

# 法規命令에 대한 立法府의 統制<sup>1)</sup>

金 鐵 容

(建國大學校 法科大學 法學科)

## 目 次

I. 序言	2. 英國
II. 法規命令 統制의 必要性	3. 프랑스
III. 우리나라의 現況	4. 獨逸
IV. 各國의 現況	VI. 法規命令의 課題
1. 美國	

## I. 序 言

法規命令이 增加一路에 있다. 이러한 增加가 이미 危險水位에 도달하고 있음은 外國의 문헌들은 물론 우리나라 학자들이나 실무가들에 의하여 지적되고 있다.

우리 헌법 제 75조는 “구체적으로 범위를 정하여”라고 하여 法規命令 중 특히 委任命令의 범위와 한계를 설정하고 있다. 그러나 이 규정이 실무상 적용가능한 정도로 분명한 지침을 제시하고 있는 것은 아니다. 현대행정국가에 있어서 法規命令의 확대는 불가피하다 하더라도 法規命令의 비중이 증대되면 될 수록 그에 대한 統制의 필요성도 더욱 커지게 됨은 말할 나위가 없다. 法規命令에 관한 연구 그 중에도 그 統制의 문제는 우리가 향후 21세기의 도전을 헤쳐나감에 있어 필수적으로 요구되는 법치국가적 기반구조를 조성하기 위하여 반드시 해결하여야 할 과제이다.

본고는 그 동안 우리나라에서 비교적 연구가 소홀하였던 法規命令에 대한 立法府의 統制를 다루었다. 이에 관한 우리 法制가 초라하기 때문에 外國의 法制 특히 우리가 계수하였던 독일의 법제에 초점을 맞추고 統制의 課題를 간략하게 제시하려고 한다.

1) 이 연구는 1996년 건국대학교 학술진흥연구비의 지원에 의한 것이다.

## II. 法規命令 統制의 必要性

現代國家의 特質의 하나로서 國會의 立法機能이 低下되고 이와는 相對的으로 行政府에 의한 立法機能이 擴大強化되고 있다는 지적은 어제 오늘의 일이 아니며 우리나라에만 한정된 문제가 아니라 各國의 共通된 현상이기도 하다. 그결과 이른바 法規가 行政立法에 맡겨져 실질적으로는 行政立法에 의한 法規創造가 행하여 지고 있다는 것이다.

우리나라를 예를 들어보면, 1996년 7월 31일 현재 우리나라 現行法令의 수는 憲法을 제외하고는 法律 932, 大統領令 1316, 總理令 222, 部令 886으로, 法規命令이 전체 法令에서 차지하는 비율이 72%를 상회하고 있는 바, 한 實務家는 “우리의 헌법 현실 내지 의회주의의 현실에서 법률유보의 개념과 더불어 입법부의 임무영역에 속하는 특정사안을 의회는 스스로 규율하여야 하고 이를 행정부에 내맡겨서는 아니된다”는 의미의 이른바 議會留保의 개념을 정착시키는 것이 필요하다고 하면서 그 이유로서 우리의 경우 많은 法規命令이 존재하는 데 대부분의 法律이 골격만을 정하고 중요부분이 하위법령에 위임되어 있음을 들고 그 대표적인 사례를 구체적으로 적시하고 있다.<sup>2)</sup>

그런데 우리 憲法은 제40조에서 “立法權은 國會에 속한다”라고 하여, 제66조 제4항의 “行政權은 大統領을 首班으로 하는 政府에 속한다”라는 규정과 제101조 제1항의 “司法權은 法官으로 구성된 法院에 속한다”라는 규정과 더불어 權力分立의 원칙을 선언함과 동시에, 國會가 立法權者임을 明示하고 있다. 물론 國會가 立法機能을 독점하고 있는 것은 아니다. 주지하는 바와 같이 政府도 法律案提出權을 갖고 있고(憲法 제52조), 大統領도 法律案公布權 내지 法律案拒否權(憲法 제53조)외에 大統領令의 發令權, 緊急命令 및 緊急 財政 및 經濟命令發令權(憲法 제75조 및 제76조)을 갖고 있으며, 國務總理와 行政各部의 長도 각각 總理令과 部令의 發令權(憲法 제95조)을 갖고 있다. 또한 大法院·憲法裁判所·中央選舉管理委員會도 각각 規則制定權을 갖고 있으며(憲法 제108조, 제113조 제2항, 제114조 제6항), 地方自治團體도 自治立法權을 갖고 있다(憲法 제117조 제1항). 이처럼 國會가 모든 法規範의 定立權을 독점하고 있는 것도 아니라고 하더라도, 우리 憲法 제40조의 의미가 적어도 國民의 權利와 義務의 形成에 관한 사항을 비롯하여 國家의 統治組織과 作用에 관한 기본적인 사항은 반드시 國會가 정하여야 하는 것이라는 데에 대하여는 헌법학자들 간에 근본적인 견해의 차이가 있는 것 같지는 않다. 그러므로 法規命令의 量的增大와 質的高度化라고 하는 政治需要의 現代的 變容에 대한 制度的對應이 불가피하다고 하더라도 權力分立이라는 統治原則과의 調整은 또한 불가결하다고 하지 아니

2) 金容燮 [給付行政의 法律留保에 관한 연구], 법제연구 통권 제9호(1995년), 229쪽 이하 참조.

할 수 없다.

뿐만 아니라 우리 憲法은 法治國家原則을 그 基本原理의 하나로 하고 있다. 이 法治國家原則에서 보아도 法規가 行政立法에 맡겨져 실질적으로는 行政立法에 의하여 法規가 創造되고 있다는 現實은 문제가 있다.

이와 같이 權力分立이라는 統治原則을 구현하기 위하여나 法治國家原則을 수호하기 위하여는 法規命令의 統制가 필요하다. 法規命令의 需要가 강하면 강할수록 그와 비례하여 法規命令統制의 필요성은 강하게 요구된다.

### Ⅲ. 우리나라의 現況

法規命令에 대한 國會의 統制는 直接統制와 間接統制로 나눌 수 있을 것이나 현재로서는 國회의 국무총리, 국무위원의 해임건의(헌법 제63조), 국무총리, 국무위원, 정부위원 출석,보고,답변요구(동 제62조), 탄핵소추(동 제 65조), 예산안 심의(제54조등) 기타 정부감시권에 의한 間接統制가 있으며, 直接統制로서는 法規命令의 國會報告制度(國會法 第98條의 2)가 있을 뿐이다.

### Ⅳ. 各國의 現況

#### 1. 美 國

授權을 期限附로 한다거나, 委任命令의 有效要件으로 議會委員會에 事前承認(prior approval)을 받게 한다거나 하는 경우 등 외에 議會拒否權(legislative veto)<sup>3)</sup>이 오랫동안 法規命令에 대한 議會의 統制手段이었다. 그밖에 議會는 特別法の 制定이나 각종 報告를 통하여 法規命令을 통제한다.<sup>4)</sup>

#### 2. 英 國

議會에 의한 統制制度가 가장 잘 정비되어 있는 國家가 英國이다. 英國은 第1次世界大戰 이후 法規命令이 증대하여 議會主義가 위기에 떨어졌으므로 그것을 옹호하기 위하여 法規命令에 대한 統制를 실현하는 것이 커다란 政治課題가 되었으며 이를 위한 여러 가지 制度化가 모색되

3) 文光三「美國大統領의 法律案拒否權과 拒否權의 새로운 傾向」, 現代行政과 公法理論(徐元宇教授華甲紀念), 1991, 193쪽 참조.

4) APA는 一般法이므로 議會가 APA에 優先하는 個別法을 制定함으로써 委任立法의 節次的統制를 強化하거나, 規制柔軟性法(Regulatory Flexibility Act)에 의하여 同法이 준수되고 있는가의 여부에 대한 報告를 받는 것 등이 그 예이다.

어 오늘에 이르고 있다.

英國에서 制度化되어 있는 議會에 의한 統制方法에는 議會에의 提出節次와 議會의 委員會에 의한 審査 두가지이다.<sup>5)</sup>

#### (1) 議會에의 제출절차

이는 法規命令을 事前 내지 事後에 議會에 提出하게 함으로써 議會로 하여금 統制를 하게 하려는 데에 있다. 英國에는 議會에의 提出을 명하고 있는 一般法은 없다. 따라서 法規命令의 議會에의 提出여부는 개개의 授權法에 매여 있다. 授權法에 의하여 議會에의 提出이 명하여진 경우에는 1946년에 제정된 Statutory Instrument Act의 정하는 節次에 따라 행하여진다.

議會에의 提出節次에는 크게 나누어 네가지 方式이 있다. 첫째는 單純提出節次(bare laying procedure)이다. 이 節次는 統制라는 觀點에서는 別의미가 없다. 둘째로 否認決議의 節次(negative resolution procedure)이다. 이 節次에 의하면 制定된 法規命令은 議會에 提出되어 바로 施行되지만, 提出 후 40日 이내에 下院이나 上院의 어느 쪽이든가 혹은 下院만이 取消決議를 할 수 있다. 일종의 解除條件附로, 40日이 경과하면 委任立法의 效力은 確定的이 된다. 셋째가 承認決議의 節次(affirmative resolution procedure)이다. 이는 兩院 혹은 下院의 積極的인 決議에 의하여 承認되지 아니하는 한 提出된 法規命令은 效力을 발생하지 아니하거나 혹은 效力을 상실하는 節次이다. 일종의 停止條件附이다. 넷째가 委任立法을 草案의 段階에 議會에 提出하는 方法이다. 이는 法規命令의 作成過程에 있어서 議會의 意思를 反映시키기 위하여 고안된 制度이다. 이것에는 否認決議의 節次와 承認決議의 節次的 두 종류가 있으나, 후자가 보통 사용된다.

이상이 議會에의 提出節次를 요약한 것이지만, 統制의 制度 자체는 다른 國家에 비하여 상대적으로 잘 정비되어 있으나, 統制制度로서 有效하게 機能하고 있는나에 관한 평가는 그렇게 높지 못하다.

#### (2) 議會의 委員會에 의한 審査

議會에의 提出節次만으로는 法規命令에 대한 實效性있는 統制를 행하기 어렵다. 그것은 議員에게 情報를 제공할 機構가 존재하지 아니하면 技術的·專門的事項을 다수 포함하고 있는 法規命令의 內容의 當부나 適法性을 사람이 많은 本會議에서 審議하는 것이 不適當하기 때문이다. 여기에 Donoughmore-Scott Committee의 보고서는 法規命令을 심사하기 위한 常任委員會의 설치를 권고하였다. 이를 받아들여 1944년 이래 審査委員會(Scrutiny Committee)라고 통칭되는 Select Committee on statutory Instrument가 下院에 설치되어 있다. 이 審査委員會는 11人으로

5) 상세한 것은 梁承斗 「英國委任立法의 統制에 관한 研究」(延世大學校 博士學位請求論文·1973년), 14쪽 이하 ; 金杜鉉 「行政立法制度에 관한 研究」(明知大學校 博士學位請求論文·1988년), 28쪽 이하.

구성되며 委員長은 野黨의 議員이어야 한다. 審査委員會의 任務는 모든 法規命令을 심사하여, 9개의 付託事項의 어느 것에 해당하는 경우에는 議會에 주의를 환기하기 위하여 特別報告書를 提出하거나 年次報告書를 작성한다. 이 下院의 審査委員會는 1973년에 上院의 特別命令委員會(Special Orders Committee)와 合體하여 合同審査委員會(Joint Scrutiny Committee)가 되어 오늘에 이르고 있다. 그 委員會는 兩院에서 각각 7인으로 구성되며, 委員長은 下院의 野黨議員이어야 한다. 이 委員會의 임무는 위 審査委員會의 것과 대동소이하다. 이 委員會가 議會에 特別報告書를 提出하는 것은 審査한 것 중에서 약 2 내지 3%로 그렇게 많지 않지만, 이 委員會의 存在 자체에 의하여 일정한 비판적인 역할을 하고, 法規命令을 심사하면서 政府의 各部에 대하여 口頭 또는 文書로 설명을 구할 수 있기 때문에 法規命令의 制定이 신중해지지 않을 수 없으며, 또한 그러한 과정에서 立法技術도 향상되고 있다고 긍정적으로 평가되고 있다.

### 3. 프랑스

現行 第5共和國憲法下에서 法規命令으로 분류될 수 있는 *ordonnance*, *décret*, *arrêté*<sup>6)</sup> 중 議會의 統制를 규정한 것은 憲法 제38조이다. 즉 憲法 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'Etat*)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.<sup>7)</sup> 이 제38조에 의하면 議會가 적극적으로 承認할 필요가 없고 授權法律에서 정한 기간 내에 승인의 法律案을 議會에 提出만하면 되기 때문에 이 제38조에서 정한 승인이 統制機能으로서 역할은 미미하다. 오히려 第4共和國憲法의 *lois-cadres*는 政府가 *décret*를 議會에 提出할 의무를 지우고 있었고 議會가 일정한 기간 내에 *décret*의 심사권을 가지나 그 기간이 경과하면 *décret*가 有效하게 效力을 갖도록 되어 있었기 때문에 統制手段으로서는 보다 實效적이었다고 평가되고 있다.

6) 이에 관한 상세한 설명은 成樂寅, 프랑스憲法學, 1996, 719 이하.

7) 法律命令에 관하여는 金東熙 ‘불란서의 行政立法制度에 관한 소고’, 서울大學校 法學 제23권 제4호, 48 이하 및 朴仁洙 ‘불란서의 法律命令(*ordonnances*)에 관한 소고’, 現代法の 理論과 實際(金哲洙教授華甲紀念), 1993, 467 이하 참조.

#### 4. 獨 逸

##### (1) 法制

###### 1) “본”基本法上的 規定

독일 “본”基本法도 權力分立의 原則을 채택하고 있다. 우선 憲法의 基本原理로서, 제20조 제3항은 立法(Gesetzgebung)이 憲法秩序에, 行政과 司法이 法律과 法에 구속됨을 천명하였다. 基本法은 제7장을 聯邦의 立法이라 제목하여, 제70조에서 聯邦과 州의 立法, 제71조에서 聯邦의 排他的 立法(Ausschliessliche Gesetzgebung), 제72조에서 聯邦의 競合的 立法(Kon-kurrierende Gesetzgebung), 제73조에서 聯邦의 排他的 立法事項, 제74조에서 聯邦의 競合的 立法事項등을 규정함과 동시에, 제76조에서 法律案提出權者, 제77조에서 立法의 議決節次 및 제78조에서 法律의 成立을 규정하였으며, 제80조에서 法規命令定立權을 규정하였다. 基本法 제50조는 州는 聯邦參議院을 통하여 聯邦의 立法과 行政에 참여토록 하였다. 基本法은 또한 제92조에서 司法權은 法官에 맡긴다고 하였고, 제28조 제2항에서 “地方自治團體에게는 法律의 범위내에서 그 地域社會의 모든 事務를 自己責任下에 규율할 權利가 보장되어야 한다”고 밝혔다. 이처럼 基本法은 權力分立의 原則을 채택하면서도 諸權力들의 秩序있는 協同을 보장하기 위하여 權力間의 調整(Zuordnung)을 행하고 있다.<sup>8)</sup> 따라서 立法權만 하더라도 聯邦議會가 獨占하고 있지 않으며, 聯邦參議院은 물론 聯邦政府(基本法 제 76조, 제82조 제1항 제58조)와 聯邦大統領도 立法節次에 참여하고 있다(基本法 제82조 제1항).

###### 2) 法規命令의 定立

基本法 제80조는 法規命令의 定立(Erlaß von Rechtsverordnungen)이란 제목하에 다음과 같이 규정하고 있다. 즉 제1항은 “聯邦政府, 聯邦長官 또는 州政府는 法律에 의하여 法規命令을 발할 權限을 委任받을 수 있다. 이 경우 委任된 權限의 內容, 目的 및 範圍는 法律에 규정되어야 한다. 法規命令에는 그 法的根據가 명시되어야 한다. 委任받은 權限을 다시 委任할 수 있음을 法律이 규정하고 있는 때에는, 委任받은 權限의 委任을 위해 法規命令이 필요하다.”고 하고, 제2항은 “聯邦鐵道, 郵便, 通信施設의 利用에 관한 原則과 料金 및 鐵道의 建設·運營에 관한 聯邦政府 또는 聯邦長官의 法規命令, 그리고 聯邦參議院의 同意를 필요로 하는 聯邦法律 또는 聯邦의 委任에 의하거나 固有事務로서 州가 행할 聯邦法律에 기한 法律命令은, 聯邦法上的 다른 規定이 있는 경우를 제외하고, 聯邦參議院의 同意를 필요로 한다.”고 하고, 제3항은 “聯邦參議院은 그의 同意를 요하는 法規命令에 대한 定立案을 聯邦政府에 送付할 수 있다.”고 하고, 제4항

8) K. Hesse, Grundeszüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl., S. 189.

은 “聯邦法律에 의하여 또는 聯邦法律에 의거하여 州政府가 法規命令을 발할 權限을 委任받고 있는 경우에는 州는 法律에 의하여도 이를 규율할 權能이 있다”고 하였다. 여기에서 고찰의 대상이 되는 것은 제1항이다.

### 3) 法規命令의 限界

#### a) 構造的 限界와 倫理的·政治的 限界

크라인(F.Klein)교수는 基本法아래에서의 法規命令의 限界로서 構造的 限界와 倫理的·政治的 限界를 든다.<sup>9)</sup> 크라인 교수는 構造的 限界를 다시 둘로 나눈다. 첫째는 內在的 限界이다. 立法機關은 그 權限을 全體로서 통째로 委任하거나 또는 本質的 部分을 委任하여서는 아니된다. 또는 法律變更命令이나 法律代位命令을 定立하는 權限의 委任을 제80조 제1항이 法規命令(Rechtsverordnung)이라는 개념을 사용하고 있다는 점 및 제80조의 立法趣旨에서 보아 인정되지 아니한다. 둘째는 實定法上的 限界이다. 基本法 제29조 제7항이나 제41조 제3항과 같이 “상세한 것은 聯邦法律이 정한다.”라는 규정이 두어져 있는 경우에는 당해 事項에 對항 規制는 法律에 留保되어 있는 것이므로 權限의 委任은 허용되지 아니한다. 倫理的·政治的 限界는 客觀的 正義 라든가 憲法에 규정되어 있는 法治國家原理와 같은 國家의 憲法的 基礎를 이루고 있는 것들로부터 오는 限界이다. 특히 立法機關과 行政機關의 權限 分配에 있어서 그 規準이 될 權力分立, 法律의 優位, 立法機關의 權限上의 優位와 같은 法治國家의 組織原理가 중요하다. 제80조 제1항의 授權의 要件은 이들 原理에 따라야 한다.

#### b) 明確性條項

##### ① 明確性條項의 登場

法規命令의 限界로서 직접 문제가 되는 것은 基本法 제80조 제1항 제2문이다. 授權의 內容, 目的 및 範圍가 明確하여야 한다는 明確性條項이 등장하게 된 취지는 授權의 內容, 目的 및 範圍에 明確性의 要件을 과함으로써 法規命令의 內容을 法律에 결부시켜 立法府의 統制下에 두려는 데에 있었다. 원래 바이마르共和國憲法(WRV)에서는 이 條項이 결여되어 있었다. 그것이 바이마르共和國憲法 제48조 제2항에 바탕한 이른바 獨裁命令(Diktaturverordnungen)의 출현을 보게 되었고, 급기야는 政府가 國家主義國家의 立法者로서(als Gesetzgeber im nationalsozialistischen Staat)의 지위에 서게 되는 경험을 겪어야만 했다. 따라서 “본”基本法 제80조 제1항 제2문에 등장하게 된 明確性條項은 이와 같은 바이마르共和國 및 國家主義國家에서의 法治國家的·民主國家的 原理의 몰락에 대한 “본”基本法制定者의 回答(Antwort)이었던 것이다.<sup>10)</sup>

9) F.Klein, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt in Rechtsstaat, SS. 84ff.

10) H.U.Erichsen(hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10.Aufl. S.

## ②明確성의 意味內容

基本法 제80조 제1항 제2문이 규정하고 있는 法規命令定立에의 法律의 授權에 대한 明確性 要求의 구체적인 意味內容은 무엇인가. 이에 관해서는 獨逸 聯邦裁判所의 判決이 매우 적절한 자료를 제공해 주고 있으므로 이들을 살펴보는 것이 매우 중요하다. 聯邦憲法裁判所의 초기 단계에 있어서의 明確性條項의 解釋에 관한 判決은 비교적 엄격하였다. 이들 判決의 경향을 대체로 세가지 定式的 判決로 나눌 수 있다. 첫째 경향의 判決은 “基本法은 여기(제80조)에서 다른 개소에 있어서와 마찬가지로 엄격한 權力分立의 採用을 결정하였다. 議會는 委任된 權限의 限界를 고려하여 規定해 놓지 않고 立法權의 일부를 政府에 委任함으로써 立法者로서의 責任을 放棄할 수 있는 것이 아니다. 다른 한편, 政府은 命令定立에의 不明確(unbestimmt)한 授權에 의하여 議會를 대신할 것은 아니다.”<sup>11)</sup>라는 聯邦憲法裁判所의 判決이 대표하는 바와 같이 立法者는 일정한 問題가 규율되어야 한다는 것의 결정을 스스로 행하여야 하고 그러한 규율의 限界를 確定함과 동시에 그러한 규율이 어떠한 目的에 봉사하고 있는가를 스스로 제시하여야 한다는 것이다.<sup>12)</sup> 이러한 경향의 判決을 論者에 따라서는 自己決定定式(Selbstentscheidungsformel)이라고 부른다.<sup>13)</sup> 둘째 경향의 判決은 “法律制定者는 法規命令定立이 授權된 機關에 대하여 프로그램(Programm)을 제공하지 않으면 아니 된다.”<sup>14)</sup> “法定立에의 法律에 의한 授權은 命令定立者에게 프로그램 및 틀(Rahmen)로서 도움이 되어야 하고, 그와 같이 도움이 될 最小限度の 實質的 規律을 스스로 포함하고 있지 않으면 아니 된다.”<sup>15)</sup>라는 聯邦憲法裁判所의 判決이 대표하는 바와 같이 法規命令에 의하여 어떠한 프로그램이 달성되어야 하는가가 法律에 의하여 명백히 되지 않으면 아니 된다는 것이다. 이러한 경향의 判決을 論者에 따라서는 프로그램定式(Programmformel)이라고 부른다.<sup>16)</sup> 셋째 경향의 判決은 “授權이 어떠한 事案에 있어서 어떠한 方向性(Tendenz)을 가지고 이용될 수 있는 것인지 및 그것에 의거하여 定立되는 命令이 어떠한 內容을 가질 것인가가 미리 예견되지 않을 정도로 不明確할 때에는 필요한 限度를 결여하고 있다.”<sup>17)</sup> “法治國家原理는 法律에 의한 授權에 의거한 命令의 內容이 어떠한 것인가가 國民에 의하여 豫測可能한 것임을 요구한다.”<sup>18)</sup>라는 聯邦憲法裁判所의 判決이 대표하는 바와 같이 命令定立者에의 授權이 무엇이 國民에 대하여 요구되고 있는가가 그 授權에 의거한 命令에 의해서가 아니라 이미 그 限度에서 認識可能하고 豫見可能하도록 明確하지 않으면 아니된다는 것이

11) BVerfGE 1, S.60.

12) Vgl. BVerfGE 2, S. 334.

13) H. Hasskarl, Die Rechtsprechung des BVerfG Zu Art. 80 Abs. 1 S.2GG, A6R 1969, S. 101.

14) BVerfGE 18, S. 62.

15) BVerfGE 20, S. 270.

16) H. Hasskarl, aaO, S. 101.

17) BVerfGE 1, S. 60.

18) BVerfGE 34, S. 60.

다.<sup>19)</sup> 이러한 경향의 判決을 論者에 따라서는 豫見可能性定式(Vorhersehbarkeitsformel)이라고 부른다.<sup>20)</sup> 이와 같이 聯邦憲法裁判所는 授權法律이 明確性條項에 合致하고 있는가의 여부에 대하여 비교적 엄격하게 明確性條項을 해석하여 약 과반수의 法律을 이 明確性條項에 違反된다고 하여 違憲判決을 내렸다.<sup>21)</sup> 그러나 1970년에 들어 오면서 明確性條項의 해석을 점차로 완화하고 있다. 종래 授權된 權限의 內容, 目的, 程度가 원칙적으로 明示的으로 그것도 異論의 여지없이 明白性을 가지고 그 法律속에 규정하여야 한다고 해석하였던 것을 授權의 內容, 目的, 程度에 관한 規定 그 자체 뿐만 아니라 그 法律의 다른 規定에서 明確히 되면 된다는가 나아가 法律의 條文속에 明示的으로 規定할 필요는 없고 그 法律全體의 解釋을 통하여 그것이 明確히 되면 족하다는 쪽으로 확대되었다.<sup>22)</sup> 심지어 당해 法律의 틀을 넘어 다른 法律 내지 國際法인 條約과 照合하여 意味를 관련시켜 明確性의 根據를 찾으려는 경향마저 보이고 있다.<sup>23)</sup> 아무튼 聯邦憲法裁判所가 明確性條項의 해석을 완화하여 온 것을 부인할 수는 없다. 그러나 聯邦憲法裁判所가 초기에 제시하였던 明確性條項의 해석에 관한 一般的 設示 즉 자기결정정식, 프로그램定式 및 豫見可能性定式은, 각각 自己決定定式이 議會로 향한 一般的 設示라는 점에서, 프로그램定式이 行政機關의 命令定立에서 授權의 明確性에 대한 관심의 고려라는 점에서, 豫見可能性定式이 특히 國民을 염두에 둔 一般的 設示라는 점에서<sup>24)</sup>, 基本法 제80조 제1항 제2문의 明確性條項이 갖는 각각의 機能을 잘 나타내 주고 있다.

## (2) 聯邦議會의 통제방법

### 1) 方法의 多樣性

聯邦議會의 法規命令에 대한 統制의 문제는 독일에서 法規命令發令時의 立法府의 協力(Mitwirkung beim Erlaß von Verordnungen)이라는 테마로 논해지고 있다.

聯邦議會의 法規命令에 대한 協力の 형태는 다양하다.<sup>25)</sup> 議會에 대한 行政府의 理由明示義務(Begründungspflicht der Exekutive gegenüber dem parlament), 異議 및 拒否權(Einspruchs- und Vetorecht), 聽聞(Anhörung), 單純提示(einfache Vorlage), 同意留保(Zustimmungsvorbehalt), 變更

19) BVerfGE 18, S 61.

20) H. Hasskarl, aaO, S.87, 101

21) S. Magiera, Allgemeine Regelungsgewalt(Rechtsetzung) zwischen Parlament und Regierung, zur Auslegung und zur Reform des Art. 80 GG, Der Staat, Bd. 13, S.18.

22) D.Willee, in : Mangoldt - Klein(harsq), Grundgesetz, Kommentar III, s. 1942f.

23) BVerfGE, 28, S. 86.

24) H. Hasskarl, aaO, S. 111.

25) Ossenbühl, in : Isensee/ Kirchhof, HdBSTr, Bd III, 64 Rdnrn, S.51f.; H.H.Rupp, Rechtsverordnungsbefugnis des Deutschen Bundestages?, NVwZ, 1993, S. 736f.

留保(Änderungsvorbehalt), 廢止留保(Aufhebungsvorbehalt) 등이 그것이다. 이처럼 연방의회는 法 規命令에 대한 協力を 規定한 法律이 1949년부터 1985년까지 52개에 이르렀다.<sup>26)</sup> 이 중에서 가장 一般的으로 행하여지고 있고, 또 최근 가장 중요한 法理上의 문제가 되고 있는 協力的 形態는 同意留保, 變更留保 및 廢止留保이다. 聽聞은 本會議에서의 聽聞과 委員會에서의 聽聞으로 나누어지며, 立法府側으로는 스스로의 意向을 法規命令에 반영시킬 수 있고 行政府側으로는 나중에 法規命令이 議會에 의하여 取消되는 것을 회피하기 위한 기능을 한다. 그러나 授權法律에 의하여 聽聞이 요구되고 있는 경우는 수적으로 많지 않다. 單純提示는 글자 그대로 단지 法規命令을 議會에 提出할 것을 요구하는 節次이다. 이 制度의 目的은 議會構成員에게 法規命令의 存在를 알려 그 주의를 환기시키는 데에 있다. 만일 議會가 提示된 法規命令에 異議가 있으면 議會의 단순한 決議에 의하거나 또는 立法에 의하여 그 異議를 行政府에 인정시키는 것도 가능하다. 그런데 議會의 단순한 決議 그 자체는 行政府에 대하여 拘束力이 없고 단순한 指示權(Weisungsrecht)에 불과한 것으로 해석되고 있다. 따라서 單純提示는 法規命令의 效力 그 자체와 직접 관계가 없고, 단순히 간접적인 영향력 밖에 갖지 않는 制度일 뿐이다.

## 2) 同意留保

同意留保는 授權法律에서 法規命令의 效力發生에 議會가 同意 내지 同意權을 留保한 경우를 말한다. 이처럼 授權法律에 同意留保가 存在하는 경우에는 法規命令이 그 效力을 發生하기 위하여는 議會의 決議가 필요하다. 이미 위에서 본 바와 같이, 基本法 제80조 제2항 등은 獨逸이 聯邦制를 채택하고 있기 때문에, 일정한 法規命令의 경우에 聯邦參議院의 同意를 얻는 것을 규정하고 있다. 그러나 그 이외의 경우에도 구체적인 授權法律에 의하여 聯邦議會, 聯邦參議院 더욱이 同意節次의 간소화를 위하여 聯邦議會의 委員會의 同意를 요구하고 있는 경우가 있다.

이와 같은 同意留保라는 制度의 存在理由는 첫째는 立法府가 行政府에 의한 法規命令의 定立에 影響力을 미치겠다는데에 있음은 말할 나위가 없다. 둘째로 行政府側에서도 法規命令이 定立된 후에 立法府에 의하여 取消되거나 修正되는 것을 피하기 위하여 필요하다.

이 同意留保에는 法規命令이 公布되기 前의 同意留保와 公布된 後의 同意留保로 나눌 수 있다. 어느 것이나 授權法律이 이것을 정한다. 問題는 基本法이 規定하고 있는 경우를 제외하고 同意留保는 授權法律이 정하기만 하면 어떠한 法規命令에도 留保가 가능한 것인가, 그렇지 아니하면 일정한 영역의 法規命令에만 限定해서 留保가 가능한 것인가에 있다. 이에 대하여는 事案의 重要性 때문에 法規命令의 定立에 本質的인 影響을 留保하는 데에 正當한 利益이 存在하는 경우에 한하여 同意留保가 가능하다는 見解와 正當한 利益이라든가 重要한 利益이라는 概念

26) D. Schindler, Datenhandbuch zur Geschichte des Deutschen Bundestages 1980 bis 1987, s. 586 ff.

이 애매모호해서 基準이 명확하지 않다는 이유로 限定說을 비판하는 見解로 나누인다.<sup>27)</sup>

### 3) 變更留保

變更留保는 行政府가 定立한 法規命令의 內容을 變更할 수 있는 機能을 議會가 留保하는 制度이다. 이 制度는 議會가 法規命令에 影響力을 行使하기 위하여 마련된 가장 최근에 등장한 節次이다. 變更留保는 法規命令의 內容에 대한 議會의 影響力 行使라는 점에서 法規命令의 發令에 대한 議會의 影響力 行使인 同意留保와 다르다. 變更留保의 예로는 商法典(Handelsgesetzbuch) 제292조 제4항, 遺傳技術法(Gentechnikgesetz) 제40조 제4항, 聯邦辯護士法(Bundesrechtsanwaltsordnung) 제40d조, 環境責任法(Gesetz über die Umwelthaftung) 제20조 제2항 등이다. 商法典 제292조 제4항은 다음과 같이 規定하고 있다. 즉, “法規命令은 聯邦議會의 決議에 의하여 變更되거나 拒否될 수 있다. 聯邦議會의 決議는 聯邦司法部長官(Bundesminister der Justiz)에게 移送된다. 聯邦司法部長官은 法規命令의 公布時에 당해 決議에 拘束된다. 聯邦議會가 法規命令의 受理이후 3會期週間(Sitzungswochen)이 경과할 때까지 法規命令을 變更하거나 拒否하지 아니하는 경우에는 變更되지 아니한 法規命令은 公布하기 위하여 聯邦司法部長官에게 移送된다. 聯邦議會는 院內會派(Fraktion)形成에 필요로 하는 수만큼의 多數의 聯邦議會構成員(議員)의 申請으로 法規命令을 變更하거나 拒否한다.” 商法典 제292조 제4항이 變更留保를 1985년 12월 19일 최초로 규범화 하였거니와<sup>28)</sup>, 1990년 12월 10일 제정공포된 環境責任法<sup>29)</sup> 제20조 제2항의 규정내용도 商法典 제292조 제4항과 꼭 같다.

變更留保라는 議會의 影響力 行使의 形式에 대하여는 그것이 同意留保의 일종이라는 見解와 同意留保와 구별되는 독자적인 形式이라는 見解가 있다. 前者의 見解로는 商法典제292조 제4항에 관한 것이기는 하지만 變更留保命令(Änderungsvorbehaltungsverordnung)을 同意命令(Zutimmungsverordnung)의 한 種類로 본 見解를 들 수 있다.<sup>30)</sup> 그러나 일반적으로는 후자의 見解 즉 同意留保와 구별되는 독자적인 形式으로 본다.<sup>31)</sup> 또한 變更留保命令은 議會가 法律의 形式으로 法規命令의 內容을 變更하는 경우와 구별하여야 한다.<sup>32)</sup>

27) D. Willee, aaO, S. 1938.

28) BGBI. I S. 2355.

29) BGBI. I, S.2634.

30) Baurnbach/ Duden/ Hopt, Handelsgesetzbuch, 28.Aufl. 1989, §292 Anm.I.

31) H.H.Rupp, aaO, S.756f.

32) O.Konzak, Die Änderungsvorbehaltungsverordnung als neue Mitwirkungsform des bundestages beim Erlaß von Rechtsverordnungen, DVBl. 1994, S 1109.

## 4) 廢止留保

廢止留保는 法規命令이 公布된 후에 議會가 이를 廢止할 수 있는 權能을 授權法律에서 미리 留保해 두는 制度이다. 廢止留保는 이와 같이 法規命令이 公布된 후 즉 法規命令의 存續에 대하여 미치는 議會의 影響力行使라는 점에서, 法規命令의 效力과 관련되는 變更留保와 구별된다.

廢止留保는 期限을 手段으로 해서 즉 法規命令의 公布 후 일정한 期限內에 法規命令을 廢止하는 權能을 留保하는 경우가 보통이나<sup>33)</sup>, 條件을 手段으로 해서 즉 構成要件으로 정해진 특정한 事件의 발생에 法規命令을 廢止하는 權能을 留保하는 경우도 있다.<sup>34)</sup>

廢止留保의 경우에, 議會가 廢止決議를 하게 되면 行政府는 이 決議에 拘束된다.

## (3) 聯邦議會의 統制的 問題點

## 1) 方法의 問題點

聯邦議會의 法規命令에 대한 統制의 方法 그 중에서도 특히 同意留保, 變更留保 및 廢止留保가 議會에 의한 行政府의 統制라는 觀點에서 보면 매우 效果的인 手段임은 말할 나위가 없다. 그러나 이러한 諸手段에 대하여는 또한 問題點이 있음이 論者들에 의하여 주장되고 있다. 여기서는 특히 同意留保, 變更留保, 廢止留保의 세 가지 方法의 問題點에 대하여만 보기로 한다.

## 2) 同意留保의 問題點

同意留保의 問題點을 간추려 보면 다음 네 가지로 나눌 수 있다. 첫째로 구체적인 授權法律에 의하여 일정한 法規命令의 發令에 聯邦議會의 同意 및 聯邦參議院의 同意외에 나아가서 同意節次를 간소화하기 위하여 聯邦議會의 委員會의 同意를 요구하는 경우가 있는 바, 앞의 두개 즉 聯邦議會와 聯邦參議院의 同意를 요구하는 경우에는 合憲이라고 해석되는 것이지만, 후자의 경우에는 違憲의 문제가 있다.<sup>35)</sup> 둘째로, 同意留保가 다른 形式의 立法府의 協力制度에 비하여 가장 效果的인 制度임은 부인할 수 없으나, 이 制度의 合目的性에 관하여는 의문이 제기되고 있다. 셋째로, 法規命令의 效力發生 여부를 議會의 同意 내지 同意權에 매이게 하는 것은 行政府와 立法府의 責任의 限界를 모호하게 하여 責任明確의 原則(Gebot der Verantwortungsklarheit)에 반할 위험이 있다.<sup>36)</sup> 넷째로, 위 셋째와 밀접히 관련되는 것인데, 法規命令의 發令을 議會의 同意에 留保케 하는 것은 法律과 行政府의 命令인 法規命令과의 限界를 모호하게 하여 兩者의

33) D.Wilke, aaO, Art. 80 Anm. X2

34) Klotz, Das Aufhebungserlangen des Bundestages gegenüber Rechtsverordnungen, Diss. 1977, S.20f

35) F.Klein, aaO, S.103.

36) Vgl. BVerfGE 8, S.274, 321.

구별을 없애는 결과가 된다.<sup>37)</sup>

### 3) 變更留保의 問題點

行政府가 定立한 法規命令의 內容을 變更할 수 있는 權能을 議會가 留保하는 變更留保의 問題點은, 變更留保가 아무리 議會에 의한 行政府의 効果적인 統制手段이라 하더라도, 그것이 憲法上 許容되지 아니한다는 것이다. 즉 法規命令에 대한 議會의 協力이 責任을 모호하게 하는 것이지만, 變更留保는 上述한 同意留保와 달리 權力分立原則, 法治國家原則과 관련되고 責任明確原則에 위반하여 責任의 一義的歸屬(eine eindeutige Zurechenbarkeit der Verantwortlichkeiten)을 불가능하게 한다는 것이다. 同意留保가 責任의 모호성을 立法者의 "正當한 利益"의 要請(das Erfordnis des legitimen Interesses des Gestzgebers)으로 正當化의 根據로 삼아왔지만, 變更留保에 있어서는 責任明確原則<sup>38)</sup> 내지 責任歸屬原則<sup>39)</sup>의 모호성(Verwischung)이 심해서 立法者의 "正當한 利益"의 要請으로 더 이상 正當化 될 수 없는 것이라고 주장한다.<sup>40)</sup>

### 4) 廢止留保의 問題點

廢止留保의 問題點을 지적한 문헌을 필자는 아직 찾지 못하였다. 필자의 생각으로는 廢止留保 자체만으로는 議會에게 단순한 決議에 의하여 法規命令을 廢止할 權能을 부여하고 있다고는 할 수 없으므로 별도로 法規命令을 廢止하기 위한 形式的 意味의 法律을 필요로 하는가의 여부의 문제가 廢止留保의 문제점이 아닐까 한다.

## (4) 檢討와 評價

지금까지 聯邦議會의 法規命令에 대한 統制의 方法과 그 方法의 問題點을 살펴보았다. 다음 차례는 問題點에 대한 檢討와 評價이다. 앞의 聯邦議會의 統制方法의 問題點에서는 특히 同意留保, 變更留保, 廢止留保에 한정하였고, 또한 독일에서 주로 문제되고 있는 것도 이들 세가지이므로, 여기서도 이들에 한정하고자 한다.

37) Vgl. F.Ossenbühl, Rechtsverordnung, in : Isensee/ Kirchhof, HStR III, §64 Rn 56; G.Kisker, Zulässigkeit und Konsequenzen einer Mitwirkung des Parlaments beim Erlass von Rechtsverordnungen, in: Schule in Rechtsstaat, Bd. II, Gutachten für die Kommission Schulrecht des Deutschen Jriententages, 1980, S. 42.

38) 責任明確原則에 관하여는 P.Lerche, in : MDHS, Grundgesetzkommentar, Loseblattsammlung, Stand : Dezember 1992, Art. 83 Rdnr. 110 참조.

39) 責任歸屬原則에 관하여는 von Danwitz, Die Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers, 1989, S. 115 참조.

40) O.Konzak, aaO, S. 1110f.

## 1) 同意留保에 대하여

## a) 委員會同意要求

상술한 바와 같이 授權法律에서 일정한 法規命令의 發令에 聯邦議會의 同意나 聯邦參議院의 同意를 요구하는 데 대하여 異論이 없으나, 同意節次를 간소화하기 위하여 聯邦議會의 委員會의 同意를 요구하는 것이 違憲이라는 주장에 관하여는 이미 聯邦憲法裁判所가 1955년 7월 7일의 決定으로 違憲判斷을 내린 바 있다.<sup>41)</sup> 그러나 이 문제에 대하여는 見解가 나누어지고 있으며 法規命令을 發令하기 전에 委員會의 聽聞을 거치는 것이 가능하다는 見解가 多數說이라고 한다.<sup>42)</sup>

## b) 同意留保의 合目的性

同意留保가 議會의 統制를 위한 効果적인 제도이기는 하나 과연 合目的的인가 하는 문제는 이 제도가 時間的으로나 技術的으로나 議會의 負擔을 경감시켜 주지 못하고 있는 것이 아니냐 하는 데에 있다. 그래서 독일에서는 영국에서 행하고 있는 바와 같이 議會委員會의 同意를 요구하는 것으로 문제를 해결하려 하나, 그것은 憲法의 문제가 됨을 위에서 본 바와 같다. 그러나 독일에서의 議會의 協力の 形式 중에서 가장 많이 이용되고 있는 것이 이 同意留保이다.

## c) 責任明確原則違背

同意留保가 責任明確의 原則에 반할 위험이 있다는 주장은 받아들여지고 있지 않다. 同意留保가 허용된다는 것이 일반적으로 승인되고 있고, 그 근거는 立法者가 命令權限을 부여하는 것을 자기 자신의 法定立獨占을 포기하는 것이고 同意留保는 스스로 행할 法定立權의 委任에 限界를 긋는 것일 뿐이라는 데에 있다.<sup>43)</sup> 不眞正委任을 고려해 볼 때 聯邦議會에 대하여 命令發令에 대한 統制可能性을 留保하는 것은 당연한 것이다. 물론 그러한 統制가 基本法 제80조 제1항 제2문의 授權範圍에 관한 규정에 위반할 우려가 있기는 하나, 行政府에 委任된 權限과 平行하여 議會가 權限을 행사하는 것보다는 온건하다. 따라서 同意留保의 形式으로 "限定된 命令授權"(verengten Verordnungsermächtigung)<sup>44)</sup>을 행하는 것은 責任明確原則과도 부합한다.<sup>45)</sup>

## d) 法律과 法規命令의 限界模糊性

同意留保가 法律과 法規命令의 限界를 모호하게 한다는 우려도 독일에서 일반적으로 받아들여지지 않는 모양이다.<sup>46)</sup> 비록 同意留保에 의하여 法規命令이 效力을 발생하기 위하여는 聯邦

41) Vgl. K.Grupp, Zur Mitwirkung des Bundestages bei dem Erlass von Rechtsordnungen, DVBl., 1974,S.180f.

42) 水野豊志, 委任立法의 研究, 1960, 91항 以下.

43) BVerfGE 8, 274, 319ff. ; Maunz in : Maunz/ Dürig, Grundgesetz, Art. 80 Rn. 60 ; K.Grupp, aaO, S 177ff ; Hüser, Die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften an dem Erlass von Rechtsverordnungen, Diss. 1977, S.103ff ; D.Wilke, aaO, Art. 80 Anm. zahlr.N.

44) Maunz, aao, Art 80 Rn. 60,

45) S.Stundenroth, Einflussnahme des Bundestages auf Erlass, Inhalt und Bestand von Rechtsverordnungen, DÖV 1995, S.530.

46) S.Stundenroth, aaO, S.531f.

議會의 同意가 필요하지만 行政府의 法規命令定立이 法規命令의 形式으로 행하여지는 것은 변함이 없기 때문이다.

## 2) 變更留保에 대하여

變更留保가 憲法上 허용되는가의 문제는 최근 독일에서 가장 문제가 되었던 爭點中の 하나였다.<sup>47)</sup> 贊反양론이 있으나, 立法者는 자기의 立法權能의 委任에 의하여 委任된 분야에서 스스로 規律活動을 행할 權限을 상실하는 것이 아니며, 立法者인 議會가 命令에 의하여 拘束된 事案을 法律로써 새롭게 또 다른 內容으로 拘束하는 것 따라서 命令規定 대신에 法律規定을 행하는 것을 금지할 수는 없는 것이므로<sup>48)</sup>, 이와 같은 立法者의 權能에 비추어 議會에 대하여 혹은 法律에 의하여 혹은 授權法律에 留保된 議會의 法規命令을 內容적으로 變更할 可能性을 승인하는 것은 당연하다.<sup>49)</sup> 變更留保命令을 議會가 法律의 形式으로 法規命令의 內容을 變更하는 경우와 구별된다고 한다면, 授權法律에 留保된 議會의 單純決議에 의하여 法規命令을 內容적으로 變更하는 것만이 變更留保로 남게 된다.

## 3) 廢止留保에 대하여

현재 독일에서는 授權法律에서 聯邦議會가 命令의 廢止까지도 留保할 수 있다는 데에 대하여 별반 異議가 없는 모양이다.<sup>50)</sup> 다만 문제는 法律의 形式에 의하지 아니하고 단순한 議會의 決議로써 法規命令을 직접적으로 廢止할 수 있는가에 있음은 상술한 바와 같다. 議會는 단순한 決議에 의하여 직접 法規命令을 廢止할 수 없다. 그렇지 않으면 議會는 단순한 決議에 의하여 命令制定權者를 대신할 수 있을 것이기 때문이다. 法治國家의 法形式의 엄정성과 憲法에 의해 규정된 權限分擔의 原則上 法律의 形式에 의해서도 직접 議會決議에 의한 직접 廢止를 授權할 수는 없다. 오직 憲法上 法律이 上位者인 관계로 立法權者는 命令의 效力을 상실시킬 수 있는 위치에 있을 뿐이고, 그것도 오직 法律制定의 形式에 의해서만 가능하다.<sup>51)</sup>

47) 이에 관한 최근 독일의 문헌으로 H. H. Rupp의 위 註21 論文과 O. Kanzak의 위 註28 論文 외에, J. Jekewitz, Deutscher Bundestag und Rechtsverordnungen, NVwZ 1994, Heft 10 ; P. Conradi, Deutscher Bundestag und Rechtsverordnungen, NVwZ 1994, Heft 10 ; S. Thomsen, Rechtsverordnungen unter Änderungsvorbehalt des Bundestages?, DÖV, 1995, Heft 23 등이 있다.

48) Maurz, aaO, Art. 80 Rn. 23 ; Jrkowitz, aaO, S. 957 ; Ossenbühl, aaO, §64 Rn14. ; Scholz/ Bismark, aaO, S.89 ; v. Danwitz, aaO, S.29. ; Konzak, aaO, S.1109.

49) S. Studenroth, aaO, S.532.

50) S. Studenroth, aaO, S.535.

51) S. Studenroth, aaO, S.536.

## V. 法規命令의 課題

지금까지 行政立法統制의 우리나라의 現況과 各國의 現況을 比較하면서 우리나라에 있어서의 問題點과 그 課題를 살펴보았다.

오늘날 法規命令에 대한 需要가 강하면 강할 수록, 그러한 需要의 現代的變用에 대한 制度的 對應이 불가피하면 할수록 그것에 比例하여 法規命令에 대한 統制가 강화되어야 한다. 이를 위하여 統制方法이 研究되어야 하고 새로운 制度가 導入되어야 한다. 導入의 方法은 점진적인 方法에 의하여야 할 것이다. 統制方法의 研究 못지 않게 統制導入의 方法의 研究도 매우 중요하다.

이러한 관점에서 民主主義의 法治國家原理의 徹底化를 위한 法規命令統制의 과제를 제시해 보면 다음과 같다.

첫째로, 國會가 原則적인 立法權者인 이상, 行政府에 대하여 委任立法權을 부여하면서 정한 구체적인 범위가 지켜지고 있는가의 統制는 제1차적으로는 國會에 있는 것이므로, 國會는 憲法이 허용하는 범위내에서 委任立法에 대한 直接的인 統制制度의 導入을 강구하여야 한다는 점이다.

둘째로, 基本的인 決定은 國會 스스로 정하도록 理論과 判例를 정립해가도록 하여야 한다는 점이다. 이 점은 行政國家化의 現象에 직면하여 行政府에 대한 立法權委任이 일상화하고 있는 중에서도 憲法構造·政治過程에 있어서의 國會의 正體性(Identity)을 지킨다는 점에서 매우 중요하다. 이미 앞에서 언급한 바와 같이 美合衆國最高裁判所가 立法權委任許容法理를 전개하는 과정에서 “政策을 決定하는 것 및 그것을 明確하고 拘束力있는 行動準則으로서 定式化하여 宣言하는 것”을 立法權의 本質의部分이라고 하고 立法府는 이 本質의部分을 다른 機關에 移讓하여 버리는 것은 허용되지 아니한다고 한 것은 매우 중요한 시사점이라고 여겨진다.

셋째로, 國會가 委任立法에 대한 구체적인 統制手段의 導入을 강구하는 경우, 美國의 期限附 授權이나 事前承認制度, 英國의 議會에서의 提出節次나 委員會에 의한 審査 및 獨逸에 있어서의 同意留保·變更留保·廢止留保 등을 생각해 볼 수 있다. 이 경우, 우리가 고려하여야 할 것으로는 法理上의 문제는 차치하고라도, 時間的으로나 技術的으로나 國會의 負擔을 덜어 주는 쪽으로 制度가 강구되어야 할 것이며, 行政府의 法規範定立의 취지에 비추어 政治的으로나 經濟的으로 중요한 의미를 갖는 本質적인 경우에 한정하여 도입하는 것이 바람직하다.

넷째로, 각 統制간의 연관을 통하여 法規命令統制의 有效성과 效率성을 강구해 간다는 문제이다. 美合衆國最高裁判所의 判決중에서 立法權委任이 基準의 要件등 權力分立에서 유래하는 合憲性判定基準을 충족하였다고 하더라도 受任機關에 의한 被委任權限行使를 統制하기 위한 告

知·聽聞 등의 行政節次上的 保障을 결여하고 있는 경우에는 due process의 觀點에서 역시 違憲으로 될 수 있음을 시사하고 있는 것은 우리가 되새겨 보아야 할 대목이라고 생각한다.

다섯째로, 立法에 利害集團이나 專門家集團 등 團體를 참여시키는 문제이다. 특히 地方自治團體의 代表者를 참여시키는 문제는 앞으로의 중요한 과제라고 생각한다. 獨逸의 現況에서 본 聯邦參議院의 關與는 우리에게 시사하는 바가 매우 크다. 주지하는 바와 같이 獨逸聯邦參議院은 各州의 內閣의 代表者로 구성되는 것이고 同國의 行政事務의 상당부분이 州에서 처리되고 있으므로 그러한 州代表機關을 立法에 참여시킨다는 것은 執行을 담당하고 있는 行政機關의 意見을 반영한다는 것이 된다. 우리나라에 있어서도 國家와 地方自治團體의 事務配分基準을 명백히 합과 동시에 兩者간의 紛爭의 解消策으로 國家行政에 地方自治團體의 參與를 가능한 限 넓게 허용하는 立法措置를 강구해 갈 필요가 있거니와, 國家의 行政立法에 地方自治團體의 代表를 참여시키려며는 立法段階부터 地方自治團體의 事情을 배려함으로써 紛爭을 미연에 방지할 수 있을 뿐만 아니라 執行上의 問題點도 立法段階에서 해소되는 利點이 있다.

여섯째로, 委任命令에 法的根據를 明示하게 하는 문제이다. 獨逸 基本法이 제80조 제1항 제3문이 "法的根據는 命令 중에 제시되어야 한다"고 규정하고 있음은 주지하는 바와 같은 바, 이 규정이 중요한 것은 命令制定者가 法律에 의한 授權의 範圍를 지키고 있는가의 여부審査가 法的根據의 明示로 가능하게 된다는 점이다.

일곱번째로, 이미 委任命令자체가 예외적이기는 하지만 抗告訴訟의 對象이 된다는 것은 본 바있다. 흥미로운 것은 프랑스의 行政立法에 대한 司法的統制이다. 상술한 바와 같이 프랑스에 있어서 行政立法은 行政權에 고유한 立法權의 行使로서 행하여지나, 行政權의 形式的概念을 중시하는 프랑스 公法의 傳統에서 立法權으로서가 아니라 行政立法行爲로 불리우는 바, 그 性質은 國民의 權利義務를 行政이 일방적으로 형성하는 (이 경우 行政이 行爲의 相對方을 특정하지 아니하고 一般的抽象的으로 형성하는) 法律行爲인 執行的決定으로 본다. 따라서 行政立法은, 行政의 行爲이므로, 適法性的 原理에 의거하여 行政裁判所의 統制의 對象이 된다는 것이다. 프랑스의 行政立法에 관한 法制는 우리의 法制와 판이하게 다르지만, 行政立法을 직접 抗告訴訟의 대상으로 하는 경우에 많은 理論的인 시사를 제공해주고 있다.

여덟째로, 抽象的規範統制制度의 마련도 장기적인 課題이다.

### 參 考 文 獻

- Conradi, P., Deutscher Bundestag und Rechtsverordnungen, in : NVwZ 1994, S. 977ff.  
 Hasskarl, H., Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 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.
- Konzak, O., Die Änderungsvorbehaltsverordnung als neue Mitwirkungsform des Bundestages beim Erlaß von Rechtsverordnungen, DVBl. 1994, S 1109ff.
- Ossenbühl, F., Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in : Isensee/Kirchhof(Hg.), Handbuch des Staatsrechts Bd.3, Heidelberg 1988 S. 315ff.
- Rupp, H. H., Rechtsverordnungsbefugnis des Deutschen Bundestages?, in : NVwZ 1993, S. 736ff.
- Tomsen, S., Rechtsverordnungen unter Änderungsvorbehalt des Bundestages?, in, DöV, 1995, S. 989ff.

## SUMMARY

### Control Over the delegated legislation by the legislative

Chul-Yong Kim

(Department of Law, College of Law, Kon-Kuk University)

With the increasing role of government being crucial in the contemporary administrative nations, the delegated legislation is in great need.

Despite the unavoidable necessity of increased use of the delegated legislation, it is natural that the matter of control over the delegated legislation should be paid considerable attention.

The matter of delegated legislation in terms of its restriction is a task for the successful establishment of rule of law in the face of the challenge of the 21st century.

This study attempts to deal with the matter of necessity of control over the delegated legislation which has been relatively less researched.

Due to the lack of plenty material for this subject in the reality of Korean legislation, the foreign legislations, especially German legislation to which Korean law traces its root back are mainly introduced to seek for the solution to the matter of control over the delegated legislation.

This study, for its first approach to this topic, observes the necessity of control over the delegated legislation and the circumstances of Korean legislation, followed by the comparative research of foreign laws including American, British, and French.

In addition to the research for the status of execution of German legislations and its problems, the tasks for the control over the delegated legislation will be saved for the very last, to achieve the ultimate purpose of this study, which is to realize more thoroughly the principle of rule of law by enforcing the desirable use of the delegated legislation.