

금융 분야 위임입법에 대한 입법론적 검토*

A Study on the Delegation Legislation in the Area of Financial Regulation

홍 완 식**

Hong, Wan-Sik

목 차

- | | |
|-----------------------|-------------------------------|
| I. 행정입법 통제 일반론 | III. 금융 분야 위임입법에 관한 구체적 사례 검토 |
| II. 포괄적 위임입법 금지원칙 일반론 | IV. 금융 분야 위임입법에 대한 종합적 평가 |

헌법 제40조에는 법률의 입법권이 국회에 있음을 명시하고 있으며, 헌법 제75조와 제95조에는 대통령령과 총리령, 부령의 입법권에 관한 규정을 두고 있다. 행정입법의 한계를 분명히 설정하고 법적 통제를 가하는 등 행정입법에 대한 법적 대응은 필요하며 절실히 요구된다. 따라서 국회에 부여된 입법권이 포괄적인 위임입법의 방식 등으로 형해화되지 않도록 하여야 하고, 시장과 경제에 지대한 영향을 미치는 금융분야 법률의 입법형성에 있어서는 더욱이 그렇다. 우선, 금융분야 법령은 공법적인 사항과 사법적인 사항을 모두 포함하고 있는 공사법의 중간영역이라는 특징을 지니고 있는데, 법률에 규정되어 있는 필요한 공법상 규제가 행정입법을 통하여 무력화되는 경우에는 금융규제의 취지나 실효성이 없어지거나 저하되는 경우가 발생할 수 있다는 점 등이 지적될 수 있다. 금융규제법령의 특징 중에서 타 법령과 명확하게 구별되는 부분이 고시에 의한 규제이며, 침익적 처분에 관련된 사항들도 포괄적으로 고시에 위임하는 경향은 여전히 고시 중심의 감독행정의 문제점으로 지

<https://doi.org/10.35148/ilsilr.2022..53.295>

투고일: 2022. 10. 31. / 심사완료일: 2022. 12. 20. / 게재확정일: 2022. 12. 25.

* 이 논문은 2021년도 건국대학교 KU학술연구비 지원에 의한 논문임

이 논문은 2021년 10월 21일에 개최된 국회 법제실 정무환경법제과 간담회에서의 발표문인 홍완식, “금융분야 행정입법에 관한 검토”를 수정·보완한 것임.

** 건국대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

Professor, Law School of Konkuk University, Ph.D. in Law

적되고 있다. 그리고 금융시장의 참여자들은 끊임없이 법적 형식을 달리하면서 규제를 회피할 수 있는 수단을 강구하고 있는 것이 오늘의 상황이기 때문에, 금융분야의 규제가 법률에 근거하는 경우의 회피수단보다는 행정입법에 대처하는 회피수단을 선호할 것임은 짐작하기 어렵지 않다. 나아가 최근 몇 년간 시행령·고시 등 행정입법을 통하여 기업지배구조에 영향을 미칠 수 있는 제도의 변화가 상당하다. 시행령과 같이 행정입법으로 이루어진 개정법 가운데는 충분한 논의 없이 개정이 이루어져 해석상·실무상 문제가 있는 부분도 있다는 평가도 있는 것처럼, 복잡하고 더딘 국회에서의 법률 개정을 추진하는 것보다는 신속하고 편안하게 행정입법 개정을 추진하려는 유인이 매우 강할 것임도 짐작하기 어렵지 않다. 금융분야 법률의 경우에도 전문적이고 기술적인 사항이 많다는 규범적 특성을 지니고 있다고 할 수 있지만, 위에서 언급한 보건의료, 방송통신, 신기술·신산업, 급부행정 등의 분야에서도 법률유보원칙의 위기에 대한 우려와 완화된 행정입법 통제에 대한 비판이 제기되는 것처럼, 금융분야에서의 행정입법 남용에 우려가 제기되고 있는 것이 현실이다. 예를 들어 자본시장법 시행령 등 경제관련 법률 시행령의 문제점이 지적되면서 특히 시행령이 본법을 무너뜨리는 경우도 빈번하다는 비판이 있다. 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」에 근거가 없는 시행령에 의한 감사계약 해지기간의 제한이라던가, 「공적자금관리 특별법」에서 의무화한 서면약정체결에 대한 예외를 시행령에서 규정한다던가, 「금융소비자보호에 관한 법률 시행령」에서 불공정 영업행위의 유형·기준을 고시로 포괄적 재위임하는 등 금융일반 분야에서의 5가지 유형별 행정입법 검토사례를 통해서도 금융분야 법률에서의 행정입법에 대한 꼼꼼한 검토의 필요가 있다는 점을 알 수 있다. 금융분야 특히 금융행정 분야에는 감독이나 심사에 관한 규정 등 규제적 사항을 담은 고시 등의 발령이 많다. 따라서 금융행정의 적법성 확보를 위해서는 관련 행정입법을 모니터링하고 보완해 나가야 할 것이다.

[주제어] 위임입법, 포괄적 위임입법 금지원칙, 헌법재판소, 예견가능성, 명확성 원칙, 금융규제

I. 행정입법 통제 일반론¹⁾

우리 헌법은 제40조에서 법률의 입법권이 국회에 있음을 규정하고 있으며, 헌법 제75조와 제95조에는 대통령령과 총리령, 부령의 입법권에 관한 규정을 두고 있다.²⁾ 법률유보원칙 혹은 의회유보원칙이 헌법과 행정법을 관통하는 원칙이라고 하더라도 현대국가

- 1) 행정입법 통제와 포괄적 위임입법 금지원칙 일반론은 내용의 중복을 피하기 위하여 대부분 생략하였고 글의 전개를 위하여 불가피하게 필요한 부분은 이 글에서 다시 인용하였으므로, 행정입법 통제와 포괄적 위임입법 금지원칙에 관한 상세한 내용은 김승태/홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 포괄위임입법금지원칙-입법적 시사점을 중심으로”, 입법학연구 제17권 제1호, 한국입법학회, 2020, 175쪽 이하의 내용을 참조 요망.
- 2) 강대출, “포괄적 재위임에 대한 통제기준 모색 연구”, 유럽헌법연구 제5호, 유럽헌법학회, 2009, 219쪽; 이명웅, “위임입법의 위헌심사기준 및 위헌결정사례 분석”, 저스티스 제96호, 한국법학원, 2007, 66쪽.

의 행정수요 증대, 규율대상의 전문화·복잡화 상황에서 국회중심입법원칙이 지켜지는 범위 내에서 행정부의 행정입법권도 보장될 필요가 있다. 규범의 단계와 체계상 행정입법에는 한계가 있으며 법률과 행정입법의 관계를 특징짓는 중요한 원칙이 포괄위임입법금지원칙이다. 헌법은 제75조와 제95조에서 행정입법으로 위임되는 위임입법³⁾의 근거와 함께 그 범위와 한계를 제시하고 있다. 그리고 지금까지 포괄위임입법금지원칙과 관련한 판례들이 많이 축적되어왔고, 동 원칙의 위반 여부에 관한 심사기준도 정립되어왔다. 이렇게 정립된 학설과 확립된 판례에 따르면, 행정부는 행정입법권을 위임받았으나 일반적·포괄적 위임입법은 금지된다.⁴⁾ 헌법 제75조와 제95조의 규정 취지에 따르면, 구체적이고 한정된 사항에 한해서만 행정입법이 입법되어야 한다.⁵⁾ 이렇게 헌법 제75조와 제95조는 위임입법의 헌법적 근거가 되는 동시에 그 헌법적 한계가 되는 것이다. 위임입법의 분야와 심사강도에 관해서는 포괄위임입법금지원칙이 입법분야 혹은 입법사안별로 개별적·구체적으로 판단되어왔기 때문에, 입법분야별 특성을 반영하는 분야별 검토가 필요하다. 따라서 포괄위임입법금지원칙에 관한 헌법재판소 판례를 바탕으로 하여 특별히 금융분야의 행정입법에 관하여 어떻게 적용되어 왔는지 및 향후 어떻게 적용되어야 할지에 관해서 살펴보기로 한다.

II. 포괄적 위임입법 금지원칙 일반론

1. 규범통제기준과 입법기준으로서의 포괄위임입법 금지원칙

헌법재판소 결정을 통해 알 수 있는 바와 같이 헌법재판소는 포괄위임입법금지원칙을 위헌심사기준으로 활용하고 있다.⁶⁾ 즉, 헌법재판소는 제75조의 해석에 있어서 법률의 위임은 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다는 입장이다. 일반적이

3) 이 논문에서는 맥락과 내용에 따라 ‘위임입법’과 ‘행정입법’의 용어를 혼용하기로 함.

4) 이부하, “포괄위임입법금지원칙에 대한 헌법재판소 견해의 평가”, 법학논총 제29권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2016, 320쪽; 전종익, “포괄위임금지원칙의 심사기준”, 아주법학 제7권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2013, 12쪽; 이명웅, 앞의 논문, 66쪽.

5) 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2015헌바191 결정, 판례집 28-1상, 156, 164; 헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정.

6) 전종익, 앞의 논문, 12쪽.

고 포괄적인 위임을 한다면 이는 의회입법의 원칙이나 법치주의를 부인하는 것이 되고 자의적인 행정권 행사를 초래하고 기본권에 대한 무제한적 침해를 초래할 위험이 있기 때문이라고 한다. 헌법 제75조에서 “법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항”이라 하는 것은 “법률에 이미 대통령령으로 규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미한다.”⁷⁾고 하고 있다. 이처럼 행정입법으로의 입법위임은 반드시 구체적·개별적으로 한정된 사항에 대하여 행해져야 한다.⁸⁾ 포괄위임입법금지원칙에 대한 심사기준으로는 위임범위에 대한 예측가능성이다. 여기서 예측가능성이란 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것이라고 해석되고 있다. 특히 위임의 구체성·명확성의 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라지는데, 처벌법규나 조세법규에서는 급부 행정의 경우보다 구체성·명확성의 요구가 더욱 강화된다. 반면 규율대상이 지극히 다양하거나 수시로 변화하는 성질의 것일 때에는 구체성·명확성의 요건이 상대적으로 완화된다.⁹⁾ 또한 헌법재판소에 따르면 위임입법에 대한 위헌심사기준은 근거성, 명확성, 예측가능성, 엄격성 등이다. 위임입법은 상위규범인 법률에 수권의 근거가 있어야 하고 (근거성), 위임입법에 의한 규정은 명확해야 하고(명확성), 위임의 내용은 예측가능하여

7) 헌법재판소 1991. 7. 8. 선고 91헌가4 결정, 판례집 3, 336, 341; 헌법재판소 1995. 9. 28. 선고 93헌바50 결정, 판례집 7-2, 297, 307; 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 91헌바1 결정 등, 판례집 7-2, 562, 592; 헌법재판소 1995. 11. 30. 선고 93헌바32 결정, 판례집 7-2, 598, 607; 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2000헌가10 결정, 판례집 14-1, 565, 569; 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌바82 결정 등, 판례집 27-1하, 216, 236; 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2015헌바191 결정, 판례집 28-1상, 156, 165; 헌법재판소 2016. 3. 31. 선고 2014헌바382 결정, 판례집 28-1상, 388, 395-396; 헌법재판소 2016. 4. 28. 선고 2014헌바60 결정 등, 판례집 28-1상, 617, 628.

8) 전종익, 앞의 논문, 12쪽.

9) 헌법재판소 1994. 6. 30. 선고 93헌가15 결정 등; 헌법재판소 1995. 10. 26. 선고 93헌바62 결정; 헌법재판소 1997. 2. 20. 선고 95헌바27 결정; 헌법재판소 1998. 2. 27. 선고 97헌바64 결정; 헌법재판소 2000. 7. 20. 선고 99헌가15 결정; 헌법재판소 2002. 8. 29. 선고 2000헌바50 결정 등; 헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2001헌바52 결정; 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2000헌가10 결정; 헌법재판소 2002. 6. 27. 선고 2000헌바88 결정; 헌법재판소 2008. 5. 29. 선고 2005헌바6 결정; 헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2007헌바26 결정; 헌법재판소 2010. 2. 25. 선고 2009헌바38 결정; 헌법재판소 2011. 2. 24. 선고 2009헌바11 결정 등; 헌법재판소 2011. 7. 28. 선고 2009헌바244 결정; 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2011헌가13 결정; 헌법재판소 2012. 2. 23. 선고 2009헌바47 결정; 헌법재판소 2012. 8. 23. 선고 2010헌바471 결정; 헌법재판소 2012. 11. 29. 선고 2011헌바827 결정; 헌법재판소 2014. 3. 27. 선고 2013헌바198 결정; 헌법재판소 2014. 4. 24. 선고 2012헌바412 결정; 헌법재판소 2015. 2. 26. 선고 2012헌바355 결정; 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌가6 결정; 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌바82 결정 등; 헌법재판소 2015. 7. 30. 선고 2013헌바204 결정; 헌법재판소 2015. 11. 26. 선고 2012헌바403 결정; 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2015헌바191 결정.

야 할 뿐 아니라(예측가능성), 형법이나 세법 등 분야에서는 보다 엄격하게(엄격성) 규정되어야 한다는 것이다.¹⁰⁾ 또한 위임의 구체성과 명확성이란, 국민에게는 해석과 집행의 예측가능성을 주고, 법집행자에게는 자의적 집행을 방지하여야 함을 의미한다. 규범통제자인 헌법재판소의 이러한 규범통제 기준은 입법자에 대해서는 위임의 구체성과 개별성 및 명확성이라는 입법기준으로 제시되고 있다.¹¹⁾

2. 입법자의 입법기준으로서의 포괄위임입법금지원칙

헌법재판소의 포괄위임입법금지원칙에 관한 이러한 위헌심사기준은 입법기준으로 활용될 수 있다. 입법자에게는 입법형성의 자유, 입법형성권 혹은 입법재량이 인정되고 있으나 입법자의 형성의 자유에는 한계가 있다고 보는데, 이에겐 과잉금지원칙, 과소금지원칙, 신뢰보호원칙, 적법절차원칙, 체계정당성 원칙, 명확성 원칙, 포괄위임입법금지원칙 등이 있다.¹²⁾ 이러한 입법기준은 법령의 위헌 여부에 대한 사후기준이기도 하지만, 법안의 합헌성¹³⁾과 타당성 심사의 기준으로 입법과정에서 작용할 수 있다는 것이다. 즉, 국민의 권리·의무 및 국가 통치조직과 작용에 관한 기본적인 사항은 반드시 국회가 정하여야 한다¹⁴⁾는 의회유보원칙은 입법자인 국회가 입법을 할 때의 기준으로서 준수되어야 한다.

국회 법제실에서 발간한 <법제이론과 실제>에서는 “행정법으로 위임하는 규정을 두기 전에 위임대상을 확정하고 위임대상의 성질을 고려하여 위임이 허용되는지 또는 위임이 필요한지 여부를 먼저 검토”하도록 입법 가이드라인을 설정하고 있다. 즉, “입법자 스스로 위임대상을 확정하지 못하고 막연히 행정입법으로 위임하여서는 안되며, 반드시 법률에서 직접 규정하여야 하는 사항은 아닌지(위임의 허용가능성), 해당 법적

10) 정극원, “헌법재판에서의 포괄적 위임입법금지 원칙의 적용”, 헌법학연구 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009, 467쪽 이하; 김명수, “보건의료법제에서 포괄적 위임금지원칙에 관한 고찰”, 세계헌법연구 제20권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2014, 32쪽 이하.

11) 이명웅, 앞의 논문, 68쪽 이하.

12) 이에 관한 상세한 사항은 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009, 487쪽 이하 참조.

13) “위헌적인 것으로 의심되는 법률은 내용적으로 국회의 심의과정에서 가급적 빠짐없이 논의되어 위헌요소가 제거되도록 수정되어야 한다.” 김병기, “위헌결정법률의 효력과 그에 대한 국회의 대응”, 행정법연구 제14호, 행정법이론실무학회, 2005, 111쪽.

14) 헌법재판소 2006. 3. 30. 선고 2005헌바31 결정, 판례집 18-1상, 362, 368.

영역에 고도의 전문성이 필요하고 개정수요가 많아 입법환경이 유동적이라는 사정 등이 있는지(위임의 필요성) 등에 대하여 검토가 필요”하다는 것이다. 즉, 위임대상이 구체적으로 규정되지 아니한 채로 “대통령령으로 정하는 바에 따라”와 같은 표현을 쓰는 것은 해당 행정입법에서 무분별하게 입법사항을 규정하는 근거로 악용될 수 있으므로 지양하도록 법제와 법안검토 실무의 지침을 설정하고 있다.¹⁵⁾

유형	주요 내용
위임근거 없는 국민의 권리제한	위임근거가 없거나 위임의 범위를 넘어 국민의 권리·의무에 관한 새로운 사항을 정한 경우
상위 법률의 취지·내용과 불합치	위임을 받은 사항이더라도 위임의 취지나 내용과 다른 내용으로 이루어진 행정입법
행정입법 부작위	위임을 하였음에도 행정입법을 하지 않은 경우
포괄적 재위임	법률에서 법규형식을 정하여 위임하였음에도 이를 지키지 않고 더 하위의 법규형식으로 전부 재위임한 경우
법령용어·형식·체계 등의 미정비	법률에서 위임받은 형식과 다른 행정입법 형식으로 규정되거나 행정입법이 변화된 법령 또는 행정환경을 반영하지 않아 발생하는 누락·오기 등

헌법재판소가 위헌심사기준으로 적용하고 있는 포괄위임입법금지원칙은 법제처의 법안심사기준으로도 활용되고 있다. 법제 가이드라인은 위임의 구체성 및 명확성 요구와 관련하여 “법률에 미리 대통령령 등으로 규정될 내용과 범위의 기본적인 사항을 구체적이고 명확하게 규정”하고 “하위법령에서 권리의무에 관한 사항을 정하려고 하는 경우에는 법률에서 그 점을 분명히 해야 한다”고 하고 있다.¹⁶⁾ 헌법재판소의 결정에서 나타난 포괄위임입법금지원칙에 관한 법리는 이렇게 입법자인 국회와 법제처의 입법심사기준으로도 활용되고 있다.

15) 국회 법제실, 법제이론과 실제 전면개정판, 2019, 42-43쪽.

16) 법제처, 법령입안·심사기준, 2017, 38-40쪽.

III. 금융 분야 위임입법에 관한 구체적 사례 검토

1. 금융분야의 위임입법

금융분야 분석대상 법률에서 대통령령, 총리령 또는 금융위원회 고시 등에 위임한다고 규정된 조항들은 각주에 표시하였고, 아래 표에 있는 각 법률 옆에 위치한 괄호 안의 숫자는 해당 법률의 마지막 조문인데, 각 법률마다 가지조항이 있으므로 총 조문은 이 숫자보다 많다. 일견 보더라도, 금융분야의 중요 법률에서 대통령령, 총리령 또는 금융위원회 고시 등에 위임을 하고 있는 규정들의 숫자가 대단히 많은 것을 알 수 있다.

연번	법률명
1	자본시장과 금융투자업에 관한 법률 (449조) ¹⁷⁾
2	여신전문금융업법 (72조) ¹⁸⁾
3	이중상환청구권부 채권 발행에 관한 법률 (26조) ¹⁹⁾
4	인터넷전문은행 설립 및 운영에 관한 특례법 (23조) ²⁰⁾
5	대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률 (21조) ²¹⁾
6	보험업법 (209조) ²²⁾
7	주식·사채 등의 전자등록에 관한 법률 (75조) ²³⁾
8	온라인투자연계금융업 및 이용자 보호에 관한 법률 (57조) ²⁴⁾
9	상호저축은행법 (40조) ²⁵⁾
10	화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 (24조) ²⁶⁾
11	신용협동조합법 (101조) ²⁷⁾
12	은행법 (69조) ²⁸⁾
13	기업구조조정투자회사법 (66조) ²⁹⁾
14	자산유동화에 관한 법률 (42조) ³⁰⁾
15	담보부사채신탁법 (105조) ³¹⁾

17) 위임입법 규정 : 제3조, 제4조, 제5조, 제6조, 제7조, 제8조, 제8조의2, 제9조, 제12조, 제13조, 제14조, 제15조, 제16조, 제16조의2, 제16조의3, 제18조, 제19조, 제20조, 제21조, 제28조의2, 제30조, 제31조, 제32조, 제33조, 제34조, 제35조, 제38조, 제41조, 제42조, 제45조, 제51조, 제53조, 제56조, 제60조, 제61조, 제63조, 제63조의2, 제65조, 제67조, 제68조, 제69조, 제71조, 제72조, 제73조, 제74조, 제75조, 제76조, 제77조, 제77조의2, 제77조의3, 제78조, 제80조, 제81조, 제82조, 제83조, 제84조, 제85조, 제86조, 제87조, 제88조, 제89조, 제90조, 제91조, 제92조, 제93조, 제94조, 제97조, 제98조, 제98조의2, 제99조, 제100조. (자본시장법은 이 분야의 가장 중요한 법률이자 가장 조문수가 많은 법률이다. 본문에서 언급한 바와 같이 마지막 조문은 제449조이지만 가지조항을 합하면 조문수는 더 많기 때문에 위임입법 규정을 지닌 조문을 전수조사하는 것의 의미가 크지 않다. 제101조 이하의 위임입법 규정은 생략한다.)

- 18) 위임입법 규정 : 제1조, 제3조, 제4조, 제6조, 제6조의2, 제10조, 제13조, 제14조, 제14조의2, 제14조의4, 제14조의5, 제16, 제16조의2, 제16조의3, 제16조의5, 제18조, 제18조의2, 제18조의3, 제19조, 제19조의2, 제21조, 제23조, 제24조, 제24조의2, 제25조, 제26조, 제27조의2, 제27조의4, 제27조의5, 제36조, 제37조, 제39조, 제42조, 제45조, 제46조, 제46조의2, 제46조의3, 제47조, 제48조, 제49조의2, 제50조, 제50조의2, 제50조의8, 제50조의10, 제50조의12, 제50조의13, 제53조의3, 제54조, 제54조의2, 제54조의3, 제54조의4, 제54조의5, 제56조, 제57조, 제58조, 제58조의4, 제68조, 제69조의2, 제72조.
- 19) 위임입법 규정 : 제2조, 제4조, 제5조, 제6조, 제7조, 제8조, 제9조, 제11조, 제17조, 제20조, 제21조, 제23조, 제26조.
- 20) 위임입법 규정 : 제7조, 제8조, 제9조, 제16조, 제19조, 제23조.
- 21) 위임입법 규정 : 제2조, 제3조, 제3조의2, 제3조의4, 제3조의5, 제4조, 제5조, 제5조의2, 제6조, 제6조의2, 제7조, 제7조의3, 제8조, 제9조, 제9조의3, 제9조의4, 제9조의6, 제9조의7, 제10조, 제11조의2, 제11조의4, 제12조, 제13조, 제14조의2, 제14조의4, 제14조의5, 제15조, 제15조의2, 제16조, 제16조의2, 제17조, 제18조, 제18조의2, 제18조의3, 제18조의5, 제18조의7, 제18조의10, 제21조.
- 22) 위임입법 규정 : 제2조, 제3조, 제4조, 제5조, 제6조, 제7조, 제9조, 제10조, 제11조, 제11조의2, 제11조의3, 제12조, 제18조, 제75조, 제83조, 제84조, 제85조, 제85조의2, 제85조의3, 제85조의5, 제86조, 제87조, 제87조의2, 제87조의3, 제88조, 제89조, 제89조의2, 제89조의3, 제90조, 제91조, 제92조, 제94조, 제95조, 제95조의2, 제95조의5, 제96조, 제97조, 제98조, 제99조, 제100조, 제105조, 제106조, 제107조, 제108조, 제110조, 제110조의3, 제111조, 제113조, 제114조, 제115조, 제116조, 제117조, 제118조, 제120조, 제120조의2, 제121조, 제121조의2, 제123조, 제124조, 제125조, 제127조, 제127조의2, 제128조, 제128조의2, 제128조의3, 제128조의4, 제130조, 제131조, 제134조, 제136조, 제142조, 제153조, 제163조, 제164조, 제166조, 제168조, 제169조, 제171조, 제175조, 제176조, 제178조, 제181조, 제182조, 제183조, 제184조, 제185조, 제186조, 제187조, 제189조, 제194조, 제209조.
- 23) 위임입법 규정 : 제2조, 제5조, 제6조, 제7조, 제12조, 제13조, 제19조, 제21조, 제22조, 제23조, 제25조, 제27조, 제29조, 제30조, 제31조, 제32조, 제33조, 제37조, 제38조, 제39조, 제40조, 제42조, 제43조, 제46조, 제47조, 제48조, 제53조, 제58조, 제62조, 제63조, 제67조, 제68조, 제69조, 제70조, 제71조, 제75조.
- 24) 위임입법 규정 : 제2조, 제5조, 제6조, 제7조, 제8조, 제10조, 제11조, 제12조, 제13조, 제14조, 제15조, 제16조, 제17조, 제19조, 제20조, 제22조, 제23조, 제24조, 제25조, 제26조, 제27조, 제31조, 제32조, 제33조, 제34조, 제35조, 제37조, 제38조, 제39조, 제45조, 제48조, 제49조, 제50조, 제52조, 제53조, 제54조, 제57조.
- 25) 위임입법 규정 : 제2조, 제5조, 제6조, 제6조의2, 제7조, 제10조, 제10조의2, 제10조의6, 제11조, 제12조, 제12조의2, 제12조의3, 제13조, 제14조의2, 제15조, 제18조, 제18조의2, 제18조의3, 제18조의4, 제18조의7, 제22조의2, 제22조의4, 제23조의2, 제23조의3, 제24조, 제24조의2, 제24조의3, 제24조의4, 제24조의8, 제24조의12, 제24조의15, 제25조, 제25조의2, 제25조의3, 제25조의4, 제25조의6, 제25조의9, 제34조의2, 제35조, 제37조, 제38조의3, 제38조의6, 제38조의7, 제40조.
- 26) 위임입법 규정 : 제2조, 제5조, 제6조, 제8조, 제9조, 제11조, 제14조, 제16조.
- 27) 위임입법 규정 : 제2조, 제4조, 제7조, 제8조, 제9조, 제11조, 제27조, 제27조의2, 제27조의3, 제28조, 제39조, 제40조, 제41조, 제42조, 제43조, 제44조, 제45조의2, 제47조, 제57조, 제71조의2, 제76조의3, 제78조, 제78조의2, 제79조, 제80조의2, 제80조의3, 제80조의4, 제80조의6, 제80조의7, 제83조, 제83조의2, 제83조의3, 제85조, 제86조, 제86조의2, 제86조의5, 제89조, 제96조, 제97조, 제101조.
- 28) 위임입법 규정 : 제2조, 제8조, 제10조, 제11조, 제13조, 제14조, 제15조, 제15조의3, 제15조의5, 제16조, 제16조의2, 제16조의3, 제16조의4, 제16조의5, 제27조의2, 제28조, 제28조의2, 제30조의2, 제33조, 제33조의3, 제33조의5, 제34조, 제34조의2, 제34조의3, 제35조, 제35조의2, 제35조의3, 제35조의4, 제35조의5, 제37조, 제38조, 제39조, 제41조, 제43조의2, 제43조의3, 제47조, 제48조의2, 제50조, 제52조, 제52조의2, 제52조의4, 제53조,

헌법재판소는 일찍이 「금융산업의 구조 개선에 관한 법률」 일부 규정에 대한 위헌소원 사건에서 “의회의 입법독점주의에서 입법중심주의로 전환하여 일정한 범위 내에서 행정입법을 허용하게 된 동기가 사회적 변화에 대응한 입법수요의 급증과 종래의 형식적 권력분립주의로는 현대사회에 대응할 수 없다는 기능적 권력분립론에 있다는 점 등을 감안하여 헌법 제40조와 헌법 제75조, 제95조의 의미를 살펴보면, 국회입법에 의한 수권이 입법기관이 아닌 행정기관에게 법률 등으로 구체적인 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여는 당해 행정기관에게 법정립의 권한을 갖게 되고, 입법자가 규율의 형식도 선택할 수도 있다 할 것이므로, 헌법이 인정하고 있는 위임입법의 형식은 예시적인 것으로 보아야 할 것이고, 그것은 법률이 행정규칙에 위임하더라도 그 행정규칙은 위임된 사항만을 규율할 수 있으므로, 국회입법의 원칙과 상치되지도 않는다. 다만, 형식의 선택에 있어서 규율의 밀도와 규율영역의 특성이 개별적으로 고찰되어야 할 것이고, 그에 따라 입법자에게 상세한 규율이 불가능한 것으로 보이는 영역이라면 행정부에게 필요한 보충을 할 책임이 인정되고 극히 전문적인 식견에 좌우되는 영역에서는 행정기관에 의한 구체화의 우위가 불가피하게 있을 수 있다.”³²⁾고 하였다. 다만 “그러한 영역에서 행정규칙에 대한 위임입법이 제한적으로 인정될 수 있다”거나 “전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 한정된다”³³⁾고 하였어도, 한 번 터준 물꼬를 돌이켜 쉽게 막을 수는 없는 것처럼 보인다. 헌법재판소는 위임입법의 문제를 다루는 여러 결정들에서, 위임입법의 구체성·명확성의 요구 정도는 그 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이라고 반복하였다. 즉, 위임입법의 구체성·명확성의 요구 정도는 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라지는데, 전문적이고 기술적인 입법사안과 상황의 변화에 즉시 적용되어야 하는 입법사안에 있어서는 구체성의 정도가 완화될 수 있다.³⁴⁾ 예를 들어, 보건의료분야나 방송통신 분야 등은 전문적·기술적인 사항이 많은 분야로 평가되고 있고, 명령·규칙·고시로 규정되는 사항이 상대적으로 많은 분야로 보고 있다. 사회보장법 분야 등 급부행정 분야에서도 구체성의 요구가 다소 약화되

제55조, 제58조, 제63조, 제65조, 제65조의4, 제65조의7, 제65조의8, 제65조의10, 제65조의11, 제69조.

29) 위임입법 규정 : 제2조, 제4조, 제6조, 제9조, 제11조, 제12조, 제16조, 제19조, 제20조, 제22조, 제24조, 제25조, 제33조, 제39조, 제42조, 제51조, 제52조, 제53조, 제61조, 제66조.

30) 위임입법 규정 : 제2조, 제3조, 제4조, 제6조, 제10조, 제22조, 제23조, 제34조, 제42조.

31) 위임입법 규정 : 제5조, 제105조.

32) 헌법재판소 1004. 10. 28. 선고 99헌바1 결정.

33) 헌법재판소 1004. 10. 28. 선고 99헌바1 결정.

34) 박재윤, “위임명령을 통한 행정의 통제와 조종”, 공법연구 제41집 제3호, 한국공법학회, 2013, 376쪽.

어도 무방하다는 평가이다. 처벌법규나 조세법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되고, 급부행정의 경우에는 구체성·명확성의 요건이 완화되는 것으로 대비된다.³⁵⁾ 그럼에도 불구하고 이들 분야에서도 중요 사항을 하위명령에 위임하는 것은 국회입법의 원칙이나 법치국가 원칙의 측면에서도 문제의 소지가 있다³⁶⁾³⁷⁾는 비판, 국회에 의한 적극적인 통제가 필요하다는 주장,³⁸⁾ 신산업 및 신기술 분야도 규제법정주의의 원칙을 준수하여야 한다³⁹⁾는 의견⁴⁰⁾ 등이 있다. 사회보장법 분야에서도 행정부의 자의적인 급부에서의 배제 역시 침해적인 행정으로 해석할 수 있어야 한다⁴¹⁾는 의견이 있다. 종합적으로 보면, 구체성의 요구가 완화되어야 한다는 분야에서도 법률유보원칙과 포괄위임입법금지원칙은 원칙적으로 준수되어야 한다⁴²⁾는 의미로 받아들일 수 있다. 이렇게 규범분야에 따른 포괄위임입법금지원칙 완화론이 비판을 받고 있기는 하지만, 규범분야에 따른 원칙의 차등적용론을 무시할 수는 없을 것이다. 다만, 이들 분야에서 포괄위임입법금지원칙의 적용이 완화되더라도, 법률유보원칙이나 의회유보원칙을 형해화시킬 정도의 위임입법은 허용될 수 없다.

이러한 관점에서 금융분야가 전문적·기술적인 사항이 상대적으로 많은 규범분야라고 할지라도 법률유보원칙이나 의회유보원칙을 무력화시킬 정도의 위임입법은 바람직하지 않으며 분명히 경계되어야 한다는 점을 시사한다. 위에서 보았듯이, 금융분야의 중요 법률에서 대통령령, 총리령 또는 금융위원회 고시 등에 위임을 하고 있는 규정들의 숫자가 대단히 많다는 것을 알 수 있다. 이는 금융분야의 전문성·기술성에도 불구하고 과연 금융분야의 입법분야에서 국회중심의 입법이 이루어지고 있는가 및 의회유보원칙 나아가서는 법률유보원칙이 준수되고 있는가를 돌아보는 기회로 삼아야 할 것으로 본다.

35) 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2015헌바191 결정 등.

36) 김명수, 앞의 논문, 32쪽.

37) 조재현, “의료법상 위임입법의 한계: 간호조무사 등에 관한 규칙을 중심으로”, 한국의료법학회지 제23권 제2호, 한국의료법학회, 2015, 109쪽.

38) 박석철, “방송통신 분야 위임입법의 국회 통제절차 분석”, 언론과 법 제14권 제3호, 한국언론법학회, 2015, 320쪽.

39) 김현철, “클라우드컴퓨팅 규제개혁의 법적문제”, 법학논총 제42권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2018, 24쪽.

40) 박경철, “청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에 관한 헌법적 검토”, 서울법학 제27권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2019, 132쪽.

41) 유은정, “소위 수익적 법률에서 위임입법의 헌법적 한계”, 공법학연구 제14권 제3호, 한국비교공법학회, 2013, 288쪽.

42) 김진근, “사회보장법 영역에서 포괄위임입법금지원칙의 적용과 그 한계”, 사회보장법학 제3권 제1호, 한국사회보장법학회, 2014, 67쪽.

이렇게 많은 조항에서 구체적이고 중요한 사항에 관한 입법이 행정부에 의한 행정입법으로 위임된다면, 국회가 법률을 통해 입법을 하는 것이 중요하다고 하는 법률유보나 의회유보의 원칙이 기능을 하는 것인지에 대한 성찰이 필요하다고 본다. 이것이 일종의 정량적 분석이라고 한다면 아래에서는 몇 건의 입법사례별로 금융분야 위임입법에 대한 일종의 정성적 분석 혹은 입법사례분석을 하고자 한다.

2. 금융분야 위임입법에 관한 사례 검토

2.1 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 제390조 제2항 제2호 위헌소원⁴³⁾

이 사건의 주요 판시사항은 거래소에서 상장규정을 제정할 때 ‘증권의 상장폐지기준 및 상장폐지에 관한 내용을 포함’하도록 한 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제390조 제2항 제2호(이하 ‘심판대상조항’이라 한다)가 포괄위임금지원칙과 법률유보원칙에 위반되는지 여부이다.

헌법재판소는 포괄위임금지지는 법규적 효력을 가지는 행정입법의 제정을 그 주된 대상으로 하고, 이는 자의적인 제정으로 국민들의 자유와 권리를 침해할 수 있는 가능성을 방지하고자 엄격한 헌법적 기속을 받게 하는 것이라고 전제하면서, 법률이 행정부에 속하지 않는 기관의 정관으로 특정 사항을 정할 수 있다고 위임하는 경우에는 자치입법에 해당되는 영역으로 보아 자치적으로 정하도록 하는 것이 바람직하다. 상장규정은 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’이 거래소로 하여금 증권의 상장 및 상장폐지 등에 관한 사항을 스스로 정하도록 하여 제정된 자치규정이고, 심판대상조항은 거래소의 상장규정에 포함시켜야 하는 ‘내용을 제시’한 것으로서, 헌법상의 위임규정에서 말하는 ‘위임’이 될 수는 없어 포괄위임금지원칙이 원칙적으로 적용되지 아니한다고 보았다. 그리고 상장폐지는 기업의 규모와 형태, 증권거래의 양태, 경제상황 등 다양한 요소를 고려하여 결정되어야 하고, 상장폐지의 구체적인 내용·절차 등은 탄력적으로 시장의 상황을 반영해야 하는 세부적·기술적 사항으로, 반드시 의회가 정하여야 할 사항이라고 볼 수 없기 때문에, 심판대상조항은 법률유보원칙에 위반되지 아니한다고 결정하였다.

43) 헌법재판소 2021. 5. 27. 선고 2019헌바332 결정.

자본시장과 금융투자업에 관한 법률 (2007. 8. 3. 법률 8635호로 제정된 것)	코스닥시장 상장규정 (2010. 12. 1. 규정 제659호로 개정된 것)
제390조(상장규정) ① 거래소는 증권시장에 상장할 증권의 심사 및 상장증권의 관리를 위하여 증권상장규정(이하 “상장규정”이라 한다)을 정하여야 한다. 이 경우 거래소가 개설·운영하는 둘 이상의 증권시장에 대하여 별도의 상장규정으로 정할 수 있다. ② 상장규정에는 다음 각 호의 사항이 포함되어야 한다. 1. 증권의 상장기준 및 상장심사에 관한 사항 2. 증권의 상장폐지기준 및 상장폐지에 관한 사항	제38조(상장의 폐지) ① 거래소는 코스닥시장 상장법인이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우 당해 기업의 상장을 폐지한다. 11. 최근 사업연도의 재무제표에 대한 감사인의 감사의견(연결재무제표 작성대상법인의 경우에는 연결재무제표에 대한 감사의견을 포함한다. 이하 이 호에서 같다)이 부적정 또는 의견거절이거나 감사범위제한으로 인한 한정인 경우. 다만, 동 감사의견의 사유가 계속기업으로서의 존속능력에 대한 불확실성에 의한 경우에 한하여 사업보고서 법정제출기한의 다음날부터 10일 이내에 동일한 감사인의 동 사유 해소에 대한 확인서를 제출하여 거래소가 이를 인정하는 경우에는 동 제출일이 속하는 반기를 기준으로 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 경우가. 반기 재무제표에 대한 감사인의 감사의견이 부적정 또는 의견거절이거나 감사범위제한으로 인한 한정인 경우 나. 반기보고서 법정제출기한의 다음날부터 10일 이내에 반기감사보고서를 제출하지 아니한 경우

2.2 상법 제360조의2 등 위헌소원 (포괄적 주식교환)⁴⁴⁾

이 사건의 주요 판시사항은 주식의 포괄적 교환제도를 규정하고 있는 상법 규정이 이 소수주주의 재산권과 평등권을 침해하는지를 검토하면서, 주권상장법인의 포괄적 주식교환의 요건·방법을 대통령령에 위임하고 있는 구 ‘자본시장과 금융투자업에 관한 법률’ 제165조의4 제3호 중 ‘주식의 포괄적 교환’ 부분이 포괄위임금지원칙에 위배되는지 여부에 관한 것이다.

이에 관해 헌법재판소는 상장법인이 다른 법인과 주식교환을 하는 경우에 주식교환비율 등의 요건·방법에 관한 기준은 양 회사의 규모, 재산상태, 영업성적, 사업전망, 국민경제적인 기능, 주식의 객관적인 가치평가 방식 등 다양한 요소에 의하여 복합적으로 형성되는 기술적·전문적·가변적인 사항으로서 자본시장의 제도나 환경의 변화에 빠르게 대처할 필요가 있다고 보았다. 따라서 그 세부적인 사항은 행정입법에 위임할 필요성이 인정된다고 하였다. 결국 위임입법인 대통령령에 규정될 주식교환비율의 산정기준은 ‘조직재편행위의 공정성과 적정성을 담보함으로써 주주의 이익을 도모할 수 있도록 주권상장법인의 경우에는 증권시장에서 거래가 형성된 주가를 기준으로 하되, 주가조작 등의 위험을 배제하기 위하여 주식교환 행위가 공표되기 전 일정기간의 평균 시세’가

44) 헌법재판소 2015. 5. 28. 선고 2013헌바82 결정.

될 것임을 충분히 예측할 수 있다는 것이다. 결론적으로, 이 사건에서 문제된 자본시장법 규정은 포괄위임금지원칙에 위배되지 아니한다는 결정을 내렸다.

법률	시행령
구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률(2009. 2. 3. 법률 제9407호로 개정되고, 2013. 5. 28. 법률 제11845호로 개정되기 전의 것) 제165조의4 (합병 등의 특례) 주권상장법인은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 하려면 대통령령으로 정하는 요건·방법 등의 기준에 따라야 한다. 1. ~2. 생략 3. 주식의 포괄적 교환 또는 포괄적 이전 4. 생략	구 자본시장과 금융투자업에 관한 법률 시행령(2013. 8. 27. 대통령령 제24697호로 개정되기 전의 것) 제176조의6 (영업양수·양도 등의 요건·방법 등) ① 생략 ② 법 제165조의4 제3호에 따른 주식의 포괄적 교환 또는 포괄적 이전과 같은 조 제4호에 따른 분할합병에 관하여는 제176조의5 제1항(분할되는 법인의 합병대상이 되는 부분의 합병가액 산정에 관하여는 같은 항 제2호나목)을 준용한다. 다만, 주식의 포괄적 이전으로서 그 주권상장법인이 단독으로 완전자회사가 되는 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 생략 제176조의7 (주주의 주식매수청구권) ① 생략 ② 법 제165조의5 제3항 단서에서 “대통령령으로 정하는 방법에 따라 산정된 금액”이란 다음 각 호의 금액을 말한다. 1. 증권시장에서 거래가 형성된 주식은 다음 각 목의 방법에 따라 산정된 가격의 산술평균가격 가. 이사회 결의일 전일부터 과거 2개월(같은 기간 중 배당락 또는 권리락으로 인하여 매매기준가격의 조정이 있는 경우로서 배당락 또는 권리락이 있는 날부터 이사회 결의일 전일까지의 기간이 7일 이상인 경우에는 그 기간) 간 공표된 매일의 증권시장에서 거래된 최종시세가격을 실물거래에 의한 거래량을 가중치로 하여 가중산술평균한 가격 나. 이사회 결의일 전일부터 과거 1개월(같은 기간 중 배당락 또는 권리락으로 인하여 매매기준가격의 조정이 있는 경우로서 배당락 또는 권리락이 있는 날부터 이사회 결의일 전일까지의 기간이 7일 이상인 경우에는 그 기간) 간 공표된 매일의 증권시장에서 거래된 최종시세가격을 실물거래에 의한 거래량을 가중치로 하여 가중산술평균한 가격 다. 이사회 결의일 전일부터 과거 1주일간 공표된 매일의 증권시장에서 거래된 최종시세가격을 실물거래에 의한 거래량을 가중치로 하여 가중산술평균한 가격 2. 증권시장에서 거래가 형성되지 아니한 주식은 제176조의5 제1항 제2호 나목에 따른 가격 ③ 생략

2.3 상호저축은행법 제37조 제1항 등 위헌소원⁴⁵⁾

이 사건의 주요 판시사항은 상호저축은행으로 하여금 신용공여 등이 금지되는 대상을 대통령령에 위임하고 있는 구 상호저축은행법 규정이 포괄위임금지원칙에 위배되는지

45) 헌법재판소 2016. 2. 25. 선고 2013헌바367 결정.

여부에 관한 것이다.

이에 관해 헌법재판소는 상호저축은행으로 하여금 누구에게 신용공여 등을 하지 못하도록 할 것인가의 문제는 상호저축은행의 소유관계, 경영형태, 지배구조 등 상호저축은행에의 영향력 행사 가부와 국민경제적 영향 등 다양한 요소를 복합적으로 고려하여야 하는 기술적·전문적·가변적인 사항으로서, 이에 유연하게 대응하기 위하여는 그 구체적인 세부사항을 전문성과 탄력성 있는 행정입법에 위임하여야 할 필요성이 인정된다고 하였다. 그리고 상호저축은행의 부실화 방지와 예금주 보호라는 이 사건 법률조항의 입법목적과 기타 관련 조항의 내용 등을 종합하여 보면, 대통령령으로 정해질 ‘대주주·상호저축은행의 임직원·상호저축은행과 친족 또는 특수한 관계에 있는 자’란 ‘대주주 또는 상호저축은행 임직원의 친족으로서 대주주나 임직원에 준하여 상호저축은행의 신용공여 등에 영향력을 행사할 수 있는 자’ 또는 ‘대주주나 상호저축은행 임직원 또는 상호저축은행과의 긴밀한 관계를 통해 상호저축은행의 신용공여 등에 영향력을 행사할 수 있는 자’라고 충분히 예측할 수 있다고 보아, 이 사건 법률조항은 포괄위임금지원칙에 반한다고 보기 어렵다고 결정하였다.

법률	시행령
구 상호저축은행법 제37조 (대주주 등에 대한 신용공여의 금지) ① 상호저축은행은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자(이하 “대주주 등”이라 한다)에 대하여 신용공여를 하거나 가담금급을 지급하지 못하며, 대주주 등은 상호저축은행으로부터 신용공여를 받거나 가담금급을 받지 못한다. 다만, 채권의 회수에 위험이 없거나 직원의 복리후생을 위한 것으로서 대통령령으로 정하는 신용공여의 경우를 제외한다. 1. 대주주(대통령령으로 정하는 주주를 포함한다) 2. 상호저축은행의 임직원 3. 제1호·제2호의 자 또는 <u>상호저축은행과 대통령령이 정하는 친족 또는 특수한 관계에 있는 자</u> 4. 제1호부터 제3호까지의 어느 하나에 해당하지 아니하는 자로서 대주주의 특수관계인	구 상호저축은행법 시행령 제30조 (대주주 등의 범위) ② 법 제37조 제1항 제3호에서 “대통령령으로 정하는 친족 또는 특수한 관계에 있는 자”란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 자를 말한다. 1. 법 제37조 제1항 제1호에 따른 대주주가 개인인 경우에는 대주주의 직계존속·비속 및 배우자, 대주주 배우자의 부모, 대주주의 형제자매와 그 배우자, 대주주 직계비속의 배우자 2. 법 제37조 제1항 제1호에 따른 대주주가 법인 등인 경우에는 다음 각 목의 어느 하나에 해당하는 자 가. 해당 법인 등의 임원, 임원의 직계 존속·비속 및 배우자, 임원 배우자의 부모, 임원 직계비속의 배우자 나. 해당 법인 등의 발행주식 총수 또는 출자총액의 100분의 30 이상을 소유하거나 출자한 자 3. 임원(상호저축은행의 임원을 말한다. 이하 이 호에서 같다)의 직계 존속·비속 및 배우자, 임원 배우자의 부모, 임원 직계비속의 배우자 4. 상호저축은행 직원의 배우자 5. 상호저축은행의 발행주식 총수(의결권 있는 주식으로 한정한다. 이하 이 항에서 같다) 또는 출자총액의 100분의 30 이상을 소유하거나 출자한 자가 발행주식 총수 또는 출자총액의 100분의 30 이상을 소유하거나 출자한 법인 등 및 그 법인 등이 발행주식 총수 또는 출자총액의 100분의 30 이상을 소유하거나 출자한 법인 등 6. 상호저축은행의 발행주식 총수 또는 출자총액의 100분의 30 이상을 소유하거나 출자한 사람이 임원으로 재직하고 있는 법인 등 7. 제5호 및 제6호에 해당하는 법인 등의 발행주식 총수 또는 출자총액의 100분의 30 이상을 소유하거나 출자한 법인 등 8. 법 제37조 제1항 제1호에 따른 대주주 또는 상호저축은행의 임원이 사실상 그 경영을 지배하고 있다고 인정되는 법인 등으로서 금융감독원장이 금융위원회의 승인을 받아 정하는 기준에 해당하는 법인 등

2.4 신용협동조합법 제27조의2 제2항 등 위헌소원 및 동법 제45에 대한 검토

신용협동조합법 제27조의2 제2항은 허용되는 선거운동 방법에 관하여 정하면서 제3항에서는 선거운동의 기간에 관하여, 제4항에서는 선거운동의 구체적인 방법 등에 관하여 각 정관에 위임하고 있다. 이 사건의 주요 판시사항은 임원의 선거운동 기간 및 선거운동에 필요한 사항을 정관에서 정할 수 있도록 규정한 신용협동조합법 규정이 죄형법정주의에 위반되는지 여부를 판단하면서, 선거운동의 기간 및 방법을 정관에 맡기는 것이 정당한가의 여부이다.

이에 관해 헌법재판소는 신용협동조합법 제27조의2 제2항 내지 제4항은 구체적으로 허용되는 선거운동의 기간 및 방법을 시행령이나 시행규칙이 아닌 정관에 맡기고 있어 정관으로 정하기만 하면 임원 선거운동의 기간 및 방법에 관한 추가적인 규제를 설정할 수 있도록 열어 두고 있다. 이는 범죄와 형벌은 입법부가 제정한 형식적 의미의 법률로 정하여야 한다는 죄형법정주의를 위반한 것이므로 헌법에 위반된다고 보았다.⁴⁶⁾

법률	신용협동조합 정관 (요지)
신용협동조합법(2015. 1. 20. 법률 제13067호로 개정된 것) 제27조의2(임원의 선거운동 제한) ② 누구든지 임원 선거와 관련하여 다음 각 호의 방법 외의 선거운동을 할 수 없다. 다만, 선거에 관한 단순한 의견개진, 의사표시, 입후보와 선거운동을 위한 준비행위 또는 통상적인 업무행위는 선거운동으로 보지 아니한다. 1. 선전 벽보의 부착 2. 선거 공보의 배부 3. 합동 연설회 또는 공개 토론회의 개최 4. 전화(문자메시지를 포함한다) 또는 컴퓨터 통신(전자우편을 포함한다)을 이용한 지지 호소 5. 도로·시장 등 금융위원회가 정하여 고시하는 다수인이 왕래하거나 집합하는 공개된 장소에서의 지지 호소 및 명함 배부 ③ 제2항에 따른 선거운동은 정관에서 정하는 경우를 제외하고는 후보자등록마감일의 다음날부터 선거일 전일 까지만 할 수 있다. ④ 제2항에 따른 선거운동 방법 등에 필요한 사항은 정관으로 정한다.	신용협동조합 정관부속서 임원선거규약은 신용협동조합법 제27조의2 제4항에 근거하여, 명함배부 및 지지호소, 문자·음성·화상·동영상의 전송, 어깨띠 착용, 공개장소에서의 연설·대담 등의 선거운동 방법(제30조)과 소견발표회(제39조), 선거공보와 후보자 홍보물의 제작 및 공고 절차(제41조) 등에 관한 내용을 구체화함으로써 법률상 허용된 선거운동 방법의 범위를 더 축소하고, 더 나아가 선거운동을 할 수 없는 자(제29조), 단체의 선거운동 금지(제32조), 시설물 설치 금지(제33조), 타 연설회·야간 연설회 금지(제34조), 집회·행렬·호별방문의 제한(제35조 내지 제37조), 후보자들의 비방금지(제38조)를 정관에서 비로소 정하고 있다.

「신용협동조합법」 제45조는 2020년 국회 법제실에서 발간한 ‘제20대 국회 행정입법 분석·평가 사례 100선’에서 검토된 바 있었다. 즉, 「신용협동조합법」 제45조에서 “채무

46) 헌법재판소 2020. 6. 25. 선고 2018헌바278 결정.

를 변제받기 위한 목적의 비업무용 부동산 소유를 예외적으로 인정하고 있을 뿐 소유의 제한에 대하여는 별도의 규정이 없음에도, 시행령에서 채무를 변제받기 위하여 부동산을 소유한 조합은 금융위원회가 정하여 고시하는 방법 및 절차에 따라 그 부동산을 처분하도록 의무를 부과하고 있음. 이는 법률의 위임근거 없이 시행령에서 조합의 재산권 행사를 제한하고 의무를 부과하는 것으로 법률유보 원칙에 위배될 수 있음. 따라서 조합의 재무건전성 제고를 위하여 필요성이 인정된다면 조합이 채무를 변제받기 위하여 비업무용 부동산을 취득한 경우 이를 처분하도록 법률에서 명시적으로 의무를 부과하고, 시행령에서 부동산의 처분 방법 및 절차를 정하도록 위임하는 방안을 고려해 볼 수 있음.”⁴⁷⁾이라는 검토가 있었다.

신용협동조합법	신용협동조합법 시행령
제45조(부동산의 소유 제한) 조합은 업무상 필요하거나 채무를 변제받기 위하여 부득이한 경우를 제외하고는 부동산을 소유할 수 없다.	제18조(업무용 부동산의 범위 등) ①법 제45조의 규정에 의하여 조합 또는 중앙회가 취득할 수 있는 업무용 부동산의 범위는 다음 각호와 같다. 1. 영업장(건물 연면적의 100분의 10이상을 업무에 직접 사용하는 경우에 한한다) 2. 사택·기숙사·연수원 등의 용도로 직접 사용하는 부동산 3. 제16조제1항의 규정에 의한 복지사업에 직접 사용하는 부동산 ② 조합 또는 중앙회는 조합원 또는 회원의 이용에 지장이 없는 범위 안에서 제1항 제1호의 규정에 의한 영업장의 일부를 타인에게 임대할 수 있다. ③ 법 제45조에 따라 채무를 변제받기 위하여 부동산을 소유한 조합은 금융위원회가 정하여 고시하는 방법 및 절차에 따라 그 부동산을 처분하여야 한다.

이러한 지적이 있었음에도 불구하고, 동 시행령 제18조 제3항은 아직도 규정되지 않고 그대로 있다.

2.5 새마을금고법 제66조 제2항 제6호 등 위헌소원⁴⁸⁾

이 사건의 중요 판시사항은 처벌법규 위임의 한계와 새마을금고의 임원이 동일인에 대하여 대출한도를 초과하는 대출을 하는 것을 처벌하는 규정을 두면서, 대출한도를 대통령령으로 정하도록 위임하고 있는 새마을금고법 제66조 제2항 제6호의 “제26조의

47) 국회 법제실, 제20대 국회 행정입법 분석·평가 사례 100선, 2020, 43쪽.

48) 헌법재판소 2004. 8. 26. 선고 2004헌바14 결정.

규정에 의한 명령” 중에서 “대출의 한도” 부분이 포괄위임입법금지원칙에 위배되는지 여부이다. 이에 관한 헌법재판소의 의견은 처벌법규의 위임은 죄형법정주의와 적법절차 원칙에 따르면 바람직하지 못하기 때문에, 요건과 범위가 엄격하고 제한적이어야 한다는 것이다. 처벌법규의 위임은 ① 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우로 한정되고 ② 이러한 경우일지라도 법률에서 범죄의 구성요건은 처벌대상인 행위가 어떠한 것일 거라고 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 하며 ③ 금융시장이 복잡 다양하면서도 부단히 변동되고 있음에 비추어, 금융의 절차·방법에 관한 규정도 그에 맞추어 시기 적절하게 효과적으로 대처할 수 있어야 한다는 것이다. 그러나 국회가 금융시장의 변화를 모두 예측할 수도 없고, 그러한 변화에 대응하여 그때마다 법률을 개정하는 것도 용이하지 않다는 점에 비추어, 대출한도 제한에 관한 규정을 법률로써 자세히 정하지 않고 명령에 위임하는 것은 어느 정도 불가피한 면이 있다는 것이다. 새마을금고법의 관련 규정 및 은행법 등 관련 법률을 종합하면, 새마을금고가 동일인에 대한 대출을 함에 있어서는 새마을금고의 자기자본(출자금총액과 적립금합계액)의 일정 비율의 제한이 있음을 예측할 수 있고, 더구나 법률의 수범자가 “금고 또는 연합회의 임·직원 또는 청산인”으로서, 새마을금고의 업무를 직접 담당하고 있는 자거나, 업무에 대해 상당한 정도의 지식을 가진 자로서 업무와 밀접한 관련을 가진 자이므로, 이렇게 제한된 수범자의 특성을 아울러 고려한다면 이 사건 법률조항이 수범자들로 하여금 처벌대상행위의 실질을 예측하게 할 수 없을 정도로 포괄적이라고 할 수 없다고 보았다. 헌법재판소는 결론적으로 “대출의 한도”라는 구체적 범위를 정하여 이를 대통령령으로 정하도록 위임하면서 그 상한을 정하지 않았다고 하더라도, 위와 같이 대출한도에 관한 제한의 필요성 및 일정 정도의 위임의 불가피성이라는 측면, 그리고 수범자의 예측가능성이라는 측면에서 보아 위임입법의 한계를 벗어난 것이라고 할 수 없다고 결정하였다.

법률	시행령
새마을금고법 제26조(사업의 종류 등) ③ 제1항 제1호의 신용사업에 관련되는 소요자금의 차입한도, 대출의 한도, 여유자금의 운용 및 제1항 제6호의 위탁사업의 범위, 기타 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.	새마을금고법시행령 제23조(대출한도) 금고의 동일인에 대한 대출은 연합회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 당해 금고의 출자금 총액과 적립금의 합계액의 100분의 10을 초과할 수 없다.

대출한도에 관한 타 법률 규정례 (2004년 당시 규정)

상호저축은행법	제12조(동일인 등에 대한 대출 등의 한도) ① 상호저축은행은 동일인에 대하여 자기자본의 100분의 20 이내에서 대통령령이 정하는 한도를 초과하는 대출등을 할 수 없다.
신용협동조합법	제42조(동일인에 대한 대출 등의 한도) 조합은 동일인에 대하여 금융감독위원회가 정하는 기준에 따라 중앙회장의 승인이 있는 경우를 제외하고는 조합의 자기자본의 100분의 20 또는 자산총액의 100분의 1중 큰 금액의 범위 안에서 대통령령이 정하는 한도를 초과하는 대출 등을 할 수 없다. 이 경우 본인의 계산으로 다른 사람의 명의로 하여 행하는 대출 등은 이를 그 본인의 대출 등으로 본다.
은행법	제35조(동일차주 등에 대한 신용공여의 한도) ③ 금융기관은 동일한 개인이나 법인 각각에 대하여 당해 금융기관의 자기자본의 100분의 20을 초과하는 신용공여를 할 수 없다. 다만, 제1항 단서에 해당하는 경우에는 그러하지 아니하다.
장기신용은행법	① 장기신용은행은 동일인에 대하여 장기신용은행의 자기자본의 100분의 25를 초과하여 내국통화에 의한 대출을 하지 못한다.

2.6 화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률

「화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률」 제8조 제1항 제2호에서 “특수건물의 소유자가 가입하여야 하는 보험의 사망자에 대한 보험금액의 하한을 5천만원으로 정하고 있음. 그런데 시행령 제5조 제1항에서는 사망자에 대한 보험금액 하한선을 법률에서 정한 5천만원보다 적은 2천만원으로 규정함에 따라 사망자에 대한 피해보상 금액이 법률에서 위임한 취지보다 축소될 우려가 있음. 따라서 금융위원회는 법률에서 정한 보험금액의 하한선이 5천만원인 점을 고려하여 시행령에서 규정하고 있는 보험금액의 하한선을 상향조정할 필요가 있음.”⁴⁹⁾이라는 검토도 있었다.

화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률	화재로 인한 재해보상과 보험가입에 관한 법률 시행령
제8조(보험금액) ① 제5조에 따라 가입하는 보험의 보험금액은 다음 각 호의 구분에 따른다. 1. 화재보험: 특수건물의 시가(時價)에 해당하는 금액 2. 손해배상책임을 담보하는 보험에 해당하는 부분 중 다음 각 목의 구분에 따른 금액 가. 사망의 경우: 피해자 1명마다 5천만원 이상으로서 대통령령으로 정하는 금액 나. 부상의 경우: 피해자 1명마다 사망자에 대한 보험금액의 범위에서 대통령령으로 정하는 금액 다. 재물에 대한 손해가 발생한 경우: 화재 1건마다 1억원 이상으로서 국민의 안전 및 특수건물의 화재위험성 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 금액 3. 삭제 ② 제1항 제1호에 따른 시가의 결정에 관한 기준은 총리령으로 정한다	제5조(보험금액) ① 법 제8조 제1항 제2호에 따라 특수건물의 소유자가 가입하여야 하는 보험의 보험금액은 다음 각 호의 기준을 충족하여야 한다. 1. 사망의 경우: 피해자 1명마다 1억5천만원의 범위에서 피해자에게 발생한 손해액. 다만, 손해액이 2천만원 미만인 경우에는 2천만원으로 한다. 2. 부상의 경우: 피해자 1명마다 별표 1에 따른 금액의 범위에서 피해자에게 발생한 손해액 3. 부상에 대한 치료를 마친 후 더 이상의 치료효과를 기대할 수 없고 그 증상이 고정된 상태에서 그 부상이 원인이 되어 신체에 생긴 장애(이하 “후유장애”라 한다)의 경우: 피해자 1명마다 별표 2에 따른 금액의 범위에서 피해자에게 발생한 손해액 4. 재물에 대한 손해가 발생한 경우: 사고 1건마다 10억원의 범위에서 피해자에게 발생한 손해액 ②·③ (생략)

49) 국회 법제실, 제20대 국회 행정입법 분석·평가 사례 100선, 2020, 130쪽.

이러한 지적이 있었음에도 불구하고, 동 시행령 제5조 제1항 제1호의 단서는 아직도 개정되지 않고 그대로 유지되고 있다.

2.7 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」 일부개정법률안

국회 법제사법위원회에서 대부업법에 관한 체계·자구심사를 하면서 포괄위임금지 원칙 위반 여부에 관해 지적한 바 있다. 법사위가 발간한 ‘체계·자구심사편람’에는 「대부업 등의 등록 및 금융이용자 보호에 관한 법률」 일부개정법률안이 제시되어 있는데, 당초 발의된 대부업법 개정안에서는 대부업자가 이자율을 제한받는 대부 대상자 중의 하나로 “대통령령으로 정하는 소규모 법인”을 규정하고 있으나, 포괄위임이 아닌가 하는 문제가 발생할 수 있다는 의견이 제시되었다. 즉, “「중소기업기본법」 제2조 제2항에 따른 소기업에 해당하는 법인”으로 수정하여야 ‘소규모 법인’의 의미와 범위가 명확하기 때문에 이러한 수정의견을 마련하였다.⁵⁰⁾ 이처럼 대통령령에 막연히 ‘소규모 법인’의 규모를 정하는 것 보다는 이미 ‘소기업’의 정의와 규모를 규정하는 법률을 인용하는 것이 바람직한 입법방식이다. 따라서, 불명확한 법문을 사용한 원안을 수정하도록 심사를 한 것은 포괄위임입법금지원칙을 잘 적용하여 법안을 작성하였다고 볼 수 있다. 동 개정안이 원안대로 제안되었다면 ‘소규모 법인’의 기준과 범위를 특정할 수가 없었을 것이고, 「중소기업기본법」과 다르게 규정하였다면 법률간에 ‘소규모 법인’의 범위가 달라짐 혹은 불명확함으로 인하여 체계정당성 위반 및 집행의 곤란이라는 문제가 발생할 수도 있었다. 수범자인 국민들의 입장에서 ‘소규모 법인’이나 ‘소기업’의 규모와 범위를 알기 어렵고 법률의 집행에 있어서도 어려움을 겪을 수 있었을 것이다.

IV. 금융 분야 위임입법에 대한 종합적 평가

행정입법의 한계를 분명히 설정하고 법적 통제를 가하는 등 행정입법에 대한 법적 대응은 필요하며 절실히 요구된다.⁵¹⁾ 2015년에 벌어진 「국회법」 제98조의2(대통령령 등의 제출 등) 개정안 국회 통과와 이에 대한 대통령의 재의요구 과정 그리고 검찰과

50) 국회 법제사법위원회, 체계·자구심사편람, 2016, 30쪽.

51) 김춘환, “행정입법에 대한 국회의 사전적 통제기준”, 유럽헌법연구 제5호, 유럽헌법학회, 2009, 128쪽.

경찰의 수사권 조정에 관한 입법과 권한쟁의심판 청구 등에서 알 수 있는 바와 같이, 행정입법을 통제하려는 국회의 의지에 못지않게, 행정입법에 대한 통제를 불편해하고 이에 대항하려는 행정부의 저항이 강력함을 알 수 있다. 현행 「국회법」 제98조의2의 실효성 여부에 관해서도 따져보아야 할 문제지만, 어떠한 위임입법이 올바른 범위 내에서 위임입법이나 또는 허용되지 않는 포괄적 위임입법이나 하는 문제는 지속적으로 제기되는 의문이다.⁵²⁾ 권력분립원칙으로 인하여 헌법재판소의 위헌법률심사기준은 국회의 입법재량권을 존중하는 바탕 위에 최소한의 기준에 머무를 수 밖에 없다. 원칙적으로 보자면 주권자인 국민에 의하여 대의기관인 의회에 부여된 입법권이 포괄적인 위임입법의 방식 등으로 형해화되지 않도록 하여야 하고, 헌법에 의하여 의회에 유보된 규범정립의 기능과 권한을 충실하게 수행하여야 할 것이다. 국민의 경제생활에 지대한 영향을 미치는 금융 분야 법률의 입법형성에 있어서는 더욱이 그렇다고 볼 수 있다.

우선, 금융분야 법령은 공법적인 사항과 사법적인 사항을 모두 포함하고 있는 공사법의 중간영역이라는 특징을 지니고 있는데, “금융법 분야 역시 상법의 한 분야라기 보다는 경쟁법의 경우와 같이 공법과 사법이 교차되는 제3의 영역”⁵³⁾이라는 점을 주목할 필요가 있다. 예를 들어, 법률에 규정되어 있는 필요한 공법상 규제가 행정입법을 통하여 무력화되는 경우에는 금융규제의 취지나 실효성이 없어지거나 저하되는 경우가 발생할 수 있다는 점 등이 지적될 수 있다. 금융규제법령의 특징 중에서 타 법령과 명확하게 구별되는 것은 ‘고시에 의한 규제’이며, “침익적 처분에 관련된 사항들도 포괄적으로 고시에 위임하는 경향은 여전히 고시 중심의 감독행정의 문제점으로 지적”⁵⁴⁾되고 있다. 그리고 “금융시장의 참여자들은 끊임없이 법적 형식을 달리하면서 규제를 회피할 수 있는 수단을 강구하고 있는 것이 오늘의 상황”⁵⁵⁾이기 때문에, 금융 분야의 규제가 법률에 근거하는 경우의 회피수단보다는 위임입법인 행정입법에 대처하는 회피수단을 선호할 것임은 짐작하기 어렵지 않다. 나아가 “최근 몇 년간 시행령·고시 등 행정입법을 통하여 기업지배구조에 영향을 미칠 수 있는 제도의 변화가 상당하다”. “시행령과 같이 행정입법으로 이루어진 개정법 가운데는 충분한 논의 없이 개정이 이루어져 해석상·실무상

52) 홍완식, 앞의 논문, 497쪽.

53) 최승필, “금융규제행정의 공법적 해석-금융행정법의 정립을 위한 은행법상 쟁점 제기를 중심으로-”, 공법학연구 제17권 제1호, 한국비교공법학회, 2016, 326쪽.

54) 최승필, 위의 논문, 304쪽.

55) 이정수, “금융규제에 있어 실질주의: 실질규제의 방법과 한계”, 상사법연구 제38권 제4호, 한국상사법학회, 2020, 284쪽.

문제가 있는 부분도 있음⁵⁶⁾이라는 평가도 있는 것처럼, ‘골치 아프고 더딘’ 국회에서의 법률 개정을 추진하는 것보다는 신속하고 편안한 행정입법 개정을 추진하려는 유인이 매우 강할 것임도 짐작하기 어렵지 않다. 그러나 중요한 사항은 법률이 아니라 시행령이나 시행규칙, 더 나아가 고시 등의 규범형식으로 정해진다면, 법률은 ‘깍뎂기’에 불과하고 중요한 ‘알맹이’는 위임입법이라고 할 수 있다. ‘악마는 디테일에 있다’는 표현이 금융분야의 입법에도 해당된다고 볼 수 있다고 할 수 있을 정도로, 중요한 사항은 법률을 보면 알 수 없고 하위의 위임입법을 보아야 비로소 알 수 있는 것은 아닌지에 관한 입법론적 성찰이 필요하다. 물론 전문적이고 기술적인 사항 등은 위임입법으로 정해질 필요가 있다고 하더라도, 실질적으로 금융 분야의 중요한 사항이 거의 위임입법으로 정해지는 것이 바람직한 것인지에 관해서는 다시 한번 생각해 볼 필요가 있다.

본문에서 살펴본 바와 같이, 금융분야의 중요 법률에서 대통령령, 총리령 또는 금융위원회 고시 등에 위임을 하고 있는 규정들의 숫자가 대단히 많은 것을 알 수 있으며, 금융분야 입법사례 분석에서도 입법위임의 문제점이 지적되는 사례들을 살펴보았다. 전술한 바와 같이 처벌법규나 조세법규에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어야 하고, 전문적이고 기술적인 사항과 상황의 변화에 즉시 적용되어야 할 분야에서는 비교적 행정입법에의 의존도가 높은 경향이 있다. 특히 보건의료, 방송통신, 신기술·신산업, 급부행정 등 분야가 그렇다는 것인데, 이들 분야에서도 과도한 행정입법을 지적하는 비판과 경고가 많다는 점은 이미 언급한 바 있다. 금융분야 법률의 경우에도 전문적이고 기술적인 사항이 많다는 규범적 특성을 지니고 있다고 할 수 있지만, 위에서 언급한 보건의료, 방송통신, 신기술·신산업, 급부행정 등 전문적이고 기술적인 사항과 상황의 변화에 즉시 적용되어야 할 분야에서도 법률유보원칙의 위기에 대한 우려와 완화된 행정입법 통제에 대한 비판이 제기되는 것처럼, 금융분야에서의 행정입법 남용에 우려가 제기되고 있는 것이 현실이다.

「상호저축은행법」 관련해서 저축은행에 관한 법령의 제정과 개정 과정 및 구체적인 감독규정과 시행세칙 등 “행정입법은 모법의 위임범위를 벗어난 제정과 수시 개정이 이루어지고 있어 그 결과 이러한 행정입법 규정들이 법규와 같이 모든 금융기관과 그 거래 상대방인 금융소비자들을 구속하고 있는 것이 현실이라 할 것이다. 이러한 저축은행 감독 관련 규정들은 법치주의 관점에서나 규제의 효율성의 측면에서 볼 때 개선되어

56) 황현영, “최근 ‘공정경제’ 관련 입법에 따른 기업지배구조 제도 변화에 관한 검토”, 법제 제694호, 법제처, 158쪽, 160쪽.

야 마땅”⁵⁷⁾하다는 의견은 이와 같은 맥락이다. 자본시장법 시행령 등 경제 관련 법률 시행령의 문제점을 지적하면서 “특히 시행령이 본법을 무너뜨리는 경우도 빈번하다”⁵⁸⁾는 비판도 있다. 「주식회사 등의 외부감사에 관한 법률」에 근거가 없는 시행령에 의한 감사계약 해지기간의 제한이라던가, 「공적자금관리 특별법」에서 의무화한 서면약정체결에 대한 예외를 시행령에서 규정한다던가, 「금융소비자보호에 관한 법률 시행령」에서 불공정 영업행위의 유형·기준을 고시로 포괄적 재위임하는 등 금융일반 분야에서의 5가지 유형별 행정입법 검토사례⁵⁹⁾를 통해서도 금융분야 법률에서의 행정입법에 대한 꼼꼼한 검토의 필요가 있다는 점을 알 수 있다. 금융분야 특히 “금융행정 영역은 감독규정, 심사규정 등 유달리 규제적 사항을 담은 고시 등의 발령이 많은 분야이다. 따라서 금융행정입법의 적법성확보를 위해서는 법치행정이라는 잣대를 기준으로 삼아 지속적으로 행정입법 분야를 재검토하고 보완해 나가야 할 것”⁶⁰⁾이라는 지적에 유념하여 금융분야의 위임입법에 대한 꼼꼼한 검토가 있어야 할 것이라 본다.

57) 전옥, “상호저축은행에 대한 규제 및 감독에 관한 연구-상호저축은행법령과 하위 규정인 행정입법에 대한 검토를 중심으로”, 법학연구 제21권 제4호, 경상대학교 법학연구소, 2013, 111쪽.

58) 최준선, 경제법률 시행령 개정 문제, 무엇이 문제인가?, 바른사회시민회의 정책토론회, 2020, 9쪽.

59) 국회 법제실, 행정입법 분석·평가 사례, 2021, 37쪽 이하.

60) 백윤기, “금융행정에 있어서 행정규칙의 현황과 법적 문제점”, 행정법연구 제40호, 행정법이론실무학회, 2014, 80쪽.

참고문헌

1. 단행본

- 국회 법제사법위원회, 체계·자구심사편람, 2016.
 국회 법제실, 법제이론과 실제 전면개정판, 2019.
 국회 법제실, 제20대 국회 행정입법 분석·평가 사례 100선, 2020.
 국회 법제실, 행정입법 분석·평가 사례, 2021.
 법제처, 법령입안·심사기준, 2017.

2. 학술지

- 강대출, “포괄적 재위임에 대한 통제기준 모색 연구”, 유럽헌법연구 제5호, 유럽헌법학회, 2009, 219-262쪽.
 김명수, “보건의료법제에서 포괄적 위임금지원칙에 관한 고찰”, 세계헌법연구 제20권 제1호, 세계헌법학회 한국학회, 2014, 23-62쪽.
 김병기, “위헌결정법률의 효력과 그에 대한 국회의 대응”, 행정법연구 제14호, 행정법 이론실무학회, 2005, 85-114쪽.
 김승태/홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 포괄위임입법금지원칙-입법적 시사점을 중심으로”, 입법학연구 제17권 제1호, 한국입법학회, 2020, 175-202쪽.
 김진곤, “사회보장법영역에서 포괄위임입법금지원칙의 적용과 그 한계”, 사회보장법학 제3권 제1호, 한국사회보장법학회, 2014, 37-70쪽.
 김춘환, “행정입법에 대한 국회의 사전적 통제기준”, 유럽헌법연구 제5호, 유럽헌법학회, 2009, 109-152쪽.
 김현철, “클라우드컴퓨팅 규제개혁의 법적문제”, 법학논총 제42권 제4호, 단국대학교 법학연구소, 2018, 3-29쪽.
 박경철, “청소년보호법의 인터넷게임 강제종료제에 관한 헌법적 검토”, 서울법학 제27권 제1호, 서울시립대학교 법학연구소, 2019, 101-138쪽.
 박석철, “방송통신 분야 위임입법의 국회 통제절차 분석”, 언론과 법 제14권 제3호, 한국 언론법학회, 2015, 297-328쪽.
 박재운, “위임명령을 통한 행정의 통제와 조종”, 공법연구 제41집 제3호, 한국공법학회, 2013, 365-397쪽.

- 백윤기, “금융행정에 있어서 행정규칙의 현황과 법적 문제점”, 행정법연구 제40호, 행정법이론실무학회, 2014, 55-83쪽.
- 유은정, “소위 수익적 법률에서 위임입법의 헌법적 한계”, 공법학연구 제14권 제3호, 한국비교공법학회, 2013, 267-292쪽.
- 이명웅, “위임입법의 위헌심사기준 및 위헌결정사례 분석”, 저스티스 제96호, 한국법학원, 2007, 65-87쪽.
- 이부하, “포괄위임입법금지원칙에 대한 헌법재판소 견해의 평가”, 법학논총 제29권 제2호, 국민대학교 법학연구소, 2016, 297-325쪽.
- 이정수, “금융규제에 있어 실질주의: 실질규제의 방법과 한계”, 상사법연구 제38권 제4호, 한국상사법학회, 2020, 283-328쪽.
- 전옥, “상호저축은행에 대한 규제 및 감독에 관한 연구-상호저축은행법령과 하위 규정인 행정입법에 대한 검토를 중심으로”, 법학연구 제21권 제4호, 경상대학교 법학연구소, 2013, 93-116쪽.
- 전종익, “포괄위임금지원칙의 심사기준”, 아주법학 제7권 제3호, 아주대학교 법학연구소, 2013, 11-34쪽.
- 정극원, “헌법재판에서의 포괄적 위임입법금지원칙의 적용”, 헌법학연구 제15권 제3호, 한국헌법학회, 2009, 461-486쪽.
- 조재현, “의료법상 위임입법의 한계: 간호조무사등에 관한 규칙을 중심으로”, 한국의료법학회지 제23권 제2호, 한국의료법학회, 2015, 91-112쪽.
- 최승필, “금융규제행정의 공법적 해석-금융행정법의 정립을 위한 은행법상 쟁점 제기를 중심으로-”, 공법학연구 제17권 제1호, 한국비교공법학회, 2016, 301-331쪽.
- 홍완식, “헌법재판소의 결정을 통해 본 입법의 원칙”, 헌법학연구 제15권 제4호, 한국헌법학회, 2009, 487-520쪽.
- 황현영, “최근 ‘공정경제’ 관련 입법에 따른 기업지배구조 제도 변화에 관한 검토”, 법제 제694호, 법제처, 2021, 157-189쪽.

3. 기타자료

- 최준선, 경제법률 시행령 개정 문제, 무엇이 문제인가?, 바른사회시민회의 정책토론회, 2020.

[Abstract]

A Study on the Delegation Legislation in the Area of Financial Regulation

Hong, Wan-Sik*

The legislative power shall be vested in the National Assembly. (Article 40 of the Korean Constitution) The President may issue presidential decrees concerning matters delegated to him/her by Act with the scope specifically defined and also matters necessary to enforce Acts. (Article 75 of the Korean Constitution) And the Prime Minister or the head of each Executive Ministry may, under the powers delegated by Act or Presidential Decree, or ex officio, issue ordinances of the Prime Minister or the Executive Ministry concerning matters that are within their jurisdiction. (Article 95 of the Korean Constitution) The principle of the prohibition of comprehensive delegation legislation is based on the Constitution. Therefore, the provision of the enforcement decree does not violate the principle of statutory reservation, as regulating matters delegated to it by its parental act without deviating from the scope of delegation. Whether or not to violate the principle of the prohibition of comprehensive delegation legislation is established a screening criteria through theories and judicial precedents. The definition provision delegates that authority to the presidential decree without any limitations which leads to the entire delegation of the authority to determine the type and scope of the concept. Therefore, we conclude that the Definition Provision is incompatible with the Constitution violating the principle against blanket delegation, because it all-inclusively delegates the authority to the Presidential Decree without any consideration. It should also be reviewed on the each applicable law. In the field of the financial regulation, the principle of the prohibition of comprehensive delegation legislation should be not violated.

[Key Words] delegation legislation, principle of prohibition of comprehensive delegation legislation, financial regulation, Predictability, principle of clarity

* Professor, Law School of Konkuk University, Ph.D. in Law