

독일공법상 行政規則論 小考

이 현 수*

목 차

- | | |
|---------------------------|---|
| I. 머리말 | 2. 적용영역에 따른 분류 |
| II. 독일 공법상 법규명령과 행정규칙의 구별 | 3. 법적 성질 |
| 1. 연혁 | IV. 우리 공법상의 시사점 |
| 2. 법률의 수권 對 상급관청의 지시권 | 1. 행위유형 체계의 문제 |
| 3. 형식과 절차 | 2. 수권/위임근거(Ermächtigungsgrundlage)
혹은 권한소재규범(Kompetenznorm)의
문제 |
| 4. 구별기준 | 3. 맺음말 |
| III. 행정규칙의 유형·법적 성질 | |
| 1. 기능영역에 따른 분류 | |

I. 머리말

우리의 행정법체계가 서구, 특히 독일과 프랑스 공법의 영향 하에서 형성되었고 이들 대륙 행정법의 개념 도구에 많은 부분을 의존하고 있다는 것은 주지의 사실이다. 예컨대 행정입법론의 두 축을 이루고 있는 法規命令과 行政規則이라는 용어도 본래 독일 공법의 Rechtsverordnung과 Verwaltungsvorschrift의 번역이라는 점에서 독일 행정법이 우리의 행정법에 강한 영향을 미쳐왔음을 다시 한번 확인할 수 있다. 그런데 이들 개념이 실정헌법상의 개념인 독일의 사정¹⁾과는 달리 우리나라에서는 ‘대한민국 헌법’을 비롯한 실정법령들에서 이들 개념들을 사용하고 있

* 건국대학교 법학전문대학원 조교수

1) 독일 기본법은 제84조 제2항, 제85조 제2항, 제86조, 제87c (2)항, 제108(7)항, 제129(1)항 등에서 ‘행정규칙(Verwaltungsvorschrift)’이라는 용어를 사용하고 있으며 ‘법규명령(Rechtsverordnung)’이라는 용어는 동법 제80조 제1항, 제2항, 제82조 제1항, 제2항, 제115k조, 제129조에서 사용하고 있다.

지 않다는 점에서 이들 개념은 학문적 용어로서 출발하였다. 그러나 점차 행정실무와 행정재판실무에도 이들 개념이 뿌리 깊게 자리 잡으면서 예컨대 법제처의 대한민국 법령검색 사이트에서는 행정규칙이라는 용어가 사용되고 있고²⁾ 헌법재판소 결정이나 대법원 판결에서도 이미 정착되어 사용되고 있어 법규명령/행정규칙 이원론은 이미 학설, 판례, 행정실무를 아울러 우리의 공법체계에 확고히 자리 잡은 것으로 보인다.

그런데 이러한 이원적 구분이 유래한 독일 공법학에서도 행정규칙이라는 주제는 다종다양한 문제들이 내포·외연 되어 있는 난제라는 평가를 받고 있다. 행정규칙론과 연계되어 있는 문제로는 법규명령과의 개념적 구별 이외에도 더 나아가 일반행정법상의 근본적 문제로서 법원론(Rechtsquellenlehre) 내에서 행정규칙의 위상, 법률유보원칙과의 관계, 재량과 판단여지의 문제, 행정의 작용형식론의 문제, 행정조직의 문제 등이 있다.³⁾ 첫째, 법원론 차원에서는 법원 개념을 어떻게 이해할 것인가가 어려운 선결문제로서 다투어지고 있는데 법원개념의 이해에 따라 행정규칙의 법원성에 대한 상이한 결론이 도출될 수 있다.⁴⁾ 둘째, 법률

2) 법제처 국가법령정보센터 홈페이지에서는 ‘법령’에 대비되는 범주로서 ‘행정규칙’을 대비시키고 있으며 후자의 유형으로 ‘대통령훈령, 국무총리훈령, 각 부처령, 위원회와 국회, 대법원, 헌법재판소, 선거관리위원회의 훈령 및 예규, 고시’를 들고 있다(<http://www.law.go.kr/main.html> 참조). 법제처 담당자에 대한 비공식적 문의의 결과, 2010. 6. 현재 총 7132건의 각종 규정들이 위 홈페이지의 행정규칙 범주에 탑재되어 있다고 하나 각 부처에서 제출하지 않는 규정들도 다수 있음을 감안하면 실제로 중앙부처에서 발령한 각종 훈령, 예규, 고시, 지침 등 규정의 수는 훨씬 많을 것으로 추정된다.

3) Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*(C. H. Beck, 2004), S. 627-628.

4) 예컨대 Maurer는 ‘행정규칙이 법원인가라는 문제는 용어(Terminologie)의 문제로서 법원개념을 외부법에 한정한다면 행정규칙의 법원성은 부인될 것인 반면 법원을 모든 법명제로 이해한다면 행정규칙의 법원성은 긍정하여야 할 것이다’라고 보고 있다. Maurer, aaO, S. 625. 행정규칙의 법원성에 초점을 둔 최근의 연구로는 Sauerland, *Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen*(Berlin, 2005).

유보원칙과 관련하여서는 법률 혹은 법률에 토대한 법규명령으로 규율 되어야만 하는 사항에 대해서는 행정규칙을 통하여 규율해서는 안된다는 점에서 행정규칙은 법률유보의 적용영역이라는 주제와 직접 맞닿게 된다. 셋째, 이미 법률로써 규율되고 있는 영역이라 하더라도 행정에게 고유한 결정여지 및 행위여지가 그나마 남아 있는 경우에만 행정규칙이 가능하다는 점에서 행정규칙은 재량이론과 연계된다. 또한 행정규칙 그 자체는 행정의 행위형식이자 그것도 행정에 고유한 행위양식이라는 점에서 행정작용형식론의 일부를 이루고 이는 다시 이 행위유형에 대한 통제의 문제로 귀결된다.⁵⁾ 마지막으로 행정규칙은 위계적 행정구조를 그 존립전제로 한다는 점에서 행정조직의 문제와도 연결된다.⁶⁾

눈을 돌려 우리의 공법 맥락을 살펴보자면 법규명령/행정규칙 개념이 행정입법실무에 통일적 질서를 부여하고 그럼으로써 행정입법에 대한 일관성 있는 통제에 기여하기 보다는 “법규명령 형식의 행정규칙” 혹은 “행정규칙 형식의 법규명령”이라는 표현이나 “법령보충적인 행정규칙”⁷⁾이라는 표현에서 발견할 수 있듯이 형식과 실질이 교착되어 오히려

5) 행정의 작용형식론의 과제이자 임무를 행정활동을 합리화하고, 법에 알맞은 결정을 장려하며 기본적 사실·평가의 문제를 신뢰할 수 있는 도그마적 구조로 조정하며 행정활동에 관한 법적 통제를 유도하여 개관가능하게 하는 것으로 설명하는 견해로는 김종권, 행정법기본연구 I(법문사, 2008), 188쪽.

6) 이하에서 살펴보는 바와 같이 행정규칙의 존립근거가 위계적 행정조직과 지시권(Weisungskompetenz)이라는 행정조직법 차원의 권한에 있음에 주목한다면 행정규칙을 ‘행정입법’이란 표제하에 법규명령에 이어서 기술하는 일반적 경향은 재고가 필요하며 독일의 경우 오히려 행정규칙을 법규명령과 분리하여 법원론이나 행정조직법 차원에서 다루는 있음을 지적하는 견해로는 김종권, 위의 책, 206쪽. 독일의 문헌 가운데 행정규칙을 법원론의 하위 주제로 다루고 있는 대표적인 예로는 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. I, S. 326-334.

7) 대법원 1996. 4. 12. 선고, 95누7727 판결 **【노령수당지급대상자선정제외처분취소】**
“관계 법령의 위와 같은 규정내용에 의하면, 위 지침*은 노령수당의 지급대상자의 선정기준 및 지급수준 등에 관한 권한을 부여한 법 제13조 제2항, 영 제17조, 제20조 제1항에 따라 보건사회부장관이 발한 것으로서 실질적으로 법령의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질

혼란을 초래하거나 혹은 부령의 법적 성격과 관련한 일련의 판례⁸⁾에서 동원하고 있는 법규성의 인정근거 혹은 부정근거의 상이함 등에서 알 수 있듯이 행정입법 실무와 행정입법에 대한 재판실무를 정서하는데 오히려 어려움을 초래하는 것이 아닌가 하는 의구심을 떨치기 어렵다. ‘행정청이 제정한 일반·추상적 규정이 어떤 경우에는 행정청, 국민과 법원에 대해 법적 효력(대외적 효력, 법규적 효력)을 가지고, 어떤 경우에는 행정청에게만 법적 효력(대내적 효력, 비법규적 효력)을 가지는가?’의 문제에 대하여 전통적인 행정법 이론이 ‘법규명령’과 ‘행정규칙’이라는 범주를 설정하고 그 범주적 특징을 규범의 형식, 내용, 효과 면에서 각각 정의하고 있지만 그 중 어느 측면이 효력을 결정하는 기준이 되는지에 대해서는 견해가 나뉘고 있고⁹⁾ 판례 역시 때로는 내용이나 형식(대통령령과 부령의 차별적 취급), 때로는 상위법령의 위임 여부(상위 법령과 결합한 고시의 효력) 등을 기준으로 행정입법의 효력을 판단함으로써, 헌법상 입법권의 예외에 대한 명문의 규정을 존중하지 않고, 논리적으로도 일관되지 못한 과도한 사법재량을 행사한다는 비판을 받고 있다.¹⁰⁾

물론 이처럼 법규명령/행정규칙이라는 범주적 개념에 대한 독일 공법의 이해를 토대로 하여 우리의 행정실무에서 양산되고 있는 다종다양한

을 가지는 것으로 보인다. 그러나 한편, 이와 같은 법령보충적인 행정규칙, 규정은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 범위 내에서만 그것들과 결합하여 법규적 효력을 가지게 되는 것인바...” * 1994년도 노인복지사업지침.

8) 대표적으로 대법원 2006. 5. 25. 선고, 26두3049 판결, 대법원 2006. 6. 22. 선고, 2003두1684 판결.

9) 우리나라에 있어서 법규명령과 행정규칙의 구별기준에 관한 학설대립을 대외적 구속력을 기준으로 하는 전통적 견해, 위임 여부를 기준으로 하는 견해, 형식을 기준으로 하는 견해로 나누어 소개하고 있는 문헌으로는 김철용, 행정법(박영사, 2011), 137-138쪽.

10) 이희정, “행정입법 효력의 재구성-시론”, 행정법연구 제25호(행정법이론실무학회, 2009. 12.) 110쪽.

규정제정 작용들과 그 결과물의 체계화하는 데 이들 개념들을 연역적으로 활용하여 문제에 대한 답을 도출하기에는 당해 개념의 정의나 구분기준 등에 관하여 명확한 합의가 이루어지지 않은 상황하에서는 여러 가지 어려움이 있음을 부인하기 어렵다. 그러나 다른 한편으로 이들 개념이 앞서 살펴본 바와 같이 우리의 공법질서 전반에 걸쳐 체계의 구성요소를 이루고 있는 이상 이들 개념들이 탄생한 법질서하에 어떻게 생성되었고 또 현재 어떻게 자리매김 되고 있는지를 다시 한번 점검하는 작업은 반드시 필요하다 할 것이다. 이러한 작업은 매우 방대한 영역에 걸쳐 심도 있게 이루어져야 하고 헌법과 행정법, 법철학 등 법학의 여러 하위 분야들 간의 협력을 통해 이루어질 수 있다는 면에서 필자의 역량을 뛰어넘는 작업이라고 하겠다. 필자는 다만 본 고찰을 통하여 법규명령과 행정규칙의 구별¹¹⁾에 관한 독일 공법학의 논의에 초점을 두고 행정규칙론을 개관함으로써 비교의 준거를 확인하는 데 그 목적을 두기로 한다.

Ⅱ. 독일 공법상 법규명령과 행정규칙의 구별

1. 연혁

앞서 살펴본 바와 같이 법규명령과 행정규칙의 개념은 독일 공법사상으로 근대적 행정법의 태동기라 할 19세기 독일 국법학에 그 연원을 두고 있다. 독일의 19세기 국법학은 민법의 개념도구들을 차용하기에

11) 법규명령과 행정규칙의 구별에 관한 선행연구들은 그 수가 너무나 많아 일일이 열거할 수 없는 정도이다. 비교적 최근의 주요한 연구로는 이희정, “행정입법 효력의 재구성—시론”, 행정법연구 제25호, 2009. 12.; 황도수, “법규명령으로서의 부령—법규명령과 행정규칙의 구별기준—”, 행정법연구 제18호, 2007. 8.; 김해룡, 행“정법규법체계연구 I: 법규명령과 행정규칙”, 공법연구 제35집 제3호(한국공법학회, 2007. 2.) 등이 있다.

바꿨는데 그 여파 가운데 하나가 국가를 법인으로 이해한 점이였다. 그 논리적 귀결로서 법인으로서의 국가는 법적으로는 더 이상 쪼갤 수 없는, 즉 불가침투적인 것으로 간주되었다. 라반트(P. Land)로부터 시작된 이러한 견해에 따르면 국가 내의 행정청, 행정기관, 그리고 직무담당자는 법명제의 상대방(Adressaten)이 될 수 없다는 것을 의미하게 되었고 결국 행정규칙은 규범(Norm)이기는 하되 법규범(Rechtsnorm)은 아닌 것으로 이해되었다.¹²⁾ 이처럼 당시의 국법학 및 행정법학에서 법의 개념은 독립된 법적 인격들 간의 관계에, 즉 행정법 영역에서는 국가와 시민 간의 관계에만 한정되었기 때문에 행정규칙은 행정내부의 규율로서 당연히 법의 개념에서 배제되기에 이르렀다.

이에 대해 기에르케(Gierke)는 불가침투성 이론이 국가를 “날조된 단일인격성을 가진 민법상의 인물(Figur)”로 왜소화시켰으며 이로 말미암아 국가 내부의 구조를 충분히 포착하지 못하게 되었음을 지적하면서 다음과 같이 이야기하고 있다. “공법의 법개념 체계는 私法の 개념체계로부터 분리되어야 한다. 왜냐하면 사법은 단지 사람들의 외적 생활과 관련되는 반면에 공법은 마치 사단법(Koerperschaftsrecht)처럼 전체인격(Gesamtpersoenlichkeit)의 내적 생활을 규율하기 때문이다. 私法은 완성되고 구현화된 인격을 전제로 하여 그 외적 지배영역을 규율하지만 그에 반하여 公法에서는 의사의 형성 및 체화 자체가 법질서의 대상이며 통합된 의사영역 내부의 의지관계를 법적으로 규율하기 때문이다.”¹³⁾

또한 당시 국법학에서는 법률(Gesetz) 개념을 민법에서의 법개념, 즉 개별 주체의 권리와 의무의 경계를 획정하는 것으로 이해하였고 예컨대 G. Anschuetz는 이러한 경계설정공식(Schrankenziehungsformel)에 따라

12) 이를 역사적-습속적 법규범 개념(historisch-konventioneller Rechtsnormbegriff)이라고 한다. Sauerland, aaO, S. 74-75.

13) v. Gierke, *Die Grundbegriffe des Staatsrechts*, 1915, S. 114, Sauerland, aaO, S. 75, fn. 26에서 재인용.

자유와 재산에 대한 침해 여부가 법명제의 기준이라고 생각하였다. 그런데 당시 독일은 입법부만이 민주화되어 있었다는 점에서 외견적 입헌군주제 체제하에 있었는데 이러한 정치지형하에서 법률(Gesetz)의 개념을 좁고 엄격하게 파악하게 되면 대표자인 의회의 참여권(Mitwirkungsrecht)이 현저히 좁아지는 결과가 야기될 수 있었다.¹⁴⁾ 예컨대 당시의 대표적 공법학자인 옐리네크(G. Jellinek)는 1887년 그의 저작에서 법률개념을 다음과 같이 소개하고 있다. “자유와 그에 토대하고 있는 개인들의 권리를 보장하는 것이 국가의 목적이라는 점에서 자유에 대한 규범화(Normierung)를 내각이 확정한 수는 없다... 실질적 법률개념을 전제로 한다면 새로이 의식적으로 만들어진 법명제들은 오로지 형식적 법률제정을 통해서만 실정 법질서의 구성부분으로 승격될 수 있어야 한다는 것이 헌법이론의 요청이다.”¹⁵⁾ 그 결과 당시 국법학에서는 집행권력이 시민에 대한 관계에서 일반적으로 구속력 있는 규범을 발하는 경우에는 언제나 집행권이 아닌 입법권을 행사하는 것으로 이해되었고 따라서 행정부가 일반적으로 구속적인 규율을 발하는 것은 권력분립 원칙상 예외로서 사전에 (형식적 의미의) 법률의 위임이 필요한 것으로 간주되었다. 의회의 법률과 행정의 법규명령간의 관계에 대한 이러한 이해는 그 후 독일 공법학의 출발점이 되었다.¹⁶⁾

이처럼 독일 헌법사의 특수성에 토대한, 입법과 행정에 대한 이해는 1949년 기본법 제정 이후에도 무비판적으로 수용되었고 이에 따라 행정규칙론은 19세기 공법학의 관점으로부터 멀리 놓여나지 못하는 실정이

14) 예컨대 1890년 프로이센 헌법 62조는 “입법권(gesetzgebende Gewalt)은 국왕과 양원(zwei Kammern)이 공동으로 행사한다.”라고 규정하고 있었는데 당시에는 양원 가운데서도 제2원(zweiten Kammer)만이 간접선거를 통해 국민에 의하여 선출되었다.

15) G. Jellinek, *Gesetz und Verordnung*, 1887, S. 255(Sauerland, aaO, S. 28에서 재인용).

16) Sauerland, aaO, S. 72-75.

되었다. 또한 다른 한편으로는 나치 시대 행정의 자의를 경험하면서 행정에 대한 강한 불신을 가지게 된 독일의 특유한 경험으로 말미암아 현재까지도 학설상으로는 행정규칙을 전통적인 법원론에 위치지우기를 거부하는 경향이 널리 퍼져 있다.¹⁷⁾

그러나 최근 들어 학설상으로는 행정규칙을 법원론에 위치지우고 법률이나 법규명령과 유사하게 시민에 대한 외부관계에서 구속력을 발하고 행정법원을 구속하는 규범으로 인정하고자 하는 경향이 증가하고 있으나 학설상의 경향과는 대조적으로 행정법원은 행정규칙의 평가절상에 대하여 뚜렷한 관심을 보이고 있지 않아 독일의 행정규칙의 법적 위상은 일종의 오리무중(Zwielicht) 상태라고 표현되고 있다.¹⁸⁾

그러나 거칠게 표현하여 ‘행정규칙은 법(혹은 법규범)이 아니다’라는 독일식의 이해는 1980년대 이후 유럽공동체 차원에서 문제를 야기하게 되었다. 그러한 문제가 극명하게 대두된 분야가 바로 환경행정법 영역인데 예컨대 유럽공동체 이사회는 80/779/EWG, 82/884/EWG에서 특정물질로 인한 공기오염과 관련하여 기준치(Grenzwerte)를 정하면서 공동체 회원국으로 하여금 당해 지침을 국내법으로 전환시키는 규정을 만들 의무를 부과하였다. 이에 따라 독일 연방정부가 대기정화지침(TA Luft)¹⁹⁾으로써 기준치를 정하였는데 이와 관련하여 유럽법원은 TA Luft에는 시민에 대한 관계에서 직접적인 외부효과 없기 때문에 동 유럽지침이 독일의 국내법으로 유효하게 전환되지 않았다는 판결을 내리게 되었다.²⁰⁾ 현재 독일의 학계 내부에서도 행정규칙이 행정활동과 관련하여

17) F. Ossenbuehl, Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in ; *Handbuch des Staatsrechts*, S. 314.

18) F. Ossenbuehl, aaO, S. 315.

19) Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft, 이는 ‘1986. 2. 27. 연방임시시온방지법(BImSchG)에 관한 제1차 공동 행정규칙’으로서 동법 제48조에 토대하여 발령되었다.

20) EuGH v. 30. 5. 1991.

가지는 실무상의 중요성과 학문적 평가 간에 적지 아니한 괴리가 있음을 밝히고 있다. 특히 환경법, 기술법 영역에서의 각종 기준들이 행정규칙의 모습으로 발령되고 있으며²¹⁾ 연방, 주, 자치단체의 보조금행정과 관련한 보조금지침에 기하여 집행되는 예산의 규모상으로 볼 때 행정실무에서 차지하는 행정규칙의 의의는 지대한 반면에 행정규칙의 법으로서의 성격(Rechtscharakter)이나 혹은 법규범으로서의 성격(Rechtsnormcharakter)에 대해서는 “법규범이 아니다”에서부터 “의심할 여지없는 법규범”이라는 견해에 이르기까지 다양한 견해가 제기되고 있는 실정이다. 이와 관련된 것이 행정규칙의 구속력(Bindungswirkung) 혹은 외부효(Aussenwirkung)인데 전통적으로 행정규칙의 구속력은 행정내부에만 한정되는 것으로 이해되어 왔다. 그러나 환경기준이나 보조금지침의 예가 보여주듯 행정규칙은 행정내부에서만 의미가 있는 것은 아니며 행정이 행정규칙을 적용함을 통해서 이미 시민에 대한 관계에서 사실상의 외부효(faktische Aussenwirkung)를 가지고 있다.

더 나아가 행정규칙에 직접적 외부효가 인정되는가의 문제는 권력분립원리에 대한 상이한 이해에 따라 그 대답이 달라지고 있다. 물론 아직도 지배적인 견해에서는 권력분립이란 입법, 행정, 사법이라는 세 개의 국가기능을 세 개의 상이한 기관에 중첩되지 않도록 배분하는 것을 의미한다고 이해하고 있고 이에 따르면 행정규칙이 직접적 외부효를 발한다는 것은 입법권을 집행권이 위헌적으로 행사하는 것이라고 보게 된다. 행정규칙의 법적인 외부효는 행정실무와 헌법상 평등원칙을 통해 생성되며 법규명령 제정 이외에 시민에 대한 관계에서 구속력 있는 법제정을 할 행정의 시원적 권한은 기본법상 민주주의원칙 및 법치국가원칙에도 위배되고 기본법 제80조 제1항에도 위배된다는 것이다. 행정규칙은 다만 기본법 제3조 제1항이라는 “전환규범”을 거쳐서 간접적으로만 법적

21) 예컨대 조세법 영역에서 행정규칙의 숫자는 40,000여 개에 달한다고 한다.
Sauerland, aaO, S. 30.

외부효를 가진다는 획득하게 된다는 것이다.

그러나 다른 한편 법정립(Rechtsetzung)과 법적용(Rechtsanwendung)이 법이론적으로 상호 간에 엄밀히 구별될 수 있는 것이 아니라는 관점에서 입법권력과 집행권력의 기능영역을 구분하는 것은 적절치 아니하며 (법률유보에 관한 본질성 이론에 따라) 입법부는 본질적인 사항에 대한 규율기능을, 집행부는 비본질적인 사항에 대한 규율기능을 헌법으로부터 할당받았다고 보는 견해에서는 행정이 비본질적인 사항에 대해서는 입법자로부터 위임되고 전래된 법정립권한을 가지는 것이 아니라 헌법에 직접 토대한 법정립권한을 가진다는 점에서 행정규칙의 직접적 외부효를 인정하는 견해도 꾸준히 제시되고 있다. 오센빌은 이처럼 헌법에 직접 토대한 행정의 법정립권한을 “시원적인 행정의 법(originaeres Administrativerecht)”이라고 칭하고 있는데²²⁾ 즉 기본법 제83조 이하²³⁾에 따른 행정의 집행책임(Gesetzesvollzugsauftrag)에 상응하여 시민에 대한 구속력 있는 법정립수권이 행정에게 귀속한다는 것이다.

2. 법률의 수권 對 상급관청의 지시권

법규명령은 위임된 입법으로서 연방차원에서는 그 헌법적 한계에 관해서는 기본법 제80조 제1항이 규율하고 있다. 법규명령의 법적 요건과 관련하여서는 (i) 기본법 제80조 제1항의 요청에 조화되는 수권근거가 존재하여야 한다는 점, (ii) 형식과 관련한 적법성 요건으로서 관할, 절차, 형식, 공포 요건이 구비되어야 한다는 점, (iii) 실질과 관련한 적법성 요건으로서는 수권근거를 준수하여야 하며 기타의 법률상 및 헌법상 규율들과 조화되어야 한다는 점 등을 들 수 있다. (i) 이는 이른바 명확성

22) 이러한 입장에 토대한 보다 최근의 문헌으로는 Sauerland, aaO, S. 514-515.

23) 동 조항의 표제는 연방법률의 집행과 연방행정(Ausführung der Bundesgesetz und die Bundesverwaltung)이다.

원칙(Bestimmtheitsgebot)의 문제로서 수권법률 스스로 “수권의 내용, 목적 및 범위”를 특정하고 한정하여야 한다는 요청이며 (ii) 형식적 적법요건 가운데 관할의 문제는 기본법 제80조 제1항에서 정한 바와 같이 수임주체는 (일차적으로는) 연방내각, 연방장관 혹은 주내각이어야 한다는 것을 의미한다. 그 밖에 절차와 관련하여서는 기본법 자체에서는 명문으로 연방의회의 동의권을 규정하고 있지는 아니하나, 수권법률에서 연방내각이 발하는 법규명령에 대한 연방상원의 동의를 유보하는 경우가 종종 있다는 점 등도 특기할 만하다.²⁴⁾

독일의 법규명령은 오로지 형식적 의미의 법률(Gesetz)의 수권에 근거하여 발하여져야 하며 연방의 경우 연방내각, 연방장관 및 주내각이 일차적인 수권의 상대방이어야 한다(기본법 제80조 제1항 1문). 물론 연방기본법이든 수권의 상대방들이 하급행정청에게 재위임을 할 수는 있으나 재위임을 법률에서 예정하고 있는 경우에만 그러하며 재위임은 법규명령을 통해 이루어져야 한다(기본법 제80조 제1항 4문). 이처럼 독일 공법에서는 오로지 형식적 법률의 수권에 토대하여서만 행정이 법규명령을 발할 수 있는 것으로 이해한다는 점에서 우리 학설이 법규명령을, “법령상의 수권”에 근거하여, 즉 법률 또는 상위 법규명령의 수권에 근거하여 행정권이 정립하는 법규범으로 이해하는 것과는 차이가 있다.²⁵⁾

반면 지배적인 견해에 의하면 행정규칙은 상급행정청 혹은 상급자가, 하급 행정청 혹은 하급자에 대하여 발하는 일반-추상적 규율로서 이는 상급관청 혹은 상급자의 지시권(Weisungskompetenz)에 토대하여 발령된다.²⁶⁾ 실무에서는 다양한 용어들²⁷⁾이 사용되고 있으나 “행정규칙”이라

24) Maurer, aaO, S. 348-353.

25) 홍정선, 행정법원론(상)(박영사, 2011), 206쪽; 김철용, 행정법(박영사, 2011), 140쪽.

26) 대표적으로 Detterbeck, aaO, S. 30.

27) 행정규칙의 용어법은 오래전부터 상당히 다양하였었는데 행정실무에서는 19세기에는 주로 ‘Verordnung’, ‘Erlasse’, ‘Rescripte’, ‘Circulare’, ‘Patente’ 혹은 ‘Reglement’이라는 명칭이 활용되었다. 최근에는 ‘Verfuegungen’, ‘Richtlinien’,

는 용어가 가장 많이 사용되고 있다. ‘연방행정규칙의 제정, 정서 및 검토에 관한 연방정부 지침’ 제1조 제1항 제1문의 개념규정에 따르면 행정규칙이란 “행정내부의 구속력을 가진 일반·추상적 규율을 포함한 규정들”을 의미한다. 지배적 학설이나 판례에서도 행정규칙을 위와 같이 이해하는바, 이러한 개념이해에 따르면 행정규칙은 규율적 성격(Regelungscharakter)이 있어야 한다. 규율성이라는 것은 어떠한 고권적 조치의 결과로서 법효과가 발생한다는 점, 그리고 법률을 통해 이미 존재하는 권리와 의무를 보다 구체화하거나 혹은 법효과 확정의 여지를 더 자세히 형성한다는 말로 바꾸어 표현할 수 있는데 결정적으로 중요한 점은 규율적 조치가 어떠한 법효과의 설정을 직접 지향한다는 점이라 할 것이다.

반면 행정규칙을 ‘일반·추상적 성격’의 규율로 개념규정 하는 것과 관련하여서는 의문도 제기되고 있다. 물론 행정규칙은 구체적인 개별사례들을 규율하는 개별지시(Einzelweisung)와는 달리 많은 다수의 사례들을 규율한다는 점에서 추상성 징표는 여전히 유용하다고 할 것이지만 행정규칙은 매우 특정된 행정청에 대하여 그리고 경우에 따라서는 셀 수 있는 소수의 기관 혹은 직무담당자에게 발하여지기 때문에 행정규칙의 상대방 범주로서의 불특정 다수라는 것은 이미 가능하지 않다는 것이 위와 같은 의문의 근거이다. 즉 이러한 견해에서는 개별지시이건 행정규칙이건 그 상대방 범주는 항상 특정가능하기 때문에 행정규칙의 개념징표로서 일반성은 쓸모가 없다고 지적한다.²⁸⁾

이처럼 독일의 문헌에서는 법규명령과 행정규칙을 대비하여 기술하는 견해가 일반적이거나 다른 한편으로는 법원론의 체계하에서 법규

‘Dienstanweisung’, ‘Anordnung’, ‘Runderlasse’, ‘Verwaltungsverordnung’, ‘Verwaltungsanordnung’, ‘Technische Anleitungen’ 등이 활용되고 있다. 반면 연방의 입법실무에서는 ‘Verwaltungsvorschrift’라는 명칭이 주로 사용되고 있다.

Sauerland, aaO, S. 44.

28) Sauerland, aaO, S. 42.

명령과 행정규칙 이외에도 이른바 대인적 외부영역(interpersonaler Aussenbereich)에서 행정이 발하는 법명제들을 ‘지침(Richtlinien)’이라는 별개의 유형으로 설정하려는 입장도 있다. 이때의 지침은 유럽공동체법상의 지침과는 구별되는 개념인바, 내각기관이나 행정기관이 발하여 공적으로 공지되기는 하나 법규명령으로서 수권되고 공포되는 것은 아니며 일반 혹은 특별관계에서 내지 특별“권력”관계에서의 인에 대하여 직접적인 (외부)효력을 가지는 법명제들을 의미한다. 이러한 법명제들이 존재하게 되는 영역들은 대개 불확정 법개념에 토대하여 행정에게 행위여지를 열어두고 법외적인 기준들에 의존하는 영역들이나 특별한 법률상의 토대 없이도 널리 집행되어야 하는 분야들로서 기술적 안전법, 환경법, 보조금법 및 조세법 영역이 그러하다고 한다. 물론 이러한 유형의 법명제들이 당면한 주된 문제는 그것이 외부효 있게 발하여지기 위해서는 수권이 필요하다는 점이다.²⁹⁾ 그런데 그러한 수권의 근거로서 행정유보를 제시하는 견해에서는 행정에게는 수많은 개별사안들을 규율한 권한이 부여되었으며 그러한 맥락에서 행정은 특정한 형성여지도 가지고 있으므로 집행으로 가는 과정상의 일반적 규율을 발할 권한도 부여된 것으로 보아야 한다고 주장한다.³⁰⁾

이처럼 행정의 법규명령 제정권이 의회로부터 전래된 입법권이므로 법규명령을 제정하는 데에는 법률에 의한 개별적 수권이 있어야 하는 반면 행정규칙은 하급행정청에 대한 지시권한에 입각하고 있으므로 원칙적으로 특별한 법률에 의한 수권이 없이도 발령될 수 있다.³¹⁾ 반대로 하급 행정청이 아닌 행정청을 상대방으로 하여 행정규칙을 통하여 의무를 부과하기 위해서는 특별한 법률상 수권이 필요하다. 행정규칙의 발령

29) Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht*, Bd., I, §24 III 4 Rn. 14-17.

30) Erbguth, DVBl. 1989, 473, 480(Wolff/Bachof/Stober, §24 III 4 Rn. 18에서 재인용).

31) Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht*, Bd., I § 24 IV 2, Rn. 25.

에 법률에 의한 수권의 근거가 존재하는 실정법상의 예로는 연방임미시온방지법(BImSchG) 제48조를 들 수 있다.³²⁾

3. 형식과 절차

법규명령은 특별한 형식규정을 준수하여야 한다(예컨대 기본법 80조 제1항 3호에 따른 법적 근거 *Rechtsgrundlage*의 제시). 이와는 반대로 행정규칙은 법률이나 법규명령 혹은 다른 행정규칙이나 직무규정 등에서 별도의 형식규정을 마련하고 있지 않는 한, 형식 없이 발하여질 수 있다.

법규명령은 공포되어야 유효하며 더 나아가 법규명령에 관해 예정되어 있는 공포기관에 공포되어야 유효하다. 반면 행정규칙은 원칙적으로 상대방인 행정청에 고지되면 충분하다. 그러나 실체적 법명제로서의 성격을 갖지 않는 행정규칙이라도 그것이 법률에 의해 부여된 재량의 행사에 관한 지침을 포함하고 있다면 이는 공개되어야 한다는 데 많은 견해가 일치하고 있다. 왜냐하면 시민들이 평등취급을 주장할 수 있으려면 행정이 결정의 토대로 삼았거나 혹은 당해 사안에 적용된 행정규칙의 존재를 알아야 하기 때문이다. 이러한 공개의무(Publikationspflicht)는 기본법 제20조 제3항의 법치국가원칙 및 기본법 제19조 제4항의 효과적 권리보호 보장으로부터 도출된다. 그 밖의 행정규칙들은 임의에 따라 공개될 수 있으며 대개는 부처보(Ministerialblaetter)와 연방관보(Bundesanzeiger)에 공개되고 있다.³³⁾

32) Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 3. Aufl., Muenchen, 2005, S. 283. 예컨대 연방임미시온방지법(BImSchG) 제48조 제1항에서는 ‘행정규칙(Verwaltungsvorschriften)’이라는 표제하에 “연방정부는 참가자인 크라이스(Kreis)의 의견청취 후 연방상원의 동의를 얻어 이 법률과 이 법률에 토대하여 발령된 연방의 법규명령을 집행하기 위하여 특히 다음 각호 등에 관한 일반적 행정규칙을 발한다.”라고 규정하고 있다.

33) Wolff/Bachof/Stober, aaO, § 24 IV 4, Rn. 31.

4. 구별기준

행정실무에 존재하는 어떠한 규정을 그 명칭이나 혹은 그 제정권자 혹은 제정절차, 형식, 수권 여부, 혹은 그 상대방 등 가운데 무엇을 기준으로 하여 분류할 것인가는 독일의 행정실무에서도 늘 어려운 문제라는 지적을 받고 있다. 이러한 어려움은 법규명령과 행정규칙이라는 애초의 구별(일반구속적인 외부법-행정청을 구속하는 내부법)을 전체적으로 의문시하는 견해로 이어지기도 하는데 결국 일반적인 경향은 뚜렷한 구별징표가 없다는 것이다. 그러나 법규명령과 행정규칙 이원론이 존재하는 한, 어떤 기준으로 양자를 구별할 것인가의 문제는 천착되어야 한다.

4.1 명칭

각 규정들의 명칭은 물론 일차적 기준이기는 하나 유일한 척도가 될 수 없음은 자명하다. 독일이 행정실무에서 ‘행정규칙’이라는 명칭이 일관되게 사용되는 것은 아니며 때로 행정명령(Verwaltungsverordnung)이라는 명칭이 사용되기도 하고 그 밖에 지침(Richtlinien), 발령(Erlasse), 회람처분(Rundverfügungen) 혹은 내부직무명령(innerdienstliche Weisung) 등 다양한 명칭이 사용되고 있음은 앞서 살펴본 바와 같다.³⁴⁾

4.2 형식

행정규칙 발령의 형식과 절차를 통일적으로 규율하는 규정이 있는 것은 아니지만 부분적으로 개별 법률과 행정규칙들에서 행정규칙의 형성, 수권 및 형식을 정하고 있는 예가 있다.³⁵⁾ 독일의 학설 일부에서는

34) Detterbeck, aaO, S. 31.

때로 형식적 기준, 특히 법규명령에 전형적인 요건들인 수권근거, 형식 요청, 공포 등이 갖추어졌는지를 기준으로 삼아 법규명령과 행정규칙을 구별하고자 한다. 그러나 이에 반대하는 견해에서는 위와 같은 요건들은 법규명령의 적법성요건일 뿐 성격규정 징표는 아니라고 지적하고 있다. 법규명령의 형식적 요건들이 구비된다면 이는 사실상 당해 규정이 법규명령이라는 주장의 근거는 될 수 있겠으나 그것만으로 결정적인 징표가 될 수는 없다는 것이다. 즉 법규명령에 요구되는 “전형적 요건들”이 결여되어 있다면 그것은 위법한 법규명령의 문제일 수 있을 뿐 문제의 규정이 법규명령이 아닌 행정규칙으로 자리매김 되어야 한다는 논거는 되지 못한다는 것이다.³⁶⁾

4.3 실체적 기준

지배적 학설에서는 양자 간 구별을 실체적 기준에 따라 행하고자 한다. 이에 따르면 기준이 되는 것은 각 규정의 상대방, 내용 및 법적 효력이다.³⁷⁾ 그러나 이것도 그다지 뾰족한 수는 되지 못하는데 내용, 즉 실체적 규율내용은 종종 법규명령에서 뿐 아니라 행정규칙에서도 나타난다. 연방헌법재판소에서도 행정규칙이 실체법적 내용을 가졌다 하더라도 당해 규칙은 원칙적으로 재판통제의 대상이 될 뿐 재판의 척도가 되는 것은 아니라는 점을 밝히고 있다.³⁸⁾

35) 예컨대 1993. 5. 18. 작센 주 행정규칙(saechs. Verwaltungsvorschrift v. 18. 5. 1993.), 1994. 5. 24. 작센 주 행정규칙에 관한 법률(saechs. Gesetz ueber Verwaltungsvorschriften v. 24. 5. 1994.), 또한 연방차원의 예로서 도로교통법(StVG) 제30조 제2항에서는 연방 교통, 건설 및 도시개발부 장관이 연방상원의 동의를 받아 정보전달수행의 종류와 방식에 대한 일반 행정규칙을 발할 수 있다고 규정하고 있다.

36) Maurer, aaO, S. 644.

37) Maurer, aaO, S. 644.

38) BVerfGE 78, 214, 227 ; 80, 257, 265.

이처럼 독일 공법학에 있어서도 법규명령과 행정규칙의 구별에 관하여 다양한 기준들이 제시되고 있음을 알 수 있는바, 오로지 하급 행정청에 대해서만 발하여지는 규정도 법규명령의 모습으로 발하여질 수 있고 반면 행정규칙도 외부영역에 효력을 미칠 수 있기 때문에 규율의 상대방이 누구냐와 의도된 법적 효력이 무엇이나를 기준만으로 성급한 결론을 내려서는 안 되며 의심스러운 사안에서는 다양한 관점이 차별화적으로 그리고 형량적으로 판단에 동원되어야 한다는 지적³⁹⁾으로부터 법규명령과 행정규칙의 구별이 독일 공법학에서도 난제에 속함을 미루어 짐작할 수 있다.

Ⅲ. 행정규칙의 유형 · 법적 성질

독일의 학설과 판례에 자리 잡은 행정규칙체계에 의하면 행정규칙은 크게 기능영역(Funktionsbereiche)과 적용영역(Geltungsbereich)에 따라 구별되고 있다.

1. 기능영역에 따른 분류

1.1 조직규칙(Organisatorische Verwaltungsvorschriften)

행정의 조직을 규율한 권한은 입법자와 행정의 복잡하게 나누어지고 있는데 근본적인 조직상 결정은 법률유보원칙에 따라 입법자가 형식적 의미의 법률로 행하는 반면 그 밖의 영역에서는 행정의 시원적 조직 권한을 가지고 입법부의 법률에 의한 수권 없이도 조직에 관한 결정을

39) Maurer, aaO, S. 644.

하게 된다.⁴⁰⁾ 조직규칙은 바로 이러한 영역에서 집행부의 조직권력의 틀 안에서 행정청의 구조 및 내부 질서를 규율하기 위하여 발하는 행정 규칙으로서, 이들 조직규칙은 특히 행정청의 편제(Behoerdengliederung), 행정청의 관할, 사무분장, 사무절차(Geschaefitgang) 및 행정청의 절차 전 영역을 규율한다. 더 나아가 조직규칙은 그 규율대상과 관련하여서는 제도적, 사물적 및 인적 조직규칙으로 세분화되기도 한다.⁴¹⁾

1.2 행태조종규칙(Verhaltenslenkende Verwaltungsvorschriften)

행태조종적 규칙은 행정의 결정경과와 행위들을 조종하는데 이는 다시 법률종속적 행정규칙과 법률대체적 행정규칙으로 나눌 수 있다. 전자는 다시 규범해석규칙(Norminterpretierende Verwaltungsvorschriften), 규범구체화규칙(Normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift) 및 재량준칙(Ermessenslenkende Verwaltungsvorschrift), 사실조사규칙(Verwaltungsvorschriften zur Sachverhaltsermittlung) 및 법률보충규칙(Gesetzesergaenzende Verwaltungsvorschriften)으로 나눌 수 있다. 이에 반해 법률대체적 규칙(gesetzesvertretende Verwaltungsvorschriften)은 법률 없는, 즉 법률이 규율하고 있지 아니한 영역에서 행정작용을 조종한다. 재량준칙과 마찬가지로 법률대체규칙도 행정청의 결정 및 선택재량을 규율하지만 재량준칙과 다른 점은 법률대체규칙은 법률상 이미 마련되어 있는 결정여지들을 형성하는 것이 아니라 기본법의 틀 안에서 오로지 행정의 결정토대를 구축할 따름이라는 점이다. 법률대체규칙의 좋은 예가 바로 보조금준칙(Subventionsrichtlinien)인데, 이는 예산안의 대략적인 윤곽에 토대하여 국가 보조금의 배분을 상세하게 정하고 있다.

40) F. Ossenbuehl, aaO, S. 315.

41) Sauerland, aaO, S. 63.

1.2.1 규범해석규칙

이 행정규칙은 법규범의 해석과 적용시에 의문 사안이 있을 때, 특히 판단여지가 부여되어 있지 않은 불확정 법개념이 있을 때 그러한 의문 사안들을 해결하는데 기여한다. 판단여지가 부여되어 있지 않다하더라도 이러한 개념들의 해석은 종종 매우 어렵기 때문이다.⁴²⁾ 규범해석규칙을 통해 행정은 법률적용의 통일성을 기할 수 있으며 이는 다시 행정결정의 투명성과 예견가능성에 기여한다.⁴³⁾

1.2.2 규범구체화규칙

독일의 학설과 판례에서는 규범해석규칙과 규범구체화규칙을 구분하고 있다. 양자의 구별은 대개 판단여지 있는 불확정 법개념과 판단여지 없는 불확정 법개념의 구별과 맞닿아 있다.⁴⁴⁾ 즉 규범구체화규칙 역시 규범해석규칙과 마찬가지로 일반조항과 불확정 법개념의 해석과 적용을 규율하기는 하나 행정법원이 전면적으로 심사 가능한 규범해석규칙의 경우와는 달리 규범구체화규칙은 행정의 해석작용을 넘어서 “열린” 구성요건들을, 행정에 대한 법률상의 수권에 토대하여 구체화과정 속에서 채워 넣는다는 점에서 차이가 있다. 이러한 종류의 행정규칙은 무엇보다도 환경법 영역에서 주로 발견되는바 임미시온방지법(Immissionsschutzrecht), 원자력법(Atomrecht), 폐수법(Abwasserrecht) 등의 기술적 안전법의 영역에서 이들 규범구체화규칙들은 기술표준과 안전기준을 구체화하고 특정 하는 역할을 한다.⁴⁵⁾ 이처럼 규범구체화규칙은 법률이 행정에게 맡긴 구체화의 사명(Konkretisierungsauftrag)에 토대한 것이므로 규범해석규칙과는 달리 오로지 제한적으로만 법원이 심사

42) Detterbeck, aaO, S. 282.

43) F. Ossenbuehl, aaO, S. 317.

44) Detterbeck, aaO, S. 282.

45) Detterbeck, aaO, S. 282.

가능할 뿐이라는 것이 압도적인 견해이다.⁴⁶⁾

1.2.3 재량준칙

재량준칙은 행정에게 부여된 결정재량 혹은 선택재량을 어떻게 사용하여야 할 것인가를 정하는 행정규칙이다. 행정에게 재량이 부여되면 행정은 법률집행에 있어 어느 정도 결정의 자유(Entscheidungsfreiheit)에 놓이게 되는데 이러한 자유는 행정으로 하여금 개별 사안의 특수한 사정을 적절히 고려할 수 있도록 하여준다. 독일의 지배적 학설과 판례에 따르면 재량준칙의 본질과 핵심은 법률의 목적에 지향되고 개별사안의 상황들에 대한 형량에 연계되는, 행정의 자율적 척도를 수립함으로써 법률이 미리 정하고 있는 사정들을 보완하고 완전하게 하는데 있다.⁴⁷⁾ 재량준칙은 행정에게 추상적인 형태로 결정척도를 부여하며 그럼으로써 동시에 개별의 재량결정의 틀 안에서 형량을 위한 결정모범례를 제시한다. 이러한 점에서 재량준칙은 통일성 있고 균형 잡힌 재량행사를 보장할 임무가 있다.⁴⁸⁾

1.2.4 사실조사규칙

법률에 의한 규율이 없는 한도 내에서 행정은 법률집행을 위하여 사실조사에 관한 행정규칙을 발하기도 한다. 사실조사에 관한 행정규칙은 조세법의 분야에서 알려져 있으나 사회법 같은 다른 법령영역에서도 해당 사항이 있다. 이러한 이질적인 행정규칙 유형의 목적은 한편으로는 법률집행을 용이하게 하는 것이고 다른 한편으로는 가능한 한 사실조사를 완전히 하게 하기 위함이다.⁴⁹⁾

46) Sauerland, aaO, S. 65.

47) F. Ossenbuehl, aaO, S. 318.

48) Detterbeck, aaO, S. 282, F. Ossenbuehl, aaO, S. 317.

49) Sauerland, aaO, S. 65, F. Ossenbuehl, aaO, S. 319.

1.2.5 법률보완규칙

법률보완규칙은 말하자면 몸통만 있는 법률(Gesetzestorso)을 완전하게 하여 비로소 집행될 수 있도록 하는 행정규칙을 말한다. 예컨대 행정청 내의 관할규정이라든가 절차규율이 이에 속하는데 이러한 규칙들은 법률유보의 적용영역이 아닌 경우 비로소 허용된다. 즉 행정의 시원적 기능영역에 속하는 경우에 이들 규칙들이 허용된다.⁵⁰⁾ 많은 법률들에서 법률의 규율을 완전하게 하기 위하여 이미 발하여진 혹은 장래 발하여질 행정규칙을 명시적으로 준용하는 경우가 있는데 이러한 경우에는 준용이라는 입법기술을 통하여 법률규범의 완전화가 이루어지게 된다. 특히 행정규칙을 “동적으로” 준용하는 경우에 대해서는 우려가 제기되고 있는바, 이 경우 입법자는—“정적” 준용과는 달리—어쨌거나 시행중인 행정규칙과 연계를 맺게 되고 그 결과 입법자는 어떠한 법률의 장래 내용에 대한 결정권을 잃어버리게 되고 이를 행정부에게 맡겨버리게 되기 때문이다.⁵¹⁾

2. 적용영역에 따른 분류

2.1 주체내부적 규칙과 주체간 규칙

주체내부적(intrasubjektive) 규칙은 하나의 행정주체 내부에서 상급 행정청이나 담당자에 의하여 하급행정청이나 직무담당자(Amtswalter)를 향하여 발령된다. 반면 어떠한 행정규칙은 다른 행정주체에 속하는 행정청이나 직무담당자에게도 구속력을 끼칠 수 있는데 이를 주체간(intersubjektive) 행정규칙이라고 한다. 주체간 행정규칙의 예로 연방기본법 제84조 제2항, 제85조 제2항 제1문에 따라 연방과 주 사이에서

50) F. Ossenbuehl, aaO, S. 319-320.

51) Sauerland, aaO, S. 65.

일반행정규칙이 발령되는 경우를 들 수 있다.⁵²⁾ 또한 주와 게마인데 사이에서 행정규칙이 발령되는 경우도 있는데 이처럼 주체간 행정규칙의 경우에는 행정규칙을 발하는 데 별도의 법률상의 수권이 필요하지 않다는 원칙이 적용되지 않는다. 즉 위 연방기본법 제84조 제2항과 제85조 제2항 제1문이나 자치사무에 대하여 주가 행정규칙을 발하는 것을 허용하고 있는 법률상의 근거조항들은 단순한 권한의 배분에 관한 규율이 아니라 수권의 근거에 해당한다.⁵³⁾

2.2 행정청 내부적 규칙과 행정청간 규칙

행정규칙이 하나의 행정단위(Verwaltungseinheit)내에서 발해지고 적용된다면 이는 행정청 내부적(intrabehoerdlich) 행정규칙인 반면에 다른 행정청의 직무담당자를 상대로 하여 발하여진다면 이는 행정청간(interbehoerdlich) 규칙이라 한다. 후자의 경우 규율을 발하고 적용하는 행정청이 동일한 행정주체에 속하느냐 혹은 상이한 행정주체에 속하느냐에 따라 행정청간 규칙은 주체내부적 규칙일 수도 있고 주체간 규칙일 수도 있다.⁵⁴⁾

3. 법적 성질

앞서 살펴본 바와 같이 19세기의 독일 국법학과 행정법학에서는 행정규칙을 법의 개념에서 배제하였으나 이러한 견해는 시간이 흐르면서 진부한 것으로 되었다.⁵⁵⁾ 물론 행정규칙의 징표를 그것이 행정내부영역

52) F. Ossenbuehl, aaO, S. 322-323.

53) F. Ossenbuehl, aaO, S. 323.

54) F. Ossenbuehl, aaO, S. 322-323.

55) Maurer, aaO, S. 624.

에 국한된다는 점에서 찾는 한 행정규칙은 오로지 그 상대방인 하급행정청 혹은 하급 직무담당자에 대해서만 규율성을 가질 뿐이다. 행정규칙으로 말미암아 시민이나 기타 법인격 있는 자들이 영향을 받는다 하더라도 이는 오로지 간접적인 영향에 불과하다. 즉 특정 보조금의 교부요건에 관하여 어떤 행정규칙이 규율을 하고 있다면 당해 규칙은 자원을 배분하는 행정청에게는 구속적이지만 보조금을 받겠다고 신청하고 있는 시민은 이 행정규칙에 의해서 직접적으로 영향을 받지 않는다. 그가 직접적으로 영향을 받게 되는 것은 행정청이 행정규칙에 토대하여 개별결정을 내리는 때부터이다. 이처럼 행정규칙은 행정내부 영역에 그 규율성이 국한되기 때문에 일부 학설에서는 法源으로서의 성격을 부정하고 있다. 그러나 법원의 개념을 여하히 이해하느냐 따라서는 행정규칙 역시 공무원 내부조직에서는 구속력 있는 법원으로 볼 수 있다는 견해가 지배적임은 앞서 살펴본 바와 같다. 더 나아가 전통적인 법원인 법률과 법규명령, 그리고 다른 한편 행정규칙 간의 차이는 외부효를 발하느냐 아니면 내부효를 발하느냐에 있는 것이 아니라 구속력의 양상(Modalitaet)과 강도(Intensitaet)에 있다는 지적도 있다.⁵⁶⁾ 한편 독일의 재판실무는 행정규칙의 구속력에 대해서는 불안정한 모습을 보이고 있다고 지적되고 있다. 예컨대 독일 연방헌법재판소는 행정규칙은 실체법적인 내용을 가지고 있다 하더라도 “원칙적으로 법관에 의한 통제의 대상일 뿐 통제의 척도는 아님”을 자명하게 밝히고 있으나⁵⁷⁾ 동시에 조직상의 행정규칙에 대해서는 “법관이 어느 정도 이에 기속됨”을 인정하고 있으며 원자력법 영역에서 이른바 규범구체화 행정규칙도 받아들이고 있다. 더 나아가 독일의 행정법원에서도 행정규칙을 어떻게 다루어야 하는지에 대해 혼란스런 양상을 보이고 있는데 환경 및 기술법에서의 행정규칙을 “예견된 전문가 감정의견”이라고 한 바 있으며 다른 영역에서는 “예견된 행정

56) F.Ossenbuehl, aaO, S. 324.

57) BVerfGE 78, 214, 227 ; 80, 257, 265.

실무”라고 한 바 있고 1985년에는 연방행정법원이 전자파유해방지명령 제45조에 대한 지침을 “규범구체화 행정규칙”으로서 “규범이 정한 한계 내에서는 행정법원에 대해서도 구속적”이라고 한 바 있다. 또한 1998년 10월 28일 연방행정법원 판결에서는 특정 요건하에서 행정규칙에 법률과 등가적 효력을 승인할 수 있다고 판시한 바 있다.⁵⁸⁾

IV. 우리 공법에의 시사점

1. 행위유형 체계의 문제

우리의 공법문헌들에서는 거의 예외 없이 행정입법의 하위 유형으로서 법규명령과 행정규칙을 분류하고 있는데⁵⁹⁾ 독일의 문헌들에서는 법규명령과 행정규칙을 행정입법이라는 상위범주로 포괄하여 다루기보다는 독자적인 행정의 행위형식으로서 법규명령과 행정규칙을 각각 병렬적으로 소개하거나 혹은 행정규칙을 주로 법원론의 문제로 다루는 경향이 있다. 이는 행정규칙이 상급관청의 하급관청에 대한 지시·명령권과 공무원법상의 복종의무(Folgepflicht)에 토대한 규율로서 의회의 입법권과 무관하게 발하여지는 것인 데 반하여 법규명령은 의회 입법권의 위임에 토대하고 있다는 점에서 행정규칙과 법규명령은 그 법적 토대가 다르다는 점을 직시하는 데에서 귀결된 바라고 할 것이다. 우리나라의 학설 가운데에서도 행정규칙은 입법이 아니므로 법규명령과 행정규칙을 행정입법의 개념으로 묶는 것은 잘못이라는 견해가 있는 반면⁶⁰⁾ 오늘날

58) Maurer, aaO, S. 624-625.

59) 예컨대 김동희, 행정법 I 제17판(박영사, 2011); 김철용, 행정법(박영사, 2011); 홍정선, 행정법원론(상) 제19판(박영사, 2011); 박균성, 행정법론(상) 제9판(박영사, 2010); 류지태/박종수, 행정법신론 제14판(박영사, 2010).

60) 홍정선, 행정법원론(상)(박영사, 2009), 198쪽.

법규명령과 행정규칙의 구별이 점차 상대화되어 가고 있다는 점에서 양자를 행정입법이라는 하나의 개념으로 묶어 함께 고찰하는 것도 의미가 있다는 견해도 있다.⁶¹⁾ 그러나 행정의 작용형식 혹은 행위형식론이 전통적으로 수행하여 왔던 과제이자 임무 가운데 하나가 하자유형체제와의 상관관계를 통해 법적용과 법실현의 과정에서 “부담을 경감”하는데 있다고 한다면 법규명령과 행정규칙은 하자효과 및 그에 관한 통제의를 공유하고 있지 않다는 점에서 양자를 행정입법이라는 상위의 행위유형으로 포착하는 것이 과연 법적용과정에서 어떠한 부담경감기능을 실효적으로 수행할 수 있을 것인가에 대해서는 회의적이라고 할 것이다.⁶²⁾

2. 수권/위임근거(Ermaechtigungsgrundlage) 혹은 권한소재규범(Kompetenznorm)의 문제

현재 행정이 제정한 일반·추상적 규정이 외부법으로서 재판의 척도가 되는가 혹은 단지 내부법에 불과한가를 판가름하는 기준의 하나로서 유력하게 제시되고 있는 것은 법률에 의한 수권 혹은 위임 여부이다.⁶³⁾ 예컨대 학설상으로는 홍정선 교수는 “행정사무처리기준 등과 같은 행정 내부적인 사항일지라도 법령의 위임을 받아 대통령령·총리령·부령으로 제정되었다면 법규명령으로, 법령의 위임이 없이 제정되었다면 행정규칙으로 본다”는 견해를 취하고 있는데⁶⁴⁾ 이처럼 법령의 수권 혹은 위임규정의 유무를 판단기준으로 삼아 행정이 제정한 어떠한 규정의

61) 김철용, 행정법(박영사, 2011), 137쪽.

62) 김중권, 행정법기본연구 I(법문사, 2008), 206쪽.

63) 물론 행정규칙의 대외적 구속력이 논의되고 있는 보다 고전적인 영역은 이른바 행정관행과 평등원칙 또는 신뢰보호원칙이 조합되어 형성되는 자기구속법리의 영역이다. 대법원 2009. 12. 24. 선고, 2009두7967 판결 참조.

64) 홍정선, 앞의 책, 247쪽.

법적 성질을 판단하고자 하는 태도는 이른바 ‘법령보충규칙’에 관한 우리 대법원의 판례에서 채택되어 있기도 하다. 예컨대 우리 대법원은 1987년 9월 29일 판결을 통하여 국세청훈령인 재산제세사무처리규정에 대하여 소득세법시행령과 결합하여 대외적 효력을 발생한다고 판시한 이후⁶⁵⁾ ‘노인복지법’ 관련 판결,⁶⁶⁾ ‘액화석유가스의 안전 및 사업관리법’ 관련 판결,⁶⁷⁾ 구 ‘독점규제 및 공정거래에 관한 법률’ 관련 판결,⁶⁸⁾ ‘공업배치 및 공장설립에 관한 법률’ 관련 판결⁶⁹⁾ 등에서 이러한 판지를 재확인하고 있다. 보다 최근에는 제재적 처분기준을 정하는 부령인 시행규칙의 법적 성질과 관련하여 다수의견에서는 “제재적 행정처분의 기중 사유나 전제요건에 관한 규정이 법령이 아니라 규칙의 형식으로 되어 있다고 하더라도, 그러한 규칙이 법령에 근거를 두고 있는 이상 그 법적 성질이 대외적·일반적 구속력을 갖는 법규명령인지 여부와는 상관없이”라고 하여 판단을 유보한 반면 별개의견에서는 “상위법령의 위임에 따라 제재적 처분기준을 정한 부령인 시행규칙은 헌법 제95조에서 규정하고 있는 위임명령에 해당하고, 그 내용도 실질적으로 국민의 권리의무에 직접 영향을 미치는 사항에 관한 것이므로, 단순히 행정기관 내부의

65) 대법원 1987. 9. 29 선고, 86누484 판결.

66) 대법원 1996. 4. 12 선고, 95누7727 판결. 이 사안에서는 구 노인복지법 규정 및 노령수당의 지급대상자를 65세 이상인 자 중 소득수준을 참작하여 보건복지가족부장관이 정하는 일정소득 이하의 자로 한다는 규정(령 제17조)과 노령수당의 지급수준은 노인복지등을 참작하여 매년 예산의 범위 안에서 보건복지가족부장관이 정한다는 규정(령 제20조)이 수권의 근거로 제시되었다.

67) 대법원 2002. 9. 27 선고, 2000두7933 판결.

68) 대법원 2000. 9. 29 선고, 98두12772 판결. 이 사안에서는 공정거래위원회가 불공정 거래행위를 예방하기 위하여 필요한 경우 사업자가 준수하여야 할 지침을 제정·고시할 수 있다는 법 제23조 제3항 규정이 수권의 근거로 제시되었다.

69) 대법원 2003. 9. 26 선고, 2003두2274 판결. 이 사안에서는 산업자원부장관은 관계 중앙기관의 장과 협의하여 ‘환경오염을 일으킬 수 있는 공장의 입지제한에 관한 사항’에 관한 공장입지의 기준을 정하여 고시하여야 한다는 법 제8조 제4호의 규정이 수권의 근거로 제시되었다.

사무처리 준칙에 지나지 않는 것이 아니라 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 법규명령에 해당”한다는 의견을 제시한 바 있다.

우리 헌법재판소도 기본적으로 훈령이나 지침 등은 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없는 ‘행정규칙’으로서 헌법소원의 대상이 되지 않는다는 입장을 취하고 있고⁷⁰⁾ 이는 예컨대 법무부령인 검찰보존사무규칙에 대하여도 그것이 위임근거 없는 행정의 내부적 사무처리준칙에 불과하여 헌법소원의 대상이 될 수 없다는 판시에서 재확인되고 있다.⁷¹⁾ 그러나 헌법재판소 역시 대법원 판결의 입장과 다르지 않게 행정규칙이 예외적으로 대외적 구속력을 갖는 경우도 있으며 이러한 때에는 당해 행정규칙이 헌법소원의 대상이 될 수도 있음을 선언하고 있다.⁷²⁾ 우리

70) 헌법재판소 2003. 7. 5. 선고, 2003헌마462 결정(여객자동차운수사업법시행규칙 제7조 제5항 등 위헌확인사건) - “버스·택시등의 운임조정요령(2001. 3. 28. 건설교통부훈령 제324호로 개정된 것)은 관할관청이 버스·택시 등의 운임·요율을 결정·조정하거나 그 시기를 정할 때 적용할 세부기준을 정함으로써 운임의 결정·조정 업무를 합리적이고 적정하게 처리함을 목적으로 한 것이므로, 운임·요금을 결정·조정하는 관할관청인 시·도지사 등에 대한 업무처리지침에 불과할 뿐 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없는 행정규칙에 해당한다 할 것이므로 이 사건 훈령은 헌법소원의 대상이 되지 않는다고 할 것이다.”

71) 헌법재판소 2008. 7. 22. 선고, 2008헌마496 결정(검찰보존사무규칙 제20조의2 위헌확인 사건) “이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 갖는 것이 아니어서 원칙적으로 헌법소원의 대상이 아니다. 그런데 심판청구의 대상인 이 사건 규칙 제20조의2는 비록 법무부령으로 되어 있으나, 위임근거가 없는 행정기관 내부의 사무처리준칙으로 행정규칙에 불과한 것일 뿐 법규적 효력을 가진 것이 아니므로, 헌법소원심판청구의 대상이 될 수 없다.”

72) 헌법재판소 2010. 5. 18. 선고, 2010헌마272 결정(민사재판 등 소송 수용자 출장비용 징수에 관한 지침 위헌확인) - “행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이고 대외적인 구속력을 갖는 것이 아니다. 다만, 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우, 또는 재량권 행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 된다.”

헌법재판소가 이른바 ‘법령보충규칙’의 법리에 따라 법규명령성을 인정 한 예로는 식품위생법에 따른 보건복지부 고시,⁷³⁾ 국민건강보험법에 따른 보건복지부 고시,⁷⁴⁾ 청소년보호법에 따른 정보통신부 고시,⁷⁵⁾ 관 광진흥법에 따른 문화관광부 공고,⁷⁶⁾ 음반·비디오물 및 게임물에 관한 법률에 따른 문화관광부 고시⁷⁷⁾ 등에 이르고 있어서 법령의 위임 혹은 수권 여부에 따라 고시, 공고, 지침 등의 법규명령성 여부를 판단하는 것은 우리의 행정재판 및 헌법재판 실무에 확고히 자리 잡은 것으로 보인다.

그런데 문제는 판례가 어떠한 징표를 ‘법령의 위임’ 여부를 판단하는 데 사용하고 있는가이다. 어떠한 법령에서 어떠한 사항에 관하여 ‘○○ 부 장관이 정한다’라고 규정하고 있거나 혹은 ‘○○부 장관이 고시한다’고 규정하고 있다면 혹은 더 나아가 어떠한 사항에 관하여 ‘대통령령으로 정한다’라든가 ‘부령으로 정한다’고 규정하고 있다면 이러한 경우에는 예외 없이 법령의 위임이 존재하는 것으로 판단할 수 있는 것인지 아니면 특정사항에 관하여 ‘○○부 장관이 정한다’라거나 ‘○○부 장관

헌법재판소 2001. 5. 31. 99헌마413 결정(학교장 초빙제 실시 학교 선정기준 위헌확인)
 “행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가지는 것이나, 행정규칙이 법령의 규정에 의하여 행정관청에 법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 경우나 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관청이 이룩되게 되면, 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 그 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하게 되는 경우에는 대외적인 구속력을 가지게 되는데, 이러한 경우에는 헌법소원의 대상이 될 수도 있다. 경기도 교육청의 1999. 6. 2.자 ‘학교장·교사 초빙제 실시’는 학교장·교사 초빙제의 실시 에 따른 구체적 시행을 위해 제정한 사무처리지침으로서 행정조직 내부에서만 효력 을 가지는 행정상의 운영지침을 정한 것이어서, 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없는 행정규칙에 해당하므로 헌법소원의 대상이 되지 않는다.”

73) 헌법재판소 2000. 7. 20. 선고, 99헌마455 결정.

74) 헌법재판소 2003. 12. 28. 선고, 2001헌마543 결정.

75) 헌법재판소 2004. 1. 29. 선고, 2001헌마894 결정.

76) 헌법재판소 2006. 7. 27. 선고, 2004헌마924 결정.

77) 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고, 2005헌바94, 2006헌바30(병합) 결정.

이 고시한다'라거나 '대통령령으로 정한다' 혹은 '부령으로 정한다'라고 규정하고 있는 경우에만 이를 위임으로 판단할 수 있을 것인지가 문제된다. 이에 대해 답하기 위해서는 일반적으로 공법에서의 권한의 위임 법리에 관한 성찰을 필요로 한다고 할 것인데 권력분립을 채택하고 있는 우리의 헌법하에서 '법령의 위임'은 그 내용상 '입법권의 위임'일 수밖에 없다는 점에서 법률이 대통령령으로 혹은 부령으로 혹은 고시나 지침 등으로 정하도록 하고 있는 사항이 적어도 우리 헌법이 대통령을 수반으로 하는 정부에게 귀속시키고 있는 행정권(헌법 제66조 제4항)이나 법관으로 구성된 법원에 귀속시키고 있는 사법권(헌법 제101조 제1항)에 속하지 아니하는 사항일 때 이를 위임으로 평가하는 것이 타당하다 할 것이다.⁷⁸⁾

학문적 개념으로서의 위임의 정의에 대해서는 다소간의 견해차이가 있어왔으나, 오늘날 독일 공법학계의 지배적인 견해에 의하면 위임이란 어떤 고권주체 혹은 고권기관이 법을 통하여 자신에게 부여된, 고권행위를 할 권한을 다른 주체에게 이전하는 법적 행위를 말한다고 한다.⁷⁹⁾ 이에 따르면 수임기관은 이전받은 권한을 자신의 이름으로 행사하게 되며 이는 관할의 변동을 의미한다는 점에서 권한을 이전받은 기관이 자신의 이름이 아닌, 권한을 이전하여 준 기관의 이름으로 권한을 행사하게 되는 내부위임(Mandat)과는 구별된다.⁸⁰⁾ 이상의 지배적 위임개념

78) 독일의 경우 법률규정에서 개별 행정기관에게 행정규칙을 발할 과제를 부여하고 있는 경우 대개 이는 수권근거(Ermaechtigungsgrundlage)가 아니라 권한규범(Kompetenznorm)이라고 보고 있는데(F. Ossenbuehl, Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in: Handbuch des Staatsrechts, S. 343 ; BVerfGE 26, 338(396f.)) 이처럼 수권근거와 권한규범을 준별하는 것은 그 논리적 전제로서 문제 되는 사항에 대한 규율권한이 누구에게 소재하는가에 대한 판단이 선행하여야 함을 요구한다.

79) Thorsten Reinhardt, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht: eine Untersuchung zur rechtlichen Zulässigkeit von Kompetenzübertragungen* (Berlin: Duncker & Humblot, 2006), S. 20.

에 따르면 위임은 대략 세 개의 구성요소로 이루어지는데, 첫째 본래의 권한소지자가 자신의 권한을 이전하는 “법적 행위”를 하여야 한다는 점, 둘째 위임 주체인 고권주체 혹은 고권기관은 법이 자신에게 부여한 “고권행위권한”을 이전하여야 한다는 점, 셋째 위임주체는 이러한 권한을 “다른 주체”에게 이전하여야 한다는 점이 그것이다. 대개 이전되는 고권행위권한으로서는 규범제정권한과 행정행위 혹은 사실행위를 발할 행정권한이 문제되기 마련이다.⁸¹⁾ 한편 규범제정영역에서의 위임은 복수의 규범제정자를 전제로 한다. 규범제정과 관련하여 위임이 있게 되면 본래의 규범제정권한의 소지자가 아닌, 어떤 다른 규범제정자가 특정 영역에서 스스로의 규범을 제정할 권한을 부여받게 되는데, 당해 영역은 그러한 위임이 없었더라면 수임자의 영역이 아니었을 영역이다. 즉 입법권의 위임은 고유한 규율권한을 외부로 보낸 즉, 넘겨준 것이라는 점에서 힘의 분배(Machtverteilung)에 해당한다.⁸²⁾

이상의 입법권의 위임 혹은 위임입법에 대한 전통적인 이해에 따르면 어떠한 법령에서 채택하고 있는 “대통령령으로 정하는” 혹은 “부령으로 정하는” 혹은 ‘○○부 장관이 정하는’이라는 문구가 입법권의 위임으로 평가될 수 있으려면 그 논리적 전제로서 해당 규율사항이 입법적 규율사항이라는 것이 인정되어야 할 것이다. 무엇을 입법적 규율사항으로 한정 지을 수 있을 것인가는 입법부의 규율권 혹은 입법권의 한계라고 하는, 매우 거대한 논제로 이어진다고 할 것이고 이 글에서 이러한 거대 주제를 논의할 여력은 없으나 다만, 권력분립의 헌법원리하에서 입법부의

80) Delegation과 Mandat의 구별에 관하여서는 Thorsten Reinhardt, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht: eine Untersuchung zur rechtlichen Zulässigkeit von Kompetenzübertragungen*(Berlin: Duncker & Humblot, 2006).

81) 줄고, “위임과 준용”, 토지공법연구 제43집 제3호(한국토지공법학회, 2009), 764쪽.

82) Karpen, Die Verweisungstechnik im System horizontaler und vertikaler Gewaltenteilung, in: Roedig(Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1976, S. 221, 233(김중권, 행정법기본연구 I(법문사, 2008), 166쪽 각주 37에서 재인용).

규율권은 국가공동체 생활의 모든 영역, 모든 단계에 미치는 무한정의 것일 수는 없으며 무엇이 입법권의 위임인가의 문제는 행정부의 규율권과 사법부의 규율권과의 균형적 경계설정이라는 맥락에서 논의되어야 함을 간과하여서는 아니 될 것이다.

이러한 관점에서 문제되는 것은 법률이 어떠한 행위를 행정의 재량적 행위로 규정하면서 그와 관련한 재량행사의 기준을 대통령령 혹은 부령으로 정하도록 규정하고 있는 경우이다. 재량권은 행정기관이 행정권을 행사함에 있어서 둘 이상의 다른 내용의 결정 또는 행태 중에서 선택할 수 있는 권한으로서 구체적 타당성 있는 행정을 위하여 입법자에 의해 행정에게 부여된 것이다.⁸³⁾ 이처럼 재량권 자체는 입법권에 의해 행정에게 부여된 것이나 일단 재량권이 행정에게 귀속하고 나면 당해 재량권을 어떻게 행사할 것인지의 문제는 행정의 권한사항으로서 국회의 규율권한은 더 이상 미치지 않는다고 보아야 할 것이며 그러한 점에서 행정이 재량행사의 기준을 정하는 것은 (개별·구체적인 재량행사와 대비되는) 일반·추상적인 재량행사로써 고유한 행정권의 행사일 뿐 입법권의 위임으로 이루어지는 ‘입법행위’는 아니라고 할 것이다. 그러한 점에서 환경영향평가법상의 제재처분과 관련하여 제재적 처분기준을 정한 부령인 시행규칙이 헌법 제95조에서 규정하고 있는 위임명령이라고 본 2006년 6월 22일 대법원 판결의 별개의견에는 찬성할 수 없다.

눈을 돌려 국가권력의 재량이 문제되는 또 다른 영역인 형사법 영역을 생각해보자. 우리 형법상 사람을 살해한 자에게 발생시킬 법률효과에 관하여 법원은 폭넓은 재량을 가지고 있다. 즉 사형, 무기 또는 5년 이상의 징역이 그것이다. 이 때 국회가 예컨대 양형기준법을 제정하여 ‘양형위원회는 양형기준을 제정한다’는 명제를 마련한 경우 이에 대해서는 어떠한 법적 평가가 가능할 것인가? 국회입법자가 법률규정(양형기준법 안 對 환경영향평가법)에서 국회 외의 다른 국가기관(법원 對 환경행정

83) 박균성, 행정법강의(박영사, 2010), 225쪽.

관련공무원)에게 재량이 부여된 제재적 법률효과(형벌 對 제재처분)의 기준을 특정 공적 기관(양형위원회 對 환경부장관)이 제정함을 기술하고 있다는 점에서 위 양형기준법안과 2006년 6월 22일 대법원 판결에서 문제된 환경영향평가법은 등가적인 모습을 취하고 있는데 위 대법원 판결의 별개의견이 취하고 있는 관점을 양형기준법안에 대입한다면 양형기준법안상의 위 명제는 입법권의 위임으로 평가하게 될 것이며 그리하여 마련된 양형기준에 법규성을 인정하여야 할 것이다. 그러나 다른 한편 양형기준의 설정은 입법부의 규율권한이 더 이상 미치지 않는 고유한 사법권의 재량영역에서 이루어진 행위로서⁸⁴⁾ 설령 양형기준법 등에 양형기준은 양형위원회가 정한다라든지 대법원이 정한다는 문구를 국회 입법자가 마련한다 하더라도 이는 입법권의 위임규정은 아니며 단지 권한의 소재를 밝히는 데 불과하다고 본다면 그 논리적 귀결로서 양형기준은 법규로서의 일반적 구속력을 가지지 않는다고 보아야 할 것이다. 즉, 국회입법자에 의하여 행정에 의한 제재처분이나 법관의 의한 형벌부과가 재량행위로 규율된 이상, 당해 재량의 행사기준을 정하는 것 역시 일반적·추상적 형식의 재량행사로서 이에 대해서는 입법자의 규율권이 더 이상 미치지 않는다고 보는 것이 작게는 재량의 본질에, 크게는 권력분립 원리에 합당한 해석이라고 보아야 할 것이다.

요컨대 어떠한 법률에서 어떠한 사항을 대통령령으로나 혹은 부령으로 혹은 고시나 지침으로 정하도록 규정하고 있다고 하여 이 모든 경우가 입법권의 위임의 성격을 가진다고 보는 것은 우리 헌법상 권력분립원칙에 합치하지 아니하며 이러한 관점에서 특히 행정이나 사법이 가지고 있는 처분에 관한 재량권 혹은 형벌부과에 관한 재량권의 경우 그 행사기준을 법률에서 특정 형식으로 정하도록 규정하고 있다 하더라도 이는 다만 권한의 소재를 확인하는 권한규범(Kompetenznorm)일 뿐 입법권의

84) 그러한 점에서 양형기준의 설정주체인 양형위원회를 대통령 소속으로 하는 것은 헌법상 권력분립원칙 위배의 의심이 있다고 할 것이다.

위임(Delegation)이나 수권(Ermaechtigung) 규정으로 해석하여서는 아니 될 것이다.⁸⁵⁾

3. 맺음말

법규명령과 행정규칙은 독일 공법에서는 실정헌법상의 개념이지만 우리의 공법에서는 강학상의 개념으로 출발하였다. 독일의 문헌에서는 법규명령과 행정규칙을 행정입법이라는 상위범주로 포괄하여 다루기보다는 독자적인 행정의 행위형식으로서 법규명령과 행정규칙을 각각 병렬적으로 소개하거나 혹은 행정규칙을 법원론의 문제로 다루는 경향이 증가하고 있다. 이는 행정규칙이 상급관청의 하급관청에 대한 지시·명령권과 공무원법상의 복종의무(Folgepflicht)에 토대한 규율로서 의회의 입법권과 무관하게 발하여지는 것인데 반하여 법규명령은 의회 입법권의 위임에 토대하고 있다는 점에서 행정규칙과 법규명령은 그 법적 토대가 다르다는 점을 직시하는 데에서 귀결된 바이다.

한편 우리의 행정법체계에서는 법규명령과 행정규칙을 행정입법이라는 상위의 행위유형으로 포착하고 있다. 그러나 행정의 작용형식 혹은 행위형식론이 전통적으로 수행하여 왔던 과제이자 임무 가운데 하나가 하자유형체계와의 상관관계를 통해 법적용과 법실현의 과정에서 “부담을 경감”하는 데 있다고 한다면 법규명령과 행정규칙은 하자효과 및 그에 관한 통제의 틀을 공유하고 있지 않다는 점에서 양자를 행정입법이라는 상위의 행위유형으로 포착하는 것은 체계적이지 않다고 할 것이다.

우리 판례에서는 고시·지침 등은 국민이나 법원을 구속하는 효력이 없는 ‘행정규칙’으로서 대외적·일반적 구속력이 없다거나 혹은 헌법소원의 대상이 되지 않는다는 입장을 취하고 있다. 그러나 예외적으로

85) 권한규범과 수권근거의 구별에 관해서는 F. Ossenbuehl, “Autonome Rechtssetzung der Verwaltung”, in: *Handbuch des Staatsrechts*, S. 343.

행정규칙이 대외적 구속력을 갖는 경우도 있음을 인정하고 있는데 그러한 경우 가운데 하나가 이른바 ‘법령보충규칙’으로서 법령의 위임에 토대하여 고시·지침 등이 발하여지는 경우이다. 또한 관례상으로는 부령으로 정한 제재처분기준과 관련하여서도 당해 기준이 위임입법으로서 법규성이 인정되어야 한다는 주장도 나오고 있다. 그런데 어떠한 법률에서 특정 사항에 관하여 행정이 대통령령 혹은 부령 혹은 고시나 지침 등으로 정하도록 규정하고 있는 모든 경우에 이것을 입법권의 위임으로 볼 것은 아니며 오히려 당해 특정사항에 대하여 입법부의 규율권한이 헌법의 권력분립원리상의 관점에서 인정되는지 여부를 판단하여 당해 규정이 ‘입법권’의 위임인지를 가려야 할 것이다. 우리 헌법이 채택하고 있는 권력분립원리상 입법부가 무제한의 규율권한을 갖는 것은 아니며 오히려 행정권과 사법권과의 사이에서 균형잡힌 경계설정이 이루어져야 하기 때문이다.

(투고일 2011년 6월 20일, 심사일 2011년 8월 4일, 게재확정일 2011년 8월 16일)

주제어 : 행정규칙, 법규명령, 위임, 수권, 구속력

참고문헌

1. 단행본

- 김동희, 행정법 I, 박영사, 2011.
- 김중권, 행정법기본연구, 법문사, 2008.
- 김철용, 행정법, 박영사, 2011.
- 류지태/박종수, 행정법신론, 2010.
- 박균성, 행정법론(상), 박영사, 2010.
- 홍정선, 행정법원론(상), 박영사, 2011.
- Florian Becker, *Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Tuebingen, 2005.
- Isensee/Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts*, Bd., V, 2007.
- Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Muenchen, 2004.
- Reiner Wahl, *Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts*, in: *Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht*, 2003.
- Steffen Detterbeck, *Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht*, 3. Aufl., Muenchen, 2005.
- Steffen Ausberg, *Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft*, Berlin, 2003.
- Thomas Sauerland, *Die Verwaltungsvorschrift im System der Rechtsquellen*, Berlin, 2005.
- Thorsten Reinhardt, *Delegation und Mandat im öffentlichen Recht: eine Untersuchung zur rechtlichen Zulässigkeit von Kompetenzübertragungen*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006.
- Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht Band I*, 11. Auflage, Muenchen, 1999.

2. 논문

- 김해룡, “행정법규범체계연구 I: 법규명령과 행정규칙”, 공법연구 제 35집 제3호, 한국공법학회, 2007. 2.
- 이원우, “행정입법에 대한 사법적 통제방식의 쟁점”, 행정법연구 제25호, 행정법이론실무학회, 2009. 12.
- 이희정, “행정입법 효력의 재구성”, 행정법연구 제25호, 행정법이론실무학회, 2009. 12.
- 최정일, “부령으로 정한 제재적 행정처분기준의 법적 성질 및 효력에 관한 소고”, 행정법연구 제27호, 행정법이론실무학회, 2010. 8.
- 이현수, “위임과 준용”, 토지공법연구 제43집 제3호, 한국토지공법학회, 2009.
- 황도수, “법규명령으로서의 부령: 법규명령과 행정규칙의 구별기준”, 행정법연구 제18호, 2007. 8.

[Abstract]

Verwaltungsvorschriftslehre im Deutschen Oeffentlichen Rechts

Hyon-Soo Lee*

Im deutschen öffentlichen Recht ist der Rechtsverordnung- und der Verwaltungsvorschriftsbegriff als positiv-rechtlichen Begriff akzeptiert worden, indessen diese Begriffe im koreanischem öffentlichen Recht als wissenschaftlichen Begriff akzeptiert worden sind.

Die deutsche wissenschaftliche Literatur behandelt diese beide Handlungsformen, also die Rechtsverordnung und die Verwaltungsvorschrift als eigenständige Handlungsformen parallelisch vorzustellen oder die Verwaltungsvorschrift als eine Probleme der Rechtsquellenlehre zu handeln, statt die beiden Handlungsformen unter Oberbegriff der “Administrative Rechtsetzung” zu erfassen.

Die Ausgabegrundlage der Verwaltungsvorschrift ist die Organisationsgewalt und Geschäftsleitungsgewalt der vorgesetzten Behörde zu der niedrigeren Behörde und Folgepflicht des öffentlichen Dienst, aber dagegen ist es bei der Rechtsverordnung die Grundlage das es auf der Delegation des gesetzgebende Gewalt vom Parlament liegt. So liegen die beiden in einem anderen rechtlichen Rahmen.

Dagegen erfassen die meisten koreanischen Verwaltungsrechtsliteraturen die Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift als Administrative Rechtsetzung unter der obriger Handlungsform.

* Assistant professor of Law School, Konkuk University.

Aber wenn die “Entlastungsfunktion” eine der Aufgabe und Funktion der Handlungsformenlehre der Verwaltung durch den Zusammenhang mit dem Fehlerformsystem bei der Gesetzrealisierung und Anwendung sei, dann kann man die Erfassung der Rechtsverordnung und Verwaltungsvorschrift bei der Administrative Rechtsetzung in einer obriger Handlungsform nicht systematisch betrachten, weil sie die Fehlerfolge und das Kontrollmechanismus nicht teilen.

Beim koreanischen Präzedenz haben die Hinweise, Anleitungen u.s.w. als eine ‘Verwaltungsvorschrift’ keine unmittelbare Aussenwirkung. Auch werden keine Verfassungsbeschwerde gegen sie erheben werden.

Aber Ausnahmsweise gibt es in dem koreanischen Präzedenz Verwaltungsvorschriften unmittelbare Aussenwirkung anerkannt sind, sozusagen als “gesetzesergänzende Verwaltungsvorschriften” werden auf der Delegation des Legislativen Hinweise, Anleitungen erlassen.

Bei einigen Gesetze wird die Verwaltung für bestimmte Fallen nach presidentiale Anweisung, ministerielle Anweisung, Hinweis oder Anleitung bestimmen zu regulieren, nur wird es nicht bei jedem Falle als gesetzliche Delegation gesehen. Es muss eher bestimmt werden ob für die bestimmte Falle die legislative Regelungsrecht in der Sicht des Prinzip der Gewaltenteilung der Legislative anerkannt ist, damit es zu bestimmen ist ob die entsprechende Bestimmung eine Delegation der ‘legislative Gewalt’ ist.

Der Grund ist weil von der koreanischen Verfassung angenommene Prinzip der Gewaltenteilung der Legislative nicht die unbegrenzte Zugriffsrecht hat sondern eher zwischen der administrative Gewalt und rechtssprechende Gewalt ausgewogene Abgrenzung haben muss.

Key Words : Verwaltungsvorschrift, Rechtsverordnung, Delegation, Ermächtigung, Bindungswirkung