

行政立法에 관한 고찰

윤양수*

목 차

- I. 머리말
- II. 法規命令
- III. 行政規則
- IV. 行政立法에 대한 統制
- V. 맺는 말

I. 머리말

行政立法이란 행정기관이 法條의 형식으로 일반적·추상적 규범을 정립하는 작용을 말하며, 행정기관에 의하여 정립된 일반적·추상적 규범 자체를 행정입법이라고도 한다. 여기서 일반적·추상적 규범이란 불특정多數人과 불특정 다수의 사례에 적용되는 규범이라는 뜻이다. 행정입법은 行政上立法이라고도 하며, 英·美에서는 委任立法(delegated legislation)·從屬立法(subordinate legislation)·準立法(quasi-legislation)이라는 용어로 표현되기도 한다.

近代 법치국가에서는 三權分立原則 아래서 국민대표기관인 議會(國會)가 국가의 법규범을 제정하는 것이 원칙이었고, 행정기관에 의한 規範定立은 권력분립원칙과 의회입법원칙에 위배되는 것으로 볼 수 있었다. 그러나 20세기에 이르러 복리국가의 발전으로 인한 행정기능의 확대·전문화 등의 현상은 삼권분립을 前提로 하면서도 행정입법의 필요성을 증대시켰다. 이는 행정의 내용이 다방면에 걸쳐 복잡 다기해 짐에 따라, 그에 관한 法도 다종·다양한 내용을 가진 기술적인 法이 되고, 더욱이 행정에 관한 법규범은 사정의 변천에 따라 탄력적으로 적용할 수 있어야 하므로, 그 내용을 일일이 법률로 정하지 않고 세부적인 사항은 비교적 쉽게 제정·개폐할 수 있는 행정입법에 위임하는 것이 합리적일 수 있기 때문이라 할 수 있다. 그리하여 현대국가에서는 행정

* 제주대학교 법정대학 교수

입법이 많이 나타나고 그 기능도 증대되면서 행정의 주요한 행위형식의 하나가 되고 있다. 그러나 행정입법은 어디까지나 헌법과 법률이 정한 범위 내에서 인정되고, 법률에 의한 행정의 원리를 보완하기 위하여 인정되는 것으로 보아야 할 것이다.

행정기관에 의하여 정립된 규범이라는 의미의 행정입법 중에서, 국민과 국가기관을 구속하는 법규로서의 성질을 가지는 것(대통령령·총리령·부령 등)을 法規命令이라 하며, 일반 국민에 대하여는 직접 구속력을 미치지 못하고 원칙적으로 행정조직 내부에서만 구속력을 발하는 규범(훈령·예규 등)을 行政規則 또는 行政命令이라고 한다. 광의의 행정입법에는 국가의 행정기관에 의한 立法과 지방자치단체에 의한 自治立法이 포함된다.

그런데 오늘날 법규명령의 한계와 통제, 행정규칙의 성질·종류·효력 등 행정입법상의 여러 가지 문제에 관하여 혼란스러운 정도로 다양한 논의가 이루어지고 있다. 특히 행정입법이 법률이 정한 범위를 벗어나지 않도록 통제하는 것은 행정입법에 있어서의 최대의 과제가 되고 있다. 이하에서 법규명령과 행정규칙을 구분하여 그 법적 성질과 종류·근거·한계·요건·효력·통제 등에 관하여 살펴보기로 한다.

II. 法規命令

1. 意義 및 성질

법규명령이란 행정기관이 정립하는 일반적·추상적 규범으로서 法規의 성질을 가지는 것을 말한다. 여기서의 法規란 국민과 행정기관을 구속하고 재판규범이 되는 成文의 법규범을 뜻하는 것이다.¹⁾ 법규명령은 행정기관이 제정하는 법인 점에서 의회(국회)가 제정하는 법률과 다르다.

법규명령은 법규로서의 성질을 가지기 때문에 국가기관과 국민을 구속하는 구속력을 가지며, 법규명령을 위반하는 행위는 위법행위가 된다.

1) 法規에 대하여는 '국가 등 행정주체 내부에서만 아니라 일반 국민과의 관계에서도 직접 구속력을 가지는 법규범'을 의미하는 것으로 보는 견해도 있고(金南辰, 行政法 I, 법문사, 2000, 160면), '행정법상의 권리주체에 일반적으로 권리와 의무를 창설하거나 영향을 미치는 규정'이나 '高權的인 일반적·추상적 규율'을 의미하는 것으로 이해하는 견해도 있다(柳至泰, 行政法新論, 신영사, 2000, 208면).

2. 종류

1) 법규명령의 근거·효력에 의한 분류

(1) 非常命令

비상명령은 직접 헌법에 근거하여 발해지는, 憲法과 同位的 효력을 갖는 법규명령이다. 우리나라의 현행 헌법에는 이러한 비상명령의 근거규정이 없지만, 과거의 제7차 개정헌법(소위 유신헌법)상의 긴급조치와 제8차 개정헌법(제5공화국헌법)상의 비상조치는 비상명령에 해당하는 것이었다.

(2) 法律代位命令

법률대위명령은 직접 헌법에 근거하여 발해지는, 法律과 同位的 효력을 가지는 법규명령이다. 우리나라 현행 헌법(제76조)상의 긴급명령과 긴급재정·경제명령이 그 예이다. 긴급명령과 긴급재정·경제명령은 법률의 위임이 없어도 제정될 수 있다는 점에서 독립명령(법률의 근거 없이 행정기관이 독자적으로 제정하는 명령)의 일종이라 할 수 있으나, 事後에 국회의 승인을 받아야 하는 점에서 엄격한 의미의 독립명령은 아니다.

(3) 法律從屬命令

1) 委任命令

위임명령은 법률 또는 上位命令이 개별적·구체적으로 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 규정하는 법률종속적인 법규명령으로서, 위임된 범위 내에서 일정한 새로운 법규사항(법규로 정해야 할 사항으로서, 그 주된 것은 국민의 권리·의무에 관한 것이다)을 정할 수 있다.

2) 執行命令

집행명령은 법률 또는 上位命令의 규정의 범위내에서 그 上位法令의 시행에 필요한 세부적 사항에 관하여 규정하는 법률종속적인 법규명령으로서, 상위법령의 명시적 근거규정이 없어도 제정할 수 있는 것이다. 그러나 집행명령으로써는 새로운 법규사항을 정할 수 없다.

2) 법규명령의 發令主體에 의한 분류

(1) 大統領令

대통령령은 대통령이 제정하는 법규명령으로서, 이에는 法律代位命令인 긴급명령과

긴급재정·경제명령(헌법 76)이 있고, 법률종속명령인 위임명령과 집행명령(헌법 75)이 있다. 법률종속명령인 대통령령은 보통 법률에 부속하는 施行令으로 공포된다.

(2) 總理令·部令

총리령과 부령은 국무총리와 행정각부장관이 자기의 소관사무에 관하여 上位法令의 위임에 基하거나(위임명령), 또는 직권으로 발하는 법규명령(집행명령)이며, 보통 법률에 부속하는 施行規則으로 공포된다.

(3) 中央選舉管理委員會規則

중앙선거관리위원회규칙은 선거관리·국민투표관리·정당사무에 관하여 중앙선거관리위원회가 발하는 법규명령이다(헌법 114⑥).²⁾

(4) 監査院規則

감사원규칙은 헌법이 인정한 法形式이 아니고 법률이 인정한 법형식으로서, 이를 법규명령으로 볼 것이냐 또는 행정규칙으로 볼 것이냐에 관하여 견해가 갈리고 있다. 즉, 헌법상의 국회입법원칙에 대한 예외로서의 입법형식은 헌법 스스로 명문으로 인정하는 경우에 한하는 것으로 보아 감사원규칙을 법규명령으로 보지 않는 견해와, 헌법은 일정한 행정입법형식을 인정하고 있으나 그것은 제한적인 것이 아니라고 보아, 감사원규칙을 법규명령의 일종으로 보는 견해가 대립하고 있다. 後說이 다수설이다.

3. 근거

법률대위명령인 긴급명령이나 긴급재정·경제명령의 發令근거는 헌법 제76조에 정해져 있고, 법률종속명령인 대통령령·총리령·부령의 근거는 헌법 제75조와 제95조에, 중앙선거관리위원회 규칙의 근거는 헌법 제114조 제6항에 정해져 있다. 그런데 위임명령으로서의 대통령령·총리령·부령은 위의 헌법상의 근거규정만에 의해서 제정할 수 없고, 上位法令의 구체적 授權規定이 있을 때에 한하여 제정할 수 있다. 그러나 집행명령은 상위법령의 명시적 수권규정이 없더라도 권한있는 기관이 직권으로 발할 수 있

2) 大判 1996.7.12. 96우16. “공직선거관리규칙은 중앙선거관리위원회가 헌법 제114조 제6항 소정의 규칙제정권에 의하여 공직선거및선거부정방지법에서 위임된 사항과 대통령·국회의원·지방의회의원 및 지방자치단체의 장의 선거의 관리에 필요한 세부사항을 규정함을 목적으로 하여 제정된 법규명령이라고 할 것이다.”

다. 따라서 상위법령의 구체적 授權 없이 제정된 법규명령은 집행명령의 성질을 갖게 되고 새로이 국민의 권리·의무에 관한 사항을 정하지 못한다.

4. 限界

1) 법률대위명령의 한계

대통령의 긴급명령이나 긴급재정·경제명령은 헌법규정상의 요건이 충족될 때에 발해야 한다. 즉, 긴급명령은 ① 국가의 安危에 관계되는 중대한 交戰狀態에 있어서, ② 국가를 보위하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고, ③ 국회의 집회가 불가능한 때에 한하여 발할 수 있다(헌법 76②). 그리고 긴급재정·경제명령은 ① 內憂·外患·天災·地變 또는 중대한 財政·經濟上의 위기에 있어서, ② 국가의 안전보장 또는 公共의 안녕질서를 유지하기 위하여 긴급한 조치가 필요하고, ③ 국회의 집회를 기다릴 여유가 없을 때에 한하여, ④ 최소한으로 필요한 재정·경제상의 명령으로서 발할 수 있다(헌법 76①).

2) 위임명령의 한계

위임명령은 법률 또는 上位命令이 구체적으로 범위를 정하여 위임한 사항에 관하여 발해지는 법규명령이다. 위임명령의 한계는 上位法令이 규범제정권, 즉 立法權을 下位命令에 授權함에 있어서의 한계(授權의 한계)와 이러한 授權에 따른 위임명령 제정상의 한계로 구분될 수 있다.

(1) 授權의 한계

법률 또는 상위명령이 어떤 사항을 下位命令으로 정하도록 위임할 경우에 그 위임은 개별적·구체적 위임이어야 하며,³⁾ 일반적·포괄적 위임과 國會專屬의 법률사항의 위임은 원칙적으로 허용되지 않는다.

3) 大判 1995.12.8. 95카기16. “헌법 제75조는 ‘대통령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항에 관하여 대통령령을 발할 수 있다’고 규정하고 있으므로, 법률의 위임은 반드시 구체적이고 개별적으로 한정된 사항에 관하여 행해져야 할 것이고, 여기서 구체적이라는 것은 일반·추상적이어서는 안된다는 것을, 범위를 정한다는 것은 포괄·전면적이어서는 안된다는 것을 각 의미하고, 이러한 구체성의 요구의 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라 달라진다고 할 것이므로 보건위생 등 급부행정 영역에서는 기본권 침해영역보다는 구체성의 요구가 다소 약화되어도 무방하다고 해석된다.”

가) 일반적·포괄적 위임의 금지

법률의 법규명령에 대한 입법권의 위임은 일반적·포괄적이 아니라 개별적·구체적이어야 한다. 우리 헌법 제75조는 법률이 대통령령에 대하여 '구체적으로 범위를 정하여' 입법권을 위임할 수 있도록 규정하고 있는데, 이는 법률의 법규명령에 대한 입법권의 授權에 있어서, 일반적·포괄적인 위임은 금지되고 개별적·구체적인 위임만이 가능하다는 한계를 정한 것으로 해석된다.⁴⁾

上位법령의 위임이 개별적·구체적이어야 한다는 것은 下位법규명령으로 규정할 대상을 명백히 한정하고(대상의 한정성), 이를 규정함에 있어서 受任기관이 고려하여야 할 기준·목표 등을 명확하게 제시하여야(기준의 명확성) 한다는 의미라고 할 것이다.⁵⁾ 그런데 여기서 수임기관이 고려하여야 할 기준·목표는 授權法令 자체의 취지·목적 등의 해석에 의하여 명확히 밝혀질 수 있으면 된다는 것이 판례의 입장이다.⁶⁾ 또한 委任立法(上位法令의 위임에 의한 立法)에 있어서의 위임의 구체성(대상의 한정성)과 기준의 명확성의 정도는 당해 위임입법이 적용되는 행정분야에 따라⁷⁾ 어느 정

4) 憲裁 2002.6.27. 2000헌가10. “대통령령이 정하는 바에 의하여 일정한 기간 그 기술자격을 정지시킬 수 있다’고 규정하고 있는 이 사건 법률조항(국가기술자격법 12②)은 자격정지 기간의 범위에 관하여 법률에 아무런 기준을 두지 않은 채 이를 모두 대통령령에 위임하고 있고, 국가기술자격법의 다른 규정이나 다른 관련 법률에서도 기술자격 정지에 관련된 규정을 찾아볼 수 없다. 이에 따라 이 사건 법률조항의 내용과 국가기술자격법의 다른 규정 등을 유기적·체계적으로 종합하여 판단해 보아도 이 사건 법률조항의 위임에 따라 시행령에 규정될 자격정지 기간의 범위 특히 上限이 대강 어떤 것이 될지를 전혀 예측할 수 없으므로, 이 사건 법률조항은 자격정지 처분의 정지기간의 범위를 대통령령에 포괄적으로 위임한 것에 해당하여 위임입법의 한계를 규정한 헌법 제75조에 위반된다.”

5) 大判 2000.10.19. 98두6265. “헌법 제75조의 규정상 대통령령으로 정할 사항에 관한 법률의 위임은 구체적으로 범위를 정하여 이루어져야 하고, 이 때 구체적으로 범위를 정한다고 함은 위임의 목적·내용·범위와 그 위임에 따른 행정입법에서 준수하여야 할 목표·기준 등의 요소가 미리 규정되어 있는 것을 가리키고, 이러한 위임이 있는지 여부를 판단함에 있어서는 직접적인 위임규정의 형식과 내용 외에 당해 법률의 전반적인 체계와 취지·목적 등도 아울러 고려하여야 한다.”

6) 大判 1971.1.26. 69도1094. “舊양곡관리법 제1조에 의하면, 同法은 국민식량의 확보와 국민경제의 안정을 도모하기 위하여 양곡을 관리할 목적으로 제정한 법으로서 그 양곡관리의 내용이 되는 사항으로는 양곡의 수급조절과 적정가격을 유지하는 것임을 분명히 하고 있는 바이니, 同法 제17조의 ‘정부는 양곡관리상 특히 필요하다고 인정할 때에는 각령(현행 대통령령)이 정하는 바에 의하여 양곡매매업자·운수업자 또는 가공업자에 대하여 필요한 사항을 명할 수 있다’라는 규정은, 결국 위 법 제17조에 의한 대통령령은 양곡의 수급조절과 적정가격을 유지하는 것을 내용으로 하는 것이라야 하며, 양곡매매업자·운수업자 또는 가공업자에 대한 명령이라야 할 것이고, 정부가 양곡관리상 특히 필요하다고 인정할 때에 한하여 발할 수 있는 것이라고 풀이하여야 할 것이다. 따라서 위 법 제17조는 그가 대통령령에게 위임하는 사항과 범위에 관하여 아무런 규정을 두고 있지 않은 것이라고 말할 수 없을 뿐만 아니라, 그 내용을 검토하여 보아도 위 법 제17조가 舊헌법 제74조(현행헌법 제75조)에 정한 위임입법의 한계를 넘는 법규정으로서 舊헌법 제10조 제1항에 정한 죄형법정주의의 원칙에도 위배된 규정이라고 단정할 수는 없다.”

도 차이가 있을 수 있다.⁸⁾ 그리하여 개별적·구체적 위임의 여부를 판단함에 있어서는 직접적인 위임규정의 형식과 내용 외에 당해 위임법률의 전반적인 체계와 취지·목적 등도 아울러 고려하여야 할 것이며, 그 요구되는 구체성의 정도는 규율대상의 종류와 성격에 따라서 달라질수 있는 것으로 보아야 할 것이다.⁹⁾

나) 國會全屬的 法律事項의 위임금지

법률사항이란 법률로 정하여야 하는 사항을 의미하는데, 우리 헌법은 국적취득요건(헌법 2①), 재산권의 수용 및 보상(헌법 23③), 조세의 종목과 세율(헌법 59), 행정각부의 설치·조직·직무범위(헌법 96), 지방자치단체의 종류(헌법 117②), 국군의 조직과 편성(헌법 74②), 法官의 자격(헌법 101③) 등을 법률로 정하도록 규정하고 있다. 다만, 이러한 헌법상의 법률사항도 전적으로 법률로 규정되어야 하는 것은 아니고, 그 본질적 내용을 법률로 정하고 세부적 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 법규명령으로 정하도록 위임하는 것은 가능하다고 할 것이다.

그런데 법률사항 중 國會全屬的 法律사항(法律全屬事項 또는 議會留保事項)은 법률로써만 규정되어야 하는 사항(예: 군복무기간)으로서,¹⁰⁾ 그에 대한 立法權을 명령에

7) 憲裁 2002.8.29. 2000헌바50. "(위임입법에 있어서의) 위임의 구체성·명확성의 요구정도는 규율대상의 종류와 성격에 따라 달라질 것이지만 특히 처벌법규나 조세법규와 같이 국민의 기본권을 직접적으로 제한하거나 침해할 소지가 있는 영역에서는 구체성·명확성의 요구가 강화되어 그 위임의 요건과 범위가 일반적인 급부행정 영역에서보다 더 엄격하게 제한되어야 한다."

8) 憲裁 1991.2.11. 90헌가27. "헌법 제75조에 의하면 대통령령은 법률에서 구체적으로 범위를 정하여 위임받은 사항과 법률을 집행하기 위하여 필요한 사항에 관하여 발할 수 있는데, 교육법 제8조의 2는 대통령령에의 위임의 범위를 구체적으로 정하지 않고 있어 위헌이 아닌가 하는 의문이 제기된다. 중학교 의무교육의 구체적인 실시의 시기·범위는 교육제도에 관한 기본적 사항이 아니므로 이를 직접 법률로 규정하지 아니하고 그 규율을 법규명령에 위임할 수 있다 하더라도 그러한 법률 위임의 내용으로서는 구체적으로 범위를 정하여 위임하여야 한다는 것이 헌법상 요구되기 때문이다. 이러한 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다. 기본권침해영역에서는 급부행정영역에서 보다는 구체성의 요구가 강화되고, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화되어야 한다. 따라서 중학교 의무교육의 구체적인 실시 시기와 절차 등을 하위법령에 위임하여 정하도록 함에 있어서는 막대한 재정지출을 수반하는 무상교육의 수익적 성격과 규율대상의 복잡다양성을 고려하여 위임의 명확성의 요구정도를 완화하여 해석할 수 있는 것이다."

9) 憲裁 1997.12.24. 95헌마390. "위임입법에 있어서 위임의 구체성·명확성의 요구 정도는 규제대상의 종류와 성격에 따라서 달라진다. 즉, 급부행정 영역에서는 기본권침해 영역보다는 구체성의 요구가 다소 약화되어도 무방하다고 생각되며, 다양한 사실관계를 규율하거나 사실관계가 수시로 변화될 것이 예상될 때에는 위임의 명확성의 요건이 완화된다. 뿐만 아니라 위임조항에서 위임의 구체적 범위를 명확히 규정하고 있지 않다고 하더라도 당해 법률의 전반적 체계와 관련규정에 비추어 위임조항의 내재적인 위임의 범위나 한계를 객관적으로 분명히 확정할 수 있다면 이를 일반적이고 포괄적인 백지위임에 해당하는 것으로 볼 수 없다."

10) 大判 1985.2.28. 85초13. "兵的 복무기간은 국방의무의 본질적 내용에 관한 것이어서 이는 반드시

위임하는 것이 금지된다.

다) 처벌규정의 위임문제

법률이 처벌(벌칙)규정을 법규명령으로 정하도록 위임할 수 있는지가 헌법상의 罪刑法定主義(범죄와 刑罰은 법률로 정하여야 한다는 원칙)와 관련하여 문제될 수 있다.¹¹⁾ 죄형법정주의의 취지는 무엇이 처벌될 행위인가를 국민이 예측 가능한 형식으로 정하도록 하여 개인의 법적 안정성을 보호하고, 성문의 형벌법규에 의한 실정법질서를 확립하여 국가형벌권의 자의적 행사로부터 개인의 자유와 권리를 보장하려는 데 있다. 이러한 죄형법정주의하에서 처벌법규의 위임은 일반 법률사항의 위임보다 더욱 제한되며, 위임에 있어서 授權法律의 규율밀도가 보다 강하게 요구된다. 그리하여 ① 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에만, ② 범죄구성요건에서 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, ③ 처벌내용에서 처벌의 종류 및 그 최고한도를 명확히 정하여서만, 법률이 처벌규정을 법규명령으로 정하도록 위임할 수 있다고 할 것이다.¹²⁾

라) 授權의 한계를 위반한 授權法律의 효과

법률이 어떤 사항에 관한 입법권을 법규명령에 위임함에 있어서 위임의 한계를 위반하였을 경우 그 授權法律은 違憲인 법률이 된다. 수권법률이 헌법재판소의 위헌법률심판에서 위헌으로 결정된 경우에 당해 수권법률에 의해 제정된 법규명령은 위법한 것

법률로 정하여야 할 입법사항에 속한다고 풀이할 것인바, 육군본부 방위병소집복무해제규정(육군규정 104-1) 제23조가 질병휴가, 청원휴가, 각종 事故(軍務이탈, 구속, 영창, 징역, 有屆결근), 1일 24시간 이상 지각, 조퇴한 날, 專屬 및 보직변경에 따른 출발일자부터 日報變更 前日까지의 기간 등을 복무에서 제외한다고 규정하여 병역법 제25조 제3항이 규정하지 아니한 구속 등의 사유를 복무기간에 산입하지 않도록 규정한 것은 병역법에 위반하여 무효라고 할 것이다.”

11) 憲裁 1996.12.26, 93헌바65. “헌법 제12조 제1항 후문은 누구든지 법률과 적법한 절차에 의하지 아니하고는 처벌·보안처분 또는 강제노역을 받지 아니한다고 규정하고 있다. 이러한 죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형법법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울뿐더러 범죄의 성립여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다.”

12) 大判 2000.10.27, 2000도1007. “사회현상의 복잡다기화와 국회의 전문적·기술적 능력의 한계 및 시간적 적응능력의 한계로 인하여 형사처벌에 관련된 모든 법규를 예외없이 형식적 의미의 법률에 의하여 규정한다는 것은 사실상 불가능할 뿐만 아니라 실제에 적합하지도 아니하기 때문에, 특히 긴급한 필요가 있거나 미리 법률로써 자세히 정할 수 없는 부득이한 사정이 있는 경우에 한하여 授權法律(委任法律)이 구성요건의 점에서는 처벌대상인 행위가 어떠한 것인지 이를 예측할 수 있을 정도로 구체적으로 정하고, 형벌의 점에서는 형벌의 종류 및 그 상한과 폭을 명확히 규정하는 것을 전제로 위임입법이 허용된다.”

이 된다. 그리고 授權의 한계를 넘는 수권에 의하여 제정된 법규명령에 근거하여 행해진 행정처분은 원칙상 취소할 수 있게 된다.

(2) 위임명령 制定上的 한계

上位법령의 위임에 의해 제정되는 위임명령은 上位법령으로부터 授權된 범위 내에서, 상위법령에 위반되지 않게 제정되어야 한다.

상위법령으로부터 위임된 사항에 관하여 규정하는 위임명령이 그 위임된 사항을 다시 下位명령으로 정하도록 全面的으로 再委任하는 것은 실질적으로 授權法의 취지에 反하는 결과가 되므로 허용되지 않는다고 할 것이다. 그러나 위임된 사항에 관하여 일반적인 기준을 정한 다음에 그 세부적인 사항의 규정을 다시 下位命令으로 정하도록 재위임하는 것은 가능하다고 보는 것이 다수설의 견해이다.

3) 집행명령의 한계

집행명령은 시행하려는 상위법령의 범위 내에서 그 시행에 필요한 구체적인 절차·형식 등을 규정할 수 있을 뿐이고, 새로운 법규사항을 규정하지는 못한다.

5. 成立·發效要件

1) 成立要件

법규명령은 ① 원칙적으로 上位法令의 근거가 있어야 하며(집행명령 제외), ② 정당한 제정권한을 가진 기관이 그 권한의 범위 내에서, ③ 소정의 法定절차를 거쳐,¹³⁾ ④

13) 법규명령의 法定 제정절차는 다음과 같다. ① 긴급명령과 긴급재정·경제명령은 事전에 법제처의 심사와 국무회의의 심의를 거칠 뿐만 아니라 事後에 국회에 보고하여 그 승인을 얻어야 한다. ② 법률종속명령인 대통령령은 사전에 법제처의 심사와 국무회의의 심의를 거쳐야 하고, 총리령과 부령은 사전에 법제처의 심사를 거쳐야 한다. ③ 법규명령을 제정(또는 개정·폐지)하고자 할 때에는 당해 입법안을 마련한 행정청은 원칙적으로 이를 예고하여야 한다(행정절차법 41 ①). 예고방법은 입법안의 취지, 주요 내용 또는 全文을 관보·공보나 인터넷·신문·방송 등의 방법으로 널리 공고하여야 하고, 예고기간은 예고할 때 정하되 특별한 사정이 없는 한 20일 이상이어야 한다(同法 42·43). 누구든지 예고된 입법안에 대하여 그 의견을 제출할 수 있으며, 행정청은 특별한 사유가 없는 한 이를 존중하여 처리하여야 한다(同法 44). 행정청은 입법안에 관하여 공청회를 개최할 수 있으며, 행정청은 공청회에서 제시된 사실 및 의견이 상당한 이유가 있다고 인정하는 경우에는 이를 반영하여야 한다(同法 45).

상위법령에 저촉되지 않고,¹⁴⁾ 객관적으로 인식할 수 있는 정도로 명백하며, 平均人이 준수할 수 있는 내용의 것을, ⑤ 條文形式을 갖추어, 法令등공포에관한법률(제7·9·10조)이¹⁵⁾ 정한 요건에 맞게 공포함으로써 성립한다. 공포는 관보에 게재하는 방법으로 하며, 공포일은 관보가 발행된 날이다(同法 11·12).

2) 發效要件

법규명령은 시행됨으로써 현실적으로 효력을 발생한다. 법규명령의 시행일은 당해 법규명령의 부칙에서 규정하는 것이 보통이나, 특별한 규정이 없으면 공포한 날부터 20일을 경과함으로써 법규명령은 효력을 발생한다(법령등공포에관한법률 13).

3) 법규명령의 흠과 그 효과

법규명령이 성립·발효요건을 다 갖추지 못한 경우에는 당해 법규명령은 흠이 있는 것이 된다. 법규명령에 흠이 있는 경우에 그 법규명령의 효과에 대하여는 ① 법규명령의 흠이 중대하고 명백한 경우에는 무효가 되고, 흠이 중대·명백하지 않은 경우에는 헌법 제107조 제2항상의 구체적 규범통제제도에 의해 당해 법규명령에 근거한 처분을 다투는 소송에서 선결문제로서 다룰 있다고 보는 견해와,¹⁶⁾ ② 흠 있는 법규명령에 대

14) 大判 2001.8.24, 2000두2716. “어느 시행령의 규정이 母法에 저촉되는지의 여부가 명백하지 아니하는 경우에는 모법과 시행령의 다른 규정들과 그 입법취지·연혁 등을 종합적으로 살펴 모법에 합치된다는 해석도 가능한 경우라면 그 규정을 모법위반으로 무효라고 선언하여서는 안된다. 이러한 法理는 국가의 법체계는 그 자체 통일체를 이루고 있는 것이므로 上·下규범 사이의 충돌은 최대한 배제되어야 한다는 원칙과 더불어, 민주법치국가에서의 규범은 일반적으로 상위규범에 합치할 것이라는 추정원칙에 근거하고 있을 뿐만 아니라, 실제적으로도 하위규범이 상위규범에 저촉되어 무효라고 선언되는 경우에는 그로 인한 법적 혼란과 법적 불안정은 물론, 그에 대체되는 새로운 규범이 제정될 때까지의 법적 공백과 법적 방황은 상당히 심각할 것이므로 이러한 폐해를 회피하기 위해서도 필요하다.”

15) 법령등공포에관한법률 제7조 : 대통령령공포문의 前文에는 국무회의의 심의를 거친 뜻을 기재하고, 대통령이 서명한 후 大統領印을 압날(押捺)하고 그 日字를 明記하여 국무총리와 관계국무위원이 부서하여야 한다.

同法 제9조 : ① 총리령을 공포할 경우에는 그 일자를 명기하고, 국무총리가 서명한 후 總理印을 압날한다. ② 部令을 공포할 경우에는 그 일자를 명기하고, 당해 部의 장관이 서명한 후 당해 長官印을 압날한다.

同法 제10조 : ① 법률·대통령령·총리령 및 部令은 각각 그 번호를 붙여서 공포한다. ② 제1항의 번호는 법률·대통령령·총리령 및 각 部令別로 표시한다. 다만, 국회의장이 공포하는 법률의 번호는 국회규칙이 정하는 바에 의하여 따로 표시하되, 대통령이 공포한 법률과 구별할 수 있는 표시를 하여야 한다.

한 취소소송이 인정되고 있지 않으므로 흠이 있는 법규명령은 모두 무효라고 보아야 한다는 견해가¹⁷⁾ 있다.

생각건대 법규명령은 법규명령제정권을 가진 행정청이 法定 절차를 거쳐 제정하고 법규명령의 형식으로 공포되어야 하는데, 이러한 기본적 요건을 결여한 경우에 그 법규명령은 무효가 된다고 할 것이다. 효력요건을 결여한 법규명령도 당연히 효력을 발하지 못한다.

그러나 그 외의 위법한 법규명령에 대하여는, 법규명령이 처분성을 갖는 예외적인 경우를 제외하고, 직접 무효확인소송이나 취소소송을 제기하지 못하고, 당해 법규명령에 근거하여 내려진 처분을 다투면서 先決問題로서만 그 법규명령의 위법 여부를 타들 수 있게 되어 있는 우리나라의 구체적 규범통제제도하에서, 선결문제로서 法院에 의해 위헌 또는 위법으로 확인된 법규명령은 당해 사건에 대하여서만 적용되지 않을 뿐이고, 공식절차에 의하여 폐지되지 아니하는 한 형식적으로는 유효하다고 할 것이다.

다만, '행정소송에 대한 대법원판결에 의하여 명령·규칙이 헌법 또는 법률에 위반된다는 것이 확정된 경우에는 대법원은 지체없이 그 사유를 행정자치부장관에게 통보하여야' 하고, 그 통보를 받은 행정자치부장관은 지체없이 이를 관보에 게재하게 되어 있는(행정소송법 6①②) 점을 고려할 때, 대법원에 의해 위헌·위법으로 판정된 법규명령은 실효되는 것으로 봐야 할 것이며, 이러한 법규명령에 의하여 행해진 처분은 무효가 될 것이다.

별도의 집행행위 없이 직접 국민의 기본권을 침해하는 법규명령에 대하여는 법원에 직접 항고소송을 제기할 수 있고, 다른 구제방법이 없을 경우 헌법재판소에 헌법소원을 제기할 수 있다고 할 것이며, 헌법소원심판에 의해 위헌임이 확인된 법규명령은 효력을 상실한다고 할 것이다.

그런데 법규명령을 집행하는 행정기관은 위법한 법규명령의 효력을 다룰 수 있는 방법이 없으므로, 법규명령의 위법성이 명백한 경우에는 그 적용을 거부할 수 있으나, 그 위법성이 명백하지 않은 경우에는 하자있는 법규명령이라도 그 적용을 배제하지 못할 것이다.

6. 消滅

법규명령은 上位 또는 同位の 法令에 의하여 明示적으로 폐지되거나, 내용이 상충되는 새 법령의 제정·시행에 의하여 폐지된다.

限時的 법규명령은 終期の 到來로 그 효력이 소멸된다. 또한 법규명령은 근거가 되는

16) 朴毓炳, 行政法講義(上), 박영사, 2001, 235면.

17) 金南辰, 前掲書, 175면.

상위법령이 폐지되면 그에 따라서 효력을 잃게 된다.¹⁸⁾ 다만, 근거법령이 개정되었을 경우에 改正된 法令에 따른 改正法規命令이 새로이 제정·발효될 때까지, 개정된 법령과 성질상 모순·저촉되지 아니하는 범위 내에서 기존 법규명령은 그 효력을 유지한다.¹⁹⁾

Ⅲ. 行政規則

1. 意義와 필요성

행정규칙이란 행정조직 내부에서 법률의 授權없이 상급행정청이 하급행정기관에 대하여 그 조직이나 활동을 규율하기 위하여 발하는 일반적·추상적 규범을 말하며, 행정명령이라고도 한다. 행정규칙은 상급행정청이 그 감독을 받는 하급행정기관에 대하여 법률의 授權 없이 발할 수 있으며, 원칙적으로 행정조직 내부 또는 특별권력관계 내부에서만 구속력을 가지는 점에서 법규명령과 구별된다.

행정규칙은 행정조직과 기구가 복잡·방대한 현대 국가에서, 원활한 행정운동을 도모하고 전체 국민에 대하여 합리적이고 통일성 있는 행정을 수행하기 위하여 필요한 것이다. 즉, 상급행정청은 행정규칙으로써 하급기관에 대하여 그 권한 행사를 지휘하여 행정의 내용을 통일시킬 수 있으며, 행정의 전문성·기술성으로 말미암아 많은 부문에 걸쳐 인정되는 재량권을 합리적으로 행사토록 통제할 수 있는 것이다.

2. 行政規則의 법적 성질

1) 非法規說

종래의 전통적 견해에 의하면 행정규칙은 公法上的 특별권력에 기초를 두고 있고, 행

18) 大判 2001.6.12. 2000다18547. “법규명령의 위임근거가 되는 법률에 대하여 위헌결정이 선고되면 그 위임에 근거하여 제정된 법규명령도 원칙적으로 효력을 상실한다.”

19) 大判 1989.9.12. 88누6962. “상위법령의 시행에 필요한 세부적 사항을 정하기 위하여 행정관청이 일반적 직권에 의하여 제정하는 이른바 집행명령은 근거법령인 상위법령이 폐지되면 특별한 규정이 없는 이상 실효되는 것이나, 상위법령이 개정됨에 그친 경우에는 개정법령과 성질상 모순, 저촉되지 아니하고 개정된 상위법령의 시행에 필요한 사항을 규정하고 있는 이상 그 집행명령은 상위법령의 개정에도 불구하고 당연히 실효되지 아니하고 개정법령의 시행을 위한 집행명령이 제정, 발효될 때까지는 여전히 그 효력을 유지한다.”

정조직 내부 또는 특별권력관계 내부에서 그 조직·활동에 대해 규율하기 위하여 제정되는 것이므로, 행정조직 내부에서만 미치는 一面的·片面的 구속력을 가질 뿐 직접 국민에 대하여는 효력을 미치지 못하고, 또한 法院을 구속하거나 재판의 기준이 되지 못하는 것으로 보았으며, 행정규칙의 法規性은 전적으로 부인되었다. 이러한 견해에서는 행정규칙을 위반한 행위가 있어도 그것이 위법이 되지 아니하고, 행정규칙을 위반한 공무원이 행정조직 내부관계에서 복종의무 위반에 따른 징계책임을 질뿐이라고 한다.²⁰⁾

2) 準法規說

준법규설이란 행정규칙의 대외적·對國民的 효과에 대하여, 그것을 법규에 가까운 성질의 것, 즉 準法規로 보는 견해이다. 이 설에서는 평등원칙 등을 매개 혹은 연결점으로 해서 생기는 행정규칙의 실질적 외부적 효력과 법규에 의하여 직접적으로 발생하는 외부적 효력의 개념을 구분하여, 前者의 경우를 준법규적 효력으로 이해하는데, 행정규칙 중 재량준칙은 헌법상의 평등원칙을 매개로 하여 국민에 대하여도 간접적으로 법적 효력을 미치게 되므로, 준법규성을 가진다고 한다.

그러나 이 설에서의 매개 혹은 연결점이 되는 평등원칙 등은 일반법원칙으로서 독립된 법규성을 지니는 것이고, 평등원칙 등을 매개 혹은 연결점으로 해서 생기는 행정규칙의 법규적 효력은, 행정규칙의 효력이 아니라 일반법원칙으로서의 평등원칙 그 자체의 효력으로 볼 수 있기 때문에, 準法規說은 非法規說로 귀결된다는 주장도 있다.²¹⁾

3) 法規說

(1) 行政規則 內部法規說

행정규칙 내부법규설은 法規개념을 특정한 역사적·정치적 상황을 전제함이 없이 법이론적으로 정립하여야 한다고 하고, 公法 영역에서의 법규는 공권력의 행사 및 공공사무처리의 근거와 구속력있는 준칙을 정하여 주는 규범이라고 하며, 행정규칙은 이러한 의미의 법규에 포함된다고 한다.

전통적인 法規개념은 과거 독일의 立憲君主制를 전제로 한 것으로, 법규를 人格主體 간의 기능적 한계 내지 意思의 범위를 설정하는 규범으로 보거나(P. Laband), 법규를 국가로 하여금 시민의 자유와 재산을 침해할 수 있도록 하는 授權規範(G. Anschütz)

20) 尹世昌, 行政法(上), 박영사, 1985. 162면. 金道昶, 行政法論(上), 청운사, 1992. 328~330면.

21) 韓堅愚, 現代行政法 I, 인터백, 1999. 442면.

으로 보았는데, 이 설에서는 법규의 개념을 전통적인 법규개념보다 넓게 파악함으로써, 행정규칙을 非法規로 보지 않고 넓은 의미의 법규로 보고 있다.

그러나 행정규칙을 넓은 의미의 법규로 본다는 것은 행정규칙을 좁은 의미의 법규와 동일시함을 의미하는 것이 아니다. 이 설에서는 좁은 의미의 법규와 행정규칙을 모두 法規(Rechtssatz)라는 개념에 포괄하되, 좁은 의미의 법규를 外部法規(Außenrechtssatz)라 하고 행정규칙을 內部法規(Innenrechtssatz)라 하여 兩者를 구별하고, 행정규칙은 원칙적으로 내부적 효력만을 가지며, 외부적 효력은 예외적으로 평등원칙 또는 신뢰보호 원칙을 매개로 하여 간접적으로만 인정된다고 본다.

(2) 行政規則 外部法規說

행정규칙 외부법규설은 행정규칙도 외부적 효력을 갖는다고 하여 행정규칙의 외부법규성을 인정하는 견해이다. 이 견해에서는 행정권은 그 권한의 범위 안에서는 자주적인 法形成을 위한 規範定立意思(Normwille) 내지 독립적인 규율권을 가지며, 그것에 의하여 대외적 효력을 가지는 행정규칙이 생성되는 것이라고 한다. 그러나 행정권의 독립적인 규율권은 삼권분립원칙과 법률유보원칙상 허용될 수 없다고 할 것이다.

(3) 類型說

유형설은 모든 행정규칙에 대하여 일률적으로 그 법적 성질을 말할 수는 없으며, 행정규칙의 유형별로 법규성을 갖는 것도 있고 갖지 못하는 것도 있다는 견해이다. 이러한 견해에서는 법규성을 인정할 수 있는 행정규칙으로서 일정한 조직규칙이나, 행정청에 判斷餘地가 인정되는 불확정개념에 관한 법규해석규칙, 法律代位規則 등을 들기도 한다.

(4) 特別命令 法規說

특별명령 법규설은 종래의 행정규칙을 ① 특별권력관계 내부에서 권력복종자의 지위·이용관계 등을 규율하기 위하여 상급행정청이 정립하는 규범인 特別命令(Sonderverordnung)과, ② 행정조직내부에서 상급행정청이 그 하급기관의 조직·행위를 규율하기 위하여 정립하는 규범인 좁은 의미의 行政規則(Verwaltungsvorschrift)으로 구분하고, 이 중 특별권력관계의 복종자인 사람을 受範者로 하는 특별명령은 법규로서의 성질을 갖는다고 하는 설이다.

특별명령은 제2차 세계대전 후 독일에서 창출된 法概念으로서, 특별명령이 아닌 다른 행정규칙의 受範者는 행정조직을 구성하는 기관인데 비하여, 특별명령의 受範者는 人格主體인 특별권력관계에 들어온 자이며, 특별명령은 특별권력관계 구성원에게 직접

법적 구속력을 미친다고 하여, 독일에서 특별명령이 다른 행정규칙과 구분될 수 있다는 이론이 있었다. 이렇게 특별명령의 독자성을 인정하는 견해에서는 특별명령의 법적 구속력의 근거를 관습법 또는 행정기관의 독자적인 法定立權限에서 구했었다. 이러한 견해에 따르면 특별명령은 법규명령과는 달리 법률의 授權이 없어도 행정기관에 의하여 정립될 수 있으며, 다른 행정규칙과는 달리 법적 구속성과 法源性·재판기준성을 갖게 된다고 한다.

그러나 특별권력관계에도 법치주의가 적용되고, 특별명령도 행정기관이 법률의 授權 없이 독자적으로 정립한 행정규칙의 하나인 점에서 좁은 의미의 행정규칙과 다를바 없으며, 법률의 수권없이 행정기관이 독자적으로 발하는 특별명령에 법규성을 인정한다면 행정권의 독자적 법규제정권을 인정하는 것이 되고, 이는 삼권분립원칙에 어긋나는 것이 될 것이다. 따라서 특별명령에 대한 일률적인 법규성 인정이나, 그에 따른 특별명령과 다른 행정규칙(소위 좁은 의미의 행정규칙)과의 구분에는 문제점이 있다고 할 것이다.

4) 判例의 立場

우리나라의 판례는 행정규칙의 법적 성질에 관하여 원칙적으로 그 법규성을 부인하고 있다.²²⁾²³⁾ 그러나 판례는 예외적으로 법령의 구체적 위임에 근거하여 법령의 내용을 보충하는 사항을 규정한 행정규칙과,²⁴⁾ 법령의 구체적 위임 없이 上位법령의 집행

22) 大判 1983.6.14. 83누54. “訓令이란 행정조직 내부에 있어서 그 권한의 행사를 지휘·감독하기 위하여 발하는 행정명령으로서, 훈령·예규·통칙·지시·고시·각서 등 그 사용명칭 여하에 불구하고 공법상의 법률관계 내부에서 준거할 준칙 등을 정하는데 그치고 대외적으로는 아무런 구속력도 가지는 것이 아니다.”

23) 大判 1994.8.9. 94누3414. “국민의 권익보호를 위한 행정절차에 관한 훈령(국무총리훈령)에 따라 1990.3.1부터 시행된 행정절차운영지침에 의하면 행정청이 공권력을 행사하여 국민의 구체적인 권리 또는 의무에 직접적인 변동을 초래하게 하는 행정처분을 하고자 하는 때에는 미리 당사자에게 행정처분을 하고자 하는 원인이 되는 사실을 통지하여 그에 대한 의견을 청취한 다음 이유를 명시하여 행정처분을 하여야 한다고 규정하고 있으나, 이는 대외적 구속력을 가지는 것이 아니므로, 市長이 건조물소유자의 의견을 듣지 아니하고 건조물을 문화재로 지정하였다고 하여 위법한 것이라고는 할 수 없다.”

24) 大判 1987.9.29. 86누484. “상급행정기관이 하급행정기관에 대하여 업무처리지침이나 법령의 해석적용에 관한 기준을 정하여서 발하는 이른바 행정규칙은 일반적으로 행정조직 내부에서만 효력을 가질 뿐 대외적인 구속력을 갖는 것은 아니지만, 법령의 규정이 특정 행정기관에게 그 법령내용의 구체적 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 특정하고 있지 아니한 관계로 수임행정기관이 행정규칙의 형식으로 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 정하고 있다면, 그와 같은 行政規則, 規程은 행정규칙이 갖는 일반적 효력으로서가 아니라, 행정기관에

을 위한 절차 등 집행명령으로 정해질 수 있는 사항을 규정한 행정규칙에 대하여 그 법규성을 인정하고 있다.²⁵⁾²⁶⁾

5) 結語

국민생활의 行政依存度가 높아지고 각 분야의 행정작용에서 행정재량이 넓게 인정되는 오늘날의 현실에서, 행정규칙은 국민생활에 중대한 영향을 미치고 있는 것이 사실이다. 이러한 행정규칙의 현실적 기능과 그에 대한 司法的 통제의 필요성 등을 고려할 때 행정규칙의 법규성을 전면적으로 부인하는 것은 구체적 타당성을 결하게 될 것이다.

그리하여 행정규칙은 원칙적으로 법규성을 지니지 못한다고 할 것이나, 다만 행정규칙의 유형 중에는 예외적으로 사실상 준법규성 내지 법규성이 인정되는 것도 있다고 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 행정규칙의 법규성 문제는 행정규칙의 유형에 따라 개별적으로 검토하는 것이 바람직하다고 보아진다.

3. 종류

1) 내용을 기준으로 한 분류

(1) 조직규칙

조직규칙은 행정조직 내부에서 기관의 설치·조직이나 내부적 권한분배·사무처리 절차 등을 규율하는 행정규칙이다. 사무분장규정 등이 그 예이다.

그런데 우리나라 정부조직법은 국가의 중앙행정기관의 설치와 직무범위는 법률로 정하고(同法 2①), 지방행정기관은 특히 법률로 정한 경우를 제외하고는 大統領令으로

법령의 구체적 내용을 보충할 권한을 부여한 법령규정의 효력에 의하여 그 내용을 보충하는 기능을 갖게 된다 할 것이므로, 이와 같은 행정규칙, 규정은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그것들과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 된다.”

25) 大判 1994.2.8. 93누111. “‘個別土地價格合同指針’(국무총리훈령) 제6조는 개별토지가격결정절차를 규정하고 있으면서, 그 중 제3호에서 算定된 地價의 공개·열람 및 토지소유자 또는 이해관계인의 의견접수를 그 절차의 하나로 규정하고 있는바, 위 지침은 地價公示및土地 등의 評價에 관한 法律 제10조의 시행을 위한 執行命令으로서 법률보충적인 구실을 하는 법규적 성질을 가지고 있는 것으로 보아야 할 것이므로 위 지침에 규정된 절차에 위배하여 이루어진 地價決定은 위법하다.”

26) 大判 1984.9.11. 82누166. “건축사사무소의 등록취소 및 폐쇄처분에 관한 規程(건설부훈령 제447호) 제9조에 건축사사무소의 등록을 취소하고자 할 때에는 事전에 聽聞하도록 되어 있는데, 이 청문절차를 거치지 아니하고 한 건축사사무소등록취소처분은 위법한 처분이라 할 것이다.”

설치하며(同法 3①), 보조기관의 설치·사무분장은 법률로 정한 것을 제외하고는 대통령령으로 정하고(同法 2④), 각 행정기관에 배치할 공무원의 종류·정원 등도 대통령령으로 정하도록 하였으며(同法 8①), 시험연구기관·교육훈련기관·문화기관·의료기관·製造기관·자문기관 등 부속기관의 설치는 대통령령으로 정하도록 하고 있다(同法 4). 이와 같이 우리나라에서는 국가행정조직 내의 보조기관의 설치와 그 업무배분 등까지도 법률 또는 법규명령인 대통령령으로 정하게 되어 있으므로, 국가행정기관에 관한 조직규칙의 규율범위는 한정되어 있다.

(2) 근무규칙

근무규칙은 상급행정청이 하급기관 및 그 구성원의 근무에 관한 사항을 계속적으로 규율하기 위하여 발하는 행정규칙으로서, 행위통제규칙(또는 행위지도규칙)이 그의 주요내용을 이룬다.

행위통제규칙은 상급행정청이 하급행정기관 및 그 구성원을 행위면에서 통제·지도하기 위하여 발하는 규칙으로서, 이에겐 규범해석규칙·재량준칙·간소화지침·법률대위규칙·규범구체화규칙 등이 있다.

가) 規範解釋規則 : 규범해석규칙(또는 법령해석규칙)은 법규의 적용, 특히 법규상 不確定概念의 적용에 있어 상급행정청이 하급행정기관의 법령해석을 통일시키고 그 적용방향을 확정함으로써 행정의 합리화를 기하기 위하여 발하는 행정규칙이다. 규범해석규칙은 행정조직 내부에서의 규범해석을 통일하여 국민에 대한 관계에서 법적 평등규율을 보장하고 법령의 집행을 定型化하는 기능을 수행한다.

그런데 법령의 최종적인 解釋權은 法院에 있기 때문에 규범해석규칙이 法院을 구속하지는 못한다. 또한 법령해석이란 법령의 의미를 명확히 하는 것일 뿐 새로운 사항을 정하는 것이 아니며, 행정권행사의 위법 여부는 직접 법령의 규정에 비추어 판단되고 규범해석규칙이 기준이 되는 것은 아니므로, 규범해석규칙은 원칙적으로 법규성을 갖지 못한다고 할 것이다. 다만, 규범해석규칙이 불확정개념에 관한 것이고 그 불확정개념의 해석에 있어서 행정청에게 판단여지가 인정되는 경우에는 당해 해석규칙은 대외적 구속력을 가질 수 있을 것이다.

나) 裁量準則 : 재량준칙은 상급행정청이 하급행정기관의 재량권행사에 관한 기준을 정하여 주는 행정규칙이다. 재량준칙은 행정실무에 있어서 보통 훈령 또는 예규의 형식으로 정해진다. 재량준칙은 재량권행사의 통일을 도모하고 평등한 법집행확보, 恣意的 재량권행사방지, 행정에 대한 예측가능성확보, 공무원의 사무처리부담경감 등의 기능을 한다.

대법원은 재량준칙의 대외적 구속력을 부인한 바도 있고,²⁷⁾ 평등원칙을 매개로 한 재량준칙의 대외적 구속력을 명시적으로 인정하고 있지는 않으나, 특별한 사정이 없는데도 재량준칙에 따르지 않은 행정청의 처분에 대하여 재량권을 남용한 것이라고 판시한 바도 있다.²⁸⁾ 헌법재판소는 재량준칙이 헌법상의 평등원칙이나 신뢰보호의 원칙을 매개로 하여 행정의 자기구속의 法理에 의해 대외적 구속력을 가진다고 하였다.²⁹⁾

행정절차법은 행정청이 필요한 처분기준을 당해 처분의 성질에 비추어 될 수 있는 한 구체적으로 정하여 공표하도록 하고 있다(同法 20①). 따라서 행정규칙 중 재량준칙 및 규범해석규칙과 같이 처분의 기준이 되는 행정규칙은 공표하여야 할 것이다.

다) 簡素化指針 : 간소화지침(간소화지령이라고도 함)은 상급행정청이 하급행정기관의 大量的 행정처분(예: 과세처분 등)에 관하여 그 처분기준을 정하여 주는 행정규칙이다. 국세청장에 의한 '소득표준율에 관한 지령'이 그 예이다.

라) 法律代位規則 : 법률대위규칙(또는 法律代替의 규칙이라고도 함)은 법적 규율이 필요함에도 불구하고 관계 법령이 존재하지 않는 경우에 상급행정청에 의하여 과도기적으로 발하여지는 행정규칙이다. 여기서 法律代位 또는 法律代替의이라는 것은 당해 사항을 규율할 법률이 제정되어 있지 아니한 상황에서 과도기적으로 사실상 법률의 기능을 대신한다는 뜻에 지나지 아니하는 것으로 보아, 법률대위규칙의 직접적 대외적 효력을 부인하는 견해가 있으며,³⁰⁾ 이와 달리 법률대위규칙의 대외적 효력을 인정하는 견해도 있다.³¹⁾

법률대위규칙은 법률상 어떠한 행정의 기준도 존재하지 않은 경우에 행정의 기준을 처음으로 설정하는 점에서 재량준칙과 구별되지만, 이 규칙도 재량준칙과 같이 행정의

27) 大判 1998.9.8. 98두6272. "비관리청 항만공사 시행허가는 특정인에게 권리를 설정하는 행위로서 항만법과 그 시행령에 허가기준에 관한 규정이 없으므로 허가 여부는 행정청의 재량에 속하고, 그 허가를 위한 심사기준을 정하여 놓은 '비관리청 항만공사 시행허가 등에 관한 업무처리요령'(해운항만청 고시 제1996-19호)은 재량권행사의 기준인 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과하다."

28) 大判 2002.1.22. 2001두8414. "원고의 신청이 재량행위인 개인택시운송사업 면허의 기준으로 처분청이 공고한 면허발급의 우선 순위에 해당함이 명백함에도 불구하고 이를 제외시켜 면허거부처분을 하였다면 특별한 사정이 없는 한 그 거부처분은 재량권을 남용한 처분이라고 할 수 있다."

29) 憲裁 1990.9.3. 90헌마13. "이른바 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 재량권행사의 준칙인 규칙이 그 정한 바에 따라 되풀이 시행되어 행정관행이 이룩되게 되면 평등의 원칙이나 신뢰보호의 원칙에 따라 행정기관은 그 상대방에 대한 관계에서 규칙에 따라야 할 자기구속을 당하는 경우에는 대외적 구속력을 가지게 된다."

30) 朴鈺炘, 前掲書, 271면.

31) 洪井善, 行政法原論(上), 박영사, 2002. 245면.

자율권이 부여된 영역에서 행정권행사의 기준을 정하는 것인 점에서 재량준칙과 본질적으로 다른 것은 아니라고 할 수 있다.

마) 規範具體化規則 : 규범구체화규칙이란 원자력이나 환경과 같이 고도의 전문지식과 기술이 필요한 분야에서, 관계법률이 필요한 규율을 구체적으로 정하지 못하고 그 규율을 사실상 행정기관에 맡긴 경우에, 행정기관이 법률의 명시적인 위임없이 법률의 시행을 위하여 그 규율내용을 구체화하기 위하여 제정하는 행정규칙을 말한다.³²⁾ 규범구체화규칙은 행정규칙의 형식을 취하지만 법규명령의 효력을 갖는 점에서 법령보충적 행정규칙과 같지만, 법령의 명시적인 위임이 없이도 제정될 수 있는 점에서 명문의 위임에 근거하여 제정되는 법령보충적 행정규칙과 다르다고 할 수 있다.

규범구체화규칙은 법률을 구체화시키는 것이기는 하나, 단순히 법률의 시행을 위한 세칙적 사항만을 정하는 것이 아니고, 법률을 보충하는 광범위한 형성적·포괄적인 판단을 그 내용에 담게 된다. 따라서 그것은 단순히 법률해석기준에 관한 법률해석규칙이나, 재량권행사의 지침을 부여하는 재량준칙과는 다르다고 할 것이다. 독일의 판례와 학설은 규범구체화규칙 중에서 한정적으로 고도의 과학적·기술적 평가를 요하는 규범구체화규칙에 대하여 법규성을 인정하고 직접적인 대외적 효력을 인정하고 있다.³³⁾

우리나라에서도 관계법령의 직접적·명시적 위임이 없는 경우에도 관계법령의 해석에 의하여 관계법의 구체화 권한이 행정기관에 인정될 수 있는 것으로 보는 견해가 있다.³⁴⁾ 그러나 관계법령의 명시적 위임에 근거하지 아니한 규범구체화규칙에 대하여 위 부적 효력을 인정하는 것은 법률의 유보원칙과 행정기관의 명령제정권에 대한 헌법상의 제한에 반하는 것이라고 보는 견해도 있다.

규범구체화규칙에 대한 법규성의 인정은 전문적·기술적 분야에서 그 내용을 사실상 법률에서 정하기가 어렵고, 행정기관이 그것을 가장 합리적으로 정할 수 있는 경우

32) 규범구체화규칙은 독일 연방행정법원이 1985년 12월 19일의 뷔(Wyhl)판결에서, 원자력법 제12조 제2호에 규정되어 있는 發電用原子爐設置許可의 요건인 '放射線物質 등에 의한 人體·物件·公共의 災害防止에 지장이 없을 경우'를 구체화하는 연방내무부장관의 행정규칙인 '放射線被害에 관한 一般의 算定基準'에 대하여 대외적 법적 구속력을 인정한 것에서 유래한다.

33) 朴純炳, 前掲書, 264면.

34) 大判 2001.7.27. 2000두3849. "국세청 훈령 제1264호 주세사무처리규정은 酒稅의 稅收증대를 목적으로 하여 주세업무처리에 관한 일반지침과 준거기준을 정한 내부규정이라 할 것이나, 국세청은 법령에 위반되지 않는 한 酒稅업무 전반에 관하여 그 처리지침과 기준을 정할 수 있다고 할 것이고, 위 주세사무처리규정 제14조는 舊酒稅法 제10조 제10호의 '판매의 조정상 면허를 하기에 부적당하다고 인정되는 때'라는 재량의 여지를 남겨두고 있는 규정을 그 취지에 따라 주세사무 해당지역의 인구수와 주류소비량을 고려하여 구체화한 것이므로 위 주세사무처리규정 제14조가 母法의 위임이 없어 무효라고 할 수 없다."

에, 법률의 뜻이 묵시적이기는 하지만 그 구체화를 행정기관에 위임한 것이 확실하다고 판단되는 때에만 한정적으로 인정하는 것이 타당할 것이다.

(3) 營造物規則

영조물규칙이란 영조물의 관리청이 영조물기관의 조직이나 영조물의 관리·사용관계 등을 규율하기 위하여 제정하는 규칙을 말한다. 국립대학학칙·국립도서관규칙 등이 그 예이다. 영조물규칙은 영조물의 내부관계를 규율하기도 하지만, 영조물의 사용에 관한 부분은 대외적 관계에 영향을 미친다.

그런데 학칙의 법적 성질에 관하여는 행정규칙(재량준칙)으로 보는 견해, 특별명령으로 보는 견해, 법령보충적 행정규칙으로 보는 견해 등이 있으나, 헌법상 교육의 자주성과 대학의 자율성이 보장되고 있으므로(헌법 31④), 학교는 자치조직체라 할 것이고, 학칙은 자치법규로 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 학칙은 법령의 근거가 없는 경우에도 자율적 조직체인 학교의 운영을 규율하기 위하여 제정이 가능하다.³⁵⁾ 그런데 고등교육법 제6조 및 초중등교육법 제8조에는 학칙의 제정근거가 규정되어 있다.

2) 形式을 기준으로 한 분류

행정규칙은 보통 광의의 訓令(指示文書)과 告示(公告文書)로 발해진다. 그런데 광의의 훈령은 다시 협의의 훈령과 지시·예규·일일명령으로 세분된다(사무관리규정 7, 同시행규칙 3).³⁶⁾

(1) 협의의 訓令

협의의 훈령은 상급행정청이 하급행정청에 대하여 장기간에 걸쳐 그 권한행사를 일반적으로 지시하기 위하여 발하는 명령이다.

35) 朴均省, 行政法論(上), 박영사, 2003, 145면.

36) 사무관리규정(대통령령 제17811호) 제7조 : 공문서는 다음과 같이 법규문서·지시문서·공고문서·비치문서·민원문서 및 일반문서로 나눈다. ① 법규문서는 헌법·법률·대통령령·총리령·부령·조례 및 규칙 등에 관한 문서를 말한다. ② 지시문서는 훈령·지시·예규 및 일일명령 등 행정기관이 그 하급기관 또는 소속 공무원에 대하여 일정한 사항을 지시하는 문서를 말한다. ③ 공고문서는 告示·公告 등 행정기관이 일정한 사항을 일반에게 알리기 위한 문서를 말한다. ④ 비치문서는 비치대장·비치카드 등 행정기관이 일정한 사항을 기록하여 행정기관 내부에 비치하면서 업무에 활용하는 문서를 말한다. ⑤ 민원문서는 민원인이 행정기관에 대하여 허가·인가·기타 처분 등 특정한 행위를 요구하는 문서 및 그에 대한 처리문서를 말한다. ⑥ 일반문서는 제1호 내지 제5호에 속하지 아니하는 모든 문서를 말한다.

(2) 指示

지시는 상급행정청이 직권 또는 하급기관의 문의에 의하여 하급행정기관에 개별적·구체적으로 발하는 명령이다. 그런데 지시는 일반적·추상적 규율이라 할 수 없으므로 행정규칙의 일종으로 보는 것이 적절치 못한 면이 있다.

(3) 例規

예규는 행정사무의 통일을 기하기 위하여, 반복적 행정사무의 처리기준을 제시하는 법규문서 외의 문서이다.

(4) 日日命令

일일명령은 당직·출장·시간외 근무 등 日日業務에 관한 명령이다. 그런데 일일명령이 일반·추상적 규율을 그 내용으로 하는 것이 아닐 때에는 행정규칙이 아니고 단순한 직무명령에 해당하는 것으로 보아야 할 것이다.

(5) 告示

告示는 법령이 정하는 바에 따라 일정한 사항을 일반에게 알리기 위한 문서를 말한다(사무관리규정시행규칙 3). 고시는 행정기관의 의사표시의 한 방식이 되는 것이고, 고시의 법적 성질은 고시에 담겨진 내용에 의하여 결정되어질 것이다. 즉, 고시가 일반적·추상적 규율을 내용으로 할 때에는 '명령'(법규명령 또는 행정규칙)에 해당하며, 일반적·구체적 규율을 내용으로 할 때에는 '일반처분'에 해당하고, 어떤 물건의 성질 또는 상태를 규율하는 내용을 담고 있을 때에는 物的 행정행위로서의 성질을 가진다고 할 것이다.³⁷⁾ 다만, 행정규칙인 고시가 법령의 授權에 의해(예: 물가안정에관한법률 2④) 법령을 보충하는 사항을 정하는 경우에는 그 근거법령규정과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 성질과 효력을 가진다.³⁸⁾

3) 특별권력관계의 種別에 따른 분류

종래 특별권력관계(특별행정법관계)는 ① 公法上の 근무관계, ② 공법상의 영조물이

37) 金南辰, 前掲書, 192면.

38) 大判 2001.2.24. 99두11141. “시장지배적지위남용행위의유형및기준(공정거래위원회 고시 제1997-12호)의 규정들은 舊독점규제및공정거래에관한법률 제3조의2 제2항의 위임에 따라 同法 제3조의2 제1항 제2호의 내용을 보충하는 이른바 법률보충적 행정규칙으로서 법규명령으로서의 효력을 가진다.”

용관계, ③ 공법상의 감독관계, ④ 公共組合에 있어서의 조합과 조합원과의 관계 등으로 구분되었다. 이러한 구분에 따라 행정규칙을 ① 근무규칙, ② 영조물이용규칙, ③ 감독규칙, ④ 社員規則 등으로 분류하기도 한다.

4. 法規命令形式의 行政規則과 行政規則形式의 法規命令

1) 법규명령형식의 행정규칙

법규명령형식의 행정규칙이란 그 형식은 법규명령으로 되어 있지만 그 실질적 내용이 행정규칙인 규범(행정규칙의 성질을 가진 규정이 대통령령·총리령·부령 등 법규명령 속에 들어 있는 경우)을 말하는데, 이러한 규범의 성질과 효력에 대하여 학설의 대립이 있다.

적극설(형식설)은 법규명령이 일반 공권력을 근거로 하여 제정되는 것이고, 국민의 자유·재산에 관계없는 사항이라도 법규의 형식으로 제정됨으로써 일반국민을 구속하게 되며, 특별권력에 의한 法은 일반 공권력에 의한 法에 귀속된다는 것을 근거로, 행정규칙적 규범이더라도 법규명령으로 정해지게 되면 그것은 법규명령으로서의 성질과 효력을 갖게 된다고 한다. 한편 소극설(실질설)은 법률이나 법규명령이 언제나 국민 일반을 구속하는 것이 아니므로, 법규명령의 형식을 취한 행정규칙도 그 내용이 행정규칙인 것이 명백한 경우에는 행정규칙으로서의 성질이 변하지 않는다고 한다.³⁹⁾ 적극설이 다수설이다.

2) 행정규칙형식의 법규명령

행정규칙형식의 법규명령은 법규적 성질을 가진 행정규칙이라고도 표현할 수 있는 바, 告示·훈령·예규 등 행정규칙의 형식으로 제정되어 있으나 실질적으로는 法令의 내용을 보충하는 법규명령의 성질을 가지고 있는 것을 말한다.⁴⁰⁾ 예컨대, 물가안정에

39) 大判 1984.2.28, 83누551. "자동차운수사업법 제31조 등의 규정에 의한 사업면허취소등의처분에 관한규칙(1982.7.31. 교통부령 제724호)은 部令의 형식으로 되어 있으나, 그 규정의 성질과 내용이 자동차운수사업면허의 취소처분 등에 관한 사무처리기준과 처분절차 등 행정청 내의 사무처리준칙을 규정한 것에 불과한 것이므로, 이는 교통부장관이 관계 행정기관 및 직원에 대하여 그 직무권한행사의 지침을 정하여 주기 위하여 발한 行政組織 內部에 있어서의 行政命令의 성격을 지닐 뿐 대외적으로 국민이나 법원을 구속하는 힘이 없고 자동차운수면허취소 등의 처분이 위 규칙에 위배되는 것이라 하더라도 위법의 문제는 생기지 않는다."

관한법률 제2조에 근거한 主務部長官의 緊要物품 등의 最高가격고시, 對의무역법 제21조에 근거한 전략물자의 公告 등이 이에 해당한다.

이러한 행정규칙은 상위법령의 구체적인 위임에 기하여 제정되는 것이고 실질적으로 법령의 내용을 보충하는 것이므로(그리하여 법령보충적 행정규칙이라고도 한다), 그 실질적 내용에 따라 법규명령으로서의 효력을 가진다는 것이 다수설 및 판례의 입장이다.⁴¹⁾ 이와 같이 법규명령으로서의 효력을 가지는 법령보충적 행정규칙을 법규명령의 일종으로 보는 견해가 있다. 그러나 법규명령의 형식을 취하지 않고 법규명령의 제정절차를 거치지 않은 규범을 법규명령으로 보는 것은 무리라고 할 수 있으며, 법령보충적 행정규칙은 행정규칙이면서 법규와 같은 효력을 발하는 것으로 보는 것이 타당할 것이다.

법령보충적 행정규칙은 비록 그 단독으로는 법규명령이 아니지만 상위법령과 결합하여 법규성을 가지므로, 이를 立法함에 있어서는 법령이 구체적으로 위임한 사항의 범위 내에서 立法해야 할 것이다.⁴²⁾

- 40) 大判 1994.3.8. 92누1728. “식품제조영업허가기준이라는 고시는 공익상의 이유로 허가를 할 수 없는 영업의 종류를 지정할 권한을 부여한 구 식품위생법 제23조의3 제4호에 따라 보건사회부장관이 발한 것으로서, 실질적으로 법의 규정내용을 보충하는 기능을 지니면서 그것과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령의 성질을 가진 것이다.”
- 41) 大判 2002.9.27. 2000두7933. “법령의 규정이 지방자치단체장에게 그 법령내용의 구체적인 사항을 정할 수 있는 권한을 부여하면서 그 권한행사의 절차나 방법을 정하지 아니하고 있는 경우, 그 법령의 내용이 될 사항을 구체적으로 규정한 지방자치단체장의 告示는, 당해 법률 및 그 시행령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한 그 법령의 규정과 결합하여 대외적인 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 갖게 되고, 허가신청인 지방자치단체장이 그 범위 내에서 허가기준을 정하였다면 그 허가기준의 내용이 관계법령의 목적이나 근본취지에 명백히 배치되거나 서로 모순되는 등의 특별한 사정이 없는 한 그 허가기준의 효력이 없는 것이라고 볼 수는 없다.”
- 42) 大判 1996.4.12. 95누7727. “법령보충적인 행정규칙·규정은 당해 법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 범위 내에서만 그것들과 결합하여 법규적 효력을 가지고, 노인복지법 제13조 제2항의 규정에 따른 노인복지법시행령 제17조, 제20조 제1항은 노령수당의 지급대상자의 연령범위에 관하여 위 법조항과 동일하게 ‘65세 이상의 자’로 반복하여 규정한 다음 소득수준 등을 참작한 일정 소득 이하의 자라고 하는 지급대상자의 선정기준과 그 지급대상자에 대한 구체적인 지급수준(지급액) 등의 결정을 보건사회부장관에게 위임하고 있으므로, 보건사회부장관이 노령수당의 지급대상자에 관하여 정할 수 있는 것은 65세 이상의 노령자 중에서 그 선정기준이 될 소득수준 등을 참작한 일정소득 이하의 자인 지급대상자의 범위와 그 지급대상자에 대하여 매년 예산확보상황 등을 고려한 구체적인 지급수준과 지급시기·지급방법 동일 뿐이지, 나아가 지급대상자의 최저연령을 법령상의 규정보다 높게 정하는 등 노령수당의 지급대상자의 범위를 법령의 규정보다 축소·조정하여 정할 수는 없다고 할 것임에도, 보건사회부장관이 정한 1994년도 노인복지사업지침은 노령수당의 지급대상자를 ‘70세 이상’의 생활보호대상자로 규정함으로써 당초 법령이 예정한 노령수당의 지급대상자를 부당하게 축소·조정하였고, 따라서 위 지침 가운데 노령수당의 지급대상자를 ‘70세 이상’으로 규정한 부분은 법령의 위임한계를 벗어난 것이어서 그 효력이 없다.”

그런데 법령보충적 행정규칙이 법규명령으로서의 효력을 지닌다고 할 수 있으나, 법률에서 법규명령으로 정하여야 할 사항을 告示 등 행정규칙으로 정하도록 위임하는 것이 우리 헌법상 가능한지가 문제된다. 이 점에 관하여 우리 헌법이 법규명령의 형식으로 대통령령·총리령·부령만을 인정하고 있으며, 그것은 한정적·열거적인 것으로 보아야 한다는 견지에서 헌법해석상 문제가 있다는 견해가 있다.⁴³⁾ 그러나, 헌법이 인정하고 있는 법규명령의 형식은 예시적인 것으로 볼 수 있으며, 따라서 법률에서 法規事項을 告示 등으로 정하도록 위임하는 것도 가능하다고 할 것이다.

우리나라 행정규제기본법은 規制法定主義를 정한 제4조 제2항에서 법령이 전문적·기술적 사항이나 경미한 사항으로서 업무의 성질상 위임이 불가피한 사항에 관하여 구체적으로 범위를 정하여 위임한 경우에는 告示로써도 국민의 자유와 재산을 규율할 수 있음을 인정하고 있다.

다만, 이러한 법령보충적 행정규칙으로서의 告示 등은 법규명령과 같이 官報에 게재하여 대외적으로 공표하여야 할 것이다. 법규명령으로서의 효력을 발할 수 있는 행정규칙이 관보에 게재되지 않고 국민의 열람에 제공되지 않는 한, 당해 행정규칙에 법규명령의 성질을 인정하거나 대외적 구속력을 인정해서는 안 될 것이다. 또한 국민의 예측가능성을 보장하기 위한 관점에서, 헌법상 법규명령제정권을 갖지 못하는 행정기관(예: 국세청장)은 법규명령의 효력을 갖는 행정규칙을 제정하지 못한다고 하여야 할 것이다.

5. 근거와 한계

1) 근거

행정규칙은 원칙적으로 대외적 구속력을 가지는 법규가 아니고, 상급 행정청의 법령상의 직무권한 내에서 발해지는 것이기 때문에, 반드시 상위법령의 授權을 要하지 아니하며, 특정 행정목적에 필요한 범위 안에서 상급행정청의 당연한 권능으로서 제정할 수 있는 것이다.

2) 한계

행정규칙은 法令 및 상급감독청의 행정규칙에 저촉되지 않고, 행정청의 권한 내에서,

43) 金道稔, 前掲書, 325면.

특정 행정목적의 달성을 위하여 필요한 범위 안에서 제정하여야 한다.

행정규칙으로는 법령에서 예정하지 아니한 국민의 권리·의무에 관한 사항을 새로이 정할 수 없다. 행정규칙으로 국민의 권리·의무에 관한 사항을 새로이 정하기 위하여는 반드시 法令의 구체적·개별적 위임이 있어야 하며, 법령의 명시적 위임에 근거하여 제정된 법령보충적 행정규칙은 법규로서의 효력을 가진다.

6. 성립요건·효력요건과 소멸

행정규칙은 ① 이를 발할 정당한 권한이 있는 상급행정청이 이를 받을 의무가 있는 하급행정기관에 대하여, ② 법령이나 上位行政規則에 위배되지 않고 행정목적에 필요한 범위 내에서, 실행가능하고 명백한 내용의 것을, ③ 所定の 절차에 따라, ④ 필요한 형식(훈령·예규·告示·지침 등)을 갖추어 定立함으로써 成立된다.

成立된 행정규칙은 官報에의 게재 기타 적당한 방법에 의하여 受命機關에 도달됨으로써 효력을 발생한다.

종래 행정규칙은 公表를 요하지 않는 것으로 보아왔다.⁴⁴⁾ 그러나 행정규칙 중에는 국민생활에 큰 영향을 미치는 것이 있고, 국민에게 행정정보공개청구권이 인정되고 있는 점 등을 고려할 때, 일정한 행정규칙은 공표가 요망된다고 할 것이다(행정절차법 51). 법적인 發效要件으로 되어 있지는 않지만, 告示와 訓令은 일반적으로 官報에 의하여 公表되고 있다.

일단 유효하게 성립·시행되고 있는 행정규칙은 폐지되거나 終期가 到來함으로써 효력을 상실한다.

7. 행정규칙의 효력

1) 내부적 효력

행정규칙은 행정조직이나 특별권력관계의 내부에서 일정한 구속력을 가지는데, 이를 행정규칙의 내부적 효력 또는 對內的 효력이라 한다. 따라서 특별권력관계의 복종자가 행정규칙을 위반하면 징계를 받을 수 있다. 그런데, 法規개념을 확대하여 행정규칙도

44) 大判 1997.1.21. 95누12941. “서울특별시가 정한 개인택시운수사업면허지침은 재량권행사의 기준으로 설정된 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과하므로, 대외적으로 국민을 기속하는 법규명령의 경우와는 달리 외부에 고지되어야만 효력이 발생하는 것은 아니다.”

법규의 일종으로 보는 견해에서는 이러한 내부적 효력도 법적 효력으로 본다.

2) 외부적 효력

행정규칙의 외부적 효력 또는 대외적 구속력이란 행정조직의 외부에 있는私人이나 法院에 대하여 행정규칙이 미치는 법적 구속력을 말한다. 행정규칙의 대외적 구속력은 행정규칙의 법적 성질과 상호 밀접한 관계를 가지고 있다. 즉, 행정규칙을 엄격한 의미의 법규라고 보거나 법규적 성질을 갖는 것으로 보면 행정규칙은 당연히 대외적 구속력을 가지고, 행정규칙을 엄격한 의미의 법규가 아니라고 보거나 법규적 성질을 갖지 않는다고 보면 행정규칙은 직접적으로는 대외적 구속력을 갖지 못한다.

행정규칙의 대외적인 법적 구속력의 문제는 곧 행정기관이 행정조직 내부에서만 아니고 국민에 대한 관계에서도 행정규칙을 준수할 법적 의무를 지는가의 문제이며, 또한 만약 행정기관이 행정규칙에 위반하여 행정처분을 행한 경우에 그로 인하여 권익침해를 받은 자가 당해 처분의 위법을 주장하면서 그 취소를 구하는 행정쟁송을 제기할 수 있는가의 문제이기도 하다.

그런데 행정규칙의 직접 受命者는 국민이 아니고 하급행정기관이지만, 행정규칙은 하급행정기관의 국민에 대한 행정사무 처리과정에서 행해지는 재량권행사나 법령해석의 기준 등을 정하고 있기 때문에, 그것은 하급행정기관을 통하여 행정조직의 밖에 있는 국민에게도 크게 사실상의 영향력을 미치게 된다. 전통적 견해에서는 이와 같은 행정규칙의 국민에 대한 사실상의 영향력은 어디까지나 사실상의 효력이며 법적인 효력은 아닌 것으로 보고 있다. 이러한 견해에서는 행정규칙은 행정조직 내부에서만 구속력을 가지며, 행정기관은 국민에 대한 관계에서는 행정규칙을 준수할 법적 의무를 지지 아니하는 것으로 보면서, 행정규칙은 간접적으로만 대외적인 법적 구속력을 가질 수 있는 것으로 보고 있다.

그러나 행정규칙의 다양성에 비추어 행정규칙의 유형에 따라 대외적 구속력을 개별적으로 논하여야 한다고 하며, 일정한 유형의 행정규칙에 대하여 대외적 효력을 인정하는 견해가 있고, 행정규칙도 좁은 의미의 법규와 마찬가지로 직접적으로 대외적인 법적 구속력을 갖는다는 견해도 있다.

(1) 間接的 效力說

간접적 효력설은 행정규칙이 직접적으로 외부적 효력을 갖지 아니하지만, 재량준칙이나 규범해석규칙과 같이 행정기관을 통하여 일반국민에게 적용될 것이 예정되어 있

는 행정규칙은 그것이 제정·시행되면 행정관행이 성립하게 되며, 그러한 행정관행이 성립된 경우에는 정당한 객관적 사유없이 특정인에게 그 행정규칙의 적용을 배제하면 헌법상의 평등원칙에 위배되고 위법하게 된다고 한다. 그리하여 행정기관은 상대방 국민에 대한 관계에서 당해 행정규칙에 따라야 할 자기구속을 받게 되는데, 이러한 경우 행정규칙은 헌법상의 평등원칙이나 신뢰보호원칙을 매개로 하여 간접적으로 외부적 효력을 갖게 된다고 한다. 이 경우 평등원칙이나 신뢰보호원칙은 행정규칙을 외부적 효력을 갖는 법규로 전환시키는 轉換規範으로서의 기능을 수행한다고 한다.

(2) 直接的 效力說

직접적 효력설은 행정권이 그 권한의 범위 안에서 자주적인 法形成을 위한 規範定立意思 내지 독립적 규율권을 가지며, 그것에 의하여 제정된 행정규칙은 직접적으로 외부적 효력을 갖는다고 한다. 그리하여 행정규칙의 대외적 효력을 뒷받침하기 위하여 헌법상의 평등원칙에 근거한 自己拘束의 구조는 불필요하다고 한다. 만약 헌법상의 평등원칙에 의거한 자기구속의 구조에 의하는 경우에는 행정규칙의 최초의 적용에 있어서 현실적인 관행을 인정할 수 없기 때문에, '예측되는 행정관행'을 인정할 수 있다고 할지라도 그것은 임기응변의 擬制에 불과한 것이며, 따라서 솔직하게 행정권의 자주적인 규율권을 인정하여야 한다고 한다.

3) 結語

행정권의 독립적 규율권을 인정하고 그에 근거하여 행정규칙의 직접적인 외부적 효력을 인정하는 것은 삼권분립원리와 법률유보원칙에 저촉되며, 행정기관이 '통제없는 행정규칙으로의 도피'를 통하여 행정권을 남용할 수 있게 만들 수 있다. 따라서 행정규칙은 원칙적으로 법적인 외부적 효력을 갖지 못하고 행정조직 내부에서의 법적인 내부적 효력만 가지는 것으로 보아야 할 것이다. 예외적으로 法令의 구체적 위임에 의하여 제정되는 법령보충적 행정규칙(이를 법규명령의 일종으로 보는 견해도 있다)은 직접적으로 대외적인 법적 구속력을 갖는다고 할 것이다.

재량준칙이나 법률대위규칙은 행정기관의 재량 또는 자율권이 인정되는 영역에서 평등원칙이나 신뢰보호원칙을 매개로 하여 간접적으로 외부적 효력을 갖는다고 보는 것이 합리적일 것이다. 이러한 경우에 행정규칙의 외부적 효력을 인정한다고 할지라도, 그 실질적 내용은 사실적 효력 또는 간접적인 법적 효력으로 파악하는 것이 타당하다고 본다. 이는 행정규칙이 그 규율대상에 있어서 행정기관이나 공무원만을 受範者로

하고 있기 때문이다.

그리하여 원칙적으로 행정규칙에 대해서는 사실상의 외부적 효력이나 간접적인 법적 효력만이 인정된다고 할 것이므로, 私人是 보통으로 행정기관이 행정규칙을 위반하여 행한 행정행위에 대하여 그 위법성을 주장하지 못하게 된다.

IV. 行政立法에 대한 統制

현대 국가에서는 행정기능의 확대와 더불어 行政立法이 양적으로 많아지고 그것이 국민생활에 미치는 영향도 점차 커지고 있다. 행정입법은 법치주의와 권력분립주의의 견지에서는 예외적인 행위형식으로서, 행정입법에 의하여 국민의 권익이 부당하게 침해되지 않도록 그것에 대한 통제가 요구된다.

행정입법에 대한 통제란 헌법이나 법률에 위반되는 행정입법이 나오지 않도록 事前에 예방(事前的 통제)하고, 헌법이나 법률에 위반되는 행정입법이 있는 경우에 그 행정입법의 위법성을 事後的으로 是正(事後的 통제)하는 것을 말한다. 행정입법에 대한 통제는 행정입법의 적극적인 제정 또는 개정에 대한 통제와 소극적인 立法不作爲에 대한 통제를 포함하며, 통제주체를 기준으로 정치적 통제와 행정적 통제 및 司法的 통제로 구분할 수 있다.

1. 政治的 統制

1) 議會(國會)에 의한 통제

(1) 직접적 통제

행정입법에 대한 의회(국회)의 가장 효과적인 통제방법은 법규명령이나 행정규칙의 성립 또는 發效에 대한 同意 내지 승인권 또는 폐기권을 授權法에서 議會에 유보하는 것이라 할 수 있다. 우리나라에서는 법률적 효력을 가지는 대통령의 긴급명령과 긴급 재정·경제명령에 대하여 국회가 事後 승인권을 통해서 직접 통제할 수 있게 되어 있다(헌법 76③④). 그러나 그 외의 법률종속적 법규명령이나 행정규칙에 대해서는 중앙 행정기관의 장이 법규명령·행정규칙을 제정·개정·폐지하였을 경우 10일 이내에 이를 국회 소관상임위원회에 제출하고, 소관상임위원회는 제출된 법규명령(행정규칙 제외)의 내용이 위법하다고 판단되는 경우에 소관중앙행정기관의 장에게 그 내용을 통

보할 수 있게 되어 있을 뿐이다(국회법 98의2①②).

(2) 간접적 통제

국회가 행정부에 대하여 가지는 국정감사권 등 정부통제권을 발동함으로써 간접적으로 위법·부당한 법규명령이나 행정규칙을 통제·교정할 수 있다.

2) 국민에 의한 통제

행정입법과정에서의 의견제출·공청회, 請願·諮問, 메스컴·시민운동 등 국민의 여론에 의해서도 법규명령·행정규칙을 통제할 수 있다.

2. 行政的 統制

1) 감독권에 의한 통제

상급행정청의 지휘·감독권에 의한 통제로서, 상급행정청이 훈령권을 행사하여 하급행정청에 대하여 행정입법의 기준이나 방향·범위 등을 지시할 수 있고, 상급행정청이 하급행정청에 대하여 행정입법에 대한 授權을 철회하거나 위법한 법규명령·행정규칙의 폐지나 是正을 명할 수도 있다.

2) 절차적 통제

행정입법의 제정과정에서 行政立法案의 事前豫告, 공청회·청문 기타 의견진술이나 참고자료제출의 기회부여, 관계기관과의 협의 등 일정한 절차를 거치게 하여 행정입법의 적정화를 도모할 수 있다. 모든 법규명령은 事前에 법제처의 審査를 거쳐 제정되며, 대통령령은 사전에 국무회의의 심의도 거치게 되어 있다.

우리나라 행정절차법 제4장(同法 41~45)에는 행정상 입법예고절차에 관하여 규정하고 있다.

3) 국무총리행정심판위원회에 의한 통제

국무총리행정심판위원회는 행정심판청구사건을 심리·의결함에 있어서 행정청의 처

분 또는 부작위의 근거가 되는 법규명령이나 행정규칙 등이 법령에 근거가 없거나 상위법령에 위배되거나 국민에게 과도한 부담을 주는 등 현저하게 불합리하다고 인정되는 경우에는 관계 행정기관에 대하여 당해 명령 등의 개정·폐지 등 적절한 시정조치를 요청할 수 있으며, 이러한 시정조치의 요청을 받은 관계 행정기관은 정당한 사유가 없는 한 이에 따라야 한다(행정심판법 42의2).

3. 司法的 統制

행정입법에 대한 司法的 통제라 함은 司法機關인 法院과 헌법재판소에 의하여 이루어지는 법규명령·행정규칙에 대한 통제를 말하는데, 이에 관하여는 법규명령에 대한 통제와 행정규칙에 대한 통제를 구분하여 살펴볼 필요가 있다.

1) 법규명령에 대한 司法的 통제

법규명령에 대한 司法的 통제제도로는 司法機關이 법규명령의 위헌·위법 여부를 직접 심사할 수 있도록 하는 추상적 규범통제제도와 법규명령의 위헌·위법 여부가 재판의 前提가 된 경우에 이를 심사할 수 있도록 하는 구체적 규범통제제도가 있을 수 있다.

일반적으로 추상적 규범통제제도가 인정되는 경우에는 사법기관에 의해 위헌·위법으로 판단된 법규명령의 효력이 상실되나, 구체적 규범통제제도가 인정되는 경우에는 재판의 전제문제가 된 법규명령이 위법으로 판단된 경우에도 그 법규명령을 당해 사건에 한하여 적용하지 않는 것으로 한다. 이는 추상적 규범통제제도의 主目的이 정당한 법질서의 회복 내지 유지에 있지만, 구체적 규범통제제도의 주목적은 국민의 권리구제에 있으며, 구체적 규범통제제도하에서 위법으로 판단된 법규명령을 당해 사건에 한하여 적용하지 않도록 하는 것은 법규명령의 효력을 일반적으로 소멸시킬 경우에 야기되는 法の 공백상태를 방지할 필요가 있기 때문이라 할 수 있다.

우리 헌법은 '명령·규칙 또는 처분이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에는 대법원이 이를 최종적으로 審査할 권한을 가진다'라고 규정하고 있다(헌법 107②). 이 헌법규정에 의하면 명령·규칙이 위법한 경우에도 그 명령·규칙 자체를 직접 다룰 수는 없고, 명령·규칙의 위헌·위법 여부가 재판에서 前提문제가 된 경우에 한하여 그 위법성을 다룰 수 있으므로, 우리 헌법은 법규명령에 대한 추상적 규범통제제도는 인정하지 않고 구체적 규범통제제도만을 채택하고 있다고 할 수 있다.

(1) 法院에 의한 구체적 규범통제

가) 구체적 규범통제의 대상

우리 헌법 제107조 제2항은 명령·규칙이 헌법이나 법률에 위반되는 여부가 재판의 전제가 된 경우에 법원의 審査 대상이 되도록 하였으므로, 법원에 의한 구체적 규범통제의 대상이 되는 것은 '명령·규칙'이라 할 수 있다. 여기서 '명령'이란 법률종속적 법규명령(위임명령·집행명령)을 뜻하는 것으로 볼 수 있다. 대통령이 발할 수 있는 법률대위명령(긴급명령과 긴급재정·경제명령)은 국회의 事後 승인을 받아야 하는 것이고, 법률과 같은 효력을 가지므로(헌법 76①②③), 법률에 준하여 헌법재판소에 의한 위헌법률심사제도에 의해 통제되고, 헌법 제107조 제2항에 의한 구체적 규범통제의 대상은 되지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다.

헌법 제107조 제2항의 '명령·규칙' 중 '규칙'이란 중앙선거관리위원회규칙·대법원규칙·국회규칙 등과 같은 법규명령인 규칙을 의미한다고 보아야 할 것이다. 판례는 헌법 제107조 제2항의 규칙에는 자치법규인 조례와 규칙도 포함된다고 판시하고 있다.⁴⁵⁾ 그런데 행정규칙 중 법규적 성질을 갖는 것은 그 행정규칙의 위법 여부가 그에 근거한 처분의 위법 여부를 판단함에 있어서 전제문제가 되므로 헌법 제107조 제2항의 구체적 규범통제의 대상이 된다고 할 것이다. 그러나 법규적 효력이 없는 행정규칙은 그것의 위법 여부가 그에 근거한 처분의 위법 여부를 판단함에 있어서 전제문제가 될 수 없으므로 구체적 규범통제의 대상이 되지 않는다.⁴⁶⁾

나) 구체적 규범통제의 요건

법률종속적 법규명령(법규적 성질을 갖는 행정규칙 포함)은 위헌·위법 여부가 관련 사건의 재판을 위한 先決문제가 되고, 헌법이나 법률에 위반하거나 상위의 법규명령에 위반한 경우에 한하여 법원에 의한 통제의 대상이 되는 것이며, 재판의 前提가 되지 않는 법규명령은 직접 구체적 규범통제의 대상이 되지 않는다.⁴⁷⁾

다) 구체적 규범통제의 효력

재판의 전제가 된 법률종속적 법규명령의 위헌·위법 여부에 대한 심사는 대법원 뿐만 아니라 모든 審級의 法院이 할 수 있으며, 법원에 의해 법규명령이 위법으로 판정

45) 大判 1995.8.22. 94누5694.

46) 大判 1990.2.27. 88재누55.

47) 大判 1987.3.24. 86누656. "행정소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적인 권리 의무에 관한 분쟁이어야 하고 일반적·추상적인 법령 그 자체로서 국민의 구체적인 권리 의무에 직접적인 변동을 초래하는 것이 아닌 것은 그 대상이 될 수 없으므로 구체적인 권리 의무에 관한 분쟁을 떠나서 재무부령 자체의 무효확인을 구하는 청구는 행정소송의 대상이 아닌 사항에 대한 것으로서 부적법하다."

되어도 당해 명령은 원칙적으로 효력을 상실하지 않고 당해 사건에 대하여서만 적용되지 않은 것으로 보는 것이 다수설의 견해이다. 다만, 대법원에 의해 위법으로 판정된 법규명령은, 헌법 제107조 제2항에 비추어 公式的·최종적으로 위법하다는 것이 확인된 것이고, 대법원판결에 의하여 명령·규칙의 위헌·위법이 확정된 경우에 대법원이 지체없이 그 사유를 행정자치부장관에게 통보하며, 통보를 받은 행정자치부장관이 곧 이를 관보에 게재하게 되어 있는(행정소송법 6①②) 점 등을 고려할 때에 실효된 것으로 봐야 할 것이다.

위법인 법규명령에 근거한 행정처분은, 법규명령의 위헌·위법이 중대한 흠이긴 하나 그것이 보통으로 명백하지 않기 때문에, 무효가 아니라 취소할 수 있는 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 대법원에 의해 위법으로 판정된 법규명령을 적용하여 행한 행정처분은 무효라고 봐야 할 것이다.

(2) 항고소송을 통한 法院의 통제

법규명령은 일반적·추상적 규범으로서 그 자체로서는 직접적·구체적인 법률효과를 야기하는 처분이 아니므로 원칙적으로 항고소송의 대상이 될 수 없다. 그러나 법규명령 중에는 별도의 집행행위가 없어도 국민에 대하여 직접적이고 구체적인 법률효과를 야기하는 것이 있을 수 있는데, 이와 같이 국민의 권리·의무를 직접적·구체적으로 규율하는 처분적 법규명령은 예외적으로 취소소송의 대상이 될 수 있다고 할 것이다.⁴⁸⁾

(3) 헌법소원심판을 통한 헌법재판소의 통제

우리 헌법 제107조 제2항이 명령·규칙에 대한 위헌·위법의 심사권을 법원에 부여하고 있으므로, 법규명령에 대한 헌법소원의 가능성에 관하여는 헌법 해석상 논의의 여지가 있다. 그러나 헌법 제107조 제2항이 법규명령의 위헌·위법 여부에 대한 최종적인 심사권을 대법원에 부여한 것은 법규명령의 위헌·위법 여부가 재판의 전제가 된 경우에 한하는 것이므로, 법규명령이 별도의 집행행위 없이 직접 국민의 기본권을 침해하고(권리침해의 직접성), 다른 구제방법이 없는 경우(헌법소원의 보충성)에는 법

48) 大判 1996.9.20. 95누8003. “조례는 통상 그 규정내용이 일반적이고 추상적이기 때문에 그 조례 자체의 유효성은 법률상의 쟁송에 해당하지 아니하므로 무효확인을 구하는 訴의 대상이 될 수 없는 것이 원칙이지만, 예외적으로 조례가 구체적 집행행위의 개입이 없이도 그 자체로서 직접 국민에 대하여 구체적 효과를 발생하여 특정한 권리 의무를 형성케 하는 경우에는 행정처분이 된다. 즉 조례가 집행행위의 개입없이도 그 자체로서 직접 국민의 구체적인 권리 의무나 법적 이익에 영향을 미치는 등의 법률상 효과를 발생하는 경우 그 조례는 항고소송의 대상이 되는 행정처분에 해당하고 이러한 조례에 대한 무효확인소송을 제기할 수 있다.”

규명령에 대한 헌법소원을 인정하는 것이 타당할 것이다. 다만, 우리나라 대법원 판례가 前述한 바와 같이 처분적 법규명령에 대하여 취소소송을 제기할 수 있도록 하고 있는 점에 비추어, 법원이 법규명령의 처분성을 넓게 인정한다면, 그에 비례하여 법규명령에 대한 (보충적인 구제제도로서의) 헌법소원 제기가 어려워질 수는 있을 것이다.

헌법재판소는 법무사법시행규칙(대법원규칙) 제3조 제1항에 대한 헌법소원을 받아들여 同규칙이 위헌이라고 결정한바 있다.⁴⁹⁾ 그러므로 국민의 기본권을 직접 침해하는 법규명령에 대하여는 헌법소원이 제기되었을 때에 헌법재판소가 그 심판을 통하여 법규명령을 통제할 수 있다고 할 것이다.

법규명령에 대한 헌법소원에서 위헌결정이 내려진 법규명령은 그 효력을 잃게 된다.

(4) 行政立法不作爲에 대한 통제

법규명령을 制·改正할 법적 의무가 있음에도 불구하고 행정기관이 합리적인 이유 없이 지체하여 이를 制·改正하지 아니하는 行政立法不作爲가 항고소송의 대상이 될 수 있는지에 대하여, 우리 대법원은 行政立法不作爲가 성질상 부작위위법확인소송의 대상이 되지 않는다고 판시한바 있다.⁵⁰⁾ 그러나 헌법재판소는 일정한 경우의 행정입법부작위에 대하여 관계 행정기관에게 행정입법의 作爲義務가 있다고 선고한바 있다.⁵¹⁾

49) 憲裁 1990.10.15, 89헌마178. “헌법 제107조 제2항이 규정한 명령·규칙에 대한 대법원의 최종심사권이란 구체적인 소송사건에서 명령·규칙의 위헌여부가 재판의 전제가 되었을 경우 법률의 경우와는 달리 헌법재판소에 제청할 것 없이 대법원이 최종적으로 심사할 수 있다는 의미이며, 명령·규칙 그 자체에 의하여 기본권이 침해되었음을 이유로 하여 헌법소원심판을 청구하는 것은 위 헌법규정과는 아무런 상관이 없는 문제이다. 따라서 입법부·행정부·사법부에서 제정한 규칙이 별도의 집행행위를 기다리지 않고 직접 기본권을 침해하는 것일 때에는 모두 헌법소원심판의 대상이 될 수 있는 것이다.”

50) 大判 1992.5.8, 91누11261. “행정소송은 구체적 사건에 대한 법률상 분쟁을 법에 의하여 해결함으로써 법적 안정을 기하자는 것이므로 부작위위법확인소송의 대상이 될 수 있는 것은 구체적 권리 의무에 관한 분쟁이어야 하고 추상적인 법령에 관하여 제정의 여부 등은 그 자체로서 국민의 구체적인 권리 의무에 직접적 변동을 초래하는 것이 아니어서 그 소송의 대상이 될 수 없다.”

51) 憲裁 1998.7.16, 96헌마246. “삼권분립의 원칙, 법치행정의 원칙을 당연한 전제로 하고 있는 우리 헌법하에서 행정권의 行政立法 등 법집행의무는 헌법적 의무라고 보아야 한다. 왜냐하면 행정입법이나 처분의 개입 없이도 법률이 집행될 수 있거나 법률의 시행 여부나 시행시기까지 행정권에 위임된 경우는 별론으로 하고, 이 사건과 같이 치과전문제도의 실시를 법률 및 대통령령이 규정하고 있고 그 실시를 위하여 시행규칙의 개정 등이 행해져야 함에도 불구하고 행정권이 법률의 시행에 필요한 행정입법을 하지 아니하는 경우에는 행정권에 의하여 입법권이 침해되는 결과가 되기 때문이다. 따라서 보건복지부장관에게는 헌법에서 유래하는 행정입법의 作爲義務가 있다.”

2) 행정규칙에 대한 司法的 통제

(1) 행정규칙에 대한 法院의 통제

행정규칙은 행정조직 내부의 규범이고 일반적으로 재판규범이 될 수 없는 것이므로, 法院은 재판에 있어 행정규칙에 구속되지 않는다. 한편 私人是 행정규칙이 비록 위법하다고 하더라도 원칙적으로 직접 위법한 행정규칙을 대상으로 하여 행정쟁송을 제기할 수 없고,⁵²⁾ 위법한 행정규칙에 따라 행정청이 국민에 대하여 어떤 행정처분을 하였을 때에, 그 처분에 대하여 행정쟁송을 제기하여 위법한 행정규칙의 집행행위를 다룰 수는 있다. 이는 예외적으로 행정규칙이 외부적 효력을 갖는 경우를 제외하고, 행정청의 처분이 행정규칙에 위반하였다고 하여 그 처분의 효력을 다투지 못하는 경우와는 다른 것이다.

그러나 어떤 행정규칙이 직접 국민의 권익을 침해하였다고 인정되고, 국민이 행정규칙 그 자체를 직접 다투지 아니하고는 구제를 받을 수 없는 특별한 사정이 있는 경우에는 당해 행정규칙을 '處分'으로 보아 그것을 직접 다투는 행정쟁송을 제기할 수 있을 것이다.

행정규칙이 예외적으로 法令의 위임에 의하여 제정되고 행정규칙의 법규성이 인정될 때에는, 그 행정규칙을 위반한 행정청의 처분은 위법성을 띠게 되며, 따라서 당해 처분을 다투는 행정쟁송을 제기할 수 있다. 그러나 법규성이 인정되지 아니하는 행정규칙을 위반한 행정처분 등은 보통 위법한 것으로 되지 않는다고 할 것이다.

따라서 법원은 항고소송을 통하여 위법한 행정규칙이나 처분성이 있는 행정규칙을 통제할 수 있다.

(2) 행정규칙에 대한 헌법재판소의 통제

우리나라 헌법재판소법은 제68조 제1항에서 '公權力의 行使 또는 不行使로 인하여 헌법상 보장된 기본권을 침해받은 자는 法院의 재판을 제외하고는 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구할 수 있다. 다만, 다른 법률에 救濟節次가 있는 경우에는 그 절차를 모두 거친 후가 아니면 청구할 수 없다'라고 규정하고 있다. 여기서 헌법재판소가 심판하는 헌법소원의 대상이 되는 '公權力의 行使'는 국민의 기본권에 대하여 영향을 미치는 대외적인 공권력 행사를 의미한다고 할 것이다. 그런데 행정규칙은 원칙상 행정조

52) 大判 1985.11.25. 85누394. "개인택시면허 우선순위에 관한 건설교통부장관의 시달은 단순히 개인택시면허처분을 위하여 그 면허순위에 관한 내부적 심사기준을 시달한 예규나 통첩에 불과하여 현실적으로 특정인의 권리를 침해하는 것이 아니므로 이를 행정소송의 대상이 되는 행정처분이라고 할 수 없다."

직 내부의 규범이므로 일반적으로 헌법소원의 대상이 되는 公權力의 行使의 범주에 속하지 않게 되고, 따라서 행정규칙에 대하여는 헌법소원을 제기하기가 어려울 것이다. 그러나 예외적으로 법규성 또는 대외적 구속력이 인정되고 별도의 집행행위 없이 국민의 기본권을 침해하는 행정규칙은 헌법소원의 대상이 되는 공권력 행사에 해당하는 것으로 볼 수 있으며, 이러한 행정규칙에 대하여는 헌법소원이 제기되었을 때에 그 심판을 통하여 헌법재판소가 통제할 수 있을 것이다.⁵³⁾

V. 맺는 말

행정기능이 확대되고 있는 현대 복리국가에서 필요한 법규범 중 중요하고 기본적인 것들은 헌법이나 법률로 정하고, 세부적인 것들은 行政立法에 위임하는 현상이 늘어나면서, 행정입법은 국민생활에 큰 영향을 미치고 있다. 그런데 행정기관에 의하여 실제로 제정된 행정입법 중에는 법률의 명시적 위임이 있어야 할 것인데도 법률의 위임없이 제정되거나, 법규명령으로 제정되어야 할 것이 행정규칙으로 제정되고, 행정규칙으로 제정되어야 할 것이 법규명령으로 제정되는 사례들이 있으며, 행정입법 자체가 상위법령에 어긋나게 정립된 경우나, 행정작용이 행정입법에 어긋나게 이루어지는 경우도 있다. 이러한 현상들은 행정입법 관계 행정기관들이 행정입법의 종류·근거·한계나 법적 성질·효력 등에 관한 法理를 충분히 인식하지 못한 데서 연유된 것으로 볼 수 있다.

上位法令에 어긋나거나 非合理的인 행정입법이 나온 경우에도, 法을 적용·집행하여야 하는 행정기관은 그 위법성이 명백한 경우가 아닌 한, 違法·無理한 행정입법도 적용·집행하지 않을 수 없으며, 私인이 法院에 提訴하거나 헌법재판소에 헌법소원을 제기하여 瑕疵있는 행정입법의 효력을 다투는 데에도 많은 제약이 있다. 즉, 법규명령이나 법규성이 인정되는 행정규칙이 별도의 집행행위 없이 직접 국민의 권익을 침해하는 예외적인 경우에는 권익침해를 받은 자가 그 행정입법 자체에 대하여 抗告訴訟이나 憲法訴願(다른 구제방법이 없을 때에)을 제기할 수 있으나, 일반적으로 私人是 行

53) 憲裁 1992.6.26. 91헌마25. "법령의 직접적인 위임에 따라 행정기관이 그 법령을 시행하는데 필요한 구체적인 사항을 정한 것이면, 그 제정형식은 비록 법규명령이 아닌 고시·훈령·예규 등과 같은 행정규칙이더라도 그것이 상위법령의 위임한계를 벗어나지 아니하는 한, 상위법령과 결합하여 대외적인 구속력을 갖는 법규명령으로서 기능하게 된다고 보아야 할 것인 바, 청구인이 법령과 예규의 관계규정으로 말미암아 직접 기본권침해를 받았다면 이에 대하여 바로 헌법소원심판을 청구할 수 있다."

정입법에 의거한 행정처분으로 인하여 권익침해를 받았을 때에만 그 처분의 취소 등을 求하는 항고소송을 제기하여 행정입법의 위법을 다룰 수 있다.

국민의 생활과 權益에 큰 영향을 미치는 행정입법에 대한 司法的 統制가 이와 같이 제약을 받는 상황에서는, 일반 국민과 국회 및 행정기관도 행정입법이 헌법과 上位법령에 적합하게 정립되도록 지속적인 관심을 갖고 통제해 나가야 할 것이다. 이는 '행정규칙에 의한 행정'이 많이 이루어지고 있는 오늘날의 현실에서 행정기관의 恣意的인 행정규칙 등을 통한 행정권의 남용을 막을 필요가 있기 때문이다.