한 이유에서 Krislov는 다음과 같이 지적한 바 있다.

「“명료한 원리”가 “기준들”(이들은 일관성을 갖출 필요는 없다) 보다 더

155) Bernhard Schwartz, Administrative Law, 3.ed.(1991), Boston, 579.

156) Aman, Jr./Mayton, 30. Aranson/Gelhorn/Robinson, A Theory of Legoslative Delegation, Cornell Law Review 68(1982), 5는 “대부분의 법해석가들이 입법권비위임의 법리를, 법원이 매장하기를 거부하고 있을지라도, 이미 죽은 것으로 생각하고” 있다고 지적한 바 있다. 그 밖에 연방대법원이 발전시킨 위임입법의 한계에 관한 법리에 대한 비판으로는 K.C. Davis, A New Approach to Delegation, in: University of Chicago Law Review 36(1969). 713; 그 밖에 Pünder, 52-53에 인용된 문헌들을 참조.

엄밀히 보이는 이상, 그리고 절차가 더 이상 위임을 적절히 정당화하는 대안으로 여겨지지 않는 이상, Hampton 판결이후의 시기는 보다 엄격한 법원통제가 이루어진 시기에 해당하며, Panama 판결과 Schechter 판결이 현재에 대한 선구자로서 환영받아야 할 것처럼 보일 수 있으나, 물론 그것은 현실이 아니다. 그 이유는 연방대법원이 교묘하게 그 징표(shibboleth)를 “어떤 명료한 원리”나 “설득력 있는 어떤 명료한 원리”로까지 변형시켰기 때문이다. 역사적으로 법원은 진정한 단서를 발견하지 못한 채 의회의 지침들이 전혀 구속력을 가지지 않는 것으로 생각되는 경우 이들 지침의 합헌성을 인정해왔다. 대법관들 스스로 대부분의 판결에서 이점을 지적하고 있으며, “공익”(the public interest)을 의회의 위임에 대한 충분히 “명확한 원리”로서 일정한 판례들을 최선의 증거로 인용하고 있는 것이다. 공공의 불이익으로 규제를 주장하는 행정가나 입법가들은 거의 없다.»¹⁵⁷⁾

157) Krislov, 60. 한편 Krislov에 따르면 역사적으로 위임입법을 다투거나 무효화한 몇 가지 식별 가능한 방법이 있다고 한다. 그것은 1. 위임의 대상이 된 사안에 의한 방법; 2. 관련된 정부 부서에 따라 위임자의 성질이나 피위임자의 동일성(identity)에 의한 방법, 3. 위임의 방식과 조건에 의한 방법, 그리고 4. 위임의 범위(정도)에 의한 방법 등이라고 한다. 이들 중 네 번째 것은 가장 모호하면서도 어떤 측면에서는 가장 명확한 방법이다. Schechter 판결에서 제기된 Cardozo와 Stone에게까지 영향을 미친 다툼은 위임의 폭에 관한 것이었다. 어떤 의미에서는 의회가 자신의 입법권 전체를 헌법상 양도할 수 없다는 것은 그것이 궁극적으로 정치적 문제인지 법적 문제인지 여부가 분명치 않을지라도 명백한 것이다. 예를 들면 헌법은 혼인법(marital law)이 고도로 한정적일 것을 요구하며, 의회가 헌법의 한계를 파괴하게 되면 결국 대통령의 명령에 의한 지배(presidential rule by decree)를 초래하리라는 것도 분명하다. 나머지 세 가지 근거들은 활기차고 서로 중첩하는 문제에 관한 것이다. 위임입법은 그것이 법관들로 하여금 행정관료들이 수행해야 할 결정을 내리도록 하는, 사법권의 독립에 반하는 결과를 초래하기 때문에, 또는 가령 사형의 결정을 행정관료에게 맡기는 결과가 되기 때문에 다툼의 대상이 될 수 있다. 그는 헌법 제1

연방대법원은 Waymann 판결에서 표현된 바와 같이 위임입법권의 한계를 규율대상의 중요성에 따라 결정하여 의회가 본질적인 결정을 스스로 내림으로써 행정부가 수권된 사항을 보충하는데(fill up the details) 그치도록 해야 한다는 법리를 포기했고, 결국 위임입법의 한계원리는 의회가 수권의 목적과 내용을 명확히 규정함으로써 행정부가 이를 따를 수 있도록 해야 한다는 개괄적이고 추상적인 기준으로 귀착되었다. 따라서 미국에서의 위임입법의 헌법적 한계를 결정하는 기준으로서 “명료한 원리”(intelligible principle)나 “기준”(standard)이란 결국 연방대법원의 판례에 의해 그 구체적 내용이 충진될 수밖에 없고, 따라서 어떤 수권법률이 위헌인지 여부는 거의 법원의 재량적 판단에 맡겨져 있는 것이나 다름이 없게 된 것이다.¹⁵⁸⁾ 요컨대 미국에서의 위임입법의 한계는 입법권자가 스스로 수권의 목적, 수단 또는 정도를 결정해야 한다는 명제로 표현될 수 있으나

조와 제3조의 예를 들면서 행정관료들이 사법부의 구성원들이 수행하는 그것과 동일한 결정을 하는 것은 사실이지만, 일정한 사안들은 “본래적으로(inherently)” -즉 본질적으로- 사법적이다. 마찬가지로, 의회가 그 입법권 자체를, 물론 내부적으로는 약간의 융통성을 가지고 기능할 수 있다하더라도, 위임할 수 없기 때문에, 본래 입법적 성질을 지니는 과세권(seminal legislative taxing power)은 위임될 수 없다고 주장한다.

158) Pünder, 45. 그런 뜻에서 David Schoenbrod, *The Delegation Doctrine - Could the Court give it Substance?*, in: *Michigan Law Review* 83(1985), 1223ff., 1224는 “그 기준 자체는 모호하다. 그것은 위임의 법리의 해석이 연방대법원의 변화하는 정책과 시대에 따라 시계추(pendulum)처럼 진동하도록 만들었다”고 지적하고 있다.

이러한 요구는 연방대법원에 의해 사실상 관철되지 못하고 있다고 할 수 있다.¹⁵⁹⁾

2.4. 의회거부권의 문제

미국의 경우 위임입법의 한계와 관련하여 오랫동안 논란의 대상이 되어 온 것이 입법적 거부권 또는 의회거부권(legislative veto)의 문제였다. 행정부가 먼저 집행하되 입법부는 이를 사후적으로 부인할 수 있었기 때문에 ‘의회거부권’이라고 불린 이 정치는 위임입법에 대한 의회의 효과적인 통제수단으로 활용되어 왔다. 그러나 이와 같은 의회거부권에 의한 위임입법의 통제는 1983년 Chadha판결(Immigration and Naturalization Service v. Chadha, 462 U. S. 919(1983))에 의해 중대한 타격을 입었다.¹⁶⁰⁾

이 판결에서 문제된 사안은 다음과 같다 : 입국심판관은 Chadha란 외국인의 추방조치를 이민 및 국적에 관한 법률 제244조(c)(1)(8 USCS § 1254(c)(1))의 규정에 따라 정지시켰다. 미국의 하원은 양원 중 하나에게 추방대상이 된 특정 외국인의 체류를 허용하는 행정부의 결정을 무효화시킬 수 있는 권한을 부여한 법 제244조 (c)(1)에 따라 추방정지처분을 거부하는 결의를 통과시켰다. 입국심판관은 의회의 결정에 따라 추방절차를 재개하여 당해 외국인에게 추방을 명했다. 입국항소심판소는 의회의 행위의 위헌여부

159) Pünder, 52.

160) 의회거부권의 합헌성논쟁에 관하여는 문광삼, “미국대통령의 법률안거부권과 거부권의 새로운 경향”, 『현대행정과 공법이론』 (남하서원우교수화갑기념논문집, 1991), 169-204, 197-203을 참조.

를 선언할 권한이 없다고 그 외국인의 항소를 기각했다. 연방항소법원 제9 순회법원은 의회에게 외국인의 추방을 명령할 헌법적 권한이 없으며, 법 제 244조 (c)(2)는 헌법상 권력분립의 원칙에 위반한다고 판결하였다. Brennan, Marshall, Blackmun, Stevens, O'Connor와 함께 가담한 의견에서 연방대법원장 Burger는 제244조 (c)(2)의 규정에 의한 의회거부권은 위헌이라고 판시했다. 연방대법원은 양원 중 어느 한쪽에 의한 거부권행사는 목적과 효과 면에서 입법적이며, 양원에서 다수에 의한 통과와 대통령에 대한 회부를 요구한 헌법 제1조에 의해 정해진 절차에 구속되는 것이므로 당해 규정은 위헌이라는 것이 그 이유였다.¹⁶¹⁾

Chadha 판결은 중요하고 광범위한 영향을 미쳤다. 의회가 집행부에게 양원 중 어느 한 쪽 또는 양원의 표결에 의해 수권을 철회하거나 결정을 번복할 수 있는 권리에 구속을 받는 권한을 위임하는 현상이 증가해 왔는데 이러한 경향에 제동을 걸었기 때문이라고 했다. 이 판결은 의회거부권을 위헌무효화 함으로써 실제적인 헌법적 영향뿐만 아니라 개념적으로도 중대한 효과를 가져온 것으로 평가되었다.¹⁶²⁾ 그러나 Chadha 판결에도 불구하고 이후 의회거부권규정을 포함하고 있는 많은 수의 법률들이 대통령에 의해 공포되었고 여전히 생명력을 유지하고 있다. 이와 같이 의회거부권이 존속하고 있다는 사실은 앞에서 본 바와 같이 위임입법의 한계에 관한 연방대법원의 판례와는 별도로 행정부에 대한 위임입법이 현실적으로나 이론적으로 불가피한 요구로서 정당화되고 있고 또 그 위임의 한계에 관한 법리 역시 지속적으로 완화되어 오는 상황에서 여전히 입법부가 의회거부

161) *INS v. Chadha* 103 S. Ct. 2764(1983)

162) Krislov, 53-54.

권에 의해 위임입법을 통제해야 할 필요성이 상존하고 있음을 보여주는 것이다.

3. 프랑스

3.1. 연혁

3.1.1. 초기의 법상태

프랑스 혁명기에는 구체제하에서 왕이 행사했던 입법권의 잔재를 일소하려는 목적에서 그리고 권력분립론의 엄격한 해석을 통하여 행정부에 의한 위임입법, 즉 법규명령제정권이 전적으로 부정되었다.¹⁶³⁾ 1791년의 헌법 제6조는 “행정권은 잠정적인 것을 포함하여 어떠한 법률도 제정하지 못하며, 다만 법률의 집행을 명령·촉구하기 위하여 법률에 따른 선언만을 할 수 있다”고 규정하고 있었다. 그러나 이 시기에도 현실적인 필요에 따라 의회의 위임에 의한 위임입법의 관행이 나타나기 시작했고 이후의 헌법에 의하여 행정부의 법규명령제정권이 명시적으로 인정되어 왔다. 가령 공화력 8년의 헌법 제44조는 “정부는 법안을 제출하고 법률의 집행을 위하여 필요한 명령을 제정한다”고 규정했고, 1814년의 헌법 제14조 역시 “왕은 법률의 집행과 국가의 안전에 필요한 명령과 칙령을 발한다”고 규정하고 있었다. 이후 철도의 경찰, 안전, 보존, 이용 및 개발 등을 보장하기 위

163) 김동희, “프랑스의 행정입법제도에 관한 소고”, 『서울대학교 법학』 제23권 4호(1982), 38-62.

해 필요한 조치를 규율한 공행정명령(règlement d'administration publique)이 법률에 의해 설정된 위임입법의 한계를 넘은 것이라는 이유에서 제기된 원고의 월권소송(recours pour excès de pouvoir)을 기각한 1907년의 Compagnie des chemins de fer de l'Est¹⁶⁴⁾ 판결, 국가원수의 고유한 권력으로부터 법률에 규정이 없는 경우에도 일정한 사항에 관한 행정부의 독립명령제정권(pouvoir réglementaire autonome)이 도출된다는 것을 시인한 1919년의 Labonne 판결¹⁶⁵⁾등이 나왔으나, 위임입법이 본격적으로 확대되기 시작한 것은 1926년부터였다.

1926년 이후 입법권자가 당시 국가적 임무의 확대와 변화에 적응하기 위하여 수권법(loi de pleins pouvoirs)¹⁶⁶⁾에서 일정한 기간, 조건, 목적 및 절차 등을 한정하여 행정부에게 법률의 내용을 변경할 수 있는 법률명령(décret-loi)을 제정할 수 있는 권한을 수권하기 시작했고, 이에 따라 형식은 행정부의 행위(법규명령 : décret)이지만 그 권한이나 내용 면에는 법률(loi)의 성질을 지니는 독특한 위임입법의 형태가 나타났다.¹⁶⁷⁾ 이러한

164) C.E., 6 déc. 1907: *Gr.Ar.*, n° 19, 111-116.

165) C.E., 6 août 1919: *Gr.Ar.*, n° 39, 216-219.

166) 마찬가지로 수권법으로 번역되는 'loi d'habilitation'과 구별하기 위하여 '전권법' 또는 '전권법률'이라 부를 수도 있겠지만(박인수, "프랑스의 법률명령(ordonnances)에 관한 소고", 『현대법의 이론과 실제』(금강김철수교수화갑기념논문집, 1993), 439-474, 442), 이는 주로 제3공화국과 제4공화국에서 관용된 용어로서 양자간에 절차상의 차이는 있지만 본질적인 차이가 있는 것은 아니라고 한다(김동희, 같은 글, 49).

167) 바로 그러한 이중성 때문에 '법률명령'(décret-loi)이란 이름이 붙은

법률명령에 의한 위임입법관행이 나타난 원인으로는 첫째, 국가작용의 다양화로 자유주의시대에 비해 대량의 입법작업이 요구되는데 의회의 입법절차는 이러한 증대하는 수요에 부응할 수 없다는 점, 둘째, 경제적·정치적 상황이 신속한 해결을 요하는 긴박한 문제를 제기하는데 입법작업은 매우 완만하다는 점, 셋째, 당면상황의 해결을 위한 조치들은 종종 국민의 많은 희생이 요구되는데 의원들은 이러한 인기 없는 조치에 대한 책임을 정부에 전가하려는 욕구가 있다는 점 등에 있었던 것으로 이해되고 있다.¹⁶⁸⁾

3.1.2. 1948년 헌법과 위임입법

이후 1946년의 헌법은 입법권자의 주권(souveraineté)을 완전히 부활시켰고 다시 전통적인 법률과 법규명령의 구분으로 되돌아갔다. 1946년의 헌법은 제13조에서 “국회만이 법률을 제정한다 : 국회는 이러한 권한을 위임할 수 없다”고 규정함으로써 법률명령의 제정을 위시하여 일체의 위임입법을 금지했다. 그러나 1926년부터 1940년 사이에 출현한 정치 경제적 상황에 따라 이러한 위임입법의 관행이 사라질 수는 없었고 오히려 그 강도가 더 증가할 수밖에 없었다.¹⁶⁹⁾ 이러한 현실적 요구와 위임입법을 명시적으로 금지한 헌법 제13조간의 상호모순을 해소하기 위하

것이다. Jean Rivero/Jean Waline, *Droit administratif*, 15e éd., 1994, 53. 제3공화국 하에서의 법률명령에 관하여는 박인수, 앞의 글, 441-443; Delvolvé, *Les délégations de matières en droit public*, thèse, Toulouse, 1930; Vedel, *Droit administratif*, 219-220; 김동희, 앞의 글, 47 등을 참조.

168) 김동희, 같은 곳.

169) Rivero/Waline, 54.

여 그 형식이나 외형상의 조작을 통하여 종래의 법률명령과는 구별되면서도 정부에게 실질적으로 법률의 변경권을 부여할 수 있는 다양한 입법기술이 활용되게 되었다. 당시 채용되었던 대표적인 방법을 살펴본다면 다음과 같다.

① 법규명령고유사항의 방법(notion de domaine réservé au pouvoir réglementaire) :

1948년 8월 17일의 법률은 성질상 법규명령에 속하는 사항(ayant par nature un caractère réglementaire)에 관한 긴 목록을 규정하고 있었다. 이러한 사항들은 행정부에 고유한 영역에 속하기 때문에 설사 법률이 이에 관한 규정을 둔다 해도 그것은 어떤 의미에서는 잘못된 것이어서 정부가 Conseil d'État의 자문과 국무회의(Conseil des ministres)¹⁷⁰⁾의 의결을 거쳐 제정하는 법규명령(décret)에 의하여 언제라도 폐지하거나 개정하고 또는 새로운 규정으로 대체할 수 있는 것으로 간주되고 있었다.¹⁷¹⁾

② 개요법률의 방법(loi-cadres) :

일정한 범위 안에서 실현되어야 할 개혁의 원리를 정의하고 그 기본적 골격을 규정하며 또 정부에게 법률의 내용을 수정할 수권을 받아 법규명령에 의하여 그러한 개혁을 추진할 것을 규정한 법률을 ‘개요법률’ 또는 ‘골격입법’¹⁷²⁾이라 하는데(가령

170) 프랑스 헌법상 국무회의에 관하여는 성낙인, 『프랑스 헌법학』, 박영사, 1995, 403이하를 참조.

171) Rivero/Waline, 54.

1956년 6월 23일의 법률처럼 해외영토의 지위 개혁에 관한 법률) 이를 통하여 정부에 대한 실질적인 위임입법이 가능하게 되었다.

③ 제한된 권한위임의 방법(délégations de compétence limitées) :

법률명령에 의한 입법관행의 합헌성여부에 관한 정부의 문의에 따라 제출된 1953년 2월 6일 Conseil d'État의 자문의견¹⁷³⁾은 합리적인 범위 안에서 법률명령의 입법관행이 합헌적이라고 확인하였다. Conseil d'État는 헌법과 공화국의 전통·관행에 의하여 입법권자에게 유보된 고유의 입법사항(domaine législatif par nature)과 법률의 규정에 의한 입법사항(domaine législatif par détermination de la loi)을 구분하여 전자에 관하여는 수권법(loi d'habilitation)에 의하여 정부에게 입법권을 위임할 수 없으나, 후자는 본질적으로는 입법사항이 아닌 것을 법률의 규정에 의하여 입법사항으로 된 것이기 때문에 이에 관한 한 의회가 그 규율권을 정부에게 환원시킬 수 있으며 그에 따른 법률명령의 입법관행은 합헌적이라고 선언했다. 그 결과 수권법은 고유한 입법사항 이외에 관하여 법률명령의 제정권을 정부에게 위임할 수 있게 되었다.¹⁷⁴⁾ 그러나 Conseil d'État는

172) 김동희, 앞의 글, 41.

173) R.D.P., 1953, 170.

174) 김동희, 앞의 글, 48은 이를 '입법사항의 이분론'이라고 지칭하고 있다. 한편 당시의 법률명령과 제3공화국에서의 법률명령의 차이에 관하여는 F. Luchaire/G. Conac, La constitution de la république française, 2e éd., Economica, 1987, 753; 박인수, 앞의 글, 444

수권법상 명시된 특별한 권한에 할당된 목적규정이 정부에게 국민주권의 행사를 위양하는 결과를 초래할 정도로 일반적이고 불명확해서는 아니 된다는 제한이 따른다고 함으로써 위임입법의 한계를 분명히 했다. 1953년과 1958년 사이에 나온 수권법들(les loi de pleins pouvoirs)은 바로 이러한 Conseil d'État의 의견에 힘입어 제정된 것이며, 특히 1958년의 헌법에 의한 입법사항과 독립명령사항의 획정 역시 그 영향에 따른 것으로 이해되고 있다.¹⁷⁵⁾

3.2. 1958년의 헌법과 위임입법

3.2.1. 헌법규정

독일이나 미국, 일본 또는 우리 나라와는 달리 프랑스의 경우 위임입법은 그 특유한 입법적 전통에 따라 형성된 것이므로 종류나 형태, 범위, 효력 면에서 매우 독특한 모습을 띠고 있다. 1958년의 헌법은 법률과 명령의 구별에 관한 종해의 기준을 근본적으로 변경하지는 않았으나 입법사항을 한정하고 행정부의 입법권을 명시하는 등 적지 않은 변화를 가져왔다. 즉, 1958년의 헌법은 제34조에서 국회가 법률로써 규율해야 할 사항(입법사항)을 제한적으로 열거한 후, 제37조에서 입법사항에 속하지 않는 사항은 법규명령사항의 성질을 가진다고 규정하고 있다. 한편 헌법은 제38조에서 행정부에게 법률명령제정권을 부여함으로써 행정부 고유의 입법권을 명시적으로 보장하고 있다. 따라

를 참조.

175) Rivero/Waline, 54; 김동희, 같은 글, 49.

서 헌법규정에 따라 위임입법의 유형도 다양하게 성립할 수 있게 되었다.

먼저 입법사항을 살펴보면 헌법은 제34조에서 국회의 법률제정권의 범위를 규정하면서 이를 규범(règles) 제정사항과 기본원칙(Principes fondamentaux) 제정사항으로 나누어 열거하고 있다.¹⁷⁶⁾ 규범제정사항은 여덟 가지로 나뉘는데, ① 시민적 권리 및 공적 자유의 행사를 위하여 시민에게 부여된 기본적 보장, 국토방위에 의하여 시민에게 부과된 시민의 신체 및 재산에 대한 의무, ② 국적 및 개인의 신분·능력, 혼인제도, 상속 및 증여, ③ 중죄 및 경범죄의 결정과 이에 부과하는 형벌, 형사절차, 사면, 새로운 재판제도의 창설 및 사법관의 신분, ④ 모든 종류의 조세의 징수근거, 세율, 징수방법 및 통화발행제도, ⑤ 양원회의 및 지방의회의 선거제도, ⑥ 모든 공법인의 창설, ⑦ 국가의 공무원 및 군인에게 부여된 기본적 보장, ⑧ 기업의 국유화 및 공기업에서 사기업으로의 소유권이전 등이 그것이다(§ 34). 한편 기본원칙제정사항이란 ① 국방의 일반적 조직, ② 지방자치단체의 자치행정, 권한 및 자원, ③ 교육, ④ 재산권제도, 물권, 민법 및 상법상의 채권, ⑤ 노동권, 노동조합권 및 사회보장권에 관한 사항으로서(§34), 이 경우 의회는 규범제정사항에

176) 그러나 헌법평의회(Conseil Constitutionnel)의 판례에 의하여 이러한 구별의 경계선이 와해되기 시작하였고 구별의 경계를 분명히 정한다고 해도 기본원칙사항의 영역에 대한 독립명령의 기능성을 부정적으로 이해함으로써 양자의 구별실익이 점차 사라지고 있다고 한다(박인수, “프랑스의 법률명령(ordonnances)에 관한 소고”, 『헌대법의 이론과 실제』 (금강김철수교수화갑기념논문집, 1993), 447.

대해서는 법률에 의하여 규율하도록 되어 있기 때문에 행정부는 헌법 제13조의 조항에 반하지 아니하는 범위 안에서 수상에게 법규명령제정권을 부여한 헌법 제21조에 의거하여 종속적 법규명령제정권(pouvoir réglementaire subordonné)과 집행명령권(pouvoir réglementaire d'exécution)을 행사할 수 있을 뿐이다. 헌법 제21조는 수상에게 법률의 집행을 보장할 의무를 부과하면서 “제13조의 규정의 유보하에 명령제정권을 행사”하도록 수권하고 있다. 반면 기본원칙제정사항에 있어서는 법률이 기본적인 원칙만을 규정할 수 있으므로, 그 밖의 사항에 대해서는 행정부에게 유보되어 있어 이에 관하여 법률보충명령이 제정될 수 있다.

또한 헌법 제37조는 “입법사항 이외의 사항은 법규명령사항의 성질을 가진다”고 규정하고 있는데, 이 조항에 의하여 행정부는 독립명령(réglement autonome)¹⁷⁷⁾을 제정하여 규율할 수 있다. 독립명령은 그 법적 성격과 효력 면에서 법률과 구별되지만, 법률사항을 전제로 그에 종속된 명령, 즉 법률유보에 의한 종속명령이 아니라 헌법유보에 의한 독립명령이라는 점에서¹⁷⁸⁾ 기본법 제34조에 의한 법률사항에 관하여 행정부가 행사할 수 있는 종속적 법규명령과도 구별된다. 법률명령과 독립명령은 전자가 의회에 의하여 승인되기 전까지는 명령으로서의 효력을 가진다는 점에서 동일하다고 볼 수 있으나, 법률명령은 그 대상을 법

177) 독립명령에 관하여는 김동희, 앞의 글, 42-46을 참조.

178) J. de Soto, La loi et le règlement dans la Constitution la 4 octobre 1958, RDP., 1959, n° 2; L. Hamon, Les domaines de la loi et la règlement à la recherche d'une frontière, RDP., 1966, p.106등.

를사항으로 하는데 비하여 독립명령은 헌법 제37조에 의한 명령사항을 대상으로 한다는 점에서 구별된다.¹⁷⁹⁾

한편 헌법 제38조는 “정부는 시정방침의 수행을 위하여 일정 기간 동안 본래 입법사항에 속하는 조치를 법률명령으로써 취할 수 있는 권한을 부여해 달라고 국회에게 요구할 수 있다”고 규정함으로써 정부에게 법률명령제정권을 부여하고 있다. 법률명령이란 입법사항에 관하여 수권법에 의한 국회의 위임을 받아 제정되는 것이고 수권법률안에서 정한 기간 내에 이를 승인하는 법률안이 국회에 제출되지 않을 때에는 효력을 상실하는 것이므로, 프랑스 특유의 제도이기는 하지만, 그 내용이나 효력상 위임 입법의 한 형태라고 볼 수 있다. 법률명령은 이미 앞에서 살펴본 바와 같이 제3공화국이후의 입법관행에 따라 형성·발전되어 온 것이다. 법률명령은 그 밖에도 1962년 4월 8일의 국민투표에 의하여 제정된 1962년 4월 13일의 국민투표법률 제2조에 근거하여 발령된 법률명령과 헌법 제47조 제3항에 의해 발해지는 예산법률명령(*les ordonnances budgétaires*), 그리고 헌법 제92조에 의해 발해지는 경과조치법률명령을 들 수 있다.¹⁸⁰⁾

끝으로 헌법 제16조는 예외적 입법조치로서 대통령에게 예외적 상황에 있어 비상대권에 의한 조치(*mesures*)를 취할 수 있

179) 박인수, “프랑스의 법률명령(*ordonnances*)에 관한 소고”, 『현대법의 이론과 실제』 (금강김철수교수화갑기념논문집, 1993), 449

180) 법률명령에 관하여 상세한 것은 박인수, 앞의 글, 450-453; Touscoz, *La notion d'ordonnance*, *Études de Droit Public*, 1964; Mesnard, *Ordonnances, lios d'orientation ou loi-cadre?*, *R.D.P.*, 1982, 1073 등을 참조.

다고 규정하고 있다.

3.2.2. 헌법상 인정되는 위임입법의 유형

앞에서 살펴 본 바에 따르면, 프랑스 헌법은 제한적으로 열거된 법률사항에 해당하지 않는 사항에 대하여는 일반적으로 법규명령을 발할 수 있도록 함으로써 행정부에 의한 입법의 형성여지를 널리 인정하는 독특한 접근방식을 견지하고 있는 것으로 판단된다. “입법사항 이외의 사항은 법규명령사항의 성질을 가진다”고 규정하고 있는 헌법 제37조의 규정에 따라 법규명령의 영역은 헌법 제34조에서 열거된 입법사항 이외의 영역이 되며 이러한 입법사항에 의해서만 제한을 받게 된다. 그 결과 행정부는 이론상 일반적 법규를 제정함에 있어 보통법적 권한(compétence de droit commun)을 보유하며, 입법권자는 단지 귀속권한(compétence d’attribution)만을 행사하도록 되었고, 법규명령사항에 있어 행정부는 입법권자가 특별한 제약을 가하지 않는 한 원칙적으로 무조건적인 권한을 행사하며, 입법권자의 그것과 유사한 입법형성의 자유를 누릴 수 있다(어떤 입법적 성질을 가진 법문도 그러한 자유를 제한하지 않기 때문에). 이와 같이 법규명령제정권에 새로운 영역이 열려졌음에도 불구하고 “법률의 집행”(exécution des lois)에 의해 한정된 전통적인 행동범위의 한계는 그대로 존속하고 있다. 즉 과거와 마찬가지로 입법적 영역에 있어 국회에 의해 의결된 법률의 집행에 필요한 법규명령을 제정하는 것은 여전히 행정부에 속하는 것이다. 다만 이 경우 행정부는 종속적이고 제한된 입법권만을 행사할 뿐이다.¹⁸¹⁾

이와 같이 1958년의 헌법은 넓은 의미의 행정입법, 즉 정부의 입법권에 관하여 법률중속명령에 해당하는 행정명령(réglement)¹⁸²⁾ 및 법률보충명령을, 법률대위명령에 해당하는 독립명령(réglement autonome)과 법률명령(ordonnance)을, 그리고 예외적으로 입법조치인 대통령의 비상대권에 의한 조치(mesures)를 각각 인정하고 있다고 볼 수 있다. 그러나 본 연구에서 논의의 대상으로 삼는 위임입법에 해당하는 것은 다음의 몇 가지에 국한된다.

먼저 이들 가운데 법률중속명령의 성질을 지니는 행정명령(réglement)은 대체로 우리 나라의 위임명령 및 집행명령에 해당한다고 볼 수 있다.¹⁸³⁾ 법률중속명령으로서 법률보충명령, 법률대위명령에 해당하는 독립명령(réglement autonome)과 법률명령(ordonnance)은 우리 나라에는 없는 프랑스에 특유한 입법 형식이다. 법률명령은 국회의 승인을 요하는 수권법률의 위임을

181) Rivero/Waline, 55.

182) 여기서 말하는 ‘행정명령’이란 프랑스에서 우리 나라의 법규명령에 해당하는 법형식을 가리키는 말로서 통상 행정규칙의 성질을 지닌 행정명령(Verwaltungsverordnung)과는 구별되는 개념이다. 1958년 헌법은 이러한 명령제정권을 명시적으로 인정하는 규정을 두지는 않았지만, 과거의 예처럼 명령제정권은 헌법 제21조에 의한 정부의 법률의 집행권에 내재하는 권한으로 해석되고 있다(김동희, 앞의 글, 40). 한편 공행정명령(réglement d’administration publique)이란 행정명령의 유형은 1980년 7월 9일의 법률에 의하여 폐지되었다(Rivero/Waline, 64).

183) 김동희, 같은 글, 40 및 같은 곳의 각주 6; 법무부, 『위임입법에 관한 연구』, 법무자료 제171집(1993), 61.

받아 제정되고 국회의 승인을 얻기 전까지는 법규명령으로서의 성질을 지니게 되는 까닭에 위임입법의 한 유형으로 논의될 수 있다. 법률보충명령은 프랑스 행정법상 독자적인 형태의 행정명령으로 취급되고 있는 것은 아니지만 헌법 제34조에 의하여 기본원칙(principes fondamentaux) 사항만을 정하도록 되어 있는 기본권척법률과 관련하여 제정되는 법률종속명령인데, 이것은 제4공화국 하에서 형성된 개요법률(골격입법: lois-cadres)의 관행이 헌법제도로 명문화된 것으로서, 위임입법은 아니지만 헌법이 법률로써 기본권척만을 규율하도록 한 결과 그 밖의 사항에 관하여는 일종의 위임입법과 유사한 법규명령제정권이 인정된 것으로 볼 수 있으며, 이 경우 행정명령 들 다른 법규명령에 비하여 정부의 권한이 확대되는 결과가 된다.

헌법 제37조에 기하여 제정되는 독립명령은, 1960년 2월 12일의 Eky 회사판결(C.E., 12 fév. 1960, Sté Eky, D. 1960, 263)에 의하여 다른 법규명령과 마찬가지로 행정행위의 일종으로서 사법적 통제를 받는 것으로 인정되어 왔기 때문에 그 내용이나 목적에 비추어 볼 때 역시 위임입법이라기 보다는 일종의 헌법적 위임입법이라 해야 할 것이다. 반면 헌법 제16조에 의한 비상조치는 엄밀한 의미에서 위임입법이 아니므로 헌법 제16조에 의한 비상조치는 엄밀한 의미에서 위임입법이 아니므로 논의의 대상에서 제외해야 할 것이다.

3.3. 위임입법의 한계에 관한 판례와 학설

3.3.1. 법률종속명령

행정명령과 법률보충명령을 포함한 법규명령을 제정함에 있어 헌법상 명시적 한계는 규정되고 있지 않다. 가령 행정명령은 헌법 제21조에 의한 정부의 법률집행권에 내재하는 권한에 의거하여 제정되는데 종종 법률의 ‘위임’(invitation)에 의하여 제정되지만, 법률의 ‘위임’이 없는 경우에도 정부는 법률의 집행을 위하여 필요한 사항을 행정명령으로 규율할 수 있다고 보는 것이 학설과 판례의 태도이다.¹⁸⁴⁾ 따라서 법률의 어떤 경우에도 어느 정도까지 행정명령의 제정을 위임할 수 있는가 하는 문제도 불분명하며, 다만 헌법상 입법사항으로 규정된 사항에 관하여는 이를 행정명령으로 정할 수 없다는 헌법직접적 한계가 타당할 뿐이다. 한편 행정명령을 원칙적으로 법률의 집행에 필요한 구체적 사항만을 정할 수 있으며 이를 넘어서 국민에게 의무를 부과하거나 권리를 제한하는 절차를 규정하는 것은 그것이 법률의 집행을 위하여 불가결하다고 인정되는 경우에 한하여 인정된다고 한다.¹⁸⁵⁾

프랑스에 있어 정부, 다시 말해 각각의 발령권자가 어떤 경우에 어떤 범위 내에서 행정명령을 제정할 수 있는가 하는 문제는 우리 나라나 미국, 독일 등에서와 같이 위임입법 자체의 한계로서 논의되고 있지는 않는 것으로 보인다.¹⁸⁶⁾ 다만, 법규명령

184) 김동희, 앞의 글, 40.

185) 김동희, 앞의 글, 40; 전국가족협회연합관결(C.E., 1953, 12.12).

186) 김동희교수(같은 곳)에 의하면 공행정명령은 행정명령의 특별한 형태로서 관계법이 ‘이 법률의 필요한 사항은 공행정명령으로 규율한다’는 내용의 명시적 규정이 있는 경우에 제정되는 것으로서 이 경우 정부의 규율권이 단순행정명령에 비해 확대되어 마치 우

제정권의 행사방식에 대한 한계가 다음에 보는 바와 같이 권한, 형식, 조직 등의 측면에서 주어지는 것으로 이해되고 있다.

(1) 권한상의 한계

법규명령의 성질을 띤 행정명령의 제정은 그 권한의 성질에 비추어 재량적인 것과 기속적인 것이 있을 수 있다. 후자의 경우 가령 시장이 공중보건의 질서를 유지하기 위하여 필요한 경찰상 행정명령의 발령을 거부하는 것은 위법을 면할 수 없다.¹⁸⁷⁾ 마찬가지로 정부가 법률을 적용하는 데 필요한 행정명령을 상당한 기간(*délai raisonnable*) 내에 발하지 않는 경우 위법한 부작위가 되어 국가배상책임을 발생시킨다.¹⁸⁸⁾

(2) 형식상의 한계

행정명령은 각기 그 발령권자에 따라 가령 공화국대통령이나 각부장관이 발하는 행정명령 ‘*d’écrot*’, 각부장관, 도지사 또는 시장이 발하는 ‘*arrêté*’ 등 다양한 형태를 띠게 된다. 따라서 그 유형과 성질에 따라 각기 다양한 절차적 구속을 받는다.

리 나라의 위임명령과 같은 것이 된다고 한다. 하지만, 과연 법률이 어떤 경우에 어떤 범위에서 그러한 명시적 규정을 둘 수 있는가 반드시 분명하지는 않았다. 그러나 1980년 7월 9일의 법률에 의하여 공행정명령이란 행정명령의 유형을 폐지되었으므로 논의의 실익도 사라지고 말았다.

187) C.E., 23 oct. 1959, Doublet, D., 1960, 195.

188) J.-M. Breton, L’obligation pour l’Administration d’exercer son pouvoir réglementaire d’exécution des lois, R.D.P., 1993, 1749.

(3) 행정조직상의 한계

행정명령제정권의 행사에 관하여는 헌법 제34조 및 제37조에서 유래하는 국가조직상의 단계가 있다. 행정명령의 전속적 사항에 대하여는 정부는 헌법 및 법의 일반원칙에 의해서만 제한되는 자유를 누릴 수 있다. 그러나 그 밖의 영역에서는 과거의 방식이 계속 적용된다. 이에 따라 입법권자는 수상에게 법률의 적용을 위해 필요한 행정명령을 제정할 책임을 부과할 수 있으며, 이 경우 당해 법률의 효력발생일은 일반적으로 그러한 행정명령이 제정된 시점에 따르게 되므로 수상은 자신의 행정명령제정권을 행사해야 한다. 그는 당해 법률이 정한 조건에 구속을 받는데, 그는 법률을 보충할 의무를 지지만 당해 법률을 위반할 수 없기 때문이다. 1980년 7월 9일의 법률 이전까지는 입법권자가 수상으로 하여금 Conseil d'État의 전원회의(assemblée générale)의 자문절차를 거친 후에만 행정명령을 제정할 수 있도록 의무를 부과할 수 있었다.¹⁸⁹⁾ 당시 법률이 공행정명령(réglement d'administration publique)에 의해 규율할 것을 명시적으로 규정하고 있었기 때문이다. 이 공행정명령이란 표현은 당해 행정명령이 이를 수상이 법률에 의하여 당해 법률을 시행하기 위하여 발해야 할 의무를 지며 또한 절차적 관점에서 Conseil d'État의 전원회의에 자문에 구속되고 있었기 때문에 나온 것이었다.¹⁹⁰⁾ 입법권자의 위임(invitation)이 있을지라도 공행정명령은 어디까지나 행정행위였을 분 입법적 성질을 띤 행위가 아니었기 때문에 다른 행정행위와 마찬가지로 Conseil

189) 이에 관하여 상세한 것은 Rivero/Waline, 63을 참조.

190) Rivero/Waline, 64.

d'État에 의한 사법심사의 대상이 되었던 것이다.¹⁹¹⁾ 그러나 1980년 7월 9일의 법률, 1980년 7월 21일의 조직법(loi organique) 및 1980년 7월 31일의 테크레(décret)에 의하여 이 공행정명령이란 행정명령의 유형을 폐지되었다.¹⁹²⁾ 따라서 그 이후부터는 법률이 행정명령제정권자에게 그 조항의 시행을 위한 행정명령을 제정하도록 규정한 경우 보다 간단한 형태인 'Conseil d'État의 행정명령(décret en Conseil d'État)'을 발할 수 있게 되었다.

한편 법률이 명시적으로 규정하지 않더라도 수상에게 부과된 법률의 집행을 확보할 임무(mission d'assurer l'exécution des lois)로부터 임의로 법률의 적용을 위하여 필요한 행정명령을 발할 수 있는 권한이 도출된다. 이 경우 앞의 경우처럼 법률에 대한 적합성이 행정명령의 적법성을 좌우하게 된다.

지방자치단체의 행정명령에 관해서는 법률과 상급관청의 행정명령의 규정을 준수해야 하는 구속을 받는다.

3.3.2. 법률명령

위임입법의 일종으로서 법률명령의 한계는 “정부는 시정방침의 수행을 위하여 일정기간 동안 본래 입법사항에 속하는 조치를

191) C.E., 6 déc. 1907, Cie des chemins de far de l'Est, *Gr.Ar.*, n° 19.

192) *Gr.Ar.*, n° 19, 115(Obsevation, C.E., 6 déc. 1970, Cie des chemins de fer de l'Est). 한편 이를 둘러싼 Conseil d'État와 Conseil Constituionnel간의 견해대립에 관해서는 Guy Carcassonne, *La Résistance de l'Assemblée Nationale à l'absissement de son rôle*, R.D.P., 1984, 946ff.을 참조.

법률명령으로써 취할 수 있는 권한을 부여해 달라고 국회에게 요구할 수 있다”고 규정한 헌법 제38조에 의하여 직접 설정되고 있다. 즉 법률명령은 그것이 정부의 시정방침(programme)의 수행을 위하여 필요한 경우에 한하여 제정된다는 점에서 수권목적상의 한계를 지니며, 규율사항 면에서는 본래 입법사항에 속하는 사항을 규율하는 것이라는 데 한계를 지닌다. 또한 법률명령은 국회의 승인을 필요로 하는 수권법률의 위임에 의하여 제정된다는 점에서 수권법률에 의한 제한 하에 놓이게 된다. 정부가 법률명령을 제정할 수 있는 입법권을 위임받기 위해서는 그 시정방침을 수행하기 위한 목적과 일정한 기간을 정한 수권법률안(projet de la loi d’habilitation)을 국회에 제출하여야 하며, 이 수권법률안에서는 입법권위임기간과 위임기간종료이후 승인법률안(projet de la loi ratification) 제출기한이 명시되어야 한다. 법률명령은 헌법 제38조 제2항이 규정하는 바에 따라 Conseil d’État의 의견을 청취한 후 국무회의에서 채택되며, 이를 공포함으로써 효력을 발생한다. 만일 수권법에서 정한 기간 내에 이를 승인하는 법률안이 국회에 제출하지 않을 때에는 효력을 상실하는 것이므로, 그 때까지는 법규명령으로서의 효력을 가지며 또 월권소송을 통한 사법심사의 대상이 된다.

(1) 수권목적상의 한계

행정부가 수권법률안을 제출하여 승인을 요구할 수 있는 목적은 헌법 제38조 제1항에 따라 “정부가 그 시정방침(programme)의 수행을 위하여” 필요한 경우로 국한되어 있다. 그러나 이 시정방침 또는 계획이 무엇을 의미하느냐에 대하여

는, 특히 헌법 제49조가 규정하는 ‘행정부의 계획’(programme)과 관련하여 학설상 논란이 있다. 먼저 양자를 동일하게 보는 견해는 헌법 제38조에 의한 수권법률의 승인을 요구하기 위해서는 행정부가 제49조에 의하여 그 계획을 공포 해야 하며 당해 계획에 대하여 행정부의 책임을 명확히 연계시켜야 한다고 주장하는데 반하여, 헌법 제38조에 의한 계획은 행정부가 수권을 요구하는 이유, 즉 행정부가 법률명령이란 수단에 의하여 문제를 규율하고자 하는 이유를 구체적으로 제시해야 한다는 것을 의미한다고 주장하는 견해가 있다.¹⁹³⁾ 후자의 견해에 따르면 법률명령의 수권목적상의 한계로서 ‘정부의 시정방침(programme)의 수행을 위하여 필요한 경우’라는 것은 결국 제49조의 계획과는 동일한 것이 아니며, 제49조의 그것보다는 덜 구체적일지라도 단순하고 정책이나 목적의 설정보다는 더 구체적인 것으로 이해하게 된다.¹⁹⁴⁾ 한편 헌법평의회는 1977년 1월 12일의 결정에서 후자의 견해를 지지했다.¹⁹⁵⁾

(2) 수권사항의 한계

수권이 이루어지는 영역은 헌법 제38조 제1항의 규정에 따라 “정상적으로는 법률사항에 속하는 사항”에 국한된다. 법률명령의 제정에 의회의 수권이 요구된다는 점을 고려할 때, 그 수권

193) P. Pactet, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 10e éd., 1991, 529; 박인수, 앞의 글, 454-455에서 재인용.

194) 박인수, 같은 곳.

195) C.C. 1977.1.12 n° 76-72 DC; C.C., Rec., 31; RDP., 1977, 468, C omm. Favoreu et Philip; AJDA., 1977, 258, note J.P. Lebreton; 이에 관하여는 박인수, 467이하를 참조.

사항이 의회의 관할인 법률사항에 국한되고 있다는 것은 자명한 것이라 볼 수 있다.¹⁹⁶⁾

법률명령의 사항적 영역은 따라서 일반법률의 그것과 동일하며, 비단 헌법 제34조에 열거된 규범제정사항, 기본원칙제정사항 뿐만 아니라 헌법의 다른 규정들과 1789년의 인권선언, 1946년 헌법의 전문 등을 통하여 명백히 도출될 수 있는 법률사항과 법의 일반원칙, 헌법평의회의 판례를 통해 확대된 법률사항 등 모두를 포함하는 것이라 보는 것이 일반적이다. 그러나 수권사항을 수권법률에서 특정적으로 명시해야 하는가에 대하여는, 수권기간동안 행정부에게 위임될 법률사항의 구체적 목록을 명시해야 한다는 견해와, 이러한 목록이 구체적으로 제시될 수 없을 뿐만 아니라 행정부는 국회가 위임한 목적의 달성에 필요한 모든 법률사항에 관여할 수 있다고 보는 것이 타당하므로 반드시 수권사항의 특징이 요구되는 것은 아니라고 보는 견해가 대립되고 있다.¹⁹⁷⁾ 후자의 입장에 설 경우 수권목적의 구체성에 대한 법적 통제의 중요성이 더 커질 것이다.

수권법률은 정부의 법률명령제정권을 입법사항에 한하여 수권할 수 있다. 종래의 체제에 따라 1960년 2월 4일의 수권법률은 그 법률명령의 제정에 대해 부과된 목적을 정의함으로써 매우 광범위한 조건을 정하고 있었다. 이러한 방식은 다시 1967년 6월 22일의 법률에 의해 사용되었으나 이번에는 정부의 법률명령제정의 대상이 되는 사항이 보다 명확하게 한정되었다. 헌법평의회는 1977년 1월 12일과 1986년 6월 25일의 결정들을 통

196) 동지, 박인수, 같은 곳.

197) 박인수, 앞의 글, 455.

하여 이러한 명확한 수권사항의 한정(précision)을 의무화했다. 즉 수권법률은 법률명령의 대상이 되는 규율영역을 분명히 명시하지 않으면 위헌이라는 것이다. 따라서 수권법률은 이러한 수권영역의 명확성요건에 구속을 받게 되었다.¹⁹⁸⁾

(3) 수권기간의 한계

헌법 제38조 제 1항은 법률명령의 수권기간을 ‘일정기간 동안’(pendant un délai limité)으로 한정하고 있다. 이러한 기간상의 요건은 의회의 입법권이 실질적으로 포기되지 않도록 하기 위해 규정된 것이나 구체적으로 언제까지나 ‘일정기간’이나 하는 것은 논란의 여지가 있을 뿐만 아니라 극단적으로 장기간의 수권이 이루어진 경우를 제외하고는 헌법적 통제도 사실상 곤란한 입법적 재량에 속하는 것이라고 볼 수 있을 것이다.

198) Rivero/Waline, 59. 그러한 예로는 가령 사회적 영역에 관한 1982년 1월 6일의 법률(L.6 Janv. 1982)과 공기업의 사영화에 관한 1986년 7월 2일의 법률(L.2 juil.1986)을 들 수 있다.

4. 일본

4.1. 행정입법에 관한 헌법의 제정

일본국헌법 제14조는 “국회는, 국권의 최고기관이며 국가의 유일한 입법기관이다”라고 규정하고 있고, 동 제73조는 “내각은, 다른 일반행정사무 외에, 좌의 사무를 행한다”라고 하면서 그 제6호에서 “이 헌법 및 법률의 규정을 실시하기 위하여 정령을 제정하는 일, 다만 정령에는, 특히 그 법률의 위임이 있는 경우를 제외하고는, 벌칙을 설정할 수 없다”라고 규정하고 있다. 한편 동헌법 제94조는 “지방공공단체는 그 재산을 관리하고, 사무를 처리하며, 또한 행정을 집행하는 권능을 가지며, 법률의 범위 내에서 조례를 제정할 수가 있다”라고 규정하고 있다.

이러한 일본의 현행헌법 아래서 대체로 구헌법에서와 같이 법률의 수권에 의거하지 아니하고 제정된 독립명령은 허용되지 아니하고, 법률의 수권에 의거한 넓은 의미의 위임명령만이 허용되는 것이라는 데에 의견의 일치를 보고 있다. 그러나 법규명령의 일종으로서의 집행명령의 제정에 대하여는 명확하지 않다. 통설은 헌법 제73조 제6호 본문에서 규정하고 있는 “실시”는 집행을 의미하는 것이며 따라서 위 본문이 집행명령의 헌법적 근거이므로 법률의 수권을 요하지 아니하고 집행명령을 제정할 수 있다는 것이다.¹⁹⁹⁾ 그리고 지방공공단체장의 규칙의 수권근

199) 荒秀교수는 이와 같은 규정이 없더라도 집행명령은 조리상 인정될 수 있다고 한다. 즉 집행명령을 제정하는 것은 집행권이라는 권능 중에 포함되는 당연한 권능이라고 한다. 동, 행정입법, 삼촌

거도 헌법에 명확한 규정이 없기 때문에 문제가 될 수 있다. 이 문제에 대하여는 통설이 헌법 제94조에서 말하는 “조례” 제정권의 보장에는 단체장의 입법권도 포함되는 것이므로 헌법 제94조가 단체장에게 직접 입법권을 부여하는 것으로 본다.²⁰⁰⁾ 따라서 이러한 통설에 따르면 현대 일본국헌법하에서도 의회로부터 수권을 요하지 않는 행정입법이 인정되는 셈이다.²⁰¹⁾

4.2. 행정조직에 관한 일반적 법률에 의한 수권과 개별적 법률에 의한 수권

통설은 행정조직에 관한 일반적 법률상의 규정(국가행정조직법 제12조 제1항 전단 등)에 의한 수권으로 충분한 “직권명령”과 개별적 법률에 의한 수권을 필요로 하는 “위임명령(협의)”의 구별을 인정하고 있다.²⁰²⁾ 이에 의하면 “직권명령”은 내용적으로는 법률을 실시·집행하기 위하여 필요한 구체적·기술적 세목 또는 이미 창설되어 있는 국민의 권리의무의 상세를 정하는 “집행명령”에 한정되며, “위임명령”은 법률을 보충하여 “법률사항”을 정하든가 또는 국민의 권리의무를 새로이 창설하는 것이다. 이 “집행명령”과 “위임명령”의 구별은 헌법 제73조 제6호가 채용하고 있는 것으로 일반적으로 해석되고 있으며, 국가행정조직

장삼량/유내 부 편, 정해행정법, 1975, 1975, 252면.

200) 空井力, 현대행정법의 전개, 1978, 172면.

201) 平岡久, 행정입법, 雄用一郎/塩野宏/園部逸夫 편, 현대행정법대계 2, 1984, 71면.

202) 芝池義一, 행정법총론강의 제2판, 1994, 117면.

법 제12조 제1항이 전제로 하고 있다고 보여질 뿐만 아니라 행정입법에 관한 실무도 일응 채용하고 있고, 판례 중에도 양자의 차이를 언급하고 있는 것이 있다.²⁰³⁾

4.3. 재위임

재위임의 허용성에 관하여는 헌법상 명시적 규정이 없다. 법률이 특정사항을 특히 명령에서 규정할 것을 위임한 것은 어디까지나 그 명령에서 정할 것을 요구하는 법헌인 것이므로 수권법률이 그러한 재위임을 미리 승인하고 있지 아니하는 한 부정하는 견해, 특히 벌칙규정에 대하여 소극적인 견해, 재위임의 범위 등의 한정성에 요건을 붙여서 승인하는 견해 등 학설이 나뉜다.²⁰⁴⁾ 그러나 실제로는 벌칙규정을 포함하여 재위임이 행하여지고 있으며, 최고재판소도 주세법과 관련하여 “... 규칙 61조는 그 1호 내지 8호에서 장부에 기재해야 할 사항을 구체적이면서 상세하게 규정하고 있고, 동조 9호는 이들 규정에서 빠진 사항으로서 각지방의 실상에 맞추어 기재사항으로 할 필요가 있는 것을 세무서장의 지시에 맡기는 것이므로, 전기 주세법시행규칙에서 이러한 규정을 두었다고 하더라도 전기 주세법 54조의 위임의 취지에 반한다고 할 수 없고 위헌이라고 할 수는 없는 것이다. ...”²⁰⁵⁾라고 하여 벌칙제정의 재위임이 허용됨을 전제하여

203) 由形地判 소 26. 10.10. 행정집2권 10호 1653면, 동경고판 소 29. 5. 29 판시 30호 3면.

204) 平岡久 행정입법, 상계서, 73면.

205) 소 33. 7. 9. 형집 12권 11호 2407면.

판결하고 있다.

4.4. 일반적 · 포괄적 수권의 금지

일본국헌법은 위임명령의 허용성에 관하여 직접적 규정을 두고 있지 않을 뿐만 아니라 그 한계에 관하여도 직접적인 규정을 두고 있지 않다.

4.4.1. 입법의 경향

일본에 있어서 위임입법의 입법례는 대단히 많다. 이들 법률에 의하여 위임되어 있는 사항은 법률의 보충적 규정, 법률의 해석적 규정, 법률의 특례적 규정의 세 가지로 나눌 수 있다. 이 중 세 번째의 것은 명령에 의하여 다른 법률의 적용제외 등 특례를 정하는 것이어서 생각하기에 따라서는 대단히 변칙적인 것으로 보이기도 하나 그 예는 대단히 많다. 예컨대 자위대법 제106조 제2항과 제109조, 지방교부세법 제12조 제3항과 제16조 제2항, 보조금 등에 관련된 예산의 집행의 적정화에 관한 법률 제27조 등이 그 예이다.

입법의 경향에 있어서 보여지는 하나의 특색으로 많은 법률의 부칙에 “정령에의 위임”이라고 제목 하여 “이 법률에서 규정할 것 외에 이 법률의 시행에 관하여 필요한 사항은 정령으로 정한다”고 규정(예컨대 보조금등에 관련된 예산의 집행의 적정화에 관한 법률 제28조 등)하고 있는 것을 들 수 있다. 이러한 규정을 두는 것이 통례가 되어 있으나 사실은 이 규정이 문제가

다. 이 규정이 집행명령을 두는 것이라면 헌법 제73조 제6호 본문에 의하여 당연한 것이어서 특별히 규정할 필요가 없고, 만일 위임명령을 규정한 것이라면 각 조항마다 개별적 위임 외에 새삼스럽게 그러한 포괄적인 형태의 위임을 인정해야 되는지 이 문제가 발생하기 때문이다. 그리고 입법의 형식에 있어서의 경향으로는 위임명령의 경우에는 “어떤 법 몇 조에 의거하여 이 정령을 제정한다”고 쓰고, 집행명령의 경우에는 “어떤 법을 실시하기 위하여 이 정령을 제정한다”라고 하여 양자를 구별하고 있다.²⁰⁶⁾

그러나 위임입법의 규율대상이 명확하고 위임입법을 제약하는 기준이 명기되어 있는 법률은 실제로는 적은 것 같다.²⁰⁷⁾

4.4.2. 학설의 경향

위임입법의 한계에 관한 학설의 경향을 보면 통설을 일본국헌법이 국회중심주의를 채택하여 국민의 권리의무에 관한 규범은 법률에 의하도록 하는 것이 대원칙인 이상, 이 대원칙을 완전히 부정하는 것과 같은 위임은 허용되지 않는다는 것이다. 즉 명확한 범위와 기준이 없는 무제한한 일반적·포괄적 위임은 허용되지 않으며, 내용적으로는 법률의 해석적·보충적 규정에 제한된다고 한다. 또한 모법이 지정한 목적·사항에 대하여 모법이 지정한 범위 내에서 모법이 정한 조건에 따라서만 말할 수 있다고 한다. 다만 위임의 한계를 이와 같은 모법의 위임에 관한

206) 佐藤功, わか國における委任立法, 일본국입법, 일본공법학회, 공법연구 제14호, 40면이하.

207) 平岡久, 행정입법 상계서, 76면이하.

규정뿐만 아니라, “상세한 기준을 국회가 법률로 정하는 것이 실용적인가의 여부, 입법과정과 행정과정 어느 쪽이 문제해결에 특히 적합한 입장에 있는가의 여부, 수입자의 재량의 남용에 대한 보호가 있는가의 여부, 위임사항에 별칙이 포함되어 있는가의 여부 등 여러 요소”로 좌우됨을 지적하는 견해도 있다.²⁰⁸⁾ 학자에 따라서는 위 문제를 고찰함에 있어서 위임입법이 규율하는 대상의 범위에 관한 문제와 그 대상을 위임입법이 규율할 때의 기준에 관한 문제를 구별하는 것이 필요하고도 유용하다고 하면서, 일반적으로 말하기는 어렵지만, ① 수권을 정당화할 수 있는 일반적 근거로서의 “전문적·기술적 능력의 한계”나 “시간적 적응능력의 한계” 등이 당해 수권에 맞추어 구체적으로 음미되지 않으면 아니 되며, 또한 이들 수권의 합리적 필요성의 내용이나 정도와 관련시켜서 수권 할 수 있는 규율대상의 범위 등이 논하여져야 한다는 것, ② 국민에 대하여 어떠한 효과를 가져올 수 있는 위임입법인가에 의하여 수권에의 요구의 정도도 달라질 수 있다는 것, ③ 관련하는 기본적 인권의 성질이나 행정영역(행정목적)의 차이도 고려해야 할 요소의 하나라는 것, ④ 수입기관의 성격도 어느 정도 고려해도 좋을 점의 하나라는 것이 일반적으로 부정되지 아니한다는 것 등 여러 요소를 고려하여 다양한 관점에서 구체화할 필요를 제창한다.²⁰⁹⁾

4.4.3. 판례의 태도

법원이 구체적 사건을 통하여 위임입법의 한계를 다룬 판결은

208) 荒秀, 행정입법, 상계서, 253면.

209) 平岡久, 행정입법, 상계서, 78면이하.

많으나, 수권의 규율대상의 한정성이나 수권시의 제약기준의 명확성정도에 관하여 일반론을 전개한 것은 거의 없다. 이 중 후자 즉 수권시의 제약기준의 명확성에 관하여는 종래의 판결이 실질적으로 엄격히 요구하지 않았고, 전자 즉 수권의 규율대상의 한정성에 관하여는 어느 정도 구체적인 이유를 설시 하여 판결하고 있다. 초기의 판결 중에서 비교적 소상히 밝히고 있는 대표적 판결이 동경고재 소 29. 5. 29. 판결이다.²¹⁰⁾ 이 판결은 이른바 경제벌칙정비법(소22 법242에 의하여 개정되기 전의 것) 제2조에 의거한 지정직령(소19 칙268)의 효력이 다루어진 사건에서, 첫째 위임이 한정적이라는 것, 둘째 규정의 대상이 때에 맞추어 행하여 질 현상이기 때문에 명령에 위임하는 것이 적당하다는 것, 셋째 이 위임의 범위가 형벌법규의 제정을 국회에 위임한 취지를 몰각하고 있지 아니하다는 것을 이유로 하고 있다.²¹¹⁾

현행 일본국헌법 아래서 제정된 정령을 무효라고 한 최초의 판결은 최고재 소화 46년 10월 20일 판결이었다.²¹²⁾ 사건의 개요는 다음과 같다. 자작농창설특별조치법에 의하여 원고(상고인)은 농지를 매수 당하였으나, 그 일부는 매도처분이 되지 않은 채 유보되어 있었다. 그 후 당해토지는 피고지사(피상고인)에

210) 판례시보 30호.

211) 이 판결 외에 최판 소 33. 7. 9. 형집 12권 11호 2407면, 최판 소 39. 6. 18. 형집 18권 5호 209면, 동경고판 소 46. 7. 17. 형집 22권 7호 1022면, 최판 소 50. 7. 10. 민집 29권 6호 888면, 동경지판 소 53. 7. 4. 형집 29권 7호 1249면. 동경지판 소 56. 7. 27. 형집 32권 7호 1274면 등 참조.

212) 민집 25권 1호 1면.

의하여 농지법 제36조에 의거 소외 A에게 매도되었다. 원고는 이 매도처분에 대하여 농림장관에게 소원을 제기하였으나 각하되었기 때문에 지사를 상대로 매도처분의 취소를, 농림장관을 상대로 재결의 취소 및 당해토지의 원고에의 매각의무확인을 구하여 출소하였다. 원고의 주장의 요지는 당해토지가 이미 농지의 성격을 상실하고 있어 농지법 제80조 제1항의 인정토지로서 동조 제2항의 규정에 의하여 구소유자에게 매각되었어야 했다는 것이나, 제1심에서나 제2심에서나 모두 원고가 패소했었다. 농지법 제80조는 국가가 강제매수에 의하여 취득한 농지 등에 대하여 농림장관이 “정령의 정하는 바에 의하여 자작농의 창설 또는 토지의 이용증진의 목적에 제공하지 아니하는 것이 상당하다고 인정하는 때에는” 구소유자 또는 그 일반승계인에게 매각하여야 한다는 취지를 규정하고 있다. 그러나 이 규정을 받은 농지법시행령 구 16조 4호는 매수농지에 대하여 위의 인정이 될 수 있는 경우를 “공용, 공공용 또는 국민생활의 안정상 필요한 시설에 공용할 긴급한 필요가 있고 동시에 공용되는 것이 확실한 토지 등”에 한정하고 있었다.

이 사건의 판결 중 위임명령의 한계에 관한 판지의 요지는 다음과 같다. 농지법시행령 구16조 4호가 매수농지 중 농지법 80조 1항의 인정대상이 될 토지를 매수 후 새로이 발생한 공용등의 목적에 제공할 긴급한 필요가 있고, 그 공용되는 것이 확실한 경우에만 제한하고 있는 것은 규정상 명백하다. 그 취지는 매수의 목적을 중시하여 그 목적에 우선하는 공용등의 목적에 공용할 긴급한 필요가 있고 그 공용되는 것이 확실한 경우에만 한하여 매각하는 것으로 한 의도로 생각된다. 동항은 그 규정의

체제에서 보아 매각대상을 정하는 기준을 정령에 위임한 것으로 해석되는 바, 위임의 범위에는 스스로 한도가 있어 명백히 법이 매각의 대상으로 예정하고 있는 것을 제외하는 것은 위 농지법 80조에 의거한 매각제도의 취지에 비추어 허용되지 아니하는 것이라고 하지 않으면 안 된다. ... 농지개혁을 위한 임시입법이었던 자작농창설특별조치법과는 달리 농지법은 항구입법인 것이므로 동조에 의한 매각의 요건도 당연히 장기에 걸치는 사회·경제상태의 변화에도 대처할 수 있는 것으로 규정하고 있는 바이다. 따라서 농지매수의 목적에 우선하는 공용 등의 목적에 제공할 긴급한 필요가 있고 그 공용되는 것이 확실한 경우가 아니더라도 당해 매수농지자체, 사회경제적으로 보아 이미 그 농지로서의 현황을 장래에 있어서 유지해야 할 의의를 상실하여 가까운 시일에 농지 이외의 것으로 하는 것이 상당한 것(농지법 7조 1항 4호 참조)으로서, 매수의 목적인 자작농창설 등의 목적에 제공하지 않을 것이 상당한 상황에 있을 수 있는 것이 발생하리라는 것이 당연히 예측되는 바, 농지법 80조는 원해 이러한 매수농지에 대하여도 구소유자에의 매각을 의무 지우고 있는 것이라고 해석하지 않으면 아니 된다. ... 따라서 동종의 인정을 할 수 있는 경우에 대하여 농지법시행령 16조가 자작농창설특별조치법 3조에 의한 매수농지에 대하여는 영 16조 4호의 경우에 한한다고 하여 그 이외의 상기와 같은 경우에 대하여 법 80조의 인정을 할 수 없다고 한 것은 법의 위임의 범위를 넘어 무효라고 할 수밖에 없다. 정령을 무효라고 한 최근의 판결로는 최고재 평성 3년 7월 9일 판결이 있다.²¹³⁾ 이 판결은 14세 미만자의 재감자와의 접견금지를 규정한 감옥법시행규칙 120조

(1991년 삭제)가 감옥법 50조의 위임의 범위를 넘은 것이라고 판시하였다. 이 판결은 위임의 범위를 넘는 것인가의 여부를 위임의 취지·목적에 감안하여 판정하고 있는 바, 이 때에 규율의 대상인 사인의 권리·이익도 중요한 요소로 하고 있다.²¹⁴⁾

별칙의 위임에 관하여는 학자들은 일반의 위임보다 더 엄격하여야 한다는 주장이 있으나, 판례상 그러한 판시는 나타나지 않고 있으며, 별칙의 위임은 특히 법률에서 구체적으로 위임한 경우를 제외하고 신헌법하에서는 법률로써 규정할 사항이라고 판시하고 있다.²¹⁵⁾

국법의 형식상 정령과 이외의 명령에 있어서 위임입법의 한계가 달라지는가의 문제가 있을 수 있다. 이 문제에 대하여는 내각에 대한 정치적 독립을 가지므로 꽤 넓은 위임이 가능하다는 판결이 있다.²¹⁶⁾

재위임의 한계도 문제될 수 있다. 즉 법률이 일정한 사항에 대하여 정령에서 정할 것을 위임하고, 다시 정령이 그 중의 일정한 사항을 하부행정기관이 정하도록 위임하는 것이 가능한가에 대하여 판례는 이를 긍정한다.²¹⁷⁾

213) 민집 45권 6호 1049면.

214) 塩野宏, 행정법I 제 이판, 1994, 81면.

215) 예컨대 최판 소화 27년 12월 24일 판결(형집 6권 11호 1346면)
참조.

216) 동경고판 소화 30. 9. 20. (고재형집 8권 1024면).

217) 최판 소화 26. 12. 5. (형집 5권 13호 2463면).

IV. 위임입법의 통제

1. 위임입법통제의 필요성

현대국가의 특질의 하나로서 국회의 입법기능이 저하되고 이와는 상대적으로 행정부에 의한 입법기능이 확대·강화되고 있다는 지적은 어제오늘의 일이 아니며, 우리 나라에만 한정된 문제가 아니라 각국의 공통된 현상이기도 하다. 그 결과 이른바 법규가 행정입법에 맡겨져, 실질적으로는 행정입법에 의한 법규창조가 행하여지고 있다는 것이다.

우리 나라를 예를 들어보면, 1996년 7월 31일 현재 우리 나라 현행법령의 수는 헌법을 제외하고는 법률 932, 대통령령 1316, 총리령 222, 부령 886으로, 법규명령이 전체 법령에서 차지하는 비율이 72%를 상회하고 있는 바, 한 실무가는 “우리의 헌법 현실 내지 의회주의의 현실에서 법률유보의 개념과 더불어 입법부의 임무영역에 속하는 특정사안을 의회는 스스로 규율하여야 하고 이를 행정부에 내맡겨서는 아니 된다”는 의미의 이른바 의회유보의 개념을 정착시키는 것이 필요하다고 하면서 그 이유로서 우리의 경우 많은 위임입법이 존재하는 데 대부분의 법률이 골격만을 정하고 중요부분이 하위법령에 위임되어 있음을 들고 그 대표적인 사례를 구체적으로 적시하고 있다.²¹⁸⁾

그런데 우리 헌법은 제40조에서 “입법권은 국회에 속한다”라고 하여, 제66조 제4항의 “행정권은 대통령을 수반으로 하는 정부에 속한다”라는 규정과 제101조 제1항의 “사법권은 법관으로 구성된 법원에 속한다”라는 규정과 더불어 권력분립의 원칙을 선언함과 동시에, 국회가 입법권자임을 명시하고 있다. 물론 국회가 입법기능을 독점하고 있는 것은 아니다. 주지하는 바와 같이 정부도 법률안제출권을 갖고 있고(헌법 제52조), 대통령도 법률안공포권 내지 법률안거부권(헌법 제53조)외에 대통령령의 발령권, 자급명령 및 자급 재정·경제명령발령권(헌법 제75조 및 제76조)을 갖고 있으며, 국무총리와 행정각부의 장도 각각 총리령과 부령의 발령권(헌법 제95조)을 갖고 있다. 또한 대법원·헌법재판소·중앙선거관리위원회도 각각 규칙제정권을 갖고 있으며(헌법 제108조, 제113조 제2항, 제114조 제6항), 지방자치단체도 자치입법권을 갖고 있다(헌법 제117조 제1항). 이처럼 국회가 모든 법규범의 정립권을 독점하고 있는 것도 아니라고 하더라도, 우리 헌법 제40조의 의미가 적어도 국민의 권리와 의무의 형성에 관한 사항을 비롯하여 국가의 통합조직과 작용에 관한 기본적인 본질적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 하는 것이라는 데에 대하여는 헌법학자들간에 근본적인 견해의 차이가 있는 것 같지는 않다. 그러므로 위임입법의 양적증대와 질적고도화라고 하는 정치수요의 현대적변용에 대한 통제적대응이 불가피하다고 하더라도 권력분립이라는 통치원칙과 조정은 또한 불가결하다고 하니 아니할 수 없다.

218) 김용섭 「금부행정의 법률유보에 관한 연구」, 법제연구 통권 제9호(1995년), 229 이하 참조.

뿐만 아니라 우리 헌법은 자치국가원칙을 그 기본원리의 하나로 하고 있다. 이 법치국가원칙에서 보아도 법규가 행정입법에 맡겨져 실질적으로는 행정입법에 의하여 법규가 창조되고 있다는 현실은 문제가 있다.

이와 같이 권력분립이라는 통치원칙을 구현하기 위하여나 법치국가원칙을 수호하기 위하여는 위임입법의 통제가 필요하다. 위임입법의 수요가 강하면 강할수록 그와 비례하여 위임입법통제의 필요성은 강하게 요구된다.

2. 통제의 유형

위임입법의 통제유형은 대체로 유사하다.

먼저 김도창 교수는 위임입법의 통제를 크게 정치적통제, 행정적통제, 사법적통제로 나눈다. 정치적통제를 의회의 통제와 민중적통제로 나누고, 행정적통제를 행정감독과 행정절차로 나눈다.²¹⁹⁾ 다음 김남진 교수도 위임입법의 통제를 크게 국회에 의한 통제, 사법적통제, 행정적통제, 국민에 의한 통제로 나누고, 다시 국회에 의한 통제를 간접적통제와 직접적통제로, 사법적통제를 일반법원에 의한 통제와 헌법재판소에 의한 통제로 나눈다.²²⁰⁾ 박윤훈 교수는 법규명령제정에 대한 통제를 수권법률에 대한 통제와 법규명령 자체에 대한 통제로 나누고, 후자를 다시 의회에 의한 통제, 사법적통제와 행정적통제로 나눈다.²²¹⁾

219) 김도창, 일반행정법론(상), 1993, 320 이하.

220) 김남진, 행정법 I, 1996, 174 이하.

221) 박윤훈, 최신행정법강의(상), 1996, 224 이하.

결국 이들을 정이해 보면, 위임입법의 직접적통제유형으로는 크게 국회통제, 행정적통제, 사법적통제로 나눌 수 있을 것 같고, 국민에 의한 통제는 국회통제과정, 행정적통제 및 사법적통제과정 속에 흡수시킬 수 있을 것이며, 수권법률에 대한 통제와 법규명령 자체에 대한 통제도 각각 통제과정 속에서 함께 다룰 수 있을 것이다.

3. 우리 나라의 현황

우리 나라에 있어서 위임입법통제의 현황을 국회통제, 행정적통제, 사법적통제로 나누어 보면 다음과 같다.

3.1. 국회통제

국회에 의한 위임입법의 직접적통제제도는 강구되어 있지 않다.

3.2. 행정적통제

위임입법의 행정적통제는 감독권에 의한 통제, 특정심사기관의 심사에 의한 통제 및 절차적통제로 나눌 수 있다.

(1) 감독권에 의한 통제

상급행정청이 하급행정청에 대하여 갖는 지휘·감독권에는 하

급행정청이 행사하는 행정입법권도 포함된다. 따라서 상급행정청은 하급행정청이 행사할 행정입법의 기준 등을 지시할 수 있음은 물론, 행정입법권의 행사가 잘못되었을 때에는 시정권을 갖는다. 정부조직법 제10조 제2항 및 제15조 제2항의 “중앙행정기관의 장의 명령이나 처분이 위법 또는 부당하다고 인정할 때”의 명령 속에는 행정입법이 포함된다고 보아야 한다.

(2) 특정심사기관의 심사에 의한 통제

법제처는 국무총리의 직속기관으로서 국무회의에 상정될 법령안과 총리령안 및 부령안을 심사한다(정부조직법 제27조).

법제처는 이 심사기관을 통하여 위임입법을 통제한다.

(3) 절차적통제

법령의 정립에 행정절차를 거치게 함으로써 법령의 적법성을 확보한다. 법제업무운영규정(대통령령 제14748호)은 법령안입법예고(제15조), 의견제출(제20조), 공개청문(제22조), 입법의견제출(제24조) 등을 규정하고 있다. 지난 9월 11일자 관보에 입법예고되고 10월 22일 국무회의를 통과하여 국회에 제출되어 있는 행정절차법안 제4장을 행정상입법예고라고 제목 하여 국민의 권리·의무 또는 일상생활과 밀접한 관련이 있는 법령 등을 입법하고자 할 때의 당해 입법안 예고(제41조), 예고방법(제42조)에는 단체도 포함하는 규정을 둔과 동시에 의견제출(제44조) 및 공청회(제45조) 등을 규정하고 있다. 예고되는 법령 속에는 정부에서 국회에 제출하는 법률안도 포함되기 때문에 절차적통제에는 수권법률에 대한 절차적통제도 포함된다.²²²⁾ 하기는 국회

법에 법률안입법예고에 관한 규정을 두고 있기는 하다(제82조의 2).

3.3. 사법적통제

위임입법의 사법적통제는 헌법재판소에 의한 통제와 법원에 의한 통제로 나눌 수 있다.

(1) 헌법재판소에 의한 통제

1) 수권법률에 대한 통제

헌법재판소는 수권법률 또는 법률조항의 위헌여부를 결정함으로써 (헌법 제111조 제1항 제1호, 헌법재판소법 제45조) 수권법률의 통제를 행한다. 헌법재판소가 수권법률의 위헌여부를 결정할 수 있는 경우는 ①구체적 재판사건에 법원에 의하여 위헌여부심판의 제청이 있는 경우(헌법재판소법 제41조), ②구체적 재판사건에 있어서 법원이 소송당사자에 의한 위헌여부심판제청의 청구를 기각한 경우에 당사자가 헌법소원을 제기한 경우(헌법재판소법 제68조 제2항), ③공권력의 행사(입법 등) 또는 불행사(입법부작위 등)로 인하여 헌법상의 기본권을 침해받은 자가 헌법소원을 제기한 경우(헌법재판소법 제68조 제1항)이다. 구체적인 사례는 앞에서 본 바와 같다.

222) 헌법 제52조에 의하면 법률안제출권은 국회의원과 정부에게 있으나, 정부제출의 법률안이 법률안의 대부분이기 때문에 수권법률에 대한 통제에서 질차적통제가 차지하는 비중이 크다.

2) 위임명령 자체에 대한 통제

헌법 제107조 제2항은 “명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원은 이를 최종적으로 심사할 권한을 가진다”고 규정하고 있다. 헌법재판소도 명령·규칙에 대한 위헌심판권을 가지는 가가 문제된다. 이에 대하여는 적극설²²³⁾과 소극설²²⁴⁾로 나뉘나, 다수설은 ① 헌법 제107조 제2항은 「재판의 전제」가 된 경우에 한하여 법원의 명령·규칙에 대한 위헌심사권을 부여하고 있으므로 명령·규칙이 국민의 기본권을 침해한 경우에 그에 대한 헌법소원을 인정하는 것이 헌법 제107조 제2항에 위반되지 않는다는 점, ② 헌법 제111조 제1항 제5호에 근거한 헌법재판소법 제68조 제1항의 「공권력의 행사 또는 불행사」에는 명령·규칙의 정립 또는 부정립이 당연히 포함된다는 점 등을 이유로 적극설을 취한다. 헌법재판소는 1990년 10월 15일 선고 89 헌마 178 결정에서 법무사법시행규칙(대법원규칙)에 대한 헌법소원을 받아들여 동규칙 제3조 제1항을 위헌으로 결정한 바 있다.

(2) 법원에 의한 통제

1) 수권법률에 대한 통제

법원은 수권법률이 헌법에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된

223) 김철용 「헌법재판소 89 헌마 178 결정에 대한 관견」: 이석연 「헌법소원의 대상으로서의 명령·규칙의 위헌여부심사」, 한국공법학회 제13회 월례발표요지논문 ; 박윤훈, 상계서, 229.

224) 박일환 「법규범에 대한 헌법소원과 제기요건」 한국공법학회 제13회 월례발표요지논문 ; 이상규, 신행정법론(상), 1995, 321.

때에 직권 또는 당사자의 신청에 의한 결정으로 헌법재판소에 위헌여부의 심판을 제청함으로써 (헌법 제11조 제1항 제1호, 헌법재판소법 제41조 제1항) 수권법률에 대한 통제를 행한다. 예외적으로 수권법률이 처분법률인 경우에는 항고소송의 대상이 되기 때문에 재판의 전제성과 관계없이 직접 통제의 대상이 된다.

2) 위임명령 자체에 대한 통제

위임명령이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 법원은 이를 심사할 권한을 가진다(헌법 제107조 제2항). 이처럼 위임명령은 구체적인 사건에 대한 재판의 전제가 된 경우에 법원의 통제의 대상이 되는 것이 원칙이나, 예외적으로 위임명령이 처분에 해당하는 경우에는 항고소송의 대상이 되기 때문에 재판의 전제성과 관계 없이 직접 통제의 대상이 된다.

4. 각국의 현황

4.1. 미국

(1) 국회(의회)통제

수권을 기한부로 한다거나, 위임명령의 유효요건으로 의회위원회에 사전승인(prior approval)을 받게 한다거나 하는 경우 등 외에 의회거부권(legislative veto)²²⁵⁾이 오랫동안 위임입법에 대한 의회의 통제수단이었음은 앞에서 본 바와 같다. 그밖에 의회는 특별법의 제정이나 각종 보고를 통하여 위임입법을 통제한다.²²⁶⁾

(2) 행정적통제

미국연방행정절차법(APA)은 정식과 약식 양쪽의 규칙제정(rulemaking)절차를 규율하고 있다.²²⁷⁾ 연방행정청이 행하는 규칙제정 중 연방행정절차법의 적용에서 제외되는 것(exempted

225) 문광삼 「미국대통령의 법률안거부권과 거부권의 새로운 경향」, 현대행정과 공법이론(서원우교수화갑기념), 1991, 193 참조.

226) APA는 일반법이므로 의회가 APA에 우선하는 개별법을 제정함으로써 위임입법의 절차적통제를 강화하거나, 규제유연성법(Regulatory Flexibility Act)에 의하여 동법이 준수되고 있는가의 여부에 대한 보고를 받는 것 등이 그 예이다.

227) 상세한 것은 박영하 「위임입법의 절차적통제에 관한 연구 - 영국과 미국의 제도를 중심으로 -」(건국대학교박사학위 청구논문, 1991년), 106 이하.

rulemaking)이 있다.

(3) 사법적통제

미국에 있어서 사법적통제는 입법권위임이 합헌이 되는 기준의 요건에 관한 최고재판소의 구축과정으로부터 시작하였고 그에 관하여는 이미 상술하였다. 최고재판소가 입법권위임허용법리를 전개하는 과정에서 “정책을 결정하는 것 및 그것을 명확하고 구속력있는 행동준칙으로서 정식화하여 선언하는 것”을 입법권의 본질적부분이라고 하고 입법부는 이 본질적부분을 다른 기관에 이양하여 버리는 것은 허용되지 아니한다고 한 것은 시사하는 바가 크다. 그리고 최고재판소의 판례가 극히 부분적이기는 하지만 입법권위임이 기준의 요건 등 권력분립에서 유래하는 합헌성판정기준을 충족하였다 하더라도 수임기관에 의한 피위임권한 행사를 통제하기 위한 고지·청문 등의 행정절차상의 보장이 결여되어 있는 경우에는 due process의 관점에서 위헌이 될 수 있음을 시사한 대목은 주목할 만하다.

4.2. 영국

(1) 국회(의회)통제

의회에 의한 통제체도가 가장 잘 정비되어 있는 국가가 영국이다 영국은 제1차세계대전 이후 위임입법이 증대하여 의회주의가 위기에 떨어졌으므로 그것을 옹호하기 위하여 위임입법에 대한 통제를 실현하는 것이 커다란 정치과제가 되었으며 이를 위

한 여러 가지 제도화가 모색되어 오늘에 이르고 있다.

영국에서 제도화되어 있는 의회에 의한 통제방법에는 의회의 제출절차와 의회의 위원회에 의한 심사 두 가지이다.²²⁸⁾

1) 의회에의 제출절차

이는 위임입법을 사전 내지 사후에 의회에 제출하게 함으로써 의회로 하여금 통제를 하게 하려는 데에 있다. 영국에는 의회에의 제출을 명하고 있는 일반법은 없다. 따라서 위임입법의 의회에의 제출여부는 개개의 수권법에 매여 있다. 수권법에 의하여 의회에의 제출이 명하여진 경우에는 1946년에 제정된 Statutory Instrument Act의 정하는 절차에 따라 행하여진다.

의회에의 제출절차에는 크게 나누어 네 가지 방식이 있다. 첫째는 단순제출절차(bare laying procedure)이다. 이 절차는 통제라는 관점에서는 별 의미가 없다. 둘째가 부인결의의 절차(negative resolution procedure)이다. 이 절차에 의하면 제정된 위임입법은 의회에 제출되어 바로 시행되지만, 제출 후 40일 이내에 하원이나 상원의 어느 쪽 이든가 혹은 하원만이 취소결의를 할 수 있다. 일종의 해제조건부로, 40일이 경과하면 위임입법의 효력은 확정적이 된다. 셋째가 승인결의의 절차(affirmative resolution procedure)이다. 이는 양원 혹은 하원의 적극적인 결의에 의하여 승인되지 아니하는 한 제출된 위임입법은 효력을 발생하지 아니하거나 혹은 효력을 상실하는 절차

228) 상세한 것은 양승두 「영국위임입법의 통제에 관한 연구」(연세대학교 박사학위청구논문·1973), 14 이하 ; 김두현 「행정입법제도에 관한 연구」(명지대학교 박사학위청구논문·1988년), 28 이하.

이다. 일종의 정지조건부이다. 넷째가 위임입법을 초안의 단계에 의회에 제출하는 방법이다. 이는 위임입법의 작성과정에 있어서 의회의 의사를 반영시키기 위하여 고안된 제도이다. 이것에는 부인결의의 절차와 승인결의의 절차의 두 종류가 있으나, 후자가 보통 사용된다.

이상이 의회에의 제출절차를 요약한 것이지만, 통제의 제도 자체는 다른 국가에 비하여 상대적으로 잘 정비되어 있으나, 통제 제도로서 유효하게 기능하고 있는가에 관한 평가는 그렇게 높지 못하다.

2) 의회의 위원회에 의한 심사

의회에의 제출절차만으로는 위임입법에 대한 실효성있는 통제를 행하기 어렵다. 그것은 의원에게 정보를 제공할 기구가 존재하지 아니하면 기술적·전문적사항을 다수 포함하고 있는 위임입법의 내용의 당부나 적법성을 사람이 많은 본회의에서 심의하는 것이 부적당하기 때문이다. 여기에 Donoughmore-Scott Committee의 보고서는 위임입법을 심사하기 위한 비상위원회의 설치를 권고하였다. 이를 받아들여 1944년이래 심사위원회(Scrutiny Committee)라고 통칭되는 Select Committee on statutory Instrument가 하원에 설치되어 있다. 이 심사위원회는 11인으로 구성되며 위원장은 야당의 의원이어야 한다. 심사위원회의 임무는 모든 위임입법을 심사하며, 9개의 부탁사항의 어느 것에 해당하는 경우에는 의회에 주의를 환기하기 위하여 특별보고서를 제출하거나 연차보고서를 작성한다. 이 하원의 심사위원회는 1973년에 상원의 특별명령위원회(Special

Orders Committee)와 합체하여 합동심사위원회(Joint Scrutiny Committee)가 되어 오늘에 이르고 있다. 그 위원회는 양원에서 각각 7인으로 구성되며, 위원장은 하원의 야당의원이어야 한다. 이 위원회의 임무는 위 심사위원회의 것과 대동소이하다. 이 위원회가 의회에 특별보고서를 제출하는 것은 심한 것 중에서 약 2 내지 3%로 그렇게 많지 않지만, 이 위원회의 존재 자체에 의하여 일정한 비판적인 역할을 하고, 위임입법을 심사하면서 정부의 각부에 대하여 구두 또는 문서로 설명을 구할 수 있기 때문에 위임입법의 제정이 신중해지지 않을 수 없으며, 또한 그러한 과정에서 입법기술도 향상되고 있다고 긍정적으로 평가되고 있다.

(2) 행정적통제

위임입법의 정립절차를 규율하는 일반법은 없다. 사전예고(publication)와 사전협의(consultation)가 행정적통제의 주류를 이루고 있다.²²⁹⁾

(3) 사법적통제

국회주권이라는 말이 나타내고 있는 바와 같이 주권을 가진 영국국회의 권력에는 한계가 없다. 따라서 영국에서는 의회의 입법활동을 심사하는 위헌법률심사제도는 존재하지 아니한다.²³⁰⁾ 그러므로 재판소에 제기되는 소송은 행사된 위임입법권 또는 행사하려고 하는 위임입법권이 국회제정법에 의하여 직접 또는 간

229) 양승두, 상계논문, 49 이하 ; 박영하, 상계논문, 47이하.

230) 양승두, 상계논문, 39.

접으로 수권된 범위를 넘고 있는가의 여부 즉, 월권법리를 다루는 것이 보통이다. 수권된 범위를 넘고 있는가의 여부의 심사는 당해 제정법의 해석과 관련된다.

월권법리는 두 가지 측면에서 볼 수 있다. 그 하나는 위임입법의 실제적내용이 위임된 권한을 유월하는 경우로서 소위 실제적월권(substantive ultra vires)이며, 다른 하나는 위임입법의 절차가 모법 소정의 절차에 위반되는 경우로서 소위 절차적월권(procedural ultra vires)의 측면이다.²³¹⁾ 월권법리의 심사는 실제상의 사항 전반에 걸친 심사를 의미하는 것이 아니라 그 일부 즉 행사된 위임입법권이 당해 제정법의 취지·목적에 위법되고 있는가, 또한 위임입법권의 남용은 없었는가, 그 행사에 과실이 없었는가 하는 등에 한정된다. 위임입법이 근거법인 국회 제정법의 취지·목적의 범위를 넘고 있는가의 여부를 확정함에 있어서 움직일 수 없는 확고한 해석기준이 존재하지 아니한다. 구체적사건을 처리함에 있어서 관계위임입법이 법률의 취지·목적의 범위를 일탈하고 있는가의 여부는, 법의 해석에 귀착하는 것이므로, 이 문제에 관한 재판소의 판단도 한결같지 않다. 아무튼 위임입법에 대한 실제적측면에서의 월권법리에 의한 통제는 일반적으로 말해서 만족스럽지 못하다는 평가를 받고 있다.²³²⁾

월권행위로서 보통 불복의 대상이 되는 것은 절차적측면에서의 월권행위이다. 즉 행정청이 위임입법을 정립함에 당하여 법적의무를 이행하지 않았던가, 공청회를 개최하지 않고 이해관계인에게도 협의를 하지 않았던가, 기타 법률이 정한 절차를

231) 위 논문, 같은 곳.

232) 위 논문, 44.

무시했다던가 하는 경우처럼 법률이 규정한 절차를 준수하지 아니하였던 경우이다.

이처럼 위임입법권이나 위임입법절차는 대체로 월권법리에 의하여 통제되지만, 이 법리외에 역사적으로 확립된 사법심사방식에 의하여도 통제되고 있다. 사법심사방식으로는 mandamus, prohibition, certiorari, injunction, declaration 등을 들 수 있다.²³³⁾

4.3. 프랑스

(1) 국회(의회)통제

현행 제5공화국헌법하에서 법규명령으로 분류될 수 있는 ordonnance, décret, arrêté²³⁴⁾중 의회의 통제를 규정한 것은 헌법 제38조이다. 즉 헌법 제38조는 제1항에서 “정부는 시정방침의 수행을 위하여 일정한 기간동안 정상적으로 입법사항에 속하는 조치를 법률명령(ordonnance)으로서 하도록 그 승인을 국회에 요구할 수 있다”라고 규정하고, 이어 제2항에서 “법률명령(ordonnance)은 국사원(Conseil d'État)의 의견을 청취한 후 국무회의에서 채택된다. 법률명령은 공포함으로써 효력을 발생한다 그러나 수권법률에서 정한 기간 내에 이를 승인하는 법률안이 의회에 제출되지 않을 경우에는 효력을 상실한다”라고 규정하고 있다.²³⁵⁾ 이 제38조에 의하면 의회가 적극적으로 승인할

233) 이에 관한 상론은 O.H.Phillips and P.Jackson, Constitutional and Administrative Law, 6th ed., 1978, p.617 et seg.

234) 이에 관한 상세한 설명은 성낙인, 프랑스헌법학, 1996, 719 이하.

필요가 없고 수권법률에서 정한 기간 내에 승인의 법률안을 의회에 제출만 하던 되기 때문에 이 제38조에서 정한 승인이 통제기능으로서 역할은 미비하다. 오히려 제4공화국헌법의 lois-cadres는 정부가 décret를 의회에 제출할 의무를 지우고 있었고 의회가 일정한 기간 내에 décret의 심사권을 가지나 그 기간이 경과하면 décret가 유효하게 효력을 갖도록 되어 있었기 때문에 통제수단으로서는 보다 실효적이었다고 평가되고 있다.

(2) 행정적통제

Ordonnance의 정립에 국사원의 의견청취를 요함은 위에서 본 바와 같다.²³⁶⁾ 행정입법의 절차를 규율하는 일반법은 없다.

(3) 사법적통제

1) 헌법원의 위헌입법심사

통상법률이 헌법과 헌법의 보충법으로서의 조직법에 위반여부가 문제되는 경우에는 대통령·국무총리·양원의장·각원의원 60명의 부탁으로 헌법원이 헌법적합성의 심사를 행한다.

2) 행정재판소에서의 적법성심사소송에 의한 통제

235) 법률명령에 관하여는 김동희 「불란서의 행정입법제도에 관한 소고」, 서울대학교 법학 제23권 제4호, 48이하 및 박인수 「불란서의 법률명령(ordonnance)에 관한 소고」, 현대법의 이론과 실제(김철수교수 화갑기념), 1993, 467 이하 참조.

236) 국사원의 행정적기능에 관하여는 찰스 E. 프리드먼 저 ; 양승두 역, 프랑스행정법서설- 프랑스 국사원의 구조와 기능-, 1983, 137 이하 참조.

재판소가 본안을 해결하기 위하여 선결문제로서 행정입법의 법률적합성 여부가 문제되는 경우, 행정사항에 관한 사법재판소의 무권한원칙 때문에, 행정입법의 적합성심사는 사법재판소의 권한이 아니라 행정재판소의 권한이므로, 계정법률안의 기초가 되고 있는 행정입법의 위법이 다투어지면(위법의 항변 exception d'illégalité이 있으면) 사법재판소는 본안의 심리를 중단하고, 문제를 행정재판소에 맡겨 적법성심사소송 (recours en appréciation de légalité)이라는 행정소송에 의한 해결을 기다리게 된다.

3) 활동행정에 의한 통제

프랑스의 행정입법은 일반적·추상적인 집행적결정이어서 규범적성격과 행정행위적성격을 동시에 가지므로 행정청이 행정입법 행위를 장래에 향하여 소멸시키는 취소·철회(abrogation)를 행하는 경우가 있다. 이것이 행정권에 의한 행정입법의 통제외 하나인 이른바 활동행정에 의한 통제(recours administratif)이다.

4) 월권소송에 의한 행정입법의 통제

또 하나의 행정권에 의한 행정입법의 통제로서, 행정입법이 위법한 경우 월권소송(recours pour excès de pouvoir)에 의하여 행정입법을 취소시켜 효력을 상실시킴으로써 행정입법을 통제한다.

5) 1983년 11월 28일의 Décret

이상에서 행정재판소에서의 적법성심사소송에 의한 통제, 활동행정에 의한 통제, 월권소송에 의한 행정입법의 통제 등을 살펴 보았다. 1983년 11월 28일의 Décret는 이들 셋 영역의 통제를 융합하는 형태로 위법한 행정입법을 철저히 배제하기 위한 구도를 정비한 바 있다.

4.4. 독 일

(1) 국회(의회)통제

서독에서는 의회에 의한 통제의 문제는 입법부의 협력이라는 테마로 논해지고 있다. 입법부의 협력은 연방의회의 협력, 연방참의원의 협력, 의회위원회의 협력으로 크게 나눌 수 있다.

1) 연방의회의 협력

연방의회의 위임명령에 대한 협력의 형태는 다양하다. 의회에 대한 행정부의 이유명시의무, 청문, 단순제시(einfache Vorlage), 동의유보, 변경유보, 폐지유보(Aufhebungsvorbehalt) 등이 그것이다.

이 중에서 가장 일반적으로 행하여지고 있고, 또 최근 가장 법리상 문제가 되고 있는 협력의 형태는 동의유보, 변경유보 및 폐지유보이다.

① 동의유보

동의유보는 수권법률에서 위임명령의 효력발생에 의회가 동의

내지 동의권을 유보하는 경우를 말한다. 이처럼 수권법률에 동의유보가 존재하는 경우에는 위임명령이 그 효력을 발생하기 위하여는 의회의 결의가 필요하다.

이와 같은 동의유보라는 제도의 존재이유는 첫째는 입법부가 행정부에 의한 위임명령의 정립에 영향력을 미치겠다는 데에 있음은 말할 나위가 없다. 둘째는 행정부칙에서도 위임명령이 정립된 후에 입법부에 의하여 취소되거나 수정되는 것을 피하기 위하여 필요하다.

이 동의유보에는 위임명령이 공포되기 전의 동의유보와 공포된 후의 동의유보로 나눌 수 있다. 어느 것이나 수권의 법률이 이것을 정한다.

문제는 기본법이 명문으로 규정하고 있는 경우를 제외하고 동의유보를 수권법률이 정하기만 하면 어떠한 위임명령에도 유보가 가능한 것인가, 그렇지 아니하면 일정한 영역의 위임명령에만 한정해서 유보가 가능한 것인가에 있다. 이에 대하여는 사안의 중요성 때문에 위임명령의 정립에 본질적인 영향을 유보하는 데에 정당한 이익이 존재하는 경우에 한하여 동의유보가 가능하다는 견해와 정당한 이익이라든가 중요한 이익이라는 개념이 애매 모호해서 기준이 명확하지 않다는 이유로 한정설을 비판하는 견해로 나누인다.²³⁷⁾

② 변경유보

변경유보는 행정부가 정립한 위임명령의 내용을 변경할 수 있

237) D. Wilke, in : Mangoldt-Klein(hrsg), Grundgesetz-Kommentar III, S.1938.

는 권능을 의회가 유보하는 제도이다. 변경유보는 위임명령의 내용에 대한 의회의 영향력 행사라는 점에서 위임명령의 발령에 대한 영향력 행사인 동의유보와는 다르다.

변경유보의 예로는 상법전(Handelsgesetzbuch) 제292조 제14항, 유전기술법(Gentechnikgesetz) 제40조 제1항, 연방변호사법(Bundesrechtsanwaltsordnung) 제40d조, 환경책임법(Gesetz über die Umwelthaftung) 제20조 제2항 등을 들 수 있다. 이 제도는 의회가 위임명령에 영향력을 행사하기 위하여 마련된 가장 최근에 등장한 제도인 바, 헌법상의 허용여부를 둘러싸고 학자들간에 최근 논란의 대상이 되었었다.²³⁸⁾

③ 폐지유보

폐지유보는 위임명령이 공포된 후에 의회가 이를 폐지할 수 있는 권능을 수권법률에서 미리 유보해 두는 제도이다. 폐지유보는 이처럼 위임명령이 공포된 후 즉 위임명령의 존속에 대하여 미치는 의회의 영향력 행사인 동의유보와 구별된다. 또한 폐지유보는 위임명령의 효력과 관련되는 제도라는 점에서, 위임명

238) H. H. Rupp, Rechtsverordnungsbetugnis des Deutschen Bundestages?, NVwZ 1993, S. 736ff. ; O. Konzak, Die "Anderungsvorbehaltungsverordnung als neue Mitwirkungsform des Bundestages beim Erlass von Rechtsverordnungen, DVBl, 1994, S. 1109ff. ; J. Jekewitz, Deutscher Bundestag und Rechtsverordnungen, NVwZ 1994, S. 956ff. ; P. Conra야, Deutscher Bundestag und Rechtsverordnungen, NVwZ 1994, S. 977ff. ; S. Thomsen, Rechtsverordnungen unter Änderungsverbehalt des Bundestages?. DöV 1995, 98 9ff.

령의 내용과 관계되는 변경유보와 구별된다. 폐지유보는 기한을 수단으로 해서 즉 위임명령의 공포 후 일정한 기간내에 위임명령을 폐지하는 권능을 유보하는 경우가 보통이나, 조건을 수단으로 해서 즉 구성요건으로 정해진 특정한 사건의 발생에 위임명령을 폐지하는 권능을 유보하는 경우도 있다. 폐지유보의 경우에, 의회가 폐지결의를 하게 되면 행정부는 이 결의에 구속된다.

2) 연방참의원의 효력

기본법 제80조 제2항 등은 독일이 연방제를 채택하고 있기 때문에, 일정한 위임명령의 경우에 연방참의원의 동의를 얻을 것을 규정하고 있다. 그 이외의 경우에도 구체적인 수권법률에 의하여 연방참의원의 동의를 요구하고 있는 경우가 있다. 연방법률 중에는 연방참의원의 동의를 요구하는 경우가 상당히 많다.

3) 의회위원회의 협력

수권법률중에는 동의절차를 간소화하기 위하여 의회위원회의 동의를 요구하고 있는 경우가 있다. 연방법보다는 주법의 경우에 많다. 의회위원회의 동의요구는 연방의회나 연방참의원의 경우와 달리 위헌의 문제가 제기되고 있다. 239)

(2) 절차적통제

239) F. Klein, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschen Verfassungsrecht, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Rechtsstaat, S. 103.

독일에는 행정입법절차를 규율하는 일반법은 없다. 그러나 연방의 내각이 위임명령의 초안을 작성할 경우 이유명시의 의무가 있다. 각부공통사항규칙(Gemeinsame Geschäftsordnungen des Bundesministerien Besonderer Teil(GGO II))²⁴⁰⁾ 제66조는 “내각 또는 연방참의원에 명령을 제출할 때에는 명령 그 자체로부터 쉽게 이해하기 어려운 경우나 이유명시에 의한 안내가 목적에 적합하다고 생각되는 경우에는 이유의 명시가 바람직하다. 명령이 연방참의원의 동의를 필요로 하는 경우, 명령이 공공의 예산에 재정적 영향을 주는 경우, 또는 명령이 개별가격, 가격수준 특히 소비자가격수준에 영향을 주는 경우에는 명령에는 이유가 명시되어야 한다. 제40조 제2항 및 제3항 2문은 이 경우에 준용된다. 명령이 복수의 법적근거에 의거하는 경우에는 개개의 명령규정이 어느 법적근거에 의거하고 있는가가 이유명시중에 언급되는 것이 바람직하다”라고 규정하여 일부의 명령초안에는 이유명시를 요청하고, 일부의 명령초안에는 이유명시를 의무로서 규정하고 있다.

독일의 개별법에는 위임입법의 정립에 국가기관, 자연보호단체·업계의 상부단체·경제계 등의 비국가기관, 전문가 및 지방자치단체의 관여를 규정하고 있는 경우가 많다.

(3) 사법적통제

사법적통제에는 헌법재판소에 의한 통제, 행정재판소에 의한 추상적규범통제 및 개개의 심급재판소에 의한 통제로 나누어 볼

240) GMBI 1976, S. 550ff.

수 있다.

1) 헌법재판소에 의한 통제

위임입법에 대한 헌법재판소에 의한 통제에는 다음의 셋이 있다.

① 기본법 제93조 제1항 제1호에 의한 통제

기본법 제93조 제1항 제1호에 의하면, 연방헌법재판소는 최고 연방기관 또는 본기본법이나 최고연방기관의 직무규칙(Geschäftsordnung)에 의하여 독자의 권한이 부여된 관계기관의 권한·의무의 범위에 관하여 다툼이 있는 경우, 본기본법의 해석에 대하여 재판한다. 이 경우 연방헌법재판소법 제63조에 상세히 규정된 소송당사자 간에 구체적인 소송이 존재하는 것이 재판소가 심리하기 위한 전제조건이다. 본규정에 의거한 소송의 남용을 방지하기 위하여 당사자능력을 가진 자의 범위가 한정되어 있다.²⁴¹⁾

② 기본법 제93조 제1항 제2호에 의한 추상적규범통제

기본법 제93조 제1항 제2호에 의하면, 연방헌법재판소는 의견의 차이나 의문이 있는 경우, 연방정부·주정부 또는 연방의회 의원 3분의 1의 신청에 의하여 본기본법과 연방법 또는 주법과의 형식적·실질적 양립성에 대하여 재판한다. 여기서 말하는 연방법과 주법은 실질적의미의 법률을 의미하므로 형식적의미의

241) Vgl. Maunz-Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 1989, Rn. 11f.

법률외에 법규명령도 포함한다.²⁴²⁾ 그리고 현행법에 한정되며, 법규명령의 초안에는 재판소의 권한이 미치지 아니한다.

③ 기본법 제100조 제1항에 구체적규범통제

기본법 제100조 제1항에 의하면, 재판소가 재판에서 그 효력이 문제되는 법률을 위헌이라고 생각할 때에는 그 절차를 중지해야 하며, 주헌법의 침해가 문제될 때에는 그 주의 헌법쟁의에 관하여 관할권을 갖는 재판소에 기본법의 침해가 문제될 때에는 연방헌법재판소에 판결을 구해야 하며, 또한 주법에 의한 본기본법의 침해가 문제되거나 연방법률과 주법률의 양립성이 문제될 때에도 마찬가지이다. 심판의 대상은 법률이다. 여기서 말하는 법률이 형식적의미의 법률인가 실질적의미의 법률인가가 다투어진 바 있으나, 헌법재판소는 형식적의미의 법률에 한한다고 판시하였다.²⁴³⁾ 따라서 법규명령의 법률 특히 기본법과 주헌법과의 양립성에 관한 심사는 실제로 수권법률의 심사가 문제가 되는 경우를 제외하고 심급재판소에 전속한다.

2) 행정재판소에 의한 추상적규범통제

행정재판소(Verwaltungsgerichtsverordnung) 제47조는 규범통제에 있어서의 고등행정재판소의 사물관할 이라 제목하여 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 고등행정재판소는 그 재판권의 범위내에서 신청에 의하여 ① 연방건설법의 규정에 의하여 발하

242) Vgl. Urt. v. 23, 3, 1952, JZ 1952, S. 269.

243) 위 판결의 같은 곳.

여진 조례와 연방건설법 제246조 제2항에 기한 법규명령 ② 주법이 정하는 범위 내에서, 주법률의 하위에 속하는 기타의 법규(Rechtsvorschriften)의 유효성에 대하여 재판한다(제1항). 법규나 법규의 적용으로 손해를 받거나 또는 가까운 장래에 손해를 받을 것이 예상되는 자연인과 법인 및 모든 행정청이 법규를 발한 단체·영조물 또는 재단을 상대방으로 하여 신청을 행한다. 이 경우 고등행정재판소는 법규에 의하여 권한을 받을 주 및 기타의 공법상의 단체에 대하여 일정한 기간 내에 의견을 진술할 기회를 부여할 수 있다(제2항). 법규가 오로지 주헌법재판소에 의해서만 심리할 수 있도록 법률이 정하고 있는 경우에는 고등행정재판소는 법규의 주법과의 양립성에 관하여 심리하지 아니하며(제3항), 법규의 유효성의 심리절차가 1개의 헌법재판소에 계속되어 있는 경우에는 고등행정재판소는 헌법재판소에서 의 절차가 종결할 때까지 심리중지를 명할 수 있다(제4항). 고등행정재판소는 자기의 법해석에 의거하여 ① 사건이 원칙적 의미를 가질 때 ② 고등행정재판소가 타고등행정재판소, 연방행정재판소, 연방최고재판소의 합동부(des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes) 또는 연방헌법재판소의 결정과 의견을 달리할 때, 상고심에서 심리될 수 있는 법의 해석에 관한 재판을 위하여 사건을 연방행정재판소에 송부한다. 이 경우 송부에 대한 결정(Beschluss)은 관계인에게 통지해야하고, 연방행정재판소는 법률문제에 대해서만 재판을 한다.(제5항). 판결 또는 구두변론이 불필요하다고 판단한 경우에는 결정으로 재판을 행하며, 법규가 유효하지 아니하다는 확증을 얻은 때에는 그것이 무효라는 것을 선언한다. 이 경우 그 재판은

일반적구속력을 가지며, 재판의 주문(Entscheidungsformel)은 법규가 공시된 경우와 마찬가지로 피신청인에게 공시되어야 한다(제6항). 제5항의 의하여 송부되지 아니하는 경우 항고(Beschwerde)의 수단으로 다룰 수 있으며(제7항), 중대한 손해를 피하기 위하여 또는 기타 중대한 이유에 의한 긴급한 필요가 있는 경우에 가명령을 재판소가 발할 수 있다(제8항).

3) 개개의 심급재판소에 의한 통제

계속되어 있는 소송절차와 관련하여 부수적으로 개개의 심급재판소에 의하여 법규명령의 형식적 및 실질적심사가 되고 이에 의하여 법규명령이 통제되고 있다.

5. 위임명령통제의 문제점

이상에서 우리 나라에 있어서의 위임입법통제의 현황을 간략히나마 살펴보고, 이에 대비하여 각국(미국·영국·프랑스·독일)의 위임입법통제의 현황을 요약하여 보았다. 이들 각국의 統制法制를 보면, 한편에서는 실제로 각국의 법제에 차이가 있음을 인정하면서, 다른 한편으로는 민주주의적법치국가원리의 철저라는 면에서 각국의 법제가 상당한 공통점을 가지고 있음을, 또는 그러한 방향으로 나아가고 있음을 승인하지 않을 수 없다. 우리 헌법에도 구현되어 있는 민주주의적법치국가원리의 철저화라는 측면에서 본다면 우리 나라 위임명령통제의 문제점으로 다음과 같은 점을 지적할 수 있을 것이다.

5.1. 국회통제

각국의 위임입법통제의 현황에서 본 바와 같이 법규범정립자의 행정부에 대한 과도한 위임이라는 문제상황에 직면하여 원래 의도하였던 권력분립이라는 헌법상요청을 견지하기 위하여 위임명령에 대한 여러 통제 중에서도 제1차적 통제라고 할 수 있는 국회의 위임명령에 대한 직접적인 영향력 행사의 방법을 다각도로 강구하였던 것인데, 우리는 같은 문제상황에 직면하고 있으면서도 국회에 의한 위임명령에 대한 직접적통제제도가 강구되어 있지 아니한다는 점이 우선 문제점으로 지적될 수 있다.

5.2. 행정적통제

행정적통제의 문제점으로 첫째로 현행 법제업무운영규정 제16조, 국회법 제82조의 2에 의하면 입법예고방법으로 관보 또는 국회공보나 일간신문에의 게재를 규정하고 있으나 실제로는 관보나 국회공보의 방법을 택하고 있는 바, 문제는 관보나 국회공보의 보급률이 낮다는 점이다.²⁴⁴⁾ 둘째로 현행 법제업무운영규정등이 입법예고를 규정하고 있을 뿐이지 적극적으로 이해집단이나 전문가집단의 행정입법에의 참여를 유도하는 방안을 강구하고 있지 않다는 점이다. 현재 국회에 제출되어 있는 정부의 행정절차법안 제42조 제2항에는 “행정청은 입법예고를 하는 경

244) 조정찬 「법령안입법예고제도의 도입 및 운영현황」, 법제 1990. 8. 31, 37 참조.

우에 필요하다고 인정되는 단체 기타의 자에 대하여 예고사항을 통지할 수 있다”고 규정하고 있을 뿐이다. 셋째로 현행법에는 행정입법안정립에 이유명시에 관하여 아무런 규정을 하고 있지 않다는 점이다. 정부의 행정절차법안 제23조는 처분절차에만 이유명시를 규정하고 있을 뿐이다.

5.3. 사법적통제

사법적통제의 문제점으로서 첫째로 추상적규범통제제도가 마련되어 있지 않다는 점이다. 둘째로 우리 헌법 제75조에는 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”에 관하여 대통령령을 발할 수 있다고 규정하였을 뿐이고, 독일 기본법 제80조 제1항 제3문처럼 위임명령 속에 법적근거를 제시하도록 한 규정이 없다는 점이다.

6. 소결 : 위임입법제도의 과제

지금까지 행정입법통제의 우리 나라의 현황과 각국의 현황을 비교하면서 우리 나라에 있어서의 문제점과 그 과제를 살펴보았다.

오늘날 위임입법에 대한 수요가 강하면 강할수록, 그러한 수요의 현대적변용에 대한 제도적대응이 불가피하면 할수록 그것에 비례하여 위임입법에 대한 통제가 강화되어야 한다. 이를 위하여 통제방법이 연구되어야 하고 새로운 제도가 도입되어야 한다. 도입의 방법은 점진적인 방법에 의하여야 할 것이다. 통제방법의 연구 못지 않게 통제도입의 방법의 연구도 매우 중요하다.

이러한 관점에서 민주주의적법치국가원리의 철저화를 위한 위임입법통제의 과제를 제시해 보면 다음과 같다.

첫째로, 국회가 원칙적인 입법권자인 이상, 행정부에 대하여 위임입법권을 부여하면서 정한 구체적인 범위가 지켜지고 있는가의 통제는 제1차적으로는 국회에 있는 것이므로, 국회는 헌법이 허용하는 범위 내에서 위임입법에 대한 직접적인 통제제도의 도입을 강구하여야 한다는 점이다.

둘째로, 기본적인 결정을 국회 스스로 정하도록 이론과 판례를 정립해가도록 하여야 한다는 점이다. 이 점은 행정국가화의 현상에 직면하여 행정부에 대한 입법권위임이 일상화하고 있는 중에서도 헌법구조·정치과정에 있어서의 국회의 정체성(Identity)을 지킨다는 점에서 매우 중요하다고 생각한다. 이미 앞에서 언

급한 바와 같이 미합중국최고재판소가 입법권위임허용법리를 전개하는 과정에서 “정책을 결정하는 것 및 그것을 명확하고 구속력있는 행동준칙으로서 정식화하여 선언하는 것”을 입법권의 본질적부분이라고 하고 입법부는 이 본질적부분을 다른 기관에 이양하여 버리는 것은 허용되지 아니한다고 한 것은 매우 중요한 시사점이라고 여겨진다.

셋째로, 국회가 위임입법에 대한 구체적인 통제수단의 도입을 강구하는 경우, 미국의 기한부수권이나 사전승인제도, 영국의 의회에서의 제출절차나 위원회에 의한 심사 및 독일에 있어서의 동의유보·변경유보·폐지유보 등을 생각해 볼 수 있다. 이 경우, 우리가 고려하여야 할 것으로는 법리상의 문제는 차치하고라도, 시간적으로나 기술적으로나 국회의 부담을 덜어 주는 쪽으로 제도가 강구되어야 할 것이며, 행정부의 법규범정립의 취지에 비추어 정치적으로나 경제적으로 중요한 의미를 갖는 본질적인 경우에 한정하여 도입하는 것이 바람직하다.

넷째로, 각 통제간의 연관을 통하여 위임명령통제의 유효성과 효율성을 강구해 간다는 문제이다. 미합중국최고재판소의 판결 중에 입법권위임이 기준의 요건 등 권력분립에서 유래하는 합헌성판정기준을 충족하였다고 하더라도 수임기관에 의한 피위임권한행사를 통제하기 위한 고지·청문 등의 행정절차상의 보장을 결여하고 있는 경우에는 due process의 관점에서 역시 위헌으로 될 수 있음을 시사하고 있는 것은 우리가 되새겨 보아야 할 대목이라고 생각한다.

다섯째로, 입법에 이해집단이나 전문가집단 등 단체를 참여시키는 문제이다. 특히 지방자치단체의 대표자를 참여시키는 문제

는 앞으로의 중요한 과제라고 생각한다. 독일의 현황에서 본 연방참의원의 관여는 우리에게 시사하는 바가 매우 크다. 주지하는 바와 같이 독일연방참의원은 각주의 내각의 대표자로 구성되는 것이고 동국의 행정사무의 상당부분이 주에서 처리되고 있으므로 그러한 주대표기관을 입법에 참여시킨다는 것은 집행을 담당하고 있는 행정기관의 의견을 반영한다는 것이 된다. 우리 나라에 있어서도 국가와 지방자치단체의 사무배분기준을 명백히 함과 동시에 양자간의 분쟁의 해소책으로 국가행정에 지방자치단체의 참여를 가능한 한 넓게 허용하는 입법배치를 강구해 갈 필요가 있거니와, 국가의 행정입법에 지방자치단체의 대표를 참여시키려면 입법단계부터 지방자치단체의 사정을 배려함으로써 분쟁을 미연에 방지할 수 있을 뿐만 아니라 집행상의 문제점도 입법단계에서 해소되는 이점이 있다.

여섯째로, 위임명령에 법적근거를 명시하게 하는 문제이다. 독일기본법이 제80조 제1항 제3문이 “법적근거는 명령 중에 제시되어야 한다”고 규정하고 있음은 주지하는 바와 같은 바, 이 규정이 중요한 것은 명령제정자가 법률에 의한 수권의 범위를 지키고 있는가의 여부심사가 법적근거의 명시로 가능하게 된다는 점이다.

일곱번째로, 이미 위임명령자체가 예외적으로 하지만 항고소송의 대상이 된다는 것은 본 바 있다. 흥미로운 것은 프랑스의 행정입법에 대한 사법적통제이다. 상술한 바와 같이 프랑스에 있어서 행정입법은 행정권에 고유한 입법권의 행사로서 행하여지나, 행정권의 형식적개념을 중시하는 프랑스 공법의 전통에서 입법권으로서가 아니라 행정입법행위로 불리우는 바, 그 성질은

국민의 권리의무를 행정이 일방적으로 형성하는 (이 경우 행정이 행위의 상대방을 특정하지 아니하고 일반적·추상적으로 형성하는) 법률행위인 집행적결정으로 본다. 따라서 행정입법은, 행정의 행위이므로, 적법성의 원리에 의거하여 행정재판소의 통제의 대상이 된다는 것이다. 프랑스의 행정입법에 관한 법제는 우리의 법제와 판이하게 다르지만, 행정입법을 직접 항고소송의 대상으로 하는 경우에 많은 이론적인 시사를 제공해주고 있다.

여덟째로, 추상적규범통제제도의 마련도 장기적인 과제이다.

V. 결 론

본 연구는 우리 나라 헌법의 해석을 통하여 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준을 도출하고 이것이 판례에서 각 분야별로 적용되는 양태를 분석한 후 이러한 기준들 사이의 상호관계를 구명하고자 시도하였다. 그 결과 밝혀진 사실은 다음과 같다.

첫째, 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준을 제시하는 전제로서 우리 나라 헌법규정의 종합적인 해석에 근거하여 위임입법의 한계를 헌법일반적 관점에서 분석한 결과, 헌법상 위임입법의 한계요인들은 헌법 제75조와 제96조에 근거하는 일반적 한계, 기본권제한의 법률유보를 규정한 헌법 제37조 제2항과 죄형법정주의 및 조세법률주의를 규정한 헌법조항 등을 기초로 설정되는 헌법원리적 한계 등으로 구체화되고 있다는 사실이 밝혀졌다. 그밖에도 각각의 헌법조항에서 유래하는 위임입법의 내용적 한계 등이 제시되었다.

둘째, 헌법 제75조가 규정하는 위임입법의 한계기준은 법적 규율이 국민에 미치는 영향의 정도, 규율대상의 한정성 여부, 규율대상의 중대성, 입법기술상의 문제 등의 요인에 따라서 구체성과 명확성의 요구정도가 변화하는 유동적 공식으로 파악되었다. 반면 헌법원리적 한계기준으로서 법률의 유보에 관한 이론이 입법부와 행정부, 또는 법률과 법률이외의 법형식간에 관할 영역을 배분하는 기능을 가진다는 점, 법률에 의한 규율이 요구되는 본질적인 사항에 대한 위임입법의 금지와 규율대상이 일반국민에게 중요할수록 법률규정의 구체성의 요구가 높아진다는 점(규

율밀도의 문제)이 확인되었다. 특히 여기서 강조해야 할 것은 법률의 유보 원리에 의한 위임의 금지와 위임입법의 한계에 관한 헌법 제75조는 각각 별개의 독자적인 법원리이기 때문에 법률유보 원리에 의한 또는 개별헌법규정에 의한 명확성의 원칙과 위임입법에 관한 헌법 제74조에 의한 명확성의 원칙은 개념적으로 구별되어야 한다는 점이다.

셋째, 본 연구는 앞에서 제시된 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준들이 헌법재판소의 결정례에서 적용되는 내용과 양상을 분석하였다. 여기서는 우선 헌법재판소가 주어진 사안의 맥락 속에서 위임입법의 구체성·명확성의 요구정도를 기본권침해영역과 급부행정영역에서 상이하게 상정하고 있고, 또한 기본권침해영역 중에서 처벌법규나 조세법규의 위임에서는 고도의 규율밀도를 요구하고 있다는 사실이 밝혀졌다. 나아가 헌법재판소가 헌법 제75조의 “구체적으로 범위를 정하여”를 예측가능성으로 이해하고 이러한 예측가능성의 기준을 관련 법조항 전체의 유기적·체계적인 종합판단 및 대상법률의 성질에 따른 구체적·개별적 검토로 완화하는 판례의 전개상이 다루어지고 또한 규율대상의 본질성에 근거한 한계기준이 제시·적용되는 모습이 확인되었다. 위임입법의 한계에 대한 헌법적 기준을 제시하고 이를 적용하는 헌법재판소의 결정례를 분석하면서 제기된 문제점은 위임입법의 한계에 대한 정치한 기준을 제시하는 것은 사안의 특성상 어렵다고 할지라도 제시된 기준의 일관성있는 적용이 중요하며, 사안의 성질에 따라서 달리 적용될 때에는 그에 대한 헌법적인, 특히 기본권론상의 논증이 충분히 이루어져야 한다는 것이다.

넷째, 본 연구는 위임입법의 한계에 관한 헌법적 기준들간의 상호관계를 논의하였다. 먼저 헌법 제75조에 의한 위임입법의 일반적 한계요인인 범위의 한정성과 위임(기준)의 구체성이라는 두 가지 기준은 구체적인 수권법률과 관련하여 각각 별도로 검증되어야 할 요소이지 상호간에 어느 한쪽이 강화되면 다른 한쪽이 완화되어도 좋다는 기능적 관계에 놓여있는 것은 아니라는 점이 주장되었다. 또한 헌법 제75조에 의한 한계와 헌법원리적 한계의 관계에서는 한편으로는 양자가 서로 구별되어 경합하는 관계이면서도 다른 한편으로는 헌법원리적 한계의 근거가 되는 헌법조항들이 헌법 제75조의 해석에 중합이 이루어져서 양자의 관계는 일반법-특별법의 관계가 아니라 일반적 기준과 특수헌법적 충전을 통한 제75조의 내포적 확대가 이루어지는 관계임이 밝혀졌다. 따라서 헌법상 법률의 유보의 원리에 의한 한계, 헌법 제37조 제2항에 의한 한계, 죄형법정주의 및 조세법률주의에 의한 한계 순으로 추상화의 정도가 점차 낮아지며 반대로 규율밀도에 대한 헌법적 요구가 높아지는 규범적 관계구조가 형성되고 헌법 제75조가 일종의 단층촬영적 조정기능을 수행하고 있다는 결론에 이르게 된다.

다섯째, 본 연구는 위임입법의 헌법적 한계에 대한 독일, 미국, 프랑스, 일본에서의 실정법의 내용 및 판례·학설의 경향을 비교 공법적 관점에서 검토·고찰하였다. 그 결과를 요약하면 다음과 같다.

독일의 경우 기본법의 제정 당시에는 국가사회주의의 지배의 경험으로부터의 반동으로 기본법 제80조 제1항이 매우 엄격한 위임입법의 제한기준을 규정하였다. 하지만 법현실의 전개는 위

입법법의 홍수로 나타났고 이는 국가과업의 현격한 증대를 배경으로 하는 것이었다. 이러한 배경 속에서 이론과 판례는 고전적인 법률유보론이 민주적 정당성이 결여되었던 행정부로부터 국민의 자유와 재산을 방어하려는 관점에서 형성되었는데 현대의 독일의 헌법구조에서는 행정부 역시 민주적 정당성을 지닌다는 점에 착안하여 의회유보론에 기초한 본질성론을 제기하였다. 이러한 본질성론은 위임입법의 헌법적인 한계기준을 설정하는 문제에서도 새로운 관점을 제시하고 있다.

미국의 헌법은 위임입법에 대해서 아무런 기준을 두고 있지 않고 위임입법의 한계문제는 주로 판례에 의해서 다루어져 왔다. 미국의 연방대법원은 위임입법의 한계를 판단하기 위한 척도로서 “명료한 원리”라는 기준을 사용하여 왔다. 여기서 주목할 만한 것은 의회가 자신의 입법권을 헌법에 반하여 위임하였는지의 여부가 아니라 사법심사와 국민에 의한 통제를 가능하게 할 명확성이 확보되었는지의 여부가 위임입법의 한계를 판단하는 관건이 된다는 점이다. 즉 미국에서의 위임입법의 한계를 결정하는 기준은 권력분립의 관점에서 의회와 행정부의 관계를 설정해 주는 유동적 공식으로서 의외입법권의 공동화와 행정부의 권한확대를 방지하고 이를 사법심사와 국민에 의한 통제하에 두는 역동적 요인으로 파악할 수 있다. 미국에서는 또한 위임입법에 대한 의회의 통제수단으로서의 의회거부권이 있다.

프랑스에서의 위임입법은 독일이나 미국, 일본 또는 우리나라와는 다른 특유한 전통에 따라 형성된 것이다. 현행 프랑스헌법은 제34조에서 국회가 법률로써 규율할 사항을 제한적으로 열거하고 있으며 제37조에서 입법사항에 속하지 않는 사항은 법

규명령사항의 성질을 가진다고 규정하고 있다. 헌법 제37조에 따라서 행정부는 독립명령을 제정할 수 있는데, 독립명령은 법적 성격과 효력 면에서 법률과 구별되지만, 법률유보에 의한 종속명령이 아니라 헌법유보에 의한 독립명령이란 점에서 법률사항을 전제로 그에 종속된 법규명령과도 구별된다. 법률명령의 한계는 헌법 제38조에 의해 수권목적, 수권사항 및 수권기간상으로 주어진다. 법률종속명령의 한계문제는 프랑스에서는 위임입법 자체의 한계로서 논의되고 있지는 않고 다만 법규명령제정권의 행사방식에 대한 한계가 권한, 형식, 내용, 조직 등의 측면에서 주어지는 것으로 보인다.

현행 일본헌법 제73조는 “내각은, 다른 일반행정사무 외에, 좌의 사무를 행한다”라고 하면서 그 제6호에서 “이 헌법 및 법률의 규정을 실시하기 위하여 정령을 제정하는 일, 다만 정령에는, 특히 그 법률의 위임이 있는 경우를 제외하고는, 벌칙을 설정할 수 없다”라고 규정하고 있다. 이러한 헌법 아래서 법률의 수권에 의거하지 아니하고 제정된 독립명령은 허용되지 아니하고, 법률의 수권에 의거한 넓은 의미의 위임명령만이 허용되는 것이라는 데에 의견이 일치하고 있다. 법규명령의 일종인 집행명령의 제정에 대하여 통설은 헌법 제73조 제6호 본문에서 규정하고 있는 “실시”는 집행을 의미하는 것이며 따라서 위 본문이 집행명령의 헌법적 근거이므로 법률의 수권을 요하지 아니하고 집행명령을 제정할 수 있다는 것이다. 재위임은 헌법상의 명시적인 규정이 없음에도 불구하고 일정한 한계 내에서 허용되고 있다.

여섯째, 본 연구는 위임입법의 통제와 관련하여 우리 나라의

현황을 검토한 후 미국, 영국, 프랑스, 독일 등 외국의 법제를 소개하여 논의하였다. 이들 국가의 법제를 통하여 공통적으로 관측되는 경향은 민주주의적 법치국가원리의 철저화라는 관점이라 할 수 있다. 이러한 측면에서 볼 때 우리 나라의 위임명령의 통제는 여러 가지 문제점을 지니고 있다는 사실이 확인되었다. 먼저 국회통제의 차원에서는 국회에 의한 위임명령에 대한 직접적 통제제도가 강구되어 있지 않다는 점, 행정적 통제의 차원에서는 입법예고의 방법인 관보나 국회공보의 보급률이 낮고, 이익집단이나 전문가집단의 행정입법에의 참여방안이 없으며 행정입법안정립의 이유명시에 관한 실정법규정이 없다는 점 등이 문제점으로 드러났고, 사법적 통제의 차원에서는 추상적 규범통제제도가 없는 것과 독일 기본법 제80조 제1항 제3문과 같이 위임명령 속에 법적 근거를 제시하도록 하는 규정이 없다는 것이 밝혀졌다. 국회의 입법기능이 저하되고 이에 비례하여 행정부에 의한 입법기능이 확대·강화되어 입법부의 원래적인 입법기능이 형해화되고 실질적인 법규창조가 행정입법에 의해서 행해지는 현대국가의 현실 속에서 위임입법의 통제의 필요성이 강조되는 것은 당연한 일이다. 위임입법의 한계기준이 주로 수권법률에 관한 위임입법의 과정통제라면 위임입법의 통제수단들은 수권법률에 의하여 또는 그 밖의 방법에 의하여 행해진 행정입법에 대한 결과통제라 할 수 있다. 이렇게 볼 때 양자는 어느 한쪽만으로는 결코 완전하지 않으며, 양자가 긴밀히 상호 보완될 때에만 비로소 위임입법에 대한 헌법규범적 요구가 실현될 수 있는 것이다. 특히 우리 나라의 경우 국회차원에서 위임입법이 남발되고 있고 또 헌법의 요구가 제대로 준수되지 않는 경우도 적

지 않다는 현실²⁴⁵⁾을 고려할 때 위임입법에 대한 적절하고 실효적인 통제수단을 강구하는 것이 무엇보다도 절실한 입법적 과제로 대두된다. 본 연구는 이러한 견지에서 우리 나라의 위임입법의 통제제도가 안고 있는 문제점들을 해결하기 위한 방안과 과제를 모색하였다. 그 결과 국회에 의한 통제제도를 국회에 대한 과부하가 되지 않는 방식으로 강구하는 방안, 의회유보를 강화하는 판례·이론을 정립하는 방안, 각 통제간의 연관성을 확보하여 위임명령통제의 유효성과 효율성을 강화하는 방안, 이익단체나 전문가단체의 입법에의 참여를 제도화하는 방안, 위임명령의 법적 근거를 명시하도록 하고 추상적 규범통제를 도입하는 방안, 프랑스에서의 행정입법에 대한 사법적 통제를 참고하는 방안 등이 제시되었다.

현대국가에서 위임입법의 불가피성을 부정할 수는 없을 것이다. 입법권비위임의 원칙을 형식적으로 고수하면서 현대국가의 기능이 제대로 수행되기를 기대할 수 없기 때문이다. 또한 순수한 의미에서의 입법권비위임의 원칙은 이미 고도로 복잡화되고

245) 참고로 최근에 나온 국회사무처 법제예산실의 보고(「행정입법」의 분석·검토, 『법제현안』, 1996.10.29. 통권 제45호)는 1995년 정기국회통과법률 168건을 분석한 결과 총조문수 10,228개 중 위임조문수가 2,976개로 약 29%에 달하며, 그 중 ‘상위법의 위임근거 없이 국민의 권리를 제한하거나 의무를 부과한 경우’, ‘상위법의 위임의 범위를 벗어나 권리의 제한 또는 의무를 부과한 경우’, ‘상위법 규정의 취지를 일탈한 경우’, ‘포괄적으로 재위임한 경우’, ‘시행일이 도래하였음에도 불구하고 시행령 또는 당해 조항이 제(개)정되지 않은 경우’, ‘기타 법체계에 문제가 있는 경우’ 등 헌법이나 수권법률의 요구에 어긋난 행정입법이 적지 않다는 사실을 지적하고 있다.

급격히 변화하는 현대국가의 현실에서 이미 불가능한 목표가 되었을 뿐만 아니라 바람직하지도 않다. 무릇 현대국가는 일하는 국가(arbeitender Staat)가 되어야 한다는 또 다른, 의회입법의 원칙 못지 않은 엄정한 헌법적 요구에 직면하고 있기 때문이다. 대부분의 입헌주의국가에서 입법권비위임의 원칙의 경직성을 극복하기 위한 법제적·법리적 시도가 전개되어 왔던 것은 바로 그런 배경에서 이해될 수 있다. 그러나 헌법 제40조가 선명하고 있는 바와 같은 의회입법의 원칙은 민주주의, 권력분립 및 법치주의의 원리에 비추어 여전히 존중되어야 한다. 문제는 의회입법의 원칙을 통해 표명된 의회의 입법권과 입법의 임무(Gesetzgebungsauftrag)와 위임입법의 현실적 불가피성, 법리적 정당성 사이에 실천적 조화를 기하는데 있다. 그것은 무엇보다도 헌법의 일이다. 우리 나라 헌법은 위임입법을 허용하면서 일정한 헌법적 준거에 따를 것을 요구함으로써 그러한 실천적 조화를 위한 기준을 설정하고 있으나 그 기준이 반드시 구체적이고 명확하지는 않다. 따라서 위임입법의 한계기준의 구체적 내용은 헌법의 전체적·체계적 해석을 통하여 규명되어야 하는 법해석론의 과제로 남아 있다. 이 과제는 물론 헌법해석에 대한 이론과 실무 양면에서 추구되어야 할 과제라 할 수 있다. 그러나 이와 함께, 누구보다도 헌법재판소가 적극적인 판례형성을 통해 적실성 있고 일관성 있는 구체적인 기준과 해법을 제시하는 것이 바람직하다. 아무쪼록 본 연구의 논의결과가 헌법재판소의 판례형성에 도움이 되기를 바라면서 논의를 마치고자 한다.

VI. 참고문헌

1. 국내문헌

- 권영성, 헌법학원론, 법문사, 1994
- 김남진, 행정법 I, 법문사, 1996
- 김도창, 일반행정법(상), 청운사, 1992
- 김동희, 행정법 I, 박영사, 1996
- , “프랑스의 행정입법제도에 관한 소고”, 서울대학교 법학 제23권 4호(1982), 38-62면
- 김두현, 행정입법제도에 관한 연구, 명지대학교 박사학위 청구논문, 1988
- 김용섭, 합부행정의 법률유보에 관한 연구, 법제연구 제9호 (법제연구원, 1995)
- 김철용, “헌법재판소 89헌마179 결정에 관한 관견”, 한국공법학회 제13회 월례발표요지문
- 문광삼, “미국대통령의 법률안거부권과 거부권의 새로운 경향”, 현대행정과 공법이론(남하서원우교수화갑기념논문집, 1991), 169-204면
- 박영하, “위임입법의 절차적 통제에 관한 연구 - 영국과 미국의 제도를 중심으로 -”, 건국대학교박사학위 청구 방

논문, 1991

박윤훈, 최신행정법강의(상), 박영사, 1996

박인수, “프랑스 법률명령(ordonances)에 관한 소고”, 현대
법의 이론과 실제(금강김철수교수화갑기념논문집,
1993), 439-474

박일환, 법규범에 대한 헌법소원과 제기요건, 한국공법학회
제13회 월례발표요지문

법무부, 위임입법에 관한 연구, 법무자료 제171집(1993)

성낙인, 프랑스 헌법학, 박영사, 1995

양승두, “영국위임입법의 통제에 관한 연구”, 연세대학교 박
사학위청구논문, 1973

유진오, 헌법해의, 명세당, 단기4282

이상규, 신행정법론(상), 1995

이석연, “헌법소원의 대상으로서의 명령·규칙의 위헌여부심
사”, 한국공법학회 제13회 월례발표요지문

조정찬, “행정입법에서의 죄형법정주의와 조세법률주의의 구현”,
법제연구 통권 제10호 (한국법제연구원, 1996), 147-
168면

_____, “법령안입법예고제도의 도입 및 운영현황”, 법제
1990. 8. 30

찰스 E. 프리드먼 저 양승두 역, 프랑스행정법서설 - 프랑스
국사원의 구조와 기능 -. 1983

허영, 한국헌법론, 1994

홍준형, 행정법총론, 1994

_____, “행정법상 불확정개념과 판단여지의 한계 -최근 독

일에서의 판례 및 이론 동향을 중심으로 -” 행정논총
(서울대학교 행정대학원), 제33권 제1호(1995),
79-113면

2. 외국문헌

Adam, Jr./Mayton, Administrative Law, West Publishing,
1993

Aranson, P. H./Gellhorn, E./Robinson, G. O., A Theory
of Legislative Delegation, in : Cornell Law
Review 68(1982), pp.1ff.

Baader, E., Parlamentsvorbehalt, Wesentlichkeitsgrundsatz,
Delegationsbefugnis, in : JZ 1992, S.394ff.

Badura, P., Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum
der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach
Maßgabe des Gesetzes, in : FS für Bachof,
S.169ff.

Bonfield/Asimow, State and Federal Administrative Law,
St. Paul, Minn. 1988

Breton, J. -M., L'obligation pour l'administration
d'exercer son pouvoir réglementaire d'exécution
des lois, R.D.P., 1993, 1749

Bryde, B.-O., Kommentierung zu Art.80, in : v. Münch
(Hg.), GG-Kommentar Bd.3, 2.Aufl., München

1983

Busch, B., Das Verhältnis des Art.80 Abs.1 S.2 GG zum
Gesetzes- und Parlaments-vorbehalt, Berlin 1992

Cann, S. J., Administrative Law, SAGE Publications,
1995

Carcassonne, Guy, La Résistance de l'Assemblée
Nationale à l'abaissement de son rôle,
R.D.P., 1984, 946ff.

Conradi, P., Deutscher Bundestag und Rechtsverordnungen,
in : NYwZ 1994, S.977ff.

Cornelius, M. K., The Elements of Rule-Making, in :
Handbook of Regulation and Administrative Law,
1994, pp.345-382

Doemming/Füßlein/Matz, Entstehungsgeschichte der
Artike 1 des Grundgesetzes. Art.80 Abs.1, in :
AöR 1(1951), S. 587ff.

Davis, K. C., A New Approach to Delegation, in :
University of Chicago Law Review 36(1969),
pp.713ff.

Delvolvé, Les délégations de matière en droit public,
thèse, Toulouse, 1930

Ehmke, H., Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe, 1961

Erichsen, H. -U., Die sog. unbestimmten Rechtsbegriffe
als Steuerungs- und Kontrollmaßgaben im
Verhältnis von Gesetzgebung, Verwaltung und

- Rechtsprechung, in : DVBI 1985, 169ff.
- _____, Zum Staatlich-schulischen Erziehungsauftrag und zur Lehre vom Gesetzes- und Parlamntsvorbehalt, VerwArch 1978(69)
- Farber, D. A., Statutory Interpretation and Legislative Supremacy, Geo.L.J. 281(1989)
- Gassner, U. M., Gesetzgebung und Bestimmtheitsgrundsatz, in : Zeitschrift für Gesetzgebung 1996, S.37-56
- Geck, W. K., Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in den Vereinigten Staaten von Amerika, in : Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten(Hg.), Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Frankfurt a.M. 1952, S.221ff.
- Geitmann, R., Bundesverfassungsgericht und "offene" Normen, Berlin 1971
- Gellhorn, E./Robinson, G./Brueff, H., The Administrative Process, 2d. ed. 1980
- Hamon, L., Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière, RDP., 1966, 106
- Hasskarl, H., Die Begrenzung exekutiver Rechtssetzungsbefugnis unter besonderer Berücksichtigung der Bundesgesetzgebung, Saarbrücken 1967
- _____, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungs-

- gerichts zu Art.80 Abs.1 S.2 GG, in : AöR 94(1969), S.85ff.
- Jekewitz, J., Deutscher Bundestag und Rechtsverordnungen, in : NVwZ 1994, S.957ff.
- Kerwin, Cornelius M., in : Handbook of Regulation and Administrative Law, 1994, pp. 345-382
- Klein, F., Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, in : Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten(Hg.), Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Frankfurt a.M. 1952, S.79ff.
- Kloepfer, M., Der Vorbehalt des Gesetzes im Wandel, in : JZ 1984, S.685ff.
- Konzak, O., Die Änderungsvorbehaltungsverordnung als neue Mitwirkungsform des Bundestages beim Erlass von Rechtsverordnungen, DVB1 1994, S.1109ff.
- Krebs, W., Zum aktuellen Stand der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes, in : Jura 1979, S.304ff.
- Krislov, S., The New Separation and Delegation of Powers Doctrine, in : Handbook of Regulation and Administrative Law, 1994
- Lepa, M., Verfassungsrechtliche Probleme der Rechtsetzung Durch Rechtsverordnung, in : AöR 105(1980), S.337ff.
- Lucaire, F./conac, F., La constitution de la république

- française, 2e éd., Economica, 1987
- Mashaw, J. L./Merril, R./Shane, P., Administrative Law
- The American Public Law System, 3d. ed.,
West Publishing, 1992
- Maunz, Th., Kommentierung zu Art.80, in : Maunz,
Dürig u.a. (Hg.), Grundgesetz. Kommentar,
München
- Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht 10.Aufl., München
- Mesnard, Ordonnances, lois d'orientation ou
loi-cadre?, R.D.P., 1982, 1073
- Möble, W., Inhalt, Zweck, Ausmaß-Zur Verfassungsgeschichte der Verordnungsermächtigung-, Berlin
1990
- Nolte, G., Ermächtigung der Exekutive zur Rechtsetzung
- Lehren aus der deutschen und amerikanischen
Erfahrung, in : AöR 118(1993), S.378-413
- Ossenbühl, F., Rechtsverordnung, in : Isensee/Kirchhof
(Hg.), Handbuch des Staatsrechts Bd.3,
Heidelberg 1988 S.387ff.
- _____, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in :
Isensee/Kirchhof(Hg.), Handbuch des Staatsrechts
Bd.3, Heidelberg 1988 S.315ff.
- Pactet, P., Institutions politique et droit constitutionnel,
10e éd., 1991
- Papier, H. -J., Der Bestimmtheitsgrundsatz, in : K,H.,

- Friauf(Hg.), Steuerrecht und Verfassungsrecht, 1989, S.61-78
- Phillips, O. H./Jackson, P., Constitutional and Administrative Law, 6th ed., 1978
- Pünder, H., Exekutive Normsetzung in den Vereinigten Staaten und der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1995
- Ramsauer, U., Kommentierung zu Art.80 GG, in : R. Wassermann(Hg.), Alternativkommentar zum Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland Bd.2, 2.Aufl., Darmstadt 1989
- Redeker, K., Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrollpflicht verwaltungsrechtlicher Rechtsprechung, in : NVwZ 1992, 305ff.
- _____, Über die Einflußmöglichkeit des Fachgesetzgebers auf das verwaltungsgerichtliche Verfahren, in : DÖV 1993
- Ridder, H., Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Großbritannien, in : Institut zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten(Hg.), Die Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Frankfurt a.M. 1952, S.295ff.
- Rivero, J./Waline, J., Droit administratif, 15e éd, 1994
- Rosenbloom, D. H., The Evolution of the Administration

- State & Transformation of Administration Law,
in : Handbook of Regulation and Administrative
Law, 1994, pp.3-36
- Rupp, H. H., Rechtsverordnungsbefugnis des Deutschen
Bundestages?, in : NVwZ 1993, S.736ff.
- Schmidt-Aßmann, E. Kommentierung zu Art.19 Abs.4, in
: Maunz/Dürig(Hg.), Grundgesetz. Kommentar,
München
- _____, Funktionen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in :
FS für Menger, 1985
- Schoenbrod, D., The Delegation Doctrine- Could the
Court give it Substance?, in : Michigan Law
Review 83(1985), pp.1223ff.
- Schwartz, B., Administrative Law Cases During 1993, 46
Administrative Law Review, pp.307-329
- _____, Administrative Law, 3.ed. 1991
- de Soto, J., La loi et le règlement dans la Constitution
du 4. octobre 1958, RDP., 1959, n° 2
- Staupe, J., Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis,
Berlin 1986
- Stelkens/Sachs, in : Stelkens/Bonk/Leonhardt, VwVfG,
Kommentar, 3.Aufl., 1990
- Stern, K., Das Staatsrecht der Bundesrepublik
Deutschland Bd.2, München 1980
- Triepel, H., Empfiehlt es sich, in die Reichsverfassung

- neue Vorschriften über die Grenzen Gesetz und Verordnung aufzunehmen?, in : Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentages, Berlin 1922, S.11ff.
- Tomsen, S., Rechtsverordnungen unter Änderungs vorbehalt des Bundestages?, in : DöV 1995, S.989ff.
- Touscoz, La notion d'ordonnance, Études de Droit Public, 1964
- Umbach, D., Das Wesentliche an der Wesentlichkeitstheorie, in : FS für Faller, München 1984, S.111ff.
- Vedel, George/Delvolvé, Pierre, Droit administratif, 1984
- Wahl, R., Risikobewertung der Exekutive und Richterliche Kontrolldichte - Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, in : NVwZ 1991, S.409ff.
- Wilke, D., Bundesverfassungsgericht und Rechtsverordnung, in : AöR 98(1973), S.196ff.
- _____, Kommentierung zu Art.80 GG, in : Mangoldt/Klein(Hg.), Das Bonner Grundgesetz, 2.Aufl., München 1974
- Wolff, B., Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, in : AöR 78(1952/1953), S.194ff.
- 室井 力, 現代行政法の展開, 1978
- 塩野 宏, 行政法 I, 第2版, 1994

佐藤 功. “おが國における 委任立法, 日本公法學會, 公法研究 第14號”

芝池義一, 行政法叢論講義 第2版, 1994

平岡 久, “行政立法”, 雄川一郎/塩野 宏/園部逸夫 編, 現代行政法大系 2, 1984

荒秀, “行政立法”, 杉村章三郎/山内一夫 編, 精解行政法, 1975